法理学基本问题研究

新中国法理学教材 70 年：回理与展望.....付子堂 郭小东 1
法理论：历史形成、学科属性及其中国化问题.....雷磊 29
人权的天赋与反天赋论面孔——基于实践唯物主义的分析.....杜宴林 52
“经济决定法律”的充要意义与强调意义.....周安平 61
法官如何运用法律技术掩盖偏见：基于行为实验的证据.....李学尧 刘庄 69
告密、良心自由与现代合法性的困境——法哲学视野中的告密者难题.....柯岚 100
论人权的合作权.....刘志强 116
法伦理视阈的“和平”理念.....赵一强 132
论法律人的情感思维.....杨贝 142
法理学与法学通论的关系——以近代中国对日本学说的引进为中心.....田夫 159
分配正义：社会身份复杂性的价值逻辑.....陶焘 177
法律关系：概念工具的流变.....李建新 183
“道”与“社会契约”的融通.....费小兵 陈进 193
当代中国权利本位论的兴起——1980 年代末 1990 年代初权利理论的论争.....黄涛 207
基于霍菲尔德要素的法律主体概念理论.....马驰 228
从利益到认同——当代中国权利话语的政治辩证逻辑.....邹益民 242
推论主义视角下的法律解释理论.....宋旭光 261
“法律行为”汉语语境下的三重内涵.....杨申 280
再论法律人思维.....刘娟 289
法理论能为法律解释做什么.....傅爱竹 300
论法学基本范畴之重构——以法律渊源定义研究为逻辑起点.....陆丽君 320

法治国家和国家治理

论儒家义务为核心的自然法观念及当今意义.....黄建武 334
习近平总书记关于全面依法治国论述的思想内涵及其逻辑展开.....杨春福 347
论国家治理体系与治理能力现代化的核心是法治化.....周世中 349
新媒体时代法治传播的困境与优化路径.....易有禄 熊文瑾 355
全面依法治国应坚持科学性与价值性的统一.....梁建新 曾嘉 366
重大行政决策事项范围的法治化限定.....郭兴利 375

习近平中国特色社会主义法治思想的形成及意义.....段海风 叶莉 390
法治价值观：以人的尊严为导向.....李桂林 399
亲情正义与规则正义的冲突与调和——基于亲情案件引发舆论争议的思考.....王方玉 414
法治评估的科层式运作及其检视——一个组织社会学的分析.....姜永伟 427
国家治理现代化与国家概念的法理化.....董政 441
国家治理现代化进程中智慧城市建设的权利聚合与法治保障.....康兰平 460
人类命运共同体研究的热点主题与发展趋势——基于 CNKI 2013－2020 年数据.....
.....苏丽娜 陈彦余 473
当代中国法治与德治结合的四重语境.....叶方兴 486
共和国 70 周年：从政策优位到依法治国.....胡长兵 498
治理主体性塑造与法治生成.....刘旭 506
国家治理体系现代化背景下权力理论的范式转型.....汪全军 516
习近平关于全面依法治国新理念新思想新战略的法理基础.....陈康帅 534
制度化治理：国家治理现代化的实现路径——一个法学与制度学双重视角的分析.....
.....王鑫媛 543
“全面依法治国”的语义阐释.....周晓帆 557

城市基层社会治理法治化

“整体性法治”视域下市域社会治理现代化：功能定位和实践机制.....龚廷泰 570
基层社会治理模式的变迁与挑战.....陈柏峰 586
社会治理法治化的法理表达——社会化背景与法治化前景.....蔡宝刚 596
社会治理中公民身份转换的理论逻辑.....尹奎杰 610
基层社会善治的文化基础与文化路径探索.....季金华 郭潇俊 620
中国超大规模城市法律治理——传统、挑战与理论范式的更新.....泮伟江 632
域外社会组织承接政府职能转移经验借鉴及其法治启示.....张婷婷 650
共享型社会的治理规则——以共享经济为例的分析.....郭国坚 659
甘肃省生态文明建设法律保障之路径探索.....罗艺 669
论民法典在藏区社会治理现代化中的功能及其实现.....郭秀峰 683
网络社会治理方式创新.....赵大千 691
城市社区治理模式选择：谁的治理，何种法治化？——基于深圳南山社区治理创新的考察
.....张文龙 707
论单位治理的流变与国家权力的关系变迁.....刘丽媛 726

法治建设视野下的乡村社会治理

走向乡村善治——健全党组织领导的自治、法治、德治相结合乡村治理体系研究.....高其才 741
农村基层治理的轨迹变迁及法治化构建.....王勇 765
法治乡村建设的契入点：农民权利的实现.....强昌文 779
我国乡村社会治理的困境及其法治化途径.....胡正昌 潘彦衡 799
地方治理视野下少数民族习惯法碑刻文献整理与研究——以广西桂林龙胜各族自治县为分析样本.....郭剑平 朱健香 808
法治乡村建设的内涵、特征与价值.....史凤林 820
法治乡村建设中的“三治融合”理念与方式.....史凤林 李怡凡 830
民族事务治理法治化的实践及发展路径.....彭振 838
农村“美好生活”的法治进路——基于治理法治化背景的思考.....牛玉兵 849
新时代少数民族地区习惯法治理的必要性、可能性及路径探析.....刘琳 859
从优秀传统文化到美好生活——以仁理念的法律意义为例.....连赛君 866
“三治融合”的基层实践——以山西省 F 市人民调解为例.....付洁 880
乡村振兴战略背景下人民法院参与乡村治理机制的路径完善.....高娟 刘海泊 889
形式化抑或实质化：乡村“三治融合”的进路选择.....耿玉基 901

新中国法理学教材 70 年：回理与展望

付子堂[1]　郭小东[2]

【摘　要】新中国成立 70 年来，法理学教材的名称经历了多次演变，具体表现为苏联化的“国家与法的理论”（1949-1980）、独立化的“法学基础理论”（1981-1991）和国际化的“法理学”（1992-2019）。000000 教材的中心主题也有三次逻辑嬗变，即“斗争法学”、“权利义务”和“法理中心”。法理学教材建设，要结合教学实践，采用“分阶段”改革；要引导学生“回归经典，关注现实”，塑造学生的人文精神；要融合交叉学科知识，开拓学生视野，助力中国法理学走向实践。

【关键词】法理学；法理学教材；法学教育；教材改革

一、问题的缘起

新中国成立 70 年来，中国法学教育取得了长足进步，为社会培养了大批法律人才，为建设法治国家作出了巨大贡献。在法学本科教育体系中，作为法学基础学科的法理学具有举足轻重的作用，而法理学教材在法理学教学中是不可或缺的。习近平总书记指出，“学科体系同教材体系密不可分。学科体系建设上不去，教材体系就上不去；反过来，教材体系上不去，学科体系就没有后劲。”[3]近年来，教材本身已成为法理学研究领域的一项重要课题，学科对教材本身有如此深刻的探讨和反思，这种情况在其他法学二级学科中少有发生。[4]徐爱国教授在 2016 年发表了一篇令人深省的论文《中国法理学的“死亡”》[5]，文中徐教授给中国法理学下达了“死亡通知书”，继 10 年前邓正来教授的《中国法学向何处去》[6]之后再度引发了法学界对于中国法学主体性的反思。首当其冲的是我国法理学教材，徐教授在文中指出中国法理学教材缺乏内在连贯性和思辨论证性，因此将中国法理学教科书形象比喻为“沙质的城堡”，另外中国法理学教科书中的内容“泛意识形态严重”，直接导致法理学课程成为法学院的政治课。很多学者对徐教授这个涉及中国法理学“生死存亡”的论断进行了回应。[7]其中，钱继磊教授认为，“法理学专著和法理学教材承担的功能是不同的，徐教授上述观点的谬误在于将法理学专著和法理学教材混同。”[8]

---

[1] 付子堂，西南政法大学行政法学院教授，博士生导师（重庆 401120；fzt@swupl.edu.cn）；
[2] 郭小东，西南政法大学行政法学院硕士研究生（重庆 401120；953975279@qq.com）。
本文系 2019 年度国家社科基金重点项目“中国法理学研究 70 年回理与评析”(项目批号：19AFX002)的阶段性成果。本文为未定稿。

[3] 习近平：《加快构建中国特色哲学社会科学》(2016 年 5 月 17 日)，载《习近平谈治国理政》第二卷，外文出版社 2017 年版，第 345 页。

[4] 截止 2019 年 12 月 31 日，在中国知网以“法理学教材”作为主题词进行搜索，一共有 103 篇论文；以“民法教材”作为主题词，一共有 13 篇论文；以“刑法教材”作为主题词，一共有 9 篇论文。以“宪法教材”作为主题词，一共有 34 篇论文；以“行政法教材”作为主题词，一共有 32 篇论文。以“诉讼法教材”作为主题词，一共有 13 篇论文；以“商法教材”作为主题词，一共有 7 篇论文。以“经济法教材”作为主题词，一共有 180 篇论文；从上面的数据可以明显看出，在法学核心课程中，学者对法理学教材研究的热度仅次于经济法教材，而且远超于其他学科。这个问题非常值得我们重视，学者对法理学教材的研究和反思如此强烈，说明法理学教材本身还存在一些有待改善的地方。

[5] 参见徐爱国：《中国法理学的“死亡”》，载《中国法律评论》2016 年第 2 期。

[6] 参见邓正来：《中国法学向何处去》，商务印书馆 2006 年版。

[7] 参见季卫东等：《中国需要什么样的法理学》，载《中国法律评论》2016 年第 3 期；张文显：《法理:法理学的中心主题和法学的共同关注》，载《清华法学》2017 年第 4 期；张拥军：《当代中国法理学的主体性缺失及其转型研究》，载《学习与探索》2018 年第 8 期。

[8] 钱继磊：《迈向法理时代的中国法学——兼与徐爱国教授商榷》，载《法学评论》2018 年第 1 期。

早在 1999 年，葛洪义教授就对我国法理学教材本身的改革给以了极大的关注，呼吁中国法理学者要对法理学教科书进行大力改革，[9]但似乎并没有引起大家的关注。2009 年，孟涛对世界范围内法理学教材作了一次简略的考查，将世界各国的法理学教材进行比较研究并给我国法理学教材的改革提出了一些建议。[10]2012 年郭忠教授运用文献学的方法，对我国过往 60 年(1950-2010）法理学教材进行了一次较为系统而全面的研究，先后发表了四篇以我国法理学教材现状和改革为论题的研究论文。[11]2012 年 11 月 25 日浙江大学光华法学院主办“法理学学科定位与教科书体系”青年论坛，与会学者对我国法理学教材改革展开了热烈讨论。[12]2013 年周世中、周红阳和郭剑平出版专著《法理学教科书探索》[13]，该书重点阐述了马克思主义理论研究和建设工程重点教材之《法理学》教材的出版背景和时代意义，并提出进一步改革和完善的建议。2014 年田夫以中国法理学教材为研究对象，论述了法理学“指导”型知识生产机制及其困难。[14]2017 年由西北政法大学法律社会学研究所和法学理论学科主办题为“规范法理论与法理学教材系”的研讨会，会上来自 20 多所法学院的师生对“法理学教材体系”进行热烈讨论。[15]同年，朱振教授对中西法理学教材进行比较分析，认为编写一部带有中国问题意识、理论化的、内容上有创新的、表述风格上有重大改观的法理学教科书是当务之急。[16]

近年来，法理学教材亟需改革的呼声不断。然而，所有的批判都应当建立在对中国法理学教材进行深入研究的基础上。本文以中国法理学教材为研究对象，试图回归法理学教材本身，追本溯源，探知究竟。首先，对新中国成立 70 年来的法理学教材进行纵向比较，考查 70 年来中国法理学教材的名称和教材中心主题的演变。其次，对过往 70 年法理学教材进行深刻反思并客观归纳中国法理学教材的特点。最后，为新时代中国法理学教材的编写提出一些设想建议供学界参考。

二、新中国法理学教材的演变

70 年来，中国法理学的称谓有过多次演变。以法理学教材名称的变更时间作为划分阶段的标准，表现为以下三个阶段：1949-1980 年“国家与法的理论”时期，1981-1991 年“法学基础理论”时期，1992-2019 年“法理学”时期。在法理学教材名称变化的同时，法理学教材的中心主题也发生了较大的变化。

（一）“国家与法的理论”时期：1949-1980 年

[9] 参见葛洪义：《论法理学教学与教材的改革——从“一分为二”谈起》，载《法商研究》1999 年第 6 期。

[10] 参见孟涛：《法理学教材的四种类型及其改革》，载《中国法学教育研究》2009 年第 2 期。

[11] 参见郭忠：《中国法理学教材发展的阶段和趋势——基于 1950 年到 2010 年教材出版情况和内容的分析》，载《甘肃政法学院学报》2012 年总第 4 期；郭忠：《法理学知识的“死”与“活”——一个被中国法理学教材长期忽视的问题》，载《河北法学》2012 年第 9 期；郭忠：《走向运用法理学——法理学教材改革的新趋势》，载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2012 年第 3 期；郭忠：《论法理学教材编写理念的更新》，载《安徽警官学院学报》2012 年第 3 期。

[12] 王云清、张晓笑：《法理学的学科知识与课程教学探新——“法理学学科定位与教科书体系”青年论坛综述》，载《浙江社会科学》2013 年第 2 期。

[13] 参见周世中、周红阳、郭剑平：《法理学教科书探索》，山东人民出版社 2013 年版。

[14] 参见田夫：《法理学“指导”型知识生产机制及其困难——从法理学教材出发》，载《北方法学》2014 年第 6 期；田夫：《从强制型到权威型：中国司法的范式转变——以法理学教材为主线》，载《法商研究》2017 年第 6 期。

[15] 参见李勇、秦锋砺：《“规范法理论与法理学教材体系”研讨会之“法理学教材体系”综述 》，载《法学教育研究》2017 年第 3 期。

[16] 参见朱振：《法理学教材的体系变革与理想定位——以中西法理学教材的比较分析为基础》，载《法学教育研究》2017 年第 3 期。

1.教材名称的苏联化

新中国法学教育的基本格局是在废除旧法的历史背景下形成的，由于“六法全书”被认为体现的是剥削阶级的意志，是反动的，不能被新中国的法律所继承，国民党统治时的法学理论和教育同时被废弃，代表资产阶级思想的法理学教材也不再适用。[17]新中国建立初期，党中央迫切需要建立新的政治秩序，并肩负着制定新中国法律制度的时代任务。[18]国家与法的理论的建设离不开法学教育，法学教育不可缺少师资和教材。为了填补空白，学者开始向苏联老大哥学习。另外，当时苏联社会主义经过了几十年的发展，在法学领域取得了巨大的成就，特别是苏联法理学教科书“国家与法的理论”中关于法概念与阶级斗争之间关系的论述比较符合当时的时代特色，因此在法律移植方面容易取得成功。[19]这些因素导致新中国成立初期在法学教育领域采取“全盘苏化”的模式，当时在法学教育领域从教材、课程、教学计划、学科设置到教研室的设置统统是照搬苏联，以苏联的大学为模仿对象。[20]

新中国法理学教材简单移植苏联的“国家与法（权）的理论”教材。当时移植的窗口主要是 1950 年新成立的中国人民大学。中国人民大学作为新中国法律教育的发源地，也是苏联法学理论在中国传播的基地。在苏联专家的指导下，中国人民大学成立了法律系，设有四个教研室，分别是国家与法权理论教研室、国家法教研室、刑法教研室和民法教研室。[21]我国不仅聘请了一批苏联法学专家学者来协助中国建立新的法学教育体系和培养新的法律人才，[22]而且还翻译了一批苏联的法学专著和教科书。有学者统计 1952-1956 年，我国翻译出版的前苏联法学教科书达 115 种。[23]考虑到当时的政治因素，作为体现社会主义国家性质的“国家与法的理论”的教材成为当时学者们主要的译介对象。

总体而言，新中国成立初期，中国法理学者为了填补法理学教材的空白，主要从事两项前后衔接的工作：一是翻译苏联法学专家的法理学教材[24]，二是以苏联教材为蓝本编写

---

[17] 1949 年 2 月中共中央发布《关于废除国民党的六法全书与确立解放区的司法原则》，“反动的法律与人民的法律没有什么蝉联交代可言，而是要彻底地全部废除国民党的反动法律。……人民法律的内容，比任何旧时代统治者的法律要文明与丰富，只须加以整理，即可臻于完备” 。参见董必武：《董必武政治法律文集》，法律出版社 1986 年版，第 46 页。

[18] 参见王志华：《苏联法影响中国法的几点思考》，《华东政法大学学报》2008 年第 1 期。

[19] 参见陈甦：《当代中国法学的历程——＜当代中国法学研究＞导论》，《中国社会科学院研究生院学报》2010 年第 6 期.

[20] 1951 年教育部制定的《法学院、法律系课程草案》规定：“阐述新法制的进步性及优越性”应是 贯穿各课程的主线；“讲授课程有法令者根据法令，无法令者根据政策……如无具体材料可资根据参照，则 以马列主义、毛泽东思想为指导原则 ，并以苏联法学教材及著述为讲授的主要参考资料”。参见《中国教育年鉴》编辑部：《中国教育年鉴 •1949-1981》，中国大百科全书出版社 1984 年版，第 389 页。

[21] 在教研室内由苏联专家、翻译、中国教师组成若干小组，由苏联专家通过翻译向中国教师传授苏联法学，中国教师当场记录，课后与翻译一起整理笔记，然后按笔记向学生讲演。后来，这些苏联专家的讲义经过整理、编写成为各大学统一的法学教科书。参见方流芳：《中国法学教育观察》，载《比较法研究》1996 年第 2 期。

[22] 据唐任春教授考证，新中国成立初期来华的苏联法学专家一共 35 人，他们任职于重要的岗位，这批年富力强、学术造诣较高的学者对新中国法制建设产生来重要的影响。其中，国家法专业的学者有：瓦也沃金、科托夫（科朵夫）、柯尼娜、谢梅里亨；国家与法权理论专业的学者是瓦也旺金（瓦也沃金）；国家及法史权的专家是瓦里赫米托夫；资产阶级国家法专业的专家是西道罗夫。参见唐任春：《建国初期来华苏联法学专家的群体考察》，载《环球法律评论》2010 年第 5 期。

[23]《中国教育年鉴》编辑部：《中国教育年鉴 • 1949-1981》，中国大百科全书出版社 1984 年版，第 389 页。

[24] 代表性的译著可参见：[苏]杰尼索夫：《国家与法的理论》，中华书局 1951 年版；[苏]苏达里可夫、贝可夫：《苏维埃国家与法律问题讲座》，中央人民政府法制委员会 1951 年版；[苏]苏联科学院法权研究院科学研究者集体编著：《马列主义关于国家与法权理论课程》，中国人民大学出版 1953 年版；[苏]玛 • 巴 • 卡列娃等：《国家和法的理论》，中国人民大学出版社 1956 年版；[苏]安 • 扬 • 维辛斯基：《国家和法的理论问题》，法律出版社 1957 年版。

自的法理学教材[25]。这两项工作的顺利开展，为新中国法理学的发展开创了良好局面。从1954年4月“全国政法教育会议”所确定的新中国政法高校“四院六系”[26]的教学情况来看，当时的法理学教学机构和教材已经具备相当的规模（见表1和表2），依托“国家与法（权）的理论”教研室建立起来的法理学教学体系，奠定了法理学学科基础。

表1　1953年院系调整后“四院”的法理学教学[27]

学院	法理学教学机构	自主编著的法理学教材
北京政法学院	国家与法的理论教研室	国家与法的理论参考资料
西南政法学院	国家与法的理论教研室	马克思列宁主义国家与法的理论讲义
中南政法学院	法律教研室（下设“法理组”）	中国国家与法的历史参考资料
华东政法学院	国家与法权理论教研室/组	中国国家与法的历史参考资料

表2　1953年院系调整后“六系”的法理学教学[28]

法律系	法理学教学机构	自主编著的法理学教材
中国人民大学法律系	国家与法权理论教研室	马克思列宁主义经典著作中的国家与法权问题（1954年）、国家和法的理论论文选择（1956年）
东北人民大学法律系	国家与法权理论教研室	马列主义关于国家与法权理论参考资料(与国家与法权历史教研组合编，1954 年) 、国家与法权历史参考资料(与国家与法权历史教研组合编，1954 年)
武汉大学法律系	国家与法权理论教研组	国家与法权通史纲要
北京大学法律（学）系	国家与法权理论教研室	*
复旦大学法律系	国家与法的理论、历史教研组/室	马克思恩格斯论国家和法
西北大学法律系	国家与法的理论、历史教研组	国家和法的理论基本知识

在党中央的号召和苏联法学专家的指导下，新中国法学教育在不到十年的时间已经取得初步成效。相继成立的国家与法的理论教研室，使新中国成立初期法理学教学工作得以如期开展，命名为“国家与法（权）的理论”的法理学教材也在不断完善。这一时期形成了

[25] 国内学者编写的教材可参见：中国人民大学法律系国家和法权教研室集体编写：《国家和法权理论讲义》，中国人民大学出版社1957年版，该版教材被认为是中国学者编写出版的第一部法理学教材。中央政法干部学校法的理论教研室著：《国家和法的理论讲义》，法律出版社1957年版；西北大学法律系国家和法的理论与历史教研组编写：《国家和法的理论基本知识》，陕西人民出版社1958年版。

[26] 1954年 4月教育部召开全国政法教育会议，在北京政法学院、华东政法学院、西南政法学院、中南政法学院、中国人民大学法律系、东北人民大学（吉林大学前身）法律系、武汉大学法律系、西北大学司法专修科的基础上， 决定在北京大学、复旦大学和西北大学重设法律系 ， 西北大学司法专修科停办 。以此形成的四院六系格局一直维持到 1957年。参见朱立恒：《新中国成立以来法学教育工作的历史沿革》，载《中共党史研究》2008年第3期。

[27] 参见舒国滢：《新中国法理学的七十年：变化与成长》，载《现代法学》2019年第5期。

[28] 参见舒国滢：《新中国法理学的七十年：变化与成长》，载《现代法学》2019年第5期。

新中国法学教育的基本框架，为新中国社会主义的法学教育奠定了良好的基础。[29]但在 1958 年以后，中国法学教育开始滑坡，直到“文化大革命”时完全被取消。政法院校贯彻司法部“办成党校性质的学校”的指示，修改教学计划，加大政治课比例。[30]因此，虽然从 1960 年到 1966 年依然有相关的法理学教科书的编印，[31]但是在课程设置上，已经基本上不讲法学课，而是用政策课取而代之。

上世纪 70 年代初，全国法学院系名义上只剩下北大法律系、吉大法律系和湖北大学法律专科（简称“两个半”），实际上也已停止招生。在这样的时代背景下，法理学专业人员几乎销声匿迹，法理学教材的编写工作已经无人问津。直至 1977 年后，全国政法院校和综合性大学的法律系才逐渐恢复办学。[32]然而，1980 年之前各所恢复办学的政法高校依旧下设“国家与法（权）的理论”教研室，法理学教材的名称无一例外仍然采用从苏联移植的“国家与法的理论”，[33]教材的内容也基本上延续了文革前的风格。

教材的名称固然重要，但教材的性质还应由教材的内容决定。西方国家也有很多法学著作命名为“国家与法的理论”，比如凯尔森的《法与国家的一般理论》，黑格尔《法哲学原理》的副标题也是“自然法与国家学的纲要”。苏联解体后，俄罗斯以“国家与法的理论”命名的教材也都存在。[34]教材的内容和教材的中心主题是紧密相连的，每一时期教材的中心主题决定了编者对教材内容的取舍，教材的内容也反映出该时期教材的中心主题。

2.教材的中心主题：阶级斗争法学

“国家与法（权）的理论”时期，法理学教材的核心主题是维辛斯基法概念所强调的“阶级斗争法学”。维辛斯基认为，“法是以立法形式规定的表现统治阶级意志的行为规则和为国家政权认可的风俗习惯和公共性规则的总和，国家为了保护、巩固和发展对于统治阶级有利的和惬意的社会关系和秩序，以强制力量保证它的施行。”[35]维辛斯基关于法的定义以及“国家和法律是统治阶级的工具”的观点在很长时期被我国奉为马克思主义法学理论的权威观点，“几乎成为当时人们回答‘法律是什么’等法理学基本问题的唯一依凭，是法理学上

---

[29] 参见朱立恒：《新中国成立以来法学教育工作的历史沿革》，载《中共党史研究》2008 年第 3 期。

[30] 付子堂主编：《法理学初阶》，法律出版社 2015 年版，第 75 页。

[31] 代表性的教材可参见：彼·斯·罗马什金等：《国家和法的理论》，法律出版社 1963 年版；《马克思列宁主义关于国家与法的理论教学大纲》，湖北大学法律系编印 1960 年版；《马克思列宁主义关于国家与法的理论讲义》，湖北大学法律系编印 1962 年版；《国家与法权理论教学大纲》，西南政法学院国家与法权理论教研室编印 1964 年版。

[32] 1978 年中央批准的《第八次全国人民司法会议纪要》中首次提出要“恢复法律系，培养司法人才”。1979 年中共中央在《关于坚持保证刑法、刑事诉讼法切实实施的指示》中明确指出：“过去撤销的政法学院和政法公安院校应尽快恢复起来……”。1980 年 7 月国务院批转司法部《关于加强和建立地方政法干校的请示报告》。

[33] 此时期的法理学教材可参见：《马克思列宁主义国家与法的理论讲义》，西南政法学院国家与法的理论教研室编印 1977 年版；《马克思列宁主义国家与法的理论讲义》，吉林大学法律系编，西南政法学院国家与法的理论教研室翻印 1978 年版；《国家与法的理论讲义》，北京大学法律系国家与法的理论教研室编印 1978 年版；《马克思主义关于国家与法的理论讲义》，湖北财经学院法律系国家与法的理论组 1978 年版；《马克思列宁主义国家与法的理论讲义》，西南政法学院、湖北财经学院合编 1979 年版；《国家与法的理论》，中国人民大学法律系国家与法权理论教研室编印 1979 年版；《国家与法的理论（试用本）》，广东省政法干部学校政策法律教研室编印 1979 年版。

[34] [俄]M·H·马尔琴科：《国家与法的理论》，徐晓晴译，中国政法大学出版社 2010 年版。

[35] 在这里维辛斯基提到的是苏维埃社会主义的法的定义，而不是一般的、普遍的法的定义。在维辛斯基报告的另一处，维辛斯基给法下的定义为法是社会中的统治阶级以权力国家权力所制定的人们的行为规则,以及由国家权力来认可，国家机关以强制办法使之实现的习惯和共同生活规则的总和，其目的是为了保护巩固并发展惬意和有利于统治阶级的社会关系和社会秩序。这个定义后来直接被玛·巴·卡列娃等著：《国家和法的理论》引用，这个是当时苏联法学界的共识。参见[苏]安·扬·维辛斯基《国家与法的理论》,法律出版社 1955 年版，第 100 页。

唯一正确的结论，成为诠释一切法律现象的终极根据。”[36]

新中国成立初期，从苏联引进的《国家与法（权）的理论》[37]的法理学系列教材是维辛斯基法学思想在中国传播的主要媒介，因为当时苏联的法理学教材中关于“法的本质”采用的是维辛斯基的法概念。以苏联法学家玛·巴·卡列娃等著《国家和法的理论》[38]和中国人民大学国家与法权理论教研室主编的《国家与法权理论讲义》为例[39]，探讨新中国成立初期法理学教科书的内容构成及其影响。[40]

研究上述两本具有代表性的法理学教科书，可以总结出以下特征：

第一，教材引证文献主要源于马克思、恩格斯和列宁的经典著作。马恩列宁的著作是马克思主义法律思想最直接的文献来源，作为以马克思列宁主义思想为指导的苏联法理学教材引证马克思主义经典作家的作品具有时代的必然性。马克思列宁主义国家与法的理论的研究对象就是国家和法权，以及有关国家和法的基本问题，即国家和法的阶级本质、形式和历史类型；国家和法的产生和发展的规律，以及它们在社会中的作用；社会主义国家和法同一切剥削阶级国家和法在本质、历史任务和作用方面的根本区别。

第二，国家理论与法的理论紧密结合。一方面，法和国家是阶级社会中相互之间有着最紧密联系的现象，国家制定法律规范，监督它们的运行；另一方面，法是实现国家的基本任务和职能的重要手段，是在立法上确认国家机构的重要手段。[41]国家理论和法的理论一直都是环环相扣的，习近平同志指出：“要加强对中国特色社会主义国家制度和法律制度的理论研究，总结 70 年来我国制度建设的成功经验，构筑中国制度建设理论的学术体系、理论体系、话语体系，为坚定制度自信提供理论支撑。”[42]这也揭示了把国家制度与法律制度联系起来的必要性，国家治理需要辩证看待国家与法律的关系。

第三，突出强调法的阶级性。两部教材在论述法的一般理论时，无不挂上“社会主义”，彻底批判和否定代表剥削阶级法，强调法的阶级性和工具性。教材中也明确指出，“国家与

---

[36] 舒国滢：《新中国法理学七十年：变化与成长》，载《现代法学》2019 年第 5 期。

[37] 苏联法理学教材“国家与法（权）的理论”是在“法的一般理论”加上“马克思主义”形成的。在十月革命之前的俄国就已经涌现出了像穆罗姆采夫的《法的定义和主要分支》（1879 年）、科尔库诺夫的《法的一般理论》（1904 年）、特鲁别茨科伊的《法律百科全书》（1906 年）、舍尔舍涅维奇的《法的一般理论》（4 卷本，1910-1912 年）等一大批“法的一般理论”的著作。十月革命之后，“法的一般理论”研究的马克思主义化最突出的表现是“法的一般理论”的名称被“国家与法的（一般）理论”所取代。相应地，在论著中大大增加了关于国家理论的篇幅。参见雷磊：《法的一般理论及其在中国的发展》，载《中国法学》2020 年第 1 期。

[38] ［苏］玛・巴・卡列娃等：《国家和法的理论》，中国人民大学出版社 1956 年版。

[39] 中国人民大学法律系国家和法权教研室集体编写：《国家和法权理论讲义》，中国人民大学出版社 1957 年版，这本教材是依据 1956 年法律出版社出版的《国家与法的理论教学大纲》编写而成。《国家与法的理论教学大纲》系委托中国人民大学法律系国家与法的理论教研室起草，经 1956 年 7 月高等学校法律专业大纲审定会议讨论定稿，适用于综合大学法律系及政法学院。

[40] 在玛・巴・卡列娃等著《国家和法的理论》教材中，一共分为三篇十九章，第一篇讲国家与法的起源和本质，主要包括：国家与法的起源，国家的本质，法的本质；第二篇讲剥削者的国家和法的历史类型，主要包括：奴隶占有制国家和法、封建制国家和法、资产阶级国家和法；第三篇讲社会主义国家和法，主要包括：社会主义国家的产生和本质，无产阶级专政的国家形式，社会主义国家的主要发展阶段和基本职能，社会主义国家的机构，社会主义的法的本质，社会主义社会的法制和法律秩序，社会主义社会的法、道德和法律意识，社会主义法律规范，苏维埃社会主义的法的渊源，社会主义法律规范的适用，社会主义社会的法律关系，苏维埃社会主义法的体系，国家、法和共产主义。中国学者编写的教材《国家与法权理论讲义》（1957 年版）只是缺少上述的苏联教材中的“苏维埃社会主义法的体系”这一章节，其他内容基本上是一致的，这充分印证了中国学者是以苏联的教材为蓝本编写的法理学教材。

[41] ［苏］玛・巴・卡列娃等：《国家和法的理论》，中国人民大学出版社 1956 年版，第 1 页。

[42] 习近平：《坚持、完善和发展中国特色社会主义国家制度与法律制度》，载《求是》2019 年第 23 期。

法权问题被资产阶级政治学家、法学家搞的混乱不堪，并不是偶然，而是有其深远的社会根源，因为国家与法权问题比其他一切问题更加牵连到统治阶级的利益。”[43]法的阶级性体现资本主义和社会主义的分野，体现在无产阶级和剥削阶级的对立。但是，对法的阶级性的突出强调直接导致对法的社会公共职能的忽视。法的阶级性和社会性的争论也由此产生，这场争论一直延续到 80 年代。[44]如果将教材中关于国家理论的部分删掉，教材的内容只剩下法的本质、法的渊源、法律规范和法律关系，而法的社会性的相关论述并不在当时法理学教材主要探讨的范围。

第四，苏联法理学教材主要是以分析法理学而不是历史法理学为主导。[45]这一时期的法理学教材侧重于语义分析、概念分析和纯粹的理论叙述。据学者考证，十月革命后的苏联法理学教科书，实际上是奥斯丁分析法学和马克思主义法学的混合物，或者说是法的一般理论研究的马克思主义化的结果。[46]另外，这一时期在苏联法理学教材中只有剥削者的国家和法的历史类型的相关介绍，并没有出现代表“资本主义”法学思想渊源的法哲学史的内容。从这一时期开始，分析法理学在中国法理学教材中开始占主导地位。在以分析法理学为主导的模式下，教材主要分析法、法律等重要的法学概念，进而形成纯粹的法理论，而以法哲学史为基础的历史法理学不再是法理学教材的内容。实际上，苏联法理学教材有两个重要特征与西方法理学教材相区别，一是教材的结构和体系主要是由分析法理学搭建起来的；二是教材中缺少法哲学史的内容。以上两个特征对中国法理学教材产生了深远的影响。

3.对教材的简要评析

对新中国成立初期在没有自己教材的情况下，只能翻译、参考甚至直接使用苏联的教材。只是在 50 年代中后期，才逐渐结合中国的国情编写自己的教材。[47]一方面，不可否认苏联法理学教材在新中国法理学学科的初生阶段带来了重要帮助；另一方面，对苏联法学理论的全盘照抄，使得苏联法对我国产生十分深远的影响。50 年代，苏联的国家与法的理论是不能被质疑的，这使得法律教条主义和法律虚无主义蔓延，导致法理学界思想的僵化，形成了“阶级—阶级矛盾—阶级斗争”的法学思维定势。[48]“特别是在 60 年代以来，随着‘以阶级斗争为纲’和‘无产阶级专政下继续革命’的错误方针的推行，我国法理学愈来愈偏离马

[43] 中国人民大学法律系国家和法权教研室集体编写：《国家和法权理论讲义》，中国人民大学出版社 1957 年版，第 1-2 页。

[44] 周凤举：《法单纯是阶级斗争工具吗？——兼论法的社会性》，载《法学研究》1980 年第 1 期。

[45] 分析法理学是采用实证分析法学的研究范式，对法现象（法的重要概念）进行语义分析、概念分析和纯粹的理论叙述而形成的法的一般原理。历史法理学的根本原则与根本预设是相信法律的含义不在于某些被提炼出来的抽象的“法律基本原则”，而是在于受法律制度支配并生活在法律制度之下的社会或文明的历史。分析法理学区别于历史法理学，分析法理学的任务就是解释法律的本质原则。分析法理学的目标始终是从法律史中提炼并抽取法律的本质原则，然而，历史法理学却否定法律本质原则的全部概念，因为历史解释必定不是根据本质，而是根据历史个体。历史法理学不仅诉诸于法律史，而且也诉诸于文明史。其结果不是分析法理学所进行的各种抽象概括，而是其本身所体现的各种历史概括。苏联法理学教材是汇编当时分析法理学的研究成果而形成的，换言之，苏联法理学教材是分析法理学研究成果的重要载体。参见吴彦、黄涛主编：《作为通识教育的法学教育》，商务印书馆 2020 年版，第 90-92 页。

[46] 雷磊：《法的一般理论及其在中国的发展》，载《中国法学》2020 年第 1 期。

[47] 朱景文：《中国法理学学科体系的变迁和反思》，载《中国法律评论》2020 年第 1 期。

[48] 张文显、于宁：《当代中国法哲学研究范式的转换——从阶级斗争范式到权利本位范式》，载《中国法学》2001 年第 1 期。

克思主义的正确观点, 以致把法的本质仅仅归结为阶级性, 并把法的阶级性仅仅理解为阶级斗争、专政及镇压，在实践中造成了极大的危害。”[49]其实，“在 50 年代，被誉为最权威的马列主义法学家维辛斯基的法学观点在前苏联就受到批评。在 60 年代，前苏联就抛弃了法律是统治阶级意志这一盛极一时的法学理论，提出了全民法观点，主张法律是国家全体人民的意志而不是某个阶级的意志。而在中国，50 年代末和 60 年代初则更加推崇和强化前苏联法的阶级性观点。”[50]可见，“斗争法学”不仅仅是构成新中国成立后 30 年间的法理学教材内容的核心主题，也是这一时期整个法学体系的根本基调。其实，错误不是出在法的阶级性上，而是出在对法的阶级性的片面理解上。朱景文教授认为，“法有多方面的属性，法的社会性就是法的属性的另一重要方面。但是肯定法的社会性，绝不意味着否定法的阶级性，不能把法的阶级性和‘以阶级斗争为纲’划等号，不能把洗澡脏水连同小孩一起泼掉。”[51]因此，不能为了凸显法的社会性而否认法具有阶级性，法的社会性和阶级性是可以相融的。走向法治现代化的中国，擦拭掩盖在马克思主义思想上的尘土，还原马克思主义理论的真实面目，走出“斗争法学”具有深刻意义。

（二）“法学基础理论”时期：1980-1991 年

1.教材名称的独立化

随着改革的深入，人们的思想慢慢得到解放，被压抑已久的理性得到松绑，法理学界一场酝酿已久的变革正悄然进行。这场变革最初在中国法理学教材上得到彰显。有法理学者在编写法理学教科书时开始使用“法学基础理论”之名，代替从苏联移植过来的“国家与法的理论”，此举拉开了将苏联法理学教科书“国家与法的理论”中的“法的理论”与“国家的理论”分离开来的序幕。1980 年 12 月，中国政治学会在北京重建，[52]进一步推动了法学与政治学的分离。“法学基础理论”开始作为一门独立性学科在政法院系开设，这一改变实质上体现了学科内容、体系的重大改变，以及对法学本身应有真正独立地位这种观念的确认。[53]对于这一次更名，强世功教授指出，“尽管目前 《法理学》教材中依然保留某些教条化的马克思主义法律观，但不可否认, 用‘法理学’来取代‘国家与法的理论’, 强调法的社会性和继承性来弱化法的阶级性, 强调法的公共管理职能以弱化法的暴力统治职能，无疑是一场发生在马克思主义法理学内部的理论革命，其目的是要摆脱前苏联维辛斯基教条化马克思主义法理学的影响。”[54]

1980 年，北京大学法律系国家与法的理论教研室编印法理学教材时最早采用“法学基

---

[49] 朱俊强、费世军：《法理学的回顾与展望——建国五十年来法理学研究的经验与教训》，载《法学研究》1999 年增刊。

[50] 蔡定剑：《关于前苏联法对中国法制建设的影响——建国以来法学界重大事件研究（22）》，载《法学》1999 年第 3 期。

[51] 朱景文：《在法理学争论的背后——什么是人民大学的特色？》，载《法学家》2010 年第 4 期。

[52] 新中国成立初期，因为学习苏联的高等教育体制，我国于 1952 年取消了大学中的政治学系科。与此同时，政治学在新中国，也不再作为一门独立学科而存在了。许多政治学问题在苏联不是不研究，而是他们把国家问题都放到法学中去了。因此, 苏联大学的法律系 , 实际上包括了政治系的内容。例如他们法律系有“国家与法的理论” 、“国家与法的历史”等课程，把国家与法律放在一起讲。直到 1980 年 12 月，政治学会在北京重建。参见赵宝煦：《中国政治学百年》，载《东南学术》2000 年第 2 期。

[53] 沈宗灵主编：《法理学研究》，上海人民出版社 1990 年版，第 3-4 页。

[54] 强世功：《迈向立法者的法理学——法律移植背景下对当代法理学的反思》，载《中国社会科学》2005 年第 1 期。从强世功教授的文意看出此处的“法理学”应该指的是“法学基础理论”。

础理论”[55]这一名称。同年，在吉林大学法律系国家与法的理论教研室出版的法理学教科书采用的名称是“法学原理”[56]，不过这一命名为“法学原理”并没有在法理学界中推广开。1981年，陈守一、张宏生主编的《法学基础理论》在全国各地开始推行[57]，这是全国第一本正式出版发行的《法学基础理论》教科书，标志着在中国学术界法学与政治学的分立。[58]据统计，仅1981年共出版了13部法理学教材，形成一股编写法理学教材的小高潮。1982年，由孙国华教授担任主编、沈宗灵教授担任副主编的司法部统编教材《法学基础理论》正式出版，这是第一部在全国统一试用的法理学教材。侯猛教授还提到，“一直到20世纪90年代，还出现了卢云主编的《法学基础理论》，该教材是90年代政法院校中盛行的法理学教材，也是司法部法学教材编辑部编审的高等政法院校规划教材之一。”[59]此外，这个时期还出现一系列与“法学基础理论”名称相近的教科书，其内容与《法学基础理论》教材内容相去不远，如“法的基本理论”[60]、“法学基础”[61]、“法的一般理论”[62]，等等。

2.教材的中心主题：走出“阶级斗争法学”

中国学者之所以采用“法学基础理论”作为当时法理学教材的名称，其中一个原因是在《苏联大百科全书》中“法理学”或“法哲学”是“资产阶级法学的分支”，“法理学”一直被认为是资产阶级意识形态和专用名词。黄文艺教授认为，整个80年代, 由于受“法理学”是资产阶级意识形态与法学学科的左的错误观念的影响, 法学界仍不敢名正言顺地将研究法的一般问题的学科称为“法理学”，而采取权宜之计称之为“法学基础理论”。[63]另外，还有一个更重要的原因是国家理论部分被抽去后，剩下的部分内容就属于法的一般原理，取名为“法学基础理论”是完全符合教学的目标和教材的内容。下面以1982年法律出版社出版的孙国华、沈宗灵主编的司法部统编教材《法学基础理论》和1985年教育部委托沈宗灵主编的《法学基础理论教学大纲》为例[64]，考查这一时期的法理学教材。

---

[55] 此类法理学教材可参见：北京大学法律系国家与法的理论教研室编印：《法学基础理论学习资料》，1980年版；唐踪瑶：《法学基本理论概述》，福建人民出版社1980年版；张友渔、王叔文：《法学基础知识讲话》，中国青年出版社1980年版；云南大学政治系法学教研室编印：《马克思主义法学基础理论教学大纲》，1980年版；山西大学法律系编印：《马克思列宁主义国家与法的理论教学大纲》，1980年版。

[56] 参见吉林大学法律系国际法教研室编：《法学原理》，吉林大学出版社1980年版；李放、张哲编：《法学原理》，吉林大学法律系国际法教研室内部印刷1980年版；李放、张哲同编著：《法学原理》，辽宁人民出版社1981年版。

[57] 陈守一、张宏生主编：《法学基础理论》，北京大学出版社1981年版。

[58] 付子堂：《从“法理学三部曲”看法学教育的发展》，载《人民法治》2018年第16期。

[59] 侯猛：《当代中国法理学的变化与反思——一个局内人的知识社会学观察》，载《北京航天航空大学学报》2019年第1期。

[60] 参见孙国华主编：《法的基本理论》，中央第二政法干部学校教务处1981年版；广西壮族自治区政法干部学校编印：《法的基本理论的几个问题》，1981年版；赵长生等：《法的基本理论》，陕西人民出版社1987年版；马朱炎主编：《法的基本理论》，陕西人民出版社1987年版。

[61] 参见李用兵等：《法学基础》，中共中央党校出版社1984年；邱金国主编：《法学基础》，海南人民出版社1986年版。

[62] 张文显主编：《法的一般理论》，辽宁大学出版社1988年版。

[63] 参见黄文艺：《中国法理学30年发展与反思》，载《法制与社会发展》2009年第1期。

[64] 孙国华、沈宗灵主编的《法学基础理论》采用四编模式，第一编讲法的起源和本质，包括：法的起源，法的本质，剥削阶级思想家，法学家关于法的本质的学说。第二编讲剥削阶级类型的法，包括：奴隶制的法，封建制的法，资产阶级的法。第三编讲社会主义法的本质和作用，包括：社会主义法的产生，社会主义法的本质，社会主义法的作用，社会主义法制，社会主义法律意识，社会主义法与共产主义道德。第四编讲社会主义法的制定和实施，包括：社会主义法的制定，社会主义法律规范和法律体，法的适用，社会主义法律关系，社会主义法的遵守。沈宗灵主编的《法学基础理论教学大纲》共六编，第一编讲法的一般原理，第二编剥削阶级的法，第三编社会主义法的产生和本质，第四编社会主义法的作用。第五编社会主义法的制定，第六编社会主义法的实施。

将孙国华、沈宗灵主编的《法学基础理论》教科书内容与《国家与法的理论》阶段的教科书内容进行纵向比较，可以发现：第一，关于国家与法的起源、国家的本质、社会主义国家的产生和本质、社会主义的国家形式、社会主义国家的主要发展阶段和基本特点等专属于国家理论的部分已经被删掉。第二，突出强调社会主义法和资本主义法的差异性依旧是法理学教科书的主旋律，教材用很大篇幅来介绍不同历史阶段的剥削的法，在法的基础知识前面依旧挂着“社会主义”的修饰语，也有教科书在各章节标题前挂上“中国社会主义”[65]字样，法学理论政治化的色彩并没有完全消退。第三，教材中关于法的作用、制定和实施的相关内容已经大幅度增加。在《法学基础理论教学大纲》中，“法的作用编”还将法与精神文明建设、法和民主建设、法和对外交往等进行分章节讨论。诚然，教材的编者有意识地摆脱“以阶级斗争为纲”的“斗争法学”的错误思想，突出强调法的社会职能，加强了对中国社会建设问题的研究。

总体而言，上世纪 80 年代早期的法理学教材依然在强调法律的阶级性，因此有学者指出，“名称的改变并不意味着完全与过去告别。事实上，这一时期的中国的法的一般理论的整体框架依然是苏式的，从内容上看也只是国家与法的理论的‘改良版’，仍然带有浓厚的政治意识形态的色彩。”[66]但是，也可以明显看到，教材编者已经在极力摆脱“阶级斗争法学”的束缚，意识形态色彩逐步让位与较为客观的中立分析，进而为法的社会性的相关论述腾出空间，为后续学者编写具有中国特色、中国风格和中国气派的法理学教材奠基了基础，“《法学基础理论》显然把社会主义法，主要是中国社会主义法作为研究重点，为中国特色社会主义法学的研究提出了基本框架，也为 90 年代末期过渡到法理学体系作了准备。”[67]另外，这个时期的法理学教材是苏联法学理论被抽出“国家理论”部分后所剩下的法学基础理论的紧张拼凑，原因在于“斗争法学”这个贯穿中国法学从 50 年代到 70 年代的基石范畴被削弱后，当时整个法学界对新的法学核心范畴还没有达成共识，法理学教材也因此缺乏一个可以贯穿始终的中心主题。值得一提的是，该时期的法理学教材依旧采用的是苏联法理学教材模式下的分析法理学，这一点并没有因为走出“阶级斗争法学”而改变。不过，此时期为“破旧”与“立新”的阶段，这个阶段中国法理学者的引介对象已经从苏联转向西方，也正是对西方法哲学的研究（特别是近代西方法哲学的研究）为 90 年代中国法理学的蓬勃发展奠定了坚实的基础。[68]

（三）“法理学”时期：1992-2019 年

1.教材名称的国际化

在语源上，“法理学”(jurisprudentia）来自拉丁语，原指“法律的知识”或者“法律中的技术”。“法理学” (jurisprudence) 这一概念最早是由分析法学派创始人边沁（1748-1832)提出

[65] 参见北京大学法律系法学理论教研室编：《法学基础理论》，北京大学出版社 1984 年版。
[66] 雷磊：《法的一般理论及其在中国的发展》，载《中国法学》2020 年第 1 期。
[67] 朱景文：《中国法理学学科体系的变迁和反思——以中国人民大学法理学教材为主线》，载《中国法律评论》2020 年第 1 期。
[68] 参见沈宗灵：《美国政治制度》，商务印书馆 1980 年版；沈宗灵：《现代西方法律哲学研究》，法律出版社 1983 年版；张文显：《当代西方法哲学》，吉林大学出版社 1987 年版；张文显：《当代西方法学思潮》，辽宁人民出版社 1988 年版。

来的，但是直到 1945 年才发现他创作于 1782 年的著作《法理学限定的界限》(The Limits of Jurisprudence Defined)，因而对法理学的学科发展并没有发生多大影响。[69]真正创立法理学学科的是奥斯丁(1775-1817) ，他的代表作《法理学的范围》和由其学生整理的《法理学或实证法哲学讲演集》，使得“法理学”(jurisprudence) 成为国际通行的学术谓称。据《牛津法律大辞典》解释，现代意义上的“法理学”(jurisprudence) 是对法律的一般性研究，着重于考察法律中最普遍、最抽象、最基本的理论问题。[70]换言之，法理学(jurisprudence) 也即是作为一门研究法的一般原理的学科。“在一定意义上，无论是英美法系传统上的法理学(jurisprudence) 还是大陆法系传统上的法哲学(Rcehtsphiloosphie)都是指研究法律的一般理论的学科，但是法理学的法律思维是受分析实证主义或社会实证主义指导的，而法哲学的法律思维是受思辨哲学指导的，是一种‘法思辨’。”[71]此外，据学者考证，中国汉代出现以来“法理”一词内涵不断丰富，囊括了律令条文之基本价值、治国理政之基本原理、司法断案之基本智慧等多重含义。[72]虽然“法理”一词在中国古已有之，但是“法理学”、“法律哲学”作为一个学科的名称和学术系统，是在清末西学东渐，或者说东学 (日本的思想学术) 西渐 (西进中国)的过程中输入中国的。[73]康有为于 1897 年开始引入“法理学”一词，后来身在日本的梁启超在其著作中也多次使用“法理学”一词。法理学界重新使用“法理学”之称以取代“法学基础理论”，张文显教授对这次正名给以了高度评价，认为这不仅仅是名称上的改变，更是法理学学科内容和体系的改变，是法学面向现代化、面向世界、面向未来的重要成果。[74]

进入 20 世纪 90 年代，国际社会形势巨变。在这一历史关头，1992 年春，邓小平同志视察南方，发表了一系列重要讲话，强调坚持党的基本路线，深刻回答了何为社会主义的本质等一系列长期束缚人们思想的重大问题。随着党的十四大的召开，法理学界进一步解放思想，转变观念，从“左”的思想束缚中解脱出来，以更大的政治和理论勇气，进一步开拓进取 ，把法理学研究又推上了一个新的高潮。[75]学界普遍认为，1992 年在武汉大学召开法理学年会后，“法理学” (jurisprudence) 成为法理学者编写法理学教材时普遍使用的名称，其宗旨是为了同国际社会接轨和凸显中国法理学学科的独立性。实际上，在 1990 年沈宗灵教授出版他颇具影响力的《法理学研究》[76]之前，1988 年已经有两本命名为“法理学”的教科书编印出版[77]，其中一本《法理学》教材的主编吴世宦教授写道，“我们认为，采用‘法理学’的名称、内容与体系结构，象宪法学，民法学，刑法学等一样，与国外一致，一方面利于开放和交流，另一方面也利于比较分析。真理与错误相互对立而存在，也只有通过比

[69] 张文显：《法理：法理学对中心主题和法学对共同关注》，载《清华法学》2017 年第 4 期。
[70] 张文显：《法理：法理学对中心主题和法学对共同关注》，载《清华法学》2017 年第 4 期。
[71] 曾皓：《法理学与法哲学的关系》，载《政法学刊》2003 年第 4 期。
[72] 张文显：《法理：法理学对中心主题和法学对共同关注》，载《清华法学》2017 年第 4 期。
[73] 程燎原：《中国近代“法理学 ”、“法律哲学 ”名词考述》，载《现代法学》2008 年第 2 期。
[74] 张文显：《法理：法理学对中心主题和法学对共同关注》，载《清华法学》2017 年第 4 期。
[75] 参见刘雪斌、李拥军、丰霏：《改革开放三十年的中国法理学：1978—2008》，载《法制与社会发展》2008 年第 5 期。
[76] 参见沈宗灵主编：《法理学研究》，上海人民出版社 1990 年版。
[77] 参见吴世宦主编：《法理学教程》，中山大学出版社 1988 年版；万斌编著：《法理学》，浙江大学出版社 1988 年版。

较才能能辨别真伪，以便取长补短。”[78]再往前追溯几年，1983 年法律出版社重新整理出版了李达在 1947 年编写的《法理学大纲》[79]，这本教材与当时中国各大高校通行的法理学教材“法学基础理论”在形式和内容上都存在较大的差异。李达编写的《法理学大纲》可以分两大部分，第一部分主要论述西方法哲学史，这部分内容在当时的主流法理学教材中少有涉及，而主要是以命名为“西方法理学”的专著形式来体现。[80]第二部分主要论述法理论，这是当时通行的法理学教材的主体内容。此外，《法理学大纲》和 1987 年邓正来先生翻译的美国学者博登海默的《法理学——法哲学及其方法》[81]在形式和结构上相去不远，主要是由法哲学史和法的一般理论构成，此类型的教材是历史法理学和分析法理学的混合体，这实际上也是西方法理学教材的典型特征。[82]

虽然“法理学” (jurisprudence)之名的创立得益于实证分析法学派，其主要的含义也是关于法的一般理论的研究，但是，以“法理学” (jurisprudence)命名的英美法系法理学教材和以“法哲学”(Rechtsphilosophie)命名的大陆法系法理学教材的主体内容主要是以法哲学史为基础的法律哲学而不是纯粹的法理论，实证分析法学派的理论在西方法理学教材中往往只占据小部分的内容，因为除了分析法学派的理论之外，还有自然法学派、历史法学派和经济分析法学派等等，这些学派的历史发展脉络、基本理论和最新的研究成果在西方的法理学教材中同样是不可或缺的，而这些内容在中国的法理学教材中几乎是无处可寻。换言之，虽然很多西方法理学者也在研究法的一般理论，但是他们明显意识到法理学教材和法的一般理论的研究成果是两回事。一本法理学教材不可能仅仅是由纯粹的分析法理学构成，法理学教材更不应该是一本类似于奥斯丁《法理学范围》、凯尔森《法与国家的一般理论》和哈特的《法律的概念》等分析法学派的学术专著，而应该从历史的维度出发，以思想史的形式来编写一本法理学教材，这样才不会落入实证分析法学的窠臼。“说到底，教科书就是一部资料集，里面所有的东西都应该看作进一步论证的起因，而不应看作结果的最终陈述。”[83]可以发现，以历史法理学为主导西方的法理学教材和以分析法理学为主导的中国的法理学教材存在着明显的差异，[84]在中国法理学教材中，编者明确指出法理学是指法学的

---

[78] 参见吴世宦主编：《法理学教程》，中山大学出版社 1988 年版，第 1 页。

[79] 参见李达：《法理学大纲》，法律出版社 1983 年版。李氏“文革”受害被抄家，其文稿损失不少。《法理学大纲》上册在粉碎“四人帮”后失而复得，而下册则不知去向，现在所出版的只是该讲义的一部分。

[80] 可参见沈宗灵：《现代西方法律哲学》，法律出版社 1983 年版；沈宗灵：《现代西方法理学》，北京大学出版社 1992 年版。

[81] [美]E.博登海默：《法理学——法哲学及其方法》，邓正来、姬敬国译，华夏出版社 1987 年版。

[82] 此类型教材可参见：[美]E·博登海默：《法理学：法律哲学和法律方法》，邓正来译，中国政法大学 1998 年版；[美]布赖恩·比克斯：《法理学：理论与语境》，邱昭继译，法律出版社 2008 年版；[德]H·科殷著：《法哲学》，林荣远译，华夏出版社 2002 年版。[英]丹尼斯·劳埃德：《法理学》，许章润译，法律出版社 2007 年版；[英]韦恩·莫里森：《法理学：从古希腊都后现代》，李桂林等译，武汉大学出版社 2003 年版；[美]雷蒙德·瓦克斯：《法哲学：价值与事实》，谭宇生译，译林出版社 2013 年版。

[83] [美]罗伯特·C。所罗门、[美]凯瑟琳·M。希金斯、[美]克兰西·马丁：《哲学导论：综合原典教程》，陈高华译，天津人民出版社 2019 年版，序言页。

[84] 笔者比较研究中西法理学教材中关于“法与正义”这个论题的阐述，通过以小见大的方法，研究两种不同类型法理学教材的特点。针对中国法理学教材，笔者选取张文显教授主编的“红皮书”《法理学》（第五版），该版教材中关于“法与正义”是按照如下的方式进行论述的：第一部分，关于正义的释义。首先，正义的含义，其次，正义的种类。第二部分，阐述法对正义的现实作用，教材认为法律对正义有四个方面的促进作用。第三部分，本章内容的小结。针对西方的法理学教材，笔者选取英国学者劳埃德的《法理学》，此版教材中论述“法与正义”是按照如下方式进行的：第一部分，罗尔斯与分配正义，主要介绍罗尔斯的《正义论》。第二部分，诺奇克：赋权的正义，主要介绍了诺奇克的正义理论。

一般理论、基础理论、方法论和法学价值意识形态，[85]多年来，中国法理学教材的构成也是以分析法理学为主导的法的一般理论，主要是因为中国法理学属于移植型的，缺乏西方法理学的历史渊源，中国法理学者难以从法哲学史的维度来编写一本法理学教材。当然，关于法的一般理论的研究是中国现代法学初创和发展阶段必不可少的工作，法的一般理论特有的普遍性对部门法有指导作用，因此，掌握好法的一般理论也是研习部门法理论的基础和前提。但是，作为面向本科生的中国法理学教材其成为法的一般原理研究成果的重要载体却是值得我们反思的。进一步说，虽然中国法理学教材的名称从苏联化的"国家与法的理论"到独立化的"法学基础理论"，再到国际化的"法理学"，但是法理学教材的内容依然是分析法理学主导下的法的一般理论，因此，单纯从法理学教材的角度来看，更名的意义似乎并没有那么大，并且"法理学"之名也引起了一些学术上的争议，所以刘作翔教授甚至主张将法理学学科的名称"退"回到"法的一般理论"。[86]

总而言之，虽然在上世纪 90 年代后中国学者将教材更名为"法理学"，但是我们法理学教材的内容实际上是延续了"法学基础理论"时期的法理论的基本内容，缺乏西方传统法理学教材中法哲学史（法律思想史）的内容作支撑，教材的主体内容是形而下的，法学理论侧重于归纳而不是演绎。因此，虽然我们的法理学教材在名称上进行了国际化，但是教材的内容并没有发生实质性的变化。当然，从另一个角度分析，也可以认为中国并没有盲目照搬西方的法理学教材。

2.教材中心主题的空缺

1994 年国家教委高教司编写的《法理学教学大纲》[87]出版发行，同年，在教育部组织编写、沈宗灵教授担任主编、高等教育出版社出版全国通用的第一部《法理学》教材发行之后[88]，"法理学"正式获得"合法"的地位，名正言顺地进入法学学科体系、课程体系和教材体系。孙国华和徐显明教授也都在同年分别出版他们主编出版的《法理学教程》[89]。

事实上，沈宗灵教授主编的统编教材《法理学》是以《法理学教学大纲》为蓝本编写的，因为这本教材与《法理学教学大纲》的篇章布局相同。与《法学基础理论教学大纲》相比，《法理学教学大纲》确实取得了较大的进步：第一，"社会主义"的修饰语不再挂在每章节的前面，开始突出资本主义的法与社会主义的法也具有普适性的部分，法律现象就是

第三部分，作为权利的正义，主要介绍德沃金对罗尔斯思想的继承和发展。第四部分，女性主义与正义，主要介绍女性主义者爱丽丝·杨的思想。第五部分，关于法律与正义的经济理论。第六部分，校正正义。由此可见，中国法理学教材主要阐述法与正义的一般理论，仅对法与正义进行简要的概念分析，进一步说明了中国法理学教材是以分析法理学为主导。而西方法理学教材主要以法哲学经典作品为支撑，从法哲学发展的脉络、历史的纬度和学派之争的层面对法与正义这个论题进行剖析，因此，西方法理学教材主要以历史法理学为主导。

[85] 张文显主编：《法理学》，高等教育出版社 2011 年版，第 15-18 页。

[86] 在我国法学界不断有争论：有一元论和二元论之争；有大陆法化与英美法化之争；有法学和哲学之争等等。上述争论反映了"法理学"、"法哲学"概念在移入我国本土化过程中所面临的困境和遭遇。既然这样，可以将这些从 20 世纪初由日本传入我国的概念"退"一步，回到其准确的名称上，即"法律的一般理论"。这样的"退"并不是一种妥协或权宜之策，也不是为了避免学术争论，而是这样的名称最能体现和反映这门学科的性质、内容及其内涵。参见刘作翔：《法理学前沿思考 ——兼谈法理学学科性质、特点及功能》，载《中国社会科学院学报》2008 年第 3 期。

[87] 国家教委高教司编：《法理学教学大纲》，高等教育出版社 1994 年。

[88] 沈宗灵主编：《法理学》，高等教育出版社 1994 年版。

[89] 徐显明主编：《法理学教程》，中国政法大学出版社 1994 年版；孙国华主编：《法理学教程》，中国人民大学出版社 1994 年版。

最为重要的代表，其中已经很少出现关于“剥削阶级的法”的提法。第二，“法的社会性”已经取代“法的阶级性”成为法理学教材的主基调，突出强调法与其他社会现象的关系，如法与经济、文化、道德、政策、民主和科学技术等等。第三，法理学教科书不断扩容，吸纳最新的法学基础理论研究成果，比如法与人权、法律方法、西方法理学评述等。

但是，《法理学教学大纲》依然存在一些缺陷。首先，在全文结构安排上，法的一般原理，法与其他社会现象的关系，法的制定，法的实施以及其他，编排的内容显得有些松散，带有机械拼凑的色彩，如果有一个可以贯穿整本教材的主题便会更好。其次，法理学教材中心主题的空缺直接引起的后果是法理学学科的系统性不足，统摄部门法的能力不够，法理论难以落实到法律实践上。再次，此版教材在法的价值和法律方法方面的相关内容相对缺乏，并没有真正摆脱“幼稚法学”的困境。

总体而言，《法理学教学大纲》和《法学基础理论教学大纲》是一脉相承的，无论是从大纲的体例结构上，还是语言风格，并没有取得突破性的进展。再加上以《法理学教学大纲》为基础编写的法理学教材没有一个可以贯穿全文的逻辑主线，机械拼凑的法理学教材“大厦”岌岌可危。

3.教材中心主题的确立：权利义务

上世纪 90 年代以来，法理学教科书编写工作呈现出欣欣向荣的景象，各大高校的法学理论教研室都围绕着《法理学教学大纲》编写出版了“别具一格”的《法理学》教科书。这一时期形成了独具特色的“西南法理学三部曲”。[90]各大政法高校普遍使用自己高校法理学者编写的教材，代表该高校的法理学教学风格，统编的法理学教材也不断涌现，呈现出百花齐放的局面。[91]据统计，1999 年国内就出版了 20 种法理学教材，是新中国成立以来法理学教材年度编印量的高峰。这个阶段最典型的教材是张文显教授组织编写的“红皮书”《法理学》，日后成为高校使用最多，受众面最广的一本法理学教材。该书贯穿始终的主题是“权利义务”。从某种意义上讲，这是很长时间以来有关“法学基础范畴”争论的结果。关于“法学基础范畴”的讨论正式起源于 1988 年 6 月在吉林长春召开的法学基础范畴研讨会，会上确立以“权利与义务”为基础范畴构建中国法学理论体系，随后在法学界兴起对“法以权利为本位”和“法以义务为重”展开了激烈的讨论，[92]最终“法以权利本位”战胜了“法以义务为重”。

---

[90] 参见付子堂主编的《法理学初阶》（2005）、《法理学进阶》（2005）和《法理学高阶》（2008）被誉为“西南法理三部曲”法理学教科书，初阶和进阶主要使用对象是西南政法大学法学专业学生，高阶适用对象是法学理论专业研究生和法律硕士研究生。

[91] 国内主流法理学教材可参见：李龙主编：《法理学》，武汉大学出版社 1996 年版；孙笑侠主编：《法理学》，中国政法大学出版社 1996 年版；卓泽渊主编：《法学导论》，法律出版社 1998 年版；张文显主编：《法理学》，高等教育出版社 1999 年版；孙国华主编：《法理学》，中国人民大学出版社 1999 年版；周永坤：《法理学》，法律出版社 2000 年版；公丕祥主编：《法理学》，复旦大学出版社 2002 年版；卓泽渊主编：《法理学》，法律出版社 2002 年版；葛洪义主编：《法理学》，中国人民大学出版社 2003 年版；孙笑侠主编：《法理学导论》，高等教育出版社 2004 年版；付子堂主编：《法理学初阶》，法律出版社 2005 年版；付子堂主编：《法理学进阶》，法律出版社 2005 年版；舒国滢主编：《法理学》，中国人民大学出版社 2005 年版；舒国滢主编：《法理学导论》，北京大学出版社 2006 年版；高其才主编：《法理学》，清华大学出版社 2007 年版；李其瑞主编：《法理学》，中国政法大学 2007 年版；徐显明主编：《法理学原理》，中国政法大学出版社 2009 年版；马克思主义理论研究和建设工程重点教材编写组：《法理学》，人民出版社、高等教育出版社 2010 年版。

[92] 最初主张“法以权利本位”主张的代表者：郑成良、张文显、张光博、孙笑侠、文正邦等等，代表作品：郑成良：《权利本位说》，载《中国法学》1989 年第 4 期；张文显：《“权利本位”之语义和意义分析——兼论社会主义法是新型的权利本位法》，载 1990 年第 4 期；张光博：《权利义务要论》，吉林大学出版社 1989 年版。孙笑侠：《“权利本位说” 的

张文显教授主编的“红皮书”法理学教材就是在这样的学术背景中产生的。[93]张文显教授主编的“红皮书”法理学教材代表当时国内青年学者编写法理学教科书的最高水平，甚至可以看做是当时法理学教材的集大成者。[94]

“红皮书”《法理学》（1999 年版）[95]有以下特征：第一，教材重新梳理了《法理学教学大纲》杂乱的篇章结构，以“权利义务”为编写法理学教材的逻辑主线或中心主题。教材围绕着“权利义务”划定其他基础范畴，在此基础上确定以“权利为本”的法学理念。第二，该版教材坚持马克思主义理论为指导思想，整体内容已经彻底告别了“斗争法学”的范式。第三，政治色彩和意识形态逐渐消退后，法理学教材的实践性不断加强，法律方法的研究成果不断纳入法理学教材，展示法理学鲜活的生命力。第四，明确中国法理学教材应当以解决中国问题为主要导向，服务于中国社会治理、中国经济发展、中国法学教育等。第五，教材具有高度的体系性，围绕着“权利义务”这一中心主题，教材形成了较为系统的本体论、进化论、运行论、主体论、客体论和价值论，为后续的法理学教材编写工作奠定了坚实的基础。

总体而言，“《法理学》红皮书是中国主流法理学知识体系、理论体系、话语体系的主要载体。”[96]“红皮书”《法理学》为 21 世纪新的法理学教材编写开创了良好的局面。“权利义务”作为法学基础范畴的提出为中国法学发展作出巨大的贡献，作为法学基本范畴的“权利义务”成为 21 世纪初期法理学教材的中心主题，其始终贯穿其他的法学概念。从权利义务出发，可以引出法律关系理论，从法律关系导出法律行为，从法律行为推出法律责任，形成了整体的法律文化，法理学教材中各个法律概念再也不是紧张拼凑在一起。但值得我们注意的是，“红皮书”《法理学》的主体内容还是由法的一般理论构成，只不过该版教材的体系性、结构性和稳定性有了全面的提升，分析法理学的主导地位也随之增强。因此，有学者认为，从 90 年代初开始，中国的语义分析法理学进入一个全新的阶段。[97]随着法的一般理论研究成果日益增长，而且不时被编者吸纳进法理学教材。十几年后，“权利义务”难以承担起统摄整本法理学教材的重任，法理学教材的中心主题再一次呈现空缺结构。

4.教材中心主题的更新：法理中心

基点、方法与理念——兼评 “法本位” 论战三方观点与方法》，载《中国法学》1991 年第 4 期；文正邦等：《法学变革论》，重庆出版社 1989 年版。

[93] 该时期张文显教授的法理学著作可参见：张文显主编：《法学的一般理论》，辽宁出版社 1988 年版；张文显主编：《马克思主义法理学：理论与方法论》，吉林大学出版社 1993 年版；张文显：《法学基本范畴研究》，中国政法大学出版社 1993 年版；张文显主编：《法理学》，法律出版社 1997 年版；张文显主编：《法理学》，高等教育出版社 1999 年版。

[94] 张文显主编：《法理学》，高等教育出版社、北京大学出版社 1999 年版，本书是教育部高等教育面向 21 世纪教学内容和课程体系改革计划”的研究成果。参编者：张文显、李龙、周旺生、郑成良、徐显明、葛洪义、公丕祥、高其才、刘作翔、宋方青、舒国滢、孙莉、孙笑侠、姚建宗、周永坤、卓泽渊。

[95] 张文显《法理学》（1999 年版）共六编三十七章，第一编讲法学导论，包括：法学研究与法学教育、法学的历史、法学的体系、法学的研究方法；第二编讲法的本体，包括：法的概念、法的形式与效力、法的要素、法律体系、权利和义务、法律行为、法律关系、法律责任；第三编讲法的起源和发展，包括：法的起源、法的历史类型、法律发展、法制现代化、法治与法治国家；第四编讲法的作用和价值，包括：法的作用、法的价值、法与利益、法与秩序、法与自由、法与效率、法与正义。第五编讲法的运行，包括：法的运行释义、立法、守法、执法、司法、法制监督、法律解释与法律推理、法律程序；第六编讲法与社会，包括：法与文化、法与科技和教育、法与政治、法与经济、法与社会可持续发展。

[96] 张文显、郑成良、徐显明：《中国法理学三剑客学术访谈录》，载《清华法学》2017 年第 3 期。

[97] 童之伟：《中国实践法理学的话语体系构想》，载《法律科学》2019 年第 4 期。

从1999年张文显教授的“红皮书”《法理学》到2018年“红皮书”第五版《法理学》教材出版之前的近20年时间里，我国曾出版了近500种法理学教材，有学者将这些教材划分为三种类型：以案说理型、学术探索型和考试导向型。[98]实际上，教材的主体内容大同小异，基本上停留在“法学基础理论”阶段，即是以法的一般理论为核心，并没有真正进入法哲学的领域。张文显教授发表《法理：法理学的中心主题和法学的共同关注》一文，对上述问题进行了充分回应，并重申一个引领中国法学走向新阶梯的法学范畴：“法理”。

不可否认，对于法理学研究者而言，“法理”其作为新的研究范式具有重大历史意义，也是构建中国法律图景的重要尝试。张文显教授对这一次新的法理学研究范式的评价是：“如果说20世纪80年代初‘法学基础理论’取代‘国家与法的理论’是确立法学理论学科地位的重大变革，20世纪90年代初‘法理学’取代‘法学基础理论’是法理学在中国法学体系和哲学社会科学体系中赢得合法性学科地位的历史性突破。那么，在21世纪初期确立‘法理’为法理学的中心主题、以‘法理’为主线建构法理学体系，将是我国法理学的一次转型升级。”[99]张文显教授于2018年主编出版“红皮书”系列《法理学》教材，这是1999年以来的第五次修订，其内容简介部分明确提到，“本教材第五版充分体现了习近平新时代中国特色社会主义思想和中共十八大以来中国特色社会主义法治理论和法学理论创新成果；广泛吸收了第四版出版以来国内外法理学研究和教学的最新成果；认真探索了法理学本质属性的回归，坚持以‘法理’为中心主题，使法理元素贯穿教材始终；进一步厘清了法理学与部门法学的学术分工，最大度地避免与部门法学之间的内容重复；改进了编写体例、写作风格、编辑规范。”[100]那么，第五版教材能否真正摆脱教材体系性桎梏，开创出一套新的法理学教材体系呢？

仔细研读“红皮书”《法理学》（第五版）[101]教材，可以发现有以下四个特征：第一，确立以“法理”为法理学的中心主题和研究对象。新版教材的编写以“法理”作为贯穿全书，行文中可以看出主编以“法理中心”和“权利本位”搭建起教材的框架，讲好“法理”，强调“法理”，提升“法理”在法理学教材的主体地位，所谓的“法理”是指法律之理、法治之理、法学之理。[102]第二，坚持马克思主义的指导地位，系统阐述了马克思主义法理学及其中国化的进程。

---

[98] 第一，以案说理型的教材可参见：刘星：《法理学导论》，法律出版社2005年版；朱力宇主编：《案例法理学原理与案例教程》，中国人民大学出版社2007年版；舒国滢主编《法理学阶梯》，清华大学出版社2006年版；第二，学术探索型的教材可参见：刘金国、蒋立山主编：《新编法理学》，中国政法大学出版社2006年版；姚建宗主编：《法理学》，科学出版社2010年版；鲍禄、蒋立山主编：《法理学讨论教学教程》，对外经济贸易大学出版社2006年版；第三，考试导向型的教材可参见：王启富主编：《法理学》，中国政法大学出版社2007年版；郑成良主编：《法理学》，清华大学出版社2008年版；孙笑侠主编：《法理学》，清华大学出版社2008年版。参见郭忠：《中国法理学教材发展的阶段和趋势——基于1950年到2010年教材出版情况和内容的分析》，载《甘肃政法学院学报》2012年总第4期。

[99] 张文显：《法理:法理学的中心主题和法学的共同关注》，载《清华法学》2017年第4期。

[100] 张文显主编：《法理学》（第五版），高等教育出版社2018年版。

[101] 《法理学》（第五版）共六编二十六节，第一编讲法理学导论，主要包括：法学，法理学的性质与对象，马克思主义法理学的产生与发展。第二编讲法理学基本概念，主要包括：法、法律，法的渊源、分类和效力，法律体系，法的要素，权利和义务，法律行为，法律关系，法律责任。第三编讲法的起源和发展，主要包括：法的历史，法律演进，全球化和世界法律发展。第四编讲法的运行，主要包括：法的制定，法的实施，法律程序，法律职业，法律方法。第五编讲法的价值，主要包括：法的价值的概述，法的基本价值，法与人权。第六编讲法治与法治中国，主要包括：法治原理，法治与经济和科技，法治与社会发展，全面依法治国、建设法治中国。

[102] 张文显主编：《法理学》（第五版），高等教育出版社2018年版，第28页。

新版教材用很大的篇幅论述了当代中国马克思主义法理学的新飞跃，深刻阐明了马克思主义法理学中国化的历史进程及其重大理论成果是对马克思主义法理学的创新和发展，充分阐明了“马克思的整个世界观不是教义，而是方法。它提供的不是现成的教条，而是进一步研究的出发点和供这种研究使用的方法。”[103]第三，第五版教材全面整合了中西方法理学教材的优势，具有更强的时代性、专业性和包容性。教材的编者在深入调研的基础上，不仅吸纳了国内主流教材的内容和特色，而且在逻辑和内容上也汲取了西方法理学教材的精华。第四，新版教材在真正意义上凸显了“中国”命题。“法理”一词是中国文化的产物，新版教材“法理学”之名从“法之理学”到“法理之学”，是一次以学生需求为导向、以教学为中心的新尝试，是教材的编者对中国问题、中国意识和中国理论的关切，充分凸显了“中国”命题，是构建中国哲学社会科学话语体系的伟大实践。教材注重历史与现实的统一，在坚持马克思主义的立场上，在彰显时代性、民族性、原创性、系统性和专业性的同时，实现了中西方和马克思主义三元理论的高度融合。法理学新版教材最可贵之处在于，它不是照抄照搬，不是毫无选择的移植，而是对新时代中国法治实践经验的全面总结，使得中国法理学体系更加科学化、系统化、成熟化。[104]

习近平总书记强调，“要按照立足中国、借鉴国外，挖掘历史、把握当代，关怀人类、面向未来的思路，着力构建中国特色哲学社会科学，在指导思想、学科体系、学术体系、话语体系等方面充分体现中国特色、中国风格、中国气派。”[105]诚然，伴随着当今中国法治实践的展开过程，我们的法学学科将摆脱长期以来的学徒状态，法理学教材也开始获得它的自我主张。“法理中心”作为法理学教材的逻辑主线是我国法理学者历经 70 年艰难探索后的重大创举，充分彰显了新时代中国哲学社会科学的伟大使命。

新版法理学教材以“法理”为中心重新调整了教材的体例和逻辑，使得教材的体系性和结构性达到了空前的高度。但是，新版法理学教材的基本框架没有变，亦如朱景文教授所言，“改革开放以来的教材，包括《国家与法的理论》《法学基础理论》《法理学》，基本上都是采取这种形式，尽管名称有变化，但是基本框架大体没变，不同法理学教材之间的差别只是把某一内容放在这里还是那里的问题，或者同样或类似的内容用不同概念或范畴表现出来的问题。”[106]法理学教材要充分展现出法哲学的思辨性和凸显深厚的人本主义精神，还需要对内容作出更多的实质性变革。因此，“红皮书”《法理学》还有继续完善的空间。有学者深刻指出，“值得注意的是，时下国内各高校的法理学教科书往往不是‘一人千面’而是‘千人一面’。据说，我们的一些法科生，倘若不应付考试，是不看法理学教材的。有些非法科学生，每每想靠读法理学教材来增长自己的法学知识，结果却总是在上当。”[107]诸如此类的论断值得法理学界深深反思。

---

[103] 《马克思恩格斯选集》(第 4 卷)，人民出版社 2012 年版，第 664 页。

[104] 郭晔：《兼容并蓄 打开法理学学问新境界——评第五版〈法理学〉教材》，载《当代法学》2018 年第 4 期。

[105] 习近平：《加快构建中国特色哲学社会科学》(2016 年 5 月 17 日)，载《习近平谈治国理政》第二卷，外文出版社 2017 年版，第 338 页。

[106] 朱景文：《中国法理学学科体系的变迁和反思——以中国人民大学法理学教材为主线》，载《中国法律评论》2020 年第 1 期。

[107] 夏勇主编：《法理讲义：关于法律的道理与学问》(上册)，北京大学出版社 2010 年版，第 10 页。

（四）法理学教材“分阶段”改革

1.法理学教材“分阶段”改革的缘由

中国法理学教材在70年中经历了多次的改革，但还不尽如人意。法理学教材的突出特点是体系过于庞大，学生用一个学期的时间难以消化一整本书。这也是“一本通”统编教材难以克服的缺陷。其实，在上世纪90年代末还有一场别具一格的法理学教材改革，在今天看来也是法理学教材在70年的发展历程中所进行的一场最为重要的改革，因此需要对这场改革进行一次系统的回顾和梳理，为中国法理学教材进一步改革铺平道路。这场改革的意义在于直接打破了传统统编教材的体例，将本科阶段“一本通”的法理学教材拆分成两本法理学教材，比如西南政法大学现行的本科阶段法理学教材为《法理学初阶》和《法理学进阶》，中国政法大学法理学本科教材《法理学导论》和《法理学原理》等等，因此这场改革也叫法理学教材“分阶段”改革。其改革的缘由有以下几点：其一，中国分析法理学以法学基础理论（法的一般理论）为法理学主要的研究对象，是世界分析法学派的重要分支，但如同前面所提到的，法理学教材的编者并没有意识到“法的一般理论”的研究成果是一回事，而作为一本面向本科生的法理学教材是另外一回事。教材的编者不断将“法的一般原理”的最新研究成果直接转化为法理学教材的内容，[108]这在无形中使得中国法理学教材呈现出不堪重负的局面，法理学教材采用“分阶段”模式也主要是因此而来。其二，在上世纪80年代末和90年代初有部分学者将教材命名为“法理学”在一定程度上扰乱了旧有的“法学基础理论”时期的教学秩序，一时间让很多法学教师难以适应，因为“法理学”和“法学基础理论”在很多学者看来其属于不同知识层次。法理学教材名称的变化迫使一线教学人员不得不去作出相应的教学调整以及对法理学教材进行改革，将法学基础理论知识进行不同程度区分，以此形成不同理论层次和面向不同人群的法理学教材体系。其三，法理学教学人员一直面临着一个困境，即《法理学》这门课程不知道在那个年级开设比较合适。如果在大一开设，这个历来“高深莫测”的《法理学》让新生短时间内难以接受，学生容易产生抵触心理，可能会觉得法理学是一门“屠龙之术”。然而，现实的问题是，中国法学教育是从本科阶段开始的，这明显区别于美国的后本科的法学教育，这也意味着中国法学生入学前的知识体系主要来自于高中教育，法学基础知识几乎为零，也没有其他专业背景做基础，如果将《法理学》这门基础课程放在大学三年级来开设，法学新生面对着一个如此庞大的法学体系，又会产生一个如何引导他们登堂入室的问题。在学生对法学基本概念一无所知的情况下，难以学好民法学、刑法学、行政法学等各个法学学科。因此，亟需有一本作为入门版的法学基础理论教材带领学生去认识贯穿在所有部门法中的法学基本概念。

[108] 20世纪90年代以来，中国法理学界所讨论的主题是广泛而深入的，其中包括市场经济与法制的关系、法制现代化的实现、法理学自身的变革和创新、现代法的精神、市场经济的法律体系、法的价值、人权与法治、法治构成要件、法制与法治的区别、人治与法治的对立、法治国家的基本要求和标准、依法治国与市场经济、法治的模式和道路、法治理念、科学立法、行政执法、司法改革、区域法治建设、法治与和谐社会、法治评估、如何处理法治与党的领导的关系、法治与改革的关系、法治与德治的关系、国法与党规的关系、中国的法治道路、法治体系构建、司法体制改革、法治人才培养等重大问题。我们可以发现以上这些“法的一般理论” 重大问题的研究成果最终似乎无一例外都被纳入到了法理学的统编教材的之中，90年代末期的法理学教材基本上就已经处于超负荷的状态。这个也是后来导致将法理学教材进行一分为二的主要原因。参见舒国滢：《新中国法理学的七十年：变化与成长》，载《现代法学》2019年第5期。

2.法理学教材“分阶段”改革的实践

法理学教材“分阶段”改革最初在西南政法大学开始探索，前前后后已经过了 20 余年时间。1998 年，卓泽渊教授出版其主编的入门版的法学基础理论教科书，并命名为《法学导论》[109]，同年出版《法理学》教材。《法学导论》是从宏观上论述法和法学基本概念、基本问题，对法或法律的学习和研究具有引导和指导意义的法学入门课程。其内容包括法和法律上下两篇，是法科生学习部门法之前的基础，而加强版的《法理学》在《法学导论》的基础上进行了法学基础理论的扩充。法理学教材改革的目的是为了配套法理学教学的改革，西南政法大学从 1998 年起在大学一年级开设初阶版的《法学导论》，三年级开设《法理学》，这标志着新中国法理学教材“分阶段”模式初步确立，此后该模式迅速被各大高校借鉴，一直沿用到今天。[110]

从教材编写的逻辑来看，卓泽渊教授的《法学导论》在知识层次上相当于上世纪 80 年代的《法学基础理论》，而《法理学》教材应当在性质上区别于上世纪 80 年代的《法学基础理论》，在教材的风格、内容和体例上更应当有所不同，但是卓泽渊教授的《法理学》依旧是《法学基础理论》的扩展版，纯粹的法理论所构成的加强版《法理学》教材并没有上升到西方法理学（法哲学）教材的高度。因此，将卓泽渊教授主编的《法学导论》与《法理学》两本书合编起来，也可以形成一本与张文显教授主编的“红皮书”《法理学》结构相一致的教材。因此，这样的拆分还有继续完善的空间。不可否认的是，卓泽渊教授为法理教材“分阶段”改革奠基了坚实的基础，为后期继续深化改革开创了良好的局面。目前，法理学教材采用“分阶段”改革在实践中持续进行探索的是“西南法理学教材三部曲”：《法理学初阶》、《法理学进阶》和《法理学高阶》。《法理学初阶》分为三编：法学基本知识、法律基本知识和法治基本知识。《法理学进阶》分为四编：法律的本体论、法律的价值论、法律方法论和法律社会论。《法理学初阶》解决的是规范和知识问题，《法理学进阶》解决的是价值和事实问题。在《法理学进阶》中，设有西方法哲学史的独立篇章，在坚持马克思主义的指导地位的前提下，最大程度上糅合了西方法哲学理论，同上世纪 80 年代的《法学基础理论》教材有一定的区别，但还需要进一步增强教材内容的思辨性。《法理学高阶》用较大篇幅阐述西方法哲学史，主要用于研究生教学。

3.法理学教材“分阶段”改革的评价

有学者对教材“分阶段”改革给予较高的评价，认为此改革是我国法理学界自十一届三

---

[109] 卓泽渊主编：《法学导论》，法律出版社 1998 年版。卓泽渊教授在 1998 初版的前言写到“这本《法学导论》与即将编写的《法理学》是我们对原有的《法学基础理论》进行改革的结果。与这本书类似的《法学绪论》（中国台湾地区的法理学入门教科书），祖国大陆法学届多年未予涉足。至于本书这种体例的《法学导论》在中国法学上尚属首创。”1998 年 8 月由卓泽渊教授主编的《法理学》出版，意味着《法学导论》和《法理学》分级教学模式开始进入本科教育实践环节，并获得 2001 年重庆市教学改革成果一等奖。

[110] 截止 2019 年 12 月 31 日，笔者对“五院四系”的本科教育人才培养方案进行统计发现，目前“五院四系”大部分都采用这样模式，中南财经政法大学和北京大学没有实行“分阶段”模式，仅在一个学期开设《法理学》，但中南财经政法大学在非法学专业开设一门《法学通论》作为通识必修课。中国政法大学从 2005 年起在本科课程第一学期开设《法理学导论》和第六学期开设《法理学原理》；西南政法大学第一学期开设《法理学初阶》和第六学期开设《法理学进阶》；西北政法大学在第一学期开设《法学导论》和三年级开设《法理学本论》；华东政法大学开设《法律基础》和《法理学》；中国人民大学法学院开设《法学导论》和《法理学》（法哲学和法社会学）；武汉大学开设《法理学》（上）和《法理学》（下）；吉林大学在第一学年分别开设《法理学》（上）和《法理学》（下）。

中全会以来在教学与教材领域最为大胆的改革之一。[111]也有学者从培养法律思维的角度对法理学教材“分阶段”改革给以支持，“培养法律思维是法学教育的主要目标，而目前多数高校的《法理学》课程仅仅在大一开设，这种设置方式存在着很多局限与不足。分级设置的教学改革则可以针对不同年级学生的不同情况讲授相应内容，循序渐进地培养其法律思维。”[112]

实际上，法理学教材的改革是法理学者对法理学教学过程中存在问题所做的反思，但是如何安排好教材的“分阶段”改革和课程改革则是一个科学的问题，终其目的还是要构建一个系统而完整的法理学学科体系，培养学生的法治素养和提升法律人的思维，借助分阶段体系的改革模式，打造独具特色的法理学教学体系和培养方案，比如大学一年级的教材重在为学生构建一个完整的法学基础理论知识体系，而大学三年级的法理学教材重在培养学生的法律思维和人文精神。从这两个层面出发，教材的内容则应该有层次上的区别。目前在实践中，中国人民大学法学本科一年级开设《法学导论》，而在大学三年级开设一门《法理学》（法哲学和法社会学）的课程，这样的“分阶段”教学和“分阶段”教材改革具有重要的意义。我国的法理学教学与教材的改革必须从对法理学教学任务和教学目的反思开始，才能实现法理学向自我的学术化回归。

遗憾的是，目前中国大多数高校的法理学教科书的“分阶段”改革还处在初级阶段。大部分教材的拆分仅仅是因为用一本教材难以承载繁杂的法理论，而不得不将其拆分成两本法理学教材，以此来缓解法理学研究成果和法理学教材之间的张力。“法理学课程的分级设置既有重要的教学意义，也有其固有的局限性。法学教育不能奢望仅仅通过这种单一课程的改革就完全实现培养法律思维的教学目标，但是，我们可以通过对其进行准确定位而使其发挥恰当的作用。”[113]法理学教材的“分阶段”改革是 20 多年前中国法理学教材编者的创举。然而，法理学各个领域（法哲学、法社会学和法律方法论等）在这 20 年中取得较为丰硕的成果，这些重要的学科领域在“分阶段”的教材中应该有明确的定位。

三、对新中国法理学教材演进的反思

中国法理学教材是中国法理学成长的一面镜子，从前面的论述中我们见证了中国法理学教材在 70 年间从创建、衰退、恢复发展到繁荣壮大的历程，可以看到新中国几代法理学者所历经的“披荆斩棘”、“筚路蓝缕”之艰。70 年来，中国法理学教材名称历经三次大变动，中国法理学的中心主题也经过了三次“大换血”。为了顺应法理学教学改革，各大高校采用了“分阶段”的法理学教材模式。在回顾中国法理学教材发展的这段曲折历史后，本文试图总结 70 年来中国法理学教材典型特征并反思其存在的不足。

（一）新中国法理学教材的典型特征

[111] 葛洪义：《论法理学教学与教材的改——从“一分为二”谈起》，载《法商研究》1999 年第 6 期。

[112] 孙光宁、李莉：《<法理学>课程分级设置的价值与局限——以培养法律思维为目标》，载《安徽警官职业学院学报》2013 年第 2 期。

[113] 孙光宁、李莉：《<法理学>课程分级设置的价值与局限——以培养法律思维为目标》，载《安徽警官职业学院学报》2013 年第 2 期。

第一，中国法理学教材具有鲜明的时代特色，与中国法治实践进程休戚相关。新中国成立初期从苏联移植的法理学教材，教材中具有浓厚“阶级斗争法学”的气息。在 20 世纪 70 年代末、80 年代初出版的《国家与法的理论》和《法学基础理论》中，可以明显看出党的十一届三中全会关于党的工作重心从“以阶级斗争为纲”到“以经济建设为中心”的转移。在上世纪 90 年代出版的《法理学》统编教材中普遍写到，“根据党的十四大精神，紧密结合我国改革开放的实际，系统阐明法理学的基本原理。”在张文显教授主编的“红皮书”《法理学》（第五版）中明确写到，“本教材第五版充分体现了习近平新时代中国特色社会主义思想和中共十八大以来中国特色社会主义法治理论和法学理论创新成果。”中国法理学教材不断再版的原因，主要是要跟上时代的步伐，围绕着党和国家的法治实践对教材进行修订，具有明显的时代特征，充分记录了新中国 70 年的法治实践历程。这一点在马克思主义理论研究和建设工程重点教材之《法理学》教材（以下简称《法理学》“马工程”教材）中也有所体现，此版教材用了很大的篇幅来阐述中国社会主义法治成就。[114]究其原因，主要是我国的法理学教材不仅仅是在传授法学基础知识，更重要的要引导学生树立正确思想观念，法理学确实是一个关涉意识形态的学科，这是毋庸置疑的，西方法理学教材同样也是西方意识形态的重要载体。

第二，法理学教材的体系性较强，稳定性好，但也容易导致教材出现形式雷同、内容千篇一律，无力应对中国社会中的现实问题，呈现出法学理论与法律实践脱节的局面。这一点也是部门法学者诟病最多的地方。法理学的使命还是落实到指导法律实践上，但是现行的法理学教材与中国的法律实践严重脱节。很多法理学教材的编者把法理学教材视为部门法的总纲，强调法理学要做到指导所有部门法律的运行。然而，这些陈旧的基础知识对日益精细的部门法缺乏指导能力。譬如民法学者想要研究法律关系，他们从没有想过在法理学领域寻找理论依据，虽然法理学者自认为法律关系在法理学领域研究已经颇为成熟。刑法学者想要研究刑法中的法律解释，也很少诉求于法理学中的法律解释的相关内容。长此以往，在中国部门法学者的观念中法理学可有可无。为了解决这个较为突出的问题，在《法理学》“马工程”教材中用了 7 个章节来阐述中国社会主义法与实现社会的问题，充分体现中国社会主义法的特色，其出发点和落脚点是为了使学生树立正确的价值观以及更好地运用法律思维、法治思维和法理思维来解决现实中的社会问题，这一点非常值得肯定。

第三，教材是分析法理学研究成果的重要载体，侧重于语义分析、概念分析和纯粹的理论叙述，概念理论浮于表面且有较强的学科封闭性。从移植苏联法理学教材开始，中国法理学教材一直作为中国分析法理学研究成果的重要载体，翻开中国学者编写的法理学教材几乎都可以发现教材的内容带有明显分析法理学的印痕。此类型的法理学教材如同一本内容简洁、条理分明的法理学教学大纲和考试大纲。实际上，“语义分析的主要对象，无外乎法学的基本概念和制定法、裁判文书中的名词术语或语句。但是，任何概念和名称术语

[114] 马克思主义理论研究和建设工程重点教材《法理学》编写组：《法理学》，人民出版社、高等教育出版社 2010 年版，第 188-360 页。

的内容和指代范围，都属于主观世界的东西。”[115]以概念或名词术语和论点等为研究对象，必然产生隔靴搔痒和脱离法律生活现状的弊病，并且实证分析法学主张将道德哲学、政治哲学、伦理学排除到法的门外，重视研究法律规则或者法律规范，法理学教材受其影响，也将法律视为一种独立的社会调控机制，区别于道德、习俗、宗教和伦理。

第四，法理学教材中法哲学史（法律思想史）的内容长期处于缺席或半缺席的状态。在中国传统的法学本科教育体系中，将法律思想史和法理论相分离，形成了中国法律思想史、西方法律思想史、马克思主义法律思想史和法理学四门课程，在中国主流法理学教材中法律思想的内容少有涉及。然而，法律思想史作为一门独立的学科（包括马克思主义法律思想史）并不是中国法学本科教育的核心课程，这意味着很多法学本科生根本没有机会接触到法律思想史的内容。“这种划分是重视法律思想史的教学与研究，却无意中割裂了两者之间的理论传承关系。法理学研究的是当代的法观念，法律思想史研究的是过去的法观念，是法理学的史。学习、研究法理学离不开学习和研究法律思想史。”[116]德国著名法学家考夫曼曾强调，所有的法律理论是以经验为基础构建起来的，而经验可以从案例中习得，但是哲学的案例只能在哲学史中寻觅。[117]从法理学视角来分析法律问题，无非是在法律事实、法律价值和法律规范之间进行，而事实、价值和规范的哲学基础则蕴含在社会法学派、自然法学派和分析法学派的思想中，法律人的思维也由此而来。因此，离开法哲学史谈论法理学，没有理论渊源的法理学，可以说是无本之木、无水之源。亦如周旺生教授指出，“如果法理学的研习者未能熟谙法理学是渊源于何种资源、进路和动因的，他们对于法理学的研究和学习，充其量就只能是舀到法理学之水，未能尽溯法理学之源，因而只能是表层的、浮光掠影的、雾里看花的。”[118]没有法律思想史的基础就不可能对法理学展开更全面和深入的理论构建，无法塑造现代法律人的人本主义精神，更不可能回应现实的法律实践问题。中国法理学教材从照搬苏联教材开始，法律思想史部分的内容在教材中一直属于缺席或半缺席的状态。不过，近年有些法理学者逐渐意识到，将法理学和法律思想史完全割裂开的做法不太妥当。所以，朱景文教授在其主编的法理学教材中专辟三大章内容来介绍法律思想史，分别是中国古代法律思想史、西方法律思想史、中国特色社会主义法治实践和发展历程。很明显，朱景文教授已经深刻意识到法律思想史在法理学学科的重要性，但受制于法理学教材固有的传统和教材篇幅，所以没有做过多的论述，因此还是和西方传统的法理学教材存在较大的差距。[119]更值得我们关注的是，在《法理学》“马工程”教材前前后后大概用了 50 页的篇幅来介绍马克思主义法律思想和中国古代法律思想史，这在一定程度意味着在法理学教材中法律思想史的回归。[120]不过，遗憾的是缺少对西方法律思想史的

---

[115] 童之伟：《中国实践法理学的话语体系构想》，载《法律科学》2019 年第 4 期。

[116] 江雪松：《法理学教材的本土化探索——评“马克思主义理论研究和建设工程重点教材<法理学>”》，载《河南教育学院学报》2014 年第 5 期。

[117] [德]考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，法律出版社 2003 年版，第 28 页。

[118] 参见周旺生：“《庞德法理学为我们提供了什么？——写在法律版庞式五卷本《法理学》晤面中国学人之际》”，[美]罗斯科·庞德：《法理学》（第四卷），王保民、王玉译，法律出版社 2007 年版。

[119] 参见朱景文主编：《法理学》，中国人民大学出版社 2015 年版。

[120] 马克思主义理论研究和建设工程重点教材编写组：《法理学》，人民出版社、高等教育出版社 2010 年版，第 188-360

阐述，思想史在法理学教材中的分量还是有待提升。

（二）法理学教材与教学目标尚有一定距离

有学者总结道，“法理学本科教学主要有三个方面的任务: 一是知识传承，即讲授法理学的经典知识，使学生吸收真正的知识营养; 二是思维培养，即通过教学使学生形成一种真正的法律人思维; 三是立场引导，即使学生确立一种个体关怀的现代法律人立场。”[121]换言之，法理学教学应该有三大目标：知识传承、思维培养和塑造人文精神。然而，从前面的论述中可以发现，目前中国法理学教科书主要是由纯粹的法理论构成，既缺乏法哲学的抽象理性，也缺乏法律社会学的现实意义。诚然，现行的法理学教材在知识传承层面做得比较到位，但却忽视了两个更为重要的层次，即对法律人思维和人文精神的培养重视不够。然而，在信息时代，法理学教学必须超越知识传承，更加注重培养学生的法律思维和塑造法科生的人文精神。这是时代的必然。

1.法理学教材应当更加重视对法律人思维的培养

培养法律人的思维是法理学教学的重要目标。“学好法理学，重要的不是读多少经典著作，懂得多少概念术语，而是训练严格的法学思维方式。”[122]张文显教授也曾撰文指出法理学教学中出现如下问题，“教学内容与法律实践脱节，教学侧重概念和原理，进行空洞的政治说教和理论教条灌输，而忽视了学生理论思维能力和法理分析能力的培养，导致法理学丧失其理论的感染力、影响力和说服力。”[123]之所以强调法理学教材注重对法律人思维的培养，其目的还是为了法理学与部门法的沟通，换言之，中国法理学要走向实践其重要路径之一就是培养法律人的思维。朱苏力教授曾发文质疑“法律人思维”在中国法律实践中是否存在，[124]孙笑侠教授的回应是，“法律人不能拘泥于法律规则和概念逻辑，面对呆板的法律和鲜活的生活，不能刻板地不作结果主义考量。但进行社会后果考量时，不能夸大‘超越法律’的功能和意义，不能以英美法系的特有方法遮蔽和否定成文法系法教义学方法中原本已然存在的‘超越法律’的功能，更不应否定法教义学上法律人特有的思维方法。”[125]其实，法律人的思维从宏观层面上可以概括为法律思维、法治思维和法理思维。[126]在微观层面上，法律思维可以包括逻辑思维、程序思维、证据思维、权利思维和正义思维等等。法理学对法律人精神的培养和公民政治品格的塑造具有重要的作用，美国前总统尼克松（1913-1994）曾不无感慨地表述到：“回顾我自己在法学院（北卡罗来纳州达勒姆的杜克大学）的岁月，从准备参加政治生活的观点看，我所选修的最有价值的一门课程就是朗·富勒博士讲授的法理学即法律哲学。……这不是一门要考学位的必修课。但是在我看来，对于任何一个有志于从事公众生活的法律系学生来说，它是一门基础课。因为从事公职的人不仅必须知道法

页。

[121] 陆幸福：《知识传承、思维培养与立场引导——法理学本科教学的三个维度》，载《法制与社会发展》2012 年第 4 期。

[122] 夏勇主编：《法理讲义：关于法律的道理与学问》（上），北京大学出版社 2010 年版，第 3 页。

[123] 张文显、黄文艺：《高校法学理论教学存在的问题与改革思路》，载《中国大学教学》2004 年第 1 期。

[124] 苏力：《法律人思维？》，载《北大法律评论》2013 年第 2 辑。

[125] 孙笑侠：《法律人思维的二元论——兼与苏力商榷》，载《中外法学》2013 年第 6 期。

[126] 张文显主编：《法理学》，高等教育出版社 2018 年版，第 38 页。

律，他还必须知道它是怎样成为这样的法律以及为什么是这样的法理的缘由。”[127]这或许就是法理学学科存在的现实意义，在这一维度上是超越部门法的。

现行的法理学教材与培养法律人思维的教学目标尚有一定的距离。“目前我国法理学教材在知识传授、思维训练以及教学的可接受性等方面都面临着的困境，这一困难的根源在于我国法理学教材定位的不合理以及在知识体系上的陈旧和落后。”[128]第一，分析法理学教材注重知识传承而忽视对法律人思维的培养，无力应对中国法律实践。虽然分析法理学教材中的法理论部分在不断更新，但是教材中大部分的知识还是停留在 90 年代的样态。中国法理学教材自身定位长期处于传承知识的层次，导致学生将法理学教材当成是记忆和背诵的考试大纲，正如美国法理学新星布赖恩·比斯克(Brian Bix）在其编写的法理学教材中提到这样一段令人深思的话，“写作这本书的部分目的在于反对一种流行的倾向，把法理学仅仅看作是一种机械记忆的训练。对于那些学习法理学的学生，特别是对于那些知识背景主要是法律而不是哲学的学生来说，这种想法是很有诱惑力的。他们把法理学领域中的那些重要著作与白纸黑字、僵化教条等而视之，也就是说，他们认为只需要牢记这些观点、立场、论据，能够应付期末的考试就万事大吉了。”[129]这段话实际上也是中国大部分法科生的心声，多年来，部门法学者诟病我们法理学无法指引法科生走向法律实践，其主要原因是法理学教材不重视对学生法律思维的培养。第二，教材并没有处理好法理论的研究成果与法理学教材之间的转化关系，无形中挤压了学生的思辨空间。法理学教材与法理学教学是环环相扣的，但是中国法理学教材与培养法律人思维的法理学教学目标长期处于脱节、背离的状态。法理学教材是一回事，法理学教学又是另一回事。法学生往往只能从个别教师别具一格的课堂风采中领略些许法律思想的光辉，这实在是令人扼腕。70 年来，教材的编者过度追求法理学教材的体系性、稳定性和结构性，试图构建一个内在自洽的逻辑体系。特别是上世纪 90 年代以来，法理学教材中法理论知识体系不断膨胀，法的一般理论研究成果不断纳入教材，教材像滚雪球一般越来越厚，体系越来越繁复，由此导致的后果是挤压了法科生的思辨空间，对法律人的人文精神的塑造也无暇顾及。法理学教材不应该成为法理学者理论研究成果的载体，法理学教材的出发点和落脚点应当是提高学生的法律思维和塑造学生的人文精神，纯粹的法学理论知识和僵化的教条给学生造成了无形的压力，这在很大程度上是由于学者对法理学的期待转化为对中国法理学教材的期待。第三，法理学教材不应该沦为各式各样法理学考试的奴仆，相反，教材应该成为锻炼学生法律思维的利器。对于很多法科生而言，如无考试的必要，就不会打开法理学教材。实际上，法理学教材更应该起到思想启蒙作用，让学生形成苏格拉底式的自省，而不是成为操练学生记忆力的考试大纲，法理学也不应该成为一门仅靠背诵的学科。法理学教材作为培养法律人思维的重要载体，面向多元化的信息时代，交叉学科和新兴学科不断涌现，知识更新换代的速

[127]［美］尼克松：《第六次危机》，第 6 章。转引自张文显：《法理：法理学的中心主题和法学的共同关注》，载《清华法学》2017 年第 4 期。

[128] 朱振：《法理学教材的体系变革与理想定位——以中西法理学教材的比较分析为基础》，载《法学教育研究》2017 年第 3 期。

[129] ［美］布赖恩・比克斯：《法理学：理论与语境》，邱昭继译，法律出版社 2008 年版，第 3 页。

度前所未有，法理学教材的改革势在必行。法理学教育注重对法律人思维的培养属于工具性价值，而法理学教育更加不容忽视的是本体性价值，也就是需要更加注重对法科生人文精神的塑造，法学专业从来都不仅仅是一种谋生的手段，更要培养学生崇高的法律品格。

2.法理学教材应当更加重视对法律人人文精神的塑造

塑造法律人人文精神是法理学教学的重要目标。“法学归根结底是人学，是以人性为根基、自由为基础、权利为核心、正义为统领、发展为目的，集中体现人文关怀和人文精神的学问体系。”[130]近年来，在法教义学的推动下，法律教育职业化不断增强，部门法日益精细化，法理学“无用论”的呼声渐起。殊不知，正是在这样的时代背景下，法理学教育更应该值得我们重视，和部门法相比，法理学学科是塑造人文精神的重要支柱。爱智慧是哲学的千古命题，也是法学的永恒命题。胡旭晟教授认为，“法学”一般而言三个层次：知识之学、智慧之学和精神之学。[131]法理学不仅是法律人的知识之学，更是法律人的智慧之学和精神之学，学习法理学可以锻炼法律人的思维和塑造法律人的人文关怀。古罗马法学家乌尔比安也说过，法乃善良与公正的艺术。法理学教育正是打开这扇善良和公正艺术之门的钥匙。法理学作为一门独立的学科没有问题，但是如果缺少与哲学、文学、政治学和社会学等学科的互动，“大门紧闭”的法理学所剩下的也只能是日趋僵化的教条，难以塑造法科生的人文精神，面对中国社会问题更显得无能为力。周叶中教授感慨道，“人文精神是法学专业人才应有的精神脊梁，这是由法治的人文基因和法学的内在品格共同决定的。当前我国法学教育应有的学术性、通识性和人文性不断被削弱，法学人才培养模式的职业性凸显，法律专业人才的综合素质被弱化，人文精神被严重忽视。”[132]总而言之，塑造法律人的人文精神是当下法理学教学的重要价值目标。

现行的法理学教材与塑造法律人人文精神的教学目标尚有一定的距离。其一，分析法理学教材中各种权威的定义不利于法律人人文精神的塑造。分析法理学教材中的法学概念都有一个权威的定义，比如法是什么？法律是什么？正义是什么？在我们的法理学教材中都可以找到正确的答案，对于学生而言，只需将这些现成的定义和概念背得烂熟即可，无需追问过多的思辨性的东西。实际上，关于法律是什么和正义是什么只能到法哲学经典著作中去寻找，西塞罗会告诉我们真正的法律乃是自然的理性，哈特也从包容性实证分析的立场告诉我们法律的概念是什么，柏拉图以城邦为“大写的人”告诉我们正义是各司其职，罗尔斯也从“无知之幕”出发提出自己关于自由和正义的见解。从抽象的自由到反思的自由，再到社会现实的自由，从卢梭、康德到黑格尔，再到马克思，一代代哲人的思想照亮我们法律人前进的道路，而现代法律人的人本主义精神也孕育在法哲学的经典文本中。其二，分析法理学教材将法律视为纯粹的技术性操作不利于法律人人文精神的培养。一直以来，实证分析主义将法学作为一门独立的科学，将其他学科的知识排除出去，学科的封闭性导致法理学教材难以借鉴其他人文学科的知识。法理学的危机其实不仅仅在于面向法律实践

[130] 周叶中：《法学归根到底是人学》，载《湖北警官学院学报》2015 年第 11 期。
[131] 胡旭晟：《“法学”的层次分析——知识、智慧与精神》，载《法学》1999 年第 7 期。
[132] 周叶中：《论法学专业人才人文精神的培养》，载《中国法学教育研究》2015 年第 3 辑。

的无力，也在于无力承担起塑造法律人人文精神的重任。现行的法理学教材主要是由法的一般理论构成，与塑造法律人人文精神的教学目标格格不入。法律显然不应仅仅被视为一系列技术性操作，还应被看作一种具备特定规范性伦理维度的、在公共生活中保持积极和影响力的方式。此外，法律人也需要展示出一些典型的苏格拉底式的公民美德，例如掌握精确和全面的信息，尊重对手论证，具备反思和审议的能力以及对生活的复杂性保持好奇心。因此，纯粹技术性和工具性的教育不足以培养这些美德，也不足以帮助他们在其专业角色中展现这些美德。[133]因此，“我国法学教育对法学专业人才人文精神培养的忽视，远比对实践能力培养的忽视更甚，其带来的后果也更严重。”[134]其三，坚持以马克思主义思想为指导的法理学教材更应该注重法律人人文精神的培养。中国法理学教材坚持以马克思主义思想为指导，一本坚持以马克思主义思想为指导的法理学教材更应该注重培养法律人的人本主义精神。青年马克思的著作中充满了人性光辉，从《莱茵报》时期的《关于林木盗窃法的辩论》到《德法年鉴》时期的《论犹太人问题》，再到马克思主义成熟标志的《共产党宣言》，这些作品无不饱含着丰富的人本主义精神。中国法理学教材中的马克思主义法律思想发展史不应该缺席。

（三）法理学教材改革所面临的困境

法理学教材的改革迫在眉睫，改革的呼声不断。很多学者呼吁，要彻底告别苏联模式下的法理学教材，摆脱苏联模式下的法理学教材的桎梏，就必须引进西方国家（特别是英国、美国和德国）的法理学教材，用西方的法理学教材直接替换我们中国现行的法理学教材。这样的做法并不妥当。首先，中国法学教育制度和西方法学教育制度存在较大区别；其次，中国法理学教材并非无可取之处，西方的法理学教材也并非不容置疑。尤其是，法理学教材在一定程度上是以一个国家的意识形态为基础的。法理学是一门关涉意识形态的学科，比如中国法理学教材的编写必须坚持马克思主义思想为指导，这是根本原则，因此不能简单移植西方的法理学教材。以西方法理学教材为标准，进而全盘否定中国法理学教材，这样的做法并不科学。但是，教材编者应当更为深入去研究西方法理学教材，才能做到博采众长、扬长避短。纵观中国百余年的法律发展历史，可以发现，中国的法律现代化从外源型现代化模式逐渐向内发型现代化模式转化。

有学者总结道，“现下我们的法学教育却过分重视专业知识（固定教学大纲、指定教科书）的传授和专业技能（诊所式法律教育、案例教学法）的养成，忽视了基本人文素养的培植，忽视大学生人格、德性的养成和发展；将法学教育定位为传授专业知识和技能的职业教育（司法考试/法律职业资格考试），忽视其‘完善精神品格’的公民教育面向。”[135]从 2002 年开始，国家实行全国统一的司法考试[136]，作为法律职业准入资格的基本测评方式，国家统一司法考试的确立无疑会在很大程度上影响着法学教育的发展。也是从 2002 年开始，

[133] 吴彦、黄涛主编：《作为通识教育的法学教育》，商务印书馆 2020 年版，第 23-24 页。
[134] 周叶中：《论法学专业人才人文精神的培养》，载《中国法学教育研究》2015 年第 3 辑。
[135] 吴彦、黄涛主编：《作为通识教育的法学教育》，商务印书馆 2020 年版，第 197 页。
[136] 从 2018 年开始，国家司法考试将改为国家统一法律职业资格考试。不只是律师、法官、检察官、公证员需要通过该考试，从事行政处罚决定审核、行政复议、行政裁决的工作人员，以及法律顾问、法律类仲裁员也需要参加并通过考试。

中国法学教育是素质教育还是职业教育开始成为人们热议的话题，学者们就法学教育属于职业教育还是素质教育展开激烈的讨论。2018 年，徐显明教授提出，“教育部法学学科教学指导委员会发布的《普通高等学校法学类本科专业教学质量国家标准》把法学教育的性质已经定下来了，法学未来的教育模式就是职业教育。”[137]其实，从 2002 年的“司法考试”到 2018 年的“法律职业资格考试”，从考试名称之变也足以看出法学教育职业化的倾向。法学教育职业化对法学教育既是机遇也是挑战。法学教育职业化有助于培养专业的法律卓越人才，但同时法学教育职业化也容易导致高校忽视对法律人人文精神的培养。

值得关注的是，法理学教材改革与法律职业资格考试之间的关系。法学教育职业化背景下，法律工作者必须要通过法律职业资格考试，在法律职业资格考试中涉及到法理学的考核，法律职业资格考试中法理学科目考试大纲主要是由法的一般理论构成，[138]考核的内容与现行的《法理学》教材相一致。法理学教学变成职业教育中的一环更值得我们反思。“富勒认为律师执业考试正在深度扭曲法律教育的目的与方法。他在 1961 年写到，许多法律院校极为不幸地‘在阴影下勇敢奋斗，此阴影甚至笼罩到一年级学生’。律师执业考试经常强调的，仅仅是‘法律的知识’以及一种应用它的机械能力。”[139]诚然，法学教育首先在于培育一名现代公民而不是机械运用规则的法律人。中国法理学教材在一定程度上决定了法律资格考试中法理学的考试内容，而法考中法理学科目的内容也反过来对法理学教材的编写产生了一定影响。换言之，法理学教材、法理学教学和法理学考试内容之间是相互制约的。

四、新时代中国法理学教材的展望

中国法理学教材历经了多次革新，每一次革新都是一次“化茧成蝶”的蜕变，为中国法理学走向世界、走向实践奠定了一定的基础。然而，过往 70 年中所进行的改革，注重的是法理学教材的体系性而非思辨性和实践性。德沃金在概括当今法理学的两个重要变化时指出，“一方面，称为‘法理学’的那些课程已经主要不是在处理概念问题，而是在从事更为政治性的问题，比如经济学在法律中的作用、女权主义和批判种族理论等；另一方面，法律哲学已经进入到其他学科和论题的核心地带，而在这种情况下许多法律人都有着哲学训练，法律理论的许多重要成果也是由其他学科或部门法的学者做出的。”[140]纯粹的封闭性的法理论时代已经过去，跨学科发展乃是法理学科发展的潮流。正如张文显教授所指出的那样，构建中国特色法学学科体系，需要推进基础学科和传统学科的转型升级、推进新兴学科的原始创新和推进交叉学科加快建设。[141]

基于上文的梳理分析，本文就中国法理学教材的改革提出如下三方面建议。

---

[137] 徐显明等：《改革开放四十年的中国法学教育》，载《中国法律评论》2018 年第 3 期。

[138] 根据 2019 年中华人民共和国司法部制定的法律职业资格考试大纲中法理学科目的考试范围一共有四章，分别是“法的本体”、“法的运行”、“法的演进”和“法与社会”。参见中华人民共和国司法部制定：《2019 年国家统一法律职业资格考试大纲》，法律出版社 2019 年版。

[139] 参见吴彦、黄涛主编：《作为通识教育的法学教育》，商务印书馆 2020 年版，第 83 页。

[140] 朱振：《法理学教材的体系变革与理想定位——以中西法理学教材的比较分析为基础》，载《法学教育研究》2017 年第 3 期。

[141] 张文显：《加快构建中国特色法学体系》，载《光明日报》2020 年 05 月 20 日。

首先，在法学本科阶段继续推行“分阶段”教学模式，在此基础上组织编写不同层次和不同类型的法理学教材。第一阶段的法理学教材可以围绕着法学基础理论知识展开，让学生形成整体的法律观，为后续学习部门法打好基础。第二阶段，要提升到培养法科生思维和塑造人文精神的高度，结合当代中国的法治实践所面临的问题，让即将步入社会的法科生领略法律人的思维和智慧，引导学生确立一种个体关怀的现代法律人立场。目前，全国大部分高校在本科阶段的法理学教学计划中已经普遍采用“分阶段”的教学模式。在这样的教学模式下，高校需要两种不同类型的“分阶段”教科书才能完成教学任务。因此，为了适应高校的教学计划，亟需相关部门组织编写“分阶段”的法理学统编教材。中国传统政法院校的法理学“分阶段”教学模式已经运行了二十多年，不同学者主编的“分阶段”的法理学教材已再版多次，可资借鉴的经验十分丰富。

其次，淡化法理学教材的体系性和结构性，走出分析法理学，“回归经典，关注现实”，更加注重对学生人文精神的塑造，对学生进行法哲学经典训练。在实证分析法理学的主导下，学科封闭性日渐凸显，法哲学经典被“驱逐”出教材。实际上，在一个理论生活逐渐走向封闭的时代，阅读经典作品可以敞开我们的视野。无论法学概念如何清晰，解决现实法律问题的方案不会主动跳出来。法律人的思维不是凭空产生，需要穿越历史的长河，回到法学经典之中。目前，很多高校法理学老师在授课时除了讲授统编的法理学教材外，还指定几本法理学名著让学生在课外阅读并在课堂上讨论，这样的做法非常值得借鉴。回归经典才能反思现实。事实上，一本法理学教材本身就可以充当一部法学经典，是一本枕边书，常读常新，这是教材所能达到的最高境界。

再次，强化跨学科交流，打破传统学科之间的壁垒，助力中国法理学走向实践。与域外的法理学教材相比，中国的法理学教材缺乏同其他学科的互动性，无法凸显法律的实践品格。走向实践的中国法理学，最为重要的是要打破传统学科之间的壁垒，法学与人工智能、、法学与经济学、法学与文学、法学与社会学、法学与政治学等等交叉学科不断涌现，终其目的是为了解决多元化的中国问题。特别是，在大数据时代，人工智能领域发展迅速，运用纯粹的法学基础理论知识难以应对人工智能所带来的法律伦理和数字人权问题，具备跨学科知识的法理人才才能提出建设性的方案，这也是大数据时代法理学者所面临的挑战。此外，强调培养法律人的思维需要认识到法律的局限性，法之理在法外。法律从其诞生那一天开始都不仅仅是纸上的条文，其永远是社会的一环。当代中国法理学教材编写必须坚持马克思主义理论的指导，以历史为基底，融贯多学科和部门法哲学知识，增强思辨性和哲理性。

上述第一点为新法理学教材改革的总纲，将法理学本科阶段的教材一分为二：第一阶段，注重知识传承和理论奠基，为学生学习部门法提供指引；第二阶段，需要进入更高的法理学层次。第二点强调法理学教材以回归经典和塑造法律人的人文精神为导向；第三点强调法理学教材以跨学科和指导法律实践为导向。

总而言之，中国法理学要走向实践，法理学教材必须努力摆脱分析法理学所带来的学科封闭性桎梏。这是法理学界在新时代新征程上的新使命。

法理论：历史形成、学科属性及其中国化问题

雷　磊[1]

【摘　要】要破除部门法学因过度教义化带来的壁垒，不能走向要求法学无条件地向其他社会科学全面开放的极端，而应该深化和发展法理论研究。通过历史的梳理可以发现，科学范式的转换、传统法哲学的衰落和部门法学的内在诉求构成了这种研究形成的背景。它发端于历史法学时期，以19世纪的法学百科全书运动为其先声，而作为独立的法学分支学科则经历了创始、成熟和多样化三个阶段，从一开始的分析法理论（一般法学说）逐渐发展为包括多种进路在内的宽泛领域。法理论是一门从内部观察者的视角出发，通过研究基本法律概念来致力于法律知识的一般化与体系化（也即科学化）的关于实在法的规范学科，包括法的理论与法律科学理论两部分。它对于部门法学发挥着体系构造、学说批判和知识筛选功能，故而构成部门法学之知识和方法的法理。法理论研究在中国有着独特的历程，在当下也有其不可替代的意义。为此，要在兼容并蓄的基础上与部门法学形成良性互动，提升研究的整体自洽性和一般性，以及加强分析法理论和社会法理论方法间的分工与合作。

【关键词】法理论；一般法学说；基本法律概念；科学化；中国化

引　言

部门法学的教义化是近二十年来中国法学发展的重要趋势。必须承认，这种趋势及其代表的法律科学（化）的确是中国法学想要摆脱幼稚走向成熟的必由之路。[2]但同样值得警惕的是过度教义化所可能带来的封闭和隔阂倾向。可以这样说，在今日之中国学界，尤其是在民法学界和刑法学界，如果没有受过长期的专门训练，基本不可能了解学者们所使用的术语及其学理争议点所在。这一点在这些年民法学界关于“负担行为/处分行为”的讨论，刑法学界关于“行为无价值论/结果无价值论”的争辩中表现得十分明显。近年来，一批留学归国的青年教师所倡导、并逐步在全国各大院校开始推广“鉴定式案例教学法”，这在某种意义上也加剧了这一倾向。[3]在这一背景下，不仅部门法学与法理学相互疏离，而且不同部门法学者之间也同样难以对话。伴随着专业槽不断深挖的是学科壁垒的不断高筑，而这显然不利于形成一门作为整体学科之法学的发展。正是因为看到了这一问题，以“社科法学”为旗号的法律与社会科学运动应势而起，意在将其他学科的理论模型应用于各个部门法，形成统一的解释方案，开出更自谓更贴近社会现实的“药方”。但它也走向了另一个极端，因为这种研究固然可以打开（传统）部门法学教义化研究的狭隘视野，但也要求法学无条件地向其他社会科学全面开放，故而有危及法学的独立性之虞。

如何一方面维系法学的独立性，另一方面又保持法学的开放性？将教义化的部门法学

---

[1] 中国政法大学法学院教授、博士生导师。本文系“中国政法大学钱端升杰出学者支持计划资助项目”的阶段性成果。

[2] 参见舒国滢：“求解当代中国法学发展的‘戴逸之问’——舒国滢教授访谈录”，《北方法学》2018年第4期。

[3] 笔者并不反对、甚至十分赞成部门法学的教义化，以及“鉴定式案例教学法”在中国的推广，而只是反对将法学仅仅等同于由教义性法学。

作为法学之基础，对于维系法学的独立性而言是不可或缺的；而要避免部门法学走向封闭和僵化，就必须使得它与法理学相互贯通。但这不能采取大社会学科的进路，或者说将法理学视为一个容纳各种法律与社会科学研究进路的大框子。因为这么做不仅会挤压、甚至完全取代作为法学（而非其他学问）之组成部分的法理学的空间，也会危及法学自身的独立性。如何走出第三条道路？换言之，法理学如何既保有自己的研究领域，又能使得包括部门法学在内的整个法学兼具独立性和开放性？笔者认为，应当重新拾起曾一度在新中国法理学术史上占主流地位的、继受自前苏联的“法的一般理论”（也可简称为“法理论”），并将其作为当下法理学的重要组成部分。当然，重拾并不意味着简单继承。只有在苏联学说合理内核的基础上，全面梳理和吸纳各种法理论传统，并进行创造性转化和创新性发展，才能为中国法学的成熟奠定更为稳固的根基，使得它的科学化成为可能。而要做到这一点，就要超越以往研究的历史局限性，更为全面地去了解法理论的“原貌”和“全貌”。为此，本文将依次叙介法理论形成的历史背景（第一部分）和过程（第二部分），阐明它的学科属性及其与部门法学的关系（第三部分），进而剖析法理论研究的中国化问题（第四部分），最后予以总结。

一、法理论形成的背景

法理论的更古老的称呼是“一般法学说”。[4]一般法学说作为法学研究的独立分支诞生于19世纪中后叶的德国。科学范式的转换、传统法哲学的衰落和部门法学的内在诉求构成了这种研究形成的背景。

对于一般法学说的形成具有决定性意义的是法学的科学化努力。其实，“科学”的概念古已有之，法律科学的提法也至少在中世纪之时就已经存在了。但是，科学的基本范式、尤其是它与哲学的关系，却在近代发生了根本性的转变。在古希腊，科学被视为哲学的下位概念，也即一种自然哲学。直到18世纪末，“科学”一词才开始具有近代意义上“客观的”内涵。在客观化的过程中，科学的两类要素要区分开来：一类是外部要素，即教学（学说与学科）与体系的观念；另一类是内部要素，即绝对的真理或取向于真理的知识，这类知识服从于特定的标准，那就是，只有当它们能够以被证实之命题的形式来表达时才能成为知识。[5]由此，科学就成为了一个“整体”，也即知识、真理或命题的体系。科学不再被视为哲学的下位概念，反而哲学被视为是自主形成的近代科学的一个具有历史局限性的初始阶段。

近代意义上的科学具有两个特征：一是基于经验基础上的一般性。科学知识应当是一般的、而非个别的命题，但它的基础却来自于具体的经验。在经验主义的科学论传统中，观察、经验和历史成为科学知识的构成性要素，而一般科学命题的有效性也获得了新的意

[4] Vgl. Andreas Funke, Rechtstheorie , in: Julian Krüper (Hrsg.), *Grundlagen des Rechts*, 3.Aufl., Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2017, S.46.

[5] Vgl. Alwin Diemer, Die Begründung des Wissenschaftscharakters der Wissenschaft im 19. Jahrhundert, in: ders.(Hrsg.), *Beiträge zur Entwicklung der Wissenschaftstheorie im 19. Jahrhundert. Studien zur Wissenschaftstheorie*, Bd.1, Meisenheim am Glan 1968, S.11ff., 22ff.

义，那就是，只要它们被经验证实就是真命题。相应地，科学不再是从一般性概念出发进行逻辑演绎的活动，而是从根据经验获得的一般性假说来说明特殊事物的活动。这导致了科学内部基于研究兴趣之多样性的自我分化：不仅法律科学与其他科学被区分开来，而且法律科学内部也因研究主题的不同被区分开来（如民法学、刑法学、行政法学等）。由于科学的问题取向于可验证的经验证明，故而其核心就在于通过分析和描述来获得的概括性（一般化）命题。[6]二是作为知识整体的体系性。近代以来，体系思维越来越成为科学的核心标准，体系被认为是命题（真理）的整体。在 17 和 18 世纪，起源于数学的两种思维方式对于普遍的体系构造具有支配性意义：一种是被称为分析法（“解析-合成法”）的自然科学方法（笛卡尔），另一种欧几里得几何学的“公理演绎”法（明证方法）。明确将体系作为科学之标准的是康德。在他那里，科学被理解为客观知识的体系，而体系指的是知识的内在结构，也即“各种知识在某种理念之下的统一体”。[7]

与近代科学观念兴盛相应的是传统法哲学开始式微。根据直至 18 世纪为止依然居于支配地位的亚里士多德的科学概念，法律科学的真正对象只可能是从“正当理性”中流出的、永恒有效的法律原则。它们属于自然法或理性法的范畴，相应的研究也被称为理性法学说或法哲学。虽然当时的法学家以数学和自然科学方法为基础，发展出了一种几何学风格的法以及与新的科学理解相吻合的法律科学，但它并非关于现行法的学说，而是一种形而上学的法学说。相反，关于实在法的法学仅仅被视为“对法作正确解释并适用于所出现之案件的实践能力”，它属于手艺活、而非科学。但到了 18 世纪末，“法律科学”一词被用来一般性地指称与实在法打交道的学科，从而抛弃了到那时为止惯常的称呼“法律学识”。实在法学不再仅是一种实践能力，而成为了“法律知识的体系”。体系学最终成为了法律科学的重要标准：法拥有自身的“内在统一性”，法学的科学性依赖于对这种统一性的说明。[8]与此同时，从自然或理性中推导出得到科学确保之规范性知识的可能性越来越遭到怀疑。因为基于经验基础上的新科学观要求去形而上学和去实质价值化，这就导致了对理性法（传统法哲学）信念的动摇，进而也就不可能再将实在法建立在超实证的、先验的原则的基础上。法学面临着一个新的难题，那就是：如何去阐明取向于实在法之法理论的科学性。[9]如果从今日关于法哲学划分的视角出发，那么也可以说，传统法哲学是想从先验的伦理准则中汲取科学性，相当于法伦理学；而法理论则更多是要从认识论中获得科学性，属于法认识论。在以经验为基础的科学主义思潮兴起的背景下，取向于实质价值的传统法哲学不可避免面临着衰落的趋势，而更吻合科学认识论的一般法学说的兴起也就不可避免了。

当然，远离先验原则而返归实在法的努力最明显体现在教义化的部门法学之中。教义

---

[6] Vgl. Karlfried Gründer, Diskussion zu: Riedel, Positivismuskritik und Historismus, in: Jürgen Blühdorn und Joachim Ritter, *Positivismus im 19. Jahrhundert*, Frankfurt a. M.: V. Klostermann 1971, S.92.

[7] Vgl. Immanuel Kant, *Kritik der reinen Vernunft (1781)*, hrsg.v. Wilhelm Weischedel, 2.Aufl., Frankfut a.M.: Suhrkamp, 1976, S.695f.

[8] Vgl. Jan Schröder, *Wissenschaftstheorie und Lehre der „praktischen Jusrisprudenz“ auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert*, Frankfurt a.M.: Vittorio Klostermann, 1979, S.120.

[9] Vgl. Annett Brockmöller, *Die Entstehung der Rechtstheorie im 19. Jahrhundert in Deutschland*, Baden-Baden: Nomos, 1997, S.273.

性的法学正式诞生于 19 世纪的历史法学时期。正是从这一时期起，“法学”的称呼正式由 jurisprudentia（法的实践智慧）转变为 Rechtswissenschaft（法律科学），开始走向理论化和科学化，成为“大学的法学”。[10]从那时起，它也一直被称为“狭义上的法律科学”。但是，尽管这样的部门法学研究可以是一种不断趋向于理性化的事业，但仅凭借自身却无法彻底完成科学化的使命。因为作为一种对现行实在法进行解释、建构与体系化的作业方式，它牢牢受制于特定领域的实在法，至多只能提炼并阐释某个部门法（如民法部门）的基本概念，并建构出该部门法内的体系关系（如民法学说体系）。但这样构造出的概念只具有有限的一般性，这样形成的体系也只是“部分体系”。要满足科学之彻底的一般性和体系性的要求，就要超越特定的部门法知识，建构出适用于整个法律体系的基本概念，更要进一步建构出超越特定国家法律体系的基本概念。[11]这样就形成了一种关于实在法、但又超越实在法的理论。这就是法理论。在现实中，法理论或许是关于数个相关之法律体系（尤其是有着共同文化传承的法律体系）的实在法的基本概念。但有一些基本概念，如法律规范、法的效力、法律关系等，可以说存在于所有现实的和可能的法律体系之中，所以一切教义性的法学都要指涉这种普遍的法理论。这种理论一方面是“一般的”，因为它是超越个别法律体系及其教义性研究的基础学科；另一方面又是一种“法学”理论，因为它有别于法哲学和法社会学等从外学科视角对法律的研究，而是属于法学自身的研究。可见，法理论在逻辑上产生于诸部门法学概念被不断一般化和体系化的内在诉求，产生于教义性研究本身无法彻底满足科学性之要求的局限。

综上，科学主义思潮的兴起使得探寻法律科学的本质问题在 19 世纪成为法学中重大的新问题。由于科学范式的转换，对这一问题的回答既不可能去传统的法哲学中求得，也不可能在有着固有局限性的部门法学中找到。这就导致了一门新的分支学科，也就是法理论（一般法学说）的诞生。这门学科回应了世纪之交对于一种关于实在法的哲学学说的需求，它既要摆脱法的偶然性，也要摆脱传统哲学的形而上学。[12]

二、法理论形成的过程

19 世纪初，法尔克开始从学科意义上来理解法理论。他在三种意义上使用“法律科学”一词：作为法学学科整体的广义法律科学（法学百科全书）、作为教义性法学的狭义法律科学以及“法理论”意义上的法律科学。最后一种法律科学的任务在于认识内在于实在法的普遍和不变的要素、被立法预设为前提的法律关系的本质，它们构成了“法的纯科学部分”。[13]潘德克顿学者试图从去罗马法中寻找这种科学性基础。在他们看来，罗马法构成了对于一切法而言必要的一般性结构、概念和原则的渊源，法律科学（一般法学说）的任务就在

[10] 参见舒国滢：“法学是一门什么样的学问？ ———从古罗马时期的 Jurisprudentia 谈起”，《清华法学》2013 年第 1 期，第 89 页。

[11] See Robert Alexy and Ralf Dreier, The Concept of Jurisprudence, *Ratio Juris* 3 (1990), p.2.

[12] Vgl. Marietta Auer, *Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2018, S.30.

[13] Vgl. Nikolaus Falck, Allgemeine Betrachtungen über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, *Kieler Blätter* 6 (1819), S.15-16.

于研究罗马法的“精神”，从中获得关于法的基本结构和概念的认识。所以，他们的理论旨趣并非是纯历史性的，毋宁更多在于“通过罗马法而超越罗马法”，借由对罗马法的研究揭示出“法”的一般性原理和结构，从而为实证材料提供法理论基础。这种研究为随之兴起的法学百科全书运动提供了知识论准备。

（一）十九世纪的法学百科全书运动

流行于 19 世纪中叶之前的法学百科全书运动可以被视为法理论的先声。百科全书的思想滥觞于 18 世纪。“百科全书”一词指的是对知识的划分和归类。换言之，它应当构成一个完整的知识体系，在其中所有的部分都彼此相联、相互指涉。[14]进而有学者区分了“形式的”和“实质的”百科全书：前者对相关科学及其方法给出一般性的标识和定义，而后者则传授精确的知识。[15]康德主义者试图提供一种理性的、根植于人类不同认知能力的知识划分，它应当建立一种脱离了历史偶然性的确定体系。百科全书由此就成为一般性和形式性的普遍知识，它不是所有科学中的一种，而是关于其他科学的理论，它要探究它们所固有的认知原则，确定它们在科学大厦中的相互关系。[16]

17 世纪时，莱布尼茨最早区分了法学的四个部分，即 “教学式的”、“历史的”、“注释的”和“论辩式的”。[17]其中“教学式的”法学提供了一种关于实在法整体内容的概观，并发展出基础性的概念体系。在此基础上，内特尔布拉德出版了第一部完整的法学百科全书《普遍实在法学的要素体系》（1749 年）。他将法学区分为理论的和实践的两部分，尤其是区分了分论（个别的部分）与总论（一般的部分）。[18]随后，从 18 世纪中叶到 19 世纪末出现了大量的法学百科全书作品，这一发展过程大体可分为三个阶段：萌芽阶段（1800 年之前）、兴盛阶段（至 19 世纪中叶）和终结阶段（1840 年以后）。

萌芽时期的法学百科全书缘于教学的需要。法学百科全书的诞生具有非常实用性的背景：18 世纪中叶时，德国的大学要求所有的学院都开设一门导论性课程，为的是给具体学科的学习提供一种准备性的认识。法学院的这门课程应当给出关于法律科学“整体”的体系性概观、“所有知识中的第一性原理”。[19]哥廷根大学教授皮特首先推出了对于后来的发展具有基础性意义的百科全书课程。在他看来，根据科学中一切秩序的原则，法律学习的开端是作为科学的自然法（它们主要包含的是一般概念和原则），故而是一切法的基础科学。除教学之外，百科全书也有理论上的任务，那就是使得法和法律科学的各个具体部分形成一种统一的整体。19 世纪之交形成了内部的（或实质的）百科全书与外部的（或形式的）百科全书的区分：前者展示出法律科学“彼此关联的基本原理”，致力于“通过一种简洁或一

---

[14] Vgl. Ulrich Dierse, *Enzyklopädie. Zur Geschichte eines philosophischen und wissenschaftstheoretischen Begriffs*, Bonn 1977. S.1ff.

[15] Johann Eschenburg, *Lehrbuch der Wissenschaftskunde*, 2Aufl., Berlin u. Stettin, 1800, S.8ff.

[16] Vgl. Gottlob Jähsche, Idee zu einer neuen systematischen Encyklopädie aller Wissenschaften, in: Friedrich Niethammer (Hrsg.), *Philosophisches Journal einer Gesellschaft Teuscher Gelehrter*, Bd.1, Hofbuchhandlung, 1975, S.327.

[17] 参见舒国滢：《论近代自然科学对法学的影响——以 17、18 世纪理性主义法学作为考察重点》，《法学评论》2014 年第 5 期，第 21 页。

[18] Vgl. Arno Buschmann, Enzyklopädie und Jurisprudenz, *Archiv für Kulturgeschichte* 51 (1969), S.309.

[19] Vgl. Julius Schnaubert, *Lehrbuch der Wissenschaftslehre des Rechts*, Jena: Mauke, 1819, S.6.

般性的，时而历史性时而教义性的概览”来总体把握法律真理，因而要揭示具体法律学科的内容；相反，后者给出法律科学的主要概念和定义，提出一般概念、分类和法律命题。[20]外部百科全书重在对于“法律整体”的体系性功能。

在百科全书的兴盛阶段，主张纷呈、观点各异，但它们通常都有一个“导论”或“总论”部分，来对与教义性法学问题相关之法理论和法哲学问题进行反思。因为出于科学性的要求，要在处理具体和不同内容的分论之前通过一个总论来讨论“一般性概念、分类与命题”。这恰恰与形式的百科全书及其体系性功能相对应的。从内容看，导论部分通常会涉及这样一些领域：百科全书和方法论的概念、科学和法律科学的概念、制定法和法的定义、自然法与实在法的关系、对法律科学之渊源的讨论、对法律科学各部分的陈述。[21]这些内容被视为属于任何法秩序的一般性内容。其中对基本法律概念的讨论后来在 19 世纪的法律科学中赢得了固定的位置，并最终演化为法理论。百科全书不只是具有对于各具体学科的辅助性功能，而且也具有独立的意义。因为法并非因为其认知对象而构成一门科学，而只有通过其方法加工和展示才有可能产生法律科学。换言之，法并非固有地就是一种体系，而正是形式百科全书促使法和法律科学体系化。由于在当时的观念中，科学等于知识（认知）的体系，所以百科全书、尤其是形式百科全书，经常被称为科学学说。而法律科学学说（即形式法律百科全书）也就成为了“法律科学的科学”[22]。

从 19 世纪中叶开始，法学百科全书运动进入了全盛、也是终结的阶段。总论部分的篇幅相比于之前更为庞大，标题偶尔也会被直接称为“一般法学说”。它有时会包含一个历史的章节，后者或者会紧跟总论成为第二部分，接着才是对具体部门法学科知识的讨论。所以这种百科全书在体例上包含三个部分，即哲学的部分、历史的部分和实践的或体系的部分。历史学派的学者更倾向于通过实在法秩序的历史发展（并由此探究法的一般基本概念和结构）来观察法，而哲学学派的学者则着力阐述一种先验的法学说、观察包括其历史发展在内的实在法秩序、获得实在法的基本概念。到了此时，这一点已毫无疑义：百科全书的任务在于阐释法和法律科学的“基本概念和首要真理”。比较有代表性的是奥尔特洛夫对法学百科全书总论的内容的界定，它包含了法的概念、法的根源和形成、客观意义上的法（法的分类、形式或渊源，包括习惯法和制定法、科学法和补充法源）、主观意义上的法（法律关系和权利）、法的科学。[23]在这一时期，百科全书一如既往地被称为“科学的科学”或元科学。百科全书与法律科学（教义性法学）的概念界定在根本点上是一致的，但两者也存在显著差异。法律科学的任务通常在于“掌握在某个国家有效之法律原则的全部范围”[24]，也即取向于对特定国家实在法的体系化和阐释，而百科全书并不仅在特定法律体系、

---

[20] Vgl. Johann Stephan Pütter, *Neuer Versuch einer juristischen Encyklopädie und Methodologie*, Göttigen: Vandenhoeek& Ruprecht, 1767, S.7, 66f.

[21] Vgl. Christian Konopak, *Über den Begriff und Zweck einer Encyclopädie im Allgemeinen und der Encylopädie der Rechtswissenschaft im Besonderen*, 2.Aufl., Halle: Mitteldeutscher Verlag, 1806, S.47.

[22] Vgl. Julius Schnaubert, *Lehrbuch der Wissenschaftslehre des Rechts*, S.138.

[23] Vgl. Hermann Ortloff, Die *Encyclopädie der Rechtswissenschaft in ihrer gegenwärtigen Bedeutung*, Jena: Mauke, 1857, S.146f.

[24] Vgl. Ferdinand Walter, *Juristische Encyclopädie*, Bonn: Adolph Marcus, 1956, S.4.

而且在一种普遍的意义上主张成为法和法律科学的科学。它应当为特定国家的法律体系指明进行法的续造的引领性原则，还应当揭示出所有法律体系都具备的一般而必要的结构。[25]

综上，百科全书总论的确立可以被视为法理论形成过程中的一条关键性线索。这种总论的任务在于给出并澄清基本法律概念。要注意的是，这些基本概念一开始并非是通过分析方法，而是以经验的方式，也即通过对历史上流传下来的法源、尤其是罗马法的观察来获得的。这些通过经验描述方式获得的概念和结构随后被附加上了规范性。[26]随着一般性和分析性的色彩越来越强，百科全书总论离具体经验越来越远，它向一般法学说（法理论）转变也就成为了必然的趋势。

（二）作为独立分支学科的法理论

从 19 世纪 90 年代开始，在大学教育中，“法律科学（一般）导论”课程开始取代百科全书课程的位置。在学术领域，百科全书总论开始作为独立的专著出版，关于法的基本概念和结构的讨论构成了主体内容。这些论著大多可被归为“法理论”的范围。法理论在欧陆的发展大体可分为三个阶段：创始阶段（19 世纪 70 年代至 20 世纪 30 年代）、成熟阶段（20 世纪 30 年代至 60 年代）、多样化阶段（20 世纪 60 年代以后）。当然，前文已述及，法理论的观念远早于 19 世纪 70 年代就已存在，重要的动力可以在历史法学和潘德克顿学派中被发现。只是当时的法理论在内容上通常还只是涉及特定的法领域（私法领域），它还没有向法理论的典型观念——要将整个法律科学包含在内——过渡。[27]

1、创始阶段

法理论研究成长自法律科学本身的需求，而非来自外部（如哲学思潮）的要求。面对法律科学越来越显著的分化趋势，尤其是经典的学科三分法（民法、刑法和公法），德国学者们提出了作为法律科学“总论”的一般法学说来与之相抗衡。因为某些问题对于整个法律科学（而非某部法典或某个法律领域）来说是共同的。但同时，民法又是历史上最早成熟的学科，所以民法的“教义学方法”在这一时期被其他学科当作了科学的典范。由于有百科全书总论研究的铺垫，所以法理论研究在创始阶段就呈现出欣欣向荣之势。虽然这一阵营中学者众多、具体观点各不相同，但共同的理论姿态在于试图发展出一门或多或少去形而上学的、取向于法律体系之结构的且位于教义性法学与传统法哲学之间的法学学科。[28]

耶林的学生默克尔一般被认为是作为法学独立分支学科之一般法学说的创立者。虽然他并没有在学科意义上严格区分法哲学与一般法学说，但他提出并确立了“一般法学说”的计划，要求在一种具有实质内涵之法理论的意义上来改革法哲学。他将法律科学分为一般法学说和特殊法律科学两部分，认为前者的理论基础在于将教义学引向一般问题和一般概念，研究的是具有普遍法律意义的更高概念，它们超越于各个特殊领域且与法律科学整体

---

[25] Vgl. Annett Brockmöller, *Die Entstehung der Rechtstheorie im 19. Jahrhundert in Deutschland*, S.157-158.
[26] Vgl. Mathias Reimann, *Historische Rechtsschule und Common Law*, Berlin: Duncker & Humblot, 1993, S.142.
[27] Vgl. Andreas Funke, Rechtstheorie, S.46-47.
[28] Vgl. Andreas Funke, *Allgemeine Rechtslehre als juristische Strukturtheorie*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2004, S.18.

相关，因此需要法学各学科的学者们一起合作，以便促使教义学的“理论化”。[29]他也第一次将百科全书的总论称为“一般法学说”，并将其内容分为“法”（它的结构、分类和形成）、“法律关系”以及“法的适用与法律科学”，[30]后来又对法、国家、命令、权力、法律规范、公正、法律关系和主观法（权利）等基本概念进行了更为体系化的研究。[31]默克尔的研究范式深受历史法学派的影响，但他对法进行发展史观察是为了从中提取出一般法律原理和原则，要在一般法学说的意义上进行改革之法哲学的任务就在于发现它们。一般法学说与传统法哲学的的区别在于前者具有鲜明的教义学关联性，但这并不导向一种纯粹的形式法学说，而同样包含实质要素。总体来看，默克尔的法理论融合了三种传统，即哲学传统（尤其是法的体系化）、教义学传统（实在法的结构分析）和分析传统（取向于概念定义），这为后来德国的整个一般法学说研究奠定了基本风格。

默克尔之后，创始阶段的一般法学说又可以被细分为三个时段。第一个时段是从 19 世纪 70 年代至世纪末，这一时段的法理论作品呈现出明显的交杂风格，即法哲学与法理论区分不清、实质内容与形式方法并重。托恩第一次以“一般法学说研究”为副标题撰写了专著，它的诉求在于“揭露法的固有骨架”，“指明法律体系之逻辑构造和关联，即便只是顾及具体组成部分的目的和规定”。[32]贝格鲍姆提出法哲学的新精神在于建立一种哲学性的法学说，它包括实质法哲学与形式法哲学两个部分：实质法哲学处理的是历史上出现的法的内容，它要探寻和说明基于各种动机的规范性法律内涵，核心是寻找法所表达出的实质法理念；相反，形式法哲学（一般法学说）只包含法律认识论、方法论和逻辑学等法的形式，它是法的基础学说。作为“实在法的哲学”，一般法学说的标识在于“从实在法的立场出发对基本法学说的批判性和分析性研究倾向”。贝格鲍姆相信可以在这门学科中“发现新建这样一种教学大厦的范式，它可以将法律科学所有部分的概念和原则联合起来，并被用来构造从法学专门学科到作为广泛核心科学之哲学的桥梁”。[33]他还总结了这门新的法律科学的三种作业方式，即“有限范围内的”哲学化、超越实在法律科学之个别分支的一般化，以及直接致力于法学基本概念的研究。[34]

第二个时段是从 19 世纪末到 20 世纪第一个十年，这一时段法理论的分析色彩和形式化倾向日益明显，与传统法哲学的区分被牢固确立。与以前的作品相比，比尔林第一次全面而前后一致地提出了一种广泛和封闭的一般法学说，并展现出鲜明的分析风格。虽然他仍然通过对实在法源的经验观察来确定实在法的本质，但经验证明已不再直接服务于概念

---

[29] Vgl. Adolf Merkel, Über das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur ″positiven″ Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Teil derselben, *Zeitschrift für Privat- und Öffentliches Recht der Gegenwart* 1 (1874) , S.3f.

[30] Vgl. Adolf Merkel, *Juritische Enzyklopädie*, 5.Aufl., Berlin: J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, 1913, S.5-8.

[31] Vgl. Adolf Merkel, Elemente der allgemeinen Rechtslehre, in: ders., *Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts*, Straßburg: Trübner, 1899, S.637.

[32] Vgl. August Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*, Weimar: H. Böhlau, 1878, S.VIII.

[33] Vgl. Karl Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* I (Leipzig 1892), Glashütten im Taunus, 1973, S.18, 25, 92, 448, 475.

[34] Vgl. Annett Brockmöller, *Die Entstehung der Rechtstheorie im 19. Jahrhundert in Deutschland*, S.262-263.

规定，实在法的概念特征毋宁要通过对那些“无疑属于或已成为实在法律规范”之规范的“分析”来获得。[35]故而对法的概念或结构和本质的讨论清晰地取代了法源理论。比尔林将广义上的法哲学区分为法律原则学说（一般法学说）与狭义法哲学（法理念学说）两个部分。狭义法哲学处理的是“是否存在绝对好的伦理观念”，而法律原则学说的任务则只在于指明法的形式条件。[36]后者的出发点是“法的一般概念”，它们本身又要通过归纳方法来证明。在比尔林看来，从法的概念出发可以推出一些结论，它们可被用来对具体的基本法律概念，如法律义务、权利、法律主体、法律关系、法律行为等进行批判。[37]因此，法律原则学说就是对这些法律概念和原则（它们在本质上独立于任一特定实在法的个别特性）的系统展示。类似地，匈牙利学者索姆罗严格区分了法律内容学说与法律形式学说。前者包括狭义法学（部门法学和比较法学）、价值性法律科学（法政策学）和法律史学。后者被称为“法律基础学说”，它取向于独立于各个法律内容的法本身（法的形式）。法律基础学说是超越任何法律内容的、任何可能之法律科学的前提。即使任一（狭义）法学的最一般性的部分也可能随着法律内容的改变而改变，但法概念以及与此一起创设的基础概念则构成了独立于任何法律内容变迁的每一种（狭义）法学的基础。[38]从 20 世纪初开始，出现了一大批正式以“一般法学说”或近似称呼命名的专著，它们大多聚焦于法律基本概念体系，并延续了分析的风格和基本立场。[39]

第三个时段大体是在 20 世纪 10、20 年代。这一时段出现了一些与主流的分析研究范式不同的作品。如科恩菲尔德尝试以“社会权力关系”的概念为基础去建立一套“基于社会学的一般实在法学说”。他虽然也研究了法律基本概念，如法源、法律主体、主观法等，但他将自己的任务定位于“将实在法在社会学上澄清为事实上有效之社会生活规则的体系，并由此将其他科学知识领域所遵循的逻辑方法引入实在法科学（一般法学说）。”[40]奥地利法学家斯塔克则走上了心理生理学的路子。他从三个“法的基本要素”，即人、需求以及满足需求的手段出发，力图将主观法和客观法的概念、法律科学概念构造的方法以及公法与私法的区分等建立在心理学或心理生理学的基础上：“它首先必须这样来确定其基本概念，就像它们作为有机生活之事实来把握的那样。”[41]任何其他不以纯粹自然科学的方式来进行的观察都被认为是形而上学，因而都要被拒绝。

从 19 世纪后半叶开始，一般法学说也逐渐传播到了德语区以外的其他国家和地区。

---

[35] Vgl. Ernst Rudolf Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, Teil 1, Neudruck der Ausgabe Gotha 1878, Aalen: Scientia Verlag, 1965, S.162.

[36] Vgl. Ernst Rudolf Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, Band 1., Tübingen 1894, 2.Neudruck, Aalen 1975, S.13, 14f.

[37] Vgl. Ernst Rudolf Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, Teil 2, Neudruck der Ausgabe Gotha 1883, Aalen: Scientia Verlag, 1965, S.4.

[38] Vgl. Felix Somló, Juristische Grundlehre, Leipzig: Verlag von Felix Meiner, 1917, S.2-4, 5, 8-10.

[39] 例如参见 Theodor Sternberg, *Allgemeine Rechtslehre*, Leipzig: G. J. Göschen, 1904; Alexander Nicol-Speyer, *Der allgemeinen Rechtslehre erster (morphologischer) Teil*, Berlin: Verlag von Franz Vahlen, 1911; Rudolf Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle a.d.s.: Buchhandlung des Waisenhauses, 1911.

[40] Vgl. Ignatz Kornfeld, *Soziale Machtverhältnisse. Grundzüge einer allgemeinen Lehre vom positiven Rechte auf soziologische Grundlage*, Wien: Verlag Manz, 1911, S.63.

[41] Vgl. Bernhard Stark, *Die Analyse des Rechts. Eine Beschreibung der Rechtsdinge auf Grund der Psychophysiologie des Organismus*, Wien und Leipzig: W. Braumüller, 1916, S.66, 107, 40.

在十月革命之前的俄国，同样涌现出了一大批同主题著作。尤其是科尔库诺夫的《法的一般理论讲义》（1886/87 年）深受德国传统的影响。这部著作经过多次再版，于 1909 年被译为英文出版，在英语学圈产生了重要影响。科尔库诺夫明确倚重于默克尔的学说，将一般法学说区分于法哲学以及（对法律材料进行纯粹堆彻的）百科全书，认为它的任务在于“从技术和逻辑的视角去证实无论何处的实在法，说明这一社会有机体的内在联系和本质，并使它们关涉社会和国家中人类活动的一般原则。”[42]此外，他将规范要素和社会学要素紧密结合起来（而没有混淆两者），并整合了社会科学、发展史以及国家理论的问题。这部作品以及其他类似作品，可被视为世纪之交法理论在俄国的缘起。

此外要说明的是，法理论虽然一开始作为私法理论出现，但从 19 世纪后半叶开始，法学的学科性以及法的概念和结构问题持续地从私法转移到了公法领域，并在 20 世纪初被卷入一般国家学的研究之中。这一研究传统被戈贝尔引入，并被拉邦德和耶利内克所继承和发展，其目标在于“同时在公共生活领域完全实现法理念”，“同样在此指明法的独立性”。[43]随之，起源于私法的一般法学说与一般国家学最终合流于“法与国家的一般理论”，并在其特定版本，也即奥地利法学家凯尔森的“纯粹法学说”中达到巅峰。

2、成熟阶段

法理论成熟阶段的标志是凯尔森的《纯粹法学说》（1934 年第 1 版，1960 年第 2 版）和《法与国家的一般理论》（1945 年）。纯粹法学说是一种特殊版本的一般法学说，因为它试图以“规范”的范畴为基础去解释一切法律现象，并对既有法理论进行全面重构。

首先，纯粹法学说持一种规范还原论的立场。它认为，法学研究的是法律规范及其要素和相互关系、作为一个整体的法律秩序及其结构、不同法律秩序之间的关系，以及法在多数实在法律秩序中的统一。[44]其他所有的基本法律概念，如制裁、法律义务和责任、主观法（权利和授权）、行为能力、权利能力、法律关系、法律主体等最终都可以被还原为规范，从而主观意义上之法最终都可被还原为客观意义上的法。[45]同时，法是一个以基础规范为顶点、由众多法律规范依据授权链条组成的动态秩序或体系。由此，一般法学说在研究法律基本概念外，又加入了另一个新的研究领域，那就是法的结构理论。它的任务在于研究法秩序的构造，并提炼出用以分析一切法律体系的逻辑工具。它包括法律规范的结构学说与法秩序的构造学说。[46]所以，一般法学说既是基本法律概念学说，又是关于实在法之结构的规范理论。

其次，纯粹法学说持一种一元论的立场。传统法理论认为，国家是有别于法的实体，国家在法之外，也在法之上（国家“创造”了法）。但纯粹法学说认为，国家就是由国内的法

---

[42] Nikolai Korkunov, *General Theory of Law*, 1st ed., trans. by W.G. Hastings, Boston 1909, p.37.

[43] Otto von Gierke, *Labands Staatrecht und die deutsche Rechtswissenschaft*, 2.Aufl., Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1961, S.5,7.

[44] 参见[奥]汉斯·凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，商务印书馆 2017 年版，第 19-20 页。

[45] Vgl. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre (Studienausgabe der 2.Aufl. 1960)*, hrsg.v. Matthias Jestaedt, Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, S.208-345.

[46] Vgl. Ota Weinberger, *Norm und Institution. Eine Einfürung in die Theorie des Rechts*, Wien: Manz, 1988, S.85.

秩序创造的共同体，就是构成这一共同体的国内法秩序的人格化。[47]所以作为共同体的国家与“国家的”法秩序是一而二、二而一的现象。认为国家是有别于法的实体的观点，其实是一种从法学外的视角出发得出的结论，是政治意识形态的结果。随着国家与法的二元论一起消解的，还有公法与私法的二元论。因为从阶层构造论的角度看，公私与私法规范的产生并无差别。[48]从而，法理论就将成为一种真正意义上一般性的法学学说。

最后，纯粹法学说试图发展出一种分析-描述的法学理论。它局限于对实在法的结构分析，而非从心理上或经济上去解释它产生的条件，或从道德上或政治上对它的目的进行评价。因为只有这样，才能将法律科学与法哲学以及法社会学区分开来。概言之，纯粹法学说要达致双重纯粹性，也即一方面将自然（社会学）的方法，另一方面将道德（伦理学）的方法都排除于法学研究领域之外，从而将一般法学说界定为一种独特的“法学”理论。此外，这种学说的目的在于认识法律而非形成法律。因为科学必须就其对象实际上是什么进行叙述，而非从特定价值判断出发来规定它应该如何或不应该如何。纯粹法学说只是描述规范而非创造规范。[49]与运用自然科学方法的描述（如法社会学）相比，它为描述法律现象提供了更好的视角和方法，因为它刻画出了法不同于物理实体的独特性（规范性）。

此后，一些学者全面继受了这种规范主义进路。如纳维亚斯基，就以规范的概念为基础，分“客观意义上的法”“主观意义上的法”和“法律体系”三部分对基本法律概念进行了详细讨论。[50]

3、多样化阶段

事实上，19 世纪末 20 世纪初，就在一般法学说蓬勃发展的同时，法理论的另一个分支亦处于发酵和茁长之中。与一般法学说肇始于潘德克顿和百科全书运动（概念法学）不同，这一分支在方法论上恰恰来自于对概念法学的反思与抨击，它的代表是利益法学和自由法运动。无论是社会目的或社会利益，还是自由法或活法，都带有明显的社会学色彩。故而这一分支可以被称为“社会法理论”，而与之相对的一般法学说则是一种“分析法理论”。这两类法理论的区分在于：其一，分析法理论认为法的实证性体现在拥有权能的外部权威制定法这一事实之中，而社会法理论认为它体现在法的适用、遵守或它被法官与法的受众所承认这一事实之中；其二，分析法理论认为法理论的任务在于逻辑分析与语言分析，而社会法理论认为它的任务在于对法与法学的社会学与心理学研究。[51]无疑，社会法理论的出现是与当时社会学的兴起，以及法学研究对法社会学的接纳是分不开的。

二战之后，除了因自然法的短暂复兴而导致法哲学研究重新一度占据主流之外，从六十年代开始，法理论迎来了全面的复兴。与传统的法理论不同的是，六十年代之后的法理论既不是对分析法理论传统的简单延续，也超越了传统的社会法理论，而是呈现出强烈的

---

[47] 参见[奥]凯尔森：《法与国家的一般理论》，第 269、271 页。

[48] Vgl. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre (Studienausgabe der 2.Aufl. 1960)*, S.493-499.

[49] 参见[奥]凯尔森：《法与国家的一般理论》，第 20、22、246 页。

[50] Vgl. Hans Nawiasky, *Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe*, 2.Aufl., Einsiedeln u.a.: Verlagsanstalt Benziger & Co. AG., 1948.

[51] Vgl. Ralf Dreier, *Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?*, Tübingen: J.C.B.Mohr (Paul Siebeck), 1975. S.10, 13.

多样化色彩。这也反映出了法律与其他学科的交叉研究视角日益流行：凡是不属于传统法哲学研究范围的、对一般意义上的法的结构和基本法律概念的研究，大体都可被归入法理论的阵营之中。据有学者归纳，从 1965 年至 1985 年之间，法理论的“重要讨论领域”至少包括十二个。[52]其中影响比较大的进路有四种：第一种是分析法理论。与传统的一般法学说相比，这一阶段的分析法理论更注重对语言哲学和逻辑学的运用。它被界定为一种“逻辑化的法理论”，一种关于法律语句之一般结构和形式法概念的学说。[53]第二种是社会法理论。影响比较大的范式有两个：一个是哈贝马斯的商谈理论。它将商谈性关联纳入法律体系之中，以积累的方式确定关于法的知识，并构成了关于法之意义产生的总体系。[54]另一个是卢曼的系统论。这种理论基于结构-功能主义进路，将法律体系视为社会的子系统。在其看来，法理论既非规范取向、亦非经验取向，它的任务仅在于对“法”的体系及于其中发生之沟通的观察。[55]社会法理论从社会学的观察视角出发，获得了不同于分析法理论的对法律体系的新理解，与后者形成良好互补，迄今为止产生了较为广泛的影响力。第三种是政治法理论。这一进路反对凯尔森式价值-政治无涉的法律科学立场，主张法的政治性以及法律活动中的政策考量不可避免，因而倡导法律人的政治参与，倡导政治性的法理论研究。[56]

最后一种是唯物主义法理论（马克思主义法理论）。从性质上讲，这一理论属于社会-政治法理论一脉，但由于其世界范围内的广泛影响力，往往被视为独立的分支。这一范式“在卡尔·马克思的批判理论传统中进行论证，并通过资本主义的社会主义化结构原则去分析现实存在的社会”[57]。它强调特定社会的物质生活条件和经济关系对法和法律关系的重要性，从而影响对基本法律概念的理解。这一理论传统虽然源自德国，但一度在德国法理论阵营中并不居于主要地位。但在十月革命后的苏联，由于马克思主义的正统地位，唯物主义法理论却成为了法理论研究的主流。当然，由于冷战的影响，从 50、60 年代开始，德国学者们也对马克思主义法理论、尤其是苏联的马克思主义法理论进行了介绍，尤其是 1970 年代形成了对这一理论的问题进行集中反思和批评的潮流。[58]但进入 21 世纪以后，亦有学者重新倡导对马克思主义法理论的重视，并希望对其进行符合时代需求的重构。[59]总

---

[52] Vgl. Eric Hilgendorf, *Die Renaissance der Rechtstheorie zwischen 1965 und 1985*, Wuerzburg: Ergaon Verlag, 2005, S.35-66.

[53] Vgl. Ota Weinberger, Aufgaben und Schwierigkeiten der analytischen Rechtstheorie, *Zeitschrift für allgemeine Wissenschaftstheorie* 4 (1973), S.359.

[54] Vgl. Raffaele de Giorgi, Ein Beitrag zu einer soziologischen Neubegründung der Rechtstheorie, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 67 (1981), S.100.

[55] Vgl. Gerd Roellecke, Das Recht von außen und von innen betrachtet. Niklas Luhmann zum Gedaechtnis, *Juristenzeitung* 1999, S.214.

[56] Vgl. Rudolf Wiethölter, Recht und Politik, *ZRP* 1969, 155, 158; ders., *Rechtswissenschaft in Kritik und als Kritik*, Mainz : Studium Generale der Johannes Gutenberg-Universität,, 1971, S.13 ff.

[57] Sonja Buckel, *Subjektivierung und Kohäsion. Zur Rekonstruktion einer materialistischen Theorie des Rechts*, Weilerswist: Velbrueck Gmbh, 2007, S.14.

[58] 例如参见 M. Csizmas, Zur Entwicklung der marxistisch-leninistischen Staats- und Rechtstheorie, *Studies in Soviet Thought* 9 (1969), S.27-60; Oskar Negt, Thesen zur marxistischen Rechtstheorie, *Kritische Justiz* 6(1973), S.1-19; Johnn J. Hagen, Probleme der marxistischen Rechtstheorie, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 63(1977), S.129-135.

[59] 如参见 Felix Hanschmann, Eine Rehabilitierung materialistischer Rechtstheorie, *Kritische Justiz* 41(2008), S.82-94.

的来说，这一传统在今天依然有很强的生命力。

面对如此纷繁多样的研究领域和研究进路，学者们对“法理论”的学科性质与相邻学科的关系进行了系统反思和全面探讨，同时也不断扩大法理论的外延，承认其多样性。[60]如当代学者罗尔区分了狭义的法理论概念和广义的法理论概念，认为前者聚焦于法的结构和形式要素，因而包括了法学的科学理论、法律逻辑与法律信息学、法律语言理论和规范理论，甚至偶尔也会囊括立法理论和系统论，而广义的法理论则会将法学方法论的全部范围（论证和商谈理论、诠释学、论题学、修辞学）都包含进来。[61]可见，即便是狭义上的法理论也已经远超出传统的一般法学说之外。最近，有青年学者更是主张，要将法理论作为一门“多学科性之法律科学的哲学理论”来看待。[62]

三、法理论的学科属性及其与部门法学的关系

（一）法理论的学科属性

尽管存在外延日益扩大的趋势，但纵观法理论的学说史，分析法理论无疑是主流，而社会法理论则是重要分支。基于此，我们可以归纳出这一理论的基本学科属性：

首先，法理论是一门关于实在法的规范学科。一方面，作为实在法理论，法理论并不关注自然法问题，或者说正义问题。[63]正义问题属于传统法哲学（法伦理学）的关注领域。作为法理论最初形态的一般法学说固然只聚焦于实在法的基本原理，继之而起的社会法理论以及其他各种法理论研究同样以法的实证性为前提。这些理论（如系统论）纷纷主张自身与哲学的区别，或即便使用“哲学”或“正义”这样的术语，也强调不同于实质价值取向的传统法哲学。另一方面，与部门法学关注个别实在法不同，法理论关注的是一般意义上的实在法，也即脱离于任何实在法秩序之内容特殊性的普遍的法律概念。此外，法理论并不研究纯粹的经验事实，研究应然而非实然，所以它又是一门规范学科。当然，这里所说的“规范学科”指的只是它以规范为研究对象，而非指它持规范性的立场。在此有限的意义上，法理论坚持的是一种实证主义-规范主义的路径。[64]

其次，法理论的主要研究对象是基本法律概念。法理论主要研究法的概念（有时也包括法历史演变）和其他基本法律概念、分类及其一般基础。法理论上的基本概念既要脱离部门法学的那种对特定实在法的依赖性，但又不可避免地来源于对部门法学概念的加工。在最开始的时候，这一工作理所当然是由底蕴最为深厚的民法学来担纲的。当然，基于民法学的概念，或者基于民法学及其迁移和拓展到其他部门法学后的共同概念构造出的基本法律概念，并非对部门法概念的简单照搬，而是经由学者的解剖、抽取、组合，“跃升”为

---

[60] 当时的讨论集中见于三本论文集,对此的述评参见 Gerhart Wielinger, Rechtstheorie heute: Kritische Anmerkungen zu drei Sammelbänden, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 60(1974), S.429-434.

[61] Vgl. Klaus F. Röhl und Hans Christian Röhl, *Allgemeine Rechtslehre: Ein Lehrbuch*, Köln: Carl Heymanns Verlag, 2008, S.3.

[62] Vgl. Marietta Auer, *Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie*, S.43.

[63] Vgl. Hans Schneider, Rechtstheorie ohne Recht? Zur Kritik des spekulativen Positivismus in der Jurisprudenz, in: Alexander Hollerbach(Hrsg.), *Mensch und Recht : Festschrift für Erik Wolf zum 70. Geburtstag*, Frankfurt a. M.: Klostermann, 1972, S.113.

[64] 参见[德]马蒂亚斯·耶施泰特：《法理论有什么用？》，雷磊译，中国政法大学出版社 2017 年版，第 85-89 页。

内涵更窄、外延更宽的上位概念。在这一过程中，有时会直接照搬部门法学中已经形成的概念表述，有时则会另择更为宽泛的表述。前者如“法律关系”（Rechtsverhältnis），后者如“法律行为”（Rechtshandlung）。但无论是哪种情形，这些概念都已经脱离了特定的部门法学。正是在此意义上，它们才被称为“基本法律概念”。

再次，法理论持一种内部观察者的研究视角。依据观察者视角/参与者视角和内部视角/外部视角的区分，可以形成四种视角及其对应的分支学科：持内在观察立场的法理论、持外在观察立场的法社会学、持内在参与立场的教义性法学、持外在参与立场的法哲学。一般法学说主要运用分析方法，它既是关于法的形式理论，又是关于法的结构理论。作为形式学说，它的任务在于，与基础性的法律思维方法一起来辨识和描述法律形式和概念的核心要素。[65]作为结构理论，它的任务在于研究法秩序的构造，并提炼出用以分析一切法律体系的逻辑工具，包括法律规范的结构学说与法秩序的构造学说。[66]社会法理论要么采取历史唯物主义和辩证唯物主义方法，要么采取结构功能主义方法，或者对于法的性质或运行进行剖析，或者对于法发展与演变的规律进行预测。但无论是哪一种法理论，其基本旨趣在于从“内部人”的角度对法律自身进行更透彻和清晰的观察，从而既不像教义性法学那样从内部、也不像法哲学那样从外部直接参与法律实践。因此，法理论可谓内在于法学的描述性学科。

又次，法理论致力于法律知识的一般化与体系化，也即科学化。如前所述，法理论产生自法律科学的一般化和体系化的要求。它致力于创设统一的基本法律概念，而后者的出发点在于既有的具体法学分支学科（部门法学）的“总论”。进而，它试图从诸多总论中再提炼出更为抽象的上位概念，以适用于一切现实的和可能的法律体系。在此意义上，法理论试图创造出的是部门法学的“总论的总论”。[67]以此方式，它促使法律知识成为一个无矛盾和相融贯的整体，提高其稳定性和可预期性，从而促进了法学的普遍科学化。

最后，法理论在外延上包括法的理论与法律科学理论两部分。法的理论研究的是法的概念论和结构论。传统一般法学说专注于发展和提炼出法的概念以及其他基本法律概念。相比之下，今日之法理论的任务不再仅限于给法和相关概念下定义，而也致力于获得对法的体系性和结构性理解。[68]进而，法律体系既可以被理解为具有实效的整体，也可以被理解为有效规范的体系。社会法理论从前一维度来研究实在法秩序，而分析法理论侧重从后一维度来理解和分析实在法秩序。法律科学理论致力于发展和提炼出一种法律认知理论或者说方法论。与法的理论不同，它聚焦于对作为一种学问形态的教义性法学进行普遍的方法论反思和建构。当然，法理论的这两个部分并非截然可分：构造基本法律概念及法律体系的结构本身就是为了向法律科学的目标努力；而法理论的各个分支也正是基于对“科学”的不同理解，为基本法律概念和法律体系的构造提供不同的观察方法。所以，法理论学家总是将自己对于法律科学的理解融入对法的理论的研究之中。

---

[65] Vgl. Klaus F. Röhl und Hans Christian Röhl, *Allgemeine Rechtslehre: Ein Lehrbuch*, S.1.
[66] Vgl. Ota Weinberger, *Norm und Institution,* S.85.
[67] Vgl. Klaus F. Röhl und Hans Christian Röhl, *Allgemeine Rechtslehre: Ein Lehrbuch*, S.415.
[68] Vgl. Elmar Krüger, Die Bedeutung der Rechtstheorie, *JuS* 2012, S.873.

归纳而言，法理论是一门从内部观察者的视角出发，通过研究基本法律概念来致力于法律知识的一般化与体系化（也即科学化）的关于实在法的规范学科，包括法的理论与法律科学理论两部分。

（二）法理论与部门法学的关系

法理论既与部门法学有紧密的联系，又与部门法学保持着一定的距离。它基于部门法学而超越部门法学，同时也调控着相邻科学对于部门法学的知识输入。它对于部门法学的意义体现在三个方面，即体系构造功能、学说批判功能和知识筛选功能。

1、法理论的体系构造功能

法理论致力于打造统一的法律科学。因而法律科学的统一性构成了法理论研究的核心倾向。作为部门法学的总论，它聚焦于法的核心要素，这些要素以基本法律概念的方式被表达出来，从而确保对法律科学之统一性及其科学性的证立。

首先，统一的基本法律概念为诸部门法学供给通用语。基本法律概念是那些每个人在表达某个法律规范时都必然要运用的，或者他必然要预设为前提的概念。[69]基本法律概念为教义性法学体系的构造提供了必要的出发点。对特定法秩序之内容的体系化展示在形式上并不受制于其规范内容本身。相反，缺乏对规范特征的精确认识，这种体系化压根就不可能实现。只有当每种实在法体系不仅依照特定实践立场被理解为法条集合之外部秩序，而且也要被理解为某种鲜活精神之全部的整体表达时，法学才配得上被称为真正的科学。[70]认识这种规范特征和精神整体，就属于法理论的任务。在此视野下，法律体系并非法条的结合，而是建立在此基础上的教义学说（概念-命题）的体系。由此，部门法学的作业就可以适度独立于法的内容，部门法学说就可以被理解为基于对现行实在法之解释，并受法理论（它基于基本概念提供方法指引）约束之解释结果的体系化。[71]

其次，统一的法律体系构造为法教义内涵的形成提供规范论基础。一般法学说不仅将法律体系视作概念和命题的体系，而且也视其为规范的体系。从后一种视角出发，存在着两个相互关联的问题：其一，法律体系的基本组成单位，即法律规范，具有何种结构？它们是单一类型的规范还是不同类型的规范？其二，这些规范以何种方式结合成法律体系？这其实就是法的结构问题。凯尔森的“阶层构造论”为此提供了一种答案：法律体系最终是由单一类型的规范（规则）组成的、以授权链条和效力等级联结起来的阶层体系，它调整着自身规范的生产。与此不同，当代学者阿列克西则提供了另一种答案：法律体系是由法律规则和法律原则这两种具有逻辑差别的规范构成的双重体系，除了以效力为链条的法律规则的阶层体系外，还有其背后以内容蕴含为联结方式的原则体系，后者属于客观价值秩序或柔性价值体系。[72]规则是确定性命令，而原则是最佳化命令。[73]因而，前者的典型适用方式是涵摄，而后者的典型适用方式是权衡。这种主张不仅仅会产生法理论上的差异，也

---

[69] Vgl. Felix Somló, *Juristische Grundlehre*, S.274.

[70] Vgl. Ernst Rudolf Bierling, *Juristische Prinzipienlehre, Bd.V*, Tübingen: Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1917, S.107.

[71] Vgl. Andreas Funke, *Allgemeine Rechtslehre als juristische Strukturtheorie*, S.92.

[72] 具体阐述参见雷磊：“适于法治的法律体系模式”，《法学研究》2015年第5期，第22页以下。

[73] Vgl. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1986, S.75, 76.

会影响到基本权利教义学。因为一旦基本权利条款被理解为具有原则属性的规范，那么就意味着它们在被适用时，就必须要与其他规范（如其他基本权利或者公共利益）进行权衡。而在具体情形中权衡的结果必将影响对特定基本权利条款之内容的理解。[74]

2、法理论的学说批判功能

法理论不仅致力于部门法学说体系的科学建构，而且要对教义化的部门法学研究加以反思和批评。作为纯粹的观察者，法理论家并不像部门法学者那样感觉自己有压力对实践发生直接的影响，即将自己代入法官的角色去对具体情形作出法律裁判。正因如此，他们会有更加充裕的时间和距离感去对法律问题进行更加彻底、更加长效、更加全局和逻辑严谨的思考。相反，教义化的部门法学由于固守于既有的学说，反而可能会忽略法律实践的复杂性，从而无法恰当地应对新情形。在某种意义上，法理论往往要对部门法学的学说和命题，甚至对习以为常、被广泛接受的通说进行审视和检验，看其是否符合科学的标准。[75]

首先，法理论的概念分类可以被用来对部门法学说进行批评性审视。例如，德国民法学说中关于权利的划分，即请求权、支配权、形成权与组织权，是在经典教义法学传统中慢慢发展出来的。它并未经受过严格规范逻辑意义上的法理论剖析。事实上，这四种类型并非依照同一个标准划分所得，它们既不完全相互排斥（有重叠部分），合起来也不能穷尽权利的全部情形。所以它的说明力有限，无法作为权利的一般理论。相反，被公认为迄今为止对权利类型的最完备和最严密的法理论分析来自于美国学者霍菲尔德。霍菲尔德将权利划分为四个类型，即请求权、自由（“特权”）、权力、豁免。[76]其中，请求权和自由是针对行为的一阶概念，权力和豁免则是针对行为效果的二阶概念。以此来比对德国民法学说中的权利分类理论就可以发现：德国传统中的请求权首先对应的是霍菲尔德意义上的请求权，其次是自由；支配权则首先是自由，其次是霍菲尔德意义上的请求权；形成权属于授权规范的领域，相当于霍菲尔德所说的权力或豁免。[77]至于组织权，只是行使授权的主体条件，本身可被归为授权的一部分。在德语传统中，阿多迈特也曾从法理论的层面进行过类似的（虽然不那么完整的）分析。他将形成权解释为制定规范的权能，将支配权视为某个行为规范之受益者的地位。“形成权-支配权”对应于“授权规范-行为规范”的范畴，处于这两个规范领域之间的是动态要素“法律行为”，它是形成权的行使形式，可以证立、改变或废止支配权或其他形成权。[78]可见，教义学传统中发展出来的这些权利都可以用法理论上的权利类型来分析，前者只是偶然的、与语言习惯和文化传统相关的用法，而后者却是逻辑上必然的。

---

[74] 例如，德国宪法法院著名的“泰坦尼克案”判决就通过权衡塑造了思想表达自由的新内涵（BVerfGE 86, 1.）。

[75] 参见[德]马蒂亚斯·耶施泰特：《法理论有什么用？》，第 130 页。

[76] 参见[美]霍费尔德：《基本法律概念》，张书友编译，中国法制出版社 2009 年版，第 28 页及以下。

[77] Vgl. Klaus Adomeit, Zivilrechtstheorie und Zivilrechtsdogmatik-mit einem Beitrag zur Theorie des subjektiven Rechte, in: Hans Albert, Niklas Luhmann, Werner Meihofer und Ota Weinberger (Hrsg.), *Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft*, Düsseldorf: Bertelsmann Universitätsverlag, 1972, S.518.

[78] Vgl. Wolfgang Böhm, Zum Verhältnis von Rechtstheorie und Rechtsdogmatik: Dargestellt anhand einer rechtstheoretischen Studie von Klaus Adomeit, *JuristenZeitung* 25(1970), S.768.

其次，法理论的概念分析也可以被用来破除部门法学的价值论崇信。“法律行为”的概念首先产生自民法。在民法中，一直以来“私法行为”（Rechtsgeschäft）被与“意思表示”相提并论。故而民法学者将其视为一种特殊类型的合法行为，也即“据以设立、变更或废止法律关系之人的意思表示”[79]。进而，由于意思表示及其效果被认为与民法所崇信的、反映私法基本精神的“意思自治”联系紧密，因而“法律行为”往往被民法学者视为民法所独有的概念，彰显了私法的独特价值。然而，如果从言语行为理论出发，以“权能”（也即霍菲尔德说的“权力”）概念为基础对民法所主张的“法律行为”进行重构，就会发现，它其实是一种并不鲜见的“宣告式言语行为”，在民法领域并不具有结构上的特殊性。即便保留其“意志表达（意思表示）”的特殊性，它也不限于民法领域，在公法领域同样存在。[80]说到底，这种行为之所以有法律效果，还是因为法律规范的授权，因为权能本身就是一种规范性权力。所谓“意思自治”，其实是民法学对于私法行为概念的价值论附加，绝非科学分析的结果。

所以，部门法学致力于提供的概念、公式和原理可能是有语境限制的。因为它们的对象并不是超越时空的事物，而是特定语境中的实在法。虽然它们往往看起来是普适的，但由于与特定法律制度的性质相关，所以也只有从这一语境中才会获得意义。这是部门法学无法逾越的界限。而科学化却要求超越实在法和部门法的界限，提供一套更为严密和周延（或许是更“去价值化”）的说明，并反过头来审视部门法学的概念和原理，补足其不足。

3、法理论的知识筛选功能

法理论对于部门法学的功能不仅体现在对内的方面，也体现在对外的方面。后一方面具有两个面相：一方面是防御的面相，亦即防止部门法学受到其他学科知识的过度侵蚀，以维系法学的独立性；另一方面是适应的面相，亦即让部门法学保持吸纳相邻学科知识或作出及时回应的能力，以维系法学的开放性。

知识的流动性和跨学科研究的兴起已是不争的事实。但如何在迎接这一潮流的同时维系本学科的固有法则，不让“跨学科”变成“无学科”，不仅涉及学科的自主问题，也涉及它对于人类知识的独特贡献。对于法学而言同样如此。一百多年前，德国哲学家冯特就曾预言这样一个时刻即将来临——“对于从事它的人来说，法律科学不再是最容易的学科，而成为最困难的学科之一，因为它可能要以最渊博的知识为前提”[81]。如今这一预言早已变成现实：除了哲学，社会学、经济学、人类学、文学等几乎一切相邻学科都在不断向法学输送知识。这在大大丰富法学的研究视角的同时，也使法学开始迷失方向。因为法学家似乎已无法再在其领域中被统一到一组固定的命题准则与问题上来。法律科学何以能维系其“法律”科学的性质？部门法学如何来确保自己的独立性，防止其他学科无节制的入侵？在此，正是法理论扮演着“法律科学边界上的观察哨”的角色。[82]

---

[79] Heinrich Dernburg, *Padekten*, Bd.I, Verlag von H.W. Müller, 1884, S.207.

[80] 参见马驰：“普遍法律行为概念的法理学重构——以‘权能’概念为基础”，《法制与社会发展》2019 年第 4 期，第 35 页以下。

[81] Wilhelm Wundt, *Allgemeine Methodenlehre. Logik der Mathematik und der Naturwissenschaften*, 2.Aufl., Stuttgart : Enke, 1894, S.560.

[82] Vgl. Stig Strömholm, Hauptströmungen der schwedischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie in der Nachkriegzeit, *Rechtstheorie* 3 (1972), S.35.

作为“观察哨学科”，法理论在部门法学与相邻学科之间发挥着过滤器的作用：它的一项主要任务在于信息检测和加工，以及为部门法学提供相关框架，以便能来决定哪些相邻学科的信息在何种视角下对于狭义法律科学来说是相关的。[83]从这个角度看，它也是法律系统的“防火墙”，要对渗入系统的信息加以筛选和过滤，保护自己免于不可用的、尤其是针对有损于法律科学之固有法则的概念、观念、模型和方法的干扰。当然，这并不意味着它要使部门法学对一切外部知识都关闭门户，或者无差别地对系统外来的知识进行防御。它要做的，只是对想要涌入法学领域的相邻学科知识进行“接口管理”，以特定的标准对它们进行甄别、过滤和筛选。这里的标准就在于，相邻学科知识能否、以及在多大范围内可以基于法和法律科学的固有法则被重述。重要的是，这种过滤和筛选是以独白式的方式来进行的：因为选择的标准完全来自于法律科学本身，而非别的学科。[84]换言之，知识来源可以是跨学科的，但运作方式和视角却必须是法律科学自身的。

在法理论的中介机制下，相邻学科对部门法学发生影响的途径主要有两种：一种是相邻学科知识有限度、有方法地进入部门法学的论证之中，或者说部门法学以特定方式吸纳相邻学科知识。例如，关于死刑之目的和正当性的一般讨论可以为法律论证提供价值论基础，但是在司法裁判中就死刑问题进行辩论时，必须以现行的制度、制度背后的意图、判例等为限定条件，必须以进入教义学结构的方式来发挥作用。另一种是相邻学科知识并不直接进入部门法学论证之中，而是引起部门法学说的自我调整以便对外部知识作出回应。最典型的情形就是体现在对公众关注案件的裁判中之中。于此，法理论既要求部门法学回应社会效果，又要求这种回应必须以教义学自己的方式来进行。于此，社会效果的考量相当于是一种对教义学的“激扰”机制，法理论要求部门法学说借此进行自我调整以适应社会。但这只是引起学说调整的原因，但并非学说调整的理由。新学说的理由永远只能在教义性法学自身的脉络中去寻求和发展。

法理论的特殊机制使得教义性法学能够克服社会现实的复杂性和偶然性，采取一种既稳定又灵活的方式。这就导致了法律系统的一个重要特征，即认知开放与运作封闭。[85]一方面，法律系统绝非与生活世界及其他社会系统相互隔绝，而是可以充分学习和吸纳后者的经验、价值与意义；但另一方面，法律系统作为社会系统的一种，其成分和程式在一个循环流转于系统内部的过程中持续运作，获得自我复制和内在的进化。[86]外部知识要想要进入法律系统之中，就必须以法学的概念与法律场域的游戏规则来进行“编码转化”，参与到部门法学说的论证过程中来。

综上，法理论可谓“教义的法理”。它既是知识的法理，又是方法的法理。因为它既在知识上为部门法学提供“总论性”的基本概念和原理，从而促进它们的体系严密性和稳固性，也从方法上为部门法学澄清法律人独特的作业方式，从而维系法学的独立性和开放性。它

---

[83] Vgl. Ralf Dreier, *Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?*, S.22.

[84] 参见[德]马蒂亚斯·耶施泰特：《法理论有什么用？》，第 126-127 页。

[85] Vgl.Niklas Luhmann, *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp,1984,S.60 ff.

[86] 参见[德]尼可拉斯·鲁曼：《社会中的法》，李君韬译，五南图书出版有限公司 2009 年版，第 64 页以下。

还能对部门法学进行解剖式观察，洞悉其知识和方法上的局限，从而保有反思和修正的可能。这能够使得教义化的部门法学研究成为一种不断趋向于科学化和理性化的事业。如此，法理论就与部门法学合在一起，形成了与（法）哲学、（法）社会学等相对的“法学”固有学科。

四、法理论研究的中国化

（一）中国的法理论研究的特点

法理论在中国的发展有其独特的历程。1949 年之前，学界除了对英美分析法学有零星的介绍外，对于西方、尤其是德国理论的绍介基本集中于法哲学领域。新中国成立后，中国的法学教育和法学研究全面继受苏联，而这一时期苏联版的法理论成为无可置疑的正统。从上世纪 50 年代直到 70 年代末，带有苏联印记的“法的一般理论”几乎代表了整个法理学。最典型的表现就是从 1952 年院系调整后，我国高等法律院校的基础理论课程以及（自编或翻译过来的）教材所采用的名称无一不是“国家和法（权）的理论”。文革结束之后，法理学研究进入了复苏期。虽然从 1980 年代开始，中国法理学界开始有意将法理学与政治学相脱离，法理学的学科代称也从“国家和法的（一般）理论”变成了“法学基础理论”，但法理论研究（法学基础范畴研究）依然是中国法理学界的主流，它的整体框架也依然是苏式的。尽管学者们开始有意对既有研究进行深化或修正，以图超越苏联学说，但由于对其他学术传统的完全陌生和理论资源的匮乏，他们的论述往往带有直觉式的痕迹。从 20 世纪 90 年代后期开始，法理学的研究主题和方法日益多元，远远超出“法的一般理论”的范围之外。法哲学研究重新在法理学中占据了重要的位置，其他各种交叉学科的研究（如法社会学、法人类学、法经济学、法律与认知科学等）方兴未艾、层出不穷。与此同时，虽然依然有个别成果诞生，但总体上法理论研究被迅速边缘化。[87]

从发展历程看，中国的法理论研究在整体上显现出三个特点：其一，中国的法理论研究是外生型的、而而非内生型的。与德国一般法学说的诞生过程不同，中国的法理论研究并非产生自学科自身的需要，而完全是外来的产物。只是由于当时所处的特殊历史环境和意识形态的高度接近，中国在 1950 年代才全盘照搬了苏联的法理论研究。当然，这也与当时的现实背景有关：一方面，当时新中国的法制建设刚刚起步，许多法律领域一片空白，根本不可能发展出围绕实在法进行的教义性研究，自然也不可能在此基础上形成自己的法理论。另一方面，无论在苏联还是在中国，马克思主义哲学都成为了不容置疑的正统，这就注定了法哲学领域不再是可以开放讨论的空间，因而也就极大了压缩了法哲学的生存空间。学者们能做的，就是将马克思主义运用于各个基本法律概念的研究。他们所能争议的，也只限于在研究这些概念时，对马克思主义原理的运用是否正确。

其二，中国的法理论研究从一开始就带有浓厚的政治-社会法理论色彩。这是由于历史唯物主义和辩证唯物主义成为了贯穿研究的基本方法论。在这种方法论的影响下，苏联和

[87] 关于法的一般理论在中国七十年的发展过程，详见雷磊：“法的一般理论及其在中国的发展”，《中国法学》2020 年第 1 期，第 12-22 页。

中国的法理论研究具备两个明显特征：一方面，在法理学教材中关于国家理论的篇幅大幅度增加。因为国家与法被视为一个整体，国家是阶级斗争的产物，而法是统治阶级意志的体现，两者同时产生、同时消亡。进而，由于国家被首先视为政治现象，所以并不存在独立于政治学之外的法理论。[88]因而法理论研究中的政治因素与科学因素纠缠不清。相应地，“法的一般理论”也有了新的名称，那就是“国家与法的（一般）理论”。另一方面，法理论研究的重点不再放在基本法律概念上，而是将国家与法的产生、发展的一般规律，尤其是国家和法的历史类型学说作为了重点。维辛斯基及其追随者的作品被大量翻译成中文，在中国广为流传，并产生了持续而深远的影响。可以说，中国的法理论研究从一开始就没有受到过分析法理论（一般法学说）传统的熏陶。

其三，中国的法理论研究迄今为止经历了由盛而衰的过程。在西方法律思想史上，从古希腊时代开始直至 19 世纪中叶，占统治地位的一直是以自然法或理性法之名存在的传统法哲学。只是在近代科学主义思潮的影响下，传统法哲学衰落，才出现了推动形成一门新的法学学科，即一般法学说的动力。与此相反，新中国法理学研究的开端并不是法哲学，反而是（苏联式的）法理论。这种研究范式可以说在当时就代表了法理学的全部。而从大约上个世纪 90 年代开始，法哲学才在法理学者中慢慢占据主流。西方的各种法哲学流派、包括在一般法学说诞生前的各种法哲学观点，从这一时期开始传入中国并呈加速度发展，而其他各种交叉学科的研究也日益兴盛。这种局面在在一定程度上迅速排挤、冷落了法理论研究。以致到了今天，除了教科书还保留了相应篇幅外，法学者自己花费在基本法律概念方面的精力明显不足。

（二）在中国复兴法理论研究的意义与可能

中国法理学正面临着新的历史境遇。比之于以往，在当下复兴和赓续一度中断的法理论研究传统显得尤其重要。这是因为：一方面，今天比以往任何时代更需要法理学与部门法学的深度结合。“深挖专业槽”固然会走向专业化，但也造成了部门法学之间的过度隔阂和疏离。要促进诸部门法学之间的融通和理解，首先就要重视与部门法学关联最为紧密、且同样采取法学内部视角的法理论研究。因为正是基本法律概念的存在，才使得各个部门法学能被统合为统一的法律科学。但这也说明，法理学者不能再像以前那样，先闭门造好车，再去强行“指导”部门法学。[89]两者的互动与合作是大势所趋、时所应当。此外，新时代的科技挑战（如人工智能与大数据时代的到来）也同样要求法理学作出回应，而这势必要对原有的基本法律概念（如法律主体、法律责任等）的内涵进行审视和重构。

另一方面，中国法学并没有像西方法学那样经历过从教义化到多元化的过程，根基并不牢固。西方、尤其是德国从 18、19 世纪以来，教义性法学经过了确立、成熟、受到冲击，再到呈现出开放和包容趋势的完整过程。[90]与之相应的是，法理学的发展也经历了传

---

[88] 参见[俄]马尔琴科：《国家与法的理论》，徐晓晴译，中国政法大学出版社 2010 年版，第 6 页。

[89] 关于这种指导机制产生的困境，参见田夫：“法理学‘指导’型知识生产机制及其困难”，《北方法学》2014 年第 6 期，第 5-18 页。

[90] 具体参见雷磊：“什么是法教义学?——基于 19 世纪以后德国学说史的简要考察”，《法制与社会发展》2018 年第 4 期，第 100-124 页。

统法哲学的衰落、法理论的兴起，再到对法哲学的重新重视和交叉学科的不断涌现。相邻学科知识的冲击并没有消解作为法学之主体的教义性法学，而只是迫使它向着现代转型。但在中国，出现部门法学的教义化却是十分晚近的事，甚至可以说是它的反对者所催生出来的。法哲学和交叉学科研究的兴起反而要比它早。尤其是作为后发型法制现代化国家，中国的法律制度和理论都面临着复杂的“时空叠合”的格局，各种学科及其研究范式几乎无任何时间差地一齐涌来。面对汹涌而来的外部知识的挤压，稚嫩的教义性法学要既保持认知开放，又维护自身的独立性并提高其科学性，就更需要法理论发挥其辅助学科和中介机制的作用。唯有如此，中国法学才能成长为与其他学问一样的成熟学科。

正因为如此，数年前张文显教授才在一篇纲领性论文中提出将“法理”作为法理学的中心主题，发出从法律中国、法治中国迈向法理中国的号召。[91]这在某种意义上恰可被视为发出了法理论研究复兴的先声。因为“法理中国”的可能性，在很大程度上取决于法理论在中国的研究程度。大体而言，在中国复兴法理论研究的可能仰赖于以下三个方面：

一是在兼容并蓄的基础上与部门法学形成良性互动。马克思主义是实践和开放的体系，是经过历史和实践检验的基本科学，不能被放弃。苏联传统尽管有其弊病，但也有其合理内核，因而要在批判性借鉴的大原则下进行继承。西方的法理论研究构成了另一重要的继受资源。事实上，从上世纪 90 年代开始，中国学界已经开始陆续引入西方、尤其是英美分析法学的研究成果，并将其运用于部门法学的研究之中。但是，这种引介尚不系统和全面，尤其是对德国分析法理论传统的了解还处于一鳞半爪的状态。事实上，德国的许多一般法学说的作品与中国法理学教科书在整体框架上契合度较高，而在论述细节上更为周密、内在的统一性更强，可以作为很好的参照对象。[92]只有在充分地深入所有这些传统的基础上进行全面吸收和适当转化，才能稳固中国法理论研究的基础。

当然，中国的法理论研究在一定程度上也取决于中国部门法学研究的成熟程度。教义化的部门法学是围绕本国现行实在法展开的活动，必然具有鲜明的本土色彩。中国目前存在的问题并不是部门法学要不要教义化，而是没有真正本土化的部门法学说。由于起步较晚，学者们大量借用西方学者围绕其本国实在法提出的教义学说，并在中国的舞台上展开学术争鸣。虽然这是学习者的必经阶段，但教义学者依然要保有警醒的意识和创新的自觉。如果有一天中国形成了自己的教义体系，那么基于对部门法学概念进一步抽象化而来的基本法律概念体系也必然会彰显出中国特色。重要的是，这是符合中国法治实践需要、反映中国法学发展规律的概念体系。其最高成就的标志，就是形成法理论的中国话语体系。当然，中国的法理学者也不可坐等部门法学教义化研究的成熟，而应与部门法学者携手并进，从一般科学理论出发对发展形成中的教义性法学研究进行审视和补强，在互动中取得创新。

二是提升研究的整体自洽性和一般性。除了教科书外，迄今为止中国的法理论研究在对于基本法律概念进行研究时体系性不够，在关注点上呈现出畸轻畸重的现象。例如，学者们的个人研究过度聚焦于个别概念，如权利、法律关系等。而即便在对个别概念进行研

[91] 张文显：“法理：法理学的中心主题和法学的共同关注”，《清华法学》2017 年第 4 期，第 32-40 页。
[92] 例如参见 Hans Nawiasky, *Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe,* S.V-XII.

究时，也过于关注某些方面，而忽略了其他方面。如近四十年来，中国法理学者对“法律关系”概念的研究就基本集中于法律关系的性质、法律关系的内容和客体三个方面，对于法律关系的种类、主体、法律事实等方面则论述甚少。除了个人兴趣使然外，恐怕一个重要的原因在于对法理论的框架缺乏整体规划，而这又是因为缺乏进行整体规划的方法工具。在这方面，康德关于法权论（法学说）的划分提供了很好的范例。[93]只有设计出逻辑缜密的内在构成体系，才能增强法理论各个部分的自洽性，从而在整体上提高科学性。

另一方面，也要加强法理论研究的一般性程度。在历史上，一般法学说源自民法学。虽然这一发生学上的事实并不能说明，民法学者所提出的基本法律概念就只能适用于民法领域。但事实上，任何部门法研究者都不可避免地带有特定的理论前见，都会自觉或不自觉地以本领域的理论原型为预设去构筑一般理论。以“法律关系”学说为例。这一学说最早来自于民法学者萨维尼。虽然萨维尼力图提出关于法律关系的一般理论，但无论是他对于法律关系之内容（权利）的界定，还是对于法律关系的分类（家庭法、物法与债法），都带有明显的私法痕迹。[94]而中国学者在上世纪 90 年代就法律关系的对象提出的四分法（物、人身、精神产品、行为/行为结果）同样如此。[95]显然，它们只适用于民事法律关系，而不能说明其他领域的法律关系。虽然亦有其他部门法学者曾试图以去重构法律关系的特定方面，但基本立足点是本学科的特殊性，并没有得出超越本部门法的一般性主张。这就使得某些部门法学在教科书中根本就不谈法律关系的概念，更谈不上将其作为基础性概念。所以，未来中国法理学者需要更加积极主动地去研判各个部门法的特性，并借鉴当代语言哲学、分析哲学、科学理论的研究成果进行精耕细作，抽象出价值更圆融、逻辑更严密、适用更普遍的概念体系。

三是加强分析法理论和社会法理论方法间的分工与合作。对法学研究方法的反思和自觉或许是一门学科走向成熟最显著的标志。研究方法的自省意味着对于特定研究进路本身（而非研究的对象）的二阶观察，意味着在对研究对象作出实质判断之前审视判断对象之方法本身。中国的法理学研究长期以来受苏联法学的影响，习惯于经济基础与上层建筑的教条框架，缺乏足够的方法论自觉，也没有辨清不同的研究进路所可能带来的不同结果及其意义。反映在法理论研究方面，就是对分析法理论传统及其方法的重视不足。所幸的是，近十年来，有部分中青年法学者开始重视“概念分析”的工作。他们不仅将分析方法运用于对诸如法的权威性、规范性、权利、义务、责任等概念的研究，而且对这一方法本身进行了系统探讨。[96]它的继续和深化，必将给未来中国的法理论研究带来“哥白尼革命”。此外，社会法理论也应当成为中国的法理论研究的另一个重要支柱。尤其是近年来兴起的社会理论法学，就试图运用宏观社会理论，从结构和功能的整体视角出发讨论法律问题。它关注实证法，重视经由教义性法学的中介，影响法律系统的实际运作，致力于现代法律的全面

[93] 参见[德]康德：《道德形上学》，李明辉译，台湾联经出版社 2015 年版，第 53-54 页。
[94] 参见[德]萨维尼：《当代罗马法体系 I》，朱虎译，中国法制出版社 2010 年版，第 258 页以下。
[95] 例如参见舒国滢主编：《法理学导论（第三版）》，北京大学出版社 2019 年版，第 156-158 页。
[96] 代表性成果参见邱昭继：“法学研究中的概念分析方法”，《法律科学》2008 年第 6 期；刘叶深：“法律概念分析的性质”，《法律科学》2011 年第 1 期；朱振：“什么是分析法学的概念分析”，《法制与社会发展》2016 年第 1 期。

理性化。[97]当然，严格说来，社会理论法学仍旧属于法社会学（理论法社会学）而非法理论的范围。但实际上，它与作为法理论分支之社会法理论间的界线并不清晰。尤其是当代的系统论研究，引入了社会学的基本观念来认识法的结构，并对基本法律概念（如法律体系）进行重构。[98]所以，社会学的方法完全可以被用于研究法的概念和结构，从而将其研究成果转化为法理论。

社会法理论与分析法理论一方面要加强相互间的沟通、理解和合作，另一方面也要进行合理分工。分析法理论的优势体现为，从微观层面对个别基本概念进行精致化的结构和要素研究，提高结论的逻辑严密性；而社会法理论的长处则在于，从宏观层面揭示法的运行模态和结构，为理解当代法的运作提供更合乎功能性和现实性的理解。只有在合理分工的前提下结合两者的优点，才能在未来产出更加专业、也更加适合中国社会需求的成果。

五、结　语

法理论聚焦于基本法律概念、法的结构和法律科学的方法论反思。它看上去既不像各式各样的交叉学科范式那样“时髦”，也不像各种直接围绕中国法治实践展开的研究那般“有用”。但通过对法理论形成的背景及其过程的梳理可以发现，它的形成正是诸教义化的部门法学统合为统一的法律科学的关键。并且，这种科学是真正的“法律”科学、而不是别的什么科学。法理论一方面使得部门法学说体系更加严密和稳固，一方面又保持了对它们进行反思和批判的可能；一方面使得法学具有独立性，另一方面又让它对相邻学科保持的智识开放。之所以有时人们会对法理论产生“无用”之感，是因为当迄今为止的法律实践及其背后的部门法学运行良好时，它的作用就是隐而不彰的。但这并不能证明法理论就与实践没有任何关联。对此，我们可以引用比尔林的一个比喻作答：“地球围绕轴心自转，围绕太阳公转，这打眼看上去对于我们的实际生活毫无意义，但它恰恰不仅具有‘很高的理论价值’，而且也要求在未来可能发生的实践任务中被考虑到。”[99]因此，一旦在法律实践中部门法学暴露其短处，法理论就将成为构筑新学说的出发点，进而间接对法律实践发挥效用。在此意义上，回到法理论研究中去，就在当下成为摆在中国法理学者面前的迫切任务。

---

[97] 参见陆宇峰：“社会理论法学:定位、功能与前景”，《清华法学》2017 年第 2 期，第 93-119 页。

[98] 例如，系统论者就认为，法律体系的基本组成单位不是规范，而是法律事件（参见泮伟江：“法律是由规则组成的体系吗”，《政治与法律》2018 年第 12 期，第 114-126 页）。

[99] Vgl. Ernst Rudolf Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, Bd.V, S.223f.

人权的天赋与反天赋论面孔
——基于实践唯物主义的分析

杜宴林[1]

【摘　要】从思想史来看，人权先后呈现出天赋以及反天赋论两重面孔，人权概念也呈现出道德概念和政治概念的大体区别。但两者都是建立在虚假的二元对立之上、并很难有充足说服力的。只有实践唯物主义视域下的人权概念才是其该当的正解。新的时代，人权的理解和践行也该当进行相应的实践转向。

【关键词】人权；天赋论；反天赋论；实践唯物主义

人权从其产生伊始，始终绕不过一个本质主义或根基性问题的诘问，我们的人权从何而来？无数思想家均对此进行了回答，且大体呈现出两副面孔：天赋与反天赋论面孔，人权概念也呈现出道德概念和政治概念的大体区别，然而各有局限。要真正推进人权概念的认识，显然离不了实践唯物主义的指导，本文试图通过这一分析视角，展示现代人权理论与马哲理论汇通的内在逻辑，推进人权理论和实践的发展。事实上，这种突出马克思的实践唯物主义、以政治或经济问题为导向的认识论，也恰恰是批判现代性和纠偏西方中心主义对人权的偏见的关键所在之一[2]，是事关人权理论合法性的性命之攸关，不容有失！

一、迷失的权利话语:天赋人权及其局限

有关人的权利从何而来这一问题，“天赋人权”无疑是当下最为主流的观点，其基本含义就是，只要是人，生来就应享有天赋的、不可剥夺的权利。法国启蒙思想家卢梭是其最重要的理论先驱，他提出了“人是生而自由的，但却无往不在的枷锁之中”、“人不是奴隶，而是一切的主人”等系列观点，其核心要旨就是确认：人之所以被推定享有人权绝不是因为偶然性事实，而是因为自然法和人性本质，以及他属于人类的事实。[3]也就是确认人权的价值性、与生俱来性、平等性和普遍性。所谓价值性，就是指人权是从人类的基本特征通常是人性特征中“抽取”出来的权利，这些权利是有价值的，是所有对人的生活有价值的事物中的那些至关重要的价值部分[4]；换句话说，人的价值不能等同于人的利益，符合人的利益绝非就是人权，人权的本质是对某些太重要而不能没有保障的权利加以保护[5]，由此可以想见，很难因为一个人的人权而保护他的其它一切利益[6]；与生俱来性，即人权是人生来固

[1] 本文系国家社会科学基金重大专项项目（17VHJ007）、教育部人文社会科学专项项目（18JF210）、国家社会科学基金重大项目（2015MZD042）的阶段性成果
〔作者简介〕杜宴林，吉林大学理论法学研究中心/司法文明协同创新中心教授、博士生导师，吉林大学匡亚明特聘教授。

[2]

[3]

[4]

[5]

[6]

有的；平等性，即人权对每一个人来说都相同； 普遍性，即人权作为权利，是不分地域、到处都适用的。[7]

从历史上看，这一“天赋人权”思想显然适合了近代资本主义生产发展的需要，因而也起到过非常革命的作用，它是对“君权神授”的公开否定，并逐渐演化成了近代资产阶级反抗暴力强权、维护每一个体生命及其尊严的理论武器，推进了现代自由、平等、民主、人权等思想和话语的传播，奠定了近代自由民主制度的基石。自此以后，只要是人，哪怕是作为生物学人种意义上的人，都毫无例外地被作为人对待并享有基本权利的人权思想逐渐成为了现代文明国家的主导性道德话语和现代法律中的根基性概念。“成为一个人， 并尊敬他人为人”[8]，黑格尔这样断言到。随之而来的是，人权自然是不可剥夺的，因为一个人不能停止成为人，也不能将其剥夺或抛弃[9]。

然而，尽管如此，这种形而上的天赋人权观自始就受到质疑。首先，正如 18 世纪末的柏克以及随后的历史学派所认识到的那样，天赋人权显然不符合历史事实。在柏克看来，一切权利都是人类历代智慧的结晶所赋予的。我们的权利并非生来就是现成的，而是由传统所塑造、所形成的，是人赋的。[10]或者是由经济决定的或“商赋”的[11]。同时，天赋人权也不合常理，人们不禁要问，如果是天赋人权，那就应该是从来就有的，没有时空之别，为什么直到 17 世纪资产阶级革命时才有这种“天赋人权”？

其次，这种人权乞灵于自然，很容易将人权做极简主义处理，也即将人权的基础定位为“原初的人”、“未加道德判断的人”、“任意一个有自由意志的生命”的最低限度的道德标准，尤其是道德观念日渐多元化的今天，以满足于人们最基本的生存需求和欲望，所谓基本人权之谓也。因为如果不是“原初的人”，而是附加着复杂社会性差别的人，那么人权的享有就没有了统一性和平等性，也就不会有真正的人权[12]。这之中，耳熟能详的范例无疑是英国学者米尔恩，他通过康德的绝对命令来论证人权得以成立的普遍的最低限度道德标准的基础。在他看来，康德的绝对命令有两种表述：一是永远依照可以同时被接受为普遍法则的行为准则行事[13]；一是永远把人类无论是你自身还是他人当作一种目的而绝不仅仅是一种手段来对待[14]，并认定第二种表述最适合作为人权的最低限度的道德标准的基础，他谓之为人道原则[15]。但麦金泰尔和德沃金先后指出，现实生活中根本不存在这样的人权[16]。不仅如此，依照康德绝对命令的逻辑，顺利成章的结论只能是义务性结论，即义务先于人权，它可以从道义上证明对共同利益的普遍义务是正当的，但它既不能证明普遍人权，也不能证明取决于自决能力的政治和公民权利是正当的[17]，也就是说，绝对命令只能推出有保护人权的义务，但人权是什么以及人权存在的理据是什么，显然是无涉的。如果有，只

7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17

能解释为一种想当然的或者说所谓不证自明的结论，并极大可能是荒谬的[18]，其前景也可能是这样一种景象：良心名义下的任意，普遍性之下的杀戮[19]。总之，现代社会，在人权问题上，根本就不存在什么自明的真理。[20]

再次，即使诉诸人性证成天赋人权是合适的，但人性存在自然属性和社会属性，因而仅仅诉诸自然人性来证成人权至少是不完整的、不充分的。人权的真谛既在人的自然属性，也在其社会属性。对此，马克思曾尖锐地指出，任何试图通过纯粹的自然状态来探求本真的人性都注定以失败告终。因为，假如认为本真的人性必须到自然状态中寻求，那这本真的人性就是兽性，以此“人性”为人类立法，所能确立的就是动物法[21]。人类的“自由历史”和“野猪的历史”就没有什么实质差别。“认为自然状态是人类本性的真正状态”，无非是“18世纪流行过的一种臆想”。[22]不仅如此，由于脱离了人的社会属性，所谓的人权无非是市民社会的成员的权利，即脱离了人的本质和共同体的利己主义的人的权利。在资本主义社会，人权确切地说无非就是资产阶级的特权[23]， 或者说“富人的特权[24]。

再其次，这种天赋人权观，作为一种道德应当，本质上提供了一种基于“理性人”、“抽象人”的脆弱性假设，以及理解什么是苦难及其应有的人权回应的思维方式。这又包含了如下两个问题：第一，人权是否有能力洞察大规模侵犯公民权利、政治权利、经济权利和社会权利或其他不公正所带来的人类痛苦。换言之，人权是否提供了足够的概念资源来帮助人们恰当地描述痛苦和脆弱性？答案无疑是否定的。学者的研究表明，人权并不能提供这样的概念资源；与此同时，由于人权概念立足于个体人基础之上，忽略甚或阻止了人与人之间的移情或其他更深情的互动，也就阻碍了人权对人类苦难和脆弱性的正确认识以及相应的苦难反应能力，人权概念的险隘和局促也就不言而喻了[25]。这一点，现代神秘主义者西蒙妮·威尔笔下的一个被迫在妓院工作的小女孩哭泣的故事无疑给予了最深刻的说明[26]。事实上，无数的历史实例表明，人们普遍承认，无论种族、肤色、阶层、 族裔等差异有多大，在内心的痛苦感受力层面，所有人都是平等的，由此人们完全可以通过“移情”而非抽象的理性人建立起普遍人权的观念的。[27]也就是说，出于对他人的关爱和关怀来应对人类的苦难，这确实是构建更合乎道德的人权和相应义务的一种的方式。

最后，作为权利，其核心是救济，没有救济的权利等于无权利。人权概不例外，这也即是说，作为道义性概念的人权，显然必须落实为各国法定权利，方能为人类所占有、消费并得以救济[28]，应当通过法律“使人权有效”[29]。也正是在此意义上，弗里德曼认为所谓消极人权和积极人权的划分并不成功，因为各类人权都需要政府积极有力的保障。毕竟人权

18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29

理念终究必须是一种社会现实，而社会现实比法律现实重要得多[30]。这显然也超越了天赋人权观的概念范围。

此外，如同所有权利一样，这样的天赋人权观发端于西方，是西方价值观或偏好体系的集中体现，深深烙上了西方中心主义的印记：对普遍主义、线性历史与进步观的信奉，对边缘性、异质性、多元性知识的漠视，客观上造成了现代化所带来的国内和国际秩序的反讽式混乱和无序。国内层面而言，正是人权观念，不经意间打开了通向更为无法容忍的性别歧视、种族主义等反人权势力的大门。道理很简单，对人类的天赋平等势不可挡的要求同样地引起了对天赋差异的普遍要求，这就产生了一种新的人权反对势力，这种反对势力比传统的人权反对者更强大更险恶[31]。这一点，一些国家的政治权利的范围排除和边缘化了许多缺乏自治所必需的能力和资源的人——无疑提供了鲜活的例子[32]。国际层面则让西方话语轻易地垄断了人权的定义，并成为了粉饰某些干预的正当化理由。这种做法，在耗尽了人类文明发展该当的动力和潜力的同时，也让不公正、不合理的世界秩序得以维系。肯尼亚学者马卡乌·穆图阿对此一语中的，他指出，迄今为止，人权运动已经成为了帝国主义的一种表现形式了，这一运动源自一段长期的历史过程，即西方致力于实现概念和文化上的统治……这一连串事件的核心似乎是一种无法治愈的病毒，通过对另类的和欧洲的规范和价值加以否掉化、妖魔化和他者化，进而推动欧洲/西方中心主义的规范和价值普遍化[33]……最好形成桑托斯谓之为东西方/南北方间的深渊，那才好呢[34]。

总之，天赋人权观由于建基于形而上的抽象自然/人性的预设上，使得其深陷非历史性和非现实性的错误，并最终导致了犬儒主义以及自欺欺人等弊病，而蜕化为空洞和伪善的人权修辞术[35]。这种人权与其谓之为人权，莫如说顶多表达了人权的人性或自然特征。

二、权利的升华：人权反天赋论的面孔及其他

也正是这种非历史性和非现实性的局限，孕育了人权概念升华的契机。那就是：回归事实，回归实践。由此，人权只能是政治性/文化性概念。这对于那些越来越将其作为某种行为的对/错的正当性道义判断的人们而言，无疑将不可避免地影响他们对于人权属性、人权理据等问题的认知方式。所谓人权的政治性含义，就是指，它们不是处于自然状态中的人权；它们是处于社会里的人权。它们不只是相对于神权的人权，或相对于动物权的人权；它们是相互对应的人权。它们是人们为自己争得的人权[36]。因此在现世的政治世界里（虽然它们被称为“神圣的”），它们是确保的权利，也是需要那些拥有它们的人们积极参与的权利，而绝非什么天赋的权利[37]。某种意义上，我们也可将之谓之为人权的关系性特征或处境性特征。当然，没有人会简单到认为这一理念是轻而易举的，对于那些更喜欢坚持“天赋

30
31
32
33
34
35
36
37

人权”乃“不言而喻”的真理的人们而言，这显然需要雄厚的辩护资源，尽管“天赋人权”本身歧义杂生[38]，且并非看起来那样的不言自喻。幸运的是，马克思主义经典作家对此给予了最深刻的揭示和警醒。他们以不可辩驳的逻辑证明，人权从来就不是天赋的，它是市民社会与政治国家相分离之后的产物，是政治解放的产物[39]。因为在资本主义社会，“平等地剥削劳动力，是资本的首要的人权。”[40]

而肇始于 19 世纪末至 20 世纪初的法律多元论的人们则正努力践行着这样的实践，他们以法的社会科学经验实证研究为基本范式，“对社会—法律关系加以再概念化”。这种再概念化，一个根本信条就是，所有的权利都有一个“不可分割的社会维度”上的权利成本问题，体现了一个社会中权利的本土资源或社会结构的基本状况，也就是说它们必须与社会文化传统和经济发展水平相适应，否则可能就是一种草率的人权概念及其选择。事实上，这也是当前人权谱系的基本特征。众所周知，随着社会经济的发展，公民的经济、社会及文化权利已成为了当前人权领域最关注的话题之一，作为一种积极的福利性人权，相比于消极性的公民权利与政治权利而言[41]，这种福利性人权的实现尤其需要政府积极地创设和实施，而这却将不可避免地意味着政府必须考虑权利实现的成本尤其是经济的成本，一个贫困或软弱的政府是不能保护权利及其实现的，东欧各国在保护公民个人权利方面和构建市场经济方面的曾经有过的各种失败的记录无疑在此问题上给予了有力的证成。由此，人们能够期待的人权从来就不应当是天赋的，恰恰相反，只能是现实社会生活条件基础上的人权，不能也没法僭越于社会生活条件之上。这一点，我们并不缺少升华我们思想的资源，美国学者霍尔姆斯和孙斯坦无疑给了最新近的阐释[42]。在他们看来，一切权利必然伴随着救济，尤其是传统意义上的积极权利，“需要并盛情邀请政府”[43]，需要政府的积极作为，否则权利是没有意义的，而政府的作为是需要公共资源的资助的也即是有公共成本的。因此，认真对待权利就必须认真对待稀缺[44]，就必须认真对待公共资源如何最好的配置[45]。人权自然也不遑多让，尤其它目前正在快速的传播，甚至获得了“通用语的地位”[46]。也正基于此，萨利·梅里断言，人权是“无法轻易地从一个环境转化到另一个环境的”[47]，而积极倡导天赋人权的杰斐逊并没有能够使非洲人——更不用说美国黑人了——为了他们自己的权利而行动起来无疑给予了最为彻底的证成：那就是，人权说到底必然是政治方面的人类的权利。[48]

迄今为止，应当说，这种政治/社会维度的人权观正在对根深蒂固的天赋人权观产生冲击。人们也逐渐认识到，失去了这一维度，整个画面中最醒目的很可能便是前述所言的极端式个体主义人权修辞或人权模仿秀再次显灵，前者既表现为不顾社会经济结构的权利支

38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48

撑力，一味地“我要”，对“公共事务的漠不关心以及视自我实现为最高价值”[49]，个体间关联感、责任感、公平感越来越化于虚无也就顺理成章了，后者主要表现为简单的人权概念的庸俗地、模仿性地引进和移植，奉行“别人有的我也得有，否则就是落后 ”的基本逻辑，而“文明互鉴”等话语经常被泛化或言过其实的理解，无疑更是为此打开了方便之门。但无论怎样，事情变得越来越清楚，我们所拥有的人权离不开特定社会的认识和实践:相信每个人都具有潜在的、与生俱来的价值，并且对于他人这样的价值给予习惯性尊重、哪怕给自己带来某些的不利也要予以尊重的意愿和敬意，以及对人权发展和人权成本的审慎思考及其所必需的有效环境的创造，否则社会将面临人权的难堪其负局面，人权流于形式(多表现为人权口号或人权声明)也真就“不言而喻”了。

尽管如此，无论诉诸于理论还是实践，谁都得承认，在经历轰轰烈烈地由神权向人权大变革的岁月中，启蒙思想家及其思想同样孕育了伟大变革的希望，参与到这些伟大变革中的人们不仅在他们对于人权的阐释和要求中，而且在共同的人权体验、想象和社会运动中获得了激情和安慰。弗里德曼就此断言，人权及人权运动首先是社会运动的产物[50]。它表明，对人权的对象、现实和理据，不能只从客体的或者直观的形式去理解，而还应当把它们当作感性的人的活动，从主体方面将它们当作实践去理解[51]。这才是理解人权的正确方式。马克思就此指出，从“抽象的人”还是从“现实的人”出发去理解人与世界的关系，这是旧唯物主义与马克思的新唯物主义的分水岭[52]，这也就是说我们必须坚守实践唯物主义意义而不是一切形式的旧唯物主义的人权观。虽然从根本上说，作为世界观理论的哲学唯物主义，从根本上说，就是要求人们按照世界的本来面目去认识世界，但因人的客观世界图景，并不是由客体的或者直观的形式构成的，而是以感性的人的活动，即实践为基础构成的，因而对世界本来面目的认识，却恰恰是不能“从客体的或者直观的形式”去理解，而只能从实践观点去理解。[53]

然而，不无遗憾的是，当前对这种升华后的人权观，不少人的认知仍在艰难跋涉。有些人站在天平的一端仅仅将人权简单的理解为社会和文化的产物，最新的理解是将其理解为一个地方的地方性知识，即从某种哲学或是绝对意义、抑或从人类学意义、当然还有任何历史意义上讲，人权不是普遍的，人们至多只能在心目中将人权视作普遍的，仅此而已[54]；尽管这种普遍性听起来颇为诱人，而不容抹杀的经验性事实却是，每个国家都有自己的历史和人权轨迹，尽管人权对于所有国家来说可能共享了一些共同的特征[55]；而有些人则站在另一端，将人权认定为情感的产物，最新的解读是将人权理解为移情/同感的产物，即人权完全可以建立在人类同感和心理学之上[56]，人权的普遍性源自人类能够感受折磨的普遍性[57]，并进而引发了人权建构主义与本质主义的不休争论。殊不知两者都有失偏颇，

49
50
51
52
53
54
55
56
57

至少是不够的。就前者而言，谁都承认，这种理解也可以说是社会存在决定社会意识上的唯物主义理解，却有很厚重的保守主义陷阱，而极端保守主义也即某种意义上极端唯物主义则恰恰是人权的最大威胁，这一点人权史上的一些糟糕的人权实践无疑做了最好的注解；就后者而言，往往容易复调以前自然/天赋人权的新词旧伤的错误，正如埃尔森所指出的，如果感同身受/同情能被人们随心所欲地充分表达，那么我们很难理解为什么还需要正式的人权呢[58]，这一点，细心的人们也是不难发现和理解的。

三、迈向人权话语的新时代：实践唯物主义视野下的人权概念

这表明，人权最符合事理的理解无疑就是实践唯物主义视野下的理解。这显然不是一个特别崭新的思想，前文多有提及的拉兹无疑是其中的先行者。他经过细致的批判性审视后雄辩地指出，人权无需根基，只能跟着实践走，方能符合实际地解释人权的系列问题，他还对此进路冠之了一个令人印象深刻的名字:紧随实践:人权的平凡面孔[59]。而且事实上，从系统论的角度看，我们将不难发现，人权的天赋论与反天赋论及其相应的理论构成其实都建立在如下二元对立的假设上了：个人/社会、民族国家/全球化、传统/现代乃至人权/主权，但这显然已不是事实，都是虚假的假设。道理很简单，时代发展到今天，再也不可能在它们之间滴水不漏地划出彼此的分界了，它们也已不再是以前的那个样子了，它们完全可以相互相成、相互滋养。这意味这，我们必须重新思考并超越这种富含旧唯物主义色彩的二分法/辩证法的思维前提[60]，以实践为基础，“从主体方面”去理解人权与世界的关系，从世界观和方法论上构造人权自觉形态的认识论、辩证法和立场态度。

这之中，反本质主义无疑是一种重要的态度。我们应当在现代性乃未尽事业思潮的指引下，更多关注现代各国人权理论和实践状况及其创造性力量，并再此基础上确认各个国家的某些臻至“基本”权利高度的独立的利益和情感——这个高度按欧洲法院的惯例同时也似乎是一种很容易广为接受的观点，可被认定为是“在一个民主社会所必须的”人权高度，也即预示着“一种迫切的社会需求的”存在[61]，这意味着既坚持人权的神圣性甚至普遍性，也敏感于彼此之间在政治、社会与法律语境的差异，确立允许不同人权语言存在的多重现代性观念[62]，以形成一种语境敏感的普遍主义人权局面[63]。更重要的，在我们看来，还必须确立一种“有根”（即以实践为核心）的人权世界观和认识论。这种认识论，就是要求人们从人的社会性、历史性、文化性看待人权，从“现实的人及其历史发展”看待人权，就是从实践活动的“合目的性”与“合规律性”的矛盾统一去看待人权，以解决各国在人权实践中所可能构成的矛盾。这就要求各国政府以及相应的职能机构，更富有见地、更深思熟虑地认知作业，以找到人权手段和人权目标间相称的最佳的平衡点。这也就是说，人权不能随心所欲无原则的发展，人权和可能影响人权内容的利益之间也不能无原则性的平衡，现

58

59

60

61

62

63

实的人权既是人权发展的结果也是新的人权发展的前提，他们在特定时空下的辩证运动，推动了人权的进步和发展。不必说，这才是认真对待人权的该当方式——反不言而喻、不证自明的人权断言，推崇人权归根结底乃是现实生活中的作为主体的人的实践产物的人权观，即一种实践唯物主义意义上的人权观。而且我们坚信，只要人，“作为人类历史的经常前提”而存在[64]，人权就必然是“追求自己的目的的人的活动”的产物，就必然是一个辩证、历史的发展过程，就必然根植于人类的存在方式——实践活动的辩证本性之中[65]。不应有比这更有说服力的解释了，如果真要命个名字，我们可以试着谓之为“人权话语革命的实践转向”。在其直接性上，它将人权有力地奠基于“现实的人” 以 “感性的活动 ”为基础的与“现实的世界”的关系上，从而使得人权成为“有根”的人权而不再浮萍无根。在其间接性上，它也可在道义上为人权辩护和证成，如同其既往的传统一样，只不过——按照杰克·唐纳利的划分——既往的人权道义论源泉主要从自然法中衍生出来，而在这里，人权的道义论源泉以目的论为基础，将人权建立在促进人类福祉或繁荣的基础上[66]，从而增强其现实主义人权理想的合法性魔力。

这无疑也是桑托斯和拉兹甚至哈贝马斯的面对人权问题的主要策略和共同特征[67]：简单、僵化且容易导致神秘主义的不言自明式的人权话语已经日薄西山，取而代之的应当是基于实践基础上因社会迫切需求而生的人权问题的公共辩论、交流和思考，尤其要确立尊重他人的习惯、作为以及相应的态度，这才是人权最终和最有效的保证[68]。这也意味着那些施密特式的基于单纯意识形态和政治的原因而得到推动，并且与民众传统习俗联系甚微的价值观念，并不足以成为人权得以从中吸取充分养料的价值源泉[69]，当然这种迫切的社会需求已经使得人权概念及其理据往往立足当前，却很难着眼长远并周全安排，这恰恰是我们需要警醒之所在:任何时候都不要因为回应最迫切的问题而忽视权利和人权作为公共话语所具有的道德的、长期的以及社会的内涵，更不能动辄就把一个眼前的、个体问题上的权利诉求或政治言论演变为拙劣而浅薄的人权话语秀和模仿秀，如同美国当年权利升华时一样，必须防范也应当防范[70]。

为了铸造新的人权话语体系，一种基于人权实践为核心的社群主义方案似乎就势在必行了：首先，作为人权救济最真实保障的国家，必须切切实实让人们相信，政府正处心积虑地以整体性为原则，诉诸各方理性讨论和妥协而非口号和想象，塑造更为海纳百川而非人云亦云的人权概念体系和公共话语体系。也就是说，这种整体性的核心仍然是原则而非其他:人权依然是人类理性的事业，所不同的是，这里的理性显然是一种实践理性，常年被人们小心翼翼地运用于规范与事实、部分与整体、眼前与未来、常识与理想之间，以找出一个负责任地、经得住严格检验并被普遍认为是好的人权法定的理由。

其次，在我们可能确切感知和把握实践理性之前，我们必须努力完成对人权的实践理

64

65

66

67

68

69

70

性的充填，这显然需要正确处理人权/公民权、人权/主权、普遍主义/特殊主义、 规范/事实、实证有效性/道德正当性、目的/手段之间随时都可能存在着的辩证的张力。毕竟，正如哈贝马斯再三意味深长地告诫的那样，这种张力在合适的历史情境下可以成为触发打开许多扇门的动力[71]。这显然是极为繁重的系统化工程，只有当其构成要素在其各自的范畴内协同发挥作用的时候，人权才能不负所望地成为我们所期待的模样。这之中，也许可能最紧要的是，法治国家、法治政府、法治社会的建立。毕竟作为现代法律概念的人权，是与公民在自我创造的法治/政治秩序中占有的地位联系着的，它真正在法律中的道成肉身之时，恰恰也是民众共同创立和保持一种基于人权的法治/政治秩序得以实现之时，这个意义上，法治、民主与人权的确并不对立[72]。

最后但并非无关紧要的是，鉴于人权已经失去了不证自明的天赋本质，人权也已不再仅仅是它原来自发的道德权利的样子了，它离不了作为主体的人的积极努力和奋斗。这也就是说，人权往往伴随某个时空下的人权运动，它既是自发的也是人为的，是“两者十分艰难的综合”[73]，并最终落实在建制化、法定化的人权实践之中而成为政治/社会现实，否则人权就可能遭遇堕落和失败的风险，而被用作象征统治合法化的工具[74]。而且还可以肯定的是，因为时空、外在条件以及各种偶然因素的影响，现代各国人权的确切形态或供人选择的人权选单也可能是不同甚至千差万别的，这体现了人权文化的“独特方言”。这种独特的方言，也许并不总是我们想要的结果，但随着现代化的深入推进，人权终将有着一个逐渐光明的未来，毕竟，现代化意味着对人权的高度关注[75]。对大多数人而言，这也许意味着，宽容，才是理智而最负责任的选项。既往的经验也告诉我们，这个世界充斥着人权的敌人，但偏激或不宽容无疑是最值得警惕的一位。

结语

人权，作为内增实力、外树形象的橱窗产品，正越来越受到各国政府和人民的普遍关注和践行，但人权效果的实践差异却有力地表明，良好的意愿并不是成功的可靠保证，只有理论尤其是正确的理论才是。人权也不例外，尽管它经历了天赋论和反天赋论的两重面孔，然而各自偏颇的理论和实践缺憾，让人们不得不承认，最有价值的人权理论无疑是而且只能是实践唯物主义人权理论，它既面向道德，也面向法律，最重要的是面向实践，主体人的实践才是其概念谱系上的关键[76]，这样看起来，其他人权的解释也许都有各自的某种道理，但终究是碎片化甚至本末倒置的尝试，仅此而已 。

71

72

73

74

75

76

“经济决定法律”的充要意义与强调意义

周安平[1]

【摘　要】关于法律与经济的关系，法律的经济决定论认为，有什么样的经济就有什么样的法律；并且，没有什么样的经济，就没有什么样的法律。这从逻辑上来理解，经济就是法律的充分且必要条件关系，简称为充要意义。决定论的充要意义与法律意志、法律责任，甚至与其自身都产生了冲突。并且，在实践中，也会对市场经济秩序、公正与效率的关系、人与人的关系等，产生非法治化的影响。事实上，经济决定法律是人们日常语言中经常使用的“A 决定 B”句式，其表达的意义主要是突出的意义而非唯一的意义、相对的意义而非绝对的意义、主观的意义而非必然的意义、评价的意义而非科学的意义、具体的意义而非抽象的意义。法律经济决定论的错误就在于，将决定句式的充要意义当作了其全部的的意义，而其使用最多的强调意义则反而被遮蔽掉了，这就为其矛盾埋下了伏笔。

【关键词】决定论；经济决定论；法律决定论；决定句

关于法律与经济的关系，法学界的主流观点是“经济决定法律”，其具体表述是：经济基础决定法律的性质，有什么性质的经济基础，就有什么性质的法律；经济基础的发展变化决定着法律的发展变化，当社会的经济基础发生变化了，法律也将或迟或早地会发生相应地改变。[2]这个观点，学术界称之为法律的经济决定论。法律经济决定论是经济决定论的组成部分，经济决定论因被归之于马克思主义的观点而一直备受推崇。近年来，当马克思主义并不是经济论者的观点逐渐成为学界共识后[3]，哲学、经济学等开展了对经济决定论的一系列批判[4]，与此同时，法学界也发表了 2 篇对法律经济决定论批判的文章[5]。但是，法律经济决定论在学术上的衰微，并不表明人们的思维定势也会随着减弱。这是因为，学术批判大都以马克思主义思想为依据，而不是立足于“决定”的日常语言意义，从而学术观点的改变与人们的日常思维惯性产生了距离。

法律经济决定论能否成立，关键在于对“经济决定法律”中的“决定”意义的破解。根据

---

[1] 周安平，南京大学法学院教授，博士生导师，主要从事法理学研究。

[2]沈宗灵主编:《法理学》,北京大学出版社 1994 年版，第 130-131 页；章若龙、李积桓主编：《新编法理学》，华中师范大学出版社 1990 年版，第 81-82 页；王勇飞、王启富主编：《中国法理学纵论》，中国政法大学出版社 1996 年版，第 52-53 页。

[3]【英】特里·伊格尔顿：《马克思为什么是对的》，任文科等译，新星出版社,2011.年版，第 110=130 页；颜峰，胡文根：《马克思主义是经济决定论的吗？》，《中南大学学报(社会科学版)》2013 年第 6 期；朱士凤：《驳马克思主义是经济决定论》，《江淮论坛》2014 年第 2 期。孙大飞：《破除对马克思历史观的经济决定论的误读》，《江汉论坛》2016 年第 10 期。蒋正峰：《历史唯物主义并非“唯经济决定论”》，广东社会科学 2019 年第 1 期。

[4] 参见安维复：《古典经济学与唯物史观———经济决定论批判之一》，《齐鲁学刊》2002 年第 1 期；李润沛：《对马克思的辩证历史观进行的解读———对所谓的“经济决定论”的批判》，《广西民族大学学报(哲学社会科学版)》2008 年 6 月人文社会科学专辑；王晓辉：《对“经济决定论”的制度性批判》，《经济导刊》2009 年 7-8 合集；许恒兵，盛辉辉：《历史唯物主义阐释中的“经济决定论”批判》，《探索》2011 年第 6 期；

[5]参见周永坤：《法律经济决定论的评析》，《法学》1996 年第 2 期；强昌文：《论法律经济决定论范式》，《《学术界》2011 年第 9 期。

法律经济决定论的表述，有什么样的经济就有什么样的法律，并且，没有什么样的经济，就没有什么样的法律。显然，这里的“决定” 具备了产生、规定的含义, 而被“决定” 就意味着法律的性质和发展对经济的从属。[6]从逻辑上来理解，经济是法律的充分且必要条件，两者关系简称为充要关系。由此可知，法律经济决定论是将“A 决定 B”句式作充要意义理解。

一、充要意义的理论困境

当将法律经济决定论置于法学研究中，其理论冲突就立即显现了出来。这些冲突主要体现在以下几个方面：

（一）充要意义与法律意志性的冲突

根据法律经济决定论的观点，法律在经济面前几乎没有主动选择的空间，它只能被动地接受经济的主导和控制。在法律经济决定论中的语境中，经济是不以人的意志为转移的客观事实，而法律则是经济决定的产物。就此而言，法律就没有什么意志可言了。可是，这样一来，就与法律的意志性发生冲突了。

所谓法律的意志性，就是指，法律主要是制定的产物，因而也就必然直接或间接地打上了立法者意志的烙印。这里，我们借用一下经济决定论的句式，可以将之表述为“法律是由立法者的意志所决定的。” 而如果根据法律经济决定论的说法，“决定”是“主导、控制、产生和规定”的意思的话，那么“意志决定法律”就势必要排斥”经济决定法律”。因为，在充要意义下，两者是不能同时成立的。也就是说，在充要意义下，如果我们同意经济决定法律，那么就要否定意志决定法律；反之，亦然。

法律经济决定论排斥法律的意志性，其逻辑结果就是对于立法的是定。因为，法律如果只能被动地被经济所决定，那么，法律也就成了经济的自动反应器，法律有没有作为也就不重要了，只要经济有所所为就可以了，反正法律会随着经济的作为而作为。既如此，那么，我们今天搞的是市场经济，那么也就自然就有相应的市场经济法律。如此一来，制定和完善与市场经济相适应的法律，也就不无由谈起。因为，“制定”和“完善”就是对”决定“的充要意义的反对。

事实上，经济与法律的关系，按照法律经济决定论的充要意义的理解，即使存在经济决定法律的情形，那也不是普遍的情形，有时候也存在相反的情形。从时间维度分析，如果法律是习惯法，那么无疑是先有经济才有相应的法律，商事法律与商事经济就是这样的，所以，这个时候可以说是经济决定法律。但是，如果法律是制定法，那么，有时候，并不是先有什么样的经济才有什么的法律，而恰恰是反过来，有什么样的法律才有什么样的经济。法律对于经济活动具有规范的作用，经济活动往往是法律引导和规范的结果。试想，在没有专利法、商标法之前，怎么会有专利、商标，以及围绕商标专利的经济活动？这个时候，如果按照充要意义的理解，就非但不是经济决定法律，而是法律决定经济了。因此，

[6] 参见周永坤：《法律经济决定论的评析》，《法学》1996 年第 2 期。

经济与法律的关系，不能笼统地说谁决定谁，而是要根据具体的情势来表述，只有这样才能做到正确。

（二）充要意义与法律责任的冲突

自由意志是法律责任的道德根据。一个人之所以要对自己的行为承担责任，其根据就在于其意志是自由的，是其在自由意志的情况下作出的选择。反过来说，如果一个人的意志不自由，其行为不是他自由选择的，那么他就不应该承担责任。比如，完全精神病患者对其行为就不要承担法律责任。再比如，虽然你开枪杀人了，但这并不是你选择的行为，而是因为你的手完全被人控制了，这种情形你也不要承担责任。也就是说，如果你的意志不自由，而是由某种外部力量所“决定”的，那么你就不要为你的行为承担责任。由此可见，一个人的行为既有有“自选”的情形，也有“被决定”的情形，前者是责任的根据，而后者则是免责的理由。进而论之，我们可以说，一个的行为可以是被决定的，但不能说，一个人的行为就是被决定的，后者完全排除了一个人对其行为的自选情形。可见决定论与自由意志论是不相容的。[7]

然而，根据法律经济决定论的观点，在充要意义下，法律是被经济所决定的，这就完全排除了法律“自选”的情形。并且根据其基础理论的观点，不仅是法律，其他文化、政治、道德，统统都是被经济决定的。据此类推，一个的行为也是被决定的，至于是不是被经济所决定，这里暂且不论，但至少可以推论，一个人的行为也就不存在自选情形。问题显而易见了。如果要承认法律经济决定论，那么法律责任就不能成立了；反过来，如果要承认法律责任，那么法律经济决定论就讲不通了。

（三）充要意义与其自身的冲突

法律经济决定论的那个“经济”究竟指什么？是指经济状况?，还是经济活动？抑或是经济制度？似乎都可以包括在内。经济状况虽然可以理解为一种不以人的意志为转移的客观事实，但经济活动却是人的经济活动，而经济制度则是人类自身安排的，并用来规范人的经济活动的制度。经济活动与经济制度都与人的意志有关，并不是不以人的意志为转移的客观事实。尤其是经济制度，它与经济法律有很大的重合，经济法律是经济制度的内容，且是其主要内容。因此，当经济指称经济制度时，岂不就是经济制度决定法律吗？而当经济制度缩小到经济法律时，此时，岂不是经济法律决定法律？由于经济法律是法律的子概念，因此，岂不是法律决定法律？如果将经济决定法律表述为法律经济决定论，那么法律决定法律也就可以表述为法律法律决定论。

法律自己决定自己，这种说法可不可以成立呢？如果可以成立，那么我们依此类推，文化决定文化、政治决定政治、道德决定道德，甚至经济决定经济等，就都可以成立了。原本，法律的经济决定论是为法律寻找一个外在的不以人的意志为转移的决定性的力量，

[7] 关于道德责任与决定论是否相容的问题，伦理学和哲学界有许多的讨论，参见姚大志：《我们为什么对自己的行为负有道德责任？——相容论的解释及其问题》，《江苏社会科学》2016 年第 6 期；姚大志：《道德责任是如何可能的——自由论的解释及其问题》，《吉林大学社会科学学报》2016 年第 4 期；徐向东：《来源的不相容论与道德责任》，《世界哲学》2018 年第 5 期；徐向东：《自我决定与道德责任》，《哲学研究》2010 年第 6 期。

结果，弄了半天，却发现，原来还是自己决定自己。可见，如果以经济决定论的充要意义为根据，那么，许多法律理论都将不能成立。

二、充要意义的实践效应

法律经济决定论的充要意义，如果仅仅是停留在理论层面倒也罢了。可是，这个说法还真的不是说说那么简单，它对实践会产生实实在在的影响。我们可以从以下几个方面来分析一下其隐含的实践效应。

（一）对市场经济秩序的影响

市场经济秩序由法律规则提供和保证，“有什么样的法律，就有什么样的经济”，借用法律经济决定论的思维，也就可以表述为法律决定经济；与经济法律决定论相对应，也就可以称之法律经济决定论。经济法律决定论的观点与法律经济决定论“有什么样的经济，也就有什么样的法律”的观点刚好相反。经济法律决定论主张的是先有法律，然后才会有相应的经济；而在法律经济决定论看来，应该是先有经济，才会有相应的法律。

经济实践在先，法律制定在后，就容易转化为实践中的“先上车，后买票。”也即，有没有规则不重要，先做了再来制定规则。没有法律，或者不先制定法律，经济活动中的一些违法乱纪行为就不可避免。而为了对付违法乱纪，政府各部门就只能采取专项治理和综合整治这种运动式的执法手段。专项治理和综合整治这种治理手段，从某种程度上也是为了弥补法律资源不足，而采取的应急之举。这虽然可以收一时之效，但却治标不治本。并且，这种做法还会进一步加剧人们对于法律的不信任，甚至轻视法律的心理。而这，又反过来会进一步扰乱了市场经济的秩序。

（二）对公正与效率关系的影响

法律经济决定论是一种重结果的理论，引导人们追求经济结果，这样一来，作为获得结果的手段，效率也就得到了高度的重视。至于公正与否，则完全不重要，甚至完全被效率给替代了。

关于公正与效率的问题，有学者主张在两者冲突时的选择，或公正优先于效率，或效率优先于公正。这是值得商榷的。效率与公平从根本上讲，并不是相对立的价值。对于一个社会来说，公正肯定是有效率的，因为只有在公正的环境里，大家才有生产的积极性，不公正则最终会导致整个社会效率的低下。不过，对于一个具体主体来说，就不同了。一个人如果用不正当的手段能够致富，那么不正当的手段对于他来说就最有效率。至于对社会是不是最有效率，那不是他所关心的。由此可见，效率与主体的利益息息相关，因此，不同主体的效率之间一定会发生冲突，而冲突的结果一定就是强势者的效率占据了支配性的地位。强势者的效率是有了，但公正就没有了，最终，社会的总的效率也没有了。

（三）对人与人关系的影响

公正让步于效率，其结果就会导致人际关系的紧张。在法律经济决定论那里，经济被推到了至高无上的地位，而对法律则采取轻视的态度。于是，为了追求结果，人们就可能

无所不用其极，讲假话、讲权术、讲欺诈、讲厚黑，而没有必要讲道德、讲规则、讲公平、讲正义。在这样的环境里，“不仅使那些道德感强烈，凡事总要辨一个是非善恶的人很难存活，也会使一切道德教育显得无能而无效。”[8]在这样的环境里，那些财富雄厚的人就会被大众崇拜为英雄，而无论你是用什么手段获得的；而那些贫困潦倒的人则会被贬低为无能的人，而无论你是因为什么原因而贫穷的。是非对错的道德标准被财产多寡所左右，所谓“笑贫不笑娼”说的就是这种现象。

如果缺乏公平的法律规则的约束，那么，通过权力来谋取财富的做法就很难得到遏止。进一步推理可知，暴富起来的人就可能是权力者或与权力结盟的人，而弱势群体则往往是那些处于权力边缘的人。仇富现象就是这样产生的。仇富是一个危险的信号。如果在一个社会里，仇富现象比较普遍的话，那就说明，这个社会里的人际关系非常紧张，很容易引发冲突甚至暴力。而能够消除这种紧张，只有公平竞争的规则，可见公正当置于效率之首位。

三、“决定句式”的强调意义

既然，法律经济决定论的充要意义对法律理论构成了冲击，并且也会对法律的实践产生负面效应，那么，问题到底出在哪里呢？是不是经济决定论对于“决定” 的理解本身就是错误的？带着这个疑问，我们来对“决定句式”作一语义分析。

“经济决定法律”，这是一个常用的决定句，与人们常说的 “性格决定命运”、“细节决定成败”、“态度决定一切”等的句式是一样的。我以为，决定句中“决定”，其常见意思主要体现在以下几个方面：(1)是突出的意义，而非唯一的意义；（2）经济论是相对的意义，而非绝对的意义；（3）是主观的意义，而非必然的意义：（4）是评价的意义，而非科学的意义：（5）是具体的意义，而非抽象的意义。此进一步阐释如下：

决定句中的“决定”表达的是什么意思，我们以“性格决定命运”为例来作解释。我们知道，除了性格以外，影响命运的因素其实有很多很多，出身、经历、学识等等都是，性格仅是其中之一而已。在特殊时代，有些非性格因素，其对命运的影响也可以重要到“决定”的程度。显然，在“决定句式”中，“决定”的前件对于其他因素并不排斥，而仅仅是表达者对于该因素的强调而已，因此，“决定”的前件与后件并不就一定是形式逻辑的充要关系。一般来说，人们之所以对某一因素进行特别强调，并不是因为这个因素在客观是重要的，只是因为说话人觉得是很重要的，而这又恰恰是说话对象所忽视的。一方忽视，言说者又觉得重要，在这个时候，“决定”就派上了用场。类似的用语还有”细节决定成败“、“格局决定结局”、“态度决定一切”、“思路决定出路”，其意思莫不如此。

对某一因素的强调除了使用“决定”一词外，还有其他表达法，但也可以转化为“决定论”的表达法，如“富贵在天，生死由命。”这句话如果用套用“决定论”模式，就可以表述为“老

[8] 韦政通：《中国人的道德思考》，载文崇一、萧新煌主编《中国人：观念与行为》，凤凰出版传媒集团、江苏教育出版社 2006 年版，第 53-54 页。

天决定富贵，命运决定生死。”类似的还有“千里姻缘一线牵”，其表达的意思就是“缘分决定婚姻”。因此，如果“决定”一词的用法，只能按照法律经济决定论的充要意义来定义的话，那么，人们在日常交流中就都不能用“决定句式”了。或者，人们只能采用形式逻辑的表达法，“在影响富贵的因素中，老天虽然不是唯一的，但却是相对重要的因素。”这样一来，人们的日常语言也就变得十分的繁琐不堪，且十分的索然寡味了。

与上面分析的意义相反，法律经济决定论的充要意义是，“有经济就有法律，无经济就无法律”，经济成了法律的唯一的影响因素。而事实上，马克思对于“决定”的理解，也是为了突出经济的重要性，并不是对经济作唯一意义的解释。1890年，恩格斯指出：“根据唯物史观, 历史过程中的决定性因素归根到底是现实生活的生产和再生产。无论马克思或我都从来没有肯定过比这更多的东西。如果有人在这里加以歪曲, 说经济因素是唯一决定性的因素, 那么他就把这个命题变成毫无内容的、抽象的、荒诞无稽的空话。”[9] 正因此，马克思借用德国诗人海涅的诗歌来嘲讽那些“马克思主义者”: “我播下的是龙种，但收获的是跳蚤”。[10]可见，法律经济决定论对“决定”所作的“唯一”的理解，也与马克思主义的观点相违背。

既然，“决定”一词在人们日常语言中表达的是“突出”的意思，而非“唯一”的意思，那么，就一定是在比较意义上进行的。因为，唯一的情形是不存在对某一因素的突出，突出的背后则一定有不突出的因素。我们仍然以“性格决定命运”为例，性格的因素之所以被特别强调，是因为，在影响命运的诸多因素中，与出身、经历、学识等因素相比，在说话人看来，性格因素具有相对重要的作用。同理，“努力决定了你的美好前程”，这在老师看来，相对于天资、经济、身体、师资等因素，“努力”这个因素被学生忽略了，为了引起学生的重视，有必要对“努力”这个因素进行特别的强调。同理，“细节决定成败”并不是说，细节对于成败具有绝对的意义，而是在说话人那里，细节相对于其他因素需要特别强调；“格局决定结局”并不是说，格局对于结局具有绝对的意义，而是在说话人那里，格局相对于其他因素需要特别强调；“态度决定一切” 并不是说，态度对于一切都具有绝对的意义，而是在说话人那里，态度相对于其他因素需要特别强调；“思路决定出路”并不是说，思路对于出路具有绝对的意义，而是在说话人那里，思路相对于其他因素需要特别强调……

与前面分析的意义相反，经济决定论的充要意义是，“有经济就有法律，无经济就无法律”，经济成了法律绝对的影响因素。而事实上，马克思和恩格斯对于“决定”的理解，也是在相对意义上理解的，并没有作绝对意义的解释。恩格斯曾指出，“并非只有经济状况才是原因，才是积极的，其余一切都不过是消极的结果。” [11]经济决定论只是空洞的抽象,“这种形而上学的两极对立在现实世界中只是在危机时期才有……这里没有任何绝对的东西,一切都是相对的。”[12] 由此再次可见，法律经济决定论关于“决定”的理解，在这一点上，又一次地违背了马克思主义。

---

[9]《马克思恩格斯选集》第四卷，人民出版社 1995 年版，第 477 页。
[10] 参见张文显主编：《马克思主义法理学———理论与方法论》，吉林大学出版社 1993 年版，第 78 页。
[11]《马克思恩格斯选集》第四卷，人民出版社 1995 年版，第 732 页。
[12]《马克思恩格斯选集》第四卷，人民出版社 1995 年版，到 486 页

决定句对于某个因素的强调，反映的是说话者的主观选择。我们还是打一个比方来说明。假设某个民工在工地上干活，在脚上架上踏空，摔了下来。那天，风很大，在落地的时候，民工的安全帽居然被风刮掉了。落地的那个地方位置不太好，地面是块水泥，结果脑袋开裂了。工友连忙拨打 120，可是，又不巧，适逢国家领导人到访，交通被管制了，结果救护车在路上耽搁了时间。好不容易送到了医院，做手术的时候，医生又极其不认真，居然在手术过程中还听音乐。总之，在这个假设的案件中，由于一系列的原因，这个民工不幸去世了。在这一系列原因中，每一个原因都对死亡起了作用，每个原因都不是唯一的原因，每一个原因对于死亡都不是必然的。但是，当这个案件呈现在法官面前时，法官并不会去考虑那些自然的原因，什么风大啊，什么位置不好啦，什么堵车啊，他统统不关心，他只关心医生的行为。为此，他建立了一个因果关系，即，”医生不负责任的行为导致了民工的死亡。”这里的“导致”其实就是“决定”的意思。

决定句对于某个因素的强调，是在相对意义上的强调，这种相对性反映的也是说话者的主观选择。无论决定句的表达是强调意义，还是充要意义，都是说话人主观选择的结果，其选择或者基于职业需求，如法官对于行为人的行为的强调；或者基于观点和立场，如记者对于同一个主题的不同认识。因此，决定论其实是主观论，是经过了说话人的筛选，是说话人出于某种目的或看法，在筛选掉了其主观上认为不需要加以考虑的因素后而作的简单化归。所以，当法律经济决定论将经济与法律的关系表述为，“有经济就有法律，无经济就无法律”时，这种必然关系并不就是对客观因果关系的反映。

既然，决定句反映的是说话人主观选择，这就包含了说话人对于诸多因素所作的价值评价。说话人之所以重视某一因素，并提拔到“决定”的地位上，并不是因为该因素在事实上就真的很重要，而是在说话人那里被觉得很重要。正因此，有人说“性格决定命运”，也有人说“出身决定命运”。两种说法看似矛盾，但却可以同时为人们所理解的接受，并没有人去纠缠它们在逻辑关系。这是因为，人们并不没有把它们看作是客观事实的判断，而只是把它们看作是说话人价值倾向的表达。

从决定句表达的内容来分析，对客观事实的判断可以称之为科学判断，对价值倾向的表达可以称之为价值表达。所谓科学判断，就是判断指称的是事物的自身情况，它传达的是关于事物是如此或不是如此的信息，用来表明事物自身情况就是判断所描述的那样。所谓价值表达，就是判断指称的是对事物情况的评价，它主要传达的是表达者对某事物的评价，用来反映表达者对事物情况的偏好和倾向。科学判断具有一定的客观性，价值表达则因为是表达者所赋予的，因而具有主观性。将决定句置于科学判断和价值表达的对比构架中，我们就可以看出，决定句的评价性成份很强。例如，“性格决定命运”就反映了说话的人对于“性格”因素的重视，而高中老师所说的“努力决定你的美好前程”则反映了老师对于“努力”因素的看重。

决定句的评价性决定了，对于决定句，我们不能从科学意义上来理解，而应该立基于其评价性。法律经济决定论的充要意义，其错误就在于，将决定句看成了一个科学判断，

没有弄明白其实它是不折不扣的价值表达。

决定句作为具有价值倾向的表达句式，反映了是说话人在某个具体场景的感慨，它的时效性限于具体的人或具体的事，并因时、因地而不同。说话人的价值表达在某个具体场景上或许可以激起受众的共鸣，但在普遍意义上却并不能成立。如果抽取掉具体场景的信息，而垄统地说“什么决定什么”，就不成立了。好比，人们对项羽不肯过江东会发出“性格决定命运”的感叹；而如果时空转换到文革岁月，那么 “出身决定命运”也同样可以唤起人们的认同。我们之所以不会认为两者是矛盾的，是因为人们明白，这两个决定句都是针对具体事情而发出的感叹。但是，如果抽取掉具体场景的信息，笼统地说“性格决定命运”或“出身决定命运”，这就违反了形式逻辑的排中律。所谓排中律就是，两者可以同假，但不可同真。据此，如果“性格决定命运”成立，那么“出身决定命运”就不能成立；反之亦然。由此可见，决定句表达的是一个具体的“决定”关系，而不是抽象的“决定”关系。说得再清楚一点，所有的决定句式的结构“A 决定 B”，其实表达的是“这个 A 决定这个 B”，并不是“所有的 A 决定所有的 B”。对项羽发出“性格决定命运”的评价，其实表达的是“项羽这个人性格决定了他的命运。”而在文革岁月发出的“出身决定命运”的感慨，其实表达的是“在文革时期，人的出身决定了人的命运。”

同理，“经济决定法律”也只能在具体意义上成立，而不能一般意义上成立。正因此，当读者将马克斯韦伯的《新教伦理与资本主义精神》一书的观点概括为“宗教决定经济”或“文化决定经济”时，人们并不没有将这一观点与“经济决定法律”对立起来。从抽象意义上来理解，“经济决定法律”与“文化决定法律”是相互矛盾的，因为法律和文化都可归于上层建筑。人们之所以能够同时接受这两种看起来相互矛盾的说法，就是因为人们接受的是具体的决定，而非抽象的决定。

总之，前面所分析的决定句的突出性、相对性、主观性、评价性和具体性，这在其强调意义上保持了逻辑上的一致。可见，法律经济决定论，其错误就在于，以充要意义作为了决定句式的全部意义，而其经常使用的强调意义则反而被遮蔽掉了，这就为其矛盾埋下了伏笔。

法官如何运用法律技术掩盖偏见：基于行为实验的证据

李学尧　刘庄[1]

【摘要】法官的决策如果受到不当因素的影响，她是如何为带有偏见的决定辩护的呢？在对在职法官的一系列行为实验中，我们重复了英语世界近来的已有实验结果，即法官决策可能会受到法律以外因素的影响。更重要的是，我们证实了历史上各种批判性理论对形式主义法学的批判——法官会使用各种法律技术来正当化判决中的偏见：他们策略性地解释法律概念，选择性地适用法律条文，以决策结果反推因果关系和可预见性，从同样的案件材料中得出不同的事实结论——很多时候，法律只是判决的矫饰，而非判决的依据。证据还表明，当得以选择法律解释和事实认定来对判决中的偏见加以论证时，法官更倾向于解释法律。我们还发现，提醒法官注意判决过程中可能出现的偏见，并不能真正消除偏见。实验结果加深了我们对法官真实行为模式的理解，对司法说理的作用提出质疑——说理不必然能够提高司法公信力。文章的主要理论目的是为了寻求一种更加更具有解释力的司法决策模式。

【关键词】 司法偏见；掩盖；法律技巧；双加工模型；行为实验

一、理论目标：寻求一种更加更具有解释力的司法决策模式

法学界通说认为，司法说理被认为是司法权力限制和司法责任追究的重要制度设计(夏皮罗 1987；艾森伯格 1978;富勒 1978)。国际学术界通说普遍认为，司法权力的使用缺乏说理，会有损司法机关的公信力(例如，罗尔斯 1993;Schauer 1995;桑斯坦 2007;韦氏 1959)。中国的法学者还在学理上对此问题做了深入的展开（郑成良 2007；孙笑侠 2013；张继成 2003；张保生 2006；许德风 2013;王亚新 2018）。在中国当下的司法改革中，司法说理和与司法公开一道，也是官方加强司法公信力的主要努力路径。近来的实证研究也进一步证实了上述学术理论与改革思路的“科学性”。比如，本文作者之一刘庄在英文杂志 Legal Studies 上发表的《判决与信服》一文中，针对在职法官的行为实验，证实了司法说理对于提升司法信任度的意义（刘庄，2018）。

然而，在司法说理的研究中，有个问题相当吊诡。一方面，法学界显然会与民众共享这样一种法治理念：在一些特定的场景下，某些法外因素明确不可以作为司法决策的考量。比如，在财产类纠纷的民事案件中，不可以将当事人的政治地位和个人道德水准作为考量因素。再比如，在刑事案件中，不可以将当事人的政治地位作为考量因素，即所谓的“王子与庶民同罪”的平等原则；即使在量刑中可以考量当事人的道德水准、犯罪动因以及个人生活状况，但也需要在司法说理中予以明确说明，且应具有一定的影响限度。但另一方面，

---

[1] 上海交通大学凯原法学院教授；香港中文大学商学院助理教授。

本文英文版 Legal Techniques for Rationalizing Biased Judicial Decisions 发表于在 Journal of Empirical Legal Studie2019 年第 16 卷。本文在提交会议时，学术观点和阐述部分有修改，但数据及数据分析部分保持原样。

本文为李学尧主持国家社科重点课题的“司法公信力第三方评估”课题的内容，未完稿。引用请直接引注英文版：John Zhuang Liu, Xueyao LI, *Legal Techniques for Rationalizing Biased Judicial Decisions. Journal of Empirical Legal Studies, vol.16,* 2019.

法学界通说对于法官到底依据什么理由来进行决策并不关注，而更多地关注于说理是否能够经受得住合法性或者逻辑自洽的检验。换言之，在主流法学界认为，司法说理未必一定要正确反应真正的法官决策过程，它只是正当化判决的需要而已（陈林林 2012）。

在这里，我们暂且以善意的思路去推断主流法学界的论述逻辑：不管法官基于什么样的偏见进行决策，或者法官的个人特征会影响司法决策，通过对抗制度的司法程序以及司法说理等制度，完全可以最后将司法裁判论证成变成一种“唯一正解”式的结果。刘庄在前述的论文中，确实也在一定程度上论证了这一点：即如果提前要求法官说理或者事后请法官说理，都会促使法官修正自己此前受偏见支配形成的裁判结论（刘庄，2018）。熊谋林和其他人合作的另外一篇的英文论文中进一步证实了这一点。在那篇关于性别特征对司法裁判结果影响的实证论文中，以中国司法文书网上某两地刑事判决为分析样本，他们得出了与以往实验室环境下完全不同的验证结果：性别特征不影响刑事裁判（Xiong Moulin, 2019）。如果他们的实证研究成果可信，完全可以提出结论，是审判组织设置、审级机制，乃至司法公开等机制在某种程度上有效消除了法官性别特征对司法裁判的影响。然而，我们仍然有足够的理由怀疑，司法说理以及程序设计等是否真的完全消除了这种受偏见或者法官个人特征支配的裁判结果。

在本文中，我们试图提出这样的理论假设：当法官受到不适当的法外因素影响时，一方面，法官会放弃那些会显著影响司法说理逻辑自洽的偏见。另一方面，他们会采用在专业训练中获得、民众难以觉察的法律解释技术。而第二种司法偏见的掩盖技术，恰恰是法学研究未来应重点努力予以解开的法律实践黑箱。

关于司法行为，形式主义法学（法教义学）和现实主义法学传统都提出了自己的行为模型。概括起来，莫过于理性模型（法律模型）与感性模型（包括态度模型、策略模型）等（杰弗瑞·A·西格尔、哈罗德··J·斯皮斯 2012；Thomas J. Miles & Cass R. Sunstein，2008）。近来，随着脑科学与认知心理学对社会科学研究的不断渗透，双加工模型也逐渐被社会科学所借鉴，并进入司法行为的研究领域（李安 2010）。在这里暂时按下对理性模型的批判，简单地讨论一下现实主义法学传统下的法官行为模式的研究。按照爱泼斯坦和波斯纳等人的界定，态度模型和策略模型可以被称为“效用函数”模型，其旨在指明影响判决结果的变量，对以往判决予以解释，并对未来的判决进行预测。如果说效用函数模型揭示了影响判决的外部要素，那么认知心理学的相关模型的则旨在“打开黑箱”，描述这些要素产生作用的内部心理机制，其并不致力于明确影响判决的具体要素，也无法预测未来的判决结果。

司法行为的双加工模型，源自于认知心理学和脑科学的新近的研究成果。有关推理、决策领域的心理学研究发现，人类拥有两套信息加工系统：其中系统一是一种快速、平行、自动的加工系统，较少受到意识控制的影响，容易受到个体知觉经验、情绪等因素的影响；系统二是一种缓慢、系列的理性分析的加工系统，受到工作记忆容量大小的限制，加工过程是在意识监控下进行的。与之相对应，传统法学理论也有相似的法律发现和法律论证的区分，前者由法律直觉所驱使，而后者则受到理性逻辑的支配。因此，部分学者尝试将一

般心理学的双加工理论应用于司法决策领域，建构出理想的法律心理模型（李安 2010；陈林林 2011；郭春镇 2017）。

而我们的实验主要是在认知心理学的传统下，试图进一步对法官的双加工模型进行充实。在实验中，我们采用的刺激物都是试图唤起被试法官的道德感，也就是我们刺激启动了法官信息加工机制的系统一；而一般认为，法官在司法裁判文书中的说理和论证等，启动的是法官信息加工机制的系统二。我们的实验结果的发现，实质上昭示着法官的信息加工机制的系统二与系统一之间的某种“共谋关系”。在本文的第 6 节，我们将会对这种讨论做进一步的展开。

二、实验设计

我们的研究针对两个主题:有偏的判决和理性的说理。实验采用了标准的组间干预控制设计。法官被随机分配到干预组和对照组。他们阅读的将是从真实案例中改编的案例简介。

（一）法外因素的刺激及其效果

我们首先将尝试诱导干预组的法官做出有偏见的决定，使用的刺激物是根据司法裁判通说不可以考量的法外因素。例如，在判定租赁合同纠纷案件时，与案件的过失行为毫无关系的当事人的私生活问题：

（1）研究 1 是一宗涉及违约金的租赁合同案件，法院可酌情降低违约金。在干预组的材料中，被告被描述为与一名腐败的政府官员保持婚外情的女子。而控制组的材料中，并没有对被告私生活进行描述的内容。

（2）在第二项研究中，一名被告在家中饲养及售卖鹦鹉，被控“非法售卖珍贵及濒危野生动物及其相关产品”。他被描述为在干预条件下沉溺于赌博，在控制条件下是一个女儿得了红斑狼疮的好父亲。

（3）在研究 3 中，被告在其院内存放氧气罐，引致一场大火，并被一名自愿参与灭火但在道路上跌倒而受伤的原告告以侵权责任。在干预条件下，被告储存氧气是为了产生冰毒;在对照组中，他这样做是为了更好地照顾患了肺病的母亲。

利用上述实验设计，我们试图重复了英文世界的实验研究结果。此前的相关实验表明法官可能受到法律外因素的影响(Wistrich, Rachlinski & Guthrie 2014;Spamann 2016;刘 2018)。

（二）掩盖偏见的技术：法律标准和概念解释、规范选择和因果关系论证

作为研究重点，我们将要求被试法官通过选择选项来对他们的决定说明理由。在选项中，我们将刺激因素放入了其中。设计的关键是：在司法裁判结果已经显著受到刺激因素影响的前提下，比较干预组和对照组被试给出的裁判理由。

在研究 1 中，我们假设，在对刺激的反应中，干预组的法官和对照组的法官对案件的裁判结果显著不同。

在研究 2 中，我们同样假设干预组从同样的案件事实中得出不同的结论。在这一实验中，干预组的法官们将会采用与对照组不同的方式的来解释法律概念，运用了不同的法律规则来源，以为自己的决定辩护。

在研究 3 中，我们假设，为了使他们的决策合理化，干预组的法官从相同的事实中推断出了因果关系和可预见性。

总之，我们假设，法官将使用广泛的法律解释技巧来为他们有偏见的决定辩护。

（三）存在有意掩盖的可能性：凸显刺激因素不能消除偏见

我们将刺激因素列入了被试们可能选择的多项选择题中。我们在文字上凸显这些刺激因素的意图非常明显。

值得讨论的是，法官是否有意或无意地忽略了显著刺激的选项。一种可能是，法官故意隐瞒了他们真正的裁定依据，而且他们还故意使用了法律的技术手段。换句话说，法官们不想承认他们的决策偏见，即使他们清楚地知道他们是有偏见的。另一种可能是，法官在不知不觉中受到不相关因素的影响，做出的决定是由他们的道德本能决定的，他们选择了与他们最初直觉相对应的决策理由。换句话说，法官们无法承认或者认识到他们的决策偏见，即使偏见因素非常明显。我们认为这两种解释都是合理的，在司法司法实践中发现这两种行为模式都是有问题的(参见第 6 节的讨论)。

三、实验过程

我们对参加国内某大学短期培训班的五批法官展开了实验。法官来自不同省份的 5 个地方或中级法院(在中国司法体系中，中级法院处理地方重大一审案件和上诉案件);我们不愿透露法官工作的具体法庭，因为我们的研究揭示了一些法官可能不受欢迎的特征。我们的一位作者(李学尧)做了一个两小时的关于法律专业的演讲，作为培训的一部分。每节课结束后，他邀请被试花 15 分钟参与一个实验。被试们用他们的笔记本电脑、Ipad 和其他移动设备参与了通过 Qualtrics 平台进行的在线实验。

这些实验是在 2018 年春季的五天内进行的。我们在多个班级招募了研究 1 和 2 的受试者，因为班级规模不足以满足我们想要的观察数量。参与评审的确切人数如下:

研究 1: 4 班 14 名法官；5 班 15 名法官

研究 2: 1 班 15 名法官；2 班 18 名法官；3 班 35 名法官；5 班 4 名法官

研究 3: 3 班 38 名法官

我们通常要求每位法官参加一个实验。然而，参加其中一个课程的被试(N = 38)参与了两个实验(研究 2 和研究 3)，时间约为 30 分钟。当被试参与两个实验时，两个实验的顺序是随机的。我们总结了表 1 中参与者的人口统计信息，按照研究分类。一些法官在完成实验后选择不透露他们的人口统计信息。表 1 中的简要统计仅反映提交其资料的法官。

表 1 中的简要统计仅反映提交其资料的法官。我们的实验采用一种标准的干预控制和受试者之间的设计。参与的被试被随机分配到干预组或对照组。他们阅读了改编自中国真实案例的案例简介。除了刺激物外，病例材料是相同的。我们试图利用无关因素的刺激，

主要是被告特征，来诱导干预组和对照组的法官做出不同的决定。在这项研究中，设计的关键方面是我们让被试为他们的决定选择一个原因。

我们在每一项研究中都给他们提供了一个多项选择题，其中以决策原因作为选项。问题中有 4 到 7 个选项，包括 2 到 3 个在案件材料中辩论的法律和事实问题(以及不相关的刺激物，见下文)，法官可以选择他们认为应该适用的所有理由。他们也可以贡献自己的理由。[研究 1 只有 10 名被试、研究 2 有 3 名被试、研究 3 有 7 名被试写下了自己的理由]

这个设计让我们看到干预组和对照组的被试给出的理由是否相似或不同。也就是说，我们确定他们的推理是否对刺激有反应。请注意，另一种设计是分别列出案件中辩论的问题，并请法官选择是或否作为简单的答案。例如，在研究 1 中，我们可以首先问“你认为这个案例中的违约金是否高于实际损失?”然后让被试决定是或否。这种设计忽略了一个事实，即在实践中，法官在推理时可以选择不提及某个特定的问题。因此，它将诱使法官对他们实际上可能忽略的问题作出反应。我们目前的设计减少了这个问题。(事实上，我们确实看到一些法官在选择中避免提及某些问题:例如，在研究 1 中，一些法官既不选择 B，也不选择 D，避免了事实问题。参见第三节)。

我们设计的另一个关键特征是我们将刺激(不相关的因素)作为选择题中的一个选项。这个设计让我们看到被试们是在隐瞒还是在揭示这些因素:在实验设计中，我们事先就知道，正是这些因素促使他们在干预和控制条件上做出不同的决定。此外，在可能的原因的简短列表中包含不相关的信息的纯粹的直率使得刺激因素非常突出，使我们能够测试使偏见的可能性突出是否足以让法官克服它。我们总共做了三个实验。这是为了确保我们的研究将涵盖各种法律领域和一系列法律技术。诚然，我们不能涵盖所有法律领域或法律技术。然而，我们相信这些实验为我们没有直接研究的领域提供了相当大的概括性。

四、法律标准的解释(研究 1)

我们从法官可能使用的直观方法开始:通过策略性地解释法律标准，使他们的决定合理化。规则和标准之间的区别受到了法律学者的大量关注(例如，Ehrlich 和波斯纳 1973;dan cohen 1984;Kaplow 1992;Fon & Parisi 2007)。法律必然是不完备的。立法者不能预见到他们的法律适用的所有情况。它们为法官根据具体事实和证据决定案件留出空间。为了捕捉这些特征，规则和标准的定义强调了事前或事后(例如，1992 年的 Kaplow)赋予法律的内容之间的区别。规则可能需要预先确定哪些行为是允许的。一个标准，通常更一般和抽象，留下的问题是什么行为是允许的审判人员。根据定义，法律标准为法官提供了更大的自由裁量权。我们怀疑法官会利用这种权力操纵决策结果。研究 1 旨在记录这种现象。

（一）案例场景和设置

在研究 1 中，一名承租人(原告)和一名出租人(被告)签署了两套商业单位的租约。双方(个人和公司)就一系列条款达成了一致，包括交付占用的具体日期和违约金 30 万元人民币(约合 4.6 万美元)。房租每月 20 万元。然后，在规定的搬进日的 2 天前，出租人通知承租人，由于上一个承租人还没有搬离，不能按时交付单位。她要求延期 10 天。原告提出违

约金的原因是公司为搬迁做了大量的准备工作，而作为一家私募股权公司，推迟开业会引起客户的不信任，对公司形象造成负面影响，对公司业务造成实质性影响。

因为双方无法就赔偿问题达成一致，原告将被告告上了法庭，并提出了 30 万元违约赔偿金的要求。被告辩称，原告的实际损失仅包括因违反与搬家公司的合同而产生的潜在损失，总计约 2 万元人民币，以及因搬迁延期而失去的商业机会。同时，被告辩称，延期对原告业务的影响并不大，因为延期时间较短，原告仍可在其以前的办事处经营业务。合同法第一百一十四条第二款规定，约定的违约金数额超过所发生的损害赔偿金数额的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。被告辩称，合同中约定的 30 万元人民币的违约金“高于原告的实际损失”。她要求法院将违约金降至 2 万元人民币，并愿意赔偿承租人 10 天的租金，约合 6.7 万元人民币。

在干预条件下，刺激因素是：被告被描述为一个品行不良的人，她与一个腐败的政府官员保持婚外情。这些信息单独作为一段，放在了提供给被试法官阅读的案件事实结尾部分。在实践中，诉讼当事人提供证据证明对方的不良道德品质，是一种诉讼策略。但是，没有法律人会承认，当事人的私生活状况可以作为裁判涉及商业交易的考量因素。

[干预变量]本案被告杨某莉因故未能出庭。据悉，被告与当地国土局副局长张某长期保持婚外男女关系。张某涉及受贿罪与巨额财产来源不明罪，已被检察院审查起诉。杨某莉涉及张某受贿罪一案，涉嫌代为受贿、索贿等，已另案处理。本案所涉房产为杨某莉继承所得，与张某受贿案无关。

法官们被要求决定案件，并通过选择下列理由之一提供他们的判案根据:

您将在判决中给出的主要裁判理由是（可多选）：

A. 双方约定的违约金 30 万元，属于过分高于实际损失

B. 被告违约未对原告经营造成重大影响

C. 双方约定的违约金 30 万元，不属于过分高于实际损失

D. 被告违约对原告经营造成重大影响

【刺激物] E. 被告与官员张某长期保持婚外男女关系，并涉及张某受贿案】

其他（请写在下方）【此处下方有一个较大的多行文字框】

（二）结果

干预条件下的刺激是为了诱使法官做出不利于被告的判决，尽管这在技术上与当前的案件无关。结果表明，该设计是成功的。在干预组中，38.5%的法官认为原告胜诉，被告应全额赔偿违约金人民币 300,000 元，而对照组中没有法官作出此决定。在 Fisher 精确检验的 0.05 水平下，差异有统计学意义(表 2 列 1)。我们还要求被试在不支持全部违约金的情况下给予具体的赔偿。在干预条件下，法官给予的平均赔偿金约为 18.5 万元，而在控制条件下，这个数字约为 8.5 万元。[如果法官支持违约金，则判决为人民币 30 万元。[]在 0.01 水平上差异显著(表 2 列 1)。这些结果成功地复制了以往采用类似策略的研究结果，利用被告的道德品质诱导出不同的决定(例如 Nadler 和 McDonnell 2011;Wistrich, Rachlinski 和 Guthrie 2014;Spamann 2016;刘 2018)。

在我们的分析中，关键是每个法官选择他或她的决定的原因。中国合同法授权法官减少他们认为超过实际损失的违约金。中国的律师表示，他们在实践中经常遇到这种学说的使用(例如，Luo 2016)。为了回应这项法律的要素，我们提出了两个法官可以使用的理由，并将它们放在选项中。其中一个与法律标准有关——过高。另一个问题是延迟交货是否对原告的业务产生了实质性的影响。据推测，损害赔偿是否超过实际损失的问题是一个需要规范性判断的法律问题，而后一个具有实质性影响的问题主要是事实问题。然而，这种区别并不像看上去那样绝对。过分是一种规范性判断，只能根据具体事实作出判断。

法官们不仅通过查看损失的货币数量来判定损失是否过高，而且还被要求检查这些数字与案件事实之间的关系。同样，重大影响问题- -所造成的实际损失是否足以证明清偿损害的数额- -也不是纯粹的事实判断;它是相对于违约金的金额，关系是由金额是否过高来定义的。在考虑实验结果时，记住这一点是很重要的。在接下来对结果的分析中，我们首先分别显示这两个问题的结果，然后将它们放在一起显示聚合的结果。我们观察干预组和对照组的法官是否会对案件中的法律标准做出不同的解释(选择)以回应干预。法官被允许选择他们认为应该适用的任何选项。这意味着他们可以选择所有的选项，即使有些选项是相互矛盾的(例如，选项 A 是选项 C 的对立面)，或者他们可以选择任何组合(包括根本没有选项)。

表 3 报告了结果。我们发现法官对法律标准的不同解释是对刺激的不同反应。干预组的法官不太可能对违约金过高高于实际损失作出反应，这是有利于被告的决定理由(干预组中 30.8%，对照组中 87.5%);在 Fisher 精确检验中，差异在 0.01 水平上具有统计学意义。此外，干预组的法官(38.5%)更倾向于选择 C 选项，“违约金不高于实际损失”，这对被告不利。对照组的 16 名被试中没有一个选择了这个选项。

需要注意的是，约 30.7%的法官在干预组(100%−−38.5% 30.8%)和 30.8%(100%−−87.5% 87.5%)控制法官的选择无论是选择还是选择 C,避免提及这个法律问题时给予理由。[我们还使用 Fisher 精确检验进行了三方面分析:过高(是)(选择选项 a)，过高(否)(选择选项 C)，没有意见(不选择 a 或 C)。干预与对照组的差异有统计学意义(p = 0.003)。参见在线附录表 A1。]关于实质性影响，我们没有在第二个问题中发现类似的模式。干预组和对照组在选择方案 B 和方案 d 方面没有统计学差异，如干预组中 30.8%的法官选择了被告对原告业务没有实质性影响的方案。对照组的这一比例为 50.0%。差异无统计学意义(p = 0.451)。[我们还使用 Fisher 精确检验进行了三方面分析:实质性影响(no)(选择选项 B)，实质性影响(yes)(选择选项 D)，无意见(不选择 B 或 D)。干预与对照组的差异无统计学意义(p = 0.692)。参见在线附录中的表 A1。

如果我们把实质性的影响当作一个事实问题(或者一个更接近事实而不是过度判断的问题)，这个结果表明法官更喜欢用法律的解释而不是事实的解释来使他们的决定合理化。然而，由于样本量较小(N = 29)，无关紧要的结果并没有告诉我们太多关于法官实际行为模式的信息。换句话说，这一结果并不能证实法官在策略上解释了事实，也不能说明法官在现实中不会这么做。

在后续的实验(研究 2 和 3)中，我们将回到事实发现的问题。当我们一起合用的同一方向的原因,我们发现,在干预条件下,53.8%的法官选择有利于被告的原因(低薪酬的原因),也就是说,53.8%的法官选择或选择一个选项 B(或两者),而 100%的法官在控制条件下选择有利于被告的原因。在 1%的水平上差异有统计学意义。另一方面,我们不能找到一个类似的模式对高薪酬的原因(选项 C 和 D)。

我们还进行了四通分析使用的确切概率法:高薪酬的原因(选择选项C或D,或两者都有),低薪酬的原因(选择选项 A 或 B,或两者都有),没有意见,而且(选择高薪酬的理由和原因低补偿)。最后一种组合是可能的，因为一个人可以理性地选择，例如，过高的(是)和大量的(是);前者是低薪酬的原因，后者是高薪酬的原因。干预组与对照组比较差异有统计学意义($p = 0.004$)。参见在线附录表 A1。在关于被告的道德品质的选择中可以找到一个有趣的模式。在干预情况下，我们提供了选项 E，涉及被告与她在一起腐败案件中的婚外关系。从控制-干预实验设计中我们知道，这个因素正是促使干预组的法官做出更严厉的决定的因素。然而，当被要求提供他们的决策推理时，没有法官选择这个选项。把这些不相干的信息包含进去的纯粹的率直使得刺激因素非常明显，而法官们肯定已经有意识地考虑到了这一点。然而，显然，这种显著性并没有帮助法官消除他们的决策偏见。这表明，让偏见的可能性凸显出来，不足以让法官克服它。

五、法律概念及法律适用(研究 2)

研究 1 测试了法律标准的使用情况。研究 2 有两个目标。第一个是记录法官在使其决定合理化时可能使用的其他技术。在此，我们着重于解释法律概念和某些规则的适用性，这些规则是实践中常见的技术。第二个目标是复制研究 1 在刑事案件中的发现。

（一）测试场景描述

在第二项研究中，被告王鹏一直喜欢鹦鹉，他把在他工作的工厂的院子里发现的一只雌鹦鹉带回了家。他在网上买了一只雄性鹦鹉与雌性鹦鹉交配。鹦鹉繁殖得很快。一年后，王鹏已经养了 43 只幼年鹦鹉。后来，他以 2000 元的价格把六只鹦鹉卖给了他的朋友。警方调查表明，6 只鹦鹉中，除 4 只为玄凤鹦鹉外，有 2 只为小金太阳鹦鹉，学名绿颊锥尾鹦鹉，被列入《濒危野生动植物物种国际贸易公约》附录。警方以涉嫌“非法出售珍贵、濒危野生动物及其制品罪”将王鹏拘留。

在法庭上，控方和辩方就几个问题进行了辩论。第一个问题是，按照刑法的定义，国内繁殖的物种是否为野生动物。控方援引最高人民法院《关于审理破坏野生动物资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第一条已经明确将“驯养繁殖的物种”列入刑法保护范围。 被告认为， 辩方则认为，第一，《刑法》规定，“非法出售珍贵、濒危野生动物罪”的犯罪对象为“珍贵、濒危野生动物”，其含义是确定的，即所涉物种必须是“珍贵、濒危、野生的动物”。公诉方将驯养繁殖的动物解释为“野生动物”，与事实有悖。第二，最高人民法院《关于审理破坏野生动物资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》中，将驯养繁

殖的动物解释为野生动物，远远超出刑法文本，属于扩大解释，违反罪刑法定原则，与《刑法》本身相抵触，有违立法本意，不应适用。

另一个问题是事实问题:被告是否知道他的行为是非法的。王鹏饲养了较多鹦鹉，其中各种鹦鹉混杂，因而并不知道其饲养了受国家特殊保护的动物。因此，王鹏没有对自己行为违法性的概括认识。其行为不构成犯罪。相比之下，控方则认为王鹏是只鹦鹉爱好者，对特定的繁殖和饲养技术有所了解。他还经常在网上与其他鹦鹉爱好者交流饲养经验。认为他不知道他饲养的鹦鹉是国家保护动物是不合理的。目前的证据表明，王鹏知道或应该知道他的行为是非法的。起诉方建议被告判处有期徒刑五年。

（二）实验设计

关于王鹏出售鹦鹉动机的不同描述都包含在案例内容中。在对照组中，被告被描述为一个好父亲，而在干预组中他被描述为一个赌徒。[对照情况:品德良好]王鹏进一步解释说，女儿患有系统性红斑狼疮，需要他的照顾和陪伴。他没有时间照顾年幼的鹦鹉，所以他卖掉了它们。他希望现任法官不会判他有罪。

[干预背景:不良品德]王鹏自 2015 年开始沉迷于网络赌博，与妻子离婚，没有时间照顾鹦鹉。他就这样卖掉了幼年鹦鹉。

法官被要求决定案件，并从下列选择中选择他们的决定理由:你的决定理由是(选择所有适用的):

您将在判决中给出的主要定罪（或判决无罪）理由是（可多选）：

A. 人工繁殖的鹦鹉属于野生动物

B. 应当适用最高人民法院《关于审理破坏野生动物资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

C. 王鹏对自身行为的违法性有认识，即他在一定程度上知道自己饲养、出售的是受保护动物

D. 人工繁殖的鹦鹉不属于野生动物

E. 最高人民法院《关于审理破坏野生动物资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》过分扩大解释了刑法“野生动物”的概念，不应当适用

F. 王鹏对自身行为的违法性没有认识，即他不知道自己饲养、出售的是受保护动物

【随 treatment good 出现：G. 王鹏的女儿患有系统性红疮狼斑，王鹏很可怜】

【随 treatment bad 出现：G. 王鹏沉迷于网络赌博，人品较差】

H. 其他（请写在下方）【此处下方有一个较大的多行文字框】

（三）结果

实验设计的目的是诱导法官根据被告的道德品质，对刺激物的反应在干预和控制条件上做出不同的决定，这与本案无关。被试的决定结果与设计一致。在对照组中，37.1%的法官认为被告应当被定罪，而在干预组中，64.9%的法官做出了这一决定。在 Fisher 精确检验的 0.05 水平上，差异有统计学意义(表 2)。我们还要求法官给出一个具体的判决，如果他们没有宣判被告无罪。在干预条件下，法官给予的平均刑期约为 1.5 年，而对照组为

0.4 年。如果法官宣判被告无罪，判决为零。在 0.01 水平上差异显著(表 2)。这些结果表明，被告的道德品质报告导致了不同的司法判决。

我们在选择中讨论了三种可能的决策原因:对法律概念的解释，即在这种情况下鹦鹉是否应该被判定为野生动物;法律的适用性，即 SPC 的解释是否适用;事实的发现，即被告是否知道他的行为是非法的。请注意，在中国，司法解释是司法裁判中法官选择法律规范的正式来源之一。表 4 总结了结果。

首先，我们发现被试们对野生动物的概念有不同的理解。在干预情况下，27.0%的法官认为本案中的鹦鹉属于刑法规定的野生动物(选项 A)。在对照组中，25.7%的法官选择了这一选项。差异在统计学上难以区分(p = 1.000)。另一方面，18.9%的干预法官认为本案中的鹦鹉不是野生动物(选项 D)，但 48.6%的控制组法官选择了这个选项。0.05 水平差异有统计学意义(p = 0.012)。这一发现表明，控制组的法官更有可能认为刑法中野生动物的概念不包括国内繁殖的物种。此外，统计数字表明，干预组的法官对于本案中的鹦鹉是否应作为野生动物作为刑法目的不太确定。只有 45.9%(27.0% + 18.9%)的法官(通过选择选项 A 或 D)提到了这个问题，其余的法官避免了这个问题。相比之下，在对照组中，法官(25.7% + 48.6% = 74.3%)更愿意用这个理由宣判被告无罪。

第二，法官们还以不同的方式决定了法律的适用性。在干预组中，59.5%的法官认为对被告不利的 SPC 法律的解释是适用的(选项 B)，而对照组的比例为 37.1% (p = 0.065)。干预组 16.2%的法官认为 SPC 的解释不适用(选项 E)，对照组为 40.0% (p = 0.035)。

第三，我们有一些初步证据表明，法官们对这两种情况的处理方式不同。在干预组中，48.6%的法官认为被告知道自己的行为违法(选项 C)，而对照组为 28.6%。在 0.10 水平(p = 0.095)，差异有轻微的显著性(p = 0.095)。然而，我们没有发现选项 F 的对称模式(被告不知道他的行为是非法的)。[我们还进行了三方面的分析(是、否、无意见)，分别使用费雪对这三个问题的精确检验。干预和对照组在对 wile 动物的解释(p = 0.016)和法律适用性(p = 0.070)方面差异有统计学意义(p = 0.214)，但在被告意识方面差异无统计学意义(p = 0.214)。参见在线附录表 A2。]

我们发现,在干预条件下,67.6%的法官选择定罪的理由,也就是说,67.6%的法官选择选项,选项 B,或选择 C(或任何组合的三个选项),而只有 42.9%的法官在控制条件下选择定罪的理由。差异在 0.10 水平上有统计学意义。我们在无罪开释理由方面发现了类似的模式(选项 D, E, F)[我们还使用费雪的精确检验进行了四种分析:定罪的理由，无罪开释的理由，没有意见，以及两者(从定罪的理由和无罪开释的理由中选择)。最后一种组合是可能的，因为人们可以理性地选择，例如，野生动物(是)和法律适用(否);前者是定罪的理由，后者是无罪释放的理由。干预组与对照组比较差异有统计学意义(p = 0.083)。参见在线附录表 A2。]第四，在 72 名法官中，只有一名法官选择了被告的道德品质作为其决定理由(选项 G)的一部分。但从实验设计中我们知道，正是他的道德品质促使法官做出了不同的决定。

六、 因果关系和可预见性(研究 3)

在上述的研究中，我们发现法官可以利用法律的解释来为他们有偏见的决定合理化。我们怀疑事实的发现也能起类似的作用。我们用研究 3 来验证这个假设。特别是因果推理和预见性推理。请注意，因果关系可以是事实的(例如，事实上的原因)，也可以是法律问题(例如，近因)。然而，尽管在这个问题上存在许多理论争论(例如，Zhang 2013;Lao 2016)。因果关系和可预见性是普遍存在于法律中的概念，是侵权、合同、保险和刑法中的基本要素。尽管根本原因、因果关系和可预见性众所周知地缺乏指导结果的具体标准。例如,调查因果关系通常专注于一个或多个下列标准:是否有离婚行为和结果之间的关系,地处偏远,因此,在多大程度上似乎意外的结果,结果的依赖程度在另一个人的行为,以及是否有一个并发的实际原因,等等。然而，这些因素很难精确地应用。在实践中，对因果关系的调查可能会陷入一种直觉，即考虑到案件的情况，是否仅仅是让行为人对结果负责(Robinson 2008;Nadler & McDonneII 2011)。我们认为因果关系和可预见性是法官操纵的便利概念。

（一）测试背景介绍

被告王树强住在一个村子里，他把两个氧气罐放在他家院子的墙边。半夜，它们爆炸后引起了一场严重的火灾。据消防部门表示，氧气罐爆炸是由于一名路人在墙外留下烟头，但他们找不到具体的人。氧气罐的爆炸首先使墙外的易燃物着火，进而扩大到周围的房子。原告赵晓华和被告住在同一个村庄，当晚他参加了救火。当时天很黑，原告在取水的时候掉进了路边的水沟里，导致他腿骨、腕骨骨折，腿骨刺穿了他的肌肉，并暴露在外。原告诉称他的跌倒是他参与救火造成的，被告储存氧气罐、火灾和原告受伤之间存在因果关系；当被告储存氧气罐时，他应该预见到危险。因此，原告要求被告赔偿人民币 44000 元，用于支付治疗费用和其他费用。被告辩称，他的氧气罐与火灾之间没有因果关系;假设火灾与原告的伤害之间存在因果关系也是不合理的。特别是一些村民告诉他，原告那天晚上参加了一个庆祝活动，喝了一些酒。因此，他的摔倒可能是他自己喝酒的原因。此外，被告辩称，他不可能预见到原告会在救火中跌倒受伤。

（二）实验设计

我们使用了组间实验控制的设计。对被告储存氧气罐动机的不同描述被插入案件小品中。在对照组中，被告被描述为一个为更好地照顾他患有肺部疾病的母亲而储存氧气的孝顺儿子;在干预条件下，他这样做是为了制造冰毒。

【控制条件:良好品德】(在第一段)调查发现被告的母亲患有肺部疾病多年，经常需要在家里吸氧。被告正在储存两个氧气罐，以更好地照顾他的母亲。(在最后一段)被告又声称，他已放弃所有在村外工作的机会，以便更好地照顾他的母亲。他所有的邻居都承认他是个好人。他希望法官会考虑这个因素。

【干预条件:不良品德】(在第一段)调查发现被告在家中非法生产少量冰毒(甲基苯丙胺)，而这两个氧气罐将用于其中。这个刑事案件正在由警方进行调查。(在最后一段)原告进一步声称被告非法生产冰毒(甲基苯丙胺)是他受伤的原因。被告应该受到惩罚，他应该赔偿他的费用。

法官被要求做出裁判，并从下列选择中选择他们的决定理由:你的决定理由是(选择所有适用的):

A 被告储存氧气罐的行为与原告受伤之间存在法律上的因果关系。

B 被告对原告的受伤具有一定的预见性。

C 原告虽然喝了酒，但被告储存氧气罐行为是原告受伤的主要原因。

D 被告的储氧储存氧气罐行为与原告的伤害之间不存在因果关系。

E 被告没有预见到有人(原告)会受伤的任何可能性。

F 原告喝酒是他受伤的主要原因。

[刺激因素：不良品德]被告在家中生产冰毒，道德败坏。他的行为应该受到惩罚。

[刺激因素：良好的品德]:被告在照顾他的母亲。他有良好的道德。要求他赔偿是不合理的。

H.其他原因(请注明如下)。

(三)结果

实验设计的目的是诱导法官在干预和控制条件前提下，因为刺激物（被告不同道德品质的）而作出不同的裁定。被试们的决定与我们的设计一致。在控制条件下(被告品行良好)，没有法官判定原告胜诉，即被告应向原告支付全部损害赔偿金(人民币 44000 元)。然而，在干预条件下(被告的道德品质较差)，23.8%的法官给予原告全额赔偿(p = 0.053)。我们还要求被试给出具体的损失金额。对照组平均损伤量约为 23000 元，干预组平均损伤量约为 14000 元(p = 0.056)。(平均的计算包括法官谁判零损害赔偿。)

选择的决策原因包括三个问题:（1）因果关系，即被告的氧储存行为与原告的伤害是否存在因果关系;（2）可预见性，即被告是否能够预见到由于氧气罐引起的火灾而造成人员受伤的可能性;（3）另一个事实问题是，被告的行为(氧气储存)或原告的行为(当晚饮酒)是否是原告受伤的主要原因。请注意，我们并没有将此定义为关于共同原因的问题。我们用中国法律实践中经常使用的“主要原因”这一模糊概念，将其定义为一般事实问题。表 5 总结了结果。

第一，我们发现了一些初步证据，证明法官在对刺激的反应中对因果关系的解释是不同的。在干预条件下，66.7%的法官发现被告的行为与原告的伤害之间存在因果关系(选项 a)，而在对照组中，只有 35.3%的法官选择了这一选项。差异的 p 值为 0.101。另一方面，干预组中 28.6%的法官认为被告的行为与原告的伤害之间没有因果关系(选项 D)，对照组中这一数字为 47.1%。但这种差异在统计学上并不显著。第二，法官对可预见性有不同的规定。19.0%在干预情况下的法官选择 E 选项，即他们认为被告没有预见到有人受伤的可能性。在对照组中，更多的法官(52.9%)选择了这个选项(p = 0.042)。然而，在干预组和对照组的法官之间，对于备选方案 B(被告可以预见原告受伤的可能性)没有发现显著差异。

第二，数据显示的另一种模式是，在干预组中，法官似乎更愿意利用可预见性的缺失为被告寻找理由。然而，但在参照组中，当他们要给被告不利的判决时，他们很少援引可

预见性的存在来支持他们的裁判。这一发现可能表明法律实践中可预见性的不对称使用。当然，这还需要有进一步的实证证据来证实。

第三，对于“主要原因”的事实问题，我们发现法官在干预和控制条件上没有统计学差异。干预组 28.6%的法官选择 C 选项，对照组 29.4%的法官选择 C 选项。几乎没有法官选择 F 选项。[我们还进行了三方面的分析(是、否、无意见)，分别使用费雪对这三个问题的精确检验。干预和对照组在可预见性方面差异有统计学意义($p = 0.081$)，但在因果关系($p = 0.129$)和主要原因($p = 0.845$)方面差异无统计学意义。参见在线附录表 A3。]

第四，在干预条件下,法官选择原因支持高补偿的 66.7%,也就是说,66.7%的法官选择选项,选项 B,或者选择 F(或任何组合的三个选项),而只有 41.2%的法官在控制条件下选择的这些原因。差异在统计学上是无关紧要的。与此同时，在干预条件下，33.3%的法官选择了低补偿的原因，即 33.3%的法官选择了 C 选项、D 选项或 E 选项(或三种选择的任意组合)，而对照组的 76.5%法官选择了这些原因。0.05 水平差异有统计学意义。[我们还使用 Fisher 精确检验法对高补偿的原因、低补偿的原因、无意见的原因以及两者(从高补偿的原因和低补偿的原因中选择)进行了四方面的分析。最后一种结合是可能的，因为一个人可以理性地选择，例如，因果关系(是)和主要原因(被告);前者是高补偿的原因，后者是低补偿的原因。干预组与对照组比较差异有统计学意义($p = 0.033$)。参见在线附录表 A3。]

第五，38 名法官中只有一名法官将被告的道德品质作为判决理由(选项 G)，但从实验设计中我们知道，道德品质正是促使法官做出不同判决的确切原因。唯一选择选项 G 的法官是在干预条件下。他或她可能正利用这个理由做出更严厉的决定。同样，将不相关的道德品质包含在简短的原因列表中，使得偏见显著，但显著性并不能帮助法官消除决策偏见。

七、讨论

（一）外部有效性

这些研究采用随机实验，提供了相当大的内部有效性。这些研究面临的挑战是它们的外部适用性。在实验研究中，我们不可避免地忽略了实验和现实世界之间某些潜在的重要区别。例如，在法庭上，法官会考虑更详细、更复杂的事实材料，在得出结论之前会有更多的时间考虑(Spamann 和 Klohn(2016)在他们的实验中考虑到了这一点)。法官在现实世界中做出准确判断的动机也更大，这可能会使他们更仔细地考虑实际案件。此外，它们还受到旨在限制其权力和任意性的程序要求(Liu 2018)。所有这些因素都有助于使法官变得谨慎，减少他们的决策偏差。即使如此，我们仍然相信我们的研究可以提供强大的外部适用性。

我们的案例材料是根据中国的实际案例改编的。我们为法官提供了相当长的时间来决定案件(大约 15 分钟)。我们的实验程序允许法官在给出他们的理由后改变他们的决定。此外，过去的许多研究都使用实验来发现情感、冲动、启发和实验室环境中有偏见的决定之间的因果关系(例如，英语、Mussweiler 和 Strack 2006;Guthrie, Rachlinski 和 Wistrich 2007;卡亨 2010,2013;纳德勒和麦克唐奈 2011;2011 年 Rachlinski, Wistrich 和 Guthrie;Sood 和

Darley 2012;Wistrich, Rachlinski，和 Guthrie 2014)。研究人员使用了更真实的场景(Spamann & Klohn 2016)和现实世界的经验证据(Leibovitch 2016)，证实实验室中发现的司法决策模式与现实世界中的相似。这些发现减轻了我们对外部有效性的担忧。

我们在目前的实验中使用了特定的案例场景和法律问题。一个自然的问题是，在这些场景中发现的模式以及关于这些法律问题的模式是否可以扩展到其他案例和问题。我们认为这种关注不会损害我们的研究结果的适用性。实验研究(或任何实证研究)的一个特点是它使用一个特定的场景来测试一般的理论。在我们的研究中，我们精心设计了三种情景，分别涉及民法和刑法的问题:一种是关于违约金的合同法案例，一种是关于非法买卖受保护动物的刑法案例，一种是关于因果关系和可预见性的侵权案例。我们还设计了实验，以涵盖法律的解释和事实的发现，这两者共同构成了大量的法律培训和实践。我们在这三种情况下都发现了类似的模式。我们有理由认为这些行为模式具有很强的概括性。

（二）事实判断与法律判断比较

我们的研究涉及法律和事实问题。有些读者可能感兴趣于这样的问题:当法官试图使他们的决定合理化时，他们更喜欢使用法律解释还是事实分析?我们的调查结果提供了初步证据，证明法官更愿意使用前者。在研究 1 中，法官判定违约金是否高于实际损失，违约是否严重影响了原告的业务。可能前一个关于过高的问题是一个需要规范性判断的法律问题，而后一个关于实质性影响的问题主要是一个事实问题。我们发现，在干预组和对照组中，法官对过度行为的法律标准存在显著差异，而在对重大影响的判决上，我们没有发现显著差异。这一比较提供了初步证据，证明法官更可能使用法律解释来为其决定辩护。然而，正如我们上面所提到的，这两个问题之间的区别并不像它们看起来那么明显，而且这些问题是相互关联的。有些人可能同意，实质性影响的问题比过分影响的问题更接近事实;但其他人可能有理由不同意。

在研究 2 中，在干预和控制条件下的法官选择了对法律概念(野生动物)的不同解释和法律的不同适用性来使他们的决定合理化。有一些有限的证据表明，法官们以不同的方式处理事实问题。干预中的法官比对照组中的法官认为被告知道他的行为是非法的($p = 0.095$)。然而，对称选择没有类似的模式(被告不知道他的行为是非法的)。研究 3 的决策涉及因果关系、可预见性以及原告损害的主要原因是什么这一纯粹的事实问题。

我们发现法官对刺激物的解释因果性和预见性不同，而我们没有发现法官在干预和控制条件上有什么区别，主要原因是什么。这些发现与我们对因果关系和可预见性的共同理解是一致的，这些问题难以捉摸，缺乏客观标准来指导结果(Robinson 2008;Nadler 和 McDonnell 2011)。如果我们把因果关系和可预见性作为法律和事实之间的问题，那么因果关系、可预见性和纯粹事实问题之间的比较也可能表明法官倾向于使用法律和规范性判断而不是事实和积极判断来合理化他们的决定。

诚然，我们的研究结果只对这个问题进行了非常初步的分析。请注意，上述分析并不表明我们的实验能够检验法律解释的一般模式和事实发现，作为使司法决定合理化的手段。我们测试了与特定事实发现相关的特定法律解释。如果我们测试不同的法律和事实，或者

在不同的案例中测试法律和事实问题，我们可能会得到完全不同的结果。即使如此，我们认为提出和讨论这个问题仍然是有价值的。

（三）隐藏和合理化:有意还是无意?

我们发现，参与被试使用了各种各样的技巧来为他们可能存在偏见的决定进行合理化解释，他们很少提到真正推动他们做出决定的因素。他们这样做是有意的还是无意的，值得讨论。一种可能是，法官故意隐瞒了他们真正的决定理由，而且他们还故意使用法律手段。我们在选项中提供了真正的决策原因(道德品质)，但几乎所有的被试都避免选择这些选项。这种行为模式可能表明，法官已经意识到他们不应该受到无关因素的影响，但这些知识并没有改变他们的决定。他们仍然在无关因素的方向上决定案件，然后选择其他理由来掩盖他们真正的理由。

例如，在研究 1 中，法官可能想要惩罚被告，他是一个腐败的政府官员的情妇，所以他或她会在一个可能无关紧要的情况下对她做出更严厉的判决。然而，这样的法官也知道，他或她在决定案件时不应考虑被告的身份，因此，他为自己的决定辩护的理由，表面上只取决于对法律的解释。另一种可能是，法官在无意识中受到不相关因素的影响，做出的决定是由他们的道德本能决定的，选择与他们最初的决定和本能相对应的决策理由。例如，在研究 2 中，控制条件下的法官(具有良好品格的被告)可能直觉地认为被告无罪。他的推理将使他的推理与他的直觉一致(西蒙 2004;卡尼曼 2011，pp.20-26)。这也是一种典型的动机性推理现象。研究表明，当人们受到方向目标的激励时，他们的推理过程是有偏差的。这些目标可能涉及“与给定推理任务的结果有关的愿望、愿望或偏好”(Kunda 1990，第 480 页)。这种推理不仅影响所得出的结论，而且还影响该判断所依据的程序、方法和事实(例如，Edwards 和 Smith, 1996;泰伯和洛奇 2006)。

根据目前的证据，我们无法确定哪一个是实际的机制。但值得注意的是，上述两种机制都存在问题，并对司法公正的信心构成挑战。对于法官来说，隐藏他真正的判决程序，用伪装代替，无疑是有问题的。然而，如果动机性推理在法律中具有如此广泛的影响力，那么这也将是一个问题。至少在理论上，法官应该在仔细考虑一系列事实和法律问题后，而不是先决定这些问题，然后用事实和法律问题作为工具来捍卫自己的直觉。许多学者注意到，书面的司法意见通常是片面的，而且充满了确定性。波斯纳法官(1988)指出,大多数司法意见书”暗示甚至非常艰难的情况下有一个正确和错误的答案,只有傻瓜才会怀疑作者的观点有了正确的”,法官”决定例比司法决策的现实允许更大的信心,信心和说写超过他们觉得“波斯纳(1988)。司法意见书的这一特点尤其令人费解，因为许多争议都相当复杂，充满冲突和不确定性(例如 Schauer 1988;西蒙 1998)。卡尔·卢埃林(Karl Llewellyn)和其他许多法学家尤其怀疑这种确定性。他说，除了最容易的案件外，法律确定性从未存在过，也永远不会存在。大多数司法推理只不过是用“确定性的外衣”来“装扮”司法意见(卢埃林,1989，第 73 页)。我们在这篇论文中的发现与卢埃林的怀疑论是一致的，同时也呼应了卢埃林的观点，即推理有时只是法官在做决定时穿的衣服，不管他们是有意还是无意。

（四）凸显法外因素并不能消除偏见

以往关于种族和隐性偏见的研究表明，突出种族偏见有助于减少甚至消除种族偏见。黑人和白人陪审员都表现出种族偏见，因为他们比同种族的被告更容易发现不同种族的被告有罪。在一组实验中，Sommers 和 Ellsworth(2000, 2001)发现在审判中突出种族问题可以减少白人陪审员对黑人被告的种族偏见(而不是黑人陪审员对白人被告的种族偏见);Cohn 等人(2009)进一步发现，显著性的影响甚至对那些报告高度种族主义的个体也有很强的影响。在这些研究中，种族问题的显著性是通过陈述证据来操纵的(Sommers & Ellsworth, 2000, 2001)，或者通过问卷的方式来问及陪审员的种族态度(Sommers, 2006)。这些研究显示，在没有凸显种族问题的背景下，与白人被告相比，白人陪审员明显更有可能认为黑人被告有罪。然而，当种族问题变得突出时，白人陪审员对被告种族的判决并无不同。这些研究使用厌恶种族歧视解释凸显种族问题的效应:当效应突出,白人陪审员提醒他们的行为可以解释为种族主义和一定的社会规范,所以他们往往会以适当的方式回应社会,不可能找到一个黑人被告有罪。

相比之下，在缺乏对相关问题凸显的情况下，白人陪审员可能没有意识到，他们的行为可能被解释为种族主义，他们更可能依赖于对黑人的负面刻板印象，也更可能认定黑人被告有罪。然而，与以往的研究相比，我们却发现使偏倚因子显著并不能消除偏见。我们将刺激因素列入了被试们可以选择的可能原因的简短列表中。这些不相关的信息的加入使得刺激因素非常突出。这也证明了一个事实，偏倚因素驱使法官做出了不同的决定——法官肯定考虑了刺激因素，但他们仍然根据这个因素来决定案件。这些发现可能有两种可能性：一是，让偏见的可能性变得明显不足以让法官克服它，法官不会仅仅通过意识到人们倾向于对某些群体有偏见而消除偏见。二是，有可能是中国的法官受到了“司法为民”的意识形态影响，对于自身“对坏人的厌恶”的偏见缺乏反省必要，但是，由于对法律与道德两分的法律教育经验，使其又有意识地在说理中忽略它。当然对于后者的解释思路，需要更多的实证分析才能验证。

在我们的研究中，偏倚刺激的一个特征是它们都属于道德品质的问题，而在之前的研究中刺激是种族。尽管在此前的相关研究中，白人陪审员被试会认为基于种族差异而做出更严厉的决定是不可取的，但在本研究中法官被试却认为对道德上不称职的被告做出更严厉的决定是合适的——这或许可以解释我们的研究结果与以往研究结果之间的差异。值得注意的是，我们的研究结果并不表明凸显（偏倚因素）不会减少偏见;相反，他们只是简单地认为突出并不能帮助法官完全克服偏见。一个需要实证研究做更多验证的可能性是：虽然偏见并没有被消除，但凸显（偏倚因素）已经大大降低了决策偏差。换句话说，如果我们不在选项列表中列出偏倚因素，干预组和对照组在决策和推理方面的差异可能会更大。

（五）实验的其它学术意义

1. 破解对司法说理的迷信

很容易理解为什么为有偏见的司法裁判辩护对法治事业可能造成的损害。在英美世界里,学者们对如何保证非经选举产生的司法机构以合法的方式行使其权力投入了较多的学

术资源(Bickel, 1986;德沃金,1986;布雷耶,2010)。这些学者往往是在宪法的框架内去讨论这一问题的。然而，没有人会反对，即使是普通案件中，也需要限制法官的自由裁量权。

人们普遍认为，司法说理的要求可以更好地控制法官的自由裁量权，以促进更好的司法决策。因此，法官被要求公开他们做出决定所依据的事实和论据。甚至在司法说理的透明度方面，他们与政府部门相比，受到的要求更加苛刻，标准更高(Cohen 2010)。然而，司法说理可能会瓦解对法律推理进行严苛要求的本意：法官很可能会将司法说理作为一种掩盖司法偏见而不必承担司法责任的手段。

2. 与真实思维过程不符的法律推理的危害

法律推理很大程度上是为了法律的稳定性和可预测性。司法意见书中的推理解释了法官如何理解和处理具体规则，从而能够为未来的司法判决、当事人和公众提供行为指导。然而，值得注意的是，一些有影响力的法官和法学者，在法律体系的融贯性等理论指引下，明确反对司法公正的概念。例如，卡拉布雷西和博比特(1978)认为，缺乏司法公正可以避免公开承认相互冲突的基本价值之间的“悲剧性选择”的破坏性后果。“其他研究者认为，可以牺牲真实性来促进法律原则的连贯性”(Idleman 1995，第 1392-1394 页)，“以便在疑难案件中获得公众对有争议判决的遵守”(Dan & Cohen 2002;波斯纳 2003)。

这种观点实质上说明了，学术界和法律实务界的某些达成了共识，认为司法推理或者法律推理无非只是对司法裁判进行合法化的一种手段而已，至于它是否与法官真实的思维过程相关，则可以忽略。苏力在 2013 年也曾对法学界所谓的法律人思维与实际思维过程的可能断裂提出了批判（苏力，2013）。这种思路在法律职业的神秘性因司法公开、各类专业信息更易被获取、人工智能和大数据对司法审判过程的介入等，而被不断消解的背景下，不仅在事实上会损害司法公正，而且还会严重影响司法公信力，最终影响整个法律系统的合法性。

虽然使有偏见的决定合理化对司法机关的合法性会产生负面影响，但本文的任务并不是试图在此提出任何的政策建议。本文的目标只是简单提供一种能够更好地理解司法决策过程的行为模式。目前的问题是难以找到完美的解决办法。在实践中，没有好的方法来确定法官是否有偏见，以及他是否为偏见提供了理由。正如实验中所提出的，即使我们不断提醒法官，他们的决策可能有偏见，他们仍然选择了忽略这一点。有学者提出，法官有时最好不要给出理由，因为说理会导致文件或不真实的解释(Cohen 2010, 2015)。这个建议值得考虑:使决策偏见合理化的推理有时比完全没有推理更可怕。

3. 法学教育中的“德艺双馨”问题

我们的研究结果也在法学教育方面，证实了某种有趣的悖论。一方面，法学教育的目的是帮助法官阻断个人偏见和认知，在司法决策中排除法外因素(Spellman 和 Schauer, 2012; 卡亨 2015)。另一方面，在我们的实验中，当法官们将他们基于偏见的判断合理化的时候，他们把从正规训练中获得的精湛法律技巧运用了起来。一个法官接受的训练越好，他或她就越善于装饰一个有偏见的决定。这就给法律训练或法律教育带来了问题:我们真的需要训练有素但带有偏见的法官吗?如果没有，我们如何能迫使法官的决定以更透明的方式作出?

之前的研究已经发现了由情绪、冲动和启发(例如，Guthrie、Rachlinski 和 Wistrich 2007)引起的广泛的决策偏差;卡亨 2010,2013;2011 年 Rachlinski, Wistrich 和 Guthrie;Wistrich, Rachlinski 和 Guthrie 2014;Leibovitch 2016;Spamann 2016;刘 2018)，我们的发现能够推进有关司法决策中偏见的研究。

4. 对意识形态影响司法决策研究的可能推进

一套规则可以适用于有同情心的诉讼当事人，另一套规则适用于无同情心的诉讼当事人，这一事实无疑对法治构成了挑战。然而，正如我们在本文中所发现的那样，用详细的理由来证明一个有偏见的决定是合理的，似乎会使问题变得更加复杂，因为它使得司法决策的偏差很难(如果不是不可能的话)检测到，并挑战法官的公信力。从更广泛的角度来看，我们的发现也是对研究意识形态如何影响司法决策相关研究的一个推进(例如，波斯纳 2010;Epstein, Landes 和 Posner 2013)。

批判理论一直推测，法官在其意见中使用的司法解释和其他法律技巧，不过是在粉饰他们的意识形态。例如，当法官使用原旨主义来解释宪法时，他或她这样做不是因为他或她是该策略的忠实拥护者，并发现其结果是决定性的，而是因为她使用原始主义作为一种手段来达到保守的目的(Post and Siegal 2006;奇尔顿和波斯纳 2015)。另一方面，许多法律学者(比政治学家更多)将原旨主义归因于法律分析而非政治(惠廷顿 2011)。我们不打算社入这场辩论。但是，由于法律和意识形态偏好的融合，过去的研究很难区分法律和意识形态的影响。我们的对照实验表明了一种潜在的方法可以帮助分解这些效应。影响实验结果的因素是诉讼特征。可以推断，在某些情况下，意识形态偏好也可能是法官努力通过使用不同类型的推理和解释技术使其合理化的一个因素。

5. 法官自由裁量权的监督问题

在我们之前，Nadler 和 McDonne (2011)发现行为者的不良动机或不良道德品质不仅会影响法官对他们应承担的具体法律责任的判断，还会影响法官对事实的认定——对不同道德品质的行为人，法官对行为和结果间的因果影响、行为人主观故意都有着不同的判断。Sood 和 Darley(2012)在伤害和刑事责任方面发现了相似的模式。为了追究刑事责任(由不相关的道德直觉驱动)，人们将伤害归为未被事先报告的行为。我们的实验采用了这些研究的控制-处理设计，以及认为不相关的因素会影响法律的感知和解释。虽然这些过去的研究关注的是在特定法律背景下起作用的心理机制，但我们试图记录一种更普遍的司法决策模式。

我们的实验使用了一个合同案例(研究 1)，一个刑事案例(研究 2)和一个侵权案例(研究 3)，我们研究了一系列技术，从法律问题到事实问题。我们实验的参与者是真正的入额的法官被试。这个特性非常重要。正如 Llewellyn(1940)等学者长期以来强调的那样，法官在许多方面不同于普通人:他们是具有特殊能力、培训、经验和专业知识的专业人士。特别是，他们是决策者，他们熟悉给出理由的任务。它们还嵌入到设计用来提高决策质量的环境中(Kahan et al. 2016;Liu2018)。真正的法官作为主体的使用为我们的研究带来了相当大的现实主义和生态效度。人们普遍认为，提出理由的要求通过控制法官的自由裁量权来促进更好的司法决策。因此，法官应提供支持其决定的事实和论据。然而，限制司法权的目标受到

以下可能性的损害:法官可以使用看似合理的推理来理顺他们的决策偏见，而这种偏见阻碍而不是促进问责机制的有效运转。

八、结论

Llewellyn(1931)批判性地认为，客观的法律从来不曾存在，因为法官们总在制定新的法律，并利用法律使他们的决定看起来可信——而非依据法律而决策。人们认为，在司法决策过程中进行合理的阐述可以约束司法的任意性，维护司法的透明度和可信度(Fuller 1978;哈特和萨克斯 1994 年;沃尔德伦 2011)。然而，在本文中，我们发现法官可以用详细的理由来整合他们的个人情感。我们提供的证据表明，他们使用了广泛的法律技术:从解释法律标准到决定法律的适用性，从推断因果关系到确认纯粹的事实。我们的调查结果对合理阐述作为确保司法透明度的手段的有效性提出了质疑，并对法官的行为提供了更现实的理解。我们证明，使偏倚因子突出并不能帮助法官克服偏见。如何减少偏见，限制司法自由裁量权，是未来司法自由裁量权研究的方向。

参考文献：

陈景辉：《法律的界限》，中国政法大学出版社 2007 年版。

陈景辉：《同案同判：法律义务还是道德义务》，《中国法学》2013 年第 6 期。

陈林林：《公众意见在裁判结构中的地位》，《法学研究》2012 年第 1 期。

陈林林：《直觉在疑案中的功能》，《浙江社会科学》2011 年第 7 期。

郭春镇：《法律直觉与社科法教义学学》，《人大法律评论》2015 年第 4 期。

胡铭：《司法公信力的理性解释与建构》，《中国社会科学》2015 年第 4 期。

李安：《司法过程的直觉及其偏差控制》，《中国社会科学》2013 年第 5 期。

杰弗瑞·A·西格尔、哈罗德··J·斯皮斯：《正义背后的意识形态：最高法院与态度模型》，刘哲玮译，北京：北京大学出版社 2012 年版

许德风：《法教义学的应用》，《中外法学》2013 年第 5 期。

王亚新：《裁判文书释法说理与提升司法公信力》，《人民法院报》2018 年 6 月 16 日。

孙笑侠：《法律人思维的二元论兼与苏力商榷》，《中外法学》2013 年第 6 期。

苏力:《法律人思维？》，载《北大法律评论》第 14 卷第 2 辑,北京大学出版社 2013 年版。

郑成良：《法治公信力与司法公信力》，《法学研究》2007 年第 3 期。

张保生：《法律推理中的法律理由和正当理由》，《法学研究》2006 年第 5 期。

张继成：《从案件事实之“是”到当事人之“应当”——法律推理机制及其正当理由的逻辑研究 》，《法学研究》2003 年第期。

Benesh, Sara C., and Jason J. Czarnezki. 2009. The Ideology of Legal Interpretation. *Washington University Journal of Law & Policy* 29: 113.

Bickel, Alexander M. 1986. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven, CT: Yale University Press.

Breyer, Stephen. 2010. *Making Our Democracy Work: A Judge's View*. New York, NY: Vintage.

Calabresi, Guido. 1982. *A Common Law for the Age of Statutes*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Chilton, Adam S., and Eric A. Posner. 2015. An Empirical Study of Political Bias in Legal Scholarship. *The Journal of Legal Studies* 44: 277-314.

Cohen, Mathilde. 2009. Sincerity and Reason-Giving: When May Legal Decision Makers Lie. *DePaul Law Review* 59: 1091.

Cohen, Mathilde. 2015. When Judges Have Reasons Not to Give Reasons: A Comparative Law Approach. *Washington and Lee Law Review* 72:483-571.

Cohn, Ellen S., Donald Bucolo, Misha Pride and Samuel R. Sommers. 2009. Reducing White Juror Bias: The Role of Race Salience and Racial Attitudes. *Journal of Applied Social Psychology* 39: 1953–1973.

Dan-Cohen, Meir. 1984. Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law. Harvard Law Review 97: 625.

Dan-Cohen, Meir. 2002. Harmful Thoughts: Essays on Law. *Self, and Morality* 13: 28-32.

Dworkin, Dworkin. 1986. *Law's Empire*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Edwards, Kari, and Edward E. Smith. 1996. A Disconfirmation Bias in the Evaluation of Arguments. *Journal of Personality and Social Psychology* 71: 5-24.

Ehrlich, Isaac, and Richard A. Posner. 1973. An Economic Analysis of Legal Rulemaking. *Journal of Legal Studies* 3: 257–286.

Eisenberg, Melvin Aron. 1978. Participation, Responsiveness, and the Consultative Process: An Essay for Lon Fuller. *Harvard Law Review* 92: 410-412.

Eisenberg, Theodore, Jeffrey J. Rachlinski, and Martin T. Wells. 2002. Reconciling Experimental Incoherence with Real-world Coherence in Punitive Damages. *Stanford Law Review* 54:1239-71.

Englich, Birte, Thomas Mussweiler, and Fritz Strack. 2006. Playing Dice with Criminal Sentences: The Influence of Irrelevant Anchors on Experts' Judicial Decision Making. *Personality and Social Psychology Bulletin* 32:188-200.

Epstein, Lee, William M. Landes, and Richard A. Posner. 2013. *The Behavior of Federal Judges*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Fon, Vincy, and Francesco Parisi. 2007. On the Optimal Specificity of Legal Rules. *Journal of Institutional Economics* 3: 147-164.

Fuller, Lon L., and Kenneth I. Winston. 1978. The Forms and Limits of Adjudication. *Harvard Law Review* 92: 353-409.

Guthrie, Chris, Jeffrey J. Rachlinski, and Andrew J. Wistrich. 2007. Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases. *Cornell Law Review* 93:1-44.

Guthrie, Chris, Jeffrey J. Rachlinski and Andrew J. Wistrich. 2001. Inside the Judicial Mind. *Cornell Law Review* 86:777-830.

Hart Jr, Henry M., and Albert M. Sacks. 1994. *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*. Pp. 147-48, 372-77, edited by William N. Eskridge, Jr. and Philip Frickey. Westbury, New York: Foundation Press.

Hirsch, Alan. 1993. Candor and Prudence in Constitutional Adjudication. *George Washington Law Review* 61: 858-863.

Holmes Jr. Oliver Wendell. 1897. The Path of the Law. *Harvard Law Review* 10: 457.

Idleman, Scott C. 1994. Prudential Theory of Judicial Candor. *Texas Law Review* 73: 1307.

Kahan, Dan M. 2010. Culture, Cognition, and Consent: Who Perceives What, and Why, in Acquaintance-Rape Cases. *University of Pennsylvania Law Review* 158:729-813.

Kahan, Dan M. 2013. Ideology, Motivated Reasoning, and Cognitive Reflection: an Experimental Study. *Judgment and Decision Making* 8:407-24.

Kahan, Dan M., David Hoffman, Danieli Evans, Neal Devins, Eugene Lucci, and Katherine Cheng. 2016. 'Ideology' or 'Situation Sense'? An Experimental Investigation of Motivated Reasoning and Professional Judgment. *University of Pennsylvania Law Review* 64:2015-26.

Kahneman, Daniel, and Patrick Egan. 2011. *Thinking, fast and slow*. New York: Farrar, Straus and Giroux.

Kaplow, Louis. 1992. Rules versus Standards: An Economic Analysis. *Duke Law Journal* 42: 557–629.

Kunda, Ziva. 1990. The Case for Motivated Reasoning. *Psychological Bulletin* 108: 480- 498.

Leibovitch, Adi. 2016. Relative Judgments. *Journal of Legal Studies* 45:281-330.

Lao, Dongyan. 2015. Causation in Fact and Consequence-based Liability in Criminal Law (Shishi Yinguo yu Xingfa Zhongde Jieguo Guize). *China Legal Science (Zhongguo Faxue)* 2: 131-159.

Llewelyn, Karl N. 1931. Some Realism About Realism-Responding to Dean Pound. *Harvard Law Review* 44: 1222, 1238-39.

Llewellyn, Karl N. 1940. On Reading and Using the Newer Jurisprudence. *Columbia Law Review* 40:581-614.

Llewellyn, Karl Nickerson. 1989. *The Case Law System in America*. Chicago: University of Chicago Press.

Liu, Fengjing. 2016. Definition and Implementation of the Authority of Judicial Interpretation (Sifa Jieshi Quanxian de Jieding yu Xingshi). *China Legal Science (Zhongguo Faxue)* 3: 207-225.

Liu, Zhuang. 2018. Does Reason Writing Reduce Decision Bias? Experimental Evidence from Judges in China. *The Journal of Legal Studies* 47: 83-118.

Luo, Kun. 2016. On the Judicial Discretionary Reduction of Liquidated Damages (Woguo Weiyuejin Sifa Zhuojian de Xianzhi yu Paichu). *Science of Law (Falv Kexue)* 2: 115-126.

Xiong,Moulin.2019.Judges'Gender and Sentencing in China: An Empirical Inquiry， Feminist Criminology.

Marmor, Andrei. 2007. *Law in the Age of Pluralism*. New York, NY: Oxford University

Press.

Nadler, Janice, and Mary-Hunter McDonnell. 2011. Moral Character, Motive, and the Psychology of Blame. *Cornell Law Review* 97:255-304.

Posner, Richard A. 1993. *The Problems of Jurisprudence.* Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Posner, Richard A. 1988. The Jurisprudence of Skepticism. *Michigan Law Review* 86: 827-891.

Posner, Richard A. 2010. *How Judges Think*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Post, Robert, and Reva Siegel. 2006. Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution. *Fordham Law Review* 75: 545-74.

Rachlinski, Jeffrey J., and Forest Jourden. 2002. The Cognitive Components of Punishment. *Cornell Law Review* 88:457-85.

Rachlinski, Jeffrey J., Andrew J. Wistrich, and Chris Guthrie. 2011. Probable Cause, Probability, and Hindsight. *Journal of Empirical Legal Studies* 8:72-98.

Rawls, John.1993. *Political Liberalism*. John Dewey Essays in Philosophy. New York: Columbia University Press.

Reiner, Rita. 2003. Richard Posner: Law, Pragmatism, and Democracy. *Politische Vierteljahresschrift* 44: 607-609.

Robinson, Paul H., Shima Baradaran Baughman, and Michael T. Cahill. 2008. *Criminal Law: Case Studies and Controversies*. New York: Wolters Kluwer Law and Business.

Schauer, Frederick. 1995. Giving Reasons. *Stanford Law Review* 47: 633-659.

Schauer, Frederick. 1987. Judging in a corner of the Law. *Southern California Law Review* 61: 1717-33.

Schwartzman, Micah. 2008. Judicial Sincerity. *Virginia Law Review*: 987-1027.

Shapiro, David L. 1987. In Defense of Judicial Candor. *Harvard Law Review* 100: 731-750.

Shapiro, Martin. 1994. Judges as Liars. *Harvard Journal of Law & Pubic Policy* 17: 155.

Sommers, Samuel R. 2006. Racial Diversity and Group Decision Making: Identifying Multiple Effects of Racial Composition on Jury Deliberations. *Journal of Personality and Social Psychology* 90: 597–612.

Sommers, Samuel R., and Phoebe C. Ellsworth. 2000. Race in the Courtroom: Perceptions of Guilt and Dispositional Attributions. *Personality and Social Psychology Bulletin* 26: 1367–1379.

Sommers, Samuel R., and Phoebe C. Ellsworth. 2001. White Jurors' Bias: An Investigation of Prejudice Against Black Defendants in the American Courtroom. *Psychology, Public Policy, and Law* 7: 201–229.

Simon, Dan. 1998. A Psychological Model of Judicial Decision Making. *Rutgers Law Journal* 30: 1-142.

Simon, Dan. 2004. A Third View of the Black Box: Cognitive Boherence in Legal Decision Making. *University of Chicago Law Review* 71: 511-586.

Sood, Avani M., and John M. Darley. 2012. The Plasticity of Harm in the Service of Criminalization Goals. *California Law Review* 100: 1313-58.

Spamann, Holger, and Lars Klöhn. 2016. Justice Is Less Blind, and Less Legalistic, Than We Thought: Evidence from an Experiment with Real Judges. *Journal of Legal Studies* 45:255-80.

Sunstein, Cass R. 2007. If People Would Be Outraged by Their Rulings, Should Judges Care? *Stanford Law Review* 60: 155-212.

Taber, Charles S., and Milton Lodge. 2006. Motivated Skepticism in the Evaluation of Political Beliefs. *American Journal of Political Science* 50: 755-769.

Wechsler, Herbert. 1959. Toward Neutral Principles of Constitutional Law. *Harvard Law Review* 73: 1-35.

Whittington, Keith E. 2011. Is Originalism Too Conservative? *Harvard Journal of Law and Public Policy* 34: 29–41.

Wistrich, Andrew J., Jeffrey J. Rachlinski, and Chris Guthrie. 2014. Heart versus Head: Do Judges Follow the Law or Follow Their Feelings. *Texas Law Review* 93:855-923.

Zhang, Mingkai. 2013. On the Theory of Objective Attribution of Liability (Yetan Keguan Guize Lilun). Peking University Law Journal (Zhongwai Faxue) 2: 300-324.

Tables

Table 1 Summary Statistics of Judges' Demographics

Variables	Study 1	Study 2	Study 3
Age	34.0 (6.6)	36.9 (6.6)	37.2 (7.4)
Gender:			
Female	47.8	46.9	56.3
Male	52.2	53.1	43.8
Education:			
High School			
Bachelor's degree	87.0	62.5	46.9
Master's degree	8.7	37.5	53.1
PhD	4.3		
Court Division:			
Civil	82.6	31.3	40.6
Criminal	13.0	45.3	56.3
Administrative		12.5	3.1
Other	4.3	10.9	
Court level:			
Local	95.7	6.3	
Intermediate		68.8	100.0
Not Reported	4.3	25.0	
N	23	64	32

Note. The statistics are based on the judges who submitted their demographic information. Standard deviations are in parentheses.

Table 2 Decision Outcomes in Studies 1, 2, and 3

	Study 1	Study 2	Study 3
Conviction/Plaintiff Wins (%):			
Treatment (Bad Character)	38.5	64.9	23.8
Control (NA/Good Character)	0.0	37.1	0.0
Fisher's exact	0.011	0.033	0.053
Treatment/Control(*N*)	13/16	37/35	21/17
Sentences:			
Treatment	18.5	1.5	2.3
	(2.7)	(0.3)	(0.3)
Control	8.5	0.4	1.4
	(1.0)	(0.1)	(0.3)
Treatment - Control	10.0***	1.0***	0.9*
t-statistic	3.742	3.307	1.975
p-value	0.001	0.002	0.056
Treatment/Control (*N*)	13/16	37/34	21/17

Note. In Study 1, judges in the treatment group received a stimulus designed to induce negative feeling about the defendant's moral character, while judges in the control group did not receive this stimulus. In Studies 2 and 3, judges in the treatment group received a stimulus designed to induce negative feeling about the defendant's moral character. Judges in the control group received a positive stimulus.

*p <.1

** p <.05

*** p <.01

Table 3 Decision Reasons in Study 1

Percentage	(1) Excessively Higher than Actual Loss (Yes)	(2) Substantial Influence on Business (No)	(3) Excessively Higher than Actual Loss (No)	(4) Substantial Influence on Business (Yes)	(5) Defendant Character	(6) Reasons for High Compensation (3) or (4)	(7) Reasons for Low Compensation (1) or (2)
Treatment	30.8	30.8	38.5	23.1	0.0	38.5	53.8
Control	87.5	50.0	0.0	12.5	-	12.5	100.0
Treatment - Control	-56.7***	-19.2	38.5**	10.6	-	26.0	-46.2***
Fisher's exact	0.003	0.451	0.011	0.632	-	0.192	0.004
Treatment/Control(*N*)	13/16	13/16	13/16	13/16	13/16	13/16	13/16

Note. Judges in the treatment group received a stimulus designed to induce negative feeling about the defendant's moral character, while judges in the control group did not receive this stimulus. Two judges in the control group chose from both reasons for high compensation and reasons for low compensation.

* $p < .1$

** $p < .05$

*** $p < .01$

Table 4 Decision Reasons in Study 2

Percentage	(1) Wild Animal (Yes)	(2) Law Applicable (Yes)	(3) Defendant Knows (Yes)	(4) Wild Animal (No)	(5) Law Applicable (No)	(6) Defendant Knows (No)	(7) Defendant Character (Good/Bad)	(8) Reasons for Conviction (1) (2) (3)	(9) Reasons for Acquittal (4) (5) (6)
Treatment (Bad Character)	27.0	59.5	48.6	18.9	16.2	27.0	0.0	67.6	40.5
Control (Good Character)	25.7	37.1	28.6	48.6	40.0	34.3	2.9	42.9	62.9
Treatment - Control	1.3	22.3*	20.1*	-29.7**	-23.8**	-7.3	-2.9	24.7*	-22.3*
Fisher's exact	1.000	0.065	0.095	0.012	0.035	0.611	0.486	0.057	0.065
Treatment/Control (*N*)	37/35	37/35	37/35	37/35	37/35	37/35	37/35	37/35	37/35

Note. Judges in the treatment group received a stimulus designed to induce negative feeling about the defendant's moral character. Judges in the control group received a positive stimulus. Four judges in the treatment group and two judges in the control group chose from both reasons for conviction and reasons for acquittal.

* $p < .1$

** $p < .05$

*** $p < .01$

Table 5 Decision Reasons in Study 3

Percentage	(1) Causation (Yes)	(2) Foreseeability (Yes)	(3) Major Reason (Defendant)	(4) Causation (No)	(5) Foreseeability (No)	(6) Major Reason (Plaintiff)	(7) Defendant Character (Good/Bad)	(8) Reasons for High Compensation (1) (2) (6)	(9) Reasons for Low Compensation (3) (4) (5)
Treatment (Bad Character)	66.7	23.8	28.6	28.6	19.0	0.0	4.8	66.7	33.3
Control (Good Character)	35.3	5.9	29.4	47.1	52.9	5.9	0.0	41.2	76.5
Treatment - Control	31.4	17.9	-0.8	-18.5	-33.9**	-5.9	4.8	25.5	-43.1**
Fisher's exact	0.101	0.197	1.000	0.318	0.042	0.447	1.000	0.190	0.011
Treatment/Control (*N*)	21/17	21/17	21/17	21/17	21/17	21/17	21/17	21/17	21/17

Note. Judges in the treatment group received a stimulus designed to induce negative feeling about the defendant's moral character. Judges in the control group received a positive stimulus. One judge in the treatment group and three judges in the control group chose from both reasons for high compensation and reasons for low compensation.

* $p < .1$

** $p < .05$

*** $p < .01$

(Online) Appendix

Table A1 Three-way and Four-way Tests for Study 1

	(1) Excessively Higher than Actual Loss		(2) Substantial Influence on Business		(3) Aggregated Reasons	
Percentage	Treatment (Bad)	Control (NA)	Treatment (Bad)	Control (NA)	Treatment (Bad)	Control (NA)
Positive	30.8	87.5	23.1	12.5	53.8	87.5
Negative	38.5	0.0	30.8	50.0	38.5	0.0
No Opinion	30.8	12.5	46.2	37.5	7.7	0.0
Both Positive and Negative	-	-	-	-	0.0	12.5
Fisher's exact	0.003		0.692		0.004	
Treatment/Control(*N*)	13/16		13/16		13/16	

Note. Judges in the treatment group received a stimulus designed to induce negative feeling about the defendant's moral character, while judges in the control group did not receive this stimulus. Two judges in the control group chose from both reasons for high compensation and reasons for low compensation.

Table A2 Three-way and Four-way Tests for Study 2

	(1) Wild Animal		(2) Law Applicable		(3) Defendant Knows		(4) Aggregated Reasons	
Percentage	Treatment (Bad)	Control (Good)	Treatment (Bad)	Control (Good)	Treatment (Bad)	Control (Good)	Treatment (Bad)	Control (Good)
Positive	27.0	25.7	59.5	37.1	48.6	28.6	56.8	37.1
Negative	18.9	48.6	16.2	40.0	27.0	34.3	29.7	57.1
No Opinion	54.1	25.7	24.3	22.9	24.3	37.1	2.7	0.0
Both Positive and Negative	-	-	-	-	-	-	10.8	5.7
Fisher's exact	0.016		0.070		0.214		0.083	
Treatment/Control (*N*)	37/35		37/35		37/35		37/35	

Note. Judges in the treatment group received a stimulus designed to induce negative feeling about the defendant's moral character. Judges in the control group received a positive stimulus. Four judges in the treatment group and two judges in the control group chose from both reasons for conviction and reasons for acquittal.

Table A3 Three-way and Four-way Tests for Study 3

	(1) Causation		(2) Foreseeability		(3) Major Reason		(4) Aggregated Reasons	
Percentage	Treatment (Bad)	Control (Good)	Treatment (Bad)	Control (Good)	Treatment (Bad)	Control (Good)	Treatment (Bad)	Control (Good)
Positive	66.7	35.3	23.8	5.9	28.6	29.4	61.9	23.5
Negative	28.6	47.1	19.0	52.9	0.0	5.9	28.6	58.8
No Opinion	4.8	17.6	57.1	41.2	71.4	64.7	4.8	0.0
Both Positive and Negative	-	-	-	-	-	-	4.8	17.6
Fisher's exact	0.129		0.081		0.845		0.033	
Treatment/Control(*N*)	21/17		21/17		21/17		21/17	

Note. Judges in the treatment group received a stimulus designed to induce negative feeling about the defendant's moral character. Judges in the control group received a positive stimulus. One judge in the treatment group and three judges in the control group chose from both reasons for high compensation and reasons for low compensation.

告密、良心自由与现代合法性的困境

——法哲学视野中的告密者难题

柯 岚[1]

【摘　要】告密者案件不是一个一般意义的疑难案件，而是一个“根本性的疑难案件”，其中不仅牵涉到法律解释的争议，也牵涉到对法律合法性的争议。德国法院对告密者案件的真实裁决是审慎严谨的，比起哈特的方案，这些裁决更合于法律实证主义忠于法律的宗旨。拉德布鲁赫和富勒对这个案件的建议都比哈特方案更好，哈特方案并不能回避恶法非法的问题。纳粹统治时期司法沦为犯罪工具，法官丧失良心自由，这是现代社会真实的合法性困境。

【关键词】告密者；合法性；恶法非法

公元前43年，罗马执政官西塞罗被他的仇人安东尼发布法令宣布为公敌(hostis publicus)。安东尼从前辈苏拉那里学到了公敌法令，那是罗马共和国曾有过的最残酷的法律。安东尼和同盟屋大维、雷必达共同发布了他们想要的公敌名单，被宣告为公敌的人不再受到法律的任何保护，窝藏或者隐瞒他们的人与他们同罪，杀死他们的人可以凭头颅领取巨额奖金，奴隶还可以得到自由和公民权，告密者得到同样的奖金。西塞罗准备逃亡到马其顿，一个奴隶向追捕的军队告密了，追兵很快找到了他。一个曾经在诉讼中被他搭救的百夫长砍下了他的头颅和双手，献给安东尼请赏。他的头和手被悬挂在他曾经抨击独裁者的讲坛边，悬挂了很长时间，跑来看这些示众之物的人，比以前跑来听他演讲的人还要多些。公元前43年，罗马城中人人自危，一片恐惧，人们最害怕的恰恰是从前自己亲爱和熟悉的人。奴隶出卖主人，儿子出卖父亲，债务人出卖债权人，农夫出卖地产肥美的邻居，妻子出卖丈夫，丈夫被杀的当天，她就举行她的新婚典礼。[2]

西塞罗生前曾抨击苏拉那部残酷的公敌法令，他说这样的法律“就不应再视为正义。正义只有一个；它对所有的人类社会都有约束力，并且它是基于一个大写的法，这个法是运用于指令和禁令的正确理性。”[3]然而他最终却惨烈地殉身于此。共和已经沦陷，守护罗马共和法律的国父西塞罗已经死去，帝国就要来临。在暴君频出的罗马帝国，只要独裁者愿意，他们都可以变成苏拉和安东尼，法律在他们手中就变成酷虐的杀人利器，能够搅动平常人心中最黑暗的贪欲和恶念，那些堕入黑暗的人们，强横尚武的可以选择做独裁者军中的百夫长，孱弱无力的可以选择叛卖和告密。

两千年后，罗马帝国古老的统治技艺经由秘而不宣的心灵默契，降临到阿道夫·希特勒

---

[1] 柯嵐，法学博士，华中科技大学法学院教授。

[2] [古罗马]阿庇安.罗马史.下卷.谢德风[C].北京：商务印书馆，1976：330-331.

[3] [古罗马]西塞罗.国家篇•法律篇.沈叔平、苏力[C].北京：商务印书馆，1999：163

治下的第三帝国土地。在第三帝国的议会里，法律变成了更为酷虐的杀人利器，被宣布为公敌的，不仅仅包括所有反对独裁者的人，还有一个人数众多的无辜族群。为这法律做后盾的，是威力胜过罗马军团千万倍的火药武器，还有组织严密千万倍的现代科层制官僚体系。在第三帝国阴郁的生存斗争中，酷虐的法律同样搅动平常人心中最黑暗的贪欲和恶念，那些堕入黑暗的人们，强横尚武的可以选择做盖世太保和党卫军，孱弱无力的同样选择叛卖和告密。面对这更为严密和精致的现代合法罪恶，最无良心自由的就是操作法律的那些精英。比起平常人，他们还有忠于法律的职责所系，即便法律已经变成杀人工具，他们也无从逃避指责。没有人知道，这是上帝惩罚罪人的历史必然性，还是现代性演进中一个脱节的偶然产品。1945 年以后，第三帝国的浩劫过去，幸存的人们追问，当法律精英扈从独裁者作恶的时候，为什么他们没有想到“恶法非法”的古老训诫？人们真诚地相信，就像第三帝国的罪恶如同罗马一样古老，最古老的法律智慧也可以开出新意，帮人们寻回失落的法治秩序。人们动用这古老的智慧，要法律精英们回答：面对邪恶的法律，一个人有没有权利告密？那个接受告密的法官，到底是在犯罪还是在实施法律？

一、 胜利者的正义 vs.正义的胜利：现代法哲学中真实的告密者案及其法律背景

1951年，《哈佛法律评论》摘要报导了一个德国法院裁决的告密者案：被告决定摆脱她的丈夫——一个长期服役的德国士兵，丈夫在探亲期间向她表达了对希特勒的不满。1944年，被告向当局告发了丈夫的言论，并出庭作证，军事法庭根据纳粹政府1934年和1938年发布的两部法令，判定该士兵犯有发表煽动性言论罪和危害帝国国防力量罪，处以死刑。经过短时期的囚禁后，他未被处死，又被送往前线。战后，被告和军事法庭的法官被交付审判，检察官根据1871年《德国刑法典》第239条，起诉二人犯有非法剥夺他人自由罪。1949年班贝格(Bamberg)地区上诉法院在二审中判定涉案法官无罪，但被告罪名成立，因为她通过自由选择，利用纳粹法律导致了她丈夫的死亡和监禁，而这些法律“违背了所有正派人士所持的健全良知与正义感”。[4]报导最后提到了拉德布鲁赫1946年著名的文章《法律的不法与超法律的法》，该文被法律实证主义者解释为标志着拉德布鲁赫从实证主义向自然法的转向，在其中他提出了一个类似“恶法非法”的拉德布鲁赫公式：通常情况下法的安定性应居于首位，即便法律不善也不能动摇安定性，但如果安定性与正义的冲突达到了“不能容忍”的程度，法律已经沦为“非正当法”（false law，unrichtiges Recht），法律就必须向正义屈服。[5]看起来，班贝格法院的判决推理似乎与拉德布鲁赫公式是一致的。

这篇短短两页的报导对案情就说了这么几句，仔细读读结论，地区上诉法院的判决是不是有些自相矛盾？如果据以判决受害人死刑的纳粹法律无效，那为什么法官无罪告密者却有罪？他们不都一样非法剥夺了他人的自由吗？因为那些法律是不道德的因而是无效

[4] Recent Case, Criminal law--in General—German Citizen Who Pursuant to Nazi Statute Informed on Husband for Expressing Anti-Nazi Sentiments Convicted under Another German Statute in Effect at Time of Act, Harvard Law Review, vol. 64 (April, 1951)：1005.

[5] [德]拉德布鲁赫.法律智慧警句集.舒国滢[C].北京：中国法制出版社，2001：170-171.

的，所以他们致受害人死亡或监禁就是非法的，这是判决推理的关键环节。那法官脱罪的理由是什么？是因为法官不能逃避司法职责，在纳粹统治下，如果他拒绝裁判，他甚至可能遭遇生命危险，即便他拒绝裁判，受害人同样难逃法外的厄运？如果是这样，那应该将法官定罪然后免责，而不是判决其无罪。为什么法院会做出这样明显自相矛盾的判决？

1958年，英国法律实证主义的领袖哈特在《哈佛法律评论》上发表了《实证主义和法律与道德的分离》一文，对这个判决提出了尖锐的批评，认为法院受到了拉德布鲁赫的影响。相应地，哈特提出了实证主义的解决方案：要么不要处罚这种行为，要么发布一个溯及既往的法令来惩治告密，“尽管溯及既往的刑事立法或惩罚是邪恶的，但将其公开适用于案件中，至少体现了坦率的美德。我们必须明白，当惩罚该女子时，我们只是在两个邪恶中选择其一：要么使该女子免受惩罚，要么放弃法不溯及既往这一大多法律体系都接受的珍贵道德原则。”[6]这就是哈特提出的所谓“告密者困境”。

后来的调查证明，不是法院自相矛盾，而是这个报导弄错了。真实的情形是，在这个案件中，法院并没有援引拉德布鲁赫公式或者类似的论证宣告纳粹法律无效，只是裁决被告的行为“违背了所有正派人士所持的健全良知与正义感”。法院认为涉案的纳粹法律是邪恶的，尤其量刑过于严酷，绝大部分德国人都会认为这是恐怖的法律，“但是不能认定它们是违反自然法的法律”，法院认为军事法庭那位判处被告丈夫死刑的法官“是在其法律职责范围以内行事”，但判定被告非法剥夺了他人自由。[7]

这样看来，至少这是一个没有自相矛盾的判决，也没有受到拉德布鲁赫的影响。在拉德布鲁赫和哈特的争论中，很多隐含的政治历史背景决定了这并不是一场纯粹的法理学理论交锋，告密者案件背后隐藏的法律和道德困境要远比哈特所陈述的复杂得多。回过头去看引发这场争论的那篇哈佛法律评论的案件摘要，其中指出，“这个案件是那些最早对这类问题适用德国法律的案件之一，大部分先前的案件都适用了盟军管制委员会关于惩治反人道罪的第10号法令（1945年12月20日）和第38号法令（1946年10月12日）……在美管区，德国法院已被禁止适用管制委员会发布的法令。”[8]管制委员会的法令是战后制定的溯及既往的新法，要追诉战争期间的罪行，纳粹法的效力问题是无法回避的，因为这些罪行在当时是合法的。而要解决这个问题，胜利者希望诉诸溯及既往的立法，德国人希望用自己的办法。实际上，就像富勒已经指出的，哈特的办法和拉德布鲁赫的办法并不像哈特说的差异那么大，它们其实很相似。[9]一个溯及既往的刑事立法，隐含的必然前提就是否决了前法的效力，只是回避了为什么否决前法效力的问题。看来哈特和拉德布鲁赫的这场争论，表面是实证主义和自然法的较量，背后还有胜利者和失败者法律话语权的较量。

1945年的春天，二战的最后阶段，战斗开始在德国本土展开，普通的德国人才意识到这场战争对他们的残酷，关于奥斯威辛和其它集中营杀害了500万以上犹太人的消息，此

---

[6] 强世功.法律的现代性剧场：哈特与富勒论战[M].北京：法律出版社，2005：129.

[7] HO Pappe, On the Validity of Judicial Decisions in the Nazi Era, Modern Law Review, vol.23 (May 1960)：263.

[8] [德]拉德布鲁赫.法律智慧警句集.舒国滢[C].北京：中国法制出版社，2001：1006.

[9] 强世功.法律的现代性剧场：哈特与富勒论战[M].北京：法律出版社，2005：170.

前在德国一直是个模糊的流言。1945年4月，美军解放了柏林附近靠近魏玛市的布痕瓦尔德(Buchenwald)集中营，那里见到的惨像是骇人听闻的，为了帮助德国人相信这个事实，美军强令1200多名魏玛市民亲自到布痕瓦尔德来参观。随后发布的各种新闻消息，才让德国人相信那原来不是流言，那以前，大部分德国人只见到工厂里强迫做工的外国工人，但都习以为常也不觉得那有什么不对。而现在他们知道，纳粹的暴行已经使德国人在西方的文明世界沦为贱民，这个曾经孕育了席勒、康德、荷尔德林、歌德的以文明著称的民族，现在不可思议地变成了西方世界的野蛮人。[10]到底应该拿德国人怎么办，同盟国内部起初并没有达成一致，“英国觉得，可能最好采用一个政治方案，即对纳粹头目进行快速军事审判，或者干脆枪决了事。英国主张，这将满足报复的需要，也没有贬低合法性(legality)的理想。一场壮观的审判，看上去就像是‘事先编排好的’(put-up job)，这在英国一向不得人心。”[11]但是偏爱正当程序的美国人坚持要来一场审判，他们相信这对于德国的未来更有好处。由四个战胜国（美苏英法）法官组成的国际军事法庭(IMT ,International Military Tribunal)起始就宣布，审判的目的不仅是要揭露纳粹罪行让罪犯受到惩罚，还要对德国公众进行教育。[12]

纽伦堡审判1945年11月20日开庭，1946年9月30日、10月1日宣判结束。纽伦堡审判是对主要战犯的罪行进行追诉，嗣后四国还要分别在各自占区进行后续审判。这些审判的法律基础是四国管制委员会1945年12月20日发布的《关于惩办犯有战争罪、反和平罪和反人道罪的罪犯》的第10号法令(以下简称“第10号法令”)。《国际军事法庭宪章》和内容基本相同的第10号法令，其法律思想来源于美国联邦最高法院法官罗伯特•杰克逊（在纽伦堡审判中充任首席检察官）的一份草案。[13]对于德国人，纽伦堡审判是一场空前的耻辱，大部分人都认为坐在被告席上的纳粹精英是罪有应得，但他们不愿意相信这是德意志民族整体的罪行。在很多德国人看来，这不是“正义的胜利”(Triumph of Justice)，而是“胜利者的正义”(Victors' Justice)。围绕着法庭的组成、审判程序和最为根本的法律依据问题，德国法学界及舆论提出了诸多质疑：1、法庭的检察官、法官同时也是《国际军事法庭宪章》的起草者，也就是纽伦堡审判的立法者，这违背了分权原则；2、法庭的管辖权没有充分依据，完全由战胜国的法官组成，没有来自中立国（比如瑞士和葡萄牙）的法官，也没有德国法官；3、对反人道罪的定义过窄，仅限于1939年战争爆发以后，而且法庭只注意纳粹对外国人的犯罪。根据反人道罪的定义，纳粹政府对德国人民所犯的罪行（1939年前后）都不受追诉，判决中几乎没有提到纳粹对德国持不同政见者的迫害、对残障儿童的“安乐死”措施等暴行；4、“你也一样”抗辩（tu quoque defence） 在审判中被拒绝，法庭拒绝接受盟军也犯了类似罪行的证据；5、反人道罪和战争罪都是《国际军事法庭宪章》新创的罪名，这违背了不得溯及既往和“罪刑法定”的原则。德国人认为依据德国法律中谋杀、人身伤害、

[10] Konrad H. Jarausch, After Hitler: Recivilizing Germans, 1945－1995, trans. by Brandon Hunziker, Oxford, New York: Oxford University Press, 2006：3-6.

[11] [美]朱迪思•N•施克莱.守法主义：法、道德和政治审判.彭亚楠[C].北京：中国政法大学出版社，2005：139.

[12] The Legacy of Nuremberg: Civilising Influence or Institutionalized Vengeance? Edited by David A•Blumenthal and Timothy L•H• McCormack, Leiden, Boston: Koninklijke Brill nv, 2008：17.

[13] [德]卡尔•迪特利希•埃尔德曼.德意志史.第4卷下册.华明等[C].北京：商务印书馆，1986：166-167.

盗窃、剥夺自由这些既有罪名就可以对战犯进行追诉，不必诉诸反人道罪这种没有法律依据的新罪名。另外，战争构成犯罪在国际法上也没有先例。[14]

尽管纽伦堡审判并不彻底也存在很多法理上的问题，但它为揭露纳粹暴行、确立侵略性战争犯罪作了大量杰出的工作，也为国际刑事司法起到了开创性的作用，审判中揭露出的大屠杀真相令德国民众感到震惊与愤怒，美国人坚持要通过审判对德国民众进行教育，确实是具有远见卓识的。然而德国也是一个有着深厚法治国传统的国家，纽伦堡审判是一次非同寻常的审判，其中混杂着法律、道德和政治诸多因素的作用，而审判由英美程序主导，势必引起同德国法律文化的冲突，在审判之后的后续审判中，冲突就聚焦于到底应该适用什么法律来裁决案件的问题。1945年底至1946年初德国法院和检察院逐步恢复了工作，其主管范围起初被占领当局限于德国人对德国人或对无国籍人犯下的罪行，以后逐渐扩大了主管范围（各占区情况不一）。与战胜国审判大量适用第10号法令所不同的是，德国法院的审判是以德国刑法为基础的。一方面，很多德国的司法官不能接受直接依据第10号法令来追诉纳粹罪犯的作法，德国1871年刑法典（纳粹期间仍然有效）、魏玛共和国1919年宪法和德意志联邦共和国1949年基本法均明确禁止溯及既往的立法。[15]适用溯及既往的新法在纽伦堡审判这样的国际审判中是必要的，因为当时的国际法还没有成熟的旧有法律体系可资借鉴，但在德国国内的审判中，诉诸前纳粹的法律则是完全可能的，并且可以避免破坏法律安定性的弊端；另一方面，德国法官阶层为了洗清扈从纳粹的恶名，必须重新树立司法非政治化、司法独立的形象，在纳粹期间，德国的法律人与其说是因为追随实证主义而做了纳粹帮凶，不如说是彻底丧失了司法独立，使司法彻底沦为纳粹政治的工具。要为德国法律人重建良好的职业声誉，需要排除战胜国对德国司法的政治影响，比起适用战胜国制定的第10号法令及其它相关法令，诉诸旧有的德国刑法或者诉诸自然法，显然更能起到重塑司法独立的作用，这样德国人才会相信这是“正义的胜利”而不是“胜利者的正义”。[16][17]

二、 合法性的断裂与重建：德国法院对告密者案的裁决

1945年德国投降之后，盟军对德国进行政治重建的首要任务就是废除纳粹法统，有一种简单的作法就是宣布纳粹统治十二年之间所有的政府行为无效，这样纳粹政权就会变成一个毫无正统性(legitimacy)的暴君统治，仿佛古代的僭主一样。但这势必造成难以预料的社会混乱，也是难以实行的。为了避免对法律的安定性造成过大的破坏，管制委员会采取的作法是废除明显具有意识形态色彩的纳粹法律，并倡议回到“前希特勒的法律体系”。[18]在

[14] Christoph Burchard, The Nuremberg Trial and its Impact on Germany, Journal of International Criminal Justice, vol. 4 (September 2006)：802-810.

[15] Michael S. Bryant, Prosecuting the cheerful murderer: Natural law and national socialist crimes in West German courts, 1945－1950, Human Right Review, vol.5 (July-September, 2004)：87.

[16] [德]英戈•穆勒.恐怖的法官——纳粹时期的司法.王勇[C].北京：中国政法大学出版社，2000年：204.

[17] Michaeg Stolleis, The Law under the Swastika: Studies on Legal History in Nazi Germany, trans. by Thomas Dunlap, Chicago & London: the University of Chicago Press, 1994：179.

[18] Michaeg Stolleis, The Law under the Swastika: Studies on Legal History in Nazi Germany, trans. by Thomas Dunlap, Chicago & London: the University of Chicago Press, 1994：168-171.

1945年以后德国法院追诉前纳粹罪行的司法活动及相关民事司法中，由于纳粹政权造成的合法性(legality)中断和法律体系的碎片化，确定何为仍然有效的法律成了常见的疑难问题。德国法律人认为，被废止的纳粹法律只是自废止时无效，而不是自始无效，[19]没有被废止的纳粹法律仍然有效，前纳粹的法律一直有效，要回归到合法性断裂以前的法律体系，最大的难题就是要处理纳粹法律与旧有法律的冲突。大量的待决案件是不能回避的，如果司法机关不能有效履行自己的职责，民间的私相复仇就会愈演愈烈。只有逐步解决纳粹暴政造成的这些遗留司法问题，德国社会才可能摆脱纳粹法律的影响，实现合法性的重建。告密者案件的真实裁决是对这种复杂混乱情势的一个非常有代表性的说明。一般来说，疑难案件(hard case)发生在对法律解释发生争议的时候，告密者案件的特殊之处在于，它不仅关涉到法律解释的争议，还关涉到对旧有法律合法性的争议。在这个意义上讲，告密者案件不是一个一般意义的疑难案件，而是一个“根本性的疑难案件”(fundamental case)，[20]它触动了一个法律体系最为根本的合法性问题，在裁决中必须对涉案的旧有法律进行合法性审查。

在哈特弄错的那个真实的告密者案中，告密者被告和涉案的法官一审都被判无罪，班贝格上诉法院二审维持法官无罪，但被告非法剥夺他人自由罪成立，因为“（a）她没有告密的义务；（b）她实施告密行为是为了满足自己的个人动机；（c）她应该已经预见到在当时的情形下告密（会不可避免地导致与受害人行为极不相称的严重后果）‘违背了所有正派人士所持的健全良知与正义感’”。法院还强调当时德国的民众普遍认为这类行为是“违背良俗与道德”(decency and morals)的，以此确证判决。法院认为此案中导致受害人丧失自由的纳粹法律是不道德的，“她故意利用了那些绝大多数德国人都知道是意图对人民进行恐怖统治的法律，这些法律即便在纳粹统治最兴盛的时期都为大多数人所知是不道德的。”[21]但法院并没有做出结论说这些法律是违背自然法的，因为这些法律尽管是非常不公正的，但并没有要求人们做出任何“本身为神的法律或任何文明国家的人定法律所禁止的”积极的行为，[22]只是惩罚公开发表反纳粹言论这种疏忽行为。

班贝格上诉法院对纳粹法律的合法性检验完全遵循了托马斯·阿奎那的古典自然法路径。按照阿奎那的观点，自然法的内容是非常确定的，这一点他不同于后世那些随意演绎发挥的自然法学家。自然法的最高和基本规范是一个简单自明的箴规：善即当行。只有《摩西十诫》属于自然法的内容，自然法并不使实在法成为多余。[23]阿奎那主张道德上的约束力是法效力成立的必要条件，他所说的“恶法非法”的本意只是强调违背自然法的法律不能约束良心，“这种法律并不使人感到在良心上非遵守不可。”[24]《摩西十诫》中有些是肯定

---

[19] Michaeg Stolleis, The Law under the Swastika: Studies on Legal History in Nazi Germany, trans. by Thomas Dunlap, Chicago & London: the University of Chicago Press, 1994：180.

[20] David Dyzenhaus，the Hart-Fuller Debate at Fifty: the Grudge Informer Case Revisited, New York University Law Review , vol.83 (October, 2008)：1008

[21] David Dyzenhaus，the Hart-Fuller Debate at Fifty: the Grudge Informer Case Revisited, New York University Law Review , vol.83 (October, 2008)：1009.

[22] David Dyzenhaus，the Hart-Fuller Debate at Fifty: the Grudge Informer Case Revisited, New York University Law Review , vol.83 (October, 2008)：1034-1035.

[23] [德]海因里希·罗门.自然法的观念史和哲学.姚中秋[C].上海：上海三联书店，2007：41-50.

[24] [意]阿奎那. 阿奎那政治著作选.马清槐[C].北京：商务印书馆，1982：121.

的诫命，有些是否定的诫命，阿奎那认为“只有那些有悖于禁止性自然法的法律才是绝对地无效的”，“只有颁布那与禁止性自然法相悖的权威不再是名副其实的权威，而变成了暴政。单靠权力不能强加任何内心的服从义务。”[25]禁止性的自然法（不得杀人、不得偷盗、不得奸淫）是任何文明国家的法律都会视为犯罪的行为，如果纳粹的法律公然要求人们去做这样的事，法律就成了合法的罪恶。

富勒在1958年同哈特的争论中详细分析了告密者案件涉及到的纳粹法律。这两条具体规定，一个是1934 年12 月20 日通过的《禁止恶意攻击国家与党及保护党的统一法》第二节的规定:

“(1) 任何公开发表恶意或煽动性言论反对民族及民族社会主义德国工人党领导人物，或者发表之言论透露他们府邸之位置或针对他们采取之措施与建立之制度，及其它性质上削弱人民对其政治领袖人物之信任者，应判处监禁。

(2) 虽未公开发表恶意言论，但当其意识到或应当意识到这些言论有可能公开时，以公开言论论处。”[26]

另一个则是1938 年8 月17 日通过的战时特别刑法第五节相关部分:

“下列人当因破坏国家抵抗力量构成犯罪而处死刑：公开设法拉拢或煽动他人拒绝在德国及其盟军中服兵役者；公开寻求伤害或动摇德国人民及其盟国人民坚决抗敌之意志者。”[27]

这两条法律都是惩处公开言论的，但只是很不公正地惩罚了危害性很小的言论疏忽，并没有公然要求人们实施合法的犯罪，据此班贝格上诉法院认定了这两条纳粹法律的合法性。在这个前提之下，法院认为判处受害人刑罚的军事法庭是在职责范围之内行动，因为适用法律是法官的职责，因此法官无罪，但被告是有罪的，因为纳粹的法律并没有把告密规定为必须履行的义务。[28]耐人寻味的是，法院判定被告实施的是间接犯罪，在德国刑法中，间接犯罪是指罪犯利用一个工具作为中介来达到犯罪目的（剥夺他人的生命或自由）。比如说，被告发现某处有一条恶狗或猛兽，或发现某处有一陷阱，将受害人引至该处，间接达到了危害受害人的目的。在此案中，法院判定被告利用法院这个特殊的工具达到了剥夺受害人自由的目的，那么，纳粹法院及其适用的纳粹法律在此案中就变成了一个和恶狗、猛兽或陷阱类似的东西，这些东西本身是无所谓合法不合法的，只是客观存在的危险。在德国刑法理论中，关于间接犯罪的一般观点认为当直接的侵害是合法行为时，间接导致这一侵害的行为就不应该受到惩罚。为了确证判决，法院援引了德国刑法学家埃贝梅耶•罗森伯格(Ebermeyer Rosenberg)的观点，作了非常独特的推理，即间接犯罪在直接的侵害是合法行为时也可能成立。[29]

---

[25] [德]海因里希·罗门.自然法的观念史和哲学.姚中秋[C].上海：上海三联书店，2007：60.

[26] 强世功.法律的现代性剧场：哈特与富勒论战[M].北京：法律出版社，2005：176-177.

[27] 强世功.法律的现代性剧场：哈特与富勒论战[M].北京：法律出版社，2005：175.

[28] HO Pappe, On the Validity of Judicial Decisions in the Nazi Era, Modern Law Review, vol.23 (May 1960)：263.

[29] David Dyzenhaus，the Hart-Fuller Debate at Fifty: the Grudge Informer Case Revisited, New York University Law Review , vol.83 (October, 2008)：1033.

乍看上去，班贝格上诉法院的判决在推理上显得有些做作和不自然，如果这个判决能够成为一个先例的话，在一个非纳粹的正常统治下的告密是不是也可能构成间接犯罪呢？比如说，一个人因为不道德的私人动机告发另一个人的犯罪行为（杀人、盗窃之类）。显然，这个判决是不可能成为一个正常的先例的，因为告密者案件是一个特殊时期（合法性断裂）的特殊疑难案件，一个触及到旧有法律合法性的疑难案件。这是一个煞费苦心的判决，它以非常严谨也合于正统自然法教义的形式完成了对纳粹法律合法性的检验问题：纳粹的法律是不道德的，但是并没有违背自然法；相应地，适用这些法律的判决是不道德的，但也是合法的。它也以非常巧妙的形式完成了对被告行为违法性的论证：被告既没有法定的告密义务，也明知告密是明显不道德的，因为纳粹法律虽然没有违背自然法，但是惩罚过错很小的疏忽行为是明显不道德的，去助长这种法律的实施就是不道德的；但被告仍然为了个人目的实施了告密并出庭作证，因此，军事法庭裁决的合法并不影响被告间接犯罪的成立。

班贝格上诉法院的判决其中隐含的法理前提是：合法性和道德存在必然关系，合法性的丧失取决于法律本身不道德的程度。在这个判决中，法官的行为被笼统性地宽免了，没有受到细致的审查，也就是说，法院不问法官是否滥用了自由裁量权的问题，法院推定适用那两条纳粹法律的判决是必然不公正的，即便法官谨慎地自由裁量，也不能改变判决不公的事实，但是这种不公正并没有达到使判决丧失合法性的程度。无独有偶，1952年7月，西德联邦最高法院裁决了一个非常类似的告密者案件，但在裁判中采用了另外一种推理路径，详细审查了该案所涉纳粹法官的自由裁量问题，并判定法官和告密者共同犯有非法剥夺他人自由(直接犯罪，告密者是从犯)，这是告密者案件裁决的另一个可行方案。

在第二个告密者案中，联邦最高法院裁决被告犯有“非法剥夺他人自由”和“意图杀人(homicide)”。被告的丈夫1940年起服役，被告在家与人通奸，丈夫休假时向她发表了对纳粹领导人的贬损性言论，1944年7月20日刺杀希特勒事件之后，他写信给被告表示了对希特勒没有被刺死的遗憾，被告把这封信和其它的信都交给了当地纳粹党的领导人。1945年2月，丈夫深夜回家，发现被告和另外一个军人在一起。争吵之后，被告再次向当地党组织指控他，他被当场逮捕，两周后由军事法庭进行审判。主审法官提醒被告，她可以不宣誓作证，丈夫有被判死刑的可能，如果没有她的宣誓证词，证据就有可能不充分。她坚持宣誓作证，丈夫被判死刑。但他没有被处决，继续被拘留，1945年4月又回到原部队。1951年，被告在伍兹堡(Wurzburg)被陪审团宣判无罪，陪审团认为审判受害人的军事法庭是依法组成并裁决的，而且被告有权利相信她的行为合法。1952年7月8月，联邦最高法院撤销了这一无罪裁决，并将其发回下级法院重审。[30]

此案中被告的抗辩理由是自己的教育水平，她认为自己作为普通妇女，就她当时所知，她丈夫就是违背了法定义务，而且她信任军事法庭的合法性。在一审判决中，陪审团接受了这一抗辩理由，因为被告作为一个没有受过高水品教育的普通妇女，不可能指望她认识

[30] HO Pappe, On the Validity of Judicial Decisions in the Nazi Era, Modern Law Review, vol.23 (May 1960): 265.

到对法治国(Rechtsstaat)原则的违反。联邦最高法院驳回了这一抗辩理由，法院认为："在独立法官可以确保个人的自由与尊严的正常情形下可以运用这一抗辩理由。然而在纳粹统治下，法院的实践经常不能满足法律正当程序的核心要求，也就是，对刑法目的做出超乎偏见的(detached)、合乎事实的(factual)和详尽无遗的(exhaustive)考虑。这一点是一个社会的普通成员完全能够了解的。"[31]和班贝格上诉法院一致的是，此案中联邦最高法院坦承纳粹统治期间的司法是不正常的，其合法性是有待审查的。但对合法性审查采取了不同的路径，不是诉诸实体的自然法考察，而是诉诸法律适用的正当程序考察，这和富勒驳斥哈特的路径是基本一致的。

在纳粹统治期间，惩治公开言论的立法都被做出了无限扩大的解释，"纳粹德国的最高法院主张，只要是在一定意义的'公共区域'之中发表的言论就可以被视为'公开'，而不论其针对的受众的多少；最高军事法院更绝，他们强调，只要不能排除言论被传播的可能性(而法院又强调这种可能性永远不可能排除) ，则该言论即可被认为是公开言论；甚而，所谓国民法院作出了最彻底的断言，他们宣称，"…纳粹主义就是旨在使全体德意志人民关心政治，而任何政治言论原则上都应视为公开言论。罪犯不能主张其言论的保密性。"[32]联邦最高法院在审查此案时没有回避这个事实，但认为即便是这样，将配偶间的言论解释为公开言论也是极为专断的解释，"即便根据对公开性概念的最不利的解释，定罪也需要犯意(mense rea)，也就是说，在丈夫这一方，必须明知并且默许可能发生的泄密。"[33]就像后来富勒指出的那样的，如果配偶间的言论可以视为公开言论，世界上就没有私下的言论了。[34]配偶是最为私隐和亲密的关系，这种关系就提供了对私隐的担保，除非能够证明有特定的情形解除了这种担保，但是在本案中并没有这样的证据。

另外，联邦最高法院也考察了纳粹军事法院的量刑幅度问题，认为对受害人判处死刑违反了德国刑法的既定原则。涉案的纳粹法令规定的刑罚为最低一天监禁，最重死刑。法官有很大的自由裁量度，量刑应当根据危害性来确定合适的比例。德国刑法禁止残酷刑罚和不必要的重刑。在此案中，言论是在配偶之间的，可能只对一个人发生影响，其危害性是可能发生的危害中最小的一种，但被判处了最重的刑罚。"因此，做出死刑判决的唯一解释就是军事法庭屈服于行政当局要求镇压每一个批评意见和观点的压力。在这种情形下作出的判决，并不是在适用法律，而是对司法权威的专断滥用。"[35]

在仔细考察了告密者案的两个真实判决后，不难发现，哈特提出的溯及既往方案的最大缺陷是根本没有把自己摆在一个法官的角度来考察这个案件，而将这个任务完全交给立法者了。哈特后来发现了自己对告密者案件的认识错误，在《法律的概念》第二版中，他做了一条很长的注释说明这个问题，但他认为这个误解并不重要，不影响他所做出的结论。

---

[31] HO Pappe, On the Validity of Judicial Decisions in the Nazi Era, Modern Law Review, vol.23 (May 1960)：267.

[32] [德]英戈•穆勒.恐怖的法官——纳粹时期的司法.王勇[C].北京：中国政法大学出版社，2000年：133.

[33] HO Pappe, On the Validity of Judicial Decisions in the Nazi Era, Modern Law Review, vol.23 (May 1960)：266.

[34] 强世功.法律的现代性剧场：哈特与富勒论战[M].北京：法律出版社，2005：177.

[35] HO Pappe, On the Validity of Judicial Decisions in the Nazi Era, Modern Law Review, vol.23 (May 1960)：267.

[36] 事实上，这是一个非常重要的误解，哈特根本没有注意告密者案中怎样处置纳粹法官的问题，而在此案中这是一个不能被省略的问题，[37]“对法官来说，道德上不公正的法律是一个真正的法律问题，哈特没有解决这个问题。”[38]如果哈特持一种更为耐心的态度而不是简单地倒向“胜利者的正义”，他至少应该说明溯及既往的法到底指的是什么？他是不是认同盟军占区审判适用第10号法令的做法，认为这个法令就可以解决所有问题？如果是那样，告密者案中隐含的德国合法性断裂这个深层寓意就被完全抹煞了。实际上，一个高级法院的具有约束力的先例，可以起到和溯及既往立法同样的作用，[39]还可以避免溯及既往立法的弊端。这两个判决都是尽量在既有法律体系之内通过内部论证来达致判决结果，对法的安定性更少破坏，比起哈特的方案，这两个判决都更合于法律实证主义忠于法律的宗旨。

三、“恶法非法”与“不可容忍性”：拉德布鲁赫公式的真意

当哈特富勒就告密者一案发生争论时，拉德布鲁赫已经辞世九年了。所谓的“拉德布鲁赫公式”是在拉德布鲁赫死后德国法学界总结出来的，这种总结是将“拉德布鲁赫公式”理解为一个司法方案，而哈特批评德国法院受到了拉德布鲁赫的影响在司法中判定纳粹法律无效是造成这种总结的关键因素，但哈特是在不实信息的误导下得出这一结论的。《法律的不法与超法律的法》这篇文章绝大部分篇幅都在讨论几个具体疑难案件的裁决思路，只有中间一段提出了后人总结为“拉德布鲁赫公式”的表述：“正义与法的安定性之间的冲突可能可以这样妥善解决：通过法令和国家权力来保障的实在法是具有优先地位的，即便其在内容上是不正义的、不合目的性的；除非当实在法与正义之矛盾达到如此不能容忍的程度，以至于法律已经成为‘非正当法’（false law，unrichtiges Recht）时，法律才必须向正义屈服。在法律的不法与虽内容不正当但仍属有效的法律这两种情况之间划出一条截然分明的界限，是不可能的，但最大限度明晰地做出另外一种划界还是有可能的：凡正义根本不被追求的地方，凡构成正义之核心的平等在实在法制定过程中有意地不被承认的地方，法律不仅仅是‘非正当法’，它甚至根本上就缺乏法的性质。”[40]根据拉氏对法价值的多元立场，安定性、正义与合目的性三种法律价值是法理念的三个不同作用方向，它们之间可能发生冲突。纳粹法不仅仅违背了法的正义价值追求，也背弃了同前法的历史延续性，缺失法的安定性价值。[41]而法的合目的性价值是由安定性和正义来共同保障的，相应地，纳粹法也就缺失了对合目的性的法价值追求。三种价值追求是法理念的核心，缺失这三种价值的法，就丧失法的效力，成为形式合法的犯罪，甚至根本就丧失法的资格。仅从《法律的不法与

---

[36] H. L. A. Hart, The Concept of Law(2nd Edition), Oxford, Clarendon Press (1994)：208-209.

[37] Thomas Mertens, Radbruch and Hart on the Grudge Informer: A Reconsideration, Ratio Juris, vol.15 ,No. 2(June 2002)：200.

[38] Thomas Mertens, Radbruch and Hart on the Grudge Informer: A Reconsideration, Ratio Juris, vol.15 ,No. 2(June 2002)：203.

[39] HO Pappe, On the Validity of Judicial Decisions in the Nazi Era, Modern Law Review, vol.23 (May 1960)：274.

[40] Gustav Radbruch, Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law, trans. by Bonnie Litschewske Palson and Stanley L. Polson, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 26, No. 1 (2006)：7.

[41] Thomas Mertens, Radbruch and Hart on the Grudge Informer: A Reconsideration, Ratio Juris, vol.15 ,No. 2(June 2002：188.

超法律的法》的文本含义来看，被称之为“拉德布鲁赫公式”的这段文字可能有几种不同的目的：（1）为盟军废止纳粹部分法律效力和纽伦堡审判适用溯及既往新法提供理论基础，换言之，为一种立法方案提供法哲学论证；（2）为德国法院解决告密者等疑难案件提供司法方案：（3）同时兼具（1）（2）两重目的。

《法律的不法与超法律的法》发表在纽伦堡审判行将结束之时，当时德国法学界对于纽伦堡审判的程序都是持质疑态度的。文章开篇详述了四个已经被裁决的疑难案件（包括一个告密者案件），几乎都是适用管制委员会的第10号法令判决的。纽伦堡审判的同时，四个战胜国占区都开始了对其他纳粹期间罪行的追诉，在美、英、法占区是用审判的形式，在苏占区，除了军事法庭的审判之外，还有直接适用第10号法令的行政程序简易判决，[42]各占区的德国法院也逐步恢复了工作。但拉德布鲁赫在文末对四个案件都提出了不同的解决方案，都不赞同运用第10号法令来裁决这些案件，他还明确指出：“面对过去12年的法律不法（现象），我们必须以对法的安定性尽可能少的损害来致力实现正义的要求。并不是任何一个法官都应当自行其是，可以宣布法律无效，这个工作还是应当由更高一级的法院或立法机关来承担。”[43] [44]这样看来，拉德布鲁赫提出的那个公式更有可能是为盟军管制委员会的立法方案提供法哲学基础，而不是主张在司法中径行否决纳粹法的效力。在文末提出的具体裁决意见中，拉德布鲁赫基本都遵循了“法无明文不为罪”的原则，详细论证了对被告定罪的法律依据，他所援引的法律基本都是纳粹统治之前德国的生效法律。[45]

《法律的不法与超法律的法》中提到的四个疑难案件，最典型的也是一个告密者案件。二战期间，前初级司法官普特法尔肯（Puttfarken）向纳粹法院告发商人戈逖希（Goettig），普特法尔肯在一个厕所的墙上发现了戈逖希留下的字迹：“希特勒是一个杀人狂，应对战争负罪。”纳粹法院根据普特法尔肯的告发判处戈逖希死刑。判决的做出不单单是因为这个留言，也因为戈逖希听信了外国广播的宣传。战后设在诺德豪森（Nordhausen）的图林根刑事陪审庭对此案进行审判，依据第10号法令判处涉案的纳粹法官谋杀罪，普特法尔肯（Puttfarken）被判胁从谋杀罪。[46]这个判决的思路不同于前述两个德国法院的作法，拉德布鲁赫在文末提出了对这个案件的不同思路，他主张判处普特法尔肯间接谋杀罪，[47]这和后来班贝格法院的思路是一致的。

有研究者指出，《法律的不法与超法律的法》这篇文章“是由一种实践的需要催生的，而不是源于理论思索”，[48]仅从这篇文章断言拉德布鲁赫发生了从实证主义向自然法的转向是不足以服人的。拉德布鲁赫的法概念在他的前期理论和后期理论中并没有发生实质性的改变，在他的法哲学中，法理念一以贯之地是由安定性、正义和合目的性构成的，只是不同时期有不同的侧重点“法律理念的三个方面：正义、合目的性与法的安定性，根据所有三

[42] [德]卡尔•迪特利希•埃尔德曼.德意志史.第4卷下册.华明等[C].北京：商务印书馆，1986：172.
[43] 著重號為筆者所加。
[44] [德]拉德布鲁赫.法律智慧警句集.舒国滢[C].北京：中国法制出版社，2001：173.
[45] [德]拉德布鲁赫.法律智慧警句集.舒国滢[C].北京：中国法制出版社，2001：173-175.
[46] [德]拉德布鲁赫.法律智慧警句集.舒国滢[C].北京：中国法制出版社，2001：161.
[47] [德]拉德布鲁赫.法律智慧警句集.舒国滢[C].北京：中国法制出版社，2001：175.
[48] Thomas Mertens, Nazism, Legal Positivism and Radbruch's Thesis on Statutory Injustice, Law and Critique, Vol 14, Number 3, (2003)：279.

方面的理念来共同控制着法律，即使它们可能出于尖锐的矛盾之中。当然，应该将决定权赋予这个原则还是那个原则，在不同的时代会有不同的倾向。”[49]拉式提出公式的法哲学主旨是要纠正他前期理论中的一个错误，即对法的安定性价值强调得更多，而完全牺牲了法的正义价值，导致出现合法的罪恶这种极端情形。[50]“拉德布鲁赫公式并不是一种自然法直觉或对国家社会主义的情感反应导致的结果，毋宁说，它是对拉德布鲁赫所概括的构成法理念的三种成分经过谨慎考虑以后导致的结果。”[51]

仔细分析告密者案的语境，看来哈特和拉德布鲁赫的分歧远不是用“法律实证主义”和“自然法“的标签所能够概括的。首先,他们之间有战胜国和战败国政治立场上的分歧，战胜国关心维护国际新秩序，战败国希望修复本国断裂的合法性；相应的，他们关注法律秩序的不同方面，哈特更关心用立法来解决问题，拉德布鲁赫更关心司法中维护法的安定性。哈特指责“在拉氏对道德上邪恶的法律存在本身所产生的问题的整个论述中，潜在着某些比天真更易导致混乱的思想，”[52]他显然秉承了奥斯汀指责阿奎那同样的逻辑，认为主张“恶法非法”就会导致思维的混乱。在关于告密者的系列论争中，拉德布鲁赫和富勒都考虑到了审查纳粹法律合法性的问题，因为无论在立法还是司法中这个问题都是无法回避的，首先盟军管制委员会已经明确废止了部分纳粹法律的效力，已经造成了纳粹法律合法性的事实中断，其次司法中必须追诉过去合法的行为也必须对合法性抗辩做出响应，提出完整的法律论证。唯独哈特丝毫不关心这个问题，在实证主义者看来，那应该留给政治来解决，那是在法律之外的。看起来，面对纳粹合法性中断这个真实的道德与法律困境，拉德布鲁赫和富勒都要比哈特来得更坦率，仅仅诉诸溯及既往的立法才是一种非常不坦率的鸵鸟式政策，而且也没有任何哲学基础能够说明溯及既往就肯定是一种实证主义的选择，因为溯及既往背后隐藏着的必然是开放的政治和道德讨论。

法律实证主义者认为拉德布鲁赫提出的“不可容忍性”太过主观，从语词含义的角度来看，“不可容忍性”的含糊程度基本等同于哈特提出的“最低限度自然法”。什么是“不可容忍的”，也就等于说是能够容忍的最低限度。怎样理解拉德布鲁赫所说的“不可容忍性”，或许哈特的“最低限度自然法”就是一个可行的注脚。另一个可行的注脚则是班贝格法院依据阿奎那理论所做的论证，一种法律如果要求人们去做自然法或文明社会都会禁止的行为，就是不可容忍的。拉德布鲁赫自己采取的是诉诸基本人权，如果法律根本不承认平等这种基本人权，就成为不可容忍的。盟军战胜后明确废止的部分纳粹法律,包括最为臭名昭著的剥夺犹太人基本公民权的纽伦堡法,从法理上讲也是诉诸了和拉德布鲁赫同样的路径。实际上，对“不可容忍性”这类语词的排斥与其说是基于实证主义，不如说是基于对自然科学语词的唯科学主义偏爱，尽管很多自然科学（甚至数学）中使用的语词根本不像自身标榜的那么精确。法律实证主义者还认为拉德布鲁赫公式和阿奎那的“恶法非法”一样会导致逻辑混乱，

[49] [德]古斯塔夫•拉德布鲁赫.法哲学.王朴[C].北京：法律出版社，2005：77.

[50] Stanley Palson, Radbruch on Unjust Laws: Competing Earlier and Later Views, Oxford Journal of Legal Studies,Volume 15, Number 3,(Autumn 1995)：493-494.

[51] Robert Alexy, “A Defence of Radbruch’s Formula”, in David Dyzenhaus, ed. Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order, Oxford: Hart Publishing, 1999：36.

[52] 强世功.法律的现代性剧场：哈特与富勒论战[M].北京：法律出版社，2005：129.

这种对于“恶法非法”命题不顾一切的拒斥，深层的心理动因是一种根深蒂固的“语词本质主义”，即害怕“法”这一词语意义的变化要甚于害怕一种法律的真实死亡，也拒绝承认历史中的很多时刻，“恶法非法”都会成为真实的法律问题。奥斯汀对阿奎那的指责其实是一种脱离历史语境的误解，在lex iniusta non est lex (an unjust law is no law at all)这个陈述中，前一个”lex,law”指的是世俗统治者制定的法，后一个”lex,law”则指的是神创制的对人的良心具有约束力的自然法。哈特对拉德布鲁赫的指责则是罔顾纳粹法律已经被盟军管制委员会废止效力这一事实，废止纳粹法效力的根据只能是“恶法非法”，而不能是赤裸裸的“强权就是公理”、你们被打败了所以你们的法律就不做数了。

无论是主权者命令说，还是基本规范说或承认规则说，法实证主义都坚持这样两个基本共识：1、有效力的法律才是法律，司法中实际被视作具有拘束力的裁判标准，才是有效力的法律。2、法律的效力与道德没有必然关系，“在任何法律体系中，一个给定的规范是否在法律上是有效的，并且它是否成为这个法律体系的一部分，取决于它的渊源(source)，而不是它的优劣(merits)。”[53]法律实证主义坚持描述哪些社会规范是实际生效的法律，但拒绝解释为什么是这些而不是那些社会规范会成为实在法律。法律实证主义也坚持从逻辑上解释法律效力，而拒绝其它路径的解释，而逻辑很多时候都不能解决推理起点的有效性，这使得现代法律实证主义在法律效力的解释上日益沦为一种同义反复：“法即主权者宣布为法之物，而主权者即宣布何为法之人”；[54]法即基本规范最终授权为法之物，而基本规范即最终授权何为法之规范；法即承认规则确认为法之物，而承认规则即确认何为法之社会事实。一旦合法性中断，法律发生了真实的死亡，实证主义对法效力的解释就变得苍白无力，实证主义坚持的法律与道德的分离也就站不住脚了。拉德布鲁赫在亲身经历了德国合法性的中断后，深刻地领悟到了这一点，“实证主义根本不可能依靠自己的力量来证立法律的效力了”，[55]法律的效力必须诉诸对正义的考虑。

余论-实证主义是无辜的吗：德国法律人的集体罪责与拉德布鲁赫的忏悔

哈特对拉德布鲁赫尖刻的指责很大程度上缘于拉德布鲁赫对实证主义的批评，“事实上，实证主义由于相信‘法律就是法律’，已使德国法律界毫无自卫能力，来抵抗具有专横的、犯罪内容的法律。”[56]在哈特身后，实证主义者继起了对拉德布鲁赫的反驳，认为实证主义没有做纳粹的帮凶，恰恰相反，纳粹的主导法律意识形态是自然法。实际上，纳粹的种族优越论借用了一种完全生物意义的自然法[57]。从这个角度来看，拉德布鲁赫认为纳粹统治前和其统治时期，实证主义是法律界主导的思潮，这一认识是片面的，他给了实证主义一个它不应得的污名。[58]但是有趣的是，德国法律人为了集体的自我开脱，都愿意选择实证

[53] John Garner, Legal Positivism: 5 and half myths, The American Journal of Jurisprudence, vol. 46(2001)：199.

[54] [美]朱迪思•N•施克莱.守法主义：法、道德和政治审判.彭亚楠[C].北京：中国政法大学出版社，2005：45-46.

[55] [德]拉德布鲁赫.法律智慧警句集.舒国滢[C].北京：中国法制出版社，2001：169.

[56] [德]拉德布鲁赫.法律智慧警句集.舒国滢[C].北京：中国法制出版社，2001：169.

[57] Thomas Mertens, Nazism, Legal Positivism and Radbruch's Thesis on Statutory Injustice, Law and Critique, Vol 14, Number 3, (2003)：281-184.

[58] Thomas Mertens, Radbruch and Hart on the Grudge Informer: A Reconsideration, Ratio Juris, vol.15 ,No. 2(June

主义作为替罪羊，而拉德布鲁赫显然为他们找到了自我开脱的理由。[59] 自那以后，当代法哲学中实证主义与自然法夹缠不清的嘴皮仗就绵延无休了。

如果穷根究底，自然法只是在立法领域做了纳粹帮凶，纳粹所借用的自然法也不是通常所理解的任何一种，甚至可能是对自然法的扭曲和滥用。[60]反过来说，在纳粹统治期间，纳粹司法机构的主导意识形态是实证主义还是纳粹意义的自然法，这二者又能造成什么实质性的区别？在纳粹极权机器的无上威力之下，忠于法律无可避免地要屈从于忠于纳粹意识形态。如果一个法官具有道德上的勇气，敢于援引圣·托马斯·阿奎那的训诫来质疑纳粹法律的合法性，他也许能够证明面对极权统治法律人还可以保存自己的良心自由，但他必然会惨烈地死去。哈特坚持在告密者案中要将法律和道德分离开来，“这些法律是法律，但是它们太邪恶了以至于不能被遵守”，[61]在这一点上，哈特和阿奎那并没有实质分歧。如果哈特真地是这样要求法官的，那这是一个在道德上比拉德布鲁赫还要苛刻得多的要求，普通公民可以对法律持一种外在观点，不与既存体制合作，法官却是必然要对法律持内在观点的。

“在任何特定时间，依据规则（法律规则和非法律规则）为生的任何社会的生活都可能存在于两种人之间的张力之中：一方面是接受规则和自愿合作以维护规则，并因而从规则的观点来看待他们本人和他人行为的人；另一方面是拒绝这种规则，仅从把规则作为可能惩罚之征兆的外在观点出发才注意这些规则的人。”[62] 哈特在《法律的概念》提出的“内在观点”与“外在观点”实现了当代法理学中的阐释学转向，在某种意义上，“内在观点”这个概念可能是哈特对法理学理论最伟大的贡献。[63]然而在哈特提出这个概念以后，人们对内在观点和外在观点的含义发生了诸多争议，其中最有意思的争议就是，哈特和德沃金都认为霍姆斯法官的“坏人论”是极端的外在观点，有人却提出“坏人”也是持内在观点的。[64]如果哈特考虑一下那些被盟军废止效力的纳粹法律，他就会发现面对这样的法律，大多数正派的公民会对这样的法律持“外在观点”，内心并不认同它的合法性，他们可以选择从社会中退隐，或者选择良心的拒绝，至少可以采取一种不抵抗也不合作的消极姿态，维持自己的良善生活，而一个坏人倒是有可能对这种法律持“内在观点”，接受它并自愿同它合作。臭名昭著的奥斯威辛集中营，其领导管理机构就是由党卫军精心挑选的三十名德国刑事犯组成的。一个人是不是要对法律持“内在观点”，“内在观点”到底是什么，关键在于“内在”于什么样的法律。哈特坚持坏人对于法律持极端的外在观点，实际上是将道德上邪恶的法律根本排除在了他所描述的法律之外，换言之，哈特的规则解释论法律实证主义如果要坚持自

2002)：193.

[59] [德]英戈•穆勒.恐怖的法官——纳粹时期的司法.王勇[C].北京：中国政法大学出版社，2000 年：203.

[60] [德]海因里希・罗门.自然法的观念史和哲学.姚中秋[C].上海：上海三联书店，2007：139.

[61] HO Pappe, On the Validity of Judicial Decisions in the Nazi Era, Modern Law Review, vol.23 (May 1960)：130.

[62] [英]哈特.法律的概念.张文显等[C].北京：中国大百科全书出版社,1996：92.

[63] The Path of the Law and Its Influence, The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr., edited by Steven J. Burton, Cambridge University Press(2000)：197.

[64] The Path of the Law and Its Influence, The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr., edited by Steven J. Burton, Cambridge University Press(2000)：163.

己对内在观点的解释，逻辑上必须以“恶法非法”作为预设前提。关于“内在观点”和“外在观点”的另一个关键问题是，普通公民可以对法律持“外在观点”，法官却只能对法律持“内在观点”，正常情况下，法官持“内在观点”可以保持自己的良心自由，纳粹统治下，法官无法保留自己的良心自由，他们集体充当了纳粹合法罪行的协从犯。班贝格上诉法院在间接犯罪的论证中把纳粹法院等同于一个和恶狗、猛兽、陷阱相同的东西，其实是一个非常贴切的隐喻。1985年，当德国人对纳粹的集体记忆已经模糊、创痛已经平复的时候，西德联邦国会通过了一项决议，宣布：“‘国民法院’这一机构实际上不能算作一个法院，而是纳粹进行独裁统治，实行恐怖高压的工具。”[65]

就在拉德布鲁赫写作《法律的不法与超法律的法》的那一年（1946），雅斯贝斯出版了著名的《德国罪责》一书，呼吁德国人正视纽伦堡审判，承认德意志民族的集体罪责，并要区分集体罪行与个人罪行。1945年8月，雅斯贝斯在一次演说中就曾提醒德国人：“当我们的犹太朋友被拉走时，我们没有上街；直到我们自己也遭到毁灭的时候我们才叫喊起来。我们宁愿脆弱地活下去，理由是我们的死帮助不了任何人。这个理由是站不住脚的，即使这是合乎逻辑的。我们活下去是有罪的，是于心有愧的。”[66]在《德国罪责》一书中，雅斯贝斯指出，除了法律意义的罪行之外，“‘你们是有罪的’这个陈述可以有几种含义，它可能意味着：‘你们必须为你们忍受的这个政府的行为负责’——这涉及到我们的政治罪行。……或者：‘你们支持这个政府并且同它合作，因而是有罪的。’这其中有我们的道德罪行。……‘或者，当罪恶在实施时，你们袖手旁观没有采取行动阻止，因而是有罪的。’这里暗伏着我们的哲学（意义的）罪行。”[67]雅斯贝斯呼吁德国人停止对纽伦堡审判的指责，要正视这种耻辱本身的含义，德国人的耻辱并不在于审判，而在于为德国人招致审判的纳粹体制及其暴行。[68]雅斯贝斯在二战后率先充当了德国人的精神导师，他的集体罪责理论深刻地影响了一代德国人，从1950年代开始，德国政府开始了对种族灭绝、战争犯罪和大规模暴行受害者旷日持久的赔偿，这一行动现在还在延续。[69]

无从查考的是，拉德布鲁赫有没有受到雅斯贝斯集体罪责理论的直接影响，但在《法律的不法与超法律的法》的字里行间，都能感受到拉德布鲁赫对德国法律人集体罪责的沉痛。《法律的不法与超法律的法》中共提到四个案例，拉德布鲁赫对于告密者涉案纳粹法官的处理是很独特的，他认为应认定法官被告罪名成立，但可援引《德意志刑法典》第54条关于紧急状态的规定，对其免予处罚。因为法官如果拒绝裁判，会遭遇生命危险。[70] 拉德布鲁赫和班贝格法院一样，赞同采取间接犯罪的裁决路径，同样主张不需要触动纳粹法律的合法性就可以判处告密者有罪，但他又不同意对法官不予定罪，而主张定罪然后免责，

---

[65] [德]英戈•穆勒.恐怖的法官——纳粹时期的司法.王勇[C].北京：中国政法大学出版社，2000 年：273.

[66] ［美］科佩尔•S•平森.德国近现代史——它的历史和文化.下册.范德一[C].北京：商务印书馆，1987：732.

[67] Karl Jaspers, The Question of German Guilt(2nd Edition),trans. by E. B. Ashton, New York: Fordham University Press,2000：43.

[68] Karl Jaspers, The Question of German Guilt(2nd Edition),trans. by E. B. Ashton, New York: Fordham University Press,2000：48.

[69] The Legacy of Nuremberg: Civilising Influence or Institutionalized Vengeance? Edited by David A•Blumenthal and Timothy L•H• McCormack, Leiden, Boston: Koninklijke Brill nv, 2008：13.

[70] [德]拉德布鲁赫.法律智慧警句集.舒国滢[C].北京：中国法制出版社，2001

这样等于就将告密者案和法官案分别处理了，而实际上这两个案件是不应该分别处理的。拉德布鲁赫在文末暴露出的这个矛盾，表明他不赞成当时德国法律界主导的普遍宽免法官的舆论。[71]在纽伦堡审判主要战犯之后，德国司法界普遍反对在疑难案件中给法官定罪，因为法官不能逃避司法指责，也就没有主观犯意。这是一个集体性的“自我开脱”。[72]在魏玛共和国担任过司法部长并被纳粹视为“政治上不可靠”而剥夺海德堡法律教席的拉德布鲁赫，偏偏主张对法官定罪然后免责，这难道是他在表达自己政治清白的道德优势吗？《法律的不法与超法律的法》结尾有一句耐人寻味的诘问：“那些深受居于主导地位的实证主义毒害、除了法律其它的一概不予承认的法官还可能在应用实证法的时候怀有枉法的意图吗？”[73]实际上，拉德布鲁赫的本意是同雅斯贝斯一致的，纳粹统治期间德国法官整体丧失了良心自由，无法认定他们具有枉法的意图。这是集体的罪责，不同于个人的罪责，个人罪责不能宽免，集体罪责可以宽免但不能否认，这就是拉德布鲁赫对法官案提出独特司法意见的真实考虑。

或许拉德布鲁赫是在真诚地忏悔，如果纳粹统治之前，德国的法律人不是像他自己最初那样笃信实证主义，而是认识到实证主义的界限，适当地诉诸对正义的考虑，德国就不会沦落在纳粹的暴政之下，至少可以抵御那些专横的、具有犯罪内容的法律。这是一个天真的幻想，但拉德布鲁赫并不是在占领道德制高点苛责自己的同行，而是希望借此说明德国法律人的集体罪责。二战以后，拉德布鲁赫建议对法律教育进行实质性的改革，应当把自然法、人权和比较法的内容引入到法律教育中，这一建议无疑是正确的。[74]然而历史无法假设，实证主义？自然法？谁真地能够避免纳粹暴政的出现？谁真地足以抵御合法性断裂这个现代性的困境？

公元前63年，罗马执政官西塞罗向元老院揭露了野心家喀提林蓄意暴动颠覆共和的阴谋，元老院授权他逮捕了喀提林，为了避免喀提林党人继续作乱，他亲自监督，没有经过审判就处死了喀提林。由于成功破解了这次阴谋，挽救了共和国的危亡，他被罗马人誉为国父。[75]当西塞罗抨击苏拉滥用公敌法令、不经审判就处死很多守法公民的时候，他曾经疾呼这些不公正的法律就不是法律。那么他会怎样解释自己不经审判就处死喀提林的行为呢？或许“恶法非法”的理想不适用于国家危亡的紧急时刻，或许忠于法律的信念也不能用于对待穷凶极恶的国贼。两千年后，德国人捡起了西塞罗“恶法非法”的古老训诫，他们不愿意不经审判就处死罪人，尽管英国和俄国的战胜者都这样主张。他们要追问第三帝国的法律是否违背了这古老的训诫，为要在未来杜绝第三帝国的恶行。但是法律人应该深省，无论是自然法的理想天国还是实证主义的理想天国，还是二者兼而有之的法律理想天国，守法主义本身都不足以杜绝暴政的出现。只有一个开放和普遍承担政治责任的健康公民社会，才能帮助人们避免未来的厄运。

---

[71] [德]英戈•穆勒.恐怖的法官——纳粹时期的司法.王勇[C].北京：中国政法大学出版社，2000年：259.
[72] [德]英戈•穆勒.恐怖的法官——纳粹时期的司法.王勇[C].北京：中国政法大学出版社，2000年：256.
[73] [德]古斯塔夫•拉德布鲁赫.法哲学.王朴[C].北京：法律出版社，2005。
[74] Thomas Mertens, Radbruch and Hart on the Grudge Informer: A Reconsideration, Ratio Juris, vol.15 ,No. 2(June 2002)：193.
[75] [古罗马]阿庇安.罗马史.下卷.谢德风[C].北京：商务印书馆，1976：103.

论人权的合作权

刘志强[1]

【摘　要】人权是一种既包含防御性又有存在合作性的权利，以斗争性方式追求人权，而忽略了人权中的合作权，则会有害于对人权的全面把握。人权中的合作权，是公民与国家公权力之间的妥协和通力协作的模式。从主体间性理论来看，合作型的人权，其实现的模型、特点、原则与功能，都超越了防御型的人权。从主体性到主体间性理念的转变，人权合作权是人权事业不断进步的主要途径。

【关键词】人权；合作权；主体间性；合作

人权，是人生而为人应当享有的权利。我们从人权概念中，可以揭示出两个核心面相：防御权与合作权。[2]随着人权学说不断发展深入，形成了诸多观点。学界主流学者一般将国家的人权保障义务分为四个方面 :尊重的义务、保护的义务、满足或确保的义务、促进的义务。[3]简要来说，也就是国家的消极义务与积极义务，前者要求国家不侵害公民的合法权利，后者要求国家积极采取行动、创造条件保障公民权利。但长期以来，诸多学者均将研究重点侧重于人权消极性的防御权的研究，人权的合作权被或有意或无意、或被动或主动地处于失语状态。作为一项普遍性的权利，人权不能单单依靠个人主体及其自身的防御性能，通过排除国家公权力侵害而完成人权实现的功能与任务，同时还应当依靠积极合作的另一面，使人权中的合作权成为在国家治理中把我国人权事业不断提高的助推器。

在主体性支撑的现代社会当中，人权合作权，究竟如何界定？存在什么具体内容？其外在特征与内部价值为何？学术界都语焉未详。为推动人权的主体性重建，打破原有的以个人主体为中心，及一味强调权利所具有的个人独白单务一面，人权核心要素中不仅有防御权，也有合作权，我们须转向到注重主体关系的主体间性视角，即从权利与权利之间、权利与权力之间均为主体中既防御又合作，在合作中求共生来研究人权的合作权。

从理论上来说，人权作为一种应然和法定的状态，要转变成现实之中实然的状态，还需要公民私权与国家公权通力合作。所谓人权中的合作权，是指个人要实现自己的权利，不仅要防范公权力的侵害，亦要与国家公权力进行合作以达到私权更好人权实现的状态。这种合作权，是个人私权除防御权外的另一种权利，它针对个人私权来而言。合作权中合作，则是针对私权与公权之间一项功能。如果说个人防御权是人权核心要素中原权利（或者说第一权利）的话，那么合作权，则是人权中核心要素中派生的权利（或者说是第二权利）。合作权既然是私权一项权利，按照法理来说，既可以行使也可以放弃。私权如果一

---

[1] 本文已在《四川大学学报》（哲学社会科学版）2020 年第 5 期刊发。
刘志强，广州大学人权研究院法学教授、博士生导师，广州学者特聘教授。
[2] 参见刘志强：《论人权法中的国家义务》，《广州大学学报（社会科学版）》2010 年第 11 期，第 18-19 页。
[3] 韩大元：《国家人权保护义务与国家人权机构的功能》，《法学论坛》2005 年第 6 期，第 5 页。

味防御公权，是达不到人权实现的高度。因此，在国家治理中，要实现人权保障的饱满度，只有私权行使合作权，通过合作管道才能的实现人权满足的功能。

人权中的合作权，在国家治理过程中，应该要区分日程政治下和非日程政治下合作权，不同状态下呈现出不同的定位、功能和特点。比如 2020 年春新冠状病毒的疫情，私权与公权之间进行合作共同抗疫，就是一个合作权中合作的典范。因此，本文拟以哈贝马斯的主体间性理论为视角，通过个人私权与国家公权二者沟通协调的交往行为来论述人权的合作权和合作功能。

一、人权合作权的历史逻辑

（一）人权中防御权的局限

从人权的外延上看，近代的人权理论是以三代人权进行划分的，第一代是人权的自由权，第二代是人权的社会权，第三代则是集体人权。[4]最初，人权是与一定的阶级利益相联系的，以此反抗其他政治势力以及要求对国家权力进行限制。因此，近代人权理论以保障自由权为核心构建而成。但随着社会经济政治文化的不断迁衍，学术界在研究人权时，同时也认为人权具有两个基本的方向，自由权与社会权。

1919 年德国《魏玛宪法》出现后，人权理念从原本反对国家干预的“自由权”逐渐转向了“社会权”观念，强调国家积极提供合理生存、便利生活的种种受益的权利，社会权被普罗大众所接受，此后也经由其他地区学者翻译称之为受益权，[5]社会权亦与人权的合作权息息相关。另一方面，“防御权”的概念最早则出现于 1958 年德国联邦宪法法院的“吕特判决”之中：“基本权利的主要目的在于保障个人自由免受公权力的干预。”[6]许多学者将防御权与自由权相混淆。实际上，在许多人的观念中，防御权与自由权就是相同的概念，防御权不过是自由权的别称罢了。自由权在其最基本、最狭窄的意义上就是个人排除国家介人私人领域，以确保个人自由决定与自由行动的权利。[7]但实际上自由权在现代宪法理论中有着多重的含义，防御权只是自由权的一个方面，是从自由权当中所演绎出的。防御权在自由权中仅仅体现要求了国家的消极义务，是要求国家不作为，体现的是“自由法治国”的理念。此后，防御权才成为当代宪法学普遍使用的概念，但防御权并不能满足现代人权发展的需要。

随着社会与人权理论的发展进步，人权的内涵也在扩充，防御权自身局限性愈发凸显：

第一，防御权无法诠释完整的人权覆盖范围。自第一代人权开始，人权的内涵包括了公民、政治等各方面免于被国家侵害，排斥国家干预的自由权，即所谓消极人权。但随后，第二代甚至第三代人权便涉及到了请求国家作为的权利以及集体性的权利，其方向及权利范围与防御权理论并不一致，人权覆盖范畴在防御权理论中出现了缺漏。

---

[4] 参见朱孔武：《人权的内核——兼论“以人为本”的宪法涵义》，《西南政法大学学报》2005 年第 3 期，第 76 页。
[5] 参见汤闵淼：《社会权的确证与实现》，吉林大学 2016 年博士学位论文，第 19 页
[6] Donald P, Kommers.The Constitutional Jurisprudence ofthe Federal Republic of Germany [M].Durham and Lon-don:Duke University Press, 1997:361-363.
[7] 张翔：《基本权利的规范建构》（增订版），法律出版社 2017 年版，第 115 页。

第二，防御权所体现的人权主体位置滞后于时代。自人权发展至第三代以来，人权涉及的主客体涵括了公民个体甚至于国家政府，人权的防御权理论实际上对公民个体来说，仅仅要求国家权力不作为以及不侵害其基本权利，公民与国家被放之于对立面。但人权发展越进步，主体间的关系往往就越复杂，人权中的主体并不总是对立的，也有可能是共同协作的关系。

第三，防御权保障与实现方式不利于人权进一步发展。防御权是一种消极的不作为性质的权利，其本能性地排斥国家对自由的干预。但人权并不总是孤立的，同样存在着集体性与社会性的方面。因此，单方面的沉默无益于进步，甚至滞碍了人权直面丰富现实世界所应保有的开放性与进步性。故而，在保持防御权底线的前提下，沟通、协调与合作才是未来人权的发展方式。

（二）人权从防御权到合作权的观念变迁

人权从防御权开始转向合作权是一个时代变迁过程。自 17 至 18 世纪以降，人权的系统理念逐渐形成，欧洲人文主义思想家逐渐开始强调解放人性与自然独立的主体性思想，主张在主客体之间树立主体地位，形成独立人格，并提出了人的主体性问题。随后，主体性哲学在笛卡尔到黑格尔的时代里，得到了基本确立，因而主客体完成了自身的二分形态，主体论逐渐成为了思想观念理论的主流，客体则受主体所支配影响。在这样的哲学理论影响下，个人主义、理性主义与人道主义为主的主体性支撑型社会[8]逐步确立，防御性的人权作为一种对抗性的权利概念也在西方思想变革与社会发展过程中渐渐深入人心。这在不同学说之中均有体现，如霍布斯提出的暴力起源论、[9]洛克的家庭起源论[10]或是卢梭的社会契约论。[11]这些学说或多或少都从多个角度说明了国家权力与个人权利的关系，要求政府不作为。从立宪主义的精神来看，防御权的功能在于对抗公权力，防止公民合法的人身财产权益受到公权力的侵害。[12]西方社会百年来在此基础上制定了相关制度与法律保障人权，个人的权利意识与竞争意识极大地增强，主体论在其中作为一种哲学思想导向，发挥了巨大作用。只不过，在主体性哲学的主导下，资产阶级革命利用了人权的对抗性，鼓励人民以抗争方式追求自身权利，包含诸多自然权利的防御权作为一种斗争工具为新兴资产阶级所用。

但在人权的构成之中，不仅仅有对立抗争的一面，也存在着协调合作的一面。也就是说，人权构成要素中包含着防御权和合作权,从公权力的不作为与作为来看,也揭示了公权力与人权主体之间既有对抗又有合作关系。而人权的实现,不仅仅在于对抗,也在于合作。[13]这是人权的天然性质所决定的。事实上，社会的发展主体在人权方面并非是如同哲学理论一样完全达到“主客二分”的理想境界的，它们大多时候是混同的、交替的、不完全分离的，

[8] 郑智航：《转型中国法律现代化的共时性逻辑——基于一种主体性哲学发展的思考》，《江汉论坛》2015 年第 3 期，第 134 页。
[9] 参见[英]霍布斯：《利维坦》，黎思复、黎廷弼译，商务印书馆第 1986 年版，第 128-132 页。
[10] 参见[英]洛克：《论政府》（下篇），叶启芳、翟菊农译，商务印书馆第 1996 年版，第 59-77 页。
[11] 参见[法]卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆第 2003 年版，第 18-22 页。
[12] 参见张翔：《基本权利的规范建构》（增订版），法律出版社 2017 年版，第 113-114 页。
[13] 刘志强：《论人权法中的国家义务》，《广州大学学报（社会科学版）》2010 年第 11 期，第 19 页。

人权的实行者某种角度上也是受影响者，相对的受影响者在一定程度上也是人权政策的践行者。[14]就此而言，无论在世界还是在中国来看，主客体的混同与交替代表着个人与国家社会之间并没有完全被划分成对立的状态。也就是说，个人与国家社会的发展之间是存在着息息相关的、利益相连的一种状态，过分夸大其中一方的主体性会引发更多的社会问题。

20 世纪以后，防御权也开始在社会转型发展过程中显露出自身的问题，在此情况下，许多哲学思想家开始了对主体性哲学的自我否定与改造，偏向对抗斗争的主体性文化开始走向偏于沟通对话的主体间性文化，[15]合作权也开始在人权中崭露头角。主体间性理论虽然是现代西方哲学的范畴，作为显性知识的主体间性知识多见于胡塞尔、海德格尔、伽达默尔、哈贝马斯等人的论著中。[16]伴随着主体间性理论的兴起与进步，人权的合作权逐渐在越来越多的社会主体之间得到认同与实施，人权开始更多地转向协同合作的方向。

（三）人权合作权治理格局

18、19 世纪，国家的任务主要是“保家卫国”，人民期待政府减少干预，更注重消极的防御性的自由权；20 世纪后，因世界经济社会的发展变化，各国国家的任务开始发生转变，人民转而强调国家对受益性的社会权的积极保障。基本权利的功能不再仅仅涉及对国家权力的限制，而是在“结构耦合”中实现对国家权力的塑造，从而实现了一种双重加强，既强化了个体自由的保护，又同时增强了国家在保护个体自由方面的权力，实现了对个体、对国家的双重功能。[17]时代的发展代表着理论的革新与目标的转换。

人权合作权的倡导是对防御权的超越，是对社会权的进一步诠释，提出了具体且新型的人权实现方案。首先，使公民积极参与建设共建共治共享社会治理格局。公权与人权之间从来不是非此即彼的关系，在公共生活中运用人权合作权，有助于化解社会矛盾。社会利益格局的不断调整带来了不同个体、不同群体、不同阶层表达出不同的利益诉求。与之对应，公权力主体无法对日益凸显的社会新矛盾、复杂纠纷和冲突视而不见。也就是说要以理性、务实、辩证的态度对待社会差异和矛盾，既不回避和掩饰，也不夸大和激化，而是以沟通、协商的方式加以解决，使诸多不稳定因素在对立共同体中相互依存、相互中和、相互同一，最大限度地化解乃至消弭当下一些社会矛盾、纠纷、冲突，从而促进社会稳定，维护社会和谐。其次，构建不同主体相互沟通，相互包容、相互借鉴的社会共同体也需要人权合作权的运用与深入。改革开放以来，西方自由主义思潮涌动，中国社会一定程度上受到冲击，当下，个人利益奉为圭臬的不良现象仍大倡其道，人权合作权强调个人是社会中的个人，主张社会是由个人构成的社会，倡导社会应为个人实现价值提供良好环境与必要支持、个人应以社会共同奋斗目标和共同行为准则作为自身价值取向和行为标准。鼓励人权合作权对于解决当下社会与个人之间的价值冲突无疑具有一种补救和疗治功效。

---

[14] 参见郑智航：《转型中国法律现代化的共时性逻辑——基于一种主体性哲学发展的思考》，《江汉论坛》2015 年第 3 期，第 133 页。

[15] 参见郑智航：《论法律内在逻辑的基调演变》，吉林大学 2010 年博士论文，第 92-95 页。

[16] 洪晓楠、蔡后奇：《文化自觉的主体间性维度——对文化自觉“空间轴”的哲学反思》，《哲学研究》2015 年第 8 期，第 117 页。

[17] 李忠夏：《宪法变迁与宪法教义学》，法律出版社 2018 年版，第 286 页。

二、人权合作权法理基础

人权的实现，离不开多个主体的自我觉醒与共同分工协作。从普遍性到特殊性，从个体性到集体性，从政治性到非政治性，从国内到国际性，从自由权到政治权，人权合作权的具体内涵伴随着人权主体性矛盾冲突的发展而发展。究竟以什么样的方式去实现合作权，合作权的内涵、特点、原则为何？我们有必要厘清人权合作权这些具体内涵。因此，在人权的主体性重建过程中，我们可以以主体间性视角来诠释合作权。

（一）人权合作权对防御权的超越

合作权是人权当中的两对核心要素之一，与防御权共同构成了人权概念的整体。从应有权利角度来看，合作权是人权中派生面相，是由公民与国家基于人权义务共同保障核心权利之一。从法定权利角度来看，合作权是宪法规范所规定的，国家与公民双方通过共识达成的作为权利。从实有权利角度来看，合作权是公民与国家之间就人权进行交流与妥协的实际权利。

在人权当中，防御权是第一位的，合作权是第二位的。人权中的防御权作为一种国家的消极性义务，是对抗性的体现。[18]无论是否对其进行强调，它都会自然而然地在法律之中以抗争性的形式表现出来。但合作权不同，合作权要求的是国家应通过积极的交流与妥协，与公民进行合作，达成保障与实现人权的目标，这是从国家与公民的交往行为之中体现出来的。

通过与防御权的对比来理解合作权，可以说合作权与防御权功能是两个价值理念完全不同的概念，具有不同的内涵。作为人权的合作权的发展同防御权息息相关，但比防御权更有益于推动人权的实现，二者在覆盖范围、参与主体以及实现方式等诸多方面完全不同，有着不同的全新意义。

在覆盖范围方面，合作权有更具体的覆盖范围。合作权同样是一种积极性的权利，其内涵蕴藏于人权法理之中，是第三代人权的一种表征。比起防御权，合作权能够推动人权由理念性向实践性发展。在多主体的参与下，合作权所涉及到的集体性人权可以推动应有人权向实有人权转化，并且能够表现出现代人权更加丰富的涵义与范围。

从参与主体上来说，合作权主张多元参与，甚至于没有主客体之分。合作权的实现当中所需要的是公民个人、社会群体甚至国家政府之间的平等沟通与合作，并不像防御权一般将不平等的主体置于对立局面。合作权目的是要国家在公民基本权利的实现中承担更为积极的角色，通过国家、社会与公民共同协商交流从而实现公民的基本权利。

从实现方式看，合作权能够发挥各个主体的自身优势，在社会实践过程中共同行进，促进人权保障。而防御权更多依靠的是国家机关的自觉以及国家强制力的保障，从立法、行政以及司法三方面提出相关的保障公民基本权利的消极义务。但仅有单方规范无力加强人权发展深度，集体性以及主体间性的发展意味着人权必须发掘出新的实现方式，合作权

[18] 参见张翔：《基本权利的规范建构》（增订版），法律出版社 2017 年版，第 119 页。

在其中就具有其天然性的优势。

因此，就人权的合作权来看，当下社会个人的权利和自由不仅与国家政府活动有关，还与其他个人主体和社会的关系有关。没有国家社会与其他主体的配合，单独强调个人利益优先容易破坏社会团结与平衡，[19]无法充分保障自身的人权，也容易造成社会关系的紧张。这是人权防御权不适应于当下社会的重大症结所在，也直接派生了人权的合作权的用武之地。

（二）人权合作权内部原理

（1）合作权中的间性思维

哈贝马斯提出的主体间性思想，可以作为人权合作权的主要指导理论。主体间性理论主要聚焦于如何在主客体之间通过相互的交往行为互相沟通联系对方，从而在交流与妥协之中形成共识与认同观念。[20]在主体间性理论之中，主体不是孤立的，每一个主体都是处于公共领域之中的，互相之间存在联系，每一个主体都在互相面对，同时还需要面对社会。[21]但目前，人权主体间沟通联系过分薄弱，再加上受当下大行其道的社会达尔文主义影响，导致以主体性哲学为指导的主客体二元，往往在社会公共活动中过分强调对方的责任与义务，不注重同其他主体进行沟通交流，致使现代人权内涵过度主体化与虚无化。一旦公民在人权活动中缺乏交流与引导，参与的自觉性与主动性都会更低，态度不一的主体参与方式与结果也会呈现两极化趋势。这样的做法既使公民人权无法更好实现，又会削弱政府自身执行力，拖后相关社会合理建设，呈现无效乃至多输的零和博弈结局。无论公民在人权活动中是过激还是消极的态度，人权方面的沟通渠道与机制过少，一方面会导致人权合作权沦为主体对抗性的牺牲品，间接地造成人权活动失败，另一方面也不利于公民与政府以一个平等理性态度进行互相交往，共同保障社会秩序。

哈贝马斯曾言："社会世界是由规范语境构成的，而规范语境则明确了哪些互动属于合理人际关系总体中的一个方面。有效规范所适用的行为者同样也属于这个社会世界。"[22]也就是说，作为行为者的个人与国家无论如何都无法处于"独白"状态，因为所有的规则与活动都处于公共状态之中。在这样的情况下，主体的权利与义务则需以商谈与沟通的形式来互相赋予。涉及人权的社会公共主张，如果对于参与的主体而言，既要提出对他人的权利要求，还要承担对他人的义务，那么合作是实现社会利益的最优选择。

（2）合作权中的共识型范畴

主体间性理论与合作权具有天然的契合关系。依照哈贝马斯主体间性理论，交往参与者在解释过程中可以获得共识的解释模式，价值共同体的团结与社会化个体的能力，都属于生活世界的组成部分。[23]两个以上的主体可以以一种平等且理性的态度，通过沟通交往

---

[19] 李拥军、郑智航：《从斗争到合作:权利实现的理念更新与方式转换》，《社会科学》2008 年第 10 期，第 108 页。

[20] 参见[德]于尔根·哈贝马斯：《交往行为理论》（第一卷），曹卫东译，上海人民出版社 2004 年版，第 99-100 页。

[21]参见[德]于尔根·哈贝马斯：《现代性的哲学话语》，曹卫东译，译林出版社 2008 年版，第 310-311 页。

[22]参见[德]于尔根·哈贝马斯：《交往行为理论》（第一卷），曹卫东译，上海人民出版社 2004 年版，第 87 页。又参见马剑银：《哈贝马斯的基本权利观——商谈论视角的基本权利体系重构》，《北大法学评论》2010 年第 1 期，第 277-278 页。

[23] 参见[德]于尔根·哈贝马斯：《现代性的哲学话语》，曹卫东译，译林出版社 2008 年版，第 312 页。

行为在不同的行为主体建立联系，互相之间达成理解与共识，从而实现双方目标。哈贝马斯在把不同的权利要素加以整合时，并不是简单将他们连缀和拼接起来，而是运用交往行为理论和商谈论，把它们整合成为内在关联和相互构成的整体，从而实现了对传统权利理论的一种超越。[24]这种主体间性理念可以通过沟通、联系、妥协与互相配合的方式强化主体之间的关系，打破人权自身双面性，推动人权的合作权找出除去斗争之外的实现方式。这从侧面来看也可以说明人权具有社会属性，个人主体之间、个人与国家之间的关系不总是经由想象建构出来的抗争性，真实世界中的人权面相及其发生是复杂的，还存在着一种合作关系，执其两项，无疑更有利于双方利益的协调、发展与进步。

在经济与社会不断的发展过程中，主体性理论已经充分发挥了自身的作用，但过度偏重强调个体地位或重要性也给社会发展带来了不良影响。人权方面，要想使人权的合作权得到充足的社会实践，以哈贝马斯的主体间性思想为指导，可以使个人主体与国家政府的关系完成一次主体性重建[25]的过程，在公民与国家之间建立合理的沟通渠道。因此，个人与国家可以通过磋商互相妥协。一方面，政府可以为公民实现人权提供表达与协商的政治渠道，另一方面，公民用沟通方式协调自身利益与社会公共利益的相关冲突。不同主体间政治期待均可在对话合作中达致个人与他人、个人与社会、个人与政府权限利益的合理平衡。

从双方关系上来说，主体间性理论可以推动人权的合作权的保障与实现，而合作权在现实当中的应用，也加快了主体性重建的进程，深化了主体间性理论的实践意义，二者是相辅相成的存在。所以，主体间性理论与合作权具有互相契合关系，如果各方均能通过主体间性理论多主体、多立场、多角度地看待人权合作问题，反思自身，积极运用交往方式达成合作，就能明确各个主体之间的权利与义务，缓解主体之间的矛盾，实现人权合作权的理念更新与发展方式的合理转换，同时促进社会的发展进步。

三、人权合作权的逻辑展开

（一）人权合作权的模型

（1）合作权的模式

依照哈贝马斯主体间性理论建立的人权合作权，人权的发展模式采取的是一种双主体的形态：权利与权利之间的双方主体关系，体现了尊重与妥协；对于权利与权力之间的双主体关系，则主张通过沟通实现人权状态圆满的模式，被称为通力合作。合作权的双主体模式是人权发展的新型模式。

不同地区国家选择人权发展的模式往往受到外部压力与内部因素影响，体现出不同的政治经济性与历史文化性，但大多与主体性理论内容的引导性有关。[26]从哲学历史角度来

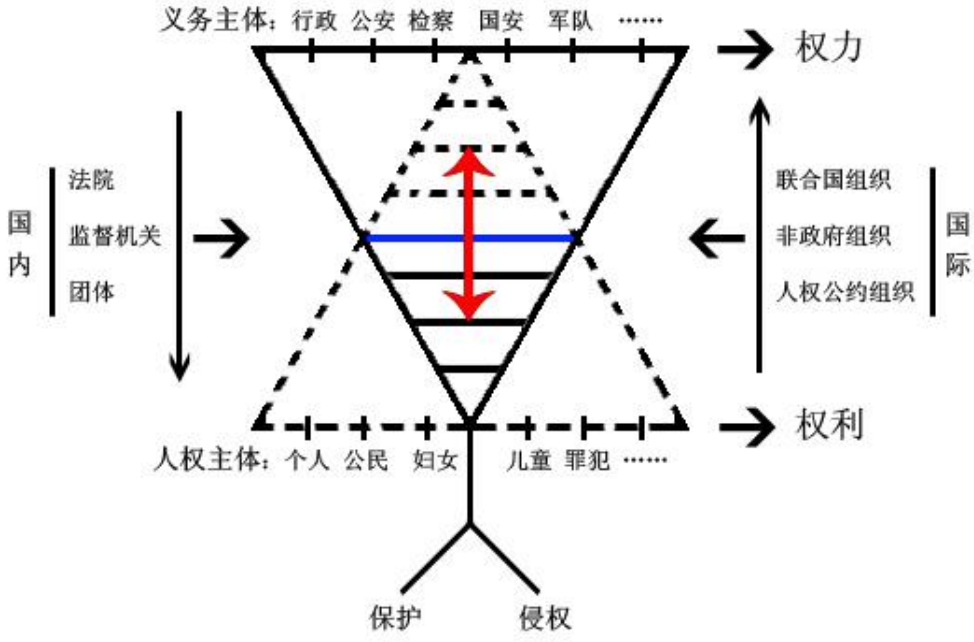
[24] 高鸿钧：《权利源于主体间商谈——哈贝马斯的权利理论解析》，载高鸿钧：《心寄治邦》，法律出版社 2015 年版，第 189 页。

[25] 郑智航：《从互惠性到宽容性:法律责任构造逻辑的嬗变》，《山东大学学报（哲学社会科学版）》2018 年第 2 期，第 86 页。

[26] 参见广州大学人权理论研究课题组：《中国特色社会主义人权理论体系纲领》，《法学研究》2015 年第 2 期，第 61-65

看，主体性自身伴随着历史发展产生了多种意义：一是本原意义，即突出它与其他事物的主从关系；二是能动意义，即主体自身不同于其他事物的自主能动性；三则是交互关系意义，即着眼于主体之间的交互性关系。[27]随着时代与社会的发展，主体性理论的历史局限性正日益凸显出来：第一，主体性理论无法解答主体内部的矛盾问题，强行划分主客体导致唯我论与自我中心主义，造成人与自然关系的恶化，人与社会关系的恶化以及人本身的异化。第二，主体性理论受认识论影响，忽略了本质上主体与主体之间的关系。正因如此,人们在现代条件下扬弃了主体性理论而选择了主体间性理论。

合作权采取的双主体模式既能适应现代社会的发展需要，也可以弥补主体性哲学进行主客体划分产生的问题。假若合作权的模式依照主体间性理论建立起来，存在将会被认为是主体间的存在,孤立的个体性主体也会变为交互主体，主体内部的矛盾不会再像过去一样堆积堵塞，而以交流方式缓冲改善。无论是权利主体抑或是权力主体，都能在人权保障与实现过程中建立平等地位，以尊重、妥协与合作的方式建立平等关系。这就是双主体合作模式的优势所在。权力主体与权利主体的合作关系模型如图所示：[28]



在这个模型图中，实线倒三角顶点代表的是权力，虚线正三角顶点代表的是权利。实线倒三角顶点与虚线正三角顶点之间的关系，表示着权力与权利之间的合作关系，如模型图中间纵向粗黑线。实线倒三角权力顶点，如果由下向上，从点到面，说明权力受到越来越大的监控，权力服务权利越来越多，国家义务也越来越增强；反之,实线倒三角权力顶点,如果由点到点,意味权力大,尽管有对个别权利的重点保护。所以，实线倒三角权力顶点则

页。

[27] 参见韩庆样、邹诗鹏：《人学：人的问题的当代阐择》，云南人民出版社 2001 年版，第 263-264 页。

[28] 此模型图的构思受丹麦学者 Lonelindholt 博士的演讲启发而制作而成。模型图由广州大学美术与设计学院研究生熊中华、广州大学法学院研究生李丽娜根据笔者手描示意图绘制而成，特向这两位同学致以铭谢。参见 刘志强：《论人权法中的国家义务》，《广州大学学报（社会科学版）》2010 年第 11 期，第 22 页。

需要正三角形权利主体进行合作。在虚线正三角形中，权利主体由点到面进行合作，形成了权力和权利的顶点均由点到面，形成合作权交集最大化，如模型图中间横向粗黑线，则权力的服务和权利的支持，两者关系的合作达到帕累托最优。这个模型典型说明了人权合作权关系。[29]

(2)合作权的方式

哈贝马斯认为主体间互相达成理解和共识是通过交往行为予以实现。人权合作权的实现方式同样依赖于双方主体合理的交往行为模式的构建。根据辩证法三大规律之一的"否定之否定"规律，事物发展是前进性与曲折性的统一，事物发展遵循螺旋`式上升规律。[30]同样地，人权合作权的实现方式就像一个螺旋方程，它不是一次合作可以完成，而需通过不同主体多次交往合作，在交往合作中不断螺旋式地上升，通过交往行为合理化的实现从而不断提高人权水平。

首先，合理的交往行为以人权合作话语有效性为前提。人权合作话语的有效性包括人权交往话语的共通性、相互理解的规范性、一般前提要件的一致性等。现在的人权的保障与实现更需要公民与国家共同完成，但在人权的合作活动中，持不同话语立场的复数主体之间的利益划分与斗争势必会出现更加多层次的矛盾。主体之间也由于存在着互相吸引又互相排斥的趋势，造成话语场域内张力与链接的复杂情况，致使主体间的对话合作无法形成一致的前提。要达成合理的交往行为不仅需要坚持对人权实现的信心，各方主体以更加平和与开放的态度进行面对，更需要研究交往话语作为媒介的勾连功能，探讨公认的人权话语背景。

其次，合理的交往行为关键在于构建共同的规范标准。要在人权领域建立起主体间的秩序，毫无疑问要认可共同的规范标准，能够为交往各方普遍接受和遵循。对关涉人权的矛盾的争论与解决即通过沟通妥协的方式建立共同的规范标准，促使人权在合作发展过程中点滴进步，这也是人权多次合作的必要性所在。人权的合作权必须由共同的、 普遍的规范标准来指导，通过这样的方式，个人与国家的关系在合作中不断深入与交集，同时，也对此过程中的因素既肯定又否定：肯定的是维持与推动人权发展的主体间性，否定的是过分强调单方人权责任的主体性。因而使社会互动和生活世界语境连为一体。[31]人权的合作权就在这样漫长的矛盾转化过程中形成新的共同的规范标准，在原有基础上不断发展出新的历史含义与实质内容。

最后，合理的交往行为依靠良好的交往环境的制度化。"生活世界乃是为行为角色的创造性活动提供相互理解的可能的建构性范围的因素的总和"。[32]从生活世界的视角追溯人权历史，不同的文化、符号系统、社会制度、个性自我相互交织，交往环境的发展时好时坏，也有前进和后退的过程，从地域、国家整体来看也存在着升降不定的情况，但总体而言，

---

[29]刘志强：《论人权法中的国家义务》，《广州大学学报（社会科学版）》2010 年第 11 期，第 22 页。

[30]参见[德]黑格尔：《逻辑学》（下卷），商务印书馆 2001 年版，第 314-316 页。

[31] 参见[德]于尔根·哈贝马斯：《现代性的哲学话语》，曹卫东译，译林出版社 2008 年版，第 334 页。

[32] 韩红：《论交往行为合理化的实现途径 ——哈贝马斯的交往行动理论的核心问题》，《学术研究》2002 年第 2 期，第 48 页。

交往环境质量既不是一味退步，也不是一味进步，也不完全是一味循环轮回。主体间从共同的生活世界出发达成理解，人权的合作权在公民与国家的抗争过程中寻求合作，双方主体又在合作过程中不断解决新的矛盾点，伴随着公共领域再生文化、整合社会和个性主体的形成，交往环境从低级到高级，从简单到复杂，人权的合作权亦是如此往复，不断起伏，呈现出一种螺旋性的上升。

（二）人权合作权的特点

合作权是不同主体打破原有对抗性模式，为共识而合作的权利，它是平等人权主体根据主体间性理论，在社会实践中以合作求共生的现实方案。人权的社会共识体现为，作为其中一种普遍性且具有最低限度的权利。合作权为社会矛盾缓冲阀，具有社会性、规范性、法定性与平等性等特点。

（1）社会性

合作权所希望达成的目标在于使每个公民享有应有权利，而它无法独立存在，社会性是其本质上的特征。这一点可以从多个角度上看出：其一，方式的社会性。通过构建合理的对话机制，我们可以在国家与公民之间构建一种相互的社会关系，而社会关系则是人权存在的前提。[33]社会的良法善治是人权合作权的一个目标，对社会来说，有效交流可以减少利益冲突。并且，合作是一种双向互动的反馈。其二，主体的社会性。人权受益的主体涵盖了全体公民，在实现当中也需要国家与社会的参与。权力行使越考虑公众参与，越有利于社会大众建立对于人权工作的信任，越能培养其人权观念。在权力话语中实现和保障公民的民主权利，能够更好地实现国家的民主法治和社会的长治久安。其三，目的的社会性。人权的合作权最终为了促进人权的实现，为此必须调和解决人权与公权的冲突。合作使人权与公权在对话中调和，协调私人利益和公共利益，由此实现社会的和谐。

（2）规范性

公民与国家的主体间行为不是毫无章法的，人权的合作权既有道德规范部分，也有法律规范部分，多主体的合作行为一部分受到道德限制，一部分受到法律规范：

其一，从道德角度来看，道德规范可以存在于广泛的主体里，表现为社会当中的风俗、习惯甚至于自然法之中。公民与国家共同进行社会活动必须遵守社会的这些公序良俗，实际上也受到道德规范的限制，合作权自然也不例外。其二，从法律角度来看，法律规范赋予了公民应有的基本权利与义务，同时要求国家履行对于人权的积极义务与消极义务，公民与国家之间的合作行为受到法律在一定范围内的规范与保障，但仅依靠法律规范会造成合作权缺乏“柔韧性”，或者导致社会成本畸高。

但无论是道德还是法律规范，单一部分对于合作权的管理行为都存在不足，需要二者进行互补。人权的合作权是以道德上平等主体的观念为基础，以人权大同为目标，但道德上的合作权无法得到实际强制力的帮助是无法实现的，因此需要向法律方面转化，以国家强制力保障合作权，因此合作权具有道德与法律双方的规范性特点。

---

[33] 参见董石桃、万斌：《论人权“社会性”的内在逻辑和科学发展》，《湘潭大学学报》（哲学社会科学版），第 138 页。

（3）法定性

法定性是合作权在道德与法律之间的界限。人权虽然始终更多地表现为一种道德上的权利，法律不能涵盖所有的人权，法律没有规定的也不应强行规范为人权，但人权的合作权始终会为法律所保障。

其一，对于公权力，权力的实施在不同主体之间是在法律的合理监督框架内进行的，超出了法律范围的权力行使会损害公民的应有人权，破坏社会的合理秩序。同时，法律限制了权力的实施范围，不会放任权力介入其不能也不应介入的领域。其二，对于私权利，法律明确规定了享有私权利的主体行使其自身合法权益需要兼顾社会公共利益，在合理合法的范围内进行，不得滥用自身权利。其三，公私主体的协同合作是由法律规定的，受法律保护。在这个道德与法律的区分过程中，各个主体对公权力与私权利的规范性合作都为法律所约束。

（4）平等性

在人权的防御权当中，公民与国家主体之间往往处于一种差异性的斗争位置中，二者一般不处于平等的地位之上。但在人权的合作权当中，根据主体间性思想，不同主客体之间以相对的平等理性交往为前提，具有平等性。要实现真正的人权合作权，就必须基于主体间性思想转变以往主体地位的看法，承认双方在人权方面是处于平等主体地位的高度，改变原有公民主体在人权合作活动当中参与率及认同率低的情况，真正将另一方当作人权对话的主体。[34]在平等地位的角度基于自愿的原则展开对话，有时候会收获更好的效果。选择更加温和对等的主体话语进行交流，这样有利于加深公民对于官方政策的理解，政府也可以以更流畅的方式行政。

（三）人权合作权的原则

（1）人本主义原则

人本主义原则是指人权合作权一切以人为本，以推动人权进步为目标的原则，也是现代社会基本权利要求的基础反映。我国宪法明确规定了国家尊重与保障人权。人权之要义乃在于，“人权的彻底实现以人的全面解放、人的全面自由发展、人的需要的全面满足为标志。……一切为了人的解放，一切为了人的幸福，是马克思主义的出发点和最后归宿。”[35]揆诸人类人权发达史，尽管人权目标伴随着时代特点不断发生移转变化，但其最终都是需要落实到社会大众之上。人权是为了保障人的基本权利与基本尊严而存在的，人权的合作权也不例外。

（2）主体协同原则

人权合作权的主体协同原则，是指个人权利主体与国家权力主体双方积极沟通，共同作为，通力合作。人权在现代社会无法再单纯地通过主体性的方式保障自身的良好发展，

[34] 杜明利：《主体间性视域下关于政治认同建构的思考——基于哈贝马斯的交往行为理论》，《湖北经济学院学报（人文社会科学版）》2015 年第 3 期，第 94 页。

[35]参见李步云：《李步云选集》，高等教育出版社 2013 年版，第 402 页。

为保障人权在应有权利、法定权利与实有权利[36]三种形态上的实现，人权合作权更需要公民与国家以一种交互性的合作形式进行发展。只有公民个人的积极表达与配合，国家认真履行其社会保障义务，才能推动现代社会人权的主体性重建过程。个人主体在法律方面与国家合作交互的形式往往还有多种方式，国家对此设置了多种合法渠道保障公民与国家在人权与公共事业方面的合作，诸如政治协商会议等等，这些也是法律视角下，公民与国家合作权的体现。

（3）自主能动原则

自主能动原则指的是，不同人权主体以平等的地位积极自主地发挥能动性促进合作权发展。个人与国家对于公共事业与活动的合作是人权的本原性决定的，各有其任务所在。国家承认个人及其权利的存在，才有自身存在的合法性，才能产生如何去保障它的义务。而个人基本权利被侵害之时，若无法得到国家强制力的帮助，也很难得到保障。此外，国家主体在参与人权合作权的实践与建设过程中，由于其力量同其他主体具有天然性的差距。因此，除以外部力量对权力加以控制外，还需要权力发挥自主能动性进行自我控制，始终恪守权力之源于权利、权力服务于权利、权力行使以权利为界、权力依靠权利发展更新的政治伦理。公民与国家双方都需要对方确认自身的地位与意义，自主能动原则也是合作权内核的应然之义。

四、人权合作权的功能

（一）价值功能

国际人权公约的合作价值是为同一人权目标，集中力量打破人权文化差异，携手共同推进人类人权实现的精神。人权合作权，从某种意义来说就是承袭了国际人权公约合作价值。

首先，人权合作权体现了国际人权公约合作模式。从历史上看，《经济、社会和文化权利国际公约》（简称为：A 公约）和《公民权利和政治权利国际公约》（简称为：B 公约）是国际社会近 30 余年努力才完成的。诸多国家因政治利益、经济差距、理念冲突与历史因素等方面，就人权公约内容产生了许多矛盾，不同的政治力量、经济实力不断斗争、不断妥协，最终于 1996 年完成国际人权 A、B 公约。在人权的合作权当中，同样具有多个立场迥异的差异性主体，公民与国家之间、国家与国家之间也存在着难以调和的利益争端，甚至国家是公民所拥有的防御权的对立主体，而国家间则会因不同因素产生斗争，但合作权主张以商谈伦理树立共识，以此调和不同人权主体间的斗争性矛盾。2020 年新冠肺炎病毒在全球多点爆发并快速蔓延，给全球公共卫生安全带来巨大挑战。“抗疫上半场”，中国曾得到了来自多个国家各级政府、企业、民间机构的无私援助，“抗疫下半场”，中国在做好国内疫情防控的基础上，为协助全球抗疫，中国全力提供物资、人员、方案支持。截止 2020 年 4 月，中国已与全球 100 多个国家、10 多个国际和地区组织分享了疫情防控和诊

[36] 参见李步云主编：《人权法学》，高等教育出版社 2005 年版，第 20-25 页。

疗方案等技术文件，并与许多国家、国家和地区组织进行了疫情防控经验交流；已与 54 个国家和地区、以及 3 个国际组织签署疫情防控物资合同；已向意大利、伊朗、伊拉克、塞尔维亚、巴基斯坦等国派出医疗专家组；已向 120 个国家和 4 个国际组织提供了包括 N95 口罩、核酸检测试剂在内的物资援助。[37]从客观、历史来看，单个国家及地区的资源分布与需求程度是不均衡的，能力存在着局限性的，尽管在国家之间存在着意识形态上的分歧，但一直存在合作。

其次，人权合作权扩充了国际人权公约合作价值内涵。国际人权 A、B 公约内容基本包括了《世界人权宣言》的基本内容，在这些公约实现的背后，打破了以往各国各行其是、画地为牢的狭隘思维。国际人权公约以人权为核心价值建立了全世界共同的价值目标，具有其独特的人权精神。从自由权到社会权再到集体人权[38]，伴随着国际人权公约的签署与三代人权的发展，国际人权公约合作精神一直在延续，它的存在与影响推动着各个国家对于人权政策与实施方式的变革，合作方式也在不断进步。中国同各国一道合作抗击疫情、保护生命、重振经济，促进了全球公共卫生事业的发展。各国在分离还是团结，对抗还是合作的选择问题上，答案十分明显，任何反对合作、构筑壁垒、独善其身、置身事外的行为，皆是违逆潮流的。只有互信互助、互相援助、开展合作，用“睦邻互助”取代“以邻为壑”，才能共赢共享，在更大程度上挽救更多生命。人权合作权的推行既是对于人权的理论丰富，促进人权向国际化先进水准发展，同时也可以丰富国际人权公约合作价值内涵。

最后，人权合作权推动了国际人权公约合作价值的传播与践行。国际人权公约不仅在世界范围内的国家主体之间产生了影响，并且对国内的人权制度以及人权观念产生了影响。[39]但自 19 世纪以来，西方的人权理论跨文化传播，逐渐形成国际性人权话语。在西方人权话语体系处于垄断地位下，国际人权公约对于人权发展的推行会受到一方独大的垄断压力，树立单一的人权价值标准，无益于人权发展。[40]合作权则以其共识性打破西方人权话语垄断局面，公民与国家共同携手参与国际人权规范秩序建设。在全球疫情战中，中国以实际行动彰显了人类命运共同体的理念和担当，消解了西方的民族主义。我们从对人权的实际理解出发，有力打击了西方纯粹形式上的“人权”的概念。中国在向世界无私出人、出力的同时，传播和践行了构建人类命运共同体的理念主张。因此，人权的合作权在行使过程中传播了国际人权公约合作价值，从而引导多元主体进行合作。

（二）政治功能

人权合作权能为我国政治协商机制提供有力法理依据，成为制度合法性证成的来源。多党合作与政治协商制度始于民主革命时期，是我国一项基本的社会政治制度，也是我国统一战线的基本形式之一。从中国政治文明发展的历史逻辑来看，现代民主与现代化一样，都具有外生性。但是协商却具有内生性，其精神扎根于中国政治文化中的“和合”思想与传

[37] 数据来源：《全球合作共战疫情：“中国行动力”树立典范》，载中国日报网，https://baijiahao.baidu.com/s?id=1663275921726911293&wfr=spider&for=pc。最后访问日期：2020 年 4 月 7 日。
[38] 朱孔武：《人权的内核——兼论“以人为本”的宪法涵义》，《西南政法大学学报》2005 年第 3 期，第 76 页。
[39] 严冬：《人权的价值与位阶——基于国际人权两公约的研究》，西南政法大学 2014 年博士论文，148 页。
[40] 刘志强：《新时代中国人权话语体系的表达》，《法律科学（西北政法大学学报）》2018 年第 5 期，第 15 页。

统。[41]政治协商机制的前提在于对人权的尊重与维护，而任何协商民主都是权力的运作模式，其总体治理的目标都是为了维护社会秩序与促进社会发展，达成社会的良法善治。在基于价值多元化的前提下，合作权是以主体间的竞争性转换为互相合作性，即以互相合作来消解分歧，以达到维护社会团结和促进社会发展的终极目的，[42]这与我国政治协商机制的目标殊途同归。

第一，人权合作权致力于调和政党之间的利益冲突。政治原本是各方权力主体维护自身利益的手段和方式，而基于合作权的政治协商制度以协商为基石，通过统一认识使得各方权力主体的利益方向具有一致性。从政治制度与方式上看，中国共产党领导的多党合作与政治协商制度既不是一党制，也不同于西方国家的多党制。这个制度打破了政党间原有的组织鸿沟，化解了基于政党的冲突与矛盾。民主党派的长期共存,是在拥有共同目标与领导的前提下解决了基于民主的社会参与问题。[43]它是公民有序政治参与的制度保障，也是扩大公民依法进行人权合作的制度载体。

第二，人权合作权利于政治决策反映社会各方的权益。从政治目标与功能上看，政治协商的主要功能在于权力决策，最终支持促进民主治理，而这也刚好是人权的政治目标。[44]合作权在政治协商机制中作为一种民主模式能够开创世界上进行社会治理的新角度，能使社会各方通过政治协商制度与国家主体共同参与政治，进行民主监督，由此反映社会各个主体的利益、诉求与观点，有利于政治协商制度预期目标实现，提升治理绩效，迈向社会有机团结。

第三，人权合作权能推动公权与私权之间的对话与妥协。从政治形式与本质上来看，私权主体在政治协商过程中是一种间接性民主的方式同公权主体完成合作的，也是一种使民主从应然转向实然的方式。与西方式的协商民主不同，我国的政治协商形式并非是直接的，而是主体间在共同价值前提下针对某一问题的集体磋商，再将其意见转给相关决策部门，实质上是为了一个宏观上的目标而采取的间接的合作性行动。合作权的适用可以以一种缓冲的方式改善政治协商机制的不连贯性，推动公权与私权之间的对话与妥协。

（三）指导功能

人权的合作权作为对人民基本权利的保障，同样能够指导与推进法律政策制定。宪法是一国人权之法，也是一个国家的人权之本。[45]我国宪法第 33 条第 3 款明确规定了我国尊重与保障人权，这是我国宪法人权原则的体现。合作权作为人权的一部分，自然受到宪法的规范与保障，进而受宪法统领的立法活动也应体现合作权的理念，塑造合作权于法的基本品格之中。立法（以及公共政策制定）的首要目的在于保护公民的合法权益，应在法律

---

[41] 林尚立：《建构民主——中国的理论、战略与议程》，复旦大学出版社 2012 年版，第 232 页。

[42]参见包心鉴：《新时代社会主义协商民主的地位与功能——兼论人民政协在推进协商民主中的重要作用》，《江汉论坛》2018 年第 11 期，第 31 页。

[43] 参见王建华：《政党与现代国家建设的内在逻辑——一项基于中国情境的历史考察和理论分析》，《复旦学报（社会科学版）》2010 年第 2 期，第 115 页。

[44] 参见王浦劬：《中国的协商治理与人权实现》，《北京大学学报（哲学社会科学版）》2012 年第 6 期，第 23-24 页。

[45] 参见朱孔武：《人权的核心：概念的提出与求证》，《学术论坛》2005 年第 6 期，第 102 页。

文本中表现出法的基本品格，这有助于统领整个法律文本的体系建构和内容安排。[46]

其一，人权合作权能在法律政策制定过程中引导合理的制定方式。在十九大报告里，宪法的修改主要着重于解决中国社会发展的主要矛盾问题，而我国社会主要矛盾已经转化为人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分发展之间的矛盾。[47]如何在法律政策制定的过程中解决法律矛盾、完成基本权利保障目标，需要一个稳定且合理的方式。要实现这样的人权目标，需要合作权解开多主体下公民基本权利保障的难题。事实上，在法律政策的制定过程中，艰难的并不是选择以何种方式进行制定，而是如何使得制定的法律政策能够找到其自身的现实价值所在，进而为社会大众所普遍接受。这就要求，各方主体以建议与反馈的交流工作方式，共同为法律政策的制定与实施，设计出新的人权保障渠道。因此，合作权可以引导国家同其他主体相连结，征集专家学者的专业建议以及社会大众的基本意见，保证基本权利在法律政策制定中不被无形侵害。 发挥合作权对于法律政策制定方面的确认与建构功能，指引合理的法治发展模式。

其二，人权合作权能在法律政策制定过程中提供有力的观念导向。合作权重视平等、实用、主动等价值观念，为部分法律政策脱离现实、不堪一用的情况，提供一种新型观念导向。例如在 2018 年修正的刑事诉讼法中所确立的认罪认罚从宽制度，就是人权合作权新型观念导向的体现。在以往的对抗式刑事诉讼中，追诉方与被追诉方互相博弈，但由于追诉方握有国家资源处于强势地位，造成了不少冤假错案和程序不公。在人权合作权理念指导的刑事诉讼法修正中，诉讼双方从对抗转向合作，秉持合作态度并建立合作关系使案件事实更清晰、案件审理程序更顺畅，紧张对立关系得到缓解，有利于化解矛盾促进社会和谐，实现刑事诉讼法的立法目的和根本价值。

其三，人权合作权能在法律政策制定过程中保证公正的权力监督。法律政策制定过程中往往存在着各方力量对于法律内容与制度设计的冲突，国家公权力极易依靠强势地位影响制定过程，但法律政策的制定只根据国家公权力主体的意见很难保证公平，这就须积极引入社会公民主体参与。人权的合作权在一定的法律制度帮助下，便可以完成一定程度上的权力监督，保障现有政治制度下的大众民主与人权。在突发公共卫生事件应急状态下，法律政策需要赋予政府防控风险的必要权力与职责，但管控政策和措施的制定自身经常缺乏自觉意识，忽视了比例原则，过度限制了公民的权利。通过人权合作权的行使，社会公民主体可以呼吁要求受到最小侵害，最大程度保护自身正当权益，如此有利于完善我国法律政策制度的公正性、妥适性与完备性问题。

五、结语

在东西方国家激烈的人权争论之中，由于双方的政治、经济以及文化因素迥然不同，双方对于人权关系的观念与价值数百年来从未停止过碰撞，双方国家本质上都在试图让对

[46] 刘志强：《人权研究在当代中国的变迁》，社会科学文献出版社 2019 年版，第 212 页。
[47] 韩大元：《加强人权法治保障，推进人权事业的发展》，《人权》2017 年第 6 期，第 13 页。

方接受与认同自身的人权观念与模式。人权作为一种观念，虽然在理论上大多无优劣之分，但人权的发展有阶段之分、程度差异。立足本土国情、本地文化以及社会经济发展之现实境况，在人权的普遍性与特殊性之间，走出正题、反题单向思维，吸纳合题理念，有利于更好吸收借鉴人类迄今为止人权事业发展进步的优秀文明成果为我所用。

至今，主体性支撑的人权话语方面仍然是呈现一种“西强中弱”的格局，这是历史实践上人权发展的天然落差，也正是因为这样的明显主体性差异，人们过度关注着人权的对抗性，这不仅是国家与公民在人权实现过程中的对抗，也是中外人权价值观念孰优孰劣的对抗。但对抗完全不是人权的全部，人权的话语权不是靠争论与自我证立证明的，而是靠人权的实现程度，人民享有何种权利，人民的这些权利又受到何种待遇，才是人权成功与否的证明。时代在变，人民对于人权的要求也在变，哈贝马斯主体间性理论为我们思考新时代语境下国内人权理论与实践发展、人类命运共同体话语下国家间人权交流与人权文明互鉴，提供了新的观察视窗和研究范式。将人权的合作权同人民对美好生活的向往与不断丰富的现实需要相联系，促进我国人权主体性重建、推动社会的不断向前发展。与此同时，人权的合作权也必将丰富我国人权话语体系的内涵，推动中国人权事业走向新的境界、翻开辉煌篇章，中国作为超大规模性国家，[48]对于人权实现及其递进更新实践的持续性探索，有望于为人类社会人权事业发展与进步贡献出中国智慧与中国方案。

[48] 参见泮伟江：《如何理解中国的超大规模性》，《读书》2019 年第 5 期，第 3-11 页。

法伦理视阈的“和平”理念

赵一强[1]

【摘　要】“和平”是人类亘古以来的不懈追求，它对社会发展意义重大。法伦理视野的“和平”，意指不同法律主体相互和谐平衡的状态，它不排斥合理的竞争，但需在秩序中“安伦尽份”、和谐相处。和平理念在个体法意识、群体法意识、整体法意识中均有表征，其在法律规范领域体现为纵向和平、横向和平、交叉和平三种理型。坚持和平理念，有助于提升社会共同体的法治境界和伦理造诣。

【关键词】法律；伦理；和平；规范

习近平总书记指出：“法律是准绳，任何时候都要遵循；道德是基石，任何时候都不可忽视。在新的历史条件下，我们要把依法治国基本方略、依法执政基本方式落实好，把法治中国建设好，必须坚持依法治国和以德治国相结合，使法治和德治在国家治理中相互补充、相互促进、相得益彰，推进国家治理体系和治理能力现代化。[2]依法治国与依德治国目标的实现，需要内在的法律价值理念支撑。我们以近年来法伦理学这一学科的新发展为契机，尝试对法伦理视阈的和平理念进行分析，藉以助力法律世界“伦理精神”进步，实现依法治国与以德治国更好地有机统一。

一、何谓法伦理意义上的“和平”？

“和平”是亘古以来人类社会的不懈追求，但对和平概念的理解却多种多样。康德在其《永久和平论》一文中曾设计出各个国家之间实现永久和平的 6 个预备条款（先决条款）和三项正式条款（确定条款），但康德并未给和平一个具体定义，康德只是希望各国之间能够避免战争，而这依赖于政治与道德保持一致。“和平学之父”Johan Galtung (约翰·加尔通) 的学说从建构和平的愿望出发，逐步从对国际政治学的关注过渡到了对社会学、经济学乃至社会发展模式的关注，“和平—暴力—实现和平的途径”是其和平学的内在逻辑。他将和平分为积极和平、消极和平两种，将暴力分为直接暴力、结构暴力、文化暴力三种。他虽然认为和平是所有暴力形式的减少并主张对于冲突应进行非暴力转化，但是没有见到他对和平概念本身所做的“统一的、非描述性”的明确界定。中国文化典籍《周易》中的《彖》词在解释“咸”卦时说：“咸，感也。柔上而刚下，二气感应以相与。止而说，男下女，是以‘亨利贞，取女吉’也。天地感而万物化生，圣人感人心而天下和平。观其所感，而天地万物之情可见矣。”《论语·学而》记载：“有子曰:“礼之用，和为贵。先王之道，斯为美；小

---

[1] 赵一强,河北经贸大学法学院教授，哲学博士，研究方向：法伦理学、合同法。
基金项目：国家社会科学基金项目“法伦理的精神哲学形态研究”（17BZX093）。
[2] 参见习近平：《习近平谈治国理政》第二卷，外文出版社 2017 版，第 133 页。

大由之。有所不行，知和而和，不以礼节之，亦不可行也。”这些文化典籍及之后历史上出现的诸多学派对“和平”的传承、礼赞和追寻，从不同侧面展示了和平概念的丰富意蕴。我们认为，作为法伦理意义上的和平，应当是指不同法律主体相互和谐平衡的状态。法伦理意义上的和平应当包含以下意蕴。

第一，和平是和谐与平衡的统一。“和实生物，同则不继”（《国语·郑语》），“和”的原始含义是指不同元素之间的交合相配，如果元素性质相同，则不能相配而产生新的生命或事物；“谐”的原初含义是大家一同发声，所说话语具有一致性，引申为保持住“和”的状态。因为“和”乃是一个动态过程，但动态过程结束之后，应当如何？这就需要自始至终将意识指向“和”、将规定体现“和”、将行为促进“和”，而这种将“和”之后继起的、自始至终依照“和”的要求去做的状态就可以称为“谐”。由于“和”与“谐”的存在，就出现以“和”为中心，世间万物自发形成不同门类并能相互依存、相互对立、相互渗透的客观状态。平衡是指不同元素之间在性质、数量、程度等方面的稳定性分布。就性质而言，平衡的各方必然是相反相对的，同质事物与异质事物之间能够平衡，但同质事物之间无所谓自身平衡一说。就数量而言，并非彼此所拥有的数量等同才称为均衡或平衡，也并非彼此之间存在“任意的数差”才称作平衡，而是存在着客观的数量关系，而这种客观的数量关系则需要正确的主观把握才能奏效。就程度而言，并非所有双方或多方的力量都在一个维度或层次博弈较量，而是说不同的主体所拥有不同的平衡程度或平衡层次，而这些平衡程度或平衡层次以人类认识能力所框定的范围为活动舞台。由于人的认识能力是相对性与绝对性的统一，所以平衡的程度也随着认知范围的变化而深刻、肤浅或持中。

第二，和平并不排斥合理的竞争状态。和平是一种相对稳定的状态，在这种稳定的状态中生生不息，催生新的生命、新的器物、新的机制、新的成就。但是，和平之间以及和平内部在发展过程中，往往有一个从量变到质变的发展过程，这个发展过程中会使原来的和谐平衡状态暂时被冲破而出现“涌动”。涌动之后再出现新的平衡。于是事物就交替呈现和平状态、非和状态、再和状态。如果深入到和平内部，将和平的主体作一番具体规定，比如说家庭、国家、世界等和平主体，那么就会发现，在这些主体活动所涉及的时间、空间和领域，并非完全是相安无事的和平状态，其中存在着数量不等、分布不定、程度不一的涌动、竞争甚至较量，但这些动态的而非静止状态的变化只要是在“合理”之内，即具有合理动机、合理目标、合理行动、合理方式、合理内容、合理结果，能够体现理性的运行规律并为有限理性所把握，那么就仍旧属于和平范畴的范围。

第三，和平是人类趋利避害特性的必然要求。万物向生而恶死、趋乐而避苦，因为有生，所以拒死。这不仅是一种心理习惯，也是一种本能要求，更是一种精神希望。边沁和密尔的功利主义伦理学正视了有限理性生命的这种本能，但由于其将衡量“善”的标准依赖于能否促进快乐增量从而促动成本与收益不断比较的计算心理，因此功利主义伦理学时常为义务论伦理学所诟病。然而，如果从世俗世界、制度安排、策略选择等具体事功角度来看，能以最小成本来取得社会最大幸福的增加却也有其可取之处。但作为具体行动主体，

既需要“正其谊”又需要“谋其利”、需要对世俗世界与形上世界同时关注，而不是没有道德底线地为所欲为。因为生命必然要终止、必然存在一个终止的时刻，因此虚无主义对人生充满了悲哀，认为所有的人类活动都是对死亡感的逃避。其实，这只是一种对人生的悲观理解。作为一种高级生命形式，人类必然存在着独一无二的不能为其他动物、植物、矿物等所替代的价值，无论这种价值是否被明确意识到，而每个人类个体也是如此。生命过程就在于体现这种价值、承当这种价值、发挥这种价值。这种价值同时属于经验世界、超验世界、精神世界。虽然“吾生也有涯，而知也无涯，以有涯随无涯，殆已。”（《庄子·养生主》）但是，人仍旧应当在有限时段的生命里学习、成长和劳动，而不能随随便便地放弃人生甚至妄自菲薄或自我抛弃。庄子虽然不提倡有知之知，但是他却侧重学习无知之知，超越南海之帝“儵”和北海之帝“忽”而直达中央之帝“浑沌”。（《庄子·应帝王》）这仍旧是无比乐观积极向上的人生态度。对和平的追求也是这样一种积极乐观的态度，和平不会给人的物理存在、心理存在、意识存在带来伤害，和平能使个体所在的整体平台得到设计、建设和巩固，和平可以使个体与整体的相互关联、相互运动、相互作用保持正常、有序和高效，和平能实现个体之间、家庭之间、社区之间、民族之间、国家之间、世界之间、现在与过去之间、现在与现在之间、现在与未来之间“关系友好”、“顺畅相处”、“共同发展”。

我们可以依照不同的标准对和平进行分类。以主体为标准，可以将和平分为个体和平、家庭和平、民族和平；以客体为标准，可将和平分为自然和平、社会和平、精神和平；以内容为标准，可以将和平分为权利和平、义务和平、责任和平；以境界为标准，可将和平分为实体和平、现象和平、物质和平；以层次为标准，可以将和平分为地区和平、国家和平、国际和平；以持续时间为标准，可以将和平分为永久和平、长期和平、短期和平；以覆盖范围为标准，可以分为全部和平、局部和平、微部和平；以程度为标准，可以分为深层和平、中层和平、浅层和平；以承载领域为标准，可以分为意识和平、制度和平、行为和平；以性质为标准，可以分为自在和平、定在和平、实在和平；以产生的力量来源为标准，分为天然和平、秩序和平、力量和平；以要素为标准，可以分为经济和平、政治和平、文化和平。这些知性分类以及其他认知角度的无穷无尽的类型化表达，旨在表明和平意蕴的丰富性、多样性、通变性。如果将和平作为理念来看待，那么可以说和平身为精神定在之理念在现象世界的不同层面、不同维度、不同元素中的穿透游弋及或久或暂的停留形成了不同的和平类型。但由于和平又是一种理念，是源于理性而又为理性所认识的客观概念，所以和平也具备所有理念的共同特性，如穿透性、聚合性、稳定性等，由此，和平也就具有了凝聚作用、规范作用和引导作用。

二、“和平”理念的法意识显现

法意识是指对法的概念、法的体系、法的功能等所拥有的认识、态度和意见。依据其系统程度，可以将法意识区分为个体法意识、群体法意识、整体法意识三种，在每个种类中，又存在着浅层法意识、中层法意识、深层法意识三个级别，每个级别中又包含法观念、

法知识、法逻辑三个要素。法意识于是就出现了三者排列组合所形成的多种具体种类。和平理念在法意识中流淌的逻辑顺序，基本也是依照上述分类逆向展开。即和平首先出现于个体的浅层次的法观念中，然后再出现于个体的浅层次的法知识中，接着再出现于个体的浅层次的法逻辑中，于是推进到第二层次，个体的中层次的法观念、法知识、法逻辑等等，一直到整体的深层的法逻辑停止。在这个推进演变过程中，和平理念从微小走向壮大、从模糊走向清晰、从零散走向完整，逐渐成为法意识中的主导要素。法意识也以思维、语言和行动等方式呈现出来，但基本上是以思维为主。这种逻辑在现实世界有其表征与迹象。

原初生命的起点是个体。没有原初个体，没有男女个体，就没有婚姻、家庭、部落和社会，因此，对和平理念在法意识中的成长顺序，也以个体为起点。在个体所有生命本能中，存活乃是第一要务。为此，就需要所在的环境存在着能够避免伤害的和平。要想实现环境和平就必须避免人类所受的灾害。“人类所受之害通常有三个方面的来源：一是源于人类之外的自然界，即各种天灾；二是来源于人类内部，即人祸，如世界大战；三是来源于人类内外部相结合所形成的损害，如瘟疫。”[3]当既有的手段不足以克服危害和平的因素时，就将维护和平的希望寄放到了法律身上,将法律作为调整关系、协调利益、解决争端的利器。所有思想的形成都是由启发者、倡导者、阐释者、行为者等组成的或松散或严密的团体作为一体发挥作用，并不是每个个体对法的和平保障作用都拥有同一水平的认识。但是，这时的认识才是思维的第一步，处于或隐或现的零散的模糊状态，只是个体的浅层次的法观念。为了进一步判断法律能否对和平带来帮助，就需要继续推进。于是个体开始想方设法了解相关的法律知识，企望从历史宝库的法律知识中汲取营养，来为自身的判断提供资粮。但是，仅仅是知识材料的搜集或陈列，还不足以看出法律之于和平到底有何深层价值，需要透过种种知识去抽象和把握法的本身的内在逻辑，于是就出现了个体化主观性的法律逻辑。然而，这一层次并不是认识过程的全部，而仅仅是开始。严格说，还处于“感觉”这一认知层面，因此将其称为“浅层认识”。感觉认识需要向“知性”认识层面过渡，于是个体就加上自身生命特质、过往人生经验、已有知识储备，开始继续对法观念、法知识、法逻辑进行挖掘，这种知性挖掘可能是自发的、也可能是自觉的，或者是自发与自觉的统一。在意识结构领域，存在了一个指向法的探索的基因，这个基因在个体内在世界与外在客观物质世界相互契合条件成熟之时，就会催熟中层次的即知性层次的法意识。这时候的法意识已经能够比较连续地表达自己的观点，而不像在浅层的感觉阶段仅能只言片语地随机表达。但是，正如康德所发现的那样，知性判断存在“二律背反”，对同一个命题可以做出完全相反的判断。知性本身之所以有此判断上的特点，原因在于它是经验世界或时空世界的判断。不同的判断的主体具有各自的立场、角度和需要，而被判断的客体则是现象在本性之外层层包裹，而判断所下功夫又深浅不一，于是个体对法的知性判断就存在着“智者见山、仁者见水”的局面。于是意识结构中的基因元素要求继续推进，这样就进入到了理性认识层面，即个体的深层认识层面。理性层面依次对法观念、法知识、法功能的认识进入到了本体层

[3]参见赵一强：《契约伦理的形上基础与现实建构》，中国社会科学出版社 2013 年版，第 121 页。

面，但是仍旧带有个性化色彩，而且从人数来说，能对法进行抽象的数量已经较之前认识阶段减少了许多。其实，这是所有科学类型成长的共性。即认识水平越走向深入，而跟踪认识水平提升的人越少，这是主客观规律综合作用的结果，虽不能用统计方法来确定某一时空点处于某一认识水平的人的准确数量，但如果用一种后现代透镜式的图片剪切方式观察，是可以对这一规律进行现象学描述的。

然而，这种分散的个性化的认识，除了有助于自我启发、自我约束、自我提升之外，没有太大的其他意义，法是否是实现和平的手段，也难以得到他人的印证、肯定和赞扬。在这种情况下，思维就继续推进到群体法意识阶段。这个“群”，既可以指谓“关系者”的组合、也可以指谓“非关系者”的组合，或者说熟人的或陌生人的组合。熟人往往基于血缘关系、地缘关系、业缘关系而产生，而陌生人则常指在人生旅途中偶遇、交流、合作的人；陌生人与熟人之间可以在一定范围内相互转化，其中存在着相互转化的条件、时机和路径。以人类共同体内为范围，那这些关系者或非关系者所组成的或久或暂、或近或远、或大或小、或紧或松、或生或克、或刚或柔的群体，可以表现为家族、部落、联盟，也可以表现为行业协会、社会组织、娱乐团体，还可以表现为村落、城镇、社区。荀子说人“能群”，因此能超越“力不如牛、走不如马”的困境（《荀子·王制》）。“群”中的交流很多，可以是语言，也可以是非语言，其中涉及到的法意识交流内容，就逐渐形成群体法意识。这个群体法意识，并没有占据个体思维的所有空间，而只是存在于思维的某些领域或区间并在此处达成了一定程度的共识。

群体法意识的形成，也是经过三个层次，分别对应着法概念、法知识和法逻辑，逐渐深入，但深入的历程或达成共识的程序在不同的“群”中有不同的体现。在群体法意识阶段，对于法律的和平价值往往就可以系统地言说表达出来，呈现为具体的思想成果，历时愈长，沉淀愈多，后来者为继承、研究、应用之方便而将具有相似研究范式、相似研究对象、相似研究结论的诸种思维形态以学派称呼，而不是以部门法称呼。学派停留于意识层面，而部门法则出现于制度层面或意志层面。思维结构中元素众多，群体法意识只是对其中的有关和平与法律这一基因要素中的部分内容达成了基本共识，而没有全部对该基因要素达成共识或取代个体法意识。群体法意识体悟到法律之于和平的重要意义，但仅仅还是“群”内共识，若要在整体中发挥法律之于和平的重要作用，尚需整体形成有关和平的法意识。这就促动群体法意识过渡到整体法意识。

整体法意识中的整体是指与精神分工相适应的各个具体实体，其中最微小的实体是家庭，最宏大的实体是人类。整体的法意识是指所有个体对“法观念、法知识、法功能”等所形成的基本共识，它从群体法意识发展而来。个别的群体性思维类型经过交流、契合、揉和，生成整体的法的意识形态。当不同级别的实体的法的意识形态从低到高、从小到大、从弱到强逐渐演化和自发整合的时候，就形成了人类对法的基本看法。在这个形成过程中，同时受到思想、行为、习惯、事件、媒体、舆论、科学、技术、工艺等不同因素的启蒙与返魅、提倡与限制、归纳与演绎的各种影响，最后形成一种相对稳定的整体性法意识。在

这个形成和变化过程中，对法的和平功能的意识没有减少，而是愈加清晰。因为，随着整体级别的扩大，原来的低级别的实体也变成了个体，而这种个体中又包括数量众多的个体，在矛盾统一的现实世界，存在着各种各样的矛盾和冲突，于是需要更多的协调，需要主体和实体具有更多的和平意识。没有追求和平的决心，没有通过法律实现和平的美好愿望，即使非常微小的争执，也会难以调和，即使法官当庭调解，当事人也不愿意和解，即使达成了和解，也会出现“口服心不服”的局面，如果原告、被告心中没有和平，没有对和平的期望，更深一步说，没有对人本身的敬重，那就会紧盯现实利益，将利益看得高于一切，那么法律的尊严就会被降低，法律可能会仅仅被当作谋利工具而不是目的，更不会将法律看作是通往实体精神和意义世界的道路和桥梁。

黑格尔说，法的命令是：“成为一个人，并尊重他人为人”[4]康德说：“你的行动，要把你自己人身中的人性，和其他人身中的人性，在任何时候都同样看作是目的，永远不能只看作是手段。”[5]心中有和平意识，心中有珍惜和平、维护和平、不主动破坏和平的愿望，就是对人性的尊重，就是尊重他人为人的具体体现和核能助推。“向往和平”意味着：心中有爱、心中有人性的光辉、心中有实体的精神、心中有过往未来、心中有民胞物与、心中有天地自然；“背离和平”意味着：将人当成工具、将人作为异己的存在、将人当成博弈或角力的对手、将人当成可杀可辱木偶。向往和平促成秩序、安详和幸福；背离和平导致混乱、迷失和灾难。

虽然在二元对立又统一的经验世界，凡事总有对，一切皆相反相成，虽然和平与战争、真实与虚假、善良与邪恶、美丽与丑陋同时存在，但是，我们要追问的重要问题是，究竟哪种元素对“人类”的生存具有积极意义？究竟哪种元素会促进人类的“进步”而不是堕落？理性告诉我们，我们固然不能完全摆脱二元对立的天然规律，但我们可以顺着“导人向上”的规律前进，逐渐从“二”走向“一”。二是对待的，一是统一的。由“二”走向“一”的精神，应当在每一项具体争讼中体现、在每一个具体事件中体现、在每一具体时段体现，应当在每一席话语中体现、在每个细微动作上体现、在每个心灵涟漪中体现，甚至在一阵微风、两行清雨、三枚高山、四声惊雷等天然存在的诸维世界中体现。正义是实现和平的途径，“正义”是在“二”中所做的正确选择，而和平则是“一”境界的精神体现，法律重视正义理念，需要藉由正义而走向和平。从个体法意识、群体法意识到整体法意识，三者合而形成“整个法意识”，而贯穿在整个法意识之中的重要理念，就是和平的智慧之光。

三、“和平”理念的法规范理型

法律规范即法规范，它是法意识外化的必然结果。法律规范的制定需要参加者、需要固定程序、需要资料来源、需要现实依据，当法意识以条文或判例的方式固定在石壁、铜鼎、木板、帛书、纸张等具体载体上起，就出现了法律规范。任何法律规范的形成都不是

[4] 参见[德]黑格尔：《法哲学原理》，范扬，张企泰，译，商务印书馆 1961 年版，第 46 页。
[5] 参见[德]康德：《道德形而上学原理》，苗力田，译，上海人民出版社 1986 年版，第 81 页。

单一因素作用的结果，也不是一蹴而就的瞬时爆发过程，更不是完全脱离现实应用价值的“理想之思”，它是多种因素汇集而成的历史与逻辑相统一的文明之果。它首先是历史的，为解决现实问题而生，但能否持续发展则取决于其是否符合逻辑。逻辑表征为历史，而历史中诞生了法律，因此法规范必须是历史与逻辑的统一，才能具有强大的功效和长久的生命力。法律规范多种多样，也处于不断地发展变化和“立、改、废、释”过程之中。法律规范本身是法律理性的确证，法律规范的调整范围反映的是法律之光的照耀范围。随着历史的发展和进步，法律的调整范围必然会越来越广泛、越来越精细。那么，和平理念在在法律规范或法规范中体现为哪些类型呢？我们发现，主要分为纵向和平、横向和平、纵横交叉和平三种。

纵向和平是指通过法律实现上下之间的和谐一致，其直接的效果是实体的稳定。纵向和平表征为纵向法律关系。“法律关系是法律规范在指引人们的社会行为、调整社会关系的过程中所形成的人们之间的权利和义务联系，是社会内容和法的形式的统一。”[6]法律关系的构成要素有三，即主体、客体和内容。纵向和平，就其主体来说，是指“治理主体与治理相对人”。这个治理这和治理相对方在现代生活中表现为董事长与员工、教学小组与成员，表现为监理工程师与施工单位、导游与游客、客运公司与乘客。传统法律关系客体一般分为物、行为和智力成果三类，纵向和平的客体则主要涉及到行为。至于物、智力成果等在这里只具有工具性意义，是作为“有意识的动作”的行为的整体的组成元素。至于内容，可以说纵向和平主要包括权利、义务以及责任三个方面。权利主要是指管理权，义务则主要是指遵从义务，滥用权利和不履行义务都要承担相应的法律责任，于是责任成为内容中的第三个构成要素。纵向和平所对应的是整体中的纵向管理关系。这种整体是相对概念，它是实体的现实定在。既然是定在，那就存在着相反相成的两种情况，一种是与实体一致的整体，一种是与实体不一致的整体。这两种整体类型也可以理解为同一整体内的两种相互对立的性质。个体组成整体、整体又作为个体组成新的整体，于是过渡到现实的最高整体。无论任何级别的整体，均有这两种性质，同时与实体也就存在两种关系：或者指向实体，或者背离实体。指向实体的方向数量只有一个，而背离实体的方向数量则不计其数，正所谓正确的道路只有一条而歧路则有多种。为善可以达到现实实体、逻辑实体、精神实体。法律以调整现实整体为己任，不但要调整财富关系，还要调整秩序关系和价值关系。物质利益是法律功能的重要调整领域。如果物质利益没有严格秩序作保障，就会出现虽得易失、虽增亦减的局面，因此需要法律确定秩序。秩序的确定应当符合正态的价值原理，即符合人本性的自然要求。这种源于本性的要求就是指向本性并由此走向更高实体的基本路径。在本性的自然要求中，和平理念占据了首要的地位。整体内的纵向的管理关系，是一个抽象概念，它是自然与历史的统一、宏观与微观的统一、客观与主观的统一。纵向管理的实质是以更高实体的意志涵盖较低实体层次的一致，但这种涵盖是基于本性规律基础上的深层次的基本意志的涵容或穿透，而不是现象界的一种单方意志施加于另一种单方意志之上

[6] 参见张文显：《法哲学范畴研究》，中国政法大学 2001 年版，第 96 页。

的单边行为或从旁边撞入的横切之举。法律如果达到前者的要求，那么和平就容易实现；如果仅仅达到后者的水平，则很难起到维护长期和平的重要作用。

所谓横向和平是指整体内平等法律关系中所体现出的和平理念。横向和平使主体与主体相处时能有价值依归、规范平台、程序制度，主体之间因而对社会交往产生可预期性，从而避免相互之间矛盾的发生或者能够及时地化解矛盾。横向和平首先表现为法律主体的平等地位。平等是在实践领域中对自身的意识，也就是人意识到别人是和自己平等的人，人把别人当作和自己平等的人来对待。平等法律关系的主体处于平等地位，无论其为抽象的自然人、法人或非法人组织，还是具体的企业、学校或机构，无论自然人的民族、种族、性别、职业、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况、居住期限如何，也无论法人的地域、商号、行业、组织形式、经营范围、注册资本、营销范围如何，在法律上均给以平等的权利能力。“权利能力”是行为的资格，只有具备了权利能力，才能更好地行使“行为能力”。平等的发展经历了一个过程。“从身份到契约”的转变，虽然客观上存在事实上的诸种差异，但不同类别的主体却具有了法律上的平等地位。平等的核心在于人对人同等对待，它是现代法治文明的重要要求。由于平等法律地位的保障，就使得不同的主体之间能够相互尊重彼此的人格，尊重各自的人身权、财产权、知识产权。当现实利益得到基本尊重之后，彼此之间的无谓冲突就会大幅度降低。横向和平要求主体守法，即通过规则意识、规则制定、规则遵守来实现横向和平目的本身。这种规则具体展现为不断发展的法律规范。规则是指主体行为时所依据的规定性要求。规则本身包含有很多种类，理智规则、情感规则、欲望规则，经济规则、法律规则、文化规则，显性规则、隐性规则、潜性规则，科技规则、社会规则、人文规则，等等。法律属于其中强制性、普遍性、行为性的社会规则。当法公布以后，就成为行为主体的前置性的“默认规则”。人们能通过默认规则看出信息、信任和信号，“当选择设计者明确地选择了某些规则的时候，很多人都认为设计者的这种举动是在给予他们某种隐含的建议。如果是这样，他们会认为不能够偏离默认规则去走自己的路，除非他们拥有可靠的私人信息，以至于足以值得自己去做改变。走自己的路具有风险，只有在自己确信能够走得通的情形下，才可以去尝试。”[7]法律作为默示规则，为主体提供了行为指引，违背这种指引，意味着选择冒险，意味着违法犯罪。坚守规则，才能形成有序合理的社会。如果无法可依、无规则可循，或者存在规则但却忽视规则，那么就会自行其是，影响效率和稳定。法律人的素质有三，即正义感觉、法律知识、规则意识。对规则意识特别是对出于和平目的的科学合理的“善意规则”的遵循，有助于达到法律人的要求并从法律人过渡到伦理人，而法律人的“伦理的造诣”却正是法伦理实践的重要目标。横向和平选择“交换”作为满足需要的重要的法律治理模式。需要的满足是人类存在的必要条件。需要可以通过自身满足，也可以通过共同体给予，还可以通过与他人的联系而得到实现。在平等主体之间相互获取需要领域，主要存在三种可能路径，即赠与模式、强制模式和交换模式。其中，交换模式能够促动交换主体各方的生产动机，能够真实表达其实际需

[7]参见[美]卡斯·桑斯坦：《 选择的价值》，贺京同 等译，中信出版集团 2017 年版，第 40 页。

求。通过在平等基础上讨价还价，使主体购买到实际需要的商品或服务，从而实现彼此之间的和平相处。“如果人与人之间不交换劳动成果和思想，如果彼此之间没有交易，那么，可能有许多人群，有许多共存的个人，但不会有社会”。[8]交换模式是人类社会治理过程中的重要选择，以此为基础形成了各种各样的微观经济制度，法律以认可或创新的方式又为这种平等主体之间的平等交换关系提出“公平原则”、“诚信原则”等理论要求和提供“缔约责任”、“违约责任”等具体规范指令。

交叉和平是指纵横交叉的法律类型之中的和平理念。如果将名目繁多、内容各异的法律规范陈列于面前，我们会发现，很少有哪一部法律仅仅是调整纵向的社会关系或横向的社会关系，很多法律法规所调整的事项往往是既有纵向关系又有横向关系。交叉和平并不是纵向和平与横向和平的混合，而是指在特定的情形下，根据当时条件的变化和规范的具体要求，及时启动纵向和平相处模式或横向和平相处模式，从而使和平成为一种状态、成为一种活的生态。如果换个视角对法律体系分类进行分析，那么，可以认为，婚姻法应该是体现纵横和平的最典型领域。因为，婚姻为始源型社会关系，男女、夫妻、配偶之间能够和平相处，就能使基于此的其他社会关系难题失去产生的缘由，从而形成更好的社会伦理风尚。交叉和平理念在婚姻法领域的主要体现为对婚姻自由原则、一夫一妻制、男女平等等内容的确认。“婚姻自由原则，是指婚姻当事人按照法律的规定，在婚姻问题上享有充分的权利，不受任何人的强制或干涉。”[9]婚姻自由包括结婚自由和离婚自由两种类型。在结婚自由与离婚自由两者之间，婚姻自由侧重的是结婚自由而不是离婚自由，因为结婚所涉及到的主要是两个人的事情，而离婚则可能还涉及到子女、老人、家族甚至整个社会。交叉和平的第二层体现是一夫一妻制。婚姻是人的自然性、社会性、文化性三者结合和相互一致的产物，或者也可以将“自然性、社会性、文化性”当作婚姻缔结乃至婚姻存续、婚姻分离的三个特征。在自然维度，将婚姻当事人称为“男女”；在社会维度，将婚姻当事人称为“夫妻”；而在文化维度，将婚姻当事人称为“配偶”。这三种因素相互结合所形成的现实婚姻制度。恩格斯将婚姻制度分为群婚制、对偶婚制和一夫一妻制等三种类型，比较而言，“一夫一妻制”乃是最为合理的婚姻制度。从自然性分析，生理结构成为“一男一女”婚姻制度身体基础；从社会性分析，社会发展需要男女两性共同平等的努力，一夫一妻制能激励两性的共同努力；从文化性看，无论何种文化，其在婚姻方面的主流精神是对一夫一妻模式的重视、提倡和维护。罗伯特·F·墨菲说：“为什么要结婚？……，我的观点是：在简单的功利主义立场上根本无法解释婚姻。婚姻是基本的人类互惠性的产物和表现，是社会群体间连接的纽带，是最完全意义上的联盟。”[10]别尔嘉耶夫说：“男人和女人结合的目的和意义不在于种族，也不在于社会，而在于个性，在于个性对生命的完满和完整性，对永恒的追求。”[11]交叉和平的第三个体现是男女平等。男女平等意味着男女两性在婚姻关系

[8] 参见[法]弗雷德里克·巴斯夏：《和谐经济论》，许明龙 等译，中国社会科学出版社 1995 年版，第 99 页。
[9] 参见叶英萍：《婚姻法学新探》，法律出版社 2004 年版，第 40-41 页。
[10] 参见[美]罗伯特·F·墨菲：《文化与社会人类学引论》，王卓君、吕迺基译，商务印书馆 1991 年版，第 111 页。
[11] 参见[俄]别尔嘉耶夫：《论人的使命》，张百春译，学林出版社 2000 年版，第 313 页。

中享有平等的权利、承担同样的义务。男女具有同等的缔结婚姻和离散婚姻的权利，对夫妻共同财产均享有同等权利和义务，夫妻任何一方都可以成为对方的家庭成员。男女在家庭关系上地位平等。男女个体自身的权利义务平等、男女之间的权利义务平等、男女主体对其他家庭成员的权利义务平等构成了男女平等的主要内容。男女平等是历史进步的产物，同时也是男女两性在婚姻中的“应然状态”。

结语

和平是贯穿于法律世界各个方面的重要的伦理理念。法伦理视野的“和平”，意指不同法律主体相互和谐平衡的状态，它是贯穿于由个体法意识、群体法意识、整体法意识三者合而形成“整个法意识”之中的重要理念，在法的规范领域又分为纵向和平、横向和平以及纵横统一的交叉和平三种类型。明于此，可以产生如下效果：一是人类命运共同体能够和谐存在，稳定而持续地发展；二是法律得到普遍的遵守，良好合理的社会秩序有助于促进国家五位一体的文明建设和伟大复兴；三是逐渐实现个体单一物体与普遍物的统一，进入“至善之境”，成为自由而全面发展的人。如果这三种效果能够同时实现，那就不仅能使各级实体作为整体能够提升“伦理的造诣”，同时还能使伦理实体内的个体拥有“道德精神”，进而促进整体至善与个体至善的有机统一，彰显人类主观能动性及其所建构文明形态的创新能力、博大胸怀和永恒魅力。

论法律人的情感思维

杨 贝[1]

【摘　要】 理性与情感的二元对立已由认知科学证伪，但这一二分法至今仍然禁锢法律思维，抑制法律人对情感思维的认知与运用，从而导致或加剧社会的认知撕裂。古今中外的法律实践证明，情感思维是一种必要且重要的法律思维。结合认知科学的研究成果，法律人的情感思维可以有三重含义：一是基于情感做出直觉判断；二是基于情感证成法律判断；三是通过调动情感来进行说服。在价值判断日益多元的现代社会，情感思维的运用对于夯实法律的正当性基础、弥合认知裂缝、促进社会认同、强化法律权威有着重要意义。

【关键词】 法律人；情感思维；理性主义；认知科学

自笛卡尔以降，理性与情感二分法成为占据主导地位的认知框架，成为许多理论的逻辑起点。在法律思维领域，情感一度背负污名。“说某位法官情感用事（emotional）是严重的侮辱，是指责他不自律、不公正、不理性。”[2]理性是法律思维的默认设置，情感无涉则被认为是理性的默认设置。近年来，虽然有学者开始认可情感因素在法律思维中的地位，[3]但理性与情感的二元对立仍然是法律思维的隐形桎梏，[4]情感思维在法律思维研究中普遍失语，[5]与它的历史贡献显失比例。纵览古今名案可知，伟大的判决都来自逻辑与情感的绝妙平衡，离不开情感思维的运用。从南京彭宇案的一审判决到王振华猥亵儿童案的辩护都表明，情感思维的缺位是诸多法律判断饱受指摘的重要原因。有鉴于此，法律人有必要辨明情感思维的含义与作用，充分认识情感思维的重要意义并善加运用。

一、什么是法律人的情感思维？

本文所说的情感是指针对某一对象而产生的某种特别的心理状态，它对应的英文单词为“emotion”。在西方世界，曾有“passion”“sentiment”“affection” “feeling”等词表达过相近含

---

[1] 杨贝，法学博士，对外经济贸易大学法学院副教授

[2] Terry A. Maroney, The Persistent Cultural Script of Judicial Dispassion, *California Law Review*, Vol.99, No.2(2011).

[3] 参见孙笑侠：《法律人思维的二元论——兼与苏力商榷》，载《中外法学》2013 年第 6 期；焦宝乾：《逻辑与修辞：一对法学研究范式的中西考察》，载《中国法学》2014 年第 6 期；林来梵：《谈法律思维模式》，载《东南学术》2016 年第 3 期。

[4] Martha C. Nussbaum, The Use and Abuse of Philosophy in Legal Education, *Stanford Law Review* ,Vol.45, No.6(1993).

[5] 法律思维的经典教材基本只讨论寻找规则、确定规则的方法，情感思维不见踪影。See Fredrick Schauer, *Thinking Like A Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*, Harvard University Press, 2009; Kenneth J. Vandevelde, *Thinking Like A Lawyer: An Introduction to Legal Reasoning*, Westview Press, 2011. 参见[德]卡尔·施密特：《论法学思维的三种模式》，苏慧婕译，中国法制出版社，2012 年版；[德]卡尔·恩吉施：《法律思维导论》，郑永流译，法律出版社，2004 年版。

义，但在 19 世纪中叶以后逐渐统一归为“emotion”。[6]因此，本文的情感是包括情绪、激情、感受等在内的广义的情感。

（一） 情感思维的生物心理学依据

作为一种生理现象，情感的发生过程大致可以描述如下：在某个事物或环境的刺激下，包括感官、肌肉、内脏等在内的人体各个部分通过周围神经向大脑输送信号。这些信号在脊柱、脑干中传递直至大脑。它们从一个神经节点传至另一个神经节点，最终到达位于顶叶和脑岛的身体感觉皮层。躯体活动产生的化学物质可以通过血流到达大脑，并且可以通过直接或间接激活特定脑区的方式来影响大脑活动。大脑对这些来自躯体的信息进行评价、处理，通过神经对躯体的各个部分发出指令，通过在血液中制造和释放包括激素、神经递质、代谢调控物在内的化学物质对躯体施加影响，从而产生某种可觉察或不可觉察的躯体反应。[7]

在现代生物学披露情感的这一发生过程之前，哲学家和心理学家对于情感的解读通常沿循认知主义与感觉主义两大进路。前者将情感理解为针对特定对象发生的有意识的心理状态，以思考为中心。后者将情感等同于感觉，以感觉为中心。[8]随着认知科学的研究日益深入，对情感的界定往往兼顾认知主义与感觉主义的思路。一般认为，典型的情感体验包括认知、评价、意愿与感觉这四个方面。认知是躯体在收集环境信息，评价则是大脑对这些信息的意义进行评估，动机或意愿是基于评价产生的行为倾向，感觉则是个体在大脑做出前述指令后经验的身心状态。[9]例如，一女子深夜独行，遇到胡同里忽然蹿出的彪形大汉。当身体感知到的信息传递到大脑时，大脑做出危险的评价，通过神经和血液做出反应，女子于是浑身肌肉紧张，瞳孔放大、拳头攥紧，女子这时感到自己是在害怕。在这一过程中，大脑做出的评价决定女子的身心反应，而这一评价并不完全是基于直觉的反射式反应，它有可能是理性反思的结果。假如这名女子很快认出这位大汉其实是来接她回家的父亲，正常情况下，她肯定不再害怕。如果假设这名女子是位警察，受命来诱捕某连环案嫌疑人，那她此时感受到的可能不是害怕，而是兴奋或喜悦。

可见，评价是情感产生的枢纽。正是这一特点使得理性地考量、调动情感成为可能。只有在情感发生具有一定理性基础的意义上，他人的情感才具有可评价性：得知有人蒙冤入狱，我们问“你为什么不愤怒？”见到老人被赶出家门，我们问“你怎么不同情？”见到幼童遭人虐待，我们问“你为什么不难过而愤怒？”如果对方没有情感反应或者没有适当的情感反应，我们甚至会问“你究竟还是不是人？”如果情感的发生毫无理性依据，完全不由自

---

[6] 有关情感用词在西方语境中的变化可以参见 Thomas Dixon, “Emotion”: The History of a Keyword in Crisis, *Emotion Review*, Vol.4, No.4 (2012).

[7] 参见[美]安东尼奥·达马西奥：《笛卡尔的错误：情绪、推理和大脑》，殷云露译，北京联合出版公司 2018 年版，第 89-90 页。

[8] John Deign, Concepts of Emotions in Modern Philosophy and Psychology, in Peter Goldie ed., *The Oxford Handbook of Philosophy of Emotion*, Oxford University Press, 2010.

[9] See Aaron Ben-Ze’ev, The Thing Called Emotion, in Peter Goldie ed., *The Oxford Handbook of Philosophy of Emotion*, Oxford University Press, 2010.

主，那以上这些追问都不能成立。在心理学上，基于理性认知的信念与基于情感产生的偏好不可能区分，[10]基于理性产生的情感与基于情感进行的理性思考都有可能。[11]

心理学家达马西奥夫妇运用功能性磁共振成像（fMRI）[12]和三维成像（Brainvox）等方法追踪观察了 12 位大脑前额叶——这是众所周知的情感发生的大脑区域——受损的患者。结果发现，这些本以为只是情感能力受损的人在决策方面也出现明显问题，患者的推理能力和情绪、感受能力同样受损伤，而且这些损伤在那些基本注意、记忆、智力和语言能力都完好的神经心理学案例中格外突出。心理学家由此断定，正常的情绪、感受、推理和决策的神经机制之间存在复杂的交互作用。[13]笛卡尔的理性——情感二分法没有生理基础。

此外，情感基本上产生于大脑皮层下的组织，通过自主神经系统，神经递质和刺激神经的缩氨酸，荷尔蒙系统（包括刺激神经的缩氨酸）和肌肉骨骼系统表现出来。一般情况下，情感体验的产生需要大脑皮层下区域通过上行神经通道，激活神经皮质区。但不是所有的情感唤醒都会激活神经皮质，成为可意识到的情感体验。人类拥有的无意识的记忆可以直接激活身体系统产生情感反应，因此人们完全有可能经验没有意识到的情感。[14]换言之，有相当一部分情感匿身于广阔、深远的潜意识领域，行为人并不自知。因此，一些心理学家主张，所谓的理性——情感二分不过是未被意识到的情感与被意识到的情感的区分。[15]

从生物学上看，人类的情感是理性选择累世传递的产物。在漫长的进化过程中，自我选择理论将人们基于趋利避害做出的行为选择标注在基因中，成为人们的情感。例如，黄金能成为亘古不变的硬通货似乎根源于人们对于亮闪闪的黄金莫名地永恒的渴望。历史学家对此的解释是，因为我们的先人源自非洲沙漠，在沙漠中见到的闪闪发光之物就是生命之源——水。这种见到亮闪闪之物的狂喜深深刻在人类的基因中，使得今天的人们对于闪闪发光的物体总是有些偏爱。由此看来，情感有时非但不是不理性，反而可能是经由历史检验，在漫长岁月中沉淀入基因的理性。

总之，理性与情感在生物的、认知的、行为的水平上交错联系。[16]笛卡尔将人的理性简化为形式理性，以此为基础的理性与情感的二分是“完全人为的、与真实的思维过程相悖”。

---

[10] Daniel Kahneman, Maps of Bounded Rationality: Psychology for Behavioral Economics, *The American Economic Review*, Vol.93, No.5 (2003).

[11] See Sabine A. Döring, Why Be Emotional?, in Peter Goldie ed., *The Oxford Handbook of Philosophy of Emotion, Oxford University Press*, 2010.

[12] 功能性磁共振成像（functional magnetic resonance imaging）依据的是血液具有磁性的特性。心脏携带的血液磁性最大，而当血液流经毛细血管时，磁性就会减弱。有活动显示的大脑区域，可以表现出血液中含氧和脱氧比例的变化，从而为医生和研究人员提供不带伤害、不含辐射地检测不同大脑区域血流情况的方法。

[13] 同注 6,达马西奥书，第 57~81 页。

[14] 参见[美]乔纳森·特纳、简·斯戴兹：《情感社会学》，孙俊才、文军译，上海人民出版社 2007 年版，第 4-5 页。See Peter Goldie, *The Oxford Handbook of Philosophy of Emotion*, Oxford University Press, 2010, p.38.

[15] See Stina Bergman Blix and Asa Wettergren, A Sociological Perspective on Emotions in the Judiciary, in 8 (1) *Emotion Review* (2016).

[16] 参见注 13，第 19 页。

[17]20 世纪 70 年代，来自认知心理学、计算机科学、哲学、语言学、神经科学、人类学、社会学等学科的学者协同创立跨学科领域的认知科学（cognitive science）。[18]以达马西奥为代表的认知科学家的研究成果直接推翻了情感与理性的二分法。情感理性、生态理性等融合情感的理性理论开始出现。决策理论家黑斯蒂（Hastie）与道威斯（Dawes）就提出了一个整合了情感的理性分析模型，将决策者的身心状态作为理性决策的依据。[19]

可以确认，情感并非理性的反义词。情感思维可以是理性的，也可以是非理性的。如果以心理学界通行的双系统理论（dual-process theory）[20]为论述框架，可以看到，情感思维其实在系统 1 与系统 2 中都发挥作用，既可以是直觉地、反射式地快速判断，也可以是分析性、反思式地审慎判断。因此，因崇尚理性而否定、抑制情感的传统的法律思维模式亟待更新。

（二） 法律人的情感思维的三重含义

法律思维主要指向法律人形成法律判断的思考过程。法律判断的形成过程可以分为“发现——证成”两个阶段。在法律发现阶段，法律人往往凭直觉形成初步的法律判断并寻找可予适用的法律规范，然后在法律证成阶段运用各种论据证成之前的判断。在这两个阶段中，法律人的情感思维可以发挥不同的作用。在法律发现阶段，情感思维促使法律人反射式地形成直觉判断；在法律证成阶段，情感思维使法律人反思、分析之前形成的判断，运用情感论据加以证成，并通过赢得受众的情感认同来促进社会对该判断的接受。需要指出的是，在法的发现阶段，法律人是基于自身的情感做出判断；在法的证成阶段，法律人是以自己与他人的情感作为反思对象，通过共情对情感因素进行分析、评估与应用。

1. 基于情感做出法律判断

在法律发现阶段，情感思维体现为法律人以情感为惟一依据做出未经反思的直觉判断。“法律者，尤其是法官……经常发现，实际上是在大多数情况下，他的决定所依据的完全是另一种方式，即直觉地、本能地求助于是非感，实践理性，健全的人类理智（gesunder Menschenverstand）。”[21]基尔希曼甚至认为，“几乎在法律的任何领域，科学的探讨开始之前，情感就已经选择了答案。”[22]这些判断得到了当代学者的印证。

---

[17] Ch. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *The New Rhetoric. A Treatise on Argumentation*. translated by John Wilkinson and Purcell Weaver, University of Notre Dame Press, 1969, p.3.

[18] [美]凯瑟琳·加洛蒂：《认知心理学》，吴国宏 等译，机械工业出版社 2019 年版，第 8 页。

[19] 他们认为，一个理性的选择必须满足四项标准：一是决策者只以做出决定时的收益作为理性决策的依据，这些收益不只包括经济收益，还包括决策者的生理状态、心理能力、社会关系和感觉等；二是决策者将以决策者即时的身体与心理的状态作为后果加以考虑；三是在不确定条件下，或然性规则描述了决策者评估后果的可能性的方式，这些后果将影响上述收益的分配。四是期望为决策提供驱动力。See Richard L. Wiener, Brian H. Bornstein, Amy Voss, Emotion and the Law: A Framework for Inquiry, in *Law and Human Behavior* 30(2006).

[20] 双系统理论认为人的大脑里有两套思考决策系统。全球首位以心理学家身份夺得诺贝尔经济学奖的美国学者丹尼尔·卡尼曼（Daniel Kahneman）也持此论。学者们通常将两个系统分别称为系统 1 和系统 2，一般认为系统 1 的思考是自发地、启发式、快、轻松、无意识、含蓄地、反射式、直觉的，系统 2 的思考则是受控制地、系统式、慢、费力、有意识、明确地、反思地、分析的。See Shelly Chaiken & Yaacov Trope ed.，Dual-Process Theories in Social Psychology, Guilford Publications, 1999. 参见[美]丹尼尔·卡尼曼：《思考：快与慢》，胡晓姣、李爱民、何梦莹译，中信出版社 2012 年版。

[21] [德]卡尔·恩吉施：《法律思维导论》，郑永流译，法律出版社 2004 年版，第 51 页。

[22] Kirchmann, *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Verlage von Julius Springer, 1848, S.17.

胡昌明教授通过对某地四家基层法院 1060 个盗窃罪刑事判决的实证分析发现，当事人的性别、年龄、学历、职业、籍贯等社会结构因素对量刑的轻重产生了影响。[23]社会结构因素产生的量刑差异往往又与法官的情感有关，因为人们总是倾向于认同（主要表现为喜欢、同情）与自己相似的人。许多外国学者的研究也印证了法官对于与自己相像的律师或当事人容易产生同情。[24]在学者披露实证研究的结论之前，作为被试的法官基本都没有意识到社会结构因素通过滋生情感而影响其判决，有些甚至在看到报告后仍然拒绝承认。

总体而言，这一阶段的情感思维可能是无意识地，也可能是有意识地，但都是非理性的。无意识的情感思维是指法律人可能完全没有意识到自己是基于情感做出的判断，甚至可能没有意识到自己已经针对案件产生了某种情感。有意识的情感思维是指法律人虽然意识到自己已经产生某种情感，但仍然坚持以该情感作为判断的惟一依据。这就是通常所说的感情用事，应该予以抵制。

由于直觉的形成仍然是心理学未能探明的幽暗之地，非理性的情感思维甚至可能匿身于广阔而深邃的潜意识领域，因此，尽管非理性的情感思维对于法律人的判断有着重要影响，但它不是本文讨论的重点。承认这一形式的情感思维只是为了提醒法律人对情感的发生保持警惕。

2. 以情感作为证成法律判断的论据

在法律证成的阶段，法律人可以情感因素作为论据，理性地证成某个法律判断。在古希腊，以情感为基础的论据是法庭论辩中最有力的三类论据之一。[25]情感可以是做出某一法律判断的直接论据，即，由情感直接推出判断。更多情况下，情感作为间接论据，通过成为效用的一部分而参与基于后果的证成。

在广州黄某某故意杀人案中，年逾 83 的老人黄某某因担心自己离世后，无人照顾自出生即患有唐氏综合症，近年已经肢体萎缩、瘫痪在床的次子，又不想给健康的长子增加负担，遂在喂服次子大量安眠药后，用棉床垫捂住其脸部，再用丝巾将其勒死，之后投案自首。法院认为，被告人黄某某“作为被害人的亲生母亲，自被害人出生患病以来即悉心照顾，长达 46 年，在被告人本人年迈多病的困难下，照顾无法自理、健康日差的被害人已非常吃力，其不愿看到自己身故后被害人受病痛的折磨，而实施让被害人先自己离开人世的杀人行为，虽触犯法律构成犯罪，但其悲可悯，其情可宥。”[26]于是决定对被告人予以减轻处罚并适用缓刑。在本案中，被告的爱子之情就是法院减轻处罚的直接依据。

在进行后果考量时，行为人往往将该行为对他人情感产生的影响作为一种后果加以考量。[27]杰拉尔德·L.克罗尔（Gerald L. Clore）认为，判决一个行为是否理性取决于其后果是

---

[23] 参见胡昌明:《被告人身份差异对量刑的影响:基于 1060 份刑事判决的实证分析》，载《清华法学》2018 年第 4 期。

[24] 参见注 14。

[25] 古希腊的修辞学家们将现实生活中行之有效的论据划分为以逻辑为基础的论据（logos），以情感为基础的论据（pathos），和以言说者的可信度为基础的论据（ethos）。George A. Kennedy, *A New History of Classical Rhetoric*, Princeton University Press,1994,pp.4～6.

[26] 案件详情请参见（2017）粤 0104 刑初 1111 号刑事判决书。

[27] 参见注 18。

好是坏，对后果好坏的判断离不开价值标准，而价值标准正由情感来提供。因此，情感是判断效用的重要标准。[28]卡尼曼甚至说，“效用与情感不可分离，情感由变化触发。一个完全无视感受（如失去后的痛苦、犯错后的悔恨）的决策理论不仅在描述层面与现实不符，而且还会导致不能将后果的效用最大化的决定。”[29]因此，在对人们的行为的正当性进行分析时，情感是不可忽视的考虑因素。近年的论证研究已将情感偏好、心理感受等因素纳入最新的论证模型。[30] 情感在理论与实践层面都已成为证成法律判断的论据。

3. 以情感赢得对法律判断的认同

法律领域不乏“以理服人、以情动人”的事例，这是因为说服是一种心理状态，多数情况下，情感认同比理性分析更容易产生说服效果。实践中，人们可能基于不自觉的情感而自以为理性地接受某一法律判断，因此，在法律人的判断在法律层面获得证成的前提下，了解情感的生成机制、把握社会的共同情感是最大限度争取社会认同的关键。这一点在有着近 2000 年历史的修辞学中得到充分体现。

作为最古老的法律论证理论，修辞学一直关注如何调动听众的情感。基于实践经验，古典修辞学家们不断强调听众心理的重要性。就法庭论辩而言，他们一直强调要了解法官的正义感、自身利益、阶层或情绪，敏锐观察法官的心情或需求变化并做出调整。亚里士多德就认为，言说者既要懂得论辩的原则也要了解听众的性格和情绪。换言之，言说者必须既是一名逻辑学家又是一名心理学家。[31]此处的心理主要指向情感。霍布斯、培根、休谟、亚当·斯密、维柯等学者对修辞学的重视，大多是因为注意到了修辞学调动情感以实现说服的能力。在佩雷尔曼与泰提卡合作的《新修辞学》中，通过调动听众情感来赢得认同仍然是主要的论辩思路。例如，他们意识到某些“文化事实通常附着着特殊的情感效果：由记忆或共同体的骄傲所创造的情感”，[32]对这些文化事实的运用更容易赢得听众对特定法律判断的认同。

由上，法律人的情感思维并不只是通过思考系统 1 在法的发现阶段形成直觉判断，更可以通过思考系统 2 在法的证成阶段发挥证成判断、赢得认同的重要作用。在情感思维的三重含义中，第一重含义的法律思维难以察觉、辨明，只有在培养道德情感的意义上才能加以规训；后两重含义的情感思维则是明确以情感作为实现某种目的的手段，它要求法律人了解情感发生的基本规律，这属于理性地运用情感。必须指出的是，情感思维不是法律思维的主导，它始终只是法律思维当中必要、重要但不主要的成分。因此，以情感为动机进行法律发现不代表完全以情感为动机，以情感为依据进行法律推理不代表完全以情感为依据。

---

[28] Gerald L. Clore, For Love or Money: Some Emotional Foundations of Rationality, *Chicago-Kent Law Review*, Vol.80, No.6(2005).

[29] 同注 9.

[30] Jürgen Dix, Simon Parsons, Henry Prakken &Guillermo Simari, *Research Challenges for Argumentation*, CSRD (2009) 23: 27－34, Springer Verlag, 2009.

[31] See Michael H. Frost, *Introduction to Classical Legal Rhetoric*, Ashgate Publishing Limited, 1988, p.5.

[32] 同注 16, p.177.

（三） 法律人运用情感思维的主要方式

实践中，法律人对情感思维的运用主要有以下三种方式：

一是反躬自省。情感对于思维决策的影响已毋庸置疑，不同类型的情感对决策有着不同的影响。确认情感的难以避免对于法律人的思维有两点借鉴作用。一方面，我们可以通过制度建设减少刺激情感产生的因素。例如，由律师、检察官代表受害人出庭。另一方面，引导、鼓励法律人对自己的思维过程尤其是身体的情感反应进行觉察，反思自己是否就案件中的某个因素或案件整体产生情感反应，这一反应在多大程度上影响了自己的判断，从而防范情感的偏私。司法机关可以考虑与心理机构合作，拟定心理变化量表，帮助法官、检察官及时察觉自己的情感反应。

二是换位思考。在法律人就案件中的行为进行合理性评价时，后者的情感反应是否合宜是重要的评价标准。换位思考是判断情感是否合宜的主要方法。亚当·斯密曾经仔细地思考过情感合宜的问题，提出了“中立的旁观者（impartial spectator）”这一解决方案。一方面，中立的旁观者会尽可能地把自己放到当事人的位置上，设身处地地考虑会影响当事人的每一个细节。另一方面，当事人也会把自己放到中立的旁观者的位置上，以旁观者的眼光来看待自己的处境，设想旁观者在自己的位置上会是怎样的感受。[33]按照这一指引，法律人一方面需要把自己放到当事人的位置上设想其处境，另一方面又需要把自己放到旁观者的位置上，反思自己当下的情感反应是否合宜。

三是审慎论证。研究两个思维系统的学者大多认可，审慎思考的系统 2 可以在较大程度上校正直觉思考的系统 1 的判断。在法律论证阶段，情感不是作为一种内在体验成为觉察的对象，而是作为论据进入法律决定的证成过程。情感能否成为法律决定的理由取决于论证规范的要求。如果基于情感做出的判断无法得到证成，又或者情感论据在特定论题上不具备可接受性，那么法律人必须重新判断、重寻论据。

不论以哪种方式运用情感思维，共情始终是正确运用情感思维的前提。共情一方面是指能够对当事人的情感感同身受，体察其情；另一方面是指能够准确把握社会的共同情感，确保情感反应合宜。在这一意义上，情感思维具有很强的体验性和互渗性。[34]

二、中外法律人的情感思维传统

正如人的情感贯穿人类文明史，法律人的情感贯穿着人类的法律史。从所罗门王的审判到衡平法院的设立，从缇萦上书救父到郑板桥妙笔勾却风流案，法律佳话的背后无不是情感的涌动。理性——情感二分法的瓦解的确促成了情感思维在法律领域的回归，但这并不代表情感思维是当代认知科学的创造。实际上，情感成为法律人的假想敌是近代才有的事。今日提起法律人的情感思维只是对传统的接续与回归。

（一） 中国古代法律的情感思维传统

[33] 参见[英]亚当·斯密：《道德情操论》，蒋自强、钦北愚、朱钟棣、沈凯璋译，商务印书馆 1997 年版，第 21-22 页。
[34] 参见杨楹：《精神的脉络：思维方式的历史研究》，福建人民出版社 2000 年版，第 223 页。

在儒学主导的传统伦理哲学中，情感是伦理的逻辑起点。儒家的伦理规范体系基本依情而立。情感堪称中国古代社会秩序的基础。[35]孔子的仁者爱人，孟子的“恻隐之心，仁之端也”（《孟子·公孙丑上》）都是以情感作为伦理规范的依据。即使是强调以法治国的法家代表人物韩非子也说，“凡治天下，必因人情”，“法通乎人情，关乎治理。”(《韩非子·八经》)

根据张晋藩先生的研究，自汉至清，中国的法律传统呈现出“礼法结合”“以人为本”“执法原情”“伦理法治”等特点。[36]这些特点的形成端赖情感思维的运用。整体而言，中国古代的情感思维传统在立法与司法领域均有体现。

其一，立法过程中的情感思维主要表现为以情感作为立法的正当性依据。以唐律为例，礼指导着法律的制定，有些律文几乎就是礼典的翻版。[37]自汉代以来的“亲亲得相首匿”既是对孔子“父为子隐，子为父隐，直在其中矣”（《论语·子路》）的遵循，也是对父子亲情的认可。

唐代的保辜制度是对人情因势利导的典范。根据《唐律疏议·斗讼律》的规定：行为人以手脚殴人的，法律要求其在十日内，想方设法救助被害人，如果被害人恢复原状，行为人只承担斗殴伤人的责任，而不就十日以外被害人所出现的意外后果承担责任。这一制度激励行为人积极救治被害人。在救治的过程中，行为人可能因为目睹被害人的伤情而心生愧疚，被害人可能因为行为人的诚意愧悔而心生原谅，从而化干戈为玉帛。

在清代，秋审区分出的“可矜”“留养承祀”更是直接出自对情感的考虑。乾隆二十七年定的《大清律例》规定了一种“可矜”的情形是“子妇不孝，詈殴翁姑，其夫愤激致毙。”[38]这一情形考虑了丈夫因为娶妻不淑、有悖孝道而产生的愤怒，直接把这一情感作为免于死刑、减等发落的理由。“留养承祀”的本意是让原本不可赦的罪犯赡养没有其他人可以赡养的年老或患病的父母、祖父母。在适用时，留养承祀又做了些扩展，“兄弟两人犯罪可以留一人；杀人者的母亲寡居二十年也可留养；救亲急切的杀人也可以留养……”[39]显然，这样的制度就是基于“老吾老以及人之老”的共情。

其二，司法过程中的情感思维主要表现为恰当地调动情感以化解纠纷。在古代的司法官员看来，善体人情往往是定纷止争的众妙之门。[40]“从法制发展的历史看，法合人情则兴，法逆人情则竭。情入于法，使法与伦理结合，易于为人所接受；法顺人情，冲淡了法的僵硬与冷酷的外貌，更易于推行。法与情两全，使亲情义务与法律义务统一，是良吏追求的目标。他们宁可舍法取情，以调整法与情的某种冲突，避免以法伤情，从而增强宗法社会成员的亲和力，发挥寓教于刑的法律功能。”[41]

---

[35] 参见徐忠明：《情感、循吏与明清时期的司法实践》，译林出版社 2019 年版，第 4 页以下。
[36] 参见张晋藩：《中国法律的传统与近代转型》，法律出版社 2005 年版。
[37] 同注 35，第 24 页。
[38] 《大清律例》，断狱，有司决囚等等，乾隆二十七年定例。
[39] 《大清律例》，名例律，犯罪存留养亲。
[40] 顾元：《衡平司法与中国传统法律秩序》，中国政法大学出版社 2006 年版，第 131 页。
[41] 同注 35，第 94 页。

以下三个兄弟争产的案例均是官员洞察人情并加以巧妙运用的典范。[42]

案例一出自明人张瀚《松窗梦语》：

“大名有兄弟构讼财产，继而各讦阴私，争胜不已。县令不能决，申解至郡。余鞫之曰：‘两人同父母生耶？’曰：‘然’。余曰：‘同气不相念，乃尔相攻，何异同乳之犬而争一骨之投也！’各重笞之，取一扭各械一手，置狱不问。久之，亲识数十人入告曰：‘两人已悔罪矣，愿姑宽宥。’唤出，各潸然泪下，曰：‘自相构以来，情睽者十余年，今月余共起居、同饮食，隔绝之情既通、积宿之怨尽释。’”

在这个案件中，司法官巧妙地“取一扭各械一手，置狱不问”，迫使争讼的兄弟在同居共食期间互帮互助，唤起从前的兄弟之情，从而止讼。在另两个案件中，司法官员更是凭其三言两语唤起兄弟之情，从而止讼。

案例二由清代名吏陆其泷审理，他不问案件是非曲直，不说财产如何分配，只让弟弟叫“哥哥”，让哥哥叫“弟弟”。两人叫了不到五十声就已泪如雨下，自愿息讼。案例三由湖北黄陂知县邵大业审理：

“有争产者，兄弟皆颁（斑）白。令以镜镜面。问曰：‘类乎？’曰：‘类’。则进与家人语，绝痛曰：‘吾新丧弟，独不得如二人白首相保也！言之呜咽，各相视涕泣罢去。’”[43]

由上可见，中国古代的法律浸透着人的情感。“无论是古代的律学，还是法官，都主张对条文和典籍从国法、天理、人情的有机结合上予以解释和阐述。”[44]情感思维在维护礼法秩序的过程中发挥了重要作用，是理解中国法律传统不可缺失的重要视角。

（二） 西方古代法律的情感思维传统

表面看来，情感思维在西方古代司法传统中的作用没有那么明显，这主要因为我们戴着笛卡尔留下的有色眼镜。事实上，西方法律史同样演绎着“法合人情则兴，法逆人情则竭”的规律。所罗门审判的要义在于对人情的精准把握，塔尼大法官的失败则在于对世事人情的变化缺乏洞察。贝卡里亚总结过，“一切违背人的自然感情的法律的命运，就同一座直接横断河流的堤坝一样，或者被立即冲垮和淹没，或者被自己造成的漩涡所侵蚀，并逐渐地溃灭。”[45]这样的思想与西方的自然法、衡平法一脉相承，此两者都以情感作为证成法律决定的依据。

古希腊悲剧作家索福克勒的名作《安提戈涅》常常被学者奉为自然法思想的起源，而这个故事描绘的自然法更接近人的情感。安提戈涅在反驳克瑞翁的质问时，声称法律之内也应有天理人情在，克瑞翁制定的不准埋葬叛军尸体的法律有违天理，算不得真正的法律。促使她做出这一判断的，更多的是遵守克瑞翁制定的法律会带来的痛苦：“如果我让我哥哥死后不得埋葬，我会痛苦到到极点……”[46]在自然法的演化过程中，自然曾被理解为自然规

[42] 三案均请参见注 39，第 159-160 页。
[43] 蔡冠洛编：《清代七百名人传》，明文书局 1985 年版，第 44 页。
[44] 张文显：《中华传统司法文明的法治要素》，载《人民法治》2015 年第 8 期。
[45] ［意］贝卡里亚：《犯罪与刑罚》，黄风译，中国大百科全书出版社 1993 年版，第 30 页。
[46] ［古希腊］索福克勒斯：《安提戈涅》，罗念生译，载《罗念生全集》（第三卷），上海人民出版社 2016 年版，第 34 页。

律、神的意志、人性、理性，不论是哪一种理解，都可以包容人的情感。就自然规律而言，人的情感特别是喜、怒、哀、惧等自然情感是人的天性，无法控制；就神的意志而言，神对世人的爱与悲悯就是最重要的情感；就人性而言，情感更是与生俱来、不言而喻；即使就理性而言，亦如前文所述，情感也可以是理性的一部分。特别是对于在法律领域影响重大的实践理性，情感不可或缺。

作为英美衡平法思想源头的古典衡平思想也为情感思维的运用提供了充分的空间。亚里士多德强调，衡平是为了解决法律在面对个案时可能出现的不正义。[47]在解决此类问题时，亚里士多德希望人们不要按照法律，而是要按照最善的见识来进行判断。有的学者认为亚氏所说的“最善的见识”是与自然法同义的，而其他学者则不以为然。[48]即使是后者也不能否认，最善的见识应当包含对情感的体察。

在英美衡平法的起源与发展过程中，情感同样发挥着重大作用。13 世纪末期，相对固化的普通法程序限制了法律对人们权利的保护。于是越来越多的人们向有着补充司法权的国王请愿，依靠后者的仁慈或良知来寻求救济。类似的事件越来越多，以至于国王不得不委派专门的大臣来负责处理这些请愿。当时，这一被任命的大臣通常是牧师或国王的忏悔师，他们因此被视为国王良心的保管者。[49]最初的衡平法官都是从能够读写的小部分神职人员中遴选出来，没有受过正规的法律教育，不受先例约束，只是被要求根据良知和道德来做出判决。

除了直接将情感作为证成法律决定的依据，西方的司法制度还为调动情感以赢得受众对某一判断的认同留出了足够空间。自德拉古开始立法后，成百上千的公民坐进审判法庭，就法律与事实做出判断。案件的重要程度与涉案金额的大小决定了陪审团的大小。[50]在希腊人看来，诉讼和其他市民集会并无太大区别，[51]在法庭辩论过程中，法官们更关注谁能更好的表达自己的权利，谁的表述更为雄辩有力，而表述的力量很大程度上取决于调动听众情感的能力。亚里士多德在《修辞学》一书中详尽地分析了人的各种情感以及各类论证活动可能引致的心理反应，明确指出情感能够促使人们改变其判断。[52]后世的修辞学家们一直秉持重视听众心理的传统，认为言说者应当关注、诉诸听众的四种能力：理解、想像、记忆、情感。[53]

（三） 中外当代司法中的情感思维

笛卡尔理性主义对近现代文明的改造已经两百多年，崇逻辑而抑情感成为法律思维的主流声音。即便如此，法律领域的情感思维一直不可禁绝。美国首席大法官查尔斯·埃文

---

[47] ［古希腊］亚里士多德：《尼各马克伦理学》，廖申白译注，商务印书馆 2003 年，第 175 页。

[48] Emmanuel Micheilakis: *Platons Lehre von der Anwendung des Gesetzes und der Begriff der Billigkeit bei Aritoteles*, München: Max Hüber Verlag, 1953, S.33.

[49] Alastair Hudson, *Understanding Equity & Trusts*, Cavendish Publishing Limited,2008, p.1.

[50] Richard Garner, *Law and Society in Classical Athens*, Croom Helm Ltd., 1987, p.73.需要注意的是，古希腊的陪审团实质是审判团，陪审员就是法官，最终的法律决定由他们做出。

[51] George Miller Calhoun, *Introduction to Greek Legal Science*, Scientia Verlag Aalen, 1977,p.36.

[52] Aristotle, The Art of Rhetoric, trans. by H.C.Lawson-Tancred, Penguin Books Ltd,1991, pp139-172.

[53] 参见张纯辉：《司法判决书可接受性的修辞研究》，法律出版社 2012 年版，第 70 页。

斯·休斯曾经宣称，他们所作出的任何一个宪法层面的决定，百分之九十都是情感(决定)的。[54]卡多佐也曾感叹："即使我们已经竭尽全力，我们仍然不能使自己远离那个无法言传的情感王国，那个根深蒂固已经成为我们本性一部分的信仰世界。"[55]当代司法实践中，第二、三重意义上的情感思维，即，以情感为论据与用情感来说服的现象十分普遍。

在无锡冷冻胚胎案的二审判决中，法官肯定了四位老人对冷冻胚胎的处置权与监管权，并将情感明确列为做出这一判断的依据。法官写道："结合本案实际，应考虑以下因素以确定涉案胚胎的相关权利归属：一是伦理 ……二是情感。白发人送黑发人，乃人生至悲之事，更何况暮年遽丧独子、独女！沈杰、刘曦意外死亡，其父母承欢膝下、纵享天伦之乐不再，'失独'之痛，非常人所能体味。而沈杰、刘曦遗留下来的胚胎，则成为双方家族血脉的唯一载体，承载着哀思寄托、精神慰藉、情感抚慰等人格利益。涉案胚胎由双方父母监管和处置，既合乎人伦，亦可适度减轻其丧子失女之痛楚。"[56]

对情感的考虑在刑事裁判中也时有出现，只是表述更为理性、隐蔽。在引起社会普遍关注的于欢故意伤害案的二审中，法官们在量刑时明确将于欢的情感作为考虑因素。"于欢及其母亲苏某连日来多次遭受催逼、骚扰、侮辱，导致于欢实施防卫行为时难免带有恐惧、愤怒等因素。"[57]在该案被列入最高人民法院发布的第 18 批指导性案例后，其裁判要点的第四点即为，"防卫过当案件，如系因被害人实施严重贬损他人人格尊严或者亵渎人伦的不法侵害引发的，量刑时对此 应予充分考虑，以确保司法裁判既经得起法律检验，也符合社会公平正义观念。"[58]此处虽然没有明确提及情感，但"被害人实施严重贬损他人人格尊严或者亵渎人伦的不法侵害"会激怒他人不言而喻，法院量刑时应予充分考虑的无非考虑行为人理所应当的情感反应。

惠州于德水盗窃案的判决也饱含法官对被告的同情。法官在判决书中两度将早已成年的被告称为孩子，先是同情被告在案发时受到的心理冲击，"既然他不可能明确辨认自己的行为及其后果，我们也可以想象，对于一个穷孩子来说，几乎是从天而降的钱财对他意味着什么？！"[59]然后同情被告在作案后的谨小慎微，"被告人取了钱带回老家，除了给弟弟一些钱，剩下的也一直不敢乱花，这说明他对社会管理秩序还是心存畏惧，被抓获之后，被告人随即全部退清所有款项，我们觉得，这孩子仍心存良知。"[60]

在这些案件的论述中，当事人的情感体验成为法官做出相关判决的重要理据。除此之外，法官还经常通过调动情感来赢得当事人、社会公众对判决的认同。我国于世纪之交开始推行的法官后语为法官们抒发情感提供了窗口。法官们在这里既可以表达自己对于案件的情感态度，也可以在这里对当事人晓之以情。在一个离婚判决的背后，法官写道，

---

[54] 李柏杨：《情感，不再无处安放——法律与情感研究发展综述》，载《环球法律评论》2016 年第 5 期，第 165 页。
[55] [美]本杰明·卡多佐：《法律的成长·法律科学的悖论》，董炯、彭冰译，中国法制出版社 2002 年版，第 178 页。
[56] 沈新南、邵玉妹与刘金法、胡杏仙受精胚胎监管处置权纠纷案二审判决书，（2014）锡民终字第 01235 号。
[57] 于欢故意伤害案，（2017）鲁刑终 151 号。
[58] 最高人民法院指导案例 93 号。
[59] 于德水盗窃案，(2014)惠阳法刑二初字第 83 号。
[60] 同注 58。

“原、被告愿意倾家荡产保全女儿性命，又在女儿生病期间无微不至的照顾，不离不弃，父母之爱的伟大彰显之至，不得不令人由衷敬佩，双方女儿在十六岁的花季之年既罹患××，五年来，一直与病魔抗争，小小年纪即饱尝病痛，承受生命不能承受之重，其状况亦令人深表同情，但家庭压力、性格差异、缺乏沟通，最终导致双方离婚，不得不令人扼腕叹息，望二人在离婚后摒弃前嫌，共同为女儿的病情好转尽心尽力。”[61]

这段判后语无关法律问题，却比法律问题更切中未来生活的安排。如果没有情感的滋养，很难想像法官会去为当事人筹谋法庭之外的生活。但这一“僭越”非但没有减损法律的庄严，反而因为它的温情而提升法律的权威。类似手法在英美的判决书中更为常见。

以美国历史上知名的自由派大法官布莱克蒙为例，他在晚年发表了两份著名的饱含情感的意见书。在 DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services 案中，布莱克蒙写下著名的“可怜的约书亚！”一段，表达对遇害儿童的同情。[62]在审查 Callins v. Collins 一案的调卷令时，布莱克蒙一改自己以往支持死刑的立场，转而反对死刑的适用。在这篇反对意见中，他不无深情地写道：“再过几天，或者只是几小时，有关卡林斯的记忆就会渐渐褪去。正义的车轮将再次翻转，在某个地方，别的陪审团或法官会承担艰难的裁判任务，决定某个人的生或死。”[63]这种直抒情感的做法在判决书中尚属少见，法官们更习惯于不动声色地调动公众的情感。在确认同性婚姻在全美合法化的奥伯格菲尔诉霍奇斯案，大法官深知具体而形象的描述比抽象而概括的论述更能激发人们的情感，因而在提炼本案核心争议之后，连续讲述三对同性伴侣的人生故事，以此博取读者同情，铺垫同性婚姻合法化的紧迫性。[64]

综观古今中外的法律实践，情感思维始终占据一席之地。几乎所有的行为都蕴含情感，法官做出决定的过程不可能免除情感的影响，法官并不比普通人更少受情感的影响。[65]

三、法律人运用情感思维的正当性

思维方式的本质是工具，是实现某种目的的手段。运用某种思维方式的正当性根源于该思维方式能够实现特定目的。据此，法律人运用情感思维的正当性根源于情感思维能够实现法律的目的。一方面，情感是法律的底层逻辑，情感思维有助于准确把握具体的法律规范的目的。另一方面，情感思维有助于实现正义、秩序、和谐等法律的目的价值。

（一） 情感是法律的底层逻辑

在人类演进的历史过程中，情感成为自然选择的生存策略，成为凝聚社会的纽带。情感表达能够唤醒他人同样的或对应性的情绪反应，从而促进社会关系。“一个健全的法律

[61] 吕某诉谢某甲离婚纠纷案，（2014）鄂茅箭民一初字第 01394 号。
[62] 489 U.S. 189 (1989).
[63] *Callins*, 114 S. Ct. at 1130 (Blackmun, J., dissenting); Also 510 U.S. 1141 (1994).
[64] Obergefell v. Hodges, 576 U.S._____(2015)
[65] See Richard A. Posner, “Emotion versus Emotionalism in Law”, in Susan A. Bandes ed., *The Passions of Law*, New York: New York University Press, 1999.

体系首先要做到的是顺应社会的真实情感和要求，无论这些情感和要求是对是错。”[66]职是之故，情感遍布法律之中。情感是法律的基础，法律是情感的制度化表达。[67]甚至可以说，法律的首要任务是充当表达社会的集体情感的工具，反映、投射、支持或放大某种已经存在的社会情感。[68]阿伦特就曾将美国法律的精神归结为“对所有有关公共利益的事务都积极支持和不断参与的一种情感。”[69]

融入了情感的法律不单纯是一种认识，它还是一种感受。[70]由此，以共情为核心的情感思维成为理解法律不可缺失的维度。离开情感思维，“尊严”“酷刑”“精神损害赔偿”等许多法律概念可能都无从理解，情节是否恶劣、后果是否严重等情形难以判断。就宪法而言，它凝结的是一国人民对这个国家及其基本制度的政治情感。《国旗法》禁止在公共场合故意以焚烧、毁损、涂划、玷污、践踏等方式侮辱中华人民共和国国旗的行为，就是对这一政治情感的维护。就民法而言，婚姻、继承等家事法更多是维护家庭成员内部的情感；就刑法而言，其维护的是这个社会最重要的道德情感，出罪入罪的界限就在于是否构成对道德情感的深度冒犯。[71]

更重要地，权利源自情感，情感是法律的逻辑起点。在《为权利而斗争》中，耶林以情感作为权利的根源，将权利的秘密归为情感，“法律的力量，完全犹如爱的力量，存在于情感之中”。[72]创造权利奇迹的东西“不是认识，不是教养，而是痛苦这一个质朴的情感”[73]以及“一看见不法盛行或者不法猖獗就感到愤慨和在道德上激怒”。[74]他还以农民和军人为例，细致地描述了情感在催生权利时迸发的力量。军人基于对名誉最敏感的情感，强调主张名誉是每个人的义务。这一主张是基于正确的情感，因为“一个据其本性应该是体现了人格的勇气的阶层，不能容忍其成员的懦弱，不以牺牲自己为代价，勇敢地主张人格，也是其地位和职业的道德生存条件。”[75]基于同样的对自己特有的生存条件的正确情感，农民强烈主张所有权。“因为恰恰是他的强烈地显现出的所有感，对他造成了侵权之痛楚，对痛楚愈是敏感，反应愈是激烈。农民的诉讼癖不外是由猜疑引发的所有感的偏离，这种偏离一如爱情中的类似表现：嫉妒，当嫉妒在结果上恰好毁灭了它力图所拯救的东西时，嫉妒反过来把矛头对准了爱情本身。”[76]据此，旨在确认、保护某种权利的法律，其实是确认、保护某种情感。只有理解了权利的情感根源，才能更好地理解法律。

（二） 情感思维是价值判断的凭据

---

[66] [美]霍姆斯：《普通法》，冉昊、姚中秋译，中国政法大学出版社 2006 年版，第 38 页。
[67] 参见郭景萍：《法律程序运作中情感的潜入、活化及适用》，载《学术论坛》2013 年第 7 期。
[68] See Kathryn Abrams and Hila Keren, Who’s Afraid of Law and the Emotions?, *Minnesota Law Review*, Vol.94, No.6 (2010).
[69] [美]汉娜·阿伦特：《论公民不服从》，张晓辉译，载何怀宏编：《西方公民不服从的传统》2001 年版，第 142 页。
[70] Kirchmann, *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Verlage von Julius Springer, 1848, S.17.
[71] 范伯格的深度冒犯理论认为，“冒犯之所以是深度的，就在于它对个人道德情感的强烈冲击，即使并无任何个人情感在其中。”参见[美]乔尔·范伯格：《刑法的道德界限》（第二卷），方泉译，商务印书馆 2014 年版，第 67 页。
[72] [德]鲁道夫·冯·耶林：《为权利而斗争》，郑永流译，法律出版社 2007 年版，第 22 页。
[73] 同注 71，第 22 页。
[74] 同注 71，第 29 页。
[75] 同注 71，第 17 页。
[76] 同注 71，第 15 页。

价值的本质是情感。“当我们断言这个或那个具有‘价值’时，我们是在表达我们自己的感情，而不是在表达一个即使我们个人的感情各不相同但却仍然是可靠的事实。”[77]以平等为例，这一重要价值的根源可能就在于人的情感。2003 年，美国埃默里大学的研究显示，猴子也有平等意识。研究人员在一群猴子当中开展实验，如果猴子发现同样的付出得到不同的回报，那么它会拒绝接受。例如，如果有的猴子交出了手里的东西，换到了研究人员手里的黄瓜，而有的猴子不用交出手里的东西就能得到更好吃的葡萄，那么拿到黄瓜的猴子中，有 80%会愤怒地扔掉黄瓜。[78]2011 年，英国科学家通过观察 47 个 15 个月大的婴儿发现，这些婴儿已经有了一定的公平敏感性。[79]其他的心理学研究也都印证，平等可能是人与生俱来的情感。

心理学研究为情感主义价值论提供了实证支持。如此一来，价值判断的实质就是情感抉择，并非形式逻辑能够解决。一方面，形式逻辑无法确认价值是否成立。对于哪些价值可以确立，哪些价值可以成为基本价值这样的问题，形式逻辑无能为力。“讨论基本的价值判断是徒劳无望的。比如说，如果有人主张把灭绝人类种族作为目标，其他人很难从理性的基础上驳倒他。”[80]另一方面，形式逻辑无法解决价值排序的问题。各国在应对今年年初爆发的新冠肺炎疫情时，因为对生命、自由的排序存在差异而采取了大不相同的应对措施。形式逻辑无法就这些各不相同的价值排序做出真假判断，只能说这些排序是“既不真又不假的情感表达。”[81]总之，形式逻辑的运用以存在确定的前提为前提，而价值判断恰恰没有确定的前提可供推演。这样一来，价值判断就不是形式逻辑能够解决的问题，更不用说数理逻辑。这正是佩雷尔曼放弃早年追随的弗雷格，放弃以数理逻辑来解决价值判断问题的梦想，转身走上修辞学道路的原因。

面对价值多元共存的局面，寻求最大共识成为解决价值判断问题的基本思路。不论共识如何达成，情感思维都能发挥重大作用。即使是沿着理性主义路径探讨公共商谈问题，将情感排除在商谈程序之外的哈贝马斯与罗尔斯，也都在他们的正义理论中为情感留出了空间。“具体说来，他们都认识到如下做法的重要性，即引入公民们的依恋关系和欲望，将其作为促进对规范辩护的理性程序及其结果的忠诚的手段，从而形成一种对正义的情感，以增强正义的稳定性。”[82]至于如何激发这种依恋与渴望，无疑是情感思维的问题。

在各种达成共识的方案中，修辞学提供了最为现实、也最具实效的方案，其要旨就是情感思维的运用。在修辞学的视角下，赢得听众是赢得共识的关键。如果诉诸可以证成判决的普遍听众，[83]那么社会范围内共同的道德情感将成为评判标准；如果诉诸可以直接决

---

[77] [英]罗素：《宗教与科学》，徐奕春、林国夫译，商务印书馆 2010 年版，第 136 页。

[78] Sarah F. Brosnan，Frans B. M. de Waal, “Monkey Rejects Unequal Pay”, *Nature*, Vol.425, (2003), pp.297-299.

[79] See Marco F. H. Schmidt, Jessica A. Sommerville, “Fairness Expectations and Altruistic Sharing in 15-Month-Old Human Infants”, 6 PLoS One 2011, e23223.

[80] Alan G. Gross & Ray D.Dearin, “Perlelman’s Life and Influence”, in *Chaim Perelman*, State University of New York Press,2003,p.11.

[81] [英]A.J.艾耶尔：《语言、真理与逻辑》，尹大贻译，上海译文出版社 1981 年版，第 116 页。

[82] [美]莎伦·R.克劳斯：《公民的激情：道德情感与民主商议》，谭安奎译，译林出版社 2015 年版，第 3 页。

[83] 普遍听众是一种想象，根据不同的理论，它代表人类的普遍理性或特定社会文化中的共同认知。

定是否接受某个判断的具体听众，[84]那么调动这些听众的情感就成为达成共识的关键。

在情感主义的视角下，价值判断就不是一个诉诸理性并要求对方遵从的过程，而是一个诉诸情感打动对方、赢取对方的过程。[85]《新修辞学》就是沿着这一思路重构了论证理论。就言语活动的基本原理而言，佩雷尔曼认为，我们运用的概念的含义存在“描述”与“情感”两种成分，情感含义是概念含义固有的组成部分，对概念的运用离不开对情感的运用。[86]在论及展示理由的方法时，佩雷尔曼强调要缓慢、具体，这样才能产生情感。调动情感是贯穿《新修辞学》的线索，是掌握说服技巧的关键。[87]

不过，无论怎样调动具体听众的情感，尊重社会的共同情感始终是证成法律判断不可缺少的要素。许多时候，这些共同情感促使我们发现问题、关注问题，把它们当做应该解决的问题，并为解决这些问题提供指引。[88]在这些共同情感中，正义感尤为重要。在摆气球射击摊的赵春华涉嫌非法持有枪支时，在为病友购买抗癌药的陆勇涉嫌销售假药时，在反杀持刀行凶者的于海明涉嫌故意伤害致人死亡时，正义感让法律人意识到问题的存在，为法律人指引方向，在出罪与入罪间做出正确的判断。

正义感不只是对法律体系精神的把握和对法律规则的信仰，更重要的，还要在法律隐而不发时，就是非善恶做出判断。这种知善知恶的能力就是良知，而良知人人都有，它通过人的自然情感显现。在卢梭看来，良知就是自爱和同情这两种情感的结合。基于这两种情感，人们会对他人的冷酷无情感到愤懑不平，会对他人的愚昧无知感到遗憾惋惜。这些情感成为美德的基础，促进了理性的完善，推动了文明的发展。[89]将情感作为正义的要素并非卢梭首创，也未在卢梭打止。以史蒂文森、努斯鲍姆、阿马蒂亚·森为代表的当代思想家纷纷接续休谟、亚当·斯密的情感主义传统，将情感作为正义的要件。“为了达到完全的理性，裁判必须同样有能力进行畅想和同情。他们不仅仅必须培养技术能力，而且也应该培养包容人性的能力。如果缺少这种能力，他们的公正就将是迟钝的，他们的正义就将是盲目的。”[90]这种包容人性的能力就来自情感思维。

（三） 情感思维是取得良好社会效果的众妙之门

司法的天然职责是化解矛盾，定纷止争。[91]矛盾与纠纷都来自社会生活，因此，“社会效果是司法必须考量的重要因素。”[92]社会效果可以从个体与社会两个层面加以考察。在个体层面显现的社会效果主要表现为当事人自觉履行司法判决。在社会层面显现的社会效果则表现为社会公众对司法判决的认同。

---

[84] 具体听众是现实生活中的一个或一群活生生的人。
[85] 参见周枫：《情感主义及其当代意义》，载《哲学研究》2007 年第 1 期。
[86] See Ch. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *The New Rhetoric. A Treatise on Argumentation*. translated by John Wilkinson and Purcell Weaver, University of Notre Dame Press, 1969, Section.35.
[87] 同注 85, Section.37.
[88] 参见[美]玛莎·努斯鲍姆：《诗性正义：文学想象与公共生活》，丁晓东译，北京大学出版社 2010 年，第 104 页。
[89] [法]卢梭：《论人类不平等的起源和基础》，李常山译，商务印书馆 1962 年版，第 67 页以下。
[90] 同注 87，第 171 页。
[91] 张文显、孙妍：《中国特色社会主义司法理论体系初论》，载《法制与社会发展》2012 年第 6 期。
[92] 江必新：《在法律之内寻求社会效果》，载《中国法学》2009 年第 3 期。

就个体层面而言，情感思维是推动当事人自觉履行司法判决的有力手段。首先，情感思维有助于理解纠纷的症结所在。“一纸判决，或许能够给当事人正义，却不一定能解开当事人的‘心结’，‘心结’没有解开，案件也就没有真正了结。”[93]近年来，多地都曾出现年迈老人起诉子女索要一元赡养费并要求按月到家支付现金的案件。只有站在老人的立场上体察老人的情感，法律人才能明白，老人的重点不是一元的赡养费，而是按月到家支付。老人的真实目的是想子女能够每月回家探望。只有理解到这一点，才能解开心结，找到正确的判决思路。在马锡五的审判经验中，其中一条重要经验就是关注与回应群众情感。[94]在和解、调解等非诉讼类争议解决方式中，情感思维的作用更为明显。调解的本质可以诠释为“转变当事人对某些人或事的认识、意愿和情感的过程。”[95]

其次，情感思维能推动判决结果转化为当事人的行动。纠纷不会自然消解，它必须经由当事人的行动才能彻底化解，而情感是最强的行动催化剂。有学者曾用下图分别描述由情感和理性主导的决策过程：[96]

图 1

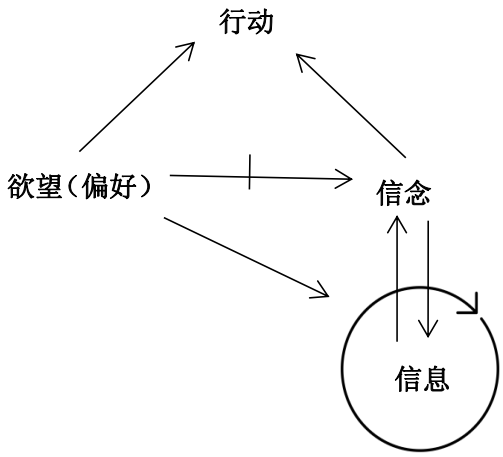
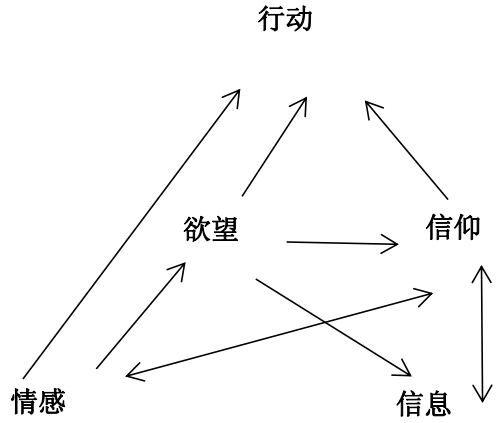


图 2



如上图所示，对信息的理性分析会影响我们的欲望（偏好）和信念，但并不直接催生行动。在情感参与的模式下，情感不仅通过影响欲望、信念来间接地影响行动，还可以直接影响行动。在这个过程中，情感还通过影响欲望、信念来影响主体的信念以及主体对信息的收集与处理。据此，在解决纠纷的过程中唤起情感能够催生主体的自主行动，把“我被要求”转化为“我愿意”，从而真正地化解纠纷，并降低因强制执行而产生的社会成本。

就社会层面而言，社会效果主要是指司法判决能够得到社会的普遍认同。在崇尚多元主义的现代社会，人们从不同的价值立场出发，通过严密甚至并不严密的逻辑推导自己的结论，让自己的判断看起来像公理一样颠扑不破。这种经过形式逻辑加持（或者说包装）

---

[93] 中共中央文献研究室编：《习近平关于全面依法治国论述摘编》，中央文献出版社 2015 年版，第 69 页。
[94] 马锡五：《马锡五副院长在全国公安、检察、司法先进工作者大会上的书面讲话》，载《人民司法》1959 年第 10 期。
[95] 蒋月、沈少坚：《民间纠纷当事人心理分析与评说》，载《人民调解》1994 年第 11 期。
[96] Jon Elster, “Emotional Choice and Rational Choice”, in Peter Goldie ed., *The Oxford Handbook of Philosophy of Emotion*, Oxford University Press, 2010, p.265, p.269.

的价值判断互不相让，使得社会公众的认知严重撕裂。基于逻辑推理而产生的认知裂缝，无法通过逻辑推理来弥合，而只能诉诸情感思维。

社会学的研究早已表明，认同的实质就是情感认同。认同是人们在社会生活中产生的一种情感和意识上的归属感。[97]在涂尔干那里，社会认同更多地表现为一种集体意识，它是社会成员平均具有的信仰和感情的总和。[98]司法判决要想赢得社会认同，就必须得到公众的情感认同。“努力让人民群众在每一个司法案件中都能感受到公平正义。”[99]在这一过程中，情感思维发挥着无可取代的重要作用。首先，只有运用情感思维，才能预见社会的情感反应。情感思维的运用使法律人能够站在旁观者的立场来想象，通过模拟普通人的情感反应来预见社会的情感反应。其次，只有运用情感思维，才能引起社会的情感认同。在关于价值判断的争论中，“每个争论者只能诉诸他自己的感情，而且只能采用那种引起他人同样感情的修辞手法。”[100]最后，情感思维的运用有助于增强法律的权威。法律的权威源自人与法的情感联系。[101]权威是信仰之所寄，而信仰亦是一种情感。法律要树立或增强权威性，就需要赢得或加深人们对它的情感。这一情感可能是对法律的爱，也可能是对法律的恐惧，但都能增强法律的权威，更好地保障社会效果。

四、结语：用情感思维打开法律的另一扇门

自笛卡尔的理性主义主导认识论以来，崇理性、抑情感的思维模式在法律领域根深蒂固。从上世纪初的自动售货机到本世纪的智能机器人，法律人对禁绝情感的裁判模式孜孜以求，把事实模块化、把法律符号化、把利益衡量算法化。算法替我们决定早餐品种、当日穿着，替我们选择孩子的辅导班，替我们安排父母的生日会，替我们约客户，替我们做分析，替我们看案卷，替我们写判决。我们在享受算法时代的便利的同时，交出了所有与决定有关的情感体验，终于，我们都成了单薄的纸片人，最终被我们创造的人工智能异化。

在算法时代强调法律人的情感思维，明确情感思维的定位与运用，并不是对形式逻辑主导的法律思维进行反攻倒算，而是对法律思维的完善与补强。如果说以规范与逻辑为主导的法律思维型塑了法律人的态度，那么强调共情的情感思维则赋予法律人以温度。情感并非法律人的阿喀琉斯之踵，反而可能是法律人洞察世界的第三只眼。面对疑难案件时，法律人往往需要一些想像和创造。这样的能力非逻辑推理所能给予，却可能由情感思维带来。毕竟计算思维的理论洞察相对短视而没有鉴别力，全由理性支配的生活恐怕难免狭隘、冷酷、刻薄寡恩，[102]对社会生活的洞察需要“辅以对某种生活的移情和生动想象”。[103]当逻辑推理行到水穷处，情感思维张开了翅膀。

---

[97] 参见俞小海：《刑法解释的公众认同》，载《现代法学》2010 年第 3 期。
[98] 参见[法]埃米尔·涂尔干：《社会分工论》，渠东译，上海三联出版社 2000 年版，第 42 页。
[99] 中共中央文献研究室编：《习近平关于全面依法治国论述摘编》，中央文献出版社 2015 年版，第 67 页。
[100] [英]罗素：《宗教与科学》，徐奕春、林国夫译，商务印书馆 2010 年版，第 136 页。
[101] Susan A. Bandes ed., *The Passions of Law*, New York University Press, 1999, p.287.
[102] 参见朱光潜：“谈情与理”，《给青年的十二封信》，时代文艺出版社 2019 年版。
[103] 同注 87，第 103 页。

法理学与法学通论的关系——以近代中国对日本学说的引进为中心

田　夫[1]

【摘　要】从19世纪80年代起，经过日本两代法学者的努力，法理学与法学通论这两门学科经历了由初创到明显区分的过程：第一代学者主要创建了法学通论的基本框架，有的并未使用“法理学”“法律哲学”，更未讨论法理学与法学通论的关系；第二代学者对法理学（法律哲学）与法学通论之关系的认识逐渐深入，从讨论法学的分类开始，直至后来取得法学研究始于法学通论而终于法律哲学的认识。第二代学者之后，日本法学者继续讨论了法理学（法律哲学）的学科属性，法理学（法律哲学）经历了一个从法学到哲学的过程。中国法学中法理学、法学通论等概念源于日本，但由于错综复杂的原因，导致日中两国对法理学与法学通论之关系的认识存在错位，更导致当今中国法学体系中法理学的错位与法学通论的缺失。应该恢复法学通论作为法科学生入门课和必修课的地位，放弃法理学分段教学的作法，澄清法理学作为哲学的性质。

【关键词】法理学；法律哲学；法学通论；奥斯丁；一般法学

在当代中国法学中，从表面上看，法理学与法学通论是两个貌似不相关的学科：法理学是法学专业核心课程之一，而法学通论主要是面向非法学专业学生设置的公共课和通识课。但从历史的角度看，情况则复杂得多：法理学由法学基础理论更名而来，20世纪80年代中期，学者在主张法学基础理论的改革、反思法学基础理论的发展史时将法学基础理论的内容与民国时期法学教育中法学通论、法理学这两门学科的内容相等同，指出民国时期“‘法理学’主要讲授西方一些资产阶级法学派别，尤其是社会学法学的学说，‘法学通论’一般讲授资产阶级关于法律的性质、作用、渊源、分类、效力、适用、权利、义务、制裁等问题的观点”。[2]在抱持这种认识的基础上，法学基础理论逐渐发展成为今天的法理学；也就是说，今天的法理学相当于民国时期的法学通论加法理学。

然而，不无疑问的是，在民国时期，法理学与法学通论是否具有相同的知识性质与理论深度？如果它们具有相同的知识性质与理论深度，那将它们合二为一形成新的法理学的努力就是正确的；如果它们并不具有相同的知识性质与理论深度，那将它们合二为一形成新的法理学的努力则面临很大的问题。考察民国的著作，不难发现，学者认为法理学与法学通论并不是一回事。譬如，又称法学通论为“一般法学”、“法学纲要”的吴学义认为：“法律哲学似与研究一般法学之法学纲要相同，实则不然。盖于以一切法律现象为研究对象，

---

[1] 本文原载《清华法学》2020年第5期，引用时请以刊载为准
田夫，中国社会科学院国际法研究所副研究员

[2] 沈宗灵：《我国法学基础理论学科的改革》，载《政治与法律》1984 年第4期，第62—63页。

探究其一般原理之点，二者固属相似，然法律哲学，为深入法律之根本的穷极原理，以求法之最高真理；法学纲要则不过在某项假定之下，予以‘纲要’的说明，只为浅显的一般性，并不具备根本的穷极性，故法学纲要非可谓为法律哲学，仍属于法律科学。”[3]朱采真认为，法理学是以研究整个法律的基本观念和原理为目的，而法学通论“并不是对于法律现象里面某种法律加以理论上的推究，却是搜罗关于法律的多方现象，研求其共通原理上的纲要，换一句简易的话，法学通论就是法学的大意”。[4]

导致国人采取上述认识的根本原因在于，不论是从词源上讲还是从学科上讲，法理学与法学通论都是产生于日本，后传入中国。国人对法理学与法学通论及其相互关系的看法，受到了日本的巨大影响；尽管近代中国法学也受到了欧陆、英美学说的影响，但具体到法理学、法学通论等概念的引进及其相互关系的问题上，对中国影响最大者莫过于日本。20世纪80年代中期以后，在重建并发展当代中国法理学的过程中，面对“法哲学”这个可能取代“法理学”的名称，[5]我们最终依然选择了“法理学”这个源于日本的名称，并且还将民国时期“法学通论”的内容合并进了新的法理学之中。因此，尽管改革开放以来中国法理学深受马克思主义法哲学、欧陆法哲学和英美分析法学的影响，但从法理学教材与学科建设的角度看，源于日本和近代中国的知识储备仍然在很大程度上构成了我们思想的底色，对当前法理学教材与学科建设的检讨自然也就离不开对这种底色的检讨。因此，本文拟以近代中国对日本学说的引进为中心，考察法理学与法学通论的关系。所谓以近代中国对日本学说的引进为中心，就是在法理学、法学通论等概念的产生及其相互关系等问题上，重点考察对中国产生影响的日本学说。结合日本法学的具体情况，在法理学、法学通论等概念的产生这一问题上，本文重点考察这两个学科的创始人穗积陈重的学说及相关学说；在法理学与法学通论的关系这一问题上，在清末留学日本一时风行的背景下，日本学说在很大程度上是通过中译的形式对中国产生影响的。因此，本文不拟就日本法学者关于法理学与法学通论之关系的认识进行全面检讨。

基于近代中国法学的继受性质，日本学说对中国学说的影响基本上是单向的，中国学说反过来影响日本学说的情况很小，这就决定了可以将日本学说处理为相对独立的单元，而不涉及中国学说。本文研究的是中国对日本学说的引进，而非中国学说对日本学说的引进。就日本学说对中国学说的影响或中国学说对日本学说的接受的研究，将另文处理。

一、“法理学”：学科与术语溯源

在穗积陈重创设法理学学科之前的日本，已经存在与该学科相关的学科，作为一个术语的“法理学”也已经产生，但二者之间却无关联；或者说，是穗积陈重让它们发生了关联。因此，对“法理学”的学科与术语溯源，其实应该分别展开。

---

[3] 吴学义编：《法学纲要》，中华书局1935年版，第76、78页。
[4] 朱采真编著：《现代法学通论》，世界书局1931年版，第3页。
[5] 参见公丕祥：《也谈重视法哲学的研究》，载《法学》1983 年第4期，第9页；芝沐：《法哲学——一门重要的学科》，载《法律学习与研究》1986年第6期，第64页。

（一）学科溯源

日本文久年间（1861—1863），其首批留学生西周（1829—1897）留学荷兰，“将所学之 Natuurregt 译为‘性法学’。司法省之法学校将其称为‘性法’，法国法派则称其为‘自然法’。”[6]西周曾于文久年间执教于开成所。开成所设有荷、英、法、德、俄语等语言学科和天文、地理、数学、物产学等科学技术学科。1869 年，明治政府接管了开成所，将其改名为开成学校，后又改名为大学南校。“明治三年（1870）闰十月，大学南校规则始见‘法科理论’。”[7]1872 年后，大学南校又多次改名，1874 年又改为东京开成学校。1875 年，东京开成学校以“法论”为名开设性法课程。[8]1877 年，东京开成学校与东京医学校合并，改称东京大学。

（二）术语溯源

按照汉语学界通说，“法理学”由穗积陈重首创。[9]但是，据中国政法大学博士后研究人员文扬考证，在穗积陈重从德国回到日本之前的 1881 年 4 月出版的、由东京大学文学士井上哲次郎（1855—1944）牵头编撰的《哲学字汇》中，就已经出现了“法理学”。[10]《哲学字汇》系根据英国格拉斯哥大学（University of Glasgow）教授弗列冥（William Fleming）的《哲学字典》并加以扩充编撰而来。较之于后者，全用汉字对译英文的前者篇幅增加一倍有余，且基本上不解释词条。[11]

在日本，《哲学字汇》“为哲学术语的确立做出了巨大贡献”。[12]“法理学”在《哲学字汇》中出现了两次。第一次是该书的绪言，井上哲次郎在说明《哲学字汇》收录词条后面的学科简称时，用“（法）”表示“法理学”，其他的学科简称还有：用“（伦）”表示“伦理学”，用“（心）”表示“心理学”，用“（物）”表示“物理学”，用“（政）”表示“政理学”等。第二次是作为 jurisprudence 的译法。[13]在上述简称中，词根“理学”有两种含义。第一种含义是作为 philosophy 的译法，包含“哲学（philosophy）”词条下的伦理学（ethical philosophy）、心理学（mental philosophy）、物理学（natural philosophy）、政理学（political philosophy）；[14]第二种含义是作为 science 的译法，包含“理学（science）”词条下的伦理学（ethical science）、心理学（mental science）、政理学（political science）。[15]在日本接受西方哲学的过程中，针对 philosophy 的翻译，先后出现了理学、哲学等主要译法。19 世纪 70 年代，在西周的影

---

[6] [日]穗积陈重：《法窗夜话》，曾玉婷、魏磊杰译，法律出版社 2015 年版，第 142 页。另：据考，早在距此 200 余年前的 1654 年，阿奎那的《神学大全》就被意大利籍耶稣会会士 Ludovicus Buglio 在中国翻译为《超性学要》并出版，受儒家经典的启发，该书已将 lex naturalis 译为“性法”，参见雷立柏编：《拉-英-德-汉法律格言辞典：包括罗马法和教会法的格言》，宗教文化出版社 2008 年版，第 313 页。

[7] 同上注，穗积陈重书，第 142 页。

[8] 同上注。

[9] 参见洪逊欣：《法理学》，我国台湾地区 1984 年版，第 5 页。

[10] 参见文扬：《2017 年 10 月 31 日》，载新浪博客 2017 年 10 月 31 日，http://blog.sina.com.cn/s/blog_4a5780810102wqgu.html；王奇才也有类似发现，参见王奇才：《作为法律之内在根据的法理》，载《法制与社会发展》2019 年第 5 期，第 12 页，注 30。

[11] 参见井上哲次郎等编：《哲学字汇》，东京大学三学部 1881 年印行；桑兵：《近代“中国哲学”发源》，载《学术研究》2010 年第 11 期，第 3—4 页。

[12] [日]藤田正胜：《日本如何接受“哲学”？》，吴光辉、杨晓莉译，载《日本问题研究》，2012 年第 1 期，第 8 页。

[13] 同前注 10，井上哲次郎等编书，第 47 页。

[14] 同上注，第 66 页。

[15] 同上注，第 82 页。

响下，“哲学”这一译法逐渐确定下来。“在这一过程中最终发挥决定性作用的，则是 1877（明治 10）年东京大学创立之际，文学部设置‘史学、哲学及政治学科’。之所以选择‘哲学’这一概念，乃是为了区别于同时设置的‘理学部’。”[16]井上哲次郎等人将伦理学同时对应于 ethical philosophy 和 ethical science，将心理学同时对应于 mental philosophy 和 mental science，将政理学同时对应于 political philosophy 和 political science，代表了他们对这些学科既是 philosophy 又是 science 的判断。有趣的是，“法理学”既未在“哲学（philosophy）”词条下出现，又未在“理学（science）”词条下出现。本文认为，这与《哲学字汇》所参考的《哲学字典》有关，在后者中，jurisprudence 被解释为 the science of rights。[17]因此，应将“法理学”理解为 science 意义而非 philosophy 意义上的理学。如此一来，产生的又一个问题是，井上哲次郎等人为何不直接将 jurisprudence 译为法学抑或权利科学？毕竟在 1868 年，津田真道（1829—1903）已经将 jurisprudence 译为“法学”。[18]本文认为，也许井上哲次郎等人恰恰是为了强调法学的理学（science）性质，故将 jurisprudence 译为法理学；也正是基于此，他们所谓的“法理学”与法学就是一回事。《哲学字汇》出版时，日本尚未产生独立的法理学学科，而该书中注有“（法）”的词条很难说是与部门法学相区分的法理学意义上的词条，如“agent（作因、代理）”“alliance（同盟）”“compact（约定）”。[19]但也必须承认的是，“法理学”这一术语已经产生。[20]

二、日本第一代法学者关于法理学与法学通论的认识

明治维新之后，日本现代法学产生，一代代法学者逐步成长起来。本文根据史洪智制作的《近代日本法学博士名录（1888—1919）》，以 1888 年产生的日本第一批法学博士的出生年代为参照，以十年为一代，并参考其他相关因素，将 1851—1860 年出生的日本法学者称为第一代法学者，将 1861—1870 年出生的日本法学者称为第二代法学者。[21]在第一代法学者中，穗积陈重于 1881 年先后创设了法学通论和法理学两门学科，奥田义人（1860—1917）和岸本辰雄（1852—1912）也于 19 世纪 80 年代开始讲授法学通论。

（一）“法学通论”的产生

1881 年 6 月，穗积陈重从德国学成，回到日本，任东京大学教授。据他所述，“当时，德国有门学科名为‘Enzyklopadie der Rechtswissenschaft’，教授法律学之大概。余欲向我邦初学者教授此门学科，遂向时任大学总长加藤宏之先生提出申请，总长立时同意，并建议命名为‘法学通论’，余觉甚妥，便依言定名。”[22]所谓 Enzyklopadie der Rechtswissenschaft，

[16] 同前注 11，藤田正胜文，第 8 页。
[17] See William Fleming, *The Vocabulary of Philosophy*, London and Glasgow:Richard Griffin and Company, 1858. p. 276.
[18] 参见何勤华：《汉语“法学”一词的起源及其流变》，载《中国社会科学》1996 年第 6 期，第 77 页。
[19] 同前注 10，井上哲次郎等编书，第 4、16 页。
[20] 很长一段时间内，中文世界皆未注意到井上哲次郎的贡献，但有学者承认“关于‘法理学’一词到底来自何处这一疑问在日本学界并非无争”，进而指出：“在最近的研究中，有学者认为‘法理学’一词也许是穗积陈重把‘法学理论’和‘法论’与‘学’字搭配到一起造出的用语。”陈根发：《论日本法的精神》，北京大学出版社 2005 年版，第 35 页注 1。
[21] 参见史洪智编：《日本法学博士与近代中国资料辑要：1898—1919》，上海人民出版社 2014 年版，第 397—404 页。
[22] ［日］穗积陈重：《续法窗夜话》，曾玉婷、魏磊杰译，法律出版社 2017 年版，第 125 页。

即法律百科；而“法学通论”则由加藤宏之（1836—1916）命名而来。

（二）穗积陈重：首创学科，留下难题

1881 年的东京大学法学教育“课程殆为外语”，穗积陈重“痛感须尽快以日语讲述全部法学，遂自法学通论起，每年增加一二门日语讲义科目”。[23]在同一年，穗积陈重便增加了“法理学”，此即法理学学科的由来。他在梳理该学科从“法科理论”到“法论”的溯源后写道：“若为‘法论’，闻之有训诫之嫌，佛法之感，且余不喜欢“以‘论’字表学名，故将其改为‘法理学’。余尝欲译 Rechtsphilosophie 为‘法律哲学’，然言及哲学，世人多限于形而上学（Metaphysics），故各学派之人教授此学科皆选无争议之名称，遂成法理学。”[24]

穗积陈重认为，由于世人常将法律哲学局限在法律的形而上学意义上理解，而他开设的法理学学科不限于法律的形而上学，故用“法律哲学”不合适。穗积重远在回顾“法理学”的产生时写道：“西洋学者用法律哲学（Rechtsphilosophie，philosophie du droit，legal philosophy）之名称，虽不能指为谬误，但哲学之名称，对于实验科学与形而上学有全然视为别种思想产物之误解之虞，且后述之自然法学说，历史上亦有法律哲学之称。故日本法学界先觉，特避法律哲学之名义，而特称之为法理学。即法理学者，关于法律现象根本原理之学也。（Spirit of the law，esprit des lois，Geist des Rechts）”[25]此论表明，由于“哲学”不能将实验科学与形而上学等量齐观，而“法理学”可以包含实验科学，故用“法理学”。这里的“实验科学”，主要与穗积陈重的初始留学地英国有关。正是基于上述原因，尽管不能确定《哲学字汇》对穗积陈重产生了影响，尽管穗积陈重在《法窗夜话》“法理学”词条中未涉及英语世界的 jurisprudence 传统，但他在同一本书的“约翰·奥斯丁夫人莎拉”词条中则用“法理学”对译 jurisprudence，将奥斯丁的名著 *Lectures on Jurisprudence* 译为《法理学讲义》，称奥斯丁为“分析法理学之始祖”；[26]他还撰文《斯宾塞对法理学的功绩》，也在其他地方称梅因为“沿革法理学学者”。[27]福岛正夫甚至将英国对穗积陈重影响深远之人依此排序为梅因、奥斯丁、边沁等。[28]但需要注意的是，穗积陈重开创的法理学学科已经不是《哲学字汇》中法学意义上的“法理学”，而是法学内部的一门学科。总之，站在明治维新背景下向西方学习的日本人的角度，可以理解有英、德留学史的穗积陈重提出“法理学”的原因——以兼容并包的学习姿态吸纳以实验科学为特征的英国学术与以形而上学为特征的德国学术。

然而，穗积陈重的“法理学”概念一开始就是蕴含着内在矛盾的。穗积陈重提出这个概念，本欲既包含以自然法为主要研究对象的法律哲学，也包含以实在法为研究对象的奥斯丁意义上的 jurisprudence；但奥斯丁的学术旨趣，恰恰是要厘清 jurisprudence 的对象，即只研究实在法，而将自然法等排除出去；反观穗积陈重，他却又用“法理学”来对译

[23] 同前注 5，穗积陈重书，第 139 页。
[24] 同上注，第 142—143 页。
[25] [日]穗积重远：《法理学大纲》，欧阳谿译，上海法学编译社 1931 年版，第 4 页。
[26] 同前注 5，穗积陈重书，第 194 页。
[27] 穗积重远编：《穗积陈重遗文集》（第二卷），岩波书店 1932 年版，第 111 页。
[28] 同前注 5，穗积陈重书，第 303 页。

jurisprudence。因此，法理学的研究对象到底是既包含自然法又包含实在法，还是仅限于实在法，这可视为穗积陈重留下的第一道难题，也在一定程度上预示了“法理学”此后的命运。此外，他用“法理学”对译 jurisprudence，尽管在形式上与此前井上哲次郎等人将 jurisprudence 译为“法理学”相似，但一如前述，井上哲次郎等人的“法理学”与津田真道的“法学”同义，而 jurisprudence 究竟何时译为法学、何时译为法理学，则成为穗积陈重留下的第二道难题。

（三）小结

穗积陈重创设了法学通论与法理学两门学科。这不能不让人追问此二者的关系。如果能找到他本人对这两门学科关系的论述，无疑是非常好的。遗憾的是，目前既找不到他法学通论的讲义，也找不到他完整出版的法理学讲义。只能从他在“法理学”词条中言及 1874 年东京开成学校尚无相关学科而又在“法学通论”词条中言及彼时该校已有《法律大意》此二者综合推知，法理学与法学通论也许不是一回事。

事实上，面对穗积陈重首创的“法理学”这一学科概念，日本法学者一直有所争议。在与穗积陈重同时代的学者那里，有的学者很少使用这个概念，也很少使用“法律哲学”，甚至很少讨论法学的分类。奥田义人和岸本辰雄就是如此。1889 年起，奥田义人开始讲授法学通论，直至 1907 年。他 1893 年的《法学通论》（东京法学院 26 年度 1 年级讲义录）分为绪论、第一编（总论）、第二编（民法）三部分。第一编又分为法律的性质、法律的类别、法律的渊源、法律的解释、法律的行用、权利义务六章；第二编又分为民法总说、人事法两章。1890 年起，岸本辰雄开始出版《法学通论》。他 1898 年的《法学通论》分为总论、宪法、行政法、刑法、民法、商法、诉讼法、国际法共八章。[29]1901 年的版本在维持 1898 年版八章名称的同时，具体内容进行了调整。[30]后来，他的《法学通论》被译成中文出版，尽管译著未明确原著版本，但其内容与 1901 年版本已比较接近。[31]

总之，穗积陈重、奥田义人、岸本辰雄等人搭建起了法学通论的基本框架，但并未明确研究过法理学与法学通论的关系这一问题，有的甚至未曾提及过“法理学”“法律哲学”等概念。

三、日本第二代法学者关于法理学与法学通论之关系的认识

以矶谷幸次郎（生卒年不详）、户水宽人（1861—1935）、织田万（1868—1945）、中村进午（1870—1939）、山田三良（1869—1965）为代表的日本第二代法学者大多生于 19 世纪 60 年代末期，于 19 世纪 90 年代中期甚至更晚开始讲授法学通论，有的还与第一代学者之间存在师承关系，如织田万于 1889 至 1892 年就读于东京帝国大学法科大学法律学科第二部，在校期间听过穗积陈重的授课。[32]较之于第一代学者，第二代学者有的接受了“法

[29] 参见岸本辰雄：《法学通论》，明治法律学校讲法会 1898 年版。
[30] 参见岸本辰雄：《法学通论》，明治法律学校讲法会 1901 年版。
[31] 参见[日]岸本辰雄：《法学通论》，陈崇基译，东京中国留学生会馆 1907 年版。
[32] 参见[日]织田万：《清国行政法》，李秀清、王沛点校，中国政法大学出版社 2003 年版，“点校前言”，第 1 页。

理学”，有的则使用“法律哲学”。对于“法理学”接受者而言，他们必然要在作为“法律学之大概”的法学通论中表达对法理学的态度；对于“法律哲学”使用者而言，由于本文讨论的法理学与法学通论之关系这一主题实质上指的是这两门学科之间的关系，因此，在他们那里，这一主题也就转化为法律哲学与法学通论之关系。当然，也要注意的是，第一代学者的代表人物奥田义人在 1901 年后也更新了自己的讲义，体现了他在第二代学者崛起的背景下对相关内容的调整。由于奥田义人这一时期的讲义被译为中文出版，本部分也将在适当时候讨论奥田义人。

（一）奥田义人：法学通论的学科目的

1901 年，奥田义人的《法学通论》（东京法学院 34 年度第 1 年级讲义录）进行了更新，全书分绪论、第一编（法学）、第二编（法律）三部分。其中，第一编内容较新，依次分法学之本体、法学之材料、法学之学派三章。而他的《法学通论》的第一个中译本与这份讲义录最为接近，尽管前者未明确标明原著版本。译者将奥田义人称为日本历史派大家。[33]

奥田义人认为，设置法学通论这一学科目的有三：第一，为专修法学者所必要；第二，为专修经济学及政治学者所必要；第三，为国民普通教育上所必要。其中，之所以为专修法学者所必要，是因为：“举大纲而后涉细目，学问之顺序也。例如学地理历史者，须先涉猎万国之地理历史，提其梗概，而后涉及各国，究其细节。盖一国之地理历史，与他国之地理历史，有相互之关系联络，如蛛网然。漫然把捉其一端，必不能悉知全部之脉络。在法学之专修，殆亦犹是。若误其顺序，直从宪法、民法、行政法、刑法、等，凡属法律之分科者，选其一而研究之，必难达其目的。然则是等各分科之法律，正如一国之地理历史，与他诸国之地理历史，有相互之关系联络存。故不先通晓关于一般法律学理之大纲，不仅不能悉其要领，且是等各分科之法律，在法律全部中，占如何位置，属如何部分，亦不能得其头绪。譬如入五都市中，不知何物为何名，茫然迷离而已。故其研究之顺序，当慎之于始。况法学亦如他之科学，有特别之用语文字。当其专修斯学，不可不知其用语文字之意义，及其所表示之事物之性质如何。所谓法学通论者，即达是等目的，而为专修法学者所最要也。”[34] 奥田义人从学问顺序和用语文字两点出发论证了法学通论之于法学初学者的必要性，此后各家对该必要性的论述，概莫能外。

在“法学之本体”一章，奥田义人探讨了法学在科学中的位置。他认为：“夫所谓科学者，据一般言之，在就宇宙间之现象，研究其原理之所存。”[35]他根据宇宙间之现象是否起因于人类自身将科学分为不关于人类自身之科学与关于人类自身之科学，前者又分为物理学、生物学，后者又分为人类学、心理学、社会学；社会学进而分为经济学、伦理学、法学和

[33] 1905 年，张知本等人选取了奥田义人学说中的“绪论”“法学之本体”“法学之材料”“法学之学派”等部分内容而非全部内容进行翻译，并与梅谦次郎的相关学说合并编辑而成《法学通论》并出版。为简便计，本文将该书中奥田义人的相关部分称为奥田义人《法学通论》的“第一个中译本”，以区别于后来卢弼、黄炳言完整翻译奥田义人《法学通论》而形成的“第二个中译本”。参见湖北法政编辑社社员编：《法学通论》，湖北法政编辑社 1906 年版（该版系订增再版，初版于 1905 年），“例言”“绪论”；程波：《中国近代法理学：1895—1949》，商务印书馆 2012 年版，第 100—103 页。

[34] 同上注，湖北法政编辑社社员编书，“绪论”，第 1-2 页。

[35] 同上注，第 10 页。

政治学。[36]

在“法学之材料”一章，奥田义人涉及到了法学的分类。他认为：“法学之材料，总在法律的现象”；“法学之研究，不可不以发生于人类社会之法律自身为其材料”；“以是法学者，非涉古今，通各社会，求其材料而研究之，不能发见正确之法理”。[37]他梳理了学者对法学的分类，因研究材料之广狭，学者对法学进行了三种分类：第一种分类是一般法学（general jurisprudence）与局地法学（local jurisprudence）；第二种分类是国内法学与国际法学；第三种分类是普通法学（general jurisprudence）与特别法学（special jurisprudence）。因研究材料之新旧，学者将法学分为现行法学（present jurisprudence）和非现行法学（ancient jurisprudence）。因研究材料之性质，学者将法学分为宪法学、行政法学、民法学、商法学、刑法学、诉讼法学、国际法学。[38]但是，他未具体解释上述分类，对其并不重视甚至有批评之意：“夫以一国内、一局部、现行非现行，而分法学之种类，是不以法学为科学也。以普通特别而类别法学，于法学为一科学，虽无何等妨碍，然实际非有必要也。因各种法律之名称，而定法学之名称，于实际虽有必要，然仅资法学各分科之材料，不足概括法学全体之材料也。”[39]他之所以采取这种态度，与本章章名及结构有关：他是在“法学之材料”一章的第一节“总说”中梳理学者对法学的分类的，但他本人认为：“然则法学研究之材料，当于何求之，曰不成文法及成文法”；[40]相应地，这一章的第二节和第三节分别为“因不成文法之材料”“因成文法之材料”。

（二）矶谷幸次郎：作为法学方法而非法学种类的法理哲学

19 世纪 90 年代中期，日本第二代法学者开始崛起。矶谷幸次郎于 1896 年出版了《法学通论》。1901 年，王国维赴日留学期间将矶谷幸次郎的《法学通论》翻译为中文。1902 年，中译本出版，尽管译著未明确原著版本，但其内容与 1896 年版基本一致。[41]矶谷幸次郎关于法学性质的看法，深受霍兰（1835—1926）的影响，[42]后者反对专指研究一国之法律的“特别法学”（particular jurisprudence）这一称谓。矶谷幸次郎认为，“法学者，非徒解释一国或一时之法律之学之谓也，在于研究法律性质，及其原理、原则”；“故究法学者，不可不明各国法律之异同及其沿革”；“盖法学有一无二，而其原理，绝非可分为普通特别二种者”。[43]尽管法学不能分类，但研究法学的方法却有区别，可分为以英国边沁和奥斯丁为代表的分析法学（analytical jurisprudence）、以德国萨维尼和英国梅因为代表的沿革法学（historical jurisprudence）、以意大利维科和法国孟德斯鸠为代表的比较法学（comparative

[36] 同上注，第 10—16 页；后来，奥田义人基于讨论法学之位置的目的，“简化”了科学的分类，但并未改变法学属于社会学的判断，参见[日]奥田义人：《法学通论》（上中卷），卢弼、黄炳言译，上海社会科学院出版社 2017 年版，第 27—34 页。

[37] 同前注 32，湖北法政编辑社社员编书，第 16 页。

[38] 同上注，第 17—18 页。

[39] 同上注，第 18 页。

[40] 同上注。

[41] 2006 年，以此版本为底本的点校本由中国政法大学出版社出版，参见[日]矶谷幸次郎、美浓部达吉：《<法学通论>与<法之本质>》，王国维、林纪东译，何佳馨等点校，中国政法大学出版社 2006 年版，也见该书“点校者序”，第 9 页。

[42] 西方国家人名在 20 世纪初期的中译与今译多有不同，这在本文所涉引文中也存在，为简便计，本文引用时一律改为今译。

[43] 同前注 40，矶谷幸次郎、美浓部达吉书，第 47—48 页。

jurisprudence）和以德国康德为代表的推理法学（speculative jurisprudence）。[44]其中，“推理法学者，其要在推寻法律之神理与学派，即考究关于法律最高之原理者也，一曰法理哲学。近世推理法学派最有名者，德之康德是也。”[45]如果将矶谷幸次郎与穗积陈重相比较，仅就内容而言，前者的“法理哲学”相当于后者的“法律哲学”，而不包含后者“法理学”中的分析法学、沿革法学等。在矶谷幸次郎处，法理哲学不是法学的一个种类，而是研究法学的一种方法。最后，他在下述意义上勉强认可了法学的分类：“然法学亦如他学科，其范围广大，故不得已，就考究其原理，自限定其要领分，分为二或三以考究之。强区分为刑法学、民法学二种，或分为公法学、私法学二种，均可也。”[46]在矶谷幸次郎的法学种类中，法理哲学并无地位可言。

（三）从户水宽人到中村进午：法律哲学是法学的一种

不同于矶谷幸次郎，大部分日本法学者认为法律哲学是法学的一种，并不断深化了对法学之分类的认识。户水宽人于 1901 年出版《法律学纲领》，该书后来被留日学生第一个译书团体译书汇编社译成中文。他认为：“法律学者，即法律之过去、现在及未来之学耳。”[47]因循过去、现在与未来的区分，他将法律学分为法律之历史、现行法律之解释和法律哲学三类。“法律哲学者，曰论法律当然之学，曰研究法律根据之原理之学，曰探考立法家之主义方针之学，推验未来法律之运命之具，及批判现行法律之善恶之金针，亦足以当未来法律之标准也。”[48]

织田万于 1892 至 1896 年间在东京法政专门学校讲授法学通论，并于 1902 年在有斐阁出版《法学通论》，1907 年，在早稻田大学法律科留学的刘崇佑将其译为中文出版，该译本直到 1930 年还印了第十九版。[49]该书第二章名为“法学之分类”，织田万首先根据法学“研究目的之程度”，将法学分为法律哲学与成法学。所谓法律哲学，“广通于各种之法律现象，而研究其最高原理之学问者也。此种法学，不论时之古今，地之东西，皆以普察法律之所以发达变迁，审其原因结果之理由，而确定法律上一切之观念为目的者也。其目的之高远如此，故与所谓实地之应用，遂不能无大悬隔。于是学者所论，亦不能无或陷于空理妄想者。虽然，法律上之最高原理，究非局促于一国一时代之法律现象者，所能探明之。不得不别有法律哲学，以兼其任。故不能以其一派学说，有不免缺漏之故，遂并其研究之目的，而排斥之也”；所谓成法学，“就一国一时代之法律现象，而研究其理论之学问也。此种法学，非于法律大进步之时，不能成立。盖当法律与宗教道德相混同之世，则必无独立之成法，故其时法律哲学，虽或成立，而成法学则究不能成立也”。[50]古希腊有法律哲学

---

[44] 同上注，第 49—50 页。
[45] 同上注，第 50 页。
[46] 同上注，第 50 页。
[47] 户水宽人：《法律学纲领》，巅涯生译，译书汇编社 1902 年版，第 5 页。
[48] 同上注，第 10 页。
[49] 参见刘广定：《理性之光：民国著名律师刘崇佑》，生活·读书·新知三联书店 2015 年版，第 3、6 页。刘广定书第 6 页印有“织田万原著《法学通论》封面”，但该封面为织田万《法学通论》京都法政学校 1903 年版封面；依据刘广定书第 3 页的叙述并经比对，刘崇佑实系依据织田万《法学通论》有斐阁 1902 年版译成。
[50] ［日］织田万：《法学通论》，刘崇佑译，上海商务印书馆 1913 年版（该版系第十三版，初版于 1907 年），第 9—10 页。

而无成法学，成法学源于古罗马。不同于矶谷幸次郎，织田万在法学分类中认可了法律哲学的地位，将其区别于成法学。

其次，织田万根据法学“研究范围之广狭”，将法学分为一般法学与特别法学。所谓一般法学，“互于法学全体，而广理会其观念之学问也。故此种法学。不拘于法律现象之种类，或综合其同一者，或比照其类似者，而以获得概括的之学识为主。故凡从事法学者，必不能不经此一般法学之阶，若越之而遽攻究特别法学，则必终无成效”；所谓特别法学，“就法律现象之某特别种类，而理会其观念之学问也”，譬如刑法学、民法学，“此种法学，其研究之范围，有所限定，故其结果，较之一般法学，亦精微详密，然不得因此而抛弃一般法学也。但法律现象，本极复杂，其蕴奥必不能仅以一般研究之法穷之。故学者虽有先后之分，而究无偏废之道”。[51]一般法学的意义颇类似于法学通论，当然，织田万并未明确将二者等同。

1905 年，东京法学院大学出版了奥田义人的《法学通论》，他的《法学通论》的第二个中译本与这个版本最为接近，尽管该译本未明确标明原著版本。[52]与第一个中译本相比较，第二个中译本相关内容发生了些许变化，也许能说明奥田义人从 1901 年到 1905 年的思想发展。第一个变化是，论述法学的分类的一章章名由“法学之材料”变成了“法学之类别”，而原有的“因不成文法之材料”“因成文法之材料”两节内容也消失了。第二个变化是，新译本解释了法学的三种分类的含义。关于一般法学与局地法学，奥田义人指出：“一般法学云者，其研究材料采于各国各地方者也。局地法学云者，其研究材料采于一国一地方者也。然材料虽有广狭之别，而其研究关于法律现象之原理则无以异，分之为局地法学，合之则一般法学也。虽然，一般法学与局地法学之区别，亦非无故而然者。盖法律现象，原因民情风俗习惯而殊。甲地以为真理者乙地以为妄谬者有之，乙地以为真理者丙地以为不宜者有之。试观英美之法律，与德法之法律异，美国妞育州之法律，与华盛顿州之法律异。故国别为一般法学与局地法学，亦有由也。”[53]关于普通法学与特别法学，奥田义人指出：“普通法学云者，以研究普通法为职分者也。普通法者，为规定普通法律现象之法规，例如民法对于商法普通法也，普通刑法对于海陆军刑法普通法也。特别法学云者，以研究特别法为职分者也。特别法者，为规定特别法律现象之法规，例如商法对于民法特别法也，海陆军刑法对于普通刑法特别法也。要之普通法学及特别法学之区别，因研究材料之法律现象而异，采于一般之法律现象者曰普通法学，采于一类之法律现象者曰特别法学。”[54]第三个变化是，前引旧译本中奥田义人对法学分类的相关评论在新译本中消失了。这三个变化实质上是联系在一起的：章名上的变化说明奥田义人切割了法学之材料与法学之类别两个问题，就学者对法学的分类放弃了先前的负面评价，转采客观描述甚至正面评价。

中村进午于 1896 年就曾讲授过法学通论。1906 年，早稻田大学出版部出版了他的《法

[51] 同上注，第 10-11 页。
[52] 该译本初版于 1907 年；2017 年，上海社会科学院出版社出版 1907 年版影印版，同前注 35，奥田义人书。
[53] 同前注 35，奥田义人书，第 36 页。
[54] 同上注，第 37 页。

学通论》。该书“法律学之分类”一章后来被译成中文，尽管译文未标明原著版本，但与该章内容完全一致。[55]根据中村进午的梳理，法律学有四种分类。其中，第一种分类以土地为标准，分为一般法学与局地法学：“一般法学者，谓通于世界万国之法律学问也。局地法学者，限于一国或一地方之法律学问也。”[56]这种分类源于边沁和奥斯丁。第二种分类以时代为标准，分为现行法学与非现行法学，这种分类源于边沁。[57]第三种分类以法律现象之范围为标准，分为普通法学与特别法学：“普通法学者，基于法律之诸现象而研究之者也。例如法学通论、及法律哲学是。反之特别法学者，谓仅对于特别之法律现象而研究之者也。例如研究民法上之买卖、有如何之要素、研究刑法上之权利、行政法上之义务、各有如何之性质、是也。”[58]在此，中村进午将法学通论与法律哲学作为普通法学的两种。第四种分类以研究法律主义为标准，分为自然法学、注释法学、分析法学、历史法学和比较法学。[59]

（四）山田三良：法学研究始于法学通论而终于法律哲学

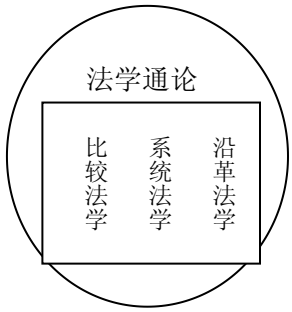
在逐渐达到法学通论与法律哲学是法学的两种这一认识之后，学者开始在整个法学体系下进一步思考法学通论与法律哲学的关系。1906 年起，针对中国留学生、以中文形式发行的《早稻田大学政法理财科讲义》开始出版，该讲义连载了山田三良的法学通论讲义。山田三良在第一章“科学之分类”中认为，应依科学目的物之现象内容如何，将科学分为自然科学与精神的科学：“以研究自然的现象为目的者，为自然科学。以研究人为的现象为目的者，（即研究吾人人类之精神作用）为精神的科学。”[60]精神的科学又分为广义之文学与国家的科学，广义之文学包括哲学和狭义之文学，国家的科学包括道德学、法律学、经济学、社会学和政治学，而法律学又分为三层结构：首先是法学通论，其次是沿革法律学、比较法律学、系统法律学，最后是法律哲学。[61]

山田三良在第二章“法学”中认为，法学是研究法律之学，“更详言之，研究社会的生活之秩序，基于人类之知性者，而说明其过去现在将来之科学也。此秩序（即法的现象）因时代与场所而异其趣，变迁无极，故有以为不得为科学之目的，但可谓之技术者”；“所谓法律的现象为斯学研究之目的物。其现象常因人类社会生活之状态而异其趣，今昔异形，东西各国不一其规。故研究此现象，欲发见普通之要素，而说明其过去现在未来者，就攻学便宜上，当区分其目的物为各部面而采其最适当之研究方法而致力焉。今先分之为三部面。曰研究古今法律之变迁之沿革法学。曰研究东西法律之异同之比较法学。曰研究现行法之理论之系统法学。更加分之为二方面。曰法学通论，为斯学研究之阶梯。曰法理学，（法律哲学）综合以上研究之结果而究其最高之原理”。[62]关于法律哲学，山田三良指出：

---

[55] 参见胡挹琪编：《法学通论》，政法学社 1913 年版，第 12—17 页。
[56] 同上注，第 12 页。
[57] 同上注，第 12 页。
[58] 同上注，第 13 页。
[59] 同上注，第 13—17 页。
[60] 巽来治郎编：《早稻田大学政法理财科讲义》（第一编），早稻田大学出版部 1906 年版，第 6 页。
[61] 同上注，第 12—17 页。
[62] 巽来治郎编：《早稻田大学政法理财科讲义》（第三编），早稻田大学出版部 1907 年版，第 21—23 页。

“法律哲学或法理学者，以研究法律的现象之最高原理，或根本之原则，为目的者也。如上所述，吾人因沿革的研究，而知法律之过去，理解古今变迁之所由来。因比较的研究而知东西各国同异之所存。因系统的研究而理解我国现行法所认之原则。虽然法学之研究，非但理解法律之为物之曾经如何（过去）与法律之为物之今为如何（现在）而已也。更当综合此等研究，不拘泥于一国、一时代之法律，以研究其何以为法律根本之原则，就理论上研究法律之果将如何也。（将来）吾人因此研究得理解法律之进路，以评现行法之善恶，而与将来立法者以可循之绳墨，以增进国家人民之福利，是而后乃得谓之为达法学终极之目的也。”[63]山田三良使用了“法理学”，是本文涉及到的第二代法学者中少有者；但要注意的是，他更愿意使用“法律哲学”，即便是在涉及奥斯丁时，也是用“法律哲学”指代之。[64]由于以沿革的、比较的、系统的、哲学的研究法学极其复杂，“当先理解其通于斯学大体之观念，而开其端绪，以知得其通于法律的现象全体原则之大要，是为必要。法学通论者，即应此必要之学”。[65]所以，法学通论是法学之阶梯，明法学之本领，明法学之概要；[66]同时，法学通论也为法律哲学之阶梯：“法学通论说明法学之概要，而明其根本的原则。其结果遂能调和法律之各部分，与法学之各原则。以统一的、或法律哲学的而说明之，以明各个之原则，实为互相牵连、互相调和之全体之一部分。故自此点言之，法学通论者，实为法律哲学之初步。法律哲学者，实为法学通论之终极”；“盖法学之研究，始于法学通论，而终于法律哲学”。[67]最后，山田三良将法学各面之关系图示如下：[68]



从矶谷幸次郎到山田三良，第二代法学者中有人接受了“法理学”概念，也有人未接受该概念。在接受者中，矶谷幸次郎将其等同于推理法学（姑且将他的“法理哲学”等同于“法理学”），山田三良更倾向于使用“法律哲学”概念。因此，对接受者而言，“法理学就是法律哲学”。[69]若如此，法理学与法学通论的关系就是法律哲学与法学通论的关系。这就与未接受“法理学”概念但使用“法律哲学”概念的人取得了一致。在此基础上，可以发现，第二代学者对法理学（法律哲学）与法学通论之关系的认识在逐步深入：矶谷幸次郎认为法理哲

[63] 同上注，第 30 页。
[64] 同上注，第 30 页。
[65] 同上注，第 31 页。
[66] 同上注，第 31—33 页。
[67] 同上注，第 34—35 页。
[68] 同上注，第 34 页。
[69] 颜厥安：《法与实践理性》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 4 页。

学是研究法学的一种方法，但不是法学的一个种类；户水宽人认为法律哲学是法律学的一类；织田万认为法律哲学与成法学是法学的一种分类；中村进午认为以法律现象之范围为标准，可以将法学分为普通法学与特别法学，而普通法学包括法学通论与法律哲学；山田三良则认为，法学通论是法律哲学（法理学）的初步，法律哲学是法学通论的终极。

四、法律哲学或法理学：从法学到哲学

1910 年后，随着中国法学的主要学习对象由日本转向英美，日本法学著作中译的热潮逐渐褪去。好在依旧有零星的译著出版，使人得以在一定程度上把握相关讨论的继续与深入。

（一）穗积重远：解决旧难题、制造新矛盾

1917 年，穗积重远（1883—1951）《法理学大纲》出版，该书于 1928 年和 1931 年先后被李鹤鸣和欧阳谿译成中文出版，系迄今为止唯一一本书名中含有“法理学”的、且被译为中文的日本人著作，作者又是穗积陈重之子，其意义自不待言。从某种意义上讲，该书是从探讨法学的位置入手的。在此之前，奥田义人将法学视为关于人类自身之科学之下的社会学的一种，山田三良将法学视为精神的科学之下的国家的科学的一种。此二人的共同点是将科学作为最高概念，进而在科学体系中寻找法学的位置。穗积重远则不然，他的最高概念是“学问知识”而非“科学”。他将学问知识分为科学与哲学两段，他认为：“故科学与哲学，非有别种对象。吾人于同一事物，既可为科学上之研究，且可为哲学上之研究。是科学不能不借镜于哲学，而哲学又不能不原本于科学。两者之分界，仅过渡性质。”[70]相应地，法律学也可分为两段：与科学相对应的，是法律科学，即现实法学；与哲学相对应的，是法理学。进一步地，“法理学则介于法律现象之特别哲学与现实法学之一般哲学之中间者也。故法理学者之任务，在以一般哲学之原理为基础，说明现实法学成立之准则。其踢蹐现实法学之范围，及深入一般哲学之范围者，均非法理学之职责焉。”[71]穗积重远为何要作出不同于奥田义人和山田三良的处理呢？在奥田义人的科学体系中，根本未涉及到法理学。而在山田三良的科学体系中，精神的科学分为广义之文学与国家的科学，广义之文学包括哲学，国家的科学包括法律学，进而包括法律哲学；换言之，法律哲学不属于哲学。无论是奥田义人的体系，还是山田三良的体系，都不能满足穗积重远的要求，他既坚持了“法理学”，又认为法理学乃特别哲学。理解了这一点，也就理解了他的“学问知识”体系。

穗积重远认为，法律学有五种研究方法：分析研究法（analytical method）、历史研究法（historical method）、比较研究法（comparative method）、社会学研究法（sociological method）和哲学研究法（philosophical method）；[72]这对应着法理学的五派：分析派、哲学派、历史派、比较法学派和社会学派，[73]其中，

[70] 同前注 24，穗积重远书，第 2—3 页。
[71] 同上注，第 4—5 页。
[72] 同上注，第 5 页。
[73] 同上注，第 7 页。

分析派法理学以奥斯丁为代表。到此为止，在“法理学”的用法和对奥斯丁的态度上，穗积父子保持着一致。穗积重远将奥斯丁的 The Province of Jurisprudence Determined 译为《法学范围论》，但他又指出：“法律学之定义，奥斯丁氏主张为现实法律之学（Jurisprudence is the science of the positive law）’。”[74]可见，他认为，在奥斯丁处，法学就是法律学，也是现实法学。这解决了穗积陈重留下的第二道难题，将 jurisprudence 译为法学或法律学，而非法理学；这也解决了穗积陈重留下的第一道难题，认为法理学的研究对象既包含自然法也包含实在法，而将只研究实在法的 jurisprudence 译为法学或法律学。但如此一来，在穗积重远处，究竟是法理学包括了与现实法学同义的法学或法律学，还是法律学包括了现实法学与法理学，就成为第一个新矛盾；相应地，第二个新矛盾也产生了：他对奥斯丁的上述认识也与他将奥斯丁视为不同于现实法学的法理学的分析派代表人物相冲突。所以，穗积重远在解决穗积陈重留下的难题的同时，却制造了新的矛盾。

导致穗积重远产生新矛盾的原因并不在于他的“学问知识”体系本身，而是在于他完全坚持了穗积陈重的“法理学”。如果放弃这个概念，转采“法律哲学”，进而让法律哲学与法律科学共同构成法律学，就避免了第一个新矛盾；由于放弃了“法理学”，奥斯丁也就无所谓法理学的分析派代表人物，第二个新矛盾自然消失，这时只需要注意到他的法律学概念（“法律学为现实法律之学”）不同于穗积重远的法律学概念即可。

当然，仍要注意穗积重远下述判断：“而法学通论（Rechtsenzyklopadie，general jurisprudence）及法理学史（Geschichte der Rechtsphilosophie）则非法理学。”[75]遗憾的是，他对此未展开论述，对 general jurisprudence 的具体所指也语焉不详。但从他强调法理学是特别哲学而非现实法学来看，法理学与作为现实法学各科之纲要的法学通论具有知识性质上的差异，则是毫无疑问的。

（二）从三潴信三到高柳贤三：法学框架下有别于法律科学的法律哲学

穗积重远制造的第一个新矛盾表明，他在法理学与法律学之关系这一问题上立场游移。游移的根本原因在于：彼时日本法学者对彻底将法理学从法学（法律学）中驱逐出去还缺乏充分的思考，除穗积重远外，其他学者一般也是在法学内部通过进一步区分法学的方式展现法理学的特质。

三潴信三（1879—1937）是在法律史学、法律科学、法律哲学的三分框架中看待法律哲学的。1918 年，他的《近世法学通论》出版。1930 年，该书 1927 年版被翻译成中文出版。经比对，相关内容在 1918 年版中已经出现。在该书绪论第四章“法学通论之意义”中，三潴信三指出：“法学通论者，非民法、刑法、宪法等法律各部门之缩本，亦与研究法及权利本质之法律哲学（法理学），异其意义。”他在此句后加注写道：“外国语中，求其与法学通论极相当之一定名词，颇不容易。在德英法意诸国，虽各有其语；然考其内容，类多无确实之规定。试列举之：则德称为 Einfuhrung in die Rechtswissenchaft 或 Enryklapadie des Rechts 英称为 Introduction to law; General jurisprudence; First principles of law 法称为 Traite

[74] 同上注，第 15 页。
[75] 同上注，第 4 页。

elementaire de droit;Encyclopedie du Droit;Introduction a l`etude du Droit 意称为 enciclopedia ginridica 或曰 Introduzione alle scienze giuridiche。”然后，他总结道：“法学通论云者，以法学研究之必要的准备为限度，而授以法学各科所共通的系统的智识之学科也。”[76]在该书第四编“法学”中，他给出了自己的法学定义：“法学者，关于权利义务之系统的普遍的合理的知识也。”[77]他将法学分为法律史学、法律科学、法律哲学三大部分：法律史学又分为法律学史、法制史；“法律科学者，非指对于纯理的学问之经验的科学，乃唯指现行法之解释为主者也”，[78]它又分为民法、宪法、刑法等；“法律哲学者，法及法律关系之渊源，本质与关于其社会的价值之根本的学也”，[79]它又分为总论与各论，各论包括私法哲学、刑法哲学、国法哲学。三潴信三的分类与穗积重远区分法律哲学与法律科学保持了一致，并在此二者之外增加了法律史学；但是，三潴信三没有犯穗积重远自相矛盾的概念错误，只是将法律哲学从属于法学，但同时强调了法律科学以现行法之解释为主。

与三潴信三相比，中岛重（1888—1946）更多地是在讨论法律哲学时凸显出了“法理学”的冗余性。1925 年，他的《法理学概论》出版，该书绪论第三部分和第四部分分别为“法理学的方法”与“法理学的沿革”。[80]1935 年，张蔚然发表了中岛重所著《法理学之方法及其沿革》译文一篇，其内容可视为上述两部分的简化版。[81]在“法理学之沿革”部分，在梳理了法理学从苏格拉底到黑格尔的发展之后，中岛重指出：“由十九世纪初叶，以迄于今日，因历史，实证，及实验科学之发达，法理学亦因之而大形转变。”[82]他为此列出的第一个学派是以萨维尼、普赫塔为代表的历史学派。第二个学派是功利主义，以边沁、密尔为代表，“以经验及实证方法，树立法与道德之标准。以最大多数之最大幸福，而代万古不易之自然法，以探究法与道德之目的。故能脱离康德以下哲学派，囿于伦理学之形式的决疑论，及理想法体系之法理学倾向。虽然，功利学派，仅于立法论，有所建树，至法理学体系，则无之也。”第三个学派是分析学派，以奥斯丁为代表，“该派之立法论，由功利主义而树立，法律本质论，依主权者命令说而成。故其法理学，能脱离理想法之体系，而另行创立，其贡献于法理学，实非浅鲜。惟依该派所论，有失法理学规范之本质，乃其缺点耳。”第四个学派是法学通论派：“Allgemeine Rechtslehre 乃英之霍兰，阿莫斯，格雷，及德之贝戈博姆，贝克尔等所唱。乃综合实定法学，以实证方法，而论法之本质者。法理学得离哲学而独立，乃该派不可泯灭之功，然仍未阐明法理学与法律规范内容体系之不同，以及法理学，在法学中之地位，乃美中不足耳。”此外，还有社会法学派、比较法学派、新康德派、新黑格尔派等。[83]

不同于穗积陈重，中岛重没有将“法理学”作为 jurisprudence 的对译，在涉及奥斯丁时

[76] ［日］三潴信三：《近世法学通论》，邓公杰译，上海民智书局 1930 年版，第 7 页及注 3。
[77] 同上注，第 231 页。
[78] 同上注，第 236 页。
[79] 同上注，第 236 页。
[80] 参见中岛重：《法理学概论》，更生阁 1925 年版。
[81] 张蔚然译文注明“节译自中岛重法理学大纲”，但笔者并未找到《法理学大纲》一书；而比对《法理学概论》与张蔚然译文，也可将后者视为对前者的“节译”，参见［日］中岛重：《法理学之方法及其沿革》，张蔚然译，载《法律评论（北京）》1935 年第 12 卷第 13 期，第 6 页。
[82] 同上注，第 3 页。
[83] 同上注，第 3—6 页。

用“分析学派（Analytical School）”指代之，这就避免了穗积陈重留下的两道难题，也避免了穗积重远制造的第二个新矛盾。中岛重没有采纳穗积重远将法律学分为法理学与现实法学的作法，也就避免了穗积重远制造的第一个新矛盾。然而，中岛重的问题在于，这样的“法理学”与“法律哲学”有何区别？毕竟从语义上讲，后者既可以包括以自然法为研究对象的自然法哲学，也可以包括以实在法为研究对象的实在法哲学。这样的“法理学”与山田三良的“法理学”同义。事实上，有相当一部分日本学者在山田三良、中岛重等人的意义上而非穗积父子的意义上使用“法理学”。但若如此，“法理学”的必要性也就丧失了。

需要指出的是，在其文中，中岛重从立法论、法理学体系等角度出发评价各派，言简意赅，视野广阔。尽管他的评价未必完全准确，但与前人相比较，分析更为精细则毋庸置疑。在他那里，分析学派与法学通论派有异，奥斯丁属于前者而非后者，但却是后者而非前者促成了法理学的独立。最后，中岛重强调法理学不同于立法论和解释学：“依上述之沿革观之，吾人可知法理学，系研究规范本质之规范学，与论述规范内容体系之规范学——立法论，解释学——大不相同，以及法理学，系独立科学等，乃最近之事实，固不待烦言也。”[84]

到了高柳贤三（1887—1967）那里，他通过区分广狭义“法律学”的方式继承了三潴信三区分法律哲学与法律科学的作法。1928 年，在《法律哲学要论》中，高柳贤三区分了法律学的广狭义，广义的法律学包括法律科学与法律哲学，狭义的法律学只指法律科学。他强调法律哲学是哲学的一部分，认为法律哲学研究的是法律的普遍形态，而法律科学研究的是法律的特种形态，“法律科学，即以这般特种的许许多多的法律体系作他的研究对象，例如罗马法，英国法，日本法等是。同时，法律科学又必然的分化开来，而专以这等体系中的某一部为对象，例如宪法学、民法学、刑法学等是。即法律科学，是把法律在他的特种性上加以考究的，反之，法律哲学，是超越这般特种性，而阐明法律本身的概念的。”[85]然而，区分法律学广狭义的作法终究是个形式的作法，由于它没有就法律学给出一个整体的界定，因此，若要追问法律科学与法律哲学何以构成广义的法律学，高柳贤三恐怕是难以回答的。

（三）三谷隆正：法律哲学不属于法律学

1935 年，三谷隆正（1889—1944）《法律哲学原理》出版。他指出，尽管法律哲学与法律学都以法律为共同的研究对象，但在研究方法上却截然不同；也正是基于此，作为哲学的一个部门的法律哲学不属于法律学。他认为：“一般法律学所追求底问题，只是法律底内容问题，即持有妥当价值底法律之规范的规定内容，是什么？然而法律哲学却要反省这种规范的内容，何以，而且如何持有其所以成为法律之妥当价值？为什么这种规定内容，能取得或不能取得，或已经取得这种妥当价值呢？其所以能够取得妥当价值底理论根据，是什么呢？一般法律的妥当价值，是因何而成立底呢？这些，就是法律哲学底根本问题。换言之，法律哲学，便是关于一般法律底妥当价值底根据，之原理的研究。”[86]一般法律学

[84] 同上注，第 6 页。
[85] ［日］高柳贤三：《法律哲学要论》，张舆公译，上海法学编译社 1931 年版，第 2—3 页。
[86] ［日］三谷隆正：《法律哲学原理》，徐文波译，商务印书馆 1937 年版，第 2 页。

预设了法律具有妥当价值，也即假定了实在法在总体上的正当性；而法律哲学却要反省这种妥当价值，也即以批判性的眼光审视实在法的正当性。三谷隆正在此已经将法律学视为法教义学，进而是从法教义学与法律哲学的区分视角讨论法律学与法律哲学的区分了。正是因为他对法律学有了法教义学式的相对固定的理解，他才深化了法律哲学不属于法律学的结论："法律哲学是一种超出了法律范围底学问。这超法律的要素，把法律哲学从一般法律学底范围内拉出来，送到哲学底领域中去。正好像形而上学与形而下学一样，法律哲学与法律学各有各底立足点。也可以说，法律哲学是'法律而上学'，一般法律学是'法律而下学'。形而上学既不是形而下学，法律哲学便不是法律学。"[87]既然法律哲学不属于法律学，在法律学的体系中，也就找不到法律哲学的位置了。

在第二代学者已经逐步取得法理学（法律哲学）不是法学通论的共识之后，从穗积重远到三谷隆正，他们实质上进一步探讨了法理学与法学的关系：穗积重远将法学分为法理学与现实法学，但由于他坚持穗积陈重的"法理学"，所以尽管他解决了后者留下的难题，但却制造了新的矛盾；三潴信三在法律哲学的意义上使用"法理学"，并对法学作出了法律史学、法律科学、法律哲学的三分，着重强调法律科学是对现行法的解释；中岛重延续了三潴信三的"法理学"用法，客观上进一步表明"法理学"的冗余性；高柳贤三通过区分"法律学"的广狭义，为法律哲学在广义的法律学中保留了位置，但进一步突出了法律哲学与法律科学的区别；而到了三谷隆正那里，由于他强调从研究方法上区分法律哲学与法律学，对法律学采取了预设妥当价值的法教义学的理解，故从根本上否认法律哲学属于法律学。相对于日本第二代法学者在法学体系中探讨法理学（法律哲学）的定位，从穗积重远到三谷隆正，法理学（法律哲学）的学科定位经历了一个由法学到哲学的发展过程。

五、结论与意义

总之，日本法学者对法理学与法学通论之关系的认识，经历了一个逐步深入的过程：第一代学者的工作主要是创建法理学与法学通论这两门学科，分别搭建它们的基本框架，对它们的相互关系思考不多；第二代学者大致从讨论法学的分类这一问题出发，逐渐得出了法学研究始于法学通论而终于法律哲学的结论；第二代学者之后，日本法学者继续讨论了法律哲学的性质，认为法律哲学属于哲学而不属于法学。因此，从知识性质与理论深度这两个角度看，都不难得出法理学不是法学通论的结论。

本文的研究将展现出两个方面的意义。第一个方面是有助于深化我们对日本法学的认识。本文首先是对日本学说的研究，该研究表明日本法学界对法理学与法学通论两门学科存在一个逐步区分开来的过程，直至认为法理学（法律哲学）是属于哲学而不属于法律学。当然，20 世纪 30 年代以后，日本法学界的相关研究一定在继续深入。遗憾的是，我们对此却知之甚少。在中国大陆地区，姑且不提直接运用一手资料的研究凤毛麟角，就以已被译为中文的日本学者著作书名所含关键字为例，在三谷隆正《法律哲学原理》出版至今八十余年间，再无含有"法理学"和"法律哲学"的著作出版，含有"法哲学"的也仅有一本，即

[87] 同上注，第 2—3 页。

2015 年出版的《法律是什么？：法哲学的思辨旅程》。[88]因此，对日本法学的认识还有很大的深入空间。这种认识的必要性也与本文第二个方面的意义有关，即本文作为对中国引进的日本学说的研究，其实着重关注的是在中国将“法理学”“法学通论”等概念从日本引进之后它们对中国法学的构成性意义。

由于中国法学的发展特征，这种构成性意义又分为对近代中国法学的意义与对当代中国法学的意义。于近代中国法学而言，从学制上讲，中国的确仿效了日本的作法，区分法学通论与法理学；[89]但这不仅仅是一个学制的问题，它涉及到学者对法学的分类、法理学的定位等问题的看法，而近代中国法学对其的讨论也纷繁复杂，除受日本学说的主要影响以外，还受到欧陆、英美学说的影响。本文的讨论可以为此后研究近代中国法学自身关于相关问题的认识提供具有一定参考意义的、可比较的框架。

回到现在，本文的研究对当代中国法学的构成性意义何在？这就回到本文开始时提出的问题，20 世纪 80 年代中期，学者在主张法学基础理论的改革时将其内容与民国时期法学教育中法学通论、法理学这两门学科的内容相等同，直至将其发展为当代的法理学。然而，本文的研究标明，不仅是在民国时期的法学界，而且是在相关问题上作为前者主要知识来源的日本法学界，法学通论与法理学都具有截然不同的知识性质和理论深度。法学通论作为法学各门之纲领，是法学的入门课程，处于法学学科体系的最低端；而法理学作为研究法律最高原理的学问，处于法学学科体系的最顶端。这还只是从具体内容和法学的研习顺序角度而言的。从知识性质上讲，法理学是哲学而不是法学，其与作为法学各门之纲领的法学通论必然存在根本区别。因此，20 世纪 80 年代中期以后，中国学者将民国时期法学通论与法理学的内容合二为一形成新的法理学的作法不无疑问。

上述作法在后来客观上受到了挑战。在法学基础理论更名为法理学之后，一些学校推动了法理学学科的继续改革，将法理学课程划分为法理学初阶/法理学导论和法理学进阶/法理学原理，前者一般在大学一年级讲授，重在“为法科学生提供入门的法学知识，为学生进一步学习法学专业课程打下基础，重在培养学生的基本法学意识，训练学生的法律思维方式和能力”；后者一般在大学三年级讲授，重在处理“有关法本体论、法价值论和法学方法论中更深层次的理论问题”。[90]法理学初阶/导论的内容相当于法学通论的内容，但是，既然法学通论不是法理学，那么，这些内容是不应享有“法理学”之名的，而是应该恢复“法学通论”的名称，作为法科学生的入门课和必修课。目前的法理学分段教学只是过渡性产物，应该被放弃，进而澄清法理学作为哲学的性质。

---

[88] 参见[日]长谷部恭男：《法律是什么？：法哲学的思辨旅程》，郭怡青译，中国政法大学出版社 2015 年版。
[89] 参见高燕：《近代中国法理学的成长——学科、流派和体系》，法律出版社 2015 年版，第 75—79 页。
[90] 舒国滢主编：《法理学导论》，中国政法大学出版社 2006 年版，“序言”，第 1 页。

分配正义：社会身份复杂性的价值逻辑

陶 焘[1]

【摘　要】社会身份主要与平等、公平、正义价值发生关系，从 T.H.马歇尔到罗尔斯，基本围绕在公民、社会阶层的核心观察对象对平等、正义价值展开理论研究。国内学界也大多遵循这两种研究进路对平等价值进行法律意义上的研究，从平等的法性质、平等原则的法效力及法功能、平等原则的适用等方面进行了探讨。但以上的努力都没有将身份与价值直接关联。法兰克福学派当代主要代表人物阿克塞尔•霍耐特引入认同逻辑，将承认理解为身份，藉此将身份与价值直接关联起来进行阐释。“不过无论在经验上还是规范上，都不能仅仅把承认化约为以上任何一种，而是需要更具批判性、开放性地来对待它。”[2]童列春指出身份正义是基本的社会正义并论证了身份正义的实现机制，邵敏则将身份融入法的运行过程讨论身份之于平等价值的实现意义。本文进一步聚焦社会身份的复杂性，从分配正义的视角展开论证。

【关键词】社会身份；分配正义；平等；差别

一、社会身份复杂性的基本描述

社会身份的本质是差别价值的体现，是一种可沟通、可变动的社会存在，正因为差别化、可变性而表现出来社会身份的复杂性。

科技进步尤其是网络和信息科技应用、基础设施建设尤其是交通建设的大幅度改善以及制度演进、全球化的趋势，使得个体接触社会的广度和深度都有极大的扩张，可变性成为社会身份的最显著特征。个体在社会生活中具有了更多元也更为复杂的社会身份，不断地获得、失去不同的社会身份，不仅社会流动频繁，而且社会身份“跨界”的社会生活逐步成为常态，使得社会身份发生变动的可能极大地提高。由于包括制度、规则、结构、方式、效率等在内的社会生活外在因素变化的全方位影响，个体对其社会身份的理解总是处于一种反思的状态，尤其是当代社会这种极高的发展速率，那些对个体（群体）社会生活产生直接、重大影响的社会、政治、经济、文化领域的事实随时都在发生，使得这种自我反思更为频繁和激烈，表现为一种当代的“身份危机”，由此必然引发一系列的社会身份变动行为。这是证明社会身份可变性的有力论据之一。即使社会身份的类化以群体的组织特征为根本，以此试图将个体限制在同质化的稳定状态中，但是这种同质化的组织特征也在随着外在因素的变化而发生变动，就像我们将“拒不履行法院生效判决的债务人”定义为“失信被执行人”，使得“债务人”概念所表达的权利义务关系、个体与社会关系发生了极大的改变。

---

[1] 陶焘，法学博士，大连海事大学在站博士后，北华大学法学院副院长，研究方向：法律社会学、法律文化、法学教育。

[2]尼古拉斯•康普狄斯、何棋韡：《围绕着承认意义的斗争：身份，正义还是自由？》，《思想与文化》，2014 年第 2 期，第 27 页。

强调社会身份的可变性，不仅仅是因为可变性是社会身份的关键特征，更是因为可变才意味着差别的客观存在和社会身份的复杂性。2002 年由以色列学者 Roccas 和美国学者 Brewer 依据多重内群体身份表征模型提出来了心理学上的社会身份复杂性的概念。在这之前的社会身份理论侧重于社会身份的类化，并将个体进行内外群体的划分，试图只是剥离出个体身上单一的群体身份，关注点在于揭示内外群体之间的边界，而非个体的社会身份多样性。但是，几乎在个体生存的全部时间里，个体都会同时属于不同的社会身份群体，并且这些群体一定存在或多或少的交叉关系，这表明个体的社会身份是叠加的。心理学上的社会身份复杂性理论指出，“个体的社会身份结构之所以复杂，并不仅仅是因为人们拥有多个不同的社会身份，更重要的是人们如何将这些不同的社会身份主观的组织起来，形成了包容性不同的内群体身份。当个体感知到自己所属的几个内群体拥有几乎相同的群体成员时，就会形成单一的、排他的内群体，这是一种比较简单的身份结构；相反，当个体意识到几个不同的、但是部分重叠的群体成员共同构成了自己的某个内群体时，就会形成一种较复杂的身份结构。”[3]本文依然将心理学的社会身份复杂性理论做以法学逻辑下的考量，认为法学意义上的社会身份复杂性即个体社会身份结构的复杂性，是关于个体如何将多个不同的社会身份有序的内化在自己的身上并能有效适用的问题。在法学意义的社会身份复杂性逻辑下，至少有两个对向的问题必须给予回答：一是个体面临着从自身多种社会身份中挑选出特定法律行为时的适用身份，其中存在哪些选择的逻辑？二是法律对待要指向个体具体的特定的社会身份，还是指向个体多种社会身份叠加成的多重社会身份组合？其中存在哪些判断的标准？在这个意义上，社会身份复杂性表达了个体和社会之间的法律意义上的相互关系，也表达了个体对所获得社会身份的群体的依赖程度和忠诚程度。

因此，无论是心理学还是法学意义上的社会身份复杂性，主要关注的都不仅仅是个体集于一身的不同社会身份的数量问题，而是个体是如何将集于一身的不同社会身份有序组织起来的逻辑结构问题。当个体集于一身的不同社会身份数量较少，或者不同社会身份之间的重叠程度较高时，个体的社会身份结构整体就相对简单，社会身份复杂性就较低；相反，个体集于一身的不同社会身份数量较多，或者不同社会身份之间的重叠程度较低时，个体的社会身份结构整体就相对复杂，社会身份复杂性就较高。现实社会生活中，个体的社会身份所属的社会范畴或社会群体存在着广泛的交叉重叠，因此差异就集中于不同个体之间社会身份归属的重叠程度以及代表不同社会身份的不同社会范畴或社会群体的交叉程度不同。法学意义上社会身份复杂性的关键在于：个体能否合理有序组织、合法适用自身不同的社会身份，法律如何对待个体展现出来的社会身份重叠度与实际的社会身份重叠度之间的差异。集于个体一身的多种社会身份当中必然有一个是个体的基础性社会身份，这是个体在社会生活中最根本的社会身份；在此基础上，个体作出的任何一个具体法律行为还需要适用一个占主导地位的社会身份，这个社会身份是在具体社会交往中对个体影响最大的社会身份，这二者不仅并不必然一致甚至往往有着显著差别。这个逻辑不仅提示了

[3]辛素飞、辛自强:《社会身份复杂性的研究:理论、方法与进展》,《心理科学进展》2012 年第 3 期，第 38 页。

个体集于一身的不同社会身份之间是可以彼此独立存在的，并且提示了不同的社会身份有着彼此不同的存在情境，个体的自主性体现在可以因情境不同选择与当前情境相适应的社会身份。对此，法律对待的甄别重点在于，个体适用社会身份做出具体法律行为时，是否有混淆社会身份而逃避义务责任或者不当得利乃至特权的情况。最简单而又最具价值冲突的情形是，个体在特定的情境中是否要遵守只能单一适用一种社会身份的身份独特性？这个特定的社会身份会在法律对待个体时起主导作用还是决定作用？主导作用意味着法律对待要考虑个体的其他社会身份，决定作用意味着法律对待可以忽略个体的其他社会身份。比如，警察在执行公务时面对匪徒的枪口，是否有举手投降的权利？

执行公务的警察有否举手投降的权利，已经不是简单的多重社会身份适用问题，其中暗含着公平、自由、平等价值的和谐与冲突。提示社会身份适用并不是个体的绝对自由，公平和平等之间也不是天然的有效契合。

二、分配正义下的社会身份平等

人类近现代史上的革命，无论是英国革命、法国革命、俄国革命、美国革命、中国革命都是在试图改变排定社会身份的标准（经济的、意识形态的、血统的）。托克维尔在《论美国的民主》中写道："以前，不平等是社会的普遍规律，因而即使再严重的不平等也不会引人注意。而现在平等了，人和人之间差异甚少，正因为如此，哪怕是细微的差距也变得明显起来。"[4]尤其是启蒙运动之后，每个人都深信人生而平等，由此坚信自己拥有实现任何理想的实力。现实却并非如此，真实的生活场景是，每个人都会感受到自己与他人的差异，生理的、心理的、物质的、精神的、财富意义上的、社会对待上的等等，甚至很多时候，社会用制度在认可对特定社会身份的优待和歧视[5]，绝大多数情况下、绝大多数人却都选择了接受认可，包括以研究平等著书立传的学者。休谟在《人性论》（1739）中写道："产生这种妒忌的不是自己与他人之间的远远不成比例，反而是我们的互相接近。"休谟提示了社会心理学的判断，当社会成员更明显的集聚，某一社会群体的庞大，会带来群体内成员间的恶性比较。这是平等价值发展的负面效应。或者说，这是对个体差别的误解和对平等价值的误读。从前，"在势利社会里，如果一个身份低贱的人所遭受的痛苦，在物质层面表现为贫困的话，那么被人忽略、受人白眼则是这些缺乏重要身份标志的人们在精神层面上所遭受的痛苦。"[6]这种痛苦深深的扎根于灵魂，以至于高度敏感差别、区分、距离等与这种痛苦可能相关的一切，认为只有无差别的平等才是公平的理想状态。尤其是考察中国社会的进步，因其文化负累与制度设计，加之平均主义的添油加醋，平等价值与公平价值的非有效契合尤为明显。

---

[4][法]托克维尔著：《论美国的民主》，董果良译，商务印书馆 2017 年版，第 59 页。

[5]比如对军人、教师、弱势群体的优待，以美国的"梅根法"、澳大利亚、韩国等的性侵犯信息库、电子脚镣为代表的针对性犯罪的法律规定，中国的"失信被执行人"惩处机制。目前，最高人民检察院正在计划建立性侵害未成年人违法犯罪信息库和入职查询制度。

[6][英]阿兰·德波顿：《身份的焦虑》，陈广兴、南治国译，上海译文出版社 2018 年版，第 20 页。

理性的看待会发现，特别强调无差别的平等极易成为势利者，“势利者通常并无独立的判断能力，他的观点和立场在极大的程度上受舆论导向的影响。势利者包括一切过分强调一定价值观念的人，最明显的特征其实并非是简单的社会歧视，而是在社会地位和人的价值之间完全画上等号。”[7]平等之所以重要，主要原因在于个体对自我的认知判断在相当大的程度上取决于以社会身份形式表达在其身上的他人态度，而这种对自我的价值判断又因他人态度的不确定使个体有着天然的不安全感。真正的平等价值体现在社会身份逻辑中，应当防治的是威廉詹姆斯在《心理学原理》（1890）中描述的情形：“如果可行，对一个人最残忍的惩罚莫过于如此：给他自由，让他在社会上逍游，却又视之如无物，完全不给丝毫的关注。”比如已经刑满释放的前罪犯，出狱也许才是真正的惩罚的开始，因为其“前罪犯”的身份。[8]平等绝不是天然地意味着无差别，更不是简单的无差别的强调，差别是有着积极的社会意义的。差别对待正是我们给予那些拥有军人、女性、未成年人、教师、弱势群体等特定社会身份的个体以优待并且用法律制度固定下来的逻辑基础。这里的差别不是在鼓吹等级制度的复辟，更不是对不平等的美化，而是有着积极正面的制度价值和社会价值。本文认为，建立在法治基础上的社会身份理论，是对平等价值的理性应对，是在承认个体社会存在的客观差异的基础上，对旧有的绝对平等观念和等级观念同时予以否定，是在完善的类化和认同保证下实现平等价值的科学理论。在法治的背景下，合理的社会流动机制保障了个体社会身份变动的可能性，社会身份的多元性也给予个体同时拥有多重社会身份的机遇，制度保证社会身份存在及变动的合法性，法律面前人人平等的法律对待逻辑，这些完整的构成了对平等的理性表达。法治社会的平等应当是科学的平等、理性的平等，客观而真实的平等，法治社会的社会身份制度正是这样的平等价值得以实现的理性途径。

毫无疑问的是，对于个体而言，平等并未设定资格。平等不仅是一种哲学或价值观念，也是一种认同感受。不同历史时期政治、经济、文化、宗教、风俗、自然条件使得平等具有了不同的哲学观察和价值判定，自然也给予了个体不同的社会生活感受。个体在自然属性、社会属性上的差异，那些被视为实现平等的重要因素也是不确定的。生产力的进步、制度的变迁、文化尤其是风俗习惯的演进、道德标准的变化，都作用着平等的标准和实践不断的变化。正如马克思所指出的：平等“永远不能超出社会的经济结构以及由经济结构所制约的社会变化发展。”[9]正因为平等不意味着绝对，才让亚里士多德发现了基于平等逻辑的校正正义之外，更具理性的价值——通过分配正义（基于不平等逻辑）的公平。

在当代政治哲学理论对价值的观察中，罗尔斯对公平的论证具有标志性的意义。罗尔斯把自己的正义理论称为“作为公平的正义”，认为“在正义的概念中，最根本性的理念是公平的理念”[10]。公平是正义的基本内涵，公平与否是衡量某一项规则是否正义的基本尺度，也是衡量正义原则本身真实性的尺度。也因此，正义比公平的价值追求范围更加广阔，公

[7][英]阿兰·德波顿：《身份的焦虑》，陈广兴、南治国译，上海译文出版社 2018 年版，第 12-16 页。
[8][英]阿兰·德波顿：《身份的焦虑》，陈广兴、南治国译，上海译文出版社 2018 年版，第 7 页。
[9]《马克思恩格斯选集》（第三卷），人民出版社 1995 年版，第 12 页。
[10] 参见[美]约翰·罗尔斯：《作为公平的正义》，载于《罗尔斯论文全集》，陈肖生等译，吉林出版集团有限责任公司 2013 年版，第 54 页。

平只是要求对不同的个体都有着合理的社会对待，而正义在此基础上还有更多更实质性的诉求，二者最典型的差别就是公平并不要求改变个体的社会地位，而正义往往要求提升弱势个体（比如妇女、儿童、弱势群体）的社会地位。罗尔斯为“公平的正义”提出了经典的“无知之幕”理论，预设了一种绝对自由平等的原初状态，然后在这种完美的原初状态中描述个体的公平：公平就是那些可以用“同质化”来界定的个体得到了平等的社会对待，在这里，“同质化”和平等对待是公平与否的关键。在完成了原初状态下的公平论证之后，继续引入程序正义的逻辑，通过各个同质化社会群体的代表人的选择，将公平从抽象的价值转化为可以适用于社会生活的具体的正义原则，即罗尔斯的公平的两个正义原则，籍此保证社会生活中的每一个个体都获得一种被平等对待的公平，于是，罗尔斯实现了“平等的正义”。在罗尔斯那里，正义是社会的首要价值，公平的正义是分配的正义，分配的正义必须认同差别并设置自由的社会流动，社会结构是开放的。可以说，平等是同质化群体内部的价值准则，而差别认同原则和自由的社会流动原则的有机结合，才有了罗尔斯的正义论。罗尔斯的正义理论及其两个原则是那些“支配权利与义务的分派,调节社会与经济利益的分配”[11]的理想原则。其中，差别原则适用于社会基本结构的“收入与财富的分配，以及对那些利用权力、责任方面的不相等或权力链条上的差距的组织结构的设计。”[12]正是差别原则的确立适用，承认了社会成员个体差异的客观事实，并为社会生活提供了一种基于客观事实而非理论想象的平等价值的实现原则，即社会成员全体的机会平等原则。机会平等原则的合理、有效，可以实现社会资源和利益再分配的公平正义，弥补先天因素对社会成员个体造成的不公平，进一步调节社会生活中必然且广泛存在的结果不平等，使正义本身无限的向结果平等靠拢，以满足社会对正义的最初想象。

由此可以看出，社会身份的差异性本质上却可以具有强烈的平等主义倾向。当代分配正义理论无论是对罗尔斯的继承还是批判，至少，是罗尔斯的分配正义给予了政治哲学的重生，甚至深度影响了包括法学在内的社会科学理论发展。通过分配正义的逻辑，充分考虑不同社会身份个体（群体）尤其是社会生活中的不利者的差异，通过再分配将资源和权益向特定个体（群体）倾斜，实现结果上的实质平等。社会身份的差异性本质上还包含着合作互惠精神。社会身份必须存在于合作的体系中，必须正面面对交往的逻辑。因此以平等为代表的价值追求上，个体（群体）之间的合作互惠是必不可少的。在合作体系中，不同社会身份乃至不同阶层的个体有着跨阶层合作的机制，有着制度保障的阶层流动，能够保证合作而互惠、共赢，保证社会生活中的不利者也可以享受到来自其他社会身份的善意。可以说，罗尔斯的分配正义为社会身份认同建立了可靠的理论基础，社会身份认同可以作为实现罗尔斯分配正义的制度构想。

[11]［美］约翰·罗尔斯：《正义论》，何怀宏译，中国社会科学出版社 1988 年版，第 61 页。
[12]［美］约翰·罗尔斯：《正义论》，何怀宏译，中国社会科学出版社 1988 年版，第 302 页。

三、个体权利义务的稳定

社会身份与平等价值关联起来，源于自由主义；社会交往又是界定社会身份的关键环节；所以社会身份更大意义上可能是一种责任机制，而非一种权利表达。因为很难想象作为社会成员的个体（群体）之间没有责任逻辑的共同生活的存在，责任逻辑是需要合理、正式的表达才能被落实的，权利逻辑则不需要。责任逻辑如果不加以正式表达必然会阻碍社会的正常运转，但是权利逻辑就算不加以正式表达仍然可以实现正常的社会运转。权利就像婴儿，责任就像母亲。权利的实现需要责任的落实，责任的落实需要不同社会身份的社会成员参与并承担相应的责任。社会身份必然关涉到资源分配和责任分配，其中，资源分配也是特定社会场域下特定社会身份个体的权力主导的资源分配，否则就是虚假的权利骗局。所以，一定要考虑清楚的是，社会身份在权利理论和责任伦理中的力量。

从社会分层角度看，不同社会身份意味着个体（群体）拥有着范畴不同的权利义务，进一步考量有两个问题，一是不同社会身份的个体（群体）都有什么权利义务？二是不同社会身份的个体（群体）的权利义务是怎样得到的？其实，怎样得到远比都有什么重要。“社会科学研究中对人们的社会比较倾向存在着三种不同的观点：绝对收益考虑、相对位置考虑和平等主义考虑。”[13]这一判断可以成为社会身份理论中权利义务配置的逻辑基础。

法治社会的社会身份制度，应当在不同社会身份之间实现社会资源分配的合理、法定，实现不同社会身份下责任的明确、法定，无论是资源分配还是责任承担都要尽可能缩小实然和应然之间的差距，尽可能保障个体（群体）权利义务的应然与实然的同一。社会身份的法治化不是一纸空文，是从制度上保证分配正义下的实质公平。就中国社会而言，分配正义不是停留在理论层面的争论，我们实实在在的经历了从按需分配到按劳分配的改革，从社会身份理论而言就是从单位制到市场化的分配制度改革。分配制度改革不仅仅是资源配置体制机制的改革，还有劳动力的市场化改革，劳动力的市场化改革是直接的个体社会身份变动的体制机制改革。劳动力的市场化提升了社会流动的活力，也是对资源分配改革的促进和承认，极大的提升了社会身份认同的程度。

值得警惕的是，尽管基于分配正义的分配制度改革方向是正确的，但无论是资源分配市场化还是劳动力市场化，都必然是要面临风险的，这是市场化的天生缺陷，尤以盲目性、利益化为典型，因此需要法律、制度准确、及时、合理的介入，消解市场的缺陷，防止资源分配的盲目，以及社会身份流动的利益化。更要警惕的是，要从制度上根治权力性富裕。关涉资源分配的个体权利义务的配置，是由特定社会身份个体的权力主导的，如何防止拥有资源分配权力的特定个体（群体）的权力滥用，是保障一切社会身份制度设想得以实现的前提，也是分配正义的根本体现。

[13]李国武，陈姝好：《参照群体、社会身份与位置考虑》，《社会学评论》2018 年第 6 期，第 3 页。

法律关系：概念工具的流变

李建新[1]

【摘　要】法律关系不仅是法理学中的一个重要的基础性概念，同时也是部门法学重要的一个概念工具。但是不同法学流派对于法律关系的使用却呈现出不同的意涵和指称。使用频率和范围也不仅一致。这个基础性概念意涵背后的断裂或者矛盾，折射出不同法学流派基本的立场和主张。而对此的追究有助于法学学科概念的精细化和准确化发展。

【关键词】法律关系；源流；精细化

一、问题和线索

法律关系在国内的法理学教材中占有重要的地位，一般都有专章论述。但是对比西方的法理学著作，却鲜有提及，更少有专章论述。并且，西方在法律适用上也很少直接运用法律关系作为工具，这不能不引起人们的注意和追问。追问之下就有必要从历史的角度梳理法律关系概念的源和流，从而更为准确的理解和把握法律关系概念。当然这里还附带着另一个目标：追求确定性一直是法学努力的一个方向，而法律的确定性一个重要方面有赖于其概念的精确和精细化程度。从这种意义上讲，概念的精确和精细化是一个学科发展程度的标志。法律关系是法理学中一个重要的概念，但是不同的语境下却有着不同的指称和意涵。有时泛指涉及法律的一切关系，有时又指基于法律规范产生的权利义务关系，还有时指技术意义上的法律关系或者法调整结果的当事人之间的关系。这多少让人有些无所适从，这种无所适从是法律本身的应有之义还是个别运用者的误用？

二、法律关系概念的起源

法律关系一词的溯源可追至罗马法时代。优帝《法学纲要》称："债是依法使他人为一定给付的法锁"（obligatio est juris vinculm quo necessite adstringimur alicujus solvendae rei ,secundum nostrae ciritatis jura）。[2]周枏先生在《罗马法元论》中对"法锁"（juris Vinculum）解释是，所谓法锁或法律上的锁链，即指当事人间的法律关系。从罗马法上看，债（obligatio）的关系具有三个特点：第一是债权人和债务人之间的权利义务关系；第二，债的标的是给付，债权人有权请求债务人为某种行为或不为某种行为，与物权的对世权不同，债权是对人权；第三，债受法律保护。[3]正是基于上述特点，周枏先生将法锁解释为法律关系。无独有偶，商务印书馆出版的《法学总论---法律阶梯》一书第十三篇债务中直接说，"现在谈债

[1] 李建新，郑州大学法学院，副教授。
[2] 转引自周枏著《罗马法元论》，628 页，商务印书馆 1994 年 6 月第一版。
[3] 参见周枏著《罗马法元论》，628 页，商务印书馆 1994 年 6 月第一版。

务，债是法律关系，基于这种关系，我们受到约束而必须依照我们国家的法律给付某物的义务。”[4]在此译者张企泰先生也将债译为法律关系。在注 2 中，译者解释道，“债的标的最后归结为债务人应提供的物，但是它的直接标的不是物本身，而是给予、作为或不作为等。”[5]指出罗马法中的债务关系，实际上就是法律关系。黄右昌先生在《罗马法与现代》一书中说到“罗马法之债务关系，称为“obligation”，此文字时指债权言，时指债务言，译为债务关系，则债权债务，均可包含之。……债务关系者，法律之关键，拘束吾人按照国法而为一定之给付（包括行为不行为）也。”[6]

第一次明确完整提出法律关系概念的是德国著名法学家萨维尼（Savigny）。萨维尼不仅是德国历史法学派的代表人物，同时也是罗马法专家。在其 1840 年出版的《当代罗马法体系》（System des heutigen Rŏmischen Rechts）第一卷中，对法律关系的性质以及和个人权利之间的关系都有所论述。[7]萨维尼是从权利关系角度提出法律关系的，“我们首先就会发现其中各个人（Person）都有一种权力（Macht）：他的意思支配的一个领域，我们同意该支配。这种权力，我们称之为该人的权利（Recht），它与权限相同……任何权利只是特别的、通过排出某些方面的而描述的一种抽象，因此，关于各项权利的判决本身只有从法律观察的整体出发才有可能真实并且有说服力。法律关系具有一种有机的本质，这一点一方面表现在与之相互负载的或互为条件的要素上，另一方面表现在我们同样可以觉察的它的进一步发展上、确立和消灭的种类上。”[8]从这一段话可以看出，萨维尼是将法律关系当作认识权利义务关系的一个抽象的工具。如其所言，“它是法律实践的精神因素，将法的高贵使命从纯粹必然过程中区别出来，由此可以发现许多不为人所熟悉的内容。”[9]

在区分国家法和私法后二者的关系后，萨维尼将法律关系局限于私法领域加以讨论。认为“从现有的立场看，任何一项法律关系都是由法律规则规定的人与人之间的关系。通过法律规则所进行的确定，属于依赖于个人意思的领域，该领域内，个人意思独立于他人意思而居于支配地位。”基于此，萨维尼将法律关系区分为两部分：“首先是题材(Stoff)，也就是关系（Beziehung）本身；其次是关于该题材的法律规定（rechtliche Bestinmmung）。第一部分，可称之为法律关系的实质因素，或者就作为法律关系的单纯的事实。第二部分，可称之为法律关系得形式因素，也就是法律规范对事实关系进行评价而得出的结论。”[10]同时萨维尼小心的区分了人与人之间的关系与法律关系得区分，指出“人与人之间的所有关系并不全部属于容易接受并需要接受法律规则评价的法律领域。关于此可以分为三种情况：人与人之间的所有关系或者全部、或者全部不、或者部分属于法律领域或者由法律规则支配。第一类例子是所有权，第二类例子是友谊，第三类例子是婚姻。”[11]从法律关系被规定

---

[4] 查士丁尼著《法学总论》，张企泰译，158 页，商务印书馆 1977 年版。
[5] 同注 3。
[6] 黄右昌著丁玫勘校《罗马法与现代》，231 页，北京大学出版社，2008 年 7 月第一版。
[7] 参见萨维尼著/田士永译《萨维尼论法律关系》，载郑永流主编《法哲学与法社会学论丛》（七），中国政法大学出版社，2004 年版。
[8] 萨维尼著/田士永译《萨维尼论法律关系》，第 2 页，载郑永流主编《法哲学与法社会学论丛》（七），中国政法大学出版社，2004 年版。
[9] 同注 7，第 4 页。
[10] 同注 7，第 4-5 页。
[11] 同注 7，第 5 页。

为个人意思支配的领域出发，在考察个人意思支配的对象后，萨维尼将法律关系分为三类，“我们的意思可以支配的范围有三个：1）最初的自己。与此相对应的是原是的权利，我们根本不把它当作一种权利；2）在家庭中扩展的自己。我们的意思对此进行的支配只有部分属于法的领域，这里构成家庭法。3) 外部世界。涉及外部世界的意思支配完全属于法的领域，构成财财产法，它又可以区分为物法和债法。从我们的研究出发，应当承认法的三种主要种类：家庭法、物法、债法。”[12]

从法律关系的起源可以看出，在罗马法时期，法律关系即法锁指的是债权债务关系，实际上是一种权利义务关系（只是没有明确提出）。萨维尼是在罗马法研究的基础上提出法律关系概念和相关理论的，范围主要局限于私法领域，其作用是作为认识权利义务关系得抽象工具，便于分析事实联结法律规范，实际上是便于找法。但是对于这种抽象概念工具，萨维尼也表现出了一定的谨慎，“我们所分离出来的这三种权利，只存在于我们的抽象中，它们在现实中表现为许多不同的方式，在固定不变的接触中，它们相互发展和不断更改从未停止过....因此，我们将尤其注意各项制度在实定法中的特别发展。”[13]这说明，萨维尼实际上已经注意到法律规范或者事实对法律关系将会产生的影响。从其分析法律关系的理路看则表明了萨维尼鲜明的个人主义立场。

三、萨维尼之后法律关系概念在德国的流变

十九世纪是德国历史主义鼎盛期，在法学领域则是由历史法学派居于统治地位。做为德国历史法学派奠基者和集大成者的萨维尼本人却是复杂的和二元的。一方面萨维尼认为“民族的共同法律信念”，亦即“民族精神”是重要的法源，另一方面，强调用历史方法研究法律的萨维尼，研究的并不是德意志人本民族的日耳曼法，而是罗马法。并且他的著作从来不引用日耳曼人的历史文献和地方习惯。[14]因此，在萨维尼影响下德国历史法学派的发展，基本上是由法学的历史主义朝向法学的实证主义发展的过程。[15]事实上，真正坚持萨维尼“民族精神”观点的不是萨维尼本人，而是以艾希霍恩和基尔克为代表的日耳曼法学派。[16]那么十九世纪德国历史法学派的分裂在萨维尼生前已不可避免。相应的作为法学基本概念的法律关系，由于不同学派的对法律理解立足点的不同而具有相应不同的意涵。

萨维尼虽然首次提出了法律关系得概念，但是他并没有回答有关介于法律与历史的、社会的真实之间存在的关系的基本问题。这实在不是偶然的，一方面，“民族精神”这一概念就已经意味放弃对这种关系进行具体描绘的可能性：其非理性的、浪漫主义的民族与民族精神概念，并非把民族当作一个行动的单位看待，而是看作一个以神秘主义方式创造的有机体。[17]另一方面，介于把（德意志民族的）民族精神神圣化的做法，以及萨维尼等人

[12] 同注 7，第 12 页。
[13] 同注 7 ，第 12 页。
[14] 参见沈明达、梁仁杰：《德意志法上的法律行为》，北京，对外贸易教育出版社，1992 年版，第 10 页。
[15] 林端：《德国历史法学派---兼论其与法解释学、法律史和法社会学的关系》，载许章润主编《萨维尼与历史法学派》，第 94 页，广西师范大学出版社，2004 年 7 月第一版。
[16] 谢鸿飞：《萨维尼的历史主义与反历史主义---历史法学派形成的内在机理》，载许章润主编《萨维尼与历史法学派》，第 164 页，广西师范大学出版社，2004 年 7 月第一版。
[17] 同注 14，第 105 页。

皆为罗马法学者的事实之间，存在一个巨大的鸿沟："罗马法（这个在继受过程中型塑德国现行法的法律），事实上比其他法律更少是创造民族精神的产物，它是法律人的法律，甚或是专家学者的法律。"[18]因此沿着萨维尼开创的法学研究典范---罗马法典学这一新的方向借着一个形式的---概念的、系统的----建构思维模式，来履行其对法律的义务，发展至极，终究是严格的概念形式主义，取代了有机的民族精神说。[19]因此他的学生和追随者普塔（Georg）、文德夏（Windscheid）、莫姆森（Mommsen）等人成为概念法学家也就顺理成章了。这样拉伦茨在《民法通论》中将法律关系明确为"法律规定的人与人之间的关系"。[20]职是之故，"科学性的概念由其生活基础分隔开来，多的只是智识的存在。"[21]亦即普塔所谓的法律人的法律，呈现出一个"概念的金字塔".....如果在顶点有个最普遍的概念，那逻辑系统的理想便完备了。对于专家法学而言，法学意味着解释学....。[22]同时意味着拟定的是一个个人主义的交易法。

在传统的私法领域，罗马法典式的概念法学逻辑是自足的，但是在工业社会里，罗马法典学的社经模式面临巨大局限："尤其是在现代经济社会的关键领域里，如劳工法、商法和社会法等，罗马法典学的法律失去效用，因为它的全套装备已经过时，且因不适合对改变的社会现状的种种问题，在法律上实践上加以测量，并谋求解决之道。"[23]而这部分能够努力达到的，却是历史法学派的另一支脉-----日耳曼法学派。"虽然日耳曼法学派与罗马法学派一样，皆自认是历史的科学，但与罗马法学派不同的是，它把日耳曼的、德国的法律文化诸要素，当成特定的研究对象"。[24]

日耳曼法学派的创始人是艾希霍恩，他曾与萨维尼进行过多方合作，但是其志趣却在德国法本身，另一位代表人物则是萨维尼的学生格林，写下过《德国古代法》，对日耳曼早期的法律样态作了深入的考察。1830 年前后，具有激进政治倾向的两位日耳曼法学教授雷夏尔和贝斯勒引发了日耳曼法学派与罗马法学派的决裂。特别是贝斯勒写下了《民族的法律和法律人的法律》一书，将罗马法的继受问题的争执推向了顶点，他认为德国继受罗马法是国家和民族的不幸，因为它导致了一个不具民族风格的"法律人的法律"主宰天下的局面。并尝试将萨维尼的理论立基在民族的基础上，重新加以建构。倡导法庭组织必须透过民众法官的参与加以改善。[25]

当然贝斯勒的主张立即遭到萨维尼的学生当时的罗马法学派普塔、莫姆森等人严厉抨击。最终日耳曼法学派认定的民族法渊与法律正当化的基础，要求以陪审员等非专业人士来取代受罗马法训练的专业法律人士的主张没有被德国的法律政策采纳。但是日耳曼法学家完成了具有社会经济背景的法律史作品，使法律关系走出了规范实证狭小圈子，与社会经济联系起来。这方面的代表人物是韦伯的老师，法学家吉尔克。为了跟罗马法学的实证主义所具有的"原子化的个人主义立场"相对抗，吉尔克抨击 1887 年的德国民法草案，要求

---

[18] 参见 Wolf S. Rosenbaum, Naturrencht and Positives Recht , Neuwied u. a. 1972, p49.
[19] 同注 14 ，第 109 页。
[20] 拉伦茨著/王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻译:《德国民法通论》，第 257 页，法律出版社，2003 年版。
[21] 参见 Franz Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2.Aulf.,Gǎttingen,1967,p401。
[22] 同注 14，第 109 页。
[23] 同注 14，第 110 页。
[24] 参见 Hans Schlosser, Grundzüge der Neueren Privatrechichte, 6Aufl,.Heidelberg 1988 ,p131.
[25] 同注 14，第 112 页。

对社会倾向（如无产阶级的兴起）赋予应有的关照，尤其激烈批评了罗马法典学队所有人私法权限的不加限制，不确立其社会义务的约束。吉尔克在强调自古罗马法律导引出来的“私法的社会责任”的观念的同时，要求在法律关系中“滴入一滴社会主义的润滑油”。[26]

对萨维尼以及概念法学权利理论（法律关系）更为激烈的批评来自后期向发社会学观察转变日趋明显的耶林，他甚至斥责萨维尼为法学的“叛徒”。在“不署名来信”中对概念法学的嘲笑之后，耶林在《罗马法的精神》一书中的第三部分明确说，“概念是为生活而存在”，“不是逻辑，而是生活必然要求其产生”。他对权利的定义已偏离了萨维尼以来学说汇纂的理论，不再作为意思力，而是当作受保护的利益。这引导他进一步思考这样的问题，（客观）法应该为什么样的目的服务。他的《法的目的》一书对此进行了论述。在坚持认为社会目的的决定的同时，他还承认这些社会目的要通过同时促进个人的目的才能实现。[27]

最为激烈的批判来自比萨维尼小三十多岁的马克思，他评价历史法学派是“以昨天的卑鄙行为来为今天的卑鄙行为进行辩护，把农奴反抗鞭子-----只要它是陈旧的、祖传的、历史性的鞭子-----的每个呼声宣布为叛乱”。[28]对于历史法学派的批判马克思还从法律关系入手，这部分将在下节进行详述。

四、马克思主义法律关系理论---从经典作家到前苏联

马克思没有写过法律理论的专门著作，他的法律观点散落在哲学、政治和经济学的论著中，但是这些观点却自成一体，并且与他的哲学、国家理论、政治经济观点紧密相连。加上马克思本人早年学习的就是法律，尽管他志不在此，但是对于法学理论的影响依然巨大。

就法律关系而言，马克思的视野更为广阔，他运用历史唯物主义和辩证唯物主义的方法从整个人类历史、国家和社会的角度来考察，“我的研究得出这样一个结果：法的关系正像国家的形式一样，既不能从它们本身来理解，也不能从所谓人类精神的一般发展来理解，相反，它们根源于物质的生活关系，这种物质的生活关系的总和，黑格尔按照 18 世纪的英国人和法国人的先例，概括为“市民社会”，而对市民社会的解剖应该到政治经济学中去寻求。……我所得到的、并且一经得到就用于指导我的研究工作的总的结果，可以简要地表述如下：人们在自己生活的社会生产中发生一定的、必然的、不以他们的意志为转移的关系，即同他们的物质生产力的一定发展阶段相适合的生产关系。这些生产关系的总和构成社会的经济结构，即有法律的和政治的上层建筑竖立其上并有一定的社会意识形式与之相适应的现实基础。物质生活的生产方式制约着整个社会生活、政治生活和精神生活的过程。不是人们的意识决定人们的存在，相反，是人们的社会存在决定人们的意识。社会的物质生产力发展到一定阶段，便同它们一直在其中运动的现存生产关系或财产关系（这只是生产关系的法律用语）发生矛盾。于是这些关系便由生产力的发展形式变成生产力的桎

[26] 参见[德]格尔德.克莱因海尔 杨.施罗德主编/许兰译，《九百年来德意志及欧洲法学家》，151-156 页，法律出版社 2005 年 10 月第一版。
[27] 同注 25，227-230 页。
[28] 《马克思恩格斯全集》第一卷，454 页。

梏。那时社会革命的时代就到来了。随着经济基础的变更，全部庞大的上层建筑也或慢或快地发生变革。在考察这些变革时，必须时刻把下面两者区别开来：一种是生产的经济条件方面所发生的物质的、可以用自然科学的精确性指明的变革，一种是人们借以意识到这个冲突并力求把它克服的那些法律的、政治的、宗教的、艺术的或哲学的，简言之，意识形态的形式。我们判断一个人不能以他对自己的看法为根据，同样，我们判断这样一个变革时代也不能以它的意识为根据；相反，这个意识必须从物质生活的矛盾中，从社会生产力和生产关系之间的现存冲突中去解释。”[29]这里马克思所说得法的关系的概念，应当是泛指所有的有关法律的关系，外延要比萨维尼等人所指的法律关系概念要广。

对于法律关系重要的要素权利和自由，马克思认为，“只有在集体中，个人才能获全面发展其才能的手段，也就是说，只有在集体中才能有个人自由。在过去的种种冒充的集体中，如在国家等等中，个人自由只是对那些在统治阶级范围内发展的个人来说是存在的，他们之所以有个人自由，只是因为他们是这一阶级的个人。从前各个个人所结成的那种虚构的集体，总是作为某种独立的东西而使自己与各个个人对立起来；由于这种集体是一个阶级反对另一个阶级的联合，因此对于被支配的阶级来说，它不仅是完全虚幻的集体，而且是新的桎梏。在真实的集体的条件下，各个个人在自己的联合中并通过这种联合获得自由。”[30]实际上马克思批判了当时资产阶级主流法学家狭隘的个人主义权利和自由观，和当下主流的权利与责任的理论有颇多相近。但是马克思并没有否认自由的个人价值，“自由确实是人的本质，因此就连自由的反对者在反对自由的现实的同时也实现着自由；……没有一个人反对自由，如果有的话，最多也只是反对别人的自由。可见，各种自由向来就是存在的，不过，有时表现为特殊的特权，有时表现为普遍的权利而已。”[31]

顺便提一下，马克思虽然也提出了法律和政治的关系论述，但没有将法律降低到仅仅是政治的工具的层面。“那些决不依个人‘意志’为转移的个人的物质生活，即他们的相互制约的生产方式和交往形式，是国家的现实基础，而且在一切还必需有分工和私有制的阶段上，都是完全不依个人的意志为转移的。这些现实的关系决不是国家政权创造出来的，相反地，它们本身就是创造国家政权的力量。在这种关系中占统治地位的个人除了必须以国家的形式组织自己的力量外，他们还必须给予他们自己的由这些特定关系所决定的意志以国家意志即法律的一般表现形式。这种表现形式的内容总是决定于这个阶级的关系，这是由例如私法和刑法非常清楚地证明了的。这些个人通过法律形式来实现自己的意志，同时使其不受他们之中任何一个单个人的任性所左右，这一点之不取决于他们的意志，如同他们的体重不取决于他们的唯心主义的意志或任性一样。他们的个人统治必须同时是一个一般的统治。”[32]强调此的是列宁，“而法律又是什么呢？法律就是取得胜利并掌握国家政权的阶级的意志的表现。”[33]列宁更进一步说，“法律是一种政治措施，是一种政治。”[34]

---

[29]马克思：《〈政治经济学批判〉序言》(1859 年 1 月)。《马克思恩格斯选集》第 2 版，第 2 卷，32～33 页，人民出版社 1995。

[30]马克思、恩格斯：《德意志意识形态》。载《马克思恩格斯全集》第 3 卷，人民出版社第一版，第 84 页。

[31]马克思：《关于新闻出版自由和公布省等级会议辩论情况的辩论》。载《马克思恩格斯全集》第 1 卷，人民出版社第二版，第 167 页。

[32]马克思和恩格斯：《德意志意识形态》(1845—1846 年)。《马克思恩格斯全集》，第 3 卷，377～379 页，人民出版社 1960。

[33]列宁《社会民主党在 1905-1907 年俄国第一次革命中的土地纲领》(1907 年 11—12 月)。《列宁全集》，第 2 版，第 16

完整地将马克思主义运用到法学理论，形成体系化的马克思主义法学理论是在俄国十月革命胜利后，由前苏联法学家完成的。而法律关系理论则是其中的一个重要组成部分。前苏联的法学理论大致可以分为三个时期，十月革命到 1937 年为第一个时期，代表人物有斯图契卡、莱斯涅尔和帕舒卡尼斯，其中帕舒卡尼斯最具影响，这一时期是苏联马克思主义法学理论的初创期学术争论较为激烈，但是都严格遵循马克思主义经典作家的理论，主张国家和法律消亡论；第二个时期从 1937 年帕舒卡尼斯被清洗，其理论被批判始，到 1956 年前后，代表人物是维辛斯基，维辛斯基紧跟斯大林理论，“公开地和明白地把法律理论认为是贯彻苏维埃政府政策的一种有效工具，目的在废除资本主义和实现社会主义，他批判帕舒卡尼斯的法律理论不能作为这样一个工具，而是可以被敌人利用”[35]；。1956 年以后是前苏联法学理论的第三个阶段，代表人物有库德里亚夫采夫、瓦西里耶夫、雅维茨和阿列克谢耶夫等。

其实前苏联不同时期法律关系理论与相应得法的理论联系紧密，前期帕舒卡尼斯在其代表作《法的一般理论与马克思主义》一书中认为“只要有法律上层建筑的地方，我们就会发现法律关系直接产生于存在的社会生产关系。”“如法学家们表达的一样，马克思自己也强调，财产关系，法律上层建筑的最底层，与生产关系联系如此紧密，以至于两者可以被视为同一的生产关系”。[36]在此，帕舒卡尼斯批判了凯尔森等法学家认为法律关系产生于规范的“狭隘”观点，从马克思理论出发，认为法律关系产生于生产关系。帕氏实际上严格的遵循马克思原著，认为法律会同国家一样消亡，并且只要有交换关系的地方就会有法律---资产阶级的法律。但是这种理论显然不适合当时苏联，在斯大林强调生产关系可以反作用于经济基础的时候，维辛斯基提出了适合当时斯大林国家理论的法的理论，认为“苏联已取得的经验证明：在逐渐过渡到共产主义的时期，法的作用不但未减少，而且还增大了。”[37]他将法定义为，“由国家政权制定或认可的，反映统治阶级意志而由国家的强制力保证其实施的行为规范的总和，其目的在于保护、巩固和发展有利于统治阶级的社会关系和社会秩序”。因此，法律关系也由生产关系换成了社会关系。1956 年随着斯大林的去世，维辛斯基的法的理论在前苏联遭到批判，主要集中在三点，“第一，只强调了法的阶级意志性，没有指出法的物质制约性，说‘法是反映着统治阶级意志的条件决定的;定义还把法的目的确定为‘是为了保护、确认和发展对统治阶级有利的和惬意的关系和秩序’，而不是调整客观上存在的社会关系，这就为主观任意性大开了方便之门。第二，强调了国家强制力的作用，强调了统治和服从，而忽视了人们自觉遵守法律的意义。这是以当时斯大林所谓阶级斗争越来越尖锐的理论为基础的，认为法只是‘反映统治和被统治的关系’。有的学者认为，维辛斯基将法律中统治和服从的关系提到了首位，只把重点放在法的暴力的强制力一面，忽视了苏维埃法律规范的巨大组织作用和巨大的文化教育作用，忽视了社会主义法的特别重要的原则，即社会主义的法律规范是由大多数居民自愿地和完全自觉地适用的，因为这些

卷，292 页，人民出版社 1988。

[34]列宁：《论面目全非的马克思主义和“帝国主义经济主义”》（1916 年 8—9 月）。《列宁全集》第 2 版，第 28 卷，第 140 页，人民出版社 1990。

[35] [奥]凯尔森著/王名扬译/《共产主义的法律理论》，P147 页，中国法制出版社 2004 年 11 月第一版。

[36] 帕舒卡尼斯著/杨昂、张玲玉译《法的一般理论和马克思主义》，P45 页-47 页，中国法制出版社 2008 年 10 月版。

[37] 维辛斯基：《国家和法的理论问题》，520 页，法律出版社 1955 年版。

规范反映人民自己的意志和利益。第三，强调法的规范性是对的，但片面强调法的规范性，忽略了法律调整首先同社会关系相联系这个方面，这就削弱了对个人和集体权利的关注，客观上容易为破坏法治的行为作掩护。”[38]

在批判维辛斯基之后，前苏联法律关系理论得到了进一步的完善，较有代表性的是 C.C 阿列克谢耶夫在其所著的《法的一般理论》提出的观点。他在该书中写道法律关系的概念：“法律关系是根据法律规范产生的、具有主体法律权利和义务的、由国家强制力所支持（保证）的人与人之间个体化的社会联系。”[39]法律关系的构成：1）法律关系得内容，主体行为和主体的法律权利与义务；2）权利主体即法律关系的参加者；3）法律关系的客体。[40]依据法的结构、职能、法律调整地类型可以将法律关系分为一般的和具体的法律关系、相对的和绝对的法律关系、调整性和保护性法律关系、积极性和消极性法律关系以及部门法律关系五大类型。[41]应当说此法律关系理论对我国颇具影响。

五、英美普通法系法律关系的概念---------从密尔、奥斯丁到霍菲尔德

在英语世界中，法律关系（jural relations）使用度远不及大陆法系。不仅通常的法理学著作中鲜有提及，而且在法律适用中很少用作分析工具。这一方面跟普通法系判例法的传统有关系，另一方面，也与其盛行自由主义、经验主义和实用主义的哲学分不开。但这并不意味着法律关系概念在普通法系无足轻重。牛津法律大辞典中法律关系词条的解释中认为，“法律关系概念的提出有着重大的价值，其对于澄清这类概念的真实含义和用途以及探讨一项法律原则或规则的内在联系十分重要。”该词条还说，“法律关系是描述法律人格之间的法律关系得一般术语，….最常见的法律关系为权利义务关系…..著名的法理学家奥斯汀、温迪斯切特….和霍菲尔德还对其他法律关系做了区分，如特权或特惠与无权利关系、权力与责任的关系、豁免与无资格的关系。”[42]单从这一词条看，（至少词典作者的观点）法律关系的定义与大陆法系得通说区别不大，但是词条中对于法律关系的区分却明显与大陆法系不同，这种精细的区分实际上出自霍菲尔德。资料显示，普通法中的法律关系演变另有一番情景。

严格讲在普通法系具开创地位的法理学家奥斯汀并没有使用法律关系（jural relations）一词。但他讲了权利、义务以及两者之间的关系。他认为权利，就像义务一样，是法律的创设或者是主权者对社会的命令，每一项法律上的权利关联着法律课与的一个人或多人的义务每一个法律上的权利都包括三个部分，法律的制定者、法律上的权利享有者和相关的义务负担者。[43]美国学者辛格（Joseph William Singer）认为，奥斯丁的法律权利和义务的

---

[38] 孙国华/曾斌《评维辛斯基关于法的定义》，载《法学家》1996 年第 2 期，P40-41 页。
[39] C.C 阿列克谢耶夫著/黄良平、丁文琪译/孙国华校：《法的一般理论》，449 页，法律出版社，1988 年 6 月第一版。
[40] 参见 C.C 阿列克谢耶夫著/黄良平、丁文琪译/孙国华校：《法的一般理论》，468 页，法律出版社，1988 年 6 月第一版。

[41] 参见 C.C 阿列克谢耶夫著/黄良平、丁文琪译/孙国华校：《法的一般理论》，471-481 页，法律出版社，1988 年 6 月第一版。
[42] [英]沃克著/李双元等译：《牛津法律大辞典》，617 页，法律出版社，2003 年 7 月第一版。
[43] 参见[英]奥斯汀（Austin）著《法理学范围之限定》（剑桥政治思想史原著系列影印本），231-232 页，中国政法大学出版社，2003 年 5 月第一版

论点受到密尔（Mill）的影响，而后者是是以自由主义和个人主义作为基础[44]。这与近代所有权神圣、私法自治等近代法律观念紧密相连。辛格（J.W.Singer）另外指出奥斯丁对法律权利的解读没有区分自由的因素。直到 20 世纪初，普通法系对于权利的区分，实际上是法律关系的区分也没有达到大陆法系得精细程度，庞德（R.Pound）说当时的法律人认为权利作为一种简单的术语对于普通法已经足够了。[45]霍菲尔德的发现将普通法系法律关系理论推进了一大步，具有里程碑式的意义，至今无论是大陆法系还是普通法系都影响巨大。在他分别于 1913 年 1917 年发表于耶鲁法学评论的两篇同名论文《司法推理中运用的基本概念》（Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning）中将法律关系分成“八个最小公分母”：

法律上的相反关系：	权利（rights）	特权 (privilege)	权力 (power)	豁免权 (immunity)
	无权利（no-right）	义务 (duty)	无资格 (disability)	责任 (liability)
法律上的对应关系：	权利	特权	权力	豁免权
	义务（duty）	无权利 (no-right)	责任 (liability)	无资格 (disability)

霍菲尔德的法律关系理论目的是将基础的法律权利和法律自由概念进行精细区分，批评了前辈不懂得区分权利、自由、特权和责任在权利和主张(claim)上的混用，更为重要的是修正了奥斯丁、霍兰德等法学家将权利对应与义务的粗线划分，批评了他们的权利的观点（Rights are nothing but duties on others）。 辛格评价霍菲尔德的贡献，不仅纠正了概念法学者权利义务之关系对应得逻辑错误，还实际上对近代以来分析法学派崇尚的个人主义（self-regarding）和超理论（meta-theory）进行清算，代之以新的观点。当然也有学者认为霍氏的法律关系太过学术化，司法不易应用，有些关系不是法律规范规定的关系等。[46]

六、法律关系概念在中国的继受和发展

中国法制远自西汉，经唐宋至清末，陈陈相因，未有多大变化，是为中华法系。到了清末，起了一次突变，开启了中国法制史上划时代的新纪元。[47]这是因为清廷自“庚子之乱”后已经穷途末路，不得不改弦更张，变法修律以图挽狂澜于既倒。1902 年，沈家本、伍廷芳正式受命修订法律后，西方法律开始在中国大规模的移植。由于当时法学家先刑后民，法律关系作为西方法律理论的一个基础性概念并未受到重视，甚至很少出现。据俞江著《近

[44] 参见 Joseph William Singer: The legal right debate in analytical jurisprudence from Bentham to Hohfeld. Cite as: 1982 Wis.L.Rev,975.

[45] Rosco.Pound: Fifty years of jurisprudence, Harvard law review, P472.

[46]参见 Albert Kocourek :Contingency in Jural Relations ,Source: California Law Review, Vol. 15, No. 1 (Nov., 1926), pp. 19-37。

[47] 参见王伯琦著《近代法律思想与中国固有文化》，27--28 页，清华大学出版社，2005 年 5 月第一版。

代中国的法律与学术》，清末翻译的主要西方法律术语中，找不到法律关系一词。[48]民国后法律主要继受自德日大陆法系，制定了六法全书，但法律关系的概念也没有在法学理论中居于重要地位。

新中国成立后，由于西方对社会主义中国的封锁，在“一边倒”政策主导下，废除了六法全书的旧法统后，政治法律制度全面从前苏联引进。法律关系以及法律关系理论开始在法学理论中居于核心地位。不过上世纪五十年代，受前苏联维辛斯基学说的影响，法学基础理论当时被称为国家和法的基本理论，强调法的政治工具价值。而“法律是统治阶级意志的反映”。[49]“并且中国对前苏联三十年代的法学甚至比前苏联还忠诚，60 年代前苏联就抛弃了法律是统治阶级意志的这一盛极一时的理论，提出了全民法的观点，主张法律是全体人民的意志而不是某个阶级意志的观点，而在中国有人刚刚提一点法律社会性的观点就被斥为右派”。[50]在这种语境下，法律关系是被法律调整的社会关系，个人的权利主体地位被淹没在阶级意志的洪流中。改革开放后，法学界开始对以往的继受的苏联法学理论进行反思，并开始引入西方法律思想。就法律关系而言，通说的法律关系的概念是根据法律规范产生、以主体之间的权利义务的形式表现出来的特殊的社会关系，法律关系主体，内容和客体论明显受到雅维茨和阿列克谢耶夫学说的影响，[51]这里不再详述。

随着西方法律思想和方法的引入，有一些青年学者试图用霍菲尔德的法律关系理论和德国的请求权、支配权、形成权和抗辩权混合理论进一步精细化法律关系区分，提出了法律关系的四种元形式。用以解决通说法律关系理论在部门法(主要是民法)中的法律适用问题，产生一定影响。[52]

七、余论

从法律关系概念的发展历史来看，其作为联结事实和行为与法律规范形成法律上的权利义务关系的基础工具，主要功能是为了找法的便利。由于历史上不同法学流派对于法和法律规范不同的理解，法律关系也因而在不同的语境下具有不同的意涵。

对法律关系深入的分析和区分一方面体现了与学科发展相应的追求概念准确性，另一方面也是在既定的法治的前提下，追求司法精细化的一个必然。在这个趋势下，中国法律关系的概念既有可能沿着原来的轨道进行深入的分类，也有可能被更为精细的概念区分所替代，尤其是在部门法的适用上。这是因为在发展中的中国，现实的社会日益复杂和多样，法律关系的内容已经不单单是权利和义务，还表现为责任、豁免、无权利等其他因素。

---

[48] 参见俞江著《近代中国的法律与学术》，29—34 页，北京大学出版社 2008 年 1 月第一版。
[49] 参见杨心宇/李凯〈略论苏联法对我国法学的影响〉，载〈复旦学报〉2002 年第 4 期。
[50] 参见蔡定剑：《关于前苏联法对中国法制建设的影响》，3-4 页，载《法学》，1999 年第 3 期。
[51] 参见孙国华、朱景文主编《法理学》，中国人民大学出版社，1999 年第一版。
[52] 参见王涌：《法律关系得元形式—分析法学方法论之基础》，576-602 页，载《北大法律评论》1998 年第 1 卷，第 2 辑。

“道”与“社会契约”的融通

费小兵[1]、陈进

【摘　要】通过对《老子》“有德司契”进行现代阐释可推出“与道立约”。而卢梭的《社会契约论》对近现代中国的议会至上制度影响巨大。融通二者，民主社会的立法不仅应与人民立约，更应与人民潜在的合道之至善本性立约，即合于“道”或“自然法”，它是不假逻辑思索的智慧直观发现的，源于本体衍生之本性、本性化生之本觉、本觉呈现之良知的规则。“自然法”是无意识之终极因与善之意志的统一，“公意”仅是民族共同体的善之意志。人民立法应合于“道”这一基准，否则，应该以各种善好制度防范恶欲对自然法的僭越。

【关键词】法治；自然法；公意；民意；道

二十世纪对中国影响最大的法治术语是卢梭的“公意”！[2]例如，曾出现过孙中山的议会代表“公意”，袁世凯的威权代表“公意”，国民党的党国代表“公意”，中华人民共和国的“最高权力机关制度人民代表大会”代表“公意”。[3]而后者是建国者建构的制度，[4]导致前些年刘小枫先生与邓晓芒先生关于“国父”的争论。[5]而今，“公意”的内涵在普通人们心中又逐渐转化为“民意”（包括网络民意）。可见，卢梭对中国有强大影响，尤其是对中国政体的影响，这是一个不争的事实。而说出“国父论”的刘小枫追求的一直是“不同于现代的古典德性世界”，所以他才会反对现代自由。因而，这逻辑推出，刘小枫毋宁是一个以“古典德性”为目标的学者，他说出“国父”似乎是对目前体制根源的事实判断，而非价值的判断。[6]

而卢梭或其它近代自然法思想家的理论是奠基于自由主义之上的。但如果失去了道德和心灵的根基，自由将沦为孤狼与孤狼之间的战斗，人与人之间没有信任，也没有幸福可言。这说明，虽然自由主义已成为“现代”的象征和深入人心的大潮流，“但却无力重建人们的心灵秩序，因而形成了自由主义自身的盲点”。[7] 我认为此时代要重建中国人的心灵秩序，应从中国人熟悉的中国古典之精华入手。中国曾有佛、道、儒之“三教融通”，而现代心理

---

[1] 费小兵，重庆邮电大学网络空间安全与信息法学院，副教授。

[2]西方已进入了后现代思潮时代，许多学者对卢梭等近代自然法哲学家质疑颇多，但西方的法治结构却依然受近代启蒙思想家们包括卢梭的自由主义思想根基的影响。并且，卢梭的公民至上被后人演绎为议会至上，并影响了马克思的人民主权至上，最后催生了中国“人民共和国”这一名称及其建国构架。

[3]许纪霖：“何谓现代，谁之中国？”，载《现代中国的再阐释国际学术研讨会论文》，华东师范大学 2013 年 6 月。

[4]参见周宁：“美好新世界”，载《书屋》2003 年第 10 期。

[5]参见刘小枫：“如何认识百年共和的历史含义”，载《开放时代》2013 年第 5 期。其后邓晓芒对之有一个商榷：“评刘小枫的学理”，载《学术界》2013 年第 11 期。

[6]参见黄涛：“《沉重的肉身》与刘小枫的叙事伦理学”，载《读书》2014 年第 4 期。

[7]许纪霖：“独根，造根与寻根：自由主义如何与轴心文明接榫”，载《知识分子论丛》2004 年第 1 辑。另外，我认为，当代中国学者多数以“西方近代自然法”及其范式为标准审视中国，却忽略承认差异与包容的世界哲学新趋势。我力图内在了解地理解中国道家（及儒家、佛家）的自然法精神基因而证明中国有“中国意涵的自然法”，并在此基础上整合东西方，探寻“人类的自然法”及其在法治中的根基。

学证明人心的结构功能是相同的，因而在全球化时代的中国进行多元文化之融通也是可行的。[8]不过，即便西方自由主义的道德根基“基督教精神”非常高明，但中国人却难以在几百年里消化基督教精神，[9]而中国本有的文化基因却可增补西方传入之世俗自由主义的终极性与心灵秩序之缺漏。所以，不仅要对中国古典进行“寻根”，更要创造性地化古为今，对古典之“应化之道”[10]作现代阐释，且变西为中，融通二者，使之成为中国范式的法治文化之“根”。[11]

所以，研究卢梭的“社会契约”如何与中国之“道”融通，创造性地开辟出稳妥而正当的新思路，成为不可回避的时代课题。本文将在哲学层面基于纯粹中立的学术立场论证卢梭与中国思想的融通之可能，由《老子》之“道”与卢梭之“公意”为切入，研究中国的文化基因如何超越知识谱系的框架，容纳并升华自由主义，[12]复兴“人类的自然法”。

一、体用不二之“道”：本体推衍良知而成的自然法

（一）无中生有与体用不二之“道”

《老子》第 40 章曰：“天下万物生于有，有生于无。”这可在现代语境中表述为：**没有脱离多重宇宙而独立存在的实体（本体）**，本体存在于现象、个体事物上，本体与现象不分裂。**因而宇宙的本体、终极因不是独立存在的实体，故不能被叫做“有一个实体”，而只能被叫做“无”。但“无”却能够生“有”，因而不是绝对的“没有”，所以叫做“无极”更恰当，是“无极生有，有生万物”**。而佛学从另一种视角来表达，即“空不异色”。在此阐释“空”与“无”为“**本体”，它不是一个与现象分离的“实体”**，从未离开现象；即本体自身不能单独存在，故称为“空”、“无”；即只有多重的宇宙模型，没有固定不变的一个实体，从而个体可以潜在拥有宇宙的全部本质属性。其中化生出的人，拥有源于宇宙之本质属性的“本觉”，却能够产生良知、意识、善恶。

熊十力亦总结中国的本体论为“体用不二”：本体不独立存在，故为“无”、“空”，但本体又是存有的，本体存有于现象中，二者不可分为二个东西。“体用不二”恰是中国哲学的主要特征。即：个体生命如同浪花，宇宙大生命如同海洋。[13]整体不是一个精神实体，而

---

[8]也说明今日融通东西方文化亦是可能的，说明了亨廷顿之《文明的冲突》是虚妄的。

[9]参见许纪霖：“独根，造根与寻根：自由主义如何与轴心文明接榫”，载《知识分子论丛》2014 年第 1 辑。

[10]“应化之道”一词来源于《黄帝四经》。道家产生过一个著名的“应化之道”黄老学派，《黄帝四经》言“道生法”，统治者也必须严格遵从“法”度。但《黄帝四经·经法》曰：“名禁而不王者死”、“罪杀不赦也”、“贵贱之恒位”，即有重视刑杀、不赦免犯罪、保留等级制度等观念，这些“应化之道”在当时一定有其价值，但却不合于当代价值观，因而只有将道家（包含黄老道家）以及儒佛诸派的“应化之道”作现代转化，才有时代意义。虽然限于篇幅，笔者以《老子》为切入点，但在价值观上，是不排斥儒佛的，因而本文在现代转化中实际上指的是兼容了儒、佛的中国之道。

[11]“道体”乃是贯通儒、佛、道的最高哲学概念，中华哲学中的“道”、“理”、“太极”、“太一”、“佛性”皆可统称为“道体”。“道”、“理”、“太极”、“太一”、“佛性”这些词在儒佛道宗派分歧下虽然仍有微妙区别，但在“只有‘道与器相须为有无’，却没有一个宇宙唯一的造物主在创造万物”这一点上，佛道儒三家是一致的，参见[意]龙华民：《灵魂道体说》，上海：土山湾印书馆重印本，1918 年版，另参见许苏民：“灵光烛照下的中西哲学比较研究——利玛窦《天实主义》、龙华民《灵魂道体说》、马勒伯朗士《对话》解析”，载《中山大学学报》（社会科学版）2007 年第 2 期。我认为佛、道、儒虽有致思上的差异，但本质上都趋向于“无为”，是互相开放的。

[12]这将成为法哲学上解决现实之未来走向的一种路径尝试。

[13]参见熊十力：《新唯识论》，中国人民大学出版社，2006 年版，第 1 页。另参见《华严经》（六十卷本）第六十卷：“故事即理。如全波即水。全水即波。不相妨碍。故为理事无碍法界。”另参见费小兵：“龙华民与莱布尼兹对道的误读”，未刊稿。注意，本文的两个词汇：“本体”和“本性”，在描述道的德性时，我使用“本性”一词，在与现象相对立而用

仅是浪花“片区”组成的无限——整体（海洋）与个体（浪花）的本性是“一样”的，在脱离“浪花”之外的“海洋”不是独个存在的神。[14]

因而，在这“体用不二”中之“本体”就是“无极”，是“无中生有”之“无”，是万物存在、相互感应的终极因。[15]“本体”只能是现象自身的本质，从而“无中生有”中的“无极”含有人的“本性”。反之，“本性”是超越个体、超越良知、意识、善恶的，因而是无善、无恶、无意念的本体所化生，但这“本性”却衍生出有灵性的人之“本觉”，进而人对不同善恶、好坏、因果的判断力形成了“良知”，从而产生了善恶概念。

由此，联系王阳明言：“无善无恶心之体，有善有恶意之动。知善知恶是良知，为善去恶是格物。”[16]可阐释为：“善恶意念”是“无善无恶的本体”运动起来时的状态，形成不同善恶意念影响下不同的结果——这即是“无中生有”的例证。“本体”（无极）是“无为”的，任由现象界的人的意念去“有为”。但“本体”（无极）虽说是无善恶的，却潜含了无穷、无限潜能（包括善恶），尤其是当衍生出灵性生命，就形成天然之“本性”与后天习气之“妄念”的区别。**“有为”中有了理性、第六意识时，善恶意识就产生了，并呈现出“本性”与“妄念”在人类界的不同因果，从而展现出人类良知自然运行之轨迹形成的法则——其中，理性能够产生善的法则，也能产生恶的法则**，后者是工具理性的结果，前者是向善的理性直观（希腊词“Nous”）的结果；**但只有无言、无思，回到超越理性思维的无思之本觉**（而非感觉）**智慧，直观发现的才是良知运行的自然法则**。换言之，无论是善的、恶的妄念，都是人的理性思维总结感性、形成概念的结果，而只有当人超越意识之妄念，人的本性与宇宙本体的本性才一致，[17]**人之潜在中存有的自然法则才能本原地呈现出来**。

（二）法学视角之“道”：本体→本性→本觉→良知中的自然法

承前，如果说人类的善恶、妄念、欲望等“意识”源出 DNA 基因，但宇宙“本体”（无、无极）却是 DNA 及其意识的终极因。那么，人的“有为”源于妄念，可称之为“凡心”。反之，

来表达现象的本质时，我用的是“本体”一词。

[14]《老子》第 66 章亦言：“江海所以为百谷王者……”，百谷即百川、许多河流、许多水，即许多浪花汇成了江海。

[15]佛学言说了“道”生万物是因为“无明妄动”、业力缘起，这仅是原因的解读，是与道家、儒家视角的不同，而非价值观的不同——在价值观上，人可以选择本体“不动”、“无万物”的状态（无余涅槃），也可以选择守住崇高之“道本体”、同时“有动”、“有万物”、只是让“万物”和“有动”不妄动而失去“道本体”的本性或曰自然法（无住涅槃）。后者才是佛法的大乘精神，这种重视俗世间建设的大乘精神在原始佛教《长阿含经》中就有体现，价值更在于让人不随外在环境而妄动，而能够回归本体、保持本体，在无现象杂多扰乱的本体状态下，不以小我的前见意识去思考行动（妄动），而是旁观地产生智慧，以无人我分别的大公心去得出结论并行动（无为而任道为），超越环境，从而实现不被外在环境、合力、命运摆布的自由——这一点，儒、佛、道是相通的，参见费小兵：“龙华民与莱布尼兹对道的误读”，未刊稿。

[16]参见王阳明：“无善无恶心之体，有善有恶意之动。知善知恶是良知，为善去恶是格物。”王阳明、陆象山：《象山语录·阳明传习录》杨国荣导读，上海古籍出版社 2000 年版，2008 年重印，168-172 页。

[17]“性”是形声字，由“心”和“生”两字合成。先秦时期遗文中皆以“生”字表达“性”字，“性”字为先秦遗文所无。参见傅斯年：《性命古训辨证》，桂林：广西师范大学出版社，2006 年版，第 3 页。徐中舒认为：“生”从一，一即地，象艸（草）木生出地上之形。参见徐中舒主编：《甲骨文字典》，成都：四川出版集团：四川辞书出版社，2006 年版，第 687 页。另《广雅》云“生，出也。”《玉篇》云“生，起也。产也。”《说文》“生，进也。象草木生出土上。”其所释与其他古今解字辞典无歧义。可见，“生”这个字的甲骨文的符号形象与《说文》等古辞典的解释基本一致，其初始义是：“草木生长”。引申义才是“产生；活着；生命；滋养；……。”但我认为，这引申义恰是“生”的形而上含义，指“活着”的“生命”的“生产”、“出生”、“生长”、“滋养”等整个新陈代谢过程，体现了生命从根上普遍的、不断“成长”的“动态”特征。许慎《说文》解释“性”是：“人之阳气，性善者也。”古人将“阳气”又称作“元气”。“元气”即来源于根的“本元”能量，是好的，故说“善者也”；因而“性”又可称作“本性”。“人之阳气”是使事物得以自动“生长”的“生命”之“根”。而“根”是生命的根本属性和力量，是生命本来的性质，它来源于“道”，是天然善的，简称“善之本性”，许慎释为“性善者也”。

人的“无为”就不是妄念，**可称之为“道心”。每个人如果自在地生活在宇宙之“本体”化生之本性、“本性”衍生之（人的）“本觉”、“本觉”自然形成的法则中时，人不假逻辑思索的智慧能够发现这个法则。**这时**不假逻辑思索的本性能够自然呈现的人之心性，就是自我的，**是超越理性意识（有内容）的无内容之心性；**但如果欲望、妄念或凡心遮蔽了正常法则，人自然呈现之“道心”（良知）就泯忘了**。虽忘却，但**良知还在，一直潜在**。因此，**自然法是源于众生平等潜有的本性及其“良知”而形成的**。

这里，由于没有一个可分裂的、不变的、异于存在物的“本体”（物自体），那么，只有存在之人全然自由、自然而无妄念时，其思维的内容才是本体之本性、本性之本觉的自然呈现，才是自然法的内容，才可称之为**至善的内容。**

但**至善是善吗**？**至善**对应的是无善无恶的“本体”，所以不是与恶对应的善。无善无恶之“本体” **在**没应物时是“空空如也”的状态（没有形式，但潜含形式）；当它自然地“用”其“本性”时，就显现出自然的**“本善”**。由于“本性”之“用”与“妄念”或“恶”的概念相对，故而这个“本性”化生的本觉（而非感觉）是“良知”（这个良知是没有内容的形式，遇到具体事件，良知才产生出内容来）。[18]相反，“不自然”地“用”，即不知足、扭曲之“妄念”、造作欲望之“有为”，就演化呈现出违背“良知”本性的恶行、恶果。由此，**自然法是无善无恶之“本体”与有善有恶之“运用”的统一**。

因此，本体及其法则是不可分的，法则仅是存在之“本体”的“本性”之呈现，所谓的先后仅是“原先后”（本体的价值先、现象的价值后），而非“时先后”（先有人格化上帝、后有万物）。所以，这个法则假如被称为“自然法”的话，一定要清醒明白，**它源于事物的“本性”而非在事物之先的另一个实体。故“自然法”的实质是与自己的“本体”及其“本性”、“本觉”、良知立约**。

但“本”之运动必然要有载体，这载体就是肉身，肉身的存活需要“汲取”能量，“汲取”就需要“欲望”；故“欲望”是与“本性”对立的，但却是生命存活的前提。对人而言，欲望这本体之“用”是有意义的。不过，欲望不动时的“性灵”[19]才是人的本觉。

综上所述，**源于本体化生之本性、本性化生之本觉、本觉运动之道心（良知）的规则，即是良知直接地、正常地呈现出的法则，即是“自然法”，它不与正常的欲望对立**。[20]

但或有人疑问：人与动植物可有区别？水和植物等虽然有好与坏的感应，但却是盲目地反应，盲从于自然法的协调律令；无智慧、有情感的低级动物可能有些主动（如蒙昧、无智慧的情感）而不服从自然法的协调律令，但强大的宇宙规律依然让低级生命的主动最终被迫统一在自然界的和谐中；而有智慧、理性、情感的高级生命（如人类）却可以自我

---

[18]牟宗三称儒佛道三家的本体为“无限智心”（或“智的直觉”），是个体的“本性”，参见牟宗三：《圆善论》，长春：吉林出版集团有限责任公司 2010 年版，第 10、198 页。我认为“无限智心”或“良知”只能是“无极”这个本体的“用”，只是说是依循“本体”自然天成的“正用”，因而牟宗三认为“仁是宇宙的本体”，但我认为“仁“或“无限智心”仅仅可说是本体之“用”而非本体本身。

[19]这里的性灵指的是人的灵气，该词源于詹石窗：“中国文化本来就有一种山水性灵，而这种性灵最终则凝聚在传统哲学里边。”参见詹石窗主编：《新编中国哲学史》，中国书店 2002 年版，第 3 页。

[20] 参见费小兵：略论《心经》《老子》视域下的“中国自然法”定义——兼发展熊十力“融通三教”观，未刊稿。

后天完全主动的行为，“有为”地不服从自然法的协调律令，但自然法依然能够以强大的宇宙能量守恒律、因果律等规律，让高级生命的逆“自然法”的“有为”受挫，被迫服从“自然法”。

而有智慧的高级生命“主动”的行为如果与自然法一致时，**自由就是服从自我的本性**，而不仅是本能的趋利避害、功利法则。

二、“与道立约”：“有德司契”与“道生法”的统一

（一）《老子》第81章的逻辑推论：“与道立约”

承前，要升华现代自由主义的心灵秩序，就要反思其源头社会契约如何才能纯粹地回归心灵秩序？在中国，既然接受了西方的社会契约（尤其是卢梭的“公意”）及其自由范式，就必须通过寻根而创设现代自由之“新根”。寻根发现，《老子》中居然也有“契约”，这就是“有德司契”，这是一个非常重要却被后人忽略的思想。故将此《老子》第 81 章展示如下：

和大怨，必有余怨；焉可以为善？

是以圣人执右契，而不责于人。

有德司契，无德司徹。

天道无亲，恒与善人。 [21]

这里的争议处是“圣人执右（或左）契”，我采用“右契”一词，[22]即“圣人执右契”表明圣人愿意做人民的债务人。而“契”与“约”结合为一个词“契约”是同义词重叠。[23]故“圣人执右契”可被阐释为：**圣人立约，愿为债务人**。

但圣人与谁立约？圣人与百姓立约吗？“有德司契，无德司徹”这句话中，“司徹”即征税，隐含有横征暴敛、归为己有之意。至德之世“古者公田，藉而不税”，即古代耕耘公田的人只上报田亩数量形成户籍、但不缴纳赋税，而私天下的首领则是大量征收赋税。因而“无德司徹”指无德的统治者才大量征税并为己所用，使得百姓们余怨不断。

而**“有德司契”也涉及到与“百姓”的关系。“有德司契”含有与“百姓”立约之意——并且是作为债务人与“百姓”立约（转化为今日民主语境，即与人民立约），遇事自责，“而不责于人”，这才能被称作圣人。**

但《老子》第 81 章中不仅如此！该章接下来一句是“天道无亲，恒与善人”，即**天道无**

---

[21]本文引用《老子》的章次排序同于传世本，便于读者查找。本文引用《老子》以 1973 年长沙出土帛书本为主，有的地方结合了 1993 年出土郭店荆门楚简。参见“《<老子>批判性版本》的内容——基于楚简本与帛书本的结合”，载费小兵：《<老子>法观念探微》附录，中国政法大学出版社 2013 年版，第 288 页。

[22]《礼・曲礼》献粟者执右契。参见古棣、周英：《老子通・老子通论》，长春：吉林人民出版社，1991 年版，第 512-513 页。献粟者是债务人，所以是债务人持右契，反之，债权人是持左契。帛书《老子》甲本写的是“右契”，乙本是“左契”，而帛书甲本比乙本更古老，一般而言，更古老的更似真；而《礼・曲礼》认为债务人是持有右契，债权人是持有左契。且老子期望圣人“上善如水”般“谦下”，不希望圣人是上位的“债权人”，由此推论：持“右契”的“债务人”应是圣人。所以我采用“右契”一词。

[23]本文引用的古文将采用原字体，以便于其文字结构符号展现含义。“契”古金文写作： ，原意是古代在龟甲、兽骨上灼刻文字和灼刻文字用的刀具，但后世用“栔”字表达“契约”意，而《说文》解释“契”：“大約也。”《易・系辞》：“上古結繩而治，後世聖人易之以書契。”《礼・曲礼》：“獻粟者執右契。”《注》：“兩書一契，同而別之。”《周礼・质人》：“掌稽布之书契。”注：“取予市物之券也,其券之象书两札,刻其侧。”而 “约”字：《说文》解释为“约，纏束也。从糸勺聲。”《周礼・春官・大史》：“凡邦國都鄙，及萬民之有約劑者藏焉。”《注》：“約劑，要盟之載辭。”《礼・曲礼》：“約信曰誓。”《疏》：“共相約束，以爲信也。”可见，“契约”一词是由同义字合成。

偏私，哪个是善人，天道就将与他立契约，将好结果“恒与善人”。[24]此句可阐释为：**圣人与“道”立“契约”**。简称为**“与道立约”**。

因而在**现代**语境中，**《老子》第 81 章可作如下阐释**：无德的统治者大量征税为己所用，使人民余怨不断；他或许也想和解大怨，但毕竟积怨已深，怎可马上尽除积怨、而无余怨？更何况“私欲”膨胀的首领，和解一点点怨（如减少一点税收），侵略剥削他人之心依然如故，怎能消除他人的余怨呢？**唯有**执政者效法、遵循道的大公无私，为天下人服务，而不是贪求天下人的赋税时，[25]我们才可说他达到圣人的境界，**圣人敢于与人民立约，愿意做人民的债务人，勇于付出而非索取，因而人民才没有积怨**——由于无积怨的才是合于道的，从而**这“与民立约”的同时也是“与道立约”**。因此，有德者能够“与道立约”，无德者不“与道立约”，不敬“道”、不合“道”，不停向民索要赋税，欠人民的债务就越来越多。但天道无亲（偏私），只会让合道的善人自己得到善果。

或有人对上文最后一句有疑问：既然“天道无亲”，就对任何人都无亲，无分别心，无善无恶，又怎会偏向“善人”呢？[26]

我认为，“道无分别，无善无恶”，这是基于对《老子》第 2 章的理解，[27]是对的。但承前所述，作为本体的“道”无善无恶，但能够产生“无为”而自然的良知“本性”、“至善”。“有为”的人如果合常道，是“德者同于德”（《老子》），第 23 章）得到正常果，即“有为”之“善德”合于“无为”之“上德”

——**这个“上德”，只能是站在纯粹旁观、直观的角度，不假逻辑思索而直接产生的智慧才能发现的**——而这个自然智慧不是指近代西方自然法学家的逻辑理性，因为后者是人为的，而不同的人会因为不同的前见、外延、内涵的不同导致逻辑推论出不同的结论，因而**只有不经过逻辑、纯粹旁观下的良知“直接发现”（直观），所有人发现的“自然法”才会是一样的。**

这“自然法”的特征是：**人的有为法（制定法）应该合于本性之法，即合于常道**；否则，不合常道，就“失者同于失”（《老子》）第 23 章），失道之果就只能被“名”为“恶果”——**“天道无亲”指的是本体“无善无恶”，“恒与善人”恰恰是现象界的善人自己给自己以善果**——没有一个“异于”存在物的“人格神”赏赐善果给善人，是人自由地“有为”，各自生成自己行为“有善有恶”的果。[28]

---

[24] 《老子》第 4 章曰“象帝之先”，表明制定法的终极渊源是“道”而非“天帝”、“天子”。且老子强调“天法道”，“道”是优先于“天”、“帝”的，所以第 81 章中的“天道”不是“天帝”，只能说是“道”。故此句可阐释为：圣人与“道”立“契约”。

[25]古棣、周英认为：圣人是债权人，而不向债务人索债。参见古棣、周英：《老子通·老子通论》，长春：吉林人民出版社，1991 年版，第 512-513 页。这说法值得商榷。因为这样无法对应《老子》中的“受邦之垢，是谓社稷之主；受邦不祥，是谓天下之王。”（第 80 章）即圣人应受邦之垢，无私地为百姓服务。

[26]陆锦川认为这句话可能是后人强加给老子的话，而非《老子》本有。参见陆锦川：《仿佛汲老子》，北京：团结出版书 2007 年版，第 158-160 页。

[27] 参见《老子》第 2 章：“天下皆知美为美也，恶已。皆知善，此其不善已。……”

[28]老子曾言“天地不仁，以万物为刍狗，圣人不仁，以百姓为刍狗”（第 5 章），与天道“恒与善人”矛盾吗？“刍狗”乃纸扎的祭祀用品，此句话阐释为：天地之道自然无别，任万物自生自灭；圣人之道无为，任百姓自为自成；其自生自灭，恰似刍狗之祭祀时尊贵、祭祀完退场，功遂身退也。因此，“天道无亲”，亦是任其自然。只是，“天网恢恢，疏而不失”，“有为”善恶的过程自有因果，所以“同于德者，道亦得之”。故“不仁”的天道才会“公平”地让善人自然得其善果。故“天道无亲，恒与善人”与“天地不仁，以万物为刍狗，圣人不仁，以百姓为刍狗”，这两者不矛盾。

其次，执政者应接受邦国之“垢”或“不祥”的债务，真正为人民服务，而不是自私自利的专制，即圣人应“受邦之垢，是谓社稷之主；受邦不祥，是谓天下之王”（《老子》第 80 章）。这才合于老子之“贵为身于为天下，若可托天下矣；爱以身为天下，女何以寄天下矣？”[29]即圣人的身体是为天下而存在的，无私利可图，大公无私，百姓方可放心将天下托付他保管；反之，过于爱自己的身体、过度自私的人，人民怎敢将天下寄托给他保管？！

这说明只有完全的大公无私，“正善治”、“容乃公”，才可能是全然的“与道立约”——换言之，**与民立约，并遵从自然法，而非私天下，才是全然的“与道立约”**！

（二）“遵守自然法”是“道生法”之本义

“道”这“一”需要落实在制定法这“多”之中，才是“一”与“多”的统一。故“与道立约”还意味着“道生法”。

有人认为老子仅重视 “无名”，[30]我认为这种观点是误读。老子曾说：“始制有名，名亦既有，夫亦将知止，知止所以不殆。譬道之在天下也，犹小谷之于江海。”（《老子》第32章）“始制有名”，证明老子并不是反对“名”，而“非常名”仅是体现人要警惕“名”对“实”的侵害。

即由于“善恶”是人之“有为”命名的，人就可能“有为”地颠倒命名，将恶意杀人等做坏事命名为“善”而追求之，将友爱等做好事命名为“恶”而厌恶之，那就违背了“自然法”，万物不再和谐。

由此，道家经典《黄帝四经》中“道生法”一句可阐释为：**法为道所生，法就不能违背本源之道**。因而《黄帝四经》之“法者，因得失以绳，而明曲直者也”，其本义亦应理解为：制定法一定要合于道，能够“明曲直”、“知善恶”，而不能仅仅因为是君王的制定法就要遵守，哪怕是非混淆也要遵守。只有在“合道”前提下的制定法，君王亲自带头遵守，天下人才不会善恶不分、是非迷惑，即“能自引以绳，然后见知天下而不惑矣”。当然，中国古代帝制下的君王实际上是法的最高解释者，“道”事实上没有王权更高。所以，虽然传统中国也有“天道”正当性（宋代演变为“天理”正当性），**但皇帝们却把“道”演变为一个“实体”、“天帝”，是“生出”天子的“实体之天”。所以“天道”正当性在传统帝制社会就演变得成虚伪的礼教，演化为后来之形式主义道德**！但只有在**“道”（自然法）自身成为最高者时，即“与道立约”时，才意味着遵守“自然法”是最崇高的法治原则**。

三、“与道立约”与“社会契约”的融通

[29]《老子》第 13 章末句“故贵为身于为天下，若可托天下矣；爱以身为天下，女（汝）何以寄天下矣？”句中“寄”字，帛本作“寄”，意即把天下托付给圣人管理；简本目前无释义，但看整句精神，即“寄”应无疑义；刘笑敢认为傅奕本、帛书甲乙本皆是“托天下”在前，“寄天下”在后，王弼注本也是如此，可证明古本如此，参见刘笑敢：《老子古今：五种对堪与析评引论》，北京：中国社会科学出版社，2006 年版，第 179 页。我采纳此说。本句关于老子是“无身”还是“贵身”、是利己主义还是利他主义，历来争议纷呈。刘笑敢认为“无身”乃是要脱离世俗利益纠缠，“贵身”乃是寻回无世俗利益纠缠之真身，此说有理。“女可（何）以寄天下”句中，有学者把“可”字按帛书原样释为“可”，参见尹振环：《帛书老子再疏义》，北京：商务印书馆 2007 年版，第 266-267 页。但楚简本是“何”，这就把两句用词区别开来——否则两句同义重复，不合道理。故本书采纳“何”字，就可解释此句：“（圣人）贵其身而修得真身，修身的目的非为自己而是为天下，就可以将天下托付与他；如某人私爱其自身，并为了得天下，你何以敢把天下交付与他？”

[30] 参见王沛：“《老子》法哲学中的‘常’与‘名’”，载于《法治与社会发展》2007 年第 3 期。

（一）“与道立约”与卢梭的“公意”矛盾吗？

回到当下的全球化背景中，不得不直面西方的近现代自然法思想。学界周知，它们奠基于社会契约论，这一概念包含两个基本要素：政治机构和政治权威。[31]其中，卢梭主张政治权威来源于人民，而“公意”是人民共同体的共同利益和正义。[32]承前，他的“公意”对二十世纪的中国影响巨大。

反观中国之道，我认为至少从字面上来看，**老子没有主权者的概念**。整个《老子》，有 22 处提到圣人，说话的对象是“圣人”！只是圣人应“与道立约”，圣人应该遵守“自然法”；当然圣人也应“与民立约”，但立约后，圣人成了债务人，治理权就交给了圣人，未见有分权之说。不过，这里有政治权威来源的影子（来源于道），但没有政治机构的制度设计。**当然，不能苛求古人有等同于西方的至思模式。**

承前所述，“道”对于人类社会而言，体现为人类的普遍本性，那么，在现代国家，就应体现为该国人民的普遍本性（这里，“人民”指作为国家主权者的人）。故**“与道立约”，放在现代民主语境中，就是与人民自身的普遍本性立约（而不再是与圣人立约）**。“本性”是超越“意识”的；“意识”是“本性”用起来后的现象，是有善有恶的有为法。因而，《老子》第 81 章便可**推衍**出现代的“**与民立约”。但注意，这里不是与人民的“意志”（“民意”）立约，而是与人民潜在的至善本性立约——除非人民的“意志”等同于人民自身的普遍本性，除非有为的“民意”合于无为的“良知”**。

而卢梭认为：社会契约是“共同体”内所有人民之间的约定，但不是人民的“众意”（即人民的私人利益的总合），而是指“公意”，“公意”指要合于事物的“本性”[33]——这里，**卢梭的“公意”与老子的“道”皆指向了“本性”**。

不过，卢梭的“本性”内涵是：要求立法者的德性仅是为了**共同体**的“正义和功利”。[34]而老子的德性要求“修之**天下**，其德乃博”，[35] “容乃公，公乃王，王乃天，天乃道，道乃久，没身不殆”（《老子》第 16 章），合道的圣人已经超越了“共同体”（或民族国家）的局限，而成长、呈现出关怀“天下”的本性。

其次，卢梭的“公意”虽指向本性，但还是“**有为的意志**”；老子的“与道立约”中的“道”是超越逻辑思维的，是无为的，内含有未产生**意志**时也存在的良知、本体。

再其次，卢梭强调“事物之所以美好并且符合秩序，乃是由于事物的本性所使然而与人类的约定无关。一切正义都来自上帝，唯有上帝才是正义的根源”，[36]这里，他的“公意”与

---

[31] “社会契约论”在政法哲学上，指被统治者同他们的统治者之间订立契约或达成协议的概念；并在不同的情况下用来说明政治权威和政治义务的起源、范围和条件。社会契约论这一概念包含两个基本的要素：政治机构和政治权威。各个契约论之间彼此大不相同之处在于它是强调前者还是强调后者，参见中国大百科全书出版社，《简明不列颠百科全书》编辑部译编，中国大百科全书出版社 1985 年版。社会契约论有若干种理论，但都没有超出“主权是由社会的个体成员所放弃的权力组合而成的制度化权力”这一基本理论，参见[英]韦恩·莫里森：《法理学》李桂林等译，武汉大学出版社 2003 年版，第 100 页。

[32][法]卢梭：《社会契约论》，商务印书馆 2003 年版，第 3，10-26 页。

[33] [法]卢梭：《社会契约论》，商务印书馆 2003 年版，第 45，131 页。

[34][法]卢梭：《社会契约论》，商务印书馆 2003 年版，第 3 页。

[35]《老子》第 54 章：“修之身，其德乃真；修之家，其德有余；修之乡，其德乃长；修之邦，其德乃丰；修之天下，其德乃博。”

[36][法]卢梭：《社会契约论》，商务印书馆 2003 年版，第 45 页。

人民之间是分裂的，是上帝的意志；只不过要通过约定与法律把这个公意确定下来。[37]问题是，谁能代表上帝的意志？ 而在道家认为，一切正义都来自人“自身”的道（及其本性），没有一个与人自身分裂的偶像神。

最后，民主要求人民是国家的主权者，并能够参与国事。[38]龙大轩认为，道是一，与“大一统”相关，因而是反民主的专制。[39]相反，覃遵祥认为，老子有民主意识。[40]我却认为，《老子》中圣人的“无为而任民自为”，不等同于“人民是国家的主权者”[41]，但不是民主不等于就是专制！所以，不**能用现代人眼光判断老子是民主还是专制**。当然，圣人在“与民立约”后，仿佛是圣人在做主，例如“不上贤，使民不争”（《老子》第 3 章），此是“使民”，不是“民使”，人民是被动的，圣人是主动的。这似乎不符合民主的要求。

不过，卢梭论述的政制体制也包含了民主制、贵族制、国君制，他没说哪一种体制必然更好，而要看某具体国家的情况如大小等，并且他说：“最好的而又是最自然的秩序，便是让最明智的人来治理群众，只要能确定他们治理群众真是为了群众的利益而不是为了自身的利益。”[42]**这“最明智的人”恰雷同于老子的“圣人”**。不过卢梭强调主权者是人民，这却使得他最后趋向于民主，而古代的老子的确没有这种致思模式。

但这却不能得出结论，认为老子的圣人之治不如民主政治。民主政治可能让“为了共同体的利益”的希特勒等法西斯分子上台、残害“共同体之外”的犹太人，老子的圣人之治却永远也不给这些德性狭隘的人保留上台的机会。19、20 世纪的殖民地战争、侵略战争、种族灭绝屠杀，岂不都是站在“共同体”的立场上导致的，对内善好，对外称“敌人”，不把人当人看，对“敌人”的痛苦流血、生离死别麻木冷漠？

但此时，我却有某种不安产生：假如某人自封为圣人，或被民众误认为是圣人，岂不比民主更糟？这种不安是许多思想家最后不得不拥护民主的原因？！

反之，如何超越卢梭的“公意”与“众意”二者间的困境？以及如何对外“共同体之外”的困境？难道在“共同体之内”实行民主、法治，在“共同体之外”就实行政治或经济的殖民掠夺、剥削奴役行为吗？

（二）与人民的至善良知立约：“与道立约”升华“社会契约”

承前，每个人皆含有良知本性，**只要每个人绝对地旁观，就可以实现罗尔斯理想中的“无知之幕”，就可以发现“公意”**。关键是，罗尔斯主张“自由优先”，却不主张“终极性德性至上”，**这就很难保证一个不是“圣人”（或在旁观那一瞬间能够绝对超越私欲）的人能够**

---

[37][法]卢梭：《社会契约论》，商务印书馆 2003 年版，第 45 页。

[38]民主的含义是：人民有参与国事、对国事自由发表意见的权利，参见《古今汉语词典》，商务印书馆 2007 年版，第 985 页。

[39]龙大轩认为：“道通为一”是一种权威意识，故人是不自由的；“道常无为”是一种指导社会人生的方法论，故道法的大前提决定了法律实践模式，而道法是专制之法，所以法律不能至上于政治。参见龙大轩：《道与中国法律传统》：济南：山东人民出版社，2004 年版，第 20-229 页。

[40]覃遵祥认为：老子是有为政治的坚决反对者，他主张“无为无功而任民自为”。“为”必须通过无为来实现，强调去除统治者的主体意志，而一切因任自然。他又从万物皆“道”之子的角度，论证了人类社会的平等原则和普通民众在社会构成中的核心地位。老子在淡化统治者的政治地位，淡化统治者自我中心意识的主张和对专制制度的批判、否定中，表现了他的民主意识。参见覃遵祥：“论老子的民主意识”，载《江西社会科学》2000 年第 4 期。

[41]另外，《老子》第 32、37、62 章提到政治治理时的用词是“侯王”或“立天子、置三公”，这时候显然不是指“圣人”，似乎老子并未完全把圣人等同于政治首领。

[42][法]卢梭：《社会契约论》，商务印书馆 2003 年版，第 87-88 页。

达到“无知之幕”境界。[43]而《老子》第 1 章言“无欲也以观其妙”，是以悬置、超越、放下欲望的“直观”方式，让人处于效法正道的自然状态洞察万物的奥妙。[44]关键是，“直观”不是“逻辑思考”，而是不假思索地直接洞察发现。[45]即“直观”只是“发现”事实的本来状态，不干涉、设计所有的“事实”。故“直观”是以超越欲望的灵感智慧直接洞察逻辑与经验，而非仅仅通过逻辑设计一切。因而，“直观”绝不是外感官的经验，而恰要以逻辑与经验为共同的基础，直接地旁观——是超越地、整体地发现事物的绝对真实——而理性相对应的语言仅是逻辑符号，逻辑是有限的，不能完全真实地表达绝对真实，直观能力恰恰能够对理性语言中的“真实”进行审视。因而，**每一个人，只要放下自己的妄念，达到“无欲”之直观的那一时刻，就可以达到“无知之幕”，不假思索地发现本性，或发现合于至善良知的那种“公意”。**

所以每个人由于良知本性的潜能而真正崇高，那么民主制度中只有一个意素，即“**每一个人民的本性皆是崇高的**”——才是真正意义上的“人人平等”，才是民主的终极价值。其他民主制度，如选举制度、弹劾制度等，都仅仅是手段——因此，在**采纳西方的民主制度后，中国可以让法治向更有德性的方向发展**。

行文至此，我再回头反思**老子等道家人物，假如他活到今天，会反对民主吗**？

《老子》第 49 章曰：“圣人恒无心，以百姓之心为心”，第 34 章曰：“万物归焉而弗为主”，这说明老子虽然没有民主的致思，但却是反对以自己的意愿为意志的，反对成为百姓的“主人”，而是主张“以百姓之心为心”，即以百姓的意愿为意志。并且《黄帝四经》中明确反对“擅制更爽”[46]，即反对专制！可见，道家是反对专制的，那么，**圣人就不等同于专制。圣人无我、无私，[47]内心只装有众人的“公意”而非一己之私，恰恰可以容纳“民主”的存在。**

所以，应重寻《老子》中“圣人”[48]的含义：《老子》第 41 章言“上士闻道，勤能行于其中”，那么，“圣人”仅仅是修养身心达到很高境界的“上士”，并不等于执政者！！那么在道家看来，有道德的人才有资格成为“王”！承前，**圣人不是国家的主权者，而仅是国家的债务人**，所以即便是“圣人”为“王”，也不能用“统治者”一词，因为 “无为”的圣人仅是辅道而为，不是自己在统治别人。不仅如此，每个人皆可通过修养呈现出自我的良知，则**每个人**

---

[43]参见罗尔斯：《正义论》，何怀宏译，中国社会科学出版社 1998 年版，第 1-91 页。没有“终极性德性”作为内心的信仰或信念，“自由”本身是没有根的，每个人的“自律”都可能不一样，康德的“只按照你同时也能够愿意它成为一条普遍法则的那个准则而行动”的绝对命令，因而不可能实现。例如，某个民族的自由及其“自律”是“将年老的父母抛弃到荒郊饿死”，这是该民族共同的意志（包括老人），但这样“自律”就与其他民族例如中国的汉族的孝道下的“自律”不一样，也与今日人类的普世价值违背。

[44]无欲的状态易于产生直觉等非理性思维，并以此把握事物的奥妙……诺贝尔物理学奖获得者汤川秀树，对老庄深有感情，他以自身的科学实践体会，说明道家思想对于培育科学中的直觉思维具有重要意义，他说“看来重要的问题是在直觉与抽象直觉实现平衡或协作……”，惯常的道并不是事物的究竟，科学就是要不断地超越现有，探索未知世界，参见詹石窗、谢清果：《中国道家之精神》，复旦大学出版社 2009 年版，第 247-250 页。

[45]参见费小兵：“法之‘道’与法之‘理’的由来——探析中国法律的文化根基兼与赵明先生商榷”，《重庆大学学报》（社会科学版）2010 年第 5 期，《人大复印资料 法理法制史卷》2010 年第 12 期转载。

[46]谷斌、张慧姝、郑开译：《黄帝四经注译·道德经注译》，中国社会科学出版社 1996 年版，第 13 页。

[47]参见费小兵：《<老子>法观念探微》，中国政法大学出版社 2013 年版，第 59-72 页。

[48]圣人之“圣”古文写作“ 聖”，从耳呈声。甲骨文字形。是形声字。左边是耳朵，右边是口字。即善用耳，又会用口。因而本义是通达事理，《说文》：“耳顺之谓圣。”《书·洪范》：“于事无不通谓之圣。”另古文也写作“圣”字，《说文》解释为：“汝穎之閒謂致力於地曰圣。从土从又。”另参见汉典网：http://www.zdic.net/z/17/xs/5723.htm.

都可能是潜在的圣人，因而，**可在当今法治时代将“圣人”阐释为：“本性良知”、“纯粹德性”的精神象征性符号。“圣人立法”可转化阐释为“本性、良知、德性与智慧的立法”**！至此，**古代之道转化成了法治时代的“应化之道”**。

那么，**“与道立约”就是“符合每个人的良知”，“社会契约”的内涵如果融通“与道立约”**，就可升华为：**“符合每个人的智慧与良知、德性的约定”而产生的社会，不仅是“民族共同体”，而且是天下所有人（或高级生命）结合的“人类社会”；而“合道的公意”是“符合宇宙之所有人之良知的意志”，合道的法律是符合人之良知的法律。** 它不仅是某一国家的法，而且不是人类（或所有高级生命）的法。

——这样，**自由主义的“社会契约”就被升华了！**

由此，立法主体不再是“圣人”或“天子”，而转化为“一切人”。判断**这种“社会契约”的标准是：当天下的一切人彼此立约建立社会之时，要遵循自然法——这只是让一切人的行为符合一切人的良知本性。**

（三）“与道立约”与 “社会契约”相互促进

1、超越“君权神授”

这里的“与道立约”，没有一个“人格化”的“天”与人立约，只有“自然本性”之良知是最崇高的；因此，它不同于董仲舒的“君权神授”，后者规定了一个“人格化”的“天”，天子就是“天”的代理人，但天子是否合道，很难有及时矫正的制度；反之，民主约束可以补救“天子破坏与道立约”的失道现象，“社会契约”能保障执政者必须向作为主人的公民负责，并最终合于天下人的“良知”，即合道。所以，一些基本的民主制度是不可或缺的，如领导人任期、领导人不合格时的罢免制度。这样，无论是圣人还是坏人上台，如果出现问题，皆可得到及时的补救。可见，**“社会契约”可保障“与道立约”的长存**。

但中国的“社会契约”虽然吸收了西方的“民主”因子，却比以“共同体”为目的的“社会契约”精神境界更高：道是无限的本体，道衍化之人的良知本性，并非仅是某个“共同体”的公意，而有“超越共同体”的博大胸怀，是无疆域的博爱，而非狭隘的民族精神。

其次，在卢梭的《社会契约论》中，“众意”与“公意”始终是二元分裂的，他认为要实现“公意”而非“众意”，“要为人类制订法律，简直是需要神明”。[49]**这样的逻辑就使得不信神的现代人认为“公意”及其假设是永远不可能出现的**。这岂不是近代西方自然法学家的困境？是西方自然法受病垢之因！

而在道家视域，“神”不过是人自身的精神，[50]只要每个人超越恶念、妄念，回到绝对旁观、无私的状态，人皆可能有自然智慧发现“自然法”及其“公意”。

在此前提下，“与道立约”与“社会契约”二者可相互促进：有“与道立约”，才能更好地尊重人的本性，更好地实现天下是天下人的天下，实现“社会契约”；而“社会契约”能够保障“与道立约”不被专制私欲践踏（下文有述），但如果“公意”体现的是不合道的私利、“众意”[51]，则不是人之普遍本性，不是“与道立约”，不合“自然法”。[52]

---

[49][法]卢梭：《社会契约论》，商务印书馆 2003 年版，第 50 页。

[50]参见费小兵：《<老子>法观念探微》，中国政法大学出版社 2013 年版，第 84-95 页。

[51] “公意只着眼于公共的利益，而众意则着眼于私人的利益”，参见[法]卢梭：《社会契约论》，商务印书馆 2003 年版，

2、超越“余怨”

无论是传统帝制社会还是现代民主社会，都可能展现出民间对执政者的不满意：传统帝制社会下人们可能抱怨专制权力主宰一切、权力压倒真理、没有自由；民主社会下的人民可能抱怨那些竞选的虚伪、言说的煽情、阴谋、通过演讲获得权威，或者只有权利而忽略了德性，等等。可见，历史上许多的专制或民主社会都是“有余怨”的社会。

怎样才能达至“至善”而“无余怨”？老子认为只有圣人才可通达、创建此上德、至善社会。

但这样的圣人在欲望泛滥社会中由谁鉴定？？如果任何鉴定都被自私的权力者利用，那么，所有这些鉴定都有失去人民拥护的危机。

因此，在没有被大众认可的鉴定圣人（或哲学王）方法诞生之前，还是应以“社会契约”即大众民主作为诞生社会权威的基础!！即人民自己通过合力抵消欲望的消极面，为自己立法。

——当然，落实到现实，可能的事实却是，社会合力中占据有利地位的某种欲望站主导，从而产生并不客观合道的立法。那么，只有“社会契约”，而没有“与道立约”的制度，将不过是权益之计，依然可能有不合道之事实! 因而，**议会至上制度的前提是人民立法应合于自然法这一基准**。

不过，“社会契约”的“正当”程序永远是善好德性或“自然法”的保障，所以在奴役人民的帝制文化传统深厚的地方，应以民主作为制度性保障！《老子》第 38 章曰：“是以大丈夫居其厚，而不居其泊，居其实，而不居其华”，[53]如果说善好德性或“自然法”是“实”，即本质、本体的德性展现，那么，“正当”程序就是表象，是“华”即有根的花朵，**有自然法精神为指引的法治之正当程序会促进社会的繁花似锦，欣欣向荣**。但假如**只开花不结果，只有“正当”程序而没有善好德性或“自然法”的目的、实质、结果，“正当”程序也可能将人带向堕落深渊的目的**（例如希特勒的战争或红灯区的泛滥）。因而，在价值高低而言，“自然法”是上位价值，法治之“正当”程序是下位价值。

但是，现代社会的人难以达到接近圣人的人性。所以，应该**先实现下位价值，即通过民主制度下的“社会契约”形成良好的法治及其各种限制人性泛滥的机制，然后，政治组织机构及其立法应该合符“与道立约”——即符合“自然法”，才真正合于人民的良知，让“社会契约”、民主、法治处于良性状态**。这就是为了超越民主的“余怨”困境，以“与道立约”的制度融入民主制度，弥补民主的缺陷或困境。

所以，“**与道立约”和“社会契约”，二者应同时并用**，才能保障立法既合道，又能体现“天下是天下人的天下”的事实，最大限度做到以“大公无私”作为权力实践的原则。

第 35 页。

[52]关于人民的民意应该“超然”于私利意见、党派意见的观点，可参见林义雄发表的公开信《永为民主国家主人——为退出民主进步党告同志书》(2006 年 1 月 24 日)：“一般人民应站在国家主人的立场，对各式各样的政党随时保留‘选择支持或抛弃’的超然地位。所以，政党只有一时的支持者，而不必有永久的党员。否则，一般人民分别成为各个政党的党员时，各政党就形同人民相互对抗的集团，而人民也失去了主人的超然地位。”可见人民只有站在超然的地位上，才能更接近于“常道”之旁观、直观立场。

[53] 另参见费小兵：“中国自然法”基准下的“古代目的价值等级”——《老子》“上德不德”章的启发，《华中科技大学学报（社会科学版）》2014 年第 1 期。

这样，当民主政治出现了“让希特勒上台”或“恶法产生”之类问题时，“与道立约”的制度可成为基准，矫正其偏失的有力武器。[54]因而，必须强调的是，**“与道立约”是“社会契约”的目的、上位价值**，即在民主制度的基础上，遵守“自然法”应成为民主制度的目的。

四、结论：判断立法应以“道”为尺度

全球化时代，从先秦子学到魏晋玄学到隋唐佛学到宋明理学走到今天的中国，不可逆转地走向了法治时代、暨权利时代、暨彰显自然欲望的时代，历史使命是要满足中国人反专制的呼声，打破延续了两千余年的君主专制，但却不能堕落为仅仅彰显自然欲望的时代，否则“为权利而斗争”的结果可能导致“为恶俗而斗争”，或者“拥护满足权利的法西斯”[55]。因而，新的“应化之道”——即民主结构下、但又超越民主社会可能导致人性欲望堕落的“自然法”至上之道，应该复兴。

但自然法精神仅仅是人的潜在可能、法的精神指引，但不可能期望现代人皆为尧舜。“六亿神州皆尧舜”，说明当时人们要想很快地通过动员机制到达人人平等的德性美好社会，是高估了现代人的人性，所以文化大革命不得不成为悲剧，反而形成了“达不到、假装达到”的形式主义、虚伪主义道德观，这与人们坚决反对的两千年专制帝国下的礼教，恰异曲同工，皆是形式主义。故对建国者建构的制度，我们后人有必要继承、发展、创新。

在此前提下，我才将《老子》第 81 章阐释出一个新概念“与道立约”，目的是升华法治或社会契约的精神追求：即民主社会的立法应该与所有人的良知本性立约，即合于良知的“自然法”。这样的“自然法”是真实存在的，源于本体化生之本性、本性化生之本觉、本觉衍生之良知的规则。这“自然法”是无善无恶之本体与善之意志的统一。

因而，卢梭的“公意”（共同体的善之意志）的终极因亦是“道”，“道”体现在“公意”中。但是，当这个“良知”之“自然法”下降回欲望主导的社会中时，假如每个公民都能够使用“良知”，那么公民至上推论出议会至上，就有合理性。但如果不能达到每个公民都能够使用“良知”，就需要探寻其它限制恶欲的制度，以保障良知在抑制恶欲后的呈现、出场。

来源于良知自然法的“公意”可作为解决当下“民意”与“专家”、大众与精英之冲突的标准。无论是精英还是大众，只要在那一时刻，他的意志处于绝对旁观、绝对无私无欲、不假思索的状态，就是良知的呈现（这才是真正的平常心），那他就可以代表“公意”——无论他是专家、学者、法官、官员、工人、农民、商人等任何身份。但是，既然谁都可以代表公意，而“公意”不是实体，又不可见。那么，结论是“公意”不是议会的专利。那么，议会至上的前提和议会立法的判断标准应是合“道”或曰“自然法”。否则任何自称是“公意”的东西都会如同历史上昙花一现的东西被异化，例如异化为擅权的口号。这也说明当人不能达到普遍的良知状态时，不能抛弃孟德斯鸠、洛克的权力设计学说、防恶的法治制度。这些法治制度虽然庸俗，但能防止某些恶欲之“私意”代表“公意”。只不过，**我们的目的应该比**

[54] 这不得不借鉴西方现代的大法官制度，给与其权力，由其负责裁决、执行偏失道的重大政治行为。

[55]许多享受过政府民生优惠的重庆人民至今还怀念前几年唱红打黑、违反法治程序的某都督，这与 20 世纪上半页的德国人民曾经崇拜希特勒何其相识。

西方自然法学家的“防恶”目的更高，是期望人人回归本自具足的“良知”。

即“本性良知中的自然法”是超越卢梭之“功利与正义结合之自然欲求”的。在此前提下，“公意”才能实现其崇高价值，但却要超越共同体（民族国家）这个局限。这才不会让“公意”迷失在庸俗中，亦不会迷失在另一种欲望——对自然权利的嚣张中，从而不会为了共同体的功利利益，迷失在某些人（例如希特勒）甜蜜的许诺，及其打着“公意”、“民意”、“专家”等旗号的异化私欲中。

法治于是被重新定义为：被普遍遵守的良法来源于“自然法”，“自然法”源于“本性良知”。 那么，每个人在这“体用不二”的“自然法”中，皆是现象，皆共有同一本体，因而每个人皆是无比崇高的，并且**“自然法”存在于每个人平等潜在的“本性良知”中，因而不再是遥不可及之彼岸的“自然法”，当然也不能乐观地认为人人皆可很快地实现“六亿神州皆尧舜”，所以应该以各种善好制度防范恶欲对自然法的僭越。**

卢梭也想防止恶欲、专制，[56]但可惜他的《社会契约论》没有限制人性恶的限权保障设计。而前述哲人孟德斯鸠、洛克等人设计的限制权力制度，就是一些很好的设计。例如：当人民不相信哲学王、圣人存在时，为了保证“自然法”的至高性，他们的权力分立学说、民主法治等思想，承认派系和私意的合理性，通过共和体制，“以权力制约权力，以野心制约野心。”[57]这些工具方法、制度设计，虽不高尚、但却高明，是现代性的良性表征。它们可以防止“公意”沦落为“民意”、“众意”，代表“众意”的“私意”专制地凌驾于合道或自然法之上。即现代制度设计可保证妄念、恶欲不至于离“自然法”太远。

不过，除了孟德斯鸠、洛克等人的制度可以限制私欲对自然法的僭越外，我们还可以设计其它制度，好比“八万四千法门门门皆可成佛”，其它八万四千种制度，只要可以限制私欲对自然法的僭越，皆是好制度，如，记者和编辑有等同于人大代表的言论自由权；重视网络反腐，无证据无散布谣言罪……等八万四千种制度。

总之，卢梭之社会契约的前提是人民立法应合于“道”或良知的基准，否则，应该以各种善好制度防范恶欲对自然法的僭越。

---

[56][法]卢梭：《社会契约论》，商务印书馆 2003 年版，第 10-16，134-135 页。

[57]许纪霖：“何谓现代，谁之中国？”，载《现代中国的再阐释国际学术研讨会论文》，华东师范大学 2013 年 6 月。

当代中国权利本位论的兴起

——1980 年代末 1990 年代初权利理论的论争

黄 涛[1]

1980 年代末到 1990 年代初，权利本位论开启了当代中国法学话语中有关权利的讨论，成为法学理论的真正意义上的中国话语。权利本位论究竟是在什么时候出场的，围绕它展开了怎样的论争？本文试图系统揭示权利本位论诞生的语境，分析围绕它展开的广泛论争，分析这些争论的意义。通过回顾当代中国法学史上的这一段探索之旅，我们会看到一种全新的法学话语诞生之际所呈现的形态，彰显当代中国法学者的原创性思考，尤其是展示当代中国权利理论在兴起之际的学术争鸣场景。这一探索之旅必将刺激着年轻一代的法学知识人进行更为深入的理论探索，致力于新一轮的中国法学理论话语的重构与再造。

一、权利本位论的出场：1988 年长春会议

尽管在 1980 年代中期，人们已经意识到了权利概念在现代法学中的核心地位，意识到了权利对于理解现代法学的本质意义。[2] 但在当代中国法学界，真正使权利概念产生广泛影响的，却是 1988 年 6 月在吉林长春召开的“全国法学基本范畴研讨会”。

1988 年 6 月 6 日，在吉林大学法学院的组织下，在长春召开了首届基本范畴研讨会，这次会议分为两个阶段，第一阶段主要围绕着权利、义务、法律规范、法律关系、法律责任、法制等法学基本范畴以及科学的法学范畴体系的建构进行了讨论。第二阶段重点讨论了有关社会主义商品经济和民主政治的发展与新时期法学理论的重构。这次会议日后被视为是当代中国“权利本位论”的出场的第一次重要会议。[3]

在长春会议的重要参加者和组织者张文显笔下，可以看到权利本位论出场之际有关权利的概念化形式。在他提交给长春会议的参会论文中，针对权利给出了如下定义，“权利是国家通过法加以规定并体现在法关系中的、人们在统治阶级的根本利益或社会普遍利益范围内做出选择、获得利益的一种能动手段”。在张文显针对这个定义的说明中，可以发现在此存在一个拥有“在法定范围内表现意志，作出选择，从事一定活动的自由”的权利主体。[4]

---

1 黄涛，华东政法大学副教授。

2 1986 年的 10 月，在苏州召开的“中国社会主义法制建设理论与实践第一次学术研讨会”上，王卫国、尹田、张弘提交“论权利的本质”一文，这篇论文通过阐述“权利的本质”、“权利的渊源”、“权利的贫困”、“权利的扭曲”、“权利的昌明”，论述了权利在法学中的核心地位。这篇文章在当时被称为一篇有关法本质的“权利宣言”。

3 参见邓正来：《中国法学向何处去——建构“中国法律理想途径”时代的论纲》，商务印书馆 2006 年版，第 59 页注释 1。

4 参见张文显：《关于权利与义务的思考》，《当代法学》1988 年第 3 期，第 15 页。有必要注意的是，自此后他针对权利给出的定义中，统治阶级的要素消失不见了。参见后文的分析。

然而，这是一种怎样的选择和自由呢？在郑成良提交给长春会议的参会论文《论自由权利——简析自由概念在法理学中的含义》（以下简称《论自由权利》）一文中，可以看到对上述问题的初步回答。这篇文章明确界定了“法律上的自由即行为的合法性。如果我们说某些行为在法律上是自由的，意思就是说，这些行为在一个确定的范围内是不受法律限制的，主体可以自由地安排自己的行为”。[5] 自由和权利两个词首次在法学研究者笔下合流，而在此前的讨论中，在自由和权利概念是否能并列使用的问题上还存在争议。争论的焦点围绕着权利概念的外延和自由概念的外延是否存在包含关系展开。[6] 然而，自由权利的概念意味着，自由已经明确成为了权利概念的内涵，即便权利侧重于国家法律保证行为主体的某种行为，这种权利也应该是行动主体自由选择的表现。

在《论自由权利》中，自由意味着排除妨碍的观点得到了明确揭示，“自由的实现过程可以看做是人们自主地对行为加以选择和控制的过程。在这一过程中，任何主体的行为都会直接或者间接地同他人发生关系。他既可能有意或无意地妨碍他人的自由，也可能受到他人有意或无意的妨碍。”[7] 因此，法律的作用就是排除妨碍，确立每个人自由的范围，从而确立权利。

这些正是如今为政治法律学者熟悉的伯林强调的消极自由观念。[8] 这种自由概念强调的是个体行为在法律许可范围内的合法性，亦即，行为在一个确定的法律范围内不受限制，主体在此范围内可以自由安排自己的行为。自由意味着排除他人包括国家对自己行动的妨碍，只要自己的行动是法律允许的。在此前的时代，这种属于个体自身的自由空间是不可想象的。这个私人空间的存在，尽管仍然受制于实定法的原则，却意味着个体拥有了相对的自由。它表达了个体想要安顿自身生活的一种内在的冲动——自由意志，权利不过是将这种冲动用法律加以确认而已。

在长春会议的另一个参会者葛洪义的文章中，更明确地、也更集中地揭示了权利本位的核心价值，在题为《论法律权利的本质》的论文中，葛洪义强调法律权利是个体自主性的标志。“个体的自主地位是指人类与外在自然界、个体与其他个体、个体与整体三组关系中，个体具有相对的独立性和自主性。这三类关系本质上是相互联系、相互作用的。人类在摆脱了对自然的依赖后，还需要摆脱对他人，对整体的人身依附，才具有一定的独立性和自主性。”在他接下来的论述中可以看到，这里的个体首先是指个人。“有生命的个人的存在是人类历史上的第一个前提，但是人并不是从来都被承认为个人，作为个人而发展。只有在一定条件下，人才实际上成为个人，作为个人而发展”。

有关权利的讨论蕴含了作为一个人的要求，即他有维护个人生存的权利，有个性，有

---

5 郑成良：《论自由权利——简析自由概念在法理学中的含义》，《当代法学》，1988 年第 3 期。

6 参见尤俊意：《“自由”与“权利”的概念不宜并列使用》，载于《争鸣》，1984 年第 1 期；“‘自由’与‘权利’的概念可并列使用——与尤俊意同志商榷”，载《争鸣》，1984 年第 4 期。相关观点归纳，参见王岩云：《当代中国权利问题研究检视：一个学术史考察》，第 47 页。

7 郑成良：《论自由权利——简析自由概念在法理学中的含义》，《当代法学》，1988 年第 3 期。

8 1958 年，伯林发表了《两种自由概念》一文，明确提出了消极自由和积极自由的著名区分。值得注意的是，在当时的学界，这本讨论自由概念的重要著作并未广泛地为法学界所知，该书的中译本直到 2003 年才出版。参见伯林：《自由论》，胡传胜译，译林出版社，2003。

表现自己个性的权利，有一定的特殊利益，有捍卫这种利益的权利。国家承认这些权利，赋予个人维护自己合法权利的社会力量。葛洪义认为，法律权利的本质是个体与国家的对立和统一关系，因此，它反对国家、社会的抽象化，“国家、社会的抽象化必然造成个体整体化。给国家、社会崇高地位的同时，势必赋予某个特殊的个体崇高地位。他以社会的‘代表’自居，凌驾于普通人之上；他是当然的特权者，可以主宰一切”，“不顾社会条件是否许可，盲目追求个人自由的行为是有害的，但动辄以国家、社会等整体的名义否定个人、个人的自主地位更为有害。个体不是国家实现自己目的的手段，恰恰相反，国家是实现个体目的的手段。把个体当做供品，献给以整体面目出现的特殊个体，历史上不知扼杀了多少生灵”。[9]

这些句子表达了 1980 年代后期青年一代法学研究者的心声，也表达了 1980 年代时代的声音。权利成为了把握时代精神的概念。权利是个体的属性，是个体按照自由的意志进行自由活动的法律依据，它不仅超越国家权力，也超越于利益，它是个体自主地位的显示。在这个时期，个体的自主地位成为了法律权利的价值核心。围绕着这一价值核心，给出了有关法律权利的一个重要的概念，“法律权利是国家对个体根据自己的意志谋求自身利益的自由活动的认可与限制，目的是确保一定社会政治经济条件下的个体自主地位的实现”。

葛洪义意识到，当时法学界有关法律权利的研究并未充分表达这一价值判断，相反，仍然在使用统治阶级意志论基础上的法律权利概念，例如，认为法律权利是国家为法律关系主体划定的行为范围，但这个范围的划分根据、具体尺度却无人问津，例如，都是在权利义务的形式比较中分析权利的特点。权利是可以做或者可以要求别人做某事，义务则是必须要做。在他看来，这些表述并未触及法律权利的深刻内容。实际上，即便在这次会议的组织者之一张文显的《关于权利和义务的思考》一文中，也仍然坚持了权利和义务是统治阶级分配利益和负担的方法，权利在该文中被界定为“是国家通过法加以规定并体现在法关系中的、人们在统治阶级的根本利益或社会普遍利益范围内做出选择、获得利益的一种能动手段。”[10]

在其他参会者的发言中，也可看到有关权利的看法。例如，孙国华提出，“权利是在一定社会生活条件下人们行为的可能性，是个体的自主性、独立性的体现，是人们行为的自由”。沈国，公丕祥则认为，“法是一种权利要求，它体现在社会主体的权利之中，是反映一个社会经济生活要求的权利体系，权利是法的本质”，沈国明的文章凸显了商品经济和个人权利之间的关系，指出社会主义商品经济的发展是重建和确立个人权利的根本前提，并且，个人权利的重建和确立必定将要大大推动社会主义市场经济的发展，林喆则分析了法定权利的特征，张乃根则强调要研究权利法哲学的伦理基础。张宗厚明确地提出，现代法学应该是一种权利学，这种权利学以商品经济为基地的，构成民主政治骨干软件的，以权利为分析单元的，以多维视野为方法。等等，阅读刊登在《当代法学》1988 年第 3 期上的

9 上述引文均引自葛洪义：《论法律权利的本质》，载于《当代法学》1988 年第 3 期。
10 张文显：《关于权利和义务的思考》，载于《当代法学》，1988 年期第 3 期。

会议发言摘要，我们可以感受到权利作为基本的法学范畴已经开始为大多数法学研究者接受。[11]

权利概念传达的人的自主性是整个 1980 年代中国人的思想深处的呼唤。突出人，尤其是突出个体的自主性和个性表达的需要，要将此种需要用法律的概念表达出来。权利概念在这个意义上绝非仅仅是一个舶来的词汇。在长春会议上的几篇代表性文章中，可以看到，人的自主性的概念开始通过权利一词进入到法律生活领域，成为当代中国人思考政治法律问题的关键概念。

尽管在 1980 年代初期，法学研究者已经意识到，权利和义务是分析法学的核心概念，但将权利作为一个主要范畴，视为法律的逻辑起点，认为所有的义务都是为权利而设立，主张现代法律应是权利之法，这一鲜明主张却是出现在长春会议上。在 1988 年第 5 期张文显发表于《现代法学》的《改革和发展呼唤着法学更新》一文中，这种共识明确以“权利本位”的名称出现。[12]长春会议也因此成为当代中国法理学史上“权利本位论”第一次出场。[13]

在《改革和发展呼唤着法学更新》的第三部分“我们的法学应当成为权利之学”中，可以看到长春会议上的论题的集中表述，在此，我们可以看到，权利本位不仅是商品交换的前提，也是民主政治的起点。具体来说，商品经济和民主政治的发展“承认和充分尊重个体的身份独立、人格独立、意志独立和利益独立”“承认个体权利是其他权利存在的目的和基础”。不仅如此，具体的个体（人）获得自由和幸福是商品经济和民主政治的目的。文章指出，主流法学理论过分夸大了集体权利、社会权利和国家权利的价值，使个体权利无条件地服从于集体权利、社会权利和国家权利，牺牲了个体的利益和自由，这同商品经济和民主政治的发展不相吻合。文章认为，在以发展社会主义商品经济为主题的经济体制改革和以发展社会主义民主政治为主题的政治体制改革的推动下，我国的法律制度正在朝着权利本位的方向发生着结构性变革。法学就不仅应当是以权利为本位的权利之学，而且应当是以个体权利为权利体系基础的权利之学。

权利本位论是从事法学研究的学者们对 1980 年代那种不断彰显的个人生存感觉的一种概念化回应。从这个时刻开始，不再只是在文学中，或是在哲学中表达个体的需求和对一个建立在尊重个体的基础上的政治秩序、法律秩序的希望。法学研究者将这种个体的生命感觉上升为法学概念。这种上升也就意味着，法学的概念并不纯粹是一种概念的建构，而是一种生活现实的概念化。用权利表达这种日常生活中已经普及开来的个体生命感觉和个体意志，这就意味着法学通过概念把握了时代精神的内核。而且，一旦这个概念获得表达，并且在法学的话语中获得位置，就进一步意味着它开始在整个法律秩序的塑造中获得正当性。尽管在当时是否在现实的立法中能够彻底贯穿这一点依然可疑，但这种个体的意

11 关于长春会议上的主要论点的综述，参见郑成良：《商品经济、民主政治的发展与法学的重构——法学基本范畴研讨会综述》，《政治与法律》1989 年第 1 期。

12 关于这一判断吸收了王岩云的研究结论，在他看来，权利本位论首次是在《改革和发展呼唤着法学更新》一文中提出来的。

13 在 2017 年的一次访谈中，会议的主要参加者郑成良回忆到，在这次会议之前，没有权利本位的说法，权利本位论的说法是在这次会议之后才出现。参见《中国法理学：从何处来？到何处去》的访谈（在于《清华法学》，2017 年第 3 期。）

志和生命感觉已经出现在法学学术话语中，并将在接下来产生影响。

权利本位的提出，意味着权利这个概念在当代中国不再只是一个抽象的、来自于西方学者笔下的概念，而是在当代中国的政治社会生活中有着现实性的概念。这个概念表达了自 20 世纪以来，当代中国人对于权利的追求过程中的一个反思性的阶段。权利本位论者主张新的权利概念首先回到个体，将个体视为主体，这个个体是一个有着自身的各种主张、需求的活生生的个体，应该开始基于这个个体重建对法学理论的认识。

尽管长春会议的参会者们已注意到，法哲学应该重视研究应有权利，而不能将权利仅仅视为法定权利。但在这个时期法学研究者们所关注的主要是法定权利。权利来自于法律的规定，实际上，张文显在他有关权利定义的讨论中就明确承认了这一点，他说，“法定权利都是实证的，都是由现行法规定的。”[14] 这就意味着，尽管在此出现这些论述强调法定权利赋予了权利主体在法定范围内表现意志、做出选择、从事一定活动的自由，但主体的自主性仍被限制在实定法的范围之内。这种限制力量是独立于个体而存在的，在这个时期的权利理论中，这种被限制是被预设的、被强加的，是那个具有了一定自由权的主体无法挣脱的力量，这种限制的理由并非是权利的理由，它是统治阶级意志的表达。在这种意志面前，权利主体的意志是脆弱的。从这个意义上讲，法定权利的出现不过是生活在限制之内的主体第一次发出声音。但它毕竟第一次敢于发出这种声音，可以预见的是，这声音必将越来越响亮，它要用自己的意志感化和融合那限制它的意志。

二、权利本位论与义务重心论的交锋：《政治与法律》上的论争

在 1988 年的长春会议之前，尽管人们并未从观念意义上来界定它们彼此之间的优先性序列，但权利与义务已经作为一对重要的法学范畴出现在中国法学研究者笔下。权利本位论极大地呈现了权利概念的意义，并由此出发界定义务。这就意味着，义务成为了一个派生的概念，但在这一时期也有一种不同于权利本位论的义务理解，随着权利本位论的出场，一种有关义务的新的观念也开始产生。它直指权利本位论的基本观点，呼吁人们认真对待义务在法律生活中的重心地位，实际上，这也是权利本位论最早面临的学术上的争论。

张恒山是 1988 年长春会议的参与者，在长春会议的发言稿摘要中，他提出法究竟是以权利为本位，还是以义务为本位，取决于一定社会历史条件下的社会价值选择。当社会以安定为主要价值目标的时候，则强调义务本位主义，表现为对刑法为主要代表的禁令性规范体系感兴趣，而当社会以发展为主要目标时，则强调权利本位，表现为对民法、经济法为主要代表的授权性规范感兴趣。[15] 会议摘要中记录的看法可能与张恒山本人的看法有出入，但即便如此，还是能感受到他对权利本位论的保留。既然法的本位取决于一定社会历史条件下的社会价值选择，那么就很难说权利本位论的提法可以完全描述历史真实。

1989 年张恒山在《政治与法律》杂志上发表《法的重心何在？——评“权利本位”说》

14 张文显：《关于权利与义务的思考》。
15 张恒山在会议上发言的论点要点，参见《商品经济、民主政治的发展与法学的重构——法学基础范畴研讨会记实》，载于《当代法学》1988 年第 3 期。

一文，这篇文章后来成为了他的《义务先定论》一书的第一章。这篇文章在很大程度上呈现了他在长春会议上的观点。这篇文章主要基于法律史判断，最终得出在历史上的法律中，不是权利规范为主导，而是以义务性规范为主导。其证据有二：第一，人类社会是从动物的无序联合进化而来的，而在这一从无序到有序的社会进化，是以禁忌、义务的出现和增加而实现。第二，观察法律史上的那些古老的法律文件或法典，例如《汉谟拉比法典》、《撒利克法典》和《十二表法》，乃至《圣经》中的摩西十诫，都可以发现，这些法律文件或者法典都是以义务性规范作为主要内容。在此基础上，张恒山得出了如下结论，“义务约束是人类社会有序化的保证，如果没有这些新的义务约束，人类社会就会趋向无序状态”。[16]

值得注意的是，《法的重心何在？》不仅从历史的角度来论证义务性规范在法律规范中的主导性，也从法律的实际运行出发，凸显义务相对于权利的优先性。他举言论和出版自由为例来说明，如果没有具体的立法规定公民个人，或者国家机关、团体不得侵犯这种言论和出版自由，而仅仅只是宣告公民有此种言论和出版自由，那么，这种权利的宣告就只是空话。因为任何人和任何机关团体都可能会侵犯公民的言论出版自由而不承担不利后果。借此，《法的重心何在？》主张，“权利的宣告远不如对个人、对国家机关、团体的明确的义务约束规定得重要。因为只有以确定的义务规范禁止个人或国家机关、团体侵犯公民的言论出版自由，法律所宣告的权利才有实现的可能。”[17]义务重心侧重于从法的实际运行出发，强调义务约束与履行较权利来说有着更大的实践意义。这看起来是侧重于法的技术性问题。但这只是一个表面现象。

《法的重心何在？》宣称，权利是为了赋予人们行动的自由，但是文章接下来又说，“但人的天性是自由的”，这就意味着，权利赋予人们行动的自由不过是多此一举。在什么情况下需要赋予自由的人以自由呢？那就除非是在这种自由受到了限制或者制约的情形下。张恒山指出，“当法律需要以权利宣告的方式来赋予人们行为自由时，它就是以一个改革家的身份去批判历史。每当在社会性变革（包括局部性、方面性的社会改革）发生之后，有关权利的规定就是肯定变革成果、否定以往的义务”。[18]这就意味着，权利可以作为一种社会变革的力量存在，义务重心论仅仅在这个意义上才承认权利有意义。权利具有变革的效果，因此，当人们从表象上观察法律的历史发展时，会看到有关权利的规定在逐步增加。义务重心论有关权利的观察，在此是将权利置于政体的秩序结构中，这是一种权利政治学的视角。

如果说权利仅仅在一个变革中的秩序中才是有意义的，那么，如果不存在需要否定或者变革的社会结构，权利也就没有必要存在。从政治学出发看待权利，意味着权利缺乏独立意义。自由在这里成为了可有可无的东西。这是我们在阅读《法的重心何在？》中感受到的内容。在讨论这一权利的政治学原理之后，文章继续说，“无论如何，义务约束是人类社会有序化的保证。如果没有这些新的义务约束，人类社会就会趋向无序状态”。言下之意是，如果仅仅在权利的基础上，人类会趋向于一种无序状态。因此，义务而非权利才是秩

16 《义务先定论》，第 5-6 页。
17 《义务先定论》，第 6 页。
18 《义务先定论》，第 4 页。

序的保障。权利的存在唯有在秩序变动的时期才有意义。但秩序并非处于永恒的变动中。因此，从总体上看，是义务而非权利成为法律生活的中心。义务的优先性意味着秩序的优先性，尽管在《法的重心何在？》一文中还没有对于秩序本身进行论证，但这里的论述却表明，义务重心论会将侧重点置于秩序之上，义务是这一秩序存在的保障，而权利在此成为了可有可无的事情。

《法的重心何在？》在最后一部分中比较权利本位主义和义务本位主义的进步性和科学性，在讨论其进步性时，它对比《十二表法》和《汉谟拉比法典》中有关债权人的权利和有关债务人的义务的规定，前者规定债权人有分割债务人身体的权利，后者则禁止债务人实行终身奴役。而在对比起科学性时，张恒山意识到，权利本位主义的目的是为了"唤醒和增强国民的主体意识、自我意识，使个体的独立性得到重视，有助于个体的自由追求和创造性发挥"。由此，他就发现，"权利本位主义"侧重于解决个人和国家问题，并且偏重于个人利益、个人自由的价值取向。并且给出了如下评论，其一是认为，权利本位主义着眼于个体和国家之间的关系，因此就无法涵盖法律所要调整的其他关系。其二是认为，权利本位主义只从个体的角度出发看待法律，因此就隐去了国家这个法律主体。既然权利本位主义既不能完整涵盖法律关系，也不能适用于所有的法律主体，因此这种观念的科学性也存在问题。

有关权利本位论着眼于国家与个人的关系的观点，表明此处存在一种政治学的视角。在张恒山认为权利本位主义不足以涵盖全部法律关系和全部法律主体的时候，他暗示了一种较之权利本位主义更为丰富的关系和主体的存在。义务本位主义因此就不是在个体和国家的关系中停留在个体一端，而是看到了在法律生活中有一个更宏大的空间。个体不过是这样的空间中的一个要素、一个分子，义务重心论的这一观点将在接下来得到展开。但我们也有必要注意到，在《法的重心何在？》一文中还并未对于义务重心的内容进行充分的说明，它仅仅表明，在实际上的法律制度运作中，强调的义务的约束和履行具有更大的意义。但在这里，义务究竟源自何处，究竟以何种方式发挥作用，并无进一步讨论。

针对张恒山从义务的角度出发对于权利本位主义的批评，权利本位论的代表人物之一郑成良在 1989 年第 4 期《政治与法律》上发表了题为《权利本位说》的文章，这篇文章此后被视为权利本位论的代表性论文，该文首次极其简洁但又十分明确地描述了一个在权利的基础上建构的社会世界。[19] 这篇文章是针对张恒山在此前不久在《政治与法律》上发表的《法的重心何在？》一文而写。[20]

至今我们来回溯 1980 年代有关权利论的核心论题，或者在寻求八十年代末期对于权利的理解的共同属性的理解时，《权利本位说》具有代表性意义，相对于长春会议上的文章，这篇总字数仅五千余字的文章，以凝练的笔调将那个时代对权利的主要内涵的理解表达出来。《权利本位说》一文由七个部分构成，第一个部分是"我们需要一种共识"，文章一

19 郑成良：《权利本位说》，《政治与法律》，1989 年第 4 期，第 2-5 页。
20 参见郑成良在 2017 年访谈中的自述，参见《中国法理学：从何处来？到何处去》的访谈（载于《清华法学》，2017 年第 3 期。）在这篇访谈中，郑成良认为，"权利本位"的这个名称是由张恒山的这篇文章中首次提出来的。

上来说，“对于生活在当代的人们而言，是否可以这样说：一个合乎理想或至少是值得尊重的法律制度，应当使人们平等地享有各种基本权利并平等地受到义务约束；应当公正地捍卫一切正当利益……应当充分地尊重个人的自主选择，以促成一个与人类尊严相适应的自由社会。”

在《权利本位说》中，权利本位同对于一个良好的法律制度的追求联系在一起。文章第二个部分的标题是“概念的界定”，在此对于权利本位进行了如下界定，“权利本位是指这样一种信念：只有使每一个人都平等享有神圣不可侵犯的基本权利（人权），才有可能建立一个公正的社会，为了而且仅仅是为了保障和实现这些平等的权利，义务的约束才成为必要；当立法者为人们设定新的义务约束时，他能够加以援引的唯一正当而合法的理由，也仅仅是这将有益于人们是已享有或新近享有的平等权利”。在接下来的四个部分中，对于权利本位的要义进行了分析，依次是“权利平等”、“对自由社会的追求”、“对多元利益的确认”、“对世俗幸福的肯定”。文章的第七部分讨论权利本位不是什么，最后讲述权利本位的现实意义。

《权利本位说》揭示了 1980 年代权利话语在年轻一代的法学研究者心中引起的心灵激荡，这就是权利本位实质上涉及到对一种良好的法律制度的关切。在这个法律制度中，人是一个有着自主选择的人，应该尊重人的自我选择，并且，这种自我的选择主要是与多元的利益相关，与世俗生活的幸福相关，文章陈述了文艺复兴以来人们对世俗幸福的追求，主张“个人对幸福的追求，无论其是否抱有高尚的目的和动机，只要未采取非法的形式，都被视为具有法律上的正当性。”

在《权利本位说》中，个体的自主、利益多元化与世俗生活的幸福关联在一起，预示着 1990 年代市场经济时代的来临。这三个要素，实际上正是市场赖以发展的要素，也可以说是对于 1950 到 1970 年代受到否定的资产阶级法权学说的一种再否定性表达。《权利本位说》一文因此描述了一个在权利的基础上社会秩序，对于 1980 年代末期的年轻的法学人来说，这是一种理想的描画，可以说是一个“权利的乌托邦”。

《权利本位说》极大地扩展了法学应是权利之学的想象空间，相对来说，从长春会议主张权利论的那部分论文和发言中，还只是揭示了权利之学的价值观念。但毕竟法律是一项社会工程，个体的自主性只是出发点，重要的是要构建一种总体的法律秩序。权利因此不仅是要表达个体的自主性，而且还要在一个社会秩序中表达个体的自主性。权利本位说因此不能仅仅是一种个体的学说，而应该是一种在个体自主性基础上建构起来的法学世界观。

尽管义务重心论者承认权利本位论具有一种改革的力量，但它并未进而追问，这种改革的力量究竟是指什么，义务重心论似乎并不在意自由本身的价值，在《法的重心何在？》一文中，有一个基本的前提预设，即人的天性是自由的，因此如果不是为了否定遗忘的义务，权利的宣告就没有意义。这就似乎意味着，自由是一种在任何社会秩序之下都可以存在的东西（实际上，这正是义务重心论随后的主张）。也正因此，义务重心论忽视了权利本位论背后对主体性的张扬的真正价值，这种张扬并不意味着要将个人和国家对立起来，

而是要使法学研究者思考问题的眼光返回主体自身，开始以主体自身的标准衡量社会法律的发展，对秩序建构提出评价标准，而在《法的重心何在？》一文中，义务重心论的侧重点是实定法的原理，它将视角界定在对于实定法的描述上面，而未涉及到应然或理想的法律秩序的建构问题。

1989 年郑成良和张恒山在《政治与法律》上的争论是权利论和义务论之间的第一次公开交锋。随着这次交锋，“权利本位”和“义务重心”的名称开始流传开来，权利和义务作为一对核心的法学范畴，开始分别在观念上得到捍卫，从此，我们面临的就不仅是权利本位论的观点，也有义务重心论的观念。义务和权利的关系第一次被严肃地置于学术讨论的前台

义务重心论和权利本位论在 1989 年间的第一次交锋不过是长春会议观点的延伸。实际上，长春会议上不只是张恒山持有与权利本位论不同的看法，在会议观点摘编中还可以读到这样的观点，“关于法或法学是以国家本位，还是以个人权利为本位的问题，还需要慎重思考。社会主义国家是人民的国家，‘官’是人民的公仆，对搞‘官本位’，以权谋私，要坚决反对，但不能把国家与人民视为对立物”。[21] 显然，主张此种观点的参会者对权利本位论持有不同意见，他们主张权利和义务应该具有一致性。但作为长春会议官方宣传平台的《当代法学》刊登的会议观点摘编中并未将不同意见充分展示出来，充其量只是暗示了存在不同看法，这一切预示着一场更大争论的来临。这就是在 1990 年-1991 年之间权利本位论与义务重心论、权利义务一致论之间展开的一场争论，这是 1990 年代中国法学界发生的第一场学术争论，它们彼此之间的争论极大地深化了我们对于权利现象的理解和认识。

三、权利本位的语义和意义：《中国法学》上的大论争

1990 年第 4 期，《中国法学》刊发张文显的《“权利本位”之语义和意义分析》一文（以下简称《语义和意义分析》。《语义和意义分析》具有强烈的论辩性质。实际上，这是权利本位论者在面对多方质疑的情形下，撰写的一篇澄清文章。相对于《权利本位说》一文仅仅体现出了权利本位在价值方面的特点，《语义和意义分析》侧重于从基本概念入手来阐释权利本位论的基本观点，这是该文的第一部分的内容，这一部分题为“权利本位”的语义和意义。文章开篇写道，“‘权利本位’概括地表达了‘法是或应当是以权利为本位’的观念，是‘法是或应当是以权利为本位’的简明的、概括的说法。”《语义和意义分析》指出权利本位是一个表征的概念，认为凡是以权利为本位的法律制度都有如下五项特征：第一，社会成员是平等的权利主体。第二，权利是义务存在的依据和意义。第三，国家政治权力的配置和运作，是为了保障权利的实现、协调权利的冲突、制止权利的互相侵犯，维护权利平衡，第四，在法律没有明确禁止和强制的情形下，可以做出权利推定，第五，权利主体在行使权利的过程中，只受法律所规定的限制，而确定这一限制的唯一目的在于保证对其他主体的权利给予应有的同样的承认、尊重和保护。其目的是“创造一个尽可能使所有主体的权利得以实现的自由而公平的法律秩序”。

21 这是时为中国人民大学法律系副教授的郭宇昭的发言摘要。他的观点在随后得到了进一步明确的表达。

《语义和意义分析》进而强调，权利本位表达的是法律制度的特征，反映了法律制度的原则和精神。它阐述权利本位是一种关系性的概念、是一个系统性的概念，是一个体现平向利益关系的概念。所谓平向的利益关系，说的是在法律关系中，权利相对人，也就是履行义务的一方，同样也是权利主体。这就意味着，权利和义务双方在法律地位上是平等的，是可以相互转化的，在某一法律关系中的义务主体，也同样是权利主体。

针对权利本位进行的语义和意义分析使人们对权利本位论的基本立场有了更明确的理解，尽管对此不无争议。然而，就《语义和意义分析》的写作来说，重要的是理解权利本位论的价值定位和它有关社会主义法是新型的权利本位法的论断，这是我们接下来分析的重点，也是引发争议的焦点。在《语义和意义分析》中提出的针对权利本位的价值的批评中，我们在此仅仅特别提及两种批评。一种批评认为，权利本位论鼓吹"个人权利本位"，"个人利益至上"，宣扬"以抽象的、绝对的个人权利为中心"，对此《意义分析》的解释是，其一，权利本位论者强调的权利，不限于个人权利，也包括集体权利、社会权利和国家权利，其二，权利本位不主张个人利益至上，而仅强调保护个人利益，这是针对具体的社会处境而言的，因为长期以来个人利益的独立地位并未得到应有的肯定。另一种批评指出，权利本位割裂了权利和义务的相关性，只要权利，不要义务。对此《语义和意义分析》强调，权利本位论并未否定权利和义务的相关性，并且提出了两个基本观点，其一，权利有界限，被限制在社会公共利益之内，其二，权利以权利相对人的法定义务范围和实际履行能力为限度。

《语义和意义分析》的副标题"新型社会主义法是新型的权利本位法"。在该文的第二部分中强调，公有制的经济基础和按劳分配的社会主义原则，为公民在法律面前成为平等的权利主体提供了前提。这在根本上不同于奴隶制法、封建制法，也不同于资本主义法。《语义和意义分析》从经济基础和政治基础出发对不同社会形态下的法律的特征进行了分析，指出所谓社会主义法以权利为本位，是由社会主义国家生产资料公有制和无产阶级专政（人民民主专政）的性质所决定的。因此，尽管资本主义法中也强调权利本位，但这和社会主义的权利本位在根本上是存在差异。通过权利不仅可以保护和调动人民群众的积极性、创造性和主人翁精神，还可以使公民以政治主体身份参与到参政行动之中。不仅如此，还能使人们明确认识到自己是一个公民，是政治社会生活和公共生活的主体，意识到自己拥有各种权利，意识到自对他人、社会和国家的责任。这些论述使人想起了 1977 年有关按劳分配的讨论中出现的说法，尤其是有关社会主义权利本位和资本主义的权利本位的区分，不能不使人想起有关资产阶级法权和资产阶级权利的争论。

《语义与意义分析》一文开启了 1990 年代初期围绕权利本位论的一场大讨论。从 1990 年第 4 期开始，到 1991 年第 4 期，《中国法学》上的每一期上都刊发了或支持或反对权利本位论的文章，以《语义与意义分析》开端，接下来发表了六篇争论文章，[22]此间还刊登

22 这六篇文章分别是：张恒山的《论法以义务为重心——兼评"权利本位说"》（1990 年第 5 期）；封曰贤的《"权利本位说"质疑——兼评"社会主义法是新型的权利本位法"》（1990 年第 6 期）；郑成良的《权利本位论——兼与封曰贤同志商榷》（1991 年第 1 期）；文正邦的《有关权利问题的法哲学思考》（1991 年第 2 期）；郭宇昭《析"权利本位"说》（1991 年第 3 期）；孙笑侠的《"权利本位说"的基点、方法与理念——兼评"法本位"论战三方观点与方法》。

了两则会议报道，分别是“对法的本位问题的不同观点”和“深化对权利义务的研究”。这些文章和报道呈现了1990年代初期积极而又活跃的法学学术氛围，也较为完整地呈现了1990年代初期中国法学研究者围绕着权利本位论的具有代表性的看法。

在张文显的《语义和意义分析》中，“权利本位”首次得到了明确的概念表达，在此，权利被置于相对于义务的优先地位，明确提出了权利是“第一性的因素”，义务是“第二性的因素”，“权利是义务存在的依据和意义”的论断，也正是这一优先性的表达，引发了接下来的一系列争论。

1990年第5期《中国法学》发表张恒山题为《论法以义务为重心——兼评“权利本位说”》一文，该文明确地表达了义务重心论的观点，认为“‘义务重心说’主要与法的技术问题有关，它只是思考法理学构架的过程中中所得到的一个并非主要的结论之一。”这篇文章强调了法的可操作性概念，这个概念指的是“当法律意图保护的一社会关系受到妨碍、侵害时，司法机关可以根据法律的规定，追究妨碍者或侵害行为者的责任，使该社会关系得到保护”。在随后的分析中可以看到，法的可操作性是与法作为一种控制和规范手段相关的，主要体现在法通过义务性规范实现自己的目的。在此出现了秩序、控制等字眼。

在《论法与义务为重心》中，可以看到义务重心的基本思维方式，即认为，社会的基本成员是倾向于任意行为的人，这些人有生存、生产、发展自身的共同需要，因此而结成人类社会。而考虑到这一点，就要求法律的首要作用在于“固定化一种秩序，使社会显得有序、稳定”。在义务重心论看来，权利与义务都不是立法者任意规定和分配的，因为，法律所要固定化的秩序内容，是既成的社会关系事实。并且，义务重心论注意到，只要立法者不想破坏社会的稳定与既定秩序，它赋予的自由就是一种有限意义上的自由。据此张恒山再度解释了梭伦立法中对于债务人的权利赋予。义务重心论认为，面对着倾向于任意作为的人，法要将重心置于义务规范以及违反这一义务规范所遭致的不利后果设定上。他进而意识到，当一种客观的社会关系存在而无法律干预的时候，可能破坏、损害该种社会关系的一方一般不是享有权利的一方，而是承担义务的一方。

义务重心论因此将侧重点至于秩序上，或者更准确地说，是置于秩序对行为的控制之上。目的是捍卫和维护某种特定的秩序。这就是为何在《论法以义务为重心》的第三个部分，要从国家对社会的控制角度出发来考察义务规范在法律中的重心地位的原因。这就意味着，在《法的重心何在？》一文中对于法的可操作性的强调实际上与秩序的控制相关。只有在一个特定的秩序系统内，法才有可操作性。实际上，在义务重心论的论证中，法的可操作性意味着一种有效的社会控制形式，或者意味着一种既定的社会秩序形态。只有在一种稳定而有序的秩序的前提下，我们才能指望法具有可操作性。法的可操作性概念因此直接涉及秩序的存在方式。在义务重心论看来，单纯的权利宣告没有任何力量，对于法的可操作性的强调最终使义务重心论将关注点置于对秩序的强调上面。

不仅如此，在《论法以义务为中心》一文中，张恒山明确地指出了自义务重心论的基本前提，这就是人是自由的。只是在特定情形下才需要法律的义务约束。基于这一点，他认为，权利本位说具有一种逻辑上的错误，因为，权利本位说隐含的前提是人是不自由的。

接下来，他推论说，在法无规定的情形下，按“权利本位说”所认识的法的作用进行合乎逻辑的推论，只能是义务，因此，他指出，“权利本位说”给我们带来的不是自由，而是真正的不自由。

迄今为止，尚未有评论者注意到这个表面上看荒谬的推理，为何自由的权利本位反而会带来真正的不自由？义务论的确意识到了一个重要的逻辑问题，即如果人是自由的，这些自由人倾向于做任意的行为，那么，他们如果想要实现共同的需要，就必须要施加义务，而非授予权利。因为想要形成一种秩序，就必须要求这些自由人按照设定的义务规则行为。这是一个重要的论点，这就意味着，一种自由的秩序，必须要施加义务。除非设定人一开始就是不自由的，赋予权利才具有意义。在很大程度上，权利本位论是在面对一个压制性的秩序的前提下提出来的。在义务重心论看来，凸显出权利主体的自由，只有在防止国家机关越权的问题上才有重要意义。但即便如此，张恒山也指出，对公民权利的宣告不如明确地规定国家机关不可干预的事务范围，从而对国家机关的权力加以约束有效。

由此可见，义务重心论强调的义务规则，并不与人的自由构成对立，在此意义上，它似乎与权利论共享了同样的前提。不同的是，权利论侧重强调人的自由的价值，而在义务论看来，人的自由是一个事实，无需给予强调。张恒山注意的问题，是法律秩序运作中的一般特征。他注意到，正因为人是自由的，法律生活中的人就应该履行义务的规则，否则人与人之间就无法形成一种固定的秩序或一种既定的秩序就无法得到维护。义务重心论的这种思维方式，因此绝非仅仅是法的技术性层面的问题，而是进一步涉及到了价值方面的问题。

值得注意的是，义务重心论的这一批评并未得到权利本位论者的注意。在随后郑成良做出的回应中，并未注意到这一点。权利论者将自由视为权利论证的核心，在此，强调是一种自我选择的空间，权利论的确没有去思考在权利基础上如何形成一种秩序，秩序在此只是作为一种理想的状态出现，权利本位说是否能够塑造一种秩序，在何种意义上能够塑造一种秩序。这些问题在回应中都被忽视了。在权利论的视野中，义务没有在秩序的层面上得到思考，而仅仅在具体的权利关系中得到思考。换言之，在具体的法律关系中，义务被视为不利的负担，是权利相对方必须承担的。这是一种强制性的约束手段，它指向的是权利的相对人，为的是保障权利得到实现。在此缺乏对整体秩序及其控制方式的思考。

1996 年《中国法学》第六期发表封曰贤的《“权利本位说”质疑》一文，这篇文章除了在技术性方面质疑权利本位论未能提供清晰概念，并指出权利本位说并非一种创新，而是早就存在于西方法律思想家和民国时期的法学家的著作中之外，还注意到，权利本位中强调的权利只能是个人权利，将权利缩小为“个人对家庭的权利”乃至于“权利产生于斤斤计较”，这必然与权利本位论者有关“个体（个人）、集体、社会和国家”的“各种权利”构成一个“权利体系本位”构成了自相矛盾。不仅如此，他还基于辩证唯物论的观点，指出权利本位论将权利永远固定在矛盾的主导方面，否定了权利和义务双方在一定条件下的转化。文章进而认为，法理学理论不是要确定究竟是以权利优先，还是义务优先，而是要研究权利和义务这对矛盾转化的具体条件。

《“权利本位说”质疑》的最后一部分直指权利本位论者有关“社会主义法是新型的权利本位法”的主张，提出了三项反对意见。首先指出资产阶级学者的权利本位说是以其对权利主体（特别是劳动人民）的欺骗为特征的，而在社会主义初级阶段，尽管消灭了阶级对立，但是由于生产力水平比较低，商品经济不发达，权利主体之间并不处在平等的状态，因此，在条件尚未具备的情况下，如果不去依靠自己的劳动消除这种事实上不平等的条件，而脱离客观条件主张权利本位，解决不了实际问题。其次是认为，社会主义以权利和义务的一致性为特征，这和权利本位在产生的基础、思想体系和法律制度上难以相容。它强调“在社会主义条件下，处理权利义务关系的原则只能是两者的一致性而不是以权利为本位”。作者进而指出，权利本位论者通过概念上的混淆回避了这个问题。最后，该文否认权利本位说在培养公民意识方面有积极作用，指出在社会主义国家，权利义务的不可分离性、一致性，体现了个人、集体和国家三者利益的意志，因此，权利本位论的价值就大有疑问。

封曰贤的观点是后来称之为权利义务一致论者的观点的典型反映。这一基于权利义务一致性的角度对于权利本位说的评论在随后郭宇昭的《析“权利本位说”》一文中得到了继续，在这篇文章中，从四个角度分析了权利本位论，并指出这一命题并不科学。文章认为，在法律意识的宣传教育中，既要弘扬权利意识，又不应忽视或淡化义务意识，尽管针对不同情况或者某一时期的主要问题，在宣传教育时有所侧重无可非议，但总体上应当尽力防止认识上和实践上的片面性，该文认为，文章认为，权利权利本位说片面强调主体的权利意识，忽视或有意贬低义务的意识，会使社会失去平衡，造成权利倾斜或主体权利之间的冲突，义务落不到实处或者不能切实履行，因此，文章倡导“权利与义务一致”。

在权利义务一致论者看来，权利与义务之间相互关联，不可分割。这种论点严格来说并非是在这次争论中才形成的，毋宁说，它是一种存在已久的立场的重申。在 1950 年代的国家与法的理论中，已经存在有关权利与义务的一致说的观念。在 1980 年代初期的法学研究中这种观点仍然得到了重申。[23] 这一学说是基于对于马克思主义经典文献的把握，权利和义务的一致是马克思主义法学学说的基本论题。

从整体上讲，强调权利和义务的统一或一致，是为了调动广大干部和人民群众的积极性，积极参与社会主义建设事业，在此过程中，尽管也提及权利，但更多强调的是为社会主义献身的责任感和义务感。社会主义下的权利和义务的一致并非剥削关系，因此，对义务的强调并不意味着义务作为不利负担，也意味着自身权利的实现。这就是说，每个人履行对于整体的义务，会使整体福利得到提升，改善整体的生活水准。因此，在发表于 1980 年的一篇题为《论权利和义务的辩证统一》的文章中，在谈及克服权利和义务脱节的现象、实现权利和义务的辩证统一的建议时说，要“树立正确地对待义务的态度”：“我们要把法律义务和建立在崇高共产主义道德信念基础上的道德义务结合起来，使社会的义务要求，真正变成自己的情感，变成自己自觉自愿的行为动机，而不是出于法律的‘逼迫’才去履行义务。这不仅是实现权利的最可靠的思想保证，而且是衡量一个人共产主义道德品质高低的

23 参见许启贤：《论权利和义务的辩证统一》，《法学研究》，1980 年第 2 期。

重要标志”。[24]

和义务重心论不同的是，权利义务一致论的主张者并未在权利和义务概念方面提出看法。他们在很大程度上不过重复了马克思有关权利与义务一致说的说法，要么强调“权利主体的权利义务是平等的”，要么强调“没有无义务的权利，也没有无权利的义务”这句马克思主义的格言。[25] 毫无疑问，马克思主义表述的有关权利和义务的学说，是社会主义语境下一切权利学说必须遵循的原则。但在这一争论中，这一原则本身似乎并非要点。他们之所以强调权利与义务的一致，主要是基于现实考虑。在上述讨论的 1980 年代初期发表的论述权利和义务一致的文章中举出的有关权利的例子，都是与特权，与个人主义相关联。例如，它谈到有少数领导滋长了一种特权思想，“他们认为义务是为工人、农民、知识分子规定的，为‘老百姓’规定的，而干部、特别是高级干部，却只有权利，没有义务，或者应该多享点权利，少尽点义务。在这种思想支配下，他们违法乱纪，为所欲为，干了不少损害党和人民利益的事情，使权利和义务分立了”。又提到，“有的履行公民义务很不自觉，工作、劳动马马虎虎，挑肥拣瘦，消极怠工，铺张浪费；有的人滥用民主权利，把民主权利理解为就是照‘我’的意志办，想干什么就干什么，谁干涉就都是‘侵犯人权’，甚至有极少数人不守纪律，搞无政府主义，搞极端个人主义，等等”。

严格来说，这些论文的核心不在于它们对马克思的权利义务理论进行了多么深刻的阐明，而在于它们关心的具体问题。他们对不久前的事件心有余悸，因此支持批判资产阶级自由化。[26] 在此种立场的基础上，他们的批判甚至暗自指向权利本位论主张者的阶级立场，将权利本位论与个人主义、资产阶级自由化关联起来，质疑其违背历史唯物主义。他们认为，权利本位论的法律观念是资产阶级的法律观，势必为特权和无政府主义提供基础。[27]

针对这一系列的来自义务重心论和权利义务一致论者的批评，郑成良在 1991 年第 4 期《中国法学》上的《权利本位论——兼与封曰贤同志商榷》一文中做了统一回应。权利本位论的主要观念在这篇文章中得到了凝练的表达：

（一）权利本位论是一种价值陈述，基本涵义是要求人们这样看待权利和义务的关系，即从总体上讲，义务应当来源于权利，服从于权利，并且从属于权利。这意味着义务的合理性来自于权利，义务的设定只能是为了有益于人们享有的权利。

（二）权利本位的基本标志是存在一种具有普遍意义的法律角色，即现代意义上的公民身份。人们具有相同的公民身份，因此具有同等的权利和义务。

（三）在逻辑上，权利本位和个人本位不是一回事，权利本位是相对于义务本位而言的，它回答的是如何看待权利与义务的关系。因此并不仅仅有个人权利本位，也有社会权利本位。权利本位论者之所以强调个人权利，只是为了强调对个人利益应给予更多的尊重。并且，在马克思主义的经典著作中也可以看到，只要利益融合还未取代利益差别，权利就会成为必要。

---

24 参见许启贤文。

25 参见韦邵英：《“权利义务一致性”评析》，载于《当代法学》，1988 年第 3 期。

26 参见林华：《清除资产阶级自由化思潮对法理学的影响》，载于《中山大学学报》（社会科学版），1991 年第 2 期。

27 参见王宝林：《“权利本位”存疑问题的提出》，载于《河北法学》，1990 年第 1 期。甚至在 1997 年的时候，我们还能够看到类似的观点，参见张光博：《评“权利本位论”》，载《当代思潮》1997 年第 1 期。

（四）在社会主义公有制条件和人民民主专政条件下，权利和义务的转化无论如何不会超出人民当家作主的这一权利义务结构。

（五）权利本位论的出发点是，只有在承认权利是义务的逻辑起点的前提下，才能实现权利和义务的一致性。权利本位论将“没有无义务的权利，也没有无权利的义务”进一步地解读为“只有以确认和保障平等的权利为宗旨去确定义务，才谈得上权利义务的一致性”。

四、绝非仅仅是争论：权利本位论之争深入展开

1992 年张恒山发表《“义务重心”与“权利本位”辨析》（以下简称“辨析”）一文，这篇文章可以说针对有关义务重心论和权利本位论争论一篇阶段性的总结文章。这篇文章中说得非常明确，即重心论“不涉及法本质这样的深层次本体抽象判断问题”，而是“在暂时放开法本质讨论的背景下，把问题限定在就法的形式要件做具体的浅层次的本体判断上”。因此，有别于本位论者有关法的目的或者本质问题的讨论，义务论的实践意义在于“增进法律实效、提高法律的可操作性”，如此也就意味着两者有不同的问题指向。[28]

从表面上看，发表于 1992 年的《辨析》一文试图宣告义务重心论和权利本位论之争的终结。这篇文章一方面承认义务论和权利论属于不同层面的问题，另一方面也以一种看似客观与中立的方式分别阐述了义务论和权利论的论证逻辑。但倘若阅读这一时期义务重心论的相关论述，我们会感觉到，这不过是一种表面上的调停。即便在《辨析》中，也可以注意到两者之间有着深刻分歧。《辨析》不过是以一种看似客观的写法提出了一系列问题，而这些问题，很难仅仅从问题意识不同的角度来调和。

只需稍微细读《辨析》一文，就会发现，义务重心论决不只是法的技术问题，因为在《辨析》还原义务重心论的论证逻辑的过程中，我们发现，它强调的是秩序。在义务重心论看来，法的首要作用是“固化一种秩序，使社会有序、稳定”，这就意味着，义务重心论侧重的是社会秩序的问题，并且将秩序视为一种优先于权利的价值。在此前我们对于权利论的分析中，会看到权利论的核心是主体的自由。张恒山非常清楚，在义务重心论和权利本位论之间的最根本的分歧，是对自由和秩序作为法的价值的认识。他在对权利本位论的论证逻辑的还原中，指出了两者之间的对立，他说，权利本位说的基本认识是，自由与秩序是两种各自独立的价值，被个人视为首要价值的自由理所当然是社会整体的首要价值。如果站在反驳立场上，可以提出如下看法，尽管自由和秩序之间存在内在联系，但作为整体社会追求的首要价值与作为个人认识的首要价值并不一致，在此情形下，“整体社会总是先要考虑自身的稳定自存，并将个人视为首要价值的自由限定在不危及社会自存的秩序之内。”这就意味着，自由总是以和秩序为前提，超越秩序的自由是毫无意义的。

将关注点置于秩序，甚至认为秩序的价值要优先于自由的价值，这在根本上不同权利本位论。这是我们如今回顾义务重心论的立场时务必注意的重要方面。在权利论者的著作中，我们看到的是对于权利主体的自主性、能动性的强调，以及对于权利主体的自由选择

28 《义务先定论》，第 31 页。

和自由活动的尊重，尽管在《权利本位说》中也出现了一种对于秩序的设想，但正如《辨析》注意到的，这一秩序的核心是个体的价值和意义，秩序在此意义上是从属于自由的。这一秩序的围绕着转的原则是权利，而非义务，义务的约束只是为了保障和实现个体平等的权利。与之相对，义务论则抱有完全不同的立场。

1991 年张恒山发表《论义务的价值》一文，这篇文章集中表达了对于义务的价值的看法，这篇文章中除了强调义务的操作功能之外（这不过是重复了此前有关法的可操作性的看法），还指出义务具有特定的伦理意义，在此可以看到义务具有优先于自由的价值。这篇文章质疑有关自由的东西是好的这个一般性看法，文中说，“只有规定得当的权利，它所体现的自由才是好的，才具有伦理上善的意义”。由此看来，自由不一定是好的，在接下来的部分中还可看到这样的表述，“人类的个体成员都要追求自由。但在现实的文明社会中，个体的自由只能是在接受大量的约束、限制，首先是法律上的义务约束限制条件上的自由。只有在符合于各种约束限制条件，首先是规定得当的法律义务约束限制条件的情况下，个体的自由才具有伦理意义”。《论义务的价值》此后被吸纳到《义务先定论》第一章第四节，而在此之前，插入了题为“义务与权利、秩序与自由的优先性问题”的一章。在这里更明确地提出了有关秩序优先性的看法，“我们只是认为，同秩序相比，自由绝不可能出于法律意在追求的首要社会价值地位。自由在任何时候都要附从于秩序”。[29]

有评论者指出，“纵观‘义务重心说’，这个貌似与民主精神相悖的观点，实际上是一个极有理论深度的见解。”[30] 评论者意识到，义务重心论的侧重点在于看到了法律的首要作用是使社会显得有序和稳定。[31] 义务重心论凸显出了秩序与义务作为独立的法学范畴，这是如今我们应该认真对待的论点。相对来说，权利论主要是侧重于权利，在权利基础上界定义务。正是在义务重心论的提醒之下，我们意识到，1980 年代末期的权利论是一种脱离了义务与秩序的权利论。

义务重心论在整体法律秩序的层面上思考义务。它所思维是那些使相互合作的社会成为可能的义务性规则。张恒山意识到，人类对善和美的追求只能在一个合作社会中才能进行，而为了使这个合作社会能够存在，就必须有约束，抑制只顾私利的恶性。因此“法律中的义务规范为人类社会提供了这种约束、抑制手段，由于这种约束条件的存在，才使人类文明能够形成并不断发展”。[32] 义务重心论认为，在权利的基础上，无法形成秩序，它甚至认为，“在人类的法律中，可以有一种仅有义务规范，而完全没有权利规范的法律。这种法律有可能不公正，但它可以自存。但是，人类的法律中不可能有一种仅有权利规范，而完全没有义务规范的法律。”[33] 这是义务重心论重视义务规则的根本原因，在它看来，这是义务的“信息功能”的体现，而权利并不具有此种功能。这就意味着，义务重心论否认权利具有塑造秩序的功能，在自由的基础上无法形成秩序，只能导致一种无序状态。

识别出义务的独立价值，并在此基础上重构权利论，这是权利本位论者需要反思的根

29 《义务先定论》，第 23 页。
30 参见《权利论》，页 309
31 参见《权利论》，页 309-310。
32 《义务先定论》，第 25-26 页。
33 《义务先定论》，第 29 页。

本问题。权利本位论对个体自由意志和自由选择的关注，焦点在于法律制度空间中的诸个体，关注的是诸个体的生存方式。与之截然不同，义务论关注的并非个体，而是个体构成的整体性的社会秩序。与之对立的是，权利论想要主张那个拥有自由意志的个体，在很大程度上就必须要反抗或至少要与这个整体性的社会秩序构成对立。

义务重心论首次将眼光投向义务及其建构的秩序，将眼光置于一个较个体权利更宽阔的公共生活领域，它开始致力于探索构成公共生活领域的种种规则和原理。义务重心论针对权利本位论的批判，因此提出了一个重要问题：权利是否有一种塑造秩序的能力？权利因此不能停留在个体层面，而应进入到秩序中。尽管在这个时期，义务重心论似乎更多是从既有的历史和现实秩序的角度出发来为义务规则辩护，但能预见的是，一旦义务论从既有的历史和现实秩序中摆脱出来，就将带来一种全新的秩序观念和义务观念。

义务重心论通过强调义务，弱化了权利，仅仅将权利视为秩序变革中所需要的东西，仅仅将权利视为义务规则基础的一个副产品。在义务重心论看来，“任何社会都不可以法律和其他规范手段约束社会成员的每一言、每一行，使之毫无选择之余地。任何社会的社会规范都要给社会成员留下一定的自由。就这一意义而言，任何社会又都存在自由，不过，各个社会的自由是有区别的。区别在于：各种社会秩序之间存在着自由宽泛度的不同。所谓自由社会，是指这一社会与其他社会相比较，赋予个人的自由度要大一些罢了”。[34]

从义务重心论对于自由社会的这一理解中，可以进一步看到权利本位论和义务重心论之间的分歧，郑成良的《权利本位说》一开始就提出了关于一个自由社会的设想，自由社会在郑成良笔下是一个“与人类尊严相适应的自由社会”。很显然，这种人类尊严并非存在于各种类型的社会中，也并非是在既有社会的比较中获得的。想要实现这种社会，有一系列应然的要求，即，“应当使人们平等地享有各种基本权利并平等地受到义务约束；应当公正地捍卫一切正当利益，即既允许以强凛弱，也不允许以众暴寡；应当充分地尊重个人的自主选择”。很显然，这是一个理想的自由社会，而非在历上到处可发现的、在比较中存在的“自由社会”。

义务重心论将法律对自由价值的追求解释为“法律意在实现一种自由度较大、社会成员受到的限制约束较为宽松的法律秩序”。[35] 自由的价值在此变成了自由度，而在任何类型的社会秩序下都会存在不同程度的自由。可以想见，这种观点很难为一个主体性日益凸显的时代承认。因为权利本位论关注的焦点恰好是要从一个压制性的秩序中解脱出来，建构一种理想的社会秩序。权利本位论在此意义上是一种变革时代的法学理论，它可以为社会变革提供动力，因为它始终是以一种理想性的姿态去面对既存的秩序，而义务重心论对于秩序的强调有可能为一种漠视个体权利和尊严的秩序提供口实，至少在这种秩序面前，秩序论会失去批判的锋芒，而权利论则会产生一种变革的巨大力量。

这正是这一时期的义务重心论面临的逻辑问题。按照义务重心论的基本思路，在人是自由的假设基础上，人们接受一种义务规则，这种对于义务规则的接受，因此就以承认人

34 《义务先定论》，第 23 页。
35 《义务先定论》，第 23 页。

的自由为前提。在这种自由的基础上会形成怎样的义务规则或秩序，关于这个问题，这个时期的义务重心论并未做过充分讨论。如果不对义务的来源加以规定，那么，这种义务就可能是一种单纯的外在的强制性，而这种单纯的外在的强制性，恰恰是权利本位论者批判的和想要从中摆脱的。

遗憾的是，权利本位说并未对义务论做出回应。权利本位论并未思考整体的法律秩序如果想要存在，是否需要承担义务的问题，整体的法律秩序似乎是在权利基础上自动形成的。在这个时期，他们强调的只是一种理想的法律秩序应该为个体提供自由的发展空间，维护个体的自主选择和尊严。由于一直禁锢于自身的立场，权利本位论者并未充分意识到义务重心论的批评的关键所在，没有意识到权利本位论对于自由的捍卫，需要积极回应义务重心论者对于秩序的守护。而这就进一步意味着权利本位论必须超越自己的视野，要放弃仅仅在自身立场上界定义务，将义务视为第二性权利的做法，真正考虑义务的独立要求。

即便《权利本位说》中表达了对于一个理想社会的构想，但这种构想仅仅是站在个体一方的"一厢情愿"，至于在权利论的基础上能不能构成一个社会秩序，如何构成一个社会秩序，并非权利本位论者特别在意的问题。义务重心论提醒权利本位论者注意这个在权利论中被忽视的重要视角。义务重心论意识到，离开整体的社会秩序，权利将无所依附，失去存在的基础。权利的存在因此不是奠基于个体，而是奠基于整体秩序的存在，这是一种与权利本位论者截然不同的权利观。这预示着权利论的新的发展方向，新的权利理论必须要充分考虑到整体的社会秩序的存在。

离开了一种单纯基于阶级立场的质疑，摆脱了基于刚刚过去的现实生活的疑虑，权利义务一致论也有值得注意的方面。在 1991 年徐显明主编的《公民权利与义务通论》（以下简称《通论》）中，针对权利与义务的一致性提出了更具学理性的论述。[36] 在该书由徐显明和林喆合作撰写第一编"权利义务的一般原理"中，并未停留在对权利与义务一致的一般观念的强调上面，而是进一步分析了这种一致性的前提条件。《通论》主张，在社会主义法的关系中，权利和义务之所以能走向一致，是因为存在权利义务的平等——"没有权利义务的平等，就没有权利义务关系的真正一致"，而这种平等性只能在社会主义法中出现，因为在这里，"人们在共同的经济利益面前必然产生共同的政治要求，共同的经济、政治要求将表现为共同的国家意志"。在社会主义条件下，具有这种基于利益的共同性而产生的意志的共同性，也因此，权利和义务"从对抗走向非对抗，在绝大多数人当中，权利和义务在实质上开始了一致的旅程"。[37]

有别于其他的权利义务一致论者，《通论》不仅呈现了权利和义务一致性产生的前提，更重要的是主张，"权利义务的关系问题与法以什么本位的问题是风马牛不相及的两回事。权利义务的关系问题回答的是权利与义务是怎样相互作用的问题，法的本位问题回答的是个人与国家之间的关系问题"。[38] 这就意味着，"权利与义务一致论"和"权利本位论"与"义

36 参见徐显明编：《公民权利与义务通论》，第一编"权利义务的一般原理"，该编分六章讲述权利义务的一般原理，依次是"权利和义务的概念"、"权利和义务的体系"、"权利和义务的界限"、"权利行使与权利滥用"、"权利保障与权利侵害"、"权利与义务的辩证关系"。

37 《公民权利与义务通论》，页 77。

38 徐显明编：《公民权利与义务通论》，页 80。

务重心论”并非同一层面的问题，这就在根本上有别于其他“一致论者”的主张。这就意味着，权利本位论也好，义务重心论也罢，都并未真正涉及权利和义务的关系。权利本位论在自身立场上界定义务，义务重心论则在义务的立场上看待权利，在这种立场上建立不起权利和义务的关系，它们关心的其实是为权利或者为义务做单独的证明。

在主张“权利义务一致论”之后，《通论》接下来也表达了在法的本位问题上的立场，基于它提出的法的本位问题的核心是个人与国家之间的关系，在《通论》看来，“强调以个人利益的充分实现为国家活动目的的学说表现为权利本位，强调个人必须绝对服从国家的学说表现为义务本位”。《通论》反对个人必须绝对服从国家的义务本位论，指责其鼓吹专制，但也并未简单站在权利本位论的立场上，而认为权利本位论是一种“变化着的理论”。《通论》意识到，权利本位迄今为止已经发展到了三个阶段，出现了三种不同的权利本位的理论：其一是自由权本位，这种权利本位排斥国家对于公民权利生活的干预，其二是社会权本位，要求国家积极干预公民的权利生活，其三是发展权本位，要求国家为公民创造全面发展的条件。在《通论》看来，“我国法学界一些坚持权利本位观点的通知，不知所持本位为哪种权利基础上的本位，不回答这一点，在理论上是不彻底的。”[39] 《通论》提醒说，“在我们看来，提倡自由权本位对社会主义法治建设有百害而无一利”，它进而主张，“显然，正确处理个人、集体、国家三者之间利益的立法原则应该是社会权本位。如果说权利本位有引人入胜之处的话，其吸引力应当是引导公民正确处理好三种利益的关系，而不是去对抗国家”。[40]

值得注意的是，《通论》有关本位论者的评论并没有明确针对本位论者的代表性作品。因此，对上述有关义务论和权利论的评价，仅仅是一种基于印象做出来的。显然，将义务重心论的立场等同于鼓吹专制，就相当于其他“权利一致论”者对“权利本位论”是资产阶级权利的代言人的指责，这种指责并不能够在知识方面带来增益，也有一种使知识性争论降低为意识形态攻讦的危险。但对本书来说，《通论》的意义在于，它使我们注意到，权利和义务的关系和以谁为本位论或者“重心”是两个不同的问题，因此，既可以有支持“权利本位论”的“一致论”，也可以有反对“权利本位论”的“一致论”。从逻辑上，我们既可从义务出发达到与权利的一致，也可以从权利出发达成与义务的一致。因此，重要的是要揭示权利和义务一致的基础，《通论》并未明言的是，想要论证权利和义务的关系，必须要站在一个比权利和义务更高的立场上思考。一种倡导权利和义务一致的权利理论，必须从一个高级概念出发，演绎得出权利和义务概念。这样的权利和义务概念，才能既保持区分，又能最终达成一致。

针对权利本位论的各种批评，揭示了权利本位论者在论证过程中的不足和缺陷，尤其是义务重心论的立场中对义务概念的解释，正是权利本位论忽视的方面，而一致论者所凸显的想要确立权利和义务的一致性的前提性要求，则为权利本位论之后的发展提供了启发。如今，当我们回顾 1980 年代末、1990 年代初的这场争论，可以看到当代中国权利理论发

39 《公民权利义务通论》，页 84。
40 《公民权利义务通论》，页 85。

展的两个必然走向：第一，权利论和义务论两者都必须认真对待对方的理论要求。因为，很有可能，在对方的理论中都有为自己所未曾注意到的方面。第二，权利论和义务论的统一性必须成为一个重点思考的问题，这也就意味着，权利论和义务论的发展必须不能脱离对方而存在，这种统一必须在一个更高的基础上来实现，因此有必要找到这个更高的基础，从而实现权利论和义务论的统一，如果找不到这个更高的基础，义务论和权利论只能脱离彼此而存在。

在回顾上个世纪八十年代末期到九十年代初期围绕权利本位论的争论时，需要注意的是，在这个时期有关权利观念的理解，绝非只是表达了个体自主和能动选择。个体的自主性和能动性并未超越既定法律的框架，这个时期对于权利的讨论仍然是在法定权利的层面，即便在郑成良的具有代表性的《权利本位说》一文中，在强调权利表达的对于个体的自主权的尊重之后，也做了如下限定：

长期以来，由于个人利益的独立地位没有得到应有的肯定，因而，在这种特定的社会背景下，权利本位的呼声确实包含着强调保护个人利益的蕴意。但是，它并不是把个人视为唯一的权利主体和利益主体。它所要求的仅仅是，任何权利主体的正当利益，无论是个人利益、团体利益还是公共利益，都必须受到社会的尊重和法律的保护。任何主体以非法形式侵害了其他主体的正当利益，都必须承担起其法律责任。

张文显在《从义务本位到权利本位是法的发展规律》一文中明确表达说，“权利本位所揭示的，是在某个国家的法律规则整体中，即在法定权利和义务的系统中权利的起点、轴心或者重心位置”。在他的两篇代表性论文中，给出了有关权利的如下定义：“权利是国家通过法律予以承认和保护的利益及权利主体根据法律作出选择以实现其利益的一种能动手段”。[41] 这个定义中包含如下要素：一，权利被视为分配利益的手段。二，权利在法律规范和法律关系的内部进行讨论。三，法定权利的定义强调主体享有一种相对自由的方式获得利益。在这个阶段，在张文显对于权利的界定中，不再强调统治阶级的利益分配，而在长春会议上他提交论文中还有这样的观点。但和长春会议时期一样，在《中国法学》上进行争论的这个时期，在权利本位论有关权利的界定中，权利主体的能动性仍被限制在法定范围之内。

义务先定论的代表人物张恒山在此后撰写的文章明确指出了权利本位论者在论证过程中的逻辑矛盾。他指出，“权利本位论在权利来源问题上隐含地采用自然法学的概念，相反，权利概念定义上又明确地坚持分析实证法学的观念。在倡导权利价值时，隐含着权利先于法律的自然法学观念，相反，在对法律、权利作定义解释时，又坚持分析实证法学立场，主张先有法律规定，而后有法律权利。”[42] 权利表达的个体自主价值和实定法的原则共存，这是 1980 年代末期当代中国权利观的标志性特征，权利话语承受着自然法学和法律实证主义的双重洗礼，“权利本位的法学思维方式兼具伦理价值判断和规范实证的双重特

41 这个定义出现在张文显的两篇代表性的论文中：参见《‘权利本位论’之语义和意义分析》（《中国法学》，1990 年第 4 期；《从义务本位到权利本位是法的发展规律》（《社会科学战线》1990 年第 3 期。
42 张恒山：《法理要论》，第 461 页

征，权利本位表达伦理价值取向，而关于权利本位的论证则是法律实证主义的逻辑分析。”[43]

结语

在 1980 年代末到 1990 年代初期围绕权利本位论的论证中，尽管权利本位论者面临诸多批评，但在捍卫者们看来，权利本位说却传递了一种在反驳它的两种学说中“所没有也无法捕捉到的”理念，也就是一种“与我们的时代息息相关的时代精神”，[44]我们可以将这种精神视为一种民主精神，也可以认为，这是一种个体自主的精神。不论采用何种方式来表达这种时代精神，可以肯定的是，一个崭新的个体概念开始出现在 1980 年代末期的法学理论之中。实际上，即便在权利本位论的批判者中，也有人承认权利本位论的积极意义，他们感觉到了 1980 年代的整体的社会发展和精神气质对法学学说的影响，将权利本位论的出现视为“情感价值”的反映。并认为这种情感价值，表达了在一个新的时代，个体追求自主性、独立性的内在冲动，其目的是为了“摆脱超现实的理性主义道德尺度对个体行为的约束”，走出那个“一味强调意识形态的革命纯洁性的时代”。[45]

尽管情感价值不能替代论证，但在道德与政治、法律生活领域，毕竟不同于自然科学领域，概念本身是需要现实生活提供滋养的，在这个领域，并非一切情感价值都是消极的，都应否定和祛除。是情感，而非概念，常常使我们注意到生活中的被遗忘方面。对权利概念而言，正是这种情感价值，使我们观察当代法学的眼光得以转换，这就是从集体的理想价值返回到主体自身，返回到个体自身的感受，并由此出发分析和辨别权利、义务和其他法律概念的实质。从此，我们观察法律现象的视野开始奠基于主体性之上，从主体出发衡量和评判一切法律概念的价值和意义。在 1990 年代的随后岁月中，虽然偶有异议之声，但权利本位论已为越来越多的人接受，开始成为一种主导中国法学的基本观念，2001 年，张文显、于宁发表《当代中国法哲学研究的范式转换——从阶级斗争范式到权利本位范式》一文，在该文中，“权利本位论”首次被作为一个学派的名称提出，文中明确提及，权利本位范式的出现和成熟，预示或标志着一种法哲学流派的形成或诞生。[46]

---

43 赵明，“权利”话语的中国语境，《光明日报》，2017 年 3 月 16 日理论版。

44 孙笑侠：《“权利本位说”的基点、方法与理念——兼评“法本位”论战三方观点与方法》，载于《中国法学》，1991 年第 4 期，值得注意的是，这是 1990 年张文显的《意义分析》引发的讨论的最后一篇文章。

45 沈其之：《对权利本位的法理思考》，载于《学海》1992 年第 4 期。

46 参见张文显、于宁：《当代中国法哲学研究的范式转换——从阶级斗争范式到权利本位范式》，《中国法学》2001 年第 1 期。2005 年，张文显、姚建宗再度将权利本位纳入到当代中国法学理论的发展史中考察，参见张文显、姚建宗：《权利时代的理论景象》，《法制与社会发展》2005 年第 5 期。

基于霍菲尔德要素的法律主体概念理论

马驰[1]

【摘　要】什么是法律主体？法律主体概念对“何者能够成为法律主体”提出了什么限制？按照法定主义，只要有法律规定，任何实体均可以成为法律主体。相反，本文主张如果将法律主体视为权利义务的承担者，那么权利义务的概念将对“何者能够承担权利义务”加以限制。借助霍菲尔德对权利义务类型或要素的分解，文章得到了一个基于霍菲尔德要素的、内部实在论-群集论的法律主体概念。这一概念将重新定义权利能力、行为能力、义务能力的法学基本范畴，并对回答动物、人工智能等实体是否能够成为法律主体的问题带来启发。

【关键词】法律主体；霍菲尔德；权利能力；行为能力；义务能力

一、导言

本文在法理论的意义上对法律主体（legal subjects）这一常见且基础的法学概念开展的专门研究。在本文的语境中，法律主体与法律上的人（legal persons）、法律主体资格（legal subjecthood）与法律人格（legal personhood）[2]含义没有差别。[3]法律主体或法律上的人大概是指指法律权利义务的承担者（bearers），对于某个实体 X 来说，如果具备了法律主体资格或法律人格，也就成为了法律主体或法律上的人。

作为基础的法学概念，国内法理学教科书常常将法律主体作为法律客体的对应概念介绍给法学的初学者，这似乎表明该概念是法学中的常识。除此之外，法律主体的概念理论应当与某种类型的法学研讨之间存在天然的连续，以至于这种类型研讨总是以该概念为框架，法学学术史中反复不断地出现——我称为新兴主体问题。例如，妇女是法律主体？公司是法律主体吗？奴隶是法律主体吗？胎儿是法律主体吗？死者是法律主体吗？自然环境是法律主体吗？特别当下学界特别关心的两类新兴主体：动物是法律主体吗？人工智能是法律主体吗？对于新兴主体是否属于法律主体的研究——无论是过去发生过的，还是现在正在进行的，以及将来或许还会出现的——法律主体概念理论看上一定有所助益，甚至具有决定性。这里存在一套非常简单而明显的论证逻辑：如果法律主体概念能够告诉我们

---

[1] 马驰，天津商业大学法学院，副教授。

[2] 因此，法律人格或法律主体资格与民法语境中的人格权有联系但存在较大差异。民法中人格权是民事主体（以自然人为典型）享有的具体权利，如健康权、名誉权等。在逻辑位阶上，法律人格要优先于人格权，只有享有法律人格者，才被视为法律上的人，才可能享有民法所规定的人格权。后文还将展示，法律人格在内容上的抽象程度也不是作为具体民事权利的人格权所能比拟的。

[3] 对于相关主题的研究，国内学界多用“法律主体”，而国外学界多用 legal persons 或 legal personhood。本文选用法律主体的提法，不单是对国内学界研究惯例的尊重，更是因为如下理由：汉语中的人或人格的说法，在表达时无法像西文那样区分出法律意义上的 person（拉丁语 persona）和生物意义上的 human（拉丁文 homo）两个维度，并将前者 person 抽象地且技术化地理解为主体（subjects），因此“法律人格”的说法就有可能丧失 legal personhood 那种抽象性和技术性——而这正是本文所追求的。当然，在本文的语境中，法律主体资格与法律人格的含义是一致的。

何为法律主体，那么就只要通过对新兴主体的观察，断定出它是否属于法律主体了。[4]

我非常怀疑，学界目前对法律主体概念的认识已经到了一个非常牢靠的程度，以至于它足以被视为法学知识中的常识，进而可以马上对新兴主体问题提供有效帮助。或者哪怕这种理论非常牢靠，基于这种理论的特殊内容，它其实无法回答新兴主体问题（如同后文提到的“法定主义-空槽论”支持者认为的那样）。无论如何，此时均需要对法律主体概念理论开展研讨，并在此基础上探索其对新兴主体问题可能的帮助。

在我看来，在法理论的范围内，法律主体概念的理论至少在两个重要问题上没有达成共识。第一个争议是，法律主体资格的获得完全受制于法律的规定，还是说要受到法律主体概念本身的约束或限制。这是法定主义与实在论的对立。第二个争议是，法律主体资格是全有全无的，还是程度的？或者说，是否存在不完整或部分主体？这是整体论与群集论的对立。如果想要回答“何者能够成为法律主体”，乃至进一步具体回答新兴主体问题，不处理上述争议是不可能的：前一个争议决定了解决问题的基本方法和进路，后一个问题决定了答案更为具体的内容。

在这篇文章中，我以霍菲尔德将权利义务划分为八种类型的著名理论为启发，证明实在论-群集论的观点是正确的，并以此基础讨论各种霍菲尔德要素其对法律主体理论的各种概念限制——这些限制主要与特定实体是否具备利益和意志有关。对于新兴主体，我的基本看法是，法律主体概念可能容纳的实体，在概念上超出了生物人的范围，动物很有可能将享有部分的主体资格。但即便如此，至少从目前的情况来看，法律主体也不太可能无限制地扩展至人工智能之类的实体上。

这里需要强调的是，无论是法律主体概念内涵的探究，还是对何者能够成为法律主体问题的解答，均是在一般法学说或法理论的意义上开展的。这里所谓的法理论，是对部门法学的超越，它建构出适用于整个法律体系的基本概念，甚至超越特定国家法律体系的基本概念，力图形成一种关于实在法但又超越实在法的理论。[5]在本文中，法律主体被视为一般法学说中的法学基本概念，它超越了民事法律主体、行政法主体等这些部门法中的概念，具有明显的一般性。当然，如果本文的工作能够获得成功的话，它应当对部门法学中的相关研究，包括特定新兴主体是否能够成为具体部门法中法律主体的疑难，带来一定启发乃至有效的帮助。

二、法律主体概念的理论分歧

（一）权利义务资格说

什么是法律主体？法律主体是法律权利义务的承担者，有资格承担法律权利义务，就具备法律主体资格。这种说法大概是最为简单却又符合人们直觉的法律主体概念，也是我

[4] 目前国内有关人工智能是否具备法律资格的许多研究均自觉不自觉地使用或包含了这种论证逻辑，无论这些研究在结论上是否支持人工智能的法律主体地位。参见冯洁：《人工智能法律主体地位的法理反思》，载《东方法学》2019 年第 4 期。刘洪华：《论人工智能的法律地位》，载《政治与法律》2019 年第 1 期。郭少飞：《“电子人”法律主体论》，载《东方法学》2018 年第 3 期。

[5] 雷磊：《法理论：历史形成、学科属性及其中国化》，载《法学研究》2020 年第 2 期，第 23 页。

们讨论法律主体概念的起点。在英语世界，从奥斯丁[6]、格雷[7]到萨尔蒙德[8]，权利义务资格说均获得了坚持。例如，在现代法律制度中，生物人被认为是法律主体，草坪不是主体，是因为生物人有资格承担法律权利义务，而任何一块草坪没有资格承担任何的权利义务。特别是，权利义务资格论很明确地区别了承担权利义务的资格和具体的权利义务本身。这是说，某个实体 X 享有了主体资格，即使得其成为法律主体，但这种主体资格并非具体的法律权利义务。例如，生物人享有主体资格，这使得他可能承担具体的权利义务，比如财产权，但他只是有可能享有财产权，并非必然享有财产权，因为他或许一贫如洗，实际并不拥有任何财产。

在国内法理学教研中，权利义务资格说也最为常见，只是将法律权利义务的说法与法律关系相并列，指称在法律关系中享有权利履行义务的人。[9]。国内法理学对法律主体概念的界定明显受到了萨维尼以来的德国民法学传统而非英美传统法理学的影响。这种影响主要体现在两个方面：其一，法律关系的说法来自萨维尼以来的德国民法学，且被其所强调。[10]其二，国内法理学理解的权利义务资格论受到了德国民法“权利能力”概念（Rechtsfähigkeit）的影响，直接借用了“权利能力”的说法来指称法律主体的资格。从字面上来说，权利能力是享有（民事）权利，但考虑到类似 Rechts 的语词在欧陆语言中原本兼具权利和法律两个含义，乃至承担义务的资格不可能被民法所忽视，因此主流民法学家将权利能力理解承担权利和义务的资格，而不是单指承担权利的资格。[11]

尽管如此，这个看似没有什么明显缺陷的理论其实是一个十分空洞而简单的说法，它更像是针对法律现象和法律思维的某种原始的归纳总结，正所谓“正确的废话”。对于本文在导言中提出的两个争议性问题来说，权利义务资格说几乎毫无帮助，也就不可能在实质意义上回答何种能够成为法律主体的问题。法律主体是承担权利义务的资格，并没有告诉我们某个实体 X 承担这种资格的充分或必要条件是什么，而对此问题的争议，存在着法定主义与实在论的争议。

（二）法定主义与实在论

按照法定主义（Legalists）的看法[12]，法律主体是权利义务的承担者，而导致某个 X 成为法律主体唯一的原因是，法律的内容规定了这件事。法定主义式的主张并非法律主体概念的专利，其背后隐藏着一套有关法律概念乃至法律性质的基本认识。按照这种观点，法律来自于人类意志的创设，是人类用来完成其价值或目的的工具。在这种情况下，法律的内容完全受制于人的意志，其中涉及的各种法律概念也不过是整个法律机器中的技术性装置，（device），其本身并不包含什么原则性的要求。当然，这并不意味着，法律概念作

---

[6] 奥斯丁：《法理学讲演录》，支振锋译，江西教育出版社 2014 年版，第 303-306 页。
[7] 格雷：《法律的性质与渊源》2012 年版，马驰译，中国政法大学出版社第 24 页。
[8] John W. Salmond, *Jurisprudence*. Stevens and Haynes 1913,p272.
[9] 张文显：《法理学》（第四版），高等教育出版社 2011 年版，第 113 页。
[10] 萨维尼：《当代罗马法体系》（第一卷），朱虎译，中国法制出版社 2010 年版，第 257 页。
[11] ［德］梅迪库斯：《德国民法总论》，米健译，法律出版社 2013 年版，第 781 页。国内学者见朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社 2016 年版，第 381 页。
[12] Ngaire Naffine, *Law’s Meaning of Life: Philosophy, Religion, Darwin and the Legal Person* ，Hart Publishing 2009，p.21.

为技术装置发挥其功效的过程完全没有任何章法可言，[13]但这里的章法或规律，并不会优先于法律的创设者或立法者的意志，法律概念依然在很大程度上服务于被立法者所指定的功能或目标。

具体到法律主体概念上，法定主义主张法律主体概念本身是空洞的，是由立法者任意插拔空槽（empty plot），任何实体，只要法律规定，无论是生物人、社团、动物、花草、岩石、人工智能均可能成为法律主体。在法定主义看来，法律制度的发展历史和某些传统理论已经证明了上述事实。在罗马法中，主体（persona）最初的意义是剧场表演中表演者所戴的面具。因此，所谓法律资格，不过是法律分配的各种资格（面具），与生物意义上的人没有必然联系。所以，罗马法中的奴隶尽管是生物人，却不是法律主体。不仅如此，在人类漫长的法律史，生物人之外诸如超自然的主神、动物、物件、社团均被某些法律制度当作过或仍然法律主体。[14]只要立法者愿意，他可以将法律主体的面具戴到任何一类实体上。此时，立法者所需考虑的，并非法律主体的概念，而是一旦赋予某个实体以主体资格，法律对待该实体的方式就发生了变化；所以立法者必须考虑，他真的打算以某种特定的方式来对待该实体吗？这是一种来自法律概念主体之外的法政策考量，[15]法律主体的概念没有能力参加到立法者的政策决策中，它不过是执行立法者意志的概念工具。

法定主义错了吗？首先向法定主义发起攻击的是受康德主义影响的德国民法学。萨维尼提到，“所有的法律均因内在的自由道德而存在，后者伴随着所有人类（Mensch）。这就是为什么原始意义上法律上的人或法律主体的概念与人类的概念是完全一致的。两个概念的原始一致可以以如下方式来表达：每一个个体人类，也仅有个体人类，享有权利能力。”[16]按照这一表述，法律主体概念并非来自法律自身，而是某个关于什么算作人外在的标准，特别是伦理标准在法律中的投射。民法学界通常认为，[17]康德伦理学影响到了民法权利能力的概念：康德伦理学将理性视为“人”的构成条件，因此所有有理性者均为人。权利能力也因此体现着平等主义的价值观。[18]按照这种看法，罗马法虽然表面上的确设定了奴隶不具备法律主体资格的法律制度，但这种设定是错误的或不恰当的。

在我看来，萨维尼与德国民法对法律主体的认识很具有代表性和影响力，现代法律中有关法律主体具体内容的规定（例如规定所有生物人均为法律主体）基本上体现了这种影响力。但他们对法定主义的批评并没有切中要害。抛开 Person 一词的复杂含义，为什么非要认为，法律主体（人）的意义与伦理学意义上的人是完全一样，以至于前者必须服从后者的要求？法定主义将法律概念视为技术性的工具，这种概念工具作为人工语言，原本就没有义务与自然语言或哪怕其他领域的人工语言保持一致。退一步说，即便要求立法者必须遵守伦理学对人的界定，进而将奴隶同样视为人，也只是对立法者提出了某种道德要求

---

[13] 一个精彩的例证是 Alf Ross, Tû-Tû, Harvard Law Review, Vol. 70, No. 5 (Mar., 1957), pp. 812-825.为

[14] 格雷：《法律的性质与渊源》2012 年版，马驰译，中国政法大学出版社第 XX 页。

[15] Richard Tur, "The "person" in law." in *Persons and personality: A contemporary inquiry,* ed. Arthur Peacock and Grant Gillet, Basil Blackwell Ltd. 1987. p. 116

[16] 萨维尼：《当代罗马法体系》第 60 节，转自 Kaar Tuori, *Ratio and Volunta: The Tension Between Reason and Will in Law*, Routledge Press 2010, p. 80.

[17] [德]拉伦茨：《德国民法通论》，王晓晔等译，法律出版社 2004 年版，第 45 页。

[18] 朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社 2016 年版，第 380 页。

而不是基于法律主体概念上的要求。你可以说，立法者没有将奴隶规定为法律主体，这是一个很邪恶的规定，以至于立法者的确做了错事；但你不能说，由于这种道德错误，奴隶在罗马法中其实仍然还是主体，或者因此法定主义的法律主体概念是错误。

由此，指出法定主义所可能导致道德错误的批评进路，或者将不可避免地去争论“法律应该如何对待 X”这类具体的法政策考量，或者最多只是在指责法定主义是一个容易被立法者滥用的理论，虽不乏合理之处，却很难构成对法定主义的致命打击。在我看来，要反对法定主义，必须证明基于法学自身（而不是伦理学）的内部视角，法定主义“万物皆可为主体”的主张，将导致会让某些“原本无法”具备法律主体资格的实体具备了主体资格——这里的“原本无法”是概念意义上，而不是道德意义上，法定主义因此将导致范畴错误[19]而非道德错误。

就此而论，此种并非罕见的思路时常被视为对法定主义更为有效的打击：法律主体是权利义务的承担者，只有能够承担权利义务的实体，才能被授予法律主体资格。按照某些学者的看法，从根本上来说，法律秩序是生物人的秩序，只有生物人才能承担权利义务，因此通过权利义务的概念，法律主体的概念被限制在生物人范围内。[20]这种思路的关键不在于争辩法律主体是不是只能是生物人，而在于利用法律权利义务承担者的说法来限制法律主体的范围的方法。如果法律主体是法律权利义务的承担者，主体那么作为“法律权利义务的承担者”（而不是伦理人或其他意义上的人），将会使得主体概念的内涵不再空洞，主体概念的外延也将因此被限制，进而走出法定主义-空槽论的窠臼。

我将与上述立场称为内部实在论（Realist）。这种论调既区别于空洞的法定主义，也与主张法律主体概念受制于法律之外伦理人概念的外部实在论存在差异。从逻辑上来看，要证明内部实在论是正确的，自然要必须证明，法律权利义务资格这一说法，究竟是如何制约到法律主体概念的。但在指出这些制约之前，还必须说明，所谓权利义务的资格，是一个整体性的资格，还是可以被分解的资格。这便涉及到整体论与群集论的分歧。

（三）整体论与群集论

整体论的主张是，法律权利义务的承担资格是一个不可分解的整体，它无法被区别为承担这个（类）权利义务的资格和承担那个（类）权利义务。从直觉上来看，整体论很容易获得“法律主体是法律权利义务的承担者”这个说法的支持——实体 X 如果有资格承担权利义务，那么它就是法律主体，如果无资格，便不是主体。[21]承担哪个（类）权利义务似乎对于是否构成主体来说无关紧要的，实体 X 哪怕有资格承担一项权利或义务，也将导致其构成法律主体。反之，必须证明，实体 X 无论如何都不能承担任何一项权利义务，它才将被清除出法律主体的范围。

---

[19] Gilbert Ryle，*The Concept of Mind*，Routledge Press,2009,pp.12.

[20] [奥]凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科出版社 1996 年版，第 108 页，第 3 页。许多学者将凯尔森视为法定主义的代表，如 Ngaire Naffine，*Law’s Meaning of Life: Philosophy, Religion, Darwin and the Legal Person* ，Hart Publishing 2009，p.21.但其实凯尔森属于实在论阵营。凯尔森的确认为，诸如自然人与法人这样的主体概念不过法律中的技术性术语，它们均可以被化约为法律规定的各种权利义务的总和。但是其实，自然人和法人只是特殊的主体概念，正如国家主席、配偶也均为特殊的主体概念，它们不是本文一般意义上的法律主体资格。对于后者，凯尔森的主张其实是，只有生物人，才能作为权利义务的最终承担者。

[21] 格雷：《法律的性质与渊源》2012 年版，马驰译，中国政法大学出版社第 24 页。

从逻辑上来说，整体论的主张并没有什么问题。但是，比较明显的事实是，整体论与某些人们早已习以为常的法学知识和概念体系冲突。众所周知的是，奴隶被视为财产，不是法律主体或不具法律人格。但同样引人瞩目的是，奴隶至少是某些权利义务的承担者。罗马法禁止主人残酷对待自己的奴隶，或是毫无理由地杀死奴隶。[22]在美国曾经的某些蓄奴州，犯罪的奴隶依然将面临着严厉的刑事审判。[23]按照整体论，奴隶并不是法律主体的论断，与奴隶承担某些权利义务的论断是相互矛盾。对此，整体论的支持者要么得承认奴隶的确是主体，以至于奴隶不具法律人格的法学常识是错误的；[24]要么依然主张奴隶不是主体，他们所承担的权利义务并非真正的权利义务，最多导致了他们处于某种区别于法律主体资格或法律人格的特殊状态中[25]——但这似乎是在将问题进一步复杂化，未必有利于整体论的主张。

不仅如此，整体论也很难解释，在许多法律体系中，不同的法律主体的确常常依照各自“不同的法律资格”而被归类，从而形成不同类型的法律主体。举例如下：1）在罗马法中，自由权、市民权、家父权三种资格被区分开来；自由权区分自由人和奴隶，市民权区分罗马市民和异邦人，家父权区分家父与家子。只有在完全同时具备三种资格的情况下，才享有充足的人格，才是充分的法律主体，否则均为人格减等。2）在现代法律中，法人与自然人均是法律主体，但两者作为法律主体，依然存在差异。3）成年人与幼童均是法律主体，但两者存在差异。这些分类在法律主体理论和相关制度中占据这些十分明显而重要的地位，某种有关法律主体概念的理论如果不能很好地说明它们，显然是不能令人完全满意的。

再进一步说，如果要为内部实在论寻找理论基础，整体论恐怕并非最优的选择。因为如果法律权利义务的资格不能被分类处理，那么就必须找到所有权利义务的共性，并在此基础上探索这种共性对法律主体概念提出了何种限制。要找到所有法律权利义务的共性，要么这是一项非常困难的任务以至于很容易被挑战，要么因为这种共性过于稀薄以至于无法实质性限制法律主体概念。

由此，群集论的优势便显现出来了。群集论对法律主体概念的基本认识是，法律主体资格的内容并不单纯，它是可分解的，具有“群集性”（Cluster）属性。在群集论看来，法律主体资格由各种要素构成，以至于法律主体将以程度而非全有全无方式存在。法律主体资格因此不是单一的，而是能被分解为多种资格。而在完全不具备资格和完全具备资格之间，存在着不同程度的人格资格，或者说，在完全具备主体资格和完全不具备资格之间，还存在着“部分具备”的中间状态。[26]

前文已经提及，类似罗马法中人格减等制度，乃至人们认为现代法律中成年人与法人、

---

[22] [古罗马]查士丁尼：《法学总论》，张企泰译，商务印书馆 1997 年版，第 19 页。

[23] Thomas D. Morris, *Southern Slavery and the Law 1619－ 1860* , University of North Carolina Press 1996, pp.182.

[24] 格雷：《法律的性质与渊源》2012 年版，马驰译，中国政法大学出版社第 24 页。

[25] 奥斯丁：《法理学讲演录》，支振锋译，江西教育出版社 2014 年版，第 304 页。

[26] Richard Tur, ″The “person” in law.″ in *Persons and personality: A contemporary inquiry,* ed.Arthur Peacock and Grant Gillet,Basil Blackwell Ltd.1987.p.121.

婴儿之间存在主体意义上的差异等直觉性认识均表明，法律主体应当是一个群集性的概念。但是，认同法律人格是群集性概念，与厘定这一概念中究竟包含哪些群集性的要素之间，仍然存在不小的差距。从逻辑上来说，基于对权利义务的不同分类方式，必定能够得到不同群集性要素。这就类似于如果可以将人体区分为头颅、四肢与躯干，这三者就是人体的要素；同时也可以将人体区分为皮肤、血液、骨骼和人体组织，作为构成人体的要素。由此，基于对权利义务的不同分类方式，群集论在逻辑上所能容纳的群集性要素是无限的。例如我们可以将法律主体资格简单区分为享有权利的资格和承担义务的资格，或是按照规定权利义务的部门法类型，将法律资格区分为民法主体资格、刑法主体资格、行政法主体资格等等。在罗马法中，主体资格被区分为，自由权、市民权、家父权三种资格。大陆法系的民法传统将（民事）法律主体区分为权利能力与能力，均为可以被视为是在依据不同的标准对法律主体资格中所包含要素的厘定。

本文在法理论的意义上对法律主体概念的研究，因此对法律权利义务资格的分类自然必须体现出法理论的追求。这种追求具体表现在，其一，具备法理论意义上的普遍性，而非局限于特定部门法或法律实践的。而且由于这种普遍性，这些要素也不会与部门法中某些具体权利义务乃至程度它们的所谓特殊能力相混淆。其二，能够关联并照顾其他一般法学概念，而非就事论事的独角戏。其三，尽量照顾人们有关法律主体概论理论的常识性认识，不是完全的另起炉灶。

这里，我将引入霍菲尔德有关法律权利义务的语义学分类理论，[27]以获得权（claim）-义务（duty），允许（privilege）-无权利权（no-right），权能（competence）-屈从（liability），豁免（immunity）-无权能（disability）八种不同的权利义务类型为基础，形成承担这些权利义务的资格类型。霍菲尔德理论的优点在于其普遍性，这是说，上述八种权利义务的类型不是哪个部门法或特定时空内的法律独有的，它体现了法律言说中某种不变的深层结构，而且通过不同要素间的区分和叠加，它在概念的意义上能够说明所有可能的权利义务，由此为基础厘定的法律主体要素自然也具备了法理论所要求的普遍性。

可以想象，霍菲尔德将权利义务区分为了八种，那么一种比较简单明了的方案是，为每种权利义务设置资格，从而形成八种不同的权利义务资格，进而对这八种不同的权利义务资格展开分析，认定其内在规定性。但是，这种做法缺乏经济性。因为八种权利义务资格间存在某些相似性，可以将相似的权利义务资格加以合并，这样以来得到的法律主体要素就会大大少于八种类型。最终，法律主体的要素将被区分为权利能力、行为能力和义务能力三种主要的类型——这些术语均法律主体理论中的常见术语，我将以霍菲尔德的理论为分析框架，赋予它们与传统意义接近，但并不完全相同的意义。

[27] Wesley Newcomb Hohfeld, "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning." *Yale law & policy review* 23.8(1913).pp.30.我这里的用词与学界通译有所差异。我将 privilege 译为允许，使用将 power 译为权能，将 liability 译为屈从，但其意义并未发生变化。这种用法主要为了避开“自由”、“权力”，“责任”等容易引发歧义的常用词汇。将 claim 译为获得权而非主张权或请求权，与本文的一个实质观点有关，未必符合学界对霍菲尔德的理解。但这一理解对本文的立场事关重大，后文将予以论述。

三、基于霍菲尔德要素的内部实在论

（一）权利能力

传统民法学将权利能力视为承担民事权利义务的能力，在中国法理学语境中，权利能力也被认为是承担所有法律权利义务的资格。[28]在霍菲尔德的理论中，“权利义务”显然是一个过于粗泛的说法。他的理论能够帮助我们说明，不同权利义务精巧的区别和逻辑关联。在本文中，我将权利能力具化为承担霍菲尔德意义上许可权和获得权的资格。许可权和获得权是最典型的权利，人们在谈到权利时，最容易想到就是这两类权利。如果说权利仅指许可权和获得权，权利能力的说法倒也名副其实。其实，许可权和获得权均来自第一性（primary）规则的规定，区别于权能这类来自第二性（secondary）规制的权利类型。因此，两者的共性在于，它们均直接涉及主体物理上的移动（movement）或变化（change）。[29]许可权意味着主体可以在一定的范围内自由移动（包括不移动），免受相对义务人的干涉与打扰，或者义务人此时不享有要求许可权主体依照特定方式移动。由于许可权的实现有赖于义务人的不干涉或不作为，它又被称为消极权利，从而区别于作为积极权利的获得权。获得权意味着，权利主体享有使得（against）义务人实施某种移动的权利[30]。例如，房屋所有者有权不让义务人进入自己的房屋，或使得已经进自己房屋的义务人离开。获得权与许可权的核心差异在于，前者能够干扰或制约到义务人原本计划开展的移动，例如打算进入房屋或尚未离开这栋房屋，义务人必须以改变自身移动计划的方式或者说积极作为的方式，实现获得权人的权利；而许可权则意味着义务人必须对放任许可权人的自由移动，以消极不为的方式不去干涉许可权人。[31]

对许可权与获得权的上述界定，对它们的承担者——享有权利能力者——提出了何种限制？一个非常容易产生的误解是，由于这些权利涉及主体的行动，那么主体能够行动应当是其享有权利能力的前提。然而细心的读者已经发现，上文对许可权和获得权的界定，有意避免使用类似行动（action）或行为（behavior），而是使用了移动或变化（哈特用语）。按照我的理解，移动与行动之间存在重大差别，移动是物理意义上的变化，人类世界与人类之外的生物世界乃至无机世界都会存在这种变化；而行动或行为是生物人所特有的，是那些受到人类意志影响乃至支配的移动。所有的行动都是移动，但生物人实施或与生物人有关的所有移动都是行动，例如我不能用我的意志控制自己是否打喷嚏，所以我打喷嚏就不是我的行动。如此以来，作为许可权和获得权的主体，“能够行动”或者说能够用意志控制行动是否是其概念上的必备要件呢？[32]许可权或获得权是不被干涉或使得义务人实施某种移动的权利，法律通过对义务人行为的制约，完全能够实现许可权和获得权的内容。许可权或获得权的主体，是否在主观上意愿义务人不要干涉自己，或者意愿获得权的对象必

---

[28] 张文显：《法理学》（第四版），高等教育出版社 2011 年版，第 113 页。

[29] H.L.A. Hart, *The concept of Law*, Clarendon Press,1994, p.81.

[30] 《基本法律概念》的中译本将这里的 against 译为“令”，严格来说并不准确。参见霍菲尔德：《基本法律概念》，张书友译，中国法制出版社 2009 年版，第 32 页。“令”或“命令”意味着权利人必须在主观上要求义务人这么做。但是后文将证明，事实并非如此。

[31] Wesley Newcomb Hohfeld, "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning." *Yale law & policy review* 23.8(1913).pp.32.

[32] 格雷：《法律的性质与渊源》2012 年版，马驰译，中国政法大学出版社第 21 页。

须按照某种方法行动，均不会影响到这些权利的实现。

批评者或许会质疑说，如果权利主体在主观上听任其享有的许可权或获得权被侵犯，此时权利好像依然要被视为其实没有被侵犯，这难道不证明，权利主体特定的主观状态，是该主体掌控权利的必要条件吗？举例来说，我的房屋所有权能够使得义务人不得进入我的房屋，但如果我邀请朋友来此处做客，朋友便没有侵犯我的权利，所以，防止义务人进入我房屋的获得权，必然包含“我不愿意义务人进入我房屋”的主观状态。在我看来，这样的批评实际上混淆了霍菲尔德意义上的获得权与该主体通过某个意志表达对相关义务的影响。假如在我不在场或没有明确表达不欢迎义务人进入我房屋的情况下，某个入侵者进入了我的房屋，他当然已经侵犯到了我有关房屋的获得权，此时，无论我是否请他离开，他均有义务离开。如果我明确表示他可以不用离开，只是因为我依据我房屋所有权的处分权，免除了此人不得进入我房屋的义务，然而此种处分权与我的获得权并非同一种霍菲尔德因素。就正如在针对动产的所有权中，所有权人包含有一项抛弃该动产的权利，该权利与阻止他人获得该动产的获得权明显不同，后者依赖意志表达，属于霍菲尔德意义上的权能范畴。不仅如此，在霍菲尔德本人的表述中，也没有迹象表明，许可权和获得权必须与主体的意志为前提。在论述获得权时，霍氏只是说这种权利是使得义务人如此行动的权利，并不包含主体的意志因素。[33]申言之，无论是许可权还是获得权，均可以被完全还原为权利相对方的相关义务，这种义务即便对义务人有要求（参见后文对义务能力的分析），也不会权利人产生要求。将意志视为权利能力的资格，因此是不恰当的。

上述论证同时涉及到对权利性质的著名争议，即意志论与利益论的分歧。按照意志论的看法，按照意志论，权利是对权利人自由选择的尊重和保护，“拥有权利”类似于“拥有一项小范围或小规模的主权”，在这个范围内，权利人可以行使或放弃自己的权利。[34]如果我拒绝将具备意志视为许可权和获得权的必要条件，看起便会受到来自意志论的批评。对此，我的看法是，1）意志论与利益论的争论还在继续，前者并未获得统治性的地位。利用意志论来反对本文的观点，有些操之过急。当然，这并不能证明意志论就一定是错误。无论如何，在一篇讨论法律主体概念的论文中试图解决利益论与意志论的争议，既不可能，也无必要。2）更为重要的是，我是在霍菲尔德因素的意义认定意志与许可权或获得权资格没有必然联系，而单纯的霍菲尔德因素并非一定等同于完整的法律权利。以所有权为例，所有权是各种霍菲尔德要素的杂糅混合，其中包含有许可权或获得权，同时还包含有权能（处分权），此时主张所有权是对权利人意志的保护，依然能够成立。如果意志论的主张是，每一项完整的权利，均包含了权利人处置该权利（特别是放弃该权利）的内容，[35]本文的立场依然能够与之并存——只需认为许可权或获得权并非完整的权利，只是构成权利的要素而已。

如此以来，用利益论来解释权利能力，就变得有吸引力了（至少就现在人们的认识而言，很难想象权利的性质既非利益论所主张的，又非意志论所主张的）。按照利益论，权

[33] 这也就是为什么我将 claim 翻译获得权而非请求权或主张权原因，无论是请求还是主张，均暗示权利人必须具备意志。

[34] H. L. A. Hart, “Legal Rights”, in H. L. A. Hart, *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, 1982, pp. 183.

[35] 陈景辉：《权利的规范力——一个对利益论的批判》，载《中外法学》2019 年第 3 期。

利要要害在于对权利人利益或福祉的特殊保护，如果某甲享有针对某乙的权利，那么某乙因此所履行的义务就能够实现某甲的利益。[36]在本文的范围内，完全没有必要认为，所有完整的权利均是对权利人利益的保护。但在许可权和获得权的范围内，利益论应当很容易被接受。许可权或获得权的权利人，使得相对义务人不干涉自身或实施某种行为，使得权利人获得利益或便利，因而应当以权利人具备值得法律保护的利益为必要条件（当然不是充分条件）。于是，我们最终得到了一个利益论式的权能能力概念：权利能力作为承担许可权或获得权的资格，是享有接受利益或作为收益人（beneficiary）的资格。[37]具备法律保护的利益，是实体 X 具备权利能力的必要条件。

这里还需要补充的是，利益是权利能力的必要条件，这里的利益一定必须被认为是权利能力主体自身的利益，以至于，如果 X 具备权利能力，那么保护 X 的利益就是法律的目的，而非通过保护 X 的利益而实现对其他利益的保护。因此，即便某个实在法要求人们不得踩踏草坪，但倘若保障草坪不被踩踏的目的在于社会公众的普遍利益而不是草坪自身的利益，草坪便仍然不具备权利能力，即便此时存在指向草坪的义务。

(二)行为能力

行为能力不是行为的能力，也不是行使权利的资格，而是承担权能的资格。[38]与权能相关的另一个一般法律概念是法律行为，法律行为是实施权能的行为，在这个意义上，也可以将行为能力理解为从事法律行为的资格。[39]作为由第二性规范规定的权利，权能与由第一性规范规定的许可权或获得权存在明显差异。权能不涉及主体物理上的移动或变化，也不直接规制相对义务的行动，而是帮助权利人，改变已有的法律地位（legal position）——无论是自己的地位状态还是他人的法律地位。例如，在现代私法中，满足一定年龄要求和精神状态的生物人有权与他人缔结合同，这里涉及的权利是权能，即该自然人能够通过缔结合同，进入到合同的规范状态之中。权能在公法领域同样存在，行政机关有权通过制定行政处罚书，使得行政相对人进入到行政责任的规范状态中。

权能的行使将使得法律地位发生改变，这种改变体现了权能主体的期待或意图，没有这种意图，权能主体就无法通过法律行为来改变法律地位。不仅如此，法律状态是规范意义上的状态而不是物理意义上的存在，权能主体并不是通过物理意义上的力量让物理世界发生变化，而需要去设想某种法律状态，法律所规定的权能将帮助其实现这种设想——通过意志改变法律地位。[40]在这种情况下，要求权能的承担者具备一定的意志，在概念上便是不可避免的了。考虑到权能概念的特殊性，行为能力所要求的意志也比较特殊，它的内

---

[36] Matthew H Kramer, “Getting Rights Right. Rights”, in Kramer, *Wrongs and Responsibilities*. Palgrave Macmillan UK, 2001, pp.28.

[37] 麦考密克：《法律制度：对法律理论的一种解说》，陈锐等译，法律出版社 2019 年版，第 125 页。

[38] 将行为能力理解为“亲自行使权利”的说法，是国内法理学教科书讨论行为能力时的惯常说法。如张文显：《法理学》（第四版），高等教育出版社 2011 年版，第 113 页。但这种说法虽然形象，却并不准确。严格来说，行为能力只是承担权能的资格，而行使许可权和获得权，却未必通过意志表达的方式。例如，幼童可以基于来自赠与的玩具所有权，占有使用该玩具，他人不得窃取。幼童占有使用该玩具，就是在行使玩具所有权中所包含的许可权和获得权，而幼童却无需具备行为能力。但幼童无资格将玩具出卖，因为出卖玩具属于处分权，该权属应被归为霍菲尔德意义上的权能要素。

[39] 麦考密克：《法律制度：对法律理论的一种解说》，陈锐等译，法律出版社 2019 年版，第 125 页。这里的法律行为并不局限于民法领域。具体论证参见马驰：《普遍法律行为的法理学重构》，载《法制与社会发展》2019 年第 4 期。

[40] 具体论证参见马驰：《普遍法律行为的法理学重构》，载《法制与社会发展》2019 年第 4 期。

容应当是“我意愿某个法律状态发生”。

与利益之于权利能力类似，意志之于行为能力仍然应被视为必要条件而非充分条件。无意志者，不得具备行为能力，但并非所有有意志者均具备行为能力，后者如幼童或严重精神病人。很难从心理学的意义上认定，幼童或严重精神病人完全不具备人类意志，例如某幼童或许的确愿意用 1000 元去换取一粒糖果，但这样的意愿被认为是错误的，错误的理由来自与某种实质的价值立场或道德立场，而非概念范畴。基于这些立场，法律拒绝将行为能力授予给某些具备意志的实体。

（三）义务能力

在霍菲尔德的体系中，义务仅指与获得权相关的法律地位，即为尊重获得权，法律对相关实体实施或不实施特定行为的要求。当然，如果将与许可权相关的“放任”（霍菲尔德本人的用语是“无获得权”）也是法律的某种要求，那么义务就可以扩展至放任或无获得权的状态。

义务能力指向主体的物理移动或变化，这里的移动或变化是否以移动者具备意志为前提？这类的关键在于，某个不受意志影响的人类生理变化乃至人类之外的自然现象，是否能被视为遵守义务或违反了义务。遵守义务似乎没有太大问题，如果某个实体没有违反义务，人们就不必追究他到底是故意遵守，还是在完全不了解该义务的情况下“无意”遵守了义务。违反义务则不同。就义务概念而言，违反义务的不法行为要么是故意的，要么是过失的。在没有故意或过失的情况下，却认为违反了义务，这样的表达是不自然的。这里的理由来自某种虽然传统但很难被完全颠覆的理论[41]：自由意志是主体承担义务的前提，只有当主体能够选择遵守义务还是违反义务时，由其承担义务才是恰当。如果某个事实虽然看似违反了义务的要求，但因为这种所谓违反缺失了选择的可能，只是受因果律决定而必然出现的，就不能被认为此时与该事件关联的主体违反了义务——因为它缺乏不去违反该义务的可能性。如果可以认为，“应当蕴含着能够”是一个概念意义上的主张，那么就不能将义务能力交由缺乏意志者承担，意志应被视为义务能力的必要条件。当然，义务能力所要求的意志与行为能力所要求的意志在内容上各有侧重，前者主要是选择或控制实施特定行为的能力。

（四）其他能力

现在还剩下的霍菲尔德要素有屈从、豁免和无权能。从理论上，当然可以构想出屈从能能力，豁免和无能力。这些能力在概念上均没有限制法律主体的范围，也很少进入到法学知识的视野中，因此不作重点分析，只是简要说明如下：

屈从能力。在霍菲尔德理论中，与权能相关，能够因为权能的行使被改变法律地位的法律地位就是屈从。实体具备何种条件，才能承担屈从？如果可以认定，法律主体所承担的具体权利义务均来自于法律权威有意识的设定，而这种有意识的设定同样属于法律权能的话，屈从能力应当被认为是最为基础的主体资格要素。举例来说，假设立法者打算授予某个群体选举权，立法者显然通过有意识的立法活动让这个群体承受了之前并未承受的法

[41] 这种来自康德的理论时常称为“应当蕴含着能够”。参见康德：《实践理性批判》，邓晓芒译，人民出版社 2003 年版，第 128 页及以下。

律地位（享有选举权），该群体享有的屈从能力是立法者能够这么做的前提。如果所有的法律权利义务均来自类似立法权威有意识的设定，那么任何主体想要承担权利义务，均必须具备屈从能力。在这个意义上，屈从能力与法律主体资格概念就是同义词了。因此如果问屈从为屈从的承担者提出了何种限制，其实就是在问权利主体资格对权利主体提出了何种限制，我们将回到问题的起点。退一步说，即便不在此种普遍的意义上理解屈从能力，屈从的概念对屈从能力也没有什么限制。此时，应当区分屈从和权能给屈从者带来的权利义务。后者当然会对何处才能承担这些具体的权利义务产生限制，前者仅仅是被改变的资格。被改变的资格本身并不会影响到何者能够被改变，改变成什么样才会有这种影响。[42]

无权能是不享有权能的状态，明显对其承担者没有任何要求。

豁免是不被改变法律地位的状态。这又分为两种情况，一种是无论如何都完全不具备任何法律资格的实体，当然也就无法被法律权能改变法律地位，讨论此种豁免权的资格，其实也就是在讨论将 X 视为非法律主体的必要条件是什么。本文只研究法律主体资格构成的必要条件，这个问题显然超出了文章的研究范围。另一种情况是，在 X 已经是承担了某些权利义务，讨论其承担豁免权的资格是什么。正如“可被权能改变”本身不会在概念上限制屈从能力资格，“不可被权能改变” 本身也不会在概念上限制屈从能力资格——如果说这其中包含有什么限制，这种限制也将来自于不可被改变的主体本身所享有的具体权利义务。

由此，将法律主体资格按照霍菲尔德要素分解为权利能力、行为能力、义务能力之后，其承担者必须具备利益或意志，这是主体资格概念本身的内在要求。一个基于霍菲尔德理论的内部实在论，因此被建立了起来。

这里还有一个问题需要解释，某个 X 如果具备所有类型的主体资格，当然属于法律主体无疑，例如没有精神缺陷的成年人。但如果指具备部分主体资格，是不是能够被称为法律主体或至少具备所谓部分主体资格呢？似乎可以认为，权利能力是最低限度的主体资格，[43]缺乏权利能力，则完全不会受到法律的起码尊重，当然也就无法被视为主体了。这种看法符合某些直觉性认识，也很好地说明了，例如幼童虽然不具备行为能力和义务能力，却常常被认为具备法律主体资格，而仅仅具备义务能力的奴隶，却不是法律主体。由此，法律主体资格即便能够被分解为若干要素，权利能力在其中的地位也更为特殊，所谓部分主体资格，仍然要以权利能力为必要条件。另一种主张是，在法律主体资格由各种要素构成的情况下，甚至没有其中哪个条件是成就主体资格的要素充分必要条件，需要基于特定的情况具体衡量某个 X 是否可以算作主体。[44]完整的主体资格虽然不难确定，具备主体资格与不具备主体资格之间，却不存在一条泾渭分明的界线。[45]在我看来，如果我们能够将法律主体资格分解为上述不同的要素，同时厘定这些要素的概念构成，那么我们实际上就已经完成了法律主体概念的基本内容，此时再纠结具备哪些要素才称得上是法律主体，在很

[42] 由此也可以看到，依照霍菲尔德理论所构建的屈从能力概念虽然在字面上与部门法中的责任能力相同，含义却有明显差别。在部门法中，法律责任是基于不法行为或法律的规定，由主体承担的不利后果，主要是接受制裁的特殊义务。既然是特殊义务，前文讨论的义务能力将会对其产生影响。这里的屈从能力则不会对部门法中的责任能力产生影响。

[43] 麦考密克：《法律制度：对法律理论的一种解说》，陈锐等译，法律出版社 2019 年版，第 128 页及以下。

[44] Ngaire Naffine, *Law’s Meaning of Life: Philosophy, Religion, Darwin and the Legal Person* ，Hart Publishing 2009，p.46.

[45] Visa A.J. Kurki，A Theory of Legal Personhood, Oxford University Press 2019, pp.120.

大程度上只是有关称谓的语言之争罢了。正如人们如果能够确认每棵树的性质，再问多少棵树才能算作森林，这样的问题意义不大。

四、余论：动物与人工智能的法律主体资格问题

至此，文章所讨论的基本问题已经完成。在余论部分，我将此理论运用至新兴主体问题，简单分析动物和人工智能是否能够具备法律主体资格。

其一，权利能力。

在排除了意志因素，将权利能力理解为作为利益接受者或承担者的情况下，动物哪怕不具备人类意志，也有可能享有权利能力。在我看来，现代社会大多数社会成员均能接受，动物的确具备独立的利益（例如避免被虐待），当人们被要求善待动物时，人们所关注的是动物本身的利益，并非一定以人类自身的利益为最终目标。同时，动物能够享有许可权和获得权，例如为野生的动物划定保护区，使其免受人类的惊扰（许可权），或赋予动物被喂养或照顾的权利（获得权）。这些均没有概念上的障碍。

人工智能很难享有权利能力，理由自然不在于其缺乏意志。作为人类的创造物，人工智能被发明出来的唯一目的在于促进人类的福利，这一点使之与动物形成了明显的差异。即便能够证明，法律对人工智能的特定对待方式，能够更好地促进人类的福利或者有利于实现其他重要的价值目标，也难以证明，人工智能自身有什么值得法律保护的利益。在这种情况下，只需按照这种方式对待人工智能即可，不必赋予人工智能与主体资格。缺乏自身独立的利益，这在概念上排除了人工智享有权利能力的可能性。

其二，行为能力。

行为能力与义务能力均要求其承担者具备意志。传统法学通常认为幼童或严重精神病人或者不具备意志，或者他们的意志表达时常导致严重的错误，因此拒绝赋予他们行为能力。动物的情况与之类似，因此它们即便享有权利能力，也无法享有行为能力。同样类似的是，幼童或严重精神病人因为无法进行意志表达，导致他们有时无法落实自己的许可权或获得权，或在其他法律活动中所有不便。对此，法律通常会采取拟制的方法，强行认定某个实体具备意志，将其特定表现视为意志的表达；或是采取代理的方法，将具备意志表达能力的人的某些意志表达，强行视为这类主体的意志表达，[46]从而使得这类主体获得名义上的权能，只是这些权利的行使较为特殊而已。这种拟制-代理的方法，对动物也是可行的。

人工智能能够享有权能吗？一个比较直截了当的看法是，生物人是目前已知的唯一具有意志的主体，动物的心理状态最多与生物人的意志有少许类似之处，姑且不被认为具备意志，遑论人工智能。如果不是这样，生物人与其他实体间最根本、最重要的界限也就消失了。[47]但是，如果我们注意到，行为能力所要求的意志是对某个法律状态发生的意愿，人工智能的是否可能具备行为能力的问题，便并非如此简单。或许可以认为，人工智能能

[46] 格雷：《法律的性质与渊源》2012 年版，马驰译，中国政法大学出版社第 25 页。
[47] 康德：《道德形而上学原理》，苗力田译，上海译文出版社 2005 年版，第 69 页及以下。

够产生（当然不是在生物人意愿的意义上）、模仿并表达这种意愿。例如，假设某个生物人准备购买一辆汽车，他可以聘请一台足够智能化的机器，由其作为代理人，帮助其选择最适合自己的汽车。由此可以认为，如果一旦不死守只有生物人才能具备意志，人工智能享有行为能力，从而有资格作为代理人甚至作为某种权威，在概念上是能够想象的。[48]这里的核心理由是，权能的行使主要在于意志的表达，而非受意志支配的行为的实施。由此，人工智能是否能够具备行为能力，应当是一个值得继续讨论的问题。

其三，义务能力。

义务能力同样要求意志，这里的意志重点在于是选择或控制实施特定行为的能力。很容易确定的是，无论是动物还是人工智能，均不具备此种能力。很难主张动物或人工智能具备有意图行动的能力，无论是故意还是过失。或许有人会说，既然人工智能能够在不同法律地位之间选择，它也就能够在是否实施不法行为之间进行选择。但是，义务能力的所要求的选择能力是所谓“自由意志”是以人的自主性为前提，对外界条件进行的回应，表现为受自由意志控制的人类行为。人工智能自然也能够对外界做出回应，在多个选项间进行选择，甚至在许多时候，它的选择比起生物人的选择更为优良。但是，人工智能的选择并是以自主性为前提的选择，而是一种算法的选择，它的选择完全基于因果律，只要给定条件，它必然会做出特定的选择。[49]在这个意义上，人工智能根本不是在选择，而只是“导致”。由此，如果人工智能导致了某个表面上违反法律义务的事实发生（例如自动驾驶汽车造成的交通事故），在缺乏自由意志的情况下，人工智能就不是在实施某种行为，此时倘若再认定人工智能是违法行为的实施者，在概念上是冒失的。

最后，我简单说明一下社团（corporation）作为法人而具备法律主体资格的问题。有批评者或许会指出，社团作为众人的集合，它既不具备独立的利益（相对于其组成人员），又不具备意志，却被认为具备法律主体资格，这难道不是已经说明，所谓利益或意志对主体的限制，统统是不必要的吗？在我看来，将社团与生物人、动物、人工智能加以对比，本身就犯了范畴错误，后者是实体，前者则仅仅是方便称呼众人集合的一种说法而言。因此，两者的主体资格不具有可比性。在讨论各类实体是否具备法律主体资格时，这些实体是否能够承担某类权利义务是研究的重点，一旦确认某类实体（如动物），它将承担相关的权利义务。而对于社团来说，它的主体资格乃至由之导致的权利义务最终将由组成法人的生物人来承担，社团本身说到底并没有什么权利义务。因此，将社团视为主体，很大程度上源于表达和思维经济性的考虑，并不是真的让这个虚幻的说法承担什么权利义务。[50]当然，社团在现代法律制度中时常作为法律主体这一事实足以表明，基于经济性的考虑，有时也足以将主体概念扩展至某些对象上。针对某些新兴主体，如果有人说将这些对象（例如人工智能）视为法律主体可以让我们的法律表达和思维变得更为简单和便利，以此作为这些对象被法律当作法律主体的理由，我当然不会有什么反对意见。只是依照此种方法，权利义务的最终承担者，恐怕依然还是生物人。

---

[48] 与之类似的是，在罗马法中，不具备权利能力的奴隶有时能够代理行使主人的权利。参见周枏：《罗马法原论》，商务印书馆 1994 年，第 524 页。

[49] 冯洁：《人工智能法律主体地位的法理反思》，载《东方法学》2019 年第 4 期，第 53 页。

[50] ［奥］凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科出版社 1996 年版，第 109 页及以下。

从利益到认同——当代中国权利话语的政治辩证逻辑

邹 益 民[1]

【摘　要】改革开放以来，我国的权利话语从方法和实质两个层面否定阶级斗争政治，同时追求以法律为技术手段的利益政治。这种权利话语的去政治化与政治化在产生巨大成就的同时，也诱发整个社会的总体性危机。要对权利话语的政治化进行再政治化，即引入以价值为基础的认同政治，在对权利进行重新论争的过程中产生新价值并以此为基础形成新的政治认同，对整个社会进行政治整合，以克服我们整个社会的危机。

【关键词】权利话语；阶级斗争政治；利益政治；认同政治；价值

一、问题的提出

在我们这个时代，权利话语盛行。人们在各种场合以财产权、隐私权、名誉权、乃至笼统的人权等权利口号表达自己的需要、主张、意见等，权利备受重视与推崇。但我们的时代中也充满了各种悖论与矛盾：我们虽然生产了巨大的物质财富，但贫富差距不是缩小而是扩大了；虽然实现了政治上大体的稳定和社会领域的大体和平，但我们的安全感似乎没有增加而是“乱”的感觉加重了；虽然建立了大规模的法律体系，但不公正感似乎增强了；虽然发展了高精尖的科学技术，但科学给我们产生的风险感呈几何级增加了；虽然创造了盛大的文化繁荣景象，但人们文化意义的虚无感乃至绝望感似乎加强了；虽然大力倡导、大力宣传各种道德，但社会风气并没多少好转而是似乎更恶劣了。

这些矛盾与悖论的发生原因当然是多方面的，但与我们时代盛行的权利话语有什么关系呢？本文在福柯意义上界定话语，既把话语看作一种知识体系，又把话语看作在相关知识影响下的操作实践。[2]因此本文考察权利话语，一方面进行知识意义上的理论分析，另一方面进行实践意义上的社会历史分析，并把二者相互对照。本文并不意在考察所有时空中的权利话语，而是聚焦于我国改革开放以来所形成的权利话语。鉴于以张文显教授等为代表的“权利本位论”学说的巨大影响，本文主要围绕这一学说进行探讨，其他论者的言说在相关时提到。

对我国的权利话语，学界已进行了诸多反思，但是几乎没有人从政治角度进行考察。本文拟引入政治这一维度，从权利话语的政治辩证逻辑，亦即去政治化与再政治化的辩证

---

[1] 邹益民（1983——），男，河南信阳人，法学博士，河南大学民商法研究所、法学院副教授，研究方向为法律与政治哲学。

本文是国家社会科学基金项目《我国法治建设中多元价值冲突解决机制研究》（批准号 14CFX003）、河南省哲学社会科学规划项目《法治思维中的公民权利质量保障研究》（批准号 2017BFX006）的阶段性成果。感谢张文显教授、姚建宗教授、张延祥、任瑞兴、王勇、孙国东、刘鹏、周国兴、郭绍敏、汤沛丰、陈庆、吴义龙、吴峰的修改意见，当然文责自负。

[2] 参见[法]米歇尔·福柯：《知识考古学》，谢强等译，生活·读书·新知三联书店 2003 年版，第 53 页。

过程这一角度进行反思，对我国社会中的矛盾与悖论提出解释与解决方案。

具体而言，首先借助于汪晖“去政治化的政治”这一命题，分析以张文显等为代表的“权利本位论”在否弃阶级斗争政治的同时，形成了依据技术的利益政治，此即权利话语的去政治化；其次，本文对依据技术的利益政治进行分析，对我国社会的悖论与矛盾进行解释，进而指出对于权利话语在当代所面临的危机，要引入基于价值的认同（identity）政治对权利话语进行再政治化；最后，从生成新价值与社会主义政治这一角度再来探讨权利，从而形成新权利话语、新政治认同，以促进我国权利论说和社会的发展。

二、权利话语的去政治化

汪晖在反思我国自上世纪 60 年代以来的政治状况时，以“去政治化的政治”[3]做了概括。他指出：“（1）政治是一个主观的、能动的领域，而不是客观的创造，或者说是一个在主观能动作用下形成的主客观统一的领域……（2）政治活动是能动的主体领导的行为，从而政治与领导权问题密切相关……（3）任何政治主体都必须在一种政治主体间的关系（无论是敌友关系，还是对话关系）之中才能维持，取消关系构成对政治的否定。”[4]从而，所谓“‘去政治化’就是指如下现象：对构成政治活动的前提和基础的主体之自由和能动性的否定，对特定历史条件下政治主体的价值、组织结构和领导权的解构，对构成特定政治的博弈关系的全面取消或将这种博弈关系置于一种非政治的虚假关系之中。从根本上说，‘去政治化’是政治的一种特定形式，它没有也不可能取消政治关系，而是用一种非政治化的方式表述和建构特定支配的方式。因此，我把这一政治形式描述为‘去政治化的政治’。”[5]

本文基本上赞同汪晖的“去政治化的政治”这一时代诊断，并把权利话语的去政治化置于这一诊断之下。但是，本文与汪晖的论述稍有不同，或者说稍有修正或进一步展开。这样做的必要性有两点：首先，汪晖把我们时代的去政治化追溯到 60 年代的文革过程中，但本文所论及的权利话语及其去政治化发生于上世纪 80 年代末，这种去政治化虽然是汪晖所揭示的我们这个时代去政治化的一部分，但又有自己的逻辑与特点，而汪晖对此并没揭示出来。其次，汪晖的“去政治化的政治”虽然能够贴切地描述我国社会的悖论状况，但也存在模糊之处。在这一论述中，我们能清楚知道“所要去”的政治是什么，即汪晖对政治的界定；对“去政治化之后”的政治，他说“是政治的一种特定形式”，又说“是用一种非政治化的方式表述和建构特定支配的方式”，但到底是什么政治，我们并不清楚。这种含混性表明有必要对政治作进一步界定。但是“政治哲学并不提供对政治是什么这一问题的唯一答案，”[6]也“不存在关于政治或政治学这门学科应当包含或教导什么本身的‘公认的’定义。”[7]之

---

[3] 参见汪晖：《去政治化的政治：短 20 世纪的终结与 90 年代》，生活·读书·新知三联书店 2008 年版，第 1—57 页。
[4] 汪晖：《去政治化的政治：短 20 世纪的终结与 90 年代》，生活·读书·新知三联书店 2008 年版，第 37—39 页。
[5] 同上，第 39—40 页。
[6] Adam Swift, Political Philosophy and Politics, in Adrian Leftwich(eds.), *What is Politics: The Activity and its Study*, Polity Press, 2004, p.135.
[7] Adrian Leftwich, Thinking Politically: On the Politics of Politics, in Adrian Leftwich(eds.), *What is Politics: The Activity and its Study*, Polity Press, 2004, p.20.

所以这样，是因为政治和特定的时空背景相关，即由于政治的处境性以及由此而产生的政治世界与现象的多样性与复杂性。

本文结合汪晖的论述和以权利本位为核心的法学话语，把我国政治的“去政治化”界定为对阶级斗争政治的否弃，“去政治化的政治”界定为依据技术的利益政治，这两种政治是同时形成的，也是权利话语所包含的去政治化的政治的两方面。

（一）权利话语对阶级斗争政治的否弃

权利话语的产生背景是我国改革开放以来，阶级斗争意识形态给法学以及法制/法治实践带来的困境，即我国否定“以阶级斗争为纲”，向加强包括社会主义法制在内的现代化建设的政治路线转变,“给法学界提出了一个‘二律背反’的问题：如果说法是阶级斗争的工具，那么，在阶级矛盾不再是我国社会的主要矛盾、阶级斗争不再是中心任务的历史条件下，我们却要大力加强法制建设，要依法治国，岂不自相矛盾？”[8]突破这一困境的方式即是否弃阶级斗争，肯定权利及其本体地位。

这表明权利话语没有直接针对阶级斗争进行讨论，而是通过清理这种政治对法学的影响对其进行否弃的。这样做的重要原因是权利话语意图突破阶级斗争所造成的泛政治化，确立起法学学科的所谓自主性的形象。这种策略在当时整个社会去政治化的氛围中，取得了很大成功。权利话语对阶级斗争政治的否弃，从逻辑上大致可归纳为两步：即首先从方法论层面，然后从实质内容层面进行否弃。

1.从方法论层面对阶级话语的限制

权利话语从方法论层面对阶级斗争话语的否弃是由郑成良进行的。这里的方法论指的是分析哲学中的日常语言分析方法。可以把他的分析归结为三步。第一步，他从借助于“右侧通行这一规则具有阶级性”等例子，运用日常语言分析方法，分析把法律阶级性运用于一切领域的荒谬性，进而否定了“一切法律规则都具有阶级性”这一命题。第二步，通过语词分析这一方法界定阶级性的意义, 然后把法律区分为规则、原则和制度即体系三个层次，从而认为“法律的阶级性主要就存在于法律制度的总体倾向之中，其次才表现于具体的原则和规则之上，”[9]在原则和规则层面不具有普遍性。第三步，他分析了超越法律阶级性这一术语的范围限制,而把它误用和滥用到法律本体论等领域给法学带来的危害。郑成良的分析大大限制了阶级斗争话语的适用范围，大大削弱了阶级斗争话语在法学中的说服力、影响力和支配力，为权利话语从实质内容层面取代阶级斗争话语扫清了障碍，奠定了基础。

2.从实质内容层面对阶级斗争话语的否弃

权利话语对阶级斗争话语的否弃和取代主要是由权利本位论最重要代表张文显进行的。为了便于讨论，可把张文显提出权利本位论的过程分为初期阶段和成熟阶段。

在初期阶段，他即指出了用权利本位取代阶级斗争话语的必要性。这时，他概括出当时主流法学理论的三个特征[10]：“阶级斗争论”，“规则模式论”和“义务本位论”。这三个特征

[8] 张文显：《法学的理论与方法》，法律出版社 2011 年版，第 265 页。
[9] 郑成良：《法律的阶级性》，载《天津社会科学》1995 年第 4 期，第 53 页。
[10] 参见张文显：《改革和发展呼唤着法学更新》，载《现代法学》1988 年第 5 期，第 3—4 页。

相互关联：阶级斗争论把法当作体现统治阶级意志的规则，而这种规则又以对被统治阶级规定的义务为内容，从而导致强调法的暴力性与制裁，忽视人的能动作用等缺陷。为了克服这些弊端，张文显提出应以权利和义务为中心范畴重构法学理论，而在权利和义务的关系中，应以权利为本位。

值得注意的是，这里并没有完全抛弃阶级话语，而是对其进行了部分保留，可称之为阶级话语的残留或剩余。这突出体现在对法的本质、法的作用、以及对作为法的基石范畴的权利的界定上。张文显虽然批判既往法学理论的"阶级斗争论"，但依然承认阶级性是法的本质特性之一，只不过他把这种阶级性作了延伸，即延伸到决定阶级性的社会生产方式制约性："法的阶级性和社会物质生活条件制约性都属于法的本质范畴，而且是内在地、有机地联系着的，"[11]从而打通了学界把法的阶级性和社会性这二者一直对立、分裂的争论。这种打通在保留法阶级性的同时，强调法阶级性受社会物质生产方式制约。同样，法的作用虽然体现了统治阶级的意志对社会生活的作用，但这种作用还是由社会物质生产方式决定的。因而法的本质和作用虽然有阶级性，但阶级性是被决定的，从而阶级话语在法学中由以前的支配和决定地位，转变成更新后的被支配和被决定地位，实现了阶级话语在法学中作用的倒转，从根本上限制了传统阶级话语在法学中的效力范围，使阶级话语"无害化"，大大解放了人们的思想。

这时张文显虽然提出了权利本位论的核心和基本主张，但对阶级话语作了重大妥协，这主要体现在他对权利的界定上："权利是国家通过法加以规定并体现在法关系中的、人们在统治阶级的根本利益或社会普遍利益范围内作出选择，获得利益的一种能动手段。"[12]显然这种妥协是矛盾的，因为他又主张："社会成员皆为权利主体，没有人因为性别、种族、肤色、语言、信仰等差异而被剥夺权利主体的资格，或在基本权利的分配上被歧视。"[13]这意味着权利应为平等主体所享有，从而与法的阶级性不一致。

在权利本位论的成熟阶段，张文显对阶级斗争学说可以说进行了总清算。之所以说总清算，是因为张文显不仅意识到了阶级斗争学说的霸权与支配地位，而且作了一个概括，即"阶级斗争范式"，并主张用另一个具有霸权与支配地位的论说，即"权利本位范式"取而代之。这时，他明确指出法学阶级斗争范式所具有的泛政治化这一特征[14]。这表明了成熟时期权利本位论所具有的高度理论自觉和自信，即要打破阶级斗争范式的泛政治化，及这种泛政治化使法学和法律所处的从属地位，使法学和法律具有自己的根基，并具有自主性、自治性和独立性。通过实现这种范式转换，中国法理学及法学终于摆脱了阶级斗争话语的支配性影响，确立了独立的学科地位，并使法律也逐步独立起来、成为自主的系统。

以"权利本位论"为核心的权利话语使包括法理学在内的中国法学在我国社会的知识领域中获得独立的话语权。这使得占有、传播与运用法学知识的群体，即以法官、检察官、

---

[11] 张文显、马新福：《马克思主义法律观的几个问题》，载《吉林大学社会科学学报》1992 年第 4 期，第 4 页。
[12] 张文显：《关于权利和义务的思考》，载《当代法学》1988 年第 3 期，第 15 页。
[13] 张文显：《"权利本位"之语义和意义分析》，载《中国法学》1990 年第 4 期，第 25 页。
[14] 参见张文显：《法学的理论与方法》，法律出版社 2011 年版，第 263 页。

律师、法学知识分子等为成员的法律人阶层逐步得以形成，表现即是中国法学界自觉地通过对“法律共同体宣言”的宣告[15]，建构法律职业共同体。这种法律人对自我身份的自觉建构，是中国转型中社会阶层分化与形成整个过程的一部分。法律人阶层形成后，又进一步主张并逐步确立他们及法律在我国社会生活领域中的自足性和自主性。这种发展的突出体现即是我国法治理论的提出及在实践中的运用。法治理论要求确立起法律在我国社会生活中的至上地位，将所有社会生活领域和社会秩序纳入法律轨道。

从规范意义上讲，我国社会的这一进程即是实现权利的过程，即从应然权利到法定权利到实然权利的运动过程。在此过程中，权利泛化，变成无所不在的话语，乃至可以说确立起权利的神话，“处于权利神话核心的是这一法律样式，即一种主要根据规则以及内在于规则之中的权利义务理解和认知人的互动的社会视角。”[16]从功能意义上讲，我国社会的这种过程是以法律为手段的社会分工越来越细化、专业化和复杂化的过程，社会效率也日益提高的一个过程。在此过程中，法律则经历了逐步从“文革”时期的虚无状态，到改革开放初期的恢复并逐步建立，成为经济、政治、文化等各项社会政策、路线、方针等的工具，到逐步取得自主性，进而引导、指导整个社会变革的过程，整个社会生活与社会秩序逐步法律化。从法律与政治的关系角度看，法律从对政治的附属中独立出来，建立了自己的体系，并进而约束政治，即“要加强对权力运行的制约和监督，把权力关进制度的笼子里。”[17]这是一个法律去政治化的过程，法律摆脱过去的阶级斗争话语，以服务于我国以市场经济建设为中心的改革开放；而法律以权利义务为核心、以权利为本位，因而也是权利去政治化并以此引领社会变迁的过程。但这是否就意味着，权利话语、权利、以及法律和政治再也没有关系？摆脱了政治的影响乃至支配？本文对此的回答是否定的，并认为这种去政治化本身就是一种政治，套用汪晖的话来说，是“去政治化的政治”，权利话语在否弃阶级斗争政治的过程中同时形成了另一种政治，即依据技术的利益政治。

（二）权利话语对依据技术的利益政治的肯定

权利本位论在形成之初，就有鲜明的政治意识、政治主张，与政治处于紧密联系之中。论者们从政治体制改革、发展民主政治和法制变革、法学发展相互关系角度，为权利本位论证：“与商品经济和民主政治相适应的法律制度是以权利为起点、为本位的。在以发展社会主义商品经济为主题的经济体制改革和以发展社会主义民主政治为主题的政治体制改革的推动下，我国的法律制度正在朝着权利本位的方向发生着结构性变革。在这种历史条件下，我们的法学应当成为权利之学。”[18]

权利本位论在定型过程中，阐明了自己的政治态度。张文显指出：“政治问题特别是政治与法治、政党与法治、政策与法律的关系问题，是法学的基本问题。世界上任何一个国家的法学都关涉政治。但是，在阶级斗争范式之下，法学不把政治作为一个法理问题来研

[15] 参见强世功：《法律共同体宣言》，载《中外法学》2001 年第 3 期，第 328—339 页。
[16] Stuart A. Scheingold, *The Politics of Rights: Lawyers, Public Policy, and Political Change*, 2nd, The University of Michigan Press, 2004, p.13.
[17] 习近平：《习近平谈治国理政》，外文出版社有限责任公司 2014 年版，第 388 页。
[18] 张文显：《改革和发展呼唤着法学更新》，载《现代法学》1988 年第 5 期，第 6 页。

究，而是把法理问题作为政治问题来研究；不是用审视、反思、批判的态度研究政治（对正确的政治做出法学论证，对不甚正确的政治做出实事求是的评析，对错误的政治大胆提出异议和否定），而是把法学的任务简单等同于政治路线、政策、政令的解说、宣传与辩护，致使法学成为政治的‘婢女’。”[19]从此可以反面看出，权利话语在反对阶级斗争话语的泛政治化的同时有自己的政治关怀，而非与政治无关。权利本位论要以法学自己的方式对待政治，其实是要求以独立的态度，即审视、反思批判的态度研究政治，把政治作为法理问题来研究。

在权利本位论提出并基本上被学界接受后，明确从实现和保护权利出发，来对政治提出要求。这种要求体现在于论者们基本上用法治取代了法制，并进一步要求我国的治国方略实现从人治到法治的转变，运用法律对政治进行调整、限制、引导，即把政治纳入法律的轨道。张文显甚至还专门提出政治法这一概念，要求建立专门调整政治活动的法律体系。[20]尽管政治法这一概念在学界并没有被普遍接受，但这一概念下的一些主张，如建立规范国家权力运行的组织法等政治立法，在我国的法制/法治建设实践中得到了实现。那么，权利本位论的政治关怀是什么呢？它追求何种政治呢？答案即权利政治，也是本文所论依据技术的利益政治。在此，人类丰富繁多的政治活动化约成利益政治，而利益政治的最重要最主要手段是作为技术的法律。

首先，张文显是从权利与权力的关系出发界定政治：“从政治关系的主体看：……所有能依据自己的意志和利益要求行使政治权力或影响、制约政治权力的运行，从而参加到政治关系中来的人都能成为政治关系的主体……从政治关系的客体看：政治关系的客体是指政治关系所指向的对象即政治权力的运行，它包括政治权力的行使和制约、影响政治权力行使两部分……从政治关系的内容看：政治关系的核心内容是政治主体的权利和义务。”[21]而关于权力与权利的关系，他主张：“在权利本位论范式下，权力来源于权利，权力服务于权利，权力应以权利为界限，权力必须由权利制约。”[22]我国政治发展的目标是改变过去的专制和人治，建立社会主义的民主政治和法治，而民主政治在于落实一切权力属于人民的原则，是为了实现和保障公民的权利，在此过程中，必须要由法律引导和调整，因而民主政治也是法治政治。所以，张文显虽然没有明确提出权利政治这一概念，但他所提倡的或认为应当实现的政治是以权利为核心、为宗旨，或者说权利本位论呼唤着、预示着权利政治在中国的提出和发展。

权利政治概念在我国的出现大致有两个背景：我国学界一方面接受本土权利本位论后，以权利为核心引申出一种政治形态；另一方面在接受西方学界关于权利的言说后，把在西方受到批判的“权利政治”在中国语境下进行肯定。[23]权利政治论主要提出者范进学把权利

[19] 张文显：《法学的理论与方法》，法律出版社 2011 年版，第 263 页。
[20] 参见张文显：《建立社会主义民主政治的法律体系》，载《法学研究》1994 年第 5 期，第 3—9 页。
[21] 张文显主编：《政治与法治》，吉林大学出版社 1994 年版，第 276—277 页。
[22] 张文显：《权利与人权》，法律出版社 2011 年版，第 85 页。
[23] 参见黄文艺：《权利政治的语义分析》，载《云南大学学报（社会科学版）》2011 年第 3 期，第 78—84 页。

政治归为“近现代政治的本质。”[24]他同样认为近现代政治是民主政治与法治政治。关于民主政治与权力、权利的关系，他认为：“权力的最后目的是围绕多数人的权利来运转的，权力也不再是某个人的私有物，权力是多数人的权力，是人民的权力，国家政府权力来源于人民之权，政治权力的目的由此发生了倒置：权利为目的，权力为手段；权利决定权力，权力则服从权利。从中所折射出来的政治理念是权利的本位观。”[25]关于法治与权力、权利的关系，他认为：“法治是借助于对权力的限定而对权利实施制度上的保障，换句话说，只有把权力束缚住了，权利的实现才有可能。”[26]所以，中国学界所论及的权利政治以权利本位论为基础的，是权利本位论本身所具有的政治性的体现。

其次，对于权利政治的理解，我们还是要回到关键即权利本身。张文显后来把权利界定为：“权利是规定或隐含在法律规范中，实现于法律关系中的，主体以相对自由的作为或不作为的方式获得利益的一种手段。”[27]这种界定和他上述初期的定义相比，更精细，但保留了把权利归结为利益这一核心意涵。当然，本文并非如皮文睿所认为的那样，认为中国的权利论者把权利当作利益。[28]张文显认为：“国家在制定法律或适用法律，宣布各种权利时，已经按照人民的共同意志或公认的价值判准对个人、集体、社会的利益作了权衡。个人权利与集体权利和社会权利，都内在地体现了个人利益、集体利益、国家利益乃至人类根本利益的统一，都是对正当利益的确认。利益有正当与不正当、合法与不合法之分，权利则没有这种区分。”[29]所以，权利与利益尽管不一样，但权利体现了主体间一种统一的利益关系，是各主体正当利益的实现手段。这种看法更多地是受中国传统义利观影响，与西方的权利理论既有同也有异，[30]限于本文论旨，在此不多论。权利是经由法律所保障的正当利益，通过权利来实现人们的利益，是权利话语出场的重要原因和核心主旨。在此意义上，可以把权利政治归为利益政治。尽管范进学对权利的理解和张文显有所不同：“可以把权利界定为‘正当的事物’或‘正当的东西’，即权利就是正当的事物。”[31]但他认为政治现象或政治活动尽管多种多样，但其终究可归结为权利和利益，不管利益的状态如何。所以他所主张的权利政治依然可归结为利益政治。这与布坎南等人的主张：“现代政治并非‘原则政治’。我们观察到的是‘利益政治’”[32]是一致的，也表明权利话语所追求政治具有的现代性。

权利本位论者所主张的权利包括法定的和非法定的，但正如张文显的定义所显示的，主要把权利看作是内在于法律规范而实现于法律关系中的，或者说认为法律是实现权利最重要最主要的手段；那些非法定的权利如果要获得实质意义，一般说来，也要经过法律化

---

[24] 范进学：《权利政治论》，山东人民出版社 2003 年版，第 26 页。
[25] 同上，第 34 页。
[26] 同上，第 35 页。
[27] 张文显：《权利与人权》，法律出版社 2011 年版，第 29 页。
[28] See Randall P. Peerenboom, Rights, Interests, and the Interest in Rights, in China, *Stanford Jouranl of International Law* 31(1995), pp.365-376.
[29] 张文显：《权利与人权》，法律出版社 2011 年版，第 161—162 页。
[30] See Randall P. Peerenboom, Rights, Interests, and the Interest in Rights, in China, *Stanford Jouranl of International Law* 31(1995), pp.365-367; Stephen C. Angle, *Human Rights and Chinese Thought,* Cambridge University Press, pp.208-239.
[31] 范进学：《权利政治论》，山东人民出版社 2003 年版，第 21 页。
[32] [美]詹姆斯·M·布坎南等：《原则政治，而非利益政治》，张定淮等译，社会科学文献出版社 2008 年版，前言第 1 页。

成为法定的。所以权利政治所追求的利益政治，同样和法律密切相关。这种相关性在于法律是人们在国家层面上对利益及对应的负担进行权威性公正性分配、保护的手段，也是人们在社会层面追求和满足自己利益的手段。由于法律具有普遍性等特征，法律也成为“各政治利益主体实现各自利益的最重要的路径。”[33]因此，就利益而言，法律和权利都是手段，法律的作用在于把普遍认可的正当的利益上升为权利，用法律的手段来使它实现。尽管耶林的“为权利而斗争”论说对我国学界颇有影响，但经此处分析，可发现在我国语境下为权利而斗争主要意指为利益而斗争。在此，如果采用韦伯的技术概念，即“在行动被一个行动者排他性地当作实现某或多或少明确界定的目的的手段的任何时候，该行动都被理解成一项技术。”[34]那么，法律也可以被看作实现权利进而实现利益的技术。因而，最终可把权利话语对政治的追求归结为依据法律这一技术手段实现利益的政治，简言之，依据技术的利益政治。权利本位论在否弃阶级斗争政治的过程中追求依据技术的利益政治，这使得“‘权利本位论’等观点只是一场有限的‘解放运动’，因为它只试图从中国传统法律‘义务本位观’的束缚和‘阶级斗争范式’的宰制中谋求解放，而不意图（当然也不可能）对设定这场‘解放’运动之政治性的或意识形态性的‘边界’做任何前提性的追问或质疑。”[35]所以，有必要对权利话语追求的依据技术的利益政治进行进一步反思。那么，如何进行这种反思呢？

三、权利话语的再政治化

（一）权利话语再政治化的原因：权利话语的危机

依据技术的利益政治的特点在于从利益角度去观察人们之间的关系：“人类社会是一个利益互动的社会……‘人们奋斗所争取的一切，都同他们的利益有关。’利益使人类社会既保持着一致，又处处充满着冲突。”[36]这样，利益在权利话语那里具有根本的重要性，或者套用权利本位论的话说，具有本体的地位。权利话语对权利的颂扬、推崇，乃至奉为神话，实际上是对利益的颂扬、推崇，乃至神化。

权利话语认识到了利益的多样性复杂性。利益从类别上看，有经济、政治、文化等利益；从主体上看，有多数人和少数人的利益，有个体、集体、国家、甚至人类世界等主体的利益；从内容上来看，有物质利益也有精神利益；从时效上看，有长远利益也有短期利益等。权利话语认为权利体现了这些复杂多样利益间的统一关系。这种对权利进行利益化理解，意味着权利自身规范性意义即正当或应当意义向功能性意义转化。这种转化意味着否弃人际关系中何为正当的的价值判准的争论：“对改革开放，一开始就有不同意见，这是正常的……不搞争论，”[37]集中关注于人们的各种利益要求和需要，是我国改革开放实践在法学领域的反应也反过来影响这种实践。这种转化意味着把个体、集体、国家等主体，从

[33] 范进学：《权利政治论》，山东人民出版社 2003 年版，第 38 页。
[34] Max Weber, *Economy and Society: Vol. I*, Guenther Roth and Claus Wittch(ed.), University of California Press, 1978, p.65.
[35] 邓正来：《中国法学向何处去》（第二版），商务印书馆 2011 年版，第 73 页。
[36] 张文显：《法治与法治国家》，法律出版社 2011 年版，第 25 页。
[37] 邓小平：《邓小平文选》（第三卷），人民出版社 1993 年版，第 374 页。

僵化的旧意识形态教条中解放出来，把人们的欲望、利益要求的满足当作目的，当作正当的东西本身加以追求。这调动了人们的积极性和主动性，释放出巨大的潜能，和我国各领域的改革措施一起推动我国整个社会发生巨大变化。在政治领域，国家以经济建设为中心，服务于经济建设，保持了大体上的政治秩序与稳定；在经济领域，生产力得到极大发展，人们的物质财富迅速增长；在社会领域，各种团体、协会、俱乐部等组织产生，社会活动丰富多彩，社会焕发出空前的活力；在文化领域，以满足人们的愉悦要求为核心，各种以娱乐为追求的文化发展工业化、产业化。这些现象从规范角度看，是人们的权利在各个领域的实现；从功能角度看，是人们的各种利益得到了满足。这是权利话语在我国社会转型中发挥的重大积极作用与效应，也是权利话语在我国盛行的社会原因和体现。这是我国权利话语实践的积极方面。

在个体、集体、国家等这些不同主体间的权利和利益关系中，何者具有优先性，是个关键问题。张文显主张："商品经济和民主政治是以承认和充分尊重个体的身份独立、人格独立、意志独立和利益独立为前提的，并且承认个体权利是其他权利存在的目的和基础。商品经济和民主政治发展的终极目的是使一个个具体的个体（人）而不是抽象的集体、社会和国家获得更多的自由和幸福。这是权利的根本价值所在。所以我们的法学不仅应当是以权利为本位的权利之学，而且应当是以个体权利为权利体系基础的权利之学。"[38]这种主张针对的是当时主流所谓极端的"集体主义"、"社会主义"和"国家主义"。从这里可以得出结论说，权利话语是以个体及其权利、利益为优先的，似乎会导向个人主义。但是张文显又否定了这一点："重视和强调个体权利会导致个人主义的担心，则是多余的。法律赋予公民权利不只是为了满足个人的利益，也是为了保障和促进公共利益。事实证明，允许并鼓励个体充分行使权利法律权利，正是保障和促进公共利益，实现立法目标的必要途径之一。"[39]这里又似乎主张个体之外的社会主体及其权利、利益的优先性，因为后者是前者的目的。可见张文显的主张是有矛盾的，至少是有紧张的，其根源在于没有阐明个体与集体、国家等间的关系。张文显也是承认这一点的："由于自己出身法学，跨入哲学领域是半路出家。所以，有些论题与哲学原理和哲学史的键联不是非常严谨。例如，权利本位与哲学上关于个人与社会、社会与国家关系的理论怎样衔接，使之浑然一体？还没有来得及探讨。"[40]张文显说这番话时已经是 21 世纪了，而且直到现在他也没有进一步论述个人与社会、国家间的关系。这意味着从根本上讲，个体与个体之外的家庭、集体、国家等社会主体间的关系及他们之间的权利和利益关系没有得到阐明，至少是充满矛盾与紧张的。即使否认这点，认为权利体现了主体之间统一的利益关系，也不意味着没有问题。

问题即在于从利益角度看待人际关系时，会有利益推动的行动所具有的自我中心性和合理的计算[41]这两个本质特征。自我中心性"即在于行动者支配性地关注任何人们意图的行

[38] 张文显：《改革和发展呼唤着法学更新》，载《现代法学》1988 年第 5 期，第 6 页。
[39] 张文显：《权利与人权》，法律出版社 2011 年版，第 162 页。
[40] 同上，第 131—132 页。
[41] See Jeremy Adelman(eds.), *The Essential Hirschman*, Princeton University Press, 2013, p.197.

动对他自己的后果”，[42]换言之，行动者主要把自我当作中心的主体，把外在世界当作满足自己利益的客体，从外在世界满足自己利益效果的角度处理同外在的关系，这也是哈贝马斯所论及的社会行动主体的独白视角，即“将自身和周围世界都客观化、以便将一切都置于控制之下的主体。”[43]这意味着一种内在的主张唯我独尊的自私自利的倾向，把主体自己的利益视作最高的，把主体之外的一切当作满足自己利益的手段与客体，从而失去了对主体间公共性的关注、对主体间普遍与共同利益的关注，从而引发主体间的分裂与对抗。当然，这里的自我中心并非仅指个体中心，也指家庭、集体、国家等个体之外主体的自我中心，从逻辑上讲它们都有可能成为唯私的以自我利益为中心的主体。合理的计算即在于系统性地对行动的成本和收益进行评估和测算，意图用最小的成本获得最大的收益，最大限度地满足欲望，避免痛苦，达到利益最大化，功利最大化。利益不管有多少种类，不管有多复杂，都是可以计算的，进而是可以交换的可以衡量的。这意味着把人们之间的情感、传统、风俗、价值、伦理等各种复杂的关系当作可量化的交换关系。

尽管权利论者强调不会导致个人主义，认为不同主体间的利益处于统一的关系中，但在实践中还是发生了与此相反的情形。据闫云翔考察，在我国改革开放中，国家从以前笼罩一切的全能状态中退出，把以前所占据的经济、文化等社会生活领域让渡给承包户、私营企业家等主体，并积极引导市场与社会秩序的形成。在此过程中，个体从家庭、集体等的束缚中走出来，在盛行消费主义的市场上满足自己的各种欲望，从而导致“社会的个体化”和“个体的崛起”。而国家留下的公共领域也商业化，不能够提供整合个体的公共精神与生活，所以所形成的个体是“无公德的个体”，“走出祖荫的个人似乎没有获得真正独立、自立、自主的个性。恰恰相反，摆脱了传统伦理束缚的个人往往表现出一种极端功利化的自我中心取向，在一味伸张个人权利的同时拒绝履行自己的义务，在依靠他人支持的情况下满足自己的物质欲望。”[44]“在传统文化、社会主义影响和全球资本主义互相竞争的特殊背景下，过度功利的个人主义在中国得以发展。”[45]这种自我中心的个人主义表现为自私、不合群、功利主义、毫不考虑别人的权利和利益，以前受到批判，现在人们奉为圭臬。因此，利益在理论上内涵的逻辑在实践中得到了实现，权利话语想避免但还是没有避免了，也就是说当代中国现实的发展突破了权利话语的理论限制。但反过来看，也不能完全否定权利话语的导引作用，权利的利益转化逻辑上内含了这种可能，尤其是在没阐明个体与集体等社会主体间关系的情况下。

当代中国过度功利的个人主义，体现了博兹曼所说的“经济个人主义”三原则：（1）人而非社会是核心；（2）社会和政府制度至多是满足个体需要的工具，否则是有害的；（3）个体而非社会或国家具有最高的价值，且所有个体具有平等的道德价值。[46]所以本文也把

---

[42] Jeremy Adelman(eds.), *The Essential Hirschman*, Princeton University Press, 2013, p.197.
[43] Jürgen Habermas: “Was bedeutet der Denkmalsturz?”, *Frankfurter Allgemeinen Zeitung* vom 17. April 2003.
[44] 阎云翔:《私人生活的变革》，龚小夏译，上海人民出版社 2016 年版，第 3 页。
[45] 阎云翔:《中国社会的个体化》，陆洋等译，上海译文出版社 2016 年版，第 205 页。
[46] See Barry Bozeman, *Public Values and Public Interest: Counterbalancing Economic Individualism*, Georgetown University Press, 2007, p.4.

我国生活中发生的个人主义称作“经济个人主义”。个体的理想人格是“工于计算的好人，”[47]人们之间形成一种唯私的以自我为中心的可算计的利益关系，社会变成人们之间争夺各种利益的战场。经济个人主义并非是说只有经济利益，或者把各种复杂的利益化约为经济利益，尽管这在当代中国社会也经常发生，而更强调的是在市场经济领域里盛行的利益关系思维方式或逻辑，即自我中心和合理的可计算性对其余社会生活领域的支配性影响。

经济个人主义反映在政治领域即体现为利益政治。市场经济在发展过程中分化出农民工、私营企业主等诸多阶层，这些阶层具有不同的利益主张和要求，从而产生利益的分化与多样化，进而产生各种利益的矛盾、乃至冲突。而且我国市场经济过程中由于权力的干预和影响，以及其固有的竞争逻辑等因素导致产生巨大的贫富差距，这表明并没有由“看不见的手”达到理想的利益均衡，而是产生了严重的市场失灵。市场经济领域产生的问题要求政治做出反应，即运用国家权力对利益矛盾、乃至冲突进行解决。同时由于我国的市场经济是经由国家对自身权力进行改革，逐步退出一些经济领域，对市场主体进行培育，对经济秩序进行引导逐步形成的。这些要求我国政治放弃以前阶级斗争所体现的意识形态之争，即价值之争，以利益为核心解决各种问题，政治变成利益政治，这也是上文所论我国政治的去政治化过程。

我国步入“利益分化的政治时代，”[48]对利益矛盾与冲突问题进行解决过程中遇到的重要现象是利益集团的影响问题。利益集团，是指“因兴趣或利益而联系在一起，并意识到这些共同利益的人的组合，”[49]是组织化的利益主体。我国的利益集团既产生于市场经济发展的利益分化过程中，也产生于国家运用权力对社会进行改革的过程中，是市场和权力双重机制作用于社会生活的产物。利益集团复杂多样，既有合法的，也有没有取得合法身份、甚至非法的；既有全国性的，也有区域性的；既有强势的，也有弱势的。不同利益集团表达自身利益要求和主张的方式、渠道不一样，对政治的影响也不一样，有的在表达自身利益的同时也照顾整体的公共利益并自觉地与后者保持一致，或有的本身就以社会整体利益为目标，有的则把自己小集团的私利凌驾于社会公共利益之上从而取代、冒充后者或者要求后者为自己服务。

特别值得注意的是当代中国的既得利益集团，它们具有群体的狭隘性、目光的短期性、政治态度的反动性等特点。[50]它们的危害尤甚：“其一，通过把持公共政策的制定和执行过程，既得利益集团将普通民众和弱势群体排斥在根据国家的政策和公共参与之外，使得人数庞大的、分散的普通民众只能依靠与既得利益集团建立某种庇护式关系，才能分得一定利益；其二，既得利益集团问题的积累严重损害了普通民众、弱势群体的权益，造成了社会矛盾。在社会政治生活中，处于强势地位的利益集团巧用国家政策，采用非法或‘灰色手法’来影响政府公共决策（行贿、建立官商利益圈、阻挠体制改革），侵害公众或相关群体的利益……其三，一些既得利益集团侵蚀国家权力的自主性，借助执政党的执政权威，将

[47] 阎云翔：《中国社会的个体化》，陆洋等译，上海译文出版社 2016 年版，第 212 页。
[48] 参见桑玉成：《利益分化的政治时代》，学林出版社 2002 年版序言，第 1 页。
[49] [美]阿尔蒙德等：《比较政治学》，曹沛霖等译，上海译文出版社 1987 年版，第 200 页。
[50] 参见刘彦昌：《聚焦中国既得利益集团》，中共中央党校出版社 2007 年版，第 61—66 页。

党从全民利益出发制定的改革发展政策向自身利益扭曲。”[51]因而既得利益集团从唯私的自我中心的视角出发追求自己的短期利益，置国家的普遍与长远利益不顾。它们“俘获”国家，破坏国家权力的正常运行过程，使国家权力运行偏离公共利益轨道为自己所用，破坏国家公信力与政治权威。而国家可以反过来成为利益集团的俘虏、代理人，“权力商品化，”[52]国家自主性削弱，政治决断力丧失，国家利益可以变成强势利益集团以公益之名伪装的私利，国家权威和合法性大为减损，从而造成对以国家认同为核心的政治认同的破坏。这种破坏又导致人们对国家政治不信任，政治离心力增强，政治不稳定、动乱、乃至分裂发生，我国发展过程中内地的群体性事件，以及边疆地区极端民族主义等引发的爆恐案件、动乱乃至暴乱即是体现。

政治领域产生的问题也反映在经济、法律、文化等其余领域中。既得利益集团在政治领域中利用自己的强势地位，扭曲国家政策与法律，为自己在经济领域获得更大的利益，或阻挠改革进行，加剧不平等，造成更严重的贫富分化与分裂。法律可以被既得利益集团利用，成为它们用来为自己谋利益的工具，同时支撑法律运作的国家权力可能丧失中立性，所以法律尽管具有合法律性（legality）但可能不具有合法性（legitimacy）。亦即法律表面上形式上虽然是立法机关通过法定程序按照法定权限制定的，但由于国家自主性中立性可能丧失，立法机关的代表性断裂、丧失，立法机关所立之法可能不代表社会的普遍利益与公共利益，执法司法机关在行使权力过程中也丧失中立性不偏不倚性，从而可能导致法律及作为其运作过程结果的判决、裁定等，不具有公正性，不被人们内心所认可，不具有可接受性。因而虽然我国进行大规模立法运动，初步建成了社会主义法律体系，但法律可能并不具有权威性，不具有至上性，并不被人们所信仰，法治依然停留在纸面上。国家自主性削弱导致的对国家认同的破坏，也是对基于好生活观念的国家伦理的破坏；国家可能变成强势既得利益集团的仆人、利益的竞技场，从而发生“国家伦理资源的亏空，”[53]无法在文化领域发挥对整个社会的价值引领作用，文化的公共性消失，整个社会的无意义感和虚无感在增强。这种虚无在个体层面轻则造成对公共生活与道德的麻木、冷漠，个体退入唯私的领域，重则造成忧郁、抑郁等精神疾病，乃至引发个体自杀的发生；对社会轻则造成犬儒主义，对崇高与美好的东西怀疑、不相信、嘲讽、解构，随波逐流，逃避崇高，用文化消费中欲望的即时满足即娱乐来代替意义，但带来更多的虚无和无意义，重则造成社会愤怒、怨恨、仇恨，形成对社会的报复心理，乃至形成对抗、分裂和颠覆国家的危险思想。

这些问题构成我国转型期的各种矛盾与悖论现象：经济虽然快速发展，物质财富极大增加，但贫富分化悬殊；政治上虽然保持大体稳定的局面，国家表面上强大，但可能外强中干，日益丧失自主性和政治统一性，丧失决断力；法律上虽然法条繁多，机构健全，但法律发挥不出法治所要求的社会生活进行调整、引导的功能，反而在此过程中逐步丧失自己的有效性；文化领域虽然异彩纷呈，但没有能力对包括市场经济中的不平等、政治领域的权威与认同降低、法律领域的有效性减损等在内的整个社会生活进行反思，反而沦为对

[51] 张亚泽：《利益秩序重构的政治逻辑》，中国社会科学出版社 2014 年版，第 82—83 页。
[52] 杨继绳：《中国当代社会阶层分析》，江西高校出版社 2011 年版，第 94 页。
[53] 刘小枫：《这一代人的爱和怕》，华夏出版社 2007 年版，第 289 页。

既有秩序的辩护，对既有问题进行粉饰和掩盖。这些问题交织在一起，相互影响，构成中国当前的整体性总体性危机。这表明虽然人们的利益获得了满足，但满足的状态是的失衡的。人们之间进行激烈地利益博弈，运用包括合法的与非法的、合道德的与非道德的、公开的与秘密的，甚至是暴力的等在内的各种手段谋求自己的各种利益。人们以自我为中心进行相互算计，力求达到自己利益最大的满足，甚至不惜损害他人利益。从而我国社会团结消失了，而处于一种冲突的断裂状态。[54]这可看作权利话语实践的消极方面。

当然，这种危机并非权利话语论者们的本意，因为他们的一个基本主张是每个人享有平等的权利，而权利体现了各主体间的统一利益关系。这种危机可以看作他们所“未意图到的结果”，他们未料到权利论说产生这种效果，或者说即使预料到了并且试图从理论上加以否定，但是实践上还是发生了。需要特别指出的是，本文把我国的经济、政治、法律、文化等问题放在一起讨论，并非要建立权利话语与我国社会危机的简单因果关系，认为权利话语就直接导致了各种问题的产生，把各种问题都归结为权利话语。这种看法可称之为文化决定论或观念决定论，在学理上太唯心，站不住脚，而且与危机发生的复杂原因现实情况不符。本文倡导一种观察中国问题的相互关联的系统性总体性视角，针对的是近现代乃至当代论者们从技术、制度、伦理、文化等观察我国问题的单一径路和以及狭隘的分裂性的专业化学科化视角。从总体性视角出发，我国社会的危机是系统性的总体性的，是各种因素相互作用的结果，各种因素互为因果导致问题产生。权利话语在其中发挥的作用是观念性的，也是间接的，体现为一种逻辑可能性，是诸多因素中的一种，需要和我国社会中的其余条件一起发挥作用才能诱发总体性危机。危机也并非完全是否定性的或贬义的，毋宁是中性的，按照字面去理解的话，它意味着我国社会在处于一种危险状态的同时包含着克服危险的机会，可以说是挑战与机遇并存。危机表明了权利的利益转化及其政治追求的局限性。那么如何反思并克服这种局限性呢？

（二）权利话语再政治化的途径：基于价值的认同政治

对利益政治的反思已经开始了，如桑玉成等针对我国社会的利益分化与冲突，提出采取建设社会福利等措施进行利益协调，以解决利益失衡和冲突等问题，从而实现政治稳定。[55]但这些研究仍旧固守利益计算的逻辑，使反思的有效性大为减弱。如果我们能够认为，人无论如何不同于动物仅仅追求对欲望的满足，而有反思力与想象力形成价值并由此抵抗以自我为中心进行合理计算的逻辑；并且如果能够认为，在全球化条件下，国家主权依然最重要并能够对整个社会生活进行调整，那么要解决我国社会的危机，依然要从政治入手，即对权利话语进行再政治化。这种再政治化意指，把价值重新引入政治领域，激活对权利的政治争论，恢复包括权利话语在内的文化生活对整个社会的想象力与批判力，形成基于价值的政治认同，恢复政治和法律的公共性与权威性，在政治统一与自主的基础上厉行法治，限制市场经济的负面效应，使市场经济再嵌入社会，从而对社会进行政治整合，解决我国社会的总体性危机。

---

[54] 参见孙立平：《断裂：20 世纪 90 年代以来的中国社会》，社会科学文献出版社 2003 年版，第 1—19 页。
[55] 参见桑玉成：《利益分化的政治时代》，学林出版社 2002 年版，第 106—223 页。

需要指出的是，张文显注意到了价值的重要性，这突出体现在三方面：（1）他提出涵盖诸种价值的综合法治论："'法治'是一个内含民主、自由、平等、人权、理性、文明、秩序、正义、效益与合法性等诸社会价值的综合观念；"[56]（2）他论述了法律在处理价值问题时的重要作用，即"法律力求社会价值的衡平与互动，"[57]并把这当作法治的重要机制之一；（3）把价值分析当作一种法学研究方法，包括价值认知和价值评价两方面。但是这些主张没考虑到各种价值内在的不协调与冲突，侧重概念和逻辑分析，无法解释其所设想的充满价值的法治及其协调机制为何很大程度上停留在纸上，也没有对我国当前社会中的价值展开具体的社会历史分析，具有很大局限性。这需要我们从另外的视角进行考察。

价值具有复杂的含义，本文把价值理解为"各种关于有吸引力的、具有形成动机作用的且被看作是对社会来说值得向往的善（Guten）的观念。"[58]引入价值意在克服依据技术的利益政治的局限：

首先，引入价值意味着对利益及其追求的可欲判准进行反思。权利的利益转化所包含的以自我为中心进行合理计算的市场逻辑在各领域的支配表明，人们在追求各种利益和欲望时失去了应有的或可欲的判准。我国当前的社会整体上处于一种无判准导致的无方向从而迷茫、混乱的状态和感觉中，从而迫切需要就利益和欲望的判准进行反思，这即是价值的引入。因为利益和欲望无法对自己提出反思，正如约阿斯所询问的："一种强调个体（或集体）功利计算最大化的理论如何既能说明与既定规则相一致的人的行为，也能说明那些规则及超越纯然规则的价值的起源？"[59]价值"源于自我形塑和自我超越的经验。"[60]价值是人们对善的追求，对美好生活的追求，也意味着人们在追求欲望和利益满足时有一种反思能力。这种能力是对欲望的反思，是欲望的欲望。人们不仅追求欲望的满足，而且还会考虑欲望的性质："我们的欲望划分成高级的和低级的，品德高尚的和不道德的，更令人满意的和不那么令人满意的，更高尚的和不那么高尚的，深刻的和肤浅的，高贵的和卑鄙的这些范畴。"[61]人们考虑欲望的性质，对所欲求的东西设定价值判准，判定并区分哪些值得追求、是可欲的，哪些不值得追求、是不可欲的，同时选择前者，并且往往在即使有些欲求的东西在根据条件能够实现的情况下却因不值得追求，而拒绝使这些欲求实现。利益的合理计算考虑到从量上考虑到了欲求的实现，但没有能力对欲望的质进行判定；并且这种功利计算还超越自己的范围，成为其余领域的行为判准，从而使得人们没有能力进行反思。所以，对于权利话语利益化转化的片面性，我们必须引入价值进行反思。

其次，引入价值意味着对权利话语进行再政治化，追求基于价值的认同政治。价值的引入使我们认识到，人们在追求利益和欲望时，是由作为利益和欲望的判准的价值观引导的。我国社会产生的利益分化、矛盾、纠纷和冲突等，背后实际是由价值观的变化所引发

---

[56] 张文显：《法治与法治国家》，法律出版社 2011 年版，第 5 页。
[57] 同上，第 27 页。
[58] Christian Krell &Tobias Mörschel, Werte und Politik: eine Verhältnisbestimmung, in Christian Krell &Tobias Mörschel(Hrsg.), *Werte und Politik*, Springer Verlag für Sozialwissenschaften, 2015, S.12.
[59] Hans Joas, *The Genesis of Values*, Trans. by Gregory Moore, University Of Chicago Press, 2000, p.14.
[60] Ibid, p.164.
[61] Charles Taylor, *Human Agency and Language: Philosophical Papers vol.1*, Cambridge University Press, 1985, p.16.

的，在一定程度上，可归结为价值的分化、矛盾、纠纷和冲突。利益与价值间的关系，大体同韦伯关于利益与理念关系的著名论断一致："直接支配人类行为的是物质上与精神上的利益，而不是理念。但是由'理念'所创造出来的'世界图像'，常如铁道上的转辙器，决定了轨道的方向，在这轨道上，利益的动力推动着人类的行为。"[62]亦即价值作为理念规定人们行为的方向，利益则提供此方向上的动力。从利益角度看待政治，会把政治看作是围绕利益的活动，即看作是纯粹围绕权力及其影响力、权力欲的活动，把复杂的政治现象化约为利益问题，没能也不能看到利益背后的价值之争问题；或者即使看到价值之争，但采取回避态度，认为可把价值之争转化为能够用技术手段解决的利益之争，从而不能为利益的分配、协调、衡量等活动，为权力及其影响力的获取、行使、分配等活动设定可欲的目的与判准。为了克服利益政治的局限，我们要引入基于价值的认同政治。

在进行具体的讨论前，这里先对认同（identity）、认同政治、政治认同，及其与利益、价值等的关系做一下梳理。认同这个词的中心主题"是一个人或一个群体的自我认识，它是自我意识的产物：我或我们有什么特别的素质而使得我不同于你，或我们不同于他们。"[63]因此，认同从个体角度看是要回答"我是谁？"，从群体的角度看是要回答"我们是谁？"的问题，[64]其关键是提供某种特别的东西，这种东西使得作为个体或群体的人与他者区分开，从而确认到底是谁。

认同发生在政治领域即形成认同政治和政治认同。霍布斯鲍姆指出："认同政治的出现是人类社会在这个世纪（即 20 世纪——本文作者注）的第三个 25 年内出现的极其迅速、深刻的变动和转型的结果。"[65]这种认同政治以同性恋运动，包括黑人、拉美裔等少数族群的边缘群体所发动的各种社会运动等为体现形式，反对当时西方社会处于主流的自由主义话语，抗议自己受到不公正对待。所以，肯尼认为："认同政治既非偶然事件也非历史上的反常现象，而是对自由主义文化霸权的回应。"[66]不同群体主张自己基于多样性和差异的要求得到承认，所以认同政治与差异、特殊性、多样性有关，难以界定，也不存在对认同政治的共识。但总结出其对自由主义所提的主要批判论辩还是可以的，即主要批判自由主义不够包容。这可归结为两方面："（1）自由主义建立在过分的个人主义的或抽象的自我基础之上，因而不能够适当地或完全地包容那些具有不同认同的人……（2）自由主义规则与权利预设了某一类型的人，因而对于社会中的某些人，特别对历史上受到贬低的认同的担纲者不是中立的……这一点也可以称之为结构性不正义的反对意见。"[67]

政治认同的要义在于在政治领域回答"我/我们是谁？"的问题。这一问题及其回答是政治的重要关怀，如甘布尔所言："认同是政治中的表达性维度，它提出的问题是'我们是谁？'在这个空间里，人们要在各种原则和价值间进行选择，确定自己是谁，接受或承认认同，

---

[62] [德]韦伯：《中国的宗教 宗教与世界》，康乐等译，广西师范大学出版社 2004 年版，第 477 页。
[63] [美]塞缪尔·亨廷顿：《我们是谁？美国国家特性面临的挑战》，程克雄译，新华出版社 2005 年版，第 20 页。
[64] 参见[加拿大]查尔斯·泰勒：《自我的根源：现代认同的形成》，韩震等译，译林出版社 2001 年版，第 37—40 页。
[65] [英] 艾瑞克·霍布斯鲍姆：《认同政治与左翼》，周红云译，载《马克思主义与现实》1999 年第 2 期，第 36 页。
[66] Michael Kenny, *The Politics of Identity*, Polity Press, P.142.
[67] Margaret Moore, Liberalism, Communitarianism, and the Politics of Identity, in Thomas Christiano & John Christman(ed.),*Contemporary Debates in Political Philosophy*, Blackwell Publishing Ltd., 2009, P.326.

承担特定系列的承诺、忠诚、责任与义务。选择或确认认同意味着以特定的方式看待世界，并且必定在同其余认同的关系中界定认同。在此，政治同根据我们与他们、亦即敌人与朋友去理解这个世界有关。”[68]

就利益、价值与政治认同的关系而言，主要涉及铸就政治认同的材料、结构、对象、层次等。学界一般认为，利益是政治认同的物质基础、绩效基础，是起点，在此之上，对特定政治组织（包括政党、国家等）的制度进行认同，最后达到最高层次的价值层面的政治认同。这三方面互相联系，有一致性：利益作为基础，支撑着制度和价值；制度表达人们的利益满足方式和价值认识；价值型构人们对利益的认识，为制度提供合法性解释；也有矛盾性：利益分化、冲突等消解制度和价值，制度阻碍利益的表达、偏离价值所规定的方向，价值批判不合判准的利益和制度。它们在构造政治认同中的份量和作用不一样。利益是认同形成的必要但非充分条件，利益一致不等于就形成了认同；以利益为基础形成政治认同，难度较小，但不够稳固，且容易变化。而价值是政治认同形成的必要也是充分条件，最重要，有时在存在价值共识但利益不一致、甚至冲突条件下也能形成认同，因为价值观会改变对利益的认识；以价值为基础形成政治认同，难度最大，有时甚至不可能，但一旦形成也最稳定。至于以制度形成政治认同，因其受利益和价值的双重影响，大致可以看作处于难度居中。

以利益为基础，把政治认同建立在利益的绩效上，容易产生“政绩困局”：“一是经济的增长只能意味着总量的增加，不代表民主、平等、自由、幸福的增长；二是经济的增长并不必然带来公平地分配；三是经济的增长不能解决公共政策的实施、公共福利的增加、社会安全系数的提高；四是经济不可能无限增长下去，当经济增长受限时，政绩的维持支撑力度何在；五是经济的增长在一味谋求量的提升时，其他因子的忽视必然会削弱经济增长本来可以带来的成效等”。[69]我国改革开放以来，以经济建设为中心，在取得巨大经济效益的同时，也给我国的政治认同带来了巨大的积极效应，尤其体现在大体稳定的政治局面上；但“政绩困局”也体现在目前的政治认同上，造成包括政治认同丧失在内的总体性社会危机。这就要求我们转换思路，其中最重要的，在笔者看来，即采取价值思路。

从价值角度看，政治意味着以公共的、集体的方式去追求善，人们在此过程中形成政治价值。政治价值对政治有重要作用，这种作用可分为五个方面：[70]（1）构成特质、进行界分从而创造认同；（2）作为对社会现实进行判断的标准；（3）确定政治安排的方向；（4）创造政治行动的合法性；（5）作为政治沟通的核心组成部分。这五个方面相互关联，创造政治认同论及的是价值在形成政治行动主体上的作用。人们在政治领域追求价值，这是一个辨别价值差异的过程同时也是肯定价值共同点的过程，依据相异的价值进行区分，依据相同的价值进行聚合。在此过程中，人们形成自己的政治归属感，使自己归属于和自己具有相同价值的人群，不仅个体形成自己的认同，而且个体所在的群体也形成集体性的认同，

[68] [英]安德鲁·甘布尔：《政治和命运》，胡晓进等译，江苏人民出版社 2003 年版，第 7—8 页，译文据原著略有改动。
[69] 曾楠：《政治认同论》，江西人民出版社 2017 年版，第 36 页。
[70] vgl. Christian Krell &Tobias Mörschel, Werte und Politik: eine Verhältnisbestimmung, in Christian Krell &Tobias Mörschel(Hrsg.),*Werte und Politik*, Springer Verlag für Sozialwissenschaften, 2015, S.16.

从而形成政治主体。所以，从价值角度出发，政治是依据价值形成政治主体，然后政治主体依据价值判断进行政治行动，从而价值为其行动提供合法性判准和内容，确定行动过程及作为行动过程结果的政治安排的方向。在此过程中，价值是政治主体形成及其自主性统一性的基础。

本文所论基于价值的认同政治，首先是要依据价值形成政治认同从而形成政治主体，然后是政治主体形成后依据价值做出具体的决断、沟通、安排等的各项活动。这里的认同政治虽然和西方社会中的认同政治有类似之处，如都批判利益政治高度的抽象自我等，但这里毋宁是借用西方的概念，用来重新铸造我国的社会主义政治认同，其要义是把认同问题、特别是政治认同问题当作政治的中心。引入以价值为基础的认同政治，并非完全否弃利益政治，而是在既有的成就基础上，对其进行扬弃。这种扬弃即我国政治发展的辩证逻辑，即从改革开放之初的反对阶级斗争政治，到追求以技术为手段的利益政治，到现在乃至未来的以价值为基础的认同政治。

追求以价值为基础的认同政治，重构我国的政治认同，非常重要的一点是重构公民的国家认同，因为国家是解决我国社会问题非常重要的力量。重构我国公民的国家认同，其中尤为核心的是，把国家重构为具有自主性和统一性、具有决断力和意志力的政治主体。所要解决的重要问题之一即是既得利益集团问题。既得利益集团不仅有自己的既得利益，而且尤为严重的是阻挠改革和问题的解决，成为改革的敌人："在强大的既得利益面前，中央权威流失了，改革的动力消失了。"[71]既得利益集团的产生及其对社会的危害，是市场和国家权力关系发生错位的体现：一方面市场在某些领域发挥的作用和力量不够，国家权力逾越自己的界限、过度干预社会生活，但力不从心从而导致政府失灵问题产生；另一方面，市场本身不民主、失衡，在不应当发挥作用的领域大行其道，在造成市场失灵的同时，侵蚀国家权力及社会其余领域的自主性。从而市场和国家权力一方面都没能在应该发挥作用的领域，以各自应有的逻辑发挥作用，另一方面都逾越自己应有的边界，在不应该发挥作用的领域发挥其作用，从而引发混乱与危机。解决既得利益集团问题，尤其是政治领域的利益集团问题是全面深入进行改革开放，提高党和国家现代化治理能力从而推进我国社会主义事业前进的重要内容。

引入以价值为基础的认同政治，对国家重构后，国家要依据自身具有普遍性公共性的价值判准作出政治决断，并进行政治行动，克服权力异化，遏制既得利益集团从自我中心出发的计算对政治的侵蚀，从而加强或重新获得合法性、公信力与权威。而一旦政治领域的问题得以解决，那么就能够运用国家的价值判准及作为判准工具的权力对社会生活领域进行整合，克服或限制各个领域中社会行动者从自我中心出发的相互计算逻辑，从而解决整个社会的问题与危机。就经济领域而言，依据价值判准对市场经济领域的利益失衡进行调节，而非让国家成为市场的附庸、成为利益的竞技场，杜绝权力商品化，使权力回归调节基于国家公共价值的公共利益的轨道，使权力的公共性逻辑和市场经济的合理计算逻辑在各自领域内发挥作用，使市场经济再次嵌入社会。就法律领域而言，国家依据公共价值

[71] 郑永年：《改革及其敌人》，浙江人民出版社 2011 年版，第 240 页。

作出决策并执行、实施决策，从而为法律及其运作的具体结果提供合法性、公信力与权威性，同时也提供强制力作保障，从而使得法治真正落到实处。“认同是人们意义与经验的来源”。[72]因此，就文化领域而言，重构国家认同后，国家用自身价值对文化生活进行引导，克服文化领域公共性缺失的问题。从而一方面，个体克服自身的唯私性，获得意义；另一方面，社会克服自身的犬儒性，获得方向感和反思力。

由此，以公共价值为基础，重建以国家认同为核心的认同，并运用国家权力对整个社会进行政治整合，解决社会整体利益失衡、冲突等引发的分裂、断裂，从而达成整个社会的团结，解决社会的总体性危机。关键问题是，作为我国认同政治之基础的价值到底是什么呢？这种或这些价值如何形成呢？

四、中国人的新权利话语与社会主义政治

如上所述，价值产生于人们对自身进行形塑和超越的经验。我们中国人要对我们的经验即我们过去和当下的生活实践进行诠释与说明，创造出面向未来的可欲的新价值。在此过程中，我们要坚持权利话语。权利话语是当代中国法学最为重要的成就，这一话语尽管在当代中国面临问题与危机，但包含了非常重要的成果，如其所蕴含的平等主体的权利等。我们应当坚持这些积极成果，它们是我们在当代中国创造新价值、进行新政治的前提。

关于可欲的价值判准问题，张文显虽然意识到了这一问题，但没有深入讨论，只是笼统地认为权利体现了各主体间的利益统一关系。这无力克服从自我中心出发进行合理计算的逻辑。而依据邓正来的判断，权利话语受“现代化范式”支配，“转移了中国论者的关注点，致使他们看不到中国法学所提供的不是一副‘中国法律理想图景’，而是一副未经审查或批判的以西方现代性和现代化理论为依凭的‘西方法律理想图景’。”[73]这意味着权利话语提供的是不可欲的西方价值判准，并且取消了在当代中国创造新价值的可能，因为新价值在法律领域即为中国法律理想图景。再者，张文显认为国家在宣布权利时已经根据公认的价值判准对各种利益作了权衡。这其实把价值判准问题交由国家去解决，认可了国家在实践中认定价值标准的当然权威。这无力克服国家权威丧失从而无法提供可欲价值判准的问题。值得一提的是，张文显后来意识到了我国社会中的利益失衡现象，并提出平等关怀与尊重和公平的机会均等两大价值判准作为协调利益的原则。[74]这其实依然遵循了利益计算的逻辑，因而依然没有克服自身的局限。

所以，我们同时要对权利话语进行反思和发展，发挥其未耗尽的潜力。我们要重新开启关于权利的争论，尤其是关于权利究竟应如何理解的争论，关于权利所蕴含的利益的可欲价值判准、即究竟何种利益才是正当的的争论。

引入价值即意味着我们要转变利益视角所包含的从自我中心出发进行合理计算这一逻辑，要意识到我们时代背后多元利益及其分化、冲突等背后的价值，要积极自觉面对我

[72] [美]曼纽尔·卡斯特：《认同的力量》，曹荣湘译，社会科学文献出版社 2006 年版，第 5 页。
[73] 邓正来：《中国法学向何处去》（第二版），商务印书馆 2011 年版，第 121 页。
[74] 参见张文显：《法治与法治国家》，法律出版社 2011 年版，第 310—311 页。

们时代的价值分化、分裂、斗争乃至冲突等问题，不能进行回避。具体而言，我国当代社会面临着主流的社会主义价值、新左派、新自由主义、暴力恐怖主义等在内的多元价值冲突。在这些价值中，有的很根本从而在法律上必须保护乃至加强，比如主流的社会主义价值；有的很危险很敌对，从而在法律上有必要进行限制乃至加以消灭，比如暴力恐怖主义。

我国改革开放释放出这些价值，是社会发展的体现；但并没有进行很好的整合，也是社会混乱的体现。它们都是影响我们当下中国人生活的重要观念，都是各自担纲者认为非常重要利益的观念表达、所持有的关于未来的想象。我们中国人未来的新价值原则上是在这些多元价值之间进行讨论产生的，是对这些价值进行重构的结果，也不需要另外建构。新价值事关全体中国人的命运，全体中国人对自己、社会、国家和世界的认同与担当。所以，必须且只能由我们全体中国人自己讨论产生。我们一方面要在宪法规定的平等主体的权利这一基本前提下，对现有的各种价值进行讨论和反思，另一方面也要对这些权利进行讨论和反思，探讨它们在特定历史条件下的意义。作为这个讨论过程的结果，即我们所有中国人对善的新共识，就是新价值。[75]新价值由于是所有中国人讨论的结果，所以不能事先规定它的具体内容是什么。但对它的性质作一些否定性的预先规定，还是可行的，也是必要的，即新价值不能完全否弃我国的历史传统，不能偏离社会主义，不能背离中国人的尊严。这个新价值是关系性的、可变的、非决定论的、非本质主义的以及开放的。

这种新价值运用到权利领域，所形成的新的正当的东西，即我们中国人的新权利话语。新价值运用到政治领域，即作为权利话语再政治化的基础，开启基于新价值的认同政治，形成新的政治认同。新价值以及新的政治认同的形成，从规范角度看，是人们行使权利的结果，即把法律尤其是宪法上规定的基本权利，运用于社会领域尤其是文化和政治领域的结果，这种运用又使得法律规定的抽象权利获得在新的历史条件下的意义。并且人们在新的价值和政治认同引导下，对既有法律及法律体系和制度从重新解释、修改、废止等角度进行变革和完善，从而推动我国法治继续前进。所以，这整个过程也可以说是法律权利尤其是宪法规定的基本权利反思性自我运用的结果。新价值、新的政治认同、新的权利话语等都是在我国既有法律体系总体不变前提下形成的，所以本文对我国法律体系也不主张采取建构的方式，即对整个法律体系推翻重来，另建一套法律体系，而主张采取重构的方式，即对既有的法律体系通过解释等技术进行渐进式的完善，以此回应现实的要求，促进法治和我国整个社会的发展。

改革开放是社会主义的自我更新和完善，新价值自然也是社会主义的自我更新和完善，是社会主义在统合其余价值后形成的新社会主义价值。基于新价值的政治认同也是新的社会主义认同，以此展开的新认同政治是新的社会主义政治，新政治解决我国社会的总体性危机，也从总体上推进我国社会主义事业迈向新的历史阶段。

[75] 限于论题和篇幅，笔者在此对当代中国新价值的前提、过程、内容等的探讨只是大略的，详细的探讨将另撰文。

推论主义视角下的法律解释理论

宋旭光[1]

【摘　要】关于法律解释的确定性问题，推论语义学提出了一种颇有价值的观点。根据这一理论，概念实践是一种给予和索取理由的规范性实践，特定话语的意义是由其在使用实践中的推论角色所决定的。作为一种探究法律规范之意义的活动，法律解释既不是对法律文本之先在意义或立法者原意的还原，也不是完全依赖具体情境的创造，而是一种寻求法律话语之最佳解释的可废止推论过程，最佳解释选项的正确性取决于解释实践中的推论性语用规则，而这些规则来源于解释实践背后的那些预设。由此，法律解释是一种受规则指引的推论实践，法律规范之意义的客观性是由这一实践的规范性结构所决定的。

【关键词】法律解释；语义学；语用学；推论主义；布兰顿

一、导论

鲸鱼是鱼吗？这个问题似乎并不难回答，稍有科学常识的人都知道，鲸是一种哺乳动物，尽管它的形体构造、生活习性与其他常见的哺乳动物不太一样。那么，既然鲸不是鱼，那鲸油是鱼油吗？即使可能有些迟疑，但大部分人很快也会意识到，答案也应当是否定的，因为将一种哺乳动物的油脂归类为“鱼油”，显然是不妥当的。不过，这些科学上严谨的界定，似乎并不总是能够在法庭中得到支持。在 1818 年美国纽约市市长法院（Mayor’s Court of New York City）审理的莫里斯诉贾德案（Maurice *v.* Judd）中，[2]陪审团就作出了相反的裁决。该案的案情并不复杂：依据当时纽约州立法，为保证鱼油质量，凡出售的鱼油都应接受检测。当检测官莫里斯（James Maurice）试图对鱼油贩卖商贾德（Samuel Judd）仓库内待售的三桶鲸油进行检查时，遭到了后者的拒绝，其理由在于，法律只要求对鱼油进行检测，而他所出售的鲸油并不是鱼油，因为鲸是哺乳动物。尽管有许多专家对这一理由的科学性予以作证，但陪审团最终依然认定，在相关立法中，鲸是鱼，鲸油是鱼油。这个裁决充满了争议，尤其是在当前这个科学知识普及的时代：“今天它让我们震惊：我们都认为陪审团给出了错误的裁决”。[3]即使在当时，也有许多人提出质疑，纽约州还为此修改了立法，以把鲸油排除在鱼油检测名单之外。[4]

也许正是由于这种争议性，该案不断被法学家或哲学家拿出来讨论。例如，有人提出，案件的难点在于，关于“鱼油”意义的争议无法依靠语义学原则解决，因而需要对元语义学

---

[1] 宋旭光，男，山东滕州人，深圳大学法学院助理教授，研究方向为：法哲学、法律论证理论。本文系 2019 年度教育部人文社会科学研究青年基金项目“基于推论主义语义学的法律解释理论研究”（19YJC820051）的阶段性研究成果。

[2] 3 American State Trials 603 (1818). http://www.nycourts.gov/history/legal-history-new-york/legal-history-eras-02/history-new-york-legal-eras-maurice-judd.html, 访问时间：2020 年 7 月 30 日。

[3] Mark Sainsbury, Fishy Business, *Analysis*, Vol. 74. No.1, 2014, p.5.

[4] See Graham Burnett, *Trying Leviathan: The Nineteenth-Century New York Court Case That Put the Whale on Trial and Challenged the Order of Nature*, Princeton University Press, 2007, p. 179.

（metasemantic）原则进行阐述；[5]也有人反对这一观点，而认为案件的关键在于“鱼油”在制定法中“意定的”（intended）意义是什么。[6]不同的观点背后有着不同的观察角度或理论基础。单从法律解释的角度看，对于“鱼油”在相关法条中的意义，至少存在两种可能的选项：包括鲸油，或不包括鲸油；若无法对这些选项的正确性进行评估，解释者就无法做出确定的、理性的选择，所谓法律解释的确定性便难以辩护。

关于这一问题，国内学界已经有了较为充分的讨论，[7]只是既有的文献多聚焦于解释方法层面的问题，而语言层面上的分析还不多。[8]既然法治要求人们服从法律，而人们所服从的法律又通常是以语言形式表述的，那么，以语言哲学为基础对法律以及法治展开探究便有其正当性。良法善治对于法律话语提出了一系列要求：例如，立法表述的意义应当是清晰的、连贯的、稳定的，能给受众（执法者、司法者或守法者等）以明确的指引；对于这些话语，受众应当有相对一致的理解，即使出现争议，也应当有某种理性的方法或程序促成合意。其中一个关键问题在于，立法者所意图表达的规范要求（或立法意图）是如何明确传达给受众的，受众又是如何接收到这些要求的。这背后必然有着某种语言交流机制的保障，否则便很难解释“法律的统治”是如何实现的。在这个意义上，法律解释研究必须重视法律话语的内在结构问题：例如，法律表达是否具有某种先在的、客观的意义，如果有，这种意义是来自于其所指（referent），还是用法（use）；如何确定法律解释（将特定意义归属于相关表达）的决定是正确的；在释明法律表达之意义的过程中，解释者是否应当被课予某种规范性约束（方法或渊源），以保证他们可以发现那种正确意义。

对于这些问题，推论主义（inferentialism）理论提供了一种不同于传统指称语义学

---

[5] See Mark Sainsbury, Fishy Business, *Analysis*, Vol. 74. No.1, 2014, p.5.

[6] See Ian Phillips, Cetacean semantics: A reply to Sainsbury, *Analysis,* Vol 74. No.3, 2014, p.381.

[7] 既有学者对此提出质疑，例如，参见苏力：“解释的难题：对几种法律文本解释方法的追问”，《中国社会科学》1997年第4期，第12-31页；桑本谦：“法律解释的困境”，《法学研究》2004年第5期，第11-12页；冯象：“法学方法与法治的困境”，载《木腿正义》（增订版），北京大学出版社2007年版，第118-133页；苏力：“无法解释的解释，难以证成的证成：舞剧《红色娘子军》判决理由解析”，《浙江社会科学》2019年第5期，第47-59页。也有学者从各种视角进行辩护，例如，参见季卫东：“法律解释的真谛：探索实用法学的第三道路（上）”，《中外法学》1998年第6期，第1-16页；季卫东：“法律解释的真谛：探索实用法学的第三道路（下）”，《中外法学》1999年第1期，第1-12页；钱大军、张成元：“法律解释的必为性和可行性”，《当代法学》2002年第7期，第26-31页；陈金钊：“法律解释的‘正确性’何在？——当代中国法律解释学的境遇之一”，《山东大学学报（哲学社会科学版）》2009年第3期，第68-77页；陈金钊：“解释对法治造成的创伤及其弥合——没有逻辑基础的法治信念”，《山东社会科学》2011年第3期，第9-24页；王彬：“法律解释的认识论困境及其消解”，《海南大学学报》（人文社会科学版）2012年第1期，第73-79页；周海林：“私法规范文本解释之价值判断”，《环球法律评论》2013年第5期，第页；王利明：“论法律解释之必要性”，《中国法律评论》2014年第2期，第87-97页；王林清：“司法裁判中的意义分歧及其消解路径”，《中国法学》2015年第1期，第207-223页；魏治勋：“为什么法治必然要求法律解释”，《求是学刊》2016年第6期，第96-105页；王云清：“制定法解释中的想象性重构”，《法律科学》2017年第3期，第50-57页；王夏昊：“论法律解释方法的规范性质及功能”，《现代法学》2017年第6期，第3-12页；孙光宁：“法律解释方法在指导性案例中的运用及其完善”，《中国法学》2018年第1期，第96-117页；王志勇：“司法裁判的客观性”之辨析，《法制与社会发展》2019年第3期，第118-119页。

[8] 近年来也得到了一些学者的关注，例如，参见周少华：“规范技术和语言权力——语言在法律中的意义”，《法商研究》2006年第6期，第130-139页；徐明：“文义解释的语用分析与构建”，《政法论丛》2016年第3期，第106-114页；陈坤：“所指确定与法律解释——一种适用于一般法律词项的指称理论”，《法学研究》2016年第5期，第108-129页；舒国滢、陶旭：“论法律解释中的文义”，《湖南师范大学社会科学学报》2018年第3期，第68-74页。与国内相比，域外的讨论更多，例如，参见Andrei Marmor and Scott Soames(eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford University Press, 2011; Graham Hubbs and Douglas Lind (eds.), *Pragmatism, Law, and Language*, Routledge, 2014; Janet Giltrow and Dieter Stein (eds.), *The Pragmatic Turn in Law: Inference and Interpretation in Legal Discourse*, De Gruyter, 2017; Brian G. Slocum(eds.), *The Nature of Legal Interpretation: What Jurists Can Learn About Legal Interpretation from Linguistics and Philosophy*, University of Chicago Press, 2017.

（referential semantics）的分析视角：后者关注的是语言表达与其所指之间的指称关系；而前者以概念使用的实践为出发点，从而主张语言表达的意义是由它们在推论中的角色决定的，而理解一个语言表达就是去理解它们在推论中的作用。本文便以这一理论为基础，努力为前述问题提供一种恰当的说明。为了完成这样的目标，下文将分为如下几部分展开论证：首先论述推论（inferential）语义学的一些基本主张，并探讨这一理论何以能为日常表达之意义的规范性和客观性提供了恰当的说明；接下来则讨论，这一理论何以适用于对法律概念实践的阐释，以及它何以为法律解释的确定性提供一种元理论层面上的辩护；最后将以上述讨论为中心，为法律解释之推论实践提供一种可能的说明。

二、推论语义学的核心主张

本部分将与指称语义学相对照，引入并阐明推论语义学的核心主张，然后重点分析推论语义学是如何为意义的确定性问题提供一种理性说明的。

（一）推论语义学 I：从指称论到用法论

传统上讲，语言的意义阐明依赖的是指称语义学。经典的指称论将语言表达的意义与其所指称的对象联系在一起，主张所指决定意义，例如，“鱼”指的是具有如此那般特征的动物，它的意义是由其所指（即鱼）决定的。由于在生物学分类上，鲸不是鱼（鲸不具有鱼的特征），因此，鲸油便不为法条中的“鱼油”所涵摄。按照这种观点，莫里斯案所涉的就不应当是一个法学（解释）问题，而是生物的科学分类与日常分类的冲突问题，[9]在这种冲突中，科学分类无疑是占据优势的。也正因此，该案的裁决常常被认为是错误的。

但如果换一种角度，不从指称关系，而是从话语的用法（即人们使用语言的实践）出发来界定相关话语的意义，将“鲸”解释为“鱼”便不再是当然错误的了。因为在概念实践中，“鱼”这个词并不是以上述那种方式被使用的。法学不是科学，有关鱼的科学知识并不必然影响人们在日常生活中对于“鱼”的使用。[10]实际上，许多科学上错误的表达，在日常生活中都不会被当作是错误的，例如，“太阳从东方升起”，“黑就是黑，白就是白”；而且，在立法中所采纳的也未必就是语词的科学定义，例如，我国刑法规定的“假药”就不完全是医学意义上的假药。

在这里，关键的问题是指称论与用法论之间的对比。就指称论而言，它在许多方面都是符合直觉或常识的，例如，在多数情况下人们使用语词似乎都是用来指称外部对象的。但它也往往会因此失去对某些方面的说明力，至少在法律解释中是这样的。例如，在莫里斯案中，解释者面临的核心难题是，如何确定条文中的“鱼油”是否包括“鲸油”，但指称论

---

[9] See Graham Burnett, *Trying Leviathan: The Nineteenth-Century New York Court Case That Put the Whale on Trial and Challenged the Order of Nature*, Princeton University Press, 2007, pp. 212-214; John Dupré, “Are Whales Fish?”, in Scott Atran and Douglas L. Medin (eds.), *Folkbiology*, Cambridge, MA: MIT Press, 1999, pp. 461 - 476.

[10] Robert Brandom, *Articulating Reasons: An Introduction to Inferentialism*, Harvard University Press, 2000, p.4.

模型（包括其各种理论形态）却无法解决这个问题：[11]

首先，根据传统的描述指称论，语言共同体的公认描述决定了语言表达的意义与所指，但真的存在对于“鱼油”的公认描述吗？即使存在，解释者又该如何去认定它？它又能否为解释者确定语词的意义提供明确的指引呢？至少“鱼油”一词在科学共同体和日常生活共同体中都有其“公认描述”，关键难题在于，如何选择以何种“公认描述”来决定法律表达的意义；

其次，根据直接指称论，语言表达的意义是由其所指称对象的本质属性决定的，但从本质属性来界定法律词汇是相对困难的，它们几乎都不是自然种类的语词，而且即使法律表述中有诸如“鱼”等自然种类的语词，但从自然属性界定其意义似乎也只能代表科学解释的一种立场，因为立法者未必会选择科学共同体的共识作为其意向中的意义；

第三，根据意图论，表达之使用者的意图决定了它的所指与意义，但难题在于，如何保证表达使用者能将自己的意图传递给受众，受众又能接收到这种意图呢？如果我们将话语当作是一种交流的言语行为的话，那么，立法者（表达使用者）的意图必然要有某种确定的语言机制才能被守法者（受众）理解到，而这种机制才是决定语言意义的关键。而且，是否存在这样一个有独立意图的立法者（或者立法者们是否存在这样统一的意图），也是存疑的。

需要指出的是，意图论将表达意图这一语用学因素置于意义理论的核心，已经接近用法论的立场。但根据意图论，某人使用概念指称对象是对其内在信念的一种表达，这种指称关系可以看作是其心灵的一种映射，因此，意义的决定依然摆脱不掉指称关系的影响。在指称论的背后隐藏着这样的理念：“词语就像标签一样，它们是表象、指谓、命名、指示或指称世界中的事项的符号。”[12]与之不同，用法论坚持，语词或语句是在语言实践中使用的一种工具，而不仅仅是表象对象、事态、事件、心理状态、理念实体的符号，因此，理解语言表达的意义必须首先从使用概念的实践或活动出发。正如美国哲学家布兰顿（Robert Brandom）所讲：“通过诉诸断言行为的特点来说明断言的内容，依据主张行为来说明主张的内容，通过判断行为说明判断的内容，以及通过相信行为的角色来说明相信的内容……一言以蔽之，通过行为说明内容，而不是反过来。”简短来说，理解一个概念就是掌握一个语词的使用，而非其所指称对象的科学特征。以尼克斯诉赫登案（Nix *v*. Hedden）为例，美国联邦最高法院面临着一个与“鲸是鱼还是哺乳动物”相类似的问题，即番茄是水果还是蔬菜，而且，它也作出了一种“反科学”的选择：相关规定中的“蔬菜”包括番茄。[13]在判决书中，格雷大法官（Justice Gray）写到：

“从植物学上讲，番茄与黄瓜、南瓜、黄豆以及扁豆一样，都是一种藤本植物的果实。但在人们的日常语言中，无论是对于物品的销售者还是消费者来说，所有这些东西都依然

[11] 参见陈坤：所指确定与法律解释，《法学研究》2016 年第 5 期，第 110-117 页。

[12] William G. Lycan, *Philosophy of Language: A Contemporary Introduction*, Routledge, 2008, p.3.

[13] Nix *v.* Hedden, 149 U. S. 304 (1893). https://supreme.justia.com/cases/federal/us/149/304/, 访问时间：2020 年 7 月 30 日。

是生长在菜园子里的蔬菜，而且它们与马铃薯、胡萝卜、欧洲萝卜、大头菜、甜菜、花椰菜、卷心菜、芹菜以及生菜一样，无论是生食还是熟食，通常都是在用餐过程中被提供的，或混在汤、鱼、肉之中，或与它们一起提供，或在其后提供，这些东西构成了正餐餐食的主要部分，它们不是——像水果通常那样——作为餐后甜点提供的。”[14]

格雷大法官在这里并没有否认生物学分类的正确性，而只是说人们在日常生活中是将番茄当作一种蔬菜来对待的。当法律规定进口蔬菜需要缴税时，立法者所承诺的场景并不是生物实验室，而是超市、厨房、餐馆等日常生活的场景。虽然生物学上有明确的界定：番茄是果实，但这并不影响超市通常依然将它放在“蔬菜”货架上，厨师依然将它当作“蔬菜”烹饪，绝大部分人依然不会将它当“水果”食用。权威机关对法律的解释，若违背了大多数人的理解，也会损害法律的可预测性以及人们对法治的合理期待。

（二）推论语义学 II：意义确定性问题的推论主义说明

近年来用法论得到了越来越多的关注，甚至导致了“语义学的语用化”（pragmatization of semantics），[15]推论主义便是其中最重要的推手。一提到“用法”，大家可能都会想到维特根斯坦（Ludwig Wittgenstein）的著名命题：语词的意义是由其使用规则决定的。[16]在布兰顿看来，是维氏“将对表达之意义的考量置于一个更为广泛的情境即对规定其用法的准则的考量之中”，[17]引导我们放弃语言必须指称非语言对象的传统观念，而走向对于话语互动实践的关注；而且也是维氏让我们注意到这种互动实践的规范性特征：“当人们处在一个意向的状态中时，诸如拥有一个信念或一个意向，该信念或意向便已经拥有某种规范身份。因为它包含了人们对事物如何或将会如何的承诺。在相信和意向行为中，人们根本地会使得自己接受对其信念的正确性或意向的成功性进行规范的评估。”[18]

奥斯汀（J. L. Austin）、塞尔（John R. Searl）等人则进一步明确阐述了言语行为背后的规范性条件。例如，奥斯汀指出：“一旦我们认识到我们必须研究的不是语句，而是在某个语境中说出某个话语，那么看不到陈述是施行（performing）一个行为的可能性就微乎其微……同其他话语施事（illocutionary）行为一样，陈述行为的实质是‘达成理解’”。[19]由此，一个无法理解的陈述便是一种没有意义的言语行为，当说话者作出这个陈述时就已经负有此种承诺了，否则，话语实践的参与者之间便不可能达成任何理解。对于这种承诺机制，塞尔进一步作出分析：话语首先必须满足一系列的物理条件（即说出某些话语）与意义条件，方不是胡言乱语；通过说出这些话语，说者必然要向听者交流一定的内容，而不能是自说自话；对话若要成功，还要求听者应当能够识别出说者说出的话语及其赋予它的满足

---

[14] https://supreme.justia.com/cases/federal/us/149/304, 访问时间：2020 年 7 月 30 日。

[15] See Jaroslav Peregrin, The Pragmatization of Semantics, in Ken Turner(eds.), *The Semantics/Pragmatics Interface from Different Points of View*, Elsevier, 1999, pp.419-442.

[16] [奥]维特根斯坦：《哲学研究》，韩林合译，商务印书馆 2013 年版，第 51 页。

[17] Robert Brandom, *Between Saying and Doing: Towards an Analytic Pragmatism*, Oxford University Press, 2008, p. xii.

[18] [美]罗伯特•布兰顿：《在理由空间之内：推论主义、规范实用主义与元语言表达主义》，孙宁等译，上海人民出版社 2019 年版，第 50 页。

[19] [英]J.L. 奥斯汀：《如何以言行事——1955 年哈佛大学威廉·詹姆斯讲座》，杨玉成、赵京超译，商务印书馆 2012 年版，第 119 页。

条件。[20]就此而言，每一个言语行为本身都涉及到了承诺这样的规范性条件，或者说，特定的评价规范已经被内置于交流的意向状态之中了。

美国哲学家塞拉斯（Wilfred Sellars）则将这样的想法与理由论联系在一起，由此奠定了推论语义学的雏形。在他看来，知识是立足于理由空间的："在将一个片段或一个状态描述为认识到的片段或状态时，我们不是在经验地描述那个片段或状态；我们是在将它置于理由的逻辑空间，即证成和能证成我们所说的话的逻辑空间。"[21]根据这种观点，知识并不是由纯粹的描述构成的，在其背后有着某种规范性结构，知识之所以具有可理解性就在于它符合了这种结构；同样，语言表达的意义也有着某种规范性结构，一个表达的意义是由其在这种理由空间中扮演的角色（即作为前提或结论）决定的。

布兰顿在《使之清晰》（Making It Explicit）一书中，系统构筑了推论语义学的框架。这本书对日常表达之意义的客观性和规范性提出了有力的辩护，被哈贝马斯（Jürgen Habermas）誉为"理论哲学中的里程碑"。[22]在布兰顿看来，人是运用概念的理性存在者，人使用概念并不是在表象（representing），而是在表达（expressing），但这种表达的过程并不是要将内在的东西转化为外在的东西，而是要使隐含的东西清晰化的过程，通过将其表述为某种推论形式：它既是理由，也需要理由的支持。由此，概念的实践本质上是一种给出与索取理由（giving and asking for reasons）的语言游戏：在这种游戏中，使用一个概念便是让它在推论中扮演某种特定的角色，具有特定的概念性内容便是可以作为某一推论的前提和结论；而阐明某一表达的意义就是抓住它在推论中的用法，将概念之间的推论关系阐释清楚。因此，决定语词意义的，既不在于语词-世界的表象关系，也不在于语词-理念（或思想）的表达功能，而是在于语词之间的以及它们所用来构成的语句之间的推论（概念）关联。例如，一只训练有素的鹦鹉，可以在见到红色的东西时发出"红"的声音，见到有人来时发出"欢迎光临"的声音，虽然它确实是在适当的场合发出了适当的类似人的声音，但我们却并不认为它理解了这些内容或参与了概念实践，那是因为"学舌"的鹦鹉并不知道这些话语的推论角色，而后者才是人类的话语实践与不使用概念的生物所为之事的区分标志。[23]

更进一步来说，话语之所以具有语义内容，是由于言语行为具有语用意义，而言语行为之所以具有语用意义，是由于其所处的社会实践中具有某种规范性结构。[24]这种内含于语言实践的规范性结构所涉及的是：如何使用表达是正确的，在什么情况下施行言语行为是适当的，以及这些施事行为的适当后果是什么。[25]决定这些的关键是那些使语言社群中

---

[20] See John R. Searl, *Philosophy in a New Century: Selected Essays*, Cambridge University Press, 2008, pp. 169- 170.

[21] Wilfred Sellars, *Empiricism and the Philosophy of Mind*, Harvard University Press, 1997, p.76.

[22] 与之相提并论的是罗尔斯（John Rawls）的《正义论》（*A Theory of Justice*）在实践哲学中的地位。参见[德]哈贝马斯：《从康德到黑格尔：罗伯特·布兰顿的语用学语言哲学》，载《世界哲学》2005年第6期。

[23] See Robert B. Brandom, *Articulating Reasons: An Introduction to Inferentialism*, Harvard University Press, 2000, pp.10-11.

[24] 参见何志青：推论证成与遵循规则，《国立台湾大学哲学论评》2009年第38期，第70页。

[25] See Robert B. Brandom, *Making It Explicit: Reasoning, Representing, and Discursive Commitment*, Harvard University Press, 1994, xiii.

的沟通成为可能的语言规范。例如，你指着货架上的番茄对家人说："买点蔬菜"，通常家人以及旁边的其他人都能理解这句话的意思，并作出恰当的回应。虽然番茄（所指）不是蔬菜，在科学分类上你错了，但在这里，你的表达依然会被当作恰当的（甚至正确的），且他人能够理解并承认你所表达的意思，这是因为你的言语行为是符合特定语言规范的，而不是因为话语的所指是真实的。因此，语言表达的意义是由使其断言的内容成为适当的或正确的那些推论规则所决定的；只有当某个表达在理由之网编织的实践中所扮演的推论角色被确定时，它的意义才能被理解。[26]

布兰顿提出，这种规范性结构可以通过道义计分（deontic scorekeeping）的模型来理解。张三作出某个断言（信念或行动），便自我承担了特定的"承诺"（commitments）；为了证成这些承诺，张三需要为其"资格"（entitlement）提供理由；而当别人将这种"资格"归属于张三时，他才是有资格作出承诺的；断言内容的资格归属多来自于理由的支持，有时也来自于对其他资格的承继。[27]例如，当张三对李四说："明天我来找你签约"，张三即承担了某些义务（自我承诺要满足特定的规范性要求）；张三的许诺是否成功（计分）则依赖于其他人尤其是受诺人是否信任（归属以特定的资格给）张三，而资格的归属则最终依赖于理由的支持（例如，两人是商务合作关系，合同条款已经商定）或资格的承继（例如，张三之前一直信守诺言）。当然，当张三以理由支持资格的归属时，理由本身又可能是需要支持的。避免无限倒退，在实践中往往依赖于某种"资格的'默认与挑战'的结构"：在一个理性沟通的共同体中，当某人作出一个断言时，对话者通常会默认这种断言的资格，除非有理由提出质疑，而断言者也必须做好随时面对这些质疑的准备。[28]

这些规范性状态是通过社会建立的，来自于同一个语言共同体诸成员——这些成员之间会相互归属、识别或承认这些状态——的实践性态度。[29]也就是说，语言实践的参与者不仅自己接受或赋予他人以特定的资格，而且也会自我接受或承担特定的义务，并因此形成某种互动的关系，而这些互动关系最终形成了规范性的社会实践。"制约我们的不是规则，而是我们对规则的理解，即我们的规范态度。它既不是清晰的命题化的规范，又不是自然的无意识服从的规律性，而是在实践中实际存在，通过奖惩建立起来的评价体系。"[30]这些评价体系与法律要求是类似的，当它们被违反或者未被满足时，会有相应的"处理"（奖赏或惩罚）附随而来。[31]这些奖赏或惩罚有时会以自然的方式，有时会以规范的方式来进行："前者是用强化行为倾向的方式，形成对于规范的遵守；后者是用调整规范身份即资格的方

---

[26] See Robert B. Brandom, *Articulating Reasons: An Introduction to Inferentialism*, Harvard University Press, 2000, pp.14, 17, 36, 37.

[27] See Robert B. Brandom, *Making It Explicit: Reasoning, Representing, and Discursive Commitment*, Harvard University Press, 1994, p. 142

[28] 参见陈亚军：规范 推论 交往 世界——布兰顿哲学的四个维度，《学术月刊》2019 年第 5 期，第 10 页。

[29] See Robert B. Brandom, *Making It Explicit: Reasoning, Representing, and Discursive Commitment*, Harvard University Press, 1994, pp. 161,166

[30] 陈亚军：规范 推论 交往 世界——布兰顿哲学的四个维度，《学术月刊》2019 年第 5 期，第 6 页。

[31] See Matthias Klatt, *Making the Law Explicit: The Normativity of Legal Argumentation*, Hart Publishing, 2008, pp.120-122.

式，培养规范态度。”[32]例如，如果张三违反了自己的许诺，可能会遭受某种自然方式的惩罚，诸如遭到“殴打”，也可能会遭遇规范方式的处理，诸如之后他所作许诺的规范性意义会降低。

由于语言表达的意义依赖于这样的推论性实践，因此，理解一个表达的意义也应当首先根据其在推理中所扮演的独特角色：它的来源，即蕴涵它的前提；它的后果，即从它可以推出的内容；与它不相容的内容。[33]也就是说，某人通过使用这个概念使其自己承诺了什么；什么赋予了他如此去做的资格；什么可以排除这种资格。例如，当你指着货架上的番茄说“买点蔬菜”时，你至少承诺了“番茄是蔬菜”，“番茄是可以购买的”，“你期待番茄被放入购物车”，等等；语言规则、超市环境以及家庭关系等，都是你可以作出这些承诺的资格条件；而你是精神病人的身份则可以排除前述资格。

三、法律推论主义：法律解释的推论语义学

这里要讨论的是，推论语义学是否可以用于法律概念实践的说明，如果可以，它又能为法律解释理论提供什么样的洞见。

（一）推论语义学可以用来说明法律概念实践吗？

既然推论语义学所致力说明的是人类的概念实践，那它应当也能适用于法律概念的实践。例如，奥地利学者克莱策（Christoph Kletzer）便主张以推论主义来拯救深陷经验主义泥潭的法概念论：传统的法概念论往往预设了经验主义的前提，即“法律就在世界的那里，而它的概念在我们的头脑中”；但根据推论语义学，法律的概念内容是具有规范性身份的，要通过推论（三段论）予以阐明；而且，这一点恰好与法律实践本身的推论本质相符合，因为法学是一项规范性事业，大量的文献处理的都是诸如规范性的本质以及三段论形式的问题。[34]美国法学家科尔曼（Jules L. Coleman）则明确将推论语义学看作是一种探索概念之意义内容的实用方法，在他看来，侵权法实践是一种推论性实践，而侵权概念的内容便是由其在推论实践中的角色决定的。[35]

但是，这种适用的正当性也并不是自然而然的，正如芬兰法学家阿尔尼奥（Aulis Aarnio）所言，任何一种哲学观点或理论都难以直接适用于法律语境之中，其至多“只能在我们探索某种关于法律思维的妥当理论时，提供特定的一般框架或‘接触点’”。[36]因此，在将推论主义理念适用于法律概念实践时，必须认真检讨那些可能遇到的难题或反对意见。

首先，有人提出，所谓“语义学的语用化”根本就不成立：[37]在大部分情况下，语义学

---

[32] 陈亚军：规范 推论 交往 世界——布兰顿哲学的四个维度，《学术月刊》2019 年第 5 期，第 6 页。

[33] 参见 Robert B. Brandom, *Articulating Reasons: An Introduction to Inferentialism*, Harvard University Press, 2000, p.1; 何志青：推论证成与遵循规则，《国立台湾大学哲学论评》2009 年第 38 期，第 71 页。

[34] See Christoph Kletzer, Towards an Inferential Semantics in Jurisprudence, in Michael Freeman and Ross Harrison(ed.), *Law and Philosophy*, Oxford: Oxford University Press, 2007, pp.109-117.

[35] See Jules L. Coleman, *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, 2001, pp.6-10, 23-25, 43, 55, 62, 79-81.

[36] [芬兰]阿尔尼奥：《作为合理性的理性：论法律证成》，宋旭光译，中国法制出版社 2020 年版，前言第 6 页。

[37] See Damiano Canale and Giovanni Tuzet, On Legal Inferentialism. Toward a Pragmatics of Semantic, *Ratio*

因素支持的惯习意义，都会无争议地成为语词的核心意义，而语用学所关涉的语境因素，只有在特定例外情境中，才能用来确定语词的意义，在这个意义上，语义学没有语用化，语用学因素只是语义学的一种补充而已。这里所关涉的是指称论与用法论的核心争议，即所指与用法在确定语言意义中的优先关系：前者坚持，语言表达有一种先在的意义（通常由符号与对象的指称关系决定），是这种意义决定了人们在实践中要如何使用它，即意义（指称关系）决定用法；而后者认为，符号与对象的关系是第二位的，处于优先位置的是语言与使用者的关系，换言之，用法决定意义。也就是说，二者的分立点并不在于它们是否关注语言的用法（意图论已经在关注表达与其使用者的关系了），而在于该如何看待所指与用法的关系。推论语义学的核心前提之一便是："在语义解释的顺序中推论优先于指称"。[38]因此，虽然惯习在大多数情况下都能帮助我们理解话语的意义，但它是人类话语实践的后果，而不是前提，也就是说，是语言使用实践的统一性和稳定性决定了惯习意义的可能，而不是反过来。举例来说，将鲸归属于哺乳动物、将番茄归属于果实是科学范式变迁的结果，一旦解释者因而把"鱼"或"蔬菜"当作它们的陈旧意义，而将"哺乳动物"、"果实"当作其现代意义的话，那前述裁决都难言正确，因为它选择了旧有的不正确的指称关系，而排斥了新的更科学的指称关系。但很显然，案件的决定者并不是从科学发展的时间维度来看待这个问题的，他们都没有反对科学界定或字典定义的正确性，只是对它们之于当前案件的可适用性提出了疑问，因为还有另外一种更为妥当的生活用法。[39]科学范式的变化并不必然意味着日常语言使用实践的变化，有时候语词的生活用法很难随着科学定义的进步而快速变化，甚至有时候也会抵制科学定义的使用。

与此相关的另一个质疑是，既然推论性实践是一种社会互动，那又如何保证每个人都愿意参与这种实践（即每位参与话语实践的人都是理性的）呢？对此的回应相对简单，推论主义所要求的是，说话者必须敏感于实践的规范性，而不能保证任何一种事实的状态都符合这种规范框架。正如颜厥安所讲："理性者是一种态度与能力问题，亦即愿意且有能力将其所使用的规则（尤其是潜存规则）说清楚讲明白"。[40]因此，即使某些说话者事实上没有意愿参与这种实践，但这并不代表这种实践是不可能的，也不代表实践理性是不可能的。[41]

此外，推论主义还可能面对这样的难题：在解释中，是不是每一个概念都应当有其推论性角色，或者说，是否存在着某些不具有推论性角色却拥有意义内容的概念？[42]对这一问题的回应是这样的：首先，推论主义主张的是，概念的意义是由其在语言游戏中的推论

Juris, Vol. 20, No. 1, 2007, p. 41.

[38] [美]罗伯特•布兰顿：《阐明理由：推论主义导论》，陈亚军译，复旦大学出版社 2020 年版，第 1 页。

[39] Genoveva Martí and Lorena Ramírez-Ludeña, On Whales and Fish. Two Models of Interpretation, *Jurisprudence,* Vol. 11, No.1, 2020, p.66.

[40] 颜厥安：德沃金之诠释主义及其彻底化，（台湾地区）《中研院法学期刊》2008 年第 3 期，第 194 页。

[41] See Giorgio Bongiovanni *et al.*, The Claim to Correctness and Inferentialism: Alexy' s Theory of Practical Reason Reconsidered, in George Pavlakos (eds.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Hart Publishing, 2007, p. 296.

[42] See Damiano Canale and Giovanni Tuzet, On Legal Inferentialism. Toward a Pragmatics of Semantic, *Ratio Juris*, Vol. 20, No. 1, 2007, p. 42.

性角色所决定的，它关注的是法律实践中理由互动的方式，而不是每一个命题的语义学内容；其次，决定语句意义的并不是人们对于语句的实际用法，而是正确的用法；第三也更为重要的是，这里的“推论”指的是一种广义建构的推论，也会包括非推论性概念的实质内容，例如，红色东西的可见性保证了红色概念的正确使用，但这种正确性显然不是来自于推论的结果，而是来自于观察，但在这里，“红色”概念的适用情境与适用结果之间，可以被认为存在一种广义推论关系。[43]再例如，鹦鹉和光电管也可以可靠地区分（即给出可重复的反应）“红色”应该被运用的情境，但却不能掌握“红色”这个概念，因为它们无法理解这一概念的推论角色：它们无法识别出“这是红的”与“这是绿的”是冲突的，也无法识别红是一种颜色，不是一个素数，等等。[44]正如布兰顿所言，“一个人要掌握任何一个概念，就必须掌握许多概念……要能非推论地运用一个概念，一个人必须能推论地使用其他概念。”[45]因此，即使某些概念的内容并非直接来自于推论，但它们在广义推论关系中依然有自己的角色。

最后，也有人认为，推论主义无法适用于司法裁判中的事实认定问题：[46]即使推论主义理论能够为规范命题的语义内容提供令人满意的说明，但事实命题的真却不能依赖于这种推论性实践；它需要的是科学证据的支持，或它与实在的一致性。实际上，推论主义并不反对经验主义以及事实的客观性，它所主张的观点是，使这些观察概念化的是它们在推理中起到的作用。[47]布兰顿显然支持蒯因（Willard V. O. Quine）的这种观点：“我不是在主张存在依赖语言。这里所考虑的不是本体论的事实，而是话语的本体论承诺。一般地说，何物存在不依赖于人们对语言的使用，但是人们说何物存在，则依赖其对语言的使用。”[48]或者说，虽然本体论事实不依赖于我们的推论性实践，但客观事实的预设（或本体论承诺）却是我们认识事实的一个基础，[49]对于事实观察的概念化显然来自于推论性实践。

总而言之，推论主义并不会受困于上述的反对意见。实际上，与推论主义相类似的理念，在法学思想中也并不鲜见，例如，英国法哲学家哈特（H.L.A. Hart）很早就指出了语用推论在法律陈述意义确定中的作用，在他看来，我们不能只仅仅考虑词汇“权利”，而是要考虑句子“你拥有一项权利”，我们要从法律语句所使用的语境中去推论它的意义。[50]后来他是进一步提到了理由的衡量在意义确定中的作用：“针对某个一般化语汇是否应当被使用在特定事例上，我们会同时遇到赞成以及反对的理由……”[51]当然，虽然哈特强调了语用

---

[43] See Robert Brandom, Inferentialism and Some of Its Challenges, *Philosophy and Phenomenological Research*, Vol. 74, No. 3, 2007, p. 658.

[44] [美]罗伯特•布兰顿：《阐明理由：推论主义导论》，陈亚军译，复旦大学出版社 2020 年版，第 43、58 页。

[45] [美]罗伯特•布兰顿：《阐明理由：推论主义导论》，陈亚军译，复旦大学出版社 2020 年版，第 43 页。

[46] See Damiano Canale and Giovanni Tuzet, On Legal Inferentialism. Toward a Pragmatics of Semantic, *Ratio Juris*, Vol. 20, No. 1, 2007, p. 42.

[47] 参见布兰顿、陈亚军：《匹兹堡问学录：围绕<使之清晰>与布兰顿的对谈》，陈亚军访谈，周靖整理，复旦大学出版社 2017 年版，第 5 页。

[48] [美]W.V.O.蒯因：《从逻辑的观点看》，陈启伟等人译，中国人民大学出版社 2007 年版，第 92 页。

[49] 参见舒国滢、宋旭光：以证据为根据还是以事实为根据？——与陈波教授商榷，《政法论丛》2018 年第 1 期，第 45 页。

[50] 参见[英]哈特：法理学的定义与理论（1953），载氏著《法理学与哲学论文集》，支振锋译，法律出版社 2005 年版，第 29-30 页。

[51] [英]H. L. A 哈特：《法律的概念》（第二版），许家馨、李冠宜译，法律出版社 2006 年版，第 122 页。

学因素以及理由的重要作用，但他没有对这种理由空间给出详细的说明，这种说明是推论语义学提供的。

（二）推论语义学可以说明法律解释的确定性吗？

本文所讲的法律解释是对法律表达之意义的说明，或者说，是寻找法律概念或条文之正确意义的过程或活动。 传统的法律解释理论所致力于探求的是法律语句代表了什么意思，而不是法律话语被用来做什么；这些观念关注的是法律文本及其意义（语义结构），而没有将法律话语作为言语行为的语行力（illocutionary force）（语用推论的力量）置于问题的中心。与此不同，从推论主义立场来看，法律解释既不是对法律文本先在意义或立法者原意的还原，也不是完全在具体情境的创造性活动，它是这样的一种过程，即在当前的法学实践中，法律条文应当如何被解释才是符合法律共同体的解释规范的，这些解释规范并不仅仅是惯习，作为正确性标准的它们是在这一实践（即给予与索取理由的解释游戏）的参与者不断互动的过程中确定的。[52]

首先，推论主义以解释实践背后的规范性结构为基础，说明了法律表达之意义的确定性。一般来说，说话者 S 的断言 p 在语义上是清楚的，当下面四个问题被回答时：1. 在什么情况下，S 对 p 有承诺？2. 因为什么情况，S 对 p 有资格？3. S 对 p 有承诺，有什么后果？4. S 对 p 有资格，有什么后果？ [53]例如，在上面的例子中，张三的许诺是清楚的，如果：1. 他是严肃的、正式的或坚定的；2. 张三和李四有业务往来，他们已经就合同内容达成了一致，或者张三人品端正、值得信赖；3. 张三有到场的义务，李四有权要求张三到场，张三不能与李四的竞争对手签同样的合同；4. 张三预期李四会在签约地点等他，等等。换言之，当这四类问题无法明确回答时，许诺的意义便是不确定的。由此，理解与解释以及简单案件与疑难案件的区分也能得到说明。如果解释者们直接承认了解释推论背后的承诺和资格，这里所涉及的就是理解，因为解释者有着共同的规范性背景，就推论的正确性存在共识，否则所做的便是解释，这时候需要在不同的解释意见中重新寻找或构建共识。[54]

其次，推论主义也将这种确定性与证成相关联。诉诸正确性是规范性言语行为的构成性规则：一个规范性言语行为必然要求得到证立，否则便触发了“施为性矛盾”。[55]从这一视角看，法律解释的目标是为个案提供正确的规范，即在规范意义的可能空间内选择最佳的解释选项。这种选择并不是任意的，而是有着可操作的方法和可控制的理性标准的。正如布兰顿所言：“推论语义学可以用来阐明作出一个断言与能够证立它的责任之间的深层关

---

[52] Damiano Canale and Giovanni Tuzet, On Legal Inferentialism. Toward a Pragmatics of Semantic Content in Legal Interpretation?, *Ratio Juris*, Vol. 20, No. 1, 2007, p. 35.

[53] See Matthias Klatt, *Making the Law Explicit: The Normativity of Legal Argumentation*, Hart Publishing, 2008, p.214.

[54] See Damiano Canale and Giovanni Tuzet, On Legal Inferentialism. Toward a Pragmatics of Semantic, *Ratio Juris*, Vol. 20, No. 1, 2007, p. 41.

[55] See Giorgio Bongiovanni *et al.*, The Claim to Correctness and Inferentialism: Alexy’s Theory of Practical Reason Reconsidered, in George Pavlakos (eds.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Hart Publishing, 2007, pp.276-277; [德]罗伯特·阿列克西：法的安定性与正确性，宋旭光译，雷磊校，《东方法学》2017 年第 3 期，第 135-137 页。

联。”[56]例如，法治就课予解释者以双重责任：忠实于法律文本的责任（文本责任）；面对个体情境所负担的法律、道德、政治、社会等诸多方面的责任（情境责任）。[57]这两种责任之间可能会有冲突，此乃法的安定性与正确性之张力的一种延伸。[58]法律解释有赖于对文本责任和情境限制的说明，实际是对规范表述被使用的正确性条件的评估，这些条件是在语用互动（即论证）中得到确定的，来源于语言共同体的规范性态度。因此，处于解释推论核心的是表达法律语句意义之条件的那些道义状态的关系，解释的目标则在于确定决策语境中被当作正确的那些推论。[59]

由此也可以看出，在推论主义视角下，法律文本的意义是具有语境敏感性和过程敏感性的，前者指的是只有与具体情境相关才能确定语句的意义条件，后者则意味着语句的意义条件在对话者关于制定法之内容的语用互动中才能被确定。由此，法律话语的意义不仅会随着时间变化而发生一般性流变，例如，“通奸”“婚姻”等概念在今天的含义已经与古时大为不同，也会随着领域不同而可能出现个体化变化，例如，在中国目前的法学知识框架中，“法律行为”在法理学语境与民法学语境中的含义就有不同。更进一步来说，法律命题往往指向特定的目的或价值，且必须要在特定的具体个案中得到适用，因此不可能脱离具体的行动语境和评价。即使那些具有清晰所指的概念或者有惯习支持的语句，在结合这些目的、价值或行动语境进行推论之后，意义也可能会有差异。[60]例如，儿子犯了错，父亲叱令他：“自己呆在房间反省，发生任何事情都不许出来！”但不久后房间意外着火，在这种情境中，儿子该如何理解父亲的命令呢？这里的“任何事情”显然不能包括生命安危的事由。再例如，王五因驾车超速被交警拦下，但其所在位置恰好又不能停车，那么，按照当时的情境，王五难道要因为服从交警的命令再被判定违章停车吗？[61]

于是，有人认为，推论主义不仅不能保证法律解释的确定性，而且会使其陷入怀疑论或相对主义的陷阱之中。[62]尤其是他们提出，如果法律概念的语义学内容首先依赖于对概念用法的主观掌握，其次依赖于实践者们对于概念及其适用之不同推论性评价的道义计分，那么，这似乎意味着语句的意义完全依赖于某种主观的道义计分态度。不过，这种担心是多余的。首先，布兰顿本人明确拒斥了这种怀疑论，在他的理论中处于第一位的是推论的确定性，即何种考量构成了支持或反对采用关于某一法律概念之判断的理由。[63]更为重要

---

[56] Robert B. Brandom, Facts, Norms, and Normative Facts: A Reply to Habermas, *European Journal of Philosophy*, Vol.8, No.3, 2000, p. 361.

[57] See Susanna Lindroos-Hovinheimo, *Justice and the Ethics of Legal Interpretation*, Routledge, 2012, p.122.

[58] 参见[德]罗伯特·阿列克西：法的安定性与正确性，宋旭光译，雷磊校，《东方法学》2017 年第 3 期，第 134-141 页。

[59] See Damiano Canale and Giovanni Tuzet, On Legal Inferentialism. Toward a Pragmatics of Semantic Content in Legal Interpretation?, *Ratio Juris*, Vol. 20, No. 1, 2007, p. 35.

[60] 参见颜厥安：德沃金之诠释主义及其彻底化，《中研院法学期刊》2008 年第 3 期，第 194-197 页。

[61] See Kent Greenawalt, *Realms of Legal Interpretation: Core Elements and Critical Variations*, Oxford University Press, 2018, p.10.

[62] See Damiano Canale and Giovanni Tuzet, On Legal Inferentialism. Toward a Pragmatics of Semantic, *Ratio Juris*, Vol. 20, No. 1, 2007, p. 41.

[63] See Robert B. Brandom, A Hegelian Model of Legal Concept Determination: The Normative Fine Structure of the Judges' Chain Novel, in Graham Hubbs and Douglas Lind(eds.), *Pragmatism, Law, and Language*, Routledge, 2014, p.20.

的是，法律概念或命题的意义可以是客观的，道义计分机制也并不是完全主观的，法律实践中存在着一种主体间有效的方式（即语用规范或实践规范性态度）来区分法律概念的正确与非正确用法。[64]一方面，这种机制是一种社会互动的产物，独立于每一位实践者的主观态度；另一方面，虽然概念的意义来自于特定的推论性实践，但却也并不完全取决于这一实践，它在不同实践之间的意义是相互关联的，[65]例如，“承诺”在法律实践中的意义并不仅仅依赖于法律的推论实践，也同样依赖于所有有关承诺行为的实践。[66]在法律实践中，这种互动实践中的理由组成了一个相互关联的论据链，它们来自于一个与特定的法律文化、法律体系、法律领域紧密联系的论域，即法教义学。也就是说，法教义学提供了一个布兰顿意义上的实质推论关系之网，其他实践领域的知识要想进入法律领域，也必然经由这个推论之网而成为法律知识。[67]

总之，根据推论主义，法律解释不是抽象的语义说明，不能被看作是对某一符号与其所代表事物之指称关系的确定，而是依赖于解释行动和解释实践的，旨在澄清不同语言行动的关系。[68]对于它来讲，关键的不是符号，而是行动，不是符号与对象的关系，而是行动与行动的关系。法律解释要分析的基本单位不是单个的语句，而是语句之间的推论关系。法律解释所针对的就是那些表达法律语句意义之条件的道义状态之间的关系，通过对这些推论关系进行阐释，从而确定在裁决语境中哪些推论被当作是正确的。在这个意义上，法律解释是依赖于理由支持的（诉诸正确性），因而必然与某种规范性视角相关，而这种规范性视角蕴涵了某种变化的可能性，即概念的意义可能因为规范性视角的不同而发生变化。不过，这种变化并不意味着不确定性，因为法教义学提供了一个布兰顿意义上的实质推论关系网，这个推论网是与特定的法律文化、特定的法律体系、特定的法律领域联系在一起的，它提供了法律知识的确定性保障。

四、法律解释的推论实践

推论语义学将法律表达的内容与推论实践联系在一起了：法律表达的意义来源于根据特定语用规则的推论，它的确定性依赖于解释推论实践背后的那种规范性结构。下文将为这种推论实践提供一种可能的说明。

（一）法律表达的推论阐明

---

[64] See Matthias Klatt, *Making the Law Explicit: The Normativity of Legal Argumentation*, Hart Publishing, 2008, pp. 119-122.

[65] See Robert B. Brandom, A Hegelian Model of Legal Concept Determination: The Normative Fine Structure of the Judges' Chain Novel, in Graham Hubbs and Douglas Lind(eds.), *Pragmatism, Law, and Language*, Routledge, 2014, p.20.

[66] See Jules L. Coleman, *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, 2001, p.8.

[67] See Ralf Poscher, The Common Error in Theories of Adjudication: an Inferentialist Argument for a Doctrinal Conception, in Janet Giltrow and Dieter Stein (eds.), *The Pragmatic Turn in Law: Inference and Interpretation in Legal Discourse*, De Gruyter, 2017, pp.309, 316-317, 320.

[68] See Damiano Canale and Giovanni Tuzet, On Legal Inferentialism. Toward a Pragmatics of Semantic, *Ratio Juris*, Vol. 20, No. 1, 2007, p. 34.

根据传统的语义论，一个概念指称一个对象，只能通过将其涵摄在自身之下的方式，因此，处于法律解释核心位置的就是关于这种涵摄关系的判断。[69]例如，“鲸”是否可以被涵摄于“鱼”之下，“蔬菜”是否可以涵摄“番茄”。但根据推论语义学，法律解释的任务是通过推论将法律话语背后预设的隐含内容阐释清楚，法律解释的焦点从静态的意义归属转向了动态的论辩实践，并与证成紧密联系在一起了。法律解释是在具体的法律应然判断的证立框架内发生的：正确的解释最终依赖于充分的理由，好的解释理论依赖于好的证成理论。[70]

首先，一个表达的意义是在推论中得到阐明的，掌握一个表达，使之清晰，就是掌握这个表达的推论性角色，即说话者使用这个表达使自身承担了什么样的承诺，什么赋予了其如此去做的资格，什么可以排除这种资格。例如，当张三对李四作出“明天我来找你签约”的许诺时，便可以推出：张三预期自己会签约（前提），张三有到场的义务（后果），李四有权要求张三到场（后果），张三不能与李四的竞争对手签同样的合同（不相容），等等。对于法律表达的推论阐明同样也是如此，只不过，在法律解释中，由法教义学体系构成的实质推论之网起到更为关键的作用，其中含有许多法律专业领域独有的背景预设。例如，我国《拍卖法》第 65 条规定：“竞买人与拍卖人之间恶意串通，给他人造成损害的，拍卖无效，”那该如何理解这里的“恶意串通”呢？解释者便需要从多个层面进行推论：竞买人与拍卖人之间存在一定的关联关系，方可有“串通”（前提）；由于“串通”，拍卖过程没有进行充分、公平的竞价，且导致了他人合法权益受损（后果）；二者“串通”没有正当理由，方为“恶意”（不相容条件）。那么，又如何解释“拍卖过程没有进行充分、公平的竞价”呢？这就需要求助于拍卖的一些典型场景，例如，拍卖过程中没有其他无关联关系的竞买人参与竞买，或者虽有其他竞买人参与竞买，但未进行充分竞价的；拍卖标的物的评估价明显低于实际价格，仍以该评估价成交的，等等。[71]

其次，法律话语隐含的内容往往与解释实践所处的背景密切相关。在当代语言哲学家索姆斯（Scott Soames）看来，“某一话语 U 预设了 P，当且仅当我们可以合理地从 U 中推导出说话者 S 接受了 P 且将之当作是没有争议的，要么是因为（1）S 认为 P 已经是 U 所在的那个时刻的会话背景的一部分，要么是因为（2）S 认为会话参与者们已经无异议地将 P 增添到会话背景之中。”[72]这里的会话背景指的是这样一个命题集合，即在会话时会话参与者们都相信或假设了它，而且他们彼此承认这一点。例如，按照法律规定：餐馆应当配备卫生间，这就预设了卫生间应当在营业期间开放，并且保持适宜的使用条件和卫生条件。

以上述案件为例，莫里斯案和尼克斯案的核心问题并不是“鲸油是不是鱼油”，或者“番

---

[69] See Christoph Kletzer, Towards an Inferential Semantics in Jurisprudence, in Michael Freeman and Ross Harrison(ed.), *Law and Philosophy*, Oxford: Oxford University Press, 2007, p.109.

[70] 参见[芬兰]阿尔尼奥：《作为合理性的理性：论法律证成》，宋旭光译，中国法制出版社 2020 年版，第 152 页；[德]罗伯特•阿列克西：《法律解释》，载氏著《法 理性 商谈：法哲学研究》，朱光、雷磊译，北京：中国法制出版社 2011 年版，第 72 页。

[71] 参见最高人民法院指导案例 35 号：广东龙正投资发展有限公司与广东景茂拍卖行有限公司委托拍卖执行复议案。

[72] Scott Soames, *Philosophical Essays: Natural Language: What it Means and How we Use it*, Princeton University Press, 2009, p.93.

茄是不是蔬菜”，而是在相关的法律条文中，“鱼油”的意义是否涵盖了“鲸油”，或者“蔬菜”是否可以涵摄“番茄”。[73]解释者必须回到制定法本身，根据该规定所处的情境及其预设才能作出正确回答。相关的制定法关涉的都是进出口或商业贸易的问题，因此，贸易商的理解，而非字典的科学定义，才更具有优先性。法律不是科学，而是一种有着特定功能、会对社会权利和利益的分配产生重大影响的工具，没有什么正当的理由可以支持法院抛弃大多数人对于语词的用法，而去支持科学家们的界定。“一个语词在共同体中的意义，是由其在这个共同体中是如何被使用的来决定的”。[74]例如，从当前语境来看，“鲸是鱼”似乎比“番茄是蔬菜”更加难以接受，那是因为今天的大部分人都将“鲸是鱼”视为错误的，而往往很难决定“番茄是蔬菜”的正确性。

（二）法律解释的推论规则

这里所讲的法律解释的推论规则主要指的是如何使用解释理由或论据进行推论的规则，[75]作为语用规则的一部分，这些解释规则将法律规则的意义与其被使用的语境以及与它的意义相关的语境要素关联在一起，从而决定了意义的正确性。[76]这里仅就成文法条文的解释来讲，这种背景主要包括三个层面：法律文本的语言背景；法律文本所属的法律体系背景；法律文本创制或适用的社会功能背景，[77]因此，相关的解释规则至少可以分为如下三种类型：

1. 语言背景预设的规则。法律规范是用语言表述的，无论是日常语言，还是专业语言，都必须遵循特定的语言规则。例如，（1）解释经济规则：对于法律文本的解释不能导致其某些部分是无用的或无意义的；（2）解释一致性规则：对同一文本中不同部分的同一语词或表达，不能以不同的方式进行解释，除非这样做有着很强的理由；对同一文本中的不同语词或表达，应当假设它们关联的是不同的情境，除非有很强的理由支持相反的假设；（3）日常用法优先规则：人们不能以与日常语言用法相冲突的方式去解释法律文本中的语词或表达，除非这样做有着很强的理由；（4）专门用法优先规则：如果某语词或表达之前已经被确定有着一个与日常意义不相容的技术性意义，人们应以这种特殊意义去解释语词或表达，而无需参考日常语言。[78]这里的专门用法所讲的是法学而非科学或者其他领域的专门用法，依此，“鲸”和“番茄”的科学分类在法律解释中并不具有优先位置。

需要注意的是，有一些语言背景下的预设是不能取消的，美国法学家马默（Andrei Marmor）称它们为语义编码的（semantically encoded）含义。[79]例如，“是他打碎了玻璃！”

---

[73] Ian Phillips, Cetacean semantics: A reply to Sainsbury, *Analysis,* Vol 74. No.3, 2014, p.381.

[74] Mark Sainsbury, Fishy Business, *Analysis*, Vol 74. No.1, 2014, p.4.

[75] 按照法理学中规则与原则的区分，实际上这些解释规则更像是一种原则，它们并不是“全有全无”的方式适用的，而是以分量“竞争”的方式适用的。

[76] See Jerzy Wróblewski, Presuppositions of Legal Reasoning, in Eugenio Bulygin *et al.* (eds.), *Man, Law and Modern Forms of Life*, D. Reidel Publishing Company, 1985, p.288.

[77] See Jerzy Wróblewski, Presuppositions of Legal Reasoning, in Eugenio Bulygin *et al.* (eds.), *Man, Law and Modern Forms of Life*, D. Reidel Publishing Company, 1985, p.288.

[78] 参见[瑞典]亚历山大·佩策尼克：《论法律与理性》，陈曦译，中国政法大学出版社 2015 年版，第 355-356 页；[芬兰]阿尔尼奥：《作为合理性的理性：论法律证成》，宋旭光译，中国法制出版社 2020 年版，第 112-143 页。

[79] See Andrei Marmor, Can the Law Imply More Than It Says? On Some Pragmatic Aspects of Strategic Speech, in Andrei Marmor and Scott Soames(eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford University

在语义上预设了“玻璃被打碎了”这个内容。再例如，我国《刑法》第20条规定：“为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害，而采取的制止不法侵害的行为，对不法侵害人造成损害的，属于正当防卫”，这以表达就预设了正当防卫时，国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利必须正在遭遇不法侵害。

2. 体系背景预设的规则。法律文本所处的体系被假设是一致的、融贯的、完全的且无冗余的，如果法律解释不满足这些预设标准时，就应当被重新考量。[80]例如，在成文法国家中，这样的规则可能包括：（1）法律条文的解释应当在该条文的上下文语境、法典（或单行法）语境、法律部门语境以及法律体系语境中进行；（2）被解释的法律规则应当与其他法律规则保持一致性，不能相矛盾；（3）被解释的规则不能违反上位法的刚性规定；（4）应当尊重所属制定法的立法精神和法律原则、所属部门法的教义学通说以及所属法律体系尤其是宪法所坚持的基本权利和价值。例如，如何解释“使用枪械”这一表述，是仅仅指“将枪械作为武器使用”，还是指“对于枪械的任意使用”？如若另一条款规定“违法使用枪械”包括“违法转让、买卖或运输枪械”，根据体系规则，则不能支持前一种解释。[81]

3. 功能背景预设的规则。这种功能背景至少包括立法者在创制法律时所处的历史背景，以及解释者在解释法律时所处的当前情境。关于功能背景包括哪些要素，并没有一个统一的清单，既可能包括社会关系、社会价值等意识形态要素，也可能包括相关规范的功能、目标等要素，甚至可以说，诸如道德、政治、经济、文化等所有可能影响法律解释的要素都属于功能语境的范畴。[82]这些预设可能包括：（1）理性（合理）的预设：所有的推论规则都应当符合理性的要求，而语用学解释必须要预设所有行动者都是理性的，以此，法律解释应当被看作是，一个适格的解释者，以最合理的方式去认定，理性立法者在特定交流语境中，通过采用既有的语言工具所试图负载的意义；[83]（2）法治价值的预设：不同的法治理念可能会带来不同的解释观念，例如，形式主义法治观必然更加重视法律的安定性价值，因此更青睐于从字面意义以及体系考量出发看待问题，也会将立法者的历史原意放在优先的位置上；实质主义法治观则更加看重法治的正确性或实践合理性，因此更倾向于以目的解释、价值判断以及后果主义考量等方式实现法律所应当实现的实质目的；（3）知识论和解释理论的预设：法律解释离不开知识论的预设，而所谓文本主义与意图主义或者客观目的说和主观目的说之争，也都会带来不同法律价值以及不同解释理由或规则之优先

Press, 2011, p.90.

[80] See Marcelo Dascal and Jerzy Wróblewski, Transparency and Doubt: Understanding and Interpretation in Pragmatics and in Law, *Law and Philosophy*, Vol. 7, No. 2, 1988, p.220; Jerzy Wróblewski, *Meaning and Truth in Judicial Decision*, A-Tyeto Oy, 1983, pp. 41-43.

[81] 参见宋旭光：“格赖斯准则何以适用于法律解释”，陈金钊、谢晖主编：《法律方法》（第28卷），山东人民出版社2019年版，第144-145页。

[82] See Jerzy Wróblewski, *Meaning and Truth in Judicial Decision*, A-Tyeto Oy, 1983, pp. 43-44; Marcelo Dascal and Jerzy Wróblewski, Transparency and Doubt: Understanding and Interpretation in Pragmatics and in Law, *Law and Philosophy*, Vol. 7, No. 2, 1988, p.220.

[83] See Brian G. Slocum, *Ordinary Meaning: A Theory of the Most Fundamental Principle of Legal Interpretation*, The University of Chicago Press, 2015, p.94.

性次序的不同。

4. 其他预设。某一特定法律领域所特有的推定，也会对法律解释产生影响。例如，在民事领域中，诉讼主张的证明责任主要是由提出主张的一方承担的，除非法律有特殊的规定；在刑事领域中，因为“无罪推定”原则，一般证明责任都在公诉方；在证明中，一般会推定证人证言是有效的，除非有相反证据的证明。

（三）法律解释的推论模式

一般而言，在自然科学中，“假说-验证”的理论模型已被广泛地接受：在特定范式中，科学家基于特定的理论洞见提出某种假说，并努力通过经验基础来验证这个假说；如果这个假说获得了验证，它又会成为下一个假说的基础。[84]实际上，人文科学领域的解释性或说明性工作大抵上也会以类似的方式运行：以学科范式和前理解为基础，解释者会提出某种解释选项，并通过具体的论据来证成这一选择。[85]不同的是，在自然科学中通常存在作为检验基础的统一理论，但解释科学却往往缺少这样统一的验证理论；[86]自然科学的验证结果往往是真或假、是或否、证成或证伪的二分问题，但在人文解释中，解释结果多是更好或更差的程度问题。不过，在法律语境中，因为制度性压力，在最终的解释决定中，这种程度性的问题最终也要转变成全有全无的二分问题，更好的被当成最佳的，似真的被当作真的。在这个意义上，法律解释的过程就是选择或证立最佳解释的过程，所有的解释方法或理由都用来帮助解释者就法律条文的理解达成可得的最佳解释。[87]一般而言，最佳解释的论证图式是这样的：

前提 1：F（某个话语）是一个已见的事件；

前提 2：对于 F，E1 是一个令人满意的归属；

前提 3：截至目前没有可选择的解释 E2……En 比 E1 更加让人满意；

结论：因此，基于目前已知的内容，E1 是最佳的（似真的）解释。[88]

在这里，关键在于什么是“最佳解释”。在日常话语中，与说话者真实意图相一致的，通常便是对某一话语的最佳解释：当你完全明白了对方的意图时，你就正确理解或解释了对方的话语。在法律解释中，我们假设立法者存在这样一种意图，而解释的任务就在于证成这个假设的正确性，由此法律解释工作便具有“假设-证成的螺旋结构”。不过，这个螺旋在制度框架内会因为时效原因而被截断，即在必须作出决定的那一刻，解释者要根据已有的信息确定可得的最佳解释。如果解释的关键所在是，如何通过推论还原或重建立法者意图，那么，除了立法文本的表述之外，法律解释的推论基础还包括这些表述的惯习意义以及各种推论规则、会话背景和预设等。一般而言，惯习意义具有初显（*prima facie*）优先

---

[84] 参见[芬兰]阿尔尼奥：《作为合理性的理性：论法律证成》，宋旭光译，中国法制出版社 2020 年版，第 100-101 页。

[85] 参见焦宝乾：“法的发现与法的证立”，《法学研究》2005 年第 5 期，第 159 页。

[86] 参见[芬兰]阿尔尼奥：《作为合理性的理性：论法律证成》，宋旭光译，中国法制出版社 2020 年版，第 102 页。

[87] See Nicholas Allott and Benjamin Shaer, Inference and Intention in Legal Interpretation, in Janet Giltrow and Dieter Stein (eds.), *The Pragmatic Turn in Law: Inference and Interpretation in Legal Discourse*, De Gruyter, 2017, p.88.

[88] See Fabrizio Macagno *et al.*, Pragmatic Maxims and Presumptions in Legal Interpretation, *Law and Philosophy*, Vol.37, No.1, 2018, p.82.

性，如果解释者想要对其“最佳性”提出挑战，就必须从其背景预设中寻找充分的反对理由，而且在大多数时候他还应当提出正当理由来支持自己提供的替代解释选项。最佳解释的选择是建立在对这些反对理由和支持理由的通盘考量之上的。这样的过程可以描述如下：89

（1）某一法律条文（或其他法律陈述）在常规语境中具有的字面意义，往往会被初显地推定是它所表达的规范意义，除非对此有异议；

（2）异议被提出，即初显意义在当前情境中不是最佳的；

（3）这一异议导向对于其他替代解释选项的寻找；

（4）通过对其支持性或反对性理由的考察，这些选项得到评价；

（5）最佳的解释被选择出来。

由此来看，在法律解释中，语用推论或隐含含义都是可以根据情境的变化而取消的，当新的知识片段出现时，它们会被废止。90例如，在有关商业贸易的法律语境中，“鲸油”是否应当被当作是“鱼油”是有疑问的，但一旦换了其他情境，诸如涉及到生物专业知识的法律规定时，鲸被认定为鱼便是错误的。

总之，法律话语的意义是通过一种（可废止的）推论过程获得的。91法律语义的非决定性很大程度上指的是解释推论的可废止性：增加的考量可能会废止或者加强之前的某个解释选项的证成力量。[92]

五、结语：法律解释何以可能？

根据推论主义，我们应当从概念使用的实践出发来理解概念与语言，探究其在推论互动实践中的角色。法律解释之所以可能，是因为存在着一种共同参与的、给予和索取理由的推论实践，这种实践中的推论规则构成了解释的正确性标准，而法教义学以及法学方法论正是提供这种必须遵守之规则的学问。[93]

那么，法律解释是不是这样一种受规则指引的事业呢？对此，我们必须区分两种不同性质的问题：第一，在发现的语境中，作为一个启发性或经验性问题，解释规则是否能够帮助我们找到正确的解释；第二，在证成的语境中，作为一个规范性或评价性问题，解释规则是否能够对解释决定进行证成，或者，解释者是否应当根据解释规则进行解释活动。一般来说，经验性问题需要依据经验数据才能给予回答。首先必须承认，在实践中，确实有许多解释者，他们根本不了解任何解释方法或规则，仅仅依靠自己的主观偏好、道德情感或直觉（“法感”）也能作出一个正确选择。严格来讲，这些人基于什么样的动机、有着

---

[89] See Fabrizio Macagno *et al.*, Pragmatic Maxims and Presumptions in Legal Interpretation, *Law and Philosophy*, Vol.37, No.1, 2018, p.79.

[90] See Paul Grice, *Studies in the Way of Words*, Harvard University Press, 1989, p.44.

[91] 参见宋旭光：论法学中的可废止性，《法制与社会发展》2019年第2期，第127页。

[92] See Robert B. Brandom, A Hegelian Model of Legal Concept Determination: The Normative Fine Structure of the Judges' Chain Novel, in Graham Hubbs and Douglas Lind (eds.), *Pragmatism, Law, and Language*, Routledge, 2014, p.20.

[93] 参见[奥]恩斯特·A. 克莱默：《法律方法论》，周万里译，法律出版社2019年版，第1页。

怎么样的心理活动都是很难确认的，但我们不能因此认为，在解释过程中，法教义学知识或者法学教科书上列出的那些法律解释方法或规则没有作用。[94]正如前述，法律文本的意义是建立在一种语言的规范性推论实践之上的，只有依据这种结构以及具体情境的其他知识，才可以推论出法律规范在个案中的意义。话语实践（包括法律解释实践）所预设的规范性框架是任何实践参与者都不能逃脱的，即使我们对于这一规范性框架的认识可能会有分歧。这种要求理由与给出理由的解释活动必须符合解释实践背后的规范性结构，例如，解释者必须为自己的解释决定承诺特定的义务，并应当具有作出如此决定的资格。因此，法律解释理论需要关注的是，在什么情况下我们推论出的解释决定是适当的，从这种适当的决定又能推出什么样的后果。

[94] 参见王政勋：刑法解释的立场是客观解释——基于会话含义理论的分析，《法律科学》2012 年第 3 期，第 60 页。

“法律行为”汉语语境下的三重内涵

杨申[1]

【摘　要】汉语语境下“法律行为”法学基本范畴存在一词多义现象，需要对其内涵进行更清晰的梳理。“法律行为”在民法学和法理学中分别存在狭义与广义两种不同的内涵，而基于语言使用习惯，实际上还存在一种中义的表述方式。“法律行为”一词多义现状有其历史与理论基础，即私法作为“一般法”理论较早获得发展，公法而后借鉴其研究方法，法律行为理论经历了向其他部门法和理论法学扩散，并各自形成相对独立的理论体系的学术发展过程。“法律行为”概念的理清，有利于法理学领域法律行为（广义）理论通过法的跨部门比较研究取得进一步发展，有利于法学理论教育。

【关键词】法律行为；民事法律行为；具有法律意义的行为；一般法理论

一、汉语语境下“法律行为”法学基本范畴一词多义的待梳理现状

汉语语境下“法律行为”作为法学基本范畴，其内涵则是含混不清和易受指责的。民法学、行政法学及法理学对这一概念内涵的认定不尽相同，却又不乏重合之处，导致至今学界仍对“法律行为”一词的使用存在一定分歧。这主要因为法律行为理论本源于民法，而后为其他部门法特别是公法理论所借鉴，法理学则为该理论的跨部门法“移植”起到一定的推波助澜作用。结果是民法理论对法律行为的研究最为精深，却无奈实证法选择更为谨慎的“民事法律行为”作为表述方式[2]；法理学对法律行为问题的研究虽然尚浅，却因符合汉语表述习惯而使其影响深远。现今民法学与法理学，或基于历史，或基于现状，均有足够的理由继续使用“法律行为”这一法学基本范畴，然而具体内涵并不一致，以至引发所谓“概念归属之争”。[3]平心而论，主流法理学教科书中对法律行为的诠释更多继承自前苏联法理论，该理论又同民法历史上对法律行为的研究颇有渊源，存在诸多与民法中法律行为理论相似之处。这导致法理学上的法律行为被认为是“缺乏实践”和“知识冗余”[4]的最典型代表，以至于引起与部门法之间的概念冲突，造成不必要的“学习障碍”。[5]部分新编教科书删除了法律行为相关章节，不过主流教科书几经再版仍旧坚持了法律行为独立成章的中国传统。[6]窃以为，法理学上对法律行为的研究虽不成熟，但其中所蕴含的跨部门法比较研究可能性并非毫无价值。鉴于“法律行为”在汉语语境下存在多重含义，对这些概念进行更清晰的梳理才是继承及发展既有学说的更好方式。

---

[1] 杨申，四川警察学院，讲师。

[2] 即《民法典》第 133 条。

[3] 参见黄金荣：《法理学中的“法律行为”》，载《法哲学与法社会学论丛》，2006 年第 2 期。

[4] 陈景辉教授将法理学受到的批评总结为这两个，在举例时就提到了法律行为的一般化总结可能造成学习障碍。参见陈景辉：《法理论为什么是重要的——法学的知识框架及法理学在其中的位置》，载《法学》，2014 年第 3 期，51 页。

[5] 同上，54 页。

[6] 仍保留该章节的主流教科书包括张文显主编高教版《法理学》2018 年第五版，舒国滢主编《法理学导论》2019 年第三版等。

本世纪初《哲学与法社会学论丛》组织了民法、法理学、行政法三个领域的“法律行为”专题研讨，[7]法理学与民法学各自对其领域内法律行为的内涵有了较为准确的界定，概念之争逐渐偃旗息鼓。而后民法学以大陆法系“法律行为”理论为基础建构的学理体系日益完善，[8]法理学对“一般法理论”的历史梳理也形成了较为完善的知识图谱，[9]法律行为理论从起源到发展、变化的历史脉络逐渐可被梳理清晰。本文试在上述理论探索的基础上，从逻辑上梳理汉语语境下“法律行为”一词存在的广义、狭义以及中义，并通过理论与历史研究，理清这一学说背后所蕴含的学说史发展脉络，为传承与发展这一法学理论提供些许可能性。

二、汉语语境下“法律行为”的狭义、广义与中义

“法律行为”在汉语语境中存在不同层次的含义，一定程度上根源于法律概念的表述需求，亦反映了该专有名词的学说史发展脉络。

汉语语境下“法律行为”一词最先在民法领域获得较广泛的使用。民法领域所谓“法律行为”，对应现今实证法用语“民事法律行为”，是德文“Rechtsgeschäft”在学界最常用的汉译方式。“民事法律行为”在我国一般被定义为“民事主体通过意思表示设立、变更、终止民事法律关系的行为”，[10]因指代范围最为特定，本文将以“法律行为（狭义）”相称。

“法律行为（狭义）”作为 18 世纪德国判的克顿法学的理论成就，在 1807 年海泽出版的《供潘德克顿讲授至用的普通民法体系刚要》中形成“Rechtsgeschäft”的固定德语表述方式。[11]萨维尼使其成为“当事人设立与变更法律关系的重要手段”，与“意思表示”紧密相连，[12]奠定了现代民法的基础。弗卢梅“将法律行为理论作为独立理论予以研究”，[13]集大成的总结了法律行为所具有的私法自治价值。20 世纪初，日本学者在其民法典的编纂过程中，确定了以汉语词组“法律行为”对应德语“Rechtsgeschäft”的译法，[14]并为我国学者所接受，在台湾地区沿用至今。[15]近年来虽有学者质疑该译法的准确性，但终究没能找到更充分的理由改变“法律行为”这一“耳熟能详”的翻译方式，[16]反是以“法律行为（狭义）”对应“Rechtsgeschäft”的重要译著及其他学术成果逐渐汗牛充栋。总之，对现代民法研究的深入研究需要以“Rechtsgeschäft”为基础的理论体系，也就需要称为“法律行为（狭义）”的民法学基本范畴。

“法律行为（狭义）”在民法领域的不可替代既基于业已形成的表述习惯，亦有具备一

---

[7] 参见《法哲学与法社会学论丛》，2006 年第 2 期。三篇论文包括了从第 3 页至第 71 页的内容。
[8] 比较详细如朱庆育在其《民法总论》教科书中的总结。参见朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社，2016 年第 2 版。
[9] 主要是雷磊的几篇论文。参见雷磊：《法的一般理论及其在中国的发展》，载《中国法学》，2020 年第 1 期。雷磊：《法理学与部门法学的三重关系》，载《河北法学》，2020 年第 1 期。雷磊：《法哲学在何种意义上有助于部门法学》，载《中外法学》，2018 年第 5 期。
[10] 参见朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社，2016 年第 2 版。
[11] 同上，第 77 到 80 页。
[12] 同上，第 77 到 80 页。
[13] [德]弗卢梅：《法律行为论》，迟颖译，法律出版社，2013 年。
[14] [日]平井宜雄：《法律行为论在日本的形成》，载《比较法研究》，2007 年第 6 期，147-148 页。
[15] 如王泽鉴教授对法律行为的界定：“法律行为，指以意思表示为要素，因意思表示而发生一定私法效果的法律事实。”王泽鉴：《民法概论》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 80 页。前文所引民法总则中有相同表述。
[16] 参见弗卢梅 26 页译者注。[德]弗卢梅：《法律行为论》，迟颖译，法律出版社，2013 年。

定的学理价值。我国民事立法实践中为了寻找更具部门法特定的概念表述方式，曾创造了“民事行为”及“民事法律行为”的概念，并经近数十年的研究发展，最终统一为现今《民法典》中“民事法律行为”的实证法用语。然而“民事法律行为”的用语虽然具有明确的法域区分价值，在法律实践中也获得了较广泛的认可，但一直以来却难以撼动“法律行为（狭义）”在民法理论研究中的地位。除了既成惯例的影响，德文“Rechtsgeschäft”毕竟不含有“民事”之类含义的词缀，这使“法律行为（狭义）”比“民事法律行为”在法学基本范畴对应上更为准确。更何况“民事法律行为”的实证法用语只通行于中国大陆地区，而“法律行为（狭义）”则为同样使用汉语或汉字的台湾、日本等地区所普遍使用。最后尤为重要的是，在民法学者看来，“法律行为（狭义）”与承载了“私法自治”精神的“意思表示”紧密相连，因而实证法中所谓“民事”的法域区分并无必要。[17]据此，“法律行为（狭义）”和“民事法律行为”两个含义一致而倾向稍有不同的专有名词，将在我国民法理论与实践中长期共存，并在不同的语境下使用。鉴于“法律行为（狭义）”与“意思表示”的密切关联，法理学倾向于使用“意思表示行为”指代民法上的“法律行为（狭义）”，以实现一定的概念区分作用。法理学创造“意思表示行为”的称呼方式，具有较好的区分度，在理论法学教学以及一些科研中使用较多，但从民法学理上讲仍不够准确。因为严格来说，民法理论中的“法律行为（狭义）”与“意思表示”并非完全等同，同时还存在被称为“表示行为”的学理概念。[18]新概念的使用不宜影响旧有概念体系的混淆，“意思表示行为”的称呼使用场合有限，民法学界并未接受。质言之，民法学界有理由也有必要继续使用“法律行为（狭义）”的概念表述方式。

同民法学上“法律行为（狭义）”的概念存在最多争议的，是法理学上“法律行为”的概念。法理学上的“法律行为”一般概括为“人们所实施的、能够发生法律效力、产生法律效果的行为”，[19]这一概念“来源于各部门法律行为的高度抽象”，“涵盖了各部门法法律行为，是各种具体法律行为的最上位概念”，[20]因而实际上更完整的称呼应当是“具有法律意义的行为”，本文称为“法律行为（广义）”。

对广泛意义上“法律行为”的探讨源于 19 世纪中后期，大陆法系主要是德国从“法的一般原理”视角，对具有“一般”性特征法律概念的分析研究。[21]为了命名“法律行为（狭义）”的上位概念，德国主要形成了“juristische Handlungen（法律上的行为）”和“Handlung im Rechtssinne（具有法律意义的行为）”两种表述方式。[22]我国学者曾采用“法律上行为”的翻译方式表述此概念，但似乎是因为并不符合现代汉语的表述习惯而未获推广。上世纪 90 年代以来，我国法理学研究者逐步深入了对“法律行为（广义）”的研究，并将这一当时的学术前沿引入统编法理学教科书。随着这一时期法理学教科书编写的繁荣，“法律行为（广义）”由原属“法律关系”之下的一“节”独立为与其并列的一“章”，[23]并在主流教科书中延续

[17] 参见朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社，2016 年第 2 版。
[18] 参见王泽鉴：《民法概论》，中国政法大学出版社 2003 年版。
[19] 参见张文显：《法理学》，第 102 页。该部分实际上由舒国滢撰写。在舒国滢版《法理学导论》134 页上有同样表述。
[20] 马工程：《法理学》教材，第 130 页。另外两本教材亦有类似表述。
[21] 参见雷磊：《法的一般理论及其在中国的发展》，载《中国法学》，2020 年第 1 期。
[22] 参见朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社，2016 年第 2 版。
[23] 参见黄金荣：《法理学中的“法律行为”》，载《法哲学与法社会学论丛》，2006 年第 2 期。

了这一编写体例。不可否认的是，以“法律行为”一词表示“具有法律意义的”或“能够引起一定法律后果的”行为，最为符合汉语表述习惯，[24]这在很大程度上促进了该学说的推广。而主流教科书的加持与当年各大高校法学专业本科教育的扩招，进一步强化了这一相对通俗易懂的专有名词的影响力。以至于反而是民法学者需要不断强调“法律行为”原本属于民法领域的事实，引发了前文曾提及的“概念归属之争”。而后一段时间以来，法理学上的“法律行为（广义）”被批评为是对民法上“法律行为（狭义）”的误读。不过随着近年来法理学界对“法律行为（广义）”概念的逐步理清，从法哲学[25]或思想史[26]等方面对其展开研究的学术成果不断涌现，法理学上的“法律行为（广义）”作为兼具一定问题意识和理论源流的法学基本范畴，理论体系日益成熟。

对法理学而言，放弃使用“法律行为（广义）”，甚至毁弃业已形成且正在蓬勃发展的理论学说，显然是不切实际的。“法律上的行为”或“具有法律意义的行为”的表述方式不易引起纷争，但难以作为具备特定含义的专有名词使用。“法律上行为”的称呼通过去除“的”字，使表述相对“专有名词化”，却又不符合现代汉语的表述习惯。[27]有学者另辟蹊径，提出“涉法行为”的用法，[28]符合了现代汉语的用法，又变得更易引发误解，[29]未被学界承认。相比而言，“法律行为”的用法不仅符合现代汉语表意习惯，还能与“法律关系”“法律事实”“法律规则”等既有名词相互呼应，以至于该用法的出现，便在学界不断引起或赞成或反对的讨论，足见其影响力的深远。一定程度上说，法理学以“法律行为（广义）”指代“具有法律意义的行为”，源自学科理论的发展及其对专有名词表述方式的需求，只要概念内涵界定清晰，本身并不会造成太大的误解，反而有利于概念体系的理清。法理学和民法学在各自领域内继续使用界定清晰的“法律行为（广义）”和“法律行为（狭义）”并不矛盾，甚至没有必要“各退一步”。[30]在可能引发表述不清的地方，注明究竟是“民事法律行为”还是“具有法律意义的行为”，或如本文以广义和狭义标识，大概是目前最合理的解决方案。

除了上述两种范畴日益理清的“法律行为（广义）”和“法律行为（狭义）”，实际上还存在一种介乎两者之间的“法律行为（中义）”。“法律行为（中义）”并非已获学界认可的法学基本范畴，其存在源于表述需要，存在目的是为了理清专有名字之间的层级关系。当我们使用“民事法律行为”的表述时，可以被“民事”所修饰的“法律行为”，显然不能是“法律行为（狭义）”，似乎也并非“法律行为（广义）”。一方面，既然“民事法律行为”基本上等同于“法律行为（狭义）”，那么“法律行为（狭义）”再被“民事”修饰，是毫无意义的。另一方面，“法律行为（广义）”作为“具有法律意义的行为”，在民事领域的表现形式既包括

[24] 参见张文显：《法学基本范畴研究》，中国政法大学出版社，1993 年版，第 131 页。
[25] 参见马驰：《普遍法律行为概念的法理学重构》，载《法制与社会发展（双月刊）》，2019 年第 4 期。
[26] 参见雷磊：《法的一般理论及其在中国的发展》，载《中国法学》，2020 年第 1 期。
[27] 在“法律上的行为”一词中，“上”字用于名词之后表范围，与该名词一起组成偏正短语的修饰词。这种用法在古汉语中存在如“身上衣”“天上云”的表达方式，但为免歧义，现代汉语中一般不宜省略短语中的“的”，如“身上的衣服”“历史上的今天”。
[28] 参见张文显：《法学基本范畴研究》，中国政法大学出版社，1993 年版，第 130 页。
[29] 汉语中“涉”作“相关联”之义，往往暗含对相关联事物的负面评价，如“涉嫌”“涉黑”，“涉法”颇有“违法”之义，反而难以涵盖最重要的“适法”行为类型。
[30] 参见黄金荣：《法理学中的“法律行为”》，载《法哲学与法社会学论丛》，2006 年第 2 期。

最典型的“法律行为（狭义）”，还包括了事实行为、违法行为等其他行为类型。如果“民事法律行为”一词中的“法律行为”指的是“法律行为（广义）”，那么仅以“民事”修饰，就排除了事实行为、违法行为等其他行为类型，显然并不合理。据此，“民事法律行为”中的“法律行为”，只能是一种既能排除事实行为、违法行为等其他“非典型”行为类型，又在不同部门法之间广泛存在、需要用“民事”加以限定的“法律行为（中义）”。那么其他部门法中是否类似的也存在这种要将有“典型意义”的“法律行为（中义）”，同该领域其他“非典型”行为相区别的需求呢？至少行政法领域有此需求。行政法领域所谓“行政行为”，其实就是“行政法律行为”，并用以区分行政法领域的“事实行为”。尽管民法领域的“事实行为”与“行政事实行为”理论发展至今已几乎不存在可比性，“民事法律行为”与“行政行为”的理论要点也差异显著。但“法律行为（中义）”基本范畴的使用，在上述概念中所具备的、在特定领域内区分“典型”与“非典型”行为的功能，则不可否认。据此本文认为，在“法律行为（广义）”和“法律行为（狭义）”之间，存在“法律行为（中义）”的汉语表述习惯，用以表述特定部门法内具有典型意义的行为方式。

综上所述，汉语中使用“法律行为”可能存在三个不同层次的含义，“法律行为（广义）”是法理学上的概念，范围最广，表示所有“具有法律意义的行为”，排除不具有任何法律意义的行为。“法律行为（中义）”作为一种表述习惯，一般和“民事”或“行政”的部门法限定词连用，表示该领域内最典型性的行为样态，排除其他特定非典型行为方式。最后“法律行为（狭义）”就是“民事法律行为”，亦是所有法律行为理论的源头，及其最典型形式。

三、“法律行为”一词多义现状的历史与理论基础

概言之， “法律行为”一词多义的根本原因在于“法律行为（狭义）”理论诞生于民法，其研究思路则为其他部门法特别是公法所借鉴。各部门法及法理学在对“法律行为（广义）”相关问题研究的过程中，基于不同的问题意识，逐渐形成各具特色无法统合的理论体系，却仍沿用了原本类比民法理论所设计的专有名词。因而可以说，“法律行为”一词多义现象的产生，不仅基于学术专有名词表达便利方面的需求，更源于学界关注法律与人的行为之间相互关系这一命题，及其在不同历史背景及学说发展过程中产生的变化。研究这一变化发展的脉络，必须从民法曾作为“一般法”研究担当者的时期说起。

近现代法律学说发展史上，私法研究为先导，公法研究产生相对晚近，而在公法学说出现之前，私法研究被认为是“一般法”研究的担纲者。大陆法系法学研究源于罗马法，而古罗马法学所关注的市民法、万民法或是自然法，在今天看来大都属于私法的领域；相对而言，集中体现为各种行政政策的公法，则被认为更多属于政治学考量的范围。据此，萨维尼直接表示他所研究的“当代罗马法”“只有私法”。[31]耶林的学生默克尔则在萨维尼研的基础上，直接将这一对私法领域“法律关系”和“法论行为（狭义）”的研究命名为“法的一般原

[31] ［德］萨维尼：《当代罗马法体系 1》，朱虎译，中国法制出版社，2010 年版。

理”。[32]法的“一般”理论就是私法理论这一观点影响深远，以至于对凯尔森而言，集中体现私法理论的“法论”与充斥着政治学原理的“国家论”仍然应作为其作品中泾渭分明的两篇加以对待。[33]而后苏联传承了这一传统，只不过调整了表述顺序，称之为“国家与法的理论”，尽管此时的“法的理论”已经吸收了公法研究兴起后才出现的学说。我国主流法理学教科书深受苏联法影响，以至于至今“法律行为（广义）”理论仍旧深受“法律行为（狭义）”的影响。

据此，随着法学的研究视野从私法向公法及其他部门法扩张，对“一般法”的认识也由仅限于私法领域转向夸部门法研究，理论阵地也由民法转移至当时新兴起的法理学。一般认为现代法理学诞生于英美分析实证主义对法律条文的分析，也就是奥斯丁将“法理学的范围”划定为“人制定的法”，[34]开启的从“主权者的命令”角度对法律进行的实证分析。而后众所周知，哈特对这一学说进行补充，建构“命令与规则学说”，[35]拉兹区分“命令性规范”与“非命令性规范”，[36]德沃金探讨“规则与原则”之间的区别，以分析实证方法为基础的“法律规范”理论日趋完善。对法律条文或称“法律规范”的分析，自诞生之初便具备的很强的跨部门法研究特性，自然担当起研究“一般法”的任务。另一方面，凯尔森作为两大法系理论法学的集大成者，则试图通过“动态法”与“静态法”的类别划分，将发源于私法理论的大陆法传统“一般法理论”与更关注法律渊源、法律规范、法律效力的英美“一般法理论”两大传统进行统合。结果英美法理学接受了大陆法系关于“法律关系”关系相关学说，尽管在教材中往往只占据并不起眼的篇幅，如庞德的《法理学》。而大陆法系则将法律规范、法律渊源、法律事实（主要内容为法律行为）、法律关系四个方面的内容作为“一般法理论”纳入主流法哲学教科书。[37]

不可否认的是，法理学或其他部门法特别是行政法，热衷于吸收“法律行为（狭义）”中的学说原理，确是基于这套理论对法与人的行为之间的互动关系，具有极强的解释力。一般认为公法的研究始于 19 世纪中后期的奥托·迈耶，其将行政法定位为“管理者”与“被管理者”之间的法律规范，[38]开启了对“具体行政行为”等行政法学关键问题的研究。而后拉邦德及耶利内克等公法学家则将法的一般理论引入国家法领域，[39]奠定了现今行政法学研究的基础。“法律行为（狭义）”理论，连同行为主体、意思表示、事实行为等一系列概念，均被引入公法领域，用以解释纷繁复杂的公法现象。其中最典型的如意思表示，在公法研究中就经历了先被引入，而后遭到否定，现今则被重新引入的扬弃过程。

早期行政法学者曾将行政行为直接视为“行政的意思表示”，[40]相当于直接套用了“法律

---

[32] 参见雷磊：《法的一般理论及其在中国的发展》，载《中国法学》，2020 年第 1 期。
[33] 参见凯尔森：《法与国家一般理论》，商务印书馆，2013 年版。
[34] 参见奥斯丁：《法理学的范围》，商务印书馆，第 1-3 页。
[35] 参见哈特：《法律的概念》，商务印书馆。
[36] 参见拉兹：《实践理性与规范》
[37] 如考夫曼的法哲学教科书。考夫曼：《法律哲学》，法律出版社。
[38] 参见奥拓·迈耶：《德国行政法》，第 15 页。
[39] 参见雷磊：《法理学与部门法学的三重关系》，载《河北法学》，2020 年第 1 期，第 8 页。
[40] 参见汪厚冬：《论行政法上的意思表示》，载《政治与法律》，2014 年第 7 期。

行为（狭义）”的概念，受到民法学者的反对。民法学者认为“意思表示”象征了私法自治的自由精神，是以执行公权力为核心的行政行为所应不具备的。[41]而后随着行政法治的发展，晚近以“行政行为形式论”为基本研究方法的行政法学者大都不再关注行政法领域的“意思表示”。[42]不过近年来随着经济社会生活的丰富、精细化社会管理要求的提高，行政机关作为特定类型的社会组织，仍然存在集体意思的产生和表述问题。这种集体意思的表达并非以往认为的单纯作为法律执行的工具，而是在一定限度内存在自由裁量权，[43]也存在受欺诈等表意不真实的情况。[44]对这些领域的研究使行政法上关于“意思表示”的研究重新被学界所关注。概言之，研究行政行为虽不涉及意思表示理论中所蕴含的意志自由理念，却需要运用意思表示理论中分析行为与结果之间关系的方法。或者说相对于民法更关注“意思”的自由，行政法更多着眼于“表示”的效果。总之，正是“法律行为（狭义）”研究丰富的理论成果，使同样关注人的行为的其他法学领域，不可能完全割舍私法领域已经取得的丰硕成果，也就使不同意义上的“法律行为”仍然存在理论上的相互关联性。

最后，“法律行为（广义）”和“法律行为（中义）”虽然理论源头都是“法律行为（狭义）”，但各自均已发展出相对独立的理论体系，保持一词多义现状符合未来理论发展的需要。如前文所述，“法律行为（中义）”源自“民事法律行为”及“行政行为”等基本范畴的表述需要。其中“民事法律行为”是实证法用语，亦由新进出台的《民法典》再次认可，必将在司法实务中获得长期使用。而行政行为就是行政法领域“法律行为（中义）”的理论通说，近数十年来在行政法领域并未受到太多质疑。况且行政行为着眼于对国家公权力的有效控制，在面对纷繁复杂的行政方式方面，走向了与私法完全不同的类型化研究道路。其中对“抽象行政行为”的分类及研究成果甚至对私法理论产生了很强的反哺作用。至于法理学上的“法律行为（广义）”，虽然属我国法理学的理论创造成果，但其实符合了法学研究的进步方向。在原本法理学知识体系中，“法律行为（广义）”被称作“行为”，与“事件”并列属于“法律事实”的下位概念。但显然“行为”的称呼并不合理，而相比于其他“法律事实”，“法律行为（广义）”明显具备更值得关注的理论研究可能性。历史上私法理论“一家独大”，以至“法律行为（广义）”研究长期处于“法律行为（狭义）”的“阴影”之下。但现今公法理论发展日趋成熟，“第三部门”法研究方兴未艾，都为“法律行为（广义）”的跨部门比较研究提供了更多可能性。

四、“法律行为（广义）”的跨部门法比较价值

“法律行为”一词多义现状存续的关键因素是“法律行为（广义）”的存在。如果对跨部门法的一切“具有法律意义的行为”进行研究并不具备理论价值，那么“法律行为（广义）”就会失去存在的意义，进而仅存在于表意需要之中，旨在区分“典型”与“非典型”行为的“法

[41] [德]弗卢梅：《法律行为论》，迟颖译，法律出版社，2013 年。
[42] 参见汪厚冬：《论行政法上的意思表示》，载《政治与法律》，2014 年第 7 期。
[43] 参见王学辉：《行政法意思表示理论的建构》，载《当代法学》，2018 年第 5 期。
[44] 参见汪厚冬：《论行政法上的意思表示》，载《政治与法律》，2014 年第 7 期。

律行为（中义）”也将失去存在价值。然而对于目前的“法律行为（广义）”研究来说，理论体系粗糙和问题意识不够明确是其理论存续不可回避的关键。窃以为，借鉴最新部门法理论研究成果，在此基础上展开跨部门法比较研究，应作为“法律行为（广义）”理清问题意识最值得关注的环节。

在“一般法理论”中，关于法律规则与法律渊源方面的研究成果最为丰富，而法律关系与法律行为则始终未能突破私法研究曾经确定的理论体系。这既是私法理论研究成果丰富的历史遗留问题，也在很大程度上是因为“法律行为（广义）”研究未能及时跟进部门法研究的发展速度，吸收较为前沿的学术成果。比较典型如“事实行为”，在民法和行政法领域为“法律行为（中义）”所排除，但作为“具有法律意义的行为”，同样包含在“法律行为（广义）”的研究范围之内。“行政事实行为”的命名显然受民法上事实行为的影响，但双方在历史发展过程中，逐渐分道扬镳，目前已形成两套完全不同理念的理论体系。在民法领域，法律行为（狭义）作为意思表示的集中体现，被作为最典型的行为类型进行研究，相对而言违法行为或事实行为则归为“非典型”而排除在外。行政法领域中，行政行为作为典型的行为方式被作为该领域的法律行为（中义）对待，其他行为则被当做“行政事实行为”，排排除在主流行为类型之外。行政事实行为理论起初受私法理论影响，但很快便被学者注意到其“非典型”性和民法的不同，尽管这种不同在很长一段时期并未获得很好的总结概括。结果是行政事实行为只能被当成无法被类型化的行政行为均被纳入其中的“收容器”。[45]目前学界认可度最高的说法是行政事实行为只产生“事实后果”而非“法律后果”，[46]亦有学者进一步补充认为，其认定关键在于不直接引起法律关系的变化。[47]但实际上，所谓“事实后果”其实也是一种法律后果，否则不值得作为法律行为（广义）的类型纳入法学领域的研究范围；窃以为“直接”或“间接”的评判标准反而相对清晰，只是尚未发展出类似刑法因果关系判断诸理论那种更精确的认定方式。我国司法实践更习惯于将无法明确找到对应具体行政行为类型的行为都归入行政事实行为的范畴，毕竟承认行政事实行为在符合某些条件的情况下也具备可诉性的理论和司法实践均处于起步阶段。据此，行政法上对事实行为的“排除法”判断方式很大程度上源于司法实践中对具体行政行为的“列举式”概括，而这种“列举式”概括显然是对类型丰富多样，但又不能超越法律行使公权力要求的妥协。如果法理学教科书中仍旧沿用民法领域对事实行为的定义，显然将造成不必要的误解。但尽管两者目前理论体系不尽相同，但并非不存在跨部门法比较的可行性，并对理论研究产生积极影响。

余论

对“法律行为”三重内涵的界定与研究，原本旨在为法学教育服务，以便更好的帮助学

[45] 参见王锴：《论行政事实行为的界定》，载《法学家》，2018 年第 4 期。

[46] 如赛夫：“以某种事实结果而不是法律后果为目的所有行政措施。”毛雷尔：“行政主体不以产生法律约束力，而以影响或改变事实状态为目的。”姜明安：“行政主体不以产生法律约束力，而以影响或改变事实状态为目的实施的一种行政活动。”见赛夫：《德国行政法：普通法的分析》，周伟译，山东人民出版社，2006 年版，第 107 页。毛雷尔，同前注，第 391 页。姜明安：《行政法与行政诉讼法》，北京大学、高等教育出版社，2011 年版，第 321 页。

[47] 王建红：《行政事实行为概念考》，载《河北法学》，2009 年 7 月第 27 卷第 7 期。

生梳理相近或相关概念之间的关系。法学教育离不开概念梳理，而对概念的认知则必须在理解内涵、外延的基础上，明确相关、相近概念之间的关系。更重要的是，法学概念本身实际上蕴含着相关领域的问题导向，甚至代表着某一学说理论的发展脉络。“法律行为”正是这种基于学说历史源流而可能产生跨领域概念使用混淆的法学基本范畴。然而又不同于“法”的概念，其宽泛而不确定的内涵及外延关系恰好是其精髓所在。“法律行为（广义）”与“法律行为（狭义）”的不同内涵却极易给出世法律的学生造成困惑，而“民事法律行为”这一称呼的加入无疑使得这一情况更加混乱。更有甚者，《民法总则》时代还存在“民事行为”的概念，以至于产生“民事行为，是民法领域的‘法律行为’；而民事法律行为不是‘法律行为’”这种拗口的说法。得益于近年来法学理论研究的精细化发展，“民事行为”与“民事法律行为”之间的关系得以理清，“法律行为（狭义）”与“法律行为（广义）”之间的关系也逐步得到认识，为分析解读这一含义丰富的法学概念提供了可能性。在此基础上，引入“法律行为（中义）”这种基于表述习惯而产生的语义分歧，统合“民事法律行为”与“行政行为”在区分“典型”与“非典型”问题上的共同意愿，更全面的揭示对汉语中使用“法律行为”一词希望表达的含义。对法学教育教学而言，三重内涵的解释方法也许稍显较繁琐，唯希望相对分明的逻辑与层次，能为这一概念的合理使用提供更好的解释空间，有益于这一法学基本范畴的学习研究。毕竟本文限于篇幅，仅提出了跨部门法比较研究的肯能行，探寻“法律行为（广义）”更具价值研究点的工程可能仍然在路上。

再论法律人思维

刘娟[1]

【摘　要】法律领域关于法律思维与“法律人思维”的讨论，掉进了划分阵营、排队表态的争论陷阱。“像（个）法律人那样思考”“法律人思维”“法律思维”等三个概念有其自身的适用领域和特定范畴，等同使用实为僭越。将关注点聚焦在法官审理案件时“应该怎样”思维时，引入工程思维的概念来架通法律思维与法律实践，确立“法律人思维”的优先性，非常必要。最后通过分析法律思维与“法律人思维”僭越的可能原因，来进一步强调法律领域思维方式划分的重要性。

【关键词】工程思维；法律人思维；法律思维；思维方式

中国法律领域关于“思维”的讨论，最早起源于90年代的法学教育，是伴随着中国司法改革和司法职业化的需要而提出的一个学术概念，并在法学教育中不断强调。2013年苏力教授发表的《法律人思维？》（以下简称“朱文”）一文“激起千层浪”，文中强调所谓法律人思维，是根本不存在的。因为每个法律人都有自己的制度角色，承担着具体的制度责任，法官、检察官、律师、法学教师本身职责所要达到的目的是不一样的，这个法律人共同体的概念很难成立。甚至，从狭义角度看，将法律人仅限定在法官，也强调法官需慎重考虑社会后果，善于运用各种社会、政治的知识和经验，最终作出恰当的判断和行为。[2]也就是说，苏力一方面解构了以法官、检察官、律师、法学教师等在内的法律人共同体，将其讨论聚焦到了法官这一类群体。另一方面哪怕是法官，在实践中也需慎重考虑社会后果，以此克服唯法律规则至上的弊端。其用“慎重考虑”，已经暗含了法官不是不要法律思维，而是要在用法律思维的时候慎重考虑社会后果。同年，孙笑侠教授在《中外法学》第6期发表了《法律人思维的二元论——兼与苏力商榷》（以下称为“孙文”），主张对法律规则作特定思维的法教义学方法与强调社会后果的美国式法官的办案方法和思维应当结合、协调，而不应该取一舍一。[3]并在文中力主通过法律方法的训练影响思维，并断言法律人思维是与法律职业相伴同生，是真实存在的。2017年焦宝乾教授在《政法论丛》第6期发表了《法律人思维不存在吗？——重申一种建构主义立场》（以下称为“焦文”），文中提出与苏力商榷的十点意见，并进行深层次评析，最后重申了一种建构主义的研究立场。[4]通过全文立意和表述来看，情绪表达已经压过了保持理性、严谨和科学的学问态度，或许连其本人都没有意识到，他与朱文解构后所要重建的，是同一个东西。抛开学术立场、学术旨趣和价值

---

[1] 刘娟（1984—），女，汉族，甘肃陇西人，中国政法大学法学理论专业博士生，甘肃政法大学讲师，主要从事法学理论的教学与科研工作。

[2] 苏力：《法律人思维？》，载《北大法学评论》2013年第14卷第2辑。

[3] 孙笑侠：《法律人思维的二元论——兼与苏力商榷》，载《中外法学》2013年第6期。

[4] 焦宝乾：《法律人思维不存在吗？——重申一种建构主义立场》，载《政法论丛》2017年第6期。

判断，客观审视和聚焦朱文、孙文、焦文中所使用的诸多概念，会发现很多误读和偷换概念。作者认为，或许正是对概念的不严谨使用，加之对思维本身的模糊理解，才造成了“法律人思维否定论”与“法律人思维肯定论”划分阵营、排队表态的争论陷阱与假象。

一、概念边界明晰：“像（个）法律人思考”、法律人思维、法律思维

朱文、孙文、焦文中均提到“Thinking like a lawyer”，其中朱文将其放在美国法学教导系统中理解，认为应该翻译为“像（个）法律人那样思考”，主要目的是用来教导法学院一年级新生，希望他们尽快熟悉英美法的基本制度环境以及分析推理的一些基本技能。此处教导传统，有大陆法系和英美法系两种，他们已被证明足以同各种破坏政治制度的力量相抗拒。在大陆法系中，民法就是从五世纪到现在许多学院的教导传统，它同各学派法学家们的一种更古老的教导传统有着联系。在英美法系，普通法是在法院传统的基础上成长起来的一种在伦敦各律师学院中的教导传统，这种由律师传给见习律师的教导，正在成为各个大学法学院的教导传统。[5]苏力从法学院教育入手展开讨论，恰恰是注意到在不同教导传统中，法律人“预备库”的成员所规训的基本技能和思维方式是有差异的，从而怀疑法律人“整齐划一”思维方式的存在。孙文中将其翻译为“像律师那样思考”，更进一步，是将其放在司法实践中来理解。为此，他将法律人思维与法律方法联系起来论证，认为“法律方法是法律人思维的核心要素，法律人思维是法律方法长期作用的结果”。[6]即接受法律方法的长期规训可以建立起来法律思维，并且这种思维是法律人独有的思维，主要通过教导系统获得，其区别于大众思维，以此来回应朱文中关于法律人思维的质疑。孙文在这里有一个巧妙地嫁接，即在美国司法制度中，将其翻译成“像（个）法律人那样思考”与“像律师那样思考”并无大碍，因为“在我们的法律中记录着一种为理性所发展的经验和被经验所考验过的理性，并通过法律工作者的技术使之适应于各种不断变化着的时间和地点条件，这就使得它成为人类最持久的制度之一。”[7]也就是说，在美国法律系统中，不管是在教导系统里，还是在司法实践中，法官、律师、法学教师和法学院学生分享着同一套知识体系、法律技艺和思维方式，不存在思维层面的冲突。而如果将这句话放在司法实践层面，尤其是大陆法系的司法实践中来理解，就会另有一番情景。所以，应该是严格的将“Thinking like a lawyer”放在英美法系当中来解读，还是对其在“司法实践”这个上位概念下来理解，是本文需要界定的第一个概念。

关于“法律人思维”的论证，二文都是采用间接地方式展开——“攻守进退”。首先，朱文布了一个“很有纵深”的“局”，层层剥离，“诱敌深入”，通过对现有法律人思维研究的批判、解构，发现由法官、检察官、律师、法律学人等组成“法律共同体”，尽管都以言说和运用法律为营生，但由于制度角色和目的的差异，并不存在统一的思维。其次，他通过对

[5] 【美】罗·庞德：《通过法律的社会控制》，商务印书馆，第 27 页。
[6] 同前注 2。
[7] 同前注 4。

检察官、律师、法官、法学人思维方式的“白描”，说明社会职业分类并不意味着一定会产生家族相似的思维。再次，更进一步，他拉入“法盲”的思维来解构以解决问题为导向的“法律人”思维，并逐渐将思维的关注焦点聚集在“具有判断权”的法官身上。而针对法官的法律技能，朱文明确表示：“并不想贬低常规意义上的法律技能”。孙文则倚靠其坚实的法教义学法律方法，认定：只要通过法律方法的长期训练，不仅可以形成法律思维，而且这种思维是法律人特有的。这种依托教育，期望通过法教义学中法律方法训练的基础上形成的法律思维转化为“法律人的思维”[8]的想法，一方面将思维的关注点分散在法律人身上，以此契合我国司法职业化的现状；另一方面，将思维圈定在法教义学基础之上，以此反映目前我国高校法学教育的现状。这样，如果取“法律人”的最小公约数，则会形成一些基本共识，即法官有思维。至于思维方式是哪般？这是由概念中引出的、本文需要回答的第一个问题。

在我国，法律人思维，这是一个司法职业扩张过程中产生的概念，纯属实践领域。法律思维，是法学人基于思维的主体、对象、方法等三方要素考量[9]，而概括出的一个学理概念。孙文中正是通过方法的丰富性，比如在逻辑推理之外，尚有法律解释、漏洞填补、不确定条款的特殊适用等法教义学方法，而且，这些方法在不断发展进化中已被精细化、体系化，并以“法律方法论”的形式表现。他为了说明这一点，举了一系列的著作，首先是德国民法学家卡尔·拉伦茨的《法学方法论》，这是一本学术层面批判和反思 19 世纪以来德国法学理论与方法论的大作，其中只有一部分被选择用来学生教学。另有王泽鉴教授的《法律思维与民法实例》、黄茂荣的《法学方法与现代民法》等，用来强调方法的重要性，并力荐所有的法学院都开设法律方法课程，实现法律思维向“法律人思维”的跃迁。同时，孙文中已经意识到，法律思维方式不同于法律方法，但其以“法律思维是以方式和方法的形式而存在”的逻辑结论为前提，将论证完全倒向方法，而无视或有意忽略方式。而在朱文中，在不否定法律思维概念的前提下，细腻详尽的描述“法律人思维”与“法律思维”的思维样态。为了更好地展示，作者将其摘抄如下，对法官有这样一段描述：“一个比较好的法官，在一个无法简单遵循先例或简单依法演绎结论的案件中，会在考虑了相关立法、控辩双方的理由、论证和相关证据之后，还会斟酌该案这样或那样判决的当下后果和长远后果，对当事人的以及对社会的和对制度的后果，作出判断后，还会尽可能以看起来尽可能充分的法律理由，有时还会附带一些社会的或其他方面的理由，例如列举国外对类似案件的做法，来使这个案件的判决在法律上看起来似乎非常坚实，以便为全社会普遍接受，尽可能减少可能的社会异议——他们总是要权衡判决的后果，甚至斤斤计较。”[10]而对法学人的描述则是：“至少在中国当下，这样潜心向学的法学人一般不关心案件，不关心一般案件，只关心那或多或少有点不一般的法律纠纷，而一旦关心起来，其一般关心又不局限于这个案件，并会力求自己的关心不一般：不关心此案如何解决，更关心此案提出了哪些之前鲜见的问题，

[8] 孙文中刻意用了“法律人的思维”，以此将分散焦点，将法律人作为“共同体”来对待，与朱文将“法律人”聚焦在法官身上，形成对比。

[9] 参见孙文表述：法律思维中的主体是法律人，思维对象是法律规则和案件事实，思维方法是法律人思维。

[10] 同前注 1。

解决此案有哪些相关的立法或司法的资料，有哪些学者直接、间接或隐含地讨论过此案隐含的问题，国外有无类似的讨论，因此他们关心的是具体案件中隐含的一般性问题，有时还可能把与此案可能相关的所有问题都系统的讨论一遍，并更多是从学术层面关注，也因此最终他们的关心常常还真的很不一般。因此他们并不真正关心此案实际如何解决，关心的是此案在他/她的理论世界中应当如何解决，故即便社会一致认可的司法判决，他们也还可能鸡蛋里面挑骨头，提出种种似乎已经没有必要的可能替代，论证为什么这在他们看来是更好的替代。”[11]这两段细致入微的关于法官与法学人的描述，一方面暗含了对法官的主体性意识觉醒的殷切期望；另一方面深刻地揭示了法官与法学人迥异的思维方式。在焦文中，却直接将二者等同，说：“本文使用的“法律人思维”和学界一直以来使用的“法律思维”一语，其实是一回事，本文将视情况同时使用这两个术语。”[12]很明显，是完全混淆了两种思维。作者认为，倘若将法律人思维认为是法律思维，则是法律思维对实践领域的僭越，反之亦然。那么，为什么会出现两种思维方式的僭越，这是本文要回答的第二个问题。

论述到此，“像法律人那样思考”“法律人思维”“法律思维”这三个概念之间的区别显而易见。“像法律人那样思考”和“像律师那样思考”是属于英美法系教导系统中的概念术语，旨在引导法学院学生熟悉实践中的制度环境与法律技术，是一种技艺的训练。法律人思维是属于实践领域中的一个概念，在我国是与司法职业化和专门化相伴而生的，尤其聚焦在法官身上，旨在建立起具有主体性规定的职业群体。法律思维是属于理论学术领域，是法学人在认知事物过程中思维模式的理性表达，其主要是建造“理论大厦”时的一个集众多“属性”于一身的普遍性概念。这样，朱文和孙文关于思维的讨论，聚焦在了作为法律职业典型代表的法官，究竟拥有怎样的一种思维？这事关教导系统中所规训的思维方式的选择与侧重。因为教导系统是中立的，其既可以教授实践领域的思维方式，也可以教授理论产出的思维方式，如何选择，要结合一国的法治传统、制度建构、教育传统、市场需要等多方要素综合考量。不管如何，法律领域不同思维方式的界定与划分，至关重要。

二、思维方式划分：工程思维与理论思维

思维方式是一定时代人们的理性认识方式，是按一定结构、方法和程序把思维诸要素结合起来的相对稳定的思维运行样式。[13]人类的活动有两大类，一类是认识世界，一类是改造世界。认识世界按其认识对象划分为自然界和人的世界，改造世界按其改造对象分为改造自然和改造社会及人本身。思维就是人们在长期的认知和改造活动中所形成的相对稳定的思维运行样式。因思维的对象和目的不同，认知与筹划、理论与工程呈现出不同的思维方式，这一点在自然学科中非常明确。比如数学家研究三角形与工程师建造一座三角形的建筑，两者思维方式显然不同。前者是在认知一种道理，至于宇宙中有没有实存着这样

[11] 同前注 1。
[12] 同前注 3。
[13] 李秀林、王于、李淮春：《辩证唯物主义和历史唯物主义原理》，中国人民大学出版社 1995 年版，第 398 页。

的三角形以及这样的三角形工程能否成立，在所不问。后者是在设计一项工程，这种情况下，除了必须遵照三角形的原理外，还要考虑建筑物的用途、建筑材料的属性、建筑物外观与装饰、地质条件和环境状况、建筑成本等，即必须遵照物理学、化学、美学、经济学等学科的原理。在这里，数学家不会因为工程师将各种毫不相干的学科理论“混为一谈”而指责他缺乏一以贯之的理论逻辑，工程师也不会因为数学家的纯粹三角形根本建不起来而嘲笑数学家理论的虚妄不实。理论就是理论，工程就是工程；科学就是科学，技术就是技术——理论思维与工程思维在自然学科中分工明确、各得其所。[14]即理论思维是在认知自然界的活动中形成的逻辑推演，负责认知；工程思维是在改造自然界的活动中形成的非逻辑组合方式，负责筹划。

人们在认识社会、改造社会及人本身的过程中，这两种思维是经常混淆在一起的。理论探索与对策建议如影相随，之所以如此，最根本的原因在于其所面对的是人的世界。这个世界随时都在发生和解决“应该怎样”的问题，同时依然存在着“本来怎样”的问题，并且两类问题总是相互缠绕。单纯“应该怎样”的问题落到实处就是工程问题，它以回应人的价值诉求为己任。“应该怎样”通过理论思维的逻辑推演使其本然化，就成了“本来应该怎样”的问题。“本来应该怎样”与“应该怎样”从提问方式上看确实不同，但从提问内容上看并无二致，这就是思维上无从划界的症结。[15]明确了这一点，就可以很清楚地把握朱文的立意和目的，即通过解构的方式揭露法官在审理案件的过程中“应该怎样”，是致力于将“法律人思维”与“法律思维”区分开来，防止二者的僭越。孙文正好相反，通过强调经过“法律方法”的长期训练，应该能够形成“法律思维”，这种法律思维又通过职业化、专门化的“法律人”在司法实践中应用，即回答法官在审理案件时“本来应该怎样”。从这个角度看，朱文和孙文的精妙之处才真正显现，也就不难理解朱文以“法律人思维？”这种提问的方式作为题目用来“点睛”，并一下子插入“法律人”预备库的教导系统展开论证。这个乍一看就让人容易误解的题目，所带来的成见是很深的。比如孙文中所言：“朱文使用了误解的、夸张的、极端化的观点作为论据，因而使一个很有意义的学术观点不仅无法得到支持，反而滋生出不少似是而非的问题”。[16]又如焦文中认为国内学者对法律思维问题做了诸多研究，“苏力对此发难，颠覆和否定法律人思维及其在中国在研究价值”，是“法律人思维否定论”的倡导者，并进一步深层次评析认为导致苏力如此为之是其“一贯的学术立场、单纯的学理背景、过激的立场、有限的价值”等所导致，是苏力“过激的标新立异”之举。[17]当然，也有人在研究法官的思维过程中，比较中肯的提出要防止两种不良倾向：一个是法律思维虚无主义，另一个是法律思维绝对主义。[18]孙文从提问内容入手作为回应性商榷，并从法律方法展开论证，就是题中之义。

朱文想要达到的目的是在法律领域中将理论与工程、理论思维与工程思维区分开来，可是由于整篇文章都以美国法为背景，美国法官、美国案例、美国理论使得其成为又一误

[14] 参见徐长福：《理论思维与工程思维——两种思维方式的僭越与划界》，重庆出版社 3013 年第 2 版，第 4 页。
[15] 同前注 13。
[16] 同前注 2。
[17] 同前注 3。
[18] 王纳新：《法官的思维——司法认知的基本规律》，法律出版社 2005 年版，第 5 页。

解、反驳的对象。孙文以此为突破口将讨论从“法律人思维”引向了“法律思维”，进而去证明美国也有“法律人思维”的存在。也有人将其讨论放置在“学派、道路之争”中来理解，认为涉及的是社科法学与法教义学之间关于法律规范的态度、法律解释和法律推理的方法之争，在我国，也暗含的是司法改革和法学教育的道路之争。[19]更甚者，有观察者注意到朱文和孙文大量引用西方学者的著作，从而不无担忧的认为这是一场“不在场的在场”的外国法学理论的学术演练，[20]是知识之争。纵观上述讨论，均为朱文所引发的外围性思考或论争，从根本上无助于理论思维与工程思维在法律领域的划界。

从工程这个角度和基点出发，揭露法官在审理案件时“应该怎样”与“本来应该怎样”的关系，首先，需要厘清法官本身及其所面对的“事物”的性质。在此之前，有必要交代一下思维、实践、工程三者之间的一些区别。思维，简而言之，就是用心去“想”；实践，就是用身去“做”；工程则既有“想”，又有“做”——工程设计是“想”，即筹划，工程施工便是“做”，即操作或实施。[21]明确这点之后，我们再来看法官本身的制度设置。根据我国《宪法》第123条、第126条、《人民法院组织法》第1条、第3条以及《法官法》第2条的规定，人民法院是国家的审判机关，代表国家独立行使审判权。法官是依法行使国家审判权的审判人员，包括最高人民法院、地方各级人民法院和军事法院等专门人民法院的院长、副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长和审判员。也就是说，在我国司法制度设置中，法官是居中的独立裁判者，其职责是“既要去想，又要去做”。在具体案件中，法官是一个一个实体，而不是抽象的存在。另外，不管是何种类型的案件，其所面对的是一个一个、实实在在的由人、证据、价值诉求等构成的实体，最后要得出的裁判亦为实体，是要接受社会评价和制度检验的。这种角色性质决定了在案件审理过程中，法官不可能总是站在“客观视角”，置身事外。因为这种“客观视角”暗含了一个前提，即认识者自身通常没有利益、情感、需求置于其中，没有“参与”和“自我实践”的情景元素。[22]显然，法官作为职业存在，并非如此。非但并非如此，而且其本身就是“主体实践”者，是工程中的重要部分。当事人的诉求、各种证据、利益纠缠乃至自身认识局限等复杂化和多样性的自然存在并不会自动屏蔽，而需要法官克服困难，层层筛选，反复甄别，以辨明真伪，为我所用。其次，能“为我所用”的实体选择出来后，并不是盲目堆积，而需要根据“理”来建构。这就如同盖房子，所用的砖头、椽木、水泥、沙子、瓦片、工人等实体准备好后，不是随意搭放，而是要根据属性之间的必然联系将其建立起来。也就是说，只要法官建构工程，就必须有所依循，就必须以其所实际掌握和相信的那些理作为加工改造实体的根据。正如庞德所描述的：“法律是一种实际活动，从事实际业务的人不断地与生活事实保持接触，他从经验里得出他的观念，而且必须经常加以改变，并改造他的理论，使其适合于必须应用这些理论的事实。”[23]张文显教授发起和推进的“法理研究行动计划”，正是在这个层面将作为知识形态的法理与作为学科形态的法理学区分开来，并指出，法理是一个实践理性概念，来源于实践，在实践中凝

[19] 王栋：《“法律人思维”之争的三重面向：问题、学派和道路》，载《河北法学》2016年第34卷第11期。
[20] 尤陈俊：《不在场的在场：社科法学和法教义学之争背后》，载《光明日报》2014年8月13日，第16版。
[21] 同前注13。
[22] 刘星：《基层法庭空间的塑造：从中国另类实践看》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2019年第4期。
[23] 【美】罗·庞德：《通过法律的社会控制》，商务印书馆，第1页。

练、在实践中运用、在实践中发展。[24]再次，每一个案件中的实体都是个体，而并非“类”的存在。个体之所以为个体在于其属性的多样性，对同质性属性可以用逻辑推导的方式去认识，对异质性属性则不行。这就决定了从理智上认识实体，既不能不用逻辑推导，又不能从一个前提一推到底，而只能从多个前提分别推导，然后加以非推导的整体复合。[25]而“本来应该怎样”是将案件中实体上同类属性归为一“类”后通过严格逻辑推导得出结论，即由特定前提和特定结论所闭合的有限系统。从工程视角看，作为分门别类、自圆其说的逻辑化系统的“理”是五花八门，但不论自觉与否、情愿与否，都只在有限领域发挥作用。综上所述，我们就能得出一个结论，即法官审理案件是在认识实体的基础上建构一个工程，其需要一种包含逻辑推导又高于逻辑推导的思维方式。

这种思维方式就是工程思维。工程思维是专业层次的筹划型实体思维，其低一个层次就是人们在日常生活中的谋事思维。其与理论思维的共同点在于二者含有主体性规定，不同点在于：理论思维的主体性规定是外在的，即“为什么认知”和“认知什么”的问题，由主体规定性说了算，但“怎么认知”和“认知结果怎样”却只能由事实说了算。工程思维的主体性规定不仅是外在的，而且是内在的。也就是说，筹划不仅作为活动是有价值的，而且它的内容必须以主体的价值意图为出发点和归宿。[26]朱文中正是从工程思维视角，认为法盲也具有家族相似，只不过其不具有法官的“裁判权”这样的制度角色，所以主体的价值意图要么通过表态赞同、要么通过过激言论反对，如此为之，实为社会对法盲思维方式的效用预期本来不高，法盲自身也非常清楚这一点。另外，他还通过“马伯里诉麦迪逊案”描述了马歇尔大法官的思维，即“他能够精准判断自己的目标和利益，深刻理解、预测和比较自己可采纳的不同对策的后果，精细敏感地发现了并有效利用了制度留给他的空间，精细规划了最可行的方案，并精准执行和完成了这个规划！”[27]不得不说，这是对法官工程思维的经典描述。 恩吉斯也意识到这一点，认为法官要在“大前提与生活事实间的眼光的往返流转”[28]，只有这样，才能得到体现法官主体性规定的认知结果。由此可见，工程思维的提出，并没有减少或改变原有思维的程序内容，而只是添加了一个新的程序，即价值程序。

理论思维的本真价值目的是认知，是揭示出认知对象的本来面目，就此而言，理论思维在程序内容上是排斥价值的。工程思维的本真价值目的是筹划理想型实体，来满足价值主体的需要。而筹划就是要设计出应然且能够实现的对象，就此而言，工程思维在程序内容上也是价值化了的，尽管其作为活动的价值目的与作为程序内容的价值目的可能不一致。工程思维不仅可以把实体所具有的各种属性非推导地复合为一个整体，而且能够以工程主体的特定价值需求为指针，在作为主体的人和作为客体的工程所各自具有的属性复合体之间建构起整体性联系。[29]这是一种最能张扬人的主体性的思维方式。明确了这一点，就可以发现朱文的最终目的，并不是非要强调“超越法律”和“考虑后果”的意义（孙文的表述和

[24] 张文显：《法理：法理学的中心主题和法学的共同关注》，载《清华法学》2017 年第 4 期。
[25] 同前注 13，第 36 页。
[26] 同前注 13，第 54 页。
[27] 同前注 1。
[28] 【德】拉德布鲁赫：《法律智慧警句集》，舒国滢译，中国法制出版社 2001 年，第 137 页。
[29] 同前注 13，第 58 页。

理解），更不是要质疑我国专门化、职业化的司法改革方向（法官），而是从思维方式角度揭露法官的主体性，并提出“应当在实践中慎重考虑社会后果，善于运用各种社会、政治的知识与经验，最终作出恰当的判断与行为。”[30]这也是法官尊严的真正来源。而如果将法官在审理案件过程中思维方式的理解放在学派之争里来辩论，恰恰是混淆了实践中工程思维的优先性。理论思维揭示理是思维活动，工程思维设计工程也是思维活动，它们都是想，只不过前者是认知意义上的“想”，后者是筹划意义上的“想”，只有工程的施工才是做，才是通常所谓的实践。理论思维揭示各个层面的理、生产各种品牌的理论，只是为了给工程思维设计工程预备原料、提供参考，而工程思维所做的工作则是另一种创造性的工作，它是通过对若干种理论的综合运用来实现对一个实体的设计，而并不是替某一种理论编制实施方案，因此其层次更高。[31]这样就会发现，理论思维的工作服务于工程思维的工作，认知型的“想”服务于筹划型的“想”，这两种思维方式并非相互对峙，而是理性认识的两个前后相继的阶段。由此可见，针对朱文所产生的误解以及针锋相对，其中大部分是受“理论要为实践服务”“实践是认识的目的”等说法的影响，而忽略了只有将理论上升到工程，才能为实践提供有益帮助。在这点上孙文产生了一个偏差性认识，即将二文的分歧等同于“法理学思维”与“社会学思维”之间的“二元”理论差异和冲突，并在二者之间“争先后”，认为法律教义学是“本”，“超越法律”的社会学思维是“末”，不能本末倒置，丢掉看家本领。从工程论视角看，对法官来说，不管是“法理学思维”，还是“社会学思维”，其实都是运用理论思维揭示理的活动，都是为工程思维预备材料、提供参考的。至于谁先谁后或二元并存，取决于法官所遇到的案件以及其主体性规定。

其实，确立法官审理案件过程中工程思维的优先性，不仅不会贬低法律思维的地位，相反，在法律思维与法律实践之间插入工程思维，法律思维再也不用接受实践“有用论”或“无用论”的价值纠缠，可以专心讲理。因为理论如果坚持原则就会在实践中到处碰壁，因为哪怕是最周全的理论，都不可能穷尽实践当中的所有实体及其所有属性。但理论如果变通原则就会形同虚设，因为理论的功能就是给实践提供必要的约束，告诉实践在何种条件下事情只能怎样而不能怎样，而变通原则虽可以增加理论的灵活性，可以多解释一些现象，但必然降低理论的约束力。因此，朱文通过解构“法律人思维”，揭示法官在审理案件过程中“应该怎样”的工程思维方式，不仅不影响法学家对法官“本来应该怎样”的理的探索，而且进一步解放了法学家揭示理的多元思维路径，更不会勉为其难的得出“法官既要坚守规则，成为法律的守护神，又要在必要时能够合乎方法论地超越法律，但主要还是如何坚守规则”[32]的结论。

综上所述，在法律领域区分理论思维与工程思维，开展思维方式的讨论，一方面有助于科学评价理论产出的意义和价值，将理论从实践的价值纠缠中解脱出来；另一方面有助于法官主体性意识的觉醒，为更加恰当的作出判断提供可能。

---

[30] 同前注 1。至于为什么要考虑社会后果，作者将从系统论角度另撰文说明。
[31] 同前注 13，第 61 页。
[32] 同前注 2。

三、思维方式的僭越："法律人思维"与"法律思维"

正如前文所述，焦文中将"法律人思维"与"法律思维"等同起来，实则是一种僭越，即法律思维作为一种理论思维，本来是作为认知理论而存在的，却被用来认知实体，进而用来设计工程。这种僭越是二重的：一重是用法律思维来认知法律人思维；二重是法律思维被用来筹划建构"法律人共同体"工程。为什么在法律领域会出现这种僭越呢？作者在此尝试回答这一问题。

首先，法律思维作为一种理论思维用来认知"法律人思维"，是其经济性在作祟。人作为有限的存在物在面对无限的对象世界时，选择采用尽可能少的付出而获得尽可能多的收获是一种生存本能。一类一类认识事物，与一个一个认识事物相比，要简单得多。比如将法官、律师、检察官、法律学人等看成一类人，即法律人，然后推定这一类人共享同样的法律语言、法律方法与法律思维，并宣布其为"共同体"。这种认识有助于在理论层面将其与政治家、社会活动家、手工业者、农民区分开来，形成一个"法律人"的抽象轮廓。加之，大多数的人类生存活动对于实体是一种"浅度介入型"，即涉及实体中的个别属性。比如去商店买东西，我们只需要将对方看成是商家即可，至于对方是否为同性恋、有没有犯过罪、家庭成员状况等恰恰是我们所不需要了解的属性。这就是理论思维经济性与"浅度介入型"社会活动的不谋而合，并在这个层面表现出其效用。然而，司法并不是一种"浅度介入型"活动，其是人类通过制度建构起来的、在对实体作"深度介入型"了解后决定是否将其耗散出人类社会系统的活动。诉讼法中的起诉制度、审判制度、辩护制度、证据制度以及无罪推定原则、禁止双重危险原则、公正审判原则等众多制度设置和基本原则设定，均是在不同角度、尽可能多的揭露实体所存在的属性，为法官进行工程设计提供足够多的认知材料，也保障其能够按其主体性规定做出裁判。如果在这种情况下，继续用"属+种差"的定义法来认识法官、律师、检察官、法律学人及其个体实存，其效用几乎为零，如果再用这种认识去设计工程，则得不偿失，其效用不仅为负值，而且其负值趋向最大。这就需要法官不仅要熟知法律规定，而且要多了解一些其他学科，尤其是社会科学的知识，以增强对可能法律后果的理解力和预判力，从而在众多认知材料和实体中确立主体性规定，回答和解决社会交给他的问题。从国家赋权角度看，法官拥有合法建构一个非逻辑社会存在的权力，本身就是因为其所面对的是真实生活世界，所要处理的是生活世界中的一个个实体之间的实实在在地存在，并且，其处理成果是要接受当事人、社会及制度检验的。这就表明，法官面对的绝非一个由定义和概念编织的世界，法律也不是在整齐干净的法律概念中运转，这份职业本身就预示着法官在审理案件时要有"牵一发而动全身"的敏锐力、工程思维的判断力和把控力、对社会中各种现象和规律理解力以及精准司法的执行力。

其次，法律是根植于人类社会生活的一个概念，来源于生活世界又反过来服务于生活世界，与人类社会生活的存在状态同在。人类社会生活是生长与建构的统一，因为单纯的生长无须意识的参与，单纯的建构则由意识独裁，唯有生长性的建构或建构性的生长才需要意识作为因素之一发挥作用。要建构就得筹划，要筹划就得既要确定主体的价值意图又

要掌握相关事物的实际状况。从生长与建构的关系看，人类社会生活存在两种状态：一是生长特征相对显著的状态，比如农业社会及其以前的社会；二是建构特征相对显著的状态，比如工业社会及其以后的社会。[33]前者人们主要是解释世界，适应环境；后者人们主要是改变世界，改造环境。前者中人们普遍相信宇宙万物都服从一个统一的理，人们的言行举止也应服从这个理；后者中人们发现统一的理的变通情形越来越多，理论本身在自我消解，要想将实体的大量属性整合为一个工程，只能采用工程思维。因此，在人类社会生活从以生长为主的状态转向以建构为主的状态，即社会从停滞开始走向发展的最初阶段，工程建构日益成为生活的主题，而工程思维尚未发育成熟，这时，人们就不可避免的会以理论思维处理工程问题。法律是人类社会生活生长与建构统一发展下的典型结果，是社会进步的庄严记录。在我国，法律发展随着社会生活的解放呈现出“井喷式”发展状态，一方面世界上关于法律理论广泛而深入的探索，被翻译介绍进来；另一方面具有中国特色社会主义法律体系和司法制度已建立，并运行起来。但是，法律领域的理论思维与工程思维尚处于“日用而不知”的状态，即法学家并没有意识到自己所采用的是一种内部非价值化的逻辑推导的思维方式，法官也没有意识到自己所采用的是一种内部价值化的非推导的复合思维方式。这就使得法学家批评法官不按规则办案，法官抱怨法学家提供智识不实用，二者陷入“互相瞧不上”的恶性循环中。当然法学家与法官的“互补”也有好的一面，即法官（或法院）请法学家“说上几句理”或法学家请法官来“授几学时的实操课”，如此而已。

再次，法律思维凭借“个别→一般→个别”程序和本质主义程序的相互配合来完成对法官审理案件时思维方式的认知，然而却忽略了在具体案件中法官及诉讼参与人均是个别的这项事实。人们的认知活动在两种情况下必须与实体打交道：一是在探寻经验之理时，人们必须从实体中提取属性，即从个别中归纳一般。在这里，认知虽然离不开实体，但不是为了认知实体，而是为了认知理论。二是认知直接以实体为对象，以弄清实体本身为目的。这时，理论是认知的根据，是认知所凭借的手段，认知活动的特点是用属性去说明实体，认知过程是从一般下降到个别。[34]这种认识路径在孙文有明显的体现，比如他认为，只要承认法律职业，就要承认法律职业方法和职业思维，尤其是作为职业法律人基本功的法教义学的思维方法。[35]而从法律职业方法直接跨越到法教义学的法律方法，试图通过法教义学法律方法的训练形成法律思维，再由拥有这种法律思维的职业者去实践中践行这种思维。这种“迂回”充分展示了法律职业、法律职业方法、法律方法、法律思维等概念属性间联系的必然性，但却并不能揭示作为法律职业者之一的法官在审理案件时究竟如何思维。在这点上并不能过分苛责，因为从“个别→一般”的认知目的本来就不是认知实体。而用“一般→个别”来认知法官在审理案件时到底应该如何思维，就只能揭示其某一种属性，注定认知不了所有属性。因为法官本身和所涉案件的异质性属性，无法拉入“一般→个别”程序认知，这是法律思维的一种缺陷。可法律思维并不认为这是一种缺陷，反而找本质主义程序来支援，具体表现为：案件有普通案件和特殊案件，普通案件是大多数，特殊案件是极个别；

[33] 同前注 13，第 63 页。
[34] 同前注 13，第 72 页。
[35] 同前注 2。

法官水平也有“三六九等”，作为中等智识的法官占大多数，两个极端的法官是极少数。大多数是主要的、内在的；少数是次要的、外在的。大多数是单一的、稳定的，少数是芜杂的、易变的。前者是本质，后者是现象，把握了本质，就等于把握了案件与法官。这样一来，法律思维对案件和法官的不可避免的片面性认知，就从一种缺陷摇身一变而成了一种应当提倡和追求的东西。

然而，法官在审理案件时，法官是个别的，案件及案件参与人也是个别的。个别之所以为个别，就在于它不同于其他个体，个别上的“性”越多越杂，就越能显示自己之为“个别”。也就是说，个别上之“性”不是逻辑上的某种单纯的质或辩证的统一体，不是一种逻辑推导的结果，而是一种“属性丛”，是各种可逻辑推导的属性的非推导的聚集体。[36]这就说明，在一个具体案件审理中，法官是具有主体性的个体；案件，哪怕最简单的案件，也是独一无二的；更不用说案件中具有权益冲突的当事人了。所以，个别之上的属性，特别是异质性属性，揭示得越多，法官、案件及案件参与人的主体性就越丰满，也越有利于法官用非推导的复合程序来处理案件。然而，法官在审理案件时不可能对案件及案件参与人的所有属性都认知一遍，而是出于筹划的需要，根据其价值目的选取那些必须认知的对象展开认知，并调整认知的深广程度。这就是苏文所说的“每个法律人都有自己的制度角色，承担着具体的制度责任”“不同审级的法官也存在思维差异”的原因。那些有一定价值联系，却被法官遗漏的认知部分，就给理论思维提供了机会，因为这些部分有一个“最低限度”的认知，也不算什么坏事。

综上所述，作者在对朱文、孙文、焦文中共同使用的“像（个）法律人那样思考”“法律人思维”“法律思维”等三个概念明晰的基础上，将关注点聚焦在作为法律职业者的法官在审理案件时“应该怎样”思维，并提出在法律思维与法律实践中间引入工程思维的概念，以此来理顺法律思维与法律人思维之间的关系，即在实践中法律人思维比法律思维更具有优先性。另外，针对法律思维在实践领域的僭越原因和路径，从法律思维的经济性、法律与人类社会生活状态的同在性及法律思维认知“法律人思维”的程序性三方面尝试讨论，以此来强调法律领域思维方式划分的重要性。毕竟，这种僭越不仅会造成人们对“法律人思维”的片面性认知，而且更重要的在于其兼具澄明和遮蔽的两重性。学界越加纯粹的强调基于法教义学上的法律思维，就越加模糊实践中的“法律人思维”，更甚者，会导致法律人主体性意识的压抑，因为澄明是以遮蔽为条件的。这将无益于法官尊严的建立，更甚者，有可能导致司法信任危机。

[36] 同前注 13。

法理论能为法律解释做什么

傅爱竹[1]

【摘　要】 法律论辩是一个逐步深入的过程，它体现为论辩所依据的事实由高至低呈阶层分布。其中，法律解释方法论处理的是法律规范事实与法律素材之间的关系；法理论探讨的则是法律规范事实与法律效力的终极条件的关系。两种理论在问题意识与结构上的同构性使得法理论成为构建、论辩与评判法律解释方法论的基础与前提，即二者具有“强关联性”。然而在国内外法律解释方法论研究中，如我国刑法学界的形式解释论与实质解释论之争，法理论常常是缺位的。这导致相关研究无法有序与有效地推进，陷入瓶颈。“强关联性”命题敦促研究者，在思考法律解释问题时不仅要明确自己的法理论预设，还要确保解释方法论与法理论在体系上是前后融贯的。

【关键词】 法理论；法律解释；法律效力 形式；解释论；实质解释论

问渠那得清如许，为有源头活水来。

——朱熹《观书有感》

一、问题的提出

法理学有用吗？对于这一问题，在法律人中间存在两种截然相反的态度。有些法律人对法理学持排斥和否定的态度，认为它对于法律实践缺乏影响力，甚至可以说是毫无意义。例如，19 世纪英国著名宪法学家 A.V.戴雪曾宣称：“法理学是一个在执业律师那里臭不可闻的词语。”[2]但也有不少法律人积极肯定法理学对于法律实践的价值。例如，德沃金就宣称：“法理学是裁判的总则部分，是任何法律决定的无声序言。”[3]

对待法理学这种矛盾的态度也延伸到了法律解释领域。关于法理学能为法律解释做什么，学者们的观点也大致可以分为“无关联性”、“弱关联性”与“强关联性”两种。主张“无关联性”的人彻底否定法理学的价值，认为法理学对于法律解释非但无益，甚至可能有害。[4]主张“弱关联性”的人认为，法理学之于法律解释学，最多只有澄清概念的作用。[5]而主张“强关联性”的人则认为，法理学之功用绝不止在于澄清概念，对于我们思考“应该如何解释法律”这一实践难题也是必不可少的基础与前提。[6]

本文赞成最后一种观点。为了论证“强关联性”命题及其理论与实践意涵，文章主体将

---

[1] 傅爱竹，山东大学，助理研究员。

[2] 转引自 Scott Shapiro, *Legality*, Harvard University Press, 2009, p. 24.

[3] Ronald Dworkin, *Law’s Empire*, Harvard University Press, 1986, p.90.

[4] 参见[美]阿德里安·沃缪勒：《不确定状态下的裁判：法律解释的制度理论》，梁迎修、孟庆友译，北京大学出版社 2011 年版。

[5] 参见马驰：《作为概念理论的法理学及其实践意义》，载《中国法律评论》2018 年第 3 期。

[6] 例如，张文显教授就曾明确提出，“法律解释不仅必须符合法定权限和程序，而且必须符合法理。”参见张文显：《法理：法理学的中心主题和法学的共同关注》，载《清华法学》2017 年第 4 期，第 5-40 页。

分三部分展开。第一部分是从理论上对于“强关联性”命题何以成立作出阐释。第二部分则以我国刑法学中的形式解释论与实质解释论之争为例，来展示法理论之于刑法解释方法论的价值。此基础上，论文的第三部分将提炼出“强关联性”命题对于我们思考、研究与争辩法律解释问题提出了哪些规范性要求。

在讨论正式开始之前需要对相关术语有所界定。一般认为，法理学包含“法理论”与“法伦理学”两个部分。[7]其中，法理论探讨的是“法律是什么”的问题，也称法律的“性质”问题或“概念”问题。而法伦理学探讨的则是法律应当是什么样的问题。[8]限于篇幅，本文将讨论范围局限于法理论能够为法律解释做什么。至于法伦理学与法律解释之间的关系，笔者将另文探讨。

二、为什么是“强关联性”

本文所要探讨的是法理论能为法律解释做什么。众所周知，如何解释法律，即法律解释方法论问题，是法律解释学的核心问题，也是法律人在实践中最为关心的问题之一。为了论证的方便，我们可以将“法理论能为法律解释做什么”这一问题转化为法理论与法律解释方法论这两种的关系问题。毕竟，所有实践都是“理论内置”（theory-embedded）的。[9]两种理论之间的关系越密切，法理论能为法律解释做的自然也就越多。而理解两种理论之间的关系，需要从它们各自的问题意识与结构入手。

（一）法律解释方法论

从法律推理的三段论的角度讲，任何案件的裁决都需要构建法律规范（大前提）与案件事实（小前提），二者相结合方能逻辑地推导出裁判结论。因此，法律规范如何发现与证立就成为法学方法论的一个重要的理论任务，由此形成了法律解释的方法论。法律解释的方法论需要回答的问题是，法律规范从何处发现，或者说依据什么得到证立。

例如，当你在北京的一家咖啡馆内写作时，见邻桌有位先生正在吸烟。如果你想劝阻他，并且以法律的名义，该如何论证？你可能联想到一部地方性法规《北京市控制吸烟条例》（后文简称《控烟条例》），其中第九条明确规定禁止在室内公共场所吸烟。那位先生听了你的话后反驳说，他吸的不是普通香烟，而是电子烟。而《控烟条例》中对吸电子烟的行为并没有任何明文规定。对此，你该如何作答？

在咖啡馆内吸电子烟的行为是否为法律所允许，这显然是一个法律解释问题。法律解

---

[7]参见普佛尔滕书。不同的学者所使用的称谓可能有些许区别。英美法理学者通常将法理学分为分析法理学与规范法理学，与法理论/法伦理学之分大致可以对应得上。参见[美]斯科特·夏皮罗：《合法性》，郑玉双、刘叶深译，中国法制出版社 2016 年版，第 2-4 页。

[8] 当然，这样的二元划分是基于法理学中一种主要的立场，即法律实证主义的视角而作出的。像德沃金那样的非实证主义者因为主张对“法律是什么”问题的回答必然依赖于在“法律应当是什么样的”问题的思考，所以会反对法理学的“二元论”，而持“一元论”的立场。撇开这一分歧不论，无论在法理学内部持哪种具体的立场，各方至少都会一致同意，“法律是什么”是法理学的中心问题。参见陈景辉：《法理论的性质：一元论还是二元论？——德沃金方法论的批判性重构》，载《清华法学》2015 年第 6 期，第 5-29 页。

[9] 参见[美]罗纳德·德沃金：《理论的礼赞》，周林刚、翟志勇译，载《身披法袍的正义》，北京大学出版社 2010 年版；陈景辉：《法理论为什么是重要的——法学的知识框架及法理学在其中的位置》，载《法学》2014 年第 3 期，第 50-67 页。

释问题的理性解答需要依据特定的方法论。从那位先生的表述上看，他倾向于采用偏重文义的方法论，主张《控烟条例》中的“烟”指的是传统上内有烟草的卷烟、烟斗，电子烟内无烟草，因而不应被算作是“烟”；根据“法无禁止即自由”原则，凡是法律上没有明文禁止的行为都是允许的，因此你无权阻止他吸电子烟。你或许也赞同偏重文义的方法论，但与那位先生不同的是，你认为《控烟条例》中的“烟”应作广义的理解，泛指一切能够产生烟雾等有害气体的类烟物；电子烟当然属于此类物质，因此吸电子烟的行为也是为条例所禁止的。如果你们的分歧仅止于此，事情还相对简单，因为争议被圈定在单一方法论内部，可以通过经验性的考察，如语言学上的求证[10]化解争议。但是，如果你并没有采用与那位先生相同的方法论，而是采用截然不同另一种方法论，如偏重立法目的的方法论，又当如何？你或许会主张，《控烟条例》之所以被颁布实施是为了维护公众的健康权益[11]；吸电子烟与吸传统卷烟都会侵害到公众的健康权益[12]，因此在法律上属于被禁止的行为。相对于前一种情况，这种情况显然更为复杂，因为如果你们想要继续争辩下去的话，就必须深入到究竟哪种方法论更为合理的层面了。

上面的这个例子至少部分展现了法律（解释）论辩的基本形式，即法律规范一般是从宪法、法律、法规、案例、立法历史、习惯等事实中发现或得到证立的。[13]在此，我们可以区分出两类事实：一是关于法律规范及其内容的事实，我们可以称之为“法律规范事实”或“法律内容事实”（legal-content facts）[14]；二是宪法、法律、法规、案例、立法历史、习惯等所组成的事实，法律人一般将之称为“法律素材”（legal materials）或“法律渊源”（sources of law）。需要注意的是，这两类事实在层面或者说位阶上并不相同：法律规范事实并非终极性事实[15]，其存在依赖于在层次上更为基本的法律素材。（见图 1）

图1：法律解释方法论的结构

[10] 例如求助于词典释义。参见陈林林、王云清：《司法判决中的词典释义》，载《法学研究》2015 年第 3 期。

[11] 《控烟条例》第一条规定：为了减少吸烟造成的危害，维护公众健康权益，创造良好公共环境，提高城市文明水平，根据有关法律、行政法规，结合本市实际情况，制定本条例。

[12] 有研究表明，电子烟内含尼古丁、甘油等有害物质。其产生的某些金属含量，比如镍和铬，比传统卷烟的二手烟的含量还要高。参见李木子：《电子烟危害“媲美”香烟》，载《中国科学报》2019 年 12 月 30 日，第 6 版。

[13] 当然，不同的理论在细节上有所不同。例如，并非所有理论都认可立法历史、习惯可以作为证立法律规范的依据。

[14] See Mark Greenberg, “How Facts Make Law”, *Legal Theory*, Vol.10, No.3 (Sep. 2004).

[15] 在现代物理学中，任何夸克（quark）的存在都不依赖于任何其他事实的存在（假定夸克是基本粒子）。从这个意义上讲，夸克的存在就是终极性的。参见[美]斯科特·夏皮罗：《合法性》，郑玉双、刘叶深译，中国法制出版社 2016 年版，第 35 页。

规范事实的线索或证立法律规范事实的依据，以及法律素材以什么样的方式构成法律规范事实。从理论结构上看，法律解释方法论就是关于两类事实——法律规范事实与法律素材——之间决定-被决定关系的理论。正如“电子烟”例所展示的，不同的法律解释方法论对于两类事实之间的关系有不同的理解：偏重文义的解释理论主张权威法律文本的文义是构成法律规范事实的最主要的素材，立法目的则并不具备法律素材的资格；偏重立法目的的方法论不仅承认立法目的的法律素材地位，而且主张立法目的在对法律规范事实的影响力上高于权威法律文本的文义。

至此，法律解释方法论的问题意识与理论结构已经被勾勒出来。一个值得追问的问题是：对于任何法律解释方法论来说，如何证立其对于法律规范事实与法律素材之间关系的理解？或者换一种角度：当不同的解释方法论产生分歧时，应该根据什么来判断孰是孰非？正如“电子烟”例中的后一种情形，如果你想与那位先生继续争辩下去，你要如何论证偏重立法目的的方法论（至少就该案而言）能够提供更为合理的解释方案？显然，这样的争议并非诉诸经验性的考证所能化解的了。用德沃金的话说，这种争议是“理论性的”（theoretical）[16]。德沃金这一说法其实也暗合本文的主张，即法律解释方法论的证立问题需要法理论的介入才能解决。至于原因，同样要从法理论的问题意识与理论结构谈起。

（二）法理论

众所周知，法理论所探讨的问题通常可以简单归结为“法律是什么”。然而这一问题本身看上去很模糊，就像哲学家追问“人是什么”，让人乍听之下不知从何作答。因此，我们需要对该问题作出更为明确的界定。根据美国法理学家安德瑞·马默的观察，当代法理论关于“法律是什么”问题的研究集中在两个方面：法律效力（legal validity）的条件问题与法律规范性（legal normativity）问题。[17]其中法律效力的条件问题探讨的是，赋予一项规范以法律效力的条件是什么。

仍以“电子烟”例来说明。你在劝阻那位先生吸电子烟时，援引了一条规范，即在“咖啡馆内禁止吸（电子）烟”。在你看来，这是一条公认的法律规范，而不仅仅是道德规范或行业规范之类其他性质的规范。对于法理论来说，一个值得思考的问题是，你凭什么认为“在咖啡馆内禁止吸（电子）烟”是一条法律规范？更确切地说，使得“在咖啡馆内禁止吸（电子）烟”这一规范成为法律规范，亦即具备法律效力的条件是什么？这就是法理论所要回答的法律的效力条件问题。

需要注意的是，任何一条法律规范的效力条件都可能是多方面或多层次的。法理论并不试图识别出所有的效力条件。其所关注的效力条件具有两方面的特性：一般性与终极性。首先，法理论并不关心在特定法律体系中、特定时代下使得某一规范具备法律效力的那些具体条件。这些具体条件可能是因地因时制宜的，随时空的变化而有所移易。法理论关心

---

[16] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, p.5.

[17] See Andrei Marmor and Alexander Sarch, "The Nature of Law", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2019 Edition), Edward N. Zalta (ed.), https://plato.stanford.edu/archives/fall2019/entries/lawphil-nature/, 2020 年 8 月 19 日访问；[美]安德瑞·马默：《法哲学》，孙海波、王进译，北京大学出版社 2014 年版，第 2-3 页。

的毋宁是那些超越时空的、能够普遍适用于所有法律体系的条件，即法律效力的一般条件。另一方面，法理论作为法哲学的一部分，与其他哲学性思考一样，都是对研究对象的终极追问。法律作为一种复杂的系统性实践，决定某一法律规范的效力条件无疑是多层次的。法理论并不企求将这些条件及其相互关系事无巨细地找寻出来，而是更关心在最根本层面有哪些事实以何种方式赋予特定规范以法律效力，即法律效力的终极条件。至于在中间层次有哪些事实决定法律规范事实，则是相对次要的问题。经过提炼的法律效力的条件问题可以被表述为：使得任何形式的命题——“X（一些规范性内容）在特定时间、特定地点、对特定人群是法律”——为真或为假的一般性、终极性条件是什么？[18]（见图 2）

图2：法理论的结构

围绕法律效力的条件问题，法理论家们作出了不同的回答，并因而形成不同的流派。其中一派法理论家认为，法律效力的条件最终是由社会事实所构成的。[19]这些社会事实包括人们的所思（think）、所欲（intend）、所言（say）、所为（do），等等。[20]在性质上，社会事实都属于描述性事实、经验性事实，而非价值事实。[21]这一派通常被称为法律实证主义。例如，当代最有影响力的实证主义理论，即哈特的承认规则理论就主张，使得某一规范具备法律效力的一般性、终极性条件是所谓的“承认规则”，也就是法官与其他法律官员们的“聚合性实践”（convergent practice）这一社会事实。[22]换言之，如果“在咖啡馆内禁止吸（电子）烟”是一条法律规范，归根结底是因为北京的法律官员们共同承认它的法律地位。

另一派法理论家则认为，构成法律效力的条件的并不囿于社会事实，还有价值事实。所谓的价值事实主要是指道德事实。例如，关于在诸如纳粹体制这样的邪恶体制之下的规则是否是法律规范的问题，后一派法理论家就认为，虽然社会事实看上去可以为其效力提供支持，但由于这些规则从哪怕是最低限度的道德角度看都是无法接受的，因而在法律上是无效的。这一派通常被称为自然法学。自然法学的法理论在当代最为人所熟知的代表是

[18] 这里参考了马默的表述。但马默只强调了一般性，而为指出终极性。参见[美]安德瑞·马默：《法哲学》，孙海波、王进译，北京大学出版社 2014 年版，第 3 页。
[19] [美]安德瑞·马默：《法哲学》，孙海波、王进译，北京大学出版社 2014 年版，第 4 页。
[20] 参见[美]斯科特·夏皮罗：《合法性》，郑玉双、刘叶深译，中国法制出版社 2016 年版，第 37 页。
[21] See Mark Greenberg, “How Facts Make Law”, *Legal Theory*, Vol.10, No.3 (Sep. 2004), p.157.
[22] 参见[英]H.L.A.哈特：《法律的概念》（第二版），许嘉馨、李冠宜译，法律出版社 2006 年版，第 90-100 页。

“拉德布鲁赫公式”：凡正义根本不被追求的地方，凡构成正义之核心的平等在实在法制定过程中有意地不被承认的地方，法律不仅仅是“非正当法”，它甚至根本上就缺乏法的性质。[23]

当然，在以上关于法律实证主义与自然法学的区分是相对粗疏的。在各个流派内部，关于法律效力的条件问题，学者们常常会给出更为精细但各不相同的回答。例如，在实证主义内部，虽然大家都同意法律效力是由社会事实所构成的，但是对道德事实是否在任何情况下都不会影响法律效力存在分歧；[24]再如，在自然法学内部，虽然大家都同意道德事实也会影响法律效力，但是对道德事实作用于法律效力的具体方式也意见不一。

总得来说，法理论家们关于法律效力条件问题的分歧集中体现为两方面：①哪些种类的事实有资格决定法律规范的效力，以及②这些事实以什么样的方式决定法律规范的效力。从这个角度讲，我们可以将法理论更具体地界定为：关于哪些事实以何种方式在最根本层面决定法律规范效力的构成性阐释。

（三）法律（解释）论辩中的“三阶事实”

前面的讨论揭示出法律解释方法论与法理论的问题意识与理论结构，这是为确定二者的关系所作的必要准备。不难发现，两种理论的共同特征是，所涉事实是分阶层的。而这恰是发现二者关系的重要线索。

总体而言，法律（解释）论辩的实践是一个“逐步深入”的过程。它的“逐步深入”体现为论辩所依据的事实是分阶层的：随着论辩的展开，论辩所依据的事实将由“浅”入“深”、由“高阶”至“中阶”终至“初阶”。我们至少可以通过三个阶层事实之间的相互关系来理解这一过程。“三阶事实”中的“高阶事实”是诸如“在咖啡馆内禁止吸烟”、“在上海必须分类投放垃圾”、“在英国车辆须靠左侧通行”之类的法律规范事实，它们是关于法律规范的存在与内容的陈述，是确定法律赋予人们的权利及义务的最直接的依据，亦即法律推理三段论中的规范前提。“三阶事实”的“中阶事实”是诸如成文法的文义、立法史以及习惯等“法律素材”，它们是形成、判定法律规范事实的常规论据；法律（解释）论辩在大多数情况下都集中并止于在这一层面展开[25]。“三阶事实”中的“初阶事实”则是如“承认规则”或正义等法律效力的根本条件，它们决定了法律素材在法律（解释）论辩中的论据资格与强度，并经由法律素材间接决定了法律规范事实，是形成、判定法律规范事实的最终依据；除非是疑难案件，法律（解释）论辩通常并不会深入到这一层面，但它依然初始性地影响了其他两个阶层的事实，因此法律效力的终极条件可以说是法律（解释）论辩的隐性前提。简单来说，三个

---

[23] 通常认为，拉德布鲁赫公式由“不能容忍公式”与“否认公式”两部分组成。此处引用的只是拉德布鲁赫公式中的后半部分，即“否认公式”。参见[德]古斯塔夫·拉德布鲁赫：《法律的不法与超法律的法（1946 年）》，舒国滢译，载雷磊编：《拉德布鲁赫公式》，中国政法大学出版社 2015 年版，第 10 页。也有学者对于拉德布鲁赫公式能否被视作是对法律效力的条件问题的回答提出质疑。例如，比克斯就认为拉德布鲁赫公式应被解读为一种对司法裁判的指导，而非一种关于法律性质的的概念性或分析性主张。参见[美]布莱恩·比克斯：《拉德布鲁赫公式与概念分析》，王进译，载雷磊编：《拉德布鲁赫公式》，中国政法大学出版社 2015 年版，第 176-189 页。

[24]包容性法律实证主义认为，虽然在根本层面，法律效力的条件只有社会事实，但是在中间层面，法律效力的条件可以包含道德事实。而排他性法律实证主义则认为，法律效力的条件仅由社会事实所构成，无论在最终层面还是中间层面都不包含道德事实。See Mark Greenberg, “How Facts Make Law”, *Legal Theory*, Vol.10, No.3 (Sep. 2004), p.158.

[25] 例如前文所举“电子烟” 案中的前一种情形。

阶层事实之间由深至浅、由初阶至高阶呈“决定-被决定”的相互关系。这种“决定-被决定”的相互关系，使得法律（解释）论辩须透过这三个阶层的事实由浅至深、由高阶至初阶渐次展开：如果在法律规范事实层面存在分歧，就诉诸较深层面的法律素材；如果在法律素材层面存在分歧，就进一步下溯，直至最根本的法律效力之终极条件。（见图 3）

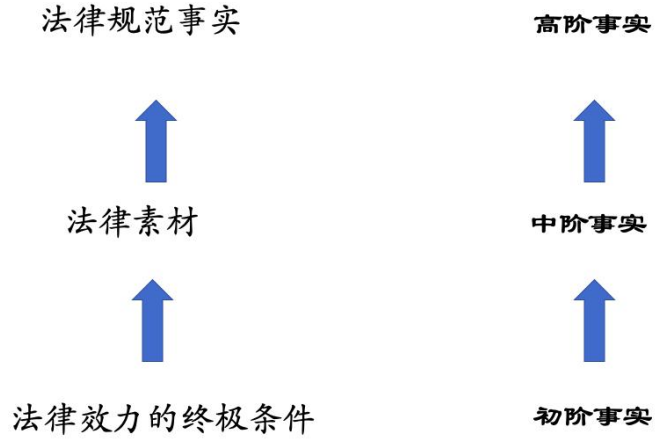


图3：法律（解释）论辩的三阶事实

这么说或许有些抽象，不妨回顾一下“电子烟”案。那位吸电子烟的先生之所以不听你的劝阻，并非是故意不遵守法律，而是因为你们对于“在咖啡馆内禁止吸电子烟”这一规范是否属于法律规范有所争议，这是法律规范事实层面的争议。为了证明己方观点是正确的，你们都需要援引在阶层上更为基本的法律素材作为论据。事实上，你们也正是这么做的。如果你们都倾向于采用偏重文义的方法论，那么争议也就止于法律规范事实层面，并没有向更深层的法律素材层面延伸。但如果你们对于究竟应该援引《控烟条例》的文义还是立法意图再次产生了分歧的话，论辩在阶层上将进一步深化，你们将不得不援引在阶层上最为基本的法律效力的终极条件作为论据。假使你在法理论上持实证主义的立场，或者更具体地说，认同哈特的法理论，那么你就需要寻找一些社会事实以证明，偏重立法意图的方法论，而非偏重文义的方法论，才是法律官员们所共同认可的解释理论。相反，如果你在法理论上持拉德布鲁赫式的自然法立场，那么你的论证工作将更为复杂一些：你不仅需要证明偏重立法意图的方法论为特定社会事实做支持，而且根据该方法论所得出的规范在内容上不会与正义严重相悖。

需要特别指出的是，以上三阶事实的划分只是一种理论上的区分，并不意味着在法律（解释）论辩的实践中只会涉及这三个阶层的事实。如果我们将法律（解释）论辩中所涉及的每一阶层事实理解为论证链条上的一环，那么该论证链条在环节上是难以计数的。这里所谓的“难以计数”可以从两方面来看。一方面，在三阶事实之间，可能存在其他更多层级的事实。例如，法律效力的终极条件与法律素材可能并非直接的“决定-被决定”关系，在这两层事实之间或许存在更多层级的中间事实，法律效力的终极条件需要经由这些中间事实间接决定法律素材。再比如，法律素材本身也可能存在分层。[26]另一方面，在三阶事实

[26] 例如，在一些主张偏重文义的方法论的学者看来，立法意图不过是判断文义的依据之一。如果这种看法是正确的，就意味着制定法的文义与立法目的并非处于同一层级，后者相对于前者来说在层级上更为基本。反之，也有一部分主张偏

之外，也会存在更多层级的事实。虽说在三阶事实的终端是法律效力的终极条件，但“终极”只不过是一种修辞性的表述。因为对于法律效力的终极条件究竟是什么这一问题本身也是存在争议的，而争议的解决必然需要诉诸其他更为基本的事实。[27]不难想象，法律论辩的论证链条可能会一直延伸下去以致无穷。我们既不可能也没有必要将所有阶层的相关事实一一识别出来。因为就本文的论证目标而言，我们只需明确一点：由“法律规范事实-法律素材-法律效力的终极条件”所组成三阶事实，对于法律（解释）论辩来说是至关重要的，且三阶事实相互之间存在“决定-被决定”的逻辑关系。

如果以上关于法律（解释）论辩中的“三阶事实”及其相互关系的讨论（后文简称“三阶事实论”）是成立的，那么法律解释方法论与法理论之间的关系也就呼之欲出了。正如前文所指出的，法律解释方法论的任务是理清法律规范事实与法律素材之间的关系，即有哪些法律素材有资格作为发现与证立法律规范事实的依据，以及法律素材以何种方式构成法律规范事实。从“三阶事实论”的角度看，法律解释方法论的焦点是中阶事实，处理的是中阶事实与高阶事实的关系问题。而法理论探讨的则是哪些事实以何种方式在最根本层面决定决定法律规范事实的存在与内容。以“三阶事实”而论，法理论聚焦于初阶事实，处理的则是初阶事实与高阶事实之间的关系问题。由于“三阶事实”之间存在“决定-被决定”的关系，且初阶事实需要经由中阶事实才能决定高阶事实，因而任何研究中阶事实的理论都需要以研究初阶事实的理论作为前提和预设。因此，任何法律解释方法论的建构与反思也都需要以法理论为基础。也正是在这个意义上，本文认为两种理论之间存在“强关联性”。

“三阶事实论”不仅揭示出法律解释方法论与法理论的关系，而且还能侧面反映出二者在法学学科中的地位。任何一门高度发展的复杂学科在研究对象上都是多元化的。如果我们将学科的研究对象理解为特定事实的话，那么这种“多元化”不仅体现为事实的广泛性，更体现为事实的层级化。其中，研究初阶事实的理论通常被称为基础理论、“元理论”（meta-theory）或“本体论”（ontology）。法理论正是法学[28]中公认的基础理论。研究中阶事实的理论通常被称为“中层理论”，其典型代表为学科中的“认识论”（epistemology）、“方法论”（methodology）。法律解释方法论就可以定位为法学中的中层理论。最后，以高阶事实为研究对象的理论被称为“高阶理论”，它是与实践关系最为直接和密切的理论；精细化与体系化的高阶理论是一门学科成熟的标志。而各部门法教义学，如刑法教义学、民法教义学，正属于法学中的高阶理论。由法理论至法律解释方法论再到法教义学，三种不同位阶的理论从纵向构成了一套完整法学学科体系。而法理论正是位于这一学科体系的“塔基”，对于法律解释方法论与法教义学都发挥了基础性的影响。（见图 4）

重立法意图的方法论的学者针锋相对地认为认为，制定法的文义是发现立法意图的证据之一。如果这一主张成立的话，那么二者同样不在一个阶层，因为制定法的文义在更为基本的层次影响着立法意图。

[27] 关于法律效力终极条件的争议其实就是关于法理论本身的争议。一般而言，法理论上的争议往往会诉诸道德哲学。从这个角度说，价值事实是相比于法律效力终极条件更为基本的事实。

[28] 这里所谈论的法学是在传统意义与狭义上使用的，仅指研究应然问题的“规范法学”，不包含研究实然问题的社会法学。

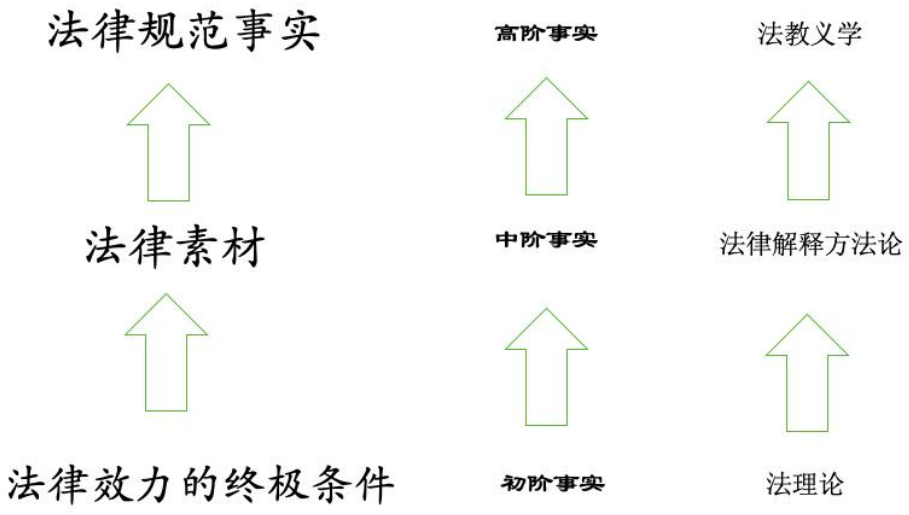


图4：法理论与法律解释方法论、法教义学的关系

（四）“强关联性”命题之限定

虽然本文通篇都在论证法理论之于法律解释方法论的基础性作用，但我们也要警惕另一种极端倾向，即认为法律解释方法论是法理论的附庸，其建构与批判都依从于并且仅仅依从于法理论。根据“三阶事实论”，法律效力的终极条件（初阶事实）决定法律素材（中阶事实），并经由法律素材间接决定法律规范事实（高阶事实）。从这个角度说，法理论的确是法律解释方法论的基础与前提。但法律效力的终极条件并非是决定法律素材的唯一因素。在法律效力的终极条件之外，还有诸如解释者的能力以及系统性效应等制度性因素也会对法律素材产生影响。。[29]

试举一例。假设根据某法理论，凡是立法者在主观上想要实施的、实现的规范，就是在法律上有效力的规范。在这里，法律效力的终极条件是立法者的主观意图。对于法律解释方法论来说，这是否意味着凡是能够作为立法者主观意图证据的材料，亦即所谓的“立法史”，都应当成为法律素材？

事情并非如此简单。因为法律解释方法论在选取与运用法律素材时，还需要考虑各种立法史材料在实践中能否成为立法意图的可靠证据。一般来说，解释者作为个人，必然是“有限理性”（bounded rational），在运用立法史的过程中难免会犯两类错误：“信息错误”和“评估错误”。[30]具体来说，立法史通常篇幅甚广[31]，种类繁杂[32]，而且部分材料可能并未公

[29] 参见[美]阿德里安·沃缪勒：《不确定状态下的裁判：法律解释的制度理论》，梁迎修、孟庆友译，北京大学出版社 2011 年版。

[30] 参见[美]阿德里安·沃缪勒：《不确定状态下的裁判：法律解释的制度理论》，梁迎修、孟庆友译，北京大学出版社 2011 年版，第 120 页。

[31] 例如，美国《1980 年难民法》（Refugee Act of 1980）的立法史有 2112 页，《1992 年能源政策法》（Energy Policy Act of 1992）的立法史达到了 4999 页，而《1990 年清洁空气法案修正案》（Clean Air Act Amendments of 1990）的立法史达到了惊人的 10878 页。参见[美]阿德里安·沃缪勒：《不确定状态下的裁判：法律解释的制度理论》，梁迎修、孟庆友译，北京大学出版社 2011 年版，第 121 页。

[32] 就美国法而言，属于立法史的材料就包括：最初的草案，后来的草案，被否决的修正提议，两院的委员会报告，大会委员会报告，委员会听证会和审议会的会议记录，提案人的陈述，起草者的陈述，被立法机关，行政机关支援或者私人团体加进几轮中的有关统计学和历史学的研究结论，议员的辩论记录，总统的签署声明，等等。中国的情况略有不同，

开或难以取得。解释者通常缺乏时间与精力对立法史形成一个整体性的把握，容易以偏概全。不仅如此，解释者在了解立法史的过程中，可能会受到诉讼当事人的策略性行为[33]、司法前见[34]等因素的影响而导致错误的认知。更为重要的是，当上述认知错误被传递到其他解释者那里时，错误非但难以纠正，而且还会进一步扩散。“因为法官决策的程序是逐案解决的程序，这种程序通常过于关注特殊的个案，从而阻碍了法官去考虑他们运用的解释方法所产生的系统性影响。”[35]正是基于以上制度性因素的考虑，作为立法意图证据的立法史在证明力上一直备受质疑，这也直接影响到立法史的法律素材资格及其在法律解释方法论中的地位。

立法史的例子说明，法律效力的终极条件（初阶事实）与法律素材（中阶事实）之间虽然存在“决定-被决定”的关系，但这种“决定-被决定”的关系并非排他性的；确切地说，法律素材乃是由法律效力的终极条件与各种制度性因素所共同决定的。[36]因此，法理论虽然重要，但并非是塑造法律解释方法论的唯一根据。我们在建构与评判法律解释方法论的时候，不仅要提供法理论上的依据，还要考虑到诸如司法能力与系统性效应等制度性因素。这是对“强关联性”命题所作的必要限定。

三、“强关联性”命题之应用：以刑法解释方法论为例

前文从理论上对法理论与法律解释方法论之间“强关联性”命题作出了论证。证明这一命题本身并不是目的，关键是该命题所能引申出的理论与实践意涵，而这正是论文接下来两节的任务。在本节，笔者将通过一个实例为“强关联性”命题提供一个应用分析。笔者选取的是近二十多年来在我国刑法解释学界备受关注的“形式解释论”与“实质解释论”之争。依笔者之见，这场学术争论虽然热闹有余，实则深度不足，以致于有“口号之争”[37]的嫌疑。这里所说的“深度不足”，尤为体现在法理论在这场争论当中是隐身的，未能发挥其应有的证立作用。

（一）形式解释论 vs.实质解释论：争点与缘由

但立法史的繁杂在程度上与美国相去不远。参见[美]阿德里安·沃缪勒：《不确定状态下的裁判：法律解释的制度理论》，梁迎修、孟庆友译，北京大学出版社 2011 年版，第 124 页。

[33] 诉讼当事人在研究庞杂的立法史材料时往往会带有选择性，他们会将某些虽然重要但对己方不利的材料完全忽略掉。参见[美]阿德里安·沃缪勒：《不确定状态下的裁判：法律解释的制度理论》，梁迎修、孟庆友译，北京大学出版社 2011 年版，第 122 页。

[34] 解释者在充分了解立法史之前往往已经有预先的判断，他们更倾向于在庞杂的立法史中寻找那些印证了自己预先判断的材料。参见[美]阿德里安·沃缪勒：《不确定状态下的裁判：法律解释的制度理论》，梁迎修、孟庆友译，北京大学出版社 2011 年版，第 125 页。

[35] 参见[美]阿德里安·沃缪勒：《不确定状态下的裁判：法律解释的制度理论》，梁迎修、孟庆友译，北京大学出版社 2011 年版，第 3 页。

[36] 或许有人会认为，决定法律素材的并不止于法律效力的终极条件与制度性事实，还有诸如公平、正义等价值。事实上，这个问题是有争议的。关于公平、正义等价值是否应纳入法律效力的终极条件，法律实证主义者与自然法论者一直争论未休。自然法论者认为，这些价值本身就属于法律效力终极条件的一部分，因而没必要单独列出作为决定法律素材的因素之一。法律实证主义者则对此予以否认。鉴于此争议性，本文故不将价值单独列出。

[37] 参见陈坤：《形式解释论与实质解释论：刑法解释学上的口号之争》，载陈兴良主编：《刑事法评论》（第 31 卷），北京大学出版社 2012 年版。

形式解释论与实质解释论的分歧是十分广泛的，有学者总结出多达 8 个方面。[38]但若仅从法律解释方法论的角度看，双方的分歧集中体现在所青睐的解释方法以及解释方法之间位阶关系上。在各种解释方法当中，形式解释论者最为倚重文义解释，倾向于根据刑法条文的日常语义来划定构成要件的范围，在此基础上再采用目的解释等其他方法作为辅助，如根据刑法所要保护的法益来判断是否应该作出刑事处罚。与此不同的是，实质解释论者更强调目的解释的至上性，为了达至刑法所欲保护的法益，甚至不惜在一定程度上超越刑法条文的日常语义范围。[39]简言之，在法律解释方法的位阶排序中，形式解释论主张文义解释的优先性，而实质解释论则强调目的解释的优先性。

一般来说，在刑事法律实践中，形式与实质相冲突、文义解释与目的解释相冲突的情形可以分为两类。一类是虽然在形式上有明文规定，但在实质上不值得科处刑罚的案件。例如，我国《刑法》第三百八十九条规定，“为谋取不正当利益，给予国家工作人员以财物的，是行贿罪。”假设某人为谋取不正当利益，给予某官员微不足道的几十元，单从文义解释的角度，他仍然构成行贿罪。[40]但从实质角度看，这样科处刑罚显然是荒谬的。实质解释论者常以此类例证来攻击形式解释论。[41]但正如周详教授所观察到的，从来没有哪位形式解释论者会认同上述例子构成行贿罪。[42]因为形式解释论并非完全抛弃实质正义，只是强调要在形式正义的框架下追求实质正义。[43]具体到解释方法的运用上，形式解释论主张先进行文义解释，在此基础上再作刑法目的上的考量，本着有利于被告的原则将缺乏刑罚必要性的行为予以出罪。因此，形式解释论者对于此类案件也同样会赞成按出罪处理。两派在这里并不存在真正的分歧。

另一类案件则是在实质上值得科处刑罚，但在形式上缺乏明确规定的案件。例如，在朱建勇案中，朱建勇潜入被害人的股票交易账户，并使用其资金与股票，采取高买低卖的方式进行股票交易，给被害人造成了 19.7 万元的资金损失。[44]该案的争议点在于，朱建勇的行为是否构成我国《刑法》第 275 条规定的“故意毁坏财物罪”。形式解释论阵营的领袖陈兴良教授认为，“故意毁坏财物罪”中的“毁坏”是指财物物理性价值的丧失或降低；股票属于无形的财产，高买低卖股票的行为事实上并未对其股票施加有形的作用力。[45]因此，朱建勇的行为并不构成故意毁坏财物罪。显然，陈兴良教授是通过文义解释的方式对“毁坏”一词做了限定，取其日常语义或者说狭义，从而实现出罪的效果。然而该案的主审法官与实质解释论阵营的领袖张明楷教授皆不同意这一看法。主审法官认为，随着新生事物与新

---

[38] 参见劳东燕：《刑法解释中的形式论与实质论之争》，载《法学研究》2013 年第 3 期。

[39] 也有实质解释论者承认目的解释不能逾越刑法用于的“可能文义”范围。参见苏彩霞：《刑法解释的立场与方法》，法律出版社 2016 年版，第 178 页。但语词的可能文义在范围上远远大于其日常语义。总体而论，实质解释论者在个案分析中，为了实现实质妥当性，往往乐于脱离刑法条文的日常语义，游走于“可能文义”的边界。

[40] 参见苏彩霞：《实质的刑法解释论之确立与展开》，载《法学研究》2007 年第 2 期，第 41 页。

[41] 参见张明楷：《刑法的基本立场》，中国法制出版社 2002 年版，第 127 页；苏彩霞：《实质的刑法解释论之确立与展开》，载《法学研究》2007 年第 2 期，第 41 页。

[42] 参见周详：《刑法形式解释论与实质解释论之争》，载《法学研究》2010 年第 3 期，第 60 页。

[43] 参见陈兴良：《形式解释论的再宣示》，载《中国法学》2010 年第 4 期，第 28 页。

[44] 上海市静安区人民检察院诉朱建勇故意毁坏财物案，载《最高人民法院公报》2004 年第 4 期。

[45] 参见陈兴良：《故意毁坏财物行为之定性研究——以朱建勇案和孙静案为线索的分析》，载《国家检察官学院学报》2009 年第 1 期，第 99-100 页。

现象的日益增多，毁坏财物的方式也呈现多样化的趋势。从保护公私财物这一立法原意出发，无论是否采用物理手段或有形的方式，只要具备使财物的价值或使用价值降低或丧失这一本质特征，这样的行为就都可以视为毁坏行为。[46]张明楷教授也表达了类似的看法："对《刑法》第 275 条所规定的'毁坏'理解，不能单纯以人们的日常用语含义为根据，而应注意到刑法规定故意毁坏罪所要保护的法益。虽然对毁坏的理解超出了该语可能具有的含义，但只要没有超出该语可能具有的含义，又能实现刑法的目的，就应当采取这种解释。"[47]不难看出，主审法官与张明楷教授都主张基于目的解释，对"毁坏"做相对广义的理解，在可能语义的范围内达到入罪的效果。由此可见，形式解释论与实质解释论对于像"朱建勇案"这样在实质上值得科处刑罚、但在形式上缺乏明确规定的案件应否入罪的问题上产生了真正的分歧。

形式解释论与实质解释论在刑法解释方法论上的分歧，根源于双方对"罪刑法定原则"理解上的差异。[48]形式解释论坚持对罪刑法定原则的传统认知，即"法不明文规定不为罪，法无明文规定不处罚"。因此，以文义解释为核心、根据刑法条文的日常语义来划定构成要件范围的解释方法，就成为捍卫传统罪刑法定原则的逻辑必然。形式解释论者批评实质解释论以实质判断先于甚至取代关于法律有无规定的形式判断，这是对罪刑法定原则的践踏。[49]但实质解释论者认为这样的批评是对罪刑法定原则的误解，理由在于罪刑法定原则本身既有"形式的侧面"，也有"实质的侧面"。[50]实质解释论者援引日本的刑法学说，将罪刑法定原则的内容概括为 6 个方面：①成文法主义；②禁止事后法；③禁止类推解释；④禁止不定刑与绝对不定期刑；⑤刑罚法规的明确性原则；⑥刑罚法规内容的适正原则。[51]其中前 4 个方面构成了罪刑法定原则的形式侧面，后 2 个方面则构成其实质侧面。在实质解释论者看来，像形式解释论那样单纯强调罪刑法定原则的形式侧面其实是不充分的，而实质解释论不仅坚持了罪行法定的形式，更坚持了罪刑法定的实质，是形式与实质的统一。[52]正是出于这样的认识，实质解释论才反对那种单纯以刑法条文的字面意义为依归的解释方法，主张在可能文义的范围内，以目的解释方法为核心追求刑法法益的刑法解释论立场。

因此，拆解形式解释论与实质解释论这场刑法解释方法论之争的关键，是正确理解与把握罪刑法定原则。

（二）论战的误区

不得不承认，论战双方在对罪刑法定原则的研究上都花费了极大的心力，试图从各个角度来相互攻击，并论证己方对于罪刑法定原则内容的认识才是准确的。例如，从学说史

---

[46] 参见卢方：《经济、财产犯罪案例精选》，上海人民出版社 2008 年版，第 413-418 页。
[47] 张明楷：《罪刑法定与刑法解释》，北京大学出版社 2009 年版，第 210 页。
[48] 参见陈兴良：《形式解释论的再宣示》，载《中国法学》2010 年第 4 期，第 35 页；刘艳红：《形式与实质刑法解释论的来源、功能与意义》，载《法律科学》2015 年第 5 期，第 57-59 页。
[49] 参见陈兴良：《形式解释论的再宣示》，载《中国法学》2010 年第 4 期，第 29 页。
[50] 参见张明楷：《罪刑法定原则的两个侧面对法治的启示》，载《法学论坛》2004 年第 2 期。
[51] 参见张明楷：《罪刑法定原则的两个侧面对法治的启示》，载《法学论坛》2004 年第 2 期，第 98 页。
[52] 参见张明楷：《罪刑法定与刑法解释》，北京大学出版社 2009 年版，第 61-73 页。

的角度考察罪刑法定原则的实质侧面理论是如何从意大利与日本以讹传讹引入国内的[53]；从思想根源的角度，挖掘出前苏联刑法学中“社会危害性理论”的遗毒对于罪刑法定原则实质侧面观念形成的隐性影响[54]；通过对我国当前 9 个刑法立法解释均采用了实质解释论的立场这一实证研究结论，来论证实质解释论的功能与价值[55]；通过对于纳粹德国与意大利法西斯统治下糟糕法制状况的历史省思，警示单纯强调罪刑法定原则的形式侧面所可能导致的实践危害[56]，等等。各种论据，不胜枚举。诚然，论战双方的多元化的研究思路极大地丰富与拓展了人们对于罪刑法定原则的认识，但客观上也导致论战呈模糊化与失焦的状态。论战的失焦集中体现为多数学者未能区分两个概念：“正当性”与“（法律上的）有效性”。

我国《刑法》第三条规定：“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑。”这一条被公认为是罪刑法定原则在实在法中的直接表述。它也同时意味着，作为规范的罪刑法定原则，在性质上属于法律规范，而非仅仅是普通的道德规范。道德规范证立的方式是论证其道德正当性，即在道德上是值得欲求的。但法律规范的证立却须证明其有效性，即在现行法律体系的框架内是有法律效力的。例如，“公共场所禁止吸烟”是一条道德规范，但在很多城市也兼具法律规范的属性。如果仅仅论证其正当性的话，你可以说：在公共场合吸烟会损害他人的健康，而为一己私利而损害公共利益在道德上显然是不正当的。但如果需要论证其有效性的话，说同样的话恐怕是不适宜的，或至少是不充分的[57]。你需要证明在当地的法律制度中，“公共场所禁止吸烟”是一条现行有效的法律规范。这就意味着你要诉诸法律效力的条件（其中可能包含终极条件），论证该规范是满足这些条件的：假使你认同哈特的法理论，你就应当论证“公共场所禁止吸烟”是《控烟条例》中明文规定的，而后者是北京市的法律官员们所共同承认的。这正是“有效性”与“正当性”这两个概念的差异所在。

反观形式解释论与实质解释论之争，双方阵营都主张己方对于罪刑法定原则内容的理解才是正确的，但多数学者所提供的论据都是从“正当性”[58]角度出发，并未见有哪位学者有意识地从“有效性”的角度出发来组织论据并形成论证。如果罪刑法定原则仅仅是一条道德原则或政治原则的话，这样论证或许是没问题的。但罪行法定原则更主要的身份是法律原则，而法律原则与道德原则的一个重要区别是前者具有显著的“地方性”[59]，即法律原则的内容与分量都依附于特定的法律体系。罪刑法定原则虽然为世界上大多数法治国家所共同承认，但比较研究表明，在不同的法律体系下（既包括国内法体系也包括国际法体系），

---

[53] 参见陈兴良：《形式解释论的再宣示》，载《中国法学》2010 年第 4 期，第 30-33 页。

[54] 参见陈兴良：《形式解释论的再宣示》，载《中国法学》2010 年第 4 期，第 42-48 页

[55] 苏彩霞：《我国刑法立法解释立场的实证考察》，载《浙江大学学报》（人文社会科学版）2010 年第 2 期。

[56] 参见苏彩霞：《实质的刑法解释论之确立与展开》，载《法学研究》2007 年第 2 期；张明楷：《罪刑法定原则的两个侧面对法治的启示》，载《法学论坛》2004 年第 2 期。

[57] 某些法理论会将道德正当性作为法律效力终极条件的其中之一。

[58] 部分学者上可能使用的术语略有不同，如苏彩霞使用的是“适正性”，但从内容上看，他们都是从正当性角度出发提出论据并组织论证的。参见参见苏彩霞：《实质的刑法解释论之确立与展开》，载《法学研究》2007 年第 2 期，第 45 页。

[59] 当然，道德规范本身也会随各地文化上的差异而有所不同。但是作为一般规范的道德原则会主张并追求自身的普适性，而法律原则通常并不会主张与追求超越于某一法律体系之上的普适性。

罪刑法定原则在具体的内容与适用的分量上都或多或少存在差异。[60]不仅如此，特定法律体系所属社会的历时性变迁与发展，也会对罪刑法定原则产生影响。形式解释论与实质解释论是一场中国刑法学内部的论战，双方争论的是在当下中国应当采取什么样的刑法解释方法论。因此，关于罪刑法定原则的讨论也应当被放置在当下中国的语境中进行，考察其在中国刑法教义学体系中所应具有的内容与分量。如此看来，论战双方从正当性角度来论证罪刑法定原则的内容显然误解并模糊了论战的焦点。只有在法律上具有效力的规范内容方为罪刑法定原则的真正内容。因此，有效性问题才是论战双方在相互攻讦时真正应该着力之处。

（三）法理论的贡献——一个示范

稍微整理一下思路。形式解释论与实质解释论之争是一场关于刑法解释方法论的学术论战。论战双方的分歧根源于对罪刑法定原则的不同理解：实质解释论者认为罪刑法定原则在内容上包含两个侧面——形式侧面与实质侧面，但形式解释论者只承认形式侧面。论战双方都试图从正当性角度为己方对罪刑法定原则的理解寻找论据。但罪刑法定原则的内容是由其法律规范属性所决定的，这意味着在现行法律体系内有效的规范内容才是罪刑法定原则的正解。换言之，关于罪刑法定原则内容的论证不应简单地论证其在道德上是可欲的，而应论证其能满足法律效力的（终极）条件。

正如前文所述，法理论是关于法律效力终极条件的探讨。因此，形式解释论与实质解释论之争应当深入到法理论层面进行较量。但遗憾的是，无论是形式解释论者还是实质解释论者都没有随着论战的推进有意识地在法理论层面展开交锋。我们无从窥测双方在法理论层面所持有的具体立场，更难以设想他们会从法理论层面形成什么样的论证。为了向读者能够更清楚地展现法理论的价值，本文将虚拟出两位学者：邢教授与石教授。他们二人在刑法解释方法论上分别支持形式解释论与实质解释论。笔者将模拟二人的口吻，从法理论的角度分别为两种立场提出辩护。

邢教授：

无论是像我这样的形式解释论者还是实质解释论者，都认同罪刑法定原则是刑事司法实践中的“帝王准则”。其实，我们双方对于很多案件的看法也是一致的，例如，我们都会认为类推适用、溯及既往是对罪刑法定原则的典型违反。但遗憾的是，我们对于罪刑法定原则的内涵依然存在分歧：我认为罪刑法定原本就是一个形式性的法律原则，并无实质解释论所谓的实质侧面。换言之，我们对于同一概念形成了彼此竞争的“概念观”（conception）。这昭示着，罪刑法定原则像正义、公平等概念，在性质上属于“本质上有争议的概念”（essentially contested concept）[61]或“解释性概念”（interpretive concept）[62]。没错，德沃金

[60] 参见夏成福：《大陆法系、英美法系罪刑法定原则之比较》，载《现代法学》1994 年第 1 期；马克昌：《罪刑法定主义比较研究》，载《中外法学》1997 年第 2 期；张磊：《<罗马规约>和中国刑法罪刑法定原则比较研究》，载赵秉志主编：《刑法论丛》第 17 卷，法律出版社 2009 年版；石经海：《我国刑法与 CCPR 之比较与对接——以罪刑法定原则为研究对象》，载《法商研究》2010 年第 3 期；姜敏：《英美法系罪刑法定原则的维度和启示——兼与大陆法系罪刑法定原则比较》，载《四川大学学报》（哲学社会科学版）2015 年第 3 期。

[61] See W. B. Gallie, “Essentially Contested Concepts”, *Proceedings of the Aristotelian Society,* Vol.56(1955), pp.167-198.

就认为法律是一个解释性概念。根据其法理论，判断任何法律概念观优劣的标准——也就是法律效力的终极条件——包含两方面：①“符合”（fit）条件，即规范内容与法律实践中的主要或者说典范性要素相一致；②“证立”（justification）条件，即规范内容能够使法律实践以最佳的道德面貌呈现出来。[63]我个人是十分认同德沃金的法理论的，所以我将从“符合”与“证立”这两方面来论证罪刑法定原则的内容。

从“符合”条件上讲，我认为罪刑法定原则的形式观更符合当今中国的刑事司法实践。理由有二。一是我国法律制度在法系层面偏向于大陆法系，强调立法至上原则，严格限制司法的自由裁量权，这与形式的罪刑法定原则在精神上是相契合的。相反，如果承认罪刑法定原则的实质侧面，就会要求法官对于刑法规范内容的适当性进行实质审查，这事实上扩大司法的裁量空间，不符合大陆法系国家的司法谦抑性特征。第二，文义解释优先原则在我国的法律实践，尤其是刑事司法实践中被奉为圭臬，这与罪刑法定原则的形式观在操作层面是相一致的。在很多著名案件，如许霆案、天津大妈持枪案、王力军收购玉米非法经营案等案件中，一审法官并未采用目的解释、扩大解释等方法，而是固守文义解释优先而判定当事人有罪。这些在形式上有罪而在实质上理应出罪的案件尚且如此，很难想象中国的法官会在那些形式上无罪但在实质上应当入罪的案件中放弃文义解释优先原则。事实也的确如此，诸如强奸男性、性贿赂等在实质上理应入罪的行为都因为形式上的问题在我国司法实践中一直未被认定构成强奸罪、受贿罪。这也再次印证了形式的罪刑法定原则更符合我国刑事司法实践的实际状况。

再说“证立”条件。对于刑法说，其“本旨”始终是保障人权。由于我国目前尚处于法治建设的初级阶段，就刑事司法实践而言，侵害人权的最主要危险源依然来自国家公权力的法外恣意。为了防范司法机关在现行刑法规定之外滥施刑罚权，就需要一系列形式性的规定、制度与理念来限制权力的运行。形式的罪刑法定原则正是题中应有之义。相反，如果按实质解释论所主张的那样将实质性内容纳入罪刑法定原则，就会在实践中会赋予法官过大的裁量权，反而为滥用刑罚权侵害人权的行为开了“后门”，亦即导致实质“反噬”形式的后果。

总而言之，形式解释论关于罪刑法定原则的理解相比于实质解释论来说，不仅符合我国的刑事司法实践，而且能够为其提供更佳的道德证立。

石教授：

邢教授主张罪刑法定原则是一个解释性概念，而我们双方的分歧其实是关于这一原则的概念观之争。对此我深表赞同。根据德沃金的法理论，他从“符合”与“证立”两方面来论证形式的罪刑法定原则是更优的概念观。巧合的是，我在法理论上也是德沃金的信徒。但我恰恰认为，形式与实质相统一的罪刑法定原则才更符合我国的刑事司法实践，且能使后者以最佳的道德面目呈现出来。

---

[62] See Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, p.87.
[63] See Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986.

先说“符合”。虽然从法系上讲，我国法律制度更偏向于大陆法系，但不应就此忽视它与其他大陆法系国家的差异。其中之一便是中国的传统文化向来是重实质而轻形式的。[64]在司法领域，它集中表现为注重法律的内容、目的和结果，而轻视法律的形式、手段和过程。[65]要知道，文化的影响往往是潜移默化的，无论我们的法官经受过多少西方形式主义法律思维的洗礼，实质主义都已经深深嵌入他们的思维结构之中，成为刑事司法过程中的“前见”。如果我们把视野拉近，仅就罪刑法定原则被写入九七《刑法》这 20 多年而论，“能动司法”观念的盛行也从侧面反映出实质主义思维在我国法制实践中不仅从未式微，而且以新的面貌继续影响着司法裁判。由此可见，主张罪刑法定原则在我国并不包含任何实质性内容显然是不够客观的。另一方面，说在我国刑事司法实践中严格奉行文义解释优先原则也是有失片面的。就以最高法发布的“指导性案例 105 号”为例，建立微信群拉拢赌客进行网络赌博的行为在该案中被认定为构成《刑法》第 303 条第 2 款所规定的“开设赌场”。单从文义上讲，开设赌场应指在物理空间上设立赌博场所，在虚拟空间中拉拢并开展赌博的活动显然越出了该条款的文义射程范围。[66]不难推断，审理该案的法院是基于实质性考量并以目的解释的方式作出了上述认定。类似的案件其实还有不少[67]，它们入选指导性案例本身说明它们获得了最高法的认可。而最高法的态度所传达出的信号是，在刑事司法实践中为保护特定法益以目的解释替代文义解释，在某些情况下也是可以接受的，甚至是被鼓励的。总而言之，形式与实质相统一的罪刑法定原则才更符合我国刑事司法的实际状况。

至于“证立”，我也赞同邢教授关于刑法的本旨是保障人权的观点。但是我们对于“人权”这一概念本身的理解还是有所差别的。邢教授所谓的保障人权，细究起来仅指保障犯罪嫌疑人、被告人的人权。而我恰恰认为刑法所保障的人权应作广义理解，对被害人与一般社会公众的人权保护也是题中应有之义。的确如邢教授所言，我国尚处于法治建设的初级阶段，防范公权力对人权的侵害是现阶段刑事司法实践的主要任务。但这仅仅是现状的一个侧面。一个更为宏观的背景是随着全球化时代的到来，我国与其他世界各国都一道迈入“风险社会”了。[68]恐怖主义、环境污染、金融风险、网络安全、食药品安全以及最近发生的传染病疫情，无一不在时时挑动全社会的神经。为了应对这些影响范围更广、破坏性更强的风险，刑法作为社会治理的手段之一，同时也是社会安全与稳定的最后一道屏障，理应将防控风险，保障与维护社会公众的安全作为其主要任务。毕竟，安全权也是人权的其中之一。因此，保卫社会也是作为刑法本旨的人权保障之必要组成部分。既然如此，如果我们依然秉持邢教授那样的成见，在刑事司法实践中一味将法官的手脚捆得紧紧的，这样做不

---

[64] 参见赵秉志、田宏杰：《传承与超越：现代化视野中的中国刑法传统考察》，载《政法论坛》2001 年第 5 期；周详：《建立以做法律解释论的“通天塔”——对实质的刑法解释论的反思》，载陈兴良主编：《刑事法评论》第 26 卷，北京大学出版社 2010 年版。

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

[66] 虽然最高法曾经作出司法解释，网络虚拟空间可以被认定为赌场，但司法解释对于虚拟空间的赌场只限于“赌博网站”，并不包括微信。微信作为即时通讯应用程序，与作为网页的集合的网站在性质上是截然不同的两种事物。参见 2010 年 8 月 31 日最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的意见》、2005 年 5 月 11 日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》。

[67] 如指导性案例 11 号“杨延虎等贪污案”、指导性案例 13 号“王召成等非法买卖、储存危险物质案”等。

[68] 参见[德]乌尔里希·贝克：《风险社会：新的现代性之路》，张文杰、何博闻译，译林出版社 2018 年版。

仅是毫无必要的，而且还不利于人权保障目标的实现。相反，我们应当适时地赋予法官以更大的裁量权，使其能够在刑法规定的文义射程范围内根据风险的迫切程度作出应否入罪或出罪的判断。当然，裁量权的扩大必然意味着滥用刑罚权的可能性也随之增大，但我们不能只为了保障犯罪嫌疑人、被告人的人权，而无视受害人与广大社会公众的人权。我们可以不客气地说，罪刑法定原则的形式主义观念会导致因噎废食的后果，而形式与实质相统一的罪刑法定原则才能够为人权提供最全面的保障。

总之，形式与实质相统一才是关于罪刑法定原则的最佳概念观。

限于篇幅，邢教授与石教授的论辩只能呈现这么多。至于二者孰是孰非，以及形式解释论与实质解释论孰优孰劣，因其无关本文的主旨，则不在此细究了。透过两位教授的虚拟辩辞，相信读者已经初步感受到“强关联性”命题的应用价值，以及法理论对于刑法解释方法论思考的基础性意义。但是这种印象或许还停留在相当模糊、朦胧的层面。因此，文章接下来的任务就是将“强关联性”命题的理论与实践意涵概括、提炼出来。

四、“强关联性”命题的意涵

本文认为，“强关联性”命题对于我们思考法律解释问题，尤其是对法律解释方法论的研究，至少提出了两方面的要求：明确性原则与一致性原则。

（一）明确性原则

明确性原则：当我们思考、研究与论辩法律解释方法论时，应当坦率而清楚地展示自己的法理论立场。

诚如德沃金所言，法理学是裁判的总则部分，是任何法律决定的“无声”序言。[69]虽说法理论是法律解释方法论的基础与前提，但在法律解释实践的绝大多数场合，解释者是感受不到法理论的作用的：解释者所需考虑的仅限于如何妥当地运用特定解释方法，以及综合运用多种解释方法。但是，当人们对于法律解释方法论本身产生怀疑与争议时，法理论还能够或应当“隐身”吗？

从上一节的形式解释论与实质解释论之争可以看到，在我国刑法解释方法论的讨论中，法理论是缺位的，论战双方自始至终都没有亮明各自的法理论立场。而这并非个例，类似的情况同样发生在宪法解释方法论研究上。在美国宪法解释学界，最为持久的争议发生在“原旨主义”（Originalism）与各种“反原旨主义”（Non-originalism）理论之间。[70]与实质解释论者与形式解释论者相仿，原旨主义者与反原旨主义者在相互攻讦时也都喜欢诉诸正当性论据而非有效性论据。例如，前最高法院法法官安东宁·斯卡利亚（Antonin Scalia）为原旨主义提供的辩护是，原旨主义是一种“较少的恶”，它能够通过建立一种历史标准防范法官以个人主观偏好任意施为。[71]而斯卡利亚的同僚，大法官斯蒂芬·布雷耶（Stephen Breyer）

---

[69] See Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, p.90.

[70] 原旨主义理论一般主张根据宪法文本的原初含义或宪法制定者的原初意图来确定宪法规范的内容。反原旨主义理论则正好相反。

[71] See Antonin Scalia, “Originalism: The Lesser Evil”, *University of Cincinnati Law Review,* Vol.57, No.3

则攻击原旨主义非但不能限制司法主观性，反而会“让法院走入歧途，将法律与生活割裂开来”[72]，“伤害那些国会旨在扶助的人们”[73]。而他所倡导的解释方法论则有助于法律在实践中更加有效地发挥作用，实现其所谓的“积极自由”。[74]斯卡利亚与布雷耶论战了二十余年，双方却不约而同地从未陈述各自的法理论立场，来自法理论的论证自然也就无从谈起了。

虽然前文论证了法理论是法律解释方法论的必要前提与基础，但这并不能直接推导出，在思考、研究与论辩法律解释方法论时应当亮明法理论的主张。毕竟根据“休谟法则”，“是什么”本身并不能直接推导出“应该做什么”。而“明确性原则”对于法律解释的理论与实践都提出了“应然”的要求，显然是一个规范性主张。因此本文依然需要对“明确性原则”提供特别证立。在笔者看来，证立理由至少包含三个方面。

首先，从理论建构的角度看，法理论具有论据整理功能，法理论的隐身会导致法律解释方法论证的散漫与失焦。无论是形式解释论者与实质解释论者，还是原旨主义者与反原旨主义者，他们在论战中都提出了多方面的论据。这的确拓展了法律解释方法论研究的广度，但是旁观者很难从他们的讨论中理出一个头绪，即他们是循着什么样的线索来找寻与组织论据的，论据与论据之间的相互关系又是怎样的。这说明论者本身对于论据的相关性与体系性缺乏审慎的思考。它集中表现为在论证中习惯于采用“霰弹枪”模式——随机罗列一堆彼此关联不甚密切的论据，并不期求论证在整体上为读者所接受，但求所列论据中至少其中之一能够“打动”、“击中”读者即告成功。这其实是一种思考上的怠惰与投机，并不利于研究的实质性推进。反观邢教授与石教授的虚拟论辩，由于双方都明确以德沃金的法理论为参照，他们就可以按图索骥式地根据该理论所确立的法律效力的终极条件来寻找论据并组织论证，他们的论证就呈现较为突出的层次感、规整感与清晰性。这正反映出法理论在论据整理上的价值。

第二，从理论延展的角度看，法理论是连结法律解释方法论与伦理学、社会学、经济学以及其他社会科学的纽带与桥梁。法律解释方法论虽然是一个法学问题，但并不能完全依靠法学内部的知识资源而彻底解决。与其他重大的法学问题一样，对于法律解释方法论问题的思考也是一个“螺旋上升”的过程：随着思考与论辩的深入，不仅会牵涉到越来越广泛的法学以外其他学科知识，同时也会越来越抽象，越来越具有哲学思辨性。而这些法学外学科资源的引入并不是任意的，它需要在法理论的框架下进行，因为只有这样才能确保所有知识都是为“法律问题”来服务的，而非“伦理问题”、“经济问题”抑或其它。形象地说，法理论既是引入有价值外部知识的“导管”，也是排除非相关外部知识的“滤芯”。因此，从学术体系上看，法理论扮演了法律解释方法论与其他人文社会科学之间中间枢纽的角色。在研究中阐明法理论将有助于法律解释方法论朝纵深发展。

最后，从学术批评的角度看，法理论是对法律解释方法论进行“思想的前提批判”的必

(1989), pp. 849-866.

[72] [美]斯蒂芬·布雷耶：《积极自由——美国宪法的民主解释论》，田雷译，中国政法大学出版社 2011 年版，第 70 页。

[73] [美]斯蒂芬·布雷耶：《积极自由——美国宪法的民主解释论》，田雷译，中国政法大学出版社 2011 年版，第 70 页。

[74] [美]斯蒂芬·布雷耶：《法官能为民主做什么》，何帆译，法律出版社 2012 年版，第 105-120 页；[美]斯蒂芬·布雷耶：《积极自由——美国宪法的民主解释论》，田雷译，中国政法大学出版社 2011 年版，第 4-6 页。

要前提。学术批评是理论进步的主要推动力之一。一般来说，对于某一理论的考察与批评会着眼于以下方面：①逻辑自洽性：在论证上前后一致，不违背逻辑定律；②资料的准确性与广泛性：所采用的论证材料有事实依据，且具备较高程度的普适性；③简洁性：用尽可能少的要素与尽可能简单的结构解决疑难问题或阐释复杂事实；④预设前提的可证伪性：论证所预设之前提并非先验或超验，而是在经验上不仅能够得到验证，而且可以证伪。其中，基于第④点展开的学术批评也被称为“思想的前提批判”。法理论作为法律解释方法论的必要前提与基础，如果隐而不显，其他研究者在评判某一法律解释方法论时要么无法作出前提批判，要么只能通过揣测其所预设的法理论作出测度性的评估。长此以往，无助于在法律解释方法论研究中形成健康的学术批评氛围与审慎的理论增长。

基于上述三点理由，有意识地阐明自己的法理论立场应成为我们思考、研究与争辩法律解释方法论的一项基本要求。

（二）一致性原则

一致性原则：任何法律解释方法论，都必须与其所预设之法理论在逻辑上保持一致。

“一致性原则”比较容易理解，它出自逻辑学上的公理，也是基本的学术规范。因而它不需要像明确性原则那样的特别证立。但我们也不应因习以为常而掉以轻心，因为在法律解释方法论研究中，“一致性原则”常常在不经意间被违反了。最常见到的情况是，很多法律解释方法论都声称以哈特的法理论为基础，但事实上哈特的法理论与任何法律解释方法论都是相抵触的。

作为当今最为法律人所熟知一种法理论，哈特的法理论因其“光环效应”使得很多法律解释研究者不假思索地将它视作正确的法理论，并且直接预设为自己法律解释方法论的本体论基础。[75]然而，马克·格林伯格指出，哈特的法理论并不能作为任何争议性法律解释理论的基础。[76]根据该法理论，法律效力的终极条件是所谓的“承认规则”；判断哪种法律解释理论是正确的方法其实很简单，就是看看在一国（或地区）内，法官与其他法律官员们在法律解释方法论的选择上是否存在共识，或哪种解释方法论为大多数法官及其他法律官员所广泛接受。这就意味着如果某一解释方法论与法律官员们的共识存在偏差，站在哈特法理论的立场上看，它就不可能是正确的。

然而在现实中，几乎不存在哪种法律解释方法论在特定法律体系下是没有争议的。无论是前文提到的中国刑法学界的形式解释论与实质解释论之争，与美国宪法学界的原旨主义与反原旨主义之争，都并非个例，而是“争议性”——这一法律解释实践本质属性——的现实呈现。某一解释方法论可能在特定法律体系的特定时期被特别提倡或推崇[77]，但在法

[75] 例如，在 2017 年发表于《哈佛法律评论》的《解释的法律》（The Law of Interpretation）一文中，鲍德与萨克斯就声称采用了哈特式的法律实证主义理论作为其解释方法论的基础。 从他们的表述上看，他们似乎认为，选择哪种法理论为基础似乎并不十分重要，因为他们的法律解释方法论可以建基于任何主流法理论之上。 他们之所以选择哈特的法理论，大抵是因为该理论为人们所熟知并广为接受，因此便于阐释。See William Baude & Stephen E. Sachs, The Law of Interpretation, *Harvard Law Review*, Vol.130, No.4 (2017), p.1116.

[76] See Mark Greenberg, What Makes a Method of Legal Interpretation Correct? Legal Standards vs. Fundamental Determinants, *Harvard Law Review Forum,* Vol.130, No.4 (Feb.,2017), pp.105-126.

[77] 例如，在 19 世纪九十年代之前，在美国流行的是偏重文义的解释方法论。在此之后至罗斯福新政时期，由于法律现

官与其他法律官员当中也远未达到共识的地步。更何况学术界还在不断“供给”新的解释方法论，这在事实上不仅未能促进共识，反而加剧了分歧。毫不夸张地说，法律解释方法论上的争议弥漫于法律实践的各个角落。因此，任何解释方法论都无法主张它为“承认规则”所排他性地接纳，其与哈特的法理论必然是相龃龉的。那么，任何学者声称其法律解释方法论建基于哈特的法理论之上，都违反了“一致性原则”，是不真诚、自相矛盾的。

上面所说的只是违反“一致性原则”的一种常见情形。我们也不难设想其他的可能情形。例如，在法理论上预设了排他性法律实证主义立场，却主张（客观的）目的解释、（内在的）体系解释等必然依赖价值判断的方法论。[78]再如，在法理论上预设了拉德布鲁赫式的自然法立场，却主张文义解释至上的方法论。[79]诸如此类，不胜枚举，故不赘述。

五、结语

不得不承认，在部门法学者与法律实务人士那里，法理学正面临严重的信任危机。这也是为什么近年来学者们频频撰文为法理学的理论与实践意义辩护。[80]本文也属于这种努力的一份子。本文探讨的是法理学中的法理论能为法律人的日常实践——法律解释做什么。通过法律论辩的“三阶事实论”，本文论证了法理论是法律解释方法论的前提与基础。虽然法理论本身艰深难懂，且存在高度的争议性，这在客观上造成法律人不敢或不愿触碰法理论。但它与法律解释方法论之间的“强关联性”意味着，在思考、研究与探讨法律解释问题时，我们需要明确自己的法理论预设，并确保解释方法论与法理论在体系上是前后融贯的。这对于法律解释方法论研究的有序与有效推进是必不可少的。一言以蔽之，法理论是法律解释的“入场券”与“通行证”。

实主义的兴起与社会环境的变化，“折中主义”（Eclecticism）开始抬头。从 1938 年到 1969 年，受以哈特（Henry Hart）与萨克斯（Albert Sacks）为首的“法律过程学派”（Legal Process School）的影响，偏重目的的方法论逐渐兴起。自那以后至今，法律解释方法论又出现进一步的分化，呈多元发展趋势。See William N. Eskridge, Jr., “Interpretation of Statues”, in Dennis Patterson(ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory (Second Edition)*, Blackwell Publishing LTD, 2010, pp.188-196.

[78] 排他性法律实证主义主张，法律效力的条件仅由社会事实所构成，无论在最终层面还是中间层面都不包含道德事实。换言之，对于法律规范事实的确定在任何时候都不依赖道德事实。而无论是鲁道夫·冯·耶林所提倡的客观目的解释还是菲利普·黑克所提倡的基于法律秩序的内在体系所作解释，都必然需要价值判断的介入。因此这里注定会出现法理论与法律解释方法论相矛盾的后果。参见吴从周：《概念法学、利益法学与价值法学：探索一部民法方法论的演变史》，中国法制出版社 2011 年版，第 125-137 页、第 328-330 页。

[79] 根据拉德布鲁赫公式，虽然法的安定性具有优先性，但是当制定法的内容与正义严重相悖，以至于达到不能容忍的程度时，它就不再具有法律效力。换言之，至少在某些情形中，正义是法律效力的条件之一。但是像美国制定法解释中的“文本主义”这样强调文义至上的解释方法论却主张不论制定法的文义内容在道德上多么不可接受，都始终据此确定法律规范事实。显然，法理论与法律解释方法论在此同样是矛盾的。

[80] 参见陈景辉：《法理论为什么是重要的——法学的知识框架及法理学在其中的位置》，载《法学》2014 年第 3 期，第 50-67 页；陈景辉：《部门法学的教义化及其限度——法理学在何种意义上有助于部门法学》，载《中国法律评论》2018 年第 3 期，第 67-81 页；马驰：《作为概念理论的法理学及其实践意义》，载《中国法律评论》2018 年第 3 期，第 126-138 页；雷磊：《法理论及其对部门法学的意义》，载《中国法律评论》2018 年第 3 期，第 82-96 页；雷磊：《法哲学在何种意义上有助于部门法》，载《中外法学》2018 年第 5 期，第 1178-1201 页；郑玉双：《法理学贡献于刑法学的方式：以刑法观为例》，载《中国法律评论》2018 年第 3 期，第 97-109 页；翟小波：《无用之大用：法哲学的性质与用途》，再《中国法律评论》2018 年第 3 期，第 116-125 页。

论法学基本范畴之重构

——以法律渊源定义研究为逻辑起点

陆丽君[1]

【摘　要】在法学基本范畴重构之研究中，首当考虑将法律渊源之概念在理论学界尽快形成定论。事实层面上,学者们尚未意识到基于实践层面的原因而对法律渊源进行片面定义的行为对理论学界是有害而无益的。法律渊源理论在法律世界之建构与法学基本范畴重构之过程中承担着基础性、全局性的作用。我们所追求的应是建基于对立法、司法、执法、守法四向度的探索后所得之完整定义，即法律渊源是法律世界中所有行动者运用事实与规范的开放式资源范畴。本文通过对法律渊源理论的全面考察，将澄清法律渊源在法律运行过程中之全貌，意图为法学基本范畴之重构提供一个思考问题的新视角。

【关键字】法律渊源；法学基本范畴；立法理论；法律世界；事实与规范

对法学基本范畴重构之研究，必须确定法是什么，才能对其范畴做出重新建构，而法律渊源之探索，是弄清法之本质的关键。范畴，通过人类作为社会主体进行社会探索而形成，即人类认识社会之成果，将认识论推进。无论哪一领域，范畴都是其理论依托与载体。在法学这一社会科学层面，基本范畴之重构需要对法学基本内容进行重新认识与总结、深度提炼并重铸体系，这无疑是对法学工作者提出了新的考验。

法学基本范畴之重构，并非是对原有范畴之全部舍弃，或是凭空而建立一个新的范畴，而是对原有旧范畴进行扬弃，在新形势与理论知识创新认知的背景下进行新范畴之建立。这不代表我们要全盘否定原有的法学范畴之内容，对于范畴之分类、权利义务之关系等等，我们都只是需要进一步去梳理与修改，但并非完全否定，而明确且完整的法律渊源定义将是这一进程之起点，从法律现象自身的客观属性、内在联系、发展过程中提炼能够真实地、深刻地反映法律现象的科学范畴。我国法学在新形势下，迫切需要进行基本范畴之重构工作。由于重构科学化的法学范畴需要对新形势背景下的法律世界与法律现象进行正确的认知与把握，因此，从我国法律事实层面出发所进行的法律现象探索将是极为迫切的，依托相关法律实践与案例，对法律渊源这一逻辑起点进行分析并总结出整体性定义，将开启法学基本范畴重构事业之序章。

法律渊源，这一术语起自罗马法，谓之 Fontes juris，在英文中表述为 sources of Law，主要意指法的来源，因此也可简称为法源。目前，在国内外法学理论界或法哲学界尚未针对法律渊源概念达成共识，原因在于对法之来源的认识角度过于片面，基于或立法或司法

[1] 陆丽君，中南财经政法大学 19 级法学理论博士生，研究方向：法学方法论，立法学。

的视角导致观点难能统一，无法全面、完整、综合的来审视法的渊源这一基本的法律现象。在理论学界，过分强调法律渊源在单一法律环节中的理论内涵实际上是一种不负责任的行为，对于法学整体之理论建构而言是有失偏颇的。理论发展之前提是必须遵守基本常识，有悖于基本常识的发展是盲目而混乱的。对法的一些基本概念进行澄清，在“回归常识”这一理念下对法理学的一些基本概念、基本命题进行反思[2]。法律渊源是法理学中的一个非常重要的基本理论问题和实践问题。不仅仅对于法理学，法律渊源也是其他各法学学科的基础性概念。

法的渊源作为基础性法律现象，是法学理论届由来已久又很难解决的问题之一，同时是所有法学理论流派都无法回避的问题。正如汉弗莱所说：一个未下定义的问题有无数的解决办法。那么何以找到真正的、行之有效的解决办法，就是先下一个定义。法的渊源亦是如此，正是因为学界一直无法为法的渊源做出完整、合理定义，甚至将法律渊源直接与法律形式划等号，有甚者将法的渊源概念从法学理论中排除，法的渊源由此无法真正的发挥其应有作用，因此，探求一个完整、兼具学理价值与实践价值的法的渊源定义势在必行。

一、法的渊源理论始终是或立法或司法的片面定义

我国国内法（甚至是国际法学界）一直未能针对法的渊源问题达成共识，学界的相关论题甚多，但论锋所向从未专指法的渊源。这种研究状况远非成熟[3]，由此所导致法学理论完整性受到很大影响，因此，对于法的渊源的探讨已经是理论法学界必须要面对的紧要问题。

从法学研究的角度出发，获得一个清晰可感的理论概念，是形成与其相关理论体系的关键，也是其所在学科深度研究的必经之路。通常来说，一个合理且成熟的法学理论概念应是受一定标准所约束的。这些标准至少应包括：表述层面的完整性、清晰性；逻辑层面的严谨性、系统性、明确性；意义（影响）层面的开放性、深刻性。我们虽然不能要求为法的渊源作出一个形象可感的定义，但不能过于抽象、学术的下出片面定义来阻断法学理论界以外的主体运用法的渊源。同时，法律渊源概念不应该是闭环概念，因其历时性，不同历史或时空下法律渊源的内涵都是变化着的。接下来，我们仅以这些标准来评议我国法的渊源的相关学说，以兹推进法律渊源概念的合理确定。

（一）三要素说是立法中心主义观点之产物

首先，三要素说的基本理论元点可追溯于亚里士多德的《形而上学》中所提出的“四因说”，即事物有四因：形式、质料、动力和目的。三要素说可以说是一种比较科学、详细的法的渊源的分类表达，在法理学界能够更大程度上囊括法的渊源。但是，周教授的这一观点实际上没能给出法律渊源的正式而又完整的界定，可以视作是一种基于立法指向的、以分类方式进行表达的法的渊源释义，周教授在其三要素中明确将法的渊源目的直指“从法的

[2] 刘作翔：回归常识：对法理学若干重要概念和命题的反思，比较法研究，2020 年第 2 期。

[3] 周旺生：《重新研究法的渊源》，比较法研究，2005 年第 4 期。

渊源中选择与提炼有关原料以形成法和法律制度”[4]，换言之，法律渊源的价值是创设法律或为创设法律做准备。同时，在三要素说中，周教授将立法作为法的渊源，是法与法律制度形成的原料，是重要的进路性要素，也是动因性要素中人们的实际生活所不可避免要考虑的，即法和法律制度最主要的动因是人们的实际生活需要。 因此，周旺生教授将法律制度的演变形成作为法的渊源的根本指向，这一观点与其他立法指向的法的渊源概念阐释实质上是一致的[5]，只是形式上运用了更为明确，具体的法的渊源三要素分类解释，这在表述层面足够清晰可感，且具有较为深刻的理论意义，但实际上三要素说在逻辑层面，其系统性并不严谨，对三要素的概念界分别定是清晰的，但没能明确其上位概念，即法的渊源，此三分之“支流”有无“源头”之嫌疑。最为关键的是，仅以立法指向为核心，忽视了法的渊源的司法面向，导致其关于法的渊源的具体涵盖内容并不完整。

（二）法官法源说忽视了立法之缘起作用

法官法源说这一理论是从实用主义的立场出发，将法律适用作为法的渊源的实际意义。换言之，法的渊源是司法裁判中的大前提，是法官寻找判案依据、作出公正判决之所。这一学说具有司法方法论上的价值，但却将法的渊源局限于审判依据这一非常狭小的范围中，是一种缺乏逻辑严谨性与开放性的错误限缩。这种动态司法过程中来构建法的渊源概念，实际上是一种不当的“司法中心主义”的范围厘定，也有混淆法的渊源与法律推理和法律论证之嫌疑。具体说来，首先，其将法官法源外的权威性理由都排除，是一种范围上的限缩，这忽略了法源之法中规范之法的地位，是一种片面的“法官立场”。法律的制定、合同的签订、纠纷的调解等等许多涉及法律渊源这一范畴的商谈场合讨论者都不可避免地要印证何者才是能够支持其观点有法律上约束力的依据及其理由。其次，在法官法源这一观点中，也存在着不合理的内涵扩张。因为如果将法律渊源定义为法官作出判决的“源起之所”，这将极易把影响法官判决的因素都统归于法的渊源概念之下，那么这将一切促使法官进行判决案件的事物都带有了法的渊源的“影子”，法的渊源的外延在司法范围难以厘定。但这极容易落入类似“早餐法理学”的尴尬境地。

（三）形式说本身混淆了法的渊源与法的形式之基本内容

形式说将法的渊源和法的形式混为一谈，将内容和形式等同起来。我们应意识到，对于法的渊源的概念研究，应是以区分意义为目标，否则就极易演变成纯粹的概念之争。事实上，法的渊源和法的形式是截然不同的两个概念。首先，在法哲学意义上很容易将法的渊源与法的形式做出界分。比如在中国封建时代，习惯、君主的诏敕、先例、儒家学说以及外国法是法的渊源，而律、令、科、比、格、式则是法的形式。毋庸置疑的是，在这一层面法的渊源与法的形式是两个概念。我们依照前述所提标准来看，法律渊源不应该是闭环概念，因其历时性，不同历史或时空下法的渊源的内涵都是变化着的，但是法律形式应

[4] 周旺生:《重新研究法的渊源》，比较法研究，2005 年第 4 期。

[5]周教授在其《法的渊源的意识的觉醒》中指出：它是产生诸如宪法、法典和重要法律的途径性渊源 。因而对立法这一法的渊源，我们应予更多的关注，更多地注意实现其作为特别重要的法的渊源的价值。

该是封闭式的，其表达和内容都应是已然的、固定的。同时，形式说在一定意义上，直接否定了法的渊源这一概念存在的必要性，实际上将法的渊源与形式笼统的放在一起，不予区分，排斥了法的渊源这一概念，是在实践层面将法的渊源概念的价值意义抹杀掉，这有悖于我们前述所提的概念标准的第三层次，即意义（影响）层面的开放性、深刻性。

事实上，法的渊源作为法学基本范畴，在当前学界研究中地位甚低。在我国尚未形成比较成熟的法的渊源理论体系，因此，揭开法的渊源的神秘面纱，将法的渊源概念予以明确，将对我国法学理论界，甚至是整个法学界都具有非常重大、深远的影响。不合理的扩大与限缩都将会把法的渊源这一概念推入被混淆、被忽视的错误境地。

二、法的渊源定义应建构于法律世界之全貌

“渊源”本身是具有常规内涵的，将其置于法的领域，其所强调的本质含义也并未改变，其实只需从法的层面予以综合性的解释即可。但是，在给定一个定义之前，应首先考虑视角问题，从不同视角考察问题是洞察新的、被忽略的方向的重要方式。我们到底是以法学家的视角对概念进行审视，亦或是以一般法律人的视角对其进行完整定义呢？我们应意识到，以法学家的视角，由单一的立法向度或司法向度出发无法真正对法的渊源进行系统性阐释，只有以一般法律人视角，通过厘清所有涉及法律的环节，在一种全局性视角中对法的渊源做出整体性概念才能针对法的渊源概念不定，内涵不清问题进行破解。正如《墨子•小取》所云：“以名举实”。其意即：要求概念必须把握事物的本质。将定义的内涵与外延结合起来使用，是非常完美的明确概念的方法，体现了理论思维的灿烂火花与科学精神的严谨气息[6]。

虽然对于一个概念来说并没有真理与谬误之分，但是，其论述是否完整、逻辑严谨与否，是否具有深远影响都将是其能否作为一个法学概念进行研究、传播、教学等活动的关键所在。从法律运行的环节来看，法律渊源在不同的阶段具有不同的内涵和属性。借由立法、司法、执法、守法四个向度分别对法律渊源进行范围厘定，然后从中找到法的渊源的根本属性，总结出法律渊源的整体性定义，才符合概念完整性，逻辑严谨性、影响深远性的三重标准。

（一）法律渊源的立法向度：立法者创设法律的质料池

从立法角度说，法的渊源是确保创设法律的言语行为有效进行的质料池。立法本身对于这些质料的需求是毋庸置疑的，换言之，对于创设法律而言，法的渊源这一质料池是不可缺失的基础。首先，关于立法层面的法律渊源确定，离不开对于立法与立法机关的机构认知。博登海默在其《法理学》中指出，立法机关存在的真正目的乃是制定新的法律[7]。据霍姆斯大法官的理论，（立法）指向未来，并通过制定一个新规则去改变现行状况，而这个规则将在日后被适用于那些受其权利管辖的所有或部分对象[8]。而麦考密克认为，“立法

[6] 徐希燕：《墨学研究—墨子学说的现代诠释》，北京：商务印书馆 2001 年版，第 291 页。
[7] [美]E•博登海默：《法理学—法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 431 页。
[8] Sinking Fund Case

机关的立法权是至高无上的，法官行使的只是从属性和派生性的权力。如果法官想让习俗和先例成为法律的渊源，也只能在立法机关的默许下才可为之。”[9]“法规是今天最为重要的法律产生的方式（法律渊源）。现代国家的立法越来越庞杂和迅速，复合现代社会的对规范的渴求”。[10]立法活动被视为是制定有效法律规则的最为典型的程序，用确定的语言表述的规则成为法律最重要的源泉。“在没有了宗教的或形而上学的后盾的情况下，只问行动合乎法律与否的强制性法律要获得社会整合力，法律规范的承受者应当同时作为一个整体把自己理解为这些规范的理性创制者[11]”，也就是说，立法是社会共同体所有成员的权利与义务。立法活动在形式和实质上都必须符合法治精神，从而保障每个公民的尊严、社会的正义以及制度的稳定[12]。正如亚里士多德所说，有了好的立法才能有好的法律[13]。探讨立法层面的法律渊源定义，从根本意义上讲也是在寻找法律制定之条件。

1.法的渊源可以说是一种未然的质料，是形成法律的预备库。

所谓质料，质料是相对于形式而言，创设法律作为法律运行的开端，其本身要求有完整、充足的质料和载体。而法律的创设，需要具备交往能力的立法者通过寻找符合要求、可供使用的质料并进行一系列提炼、加工活动创设处具备说服力的法律，或者说社会中制度的集合。因此，立法，即需要在“质料池”中挑选与立法需求相匹配的“质料”，放入充分地“制作”过程中，以兹形成具有合法性与科学性的法律规范，“质料池”本身为立法提供了创设可能性与来源合法性，而“质料池”的“容纳量”与“持久保存能力”都是极为关键的，这正如周教授所说：“法和法律制度的形成，无论是出于制定还是认可，一般都需要有原料的存在，正是通过对这些原料的选择、提炼和加工，法和法律制度作为选择、提炼和加工的产品，才得以呈现在人们的面前，得以在我们的实际生活中实现其价值”[14]。但是，这里所言的“原料”并不是立法所特有的，其与司法等领域在位阶关系中并无二样。

2.立法向度的法律渊源与“代孕”合法性

近年来，代孕问题的普遍性已经成为我国社会无法避免的热点问题，对于这一问题的解决，首要工作即是进行立法规范。不得不说，其间道德论证问题为立法工作提出了新的考验，也在一定程度上对作为“质料池”的法律渊源提出了新的要求。法律渊源作为立法程序建设之源，合理的立法程序应以“质料池”的合法性、合理性、完整性作为基本出发点。

就我国现行的立法体制而言，表现出十分突出的实用主义倾向，立法工作的重心在于为我国经济发展保驾护航，而公民的基本权利尤其是与经济无关的相关权利则被忽视无法保障，这充分说明，法律渊源在立法层面是具有十分强烈的需求意义，应与立法需求紧密相连。换言之，立法层面的法律渊源，应在国家基于建构社会的需要而计划和启动的工作中进行溯源[15]。在当今社会，人们反复追问，中国到底有法吗？虽然作为立法成果的法律

---

[9] [英]尼尔•麦考密克：《法律推理与法律理论》，姜峰译，法律出版社 2005 年版，第 56 页。
[10] [德]N•霍恩：《法律科学与法哲学导论》，罗莉译，法律出版社 2004 年第 3 版，第 21 页。
[11] 哈贝马斯：生产力与交往——答 H.-P.克鲁格[J]. 哲学译丛. 1992(06)。
[12] 季卫东：《宪政新论——全球化时代的法与社会变迁》，北京大学出版社 2002 年版，第 59 页。
[13] 亚里士多德：《尼各马可伦理学》，苗力田译，中国人民大学出版社 1994 年版，第 231 页。
[14] 周旺生：重新研究法的渊源，《比较法研究》，2005 年第 4 期，第 4 页。
[15] 刘志刚，立法缺位状态下的基本权利，复旦大学出版社，第 49 页。

条文如雨后春笋般涌出，但是许多暴力性事件、抗法事件等都威胁着法律的地位。这与作为创设法律质料池的法的渊源的合法性是分不开的，当法的渊源本身合法性存在争议时，那么法律的合法性与权威性都将受到挑战。在立法之初，由于立法需求问题与立法合法性紧密相连，在法律渊源这一质料池中进行的挑选、加工工作，则必须在一定程度上满足立法需求。

我们继而追问，我国在达到有法可依这一目标后是否就意味着在立法向度讨论法律渊源就不再具有现实意义？答案不言自明，有法可依仅是一项较为基本的目标，而我们通过对立法向度的法律渊源做出研究讨论，是为了更深一步的追求法律合法性问题。通常认为，立法是特定主体运用特定权限运用立法技术并遵循立法伦理，按照一定程序制定或修改法律。立法在这里被视为一种活动或过程，包含各种立法在内，是一种被认为是法律产生的直接来源。而法律体系的建构和法律形式的完善主要依赖立法活动的展开。那么在法律创设后，法的渊源是否还具有存在的价值？答案也是肯定的，法的渊源的存在对于立法层面的价值，除创设法律之外，还可以视作还原法律创设者的意图的资源配置，同时，也是一种可待遵循的非建制规则，这对于立法来说具有一种有别于执法的检验、评估作用。

总而言之，立法向度上的法律渊源概念，为满足促进合法之法的产生，基于其合法性、合理性、特定性特征，被描述为“质料池”这一概念，目的在于最终实现立法行为在内容与形式上的统一，解决法律渊源在描述上的冲突问题。

（二）法律渊源的司法向度：法官寻找裁判依据之规范场域

在当今法律制度中，正确且充分发挥裁判功能是司法之第一要务。根据法律渊源的指引，对具体案件中的是非曲折问题作出判断，从而解决社会纠纷，做到“定纷止争”，这是司法工作最根本的功用所在。因此，司法向度上法律渊源的研究必须以此目的结果为导向开展。具体说来，在法理逻辑关系中，司法由于终局性特征，其案件定性问题必须置于程序首位，方可达成后续作出裁判解决纠纷的目的，换言之，只有作出合法、合理、准确的性质判断，才能发挥出裁判的真实、有效的功用以维护社会规范秩序。无论是其程序、还是内容都必须经受住合法性与事实性之检验，这就要求法律渊源在司法层面必须予以确定。反之，法律渊源含义不定，将使法官无法正确在司法裁判中寻找法律渊源，继而影响裁判的合法性。因此，必须在司法向度上寻找法律渊源的真实意蕴。在司法实践中，如果依照法律原则优先秩序，法律原则与习惯的位序关系将导致习惯，作为具体化规则会变成虚设，难以发挥实践功能，也就是说，习惯被架空的同时，法官的自由裁量权也极有可能被滥用。

1.规范场域的三重内涵

在司法向度中，法的渊源是法官作为用法者，为其目的言语行为的合法性与合理性进行充分论证而寻求有效规范（即法律）的唯一场域。简言之，法律渊源是法官寻找裁判依据的场域。在此场域内，司法者的法律适用行为得到了空间的保障。由于在司法活动中，裁判合法性是审判的生命力所在，想要在法院实务工作中发挥司法功效，解决实际问题，就必须对裁判合法性提出理论保障于事实保障，以符合司法的内在逻辑，推进司法独立之进程。法官在应用法律规范之时，需要确定其所属规则与制度，而这些规则与制度由那些

资源形成，因何形成以及如何将有关资源加以选择和提炼以形成规则和制度的过程中有何得失。对这些问题有清醒、明智的理解，才能对法律和法规有自觉且深入的认知，才能妥帖周详地应用它们办理案件和其他相关事项，法治便也可以由此而富有成效地实践[16]。“当他们（法官）仅仅是立法机关的代言人，表达和实施的是立法机关确立的明白无误的思想和命令时，其行为的实质是行政的而非司法的。只有在疑问出现的地方，司法功能才开始发挥作用。”[17]从法学方法论层面出发，对于法律渊源问题，司法向度应围绕法律适用大前提之确定来展开讨论。也就是说，将法律渊源定义为法官寻求适用于具体案件的裁判性规范的场所。由于每个案件都有其相匹配的大前提，在特定的案件中，法律裁判的大前提，即法律规范，并不可以简单认为是法律条文，而应从用法者针对法律文本作出法律解释的依据进行了解。

所谓“寻找裁判依据的规范场域”，可以由三方面进行理解：

其一，司法向度的法律渊源即法官法源，选择的主体是法官。即法律渊源的选择是法官主观筛选的过程。在司法实践中，法官之裁决并不限于传统观点所固定的几种法律渊源形式，这反复被法律现实主义与法律解释学所证明的。因此，司法活动中，法官实际思维必须是具备筛选性与专业性。对于制定法国家而言，法律条文本身是抽象的，面对具体的特定案件时，法律条文必须借由法官这一主体凭借其专业知识与经验来作出创造性解释并进行适用，才能真正发挥司法之功用。

其二，法律渊源在司法向度必须以个案适配作为目标。具体说来，法律渊源与一国之法律传统、法律制度密切相联系，对于一个国家的法治水平具有很重要的参考价值，各类司法事务存在很大差异，更遑论个体案件间的千差万别。因此，法律渊源在司法向度必须依照个案研究方法，针对案件本身特性与事实进行选择，以区别法律渊源与法律发现（下文将继续阐释）。进一步来说，法官对法律渊源之选择必须体现在个案裁判时，这是过程性的，与一国之司法水平相联系。

其三，法律渊源表现为场域、场所。与法律所不同，法律渊源并非是固化的法律条文或某一习惯法内容。在司法向度，法律渊源是法官发现法律的场域，这一场域边界具有模糊性性。换言之，其边界范围很广，并不适用枚举的方式。正如法律解释的多样性所阐释的那样，法律渊源是复杂多样的，司法向度的“场域”与立法向度的“质料池”具有相同的内涵。法律渊源作为法官寻找裁判依据的规范场域，整合法律规范的逻辑结构和案件情境的复杂性。正如波斯纳所说，法院的差事是公正司法，不是让人感觉不错[18]。在此场域中，法官被要求为个案裁判寻找合法性和合理性论证前提的证据材料。

在法官裁判过程中，实现了“从法源到个案正义”，针对于裁判过程需要运用法学方法论之指引。对于一切文本经由法官解释方可理解：当法律漏洞出现时，审判需由法官进行填补与续造，这对法官产生了专业上与经验上的双重挑战。此时，法官对于法源之甄别与

[16] 周旺生：法的渊源意识的觉醒，现代法学，2005 年第 4 期。
[17] ［美］本杰明·N·卡多佐：《法律的成长 法律科学的悖论》，董炯，彭冰译，中国法制出版社 2002 年版， 第 90 页。
[18] Rucker v. Higher Education Aid board，669E. 2d1179，1182（7th Cir. 1982）.

运用也需依靠法学方法论之指导。[19]因此，无论是法律解释、法律漏洞填补还是法律续造等方法之运用，都建立在法源开放之前提下。司法中心主义认为，法官是司法纠纷的解决者，法官不仅仅是执行法律者，更应肩负起更高的使命——使受到侵害的权利得到复位或补偿从而实现社会正义。因此，法官必须具备一定自由裁量权。同时，在司法技术层面，法官在首次解释法律时，并非寻求立法者意图，而是追问立法者处于他的情况下应如何处理案件。同时，在建设社会主义法治国家的时代背景下，制定法作为主要的法律渊源已经是既定事实，而制定法本身作为理性主义的产物可以在较高层次真实反映民众意志，具有不可否定的权威性。但是，考虑到司法案件的复杂性、人类认知的局限以及制定法本身的滞后性，更具开放性、包容性、多元化的法律渊源体系由此具有特殊意义。

2.司法向度中习惯法之法源地位与外嫁女土地权益纠纷

习惯法，作为公认的最为古老的法律渊源，也是我国学界所普遍认可的正式法律渊源。对于习惯法意义的探索，有助于完善法律渊源体系，同时对我国法律秩序的理性建构与法治发展有着十分重要的作用。举例来说，农村外嫁女土地纠纷一度是全国性问题。由于我国的国家法与民间法对“外嫁女土地权益”的态度存在冲突之处，在梳理保护外嫁女性村民土地权益的相关法律法规的过程中不难发现，对于女性村民土地权益的保护仍然只停留在形式保护上，在实质保护层面仍然不足。外嫁女土地纠纷仍然是民事司法中非常突出的问题。由于法律规范供给与实践环境需求间的不匹配，法律规范所产生的效果也与预期不相符。同时，也导致在外嫁女土地权益纠纷案件中障碍重重，无法得以普遍、全面解决。因此，司法层面，应发挥主动积极性，尊重民间法的法源地位，纠正违法的村规民约，切实保护外嫁女合法土地权益。同时，由于外嫁女土地权益纠纷内容复杂，牵扯法律关系较多，并非由司法一己之力就能解决，应引入预防与监督机制，并尝试多元纠纷解决方法，如社会力量涉入等。

在外嫁女土地权益纠纷中，由于重男轻女等传统思想与农村集体经济习惯的分配方式，“外嫁女”往往处于十分弱势的地位，故而合法权益总是受到种种侵害，土地权益尤甚。虽然近几年村民民主形式得到一定矫正，但是，其民主程度仍流于形式化，甚至在一定程度上为非民主行为做了“掩饰”。在事实层面，民间法常与国家法相悖，外嫁女权益正是常常由村规民约、村民大会等“民主形式”排斥在外。司法机关由其终局性导致其必须作为保护公平正义的最后防线，因此，有义务对“外嫁女”土地权益纠纷进行妥善处理，以保障社会正义之实现。

首先，民间法褫夺“外嫁女”合法土地权益；当制度规范缺失时，处理宗族事物、人际关系的民间规则应运而生，即“民间法”之产生。在费孝通先生的《乡土中国》中，揭示了“乡土社会”的社会继替单系偏重规律的民间法限制、褫夺“外嫁女”合法土地权益的根本原因。其次，司法机关在裁判外嫁女土地权益纠纷案件时缺乏明确法律依据。自 2005 年最高法颁布《关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》后，人民法院有了受理

[19] 参见姚辉、段睿：“民法的法源与法学方法”，《法学杂志》2012 年第 7 期，第 58－67 页。

分配征地补偿款案件的依据。但是，值得注意的是，最高院司法解释并不具有正式法源地位。后来，在 2018 年的《村民委员会组织法》中对乡镇政府的责任予以细化，要求其应责令更改违反法律的村规民约。自此，“外嫁女”在土地纠纷案件中，可以通过对乡镇政府未尽职责而提出起诉以维护其合法权益。但是，在司法传统中，“外嫁女”案件仍然不受重视。由于婚姻状况层面的诸多问题，如外嫁、离婚、丧偶、再婚等导致妇女所居地的流动，其是否仍然具备农村集体成员身份较难予以确定。法官必须通过法源理论，明确了解到乡土社会所秉持的是一种不完全等同于基本权利运作逻辑的、以互惠原则为前提的习俗秩序。习惯具有法律渊源地位，是对习惯应然法律地位的最佳描述。在事实层面，基层法院在面对此类纠纷之时应该依照法律法规而果断适用习惯法。在我国存在立法缺位与法律不完善的情况下，制定法本身存在一定问题，这要求法官在承办案件之时必须重视习惯法的适用，重视民间生活习惯，充分利用习惯法的客观价值。对于习惯法在我国的正式法源地位予以肯定，保障公民合法权益，以追求社会公平与司法正义。面对法律渊源词义上的争议，习惯法之地位变化存在着相关性[20]。在习惯法作为正式法律渊源的前提下，法律渊源在司法层面的定义也由此清晰。反之，定义则变得模糊。

因此，在此探讨的司法层面的法律渊源其作用是为法官在司法裁判中如何选择判决依据服务的。从理论学界分析，根据中外法律实践传统，无论是法的一般历程视角，还是从习惯的自有属性来看，习惯的法律渊源地位都可以视作法律表现形式进行拓展，也是发展法律制度的重要内容。在司法实务中，通过习惯来填补成文法之漏洞，以提高司法之效能。在协调习惯与其他正式法律渊源的关系时，通常应当遵循正式法律渊源优先的基本思路。所以，在司法层面，法源性质着眼于解决法官去哪里寻找法律决定之大前提的问题。在宽泛意义上，此处法源寻找裁判依据的规范场域。

（三）法律渊源的执法向度：执法者进行执法活动的“行为路径”

观之执法向度，行政机关及其工作人员一直面临着与行政相对人之间的复杂纠纷，在近些年，暴力执法案件屡屡出现，使得行政主体与相对人之间关系变得如履薄冰。诸如城管执法人员的暴力执法行为屡屡在城市街头上演，城市管理也逐渐演变为执法者与被执法者的拉锯战，这与建设法治社会、和谐社会的主旋律格格不入，也极大影响了政府形象。虽然针对暴力执法行为的改革在不断实施，但是事实上未能杜绝暴力执法行为的发生。这在一定程度上说明，我们对其根源性原因还缺乏深刻认识，故此未能找到有效地解决路径。面对这一困境，不能试图仅从表层进行修改，必须要追本溯源，结合国家法治现状与当前执法背景，从其治理之根本手段——法之渊源进行探索。

执法向度中，法律渊源意义在事实层面更具实践性。由于任何一项执法活动都并非是孤立进行的，其必然由特定执法空间情况所限定。对于执法层面而言，法律渊源是行政机关及其工作人员与行政相对人之间发生的合法互动行为的“规范行为路径”。探究执法行为之本质，实为主体间互动行为。与上文提及的司法领域一样，行政行为也并非是简单的法

[20] 彭忠礼，法律渊源词义考，法学研究，2012 年第 6 期。

律条文之照搬适用。行政主体倘若仅仅依照法律规范、法律制度，照本宣科式的进行行政处理是无法产生权威性的，甚至会产生相反结果。在执法行为中，由国家权力机关、执法对象间所构成的完整行为链条将发生于社会生活场域，这引出了我们对生活世界的思考。在哈贝马斯理论中，生活世界是对于执法合法性的检验场所，亦是执法有效性实行之场域。行政行为发生于生活世界，影响公民之日常生活，故对其合法性问题的讨论必须是第一位的。进一步来讲，对于执法向度的法律渊源之定义研究，不可离开对依法行政之探讨。

在太原 12.13 案中，太原市公安局小店区分局龙城派出所的民警王某接警带队前往小店区“龙瑞苑”工地，发生冲突的工地保安与王奎林等未戴工作牌、安全帽的几位工人在场，王某试图将王奎林等人带至派出所询问，被王奎林之母，周秀云阻拦下来，周某抱住王某大腿进行撕扯，王某拽周某头发并摁倒在地导致周秀云死亡，后续查验结果表明周秀云系“因钝性暴力致闭合性颈部损伤，而死于急性呼吸循环功能衰竭。太原市中级人民法院以过失致人死亡罪和滥用职权罪，判处民警王文军有期徒刑 5 年。此案一时间在网上引发广泛争论。“权力是一切政府的本质属性，但暴力却不是。[21]”对于暴力执法之原因，根本上是交往理性的缺乏。暴力执法本身欠缺合法法源之指引。法源作为行政机关及工作人员与行政相对人之间合法互动行为的“规范行为路径”，要求在执法层面必须以合法性为前提，其行为路径本身必须是具备合法性内容的。

在我国目前行政领域建制中，依法行政之目的要求在生活世界中将法律之本质要义与原则尽可能的予以落实，并将法律规范转化为有效行为予以运作。在法律规范文本与行政实践中搭建有效桥梁，这一桥梁自然要求执法主体深刻了解法律规范并具备合法执法之能力。同时，对执法对象也提出了新的要求，即作为理性主体要具备充分理解、产生理性反应以及采取相应对策之能力。换言之，在执法向度，法律渊源要求能够对依法执法行为提供路径选择。

（四）法律渊源的守法向度：守法者验证合法之法的价值标尺

法律渊源概念之所以多义，根本原因在于研究者语境各异,以及研究者所追求的目标层次不同，决定着法律之渊源理解不同。具体来说，影响法律渊源界定的因素在法的适用中一般体现在立法、司法、执法等具体行为中，因此守法层面的法律渊源之讨论往往被学界所忽视。不得不说，学界关于法之渊源的讨论几乎未曾以守法向度为视角进行探讨研究。

关于守法向度法律渊源之定义的探讨的第一步，应是明确守法之特征与内容。具体说来，守法本身是由守法主体，即参与社会生活的一切国家机关及其工作人员、政党、社会团体、企事业单位和全体公民，自觉遵守法律规定，并将法律之要求转化为自身行为，从而使法律得以实现的活动。守法是法的实现的最基本的形式。法的遵守包括权利的正确行使、积极义务的履行和禁令的遵守。

守法向度的法源探讨，需要在明确守法与立法、执法、司法之关系的基础上继续。第一，就其与立法关系而言，立法者制定法的目的，就是要使法在社会生活中得到实施。即

[21] 菲利普·汉森：《汉娜·阿伦特》，刘佳林译，江苏人民出版社 2007 年版，第 136 页。

守法的一个前提条件就是法自身必须具有优良品质。如果法制定出来了，却不能在社会生活中得到遵守和执行，那必将失去立法的目的，也失去了法的权威和尊严。其次就执法和司法而言，国家行政机关和司法机关适用法的活动也影响着人们的守法。国家行政机关及其工作人员如能依法行政，严格执法，国家司法机关及其工作人员如能以事实为依据，以法律为准绳，公正司法，树立起良好的执法、司法和守法形象，必能带动和促进其他社会组织和公民的守法。正是立法、执法、司法与守法间的稳定而复杂、相辅相成的关系，而让守法向度的法源探讨具有和其他向度同样的实践影响。换言之，在守法层面进行法律渊源之定义的探讨，将倒逼其他环节运行质量之提高，法的渊源之整体性也由之体现。

在守法向度中，法的渊源是守法者在生活世界中进行交往行为时，对法进行检验监督之价值标尺。换言之，是守法者面对生活世界，对其所亲历的种种事件之处理是否符合规范性、事实性要求进行检验的的标准所在。依此价值尺度，守法者必须在交往行为中以及在理解合法之法的“验证标准”之前应明白两个关键概念：何谓合法之法？何谓生活世界？法以法之合法性为前提，又在新的场域中对法之效能进行再检验。守法过程中对于法律的监督与检验是有别于其他法律运行环节的。由于守法本身的争议，到底是出于道德约束还是？道德性是守法初衷之一。而生活世界，由胡塞尔提出，指一切意义之源[22]。在生活世界中，守法者被要求了解法律之运行状态，以确保自身利益得到合法保障，并推进和谐社会之发展。无论是主动提出还是被动要求，守法者都必须严守守法之内在逻辑，守法者具有十分广泛的内涵，不只是自然人，还包括法人、社会组织等。人们通过对法的渊源的价值有系统和真切的认知，在非建制领域中守法者通过检验行为在一定程度上参与了法律的再创设。这种法律的检验是非制式的。正如习近平总书记结合中国实际所提出的“以人民为中心”的研究导向所蕴藏的人民性意义，在生活世界中，人民无论是出于道德感还是对法律惩罚的畏惧感？这值得深思。法律的人民性通过沟通理性实现。人民如何获得合法之法，在公平正义间呼吸？在这里，沟通行为和法律渊源之概念便大派用场。

从法学方法论层面出发，对于法律渊源问题，守法层面要针对其对生活世界中法的形成与再检验之功效进行展开讨论，在确定法律渊源定义时，守法层面中表现为对非制式的规范守则与规范性法律条文进行检验，即法的渊源是守法者在生活世界中进行交往行为时，对法进行检验监督之“价值尺度”。由于守法者时时刻刻在生活世界中进行交往行为，除了在立法、司法、执法的部分参与外，还必须由其通过交往行为将法的形成与功效进行再检验。这并非是简单的遵守或服从，而是有目标的在规范性与事实性框架内进行合理约束之行为。

（五）法律渊源之整体性定义：法律世界各行动者运用事实与规范来维护法律秩序的开放式资源范畴

1.范畴的法哲学定义与法律渊源整体性定义

[22] 一是作为经验实在的客观生活世界，一是作为纯粹先验现象的主观生活世界，二者之间隔着一道先验还原的界限。不同意义上的“生活世界”与科学及人的生存的关系也不同。参考胡塞尔选集[M]. 上海三联书店 ，(德)埃德蒙德·胡塞尔(Edmund Husserl)著，1997

所谓范畴，是人类在认识客体的过程中形成的基本概念。范畴既是人类以往认识成果的结晶，又是认识进一步向前推移的支点。任何一门科学，从理论形态上说，都是由范畴建构起来的理论大厦。法学急需在总结认识成果的基础上提炼、重铸自己的范畴，建构起相对独立的、比较完善的范畴体系。法学范畴的提炼、重铸，范畴体系的建构，取决于法学工作者有无自觉的、正确的、强烈的范畴意识。

针对法律渊源，以立法、司法、执法、守法之四向度为线索所进行的探讨，是一种动态的、具有强烈实践色彩的讨论。我们必须清楚的是：只有建基于法源理论之上的法律实践才能具备更持久的生命力。以立法、司法、执法、守法四个向度来寻求法的渊源之根本属性，以总结出其整体性定义是明确法律渊源之定义的最优选择。正如哈特所说："人类的法律创制者们，不能够预见到所有未来可能发生的相关情形。这意味着，所有的法律规则与概念都是'开放的'，并且当一种未曾预见到的情形发生时，我们必须进行一个全新的选择，并且以此改进我们的法律概念，使它们更符合社会所预期的目的。"[23]而法律渊源这一概念，时刻意蕴在法的运行过程中，对于法律渊源的探讨，绝不能跳脱出立法、司法、执法与守法这一全过程。法源理论的基础在于对"法源"概念的理解，可以从法创制与法适用两个层面展开。法源作为法的创制机制，是对哪些形式可称为"法"的发现与筛选，功能在于控制规范的产生过程，本质上是一种关于政治权力如何控制那些影响社会成员的行为规范体系的产生过程的理论[24]。

2.事实与规范层面的法律渊源性质

关于法律渊源的整体性定义，是指在生活世界中，为法律参与主体的互动行为（言语行为）提供有效性、可理解性、合法性的质料集合。包含了对于规范性与事实性的探讨。关于整体性交往行为，我们还应该深入到法律渊源的内部，对不同的法律渊源分别予以考察，理解不同法律渊源之间的关系，对法律渊源形成一个整体性的认识。关于法的渊源的概念在立法、司法、执法、守法领域中的位阶，我们不能简单的依照法的过程以"孰前孰后"、"孰高孰低"来做评判，亦或是将法的渊源概念作为一种法的运行的"副产品"，这是十分不严谨的。法的渊源在立法、司法、执法、守法四个领域中重要程度虽有不同，但任何一环都不容易忽视，只有在整体性框架下，才能将法的渊源予以充分阐释。

通过前述所知，法律渊源在立、司、执、守四环节侧重内容不尽相同：

第一，在立法向度上，突出法律渊源与合法之法的内在关联，即法律渊源是立法者创设法律的质料池。为促进合法之法的产生，要求质料池概念满足立法行为在内容与形式上的统一，以解决法律渊源在立法层面进行描述时的冲突问题。

第二，在司法向度上，法律渊源与法律发现相区别，强调法律渊源作为法官寻找裁判依据的"规范场域"。为满足司法活动，指出法律渊源其作用是为法官在司法裁判中如何选择判决依据服务的。侧重于其在司法实务中填补漏洞，提高司法效能之功用。即司法层面中法源对解决法官去哪里寻找法律决定之大前提的重要意义。

---

[23] ［英］哈特：《法理学与哲学论文集》，支振锋译，法律出版社 2005 年版，第 285 页。

[24] 石佳友："民法典的法律渊源体系"，《中国人民大学学报》2017 年第 4 期，第 19 页。

第三，在执法向度上，法律渊源意指执法者进行执法活动的“行为路径选择”。换言之，在执法向度，法律渊源要求能够对依法执法行为提供路径选择。

第四，在守法向度上，法律渊源强调守法者验证合法之法的价值标尺。点明守法者肩负着对法律世界之建构的重大使命。守法者凭借其法律秩序的受益者和监督者的双重身份，依照法律渊源进行检验与监督活动。

3.四重向度下法律渊源之整体性定义

通过对此四向度之法律渊源的定义进行确定，我们可以借由种属差的方法对法律渊源在法律世界中做出整体性定义。依照不同向度所强调对不同属性，对法律渊源之根本属性做出确定，以概念完整性、逻辑严谨性、影响深远性为标准做出定义。事实上，在这四向度中，都突出体现了法律渊源，在良法建构之中的理性工具作用。将四向度之定义进行拆分与对比不难发现：

第一，无论是立法者、法官、执法者还是守法者，都可以总结为法律世界的行动者，是法律世界运行的重要参与人员。

第二，“创设法律”、“寻找裁判依据”、“进行执法活动”、“验证合法之法”这四向度中的参与活动，本质上都是对于事实与规范的运用。

第三，“质料池”、“规范场域”、“行为路径选择”、“价值标尺”，虽然表达不尽相同，侧重内容有所区别，但实际上都是一种开放式资源范畴，具有十分突出的核心内容与外延表达。值得强调的是，所谓开放式资源范畴，意指把事实与规范进行归类所依据的共同性质。我们规整法的渊源的种属，依照的是法律自身的理想秩序。因此，对于四向度法律渊源之定义进行总结，即法律渊源是指法律世界之各行动者运用事实与规范的开放式资源范畴。这是法律渊源之整体性定义。

	主体	活动	属差关系（属性）
立法向度	立法者	创设法律	质料池
司法向度	法官	寻求裁判依据	规范场域
执法向度	执法者	进行执法活动	行为路径选择
守法向度	守法者	验证合法之法	价值标尺
整体性定义	法律世界行动者	运用事实与规范	开放式资源范畴

进一步讲，将法律渊源定义为“法律世界各行动者运用事实与规范的开放式资源范畴”必须满足一个前提：法律渊源本身必须具备合法性。哈贝马斯指出：“合法性意味着，对于某种要求作为正确的和公正的存在物而被认可的政治秩序来说，有着一些好的根据。一个合法的秩序应该得到承认。合法性意味着某种政治秩序被认可的价值——这个定义强调了合法性是某种可以争论的有效性要求，统治秩序的稳定性也依赖于自身在事实上的被承认。

[25]”因此，从立法、司法、执法最后到守法，法律世界作为生活世界的缩影，所有有效陈述要求本身强调法律言说者在充当参与者之同时必须以交往理性为基。同时，法的渊源还必须具备可理解性，真实性，正确性和真诚性等。

结语

可以说，法律渊源不仅是法理学的一个重要概念，也是整个法学的基础性概念。我们不仅需要对“法律渊源”这个概念的内涵与外延有清晰的认识，理解法律渊源的重要意义，还应该对与此相关的概念有所了解，如法律渊源与法律效力、法律形式、法律来源、法律类别、法系、规范渊源、规范体系、规范类型等的区分和关系。其次，我们还应该深入到法律渊源的内部，对不同的法律渊源分别予以考察，理解不同法律渊源之间的关系，对法律渊源形成一个整体性的认识。任何概念都是无法脱离生活世界去诠释的，法学也是如此，由于与生活世界之间的密切却又破碎的关系，法学的相关概念的界定应在源于生活世界，但出自更高层次、亦或是更为精准。必须避免让法律渊源之定义落入被混淆，被忽视的错误境地。

当代中国法学理论研究既需要思想的开放和理论的竞争，但也需要同时关注事实，切实研究真实世界中的法律，而不是意识形态化固守这种或那种法律教义。我们对法律渊源理论对探索，绝不能发展为普罗柯拉斯提斯之床[26]。法律渊源也许表面看似和良善法治社会必须关注的现实问题没有直接关联，但实际上，法律渊源作为各行动者运用事实与规范的开放式资源范畴，在立法、司法、执法、守法四向度上时刻与法律世界中的现实问题相联系。依照佩岑尼克的观点，法的渊源随着法律的秩序的不同而不同，随着时间的不同而不同。法的渊源就孕育在交往互动的过程中，在涉及法律问题的决策和商讨的同时推动法律产生和发展。法律渊源是什么？这个问题的答案之所以如此重要，是因为法律渊源决定了法的地位和内容。在法律渊源概念问题尚未解决之前，我们总是容易混淆其内容，而当我们面临整个法理学架构失衡的危机时，我们需要重新审视法律渊源的概念所在。确定法律渊源的概念，有利于整个法理学理论体系构建，甚至对整个法学理论体系构建的完整性具有非常重要的意义。

---

[25] 哈贝马斯：《交往与社会进化》，张博树译，重庆出版社 1998 年版，第 206 页。

[26] 在希腊神话中，雅典和执行密仪的厄琉西斯之间有一个叫做阿弟卡的克雷达勒斯的地方，普罗克拉斯提斯是这里一片小庄园的主人。他招待客人的方式非常独特：他会把旅人拐骗到自己的庄园里来，给他们吃一顿丰盛的大餐，然后邀请他们在一张非常特别的床上过夜。他非要让这张床刚好一丝不差地符合客人的身材。如果客人个子太高，他就用锋利的斧子把他们的腿砍断一截；如果客人个子太矮，他就把他们的身体拉长。此处即比喻要求现实来匹配理论的不合理。

论儒家义务为核心的自然法观念及当今意义

黄建武[1]

【摘　要】儒家存在自然法观念。在儒家看来，自然具有的天理、天命、天道等，是国家法即礼和刑的根据。国家法应当符合自然法。儒家自然法内容包括仁、义、信方面的法则要求。儒家自然法观的特点为：人是具体的、有差别的，义务是制度的核心，越是社会精英义务越重。儒家自然法观包含着当今制度建设和实施的合理因素，其参考意义包括：从现实出发看人的存在，义务对合理利益保护的作用，社会地位决定人的义务，精英负有更大的社会责任，法律家长主义的合理内容。

【关键字】儒家;自然法;义务;仁义

引语

权利与义务的关系，既是实证法理论研究的核心，也是法哲学和法社会学研究的重要问题。实证法依托着权利义务的安排来调整社会的利益关系，法哲学会用自己的“应当”来评判实证法中权利义务设置的正当性并指导权利义务的安排，法社会学则会展现法律体系权利义务安排的社会根据和实际社会作用。

在我国对新冠抗疫的成功中，我们见到了党和政府机构的领导和组织措施，医务工作者向险而行，社会组织、自愿者、物品捐赠人、快递小哥等捐物出力、顶着风险为抗疫服务，广大市民唯恐给他人和社区带来不便、自觉禁足以配合，这些，构成了公共卫生安全保障，使这场保卫每一个人生命与健康的运动取得了极好的成效。如果从法律文化方面总结，可以感觉到我们成功的机制更多在于依托普遍的义务和责任（包括义务感、责任感），而不是个人权利的主张。也可以说，这个机制在于人们自觉自愿地为社群付出和奉献，进而使每个人的正当利益在这种共同付出中得到保护。或许人们会认为，这是一种特定的社会危机处理形式，其本身就是以政府管制和广泛服从的义务为特点的。但从我国民众的普遍行为和社会运作过程来看，它依托的是一种以社会共同体安全为核心的个人自觉自愿付出和牺牲的精神，如果没有这些，政府的管制措施也会难以实施，或者需要更大的代价。对比某些具有西方文明代表性的国家，民众将聚会和不戴口罩看作是个人的自由而不愿须臾暂停，致使社会防疫极为困难，还有某些地区的医务人员为保个人安全而临危辞职躲避，这种对比更凸显出文化的差异。中国社会的普遍行为，体现着可追溯的中国文化的传统，这就是为家国天下担当的责任感，而不是追求个人权利的意识。这种意识是常受人批评的义务本位的意识。

[1] 中山大学法学院教授。

在现代社会，特别是以商业为基础的社会，权利意识固然重要，但一个社会的构成，特别是在商业领域之外的许多社会领域，其构成和活动的核心，并非总是以权利为核心或为首要的，义务和责任有着极重要的地位，它们与权利共同指向被认为正当的自由和利益，并且，在一定情况下，具体化的个人权利并不在场，人们的利益就是由义务或责任保证的。因此，正确认识和对待义务，亦是法学研究和法治建设中一项不能轻视内容。正基于此，本文想就我国儒家以义务为核心的自然法观及当今意义作一些讨论。

一、儒家的自然法与国家法

关于儒家有无自然法思想，学界一直有不同的看法。有论者以为有，有论者以为无。比如，梁启超先生、王国维先生均以为有，他们认为古人所说的天道、天理即自然法。[2]俞荣根教授以为无。[3]就现在的文献来看，对儒家有无自然法观或思想仍存在争议。儒家有无自然法的观点之争，涉及一个前提，即自然法的含义。

从词语上来说，中国传统文化中没有自然法这一概念。欧洲语言的自然法，在古典意义上都有权利的含义，如拉丁语 jus naturale，德文 naturrecht，法文 droit naturel。或称自然法权（但英文 natural law 在字义上没有这种含义）。故以权利来说“法”，中国是没有自然法（权）的。但是，如果在欧洲古代文化的意义上说自然法，则是指法则、规则（相当于拉丁语的 lex naturalis，德文的 naturgesetz，法文的 loi naturelle，英文的 natural law），这就没有自然权利的含义。比如亚里士多德所说的自然秩序，如奴隶制的合自然性在于，有些人生来就有奴隶的品质而适于做奴隶，有些人则有自由人的品质适于做自由人。并且，以战争获得奴隶，如狩猎之自然。[4]又如，查士丁尼认为，各民族中存在一体遵循的自然法，它是由上帝的意志制定的。[5]如果在比较中采用欧洲古代意义的自然法概念，中国的传统法文化，包括儒家法文化，则是有这种自然规则的概念的。比如，《尚书-皋陶谟》提到的“天叙”“天秩”，就是与人的制度有关的上天规则，只是没有用“自然”这一术语表达。中国古代常用“道”、“理”、“命”等术语表达这些至高的规则，对于人们生存所处之生态自然，则既有用“自然”这一抽象术语表达（如“道法自然”），也有用“天”、“地”等自然具象的词来表达（如“天道”、“地理”），但一直没见“自然法”这种说法。而“权利”、“义务”都是晚出的词语，故中国古代法文化中更无“自然权利”、“自然义务”的说法。

---

[2] 见梁启超著《先秦政治思想史》，天津古籍出版社 2003 年，第 26-29 页；周锡山编校《王国维集》（第一册），中国社会科学出版社 2008 年版，第 290-294 页。

[3] 见俞荣根著《儒家法思想通论》，广西人民出版社 1992 年版。又见崔永东、龙文茂“‘中国古代无自然法’说评议”《比较法研究》1997 年第 4 期。

[4] 见[古希腊]亚里士多德著《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆 1965 年版，第 16-23 页。

[5] 见[古罗马]查士丁尼著《法学总论》，张企泰译，商务印书馆 1989 年版，第 11 页。

但是，没有相关的词语，并不意味没有相关事务的讨论。在名实关系上，一事之实可能因时因地而名有不同。所以，讨论问题不应泥于术语，而应注意实际的名实对应关系，或者借用符号学的说法，即将所指从能指中还原出来，看概念所指的究竟是什么。毕竟，“名可名非常名”，常有词不达意，词不尽意，名同而实异，实同而名异等情况。如不加思考地运用现代术语讨论古代问题，可能会误导思维。我们不能将今天术语的语义当然地当成传统文化中的原意，比如“法”、“礼”两词，先秦时“法”多指刑，而“礼”，内容则为国家制度和仪礼，故先秦时的重礼轻法主张，其实是重制度而轻刑罚。但如果以此直接将这种主张判定为轻法制，则太失之武断，因当时的“礼”的许多内容，相当于我们今天的政府组织法和行政法的内容。比如，《周礼》规定的天、地、春、夏、秋、冬官的体系及各职位的职责，就是完整的政府组织法的内容和行政法的基本内容。[6]《仪礼》中的许多社会活动仪轨，如什么官员用什么车、服，交往中可以赠受什么礼，这在今天也是行政制度中的内容。又如，婚礼过程是否完整，礼之成否，也有家庭法律关系成与不成的意义。所以，古代才有“礼者禁于将然之前，法者禁于已然之后，”[7]“礼之所去，刑之所取，失礼则入刑”[8]等说法。以现代法理学的规范分类来看，“礼”的内容相当于调整性规范，“法”的内容相当于保护性规范，违反调整性规范的要求，则由保护性规范追责。由此来看，当时这种重礼轻刑（当特别注意古代刑罚的严酷性）的主张不一定坏，更不是现代意义的否定法律的作用。研究中不应想当然地望今文而生古意，将今“法”所指直接当成古“法”所指。

在儒家的眼中，国家的制度——可以用当时常用的术语“礼”、“刑”（或“法”）表达——是有更高的根据的，这些根据即是天、地所蕴含的“道”、“理”或“命”，如“天理”、“天道”、“地道”、“天命”等。因时间的早晚，人们的观点可能还略有不同。早期人们可能认为权力和规则是来源于带有人格特点的“上帝”，后来转为以天地为代表的自然，例如，在被称为“上古帝王之书”的《尚书》中，《汤誓》篇就载有汤王从天和上帝那里得到伐夏的权力，以证明其征伐的正当性，如“有夏多罪，天命殛之。”“夏氏有罪，予畏上帝，不敢不正。”[9]在后来的儒家文献中，少见了“上帝”这种用法，而更多见“天”“地”的用法，这大概体现了观念向纯粹自然的转化。

自古至今，权力和制度的正当性一直都是人们关心的。在这些方面，中国的情形与国外一样。在儒家的自然观念中，天地所蕴含的规则是国家法（礼、刑或法）的根据，国家制度的建设并非由君主任意安排，而应当体现“天理”、“天道”或“天命”等自然规则。只是后来，宋明时期儒家的一个重要支系心学兴起，将“理”放在了心上。但心学仍主张人生于

---

[6] 参见《周礼》。对于《周礼》一书的真伪，学界是有争议的，多认为成书在西汉。但内容并非全伪，而许多内容源于晚周的官制。见梁启超著《先秦政治思想史》天津古籍出版社 2003 年版，第 24、40 页.

[7] [清]王聘珍撰《大戴礼记解诂》，中华书局 1983 年版，第 22 页。又见《二十四史-汉书卷》“贾谊传”，中华书局 1997 年版，第 576 页（内页 2252）。

[8] 《二十四史-后汉书卷》“陈宠传”，中华书局 1997 年版，第 411 页（内页 1554）。

[9] [清]阮元校刻《十三经注疏》（上），中华书局 1980 年影印版，第 160 页。

天地，禀阴阳之和，抱五行之秀，良知仍源于天。[10]这些天理高于国法的观念，反映了儒家对社会成员、特别是君主和官员居其位行其事的正当性要求和制约。儒家的文献中，关于自然法高于国法，国法当以自然法为根据的叙述非常清晰也相当丰富。比如：

《尚书-皋陶谟》载："天工，人其代之。天叙有典，敕我五典五惇哉。天秩有礼，自我五礼有庸哉……天命有德，五服五章哉。天讨有罪，五刑五用哉"[11]

程伊川说："书言天叙，天秩。天有是理，圣人循而行之，所谓道也。圣人本天，释氏本心。"[12]

《春秋左传-昭公二十五年》载子大叔与赵简子关于礼之问对："子产曰：'夫礼，天之经也，地之义也，民之行也。'天地之经，而民实则之，则天之明，因地之性，生其六气，用其五行……为君臣上下，以则地义；为夫妇外内，以经二物；为父子、兄弟、姑姊、甥舅、昏媾、姻亚，以象天明；为政事、庸力、行务，以从四时；为刑罚威狱，使民畏忌，以类其震曜杀戮；为温慈惠和，以效天之生殖长育。"[13]"礼，上下之纪，天地之经纬也，民之所以生也，是以先王尚之。"[14]

《礼记-礼运》载："孔子曰：夫礼，先王以承天之道，以治人之情。故失之者死，得之者生。"[15]"夫礼，必本于天。"[16]"圣人作则，必以天地为本，以阴阳为端，以四时为柄，以日星为纪，月以为量，鬼神以为徒，五行以为质，礼义以为器，人情以为田，四灵以为畜。"[17]

《礼记-乐记》载："乐者，天地之和也。礼者，天地之序也。和，故百物皆化；序，故群物皆别。乐由天作，礼以地制。过制则乱，过作则暴。"[18]

《史记-乐记》载："乐也者，情之不可变者也；礼也者，理之不可易者也……礼乐顺天地之诚，达神明之德，降兴上下之神，而凝是精粗之体，领父子君臣之节。"[19]

《易》"噬嗑卦"载："象曰：雷电噬嗑，先王以明罚敕法。"[20] "丰卦"载："象曰：雷电皆至，丰。君子以折狱致刑。"[21]

这些说的是圣人依据自然的法则制礼作乐，定法度，明刑罚。此外，在儒家看来，君王出令布政，也必须按照天时、天秩进行，比如，什么季行什么令，什么时候出令布政、公告律法，等等，这些制度要求，在《礼记-月令》、《周礼》中都可看到有关记载。在儒

---

[10] 见[宋]陆九渊著《陆九渊集》，中华书局 1980 年版，第 347 页。
[11] [清]阮元校刻《十三经注疏》（上），中华书局 1980 年影印版，第 139 页。
[12] [宋]程颢、程颐著《二程集》上，中华书局 2004 年第二版，第 274 页。
[13] 杨伯峻编著《春秋左传注》（四），中华书局 2009 年第三版，第 1457-1458 页。
[14] 同杨伯峻前书，第 1459 页。
[15] [清]阮元校刻《十三经注疏》（下），中华书局 1980 年影印版，第 1414 页。
[16] [清]阮元校刻《十三经注疏》（下），中华书局 1980 年影印版，第 1415 页。
[17] [清]阮元校刻《十三经注疏》（下），中华书局 1980 年影印版，第 1424 页。
[18] [清]阮元校刻《十三经注疏》（下），中华书局 1980 年影印版，第 1530 页。
[19] 《二十四史-史记卷》，中华书局 1997 年版，第 307 页（内页 1202）
[20] [清]阮元校刻《十三经注疏》（上），中华书局 1980 年影印版，第 37 页。
[21] [清]阮元校刻《十三经注疏》（上），中华书局 1980 年影印版，第 67 页。

家的自然法观念中，天道、天理不仅是制度要求，也直接是对每个人的行为要求，特别是君子当知“道”并依“道”而行，比如《易》所说的“天行健，君子以自强不息。”“地势坤，君子以厚德载物。”这就是君子当依天地之道而行的要求。儒家的自然法观，确实包含着以天正君的蕴意。

二、儒家自然法的内容和特点

在自然法的研究中，一项重要的内容就是法则（或法权）。一种自然法思想或观念，必然包含着有什么法则（或法权）的认识。比如，西方一些自然法理论将人人平等，个人自由，私有财产不可侵犯等，列为自然法则（或法权）。从形式上看，无论是一条法则或是一项法权，都是以一个陈述句或命令句的语言形式表达的，如“人人是平等的”或 “人人应当平等”。陈述通常表达事实状态，命令则表达要求，所以后者才更有法则的意思。人们有时用陈述来表达要求，即用“是”来表示“应当”，或将其视为“应当”，但实际这两者是有区别的。“是平等”的，如何就成为“应当平等”了？这是至今仍缠绕人们的“休谟问题”，本文这里不讨论。本文只是以人们的表达现状为基础，在通常的语境中来讨论我们的自然法问题。在儒家的文献中，我们很少看到符合现代语法的完整陈述或命令的句子，所以，我们要按通常研究方式列出多少条儒家主张的自然法则来，在语言形式上可能就会受到责难。但是，对儒家的一些主张，如果根据内容和当时的语境也不是不能与现代语句对比的。比如，《论语-颜渊》载“樊迟问仁。子曰：‘爱人。’”[22] 儒家经典文献很多都是这样的问对记录。我们根据该问对的语境及其他材料，是可以知道孔子的主张的，即：仁者是爱人的，或者，仁者是应当爱人的。

儒家文献中有这种类似于可抽象为法则的一些主张，并常被用于教导人们，比如：

《大学》提到的：“为人君，止于仁；为人臣，止于敬；为人子，止于孝；为人父，止于慈；与国人交，止于信。”[23]

《礼记-礼运》提出以礼治人情，修十义。“何谓人情？喜、怒、哀、惧、爱、恶、欲，七者弗学而能。何谓人义？父慈，子孝，兄良，弟弟，夫义，妇听，长惠，幼顺，君仁，臣忠，十者谓之人义。讲信修睦， 谓之人利。争夺相杀，谓之人患。故圣人所以治人七情，修十义，讲信修睦，尚辞让，去争夺，舍礼何以治之？”[24]

《孟子》中说到，圣人教人稼穑，使人有饱食暖衣后而“教以人伦：父子有亲，君臣有义，夫妇有别，长幼有序，朋友有信。”[25]

---

[22] [宋]朱熹《四书集注》，陈戍国标点，岳麓书社 2004 年版，第 158 页。
[23] [宋]朱熹《四书集注》，陈戍国标点，岳麓书社 2004 年版，第 8 页。
[24] [清]阮元校刻《十三经注疏》（下），中华书局 1980 年影印版，第 1422 页。
[25] [宋]朱熹《四书集注》，陈戍国标点，岳麓书社 2004 年版，第 290 页。

这些重要的人伦规则，都是在具体的人际关系中、对具体地位的人提出来的要求，比如君仁，臣忠（或敬）；父慈，子孝。但也有论及更一般的规则，如：仁、义、诚、信、忠、恕，或如汉代发展出来的“五常”，仁、义、礼、智、信。一般与具体，可以说是“理一”和“分殊”的关系。一般规则，是更高的自然法则，而具体的人伦规则，是这些更高的自然法则在具体人际中的体现和要求。

本文以为，如果对儒家的自然法观念中的法则作提炼和抽象，以下法则是最为基础和重要的，即：仁、义、信。而其他的一些要求，是可以吸收在这些法则中的。比如，诚与信在内容上具有很大的同一性，《白虎通德论-性情》将“信”解释为“诚”，“信者诚也”（《中庸》中对“诚”讲得特别多，而其他文献中则主要讲信。如果品读经典，或可感知两者有些区别，宋儒朱熹还专门解释了两者的区别。但这是不是两个自然法则，可以再探讨）。又如，忠恕，孔子认为是仁之方，是仁的践行方式。“五常”中的礼与智，很难归于自然法则，不好说自然法则要求人们遵守作为人定法的“礼”（虽然儒家观念中礼体现自然法）。在这三个法则中，最为根本的又是仁。

作为自然法则的仁

作为自然法则的仁，我们可还原为法则表达方式，即人是仁的，或者，人应当仁。而仁，核心指的是爱人。

人是仁的，即人性本仁。如孔子所说，“仁者人也，亲亲为大”[26]。孟子所说“人无有不善”。“恻隐之心，人皆有之。”“恻隐之心，仁也”“仁、义、礼、智，非由外铄我也，我固有之也。”[27]人应当仁，如孔子所说，“人而不仁，如礼何？人而不仁，如乐何？”[28]为人不仁，人心已失，虽表面用着礼乐，实与礼乐何干？“天，仁也……人之受命于天也，取仁于天而仁也。”[29]

仁者爱人，樊尺问仁时孔子作了这样的回答。儒家文献在许多处谈及仁政、君子的品行修养时，都表达了爱人的主张，特别是要富民、教民。比如孔子在与冉有谈治国时的“富之”“教之”主张，[30]又如，孟子在答梁惠王问时说，明君当制民之产，使之衣食无忧，然后谨痒序之教，使民从善。[31]孔子在与子路谈到自己的抱负时也说“老者安之，朋友信之，少者怀之。”[32]

为何爱人？因为天地间人最贵，天爱人。《尚书-泰誓》载：“唯天地万物父母，唯人万物之灵。”“天矜于民，民之所欲，天必从之。”“唯天惠民”[33]《礼记-礼运》载：“人者，

---

[26] [宋]朱熹《四书集注》，陈戍国标点，岳麓书社 2004 年版，第 32 页。
[27] 见[宋]朱熹《四书集注》，陈戍国标点，岳麓书社 2004 年版，第 359、362 页。
[28] [宋]朱熹《四书集注》，陈戍国标点，岳麓书社 2004 年版，第 70 页。
[29] 张世亮等译注《春秋繁露》，中华书局 2012 年版，第 421 页。
[30] 见[宋]朱熹《四书集注》，陈戍国标点，岳麓书社 2004 年版，第 163 页。
[31] 见[宋]朱熹《四书集注》，陈戍国标点，岳麓书社 2004 年版，第 232、241 页。
[32] [宋]朱熹《四书集注》，陈戍国标点，岳麓书社 2004 年版，第 93 页。
[33] [清]阮元校刻《十三经注疏》（上），中华书局 1980 年影印版，第 180、181 页。

其天地之德，阴阳之交，鬼神之会，五行之秀气也。”“人者，天地之心也，五行之端也。”[34]其意为人感天地覆载之德，为天地心，得五行之秀气，而有仁义礼智信之禀赋。天爱人，人法天，人当爱人。所以，仁爱是一自然法则，其本于天地之好生。而且，仁是许多社会义务发生的根据，即本其仁而当为，如天地之大爱就是无不持载，无不覆帱（这也是儒家对君王的要求）。

当然，儒家的爱是有等差的，是“泛爱众”，主张“亲亲”“尊尊”，“老吾老及人之老，幼吾幼及人之幼。”因儒家的仁爱在具体不同的人际中表现不一样，所以，有人批评儒家的仁爱有局限，责其不同也不如基督教或西方的博爱精神。这样的抽象比较批评也不能说没有意义，但放在社会实际中就会显得比较简单。儒家主张絜炬之道，由近取譬，讲究恕道，推己及人，“老吾老及人之老，幼吾幼及人之幼。”就是絜炬、恕道的表达。从爱自己的老人小孩出发，爱及他人的老人小孩。当然，这种爱在程度上会有所不同，比如，丧服制中要求儿子对父母要守孝三年（基于幼儿在父母怀抱中喂养三年），这就不能推广到为天下人的父母守孝。其实，基督教和西方文化也是这样，我们从西方家庭的抚养和继承制度中就可以看到这种“爱”也是有等差的，没有说因博爱，一个人要抚养天下人的孩子，或与别人分享其父母的遗产。西方的制度也肯定这种爱的差等，博爱也是有局限的。

作为自然法则的义

居仁由义，义是行仁的路径。人者仁也，就必当以义行。

《论语-卫灵公》载：“子曰：‘君子义以为质。’”[35]孔子说的是君子以义为本。《孟子》载：“自暴者，不可与有言也。自弃者，不可与有为也。言非礼义，谓之自暴也。‘吾身不能居仁由义’，谓之自弃也。仁，人之安宅也。义，人之正路也。旷安宅而弗居，舍正路而不由，哀哉。”[36]以孟子之说，不言礼义，不居仁由义，是为自暴自弃，不可与之言，亦不可与之为。这种人也实在是可悲的。这些都是说，人当有义，人当为义。

但何为义或义为何呢？按董仲舒所说，“义”在处理人我关系中是主正我的。《春秋繁露》载：“《春秋》之所治，人与我也。所以治人与我者，仁与义也”“《春秋》为仁义法，仁之法在爱人，不在爱我；义之法在正我，不在正人。”[37]正我在于人我相宜。义，亦即宜。《中庸》说“义者宜也。”[38]《白虎通德论》解：“义者宜也，断决得中也。”[39]指与人之交往中当裁量得当，相与合宜。《易-乾》载：“利者，义之和也。”[40]各得其宜而和同为利。义利是儒家讨论的一对重要范畴，从儒家的理论来说，并非两者只是对立而人们只能在其中择一，所谓利，不应当是私利，而当是义之和，是相与合宜，非所合宜，自当不为。所谓

[34] [清]阮元校刻《十三经注疏》（下），中华书局，1980 年影印版，第 1423、1424 页。
[35] [宋]朱熹《四书集注》，陈戍国标点，岳麓书社 2004 年版，第 187 页。
[36] [宋]朱熹《四书集注》，陈戍国标点，岳麓书社 2004 年版，第 313 页。
[37] 张世亮等译注《春秋繁露》，中华书局 2012 年版，第 314 页。
[38] [宋]朱熹《四书集注》，陈戍国标点，岳麓书社 2004 年版，第 32 页。
[39] 扫叶山房辑《百子全书》第六册，浙江人民出版社 2013 年影印本，第 269 页。
[40] [清]阮元校刻《十三经注疏》（上），中华书局 1980 年影印版，第 15 页。

舍利取义，即主张舍私利而取合宜。这种观念，可以对比后来西哲康德的主张："权利的普遍法则可以表达为：外在地要这样去行动：你的意志的自由行使，根据一条普遍法则，能够和所有其他人的自由并存。"[41] 两者似乎是有些相似和勾连，跨越千年，异曲同工，都是法则的表达。

作为自然法则的信

作为法则，即人应当有信。《论语》中记载曾子说："吾日三省吾身：为人谋而不忠乎？与朋友交而不信乎？传不习乎？"记载孔子要求弟子"谨而信"，要求学当以忠信为主，即"主忠信"。[42]《大学》在讲人的规范时也说，"与国人交，止于信。"[43] 孟子也说："有天爵者，有人爵者。仁、义、忠、信，乐善不倦，此天爵也。公卿大夫，此人爵也。古之人修其天爵，而人爵从之。今之人修其天爵，以要人爵；既得人爵而弃天爵：则惑之甚者也，终亦必亡而已矣。"[44]其说也是将"信"看作是天道。这些都是主张人当有信的言说。

何为信？《说文解字》："信，诚也。"[45]《白虎通德论》："信者诚也，专一不移也。"[46]那么，诚又是什么？宋儒朱熹解释："诚，实理也。""诚是自然无妄之谓。"自然无妄，一切本其性，本其理，就其实，无自欺，亦无欺人。

为何要诚信？《中庸》说，诚者是天道，也是人道。"诚者，天之道也；诚之者，人之道也。"[47]《中庸》说，唯天下至诚，能尽人与物之性，进而能参天地之化育。[48]这里的至诚和参天地之化育，就是对天下之人与物，能因其性，循其理待之，使人各得其所，使物各得其宜。[49]这里就很有由诚而造就社会和谐、造就人与自然和谐的意思。

但诚与信还是有一些区别的。朱熹说，"诚是个自然之实，信是个人所为之实。《中庸》说'诚者，天之道也'，便是诚。若'诚之者，人之道也'，便是信。""'诚'字以心之全体而言，""忠信以人言之，须是人体出来方见。"[50]在朱熹的观点中，"诚"似乎更广于"信"，它讲究的是人的心与行的统一，且当信处是信、当忠处是忠、当仁处是仁。[51]

在儒家自然法观念中，仁、义、信，是天对人的要求，由此，也是制度构成的法则。

儒家自然法观念有以下几个方面的特点：

第一，儒家观念中的人是具体的和有差别的。西方许多社会理论或政治理论都以对人的假设为前提，比如，人是独立的、理性的、自由的，然后以此作为构划国家法律制度的前提。儒家观念也有对人的认定，但与西方观念不同，儒家的"人"是具体的、有差别的。

---

[41] [德]康德：《法的形而上学原理——权利的科学》，沈叔平译，北京，商务印书馆 1991 年，第 40 页。
[42] [宋]朱熹《四书集注》，陈戍国标点，岳麓书社 2004 年版，第 55、56、57 页。
[43] [宋]朱熹《四书集注》，陈戍国标点，岳麓书社 2004 年版，第 8 页。
[44] [宋]朱熹《四书集注》，陈戍国标点，岳麓书社 2004 年版，第 370 页。
[45] [汉]许慎撰《说文解字》，中华书局 1963 年影印版，第 52 页。
[46] 扫叶山房辑《百子全书》第六册，浙江人民出版社 2013 年影印本，第 269 页。
[47] [宋]朱熹《四书集注》，陈戍国标点，岳麓书社 2004 年版，第 35 页。
[48] 见[宋]朱熹《四书集注》，陈戍国标点，岳麓书社 2004 年版，第 37 页。
[49] 见[宋]黎靖德编《朱子语类》第四册，中华书局 1986 年版，第 1569-1570 页。
[50] [宋]黎靖德编《朱子语类》第一册，中华书局 1986 年版，第 103 页。
[51] 见[宋]黎靖德编《朱子语类》第一册，中华书局 1986 年版，第 102-104 页。

所谓具体，指的是每个人都是社会关系中的人，不是抽象的人。所谓差别，指人的天赋（气禀）和社会位置（地位）的区别。天赋方面，虽人人都有天命之性，但或因气禀不同，每个人有所不同，有生而知之的圣人，有学而知之的中人，有自暴自弃的下愚；或因修道不同，故率性不同（“天命之谓性，率性之谓道，修道之谓教”）。社会地位（位置）不同，如每一个人一出生，就是一个具体的人，有父母子女关系，父母子女的社会地位（位置）是不同的。父母有养育责任，子女将来有回报的义务。这不同于西方想象中的抽象：每一个人都是独立、理性、自由的，独立的个人为了自己利益的最大化以社会契约建立社会和国家（好像也可以不建立似的），故每个人在社会中是平等的。这在儒家观念中不可想象。儒家所面对的社会是现实的，子女一出生就处在与父母的关系中，父母就有抚养之义务，这是天命，不是契约。人的关系纵横展开就是宗族和家国天下中不同的人的关系，每个人的行为方式，由其所处的社会位置决定，这也是由天理而不是契约决定的。人的社会位置应当是可变的，变化决定于其对道的认知和德性修养，如孟子认为“人皆可以为尧、舜”，故应当“贤者在位，能者在职。”[52]又如程颐说“夫王者，天下之义主也。民以为王，则谓之天王天子；民不以为王，则独夫而已矣。”[53]

第二，以义务为核心。在儒家的自然法则中，没有权利，只有义务。无论是作为一般法则的仁、义、信，或是在君臣、父子、兄弟、夫妇、朋友等具体关系中的行为准则，对比现代法的权利义务划分，都是义务要求。这既有儒家社群主义观念的原因，也反映着古代法以义务调社会关系的共性。

第三，人的义务是由社会位置决定的，社会地位越高，社会义务越多、责任越重。

仁、义、信在具体践行上，依社会地位不同而要求不同。所以有君仁、臣忠、父慈、子孝等不同方面的要求。用现代的话来说，越是社会精英，社会义务越多，责任越重。这表现在两个方面。一方面是职官要求，即官职越高，责任越重。比如从《周礼》不同层级官吏的职责规定可见这种特点。按《白虎通德论》的解释，帝王也是一个职（爵）位，“德合天地者称帝，仁义合者称王。”[54]另一方面，是对君子的要求。君子是修养良好的贤德之人，可为君，可为朝臣，也可是不在朝之贤达。君子守道，在朝则治国，在野则传道化民，于其所在之位尽心于天命，如孟子说的，“得志，泽加于民；不得志，修身见于世。”[55]儒家对君子的责任讲得最多，比如要践行的“五常”、“三达德”，包括了仁、义、礼、智、信、勇等。《大学》讲的“格物、致知、诚意、正心、修身、齐家、治国、平天下”，就是一个由君子之养成到王化天下、“明明德于天下”的过程。君子德性或作为之极至，就是尽人之性、尽物之性，参天地之化育。君子的具体作为要“素其位而行”，为君要仁，爱民如子，

[52] [宋]朱熹《四书集注》，陈戍国标点，岳麓书社 2004 年版，第 373、265 页。
[53] [宋]程颢、程颐著《二程集》上，中华书局 2004 年第二版，第 273 页。
[54] 扫叶山房辑《百子全书》第六册，浙江人民出版社 2013 年影印本，第 575 页。
[55] [宋]朱熹《四书集注》，陈戍国标点，岳麓书社 2004 年版，第 386-387 页。

富之教之；为臣要忠，如孔子言“大臣者，以道事君，不可则止。”[56]。在什么位置、什么环境，尽什么责任。这个位置，就是“名”，“名”定，则“分”定。故儒家非常注重这种确定地位的“名”。孔子认为，管理国家，正名极为重要，名正才能言顺，言顺才能事成，才能礼乐兴、刑罚中。[57]

三、儒家自然法观在当今的意义

在民族和国家的演进中，儒家思想两千多年来一直影响着中国人的心性，影响着制度的建设和运行，回望历史和观察现今，似乎民族和国家演进中的一切得失、进退，都与之相关，所以，对于儒家思想，学界是褒贬俱存。由此，本文在谈及其自然法观在当今的意义，以下前提有必要先提及。

观念与制度及制度运行有别，观念中合理的，并不一定体现在制度中，体现为制度要求的，也并不一定得到贯彻。比如，儒家主张德高者在位，仁义合者王，主张仁政，制度和制度运作并不都是这样，现实中常是王者自诩合仁义，苛政猛如虎，君主对民众之盘剥常如率兽食人，官员常贪得无厌，民众则困苦不堪。且，儒家思想整体上在特定时期服务于特定阶级，其糟粕甚多，其等级特权思想危害甚烈。对于这些，学界多有批判，本文不作赘言。本文主要想从共同体共同利益的维系机制，以及关联着文化流传的民众心性特点和行为习惯，来看儒家自然法观中可取的内容，利用具有根源性的文化资源，来促进当今的制度建设。由此，本文觉得有必要从以下几个角度思考这种以义务为核心的自然法观的意义。

第一，儒家从关联角度看人的存在的意义。

儒家虽主张人人有天命之性，但并没由此导出人们社会平等的结论，反而主张不同社会地位有不同的责任，并以天地、日月、阴阳等尊卑关系来证明人们社会地位不平等的合理性，这看起来好像在逻辑上有些矛盾。但我们可以感觉到，儒家眼中的人，其实是现实中的人，他并非来于天，而是生于地，生于父母，存于现实的家国（社会）关系中，儒家就从这种现实的关系中抽象出社会职责（名分），这种抽象，依托着自己的社群主义的理想，希图在大同社会已经消失的社会背景中，构筑一个有仁爱、人相宜（义）的和谐社会。

可以说，从现实关联角度看人的社会存在，这在方法上虽不同于一些西方自然法学流派对人理性、平等的假定，但这种认识角度，也是为许多哲学家所主张的。如马克思提出，“人的本质不是单个人所固有的抽象物，在其现实性上，它是一切社会关系的总和。”[58]又如罗素批评自我主义所说的，人不是孤独不群的动物。[59]后现代社会构建论的奠基人与倡

[56] [宋]朱熹《四书集注》，陈戍国标点，岳麓书社 2004 年版，第 146 页。
[57] 见[宋]朱熹《四书集注》，陈戍国标点，岳麓书社 2004 年版，第 161 页。
[58] 《马克思恩格斯选集》第一卷，人民出版社 2012 年第三版，第 139 页。
[59] [英]罗素著《西方哲学史》（下卷），马元德译，商务印书馆 1976 年版，第 225 页。

导者格根也提出，人是关系性存在。“不是独立的个体相聚而形成某种关系，而是关系赋予独立个体存在的可能性。”[60]这些观点，也都是主张从人的现实关系认识人的存在。

从抽象的人出发，或从现实关系中的人出发，来考虑权利义务的划分和构建，意义当有所不同。前者可以一个抽象的人为逻辑原点，比如，理性、独立、自由，以此推出社会关系中每个人都平等、自由，都自己照看自己的利益并对自己的行为负责，人们合作，以契约关联。人人照看自己，上帝照看大家。因自己的无知无能（假定中不存在无知无能，因人人都是理性的）、天灾等而遭受不幸，与其他人没有任何关系，救济是上帝的事业。后一种主张的情形则有不同。现实中的人在德性和能力上就是有差别的，权利义务的划分必须考虑到这种差别：或是限制其不利作用（如强者负一定义务帮助弱者），或是完全从结果上消灭差别的作用（如不论德能，职位轮流；不论勤绩，平均分配）。应当说，从实际关系中考虑人的现实差别，进而考虑制度设置，是有重要意义的，至少是不可少的。比如，罗尔斯在设计正义原则时，因考虑到社会处境中最不利者的存在和当如何对待。就提出了差异原则。[61]当然，儒家的方法不同。

第二，从合理利益保护方式看义务的意义。

儒家自然法的特点是以义务为核心的，强调每一个人在社会中依其地位尽责。从现代法学理论来看，忽视权利是一个重大缺陷乃至是一个严重问题，似乎不讲权利就是否定个人利益。我们应当看到，儒家不是不言利，比如，孔子说“君子喻于义，小人喻于利。”[62]这里讲的就是小人思想觉悟不高，言利以引导；君子觉悟高，言义以引导。孔子还说，“富与贵，是人之所欲也，不以其道得之，不处也。贫与贱，是人之所恶心也。不以其道得之，不去也。”[63]这里讲的就是君子对利的态度，即不合道之利，不义（宜），君子不取。所讲的还是一个“利者，义之和也”的观点。

从利益与法的关系来说，利益的保护，所依托的是法律的权利和义务，权利与义务共同指向法律所确认的利益，只不过在具体的法律关系中，一些利益的实现其依托权利运用是主要方面（如所有权关系），另一些利益的实现则以依托义务的履行为主要方面（如债的关系），还有一些利益的实现依托义务的履行，但同时，利益主体的法律声索权（主张权）不一定明晰（如公共利益的实现，古代修桥、铺路、办教育、济贫、救灾即是这样）。第三种情形直接涉及社群共同利益维系，这种共同利益又包含着社群中每个人的合理利益。可以说，共同利益的维系和促进，其所依托的机制主要不是权利声索，而是义务的意识和义务的履行，是每个成员对共同利益的维护和奉献。在前述第一、第二种情形中，明确的权利义务共同指向合法利益，对义务的重视和履行，是合法利益实现的必不可少条件。

---

[60] [美]肯尼思·J.格根著《关系性存在：超越自我与共同体》，杨莉萍译，上海教育出版社 2017 年版，第 53 页。
[61] 见[美]约翰•罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社 1988 年版，第 292 页。
[62] [宋]朱熹《四书集注》，陈戍国标点，岳麓书社 2004 年版，第 82 页。
[63] [宋]朱熹《四书集注》，陈戍国标点，岳麓书社 2004 年版，第 79 页。

从权利和义务对社会运作所产生的作用来说，人人重视自己的权利，靠权利来督促义务的履行，可能产生的是一个具有发展活力但人际纷争较多的社会；人人重视自己的义务，以义务指向他人的合理利益实现，可能产生的是一个和谐但乏发展活力的社会。当然，最优是两者并重，并非只有权利意识和权利要求才是合理利益的保障，由此，我们可以看到儒家对义务重视具有的意义。特别在现代，共同体的关联更加紧密，公共领域和公共利益更加拓展，包括人类命运共同体的提出，这些都向人们提出了更多的义务要求和加强了每个人义务的重要性，中国的共同富裕的建设，东西部的共同发展，全面消除贫困，以及近期新冠的疫情防控，都是例子，这些目标的落实，都需要我们重视义务的安排和义务的落实，由此，也都需要重视传统文化资源中关于义务的认识。

第三，社会精英的社会责任

与西方的古典自然法反对不平等不同，儒家希望大同，又认可及主张等级。但是，儒家并不主张或赞成等级压迫，“天之爱民甚矣，岂其使一人肆于民上，以从其淫，而弃天地之性？必不然矣。”[64]相反，儒家主张以仁爱或施行仁政限制压迫。同时，儒家主张的不同等级的社会位置，其所居条件在于人的德性和能力，即“贤者在位，能者在职”。有德者在位，德位相配。德越高，才位越高，而位越高，则是或应当是越施仁爱，位高当以善政养民，富民而教，儒家所盛赞的尧舜禹就是例子。孟子说：“有天爵者，有人爵者。仁义忠信，乐善不倦，此天爵也；公卿大夫，此人爵也。古之人修其天爵，而人爵从之。今之人修其天爵，以要人爵；既得人爵，而弃天爵，则惑之甚者也，终亦必亡而已矣。”[65]孟子对“今之人”得人爵即弃天爵是批判的。先秦儒家文献所说的在位在职者，在今天来说即是社会精英。以儒家自然法观念来理解，社会精英当担负更大的社会责任，因为他们更理解天道，便负有更大的使命。这种观念与西方的平等观念的确有所不同，它更强调精英的义务而不是每个人平等的义务，这对于今天社会共同体的共同发展要求来说，特别对于中国共同富裕的发展要来说，是有重要的参考意义的。

第四，合理的法律家长主义的安排

儒家的仁义理念和精英更大社会责任的理念，都体现着一种家长主义的观念。对民众的家长主义关怀，是儒家所赞扬的。“‘乐只君子，民之父母。’民之所好好之，民之所恶恶之，此之谓民之父母。”[66]儒家主张当权者应以民心为己心，爱民如子。儒家所赞扬的制度，也是一种家长主义的制度，而非当今的民主制度。

现在从民主自由角度来批判家长主义的主张，是有道理的。因为家长这一称呼意味着权力，是一种可以忽略被管理者意志和要求的决策权（像家长对未成年小孩一样）。我们很多人看到了这一方面的问题。但是，家长主义还有另一方面，即主张政府及官员当以一

[64] 杨伯峻编著《春秋左传注》（三），中华书局 2009 年第三版，第 1018 页。
[65] ［宋］朱熹《四书集注》，陈戍国标点，岳麓书社 2004 年版，第 370 页。
[66] ［宋］朱熹《四书集注》，陈戍国标点，岳麓书社 2004 年版，第 13 页。

种父母对子女的慈爱之心来对待民众，如“为人父，止于慈”，“民之所好好之，民之所恶恶之。”在古代没有民主制且民智未开的情况下（绝大多数人不识字和知识贫乏），这种德性和制度要求，是有值得正面评价的因素的。当然，当今的情形已发生了很大的变化，民众的智识水平已有很大提高，民主自由的思想已经流行，民主法治也已实行。所以，现在主张政府及官员应当是公仆而不是家长，这的确是社会的进步。

公仆的理论起于西方。公仆不同于家长，公仆的权力范围以民众的授权为限，凡未授权均为禁止，政府及官员的权力是人们所警惕和防范的。西方资产阶级革命后，人们只将国防、治安、公共设施建设等权力交由政府行使，意在保留一个守夜人式的政府。但是，随着生产的高度社会化及随之引起社会关系的巨大变化，各方面的社会管理需求激增，且专业化管理要求越来越强，守夜人式的无为政府已无法适应这种要求，故政府向有为、家长式方向转变。由此，法律向政府授权，也由列举式授权向概括式授权转变。尽管家长主义受到自由主义的高度警惕和严厉批评，但现代西方的政府和法律制度在很多方面都表现出了家长主义的特点，比如，即使不伤害他人，也否定理性人的自我决策，如在一些领域强制保险，限定劳动时长，禁止吸毒，强制驾车系安全带等，除这些涉及限制个人自由的立法外，政府还广泛开展了促进社会福利方面的管理和立法，“关照”公民的管理和立法越来越多。

我们可以认定，整体的家长式政府，是对社会成员自由和权利的否定。但是，在一定的社会领域，在一定程度上授予政府管理的家长式权力是必要的，因为当今社会生活环境越来越复杂，每个人的智识在全面应对现实问题时越来越显得有限，即使假定我们都是理性人，但实际这种“理性”也是有限的。比如，我们不可能分别一切食物是否符合卫生健康要求，也不可能依靠追惩式方式事后给我们提供救济，我们只有依靠政府的专业干预来保证食品的安全。又如，我们的福利，如教育、医疗、失业、养老等，也需要政府安排和“关照”。此外，还有类似抗疫这类紧急状态的处理和安排。这些方面我们的确需要政府及官员“好民之所好，恶民之所恶”，以人民的需要为依归，履行好自己的职责。为保证这种职责的履行，我们必须给予政府一定的概括性授权，必须由政府像家长一样来处理相关事务，并要求政府及官员履行善良家长的应尽之责，故同时，我们必须建立对政府权利运用程序合法性和结果合理性的监督制度。正是在这种意义上，我们可以看到儒家自然法观念中的家长主义传统所包含的合理因素，一些富民而教、恤孤济贫的仁政理念、要求和措施，是值得参考的。

习近平总书记关于全面依法治国论述的思想内涵及其逻辑展开

杨春福[1]

中国法治现代化经历了一个极不平凡的历史进程。党的十八大以来，以习近平同志为核心的党中央对全面推进依法治国、加快建设社会主义法治国家作出了重大战略谋划和精心部署。在领导法治中国建设谋新篇、开新局的伟大实践中，习近平总书记作出一系列重大决策、提出一系列全面依法治国新理念新思想新战略，全面依法治国形成理论创新与实践创新良性互动、理论创新与理论指导同时推进的生动局面。习近平总书记关于全面依法治国的重要论述有其丰富的理论内涵、严密的内在逻辑。

一、习近平关于全面依法治国论述的理论渊源

任何历史事件及其关键人物思想、学说的形成发展都不是偶然的，也绝非凭空臆造出来的。习近平全面依法治国思想自然也不例外，其形成发展既是对中外法治理论传统的批判和继承，也是对当代中国社会现实挑战的主动回应，其理论渊源主要有三个方面:

首先，传统中国的法治观念是习近平全面依法治国思想形成发展的肥沃土壤。可以说，传统中国法治思想中蕴涵的合理内核对深受中华传统文化浸润的共产党人来说，必然受其感染和熏陶。

其次，马克思主义法学思想是习近平全面依法治国思想形成发展的理论根基。中国共产党人运用马克思主义唯物辩证法的基本原理，在继承马克思主义经典作家法治理论观点的同时，将它与中国特定的国情结合起来，开创了马克思主义法治理论中国化的历史进程，马克思主义法学思想是习近平全面依法治国思想最直接的来源。

第三，近代西方法治理论是习近平全面依法治国思想形成发展的重要借鉴。西方法治思想精髓和要旨闪烁着理性光辉，对中国特色社会主义法治建设是有积极借鉴价值的。习近平总书记强调指出，围绕社会主义法治建设重大理论与实践问题，推进法治理论创新，汲取中华法律文化精华，借鉴国外法治有益经验，但决不照搬外国法治理念和模式。

[1] 杨春福，东南大学法学院教授、博士生导师。

二、习近平关于全面依法治国论述的理论内涵

全面推进依法治国，要求把法治建设事业视为一个庞大的系统工程，统筹考虑法治建设的内部要素与外部要素，使依法治国基本方略能够得到全面有效落实。

首先，全面依法治国的目标是全面的。

其次，全面依法治国的主体是全面的。

第三，全面依法治国的环节是全面的。

第四，全面依法治国的领域是全面的。

第五，全面依法治国的保障措施是全面的。

三、习近平关于全面依法治国思想的逻辑展开

作为科学的理论体系，习近平全面依法治国思想并不是单纯的就全面依法治国所面临的一系列基本问题进行论述，而是十分注重各构成要件之间的逻辑联系和辩证关系。对于习近平全面依法治国思想的科学体系，我们应依据唯物辩证法的基本原理去揭示其内在的基本逻辑。这一逻辑就是其思想中所蕴含的五大要素的逻辑展开。

第一，全面依法治国的战略考量。

第二，全面依法治国的根本方向。

第三，全面依法治国的总体布局。

第四，全面依法治国的推进方略。

第五，全面依法治国的保障机制。

四、 习近平关于全面依法治国论述的理论特色

作为中国特色社会主义法治理论的最新理论成果，习近平全面依法治国思想已具备科学的理论形态和与时俱进的理论品质，不仅具有深厚的历史底蕴，而且呈现出实践性、真理性、时代性等鲜明的理论特色。

五、结语

论国家治理体系与治理能力现代化的核心是法治化

周世中[1]

【摘　要】国家治理现代化包含有国家治理体系的现代化和国家治理能力的现代化，而这两者的现代化又分别包含有治理的民主化、科学化、智能化、法治化等意蕴。在国家治理的民主化、科学化、智能化、法治化的四个意蕴中，法治化是国家治理现代化的核心。

【关键词】国家治理体系；国家治理能力；现代化；法治化

一、国家治理体系的现代化蕴含了法治体系的现代化

法治体系是国家治理体系的重要组成部分，法治体系的现代化是国家治理体系现代化的应有之意。

国家的治理体系是一个国家在政党、政府、社会组织、公民的主导和运作下，形成的治理国家事物，保证国家稳定、促进社会发展的制度和规范体系。这一体系是一个庞大的系统工程，涵盖了一个国家的政治制度和政治体制体系、政策体系、法治体系、经济规范体系、道德规范体系、习惯习俗规范体系等。一个国家之所以得以正常运转，正是在国家的治理体系控制下，得以完成的。

政治制度和政治体制体系，是指在某一个社会中，统治阶级遵循某种统治的原则，采取某种方式，通过组织政权，为实现统治阶级的利益，对各种政治关系所做的一系列规定。广义的政治制度包含了政治体制。而狭义的政体，是指政权的组织形式。我国的人民代表大会制度是国家的根本政治制度。人民行使权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。人民是国家的主人，主权在民。人民选举产生自己的人民代表，人民代表对人民负责，受人民监督。国家的几大机关，包括行政机关、审判机关、检察机关、监察机关，都由全国人民代表大会选举产生，并且对全国人民代表大会负责，受全国人民代表大会监督。我国的政治体制体系还有中国共产党领导的多党合作和政治协商制度。政治制度和政治体制体系在我国的治理体系中处于顶层的地位，它决定了国家的性质。对各种政治关系做出具体的规定，引导国家发展的方向。

政策体系是指国家政权机关、政党组织和其它社会组织为了实现自己的利益和意志，规定在一定的时期内，应该达到的组织目标、完成的历史任务、采取的措施和实行的对策。政策具有阶级性的特点，国家的政策反映了统治阶级的意志，政党的政策，反映了某一政党全体党员的意志。政策还有它的时效性，它总是在一定的历史条件下，一定的时间内有

[1] 周世中，广西师范大学法学院，教授、博导。

效，过了这一时间则自动失效。政策还有它的表述特点，它由制定政策的机关和组织，通过语言和文字表达出来，形成一定的规范体系。作为国家治理体系的政策，一般分为对内的治理政策体系和对外的治理体系政策。我国对内的治理体系政策包括了财政经济政策，文化教育政策、劳动政策、军事政策、民族政策、环境保护政策、宗教政策等。对外治理体系政策包括国家的外贸政策、文化交流政策、军事政策等。政策体系在国家的治理中起着重要的作用，它使国家的利益，通过政策的宣传和落实，深入到人民的心中，为人民所理解和把握，再内化为一种行动的动机和动力，激励人民去实践、去奋斗，从而实现国家利益。政策体系是国家治理体系中的重要组成部分。

经济规范体系，是指一个国家或者一个经济组织，为了维护国家内、或者经济组织内正常的经济活动和经济交往而制定的行动准则。经济规范体系依赖于一定的经济组织而存在。所谓的一定的经济组织，是指一群经济个体之间具有相互联系、个体间有各种经济交往活动，货币可以互相兑换，某一个经济个体的经济状况都会对整个经济组织造成一定程度的影响。经济规范体系对一个国家和一个经济组织的经济活动起着重要的作用。建设一个国家的现代化经济体系，必须遵循经济发展的规范和准则。如市场经济的准入、经济主体之间的物流、资金流、人力资本的流动等，都必须符合市场经济的准则和要求，只有这样，才能使国家的现代化经济体系得以建立和发展。

道德规范体系是指在一定社会中，指导人们道德意识发展变化，制约人们道德行为选择的准则和规定。人类社会的道德现象有多方面的内容，可以分为道德活动现象、道德意识现象和道德规范现象，这三者之间存在着紧密的关系，道德意识对道德行为有指导作用，对道德规范的形式也有引领作用，而道德规范则对道德行为起着直接制约作用。在这三者中，道德规范体系处于核心地位。一定的社会有一定的道德规范体系。在我国，社会主义的道德规范体系，特别是社会主义的核心价值观，起着非常重要的作用，作为社会主义的价值目标和道德准则，指导和制约着全人民的道德意识和道德行为的选择。以德治国，并将其上升为一种治国方略，就是道德规范体系在治国理政中作用的表述。

法治体系，是指有中国特色的社会主义法治体系，习近平同志对这个法治体系作了阐释，他说全面推进依法治国，就是要“在中国共产党的领导下，坚持中国特色社会主义制度，贯彻中国特色社会主义法治理论，形成完备的法律规范体系、高效的法治实施体系、严密的法治监督体系、有力的法治保障体系、形成完善的党内法规体系，坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进，坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设，实现科学立法、严格执法、公正司法、全民守法，促进国家法治体系和治理能力现代化[2]。”习近平同志的这短精辟论述，讲了两点：第一，社会主义法治体系是五位一体的体系，从法律法规的制定，到法律法规的实施，再到法治的监督和保障，最后到党内法规体系，它们是有机的统一体，建设中国特色的社会主义法治体系，就是要最终实现五位一体的形式。第二，法治

2 习近平：关于《中共中央全面推进依法治国若干重大问题的决定》的说明，载《人民日报》2014 年 10 月 29 日，第二版。

体系的建设与国家治理体系和治理能力现代化息息相关，它直接影响着国家治理体系和治理能力现代化息息相关，它直接影响着国家治理体系和治理能力的现代化进程和能否最终实现。

从上述国家的治理体系的几大部分中，国家的法治体系是国家治理体系中的有机组成部分，而且是最重要的组成部分。国家治理体系的现代化自然应包括了国家法治体系的现代化。

二、国家治理体系的现代化必须优先考虑法治体系的现代化

法治体系在国家治理体系的诸系统中处于核心地位，国家治理体系的现代化首先是法治体系的现代化。在国家治理体系的诸多要素中，不同的时代，不同的国家，不同的要素发挥着不同的作用。在奴隶社会和封建社会中，奴隶主和封建主处于统治阶级的地位，为了对奴隶和农民实施残酷的压迫和剥削，政治控制的手段，是奴隶社会和封建社会国家得以运行的主要手段。到资本主义社会，资产阶级看到了奴隶社会与封建社会国家崩溃的致命弱点，改变了国家治理体系，产生了资产阶级法律至上的法治观念，形成了一套资本主义国家的法治体系，法治成为资产阶级治理国家的最重要手段。当人类社会进入社会主义时代。法治体系更是有了更高的地位，成为社会主义国家的治国方略。

在我国进入中国特色社会主义新时代的今天，依法治国，建设社会主义法治国家，已经成为治理国家的最主要利器。与其它治国手段相比，法治具有不可替代的优越性。

法治体系与政治体系相比较，政治体系实质上是一种权力体系，表现在治理方式上，主要是重行政长官的意志，按照层级制、官僚制，通过执行行政长官的命令，实现对国家的控制。这就容易导致重行政长官的意志轻法律的规定，重上级指示而轻法治原则，重行政长官的权威轻法律尊严，重行政执行的效率轻法定程序，重行政权力的行使轻法律的约束。从这个意义上说，政治体系的运作和实现，必须与法治体系紧密结合，将政治权力法定化，权力行使程序化，权力监督常态化，这样才能保障政治体系对国家的控制是民主的、科学的、法定的。

法治体系与道德规范体系相比较，道德规范体系对国家的治理，简称德治，表现为国家通过道德的提倡，使道德的规范深入人心，成为人们内心的“自律”。国家通过社会舆论来扬善抑恶，扶正压邪。从而使人们的行为符合道德的要求，规范自己的行为。但是，道德是一种无形的软约束，德治也是软调整，对国家的治理缺乏强制力。对于那些自以为“良心值几个钱”的人来说，道德的约束力就显得尤为苍白无力。从这个意义上说法治体系确实比德治更有可操作性和可执行性。法律把诚实守信、遵守社会公德，尊老爱幼相互扶助等道德规范外化为法律要求的“必须”，从而实现道德规范的强制力。

法治体系与经济规范体系相比较，经济规范体系对国家的调控，是通过经济利益的手段，来实现的。它强调经济利益，经济效益优于社会公平，在一定程度上，经济规范体系

在社会上推行“先经济后社会”、“先生产后民生”、“先污染后治理”的调控模式。这种调控模式，在一定的历史时期内，对发展国家的生产，促进经济的增长，起到了很大的促进作用。但也容易造成社会不公，分配不均、环境破坏等严重的社会问题。相比较而言，特别是当中国的社会经济发展到今天，倡导以人为本，注重分配公平正义，平衡多元社会主体之间的利益，最大限度地追求公平正义，这就需要将法治体系的调控摆在更重要的地位。

从法治体系与政治体系、经济规范体系作为治理国家的手段的比较中，我们可以看出，法治体系在国家治理体系的诸多体系中，处于核心的地位，国家治理体系的现代化的核心是法治体系的现代化。

三、国家治理能力的现代化本质上也是法治能力的现代化

国家治理能力，是指国家治理的主体，运用治理手段（体系），管理国家事务的执行力。习近平同志对此有明确的阐述，他指出：“国家治理能力则是运用国家制度管理社会各方面事务的能力，包括改革发展稳定、内政外交国防、治党治国治军等各个方面[3]。”习近平同志还具体分析了国家治理能力的外延，他指出：“必须适应国家现代化总进程，提高党科学执政、民主执政、依法执法水平，提高国家机构履职能力，提高人民群众依法治理国家事务、经济文化事务、自身事物的能力，实现党、国家、社会各项事务治理制度化、规范化、程序化，不断提高运用中国特色社会主义制度有效治理国家的能力[4]。”从习近平同志关于国家治理能力的论述中，我们可以看出，国家治理能力既有蕴含在制度框架与制度体系之中的潜在的治理能力，也有治理主体的治理能力。两者相比，主体的治理能力更重要。因为制度体系中所潜在的治理能力，也有治理主体的治理能力。两者相比，主体的治理更重要，因为制度体系中所潜在的治理能力，需要通过主体的治理能力转化为现实的治理能力。

主体的治理能力表现为多个方面的有机统一。主体的应对能力，面对复杂的环境，面临各种挑战，能否正确地加以把握，勇敢地加以控制。主体的知识能力，主体所受教育的背景，所具备的专业知识，所形成的专业文化渗透力。主体的执行力，主体如何在行动中，明确自身治理的目标，如何有效地操作与运行制度框、治理体系，实现自身的治理目的。主体的法治思维能力与法治实践能力，主体是否具有法律规则的知识，是否适用法律规则来规制自己的行为，管理国家的事务，依法执政、依法治国。

国家治理能力的现代化，既包括国家制度 内含的现代化，更包括国家治理主体能力的现代化。而在国家治理主体能力的现代化中，主体的法治思维能力和法治实践能力是非常重要的组成部分。国家治理主体法治思维能力与法治实践能力能否实现现代化，在很大

3 习近平：《切实把思想统一到党的十八届三中全会精神上来》，《人民日报》2014 年 1 月 1 日。
4 《完善和发展中国特色社会主义制度推进国家治理体系和治理能力现代化》，《人民日报》2014 年 2 月 18 日。

程度上制约和影响了国家治理主体能力现代化的完成，在这个意义上，我们也可以说国家治理能力现代化本质上是法治能力的现代化。

四、法治化是衡量国家治理体系现代化的重要标准

衡量一个国家的治理体系是否现代化，有许多标准。不同的学者，有不同的概括。但是，学界一般比较公认的标准有五条：第一，公共权力运行的制度化和规范化。公共权力如何能做到制度化和规范化。这就需要法治，需要通过法律明确规定权力机构的职权，即职权法定；需要通过法律明确规定权力行使人的权力范围，权力大小以及对违反规则的处罚措施；还需要法律对权力运行的程序做出明确规定，这样才能使公共权力运行实现制度化和规范化。第二，民主化，即公共治理和制度安排。都必须保障主权在民，用我们自己的语言说，就是人民当家作主，国家的法律和政策要反映人民的意志，体现人民的主人翁的地位。这也需要法治，需要通过宪法和法律来规定和保障人民权利的实现。第三是法治，依法治国，宪法是国家治理的最高准则，法律是国家治理的最重要的手段，人人都必须在宪法和范围内活动，不允许有超越于宪法和法律的特权。第四是效率，即国家治理应当通过各种治理手段，维护国家的社会秩序和稳定，提高国家治理的行政效率。提高国家生产的能力，造福于全国人民。第五是协调，国家治理体系是一个有机的制度系统。从政治到法治，从经济到社会，从中央政府的治理到党的治理，从政府的治理到社会组织的治理，各种治理体系交织在一起，必须协调各种治理体系的关系，使其达到最佳治理的结果。从这五条标准看，每一个衡量标准都离不开法治，其中，第三条法治是直接标准，另外四条标准，最终都离不开法治，都必须依靠法治可能完成，可见，法治化是衡量国家治理体系现代化的重要标准。

五、良法是实现善治的主要路径

最早提出治理并付诸实施的是一些世界国际组织，诸如世界银行、国际货币基金组织，这些组织不仅对治理进行了专门的理论研究，而且还提出了善治的概念，并且把善治作为评估受援国现状的主要标准之一。对于那些没有达到善治的国家，就要求进行改革，否则，则停止经济援助。

什么样的治理才是善治呢？在这些国际组织看来，一个国家要实现善治，必须引入自由之义的市场经济体制，使国内市场自由化。与此相适应，政治上要具有合法性、社会秩序稳定、行政工作效率高。联合国开发计划署对善治下了一个定义：“善治也应该是有效率的和公平的，而且它促进法治。善治确保政治、社会和经济的优先发展是建立在一个社会的广泛共识基础上的，而且确保一个社会在做出发展资源的分配决策过程中最穷和最弱势

人群的声音被听见[5]。”我国的学者也对善治作了界定，俞可平先生提出：“善治就是使公共利益最大化的社会管理过程[6]。”善治的提出，使我们赋予了治理新的价值因素，解决了治理的价值目标问题，从而使治理达到了工具性和价值性的统一。治理涉及到的价值有民主、人权、法治、平等、透明、责任等。法治是实现善治的最重要的价值之一。

既然法治是实现善治的重要价值。我们就必须重新审视法治的问题。我们知道，法治有良法之治和恶法之治。显然，恶法之治无法达到善治，恰恰相反，它破坏了善法。只有良法之治，才可真正实现善治。良法，是反映人民意志的，符合社会发展规律的法律，适用这样的法律，才能使公共利益最大化，才能使政府和公民的合作关系达到最佳状态。

5 转引自俞可平主编：《国家治理评估-中国与世界》，中央编译出版社 2009 年版。
6 参见俞可平《治理与善治》，社会科学文献出版社 2000 年版，第 8-9 页。

新媒体时代法治传播的困境与优化路径

易有禄[1] 熊文瑾[2]

【摘要】新媒体因其便捷性、即时性、高效性，在传承法治传统、文化等方面具有重要的功能，但也存在碎片化、非理性、不确定性等普遍问题，追究其缘由在于法治信息整合不足、理性文明参与不足、理解鸿沟难以弥合等。新媒体时代法治传播具有传播主体更为多元、传播内容更为全面客观、传播媒介日益复杂、传播受众地位日益凸现、传播领域日益广泛迅速等特点，通过以主体间性理论推动、以正面议程设置引领、以传播实效检验法治传播等优化路径，试图解决上述新媒体法治传播面临的困境，从而实现法治传播领域良性互动的有利局面。

【关键词】法治传播；新媒体时代；主体间性理论；议程设置

人们内心的利他主义与休戚与共的内在本能倾向，引导他们关注外在的世界[3]。这使在人们之间进行包括法治在内的信息传播成为一种可能。德国法学家哈贝马斯在论述其商谈程序主义法律范式时认为“只有对可理解的、引人注目的信息的广泛流传，才能确保对参与者的充分包容”[4]。他提出，规则形成过程，或者说意见形成和意志形成过程中，“主体间性”的商谈成为了其中的核心要素。比利时法学家胡克在阐述其沟通主义法律观时认为，“‘找到’（假定的）某一正确的答案的方法不能为超级法官赫拉克勒斯所独享，而只能通过沟通性论辩(communicative argumentation)获得；在这种沟通性论辩中，我们一起找到了当下存在的最佳可能答案。”并得出“法律人之间的一种合乎理性的对话是‘正确’地解释和适用法律的最终保证”的结论[5]。前两位学者将“商谈”或“沟通”上升为法哲学的高度，为法治传播辅设了理论前提。如果人们的意识形态是原生法治文化土壤的话，新媒体则是凝聚当下大众意识形态重要的传播渠道。新媒体因其便捷性、即时性、高效性，在传承法治传统、文化等方面具有重要的培基固本的功能，并已经成为现代人与外界交流的重要平台和渠道。与传统媒体相比较，新媒体信息交流方式具有不同的特点,这些特点在当代社会法治精神培育方面产生着与传统媒体不同的结果。新媒体具有着类似于“桥和船”一般的重要意义，对当代法治传播能否达致良性互动有利局面的彼岸发挥着关键性作用。

对于法治与传媒的关系，贺卫方曾指出大众传媒的影响力正呈现出愈来愈强化的趋势，并对新闻自由对维护法治的价值、传媒的监督权及其限制以及如何保护新闻自由进行较为详细的论述[6]。夏雨认为，法治具有传播天性，并认为需重构一种人本法律观、生活法

---

1 易有禄，江西财经大学法学院教授、博士生导师。
2 熊文瑾，江西财经大学法学院博士研究生，江西省社会科学界联合会助理研究员、编辑。
3(英)哈耶克.致命的自负[M].中国社会科学出版社.2000:8.
4(德)哈贝马斯著,童世骏译.在事实与规范之间：关于法律和民主法治国的商谈理论[M].北京:三联书店.2014.9:447
5(比)胡克,孙国东译.法律的沟通之维[M].北京:法律出版社,2008:13.
6贺卫方.传媒与司法三题[J].法学研究.1998(06):20-25.

律观、沟通法律观为基础的中国法哲学，从而实现中国法治事业[7]。吕明对中国普法实践进行论述时提出，需要将普法（法治传播）作为特定的实现意识形态“社会黏合”功能的方式方法，这样才能实现“守法”[8]；普法（法治传播）应通过法律的“合法性”证成为根本，从而才能在传播者与受众之间实现有效益的“良性互动”。上述学者的论述多在传统传播形式背景下进行，而在数字媒体背景下，法律人共同体是否适应新的传播变局，是否能在新的传播环境中让法治如空气一般渗透到社会的各个角落，他们又怎样达致比较成功的法治传播实践，从而实现法治传播良性互动的效用，这些问题是当前法治传播面临新的时代背景时亟待解答的重要课题。

本文试图通过分析新媒体时代法治传播存在的碎片化、非理性、不确定性等普遍性问题，剖析当前中国在新媒体时代法治传播困境背后的主要缘由，以“5W”（即法治传播者、法治传播内容、法治传播媒介、法治传播受众、法治传播效果、法治传播领域）为视角分析新媒体法治传播特点，对新媒体时代法治传播的优化路径进行探析，从而试图实现良性互动的法治传播局面。

一、新媒体时代法治传播存在的问题及原因分析

（一）新媒体时代法治传播存在的问题

1.法治传播的碎片化

法治传播所承载的信息并不是法律本身，它只是表达了法律。法治作为一种价值理性，具有深刻的内涵和严密的逻辑体系，而新媒体的法治传播现状多以受众“眼球”为导向，并且受新闻规律影响较重。比如，以“学习强国”APP 为例，其对于法治传播虽安排“法纪”一栏，具体包括“法纪新闻、廉政、以案释法、普法课堂、宪法法律、行政法规、法规性文件、党章党规”等分栏目，但是，将“法纪新闻”排在第一位，而将宪法法律、行政法规等放在最后，表达着传播者对新闻信息更为重视的价值偏爱倾向。比如，笔者在 2019 年 9 月 26 日，对学习强国 APP“法纪新闻”栏目进行抽样，平台总共有法纪新闻 36 条，关于通报违纪案例的新闻有 26 条，占其总数的 72%。反腐工作作为党的依法治国战略的重要组成部分之一，但在法治建设方面，民众对法治需要整体性、系统化的理解，而并不仅仅局限于那种局部的、片面化的知识的掌握。民众在新媒体下接受的法治信息多为碎片化，这些碎片化的信息量并不能完全体现法治建设全面的进展。碎片化的传播方式容易产生传播的应景式“独断”现象，并影响到法治传播效果。大部分新媒体，比如“今日头条”“新浪微博”等非官方媒体，其算法规则多将点击率较高的新闻作为传播媒介的关注热点并放在特别引人注意的地方，这种传播策略可能会使公众对法治产生相对片面的判断，使得传播内容呈现“越被关注的越被关注，越被忽视的越被忽视”的“回声室”效果，他们就是一直待在如同“回声室”的同

7夏雨.法治的传播之维[D].武汉大学,2012.
8吕明.在普法与守法之间——基于意识形态“社会黏合”功能的意义探究[J].南京农业大学学报(社会科学版).2012,12(03):118-123.

温层里，往来的都是思想相近的朋友 ，接收的都是肯定自己意见的新闻信息[9]。这与法治传播的目的相去甚远。

2.法治传播的非理性

托克维尔在论述报刊时曾指出："媒体是把善与恶混在一起的一种奇特的力量，没有媒体自由就不能存在，而有了它秩序才得以维持。想得到好处又要避免痛苦，这是国家患病时常有的幻想之一。"[10]新媒体法治传播因新媒体本身具有的开放性，可以让受众在一种相对轻松的语境下参与传播。过去的那种传统传播方式中缺乏的交谈性，在新媒体的传播过程中不同程度得以克服。新媒体正因上述的特性，为其发挥法治监督功能提供了有效工具。但是，这并不是没有一点代价。传播工具本身具有双刃剑的性质，其中较为突出的负面影响则是容易对法治话语中传统敬畏情感造成模糊和疏远。法律权威容易因大众的情绪反映、舆论"绑架"而趋于消解。随着我国法律体系的基本确立和不断完善，法治建设开始从注重立法阶段转向注重司法阶段。新媒体出现一些对法律职能部门的非议、对司法本身的调侃以及对法律工作人员的质疑的现象，这些现象对于扩展民众言论自由来说具有重要的意义，但其中包含的非理性因素对以理性信仰为根基的法治理念的建立，特别是对理性思维较为缺乏的当前社会环境，将产生不利影响。

3.法治传播的不确定性

新媒体时代法律人共同体并不是法治传播的唯一主体。多元传播主体开始参与法治传播，他们以不同的社群形式在不同层面产生着影响，致使法治传播呈现不确定性的特点。传播主体与受众群体之间的信息交流、观点碰撞，使舆论发展方向难以事先预测。过去一元传播背景随着时代的发展发生了改变，法律人共同体间的同质传播，并不必然能对法律人共同体之外的社会实际生活产生决定性影响；数字化法治话语体系背景下，以法官、检察官等公务员阶层为代表的法律人共同体可能与普通民众产生交流"鸿沟"危机。换句话说，普通群体所理解的"法治"与精英法律群体相互传播与理解的"法治"可能会在不同层面上进行解读。专业、优质的法治内容倾向于在精英阶层进行分享，同一类社群接触的法治内容以一种同质化的形式显现，而在那些非法律共同体的社会阶层中的个体之间，具有法治精髓的信息分享将可能寥寥无几。优质法治内容信息本身具有的理想性，并多以"形而上"的形象呈现，相对于非法律共同体而言，和他们面临的生活实践保持较远距离，因此稍显枯燥乏味。机器算法规则下的自我推荐功能的实践，使法治传播的这种困境更为加剧，大量优质法治信息被遗弃在多数新媒体普通受众的传播范围之外。

（二）新媒体时代法治传播问题产生的原因

1.法治信息整合不足

新媒体时代，其信息平台具有多元性，并给信息终端用户提供一种平等参与机会，这是平民文化在信息资源共享方面的体现。随着区块链技术的不断推进，信息资源共享方面将以更广泛、更深刻的形式实现。新媒体技术设计的开放性、包容性、相互联通性，使用

9参见(以)尤瓦尔·赫拉利.今日简史[M].北京：中信出版集团 2018.8:211.
10(法)托克维尔.论美国的民主(上卷)[M].北京:商务印书馆,1988:206.

户更愿意进行互动，并具有低门槛、娱乐化的特点。问题在于信息能否在主体间有效实现沟通和整合，而沟通的失效和信息整合的不足，将造成法治传播的碎片化。比如：在新媒体的法治传播中，由于发声主体的多元性，“各行其是”“各自为战”等情况对于多样性来说具有重要的意义，但是在新媒体时代下，新媒体法治信息整合仍显不足，不同法治传播主体其传播实效各异，这很大程度了减弱了新媒体优势；一些政府官网、官方公众号、微博等新媒体对于涉及自部门自身利益时，其法律信息透明度仍然不高，对于民众的回应积极性不足，表现为新媒体政府主体主动回应性不足；自媒体具有个性化、草根化、传播内容的随意化特征，它们也具有部分信息整合与沟通的功能，但是对于形成怎样的共识并不明确，凸显出自媒体传播主体的弥散性特征。总而言之，法治信息整合不足，使传播受众不易形成整体的法治观。

2.理性文明参与缺乏

新媒体时代传播参与者理性文明参与意识的普遍缺乏，造成无意识的盲目追从性参与、极端参与传播现象频发。一方面，“邸报”传统对新媒体时代法治传播仍然具有较大影响，大多数官方新媒体平台对正面法治新闻报道追捧和热衷；另一方面，传播过程的“突出一段”的“实用主义”现象较多，如戴维·温柏格指出，“它们太容易去夸大那些阶段性的、暂时性的发现[11]”。换句话说，传播“一阵风”现象较为突出，具体表现为对于法律领域中的某些特定阶段的具体司法政策的热情呼应和贯彻宣传。这些现象忽略新媒体法治传播的规律性。新媒体时代法治传播的规律和新闻的特性使普通大众易于对“不寻常”的新闻感兴趣，并将其所接触的新媒体视为一种传播受众负面情绪宣泄的平台。当传播媒介充满正面法治报道时，而正面法治报道“阳春白雪”、“高大上”的外在形象，易与受众需求产生距离。这违背了法治新闻本身需要的“接近性”特性，使信息供应与信息需要之间造成失衡。总之，在新媒体时代，法治传播参与者各方理性文明参与意识的缺乏，使官方 APP、微博、微信公众号等为主流的信息所具有浓厚的行政色彩与底层群体对于这类信息的排斥可能呈一种正向关系。这样，可能导致法治传播目标“落空”。

3.理解鸿沟难以弥合

卢曼指出：“文字的使用与社会从区节区分转向阶层区分的过程是同步发生的……，结果是造成了物质性的和符号性的（修辞学）潜在势力空前地集中于一个社会上层，或者在缺少精英人才的情况下就集中于一个统治官吏阶层”。[12]法律文本与其他文本保持独立，并且以一种进化论的形式存在着对外在环境作出反应的可能性，它们随着时代的变迁将呈现出新的形式。新媒体时代法治传播主要通过对法治形象以微电影、公众号推文、法治新闻等图文或视频方式进行拆解，并将法治内涵的精神外形化或可视化。新媒体所传播出来的法治内容是否得到认可与感知，主要在于受众的解读、检视。但是，在新媒体信息超载时代面前，受众并不是以被动的方式对法治传播全盘接受，而是将主动选择与其自身体验相

11(美)戴维·温柏格.知识的边界[M].太原:山西人民出版社,2014:27.
12(德)卢曼著,郑伊倩译.社会的法律[M],北京:人民出版社,2009:253.

符的信息进行阅读或观看。换句话说，当新媒体法治传播当中表达的内容与他们的心理期望相冲突时，受众或者将从传播场域逃离，或者对这些信息产生排斥情绪而拒绝接受。

法治传播肩负着本质上的政治性使命，同时法治传播信息主要发布者群体体现着“国家”符号本身具有的权威形象。没有多少职业像法律一样关涉语言[13]，法律人对法言法语等“符号”的话语垄断在以平等性为基础的新媒体时代，容易在法律人与普通网民之间形成“符号鸿沟”；法治传播信息本身的信念伦理与新媒体传播受众自身形成的责任伦理，使法治传播容易在传播主体与受众之间形成“伦理鸿沟”[14]；普通民众多以实用主义为指导而注重法律的工具理性，法律共同体则倾向于形成法律的价值理性，这两种不同的思维模式，容易在传播主体与受众之间形成“信仰鸿沟[15]”。如果关于法治形态的知识在社会上只有少数人可以掌握的话，那这种知识的意义也会受到极大影响[16]。早在上世纪 90 年代，国外的法律语言学者就指出，“虽然英文法律主要是用英文写就，但绝大部分说英语的人都被排除在法律符号之外，因为他们不懂法律语言所使用的特殊语域(register)”[17]。这种紧张的情况并不因新媒体媒介的出现而缓和。随着新媒体迅猛发展，知识越来越混沌和不定形，“当知识变得网络化之后，房间里聪明的那个，已经不是站在屋子前头给我们上课的那个……，是房间本身，是容纳了其中所有的人与思想，并把他们与外界相连的这个网”[18]。总而言之，在新媒体时代背景，法治传播参与各方之间的理解鸿沟难以逾越，当下普遍较为缺乏法治精神体验及实践经验的部分受众，因对法治精神的误解和对法治传播漠不关心的态度，可能使法治传播领域产生类似龙种“跳蚤”（播下龙种，收获跳蚤）的现象。

二、新媒体时代法治传播的特点

在新媒体时代,法治传播格局正从传统的单一、平面走向多元、立体[19]。新媒体时代下的法治传播与传统媒体相比不可同日而语。从 5W 视角进行深入分析后，发现人人都成为新媒体时代法治传播网络中的发声者，虽然这对于法治建设带来了挑战。我们可以预测，新媒体，正在成为法治建设的富矿。

（一）传播主体更为多元

“随着新生产力的获得，人们改变自己的生产方式，随着生产方式即谋生的方式的改变，人们也就会改变自己的一切社会关系。”[20]以移动通信、人工智能、量子信息、物联网、区块链为代表的新一代信息技术发展迅猛，法治传播的主体事业也由专门承担普法职责的行政机关、事业单位，转由公、检、法、司等机关为主导，各政府机关、企业事业单位、社会团体、民间组织、群体组织、公民个体共同实施。在自媒体时代，每个公民都是传播者。

13(美)约翰·吉本斯.法律语言学导论［M］.程朝阳,等,译, 北京:法律出版社,2007:1.
14参见(德)马克斯·韦伯.学术与政治[M].冯克利，译.北京:三联书店，2005:107.
15董光鹏,符号学视角下的法治传播研究[J].荆楚学刊,2017.18(01):64-68.
16(法)勒庞著.乌合之众——群体时代的大众心理[M],北京:人民出版社,2015:4.
17Jackson,B.(1990) Semiotics and the problem of interpretation. In P.Nerholt (ed.),Law Interpretation and Reality: Essays in Epistemology. Hermeneutics and Jurisprudence (Dordrecht: Kluwer)pp.158-78.
18参见注 9.
19胡菡菡.自媒体语境下“法治传播”研究的概念使用和理论路径[J].中国网络传播研究,2013(00):221-232.
20(德)马克思，恩格斯.马克思恩格斯文集（第1卷）[M].北京：人民出版社，2009.：602.

“我们可以把自己理解成一帧网页，通过链接和这个世界相互渗透[21]”。普通公民越来越在法治传播上占有重要的席位。面对无数的涉法事件，政府由过去的事先管控，变为事后管控。换句话说，通过微信朋友圈、个人微博，或是个人博客等传播渠道对某一涉法事件首先发声的，由过去的公共部门变成了普通公民。这也使新媒体时代下众多受众对公共部门的监督功能越来越巨大。

（二）传播内容全面客观

新媒体时代背景下的法治传播的内容由过去的那种高端的法律法规的推送、传统法律新闻报道、法律栏目向更为个性、全面、客观、立体方向发展。比如，以《法制日报》、中国普法网为代表的官方新闻媒体，多以普法功能的实现为其主要目标。传统新闻媒体主要报道重要的立法动态和法律事件，主流广播、电视、纸质报刊等设置法制栏目（专栏、专版），多围绕法制的宣传教育功能的实现，并以提高普通受众的法治意识为目标。在全媒体时代人们表现出对法治传播内容的多样性需要，这不但说明社会整体的信息量变多或者信息超载，但更重要的是多样化同时也表达着世界对于人们来说越来越“不可知”。人们实质上仍缺少法治方面的信息。仅仅从一个相对较窄的官方渠道传递出来的对法治信息的理解和认识，已经难以对整个法治信息的实质状况进行相应描写。事实上，官方已经无法完全掌握对于法律新闻或是事件的信息传播过程，法治信息传播过程中可能发生更多的预先无法预测的事情。法治信息传播本身周期被拉长，法治传播整个过程的时间同时也变长，这使法治传播内容更加立体化。民间组织以及公民个人对于法治的理解或是对于某一涉法事件的解读，已较旧媒体时代享有相当程度的言论自由或传播自由，并且一定程度实施着对法治建设的监督功能。在这个过程中，一些对社会可能产生负面影响的涉法信息将经常出现。过去的那种主流媒体传播法治的形势，不同程度地受到公民意识或是社会意识觉醒的挑战，法治传播由传播正面为主，向更为全面、客观的传播方向发展。

（三）传播媒介日益复杂

法律系统的自我描述以作为文本形式的文字为前提[22]。对于法治传播而言，印刷术的发明所产生的文本，使法律系统的自我描述成为可能，并使法律系统与其他如政治、经济、宗教系统进一步区分。但是，新媒体时代，法治传播虽然仍以书面法律文本为主要媒介，但已不仅仅以书面法律文本为局限。新媒体时代，其传播媒介包含着最新科技发展的成果元素，比如 VR（虚拟现实技术）、裸眼 3D 技术、移动智能手机等等，法治传播也由过去的以报纸、法律汇编、纸质期刊、杂志、公益广告、标语、免费传单、免费普法宣传书籍等传统媒介向以法治微信公众号，司法部门单位官方 APP、官方微博以及个人微博、朋友圈分享、抖音短视频等方式转变，法治电视节目的编排形式也越来越多样，比如产生了数量巨大的法治微电影、法治小视频等。法治的传承方式及传播途径日益多元，其手段科技含量高，且传播方式方法日益复杂。

（四）传播领域日益广泛

21参见注 9.
22参见注 10:263.

通过新媒体的传媒工具，法治传播不再局限于某一单位、某一地区或某一国家。信息传播越来越便捷，即时传播的实现使传播内容可以以更快、更有效的裂变速度，以全覆盖的方式进行传播。传播范围越来越广泛，世界出现“地球村”现象。即时传播也使人们的交往方式以及人的社会和文化形态发生了重大变化。在城镇化过程中，新媒体同时也具有反都市化倾向，即"重新村落化"，构成市会社会的建制核心越来越是一些非政府、非经济的联系和自愿联合，并且消解城市的“集权”，使人的交往方式重新回到个人对个人的交往，即恢复回“点到点”的交往方式。比如微信、Facebook、YouTube 等即时通讯平台使人们个体与个体之间的交流实现无缝对接。新媒体使传播范围越来越广泛，并表现出平等的、开放的组织形式，不同地区不同民族不同社群对于法治的理解和解读更易产生共鸣和认同。

（五）受众地位日益凸现

形成合力的受众以新媒体平台中反映民意最直接、尺度最大的公共论坛为阵地，针对法律相关问题的发言评论较为自由，从而打破了传统法治传播中的那种“媒体传播什么、受众接受什么”的格局。新媒体为传播受众提供社交网络功能，正日益成为一种对受众所接触的信息进行向前过滤（filter-forward）的新型过滤器，并对传统的知识的权威性造成“毁灭性”的影响[23]。法治传播受众作为一支独立的权力主体，日渐成为推动法治传播的重要力量。斯特瓦特认为新闻媒体是独立于行政机关、立法机关、司法机关之外的另一种机关，并拥有着比前三者更强大的“第四权”[24]。法治传播受众凝聚合力，发挥主体力量，始于其叙事的情感动员，即在网络公共论坛能在短时间内迅速被解读、复制和传播，形成规模宏大此起彼伏的情绪涌动[25]。而当情绪聚集到一定程度，将被社群共同的诉求整合，从而形成舆论压力。新媒体的受众主体间的互动以及受众群体与法治传播主体的话语博弈，对法治传播造成巨大影响。过去的受众主要处于被动的接受格局发生了革命性变化。总而言之，法治传播受众的主体地位日益凸现。

三、新媒体时代法治传播的优化路径

法治传播在营造高效廉洁的政务环境、构造公平公正的市场环境、形成开放包容的人文环境方面发挥着重要的作用，新媒体时代法治传播需要适应时代赋予的新特点，才能实现良性互动的最终目的。笔者建议，通过在理论层面发挥主体间性理论的推动作用、在具体实践层面落实正面议程设置措施、在反馈层面以社会实效作为检验的标准等方式，理论、实践、反馈三个层面形成合力，从而构成新媒体时代法治传播的优化路径。

（一）以主体间性理论推动新媒体时代法治传播

主体间性理论，来自于对主体性的哲学反思。对于处于转型期的中国社会而言，主体间性理念更加适合新媒体时代的法治传播。新媒体时代，理论本身需要多样化。主体间性理论、共享理念和互动理念等可以为新媒体时代的法治传播提供有效指导。在包括法治意识的知识过滤方式上，新媒体、大数据重塑着过去的旧式知识权威过滤机制，并将过滤方

23参见注 9.
24参见注 6.
25龙佳.“新媒体事件”传播中的受众角色研究[D].长沙:湖南师范大学,2010.

式改变成“每个人参与的社交网络”[26]。正是这种“每个人参与的社交网络”，恰恰符合由现象学创始人胡塞尔提出的“主体间关系体”。这种主体间性理论经海德格尔“个体就是世界的存在”的存在主义解释，伽达默尔的“对话”和“理解”的诠释，哈贝马斯的商谈理论以及胡克的沟通理论而不断得到充实。新媒体中个体之间的交往之流通过向前过滤（filter-forward）的方式进行综合，并就特定议题形成公共意见或是网络舆论。新媒体可以被描述为一个关于内容、观点，也就是意见的交往网络，新媒体交往网络原则上一直向在线的谈话伙伴（网民）或有可能加入的谈话伙伴（网民）开放，事实上，最初以张扬个性为主的微信公众号、个人微博等新媒体交往网络，正不断具有哈贝马斯所认为的俱乐部、咖啡馆、传统报纸等公共领域的交往的功能。正是在这些新媒体交往网络中，人们通过交往进行着社会整合和群体的自我认同，并参与政治讨论。新媒体中的交往的人们具有“主体间共享的言语情境空间[27]”，这种社会空间表现“在参与者对对方的言语活动表达（sprechaktangebote）相互表态、并承担语内行动责任（illokutionare Verpflichtungen）时的时候所进入的那种人际关系”[28]。主体间性理论注意程序主义中的平等参与性，新媒体下的法治传播不同于过去的那种“自上而下式”的普法[29]的区别在于，法治传播本质上应当是其参与者之间具有平等性。即便新媒体交往网络法治传播领域的意见领袖（比如说法学界的权威学者，代表公共机构的官员等），通过将他们的法治理念对他人关于法治的思想、情感、信念产生“影响[30]”，归根结底也须建立在一个具有交往结构平等的非专业人员的公众的信服、共鸣甚至是同意的基础上，并且，与这些公众各种的私人生活历史一起形成“回声”。这种趋于相互理解的以新媒体为中介的交往网络，为大量陌生人之间的对法治这个话题进行相互理解、交往与互动提供了可能。在新媒体交往网络上，由大量非专业人员组成的，并用日常语言进行交流的公众，正在形成的 J.科恩和 A.阿拉托描述的多元市民社会[31]，自我指涉地对法治话题进行它自己的转译。主体间性理论勇于面对多样性，将理解作为交往行为的核心，重视语言在交往中的作用，将生活世界作为交往场域[32]。这种理论仍然摆脱不了无视实际生活中不平等的形而上性影响，从而被后现代主义者福柯等人视为“交往的乌托邦[33]”，但是在以开放性、互动性、平等性为特点，以新媒体为载体，或是在网络虚拟社会中，实现良性互动的法治传播方面，仍比传统主体性理论提供更优的思维范式。

（二）以正面议程设置引领新媒体时代法治传播

在传播领域，议程设置始终起着重要的作用。议程设置指“新闻工作者通过他们报道的内容和方式赋予新闻的重要性（程度），帮助决定公众对一个议题有多重要的认识。[34]”学

26参见百度百科.第四权[EB/OL]https://baike.baidu.com/item/%E7%AC%AC%E5%9B%9B%E6%9D%83/2250940?fr=aladdin.

27参见注 2:446.

28同上注.

29关于中国式的普法，请参见苏力:《送法下乡———中国基层司法制度研究》[M].北京:中国政法大学出版社, 2000,10.

30关于“影响”作为交往过程的一种普遍符号形式，参见 T.Parsons:”On the Concept of Influence”,parsons:Sociological Theory and Modern Society, New York 1967,355-382.

31J.L. Conhen, A.A rato: Civil Society and Political Theory,Cambridege, Mass,1992,346.

32(德)尤尔根·哈贝马斯.交往行为理论(第 1 卷)[M].曹卫东译,上海:上海人民出版社,2004:95-101.

33李素霞,于海燕.哈贝马斯交往行为理论述评[J].河北师范大学学报(哲学社会科学版),2003(4):50.

34(美)杰伊·布莱克,詹宁斯·布莱恩特.大众传播通论(第 5 版)[M].张咏华译,上海:复旦大学出版社,2009:45.

者们主要从“认知模式”“显著性模式”“优先顺序模式”三个角度来考察大众传播“议程设置功能”的作用机制，从而实现公众对媒介"议题"的感知，并由媒介议程的显著度向公众议程的显著度转移，并假定在媒介的议程与公众的议程之间，“媒介的优先议题将成为公众的优先议题[35]”。议程设置理论只强调传播的认知层面上的效果，对于态度和行动层面的效果并没有太多的强调和涉及，并且只对议程的形成阶段进行研究，对于议程本身反映的特定社会问题并不过度看重。但是，正是因为议程设置理论中的上述两个特征，即对认程形成过程的注重和对议题认知效果的强调，在新媒体时代的法治传播领域具有重要的意义。其一，法治形成的长期甚至反复的过程性，适合运用议程设置理论来进行引导。法治意识的形成通常并不立即形成，而需要长期的不间断的时间完成。其二，在法治传播领域，法治客观上被作一种认知层面的知识，议程设置可以发挥其功能。因此可以以议程设置理论来指导法治传播的具体做法。

新媒体作为大众传媒的新形态，其中所包含大量的负面性新闻。但是，法治本身作为一种建构主义的诠释，正面的议程设置对法治建设具有相当的重要性。这并不是说对于法治本身的非议、对于司法人员的质疑，甚至类似于那种无政府主义的解构理论毫无意义。这里只是说，相对于社会解构而言，法治本身的建构性质需要一种正面的议程设置。无论是议题议程设置、属性议程设置还是关联网络议程设置等三个层面的议程设置[36]，通过媒介在法治传播领域中正面的议程设置可以凝聚民众对法治的基本共识，实现持不同意见的群体在新媒体交往网络中就法治议题进行交流和对话，并对民众对法治的意识、情感、心理产生影响，并且摆脱新媒体法治传播中“碎片化”“不整体”的局限。法治传播领域中，传播的内容，特别是高质量的精品传播内容，以及蕴含“平等”“公正”“法治”等一般意义上的基本政治权利的高度浓缩加工的微电影、小视频、公众号推文，将更有实践意义。虽然“在公共交往过程中，通过富有实效的传播媒介来扩散内容和观点并不是唯一重要的事情，也不是第一重要的事情”，[37]对于法治意识的形成，一种公众共同进行并遵守的法治实践规则较前者而言具有更重要的意义。但是，这需要人们对法治的精髓具有较为深刻的准确的把握和体验。人们对直接具体的、更直观的高质量的政治权利的需要比以前更为强烈。如果法治传播的内容，或者说议程设置本身的内容无法满足民众的需要，或难以达到民众的心理期待，其传播欲达致的目标将难以兑现，而作为“桥与船”的作用的新媒体也将难以有所作为。新媒体领域中有意识的正面议程设置，比如对高质量的法治传播精品的推介，使法治从理想、抽象层面向现实、形象层面转变，可以为良性互动的法治传播提供示范和向导。

（三）以社会实效检验新媒体时代法治传播

说服不同于信服，正如修辞诱导区别于理性认证、装饰式修辞上的有效不同于只有实效一样[38]。法治传播的价值最终必须根据公众信服法治这一价值而确定，这与佩雷尔曼将通过理性论述而被信服的受众或听众称为“普遍听众”和“理性的典范”，并将“普遍听众之赞

35张军芳.“议程设置”:内涵、衍变与反思[J].新闻与传播研究,2015(10):111.
36同上注:111-112.
37同注3,447.
38参见(德)乌尔费里德．诺伊曼著.张青波译,法律论证学[M].北京:法律出版社,2014.7:77.

同”认为是法律认证之理性的标准[39]，具有相似的含义。从社会角度来看，法治观念的等级价值，或者说它的固有价值并不显的如理论探讨时那么的重要，重要的是它所产生的实效。知识的传播大概可以分为两类，一类知识是确定的，勿需受众亲身参与和实践的知识，比如大量的自然科学知识；一类知识可以称为不确定的，甚至没有明显的传播者和接受者的，并且主要注重个体实践、体验、诠释的知识，比如说诗歌、艺术、宗教、美学等[40]。对法治的理解也可以从外在的视角和内在的视角[41]来对待，依外在的视角看待法治的知识主要属于前面所说的第一类知识，人们可通过直接学习、复制、或直接从传播者处获得，这使得法治传播成为一种可能。依内在的视角的关于法治的知识则主要属于前述第二类知识。法治本质核心在于前述的第二类知识，其主要注重社会民众个体对法治的自我认可、体验和诠释，这种个体的自我的法治实践对于法治的建立具有决定性的意义。但是,从观察者的角度来检验法治传播的效果,则应该以“社会学家或是历史学家”的外在的角度来观察、检讨、反思以第一类知识为特征的法治传播的实际效果。

对于如何提高运用新媒体这种新的媒介来提高法治传播的外在效果，我们则需要详细地研判这个新媒体信息超载时代。新媒体信息超载时代，民众更需要的是提醒，而不是说教。英国政治家埃德蒙．柏克曾指出，“当人们仅仅将最原初的正确观念看作贫乏空洞的思辨而非实际行动的动力时，恰当的做法是，把这些观念提供给他们的同时，在思想上也以这些观念来刺激他们。”[42]新媒体时代信息常常由发生信息、即时信息、滚动信息和过程信息相混合，法治传播则需要研判传播受众阅读的特性。在多阅读、多任务、以及以互动为常态的信息超载时代，法治传播应该多考虑怎么将法治理论“对象化”“可视化”问题，怎么以受众为中心并为其提供“个性化”“定制化”的法治信息，并且运用大数据的正面效应来分析每位受众的阅读习惯和倾向，以对受众形成视觉刺激，从而使受众牢记法治的观念而不至迷失，防止出现“只说不练”的装饰式艺术品和传播结果的龙种“跳蚤”现象。正如黑格尔所说，“趣味和用途成为判断的标准，因此需要本身也受其影响。必须得须到满足的，终于不再是需要，而是意见了。”[43]

四、结语

美国霍姆斯法官指出：“当你们将恶龙拖出洞穴，置于旷野之中、阳光之下时，你们就可以数清恶龙的爪牙，并且识别它的力量了。然而，将恶龙拖出洞穴仅仅是第一步。接下来，要么就杀死它，要么就驯服它，使之成为益兽。”[44]法律本身一直在与其自身产生的危机不断抗争，以使“法律的锁链”的弊端得以克服，成为整体有益的东西。不论在什么传播媒介形态下推动的法治思想、理念、精神，其最终目的也主要归于此。在新时代背景下，

39Perelman, Chaim/Lucie Olbrechts-Tyteca：La nouvelle rhéoriqué Traite de l’argumentation,1958,3. Aufl.1976,S.40.

40参见宋晓.普法的悖论[J].法制与社会发展.2009(2):33.

41关于法律的外在视角和内在视角,参见罗纳德．德沃金.许杨勇译.法律帝国[M].上海:三联书店,2016,2.10.

42(英)埃德蒙．柏克著，蒋庆，王瑞晶，王天成译.自由与传统[M].南京：译林出版社，2014，10：255.

43(德)黑格尔著，范扬，张企泰译.法哲学原理[M].北京：商务印书馆，1979：206.

44Oliver W.Holmes，Jr.,The Common Law (1881)，New York: Dover Publication，Inc.,1991，p.68.

特别是面对方兴未艾的新媒体信息超载时代和中国特定自然、社会、人文环境背景下，民众法治意识正不断加强的社会转型时期，传播怎样的法治思想、理念、精神以及怎么样传播法治思想、理念、精神，从而实现新媒体时代良性互动的法治传播新局面，这将是值得我们深入思索的主题。党的十九届四中全会对坚持和完善中国特色社会主义制度、推进国家治理体系和治理能力现代化作出了重大战略部署[45]。新媒体时代法治传播，必须呼应时代需求，坚持将中国特色社会主义法治理论和中国特色社会主义法治实践相结合，为构建良性互动的营商法治环境提供服务和发挥功能，以适应中国国情、解决中国实际问题为目标，加强向世界传播中国法治建设经验，促进全球法治文明进步，在世界法治建设舞台发出中国法治的声音而不懈努力。

45中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度 推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定[N].人民日报，2019-11-06（01）.

全面依法治国应坚持科学性与价值性的统一

梁建新[1] 曾嘉[2]

【摘　要】十八大以来，习近平总书记提出“全面依法治国”的重要思想，这是马克思主义法治理论中国化的最新理论成果。践行“全面依法治国”的基本方略，必须遵循科学与价值的双重维度，坚持科学性与价值性的统一：第一、全面依法治国治国应当遵循人类社会法治的普遍规律，同时体现人类尊崇秩序的价值旨趣；第二、全面依法治国应当遵循社会主义法治的基本规律，同时体现中国特色社会主义法治的价值内涵；第三、全面依法治国应当遵循中国共产党长期执政的特殊规律，同时体现人民群众追求美好生活的价值目标。

【关键词】全面依法治国 ；科学性；价值性

新中国成立以来，始于 1978 年中共十一届三中全会的法治建设从无到有、由衰到盛至今已经历时 40 余年。法治建设经历从“法制”到“法治”，从“依法治国”到“全面依法治国”，再到如今的新时代全面推进依法治国，体现了中国共产党领导中国全体人民将马克思社会主义理论与中国具体情况相结合的智慧。

1978 年中共十一届三中全会召开，这次会议更正了十年“文化大革命”的错误，提出新中国最关键的两项决定，一是党和国家工作的中心从阶级斗争为中心转为以经济建设为中心，二是提出“加强社会主义法制”，法制工作方针为“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”。自此，中国开始制定宪法和法律，恢复法律建设，并形成了中国特色社会主义法律体系框架。1977 年，中共十五大上，党创造性地提出“依法治国”方略，“建设社会主义法治国家”。2011 年，十一届全国人大四次会议上，全国人大常务委员会工作报告宣布，一个立足中国国情和实际、适应改革开放和社会主义现代化建设需要、集中体现党和人民意志的，以宪法为统帅，以宪法相关法、民商法等多个法律部门的法律为主干，由法律、行政法规、地方性法规等多个层次的法律规范构成的中国特色社会主义法律体系已经形成。届时，中国用了 30 多年的时间完成了西方资本主义国家法治建设百年才能完成的立法过程，实属人类法治文明史上的一大奇迹。2012 年，中共十八大宣布中国特色社会主义进入新时代，中国法治建设也紧跟着进入了新时代，“全面依法治国”首次被提出，法治工作方针为“科学立法、严格执法、公正司法、全民守法”。2014 年，以法治为主题的十八届四中全会召开，会上通过了《中共中央中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，该《决定》提出建设中国特色社会主义法治体系和社会主义法治国家，中国特色社会主义法治体系不仅是新时代法治建设的总目标，也是总抓手。

[1] 广西大学法学院教授。
[2] 广西大学法学院在读硕士研究生。

全面依法治国的理论基础和指导思想是习近平法治思想。习近平法治思想延续了邓小平理论、“三个代表”重要思想、科学发展观的精神，是马克思主义法学中国化的最新理论成果，是新时代背景下中国社会主义法治理论的最新成果。因此，我们要坚持并善用马克思主义的分析方法去看待全面依法治国，坚持科学性与价值性的统一，才能保证法治的社会主义属性，不陷入法治“误区”。

坚持科学性，实质上就是遵循事物发展的客观规律；坚持价值性，就是体现事物的价值。马克思主义是科学性与价值性的统一，因而成为无产阶级自我解放和改革的指导思想。践行全面依法治国理应坚持科学性与价值性的统一，具体分为三个方面：第一，全面依法治国治国应当遵循人类社会法治的普遍规律，同时体现人类尊崇秩序的价值旨趣；第二、全面依法治国应当遵循社会主义法治的基本规律，同时体现中国特色社会主义法治的价值内涵；第三、全面依法治国应当遵循中国共产党长期执政的特殊规律，同时体现人民群众追求美好生活的价值目标。

一、人类社会法治的普遍规律与人类尊崇秩序的价值旨趣的统一

全面依法治国坚持科学性与价值性的统一，第一个方面就是坚持法治的普遍规律与社会主义法治的价值属性的统一。一个国家要实行怎样的法律制度，进行怎样的法治改革，归根究底是由这个国家的国情决定的。我国的国体是工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主专政的社会主义国家，我国的法治理应体现社会主义的价值属性。

（一）法治的普遍规律

《汉谟拉比法典》是人类所知最早的成文法典，在浩瀚的人类文明发展史中，法治文明史也有数百年的发展历程。全人类的历史和经验证明，法治有着自身的客观的普遍规律，只有认识并遵循其普遍规律，才能利用好法治这个发展文明的有利武器。

1. 社会变革规律

马克思曾在《对民主主义者莱茵区域委员会的审判》中提及，社会以法律为基础，那是法学者们的幻想。恰恰相反，法律应以社会为基础，法律是社会共同的，是由一定物质生产方式产生的利益的表现，不是单个个人的肆意横行。法的制定是建立在对社会现象的认识之上的，只有深刻认识和把握社会规律的立法才是科学立法。马克思说过，立法者应该把自己看作是一个自然科学家，不是制定法律，只是表达法律，如果立法者用自己的想象代替事物的本质，那么我们应该责备他的极端行为。法治是个动态的过程，立法、执法、司法、守法都要用法治践行理性，顺应社会变革规律。社会生产力和生产方式发生变革，法治也要相应发生改变。

2. 发展规律

不同的时代、不同的国家有不同的法治发展路径。古代西方国家是城邦的国家治理形式，古代中国是氏族形式，但几乎西方和东方国家都经历了奴隶制到封建制的过程，而后近现代出现了资本主义和社会主义的分水岭。

新中国的法治发展经历“法制”到“法治”，“依法治国”到“全面依法治国”，说明法治的发展不是靠社会的自然变迁，而是政府改革与社会变迁的相结合，是自上而下、自下而上的发展过程，也是法治理论不断成熟、法治体系不断完善、法治践行不断拓展的过程。

3. “法律至上”的治理规律

法律至上原则是法治作为一种治国理政方式的主要特征。法律是关于权利与权力的社会规范，法律治理国家和社会的核心是权力制约，把权力关进制度的牢笼中，使权力受到制约与监督，保证权利的实现。法律治理就是运用法律的手段解决社会的冲突，让社会形成以来法律展开的内在秩序，发挥法律的指引、预防、强制等作用。

（二）人类社会尊崇秩序的价值旨趣

秩序的原意是指事物有条不紊的状态，秩序分为自然秩序和社会秩序。自然秩序由自然规律支配，比如物长物死，日出日落，月圆月缺等。社会秩序由社会规范来维持，是指人们在长期交往过程中形成的稳定的社会关系模式、状态。

秩序可以说是人类的第一需要，是人类社会尊崇的价值旨趣。16 世纪，理查德.胡克说:“没有了秩序，便不可能有公共生活，因为秩序的缺失是混乱之母。”美国保守主义拉塞尔.柯克把秩序分为灵魂秩序与社会秩序，他说，“如果我们的灵魂失序，我们就会跌入一种无常的状态，无法控制自己的冲动。如果我们的共同体失序，我们就会陷入无政府互相残杀的状态。”摩西十诫分为两部分，第一部分教导人类建立灵魂秩序，处理人与上帝之间的关系；第二部分教导人类建立社会秩序，处理人与人之间的关系。自然法是关于自然秩序的法。美国在圣经的指导下制定宪法，圣经倡导的是世俗治理秩序的分权与制衡原则，批评世俗政权的先知、祭司与君王三者合一的政治模式。中国古代儒家学派，讲究以礼治国，礼也是一种社会秩序，只不过这种秩序建立的基础是亲缘人伦。人们都痛恶封建制的剥削，但是不得不承认无政府主义带来的是更大的秩序混乱。

秩序是法律的重要价值之一，失去了秩序，法律就失去了实现价值和功能的条件。法律最根本而首要的认为就是确保统治秩序的确立，失去了秩序，法治就失去了运行的稳定环境，就要面临着现实的威胁。

（三）全面依法治国既要遵循法治的普遍规律，又要体现人类社会尊崇秩序的价值旨趣

1. 总结历史经验教训，立足基本国情

我党在社会主义建设道路初步探索过程中出现过失误，比如“大跃进运动”犯了经济建设上的“左”倾错误，在生产发展上片面地追求高速度，浮夸风盛行，导致国民经济失调，广大人民群众生活陷入严重困难；再如“反右倾”运动，把阶级斗争扩大化，对我党一些同志作了错误的批判，是建国以来党政治生活的重大错误；还有，文化大革命，对当时的教

育、科学、文化、法制都造成了极大的损害。1978 年，十一届三中全会召开，我党总结国内外社会主义建设的历史经验教训，提出了一系列符合基本国情的治国方案，力挽狂澜地把社会主义建设拉回到正轨上来。意识到法治要遵循不同时代、不同国家的发展规律，践行全面依法治国基本方略，不能照搬域外的法治经验，必须注意总结本国的历史经验教训，探求符合本国发展规律的法治路径。

法治遵循社会变革规律，因而全面依法治国要认识到新时代中国的社会生产力、生产关系等变革的状况，立足基本国情，制定法治方略。中国特色社会主义进入了新时代，我国生产力发展从“落后的社会生产”转向“不平衡不充分的发展”，我国生产关系的体现在于“人民日益增长的物质文化需要”转向“人民日益增长的美好生活需要”。

2. 良法善治

良法善治是一个法治国家的最高境界。中国共产党批判学习古今中外各种法治模式后，提出 “法律是治国之重器，良法是善治之前提”。这表明法治不能够仅仅流于形式，更应该是实质上的。所谓“良法”，从法律本身来说，应该符合世界万物的客观规律，与所调整的对象的发展规律相适应；从制定来说，要科学立法，保证立法权的正当，法律体系完备且不冲突等；从实施来说，全民要自觉守法，国家公权力机关要崇尚宪法、严格执法、公正司法等。

3. 依法治国与以德治国相结合

法治和德治都是人类崇尚秩序的体现。我国历史上历来就有德刑相辅、儒法并用的思想。德治是具有中国特色的治国方式，法治与德治是相辅相成的关系，法为外在规范，道德为内在规范。探寻良法善治，可以利用道德这个具有中国传统的有利武器。治理国家和社会，发挥法律和道德的共同作用，法律规范人们的行为，道德教化人们的思想，外在约束与内在感化并用。在全面推进依法治国的过程中，坚持社会主义核心价值观，弘扬中华传统美德，提高全民道德素质水平，为法治提供良好的人文环境。

4.人类社会的共同价值

全面依法治国是中华人民共和国的法治，是社会主义国家的法治，也是关乎全人类社会的法治，同理，全面依法治国在新时代背景下，也不能囿于一国范围，而应该有世界格局，要注意和国际法治接轨，体现人类社会的共同价值——“和平、发展、公平、正义、民主、自由”。

二、社会主义法治的基本规律与中国特色社会主义法治的价值内涵的统一

习近平总书记说“我们要坚持的中国特色社会主义法治道路，本质上是中国特色社会主义道路在法治领域的具体体现；我们要发展的中国特色社会主义法治理论，本质上是中国特色社会主义理论体系在法治问题上的理论成果；我们要建设的中国特色社会主义法治体系，本质上是中国特色社会主义制度的法律表现形式。”

（一）社会主义法治的基本规律

社会主义法治的基本规律是指，社会主义法治建设全过程的各个基本环节及其相互关系的所遵循的客观的规律，比如经济基础决定上层建筑、无产阶级的阶级性、依靠群众力量等。

1. 经济基础决定上层建筑

经济基础与上层建筑的辩证关系是马克思主义哲学经典的理论之一，经济基础是上层建筑得以存在的根源，是第一性的；上层建筑是对经济基础的表现，是第二性的，经济基础决定上层建筑，上层建筑反作用于经济基础。放到社会主义法治建设中找规律就是说，社会主义法治建设中的法治理念、法律制度的产生、性质、变革都是由所处的经济基础决定的，都要适应其所处的生产力和生产关系，同时发挥社会主义法治这一上层建筑对社会主义国家中生产力和生产关系发展的促进作用。1978 年，我党毅然决然决定把党和国家的工作重心转到以经济建设为中心，中国的法制建设也相应转变为以经济建设为中心，保障经济发展成为法制的核心价值，挽救了社会主义建设，并取得了很好的成效。“全面建设小康社会，最根本的是坚持以经济建设为中心，不断解放和发展社会生产力。”

2. 无产阶级领导的法治

社会主义法治因其阶级性，从始至终且必须是由无产阶级领导的。社会主义法治中立法制定的法律是体现无产阶级统治意志和人民群众意志的法律，必须由代表最广大人民利益的无产阶级来领导立法工作。无产阶级领导执法，保证了执法为民，严格执法。无产阶级领导司法，保证司法公正，每一个人民群众都能从社会主义法治中体会到公平正义。无产阶级在社会主义法治中带头守法，能调动最广泛的群众基础，保证全民守法，扩大社会主义法治的覆盖面。

3. 依靠群众力量

社会主义法治根据人民群众的意志制定法律，“人依法”，社会主义法治以“人民主体”为核心价值，这就要求全面依法治国要以人民为中心。以人民为中心，即法治为民，立法上符合宪法精神，体现人民的利益，符合人民的诉求，尊重和保障人权；推进执法规范化，严格执法纪律作风建设，维护社会治安稳定，保障人民安居乐业；司法为民，让每一个老百姓都能从司法案件中体会到公平公正；提高全民法治意识，法律的权威需要人民去维护，让社会形成尊法学法懂法守法用法护法的良好法治氛围，广泛地保障人民的合法权益。

人民群众是社会主义法治的参与者，依靠群众力量的法治排除“人治”的弊端，又能体现社会主义法治的社会主义性质。人民群众遵守法律就是遵从自己的意志，人民群众维护法律的秩序就是维护自己的切身利益。群众力量推动社会主义法治的进程。

（二）中国特色社会主义法治的价值内涵

中国特色社会主义是中国共产党立足我国基本国情，符合时代发展潮流，根源于改革开放的实践和理论的马克思主义中国化的伟大创新。中国特色社会主义就是指，坚持把马克思主义基本原理和中国实际相结合，探索适合中国自己的社会主义建设和发展道路。中

国特色社会主义的价值内涵不仅包含了马克思主义的价值目标，而且包含了我党在结合中国实际追求的价值目标。

1. 马克思主义的终极价值目标——人的自由而全面的发展

实现共产主义是马克思是主义的终极目标，共产主义社会是人的自由而发展的社会，自由而发展是指全体社会成员的发展或每一个人的发展，社会和谐、人与人之间达成事实上的平等，社会发展与个人发展实现真正的统一，社会发展不再以牺牲某些个人的发展为代价。马克思和恩格斯在 1848 年《共产党宣言》中指出："代替那存在着阶级和阶级对立的资产阶级旧社会的， 将是这样一个联合体，在那里，每个人的自由发展是一切人的自由发展的条件。"[3]

2. 以人为本

中国特色社会主义继承和发展科学社会主义，是融合中国社会主义建设实际有用经验和人民智慧的中国化的马克思主义，继承和升华了马克思主义追求的"人的自由而全面的发展"终极价值。把坚持人民的根本利益作为中国特色社会主义的价值旨趣、出发点和归宿，即以人为本。以人为本，关注民生问题，作为科学发展观的核心，把实现和维护好人民的根本利益作为党和国家工作的出发点和落脚点，重视民生、改善民生、保障民生，坚持人民的主体地位，科学立法，执政为民，司法为民等。

3. 社会主义核心价值体系

中国特色社会主义的价值内涵还系统地凝练在社会主义核心价值体系中。2012 年，党的十八大报告着重指出，"社会主义核心价值体系是兴国之魂"，并第一次对社会主义核心价值观的主要内容作出了言简意赅的凝练。2017 年，党的十九大报告再一次强调"坚持社会主义核心价值体系""培育和践行社会主义核心价值观""把社会主义核心价值观融入社会发展各方面，转化为人们的情感认同和行为习惯"。每个时代都与之相对应的时代精神，新时代中国特色社会主义的价值旨趣就凝练在社会主义价值体系之中，建设社会主义核心价值体系，培育和践行社会主义核心价值观成为新时代坚持和发展中国特色社会主义的灵魂。

党的十八大报告用"富强、民主、文明、和谐，自由、平等、公正、法治，爱国、敬业、诚信、友善"十二个概念词语精炼地表达了社会主义核心观的内容，涉及到对国家、社会、公民的价值要求并将其融贯为一体。

（三）全面依法治国既要遵循社会主义法治的基本规律，又要体现中国特色社会主义的价值内涵

全面依法治国是新时代社会主义建设"四个全面"总方略之一，必须遵循社会主义法治的规律，与此同时，全面依法治国总目标是建设中国特色社会主义法治体系，则需要体现中国特色社会主义的价值内涵。

1. 处理好法治与改革的关系

[3]参见 马克思，恩格斯：《马克思恩格斯选集：第 1 卷》，1995 年人民出版社。

“改革和法治相辅相成、相伴而生”[4]改革和法治对于发展来说，是一驾车的两个驱轮，是一鸟之两翼，改革是发展的巨大动力，法治是发展的有力保障。有两种对改革和法治的关系的错误认识，其一认为改革就是要冲破法律的限制，突破法律的条条框框，法律阻碍了改革的前进，其二认为法律具有稳定性、滞后性，很难对改革其引领作用。这两种认识都是片面的，在法治下推进改革，在改革中完善法治，才是发展的题中要义，也就是我们所说的“两个轮子”。

科学立法是处理改革和法治关系的重要关节。要实现立法和改革方案政策相衔接，做到重大改革于法有据、立法活动主动适应改革发展的需要。改革要做到“于法有据”：第一，改革要在符合我国宪法和以宪法为统帅的法律体系的前提下进行；第二，改革如果和现行法律法规相抵触，那么要及时地进行相应的改废，不能让法律成为改革的“绊马索”；第三，一些地方的先试先行改革是宝贵的实践经验来源，要经法定程序授权实施。法治要对改革起到引领作用：第一，法治通过将国家意志上升为法律的形式赋予改革以国家权威性；第二，法治通过宪法、法律的制定为改革指明方向，为改革提供制度保障；第三，法治规范改革进程，法治原则和宪法精神融入到改革的各个环节中去，坚持依法办事，保证改革的合法性。

2. 坚持党的领导

法治与坚持党的领导的关系即法治与政治的关系，两者是相依相存的，政治最直观的体现就是党政，社会主义法治的本质特征之一是无产阶级的领导，在我国就体现为坚持中国共产党的执政地位，坚持党领导全体人民进行法治建设，全面推进依法治国。习近平总书记说“党大还是法大，是一个伪命题”，“是一个政治陷阱”讲的就是法治与政治的关系。在我国，只有坚持党的领导，才能保证社会主义法治道路的根本属性，才能体现社会主义法治的价值属性。“权大还是法大”才是一个真命题，也就提醒我们权力必须在法治的轨道上行使，不然有可能会损害法治，祸害国家和人民。

3. 坚持以人为本，将社会主义核心价值融入法治建设

2014 年 1 月 7 日中央政法工作会议上，习近平总书记强调，绝不允许对群众的报警求助置之不理，绝不允许让普通群众打不起官司，绝不允许滥用权力侵犯群众合法权益，绝不允许执法犯法造成冤假错案。从满足人的需要、保障人的基本权利、维护人的尊严做起，四个“决不允许”回应了法治发展的核心标准——以人为本。全面依法治国坚持以人为本，就是要保障公民的基本权利、尊重和保障人权、完善对权力的制约和监督。

法治是社会主义核心价值体系的一项基本要素。将社会主义核心价值融入法治建设，就是全面依法治国要坚持以习近平新时代中国社会主义思想为指导思想；全面依法治国要传承中国古代的法治经验，借鉴国外有益经验，注重总结历史经验教训；全面依法治国要结合国家、社会、公民的价值要求，正确对待法治价值观。

[4] 参见习近平:《在省部级主要领导干部学习贯彻党的十八届四中全会精神全面推进依法治国专题研讨班上的讲话》(2015 年 2 月 2 日）。

三、党长期执政的特殊规律与人民追求美好生活的价值目标的统一

我们讲社会主义法治就是要坚持党的领导、依法治国和人民当家作主的有机统一，也就是说，全面依法治国在我们国家，就必须符合中国共产党长期执政规律，满足长期执政的需要，同时，党执政为民，因此，全面依法治国又要体现人民的需要，反映人民的利益，符合人民群众对美好生活的追求与向往。简单来说就是，全面依法治国不能只满足执政需要，还要体现人民利益，使党的法治主张与人民利益有机统一。因此，全面依法治国既要遵循中国共产党长期执政的特殊规律，又要体现新时代中国人民追求美好生活的价值目标。

（一）党长期执政的特殊规律

中国共产党长期执政的特殊规律可以从党执政的合理性和合法性两个方面来阐述。

1. 中国共产党执政的历史合理性

从 1840 年鸦片战争爆发到 1921 年中国共产党成立，是一部屈辱史，也是一部中华民族上下的奋斗史。无论是旧时农民阶级“太平天国”运动、戊戌变法的改良运动，还是资产阶级带领的辛亥革命都宣告失败。究其原因就是领带革命的阶级有自身的局限性、软弱性等。只有中国共产党领导的无产阶级是最具有先进性和革命性的，带领了全国人民取得中国革命的胜利。新时代到来，虽然阶级斗争已经不是国内的主要矛盾，但是社会主义建设，走中国特色社会主义道理，还需要中国共产党带领全国人民奋斗努力。

2. 中国共产党执政的合法性

新中国成立之际，人民政协起草《共同纲领》，各民主党派、爱国人士共同举荐中国共产党为执政党，实行中国共产党领导各民主党派的多党合作制。2018 年 3 月 11 日，宪法修正案正式把“中国共产党领导是中国特色社会主义最本质的特征”写入宪法总纲。

（二）人民群众追求美好生活的价值目标

党的十九大报告明确指出，中国特色社会主义进入新时代，我国社会主要矛盾已经转化为人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾。人民对美好生活的价值追求已然成为新时代的主题之一。美好生活的价值追求不仅仅停留在物质生活层面，而且也表现为对民主、法治、公平、正义、环境等方面的日益增长的需求。

（三）全面依法治国既要遵循中国共产党长期执政的特殊规律，又要体现新时代中国人民美好生活的价值追求

“全面依法治国,是坚持和发展中国特色社会主义的本质要求和重要保障,是实现国家治理体系和治理能力现代化的必然要求,事关我们党执政兴国,事关人民幸福安康。”全面依法治国及要遵循中国共产党长期执政的特殊规律，又要体现新时代中国人民追求美好生活的价值目标关键在于处理好党的领导和法治的关系，健全党内法规，完善党内监督、民主监督。

党要保持问题意识。习近平总书记的重要讲话指出，必须学习掌握事物矛盾运动的基本原理，不断强化问题意识，积极直面和解决前进中遇到的矛盾。我党在社会主义建设过程中无处不透露着问题意识：中共十一届三中全会后，邓小平理论主要回答的问题是“什么是社会主义，怎样建设社会主义”，改革开放的分歧和疑惑主要都围绕这一个中心问题进行；江泽民同志在“三个代表”重要思想中提出“建设什么样的党，怎样建设党的问题”，党建围绕如何保持党的先进性问题展开；党的十六大，以胡锦涛同志为总书记的党中央，提出科学发展观，回答了“实现什么样的发展，怎样发展”的问题。

党的领导和社会主义法治有内在的一致性，全面依法治国必须坚持党的领导，人民是法治最广泛的主体和源泉，以人民美好生活的价值追求为党执政的价值追求，保证社会主义法治的民主性。

健全党内法规，党规当纪要比国家法律严苛，党带头守法，保证公正司法，提高功法公信力，努力实现人民对公平正义的价值追求。抓住领导干部这个关键少数，领导干部处在党的重点工作岗位上，领导干部必须自觉牢牢树立“四个意识”，对法律始终抱有敬畏之心，自觉维护宪法法律的权威，带头遵法学法用法护法。

四、结语

全面依法治国应坚持科学性与价值性的统一，即既要遵循法治的普遍规律，又要体现人类尊崇秩序的价值旨趣；既要遵循社会主义法治的普遍规律，又要体现中国特色社会主义法治的价值内涵；既要遵循中国共产党长期执政的特殊规律，又要体现新时代中国人民追求美好生活的价值目标。这要求人们处理好法治与德治、法治与党的领导、法治与社会主义核心价值、法治与人民美好生活追求等方方面面的关系，才能向全面依法治国总目标不断进发，建设中国特色社会主义法治体系，建设社会主义法治国家。

重大行政决策事项范围的法治化限定

郭兴利[1]

【摘　要】现有地方政府规章对重大行政决策事项范围的规定，不仅存有差异，甚而相互冲突，加之过于原则与抽象而缺乏可操作性。其纠偏路径在于，应该在制定地方政府规章时规定行政决策涉及的资金达到政府财政收入的一个适度的具体比值，而不是直接规定行政决策涉及资金的具体数值；对基本权利的界定应以宪法文本为标准，但有必要对宪法文本中基本权利作一种体系化的诠释。所以，应按照法治的基本精神，将“重大行政决策”的具体范围限定为：当行政决策是具体行政行为时，其涉及的资金达到本级人民政府财政收入的适当比例时就是重大行政决策；当行政决策是抽象行政行为时，只要其涉及公民基本权利时就属于重大行政决策。前者从数量的角度对重大行政决策进行限定是数学理性影响下法律形式化的必然要求;后者从基本权利的角度对重大行政决策进行限定是权利作为法的基石范畴的应然要求。

【关键词】行政决策；重大决策；重大行政决策；财政；基本权利；决策法治化

在一个资源高度集聚化的现代社会，政府的重大决策往往会带来广泛的社会影响。然而，由于受传统决策模式影响，一些关涉群众基本利益的重大行政决策可能违拗法治基本精神，造成不良的影响，为社会管理带来新的挑战。因此，党的十八届四中全会强调：“把公众参与、专家论证、风险评估、合法性审查、集体讨论决定确定为重大行政决策法定程序”、“建立行政机关内部重大决策合法性审查机制”、“保证法律顾问在制定重大行政决策、推进依法行政中发挥积极作用”、“建立重大决策终身责任追究制度及责任倒查机制。”很显然，如何落实十八届四中全会提出的重大行政决策的机制与制度，是加快建设法治政府过程中的一个重要问题。那么，重大行政决策的事项范围应该如何界定？这不仅是重大行政决策法治化研究中的基本理论问题，也是推进法治政府建设中的重大实务问题，本文拟对此作一个简要的讨论，以求达到抛砖引玉之效。

一、重大行政决策事项范围的实践乱象

什么是重大行政决策的具体的事项范围，这无疑是重大行政决策法治化的基本前提。虽然我们在日常语言中经常使用重大行政决策一语，但该词是否可以作为一个规范术语来使用，则是一个需要认真研究的问题。

2019 年国务院颁布了《重大行政决策程序暂行条例》，其在第三条规定了重大行政决

[1] 法学博士，淮阴师范学院法政学院教授，223001。本文是国家社科基金项目（“包容性增长中的不平等及其法律应对研究” 14BFX139）的阶段性成果。

策事项的范围，但是整体上比较宏观。那么，重大行政决策事项的范围在地方性法规或者地方政府规章中情况如何呢？考虑到省级人大及其常委会尚未对重大行政决策的具体事项范围以地方性法规的形式作出规定，[2] 因此，从包含“重大行政决策事项范围”内容的现有的省级地方政府规章来研究重大行政决策的事项范围，就是我们在文本研究中基本而重要的文本选择。经检索，含有“重大行政决策事项范围”内容的省级地方政府规章至少有 15 个，即《重庆市政府重大决策程序规定》、《天津市人民政府重大事项决策程序规则》、《湖南省行政程序规定》、《江西省县级以上人民政府重大行政决策程序规定》、《青海省人民政府重大行政决策程序规定》、《山东省行政程序规定》、《广西壮族自治区重大行政决策程序规定》、《江苏省行政程序规定》、《宁夏回族自治区重大行政决策规则》、《内蒙古自治区重大行政决策程序规定》、《甘肃省人民政府重大行政决策程序暂行规定》、《浙江省重大行政决策程序规定》、《辽宁省重大行政决策程序规定》、《云南省重大行政决策程序规定》、《上海市重大行政决策程序暂行规定》（按照生效时间先后排列，同一天生效的，按照颁布时间先后排列）。[3] 我们将这些规章中对“重大行政决策事项范围”内容归纳为“贯彻报请类”、“法规规章类”等 19 个不同类型（详见表一：省级地方政府规章中“重大行政决策事项范围”对比表），发现这些地方政府规章对“重大行政决策事项范围”的规定至少存在以下值得讨论的问题:

表一：省级地方政府规章中“重大行政决策事项范围”对比表

省别 / 内容	渝	津	湘	赣	青	鲁	桂	苏	宁	蒙	甘	浙	辽	滇	沪
贯彻报请类					+										
法规规章类	+				+		+				+				
规划计划类	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
财政资产类	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+
重大政策类	+	+	+	+	+	+	+	+	+	+		+	+	+	+
人事人才类		+													
行政收费类			+			+	+	+	+	+			+		
服务价格类			+	+		+	+	+	+	+	+		+	+	
生态资源类		+							+						
产业行业类	+	+													
限制措施类														+	
应急预案类	+						+				+				
行政体制类		+	+	+	+	+		+	+						
行政区划类							+								
民主法制类	+	+													
为民办事类							+								

[2]我们主要查询了“中华人民共和国中央人民政府·法规库”、“中国人大网·法律法规库”、“中国法律法规库检索查询系统”、“法制网·法律法规数据库”、“法律图书馆·新法规速递”、“法律界·法规库”、“法律之星·中国法律检索系统”、“北大法宝·法律法规”、“北大法意·法律资源”等数据库。

[3] 需要说明的是，我们检索到黑龙江、贵州、湖北、福建、安徽、四川、山西、河北等省制定了含有重大行政决策事项范围的省级地方规范性文件，考虑到其效力低于省级地方政府规章，受本文篇幅所限，我们从约处理，但其基本内容与 15 个省级地方政府规章类似。

兜底条款类	+	+	+	+	+	+		+	+	+	+	+	+	+	+
授权条款类	+		+	+		+		+		+		+	+	+	+
排除规定类		+				+						+		+	

（说明："+"代表该省的地方政府规章中重大行政决策事项范围含有该类型的相关规定）

第一、省级地方政府规章中对"重大行政决策事项范围"的规定有个别冲突。这里的冲突，不是泛指某一事项在一省被纳入"重大行政决策事项范围"而在其他省没有被纳入，而是特指有的事项，在某一省被规定为重大行政决策事项范围之内，却在另外个别省被明确排除在重大行政决策事项范围之外，即同一事项在不同省级地方政府规章中有明确相反的规定。例如，重庆将"提出地方性法规草案、制定政府规章"、广西将"提出地方性法规草案、制定政府规章和重要的规范性文件"作为"重大行政决策事项范围"的第一项，这种行文的顺序本身就凸显了该类事项在该省"重大行政决策事项范围"的重要地位，因为"重要文献的行文顺序体现着制定者的价值理念"，[4] 但是，山东不仅没有将这些事项纳入其"重大行政决策事项范围"，而且明确排除了该事项适用"重大行政决策程序"，其规定"起草地方性法规草案和制定政府规章，适用《中华人民共和国立法法》等有关法律、法规、规章的规定。"又如，"城乡规划"、"土地利用总体规划"、"政府定价"在较多省份的地方政府规章中都被纳入到"重大行政决策事项范围"，但却被浙江明确排除在外，其规定上述事项"适用相关法律、法规的规定"。这种对"重大行政决策事项范围"的规定相互冲突的情形，充分说明"重大行政决策事项范围"混乱的地方立法实践。

第二、省级地方政府规章中对"重大行政决策事项范围"的规定有明显差异。虽然各省地方政府规章规定的"重大行政决策事项范围"都具有"规划计划类"、"财政资产类"、"重大政策类"等相关内容，但在"贯彻报请类"、"人事人才类"、"为民办事类"、"限制措施类"、"行政区划类"、"民主法制类"等方面却有明显的差异。例如，在上述 15 个省级地方政府规章中，只有青海将"研究省政府贯彻落实党中央、国务院及省委的重要决议、决定和工作部署的实施意见；研究省政府需要报请国务院审批或者提请省委、省人民代表大会及其常务委员会审议的重大事项"规定为"重大行政决策事项范围"，只有天津将"全市人才工作和人才队伍建设中的重大事项"规定为"重大行政决策事项范围"，只有云南将"为保护公共安全和公共利益，维护社会治安、社会稳定、社会秩序采取的长期限制性措施"规定为"重大行政决策事项范围"等。进一步讲，即使上述 15 个省级地方政府规章都将"规划计划类"、"财政资产类"、"重大政策类"等事项纳入了"重大行政决策事项范围"，但是，在不同的省级地方政府规章中，对该类事项的具体内容，仍然有一定的不同。我们以"规划计划类"为例（详见表二：省级地方政府规章中"规划计划类重大行政决策的具体内容"对比表），大部分省级地方政府规章都将"国民经济和社会发展规划、年度计划"、"各类总体规划"、"专项规划"等纳入了"重大行政决策事项范围"，但是，青海没有把"各类总体规划"、"专项规划"纳入"重大行政决策事项范围"，广西也没有把"国民经济和社会发展规划、年度计划" 纳入"重大行

[4] 郭兴利：《党员义务本位：党章文本的价值解读》，《云南行政学院学报》2006 年第 5 期。

政决策事项范围”等。再进一步讲，即使都规定了“国民经济和社会发展规划”的，有的还同时把“国民经济和社会发展年度计划” 纳入“重大行政决策事项范围”，如重庆、湖南、江西、山东等，有的则没有同时将“国民经济和社会发展年度计划”纳入“重大行政决策事项范围”，如江苏、辽宁等。此外，15 个省级地方政府规章中，只有宁夏将“空间发展战略规划”纳入到“重大行政决策事项范围”。这些都意味着，有些事项在一省被纳入“重大行政决策事项范围”而在其他省没有纳入，这在逻辑上难以自洽，只能说明我们对究竟什么是“重大行政决策事项范围”的认识还处于模糊状态。

表二：省级地方政府规章中“规划计划类重大行政决策的具体内容”对比表

省 别	规划计划类重大行政决策的具体内容
渝	国民经济和社会发展规划、年度计划、城市总体规划、土地利用总体规划、自然资源开发利用总体规划、生态环境保护等专业规划、产业发展规划、产业区域布局的规划
津	国民经济和社会发展规划、计划、城市总体规划、土地利用总体规划、城市近期建设规划、专项规划
湘	国民经济和社会发展规划、年度计划、各类总体规划、重要的区域规划和专项规划
赣	国民经济和社会发展中长期规划、年度计划、各类总体规划、重要的区域规划、专业规划
青	国民经济和社会发展规划草案、年度计划草案
鲁	国民经济和社会发展规划、年度计划、各类总体规划、重要的区域规划和专项规划
桂	各类总体规划、重要的区域规划、专项规划
苏	国民经济和社会发展规划、重要的区域规划和专项规划
宁	空间发展战略规划、国民经济和社会发展总体规划、年度计划、重要的区域规划和专项规划、土地利用、自然资源开发利用等各类总体规划
蒙	国民经济和社会发展规划、计划、各类总体规划、重点区域规划以及重大专项规划
甘	国民经济和社会发展规划、年度计划、各类总体规划、重要的区域规划和专项规划
浙	经济和社会发展等方面的重要规划
辽	国民经济和社会发展规划、城乡总体规划、土地利用总体规划和其他自然资源开发利用等各类总体规划、重要的区域规划和各类专项规划
滇	国民经济和社会发展规划、年度计划、土地利用总体规划、主体功能区规划、城镇体系规划、城市规划、专项发展规划、重要区域发展规划
沪	经济和社会发展等方面的重要规划、计划

第三、省级地方政府规章中对“重大行政决策事项范围”的规定过于抽象。即地方政府规章对“重大行政决策事项范围”主要是作出了原则性的规定，例如，广西将“为民办实事的重大事项”规定为重大行政决策事项，可是，如何理解“为民办实事的重大事项”则是一个含义模糊的问题。甚至有的省级地方政府规章中对“重大行政决策事项范围”都采取了抽象性

的形式来规定。我们以 2015 年 10 月 1 日生效的《浙江省重大行政决策程序规定》[5]为例对此做一分析，其第二条内容如下：

“第二条 本规定适用于本省县级以上人民政府及其部门（以下统称决策机关）的下列重大行政决策（以下简称决策）事项:（一）经济和社会发展等方面的重要规划和重大改革措施；（二）社会保障、卫生和计划生育、教育等民生领域和环境保护、资源分配等方面的重大政策；（三）由政府组织实施的对相关群体利益可能造成较大影响的重大建设项目；（四）决策机关确定的其他决策事项。

具体决策事项，由决策机关根据前款规定并结合决策中的相关因素确定；决策机关根据实际需要，可以制订决策事项目录，向社会公布。”

该条第一款首先列举了重大行政决策的事项范围，但在这些规定中，何谓“重要规划”、“重大改革措施”、“重大政策”、“重大建设项目”？这本身就是一个需要进一步厘清的问题，可正是在这一关键问题上，该《规定》不仅没有明确规定其具体的、可操作的规则，相反，该条第二款的授权性的规定，可能带来实务中潜在的各种紧张。因为，县级以上人民政府及其部门，完全有可能出于规避重大行政决策繁细而严格的程序的需要，在具体确定重大行政决策的事项范围时，故意压缩重大行政决策的事项范围。可见，这类抽象性、原则性过强的重大行政决策程序的省级政府规章，在实务中可能面临诸多挑战。

其实，不仅省级政府规章如此，其他针对重大行政决策程序的地方政府规章、规范性文件也基本如此。例如，《浙江省重大行政决策程序规定》公布后，浙江省下辖的嘉兴市发布了《嘉兴市人民政府重大行政决策程序规定》[6]，其第二条的规定的重大行政决策事项的四项内容与《浙江省重大行政决策程序规定》第二条完全一样。而在《嘉兴市人民政府重大行政决策程序规定》发布后，嘉兴市下辖的海宁市也发布了《海宁市人民政府重大行政决策程序规定》[7]，其第二条与《嘉兴市人民政府重大行政决策程序规定》第二条完全一样。如前文所述，这些规定里面的各种“重大”，如何理解？如何操作？则难以知晓。进而言之，《浙江省重大行政决策程序规定》中已经明确规定，其“适用于本省县级以上人民政府及其部门”，单从人民政府的角度讲，即适用于浙江省的省、地级市、县（市、区）三级人民政府。那么，如果浙江省人民政府作为决策机关，根据“具体决策事项，由决策机关根据前款规定并结合决策中的相关因素确定”的规定，浙江省人民政府应该确定“具体决策事项”。遗憾的是，我们很难查到这方面的信息——虽然，《浙江省重大行政决策程序规定》第二条第二款后段只是一个任意性规范：“决策机关根据实际需要，可以制订决策事项目录，向社会公布。”不过，这里的“可以”，我们认为在全面推进依法治国的新时期，理应作一种更积极的理解，即鼓励政府制订决策事项目录，向社会公布。(其实，在我看来，这里的“可以”，是立法中的一个瑕疵，如果换成“应当”，似乎更妥，下文将说明其理由。)进而言之，

[5] 《浙江省重大行政决策程序规定》，《浙江日报》2015 年 9 月 25 日。
[6] 《嘉兴市人民政府重大行政决策程序规定》，《嘉兴政报》2015 年第 10 期。
[7] 《海宁市人民政府重大行政决策程序规定》，海政发〔2015〕27 号。

嘉兴市与海宁市的上述重复规定，有何意义？为什么他们不直接依照《浙江省重大行政决策程序规定》第二条第二款的规定，制定具体决策事项的范围？更值得关注的是，《浙江省重大行政决策程序规定》第二条第二款中的“决策机关根据实际需要，可以制订决策事项目录，向社会公布”一语，在《嘉兴市人民政府重大行政决策程序规定》、《海宁市人民政府重大行政决策程序规定》第二条规定中，却都不见踪影了。在我们看来，这不仅意味着《浙江省重大行政决策程序规定》第二条规定的重大行政决策的“具体决策事项，由决策机关根据前款规定并结合决策中的相关因素确定”中蕴涵的浙江省下辖的各市、县人民政府应该直接根据该《规定》第二条第一款的四项抽象性、原则性的规范作出具体的、可操作的规范的意图没有实现，而且也“成功”地消解了《浙江省重大行政决策程序规定》第二条中的“决策机关根据实际需要，可以制订决策事项目录，向社会公布”的积极意义。在这里，下级机关的不必要的重复立法，不仅贬抑了下级机关立法权的应有功能，徒增法律运行的成本，而且损害了上位法的权威，[8] 何其遗憾也！

上述地方政府规章对“重大行政决策事项范围”的规定意味着，社会最需要了解的重大行政决策的更加量化、细化或者规范化、合理化的具体标准，地方政府规章对其往往语焉不详，以致有论者认为：因为“重大”是一个不确定性概念，所以不同时期对于“重大”的理解是不同的，不同地域因其对“重大”的理解也不一样，这使得重大行政决策有时空性，总是呈动态状。[9] 由此带来的问题是，在没有统一的法律界定重大行政决策的事项范围时，虽然地方政府规章对重大行政决策的事项范围有界定，但是，这种界定往往过于原则，其在操作层面上具有不确定性，使得公民对重大行政决策的事项范围处于一种不明知的状态，因而使得公民对重大行政决策的具体事项范围亦难以知晓。而《政府信息公开条例》第九条规定：行政机关应当主动公开“需要社会公众广泛知晓或者参与的”政府信息，我们认为，重大行政决策的事项范围，应该是政府信息公开的范围，因为如果该事项范围不向社会公开并且让社会明知其具体指向的话，公众就无法有效参与，而诚如前文所述，“公众参与”是党的十八届四中全会确定的重大行政决策法定程序的第一步程序。此外，《法治政府建设实施纲要（2015－2020 年）》要求：必须明确重大行政决策的“事项范围”。[10]可见，明确重大行政决策的事项范围是落实全面推进依法治国的必然要求，也是推进法治政府建设的题中应有之意。那么，实务中究竟应该如何来界定“重大行政行为”的事项范围呢？特别是，如何对重大行政决策的事项范围作一个法治化的限定呢？这是一个具有挑战性的命题。本文从具体行政行为与抽象行政行为两个方面，对重大行政决策的事项范围作一初步探讨。

二、重大行政决策中具体行政行为的法治化限定

当一项行政决策是具体行政行为时，如何认定其是重大行政决策？作为具体行政行为

[8] 汤善鹏、严海良：《地方立法不必要重复的认定与应对》，《法制与社会发展》2014 年第 4 期。
[9] 曾哲：《我国重大行政决策权划分边界研究》，《南京社会科学》2012 年第 1 期。
[10] 中共中央、国务院：《法治政府建设实施纲要（二〇一五 —— 二〇二〇年）》，《人民日报》2015 年 12 月 28 日。

的行政决策事项往往会涉及一些资源，这些资源最终都可以用货币来计量其价值，我们称其为决策所涉及的资金，我们认为，只要决策涉及的资金达到本级人民政府财政收入的一定比例时，该决策就是重大行政决策。因为财政是国家运行的主要物质基础，对财政进行有效管理，是国家走向法治的一个重要标志。[11]但问题是，这个比例如何来确定呢？我们以实务中一些重大项目来对此作一个简要的分析。为了保证数据的完整性，我们以前些年已经全部竣工的一些重点项目作为分析例证。处在世纪之交的中国，为了改善经济结构、扩大内需等现实需要，政府作出了一些全社会公认的重大决策项目。例如：京沪高铁（总投资约 2209.4 亿元）、南水北调（总投资约 2137 亿元）、青藏铁路（总投资约 262.1 亿元）、三峡工程（总投资约 1800 亿元）、西电东送（总投资约 5265 亿元）等，根据短板原理，我们以上述工程中投资最少的青藏铁路为例，来说明决策涉及的资金占财政收入的比例问题。

青藏铁路投资建设周期大约为 4 年（2001 年 6 月—2005 年 10 月），我们以 2002-2005 年的国家财政收入总和 98664.65 亿元为基数（国家统计局数据表明 2002-2005 年我国财政收入分别为 18903.64 亿元、21715.25 亿元、26396.47 亿元、31649.29 亿元），计算可知，青藏铁路总投资约占全国该四年度财政的万分之二十六。考虑到现代社会中大量的项目（如一些具有公益性质的项目），并不一定资金全部来自政府的财政，因此，我们还用了另外一个指标来对比分析该问题，以期使我们的论证更有说服力，这个指标就是社会固定资产投资。2002—2005 年我国全社会固定资产投资分别为 43202 亿元，55118 亿元、70073 亿元、88604 亿元，四年合计为 256997 亿元。可见，青藏铁路投资约占全国该四年度全社会总投资的万分之十。因此，青藏铁路项目投资占财政收入的比例是其占全社会固定资产投资总额的比例的 2.60 倍。考虑到全国财政收入与社会固定资产投资可能会在某一个阶段出现较大的波动，因此，有必要在一个更长的时间段来检验该数据的科学性。为此，我们查阅了中国统计年鉴有“全社会固定资产投资总额”指标以来的相关数据，这些数据表明：1995-2011 年，我国的财政收入总额为 578973.85 亿元，而同期全社会固定资产投资总额为 1662501.705 亿元，[12] 二者的比例为 34.825% ，这就意味着，同一项投资与财政收入的比例是该投资与全社会固定资产投资总额的比例的 2.87 倍。而从青藏铁路的情况看，二者的比例为 2.60 倍，这也在一定的程度上说明该数据的误差在我们允许的范围内。

考虑到青藏铁路是全国范围内少有的大型投资项目，是政府多少年才下决心兴建的项目：西宁至格尔木段已于 1979 年铺通、1984 年运营，而 2001 年中央政府才决定修建青海格尔木至西藏拉萨段，中间相差 22 年。可见，即使在政府的重大行政决策中，青藏铁路也是比较有影响力的重要项目。因此，一个项目的投资占政府财政收入的比例，即使没有青藏铁路项目投资占政府财政收入的比例（万分之二十六）高，政府仍然会认为该项目是

[11] 陈志武：《金融的逻辑》，北京：国际文化出版公司 2009 年版，第 15-16 页、第 92-93 页；陈志武：《现代技术催生民主法治》，《经济观察报》2013 年 1 月 28 日。

[12] 1995-2011 年各年度的财政收入和全社会固定资产投资额的原始数据来自国家统计局官网中《2012 年中国统计年鉴》。

一个重大行政决策项目。不过，在建设法治政府的初期，为了能够使重大行政决策法治化，不宜将过多的行政决策行为界定为到重大行政决策的事项范围内。因此，从这样意义上讲，如果我们把某项决策所涉及到的投资与财政收入的比例不低于万分之二十六，从而认为该行政决策叫做重大行政决策，应该有着充足的理由。考虑到我们习惯用整数，也为了简化的需要，我们认为，只要某一项行政决策所涉及的资金，达到本级政府财政的千分之二时，该行政决策即为重大行政决策。需要说明的是，这里的行政决策所涉及的资金，仅仅指的是某项决策所指向的具体事件所需要的资金额度，至于这些资金的来源，并不必然全部来自国家财政——只要其来源于财政或者直接受决策机关支配的资金即可。需注意的是，一些重大行政决策项目往往需要在较长的时间段才能够完成，因此，该千分之二的比例，应该是该项目的资金与该项目从开始到完成所需时间段内的本级政府的财政收入总额之间的比例。而由于决策事项的所需的完成时间是一个未来的时间段，故需要对未来一个时间段的财政收入总额做出预测——而这往往具有一定的不确定性。因此，或许更具有操作性的计算项目期内财政收入总额的办法是，以作出重大行政决策时上一年度的年财政收入为基数，乘以项目所需的时间（以年为单位）；或者以作出重大行政决策时上一年度的月平均财政收入为基数，乘以项目所需的时间（以月为单位）。需说明的是，通过这种量化的方法来界定重大行政决策的事项范围，是未来行政管理实务中应该遵循的基本发展方向，至于其具体的量值（决策涉及的投资与政府财政收入的比例），本文提出千分之二，仅是一个初步的尝试。这种可以量化的指标，比以往那种原则性、抽象性的规定，更加具体化，具有规范性，也利于操作，是未来政府管理朝精细化发展的基本要求。诚如有学者指出，应当明确重大决策的衡量标准是什么，对“重大”进行量化的界定，在决策涉及到的经济规模的具体数值上找到一个临界点。“建议在立法界定重大行政决策范围时尽量详细、具体，增强可操作性，避免实践中的规避行为。”[13]这些从量化的角度对重大行政决策的事项范围作为限定的呼声，应该得到我们充分的尊重。不过，比较遗憾的是，这些论者都没有进一步提出这个量化的具体指标究竟是什么，而本文对此进行了大胆的探索。

问题是，这种从量化的角度对重大行政决策的事项范围作出限定的思路，为什么是一种法治化的方式，或者说，法治思维为什么要求我们从量化的角度对重大行政决策的事项范围作出限定。这是因为，现代法律十分注重形式合理性，而“数学是理性的化身，所以，近现代西方法律理性化的结果使法律得到了数学理性更深的改造。数学思维虽然不是近现代西方法律形式合理性形成的唯一影响因素，但无疑是决定性的影响因素。”[14] 数学思维作为理性思维的重要表现，其突出的要求之一就是数量关系成为一种思维中不得不遵守的规则，大家只有在一定的规则基础上，才能够使数学成为一门科学。而数学思维对近代法律的影响，使得西方近代法律乃至整个西方社会更加强调形式合理性。“法的形式主义会使法的机构像一台技术上合理的机器那样运作，它为有关法的利益者提供了相对而言最大的

[13] 秦祖伟：《论重大行政决策法治化的建构》，《云南民族大学学报》2013 年第 6 期。
[14] 何柏生：《西方法律形式合理性形成中的数学因素》，《法制与社会发展》2007 年第 6 期。

活动自由的回旋空间，特别是合理预计他的目的行为的法律后果和机会的最大回旋空间。它把法律过程看作是和平解决利益斗争的一种特殊形式，它让利益斗争受固定的、信守不渝的‘游戏规则’的约束。”[15]可以说，这种从量化的角度界定重大行政决策事项范围的思路，既是我们学习西方管理成功经验的有益探索，诚如“C 理论：中国管理哲学”的创立者成中英教授指出：西方的理性管理重视数据，长于理性的运作和良好的规范。[16] 更是我们发扬党的优良传统，坚持科学决策、民主决策的内在要求，须知毛泽东早在党的七届二中全会上就对“党委会的工作方法”明确提出了“胸中有数”的要求，即“对情况和问题一定要注意它们的数量方面，要有基本的数量的分析。”[17] 还是我们在推进法治中国建设中的合理选择，因为法治固然要追求实质合理性与形式合理性的和谐统一，但是，历史表明，在法治建设的初期，形式合理性可能更具有急迫性，这是一个基本的历史经验。

进而言之，对重大行政决策事项范围作法治化限定，要求我们运用法治思维来努力探索地方政府规章中如何从量化的角度对重大行政决策事项范围作出限定。我们认为，至少有两种不同的方案可供参考。一种是：直接规定决策所涉及的资金的数值（以下简称“数值法”）。另一种是：规定行政决策涉及的资金达到政府财政收入的比值（以下简称“比值法”）。“数值法”的优势在于比较简单、直观，易于操作；其主要不足在于，一当该具体的“数值”在地方政府规章或者规范性文件中规定后，为了保证地方政府规章或者规范性文件的稳定性，一般不宜经常修改，而社会发展与时代变迁在当代已经加速进行，这将会使曾经比较合理的“数值”难以在较长时期内适应变化中现实需求。“比值法”的主要不足是，每年都要根据财政收入的数值来确定行政决策涉及资金的具体数值，显得不够直接，但是，它较好的克服了具体数值与社会变迁之间的紧张关系，有效的化解了不同地方政府规章中具体数值的差异，更具有内在的合理性和规范的稳定性。因此，我们更偏向使用“比值法”。在未来的地方政府规章的制定中，应该通过充分的讨论，确定行政决策涉及的资金达到政府财政收入的一个适度的具体的比值时（例如，上文论证的“千分之二”），就是重大行政决策，这个具体的比值，应该明确规定在有关重大行政决策的地方政府规章中。

三、重大行政决策中抽象行政行为的法治化限定

当一项行政决策是抽象行政行为时，如何认定其是重大行政决策？我们认为，当行政决策是涉及公民基本权利的抽象行政行为时，应属于重大行政决策的事项范围。因为权利是当代法哲学的基石范畴，[18] 法治精神内在的要求我们尊重、呵护、保障权利，特别是公民的基本权利。讲法治，如果离开了权利，就会成为没有人性光辉、没有内在价值的“治人之法”，国家甚或成为一个徒有暴力的机器，这种所谓的“法治”，毋宁说是一种“暴治”，即

[15] [德]马克斯•韦伯：《经济与社会》，林荣远译，北京：商务印书馆，1997 年，第 140 页。
[16] 李翔海、邓克武编：《成中英文集：伦理与管理》（第三卷），武汉：湖北人民出版社，2006 年，第 213-214 页。
[17] 《毛泽东选集》（第四卷），北京：人民出版社，1991 年，第 442 页。
[18] 张文显：《法哲学范畴研究》，北京：中国政法大学出版社，2001 年，第 335 页。

一种源于人类早期的“丛林规则”的经过法律“包装”乃至“美化”后的“暴力之治”。只有坚守权利的底线，只有为权利而斗争不仅仅是主张自己利益的任何一位市民的权利，这也是旨在为权利而斗争的市民的一项义务时[19]，法治才能够成为社会追求的“良善之治”。进而言之，由于基本权利“是法哲学最牢固的基石，是人类憧憬和谐秩序的法律化的表达方式”，[20]因此，弘扬法治精神，首先要求我们捍卫基本权利。

什么是公民基本权利，在学界早有争议，基本的分歧在于：究竟应该从文本的角度，还是从学理的角度，来理解基本权利的具体内容。从文本的角度讲，基本权利就是指宪法明文规定的公民享有的基本权利，具体而言，在我国就是指《中华人民共和国宪法》第三十三条至第四十九条规定的基本权利，如平等权、选举权与被选举权、劳动权、休息权等。也就是说，基本权利是宪法所规定的公民“最重要的那些权利”，[21] 这就意味着，一项权利能否成为公民的基本权利，其判断标准就在于该项权利是否在宪法文本中有明确的规定。

从学理的角度讲，基本权利是一个人所应该享有的最基本最重要的权利，是人的基本需求的权利化形态。而所谓基本需求，是社会主体能够成为社会的一员的最基本的要求，它所强调的“不只是他们作为公民拥有什么，而且还在于他们是什么”。[22] 也就是说，它是社会主体能够在社会中存在的前提条件。人的基本需求在经济领域表现为：任何一个人不能因为贫穷而出卖自己、任何一个人不能因为贫穷而过没有最起码的尊严的生活等；在政治领域表现为：选举平等、言论自由、信息公开、结社自由等；在社会领域表现为：国家应该发展基础教育、职业教育和特殊教育，承担最基本的社会保障义务，尊重社会主体的最根本的文化传统、文化观念，个人有权生活在一个不会给自己的身体带来直接而即刻的伤害的自然环境中等。[23] 就理论层面而言，根据基本权利性质之差异，可以将其大致分为三类:一是对于国家的防御权，如各种自由权；二是要求国家给付的权利，如社会救济权、义务教育权；三是请求国家作出保障的权利，例如请愿权、申诉权。这三类权利都具有对抗和制约国家权力的功能。反过来，只有在对抗和制约国家权力的意义上，才会涉及基本权利。[24]

那么，在重大行政决策中，决策所涉及的基本权利，究竟是从文本的角度理解，还是从学理的角度理解呢？我们认为，从法治中国建设现阶段的实际出发，宜从文本的角度来界定重大行政决策中的基本权利的具体范围。虽然我们深知，从文本角度理解基本权利，面临着基本权利的具体内容相对较少、理论逻辑不够清晰等问题，但是，我们更应该看到，在法治中国建设的当下，诚如习近平同志指出：“依法治国，首先是依宪治国；依法行政，关键是依宪执政。”[25]这就要求，在全面推进依法治国的实践中，崇尚宪法权威并充分发挥

[19] [德]耶林：《为权利而斗争》，胡宝海译，北京：中国法制出版社，2004 年，第 5 页。
[20] 郭兴利：《平等理论在宪法学教学中的地位与路径》，《黑龙江高教研究》2015 年第 12 期。
[21] 蔡定剑：《宪法精解》，北京：法律出版社，2004 年，第 206-207 页。
[22] [美]桑德尔：《自由主义与正义的局限》，万俊人等译，南京：译林出版社，2001 年，第 182 页。
[23] 郭兴利：《论不平等的法律调控》，北京：中国社会科学出版社，2011 年，第 145 页。
[24] 蒋德海：《基本权利与法律权利关系之探讨》，《政法论坛》2009 年第 3 期。
[25] 习近平：《在首都各界纪念现行宪法公布施行 30 周年大会上的讲话》，《人民日报》2012 年 12 月 5 日。

宪法的功能，是一种必然性的要求。宪法文本作为宪法规则的基本载体，在法治建设的起步阶段，尤其具有重大的意义。这就要求我们不仅应该把宪法文本作为唯一的宪法渊源，而且，要着力提高宪法文本的规范性程度，充分发挥宪法文本的规范性效力。[26] 因为经历中国政治法律实践三十多年检验的现行宪法，是中国最广大人民群众利益与意志的最集中体现，如果其文本中规定的公民基本权利都在社会各界不能形成共识，那么，学理上对基本权利的理解则由于各种学术背景的差异、关注重点的分殊等，更难以达至意见统一，而如果以此来指导法律实践，则可能导致混乱。当然，作为学理性角度理解的基本权利，可以通过深入不断的理论研究与学术反思，为文本的基本权利的诠释与实施以及文本在未来的修订与完善提供学理支撑，从而将理论的魅力上升为文本的效力。例如，近年来宪法学界已有论者指出，宪法权利对基本权利的列举，要从整个宪法的体系来理解，而不应局限于《宪法》第二章有关公民基本权利的规定。通过对宪法文本进行体系解释，有论者认为宪法第六、七、十五条等确定了国家从事经济活动之界限，从而开放出私营企业家的基本权利这一易被我们忽略的基本权利；[27] 有论者认为宪法第十三、三十三条等确定了财产权这一基本权利等。[28] 这类对宪法基本权利的重新发现，必须引起我们的高度重视。

进而言之，是不是涉及基本权利的所有行政决策行为都可以成为重大行政决策呢？这是一个有待讨论的重大问题。我们认为，只有行政决策涉及基本权利且本身是抽象行政行为时,才属于重大行政决策,如果一项决策只是涉及到特定的个体,即使关乎基本权利,也不应该属于重大行政决策。这主要基于正反两方面的理由。一方面，从正向的角度看，涉及基本权利的抽象行政行为，往往会影响不特定多数人的重大利益，宜界定为重大行政决策。诚然，有论者认为，重大行政决策的人数标准是："决策涉及的利益相关人人数众多且不特定，一般是影响到本区划内的所有人或绝大多数人"。[29] 我们虽然不要求重大行政决策的人数要达到本区划内的所有人或绝大多数人的程度，但却要求重大行政决策针对的是不特定的多数人。因为在现代社会，社会分层日益复杂，诸多行政决策涉及的行政相对人往往只是社会分层中的某一部分人，如退休人员、学生（甚至只涉及到小学生、中学生或者大学生），他们的人数虽然没有达到本辖区的所有人或绝大多数人的程度，但是，其社会影响却十分明显，如果其不纳入重大行政决策的事项范围，按照更加规范而严格的程序进行，则可能会引发较大的社会问题。事实上，很大部分影响社会大众的行政决策直接针对的对象都不是本区划内的所有人或绝大多数人，如机关、事业单位人员的退休金问题，其只直接影响到的机关、事业单位的尚未退休的人员；如改革高考招生制度，其只影响到高中毕业生。因此，如果要求行政决策会影响到本区划内的所有人或绝大多数人才属于重大行政决策的事项范围，则可能将重大行政决策的事项范围界定得过于狭窄。抽象行政行为，因为其针对的是不特定多数人的，具有一定的普遍性，并且由于社会本身是一个网络化的体

[26] 周永坤：《依宪治国需要形式合理的宪法》，《法学》2015 年第 8 期。
[27] 陈征：《国家从事经济活动的宪法界限——以私营企业家的基本权利为视角》，《中国法学》2011 年第 1 期。
[28] 张翔：《基本权利的体系思维》，《清华法学》2012 年第 4 期。
[29] 周叶中：《论重大行政决策问责机制的构建》，《广东社会科学》2015 年第 2 期。

系，使之可以影响到更广泛的人，因此，其作为重大行政决策的事项范围，我们认为比较适合。另一方面，从反向的角度看，涉及基本权利的具体行政行为，即使针对特定的人的重大利益，仍不宜界定为重大行政决策。在具体行政行为中，因为行政决策只是针对特定的个人，即使这一决策关系到行政相对人的基本权利，但是，毕竟该决策的社会影响不够突出，而且其属于具体行政行为的范畴，因此，一般而言，在这类具体行政决策中利益受损者，往往可以通过现行的相对完备的救济路径来维护自身权利，因此，其不宜纳入重大行政决策的事项范围。其实，这也是对重大行政决策的事项范围作一定的限定，这种限定，表面看是缩小了重大行政决策的事项范围，似乎不利于对重大行政决策的规制，但是，我们认为，只有把重大行政决策的事项范围限定在更小的适当的范围内，才可以对其作出更有效而严格的规制。有时候，战术上的收缩，却能够带来战略上的进攻。例如，在马伯里诉麦迪逊案中，最高法院通过否定管辖权的战术收缩，实现了司法审查的战略进攻，使“最高法院处于一个一举同时放弃和获得权力的爽快处境”。[30]

四、重大行政决策事项范围法治化限定的意义

行文至此，我们可以对本文提出的问题做一个初步的结论。我们从具体行政行为和抽象行政行为两种不同类型，对重大行政决策事项范围作了一个法治化的限定。当行政决策是具体行政行为时，其涉及的资金达到本级人民政府财政收入的适当比例时，就是重大行政决策；当行政决策是抽象行政行为时，只要其涉及公民基本权利时就属于重大行政决策。更重要的是，这样一种对重大行政决策事项范围的理解，内蕴着深刻的法治理念，饱含着丰富的法治精神。因为财政收入是国家运行的主要物质基础，如何在国家治理中处理好决策与财政之间的关系，是推进法治政府建设中不得不面对的一个基本问题；同时，从行政决策涉及的资金达到政府财政收入的数量关系中理解重大行政决策的具体范围，是数学理性影响下的法律形式化的必然要求。未来制定地方政府规章时，应该明确规定行政决策涉及的资金达到政府财政收入的一个适度的具体比值，而不是直接规定行政决策涉及资金的具体数值。而当行政决策是涉及公民基本权利的抽象行政行为时就属于重大行政决策，则是权利作为法的基石范畴的应然要求——当然，对基本权利的范围，我们虽然认同以宪法文本为标准，但对宪法文本中基本权利的范围有必要作一种体系化的理解或诠释。这一对重大行政决策事项范围作出的法治化限定，其意义何在？

一方面，重大行政决策事项范围法治化限定有深刻的理论意义。目前学界对重大行政决策的研究，已经从对重大行政决策的一般具体问题的讨论的基础上，上升为重大行政决策元理论的反思。这一理论提升的突出表现，就是对重大行政行为概念本身进行学理分析。这个问题的核心，就是“重大行政决策”能不能在行政法学中具有独立的地位？有论者认为

[30] Robert McCloskey, The American Supereme Court 40-42(1960). 转引自[美]布莱斯特等：《宪法决策的过程:案例与材料（上册）》，张千帆等译，北京：中国政法大学出版社，2002 年，第 93 页。

重大行政决策概念模糊不清是我国重大行政决策制度存在的首要问题，[31] 甚至有论者提出行政法学现有的概念群无法给重大行政决策提供容身之所。[32] 在我看来，重大行政决策概念之所以出现以上学理上的困扰，主要原因在于我们以往对重大行政决策概念的界定不经意的受到了法政思维的过度影响，即我们不是基于行政法学乃至法学独立的思维逻辑，不是从法治的基本立场出发去界定重大行政决策的概念，而是基于政治学的立场，沿袭宣示性的政治文献来讨论重大行政决策的概念。在重大行政决策这一概念的生成与演绎历程中，至少有三个重要的政治文献起着重要作用，即《全面推进依法行政实施纲要》（2004 年 3 月 22 日）、《国务院关于加强市县政府依法行政的决定》（2008 年 5 月 12 日）、《国务院关于加强法治政府建设的意见》（2010 年 10 月 10 日）。[33]梳理"重大行政决策"的这一概念的发展史，我们发现正是在《全面推进依法行政实施纲要》颁布后，传媒界与学界上才大量出现了以"重大行政决策"这一核心概念为标题的文章，它首先大量出现在报纸的文章中，直到 2010 年才开始逐渐受到学界重视，到 2013 年后成为相对较热的一个研究论题。[34] 但是，这些研究中，对重大行政决策概念进行学理反思的却少之又少，[35]从某种意义上讲，这也反映了这一论题作为时政话语在研究中的一般规律，即更多的是标签式、嫁接式的功利性的研究，难以对法学的发展起到真正的推动作用，也不易起到法学研究对重大现实问题的回应作用。[36] 学术研究如何坚持独立性，克制功利性，是我们必须要面临的问题。就重大行政决策这一论题而言，厘清其基本概念是其研究的重要起点，本文的研究，就是从学理角度对重大行政决策概念界定的一个新尝试。通过这一尝试，我们发现，重大行政决策概念完全可以在类分为具体行政行为和抽象行政行为后，有明确的意义所指，这就较好了改变了现在学界包含法学界往往从政治学或者行政学的角度去界定其含义，即不再从"经济社会发展全局、社会涉及面广、专业性强、与人民群众利益密切相关"等思路去界定重大行政决策的内涵，而将其转向到了法学的场域。正是基于这样的学术立场的转变，我们有理由相信，即使我们对重大行政决策的界定在具体内容上可能还有值得推敲的诸多地方，但是其方向无疑是我们应该坚持的。

另一方面，重大行政决策事项范围法治化限定有重大的实践意义。首先，重大行政决策事项范围法治化限定有利于未来制定地方政府规章时更加明确的规定重大行政决策事项范围的具体内容，使其更具有内在的合理性和外在的可操作性。未来我们在制定有关重大行政决策的地方政府规章时，可以从具体行政行为与抽象行政行为两种不同类型来规定

[31] 卢建华：《我国重大行政决策制度存在的问题及其完善》，《时代法学》2016 年第 2 期。
[32] 熊樟林：《重大行政决策概念证伪及其补正》，《中国法学》2015 年第 3 期。
[33] 苗红培：《重大行政决策制度的生成机制》，《重庆社会科学》2016 年第 12 期。
[34] 在中国知网收录的以"重大行政决策"为标题的论文，第一篇论文可以被理解为一篇孤文（周成新、邓竹生、钟晓渝：《关于建立重大行政决策专家咨询法律制度的建议》，《特区理论与实践》1999 年第 4 期），该文发表 10 年后，直到 2008 年才有以"重大行政决策"为标题的学术论文发表，2008-2016 年每年发表的论文数量分别为 1、2、3、5、2、14、9、36、49。
[35] 正是在这样的意义上，熊樟林的论文为我们提供了深入思考问题的契机。熊樟林：《重大行政决策概念证伪及其补正》，《中国法学》2015 年第 3 期。
[36] 李友根：《论时政话语的经济法学研究》，《现代法学》2013 年第 1 期。

重大行政决策的事项范围。例如，在具体行政行为中，就可以采用如下的表述方式："重大行政决策包括下列具体行政行为：（一）行政决策涉及的资金达到政府财政收入 X%以上的重大财政资金安排；（二）行政决策使用本级财政资金或者政府融资投入达到政府财政收入 X%以上的重点项目；（三）行政决策涉及资产价值达到政府财政收入 X%以上的行政事业单位国有资产处置；（四）行政决策涉及总资产达到政府财政收入 X%以上企业国有资产处置决策事项；……"。行政决策涉及的资金达到本级人民政府财政收入的适当比例是重大行政决策的基本性质之一，也就是重大行政决策内涵的组成部分，通过概念的基本内涵来指引立法中重大行政决策事项范围的具体内容，具有内在的合理性。同时，这一逻辑理路，也避免了目前一些论者根据地方政府规章中重大行政决策事项范围推导出重大行政决策的内涵那种本末倒置的做法，也有利于不同地方政府规章在重大行政决策事项范围的统一，减少法治政府建设中不必要的地方差异。同时，该规定也具有较强的操作性。其次，重大行政决策事项范围法治化限定有利于推动法治政府建设。如何实现重大行政决策的科学化、民主化和法治化，是法治政府建设中的重要问题，虽然目前各级政府在重大行政决策法治化方面取得了一定的进展，例如制定了有关重大行政决策程序的地方政府规章或者规范性文件等。但是，囿于这些地方政府规章或者规范性文件中对重大行政决策事项范围大多作了抽象而原则得规定，其实施效果并不明显。重大行政决策事项范围法治化限定为这些地方政府规章和规范性文件的实施提出了新的要求，它不仅要求各级政府在实施重大行政决策时坚持法治理念和法治思维，而且要求更规范化的进行政府财政资金安排、基本项目投资、国有资产处理、尊重与保障基本权利等方面的决策。

五、结语并讨论

重大行政决策是法治政府建设中一个基本的重大问题，虽然目前有关重大行政决策程序的地方政府规章或者规范性文件中对其事项范围都有规定，但是，失之于过于抽象、原则，往往缺乏可操作性，社会公众亦难以明知其具体内容；不同的省份对重大行政决策事项范围的界定不仅存有较大差异，有的甚至相互冲突，这不仅在理论上很难自圆其说，更重要的是，会给法治政府建设带来内在的紧张。本文从具体行政行为与抽象行政行为两个不同的层面，对重大行政决策的具体的事项范围作出了新的阐释，从而使这一概念具有更强的规范性和操作性。

然而，本文的结论虽然从法治的基本立场出发初步回答了重大行政决策的事项范围的具体内容，但是这并不意味着重大行政决策事项范围这一重大问题已然全部解决——毋宁说，这个初步的结论只是为我们进一步深入研究重大行政决策事项范围提出了若干值得讨论的重要问题。一方面，行政决策涉及的资金达到政府财政收入的比例究竟多少才适合界定为重大行政决策——虽然本文提出了千分之二这一比例，并且也在一定的程度上论证了其合理性——但是，其难道没有进一步深入讨论的必要？尤其是对决策涉及资金的不同种

类（如财政资金安排、政府融资项目、国有资产处理等）是否有比例的差异？另一方面，把行政决策是涉及公民基本权利的抽象行政行为界定为重大行政决策事项，就意味着我们应该对有关地方政府规章中规定的重大行政决策的事项进行一种类型化的重构，而这种重构的前提是对公民基本权利的更为权威且清晰的界定——而这本身不仅是一个复杂的学理问题，而且也是一个重大的现实问题——很显然，对这一问题的持续的争论才刚刚开启。因为，当宪法的功能充分发挥的时候，就可能引发“究竟什么是基本权利？”理解上的纷扰，所以，即便宪法的文本没有变化，但我们却依然确信“宪法从未禁止不动”。[37] 那么，在这种背景下，涉及公民基本权利的抽象行政行为的行政决策的界限，本身可能也有一定的不确定性，从而造成实务中操作的困难性，而这，是不是又回到了我们讨论的起点？好在我们坚信：认识的发展是一个螺旋式上升的过程。

[37] ［美］马克·图什内特：《分裂的法院——伦奎斯特法院与宪法的未来》，田飞龙译，北京：中国政法大学出版社，2011年，第347页。

习近平中国特色社会主义法治思想的形成及意义

段海风[1]　叶莉[2]

【摘　要】习近平中国特色社会主义法治思想作为我国当代法治建设实践培育出的集体智慧成果，从形成的过程来看，大致经过了逐步产生、系统形成以及全面落实、完善深化三个阶段。该思想是对马克思主义法治思想进行继承发展、对我国传统文化思想精华进行现代性转化吸收、对西方先进法治思想有选择地加以借鉴的结晶。它是新时代马克思主义法学思想的创造性成果，具有重要的时代价值和历史意义，为中国特色社会主义法治建设做好方向指引和顶层设计，为我国法律的制定、实施注入新的智慧和动力，为全球治理提供了独特的中国方案和智慧。

【关键词】法治思想；马克思主义中国化；中国特色

习近平法治思想是习近平同志丰富的法律思想不断提炼升华的理论硕果，是我国法治探索的新发现和法治学说的新发展，体现了中国共产党最新的法治智慧。它是中国特色社会主义法治建设实践培育出的思想成果，是由我国几代马克思主义思想家、理论家创造的中国特色社会主义理论在法治领域里的思想凝结，是马克思主义中国化在法学上的创造性成果体现，为全球治理提供了中国方案，更为中国特色社会主义法治道路指明方向，为我国法律的制定、实施、与时俱进提供了富于时代生命力的思想指引。

一、习近平中国特色法治思想的形成过程

习近平中国特色社会主义法治思想主要是在习近平同志于地方和中央主政期间，以谈话、讲话、报告、论文、党和国家的决定等形式表现出来的。从形成的过程来看，可以大致分为逐步产生阶段、系统形成阶段以及全面落实、完善深化阶段，是一个不断提出法治目标、路径、理念、论断，作出历史反思、经验总结的发展历程。

（一）逐步产生阶段：探索地方法治之道

习近平同志的法治思想在从政之初就开始萌生，在 1982－1985 年他任河北正定县委领导和 1985－2002 年任职福建期间，就注重把法制建设的国策与基层、地方实际相结合，厉行法制，整顿贪腐和歪风邪气，确立法律权威，建立规范的经济秩序和良好的政治、社会生态，“法治思想萌芽趋成”。[3]1989 年 4 月，时任宁德地委书记的习近平在人大会议上谈道:“现在普遍反映法制不健全”，要立足国情“不断健全、完善人民代表大会制度，推进社

---

[1] 作者简介：段海风，广西师范大学法学院教授、副院长；基金项目：本文为笔者主持的国家社科基金项目（16BFX012）、周世中教授承担的广西特聘专家项目“广西地方治理与民族法制建设”的相关成果之一。

[2] 叶莉，广西地方法治与地方治理研究中心研究人员。

3 刘涛、翁礼成：《从践行者、思考者到开创者——习近平法治思想的形成之路》，载《广东社会科学》2018 年第 2 期。

会主义民主与法制建设的步伐，逐步把我国的政治生活纳入法制化、制度化、民主化的轨道”。[4]他坚信，“法度明，纪纲正，大治之势必成。”[5]

2000 年 1 月，习近平当选福建省省长，他把依法治省提升为福建发展的大战略，把“严明规范和政令畅通的法制环境”作为优化福建经济发展软环境的举措之一。[6]指出:“市场经济就是法治经济，依法行政是对各级政府的基本要求”，[7]要“构建和完善以县市区依法治理为重点、以基层依法治理为基础、以行业依法治理为支柱、各个层次纵横结合的依法治理网络”。[8]

在 2002－2007 年任浙江省省委书记期间，习近平提出并大力推动“法治浙江”建设，围绕经济、政治、社会与法治的关系，做出很多科学论述和指示。2002 年 11 月，习近平在广泛听取群众、专家、干部的意见基础上，提出了“进一步发挥八个方面优势，推进八个方面举措”的总体发展思路，名为“八八战略”。其中包括：加强地方立法活动和完善法律监督工作，为依法行政、严格执法、公正司法提供法治土壤；加大市场经济领域立法，形成市场经济秩序；推进机关效能建设，着力构建服务型政府；推进“信用浙江”、“平安浙江”、“法治浙江”建设等。[9] 2002 年 12 月，他在出席浙江省暨杭州市纪念现行宪法颁布实施二十周年大会时指出:“社会主义民主政治，是党的领导、人民当家作主和依法治国的有机统一。党领导人民制定了宪法和法律，党又领导人民遵守和执行宪法和法律，党还要在宪法和法律的范围内活动，不断提高依法执政的能力和水平。[10]在浙江期间，习近平还多次到省人大指导立法工作。他指出:“立法是法治的基础”，地方立法在指导思想上“要突出把握好以下几点：1.立法要为发展服务；2.立法要有地方特色；3.立法要维护人民根本利益；4.立法要体现时代特色”。公平正义是法治的生命线，习近平在主政浙江期间也高度重视司法工作，2003 年在省高级人民法院党组民主生活会上，习近平提出“案件有大小，审判非小事”，要求司法机关严格“坚持罪刑法定和罪责相适应原则，严格执行刑事法律和刑事政策，把刑事案件搞准，做实，办成铁案。”[11]由此可见，在本世纪之初，习近平就已基于地方治理经验，初步提出了他关于社会主义法治建设的一系列观点，为其中国特色法治思想的形成扎实奠基。

（二）系统形成阶段：绘制全面依法治国蓝图

2012 年习近平同志担任中共中央总书记后，厉行法治，围绕国家法治工作发表了一系列深刻论述，使我国法治建设全面推进。2013 年十八届三中全会发布《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》，用专章分别提出“推进法治中国建设”、“强化权力运行制

---

4 靳仔囡：《“三个高度”与“三个思维”——学习总书记法治思维的三个高度》，［2014－11－14］http:/www.qstheory.cn/laigao/2014－11/14/c_1113257258. htm。
5 习近平：《摆脱贫困》，福建人民出版社 1992 年版，第 40 页。
6 习近平：《2000 年 1 月 21 日在福建省第九届人民代表大会第三次会议上的报告》，载《福建政报》2000 年第 2 期。
7 习近平：《坚定信心奋发有为把福建的现代化建设事业继续推向前进》，载《福建日报》2002 年 2 月 6 日，第 1 版。
8 习近平：《2001 年 2 月 7 日在福建省第九届人民代表大会第四次会议上的报告》，载《福建政报》2001 年第 4 期。
9 习近平：《干在实处，走在前列》，中共中央党校出版社 2006 年版，第 263 页。
10 同前注，习近平：《干在实处，走在前列》，第 360 页。
11 同前注，习近平：《干在实处，走在前列》，第 366-368 页。

约和监督体系”，指出：“建设法治中国，必须坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进，坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设”，把权力关进制度笼子，努力实现干部清正、政府清廉、政治清明，提出了一系列创新性的重大法治举措。

党的十八届四中全会审议通过了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》（以下简称《依法治国决定》），这是中国共产党历史上第一个专门针对加强法治建设的决定，是以习近平为代表的中国共产党人集体的智慧结晶，其内容涵盖法律体系、法治政府、法治政党、公正司法、法治工作队伍等各个方面，在总结经验、反思教训、研判趋势、创新理论的基础上，对全面依法治国蓝图进行绘制，提出一系列法治新概念、新命题、新论断、新观点、新思想，例如建立、完善社会主义法治实施、监督、保障体系和党内法规体系等，对根本性、全局性、长远性问题做出深入阐述和顶层设计，体现了我们党全面推进依法治国、加快建设法治国家、推进法治中国建设的坚强意志和决心，回应了全国人民对法治的强烈需求和对依法治国的热切期待，在社会主义法治发展史上具有划时代意义，[12]标志着习近平中国特色社会主义法治思想的系统化。

此外，党的十八大以来，习近平在多种场合发表过有关法治专题的讲话，例如《在首都各界纪念现行宪法公布施行 30 周年大会上的讲话》（2012 年 12 月 4 日）、《加快建设社会主义法治国家》（2014 年 10 月 23 日）、《领导干部要做尊法学法守法用法的模范》（2015 年 2 月 2 日）、《深化司法体制改革》（2015 年 3 月 24 日），等等，创造性地丰富了中国特色社会主义法治理论，进一步体现出习近平中国特色社会主义法治思想的系统性。

（三）全面落实、完善深化阶段：推进国家治理现代化

党的十九大以来，习近平中国特色社会主义法治思想进入推进落实、完善深化阶段。十九大报告中，“法治”、“依法治国”合计出现了 52 次，报告对于全面推进依法治国工作做了很多重要论述，对于十八大《依法治国决定》中的一些任务作了进一步的规划，习近平指出全面依法治国是中国特色社会主义的本质要求和重要保障。

2018 年 3 月，全国人大通过了现行宪法的第五个修正案。这是新时代全面依法治国的坚实一步，符合时代发展需要，也是习近平法治思想在宪法领域的反映。这次修宪增设国家监察委，依法独立行使国家监察权，凸显了监察权在国家法治生活中的重要地位。

黑恶势力是影响一方社会治安，有损社会公平正义，滋生行政、司法腐败的毒瘤，应给予严厉打击。2018 年 1 月，中共中央、国务院发出《关于开展扫黑除恶专项斗争的通知》，为深入贯彻落实党的十九大部署和习近平总书记重要指示精神，保障人民安居乐业、社会安定有序、国家长治久安，进一步巩固党的执政基础，在全国开展扫黑除恶专项斗争。

以上这些措施都是为推进国家治理体系、治理能力现代化的重要行动。[13]2019 年 10 月，党的十九届四中全会表决通过《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度、推

12 张文显：《全面推进依法治国的伟大纲领——对十八届四中全会精神的认知与解读》，载《法制与社会发展》2015 年第 1 期。

13 《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度、推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》。

进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》。该决定涵盖国家治理的各个方面，提出到新中国成立100周年全面实现国家治理体系和治理能力现代化，四、五、十四等部分专门就“坚持和完善中国特色社会主义法治体系，提高党依法治国、依法执政能力”“构建职责明确、依法行政的政府治理体系”“强化对权力运行的制约和监督”作了细致全面的制度构建，是习近平中国特色社会主义法治思想进入推进落实、完善深化阶段的鲜明体现。

张文显先生认为，习近平同志多年来发表了一系列专门阐述法治或以法治为重要内容的讲话和文章，几乎涵括了法治和依法治国的全部理论要素，凝练、丰富、深化了一系列概念、范畴、命题、论断、观点、理念，这些标志着习近平法治思想树立了理论发展守正创新的典范。据笔者看来，这些也体现着习近平中国特色社会主义法治思想的正式形成。[14]

二、习近平中国特色社会主义法治思想的渊源

习近平中国特色社会主义法治思想并不是偶然、自发提出的，而是在继承马克思主义、毛泽东思想、邓小平理论、三个代表重要思想以及科学发展观中的法治思想基础之上，结合我国现阶段的实际情况以及未来发展趋势，充分考虑本土的法治资源，吸收中国优秀的传统法律文化和西方先进法治思想而形成的。

（一）对马克思主义法治思想进行继承发展

习近平法治思想是完全符合历史唯物主义和辩证唯物主义的。它继承了马克思列宁主义、毛泽东思想的基本原理和法学思想，吸收了邓小平理论、“三个代表”重要思想和科学发展观中的中国特色社会主义法治理论的精髓，融入了改革开放以来我国法学界的先进研究成果。[15]以习近平为总书记的党中央，正是在继承和发展前几代领导人关于法制作用、价值的认识，依法治国的理念、方法的基础上，形成了最新的中国特色法治思想。例如，毛泽东同志对国体与政体关系的科学认识，以及对宪法根本大法地位的高度肯定，为习近平大力提倡“依宪治国”、正确处理党法关系打下基础。毛泽东注重借助“枫桥经验”等民间智慧化解社会矛盾也为习近平倡导建立多元纠纷化解机制提供了鲜活的思想素材。邓小平同志对民主与法制、法治与人治关系以及社会主义法制原则的论断，江泽民同志倡导“依法治国”、以“三个代表”为使命的法治观，胡锦涛同志注重以人为本、科学发展、“始终坚持党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上”的法治思想，都为习近平中国特色法治国思想的形成提供了直接的理论基础和理念指引。

（二）对我国传统文化思想精华进行现代性转化吸收

中华优秀传统文化中的治理思想是习近平中国特色社会主义法治思想的重要来源，如民本（人本）思想、循法而治、以法治吏、法贵平直和德治思想等。习近平指出：“中华文

14 张文显：《习近平法治思想研究(上)——习近平法治思想的鲜明特征》，载《法制与社会发展》2016年第2期。
15 同前注，张文显：《习近平法治思想研究(上)》。

明源远流长，蕴育了中华民族的宝贵精神品格，培育了中国人民的崇高价值追求。”[16]因此，其法治思想也广泛融入了中华传统文化的精华。例如：我国传统中强调人民对于国家富强、社会安定的重要性，提出“民贵君轻”“以民为本”的思想，体现了儒家精神中开明的一面，内蕴的体恤民情、考量民意等某些民本思想，与习近平法治思想所倡导的“人民是依法治国的主体和源泉，法律为人民所掌握、所遵守、所运用”“以保障人民当家作主为核心，推进社会主义民主政治法治化”“司法为民”等主张有精神关联。[17]

循法而治、“以法治国”思想最早是由春秋战国时期法家代表管仲、韩非子等人提出来的，《韩非子》认为“治民无常，唯以法治”。汉代以后，儒法合流，循法而治成为国家治理的基本理念。虽然法家的尊法思想本质上是维护封建专制统治，但是其内蕴的推崇规则之治等传统精华，与习近平中国特色社会主义法治思想中重视法的建设具有一致性。习近平曾引用古语“欲知平直，则必准绳；欲知方圆，则必规矩”来阐明：“没有规矩不成其为政党，更不成其为马克思主义政党。”[18]他认为《韩非子》中的“法不阿贵，绳不挠曲”正是法治精神的真谛。

德治在我国具有更悠久的传统。《周书》中提及“皇天无亲，惟德是辅；民心无常，惟惠之怀”。儒家兴起后，对德治的精神作了深入的阐发，并使之长期成为中国古代治国安邦的利器、基石。国无德不兴，人无德不立。法外有德，德中有法，法治与德治在治国理政中发挥着不可分割的作用。习近平提出的“法安天下，德润人心”、“心中高悬法律的明镜，手中紧握法律的戒尺”[19]等一系列辩证论述，深刻揭示了德、法两者之间的联系，是贯通古今治国理政经验后得出的正确选择。

（三）对西方先进法治思想有选择地加以借鉴

古希腊罗马时期和近代以来，西方的法学流派百花齐放，百家争鸣，法学呈现繁荣景象，推动社会发展高速前进。虽然西方法治文明成果与我国的社会背景并不完全契合，但是其内蕴的公平、正义、保障人权、崇敬法律信仰等理念及相关制度，为我国全面依法治国思想的形成和发展提供了有益的借鉴。习近平指出:“法治是人类文明的重要成果之一，法治的精髓和要旨对于各国国家治理和社会治理具有普遍意义，我们要学习借鉴世界上优秀的法治文明成果”。[20]他多次在包括联合国大会论坛在内的场合提到，和平、发展、公平、正义、民主、自由是全人类的共同/普世价值，并经常引用西方经典法修、格言，如“权力导致腐败，绝对权力导致绝对腐败”；[21]培根语：“一次不公正的裁判，其恶果甚至超过十次犯罪”，卢梭语：“一切法律中最重要的法律，既不是刻在大理石上，也不是刻在铜表上，

16 习近平：《习近平谈治国理政》（第 1 卷），外文出版社 2014 年版，第 158 页。
17 戴艳军、段中卫：《论习近平全面依法治国思想的理论渊源》，载《马克思主义与现实》2017 年第 3 期。
18 习近平：《守纪律，讲规矩》（2015 年 1 月 13 日在中共第十八届中央纪律检查委员会第五次全体会议上的讲话）。
19 习近平：《领导干部要做尊法学法守法用法的模范》（2015 年 2 月 2 日在省部级主要领导干部学习贯彻十八届四中全会精神全面推进依法治国专题研讨班上的讲话）。
20 习近平：《加快建设社会主义法治国家》（2014 年 10 月 23 日），载《十八大以来重要文献选编》（中），中央文献出版社 2016 年版，第 186-187 页。
21 习近平：《把权力关进制度的笼子里》（2013 年 1 月 22 日在十八届中央纪委二次全会上的讲话）。

而是铭刻在公民的内心里”。[22]可见，西方优秀法治文明成果作为现代世界法治文明的重要组成部分，成为习近平全面依法治国思想的理论来源之一，体现了其法治思想的包容性、开放性。但是，习近平同时也强调，“学习借鉴不等于是简单的拿来主义，必须坚持以我为主、为我所用，认真鉴别、合理吸收”，不能搞“全盘西化”，不能搞“全面移植”，不能照搬照抄。[23]诚然，西方法治理念中有不少人类相通之处，超越社会形态，可为我国充分吸收，但在具体制度上则不一定契合，尤其是体现国体、政体的，需要甄别比较。正是因为习近平等领导人对西方法治持积极、审慎、辩证的态度，使得习近平法治思想进一步凸显出中国特色社会主义的性质。

可以说，习近平中国特色社会主义法治思想是兼收并蓄、博采古今中外之长的产物。正如马怀德先生的评价，习近平法治思想继承了中国传统法律文化的精华，吸收了世界法治文明的有益经验，极大地丰富了马克思主义法学理论宝库。[24]当然，作为一种旨在致用、实践色彩突出的法治思想，它主要是基于中国特色社会主义改革开放和法治工作实践中的问题观察、总结、思考、解决的一系列活动而逐步形成，不唯书，不唯上，只唯实，从现实问题中来，又到实践中去。

三、习近平中国特色社会主义法治思想的时代价值

习近平中国特色社会主义法治思想，是中国共产党人集体智慧的结晶，它涵盖了法治的各个方面，是马克思主义法学思想的最新创造性成果，为中国共产党治国理政、建设社会主义法治强国提供了思想指引，具有丰富的时代价值，至少包括以下几个方面。

（一）是新时代马克思主义法学思想的创造性成果

习近平中国特色社会主义法治思想，根植于中华民族的五千年文明与中国波澜壮阔的改革开放实践中，是对马克思、列宁、毛泽东、邓小平、江泽民、胡锦涛等革命前辈、国家领导人的法制/法治思想的发展，是马克思主义中国化的最新成果，中国特色社会主义理论体系的重要组成部分。

进入新时代，面对现有的法律制度无法满足人民权益保障的需要，未能很好地解决人民对美好生活的向往与发展不平衡不充分的矛盾，习近平中国特色社会主义法治思想既坚持马克思主义的基本立场，又能守正创新地大胆解放思想、实事求是、与时俱进，提出了一系列新理念、新思想、新战略，在法的宗旨、价值、实效、权威、法律活动（如立法、执法、司法、法律监督、社会治安综合治理）、多元纠纷解决机制、法律职业，法与政党、政府权力、经济、社会生活、改革开放、国家稳定、治理能力的关系等做了丰富的论述。它是一个特点鲜明、独具一格的法学思想体系：在内容上简明扼要，提纲挈领，通俗易懂，紧贴实际；在形成上广收博取，化于一炉，实践为师，稳步提出；在价值取向上以保障最

22 习近平：《促进社会公平正义，保障人民安居乐业》（2014 年 1 月 7 日在中央政法工作会议上的讲话）。
23 同前注，习近平：《加快建设社会主义法治国家》。
24 马怀德：《贯彻中国特色社会主义法治理论繁荣法学研究》，载《新湘评论》2016 年第 11 期。

广大人民的福祉和权利为本位，以控制和规范权力运行、从根本上实现国家的长治久安和世界的和平发展为目标。它正确回答了法治中国建设中遇到的实践问题和理论难题，为各项工作提供理论指南，是马克思主义法治思想的最新理论成果，也必将带动马克思主义法学和治理思想的繁荣发展。

（二）为中国特色社会主义法治建设做好方向指引和顶层设计

社会的有序运行需要良好的法律制度去维系，良好的法律制度构建需要先进的法律思想为其提供方向指引，更需要中央做好顶层设计。习近平中国特色社会主义法治思想根植于中国的土壤、反映人民的愿望、适应新的时代特征和中国发展进步的要求，是源于实践并运用于实践的马克思主义强大思想武器。在这一思想的指引下，中国特色社会主义法律体系形成并日趋完备，中国特色社会主义法治体系走向完备化、精密化。道路问题是事关兴衰成败的第一问题。中国特色社会主义道路是习近平中国特色法治思想的出发点和落脚点，在此思想指引下，我国当代法治体系既不走封闭僵化的老路，也不走改旗易帜的邪路，坚定走向既合乎现代化要求而又合乎中国国情的社会主义道路。

做好顶层设计则体现在习近平中国特色社会主义法治思想坚持以实践论、矛盾论、系统论为指导，顾及当下，虑及长远，分阶段制定新中国建设发展一百年奋斗目标乃至更长远的规划，并紧扣现实，围绕全面深化改革中的重点、难点、焦点、堵点，找出问题，明确矛盾，统一认识，完善对策，提出系统有效的应对方案，为我国未来的法治建设作出通盘设计，使之形成一个结构严密、环环相扣、脉络清晰、特色鲜明，兼具深度、广度、强度的社会主义法治工程系统。习近平多次就做好顶层设计作出论述："全面深化改革需要加强顶层设计和整体谋划，加强各项改革的关联性、系统性、可行性研究。我们讲胆子要大、步子要稳，其中步子要稳就是要统筹考虑、全面论证、科学决策。"[25]"深化司法体制改革，要遵循司法活动的客观规律，体现权责统一、权力制约、公开公正、尊重程序的要求。司法体制改革事关全局，要加强顶层设计，自上而下有序推进。"[26]习近平法治思想中，顶层设计突出表现在十八届四中全会提出坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进，法治国家、法治政府、法治社会一体建设，之后有重点、分步骤地全面推进法治中国建设，并通过中央全面依法治国委员会等机构加以细化、统筹，首次为我国绘制了一幅体系清晰、指导力强的法治建设全景蓝图。

（三）为我国法律的制定、实施注入了新的智慧和动力

法的运行是一个能动的过程，它包括法律的制定、法律的实施、法律的适用以及法律的遵守。《依法治国决定》提出的"法律是治国之重器，良法是善治之前提"是中国特色社会主义法律观、法治观的生动体现。习近平认为，社会主义法治应成为良法善治，努力提高法律制定、实施的质量，从形式法治走向实质法治。"人民群众对立法的期盼，已经不是有没有，而是好不好、管不管用、能不能解决实际问题；不是什么法都能治国，不是什么法

25 习近平：《关于<中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定>的说明》，2013 年 11 月 9 日。
26 习近平：《深化司法体制改革》（2015 年 3 月 24 日在主持中共十八届中央政治局第二十一次集体学习时的讲话）。

都能治好国；越是强调法治，越是要提高法治质量。”[27]“要抓住提高立法质量这个关键，深入推进科学立法、民主立法，完善立法体制和程序。”[28]对立法质量的重视，使我国从追求“有法可依”上升到追求“科学立法”阶段，也为保证法律实施的质量打下了坚实的基础。

为了实现良法善治，由立法思想、执法思想、司法思想、守法思想、法律监督思想等环节构成的习近平中国特色社会主义法治思想，为法律的制定、实施各阶段提供具体指引。例如，在法律的制定层面，习近平强调要坚持立改废释并举，增强法律法规的及时性、系统性、针对性、有效性，要推进科学立法、民主立法，加强重点领域立法；在法律实施层面，他认为要在党的领导下，创新执法体制，完善执法程序，推进综合执法，严格执法责任，建立权责统一、权威高效的依法行政体制；在法律适用层面，他要求完善确保依法独立公正行使审判权和检察权的制度，优化司法权的配置，对司法体制进行改革以适应时代发展；在法律的遵守层面，习近平要求要建立全民守法体系，加强社会诚信建设，增强全社会厉行法治的积极性和主动性，形成守法光荣、违法可耻的社会氛围，使全体人民都成为社会主义法治的忠实崇尚者、自觉遵守者、坚定捍卫者。行胜于言，“法律的生命力在于实施，法律的权威也在于实施”[29]。为了强化法律实施，在习近平同志的部署下，近年来从中央到地方推行了一系列有效的法律保障机制，如加大判决执行力度、设立监察委、“扫黑除恶”、保障人民诉讼权利、信访纳入法治轨道、全面推行法律顾问制度、“谁执法谁普法”，等等，使我国法治建设焕发出勃勃生机，敬畏规则、尊法守法意识在社会确立。

（四）为全球治理提供经验独特的中国方案和智慧

在习近平中国特色社会主义法治思想指引下的我国新时代法治经验，带有鲜明的中国特性、东方元素、社会主义本质，具有多方面的代表性，是发展中国家发挥后发优势建设新型法治社会的范例，与新加坡、日本等东亚国家一样可以为全球治理提供经验独特的本国方案。不仅如此，习近平中国特色社会主义法治思想中也包含了丰富的国际治理思想，包括对国际法治问题的观点。习近平指出：“中国与世界的关系在发生深刻变化，我国同国际社会的互联互动也已变得空前紧密……我们必须统筹考虑和综合运用国际国内两个市场、国际国内两种资源、国际国内两类规则。”[30]在继承和发扬“和平共处五项原则”、“和谐世界”理念的基础上，习近平提出了“一带一路”、“人类命运共同体”、“全球互联网治理体系”、“全球气候治理”等思想。习近平法治思想关于全球治理的主要观点包括：统筹国内法治和国际法治两个大局；推进全球治理格局、治理体制、治理规则变革；推进国际关系民主化、法治化、合理化；构建利益共同体和命运共同体等，内容涉及全球治理的方方面面。[31]习近平法治思想对这些方面都提供了中国方案，无不体现出和平、发展、公平、正义、合作、和谐、务实精神，主张构建一个更加安全、繁荣、美好的国际环境，建立一套公正

27 习近平：《坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设》（2013 年 2 月 23 日在十八届中央政治局第四次集体学习时的讲话）。

28 习近平：《坚定对中国特色社会主义政治制度的自信》（2014 年 9 月 5 日在庆祝全国人民代表大会成立六十周年大会上的讲话）。

29 同前注，习近平：《坚定对中国特色社会主义政治制度的自信》。

30 《中央外事工作会议在京举行》，载《人民日报》2014 年 11 月 30 日，第 1 版。

31 张文显：《习近平法治思想研究(下)——习近平全面依法治国的核心观点》，载《法制与社会发展》2016 年第 4 期。

合理、促进多边对话协商、实现互利共赢的国际规则体系。相信，这种代表理性智慧和规则意识的中国方案将在国际产生越来越大的影响，推动国际新秩序朝向更加平衡、包容的方向迈进。

四、结语

法治兴则国兴，法治强则国强。党的十八大以来，全面依法治国工作深入推进，法治观念深入人心。以习近平同志为核心的党中央提出了加强和改善党对依法治国的领导、坚持人民主体地位、走中国特色社会主义法治道路、建设中国特色社会主义法治体系、“坚持依宪治国、依宪执政”、“全面推进科学立法、严格执法、公正司法、全民守法”、“处理好全面依法治国的辩证关系”、“建设德才兼备的高素质法治工作队伍”、“抓住领导干部这个‘关键少数’”等一系列新理念新思想新战略，形成了富于时代新意的习近平中国特色社会主义法治思想。

总体来看，该思想的形成过程是长期的，思想渊源是宽广的，所含内容是全方位的。思想的提出、发展、完善是不断累计、聚变、衍生的过程。该思想带着突出的唯物辩证色彩，是马克思主义法学思想的新发展，它以中国的实际情况为基础，回答了完善中国特色社会主义制度、推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题，对建设社会主义法治强国提供了重要的理论支撑，是当前我国全面依法治国的根本思想遵循，必须长期坚持并不断丰富发展。

法治价值观：以人的尊严为导向

李桂林[1]

【内容摘要】法治价值观是法治理论的核心内容，决定着法治实践的方向与成败。法治的价值是法治因其性状和属性而对人的需要之满足的效用。法治价值不同于法律价值，是对法律价值的超越。对当代国际人权法和法治理论进行考察，可以从中总结出以人的尊严为导向的法治价值观。这一法治价值观的核心命题包括：人的尊严是法治的终极价值；法治是人的尊严的构成要件；法治对人的尊严而言具有构成性内在价值。法治与人权都是人的尊严的构成要件，是两个并列的概念。根据目的解释和体系解释的方法，法治对法律提出了特定实质价值与内容上的要求：法律的内容要符合维护人的尊严之要求，即法律要尊重和保护人权。

【关键词】法治；实质法治观；法治价值；人的尊严；内在价值

一、问题的提出

在当今时代，法治被看成是现代国家治理的普适性模式。同时，我们也看到许多国家所采纳的法治愿景、所追求的法治目标不尽相同甚至差别很大，这是由于它们所采纳的法治观不同所致，其关键则在于它们的法治价值观存在分歧。法治价值观的选择将决定法治实践的方向和路径。

法治价值观作为法治理论的组成部分，受到广泛关注。但是，我国法治研究者在这一问题上众说纷纭，分歧严重。我们可以从中提取出几个主要理论争点。一是，法治是否具有内在价值的问题。法治是“人工制品”，是一项有目的的事业，它具有工具性价值：它在国家追求其政治和社会目标中往往具有重要作用。但是，如果法治只具备工具属性（即只具有外在价值），它的重要性就会被贬低。相反，如果法治不只是实现政治与社会目标的工具，不只是具有工具性价值，还具有内在价值（其本身就是有价值的），那么，法治才真正具有重要地位，在现代国家治理中不可或缺[2]。在这一争点中，对于法治是否具有内在价值、为何具有内在价值、具有何种内在价值的问题，多数研究者都没有认识到其重要性，没有给予充分的关注，现有研究成果也没有提出令人满意的答案。二是，法治价值与法律价值的关系问题。[3]在研究法治有哪些价值的问题时，有研究者认为法治具有正义、秩序、自由、平等、效益、民主、人权、人的发展等价值[4]。显然，持此论者没有重视法治价值与法律价值的区别，将二者混为一谈，以致将先前法理学界总结的法律价值轻易地移用为法

[1]李桂林，1965 年 12 月生，华东政法大学法律学院教授。
[2]陈景辉：《法律的内在价值与法治》，《法制与社会发展》2012 年第 1 期。
[3]本文将“法律的价值”与“法律价值”、“法治的价值”与“法治价值”当做同义词，文中的使用主要根据修饰需要而定。
[4]李友谊：《法治的价值在于对人的价值的关怀》，《五邑大学学报（社会科学版）》，2010 年第 1 期，第 28 页。

治价值。我们应该弄清楚：法治价值与法律价值有没有区别？如果法治价值不同于法律价值，两者之间有何区别？法治的价值是什么？三是，法治与人的尊严的关系问题。有研究者认识到了法治的价值不同于法律的价值，主张法治的核心价值是人的尊严与自由。[5]这一理论观点具有重要价值，但其中有若干核心问题需要解决：法治与人的尊严之间是否存在内在关系？在人的尊严被设定为表征人的内在价值的概念[6]、人的尊严被认为具有内在价值的情况下，法治是否具有内在价值？如何才具有内在价值？四是，法治、人的尊严、个人权利、自由、社会福祉之间的关系问题。“法治的核心价值是人的尊严与自由”这一命题，除了要面对“法治与人的尊严之间存在何种关系”的拷问之处，还会引起以下质疑：法治与自由之间、人的尊严与自由之间到底是什么关系？[7]从更广泛的视角来看，实质法治论者在法治价值问题上分别有个人权利、尊严权和/或正义、社会福祉三种理论，这一理论分歧导致他们不能自圆其说。只有在第四个理论争点上提出令人信服的答案，才能为实质法治观提供有效的辩护。[8]

上述四个方面的理论争点是法治价值观研究必然要解决的问题，它们也构成了本文的研究主题。通过对这些问题的探究与回答，本文将提出以人的尊严为导向的法治价值观。这一法治价值观将以国内外已有成果为基础，力图对法治价值观的核心问题提出新的阐释，为法治提供可靠的价值基础。

二、法治价值是对法律价值的超越

研究法治价值观首先要认识“法治价值”的涵义，这又需要研究法治价值与法律价值两者的区别。从“法律价值”与“法治价值”这两个概念的比较作为切入点，主要有两方面的原因。我国法学界研究法律价值问题已有三十多年，在此问题上成果很多、共识度颇高；相反，法学界对法治价值问题关注相对较少，理论分歧很大。借助于两者的比较可以更好地认识“法治价值”的涵义。另外，国内学界对二者的区别认识不清，甚至把法律价值移用为法治价值，把二者混为一谈。澄清这一问题上的认识误区并明确“法治价值”的涵义，是法治价值研究的重要任务。

（一）法治价值不同于法律价值

对法律价值与法治价值进行比较，有助于我们把握法治价值的基本含义。事物的价值是该事物的性状和属性对满足主体需要的效用，是事物与作为主体的人之间的关系性概念。“价值同人类的目的性活动密不可分，是人的本质需要在社会实践中与现实的可能性相结合的产物，是主客观的统一。”[9]法律和法治都是人的目的性活动，二者的价值是它们对人的

[5]夏勇：《法治是什么?——渊源、规诫与价值》，《中国社会科学》1999 年第 4 期。
[6]《世界人权宣言》“序言”指出：“鉴于对人类家庭所有成员的固有尊严及其平等的和不移的权利的承认，乃是世界自由、正义与和平的基础”。
[7]喻中：《再论法治的价值》，《山东警察学院学报》，2008 年第 6 期，第 23 页。
[8]同前注[1]，陈景辉文，第 14~15 页。
[9]朱贻庭主编：《应用伦理学辞典》，上海辞书出版社 2013 年版，第 66 页。

本质需要之满足的有用性或具体的积极作用。[10]要认识法律价值和法治价值，既要认识法律和法治的性状和属性，也要了解人对它们的需要，探究与其相关的人类活动的目的；只有在它们与人的关系语境中，才能探究法律价值和法治价值。“一种法律制度的价值大小，既取决于这种法律制度的性能，同时也取决于一定主体对这种法律制度的需要。”[11]换句话说，法律与法治两者各自的价值，既取决于它们各自的性状和属性，也取决于人类法律实践和法治实践的目的。这两方面构成了法律价值和法治价值理论研究的出发点和着力点。

法律和法治是两种紧密相关又彼此相异的制度现象，两者性状和属性各异因而价值也各不相同。学界通常将法治看成是一种政治理想，但其实现必定经过法律化，具体化为某种或某些形态的法律；因此，法治也可以被归结为具有特殊性质的法律，是法律的特殊类型。法理学通常将法律划分为不同的历史类型或理想类型[12]，借鉴这一研究方法，我们将人类历史上出现的各种法律根据其是否符合法治标准区分为“非法治型法律”和“法治型法律”两种类型。法治是法律文明发展到一定历史阶段之后才出现的特殊法律现象，当法律被注入了法治精神与价值，依据法治原理得以型构，就产生了法治型法律；那些不符合甚至违反法治原理的法律就是非法治型法律。法治精神和价值赋予法治型法律以特殊性状和属性，因而也使其具有特殊的价值。“客体具有相应的属性，是一定价值存在于其上的内在根据”，“法的价值是法所具有的属性的表现”[13]。因此，非法治型法律与法治型法律两者由于在性状和属性上存在差异，它们的价值必有不同。从广义上讲，法律价值应该为两种类型法律所共有，但法治型法律或法治当然具有非法治型法律所不具备的价值。法理学对“法律价值”的总结和提炼应该可以适用于两种类型的法律，但法治型法律或法治的价值当然不能适用于包括非法治型法律在内的一切法律。

法律价值和法治价值还取决于人对法律和法治的需要，取决于相关实践活动的目的。人类对法律和法治的需要不同、从事法律和法治两种实践活动的目的不同，法律价值和法治价值也就不同。法治型法律或法治是一种相对晚近的现象，是为了进一步发扬前法治型法律的长处、克服其短处而创设出来的。近代法治产生于西方，尽管西方法治是通过自我演化出现的，但它之所以在各种制度的竞争中受到青睐并脱颖而出，一方面是由于其原理和制度有助于人类满足其特定需要、达成其特定政治与社会目的；另一方面，人类也将特定价值注入法治理想之中，优化和塑造法治理想，推动法律发展，使其从前法治型法律转型为法治型法律。随着这一进程的推进，法治从一种近代产生于若干西方国家的治理之道，在 20 世纪下半期成为一种全球现象。法律和法治是有目的的人类事业，不理解人类创设这些制度、从事相关活动的目的，就无以认识法律的价值和法治的价值。

---

[10]卓泽渊：《法的价值论》，法律出版社 1999 年版，第 7~16 页。

[11]赵秉志主编：《现代法治的理念》，北京师范大学法出版社 2012 年版，第 1 页。

[12]马克思将法律分为奴隶制法、封建主义法、资本主义法和社会主义法。马克斯·韦伯将法分划为形式厖理性法、实质非理性法、实质合理性法和形式合理性法；其中，形式合理性法属于法治秩序下的法律。诺内特和塞尔兹尼克把法律分为压制型法、自治型法和回应型法；其中，自治型法是 19 世纪资本主义法治时期的法律。

[13]同前注[9]，卓泽渊书，第 11 页。

（二）法律价值和非法治型法律的固有缺陷

法律是人类智慧的结晶，是人类文明的重要成果。关于人类创设法律的目的，法学家们多有论述，我们取其中若干著名理论观点加以分析。菲尼斯认为，法律的目的是“解决共同体内为了其共同善的任何协调性问题”[14]；法律通过行为模式的具体化、恣意性的最小化，通过不同法律主体之间互惠性特质的维持，引导法律规则和制度之总体来达到这一目的。法律使社会共同体中人与人之间的行为达成协调，从而使社会成员以最小的摩擦与消耗来实现生活规划、达成人生目标，使社会成员能够以付出最小代价为条件而尽可能地满足个体与社会的需求。[15]法律之所以能够达成上述目的，是因为其具备特殊性状和属性：法律作为一种特殊规范或规范体系，明确规定主体的权利与义务，规定社会有组织的制裁，为社会成员提供了行为指引；它建立了纠纷解决机制，依法惩治违法者、救济受害者，维护社会成员的协调与合作。在这里，纠纷是普遍存在的社会现象，是社会摩擦的表现，是精神和物质消耗的原因。纠纷解决是社会成员行为协调的必要条件，只有有效的纠纷解决机制才能避免纠纷发展为冲突，使社会成员陷入相互摩擦与消耗。

基于法律的性状和属性以及人对法律的需要，学者将法律的价值归结为正义和秩序。一方面，人类有对正义和秩序的需要；另一方面，法律因其属性而成为人类实现正义和秩序的必要条件。没有正义和秩序，人类社会就不可能“解决共同体内为了其共同善的任何协调性问题”。没有法律，就无以实现正义和秩序：任何正义观，只有获得法律的确认，才能转化为明确的权利义务体系，获得强制性保障；任何社会秩序都必须以规则以及规则的实现为前提条件。正义和秩序对于人类个体与人类社会而言具有内在价值，法律则是正义与秩序两者的构成要素。这样，我们大致可以所有类型法律的价值都归结为正义和秩序，这两种价值的实现是人类社会每个成员生存、彼此交往和共同发展的条件。

虽然法律有益于人类文明的发展，但非法治型法律具有某些固有缺陷、难以充分满足人对正义和秩序的价值需求。第一，在正义与秩序两种价值之间，非法治型法律通常会有失偏颇。在古代封建专制下法官和其他官员都是君主的臣属，只不过是最高权力的驯服工具。在君主及其臣属那里，法律所追求的首要目标是政治统治的安宁与秩序，统治机构无论如何都要不惜一切代价维持治安。法律机构几乎没有不同于国家强制权力的手段，刑法和刑罚处于法律的核心。[16]这导致非法治型法律之下的立法、执法和司法不能将正义置于应有位置，保持正义与秩序之间的均衡。第二，非法治型法律在实现社会正义方面也存在先天不足，其正义观通常以等级、特权、歧视等观念为基础，它所确认和实现的正义最多只不过是“法律上的正义”（即“法律正义”）。在世界各国古代法中，这些价值观因其历史与社会基础而普遍存在，在当时被认为具有合理性。但是，如果当代某国的法律体系或者其中某些制度仍然以等级、特权、歧视等正义观为基础，它就与现代正义观的普遍原则相违

[14][英]约翰·菲尼斯：《自然法与自然权利》，董娇娇等译，中国政法大学出版社 2005 年版，第 220 页。
[15][美]博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 155 页。
[16][英]诺内特、塞尔兹尼克：《转变中的法律与社会》，张志铭译，中国政法大学出版社 1994 年版，第 39 页。

背，肯定不能满足该国人民对社会正义的要求。第三，非法治型法律在维护秩序方面难以保证可持续的社会合作，难以实现持久的社会秩序，即“长治久安”。在这样的社会秩序中，法律赋予政治权力以权威色彩，构成秩序基础的是权力和强力而不是规则和对规则的普遍遵守。法律的适用受政治权宜之计的影响和支配。虽然权力在法律所赋予的强制力的维护下可以形成秩序，但是，执掌权柄者也往往因恣意操弄法律而破坏规则，进而成为法律秩序和社会稳定的破坏者。从最终意义上讲，非法治型法律既难以维护法律正义，也不可能维持长久的社会秩序。总之，虽然法律的价值是正义和秩序，但非法治型法律不利于正义和秩序的实现。历史上众多政治统治的消亡，固然有外敌入侵之下政体难以保存这一外部因素的影响，更多的是由非法治型法律下的社会不公与社会失序引起的内讧和革命所导致的。

（三）法治对法律的超越

从某种角度看，人类历史就是一部治道的演变史。其中，人类总是在不断思考和探索更好的治理之道。在当代，人们之所以青睐并采纳法治，就是为了克服非法治型统治的固有缺陷，更好地实现正义和秩序这两种价值需求。事实上，法治本身就是为了克服非法治型法律的固有缺陷而发展起来的。

法治文明要有针对性地解决前述三个方面的问题，提出相应的解决方案。第一，兼顾正义与秩序两者之间的平衡，建立以社会正义为导向的政治统治，以此为基础维护社会秩序。正义和秩序两者之间存在相互依存的关系：没有秩序，正义无以实现；反过来，没有正义，社会秩序也不能维持长久，正义是实现并长久维持社会秩序的条件。“人们的正义或公正观是一种社会协调机制，通过这种机制，人际和群体之间才得以维持互动。正义的价值就在于使得人际和群体间维持互动，消除冲突和防止社会解体。”[17]正义是政治权力获得正当权威的必要条件，法律符合正义才能获得自愿服从。只有社会成员相信法律的正当性，法律的运行不是以权力与强力为依靠、而是以正当权威为基础，政治统治的稳定性和有效性才能得到加强，稳固的社会秩序才能建立起来。[18]尽管正当统治的类型多种多样，但在现代社会，法律的合正义性或合道德性无疑是其权威性的首要条件。法律要具有合正义性或合道德性，又需要几个条件：法律所依据的正义标准要符合现代人权标准；法律化的正义标准对立法机关要有约束力；对违反正义的立法进行审查；建立国家机构依法行事的体制保障。虽然正义标准具有历史、文化和社会上的相对性，但由于全球化的推进和国际法的发展，国际社会在正义标准问题上所达成的共识已经足以为当代立法提供必要指导。第二，设置有效的制度，以保证法律的适用不受政治权宜之计的支配和控制。这有利于形成使人的行为服从规则治理而不是屈从于掌权者个人的权力与意志的局面。维护法律权威地位、实现规则之治，防止官员不受法律约束、能够恣意破坏规则，这是实现法律正义、维护社会稳定与秩序的必要条件。法治型法律是以法治精神为指导建构起来的制度与规范体

[17][美]奥斯汀·萨拉特：《布莱克维尔法律与社会指南》，高鸿钧等译，北京大学出版社 2011 年版，第 474 页。
[18][英]莱斯利·格林：《国家的权威》，毛兴贵译，中国政法大学出版社 2013 年版，第 1 页。

系，相应地，法治秩序作为一种新型法律秩序已经在世界上许多国家和地区出现。第三，法律价值观的转变和重塑。在从前法治型法律向法治型法律的转型中，法律价值观也发生了根本变化：新型法律价值观（即法治价值观）超越了先前法律价值观，体现了法律目的以及法律精神和原理在近代以降发生的变化：在国家与个人的关系上，个人是目的、国家是工具；在政府权力与法律的关系上，国家机构受法律约束。法治价值观应该体现这些新的原理和原则，赋予“正义”以明确且全新的涵义，并有利于形成一种使法律能够维护自身权威的制度。

与法治对法律的超越相对应，法治价值也是对法律价值的超越。所谓“超越”是指在吸取正义和秩序之法律价值的合理之处的基础上，克服其不足之处。正义和秩序作为法律价值的不足主要体现在两个方面。一方面，其中正义标准并不明确，致使立法可以借正义之名行非正义之实，致使所立之法不利于形成持久的社会合作体系，从而不利于长久地维持社会秩序。另一方面，在非法治型法律中正义与秩序之法律价值同等级、特权等价值观和制度是紧密相联的，其实现往往要以强力和压制为保障。法治型法律或法治的价值要能够在这两个方向上克服法律价值的不足。以现代政治哲学和法哲学视角来看，当且仅当法律以对人的主体性的承认以及对人作为人的尊重为基础，正义的社会秩序才能实现。与此同时，法治的产生和发展也遵循了这一理念，法律被赋予了特殊性状和属性转化为法治型法律。现代法治理论与实践的重要成果就是将法治的价值归为人的尊严，以人的尊严作为法治的价值来解决上述难题；反过来，法治理论与实践也以人的尊严这一价值来塑造法治的理论与制度，推进法治实践的发展。

三、对法治与人的尊严关联模式的分析

法治不是价值无涉的理想和制度，它对法律提出了实质价值和内容方面的要求。我们将采用归纳方法，通过对法治理论以及国际法文件的考察来论证以下命题：法治承载着以人的尊严为导向的价值理想，以人的尊严为终极价值追求。[19]人类之所以创设并追求法治，其目的就是维护人的尊严；法治被赋予特殊性状和属性，成为维护人的尊严的必要条件。当然，这种法治价值观并非自古就有，而是法治理论发展到当代的结果。追寻法治价值观的发展脉络，可以看到这一法治价值观在第二次世界大战以后正式形成并传播开来，得到广泛认可。

（一）法治观的演变及对形式法治观的否弃

法治价值思想源远流长。亚里士多德在《政治学》中给法治提出的经典定义，包含“良法”与“普遍守法”（或“法律权威”）这两重含义；它们构成了后世法治理论的两条发展主线：正义、天赋权利、人权等理论是前一方向上的成果，后一方向的最高成就则是将民族国家主权权力纳入宪法和法律规制之下的法治国家、法治政府理论与实践。19 世纪以降，世界

[19]李桂林：《实质法治：法治的必然选择》，《法学》2018 年第 7 期。

范围内的政治秩序皆以民族国家为基础，法治在近代民族国家构建中起到了国家主权权力的支持和正当化之作用。一方面，它构建起民族国家体制，赋予其主权权力以权威地位；另一方面，它运用宪法和法律约束国家权力，防止公共秩序以及共同体利益和个人利益在政治权力扩张和滥用中遭到毁灭。“一方面，统治者在法律范围内行事，或以法律的名义行事，这可提高自己的权威。另一方面，法律可以防止他们做随心所欲的事，不能只考虑私人利益，还要考虑整个共同体的利益。”[20]这样，法治成为新型政治秩序的构成要件。这一最终成果是诸多思想家从不同方向努力的结果。例如，霍布斯和洛克两人的理论都包含国家主权权力建构与约束的成分，但他们的重点不同：霍布斯侧重于论证国家主权权力的建构；洛克在论证国家和政府的必要性的同时，更侧重于对政府权力（特别是行政权力）的限制，通过社会契约建立起来的受法律限制的政府治理造就了一种新型的法律文明，这就是法治文明。现代文明借助法治将个人结合为共同体并为共同体成员提供保护，使其免于共同体及其个体成员的不法强制。

以洛克有限政府理论为代表的近代法治理论属于实质法治观。其中既包括对政府权力的形式限制，也包括对法律实质价值与内容方面的要求，法律要符合人类自然理性的要求，保护自由、平等、个人财产权等“天赋人权”。这样，法治等现代法律原则和制度在政府与人民之间形成了一种互惠关系。这种自然法学法治理论属于政治学的范畴。戴雪在 19 世纪下半期将其从政治学法治话语转化为法学法治话语，他把英国法治总结为三条原则：法律至上；法律面前人人平等；宪法不是个人权利的渊源而是其结果。[21]与此同时，他也指出：只有通过对英国法律处理个人自由权利、讨论自由、公共集会、戒严法等方面的方式加以仔细考察以后，才能理解法治的含义。[22]戴雪的法治理论可以被看成是洛克法治思想的法学版本，他的理论阐述了法治的形式原则与要求，但也阐明了法治的政治目的与实质价值；然而，它却成为 20 世纪英国形式法治观的肇端[23]，以拉兹为代表的形式法治论者将其中的形式方面发展到极端，把法治看成是与特定实质价值相分离的独立系统。虽然这一努力方向有助于将法治同与其相伴生的西方价值观分离开来，力图解除它与特定意识形态的关联，试图使其具有“可普遍化”的性质；但是，其结果却可能是使法治与恶法和暴政携手，使政治统治借“法治”之名危害被统治者。

19 世纪下半叶开始，法治理论在形式化方向上发展，其结果是法治偏离其初衷。[24]由于对法治以及与之相关联的现代性的片面理解与执行，20 世纪上半叶发生了两次世界大战，

[20][美]弗朗西斯·福山：《政治秩序的起源：从前人类时代到法国大革命》，毛俊杰译，广西师范大学出版社 2014 年版，第 224 页。

[21][英]戴维·米勒、[英]韦农·波格丹诺主编：《布莱克维尔政治学百科全书》，邓正来（中译本）主编，中国政法大学出版社 2002 年版，第 726 页。

[22]同上注。

[23][英]保罗·克雷格：《形式法治与实质法治的分析框架》，《行政法论丛》第 13 卷，法律出版社 2011 年版。保罗·克雷格认为，戴雪所提出的三条法治原则是形式性原则，三条原则“都不要求特定的具体实质权利的存在”（第 650 页）。但是，如果从其法治原则的背景来看，戴雪的法治原则是与特定的政治目的和实质价值紧密相关联的。

[24]关于 19 世纪下半叶以后至二战结束前德国“法治国”（Rechtstaat）概念的形式化过程，参见刘争志：《德国法治国概念源流考略及新探》，《法治论丛》2010 年第 6 期；邵建东：《从形式法治到实质法治——德国“法治国家”的经验教训及启示》，《南京大学法律评论》2004 年秋季号。

给人类社会带来了苦不堪言之灾祸。韦伯笔下的“形式理性法”就是形式法治的代名词。现代西方法理型统治的基础就是一套内部逻辑一致的法律规则以及得到法律授权的行政管理人员所发布的命令，这种类型的统治承载了 19 世纪下半期形式化的德国“法治国”（Rechtsstaat）理想。[25]弗里特曼对这一法治观念做了经典总结：“从形式上讲，法治是指在特定社会中由某一权威制定和执行的有系统的规范结构；或者简单地说就是公共秩序的存在，它与任何意识形态是无关的，无论是哪一种政治制度的秩序都包括在内。”[26]然而，法治自产生之初就是一种政治理想，负有特定的政治目的。对法治的形式化表达在两个方向上忽视了法治的初衷：将法治化约为一套规则及其逻辑一致运行，淡化了“限制国家权力”之要旨；忽视甚至否认法治保障个人权利与自由的目的。结果，法治被曲解为国家达成任何政治与社会目标的手段：不顾政治与社会目标的实质价值与内容是否具有合正义性和合道德性，只考虑这种手段是否足够有效。两次世界大战的战祸即是明证。具体地讲，法西斯德国之所以成为二战的罪魁祸首，是与它的“法治国”沦为纯粹的“法律国”分不开的：这种“法治”既没有制约国家权力之意图，也丧失了人道和人权的灵魂。虽然导致这些恶果的原因是多方面的，是政治、经济和文化等多种原因共同作用的结果；但是，其中最重要的原因就在于，这一时期德国“法治国”观念以及以此为基础的国内法实际上成为法西斯暴政的帮凶，不可能起到阻止暴政的作用。当形式理性化从法治中消解了 18 世纪启蒙运动所确立的实质价值之后，实证主义法治观不可能防止、反过来会催生惨剧的发生。正如学者所说：“大屠杀是现代性的普遍理性化的组成部分。”[27]形式理性法一旦被剥离人道与人权的灵魂，就成为强化国家力量、弱化人的主体性地位的工具，使人沦为惨遭“利维坦”任意奴役的客体。历史教训证明，如果忽视近代法治观所包含的目的与价值，沉迷和偏执于法治的形式化表述，法治就必然异化为其对立面，不是服务于而是危害人类共同体及其个体成员的福祉。

（二）法治与人的尊严的三种关联模式

人是理性和智慧的动物。我们既能从普遍人性中发现合乎理性要求的原则和制度，也能从过去的失败和惨痛经历中汲取教训，使我们得以在构想未来制度时排除反人性和反人道的选项。二战后诸多国际法文件和许多国家的宪法都重申了法治与特定价值的紧密关联，这是因为此时的法治得以站在新起点上：既可以从理论中学习，也可以从经验与历史教训（尤其是极端的邪恶）所教会我们的更好选项中学习；这些选项是如此重要，国际社会足以达成共识，将它们确立为法治的制度，成为当代人类传给后世的宝贵财富。[28]其中，二战后国际社会在法律层面（包括国际法和国内法）和理论层面最引人注目的成果是关于人的尊严的法律规定和理论阐述。这些材料可分为三类。第一类是国际法文件，如《世界人权宣言》和“国际人权两公约”，以及 1993 年第二次世界人权大会发布的《维也纳宣言和行

[25]郑戈：《韦伯论西方法律的独特性》，载郑戈主编：《韦伯：法律与价值》，上海人民出版社 2001 年版，第 69 页。
[26]沈宗灵：《现代西方法理学》，北京大学出版社 1992 年版，第 478~479 页。
[27][英]韦恩·莫里森：《法理学：从古希腊到后现代》，李桂林等译，武汉大学出版社 2003 年版，第 327 页。
[28][美]艾伦·德肖维茨：《你的权利从哪里来？》，黄煜文译，北京大学出版社 2014 年版，第 69 页。

动纲领》等。第二类是国内宪法，如《德国基本法》，它将法治与人的尊严直接联系在一起，成为实质法治观的典型表述。[29]第三类是法学界的理论成果，如 1959 年国际法学家大会发布的《德里宣言》。

根据法治与人的尊严的关联方式，可以将现有观点划分为三种类型。第一类是定义性关系，把人的尊严看成法治的定义要素。《德里宣言》将法治原则概括为三条：（1）立法机关的职能在于创设和维护得以使每个人保持“人类尊严”的各种条件；（2）既要制止行政权滥用，又要使政府能有效维护法律秩序，借以保证人们具有充分的社会和经济生活条件；（3）实行司法独立和律师自由。[30]《德国基本法》在法治中既纳入几个广受承认的形式特征，也超出法治的纯粹形式理解，确定尊重和保护人的尊严是一切国家行为的指导原则。这样，“人的尊严”概念就从哲学形态转化为法律的形态，不仅成为具有法律效力的指导原则，而且被确认为《德国基本法》所创造的宪法秩序的最高价值。其中，人的尊严不是宪法所规定的公民基本权利，而是公民基本权利的基础。第二类是并列但内在关联型关系，可以将富勒的法治观归入此类。在富勒理论中，程序自然法（即形式合法性原则，法治原则）相对于实体自然法而言具有独立价值；但他主张，法治以人的主体性为前提条件、服务于人的主体性。法治原则在字面上看似与实质价值无关，但其目的在于允许并帮助个人终其一生创造一个持续存在的身份，维护主体的尊严。法治设立了政治权力的目的与范围，力图使法律规则不会将权力的行使引向私人的或偏私的目标，从而使法律服务于个人尊严之维护；法治的基本目的则是“确保从属于权威的国民自我引导的尊严以及免受某种形式的操纵之自由”[31]。第三类是工具性关联，法治被看成是维护人的尊严的工具。拉兹阐述了法治与人的尊严之间的关系，但是，在其“工具主义法治观”之下：人的尊严并非终极价值，它只不过是诸多价值中的一个选项；法治对人的尊严来讲只是一个工具，具有工具性价值；不仅法治在必要时应该与其他价值相权衡、在必要时遭放弃，而且人的尊严也是可以被妥协的。法治与任何实质价值都能相容，“一种根植于否定人权、普遍贫穷、种族隔离、性别歧视以及宗教迫害的非民主性法律体系，在总体上可能比任何更为开明的西方民主法律体系更符合法治的要求”，“法律可以设立奴隶制而不违背法治”[32]。工具主义法治价值观对法治的消极影响是：法治对法律的内容没有任何要求，在任何非正义的法律体系下都可以实行法治；法治自身没有内在价值，它只是统治者实现任何政治与社会目标的工具或手段。这一理论观点把法治看成是法律的优点，有助于某些政治和社会目标的实现；但是，将法治的价值归为工具性价值即外在价值，实际上是在贬低法治的作用和地位：法治的价值取决于它所服务的政治和社会目标的价值，取决于它对达成该目标的有用性。如果法治所服

[29][美]布雷恩·Z. 塔玛纳哈：《论法治：历史、政治和理论》，李桂林译，武汉大学出版社 2010 年版，第 139 页。
[30]另参见 1959 年新德里国际法学家大会第一委员会报告第 1 条：“在法律统治的自由社会中，立法机关的功能是创制和维护个人有尊严地生存的条件。这种尊严不仅要求承认他的社会和政治权利，而且要求确立个人充分发展其个性所必需的社会、经济、教育和文化条件。”
[31]同前注[13]，约翰·菲尼斯书，第 217~218 页。
[32][英]约瑟夫·拉兹：《法律的权威：法律与道德论文集》，朱峰译，法律出版社 2005 年版，第 211 页。

务的政治与社会目标是不正义的，那法律的价值就是消极的。法治对实现某种政治与社会目标有用它就是有价值的，无用则没有价值；有用则用，无用则弃。[33]

从以上分析中可以看到，许多法学家都认为法治与人的尊严之间存在关联，尽管他们所提出的关联模式不同。本文采用归纳方法，初步设定法治与人的尊严之间存在关联。这一假定将成为后续论证的起点，同时也成为后续论证的对象。我们需要以上述三种关联模式为参照来论述法治与人的尊严之间的关系，对法治价值问题做出回答。

（三）对法治与人的尊严三种关联模式的分析

法治与人的尊严三种关联模式的差别，主要源于在以下三个问题上的分歧。第一，人的尊严是内在价值还是外在价值（工具性价值）的问题。第一种和第二种模式认为人的尊严具有内在价值，其价值不依赖于它对外在目标的有用性，因而不可放弃；第三种模式认为人的尊严具有外在价值或工具性价值，其价值取决于其作为工具的效用。第二，在假定法治与人的尊严之间存在关联的情况下，法治对人的尊严具有内在价值还是外在价值的问题。如果法治对人的尊严仅仅具有工具性价值，法治就处于“有用则用、无用则弃”的工具性地位（第三种模式）。第三，法治与人的尊严之间的关系问题。如果法治和人的尊严两者都具有内在价值，那么，法治与人的尊严两者之间是并列关系（第二种模式）还是从属关系（第一种模式，人的尊严处于终极性最高地位、法治处于派生性地位）的问题。此时，我们需要分析法治、人权与人的尊严的关系，法治与个人权利、社会福祉之间的关系，从而理顺法治与相关概念之间的关系，最终为法治价值问题提出具有理论自洽性的答案。

对以上三个问题所含选项作适当判断与选择，将产生以人的尊严为导向的法治价值观。其核心观点是：人的尊严是人的固有内在价值，在价值体系中处于终极价值的地位；法治与人权一样派生于人的尊严，它由于是人的尊严的构成要件而具有构成性内在价值；法治与人权是并列的、相对独立的体系，但法治基于人的尊严这一上位价值而必然对法律提出人权这一特定实质价值与内容方面的要求。

四、法治对于人的尊严的构成性内在价值

要论证以人的尊严为导向的法治价值观，需要分别论证其中所包含的几个核心命题。它们是：人的尊严是法治的终极价值；法治是人的尊严的派生物；法治是人的尊严的构成要件，对人的尊严具有构成性内在价值。如果这一法治价值观能够成立，我们就可以为法治奠定可靠的正当性基础，明确法治所要求的法律实质价值与内容。

（一）对工具主义法治价值观的否定

以人的尊严为导向的法治价值观与工具主义法治价值观相对立，因此我们通过这两种法治观的对比、通过对工具主义法治价值观的批评来揭示其涵义。

拉兹的工具主义法治价值观认为法治与人的尊严之间是手段——目的关系。它实际上

[33]同前注[1]，陈景辉文，第 9 页。

不是提升而是贬低了法治的地位。法治对人的尊严只具有工具性价值，这意味着法治对保障人的尊严不具有决定性作用。同时，人的尊严也不是终极性价值，当人的尊严与具体政治与社会目标发生冲突时，应该对其进行权衡、做出取舍。人的尊严不具有内在价值，法治也是如此。法治是法律中诸多优点的一种，“经常与相竞争的其他价值主张进行较量”，“法治与其他价值之间的冲突正如我们想象的那样。遵守法治是一个程度问题，尽管越遵守越好。最低限度地遵守经常被优先考虑，因为他有助于其他目的的实现”；我们不应该为了法治而牺牲过多其他社会目的：“在法治的圣坛上牺牲过多的社会目的将使法律成为空中楼阁。”[34]这种法治价值观无疑将会降低法治的地位，法治并非不可抛弃的治道，而且它与包括人的尊严在内的任何实质价值都没有必然关联。尽管“故意无视法治将会侵犯人的尊严”，“它们所表达的对人们自主性的不尊重，也侵犯了人的尊严”[35]，法治有助于维护人的尊严，但人的尊严与政治与社会目标相比并不具有“王牌”的绝对优势地位。这样，法治的价值取决于其所服务的政治与社会目标的价值，是外在的、工具性的；法治是应该权衡、可以放弃的。

工具主义法治价值观对我国法治的消极影响显而易见。要想确定法治在国家治理体系中的战略地位，就应该反对这种法治价值观。只有揭示法治的内在价值，将法治的正当性建立在内在价值基础上，才能将法治从工具主义法治价值观下拯救出来，确立法治在现代国家治理中不可或缺的地位。我国法治理论研究者已经关注到了这一点，并在确立法治的内在价值方面做了宝贵的努力[36]，但努力方向存在偏差，提出的解决方案存在问题。我们需要进一步研究这一主题，回答以下问题：法治是否具有内在价值，何以具有内在价值，以及具有何种内在价值。

（二）人的尊严的终极性与法治的派生性

我们从“人的尊严”这一核心概念来阐述以人的尊严为导向的法治价值观。在这里，“人的尊严”是表达“人的固有内在价值”的概念。所谓“人的尊严”本身就是指“人本身是最高的价值”：“一个有价值的东西能被其他东西所代替，这是等价；与此相反，超越于一切价值之上，没有等价物可代替，才是尊严。”[37]根据人的尊严之现代观念，每个人都具有超越一切价值之上的价值，是其他人或物不能替代的。每个人仅仅因为其为人，不管其境况如何，都应该被当成人亦即最高价值看待；把人当人看，这是社会和社会中每个人善待他人的最高准则。“人的尊严”表达的是每个人具有固有的内在价值。“固有的内在价值往往展现为某种终极价值，也就是某种非派生性价值。只要一个价值不是来自于其他价值，那么这个价值就是终极价值，它独立于其他任何价值而存在。”[38]因此，“人的尊严”表示每个人都具有无可替代的价值，它是不可权衡、不能妥协的。

---

[34]同前注[31]，约瑟夫·拉兹书，第 198~199 页。
[35]同前注[31]，约瑟夫·拉兹书，第 192~193 页。
[36]同前注[1]，陈景辉文。
[37][德]康德：《道德形而上学原理》，苗力田译，上海人民出版社 1986 年版，第 87 页。
[38]同前注[1]，陈景辉文，11 页。

人的尊严是一种终极价值，法治、人权相对人的尊严来讲具有派生性价值。二战以后，“人的尊严”开始从哲学话语进入政治哲学和法哲学话语，最终进入国际法和一些国家的宪法之中。1948 年《世界人权宣言》序言宣称，人的固有尊严是世界自由、正义与和平的基础；《世界人权宣言》致力于“使人权受法治的保护”[39]。根据这一条款，我们将法治和人权解读为两个并列但关联紧密的概念：人的尊严是终极价值，人权和法治相对人的尊严来讲具有派生性价值；人的尊严是人权和法治的共同上位概念，人权和法治两者处于同等的从属地位；法治和人权两者均是以人的尊严为基础，是人的尊严的构成要素。法治和人权是人的尊严的构成要素，还意味着：两者是维护人的尊严的必要条件，人权、法治的相关制度是人的尊严保障的组成部分；法治和人权两者都派生于人的尊严，从两个不同维度体现了人的尊严的要求，构成了人的尊严之保障与实现条件中的部分要件；人权、法治具有相对独立性，但彼此之间相互联系，与其他相关要件一起共同作用，使人的尊严得到有效维护。

对人权对人的尊严的派生性，比较容易理解。1993 年世界人权大会《维也纳宣言和行动纲领》序言第二段确认：“一切人权来源于人所固有的尊严和价值，人应是这些权利和自由的主要受益者，应持有积极参与这些权利自由的实现的信念”。这一命题总结了国际社会在人权的基础和内容方面的发展成果：人的尊严构成了人权的基础；人权包括公民权利与政治权利、经济社会文化权利，它们都源自于或派生于人的尊严，是维护人的尊严之必要条件。“如果一个人的基本人权都得不到承认和保障，人将失去自己应有的尊严。”[40]在此基础上，我们应该进一步认识到，人的尊严不仅是人权的基础，而且是法治的基础；它需要人权，同样离不开法治。否认法治与人的尊严之间的内在联系，实质上就是忘记法治的宗旨，使法治建设失去方向；还会使人的尊严之保障制度有失完整，完全有可能使其实现化为泡影。只有对人的尊严的保障条件有更全面更深入的认识，在制度上为维护人的尊严创造更多条件，人的尊严才能得到更好的维护。

（三）法治对人的尊严的构成性价值

法治与人的尊严之间存在两重关联，即间接关联和直接关联。所谓间接关联是指法治借助于人权而与人的尊严产生关联。1948 年《世界人权宣言》序言指出：法治是人权保障的必要条件，保护人权是法治的目的。《世界人权宣言》将国际社会在人权上达成的共识形成一部国际法文件以促进人权的实现，但值得注意的是，法治是《世界人权宣言》整部文件之解释性关键，在宣言中占据了重要地位。法治被编织进其结构之中是从序言第三款开始[41]，该条文给人一种印象，好像是在阐明反抗暴政的权利，但实际上它强调的是法治的脆弱性和法治的重要性。它提醒现代国家的统治者，如果忽视人权就会产生严重后果；

[39]Mary Ann Glendon, The Rule of Law in the Universal Declaration of Human Rights, 2 Nw. U. J. Int'l Hum. Rts. 1 (2004)。

[40]刘志强：《人权法国家义务研究》，法律出版社 2015 年版，第 34 页。

[41]《世界人权宣言》序言第三款：“鉴于为使人类不致迫不得已铤而走险对暴政和压迫进行反叛，有必要使人权受法治的保护”。

要想人类不被迫求助于暴力反抗压迫，“人权就应该受到法治的保护”。另外，《世界人权宣言》第 7－11 条所列举的程序性人权实际上就是若干法治原则[42]：法律承认和法律面前平等（第 7 条）；对侵害基本权利的有效救济（第 8 条）；免于任意逮捕和拘禁（第 9 条）；保障公正刑事程序（第 10 条）；无罪推定，刑法中不溯及既往原则（第 11 条）。这些条款既是人权的内容，也是法治的要求；这些程序性人权（即法治要求）也是保护宣言所规定的其他实体性人权的必要条件。具体地讲，实体性权利和程序性权利都是人权的组成部分。更进一步，根据目的解释和体系解释，既然人权与法治两者都是以人的尊严作为终极目的和最高价值，那么，人权和法治两者都对对方提出了要求：人权的实现离不开法治，法治的实现也离不开人权。然而，这些程序性人权被纳入形式合法性原则之后，一些形式法治论者力图将这些原则描绘成一幅形式的、价值中立性的面孔，否定它们作为人权组成部分的实质价值内涵，更否定它们与人的尊严之间的内在关联。要理解和解释形式合法性原则中所包括的法治原则，绝不能离开其产生历史和社会条件，不能离开其制度背景与目的：它们是为了保障人的生命、自由、财产和人身安全等权利，使生活在法律之下的人们免受奴役和酷刑而设立的。作为程序性人权的法治，同法治所保护的其他实体性人权一样，都来源于人的尊严，它们的最高价值和目的是实现人的尊严。

法治与人的尊严之间还存在直接关联，即人的尊严的要件也体现在法治之中。“人的尊严”概念主要包括以下要素。第一，人的主体性。人的尊严意思是“人本身是最高价值”，要求“把人当成人”[43]，每个人都是主体而不是客体。第二，在个人与国家的关系中，国家的目的是保护人的尊严。康德指出:“必须把公民看作是该国的成员,有参与立法的权利,不能仅仅作为是别人的工具,他们自身的存在就是目的……”[44]。国家负有维护人的尊严之义务。这种义务包括政治上的尊重义务和经济上的帮助义务，由此产生公民相对于国家的政治权利与自由以及经济社会文化权利。第二，人的平等。每个人的幸福都应该受到同等重视，所有的人都具有同等的人生价值。“仅仅因为人是人，法律就必须保证他们拥有和别人相同的尊严，与他人一样成为法律上的主体。”[45]每个人都具有固有的内在尊严，反对基于种族、性别、肤色、信仰、财富等方面的歧视。第四，人的自主性。“一个自然人并非只是物欲支配下的存在，还是一个有生命、有思想、有尊严的存在，他既能理智地面对自己的现在，也能合理地规划自己的未来；他既能自主地行使权利，也能够担当义务并负有责任”[46]，“尊重人的尊严意味着把人作为有能力计划和安排自己未来的人对待，尊重人的尊严包括尊重他的自主性和掌握自己未来的权利”[47]。上述列举可能并不完备，但一致能够体现人的尊严的主旨。

---

[42]同前注[38]，第 5 页。
[43]王海明：《伦理学导论》，复旦大学出版社 2009 年版，第 121 页。
[44][德]康德：《法的形而上学原理——权利的科学》，沈叔平译，商务印书馆 1991 年版，第 182 页。
[45]胡玉鸿：《人的尊严的法律属性辨析》，《中国社会科学》2016 年第 5 期，第 107 页。
[46]同上注，第 106 页。
[47]同前注[31]，约瑟夫·拉兹书，192 页。

法治的涵义和法治原则体现了人的尊严的核心要素，法治与人的尊严是相通的。通过分析法治的核心命题，可以论证这一观点。第一，对国家政治权力的限制与约束是法治题中应有之义。根据通说，富勒提出的八条法治原则，前七条是对立法的限制，要求立法必须具有一般性、公开性、不溯及既往、清晰性、不矛盾性、可行性、连续性；第 8 条“官方行动与公布的规则之间的一致性”，是对行政执法和司法的限制。在拉兹提出的八条法治原则中，前两条相当于富勒八项法治原则的前七条，第 3 条相当于富勒的第 8 条[48]，第 5－8 条则是对司法的各项要求。所以，以形式合法性要求为表现形式的各种法治原则版本实质上差别不大，都是以限制政府权力为宗旨衍生出来的。政府机构和公民个人都要服从法律：政府机构应当以事先存在的、众所周知的法律来进行治理，不能以任意的规则或掌权者的意志来进行统治。国家与国民之间存在着互惠关系：国家机构拥有统治权力，但其统治权受到宪法和法律约束；公民要服从法律，但他们所服从的法律必须符合法治原则。第二，现代法治包含人的主体性要件。法治是一项使人的行为服从规则治理的事业，但这项事业本身是以“将每个人都当成主体来对待”为条件、以人的主体性为理论预设。“要开展使人的行为服从规则之治的事业，必然需要信奉这样一种观念：即：人是或者能够变成一个负责的理性行动主体，能够理解和遵循规则，并且能够对自己的过错负责”，“每一个偏离法律的内在道德之原则的事件都是对作为负责的理性行动主体的人之尊严的一次冒犯。……根据未公开的或追溯既往的法律来裁断他的行为不再是一种冒犯，因为没有什么东西可以被冒犯——实际上，就连‘裁断’这个动词本身在这种语境下都显得不合时宜，我们不再裁断一个人，我们只是对他采取行动。”[49]法律的公开性、稳定性、明确性、一般性、可预测性等，无一不是出于对个人作为主体的认同与尊重。人若不是主体、不享有权利，就无以承担义务，人的行动服从规则治理的事业就不可能达成。第三，法治包含对人的自主性的承认与尊重。法律的明确性、确定性和可预测性，为每个人自主地安排、规划和实现自己的人生规划提供了条件。法治之所以具有吸引力，其中最主要的原因就在于它把人当成一个理性的人来对待，尊重并保护每个人的生活计划，为个人生活计划的实现提供制度保障。国家机构违反法治，就必然侵犯个人的自主性，损害主体的尊严。[50]

法治包含人的尊严的构成要素，法治是人的尊严的派生物。“人的尊严”这一概念本身表达了“每个人都具有无可替代的价值”之内涵，它是一个表征人的固有内在价值的概念。法治，与人权一样，具有内在价值：法治本身就是有价值的，其价值不依赖于政府所追求的外在政治与社会目标，不取决于政府所采用的特定政策目标；法治由于是人的尊严的构成要件而具有内在价值，其内在价值属于构成性内在价值。人的尊严在它是固有内在价值的意义上是一种终极性价值，而法治、人权在它们相对于人的尊严具有构成性内在价值的意义上具有派生性价值。

---

[48]同前注[31]，约瑟夫·拉兹书，第 188 页。
[49][美]富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆 2005 年版，第 188~189 页。
[50]同前注[31]，约瑟夫·拉兹书，第 193 页。

（四）法治与人权的关系

根据上述分析，法治与人权两者都派生于人的尊严，都是人的尊严的构成要件。从这一命题出发，我们可以阐释法治与人权的关系。第一，法治不包含人权，但它基于人的尊严而对法律的实质价值与内容提出特定要求，要求它尊重和保护人权。法治和人权作为人的尊严的构成要件，两者都是维护人的尊严的必要条件。否定法治与人权之间的内在关联，法治将背离其初衷、失去其精髓，法治建设将有其名无其实，法治实践将会南辕北辙。第二，法治理论与人权理论紧密相关但两者具有相对独立性，法治理论对以人的尊严为导向的人权理论之发展持开放态度。因此，法治并不与特定的人权观捆绑在一起；无论是个人权利还是社会福祉都从属于人权，法治对具体人权观不持特殊偏好。人权理论家根据社会发展而对人的尊严之人权维度进行研究，人权标准也随之发生变化，这不影响法治理念、原则与制度的相对独立性和相对稳定性。第三，法治和人权是人的尊严的构成要件和实现条件。如果说现代性的核心就是尊重人的尊严、把人当人来对待，那么，致力于现代化建设的国家就应该从人权和法治着手，促进本国政治文明的发展。当然，我们也要认识到，人权与法治之和并非人的尊严之维护的全部条件，民主同样也应该是其构成要件；这一论点在本文中不作讨论。

五、结语

以人的尊严为导向的法治价值观是实质法治观的核心。在这一法治价值观之下，法治得以克服前法治型法律本身在实现“正义的社会秩序”中的固有缺陷。法治对法律提出了以人的尊严为导向的实质价值与内容的要求，以人权标准明确了正义标准，通过法治的原则和制度限制政府权力、督促政治权力机构遵守宪法和法律、维护法律权威，有助于实现可持续的社会合作、维持长久的社会秩序。只有在以人的尊严为导向的法治价值观以及相应的法治原则与制度下，正义和秩序这两种法律价值才能真正得到实现。同时，符合这些条件，正义的社会秩序将得到实现。

以人的尊严为导向的法治价值观为法治提供了坚实的正当性基础。法治因其与人的尊严的内在关联而获得正当性。法治的正当性基础不在于其工具性价值，不是以其对具体政治和社会目标的功用性为基础。法治对某些政治和社会目标当然具有工具价值；但是，法治作为一种普适性治理之道，其正当性是以其内在价值为基础的。对于维护人的尊严，法治不可或缺。反过来，也只有以人的尊严作为其终极价值追求，才可以防止法治建设误入工具义主法治观的歧途、陷入“法律国家”的泥淖，才可以使法治真正为人民过上有尊严的生活服务。

亲情正义与规则正义的冲突与调和

——基于亲情案件引发舆论争议的思考

王方玉[1]

【摘要】亲情正义与规则正义的立论基础不同，导致涉亲情案件中依法律规则的裁判结果与社会的情感评价可能冲突。而亲情正义强调亲情伦理，思考问题充满感性和区别对待，更注重亲情带来的义务要求。规则正义强调法律至上、理性思考、权利与义务的统一，注重平等对待。为弥合二者冲突，借鉴不同地方的法治经验实属必要。立法和司法也应更积极回应亲情正义的要求，清晰界定涉亲情案件中对事、对人适用范围，尊重当事人的选择，如此方能实现法律与情理的合理互动。

【关键词】规则正义；亲情正义；法治；情理

一、亲情类案件争议背后的两种正义观

2017 年 3 月 24 日，《南方周末》报道了山东聊城于欢案一审判决结果，引发舆论关注。催债人员（死者）在讨债过程中，采取极端手段侮辱了于欢的母亲，导致于欢情绪激动，引发故意伤害，最终出现四名催债人一死三伤之结局。山东聊城中级法院在一审判决中以故意伤害罪判处被告无期徒刑，而正是这个结果引发社会各界广泛关注并积极参与讨论，不少人认为一审判决太重。2017 年 6 月 23 日，山东省高级人民法院二审认定于欢防卫过当，构成故意伤害罪，予以减轻处罚，二审改判有期徒刑五年。[2]二审判决结果没有引起太多讨论，舆论很快平息。2019 年陕西的张扣扣案件亦是引发关注。1996 年张扣扣的邻居王自新的三子王正军（时年 17 岁）因邻里纠纷将张扣扣之母伤害致死，同年 12 月汉中市原南郑县人民法院鉴于王正军犯罪时未满十八周岁、张母在案件起因上有一定过错等情节，以故意伤害罪判处王正军有期徒刑七年，并赔偿张家经济损失。此后，两家未发生新的冲突，但张扣扣对其母被王正军伤害致死始终心怀怨恨。2018 年 2 月 15 日，张扣扣杀害王正军等三人并逃离现场，然后于 2 月 17 日到公安机关投案。2019 年 1 月，汉中中级人民法院一审以故意杀人罪、故意毁坏财物罪判处张扣扣死刑。[3]2019 年 4 月陕西省高级人民法院裁定驳回张扣扣的上诉，维持汉中市中级人民法院一审死刑判决，并依法报请最高人民法院核准。[4]2019 年 7 月 17 日，经最高人民法院核准后张扣扣被执行死刑。对于本案，相关的舆论中既有支持严格依法裁判的，也有认为张扣扣情有可原的。涉及亲情案件引发的争议经常出现，并非近年才有，比如 2005 年童琇琳为报夫仇而雇佣俄罗斯籍杀手杀人

---

[1] 王方玉，华侨大学法学院教授

[2] 参见山东省聊城市中级人民法院刑事附带民事判决书（2016）鲁 15 刑初 33 号和山东省高级人民法院刑事附带民事判决书（2017）鲁刑终 151 号。

[3] 参见陕西省汉中市中级人民法院（2018）陕 07 刑初 37 号刑事判决书。

[4] 参见陕西省高级人民法院（2019）陕刑终 60 号刑事裁定书。

的案件也引起讨论。[5]媒体中有观点赞扬童琇琳为日籍丈夫报仇并在事后能主动承担法律责任是“有担当”的表现，颇有中国古代《列女传》里人物的传奇色彩。此外，还有涉及家庭亲情引发争议的民事案件，如引起广泛关注的 2001 年四川泸州的“第三者”继承遗产案。本案中两级法院在认定遗嘱有效的情况下，都跳过《继承法》的具体规则而适用当时《民法通则》中的公序良俗原则进行判决。[6]本案中法官论证模式在法学界引起了争论，不少法学学者质疑法官的论证路径，[7]但是根据新闻媒体的报道，不少当地民众却支持该案的这种判决。[8]

纵观这些案件，可以发现一些共性特征，这类案件往往都涉及到亲情问题，并且会形成争议，而所形成的争议性看法又大致可以分为两类，一类是强调根据法律进行严格处理，另一类是强调亲情因素从而认为情有可原或区别对待。在传统观念中，中国自古讲究亲情孝道，为人子女者，直面父母遭受侮辱——尤其是性的侮辱——恐怕是一件比死更难以忍受之事，司法裁决结果在这种情况下如果不能体量人之常情，即使是严格依法的裁决似乎仍难以服众，这是于欢案一审判决结果之所以被关注并被质疑的根本原因。至于张扣扣案，张扣扣故意杀死三人，依法判处死刑在法律上没有问题，但杀人行为因为带有血亲复仇色彩还是引发了某种程度的同情。而泸州遗产继承案，当初民众认可判决同样是因为觉得这种判决符合夫妻亲情关系需要。

这些案件基本都已尘埃落定并逐渐淡出人们的视野，但问题并非因此而消失，涉及亲情的案件以后还可能发生。对于这类案件，简单强调依法办事有时并不一定能为社会所广泛接受，舆论的关注和引发的争议有时还可能影响司法机关的判决。涉亲情案件的争议在某种程度上展现了当下中国一个非常现实而古老的话题，即在现代法治建设过程中，如何直面亲情正义与规则正义事实上存在的龃龉以及如何更和谐地加强二者的融合。亲情正义与规则正义的冲突并非本文虚构，在刑事诉讼领域，有关亲属是否可以拒绝作证的长期争议实际上印证着此问题一直存在。[9]国内有学者在分析中国古代法律中伦理正义的具体内容时，认为包括了亲情正义、身份正义和人道正义三种，其中亲情正义关注的就是亲属之间天然的情感关系。[10]法律思维重视规则正义，但亲情正义又是社会中自然产生并且长期存在的一种社会观念，在对一些热点案件的探讨时，两种正义观念都会被人们从不同角度加以应用，两种正义观的的冲突也是一个很现实的问题。亲情正义观的形成很大程度上是一种人之常情的思考和论证结果，“法不外乎常理”在某种意义上表明法律不可以回避亲情正义。在现代法治社会，法律思维和论证的根本特点又是“以法律为准绳”，以亲情正义观作

[5] 参见北京市第二中级人民法院（2005）二中刑初字第 1860 号刑事附带民事判决书和北京市高级人民法院（2006）高刑终字第 53 号刑事裁定书。

[6] 参见四川省泸州市纳溪区法院（2001）纳溪民初字第 561 号民事判决书；另见四川省泸州市中级人民法院民事判决书（2001）卢民一终审字第 621 号。

[7] 周辉斌：《浅析法官自由裁量权的获得与运用——我国首例“第三者”继承遗产案判决之我见》，载《法学杂志》2002 年第 4 期，第 77 页。

[8] 据媒体的报道， 庭审结束后“旁听席上响起了经久不息的掌声”，“当地民众大部分认为判决是有道理的”，见《南方周末》2001 年 11 月 15 日第 5 版。

[9] 参见李拥军：《“亲亲相隐”与“大义灭亲”的博弈：亲属豁免权的中国面相》，载《中国法学》2012 年第 6 期，第 89-90 页。

[10] 周斌：《中国古代法律中伦理正义的三重意蕴》，载《哲学研究》2012 年第 9 期，第 60 页。

为思考和论证的基础难免和基于法律规则形成的正义观产生冲突。

国内一些学者将这类问题引发的争议放在法律与伦理的关系下进行解释。[11]这种宏观解读具有一定说服力，但笔者认为还不够细致，对亲情类案件争议产生的原因还可以从思维论证过程加以更详细地解释。因此，笔者从论证思维的起点和路径上对涉亲情类案件容易引发关注和争论的根源进行分析，以期对这类案件争议的原因形成深入理解，并努力探索可能的调和路径。

二、亲情正义与规则正义的简要阐释

人类社会对正义的追求从未停止，正义表达了人们对正当性、合法性、合理性等价值的追求，正义论集大成者罗尔斯指出："正义是社会制度的首要价值"，[12]但自古至今人类社会也没有形成一个具有足够说服力和影响力从而能够完全包容人们所有正义理想的绝对正义观念，美国综合法学代表人物博登海默就认为正义是多变的，经常呈现不同的面貌。[13]美国社会法学代表人物庞德认为正义不止一种含义，可以从伦理、经济、政治、法律不同角度去理解，主要关注人际关系以及行为安排，从而实现利益、愿望的合理、公平满足。[14]国内有学者概况了有关正义的不同理解，包括道德正义说、自然正义说、"得其所得"正义说、合法性正义说、契约正义说、形式平等正义说、体制或制度正义说，等等。[15]从本文关注的主题来说，不同的正义观其实是表达了人类不同种类的正当性观念，以期形成符合理性的社会秩序安排或利益分配机制。在这种意义上，亲情正义是基于道德或自然正义而形成的关于亲情关系的设定以及相应的对策机制。规则正义则是合法性正义观的延伸，是依据法律规则形成的社会制度安排和利益分配机制。不管是基于亲情而强调情有可原，还是基于规则而重视依法处理，都是在表达一种正义性的观念诉求。

人是一种社会性动物，在社会中又以血亲为纽带形成家庭单位，家庭是社会的基础，是人参与社会生活的起点和依托，家庭成员基于婚姻与血缘建立起共同的利益和感情，夫妻情深、父子情深、手足情深等是自然而然的情感与依赖，由此人们会形成亲情正义观。《汉书·高帝纪下》中汉高帝曰："人之至亲，莫亲于父子。"《贞观政要》卷四中唐太宗曰："父之爱子，人之常情，非待教训而知也。"借用哈耶克的观点，亲情及形成的人际关系是一种"自发秩序"。[16]正常社会，每一个活着的人都跟家庭有关，由此形成血亲与姻亲两种亲情关系。有学者在分析中国古代法律的哲学意蕴时指出，"亲情正义的实质是亲属间的天然情感，这种情感源于家庭成员间固有的血缘关系，是'礼律之兴，盖本自然'的逻辑使然"。[17]这种亲情正义可以是个人内心的道德原则，表达对亲属的内在道德情感；也可以是基于亲情延伸而形成的社会行为准则，体现于法律制度和伦理秩序中。在社会关系中，亲情正

[11] 王天林：《法律与伦理的契合与冲突——以拒证特权制度为视角》，载《政法论坛》2010 年第 5 期，第 58 页。
[12] [美]约翰·罗尔斯著：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社 1988 年版，第 3 页。
[13] [美]E.博登海默著：《法理学·法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 1999 年版，第 123 页。
[14] [美]罗斯科·庞德：《通过法律的社会控制·法律的任务》，沈宗灵等译，商务印书馆 1984 年版，第 73 页。
[15] 参见戴剑波著：《权利正义论》，法律出版社 2007 年版，第 22-27 页。
[16] [英]F.A.哈耶克著：《致命的自负》，冯克利等译，中国社会科学出版社 2000 年版，第 37 页。
[17] 周斌：《中国古代法律中伦理正义的三重意蕴》，载《哲学研究》2012 年第 9 期，第 61 页。

义就是依婚姻、血缘以及由此产生的亲情关系来确定人相应的行为要求和评价标准，当事人会以此来评价事件是否正义。在本文关注的这几起案件中，亲情正义观都有明确的体现，于欢是因为母亲受辱而奋起反抗，张扣扣杀人和母亲被伤害致死有关，童琇琳则是“为夫报仇”。亲情正义由于依据婚姻、血缘等亲情关系作为评论案件的基点，论证依据往往是亲情伦理或道德观念，因此带有差序色彩和柔性特征，形成了独特的亲情思维模式。

与之对应，法治社会在社会治理层面更强调规则正义，即依据既有的法律制度作为行为的准则和结果的评价标准，如果形式上的规则治理或规则正义都无法普遍实现，能否实现法治的实质正义或各种价值追求则更充满疑问。这里不妨重复一下古希腊先哲亚里士多德的观点：“我们应该注意到邦国虽有良法，要是人民不能全都遵循，仍然不能实现法治。法治应该包含两重含义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律又应该是本身是制定得良好的法律。”[18]亚里士多德表达了规则正义是法治的应有之意，也就是形成一种依法办事的状态，此后有关法治的论述基本上都会强调规则正义。规则正义带有抽象色彩，以既定的法律规则作为行为准则并形成对案件的评价标准。德沃金指出，（立法应该）“尽力保护每个人的道德和政治权利，以便公共标准能够表达正义和公平的一致性观念和做法”。[19]与规则正义的抽象对待相对应，规则正义观对案件的分析论证强调以合法为根本要求。

三、两种正义观的内在差异与冲突

亲情正义受到带有自然法色彩的婚姻血亲关系影响，经常体现在伦理道德之中，而规则正义强调正义的标准是来自于既有的、人为设计的规则，这两种正义观在看待亲情类案件时既有一致性，但有时也难免产生冲突。按照哈耶克的观点，这是人类理性不足的必然结果，理性设计有时并不能充分满足自生自发的秩序发展需要。[20]具体来说，亲情正义和规则正义在对案件评判过程中，在论证路径和结果期待上存在以下几个方面分歧。

（一）亲情优先与法律优先的论证起点差异

在亲情正义的逻辑下，思考问题的起点是天然的血缘关系以及延伸而形成的婚姻家庭关系，并且这种亲情被认为具有优先性。历史地看，古代中国对基于亲情正义而形成人伦关系比较重视，最典型例证包括法律对“亲亲相隐”持肯定态度，以及对亲属犯罪的不同处理。汉代以后的古代中国对容隐一直持肯定态度，容隐对象的范围还有所扩大，直到民国时期的立法仍然存在这种类似规定。[21]之所以法律容许亲属间的容隐或拒绝作证，根源在于对亲情伦理的首要尊重，中国古代的法律认为违反这种要求的行为是不正义的，构成对亲人及相关主体情感的严重伤害，也破坏了家庭这一伦理实体的安定。此外，在中国古代

[18] [古希腊]亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，北京：商务印书馆 1965 年版，第 199 页。
[19] [美]德沃金著：《法律帝国》，李常青译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 198 页。
[20] [英]F.A.哈耶克著：《致命的自负》，冯克利等译，中国社会科学出版社 2000 年版，第 3 页。
[21] 如 1935 年的《中华民国刑事诉讼法》中规定：“近亲属得拒绝证言，其自愿作证者不得令具结，司法官不得询问恐证言有害亲属而不愿证之人。”台湾地区《刑事诉讼法》第 180 条“拒绝证言（二）”对基于身分关系而拒绝作证做出规定：“证人有下列情形之一者，得拒绝证言：一、现为或曾为被告或自诉人之配偶、直系血亲、三亲等内之旁系血亲、二亲等内之姻亲或家长、家属者。”

《唐律》的“十恶”罪名中，有“恶逆”“不孝”“内乱”等罪，对亲属之间的犯罪严加惩处，罪行因身份而有重大差异。[22]到现代社会，虽然法律制度已经有了重大改变，现代社会更加重视人的地位平等，但亲情正义作为一种自然的观念选择仍然具有重要影响力，在很多案件中亲情正义仍然是人们对案件进行思考和论证的优先理由。从现实来看，在涉及亲情关系案件的评判中，社会舆论往往首先以此作为思考起点。在山东的“辱母杀人案”中，被告是因为母亲受到侮辱而杀人，而母子之间的血缘关系是最基本的人伦，无法简单用规则去衡量。这种血缘关系是本案刺激大众神经的一个非常重要前提，因为人是情感动物，基于血缘亲情而产生的伤害也就最容易博得旁观者感同身受般的理解。如果本案中被侮辱的是另一个与被告没有血缘关系的人，被告人于欢实施故意伤害导致一死三伤的结果，舆论的评价或许不会有如此泛滥的同情。另一个案件中张扣扣如果不是因为当年母亲被伤害致死而具有报复心理，而是直接杀了三个无关的人也不会引发同情。四川泸州的遗产继承案件，法官绕过《继承法》适用《民法通则》中的原则，很明显是为了避免裁决结果出现的道德合理性争议，尊重了社会对婚姻亲情关系的优先认可。

规则正义强调依规则看待问题，思考案件的起点是法律优先。英国学者拉兹指出，现代社会中法律具有至高无上性特征，法律是干预任何种类活动的最高权威。[23]依法治国，当然首先强调以法律规则作为评判行为的标准，使整个社会在制度化的法律形式内部构筑起稳定秩序。在这种规则正义语境下，“大义灭亲”“法不容情”就成为这个制度之下正义标准的必然要求。因为规则正义优先依据法律制度进行判断，所以人们对犯罪者往往表现出一种抽象的憎恶、不耻和惩罚的欲望，这也是大多数恶性刑事案件发生后的一般社会心态，由此也使得大部分恶性刑事案件虽然社会危害性极大，但一般不会引起广泛关注和讨论。

法律必须尊重人们的情感需要，所以在许多情况下立法及相应的司法活动会尊重亲情正义，如在有关悼念权的案件争议中，法院都认可这种基于亲情而形成的自然需要，在 2001 年北京宣武区法院的判决中，法院认为，“按照我国传统的道德伦理和习惯，原告作为死者的子女确有权对死者进行悼念和哀思”。[24] “近亲属对于逝去亲人的祭奠、吊唁符合善良风俗，属于应当受到法律保护的人格利益”。[25]但是亲情至上和法律至上的论证起点也会产生某些冲突，因为亲情是自然的、具体的、个体的考量，而法律是人为设计的、整体的、抽象的规定，不仅保障个人权利，还要维护社会整体的法益。为了维护个体亲情需要，难免导致社会秩序的混乱，这也是文明社会禁止血亲复仇的根源所在。此外，单纯强调亲情至上亦有可能纵容和包庇犯罪（如亲亲是否可以相隐带来的争议）。剥去皇权时代的迂腐气息，中国自古以来“忠”“孝”难以两全的困境即是法律至上与亲情至上两种论证路径起点存在冲突的经典体现。

（二）感性与理性的不同证明标准

亲情正义由于是基于血缘关系而形成的天然人伦，对一些亲属间的问题不主张进行严

[22] 参见黄源盛著：《中国法律史导论》，（台北）犁斋社有限公司出版，2016 年修订第 3 版，第 242-245 页。
[23] [英]约瑟夫·拉兹著：《实践理性与规范》，朱学平译，中国法制出版社 2011 年版，第 174 页。
[24] 参见北京市宣武区人民法院（2001）宣民初字第 3520 号民事判决书。
[25] 参见江苏省南京市中级人民法院（2017）苏 01 民终 5973 号民事判决书。

格的理性区分，而且事实上也无法进行严格的理性衡量，更强调案件中“情”，即一种感性的情感体验。所以，在中国古代法律的典范《唐律疏议》中，一些罪名规定从现代法律论证的角度看就不具有强烈的内在因果性，比如“户婚”篇中“父母被囚禁嫁娶条”规定，“诸祖父母、父母被囚禁而嫁娶者，死罪，徒一年半；流罪，减一等；徒罪，杖一百。”“也就是说，祖父母、父母被囚禁，固身囹圄，子孙嫁娶，此事亦为名教所不容，故应坐罪。”[26]从现代法治来看，子女拥有独立人身权利和自由，父母被囚禁为什么子女不能嫁娶？但在亲情正义中，这种情况下父母正受牢狱之苦，子女却忙于嫁娶之事，简直毫无感情因而与禽兽无异。

现代法治的主体预设是“理性人”，社会个体懂得自己的权利义务，能够根据法律进行理性的思考，权衡法律后果然后采取相应的行为。所以规则正义的目标是社会形成一种规则性的、理性文化氛围。这种理性文化不同于非理性文化，也不同于超理性文化，它以科学的思想观念及现代的法律规则、政治道德为内容。理性的规则正义更倾向于一种实证法思维，强调根据现有的规则展开分析，只要行为要求和结果符合既定规则，那就是正义的，至少是形式正义的，至于规则本身的正义问题则已超越了既定法律所能关注的视野。在社会各界对山东“辱母杀人案”的评价中，部分法律学者、律师努力坚持按照既定规则（即刑法有关犯罪与正当防卫的规定）展开讨论，在规则正义下，法律职业者更强调对问题评价的非道德性。这种职业思维的非道德性，落实到法律人的职业实践中，即在具体的伦理行为规范中，要求法官只需对法律条文负责、律师只需对委托人忠诚，而对待正义以及公众利益方面，不需要承担任何道德义务。[27]但是这种职业伦理的非道德性要求，会和民众日常生活中的情感体验产生冲突，一些案件中律师为明显“罪大恶极”的犯罪嫌疑人辩护往往引发受害人一方甚至公众的强烈反感，亲情正义与规则正义的差距由此产生。

可以发现，基于亲情而形成的感性判断与规则正义下的理性思维之间存在评价准据的罅隙，感性与理性成了社会公众法律情感中非此即彼、非黑即白的对立物。在感性与理性交织控制下，公众面对陌生的犯罪人时往往会显得“理性”，刑事法律由是给人以冰冷与灰色的“景观”。但面对涉及亲情伦理案件时，人基于一种感情动物的自然本性，会感同身受，反而可能同情犯罪者，对依据法律规则而作出的判决结果——尤其是合法不合情理的情形下——给出否定性评价。2001 年浙江舟山的一个案件引发死刑犯是否具有生育权的争议，很多人认为死刑犯也应该可以“延续香火”。[28]理论研究中，学者则理性地区分“生育权的享有”与“生育权的实现”，认为死刑犯享有生育权，只是死刑犯生育权的实现要受到生理上及法律上的一定限制。[29]最终，法院以没有法律依据和满足死刑犯生育需要会导致一系列不良后果作为理由拒绝了当事人的诉求。在此案引发的讨论中，感性地对死刑犯生育本能的赞同体现了德国学者阿列克西所说的直觉主义或情感主义，但这种感性思维像伦理主义一

[26] 黄源盛著：《中国法律史导论》，（台北）犁斋社有限公司出版，2016 年修订第 3 版，第 248 页。
[27] 李学尧：《非道德性：现代法律职业伦理的困境》，载《中国法学》2010 年第 1 期，第 31 页。
[28] 参阅赵钢，谢芳胤：《从死刑犯的生育权谈起——论罪犯权利的确定及保障》，载《研究生法学》2002 年第 2 期，第 48 页。
[29] 参见陈秀萍：《死刑犯之生育权问题探微》，载《河北法学》2009 年第 11 期，第 127 页。

样无法为案件提供直白的证明标准。[30]

（三）单向度义务与权利义务双向的不同行为要求

亲情正义主要基于姻亲血亲关系形成，而人类的血缘关系是基于代际之间父母单方意志形成的，父母生孩子并不需要子女的同意，因此亲情正义经常强调单向度的义务要求。中国古代把基于亲情而产生的孝道作为根本道德准则和法律规则，并在法律上区别父母与子女的身份，形成不同的行为要求。虽然现代社会法律制度已经有了重大变化，但亲情正义作为一种社会观念还是影响了现代法律中的一些规定。比如法律规定父母有抚养未成年子女的义务，这能保证子女将来一定会履行赡养父母的义务从而保证父母实现权利吗？反过来，即使父母未能尽到抚养义务，子女就因此可以不履行赡养义务？很明显，我国《婚姻法》将抚养子女和赡养父母作为两个不同向度的问题加以规定，而不是权利与义务完全对应状态。就现实案件来说，张扣扣案中，其杀人行为获得某些同情亦展现了社会观念中对这种单向度复仇义务的认可。

在基于法律而形成的规则正义语境下，人们服从法律，履行义务，也应该同样享有相应的权利，义务与权利相对等，如此才是正义的，由此也形成了法治时代权利话语的勃发。诚如国内学者所言，“我们的时代是一个迈向权利的时代，是一个权利倍受关注和尊重的时代，是一个权利话语越来越彰显和张扬的时代。”[31]在关于法律热点问题和轰动案件的讨论中，权利经常成为基本的话语力量。既然这样，那么对于危害社会的“坏人”，也应该依法给予足够的权利尊重和保护。按照这个逻辑，在山东的于欢案中，被刺死的讨债人员虽然之前实施了各种违法行为，但他的生命权还是应该得到保障，不可随意剥夺，本案的被告人有救母的权利，但也要履行守法义务，承担由此导致的法律后果。

由于亲情正义和规则正义的行为要求不同，落实到具体个人有时会产生冲突。“每一个社会个体均一身二任：他既是特定的家庭成员，又是一般意义上的社会成员；他在具有伦理身份的同时，又具有社会身份。”[32]伦理身分导致的亲情正义要求人们必须做或不做某些事情，但都是单向度的要求或义务，不考虑对应的或涉事对方的权利。比如面对辱母的“仇人”，亲情正义要求不顾一切（包括实施杀人行为）捍卫自己母亲的人格尊严，规则正义却要保护着被害人的生命权。而在 2001 四川泸州的“第三者”继承案件中，“第三者”这样带有道德评价性的标签使得公众强烈反对张某获得遗产，因为张某“破坏”别人的夫妻关系，法官也不敢背上助长不良风气的压力。但是，张某依据合法有效的遗嘱获得遗产本来就是她的权利所在，我国《继承法》尊重遗嘱人处分自己财产的权利，当然也保护受遗赠人的继承权利。

（四）差异评价与平等对待的不同结果期待

根据费孝通先生的观点，“亲属关系是根据生育和婚姻事实所发生的社会关系”，具有

---

[30] ［德］罗伯特·阿列克西著：《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》，舒国滢译，中国法制出版社 2002 年版，第 47 页。

[31] 张文显，姚建宗：《权利时代的理论景象》，载《法治与社会发展》2005 年第 5 期，第 3 页。

[32] 朱勇，成亚平：《冲突与统一——中国古代社会中的亲情义务与法律义务》，载《中国社会科学》1996 年第 1 期，第 86-87 页。

一种类似丢石头至水中形成同心圆波纹的性质，这种基于亲属关系而形成的社会秩序是一种差序格局。[33]在差序格局中，亲属关系是确定社会关系、评价社会行为的一个重要准则。因为亲情正义是基于感情、血缘关系看待问题，而感情、血缘关系总会存在亲疏远近，所以亲情正义认可对事物和人的区别对待。为了维护血亲关系，亲属之间的相互保护或是区别对待是普遍的人性需要，这也是差序格局必然的思维结果。这种差别性的结果期待在具体案件的评价中会表现出两个极端，一是公众对当事人较其他陌生人更加同情。比如于欢案，当儿子在看到母亲受到极端行为的侮辱后，为了保护母亲而实施了故意伤害行为，虽然可能符合法律上有关故意伤害罪的构成要件，但也应该区别对待，因为于欢的行为是孝顺的体现，是后代对长辈的天然袒护，案件判决应该"情有可原"。但是另一方面，这种亲疏有别的结果期待在评判亲属间犯罪时，也可能会对加害人更加憎恨，要求严厉惩罚加害人。比如福建的"吴谢宇弑母"案，2016 年吴谢宇杀害其母亲后潜逃，直到 2019 年被公安机关抓获。公众对吴谢宇杀害自己母亲的行为表现出了更加强烈的痛恨，普遍的言论是要求严厉惩罚这种罪大恶极的弑母行为。这种向两个极端偏离的评价模式就是亲情正义导致的差异化的结果期待。

亲情正义的区别对待在现代法治社会，与规则正义同样会有冲突。规则正义的前提是存在既定规则，目标是实现"法律面前人人平等"，因此规则正义强调同样的案件给出同样的裁判结果，有相应的犯罪行为和结果，就应该判处相应的刑罚。而且，在规则正义下，个人平等、自由观念盛行，国家与公民二元社会治理结构理念占有统治地位，忽略了家庭伦理在社会治理中的作用，从而也一定程度上忽略亲情正义的影响。在家庭关系中，按照法律规则，人与人之间的一般关系也更强调人格的平等、独立、自由，英国学者梅因所说的"从身份到契约的运动"在父母与子女关系上体现得非常明显。因此，规则正义的平等对待在处理亲属间犯罪时难免会受到公众质疑，"吴谢宇弑母"这样的案件在我国大陆《刑法》体系下也只是可能按照"情节严重"这类裁量性要求来处理，并无考虑身份的特殊罪名或明确的特别加重条款。亲情及亲疏有别的人际关系是基本人性的体现，现代法律又是基于抽象个人主义而形成平等理念，现代法律制度忽略姻亲、血亲的亲疏远近是否完全合理仍然值得思考，强调平等对待的法律可能会因违背人类自然本性的要求而导致遭受质疑。

四、调和的必要性与中国法域中的相关例证

由于亲情类案件容易引发公众感同身受的关注，导致舆论追踪和争议，甚至可能对司法裁判造成非理性批判和压力，因此有必要对二者调和进行思考。直观来说，"法不外乎人情"，两种正义观念在大部分情况下都是融合的，但在少数情况下还是因冲突而需要加以调和，那么调和的具体必要性是什么？是否有相关立法经验作为证明？这一部分对此加以分析。

（一）两种正义观调和的必要性

其一，法律的价值有涉性决定规则正义与亲情正义需要调和。法律作为社会规范的一

[33] 参见费孝通：《乡土中国·生育制度》，北京大学出版社 2000 年版，第 13-17 页。

部分，从来不能独立于其他社会规范，也无法摆脱社会上各种价值观念的影响。在法律理论中，大多数理论认可法律的价值有涉性。虽然实证法学派的思想家如奥斯丁、凯尔森，努力将法学变成一种无价值关联的科学理论体系，但实证法学也从来没能彻底否认道德等其他社会观念对法律的影响，只是努力在法学研究中忽略价值判断等问题。二十世纪以后，新自然法学还是强调法律具有价值性，拉德布鲁赫认为，法律科学有三个特点，即理解性的、个人主义化的和涉及价值的科学。[34]人类是一种充满各种价值追求的多元情感动物，人类在制定法律和应用法律的时候不可能摆脱各种价值观念的影响，亲情正义很明显也是一种价值追求的表达，这种价值追求对许多法律制度都产生影响。

其二，调和亲情正义与规则正义是维护家庭稳定的需要。从现代回望古代，中国古代法律确实存在过于重视家族而湮灭个人的不足，当代中国的法律发展不可能回归这种模式，相关立法体现了强烈的个人本位。但是，家庭仍然是社会的基本组成单位之一，从社会稳定的需要来看，家庭关系的稳定是社会稳定的基础，法律对涉及亲情的案件如果无视亲情正义的影响，必然会破坏家庭内部亲情关系的稳定，最终破坏社会稳定。从我国大陆的一些立法来看，《刑法》《刑事诉讼法》也都对亲情正义的影响有所重视，如《刑法》所规定的遗弃、虐待犯罪等就关涉亲情正义目标。但我国大陆地区有些立法还是存在值得探讨之处，《婚姻法》有关于直系血亲和三代以内旁系血亲禁止结婚的规定，但《刑法》中对“内乱”（亲属相奸）这种违背亲情正义的行为还是缺乏明确的惩罚性规定，这不能不说是一种遗憾。因此，在现代规则正义语境下更充分地考虑亲情正义的作用，对相关立法进行完善，更有助于维护家庭关系的和谐与社会的稳定。

其三，增强法律可接受性的需要。法律的实施需要社会观念基础，社会公众对法律的思想价值观的认同是法律合理性的源泉，也是保证法律有效实施的基础，如果法律不能为社会公众所接受，法律实施的成本将大为增加。中国古代就对法律与人情的关系有着深刻的认识，《名公书判清明集》中说：“法意、人情，实同一体。徇人情而违法意，不可也；守法意而拂人情，亦不可也。权衡于二者之间，使上不违于法意，下不拂于人情，则通行而无弊矣。”[35]自改革开放以后，中国大陆地区的法律兼具注重个人本位与注重国家利益保护的双重面向，因此很多公法领域的立法强调对抽象的国家利益的保护，由此带来社会观念某种程度的不认同，关于亲属之间是否可以拒绝作证的争议体现了公众对《刑事诉讼法》某种程度上的排斥。从现实来看，家庭内部检举、揭发自己近亲属犯罪的情况比较少见，很多嫌疑人的近亲属往往会以不知道情况作为对抗理由，证据的真实性也会受到质疑。有学者认为，如果不给嫌疑人的近亲属以一定的“豁免”特权，实际可能导致“变相的株连”，嫌疑人的近亲属很容易涉嫌包庇罪和窝藏罪。[36]就这一问题来说，2012 年修订前的《刑事诉讼法》曾经倡导的“大义灭亲”不仅无法实现规则正义，更会破坏了人类最根本的家庭亲情关系，影响法律的社会接受性。

---

[34] [德]拉德布鲁赫:《法哲学》，王朴译，法律出版社 2005 年版，第 122 页。

[35] 中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校:《名公书判清明集（上）》，中华书局 1987 年版，第 311 页。

[36] 沙君俊，李鸿:《“亲亲相隐”在现代社会的活化——兼论伦理道德是法律的根源和归宿》，载《江西社会科学》1999 年第 2 期，第 114 页。

（二）中国其他法域中调和两种正义观的立法例证

规则正义与亲情正义的调和是现代法治建设的内在要求，改革开放后中国大陆地区的立法取得了许多成就，但亦存在许多可商榷之处。为此，不妨采取比较法视角，对中国法域内的港澳台立法进行适当分析，“他山之玉”，或许可资借鉴。之所以要分析港澳台的一些立法，主要是因为这些地方法域和中国大陆地区一样，受中国传统文化的影响比较深刻。而且，港澳台地区的部分立法规定显示，在现代法治语境下，代表规则正义的官方立法能够充分体现亲情正义的要求，两种正义观念能够在现代法治社会中融洽共存。

1、台湾地区的部分法律规定。台湾地区的“刑法”不仅规定了一些涉及血亲关系的犯罪，还将涉及直系血亲尊亲属的犯罪列入了“刑罚之特别加重”，即“依刑法分则规定对于某种犯罪，特别加重其刑罚。”[37]如第 170 条的加重诬告罪（诬告直系血亲尊亲属）、第 250 条的侵害直系血亲尊亲属尸体、坟墓之加重规定、第 280 条的伤害直系血亲尊亲属之加重规定、第 295 条的遗弃直系血亲尊亲属之加重规定、第 303 条的剥夺直系血亲尊亲属行动自由之加重规定。这些规定其实是对亲情人伦的顺从和维护，而且顺利地实施了半个多世纪。此外，台湾地区的“刑事诉讼法”就证人作证的规定也体现对亲情正义的尊重。第 176 条之一（为证人之义务）规定，“除法律另有规定者外，不问何人，于他人之案件，有为证人之义务。”这是一般的规定，但对于涉及亲情的问题，第 180 条（拒绝证言（二）——身份关系）规定，“证人有下列情形之一者，得拒绝证言：一、现为或曾为被告或自诉人之配偶、直系血亲、三亲等内之旁系血亲、二亲等内之姻亲或家长、家属者。二、与被告或自诉人订有婚约者。”[38]这样的规定避免了把亲情正义置于一种非常尴尬的境地，证人在这些情况下出庭作证，对于外部法律之规则正义可能尽到了义务，但对于内部之亲情正义却可能破坏殆尽。

2、澳门地区的相关规定。《澳门刑法典》第 129 条（加重杀人罪）规定：“二、在显示出上款所指之特别可谴责性或恶性之情节中，包括下列情节： a ）行为人系被害人之直系血亲卑亲属、直系血亲尊亲属、被害人收养之人或收养被害人之人。”这条规定将行为人与被害人之间的亲情关系作为重要的量刑情节，因为亲属相杀违背了人类最根本的亲情要求。此外，第 130 条（减轻杀人罪）规定，“如杀人者系受可理解之激动情绪、怜悯、绝望、或重要之社会价值观或道德价值观之动机所支配，而此系明显减轻其罪过者，处二年至八年徒刑。”很明显，如果将本条文的规定适用于山东聊城的案件，杀人者之情绪或动机更值得同情，亲情正义可以成为法官裁判时自由裁量的重要依据，而不是严格地遵循目前内地《刑法》有关正当防卫的规定。还比如《澳门刑法典》第 179 条（侵犯对已死之人之思念），“一、以任何方式严重侵犯对已死之人之思念者，处最高六个月徒刑，或科最高二百四十日罚金。二、第 174 条第 2 款、第 3 款及第 4 款以及第 177 条之规定，相应适用之。三、如死亡已逾五十年，该侵犯不予处罚。”这样的立法就可以比较好地保护亲情正义中对死者的追思问题。此外，《澳门刑法典》第 242 条（违反扶养义务）规定：“一、依法有义务、且有条件

[37] 黄仲夫编著：《简明刑法总则》，（台北）犁斋社有限公司 2013 年版，第 476 页。

[38] 台湾地区相关立法条文引自陈聪富主编：《月旦小六法》，（台北）元照出版有限公司 2017 年版，第六编、第七编。

扶养他人之人，不履行该义务，而使有权被扶养之人如无第三人帮助，其基本需要将难以获满足者，处最高二年徒刑，或科最高二百四十日罚金。二、非经告诉不得进行刑事程序。三、如其后履行该义务，则法院得免除刑罚，或得宣告仍未服之刑罚全部或部分消灭。”澳门地区的《刑法》和内地一样，对这种案件一般定位自诉案件或称亲告案件，而且允许对已违反义务进行事后补救，之所以如此，还是在于案件双方的亲情血缘关系的影响，法律比较宽松是为了使立法留有界限，不随意过分干涉亲属之间的事务，除非这种关系的破坏已经严重影响了社会的整体利益。

3、香港地区的相关规定。香港特别行政区的法律中也有一些体现规则正义和亲情正义融合的规定。比如香港特别行政区的《刑事罪行条例》第 47 条（男子乱伦）就规定，“（1）任何男子与一名女子性交而知道该女子是他的孙女、外孙女、女、姐妹或母亲，即属犯罪，一经循公诉程序定罪，可处监禁 14 年；（2）性交在上述女子同意下进行不具关键性。（3）任何男子企图犯上述罪行，或煽惑年龄在 16 岁以下而他知道是他的孙女、外孙女、女或姐妹的女童与他性交，即属犯罪，可循简易程序或公诉程序审讯，一经定罪，可处监禁 10 年”。不仅要判刑，法庭也可以经于法庭席前定罪后，有权剥夺该犯罪者对该名女性具有的一切权限。而第 48 条（16 岁或以上女子乱伦）则规定，“任何年龄在 16 岁或以上的女子，同意而准许她的祖父、外祖父、父亲、兄弟或儿子与她性交（而知道该人是她的祖父、外祖父、父亲、兄弟或儿子（视属何情况而定），即属犯罪，一经循公诉程序定罪，可处监禁 14 年”。乱伦犯罪的规定，其实也是对亲情正义的一种尊重，乱伦不仅可能带来生物学意义上的基因遗传危害，而且更关键的是对人类现代文明准则的一种亵渎。此外，香港《诉讼证据条例》第 6 条也规定：“本条例的规定，并不是使丈夫有资格或可以强迫在任何刑事法律程序中为妻子提供证据或提供证据指证妻子，亦不使妻子有资格或可以强迫在任何刑事法律程序中为丈夫提供证据或提供证据指证丈夫。”这一规定是对夫妻之间亲密感情的尊重，澳门《刑事诉讼法》第 121 条的规定与此类似，而且所涉主体范围更为扩大。

通过对中国不同法域的法律制度介绍可以发现，法律在追求规则正义的背景下完全可以更好地回应带有传统色彩的亲情正义的需要。比如亲属之间避免作证的规定，可以避免亲属的反目成仇，避免证言的虚假；而将对直系血亲尊亲属实施犯罪规定特别加重条款，则是对传统孝道的继承与弘扬。还有对乱伦纳入犯罪的规定，其实是对人类作为文明生物的生存伦理和遗传科学的尊重。虽然其他法域存在的制度不能从逻辑上证明中国大陆地区的立法必然也要采取某种或某些制度，但还是可以给当下中国大陆的立法提供一些启发和思考。

五、亲情正义与规则正义的合理互动

毋庸置疑，法治社会必须讲规则，努力实现以法律为基础的规则正义，讲亲情正义可能与既有规则的要求相冲突，不利于社会和谐发展，因此还是要努力探索二者互动之道。

（一）加强立法和司法实践对亲情正义的积极回应

在当前中国大陆地区的立法中，是否可以尽量多回应亲情正义的要求，比如像台湾地

区那样对直系血亲尊亲属的犯罪规定特别加重条款，对“亲属相奸”入罪，这些都是很值得深思的问题。其实，立法积极回应亲情正义的要求是弘扬中国传统美德的重要路径，也是维持社会稳定的需要。就本文提到的山东聊城案件来说，对于为了捍卫亲属人格尊严的行为，是否可以进行更宽泛的正当防卫理解呢？立法和司法实践如果能积极回应亲情正义的疑惑，本文开头提到的一些案件可能就不会引发如此广泛的争议。“人们强调的是，不要因为个案处理或者法律需要而违背情理，让这个社会中的所有人，付出无形的代价。”[39]此外，关于亲属间是否可以拒绝作证的问题，中国大陆地区的立法仍需更多加以回应。“法治所要求和禁止的行为，应该是人们合理地被期望去做或不做的行为，……它不能提出一种不可能做到的义务。”[40]这也是刑事诉讼程序研究中规则正义与亲情正义绕不开的话题。而就司法实践来说，这类案件容易引发关注，也就需要司法机关有时必须“能动”地回应社会关注。在当前自媒体非常发达的社会，谣传很容易左右舆论的走向，及时合法地公布案件信息，回应舆论争议是避免法官遭受亲情正义观带来压力的重要措施。此外，法官对裁判结果的论证是否合理亦是调和两种正义观冲突的重要环节，四川泸州遗产继承案件虽然满足了对亲情正义的维护，但还是有人批评裁判文书违背了我国法律效力等级的基本要求。[41]这类案件对法官的要求，如同苏力所言，要有“对人心世故的务实理解”，从而实现“明智的应对。”[42]

（二）合理界定亲情正义的对事适用范围

亲情正义是维护家庭和美的条件，但在家庭之外还有社会和国家，这样亲情正义应该有一定的范围，以不危害社会和国家为基本界限。《礼记·丧服四制》曰：“门内之治恩掩义，门外之治义断恩”，这个观点在现代社会仍然值得借鉴。亲情和法律的关系问题有时要看事体大小和涉及的公私权重，中国古代“亲亲相隐”这样的问题在面对忠孝不能两全时，一般要求亲情服从国家秩序。《唐律疏议》“名例”篇中“诸同居者，若大功以上亲及外祖父母、外孙，若孙之妇、夫之兄弟及兄弟妻，有罪相容隐。”但唐律同样规定，当出现重大犯罪，忠孝处于矛盾之时，应当弃孝而尽忠，此时亲情必须服从国家治理的需要。在现代社会，亲情正义同样应该有适用范围，不可以无限放大，否则就会“情大于法”从而更加混乱，进而侵犯其他的合法权益。

（三）清晰界定亲情正义的对人适用范围

对人性与亲情伦理的一种尊重其实可以理解为对人权的一种尊重，但这种尊重不能在主体范围上无限扩大。现代工商业社会，家庭结构由早期的大家庭制衍化为小家庭式，传统宗族关系的重要性已大不如前，所以古代社会的亲等关系在现代社会明显过于宽泛，而且现代社会还有其他社会价值（如秩序、平等）需要尊重，必须在价值冲突中进行平衡。因此，当立法中需要尊重亲情正义时，“亲属”概念和范围要界定清楚，这样才能防止亲属身份特免权的滥用，也才可以限制对事的适用范围。我国现行刑法、刑事诉讼法已赋予“近

[39] 凌斌：《法律与情理：法治进程的情法矛盾与伦理选择》，载《中外法学》2012 年第 1 期，第 127 页。
[40] [美]罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社 1988 年版，第 227-228 页。
[41] 参见刘亚林：《张学英诉蒋伦芳交付遗赠财产案观点综述》，载《人民司法》2002 年第 7 期，第 61-63 页。
[42] 苏力：《轰动性案件的明智法律应对——以药家鑫案件审理与辩护为例》，载《河北法学》2019 年第 6 期，第 9 页。

亲属”在实体和程序上一定的法律地位，还有婚姻家庭法、继承法等也都对“近亲属”有所规定。相关立法可以统一对近亲属的认定，对涉及近亲属的问题进行修改。在司法实践中，对涉及亲情正义的案件，也可以通过依法确定主体范围的方式而减少争议，更大程度上实现规则正义与亲情正义的弥合。

（四）尊重当事人对亲情正义的选择

亲情正义基于血缘等因素产生，相比于陌生人主体之间的权利义务问题，亲情正义体现为一种法律予以认可的“特权”，但这里的特权仍然是一种权利，当事人可以选择行使，也可以选择放弃。司法实践中，如果当事人以亲情正义作为捍卫自己权利的理由时，司法机关应当予以尊重和保护；如果当事人选择放弃，没有利用亲情正义这一“特权”时，司法机关同样应当给予尊重。这是现代司法和古代司法的重大差异。在《晋书·刑法志》“任提女案”中，建康（今南京）的女子任提女诱拐人口，按律当死，其子景慈在审判时作证任提女确实犯下诱拐人口之事。法官虞僧虬既认定任提女犯案，同时指控其子景慈作证的行为伤害母子和睦之情，有损社会淳朴风俗，亦判景慈流刑。[43]在现代司法中，肯定不能如此僵化地坚持亲情伦理，而是给予当事人一定的自由选择权。如台湾地区的“刑事诉讼法”就规定，特定亲属之间可以拒绝为被告作证，这是证人权利；但如果证人愿意作证，则必须放弃此权利，同时具结保证说实话，不说实话就要认定为伪证罪。台湾地区的这种做法应该说更符合现代社会法治与亲情的融合需要，可以适当避免案件所带来的争议以及对司法结果的不满。

结　语

本文并非是针对具体个案裁判的分析，而是希冀透过若干涉及亲情案件带来的争议反思规则正义和亲情正义在现代法治社会的关系问题。法律是一门人文社会科学，所追求价值虽然多元，但无非是实体价值、程序价值与人文社会价值，问题是当不同价值冲突时，法律该如何选择。法治社会需要法律得到民众的普遍遵守，而若要大众普遍遵守法律，则该法律又必须在很大程度上符合社会的亲情伦理乃至善良风俗等。只有当法律与亲情伦理、风俗习惯比较融洽时（不等于盲目屈从），法律才能得到社会中多数人的自愿遵守或价值认同，从而降低法律实施的阻力与成本。“法之理在法外”，为此目标，就立法来说，立法者必须从亲情正义等其他社会规范中吸取合理性成分，唯有如此，法律才不会“不近人情”或“强人所难”，其权威性及价值导向也方能为社会广泛接受；就司法来说，司法者固然应该依规则辨明案件是非曲直，但也要顾及社会整体的和睦，只有在这种状态中，司法的规则正义才有意义，所谓“直在其中矣”。

[43] 《晋书·刑法志》，中华书局 1973 年版，第 25 卷，第 700 页。

法治评估的科层式运作及其检视
——一个组织社会学的分析

姜永伟[1]

【摘　要】法治评估是一场在转型现代化的特殊场域下，国家自上而下予以刚性推进，发动、宣传、组织整个科层体系以及全社会广泛参与到法治建设并且倾向于以数字指标对其成效进行检验的法治实践。科层结构是典型的控制性结构。法治越是被全社会所关注，对法治的呼声越高，通过科层制的组织方式及其内在的压力传导机制来推进法治的可能性就越大。如果法律被纯粹作为工具去认识且展开的话，那么法治建设则极易被有选择性地、计划性地推进。法治建设在肇始之初具有明显的应激性以及应急性。基于科层式运作的法治评估本身并不具有固定的根基，它是组织（政府）为实现特定目标而采用的方法和手段。当组织基于应激反应发生目标变化而需要暂时规避法治时，法治评估就可以通过价值目标的扩容，一方面足以应对外部压力，另一方面又通过组织内部操作消解掉法治。法治评估可以借由操控数据黑箱，辅之以大量的专门术语来掩盖被抽空的生活事实，异化成为组织内部成员进行目标置换的桥梁。“政治科层制”的权力系统及其逻辑在推动法治建设的过程中存在固有的结构性缺陷，法治评估在这一体系下的运行面临着基于“人治”逻辑展开并走向“人治”的自我解构风险。

【关键词】法治评估；科层式运作；组织社会学；政治科层制

一、问题的提出与分析视角

自 2004 年《国务院关于全面推进依法行政实施纲要》颁布实施以来，法治政府建设得到了中央层面的大力支持以及社会层面的广泛关注。其中，有关法治评估的相关问题俨然成为了当前全面依法治国的特色环节。在中央层面，《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》提出，要“建立科学的法治建设指标体系和考核标准”[2]；《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出，要“把法治建设成效作为衡量各级领导班子和领导干部工作实绩重要内容，纳入政绩考核指标体系。”[3]在各地发布的年度法治蓝皮书当中，法治评估报告都占据了极重的篇幅。同时，学界关于法治评估的研究也可谓“硕果累累”。学者们的研究既能从法治评估的功能定位、价值立场、生成逻辑、多元主体、范式转

---

[1] 大连海事大学法学院副教授。本文系国家社科基金重大项目“社会主义核心价值观的司法贯彻机制研究”（17VHJ008）的阶段性成果。注：本文已发表在《法学》2020 年第 2 期。

[2]人民网：《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》，载 http://politics.people.com.cn/n/2013/1115/c1001-23559207.html，2018 年 11 月 2 日访问。

[3]人民网：《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，载 http://cpc.people.com.cn/n/2014/1029/c64387-25927606.html，2018 年 11 月 2 日访问。

轨等宏观方面切入，[4]也能从法治评估中极具技术性的评估指数入手。[5]不论是宏观层面还是微观层面，都在智识上极大地丰富和提升了理论界和实务界关于法治评估的认知。但是，既有的研究却又都忽视了一个中观层次的问题：法治评估对于政府的行政行为而言，是一个“紧箍咒”，政府本能地应该是“唯恐避之而不及”。然而，事实上恰恰相反，各层级政府纷纷热衷于法治评估并为其设计评估指数，这种悖论该如何解释？

近年来，社会科学（尤其是社会学）研究者越来越强调中观层次的理论分析——在公理和描述之间的一个分析层次。这个分析层次强调对“机制”的关注，尤其是分析、解释社会现象背后的“运作机制”。[6]受自然科学影响，社会科学长时间以来都较为偏爱提出具有普遍意义的因果规律及其理论命题，构建宏大的逻辑推演体系。这种研究方法习惯于先讨论理论的前提假设，而后在一个内在的逻辑体系中进行推理，进而在此基础上提出一些新的理论命题，并且从这些命题里推演出实证的假设。经济学的理论研究活动是这方面的典型例子。这就必然采用一些大的概念以及非常宏观的社会过程去解释异常复杂的社会问题，其结果往往是问题越讲越泛、越讲越大，却大而无当，缺乏分析的力度。[7]基于数字指标的实证研究，则往往容易陷入纯粹操作性的泥淖，固化了理论研究应有的延展性。有鉴于此，本文采用组织社会学的理论对法治评估展开中观层次的分析：在组织社会学的视角下，观察法治评估是如何展现的，其运作又是如何展开的，以及这种运作在实践中的潜在风险又是什么。

二、法治评估的科层式运作及其图景

现代社会在某种意义上来讲是组织的社会。不论是从结构、功能还是秩序意义上而言，组织都极为重要。人们告别了原子式的生活，在与组织打交道的过程中，实现了所谓的“社会生活”。这种组织中的社会生活实际上是非常具体的：工作单位、学校院系、公司企业甚至于街道社区、农贸市场都是形形色色的组织，人们通过这些组织实现了人际交往、升职加薪、养家糊口，等等。因此，组织及其组织化的生活是现代社会最为显著的特征。在众多的组织形式当中，最为特殊的就是科层制。韦伯在分析科层制这一组织形式时认为，它

---

[4]参见王利军：《论法治评估功能的定位》，载《法学杂志》2019 年第 6 期，第 48-54 页；尹奎杰：《法治评估绩效主义逻辑的反思与重构》，载《社会科学战线》2018 年第 2 期，第 227-236 页；张健：《法治评估知识的生成逻辑及实践反思》，载《东南大学学报（哲学社会科学版）》2017 年第 5 期，第 65-74 页；王浩：《论我国法治评估的多元化》，载《法制与社会发展》2017 年第 5 期，第 5-23 页；康兰平：《法治评估理论的跃升空间：实效法治观与我国法治评估实践机制研究》，载《法制与社会发展》2017 年第 4 期，第 21-37 页。

[5]参见钱弘道、戈含锋、王朝霞、刘大伟：《法治评估及其中国应用》，载《中国社会科学》2012 年第 4 期，第 140-160 页；侯学宾、姚建宗：《中国法治指数设计的思想维度》，载《西北政法大学学报（法律科学）》2013 年第 5 期，第 3-11 页；周尚君、彭浩：《可量化的正义：地方法治指数评估体系研究报告》，载《法学评论》2014 年第 2 期，第 117-128 页；汪全胜：《法治指数的中国引入：问题及可能进路》，载《政治与法律》2015 年第 5 期，第 2-14 页；游腾飞、高奇琦：《法治指数的全球经验与本土化构建》，载《学习与探索》2016 年第 10 期，第 22-27 页；孟涛、江照：《中国法治评估的再评估：以余杭法治指数和全国法治政府评估为样本》，载《江苏行政学院学报》2017 年第 4 期，第 127-136 页；伍德志：《论法治评估的“伪精确”》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2020 年第 1 期，第 3-15 页。

[6]机制本身就是指在通常未知的条件下被触发的或是带有不确定结果的、经常发生且容易识别的因果模式。见[美]乔恩 •埃尔斯特：《解释社会行为：社会科学的机制视角》，刘骥、何淑静、熊彩等译，刘骥校，重庆大学出版社 2019 年版，第 34 页。

[7]参见周雪光：《组织社会学十讲》，社会科学文献出版社 2003 年版，第 15-16 页。

有以下几个特点：明确界定职位的管辖范围；官员职位遵循等级制原则；存在特意建立的抽象规则体系以指导官员的决策和行动;工具和设备、权力和待遇等“生产资料与行政手段”属于职位而不是占据职位的人，并且不许挪用；官员个人具有人身自由，选拔他们的根据是技术能力，职位是任命的而不是选举的，并以工资作为补偿手段；受雇于组织成为官员的一种职业。[8]在这个意义上，韦伯给出了为什么科层制支撑了资本主义兴起的解释，甚至解释了普鲁士邦的军队为何强大，乃至于近代中国何以总是落后挨打。其根本原因就是，一个国家政权采取科层制的组织形式就更有能力去获取资源、动员资源。[9]不仅战争如此，一国的发展，不论是农业、工业、教育、环保，乃至于法治建设，一旦被赋予“迫在眉睫”的政治定位，就极易采用科层化运作的方式来推进——大幅度提升效率“以解燃眉之急”！组织社会学中的交易成本学派认为，采用组织形式可以大幅提升规模效率，在生产领域采取组织形式，可以使产出/生产要素的比率大于 1，亦即产生了规模报酬递增。另外，组织可以提高“范围经济”的效率。组织在进行某一种生产后，可以获得相关生产技术和经验，组织将其通过内部的管理和生产组合“无缝式”应用到其扩大生产的相关领域（即如果农业、工业等领域应用地好的话，那么像环保、教育乃至于法治建设等方面，也会一体推行），降低总体生产的边际成本，从而进一步提高规模效率和范围效率。在科层制运作的过程中，当组织和管理作为一只“有形的手”把更多的资源更有效地整合起来以后，经过组织和管理过程的产出就会大于投入。[10]从事实层面看，我国的经济社会的跨越式发展，都离不开强大的行政科层体系。科层制作为一种组织形式，在提高和改善普通民众生活质量和生活水准方面就体现出了极强的有效性。

随着改革开放的持续与扩大，社会整体急剧转型，依靠传统体制对资源进行配置产生了许多问题。社会普遍要求分享发展成果与改革红利并呼唤公平正义，因此，国家必须调整其治理策略——依法治国这一基本方略就应运而生了。但是，建国以来在诸多领域采用行政化的科层式运作所获得的成功，已经形成了某种意义上的路径依赖，国家对于社会普遍呼吁的事情会变得异常关注且极度敏感。这些事情在国家看来都是涉及到执政合法性的根本政治问题。对于能够影响执政合法性的问题，国家本能地就会担心“夜长梦多”，从而希望“多快好省”地解决问题。因此，法治越是被全社会所关注，对法治的呼声越高，通过科层制的组织方式及其内在的压力传导机制来推进法治的可能性就越大——法治评估即是在这一背景下生成的。不可避免地，法治评估带有着明显的科层化运作的相关特征——即法治评估的科层化运作图景。

---

[8]参见[美]W·理查德·斯科特、杰拉尔德·F·戴维斯：《组织理论：理性、自然与开放系统的视角》，高俊山译，中国人民大学出版社 2011 年版，第 55-56 页。事实上，很多讨论韦伯的著作，对他的科层制概念可能都存在一些或多或少的误解，正如兰德尔·柯林斯所言：“在组织研究中，甚至可以说在整个社会学中，没有什么会比韦伯的科层制模型更为著名。也恰好是在这儿，韦伯的组织理论也最为容易被美国的社会学家彻底地误解。”Randall Collins,*Weberian Sociologic Theory*,Cambrige University Press,1986,p286.

[9]参见同前注 6，周雪光书，第 12 页。

[10]事实上，在现代资本主义大工业时期，“有形的手”——组织管理就起到了非常显著的作用，规模效益和范围效益无不得益于此，据此，有学者提出“管理资本主义”这一概念来表征组织管理在资本主义发展过程中无可替代的作用。参见同上注，第 32-33 页。

第一，科层结构下的“法治时间表设置”。科层结构是典型的控制性结构。虽然，科层体系中存在着通过技术设计和职位关系的规定，存在权力差异，但这种权力差异在一个规范性体系中是被作为准则接受的，而所有的参与者——不论级别高抑或级别低，都受制于同一个控制他们的规范构架。在目标既定的情况下，拥有结构化权力的人无须其他动员的手段就完全能够推行其意志，而结构内的其他人则自然会相信：拥有结构化权力的人“有资格”也“有能力”在关涉他们利益的场景中拥有绝对的发言权。[11]在法治评估当中，正是如此。2004 年国务院发布《全面推进依法行政实施纲要》，提出“全面推进依法行政，经过十年左右坚持不懈的努力，基本实现建设法治政府的目标”。2012 中共十八大报告也指出：“确保到 2020 年实现全面建成小康社会宏伟目标……依法治国基本方略全面落实，法治政府基本建成，司法公信力不断提高，人权得到切实尊重和保障。”2015 年中共中央、国务院印发的《法治政府建设实施纲要（2015-2020 年）》（以下简称《纲要》）再次重申，“经过坚持不懈的努力，到 2020 年基本建成职能科学、权责法定、执法严明、公开公正、廉洁高效、守法诚信的法治政府。”同时，《纲要》还提出了规范性的要求，即“各地区各部门要明确提出时间进度安排和可检验的成果形式，党政主要负责人要亲自抓落实，各县工作任务除本纲要有明确时间要求外，原则上应当在 2019 年年底前完成。”以上文件及其要求直接而又具体地体现了中央层面的意志，而中央对地方各级党委、人民政府及其行政人员的支配在科层结构中是显而易见的。因而，在中央发布了有关法治评估的相关规范性文件之后，中央以下各级人民政府随即为响应“法治号召”，争先恐后制定法治战略并抓紧落实。在基本态度上，各地政府纷纷提出要成为法治建设的桥头堡和排头兵。例如，早在 2004 年，深圳市就提出要在“5 年内建成法治政府”，惠州市则提出“到 2014 年惠州法治政府建设目标基本实现”。上海市政府在《关于 2013 年至 2017 年本市进一步推进法治政府建设的意见》中提出要力争 5 年率先建成法治政府的总体目标。如果按照计划，深圳、惠州等地都如期建成法治政府的话，上海到 2017 年建成法治政府也只能说是刚好赶上了末班车，而不可能称之为“率先”，那么，上海所谓的“率先”恐怕也不过是不甘于落后的一种态度或者仅仅是“花钱买奖状”式的自我安慰罢了。

第二，科层目标统合下的“法治指数竞争”。科层组织的行为必然指向某个或者某几个目标。组织社会学的理性系统分析家强调目标的认知功能，认为目标是提供制定与选择行动方案的准则，是决策与行动的方向与约束；而自然系统分析家则强调目标的激励属性，认为目标是参与者获得认同与激励的源泉。[12]论者不论是从强制性的角度出发还是从激励性的角度出发，实际上都确认了科层组织目标对科层体系内各方行动的统合。[13]自从 2009 年国务院办公厅发布《关于推进法治政府建设指标体系的指导意见（讨论稿）》以来，各省、市、县的指标体系建设都开始步入了一个发展的快车道。如 2010-2013 年间年颁布实施的《湖北省法治政府建设指标体系（试行）》《辽宁省法治政府建设指标体系》《江苏

[11]参见同前注 7，斯科特、戴维斯书，第 240 页。
[12]参见同上注，第 209 页。
[13]参见同上注，第 210-211 页。

省法治政府建设阶段性目标考核评价办法》《四川省市县政府依法行政评估指标》《苏州市法治政府建设指标体系》《沈阳市法治政府建设指标体系》《镇江市法治政府建设考核评价办法》。2015 年 12 月中共中央、国务院印发《法治政府建设实施纲要（2015-2020）》以后，各省各市甚至县区都纷纷出台结合自身的实施细则。从各地的实施细则的结构来看，几乎是层层复制，内容上的不同也多集中于“进一步加强”、“深入推进”、“加快建立和完善”等的话语表述。就具体机制来看，不少地方将法治评估的结果与被考核对象的绩效挂钩。例如，2015 年 8 月，《南昌市法治政府建设考核办法》规定：“法治政府建设考核应当纳入政府绩效考核体系，并作为被考核机关年度评先评优等全市综合性先进荣誉评比的重要参考，同时作为对其领导班子和领导干部综合考核的重要内容。”[14]《吉林省依法行政考核办法》则单辟一章“考核结果的运用”（即该《办法》第五章），其规定：“考核结果连续 3 年或 3 年以上为优秀等次的，作为省政府表彰依法行政先进单位的依据。考核结果为较差的，给予通报批评，并责令其提交书面整改报告，限期整改。”（该《办法》第二十八条）“考核对象连续 2 年考核结果为较差的，该考核对象在未能达到依法行政考核较好或较好以上等次之前，不得作为省内表彰对象，也不能作为表彰对象向国家及有关部委推荐。”（该《办法》第二十九条）。[15]事实上，被考核对象如果丧失了依法行政先进单位的评选资格，这就意味着被考核对象所丧失的将远远不止于此，包括物质嘉奖、职位晋升等等，这个道理是不言自明的。由此，法治评估对于很多地方乃至于部门单位而言，就具备了非凡的政治意义。与此同时，考核结果又往往由数字化的评估指数所呈现，那么，部门间、区域间基于自身利益的考量就不可避免地开展“法治指数的竞争”。[16]

第三，科层权威引发“法治溢出效应”。“法治溢出效应”又可称为法治扩大化，即法治话语在各个领域里的泛化。它实际上是法治评估科层化运作的逻辑延伸，当法治获得一个相对重要的政治地位时，其他主体或者事项如果能够被法治的话语所附带，那么至少在形象上就会获得一种备受重视的既视感。也就是说，如果科层体系都在遵从法治，那么整个社会都会基于对科层体系权威的服从而向法治靠拢。“法治溢出效应”表现为两种规范形式：“依法治 X”或者“法治 XX”。前者按照行政级别依次如“依法治国”“依法治省”“依法治市”“依法治县”“依法治乡”“依法治村”“依法治屯”，按照治理目标则有“依法治路”“依法治水”“依法

[14]央广网江西分网：《南昌市法治政府建设考核办法 10 月 1 日起施行》，载 http://jx.cnr.cn/2011jxfw/qysc/20150803/t20150803_519409619.shtml，2019 年 12 月 3 日访问。

[15]《吉林省依法行政考核办法》，2010 年吉林省人民政府第 13 次常务会议通过。

[16]2017 年 04 月 22 日，广东省法学会发布了国内首个粤港澳大湾区城市群法治指标体系和法治评价结果：香港占据榜首（89.13），澳门位居次席（85.41）第 3 名至第 11 名分别是深圳（76.75）、广州（75.95）、珠海（70.63）、佛山（70.29）、中山（67.34）、东莞（67.15）、惠州（65.07）、江门（64.98）和肇庆（63.53）。众所周知，法学会属于学术性群团组织，但其会长往往是由相应的党政领导干部来兼任，其本身又与政法委、人大、政府、法院、检察院等存在着千丝万缕的联系，即使评价的体系和结果是完完全全的公正、透明，基于上述一些原因，也很难仅仅依靠这些数字和诘屈聱牙的计算方式就获得社会大众的普遍认同，甚至于越是大众很难看懂和理解的计算，越会让大众产生一种存在“算法黑箱”的认知倾向。即便这些问题都不考虑，至少还有两个方面的问题难以获得有效解决：其一，数字无法体现政府在法治建设的真实成就，无法通过数字获得公众对于法治政府建设的有效认同；其二，即使数据是有效的，中山和东莞所相差的 0.19 分也无法具体指明其差距所在以及该如何调整，因而这些数字也不过是只具有排名意义而已了。参见《粤港澳大湾区城市群法治指数：广州深圳排名位居前列》，载 http://gd.sina.com.cn/news/b/2017-04-23/detail-ifyepsec0376760.shtml，2019 年 3 月 21 日访问。

治林”“依法治校”；而后者则应用范围更广，例如从“法治国家”到“法治社区”，甚至“法治邻里”，从“法治企业”到“法治校园”，再从“法治集体”到“法治家庭”。以“法治家庭”为例，2017 年 6 月 15 日，安徽省宣城市通过安徽日报公布首批 20 户“法治家庭”典型。据报道，该市大力组织开展家庭法治教育读本普及行动，编印《公民的权利——手绘家庭普法读本》《与法同行，共创法治家庭——致广大市民的一封信》等法治教育资料，并免费送到群众手中。同时，该市还启动了“与法同行·法治家庭”创建工作，力争利用 3 年时间，在全市评选出 10000 户法治家庭示范户、1000 户法治家庭标兵户。[17]不过，令人费解的是，这种评选该如何进行？换句话说，在张三、李四、王五家之间进行比较，如何认定谁家相对法治，谁家不够法治甚至是丧失法治？这种比较会否有大家普遍能够接受的标准或者方案？大家大致能想到的比较公平的方案或许有两个。其一是举办法治知识考试，但是这种劳民伤财的方式恐怕会将老百姓仅有的法治学习热情都给熄灭掉。其二是到公民家里做调查，“感觉一下”谁家比较法治。但是感觉的素材无非是看家里有关法治的图书多不多，或者看看家里的生活氛围够不够和谐。前者的考察容易转化为谁买书花的钱多甚至简单粗暴变成谁的钱多——这种考察方式明显偏离了法治评比的初衷，而如若以和谐为评比的主要内容，则无疑是疏离了法治的核心要义，相比而言，以和谐为核心内容的评比似乎更加适用于类似“幸福家庭”“欢乐家庭”“平安家庭”的评选。

三、法治评估科层式运作的解释逻辑

基于科层自身的结构、目标与权威的特点，当前的法治评估展现出了“法治时间表设置”、“法治指数竞争”以及“法治溢出效应”的特征。这些特征实际上都可以看作是当前法治评估在科层运作下的现实白描，然而，法治评估为什么要依赖科层式运作的方式予以推进，尚需要进一步从组织社会学的角度给出一个解释逻辑。

（一）组织对制度环境具有应激反应

组织社会学认为，如果想要准确、清晰地认识各种各样的组织，并对组织现象提供有足够说服力的解释，就必须关注到组织环境。组织环境包括技术环境和制度环境两类。技术环境体现基于效率的组织生产最大化，而制度环境则是指一个组织所处的法律制度、文化期待、社会规范、观念制度等为人们所“广为接受”的社会事实。[18]随着“改革开放，市场经济的引入，国家与社会的分离，社会自主性的发育和利益结构的分化后，主流意识形态的中心符号和象征，便与现实发生了尖锐的冲突。原本作为解释和论证阶级动员，政治集权，赶超战略，经济社会权利平等而存在的主流意识形态，在回答个体自主、自由、分权竞争、社会分层和民主法制等问题时，就会变得较为苍白无力。[19]针对这一系列问题的最有效的解决方式就是厉行法治。1982 年《宪法》规定，包括中国共产党在内的任何政党、

[17]参见《宣城“细胞工程”助法治家庭建设》，载 http://ah.anhuinews.com/system/2017/07/20/007670839.shtml，2017 年 09 月 01 日访问。
[18]参见同前注 6，周雪光书，第 72 页。
[19]参见陈明明：《危机与调试性变革：反思主流意识形态》，载《经济社会体制比较》2010 年第 6 期，第 106 页。

团体和组织“都必须以宪法为根本的活动准则”。中共十五大确立“依法治国”基本方略，确立了“建设社会主义法治国家”的政治目标。国家在制度环境的不断挤压下，提出了法治的应对策略。对西方而言，法治变革不是一个既存的官方观念体系和权力体系发生问题而遭遇质疑和挑战，而是没有办法产生一个卓越的、获得普遍认同的观念和权力体系，因而是建构性的。对中国而言则不然，中国的问题是变革性的，一个存续多年，被广大人民信奉、拥戴的观念和权力体系因社会剧烈转型导致其自身日益贫困化，导致统摄的有效性不断降低，因而需要革新和重建。[20]这就使得法治建设在肇始之初具有非常明显的应激性以及应急性。

邓小平指出：“过去发生的各种错误，固然与某些领导人的思想、作风有关，但是组织制度、工作制度方面的问题更重要。这些方面的制度好可以使坏人无法任意横行，制度不好可以使好人无法充分做好事，甚至会走向反面。”“当前这个时期，特别需要强调民主，”而且“必须使民主制度化、法律化，使这种制度和法律不因领导人的改变而改变，不因领导人的看法和注意力的改变而改变。”同时，也为使日常工作能够做到“有法可依，有法必依，执法必严，违法必究”，“所以，应该集中力量制定刑法、民法、诉讼法和其他各种必要的法律，例如工厂法、人民公社法、森林法、草原法、环境保护法、劳动法、外国人投资法，等等。”[21]法律制度的重建与复兴事关我党“伟大光荣正确”的传统，必须要作为一项重点工作抓紧推进，将所有工作都纳入到法制的轨道上，为经济建设铺平道路。由此，我国进入一个“系统式”“规模化”的以立法为中心的法条主义时代，“法律是解决具体问题的工具”这一法律工具主义思潮开始盛行。然而，法律一旦被作为工具去认识且渐逐展开的话，那么所谓的法治建设则极易被有选择性地、计划性地推进。制度环境与技术环境对组织的要求常常是互相矛盾的。[22]当国家认识到，法治对其有效治理和权威建构具有基础性意义的时候（制度环境意义上），它却有可能在“一万年太久，只争朝夕”的革命热情下，迫不及待地企图将法治“毕其功于一役”（技术环境意义上）。那么，在现代化及社会转型的刚性需求下，辅之以“赶超型”思维，法治则不可避免被“多快好省”地大跨步推进，在事实上形成一种以各项指标来衡量的法治建设——法治评估。

（二）组织具备行政发包的体制效能

中国在发展初期，完全不具备承载西方式多元民主政体的社会经济与文化条件，国家发展陷入“旧者已亡，新者未立，伥伥无归”（严复语）的脱序状态。[23]换言之，哈耶克意义上的基于社会自生自发秩序的法治生成模式在中国缺乏本土资源，社会本身的发展及其权力不足以提供法治生成的基础性条件，围绕着国家展开的新权威主义在那个历史当口就成为了最为务实的道路选择。这就促使法治建设实际上是依靠科层体系庞大的行政权力系统运作实现的，在思想层面体现为“上下一心，团结一致向前看”，在行动层面则表现为“集

[20]参见同上注，陈明明文，第 104 页。
[21]《邓小平文选》（第二卷），人民出版社 2004 年版，第 333 页、第 144 页、第 146 页、第 147 页。
[22]参见同前注 6，周雪光书，第 73 页。
[23]参见萧功秦：《超越左右激进主义》，浙江大学出版社 2012 年版，第 6 页。

中力量办大事”的偏好。具体来说：一是需要将符合社会广泛共识和迫切期待的特定问题作为马上就要办的大事，上升到政治层面去理解，在思想观念层面赢得支持和理解；二是需要有一个强有力的权威力量去组织、动员和调配社会资源。

组织的权力向上不断集中恰好在这两个前提方面具有得天独厚的优势：第一，传统意识形态系统可以强化社会和公民对中央权威的认同与服从。作为中国特色社会主义事业的领导核心，中国共产党具有毋庸置疑的历史正当性，理应获得全社会的拥护和支持。第二，建国之后，为使政治解体和社会解组迅速结束，恢复社会秩序并加快推进工业化以富国强兵，“强国家—弱社会”模式得以建立。国家几乎垄断着全部重要资源，这种资源不仅包括物质财富，也包括了人们生存发展乃至于迁徙的机会，进而实现了国家对社会的“总体性支配”。[24]可以说，“集中力量办大事”的行动逻辑需要权力相对集中的体制予以支持，同时，该体制在想要完成特定政治目标和政治任务时，也会偏好“集中力量办大事”的行动逻辑。其典型的表现形式就是举国体制下的“超大型项目”，“即以国家力量制定相关倾斜性政策，不计代价地为之聚集资源、并着力体现国家行为能力、标杆性地展现国家迅速发展而布局和实施的项目。”[25]在分税制条件下，收入愈加向上集中，国家有能力通过财政转移支付，以项目制突破行政层级制，达成特定的政治目标。[26]以此首先是强化了中央强势的财税能力，但是如果不是在别无他法的非常情况下，中央一般不会采取“一竿子插到底”的方式来达成某种政策目的，而更倾向于借由行政发包的方式来运作。正如周黎安所强调的：“中国政府的科层制与现代韦伯意义上的科层制相比，更多的是一个外在的特征和表象，其核心运行的机制其实更接近于行政发包之的一些主要特征。……更为关键的是，对于上级指定的任务目标，下级政府通常需要全力调动自身的财政和其他资源去完成，经常的情况是‘中央请客，地方买单’或‘上级点菜，下级买单’。为了完成上级任务和筹集必要的财政资金，地方政府又是‘八仙过海，各显神通’。”[27]

（三）组织拥有对成员的强约束能力

周飞舟在对大跃进期间中央—地方关系进行考察之后指出：“在高度中央集权的局面下，行政体制本身会生出一种‘锦标赛’的独特现象。”[28]期间，中央对地方放权，鼓励地方在经济上的开放性发展，并在结果上赋予地方竞争以实质意义。这种“锦标赛”现象体现的就是组织对其成员所具有的超强的约束能力——组织成员围绕着组织的特定目标指向争先恐后地追逐高成效，并在彼此之间形成竞争。组织的科层式运作，就是以行政命令为中轴，以资源调配为杠杆，自上而下贯穿其政策意志。在“全国一盘棋”的发展图谱中，权力指向

[24]参见孙立平、王汉生、王思斌、林彬、杨善华：《改革以来中国社会结构的变迁》，载《中国社会科学》1994 年第 2 期，第 47-62 页；渠敬东、周飞舟、应星：《从总体支配到技术治理——基于中国 30 年改革经验的社会学分析》，载《中国社会科学》2009 年第 6 期，第 104-127 页。

[25]任剑涛：《国家的均衡治理：超越举国体制下的超大型项目偏好》，载《学术月刊》2014 年第 10 期，第 11 页。

[26]参见周飞舟：《分税制十年：制度及其影响》，载《中国社会科学》2006 年第 6 期，第 100-115 页；折晓叶、陈婴婴：《项目制的分级运作机制和治理逻辑——对“项目进村”案例的社会学分析》，载《中国社会科学》2011 年第 4 期，第 126-148 页。

[27]周黎安：《行政发包制》，载《社会》2014 年第 6 期，第 12-13 页。

[28] 周飞舟：《锦标赛体制》，载《社会学研究》2009 年第 3 期，第 54 页。

谁，谁就拥有了在短时间内改头换面的巨大机遇，无论是行业、群体还是地域，无不如此。尤其是在“赶超型”思维的影响下，我国的现代化进程的诸多方面都是在这样一种范式下展开的。不论是政治建设、经济建设、还是文化建设、科教文卫建设乃至于法治建设，既然都是在一种紧张且急迫的环境压力下展开，则他们的运作机制基本上也是同一的。这源于社会科学的机制研究中的一种趋同现象——在相似的环境压力下不同的种群逐渐形成了相似的适应性——具有结构性的特色。[29]

由于中央政府对各领域握有完全的掌控力，严格设计下的各级政府乃至于普通民众都会被有效地动员起来。[30]另一方面，上级政府会把是否积极参与落实法治建设作为考核下级在政治上是否合格的重要指标。由于在政治科层制中职业阶梯是高度政治化的，政治绩效对于职业晋升和生涯具有决定性意义，因此，各地区各部门在争先恐后的法治建设中会形成一种特殊的竞争——通过政绩评比中所展现出来的“态度竞争”，即为了获取所需要的利益而积极表现自己对特定任务的态度。所以，目标一旦被锚定，剩下的就只是“不惜一切代价”了。正如戈登·塔洛克所言，“明智的决策不在于这些决策与特定组织宣称的目标一致，而在于它们事实上能促进决策人的职务升迁。”[31]举例来说：当“依法治国”被作为基本方略被执政党推出，尤其是中央以总揽全局的方式制定了《法治政府建设实施纲要（2015-2020年）》（以下简称《纲要》）之后，国务院下属各部委（含各总署、总局、局、办）以及各地方政府在对待法治政府和依法行政的问题上，都显示出不同于以往的跟进热情和落实态度。《纲要》印发以后，各部门各地方普遍响应并积极制定本部门本地方关于贯彻实施《纲要》的规范性文件。例如，《国家能源局贯彻〈法治政府建设实施纲要（2015-2020年）〉实施方案》《人力资源和社会保障法治建设实施纲要（2016-2020年）》《审计署贯彻落实〈法治政府建设实施纲要（2015-2020年）〉实施方案》《交通运输部关于贯彻实施〈法治政府建设实施纲要（2015-2020年）〉的通知》和《山东省法治政府建设实施纲要（2016-2020年）》《江西省法治政府建设实施纲要（2016-2020年）》《福建省法治政府建设实施方案》《北京市法治政府建设实施方案》《上海市法治政府建设“十三五”规划》等，并且自2017年6月21日截至2018年1月11日，共有26个省、自治区、直辖市和9个中央部委向国务院提交了关于2016年贯彻落实《纲要》的报告。[32]

四、法治评估科层式运作的实践风险

组织社会学的理论要旨在于从组织（本文主要是从科层制）的角度系统性地揭示特定行为产生非预期性后果的根源。从逻辑上讲，这必然不排斥对特定行为产生某些负面的非预期性后果的预测和推断。组织所具备的特点，其本身并不具有价值面向。换句话说，科

[29]参见同前注5，埃尔斯特书，第28页。
[30]参见同前注27，周飞舟文，第54页。
[31][美]戈登·塔洛克：《官僚体制的政治》，柏克、郑景胜译，商务印书馆2012年版，第28页。
[32]国务院法制办公室、中国政府法制信息网：http://www.chinalaw.gov.cn/col/col9/index.html。2018年3月15日访问。

层制本身并无好坏之分，只不过基于科层制的运作，在事实层面而言必然是成效与风险并存。当下的法治评估展现出一种“东西南北中、工农商学兵”式的全局性蔚然景观，不论是参与主体还是目标内容都涵盖极广。换句话说，这种法治评估在事实上可能已经构成了当代中国一种崭新的法治实践范式。法治评估在观感上所呈现出的如火如荼并不能掩盖其在实施过程中的缺漏，因此，必须要予以揭示。当一种解释逻辑被给定的时候，其潜在的风险也呼之欲出。

（一）组织的应激反应与“策略性”中止的风险

在制度环境的层面上，组织（政府）基于应激反应发现了法治之于自身的合法性意义。但是，组织（政府）的应激反应往往与社会发展的应急事项相关联。也就是说，组织（政府）的应激反应的最大特征是灵活性和机动性——这本身就与法治存在抵牾。

随着社会局势的变迁和社会问题的更迭，国家会随时调整其策略选择并转移战略重心。从宏观层面看，上世纪 90 年代初期的沿海特区建设、中央与地方两级财政“分灶吃饭”、“科学发展观”指引下和谐社会建设乃至于中国特色社会主义新时期的“四个全面”布局，无疑都体现了这一点。聚焦在法治建设这一领域内，依然如此。例如，大到“文革”结束后的法制重建，中共十五大确立的“依法治国”基本方略，中共十八大提出的建设“法治中国”；小到简化行政审批，“司法大调解”，裁判文书上网，司法的去地方化、去行政化，省以下法院检察院人财物统管，法官“员额制”以及立案登记制改革，等等。仔细观察则会发现，在特定历史时期国家进行的策略选择及其战略重心转移，反映在具体事项的操作上实际上都存在一个“完成的节点”而被终结。法治评估在这个意义上来理解，也可以说，法治评估的具体内容被科学化、体系化建立以后，或许也就完成了其历史使命。不可回避的问题是：当法治评估作为一项改革“工程”被完结以后，组织对于其合法性基础的认识发生移转，法治评估不再被置于“政治正确”的地位，那么法治评估是不是随时就有可能被一种新的、不特定的组织需求所替代，亦即也被“策略性”中止？至少在逻辑上，任何人恐怕都无法否认这种可能性的存在。

从本质上讲，基于科层式运作的法治评估本身并不具有固定的根基，它是组织（政府）为实现特定目标而采用的方法和手段。这种“工具主义”的法治评估认知图示，使得法治评估很容易被当作政府自己的“化妆品”，而其本来作为社会对政府的一种监督和压力则被消解掉。事实上，现代社会是一个复杂的系统，系统的持续运行则依赖社会生活事实中“悖论”的不断发酵、生成，而法治则提供了一个稳定的“预期”，使生活事实中的“悖论”基于稳定“预期”的框架内进行运作。由此，才会形成某种秩序——复杂的社会系统不会因为复杂性的不断累加而导致周期性“宕机”甚至是系统崩溃。法治评估的目的无非是旨在形成一个名曰“法治”的秩序性框架。但是，这也仅仅是社会发展过程中的某一个面向。被组织纳入考量范围的绝不仅仅是这唯一的面向，还有诸如经济发展、环境保护、人口素质提升、社会安定团结，等等。如果这些面向的需求在实践中要求法治暂时让位或者噤声，那么法治评估自然也就会被束之高阁。毕竟，指望“刀”能削去自己的“把”，无疑是一种天真。而这，也不过

是外观上基于宏观策略变更的中止风险。还有一种微观技术上的“策略性”中止——政府采取一种的组织策略：把社会上合法的理性要素整合进其正式结构，最大化其合法性，并增强其资源获得和生存能力。[33]以浙江余杭的法治评估为例，它提出了法治余杭的九大目标[34]：

党委依法执政	政府依法行政	司法公平正义
权利依法保障	市场规范有序	监督体系健全
民主政治完善	全民素质提升	社会平安和谐

这九大目标毫无疑问全方面覆盖了当前我国社会经济文化生活的各个方面，如若能实现这九大目标，从某种程度上而言或许就从根本上实现了中华民族伟大复兴的“中国梦”。然而，法律或法治所能解决的问题自有其边界和限度，很多问题绝不仅仅是只依靠法治建设就可以达到的，更不能过分指望通过法治评估就可以求得。在浙江余杭的法治评估中，被纳入的评估内容事无巨细、面面俱到，并被赋予相应的考核分值，其中社区风气良好，无封建迷信活动，无邪教、赌博、吸毒等现象，无偷税漏税，无严重的家庭暴力事件占 4 分；社区环境整洁，卫生良好占 2 分等。[35]但这些价值目标的追求，与政府依法行政之间往往存在张力。也就是说，政府在达成这些治理目标的过程中，很有可能牺牲掉信息公开、程序公正等重要的法治要素。虽然在考核结果中，依法行政的分数会被克减，但是达成上述治理目标的分数则会上升。那么，法治评估的总体分值就很有可能在法治不彰的境况下，反而略有提升。如此一来，法治评估就脱离了对“法治”的核心评估，成为了一个空架子。换句话说，政府很有可能采取一套方案置于其组织结构的外观上——法治评估的目标扩容，当组织基于应激反应发生目标变化而需要暂时规避法治时，法治评估的存在就可以堂而皇之地应对外部压力，其内部运行则自有其玄妙——法治本身被悄无声息地消解掉。

（二）组织的体制效能与目标置换的风险

德国组织社会学家罗伯特·米歇尔斯在《政党论》中，通过对 20 世纪初欧洲国家劳工组织和社会主义党派的研究，发现了组织的局限性和弊端。“组织的内在机制一方面可以产生坚固的结构，但另一方面也会造成内部成员间的深刻变化……组织的结果在客观上促使少数领导人与多数被领导的民众之间的两极分化的出现。”[36]同为组织社会学家的塞尔兹尼克在对田纳西水利大坝工程和管理机构的研究中发现，虽然组织在初期是按理性地设计运作的，有严格的组织目标，但在实际运作中产生了一个强大的利益集团，地方势力和全国性的利益组织都卷入了这一过程。这些利益集团通过派自己人把持各大部门，占据各个大的工程部门，控制了很多政策的制定，从而在事实上控制了整个工程，最终导致很多项目的实施完全背离了工程的初衷。[37]同理，在广泛开展的法治评估中，有些人表面上在参与，

[33]参见[美]约翰·W.迈耶、布利安·罗恩：《制度化的组织：作为神话与仪式的正式结构》，载[美]沃尔特·W.鲍威尔、保罗·J.迪马吉奥主编：《组织分析的新制度主义》，姚伟译，上海人民出版社 2008 年版，第 57 页。
[34]参见钱弘道等：《法治评估的实验——余杭案例》，法律出版社 2013 年版，第 66-69 页。
[35]参见同上注，钱弘道等书，第 240 页。
[36]Robert Michels, *Political Parties*, Free Press, 1968, p70.
[37]参见[美]菲利普·塞尔兹尼克：《田纳西河流域管理局与草根组织——一个正式组织的社会学研究》，李学译，重庆大学出版社 2014 年版，第 130-136 页。

甚至积极谋划布置，实际上却见缝插针地植入自己的目标，不断以自己的政治利益为目标来替代意图实现法治的目标。这就是组织运作过程中常见的“目标置换”。在对上负责的“政治科层制”中，法治会作为一种政绩被全面推进且在各级政府间被层层复制，而在具体实施的过程中，则必然以“两本帐”[38]的方式被层层加码，使下级政府完成或者超额完成上级政府关于法治绩效的考核。在整个官僚体制中，自上而下的是法治的动员口号，自下而上的则是法治的文牍汇报。经过目标置换过程的不断消解，所谓法治建设就成了只有法治的口号而无法治的实践的空壳。越是时间长、范围广，法治评估被目标置换的风险就越高，其产生的问题也越严重。按照常理来讲，政府对此类“限权”的东西不会抱有什么喜闻乐见的态度，因为这对于政府部门寻求“跨越式”发展而言就是一块巨大的绊脚石。可事实却是：各级人民政府乃至行业部门都十分热衷于设计“法治评估”，并将其置于自己的掌控之中而加大宣传、推广和应用。[39]本该被弃之如敝履的东西却为何趋之若鹜？这恐怕是将对法治的全面高效推进与政绩策略捆绑在了一起，其中掺杂了诸多的个人利益或者部门利益。正是因为组织具有巨大的体制效能，事实上掌控着并能够在实践中进一步汲取大量的资源，这对任何部门甚至个人而言，都是一种极大的诱惑。事实上，已经有学者尖锐地批评了法治评估的“伪精确性”，认为法治评估抽空了法治的生活意义。[40]但更进一步地，应该看到，“在现阶段地方政府的规划中，法治评估的价值首先是工具性的，最终目的是彰显或论证地区的经济发展水平和综合竞争力。”[41]如果能够很好地彰显地区经济发展水平和综合竞争力，就有很大可能获得组织的关注，并吸引组织的体制效能向自己倾斜。至于法治评估本身，或许地方政府或部门一开始就洞悉了法治难以真正量化乃至精确化。因而，通过操作数据，辅之以大量的专门术语来掩盖被抽空的生活事实——法治评估就极易异化为目标置换的桥梁。

（三）组织的成员控制与重返“人治”的风险

“组织的人为本质和对绩效的高度关注，以及自然单位无法比拟的复杂性，使得非正式控制不够用，只靠对岗位的认同也不行。组织不应该期待多数时间里多数参与者都能在没有其他激励的情况下，内化和自愿兑现对所分派任务的承诺。因此，组织为了支撑规范准

[38]“两本帐”由薄一波发明，指每级政府都制定“两本帐”，第二本帐的指标高出第一本帐，上级的第二本帐作为下级的第一本帐。在从上到下制定计划时按照第一本帐，但是在执行计划和对下级考察和评价时用第二本帐作为标准。参见同前注 27，周飞舟文，第 71 页；另参见薄一波：《若干重大决策与事件的回顾》，中共中央党校出版社 1991 年版，第 682 页。

[39]参见姚建宗、侯学宾：《中国“法治大跃进”批判》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2016 年第 4 期，第 16 页。

[40]参见同前注 4，伍德志文，第 3 页。对这种评估的科学性提出质疑的还可以举出一例。以中国政法大学法治政府研究院编制的《中国法治政府评估报告（2017）》为例，该报告集合了依法全面履行政府职能、法治政府建设的组织领导、依法行政制度体系、行政决策、行政执法、政务公开、监督与问责、社会矛盾化解与行政争议解决和社会公众满意调查共 7 个分报告，是较为有代表性意义的。但是，这里也至少存在两个地方问题商榷。其一，法治政府建设的组织领导是否适合纳入。该部分的考核有一项为“是否设置独立的法制机构”：被评估市级政府设置了独立的政府法制机构的得 5 分；未查询到设有独立法制机构的得 0 分。但是，这样一个法制机构是否真的发挥了法治的效用呢？如果所设立的该机构被用于安置某些超额配备的相应级别的领导干部，这岂不是与法治评估的初衷背道而驰了吗？其二，该报告最后有一份各市政府一级指标得分表。前 30 名除广西南宁外，都是沿海及中部发达省份的城市，31 至 70 绝大多数是中部地区及东北个别城市，而 71 至 100 则中部与东北经济相对落后城市与西部城市（川、渝除外）。这不得不让人联想，这究竟是经济发达程度与法治发达程度成正比的某种规律，还是纯粹以政治、经济地位来人为地标识法治地位？参见中国政法大学法治政府研究院编：《中国法治政府评估报告（2017）》，社会科学文献出版社 2017 年版，第 45、573 页。

[41]陈林林：《法治指数中的认真与戏谑》，载《浙江社会科学》2013 年第 6 期，第 147 页。

则、规章制度和指示命令的执行，需要有正式的结构化机制分配奖励与处罚。”[42]并且，“由于一定要服从上司的命令这一社会准则的发展，群组成员会把服从这些命令作为群组准则的一部分加以强化。群组关于必须执行上司命令的要求使得下属的服从不再完全出自针对个人的强制权力和劝诱影响，从而将基于权力的社会控制转变为基于权威的控制。”[43]这是韦伯意义上“理性科层制”的基本逻辑。然而，“事实上这种逻辑无法适应公共事务的跨界性、复杂性和不确定性。”[44]况且，从央地关系来看，“理性科层制”按部就班的行政运作逻辑很多时候不能从根本上解决央地间的权力矛盾，反而容易慢慢形成地方势力，与中央权威相抗衡。所以，这种“理性科层制”在中国实际上并不纯粹，而是经过了特定的改造——一个比较有解释力的说法就是“政治科层制”（傅高义语）。塞尔兹尼克指出：“在正式组织中，必将出现非正式结构，这将反映在个体或亚群体为控制自身生存环境而采取的行动上。在与生存环境中的其他组织交往的过程中，同样会演变出非正式的交流和控制渠道。”[45]这种非正式的交流和控制渠道恰好就是界分“理性科层制”与“政治科层制”的关键点。这个时候，组织的成员控制就变成了组织的上级成员对下级成员的控制。法治评估的科层化运作所带来的的就不仅仅是法治建设的高效率（如果可能的话），更将带来下级对上级领导权力认同的强化，维系下级对上级领导的忠诚。

当前的法治评估实际上是自上而下，由中央发起，地方各级政府和全社会被广泛动员的法治实践。以此种方式来推进法治建设确实能够带来效率优势，“因为它能大幅削减，甚至彻底消除多元治理状态下自发性和不确定性所造成的交易成本和效率损失。”[46]但与此同时，也将组织成员通过法治评估更加深刻地捆绑到了一起。一旦上级命令希望得到下级的回应，必然需要给予一些承诺和利益。在实践过程中，这意味着上级基于自身的目的会利用某种非正式结构尝试与下级进行沟通和劝说。与此同时，在进行权力分配或政策调整的过程中，下级也会为了自己的某些利益，在预期范围之内心甘情愿付出某些代价。[47]也就是说，“政治科层制”的非正式结构使得上下级之间存在某种人格性关系——“照章办事”被“投其所好”所取代。事实上，大多数公务员，特别是处于高层的公务员，都把投上级所好当作分内的工作（常常还不是件容易办的差事），而且抱着希望这么做，期盼上级以后会用晋级来奖励这类行为，这是因为：处于严格“政治”关系中的典型政府雇员，只能寄希望于通过取悦上级得到提升。[48]因此，只要法治评估是上级所制定、发起和动员的，那么不论它是“伪精确”还是“看似多余、实则有害”，对下级官僚来说，以科学严谨的态度去对待就是唯一的选择。由于首长就是特定政治路线或者任务在特定范围内的人格化体现，所以对特定政治路线或政治任务的忠诚往往被转化为对特定首长的忠诚，最终使法治评估始终

---

[42]Amitai Etzioni,*Modern Organizations*,Prentice Hall,1964,p59.
[43]Peter M.Blau,&W.Richard Scott,*Formal Organizations: A Comparative Approach*,Chandler Publications,1962,p29.
[44]李辉：《“运动式治理”缘何长期存在？——一个本源性分析》，载《行政论坛》2017 年第 5 期，第 142 页。
[45]同前注 36，塞尔兹尼克书，第 159-160 页。
[46]冯仕政：《中国国家运动的形成与变异：基于政体的整体性解释》，载《开放时代》2011 年第 1 期，第 90 页。
[47]参见同前注 36，塞尔兹尼克书，第 160 页。
[48]参见同前注 30，塔洛克书，第 18 页。

以人的意志尤其是以特定上级的意志为转移。对于现代科层制度来说，对上负责是其最为明显的形式性特征。但是狭隘的对上负责，则会使下层官僚仅仅围绕上级意志、上级话语甚至是上级爱好而脱离社会真正欲求来展开行政性工作。“在向上负责制体制激励下，官吏只能闻风而动，甚至投机取巧。”[49]因此，“政治科层制”的权力系统在推动法治建设的过程中存在固有的结构性缺陷，法治评估在这一体系下的运行极易使“法治”面临自我解构，进而基于“人治”的逻辑展开并最终走向“人治”。

五、结语

法治评估是一场在转型现代化的特殊场域下，国家自上而下予以刚性推进，发动、宣传、组织整个科层体系以及全社会广泛参与到法治建设并且倾向于以数字指标对其成效进行检验的法治实践。在当代世界和中国乃至于未来的世界和中国，法治都是制度环境中的一根“红线”。然而，法治却不存在一个普遍而一统的通用模式，即法治不会定于一尊。在此一背景下，法治评估或许是一种有益的尝试。从实践和事实的角度看，法治评估确实取得相当意义上的成效，即客观上形塑了全社会公共领域的法治共识，同时也促使政府权力在法治的结构化语境中展开。与此相对照的是，在当前经济社会剧烈转型的时期，各种矛盾集中、多发，普通民众对法治在具体领域的实施怀有不同程度上的消极情绪。因而，法治评估所表现出的欣欣向荣与法治具体成效的相对失落之间呈现出较大的张力和落差。诚然，当前法治建设（尤其是法治评估）借由科层化运作取得的成效是有目共睹的，但是，“法治时间表设置”“法治指数竞争”和“法治溢出效应”已经在些许层面暴露了法治评估科层化运作的一些问题。作为一个解释逻辑，笔者借鉴组织社会学的理论提出了法治评估科层化运作的三方面要素（也是缘由）——组织对制度环境具有应激反应、组织具备行政发包的体制效能以及组织拥有对成员的强约束力。然而，“成也萧何，败也萧何”的风险也恰恰在这里！基于科层式运作的法治评估本身并不具有固定的根基，它是组织（政府）为实现特定目标而采用的方法和手段。其一，当组织基于应激反应发生目标变化而需要暂时规避法治时，法治评估就可以通过价值目标的扩容，一方面足以应对外部压力，另一方面又通过组织内部操作消解掉法治。其二，法治评估可以借由操控数据黑箱，辅之以大量的专门术语来掩盖被抽空的生活事实，异化成为组织内部成员进行目标置换的桥梁。其三，“政治科层制”的权力系统及其逻辑在推动法治建设的过程中存在固有的结构性缺陷，法治评估在这一体系下的运行面临着基于“人治”逻辑展开并走向“人治”的自我解构风险。可以说，这种检视充满了“辣味”，但对于深入推进法治评估的理论研究和实践发展而言，这种学术研究中具有“红红脸、出出汗”功能的批评检视却具有非凡的基础性意义。限于本文的研究旨趣，笔者并未就法治评估的未来路向和具体方案做出更多的分析，这确实是一个遗憾。不过，用一句近似于自我安慰的话来说：一种未竟的遗憾，又何尝不是对更加完美的期许。

[49]周雪光：《运动型治理机制：中国国家治理的制度逻辑再思考》，载《开放时代》2012 年第 9 期，第 120 页。

国家治理现代化与国家概念的法理化

董 政[1]

【摘　要】国家治理现代化是当代中国法理学需要攻关的长期性重大课题之一。然而，现阶段对该课题的法理研究存在法治化路径依赖的问题。究其根本，在于当前中国法理学只关注“治理”、“现代化”而忽视了“国家”，由此导致国家治理现代化的法理研究被简化为一种无“国家”的“治理法治化”研究。因此，为了克服这一“单条腿走路”的研究困境的出路是，有必要引入国家概念并将之法理化。国家概念的法理化分为三个环节：首先是正视“国家”，将“国家”视为方法而非目的引入法理学，强调“国家”作为一种研究视角的方法论意义；其次是吸纳“国家”，将法理概念作为“国家”进入法理学的“入口”，并对国家概念进行对象化处理，从而提炼出作为研究对象的现代国家建构之法理；最后是融合“国家”，在现代国家建构之法理的范畴内，通过建构包含国家理性、法律理性与政党理性的三维立体式的法理学分析结构，将“国家”融贯于法理学之中。国家概念的法理化就是一种“以国家为方法，以法理为目的”的思想操作过程。

【关键词】国家概念；国家治理现代化；法理；法理化；国家理性；法律理性；政党理性

引言

在 2014 年，中国共产党的十八届三中全会首次提出，全面深化改革的总目标是完善和发展中国特色社会主义制度，推进国家治理体系和治理能力现代化。之后在 2019 年，党的十九届四中全会更是审议并通过了《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》，该《决定》开篇即明确指出：“中国特色社会主义制度是党和人民在长期实践探索中形成的科学制度体系，我国国家治理一切工作和活动都依照中国特色社会主义制度展开，我国国家治理体系和治理能力是中国特色社会主义制度及其执行能力的集中体现。”显然，国家治理体系和治理能力的现代化（以下简称国家治理现代化）是中国法理学需要攻关的重大理论课题之一。近六年来，法理学界围绕着该课题产出了大量优秀的学术成果。不过，当前国家治理现代化的法理研究依旧存在一个困境，即对传统法治化路径的严重依赖。换言之，当前的绝大多数研究均将“国家治理现代化”直接套入到既有的传统“法治”的话语与理路中，从而较为简单地得出，推进国家治理现代化就是推进国家治理的法治化。[2]

---

[1] 作者简介：董政，东北师范大学人文学院副教授，法学博士，研究方向：法哲学、法律政治学、国家理论。

[2] 相关论文可参见张文显：《法治与国家治理现代化》，《中国法学》2014 年第 4 期；陈光中：《国家治理现代化标准问题之我见》，《法制与社会发展》2014 年第 5 期；江必新：《国家治理现代化基本问题研究》，《中南大学学报（社会科学版）》2014 年第 3 期；喻中：《作为国家治理体系的法治体系》，《法学论坛》2014 年第 2 期；李林：《依法治国与推进国家治理现代化》，《法学研究》2014 年第 5 期；卓泽渊：《国家治理现代化的法治解读》，《现代法学》2020 年第 1 期；陈金钊：《提升国家治理的法治能力》，《理论探索》2020 年第 1 期。

法治主题是中外法理学最悠久与最核心的永恒主题，因而当党中央近年来提出国家治理现代化的重大政治命题后，法理学界自觉地将该主题纳入到传统的法治化研究路径中，这本也无可厚非，实属必要。然而，需要我们质疑的是，对国家治理现代化的法理研究难道就只有法治化一条研究路径可走吗？倘若如此，法理学对该课题的研究是否全面与完整，更重要的是，以传统路径研究新近课题是否充分体现出法理学研究的时代性？笔者以为，造成这种研究困境的根本原因在于，当前中国法理学重视国家治理现代化总命题中的"治理"和"现代化"，而忽视了另一个重要概念，即"国家"。由于"人类在自己的社会实践活动中，必须和只能以概念的方式去实现对世界的本质性、普遍性、必然性和规律性的把握与解释，也就是以概念的方式实现思想中对世界的占有"，[3]所以忽视国家概念也就意味着忽视对一切国家现象之规定性的把握，也就是忽视了在法学思想中对国家的占有。质言之，正是对国家概念的忽视，导致在国家治理现代化的法理研究中法治化研究路径占据主导，甚至成了唯一的研究路径。如此，当前的国家治理现代化的法理研究就被简化为一种无"国家"的"治理法治化"研究，其在研究范畴上趋于狭隘，在研究主题上趋于浅显，在研究方法上趋于单一。总之，由于忽视了国家概念，当前国家治理现代化的法理研究面临一种"单条腿走路"的研究困境，这样的研究既不完整与全面，而且也难以充分彰显法哲学"作为时代的法精神之精华"的品格。

有鉴于此，中国法理学一方面要充分肯定原有的、在法治化研究框架内对国家治理现代化进行研究所取得的丰硕成果，另一方面也要尝试开辟新的研究路径，使国家概念重新回归国家治理现代化的法理研究中。而这又是以法理学引入具有分析功能的国家概念为逻辑前提。当然，将国家概念引入法理学绝非是简单地在研究中提高使用"国家"的频率或次数，而是需要一系列的理论化处理过程。这一过程包含着三个环节：（1）正视"国家"，即树立适当的国家观，将"国家"视作方法而非目的引入法理学；（2）吸纳"国家"，即以法理概念为"国家"进入法理学"入口"，将作为方法的"国家"进行对象化的处理，使现代国家建构的法理成为法理学的研究对象；（3）融合"国家"，即通过建构包含国家理性、法律理性与政党理性的法理学三维分析结构，使国家概念融贯于法理学的多向度分析之中，最终完成国家概念的法理化。本文将这一正视、吸纳与融合"国家"的理论化过程称之为国家概念的法理化（the legal theorizing of state concept ）。

一、正视"国家"：以"国家"为方法

将国家概念引入法理学首先要回答一个问题，即当代中国法理学是否有自身的国家观，以及国家观是否适当？中国法理学经常以每十年为单位进行自觉地学术史梳理和总结，[4]不

[3] 孙正聿：《哲学通论》（修订版），复旦大学出版社 2005 年版，第 39 页。

[4] 参见黄文艺：《中国法理学 30 年发展与反思》，《法制与社会发展》2009 年第 1 期；张文显、姚建宗、黄文艺、周永胜：《中国法理学二十年》，《法制与社会发展》1998 年第 5 期；舒国滢：《新中国法理学七十年：变化与成长》，《现代法学》2019 年第 5 期；於兴中：《法理学四十年》，《中国法律评论》2019 年第 2 期；李拥军、刘雪斌、丰霏：《改革开放三十年的中国法理学：1978—2008》，《法制与社会发展》2008 年第 5 期；李龙、齐延平：《走向新时代中国法理学之回眸与

过“国家”在每一次的自我反省中都是那个被忽视的对象。换言之，中国法理学几乎从未以“国家”为线索对法理学科进行全局式检视，因而也从未真正明确地反省和回答其对“国家”所持之立场的问题。本文认为，自新中国建立以来，中国法理学是存在国家观的，只是当前主流的法理学国家观不利于国家治理现代化研究的深入推进，因而需要一次转型，即从目的论的国家观转为方法论的国家观。

（一）当代中国法理学的国家观类型[5]

所谓国家观，就是指一套认识与理解国家之本质、构成、功能、机制的看法或观念。当代中国法理学不存在是否找回“国家”的问题，因为国家概念自始至终贯穿于中国法理学的各种主流理论之中。本文，借助“理想型”（ideal types）方法，将当代中国法理学所持之国家观概括为四种理想型：

第一，支配型国家观，以上世纪五十年代至八十年代的“国家与法的理论”为典型。在政治学者看来，“国家始终是古典政治学研究的核心概念和基本范畴，占据着政治理论‘皇冠’的位置”，[6]其实，“国家”也曾在长达三十年的时间里作为中国法理学的“皇冠”而居于法学理论金字塔的顶端并完全统领或支配着法学理论的发展，这一时期的法理学甚至以“国家”命名，即被冠以“国家与法的理论”（全称是“马克思列宁主义关于国家与法[权]的理论”）。顾名思义，“国家与法的理论”由国家理论与法律理论共同组成，不过，“国家”在该理论中占据着统领地位。在国家与法的关系中国家与法不能等量齐观，因为国家是首要的，法是次要的。[7]或者说，国家是第一位的，法是第二位的；国家权力是主要的，法是从属的。[8]对此，有学者直接将“国家与法的理论”概括为国家主义法哲学，其特征在于坚持法律从属于政治、国家理论统合法律理论，“法律的本体是国家主义的。法律的性质、本质和作用等问题，不能离开国家作单独的理解和研究，必需放在国家的背景中才能给予科学的解释”。[9]因此，“国家与法的理论”所持国家观是一种支配型国家观，主张国家统领、支配法，法理论依附于国家理论，法的功能以国家的目的为依据。

第二，防御型国家观，以上世纪九十年代以来的各种权利理论为典型。防御型国家观的特点在于，强调在法律实践上将国家或国家权力视为法或法律权利的威胁主体，或者说，国家或国家权力是法或法律权利需要加以防范的对象。防御型国家观的核心要义是主张国家（权力）受制于法（权利），国家（权力）是手段，法（权利）是目的。例如，影响深远的权利本位论的基本立场便是，“在权利和权力的关系上公民、法人、团体等权利主体的权利是国家政治权力配置和运作的目的和界限，即国家政治权力的配置和运作，只有为了保障主体权利的实现，协调权利之间的冲突，制止权利之间的互相侵犯，维护权利平衡，

前瞻》，《法学》2018 年第 6 期；孙国华、郭华成、陈国清：《法理学研究十年》，《法律学习与研究》1990 年第 2 期；李龙、陈佑武：《中国法理学三十年创新的回顾》，《政治与法律》2008 年第 12 期。

[5] 本文基于论证主旨，只对当代中国法理学的国家观作简要的概括与梳理，对中国法理学之国家观的详尽研究，可参见董政：《当代中国法理学的国家观研究》，吉林大学 2019 年博士学位论文。

[6] 曹海军：《“国家学派”评析：基于国家自主与国家能力维度的分析》，《政治学研究》2013 年第 1 期，第 68 页。

[7] 参见于群力：《“国家和法的理论”编写提纲讨论会情况》，《法学研究》1961 年第 1 期，第 41 页。

[8] 参见陈处昌：《对编写<国家和法的理论>的几点意见》，《法学研究》1962 年第 2 期，第 34 页。

[9] 朱祥海：《国家主义法哲学——以前苏联法和国家理论为重点的考察》，吉林大学 2008 年博士学位论文，第 66 页。

才是合法的和正当的”。[10]再如，民权哲学尤为重视作为权利主体的个人与作为权力主体的国家之间的关系，倡导政治权利之于权利的根本性，“民众不享有政治权利，便没有合法的资格和力量去表达自己的意愿，维护自己的利益，尤其是去阻止别人，特别是公权者做侵害自己的事情。没有政治权利，便不能当家作主，即不能当自己的家，不能做国家的主。”[11]

第三，工具型国家观，以上世纪九十年代以来的法制现代化理论为典型。与防御型国家观相比，工具型国家观对国家持更为正面和积极的态度，尤其肯定国家自身的功能与作用，这一国家观在法制现代化理论中得到典型体现。法制现代化理论的倡导者普遍认为，“拥有强有力的现代国家能力和现代政府系统，是那些原先不发达的国家(尤其在东方) 迅速实现法制现代化的必要条件”。[12]随着九十代后期以及新世纪初中国与世界交往的不断深入，法制现代化理论在面对法律国际化和全球化主题时更是将国家摆在关键位置，对其重要性一再重申，“当代世界的法律发展与主权国家的推动是分不开的”，[13]“全球法制现代化的历史实践充分表明，拥有强有力的现代国家能力和现代政府系统，是民族国家实现法制现代化的必要的基本的条件,即便在进入全球化时代之后也是如此”。[14]然而从另一个角度看，法制现代化理论对国家的强调本质上是对国家作为推进法制现代化的制度性配置或手段之重要性的强调，换言之，它实际上并不承认国家具有脱离法制现代化目的之外独立的价值，或者说独立的“存在理由”（reason of state，亦即国家理由）。因此，法制现代化理论所持的是一种工具型的国家观。

第四，中立型国家观，以法教义学为典型。在严格意义上，法教义学并没有直接讨论过国家概念，因为其理论演绎是以既定、实存的国家之内的法秩序为逻辑前提，换言之，它不对国家本身作前提性反思，反而对之深信不疑，“法教义学乃是将现行实在法秩序作为其坚定信奉而不加怀疑的前提 ，并以此为出发点开展体系化与解释工作的一门规范科学”。[15]因此，作为法理学的法教义学与部门法学一样，其国家概念均是来自哲学、政治学、社会学、法理学的“现成”概念，国家要么是无需证成的逻辑始点，要么是客观存在的实践主体，而不对国家作价值评价。在这一意义上，法教义学即使有国家观，也只是一种非反思性的中立型国家观。故此，本文不对其作进一步讨论。

（二）中国法理学的国家观转型：从目的论到方法论

虽然当代中国法理学一直存在着各式国家观，但国家概念的法理化之所以首先需要正视“国家”，即树立适当的国家观，是因为只有适当的国家观才能为法理学对国家治理现代化的“国家”主题的研究提供一条富有建设性的研究路径。反观支配型国家观、防御型国家观、工具型国家观均存在一个共同的不足之处，即它们是一种目的论的国家观。这一国家

[10] 张文显：《“权利本位”之语义和意义分析——兼论社会主义法是新型的权利本位法》，《中国法学》1990 年第 4 期，第 25 页。

[11] 夏勇：《朝夕问道——政治法律学札》，上海三联书店 2004 年版，第 32 页。另可参见夏勇：《中国民权哲学》，生活·读书·新知三联书店 2004 年版。

[12] 公丕祥、夏锦文：《历史与现实：中国法制现代化及其意义》，《法学家》1997 年第 4 期，第 11 页。

[13] 公丕祥：《国际化与本土化：法制现代化的时代挑战》，《法学研究》1997 年第 1 期，第 89 页。

[14] 公丕祥：《全球化与中国法制现代化》，《法学研究》2000 年第 6 期，第 42 页。

[15] 白斌：《论法教义学 :源流 、特征及其功能》，《环球法律评论》2010 年第 3 期，第 8 页。

观其特点表现为，在研究路径上，它注重对“国家”与“法”，或“权力”与“权利”进行价值考量，总是倾向于在价值层面对“国家”和“法”分出一二，而没有注意到在很多情形中，“国家”与“法”或“权力”与“权利”是难分高下，通常是合二为一的。这表现在研究旨趣上就是，目的论国家观要么提倡“国家主义”或国家至上，这是对“国家”目的的绝对化（如支配型国家观），要么张扬“法治主义”或法律和权利至上，这是对“法”之目的的绝对化（如防御型国家观和工具型国家观）。由此导致的理论后果便是，目的论的国家观容易陷入主观化的困境，这样就大大削弱了国家概念应有的分析功能。由于随着“国家与法的理论”及其支配型国家观早已退出历史舞台，如今占据主导地位的国家观是防御型国家观与工具型国家观，而二者都是“法”之目的绝对化的国家观，这也是导致当前“国家治理现代化”的法理研究遗失“国家”的原因所在。

相反，方法论的国家观之要义是以“国家”为方法，而非以“国家”为目的。本文的这一观点是受日本著名汉学家沟口雄三的启发，他曾经批判日本的中国学是一种无中国的中国学，进而提出要建构以中国为方法的中国学。具体言之，沟口雄三认为，日本汉学界对中国古代的兴趣是以自身为“目的”的，“对于中国古代和中世的关心并非来源于对中国的关心，而是来源于日本内部的状况和心情，在日本内部的状况和心情里被消解了”。[16]以这种“目的”对作为异文化的中国文化进行探究，无疑会妨碍对“异”的文化认知。[17]在沟口雄三看来，真正自由的中国学要从目的中解放出来，这也要求日本汉学研究既不要以本国为目的，同时也不要以中国为目的，唯有解除目的之钳制，才有可能真正将中国客观对象化。因此，他认为“真正自由的中国学的目的不应该被消解于中国或自己的内部，而应该超越中国。换言之，就是以中国为方法的中国学”。[18]

本文所谓的以“国家”方法不是指将“国家”作为诸如社会调查、语义分析、历史考察等具体研究方法，而是指“研究立场”或“研究视角”。[19]具体而言，在研究路径上，方法论的国家观注重将“国家”作为考察法律现象的中立性视角，不是从“国家”或“法”的价值出发，这样就避免了一方面用“法”之目的来度量“国家”，另一方面用“国家”目的来裁量“法”，从而跳出价值权衡的惯常思维，更加包容性地处理国家与法之关系。因此，在研究旨趣上，方法论的国家观立场鲜明地反对任何价值的至上性，其以探索治国理政层面上法律实践的客观原理为终极目的。在理论后果上，方法论的国家观之优势体现为，使国家概念成为一个

[16] 沟口雄三：《作为方法的中国》，孙军悦译，生活·读书·新知三联书店 2011 年版，第 126 页。
[17] 参见沟口雄三：《作为方法的中国》，孙军悦译，生活·读书·新知三联书店 2011 年版，第 127 页。
[18] 沟口雄三：《作为方法的中国》，孙军悦译，生活·读书·新知三联书店 2011 年版，第 130 页。
[19] 在沟口雄三的理论中，以中国为方法，就是以中国自身为标准或立场考察中国历史。政治学者杨光斌教授提出以中国为方法的政治学也是在研究立场或研究视角的意义上使用“方法”一词，即主张一种扎根于中国历史和中国大地的本土化立场的政治学研究。参见杨光斌：《以中国为方法的政治学》，《中国社会科学》2019 年第 10 期，第 77-78 页。类似的表述也常见于法理学界，例如葛洪义教授曾提出作为方法论的“地方法制”，“地方法制”的方法论意义在于为把握法律现象提供一种有别于总体化、本质主义视角的地方性视角，即一种地方、下级、普通群众的视角。参见葛洪义：《作为方法论的“地方法制”》，《中国法学》2016 年第 4 期，第 116 页。另外，青年法理学者丁轶在梳理国家主义思潮时，就将我国法理学中的国家主义区分为两个维度，即价值论的国家主义和方法论的国家主义。国家主义的方法论意义在于，为研究者在具体经验中提供了一个“国家视角”。参见丁轶：《国家主义的两重维度》，《政治与法律》2017 年第 1 期，第 88 页。

“分析单位”而非“价值实体”，这样为我们考察法律实践提供了一个宏观的、政治化的“国家视角”。

总之，从作为目的论的国家观转为方法论的国家观，关键在于一种相对化的理论处理。既要相对化“国家”之目的，又要相对化“法”之目的，毕竟单纯对“国家”原理或“法”之原理的探讨均不是将国家概念引入法理学之目的。倘若要破除这种目的论的钳制，法理学对国家概念的引入就不应当以“国家”或“法”的目的为出发点，而要将“国家”作为方法或一种研究视角，从而透过“国家视角”去发现、观察、分析、提炼在国家与法的互动中的法之原理。借用沟口雄三的“以中国为方法，以世界为目的”的表述，国家概念的法理化就是要确立“以国家为方法，以法理为目的”的研究宗旨。当然，这一法理并非单纯的、一般性法之原理，而是专门指涉现代国家建构的法理，它的形成与提炼就关系到国家概念的法理化第二个环节。

二、吸纳“国家”：法理与“国家”的对象化

当正视“国家”即将“国家”视为方法而非目的之后，国家概念的法理化便进入到第二阶段，其构成了整个法理化过程的中轴环节。所谓吸纳“国家”就是经由法理概念这一“入口”，将“国家”进行对象化处理，使得作为方法的“国家”被吸收进法理学的研究对象即法理之中，使其在现代国家建构之法理这一对象范畴内就足以开展常规性的学术研究，而无需颠覆现有的法理学理论框架甚至是进行某种革命性的“范式转换”。[20]

（一）作为法理化“入口”的法理概念

法理化（the legal theorizing）就是法学意义上的理论化处理，而这又是以法学现有的理论资源为前提。换言之，从事法理化工作意味着研究者必须承认并接受法学中现有的理论范式，而不是以非法学范式或超法学范式的方式展开研究。就“国家”的法理化而言，当确定“国家”可以作为方法进入法理学之后，另一项重要工作就是寻找使国家概念得以法理化的“入口”。本文认为，“国家”进入法理学的“入口”便是法理概念。

我国著名法理学者张文显在 2017 年《清华法学》第 4 期发表了一篇题为《法理：法理学的中心主题和法学的共同关注》的论文，这篇论文是法理这一概念得到系统阐释和全面解读的奠基之作，并且也是法理学界首次明确倡导将法理作为法理学的研究对象和中心主题的标志性成果。之所以法理学界要深入推进对法理的研究，在张文显教授看来，是因为法理在我国的法理学知识体系、理论体系和话语体系中居于缺席或半缺席的状态，至今对法理没有形成理论自觉，而这是法理学被诟病的要害问题之所在。[21]因此，“中国法理学的专业化、科学化、规范化、现代化迫切需要法理学来一次新的转型，即确立以‘法理’为

[20] 关于常规科学研究与科学革命的阐释，可参见[美]托马斯·库恩：《科学革命的结构》，金吾伦、胡新和译，北京大学出版社 2012 年版，第三、九章。

[21] 参见张文显：《法理：法理学的中心主题和法学的共同关注》，《清华法学》2017 年第 4 期，第 12 页。

研究对象和中心主题的转型”。[22]

那么，为何法理概念可以作为“国家”进入法理学的“入口”呢？原因在于法理这一概念的两点特质：

其一，法理概念的规定性。倘若接受法理是法理学的研究对象和中心主题，法理概念实际上就发挥了规定法理学研究范畴和研究旨趣的功能，换言之，法理成了一个可以界定法理学的核心概念，即法理学就是“法理之学”。反过来说，不以法理为研究对象和中心主题的研究就不是法理学研究。就国家概念的法理化而言，如果说引入“国家”后的研究依旧是一种法理学研究，那么最起码“国家”在逻辑上可以被纳入法理的概念范畴之中。否则，在法理之外引入或研究“国家”，不论成功与否，它都不是一种“法理学”研究。因此，法理概念对法理学的规定性决定了“国家”得以引入法理学的“入口”只能是法理。

其二，法理概念的抽象性。当确定“国家”进入法理学研究的“入口”只能是法理概念之后，接下来的问题是，这一“入口”到底是宽还是窄？这将影响到对国家概念法理化的难易程度。如果“入口”较窄，也就是法理这一概念较为具体、范畴较为有限，那么对“国家”进行法理化处理的复杂性将极大提升，法理概念吸纳“国家”的能力也会受到削弱。形象地说，倘若如此，研究者将不得不对“国家”进行较为严格地“瘦身”，这样才能使其顺利通过“入口”。然而，对“国家”的学术“瘦身”可能会在某种程度上牺牲国家概念本身的一些学理价值。不过国家概念的法理化实际上无需作出这样的牺牲，因为法理是一个高度抽象或极具概括性的概念。在法理学研究对象的概念范畴中，法理甚至可以说是一个元概念，其他诸如学理、条理、原则、公理、价值、美德等概念均可以被涵括进法理概念之中。正是因为法理概念的高度抽象性，拓宽了法理学自身的概念范畴，尤其是较大程度地提升了法理学吸纳法学之外概念的能力。换个角度理解，之所以法理学的研究在近年来受到一些质疑，遭遇了信任危机，[23]一个原因是法理学表现出某种僵化或刻板的研究状态，它逐渐丧失了对法理学同样重要的但属于其他学科的概念的吸纳能力。如今，提出将法理作为法理学研究对象和中心主题，确实为“国家”争取到了一定的概念施展的空间。

（二）法理的概念意涵与多维属性

既然法理概念可以作为“国家”进入法理学的“入口”，那么对国家概念进行法理操作之前，首先就要理解何谓法理或法理包含着哪些意涵与属性？自张文显教授提出将法理作为法理学的研究对象和中心主题之后，近年来学界产出了不少探讨法理概念内涵与属性的研究成果，[24]本文对此不作赘述，而是基于现有研究，简略阐述法理的概念意涵与属性的三个方面。

---

[22] 张文显：《法理：法理学的中心主题和法学的共同关注》，《清华法学》2017 年第 4 期，第 12 页。

[23] 可参见徐爱国：《论中国法理学的“死亡”》，《中国法律评论》2016 年第 2 期。

[24] 张文显概括了法理的八种内涵，参见张文显：《法理：法理学的中心主题和法学的共同关注》，《清华法学》2017 年第 4 期，第 15-22 页；李晓辉基于法理之普遍性范围与程度的不同，将法理划分为普世性法理（法之“公理”）、共同性法理（法之“通理”）和差异性法理（法之“殊理”）。参见李晓辉：《论法理的普遍性：法之“公理”、“通理”与“殊理”》，《法制与社会发展》2018 年第 3 期，第 6 页。瞿郑龙认为法理至少包含三个基本维度属性，即本体、方法与价值。参见瞿郑龙：《如何理解“法理”？——法学理论角度的一个分析》，《法制与社会发展》2018 年第 6 期，第 62-64 页。

第一，法理是法律现象背后的普遍性和客观性的规律。当人们谈论法理时，首先谈论的就是关于法律现象背后的规律。世间的法律现象纷繁复杂，但并不意味它们是杂乱无序的，反而有“踪迹”或“章法”可言，这就是法律现象背后的具有普遍性和客观性的规律。法理学将法理作为研究对象，其实也就是将这一普遍性和客观性的法律规律作为研究对象，换言之，探究法理本质上就是要透过法律现象而深入把握法之规律。在这个意义上，法理之“理”有“原理”的含义。就像自然科学研究的是自然原理一样，法理学自然也要探索法律现象产生、发展、消灭等一切运作环节的原理。原理或规律一个最鲜明的特征就是普遍性与客观性，因此，法理最重要的属性也就是它的普遍性与客观性。

第二，法理是法律运作遵循的强制性和规范性的原则。将法理视为法律原则更多的是从法律运作的功能角度来理解的。法律是治国之重器，既然是“器”，法律就具有自身独有的工具性或功能，而要想充分发挥法律的功能则需遵循其特有的运作机制。因此，在这个意义上，法理之“理”则有“机理”的内涵，也即本文所谓的法律原则。作为法律原则的法理具有强制性和规范性两重属性。强制性意味着倘若立法者、司法者、执法者不遵循法律原则的话，那么立法、司法、行政等法律系统将会出现运作失灵，无法发挥法律的功能。守法者倘若不遵循法律原则，那么就需要承担不利的法律后果。法律原则的规范性意味着倘若不遵循就会受到法律的否定性评价，或者说法律原则本身也是一种价值评价准则。

第三，法理是人类追求美好法治生活的恒久性和崇高性的价值。法理之“理”还可以是一种“理想”，即人类孜孜以求的某些恒久性与崇高性的价值理想。当将法理界定为一种价值时，要谨慎地与作为法律原则的法理区分开来。正如上文所述，法律原则因其具有强制性与规范性，所以作为法律原则的法理必定包含着价值因素。然而，作为价值理想的法理其所蕴含的价值不是特定领域的、具体的、不断发展变化的、可替代的价值，而是人类追求美好法治生活的恒久性和崇高性价值。具体而言，作为价值的法理其恒久性体现为，它在人类历史的长河中具有较高程度的稳定性与持久性，它不会随着人类生活质量的提高、科技通讯的进步、全球政治秩序的变迁而发生改变。这些作为价值的法理，诸如正义、自由、民主、文明、平等、和谐、发展、人权、和平、良善、幸福等等，它们都是是人类永恒的话题与不懈的追求。此外，作为价值的法理其崇高性在于，它不是一种具体的、庸常的、特定领域的价值，而是一种抽象的、高尚的、跨领域或无边界的价值。

（三）“国家”的对象化：现代国家建构的法理

虽然国家概念可以通过法理这一“入口”进入到法理学研究之中，但还有一个前置性问题尚需解决，即“国家”是作为目的还是作为方法进入法理范畴的？法理概念因其规定性与高度抽象性，为其他学科的概念进入法理学创造了比较宽阔的空间，然而这并不意味着一切其他概念均可以被法理概念所吸纳。就国家概念而言，倘若“国家”作为目的，那么法理学将无法对国家概念进行有效吸纳。这是因为一旦如此，将会出现国家原理和法律原理（法理）两个对象和主题，这与当代中国法理学的研究进路与旨趣相悖，换言之，“国家”作为目的，法理学又会重蹈“国家与法的理论”之覆辙。因此，法理学所吸纳的“国家”只能是作

为方法的“国家”。

那么作为方法的“国家”被吸纳进法理学意味着什么呢？主要有两方面的意义：其一，“国家”作为方法预示着法理学的研究对象和主题依旧是法理，而非其他原理，这使得对“国家”的研究仍然遵循着现有的法理学范式，属于一种典型的法理学研究。其二，“国家”作为方法还会指示研究者去专门、侧重地考察与“国家”相关的法理。法理作为法理学的研究对象是从最一般的、也是最抽象的意义上说的，但是在研究法理时，研究者往往以更加具体的法理或法理的下阶概念为抓手，例如有关方法的法理[25]，教义学中的法理[26]，民商事的法[27]，立法与司法实践中的法理[28]等等。同样，吸纳“国家”的也是在相对具体和指向性的层面上的法理概念，即现代国家建构的法理。现代国家建构之法理是“国家”对象化的结果，也是法理学吸纳“国家”必经的逻辑环节。由于法理是作为法理学的研究对象而存在的，所以“国家”通过法理概念进入法理学，它也只能作为法理学的研究对象才具有逻辑上的可操作性，否则“国家”将无法与法理概念相容，更遑论被吸纳。当然，“国家”的对象化并非简单地将“国家”作为法理学的研究对象，否则又成了“国家与法的理论”的翻版，更准确地说，是将与“国家”相关的法理即现代国家建构的法理为研究对象。又由于现代国家建构之法理是法理的下阶概念，对前者的阐释是以法理的概念意涵与多维属性为基础的，再结合“国家”是作为方法而非目的，所以“国家”的对象化是指在作为方法的“国家”所提供视角的指导下专门考察现代国家建构过程中的法律规律、原则与价值。

在阐释现代国家建构的法理之前，需要把握本文所指的“现代国家建构”的几点要义：其一，强调现代国家而非古代或传统国家的建构。国家的现代与古代形态最鲜明的差异在于现代国家是主权国家（sovereign state），在历史上对确立现代国家之主权性的里程碑条约是 1648 年的《威斯特伐利亚和约》，自此之后，可以说“现代世界的历史与一种被熟知为主权国家的政治形态的产生、发展和胜利紧密相关”。[29]其二，现代国家“建构”（state-building）

---

[25] 参见陈金钊、吴丙新、焦宝乾、桑本谦、陈其谋：《关于“法理分析”和“法律分析”的断思》，《河南省政法管理干部学院学报》2004 年第 1 期；陈金钊：《法理思维及其与逻辑的关联》，《法制与社会发展》2019 年第 3 期；吕玉赞、吴冬兴：《聚焦与拓展:法理思维的纵深展开——第六届“法理研究行动计划”暨“法理思维与法律方法”学术研讨会述评》，《法制与社会发展》2019 年第 3 期；

[26] 参见谭婷、王冲：《向法理开放的法教义学——“法理与法教义学”学术研讨会暨“法理研究行动计划”第十二次例会述评》，《法制与社会发展》2020 年第 1 期；朱振：《以法理研究为契机助推法教义学转型》，《法制与社会发展》2020 年第 1 期；杨路生：《刑事法理中存款占有问题的教义学逻辑建构——基于刑民一体化的进路》，《海南大学学报（人文社会科学版）》2018 年第 3 期；魏东、雷鑫：《影响力案件的刑法教义学实证审验功能——以故意责任中“明知”的法理阐释为例证》，《法治现代化研究》2019 年第 6 期。

[27] 参见畅冰蕾、雷槟硕：《传承与超越:新时代的私法法理凝练——“私法中的法理”暨第五届“法理研究行动计划”学术研讨会述评》，《法制与社会发展》2019 年第 2 期；资琳：《论我国契约法理体系的构成:来源、原则与教义》，《法制与社会发展》2019 年第 2 期。 吴弘、徐振：《金融消费者保护的法理探析》，《东方法学》2009 年第 5 期；催勤之：《对我国公司治理结构的法理分析》，《法制与社会发展》1999 年第 2 期；王海平：《公司章程性质与股东权益保护的法理分析》，《当代法学》2002 年第 3 期。

[28] 参见周永坤：《诉权法理研究论纲》，《中国法学》2004 年第 5 期；顾培东：《公众判意的法理解析——对许霆案的延伸思考》，《中国法学》2008 年第 4 期；陈兴良：《案例指导制度的法理考察》，《法制与社会发展》2012 年第 3 期；张志铭：《司法判例制度构建的法理基础》，《清华法学》2013 年第 6 期；刘风景：《立法目的条款之法理基础及表述技术》，《法商研究》2013 年第 3 期；白绿铉：《督促程序比较研究——我国督促程序立法的法理评析》，《中国法学》1995 年第 4 期；屈茂辉、张红：《继续性合同:基于合同法理与立法技术的多重考量》，《中国法学》2010 年第 5 期。

[29] Michel Troper , “*The survival of sovereignty*”, Hent Kalmo,Quentin Skinner(ed), *Sovereignty in Fragments:The Past, Present and Future of a Contested Concept*, Cambridge University Press ,2010, pp.132. 对于现代国家的自主决断性、世俗性、非人格性等区分于古代国家的特征，可参见董政、栾兆星、孟融：《现代中国国

不仅仅指从无到有的“创建”，同时还包括运用现有制度资源对国家的“治理”，“创建”与“治理”共同构成了现代国家之“建构”的基本内涵。其三，现代国家建构不是指建构的总体或全部，而只关注现代国家的“法律建构”或“法治建设”，换言之，现代国家建构从概念上并不直接包括国家的经济建构、政治建构、社会建构、文化建构等，[30]国家概念法理化的中心主题主要涉及的是现代国家建构的法律维度。

鉴于上述分析，本文从三个方面阐释现代国家建构之法理的基本内涵：

第一，现代国家建构的法理是关于“国家”的法之原理，是现代国家法律建构过程中所蕴含的普遍性与客观性规律。在现代国家建构中，凡是与国家运用法律相关的现象，均可以从其背后发现、观察、分析与提炼出法理。这些法理包括国家的生成与消亡的法理，国家的繁荣与衰败的法理，国家间战争与和平的法理，国家之内的革命与改革的法理，国家从非常政治转向日常政治的法理，外交与国际关系的法理，政党政治的法理，国家意识形态的法理，等等。由于现代国家是当今世界最重要的政治共同体形态，而法治又是绝大多数现代国家治国理政的基本方式，所以有关国家与法互动关系中的法理主题极为丰富。例如，自人类进入现代国家的建构历史以来，有一个最为显著的规律就是，法治作为一种国家治理模式在不断地强化、发展与完善。之所以说这一规律具有客观性，因为从国家治理的现实效果上看，法治能够带来治理效果的最佳化，换言之，人类国家治理的历史实践业已证明了法治是现代国家最佳的治理方式。因此，倘若一个国家不想承担治理失败的恶果，那么它在客观上只能采用法治模式。至于这一规律的普遍性，从“公理”的角度看，不论各国具体的法治模式是何种样式，只要还是“法治”，那么这一治理模式必然与“人治”截然对立。换言之，在反对“人治”的意义上，绝大多数现代国家确实将“法治”作为“公理”加以承认和接受。从“通理”的角度看，大陆法系国家采用的法治模式具有相当程度的相似性或融通性，英美法系国家采用的法治模式亦是如此。从“殊理”的角度看，各个现代国家会对“公理”和“殊理”意义上的法治进行某种程度的本土化，法治本土化本质上就是“殊理化”。例如我国实行的中国特色社会主义法治就是人类法治史上一种典型的“殊理化”法治模式。[31]当然，与传统法理学对法治的研究相比，引入“国家”后法理学对法治原理的探究有其独特之处：它侧重从国家治理模式或治国理政的基本方式的角度理解法治理念，而非对法治进行司法中心主义的诠释；它偏重从治国者（stateman）和立法者（legislator 而不是 lawmaker）的角度来理解法治的主体，而非以司法者和司法参与者为中心理解法治主体；它注重从政治治理技术的角度来理解法治的实施，而非在司法技术与法律方法上着力；它倚重从国家利益或人民福祉的角度来理解法治的实施效果，而非以绝对化的、抽象化的、跨国家化的公平正义理念为评判法治实施的终极准则。

家建构的法律维度》，法律出版社 2017 年版，第 7-10 页。

[30] 当然，这绝不是说对“国家”的法理化研究不涉及国家在政治、经济、社会、文化等方面的制度实践，而是说对国家的这些方面的研究必须要与法律具有直接的相关性，或者是能够纳入法理学的现有的讨论框架中。实际上，现代国家最重要的建构就是法治建构，而法治建构无论是在西方还是在全面依法治国时代的我国，基本上涉及国家实践的方方面面。因此，这里将法律建构与其他建构相区分，只是具有概念区分的意义。

[31] 对于法理之普遍性的分类，即可以根据普遍性的程度不同，将法理分为公理、通理与殊理的观点，可参见李晓辉：《论法理的普遍性：法之“公理”、“通理”与“殊理”》，《法制与社会发展》2018 年第 3 期。

第二，现代国家建构的法理是关于“国家”的法之机理，是现代国家法律建构所需遵循的强制性与规范性原则。现代国家之所以在人类近代史上取代城邦国家、封建国家等其他政治共同体形态，成为最主流的政治共同体形态，根本原因在于，现代国家有自身独特的运作机理。在这个意义上，现代国家建构之法理就是现代国家创建和运用法律的机理，是现代国家必须遵循的强制性和规范性原则。作为原则的现代国家建构之法理主要涉及有关“国家大事”的根本性法律原则，如外交基本原则、军事基本原则、经济建设的基本原则、教育发展的基本原则、改善民生的基本原则、科技进步的基本原则、文化与宣传的基本原则、政党政治的基本原则、健康医疗的基本原则、社会保障的基本原则等等。

第三，现代国家建构的法理是关于“国家”的法之价值，是现代国家法律建构所追求的恒久性与崇高性价值。正如上文所述，作为价值的法理是人类追求美好生活的恒久性和崇高性价值，所以现代国家建构之法理当然也涵盖这些价值。然而，又由于现代国家建构之法理是关于“国家”的法之价值，因此不能将其等同于法的价值本身，换言之，作为价值的现代国家建构之法理是对法之价值的一种限定，某种程度上，甚至是一种“折扣”。这是因为作为价值的现代国家建构之法理包含着两种既重叠又冲突的价值，即国家价值与法律价值。更准确地说，作为价值的现代国家建构之法理是国家价值与法律价值的融合。这一价值融合有三种形态：其一，自然融合。国家价值与法律价值有着较高的重叠性，国家与法律追求的诸多价值目标都是一致的，例如人权是国家与法律共同的价值追求。其二，寄生融合。这表明一种价值以寄生的方式融合进另一种价值之中，在这两种价值之间有了主次和先后之分。其三，协调融合。这一融合方式既不同于自然融合，因为在有些问题上，国家价值会与法律价值相冲突，二者无法自然而然地融合在一起，因而需要对两种价值作出协调，取一个可以进行融合的“公分母”；同时它也不同于寄生融合，因为在有些情况下，国家价值与法律价值同等重要，不可顾此失彼，也无法对二者作出高低之分。此时也需要协调两种价值，对二者进行某种“打折”或作出妥协。

综上所述，吸纳“国家”是国家概念法理化的中轴环节，在思想操作上也是最关键的一环。它一方面上承正视“国家”，使作为方法的“国家”能够进入实质化研究阶段，另一方面它也下接了融合“国家”，奠定了建构一种法理学分析的三维结构的基石范畴。吸纳“国家”这一法理化研究的重点在于，以法理概念作为“国家”进入法理学的“入口”，在法理的概念范畴之内对“国家”进行对象化处理，使“国家”在现有法理学范式中也能成为一个研究对象。现代国家建构之法理是“国家”在法理概念中对象化的一个结果，它使得引入“国家”后的法学研究依旧属于一种典型的“法理学”研究。这也是“以国家为方法，以法理为目的”的要义所在。

三、融合“国家”：建构法理学分析的三维结构

将“国家”作为方法予以正视，并通过法理概念这一“入口”将“国家”吸纳进法理学是“国家”法理化的前两个重要环节，但是对“国家”的思想操作不能就此止步。因为法理化的根本

旨趣不仅仅在于强调国家概念的重要性，亦非仅仅提醒国家概念进入法理学的必要性与可能性。质言之，国家概念法理化的真正目的是将“国家”予以全面“消化”并充分汲取其方法论意义上的“养分”，如此，对国家概念的引入才能增强法理学自身的研究能力。因此，国家概念法理化的第三个环节便是融合“国家”，即在现代国家建构之法理的范畴内通过建构一个三维的分析结构使国家概念融贯于法理学。

（一）“单向度的人”：当前中国法理学的一个困境

中国法理学从“国家与法的理论”解放出来至今已有近四十年的发展历程，它逐渐形成了独立的学科体系与成熟的理论体系，取得了斐然的成绩。然而，近十多年来，无论是在法理学的内部还是外部，都不断地涌现出研究者对当前法理学研究现状的不满情绪。这种不满情绪既表现为质疑，也体现为辩护，例如对中国法学向何处去的追问，[32]对法理学之理论作用的捍卫，[33]中国法理学“死亡论”的提出及其回应，[34]法教义学与社科法学的争论，[35]社会理论法学与系统论法学的兴起，[36]乃至人工智能、基因编辑等技术革命对法理学的挑战，[37]等等。无论是严苛批评抑或竭力辩护，其实都不同程度地反映出当前中国法理学之批判能力的式微。批判性是法理学或法哲学的科学本性，它包含外部与内部两个方面，前者是指法理学或法哲学的实践批判，后者是指法理学或法哲学的理论批判，也就是自我批判。[38]与法理学或法哲学的实践批判相比，其理论批判即自我批判更为重要，因为它是“法哲学的基本特性和内在本质，它构成法哲学质的规定性，成为法哲学的主旋律。没有这种内在的自觉反省与自我批判，便没有法哲学”。或者说“它是对用以进行法哲学实践批判的不容置疑的前提条件、理论公设与出发点，即用以进行批判的根据、标准和尺度的自觉反省、自我反思和自我批判。正是以对自身的根据、标准和尺度，即对自身的理论出发点和

---

[32] 参见邓正来：《中国法学向何处去——建构“中国法律理想图景”时代的论纲》，商务印书馆 2006 年版。

[33] 参见陈景辉：《法理论为什么是重要的——法学的知识框架及法理学在其中的位置》，《法学》2014 年第 3 期；陈景辉：《部门法学的教义化及其限度——法理学在何种意义上有助于部门法学》，《中国法律评论》2018 年第 3 期；雷磊：《法哲学在何种意义上有助于部门法学》，《中外法学》2018 年第 5 期。

[34] 参见徐爱国：《论中国法理学的“死亡”》，《中国法律评论》2016 年第 2 期；季卫东、舒国滢、徐爱国、桑本谦、陈景辉、聂鑫、马剑银：《中国需要什么样的法理学》，《中国法律评论》2016 年第 3 期；王若磊：《不曾生,何谈死?中国法理学的死亡及其生的可能》，《济宁学院学报》2016 年第 4 期；钱继磊：《迈向法理时代的中国法学——兼与徐爱国教授商榷》，《法学评论》2018 年第 1 期。

[35] 参见陈柏峰：《社科法学及其功用》，《法商研究》2014 年第 5 期；刘思达、侯猛、陈柏峰：《社科法学三人谈:国际视野与本土经验》，《交大法学》2016 年第 1 期；尤陈俊：《不在场的在场：社科法学和法教义学之争的背后》，《光明日报》2014 年 8 月 13 日第 16 版；侯猛：《社科法学的传统与挑战》，《法商研究》2014 年第 5 期；雷磊：《法教义学的基本立场》，《中外法学》2015 年第 1 期；徐德风：《法教义学的应用》，《中外法学》2013 年第 5 期；白斌：《论法教义学:源流、特征及其功能》，《环球法律评论》2010 年第 3 期；谢海定：《法学研究进路的分化与合作——基于社科法学与法教义学的考察》，《法商研究》2014 年第 5 期。

[36] 参见陆宇峰：《社会理论法学:定位、功能与前景》，《清华法学》2017 年第 2 期；陆宇峰：《系统论宪法学新思维的七个命题》，《中国法学》2019 年第 1 期；泮伟江：《宪法的社会学启蒙——论作为政治系统与法律系统结构耦合的宪法》，《华东政法大学学报》2019 年第 3 期；鲁楠：《社会理论之法:学源、学理与学问》，《北京航天航空大学学报（社会科学版）》2019 年第 1 期；李忠夏：《宪法教义学反思:一个社会系统理论的视角》，《法学研究》2015 年第 6 期。

[37] 参见朱振：《反对完美?——关于人类基因编辑的道德与法律哲学思考》，《华东政法大学学报》2018 年第 1 期；孙海波：《基因编辑的法哲学辨思》，《比较法研究》2019 年第 6 期；郑玉双：《生命科技与人类命运:基因编辑的法理反思》，《法制与社会发展》2019 年第 4 期；季卫东：《人工智能时代的法律议论》，《法学研究》2019 年第 6 期；马长山：《人工智能的社会风险及其法律规制》，《法律科学》2018 年第 6 期； 李晟：《略论人工智能语境下的法律转型》，《法学评论》2018 年第

[38] 参见姚建宗：《法哲学批判与批判的法哲学——对法哲学科学本性的一种理解》，《吉林大学社会科学学报》1998 年第 1 期，第 20 页。

前提公设的自我批判和反思为基础，法哲学才得以对自身的整个理论架构予以重新思考和审视，以揭露作为其出发点和理论公设之前提以及自身理论观点的内在矛盾性、狭隘性、局限性与新的发展可能性”。[39]

法理学或法哲学的理论批判即自我批判是一个十分复杂的本体论问题，本文无意于对此作全面阐释，而是根据国家概念法理化的主旨，指出当前中国法理学之自我批判能力日益孱弱的原因，即主导法理学研究的是一种单向度的分析结构。具体而言，中国法理学的长足发展之后形成了一种较为单一的“法律中心主义”的分析图式，这种分析图式不是一种平面式的分析，更遑论立体式的分析，而是只存在法律分析这一单向度的、线性的分析图式。虽然从学科发展的角度上看，法理学以法律自身为目的或中心无可厚非，但是研究者必须要警惕这种目的论或中心论的法理学可能出现的对法律实践之分析的阉割、曲解、缩减、夸大等情况。而法理学之实践批判能力的衰弱，归根结底是法理学之自我批判能力的衰弱。进而言之，一旦以法律为目的或中心，法理学将无法对作为实践批判的前提条件、理论公设与出发点进行自觉反省、自我反思和自我批判。此外，法理学自我批判能力的衰弱也从反面印证了一种肯定性思维的胜利。这种思维的本质就是对法理学之既有根据、标准和尺度的坚信不疑。然而，正如马尔库塞在批判工业社会中的单向度哲学时说得那样，“‘否定的理论’是支配概念发展的原则；而矛盾则是理性的重要性质”。[40]当前中国法理学的一个困境也表现为它逐渐成了一种单向度的法哲学，“法律中心主义”的分析结构以及主导分析的肯定性思维使得法理学只能采用法律的视角、运用法律的方法、容纳法律的价值，接受法律的目标，而对其他视角、方法、价值、目标视而不见。更准确地说，在目前法理学分析结构中缺少“矛盾”活动的空间，亦缺乏“否定”自身理论基础、根据、原则的思维与勇气，而这将严重弱化法理学本应有的批判力。解决这一困境的出路之一，便是充分认识到，“批判的分析必须从它极力理解的对象中摆脱出来”。[41]这也是本文在正视“国家”部分所强调的，将法理学从自身的目的中解放出来的深意。

总之，就像马尔库塞批判工业社会所塑造的“单向度的人”一样，即丧失否定、批判和超越能力的人，当前中国法理学的困境之一也表现为其受到“法律中心主义”的肯定性思维支配并呈现出一种单向度的分析结构，而逐渐丧失自我否定与批判的能力。正是基于这一困境，本文提出将“国家”引入并融入法理学，使“国家”能成为一个在法理范畴之内对“法律”构成竞争的一个概念，从而否定法理学的中心主义架构，破除其目的论的钳制，激活法理学内部的矛盾机制，最终使法理学在一种开放的、宽松的理论或思想实践环境中恢复本应有的批判力。唯有如此，国家治理现代化的法理学研究才能摆脱强势“法治”话语与单一“法治”理路的支配，开创出全新的研究格局。

---

[39] 姚建宗：《法哲学批判与批判的法哲学——对法哲学科学本性的一种理解》，《吉林大学社会科学学报》1998 年第 1 期，第 23 页。

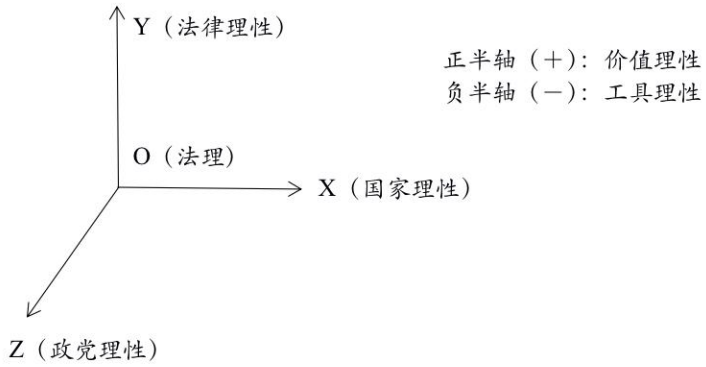
[40] ［美］赫伯特·马尔库塞：《单向度的人：发达工业社会意识形态研究》，刘继译，上海译文出版社 2006 年版，第 157 页。

[41] ［美］赫伯特·马尔库塞：《单向度的人：发达工业社会意识形态研究》，刘继译，上海译文出版社 2006 年版，第 176 页。

（二）法理学分析的三维结构：国家概念的施展空间

由于当前的法理学分析结构是单向度的，所以融合“国家”的目标无法在这一线性结构中得以实现，毕竟“国家”在“法律中心主义”的法理学中无法获得与“法律”展开竞争的充分空间，换言之，单向度的法理学的内部空间太过狭窄，使得其无法为国家概念的方法论运作提供额外空间。因此，融合“国家”的关键在于为国家概念争取或拓展空间。这就需要研究者在法理学中主动建构一种与单向度、线性分析结构不同的多向度的、立体的分析结构，即由国家理性、法律理性与政党理性共同组构而成的法理学分析的三维结构（图 1）。

法理学分析的三维结构



(图 1)

如图所示，法理学分析的三维结构是由三条坐标轴构成的，分别是国家理性（X）、法律理性（Y）与政党理性（Z），三个向度共同的原点（O）是法理，准确地说，专指现代国家建构的法理；并且每条坐标轴均有正负两个方向[42]，它们分别代表价值理性与工具理性，二者是理解每一条坐标轴的两个角度，亦是每一条坐标轴包含的两个子主题。显然，这是与单向度法理学分析的线性结构不同的多向度的立体三维分析结构，其不仅包含法律的向度，同时也包含国家与政党的向度。之所以设定这三个分析向度，是出于融合“国家”的必要。换言之，国家概念尤其是具有中国本土学理价值的国家概念必然包含三个向度，即作为国家存在之根据的国家理性（reason of state），作为治国理政之方略的法律理性（reason of law）以及中国国家建构之领导主体的中国共产党拥有的政党理性（reason of party）。通过建构这一同时包含国家理性、法律理性与政党理性的三维分析结构，可以将现代国家法律建构的一切行为在坐标轴上予以准确标识或定位，然后再具体考察某一国家法律建构行为所包含的国家理性、法律理性与政党理性的互动关系，最后根据这一互动关系去发现、观察、分析与提炼某一国家法律建构行为背后的法理。总之，只有这三条坐标轴构成的三维立体空间才能为国家概念提供充足与完整的施展空间。相反，任何一个坐标

[42] 这里的正负或正半轴与负半轴并不是指价值评价上的正负，诸如日常用语中的正能量或负能量，，在本文中，它们只是描述性的指标。

轴的缺失都意味着法理学对国家概念所蕴含的某一部分主题的割弃，意味着法理学对国家概念所指涉的某一部分国家现象及其规定性本质的无视，意味着融合“国家”乃至整个法理化研究工作的失败。

本文接下来借助马克斯·韦伯的价值理性与工具理性的概念，从这两个角度简要论证每一个坐标轴的内容或主题，它们分别是从不同向度来发现、观察、分析与提炼现代国家建构之法理的根据和标尺。

1.国家理性[43]

由于“‘国家理性’是民族行为的基本原理，国家的首要运动法则”，[44]所以融合“国家”必须首先从国家理性着手。国家理性是国家的本质规定性，是其最自然的本性流露和运作方式，倘若不探明国家理性的规律或原理，任何所谓的对国家概念的法理化都是名不副实的。因此，国家理性的分析向度是融合“国家”取得成功的关键，也是最终完成“国家”法理化的标志之一。至于国家理性这一坐标轴或分析向度的内容或主题，可以从价值理性与工具理性两方面来理解。从价值理性的角度看，国家理性是国家行动的“理由”或“证成”（justification），是国家使自己行动或所追求的目标正当化的理据。从工具理性的角度看，国家理性是国家为实现其目标效用最大化的一种手段合理性（rationality）。质言之，国家理性的主题包含两方面的内容：一是作为历史个体的国家的存在目的；二是实现其目的的技术（Staatskunst）。[45]

从价值理性上理解国家理性，主要考察的是有关国家福祉的主题。韦伯在阐释价值理性时指出：“它决定于某种包含在特定行为方式中的无条件的内在价值的自觉信仰，无论该价值是伦理的、美学的、宗教的还是其他的什么东西，只追求这种行为本身，而不管其成败与否。”[46]价值理性有两个基本特征，其一是对价值的无条件信仰；其二是对价值的追求不问手段，不计后果。由此，国家理性在价值理性的意义上体现为对国家价值的无条件信仰，以及在追求国家价值时可以不问手段，不计后果。换言之，追求国家价值的行为本身就是理性的。因此，在法理学分析的三维结构中，国家理性的正半轴指涉的是现代国家追求自身价值目标之行为的法理。

从工具理性的角度上看，国家理性关心的是与实现国家价值目标息息相关的治国技艺。韦伯对工具理性的定义是，“它决定于对客体在环境中的表现和他人的表现的预期；行动者会把这些预期用作‘条件’或者‘手段’，以实现自身的理性追求和特定目标”。[47]与价值理性那种将价值作为信念，并且是不问手段、不计后果的特质不同，工具理性则同时考虑目的、手段与后果，“如果完全理性地考虑并权衡目的、手段和附带后果，这样的行动就是工具理

[43] 在我国学界，reason of state 或 raison d’etat 可以依据语境的不同，既可以翻译为“国家理性”，又可译为“国家理由”，笔者一贯的立场都是将其翻译为“国家理性”。因此，为了论证的一贯性，本文将引用的中文文献所使用的的“国家理由”统一转化为“国家理性”。

[44][德]弗里德里希·迈内克：《马基雅维里主义》，时殷弘译，商务印书馆 2008 年版，第 51 页。

[45] 参见[日]丸山真男：《近代日本思想史中的国家理性问题》，区建英译，载许章润，翟志勇主编：《国家理性与现代国家》，清华大学出版社 2012 年版，第 358 页。

[46] [德]马克斯·韦伯：《经济与社会》（第一卷），阎克文译，上海人民出版社 2009 年版，第 114 页。

[47] [德]马克斯·韦伯：《经济与社会》（第一卷），阎克文译，上海人民出版社 2009 年版，第 114 页。

性的”。[48]因此，从工具理性角度理解国家理性，国家理性是两种意义上的理性：其一，一种精于算计的理性，其严格按照“目的—手段（后果）”的机制来运作的，这一运作机制最显著的特点就在于“斤斤计较”，或者说，是精于算计或合算，“‘国家理性’首先特别要求政治行为高度理性与合算”。[49]其二，一种关于国家治理实践的理性。在这层意义上，国家理性不是一种理论理性，而是一种实践理性，它是旨在取得最大化国家治理效果的实践理性。故此，在法理学分析的三维结构中，国家理性的负半轴是指现代国家追求行动效益最大化的一系列合理化手段的法理。

2.法律理性

对法律理性的分析同样可以遵循价值理性与工具理性两个视角，在价值理性的意义上法律理性表现为一种法律的实质理性，是对法之崇高价值、理想或信念的义无反顾之追求；而在工具理性意义上的法律理性，则表现为一种法律的形式理性，是一套以法律治理效益为目标的合理化手段与技术。

法律理性的实质理性表现为它的价值性，即“在法律的逻辑品质背后, 隐含着的是法律的伦理品质, 而逻辑品质之所以能够换形为逻辑力量, 正在于其秉有道义力量。换言之, 法律的规则性及其本身作为一种规则体系, 意味着法律同时必将是一种意义体系”。[50]据此，法律的实质理性关注的是法之实体价值即道德伦理，在价值理性的意义上，法律理性就是对法之道德伦理价值的追求与信念，也就是对诸如正义、平等、人权、自由等外在于法律自身形式品格的价值信念或道德理想的追求。就法律治理即法治模式而言，法律的实质理性倡导与支持实质法治。因此，在法理学分析的三维结构中，法律理性的正半轴所指的内容是现代国家展开实质法治之实践的法理。

法律的形式理性是现代法与古代法的根本区别之一，正如韦伯所言：“只有在法律具有形式特征时，才可能在现代意义上以特殊职业方式、法律主义方式和抽象方式看待法律。”[51]可以说，现代法律之“现代性”鲜明地体现为法律理性的“形式化”。法律理性之形式理性表现为四个方面：第一，法律的形式理性注重法律的系统化与制度化；第二，法律的形式理性表现出强烈的功利计算倾向。第三，法律的形式理性强调程序在法律治理中的重要作用。第四，法律的形式理性推动法律的技术化与职业化。简言之，从工具理性的角度来理解法律理性，就是分析法律的形式理性特征。从法律治理模式上看，法律的形式理性则提倡一种形式法治。故此，在法理学分析的三维结构中，法律理性的负半轴也就是指现代国家展开形式法治之实践的法理。

3.政党理性

之所以在国家理性与法律理性向度之外又设立政党理性向度，主要基于两方面的理由：其一，从普遍性角度而言，政党在推动现代国家建构上发挥着关键作用。正如政治学家林尚立所言：“政党是现代政治区别于传统政治的重要标志,是现代政治生活得以展开的核心

[48] ［德］马克斯·韦伯：《经济与社会》（第一卷），阎克文译，上海人民出版社 2009 年版，第 115 页。
[49] ［德］弗里德里希·迈内克：《马基雅维里主义》，时殷弘译，商务印书馆 2008 年版，第 58 页。
[50] 许章润：《法律的实质理性——兼论法律从业者的职业伦理》，《中国社会科学》2003 年第 1 期，第 160 页。
[51] ［德］马克斯·韦伯：《经济与社会》（第二卷），阎克文译，上海人民出版社 2009 年版，第 799 页。

要素。”[52]可以说，现代国家的建构史也是一部政党政治的发展史。其二，从特殊性角度来看，政党政治或政党理性是观察与理解现代中国国家建构的决定性向度。这一至关重要的意义最鲜明地体现在我国宪法第一条的规定：“中国共产党领导是中国特色社会主义最本质的特征。”一般而言，政党理性的向度是可以被国家理性的向度所涵盖，至少也可以被国家理性与法律理性组构而成的平面空间所容纳，毕竟现代政党的产生以及其功能定位都可归结为是对国家建构的目标和手段的需要，一言以蔽之，政党只是现代国家治国理政的组织单元与治理方式。然而，由于作为执政党的中国共产党在性质、地位、功能、信念、运作机制等方面与世界其它国家尤其西方国家的政党差别极大，质言之，中国共产党在中国国家建构中的地位与作用是任何其它国家的政党所无法比拟的。因此，对于中国现代国家的建构实践，法理学必须要为中国共产党的执政及其包含的政党理性设立一个独立的分析向度，否则将无法探明现代中国国家建构之法理最本质的部分。

政党理性（reason of party）这个概念不论是在政治学还是在法学中均极少出现，现有文献中的政党理性也是仿照国家理性的一个概念，是一个旨在考察政党活动、探索政党本质、提炼政党运作规律的概念范畴。由于政党理性是对国家理性的概念仿照，所以对它的研究也可以从价值理性与工具理性两个面向着手。对此，已有学者指出：“政党是一个具有独立意志、权利及利益追求的社会政治组织，维护自身的生存和发展是政党组织的合理本能。因此，作为对政党自身权利进行判断并加以争取的一种能力，政党理性及时有效地对自身利益及生存发展进行算计和谋划，并将自身利益及存续作为绝对价值和首选目标加以选择和实现，本是其分内之事．不仅无可厚非，而且还十分必要。”[53]从中可知，政党理性在价值理性的意义上是一种将自身利益与生存发展作为绝对价值目标的信念与追求，在工具理性的意义上是一种对自身利益与生存发展进行算计和谋划的能力。

结合中国国家建构的语境，可以进一步将价值理性意义上的政党理性归纳为对中国梦的追求。意大利著名政治学家萨托利（Giovanni Satori）曾经从语义角度分析了“政党”（party）这个概念，他指出：“政党从根本上讲所含的意思是‘部分’，而就其本身而言，部分并不是一个贬义词。”[54]现代政党的产生源于社会的分化，更准确地说，是社会利益的分化。从最初的意义上看，政党首先是代表“部分”群体的利益的，在主张政党竞争的选举制国家，政党代表着“部分”选区或选民的利益，而只有在竞争中胜出成为执政党时，该政党才会重新站在国家的整体利益上开展治理。纵观中国共产党的历史，其政党理性既表现出与西方政党的某些一致性，但更重要地体现为差别性。之所以说具有某些一致性，是因为中国共产党创立时确实具有一般政党的共性，即代表“部分”人即“阶级”的利益与意志，“无论是何种性质的政党．也无论采取怎样的政党政治形式及运行机制，政党的宗旨和使命都是要维护和实现本党成员及本阶级群众的利益要求”。[55]由于中国共产党是无产阶级政党，它当然首

[52] 林尚立：《政党、政党制度与现代国家——对中国政党制度的理论反思》，《中国延安干部学院学报》2009 年第 5 期，第 5 页。
[53] 王彩云：《公共理性与执政党理性的应然建构》，《江汉论坛》2018 年第 1 期，第 30 页。
[54] [意]G.萨托利：《政党与政党体制》，王明进译，商务印书馆 2006 年版，第 13 页。
[55] 王彩云：《公共理性与执政党理性的应然建构》，《江汉论坛》2018 年第 1 期，第 30 页。

先代表着广大无产阶级的利益与意志。然而，当中国共产党领导建立新中国之后，其就从原先的革命党转变为执政党，中国共产党就不仅是中国工人阶级的先锋队，同时也是中国人民和中华民族的先锋队，代表着中国最广大人民的根本利益与普遍意志。因此，中国共产党的两个先锋队性质决定了它是中国特色社会主义事业的领导核心，也在某种程度上克服了政党天然地代表“部分”人利益与意志的局限性，而成为全体中国人民利益与意志的代表者与捍卫者。这一全体中国人民利益与意志，用新时代的话语来概括，就是中华民族伟大复兴的中国梦。因此，在法理学的三维分析结构中，政党理性的正半轴主要是指中国共产党领导全体中国人民朝着中国梦而奋斗的法理。

与西方国家的建构不同，中国进入现代世界是被迫的，我们所进行的也是一种倒逼式的国家建构，在新中国成立前近百年的近代史中，中国现代国家的建构可谓举步维艰、危机重重。“中国就是在这种发生了大量异质文化和充满危机的环境下开始它的现代国家建设。和几乎所有的后发国家一样, 为了在达尔文式的现代世界中生存, 它必须用比早发国家短得多的时间完成新国家体制的建构, 必须用比早发国家更积极的政治手段介入和推动经济和工业化的发展, 必须用比早发国家更强有力的政府政策实行社会资源在各个社会集团间的再分配。由此可见，建设一个‘强大的国家’是中国现代化和中国国家建设的一项诉求。”[56]由于现代政治的核心是政党政治，所以中国倘若想建成一个强大国家，其基本前提就是需要一个强大的政党，“就历史的实际情况来看，如果中国社会不能构筑起自身作为一个整体存在的有效结构，满足由于现代化变迁所引起的秩序转型的一系列功能需求的话，那就将极大地削弱它作为一个国家生存的能力。而构筑这一有效结构也只有特定的政党结构才能完成”，[57]而历史与人民共同选择了中国共产党。因此，从工具理性的角度来理解政党理性，其重点不在于考察政党对某一“政治理想”的追求，而在于探究其具备什么样的“政治能力”从而能承担起构建现代中国的历史重任。当中国取得新民主义革命之后，中国共产党的“政治能力”主要体现为“执政能力”。2004 年 9 月 19 日中国共产党第十六届中央委员会第四次全体会议通过的《中共中央关于加强党的执政能力建设的决定》为执政能力下了一个准确、全面的定义：“党的执政能力, 就是党提出和运用正确的理论、路线、方针、政策和策略, 领导制定和实施宪法和法律, 采取科学的领导制度和领导方式, 动员和组织人民依法管理国家和社会事务、经济和文化事业, 有效治党治国治军, 建设社会主义现代化国家的本领。”[58]故此，工具理性的政党理性在中国现代国家建构中具体表现为三方面的执政能力，即科学执政的能力、民主执政的能力与依法执政的能力。从法理学分析的三维结构的角度看，政党理性的负半轴所指涉的内容就是中国共产党为全面实现中国梦而运用与提升执政能力的一系列活动之法理。

综上所述，融合“国家”是对国家概念进行法理化的最后一个环节，法理学只有将“国家”真正予以融合，才能不断汲取作为方法的“国家”之“养分”。而当前法理学之所以难以“消化”

[56] 陈明明：《党治国家的理由、形态与限度——关于中国现代国家建设的一个讨论》，《复旦政治学评论》2009 年第 1 期，第 215 页。

[57] 程竹汝、任军锋：《当代中国政党政治的功能性价值》，《政治学研究》2000 年第 4 期，第 30 页。

[58]《中共中央关于加强党的执政能力建设的决定》，《求是》2004 年第 19 期，第 3 页。

国家概念，主要原因在于其分析结构的单向性，它只有法律理性单个向度，如此，任何现代国家的实践都不得不经法律向度的裁剪与筛选，否则无法成为法理学分析的对象和主题，而考察与提炼的法理也仅仅是与法律理性相关的法理。主导这一单向度分析的是一种“法律中心主义”的肯定性思维，在这一自我肯定的思维支配下，当前中国法理学愈发丧失本应有的理论批判即自我批判能力。融合“国家”及其法理化的目标就是改变法理学的单向度分析结构，使其能够恢复本应有的作为法哲学的批判力。因此，本文建构了一种可能容纳国家概念得以运作的三维立体空间，即一种包含国家理性、法律理性与政党理性的三维分析结构，从而使现代国家建构之法理能够在这三个向度之内得以准确地标识或定位。

结 语

党的十九届四中全会《决定》明确指出推进国家治理体系和治理能力现代化的总目标是：“到我们党成立一百年时，在各方面制度更加成熟更加定型上取得明显成效；到二 0 三五年，各方面制度更加完善，基本实现国家治理体系和治理能力现代化；到新中国成立一百年时，全面实现国家治理体系和治理能力现代化，使中国特色社会主义制度更加巩固、优越性充分展现。”显然，推进国家治理体系与治理能力现代化是我国在很长一段时间内需要努力完成的国家建构的政治任务，因而它也将是当代中国法理学需要攻关的长期性核心课题。然而，当前中国法理学对国家治理现代化的研究依旧存在一个亟待解决的问题，即如何在“法治”之外开发出其他富有意义的主题，以及如何在“法治”的话语与理路之外形成其他的话语风格和分析进路？一言以蔽之，就是如何使“国家治理现代化”的法理学研究能够别开生面？解决这一问题的关键就在于国家概念的法理化，它是一系列正视、吸纳与融合“国家”的理论化过程，也是一种按照“以国家为方法，以法理为目的”为研究宗旨的思想操作过程。“国家”法理化的直接目标是为当前的“国家治理现代化”的法理学研究供给一个国家概念，补全其所缺失的国家维度，从而拓宽其研究范畴，深化其研究主题，丰富其研究方法。但更深刻的旨趣是，借助国家治理现代化提供的引入“国家”的研究契机，在保持中国法理学理论体系与研究范式之完整性的前提下，通过国家概念的法理化，型塑中国法理学的开放性品格，最终重新激活中国法理学的理论分析与理论批判的活力。

国家治理现代化进程中智慧城市建设的权利聚合与法治保障

康兰平[1]

【摘　要】党的十八大以来，以习近平同志为核心的党中央擘画了中国特色城市主义现代化建设的新篇章，为推进国家治理体系和治理能力现代化提供了行动指南。党的十九届四中全会恰逢建国 70 年之磅礴盛世，整体深描了新时期国家治理体系和治理能力现代化的理论方位、行动指南和制度安排。国家治理现代化进程中智慧城市建设是发挥制度优势和治理效能的有力抓手和根本遵循，一方面智慧城市建设有助于推进国家治理现代化从“威权型支配”向“技术型支配”转变；另一方面智慧城市建设中大数据和人工智能技术的辅助决策和精细化应用有助于形塑国家治理现代化的智慧图景和空间正义。当前大数据和人工智能的应用已经渗透到城市生活的方方面面，并以数据化、精细化、场景化和智能化的趋势蓬勃发展。智慧城市建设既需要厘清“制”“治”逻辑与功能调适，探究国家治理能力现代化趋向下技术场景变迁与赋权增能目标实现；同时我们也需要警惕信息化所带来的“破窗性”挑战和次生性风险，从空间正义和权利保障的耦合视角探究智慧城市建设的制度架构、规范目标、价值愿景与法治保障。

【关键词】国家治理现代化；智慧城市建设；制度因应；法治保障

习近平总书记在十九届四中全会召开期间，围绕着推进国家治理能力现代化发表了重要论述为新时期全面深化改革指明了前进的方向。国家治理体系和治理能力现代化集中体现了国家制度的运行状况及其执行效能，两者相辅相成。一方面国家治理体系建设是移植外来制度与活化本土资源的渐进改进与内生演化的结果，体现了变动不居与宁静自守的辩证统一；另一方面推进国家治理现代化体现了以人民为中心的价值立场，有助于从发挥制度优势和治理效能的耦合视角探究城市化、信息化与智慧城市建设的高质量制度执行能力[2]。

近年来伴随着人工智能成为推进新一轮科技革命和产业变革的驱动力量和重要抓手，人工智能的崛起开辟了智慧城市建设的新纪元和新格局，智慧城市建设的智能化应用场景初见端倪。以智图“治”推动信息化、智能化、数字化技术手段广泛运用，开辟了智慧城市建设的新图景，为人工智能赋能新时期国家治理现代化提供了技术支撑和方向指引；以智提“质”有助于为智慧城市建设注入新动能，推动政府职能切实转变，逐步调整政府与市场

---

[1] 作者简介：康兰平，法学博士，合肥工业大学文法学院副教授。
基金项目：国家社科基金青年项目“大数据视野下社会治理法治建设评估方法及其应用研究”（项目编号：18CFX002）的阶段性成果。
2辛向阳：《推进国家治理体系和治理能力现代化的三个基本问题》，《理论探讨》2014 年第 2 期，第 27 页。

的关系，持续深化放管服改革和优化营商环境；以智谋“祉”注重人工智能技术开发的民生导向和价值关怀，人工智能正以深刻的变革力量影响着智慧城市建设的立法、执法、司法、守法实施环节，推动提升民生福祉，民众获得感显著提升。新时期国家治理现代化进程中智慧城市建设面临着全新的机遇与挑战。大数据和人工智能技术辅助决策国家制度的实施与执行，一方面为智慧城市建设赋能授权，精准嵌入到城市治理场景当中，展示了智能生活的全新图景；另一方面技术支配型的信息方案也给智慧城市建设带来了新的治理命题，引发了规制理念、技术路径和法治保障的隐忧与风险。所以有必要在国家治理现代化趋向下厘清智慧城市建设的内在逻辑、核心命题、技术图景与制度短板，营造更为适切的制度与法治环境，深入推进中国特色智慧城市建设[3]。

一、国家治理现代化趋向下智慧城市建设的内在逻辑

党的十八届三中全会开启了全面深化改革的新阶段和新目标，完善和发展中国特色社会主义制度，推进国家治理体系和治理能力现代化。党的十九大继往开来，进一步明确了我国社会主义现代化建设事业的发展方向和现实要求。党的十九届三中全会聚焦构建五大体系的改革目标，全面提升国家治理能力和治理水平。党的十九届四中全会强调坚持和完善中国特色社会主义制度、推进国家治理体系和治理能力现代化，这一改革总目标的提出锚定了新时代国家治理模式和治理能力现代化的历史方位与变革方向。近年来伴随着大数据和人工智能技术的蓬勃发展，国家治理体系和治理能力建设迈向了数字化、网络化和智能化阶段，智慧城市建设的实践样态与宏伟图景呼之欲出[4]。为此，我们有必要在厘清新时期国家治理现代化的制度逻辑和总体要求基础上，探究智慧城市建设的创新发展模式与正义图景实现。

（一）国家治理现代化的制度优势

一个国家要实现对城市的有效治理和有序发展，亟待建构因应本国国情的国家治理体系，并要具备将制度付诸实施和执行的治理能力，而制度实施和制度执行能力就构成了国家治理内涵的基石[5]。党的十八届三中全会明确提出“推进国家治理体系和治理能力现代化”的战略目标，充分彰显中国共产党致力于构建科学合理、规范有效的治理体系和制度架构，着力破解制度发展的不平衡不充分矛盾，以更为规范有效的治理能力协调推进高质量发展、高效能治理和高品质生活。党的十九届四中全会进一步框定了国家治理能力现代化的发展蓝图、战略愿景和具体目标。从深远意义上讲，厘定新时期国家治理现代化的制度逻辑与制度优势，有助于从历时态发展和共时态语境中洞察国家治理现代化的逻辑、价值与要素，

3张凤阳：《科学认识国家治理现代化问题的几点方法论思考》，《政治学研究》，2014 年第 2 期，第 11 页。
4李超民：《智慧社会建设：中国愿景、基本架构与路径选择》，《宁夏社会科学》，2019 年第 2 期，第 118 页。
5虞崇胜：《科学确立中国国家治理现代化的衡量标准》，《中州学刊》，2014 年第 5 期。

铺陈国家治理现代化建设的制度优势与跃升空间[6]。具体而言：首先，从演进逻辑上看，国家治理现代化建设从应然层面的学术命题转换为实然层面的制度实践，在历时性的发展与共时性的语境中渐次铺陈了价值基准、行动逻辑和制度目标。新时期国家治理现代化建设亟待围绕着多元主体、技术驱动、价值基准、战略规划等维度进行“道”与“术”的探寻，构筑新时期国家治理现代化的信息图式与美好愿景[7]。其次，从价值基准上看，新时期国家治理现代化的顶层设计既是对建国 70 多年国家治理体系建设的历时性概括和共时性总结，也是对国家治理建设过程中发展目标的航向定位与价值关切。考量国家治理现代化这一有待深耕的实践命题，不仅仅需要回应国家治理现代化的构成要素、衡量标准与制度逻辑等“元问题”，同时也需要锚定国家治理体系建设的价值维度，在自省与建构中探究国家治理能力现代化建设的功能调适与权利保障；最后，从制度优势上看，当前国家治理现代化建设呈现出从“总体支配”到“技术支配”的发展趋势[8]。国家治理体系建设的规范化、科学化和制度化面临着组织层面、运行层面、监督层面的融合与创新。一方面，城市化、信息化的快速发展催生了智慧城市兴起的迭代需求与精细化治理场景；另一方面也不可避免面临着瞄准偏差和公共性价值缺失的实践困境，亟待围绕着制度效用和治理能力提升的耦合角度探究国家治理现代化的信息化、城市化进程。

（二）国家治理现代化的治理效能

党的十九届四中全会提出了新时期国家治理体系和治理能力现代化的制度安排、组织结构和运作机制。历经 70 多年的风雨征程，中国特色社会主义制度日趋成熟定型，推进国家治理体系和治理能力现代化建设成为新时期全面深化改革目标的根本遵循和有力抓手。一方面国家制度和国家治理体系的显著优势为新时期提升国家治理能力提供了组织保障和运作支撑，另一方面新时期国家治理现代化建设是对中国特色制度自信和文化自信的高度凝练，确立了提升治理效能的制度愿景、价值目标、规范保障、科技支撑与法治保障。

因此，国家治理现代化进程不仅仅是着眼于制度创新、实现治理手段和方式现代化的变革过程，同时也是谋求城市化、信息化与国家治理现代化融合创新并且不断释放社会治理实施效能的实施机制。具体而言：从制度目标来看，新时期国家治理现代化建设应当突破政府绩效评价的短期效应与竞争机制，并代之以实现经济社会高质量发展和满足民众日益增长的美好生活需要的均衡治理方向。从运行逻辑来看，中国特色社会主义制度并不是对西方治理模式的简单模仿或者单一移植，而是深植于中国本土治理模式的自发道路选择。新时期国家治理现代化建设的科学研判、战略规划与顶层设计既要立足于中国的政治生态系统进行破与立，同时也要活态嫁接域外的先发经验，提升城市化、信息化与国家治理现

6何显明：《70 年来中国现代国家治理体系的建构及演进逻辑》，《浙江学刊》，2019 年第 5 期，第 4 页。
7王炳林：《推进中国特色城市主义制度优势转化为国家治理效能》，《中国党政干部论坛》，2019 年第 10 期，第 23 页。
8汪玉凯：《智慧城市与国家治理现代化》，《中共天津市委党校学报》，2018 年第 2 期。

代化建设的融合进程；从组织层面来看，伴随着国家治理体系建设的日趋成熟与制度定型，坚持党的领导和坚决维护党中央的权威成为提升制度实施效能的组织保障和坚实后盾。坚持党的全面领导有助于将制度优势转化为治理主体的实施效能，提升政府与社会的协同治理能力；从机制保障来看，统一高效、民主法治的治理体系是推进各项改革的有力抓手，中国特色的国家治理体系和治理能力建设正日益彰显其智慧光芒[9]。尤其是伴随着信息化、城市化建设的步伐加快，智慧治理的场景分析和应用机制推动了制度实施效能迈向突出民生福祉和社会稳定的正义场景和美好生活的现实期待。

（三）国家治理现代化趋向下智慧城市建设的“制”“治”逻辑互洽

党的十九届四中全会公报中指出全面实现国家治理体系和治理能力现代化是中国特色社会主义的显著制度优势和创新发展方向。一方面成熟定型的国家治理体系为全面深化改革提供了坚实的制度保障和鲜明的价值导向；另一方面新时期国家治理能力现代化的发展愿景、规划部署和阶段目标也催生了智慧城市建设新常态、经济发展新业态、公共服务新动态、精准治理新模式等等。新时期国家治理现代化视角下智慧城市建设既是凸显制度优势的实践需求同时也催生了提升制度治理效能的智慧治理模式，体现了“制”“治”互洽逻辑的辩证统一。图 1 勾勒出信息化、城市化与国家治理现代化之间的逻辑关系。建设智慧城市蕴含着扩大需求与创新供给的空间与潜力，有利于推动我国经济社会的高质量发展。建设智慧城市有利于充分发挥信息化的载体和平台功能，有助于破解当前快速发展过程中的不平衡不充分问题，有助于从全面深化改革的角度出发进行统筹城乡的智慧化顶层设计，构筑立体化、全方位和多维度的顶层格局。着力推进智慧城市建设的规范化、科学化和法治化是新时期国家治理现代化的应有之义和有效途径。在加快推进国家治理现代化进程的崭新契机下，智慧城市的建设亟需在充分发挥制度优势与治理实施效能中进行要素优化、协同治理、精细化监管和大数据决策分析[10]。中国特色的智慧城市建设稳定地链接了社会主义制度的优越性与治理现代化的以人民为中心的价值导向，凸显了城市化、信息化与人民立场的辩证统一。

9罗洪洋、陈雷：《智慧法治的概念证成及形态定位》，《政法论丛》，2019 年第 2 期，第 27 页。
10李晴、刘海军：《智慧城市与城市治理现代化：从冲突到赋能》，《行政管理改革》，2020 年第 4 期，第 56 页。

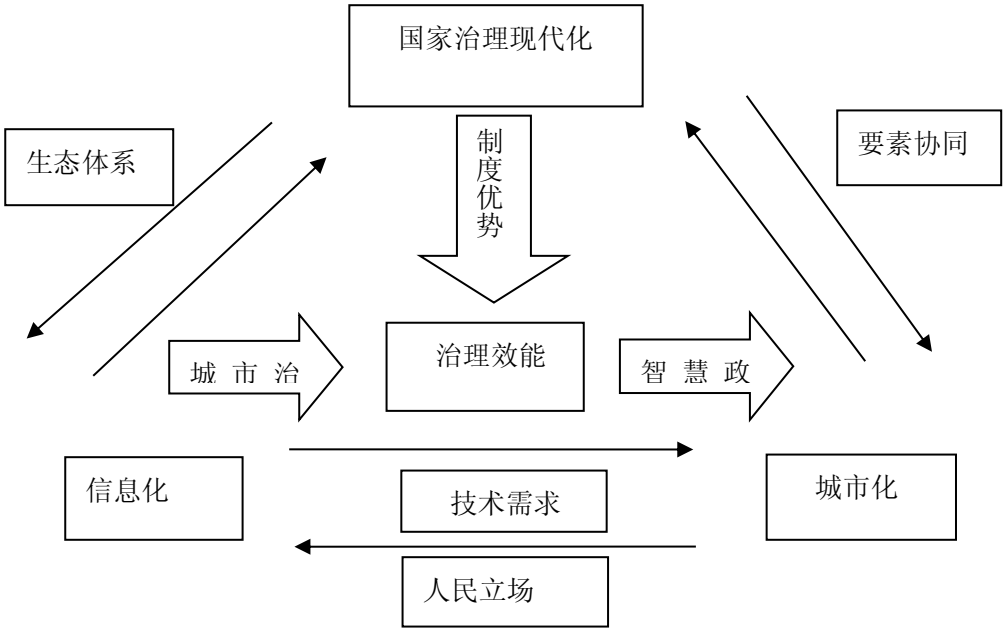


图 1 国家治理现代化与智慧城市建设的互洽逻辑

二、 国家治理现代化趋向下智慧城市建设的实践样态与技术场景

（一）智慧城市建设的实践样态

伴随着大数据、云计算、物联网等新兴产业的迅猛发展，为新一代人工智能的不断崛起提供了良好的制度环境。由人工智能引领的产业变革和科技革命正在深刻影响城市生活的方方面面，智慧城市建设的智能应用也初见端倪，人工智能给智慧城市建设描绘了新画面、铺陈了新场景。人工智能技术一旦嵌入智慧城市建设的制度场景，便会成为助推精准立法、智慧司法、科学执法、守法赋能的有力助手，凭借大数据和智能算法的模式正在颠覆传统智慧城市建设的经验和直觉模式，显著提升智慧城市建设的可预见性、透明性、高效性和精准性。比如通过搭建云平台能够实现城市治理数据的高度整合共享，运用大数据进行城市综合情况分析，能够理清城市发展的基本现状和客观规律，对于科学编制地方立法规划、精准预测立法方向和充分发挥立法促进改革的能动性和主动性具有巨大的助推作用；比如利用云计算能够实现数据资源方式由人工采集向智能采集转变，打破部门间的数据壁垒，实现城市治理资源的深度融合，人工智能在公安执法领域的深化应用不仅大大提升行政执法效率，同时也提升了执法规范化水平；比如通过大数据智能的无监督、半监督学习技术可以从海量诉讼文书中自主抽取关键司法知识、构建国家审判信息知识库，从而为城市公众提供类案检索、诉讼风险分析、诉讼策略推荐等个性化的诉讼服务；比如伴随着人工智能的普及，大数据和法律知识图谱技术的广泛应用推动了智慧普法和公共法律服务的转型升级，全方位、全时空的“人工智能 + 法律服务”的新型法律服务供给方式打通了法律服务的最后一公里，实现了法治宣传、法律服务和法治保障的深度融合。可见，将人工智能应用到立法、执法、司法、守法、普法等实施环节，有助于增强智慧城市建设的可

预期性、透明性、公开性、高效性，实现规范、实践与实效的辩证统一。

（二）智慧城市建设的技术图景

人工智能时代的到来，不仅开启了国家治理现代化的新纪元，同时也给智慧城市建设的变革与创新带来新的应用图景。一方面人工智能技术的应用给智慧城市建设带来了新气象，比如智慧司法、精准执法、预测立法等，另一方面我们也应当意识到新型治理手段所带来的冲击与挑战。对于当前学界而言，人工智能助力于智慧城市建设已经成为正在发生的制度实践和鲜活现实命题。大数据法治和算法规制正在侵蚀法律的领地，人工智能时代智慧城市建设是量化法治的跃升阶段和新型样态，是一种智慧型法治模式、精准型法治模式和赋能型法治模式。首先，人工智能时代的到来对智慧城市建设提出了新要求、新课题。当前人类城市正在快速迈入以“智慧政务”、“智慧司法”、“智慧执法”、“智慧治理”等为支撑的智慧城市，并推动智慧城市建设迈入了新阶段。人工智能应用于智慧城市建设不仅仅是技术层面的策略安排，更为重要的是一种法治化的重构和制度安排，即体现为智慧型治理模式，从过去依靠经验和直觉走向万物互联、高度被感知的智能化城市，其基本形态是城市运行智能化、智慧化。其次，人工智能时代智慧城市建设面临着精准化转型。伴随着人工智能技术与经济城市发展的深度融合，智慧城市建设正在从过去的单向管理向整体性治理迈进，从线下转向线上线下深度融合，从单纯的政府监管迈向多元协同治理模式。最后，人工智能时代智慧城市建设面临着赋能化转型。伴随着大数据、物联网、人工智能技术的不断涌现，给正处于拐点的智慧城市建设注入了新动能、新活力，赋能放权的法治新形态正在颠覆既有的法律规制模式，探索共建共治共享的赋权机制，塑造智慧型、效能型、精细型的共建共治共享的治理秩序。

当前人类城市正迅速步入智慧城市，人工智能助推智慧城市建设的实践探索正如火如荼地进行。智慧城市建设与算法规制已经成为新形势下智慧城市建设的制度底色和技术支撑，一方面人工智能技术与经济城市发展的深度融合推动了智慧城市建设迈向智能化、协同化、精细化和个性化，另一方面人工智能驱动下的智慧城市建设也面临着技术风险而引发的破窗挑战，亟待因应智慧城市建设的实践样态，探究智慧发展时代智慧城市建设的未来图景。

（三）智慧城市建设的客观省察

紧跟大数据和人工智能发展潮流，而运用智能化手段也成为新时代智慧城市建设技术支撑和实践样态。首先，依托于云计算和数据挖掘技术有助于提升立法活动的科学性和精准性。人工智能技术参与立法活动使得传统意义上的专家论证和直觉判断让位于数据的精准分析和科学依据。人工智能应用通过互联网平台搜集全样本数据进行深度学习和模型训练，一方面有助于整合立法资源，节约立法成本，另一方面也有助于提升立法的精细化水平[11]。其次，智能执法终端和记录仪的广泛应用有助于提升执法的效率和精准性。近年来，智能执法在完善智慧城市建设中得到了广泛应用，在市场准入、动态监管、公共服务以及

11马长山：《智能互联网时代的法律变革》，《法学研究》，2018 年第 4 期，第 34 页。

管理决策等方面起到了积极的作用，既能够不断满足民众日益增长的法治需求，提升政府公信力，也能够提升行政执法的透明度和精准度。第三，智慧司法的建设有助于提升司法公信力和民众法治获得感。近年来伴随着大数据和人工智能技术的广泛应用，有助于构建高效多元的司法服务系统，提升司法解决纠纷的质效。互联网法院的开设推进了电子诉讼制度改革和新兴诉讼规则的建立，满足民众及时化解纠纷和实现高效便捷诉讼服务的现实需要[12]。第四，伴随着人工智能技术在法律服务市场领域的广泛应用，信息检索与文书处理、案件分析与预测、公共法律服务呈现均等化、智能化以及定制化的发展趋势，有助于提升法律服务的可获得性和公平公正实现程度。

蓬勃发展的人工智能革命推动了城市治理法治运行状态的智能化转型，并深刻渗透到科学立法、精准执法、公正司法和智慧法务等实践领域，呈现出智慧法治型的城市治理模式和实施形态。伴随着云计算、智能技术的日渐普遍，智慧城市建设也面临着范式与技术的变革与升级，在智慧城市建设中运用智能化思维不仅有助于降低政府管理的成本、，还能够充分利用大数据的实时性、开放性、迅捷性优势，不断倒逼政府与民众之间的权力分配，推动政府、企业与城市之间进行良性互动，形成多元协同的整体性治理格局。首先，通过搭建开放共享的综合数据平台，整合多种统计源和信息源，进行数据标准化建设和实时动态齐全的指标体系建设，破解信息孤岛和数字鸿沟的问题，提升智慧城市建设的精细化水平。其次，借助于云计算和大数据处理技术能够避免小数据时代的数据崇拜风险和技术泥淖，从真实的数据轨迹和行为规律中发现影响智慧城市建设的短板和不足之处，进行实效层面的改进与完善；最后，人工智能驱动下的智慧城市建设是一项复杂的系统工程，即需要落实宏观层面的顶层设计，谨慎考量中观层面的制度建设和法治实施效果，同时也需要渗透到微观层面的民众诉求和实践运行，从科学性追求向精细化方向转变。可见，人工智能驱动下的智慧城市建设推动了治理理念的变革和法治运行方式的转变，迈向智慧法治型的城市治理模式，进入到人人皆为微粒的精细化治理时代[13]。

三、国家治理现代化趋向下智慧城市建设的权利龃龉与法治困境

伴随着信息革命和人工智能技术的迅猛发展，智慧城市建设也面临着虚实同构双重空间的涌现、人机协同引发的主体身份之争、算法主导的法权关系冲击等方面的冲击与挑战。为此，我们有必要洞察人工智能驱动下智慧城市建设的新画面、新命题，既需要在历时性的长河中观照智慧城市建设的的理念变迁和发展脉络，同时也需要因应算法主导的数字生态和生活场景，顺应人工智能的发展态势，厘定法理层面、制度层面和实效层面所带来的“破窗性”命题。具体而言：

（一）虚实同构的双重空间催生了智慧法治的场景因应[14]

12陈鹏：《算法的权力：应用与规制》，《浙江社会科学》，2019 年第 4 期，第 52 页。
13齐延平：《论人工智能时代法律场景的变迁》，《法律科学》2018 年第 4 期，第 37 页。
14胡洪彬：《人工智能时代政府治理模式的变革与创新》，《学术界》2018 第 4 期，第 75 页。

伴随着大数据和人工智能技术的飞速发展，打破了物理空间的地域限制，开启了虚拟与现实的交互模式。一方面虚实同构的双重空间冲击着既有的规范体系和法律秩序，深刻地改变着人们的生产、生活方式和行为模式，引发了法律深度变革；另一方面虚拟网络空间与现实物理空间的交互融合也催生了智慧法治的场景变革。人工智能技术与智慧城市建设的交互融合推动了智慧法治的场景变革和场域。新型的算法规制模式促进了立法执法司法的智能化发展，塑造了精细化的城市治理秩序，提升了法律体系和规制模式的精细化水平。人工智能驱动下的智慧城市建设面临着双重空间融合下的场景变迁，既有的规范体系面临着现实解释力的不足和难以有效涵摄新问题、新挑战。与此同时，伴随着人工智能技术渗透到智慧城市建设的方方面面，既有规范体系也面临着深度的变革以因应智慧法治的深度应用场景，比如算法规制而引发的技术权力和良法善治的龃龉冲突、人机协同的行为模式引发的人工智能主体身份之争以及责任承担等以及精细化的城市治理秩序所引发的数字利维坦忧虑等[14]。城市治理法治建设与人工智能技术的交互融合催生了智慧法治的新场景，并逐步拓展到立法、司法、执法和守法等法治具体形态，亟待在既有规范体系与新生场景之间进行沟通与对话，有效应对数据驱动、算法主导以及智能服务对智慧城市建设的现实冲击，探究智慧法治驱动下智慧城市建设的深度应用场景[15]。

（二）算法主导的数据治理模式重塑了新的法权关系

伴随着智能互联网时代的到来，以算法为主导的数据治理模式呈现出交互融合的态势。借助于大数据和智能算法逐渐塑造了智慧城市建设的虚拟化和现实化交织的新型法权关系，新型法律关系主体和客体面临着重大变革。在智能互联网时代，新兴产业、新兴业态不断涌现，新兴的商业组织正在打破既有的交易规则和商业模式，传统意义上的法律关系主客体之间的鸿沟被打破，新兴权利的大量涌现，传统意义上的权利义务关系在数字化、智能化的驱动下面临着重大变革，技术视角下的算法权力正在冲击着既有的规范体系，由此引发的城市关系和利益诉求变化正在重塑着权利义务的配置格局和实现方式，制度规范的效力也面临着结构性转向。无论是经济发展业态还是民众日常生活都被算法和数据支配着。数据和算法不仅带来了城市治理的巨大变迁，数字化时代的城市模式也催生了以单个个体为中心的“微粒人”时代，我们每一个人在数据和算法的支配下开始微粒化和具象化，模糊的理性人在数据挖掘和算法支配下成为具象的微粒人。而智慧城市建设作为数字化时代的具体表征也面临着深刻变革，即从定性描述向定量评价转变，算法主导的数据治理模式形塑了新型法权关系和法益格局，既有规制模式面对数据治理的深度场景应用亟待进行法理、规则和制度层面的革新[16]。

（三）精细化治理的技术图景面临着权利诉求和算法遮蔽的现实张力

人工智能驱动下智慧城市建设在虚实同构的双重空间里催生了智慧法治的诞生，算法主导的数据治理模式触发了深度的法律变革、重塑了新型法权关系。一方面新技术给智慧

15马长山：《面向智慧城市的法学转型》，《中国大学教学》2018 年第 9 期，第 33 页。
16周晓霞、谭成国：《块数据助城市治理走向共建共治共享新模式》，《中国信息界》2018 年第 5 期，第 68 页。

城市建设带来了颠覆性的影响，塑造精细化治理的共建共治共享治理格局成为实践诉求，另一方面精细化治理所带来的技术支配、秩序唯美主义也引发了工具理性与价值理性的现实张力，亟待明确其中所隐藏的内生性风险，反思与重构人工智能时代智慧城市建设的变革向度和创新路径。首先，人工智能的迅猛发展带来了很多革命性后果，形成了技术化治理的权力支配、权力与权利关系的重塑、代码规制的精细化治理转向等方面的变革与创新。这使得既有的法律规制体系面临着教义学层面的解释力拷问，在法律制度和规则秩序层面遭遇着规范与实效的双重困境。其次，人工智能驱动下的智慧城市建设面临着规范与实效的双重困境，既一方面新技术对智慧城市建设提出了精细化治理的秩序唯美主义需求，在算法规制和数据驱动面向下容易陷入数据崇拜的技术万能主义泥淖中，在追求精致化治理的秩序之美中反而扼杀了城市发展的活力。最后，人工智能驱动下的智慧城市建设面临着指标治理的数据崇拜迷思。在精细化治理的指标量化和数据驱动下，智慧城市建设被简约化和整体化为量化的指标体系和数目字管理，重视量化和数字指标考核成为智慧城市建设的内在逻辑。过密的技术驱动可能会引发制度内卷化陷阱，对数据和指标的过度依赖造成了丧失价值理性的现实观照，容易陷入技术决定论的异化状态。因此，我们需要高度警惕人工智能时代智慧城市建设的泡沫风险。

四、国家治理现代化趋向下智慧城市建设的正义图景与法治转向

纵观建国 70 多年来智慧城市建设的逻辑转换与发展轨迹，始终贯穿着合法性与最佳性互动的现实主线，兼容政府与城市两种力量、兼具规制与治理双重面向。国家治理体系建设历经 70 多年的风雨洗礼，因应智能互联网时代背景正面临着思维理念、体制机制的迭代与升级。因而，深刻把握国家治理现代化背景下智慧城市建设的逻辑变迁和权利向度，有助于洞察智慧城市建设的变革趋向与正义图景，探究智能互联网时代智慧城市建设的制度因应、场景变迁与法治转向。

（一）智慧城市建设的正义图景与变革向度

伴随着信息革命和人工智能技术的迅猛发展，智慧城市建设面临着范式变迁和向度变革。人工智能驱动下智慧城市建设是一项实践性极强的复杂系统工程， 然而不同层级和部门之间的数据整合面临着数据保护和数据共享的中梗阻，智慧城市建设面临着信息孤岛和数据鸿沟的挑战，诱发了改革红利的“灯下黑”，忽视了城市弱势群体的法治诉求，影响了法治的公平正义价值目标实现，如何进行深度有效的数据挖掘和精准应用给政府部门带来了新的挑战，如何实现跨部门的数据共享与流通，打破传统的条数据梗阻和数据孤岛壁垒，由条数据向块数据转变，需要政府与城市的协同合作，实现了资源和信息的有效共享与整合[17]。本文立足于国家治理现代化背景下智慧城市建设的变革向度与技术图景，力求更为精准地捕捉智慧城市建设的权利图景与正义向度，并在此基础上进行风险预警、决策分析、政策仿真以及满足民众的多元化诉求等等。

17郑戈：《人工智能与法律的未来》，《探索与争鸣》2017 年第 10 期，第 78 页。

1.智慧城市建设的理念变革

智慧城市建设历经多年的探索实践成为推动城市化、信息化融入国家治理现代化的战略抓手，在结合中国国情和时代背景的基础上，形成了因应本土实际的有益做法和创新实践。而大数据和人工智能技术的广泛应用给面临转型的智慧城市建设带来了机遇与挑战，助推其理念变革和制度创新。具体而言，人工智能驱动下智慧城市建设面临如下理念变迁：首先，人工智能时代智慧城市建设面临着精细化转向。在大数据和人工智能技术等新理念的指引下，智慧城市建设领域更注重运用科技手段和方法创新，尤其是伴随着电子政府的稳步建立和政务平台的逐步推广，智慧城市建设实现了全要素资源的整合和精细化治理，更加注重权利与义务、规范与实效、公平与效益的辩证统一与良性发展。其次，人工智能驱动下智慧城市建设亟待从规范主义向实效主义迈进。智能算法治理驱动下的智慧城市建设是一个动态发展的定量化运行过程，不同于既往城市治理法制化建设的静态规范主义面向，智慧城市建设的人工智能实现路径和精细化治理面向实现了从静态规范主义向动态实效主义的制度转型，有助于实现规范、实证、实践与实效的多维融通。最后，人工智能驱动下智慧城市建设凸显了整体性治理的现实图式和中国逻辑。人工智能驱动下智慧城市建设是一项涉及因素众多、关乎制度成效的复杂系统工程。整体性治理作为近年来兴起的理论图式正在成为助推智慧城市建设数字化实现路径的缝合机制和实践样态[18]。借助于人工智能技术和数字化手段有助于克服智慧城市建设中利益诉求碎片化、权力体系碎片化的困境，从弥合角度探究智慧城市建设的改革创新和智能化转型路径。

2.智慧城市建设的价值重构

伴随着智能互联网时代的到来，智慧城市建设也面临着价值层面的变革与重构，在算法治理与代码规制的双重逻辑拷问下探究数据正义观的多维面向。首先，网络空间中“代码就是法律”催生了代码规制和代码正义的正当性与合法性。代码在网络空间中已经成长为规制方式和规制力量，代码正义观背后所折射的价值偏好成为我们不得不应对的实践难题，智慧城市建设的智能化路径面临着数据安全与隐私保护、算法歧视与算法共谋以及权利贫困或权力丧失的伦理与价值层面的危机，有待于从规范与价值层面进行重新考量。其次，大数据和人工智能技术的广泛应用也催生了数据正义观问题。最后，算法的偏见或歧视引发了算法正义观的技术层面和价值层面的治理悖论。一方面当前智慧城市建设面临如何构建技术公平的规则避免算法的偏见或者歧视所引发实践层面的操作难题，另一方面算法偏见或者歧视有可能带来公平正义的偏离与权利的龃龉，影响了智慧城市建设的公平正义目标实现。

3.智慧城市建设的规范重塑

国家治理现代化趋向下智慧城市建设是一项长期复杂的系统工程，如何实现城市化、信息化与现代化的深度融合既需要明晰建设标准、运行模式与机制设计同时也需要观照智慧城市建设的规范重塑与法治化表征，实现智慧城市建设的信息化场景整合与法治化需求

18张成岗：《人工智能时代:技术发展、风险挑战与秩序重构》，《南京社会科学》2018 年第 5 期，第 42 页。

的辩证统一与互洽同步。智慧城市建设的规范重塑与法治化意义在于能够跳脱出技术主义的权力利维坦悖论，通过法治层面的顶层设计与规范保障保障智慧城市技术场景与正义图景的同步有效，避免权力过度膨胀与秩序偏好消解了美好生活的正义图景与权利保障。国家治理现代化背景下智慧城市建设的规范重塑旨在通过对权利本位的制度逻辑进行解构与新塑，通过法律的强制规范来增强民众的安全感、幸福感。

国家治理现代化背景下智慧城市建设面临着规范面向的颠覆性变革，一方面虚拟生活和现实生活的交织裹挟推动了法律关系的深刻变革，法律属性正遭受着重大的冲击和挑战；另一方面权利义务关系正面临着解构和重构，传统法权理念亟待更新、法权界定的难题日益凸显、权利义务的分配格局被改变等。因此，国家治理现代化视角下智慧城市建设亟待进行规范层面的变革与回应，从科学逻辑的规范主义向信息逻辑的实效主义转变，推动法律制度与信息城市建设的交融融合与同频共振。

（二）智慧城市建设的精细化转型

1.从经验主义的模糊治理向数据驱动的精细治理发展

建国 70 年来智慧城市建设的制度变迁既是思维领域的范式变革也是城市领域的实践变革，智慧城市建设历经时代洗礼和主题转换，正在加快推进三治融合治理格局形塑，智慧城市建设从经验主义的模糊治理向数据驱动的精细治理模式转变。而人工智能时代的逼近，智能终端技术的广泛应用也在深刻影响着智慧城市建设的实践样态，如何运用数字化手段塑造精细化治理秩序迫在眉睫。人工智能驱动下智慧城市建设亟待在实践中拓宽理论视野，从规范法治观向实效法治观转变，提升智慧城市建设的精细化水平和实施效能。近年来，大数据分析和智能化技术逐步渗透到智慧城市建设的方方面面，在数据驱动和智慧治理转型的现实驱动下，智慧城市建设亟待因应人工智能和大数据的实践背景，迈向精细化治理阶段。一方面，伴随着执法司法智能化技术的飞速发展，司法审判辅助系统的应用缓解了案多人少的压力提升了审判质效，智能化执行查控系统打通破解执行难的最后一公里、政务大数据云平台的建设助力数字政府建设迈向新台阶。伴随着数据治理理念在智慧城市建设的层累铺陈，如何因应人工智能的发展与规制，塑造精细化治理秩序成为摆在我们面前的现实挑战和实践难题。首先，人工智能与大数据的结合极大地提升了城市治理法治建设的实施效能，呈现出法律规则与技术规则的水乳交融，一方面精细化的治理规则探究城市治理所依存的相关关系，洞悉城市治理背后的关联机制及其与公正正义的内在关联，通过数据清洗、转换和获得等去伪存真的过程，在传统统计技术与云计算模式的互动协作下，国家与城市之间双向对流的协同治理格局逐步清晰。另一方面，执法司法的智能化成为智慧城市建设的变革趋势，法律规则与技术规则的协同互动，大大降低了执法司法的成本，促进了规制方式的多元化，形成国家、企业与城市的三元互动格局。

2.通过要素整合方式构建更为符合法治运行规律的整体性治理模式

近年来，伴随着信息网络和人工智能技术的飞速发展，借助数字化和大数据等手段各地相继打造人工智能与精准治理的统一政府信息平台，打造基于要素整合的整体性治理政

府图式。一方面借助于人工智能技术的深度应用，有助于实现智慧城市建设体系的横向权力整合和纵向权力下沉，为公民提供无缝隙的精准化服务。另一方面利用人工智能技术推进智慧城市建设有助于从应用场景和要素整合的双重维度推进合法性与最佳性的二维互动，将城市事务、城市生活和城市组织的各项活动纳入法治化轨道。实践中各地纷纷试水智慧城市建设的精细化智能模式，助推末端治理向前端治理转变。比如苏州市吴江区创建了网格化精准城市治理模式，形成了两纵四横的组织结构体系，打破了以往条块分割和部门壁垒的体制缺陷，驱动系统治理模式形塑；智慧大脑空间感知体系的构建与应用实现了网格化管理与智能技术的深度融合，打破了政务信息孤岛和放管服改革的中梗阻，推动城市治理模式从单向管理向国家-城市融吸的良法善治模式转变，从线下管理向线上线下融合转变，形成了纵横数据贯通交互的联动格局[21]。搭建基础支撑云平台，实现数据的实时共享和资源的高效利用；基于大数据驱动的辅助决策分析系统，实现了全息式的信息研判、预警预测的知识库来源，辅助于政策决策和风险预测；满足民众的多元诉求，通过构建民众法治舆情案例分析库，提升民众的法治认同感。伴随着数字政府管理体制机制创新的现实驱动，一方面数据驱动的量化治理和法治评估模式方兴未艾，推动了智慧城市建设的标准化、精细化；另一方面大数据和人工智能的深入融合助推了智慧城市建设从末端治理转向前端治理，从源头上防治矛盾纠纷。

（三）智慧城市建设的法律变革与规制路径

大数据和人工智能技术的深度融合一方面提升了智慧城市建设的精细化水平，另一方面受制于算法黑箱及技术依赖、代码规制的正当性与合理性以及人工智能技术的法律风险、伦理风险等负面效应，智慧城市建设的技术图景和实践场景也应当抱持着谦抑和谨慎的积极心态，嵌入风险规制的制度机制，防范人工智能的技术陷阱和异化风险，厘清应用限度和规制边界。首先，防控过于依赖算法治理而带来的负面效应与权利遮蔽。伴随着网格化城市治理智慧平台和人工智能技术的广泛应用，随之而伴生着大数据与隐私安全保护、人工智能与国家安全、区块链金融风险、新的数据孤岛和重复性建设、算法治理带来的蝴蝶效应、代码正义观的法治悖论等实践难题。因此，我们需要未雨绸缪积极采取行动，通过制定新的法律法规和政策措施来规范和治理人工智能技术应用带来的技术风险、伦理风险和法律规制滞后问题。其次，有效规制人工智能应用带来的法治风险，加强立法、执法、司法、守法层面的法益保护。在立法层面，加紧研究制定“人工智能发展与风险防范法”。在司法层面，司法机关要及时依法“确责”和“问责”。在依法“确责”领域，首先是刑事、民事审判两大“确责”领域。其次是行政审判领域，既要支持行政部门开展工作，又要支持老百姓依法告政府和有关部门，保障各级政府依法行政。在公安执法层面，人工智能技术深度应用推动了传统警务模式的变革，但也面临着个人信息保护和隐私泄露的法律风险，如何在公共管理和个人权利保护上实现动态平衡成为摆在我们面前的棘手难题。在守法领域，伴随着人工智能技术的广泛应用将会深刻影响着公众法律认知和法治传播效果，亟待通过大数据和人工智能手段识别民众法治诉求的内在规律和价值导向，进而重构法律的价值导

向和规制目标，提升民众的守法权能和守法积极性。最后，完善人工智能监管的顶层设计和规制路径。我们需要完善人工智能法律规制体系，围绕着数据使用、算法合谋、权利义务、算法歧视和法律责任等方面给予适切的制度安排，推动智慧城市建设法律变革与规制路径的激励相容与动态平衡[19]。

结束语

回眸建国 70 多年来我国国家治理体系建设的轨迹变迁和制度逻辑，贯穿其中的主线是合法性与最佳性的耦合互动，其中合法性历经管控阶段的正名与整顿，城市管理阶段的定义与铺陈，而最佳性则凸显了以人民为中心的政治立场，不断满足民众日益增长的美好生活期待和法治愿景。新时期国家治理现代化建设面临着城市化、信息化与经济社会高质量发展的治理有效性的严峻挑战。因此，国家治理现代化进程中智慧城市建设既是历时性的制度因应同时也承载着共识性的正义图景。智慧城市建设因应制度目标和大数据、人工智能技术关切，开启了大数据治理的精细化、微粒化社会形态。智慧城市建设的探索与实践既推动了数据治理理论与实践的适时发展，同时也勾勒出大数据法治的正义图景与城市治理精细化的实践场景，有助于补齐智慧城市建设的短板、形塑智慧城市的要素网络、了解民众的法治诉求、提升法治建设的精细化水平、服务于法治政府建设和改进城市治理实践。当然，我们也应当清醒地认识到智慧城市建设有其应用限度和实践误区，它受制于智能终端技术的复杂性、异构性、即时性等特点，也面临着公民隐私泄露、公权力的过度扩张与秩序的偏好、权利龃龉与冲突等规范层面的掣肘，为此有必要在开放数据与个人权利、国家安全之间进行动态权衡，探究智慧城市建设的制度因应、时空境遇和精准化应用[20]。

19徐明宁：《吴江网格化城市治理模式探索》，《中国领导科学》，2019 年第 2 期，第 83 页。
20郑戈：《人工智能与法律的未来》，《探索与争鸣》2017 年第 10 期，第 78 页。

人类命运共同体研究的热点主题与发展趋势
——基于 CNKI 2013－2020 年数据

苏丽娜[1] 陈彦余[2]

【摘　要】 以 CiteSpace 软件为研究工具，对 2013-2020 年关于人类命运共同体研究的 CSSCI 文献进行计量和可视化分析，通过绘制文献发表年总量表、高频被引文献表、研究作者共线图谱、研究机构共线图谱、关键词共线图谱、关键词时区图谱、关键词聚类图谱和关键词突现图谱，直观、深入地考察人类命运共同体研究的发展脉络、结构体系以及逻辑进路。研究发现，人类命运共同体的研究已进入繁荣期，既有的研究成果主要集中于马克思、国际秩序、中国梦、全球治理、一带一路和命运共同体等六个方面。虽然，研究人类命运共同体的学者众多、成果丰硕，但作者合作网络相对分散、研究机构之间合作有待进一步加强；文明交流互鉴和世界历史研究将是研究的前沿，接下来可作为人类命运共同体研究的重要方向。

【关键词】人类命运共同体；知识图谱；可视化分析

自 2012 年党的十八大报告提出“倡导人类命运共同体意识”，这一概念就迅速走进学术界视野，并逐渐成为学者们的研究热点。2017 年党的十九大报告呼吁全人类“构建人类命运共同体”，再到 2018 年“构建人类命运共同体”理念被写入联合国重要文件，意味着这一理念已经得到国际社会多数成员国的认可。在全球化与一体化不断深入的国际环境中，人类命运共同体这一理论的提出，顺应世界潮流和历史大势，成为世界各国处理新型国际关系和维护国际新秩序的共同价值规范。学术界也把目光聚焦于人类命运共同体的研究，已有的研究成果主要从国家政策、思想解读、学理分析等视角探讨人类命运共同体并思考如何构建人类命运共同体，研究视角多元，成果丰硕，但也存在研究方法单一、跨学科研究薄弱、研究机构合作不足等问题。基于此，本文采用可视化知识图谱的研究方法对人类命运共同体进行可视化分析，以便更直观、系统地了解人类命运共同体研究的发展情况，并对未来的研究热点、发展趋势进行预测。

一、研究数据来源与方法

（一）研究数据来源

本文的研究数据来源于 CNKI 数据库高级搜索。来源类别选择高质量的 CSSCI 数据库，更能集中展现当前关于人类命运共同体研究的关键成果。检索条件：(CSSCI 期刊=Y)并且[(主题=人类命运共同体，或者题名=人类命运共同体，或者 v_subject=中英文扩展(人类命

[1] 苏丽娜，内蒙古工业大学人文学院副教授。
[2] 陈彦余，内蒙古工业大学人文学院硕士研究生。

运共同体，中英文对照)，或者 title=中英文扩展(人类命运共同体,中英文对照)]，并且[关键词=中英文扩展(人类命运共同体)，或者 keyword=中英文扩展(人类命运共同体)]。剔除无效文献后，共有 1414 篇有效论文,截止时间为 2020 年 4 月 21 日。

（二）研究方法

本文使用 CiteSpace（5.6.R5 版本）可视化分析软件，运用词频分析法和引文分析法，从文献发表时间及数量、研究作者及研究机构、高频被引文献、关键词共线、关键词时区、关键词聚类、关键词突现等方面进行多元解构，从而揭示人类命运共同体这一领域的研究现状、热点主题和前沿趋势。

二、人类命运共同体研究的可视化分析

（一）文献发表时间及数量分析

根据人类命运共同体文献年份发布量（图 1 ）可知，自党的十八大报告发出“倡导人类命运共同体意识”以来，2013 年就有学者开始研究人类命运共同体理论，2013 年—2015 年是“人类命运共同体”研究的萌芽起步阶段。自 2016 年后，关于人类命运共同体的研究文献数量呈直线增长趋势，特别是 2017 年党的十九大召开后，“人类命运共同体”的研究更是达到顶峰。2017 年、2018 年、2019 年三年的年平均发文量达到 500 篇。2020 年预测年发表数达 905 篇。

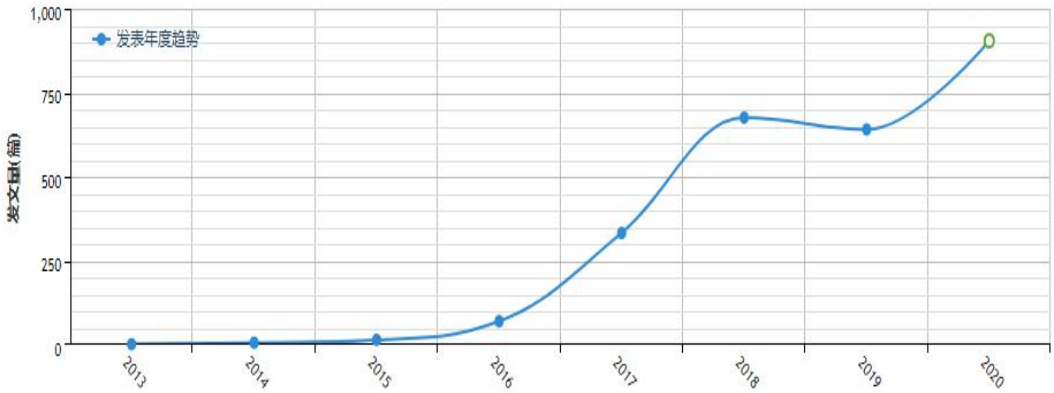


图 1　人类命运共同体文献年份发布量

（二）研究作者及主要机构分析

选取作者发文量≥2 的作者绘制共线图谱（图 2），其中小圆圈的节点代表作者，节点与字体大小代表其中心性，节点与字体越大表示发文量越多，节点间连线代表合作关系，连线越粗，代表合作次数越多。当前对人类命运共同体进行研究的作者主要有冯颜利、刘勇、吴志成、耿步健、秦龙和刘华清，他们的发文量均在 7 篇及以上，其中冯颜利发文量最多，有 13 篇，刘勇发文 11 篇。

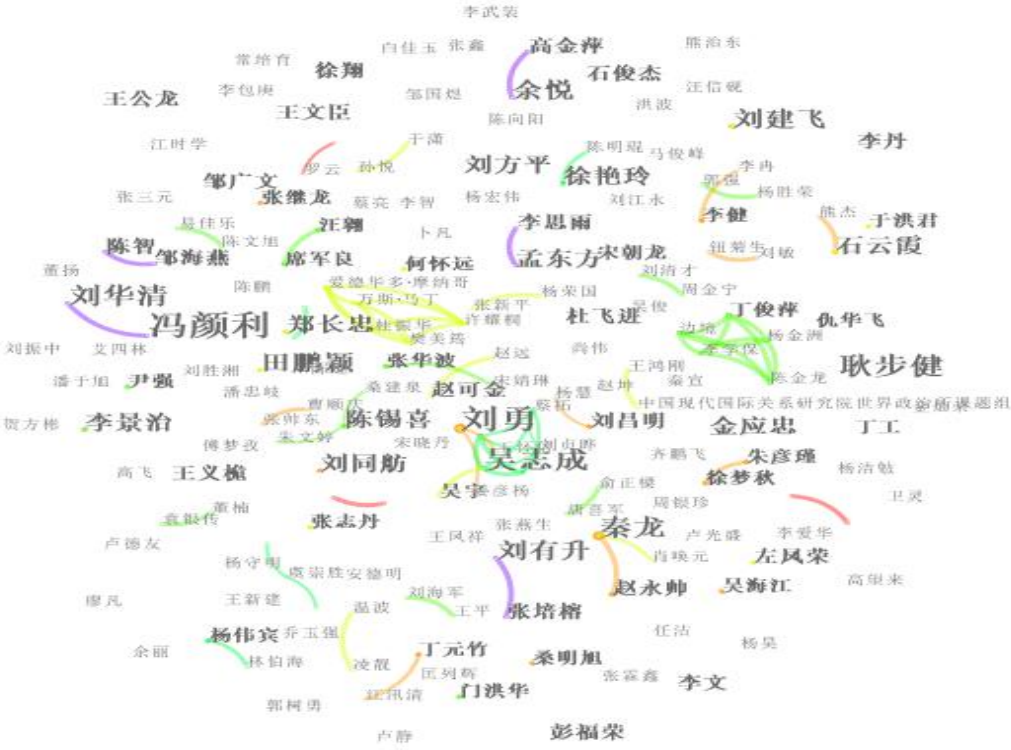


图 2　研究作者图谱

研究作者图谱是根据作者之间的合作关系绘制的共线图谱。作者之间的连线表明有合作关系。从研究作者图谱（图 2 ）可知，研究人类命运共同体的作者之间的合作较分散。作者之间有高频合作关系的有：冯颜利和刘华清，刘勇和王怀信，秦龙和赵永帅，刘有升和张培榕，余悦和高金萍等，但从图中也可看到合作次数不多，合作网络较分散，有进一步合作的空间。刘华清和冯颜利将理论和历史逻辑作为研究中国共产党在领导中华民族和中国人民从“站起来”到“富起来”再到“强起来”的双重路向，进而阐明中国共产党在不同价值情境中领导当代中国发展正义的优先逻辑，揭示中国共产党始终以社会公共价值和人民福祉最大化作为行事准则，在回答“世界怎么了、我们怎么办”的时代之问提出了构建人类命运共同体的中国方案和中国智慧[3]。刘勇、王怀信以全球治理国际话语权变革为研究视角，分别从国际经济话语权失衡、国际政治话语权失序和国际文化话语权失范这三个方面，分析中国提出构建人类命运共同体倡议的现实必然性，是为进一步化解以上三大困境贡献的锦囊妙计[4]。秦龙和赵永帅利用人类命运共同体理论内涵的历史尺度、价值尺度与类尺度，深度检视资本逻辑，表明：在历史尺度检视下，资本逻辑凸显了其不可调和的现代性矛盾；在价值尺度检视下，资本逻辑推进了其内在超越的步伐；在类尺度检视下，人类命运共同体理论探索了人类发展样态的革新道路[5]。这些作者通过彼此合作，进一步加深理论研究的

[3] 参见刘华清,冯颜利.发展正义的现代中国叙事及世界意义——中国共产党以人民为中心的优先逻辑[J].中国矿业大学学报(社会科学版),2020,(02).
[4] 参见刘勇,王怀信.人类命运共同体:全球治理国际话语权变革的中国方案[J].探索,2019,(02).
[5] 参见秦龙,赵永帅.人类命运共同体对资本逻辑的检视:历史、价值与类尺度[J].华南师范大学学报(社会科学版),2019,(03).

深度，不断开拓研究新范式，引领研究新热点，攫取研究新成果。从研究机构知识图谱（图3）可知，当前对人类命运共同体研究的机构主要集中在中国人民大学马克思主义学院、上海交通大学马克思主义学院、上海师范大学马克思主义学院、武汉大学马克思主义学院、中国人民大学国际关系学院、南开大学马克思主义学院、北京大学马克思主义学院和天津师范大学马克思主义学院，其中发文量最多的机构是中国人民大学马克思主义学院。可以看出开展研究工作的机构主要是各高校马克思主义学院和马克思主义研究所，各研究机构之间有合作，但较为分散，各自研究较为多见。

图3 研究机构知识图谱

（三）人类命运共同体被引文献分析

被引文献是被学界广泛认可的具有较高学术价值的文献。从表1中可以看到，曲星的《人类命运共同体的价值观基础》一文被引频率最高，达267次。曲星指出，人类命运共同体理论是内涵了相互依存的国际权力观、祸福共承共担的利益观、绿色健康的可持续发展观和推动全球治理机制变革的全球治理观等观点的重大理论，这四个观点是人类命运共同体的价值观基础，是应对世界挑战给出的中国方案[6]。从表1中被引文献名可以看出，被引文献频次排名前十的文章，大多都是从理论内涵的角度对人类命运共同体进行深入的分析与解读。

表1：人类命运共同体高频被引文献表

序号	篇名	作者	刊名	被引	下载
1	人类命运共同体的价值观基础	曲星	求是	267	11489
2	“人类命运共同体”:理论本质、基本内涵与中国特色	李爱敏	中共福建省委党校学报	164	19985

[6] 参见曲星.人类命运共同体的价值观基础[J].求是,2013,(04).

3	马克思哲学的“类”概念与“人类命运共同体”	贺来	哲学研究	142	8988
4	人类命运共同体:中国的“世界梦”	阮宗泽	国际问题研究	126	14893
5	“人类命运共同体”:马克思主义时代性观照下理想社会的现实探索	卢德友	求实	110	5067
6	“人类命运共同体”价值意蕴的三重维度	徐艳玲; 李聪	科学社会主义	109	7735
7	习近平“人类命运共同体”思想及其当代价值研究	邵发军	社会主义研究	101	9442
8	“人类命运共同体”:马克思“真正的共同体”思想在当代中国的实践	康渝生; 陈奕诺	学术交流	92	3977
9	人类命运共同体:历史、现实与意蕴	丛占修	理论与改革	92	12037
10	“一带一路”与“人类命运共同体”	明浩	中央民族大学学报(哲学社会科学版)	91	11354

（四）关键词共线分析

关键词共线分析是 CiteSpace 最重要的功能，通过关键词在论文之间共同出现的频次绘制共线网络，以关键词的节点（十字架）数量代表关键词个数，节点（十字架）大小代表关键词出现的频次，频次越大，十字架越大。关键词之间的连线表示关键词在同一篇论文中出现的情况。中介中心性（Betweenness centrality）是衡量关键词重要性的数值。关键词在论文中出现的次数越多，其中介中心性数值就越高，此关键词也越重要。CiteSpace 中介中心性的运算公式规定，关键词中介中心性数值≥0.1，表明此关键词属于高中介中心性关键词。

图 4　关键词共线图谱

表 2 高频关键词中介中心性表

中介中心性≥0.1 的关键词列示			
Count	Centrality	Year	Keywords
1119	0.30	2013	人类命运共同体
155	0.28	2013	全球治理
149	0.24	2013	习近平
82	0.15	2015	一带一路
65	0.12	2013	全球化

此次关键词共线图谱共得到节点（Nodes）430 个，连线（Links）1510 条。根据关键词共线知识图谱（图 4 ）和高频关键词中介中心性表（表 2）可知，人类命运共同体的十字架最大，表明频次最高，是所有样本文献的研究核心。全球治理、习近平、一带一路、全球化、中国方案和新时代的十字架较大，证明这些关键词的频数较高，在样本文献中出现这些关键词的次数较多，是研究的重点。表 2 数据显示的结果和关键词共线图谱呈现的信息一致。从关键词共线图谱中可以看出人类命运共同体的研究主要集中在人类命运共同体、全球治理、习近平、一带一路、全球化、中国方案和新时代等方面。

（五）关键词时区分析

以关键词在样本文献中首次出现的年份为时间点，随着时间演进，新的关键词陆续在时间轴上出现，从而绘制时区图谱，便于更加直观清晰地了解随时间更迭不断涌现的新关键词，了解研究热点的演变趋势。

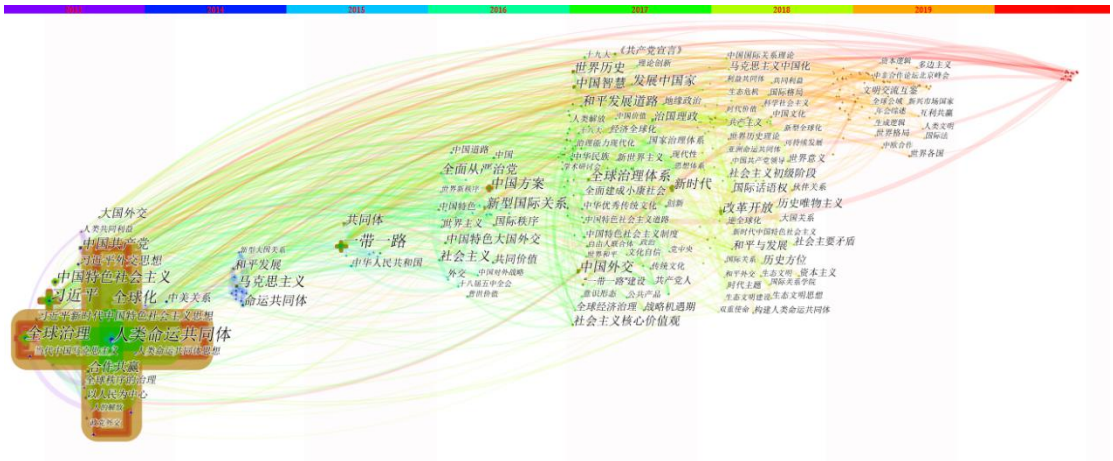


图 5 关键词时区图

从关键词时区图（图 5 ）可知，人类命运共同体的研究存在明显的发展阶段。2017 年之前关键词较少，处于研究初期，热点主要集中在“人类命运共同体”、“习近平”和“中国特色社会主义”。2017 年以后新关键词大量涌现，表明人类命运共同体的研究进入迅猛发展

的阶段。2017 年党的十九大召开，习近平总书记关于构建人类命运共同体的讲话引发学术热潮，学术界对人类命运共同体的研究不断升温。2017-2020 年新出现的关键词主要集中在“全球治理体系”、“中国智慧”、“中国外交”、“和平与发展”、“改革开放”和“文明交流互鉴”等方面，可见人类命运共同体的研究视域更加开阔，视角更加多元。

（六）关键词聚类分析

关键词聚类分析可以了解关键词之间内在的逻辑关系，多个关键词通过聚类可以聚焦为一个一个的研究主题，聚类标示的数字越小则包含的关键词越多。

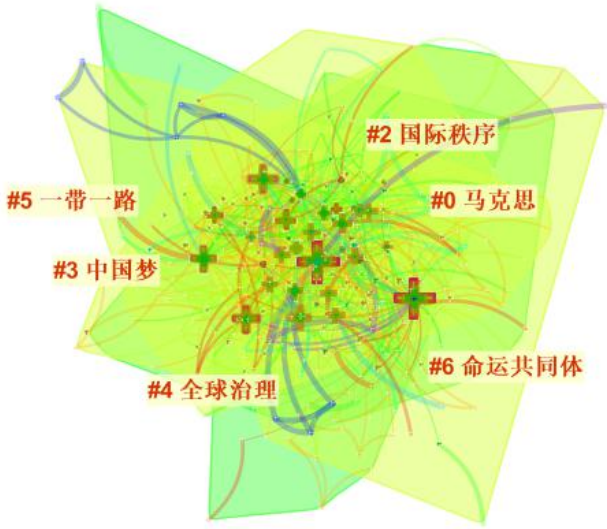


图 6 关键词聚类图谱

运行 CiteSpace 软件，进行关键词聚类操作，得到关键词聚类图谱（图 6 ），成像后的图谱 Q 值（Modularity）为 0.4419， S 值（Silhouette）为 0.4796，聚类效果清晰明显，聚类结果合理可信。通过点击 Clusters，选择 Label Clusters with indexing Terms,最终获得 6 个聚类，分别是：#0 马克思、#2 国际秩序、#3 中国梦、#4 全球治理、#5 一带一路和#6 命运共同体。综合而言，当前关于人类命运共同体的研究主要集中在以上几个方面。

1.马克思

“马克思”这一聚类主要是运用马克思主义理论揭示人类命运共同体的思想根据。贺来从马克思“类”概念出发，厘清马克思“类”概念的理论内涵，从个人与共同体互为条件和交互关系中，揭示出马克思“类”概念中人与自然、人与人、人与社会关系的否定统一性，实现个人、他人与社会在根本利益上的内在统一，使人类命运共同体获得现实生成的价值意蕴和哲学根基[7]。康渝生和陈奕诺运用马克思共同体理论，从个人特殊利益与共同体利益的相互作用互为矛盾的关系出发，阐释了“原始共同体中个体主体性的湮灭和虚幻共同体中对自由个性的羁绊，只有在真正共同体中才能实现个体的自由全面发展。通过剖析人类命运

[7] 参见贺来. 马克思哲学的“类”概念与“人类命运共同体”[J]. 哲学研究, 2016, (08).

共同体思想和真正共同体的内在关联，从而论述人类命运共同体思想是马克思真正共同体思想的实践旨归。”[8]鲁品越站在马克思世界历史的理论视野，揭示了资本追求剩余价值的本性。“资本将世界推入资本循环的范围内，由此推动经济全球化的进程，世界历史就此展开。然而，囿于资本主义的固有矛盾，社会主义取代资本主义是世界历史发展的必然趋势，人类命运共同体是人类历史从资本主义向社会主义过渡的一种历史形态，通过发展人与人之间现实关系的丰富性，为实现共产主义创造了前提条件，进而指出了人类命运共同体的历史方位，明确了人类命运共同体的历史地位。”[9]单军伟、张瑞才通过对资本逻辑的批判，揭示出“资本逻辑宰制下的共同体的虚假性、全球发展的不平衡性、以资本逻辑为纽带的共同体的不稳定性以及资本形而上学片面虚幻的虚假意识。作者以不同于传统对资本逻辑的批判视角，指出利用人类命运共同体意识规导资本逻辑，是为人类命运共同体奠定物质基础，从而实现资本逻辑的自我否定。”[10]李星从追溯马克思的美德伦理思想出发，探究“马克思美德伦理思想是否存在以及与人类命运共同体思想的价值内联。通过分析，作者认为马克思美德伦理思想存在，并以‘人’为宗旨，以‘自由’为核心，以人类整体幸福为旨归，与人类命运共同体具有同构性，为人类命运共同体的建构提供伦理道德支持。”[11]

2.国际秩序

“国际秩序”这一聚类主要是站在新型国际关系的角度对人类命运共同体进行研究。刘清才和周金宁以当今国际形势新变化和人类共同面临的全球问题为背景，探析人类命运共同体所处时代背景，指出人类命运共同体正处在当今世界体系转型的关键时期，是中国共产党为推动国际新秩序和全球治理体系变革贡献的中国智慧和中国方案[12]。孙通、刘昌明不同于传统的研究视角，从理性主义物质因素出发研究国际秩序观的形成，开辟了“从文化特质出发对一国国际秩序观影响研究的独特视角，进而探究人类命运共同体的新型国际秩序观产生的文化渊源。作者寻根中华文化独特的‘和合’文化特质，指出这种文化特质通过不同社会主体的观念互动，影响中国政府对国家利益观的认知判定，对人类命运共同体的新型国际秩序观的形成产生巨大作用。”[13]

3.中国梦

这一聚类学者多从中国梦与人类命运共同体的关系角度出发，探究中国梦与人类命运共同体的双向互动，多以实现中华民族伟大复习与构建人类命运共同体相统一为价值旨趣。阮宗泽将“人类命运共同体的建构与实现中华民族伟大复兴的中国梦统一起来，探究人类命运共同体为‘中国梦’创造更大战略机遇期产生的巨大作用。在实现中国梦的过程中，由于

---

[8] 参见康渝生,陈奕诺.“人类命运共同体”:马克思“真正的共同体”思想在当代中国的实践[J].学术交流,2016,(11).
[9] 参见鲁品越.“构建人类命运共同体”伟大构想:马克思“世界历史”思想的当代飞跃[J].哲学动态,2018(03).
[10] 参见单军伟,张瑞才.马克思资本逻辑批判与人类命运共同体建构论析[J].云南社会学,2020(02).
[11] 参见李星.马克思“自由—幸福”美德伦理与“人类命运共同体”[J].兰州学刊,2020(04).
[12] 参见刘清才,周金宁.国际新秩序与全球治理体系建设——中国智慧与方案[J].吉林大学社会科学学报,2017,(03).
[13] 参见孙通,刘昌明.国际秩序观塑构中的文化特质——兼论“构建人类命运共同体”的文化渊源[J].太平洋学报,2019,27(02):13-24.

受到传统零和博弈思维的阻碍，中国必然会面临日趋复杂的国际形势。要实现中国和平崛起，就必须通过推动人类命运共同体的建构，积极参与全球治理，引领时代潮流的发展和人类文明的进步，创造有利的国际环境，进而为中华民族伟大复兴创造更大的战略机遇期。”[14]胡子祥、郑永廷以人类命运共同体为视角，探究人类的价值共同点和利益交汇点，分析各国人民追求持久和平、共同繁荣的世界梦所处的时代背景，领会其深刻内涵，进而探讨与中国梦的关系。中国梦的实现离不开和平有序的国际环境，当今世界越来越成为你中有我我中有你的命运共同体，追求持久和平共同繁荣的世界梦是构筑人类命运共同体的战略需要[15]。董德福和苏雨通过比较中国梦与世界梦的理论内涵，立足人类命运共同体的理念，从中国梦和世界梦的对立统一关系中，发现中国梦和世界梦的“相通”性，旨在寻求实现中国梦与世界梦的双赢之道。通过借鉴中华民族传统文化智慧、坚持底线思维、树立人类命运共同体意识、构筑新型国际关系、互推互动，从而建立同频共振机制，实现中国梦与世界梦的共赢[16]。赵婷和李昕蕾将“中国梦”与人类命运共同体纳入新时代政治建设的范畴之中，探析“中国梦”与人类命运共同体关涉的共同政治思维和价值导向。从国内和国际两个角度分析“中国梦”与人类命运共同体的历史逻辑与现实关怀，从政治建设的角度分析二者统一的政治基础，指出“中国梦”与人类命运共同体是新时代中国特色社会主义的最大政治[17]。邹治波“从世界怎么了？我们怎么办?”的世界之问、时代之问出发，指出构建人类命运共同体是解决世界和时代困境与难题的唯一方案和出路。人类命运共同体与中国梦两位一体、一脉相承，实现中国梦是推动构建人类命运共同体的力量基础，也是人类命运共同体建构的引领旗帜；人类命运共同体是中国的“世界梦”，是中国梦的外延[18]。

4.全球治理

这一聚类主要是以“全球治理”为视角，对人类命运共同体理论进行深入探索。高奇琦从人口流动的独特视角出发，以经济全球为背景，展开对全球治理的研究。作者认为，“结构失衡和文明冲突是当前全球治理面临的两大挑战。促进人口在发展中国家和发达国家之间的流动，可以弥补发展中国家与发达国家之间的要素鸿沟，促进二者共同发展，促进结构均衡化。此外，人口年流动加强不同文明之间的交流与对话，对消弭文明冲突有重要作用。人类命运共同体的核心要义是人的自由流动和发展要素分布的均等化，对于全球治理未来转型具有重大意义和现实可能。”[19]郝立新和周康林从西方中心主义的全球治理体系式微和失灵、人类面临全球治理赤字的困境出发，指出“中国参与和引领全球治理体系变革的

[14] 参见阮宗泽.人类命运共同体:中国的“世界梦”[J].国际问题研究,2016(01):9-21+133.
[15] 参见胡子祥,郑永廷.人类命运共同体视阈下的世界梦概念辨析——兼论中国梦与世界梦的关
[16] 参见董德福,苏雨.“中国梦”与“世界梦”的相通与双赢——基于“人类命运共同体”理念的分析[J].江苏大学学报(社会科学版),2018,20(03):1-6.
[17] 参见赵婷,李昕蕾.新时代政治建设的价值导向:“中国梦”与“人类命运共同体”[J].当代世界社会主义问题,2018,(04).
[18] 参见邹治波.中国梦与人类命运共同体[J].中国国家博物馆馆刊,2018,(12).
[19] 参见高奇琦.全球治理、人的流动与人类命运共同体[J].世界经济与政治,2017,(01).

必要性。世界多极化背景下，发展中国家日益崛起，需要相应的代表权和发言权，西方发达国家主导下的旧有国际治理体系具有偏狭性，只能靠发展中国家主动参与治理体系的变革。人类命运共同体的构建有利于全球治理体系向更加公正合理的方向发展。另外，站在历史的维度，人类命运共同体是由物种到族群再向‘人类’的共同体演进的高级形态，表征人类主体地位，在多元主体和利益交织的今天，需要人类主体的觉醒，推动国际关系向着合作共赢的方向发展。”[20]吴志成和吴宇阐明人类命运共同体“不仅赋予了国际关系和人类文明进步以鲜明的中国特色，更使得中国占据了世界秩序变革的道义高点，必将为发展中国特色社会主义、推动中国特色大国外交、引领全球治理体系变革、塑造更加公正合理的国际新秩序、共创人类美好未来的伟大事业做出重大贡献。”[21]潘坤从全球治理与国家治理的互动关系出发，统筹思考“人类命运共同体与推进国家治理能力现代化在政治伦理方面的耦合性，从而推动二者在政策制定方面的整合与互动。人类命运共同体与国家治理能力现代化二者都体现了追求公平正义的价值目标，坚持和谐共生的关系伦理，在权力伦理方面都秉持以人民为中心的权力观。”[22]

5.一带一路

这一聚类以“一带一路”为视角，对人类命运共同体进行研究。明浩从人类文明的角度出发，论述“人类命运共同体的演进过程，以及在当今信息时代一带一路与人类命运共同体建设给人类文明带来新的发展机遇，以此驳斥‘文明冲突’论。从史前文明到大陆文明再到海洋文明，不同文明之间充满竞争和冲突。一带一路将海陆连接起来，信息时代的全球化与去中心化，增加了消除不同文明的失衡与不公正走向人类命运共同体的现实可能性，使人类从对抗冲突走向和谐共生成为可能，帮助人们走出文明冲突论的陷阱。”[23]陈健和龚晓莺从经济全球化的角度出发，分析“经济全球化目前所遭遇的现实困境及其弊病，从而论述一带一路对开启经济全球化发展的新时代——具有‘人类命运共同体’意识的经济全球化新时代——的重要作用。由于西方国家主导的全球化是代表少数国家利益，出现南北差异地区发展不平衡、国际分工不合理、欧美强迫进行价值输出等不公现象，加之经济全球化本身也遭遇逆全球化和贸易保护主义的风险，‘一带一路’战略与‘人类命运共同体’理论应运而生。‘一带一路’战略具有‘开放、包容、均衡、普惠’等特性与构建‘人类命运共同体’强调的‘共有共享、协调发展性’高度契合, 因此‘一带一路’战略是构建‘人类命运共同体’的重要举措, 服务于强调把效率与公平摆在同等重要位置的全球化发展新时代。”[24]何星亮针对国际上一些政治家和学者对一带一路的非难，通过对古丝绸之路和在中亚哈萨克斯坦、吉尔吉斯斯坦等国实地调研资料和中亚各国的中文报刊资料的研究，得出一带一路建设是共赢共享之路，与人类命运共同体之路具有正相关关系，推动了人类文明的发展，从而破除各种

[20] 参见郝立新,周康林.构建人类命运共同体——全球治理的中国方案[J].马克思主义与现实,2017,(06).
[21] 参见吴志成,吴宇.人类命运共同体思想论析[J].世界经济与政治,2018,(03).
[22] 参见潘坤.人类命运共同体与国家治理现代化的耦合性研究[J].云南社会科学,2020，(04).
[23] 参见明浩.“一带一路”与“人类命运共同体”[J].中央民族大学学报(哲学社会科学版),2015,(06).
[24] 参见陈健,龚晓莺.“一带一路”战略开启具有“人类命运共同体”意识的全球化发展的新时代[J].经济学家,2017,(07).

毫无根据的论调。[25]李丹将“人类命运共同体与‘一带一路’比作‘道’与‘路’的关系，系统论述‘一带一路’对推动人类命运共同体的作用。‘一带一路’以互联互通夯实全球化根基，以独特模式赋予全球化活力，以新型平台完善全球化机制，以文明共融擘画全球化前景——从基础、模式、机制、目标各个方面推动人类命运共同体从思想发展为行动，使人类命运共同体从理论落地到实践。”[26]

6.命运共同

这一聚类以“命运共同体”为视角，对人类命运共同体进行研究。金应忠基于“‘社会共生理论’，论述人与外部环境、人与人的相互依赖性以及人作为能动的主体具备能够合群的能力，进而探究国家之间关系的共生性，在寻求利益的共同点和交汇点的过程中，推动国与国之间包容共进的步伐。作者认为，人类命运共同体是多元共生的共同体，以共生关系作为存在方式。在多元共生的国际关系中，矛盾具有共生性，国与国之间是相互对立相互依赖的共生关系，处理国与国之间的矛盾应当具备共生性底线意识。同时，在人类命运共同体中，任何国家都应该具有主动性，维护人类的共生关系，推动人类命运共同体朝着包容共进的方向发展。”[27]丛占修审视人类历史的发展，立足于现实，从“价值、制度、文化三重维度深入研究人类命运共同体。作者认为人类命运共同体内涵世界大同、永久和平的人类共同梦想，应当提倡真正的全人类价值，而不是所谓的普遍化的西方价值。在制度设计上，摒弃民族主义思维，形成以人类命运共同体为依归的全球制度和规则。在文化上，维护文化多样性寻找共同性，反对文明优越论和普世论。”[28]陈锡喜通过把握人类命运共同体与马克思恩格斯“自由人联合体”思想的区别联系，厘清人类命运共同体意涵，在人类命运共同体视阈下审视中国特色社会主义的世界意义：中国特色社会主义对人类文明发展道路多样化是肯定而非否定，为人类文明发展提供了新资源；对传统的斯大林社会主义模式是超越而非简单复苏，赋予了社会主义以新内涵；对现行世界经济政治体系是朝公平正义方向的推进而非颠覆。通过推进世界和平发展事业发展，为推动人类解放进程作出了新贡献[29]。高惠珠和赵建芬通过历史比较，揭示“‘人类命运共同体’思想是对马克思‘共同体’思想的创新。作者认为，‘人类命运共同体’思想将人类生态命运共同体作为人类命运共同体的重要内容，将全球网络空间命运共同体作为人类命运共同体的重要技术基础，以合作共赢作为人类命运共同体全球治理的重要治理原则，在这三个方面拓展了马克思‘共同体’思想。”[30]

（七）研究前沿分析

突现词代表一个新兴研究热点的出现，CiteSpace 软件能够通过数据的计算，以可视化

---

[25] 参见何星亮.“一带一路”建设与人类命运共同体[J].中南民族大学学报(人文社会科学版),2018,(04).
[26] 参见李丹.“一带一路”:构建人类命运共同体的实践探索[J].南开学报(哲学社会科学版),2019,(01).
[27] 参见金应忠.试论人类命运共同体意识——兼论国际社会共生性[J].国际观察,2014,(01).
[28] 参见丛占修.人类命运共同体:历史、现实与意蕴[J].理论与改革,2016,(03).
[29] 参见陈锡喜.“人类命运共同体”视域下中国道路世界意义的再审视[J].毛泽东邓小平理论研究,2017,(02).
[30] 参见高惠珠,赵建芬.“人类命运共同体”:马克思“共同体”思想的当代拓新[J].上海师范大学学报(哲学社会科学版),2017,(06).

的图表展现关键词突现情况，由此反映当前或未来一段时间的研究前沿。

Top 19 Keywords with the Strongest Citation Bursts

Keywords	Year	Strength	Begin	End	2013 - 2020
“四个全面”战略布局	2013	2.2452	**2013**	2016	
人的解放	2013	2.8521	**2013**	2016	
中华民族认同	2013	2.3333	**2013**	2016	
全球秩序的治理	2013	2.8559	**2013**	2017	
中国话语体系	2013	2.4213	**2013**	2016	
中华人民共和国	2013	4.3588	**2015**	2017	
中国道路	2013	2.3893	**2016**	2017	
中国特色	2013	2.4108	**2016**	2016	
国际秩序	2013	2.2291	**2016**	2016	
治国理政	2013	5.6909	**2017**	2017	
全球经济治理	2013	3.4791	**2017**	2017	
社会主义核心价值观	2013	2.2959	**2017**	2017	
和平发展	2013	2.3997	**2017**	2017	
中国特色社会主义制度	2013	2.4831	**2017**	2017	
马克思主义中国化	2013	3.4893	**2018**	2018	
改革开放	2013	4.9313	**2018**	2018	
新时代中国特色社会主义	2013	2.4398	**2018**	2018	
文明交流互鉴	2013	2.7446	**2019**	2020	
世界历史	2013	2.657	**2019**	2020	

图 7　人类命运共同体研究突现词表

（注：Keywords 代表突变词，Year 代表初次出现时间，Strength 代表突变强度，Begin 代表成为热点时间，End 代表不再成为热点的时间。时间段下方红色的粗线段指的是成为热点研究词的持续时间。）

从图 7 可知，人类命运共同体研究的突现词随时间的变化而有所不同，“‘四个全面’战略布局”、“人的解放”、“中华民族认同”、“全球秩序的治理”和“中华话语体系”在 2013-2016 年作为研究前沿出现。2020 年的研究关键词热度集中在“文明交流互鉴”和“世界历史”，在今后研究人类命运共同体思想领域将持续保持这个热度。本文以 CiteSpace 软件为研究工具，对 1414 篇关于人类命运共同体研究的 CSSCI 文献进行可视化研究，通过绘制文献发表年总量表、高频被引文献表、研究作者共线图谱、研究机构共线图谱、关键词共线图谱、关键词时区图谱、关键词聚类图谱和关键词突现图谱，通过研究梳理得出以下结论：

第一：研究方法较为单一，跨学科研究极少得到体现。目前人类命运共同体的研究正处于繁荣期，学界研究视角多元、视野开阔、研究成果丰硕。但研究方法多采用定性研究，很少采用定量研究方法，学科交叉研究较少，未能形成互补的研究趋势，交叉学科研究领域还有待进一步的加强。

第二，当前人类命运共同体的研究作者和研究机构数量不多，合作研究有待进一步加强。主要研究人员有冯颜利、刘勇、吴志成、耿步健、秦龙和刘华清，他们的发文量均在

7 篇以上。主要的研究机构集中在中国人民大学马克思主义学院、武汉大学马克思主义学院、北京大学马克思主义学院、中国人民大学国际关系学院、上海交通大学马克思主义学院、上海师范大学马克思主义学院、南开大学马克思主义学院和天津师范大学马克思主义学院，是人类命运共同体研究的高产区域，其拥有合理的学科梯队，经验丰富的科研团队，雄厚的后备资源，研究机构之间应加大合作和交流，取长补短，为进一步规模化发展创造良好的学术条件。

第三，人类命运共同体理论各知识点之间的关系研究有待加强。已有的研究成果主要集中在马克思、国际秩序、中国梦、全球治理、一带一路和命运共同体六个方面，但这六个方面的内容不是完全割裂的，许多学者在重点研究其中一方面内容时，往往将其他方面的内容作为研究背景或者研究目进行探讨。在今后的研究中，可进一步厘清各知识点之间的逻辑关系，加深理论内涵分析。

第四，对国外人类命运共同体理论的研究存在不足。在经济全球化的背景下，人类命运共同体的建构需要全人类共同参与。在西方主流媒体掌握国际话语权的背景下西方主流媒体对中国一直敌视的背景下，当前国内学者对人类命运共同体的研究基本都是立足于中华文化，在价值和理论溯源中很少关照其他文化背景，在研究的过程中也很少对比其他国家学者的观点，在一定程度上不利于人类命运共同体获得更多国家的认同和参与。如何转变话语体系，让不同国家不同文化背景的主体从自身文化出发，理解人类命运共同体的价值意涵，凝聚价值共识，参与建构人类命运共同体，驳斥西方主流媒体对中国的污蔑，谋求世界大同，这是目前学界应该关注的内容。

第五，当前学界大多在谈人类命运共同体的必然性，缺乏足够的问题意识，对于构建人类命运共同体的现实路径研究较少，对具体对策措施研究关注较少。人类命运共同体不是事实判断，可以说人类命运共同体的建构才刚刚开始，仍然面对许多困难和挑战，尤其在旧有国际关系条件下，一些西方发达国家断然会阻挠人类命运共同体的发展。如何破解人类命运共同体建设的难题，提供人类命运共同体建设具体的现实路径，提供对策和建议，这应该是人类命运共同体研究的重要内容。

终上所述，当前关于人类命运共同体的研究，学术界分别从马克思、国际秩序、中国梦、全球治理、一带一路和命运共同体等六个方面进行了大量的分析研究。“马克思”方面的文章主要是探寻人类命运共同体与马克思主义理论内在的理论联系。“国际秩序”方面的文章主要是站在国际视角，阐释人类命运共同体战略的现实意义。“中国梦”这个方面的文章主要是阐述“中国梦”与“世界梦”之间的关系，以“中国梦”助推“ 世界梦”，最终实现全人类的解放，迈上共产主义的康庄大道。“全球治理”方面的文章主要是围绕全球秩序、全球挑战等话题提出中国治理方案——构建人类命运共同体。“一带一路”方面的文章主要是阐述其与人类命运共同体之间的逻辑关系。“命运共同体”这个方面的文章主要是马克思“命运共同体”理论来进一步分析人类命运共同体理论的深层意蕴。通过关键词突现图谱，可预见“文明交流互鉴”和“世界历史”将是人类命运共同体未来一段时间的研究前沿，值得我们继续关注与研究。

当代中国法治与德治结合的四重语境

叶方兴[1]

【摘　要】当代中国法治与德治结合需要具备“语境敏感性”，即充分考量中国社会开展法治的社会背景以及伦理型文化的历史传统，寻找出结合论研究的问题域，并在此基础上探索合理的方法、路径。具体来看，当代中国法治与德治结合需要考量“四重语境”：由中国共产党推行的国家治理现代化成为其政治语境，植根于中国传统社会并对现代社会发生持续性影响的伦理型文化传统成为其历史语境，当下中国社会所处的新时代成为其社会语境，而价值观建设与法治、德治协同推进，成为其需要考量的思想语境。这四种语境构成当代中国法治与德治结合研究的参照性背景，同时也从实质性层面让中国的法治建设区别于西方法律思想文化传统以及法治建设框架。

【关键词】 法治；德治；现代性；价值观建设；语境

党的十九届四中全会审议通过了《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》，全会强调了我国国家制度和国家治理体系具有多方面的显著优势，其中就包括了“坚持全面依法治国，建设社会主义法治国家，切实保障社会公平正义和人民权利的显著优势。”全面依法治国是新时代坚持和发展中国特色社会主义的基本方略之一，“依法治国与以德治国相结合”是其重要内容。尽管“依法治国与以德治国相结合”（下文称“法治与德治结合”命题）是中国共产党在开展现代国家治理的意识形态语境下提出的重要命题，但该命题的背后却包含了丰饶的历史文化传统，和亟待深入发掘的学理内涵。与之相关，在国家治理现代化的背景下，“法治与德治结合命题”也始终成为以马克思主义理论、法学、伦理学为主导、多学科参与攻关的重大理论问题。在目前的学科格局下，尽管法理学、伦理学在“道德与法律的关系”、“法治建设”、“依法治国”等相关主题上积累了丰富的学理资源，也能够提供相对充分的理论阐释，但相当多的成果都是立足于西方法律文化传统以及西方法治建设框架。在此，法律与道德被抽离了中国社会独特的历史情境与社会背景的社会治理形式，而关于法治与德治之间的关系，也只停留于两者之间“相互配合、相互支持”的抽象结论。当代中国的法治与德治结合，需要具备“语境敏感性”，即充分考量中国社会伦理型文化的历史传统，以及开展法治的思维条件、现实背景，在此基础上寻找“法治与德治结合”的问题域，探索合理的方法路径。这样，

---

[1] 【作者简介】叶方兴，华东师范大学马克思主义学院副教授。

【基金项目】本文系国家社科基金重大招标项目“国家治理现代化过程中的依法治国与以德治国关系研究”阶段性成果（14ZDC005）；上海市哲学社会科学青年项目“国家治理现代化背景下法治与德治结合的价值实现机制”[2016EKS007]阶段性研究成果。

揭示当代中国法治建设背后的“语境”也就成为国家治理现代化背景下开展法治与德治结合研究的前提性工作。

一、政治语境：中国共产党领导的国家治理现代化

在当代中国，“依法治国与以德治国”相结合命题的提出，首先出于国家治理现代化的战略考量，对之把握首先需要把握其现实的政治语境。法治与德治结合命题往往由党的文件系统提出，出于政治发展和意识形态建设的政治考量，并在中国共产党开启的国家治理现代化实践过程中得到具体落实。这样，国家治理现代化这一重大政治实践成为法治与德治结合研究加以考虑的首要的现实语境。当代中国正在推进的国家治理现代化是中国共产党作为使命型政党，探索新型现代国家治理形态的实践探索，这项活动是执政党作为政治主体开展的重大政治实践活动。在此，法治与德治具备了政治性的品格，成为两种不同的社会治理乃至国家治理形式，即两者成为政治实践主体（政府或执政党）为了实现共同体的价值目标，而采取法律和道德的治理形式，进行调整、管理、协调、动员、服务等一系列的实践活动。在此过程中，法治与德治相结合就是要实现两者的功能互补，达到协同治理的整体目标。可以说，法治与德治的关系问题不仅是重要的学理问题，更是关乎国家治理与社会发展的重大政治问题。

以政治实践定位法治和德治，并进一步从“政治”的角度诠释法治与德治的结合命题，无疑有助于把握当下中国法治建设的特殊语境。从整体上看，在政治语境下思考法治与德治的关系问题，体现法治命题的中国特殊性。尽管法治具有普遍意义，但其适用必须要考虑中国语境。“法治是人类文明的重要成果之一，法治的精髓和要旨对于各国国家治理和社会治理具有普遍意义，我们要学习借鉴世界上优秀的法治文明成果。但是，学习借鉴不等于是简单的拿来主义，必须坚持以我为主、为我为用，认真鉴别、合理吸收，不能搞‘全盘西化’，不能搞‘全面移植’，不能照搬照抄。”[2]这里的关键，首先在于把握法治建设背后宏观的政治语境，它也是“法的中国性”的重要体现。进一步地看，国家治理现代化这一宏大背景又以它具体实践过程中所展现的特殊性加以体现。即是说，作为法治与德治结合的政治语境，中国共产党领导的国家治理现代化在具体实践的过程中体现出自身独特的特征与逻辑。这些“独特性”本身就是政治语境的体现，它具体表现在如下方面：

第一，中国共产党在国家治理现代化过程中的领导地位。政府和政党是重要的政治主体，对它们的定位最能反映政治语境的特殊性。西方政府一直存在“守夜人”的角色定位，在国家治理的过程中追求“政治中立性”，与之不同，无论是我国现实的政治文化背景，还是政治文化传统，都特别强调政府的全面干预功能，有效介入和管理社会生活的方方面面。西方在法治文明建设的过程中，十分注重政治、法律、道德等规范体系独立区分，法治建设往往要排除一切其他要素的干扰，尤其是要排除政治权力对法治建设的影响，追求法治的独立性、中立性。相比较而言，政府在我国的国家治理现代化过程中扮演着主导性角色。

[2] 《习近平谈治国理政》（第二卷），外文出版社，2017 年，第 118 页。

政治、法律、伦理三种力量在法治建设的过程中并非完全隔离开来，它们既成为不同的现代国家治理形式，同时，又呈现出内在的关联性，以政治为参照背景的法治与德治结合也成为国家治理现代化重要的特征。

特别是，我国的国家治理现代化以中国共产党为领导主体。这场由中国共产党领导的国家治理现代化是一场涉及多领域、多层面的复合型政治实践活动。其中，党的领导成为中国特色社会主义各项事业开展的根本力量。作为政治实践的方式，法治和德治服务于执政党进行现代国家治理的执政目标，从根本上指导和规约着法律与道德这两种不同的实践活动的有效开展。“党的领导是中国特色社会主义最本质的特征，是社会主义法治最根本的保证。”[3]“党领导人民制定宪法和法律，党自身必须在宪法和法律范围内活动，真正做到党领导立法、保证执法、带头执法。”[4]中国共产党既是中国特色社会主义的领导核心，也国家治理现代化最为重要的政治实践主体。党对各项事业的统领地位，决定了当代中国法治与德治结合必然是在执政党的政治纲领和施政计划中加以实现，脱离了对执政党地位的指认以及相应的政治语境，也就抽象了背后的现实背景。

第二，我国的国家治理现代化担负着重要的伦理使命。相比较西方法治追求中立性，我国的法治建设渗入了强烈的政治意蕴，同时也承载着特定的伦理功能。法治作为国家治理的重要治理形式，承载着国家治理现代化所要实现的伦理使命——帮助人民群众实现美好生活。可以说，当代中国的国家治理现代化始终贯彻了中国共产党“人民至上”的执政理念。“人民立场是中国共产党的根本政治立场，是马克思主义政党区别于其他政党的显著标志。”[5]“一个国家选择什么样的治理体系，是由这个国家的历史传承、文化传统、经济社会发展水平决定的，是由这个国家的人民决定的。”[6]为人民服务是党领导人民进行国家治理现代化根本的价值追寻。“人民对美好生活的向往，就是我们的奋斗目标。”[7]“坚持人民的主体地位，充分调动人民积极性，始终是我们党立于不败之地的强大根基。”[8]可以说，中国共产党带领各族人民开展国家治理现代化的政治实践始终体现“以人民为中心”的伦理关怀。

从理论上说，国家治理现代化是一项达到治国理政总体政治目标的政治实践活动，也是承载执政党强烈的伦理关怀的道德实践，具有鲜明的价值意蕴。“中国共产党治国理政的价值系统以马克思主义人民观为价值指向，吸收现代国家治理的现代性价值，熔铸中华优秀传统文化精髓，并最终以社会主义核心价值观为价值追求的基本表达方式。”[9]在此，中国共产党领导的国家治理现代化始终贯彻“以人民为中心”的根本理念，这一根本性的伦理关怀，从整体上规约着现代国家治理实践的各个阶段、各个环节。在这过程中，法治与德

[3] 《习近平谈治国理政》（第二卷），外文出版社，2017 年，第 114 页。
[4] 《习近平谈治国理政》（第一卷），外文出版社，2014 年，第 142 页。
[5] 《习近平谈治国理政》（第二卷），外文出版社，2017 年，第 40 页。
[6] 《习近平谈治国理政》（第一卷），外文出版社，2014 年，第 105 页。
[7] 《习近平谈治国理政》（第一卷），外文出版社，2014 年，第 4 页。
[8] 《习近平谈治国理政》（第一卷），外文出版社，2014 年，第 27 页。
[9] 叶方兴、高国希：《治国理政的价值基础——学习习近平关于治国理政的相关论述》，《毛泽东邓小平理论研究》，2017 年第 6 期。

治无外乎是执政党实现自身的价值理想，满足广大人民群众利益需求的重要手段。依法治国作为基本方略，往往反映代表最广大人民群众的根本利益，这既是法治所要追求的价值目标，良法善治最终实现的价值理想，也是法治承载政治之善的重要体现。“要把体现人民利益、反映人民愿望、维护人民利益、增进人民福祉落实到依法治国的过程，使法律及其实施充分体现人民意志。”[10]同样，公民道德建设以及社会主义核心价值观建设也始终站在人民的立场，表达人民群众的需要，反映人民群众的利益。习近平总书记指出，“使社会主义核心价值观成为人们日常工作生活的基本遵循”，“使核心价值观的影响像空气一样无所不在、无时不有。”[11]

第三，领导干部在国家治理现代化过程中的关键地位。政治系统的运行离不开人的作用，中国传统政治文化和现实的政治运作都十分注重政治实践主体的作用。无论是从理想形态层面对“明君圣主”的追求，还是实践层面选拔治国贤能，都体现出这一点。相比较西方政治文化传统对制度规范的过度依赖，我国的国家治理现代化并不单纯拘泥于形式化的制度建设，也尤为强调政治实践主体的重要作用。习近平总书记特别强调干部队伍建设，指出“实现党的十八大确定的各项目标任务，关键在党，关键在人。关键在党，就要确保党在发展中国特色社会主义历史进程中始终成为坚实领导核心。关键在人，就要建设一支宏大的高素质干部队伍。”[12]法治建设与道德建设都十分强调主体的重要作用，特别要发挥领导干部在法治与德治中的关键作用。领导干部是治国理政的关键群体，应该成为遵法、学法、守法、用法的模范。“各级领导在推进依法治国方面肩负着重要责任，全面依法治国必须抓住领导干部这个‘关键少数’。领导干部要做遵法学法守法用法的模范，带动全党全国一起努力，在建设中国特色社会主义法治体系、建设社会主义法治国家上不断见到新成效。”[13]习近平总书记特别重视基层县委书记在法治建设中的作用，“依法治国的根基在基层。县委书记要做学法尊法守法用法的楷模，善于运用法治思维谋划县域治理。”[14]此外，领导干部也应该在道德建设领域发挥模范带头作用。“榜样的力量是无穷的，广大党员、干部必须带头学习和弘扬社会主义核心价值观，用自己的模范行为和高尚人格感召群众、带动群众。”[15]“领导干部要努力成为全社会的道德楷模，带头践行社会主义核心价值观，讲党性、重品行、做表率，带头注重家庭、家教、家风，保持共产党人的高尚品格和廉洁操守，以实际行动带动全社会崇德向善、遵法守法。”[16]强调干部队伍在法治与德治建设中的重要作用，体现了政治实践主体在国家治理中的重要地位，也展现中国政治文化传统与现实政治语境的独特性。

从根本上来说，法治和德治之所以能够放置在政治的框架之下，源于政治本身所具有

---

[10] 《习近平谈治国理政》（第二卷），外文出版社，2017 年，第 115 页。
[11] 《习近平谈治国理政》（第一卷），外文出版社，2014 年版，第 165 页。
[12] 《习近平谈治国理政》（第一卷），外文出版社，2014 年，第 411 页。
[13] 《习近平谈治国理政》（第二卷），外文出版社，2017 年，第 127 页。
[14] 《习近平谈治国理政》（第二卷），外文出版社，2017 年，第 148 页。
[15] 《习近平谈治国理政》（第一卷），外文出版社，2014 年，第 164 页。
[16] 《习近平谈治国理政》（第二卷），外文出版社，2017 年，第 135 页。

的价值蕴含，政治作为向善的实践事业，承载着人在共同体生活过上良善生活的价值之道。人们在共同生活所需要的价值原则和价值理想，往往会借助多重形式加以实现，这个过程涉及“价值体系的外化和内化”[17]，分别指向外在的制度规范(“法”)和内在的人格德性(“德”)，两者均为人在共同体过上良善生活的价值实现方式。由此进一步引申，法律与道德这两种不同的价值实现方式上升为法治与德治两种不同的社会治理和国家治理方式。可见，法治和德治构成政治之善得以实现的具体路径。从而政治本身构成了法治与德治得以展开不可或缺的“社会架构”。“我们从何处寻找法律的基础，我们对法律过程的理解，我们所给予法律的社会地位，都深刻地影响着政治共同体的形态和各种社会愿望的涉及范围。”[18]这样，作为政治实践两种不同的活动方式，法治与德治相互配合，服务于统一的政治目标，法治与德治结合也需要紧密结合现实的政治环境。当然，突出强调法治与德治结合的政治语境，并不是要以“政治意志”代替“法律意志”，破坏法治的独立性，也不是要将政治“全盘的伦理化”，而是要在把握中国社会特殊性的基础上，呈现法治、德治与政治之间的内在关联。进而，在把握法治与德治结合的时候，必然需要考量当代中国现实的政治生态，认识到当代中国国家治理现代化的主体、意志、实践活动方式等不可避免地要受到现实政治环境的影响，也正是这种影响体现出法治与德治结合的现实性、独特性。

二、历史语境：伦理型文化传统的持久浸润

当前中国的法治建设是一个不断“吐成纳新”的过程，不可避免地会遭遇自身的历史文化传统。中国悠久的历史文化传统不仅成为当代中国法治建设必须加以面对的文化背景，也是法治与德治在具体的结合过程中必然直面的重大问题。在长期的社会历史演进中，中国社会形成了稳固的伦理型文化传统，并在此基础上型构出相对稳定的国家治理模式，成为中国经济社会发展的思想文化根源。尽管西方社会发展乃至法治建设，也无法与道德完全脱节，或多或少地体现了道德的影响，但伦理型文化传统在中国社会所产生的持久、广泛、深远影响，却是其他社会不可比拟的，它也成为当代中国法治与德治结合遭遇的独特的历史文化语境。对法律制度建设来说，这种植根社会历史进程中的文化传统往往起着根本性的制约作用，特别是对中国社会来说，伦理型文化传统深刻地影响了当代中国的法治建设乃至全部制度建构。社会学在研究“政府行为”的时候，曾提出了“社会底蕴”的概念，认为正式的制度运作往往依赖于背后非正式的社会关系，这些隐匿或植根于背后的“非正式”、非制度性”的社会要素，如文化、伦理、价值观等，才是制度真正得以运转起来的原因。[19]

按照梁漱溟先生的说法，中国传统社会是一个伦理本位的社会。这一判断是对中国传统社会性质的根本指认，植根伦理型社会的伦理型文化正是当代中国法治建设所必须把握

[17] 杨国荣：《哲学的视域》，三联书店，2014 年，第 41 页。
[18] [美]诺内特，著 张志铭 译：《转变中的法律与社会》，中国政法大学出版社，2004 年，第 3 页。
[19] 周飞舟：《政府行为与中国社会发展——社会学的研究发现及范式演变》，《中国社会科学》，2019 年第 3 期。

的“社会底蕴”。伦理型社会以自然血亲关系为基本的组织原则，并以伦理的关系推导出整个政治关系与社会秩序。社会与国家是由家庭作为基本单元不断推广而成，家国同构、由家及国，伦理与政治等其他要素不分成为伦理型社会的根本特点。伦理型文化注重伦理规范的调节作用，强调人在社会治理中的重要地位。尤其是，父权力量或家长制在治理中扮演了颇为重要的角色。父权具有绝对的权威，在治理的过程当中按照严格的尊卑和等级观念进行“自上而下”的控制和管理，具有绝对的主导作用，其意志、想法、观念可以发生直接的效力。对父权的重视与“家天下”的社会组织结构密不可分。冯友兰曾指出，西方以城邦为中心来组成社会，而中国社会制度或许可以称之为“家邦”，以此表明“家”在中国社会组织中的基础性地位。“在中国的社会制度下，是通过家族来理解国家的。.....社会组织是按人生来的地位，等级式地形成的，在一个家庭里，父亲的权威天然地高于儿子的权威。”[20]尽管在传统文化“天人合一”的解释中，君主、家长的意志也要循着一定的价值规范，合乎“天道”、“人道”、“民心”等价值原则，但不可否认，家长制、父权制本质上属于人治，君王、家长的主观随意性比较大，这与现代法治的基本精神背道而驰。

伦理型文化传统强调道德在社会制度和国家治理中发挥着重要作用。道德不仅构成了人之为人的根本方式，也构成社会治理和国家治理的基本方式。在传统伦理型文化造就的“伦理政治”形态或伦理本位的社会结构之中，道德首要地为社会管理和国家治理提供方向性的指引。在儒家经典的“为政以德”命题中，“德”为“政”提供方向，保证政治实践合乎“仁”的价值规定性。在此，政治的价值意蕴往往通过伦理补足，政治实践的方向性往往以道德加以担保。从观念的确定、执政计划的拟定、具体的操作实施以及政治实践活动的评估等，完整的政治实践活动都离不开道德的作用。由此，政治实践活动并不是技术化、工具化的策略，而是渗透了政治活动的价值目标，需要相应的价值规范约束的伦理实践。伦理型文化传统深深地“嵌入到”政治活动的运作，进而，“政治”并非表现为西方近代社会以来所出现的价值无涉的权力运作过程，政治实践活动的每个环节、过程、要素都与道德发生着内在关联。传统政治形态也因此表现为“伦理政治”。此外，伦理型文化对道德的重视必然将政治实践活动指向人，强调政治实践主体的德性与能力。在中国传统社会，司法与行政不分，行政官员身兼数职，担负着立法、司法、执法等各项法律职能。官员自身的道德品质对法律实践常常起着决定作用。从这个角度看，伦理型文化传统下道德对政治的影响，又体现在注重人的内在品质和精神品格在政治实践的具体过程中的作用。

伦理型文化传统使中国传统社会的治理形式充满强烈的伦理色彩，道德渗透至社会管理与国家治理的具体过程，即便外在规范在具体治理中也会发挥作用，但也区别于西方现代社会将制度规范视为绝对化、抽象化的理性原则。制度规范也以体现特定的道德内涵为根本要件。儒家“礼”与“仁”的互动就可以看出，“礼”指向制度、规范、体制层面，而“仁”聚焦于人的内在的道德品质。一方面，儒家认为“克己复礼为仁”，外在的制度规范必须要落实为道德主体的内在德性才能真正为人们所把握；另一方面，“人而不仁如礼何”，如果

[20] 冯友兰：《中国哲学简史》，三联书店，2009 年，第 30 页。

没有“仁”的道德品质，“礼”作为制度规范也只是外在化的，很难算得上是真正的制度规范。可以，受伦理型文化的浸润，中国传统文化中的“制度”观念本身就具有鲜明的伦理属性，制度的构成及其运行无法摆脱其应有的伦理维度，这区别于西方法治建设中的制度观念。奠基于自由主义的西方法治文化，更多地偏执于制度的形式化、普遍化的维度，强调制度的普遍适用性，其内在的价值意蕴往往在现代社会“去道德化”的政治观念影响下，难以获得应有的重视。

可以说，伦理型文化传统既反映中国传统社会的历史文化特征，又构成当下中国社会开展法治建设的“文化底色”。尽管在中国社会的现代化进程中，传统伦理色彩不断淡化，但不可否认的是，经由伦理型文化背景塑造出的中国人独有的行动逻辑与价值观念会从根本上影响甚至制约着当代中国的法治建设。“以德治国”之所以能够进入到“依法治国”进程中，法治与德治结合命题的提出与受伦理型文化传统浸润形成的“社会底蕴”密不可分。

在此，我们需要认真对待伦理型文化传统之于当代中国法治建设的重大意义。一方面，如果漠视伦理型文化传统，当代中国法治与德治结合将难以扎根于中国大地，落地生根，法治也难以真正进入人们的内心之中，成为人们的信仰；另一方面，如果过分夸大伦理型文化传统，无视中国现代性展开中不断遭遇“伦理解体”的事实，也会在根本上制约中国社会步入现代法治进程。毕竟，法治是现代国家治理的基本方略，是人类步入现代文明最基本的标志。所以，把握法治与德治关系的合理态度应当是尊重中国社会的伦理型文化传统，将其中合理的、普遍性的元素纳入当代中国法治建设的进程中。毋容置疑，伦理型文化之所以延续至今，在于它从根本上塑造了中国人的行为模式与独特的价值体系，其中必然包含了普遍性的、合理的价值元素，这些价值元素既具有历史合理性，也值得当代中国法治建设遭遇的内核性要素，这一点区别于西方的法治演变历程。西方社会的法治建设在商业文明的推动下一开始就使个人摆脱血缘关系的“羁绊”，挣脱了伦理束缚，以独立的、契约式的个人作为单位，形成现代法治模式。但中国社会即便发展到现代，情况依旧没有根本性的改观。改革开放四十多年来，中国社会现代化建设取得了突飞猛进的进展。但是市场经济的充分发展，并没有让中国社会走向西方社会抽象个体化的境遇。相反，在前现代、现代、后现代相互交织的复杂社会格局下，关系式个人仍旧发挥着重要的作用，伦理观念对政治发展与法治建设依旧发挥重要的影响。

事实上，法治与德治结合命题的提出本身就是对伦理型文化传统的珍视与重新开掘。当代西方法学家伯尔曼在《法律与宗教》中提出的“法律信仰”命题，用以表明西方文明建设离不开宗教文化背景，相比较而言，中国社会发育法治必须得考量伦理型文化背景，法治与德治结合也正是当代中国法治建设考量伦理型文化的特殊性的重要体现。这就是说，如果不考虑伦理型文化传统这一社会历史语境，当代中国法治建设无疑很难实现。伦理型文化传统的意义在于，它摆脱了“就法律谈法律”，而是“就伦理谈法律”，揭示中国语境下法治与德治关系的内在亲缘性。可以说，“就伦理谈法律”契合中国传统社会的伦理型文化传统，在法治建设过程中，有助于把握当下中国社会所呈现出来伦理惯性，汲取那些对现

代国家治理有积极作用的合理的道德元素。

三、社会语境：中国特色社会主义进入新时代

作为价值实现的两种形式，法治和德治均体现并落实到现实的社会情境之中。从本源上来说，法治、德治在构成社会系统重要组成部分，深受社会系统影响的同时，又为社会系统的良性运行与有序发展提供保证。现实的社会语境既成为法治、伦理建设的“前见”，又对法治与德治的有效结合起着制约乃至决定作用。实际上，法治与德治结合命题的提出植根于当代中国社会立足的现实的社会背景。这个现实的社会背景就是当代中国社会所处的现代性发展阶段。对于处于现代社会的当代中国来说，国家治理现代化一定意义上就是一个吸纳现代性特质的社会发展过程，其中就包括必然要走向法治。现代文明是理性化的文明形态，无论是主体还是运作形式都体现出文明化的特征，逐渐走向一种成熟的、理性的国家治理方式。法治不仅是现代文明必然选择，也成为治国理政的基本方式。“良法善治”成为国家治理现代化的价值追求，这其中，“善治”本身就包含“法治”这一重要的价值元素。

从当代中国所处的社会历史方位来看，社会现代化是人类文明的必经阶段和必然选择，当代中国社会正处于由传统文明形态向现代文明形态转换的“大转型”时期。在马克思看来，这是从“人的依赖”向“物的依赖”转变的社会发展阶段，反映了人类社会发展的普遍规律。但与此同时，现代性之路本身就是多重化的，与西方单一的现代性不同，中国的现代性体现出高度的复杂性。进而，中国社会的现代性在具体发展过程中又呈现与众不同的独特逻辑。比如，相比较西方现代性，中国社会的现代性并不是一种自发的、内生性的现代性。中国社会的现代性探索之路，也曾一度出现中断，在上个世纪很长一段时间因革命的中断，导致了中国社会发展的主题发生了偏移。自 1978 年改革开放以来，中国社会现代性得以接续，并以强大的速度和广泛性加以推进。中国社会现代性的实践范围，它以几十年的速度走完了西方数百年的工业化经历，实现了社会生活的整体性变革。这样，中国特色社会主义建设体现为一项立体式、全方位、多领域的系统工程。由此，也使得中国社会出现有别于西方“国家—社会”二分的社会结构，而是一种现代性、现代性、后现代相互交织的复杂社会系统。

党的十九大报告做出了“中国特色社会主义进入了新时代”的重大论断。“新时代”既是对当代中国社会时空方位的精准判定，又是对中国社会发展特点的准确刻画。当代中国社会并不是单一化、同质性的，而是复杂化、多元交织的社会形态。整个社会表现为一个复杂交错、不平衡的复杂巨系统。这种“复杂性”常常体现在：既有前现代社会农业生产方式、熟人交往、伦理本位等要素，又有以工业化、城市化和市场经济作为主导的现代性特征，同时还存在个性化、审美化、碎片化等后现代特征。具体地看，可以从如下几个角度进一步分殊：

（1）在“传统”与“现代”的关系问题上，当代中国社会正处于“传统”向“现代”转型过程，两者处于并存之中。传统和现代在当下中国并非二元对立，而是相互交错，现代性成为主

导性的发展趋向，但传统依旧被继承和守望。特别是，“传统”之于“现代”的影响，更多地体现于深层次的价值观念层面，构成社会现代化进程中需要加以珍视和继承的合理元素。从这个意义上说，传统恰恰成为中国特色社会主义现代化建设不可或缺的内生性力量。

（2）在“国家”与“社会”的关系问题上，当代中国社会并不像西方社会出现了与国家相对独立的广泛、自主的社会领域，并出现“国家—社会”二元对立的社会结构。随着市场经济的充分发育，社会的自主性虽然不断增强，但国家的主导性与社会的自主性往往协同并进。从根源上来看，“国家—社会”二分常常是西方文明演化过程中出现的分析框架。而中国现代性语境下的“国家—社会”关系，显然区别于西方“弱国家—强社会”的社会结构。

（3）在“个体”与“社会”的关系问题上，当代中国社会并没有分离出原子化的个人，社会交往依旧具有强烈的关系属性。诚如有学者揭示得那样，“迄今为止的中国社会乃是区别于‘市民社会’的‘伦理社会’，而且其现代变迁并不趋向于造就原子个人一途，因而并不归结为与政治国家相分离的市民社会。在此意义上可以说，不存在原子个人乃是理解中国社会的钥匙，而中国社会转型的可能性正在于它成为市民社会的不可能性。”[21]人是社会关系的存在物，“关系”理念一直为中国文化所坚执，一直延续至今，对人们的日常生活产生重要影响。可以说，当代中国社会现代化过程中并没有出现西方社会的原子化、个体化的状况。这也使得转型中国的“复杂现代性社会”呈现出双重效应：一方面，市场经济的发展，民主法律意识的增强，使得个体观念不断得以强调；另一方面，关系本位、伦理本位依旧对人们的社会生活产生重要的影响。

当下中国社会所具有的“复杂现代性”特征，意味着社会治理和国家治理往往无法采用单一化的形式。西方法治文明的背后存在多重社会语境预设：“国家—社会”二分、原子化、契约式的个人、切断伦理性等等。这些社会语境显然有别于当代中国社会的全新特征。中国特色社会主义的新时代社会语境为法治与德治结合提供了可能性。首先，在现代社会的各个领域中，制度与生活（即哈贝马斯意义上的系统与生活世界）相互交织。长期的现代性发育，使中国社会逐渐形成了一套科层化、理性化的制度体系，这也是现代文明必然带来的重大成果。除此之外，社会系统中依旧存在广阔的日常生活空间，这一“领地”常常具有日常化、生活化的特点。对之展开治理，单一的制度规范常常难以奏效，而调动习俗、伦理、日常习惯等规范体系则更能发挥更好的效果。其次，当代中国社会不同于西方的“陌生人社会”，它往往是熟人和陌生人相互交织的状态，这也使得在治理的过程中，单一的法律规则往往难以奏效。实际上，尽管现代社会出现了开放的公共领域，社会关系的陌生人化随之成为现代社会的突出特征。但不可否认的是，熟人之间的事务仍旧大量存在，而且由于伦理文化的惯性作用，大量“陌生人关系”都被转化为“熟人关系”，且都运用熟人的交往方式加以解决。这些都为伦理道德的介入预留了空间。

如前所述，中国社会以伦理为本位，伦理构成社会的组织原则。尽管在现代性的语境

[21] 吴晓明：《从社会现实的观点把握中国社会的性质与变迁》，《哲学研究》，2017 年第 12 期。

下，领域分离、社会分工、人员流动是社会发展的必然现象，但对中国社会来说，这种形成社会的决定性机制并没有受到根本影响。伦理关系在现代社会可能会退隐至“后台”，但绝没有根本消失。况且，市场经济的充分发展也并没有让人们挣脱了伦理的“羁绊”，纯粹原子化的个人，机械式的社会关系在当下的中国社会并不存在。相反，人们在政治经济社会文化生活等不同的生活领域当中，都或多多少地“窥见”到道德的巨大影响，道德也使得这些领域呈现出中国独有的形态。虽然合理性还可以进一步考量，但毋容置疑的是，从形态上来看，它的确赋予中国社会特殊的呈现形式。可以说，当代中国社会的复杂性根本上规约了当代中国国家治理应当采取多元化的治理形式，成为法治与德治结合的社会语境。

四、文化语境：价值观建设与治理实践的同步性

从价值论的角度看，“道德和法律都是社会的价值形态，都是社会价值的一种体现。.....是社会价值取向的展现方式，表征着这个社会占主导地位的意志需要和意义追求”[22]，在此基础上，德治与法治可以视为两种不同的价值实现方式。

一般来说，对“治理”的理解，可以有形式和实质双重维度：从形式上看，“治理”表现为一整套的技术、规范、管理、组织形式，而从实质层面看，主要指向治理实践活动所内蕴的价值理想和价值原则。无论是“法治”，还是“德治”，均旨在将政治之善——即人在政治共同体生活所需要的合理需求——有效的表达和实现的现实过程。事实上，“法治”与“德治”之所以“能够治”，就在于二者所体现的价值内涵，二者承载并现实一定社会发展阶段人们的现实需求。人们在现实生活中的合理需要往往会通过各种“治理”形式加以表达，治理的形式往往表现为价值的实现方式，进而，价值观建设与各种不同的治理形式之间呈现出有效融合、相互支撑的关系。

从根本上说，价值观建设是国家治理的重要组成部分，在国家治理的各项事务中思想文化建设无疑处于根基性的地位，而思想文化建设的根本是价值观建设。在此，一方面，价值观建设与法治和德治均属于国家治理的范畴，法治和德治则是价值观建设的实现方式；另一方面，价值观建设、法治和德治又呈现出彼此的互动性。价值观建设的核心是要确定社会的价值共识，凝练社会的核心价值观，并将其纳入到国家治理的各种实践活动之中。从这个角度来看，法治与德治结合无法脱离当代中国价值观建设的基本状况。这就要求，法治与德治结合研究立足于当代中国价值观建设的基本现状，把握价值观建设与法治、德治之间的内在联系，寻找出三者在中国语境下的独特性。

可以说，价值观建设在国家治理中具有根本性的地位。价值观建设的关键旨在形成人们都能认同的价值体系，为国家的治理、政治生活的各项活动提供稳定前提。“社会价值观建设作为社会治理的重要内容，事关社会秩序的和谐和国家政权的稳定，如何建立一种既能得到全社会共同认同又能有效整合社会秩序的主导性社会价值观成为社会价值观建设

[22] 高国希：《作为社会价值形态的道德与法律》，华东师范大学学报（ 哲学社会科学版）， 2019 （6）：15-22

的重要方向。”[23]与此同时，价值观建设也为社会管理和国家治理确定根本性的价值原则，为各种形式的治理活动提供方向性指引。

价值观建设也是当代中国现代性社会发展必须完成的重要任务。建构具备现代性精神的价值体系，推进社会主义核心价值体系建设既是国家治理现代化得以展开的价值基础，也是国家治理现代化要完成的重要任务。如前所述，当代中国社会的现代性突出地表现为多重社会要素交错在一起，社会呈现出“多质地”的复杂形态。与此社会形态相适应，价值观领域也呈现为多重要素杂糅的多元化局面，如何在转型社会期获得价值共识，培育核心价值观，仍旧成为当代中国意识形态建设的重要任务。这其中，社会主义价值观建设是凝精聚神，塑造社会秩序、传承文化自信、塑造政治认同的重要方式，是当代中国现代国家治理的价值根基。习近平总书记强调，“培育和弘扬社会主义核心价值观，有效整合社会意识，是社会系统得以正常运转、社会秩序得以有效维护的重要路径，也是国家治理体系和治理能力的重要方面。”[24]社会主义核心价值观表现为一个系统化、层次化的结构，涉及到国家、社会、个人等各个层面，又充分吸收中华优秀传统文化的价值内涵，反映当前各种社会群体共同的价值要求，是当代中国社会的价值共识。

可以说，价值观建设成为当代中国法治与德治结合的思想文化语境，对社会主义核心价值观的指认，也使得法治与德治结合具备了中国独有的呈现形态。社会主义核心价值观够不仅成为法治、德治的“内核”，也是法治与德治之所以结合的基础。社会主义核心价值观被赋予“德”的地位，“核心价值观，其实就是一种德，既是个人的德，也是一种大德，就是国家的德、社会德。”[25]“要深入实施公民道德建设工程.....引导广大人民群众自觉践行社会主义核心价值观。”[26]可以说，当代中国道德建设的最大的任务，就是社会主义核心价值观的培育与践行，从而“德治”在某种意义上也表现为以社会主义核心价值观引导广大社会成员。

与此同时，社会主义核心价值观也是“良法善治”得以生成的根本要件。2018 年 5 月，中共中央印发了《社会主义核心价值观融入法治建设立法修法规划》，该文件强调要着力把社会主义核心价值观融入法律法规的立改废释全过程，推动社会主义核心价值观全面融入中国特色社会主义法律体系。法治建设应该积极贯彻社会主义核心价值观，价值观建设为法治建设提供的“灵魂”。“在推进依法治国过程中，必须大力弘扬社会主义核心价值观”[27]，“把社会主义核心价值观贯穿其中，使社会主义法治成为良法善治。”[28]因而，法治建设离不开社会主义核心价值观的支撑和滋养，大力推进社会主义核心价值观建设也必然借助法律的手段。加强社会主义核心价值观制度化建构，“要用法律来推动核心价值观建设”[29]，

[23] 王处辉、梁官宵：《主导性社会价值观建设路径探析——以社会价值观三形态学说为基础》，《江海学刊》2019 年第 4 期。
[24] 《习近平谈治国理政》（第一卷），外文出版社，2014 年，第 163 页。
[25] 《习近平谈治国理政》（第一卷），外文出版社，2014 年，第 168 页。
[26] 《习近平谈治国理政》（第二卷），外文出版社，2017 年，第 135 页。
[27] 《习近平谈治国理政》（第二卷），外文出版社，2017 年，第 117 页。
[28] 《习近平谈治国理政》（第二卷），外文出版社，2017 年，第 134 页。
[29] 《习近平谈治国理政》（第一卷），外文出版社，2014 年，第 165 页。

也从一个方面反映了价值观建设与法治建设的内在关联。

可以看出，价值观建设、法治建设、德治建设三者往往呈现为相互融合的状态。一般来说，西方社会的法治建设循着价值观建设——法律制度体系与公共政策体系——公民美德塑造的“线性式轨迹”，即启蒙运动确立了资产阶级追求的自由、平等、权利、法治等价值共识，随之制定法治所需要的制度规范体系，并构建公共政策体系进一步落实，随着制度运行出现惰性或困境，培育法治建设所需要的公民美德在当代“呼之欲出”。而中国社会在快速发展的现代化进程中，“复杂现代性”特征日趋明显，使得当下的中国社会面临的国家治理、价值观建设和法治、德治建设相互关联、齐头并进、协同建设的复杂局面。由此也决定了中国社会的法治建设不同于西方社会法治建设的“线性式轨迹”，而是呈现出与“复杂现代性社会”相一致的“复线式轨迹”。这样，法治与德治结合无法脱离价值观建设这一根源性的主题，社会核心价值观建设、法治与德治在国家治理现代化进程中相互影响、相互作用，进而成为当前法治与德治结合必须加以考量的思想语境。

共和国 70 周年：从政策优位到依法治国

胡长兵[1]

【摘　要】 新中国 70 年，党对国家的领导方略经历了从政策主导到依法治国的基本变迁。建国初期，立法初兴但党的政策效用优先；1957-1976 年的反右至文革中，法制逐渐停滞荒芜，政策独占治政的舞台；自改革开放起，法律走向繁盛，政策则通过立法的形式呈现法制化；新千年之后，依法治国旗帜高举，政策进一步被纳入严格的法治轨道。

【关键词】中国共产党；政策；依法治国；法治

1949 年 10 月 1 日，新中国建立，中国共产党成为执政党。70 年间的治国理政，随着指导思想的曲折发展，历经了从政策主导到依法治国的基础性转换。

政策、法律，都是党的领导的重要方式，然在历史进程里，两者的功能与意义定位不一、各有侧重：政策是党在革命与政权初创时期最紧要的政治工具，法治为社会主义建设阶段国家治理的基本方略。关于前一点，彭真曾作过生动的记叙，“在战争时期，党也好，军队也好，群众也好，注意的是党的政策。一件事情来了，老百姓总是问，这是不是党的政策？毛泽东同志在党的七大开会期间，对各地的同志讲过，中央给你们的就是政策。”究其根由，“当时，农村根据地长期被敌分割，交通不便，党中央给各地的，概括起来可以说就是政策……那时，只能靠政策。当然，我们根据地的政权也有一些法，但有限，也很简单。”[2]对后者，党的十五大提出“依法治国”基本方略，十八大更要求全面推进依法治国，明确“法治是治国理政的基本方式”。

可是，建国后很长的一段时间中，政策和法律的彼此关系未能获得正确的认知，社会主义事业蒙受了严重的损失。今日的法治中国来之不易，前事不忘，后事之师。

一、共和国初期立法的初兴与政策的优位

1949 年 2 月，新民主主义革命即将成功之际，中国共产党发布《关于废除国民党的六法全书与确定解放区的司法原则的指示》，彻底终结了旧法统的存在。它同时命令，“人民的司法工作……应该以人民的新的法律作依据……目前在人民的法律还不完备的情况下，[各解放区]司法机关……从新民主主义的政策”。

9 月，中国人民政治协商会议制订《共同纲领》，通过立宪性法令的形式把党在新民主主义时期的各项基本政策明文固定，其中经济、文化教育、民族、外交四个领域均列专章记载，如第 4 章名“经济政策”。该法第 17 条还重申了上述《指示》的精神：“废除国民党反动政府一切压迫人民的法律、法令和司法制度，制定保护人民的法律、法令，建立人民

[1] 作者简介：胡长兵，博士，贵州社科院副研究员。

2 彭真：《论新中国的政法工作》，中央文献出版社 1992 年版，第 361 页。

司法制度。”

10 月，全国性人民政权组建后，根据《共同纲领》，新人民法制建设迅即启动。这一期间里，全国人大（含人民政协会议、中央人民政府委员会 2 家过渡性最高权力机关）的立法情况，可见下表。

性质	名称
宪法	宪法、选举法、全国人大组织法、中央人民政府组织法、国务院组织法、地方各级人大与地方各级人民委员会组织法、人民法院组织法、人民检察院组织法、民族区域自治实施纲要
行政法	土地改革法、工会法、人民警察条例、治安管理处罚条例
民法	婚姻法
刑法	惩治反革命条例、惩治贪污条例
诉讼法	逮捕拘留条例
经济法	农业生产合作社示范章程、高级农业生产合作社示范章程、文化娱乐税条例

表 I：1949-1957 年，全国人大主要立法一览

国务院也颁行了一批经济、行政等领域的重要法规，例如全国税政实施要则、私营企业暂行条例、公私合营工业企业暂行条例、劳动保险条例、人民调解委员会暂行条例、国家征用土地办法、国家行政机关工作人员的奖惩暂行规定、关于劳动教养问题的决定等。

这些宪法、法律和行政法规，对组织政权机构、维护社会秩序和保障经济建设等发挥了积极作用。

但其时法律的功用显非决定性的。除去经验匮乏、时间短促而致法规数量过少、无从倚重之因素，本质上，鉴于此一政权初建的特殊时段，诸如肃反、改造资本主义工商业、农业手工业集体化等关乎人民民主专政的巩固、新经济体系的构建之类的急迫关键事项，处理这些重大问题，党的政策才是首位的，它直接地、强力地号召和引领着种种急风暴雨式的阶级专政措施，譬如大规模的群众运动等。

“革命的群众运动是不完全依靠法律的”“它主要是依靠群众的直接行动”。董必武曾解说，“比如土地改革，仅仅靠中央人民政府发布一个法律而不动员人民群众是不行的，必须发动群众，让群众来参加，问题才能解决得比较彻底。镇压反革命更不待言，比如北京的天桥有五霸天，如果不是把群众发动起来，我们是没有办法打倒他们的。”[3]

毛泽东谈及肃反问题时，已经注意到法律的约束性，但他表示，“肃反要坚持，有反必肃。法制要遵守。按照法律办事，不等于束手束脚。有反不肃，束手束脚，是不对的。要按照法律放手放脚。”举例来说，反革命分子因身处体制内外得需区别处置，“社会上的反革命因为是老百姓的直接冤头，老百姓恨透了，所以少数人还是要杀。”“而机关里的反革

3 董必武：《论社会主义民主和法制》，人民出版社 1980 年版，第 135，151，79 页。

命跟人民隔得远些，他们有普遍的冤头，但是直接的冤头不多。”据此，“机关、学校、部队里面清查反革命，要坚持……一个不杀，大部不捉[的原则]。”另外，查处采用行政手段，不归司法管辖，即“真凭实据的反革命，由机关清查，但是公安局不捉，检察机关不起诉，法院也不审判。”进一步地，毛泽东点明了这种政治斗争中策略灵活的必要性：“但是，要不要立条法律，讲机关里的反革命一个不杀呢？这是我们的内部政策，不用宣布，实际上尽量做到就是了。”[4]

二、反右至文革（1957-1976）：法制的停滞荒废与政策的独尊

随着“一五”计划的即将完成，农业、手工业和资本主义工商业三大改造的预期收结，1956 年 9 月，党的八大《关于政治报告的决议》宣告，变革旧时遗留的私有制的社会主义革命圆满结束，社会主义制度基本建立，现今及未来一段时间，社会主要矛盾“已经是人民对于经济文化迅速发展的需要同当前经济文化不能满足人民需要的状况之间的矛盾”，因此，“国家的主要任务已经由解放生产力变为保护和发展生产力，我们必须进一步加强人民民主的法制，巩固社会主义建设的秩序。国家必须根据需要，逐步地系统地制定完备的法律。”

不过，八大的正确路线之后未能贯彻坚持。这缘起于当时国际局势的若干突发变故。1956 年 6 月，波兰多地爆发罢工与集会示威，诉求经济改革；10 月，匈牙利又现请愿政治自由化的大规模游行抗议。此二起事件是冷战时期社会主义阵营中发生的第一次社会大骚乱。

波匈事件给了中国共产党极大的震动，视之为图谋颠覆社会主义的敌对行动。依照毛泽东的分析，“东欧一些国家的基本问题是阶级斗争没有搞好，那么多反革命没有搞掉……现在呢，自食其果，烧到自己头上来了。”[5]教训于前，阶级斗争之弦重新绷紧起来。

另一方面，适逢此前不久即 1956 年 4 月，中央刚刚倡议科学文化领域的“百家争鸣、百花齐放”方针，知识分子阶层比较活跃，对党的工作中的一些缺点和错误提出了许多的批评和建议。应当说，这些言论绝大部分都是善意的，属于正常的舆论监督。

可源于以上突变情势的影响，人们的进言举动终被曲解作反党的征兆。1957 年 6 月，毛泽东为中共中央起草党内指示《组织力量反击右派分子的猖狂进攻》，警告“有出‘匈牙利事件’的某些危险”，“反右”运动拉开帷幕。

再数月，党的领导层的思想越趋极端，严重“左倾”化，上述的八大方针也被正式废弃。当年 10 月，毛泽东在八届三中全会的讲话中定性，“‘八大’决议上有那么一段，讲主要矛盾是先进的社会主义制度同落后的社会生产力之间的矛盾。这种提法是不对的。”形势判断全盘倒回八大以前，“无产阶级和资产阶级的矛盾，社会主义道路和资本主义道路的矛盾，毫无疑问，这是当前我国社会的主要矛盾。”[6]又几年，1962 年 9 月的八届十中全会上，毛泽东进一步断言：在整个社会主义历史阶段，资产阶级都将存在和妄图复辟，并成为党内

4 毛泽东：《毛泽东选集》（第 5 卷），人民出版社 1977 年版，第 359，282，283 页。
5 毛泽东：《毛泽东年谱（1949-1976）》（第 3 卷），中央文献出版社 2013 年版，第 34 页。
6 毛泽东：《毛泽东选集》（第 5 卷），人民出版社 1977 年版，第 432，475 页。

修正主义的根源。[7]

原本按照八大的精神，法制在国家管理中将愈益凸显，接替政策而升任中心角色。在刘少奇代表中共中央向大会所作的政治报告里，对此进行了清晰的论说，“在革命战争时期和全国解放初期……建立革命的秩序，只能根据党和人民政府的政策，规定一些临时的纲领性的法律……斗争的主要方法是人民群众的直接行动……现在，革命的暴风雨时期已经过去了，新的生产关系已经建立起来，斗争的任务已经变为保护社会生产力的顺利发展，因此，斗争的方法也就必须跟着改变，完备的法制就是完全必要的了。”[8]

随着政治风向的退转，法律的地位也骤然跌落下来。

首先，在政治决策层，法律的效能被轻视贬抑。1958 年 8 月，在北戴河召开的全国协作区主任会议上，毛泽东谈到，“法律这个东西没有也不行，但我们有我们这一套……不能靠法律治多数人，多数人要靠养成习惯……民法刑法那样多条条，谁记得了？宪法是我参加制定的，我也记不得。韩非子是讲法治的，后来儒家是讲人治的……治安条例也靠成了习惯才能遵守，成为社会舆论，都自觉了，就可以到共产主义了。我们各种规章制度，大多数，百分九十是司、局搞的，我们基本不靠那些，主要靠决议，开会，一年搞四次，不靠民法刑法来维持秩序。”[9]

其次，学术界对政策和法的辩证关系作了极度偏颇的诠释，政策概念被无限拔高，失去了任何可能的制约。

这里复述一下文章起始处的论点。一般而言，政策与法律都是党的意志的反映、党的领导的实现方式，二者的范畴区分在于，倘若政策的第一性在革命年代有着时代合理性，法律因其普遍、明确和稳定的特征而为国家建设时期的主流和主角，同样是逻辑的必然。但学者们这时仍旧偏执于政策超越法律的绝对性：“法律必须服从政策”，亦即“没有法律规定的当然要从政策，就是有法律规定的也要服从党的政策……如果借口‘依法办事’而不服从政策，就是天大的错误。”[10]人们宣称，“要求政策服从法律本是资产阶级骗人的东西”，[11]是必须严厉批判的反动右派论调。

进而，人们主张，“一切国家机关必须按照党的指示办事……各级党委直接向各有关国家机关下指示，各国家机关在接到指示后必须遵照执行”。[12]学者们论辩道，“有人说我们这是‘党政不分’。我看我们就是应该要这样的不分。因为我们的国家就是共产党领导的国家，试想，党政怎么能分家呢？如果硬要党政分家，那除非不要党的领导，要共产党‘下台’，此外，别无其他办法可使党政分家。”[13]其时，长期担任党的高级领导职务的王稼祥也撰文表达了相同的看法：坚持党对社会主义建设的领导，“党政是应当不分的。如果党政分家，

7 毛泽东：《建国以来毛泽东文稿》（第 10 册），中央文献出版社 1996 年版，第 196 页。
8 刘少奇：《刘少奇选集》（下卷），人民出版社 1985 年版，第 253 页。
9 新湖大革命造反临时委员会宣传部编：《战无不胜的毛泽东思想万岁》（第 3 册），贵州数字图书馆馆藏，第 179~180 页。也可参见，丛进：《曲折发展的岁月——1949~1989 年的中国（2）》，河南人民出版社 1990 年版，第 65 页。
10 高呈祥：“适用法律必须服从党的政策”，《法学》1958 年第 8 期，第 49 页。
11 光博：“法律必须服从党的政策”，《法学》1958 年第 5 期，第 56 页。
12 光博：“法律必须服从党的政策”，《法学》1958 年第 5 期，第 55 页。
13 高呈祥：“适用法律必须服从党的政策”，《法学》1958 年第 8 期，第 47 页。

使政府脱离共产党的镇导，是完全错误的。”[14]

实践中，这种种态度、观念的外在表现便是，党对整个国家和社会生活的“一元化”领导日益加剧，一切凭政治挂帅。30 年后，全国人大常委会办公厅编写的一部志书类著作曾对此情景予以了概要的描述，“1957 年以后，随着‘左’倾错误的发展，阶级斗争扩大化、绝对化的错误蔓延……强化了党和国家领导制度上的高度集权……在这种情况下……从国家重大问题的决策到各地方、各部门具体工作的布置、贯彻、执行、检查，都由各级党的组织直接去办，国家政权机关往往被搁在一边。例如，大跃进和人民公社的决定、执行都是由党组织直接进行的，个别时候甚至连钢铁生产也由中央书记处调度指挥。”[15]

总体上，诸般情形合流的结果即是法制发展的削弱和停滞。立法方面，刑法、民法、刑事民事诉讼法等的起草工作停顿下来。比如刑法草案，本来到 1957 年已精心修改第 22 稿，且经中央书记处讨论，决定提请第一届全国人大第四次会议征求意见，现今却无限期搁置推延。据统计，二届全国人大（1959-1964）和三届全国人大（1964-1975）两届任期内，除了通过 10 余项有关法律问题的决议和修改军官服役条例外，全国人大及其常委会没有制定一项法律。[16]

机构方面，1959 年 4 月，二届人大一次会议以“没有单独设置之必要”之理由，裁撤了司法部、监察部。6 月，国务院调整直属机关，取消了法制局。不久，地方各级司法、监察和政府法制部门相继撤销。

1960-1965 年，期间法制建设随总体政治形势的短暂恢复和调整而稍有起色，但无实质性变化。

再往后，1966 年 8 月，党的八届十一中全会通过《关于无产阶级文化大革命的决定》，法律虚无主义达至顶峰。

三、改革开放：法律的繁荣与政策的法制化

1978 年 12 月，十一届三中全会拨乱反正，全党的工作重心终于摆脱“以阶级斗争为纲”的错误指向，返转到以经济建设为中心的社会主义现代化道路。考虑到先前的历史教益，为了有效保障现代化事业的顺利运行，会议决定加强法制建设，“做到有法可依，有法必依，执法必严，违法必究。”

1981 年 6 月，十一届六中全会《关于建国以来若干历史问题的决议》进一步明确指出，从“反右”扩大化的严重左倾偏差，再后演变至“难于防止和制止‘文化大革命’的发动和发展”，这些事件得以接续现身和助长升级的一项关键条件是：“没有能把党内民主和国家政治社会生活的民主加以制度化，法律化，或者虽然制定了法律，却没有应有的权威。”鉴此，必须“完善国家的宪法和法律并使之成为任何人都必须严格遵守的不可侵犯的力量”，强调“党的各级组织同其他社会组织一样，都必须在宪法和法律的范围内活动。”

---

14 王稼祥：“驳斥现代修正主义反动的国家论”，《红旗》1958 年第 2 期，第 14 页。
15 全国人大常委会办公厅研究室编：《人民代表大会制度建设四十年》，中国民主法制出版社 1991 年版，第 101 页。
16 全国人大常委会办公厅研究室编：《中华人民共和国人民代表大会文献资料汇编（1949-1990）》，中国民主法制出版社 1991 年版，第 941-945 页。

上论问题的要点，邓小平也作了直白的例举说明，“必须使民主制度化、法律化，使这种制度和法律不因领导人的改变而改变，不因领导人的看法和注意力的改变而改变。”某些个别的特权想法固然有害，也难以根除，但“组织制度、工作制度方面的问题更重要。这些方面的制度好可以使坏人无法任意横行，制度不好可以使好人无法充分做好事，甚至会走向反面……斯大林严重破坏社会主义法制，毛泽东同志就说过，这样的事件在英、法、美这样的西方国家不可能发生……不是说个人没有责任，而是说领导制度、组织制度问题更带有根本性、全局性、稳定性和长期性。”[17]

自此，法制发展迈入快速高产的新征程。其中，除了宪法的全面重订，刑法典、民法通则以及刑事民事行政三大诉讼法等主干法律的陆续颁行，尤以众多的助推生产力进步的各种经济法规最为显著。

届别	任期	立法数	备注
五届全国人大及其常委会	1978-1982	23 件。主要法规：宪法、刑法、刑事诉讼法、民事诉讼法、中外合资经营企业法	经济类法律 12 件
六届全国人大及其常委会	1983-1987	37 件。主要法规：民法通则、经济合同法	经济类法律 22 件，对外开放类法律 10 件
七届全国人大及其常委会	1988-1992	59 件。主要法规：行政诉讼法、全民所有制工业企业法、外商投资企业和外国企业所得税法	经济类法律 21 件
八届全国人大及其常委会	1993-1997	85 件。主要法规：公司法、商业银行法、劳动法	经济类法律约 25 件

表 2：1978-1997 年，全国人大立法概况

法制的高扬中，党政、政策与法等关系也得到相应的观念厘清。邓小平指出，“在中国这样的大国，要把几亿人口的思想和力量统一起来建设社会主义……没有这样一个党的统一领导，是不可能设想的”。为了坚持党的领导，必须改善党的领导，“不允许权力过分集中……今后凡属政府职权范围内的工作，都由国务院和地方各级政府讨论、决定和发布文件，不再由党中央和地方各级党委发指示、作决定。政府工作当然是在党的政治领导下进行的，政府工作加强了，党的领导也加强了。”[18]过后，他再次表示，“要通过改革，处理好法治和人治的关系，处理好党和政府的关系。党的领导是不能动摇的，但党要善于领导，党政需要分开”。[19]

党的政策和国家法律的关系方面，彭真指出，“我们不仅有党，还有国家。党和国家要做的事……那就不仅有党[的形式]，还有国家的形式。党的政策要经过国家的形式而成为国家的政策，并且要把在实践中证明是正确的政策用法律的形式固定下来。”换言之，政策应当法制化，“凡是关系国家和人民的大事，光是党内作出决定也不行，还要同人民商量，要通过国家的形式。”彭真总结说，根底上“党的领导与依法办事是一致的、统一的。党领导人民制定宪法和法律，党也领导人民遵守、执行宪法和法律。党章明确规定，党的组织和党

17 邓小平：《邓小平文选》（第 2 卷），人民出版社 1994 年版，第 146，333 页。
18 邓小平：《邓小平文选》（第 2 卷），人民出版社 1994 年版，第 341，339 页。
19 邓小平：《邓小平文选》（第 3 卷），人民出版社 1993 年版，第 177 页。

员要在宪法和法律的范围内活动。这句话是经过痛苦的十年内乱，才写出来的。”[20]

最后应予提及的是，尽管法制受到高度重视，在某些社会管理的特殊场合，其力量仍显薄弱。更复杂的，则是经济改革的不断求新和法律相对守序之间的两难处境。

其一，对严重刑事犯罪的运动式打击。1980 年代初，国门渐开，经济转活，社会管控变松，一时人心浮动，经济犯罪多发，治安状况也一度恶化，暴力犯罪大幅增加。尤其针对后者，邓小平提议，“为什么不可以组织一次、二次、三次严厉打击刑事犯罪活动的战役？每个大、中城市，都要在三年内组织几次战役……我们说过不搞运动，但集中打击严重刑事犯罪活动还必须发动群众。动员全市人民参加”。虽则此举被辩作“现在是非常状态，必须依法从重从快集中打击，严才能治住”，[21]长久以来运动式专政思维的惯性依然脉络可辨。

其二，由计划向市场的体制转轨中，授权立法的过度宽泛。改革亟需大量的试验创新，法制却注重成熟与定型，为缓解协调其间的矛盾，全国人大几次赋予国务院和省级地方先行先试的立法权限，诸如 1981 年授权广东、福建所辖经济特区的单行经济法规之制订，1985 年授权国务院有关经济体制改革与对外开放方面问题的暂行规定或条例之制订等。这数次的一揽子赋权固然迎合了改革的渴求，可因其范围过于概括，法律等级的权威与严格无疑有所缺失。此外，一些地方上的改革施政粗放随性，急于求成、强破法律的现象比较突出，导致一段时期里，改革给予人们的印象就是所谓的“先破后立”。行动第一、规矩第二的流行，一定程度上加重了国法威信的减损。

四、新千年：依法治国与政策的严格法治化

1997 年 9 月，党的十五大号召推进政治体制改革、建设社会主义法治国家，正式提出“依法治国，是党领导人民治理国家的基本方略”。“实行和坚持依法治国，就是使国家各项工作逐步走上法制化的轨道，实现国家政治生活、经济生活、社会生活的法制化、规范化”。[22]1999 年 3 月，九届全国人大二次会议通过宪法修正案，规定“中华人民共和国实行依法治国，建立社会主义法治国家”。

2012 年 11 月，十八大进一步要求全面推进依法治国，确立“法治是治国理政的基本方式”。

从十五大“依法治国”一语对市场经济之客观需求的制度匹配，[23]进至十八大“法治”一词对人类政治文明之精髓的主动认同，已是更上层楼，再广阔一点地看，自上一时期的法制范畴到如今的法治理念，绝非单纯的一字之别，而是质的嬗变。它寻求着恪守宪法法律的权威，树立宪法法律至上的信仰。

大略而言，法治的价值和意义在以下二方面鲜明地呈现出来。

一是政策与法律的统一性。习近平指出，“要正确处理党的政策和国家法律的关系。我

---

20 彭真：《论新时期的社会主义民主与法制建设》，中央文献出版社 1989 年版，第 220，221 页。
21 邓小平：《邓小平文选》（第 3 卷），人民出版社 1993 年版，第 33，34 页。
22 江泽民：《江泽民文选》（第 1 卷），人民出版社 2006 年版，第 511 页。
22 十五大报告指出，“依法治国，是党领导人民治理国家的基本方略，是发展社会主义市场经济的客观需要”。江泽民曾予解说，“世界经济的实践证明，一个比较成熟的市场经济，必然要求并具有比较完备的法制。”江泽民：《江泽民文选》（第 1 卷），人民出版社 2006 年版，第 511 页。

们党的政策和国家法律都是人民根本意志的反映，在本质上是一致的。党的政策……是立法的依据和执法司法的重要指导。要善于通过法定程序使党的主张成为国家意志、形成法律……党的政策成为国家法律后，实施法律就是贯彻党的意志，依法办事就是执行党的政策。”[24]

二是改革和立法的衔接一体。十五大已注意到先前阶段的改革之于严谨合法性的某些疏离和间隙，提出“要把改革和发展的重大决策同立法结合起来”；在 2011 年中国特色社会主义法律体系初步建成的基础上，十八届四中全会明确主张这二者间的无缝对接，“做到重大改革于法有据、立法主动适应改革和经济社会发展需要……实践条件还不成熟、需要先行先试的，要按照法定程序作出授权。”由此，中央有了政治决策，需先立法后推行，“先立后破”，确保一切改革举措都在法治轨道上，不再允许法治之外的任意试点。以立法引领改革，以改革更新法制，才能充分保障改革深化的有序和平稳。

五、结语

2014 年 10 月，中共中央《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》指出，我们党高度重视法治建设。长期以来，特别是党的十一届三中全会以来，我们党深刻总结我国社会主义法治建设的成功经验和深刻教训，提出为了保障人民民主，必须加强法治，必须使民主制度化、法律化，把依法治国确定为党领导人民治理国家的基本方略……积极建设社会主义法治，取得历史性成就。

当今时代，依法治国、建设社会主义法治国家，是“坚持和发展中国特色社会主义的本质要求和重要保障，是实现国家治理体系和治理能力现代化的必然要求”。

24 中共中央文献研究室编：《习近平关于全面依法治国论述摘编》，中央文献出版社 2015 年版，第 20 页。

治理主体性塑造与法治生成

刘旭[1]

【摘　要】治理主体性理论从逻辑、历史、实践等角度对法治构成支持。治理主体性来源于人之为主体并以主体身份进入社会及政治场域的基本属性，这一定性实现了对人的诸多传统状态的历史突破，并为构筑新型政治实践奠定基础。新的治理主体性设置创造了法治意义上的人，构筑了法治的基本价值立场，明确了政治权力在法律中的定位。治理主体性从培育权利及控制权力两个方面推动法治的成长及进步，并为自治性法治体系的形成确立逻辑起点和运作机理，进而推动创造了治理公共性及开放性的法律架构。

【关键词】治理；主体性；法治；生成

现代法治建立在承认并尊重个人的主体性、并为主体性明确权利架构的基础之上。人的主体性的解放和发展，推动法律逐步摆脱贵族集团和王权的垄断，法律也不断贴近保障个体地位及其权利的性质。日益确立的、个体在政治国家面前的独立的人的地位和意义，即人的独立和自由不受剥夺，社会和国家都是为了人而组成的，应当始终把人当作目的而不是手段来对待，这些促成了治理领域人的发现，并使得控制权力成为法治基本主题和立场。近代以来，立法及推行法治的主要任务，就是构筑起对国家权力施加控制的制度化结构及体系。[2]新的治理主体性凸显了法治意义上的人的存在，即拥有权利的个体独立于并防御政治国家的角色意义，这种定位更使法律摆脱功利统治的取向，明确了法治的个体及其权利的基本立场，树立了法治制约及控制权力的功能。

一、人之治理主体性的内涵

治理主体性就是以人的政治及社会生活为本源，个体与外部社会及政治关系是实体与属性的联系，人派生和决定政治及社会治理，治理又着力表现和说明人，主体性成为人对于治理活动的基本属性和存在方式。从价值论维度看，治理“既强调了公共政策制定中的纵横协调，也强调多元和不统一。其根基在于协调协商而非上令下行、强加于人”。[3]治理行为以主体性为逻辑及起点，强调以主体间的平等、自主协商，治理活动及运行的价值诉求是为了公民的本质和利益实现，治理只不过是实现主体性共存、公平实现的一种工具。主体是思想、文化的承载者和传播者，以其思维意识发动治理行为，促成治理规范的制定，

---

[1] 刘旭，河南周口人。河南省社会科学院法学研究所副研究员（郑州市丰产路 21 号）(450052)。电话 15936204639，邮箱：purplepuresky@126.com。本文是河南省社会科学院科研费项目“我国法院组织职能定位优化研究”（20E39）的阶段性成果。

[2] [美]戈登：《控制国家：西方宪政的历史》，应奇等译，江苏人民出版社 2001 年版，第 5 页。

[3] [法]阿里·卡赞西吉尔：《治理和科学：治理社会与生产知识的市场化模式》，黄纪苏译，引自，俞可平主编：《治理与善治》，社会科学院文献出版社 2000 年版，第 130 页。

并为此铺设治理设施及创建治理制度。[4]在人与治理的实践关系中，主体是治理的基本组成，确立着治理的价值和宗旨，发挥着启动、主导治理进程的作用，是治理活动中自主的、能动的、创造性的因子。

（一）治理主体性展现人之基本属性

主体性作为人的基本属性，就在于独立、自主、能动的特性使人成就为主体，而非沦为受控制、被支配、遭奴役的状态。个体自主性的第一尺度就是相对于外部强迫和外部控制的独立、自由、自决和自己支配生活的权利与可能。[5]人的主体性的属性，使得外部社会及政治关系的结成，建立在维护个体意志自治及思想独立的基础上，并以呵护及捍卫主体性为宗旨。主体性既为个人的基本属性，也构成治理活动的基本表现形式，治理的主体性不仅意味着个体对自身事务拥有自主处置的权利，更对主体间社会事务及公共事务进行自主协商及选择。对主体性的维持使治理具有自主的道德正当性及合法性基础，并赋予治理以民主性的价值立场和属性。社会及政治关系内在要求公民成为治理主体，它们在人的基本生存状态上与人的主体性发生联系。政治法的本体价值就在于促进社会主体权利和自由的确认与实现，推动社会主体的自由和权利在法的现实中的比重不断增长。[6]

民主成为主体性的基本表达和呈现，民主架构对主体性的维护，凸显了自己做主及主人翁的精神和意识，治理主体性的恰当的机理，使个体摆脱其他个体或群体为自身做主，或凌驾为自身之上担当主人的情况。以个体为构成的治理关系，贯彻并体现自主性的原则，并使之成为治理活动的基本法则。个体决定自己的意志，管理自身的事务，这是个体作为主体的应有之义，它赋予治理以民主性的涵义，并使治理成为体现各主体意思协商、自主自治的产物。“个人支配自己的生活及社会管理自己的事务，所实行的是同一原则，即自主的原则。”[7]主体性所蕴含的平等性要求及人的基本尊严，也要求政治尊重并保障每个主体的民主性的诉求及其表达，保持政治的公众参与和民众治理的性质。“每个人既是团体中的一个分子，他如要巩固他这平等的权利，保有他这生来的自由，那么他对于这团体的政府非有一个平等的参预不可。”[8]

主体性是保持治理公共性的必然特征，治理主体性成为维系治理关系正当性的必然体现。作为治理实践活动的能动承担者，公民对自己的观念、信仰、态度乃至行为具有充分的自主权，并通过自我选择、自我定位以及权利的自觉运用，实现自己乃至社会的政治愿望和价值理想。[9]公民的主体性，体现在公民在治理实践中的自治权能得到充分的发挥，公民权利受治理进程的保护，而公民权利又能以法治的平台和空间对治理进程产生作用，公民治理主体性彰显着自由、参与和责任的统一。

（二）治理主体的确立突破传统统治模式

---

[4] 虞崇胜：“论人的政治性与治理主体性”，载《文史哲》2002 年第 04 期。

[5] [苏]科恩：《自我论》，佟景韩译，三联书店 1986 年版，第 47 页。

[6] 公丕祥：“法的价值与社会主体的权利观念——兼议社会主义民主制度的法律化”，载《中国法学》1988 年 01 期。

[7] [美]科恩，《论民主》，聂崇信等译，商务印书馆 1988 年版，第 273 页。

[8] [美]布莱斯：《现代民治政体》，张慰慈等译，吉林人民出版社 2001 年版，第 45 页。

[9] 谢俊平：“论科学发展观人本视角下公民的治理主体性”，载《社会主义研究》2007 年第 04 期。

统治是为统而治之，意在个体皆为分散受动，要用凌驾之上的、集中化的权力加以统御。统治的根本特征就是专制集权，即政治进程的单向度，政治进程由个别人或群体所把持，政治国家成为垄断权力者单方面向社会输送政治决策的机器，个体被设定为遵守任何政治决定，而不得违反单向度的政治秩序。与这种政治的单向度相一致，是政府及其所拥有权力的权威的绝对性，统治者将这种权威抹上不可质疑、不可挑战的色彩，并且在思想领域灌输权力至上，要求个体及官僚体系形成对最高权力的顶礼膜拜。统治就意味着绝对权力对个体自由的专断控制，因为"专制主义的本质是，无论事实上还是在法律上都不存在对统治者不受制衡的权力的挑战。臣民的唯一任务就是献媚。"[10]

历史上的诸多统治形态，包括神权专制、贵族专制、君主专制、种族专制，君主、神主、领主大行其道，而个体自主均被排斥在政治主体之外。统治者总要设想公众既缺乏足够智识，又无足够能力实施自主治理，而需要高高在上、中心化的权力予以指导，才可实现社会的有序化。正如马克思所说："专制制度唯一的原则就是轻视人类，使人不成其为人"，"专制制度总是把人看得很下贱"。[11]贵族政治、神权至上等政治形式，通过对一种支配性的善的垄断，运用道德及合法性的占据攫取、贪占机会、权力、名誉。[12]人类历史的漫长时期，占主要形式的君主集权制，极力美化君主一人的决断意志，君主既口含天宪，又独居道德领主的位置，个体则是仅有服从义务及道德受缚性的臣民。

治理主体性在历史上创造了一种新型的人的存在样态，人是治理权利的充分、现实享有者，在政治国家权力面前享有独立的、平等的地位。在古代，君主常常为特权附身的贵族阶层所围绕，专制政府依靠警察的力量和高压手段予以维持。[13]近现代政治形态改变了传统以权力垄断和少数人集权专断为特征的政治伦理，还原了个体作为政治主体的性质，使政治平等、政治正义成为可能。人类探索治理自身事务初始阶段的那种主体性的自然事实，在经过对各种贵族政治、君主政治的比较和抗争以后，人作为治理主体性的价值和意义才得以生成及凸显。近现代文明的发展趋势，就是治理主体性认知的深化及理念的形成，其主要表现是治理参与范围不断扩大，政治及社会治理突破财产、种族、性别、地域的界限，将更大范围的人纳入参与进程，通过赋予平等的治理权利、保障充足的治理空间、优化治理进程及制度环节，拓宽个体政治行为的内涵与实践途径。

（三）治理主体性维系现代政治文明实践

政治治理的话语体系及价值观，对重构中国民主政治知识体系，寻求善治的制度平台，转换公共政策制定模式，在理论和运作上均有十分重要的意义。[14]而治理主体性的理念并非空洞的、抽象的、不具有实际内容的概念，而是直接落脚于具体的治理参与和治理实践，主体性通过治理实践得以呈现和落实。治理主体性是治理进程初始环节就具有的主体性，而不是政治进程末端环节的主体性。在治理产生之初，在最初的治理意念形成、治理机构

[10] [美]米诺格：《当代学术入门：政治学》，龚人译，辽宁教育出版社 1998 年版，第 3 页。
[11] 《马克思恩格斯选集》（第 3 卷），人民出版社 1979 年版，第 411、422 页。
[12] [美]沃尔泽： 《正义诸领域：为多元主义和平等一辩》，褚松燕译，第 13 页。
[13] [美]布莱斯：《现代民治政体》，张慰慈等译，吉林人民出版社 2001 年版，第 57 页。
[14] 俞可平："治理和善治:一种新的政治分析框架"，载《南京社会科学》2001 年第 09 期。

组建以及治理行动发起的初始时点，主体性是治理原则、理念及文化的内在不可缺少的有机构成，是治理准则及政治架构的逻辑起点，作为治理意愿承载平台的政治组织体的构建，也有赖于以治理主体性为主线。从治理活动的流程来看，人是治理活动的发动者，治理行动具有明确的主体性指向，主体性要求始终伴随着对治理活动的参与和控制。

治理主体性代表着一种平等性的治理实践要求，成员的治理实践在基础资格方面具有平权性。它意味着个体参与政治过程以及以开展政治及社会结群方面，关于投票、任职、请愿等内容的平等性要求。[15]公民政治实践的个体化带有基本性质，公民同时也可以以集体行动的方式形成联合政治实践。主体性意味着公民与国家间的平等性，国家即使拥有系统强大的机构、占据大量的资源，但其维护个体基本权利的价值立场不容改变，个体对政治国家的主体性参与维度不得撤销，个体本身要逐渐摆脱对抗国家进程中集体行动的工具价值，实现个体维度对国家权力的管控和制约。

主体性奠定了治理文明实践的微观基石，保证了一个社会微观治理单元的民主性质。现代文明按照公民权利可及性需求及公民治理半径，构筑自下而上、由微观至宏观的民主治理架构，这一架构是多元、多中心的，通过将公民社会微小构成区域内的基层治理、社会治理纳入文明实践的基本构成，使之成为国家治理的有机细胞，并联结而成国家治理的分层网络体系。现代社会治理绩效的产出有赖于设计一个由个体、地方社群、国家政府进而及于跨区域治理安排的多中心治理架构及秩序。[16]而各类微观治理单元属性的维持，就要看能否确立一种以保障主体权利为宗旨，并且捍卫主体联合交往自治的治理结构，这一结构的普遍化决定了治理文明实践的品性及质量。治理的基本涵义，就包括了参与社区公共政策制定和执行的公民、选任代议者和公共服务职业者的全部活动。[17]因此，对治理文明建设，一切入到其实践层面，就要着眼于其微观、具体、现实的环节，观察并审视治理主体与微观治理实践的贴近性及融合性。

二、人之治理主体性对法治的意义

人的治理主体性的确立及实现，颠覆了以往由君王及贵族等少数人作为主体的统治形态，个体从原来工具化的角色转变为主体性的定位，这些改变破除了传统轻视人、蔑视人的历史局面，塑造了法治意义上的人，奠定了法治的人本基础。对人的地位及意义的认知，构成法治的价值预设，决定了对法治当中个体人的角色的看法。[18]治理主体性亦确立个体面对社会及政治国家的独立、自主性的地位，凸显了个体的主体性定位，以此构筑法治保障个体不受强势集群或机构侵犯的权利本位立场，主体性凝结为法治的价值内核。着力于破解政治权力与人的对立，新的治理主体性构造，厘清了权力的真实属性和来源，明确了对权力加以约束控制的治理逻辑，使权力的法治定位得以明晰。

（一）彰显法治涵义中的主体内容

[15] [美]阿尔蒙德等：《比较政治学:体系、过程和政策》，曹沛霖等译，上海译文出版社 1987 年版，第 12 页。
[16] [美]麦金尼斯：《多中心治道与发展》，毛寿龙翻译，三联书店 2000 年版，第 2 页。
[17] [美]博克斯：《公民治理：引领 21 世纪的美国社区》，孙柏瑛等译，中国人民大学出版社 2013 年版，第 6 页。
[18] 蒋德海：“法治现代化和人的全面而自由的发展”，载《政治与法律》2003 年 04 期。

治理主体性的确立在法治文明进程中具有开创性的意义，个体面对政治国家拥有平等、独立的姿态和地位，并切实行使抵御、反制政治国家的权利，主体的独立、自由及其权利构成，实现了统治形态下的人向法治形态下人的转变。法治正义的基本原则即是明确了个体人的自由及权利的地位，“这些正义原则必须在市民社会的背景制度中给予基本自由和机会以优先性，它们使我们能够首先成为自由而平等的公民，并根据这种身份将我们的角色理解为个人”。[19]法治意义上的人之不同于法律意义上的人，就在于突出政治过程和政治实践中人的参与，突出个体权利对政治国家的约束及控制，主体地位塑造具有现代性意义的人的存在，树立了政治国家的人本属性，使得法治作为个体与政治国家调节器的意义得以凸显。

治理主体性彻底颠覆了人治意义上人作为权力工具，以及专制意义上人作为专制意志奴仆的角色设定。人治提倡道德治理和人伦调整，要求个体服从于明君圣主，臣服于王权或者少数人权力，人治之下，个体的、完整意义上的人是不存在的，人只是用于接受及承受义务，长久而成受动型的、义务型的人格。传统道德以等级性为鲜明特征，伦理规范旨在明尊卑、别贵贱，“三纲五伦”所呈现的道德形态具有道德资源的垄断性、道德标准的双重性和道德立场的控制性。[20]封建专制利用并篡夺了家庭对个体的意义，使之放大到政治国家对人的统治，通过宣扬君为天下之共主的理念，向社会弘扬实施道德人格灌输，即由齐家到治国到平天下，由孝悌、忠信至仁义，个体要履行一层又一层、一阶又一阶的责任和义务。以独立平等、自主自治为特征的人的主体性，破除了专横、恣意权力意志对人的奴役和压迫，政治国家面前的人，不仅开展独立、能动的理性思考，更切实保有并行使广泛的权利，主体性确立了法治国家的理性文化构成，并且与法治的权利内核相一致、融合。

治理主体性彰显着近现代政治活动理性化、文明化，是人们有意识调控个体与政治发展关系的结果。在以往，人是政治国家施加控制的对象，是政治施受的客体，传统法的实质表现为压制和服从，人的主体性角色的确立，使政治国家作为法的对象化，对政治权力进行规范控制成为法治生成的根本标志。人本的政治伦理确立了对人的目的性，而赋予政治国家以工具性。[21]人的治理主体性预示着这样一种转换，即政治国家将法律对人的控制，转变为人通过法律对政治的控制，政治运行要服从服务个体的平等协商、政治议决及权利保障，主体地位及其结构，通过权利对于政治国家的屏障作用而得以展现。

（二）确立法治主体性的价值立场

主体性的成长经历了对人的重新发现的过程，人类历史之初，为了对抗原始形态条件下各种各样的自然风险和威胁，人类以集体的和机构的形式，凝聚力量对抗外来力量的冲击。法律也被视为某种集合性力量的象征，早期政治哲学家霍布斯、卢梭等人，多将政治国家看做集约化的权力或公共意志，法律也是这种中心权力及公共意志的代表。霍布斯在《利维坦》中谈到，为了维持社会信约的巩固和持久，就需要一个使大家畏服，用于指导

[19] [美]罗尔斯：《政治自由主义》，万俊人译，译林出版社 2000 年版，第 42 页。
[20] 刘忠世：“析传统道德理念的等级性”，载《齐鲁学刊》2001 年 06 期。
[21] 孙罕膺：“以人为本”与政治伦理，载《改革与开放》2011 年 18 期。

群体行动，以谋取公共利益为目的的共同权力。[22]卢梭更直接提出，人类群体需要一个唯一的动力来发动起来，每个结合者转让全部权利组成公共人格，使全体结合者置于公意指导之下，而法律就是这种公意的体现。[23]集体和机构的权威日益增长，消弭了个体的地位，不仅在政治进程中形成个体的人的消失，更使得法律中集体和公共价值及合理性压倒了个体的价值及合理性，政治国家借助于集体法权观、国家法权观以及主权法权观，确立对个体的统治地位。

在人类历史的初级阶段，集体和机构体的工具价值取代了目的价值，集体和公共体作为放大个体话语、增进个体利益实现的工具性的功能，经过伪装摇身而变为政治追求的价值目标。“现代社会‘公’与‘私’的界限却被从另一个方向一步步侵蚀了：私人领域受到共同领域限制的部分在逐步扩大。”[24]政治机会主义、政治机械主义等简单、形而上的意识观念，使政治沦为计票工具下的统计数据和比例构成，更带来各种形式的法律功利主义。政治及法律功利体制将政治立场设定为满足形式上占多数人的利益要求，鼓吹政治效率的压倒性位置，为了满足最有效率于绝对多数或相对多数的目标，可以忽略或排斥少数人或者个体的利益诉求，这就从根本上背离了法治的基础立场和价值取向。

法治的立场就体现在法律在个体与其他个体、个体与群体、个体与政治国家之间所确立的制度化屏障，尤其是面对个体与集群、个体与权力意志的对立与冲突，面对整团的群体利益与个体利益的矛盾，法治就要选择保障及维护个体权利为其根本的价值。法治就使得政治祛除对人的绝对控制及对功利的崇拜，“政治不止是赢得选举和掌握权力这种简单的制度实践，它必须实现平等主义的个人和社会关系目标，没有这些目标，政治社会会迅速地沦落为冷酷的控制”。[25]对个人财产的保护，对免于非法监禁的人身自由的保护，是历史上法治形成及确立的关键标志，恰恰就是在这些事关法治的根本问题上，最容易牵扯出群体利益与个体利益、国家权力意志与个体权利的对立，而法治的立场及价值就是要在这些冲突中作出捍卫个体权利的抉择。个体面向政治国家所具有的独立的、受保障的主体地位，就是要在法律体系中确立个体自主享有的、不可为政治国家所剥夺的权利，而这才是法治得以维系的站位立场和根本价值。

（三）凸显政治权力的法治定位

发现并树立人的主体性是近现代政治、经济、社会及思想文明的关键命题，对于这一命题，政治领域中的主体性构建带有基础性意义，这体现在政治与人的生存方式的内在关联以及政治权力与人的对立等多重角度。政治文明是人类思维、智识、行为上的开化状态，近现代政治文明以解决人与国家机构之间、人与国家权力之间关系的失调为任务，立足于消除对政治国家及其权力对人的压迫和奴役的状态，归结起来，就是要在政治各个层面清除将人当做统治及奴役对象的现象。政治权力合法性的基础要归于关于由谁主导政治生活

[22] [英]霍布斯：《利维坦》，黎思复，黎廷弼译，商务印书馆 1985 年版，第 131 页。
[23] [法]卢梭：《社会契约论》，何兆武译，红旗出版社 1997 年版，第 32-34 页。
[24] [美]米诺格：《当代学术入门：政治学》，龚人译，辽宁教育出版社 1998 年版，第 6 页。
[25] [美]博格斯：《政治的终结》，陈国刚译，社会科学文献出版社 2001 年版，第 238 页。

的主体性设置。[26]治理主体性作为政治文明发展的重要体现，纠正了权力来源及属性，厘清了政治权力的归属，确立了政治权力监督制约的基本原则，形成了以法治约束及控制政治权力的机制。

治理主体性的回归，消除了笼罩在政治国家及其权力之上的光环和迷雾，展现了政治权力的本来面目和真实属性，通过对政治国家的除魅，实现了由权力神授到权力民授，从权力权威到权力风险，从权力一体到权力分立的转变。古代政治大多从宗教神明中寻求政治合法性的来源，国王及皇帝把持神运、奉天莅位，将政治作为神治及天治的体现，使政治国家的设立及其权力传承抹上浓厚的蒙昧色彩。建立在小群体乃至个人的意志之上政治合法性，引起了极权压迫等灾难性后果。[27]以民为本的治理主体性，打破了传统政治以神灵作掩护的，王权及贵族对政治权力的垄断，推动政治国家步入民主治理的轨道。治理主体性也是促成权力理性化的重要动因，从有政治社会以来，政治权力依附于政治机构体，成为政治体面向个体实施管制的主要凭借。政府利用自身权力的固有性、扩张性，常常使得其自身在于公民社会的对比中表现出压倒性的态势，“它的权力总是使它自己成为一种战胜公民社会的工具”。[28]权力自产生之日起，权力行使的风险便与日俱增，伴随权力集中的倾向和趋势，权力管辖的范围、权力的能量和控制力不断膨胀扩张，权力已经取代自然灾害，成为新的风险类型，成为人的生命、人身、财产及稳定生活的新的严重威胁。治理主体性所催生的权力民主以及权力监督制约法则，塑造了法治运行的逻辑机理，明确了法治的立场和中心任务，即以控制及制约权力为重心，使权力运行保持稳定的权利指向。

可以说，近现代政治文明进程以约束并防控权力风险为中心，作为政治文明发展、演变的焦点问题，政治权力的约束也同时构成法治文明进程首当其冲的关键议题。政治文明意味着表现为人可以自主地对自己的意识和行为作出自由决定，而这一目标更依赖于对国家权力的监督制约，并集中反映在遏制国家的集权专制对市场经济正常运行的干预和对日益要求自主的私人领域的干涉。[29]治理主体性是政治权力文明化的重要特征，它打破了长久以来政治蒙昧和政治奴役状态，为新型政治国家及其法治的建立，提供了理性启蒙等认知上的前提。个体相对于政治国家的平等地位和主体性状态，形成现代法治的主体性支点，尤其是个体的政治主体意识，奠定法治得以构造及运转的思想文化基础。

三、治理主体性塑造与法治实现

法治的实现，有赖于公民的政治主体地位的确立，以普遍政治权利的获取和保障为特征，公民以主体身份参与政治国家组建、运作的进程，治理主体性的塑造创造出系统丰富的政治权利体系，又以权利为纽带，以法治为平台，构建起对政治权力全方位的约束和控

[26] 马宝成：“试论政治权力的合法性基础”，载《天津社会科学》2001 年 01 期。
[27] [法]夸克：《合法性与政治》，佟心平，王远飞译，中央编译出版社 2008 年版，第 3 页。
[28] [美]科迪维拉：《国家的性格：政治怎样制造和破坏繁荣、家庭和文明礼貌》，张智仁译，上海人民出版社 2001 年版，第 77 页。
[29] 陈国权，王勤：“论政治文明中的权力制约”，载《政法论坛》2004 年 06 期。

制。主体性又成为自主、自治性法治体系的起点，主体间的交往、协商是契约性社会秩序的根本力量，推动着自下而上、由微观至宏观法治体系的生成。

（一）治理主体性建构作为法治元动力

近现代法治的基本使命是调整个体与政治国家的关系，一方面明确个体的权利体系，授予国家保障权利的职责，另一方面，为政治国家的权力运行建立法度，明确权力运行的范围、限度和程序。而治理主体性从内在和外在两个方面确立并维护了法治的价值、规范和程序体系，为法治的生成提供了初始的动力。内在方面，权利成为法治化进程的基本取向，推动着法治意识的萌生及法治的现实运作。30公民政治生活的主体性地位在法治权利构成上的真正树立并实现，使得法治社会能够与人治社会把人作为客体加以统治、管理的模式相区别，从根本上改变以往历代社会轻视人、蔑视人，把人不当成人的历史局面。对人的权利和主体性地位的尊重，确定了法治自身的精神和灵魂。外在方面，个体对政治权力的权利对抗和监督，将人类的政治活动和政治构架转移到尊重、重视公民的治理主体性实现上来，法治制约权力的要旨得以确立。

从法治发展的历史来看，公民治理主体性的展现，促成了公民在法律以至宪法层面的权利主体地位的形成，近现代法治国家普遍将公民的政治权利写入宪法，作为国家机构设立及运行的总的章程和法则，而政治权利又居于各宪法文件的首要位置，彰显了政治主体地位对于法治建设及实现的分量。治理主体性的权利表达进一步拓张、推广为各国家共同遵行的基本法治信条，一系列世界人权条约的制定和实施，民主政治法则的普遍传播，对公民治理主体性的体现更成为政治国家建设和权力制度设计的根本指导。主体意识的觉醒，激发了作为权利内在构成的独立思考和自主选择，权利和公正成为主体价值观的基础构成，这些都推动了权利在理念、制度及规范侧面的增长和进步。[31]治理主体性的发展，创造了近现代法律中公法体系，对公民治理主体性的体现和维护成为公法的基本原则和重要内容，而且主体性的发展，也将进一步改革公法的指导理念和构成内容，促使其进一步的完善。

治理主体性建设的使命即是要确立公民面对国家权力时的主体性结构，通过对国家权力施以主体性制约，创造政治国家与个体、权力与权利的理性化、均衡化的格局，而这一点正是法治中心任务之所在。通过维持国家权力的价值立场设定，主体性建设要杜绝权力的部门化、私人化，防止权力立场和指向的变形。长期以来，一种对政治不加分析地简单归为上层建筑的论点，总是围绕着国家、政体、权力、政党、阶级去讨论政治，而根本忽视它的民众性、实践性和可操作性，从而使政治离普通人的现实生活越来越远。[32]通过明确公民面对国家权力的独立、平等地位，主体性建设旨在增进国家权力的谦抑性，推进权力行使过程中对话、协商和交互性，促进权力对个体权益的尊重和保护，从根本上奠定法治生成及运行的基础。

---

[30] 杨春福：“保障公民权利——中国法治化进程的价值取向”，载《中国法学》2002 年 06 期。

[31] 赵修义：“主体觉醒和个人权利意识的增长——当代中国社会思潮的观念史考察”，载《华东师范大学学报(哲学社会科学版）》2003 年 03 期。

[32] 王振海：“论政治活动的主体和场所”，载《天津社会科学》1995 年第 5 期。

（二）治理主体性衍生自治性法治体系

治理主体性为个体遵守及执行法律确立正当性逻辑。个体并非盲从、屈从于法律规范的守法奴隶，而是作为法律秩序生成本源的最为微观的治理单元，法治也不是要创造蒙昧守法、迷信法律的个体，而是在维护主体性结构的基础上达成主体的自我立法，实现在主体独立思考、理性思辨基础上的规范继受。治理主体性以自由为宗旨和主线，“而唯有服从人们自己为自己所制定的法律，才是自由”。[33]法治与以自治为基础的政治及社会治理体系的关联，表现为自治个体及群体为自身的立法，分析自治的英文 autonomy 一词，auto 意指自我，nomos 是法律，autonomy 就表示有理性的人为自己立法的状态。[34]建立在普遍政治及对法治的继受和体现，就表现在主体性是维护个体观念及行动的根本特性，它构成个体思想理解的世界，通过主体的思考、认知及确信，完成对外部规范的接纳。主体的自我立法具有思想内部的伦理意义，主体需要划定与外部事物关系的界限，借助理性来确证及表现自身，并明确个体该如何行事。

主体性是法治体系构建的起点，以民商事契约为基本表现，以相互间平等、独立、意思自主为内容的主体性，成为主体间性处理相互间交往及利益的前提，而主体间更要依靠平等协商、讨论及合意，以主体间的约定处理两主体间的交往事务以及多主体间的共同事务。法律规范正是主体结构法权化的集中表达，意味着主体间契约、交往抽象形式的普遍化、规范化，主体间性以主体性为基础，立足于各主体的独立、自主及意思自由，其内容包括相互尊重其主体地位、意见协商形成共识、相互履约的信用保障等。因而，现代法治是多元的、以微观治理单元为基础的，鲜明地不同于自上而下型、外迫的法律架构，而呈现自下而上型、内生的法律架构。“在单一主权条件下，政府可以不顾地方的客观条件的差异而将一套统一的法律规范强行加以实施。而在多中心的体制之下，不同的客观现实将反映在各有关社群设计的规则之中。”[35]近现代广泛疆域内的统一立法，其根源和起点就在于微观区域内主体间自治立法类型，主体间的自治立法从根本上形塑了民族国家立法的性质及格调，奠定了自下而上的法治运行机理。自治性法律体系由微观向周边以至宏观，以圈层结构的形态，将主体权利内容及主体间交往、协商的法权形式，固定下来使之成为法律体系的内核与主线。

（三）治理主体性锻造开放法治结构

政治的公共性取决于政治结构对于个体的开放和准入程度，人的治理主体性确保公共领域的开放性。政治能够承认并接纳个体，使之成为政治进程具有主体性身份的成员，政治过程便具有公共性，否则便只是寡头政治或少数人的政治。当所有个体都能以公民的身份参与政治时，政治的公共性也就最高，而当大部分个体都被排斥在政治之外，政治权力仅为一个人或少数人所掌控时，政治的公共性也就下降，直至为零。36具有独立法律人格

[33] [法]卢梭：《社会契约论》，何兆武译，红旗出版社 1997 年版，第 43 页。
[34] [美]科恩：《论民主》，聂崇信等译，商务印书馆 1988 年版，第 273 页。
[35] [美]麦金尼斯：《多中心治道与发展》，毛寿龙译，三联书店 2000 年版，第 19 页。
[36] 郭忠华：“个体·公民·政治——现代政治的思想理路与悖谬趋势”，载《浙江学刊》2007 年第 6 期。

的个体，有权提出政治诉求，并对政治机构运作产生实际的效力，在法律的创议、执行以及司法环节，个体更是法治运作的基本单元。个体在民主体制下，不仅以其言论、行动的权利维持不受政府支配的开放的公共领域，更运用多样化的决策结构和救济渠道，包括立法的直接创议和宪法修改、出任陪审、选举等方法，保证对政治权力的公共审查。[37]

在政治权力为君主、贵族垄断的历史时期，法律制定及其实施也必然是垄断性、封闭性的，法律结构及其运行也必然是自上而下、命令灌输式类型。封闭社会的等级制度，是其区别于开放社会最重要的特征，通过禁绝对地位的竞争，保持对国家及社会的垄断性控制。[38]因此，主体性关系到政治的民主化程度及公共性构建，个体成为政治主体的程度及实现与法律的自治性、开放性等基本属性密切相关，确立个体有效的政治参与地位，才能从根本上保证法治的平权性、真实性。在开放性体制下，每个人行使属于自身的权利，而任何人不能拥有支配他人、无限制的权力，政府所行使的非常特权要满足公平性需求并在宪法及法律的严格限制下，这些安排共同铸就一个开放性的公共领域。[39]

[37] [美]奥斯特罗姆：《复合共和制的政治理论》，毛寿龙译，三联书店 1999 年版，第 154-156 页。
[38] [英]波普尔：《开放社会及其敌人》，郑一明等译，中国社会科学出版社 1999 年版，第 122 页。
[39] [美]奥斯特罗姆：《隐蔽的帝国主义，掠夺性的国家与自治》，奥斯特罗姆，菲尼，皮希特编：《制度分析与发展的反思——问题与抉择》，王诚译，商务印书馆 1992 年版，第 51 页。

国家治理体系现代化背景下权力理论的范式转型

汪全军[1]

【摘　要】在传统权力理论中，无论是利益说、意志说、交换说还是决策说，均坚持“国家-管理”叙事逻辑和“主体-客体”分析框架。然而，在公域之治模式转型的背景下，传统权力理论已经无法适应社会治理的实践需要。因此，有必要重新反思权力理论。权力理论的叙事逻辑应当包括以个人自由为逻辑起点、以社会主体为参与者、以有效治理为直接目标等要点；权力理论的分析框架则应当实现从主客二分向主体之间转变。通过对权力理论的重新厘清，可以进一步提出社会权力理论。社会权力可以从参与主体、决策过程以及集体行动等方面重新建构。从社会治理的角度来说，社会权力理论有助于打造共建共治共享的社会治理格局。当然，在社会治理过程中还应当避免社会权力的异化。

【关键词】社会权力；社会治理；个人自由；主体之间

一、问题的提出

权力是社会治理体系的核心要素之一。“从本质上来说，治理是一种将公民的多样偏好转化为有效的政策决断，以及将多元的社会利益转化为统一的行动并获得社会主体服从的手段和方法。”[2]在社会治理中，参与主体的多元性与集体行动的一元性之间的矛盾是治理活动面临的主要矛盾，也是影响善治目标实现的主要因素。而如何在多元的参与主体意志之上形成一元的集体行动意志，并将其落实到集体行动实践之中，则是一个关于权力的问题。可以说，权力意味着集体行动意志的产生与执行。然而，不同的社会治理模式对集体行动意志的产生与执行有着不同的要求，相应地，其对权力也有着不同的理解。实际上，当下主流的权力观念是在国家管理模式下形成的。在国家管理模式下，国家是唯一的社会管理主体。相应地，国家意志就是集体行动的意志。此时，权力通常被理解为自上而下贯彻国家意志的工具，其呈现出一元化、强制性、单向度、封闭性等特征。

新时期，社会治理模式的转变呼唤权力观念的更新。二十世纪中叶以来，国家管理模式的弊端日益凸显。“传统的政府，因其垂直的上下关系、臃肿的治理体系以及事事都要横加干涉，无法适应极速变化的经济、社会、文化环境。”[3]面对国家管理模式的失灵，社会治理领域发生了“治道变革”。[4]先是公共管理模式取代国家管理模式，而后公共治理模式又

---

[1] 汪全军，法学博士，湖南大学法学院助理教授。研究方向：法理学。基金项目：研究阐释党的十九届四中全会精神国家社科基金重大项目“加强对法律实施监督研究”（批准号：20ZDA034）。

[2] Beate Kohler-Koch, The Evolution and Transformation of European Governance, in Beate Kohler-Koch and Rainer Eising ed., The Transformation of Governance in the European Union, Routledge, London, 1999, p. 13.

[3] [法]阿里·卡赞西吉尔：《治理和科学：治理社会与生产知识的市场式模式》，黄纪苏编译，载俞可平主编：《治理与善治》，社会科学文献出版社 2000 年版，第 128 页。

[4] 毛寿龙：《现代治道与治道变革》，《南京社会科学》2001 年第 9 期。

进一步取代公共管理模式。[5]在公共治理模式下，集体行动的意志是在多元社会主体广泛参与、民主协商的基础上，自下而上形成的。此时，国家不再是唯一的社会治理主体，而权力也不再仅仅是贯彻国家意志的工具。可以说，传统的权力观念已经无法适应公共治理模式下的社会治理实践。基于此，本文试图通过对传统权力理论的批判与反思，构建一种与公共治理模式相适应的权力理论，即社会权力理论。

二、传统权力理论及其缺陷

（一）传统权力理论

在汉语中，“权力”一词的古今涵义差别巨大。古代汉语中的“权力”以及“权”、“力”等词语仅仅表明一种事实上不对称的权势关系，而并不涉及价值问题。[6]现代汉语中的“权力”虽然也体现了一种不对称的权势关系，但其背后却隐含着以“主权在民”为核心的现代民主政治理念，即权力来源于权利。可以说，现代汉语中的“权力”是西学东渐的产物。[7]在西方，权力（Power）通常被理解为“一个行为者或机构影响其他行为者或机构的态度和行为的能力”。[8]这一表述指出了权力与影响力之间的相似性，但却没有揭示权力的独特内涵。实际上，西方学术界一直将权力理论作为研究的重点，并形成了如下几种主要的权力观：

1.利益说。该学说从利益出发，将利益的获取作为权力的核心要素。霍布斯认为，利益的争夺是战争状态产生的主要原因之一。[9]而为了摆脱战争状态，人们只得放弃追逐某些竞争性利益，并将其交由利维坦处理，以期在主权者的庇护下和平地实现自身利益。因此，在霍布斯看来，权力就是“一个人取得某种未来具体利益的现有手段”。[10]而罗素则不仅将权力看作是获取利益的手段，更是将权力本身也视为人们的所欲之物。罗素认为，人的欲望是“根本无止境”和“不能得到完全满足的”。[11]特别是，当物质欲望得到适度满足之后，“个人与社会所追求的是权力而不是财富”。[12]此时，权力本身就是一种利益。此外，博尔丁也将权力理解为“我们能在多大程度上以及怎样获得我们所欲之物”，并以此为标准将权力划分为“威胁权力”、“经济权力”以及“整合权力”。[13]

2.意志说。该学说从意志出发，将意志的实现作为权力的核心要素。韦伯认为，权力

---

[5] 参见罗豪才、宋功德：《公域之治的转型——对公共治理与公法互动关系的一种透视》，《中国法学》2005 年第 5 期。

[6] 在古代汉语中，“权”和“力”通常作为单音词使用。“权”有秤锤、权衡、权势等十二种涵义，而“力”则有力气、能力、威力等七种涵义。其中，“权势”、“威力”等涵义与现代汉语中“权力”一词具有较强的语义关联。参见夏征农、陈至立主编：《辞海》，上海辞书出版社 2010 年版，第 1123、1537 页。

[7] 严复在翻译英国思想家约翰·穆勒（今译为约翰·密尔）的名著《群己权界论》（今译为《论自由》）时，已经开始将“Power”译作“权力”。例如，“Their power was but the nation’s own power”被译作“彼之权力威福，国人之权力威福也”、“the legislative or the executive power”被译作“立法、行政二大权”。此时，“权力”和“权”的用法已经与现代汉语大致相同了。参见[英]约翰·穆勒著：《群己权界论》，严复译，商务印书馆 1981 年版，第 5、9 页。

[8] [英]戴维·米勒、[英]韦农·波格丹诺编：《布莱克维尔政治学百科全书》，邓正来编译，中国政法大学出版社 1992 年版，第 595 页。

[9] 霍布斯认为，竞争、猜疑和荣誉是战争状态产生的三大原因，而竞争就是指利益的争夺。参见[英]霍布斯著：《利维坦》，黎思复、黎廷弼译，商务印书馆 1985 年版，第 94 页。

[10] [英]霍布斯著：《利维坦》，黎思复、黎廷弼译，商务印书馆 1985 年版，第 62 页。

[11] [英]罗素著：《权力论》，吴友三译，商务印书馆 2012 年版，第 1 页。

[12] [英]罗素著：《权力论》，吴友三译，商务印书馆 2012 年版，第 4 页。

[13] [英]博尔丁著：《权力的三张面孔》，张岩译，经济科学出版社 2012 年版，第 2 页。

就是“在一种社会关系内部某个行动者将会处在一个能够不顾他人的反对去贯彻自身意志的地位上的概率”。[14]简言之，权力就是权力拥有者贯彻自己意志的能力。韦伯重点关注了“支配-服从”型权力关系，并深入探讨了服从行为产生的原因。不过，韦伯认为，无论权力承受者的服从行为是基于理性、传统亦或是情绪，均不影响权力拥有者意志的实现。因此，在韦伯看来，法理型统治、传统型统治以及卡里斯马型统治都是权力的有效形态。卢曼从社会系统理论的角度将权力理解为“排除他伙伴方的不确定性”。[15]在卢曼看来，权力拥有者可以通过压缩权力承受者的选择空间，从而简化交往并实现交往的确定性。此时，权力承受者只能在权力拥有者的意志范围内安排自己的交往行为。可见，卢曼与韦伯对权力的理解是一致的。此外，丹尼斯·朗关于权力属性的研究、托夫勒关于权力转移的研究、斯特兰奇关于权力流散的研究以及迈克尔·曼关于人类社会权力关系模型的研究等也采用了意志说。[16]

3.交换说。基于社会交换理论，布劳将权力理解为一种特殊的交换关系。布劳认为，社会交往是人类幸福的主要来源。社会交往源于社会吸引，而社会吸引则会产生社会交换。通常，当甲拥有乙所欲之物，且乙也拥有甲所欲之物时，甲乙之间便可以建立一个平衡的交换关系。但是，当甲拥有乙所欲之物，而乙却不拥有甲所欲之物时，甲乙之间的平衡关系就被打破了。此时，乙可以选择暴力夺取、从别处获得或者克服自己的需求，从而避免与甲发生交换关系；也可以选择服从甲，按照甲的意愿行事，并以此作为交换的对价。当乙选择后者时，甲就获得了对乙的某种权力。而甲乙之间的不平衡关系也因甲提供的“单方面的服务”和乙让渡的“单方面的权力”而趋于平衡。[17]所以说，“通过向别人提供所需要的服务，一个人建立了对于他们的权力。”[18]相应地，“相等力量的相互依赖和相互影响标志着缺乏权力。”[19]

4.决策说。该学说以公共政策的制定为切入点，重点分析了权力的行使方式。其中，一维权力观认为，权力的行使方式就是作出决策。米尔斯认为，美国社会的重大决策实际上是由精英制定的。“权力形式上属于‘人民’，但动议的权力实际上掌握在小部分人手里”。[20]而达尔则认为，美国社会的权力分布是多元的。“领导者的决策也在一定程度上决定于他们所认为的选民偏好”。[21]二维权力观则认为，权力的行使方式不仅包括作出决策，还包括

---

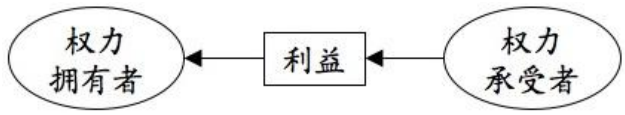
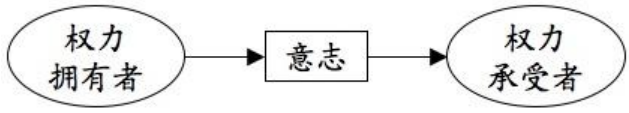
[14] [德]韦伯著：《经济与社会》（第一卷），阎克文译，上海人民出版社 2009 年版，第 147 页。
[15] [德]卢曼著：《权力》，瞿铁鹏译，上海人民出版社 2005 年版，第 10 页。
[16] 从他们给权力所下的定义可以看出，三位学者均采用了意志说。丹尼斯·朗认为，权力是“某些人对他人产生预期效果的能力”。[美]丹尼斯·朗著：《权力论》，陆震纶、郑明哲译，中国社会科学出版社 2001 年版，第 3 页。托夫勒认为，权力是“有目的性的支配他人的力量”。[美]托夫勒著：《权力的转移》，刘江等译，中共中央党校出版社 1991 年版，第 21 页。斯特兰奇认为，权力是“一个人或一组人所具备的如下能力，即能够施加影响，造成自己的偏好胜过他人的偏好的后果”。[英]斯特兰奇著：《权力流散：世界经济中的国家与非国家权威》，肖宏宇、耿协峰译，北京大学出版社 2005 年版，第 14 页。迈克尔·曼认为，“在最一般的意义上，权力是通过支配人们的环境以追逐和达到目标的能力。”[英]迈克尔·曼著：《社会权力的来源（第一卷）》，刘北成、李少军译，上海人民出版社 2015 年版，第 8 页。
[17] [美]布劳著：《社会生活中的交换与权力》，李国武译，商务印书馆 2012 年版，第 71 页.
[18] [美]布劳著：《社会生活中的交换与权力》，李国武译，商务印书馆 2012 年版，第 192 页。
[19] [美]布劳著：《社会生活中的交换与权力》，李国武译，商务印书馆 2012 年版，第 191 页。
[20] [美]米尔斯著：《权力精英》，王崑、许荣译，南京大学出版社 2004 年版，第 399-400 页。
[21] [美]达尔著：《谁统治：一个美国城市的民主和权力》，范春辉、张宇译，江苏人民出版社 2010 年版，第 98 页。

不作出决策。所谓不作出决策实际上是指“设置和固化公共议题范围”的能力。[22]那些试图改变现有利益分配格局的议题将会在其被表达或进入决策程序之前被阻止、隐藏或扼杀。[23]三维权力观进一步指出，权力的行使方式不仅包括作出决策和不作出决策，还包括控制权力承受者的想法和愿望。“A 可以通过使 B 去做不想做的事情的方式运用权力控制 B，但是，他也可以通过影响、塑造或者确定 B 的真实需要的方式运用权力控制 B。”[24]显然，三维权力理论对权力的理解与葛兰西的“文化领导权理论”[25]和布尔迪厄的“符号权力理论”[26]有着一定的相似之处。

（二）传统权力理论的缺陷

上述四种权力理论分别从利益、意志、交换以及决策等维度探讨了权力的内涵，并形成了相对完整的叙事逻辑。相应地，这四种权力理论也分别描绘了不同的权力关系结构图（见表 1）。但是，随着社会治理领域的治道变革，传统权力理论的缺陷日益凸显，其解释力也逐渐减弱。具体而言，传统权力理论的缺陷主要体现在如下两个方面：

表 1：权力关系结构图对比表

传统权力理论	权力关系结构图
利益说	
意志说	
交换说	
决策说	

[22] Peter Bachrach and Morton S. Baratz, Two Faces of Power, The American Political Science Review, Vol. 56, No. 4 (Dec., 1962), p.949.

[23] See Peter Bachrach and Morton S. Baratz, Power and Poverty: Theory and Practice, Oxford University Press, 1970, p.44.

[24] [美]卢克斯著：《权力：一种激进的观点》，彭斌译，江苏人民出版社 2012 年版，第 15 页。

[25] 葛兰西认为，“知识分子是统治集团的‘管家’，用他们来实现服从于社会领导和政治管理任务的职能，就是：（1）保证广大人民群众‘自由’同意基本统治集团所提供的社会生活方向……；（2）执行国家机关的强制作用，‘合法地’加强对那些都不积极或消极‘表示同意’的集团纪律……”。[意]葛兰西著：《狱中札记》，葆煦译，人民出版社 1983 年版，第 316 页。

[26] 布尔迪厄认为，“符号权力是一种通过语言建构给定事物的权力，是一种设定人们的所见所闻的权力，是一种确认和改变关于世界的认知，进而确认和改变对世界的行动以及世界本身的权力”。See Pierre Bourdieu, Language and Symbolic Power, John B. Thompson ed., Gino Raymond and Matthew Adamson trans., Polity Press, 1991, p.170.

1.叙事逻辑：国家-管理

传统权力理论的叙事逻辑是基于“国家-管理”型社会治理模式展开的。首先，国家是权力的唯一拥有者。在传统权力理论中，权力即国家权力。利益说之“利维坦”、意志说之“合法统治”、决策说之“公共决策”，甚至交换说之“不平衡交换”，无一不是在“国家-管理”语境下展开的。[27]其次，国家利益是权力的逻辑起点。在传统权力理论看来，权力是为国家利益而生的。利益说之“所欲之物”、意志说之“支配”、交换说之“单方服从”以及决策说之“公共政策的制定”，均可被视为广义上的国家利益。而这些元素则被直接嵌入至权力关系之中，成为权力关系产生的基本动因。最后，有效管理是权力的直接目标。为了保证国家利益的实现，权力拥有者必须采取强制、威胁、垄断、欺骗等手段，对权力承受者进行有效管理，进而确保权力承受者的服从。

实践中，“国家-管理”叙事逻辑不可避免的会面临如下几个问题：一是国家与国家代理人的异化。通常，国家通过其代理人具体行使权力。国家代理人本应是国家的附庸，其不具有独立地位。然而，在国家垄断权力的情况下，国家代理人成为权力拥有者与权力承受者之间唯一的沟通管道。此时，对于权力承受者而言，国家代理人就是权力拥有者。这样，国家代理人便以一种相对独立的形象出现在权力承受者面前。二是国家利益与代理人利益的异化。一般而言，在权力关系中，代理人是没有独立利益的。然而，当代理人拥有相对独立的地位后，其便获得了以权力拥有者而非国家的名义行使权力的机会，进而也就获得了追求自身利益的可能。三是有效管理与强制手段的异化。通过有效管理维护国家利益是传统权力理论采取的基本进路，而强制手段则只是有效管理的具体方式之一。但是，鉴于强制手段的简单、直接、高效等特征，其往往成为权力拥有者的优选方案。此时，强制手段实际上已经取代有效管理，成为实现国家利益的主要方式。上述三个问题是“国家-管理”叙事逻辑的必然结果，也是传统权力理论难以克服的困境。

2.分析框架：主体-客体

传统权力理论是在“主体-客体”分析框架下构建权力关系的。一是在权力关系外部，权力本身的客体化。在传统权力理论看来，权力是一种可占有之物。通过运用各种政治策略，国家及其代理人占有和行使权力。此时，权力不过是国家及其代理人攫取利益的工具。二是在权力关系内部，国家是权力关系的主体，而国家利益则是权力关系的客体。实际上，利益说中利维坦宰制竞争性利益、意志说中统治者获得被统治者的服从、交换说中一方换取另一方的单方服从以及决策说中决策者控制公共政策的制定议程，均可以被简化为“国家-国家利益”这一权力关系结构范式。三是在权力拥有者与权力承受者的关系中，权力承受者处于完全被动的地位。从“主体-客体”分析框架来看，权力承受者并不直接构成权力关系的一环。其实，权力承受者并非权力关系的客体，而是客体的提供者。并且，在传统权力

[27] 需要特别说明的是，交换说看似在讨论个人之间的权力关系，但实际上是试图通过对微观权力关系的刻画推导出国家或社会宏观层面的权力关系。正如布劳所言，“要从遍布于个体之间的日常交往和他们的人际关系的较为简单的过程推导出支配社区和社会的复杂结构的社会过程。”[美]布劳著：《社会生活中的交换与权力》，李国武译，商务印书馆 2012 年版，第 36 页。

理论的逻辑预设中，权力承受者的被动接受是一个权力关系有效存在的基本前提。

然而，“主体-客体”分析框架却无法有效回应治道变革后的社会治理实践。首先，国家不再是唯一的权力关系主体。在公共治理模式下，治理主体呈多中心分布。除了国家之外，公民和非政府组织等其他社会主体也参与到社会治理实践之中，并在相应地权力关系中获得主体地位。其次，国家之外的社会主体也能够影响权力的行使。在公共治理模式下，国家、公民以及社会组织等社会主体通过协商的方式形成共识，并以此展开集体行动。权力的行使不再是国家的单方意志，而是国家与其他社会主体的合意。最后，国家与其他社会主体之间的合作多于对抗。社会治理以公共利益而非国家利益为目标。也就是说，国家与国家之外的其他社会主体的利益都应当得到保障。那么，国家与其他社会主体之间便不再是零和博弈，而是正和博弈。此时，权力可以被理解为一项各社会主体通过合作实现共同利益的事业。总之，在公共治理模式下，“主体-客体”分析框架的解释力是存疑的。

三、权力理论的叙事逻辑再探

（一）权力的逻辑起点：个人自由

现代哲学实际上是一种主体哲学。自笛卡尔提出“我思故我在”以来，主体（“自我”或“人”）逐渐成为西方哲学反思的核心出发点和基本问题域。而康德的“人为自然界立法”以及“人是目的”等思想则进一步指明了西方哲学反思的基本路径和价值取向。即所有的问题都能够（也只能够）从主体-人之中获得答案；同时，在解决所有问题时，主体-人不能被仅仅看作是手段，而应当作为最终目的。可以说，自笛卡尔以降，西方哲学的反思是从主体-人出发的，也是以主体-人为最终归依的。“主体性乃是现代的原则”。[28]主体哲学的发展对法学研究产生了重大影响。翻开西方法律思想史可以发现，在启蒙运动之前，思想家们的讨论主要集中在法与正义等问题；而在启蒙运动之后，法与自由逐渐成为思想家们讨论的核心主题。[29]至于现代法学则更是以维护和实现个人自由（权利）作为其根本使命。[30]

那么，从法学视角来看，个人自由就应当是思考权力问题的逻辑起点。虽然，“自由是一个意义漏洞百出以至于没有任何解释能够站得住脚的词”，[31]但这并不能阻止人们探究自由与权力之间的关系。在伯林看来，自由可以被划分为消极自由和积极自由。消极自由是一种“免于……的自由”（free from），即“不受别人阻止地做出选择的自由”；而积极自由则是一种“从事……的自由”（free to do），即“成为某人自己的主人的自由”。[32]消极自由关涉“控制的范围问题”，其取决于外部限制的范围；而积极自由则关涉“控制的来源问题”，其取决

[28] [德]哈贝马斯著：《现代性的哲学话语》，曹卫东译，译林出版社 2011 年版，第 19 页。

[29] 参见严存生著：《西方法哲学问题史研究》，中国法制出版社 2013 年版，第 308-330 页、第 365-378 页。

[30] 在法哲学领域，“权利”与“自由”是两个难以清晰界分的概念。一般而言，对于“权利”的理解存在“资格说”、“主张说”、“自由说”、“利益说”、“法力说”、“可能说”、“规范说”以及“选择说”等不同的理论学说。其中，“自由说”揭示了权力的基础和来源，并且与作为现代宪政国家理论基础的社会契约论等思想相契合，因而获得广泛认可。本文亦遵从学界的一般用法，不对“权利”与“自由”这两个概念进行刻意区分，而是根据行文需要，灵活取用。参见张文显著：《法哲学范畴研究》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 298-323 页。

[31] [英]以赛亚·伯林著：《自由论》，胡传胜译，译林出版社 2011 年版，第 170 页。

[32] [英]以赛亚·伯林著：《自由论》，胡传胜译，译林出版社 2011 年版，第 180 页。

于自我控制的能力。[33]麦克勒姆进一步指出，不论消极自由还是积极自由，其中都隐含着另一个因素，即自由的主体。因此，麦克勒姆进一步将自由表述为“x is (is not) free from y to do (not do, become, not become) z”，即主体（x）免于阻碍因素（y）的限制去做某事（z）的自由。[34]相应地，自由与权力之间的关系也可以从主体范围、限制因素以及行为能力三个方面思考。

因此，为维护和实现个人自由，权力的叙事可以从如下三个方面展开：一是扩大主体的范围。通过运用权力确认和保障人人平等原则，进而实现主体之间平等的自由。二是减少对主体行为的限制。通过制定明确的权力运行规范，划分自由与权力的边界，从而尽可能的限缩权力的运行范围和避免权力的越界。三是增强主体的行为能力。通过对权力的配置和运作，为主体的自由行为创造更多有利的条件。概言之，个人自由是权力理论的逻辑起点和最终归宿。

（二）权力关系的参与者：社会主体

由于权力的逻辑起点是个人自由而非国家利益，因而每个人都有参与到权力关系之中以维护和实现自身自由的可能与必要。权力关系并非由国家主导，而是由社会主体共同塑造。实际上，不论是发挥权力对个人自由的促进作用，还是避免权力对个人自由的侵害，均离不开社会主体的共同努力。

一方面，发挥权力对个人自由的促进作用离不开社会主体的共同参与。在实现个人自由时，单个社会主体的能力是有限的。因此，为了最大限度地扩展个人自由，分散的社会主体必须联合起来。通过采取集体行动的方式，社会主体得以借助集体的力量增强自身实现个人自由的能力。社会主体的共同参与产生了权力，而这一权力又进一步促进了社会主体个人自由的实现。正如哈耶克所言，“那种作为达到所求目标之能力的权力并不坏，不好的权力是指实施强制的权力，是通过给他人造成损害的威胁迫使其屈从别人的意志的权力。在一个很多人自愿地合作，并为其自身的目的共同工作的大企业里，其领导人的权力不是邪恶的权力。人们依靠在统一领导下的这种自愿合作，可以不同寻常地壮大他们集体的力量，这是一个文明社会强大的一个方面。”[35]

另一方面，避免权力对个人自由的侵害离不开社会主体的共同监督和制约。权力天然具有扩张性。“在权力未受控制时，可以把它比作自由流动、高涨的能量，而其结果往往具有破坏性。”[36]因此，为了避免权力对个人自由的侵害，必须对权力进行制约和控制。通常来说，有两种主要的权力制约思想：一是以权力制约权力，如洛克、孟德斯鸠等；二是以社会制约权力，如托克维尔等。[37]两种权力制约思想并非相互排斥，而是可以并行不悖。其中，以社会制约权力得以实现的关键就在于社会主体的共同参与。正如托克维尔在考察

---

[33] 张文显著：《二十世纪西方法哲学思潮研究》，法律出版社 2006 年版，第 445-446 页。

[34] Gerald C. MacCallum, Jr., Negative and Positive Freedom, The Philosophical Review, Vol.76, Issue 3(Jul., 1967), p.314.

[35] [英]哈耶克著：《自由宪章》，杨玉生等译，中国社会科学出版社 2012 年版，第 192-193 页。

[36] [美]博登海默著：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 1998 年版，第 360 页。

[37] 参见严存生著：《西方法哲学问题史研究》，中国法制出版社 2013 年版，第 444-465 页。

美国乡镇自治时所指出的，“在美国的乡镇，人们试图以巧妙的方法打碎（如果我可以这样说的话）权力，以使最大多数人参与公共事务。”[38]权力被分割后再交由众多的社会主体分散行使，这样就打破了国家对权力的垄断。并且，“用这种方法分散权威之后，权威的作用便减少了不可抗拒性和危险性，但权威本身并没有被破坏。”[39]

（三）权力的直接目标：有效治理

多元社会主体的参与增加了权力关系的复杂性。集体行动的一致性是权力真实存在的基本标志，而多元社会主体的参与则带来了“无秩序”的风险。因此，为了确保权力的有效性，则必须实现权力关系内部的有效治理。从集体行动的逻辑来看，实现权力关系内部有效治理的基本前提是确立多元参与者之间的共同利益。“当与组织相比，个人的、没有组织的行动能够同样、甚至更好地服务于个人利益时，建立组织显然就毫无意义……当存在共同或集团利益时，组织就能一显身手”。[40]共同利益发挥着团结多元参与者的积极功能。而具体到权力关系之中，维护和实现个人自由就是社会主体之间最根本的共同利益。而这一共同利益又可以进一步分解为两个方面，即利用权力促进个人自由和避免权力侵害个人自由。然而，人们却往往只关注如何避免权力对个人自由的侵害，却忽视了如何利用权力促进个人自由。也就是说，权力关系中的共同利益并不完整。

人们之所以忽视权力对个人自由的促进作用乃是源于对权力概念的误读。在法学领域，权力通常被理解为国家权力。[41]由于国家掌握了巨大的社会资源，其所拥有的能量是十分惊人的。“一切有权力的人都容易滥用权力，这是万古不易的一条经验。”[42]可以说，国家权力是个人自由的最大威胁。在此背景下，以维护和实现公民权利为己任的法学学科和法学家自然将关注的焦点集中在国家权力之上。“如何控制国家权力”是现代法学（特别是宪法学、法理学）的核心关切，而社会契约论、人民主权说以及分权制衡理论等则是对这一问题的回答。虽然，在有些情况下也会出现“个人权力”、“公民权力”或者“私权力”等用法，但这些用法仅仅是从主客体关系的角度表明个人掌握权力这一客观情况，而不涉及权力本身的性质。[43]“个人权力”中的“权力”依旧是国家权力，只不过被特定的人占有和控制而已。对于个人而言，法学往往配之以“权利”而非“权力”。

将权力默认为国家权力的做法实际上限制了法学的研究视野。实践中存在的国家权力侵害个人自由的现象使得国家权力成为一个不太光彩的名词。国家权力甚至被认为是一种

---

[38] [法]托克维尔著：《论美国的民主（上卷）》，董果良译，商务印书馆 1989 年版，第 83 页。
[39] [法]托克维尔著：《论美国的民主（上卷）》，董果良译，商务印书馆 1989 年版，第 87 页。
[40] [美]奥尔森著：《集体行动的逻辑》，陈郁等译，上海人民出版社 2011 年版，第 6-7 页。
[41] 参见张文显著：《法哲学范畴研究》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 396 页。
[42] [法]孟德斯鸠著：《论法的精神（上册）》，张雁深译，商务印书馆 1961 年版，第 154 页。
[43] 西方学者在研究权力时，虽然通常会将个人视为权力的主体之一，但是在展开具体研究时却只见国家权力而不见个人权力。例如，博登海默先是将权力界定为“一个拥有绝对权力的人试图将其意志毫无拘束地强加于那些为他所控制的人”，然而后文却仅仅在论述政府的权力以及政府权力与法律的关系，个人权力不见了踪影。参见[美]博登海默著《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 1998 年版，第 358-363 页。而在中国知网使用高级检索，篇名中含有“个人权力”词条的文章仅 32 篇、含有“公民权力”词条的文章仅 14 篇、含有“私权力”词条的文章仅 13 篇，并且其中还有一部分是新闻类文章和政治学等其它学科的文章。参见中国知网：http://kns.cnki.net/kns/brief/result.aspx?dbprefix=SCDB，2018 年 8 月 4 日访问。可见，中外法学界一般都将权力默认为国家权力。

必要的“恶”。[44]同时，国家权力的一切“坏名声”都被全盘转嫁给了权力，使得权力一词在法学领域被“污名化”。实际上，国家权力的危险之处并非源于其权力属性，而是在于其过于强大，以至于可以轻易地践踏个人自由。但是，若权力以一种“轻体量”的形式存在，则既可以避免权力对个人自由的侵害，又可以发挥权力对个人自由的促进作用。“人们从来不想从根本上打击当局的权力和否定它的权限，而只是把权限的行使分给许多人。他们想以此加强权威而削弱官吏，以使社会永远秩序井然而又保持自由。”[45]

可以说，权力的直接目标在于通过确立维护和实现个人自由（包括利用权力促进个人自由和避免权力侵害个人自由）这一共同利益，将社会主体全面团结在权力关系之中，从而确保集体行动的一致性，进而实现多元社会主体的有效治理。

四、权力关系的分析框架重塑

（一）权力与暴力

权力不同于暴力。长期以来，暴力被认为是权力最明显的表现形式。然而，二者之间却有着根本上的不同。“权力总是需要人数，而暴力到了某种程度甚至无须人数也能施行，因为它依赖的是工具。”[46]暴力是为了追求特定的目的而采取的手段，其所凭借的是工具和操作这些工具的人。“命令-服从”是暴力运作的基本模型。服从对于暴力能否顺利实施具有关键性作用。而权力则不同。权力来源于共同体的同意，其形成于解决公共生活难题的过程之中。或者说，权力是对公共生活难题的解决，其本身便是目的。无论是所谓的权力拥有者还是权力承受者，其都可以通过权力解决其所面临的问题，进而实现自身的利益。此时，在权力关系之中，权力拥有者与权力承受者具有同等地位。

需要特别注意的是，共同生活是权力产生的必要条件。权力是“人类不仅行动而且一致行动的能力”。[47]而只有在共同生活中才有一致行动的需求。正如阿伦特所言，“任何人出于任何原因，把自己孤立起来和放弃了这种共处，就是放弃了权力和选择了无能，无论他的体力有多大，他的理智有多管用。”[48]只有在共同体的一致行动中才存在权力，而一旦分散开来，权力便消失了。一方面，权力具有潜在性，其作为共同体的潜能而存在，并随着共同体内部结构的变化而变化；另一方面，权力只能现实化而不能物质化。权力依赖人们的共同生活或者说他人的存在，这就决定了权力无法被储藏，而只能在与他人的关系中被实现。将共同生活视为权力产生的必要条件也就意味着将共同体成员的同意作为权力的合法性基础。那么，在具体的权力关系之中，权力承受者也就获得了与权力拥有者一样的主体地位。

通过上述分析可知，在权力关系中，权力承受者并非处于完全被动的地位。相反，权

[44] [美]潘恩著：《常识》，余瑾译，中华书局 2013 年版，第 3 页。
[45] [法]托克维尔著：《论美国的民主（上卷）》，董果良译，商务印书馆 1989 年版，第 87-88 页。
[46] [美]阿伦特著：《共和的危机》，郑辟瑞译，上海人民出版社 2012 年版，第 105 页。
[47] [美]阿伦特著：《共和的危机》，郑辟瑞译，上海人民出版社 2012 年版，第 107 页。
[48] [美]阿伦特著：《人的境况》，王寅丽译，上海人民出版社 2009 年版，第 158 页。

力承受者与权力拥有者都是权力关系的主体。那么，基于主客二分范式形成的“国家-国家利益”分析框架就无法全面展现权力关系的真实形态，因而其解释力是存疑的。

（二）从主客二分到主体之间

在基于主客二分范式形成的权力关系分析框架中，权力拥有者被视为权力关系的主体，而利益、意志、服从或者决策等则被视为权力关系的客体。在这一分析框架中，权力承受者是被忽视的。而通过对权力与暴力的比较可知，在权力关系中，权力承受者与权力拥有者应当具有同等地位。也就是说，权力承受者与权力拥有者都是权力关系的主体。那么，权力关系就应当是在权力拥有者与权力承受者之间展开的，或者说，权力关系应当是一种主体之间的关系。此时，权力拥有者与权力承受者的身份就共同转变为权力关系的参与者，而权力关系也由“主体-客体”关系转变为“主体-主体”关系。

实际上，权力关系分析框架从主客二分到主体之间的转变是对主体哲学反思的必然结果。主体哲学立基于实践理性之上。实践理性是一种人们所共有的、普遍的理性，其并不依赖于个人的特殊体验。而主体哲学对理性的一元化假设与社会实践中理性的多元化事实之间的矛盾使得主体哲学无可避免地陷入了困境。哈贝马斯称之为“系统对生活世界的殖民”，[49]而福柯则称之为“监狱群岛”[50]或者“主体的客体化”。[51]面对主体哲学的困境，哈贝马斯认为可以通过人与人之间的语言交往达成共识。在语言交往行为中，人不再是一个独自面对客观世界的主体，而是主体之间的主体。而福柯则认为人与人之间的差异是无法通过沟通、交往而消弭的，所谓的共识不过是一种乌托邦式的幻想。他认为，个人之间的任何差异最终都将走向对抗，而孤独的自我美学改造才是个人的出路。虽然哈贝马斯与福柯所提出的解决方案不同，但二者都认可多元社会主体的平等地位。这也是从主客二分走向主体之间的理论基础。

（三）后现代的权力观

从主客二分到主体之间的转变给权力的行使带来了很大影响。在通常的理解中，国家权力被视为一种总体性的权力，其强调普遍性而忽视个体性。而当社会主体的多元性被认可之后，国家权力就不得不考虑不同社会主体的特殊性。此时，“国家权力（这也是它强大的原因之一）既是个体化的，也是总体化的权力形式。”[52]对个体性的关注是后现代权力观的核心关切，其又被称之为“权力的第四种面相”。[53]具体而言，后现代权力观具有如下特征：

一是从权力关系的角度理解权力。传统权力理论认为权力是一种可被占有之物，而后现代权力观则认为权力是一种关系，其只能被运作而不能被占有。虽然许多权力以机构、组织等形式呈现，但这些只是权力的外在表现形式，而非权力本身。“人们应从权力关系的

[49] 参见[德]哈贝马斯著：《交往行动理论·第二卷》，洪佩郁、蔺青译，重庆出版社 1994 年版，第 456 页。
[50] [法]福柯著：《规训与惩罚》，刘北成、杨远婴译，生活·读书·新知三联书店 2012 年版，第 341 页。
[51] Michel Foucault, The Subject and Power, Critical Inquiry, Vol. 8, No. 4 (1982), p.777.
[52] Michel Foucault, The Subject and Power, Critical Inquiry, Vol. 8, No. 4 (1982), p.782.
[53] See Peter Digeser, The Fourth Face of Power, The Journal of Politics, Vol. 54, No. 4, pp.977-1007.

角度来分析机构，而不是相反。同时，权力关系的基本锚点，即便在机构中得到体现并被固化，但还是应该在机构之外去寻找。”[54]同时，权力关系并非一种自上而下或自下而上的线形关系，而是一种复杂的关系网络。每一个参与者都处在这个网络之中，其有可能成为权力拥有者，也有可能成为权力承受者，还可能既是权力拥有者也是权力承受者。

二是认为权力是动态的而非静止的。传统的权力理论认为，权力是主体所拥有的、可以实现特定目的的能力、工具，其能够以一种静态的方式存在，备而不用。但后现代权力观认为，“权力只有在行动中才存在。”[55]静止状态下的权力并没有发挥任何效用，且权力关系中的参与者根本无法感受到其存在。只有在权力关系中的某一参与者针对另一参与者采取行动时，权力关系的效用才能得到展现，且参与者才会有切实感受。

三是权力关系中的个体是自由的。传统的权力理论认为，在权力关系中，权力的拥有者可以自由地行使权力，而权力的承受者则只能被动地接受。而后现代权力观认为，“权力的实施存在于对行为可能性的引导和可能结果的整理。从根本上说，权力不是两个对手的对峙或交锋，而是一个治理问题。”[56]权力就是对可能性领域的治理。也就是说，权力关系中的参与者享有行动的自由，其可以有多种行为可能。而权力就是引导参与者在不同的行为模式之间做出选择。因此，若权力关系中的参与者没有选择自由，而只能做出特定行为，那么，权力则无法发挥任何效用。可以说，参与者的自由选择是权力得以施展的前提条件。

四是权力关系呈现多中心的形态。传统权力理论将国家或国家机关作为权力关系的唯一中心，其认为国家权力是围绕国家机构建立起来的。实际上，这种认知是建立在将权力理解为可占有之物的基础上的，而所谓权力的中心就是占有权力的主体。但后现代权力观将权力理解为一种关系网络，而每一个参与者都不过是权力关系网络上的一个节点。可以说，每个参与者都能影响权力关系的最终形态，也就都可以被视为中心。

五是权力的行使依赖于对特定知识和技术的策略性运用。传统权力理论认为，权力的行使依赖于对暴力或强制力的运用。但后现代权力观认为，权力的行使更多的表现为对个体性知识和技术的策略性运用。例如，疯人院中医生对精神病人行使权力时就综合运用了“缄默”、“镜像认识”、“无休止的审判”以及“对医务人员的神话”等技术手段，“这些运作不声不响地组织起疯人院的世界、治疗方法以及对疯癫的具体体验。”[57]

上述后现代权力观的五点特征也就构成了分析权力关系的新框架。这一框架的形成源于从主客二分到主体之间这一基本哲学范式的转变，并且立基于对权力关系参与者个体性的认可之上。

---

[54] Michel Foucault, The Subject and Power, Critical Inquiry, Vol. 8, No. 4 (1982), p.791.
[55] Michel Foucault, The Subject and Power, Critical Inquiry, Vol. 8, No. 4 (1982), p.788.
[56] Michel Foucault, The Subject and Power, Critical Inquiry, Vol. 8, No. 4 (1982), p.789.
[57] [法]福柯著：《疯癫与文明——理性时代的疯癫史》，刘北成、杨远婴译，生活·读书·新知三联书店 2012 年版，第 228-229 页。

五、社会权力：一种新的权力理论

（一）社会权力的内涵

通过对权力理论的叙事逻辑和分析框架的重新梳理，一种不同于传统权力理论的新权力理论呼之欲出。一方面，在叙事逻辑上这种新的权力理论实现了从“国家-管理”向“社会-治理”的转变；另一方面，在分析框架上这种新的权力理论实现了从国家中心主义的“主体-客体”分析框架向社会多中心的“主体-主体”分析框架的转变。可以说，与传统权力理论相比，这种新的权力理论最大的突破在于实现了从国家到社会的场域转换。鉴于此，这种新的权力理论可以被称之为社会权力理论。在社会权力理论看来，权力是指在社会治理实践中，基于维护和实现个人自由的目的，多元社会主体之间自主建立的一种互利型集体行动机制或方案。

实际上，社会权力一词并不鲜见。通常，社会权力有如下两种用法：一是社会权力即人类社会的权力。社会学、人类学往往采用此种用法。例如，迈克尔·曼认为，“社会是由多重交叠和交错的社会空间的权力网络构成的。”[58]权力本就具有社会性。而权力、社会权力以及人类社会的权力实际上具有相同意涵。二是社会权力即社会主体的权力。此种用法在法学、政治学中比较常见。例如，郭道晖认为，“社会权力即社会主体以其所拥有的社会资源对国家和社会的影响力、支配力。”[59]这种用法基于“国家-社会”二分法，将“所有区别于单纯的国家权力或政府权力的形式”都称之为社会权力。[60]上述两种用法只是分别基于权力的存在领域和权力的主体使用了社会权力这一概念，其并不涉及对权力本质的反思，因而与社会权力理论中的社会权力概念相去甚远。

此外，为了进一步厘清社会权力的内涵，还有必要区分如下几组概念：一是社会权力与社会公权力。一般而言，社会公权力是指“在国家之外的社会组织以‘准公共产品’供给为目的，以社会利益实现为宗旨，对组织成员所产生的影响力与支配力。”[61]实际上，社会公权力就是社会组织对其成员的一种准行政管理权力。社会公权力沿袭了传统权力理论的“主体-客体”分析框架。与国家权力相比，社会公权力只是用“社会组织”取代了“国家”，使其成为权力关系的新主体。可见，社会公权力依旧是建立在传统权力理论之上的。二是社会权力与第四权力。“1974 年 11 月 2 日，美国联邦最高法院大法官 P.斯特瓦特（Potter Stewart）在演讲中，根据新闻媒介在现代社会的重要作用，从法学角度提出了‘第四权力理论’（the fourth theory）”。[62]第四权力这一概念将新闻媒体这类社会组织与立法、行政、司法等国家机关并立，重点在于强调新闻媒体对立法、行政、司法三权的监督与制约功能。然而，第四权力这一概念仅仅扩展了权力主体的范围，却并未从根本上突破传统权力理论的“主体-客体”分析框架，因而与社会权力是不同的。三是社会权力与社会力量。社会力量既是一个

[58] [英]迈克尔·曼著：《社会权力的来源（第一卷）》，刘北成、李少军译，上海人民出版社 2015 年版，第 1 页。
[59] 郭道晖著：《社会权力与公民社会》，译林出版社 2009 年版，第 54 页。
[60] 胡水君著：《法律与社会权力》，中国政法大学出版社 2011 年版，第 118 页。
[61] 徐靖：《论法律视阈下社会公权力的内涵、构成及价值》，《中国法学》2014 年第 1 期。
[62] 刘迪著：《现代西方新闻法制概述》，中国法制出版社 1998 年版，第 12 页。

法律概念，也是一个政治概念。[63]总的来说，社会力量就是指“社会资源”。[64]社会力量这一概念只是表明国家之外的其他社会主体参与社会公共事务的能力，而并没有涉及多主体之间的关系。可以说，社会力量并不具有权力属性。总的来说，社会公权力、第四权力以及社会力量与社会权力都有着显著区别，不可混淆。

（二）社会权力的建构

在社会权力理论看来，权力不再是一种国家管理工具，而是一套社会治理方案。在社会治理过程中，“权力依赖”的形成对于治理方案的产生具有十分关键的作用。[65]权力依赖包含三个方面的要求：一是在参与主体方面，“致力集体行动的组织必须依靠其他组织”；二是在决策过程方面，“为求达到目的，各个组织必须交换资源、谈判共同的目标”；三是在集体行动方面，“交换的结果不仅取决于各个参与者的资源，而且也取决于游戏规则以及进行交换的环境”。[66]作为一套社会治理方案，社会权力的建构也可以从上述三个方面着手。

1.参与主体

从社会治理的角度来看，判断社会权力参与主体的标准并非“国家-社会”二分法，而是能否对社会治理方案产生影响。因此，社会权力的参与主体是十分广泛的。一方面，一切“非国家或非政府的社会组织和个人”都可以成为社会权力的参与主体。[67]这就包括了非政府组织、企事业单位、宗教团体、新闻媒体等社会组织以及全体公民。另一方面，国家机构及其附随组织也可以成为社会权力的参与主体。虽然，国家机构及其附随组织不再是简单的进行自上而下的单向管理，但其依旧会对社会治理方案产生重大影响，因而不能将其排除在社会权力参与主体之外。

当然，在一个具体的社会权力关系中，参与主体之间还需要形成权力依赖。权力依赖本质上就是资源依赖，即治理目标的实现有赖于参与主体所拥有的资源。反过来，是否拥有实现特定治理目标所必需的资源就成为能否参与该社会权力关系的关键。相对而言，如下几种资源在社会治理过程中发挥着比较重要的作用：一是政治资源，即基于一定的政治地位而获得的资源。在现代民主国家，政治资源主要表现为国家机构及其附随组织基于法律规定而获得的职权。二是经济资源，即“一种可以被直接、迅速的转化为金钱并以财产权的形式呈现的资源”。[68]一般而言，经济资源包括物质资源和人力资源两种形式。三是文化资源，即通过掌握文化符号而形成的资源。文化资源表现为行为人自身对文化符号的掌握、行为人基于对文化符号的掌握而生产的文化商品以及行为人所掌握的文化符号被社会大

---

[63] 社会力量这一概念既可以作为法律概念使用，如 1997 年 10 月 1 日实施的《社会力量办学条例》；也可以作为政治概念使用，如 2013 年 9 月 26 日发布的《国务院办公厅关于政府向社会力量购买服务的指导意见》（国办发[2013]96 号）。

[64] 吴宗宪：《社会力量参与社区矫正的若干理论问题探讨》，《法学评论》2008 年第 3 期。

[65] 参见[英]格里·斯托克：《作为理论的治理：五个论点》，华夏风编译，载俞可平主编：《治理与善治》，社会科学文献出版社 2000 年版，第 34-35 页。

[66] [英]格里·斯托克：《作为理论的治理：五个论点》，华夏风编译，载俞可平主编：《治理与善治》，社会科学文献出版社 2000 年版，第 41 页。

[67] 郭道晖著：《社会权力与公民社会》，译林出版社 2009 年版，第 77 页。

[68] Pierre Bourdieu, The Forms of Capital, in J. Richardson ed., Handbook of Theory and Research for the Sociology of Education, Greenwood, New York, p.243.

众所接受和认可后形成的影响力。[69]四是社会资源，即“行动者在行动中获取和使用的嵌入在社会网络中的资源”。[70]社会资源取决于行动者在特定社会关系网络中的地位，其具有提供信息、直接施加影响、信用担保以及增强认同感等作用。在社会治理中，社会权力参与主体通过提供和分享政治、经济、文化和社会资源，形成权力依赖，并共同致力于社会治理目标的实现。

2.决策过程

在多元的社会权力参与主体之间形成统一的集体行动意志是社会权力得以有效建构的关键。“在治理关系中，有的组织有可能在某一特定的交换过程中处于主导地位，但不易有哪个机构得以发号施令。”[71]因此，社会权力的决策过程就不可能是命令式的，而是只能是通过协商和谈判展开。实际上，通过借鉴商谈民主理论的“过程模型”，[72]可以将社会权力的决策过程优化为如下几个步骤：

第一步：实用商谈。即在不考虑价值偏好的前提下，社会权力参与主体基于目的合理性的考量就集体行动方案进行商谈，并从若干备选方案中选择最合理的方案。实用商谈所要解决的是技术问题。“在这些商谈中，结局取决于这样一些论据，它们把经验知识同既有的偏好和所确定的目的相联系，并根据作为基础的准则[Maximen]对各种可选择之决策（它们通常是不确定的）做出判断。”[73]此时，信息的全面披露与一定的专家知识是实用商谈得以有效开展的必要条件。

第二步：伦理商谈或谈判。实际上，社会权力参与主体之间的价值偏好往往是多元的。而伦理商谈就是试图通过对“我们”的澄清，揭示共同体的“典范性生活方式”，进而实现对“典范性生活方式”及其背后的价值取向的“主体间确认”。[74]在伦理商谈中，社会权力参与主体基于共同历史传统，实现了从单数形式的社会权力参与主体向复数形式的社会权力参与主体的转变。不过，基于历史传统而形成的“典范性生活方式”并不一定能够获得所有社会权力参与主体的认可。此时，为了达成集体行动方案，必须在社会权力参与主体之间展开谈判。谈判的过程就是一个利益平衡的过程。因此，通过谈判达成的方案至少应当满足三个条件，即该方案对所有人来说都是最优的、排除了搭便车者以及回报大于付出。[75]

第三步：道德商谈。经过伦理商谈或谈判所形成的集体行动方案还必须接受正义的检

---

[69] See Pierre Bourdieu, The Forms of Capital, in J. Richardson ed., Handbook of Theory and Research for the Sociology of Education, Greenwood, New York, p.243-248.

[70] [美]林南著：《社会资本：关于社会结构与行动的理论》，张磊译，上海人民出版社 2004 年版，第 24 页。

[71] [英]格里·斯托克：《作为理论的治理：五个论点》，华夏风编译，载俞可平主编：《治理与善治》，社会科学文献出版社 2000 年版，第 41 页。

[72] 参见[德]哈贝马斯著：《在事实与规范之间：关于法律和民主法治国的商谈理论（修订译本）》，童世骏译，生活·读书·新知三联书店 2003 年版，第 199-206 页。

[73] [德]哈贝马斯著：《在事实与规范之间：关于法律和民主法治国的商谈理论（修订译本）》，童世骏译，生活·读书·新知三联书店 2003 年版，第 196 页。

[74] [德]哈贝马斯著：《在事实与规范之间：关于法律和民主法治国的商谈理论（修订译本）》，童世骏译，生活·读书·新知三联书店 2003 年版，第 196-197 页。

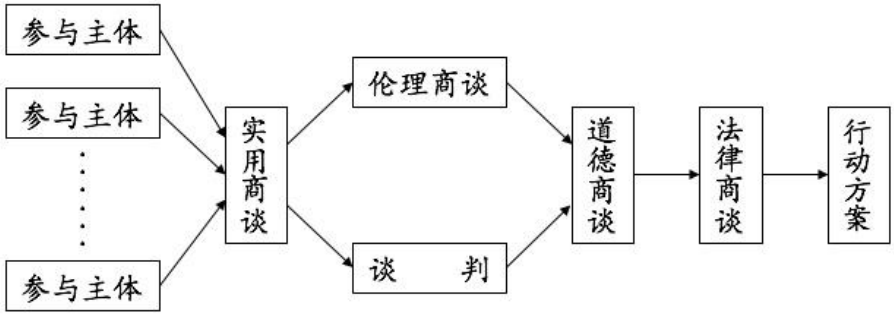
[75] 参见[德]哈贝马斯著：《在事实与规范之间：关于法律和民主法治国的商谈理论（修订译本）》，童世骏译，生活·读书·新知三联书店 2003 年版，第 203 页。

验，即该集体行动方案“是否对所有人都是同等地好的”。[76]此时，社会权力参与主体不再仅仅从单数或复数形式的角度思考集体行动方案，而是“设身处地把自己放在每一个成员的处境、世界观和自我理解之中，共同地实践一种理想的角色承当。”[77]道德商谈进一步增强了集体行动方案的正当性。

第四步：法律商谈。在法治国家，社会权力参与主体之间形成的集体行动方案还必须与法律体系保持融贯一致。任何违法的集体行动方案都是不可接受的。

过程模型很好地描绘了社会权力的决策过程。（见图 1）“这个过程从实用问题出发，经过达成妥协和伦理商谈的分支到达对道德问题的澄清，最后结束于对规范的法律审核。”[78]在过程模型中，不仅多元社会权力参与主体的意志得到了充分尊重，而且集体行动的方案也接受了技术、伦理、道德和法律的四重检验。可以说，基于过程模型的社会权力决策过程是符合社会治理实践需求的。

图 1：社会权力的决策过程



3.集体行动

在社会权力决策过程中产生的行动方案是社会权力参与主体的集体行动指南。在传统权力理论看来，权力源自国家。相应地，国家则通过制定法律的方式规范权力的运行。但是，在社会权力理论看来，权力源自多元社会主体。社会权力运行的规范应当由多元社会主体的集体意志决定，而非仅由国家决定。实际上，权力运行规范的转变与法观念的转变密不可分。就实在法或人法的创制主体而言，奥斯丁认为，法是由“政治优势者”制定出来的。[79]而所谓的政治优势者就是指掌握国家最高权力的统治者或主权者；而凯尔森则认为，共同体与创造共同体的法律秩序是一元的。共同体不仅可以表现为国家，还可以表现为社团等其他实体。相应地，法也就有国家的制定法、社团的章程等多种形式。[80]从国家到共同体的转变意味着法的形式趋向多元化。同时，作为权力运行规范的法也就不再局限于国

[76] [德]哈贝马斯著：《在事实与规范之间：关于法律和民主法治国的商谈理论（修订译本）》，童世骏译，生活·读书·新知三联书店 2003 年版，第 198 页。
[77] [德]哈贝马斯著：《在事实与规范之间：关于法律和民主法治国的商谈理论（修订译本）》，童世骏译，生活·读书·新知三联书店 2003 年版，第 198 页。
[78] [德]哈贝马斯著：《在事实与规范之间：关于法律和民主法治国的商谈理论（修订译本）》，童世骏译，生活·读书·新知三联书店 2003 年版，第 199 页。
[79] [英]奥斯丁著：《法理学的范围》，刘星译，中国法制出版社 2001 年版，第 14 页。
[80] 参见[奥]凯尔森著：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，商务印书馆 2013 年版，第 20 页。

家的制定法。在社会权力中，参与主体经过协商而产生的集体行动方案体现了共同体的集体意志，构成了社会权力运行的法规范依据。

此外，在社会权力参与主体的集体行动中，应当避免“公地悲剧”、“囚徒困境”以及“搭便车”等公共治理难题的发生。首先，为了避免公地悲剧的发生，社会权力参与主体应当在集体行动方案中明确公共资源的使用方案。公地悲剧的产生源于产权不明。“在公地自由开放的社会里，每个人都在追寻自己的最大利益，而毁灭则是他们的终点。”[81]所以，明晰的公共资源的使用规则对社会权力至关重要。其次，为了避免囚徒困境，社会权力参与主体之间应当建立全面、准确、高效的信息沟通机制。囚徒困境产生的一个根本原因在于囚徒之间无法进行交流，进而出现“个人理性的策略导致集体非理性的结局”。[82]因此，在集体行动过程中，社会权力参与主体之间的沟通交流是十分必要的。再次，为了避免搭便车现象的出现，社会权力参与主体应当在集体行动方案中建立合理的利益分配机制。一般而言，“除非一个集团中人数很少，或者除非存在强制或其他某些特殊手段以使个人按照他们的共同利益行事，有理性的、寻求自我利益的个人不会采取行动以实现他们共同的或集团的利益。”[83]因此，为了最大限度地实现社会权力的目标，集体行动方案就应当明确排除不劳而获者。

六、社会权力与社会治理

（一）社会权力的价值

社会权力有助于打造共建共治共享的社会治理格局。党的十八以来，以习近平为核心的党中央高度重视社会治理体制创新。十八届三中全会首次在党的正式文件中提出“社会治理”概念，标志着中国共产党社会治理理念的一次飞跃。十八届五中全会提出“构建全民共建共享的社会治理格局”，指明了社会治理的基本路径。党的十九大不仅进一步明确“打造共建共治共享的社会治理格局”，还全面提出了社会治理体制的基本要点，即“党委领导、政府负责、社会协同、公众参与、法治保障”。可以看出，“社会治理新格局正在尝试对传统政府治理结构和权力运行方式进行再造，着力重构政府、社会、市场、民众之间的新型关系，通过协商、合作、互动、共赢的方式，实现资源整合、秩序构建和治理效能提升。”[84]实际上，国家管理向社会治理转变的逻辑与国家权力向社会权力转变的逻辑是高度一致且密切相关的。社会权力理论的提出本就是为了回应公域之治的模式转型，是一种与社会治理模式相契合的权力理论。具体而言，在社会治理中，社会权力的价值体现在如下几个方面：

一是推动共建。共建是新时代社会治理的基本要求。“共建意味着政府部门、市场主体

[81] Garrett Hardin, The Tragedy of the Commons, Science, 1968, 162(3856), P1244.
[82] [美]奥斯特罗姆著：《公共事务的治理之道：集体行动制度的演进》，余逊达、陈旭东译，上海译文出版社 2012 年版，第 6 页。
[83] [美]奥尔森著：《集体行动的逻辑》，陈郁、郭宇峰、李崇新译，上海人民出版社 2011 年版，第 2 页。
[84] 夏锦文：《共建共治共享的社会治理格局：理论构建与实践探索》，《江苏社会科学》2018 年第 3 期。

和民间力量在社会治理全过程和各环节清晰的角色定位、明确的权责分工和有效的互动参与。”[85]也就是说，治理主体不再仅仅局限于政府部门，而是包括了政府部门和其他社会主体。实际上，作为社会治理过程中的一种集体行动机制，社会权力本就强调参与主体的多元性。社会权力的参与主体不仅包括国家机构及其附随组织，还包括非政府组织、企事业单位、新闻媒体等社会组织。社会权力鼓励各参与主体通过提供政治资源、经济资源、文化资源以及社会资源的方式参与到集体行动方案的建构过程之中。社会权力是一项多元参与主体共同创造的事业。可以说，社会权力参与主体的多元性有效地推动了社会治理走向共建的道路。

二是落实共治。共治是新时代社会治理的核心方法。共治要求“治理机制和治理关系发生根本转化，社会组织和公民不再简单是公共治理的客体，而应成为治理主体，进而实现治理主体的‘自我统治’，即治理方式的民主化重构。”[86]共治不仅要求参与主体形式上的多元性，更要求参与主体切实参与到决策过程之中。最终的治理方案不再是国家的单方面决定，而是多元参与主体共同意志的体现。共治的这一要求与社会权力不谋而合。在社会权力的决策过程中，多元参与主体需要先后进行实用协商、伦理协商或谈判、道德协商以及法律协商，之后才能形成最终的集体行动方案。在这些协商过程中，每一个参与主体的意志都得到了充分的尊重，并且都有可能影响最后的集体行动方案。可以说，贯穿社会权力决策过程的协商程序极大地保障了多元参与主体的治理权利，充分落实了社会治理的共治要求。

三是实现共享。共享是新时代社会治理的根本目标。“社会治理不仅仅是维持社会稳定、化解社会矛盾、协调利益冲突、构建良好社会秩序，还应该是让人民能够共享社会发展成果、共享社会善治后的美好生活。”[87]在社会治理中，通过共建、共治创造的治理红利应当由全体参与主体共同分享，而不能仅由个别参与者主体独享。实际上，共享也是社会权力的重要理念。保障和实现每个参与主体的自由本就是社会权力的目标追求。具体来说，在参与主体的集体行动中，社会权力不仅要求各参与主体切实为集体行动做出贡献，而且要求各参与主体共同分享集体行动所产生的利益。社会权力参与主体的集体行动方案应当包含公平的利益的分配机制，既要避免各参与主体因无节制掠夺集体利益而陷入公地悲剧之中，又要避免出现不劳而获的搭便车者。

（二）社会权力的异化

正如阿克顿勋爵所言，“权力导致腐败，绝对权力导致绝对腐败。”[88]同样的，在社会治理过程中，社会权力也面临腐败的风险。首先，社会权力可能偏离对个人自由的追求。“基于权力主体的多元性，社会权力自身内部也会有不同的权力归属，并因此形成一定内部

[85] 刘雅静：《全民共建共享社会治理格局：概念厘清、内生动力与实践进路》，《理论月刊》2016 年第 11 期。
[86] 吴汉东：《国家治理现代化的三个维度：共治、善治与法治》，《法制与社会发展》2014 年第 5 期。
[87] 曾维和：《共建共享社会治理格局：理论创新、体系构筑、实践推进》，《理论探索》2016 年第 3 期。
[88] [英]阿克顿著：《自由与权力：阿克顿勋爵论说文集》，侯健、范亚峰译，商务印书馆 2001 年版，第 342 页。

分化、甚至对峙。”[89]也就是说，社会权力参与主体基于不同的考量，可能放弃对个人自由的追求，转而寻求其它竞争性利益并陷入无休止的内部斗争之中。其次，社会权力参与主体之间可能无法保持平等关系。参与主体地位平等是社会权力决策过程的基本要求，也是协商得以展开的基本前提。但是，这种平等是十分脆弱的。“社会强势群体的社会权力也可能成为侵害社会弱势群体权利的异化力量。”[90]最后，社会权力的治理红利可能无法由全体参与主体共享。当社会权力参与主体之间的平等关系被打破之后，强势的参与主体将主导整个决策过程。在这种情况下所形成的集体行动方案必然会破坏共享原则，并导致大部分甚至全部的治理红利被少数强势的参与主体所占有。总的来说，社会权力的价值目标、决策过程以及分配机制均存在异化的风险。

为了避免社会权力的异化，必须加强对社会权力的监督。从内部视角来看，社会权力健康运行的关键在于维持参与主体之间的平等地位。一是应当坚持将个人自由作为社会权力运行的逻辑起点，并树立“每个人的自由平等相容”这一基本的正义观；[91]二是在决策过程中应当坚持平等协商的基本方法。集体行动方案应当充分尊重“语内行动约束力”，而不应简单的取决于部分强势参与主体的个人意志。92三是应当建立符合正义原则的分配方案。不仅要按照贡献的大小分配治理红利，还应当给予部分弱势参与主体必要的帮助。从外部视角来看，一方面，社会权力必须接受法律的约束。社会权力的集体行动方案不得违反法律的强制性规定。不仅应当尊重参与主体的自由权、财产权等法定权利，也不得侵害其他社会主体的合法权益。另一方面，社会权力应当依法接受其他社会主体的监督，如新闻媒体的监督、行业协会的监督以及其他社会组织的监督等。

七、结语

新时代，社会治理正面临许多新问题、新挑战。当前，我国社会的主要矛盾已经转化为人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾。在这一背景下，如何能够平衡且充分地满足人民群众日益多元化的利益诉求就成为社会治理无法回避的核心问题。为了适应新时代的社会治理实践，提倡多中心共治的社会治理模式取代了传统的国家管理模式。同时，治理模式的转变也就意味着权力理论的更新。从国家权力理论走向社会权力理论，权力理论的发展迎合了社会治理实践的需要。通过对参与主体、决策过程以及集体行动的重新建构，社会权力理论很好地解决了参与主体的多元性与集体行动的一元性之间的矛盾。可以说，社会权力理论全面契合了完善党委领导、政府负责、社会协同、公众参与、法治保障的社会治理体制的现实需求，有助于打造共建共治共享的社会治理格局。

---

[89] 马金芳：《社会组织多元社会治理中的自治与法治》，《法学》2014 年第 11 期。
[90] 郭道晖著：《社会权力与公民社会》，译林出版社 2009 年版，第 231 页。
[91] See John Rawls, A Theory of Justice, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1999, P. 53.
[92] [德]哈贝马斯著：《在事实与规范之间：关于法律和民主法治国的商谈理论（修订译本）》，童世骏译，生活·读书·新知三联书店 2003 年版，第 127 页。

习近平关于全面依法治国新理念新思想新战略的法理基础

陈康帅[1]

【摘　要】马克思法学思想以唯物论为理论基础，对于法律产生，发展，运转的规律进行了科学的阐释和总结。马克思法学思想在社会不断发展和历次变革中都经受住了历史的检验，并在列宁及毛泽东，邓小平，江泽民，胡锦涛等老一辈无产阶级革命家的继承和发展下形成了马克思主义法学思想。马克思法学思想主要包含法律的人民立场原理，历史唯物主义原理，法律与国家的内在一致性等基本原理，并在全面推进依法治国的道路选择，依法治国的原则，法治国家、法治政府、法治社会一体建设等方面发挥了指导性作用。

【关键词】习近平；依法治国；马克思法学思想

习近平全面依法治国新理念新思想新战略是习近平法治思想的核心内容，同时也是习近平新时代中国特色社会主义思想的“法治篇”。是对当前法治建设过程中存在问题的深入思考和战略性部署，是一套系统科学，逻辑严谨的法治理论体系，其核心要义体现在坚持党对依法治国的领导，坚持人民主体地位，坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进，法治国家、法治政府、法治社会一体建设等十个方面。是新时代中国法治建设的指导思想和理论遵循。习近平全面依法治国新理念新思想新战略是习近平总书记坚持马克思法学思想为指导与中国法治实践相结合而形成的完整思想体系，其有着广泛的理论来源。深入探索马克思法学思想与习近平全面依法治国新理念新思想新战略之间的法理关系，有利于我们深刻领会新时代全面依法治国的科学内涵和法理基础。

一、马克思法学思想的人民立场原理决定了依法治国新理念要坚持人民主体地位

十八大以来，以习近平总书记为核心的党中央，坚持“以人民为中心”开展各项工作，习近平总书记指出：“坚持人民主体地位，必须坚持法治为了人民、依靠人民、造福人民、保护人民。”[2]“努力让人民在每一宗司法案件中感受到公平正义，要把体现人民利益、反映人民愿望、维护人民权益、增进人民福祉落实到依法治国的全过程。”，坚持人民主体地位被确立为依法治国的基本原则之一。

坚持人民主体地位是习近平总书记依法治国新理念的重要内涵，这一理念的提出有其坚实的法学依据，即马克思法学的人民立场原理。深入研究和分析两者之间的关系有利于理清习近平总书记法治思想的法理基础，广泛凝聚社会共识。马克思一生致力于全人类解放事业中，人民立场是马克思主义理论最鲜明的特征，马克思指出：“不是人为法律而存在，

---

[1] 河北师范大学助教

[2] 习近平.加快建设社会主义法治国家[J].求是，2015，1（1）：3-8.

而是法律为人而存在。”[3]马克思在《共产主义原理》中提出：“无产阶级革命将建立民主制度，从而直接或间接地建立无产阶级的政治统治”其明确的阐述了自己的阶级立场。马克思在市民社会问题的论述中指出国家治理必须依靠人民，法律最终要服务于人民。马克思法学思想中强调的人是指现实社会的人民，是推进社会进步的广大无产阶级的劳动人民，而不是资产阶级所强调的抽象的一般人,其与资产阶级宣扬的用来掩盖剥削本质的人民具有本质上的差异。马克思主义法学将人民立场作为其基本原理，具体提出判断法律正当与否的根本标准在于法律是否维护了人民的利益，判断社会法律价值体系是否科学的根本标准在于是否将人民置于主体地位，判断国家治理水平高低的根本标准在于是否将人民置于统治地位。这三个标准从根本上巩固了马克思主义法学的人民主体地位理论。马克思从法学的根本使命角度进一步的阐述人民立场原理。一方面马克思通过政治自由斗争积累经验，马克思在《关于林木盗窃法的辩论》一文中揭露了特权阶级对劳动群众的压迫，并投身于人民的自由解放事业中。同时他从理论层面进行分析，指出：“无产阶级建立自己的统治不是为了使这种统治永恒化，而是为了实现无产阶级的最终目的—消灭一切阶级和阶级对立，实现人的解放。”[4]因此可以看出，马克思主义法学是代表人民利益的主张，是以维护人民利益为核心的法学理论。

马克思法学思想是在批判继承黑格尔法学思想的基础上开创出来的一种新的法学理论。是在历史唯物主义原理的基础上首创性的提出法的阶级属性原理。但西方法律理论界以洛克为代表的理性意志说，以霍布斯为代表的法律命令说，以西塞罗为代表的神意说等均不承认法律具有阶级性，以欧文、圣西门为代表的空想社会主义学派则认为阶级性不是法律的本质属性。二十世纪以来，以批判马克思主义，后现代马克思主义，存在马克思主义等众多流派的代表从各自研究领域出发对马克思法学思想作出了新的解读。对马克思的法学思想内容有的持肯定的观点有的持批判否定的观点。对于马克思法学思想中以人民立场原理为核心观点的阶级理论受到了两种类型的批判，一类批判者从福利国家和福利立法的角度出发，认为现代社会的法律都更加注重工人阶级的利益保护，例如完善的社会保障和医疗服务等社会福利法律以及选举权等政治权利，由此认为现代社会的法律越来越重视保护工人阶级的利益，在维护统治阶级的利益时对被统治阶级也越来越有利，因此，认为马克思法学的阶级性观点已经过时。另一类批判者认为法律并不具有阶级属性，所有社会群体都可以形成自己的阶级，生产关系中的地位只是决定社会阶级成分的影响因素之一，法律并不是只为经济上占统治地位的阶级服务的，只要所有阶级能够形成一种政治上的有效团体意识，法律都可以为其服务。以上两种类型批判的依据并不充分，甚至对马克思法学思想认识并不到位，首先马克思认为统治阶级主导了法律的制定，但是并没有否定被统治阶级也会对法律的制定和执行产生影响。只是无产阶级不可避免的要对法律产生抵触心理，同时并不能单纯因为福利立法现象的出现就认为法律整体对无产阶级越来越有利，更不能作出无产阶级基于自己的目的操控了法律的论断。这只是统治阶级缓和阶级矛盾的手

[3] 中央编译局.马克思恩格斯选集（第三卷）[M].北京:人民出版社，1995.40,523.
[4] 中央编译局.马克思恩格斯选集[M].北京:人民出版社，1995.14-15.

段而已。其次，马克思主张统治阶级并不能够完全掌握国家机器，被统治阶级也能够通过对自己有利的法律从而获得利益，但总体来讲其所获得利益是很小的。人民立场原理是公认的马克思法学的基本原理之一，因而也成为西方法学理论界争论最多的观点之一。但无论从理论层面还是实践层面均证明，马克思法学的人民性是对法律本质阐述最为深刻的理论。

马克思从资产阶级民主革命运动中积累斗争经验，用宏大的视野指导人类自由解放运动。马克思法学思想继承了马克思的人民思想，人民立场是马克思法学最鲜明的立场。习近平总书记指出："我们要始终把人民立场作为根本立场，把为人民谋幸福作为根本使命，坚持全心全意为人民服务的根本宗旨，团结带领人民共同创造历史伟业。"[5]。以习近平总书记为核心的党中央在十八届四中全会通过《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》具体从法治的建设目的，法治的建设主体，权利与义务相统一这三个方面做出全面部署，第一在法治的建设目的上，《决定》指出:"必须坚持法治建设为了人民、依靠人民、造福人民、保护人民，坚持"法治为民"的立场。并从立法、司法、执法、守法等多个环节为"法治为民"这一要求做出了具体安排。例如立法上，要依法拓宽公民参与立法的途径，使立法内容充分反映人民意志，体现人民的利益诉求，加快完善涉及人民切身利益的法律制度，使法律制度更加公平，更能充分的保障广大人民的权力不受侵害，实现公民权利保障法治化。司法上要坚持公正司法，努力使人民群众在每一宗司法案件中都能感受到公平正义，加快培养高素质的司法队伍，依法保障人民群众参与司法活动，提高司法公信力。第二在法治的建设主体上《决定》指出:"必须保证人民在党的领导下，通过各种途径和形式管理国家事务，管理经济文化事业，管理社会事务。"这一要求从根本上保障了人民在依法治国建设中的主体地位。明确了法治建设为民的同时，强调了法治建设靠民的原则。同时十八届四中全会决定指出不断坚持和完善人民代表大会制度，同时建立和完善人民群众依法有序参与法治建设，在立法环节要建立和完善立法论证咨询机制，加强立法机关与社会公众，社会团体，专家学者等沟通交流。从而拓宽人民参与法治建设的途径。在司法环节要树立依靠人民推进公正司法的理念，保障人民在法庭陪审员，司法调解等司法环节的参与权力和参与范围，提高和巩固人民在法治建设过程中的地位。第三在权利与义务相统一上《决定》指出:"必须使人民认识到法律既是保障自身权利的有力武器，也是必须遵守的行为规范，增强全社会学法尊法守法用法意识。"这一要求从根本上回答了法治建设最终谁受益，又靠谁维护的问题。依法治国的最大受益者就是人民，依法治国的成果最需要人民来维护。《决定》将其具体规定为："法律在保护人民权利的同时，人民也应积极承担起维护法律尊严的义务，明确权利与义务相统一的原则。"法律的权威来自人民内心的信仰，人民的权益需要法律的保障，法律的权威需要人民的拥护，人民作为法治的受益主体在享受法治权益的同时，应承担起遵守法律的义务，从而进一步发挥在法治建设中的主体地位。推动全社会形成遵法、守法、信法的法治氛围。

[5] 习近平.在纪念马克思诞辰200周年大会上的讲话[N].人民日报，2018-5-5（2）.

习近平总书记结合中国实际坚持以马克思法学理论的人民立场原理为指导，在十八大以来的法治建设工作中始终坚持以人民为中心的工作导向，不断加强和巩固人民的主体地位。在全面推进依法治国工作的同时坚持、发展、完善了马克思主义法学理论，形成了新时代马克思法学中国化的伟大理论。

二、马克思法学思想的历史唯物主义理论决定了依法治国新思想要坚持处理好经济发展与法治建设的辩证关系

习近平总书记指出："必须把全面依法治国放在四个全面战略中整体把握"四个全面战略之间，全面建成小康社会是第一个百年奋斗目标，全面深化改革推动经济高质量发展是实现全面依法治国的物质保障。全面从严治党是实现全面依法治国的重要抓手。马克思历史唯物主义理论指出经济基础决定上层建筑，马克思法学思想对这一原理具体阐述为：经济基础决定法律的内容。习近平总书记将这一理论强调为："改革与法治犹如鸟之双翼、车之两轮，要坚持在法治下推进改革，在改革中完善法治。"习近平总书记以唯物史观为指导，在全面推进依法治国新思想中强调坚持处理好经济发展与法治建设的辩证关系是其中的重要内容。深入探究这一要求背后的理论依据对于深刻理解新思想具有重要意义。

马克思主义法学秉承历史唯物主义理论，揭示了经济基础对法律产生、发展、运行的重要作用。马克思在《黑格尔法哲学批判中》讲到："就像不能从国家的形式本身来理解其一样，法的关系也不能从其本身来理解，它是由经济基础决定的，这种经济基础就是物质生活关系的总和。"[6]这段论述表明了马克思法学的唯物性，即经济基础决定法律的本源，法律、政治、社会意识形态等构成的社会上层建筑是经济基础的反映。经济基础决定法律规则成为马克思主义法学的重要命题。法律规则实质是一种固定的行为模式，是一种稳定的可以反复适用的行为模式。经过长期的发展便成为抽象的普遍行为模式。而这种行为模式来自于社会分工模式下，人们的反复生产交换行为的总结，是民间规则的上升。马克思将其总结为："如果一种生产方式持续一个时期，那么与之相适应的生产交换和生活规则就会被作为一种普遍规则固定下来，最后上升为明文的法律。"[7]。而这种普遍规则最终被上升为法律是以能够适应当时的经济发展要求为前提的。因此从根本上讲经济基础决定法律规则的形成，法律是经济需求的表达。马克思指出："人们生活所经历奴隶制生产方式，封建制生产方式，资本主义生产方式等形成的经济关系就是建立在了与之相对应的生产方式上面，在资本主义社会法律关系为了适应自由交易为主的经济关系，主要以契约形式为主要表现形式，这种法律的内容主要是由当时的经济基础本身决定的。"[8]具体讲，当事人根据经济关系的要求进行交易，这种交易是双方共同意志的表示，是可以形成以契约形式约束双方的规则，固定为法律规则之后，这些规则只是单纯的表现形式，并不能决定这个内容的本身。来自经济需求产生的民间反复"类行为"形成的规则，必然会指导着法律规则的

[6] 中央编译局.马克思恩格斯选集（第三卷）[M].北京:人民出版社，1995.40,523.
[7] 中央编译局.马克思恩格斯全集（第二十五卷)[M].北京:人民出版社，1995.893-894.
[8] 中央编译局.马克思恩格斯选集(第二卷)[M].北京:人民出版社，1995.143.

形成。马克思将法律规则产生过程具体化为：立法者通过深入社会进行调查，对人民日常生活中反复进行的“类行为”予以总结。当然并不是所有的“类行为”都会通过法律进行表达，统治阶级会按照经济发展的必要需求以及利于巩固其统治地位等结合法律运行成本等客观因素，把“类行为”中的部分规则上升为法律规则，从而对经济基础进行必要的保护。综上，经济基础决定法律的内容这一理论成为马克思法学与其他法学相区别的重要特征。

法与经济的关系本是马克思法学的基本理论，但在西方法学理论界围绕这一观点一直争论不休，其观点大体可分为三类，一类认为：“经济基础决定上层建筑”的论断过于简单化，需要其它理论进一步论证。一类认为：现实实践中什么属于经济基础什么属于上层建筑缺乏区分标准，所以经济决定论是否科学有待进一步考证。一类认为：“经济基础决定上层建筑”的原理已经过时。具体讲：首先，以阿尔都塞为代表的结构主义学派认为“经济基础决定上层建筑”的论断过于简单化，需要其它理论进一步论证。其认为经济基础中再生产环节是最重要的因素，上层建筑的建立有赖于物质的再生产环节的持续。例如：经济学家，发明家，工程师，甚至熟练地技术工人的培养都需要依赖上层建筑中学校这类意识形态部门来完成，因此在学校等上层建筑的培养下实现了劳动者技能的提高，实现了劳动力的再生产环节，从而直接推动了社会进步。因此其认为在上层建筑中家庭和学校等意识形态培养部门在推动社会进步以及上层建筑进一步完善中的作用更加重要。阿尔都塞的理论存在两方面的误区，一方面他模糊了经济基础与上层建筑的界限，甚至倒置了两者之间的关系。另一方面他颠倒了矛盾的主次方面。其次，以葛兰西为代表的学派则对马克思经济决定论持怀疑态度，否定法仅属于上层建筑范畴，在《狱中札记》一书中葛兰西明确提出经济基础与上层建筑的相对统一性，批判区分经济基础与上层建筑的界限，认为上层建筑各方面能够自主的意识到自己的改变条件，并能够持续不断的改变。阿尔都塞也表示法律具有独立自主性，不应把法律单纯作为经济的反映。塞巴格则进一步否认了经济基础与上层建筑之间的关系，认为经济与法律之间的关系是理性的产物，两者之间的性质差别可以消除。从葛兰西，阿尔都塞，塞巴格等人的观点看区分经济与法律的范围界限存在困难，因为很多经济财产的划分都是法律规定的，所以否认经济对法律的决定作用。但是该类观点明显把经济基础决定法律的事实混淆为法律决定经济。最后，以哈贝马斯为代表的学派认为马克思的这一论断依据是资本主义还处于早期阶段而到资本主义后期这一论断已经不再适合社会客观情况。在资本主义社会后期国家资本主义学说盛行，政治力量日益渗透到经济发展中，影响经济的发展。同时科技革命兴起，技术对经济发展的影响作用日益凸显。因此其认为政治，法律等上层建筑已经摆脱了经济基础的束缚，开始决定经济基础的发展。马克思法学的法与经济基础的关系是历史唯物主义理论在法学领域的具体运用。因此，对经济决定论无论是怀疑观点还是否定观点还是过时观点都是对马克思主义理论的否定，都是对马克思法学思想的错误解读。

马克思在《〈政治经济学批判〉导言》中指出；“人们在社会生产中必然会产生与发展阶段相适应的生产关系，这些生产关系中就包含法律，政治，意识形态等，生产方式的发

展直接影响着政治，法律的变革过程，即社会存在决定社会意识，随着经济基础的变革，上层建筑必然将发生改变。”[9]马克思法学思想的历史唯物主义理论鲜明的突出了经济基础对法治的重要影响，习近平总书记在全面推进依法治国战略中高度重视经济发展的重要作用，将全面深化改革与全面推进依法治国统一到四个全面过程中，通过经济的发展来不断推进依法治国战略的实施。形成以全面深化改革，全面建成小康社会，一带一路倡议，脱贫攻坚行动为经济发展的新要求，新任务，新方式，不断夯实依法治国战略的经济基础。全面深化改革涵盖了政治，经济，社会等全方面工作，尤其是在经济方面，经济体制改革是全面深化改革的重要方面，通过调整好政府和市场的关系，发挥市场在资源配置中的决定性作用，使社会主义经济制度充满活力。发展经济为全面依法治国工作提供了充分的物质保障，依法治国工作的顺利开展即需要科学的理论指导也需要丰富的物质保障，通过进一步深化改革开放，推动经济高质量发展从而为依法治国提供坚实的物质基础。邓小平同志指出：“改革是发展生产力的必由之路，通过改革不断解放生产力，实现经济持续、健康、快速发展。”[10]十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》中明确，全面深化改革涉及政治、经济、文化、社会、生态等十五个领域，而如何妥善处理全面深化改革与全面依法治国的关系，十八届四中全会提出：“重大改革要与法有据，重大立法要与经济社会发展相适应，被实践证明行之有效的要及时上升为法律制度，对于不适应经济社会发展的法律制度要及时废除。”[11]习近平总书记关于改革与法治的关系指出两者犹如“鸟之双翼，车之两轮”揭示了改革与法治的相互依存，相互促进的重要关系。以法治浙江为例，作为民营经济十分发达的东部沿海省份浙江省。省内的民营经济在多领域位居国内市场第一，以市场为取向的民营经济对法治有着极大的需求，政府为了回应经济发展需求相继出台和完善了相关的地方性法律法规。例如：劳动工人权益保护制度，著名商标保护制度等法律法规制度的创立，在符合经济发展要求的同时，快速推动了法治浙江的进程。因此法治建设应当以大力发展经济为基础，通过经济先行带动法治的建设。以习近平总书记为核心的党中央坚持以马克思法学思想的历史唯物主义理论为指导在依法治国新思想中强调要坚持处理好经济发展与法治建设的辩证关系，为全面推进依法治国提供良好的物质保障。

三、马克思法学思想的法律与国家内在一致性原理决定了依法治国新战略要坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设

习近平总书记指出：“坚持依法治国，依法执政，依法行政共同推进，法治国家，法治政府，法治社会一体建设，不断开创依法治国新局面。”[12]从国家、政府、社会这三个角度单独看，每一个方面都是法治中国的一部分，而这三部分并不是“同步建设”而是相互支持，

[9] 中央编译局.马克思恩格斯全集（第十三卷)[M].北京:人民出版社，1956.8-9.
[10] 中央编译局.邓小平文选（第三卷）[M].北京:人民出版社，1993.142.
[11] 中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定[M].北京:人民出版社,2014.15.
[12] 习近平.习近平谈治国理政[M].北京:外文出版社,2014.144.

互有重点的“协同推进”。法治国家的核心问题是要解决党法关系问题。法治政府的核心问题是要解决政府公权力与发展经济的关系问题，落实依法行政的工作安排。法治社会的核心问题是要解决国家权力分配的问题，将党和政府的精力主要集中到国家建设上的大事上，将政府不易管的事交给社会组织，给予社会组织充分的自治空间。

依法治国新战略要坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设的法理基础来源于马克思法学思想的法律与国家的内在一致性原理。深入阐明两者之间的关系，有利于充分理解依法治国的新战略。具体讲：第一，马克思指出：国家是法律产生的母体。法律具有国家依附性是马克思法治思想的基本原理之一。马克思法学思想与其他法学流派的重要区别在于，马克思认为法律是由国家制定和认可的，并以国家强制力为后盾保障其实施的。马克思在唯物主义基本原理中强调经济基础决定上层建筑，并将法律与国家一同归属为上层建筑领域。国家的意志直接决定法律的价值取向，内容和表现形式等，国家的性质和水平决定了法律的性质和水平，纵观历史没有一部法律是脱离国家政权而独立存在并发挥作用的，即法律与国家具有内在一致性。第二，国家决定法律的产生，在社会发展过程中为了满足人们对生产交换规则的需要，于是把人们在日常生活中的生活，生产，分配规则形成一个共同规则固定下来，这个规则逐步上升为法律，同时产生了维护法律的组织即国家。[13]由此法律与国家同时产生。马克思强调：“革命的最终结果是国家政权问题，没有国家政权的存在什么法律和制度都等于零。”[14]本质上讲法律是治理手段也是一种政治，在国家的推动下将社会的规则制定为法律。第三，国家的存在需要通过法律进行宣示。从历史的角度来看国家政权从一个阶级转到另一个阶级，胜利者都需要通过法律的形式将革命成果固定。列宁指出：“十月革命胜利后制定的苏维埃宪法，不是行政官员和法学家的创造，也不是对其它宪法的抄袭，而是对无产阶级反对剥削压迫斗争成果的确定。”这充分说明了政治斗争的成果需要通过法律进行宣示。没有法律的宣示，国家政权将无法得到有效的保障。同时，国家通过强制力手段保障法律的实施，缺乏强制力的法律将是一纸空文。第四，在所有的社会规范体系中，法律通常是逻辑最严谨，内容最规范明确，影响面最广的，且有国家强制力作为后盾保障其实施。对于违反法律的行为，国家将通过执法，司法机构对其进行制裁，排除法律实施的障碍，保障法律顺利实施，维护法律的权威。从这个角度看法律的制定与实施都依附于国家力量。法律与国家的内在一致性作为马克思法学的基本原理之一，是在法律的历史唯物主义理论之后对法律的本质及其产生的又一直观原理。

关于马克思法学思想的法律与国家内在一致性原理在西方法学界存在激烈的争论，以米利班德、班考斯基、孟海姆等为代表的工具主义学派认为：法律体现了统治阶级的意志，应当将法与其它政治现象联系把法与政治结合起来研究。但是以普兰查斯、贝尔尼、奥康纳等为代表的结构主义学派则认为：法与国家是相对独立的。例如：贝尔尼提出：统治阶级的利益蕴藏在社会秩序的运行之中，将法律与国家分离保持各自的相对独立性有利于维护统治阶级的利益。奥康纳对法与国家的相对独立性原理阐述的更为具体，其认为：国家

[13] 中央编译局.马克思恩格斯全集（第十八卷)[M].北京:人民出版社，1964.309.
[14] 中央编译局.列宁全集（第十三卷)[M].北京:人民出版社，1987.309.

和法的内容并不总是表现资本阶级的利益，国家必须独立于资本利益，国家需要系统的调节与统治阶级的相关利益，并保持平衡，所以国家需要独立于法律和统治阶级之外。关于法的形式方面，贝尔尼认为：法只是在形式上体现了资产阶级的利益而在内容上并非如此。普兰查斯认为："国家不是自为存在的工具实体不是物，而是力量平衡的凝聚。"其"相对独立理论"割裂了法与国家的历史联系，认为法与国家只是力量平衡的凝聚。结构主义学派的观点只是把法与国家等量齐观，未能认识法律与国家的发展过程，更无法认识到阶级斗争对于国家与法的重要作用。而且法与国家独立性的观点割裂了法与政治的联系，否定了马克思法学思想中法与国家的理论。实践证明，结构主义学派的法与国家独立理论是对马克思法学的误解。虽然西方马克思主义法学学派中存在对马克思法学思想的误解和歪曲，甚至与马克思法学思想相悖，但是，其在一定程度上将马克思法学思想与资本主义社会现实问题想联系，从而批判和揭露了资本主义社会的黑暗面。因此，通过研究西方马克思主义法学的相关理论，有利于我们理解资本主义社会的法律特点，开阔研究视野，加深对马克思法学的理解，完善中国特色社会主义法学理论。

法律与国家内在一致性原理在马克思的详细论证下，在结构主义学派的辩驳中，科学的指导了法治国家、法治政府、法治社会一体建设。厘清了一体建设思路与全面依法治国之间的关系。具体讲：第一，建设法治国家是实现全面推进依法治国的关键。马克思强调："离开国家的支持和引导，社会将失去秩序和活力。因此执政党在这一过程中发挥着关键作用。"法治国家在全面推进依法治国中处于主体地位。在我国有能力和资格推进法治国家的只有执政党即共产党。习近平总书记在党的十八届四中全会上强调："确立党的科学领导方式，形成党科学领导立法，保证严格执法，支持公正司法的权力行使方式，推进党国家治理模式的现代化。"法治国家建设的主体是中国共产党，法治国家建设的内容是对国家与公民之间以及国家的内部领域进行法律调整，从而实现国家权力的形式受法律的约束。因此要推动法治国家建设必须结合自身国情，植根于中华优秀法律文化土壤，进行法治化改革。同时要注意，无论从理论层面还是实践层面法治国家建设都将是一个漫长的过程，通过明确党法关系并将其确定为依法治国的基本原则，对法治国家的基本问题进行定位。而且从实质法治角度看法律是国家统治阶级意志的反映。从执政党与法律的关系看，执政党尊重法律是实现法治国家的关键。第二，建设法治政府是实现全面推进依法治国的主要任务。现阶段的工作重心为坚持经济建设，所以法治政府建设的核心问题是要解决政府公权力与发展经济的关系问题，落实依法行政的工作安排。从学理上讲法治政府是指："将政府行为全部纳入法治轨道，政府必须在法定的范围内依法行使权力，同时对政府定位为诚信政府，服务政府，法治政府。核心要求就是加强对公权力的约束和对私权利的保障。"。但这并不是说法治政府的建设仅仅是处理好政府与市场的关系。政府一方面应发挥"主人"的作用，严格管理市场主体，维护市场秩序。另一方面又发挥"保姆"的作用，尊重市场规律发挥市场的决定性作用。在政府与市场的互动中直接推动了国家各个领域的法治建设。在转变政府工作思路，约束政府权力的同时，逐步实现法治政府的建设。第三，建设法治社会是实

现全面推进依法治国的保障。法治社会的核心问题是要解决国家权力分配的问题，将党和政府的精力主要集中到国家建设的大事上，将政府不易管的事交给社会组织，给予社会组织充分的自治空间。习近平总书记在十八届四中全会上强调将法治社会作为全面推进依法治国的重要组成部分，法治社会的建设重要而紧迫，坚持运用法治思维和法治方式化解新时期社会矛盾，是对我们党执政能力的重大考验。目前实际情况来看，国家和政府长期处于权利的中心，社会组织等民间团体参与意识不强，尚未形成参与推进国家治理过程中的一股重要推动力量。社会组织力量羸弱已经成为阻碍全面推进依法治国的重要障碍。因此在推进法治社会的过程中，需要对权利进行重新分配。一方面，将更适合由社会组织参与管理的事项，赋予其职权。在政府与公民之间形成一个缓冲环节，由社会组织负责部分权力的实现，从而减少公民与政府间的矛盾。另一方面，在私权和公权力覆盖范围之外的领域，以及法律不易调整或无法调整的领域，需要社会组织的协调及监督作用。同时使社会组织有能力成为监督政府权力滥用的有效主体，形成社会的有序状态，从而保障公民能充分行使自己的权力。在稳定，有序，有力的法治社会环境中将社会矛盾有效化解。在全面推进依法治国的大背景下，社会层面我国急需法治环境下的有序社会状态，通过赋予社会组织权力，在形成有效的法治秩序的同时，培养了社会公民的法治思维从而为法治中国建设提供了重要推动力。

四、结语

马克思法学思想内涵丰富，历史实践证明，它能够与时俱进，不断发展创新并科学的指导实践，是一套科学的理论体系。马克思法学思想科学指明了法的本质，法的运转，法的维护等规律，成为支撑马克思主义法学学科的理论基石，奠定了社会主义法学体系的基础。在马克思法学思想中国化的过程中，历经毛泽东、邓小平等几代领导人的努力，确立了符合中国国情的法治道路，并在法治实践中不断发展完善了马克思主义法学理论。马克思法学思想为习近平新时代中国特色社会主义法治思想提供了理论指导，为全面推进依法治国奠定了法理基础。在研究马克思法学思想的同时，认真学习习近平总书记对马克思法学思想的继承发展创新的中国化成果，是马克思法学思想在新时代推动我国法治建设作用的重要体现。

制度化治理：国家治理现代化的实现路径
——一个法学与制度学双重视角的分析

王鑫媛[1]

【摘　要】从新时代我国社会主要矛盾的法治意涵解读，再到对十九届四中全会《决定》内容的把握，可以看出当前我国的国家治理体系和治理能力现代化建设要在法治轨道上推进，其重点在于以法律制度为依托的现代化制度体系建设。因此，对于制度理论的研究，尤其是制度建设与国家治理的逻辑关系研究，换言之，就是对中国之制与中国之治的辩证关系的探究，就成为国家治理现代化建设的基础理论前提。在此基础上推进国家治理现代化建设，从法学与制度学双重视角进行分析，首先要运用法学思维，尤其是法理思维对制度建设理论进行深挖；其次是正确定位法治，尤其是形式法治与实质法治的区分、法治与德治的关系定位；再次是坚持以人民为中心，不论是理论研究还是工程研究都要将其作为首要原则；最后是加强马克思主义理论研究方法的学习和运用，从制度和历史的发展规律中寻求支持和保障。

【关键词】制度建设；法治；社会主要矛盾；国家治理现代化

一、制度建设：国家治理现代化的核心

（一）制度建设是社会主要矛盾的发展需求

习近平总书记在中共十九大报告中指出："中国特色社会主义进入新时代，我国社会主要矛盾已经转化为人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾。我国稳定解决了十几亿人的温饱问题，总体上实现小康，不久将全面建成小康社会，人民美好生活需要日益广泛，不仅对物质文化生活提出了更高要求，而且在民主、法治、公平、正义、安全、环境等方面的要求日益增长。同时，我国社会生产力水平总体上显著提高，社会生产能力在很多方面进入世界前列，更加突出的问题是发展不平衡不充分，这已经成为满足人民日益增长的美好生活需要的主要制约因素。[2]这段对新时代中国社会主要矛盾的总结，代表了党对我国发展新阶段的国情变化的精准判断和描述，亦是对我国现代化建设工作重心的方向指南。因此，对新时代中国社会主要矛盾的涵义进行解读，就是在宏观层面对社会主义现代化建设的脉络进行梳理和把握。

从历史发展的角度来看，社会主要矛盾的重心是不断变化的，对其的应对策略和实施方法也是有所差别的。在此之前的社会主要矛盾及其实践解决方案主要集中在经济建设上。

---

[1] 作者简介：王鑫媛（1994-），女，河北唐山人，吉林大学法学院博士研究生，主要研究方向：法理学。
感谢吉林大学法学院张文显教授对本文写作的指导。

[2] 习近平：《决胜全面建成小康社会，夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》，人民出版社 2017 年 10 月版，第 11 页。

学界对社会主要矛盾的解读也多采用经济视角。但从党对新时代社会主要矛盾的描述中可以发现，这种以经济为中心的解读需要有所转变。《报告》中提到“人民美好生活需要日益广泛，不仅对物质文化生活提出了更高要求，而且在民主、法治、公平、正义、安全、环境等方面的要求日益增长”，这一论断就是对上述需求变化的印证。对民主、法治、公平、正义、安全、环境等方面的需求增长，相比起经济领域，更需要政治和法治领域的关注。从目前我国的发展实践来看，经济领域存在的发展差异问题，仍会长期存在，随之而来的其他领域的问题却需要提高重视程度。

桑玉成教授从政治制度建设角度对此进行考察，他认为在社会物质财富相对发达的今天，人民对政治生活的需要必然提升。新时代人民对“美好生活的需要”实质就是对“美好政治生活的需要”。而新时代“不平衡不充分的发展”的原因在于有效制度供给不足，具体表现为对制度建设之必要性和重要性的认识不足、既定制度的有效性和权威性不足、制度的稳定性和持续性不足。[3]简言之，新时代中国社会的主要矛盾就是人民对美好政治生活的需要与有效制度供给不足之间的矛盾。

姚建宗教授在此基础上，从法学视角对新时代中国社会的主要矛盾进行解读。他认为社会主要矛盾分为两个方面，其中“人民日益增长的美好生活需要”是矛盾的主要方面，而“不平衡不充分的发展”是矛盾的次要方面，主要矛盾决定次要矛盾，因此，确定了“人民日益增长的美好生活需要”的基本内涵，就可以界定“不平衡不充分的发展”的基本内涵，进而在实际上把握新时代中国社会主要矛盾的基本内涵。姚建宗教授认为“人民日益增长的美好生活需要”包括“物质”层面和“精神”层面对“民主、法治、公平、正义、安全、环境等方面”的需求增长。这种增长不仅体现在数量上，更体现为对更高品质的物质生活和精神生活的追求。换言之，对“人民美好生活的需要”就是对具有“人性尊严”的“丰富”而高质量、高品质的“物质生活”与“精神生活”的需要。矛盾的次要方面，即“不平衡不充分的发展”的内涵，姚建宗教授将其界定为具备“基本正义”内在要素的“有效制度供给不足”。简言之，新时代中国社会主要矛盾的基本内涵为：人民日益增长的对于更高水平的物质文化生活以及民主、法治、公平、正义、安全、环境等精神生活在内的美好生活需要，与能够满足这些需要的正义的基本制度框架或者正义的“社会基本结构”的供给及其实践效用显现的不平衡不充分之间的矛盾。[4]

（二）制度建设是国家治理现代化的实践方案

从上述对社会主要矛盾的政治和法治角度的解读可以看出，新时代中国社会主要矛盾涉及的内容已不再偏重于某一领域，而是涉及到全方位各领域的制度建设。有效制度的缺失，尤其是满足基本正义需求的基本制度建设不平衡不充分的发展是制约人民追求美好生活的主要因素。因此，新时代社会主要矛盾的实践解决方案应当着眼于满足基本正义需求的制度建设。

---

[3] 参见桑玉成：《论人民美好生活需要之制度供给体系的建构》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2018 年第 2 期。
[4] 参见姚建宗：《新时代中国社会主要矛盾的法学意涵》，载《法学论坛》2019 年第 1 期。

中共十九届四中全会审议通过《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度、推进国家治理体系和治理能力现代化若干问题的决定》（以下简称《决定》）。该《决定》沿着中共十九大的精神脉络，围绕着新时代社会主要矛盾，为国家治理体系和治理能力现代化建设提供了全方位的实践方案。《决定》的核心内容就是制度建设，分为国家治理体系和治理能力两部分。国家治理体系是关于国家制度建设的存在和发展问题，运用制度进行治理，制度是手段，实现良善的治理是目的。治理能力建设则涉及到人作为治理主体，以不同的组织形态在现代化建设中运用制度进行治理的能力及实现的效果问题。在治理能力建设中，人既是目的，又是手段，能力的评判标准在于制度运行的实效。因此，国家治理体系和治理能力现代化建设就涉及客观制度与人的行动两方面内容，是目的与手段的统一，二者是共同建设、共同发展的关系。

《决定》从 13 个方面展示了中国特色社会主义制度的显著优势，为我们坚定中国特色社会主义道路自信、理论自信、制度自信、文化自信提供了基本依据。《决定》从 13 个方面系统部署了坚持和完善中国特色社会主义制度、推进国家治理体系和治理能力现代化的重点任务：从制度地位来看，这 13 个方面包含了我国的根本制度、基本制度和重要制度，正是这些制度构成了社会主义中国多层次的国家结构；从制度发展角度来看，这 13 个方面既涉及应当“坚持和完善”的各项制度，应当遵循的各类原则和制度建设规律，又涉及到“待建”的制度[5]、亟需创新的制度，以及需要探索的制度建设规律；从覆盖的领域来看，这 13 个方面包含了政治、经济、文化、生态、社会，五位一体的制度建设领域。

张文显教授将《决定》内容总结为五个核心命题，即坚持和完善中国特色社会主义制度、推进国家治理体系和治理能力现代化；中国特色社会主义制度是人类制度文明史上的伟大创造；中国共产党的领导是中国特色社会主义制度的最大优势；突出坚持和完善支撑中国特色社会主义制度的根本制度、基本制度、重要制度；在法治轨道上推进国家治理体系和治理能力现代化。[6]张文显教授从这五个方面对《决定》的内容进行分析，对国家制度建设领域和国家治理现代化领域的理论成果进行总结，对现代化建设的治理路径进行深挖和探寻。总而言之，十九届四中全会的《决定》标志着我国国家制度体系和国家治理体系更加系统化、整体化、规范化；表明了党和国家对坚持和完善社会主义制度、推进国家治理现代化这一长期而重大的战略任务的决心和信念。[7]

从对新时代社会主要矛盾的意涵解读再到对《决定》内容的把握可以看出，中共十九大和中共十九届四中全会的精神是一脉相承的，在宏观理论层面对制度建设的关注已成为推进国家治理体系和治理能力现代化建设的重心，制度建设已成为现阶段国家工作的重要手段和途径。因此，将制度作为研究对象对其理论进行深挖就应成为学界关注的重点。

---

[5] 参见莫纪宏：《党的十九届四中全会决定中关于“制度”规定的语义学分析》，载《中国特色社会主义研究》2020 年第 1 期。

[6] 参见张文显：《国家制度建设和国家治理现代化的五个核心命题》，载《法制与社会发展》2020 年第 1 期。

[7] 前引 5，张文显文。

二、制度与国家治理现代化的辩证关系

（一）制度的概念

“制度”一词从语义学角度来看，意为“节制人民行为的尺度”。[8]从社会学角度来说，制度“是社会公认的比较复杂而有系统的行为规则。从狭义上说，制度是要求大家共同遵守的办事规程或行动准则；从广义上说，制度指在一定历史条件下形成的政治、经济、文化等方面的体系。美国社会学家戴维·波普诺将制度理解为“为了满足社会基本需要而组织起来的一组稳定的社会结构。”[9]帕森斯将制度定义为“结构化的要求。”从经济学的角度来说，诺思认为：“制度是一系列被制定出来的规则、守法程序和行为的道德伦理规范。”[10]

从上述“制度”的不同概念可知，“制度”概念上的差异源于学科和研究视角的不同。上述观点因其侧重点的不同可以概括为规则说和社会结构说。规则说注重制度的调节作用，将制度看作一种动态的行为模式，强调制度对人之行为的调节，凸显制度的规范性。社会结构说则是从制度的客观表现形式出发，将制度看作社会系统或组织，凸显制度的静态特征，注重将制度本身作为客观对象，对其运作和作用进行研究。值得注意的是，上述观点都只观察到了“制度”这一研究对象的某一片面。行为规则或规范体系，只是制度的一部分，主要涉及的是制度与人的相互关系。制度确实包含着调节人之行为方式的规则体系，因为制度的存在目的就是为人的行为提供指引和约束，但这只是制度的规范性的表现，而非制度的全部内容。若非如此，制度就与规则等同，甚至从属于规则，这显然与我们在实践中对制度的理解和运用不相符。

制度不仅包含着行为的规则、模式，还包括结构化的组织形式，是一种结构化的要求，表现为一种社会系统的形象，换言之，制度还包括程序性、组织构成性特征，具有一种相对静态的面相。此时，制度作为一种社会系统或组织，涉及的是制度与制度之间、制度与社会之间的关系。另一方面，制度是运行着的，是在人们的互动关系中形成、发展、完善、更新或消灭的。因此，制度也具有一种动态面相。如果忽略制度的空间运行状况，那么制度就会沦为纸面的构想，只是制度设计而不是真正的制度。因此，制度是静与动的结合，制度包含着行为规定、亦包含着组织化、结构化、程序化的要求，这些是制度的存在前提，是制度的构成特征；制度的生命在于实践运行，制度的产生源于社会实践需求，制度的发展和完善在于社会实践需求的变化，制度的更新和消灭在于社会环境的变迁。作为社会的组成部分，制度的效果需要在社会实践中得到检验，否则其永远只是一种制度构想。换言之，各类制度规范的形成和颁布是制度的设计阶段，此时并未形成完善的制度形式，而只是制度存在的前提。制度执行则是制度的实践构成阶段。只有经过制度执行，制度才走出纸面，形成真正的制度，体现一种制度化的结构，并为人的活动提供场合和规范指引。

因此，我们可以将制度描述为制度是为调整人们之间的相互关系而形成的满足基本社

---

[8] 参见陈朝宗：《<制度学原理>论纲》，载《福建行政学院福建经济管理干部学院学报》2001 年第 4 期。
[9] 参见彭和平：《制度学理论和制度创新路径初探（上）》，载《人民公仆》2015 年第 11 期。
[10] 参见郑吉峰：《制度学习：现代国家建构的政制逻辑》，载《行政科学论坛》2018 年第 7 期。

会需求的社会结构。制度具有以下特征：1.规范性，主要体现为制度为人的行为和关系调整提供规范性指引和制约；2.结构性，制度作为一种社会系统而存在，是社会治理的一种模式和手段，其整体为社会发展提供作用；3.动态性，即制度的生命在于实践运行，制度的产生、发展、完善、更新或消灭都源于社会需求的变化，社会发展的情况是检验制度实效的标准。

（二）制度理论研究现状

从制度的研究现状来看，关于制度的研究主要集中在制度的中层理论和具体应用领域。制度的中层理论，即社会生活各领域的“社会制度”的专门研究，以及社会系统中人、关系、制度集合体的专门研究，如对家庭、组织等的研究。[11]中层理论研究主要涉及的是专门的制度，以及不同制度体之间的关系、与社会系统之间的关系等。制度的具体应用研究主要指：1.在宏观层次上研究制度在某一社会生活领域、某一社会过程、某一社会现象、某一社会问题中的具体影响和作用；2.在微观层次上研究制度对社会组织的目标和组织内部人际关系的影响和作用；3.研究在生产力发展基础上社会关系的变动对制度提出的要求，并在此基础上，依据合理性、有效性、统一性的原则，设计、修改、完善制度的方案等。[12]从研究特色来看，制度研究体现着社会学研究的特征，即具有整体性、综合性、实证性特征。制度研究涉及的领域丰富且广泛，跨学科特征明显，对某一制度的研究可以从多领域视角出发，因此对制度的研究有利于对社会系统作全面分析，由此而言，制度研究具有整体性、综合性特征。另一方面，制度研究的方法多采用实证研究方法，且制度本身的动态性要求对其研究必须从社会实践出发，去探寻其自身规律及对社会发展的影响。

从研究趋势来看，制度研究呈现如下趋势：1.精细化趋势。从制度研究的发展来看，早期关于制度的研究都是针对社会系统某一领域所进行的宏观制度分析。如生育制度研究、经济制度研究等。但随着社会变迁的过程，社会矛盾暴露的愈加充分，社会问题越来越多样且广泛。随之发展的制度研究也越来越精细化，越来越深入，如对各类产权制度的关注、对夫妻共同财产制度的关注等都是对某一领域某一具体制度所进行的分析研究。2.跨学科、多学科研究趋势。随着现代化进程的深入，社会问题的复杂面相使得问题的解决方式越来越综合和灵活。在社会实践中，旧问题的新面相和新问题的出现为制度研究提出了更高难度的任务。某一问题的出现不再仅限于一个领域，而需要从多方角度出发进行把握才能全面且深入的发现问题的本质和其影响因素。例如上述提到的产权问题，就涉及到政治、经济、法学等多领域对其的分析和探讨。制度作为社会系统的基础部分，其发展不是孤立的，其本身就具有综合性、整体性特征，因此，制度研究只会越来越综合与全面。3 愈来愈泛化。早期的制度研究多为一般性的研究，对问题的分析比较宏观且浅显。随着研究方法的提高，社会问题的不断涌现且呈现复杂面相，从制度角度对社会问题进行把握和分析就成为研究的趋势，各个领域都在进行“制度”研究，已经成为学界的一种普遍现象。对上述三

[11] 参见贺培育：《制度学刍议》，载《长沙电力学院学报（社会科学版）》1993 年第 3 期。
[12] 前引 10，贺培育文。

个趋势有直观表现的就是十九届四中全会的《决定》。《决定》是针对现阶段我国现代化建设所需进行的工作部署，是从国情和实践中出发，反映我国发展趋势的标志。《决定》从13个大的方面列举了各领域所面临的突出问题，为现代化建设所需的制度研究指明了准确的方向。这13个领域涉及到现代化建设的各个方面，标志着我国现代化建设的焦点已经集中在制度建设上面。其所涉范围之广、问题之细致深入、影响之深远广泛都是对制度研究的三个趋势的反映。

运用唯物史观的方法对制度的发展历程进行分析可以看出，对制度的关注是与社会发展分不开的，制度研究是随着政治、经济、文化等社会因素的变化而有所侧重的。究其本质，制度研究的重点是随着社会矛盾的转变而不断发展的，制度发展是为社会发展服务的。社会发展需要是制度研究的方向，满足社会发展的需求是制度研究的目的，换言之，制度是社会治理的手段，研究制度是为了探寻社会发展的规律，从而促进社会的进一步发展。所以说，制度研究是随着社会矛盾的转变而不断发展的。当前我国的社会主要矛盾指明了满足人民法治生活需求的基本制度框架的供给不足和实践效用不明显是社会发展的主要攻克对象。满足正义需求的基本制度框架的建立和完善是现阶段国家治理的重点内容，尤其是以法律制度为根基和依托的制度框架的完善是国家治理现代化的本质需求。

现阶段对制度的研究主要集中在中层理论和具体应用理论部分，除了早期学者涉及到制度的一般理论研究外，对制度的一般理论研究非常少见。虽然学界对“制度”进行研究已经成为普遍现象，但对制度的一般理论研究，尤其是制度与国家治理的基本理论研究却未能受到应有的关注。制度的一般理论、制度与治理的关系、制度建设与国家治理现代化的关系等问题都需要进行深入的探索和论证。

（三）中国之制（制度）与中国之治（治理）的辩证关系

现代国家有三项基本功能和要求，其中之一就是创造有效治理。党的十六大提出“党领导人民治理国家”到党的十七大报告提出“党领导人民有效治理国家”，一系列政策部署的变化，标志着党对国家治理进程的不断深入。从党的十八届三中全会提出“完善和发展中国特色社会主义制度、推进国家治理体系和治理能力现代化”到党的十九大提出“坚持和完善中国特色社会主义制度、推进国家治理体系和治理能力现代化”，一系列概念和命题的提出和深化，充分表明了我们党对“中国之制（制度）”与“中国之治（治理）”辩证关系的认识。[13]推进中国特色社会主义制度及国家治理体系和治理能力现代化建设的实践进程证明制度和治理是一种相辅相成、相互作用的辩证关系。正如俞可平教授所指出，国家治理体系就是规范社会权力运行和维护公共秩序的一系列制度和程序,现代的国家治理体系是一个有机的、协调的、动态的和整体的制度运行系统。[14]简而言之，国家本身就是一个制度系统，[15]国家制度是国家治理的前提，国家治理依照国家制度展开，国家治理现代化的实质是制

[13] 前引5，张文显文。
[14] 参见俞可平：《治理与善治》，社会科学文献出版社2000年9月版。
[15] 前引9，郑吉峰文。

度现代化。[16]同时，国家制度建设的现代化需要以法律制度为依托和载体，国家治理的现代化需要在法治化路径上前进。

1.国家制度与法律制度的关系

国家治理现代化的核心是制度建设的现代化。制度建设现代化的重点是要建立和完善满足法治需求的正义的制度框架，其中理顺国家制度与法律制度的关系是解决制度供给不足和效用不足的理论基础。

国家制度与法律制度是“体”与“形”、内容与形式、实体与载体的关系。[17]法律制度为国家制度的形成提供合法性和正当性依据，国家制度是实体，法律制度是其依托和载体。国家制度与法律制度具有不可分割性，法律制度为国家制度提供了基本的规范性支撑，换言之，法律制度保障了国家制度的基本正义需求。另一方面，国家制度的完善促进法律制度的完善。国家制度形成中遇到的问题、收获的经验通过法律程序转变成法律，从而促进法律体系的更新和完善。所以说国家制度与法律制度是一体两面的，二者互相促进，互为支撑，共同搭建了中国特色社会主义制度框架，为国家治理提供了前提基础。

2.法治与国家治理的关系

国家治理依照国家制度展开，其必然要遵循法治化的道路。国家治理的现代化包括治理体系和治理能力两方面。“国家治理体系”是指“各领域体制机制、法律法规安排，也就是一套紧密相连，互相协调的国家制度。”[18]“国家治理能力”指向的是“各个治理主体,特别是政府在治理活动中所显示出的活动质量。”[19]有学者指出法治背景下的国家治理能力主要是指法治能力。[20]国家治理的核心在于权力的行使方式，所要处理的问题是国家权力及其与公民(法人)权利之间的关系，是在权力与权利的平衡关系中实现法律秩序。

从国家宏观发展度来看，党的十五大报告提出“依法治国是党领导人民治理国家的基本方略”以来，依法治国作为国家治理方略的进程不断被推进，十八大之后，将建设“法治国家”提升到建设“法治中国”的高度，十九大更是对社会主义法治建设重新进行历史定位和蓝图勾画。[21]习近平总书记提出“全面依法治国是国家治理的一场深刻革命”“建设中国特色社会主义法治体系、建设社会主义法治国家是实现国家治理体系和治理能力现代化的必然要求”。党领导的国家治理领域的建设实践表明了，依法治国是国家治理的根基和依托，国家治理的建设必须在法治轨道上进行，法治化是国家治理现代化的实现路径。

综上所述，制度与治理具有的辩证统一关系，二者的相互作用推动了现代化建设的进程。国家治理的现代化建设实质就是制度的现代化建设。而制度与治理的相互作用必然以法为依，凭法为据，因此国家治理的现代化建设必然要在法治轨道上进行，换言之，制度

---

[16] 参见胡鞍钢：《治理现代化的实质是制度现代化：如何理解全面深化改革的总目标》，载《人民论坛》2013 年第 22 期。
[17] 前引 5，张文显文。
[18] 习近平：《切实把思想统一到党的十八届但中全会精神上来》，载《人民日报》2014 年 1 月 1 日。
[19] 李景鹏：《关于推进国家治理体系和治理能力现代化——“四个现代化”之后的第五个“现代化”》，载《天津社会科学》2014 年第 2 期。
[20] 参见陈金钊：《提升国家治理的法治能力》，载《理论探索》2020 年第 1 期。
[21] 参见姚建宗：《当代中国语境中的法治革命》，载《理论探索》2020 年第 2 期。

的现代化建设要在法治轨道上进行。此外。从现阶段社会主要矛盾来看，能够满足人们对物质和精神生活需要的基本制度架构或正义的“社会基本结构”的供给及其实践效用显现的不平衡不充分的发展，制约了人民日益增长的美好生活需要。[22]其中“正义的基本制度框架”的供给不足和实践效用的不充分主要原因在于法律制度提供的满足社会正义需求的要素不足。具体体现为：社会中的法治文化氛围不充分，尤其是法律制度形成的制度建设文化氛围不充分导致的法律制度的权威性根基不坚实，实践效用显现不充分，致使现有制度被冷落，制度仅存在纸面上，超越制度、破坏制度现象普遍。制度的稳定性和持续性不足。[23]

邓小平指出，制度问题更带有根本性、全局性、稳定性、长期性。法治实践不断发展，法治改革不断推进，在推陈出新的同时也不可避免的带来了稳定性问题。制度的不稳定和不持续直接影响到制度权威的建立和制度文化的形成。在这种不充分的法治文化背景下，以及制度权威的缺失，直接导致人们对正义的需求和对现有制度的不满足。因此，新时代中国社会主要矛盾的实质就是，人民对于“法治”的日益增长的需要和“法治”的“不平衡不充分的发展”不能满足人民的这种需要之间的矛盾。[24]所以说，推进以法律制度为基础的国家制度建设是坚持在法治轨道上推进国家治理现代化的核心和本质要求。

三、制度治理现代化应遵循的原则

在法治轨道上对制度现代化进行研究，一方面是运用法学思维对制度建设进行研究；另一方面是以法律制度为根基、法治实践为土壤从法律制度视角对制度建设进行整体性和综合性的研究。无论从哪方面而言，法学和思维的运用和以法治为研究基础都是必不可少的。

张文显教授将法学思维分为法律思维、法治思维、法理思维三种。法律思维是规则思维，是权利义务思维，是对人的行为的思考。法治思维是依法治理、依法办事的思维，是一种治理思维。法治的核心乃是制度化的治理。[25]因此也可以说其是一种制度性思维，一种合法性思维。法理思维是一种正当性思维，其包含着对法律与法治的美好价值的追求，具有更多的想象力和更大的思维空间。[26]姚建宗教授将法学思维分为法律理论研究之理论思维和法律工程研究之工程思维，前者是以揭示法律这种独特的社会现象与制度架构的“规律”、阐释其“道理”为旨趣和目的的一种思想活动。[27]后者是立足于真实的人的生活,充分考量人的生活目的,以一定的法律价值、社会价值和政治立场为路径控制根据,以达到理想的法律生活境界为指向,通过运用法学中的法律理论研究成果即有关法律的‘规律’或‘道理’,综

[22] 前引 3，姚建宗文。
[23] 参见李志昌：《关于“四个全面”战略布局的制度学分析》，载《中共云南省委党校学报》2017 年第 5 期。
[24] 前引 3，姚建宗文。
[25] 前引 3，姚建宗文。
[26] 参见张文显：《走进法理新时代——专访“法理研究行动计划”的倡导者和推进者张文显教授》，载《中国法律评论》2019 年第 3 期。
[27] 参见李拥军，侯明明：《法理学二元划分的意义与功用——对法理学与部门法学关系的深层省思》，载《学习与探索》2019 年第 4 期。

合运用其他各种人文社会科学的思想理论资源、一系列相关的社会因素和条件所构成的历史与现实材料,以实际的社会效用与法律效果为指标,思考、设计和建构理想的法律制度框架及其实践运行机制的思想操作活动。”[28]

从这些关于法学思维的描述中可以看出，法学研究并不是片面的，法学思维也并不是单一的。法学研究是一种整体性的研究，是一种理论与实践综合的研究。法学思维是多样的、全面的、批判的、整体的。运用法学思维和方法进行制度研究，需要区分理论与实践，从不同的切入点进行整体性分析。例如，从目前的研究现状来看，关于制度的一般理论的研究有待加强，那么对制度的一般理论研究就可以选择从法理思维的研究视角进行分析。法理重在对既有制度进行批判和反思,反思的思维方式构成法理的本质规定性，其侧重从制度的根源上找问题,往上探求制度的价值,往下挖掘制度背后的社会文化基础。[29]正如伯恩·魏德士所言：“法和正义的概念并非是永恒不变的，其内容一定会打上当时的社会和政治体制条件的烙印，同时权威的法律规范和正义思想也决定了社会和政治制度的结构。社会制度、国家制度和法律制度的互动关系是法理学观察与思考的出发点。”[30]因此，运用法理思维对制度理论进行研究无疑是适合的选择。

法学的发展是扎根在法治实践的土壤上的，具体表现为：第一，社会发展实践所内含的巨大法治需求，是法学创新发展的强大动力。第二，社会发展实践所积累的大批鲜活经验，为法学研究提供了独特的实践资源。第三，社会发展实践所提供的广阔社会舞台，成为包容和检验各种法学研究成果的难得平台。[31]因此，从法学视角进行制度理论研究，除了思维方式的选择，还需要坚持在法治实践土壤上进行。

此外，从法学和制度学双重视角进行制度研究还需要注意以下几个方面：

（一）正确定位法治

不论是从社会主要矛盾来看，还是从宏观政治部署来看，坚持法治都是问题解决的关键和核心。制度的建设是为了创造有效的治理。治理的基本价值取向是善治，善治包括六个基本要素：合法性、透明性、责任性、法治、回应、有效。[32]而其中，法治是所有要素的基础。 张文显教授将可实践的“法治”的制度要素和机制概括为十个方面，即“社会应主要经由法律来治理”“社会整合应通过法律实施和实现”“立法政策和法律必须经由民主程序制定”“法律必须建立在尊重和保障人权的基础之上”“法律必须具有极大的权威性”“法律必须具有稳定性” “法律必须具有连续性和一致性”“法律必须以平等地保护和促进一切正当利益为其价值目标”“法律应能有效地制约国家权力，防止国家权力的失控与异变” “法律应力求社会价值的衡平与互补”。[33]这十个方面将法治从概念具像化为制度要素，为法治实践奠定了基础。但仅止于此是不够的。从目前我国的法治发展来看，法治的发展在近几年才

[28] 参见姚建宗：《法学研究及其思维方式的思想变革》，载《中国社会科学》2012 年第 1 期。
[29] 参见李拥军：《 中国法理学的思维方式与研究路径》，载《法治现代化研究》2018 年第 4 期。
[30] [德]伯恩·魏德士：《法理学》丁晓春、吴越译，法律出版社 2013 年 7 月版，第 5 页。
[31] 参见王广禄：《中国法学 70 年回眸与前景展望》，载《中国社会科学报》2019 年 10 月 29 日。
[32] 前引 9，郑吉峰文。
[33] 前引 3，姚建宗文。

越发受到重视。虽然早在改革开放之后，法治的发展就愈发受到关注，但却从未成为人们思考的核心问题。政治引导下的法治才是我国所实施的法治。法律对权利的制约没有成为法治的精神，权力的失控已经成为社会溃败的表征。[34]因此，对法治理论实质内容进行深挖，准确定位我国现阶段的法治道路是目前我国法治发展的必须。

从历史发展角度来看，法治的发展是在矛盾运动中进行的，是充满争论和批判的。塔马拉哈将法治理论由弱到强分为三类：依法而治的理论、形式合法性理论、民主与形式合法性理论。依法而治理论是一种浅层的形式法治观念，亦是国内坚持实质法治论者所攻击的对象。为西方形式法治论者公认的法治观是形式合法性理论。形式合法性理论是由富勒提出，并经拉兹、菲尼斯等法学家进一步完善和发展的理论。其关注的是法律之为法律在形式上所应达到的标准。第三种法治理论仅是在形式合法性理论上增加了民主要素，同形式合法性一样，其并不包含任何实质性内涵意义的程序意义上的民主。总体而言，对形式法治的关注是西方法学界的主流。

中国法学界关于法治的观点主要分为两类：1.坚持实质法治理论。中国法学届支持实质法治理论者众多。这些学者对形式法治理论的批判主要表现在两方面：一是对依法而治理论进行批判。二是认为形式法治理论是一种价值无涉论，其遗弃了法律的正当性。[35]

2.坚持形式法治理论。近年来，越来越多的学者开始将关注点从实质法治理论转移到形式法治理论上，这些论者的表述是建立在对实质法治论的批判上进行的，其具体表现为两类：一是结合国情分析实质法治理论潜在的危害性以及需要形式法治理论的必要性。这些论者们从西方法治理论的发展、实质法治的概念和价值、形式法治与实质法治的关系、形式法治对价值的关注、过度强调实质法治论会产生的社会问题等方面对实质法治论者的观点进行反击，并阐明现阶段我国更需要形式法治。他们认为实质法治理论本身所强调的价值之间就存在冲突，不能理顺其蕴含的价值体系则会使得该理论成为空洞的政治口号。另一方面，实质法治最主要的目标是在立法中对恶法进行修改，而不是在司法领域中松动法律的严格以适用某种政治的需求，而形式法治理论才是法律之为法律所应达到的标准。适用领域的不同使得实质法治的实现前提是坚持形式法治，没有形式法治制约的实质法治会站到反法治的立场。

二是从逻辑角度对实质法治进行批判，从而彰显形式法治理论的优势地位。陈景辉教授从法治概念的逻辑角度对实质法治理论进行分析，认为强调任何实质价值都将贬损法治的重要性，并且实质法治观念会与反法治立场重合，并主张形式法治是唯一正确的法治观念。[36]这是一种彻底否定实质法治理论存在的形式法治主张。

本文认为，目前我国国情要求国家治理应坚持形式法治的优势地位。从概念来看，本文赞同黄文艺教授总结的形式法治理论对法治的若干理解，即第一，法治是法律所特有或

[34] 陈金钊：《实质法治思维路径的风险及其矫正》，载《清华法学》2013 年第 4 期。
[35] 参见黄文艺：《为形式法治理论辩护——兼评<法治：理念与制度>》，载《政法论坛》2008 年第 1 期。
[36] 参见陈景辉：《法治必然承诺特定价值吗？》，载《清华法学》2017 年第 1 期。

固有的美德；第二，法治是一套形式化或程序化的法律原则；第三，法治是一系列以上述原则为核心的制度；第四，法治是一种以上述原则和制度为基础的社会治理模式。[37]这一理解体现了法治是制度化的治理这一特征。从理论发展角度来看，当前学界对法治理论的分歧和争论，很大一部分是由于对形式法治和实质法治存在误解和误用，因此法治的概念和一般理论体系还需要进一步完善和推广。从我国国情来看，过度强调实质法治会带来社会风险，对形式法治的坚持是稳定社会转型、维护社会和谐的基础。"任何社会政策都不可能拒绝对实质法治目标的向往。""即使人们不主张实质法治，实质法治也有进入人们思维的路径。""实质法治不用提倡，对形式法治的追求则需要我们付出更多的努力。"[38]并且形式法治有助于法治概念的厘清、具有更宽广的适用范围、具有更高的可操作性和可接受性。因此，仅从法治理论自身发展来看，当前我国的法治研究应在坚持形式法治优势地位的前提下进行。但同时也应注意到，我们对形式法治的追求并不是对美德、正义价值的忽视，良法善治仍是我们追求的目标和方向。

现代化建设要坚持在法治轨道上进行，从法治理论自身来看就是坚持形式法治的优势地位。从与其它治理方式的关系来看，就是要坚持法治的优势地位。德治与法治相结合是我国长期坚持的政治原则，中共十九大报告中再一次强调了这一原则。但是在理论领域二者在概念、关系、实现方式等方面仍存在着争议，关于二者的探讨是治理理论发展中的热点问题。主流观点认为，尽管学者在两者结合过程中存在一些具体观点的分歧，但二者仍存在某种结合的可能。[39]但另一种观点认为德与法在事实层面的互补关系无法推出德治与法治在规范层面的结合，二者并不在统一逻辑维度和层面上。[40]但无论是哪一种观点，都承认法治具有优势地位。

从概念来看，德治的概念有中国传统文化作支撑，其核心概念是与时俱进、不断发展的，但其具体意涵却未形成定论。而法治理论通过上述分析可以得到较明确的描述，尤其是形式法治理论中所涉及的标准在一定程度上得到了学界的认同。从逻辑关系来看，虽然法与道德各自有不可替代的作用，但德治本身却并不具备必要的形式合法性标准，其作为治国方式需要在法治基础上进行正当性证成，而法治的正当性却并不需要以德治为前提。[41]

另一方面，"作为主要的社会控制模式，德治是一种理想。"[42]就如柏拉图的《理想国》所描绘的理想城邦，莫尔的《乌托邦》对美好政治生活的憧憬。道德的功能在当今国家治理中的主要功能在于育人，德治所代表的是我们对美好政治生活的憧憬和信仰。法治本身亦有德之追求。法治可以通过形式、程序要件而得到正当性证成。这一证成过程是法治之德的核心，其表现为一种制度的道德。这种制度道德对个人的道德选择和生活具有支配和

[37] 前引 34，黄文艺文。
[38] 前引 33，陈金钊文。
[39] 参见钱继磊：《论法治与德治相结合：前提、限度及其路径》，载《济南大学学报（社会科学版）》2019 年第 2 期。
[40] 参见孙莉：《德治与法治正当性分析——兼评中国与东亚法文化传统之检省》，载《法治现代化研究》2002 年第 0 期。
[41] 前引 39，孙莉文。
[42] 张中秋：《法治及其与德治关系论》，载《南京大学学报》，2002 年第 3 期。

先觉意义。因此法治才是制度治理的主流，是当今国家治理的必由之路。道德的功能只有通过转化成法律才能参与到治国之中，也是在此意义上德治与法治才能实现结合。[43]

（二）坚持以人民为中心

不论是法治发展的必然逻辑，还是法治与德治相结合的条件和限度，都要求我们“坚持以人民为中心”。“唯有人民作为法治与德治相结合的实现主体才具有合法性和正当性。在当下中国, 党的领导、人民主权与依法治国具有高度一致性, 因而, 法治与德治相结合的实现主体应是党领导下的广大人民。”[44]因此，以法治为基础的现代化制度建设也要遵循“以人民为中心”的原则。这里的人民泛指一切人，不是特别的人或特定的群体。“在法治领域,以人民为中心,就是坚持法治为了人民、依靠人民、造福人民、保护人民,把实现好、维护好、发展好人民根本利益作为法治建设的根本目的,把体现人民利益、反映人民意愿、维护人民权益、增进人民福祉、促进人的全面发展作为法治的出发点和落脚点,把社会主义核心价值观的要求体现在我国法律体系的各个部门、法律运行的各个环节、法治体系的各个方面。”[45]

从制度与人的关系来看，每个人都处在角色关系之中，这种角色关系是一种制度化的产物。制度角色是一个人在制度化群体或组织中具有从属关系并具有一定权利、义务、职责及其影响和作用的特定身份。[46]不同的制度角色有不同的职责和观念。制度观是人们在制度环境中对自身及其行为的感受，包括角色观、行为观、法治观和制度发展观四种。这四种观念的出发点都是人，是人在社会实践活动中受到文化因素和制度因素影响而形成的。[47]制度建设中坚持以人民为中心是制度主体的根本行为准则，是处理好同一主体不同制度观的关系以及不同主体之间的角色和观念关系的根本原则。如，党的领导在政治制度之中就要注意区分公私观、主仆观、权利观、职责观。[48]这些观念囊括了党在制度活动中的角色认知、行为观念、法治观念和制度观念，只有区分好这些观念才能进一步完善党的制度建设，促进党领导下的政治活动，健全中国政治制度生态环境。而所有的这些观念的出发点都在于以人为本，以人民为中心。

从制度的功能来看，坚持以人民为中心是社会发展的动力源泉。有学者运用恩格斯的“历史发展合力论”对社会发展动力和制度的作用分类进行分析。社会的发展需要动力来源，因其作用对象的不同可分为社会发展的宏观力量（合力），和微观力量（分力）。二者之间相互作用，合力由分力之间的相互作用形成，合力的效果体现为分力的行动和意志。分力的表现形式就是每个人的具体行动和意志，其外部动力来源于制度的作用。制度由于作用的表现形式的不同而分为宏观制度和微观制度，其中宏观制度激发宏观力量（整体力量），

---

[43] 前引 41，张中秋文。
[44] 前引 38，钱继磊文。
[45] 张文显：《中国民法典的历史方位和时代精神》，载《经贸法律评论》2018 年第 1 期。
[46] 前引 8，彭和平文。
[47] 前引 8，彭和平文。
[48] 参见姚建宗：《当代中国政治生态的修复、重建与养护——一个法学视角的观察与思考》，载《辽宁大学学报（哲学社会科学版）》2020 年第 1 期。

微观制度激发微观力量（个人力量）。宏观制度对人的作用是间接的，微观制度对人的作用是直接的。因此，只有宏观制度与微观制度相协调，建立科学合理且良善的制度体系才能为社会发展提供外部动力来源。

此外，仅有制度提供的外部动力来源是不够的。人的意志和行为不仅受外部动力的刺激，还受自身意志的影响。因此，只有外部制度与自身意志相协调，即外部制度满足自身发展意愿时，其才能产生积极的社会动力，否则就会抑制社会的发展。但在实际工作中却一直存在着制度之间的矛盾冲突，以及制度与人不协调的问题。例如，宏观制度是激励性的，但与之相对应的微观制度却表现为消极性、约束性；制度的设立目的是激励人的行动，但由于未考虑到人的意愿而表现出阻碍人发展的效果。[49]因此，现阶段的社会发展必须坚持以人民为中心，制度建设必须从人民利益出发，发展好、维护好人民的利益，促进微观制度与宏观制度的协调，完善现代化制度建设。

从社会主要矛盾的发展来看，新时代人民对于美好生活的需求的实质就是对法治的需求，最终归结为对权利的需求和确认。如张文显教授所说，就是要坚持以权利为本位，加强对权利和义务的基本理论的深入研究，加强对新问题、新现象、新兴权利的研究，在法律实践中加强权利推理，[50]就是要坚定以权利为本位的信念，始终为权利而斗争和呐喊，持续推动权利理论的发展。[51]

从国家现代化治理体系和治理能力建设的角度来看，以人民为中心作为现代化治理的理念，将人作为目的和手段的统一，保障了公民参与国家治理的权利，促进了国家治理体系和治理能力的现代化。良法善治是国家治理的价值目标和追求，良法是国家治理的制度框架和手段依据，善治是国家治理的理想模式和目标样态，是公共治理下公共利益最大化的最优状态。[52]以良法善治为目标，推进国家治理能力和治理体系现代化，就要处理好政府、社会、个人三方的关系。政府居于治理体系的核心地位。善政是通向善治的关键；欲达善治，首先必须实现善政。制度是权力的牢笼，是实现信任、降低交往成本的平台，是承载意识与实践的软件构成。[53]制度治理就是法治。因此，政府治理就要在制度框架内进行，在法治轨道上推进。政府领导的社会治理的首要原则就是坚持治理为了人民、治理依靠人民、治理成果由人民共享。在此意义上，公民通过参与从“权利主体”转变成了“权利——权力主体”，对政府权力形成了制约，从而促进了公民与权力的对话互动机制，推动了国家治理的有序性、制度性。[54]这整个过程都离不开以人民为中心的理念指导。

（三）加强马克思主义理论方法的研究

无论是在法治轨道上推进制度理论研究，或是坚持以人民为中心的根本准则，其理论

---

[49] 前引 22，李志昌文。
[50] 前引 44，张文显文。
[51] 前引 25，张文显文。
[52] 参见王建国，刘小萌《善治视域下公民参与的实践逻辑》，载《河南师范大学学报（哲学社会科学版）》，2019 年第 2 期。
[53] 前引 51，王建国，刘小萌文。
[54] 前引 51，王建国，刘小萌文。

指导都来源于马克思主义理论。新中国的发展史就是马克思主义理论的发展史，马克思主义指导思想是我国各领域建设的根本指导思想，是新中国建设的理论指引。坚持马克思主义理论的指导是我国在法治轨道上进行社会主义现代化建设的根本遵循。

从制度的发展史来看，坚持马克思主义理论研究为制度研究提供了方向和方法的指引。黑格尔的社会哲学在 19 世纪之所以重要乃在于它把社会看成一套制度。制度史研究以及从制度的角度对经济和政治问题进行探讨在当时乃是一种新发现，这是早期自由主义所欠缺的一种洞见。马克思继承了这一点并发展了自己的历史哲学，他的社会发展理论仍然认为辩证法是唯一能够论证社会发展之法则的强力逻辑方法。另一方面，他吸收了费尔巴哈的观点，即社会历史的动力乃是物质的。他认为经济因素是解释社会发展的最根本因素，但同时承认除经济因素外还有其它因素的影响，社会的发展就是这些因素影响下的规则性发展，也可以说是一种制度性的发展。整个发展过程都是辩证的，它的动力来自于新形成的生产制度与那个适合于旧制度的顽固的意识形态之间的内在紧张关系。[55]马克思的制度史观具有强大的解释力，其对社会发展的透彻分析为制度研究提供了方法论基础。

在全球化的浪潮中，提高我国的国际话语权是各国文化交锋的关键。一个国家的话语体系是以本国语言文字对由诸多概念、理论、信念和经验所组成的思想体系的系统表达，话语体系以其自身所负载的思想力量和魅力而形成的影响力、支配力、权威力就是话语权。[56]话语权需要有相应的理论支持，在我国就表现为马克思主义理论思想体系的支持。中国作为世界上始终坚持社会主义的国家，具有丰富的社会实践经验，具备完善的社会主义制度，具有队伍最广的马克思主义政党，但马克思主义研究的世界中心却并不在中国。马克思主义作为新中国社会主义革命和建设的指导思想，经过半个多世纪的实践已经成为我国政治、经济、文化诸领域的制度原则，通过经年的强化教育甚至积淀为人们的某种信念力量。无论学者们怎样想在“偶像的黄昏”里孤独地徘徊，最终也脱离不了已经形成的思想基地。[57]因此，寻找马克思主义理论研究的正确路径就是当前理论工作者的主要任务。目前我国马克思理论研究还缺乏一定的智识条件，还有许多基础性工作要做。因此，一方面加强马克思主义经典理论研究，另一方面要加强马克思主义创新研究，坚持与时俱进精神，使马克思主义理论永葆生机。恩格斯指出“辩证法不崇拜任何东西，按其本质来说，它是批判的和革命的。”[58]因此，马克思主义理论要在批判中进行，要处理好坚持和发展的关系、理论与实践的关系、本土文化和域外资源的关系。[59]在总结发展经验的基础上将中国建设成为马克思主义理论研究的世界中心。

---

[55] 前引 10，贺培育文。
[56] 参见朱振：《加快构建中国特色法治话语体系》，载《中国大学教学》2017 年第 5 期。
[57] 参见舒国滢：《新中国法理学七十年：变化与成长》，载《现代法学》2019 年第 5 期。
[58] 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林《马克思恩格斯选集（第二卷）》，人民出版社 1995 年 6 月版，第 112 页。
[59] 参见张文显：《在新的历史起点上推进中国特色法学体系构建》，载《中国社会科学》2019 年第 10 期。

“全面依法治国”的语义阐释

周晓帆[1]

【摘　要】新时代“全面依法治国”思想是法治基本原理同中国具体实践相结合的产物。在不同语境下，概念具有不同的语义。本文以学术话语、政治话语以及法律话语为分析语料，得出“全面依法治国”是“法治”在中国语境下的现实表达。“全面依法治国”不仅涵盖立法、执法、司法、守法等环节，同时也具有“人民美好生活”“国家治理”等时代内涵，实现了从描述性概念到规范性概念、从形式法治到实质法治的学理突破。“全面依法治国”在语义上指：经由良法实现国家好的治理，实现安定秩序。在方法论上，“全面依法治国”以“法治中国”为目标，在“德治”的配合下完成个体自律和社会自治的突破，强调从法治建设的现实问题出发，体现了国家主体性。

【关键词】“全面依法治国”；语境分析；语义阐释

一、引言

“法治”是法学研究的重要命题，这一命题主要解决两个问题，首先是怎样理解法治，其次是如何建设法治。也即“法治”如何作为一个具有理论描述功能的学术概念，以及“法治”具有实践操作意义的政治概念。自 1978 年十一届三中全会，到党的十八大以来，我国重新回到法制建设的轨道，法治建设取得了举世瞩目的成就。在中国共产党第十九次全国代表大会上，习近平总书记阐明“新时代坚持和发展中国特色社会主义”，需要“坚持全面依法治国”。当下，“法治”话语的重要性愈发突显，“全面依法治国”成为新的时代主题。然而，这一概念尚未在学理研究中得到妥当的“语境分析”（contextual analysis），该现状不仅阻碍了“法治”概念的本土定位，使其无法成为一个有效的分析性概念，也对我国如何建设法治起了阻碍作用。概念是人们理性认知的重要工具，特别是重大基础概念会深刻影响到人们的观念和行为。当前法学界对公共话语中的“全面依法治国”概念负有一定智识上的责任，本文试图从语境论的视角，对“全面依法治国”的语义做出进一步阐释。

二、“全面依法治国”的话语流变

自 1997 年党的十五大报告提出“依法治国，建设社会主义法治国家”以来，“依法治国”便作为“党领导人民治理国家的基本方略”被确立下来。党的十八大以来，“全面推进依法治国”成为新的法治时代主题，并提出建设“法治中国”。十九大报告进一步提出要“坚持全面依法治国”，“全面依法治国”概念是当下法治建设语境的纵深发展阶段。事实上，当人们意识到某种思想或观念，并逐渐产生对应这些观念的概念和语词时，这本身就是一定社会经验和现象的投射。在中国语境下，法治相关概念簇的生成与演变，也表明越来越多的法律

[1] 浙江大学光华法学院，法学理论专业博士研究生。

现象得到标识和认识。

（一）作为学术话语的“法治”

“法治及其相关概念（人治、德治等）大概是法学中最繁复、混乱的概念簇之一。”[2]厘清“全面依法治国”的概念内涵，不得不回归到学术界对“法治”一词认识的变化上来。对中国而言，现代意义上的“法治”概念是西学东渐的舶来品。舒国滢教授曾在上世纪末，将国内学界对法治讨论的主题大体分为两个阶段，第一阶段是 70 年代末至 80 年代末，学者对治国方式应采取“人治”还是“法治”展开的辩论；第二阶段指 90 年代“社会主义市场经济”以来，学界对“法制”和“法治”语义的辨析。[3]对法治相关“概念簇”进行学理分析，对建构中国“法治话语”体系之“融贯性”具有重要意义，也为分析“全面依法治国”的概念内涵奠定学理基础。

法学界对“人治”与“法治”曾展开了一场激烈的学术讨论，主要存在三种观点：要法治，不要人治；法治与人治应当结合；法治概念不科学，必须抛弃。简称为“法治论”“结合论”“取消论”。[4]事实上，“人治”“法治”的立场之争是在两种对法治不同理解的语境下展开的。

首先，“法治论”和“取消论”之争，将“人治”（rule of man）和“法治”（rule of law）视为两种完全对立的概念。即法治指的是法律具有至高无上的权威，依靠法律规定治理国家，人治指依靠人的意志治理国家，“权大于法”。此时，“法治和人治之间存在根本对立，是不能相互结合的”[5]。在这种语境中，强调客观性的“法治”作为治理方式，明显优于“人治”的主观性。另一方面，“法治论”和“结合论”之辨，则基于一种较为缓和的语境。“人治”侧重“人的作用”，“法治”强调“法的作用”，两者的区别在于“是依靠相对理性的法还是依靠相对理性的人来治理国家”。[6]“法治论”并不否认领导人的作用，这种意义上，人治与法治应当结合。由此，这场学术辩论实际上与当时对“法治”和“人治”词义的特殊理解相关，“争论之点似乎不在法治与人治应否结合或应否只要法治而不要人治，而在于到底什么是法治和人治”。[7]也就是说，80 年代这场学术讨论其实是在两种不同语境下展开的。

在中国古代，先秦时期的“儒法之争”也曾被认为是“人治”与“法治”的对立。儒家认为，国家应由具有高尚道德的贤人来治理；法家强调“不务德而务法”，国家应由掌握国家权力的人通过强制性法律（主要是刑法）来治理。先秦的“法治”概念，核心是“以法治国 ”或“唯法而治”[8] 。但是，先秦“法治”存在内在缺陷，它在制度设计上不能实现“法之必行”“君主守法”。因此，有学者认为，儒法之争的实质都是“人治”[9]，也有学者持相反看法[10]。本文不对

---

[2] 刘杨：《法治的概念策略》，《法学研究》2012 年第 6 期，第 29 页。

[3] 舒国滢：《中国法治建构的历史语境及其面临的问题》，《社会科学战线》1996 年第 6 期，第 68 页。

[4] 李步云：《实行依法治国，建设社会主义法治国家》，《中国法学》1996 年第 2 期，第 15 页。

[5] 李步云：《法治和人治的根本对立》，《现代法学》1981 年第 2 期，第 39 页。沈宗灵教授认为，人治和法治存在三个分歧，分别是：国家治理是依靠法律还是道德；人治论强调具体指引，法治论强调一般规则指引；在政治制度上是实行民主还是专制。参见沈宗灵：《依法治国，建设社会主义法治国家》，《中国法学》1999 年第 1 期，第 5-7 页。

[6] 杨储华：《理性的法治与人治》，《河北法学》2010 年第 9 期，第 178 页。

[7] 沈宗灵：《“法制”、“法治”、“人治”的词义分析》，《法学研究》1989 年第 4 期，第 8 页。

[8] 程燎原 《先秦“法治”概念再释》，《政法论坛》2011 年第 2 期，第 8 页。

[9] “在人治的前提下谈‘德治’与‘法制’之争或君权至上前提下的‘王道’‘霸道’之辩”。参见丁士松：《论人治》，《武汉大学学报》2008 年第 4 期。

[10] 也有学者认为，约束最高权力的“立法权”是任何制度都面临的悖论，“如果法家之‘法治’因此而被定性为‘人治’，

先秦“法治”的定性展开研究，但可以肯定的是，法家倡导的“以法而治”（rule by law）不是现代意义上的“法治”（rule of law）。另一方面，儒家倡导的是“圣人之治”是一种“德治”[11]或者“礼治”[12]，不同于现代语境中的“人治”。

藉由先秦“儒法之争”，本文想说明的是，80 年代那场学术争鸣对“人治”“法治”概念的认识，某种程度上受制于历史环境的影响，是学界理性认识对社会现象的反思。在 50 年代后期，我国法制建设进入了低谷时期，甚至提出“法律只能作为办事的参考”“要人治不要法治”这样的思想，法制的衰败导致了“文化大革命”的历史悲剧。进而，到了改革开放之初，邓小平同志就指出，要“处理好法治和人治的关系”，“搞人治危险的很，搞法治靠得住些”。[13]当时学界对“人治—法治”关系的辨析，旨在对国家治理方式进行反思与纠偏，强调治理国家应“依法办事”，而不能“以党代政”“以党代法”、依靠个别领导人意志办事。

理论界对法治“概念簇”的话语变迁，还表现在 20 世纪 90 年代法理学界对“法制”与“法治”的语词辨析。[14]持有“区分论”观点的学者认为，“法制”与“法治”概念应明确界分。[15]持“不明确区分论”的学者认为，法制与法治两个概念在一般情况下可以通用，但在内容上，“法治”是“法制”的组成部分；[16]另一种看法是，法制是法治的前提和基础条件，法治比法制含有更深一层和更高一层的内涵。[17]一般认为，“法治”（rule of law）一词在中国古代并未明确使用，它自近代以来从西方传入。[18]所以，这场学术论辩对“法治”的认识并不存在分歧，如果说“人治”与“法治”之争的焦点在“法治”，那么“法制”与“法治”之争的重点则在“法制”的内涵上。

通过对学术话语的分析，本文发现，最初学界对“法制”的认识并不局限在“法律制度”（legal system），它还包括动态意义的“民主政治”[19]“法律目的”[20]“文化内涵”[21]等价值维度。比如，沈宗灵教授曾指出“法制”包含了三层含义：静态意义上的法律，即法律制度；动态

那么还有何种制度不能因此而被定性为‘人治’？参见宋洪兵：《论法家“法治”学说的定性问题》，《哲学研究》2012 年第 11 期，第 45 页。

[11] 参加郁建兴：《法治与德治衡论》，《哲学研究》2001 年第 4 期。

[12] 参见白奚：《儒家礼治思想的合理因素与现代价值》，《哲学研究》2000 年第 2 期。

[13] 邓小平：《邓小平文选》第 3 卷，北京：人民出版社，1993 年，第 177，379 页。

[14] “法制”与“法治”可以说是法学领域最基本和最重要的一组概念。“对于‘法制’‘法治’两个概念认识和把握的准确、清晰程度，也就直接决定着我们法学思维、法学认识的准确和清晰程度。”参见孙育玮：《“法制”与“法治”概念再分析》，《求是学刊》1998 年第 4 期。

[15] 参见孙国华：《法制与法治不应混同》，《中国法学》1993 年第 3 期；孙育玮也认为，“法制”与“法治”是完全不同的两个概念，两者绝对不可互相替代，不可混淆不清、混同使用。“法治”的内涵更丰富、深刻，更富有法理积极要义。参见孙育玮：《“法制”与“法治”概念再分析》，《求是学刊》1998 年第 4 期，第 57 页。

[16] 王启富：《对“法制”与“法治”之我见》，《政法论坛》1993 年第 5 期，第 28 页。也有学者持类似观点，认为“法制的内涵比较丰富和广泛，而法治的内涵则比较单一和狭窄。”参见张浩：《简论法制与法治》，《中国法学》1993 年第 3 期，第 49 页。

[17] 参见黄韬主编：《社会主义法治意识》，人民出版社 1995 年版，第 25 页。

[18] 马小红：《法治的历史考察与思考》，《法学研究》1999 年第 2 期，第 22 页。

[19] 刘惊海：《界定“法治”与“法制”——一个实践的要求》，《吉林大学社会科学学报》1993 年第 3 期，第 35 页。

[20] 朱庞正：《法制与法治——一种法律文化学的探讨》，《南京师大学报》1995 年第 4 期，第 34 页。

[21] 公丕祥：《法制现代化的概念构架》，《法律科学》1998 年第 4 期，第 7 页。

意义上的法律，即立法、执法、司法、守法、法律监督等环节构成的法律系统；“依法办事”原则。[22]此外，还有学者认为，“制”应理解为“裁断或决断”，“法制”即“依法而断”[23]。可见，动态意义上的“法制”概念除了具有价值内涵，还指向“依法而治”（rule by law）的工具论层面。在这种语境下，“法制”与“法治”其实是一致的，探讨两者区分自然没有多大意义。

在讨论后期，学术界对“法制”一词的阐释却明显趋向狭义，其价值内涵彻底被剥离。有学者指出，“法制是法律制度的简称，是相对于政治、经济、文化等制度而言；而法治则是相对于人治而言。”[24]可以理解为，任何国家都可以有“法制”，但不一定都实行“法治”，比如中国先秦法家和纳粹德国的法制。从中国法制史的进程考察，《礼记》中就已出现“法制”一词：“命有司，修法制，缮囹圄”[25]。据金敏老师考证，“制”字本身在中国古代基本上只是“器”或“具”，近乎于 containing vessel，即容器，若不置入“礼乐刑政”等具体制度，就是空空的容器。[26]也就是说，“制”在中国传统语境中就是“器物”的制度含义。

既然“制”在中国传统的语境中似乎就是“器物”之义，那为何“法制”一词在中国学术话语和政治言说中会出现由广到狭、由动态到静态的语义演变呢？除了与当时理论界对法学基础理论讨论起步较晚这一客观原因之外，“法制”概念限缩的现象也与当时法制建设的背景相关。在 90 年代，以政府为主导展开了大范围的“法典化”运动，当时，“法制现代化”[27]的主要目的是为经济建设服务，形成一套完备的法律机制，强调“有法可依”和“依法办事”。相较于西方“社会演进型”的法制现代化，中国的法制现代化属于“政府推进型”，[28]法制进程取决于政府的设计和规划。或许受这一现实背景的影响，“法制”的学术话语被自觉或不自觉地“狭窄化”，价值内涵逐渐被淘汰，局限于“法律制度”的静态框架中。而与此同时，舶来的“法治”概念，因含有限制政府权力、人权民主等要素，逐渐取代了“法制”原有的价值内涵。

直到 2018 年，《宪法修正案》将序言中的“健全社会主义法制”改为“健全社会主义法治”，仅一字之别，“反映了我国在依法治国与法治建设道路上的不断前进。”[29]至此，“人治与法治”“法制与法治”等概念簇不断深化和明确，语词之争暂时告一段落。对概念的界定与区分并非没有意义的“学术游戏”，因为如果人们对一个概念理解的分歧过大，就会影响有效的讨论和沟通。所以“学术共同体在采用一个新概念时非常重视对于概念的“正名”，力求对特

---

[22] 参见沈宗灵：《“法制”、“法治”、“人治”的词义分析》，《法学研究》1989 年第 4 期，第 4 页。还有学者持“法制”概念的三层含义说，参见朱景文：《关于法制和法治的几个理论问题》，《中外法学》1995 年第 4 期，第 17 页。 公丕祥也认为，“法制是一个内涵十分丰富的概念”“法制是静态与动态的有机统一”。参见公丕祥：《法制现代化的概念架构》，《法律科学》1998 年第 4 期，第 6 页。

[23] 王启富：《对“法制”与“法治”之我见》，《政法论坛》1993 年第 5 期，第 26 页。

[24] 李步云：《从“法制”到“法治”二十年改一字》，《法学》1999 年第 7 期，第 4 页。还有学者总结到：“法治（Rule of Law）表达的是法律运行的状态、方式、程度和过程；而法制（legal system）的本意是一个静态的概念，是‘法律制度’、‘法律和制度’或‘法律和法律制度’的简称。”参见刘瀚，李林：《开创跨世纪法理学研究的新局面——近年来中国法理学研究的回顾与前瞻》，《法律科学》1998 年第 2 期，第 92 页。

[25] 《礼记·月令》。

[26] 《雾失礼、制，“法”迷津渡——法的历史疆域之变迁》，载金敏：《眼睛就是一切：“法”的语词与源流辨析》，北京：法律出版社 2019 年第 1 版，第 91 页。

[27] 这里借助了“法制现代化”尝试还原当时的语境，“法制现代化与法律发展具有相同的内涵意义，都是表征法律从传统走向现代的变革过程 。”参见公丕祥：《法制现代化的分析工具》，《中国法学》2002 年第 5 期，第 26 页。

[28] 蒋立山：《中国法制现代化建设特征分析》，《中国法学》1995 年第 4 期，第 10 页。

[29] 何勤华：《法制成为法治——宪法修改推进社会主义法治建设》，《山东社会科学》2018 年第 7 期，第 6 页。

定概念的基本含义达成某些最低限度的共识。”[30]学理上的“法治”概念并不足以阐释“全面依法治国”的理论内涵，本文接下来将从政治话语和法律话语进一步展开对“全面依法治国”概念的语义分析。

（二）作为政治话语的“全面依法治国”

法律与政治从来不是分离的，没有脱离政治的法治。正如有学者所言：“在当下的中国，法律与政治之间呈现出密切联系与高度配合的关系。”[31]从政治话语的语境来看，对“法治”的表述经历了从党的十五大提出的“依法治国”，到十七大“全面落实依法治国”以及十八大的“全面推进依法治国”，再到十九大“全面依法治国”的变迁。概念是人们对事物共有属性的概括和表达，语义分析不仅是对语词含义的逻辑分析，更重要的是基于语境对概念的使用进行经验分析。本文对十七大以来党代会和党的全会有关表述展开语义分析（见表一），以期观察政治语境下的“全面依法治国”内涵。

在政治话语表述中，“依法治国”概念在语义上呈逐步推进的形态。逻辑上来看，表述由“全面落实依法治国”到“全面推进依法治国”，“落实”到“推进”展现了从“开端”到“过程”的转变。也就是说，“落实”突出的是“依法治国”的“播种”开端，而“推进”侧重运行状态，强调概念的生长过程。从表一的内容来看，“依法治国”在这一阶段的概念内涵主要从立法、执法、司法、守法四个环节展开。

表一：

十七大大以来党代会和党的全会关于“全面依法治国”的相关表述				
时间	会议名称	法治词频	核心内容	语境
2007 年	党的十七大	“法治”一词共出现 15 次；“依法治国”出现 7 次；“全面落实依法治国”。	“科学立法、民主立法”“推进依法行政”“深化司法体制改革”“法制宣传教育”	立法；执法；司法；守法。
2012 年	党的十八大	“法治”一词共出现 18 次；“依法治国”出现 5 次；提出“全面推进依法治国”。	“推进科学立法、严格执法、公正司法、全民守法，坚持法律面前人人平等，保证有法必依、执法必严、违法必究。”	立法；执法；司法；守法。
2014 年	党的十八届四中全会	以“全面推进依法治国”为会议主题。“法治”共出现 81 次；“依法治国”出现 36 次。	“坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进，坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设”；“把党的领导贯彻到依法治国全过程和各方面”。	国家、政府与社会；党的领导。
2017 年	党的十九大	“法治”共出现 53 次；“依法治国”出现 19 次；正式提出“全面依法治国”；提出“法治中国”。	“全面依法治国任务依然繁重”；“依法治国和依规治党有机统一”；“成立中央全面依法治国领导小组”；“加强宪法实施和监督”。	立足于中国现实问题；依规治党；宪法实施。

[30] 高鸿钧：《法律文化的语义、语境及其中国问题》，《中国法学》2007 年第 4 期。
[31] 李红勃：《通过政策的司法治理》，《中国法学》2020 年第 3 期，第 129-145 页。

2019 年	党的十九届四中全会	“法治”一词共出现 40 次；“依法治国”出现 8 次。	以“习近平新时代中国特色社会主义思想为指导”；“依法治理”；“依法治国首先要坚持依宪治国”；“把社会主义核心价值观要求融入法治建设”。	国家治理；依宪治国；社会主义核心价值观。

到 2014 年党的十八届四中全会，这是党的全会首次将“法治”作为会议主题，据本文统计，在报告中“法治”一词共出现了 81 次，足以看出政治话语对法治命题的重视。这一时期，“依法治国”除了上一阶段强调的四个环节外，将国家、政府与社会列为开展方向，并强调党的领导，逻辑上实现了概念在范围和领域上的实践展开。党的十九大正式提出“全面依法治国”概念，并提出建设“法治中国”，同时，报告中指出，“全面依法治国任务依然繁重”，并补充了“依规治党”和“宪法实施”的内容。2019 年十九届四中全会提出“依法治理”，将依法治国和国家治理联系起来，并提出“把社会主义核心价值观要求融入法治建设”。

上文得知，在政治话语中，从“依法治国”“全面落实依法治国”“全面推进依法治国”，再到“全面依法治国”，在逻辑上呈现出从“概念构想”到“概念播种”，再到“概念生长”和“概念成熟”的演进过程。在初级阶段，“依法治国”的政治语境主要体现在立法、执法、司法、守法四个层面，《人民日报》中相关报道的表述也检验了这一意涵。[32]与此同时，通过对习近平总书记系列重要讲话进行分析，本文发现，在高阶阶段，“全面依法治国”在政治话语中还具有“人民美好生活”[33]的发展内涵以及执政环境的“依规治党”[34]等内涵，这些新内涵以法治建设中的现实问题为导向，强调国家的主体性，实现了“依法治国”在范围和领域上的延展，即“全面依法治国”。

（三）作为法律话语的“全面依法治国”

裁判文书是法律话语的直观表达，本文在“北大法宝”以“全面依法治国”为关键词进行了全文检索，共得到裁判文书 312 份，其中，行政案件比重明显大于民事案件。经人工删选，除去“中央全面依法治国委员会”此类专有名词以及重复案例，共得有效分析案例 150 份。本文以 150 份裁判文书为样本，分析法律话语中“全面依法治国”的表述及语境，以还原其概念内涵。

表二：

“全面依法治国”概念在裁判文书中的表述及语境

[32] 立法语境如，“编纂民法典是推进全面依法治国、推进国家治理体系和治理能力现代化的重大举措。”司法语境如，“全面依法治国要努力让人民群众在每一个案件中都能感受到公平正义，决不能让不公正的审判伤害人民群众感情、损害人民群众权益。”执法语境如，“深入贯彻全面依法治国基本方略，严格遵守宪法法律，把政府活动全面纳入法治轨道。各级政府要依法接受同级人大及其常委会的监督，自觉接受人民政协的民主监督，主动接受社会和舆论监督，让权力在阳光下运行。”守法语境如，“适应新形势新要求，要深入学习宣传贯彻习近平总书记关于全面依法治国的重要论述，扎实开展民法典等重要领域立法的法治宣传教育。”参见：《关于民法典的几个主要问题》，《人民日报》2020 年 8 月 18 日，第 12 版；《人民至上，把人民放在心中最高位置》，《人民日报》2020 年 8 月 31 日，第 5 版；《政府工作报告》，《人民日报》2019 年 3 月 17 日，第 2 版；《让民法典等法律走到群众身边、走进群众心里》，《人民日报》2020 年 6 月 12 日，第 2 版。

[33] 习近平总书记指出：要“坚持依法防控，要始终把人民群众生命安全和身体健康放在第一位，从立法、执法、司法、守法各环节发力，切实推进依法防控、科学防控、联防联控。”参见习近平总书记 2020 年 2 月 5 日在中央全面依法治国委员会第三次会议上的讲话。

[34] “通过体制机制创新，我们把行政监察部门、预防腐败机构和检察机关反腐败相关职责进行整合，……实现了党内监督和国家监察、依规治党和依法治国有机统一。”参见习近平总书记 2018 年 12 月 13 日在十九届中央政治局第十一次集体学习时的讲话。

语境	内容	主体	类型
政策语境（理念、原则）	“原审法院忽视对社会司法新现象、新需求的关注与把握，对本案草率进行不予立案裁定，违反了大力促进依法行政、全面依法治国精神”[35]	当事人	行政
司法语境（公平正义）	“被上诉人提起的本案一审诉请没有事实和法律依据，属恶意诉讼，原审法院所作判决有违司法公正，适用法律错误，与全面依法治国进程与社会主义法治不符。”[36]	当事人	民事
行政语境（依法行政）	“目前，在全社会倡导“全面依法治国”的情况下，作为行政机关首先考虑的是依法作为，而不应怕矛盾引起社会不稳，就对“依法作为”打折扣。只要真正地做到了依法履职，就能令当事人服法服理，矛盾终究能化解。”[37]	法院	行政
立法语境	“特别是随着全面依法治国深入推进，警务辅助人员职责权限不清、管理使用不规范等问题日益突出，……基于此党中央、国务院出台了《关于规范公安机关警务辅助人员管理工作的意见》在规范公安队伍建设的基础上推动警务辅助人员管理向制度化、规范化、法治化。”[38]	当事人	行政
守法语境	“对此，本院认为，在党和国家全面依法治国的大环境下，公民行使权利或者维护自身合法权益都要依法进行。”[39]	法院	行政
执政语境	“由此看出，中央全面依法治国，全面从严治党，坚决惩处腐败，以人民利益至上的决心和信心。而百色市人民检察院相关主办的检察官……把党纪国法当作‘橡皮泥’、‘稻草人’；”[40]	当事人	行政
法律适用语境（依法裁判）	“全面依法治国的今天，作为一审法院应当用法律的观点分析问题和解决问题，满腔燃情、理直气壮的支持合法行为，就像秋风扫落叶一样残酷无情的惩罚违法行为，维护社会的公平和正义，维护法律的权威和严肃性，”[41]	当事人	民事

通过对 150 份裁判文书的实证分析，可以看出，尽管作为政治话语提出的“全面依法治国”术语没有出现在成文法律规范中，但这并没有阻止这一概念已经得到了法律职业群体以及普通民众在事实上的运用。

藉由裁判文书中不同主体对“全面依法治国”概念使用情况的语境分析，本文发现，当事人主动提出的比例要大于法院主动援引的情况。“全面依法治国”概念在裁判文书中呈现描述性功能的特点，如“全面依法治国的精神”“全面依法治国的大环境”，这种描述性功能依然在立法、执法、司法、守法四个环节展开。与此同时，在援引“全面依法治国”概念的裁判文书中，行政案件的比例要大于民事案件，这说明，在法律话语特别是司法话语中，“全面依法治国”内涵的侧重点在“法治政府”，限制行政权力，即“依法行政”。另一方面，当事人主动提出该概念的比例要大于法院主动援引的情形，这说明近些年我国法治建设进程中的普法宣传取得了一定效果，法治观念逐渐被普通民众所认同。特别注意的是，相较于政治话语，法律语境下的“全面依法治国”还具备法律适用的“依法裁判”内涵，强调法院

[35] 樊伟、侯秀丽二审行政裁定书(2018)辽行终 1264 号。
[36] 沈寿荣等与杭州市西湖区保障性住房管理服务中心返还原物纠纷上诉案(2017)浙 01 民终 4034 号。
[37] 赵道兴诉陈小华等因不履行法定职责案(2016)赣 01 行终 133 号。
[38] 赤城县公安局、刘文敏劳动争议二审民事判决书(2019)冀 07 民终 2302 号。
[39] 王保满诉被告凌源市公安局不服行政处罚决定一案一审行政判决书(2018)辽 1382 行初 64 号。
[40] 李世光、平果县公安局不服治安管理罚款处罚二审行政判决书(2018)桂 10 行终 208 号。
[41] 宋现芬、王卫东确认合同无效纠纷二审民事判决书(2019)鲁 09 民终 409 号。

依据法律规范进行裁判，这是政治话语与学术话语未曾体现出的概念内涵。

三、何为“全面”：“全面依法治国”的理论意涵

（一）从“形式法治”到“实质法治”

“全面依法治国”是“法治”原理的当代表达，是中国法治建设的现实命题，但事实上的运用并不能完全解释该术语的语义内涵。本文接下来力图论证，“全面依法治国”概念不仅仅具有描述功能，也具有规范性功能，其在理论意涵上突破了既有的“形式法治”[42]框架。20 世纪 90 年代，国内学者在谈及“法治”概念时都属于“实质法治”[43]。到新世纪，学界对“法治”的认识则转向“形式法治”，认为“实质法治观使法律判断承担了过多的政治判断、社会判断和后果裁量的负担，不仅无法完成，还影响了法律判断的可预期性、处断一致性和稳定性，最终损害了法治。”[44]如此，“法治”概念因承载了太多实质性价值而“成为一棵挂了各式‘礼物’的圣诞树”[45]，进而“很难成为一个有效的分析工具”[46]。按照这一逻辑，为确保概念的有效性，使“全面依法治国”不至于成为一个空洞、无意义的政治宣传口号，形式合理性似乎仍然应当成为该学术命题的主色调。

基于语境论的分析，“全面依法治国”的概念内涵实际上属于实质法治的范畴。十九大报告指出，我国社会主要矛盾已经转化为人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾。在法治领域，体现为人民对“回应型法”发展的需要和法治发展供给不足之间的矛盾。而人民美好生活的需要，“不仅对物质文化生活提出了更高要求，而且在民主、法治、公平、正义、安全、环境等方面的要求日益增长”。[47]在我国法制建设初期，“依法治国”尚处于“概念构想”和“概念播种”阶段，强调“有法可依”“依法而治”，在这一阶段形式法治自然具有现实意义。当下，形式法治不足以解决现代法治面临的“封闭与开放”“内信与外迫”“确定与无常”[48]等内在冲突问题。新时代“全面依法治国”是法治概念的生长与成熟阶段，具有实践操作性，在立法、执法、司法与守法领域[49]都要求法律回应人民的需要。

应当注意的是，“全面依法治国”理论是我国法治建设在现代法治语境的表达，其内涵所指向的实质法治不是对“法治”界限的模糊化，而是对形式法治的观照与反思。如张千帆教授所言，“我们所关心的法律并不只是一种客观描述的事实，而且还必然带有人作为主体

---

[42] 形式法治论的观点诸如富勒的八项“法的内在道德”、拉兹提出的“八项原则”为人们熟知，强调法律的一般性、公开性、不溯及既往、明确性等形式合法性要求。本文对“形式法治”持一般性理解，不对这一理论范畴进行进一步划分。

[43] 持“实质法治”概念（观念）的学者如夏勇，参见夏勇：《法治是什么——渊源、规诫与价值》，《中国社会科学》1999 年第 4 期。

[44] 张翔：《形式法治与法教义学》，《法学研究》2012 年第 6 期，第 7 页。

[45] 张千帆：《法治概念的不足》，《学习与探索》2006 年第 6 期，第 90 页。

[46] 于兴中：《“法治”是否仍然可以作为一个有效的分析概念？》，《人大法律评论》2014 年第 2 期，第 4 页。目前，学界不少学者认为，形式法治应为我国法治最低限度的立场，如梁治平、高鸿钧、陈林林、陈景辉等。

[47] 习近平：《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利在——中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》

[48] 参见高鸿钧：《现代法治的困境及其出路》，《法学研究》2003 年第 2 期，第 7-13 页。

[49] 在立法、执法、司法与守法的语境中，“全面依法治国”强调“以良法促进发展、保障善治”；“建设法治政府，推进依法行政”；“让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”；“树立宪法法律至上、法律面前人人平等的法治理念”。

的价值判断。”[50] 倘若以“法治大厦”譬喻我国法治建设，形式法治论就是大厦的“地基”，实质法治论则给大厦添加了诸如“通风”“排水”“制冷”等循环系统。作为“最低限度的法治”，形式法治具有稳定、可预期等法治的基本属性，但它是静态的，不具有反思意识，无法应对当下法治建设面临的新情况与新问题。反之，实质法治论则指向未来，具有反思性与观照性，它并不排斥形式法治。承认形式法治能够对实质法治可能带来的风险起到矫正和纠偏作用。

（二）从“依法而治”到“依法达治”

在前半部分，本文主要从本体论和价值论层面对“全面依法治国”的概念源流和价值定位进行诠释。“全面依法治国”概念是对“法治”命题的进一步深化与升级，属于实质法治的阵营。必须承认的是，纯粹学理上的阐释，不足以使这一概念以足够清晰的轮廓呈现出来，我们必须对“全面依法治国”从语词上进行刻画与描写，以期呈现其本来的面貌。

“全”是会意字，最初是指“玉”，《周礼》中有记：“天子用全，上公用龙。”[51]《说文解字》中解释：“全，完也。”[52]这里的“全”，是形容词“完备”“完整”之意，《管子》中“法不平，令不全，是亦夺柄失位之道也”[53]，也是这一含义。此外，“全”字也可做动词，有“保全”“使完整”之意。“面”指事物的外表或方位，如“表面”“前面”，也可做动词“当面”。“全面”遂可理解为“使方方面面完备”，在传统中国，“全面”寄托了人对完美和美好的向往和追求。当代中国语境下，静态含义的“全面”涉及法治的空间与领域，做动词理解的“全面”表示达成法治目标的方式与方法。

“全面依法治国”实现了法治概念从描述性功能到规范性功能的转向。如果说 1978 年十一届三中全会是对 50 年代后期“法律虚无主义”的纠偏，实现从“人治”到“法治”理念的飞跃。那么，从 1997 年十五大提出“依法治国”到十八大之前，是我国法制建设的完备阶段。“依法治国”话语指“依据法律治理国家”，主要作为描述性概念，重点强调“有法可依”的形式法治。十八届四中全会以来，“全面依法治国”被作为重要政治概念提上日程，十九大报告对这一命题做了进一步诠释，“推进科学立法、民主立法、依法立法，以良法促进发展、保障善治。”[54]可以认为，这是“依法治国”概念在广度与深度上的延展，得出治理国家所依之“法”需为“良法”。何为良法？“‘良法’就是良好的制度”[55]。于是，藉由“秩序、公正、人权、效率、和谐等”基本价值，“全面依法治国”概念具有了天然的规范性，承载着实现“法治”这项塑造客观世界的积极活动。

通过对“全面依法治国”语词的逻辑展开，可以得出，“全面”在语义上不仅有“良法”层

---

[50] 张千帆：《法治、德治与宪政》，《法商研究》2002 年第 2 期，第 35 页。
[51] 《周礼·考工记·玉人》。
[52] 许慎《说文解字》。
[53] 《管子·任法》
[54] 习近平：《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利在——中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》，北京：人民出版社 2017 年版。早在 2016 年，习近平同志就指出，“全面依法治国是一个系统工程，是国家治理领域一场广泛而深刻的革命”“努力实现国家各项工作法治化，向着建设法治中国不断前进”。《六、全力推进法治中国建设——关于全面依法治国》，《人民日报》，2016-04-27
[55] 张文显：《法治与国家治理现代化》，《中国法学》2014 年第 4 期，第 6 页。

面上的“广深”内涵，还涵盖了“方式”“方法”的实践向度，其实践路径体现为“善治”（good governance）。如何理解“善治”？“善治是公共利益最大化的治理过程和治理活动”[56]，是国家治理的目标。从语义学上说，“治”既有动词“治理”之意，也有名词“安定”“秩序”之意，与“乱”相对。因此，“善治”可以理解为，通过国家好的治理，实现安定秩序。张文显教授总结了“善治”的三个基本特质：“以人为本”“依法治理”与“公共治理”[57]在现代国家治理的语境下，“公共治理”是“善治”最明显的特征，侧重社会的自我管理、自我服务、自我监督，打破了传统的治理机制。以社会组织和公民成为治理主体，实现治理主体的“自我统治”[58]。因此，在逻辑理路上，作为学术概念的“全面依法治国”实现了对原有法治范畴从范围到方法上的自我革新。

四、何以“全面”：“全面依法治国”的方法论

（一）以建设“法治中国”为目标

自十八届三中全会提出“推进法治中国建设”以来，四中全会进一步强调要“积极投身全面推进依法治国伟大实践，为建设法治中国而奋斗！”[59]在逻辑表述上，“法治中国”是“全面推进依法治国”的奋斗目标。那么，“法治国家”“法治中国”这两个概念存在实质性的区别吗？从“国家”到“中国”的语词转变反映了怎样的社会变迁及法治观念转变？在前部分，本文论证了“全面依法治国”是法治概念的中国表达，其概念本身既涵盖了法治的范围，也包括实现法治的方式、方法，即“依照良好的法律与好的治理，实现国家的安定秩序”。此“依法达治”之“治”，指的是从“依法治国”到“法治中国”，最终实现“法治强国”。

现阶段，建设“法治中国”是“全面依法治国”的目标。学界普遍认为，“法治中国”比“法治国家”概念更加丰富与广阔，[60]但对于“法治中国”的具体内涵却不甚明晰。郭道晖教授认为，“法治中国”是涵盖法治国家、法治政府和法治社会以及与“法治世界”并立的大概念。[61]有持“国家法治”“地方法治”“行业法治”以及“法治政党”等“三要素说”“四要素说”。[62]也有从“五位一体”总体布局出发，认为法治中国旨在实现法治经济、法治政治、法治文化、法治社会、法治生态文明的协调统一。[63]汪习根教授从主体、客体、时间、空间四个维度阐释法治中国的科学含义和逻辑理路。[64]然而，有学者认为，我国宪法上的“法治国家”内涵中

---

[56] 俞可平：《依法治国的政治学意蕴》，《探索与争鸣》2015 年第 2 期，第 14 页。
[57] 张文显：《法治与国家治理现代化》，《中国法学》2014 年第 4 期，第 13 页。
[58] 吴汉东：《国家治理现代化的三个维度：共治、善治与法治》，《法制与社会发展》2014 年第 5 期，第 15 页。
[59] 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，载《十八大以来重要文献选编》（中），中央文献出版社 2016 年版，第 181 页。
[60] 张文显教授指出，“法治中国的内涵比法治国家更加丰富、更加深刻，更具时代特征……从法治国家到法治中国的转型，意味着我国法治建设的拓展、深化和跨越。”参见张文显：《新时代全面依法治国的思想、方略和实践》，《中国法学》2017 年第 6 期，第 16 页。
[61] 郭道晖：《法治新思维：法治中国与法治社会》，《社会科学战线》2014 年第 6 期，第 232 页；付子堂教授也认为，法治中国强调法治国家、法治社会法治政府的一体建设。付子堂：《法治中国的“一个中心，两个基本点”》，《法制与社会发展》2013 年第 5 期，第 37 页。
[62] 参见刘红臻：《法治中国建设理论与实践研讨会”综述》，《法制与社会发展》2013 年第 5 期。
[63] 姜明安：《以“五位一体”的总体布局推进法治中国建设》，《法制与社会发展》2013 年第 5 期，第 24 页。
[64] 汪习根：《论法治中国的科学含义》，《中国法学》2014 年第 2 期。

包括了法治社会”。“法治中国”的提出在当下的中国有其政治与社会意义，但它毕竟不是法律命题，也不具有规范的依据，自然对国家生活的约束力是有限的，也不能夸大其界限与功能。[65]本文认为，尽管“法治中国”不是规范意义上的法律概念，但它作为重要的学术概念与政治概念，仍然体现了思维方式和意识形态的转换。

首先，“法治中国”映射了当下中国在全面依法治国进程中的“主体性”觉知。从语词结构来看，“法治国家”“法治中国”不是两个并列短语，而是偏正短语，即“法治的国家”和“法治的中国”，“法治”起限定作用，这两个概念的中心词分别是“国家”和“中国”。学理上来说，“国家”（state）指主权意义上的政治国家，涵盖领土、人民、语言等要素，而“中国”指“中华人民共和国，是国家的名称。事实上，现代汉语语境中的“国家”与“中国”概念并没有本质上的差异，如“中华人民共和国国家赔偿法”“中华人民共和国国家安全法”中的“国家”和“中国”概念。如果说存在不同的话，相较于侧重主权、地理要素的“国家”概念，“中国”一词的表述似乎增添了文化和情感的要素，[66]类似“中国梦”“中国创造”这类表述，就不宜用“国家梦”“国家创造”代替。

其次，作为“全面依法治国”的目标，“法治中国”“强调要针对解决中国实际问题”[67]。如前文所述，“法治国家”与“法治中国”的前提和基础都是强调“依法治国”

但法治的历时性语境不同。“法治国家”的语境是“有法可依”，这一概念体现了“法治”的普遍性要求；“法治中国”的语境则是“科学立法”，“科学”指要遵循客观规律，以问题性和实践性为导向。所以，尽管它尚不是一个规范上的概念，但我们“不宜轻易否定“法治中国”这个命题，而应认真研究在建设法治中国的过程中，究竟有哪些具体问题需要逐步加以解决。”[68]自 1978 年以来，中国的法治建设取得了很大成就，毋庸置疑也面临一些问题，“法治中国”是对法治建设存在问题的回应。如“法治国家的‘法治’强调权力控制，法治政府的‘法治’则强调依法办事、依法行政，法治社会的‘法治’更强调人权保障。[69]藉由对概念的辨析，可以深化我们对经验现象的认知。可以说，“法治中国”体现了“全面依法治国”的实践面向，是“法治”概念的下沉，涵盖国家、政府与社会等不同维度，也是宪法文本中“法治国家”概念的落地与具体化。

（二）“依法治国”和“以德治国”相结合

当代中国语境，“全面依法治国”需要“坚持依法治国和以德治国相结合”。十八大以来，习近平总书记强调，“治理国家、治理社会必须一手抓法治、一手抓德治”“实现法律和道德相辅相成、法治和德治相得益彰”[70]。问题是，“以德治国”（德治）在事实与规范性问题上仍存在争议。有学者质疑，“既然所谓德治与史上曾有的“道德教育”、“道德教化”、“道德

[65] 韩大元：《简论法治中国与法治国家的关系》，《法制与社会发展》2013 年第 5 期，第 11 页。
[66] 有学者指出：从“中国”概念内在结构的角度来看，“中国”这个概念至少包括“文化中国”、“地理中国”与“政治中国”诸概念，而以“文化中国”居于最重要之地位。参见黄俊杰：《论中国经典中“中国”概念的涵义及其在近世日本与现代台湾的转化》，《开放时代》2010 年第 9 期，第 62 页。
[67] 夏锦文：《“法治中国”概念的时代价值》，《法制与社会发展》2013 年第 5 期，第 12 页。
[68] 付子堂：《法治中国的“一个中心，两个基本点”》，《法制与社会发展》2013 年第 5 期，第 37 页。
[69] 姜明安：《论法治国家、法治政府、法治社会建设的相互关系》，《法学杂志》2013 年第 6 期，第 3 页。
[70] 习近平：《加快建设社会主义法治国家》，《十八大以来重要文献选编》（中），中央文献出版社 2016 年版，第 185 页。

建设”乃至“精神文明建设”等意义担当和操作方式所差无几，又因何可被视作与法治比肩的治国方略呢？”“特别需要指出的是，德治可能在最潜深的层次上构成对作为法治之本源的自由，特别是思想自由、道德自由的戕害”。[71]我们有理由澄清，“德治”是什么？它是传统中国语境中的儒家“德治”吗？“德治”与“法治”是什么关系？以及“全面依法治国”何以需要“德治”等问题。

“以德治国”作为一种治理理念和治理方式，在性质上不同于“依法治国”。首先，现代意义上的“德治”不与“法治”直接相对，即“依德治国”（rule of morality）[72]。在语义上，“以”指手段、方法，表示用道德规范作来治理国家；而“依”是“依据”“根据”之意。也就是说，“法治”指“法律的统治”，但“德治”不是“道德的统治”。其次，区别于传统中国语境下的“德治”，“以德治国”中“德”意为“道德”，指社会存在的共识性道德规范，是“普遍之德”。反观，在传统中国语境中，“德治”（或“礼治”）强调“贤人政治”，指统治者的美德，是“个人之德”，本质上属于一种“人治”。因此，当代中国语境，“法治和德治相比居于主要或根本方式的地位”[73]，“德治”并不是与“法治”完全等重的治国方式。

上世纪末，道德和法律关系的辩论曾占据西方法理学讨论的制高点。麦金泰尔曾也谈到在美德与规范之间的“关键性联系”，“只有拥有正义美德的人，才可能知道如何使用规则。”[74]然而，道德的功能并不能证成“德治”的正当性，也不能回应“德治”与“法治”间的关系。“德治”作为“全面依法治国”战略的内容，其实践理性之必要性无疑需要进一步回答。“法律规范人们的行为，可以强制性地惩罚违法行为，但不能代替解决人们思想道德的问题。我国历来就有德刑相辅、儒法并用的思想。法是他律，道德是自律，需要二者并用。”[75]一方面，在现代中国语境中，“法和道德拥有共同的价值：尊重人，尊重人的自由和选择，把人作为最高目的。”[76]也就是说，德治在“良法之治”“人权保障”[77]等方面与现代法治的内涵相一致。另一方面，“全面依法治国”在逻辑理论上涵盖了“法治社会”，即对基层、民间组织、行业协会等社会自治的认可。这种集体意义上社会自治的存在，实际上以“个体”自治能力的存在为前提，“因此作为个体概念的“自治”的内涵不应该被忽略。”[78]从这个角度说，个体自身对道德规范的认可与内化，对个体自律，进而达到个体自治有着积极的引导作用。

“德治”何以与“法治”在内涵上实现理论衔接，进而成为“全面依法治国”的重要内容？本文试图从两个层面予以阐释：其一是良法；其二是个体自律与社会自治。新时期“全面依

---

[71] 孙莉：《德治及其传统之于中国法治进境》，《中国法学》2009 年第 1 期，第 69-76 页。

[72] 有学者将“德治”（rule of morality）理解为与“法治”相对应的一种社会控制模式，“即人们借助或者主要借助道德的作用对社会进行调节和控制而求理想的实现。”参见张中秋：《法治及其与德治关系论》，《南京大学学报》2002 年第 3 期，第 240 页。

[73] 许思义，李婷 ：《“依法治国”与“以德治国”的关系——兼论坚持依法治国的根本治国方式》，《江淮论坛》2005 年第 6 期，第 70 页。

[74] Alasdair MacIntyre, After Virtue, Notre Dame: theUniversity of Notre Dame Press 1981, P. 152 .

[75] 习近平：《严格执法，公正司法》，《十八大以来重要文献选编》（上），中央文献出版社 2014 年版，第 722 页。

[76] 孙莉：《德治与法治正当性分析——兼及中国与东亚法文化传统之检省》，《中国社会科学》2002 年第 6 期，第 104 页。

[77] 王利民教授将现代法治的基本内涵概括为五个方面：“法律至上、良法之治、人权保障、司法公正、依法行政”。参见王利民：《中国为什么要建设法治国家》，《中国人民大学学报》2016 年第 6 期。

[78] 张晓燕：《法治、德治和自治视野下的法律疆域》，《复旦学报》2020 年第 1 期，第 8 页。

法治国”的内涵指“经由良法，实现国家好的治理”，实现了对“依法而治”从范围到方法的实质性超越。诚然，“任何一种制度安排都是一定价值取向的体现，可以说，价值取向决定制度的方向，价值认同决定制度的执行力。”[79]当前，社会主义核心价值观作为反应我国发展现状的共识性价值，集中反映了社会共同的价值取向，未尝不足以成为法治建设的道德基准。

其二，在国家治理体系中，“德治”通过构建“自律”与“自治”推动“法治”。严存生教授曾提到，“法治社会的法律是良法，而良法一定是体现公意和保护公益之法，是全体社会成员集体智慧的结晶，真正好的法律必须来自社会，必须有广大社会成员的参与，必须建立在广大社会成员平等自愿的基础上。”[80]个体的道德养成强化公民的“自律”，集体的道德培育则强化社会的“自治”，个人自律与社会自治都是法治建设中不可或缺的有机构成，由此，经由“良法”和“自治”，“德治”与“法治”在“全面依法治国”语境下实现了衔接。

不容忽视的是，作为治理方式的“依法治国”与“以德治国”在实践中如何协调，尚存在操作上的困境。比如，乡村治理中“自治”“德治”与“法治”的边界与效率问题[81]；社会信用体系建设中的“法治分散”与“德治集中”现象[82]；还有行为经济学实验研究表明，德治对和谐社会建设的作用有限[83]等等。相关经验研究表明，作为“全面依法治国”方法论之维的“以德治国”依然需要实践探索。必须承认，“德治”并不企图割裂“法治”，这些概念、词语变化背后反应了社会观念之变迁与制度之变革，本文仅仅尝试从学理层面对“以德治国”何以与“依法治国”逻辑衔接给出一些不成熟的思考。

结语

通过对“全面依法治国”的语义分析，本文在认知立场和研究方法上主张：若要继续回答“如何开展中国法治建设”，那么西方舶来的“法治”理念及其涵盖的形式法治内涵，仅仅作为可选择的手段之一，而远非目的。“全面依法治国”概念的重要性体现在通过理论反应法治在现实中的障碍和困难，并引导找出问题的症结所在。事实上，真正的问题在于何以“全面依法治国”？换句话说，“依法治国”的相关研究在审视“依法”的同时，也要关注“治国”。至此，无论是学术话语还是政治言说，法治在中国历史与现实中真正指向的是“依法达治”，也就是说，法治从根本上观照的，是国家通过“良法善治”达成安定的社会秩序。当下中国的法治建设，犹如一支射向靶子的“离弦之箭”，留待学术界思考的是，法治“概念簇”的话语演变，究竟是不是法律语词现代化的结果，亦或是刻意干涉语词自然发展的案例？

---

[79] 杜飞进：《中国现代化的一个全新维度——论国家治理体系和治理能力现代化》，《社会科学研究》2014 年第 5 期，第 48 页。

[80] 严存生：《法治社会的“法”与“治”》，《比较法研究》2005 年第 6 期，第 4 页。

[81] 参见陈涛，李华胤：《“箱式治理”：自治、法治与德治的作用边界与实践效应——以湖北省京山市乡村振兴探索为例》，《探索》2019 年第 5 期，第 107-115 页。

[82] 参见戴昕：《理解社会信用体系建设的整体视角：法治分散、德治集中与规制强化》，《中外法学》2019 年第 6 期，第 1469-1491 页。

[83] 参见黄燕，陈欢勇：《德治、法治与和谐社会相关性研究——来自行为经济实验的数据证明》，《太平洋学报》2008 年第 4 期，第 55-63 页。

“整体性法治”视域下市域社会治理现代化：功能定位和实践机制

龚廷泰[1]

【摘　要】党的十九届四中全会《决定》为新时代推进国家治理现代化提供了行动纲领和战略引领。中国人民在中国共产党的领导下，走出了一条适合中国国情的社会主义之法治之路，形成了被实践证明是行之有效的“中国之治”。这种“中国之治”，是一种系统性、整体性、过程性、协同性的“整体性法治”。“市域社会治理现代化”是一个复合概念，它有着整体性的功能指向，担当着推进国家治理现代化的“前线指挥部”和基层“作战”指挥官的关键角色。市域治理社会现代化的运行需要建立一种整体性的实践机制：建设社会治理共同体是实现市域社会治理现代化的实践载体，良法善治是实现市域社会治理现代化的价值依归，协同联动是市域社会治理现代化的综合动力，过程递进是市域社会治理现代化的实践阶梯。因此，必须确立市域社会治理新目标，重构社会治理新体系，树立社会治理整体性法治思维、采用系统性方法、建立协同性机制、厘清阶梯型路径，才能稳步扎实地推进市域社会治理现代化。

【关键词】整体性法治、社会治理现代化、市域社会治理现代化、功能定位、实践机制

党的十九届四中全会作出了《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度、推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定（以下简称《决定》），对我国进一步坚持和完善国家治理体系，进一步提升治理能力的若干重大问题作出了一系列重要部署，为新时代推进国家治理现代化提供了行动纲领和战略引领。《决定》在“构建基层社会治理新格局”这部分内容中，提出“加快推进市域社会治理现代化”，这是在我党以规范性文件的形式第一次提出“市域社会治理现代化”的新概念。作为一种规范性概念，各个不同的学科可以从各自不同的面向对其进行学理的阐释。从法理学的研究视角来看，“市域治理现代化”这一概念无疑具有丰富而深刻的法治意涵；从其实践意义来看，市域社会治理现代化已经成为在全国范围内形成的一场实实在在的行动，作为理论研究不应当缺席。本文主要从“市域社会治理现代化”的视域定位、实践机制与评价标准等若干面向作一初步的探析，以期能够推进对“市域社会治理现代化”的研究深入和实践展开。

一、“中国之治”：一种“整体性的法治”

坚持全面依法治国，是中国共产党领导全国人民所实施的一项伟大的系统性、整体性工程。习近平总书记在庆祝改革开放 40 周年大会上指出，40 年来，我党“着力增强改革的系统性、整体性、协同性”，“从以经济体制改革为主到全面深化经济、政治、文化、社会、

[1] 龚廷泰，南京师范大学法学院教授

生态文明体制和党的建设制度改革，党和国家机构改革、行政管理体制改革、依法治国体制改革、司法体制改革、外事体制改革、社会治理体制改革、生态环境督察体制改革、国家安全体制改革、国防和军队改革、党的领导和党的建设制度改革、纪检监察制度改革等一系列重大改革扎实推进，使改革开放成为当代中国最显著的特征、最壮丽的气象。”[2]在进一步统筹推进“五位一体”的总体布局和“四个全面”的战略布局过程中，我们要用整体性法治方法努力开辟新时代坚持全面依法治国的新征程，推进国家治理能力和治理体系现代化。

从法治的维度看，中国人民在中国共产党的领导下，经过长期的艰辛探索，走出了一条适合中国国情的社会主义法治道路，形成了被实践证明是行之有效的“中国之治”。这种“中国之治”，是一种系统性、整体性、过程性、协同性的“整体性法治”。

整体推进是全面依法治国的方法论原则。马克思在描绘人类社会的特征时，曾多次指出社会是一个活的有机体。列宁也认为，“辩证方法要我们把社会看作活动着和发展着的活的机体。”[3]社会有机体是由各种社会要素、社会领域所构成的相互联系、相互作用和相互制约的统一整体，“而不是机械地结合起来因而可以把各个社会要素随便配搭起来的东西”[4]。社会有机体是由各种社会要素、社会领域所构成的相互联系、相互作用和相互制约的统一整体，整体性是社会有机体的重要特征，是我们认识社会和改造社会的方法论原则，也是坚持全面依法治国的重要方法论原则。党的十九大第一次从整体上提出了包括坚持全面依法治国在内的新时代坚持和发展中国特色社会主义的十四个基本方略，这十四个基本方略，环环相扣，紧密联系，形成了实现中华民族伟大复兴之路的一个系统整体。其中，坚持党对一切工作的领导和坚持以人民为中心，体现的是党的领导地位和人民主体地位相互依存的紧密联系；坚持全面深化改革和坚持新发展理念，体现了改革和发展互为动力的因果联系；坚持在发展中保障改善民生和保障人民权益，体现了满足人民对美好生活需要和实现法治价值依归的同一性关系；坚持党的领导、人民当家作主和依法治国的有机统一，把党的领导贯彻落实到依法治国的全过程和各环节，坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进，坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设，坚持依法治国和以德治国相结合，依法治国和依规治党有机统一等等，都深刻地反映出依法治国的整体性特征。把握依法治国的整体性原则，是达成依法治国总目标的根本方法。十九届四中全会《决定》提出，实现国家治理现代化，即“中国之治”现代化，必须“坚持解放思想、实事求是，坚持改革创新，突出坚持和完善支撑中国特色社会主义制度的根本制度、基本制度、重要制度，着力固根基、扬优势、补短板、强弱项，构建系统完备、科学规范、运行有效的制度体系，加强系统治理、依法治理、综合治理、源头治理，把我国制度优势更好转化为国家治理效能，为

[2] 习近平：《在庆祝改革开放40周年大会上的讲话》，《人民日报》2018年12月19日第1版。
[3] 《列宁全集》第1卷，人民出版社1984年版，第139页。
[4] 同上书，第135页。

实现“两个一百年”奋斗目标、实现中华民族伟大复兴的中国梦提供有力保证。”[5]

社会治理需要坚持“系统治理、依法治理、综合治理、源头治理”，表明法治是一种整体性的概念，市域治理也是一种整体性的治理。这种理论和方法，也被外国法学界有识之士所推崇。美国现代法理学家德沃金第一次从整体性概念对法律概念的内涵进行了系统性的研究，他在《法律帝国》一书中，单设一章对“法律的整体性”进行了系统严密的论证。他认为，法律/法治的整体性原则，包括立法原则和审判原则这两个方面。[6]“承认整体性为一种美德的政治社会由此为共同体的一种特殊形式，其特殊性表现为提高社会道德的权威，使之能采用和扩展强制力的垄断。”[7]这是因为，整体性扩大和加深了个体公民在发展其社会公共标准的过程中能够发挥重要的作用，由此整体性把公民的道德生活和政治生活融为一体。当公民个人同他人或社会利益发生冲突时，整体性要求公民理解正义的共同规划，而公民们由于他们具有公民身份而双方都要受到这种共同规划/法律的约束[8]。德沃金更倾向于把他的整体性概念作为一种解读宪法法律以及立法、司法实践的方法论工具来使用。他认为，整体性的方法是美国一般律师、法官实际上进行法律解释的方法，是一种“政治道德原则”，这种法律解释方法符合美国宪法的结构和实践。他在《自由的法》一书中，他强调对宪法的道德解读要“受到宪法的整体性的约束”，因为“我们的宪法是法律，它受到历史、实践和整体性的制约。”[9]我认为，德沃金关于法律整体性的概念及其方法论原则，对于我们理解、解释中国法治发展的整体性、市域社会治理现代化的整体性，并用整体性的方法来对市域社会治理现代化进行视域定位，无疑有着重要的方法论借鉴价值。“中国之治”内在地蕴含着“市域之治”并统摄着“市域之治”，因此中国之治的“整体性法治”属性和要求，决定了市域法治的“整体性”。

“市域社会治理现代化”的概念是一个复合概念，它由市域、社会治理、现代化三个关键词组合而成。因此要厘清“市域社会治理现代化”这个概念的视域定位，必须从这三个重要的单元概念分析入手。

首先，要从我国现有的宪制规定为依据来定义“市域”治理概念的整体性指向。我国现行宪法第三十条规定了中华人民共和国的地方行政区域划分：（一）全国分为省、自治区、直辖市；（二）省、自治区分为自治州、县、自治县、市；（三）县、自治县分为乡、民族乡、镇。 直辖市和较大的市分为区、县。自治州分为县、自治县、市。 自治区、自治州、自治县都是民族自治地方。在我国普遍实行市管县行政体制下，“市域”这个概念专指设区市。张文显教授认为，省域、市域、县域治理均属于地方治理范畴。地方治理与国家治理共同构成了一个有机整体，“市域”治理介于省域治理与县域治理之间，具有承上启下的枢纽作用。在国家治理的整体布局中，“市域”治理是最容易被忽视的环节，也是最容

[5] 《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度、推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》，《人民日报》2019 年 11 月 6 日。
[6] 参见[美]德沃金：《法律帝国》，李长青译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 158 页。
[7] [美]德沃金：《法律帝国》，李长青译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 169 页。
[8] [美]德沃金：《法律帝国》，李长青译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 170 页。
[9] [美]罗纳德·德沃金：《自由的法——对美国宪法的道德解读》，上海人民出版社 2001 年版，第 14 页。

易潜藏问题的方面。市域治理的效能，对上关乎省域治理，对下关乎县域治理，决定着地方治理的效能，影响着国家治理现代化的进程。“市域”治理的内容丰富，包括经济治理、政治治理、社会治理、文化治理、环境治理等，它们相互联系、相互作用，构成了一个整体性系统。社会治理作为其中的重要子系统/要素，对其他治理子系统起着基础性、保障性、关键性作用。[10]不仅如此，“市域”社会治理，作为一种新概念，还不能固守在“市区”这个特定的行政层级，所谓“市域”，不仅仅包括“市区/城区”，还应当包含本市区划内的县域、镇（乡）域和乡村[11]，他们之间的形成了一种自成一体的空间体系，集聚了一定规模的人群，内部形成了相对完整的分工和交换体系；随着经济发展和人员的流动，一些发达的设区市已经成为跨市、跨省的区域内的中心城市，它们之间已经突破了所在省市的行政区划界限，初步形成了横向关系联系密切的横向经济、政治、社会、文化和生态的相互协作的城市群；在东部沿海经济发达地区如长江三角洲、珠江三角洲和京津冀城市群作为区域新的增长极，发展速度快，引领作用强，集聚效应明显，逐渐成为世界级的城市群，结合“一带一路”建设，它们在全球分工体系中已经居于特定的位置，正在重构中国经济社会发展的“新版图”。[12] 在这一过程中，市域立法、跨市域的立法协同、跨市域的执法协作和司法协助，市域法治也就成为“市域”治理和经济社会良性协调发展的现实性需求和刚性的制度性保障。

其次，要从 市域“社会治理”的关键地位来评估市域“社会治理”的整体性功能。市（设区市）管县的行政管理体制，决定了“市域”层级的社会治理，既要贯彻落实好中央关于国家治理的大政方针、制度安排、决策部署和省级关于社会治理的任务要求，又要立足于本市社会实际对本区域社会治理工作进行统筹谋划、周密部署、扎实推进。因此，在国家治理整体布局中中处于“关键”地位，发挥着关键作用。我国现行《立法法》赋予所有设区市享有地方立法权，这有利于市域层面形成较为完备的社会治理法规体系；市域较之县（市、区）域，地广人多，经济、政治、文化和社会资源丰厚，具有解决社会治理中重大矛盾问题的资源和能力，是将风险隐患化解在萌芽状态、解决在基层的最直接、最有效力的治理层级，处于国家推进社会治理现代化的“前线指挥部”和基层“作战”指挥者的关键地位和重要角色的功能。因之，市域社会治理做得怎么样，事关国家层面顶层设计的落实落地，事关市域社会和谐稳定，事关党和国家长治久安，[13]事关我国整体性法治的成效。

最后，要从市域社会治理“现代化”与法治现代化的关系来审视市域社会治理“现代化”的整体协同联动性。在党的十九届四中全会《决定》指出，要健全充分发挥中央和地方两个积极性的体制机制。理顺中央和地方权责关系，加强中央宏观事务管理，维护国家法制统一、政令统一、市场统一。赋予地方更多自主权，支持地方创造性开展工作。按照权责

---

[10]参见张文显：《新时代中国社会治理的理论、制度和实践创新》，《法商研究》2020 年第 2 期。

[11] 不同市域的经济社会发达程度不同，其市域内的乡村数量多少也有很大差距。随着新型城镇化的快速发展，经济社会发达程度越高的地区，乡村的数量正在逐步减少。

[12] 参见成伯清：《市域社会治理：取向与路径》，《南京社会科学》，2019 年第 11 期。

[13]参见陈一新：《推进新时代市域社会治理现代化》，《公民与法》2018 年第 8 期。

一致原则，规范垂直管理体制和地方分级管理体制。[14]在这里，《决定》强调的是中央作为国家治理/整体与作为区域治理/部分的地方（包括省与、市域）关系是一种整体协同联动关系，这种协同联动关系及其功能发挥的前提，是“维护国家法制统一、政令统一、市场统一”，这“三个统一”原则，本质上是单一制国家法治基本原则的内在要求。换言之，不论中央层级的国家治理，还是市域层级的地方治理，都必须遵循这“三个统一”原则。由此，我们可以合乎逻辑地得出以下结论：国家治理现代化，离不开整个国家的法治现代化；同样，国家治理现代化也须臾不能离开全国市域治理现代化。两者是整体与部分的关系：整体统摄部分，部分是整体的部分，两者形成了一种不可分离、有机统一的关系，它们统一于中国法治现代化整体实践和整体目标的实现。中国法治现代化是由传统法治向现代法治、再到新时代法治的革命性跃迁；同理，国家治理现代化是由传统治理向现代以法治为主轴的现代治理的根本性变革。中国法治现代化涵盖法治理论体系的现代化、法律规范体系的现代化、法治实施体系和法治监督体系的现代化等整体性的法治面向。法治兴，则国家兴。法治现代化是实现国家治理体系现代化和治理能力现代化、建设世界一流强国的制度性保障。习近平总书记在不同场合多次阐释厉行法治对实现中华民族伟大复兴的重要意义，他强调指出：“推进国家治理体系和治理能力现代化，当然要高度重视法治问题”，因为，“法治是治国理政的重要方式”，“法治是国家治理体系和治理能力的重要依托”，法治也是“事关我们党执政兴国的一个全局性问题”，“法治是治国理政不可或缺的重要手段。法治兴则国家兴，法治衰则国家乱。”“观世界近现代史，凡是顺利实现现代化的国家，没有一个不是较好地解决了法治和人治问题的。相反，一些国家虽然也一度实现快速发展，但并没有顺利迈进现代化门槛，而是陷入这样或那样的‘陷阱’，出现经济社会发展停滞甚至倒退的局面。后一种情况很大程度上与法治不彰有关。”[15]“人类社会发展的事实证明，依法治理是最可靠、最稳定的治理。”[16]因此，法治具有全局性、根本性、长期性、稳定性、可预期性的制度优势。可见，离开了法治现代化，不仅不可能实现市域社会治理的现代化，而且也不可能实现国家治理的现代化。

二、市域治理现代化的运行：一个整体性的实践机制

建设社会治理共同体是实现市域社会治理现代化的实践载体。社会治理共同体是以构建社区生活共同体为目标，来自国家与社会的多元治理主体的协同共治，包括政党、政府、社会组织、市场主体以及社区成员等通过不断的互动与合作，推动彼此之间尤其是国家与社会之间的相互形塑和建构，实现各自有机体的健康成长，在这个过程中不同治理主体相互独立又相互依赖，从而实现一种有效的社会团结和社会整合。治理共同体应当具备以下

[14]参见《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度、推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》，《人民日报》2019 年 11 月 6 日。

[15] 中共中央文献研究室编：《习近平关于全面依法治国论述摘编》，中央文献出版社 2015 年版，第 3、5、 6、7、8、12 页。

[16]习近平：《在庆祝澳门回归祖国 15 周年大会暨澳门特别行政区第四届政府就职典礼上的讲话》，《人民日报》2014 年 12 月 21 日。

几个特征:第一，是一个立体的组织化网络，在这个网络中，需要有一个强有力的组织认同和组织凝聚力;第二，边界是开放的，可以灵活吸纳各种治理主体和治理资源;第三，具有公共精神，围绕公共议题开展协商与合作;第四，致力于构建一种活力与秩序并重的合作型社会。[17]有学者提出，当下中国的市域治理是一种迈向结构化的整体性的“市域社会治理”，它展现的是一种社会治理新的理想类型，目的是破解市域治理“碎片化”症结，使市域社会治理以人民性为统领，抑制城市的负面性、激发城市的正面性，将人民性贯穿于空间规划、经济发展、社会发展和政治建设“四个维度”之中。[18]

十九届四中全会《决定》指出：“社会治理是国家治理的重要方面。必须加强和创新社会治理，完善党委领导、政府负责、民主协商、社会协同、公众参与、法治保障、科技支撑的社会治理体系，建设人人有责、人人尽责、人人享有的社会治理共同体，确保人民安居乐业、社会安定有序，建设更高水平的平安中国。”[19]坚持共建共治共享的社会治理制度，建设社会治理共同体，形成“人人有责、人人尽责、人人享有”的社会治理新局面，这是实现社会治理体系和治理能力现代化的动力源泉和价值依归。从民族国家形成以来，社会中的人与人的关系就是一种以生产关系为基础、以一定的物质经济关系、政治法律关系和思想文化关系等为纽带所形成的共同体。这个共同体既是权利义务共同体，也是实践行动共同体，更是利益关联共同体。因此，坚持和完善中国特色社会主义制度，建设人人有责、人人尽责、人人享有的社会治理共同体，是加强和创新社会治理的社会主体动力和价值依归。

为达致此目标，必须社会治理共同体的多元责任机制、行动参与机制和利益共享机制。

第一，通过“人人有责”，构建社会治理的责任共同体。所谓责任共同体，是指在社会治理过程中，每个人都是社会治理的主体，都充当着在社会共同体中与自己的特定角色并承担着相应的责任。党员干部、政府官员、自治组织成员和普通公民都应当有各自的责任担当，任何人都不能置之度外。具体说来，党员干部和政府官员是社会治理的“关键少数”，他们在社会治理中承担着社会治理和服务的领导者、负责者、担当者和垂范者的责任，这些责任都应当是通过法定化的制度形式予以明确而且“必须为”的责任。因此，任何推诿责任、失职渎职、懒政怠政、不作为和乱作为的现象都应当禁止和避免。同时，要针对社会治理中公民个人角色认知模糊、参与权利虚化、参与能力不强、参与动力不足、参与渠道不畅和参与效能低下的现象，着力构建公众参与的平台、载体和渠道，提升公众参与意识和参与能力，建立健全权利和义务统一、风险与责任关联、激励与惩戒并重的制度，完善公众参与机制，从而调动广大群众特别是基层群众参与的积极性和主动性。第二，通过“人人尽责”，形成多元共治的行动共同体。任何制度都必须依靠行动来落实，负责将形同虚设。现在的问题是，如何才能实现人人尽责的行动共同体，这是当下在社会治理中的突出问题，

[17] 参见陈秀红：《城市社区治理共同体的建构逻辑》，《山东社会科学》2020 年第 6 期。
[18] 参见吴晓林：《城市性与市域社会治理现代化》，《天津社会科学》２０２０年第 3 期。
[19] 《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度、推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》，《人民日报》2019 年 11 月 6 日。

社会治理行动共同体的形成，需要多元的治理主体协同发力才能实现，这就必须在完善体制机制上下功夫。通过完善统揽全局、协调各方的党委领导体制，完善联动融合、集约高效的政府负责体制，完善开放多元、互利共赢的社会协同体制，完善人人尽责的公众参与机制，充分发挥党委领导、党建引领作用，强化政府推动经济社会发展、管理社会、服务民众的职能作用，健全人民团体、社会组织参与社会事务、维护公共利益、救助困难群众、帮教特殊人群、预防违法犯罪的制度化渠道，强化公民个人在社会治理中的积极主动参与者角色，真正实现各治理主体的协同共治。通过强化党委的领导能力、政府的执行能力，社会的自组织能力，公众的参与能力，从而凝聚成社会多元治理的协同动力系统，共推社会治理行动共同体的形成。第三，通过"人人享有"，实现治理成果共享的利益共同体。马克思曾经说过："人们为之奋斗的一切，都同他们的利益有关。"[20]利益既是社会发展的物质动力，也是社会纷争发生的深刻根源。党的十九大报告指出："全党必须牢记，为什么人的问题，是检验一个政党、一个政权性质的试金石。"[21]因此，各级党委政府应当把人民利益的实现摆在至高无上的地位。在社会治理过程中，以人民利益、公共利益的实现为中心，利用法治方式和制度保障平衡各种利益矛盾，化解社会利益冲突，满足社会共同体成员日益增长的多层次多样化需求，使改革发展成果、社会治理效能更多更公平的惠及全体人民，使人民对"人人享有"的社会治理利益共同体有着实实在在的获得感、亲和感、认同感，从而进一步激发民众对建设社会治理共同体的支持度、参与度、满意度和认同度。总之，我们在建设社会治理共同体的过程中，需要强化共同体意识，加强共同体责任，发挥共同体力量，实现共同体利益，满足共同体需求，激发共同体活力，这是实现社会治理体系和治理能力现代化永不枯竭的内生动力。[22]

良法善治是实现市域社会治理现代化的价值依归。"立善法于天下，则天下治；立善法于一国，则一国治。"[23] 市域治理现代化的价值追求是达致"良法善治"。法治所追求的正义、公平、民主、自由、人权、秩序、和谐、安全等基本价值，则是我们评价法律是否为"良法"的重要尺度，成为创制良法的价值追求。有学者认为判断法律的良善与否有三个衡量尺度:" 一是制定完备，即法律应当是类别齐全、规范系统、大体涵盖社会生活的主要方面，且各项制度相互之间保持大体协调的制度体系; 二是法律应当有效规范社会生活，并在制定过程中吸纳大多数社会成员的参与，进而符合社会和人民的需要，符合社会一般公平、正义的观念; 三是法律应当保持内在的一致性，立法者应当不断通过修改、补充等方法来使法律符合社会的需求与时代的发展"。"善治"就是要把制定良好的法律付诸实施，依照宪法法律的 "统治"，实现"良法"的价值追求。因此，"善治"又主要是制度之治、规则之治、法律之治，而决不是 "人治"[24]。

---

[20] 《马克思恩格斯全集》第 1 卷，人民出版社 1995 年第 2 版，第 187 页。

[21] 习近平:《决胜全面建成小康社会，夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利》，人民出版社 2017 年版，第 44-45 页。

[22] 参见龚廷泰，《努力构建人人共建共治共享的社会治理共同体》，《社会科学版》2019 年 12 月 24 日。

[23] 引自中共中央文献研究室编:《习近平关于全面依法治国论述摘编》，中央文献出版社 2015 年版，第 3 页。

[24] 朱未易:《城市治理的要义与结构分析》，《法制与社会发展》2014 年第 6 期。

西方学者也提出了各种善治的原则。对政府而言，无论其级别，需要具备在变化的环境中增强其预测和管理风险以及对复杂问题做出反应的能力。政府必须在关于其所负责之实体何去何从的整体视野中，确定清晰的政策和目标。人们需要更好地理解政治工程。需要明确的长期目标并设定优先事项和治理原则。这些原则主要包括： 政治步骤的稳定性和灵活性、组织良好，遵循辅助性原则，对人民而言是可理解的；制定质量更高的法律及其他法规、汇编；法律法规的有效实施和可靠的有组织的日常管理；而是以人为中心；“利益相关者参与”决策等。[25]

良法善治是法治追求的整体性价值目标。整体性是系统方法的出发点，最优化是系统方法所追求的价值目标。社会有机体是由个人与群体通过特定的关系为纽带而联结起来的有机系统，这个系统要达到最优化的运行状态，必须通过人的有目的地调整控制才能实现。在社会的调整控制系统中，宗教、道德、法律是三种重要的方式。进入现代社会以来，法律成为现代文明国家进行社会调整控制的最主要的方式。通过法律的社会控制，是民主法治国家的重要标志。而良法善治则是国家法治文明的价值依归。拿破仑因为滑铁卢之战惨败被流放而客死他乡，他在临终前发表了一番感慨：“人们说我是常胜将军，滑铁卢一战将我所有的战功归于灰飞烟灭。人们说征服世界要么是军队，要么是宗教，其实真正征服世界的既不是战争也不是宗教，而是我留给你们的法典。”[26]《法国民法典》即《拿破仑法典》是一部早期的资产阶级民法典，与当时的自由竞争经济条件相适应，体现了“个人最大限度的自由、法律最小限度的干预”的立法精神。其基本原则是全体公民民事权利平等的原则、绝对所有权制度、契约自由及过失责任原则等，这些都是西方古典自然法倡导的“自然权利论”“社会契约论”“天赋人权论”等理论在法国民法典中的具体体现。拿破仑给后世留下的民法典就是一部良法，因而被瑞士、比利时、意大利等欧洲大陆国家民法所采纳。对此，恩格斯评价说，《拿破仑法典》是一部“典型的资产阶级社会的法典”[27]，因为它“以法国大革命的社会成果为依据并把这些成果转变为法律的唯一的现代民法典”[28]，它“把商品生产者社会的第一个世界性的法律即罗马法以及对简单商品所有者的一切本质的关系（如买主和卖主、债权人和债务人、契约、债务等等）所作的无比明确的规定作为基础”[29]。《拿破仑法典》对于巩固和发展资产阶级的所有制关系，促进法国资本主义的发展，并且创立资本主义的法律制度体系都有着重要意义。诚如恩格斯所说的那样:“法国的这部革命的法典,直到现在还是所有其他国家，包括英国在内，在改革财产法时所依据的范本”[30]。

实现良法善治，“以良法促进发展、保障善治”，是依法治国要达到的最优化目标。十八届四中全会《决定》指出：“全面推进依法治国，总目标是建设中国特色社会主义法治体系，建设社会主义法治国家”，促进国家治理体系和治理能力的现代化。要达成这种最优化

---

[25] 参见[德]乌尔里克·卡蓬：《论善治》， 姜孝贤译，《现代法治研究》2020 年第 1 期。
[26] 引自徐显明：《全面依法治国与第五宪法修正案》，于 2018 年 10 月 16 日在广东省依法治省委员会的演讲。
[27] 《马克思恩格斯选集》第 4 卷，人民出版社 1995 年版，第 253 页。
[28] 《马克思恩格斯选集》第 3 卷，人民出版社 1995 年版，第 450 页。
[29] 《马克思恩格斯选集》第 4 卷，人民出版社 1995 年版，第 252 页。
[30] 《马克思恩格斯选集》第 3 卷，人民出版社 1995 年版，第 710 页。

目标，必须优化中国特色社会主义法治体系，稳步扎实地推进法治中国建设。为此，我们必须创设坚持全面依法治国最优化的基础保障体系：包括贯彻新发展理念，建设现代化经济体系，进一步解放和发展生产力，全面建成小康社会，为法治中国建设提供坚实的经济基础；必须健全人民当家作主制度体系，加强人民当家作主制度保障，为法治中国建设提供民主政治基础；必须进一步深化机构行政体制改革，建设社会公信力高、行政执行力强、工作效率高、人民获得感多的服务型政府，为建设法治中国提供行政基础；必须深化司法体制改革，建立司法公正和人权司法保障体系，努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义，为法治中国建设提供司法保障基础；必须坚持民生保障体系建设，在发展中补强民生短板，保证全体人民有更多的获得感和满意度，为法治中国建设提供广泛民意基础；必须坚持总体国家安全观，完善国家安全体系和安全能力建设，确保国家长治久安、人民安居乐业，为法治中国建设提供平安环境基础。

协同联动是市域社会治理现代化的综合动力。历史唯物主义认为，社会发展的动力是社会各领域、各方面、各要素相互作用而形成的综合动力协同联动的结果。同样，市域社会治理发展的动力也是一个综合性的系统，坚持全面依法治国，实现国家治理现代化的宏伟目标，有赖于中国法治发展各个动力源之间的内在联动和协同发力。从这个动力系统来看，包括执政党、政府、社会组织、法治工作队伍和广大人民群众等若干多元主体系统。

党的领导是市域治理现代化的政治领导力量。党的十九大和十九届四中全会都进一步强调，中国特色社会主义制度的最大优势是中国共产党领导，党是最高政治领导力量。党在推进依法治国、依法执政过程中，在领导立法、保证执法、支持司法、带头守法的过程中，通过党的代表大会、中央全会、中央政治局作出重大决策，制定国家发展的重要宏观政策，引领和推动国家物质文明、政治文明、精神文明、社会文明、生态文明“五位一体”建设过程，使我党在长期的法治实践中形成的法治体系更加系统化和科学化，从而极大地丰富和发展了中国特色社会主义治理体系和治理能力的现代化。可见，党对依法治国的领导，党对中国法治建设的顶层设计和整体推进，党的全国代表大会和党中央领导集体的政治智慧和科学决策，各级党委对中央决策的创造性实践，乃是市域社会治理现代化最重要的政治保障。

各级政府是区域法治发展的主导力量。中国的法治发展不是西方那种内生型的法治现代化，而是属于政府推动型的法治现代化的模式类型，“因为中国的法制现代化的进程不是源自内部社会条件的逐渐成熟而自下而上地渐进地展开，而是在外域（主要是西方）法律文化的冲击下由政府主导推动的自上而下的突变过程。”[31]改革开放以来，随着党的工作重心的转移，随着我国由高度集中的计划经济体制向社会主义市场经济体制的根本转变，政府工作也从传统的高度集权的行政管理模式向适应社会主义市场经济要求的新体制转变。在当代中国，由政府主导推进区域法治发展，是一项开创性的法治事业，也是建设法治中国法治发展的主要特征。市级政府主导推进本区域社会治理现代化建设的力度，决定着该

[31] 公丕祥：《法制现代化的挑战》，武汉大学出版社 2006 年版，第 447 页。

区域社会治理现代化发展的广度和深度，也深刻地影响着该区域经济、政治、社会、文化和生态文明建设的发展水平，它激发出该区域经济社会发展的强劲活力。各地方政府通过法治市县区的创建活动，提升区域治理体系和治理能力现代化，增强国家法律在区域范围内的实施效果，提升了政府依法行政能力和成效，从而优化了区域法治发展环境，使法治成为区域发展的核心竞争力的重要标志。

社会组织是市域社会治理现代化的内生力量。根据马克思的观点，市民社会是国家的前提，市民社会决定国家与法，没有市民社会的社会基础，国家和法也就失去了原动力。[32]据此，我们完全可以说，如果离开了以社会组织为主要载体的市民社会，中国的法治建设也就失去了其赖以存在和发展的内生动力。实现市域社会治理现代化，就其动力机制来说，仅仅靠政府的强力推动是不够的，需要构建政府和社会组织良性互动的新模式，探寻市域社会治理和法治发展的新动力。当下中国法治建设的顶层启动者是党和政府。在中国法律体系已经形成的新的法治条件下，法治发展必须依赖多元动力机制的构建。[33]因此，培育和壮大市民社会，培育社会组织，对于夯实国家治理和地方治理现代化的社会基础意义重大。要发挥人民团体和社会组织在社会治理现代化建设中的积极作用。发挥社会组织对其成员的行为引导、规则约束、权益维护作用。从我国目前社会组织现状来看，尽管它们在我国发育、规范和自组织功能方面还不够完善，但不可否认的是，它们在制约公共权力、提供由政府购买的公共服务、承担社会责任、发挥自治功能等方面对社会治理现代化建设正在发挥着重要作用，成为市域社会治理现代化建设的社会基础。如果没有社会组织的协同，那么仅仅依赖政府的单打独斗，市域社会治理必然呈现出内生力不张的局面，市域社会治理也就失去了内生动力。因此，要按照十八届三中全会、四中全会、十九大和十九届四中全会的部署，加快实施政社分开，支持和发展志愿者组织，限期实现行业协会商会与行政机关真正脱钩，解决克服和消解社会组织行政化、官僚化和形式化倾向。要认真实施社会组织培育管理计划，重点培育和优先发展行业协会商会类、科技类、公益慈善类、城乡社区服务类社会组织。要针对不同类型的社会组织，制度相应的管理办法，明确其地位、活动范围和活动方式，确立与各类社会组织相适应的权责范围和行为规范，将各类社会组织的管理和监督纳入法治化轨道，形成一套较为完整的社会组织规范管理体制和机制。苏州太仓市是全国较早探索政府和社会组织有效衔接和良性互动的理论研究和实践探索的县级市之一，先后出台了《关于建立政府行政管理与基层群众自治互动衔接机制的意见》《基层群众自治组织协助政府工作事项》《基层自治组织依法履行职责事项》等规范性文件，政府通过与基层自治组织签订协助政府管理协议书，建立起政府与自治组织“履约双向评估”机制，这一机制，既转变了政府职能，又充分发挥了社会组织在社会治理中的协同作用。太仓市的“政社互动”新模式的实践探索经验，很快在苏州市域内得以推广，成为江苏省社会治理的先进典型，并且被纳入江苏法治社会建设指标体系之中[34]。

---

[32] 参见马克思：《马克思恩格斯全集》第 3 卷，人民出版社 2002 年版，第 10 页。
[33] 参见周汉华：《构筑多元动力机制，加快建设法治政府》，《法学研究》2014 年第 6 期。
[34] 参见侍鹏主编：《江苏法治建设指标体系解读》，南京师范大学出版社 2016 年版，第 229 页。

法治工作队伍是实现市域社会治理现代化的中坚力量。法治建设需要一批具有良好政治素质和专业素养的法治人才，因此,专业化法治工作队伍建设是加快建设社会主义法治国家，实现国家治理现代化强有力的组织人才保障，他们是区域法治建设重要的中坚力量。这批队伍具有较高的法学理论素养、扎实的法律专业知识，丰富的法律实践经验和较高的的法治建设能力，他们的政治立场、政治水平、政治责任、政治态度，直接关乎市域社会治理现代化的进程和方向。在市域社会治理现代化的推进过程中，法治专业队伍对本区域的法治发展发挥着中坚作用。专业法治队伍包括三种类型的人才：一是法治专门队伍，即专门的立法队伍、行政执法队伍和司法队伍，他们对于设区市人大的立法质量、对行政执法机关的严格规范公正文明执法、对司法机关的严格公正司法发挥着决定性的作用。法治专门队伍的素质高低、法治能力的强弱、法治效果的好坏，直接决定着本区域法治发展的水平和走向。二是法律服务队伍，包括社会律师、公职律师、公司律师等优势互补、结构合理的律师队伍，以及公证员、基层法律服务工作者、人民调解员和法律服务志愿者队伍。他们通过自己高质量的法律服务，为维护公民合法权益，参与决策论证，提供法律意见，促进依法办事，防范法律风险，化解社会矛盾纠纷发挥着生力军的作用。三是法治人才培养的教学和研究队伍，包括高校法学院系和法学科研机构的教学研究人员。这是法治专业人才中最为基础的一支重要力量。他们在法律知识生产、法治理念传播、法治精神弘扬、法治后备人才培养等方面发挥着无可替代的重要作用。同时，他们中的一批优秀人才分别担任了各级地方党委、人大、政府、司法机关等的法律顾问和法律咨询专家，直接为市域社会治理和法治发展贡献了自己的智识。法治工作队伍群体是党和人民值得信赖的法治专业人才，是市域社会治理和法治发展不可或缺的中坚力量。

人民群众是区域法治发展的决定力量。人民群众是社会历史的创造者，也是推进包括市域法治在内的中国法治发展的决定力量。法治是人民的事业，也是人民的活动，法治发展规律是社会主体自觉活动的规律。中国法治实践和法治理论的发展，离开了人民群众的积极而广泛的支持和参与，就成了无源之水、无本之木。人民群众对法治的期待和需求是社市域治理现代化的主观动力；人民群众对市域社会治理的创造性实践，是市域法治发展的最终的力量源泉；人民群众对市域社会治理成效的认同与参与程度，决定着市域社会治理发展的历史走向，决定着法治中国建设的广度、深度与进程；人民群众对市域社会治理现代化建设的“认同度”、“支持度”和“满意度”状况，人民对市域法治建设成效的情感认同、价值认同和行为认同的程度，乃是我们评价包括市域治理效能在内的法治建设成效的最高标准。[35]

过程递进是市域社会治理现代化的实践阶梯。社会系统的发展是一个过程，过程论思想是辩证法的基本思想。恩格斯说过：“一个伟大的基本思想，即认为世界不是一个既成事物的集合体，而是过程的集合体。”中国的法治发展也是一个过程，它不可能一蹴而就，而是一个从量变到质变、从初级到高级波浪式前进螺旋式上升、从阶段性目标向总目标迈进

[35] 参见龚廷泰：《坚持人民主体地位的法理意蕴》，《光明日报》2018 年 12 月 3 日。

的辩证递进过程。改革开放以来，中国的法治发展也遵循着这样的发展轨迹而不断前行。从新中国成立 71 年的历程来看，从新中国建立之初，我们党就在探索怎样建设新民主主义和社会主义法治，经历了社会主义法制的初创——停滞——恢复——发展这样几个阶段。改革开放以来，从党的十一届三中全会提出健全社会主义民主和加强社会主义法制的目标，到党的十五大确立依法治国基本方略、十六大提出把坚持党的领导、人民当家作主和依法治国的统一起来、十七大作出加快建设社会主义法治国家新的战略部署，十八大明确提出法治是治国理政的基本方式。党对依法治国的目标越来越明确，路径越来越明晰，措施越来越具体，实践越来越深入。党的十八届三中全会决定第一次在全面深化改革的层面提出，全面深化改革的总目标是完善和发展中国特色社会主义制度，推进国家治理体系和治理能力现代化。必须更加注重改革的系统性、整体性、协同性，加快发展社会主义市场经济、民主政治、先进文化、和谐社会、生态文明，让一切劳动、知识、技术、管理、资本的活力竞相迸发，让一切创造社会财富的源泉充分涌流，让发展成果更多更公平惠及全体人民。十八届四中全会决定第一次提出全面依法治国，推进全面依法治国，总目标是建设中国特色社会主义法治体系，建设社会主义法治国家。这就是，在中国共产党领导下，坚持中国特色社会主义制度，贯彻中国特色社会主义法治理论，形成完备的法律规范体系、严密的法治监督体系、高效的法治实施体系、严密的法治监督体系、有力的法治保障体系，形成完备的党内法规体系，坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进，坚持法治国家、法治政府一体建设，实现科学立法、严格执法、公正司法、全民守法，促进国家治理体系和治理能力现代化。可见，从十八大到十九大的五年间，在执政党的领导下，我国已经形成体系化的“整体性法治”。党的十九大报告又从总体上描绘了“三个阶梯”实现“两个一百年”奋斗目标的时间表和路线图，这就是：从十九大到二十大，是“两个一百年”奋斗目标的历史交汇期，要全面建成小康社会、实现第一个百年奋斗目标，向第二个百年奋斗目标进军；从 2020 年到 2035 年，基本实现现代化；2035 年到本世纪中叶，把我国建成富强民主文明和谐美丽的社会主义现代化强国。[36]伴随着这一过程，法治建设和国家治理现代化的目标任务也有“三个阶梯”：第一个阶梯要“健全党领导全面依法治国的制度和工作机制，继续推进党的领导制度化、法治化，把党的领导贯彻到全面依法治国全过程和各方面，为全面建成小康社会、全面深化改革、全面从严治党提供长期稳定的法治保障。”[37]第二个阶梯要实现法治国家、法治政府、法治社会基本建成，各方面制度国家完善，国家治理体系和治理能力现代化基本实现；第三个阶梯要在我国物质文明、政治文明、精神文明、社会文明、生态文明全面提升的基础上，实现包括法治现代化在内的国家治理体系和治理能力的现代化。[38]十九大报告清晰地向世人勾勒出中国“整体性现代化”的宏伟愿景，在“整体性现代化”的目标下，揭示出社会主义现代化发展阶梯与中国法治现代化、国家治理现代化的发展阶

[36]习近平：《决胜全面建成小康社会，夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利》，人民出版社 2017 年版，第 28-29 页。
[37]习近平在第一次中央全面依法治国委员会上的讲话，http://www.gov.cn/xinwen/2018-08/24/content_5316286.htm，最后访问时间：2020 年 9 月 19 日。
[38] 习近平：《决胜全面建成小康社会，夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利》，人民出版社 2017 年版，第 29 页。

梯与是同步共进、层层递进、不断融进、相互促进的关系。

三、市域社会治理现代化：整体目标定位与体系重构

市域社会治理现代化的目标，可以分为国家层面的总体宏观目标、社会治理层面的中观目标和基层社会治理的微观目标“三大目标”，它们共同构成了国家治理现代化的整体性目标体系。《决定》提出，“坚持和完善中国特色社会主义制度、推进国家治理体系和治理能力现代化的总体目标是，到我们党成立一百年时，在各方面制度更加成熟更加定型上取得明显成效；到二〇三五年，各方面制度更加完善，基本实现国家治理体系和治理能力现代化；到新中国成立一百年时，全面实现国家治理体系和治理能力现代化，使中国特色社会主义制度更加巩固、优越性充分展现。”[39]在《决定》第九部分提出，坚持和完善共建共治共享的社会治理制度，保持社会稳定、维护国家安全。必须坚持社会治理制度，加强和创新社会治理，确保人民安居乐业、社会安定有序，建设更高水平的平安中国。《决定》在构建基层社会治理新格局这部分，提出“完善群众参与基层社会治理的制度化渠道。健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的城乡基层治理体系，健全社区管理和服务机制，推行网格化管理和服务，发挥群团组织、社会组织作用，发挥行业协会商会自律功能，实现政府治理和社会调节、居民自治良性互动，夯实基层社会治理基础。加快推进市域社会治理现代化。推动社会治理和服务重心向基层下移，把更多资源下沉到基层，更好提供精准化、精细化服务。”[40]从中央《决定》的内容来看，我们必须牢牢把握市域社会治理现代化目标定位的三大面向：市域治理现代化的目标定位，在“宏观领域”，要把市域社会治理现代化放置到国家治理体系和治理能力现代化的“总体目标”的背景中来审视；在“中观领域”，要通过共建共治共享的社会治理制度的“社会治理目标”来嵌入到市域社会治理现代化建设的整个过程之中；在“微观领域”，要以基层治理和服务为重心，通过完善城乡治理体系，为基层民众提供精准化和精细化服务的水平来检验市域社会治理现代化的效能。总之，推进新时代市域社会治理现代化，必须坚持树立市域治理现代化的目标导向、政治导向、为民导向、问题导向和效果导向。[41]

十九届四中全会《决定》指出：“必须加强和创新社会治理，完善党委领导、政府负责、民主协商、社会协同、公众参与、法治保障、科技支撑的社会治理体系”。[42]这个体系是由“七大要素”有机构成的有机整体。这“七大治理要素”，包含“四大治理主体要素”——党委领导、政府负责、社会协同、公众参与和“三大依托要素”——民主协商、法治保障、科技支撑。其中，民主协商和科技支撑两大要素是党的文件中第一次正式提出，它标志着我们党对社会治理规律认识的不断深化。这就迫切需要我们坚持和完善共建共治共享的社会治

[39] 中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度、推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》，《人民日报》2019 年 11 月 6 日。
[40] 同上引。
[41] 参见陈一新：推进新时代市域社会治理现代化，《公民与法》2018 年第 8 期。
[42] 中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度、推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》，《人民日报》2019 年 11 月 6 日。

理制度，实现社会治理理念的科学化、治理结构的合理化、治理方式的精细化、治理过程的民主化、法治化、智能化，需要我们高度重视、认真对待。

社会治理体系本身是一个由相互作用相互联系“八大”子体系构成的有机整体。这“八大”子体系[43]可以分为如下若干类型：

第一，加强社会治理内生主体动力体系最重要的社会基础——民众参与体系的建设。因此，《决定》要求：各治理主体在正确处理人民内部矛盾过程中，要“畅通和规范群众诉求表达、利益协调、权益保障通道，完善信访制度，完善人民调解、行政调解、司法调解联动工作体系”。这是坚持以“人民为中心”和以人民为目的的社会治理理念的必然要求，要通过顺畅的通道和顺达的工作机制，保障人民的知情权、表达权、参与权和监督权等各项权利的真正实现。要切实破解基层民众诉求表达权不畅、权益保障程度不足、参与积极性不高和参与能力不足的瓶颈等市域治理难题，有效增强市域治理的内生主体动力。

第二，加强社会积极向上的心理健康保障——社会心理健康服务体系的建设。要培育自尊自信、理性平和、积极向上的社会心态，健全“社会心理服务体系”。加强社会心理服务体系建设，是党的十九大提出的“打造共建共治共享的社会治理格局”的重要任务。[44]社会心态是指一定社会环境条件下，社会个体或群体对社会生活现状的心理感受和情绪反应，具有显著的大众性和弥漫性。社会心态产生于每一个社会成员个体，又以一种整体的形态存在和影响着每一个社会成员，社会心态不仅能够折射出社会变迁过程中的各种社会问题，也有助于了解社情民意、社会热点和社会情绪。[45]积极向上的社会心态，对社会发展具有重要的促进作用；反之消极悲观的社会心态对社会发展无疑有着很大的消极影响乃至破坏作用。在今年武汉抗击新冠肺炎战役中，广大心理医护人员奔赴武汉为患者以及罹难者亲属提供心理干预和心理治疗服务，为打赢疫情防控构筑起一道坚实的心理防线。[46]当下中国，社会心态的基本面是理性健康的。但是，社会心态中的不适应感、不公平感、被剥夺感、困惑感、矛盾感、焦虑感、不安全感、失落感，甚至厌世感等非理性因素和改革开放初期相比，却有增有减。[47]因此这样的情势下，中央强调加强“社会心理服务体系”建设，补强这一社会治理的短板，就显得尤为重要及时。

---

[43] 这些子体系包括：“畅通和规范群众诉求表达、利益协调、权益保障通道，完善信访制度，完善人民调解、行政调解、司法调解联动工作体系”；完善和健全“社会心理服务体系”；“健全自治、法治、德治相结合的城乡基层治理体系”和“政府治理与社会调节、居民自治”良性互动的社会治理模式；“完善社会治安防控体系”；“建立公共安全隐患排查和安全预防控制体系”；“优化国家应急管理能力体系建设”；建立“以人民安全为宗旨，以政治安全为根本，以经济安全为基础，以军事、科技、文化、社会安全为保障”的国家安全体系；“健全国家安全法律制度体系”。参见同上注。

[44] 参见习近平：《决胜全面建成小康社会，夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利》，人民出版社 2017 年版，第 49 页。

[45]参见贺培育：《加强社会心理服务体系建设》，《光明日报》2019 年 1 月 22 日。

[46] 新冠肺炎疫情发生后，国家卫健委共派出 300 多名心理医护人员到武汉，与湖北和武汉的心理医护人员共同协力，为打赢疫情防控阻击战构筑起一道坚实的心理防线。另外仅教育部华中师范大学心理援助热线平台，就汇聚了 1200 多所高校和相关机构的轮值和后备心理咨询师 4000 多人，通过电话、公众号和小程序接入，为广大一线医护人员、确诊人员、隔离人员和病人家属的心理疏导以及支持广大社工、义工和志愿者开展心理疏导服务，构筑了一条更长的抗疫战线。参见 https://baijiahao.baidu.com/s?id=1659657717215379209&wfr=spider&for=pc，最后访问时间：2020 年 9 月 23 日。

[47] 参见《专家谈当前中国社会心态演变趋向:哪些问题需深切关注》，http://www.coolqq.cn/xlzs/7223，最后访问时间：2020 年 9 月 20 日。

第三，推进“自治、法治、德治相结合的城乡基层治理体系”和“政府治理与社会调节、居民自治”良性互动的社会治理模式。“健全自治、法治、德治相结合”的治理体系，最初是在党中央在实施乡村振兴战略中，为加强农村基层基础建设工作而提出的重要任务。[48]十九届四中全会《决定》把“三治结合”由乡村向城区延伸和拓展，是因为“三治结合”是一套基层社会治理的机制和方法，体现了基层社会治理的一般规律，而城市社区也是基层，具有基层社会固有的特点和共同的问题，在城市社区推广“三治结合”是可欲和可行的。[49]自治、法治、德治相结合的治理体系也是一种“整体性之治”，它意味着城乡治理不能单独依靠某一方面的治理主体和治理资源，它体现了多元主体合作共治、多元规范优化合治和多重环节系统融治的整体性特征。[50]“政府治理与社会调节、居民自治”良性互动的社会治理模式，是新时代城乡基层社会治理的新模式。这种新模式的基本特征是构建“政社民”之间的新型关系，其价值依归是达致社会的和谐善治，其动力机制是政府、社会组织和居民之间的良性互动。“政社民”互动模式，不仅仅是社会治理模式的根本变革，也是一种社会新秩序的重构，它是自治活力、法治秩序和德治精神的三重融合，也是社会治理尤其是基层治理各主体融汇互动的基本路径。只有坚持和完善这一新模式，才能形成治理主体、治理力量、各治理资源的聚合效应，不断推进市域社会治理现代化进程。

第四，加强社会治理最为重要的社会基础和法治保障——社会和国家安全体系建设。这其中包括：为提高预测预警预防各类风险能力，要“完善社会治安防控体系”；为完善和落实安全生产责任和管理制度，“建立公共安全隐患排查和安全预防控制体系”；为建构统一指挥、专常兼备、反应灵活、上下联动的应急管理体制，要“优化国家应急管理能力体系建设” 为坚持国家总体安全观，统筹发展和安全，要健全和完善“以人民安全为宗旨，以政治安全为根本，以经济安全为基础，以军事、科技、文化、社会安全为保障”的国家安全体系；为切实有效构筑实国家安全人民防线，加强国家安全法治保障，要“健全国家安全法律制度体系”。这些子体系涉及社会治安、安全生产、公共安全、突发事件应急管理和国家安全的法治保障体系和能力建设等一系列重大问题，是精准回应“建设平安中国，加强和创新社会治理，维护社会和谐稳定，确保国家长治久安、人民安居乐业” [51]的需要，从制度体系上充分体现出市域社会治理体系和能力的整体性。诚如张文显教授所指出的那样，“进入 21 世纪以来，公民的人身安全、人格安全、财产安全、信息安全，住宅安全、私域生活安全、公共生活安全、国家生活安全，生产安全、交通安全、食药安全问题越来越突出，人民赖以生存和发展的制度安全、领土安全、政治安全、政权安全、经济安全、资源安全受到前所未有的侵扰和挑战，宗教极端势力、分裂势力、恐怖主义势力、黑恶势力、各种

[48] 参见习近平：《决胜全面建成小康社会，夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利》，人民出版社 2017 年版，第 32 页。
[49] 张文显：《新时代中国社会治理的理论、制度和实践创新》，《法商研究》2020 年第 2 期。
[50] 参见高其才：《健全自治法治德治相结合的乡村治理体系》，《光明日报》2019 年 2 月 26 日。
[51]《习近平就加强和创新社会治理作出重要指示强调 完善中国特色社会主义社会治理体系 努力建设更高水平的平安中国》，《人民日报》 2016 年 10 月 13 日。

敌对势力对人民的安全生活构成严重危害和威胁。人民对安全的担忧日渐升级，对安全的需要日益显现，迫切要求把保护和保障安全作为一项基本人权，迫切要求以建设平安社区、平安区域、平安社会、平安国家为目标实施社会治理，使人民有更多的安全感。”[52]社会和国家的整体性安全建设，这些艰巨而复杂系统性目标任务的达成，离开市域社会治理现代化也是根本难以想象的。

四、结语

2019 年 12 月，全国市域社会治理现代化工作会议召开。郭声琨强调，要全面部署启动市域社会治理现代化试点，支持大胆探索、勇于突破，为本地区乃至全国创造更多可复制可推广的经验，充分发挥试点示范、突破和引领作用。为此，中央政法委已经研究制定了《全国市域社会治理现代化试点工作实施方案》和《全国市域社会治理现代化试点工作指引》，既为开展试点工作提供了基本遵循，又为试点成效评估提供了衡量标准。[53]这次试点，在理念、思路和方法上本身也是一次全新的创新。中央政法委制定的《全国市域社会治理现代化试点工作指引》，为市域社会治理现代化城市的合格评估提供了一个可操作、可考评的基本标准和行动规范。各设区市申请试点前，对标《工作指引》进行自我评估，预计 2022 年可实现目标的，则申报第一期试点；预计 2025 年可实现目标的，则申报第二期试点。未列入试点的地市，则对标《工作指引》参与“同步起跑”。由所在省、市自主决定是否参与或什么时候参与试点工作。凡是被批准参与试点的市，通过 3 年的分年度考核，获得 90%以上分值并通过中央审核验收，验收合格后才能被授予“全国市域社会治理现代化试点合格城市”。这充分体现了实事求是的精神。基于推进市域社会治理现代化是一项庞大的系统性工程，市域社会治理是一种整体性的治理，它涵盖了社会各个领域、各个方面，达标的考核指标之严，其建设任务之重，是可以想象的，因此决不是靠运动式、突击式的方式就可以一蹴而就的。对于这一点，我们应当有十分清醒的认识。因此，实现市域治理现代化，必须确立整体性思维、采用系统性方法、建立协同性机制、厘清阶梯型路径，把市域社会治理现代化建设放置到建设富强民主文明和谐美丽的社会主义现代化强国的整体性宏伟目标导引下，把市域社会治理现代化嵌入到国家治理现代化的整体性目标下来定位，把市域社会治理现代化纳入到系统治理、依法治理、综合治理、源头治理的多层次多领域依法治理的整体性法治市域下来推进，把市域社会治理现代化纳入到“五位一体”的总体布局和“四个全面”的战略布局的国家发展整体性战略布局的架构内来落实，把市域社会治理现代化并轨到国家全面建成小康——基本实现现代化——建设社会主义现代化强国的阶梯性发展路径上来建设。唯有如此，市域社会治理现代化的实现才具有现实的可能性。

---

[52] 张文显：《新时代中国社会治理的理论、制度和实践创新》，《法商研究》2020 年第 2 期。

[53] 参见中国长安网：《全国市域社会治理现代化全面启动》，http://www.chinapeace.gov.cn/chinapeace/c54219/2019-12/03/content_12306788.shtml，最后访问时间：2020 年 9 月 21 日。

基层社会治理模式的变迁与挑战

陈柏峰[1]

【摘　要】开放的深入，基层社会也进入利益和思想多元化时代，群众的权利和责任观念发生了巨大变化，重权利、讲利益、不重义务、不讲责任，乡村组织对此缺乏合法的制衡能力。然而，基层组织仍然面临繁重的工作任务，逐渐发展出网格化的技术治理模式，它以技术平台为基础，以信息收集为基础，针对的是重点问题、重点隐患和重点人。新的技术治理模式的出现有一定必然性，也面临一些挑战，基层治理需要直面这些挑战。本文力图梳理基层社会治理模式的变迁，分析基层治理的挑战和未来走向。

一、乡村组织体系的功能变化

取消农业税，对基层组织行为模式和功能发挥带来了很大影响。基层组织不再与所有的农民都打交道，而只是与农民中的一部分人发生直接联系，组织体系的原有功能模式不能再如之前那样发挥作用。

取消农业税之前，国家要将农业税费收起来，就必须与千家万户的小农打交道。在此过程中，基层组织与农民之间必然产生很多矛盾。国家要收农业税，很多农民因为各种原因不想交，国家与农民之间的矛盾就是不可避免的。乡村干部为了将农业税收上来，必然想出各种办法，包括合法的、非法的、灰色的办法，合情理的、不合情理的办法，各种方法的运用难免会增加国家与农民之间的矛盾。在农业税时代，收取农业税是基层政府和村级组织的中心任务，乡村组织首先必须从农民那里成功收取农业税费，才可能去做其他事情，财政收入保障成为基层政府和乡村组织运转的基础性问题，收取税费的能力成为了衡量基层组织、乡村干部工作能力的关键标准甚至唯一标准。为了收取税费，乡村组织几乎想尽一切办法。

也正是税费收取的重要性，使得千家万户的小农都可以面对乡村组织甚至基层政府。要千家万户的小农主动和被动缴纳税费，基层组织必须费劲心思。在此过程中，千家万户的小农可以借助税费这一“武器”，向基层组织提出差别各异的需求和一些合理或不合理的要求。为了税费收取，基层组织常常会尽量满足农民的诉求。这一互动过程使得基层组织与千家万户的小农，几乎无遗漏的联系在一起，基层组织因此能够将所有的农民组织在一起。[2]国家和农民之间可能有各种各样的矛盾，但基层政府和组织是熟悉农民的，知道他们的各种需求，甚至知晓每个农民的性格、家境、家庭生活周期、社会关系等各种信息。这些信息在基层治理过程中常常起着重要作用。例如，乡镇在经济发展方面需要为企业征地，征地就会牵涉到少则数户，多则数十户的农民，了解他们的性格、家境、社会关系等信息，

---

[1] 中南财经政法大学法学院教授、博士生导师。本文属于作者主持的国家社会科学基金重大项目“新型城镇化建设的法治保障研究”（16ZDA062）的成果。

[2] 贺雪峰：《取消农业税对国家与农民关系的影响》，《甘肃社会科学》2007 年第 2 期。

就可能方便乡村组织与农民谈判，方便乡村干部动员各种资源与农民协商，从而有助于土地征收协议的签署，有利于房屋的拆迁等事务顺利进行。

取消农业税后，国家不用再向农民征收农业税，基层组织和乡村干部与农民因为征税的各种矛盾也消失了，农村似乎突然变得和谐了。但是，这种和谐的前提是，农民与基层政府和组织的关系日益疏离。基层组织不用找农民收取税费，自然对农民变得客气多了。同时，由于不再“有求于”农民，基层政府也可以不再那么顾及农民的需求，可以不直面农民的诉求，也不再对与农民相关的那些鸡零狗碎的信息感兴趣。如此一来，乡村组织一方面在组织上越来越不是面对所有的农民，因此无法成为将所有农民组织在一起的组织；同时，由于对千家万户的小农各不相同的偏好和需求不感兴趣，不会再汇集关于农民的各种信息，对农民就会越来越陌生，基层组织的信息掌握就变得少了。另一方面，由于乡村组织不再需要农民缴纳税费，不再“有求于”农民，农民也丧失了对乡村干部的制约手段，缺乏寻求乡镇干部帮助的底气。在不少地区村庄调研，农民碰到水利供给方面的困难时，都不再主动找乡村干部寻求帮助。在农民看来，乡村组织现在不收取农业税费，农民不再交纳水费，也就没有理由再找干部解决用水问题。

当然，基层政府和组织还有很多自上而下的任务，比如维护社会稳定、协助执行各种法律和政策，争取各种项目并将项目在基层落地，还包括党建任务、群众工作任务，等等。这些工作让基层政府和组织仍然很忙碌。不过，这些忙碌的工作，与过去的农业税费收取有着重要的不同，它们要么是基层组织体系内部的自我循环，工作限于组织体系内部的党员干部；要么只与一些群众打交道，只需要顾及一部分农民的需求和诉求。而这些工作中的大部分，变得越来越形式主义，乡村治理中“办事留痕”、“形象工程”、“文山会海”等形式主义越来越普遍。[3]具体工作不重要，听取农民的诉求、解决农民的问题都不那么重要，而关于工作的文书、档案、痕迹等越来越重要。

最近十多年，项目制在农村基层治理中逐渐兴起。项目制是具有统摄力的国家治理模式，目前越来越多地被用在各级政府各行各业中，[4]“项目进村”也越来越成为中西部农村的现实，国家涉农资源以项目的形式投入到具体村庄中，项目下乡越来越成为基层治理的常态。与此相应的乡村组织运转，呈现出财权虚空、事权缩限与行政事务密集的悖论性特征。科层制外衣加身的一线行政体制与行政化村级组织的制度性结合，成为当前基层政权的普遍组织形态。这种基层治理模式难以充分回应乡村社会的治理需求。[5]项目在基层社会的实施，会遇到很多问题，但这些问题的解决，几乎都是与少数人打交道。利用社会关系去上级部门争取各种项目，牵涉到的是有丰富关系资源的极少数人；在项目实施的阶段，需要基层政府或村委会治理的是少数钉子户，需要参与协助的也是少数有能耐的“混混”；项目的整个流程能否顺利运转，很大程度上也取决于少数乡村干部的工作能力。[6]在项目下乡的

[3] 杨华：《基层治理的形式主义何以发生》，《文化纵横》2019 年第 2 期。
[4] 渠敬东：《项目制：一种新的国家治理体制》，《中国社会科学》2012 年第 5 期。
[5] 印子：《项目制背景下基层政权建设的定位与路径选择》，《中国法律评论》2018 年第 4 期。
[6] 陈柏峰：《乡村“混混”介入的基层治理生态》，《思想战线》2018 年第 5 期。

各个阶段，不需要与广大的农民群众发生普遍的联系，基层政府和组织也就相应的难以在此工作过程中将农民组织起来，获取足够与他们相关的足够信息。

由于原有的组织体系目前的工作重心不在于与所有的农民发生关联，不能聚集所有的农民，不能收集足够的信息，组织体系的原有功能模式不能再如期发挥作用。当基层政府不再有硬性压力，必须如同税费收取中面对每一位农民，乡村组织就更不会有动力去面对每一位农民，更不会费力去将所有农民组织起来，乡村组织体系因此发生松弛。目前，这已经导致了一些负面的后果。

有媒体曾报道，六旬村民脑出血，救护车出诊却被同村村民拦路，因为该村民未出钱修路。2018 年 8 月 30 日深夜，南充市仪陇县仪辖区一村民摔倒致头部出血，救护车出诊却被同村民拦路，僵持 1 个多小时后，直到派出所民警到场，救护车终得离开。原因在于，村里 3 户村民自筹 27 万余元资金修路，修路占用其他村民的土地，就拿自家的土地去补偿；砍的树，也是他们 3 胡给树的主人抬回去的；而未出资的另外 9 户村民，按约定不能开车进村。[7]

这个案例因为极端而特别引人注意。一是修路的方式极端，这 3 户少数派的村民依赖个体的力量真的把路给修好了；二是冲突的方式极端，这 3 户少数派村民“见危不救”，坚持所谓约定。在此过程中，看不到乡村组织。修路过程中，全体村民无法达成合作，乡村组织没有从中起到有效协调作用，更不可能从中起到强制作用。当 3 户修路的村民坚决“见危不救”时，乡村组织同样没有出来协调。乡村组织似乎在农民最重要的日常生活中消失了，村庄生活中的重要事务由农民自我协调、自我执行。

二、群众权责观念的变化

基层组织体系的功能发挥的弱化，除了取消农业税这一因素之外，还有群众权利与责任观念自身的变化。中国基层社会已经进入了利益和思想都多元化的时代，基层群众的权利和责任观念发生了很大的变化，这种变化也是多因素导致的。

改革开放以来，我国经济运行模式由计划经济逐步转向市场经济，市场取向的改革打破了传统利益格局及其得以维系的教条主义意识形态，国家承认社会成员个体的物质利益和个体之间分配上的不均等，调动了劳动者的积极性、创造性。经济模式的转型带来了经济总量的大幅度上升。总体上，一方面社会成员在转型中都不同程度上有所获益，另一方面各社会成员在转型中受益程度则存在着较大差异。这种差异不仅使不同社会成员间的生活水准及生存质量拉开了距离,还进一步造成了社会阶层与群体的利益分化。在农村，农民发生了巨大的阶层分化，[8]农民工群体日益庞大；在城市，工人发生了分化，旧体制下的工人规模不断减少，农民工不断替代，而包括民营科技企业的创业人员和技术人员、企业的管理技术人员、个体户、私营企业主、自由职业者等在内的各种新型职业阶层不断兴起。

[7] 王超：《村民脑出血 救护车出诊却被同村村民拦路 因其未出钱修路》，《成都商报》2018 年 10 月 11 日。
[8] 陈柏峰：《中国农村的市场化发展与中间阶层》，《开放时代》2012 年第 3 期。

利益格局的变化，产生了种种不利的消极影响，主要是贫富差别进一步拉大，社会的公平公正受到挑战，不同阶层的利益矛盾加剧。

伴随着社会利益格局的多元化，相应的思想意识也逐渐多元化。政治发展形态、社会经济形态、人们生活方式、信息传播方式等各个方面都在经历着深刻变革，这些变化会在思想意识层面有所体现。思想意识的一致性被打破，呈现出多元化态势。不同经济地位、社会阶层的人，会对不同的思想意识表现出亲和性，甚至可能自觉选择相应的思想意识。西方各种不同思潮的涌入以及在中国的演绎，又为不同阶层的选择提供了现实可能性。目前，传统中国的各种思想、建国以来的各种主流思想、西方流行的各种思潮，都可能在中国找到发展版本和拥护者。社会上既有社会主义的主流思想意识，也有非社会主义的各种思想意识；既有爱国主义、集体主义、社群主义的思想意识，也有个人主义、利己主义、享乐主义的思想意识。各种与主流思想意识不同甚至冲突的思想意识都在社会中存在，并对主流思想意识构成支持、补充或竞争、挑战。这就是思想意识多元化的现实。

思想意识多元化，是社会多元在思想意识层面的体现。思想意识并不是独立存在的，它反映了社会阶层或社会主体的某些需要。不同的社会主体和社会阶层处于社会结构中的不同位置，有着不同的生活条件和诉求，从而会自觉或不那么自觉的拥护、选择不同的思想意识。说到底，思想意识作为上层建筑，是由经济基础所决定的。各种利益主体分化或涌现，所有的利益主体必然从自身需要和利益出发，秉持相应的思想意识，从而造就思想意识多元化局面。

由于智能手机的普及，使得即使最基层的农民，也可以接触到各种各样的思想，并从中选择对自己有利的思想作为理论武器。我们在农村调研时，就有一个村支书讲：你们教授对具体制度做学术讨论可以，但国家不应该让不赞同现行制度的观点广泛传播。这位村支书之所以这么讲，是因为他在工作中所碰到的一个麻烦。村里有农民拿着网上看到的北大某教授关于土地权利的学术观点，认为应当享有更多的土地权利，从而向乡镇和村里要求更多的补偿。在智能手机普及之前，农村几乎没有图书报刊，一般农民除了看主流的电视之外，几乎没有机会接触不同的学术理论，即使基于自身利益的表达，也没有到一定的理论层次。而智能手机的普及，让他们有机会使用微信微博，看到其中传播的大量文章，并可以选择运用其中的理论和材料来支持自己的诉求。

在乡村组织功能瓦解，人们利益多元背景下，又有各种多元的思想观念作为支撑基础，这直接导致基层人们权利与职责观念的变化，实践中更是出现各种匪夷所思的事情。2016年，湖北应城市民政局干部邓文明参加今年防汛抗洪，归来后写总结文章，始终有困惑未解：党员干部一把手日夜抗洪排险，村民老百姓却打牌观望。一个刚参加工作的小伙子，整整一天，没有吃饭喝水，讨开水喝，群众打麻将，没有人倒开水！对比1998年防汛抗洪军民团结一家亲的感人画面，俨然不同的世界。[9]网上报道类似的事情很多。例如，抢险危急时候，人民子弟兵日夜奋战，一个妇女为了自己家的一棵树，拿出菜刀，不给钱不让

[9] 邓文明：《一个抗洪干部的哀叹：我们水中干 百姓看翻船》，http://news.ifeng.com/a/20160730/49690101_0.shtml

人动，否则拼命！干部为了抢险，为了群众家园财产、人身安全，忙于转移、疏散群众，给群众发干粮、饮料。群众还反过来问；“除了发吃的，还有补助没有，多少钱一天？先给钱。”甚至有小伙子醉醺醺大言不惭：“淹了怕什么，下半年到政府上访，总要解决。”还有，干部和军人忙于抗洪筑坝，村民却蜂拥而去电鱼抓鱼，宁可坐等水淹也不肯出力，着实令人唏嘘。

基层社会一些群众只讲权利、不讲义务、不讲责任，动则向政府要求利益。社会治理中乡村组织缺乏权威，对不讲道德、义务、责任的群众没有任何合法的制衡。老百姓不怕官，却怕黑社会、混混地痞，基层治理似乎变成丛林状态。对于那些不讲责任不讲道理的群众，只有乡村混混才能收拾。这些群众碰到经常滋扰、无恶不作的流氓，即使拆屋挖坟，也不敢出来抗议。不少群众碰到利益蜂拥而上，遇上责任和义务退避三舍。干部跟一些群众讲道理，群众也有“道理”回敬，而且使用的还是一整套现代话语，都是不作为、政府义务、维权等词汇。只不过，他们可能基于自己的片面理解，甚至歪曲理解来讲一套自私自利、不讲公益的“道理”。

而在基层治理过程中，政府似乎背上了枷锁，有着无穷无尽的义务和责任，在各种话语体系中都是如此。在法治话语中，他们被要求尊重权利，履行义务，动则面对基层民众的维权。而且作为人民政权，基层政府和组织还必须遵循党的政治伦理，把群众的事情当自己的事情，把群众的困难当自己的困难，对人民群众有着近乎无限度的责任。而当群众面对基层政府和组织时，就可以在各种话语中游走选择，哪种话语对自己有利就选择哪种。[10]最终，导致的是一种权利与责任极为不匹配的实践。这种实践反过来又不断“教育”群众成为不讲责任和义务的人，从根本上强化了权利和责任观念的变化。这种状况下，基层的社会治理面临巨大的压力和难题。

三、技术治理模式的形成

基层组织的原有功能发生弱化，针对全体农民的动员已经很困难。但是，基层组织还有许多工作需要应对，包括有效执行各种政策、维护社会治安、处理突发事件、保证各种项目落地等，这些工作中有各种信息需要收集。这些工作的核心是面对“钉子户”，维护社会稳定，相关制度建设也围绕此展开。在既有村级组织功能弱化的背景下，也在社会安全和稳定需求日益增长的背景下，城乡基层发展出了新的技术治理模式，其中最典型的是所谓的网格化管理。

网格化管理涉及到的工作包括方方面面。第一，综治维稳，需要面对矛盾纠纷化解、社会治安、群防群治、社区矫正监管等工作，落实重点人群、社会组织等重点领域管理服务，发现社会稳定重大隐患及时上报，使信访案件、群体性事件、刑事案件总量、严重刑事犯罪得到有效控制。第二，公共安全，监督相应的安全生产、道路交通、消防、食品药品安全等方面工作，发现问题及时上报处理，最大限度防止重大公共安全事故发生。第三，

[10] 陈柏峰：《偏执型上访及其治理的机制》，《思想战线》2015 年第 6 期。

具体政策执行，例如生态环保，及时了解、上报、协助处理影响环境、破坏生态的行为；再如卫生计生，经常性开展计划生育、合作医疗、公共卫生等工作，发现问题及时上报。

网格化管理将城乡基层划分为不同层次的网格，在网格基础上进行信息收集和管理。首先按照“无盲区、无重叠”的原则，在乡镇—村社区的基础上，将基层按照行政区划、属地管理、管理重点、人口数量等标准逐级划分网格。基层管理范围被划分若干个单元网格组成的网格结构。在乡镇建立“网格化综合管理中心”，在最基层的村和社区建立“网格化管理工作站”，形成乡镇、村、网格员几级联动的社会综合管理与服务体系。以村社区为单位，综合考虑房屋楼栋构成差异、人口密度以及常住人口和流动人口混居等因素，按一定的人口划分一个网格的标准，建立具体网格，并在每个网格配备网格管理员，实现了“地上有格、格中有人、人能管事”的城乡管理格局。在进行网格划分时，会将辖区内的管理对象，包括小区、企事业单位、公共场所以及治安状况等纳入参考因素中。城市、郊区以及农村中心镇所在地等管理对象数量较多、情况较复杂的村（社区）会在村社级单元网格的基础上，下设划分若干个小网格，作为单元网格的延伸与拓展，从而使基层管理方方面面便于在“网格”中展开。

信息采集是网格化管理的基础工作。划分网格后开展管理工作，主要就是进行信息采集。通过对网格内的人、地、物、事、组织等要素进行全面的信息采集管理，进而发现处置各类矛盾隐患，及时响应群众诉求。在较为落后的中西部农村地区，这类工作可能有流于形式的成份，不过好在这些地方问题相对单一，社会稳定风险通过传统方式尚能艰难应对。在财政能力较为宽裕的东部地区和城市地区，新技术的投入使得网格化管理确实形成了一种全新的技术治理模式。这种治理模式以技术系统的建立、升级与改造为基础，需要雄厚的财政基础。

例如，在武汉市某区，整合资源、统一规划，充分利用已有系统数据和基础进行改造、升级、整合，在市级平台的基础上建立区、街道、社区、网格四级联动的社会综合管理与服务数字化信息系统，为网格化服务管理提供信息支撑。增设服务器 7 台、网闸 1 台、存储器 1 台，搭建起区级社会综合管理与服务网格化信息系统平台，新建视频指挥室。在各街建立街道网格化管理中心，做到有网格地图，有专用网络，有大显示器。为各社区统一采购配备网格化专用电脑 1 台，共 145 台，按照《社区网格化建设规范指南》，建立社区网格工作站，投入 400 多万元，为网格员配备 1000 部手机采集端，实现移动端数据采集、录入及案（事）件上报、处置、回馈。在此基础上，采取租用运营商线路的方式，将街道、社区平台通过光纤联入区政务网，实现数据的采集上报。完善社会服务与管理基础信息资源池建设，对区社管系统、公共事务服务系统、城管系统进行整合，为社会服务管理工作智慧决策提供真实可靠和准确权威信息支撑。同时加强网格化信息录入工作，全区共录入人口、房屋、社区矛盾等信息分别达 80 余万条、24.8 万条、5.5 万条，社区律师、民族宗教、防范邪教及低保人员、精神障碍患者、吸毒人员、残疾人、社区矫正等特殊人群信息也完成录入工作。信息数据平台的建设，不仅涵盖了网格辖区内的基础信息资料，而且强

化了政府各类信息系统的互联互通，处置问题向规范化、专业化发展。

在网格化管理平台上，具体的做法主要包括：一是定期巡查与信息上报。执法人员或委托网格信息员对其责任网格开展综合巡查，日摸清和掌握本网格内的基本情况。发现问题时，信息员就会将信息传递到“数字城管”指挥中心。二是责任界定与交办督办。对于网格信息员发现的问题，指挥中心核实后会分派到具体责任单位，再由责任单位在规定时间内处理，指挥中心会核实考评。三是网格“三定”责任体系。进行人员定责，明确网格内各人的工作职责；进行培训定岗，对网格长、网格信息员、网格巡查员等开展业务培训；实现信息定时，汇总网格内各项信息，及时上报问题或隐患。[11]网格化管理，形成了一种新的技术治理模式，它以技术平台为基础，以信息收集为基础，针对的是重点问题、重点隐患和重点人。通过技术方式，在组织体系内部安排专人对这些问题和人进行监控。例如，对于某些重点人，一旦相关信息进入网格管理系统，其很多社会行为的记录可能在技术系统内自动提示，提醒管理人员进行研判。这种管理模式是在非传统安全和社会稳定问题日益凸显，旧有社会组织模式功能日益弱化的背景下形成的。

随着经济社会的不断发展，近年来出现大量非传统安全问题，社会稳定需求也越来越高，传统的手段和措施已难以应对。国家安全过去主要指军事、政治和外交等领域的传统安全问题。非传统安全指的是近些年逐渐突出的、发生在军事、政治和外交之外的安全威胁，包括恐怖主义、跨国犯罪、网络安全、严重自然灾害、能源资源安全、粮食安全、公共卫生安全等，这些都威胁到人类生存和经济社会可持续发展。其中不少问题与社会治理密切相关。目前这些问题突出，由于其对国家安全的巨大威胁，在社会治安实践中就有强化管理的需要，因为这些问题而对社会公众也会强调服从管理。在管理模式上，往往强调网络式管理，各种防范督查要求社会单位自主查、人民群众协助查等多种形式排查，既查大隐患，又查小问题，确保横向到边、纵向到底、不留死角、不留空白等，管理非常细密深入。网格化管理正是这样的技术治理模式。

技术治理模式已经成为基层治理的重要依托。在中西部农村地区，在财政转移支持下，网格化管理模式日趋完整。以湖北咸宁农村为例，建立网格信息平台，实现市、区、镇、村（社区）联动，“一个网格一本台账、一项工作一组一组数据”，使网格内各类数据信息科学、直观。网格内的社会治安、矛盾纠纷、居住房屋、租凭、社保、医保、低保、就业、生计、消防、交通，以及村民诉求、建议等社会事务，及时录入网格信息管理平台。网格员定期排查所辖网格重点服务对象，加强对留守家庭、重症精神病人、困难群众等服务管理，严防重点人群漏管失控。各类信息网格各个环节都会进行实际分析研判，分级处置。

而在东部农村地区，由于基层政府财政能力强，村集体也有公共资源，技术治理模式已经十分强大。以无锡农村为例，已经建成了依赖于技术平台的社会保障系统、安全生产系统、城乡管理系统、举报监督系统、工作考核系统等。在社会保障系统中，民政工作的各个环节都被纳入网络化的工作平台当中，各项信息都必须输入数据库当中，并在系统内

[11] 陈柏峰、吕健俊：《城市基层的网格化管理及其制度逻辑》，《山东大学学报（哲学社会科学版）》2018 年第 4 期。

根据规范标准自动核对，其中包括城乡低保、三无五保、深度救助、临时救助、医疗救助、残疾救助、低收入人员等。在安全生产系统中，企业的安全生产隐患情况纳入网络化的管理体系中，企业安全生产管理包括基础管理（台账记录）和现场管理（系统填报）。每个企业都有唯一识别的标志，每个月都要进行自查自报隐患登记，包括隐患分类、隐患级别、问题描述、整改措施等；系统内记录包括企业自查、专家检查、企业联防互查、政府执法检查等。上述系统大同小异，都强调将全面掌握信息、及时反馈、及时处置、留下痕迹。

四、重构权利与责任意识

技术治理模式的兴起，显然有其独特背景下的合理性。在目前社会背景下，利益的多元化，思想的多元化，权利与责任观念的变化，依赖老路是走不通的，不可能返回过去那种一统的模式，或者通过行政手段去解决基层社会出现的问题。无论是在城市还是农村，单位或村集体对人的约束和管制能力都不断下降，人们的日常生活、工作发展、社会福利更多的来自市场、社会和国家去除身份的机制。身份社会的瓦解是一个长期的过程，延续至今仍然不能说完全消失。例如，城市里还存在一些对个人生活和工作各方面影响仍然巨大的单位，农村集体组织在某些村民的生活中仍然占据重要作用。但毫无疑问，身份社会已经松弛，人们有更多的机会挣脱其束缚，而寻求更广阔的发展机会。在此背景中，社会事务不可能再如过去一样，由单位或村集体组织予以解决，因为人们生活在更广阔的范围中，与更大地域的人发生联系，人们之间的关系已经是村庄集体所难以协调的。

与此同时，政府职能也逐渐变化。政府的非国家职能不断弱化，政府越来越成为行使公共权威、提供公共产品的机构。政府行使公共权威的方式也从过去依赖行政命令，而变得多元，更多依赖公共财政投入来实现社会控制和社会引导。单位（村集体）职能也在转化。村集体已经成为村民自治单位，虽然仍然承担一定实质意义上的协助行政管理职能，但由于土地实行承包制度，集体的经济职能逐渐丧失。[12]城市里的单位，逐渐被剥离了提供生活公共品的职能，不再承担教育、社会福利的职能，而转变为单纯的经济或社会实体，不再承担全能主义政治基层组织的职能。社会治理不能再依靠过去那种单一的行政管理方式，而将一些社会事务交由自治、合作解决。

在这样的背景下，无论是利益多元化还是思想多元化，都不可能通过政府管理或集体划齐统一来解决，传统的管理模式肯定是没有出路的。而目前应对安全和稳定事务的社会管理，以及在此基础上形成的技术治理模式，虽然能够起到很大的作用，但某种程度上与法治社会的建设还有张力。这种社会治理模式，在权利和义务、权力与职责的划分上，容易导致不对等、不平衡的问题。这种管理模式强调管理而不是治理，对民众造成很大压力。它可能进入了公民隐私领域，挤压社会主体的自主空间，与当前法治社会的需求形成张力。例如，为了防止上访人在“敏感时期”赴京非正常上访，一些地方政府安排干部对上访人进行 24 小时盯守、跟踪，以便掌握行动去向。地方政府虽然会注意不非法限制人身自由，

[12] 陈柏峰：《乡村振兴战略背景下的村社集体：现状与未来》，《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2018 年第 3 期。

但这种方式还是会让人感受到不适。在社会稳定和社会安全压力很大的今天，技术监管模式当然需要，但是其与法治不相协调的问题，还是需要解决。而且，不能长期依赖对重点问题和重点人的监管来解决问题，从长远来看，应对问题还是应该建立均衡的权利和责任体系，帮助社会公众树立正确的权利和责任观念。

因此，需要强调社会治理的法治化。全面推进依法治国是实现国家治理体系和治理能力现代化的重要保证。“推进国家治理体系和治理能力现代化”的一项最重要的内涵就是“国家治理体系和治理能力”的“法治化”，离开了“法治化”的评价尺度和标准，“国家治理体系和治理能力现代化”是空中楼阁。社会治理的变革，需要将国家与个人之间从传统的“统治关系”转变为“治理关系”，需要有效调动国家、社会、市场各种机制起作用，调动一切社会主体的主动性和积极性。这必然走向法治，需要在法治框架下，增强法治观念，树立符合法治精神的权责观念，明确社会治理的根本依据和手段是法治，主要依据法律、依靠法治来进行社会治理。只有如此，才可能保持一个多元化的社会保持稳定，拥有共识，从而让经济社会发展惠及各个社会阶层，让社会治理维护最大多数人的根本利益，满足全体人民各不相同的多样利益诉求。

今天，在权利与义务的关系上，占主流的还是权利本位论。权利本位论认为，权利和义务是法的基本范畴，在这对范畴中，权利是本位。法学应当是权利之学，把权利作为法学最进本的范畴，以权利论为法学的理论基石，有助于克服重刑轻民，即重义务轻权利的法律传统，适应民主政治和法制需要，有助于全民族树立强烈的权利意识和主体意识，有助于政府及其工作人员认真的对待公民的权利。以权利论为纲的法学适应这些需要。[13]确实，在 20 世纪 80 年代，提倡权利本位论符合当时的社会需要。

在今天新的历史条件下，全民族的权利意识和主体意识已经高涨，政府、司法及其工作人员已经不敢不认真对待公民的权利，以至于司法系统和社会治理体系应对能力稍显不足，案多人少是司法系统需要面对的现实，社会治理也面临各种困境。在社会现实中，政府不但受到法学上的权利话语的压力，还受到政党伦理中的责任担当话语的巨大制约。[14]与之相反，民众再也不是过去那种被束缚在义务之下，缺乏权利意识，面对政府甚至基层组织体系不敢谈权利的民众，他们不但敢于面对政府和干部，主张自己合法的权利，甚至常常从理论出发，主张法律上尚没有明确规定的权利；[15]更重要的是，他们只乐于谈论权利，而缺乏责任和义务意识，在道德层面、法律层面、政治层面，都不谈作为一个人、一个法律主体、一位公民所应当承担的义务和责任。这给基层治理带来巨大的挑战。

在这种挑战下，需要正确对待权利本位论，重新强调权利与义务、责任的平衡。也就是说，面对挑战，我们需要一种权利与义务、权力与责任平衡的政治和法律理论。十九大报告提出，要健全自治、法治、德治相结合的基层治理体系。无论是自治、法治，还是德治，必然都在权利之外，强调义务和责任，必然走向权利与义务、权力与责任的平衡。

---

[13] 《商品经济、民主政治的发展与法学的重构——法学基本范畴研讨会纪实》，《当代法学》1988 年第 3 期。
[14] 陈柏峰：《党政体制如何塑造基层执法》，《法学研究》2017 年第 4 期。
[15] 陈柏峰：《农民上访的分类治理研究》，《政治学研究》2012 年第 1 期。

当前的现实条件，是这种平衡的政治和法律理论的前提背景和社会基础。过去，权利与义务，权力与责任，虽然在理论上可以赋予其平衡性，但由于维权意识的缺乏，可用的维权手段不够，可能使权利与义务的平衡流于空言。在权力与责任的关系上就更容易如此，由于实践中因为信息不透明，权力难以进行制约，即使有制约的制度也难以保障制度有效运行。伴随着社会的发展，这种状况正在扭转，不但相关的制度建设有很大进展，而且由于技术手段的发展，使得权力的恣意越来越困难。智能手机自带照相机，可以使得任何权力恣意可以被记录下来，微博、微信等自媒体使得任何权力恣意可以被广泛传播，严格的党纪国法使得权力恣意可能立即受到惩罚。现在，基层治理所要面对的问题，不但有权力恣意的问题，更有民众责任缺乏的问题，只讲权利不讲义务，缺乏责任意识，治理中毫无办法。相反，对于基层政府而言，权力小、责任大，法治、政党伦理的双层压力加在政府身上。现实条件下，基层治理强调权利与义务、权力与责任的一致性和平衡性，就十分必要。

在社会治理中强调权利的同时，强调义务和责任有很强的必要性。对于具体的社会治理对象而言，在强调各种权利的同时，需要强调他们在自治中的义务，在道德上的责任，在法治体系中的义务和责任。如此，才能真正意义上将个人整合进社会治理体系。如果没有对个人的义务和责任约束，自治的决议就无法有效执行，以个人为基础的自治体系就会崩溃；道德秩序也将不存，道德治理变得不可能；法治同样会异化，成为一些人的话语策略和谋利工具。对于基层政府和组织而言，在明确其权力和职权的同时，也应当明确其责任和义务，尤其应当强调责任和义务的有限性。否则，如同目前存在的一些不良现象，基层政府在治理过程中处于法治和政党伦理的多重压力下，承担无限的责任，治理问题却只能被捂住压住，不能建立良好的治理秩序。

社会治理法治化的法理表达
——社会化背景与法治化前景

蔡宝刚[1]

【摘　要】：党的十九大报告提出了提高社会治理社会化与法治化水平的目标。社会治理社会化与法治化相互依存和相互促进，社会治理社会化是法治化的前提和基础，社会治理法治化是社会化的支撑和保障。目前关于社会治理法治化缺乏基于社会治理社会化背景的法理认知与研究，从而会折损社会治理的主体参与、动能发挥和权利保障的效果。只有嵌入社会治理的本质特征和面向社会治理的社会化背景，才能有理想可期且务实管用的法治化前景。社会治理法治化的法理表达就是要通过法治赋权以保障社会主体的充分参与和社会权力动能的充分发挥，使得社会治理社会化得到保障和社会治理法治化有的放矢。

【关键词】：社会治理法治化、社会化背景、法治化前景

党的十九大报告提出了提高社会治理社会化与法治化水平的目标。社会治理社会化与法治化相互依存和相互促进，社会治理社会化是法治化的前提和基础，社会治理法治化是社会化的支撑和保障。社会治理社会化内蕴的治权结构嬗变引发了法权关系及其法理的结构性挑战与调整，“社会治理的法治化进程不会只是某些抽象、统一、宏大、普遍的传统法治理念或法学原理的当代展开，也不会只是西方先进法治模板的简单拷贝与移植。”[2]但目前关于社会治理法治化的法理认知与研究常滞留于一般意义上的法治化层面，缺乏针对社会治理的社会化特质寻求对症下药的法治化方案，使得社会治理法治化问题可能陷入“看错病”和“吃错药”的窘境，从而会折损社会治理的主体参与、动能发挥和权利保障的效果。本文认为，社会治理法治化法理表达需要学术体系、学术话语、学科交叉的创新，[3]只有嵌入社会治理的本质特征和面向社会治理的社会化背景，才能有理想可期且务实管用的法治化前景。社会治理社会化背景主要表现为社会主体在党委领导和政府负责的基础上运用社会权力参与社会治理的景象，这一背景下的法治化前景就应该是通过法治促进和保障社会治理社会化内涵的实现。社会治理法治化的法理表达就是要通过法治赋权以保障社会主体的充分参与和社会权力动能的充分发挥，使得社会治理社会化得到保障和社会治理法治化有

---

1 蔡宝刚，扬州大学法学院教授、院长，博士生导师，中国法治现代化研究院研究员。本文为国家社科基金重点项目“新时代加强道德立法的理据与进路研究”的阶段成果。

2赵军：《社会治理法治化的本土及创新之维----以交通辅警‘触立警务”问题为中心》，《法律科学》2019 年第 3 期。

3面对社会治理的时代主题，一些法学家如张文显、徐汉明等提出要构建社会治理法学，张文显教授提出：“社会治理法学不仅要研究社会治理法律、依法治理，而且要研究社会治理现代化和社会现代化的深层次法理问题，凝练社会治理的法理概念、命题、话语，构建科学的理论体系，使社会治理法学融入中国法学新时代的潮流。”张文显：《加快构建社会治理法学“三大体系” 助推社会治理现代化》，http://wellan.zuel.edu.cn/2019/0709/c1675a221492/page.htm.2020 年 9 月 15 日访问。

的放矢。

一、社会治理社会化之社会主体参与

社会治理社会化引发治权主体的嬗变，社会主体参与是社会治理社会化的基本背景和显著标志。党的十八届三中全会明确提出了“社会治理”的概念，使得社会治理成为我国国家治理体系中的重要组成部分。我国对于社会治理的认识和实践有一个逐步深化和完善的过程，“中华人民共和国成立以来，中国共产党领导人民在实践中不断探索有效治理社会的理论和制度，历经社会管制、社会管理、社会治理三个历史阶段”，[4]而从管制到管理再到治理所展现的理念变迁和实践操作主要表现为不断社会化的走向，体现的是社会治理的社会化属性。社会治理社会化就是“要在发挥好党委领导、政府主导作用的同时，引导社会成员增强主人翁精神，激发社会自治、自主、能动力量，让大众的问题由大众来解决。”[5]社会治理社会化是一个系统工程，包括参与主体、任务、目的和手段等方面的社会化，但其中最为重要的是社会治理主体的社会化，即除了有政府主体之外还需要其他社会主体的广泛参与，形成各类社会主体参与的“共建共治共享”格局，展现一幅不断回归社会属性的社会化景象，[6]社会治理“要使各种社会主体天然地成为社会活动的发起者、组织者、决策者、参与者、享有者，成为社会治理中最活跃、最具有活力的因素。”[7]这也就是习近平总书记在党的十九大报告中明确指出的“有事好商量，众人的事情由众人商量。”在党委领导和政府负责的前提下，发挥社会主体的主动性和积极性是创新社会治理的基本路径和重要归宿，且成效不断得以彰显。缕析这些社会主体及其参与状况，对于加强和创新社会治理具有重要意义。

一是公民是社会治理的基本主体。公众参与是社会治理体系中的重要组成部分，是构建社会治理共同体的基本要求。社会治理的根本途径就是要“鼓励人民群众参与，通过引入社会力量，以社会组织和社会资源为基础，从而实现多主体合作治理，”[8]公众参与的积极性、广泛性和有效性体现社会治理的本质属性和最终效果。公众是由公民个体组成的，公民个人既可以通过参加社会组织及其活动参与社会事务治理，也可以以个体的形式参与社会治理，体现的是一种民主化进程。西方学者认为，治理民主化的理由与个人和团体的解放有关，公民参与因而被看作是一种“民主的学校”，“在这个学校里，个人可以学者就大众利益和公共事务进行理性辩论。”[9]在我国，公民参与社会治理是社会治理体系和社会治理共同体中的重要环节，是人民主体地位和社会主义民主的重要体现，只有坚持人人

4张文显：《新时代中国社会治理的理论、制度和实践创新》，《法商研究》2020 年第 2 期。
5孟建柱：《加强和创新社会治理》，《人民日报》2015 年 11 月 17 日。
6有学者总结了社会治理所带来的理念转变，“‘社会治理’的产生反映的是从控制思维到解决问题的转变、从维稳思维到维权思维的转变、从单一主体到多元主体的转变、从人治到法治的转变、从单向度到体系化的转变。”陈天祥：《“社会治理“的又一次理论飞跃》，《国家治理》2019 年第 41 期。
7卓泽渊：《推动社会治理的社会化与法治化》，《中国司法》2017 年第 11 期。
8宋英猛：《多元主体参与市域社会治理的实现路径》，《社会治理》2019 年第 12 期。
9[法]马里昂·卡雷尔：《参与的指令或赋权？参与的重大问题》，载[法]柯蕾主编：《公众参与社会治理：法国社会学家清华大学演讲文集》，李华、林琳、陶思源译，中国大百科全书出版社 2018 年版，第 188 页。

有责、人人尽责、人人享有，社会治理才会卓有成效，“在这个共同体中一切人都为了每个人；‘一即一切’，‘人’再微小也是社会治理共同体的主体，生活在共同体中的每个人都为了一切人。”[10]在我国社会治理的进程中，普通公民的积极参与已经成为加强和创新社会治理的重要力量，公民参与社会治理的主动性和积极性不断提高。各地采取了诸多鼓励和加强公民参与社会治理的重要措施，个人参与社会治理的成效不断彰显，如北京市在群防群治领域有全国闻名的五张名片，即“西城大妈”“朝阳群众”“海淀网友”“丰台劝导队”“网警志愿者”，他们在社会治理中发挥了非常大的作用。[11]公民参与社会治理是加强和创新社会治理的基础工程，没有公民个体的正确认知和积极作为，其他社会主体的参与就失去了基础和动力，也不可能形成社会治理的体系与格局，“社会治理实现多元主体必须解决个体化的忧虑，否则就是根基不稳的大厦，即使勉强组织起来最终也不免坍塌的命运。”[12]但总体看来，目前人们常忽视社会治理中个人主体的意义，公民个人在社会治理的作用还没有能够充分发挥，公民参与社会治理的主动性、积极性和创造性有待提升，“在党和政府的引导之下提升基层群众的社会参与是当前以及下一步社会治理建设的关键所在。”[13]

二是企业是社会治理的重要主体。企业是以营利为目的社会单位和组织类型，企业作为市场主体承担社会责任已成为当前我国社会治理的一个重要方式。由于企业涉及的数量多、人数多、事务多，通过企业的社会治理事关整个社会治理的成效，国家统计局发布的新中国成立 70 周年经济社会发展成就报告显示，截止 2017 年，我国企业数量增加到 1809.8 万个，占全部法人单位的 82.2%，5 年间增长了 118.4%，年均增长 16.9%，机关和事业单位合计占全部法人单位的比重仅为 4.9%。[14]自从我国“单位制”逐渐退出历史舞台，现代企业成为中国特色社会主义社会治理的重要主体，“社会企业同时追求经济目标与社会目标，有着造福社会、促进公益的能力，同时接受政府、公众等更多的外部监督，并促使其建立起严格、高效、公平、透明的管理体制。”[15]企业在注重经济效益的同时，也要承担一定的社会责任，英国学者谢尔顿提出的“企业社会责任”概念成为企业参与社会治理的理论依据，“企业社会责任功能的定位在于其所处社区的社会服务与社会利益，指向的是对企业股东以外的其他社会主体的职责与义务，涵盖内部员工、外部环境、社区、公众，旨在提升社会福利、维护社会秩序、化解企业与内部职工间的矛盾以及解决因参与外部竞争而引发的社会矛盾，而这正是社会治理。”[16]在企业内部，规章制度对于企业成员来说具有很大的约束力，甚至在某种意义上看是具有决定性的约束力，对于化解内部的社会矛盾具有得天独厚

10张文显：《新时代中国社会治理的理论、制度和实践创新》，《法商研究》2020 年第 2 期。

11根据北京市公安局的统计数字显示，仅 2015 年一年时间，“西城大妈”提供的涉恐线索就有 72 条，协助侦破的涉恐案件多达 128 件。到 2018 年，“西城大妈”人数已近 10 万，她们不计回报地投身社区工作、社会治安、便民服务，在邻里守望、民意收集、矛盾调解、秩序劝导、特殊人群帮扶、治安防控、提供案件线索上屡屡建功。”姜坤：《新时代市域社会治理现代化初探》，《社会治理》2019 年第 11 期。

12柳青、柴晋芳：《个体再嵌人:实现杜会治理“主体多元化”的新思路》，《改革开放》2017 年第 7 期。

13王海宇、谢昕：《中国特色社会主义社会治理道路的与时俱进----单位制时代与新时代社会治理制度的对比》，《北京航空航天大学学报》2020 年第 2 期。

14参见林火灿：《十八大以来企业数量进入爆发式增长阶段》，《经济日报》2019 年 8 月 27 日。

15金锦萍：《论基本公共服务提供的组织形式选择——兼论营利法人与非营利法人分类的规范意义》，《当代法学》2018 年第 4 期。

16李文祥：《企业社会责任的社会治理功能研究》，《社会科学战线》2015 年第 1 期。

的优势。在企业外部，“要充分发挥企事业单位在资源、技术、人才等方面的优势，调动他们参与社会治理的积极性，为维护公共安全发挥更大作用”。[17]十九届四中全会指出，“全心全意依靠工人阶级，健全以职工代表大会为基本形式的企事业单位民主管理制度，探索企业职工参与管理的有效方式”，为加强企业参与社会治理提出了要求和指明了方向。根据我国民法典第七十六条、第八十七条对法人的分类以及第一百零二条对非法人团体的规定，作为社会治理主体的企业包括有限责任公司、股份有限公司和其他企业法人等营利法人和以个人独资企业、合伙企业、不具有法人资格的专业服务机构等为代表的非法人组织，这些企业在社会治理中发挥着越来越重要的作用。如在此次新冠疫情防控与治理过程中，为满足医疗物资供应需求，应急物资类制造企业加班加点生产口罩、防护服；为满足疫区生活物资供应需求，合作社、合伙企业等纷纷捐款捐物；物流企业承担起物资运输的重任，协助政府部门进行救援物资调度，及时弥补了非营利法人不能及时配送医疗捐赠物资的缺口。同时，在企业内部，为防止人员流动、疫情扩散，大多数企业均采取停产停业的防控措施，以牺牲经济效益的代价换取了防疫抗疫的决定性胜利，这些都是企业深度履行社会责任、参与社会治理的表现。

三是基层自治组织是社会治理的主要力量。基层社会治理面广量大事多，直接面对群众，基层自治组织在整个社会治理主体中占有特殊重要位置，是建设人人有责、人人尽责、人人享有的社会治理共同体和共建共治共享的社会治理格局的基础工程和重要环节，在当前社会治理社会化的过程中发挥着越来越重要的主力军作用。随着单位制的解体，社会治理的任务逐渐向基层自治组织转变，我国社会治理的一个显著特征就是治理结构的下移，而基层自治组织是这种下移的最后层级，日益承载着社会治理的重要使命和繁重任务。我国基层自治组织指的是居民委员会和村民委员会，我国《宪法》第一百一十一条规定：“城市和农村按居民居住地区设立的居民委员会或者村民委员会是基层群众性自治组织”，在根本大法中规定居民委员会和村民委员会的自治组织性质。党的十八大以来，党中央大力推进基层社会治理，鼓励和支持基层群众自治，并通过法律的形式予以确认。2018 年 12 月修改的《中华人民共和国村民委员会组织法》第二条规定：“村民委员会是村民自我管理、自我教育、自我服务的基层群众性自治组织，实行民主选举、民主决策、民主管理、民主监督。”2018 年 12 月修改的《中华人民共和国城市居民委员会组织法》第二条规定：“居民委员会是居民自我管理、自我教育、自我服务的基层群众性自治组织。”这两部法律的修改把握住村民自治与市民自治的共同规律，为基层群众自治进行社会治理设定了明确的权利和义务。2017 年中共中央、国务院印发的《关于加强和完善城乡社区治理的意见》指出，城乡社区是社会治理的基本单元，城乡社区治理事关党和国家大政方针贯彻落实，事关居民群众切身利益，事关城乡基层和谐稳定。党的十九届四中全会指出，“在城乡社区治理、基层公共事务和公益事业中广泛实行群众自我管理、自我服务、自我教育、自我监督，拓宽人民群众反映意见和建议的渠道，着力推进基层直接民主制度化、规范化、程序化。”

17孟建柱：《加强和创新社会治理》，《人民日报》2015 年 11 月 17 日。

四是社会组织在社会治理中扮演着重要角色。社会组织是指由一定数量的社会成员按照一定的规范并围绕一定的目标聚合而成的社会群体。对于社会组织的概念和范围存在不同的说法，社会组织一般是指在政府部门和以营利为目的的企业之外的组织形式，自治性、独立性、非营利性和公益性等是其主要的特征。由于社会组织具有专业性和公益性，这些社会组织在其专业领域对社会做了极大的贡献，是推进社会治理社会化进程最重要的助力，“社会越变得复杂，则政治组织被迫发展出来的社会专业部门越发挥更多的作用。政治组织不得不将更多的功能移转给其他的社会机关。国家愈益限制它自己，致力于法律的执行，而将道德、习惯及伦理准则的推行留给地方团体、同业机关或这类的社会组织。”[18]个人通过加入一定的社会组织更能够充分发挥自身的力量，“它是以其组织优势，整合了其成员及其所代表和所联系的群体的意志和权利，结成一股有纲领、有组织的社会力量，‘化合’而成集体权力，乃至形成一种具有较大的威慑力的压力集团或社会势力，发挥其对社会、国家以及对国际社会的影响力和支配力”。[19]社会组织能够充分发挥其对内和对外的两方面作用，公民对内通过自愿性结社组织能够直接参与治理自己的事务，充分显示民间世界的生机和活力，对外能够结社组织能够监督国家行为，成为自主权力中心。[20]我国有多种社会组织形式，如人民团体、行业组织、中介组织、公益组织和志愿组织、学术与文化组织、宗教团体、民主党派等。虽然我国的社会组织仍然存在着主体自治性不足、社会资源缺乏、公信力不够等诸多问题，但随着我国不断强调并强力实施简政放权，在政府放权已成为不可逆转的趋势的情况下，社会组织承担越来越多的社会治理任务也是不可逆转的。2017 年 6 月中共中央、国务院发布《关于加强和完善城乡社区治理的意见》提出，要“大力发展在城乡社区开展纠纷调解、健康养老、教育培训、公益慈善、防灾减灾、文体娱乐、邻里互助、居民融入及农村生产技术服务等活动的社区社会组织和其他社会组织。”党的十九届四中全会提出：“发挥群团组织、社会组织作用，发挥行业协会商会自律功能，实现政府治理和社会调节、居民自治良性互动，夯实基层社会治理基础”。但随着社会治理中心的不断下移，一些社会组织还没有能够或无力及时担负起政府放权的治理任务，因而出现了一些领域治理的“权力真空”状态，这就在客观上使得加强社会组织建设和促进社会组织成长已经刻不容缓。

二、社会治理社会化之社会权力作为

社会治理社会化引发治权方式的嬗变，社会权力的积极作为是社会治理社会化的重要背景和基本特质，理解和实践社会治理需要引入社会权力的概念、注重社会权力的研究和发挥社会权力的作用。社会权力是权力的一种重要类型，“权力----不仅仅限于政府的权力----权力是能够产生强制性服从的能力，因此他和强制性的权威以及施行压制的能力相

18[美]博登海默：《法律与其他社会控制力量的差别》，潘汉典译，《中国法律评论》2014 年第 4 期。
19郭道晖：《社会权力与公民社会》，译林出版社 2009 年版，第 161 页。
20参见双艳珍：《中间性团体：预防权力腐败的天然屏障----对托克维尔<旧制度与大革命>的解读》，《攀登》2014 年第 6 期。

关。”[21]一般说来，根据权力主体的属性来分类和判断权力的属性，如果权力的主体属于公共主体，其行使的权力就属于公共权力，如政府的权力，如果权力的主体属于社会主体，其行使的权力就属于社会权力，如社会组织的权力，“社会权力就是社会主体，主要是指人民、社会组织，以他所拥有的社会资源，这个资源包括经济的、物质的等等，对国家和社会的影响力，支配力，强制力。”[22]在资本主义社会中，资本是一种社会力量，“是一种社会权力；每个资本家都按照他在社会总资本中占有的份额而分享这种权力，”[23]资本的社会权力常常有与国家权力结为同盟或直接嵌入到国家权力之中。福柯认为，传统权力理论有着诸多值得质疑和需要改进的方面，人们总是将权力图解为法律形式，这是以一种奇特的限制方式被界定的，“如果我们在看待权力的时候，仅仅把它同法律和宪法，或者是国家和国家机器联系起来，那就一定会把权力的问题贫困化。”[24]因此，权力是多元的和分散的，而非只是来自于国家和法律；权力是无处不在的，是一张无处不在的网络，它在无数的点上被运用；权力关系将我们建构成主体或个人，离开在权力关系中所扮角色的能力，我们不能界定我们自己，也不知道我们是谁，权力具有生产性，权力不仅仅具有否定性和压抑性还有肯定性和积极性的一面；权力与知识密不可分，权力对知识与知识对权力相互作用。

社会主体参与社会治理是社会治理社会化的重要体现，而社会主体有能力参与社会治理是社会治理社会化的基本要求。社会治理必须不断塑造和培养社会治理的内生动力，社会主体拥有一定的权力参与到社会治理之中是解决加强和创新社会治理的关键因素和核心问题，或言之，如果社会主体没有一定的必要的权力，就无法参与或即使参与也难有作为，“权力是社会治理过程中的核心构成要素，没有任何一个治理行动能够摆脱与权力之间的联系，也没有任何一个行动者能够对权力视而不见。”[25]从社会治理社会化角度看，政府权力即公共权力的推动社会治理必不可少，但社会主体的社会权力的作为则更为重要。社会权力的能量来源于社会主体所掌握的社会资源，如经济、社会、文化资源等，正如涂尔干认为，‘每一社会事实都是一种社会力量，而且是一种支配我们的力量的力量。”[26]社会主体参与社会治理行使的是一种社会属性的权力即社会权力，创新社会治理必须发挥社会权力机制的作用，社会权力是推进社会治理社会化的主要动能，社会权力的积极作为是实现社会治理社会化的基本动能和关键因素。正如有学者提出，只有从社会是独立权力主体出发，尊重社会权力的研究和促进社会权力成长，而不是仅仅多了点同情和怜悯，才能正确地界定国家和社会的行为边界，真正形成科学合理有效的国家治理现代化体系，“理论和实践中对社会权力的关注，应将社会权力作为社会治理研究的中心视阈，不是研究如何对其进行限制，而是研究如何更好地规范和促进其发展，进而更好地激发社会活力。”[27]

对社会权力的作用有各种解释，其中福柯的解释是微观细致的。他所理解的权力是一

21[美]奥尔森：《权力与繁荣》，苏长和、嵇飞译，世纪出版集团、上海人民出版社 2005 年版，第 2 页。
22郭道晖：《论社会权力----社会体制改革的核心》，《中国政法大学学报》2008 年第 3 期。
23马克思：《资本论》(第 3 卷)，人民出版社 1975 年版，第 218 页。
24[法]米歇尔·福柯：《权力的眼睛----福柯访谈录》，严锋译，上海人民出版社 1997 年版，第 161 页。
25鹿斌：《社会治理中的权力：内涵、关系及结构的认知》，《福建论坛》2020 年第 4 期。
26[法]E·迪尔凯姆：《社会学方法的准则》，狄玉明译，商务印书馆 1995 年版，第 107 页。
27郑芳；《国家治理视阈中的社会权力研究》，《前沿》2014 年第 12 期。

种区别于国家权力的规训权力，“我们有关权力本质的研究，不应该指向统治权的法律大厦、国家机器和与之相伴的意识形态，而应该指向权力的支配和具体操作者，指向臣服的形式和在局部系统的运用及变化，指向战略的机器。”[28]社会权力在诸多方面扮演着重要的社会治理角色，能够嵌入到社会治理的诸多领域。福柯认为，社会权力各类主体能够广泛参与到各种裁判之中，“我们生活在一个教师----法官、医生----法官、教育家----法官、‘社会工作者’----法官的社会里。规范性之无所不在的统治就是以他们为基础的。每个人无论自觉与否都使自已的肉体、姿势、行为、态度、成就听命于它”。[29]社会权力能够成为对整个社会的规训力量，穿行于各个社会关系网络之中，比之于国家权力和法律等宏观权力的作用效果更加突出而有力，“我们的社会，不是由军队、警察和集权化的庞大国家机器，而是由这些驯化的、监督的技术和在‘监狱’机构来起作用的泛化权力所维系”。[30]社会权力还可以成为国家权力的有效支撑，依靠这种去中心化的社会性权力便使得国家得以进行有效的国家治理和社会管理，这种社会权力成为国家机器和各种机构得以运作的基础，正是通过密如蛛网、细如毛细血管般的规训权力机制的介入和调整，现代法治社会才被有效地组织起来，国家权力才有了一定的社会支撑。因此，福柯提出，我们不要在它们的中心分析权力的规则和合法性，而“要在权力运转离法律愈来愈远的极端处把握权力。”[31]

当代社会治理面临复杂的社会关系、社会问题、社会矛盾、社会风险，加之处于百年未遇的世界大变局之中，国家权力不可能深入到社会生活的各个方面进行社会治理，诸多的社会事务需要让位于社会权力进行调整，“传统的政府，因其垂直的上下关系、臃肿的治理体系以及事事都要横加干涉，无法适应极速变化的经济、社会、文化环境。”[32]我国改革开放以来，随着计划经济向市场经济的过渡与发展，国家权力逐渐向社会权力转移，简政放权、回归社会成为一条改革开放的主线，“改革开放一个很重要的任务就是如何实现‘两个解放’：一是把本应属于社会自治的功能、社会的权力，从国家权力中解放出来；二是从中央集权的国家权力里面，给予地方一定的自治权。”[33]社会权力的行使作为一种重要的治理方式正在得到认同和得以运用，现代社会中的每个社会权力主体都可以基于微观权力机制可以成为治理的角色，发挥着社会治理中的独特和天然优势，不仅会对社会纠纷的发生敏感度高，而且解决问题的方式更灵活，程序启动更便捷，因而效率更高、效果更好。“社会治理的能量根源于社会的细胞，社会治理的活力在于参与社会治理的群众，”[34]个人、企业、学校、医院等社会权力主体在各自不同的范围内不断发挥其支配力和影响力，对于社

28[法]米歇尔·福柯：《权力的眼睛—福柯访谈录》，严锋译，上海人民出版社 1997 年版，第 236 页。
29[法]米歇尔·福柯：《规训与惩罚：监狱的诞生》，刘北诚、杨远婴译，三联书店 1999 年版，第 349 页。
30[英]阿兰·谢里登：《求真意志----米歇尔·福柯的心路历程》，尚志英，许林译，上海人民出版社 1997 年版，第 198 页。
31[法]米歇尔·福柯：《必须保卫社会》，钱翰译，上海人民出版社 1999 版，第 26 页。
32[法]阿里·卡赞西吉尔：《治理和科学：治理社会与生产知识的市场式模式》，黄纪苏编译，载俞可平主编：《治理与善治》，社会科学文献出版社 2000 年版，第 128 页。
33江平：《改革的重要目标，扩大社会权力》，《中国改革》2008 年第 3 期。
34参见郭晔：《新时代社会治理现代化的法理思辨----“社会治理的法治思维和法理思维”学术研讨会述评》，《治理研究》2019 年第 2 期。

会纠纷的化解、社会秩序的形成、特定社会结构的形成起到越来越重要的作用，[35]无论是国家治理还是社会治理都离不开社会权力的作用，社会权力有其自身独特的主体性和能动性，“实践已经证明，在社会治理的过程中，社会权力是一支不可忽视的力量，为社会的发展和人民福社的实现发挥着积极的作用。”[36]但总体说来，在社会治理实践中还缺乏对社会自身力量培育的关注，社会权力作为独立权力机制在治理中长期缺席，社会权力的作用常为人们所忽视，社会权力的动能没有能够很好地发挥出来。而且，学界对社会权力也缺乏研究，如在传统法学视野中，人们常常重视的是国家或政府的公共权力的研究和行使，而对于与之相对应的社会主体的社会权力则少有涉及，在加强和创新社会治理的背景下，需要我们在法理上对社会权力问题引起足够的重视，“期盼着后之来者能更精确地探索出一套规范权力、驯化权力以及激发良性社会权力的理论与制度架构，这应当是一切有良知的法学者的历史使命”。[37]

三、社会治理社会化之法治保障需求

学界近年来对社会治理问题研究颇丰，但对社会治理社会化问题缺乏足够认知和应有研究，社会治理实践中“对‘社会’的忽视是社会治理领域存在的一大突出问题，由此产生了一系列消极影响，”[38]主要表现为参与治理的社会主体类型不明、社会主体参与治理的动力机制不清、社会主体参与治理的赋权增能不足等等。如果这些问题不能解决，社会治理社会化不仅不能实现，还有可能走回社会管控的老路上去，“因为缺乏一定自治权的多元主体无法摆脱自上而下的官僚控制，无法限制公权力的扩张，与共治的开放、平等、协商的理念相背离，限制了各主体发挥各自功能和优势，无法实现共治的目标，重新折回到一元治理模式。”[39]社会治理社会化是“以人民为中心”社会治理理念的根本要求和体现，习近平总书记指出，社会治理是一门科学，要尊重人民主体地位和首创精神，要动员组织社会力量共同参与，“创新社会治理，要以最广大人民根本利益为根本坐标，从人民群众最关心最直接最现实的利益问题入手。”[40]社会治理社会化命题对于新时代加强和创新社会治理具有极为重要的方向性意义，具有撬动“治理制度转型”与“学术话语转型”的深层意义，“这一命题既是中国社会情势发生变化、治国理政思路转换的新选择，又是中国理论界‘知识转型’的新起点。”[41]但总体看来，近年来我国社会治理实践中社会主体参与的积极性需要提高、动力与活力需要激发，正如有学者提出，“尴尬处境下的社会以及社会组织和弱势的民众群

35社会纠纷解决中的社会权力主要表现为:奖赏权力、强制权力、法定权力、参照权力、专家权力、信息权力。
Dean E.Frost,Anthony J.Stahelski.The systematic measurement of french and raven’s bases of social power in workgroups. Journal of Applied Social Psychology, Volume 18, Issue 5,1988:375-389.
36王宝治：《社会权力概念、属性及其作用的辨证思考----基于国家、社会、个人的三元架构》，《法制与社会发展》2011年第4期。
37郭道晖：《认真对待权力》，《法学》2011年第1期。
38陈朋：《社会治理重在“社会”》，《学习时报》2019年4月10日。
39参见王名、蔡志鸿、王春婷：《社会共治：多元主体共同治理的实践探索与制度创新》，《中国行政管理》2014年12期。
40中共中央文献研究室编：《习近平关于社会主义社会建设论述摘编》，中央文献出版社2017年版，第129页。
41吴晓林：《“社会治理社会化”论纲----超越技术逻辑的政治发展战略》，《行政论坛》2018年第6期。

体是制约我国社会治理的主要困境，”[42]“公众参与社会治理是我国社会治理创新中主要的环节，也是目前最为薄弱和最需要加强的环节，因此成为一个需要格外关心的风险点和创新点。”[43]如何解决社会主体有效参与社会治理问题已成为创新社会治理的重要使命，途径和方法是多元的，但其中通过制度尤其是法治创新是重要出路，“法治作为治理的基本方式，需要与治理的主体、情境、对象、目标、结构等诸方面相契合。”[44]

习近平总书记指出：“加强和创新社会治理，关键在体制创新，核心是人。”[45]调动人尤其是社会主体参与社会治理的积极性、提升社会主体参与社会治理的能力是解决社会治理社会化问题的关键，而解决这一问题的关键是要靠制度尤其是法治的激励和保障。社会治理的社会化与法治化密不可分、互相促进，社会治理的法治化是社会化的重要保障，党的十九大报告明确提出，要“提高社会治理社会化、法治化、智能化、专业化水平”，确认了提高社会治理的社会化和法治化水平是新时代社会治理的重要任务，并将这一任务嵌入于社会治理体制之中，即“加强社会治理制度建设，完善党委领导、政府负责、社会协同、公众参与、法治保障的社会治理体制”。十九届四中全会进一步提出，“完善党委领导、政府负责、民主协商、社会协同、公众参与、法治保障、科技支撑的社会治理体系，建设人人有责、人人尽责、人人享有的社会治理共同体”，进一步明确了社会化举措必须依靠法治化保障的理念和要求。习近平总书记最近在经济社会领域专家座谈会上的讲话中指出，要加强社会治理，以适应“十四五”时期社会结构、社会关系、社会行为方式、社会心理等深刻变化，“要完善共建共治共享的社会治理制度，实现政府治理同社会调节、居民自治良性互动，建设人人有责、人人尽责、人人享有的社会治理共同体。”[46]习近平总书记的讲话充分体现了社会治理社会化与法治化的需求，人人参与社会治理共同体的构建需要社会治理制度尤其是法治的支撑和保障，“社会治理应该走法治化的道路，这已经成为一种社会共识。”[47]解决社会治理社会化缺失和加强社会治理法治化有两方面法治路径，一是政府职能的转变，政府放权或对政府限权是一种面向，作为公共权力主体的政府始终在社会治理中发挥着重要的推进作用，但在社会治理中对于政府权力的态度更多考虑的是要划清政府的权力边界、限缩对于社会领域事务的过多干预，“它不是强化公共权力，而是软化公共权力，使公共权力增添温和的、充满人性的色彩，”[48]这一面向的法治观念和措施已经得到足够重视和贯彻实施。二是社会参与的保障，社会治理社会化的关键是要解决社会主体有能力参与社会治理，而有能力则需要在法治的框架下让社会主体不仅有权力而且有权利参与治理的全过程，社会治理法治化既是对整个社会治理过程的总体要求，更是实现社会治理社会化的制度保障，“如何进一步在政府自身改革的基础上，激发社会内在活力，使其与其他治

42黄建军：《从社会管理到社会治理的多维困境》，《探索》2014 年第 2 期。
43胡仙芝：《公众参与制度化：社会治理创新的突破点》，《人民论坛》2014 年第 13 期。
44杜辉：《面向共治格局的法治形态及其展开》，《法学研究》2019 年第 4 期。
45《习近平在参加上海代表团审议时强调 推进中国上海自由贸易试验区建设 加强和创新特大城市社会治理》，《人民日报》2014 年 3 月 6 日。
46习近平：《习近平在经济社会领域专家座谈会上的讲话》《人民日报》2020 年 8 月 25 日。
47刘作翔：《关于社会治理法治化的几点思考----“新法治十六字方针”对社会治理法治化的意义》，《河北法学》2016 年第 5 期。
48张国清：《社会治理研究》，浙江出版联合集团、浙江教育出版社 2013 年版，第 3 页。

理主体形成有效的对接和合作，也将成为中国社会治理转型的焦点。”[49]

社会治理的社会化与法治化必须同步推进和相互促进，没有法治化保障的社会化只能是空中楼阁，“要使社会治理因社会化而深刻，因法治化而稳定，将社会化与法治化有机地结合起来，是中国社会治理良性发展的必由之路和康庄大道。”[50]从学理逻辑和中央文件精神来看，社会治理社会化需要法治化保障，为了适应这一需求，社会治理的法治化应该立基于社会治理社会化背景，社会治理的社会化属性催生法治化，社会治理的法治化保障社会化实现，社会治理的法治化是以社会化为背景的法治化，面向社会治理社会化是社会治理法治化建设的基本路向。“全面依法治国，涉及社会生活的许多方面，但社会治理回归社会是最主要、最核心的方面，”[51]社会治理法治化属于法治社会建设的重要内容，习近平总书记指出：“建设法治社会就是坚持以人民为中心，通过完善以民生为重点的社会领域立法、健全社会矛盾纠纷预防化解机制、全面落实依法行政、提升法律服务质量、夯实基层社会治理、培育社会法治精神等多种方式推进社会治理的法治化、现代化、体系化。”[52]因此，从以上的分析可以看出，社会治理区别于以往社会控制和社会管理的根本之处在于社会治理的社会化，而社会治理的社会化根本之处在于社会治理主体的社会化参与，即社会主体广泛参与到社会治理的过程和进程之中，这既是社会治理的本质特征，也是党的文件多次强调并体现在社会治理体系和社会治理格局之中的主旨。因此，社会治理法治化的研究与推进必须针对社会治理社会化的基本背景，尤其是针对社会治理中的社会主体类型以及社会权力机制确定法治化面向、设定法治化措施，“社会治理要获得尽可能普遍的正当性与可接受性，就要保障各社会主体有序、有效、公平、公正地参与社会治理，充分发挥其应有的治理功能。”[53]

四、社会治理社会化之法治赋权增能

社会治理社会化需要法治化保障，从社会治理主体及其运用的社会权力的法治化保障来看，社会治理法治化的前景应该是赋予社会主体更多的参与社会治理的权利，这些权利是社会主体实现共建共治共享的前提，“在治理语境下，多元主体要展开共同合作，一般以非政府主体得到赋权为基础。换言之，没有赋权就不会有治理。”[54]如果社会主体仍然凭借某种资源优势获得的社会权力参与社会治理，那么参与的动力和能力是难以持续也难以保障的。只有通过法治的赋权，给所有参与社会治理的社会主体相应的法定权利，才能激发社会主体的参与意识、增强社会主体的参与能力和实现社会主体的参与目标，“在共治结构下，要实现依法治理，首先要解决治理权的法定化问题，即所有治理主体的行为均要在法律上找到明确依据或概括授权。”[55]也就是说，社会主体的社会权力作为可以凭借社会主体

49李友梅：《当代中国社会治理转型的经验逻辑》，《中国社会科学》2018 年第 11 期。
50卓泽渊：《推动社会治理的社会化与法治化》，《中国司法》2017 年第 11 期。
51蒋德海：《社会治理回归社会路径研究》，知识产权出版社 2015 年版，第 2 页。
52习近平：《完善中国特色社会主义社会治理体系----努力建设更高水平的平安中国》，《人民日报》2017 年 9 月 20 日。
53段传龙：《论我国社会治理社会化的路径》，《中州学刊》2018 年第 8 期。
54吴晓林、张慧敏：《社区赋权引论》，《国外理论动态》2016 年第 9 期。
55杜辉：《面向共治格局的法治形态及其展开》，《法学研究》2019 年第 4 期。

的现实资源，但更为重要的是要来自于国家法律的权利赋予，权利蕴涵着权力，社会主体权利的不足势必会造成其社会权力行使能力的不足，“社会权力在民主法治国家下并不会被消除，但其存在形式将由起伏不定的政治形态演变为确定的法律形态或权利形态。”[56]因此，社会主体的社会权力是驱动社会治理的内生力量，社会主体的权利赋予是驱动社会治理的重要保障，“应当树立‘权力有限，社会有为’的理念，对社会赋权增能。社会赋权增能，意即赋予社会相应的资源和权利，激发公民社会意识，增强社会力量参与治理的能力的过程。”[57]党的十九届四中全会明确提出，要健全充满活力的基层群众自治制度，拓宽人民群众反映意见和建议的渠道，着力推进基层直接民主制度化、规范化、程序化，健全企事业单位民主管理制度，保障职工群众的知情权、参与权、表达权、监督权。这些规定和要求为社会治理的法治化前景指明了方向，为社会治理中的社会主体赋权增能提供了依据。

一是为公民参与社会治理赋权增能。“社会治理主体多元化的力量源于国家首先完善制度管理、健全保障个体权利的机制，有保障的个体才能在公共领域形成合力。”[58]我国已经建立了以宪法为主导、以一般法律法规为主线的保障公民参与权利的相关法律制度。在民事权利保护方面，我国《民法典》对公民权利保护体系的完善将会大力调动和维护公民参与社会治理的热情和动力，让社会主体更有安全感和获得感，从而更加自觉和积极地参与社会治理，“保障个人的人格尊严，维护个人的人身安全，这就可以在激发个人活力和创造力的同时，充分发挥个人在国家和社会治理中的作用，而不是仅仅将个人看作被管理的对象。”[59]在民主政治权利保护方面，公民参与社会治理主要是对社会公共事务的治理，更为重要的是保障公民的民主政治权利。我国现行宪法对公民参与有着较为全面的规定，如第二条明确规定，人民依法通过各种途径和形式管理国家事务，管理经济、文化和社会事务。第三十五条规定公民有言论、出版、集会等自由。第四十一条规定公民有提出批评和建议的权利和提出申诉、控告或者检举的权利等等，宪法为公民参与社会治理提供了根本大法的保障。十八大报告提出了关于保障人民知情权、参与权、表达权、监督权是权力正确运行的重要保证的思想。十九大报告进一步指出：“加强人权法治保障，保证人民依法享有广泛权利和自由。巩固基层政权，完善基层民主制度，保障人民知情权、参与权、表达权、监督权”，党的十九届四中全会明确提出了“保障职工群众的知情权、参与权、表达权和监督权”，进一步深化了完善公民权利保障体系的要求。我国的公民民主政治权利的保障已经具有了基本的法律制度保障，但是在保障公民的知情权、参与权、表达权、监督权等方面还有待健全和完善，这些重要的权利有些还只存在于宣誓层面和抽象表达，一些权利还停留在概念和规划的层面而难以得到有效地落实，从而影响公民参与社会治理的动能和效能。只有公民的民主政治权利得以切实维护，社会权力才能够得以有效行使和保障，完善和落实公民的知情权、参与权、表达权、监督权保障措施，是为社会治理赋权增能的基础工程和关键所在。

56胡水君：《法律与社会权力》，中国政法大学出版社 2011 年版，第 20 页。
57吴晓林：《“社会治理社会化”论纲----超越技术逻辑的政治发展战略》，《行政论坛》2018 年第 6 期。
58柳青、柴晋芳：《个体再嵌人：实现杜会治理“主体多元化”的新思路》，《改革开放》2017 年第 7 期。
59王利明：《民法典:国家治理体系现代化的保障》，《中外法学》2020 年第 4 期。

二是为企业参与社会治理赋权增能。“企业基于社会责任实践创新，更合理、合效与合意地参与公共治理与社会治理成为国家治理能力现代化背景下的重大创新转向”[60]。我国民法典第八十六条规定：“营利法人从事经营活动，应当遵守商业道德，维护交易安全，接受政府和社会的监督，承担社会责任”，对企业的社会责任做出了原则性陈述，“营利法人之社会责任的基本内涵，就在于参与社会治理。”[61]《公司法》、《合伙企业法》、《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》等对公司的章程、其他企业的合伙协议的规定是企业进行内部治理的依据，是企业成员通过法定或约定的程序实现企业管理与自我管理的途径。这些法律中对企业权利义务的细化为企业独立自主地参与民商事活动、积极主动地承担起社会治理责任提供了动力。《劳动法》和《劳动合同法》则要求企业在进行内部治理时要以维护企业职工的合法权益为目的，减少用人单位与企业成员之间的冲突与摩擦，防止企业内部矛盾外溢为社会不稳定风险。司法领域也为企业的赋权增能提供法律保障，最高人民法院先后出台《关于依法平等保护非公有制经济促进非公有制经济健康发展的意见》、《关于充分发挥审判职能作用切实加强产权司法保护的意见》、《关于充分发挥审判职能作用为企业家创新创业营造良好法治环境的通知》等文件，进一步加大了对企业知识产权的司法保护力度，依法平等保护企业家合法权益，切实维护企业家人身和财产安全。最高人民检察院先后制定实施了《关于充分发挥检察职能依法保障和促进非公有制经济健康发展的意见》、《关于充分履行检察职能加强产权司法保护的意见》、《关于充分发挥职能作用营造保护企业家合法权益的法治环境支持企业家创新创业的通知》等意见和举措，认真总结落实对企业的平等保护、纠正涉产权冤错案件等工作的经验，依法平等保护民营企业合法权益，为企业参与社会治理营造良好法治环境。虽然现行法律体系为企业的内部治理与外部治理提供了充足的法律支撑，但实践中仍存在针对企业的融资难、审批难、经营难等现实困境，磨损了企业参与社会治理的积极性。习近平总书记最近在民营企业座谈会上的讲话中推出，“要在市场准入、审批许可、经营运行、招投标、军民融合等方面，为民营企业打造公平竞争环境，要完善政策执行方式，保护企业家人身和财产安全，”其中的核心要义就是要为企业和企业家赋予更为广泛的权利。对企业的赋权增能也要分别从企业内部治理与外部治理寻求可行之策，针对职工代表大会、工会流于形式的难题，要不断完善企业自治机制，严格按照公司章程的规定或合伙协议的约定健全民主管理机制，协调内部利益、充分表达成员诉求，发挥好维护职工权益的作用。针对企业参与民商事活动权利的不足，要“为企业法人的权利能力松绑，允许企业法人从事任何法不禁止的营利或非营利事业，只要在章程中公示其目的和范围即可。”[62]通过企业权利的拓展探索企业参与社会治理的新领域和新措施，不断释放企业在社会主义市场经济中的活力，鼓励其奉献公益事业，为社会治理增添能量。

三是为基层自治组织参与社会治理赋权增能。健全基层党组织领导的基层群众自治机

60阳镇、尹西明、陈劲：《国家治理现代化背景下企业社会责任实践创新----兼论突发性重大公共危机治理的企业社会责任实践范式》，《科技进步与对策》2020 年第 9 期。
61黄文艺：《民法典与社会治理现代化》，《法制与社会发展》2020 年第 5 期。
62宋亚辉：《营利概念与中国法人法的体系效应》，《中国社会科学》2020 年第 6 期。

制，在城乡社区治理、基层公共事务和公益事业中广泛实行群众自我管理、自我服务、自我教育、自我监督。我国法律在此方面已经予以体现，如《中华人民共和国城市居民委员会组织法》规定城市居民委员会有六项权利：宣传宪法、法律、法规和国家的政策，办理本居住地区居民的公共事务和公益事业；调解民间纠纷；协助维护社会治安；协助人民政府或者它的派出机关做好与居民利益有关的公共卫生、计划生育、优抚救济、青少年教育等项工作；向人民政府或者它的派出机关反映居民的意见、要求和提出建议。总体看来，当前基层治理中自治组织的自治宗旨没有得到充分彰显，自治权利还需要进一步明确和保障，国家权力对基层自治组织的多方面介入、行政权的扩张不断挤压自治权利的生存空间，自治组织的自主性、独立性难以体现和保障，“在各种自上而下的指令构成的‘压力型’任务环境中，本来是‘群众自治组织’的居委会、村委会被事实上吸纳为行政体制的一环。”[63]在社会治理实践中，各地根据中央的要求也不断赋予基层自治组织各项权利，如 2019 年 2 月，北京市委、市政府正式印发《关于加强新时代街道工作的意见》，向街道赋予“六权”，包括：辖区设施规划编制、建设和验收参与权；全市性、全区性涉及本街道辖区范围的重大事项和重大决策的建议权；职能部门综合执法指挥调度权；职能部门派出机构工作情况考核评价和人事任免建议权；多部门协同解决的综合性事项统筹协调和考核督办权；下沉资金、人员的统筹管理和自主支配权，确保基层有充分的权力和更多的资源为群众办事、解决问题。2020 年 4 月，北京市政府颁布《北京市人民政府关于向街道办事处和乡镇人民政府下放部分行政执法职权并实行综合执法的决定》，自 2020 年 7 月 1 日起，将由市、区有关部门承担的行政执法职权下放至街道办事处和乡镇人民政府，并由其依法行使与之相关的行政检查权，实行综合执法。此次下放职权目录共有 431 项，其中涉及城管执法部门 393 项，生态环境部门 4 项，水务部门 22 项，农业农村部门 1 项，卫生健康部门 11 项。南京市 2018 年制定出台的《南京市社区工作者管理办法(试行)》、《关于规范城市社区工作者薪酬管理的指导意见(试行)》，明确了社区工作者的范围、职责、管理、考核、待遇、激励及退出机制，解决了基层自治组织在社会治理中面临的权责不清、资金不足的现实困境。民法典第一百零二条赋予了基层自治组织以特别法人的资格，由此，基层自治组织得以自己的名义独立从事民事活动，行使民事权利、履行民事义务、承担民事责任，为其参与社会活动、进行社会治理提供了依据和动力。总之，自治组织还必须回归自治宗旨，需要给基层自治组织以充分的自治空间和足够的权利保障，未来的社会治理需要在此方面进一步着力。

四是为社会组织参与社会治理赋权增能。在多元主体共同参与社会治理的框架下，以立法的形式准确定位社会组织与政府、企业、基层自治组织等其他主体之间的关系、确保社会组织的独立性与合法性地位，是以法治方式实现社会组织赋权增能的有效途径。“法治化的本质是限制政府权力，使社会组织获得独立性与合法地位，特别是政治上的独立性。法治的赋权与规范功能，也保障了社会组织的自治权与自治效力。”[64]当前，我国针对社会

63吴晓林：《“社会治理社会化”论纲----超越技术逻辑的政治发展战略》，《行政论坛》2018 年第 6 期。
64胡琦：《法治与自治：社会组织参与建构社会治理“新常态”的实现路径》，《探索》2015 年第 5 期。

组织的管理规范仅有《社会团体登记管理条例》、《基金会管理条例》、《民办非企业单位登记管理暂行条例》以及《志愿服务条例》等单项行政法规，尚未制定与宪法相衔接、适用于所有社会组织的社会组织基本法，存在立法缺位的问题。而且，这些规定的主要内容在于对社会组织的管理，更多确认的是政府与社会组织之间“管理与被管理”、“监督与被监督”的关系，更多地规定了社会组织的设立程序、组织架构、职能范围以及需要履行的社会义务，而对关系到组织发展的实体权利、主体资格等男人却鲜有涉及。“由于依靠政府‘自上而下’的传统治理机制尚未被完全打破，在各个地方实践中也暴露出了各方对社会组织认识不清晰、服务资金投入不充分、发展结构不平衡、顶层设计不系统、政府期待与社会组织行动力不匹配等发展问题。”[65]针对以上问题，党的十八大提出“加快形成政社分开、权责明确、依法自治的现代社会组织体制”，传统国家治理结构中政府和社会组织的关系，需要从前者对后者的控制转向赋权，以构建新型的合作伙伴关系。2016 年中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《关于改革社会组织管理制度促进社会组织健康有序发展的意见》，明确提出“支持社会组织在创新社会治理、化解社会矛盾、维护社会秩序、促进社会和谐等方面发挥作用，使之成为社会建设的重要主体。”该意见体现了为社会组织赋权增能的精神，如提出了降低准入门槛、稳妥推进直接登记、逐步扩大政府向社会组织购买服务的范围和规模、支持社会组织与行政机关脱钩、落实国家对社会组织各项税收优惠政策等等。还提出了加快相关法治建设的要求，如加快修订出台社会团体、基金会和民办非企业单位登记管理条例，研究制定志愿服务和行业协会商会等方面的单项法律法规、适时启动社会组织法的研究起草工作等等，这些要求为将来通过立法为社会组织进一步赋权增能奠定了基础。各地纷纷探索给社会组织赋权增能的措施和办法，如湖南省委办公厅、省政府办公厅印发《关于改革社会组织管理制度 促进社会组织健康有序发展的实施意见》，出台了 9 大方面给社会组织赋权赋能的 29 条具体政策措施。这些举措的目的就是要通过赋权强化社会组织参与社会治理的动能和效能，未来我国社会组织的法治赋权还有很大的空间。

总之，社会治理法治化既是创新社会治理的重要议题，也是新时代法治建设的重要使命，“‘社会管理’强调管控、管制、强制、控制，其目标侧重于维稳；而‘社会治理’则强调参与、平等、协商、法治，其目标侧重于维权。”[66]因此，在社会治理法治化进程中，必须紧扣社会治理社会化的基本背景，在此基础上的法治化前景就是要从社会主体参与社会治理的法权需求出发，通过法治为参与的社会主体赋予更多的法定权利，使得社会主体行使的社会权力能够得到法治保护和权利支撑，增强各社会主体参与社会治理的动能、能力和效能，从而推进社会治理与法治建设的共生互动发展。总体看来，共建共治共享，在目前以盆景居多，要变成风景，需要做的努力还很多。

65贾志科、罗志华：《新时代社会组织治理：面临的问题与路径选择》，《学术交流》2020 年第 3 期。
66陈鹏：《“社会”的兴起与中国社会治理变革》，《社会治理》2019 年第 4 期。

社会治理中公民身份转换的理论逻辑

尹奎杰[1]

【摘　要】现代社会治理需要回应国家治理现代化的基本要求,并在社会转型中高度重视各方参与,以构建和谐社会为目标。在社会治理中强调公民身份的转换，一方面是回应法治现代建设的需要，另一方面也是回应治理现代与文明社会建设的需要,它主要强调的是通过调动公民以社会主体的身份自愿合法有序参与到社会治理过程之中，了解、熟悉和影响社会公共事务决策、实现从被治理对象向社会治理主体身份转变的重要途径，从而推动社会治理模式转变的一种机制、原则和方式。社会治理中的公民身份转换有利于推动社会治理现代化、民主化与法治化，有利于实现社会治理的开放化，促进社会治理中的利益整合。公民是社会治理中的主体力量和依靠力量，也是社会治理的目标，是实现社会公平正义的价值尺度，国家、政府和社会组织应当在社会治理中加强对公民作为社会治理主体身份转换的引导，实现公民在社会治理中身份与行为方式的逐渐平等化，维护其治理过程中意志的自主化，完善相关政府责任和社会组织责任，加强对公民政治参与的实践保障，从而实现社会治理民主化和现代化。

【关键词】社会治理、公民、身份转换、治理现代化

在实现国家治理体系和治理能力现代化的过程中，关键是要实现治理主体能力和治理制度的现代化，其中人的因素是关键。能否社会治理中实现治理主体的现代化是影响国家治理现代化的重要因素。当前，社会治理的主要目标是要构建与治理现代化要求相一致的治理体系、治理制度和治理秩序，其中，是否能够调动社会各方利益主体特别是公民的积极性、主动性和创造性，使他们得以真正的“主人翁”姿态参与社会建设和社会治理，是影响治理效果的关键所在。也就是说，要实现公民作为社会治理主体身份的转换，不但可以减少政府在社会治理过程中降低治理成本，减少治理环节，使公民直接以法律和社会主体的身份参与社会治理过程，推进全面依法治国的进程，而且，它也可以防止在社会治理过程中行政干预过多，有效控制和约束政府的行政权力，从而在治理现代化法治化过程中具有重要的现实意义。此外，对于进一步深化落实社会主义核心价值观，把社会主义核心价值观融入到社会建设和社会治理的过程中，体现“以人民为中心”的治理要求，具有现实意义。

一、社会治理中公民身份转换的理论内涵

实现社会治理创新，推动社会治理民主化、法治化，从而进一步推动国家治理现代化，这是当前社会治理中的重要问题之一。公民既是社会治理的对象，也是社会治理的主体，如何实现公民在社会治理中从被治理的对象向治理的主体的身份转变，是摆在当前社会治

[1]尹奎杰（1972--），男，吉林东丰人，东北师范大学教授，博士生导师，法学博士。研究方向：法理学、法政治学， 2020年度吉林省社会科学基金项目：《法治价值观培育研究》（项目批准号：2020WT7）。

理过程中的重要课题。

所谓社会治理中公民身份[2]的转换，指的是作为社会主体之一的公民，其在社会治理的过程中，通过自身主动、积极、有效地参与社会治理活动，了解、熟悉和影响社会公共事务的决策、发挥社会治理主体作用，影响社会治理效果的行为。在这个过程中，社会治理不再是以实现社会秩序的政府单方管控模式，而是以社会主体多方共同参与、相互协商治理为中心的模式；社会治理的主体不是单纯依靠政府或者某种社会组织，而是强调不同社会主体，特别是普通的社会公众或者公民对于社会治理的贡献，实现政府、社会组织和公民的共同治理。在这个过程中，政府在社会治理中不但要发挥政策制定、方向引导等依法治理和服务社会的主导作用，还要注意在这个过程中的权力下放和依法监督；社会组织也要注意转变观念，培育和提升公民参与的能力和水平，推动公民身份的转换。

公民身份的转换，包含两个层面的意思：一是把传统公民在法律上的身份逐渐融入和转换为社会治理的主体，也就是说，在社会治理现代化要求的背景下，一方面要强调公民的律主体身份，也要强调其在社会活动中的主体身份，要实现从法律身份到社会治理主体身份的转变。二是要强调公民在社会治理中的主体身份的获得，不单纯是公民在政治上或者法律上的资格或者地位所决定的，而是由于公民本身就是处于一种“社会与文化空间”[3]的身份上的，是公民在社会身份上的“人”的文化性质与社会性质决定的，它是由公民作为社会个体的身份在文化交往、社会交往中自身的意义、地位、角色的外在表达，是其社会角色的一种“身份性”描述。在国家治理现代化进程中，公民身份的这个双重表达或者双重转换是一个不断深化的过程。由于传统社会中的人往往是被动的受治者，而非“主人翁”，其既不享有法律的主体地位，也不具备真正的社会治理主体地位。随着法治建设的不断深化，公民不但被塑造成为法律的主体，是法治的依靠力量和主体力量，也是社会治理的依靠力量和主体力量，成为社会治理的主体之一，这恰恰是现代公民通过自身的社会生活经验、通过法治文化的不断培育和滋养，从而增进了公民人个对社会的理解、认识和参与，增强了其在社会参与和社会活动中的身份归属与身份认同的结果，有利于推进社会治理现代化。

当然，强调社会治理中公民身份的转换，并不是要否定或者排斥政府在社会治理中的主导地位，也不是要用公民来取代社会组织在社会治理中的主体地位，相反，而是要丰富和扩大社会治理的力量，形成“多元共治”的社会治理格局。通过法律、政策及相关管理规定对公民提出治理要求，相反，它恰恰是在依法治国的总体框架和要求下，在社会治理中突出公民主体地位和主体作用，依法广大公民在社会治理中的治理能力和治理才智，以实

---

[2] 所谓公民身份（cultural citizenship），有学者认为，公民身份是某种个体对国家或者社会会的完整主体人格或者社会认可的某种诉求，这种诉求源于国家或者社会对相关个体在族群、文化或者言方面不利因素导致的。See Rosaldo，Cultural Citizenship in San Jose，California，Polar，1994，（17）:57-63.昂格则把公民身份看作是一种在国家归属感建构的一种文化实践，认为它是基于民族----国家与公民社会相联系的文化与权力网络中个人自我建构（self-making）的双向过程。参见 Ong，Aihwa. Cultural Citizenship as Subject-making. Currnt Anthropolohy, 1996,37(5):737-762. 就法律而言，公民身份是法律确定的具有一定资格与地位的人，一般要求其具有特定国家的国籍，并因此享有在法律的权利。

[3] Stevenson, Nick. Globalization, National Cultures and Cultural Citizenship. Sociology Quarterly, 1997, 38(1):42.

现社会治理的民主化、法治化和现代化。

（一）社会治理需要公民身份的转换以实现治理主体的丰富化

在传统社会治理中，治理主体主要是政府或者政府授权的社会组织，例如政府依法设立的带有公权力属性的社会组织或者其他具有一定自治权力的其他非政府的社会组织。前者如基层群众自治性组织，在城市中的居民委员会和在农村的村民委员会；后者如普通的企业组织或者行业自治组织。以前者为例，虽然根据宪法和有关法律的规定，其自治主体是城市的居民和农村的村民，但由于传统治理惯性的影响以及社会治理实践中“两委”实际作用的发挥的情况，基层群众自治过程中，社会治理的主体仍然主要依赖于村委会组织或者居委会组织中的干部，普通的公民其在基层自治中作用的发挥仍然有限。一方面，受传统基层自治中“能人文化”“精英治理”的影响，普通公民对“能人”或者“精英”有一种自发的依赖心理，当社会治理中遇到问题或者困难时，人们倾向于听从“能人”或者“精英”的安排与决断。另一方面，基层群众自治组织在落实国家法律政策、组织社会活动、动员社会力量、进行社会服务方面，依然发挥了主要的作用和功能，是国家的政令、法律“上传下达”和民情民意“下情上传”的重要平台，其在普通社会公众中的影响和作用是不可替代的。长期以来，“两委”组织和基层干部的这种地位和作用的发挥，使得公民已经习惯了通过这些基层干部发声和表达意愿。此外，基层自治组织也存在着一定程度的决策民主不足、公民参与不畅等问题，影响到公民参与社会治理的效果。因此，有必要实现公民在社会治理中转换身份，扩大其在社会治理中参与的范围、广度和程度，发挥其主体作用。

（二）社会治理需要公民身份的转换实现治理的开放化

公民身份的转换可以促使社会治理中的决策由传统的专门化、职业化的封闭系统向参与性为主要特征的开放性系统转变，从而体现治理决策有效回应社会需求，体现治理的高度自治性与社会回应性，即体现社会治理从“压制型”“自治型”治理转向“回应型”治理[4]。在“压制型”的社会治理中，不但缺乏普遍的社会参与，即使是据以社会治理的法律规定和法律制度，也是出自于少数的统治者或者权威之手，“压制的一个共同根源是统治精英可以利用的资源的贫乏”[5]，在这样的社会里，社会分工程度不高、组织和制度的资源不足，自由选择的余地不大。不但社会上存在着高度的政治集权，而且政府的权力和裁量权过大。在“自治型”的社会治理中，法律制度或者社会治理的权力掌握在一部精英群体的手中，尽管已经不存在有凌驾于法律之上的权力主体，但是这种高度专业化的、自治的精英治理，使

[4] 按照诺内特和塞尔兹尼克对现代社会治理的观察和概括，现代政府对社会治理的目标就在于改造法制模式，以设定和实现一种符合社会变革的社会治理模式。其基本的理论设想是：通过使社会治理体现在实质正义与形式正义相统合，把缩减社会治理的中间环节作为主要改革目标，强化和扩大公民参与为主要方式，进而维护社会治理的基本目标与公共秩序。这样，就需要改变固有的治理观念，特别是有关治理中所依据的对法的固有逻辑。他们把法在社会治理中发挥作用的方式不同，相应地划分了不同的社会治理模式，即“压制型”治理、“自治型”治理和“回应型”治理。从实现国家和社会治理现代化的目标来看，这一划分不但使我们对法治中法的类型有了崭新的认识，如相应的三种法的类型为“压制型法”、“自治型法”和“回应型法”，而且这种划分有利于我们形成对社会治理的三种不同类型的理解，如“压制型社会”“自治型社会”和“法治型社会”。有关法的类型的这一划分的观点可以参见：[美]诺内特、塞尔兹尼克：《转变中的法律与社会：迈向回应型法》，张志铭译，中国政法大学出版社 2004 年版。

[5] [美]诺内特、塞尔兹尼克：《转变中的法律与社会：迈向回应型法》，张志铭译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 40 页。

得广大公民无法真正参与到社会治理的过程之中，无法将自身的利益或者权利诉求通过决策的制定和执行得以体现出来。而在“回应型”社会治理的过程中，由于社会管理的过程从总体上来说是柔性的或者说有弹性的，这种柔性或者弹性主要表现为是由公民参与、多元利益主体共同决定的结果，因此，它不但回避了政府官僚体制的高压，也避免了因社会治理的高度专业化和自治的封闭化，体现了现代民主的交互性、公开性、参与性特点，增强了社会管理和社会治理中的民主。

（三）公民身份的转换有利于推动社会治理中面临的利益整合

在社会治理过程中，存在着复杂的利益关系和利益冲突，特别是在社会转型过程中，这种复杂的利益关系或者利益冲突是影响社会治理效果和水平的重要因素。在我国，传统社会治理强调的重点在于以公共利益为本位，重视整体利益和集体利益的保护，特别是在这个基础上强调在整体利益和集体利益中利益保护的平均化和一致化，忽视或者缺乏在公共利益基础上的公民个人利益的保护与实现；缺乏对某些局部利益、个体利益或者特殊利益的差别性保护，忽视对少部分人、少部分群体的利益保护。在社会治理中，首先要考虑社会秩序的稳定性、整体性和秩序性，这样才有利于社会整体力量的发挥，这也是我国社会制度与社会治理的优越性表现和要求，但也要考虑和反思因为过度强调整体利益、忽视个体利益带来的负面影响，特别是要重视因为过分强调平均主义、利益一致化导致的对不同利益主体要求的抹杀，以及对积极性、主动性的负面影响。在当前的社会治理创新过程中，强调柔性治理的目的就在于转变利益调整方式，注重对多元利益主体利益需要的回馈与满足，在治理方式上，以调动利益主体参与社会治理的主动性和积极性为载体，充分实现利益主体的社会管理参与能力，将社会管理过程中利益调整的重心从对一元利益的保护，转向对多元利益的整合。这种转换可以提高治理效率，实现治理决策中的利益最大化。按照阿尔蒙德的观点，一项普遍的社会政策得以贯彻到什么程度，通常取决于官僚和权力阶层对它的解释，以及取决于他们实施该项政策的性质和效率。就政府在社会治理中的政策作用而言，政府不是一个超脱于社会各方利益之上的没有自身利益的组织，其特殊的地位又决定了它在进行社会治理的决策的同时必然对自身组织及其成员的利益有所考虑，与市场决策过程中的“经济人”对利益最大化的追求相对应，不可避免地倾向于对自身利益的维护，这可能导致利益实现发生偏向而无法达到公共利益最大化[6]。因此，具体的社会治理决策有可能会在短期内导致社会部分团体利益获益、 部分团体利益受损的情况出现。之所以强调在社会治理中重视公民身份的转换，主要是考虑到公民利益作为社会各种利益中的基本利益形式，其各自的主张与诉求有必要反映到利益平衡的过程中，反映到社会利益结构的调整过程之中，使公民利益得到应有的回应，使公民不仅是社会利益调控的对象，也是利益调控的参与者、主张者和沟通者，并在利益决策中能够表达意愿、影响决策。因此，公民在社会治理中的身份的转变，在某种意义上说，就是对公民利益的切实维护。

[6] 参见[美]阿尔蒙德、鲍威尔：《比较政治学：体系、过程和政策》，曹沛霖、郑世平等译，上海译文出版社 1987 年版。

二、社会治理中公民身份转换的理论向度

社会治理中对公民身份转换的强调，就是要把公民从被治理的对象转换为治理主体，这一转换的过程，不但是治理观念深刻变革的要求，也是治理实践的需要。从理论上说，它表现为一种把公民弘扬到治理主体的高度上来，体现了尊重公民、维护公民、确保公民主体地位实现的“以人为本”的社会治理观念，体现了社会治理和社会建设“以人民为中心”的价值理念，是治理中真正关心人、尊重人、维护人和保障人的现代治理中“人本精神”的必然反映，也是治理现代化目标在当前社会治理转型中的集中体现。

（一）公民既是社会治理的主体也是社会治理的目标

如果从现代法治的主体上来看，公民是法治的重要主体力量。社会治理作为国家治理现代化的重要内容和组成部分，也要依靠公民、为了公民、保障公民的权利和利益。把公民作为社会治理和社会建设的目标，意味着在社会治理中不仅要把公民在法律上享有的生命权、健康权、自由权、财产权等体现在治理决策和治理活动之中，更要注重把维护和促进公民的发展权、对美好生活的追求与实现权作为社会治理的重要目标，实现上述权利，其根本就在于把公民提升到社会治理的核心目标上来，把实现每个公民的人身的、财产的利益追求通过合法、有效的方式落实到社会治理之中，通过创造实现有利于公民身心发展、身心健康和幸福安全的生活环境、生活条件，实现其在物质的、精神的、社会的等各方面的利益。

把公民作为社会治理特别是社会治理的目标，关键在于要把社会治理中的公民要塑造成什么样的人，以新时代国家治理现代化为背景或者参照系，这样的公民应当具备什么样的素养和能力，或者说在国家治理现代化目标下，社会治理需要什么样的公民。本文认为，按照国家治理现代化的基本要求，不但这些公民要具备基本的法律知识与法律素养，要有知法、懂法、尊法、守法的意识与素养，也要具备一定的社会责任意识和社会服务能力，要有自我的权利意识，也要有奉献他人和奉献社会的伦理观念，这是治理现代化的主体要求和基本标准。

按照这样的要求和标准，公民的素养与能力不但要达到法律上的基本条件，也要在社会治理活动中体现这方面的要求与能力。这些能力包括依法依规参与社会治理的能力、适应新变化新形势新需求的学习研究能力、对复杂社会治理问题进行理性分析与判断的能力、进行平等协商对话与沟通交流的能力、客观公正廉洁自律的处事交往能力等等。这些能力是社会治理中公民应当具备的基本能力与素养，但是当前社会治理中很多公民并不具备或者不完全具备这样的能力与素养，还存在着从众、观望、默然处之等状况和心理，很难具备与治理现代化要求相一致的素养与能力，这就需要政府和社会组织加强对公民参与治理观念的培育，健全和完善公民参与的机制、平台和条件，创造有利于公民参与的环境和文化氛围，使公民在参与中提升能力，改善水平，以适应新时代治理现代化的要求。

（二）公民既是社会治理的主体力量也是社会治理的依靠力量

社会治理的关键在于人，在于全社会的普通群众，在于每一位公民。公民既是社会治

理和社会建设的主体力量，也是社会治理和社会建设的依靠力量。如果离开了公民的参与和支持，社会治理和社会建设势必成为“无缘之水”、“无本之木”。如何在社会治理和社会建设中充分的发挥公民的主体力量？这就需要在社会治理和社会建设的各个环节和内容中把公民作为主体性的因素考虑进来，把公民作为主体的现实作用和现实影响考虑进来，在治理中以人为中心，以公民的利益、需求为出发点，切实尊重公民、保护公民、相信公民、依靠公民，防止出现“只见制度不见人”的狭隘的治理状况，实现以人为中心的现代治理理念的转变。

在社会治理中重视公民作为的主体力量的作用。第一是要充分发扬民主，广开言路。充分发挥公民在社会治理中的智慧与贡献作用，能够把各行各业、各个领域、各个阶层公民的意见和建议吸纳到社会治理的过程之中，听取不同声音，反映不同要求，表达不同意愿，形成群言群议、群策群力、群谋群治的局面，为使社会治理充分体现民谋民智、民意民愿打下坚实的基础。第二是要体现公民在社会治理活动中的广泛性与公开性。防止公民参与社会治理的“走过场”和形式化。要切实注重公民参与社会治理的有效性、时效性，使公民参与的意见建议、利益诉求等体现在社会治理的决策和具体实践之中，体现在社会治理的效果之中。第二要不断创造机会、创新途径，使不同阶层、不同行业、不同群体的公民得以在社会治理创新实践中实现身份的转换，例如要不断完善相关法律制度实现公民在社会治理中的主体化、主动化，例如要加强社会治理方面的听证制度、咨询制度、讨论制度、沟通磋商制度、民主制度等相关治理制度建设，以活泼化、生动化、常态化的制度实践推动公民身份的转换，把公民身份转换与社会治理过程全公开、治理范围全覆盖、治理效果全方位的治理要求相适应。三是充分发挥群众路线工作的传统优势，在广大公民中形成发动群众、团结群众、依靠群众、为了群众的良好局面，使群众相信、群众支持，这样才是公民为主体的社会治理。当前，疫情防治、精准扶贫、扫黑除恶、和谐社会、生态安全等各个方面、各个领域的社会治理都需要广大群众、每位公民的积极参与，要切实落实以群众为中心，以人民为本位的工作方针和工作路线，充分调动每位公民的积极性，使社会治理融入到人民群众的汪洋大海之中，从而达到事半功倍的治理效果。

（三）构建公民与公民之间和谐的社会关系是创新社会治理的重要内容

习近平同志曾指出：“加强和创新社会治理，关键在体制创新，核心是人，只有人与人和谐相处，社会才会安定有序。”[7]良好的法治环境和法治秩序，取决于良好的人际关系与社会关系。法治不是要把人与人的关系搞成对立关系，更不是主张人与人之间产生利益冲突时都要诉讼于法院。法治的目标是维护稳定，增进和谐，实现正义。因此，在法治建设中贯彻“以人为本”，就是要重视人际关系的和谐，当人与人之间产生利益的冲突和权利的冲突时，应当从和谐价值观出发，正确运用法律手段解决冲突，化解矛盾，维护社会秩序和社会稳定。要避免“挑词架讼”，激化矛盾，法律职业工作者要把当事人利益放在首位，

[7] 2014 年 3 月，习近平总书记在全国“两会”上参加上海代表团审议时的讲话。转引自青连斌：《习近平总书记创新社会治理的新理念新思想》，载《前线》2017 年第 6 期，第 8 页。

不应当为追求自身的经济利益而违背职业道德和职业伦理，切实履行法律赋予的神圣职责，为当事人谋求合法的利益与救济。要努力营造良好的法律氛围，运用多元纠纷解决机制化解纠纷，减少冲突，重视非诉讼纠纷解决机制的功能，在司法程序中也应当充分考虑和谐与稳定的因素，减少利害冲突的加大。

构建和谐的人际关系，在法律上主要表现为构建和谐的经济关系、和谐的民事关系、和谐的家庭关系、和谐的劳动关系、和谐的行政关系、和谐的司法关系等等。这里面涉及了不同的法律关系主体，涵摄了民事法律活动、商事法律活动、经济法律活动、行政法律活动和诉讼法律活动等各个法律领域，内容丰富，层次多元。确立和谐的法律关系，就是在各个法律领域中都要明确和谐的重要价值，明确主体间的权利义务与责任。其中，明确的权利义务是促进人际关系和谐的基本前提，只有在法律上明晰主体之间的权利义务与责任形式，才可能减少纠纷，减少冲突，促进和谐。同时，良好的人际交往心态和法律道德素养，也是构建法治条件下和谐人际关系的重要因素。因为在人际法律交往中，不可避免地会产生不同的利益诉求和利益冲突，只有具备良好的人际交往心态，不恶意侵犯他人权利，尊重他人的权利与利益，才会形成良好的人际关系和社会秩序。此外，还应当特别重视在公权力运行过程中，政府平等对待行政相对人，也是实现良好人际关系和社会秩序的关键。“认真对待权利”，是法治国家对于政府工作人员，公权力的行使者的基本要求和法律责任，是真正体现法治建设中“以人为本”价值理念的重中之重，只有这样，才能真正尊重人性价值、实现人文关怀和推进人权保障。

三、社会治理中公民身份转换的实践方式

社会治理中的公民身份转换的过程不但是柔性的、渐进的，也是开放的、多层次的，它要求在实现公民社会治理主体身份转换过程中满足公民主体身份平等性、自主性与独立性要求，实现公民的社会治理主体地位。因而，从身份转换的的实践方式上来看，主要表现为以下三个方面的特点：

（一）社会治理中公民身份转换要体现“平等化”

这主要强调的是公民在社会治理中身份转换要体现平等要求，以平等方式实现与其他社会治理主体的沟通与协作，特别是要使政府与社会组织能够对公民的平等参与行为提供保障与维护。

第一，公民得以有平等的机会参与到社会治理之中，实现社会治理机会均等化。机会均等或者说机会平等，是公民在社会治理中实现主体身份转换的前提，它有利于实现社会治理的“柔性”化与公开化。社会治理的“柔性”，本质上要打造某种既定规则或者制度造成的缺乏人性、缺乏人文的状况，给公民提供社会治理参与的机会，就是要为公民参与社会治理创造平等的条件、平等的环境和平等的制度保障，使不同公民有可能在法律规定的基本条件下平等参与社会治理。因为，如果在社会治理过程中充分保障每位公民的平等参与机会，使每位公民的参与权利、利益表达、参与机会得到平等的对待与尊重，这就有利于

社会治理的柔性化与人本化。

第二，社会治理中公民参与实践过程平等化。意味着公民有平等地参与社会治理的权利与义务，也有平等地参与社会治理的责任，更应当得到政府或者社会组织的平等对待。从某种意义上来说，其实就是要置每位参与社会治理过程的公民于“平起平坐”的“地位”，因为社会治理与每位公民的切身利益紧密相关，与公共利益紧密相关，如果不能保证每位公民有平等的机会与权利参与社会治理，就无法实现真正意义上的社会治理公正化。

第三，社会治理中公民参与实践途径平等化。调每位公民行使参与权利的方式、手段和途径是平等的。任何组织、个人对待公民参与社会治理的行为时，不得排斥、践踏、敌视或者反对其行为，使公民在社会管理参与过程中得以平等行使自身的决定权、议事权、建议权、批评权、知情权等权利。这样的平等保护，使得公民在社会治理过程中的参与行为能够达到有效参与的效果，有利于确立公民在社会治理中的“平等关系”。

（二）社会治理中的公民身份转换要实现主体意志“自主化”

社会治理过程中的公民身份转换的标志是公民具有一定的意志自主性，就是说公民有权自愿选择参与社会治理过程，有权自愿放弃社会治理的参与机会，有权维护自己在社会治理中的参与权益。公民意志的自主化表现在社会治理程序上，就是公民有机会参与社会治理的启动、有权利自主作出社会治理的决策、可以自愿地表达意见与建议等等，政府或者社会组织不得对其强迫或者干预。社会治理对公民参与的这种自主性就表现为对公民的这种参与自愿采取一种宽容、尊重的态度，并应当为其实现自主参与搭建平台、提供机会。它表明，社会处理中公民既是具有独立人格和自由意志自我管理者、自我服务者和自我教育者，同时也表明了这种自主性是社会治理得以发挥实际作用和功能的基础。[8]具体说来，在社会治理过程中，公民得否以自主方式参与治理，主要是看以下几个方面：一是公民自主作出的参与决策是否体现在社会治理过程之中，或者说社会治理是否能够体现了多数公民的协商、意见；二是在治理的决策决定作出过程中，社会组织或者决策者是否给公民提供了自由参与的机会；三是在公民参与社会治理过程中，社会组织或者政府是否对公民参与进行了压制或者强迫，公民参与的意见是否体现在具体的决定或者决策之中，是否体现了参与的有效性。因此，公民的自主参与也可以看作是治理民主化的前提。

当然，公民参与在社会治理过程中并不意味着其不必承担必要的责任。正如黑格尔提出的：“行为只有作为意志的过错才能归责于我”，“毕竟我只是与我的自由有关，而我的意志仅以我知道所做的事为限,才对所为负责。”[9]传统社会治理过程中作为治理主体的国家或者政府，经常以命令的方式代替公众的参与，以强迫代替了自主，这样的治理方式既不能体现柔性的参与，也不能发挥公民的主体性，公民的法律人格无法得到保证，社会主体的身份也无法真正实现。

相反，社会治理中公民参与行为要求政府“责任化”。从法律上看，政府应当为社会治

[8] 张晓光：《行政相对人在行政程序中的参与权》，载《行政法学研究》2000 年第 3 期。
[9] ［德］黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆 1961 年版，第 119 页。

理搭建相应的法律机制和法律平台，更好地维护和保障公民的参与权利。在这一方面，政府对社会治理要尽到信息公开、程序公开、便民服务等义务，同时，也要主动地接受公民监督、社会监督，接受批评建议和各方面意见。政府善于听取社会各方面的意见和建议，使社会治理不是治理社会，而是社会的自我管理、自我服务和自我教育，体现社会自治。当然，这种社会自治不是脱离法治要求和政府管理之下的“无政府状态”，而是通过政府履行相关的服务职责、法治职责的基础上，为公民主动、积极、平等、充分参与社会治理过程提供条件、创造良好的参与环境，保护公民参与权利的实现。

（三）社会治理中公民身份转换体现了行为价值取向上的“人本化”

社会治理中公民身份的转换，鲜明地体现了现代社会治理的以人为本、法治社会、公平正义等基本价值，符合治理现代化过程中国家在社会主义核心价值观方面的基本要求和目标，符合社会主义法治文明和国家治理现代化文明的价值取向，对于促进社会建设的和谐化氛围、民主化进程和整体化推进都有着十分重要的意义。

第一，社会治理中公民身份转换有利于确立社会治理的以人民为本位的价值目标。“以人民为本位”体现在社会治理的过程中，强调的是以人民为中心，以实现人民的根本利益为出发点和归宿，切实激发和调动每位公民、每个人在社会治理中的主动性、积极性、创造性，不把公民或者个人作为社会治理的对立面，而是作为主体来对待，相信群众、依靠群众，调动群众，也就是相信每个公民的作用，最终实现治理的主体转变。当然，不同的社会环境背景下，公民在社会治理过程中的具体情况会有不同。“橘生淮南则为橘，生于淮北则为枳，叶徒相似，其实味不同。所以然者何？水土异也。”[10]环境对于个人作用的发挥会有很大的影响。得否创造真正、真实的“以人民为本位”社会治理环境，是实现公民身份转换得否成功并有效发挥作用的关键所在。因而有必要强调为广大公民营造一种积极参与社会治理、融入社会治理、主动为治理献计献策、群策群力的局面，重点在于营造社会公平正义，环境健康文明、文化包容尊重的社会治理氛围，通过建立健全完善与良好的公众利益诉求表达机制，使公民个人目标与社会治理的整体目标协调一致。

第二，社会治理中公民身份转换有利于社会建设中各项法律制度的完善。虽然社会治理强调的主要是治理理念、治理方式的法治化，但并不是单纯地强调以“规则”或者“制度”为中心，而是重视在规则或者制度的基础上，实现人与制度价值的融合，这一理念恰恰有利于相关制度的完善与丰富，使制度完善与社会治理中的文化建设目标和精神建设目标相协调、相一致，有利于把社会主义核心价值观与制度建设目标协调起来，体现“以人为本”的法治化要求。

一是有利于把对人的建设目标与社会治理中具体制度建设目标融合起来。在社会治理和社会建设中，例如重大社会决策的听证制度、重要事项与重要信息的公开、公示制度、与人民群众切身利益紧密相关的重要治理制度等内容，如果本着保障公民主体地位与主体利益的建设目标，就会充分尊重公民的参与权、听证权、知情权、表达权和救济权；充分

[10] 《晏子春秋·内篇杂下》。

维护公民在这些制度中的权利与利益，使有关制度完善起来，并在制度的完善中充分听取公民意见，反映公民诉求。

二是有利于把对人的利益需求放在社会治理中制度建设的核心内容来对待。这种人的利益需求还原为法律的制度规定，就是公民的法律权利与正当利益，就是需要通过制度化方式来保障的公民权利问题，就是把人的正当合法的利益与需求通过治理的制度、过程体现出来，使之成为制度的重要方面，这样才能保证人们的利益与需求体现公民要求。

三是有利于把对人的关怀和尊重作为制度完善的基本价值尺度。对人的关怀，也就体现在当公民遇到困难、遇到问题时能够考虑公民的需要，在推进社会治理现代化的过程中，始终把公民放在主体的地位之上，使公民的主体价值得以在社会治理中被充分地尊重和维护，使公民的主体作用能够得到充分地发挥和实现，使公民的主体利益得到充分地实现和发展，走出社会治理过程中的“权力本位”误区，重视与重塑“权利本位”。可以说，能否真正坚持这一核心价值取向，可能直接关系到社会治理现代化的成败。

第三，社会治理中公民身份转换有利于营造公平正义的良好局面。公平正义是社会主义的核心价值之一，也是党和国家在各项事业治理中的一贯主张和始终不渝的奋斗目标。公平正义反映的是人们从道义上、法律上追求利益关系特别是分配关系合理性的价值理念和价值标准，其中蕴涵着人们对合理的社会秩序、社会规范和利益格局的诉求。公平正义也是人类的永恒追求，社会公平正义的内容不只是合理的财富分配，还包括公民要求在社会治理中实现基本权利、基本社会地位、基本社会资源分配、以及在社会生活中接受文化教育、司法公正、社会救助、公共服务和社会福利等方面的公平与正义。在社会治理中的公民身份转换可以有效防范上述问题上的不公正，实现公平正义。为此，社会治理应当本着缩小收入差距，扩大社会平等的目标，从法律上、制度上、政策上特别是本着以人为中心、以人民为本位特别是以公民利益保障为重要内容的社会治理模式，推动社会不断发展和进步，实现社会的公平正义。

基层社会善治的文化基础与文化路径探索

季金华[1]、郭潇俊[2]

【摘　要】为适应时代发展，构建和谐社会，党中央明确指出要把社会治理的重心推向基层，如何实现基层社会的善治成为了当下中国面临的重要议题。本文认为基层社会的文化基础包括但不限于三个层面：自治意识、共治意识和共享意识。阻碍这三种意识形成的文化原因也对应有三种：民主法治文化、行政管理文化、自足零和文化。针对上述三种原因，结合英国、美国和法国基层社会治理模式和理念的经验，提出通过推动法治化步伐、完善社会化机制、建构互惠化体制这几种文化路径来推动我国的基层社会善治的实现。

【关键词】基层社会、善治、自治、共治、共享

基层社会是人民生活和活动的主要场所，也是社会冲突的主要聚集地，以城市社区和乡村为主要外延的基层社会构成了整个社会大厦的基石。基层社会治理位于整个国家和社会治理体系的下层，肩负着总结消化治理问题、检验校正治理理念、积累输送治理经验和探索试验治理模式的重任，也是当下如火如荼开展的市域社会治理的前沿阵地。为此，党的十九大报告响应时代需求，明确指出要加强社区治理体系建设，把社会治理重心推向基层。然而，我国的基层社会积累了一系列的旧问题，同时也面临着许多新问题：就城市社区来看，社区因交流贫乏而呈现出个体化和陌生化，居民间信任力下降，社会纠纷频发；“社区的公共性不足，社区居民、社区内市场主体普遍缺乏主动参与治理、维护共同家园的意识和动力”[3]；社区服务落后，甚至长期处于停滞状态；基层政府和居民自组织不堪重负。就乡村而言，同样面临着参与性不足、社会治理权力失衡的困境，此外，乡村在人口结构、文化结构、职业结构、阶层结构等方面与城市相比仍处于相对落后的地位[4]，与城市社区治理资源差距悬殊，也出现了不尽相同的治理难题。

因此，基层社会治理的目标和要求在于实现社区的良善治理。为此，法学、政治学、公共管理学、社会学各界对基层社会治理展开了研究，并对基层社会治理的主要问题、基本模式和完善路径进行了不同角度的深入分析，并提出了许多切实可行的方案和措施。但文化层面似乎是各方研究的薄弱点。小到公民行为的选择，大至制度的建立实施，皆需要特定的文化土壤，文化是公民行动的精神引领和制度机制的内发动力。基层社会的治理也不例外，缺乏文化的指引，就不能选择正确的基层治理制度；缺乏文化的支持，业已建立的制度就无法运作；缺乏文化的补充，运作的制度也不能达到最良好的治理效果。因此，本文尝试对基层社会善治的文化基础作出系统反思，试图为完善城乡社区治理提供一些文

---

[1] 季金华：南京师范大学教授，博导
[2] 郭潇俊：南京师范大学研究生
[3] 陈晓春、肖雪：《共建共治共享：中国城乡社区治理的理论逻辑与创新路径》，载《湖湘论坛》2018 年 6 期，第 42 页
[4] 参见袁金辉、乔彦斌：《自治到共治：中国乡村治理改革 40 年回顾与展望》，载《行政论坛》2018 年 6 期，第 21 页

化层面的建议。

一、 基层社会善治的文化渊源

所谓善治，就是良好的治理。善治在当下语境中至少有两大层面的内涵或要求：首先，善治本质是一种民主的治理方式。一方面，良好治理的初衷必须是为了公民普遍的个人利益和公共利益，即最多数人的最大利益，这是民主的目的追求，也应是善治的理想效果。另一方面，要求治理的过程必须体现人民的意志，唯有此，方得确保治理效果可公平、持久、大幅度地增进人民之福祉，这是善治的方式追求。为达到良好的治理效果，可以存在着多种方式，其中高度的集权或者专制统治方式有时也能做到良好管理，为公民谋取利益，但这种方式既不可能出现民众享有之利益与专权者等同的局面，亦不能保证治理之结果符合人民之要求，且历史表明该情形不具有可持续性。其次，善治要求理性。理性，或曰普遍理性的现代化解读就是法治。民主可为治理行动提供部分合法性支撑，但并不能确保决策和执行的完全合法、合理。民主和法治的内涵中隐藏了难以调和的矛盾，这决定了善治在确保民主的前提下须引入法治理念。此外，理性也是一个内涵丰富的概念，在要求基本的法治外，在判断和选择层面上也要求合理恰当，符合道德良俗。

（一）自治意识：善治的法理基石与文化起点

自治本身就是一种意识，而后才是治理形态。自治意识通俗来说就是对所在地区的主人翁意识。与自治相对应的是就是“他治”，即把对所在社会的治理权力和责任全部移交到国家或其他团体手中，个人只消极地服从管理并承受相应后果。自治的雏形最早可以追溯到国家成型之前的原始社会中，它是居民享有并行使自然权利、维持基本生活的必要途径，或者说，它本身就属于一种天然的权利。但这种原始的自治，与我们所要讨论的自治有所差别，我们对自治的界定是相对于国家管理而言的，换句话说是在国家社会二分背景下的自治，是从国家全面管辖的挣脱，是公民的普遍自治。就这个意义而言，自治理念应肇始于中世纪之后，当时为了摆脱教会对人之精神、生活的高度压迫和对社会的过度干涉，爆发了罗马法复兴和思想启蒙运动，自由和平等以及由此而衍生的民主理念成为了欧洲人民的普遍信仰，城市乡村也迎来了一定程度的自治机会。尤其在欧洲资产阶级共和国建立后和美洲的移民运动中，自治理念得到了更多的承认、强调和体现。市民阶层的巩固和市场经济的发展则是该理念得以滋长的必要气候。

自治是民主的体现，也即宪法上人民主权原则的体现。民主是以自治为前提的。就基层社会而言，我国业已确立并遵奉的基层民主自治制度，就是人民主权原则在基层社会的当然演绎，它与人民代表大会制度这一顶层设计具有共同的理论渊源。所不同的，基层民主自治在选举层面上遵循的是完全的直接选举原则，在运作层面上，公民对于选举而出的组织拥有相对直接的控制力。具体在决策方面，社区自治要求社区公民根据具体的决策事项，利用居民委员会、业主大会、业主委员会、村民大会、村民代表大会、村民委员会等

机构进行必要的协商方得做出决策，因此，它更能反映出或者说更加需要公民治理的民主性。

自治是理性的选择，即宪法上法治原则的体现。因为公民将权力让渡给国家，再由国家服务公民的过程是一个间接的过程，面临着信息失真的风险即理论制度对于真实现状的偏离和脱节。固然在政府的决策和执行过程可能更有效率，能通过权威和强力保证决策的迅速贯彻，但不可忽略的是，在这之前的过程——即民众的需求、要求、纠纷和困难被政府采集并重视的过程可能是非常漫长的，何况行政官员的主张和决定能否真正消弭矛盾，能否被真实接受，提供给居民和村民的公共服务和公共资源是否符合民众的需求，都值得怀疑。所以，若由国家完全负责基层社会，其治理效果往往不及公民直接地治理服务，因为某一城市社区或乡镇的公民当然要比他们所选择的人民代表和行政官员更了解自身的需求和面临的问题，而且基于以上，也更能及时提出低成本的、易于认可和接受的解决方案。

自治所体现的民主性和理性契合善治的追求，构成了善治的内核，这是恒定的，但其只能作为善治发展过程中的一种较为早期的理念，尚停留于公民享有自我管理的权利以及现实进行自我治理这一原始阶段，它不能独立指导最优治理的最终实现，质言之，自治只是善治的法理基石和文化起点。

而基层自治，就是公民（社区居民、乡镇村民）为了自身及所在城市社区或乡村的利益而自我治理，既有自由行动的空间，也能自由地支配所在基层社会的资源，进而能够打造自我支持系统。从法理上来说，基层自治要求在一定程度上回归到国家权力膨胀之前的状态，将公民让渡给国家的部分权力收回，直接运用这些权利进行自我治理，从而摆脱对于政府的过分依赖，即为了避免过去和现在膨胀的国家权力对社会的全面干预，而为基层社会争取必要的自治空间。基层社会的自治“有利于社会将以自下而上的方式型塑社区组织关系和权力秩序,进而在宏观上对国家与社会关系产生影响”[5]

（二）共治意识：善治的秩序归宿与文化方式

自治理念的强调既具有现实意义，亦具有历史意义。在长期的治理经验中，人们发现，基层社会因其自身的复杂性和多变性——不同群体和个人的利益冲突和重叠频繁，成员行为难以类型化概括、特色性——不同社区或乡镇的经济、政治、文化、法治的发展参差不齐，各地区成员的思想意识也有所差异、以及细节性——面临的共同问题影响范围有限和相互间的冲突程度较低，给统一的国家管理造成了很大的障碍，往往会存在国家制度无法触及、尚未触及或者触及不深的领域，换句话说，就是在基层社会这一政府的传统控制领域内，也可能并且确实存在着政府失灵的情况。这是由国家政府自身的（理论的）局限性所导致的，因此不能通过不断扩张政府权限和增设行政单位来克服，历史表明，违背这一规律的国家膨胀不仅无助于基层社会的良好治理，而且对于整个社会或国家来说，都是沉重的负担，甚至是与国家无力同等的灾难。为克服这一困难，人们跳出旧有的意识和制度框架，为克服国家万能的极端理念而提出自治，但是在纠正一个极端时必须要提防陷入另

[5] 李友梅：《社区治理：公民社会的微观基础》，载《社会》2007 年第 2 期 ，第 165 页。

一极端的可能。各国的发展经验都表明，不仅政府和市场会失灵，社会本身也会失灵。高度自治所表现出的扁平化网格化的治理主体体系。其本身力量薄弱，抗风险性不足，另外，缺乏有力权威也必然会直接导致治理效率低下，既有的纠纷主体可能陷入长期对抗而无法得到快速解决，这些缺陷同样值得警惕。帕斯卡尔认为："无法达致统一的多元主义是混乱，失去多元主义的统一必然是暴政。"因此，许多国家在对自治理念进行反思后，提出并逐步接纳了共治理念。

所谓共治，就是对于基层乃至整个社会的治理需要政府、市场、社会的多元协同治理，是对过去一元治理的升华。共治是对各种社会力量的整合，可以有效避免政府一元控制型和社会一元自治型治理模式的弊端，使得社会资源的"供体"得到丰富，资源得到最优化配置。政府可为基层社会治理提供专业化指导、权威和强力的保障，以及更高效的治理节奏；而公民自治，确保了结果的公民接受度，确保了基本的权利和自由。因此，可以认为，共治理念 是精英统治和平民治理的协调，是基本自由和基本秩序的平衡，是高效率和良效果的融合。

民主正是以自治为前提、以协商为基础的多数人决策的治理方式、治理过程和治理结果，而共治的核心内容在于共同决策，这种决策的达成即是各方主体之间协商的结果。协商的过程实质是各方利益（包括政府、企业、社会组织）博弈的过程，是各种见解充分表达并辩论的过程，是选择兼顾最大效益和普遍接受的最佳方案的过程，因此，协商可以充分体现公民及其他主体的意志，吻合民主的要求，同时，对矛盾的消弭和对良好效果的追求功能也使其成为理性的制度化表现。

需要说明的是，不能将各成员共同组成某种社区内的组织即视为共治。因为自我治理，其主体不限于个人，因为个人力量有限，在应对严重灾难、获取公共产品、化解利益体间纠纷时，往往无法独立完成，因此，个体必然会联合而形成一定的社会组织，但这种组织又不同于国家组织，其显著区别在于公民对该类组织享有比对国家组织更为直接的控制权和影响力，此外，这种组织的设立条件和人员准入门槛也较国家机关更低，它们独立性有限，即对于一定地域的社会成员的依赖更为强烈，因此，这种组织的治理同样也属于公民的自治，它本质上成为了公民自治的工具。

共治理念立基于自治理念之上，并以自治作为核心。它不是对自治理念的取代，而是补充和完善，体现的是现实变化的需求和人们对社会治理认识的加深。反映在社会成员的思想中，就出现了从自治意识向共治意识的升级。

（三）共享意识：善治的内生动力与文化目标

所谓共享，就是对社会资源和利益的共同分享，简单来说就是互利互惠，它至少有三个内涵：动态上个人资源的公平交换；静态上个体利益的公平享有和适当差异；以及公共产品的共同提供和公共利益的共同享有。无论是平等享有还是共同享有，并不是社会资源的平等分配，而是保证其资源分配应当符合人们公正的理念，应有助于社会的稳定和谐。换句话说，允许资源倾斜分配，但倾斜保护的对象必须确实需要特别照顾，如老人、孤儿、贫困人口、残疾人士等，只有这样的倾斜才具有正当性基础。就利益的交换而言，人们通

过对自身资源的再分配，即在一定时间内存在资源过剩的成员将部分资源赋予暂时性陷入困难状态的社会成员，使他们能顺利克服危机，但这部分资源并非不可逆转地、固定地进入受助成员手中，它只是被储存了起来，待到另外的成员（当然包括之前的帮助者）也陷入急需资源的困境时，之前地受助者当然有义务提供帮助。简言之，他们利用不同成员面临危机的时间差来使得剩余资源得到流动，使之服务更多的对象，应对更多危机，进而将该部分资源的价值发挥到最大。这样，共享还大大降低了所需产品和服务的生产成本，提高了社区运作发展的效率，最终极大增进了社区的和谐和发展。

共享意识有利于培养社区认同和社区归属。良好的社区不应限于提供发达的物质利益，还应是丰富居民精神的源泉。共享意识的培养带动了居民的奉献精神、契约精神、睦邻精神、规则意识、社区意识的同步发展，这不仅是对公民个人之人格的完善，同样有助于社区精神文明建设。这样，社区一方面具有了物质和精神的双重供给的功能，另一方面也成为居民积极建设的公共物，必然会获得居民的一致认同并产生强烈的归属感。

共享意识的出现不再将个人的利益与社会利益和他人利益对立起来，使得社区或乡镇真正成为了一个精神集合体，进而成为组织集合体和行动集合体。共享预期成为共治的目标性指引。反过来，共治的实现和深入推进则反哺了共享意识的生长。共享意识在提供和平与秩序（本身也属于一种公共利益）的基础上满足了所有成员的个人利益的最大化追求，这种利益的全民最大化即是民主的要求，也符合各方的理性，因而事实上增强了居民参与社区治理的动力，可以说，现实利益的共享获得推动了自治意识的统一和巩固。

是否具有共享意识、共享的程度如何以及共享是否被制度性地遵从成为衡量一个基层社会文明程度和治理优劣的重要标志。

二、 西方国家基层社会善治模式的文化启示

（一）英国基层社会善治模式的文化基础

英国的社区治理有着漫长的历史，创新了许多理念和机制，形成了独特而具有深远影响的治理文化，可以说长期走在了世界的前沿。尤其是上个世纪 60 年代先后实施“社区发展项目”、“社区新政”、“邻里复兴国家策略”等战略和发展计划，更将英国的社区治理推向了高潮。

英国的社区治理机制，在主体上是多元参与机制，运营上则为多元共治机制。政府、市场、家庭、社会组织共同参与社区治理。政府在经历了多次治理理念和治理方式的转型：从无为而治到有限管理，再到方向和动力的全面掌控，最后又回归到了只把握宏观方向，而将治理力量部分让渡的现状。政府对整个社会的治理态度最终会投映到社区的治理之中。政府的这样转变也直接影响到了社会组织的发展和功能发挥。社会组织在政府经历了几次态度徘徊后最终被政府所接纳，并与英国政府形成了良好的“伙伴”关系，在政府“无能为力”和“力不从心”的领域中，社会组织都发挥着重要的补充作用。在家庭医生、老人照顾、儿童照料、社区学院、残疾康复、邻里改造等方面都发挥着出色的成就，不仅服务专业化、职业化程度较高，服务效果也契合设立之目的，即实现了社区的良好治理。

探究指导这一社会治理机制的文化来源，我们发现，现时英国普遍遵循着的是福利普惠理念、法律治理理念、公民社会理念等。福利普惠理念追求社区中各方利益的平衡和分配方式的公正；法律治理理念则要求社区在自治和共治中秉持法治精神，“除了英国是一个倡导道德人文主义和发扬绅士之风等‘软’的约束之外，英国的‘底线治理’还体现在法律的‘硬’的底线约束机制上”[6]；公民社会理念实则是寻求公民社会权利的更好保障。而这些比较新兴的理念实则衍生于贯彻几乎整个英国近现代史的自由自治和公民权利保障两大根本理念。即公民自身权利获得更好更公平地保护，同时也将自我管理视为实现这种保护的重要手段和当然权利。

（二）美国基层社会善治模式的文化渊源

美国的基层社会治理同样有着悠久的传统，与英国相比，美国似乎在社区自治方面走得更远。由于美国“先有社区后有国家”的独特发展历史，决定了在基层社会治理上，政府将权力赋予专业化的基层社区组织，形成了“基于社区的治理(governance based community)”。

具体来说，政府的影响非常有限，即“地方控制而不是州或国家控制的公共治理；小而富有回应性而不是庞大臃肿的政府；公共服务职业者是公民的咨询者和帮助者，而不是公共组织的控制者”[7]。所以，真正主导社区走向、为社区提供服务并进行管理的更多是居民所组成的各种团体组织，其中的典型代表有：邻里协会、社区发展社团、社区教会、社区居民协会及其下属委员会。邻里协会的功能在于通过游说并且与地方政府合作，负责社区的规划、发展与教育等一系列问题；社区发展社团致力于为贫困人口提供住房；社区居民协会的职责在于向社区提供清洁绿化、垃圾收集、路面照明与维护等各种公共服务，其下辖的各种委员会如法律、建筑、财务、沟通委员会自有其分管事项；教堂则增进了基层社区成员之间的联系、信任与相互帮助。我们看到，实际上这些非政府非营利的社区组织已基本上能够覆盖到社区生活的各个方面，所提供的服务也近乎全面，政府似乎并无直接干涉的理由和现实的具体领域。

这种扁平式、碎片化的管理模式，一方面极大激发了社区的活力，促进了社区成员和组织积极性地发挥，增加了社会资本的总量并优化了其配置，另一方面也有助于社区矛盾的内部消化，不至于扩散或加重，最后“增强了公民参与博弈的力量、降低博弈成本并促进利益整合。”[8]

学者在探究这种模式的指导理念时，提出了“公民治理理论”，这种理论强调“公民本位”的价值观，其本质是“强势民主”“直接民主”理念的表达。这种理念的渊源在于，美国始祖移民者对于宗主国政府干涉、迫害的不满和恐惧心理加强了他们对自由的不懈追求和直接行使管理权利的渴望，在初始的无政府状态中，契约成为了移民者保障基本生活秩序的最

---

[6] 李全利：《福利国家社会治理模式的上层建筑研究 ——基于英国社会治理理念、机制与经验的分析》，载《湖北社会科学》2017 年第 8 期，第 59 页。

[7] ［美］理查德·C·博克斯：《公民治理：引领 21 世纪的美国社区》，中国人民大学出版社 2005 年。

[8] 史云贵：《公民治理与群众自治—中美两国基层治理理论与实践比较研究》，载《人民论坛》2014 年第 14 期，第 27 页。

重要方式。殖民的初期阶段，资源和安全感普遍匮乏，这使得他们之间的合作需求大于竞争需求，于是不得不建立一些联合组织（当然也包括尚为软弱的政府）对抗自然的、外部的不幸和灾难，同时也形成了成员之间互信互惠的良好氛围，而上述的高度自治、合作共治、互惠互信的文化精神得以传承，并影响了后来美国社区乃至整个社会的治理模式。

（三）法国基层社会善治模式的文化特征

法国社区的治理方式不似英国经历了摇摆的改革过程，也不似美国一以贯之地坚持自治，而是通过政府不断地放权而逐渐实现了社区的自治和共治。法国是一个中央集权传统深厚的国家，长期以来，国家把控了对整个社会包括基层社会的治理，因此法国的社区自治的历史并不算悠久，直到上个世纪，才逐渐呈现出从政府主导向社区共治的倾向。

在目前的基层社会治理中，法国除了政府的主导外，也同样依赖于第三社团和个人自治。前者如“邻里委员会”，在社区内部对话和与政府的对话中都扮演了重要的角色，在利益协商、关系协调等方面发挥着社会解压阀和促进器的作用。在个人自治方面，“在市镇管理过程中小市镇的市民可以直接向市长表达个人意见，也可以通过街道委员会表达自己的意见和建议”[9]，“允许市镇政府在其职能范围内组织当地公众对重要决定进行投票表决，而不仅仅是意见咨询；并赋予地方选民请愿权，可要求市镇政府将其管辖内的任何问题，列入磋商大会的议事日程。”[10]

我们通过上述事实就能看到，尽管法国高度崇尚自由民主理念，社区和乡镇居民对于社区的治理拥有了越来越多的发言权和决策权，但在具体执行上所表现出的仍然是较强的政府依赖和政府主导，即国家管理意识仍然浓厚，法国将决策的自治性和执行的政府主导结合，形成了特色的共治理念。

（四）域外基层社会善治的文化经验

通过对上述三个国家的基层社会善治的模式及其所遵奉理念的介绍和分析，可以大致归纳出以下几个主要经验，第一，坚持社会自治的核心意识，这是三个国家的共通理念，也应是任何法治现代化国家必然遵循的观念，因为它是自由及民主的逻辑产物，也是经过历史证明的利于善治文化基础。第二，高度居民自治和单一的政府主导，皆暴露出各自的固有缺陷，遵循这两者的国家皆已经对原有理念进行改造，两种极端意识出现了融合，产生的社会共治成为了迄今为止最优的选择。第三，治理文化立基于一个国家或民族的政治、经济、民族精神的混合土壤，对它的修正也必须适宜于这些客观情况，而且矫正的过程往往是渐进式的，否则会受到极大的传统阻力和社会阻力。

三、 我国基层社会善治的文化路径

（一）阻碍我国基层社会善治的文化原因

我国的基层社会整体上善治程度偏低、各区域治理水平差异明显、面临的问题层出不穷，部分源于当代社会共同面临的全球挑战因素，还有很大一部分原因具有本土性，即传

[9] 吴自斌：《法国地方治理的变迁及其启示》，载《江苏社会科学》2010 年第 4 期，第 126 页。

统文化的特点在很大程度上成为了善治推进过程中的阻碍因素。我国是一个历史悠久的国度，长期积淀的传统思想和文化中既有良好的成分，如崇尚和谐和重视德治，这对于社区治理乃至社会治理均有着积极的精神意义，但是，更多的是其中的人治思想、官本位文化、自足思维、过度的集体意识等对自治共治共享意识的干扰和排斥。

1.民主法治文化的缺如对社会自治意识培养的阻碍

众所周知的，构成我国传统文化主体的就是存续两千年之久的封建文化，或者说儒家文化。民主理念传入中国的历史不过百年而已，法治就更是一个年轻的概念了，它们虽对原有的文化理念产生过巨大的冲击，但不可能也事实上没有完全取代封建文化中不断宣扬的“高下有别、尊卑有序”的等级构想、“代天巡牧”的授权思想，以及“贤王政治”的人治理想，这些延续两千余年的认识通过自我的完善获得了顽强的生命力，并未随其政治载体——专制政体、经济载体——小农经济和人员载体——儒家儒士的终结而完全消失，它以其特有的惯性遗传了下来，并仍然左右着当今人们的思维和行为方式。等级秩序思维和权力天授的观念与民主理念截然对立，而强烈的人治幻想则挤占了法治的生存空间。这些观念既阻碍了民主和法治制度的建立，也妨碍了既有机制的运行，成为我国社会健康发展和高效运转的摩擦剂。

其表现于基层社会中，尤其是在那些经济发展迟缓、保守文化浓厚的地区，首先就是民主意识薄弱。仍然信奉国家权力是自然的、固有的，没有意识到国家权力源自并应服务于公民个人权，没有充分认识到社区与国家应当双向支持，更没有意识到这种双向支持的法理前提正是出于捍卫每个普通社区中公民权益的初衷，而且将社区只视为大国家体系的普通组成部分，认为社区的功能和职责在于为国家建设提供资源，甚至在国家要求时无妨为整体利益作出让步或牺牲，传统权利观中的个人义务本位思想直接导致了将社区乡镇视为义务主体的认识，对个人权利的忽视也直接导致了对社区整体利益的漠视。在人们无法感知到权利而只能观察到义务时，当然不会产生民主意识，更不可能孵化出自治意识。

其次表现为法治意识的不足。因为对人治的长期信奉和现实中国家官员对法治的践踏，许多公民对于法治尚存在怀疑，而基层社会（尤其是乡镇村）的负责人更是将法治视为对其职权的掣肘，存在着严重的排斥心理。出于对贤能政治的幻想，社区乡村的公民参与热情只在选举时有所高涨，其潜意识在于希望借此将社区治理的责任推给被选举人。随后只要不直接关涉私人的重大利益，公民参与治理的积极性就长期保持低落。对法治意识的不足和人治意识的兴盛使得社区决策更易于受到领导者个人决断的影响，从而使公民的独立治理见解受到挫败。而且，缺乏法治思维使得既有的良好政策难以凭借制度化的方式得以坚持和贯彻，使得整个社区的走向和政策面临长期摇摆的风险，在这种缺乏稳定性的社区中，自治意识难以得到滋养。

2.行政管理文化的盛行对社会共治意识形成的阻却

我国传统及当前文化中还有一个显著特点就是行政管理文化兴盛。远而言之，封建时期的中国并无权力的分离，立法权和司法权依附于强大的行政权，朝廷和衙门可以解决一切社会问题，可对一切层次的行政单位实施管理，在人们意识中，就出现了强烈的政府万

能和政府至上意识。近而言之，即使在新中国成立后的很长一段时间内，这种大政府的现实和意识并未得到本质的怀疑和改变：国家机关设置中，政府在一府两院中处于绝对优势的地位；在经济制度上，实施计划经济，主要发展国有经济，市场经济没有生存空间；在对基层社会的管理上，为适应城市经济发展和应对“单位制”的改革所造成的一系列问题，在城市中设立了街道办事处，作为城市行政区划中最低一级的权力枢纽。街道办事处权力的实在化、工作内容和运作方式的行政化过程就成为了政府权力向城市基层渗透下沉的证明，民政部于 2000 年发布《关于在全国推进城市社区建设的意见》，也表明当时的政府是秉持着“基层政权建设”的理念来建设社区的；在乡村，先是建立了人民公社，从而在客观上实现了政府对农村社会的全面控制，随后公社运动被纠正而解散，为适应农村新型的联产承包责任制度和填补公社解散遗留的政权空白，国家建立“乡级政府”，推行“乡政村治”[11]，尽管这一措施确实在很大程度上实现了“政社分开”，但同样巩固了国家的基层权力。后来经过改革，“乡政村治”转变为“乡村共治”，但现实中仍然普遍存在着“乡政压倒村治”的困境，村委会的工作重心和目的仍在于落实乡政府的行政任务，而非服务村民、扩大乡村集体利益。从以上事实中我们可以看到在长期的社会建设中，国家意识一直都是主导思想，行政文化都非常浓厚。归根到底，是没有形成国家——社会二元划分的认知，于是，公民将组建国家机构视为行使治国治社会权利的基本完成，随后的基层社会乃至整个社会的运作和完善都当然地成为了国家的独有责任，而公民之权在于享受政府的良善社会治理所带来的利益。因此对政府的不当管理，要么消极承受，要么只有通过事后救济或者选举来表达否定性评价。对行政机关的信任和依赖，使得社会组织的治理和公民自治都没有存在的必要，也对之缺乏必要的信心，因此，无法形成基层社会多元治理的意识。

3.传统自给文化和零和思维的残余对社会共享意识生成的阻挠

“零和”思维立基于严格竞争的背景，认为一方的收益必然意味着另一方的损失，否认双方存在合作的可能。事实上，这种思维不仅存在于本国，而是广泛存在于一切人的头脑之中。我国牢固的等级制度决定了利益分配的不均等，而上层资源中“贵”这种地位资源相比于“富”这种财产资源更为稀缺，且前者具有对后者的主宰能力和孵化能力，然而，持有“贵”资源者的数量总是大致稳定的，这种现状决定了社会中人们更多地秉持争斗思维。如果说安全和谐也是一种社会利益的话，它也只是为这种争斗提供环境保障。总言之，旧有的历史经验相当程度上促进了国民零和思维的固化——社会资源的掠夺即资源的转移而非合力创造成为财富积累最为便捷的方式。

自足的文化则以封闭小农经济为经济基础，在这种经济中，生存生活所需的产品大多属于个人产品，简单而容易获取，因此这些产品由自己供给，即自给自足，当然庞大的宗族也为这种产品的供给提供了一定的来源和保证。公共产品和公共服务则相对稀少，典型的有城村的安全、城墙官道水渠等工程的修建，应对天灾时开仓赈济，这些只能由国家来

[11] 乡政村治的内涵为，乡政以国家强制力为后盾，具有高度的行政性和一定的集权性；村治则以村规民约、村民舆论为后盾，具有高度的自治性和民主性。

提供。德国学者托马斯·海贝勒在探究公民社会的形成条件时发现：家族和家庭利益向社会利益转化，自由公民的共同责任心开始形成。当公民不能在社会中寻找到实在的公共利益或者说产生利益共鸣时，就只会专注于个人利益的经营。

当然，传统文化中不纯粹是零和思维和自足文化，也有着睦邻友好的道德风尚，但这只是一种道德的选择，是一种单向的追求鼓励，缺乏制度性的支撑。另外，虽传统社会中也存在利益共同体，但也只是宗族的利益共同体，所产生的也只是宗族“同富贵,共荣辱”意识，而非城乡社区的利益共同体，无法适应当下时代，因此社区中的共享意识也无从继承。

利益的共同体决定了意识的共同体，进而产生了组织的共同体和行为的共同体。个人的利益追求决定了个人的自治，一定地域内公民对彼此利益的尊重和对共同利益的追求则决定了集体的自治。但现实可能并不完全遵从这种逻辑，因为意识具有一定的独立性和主动性，可能存在着这样的情况，即或许共同利益客观存在或已经出现，但公民因为理性不足或思维惯性而无意识地忽视，因此，有必要为共享意识的培养作出特别的努力。

（二）推进我国基层社会善治的文化对策

根据域外国家基层社会治理的文化经验和中国特有的国情实际，以构建“党委领导、政府负责、民主协商、社会协同、公众参与、法治保障、科技支撑”的社会治理体系和“人人有责、人人尽责、人人享有”的社会治理共同体，以期逐步培养和强化公民的自治、共治、共享意识，最终实现文化对现实的反哺，对实践的指导和推进。

1.推动基层社会治理的法治化步伐，培养公民的自治意识

首先，建立完善的基层法治体系，严格贯彻既有法治制度。良法是善治的前提。针对目前我国的基层社会治理的非制度化和人治化现状，建立并实施针对基层治理的法治制度为当务之急。具体包括：①城市社区治理法治化存在“相关立法内容滞后、制度设计不科学、法律缺乏实效”[12]等突出问题，为此，要逐步建立健全各类市民公约、乡规民约、行业规章等社会规范，使公民的意志上升为该社区或乡村的行为准则。②严格按照《中华人民共和国村民委员会选举法》的要求完善村庄民主选举制度，尤为重要的是，要保障选举的公正公平公开，让公正选举成为村民自治的良好开端，并牢牢把握这一机会，借助透明的选举过程和符合民意的选举结果让公民切身感受到真正的主人翁地位，实现对公民的自治教育。

其次，社会自治组织、政府和其他社会组织在履行职责、进行社会治理时，要对之进行必要的监督。首先要明确这些主体的法律责任，其次要通过建立民主评议、绩效管理和社区事务和村务公开等一系列法律鼓励的参与平台，对现实中诸如腐败、渎职、侵犯公民权利等行为的查处和举报，不仅可让公民在参与中逐渐培养起法律思维，产生对法治的信赖，更能感受到自治的现实效用，并提高公民的自治觉悟和自治能力。

最后，党委政府的领导干部和组织人员要主动带头学习法律知识并运用法治思维，同时对公民进行法律教育和公民教育。可以充分利用社区农村的信息公开栏、微信、短信、条幅等载体，可以通过法律知识讲座、知识竞赛等平台开展“普法到基层”活动，同时可以根据实际情况建立“法律咨询处”普及法律，并与法律援助机关相衔接，引导居民村民行为

[12] 梁迎修：《我国城市社区治理法治化探析》，载《郑州大学学报》2014 年第 2 期，第 64 页。

守法，遇事用法，维权靠法，营造良好法治氛围，竖立公民的法治意识，权利意识，责任意识，使居民和村民产生对法治的信任和依赖，能够并善于凭借法律完善对社区乡村的管理。切实把“法治”和“自治”有机结合起来。

需要强调的是，我们对法治的强调并不意味着对德治的排斥，无疑，德治与法治的结合，更有利于基层社会的善治。

2.完善基层社会治理的社会化机制，培养公民的共治意识

第一，转变基层政府的意识和职能。政府乃是影响基层治理之途径选择的关键，在我国的政治生态中，没有政府的支持，公民自治和共治根本不可能自然实现，只有政府主动地转变意识和职能、限缩权力，才能为其他治理主体的萌芽生长留出空间。具体而言，首先要纠正原有的“管理”理念，树立正确的“治理”观，应将政府职能重新定位于制定政策以指导社区建设、提供制度保障、维护社区安全与秩序、监督其他组织的运行等方面，其中，指导和领导应当是核心功能，即政府要扮演“引导者、协助者、支持者与监督者”的角色。政府自应将服务公民视为使命落脚点，但在具体操作中，则要开放更多领域，将社区服务的功能让渡给其他主体。比如，可以通过给予社区资金扶持、政策优惠来践行服务宗旨。

第二，大力发展社区乡村社会组织并引入企业。早在上世纪 90 年代，就有学者提出建设社区型的非政府组织。但是各界对它的接受经历了一个曲折的过程。因此，首先“从法理上认可社会组织和市场主体参与社区治理的合法身份”，并通过明文化、制度化的方式将他们的职权职责固定下来。在许多发达地区，已经建立了“社区服务中心”，这是一个良好的开端。其次，还要对这些组织及其工作人员进行业务和法律方面的培训，保证他们的专业化水准、职业道德和法治素养。其次，政府要对这些社会组织和企业进行必要的扶持，可以利用“购买”的方式将属于基层直接治理的部分服务类职能转移给它们。政府和公民对这类企业、组织的认可和接受必定是个比较漫长的过程，因此，要通过逐步地赋予它们权限，让其在良好的治理实践中不断地积累经验，完善工作方式，提高治理能力进而提升各界的认可度。

第三，鼓励社会工作者深入社区。将这些在社会福利、社会救助、社会慈善、残障康复、优抚安置、医疗卫生、青少年服务、司法矫治等专门社会服务机构中从事社会服务工作的专业技术人员以个人的形式引入到社区中，作为社会组织的补充，借助他们的专业能力为社区政策的制定、社区工作的展开提供专业意见并提升治理的精准度。

第四，建立联合治理机制。这其实是在现实治理中如何协调各方的问题。首先，如前所言，需要“重点厘清政府、企业、社会组织、居民等各类主体的特点和力量，梳理各方利益和机制关系，界定各方职责”[13]。其次，要建立联合工作机制，具体包括通过搭建议事平台，集体辩论、协商、决定各项事务；设立联合调解机构，缓和各方矛盾并尽可能在社区范围内消除纠纷；建立联合监督机构，该机构需对各方是否按照法律和协议履行职责进行监督，还要对其服务效果进行专业化评价，并向各方提出建议。此外，有些地方的良好经验，如民主恳谈会制度、乡贤参政制度也能够为社区治理注入共治的因素，大大有利于共

[13] 肖丹：《打造共建共治共享的社区治理格局》，载《人民论坛》2018 年第 16 期，第 78 页。

治意识的培养。

3.建构基层社会治理的互惠化体制，培养公民的共享意识

上述的议事平台、调解平台、信息公开平台、监督平台等既是共治的渠道，也是居民共享意识赖以成长，治理成果得以共享的必经过程，即以共治促进共享。除此之外，还需要借助其他具体措施。

搭建交换平台，流动个体资源。欧洲、北美国家的一些社区中存在一种非常值得借鉴的制度，叫做“时间银行”或“服务银行”，在这种虚拟银行中，志愿者将自己的闲暇时间用来参加社区的志愿者服务，此时就算将服务时间存入“银行”，待到该志愿者需要帮助时，再从“银行”中支取志愿服务时间。目前该时间银行已经被引入到我国的一些城市中。这种制度本质上就是公民的时间或劳力资源的交换制度，或曰平等互惠制度，它使得一个社区内的时间和劳力资源得以被充分、高效地利用，这不仅有助于公民个人利益和整体利益的共同增长，真正将社区公共利益视为个人利益的集合体，将社区视为个人的依托，而且有助于推动整个社区和谐、稳定的营建，从而培养社区情感和共享意识。

完善扶助机制，妥置社会资源。互惠不能做狭义地理解，即完全平等地利益交换，事实上，对社区中弱势群体的特别照顾，即利益在表面的单向流动也是必要的，也是互惠的。因为，一方面，每个社区成员都有陷入风险进而成为弱势群体一员的可能，另一方面，对弱势群体的关怀在客观上消除了很多不稳定因素，预先遏制了矛盾生长的可能，维护了社区的安定和谐。只有将这部分群体同样视为社区家庭中不可或缺的组成部分，社区成员——不论是那些提供和获得帮助的成员，还是其他成员——才真正培养了利益共享意识，否则只能停留于利益独占的个体意识。因此，对这些群体的关照程度成为衡量一个社区治理水平和文明程度的标尺。在具体操作中，可收集个体资源注入相关服务委员会，成立共同共有、用途特定的社区资源，根据不同的服务受众（包括老人、儿童、残疾人士、外来人口、贫困人口等）制定不同的服务计划，提供针对性的服务内容，并将这些不同类别的扶助性服务统筹兼顾，依照轻重缓急，将社区资源有序地利用起来，让成员在每一次的扶助行动中感受到社区资源的真正大众化。

竖立志愿典范、弘扬共护文化。即通过奖励、表彰那些对社区建设和邻里帮助贡献较大的成员，鼓励其他成员为邻里和社区积极提供服务，进而激活成员的共同付出意识，形成争先奉献的良好氛围；通过宣传社区资源的共享共护文化，合理安排公共产品的使用秩序，以及批评惩罚破坏、滥用公共产品及践踏使用规则的成员，在成员间普遍建立起对公共财产的共享意识和共护意识。

中国超大规模城市法律治理
——传统、挑战与理论范式的更新*

泮伟江[1]

【摘　要】中国传统城市治理范式的特征是官僚制治理、组织化治理和压制性的法律治理。传统城市治理的根本思路就是去复杂化。随着中国深入融入全球生产链，中国的城市也日益分化成超大规模城市与中小城市两种类型。中国超大规模城市治理的挑战同时呈现出社会的个体化趋势和功能分化趋势。个体选择可能性的增多及其偏离效应的放大，既带来创新效应，同时也导致了治理风险和秩序隐患。中国超大规模城市治理必须同时兼顾社会安定与创新两个要素。超大规模城市法律治理的新范式尊重社会功能系统的内部运作的自主性，在此基础上通过法律系统与其他社会功能子系统之间的结构耦合进行治理，从而实现对复杂社会的复杂治理。

【关键词】超大规模城市、法律治理、创新城市、功能分化、结构耦合

一、导论

改革开放以来，随着中国城市不断增多和迅猛发展，城市治理在国家治理的重要性日益凸显。在 1949 年的时候中国城市人口占总人口的比重是 10.64%，到 1979 年的时候中国城市人口比重也不过是 19.96%，到 2019 年年末，中国城镇常住人口已经上升到 60.6%，城市化率首次超过 60%。由此可见改革开放四十多年来中国国家治理内涵的巨大变迁。如果说，四十多年前农村和农民问题是国家治理当之无愧的主角，那么四十多年后，国家治理的成败和未来已越来越多地与城市治理的问题相关联。2006 年国家全面取消农业税，在一定程度上也象征着城市与农村在国家治理中所占权重的变迁。当然，这并非意味着农村治理的问题因此就不重要了，但毫无疑问，城市在国家治理中的重要性确实发生了实质性的提升。

除了城市化进程加速之外，最近二十年中国城市发展又呈现了一个更鲜明的特点，就是一批超大规模城市的加速涌现。[2]而中国的超大规模性又进一步放大了超大规模城市发展速度和影响力。[3]在可见的将来，中国也许会成为世界上超大规模城市数量最多的一个国家。[4]遗憾的是，伴随着超大规模城市加速涌现，关于超大规模城市治理的理论却显得相当滞后。虽然城市治理的问题日益受到重视，但超大规模城市的治理问题却没有得到应有的重视，更不用说发展出专门用来分析中国超大规模城市治理的基本理论模型或分析框架。

---

[1] 北京航空航天大学法学院，副教授、博导。

[2] 参见王小鲁：“中国城市化路径与城市规模的经济学分析”，《经济研究》2010 年第 10 期。

[3] 关于中国的超大规模性，参见泮伟江：“如何理解中国的超大规模性”，《读书》2019 年第 5 期。

[4] 本文适当放宽了国务院《关于调整城市规模划分标准的通知》中所划定的超大规模城市标准，将人口在 500 万以上的城市都认定为是超大规模城市，纳入理论考察的视野。

考虑到法律与现代治理之间的密切关系，[5]从法律理论的角度观察和反思超大规模城市治理，也是题中应有之义。从法律史的角度看，法律与城市生活及城市治理之间几乎有着同源的关系。在中国法理学对中国法律现代化运动的反思与检讨中，多数持批评和反思态度的学者往往会以偏远农村中法律的适用和执行为例，来反思中国法律现代化与本土化的缺陷与不足。与此相反，尽管在中国城市治理的过程中，法律所扮演的角色和发挥的作用也存在着许多问题和缺陷，研究者往往更倾向于就事论事的讨论这些问题，而较少将它上升到国家治理体系与治理能力现代化建设的高度进行思考。这导致了中国法理学对中国城市法治研究的盲点，更导致对中国超大规模城市法律治理问题的忽略，使理论研究远远落后于现实的需要。

二、中国城市治理的特殊性及其传统文化基础

当前中国关于城市治理的多数研究都集中在交通拥堵、环境污染、高犯罪率等所谓的“城市病”的具体问题层面，尚缺乏城市治理基本理论框架层面的研究，这不能不说是很遗憾的。这并不是说具体问题的解决不重要，而是说，这些具体问题的解决，是建立在对城市空间的特性等基础问题的认识和理解的基础之上的。[6]尤其是，中国城市治理有自己的历史传统和特色，因此应该在一种城市治理的普遍理论与中国特色相结合的意义上理解中国超大规模城市治理的问题。

城市研究的基本分析框架是城市与乡村之间空间性质的差异。由于城市与农村空间性质的不同，因此治理城市和农村所面对的挑战、需要解决的问题，治理的思路以及所使用的治理手段和工具，也相应地有所不同。例如，与城市空间不同，乡村空间的人口规模是很小的，因此是一种小规模生活共同体的空间。乡村空间的经济基础是农业，农民们几乎可以通过在土地上的劳动满足所有生活所需，因此市场并不发达，同时人口流动性也很小。乡村共同体通过血缘和土地联系在一起，本质上是一种同质化的社区，因此很容易形成亲密关系。帕克将这种社会关系称作是“初级关系”：一种面对面交往和互动形成的关系。[7]在此种乡村共同体的公共生活空间中，公共事务是很少的，因此专业化的官僚体制既无必要，也很难发展出来。[8]人们更多地依赖于传统和习惯来安排生活，社会关系更多呈现“人身关系”色彩。此种乡村空间自身的内在结构和机制就是对治安的重要保障。[9]

城市治理的问题则显示出更为复杂的面向。首先，城市繁荣的经济和更为丰富多彩的生活，对乡村社会中的精英和边缘人都深具吸引力。这些人是最有能力偏离既有生活秩序和生活轨道的人。其次，城市人群是由一批又一批的外来人口组成的，而这些外来人的成分都非常复杂。正如芒福德所指出的，城市是一个巨大的容器，任何时代中最特立独行的、

[5] 俞可平：“治理与善治引论”，《马克思主义与现实》1999 年第 5 期；马长山：“法治社会研究的现状与前景——基于国家与社会关系视角的考察”，《法治现代化研究》2017 年第 1 期。

[6] 基于同样的理由，虽然中国的超大规模城市之间也存在着不同的类型化区分，但本文并不对此展开讨论。

[7] [美]罗伯特·帕克等：《城市：有关城市环境中人类行为研究的建议》，杭苏红、张国旺译，商务印书馆 2016 年版，第 52 页。

[8] [德]韦伯：《支配社会学》，康乐、简惠美译，广西师范大学出版社 2004 年版，第 11-17 页。

[9] 参见[德]卢曼：《法社会学》，宾凯、赵春燕译，上海人民出版社 2013 年版，第 68-181 页。

最不可思议的那些人，恐怕绝大多数都生活在城市之中，被城市这个容器所接纳和收集。[10]这自然也对城市的治理带来了巨大的挑战。传统初级社区自发形成的社会控制手段已失效，个体日益从初级社区中“脱嵌”出来，从而具有更多自主选择的空间与可能性。正如伯吉斯所指出的，城市化的过程就是一个社会不断解体和再组织化的过程，犹如人体的新城代谢。[11]

当然，城市治理的这些挑战，另外一方面恰恰也是城市的优势与特点。按照韦伯的说法，城市首先意味着一大群人共同密集居住的区域。[12]除了密集居住的人口之外，城市还有另外一个属性，那就是作为“市场聚落”而存在，即内在于一个足够规模的经济网络之中，并且构成了这个经济网络的中心和支撑点。[13]就此而言，城市的重要性和影响力并不仅仅在于城市内部空间的构成，同时也在于城市在整个社会经济网络中的辐射力和覆盖面。城市的这两个要素紧密相连，彼此支撑，共同塑造了城市治理空间的性质与内在结构，并且形成一种区别于乡村风俗的城市文化。

城市/农村空间性质自然属性上的差异，构成了我们研究和理解城市治理的基础。此外，任何城市研究还必须考虑不同历史文化传统的差异对城市空间性质的影响，否则就容易形成“任何城市都千篇一律”的肤浅印象。在这方面，德国城市社会学者哈森普鲁格关于中西城市空间性质差异的符号学研究显示了深刻的洞察力。[14] 他通过符号学的方法，看到了中国城市的鲜明个性——与西方城市的开放空间形成鲜明对比的是，封闭空间的切割和区隔构成了中国城市的明显特征。[15]而这又是与中国的城市官僚制治理传统紧密相关的。这构成了中国城市治理的“密码”。[16]要理解中国城市的特性，就必须理解中国城市的治理传统。

首先需要对治理的概念进行基本的界定。治理理论研究是当前中国政治学、社会学和法理学研究的前沿热点问题，同时也是当前国家治理体系与治理能力现代化改革中的重大理论和实践问题。关于何谓治理的问题，理论界和实务界众说纷纭，出现了各种各样不同的说法。[17]大致而言，理论界受西方 20 世纪 90 年代以来“新治理”理论的影响比较大，[18]比较侧重从基层自治和善治的角度切入理解治理的问题，[19]相对于传统侧重“管理”的治理概念，这些研究更强调治理框架和治理机制的作用。[20]但在实践中，社会治理的概念第一次出现在党的正式文件中是 2013 年十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》。在这个文件中，一方面，治理的概念确实包含了激发社会组织活力

---

[10] [美]爱德华·格莱泽：《城市的胜利》，刘润泉译，上海社会科学院出版社 2012 年版，第 26 页。
[11] 同前注 6，第 66 页。
[12] [德]韦伯：《非正当性的支配——城市类型学》，康乐、简惠美译，广西师范大学出版社 2000 年版，第 1 页。
[13] 同前注 11，第 2 页。
[14] 参见[德]迪特·哈森普鲁格：《中国城市密码》，童明、赵冠宁、朱静宜译，清华大学出版社 2018 年版。
[15] 这无疑让人联想到以四合院为象征的中国内部院落建筑传统。刘欣：“传统文化在贝聿铭建筑设计作品中的体现”，《城市建筑研究》2020 年第 2 期。
[16] 同前注 13，第 311-313 页。
[17] 曹剑光：“国内地方治理研究述评”，《东南学术》2008 年第 2 期。
[18] [英]格里·斯托克：“作为理论的治理：五个论点”，华夏风译，《国际社会科学杂志（中文版）》2019 年第 3 期；孙博瑛：“当代发达国家地方治理的兴起”，《中国行政管理》2003 年第 4 期。
[19] 俞可平：“全球治理引论”，《马克思主义与现实》2002 年第 1 期。
[20] 杨雪冬：“近 30 年中国地方政府的改革与变化：治理的视角”，《社会科学》2008 年第 12 期。

的含义，但更侧重于社会秩序的维持和保障，核心内容就是预防和化解社会矛盾，建立和健全公共安全体系。因此，实践中所谓的城市治理、地方治理或者社会治理，主要继承的还是改革开放以来的“社会治安综合治理”或者“社会综合治理”的传统，其核心含义，首先是治安，也就是打击犯罪，维护社会的基本安全与稳定，其次则在治安基础上对社会秩序的维护和正面引导。[21]这其中既包含着对个体偏离社会道德和常规行为的打击，同时也包含着对个体行为的正面引导。[22]从法理学的角度来看，除了通过刑事法律和政策打击犯罪，维护治安之外，这也意味着通过法律的手段化解纠纷，维护社会的和谐与稳定。[23]

中国城市的历史源远流长，在漫长的历史发展中，逐渐形成了相对稳定的治理模式和传统，并延续至今，构成了中国当代城市治理的基本范式。[24]择其大要，我们不妨用三个关键词概括之：官僚化、组织化、压制型法。

首先，城市治理以官僚制为特征。乡村空间是熟人社会，以家庭和血缘为纽带组织起来。除了造桥、修路等少数公共事务之外，乡村空间并不需要专门的官僚机构来处理公共事务，同时乡村空间也无法为专业官僚机构提供专业人才和稳定的经济基础。与此相反，城市人群本是陌生人群，适合官僚制统治。[25]相对于乡村共同体的“直接民主制”行政，城市治理是通过专业的官僚制来实施的。尤其是对中国城市而言，行政治所本身就是许多城市出现的根本原因。

其次，控制城市大量陌生人口是一件很困难的事情，传统的治理手段是将这些人口进行“再组织化”，也就是说，重新将他们归入某些具有区隔和隔离功能的人造空间之中。例如，隋唐时期的里坊制。[26]所谓的组织化，其实质就是：“使人成为组织的一员并使人的组织行为成为社会行动的基本方式，这样，社会的行为就更多的是通过人的组织行为而体现出来。个人组织为集体，集体进而组织为社会，正是在这样的过程中，人完成了自己的社会化并形成一定的规则，进而形成一定的社会秩序。”[27]通过社会组织来吸纳人口，从而在原子化的个体与国家之间形成一种中介性的“社团组织”，这样一种社会治理思路和实践，也广泛存在于西方社会中，学者一般将其概括为“法团主义”。[28]但中国城市治理传统中的这种组织化手段和思路，与西方的法团主义还是有实质性差异的：西方的法团主义更侧重于社会的自组织，通过社会力量来实现社会自治，中国城市的组织化则强调通过寻找“国家治理的基层代理人”，“通过将分散的主体进行单元化、组织化，以转移政府的治理成本和

---

[21] 陆健：“什么是治安综合治理学”，《社会》1991 年第 10 期。

[22] 参见王丛虎、王晓鹏：“‘社会综合治理’：中国治理的话语体系与经验研究”，《南京社会科学》2018 年第 6 期；

[23] 魏志勋、白利寅：“法学视域下的社会治理”，《南通大学学报》（社会科学版）2014 年第 5 期；在功能分化社会中，纠纷解决的含义又呈现了微妙而实质的变化，对此细致的分析参见：张文龙：“法治中国的多元解纷体系：后疫情时代的观察”，《国家检察官学院学报》2020 年第 6 期。

[24] 参见尹钧科等：《古代北京城市管理》，同心出版社 2002 年版；韩光辉：《燕园史地随笔》，中国国际广播出版社 2019 年版。

[25] [德]西美尔：“陌生人”，载[德]西美尔：《社会是如何可能的：西美尔社会学文选》，林荣远编译，广西师范大学出版社 2002 年版，第 341-348 页。

[26] 参见[日]加藤繁：“宋代都市的发展”，载氏著：《中国经济史考证》，吴杰译，中华书局 2012 年版，第 288-316 页。

[27] 龙劲松：“中国地方组织化与乡村治理——中国政治发展的微观分析”，《上海师范大学学报》（哲学社会科学版），2003 年第 6 期。

[28] 参见张静：《法团主义》，中国社会科学出版社 1998 年版。

风险责任的过程”。[29]因此，这是政府积极建构的结果，具有半官半民的身份，黄宗智将它称作是“第三领域”，认为这体现了“简约治理”的理念。[30]

法律治理是城市治理前两个特征的结合。在中国历朝历代中，不但在法典中有专门针对城市治理的篇章，同时还有许多专门针对城市治理的单行法律。[31]当然，由于传统城市治理重在治安和社会行为的导控，因此法律主要是作为工具和手段被使用的。这与西方中世纪城市自治法形成了鲜明的对比。[32]由于现代法律以人民主权为正当性基础，同时强调法院和法官的独立审判，而这两个因素并不存在于传统城市的法律治理中，因此与传统城市的法律治理更接近和类似的现代法理学概念其实是“规制”（regulation）。[33]中国传统城市法律治理模式体现了明显的“压制型法”特征。[34]

当代中国城市的法律治理仍然继承和体现了中国城市治理的古老传统。[35]这种法律治理所带来的结果必然是治理者/被治理者之间形成不对等的支配/被支配的关系，因此往往导致治理者滥用权威地位和支配性力量。在法理学的范畴中，这通常被称作“自由裁量权的滥用”。[36]这当然也包含着对司法裁判之自由裁量权的滥用，从而使得法律不但无法有效地解决纠纷，甚至还导致了更高程度的社会不稳定效果。[37]

在传统城市治理的三个要素中，官僚制因素体现的是城市治理空间与乡村治理空间的性质区别，而组织化与压制型法则体现了城市治理与乡村治理的内在联系。换言之，正是由于城市治理空间的复杂性，才使得官僚制的产生变得必要，成为可能。因此，官僚制的产生乃是相对于乡村治理而言，城市治理创新的一面。尽管如此，中国城市并未像西方城市那样，显示出与乡村秩序的截然对立，而是仍然扎根于乡村社会底座与基石，同时无论是城市还是乡村，都是地方治理的一部分，因此治理的重点都是治安。[38]为了维持城市的治安，作为城市治理主体的官僚制面对城市治理空间的各种复杂性，治理的基本思路，就是“去复杂性”，或者说“简化复杂性”。具体体现在治理策略上，就是通过“整体/部分”的图式，将城市空间“再村庄化”，[39]从而最大限度地发挥“面对面交往空间”的各种微观机制来实现对城市的“简化治理”，同时通过“压制型法”权威性来对这种简化治理进行最终的担保。

三、中国超大规模城市兴起带来的挑战与机遇

中国传统城市主要是行政中心型城市。传统中国城市治理经验就是通过组织化和压制

---

[29] 王阳、曹锦清：“基层代理人与规模治理：基层政府的社会组织化逻辑”，《上海行政学院学报》2017 年第 3 期。
[30] 黄宗智：“集权的简约治理——中国以准官员和纠纷解决为主的半正式基层行政”，《开放时代》2008 年第 2 期。
[31] 刘海年：“中国古代城市的演进与法治”，《东方法学》2010 年第 2 期。
[32] 周执前：“中国古代城市法——一种比较法上的考察”，《宁夏社会科学》2009 年第 3 期。
[33] 这也就解释了法律界研究城市治理的学者以行政法学者为主，并以正当法律程序为研究重点的原因。参见朱芒：《现代法中的城市规划：都市法研究初步》（上、下），法律出版社 2012 年版。
[34] [美]诺内特、塞尔兹尼克：《转变中的法律与社会》，张志铭译，中国政法大学出版社 1994 年版，第 37 页。
[35] 参见张玮：“关于社会治安综合治理实施方式的思考”，《法学论坛》2002 年第 6 期。
[36] 同前注 33，第 44 页。
[37] 参见郑小悠：《清代的案与刑》，山西人民出版社 2019 年版。
[38] 关于中国传统社会中乡村治理的“治安”特征，可参见萧公权：《中国乡村：19 世纪的帝国控制》，张皓、张升译，九州出版社 2018 年版。
[39] 哈森普鲁格将这称作是“城市化村庄”，参见前注 13，第 297 页。

型法的手段控制城市人口的流动和交往，确保城市秩序的稳定与安全。近代以来，中国传统的社会秩序虽然受到了资本主义世界秩序的挑战，但在相当长一段时间内，中国社会仍然维持了传统的结构。像上海、广州等少数沿海开放城市虽然形成了相对比较现代的城市秩序，但在整个中国社会中仍然不过是一块块飞地和孤岛。

中华人民共和国建立以后，由于当时特殊的国际政经局势，中国关闭了对外开放的大门，并采取了苏式的城市化和工业化道路。当时中国城市治理基本上是苏联计划经济体制和本土传统城市治理模式的混合体。例如，新中国成立以后和改革开放以前，伴随着工业化，快速地兴起了一批新兴工业城市。在工业化和计划经济的体制下，通过户籍制度为基础的城乡二元体制和在城市建立单位体制，中国走出了一条独特的城市治理道路。由于单位制度的存在，中国城市的治理曾经类似或者接近乡村小规模共同体治理的许多特征。[40]

改革开放以来，市场的发展导致传统的城市单位体制逐渐解体。尽管如此，大量中国城市本质上仍然不过是行政中心城市。同时，这些城市的大量精英人口仍然主要生活在行政机构和大型国企等各种单位之中。这种情况在 2001 年中国加入世界贸易组织之后逐渐发生了改变和分化。中国快速和深度地融入了世界贸易体系，并依靠中国自身的规模优势，逐渐成为“世界工厂”。这也是中国整个城市发展战略发生显著变化的时期。在此之前，中国城市发展战略的重心是中小城镇的发展。此后，中国城市的发展重心逐渐改变为扶持大城市发展。当中国在全球产业链中占据了举足轻重的地位之后，随之而来的是全国范围内的人口大流动过程，大量人口不断涌向经济发达地区的重点城市，从而导致了一批超大规模城市的涌现。在农村与城市的二元区分之外，又悄悄形成了一种新的二元分化，即超大规模城市与中小城市之间的分化。

作为中国当前城市发展的两种不同趋势和类型，两种类型的城市呈现出许多实质性的差异，从而在城市治理层面也带来了进一步的分化。例如，在中小城市中，行政机构和大型国企仍然是吸纳精英人口的主要途径。而大型的金融机构、民营企业、跨国公司，最具有成长性的互联网高科技公司，往往都聚集在超大规模的城市，享受超大规模城市在政治、经济、金融、文化等各方面的优势，而仅仅将分支机构深入到中小规模的城市之中。在 2020 年新冠疫情的防控过程中，我们也可以发现超大规模城市与中小城市疫情防控措施的分化。相对于许多中小城市一刀切，随意升级防控措施等做法，像北上广深，以及杭州、南京、重庆、武汉等新涌现的超大规模城市，会更注重如何最大限度防控疫情与最小限度地损害社会经济生活之间取得最佳平衡状态。这本身就是超大规模城市中社会功能分化的体现。

这个阶段新涌现出来的超大规模城市，几乎都是深度参与经济全球化，与中国世界工厂地位密切相关的城市。相对于中小城市，这些超大规模城市事实上既是国内周边广大区域的经济枢纽城市，同时也深嵌在整个国际经济体系之中，并发挥着日益重要的地位。[41]由此造成的结果是，中国超大规模城市的工业生产不再仅仅是满足周边本地人口的日常生活

[40] 参见李汉林：《中国单位制度：议论、思考与研究》，上海人民出版社 2004 年版。
[41] 参见顾朝林等：《经济全球化与中国城市发展》，商务印书馆 1999 年版，第 32-50 页。

需要，而是最大限度地追求利润，扩大再生产，并不断地通过各种方式拓展市场的边界和范围，直至深入全球产业链之中。这意味着，超大规模城市由规模所带来的经济发展和繁荣并不局限于城市及其有限的周边本身，而是着眼于整个国家的发展和繁荣。[42]

大量处于二者之间的大型城市，根据自身在整个国家社会经济发展的客观地位不同，分别朝这两个不同的方向运动：在这个过程中，有些城市进一步萎缩为中小城市，有些城市则不断成长为超大规模的城市。

大量外来人口不断涌向这些超大规模城市。他们的就业岗位主要是通过私营经济吸纳的。一方面，这意味着城市规模的发展和市场化水平的不断深化，另一方面，这也意味着单位体制在中国超大规模城市治理中的基础性作用不断被弱化。[43]由此造成的一个鲜明的后果是：在超大规模城市人群体制内/体制外的二元结构中，体制外人群的重要性和影响力日益增强，从而对传统城市综合治理的思路造成了日益严重的挑战。在传统单位体制下，大量的资源聚集在体制内，无法进入体制内就意味着无法分享各种稀缺的资源。但在当代超大规模城市中，体制外也聚集了大量资源，体制外的资源甚至比体制内更有吸引力，从而吸引了人才向体制外流动。相对来说，体制内人口的同质性较高，在资源的获取和日常生活的照顾方面更多地依赖于单位体制，因此对体制内人口的治理，仍延续传统单位制度的逻辑和治理方式。而体制外人口的异质性强，个体的独立性与自主性也强，他们更多地依靠市场的方式来获取生存资源，实现日常生活的自我照顾。与乡村社会中的面对面交往不同，城市陌生人之间更多地通过货币、契约（法律）、艺术、宗教等各种中介，以间接的方式进行。由此带来了治理方式的巨大变化。

显然，相对于传统城市，中国超大规模城市的空间呈现了不同的治理特征。社会的个体化趋势不断增强，而传统的组织化治理思路正在失效。[44]许多学者因此希望通过社会的“再组织化”来应对这些新挑战。[45]

但这种应对思路是不现实的。一方面，回归传统的单位体制，既无必要，也不可能，并且成本上也不可承受。

哈森普鲁格受法国经济学家和政治家阿兰·利比茨的影响，将现代化定义为三个阶段：（1）扩展工业化（extensive industrialization），以制造业为生产类型特征，其剩余生产主要来自投入额外劳动时间，与此对应的是工业城市；（2）集约工业化（intensive industrialization），以大规模集约工业为特征，其剩余生产主要来自提高了的生产力，与此对应的是福利城市；（3）弹性工业化（flexible industrialization），以小规模和灵活的创造性生产为生产类型特征，其剩余生产主要来自将创新和基于计算机的智能化进行结合，对应

[42] 例如日本在 20 世纪 90 年代曾经试图分散首都东京的功能，导致东京人口规模有所下降，结果却导致东京发展速度和国际地位的下降，又进一步连累了全日本经济的增长。陆铭：“中国如何城市化？”，载黄亚生、李华芳主编：《真实的中国：中国模式与城市化变革的反思》，中信出版社 2013 年版，第 67-69 页。更系统的论述，参见陆铭：《大国大城：当代中国的统一、发展和平衡》，上海人民出版社 2016 年版。

[43] 华伟：“单位制向社区之的回归——中国城市基层管理体制 50 年变迁”，《战略与管理》2000 年第 1 期。

[44] 张静：《社会治理：组织、观念与方法》，商务印书馆 2019 年版，第 145-176 页。

[45] 刘炳辉：“高流动性与低组织化：中国危机治理的根本悖论？”，《文化纵横》2020 年第 4 期。

的是创意城市。[46]相对于西方城市发展三阶段的历时性特征，中国当代的城市发展呈现出了共时性的特征："我们可以观察到一种粗放工业化、精细工业化和灵活工业化三合一的共时发展模型。"[47]尽管如此，哈森普鲁格也承认粗放工业化和精细工业化的比重和重要性正在逐渐消退，而灵活工业化对中国未来的重要性日益凸显。而超大规模城市的涌现，正是此种趋势的重要体现。

许多研究都揭示出超大规模城市在创新方面具有显著优势。例如，中国的超大规模城市往往都是省会城市或者重要的区域中心和交通节点城市，因此在自然资源禀赋、国家政策资源禀赋等方面占据着先天的优势，同时也往往是高校等教育资源聚集的中心地区。这些资源禀赋在全国统一市场形成的过程中，通过市场的机制而被赋值，不断地吸引周边乃至全国的人口向这些中心节点城市流动和汇聚。人口的聚集又进一步强化了超大规模城市的市场化程度，从而形成互相强化的效应。这个过程必然会冲击传统城市治理范式中以东西中轴线为架构形成的单中心和等级式的城市空间格局，从而逼迫超大规模城市不得不形成多中心的城市空间格局。同时，超大规模因素还使得体制外个体化趋势加强，也能够使得各种异质和偏离有了更大的生存空间。

城市的规模与多中心网络密度，以及城市人口的高素质与异质性，都使得人们能够更加便捷地相互接触和"开发相邻可能"，因此"对于好创意的产生、传播与推广都极为有利。"[48]对此，韦斯特团队的研究还揭示了一条令人惊讶的现象："如果一座城市比另一座大 9 倍，那么这座城市的创意能量则不是高出 9 倍，而是要高出 16 倍；而如果一座国际性大都市的规模是一个小镇的 50 倍时，它的创意能量则约是小镇的 130 倍。"[49]

从城市治理的经验来看，创新所要求的条件，与传统城市治理的组织化区隔手段和压制性的法律治理策略恰恰是背道而驰的。多中心网络密度，以及城市人口的异质性，都要求赋予个体更广阔的自由选择空间与彼此接触可能性。而这恰恰是组织化区隔手段和压制性法律治理不惜一切代价所试图阻止的。那么，为什么赋予个体更多的选择空间，以及鼓励各种异质的个体的互相接触，能够带来创新呢？

这是因为创新的本质其实就是一种对常规的偏离，创新所带来的收益，也就是偏离常规所带来的收益，或者更准确地说，创新的优势，就是通过各种高密度的网络化，迅速地放大偏离所形成的规模化收益。而任何偏离或创新，其首要条件就是赋予个体更大的选择空间和选择可能性。[50]而这恰恰是传统治安式城市管理模式所力图防范和避免的。因为任何的偏离，就意味着对既有秩序的挑战，意味着新风险的释放。这也就是人们为什么经常把创新说成是"创造性颠覆"的原因。城市人口规模越大，城市人口的异质性越强，城市个体化的自主选择空间和选择能力越强，各种各样的网络越密集，从整体上就越可能汇集更多的创新/偏离可能性，也越可能以更快的速度将这些创新/偏离放大成规模效应，从而在

[46] 同前注 13，第 267-277 页。
[47] 同前注 13，第 271 页。
[48] [美]约翰逊：《伟大创意的诞生：创新自然史》，盛杨燕译，浙江人民出版社 2014 年版，第 15 页。
[49] 同前注 47，第 9 页。
[50] Niklas Luhmann, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Suhrkamp Taschenbuch wissenschaft,1995, S.505-516.

全球竞争中形成创新优势。但同时，偏离并不总是意味着收益的扩大，同时也确实意味着风险的扩大，意味着更大的流动性，更大的秩序不安定性。

事实上，在中国超大规模城市治理过程中，我们已经看到传统城市治理手段的各种左右支绌的现象：各种旧的治理工具失效了，或者旧的治理工具虽然没有失效，但却带来了巨大的副作用，从而使得治理成本变得负担过重。还有一种普遍出现的情况是，面对新现象和新问题，却无法及时找到有效的治理手段和治理措施进行对症下药的处理。例如北上广深等许多超大规模城市多次出台严厉的行政措施压抑房价，但结果往往却又导致了房价在某个更短时间内变得更高。

这些例子都揭示出传统城市治理模式的局限性。诸如房价调控的问题，本质上并非仅仅是对某个个体行动进行控制的问题。超大规模城市的房价，实质上是无数个体行动者基于各自的生活处境做出选择，并且这些选择相互影响，最后形成的系统性后果。此时治理的实质，并非是城市治理者与某个体的治理与被治理的问题，而是治理者与城市房地产市场之间的调控与被调控关系。这本质上是一个超大规模复杂系统治理的问题。[51]

治理的效果不再仅仅取决于城市治理者贯彻压制性法律的决心和力度，同时也取决于社会中无数个体的“选择”（决策）及其相互传导和影响形成的各种复杂效果。在中世纪的城市或者单位制度体制下的城市中，由于个体被行会制度、单位制度所拘束，个体选择的空间与能力都相当有限，因此，个体选择及其相互传导对治理效果的影响也是有限的。但深嵌在全球产业链下的超大规模城市，体制外个体基于各自生活处境所形成的决策及其相互传导所形成的各种复杂效果就不容小觑。这是中国超大规模城市治理目前所面临的最大挑战。当前超大城市治理过程中所出现的种种乱象，不过是这个挑战的各种具体病症和表现形式。当前中国超大规模城市治理仍然过于偏重风险防范与安宁保障，但却往往伤害城市的创新活力和经济文化的繁荣。而事实上，中国几乎所有的超大规模城市都承载着作为中国经济与社会发展火车头的责任与压力，又往往不得不放松支配式的管控。新的超大规模城市治理理论必须同时兼顾“选择”与“控制”两个要素。

四、中国超大规模城市的法律治理的范式更新

在新的城市秩序中，城市的创新与活力的根源就是个体化所释放出来的复杂性， 以及政治、经济、教育、法律、科学、公共媒介等各自主社会领域中所涌现出来的各种复杂网络的支持，而传统的“去复杂性”的“简化治理”模式会从根本上破坏甚至摧毁城市的创新与活力。因此，“去复杂性”的简化思路不再是城市治理的基本原理和思路。新的超大规模城市的治理，必须因此转向一种复杂社会的复杂治理思路。20 世纪新兴的复杂科学理论，为此提供了许多重要的启发。

[51] Sehe Helmut Wiesenthal, Gesellschaftssteuerung und gesellschaftliche Selbststeuerung: eine Einführung, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2006.

虽然说将社会看作是一种复杂系统的观念是很常见的，但无论是古希腊的柏拉图，还是近现代的笛卡尔或霍布斯，他们都是用整体/局部的系统观来理解自然系统和社会系统的。很显然，这样一种社会系统观与传统的城市治理的组织化思路是高度相适应的——对作为整体的复杂系统治理的关键是将整体分解成局部，然后分而治之。从知识论的角度来看，这是一种还原论的系统观——“如果你理解了整体的各个部分，以及把这些部分整合起来的‘机制’，你就能理解这个整体。”[52]例如，霍布斯在《利维坦》中就是这么理解社会系统的。他首先将个体看作是社会系统的最基本单位，将社会系统（国家）看作是由无数个体组装而成的人造机器系统。因此，他首先通过对人性的考察来理解国家，然后再思考国家这样一种复杂系统是如何解决人性问题的。[53]

通过将复杂系统分解成局部的复杂系统观虽然曾经取得了辉煌的成就，但在解释许多现象方面却无能为力：例如气候变化、复杂社会现象、人工智能等。正如复杂理论研究专家米歇尔所指出的——“对复杂行为如何从简单个体的大规模组合中出现进行解释时，混沌、系统生物学、演化经济学和网络理论都胜过了还原论。”[54]

根据米歇尔的总结，复杂系统有两个核心特征。第一个特征是自组织，也即复杂系统的有规律行为不受内部和外部控制者的控制。例如，无论是蚁群中的蚂蚁还是大脑中的神经元，或者是免疫系统中的免疫细胞，它们都不受任何内部和外部的控制，几乎都是自发和本能地自主做出行动。但大量的这些自主和简单的行动之间最后产生了极为复杂的系统。第二个特征是涌现（Emergent）。涌现是一个与还原论完全相反的思考方向，指的是从简单的个体行为中根本就无法预测出由无数简单个体连接而成的整体复杂系统的行动，更不用说理解整体复杂系统的特性。例如，在蚁群的例子中，“受遗传天性驱使寻找食物，对蚁群中其他蚂蚁释放的化学信号做出简单反应，抵抗入侵者等。但是，……虽然单只的蚂蚁行为很简单，整个蚁群一起构造出的结构却复杂得惊人。”[55]通过考察大脑中的神经元与大脑之间的关系，以及免疫系统中免疫细胞与免疫系统之间的关系，我们都能够观察到类似的现象。[56]更进一步来说，复杂系统与其组成要素之间的关系应该是这样的：并不是基本要素决定复杂系统的性质，而是复杂系统决定了基本要素的性质。[57]根据复杂系统的这两个特性，我们可以将复杂系统定义为：具有涌现和自组织行为的系统。[58]

如果我们用复杂系统科学的眼光和方法论来观察和分析中国超大规模城市治理所呈现出来的新现象和新挑战，就会产生新思路和新方法。

例如城市治理的官僚化问题。相对于乡村治理，官僚制既显示出了城市治理的复杂性，同时也是对此种复杂性的一种应对措施。在传统的城市治理图景中，作为调控者的政治官

---

[52] [美]侯世达：《哥德尔、艾舍尔、巴赫：集异壁之大成》，郭维德等译，商务印书馆 1996 年版，第 405 页。
[53] 参见[英]霍布斯：《利维坦》，黎思复、黎延弼译，商务印书馆 1996 年版。
[54] [美]梅拉尼·米歇尔：《复杂》，唐璐译，湖南科学技术出版社 2011 年版，第 2 页。
[55] 同前注 53，第 5 页。
[56] 同前注 53，第 7-11 页。
[57] Niklas Luhmann，Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie , Suhrkamp Taschenbuch wissenschaft, 1987, S.47.
[58] 同前注 53，第 15 页。

僚系统是作为无所不能的“超级主体”而存在。但在超大规模城市中，社会的个体化趋势进一步加深了，因此超大规模城市的社会复杂性是传统城市不可比拟的。例如，传统上人口几十万即为大城市，如果人口超过 100 万，那就是超级大城市。但当代中国人口 1000 万左右的超大城市就有十多个。同时，当代超大规模城市深度嵌入到全球产业链中，重视科技、经济、教育、文化等各个层面的创新，因此也就鼓励各种偏离的发生和放大，由此导致的一个重要后果，就是在政治系统之外，又相继分化出了经济系统、科学系统、教育系统、艺术系统等其他各种具有相对自主逻辑和运作规律的社会领域。这些社会领域的存在虽然不能绝对保证创新的发生，但确实是创新（偏离）的发生和扩散（放大）必不可少，并且非常重要的条件。

例如，在改革开放之前的计划经济时代，并不存在着经济系统，个体不被允许按照自身的意愿出售和购买商品，整个产品的生产和分配，都是按照国家意志进行统一调配。改革开放以来，逐渐放松了对个体经济行为的控制，允许个体按照自身的意愿生产、购买和出售各种类型的商品，并且国家还通过修建公路、铁路、航空、互联网等媒介促进个体的这些经济行动和选择。而当越来越多的个体通过各种交通通讯网络连接到经济网络之中，从而形成了全国性市场，甚至连接到世界市场时，简单个体相对不受约束的这些简单经济行为，最后产生了大量复杂并且无法预测的市场经济。无论是经济系统还是其他现代复杂巨系统，其运作都遵循各自内部的标准和逻辑，并不完全受外部的调控者所控制和决定：

“是否要提供，以及提供多少钱给个人是在经济系统中决定的。个人可以主张何种法律请求权，以及将有多大的成功率，这是法律系统的事。何者能够被看做是一幅艺术作品，这是在艺术系统中决定的，而宗教系统则设置了条件，据此个人能够将自己看作是宗教的。哪些是作为科学知识而被个人所掌握，以及以何种形式（例如以备忘录的形式），这些都出自科学系统中的纲要和后果。”[59]

在功能分化社会中，作为政治调控者的官僚制并非是神一般的超级主体，仍然只能在政治系统的界限之内，利用政治系统内的资源、条件和信息，做出调控的分析和决策。而对调控决策的贯彻，也只能借用政治系统内部有限的资源和程序。例如，在决策者做出决策的那个瞬间，虽然决策者已经掌握了大量的信息，但这一瞬间又发生了大量的事件，而决策者不可能如全知全能的上帝般直接感知和把握这些同时发生的事件及其潜在影响。[60]

又比如说城市治理的组织化问题。中国超大规模城市的兴起是中国自鸦片战争以来整个社会经济变迁的一个最新阶段。在这个新阶段中，数以亿计的个体从村庄共同体、家族共同体、单位共同体中“脱嵌”出来，聚集在超大规模城市的各行各业之中，拥有更大的个人决策和选择的空间，从而为超大规模城市带来了更多的异质性和多元性，这既带来了超大规模城市的创新能力的爆发和经济的繁荣，同时也带来了超大规模城市治理的新挑战。

---

[59] 同前注 49，S.630.

[60] Niklas Luhmann, Limits of Steering, Theory, Culture & Society, vol. 14, No.1 (February 1997).

从社会学的角度来看，组织化的问题其实就是社会对个体的包容和排斥的问题。使对个体组织化控制得以可能的前提是，个体生存和生活的绝大部分都被控制在某个特定的组织体内部。这意味着，如果被组织体排斥在外，个体的生存机会和质量就会受到根本性的影响。据此，社会通过包容/排斥的机制来实现社会整合。例如，在亚里士多德那里，失去城邦的人意味着失去人性，个体要么升华为神，要么就降级为野兽。[61]将个体驱逐出共同体因此意味着对个体最严厉的惩罚。在欧洲中世纪的等级社会中，个体则被归入到不同的社会阶层之中，而那些被社会排斥的边缘人（例如乞丐、流浪汉等无家可归者以及海盗、土匪等）则被看作是世界上最不幸或最邪恶的人。

当然，在城市中，包容/排斥并不可能像乡村做得那么彻底。游方和尚、道士等各种漫游者、学生、经常旅行的商人、经商和游历的外国人等，都无法被彻底的排斥在外。庙宇、教会等宗教团体、以及各种职业工会就是专门针对这些漫游者所出现的包容/排斥机制。总而言之，传统城市社会中的这些包容和排斥机制总是与个体的社会地位相关的，而社会地位本身又是通过对社会空间的切割和等级化实现的。

随着政治、经济、法律、宗教、艺术、教育、公共媒介等各种现代复杂巨系统的涌现和分出，社会的包容和排斥机制也发生了非常重要的变化。在功能分化的社会中，没有任何一个功能系统能够将个体的全部生活资源和生活内容包含于其中。例如，一个人通过教育系统提供的各种教育机会来提升自己的能力和修养，通过经济系统提供的各种资源来满足日常生活的各种需要，通过艺术系统提供的各种机会来满足自己审美的需要，通过法律系统的各项服务来解决自己与他人之间的纠纷，安排自身的日常生活，通过政治系统所提供的各项公共服务来满足日常生活的各种公共服务的需要，通过公共媒介获取各种信息。也就是说，这些现代功能子系统都将个体包容在自身之内，但都无法“独占”个体的全部日常。换句话说，个体必须能够都能参加所有这些沟通，并且在日常生活中自如地在这些不同的复杂巨系统之间切换。这个时候，你是谁变得越来越不重要。重要的不是你在社会分类的空间中占据何种位置，而是你是否拥有进入不同功能子系统所提供的各种沟通机会的能力。通过传统的组织化手段来实现对个体选择和行动的控制，此种治理思路因此就基本失效了。

很大程度上，超大规模城市治理挑战的根源就是秩序的个体化。社会个体化的趋势并非中国社会所独有的新现象，而是现代性的普遍经验。早在 17 世纪，霍布斯就用“自然状态”的概念表达了社会个体化给社会秩序带来的可能冲击。[62]19 世纪时，梅因用“从身份到契约”的命题来表达整个社会不断个体化的发展趋势。整个西方近现代的政治哲学和社会学，无不建立在对社会个体化趋势的某种理解和领会的基础之上。到了 20 世纪后半期，随着福利国家的产生，社会的个体化趋势又进一步加强了。[63]从发生学的角度看，中西城市社会的个体化特征产生的原因不尽相同，但二者在结构性和治理挑战方面，至少又是类似的。

[61] [古希腊]亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆 1983 年版，第 7 页。
[62] 同前注 52。
[63] 对此参见[英]鲍曼：《个体化社会》，范祥涛译，冯庆华审校，上海三联书店 2000 年版。

因此，西方城市治理方面的历史、经验和教训，在这方面是值得中国超大规模城市治理借鉴和参考的。

社会个体化就是个体自由选择可能性的增多，这同时又意味着偏离可能性的增强。偏离又是创新的源泉。因此，通过将整体分解成局部，然后通过局部的再组织化来限制和控制个体的选择可能性，这样一种组织化治理的思路不再可行。如果个体的选择必须被尊重，个体的偏离可能性也被最大限度的容忍，甚至还需要被通过各种网络进行放大和强化，那么，超大规模城市治理就必须另寻他路。

一个尊重创新的社会，就必须面临社会个体化的现实，从而就必须直面“复杂行为如何从简单个体的大规模组合中出现”的问题。换言之，虽然复杂系统治理并不必然带来创新，但是要使得创新能够最大限度得以可能，就必然要尊重个体的自主选择和自由行动，同时也尊重因此形成的大量复杂网络，因为恰恰是这些复杂网络使得各种最初是微小的创新（偏离）因素随后被最大限度地放大和强化，形成规模效益。

这就意味着，不但传统组织化的思路失灵了，同时还必须超越还原论的思路，尊重复杂系统的涌现特征，将治理的侧重点从通过组织化的个体控制，转移到更抽象和宏观层面的复杂系统运作逻辑的观察、分析和研究的层次上来。

复杂社会巨系统的治理必须尊重系统的自组织特征。卢曼的功能分化理论恰恰是复杂系统自组织特征的进一步澄清和明确。具体来说，在现代功能分化的社会中，社会功能子系统的自组织又可以被进一步表述为“运作上封闭，认知上开放”的特征。卢曼尤其指出，现代社会功能子系统的自组织是通过二值编码化的运作性逻辑得到保证的。例如，法律系统的二值代码是合法/不法，所有法律系统内部的运作，都是围绕着合法/不法所展开的。[64]这就意味着，每一个社会功能子系统，都承担着某种特定化的社会功能，并且也都仅擅长解决某种特定的社会问题。不同功能系统之间，其各自承担的功能是无法相互替代的。[65]因此，严格来说，法律系统只对事关合法/不法的事情感兴趣，而所有任何其他事情，如果要引起法律系统的关注，得到法律系统的处理，就必须首先被转化成合法性的问题。例如，在著名的电影《秋菊打官司》中，秋菊骂村长断子绝孙，并不会引起法律系统的注意和干涉，甚至村长踢了一脚秋菊丈夫的命根子，也未必能够引起法律系统的注意和干涉，但一旦秋菊丈夫被医疗鉴定为构成轻伤，这就迅速引起了法律系统的注意和干涉。[66]又例如，如果环境污染的问题希望通过经济系统的运作得到解决，那么环境污染的问题首先要被转化成与经济系统的二值代码相关的问题，才有可能通过经济系统得到解决——比如说，把环境污染的防治问题转化成环保产业发展的问题。

各个功能系统的功能虽然是专一化的，但又相互限制和相互依赖。例如，随着经济系统的分出，各种利益冲突而必然增多，同时企业也对人才提出更复杂和多元的需求。这意味着，经济系统的分出对法律系统的分出和教育系统的分出也提出了更高的要求。同时，

---

[64] Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp Taschenbuch wissenschaft,1995,S.174-187.

[65] Niklas Luhmann, Die Wirtschaft der Gesellschaft, Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft,1994,S.11.

[66] 苏力：“秋菊的困惑与山杠爷的悲剧”，载苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社 1996 年版，第 23-36 页。

经济系统往往对政治系统的稳定性提出了较高的要求。就此而言，随着功能分化的日益深化，政治、经济、法律、教育、卫生等各个功能子系统之间的关系，既相互独立，又相互限制和依赖。[67]

由此可见，如果我们用复杂系统的理论来观察中国超大规模城市治理的问题，便可以形成许多新的思路和方法。具体来说，复杂巨系统的复杂治理，又可以被进一步具体化为功能分化背景下的治理问题。

功能分化的概念确实比较抽象，我们不妨举一个简单的例子来说明。室内恒温器作为一个系统，只对室内的温度具有“敏感度”，也只接受室内温度变化的“控制”，并通过放出冷气或热气而反过来对室内温度进行控制。对于室内空气的湿度、室内物品的摆放、室内光线的明暗、室内噪音的大小，恒温器系统一概不管。这些情况的任何变化，也不可能对恒温器的调控产生任何效果。当然可以通过拔掉恒温器的电源插头，或者直接砸碎恒温器的做法来干涉恒温器的运转。但这样做无异于取消恒温器，从而也放弃了恒温器带来好处：使室内温度总是处于宜人的状态。恒温器只是其中一个例子。通过实验观察人体大脑中的神经生理学运作、人体免疫系统运作，甚至心理学实验，都能够发现类似的现象和规律。[68]

在恒温器和它的环境之间，确实存在着某种界限。由于这种界限的存在，环境并无法随意“掌控”恒温器的内部运作。或者说，如果环境中的因素试图对恒温器进行“调控”，就必须遵守恒温器为此所设定的条件：让室内温度变化跨越恒温器所设定的临界点。除此之外，除非将恒温器砸碎或者拔掉电源插头，否则无论在环境中发生任何其他事，恒温器都对它们表示漠然态度，不为所动。恒温器的内部运作和环境中的各种声音、色彩、光照变化等事件之间，仿佛是处于两个不同的世界之中。

现代功能子系统与它的环境之间的关系，大致也可以作如是观。卢曼将各个功能系统之间的此种界限，称作是现代功能系统的“非透明化”（Intransparency）。[69]这意味着，各个功能系统之间无法相互“透视”和“监控”，即便各个功能系统自身也无法实现全景式的“自我透视”。正如帕森斯和阿什比所指出的，之所以会形成系统与环境之间的界限，关键的原因就是因为系统需要一种内部时间来处理来自环境的各种信息并做出反应。[70]这就意味着系统与外部环境之间的非同步性，或者说，相对于环境中的客观时间，系统内部必须形成某种“内时间”。控制论、信息论和系统论交叉研究所形成的此种系统/环境时间的非同步性，恰好又与胡塞尔意识现象学的内时间观念是一致的，这并非偶然。[71]各个功能系统内部因此形成自身的“记忆”和“预期”，从而形成某种内部自创生式的自我调控。这同时也意味着，传统的“将整体分解成局部”，从而“分而治之”的去复杂化城市治理思路，已经走进了死胡

[67] Niklas Luhmann, Differentiation of Society, Canadian of Sociology, Vol.2, No.1. (Winter, 1977), pp.29-53.
[68] Georg Kneer、Armin Nassehi, Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme: Eine Einführung, Wilhelm Fink Verlag,1993, S.53-55，S.57-64.
[69] Niklas Luhmann, the control of Intransparency, Systems Research and Behavioral Science, vol.14,1997,P.359-371.
[70] 同前注 66, p.30.
[71] 泮伟江：“超越错误法社会学——卢曼法社会学理论的贡献与启示”，《中外法学》2019 年第 1 期。

同。从自创生系统论的视角看，分解就意味着“降解”，从而也就意味着系统的活力的丧失，也即系统的死亡。

恒温器与它的环境之间虽然存在着界限，但恒温器确实设定了某种条件化的渠道，当这些条件被满足时，通过此种渠道，恒温器与环境之间确实可以发生某种相互的作用和影响。在系统论法学中，一般用“结构耦合”的概念来描述此种系统外的因素与系统内运作之间的这种“条件化”和“渠道化”的关系。[72]

在功能分化社会中，对诸如法律系统、经济系统、教育系统、艺术系统等不同的功能子系统来说，政治系统不过是它们环境中的某个其他功能子系统。这意味着，政治系统也不能穿透这些功能子系统与它的环境之间的界限，也只能通过结构耦合所提供的条件化渠道，对这些系统进行调控。当然，政治系统也可以通过拔掉插头或者直接“炸群”的方式对这些功能子系统进行破坏式调控。但这样做所带来的结果是非常危险的。例如，某个超大规模城市的政府为了某种特殊的政治需要，暂时性的休克了该市公共卫生系统的运作，由此导致该市爆发大规模的传染病疫情，造成了巨大的危害与后果。

对现代功能系统来说，外部支配的逻辑必须让位于内部的自我控制机制的建立。在这方面，托伊布纳的社会宪制理论颇有启发。[73]在托伊布纳看来，任何现代社会的功能系统如果毫无限制的自我膨胀，都会产生外部的负面影响，从而侵害人类的生活和幸福。例如，政治系统权力代码的无限扩张可能会危及人权，经济系统的无限扩展产生了马克思所揭示出来的剥削问题，科学系统的无限自我扩张可能会导致类似于“贺建奎基因编辑婴儿事件”那样的丑闻，如此等等。解决的方案并非是外部监控的强化，而是通过各个系统内控机制的建立，并将这些内控机制的核心要素上升到宪法的层次。[74]以政治系统为例，当政治系统无限扩张时，绝对的政治权力就会产生巨大的破坏力，从而引发了政治系统环境的一系列抗议运动。最后的解决之道则主要通过两个方式来实现：首先，通过宪法上的各种基本权利为政治系统的扩张设定边界，其次则是通过权力分立的方式实现政治系统的内部控制。又例如中国证券市场从审核制到备案制的转变，以及随之而来的将监管中心转变到上市公司信息发布和内控机制的监管和审核，就意味着中国证券监管部门在经过几十年的摸索，付出了巨大代价之后，痛定思痛之后对证券市场之运作自主性的认识深化。

当然，外部调控也并非完全不可能。但任何外部调控都必须尊重系统内部相对自主的运作机制与逻辑。就此而言，对系统的调控，本质上就是对系统与环境之间的此种“结构耦合”关系的调控。[75]对此种调控来说，对系统内部制造和处理信息所设置的各种“条件”的了解就非常重要。这也是为什么现代社会中专家扮演如此关键而重要角色的根本原因。当然，

[72] 泮伟江：“宪法的社会学启蒙——论作为政治系统和法律系统结构耦合的宪法”，《华东政法大学学报》2019 年第 3 期。
[73] [德]托伊布纳：《宪法的碎片：全球社会宪治》，陆宇锋译，纪海龙校，中央编译出版社 2016 年版。
[74] [德]托伊布纳：“匿名的魔阵：跨国活动中中‘私人’对人权的侵犯”，载高鸿钧主编：《清华法治论衡》2007 年第 2 期。
[75] Helmut Willke, Regieren: Politische Steuerung komplexer Gesellschaften,Springer Vs, 2014，S.35-51.

作为其他社会功能子系统的外部环境，政治系统可以通过自我调控，改变其他功能系统的环境，而形成对其他功能的调控。韦尔克将此种调控称作是“语境化的调控”。[76]

那么，在最新涌现出来的超大规模城市治理中，法律又扮演了何种角色，发挥何种功能呢？

相对于传统的城市治理范式，法律既能够做更多，但又只能做更少，发挥更专门的功能。之所以说法律能够做更多，是因为在传统的城市治理模式中，法律治理基本上被等同于压制型法的治理，因此法律也主要被理解成主要是刑事性法律。但在功能分化的社会中，压制性的刑事性法律往往是备用性的，首先发挥治理作用的其实是宪法、行政法和各种民商事法律。一方面，由于在功能分化的超大规模城市社会中，社会的个体化是整个秩序的核心特征，个体的自由选择空间和能力的保障对整个超大规模功能分化社会的秩序和繁荣都具有相当关键的意义。就此而言，通过宪法上各种基本权利来确保个体的各种基本权利，对超大规模城市中社会的功能分化就具有了特别重要的意义。[77]其次，正如上文中一再指出的，个体的选择，尤其是偏离性选择的空间与可能性，以及一旦个体做出某些偏离性选择，通过各种密集的网络将这些偏离性选择迅速放大，形成规模效应和收益，对创新的发生是非常关键的。这时候，诸如民法、公司法、证券法等各种民事法律所提供的各种各样的法律工具，一方面为个体提供了更多的选择机会与可能性，同时也通过公司制度、股票和证券等制度，使得这些选择所释放出来的创新能力能够被迅速放大和加强，从而带来创新的效应。很难想象，如果没有这些民商事法律，中国改革开放以来如此多的民营公司和科技公司能够快速成长为超大规模公司，从而带动中国经济的创新和发展。

但反过来说，我们又必须看到，在超大规模城市的功能分化社会中，对经济系统、教育系统、公共卫生系统等各种运作上封闭，认知上开放的各功能子系统来说，法律系统也是他们的环境，因此通过法律的社会治理，也不是万能的，而是有条件的。理解这一点非常关键。这就涉及到对复杂系统的理解。传统的系统观是将系统理解成一个由不同局部合并而成的整体。因此对复杂系统的治理，就是通过将整体理解成局部“分而治之”。但是对于卢曼的复杂社会系统理论而言，某个系统的环境中不但包括其他各种社会系统，同时也包括了各种各样的选择可能性与机会，它们既可能会带来收益，也可能会导致风险与非意愿后果的产生。因此，系统的环境就构成了两个部分，对所有系统而言共同的环境，以及对某个系统来说相对比较特定的环境。比如说，恒温器的例子中，包括房间在内的整个大自然，乃是对有所系统而言的大环境。但对恒温器而言，将房间的光线、声音、色彩等其他因素不予考虑，而房间的温度，电力供应设施等因素就构成了对它而言专有的环境。恒温器是通过自身选择和建构的这个小环境来感受外部环境变化，并做出调控性反应的。在系统论法学中，一般将此种小环境称作是系统的“内环境”。[78]这对超大规模城市的法治化

[76] 同注释 74, S. 60-68.

[77] Niklas Luhmann, Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie, Duncker&Humblot, 1974; 亦可参见李忠夏：“基本权利的社会功能”，《法学研究》2014 年第 5 期。

[78] 同前注 66，p. 31.

治理有什么启示呢？它启示我们，如果希望通过法律系统对超大规模城市的其他复杂系统进行调控，切入点就是通过法律系统内环境的激扰，从而通过法律系统的自我调控，形成对其他系统的调控。相对于传统城市法律治理的压制型特征，托伊布纳将法律此种通过自我调控而形成的社会调控的特征，称作是反思性法。[79]

更细致地考察法律系统内部的运作结构，可以更清楚地看到此种法律系统通过自我调控而做出社会调控的过程。例如卢曼曾指出，在功能系统环境中存在的其他功能系统中，某些其他功能系统会处于该功能系统的内环境之中，某些功能系统则会处于该功能系统的外环境之中，从而这些其他功能系统对该功能系统的影响也是不同的。例如，相对于其他大多数现代功能子系统，政治系统处于法律系统的内环境之中。社会的变迁影响法律的主要渠道，就是借由“公共舆论”激扰政治系统，从而通过政治系统的自我调控（立法），激扰法律系统做出自我调控（司法裁判）。[80]

由此可见超大规模城市的法律治理的复杂性与迂回性。同时，我们也可以看见在此种激扰-自我调控-调控的逻辑链条中，政治对法律并非是支配与被支配的工具关系，而是不同功能系统之间通过条件化渠道的相互激扰的关系，也即结构耦合关系。[81]

法律系统内部的运作又分成代码的层次和纲要（programme）的层次。对法律系统的运作来说，合法/非法二值代码的运作层次是基础层次，而纲要的层次则是补充层次。纲要层次的运作主要是服务和补充代码层次的运作，具有某种附属性。法律对其他功能子系统的调控，主要是通过纲要层次进行。[82]纲要的本质就是裁判标准，因此，法律系统对其他系统的调控，本质上就是通过对裁判中合法性判断标准的变化而实现的。例如，通过对私人合约之间的合法性的审查和判断，法律系统对经济系统形成了某种激扰，从而对经济系统的运作发生影响。

这样一种通过结构耦合的治理，其本身的作用范围是相当有限的。同时，正如卢曼所指出的，各个功能系统之间的这种相互作用关系本身非常复杂，因此具体效果也非常复杂，因此未必总是能够达到预定的治理效果。在法理学中，这就体现在司法裁判中“结果考量”和“利益权衡”的复杂性之中。例如，利益既可以分成直接利益和间接利益，同时还有短期利益和远期利益，并且还包含可预见的利益和不可预见的利益等等因素。对这些不同类型和效果的利益进行分类和权衡，往往超越了法官的能力和职权范围之外。因此，法律系统对超大规模城市治理，主要不在于实现或者保护某种具体的某种利益，而是通过合法性判断为全社会中所有的个体提供行动的稳定预期。[83]从个体行动的层面来说，这其实就是为个体行动提供一整套动态中保持稳定的行动框架。这套行动框架的核心内容，就是对个体各种最基础和根本的选择自由的保障。[84]超大规模城市中的个体在法律所提供的这一整套

---

[79] 参见[德]托伊布纳：“反思性的法”，祁春轶译，载高鸿钧、泮伟江编：《魔阵·剥削·异化：托伊布纳法社会学论文集》，清华大学出版社 2012 年版。

[80] 同前注 56，S.256-265.

[81] 同前注 71。

[82] Niklas Luhmann, Die Codierung des Rechtssystems, Rechtstheorie, 17(1986),S.171-203.

[83] 例如参见祁春轶：“国家治理中法律对期望结构的分辨与选择”，《法学》2015 年第 12 期。

[84] 同前注 76，Luhmann 书。

行动框架中，通过自我选择和自我规训，形成一整套的自我治理的秩序。这样一整套自我治理的秩序既是动态的，因为它赋予并保障了个体各种选择的权利和可能性，从而容忍了各种偏离与创新的可能性。同时，它也是有秩序的，因为它毕竟为各种选择划定了某种合法性的界限，从而使得这些选择和偏离，还是在某种整体性的框架性秩序之中发生。据此，功能分化的超大规模城市的治理实现了秩序与创新的平衡。

五、结语

卢曼曾经对“范式转型”进行过解释：“当主导性差异能够对超级理论加以组织,从而使整个的信息处理都实际地遵循主导区分,它们就能够获得支配性范式的品质。”[85]演化理论就是一个很好的理论范式转移的例子。在演化理论之前，人们用“起源”（创世）或者一个“超智能的计划”来解释作为演化结果的“诸差异的统一”。但自从达尔文提出进化论以来，人们用“变异/选择”（后来是新达尔文主义的变异/选择/重新稳定化）的区分和差异来理解这一切，由此带来了整个理论范式的更替和科学的发展。[86]

传统城市治理模式以整体/部分的系统观为基础，将社会看作是由人所构成的整体，并将社会的分化与社会的分裂等同起来。中国超大规模城市的不断涌现不断地对此提出挑战。社会的分化与差异并不必然会带来社会的分裂与崩解，反而是现代社会创新和活力的来源。由此导致城市法律治理范式的更替，即一种以尊重社会功能分化界限、以复杂性思维为导向的，采用语境化治理思路的新的城市治理范式，替代旧的条块分割的，以去复杂化为指导思想的，以再村庄化为具体思路的城市治理范式——也即反思性法范式取代压制型法范式。

晚近 20 多年中国超大规模城市的快速涌现和迅猛发展，得益于国际国内特定时段的历史条件和机遇，同时又给中国经济与社会的发展，提供了进一步发展和演化的机遇。但任何机遇都是稍纵即逝的，或者至少是有时间窗口期的。目前来讲，国际环境日趋复杂，国内治理形势也面临诸多挑战，中国超大规模城市治理何去何从，对中国未来发展的影响，举足轻重。目前来看，这个窗口期仍然存在，并且各种外部环境和动态的势能，对中国超大规模城市治理模式，尤其是法治化治理模式的检讨与反思，还是比较有利的。但这个窗口期不会永远存在。

从理论和实践上系统反思中国超大规模城市法治化治理范式的更新，正当其时！

[85] 同前注 66，S. 18.
[86] 同前注 66，S. 19.

域外社会组织承接政府职能转移经验借鉴及其法治启示

张婷婷[1]

【摘　要】社会组织承接政府职能转移，是当前世界各国政府应对社会服务压力的共同措施。但各国政府的职能转移模式却各有优势。美国以发达的社会组织体系为基础，建立了较为完备的社会组织法律体系，并着力明确职能转移范围，拓宽职能承接方式。英国则致力于提升社会组织的承接能力，健全职能承接程序以及完善行政合同管理制度。日本除了制定专门性法律之外，还强调市场化竞争与评估机制的作用。这些有益的经验为我国社会组织承接政府职能转移的法律完善、程序设置以及评估体系建设提供了启示。

【关键词】社会组织；政府职能转移；域外经验；法治启示

社会组织承接政府职能转移，是目前世界各国应对社会快速发展现象所凝聚的共识之一，并在实践中获得了较好的效果。为了进一步推动我国社会组织承接政府职能转移的进程，有必要吸取国外社会组织与政府之间职能互动的有益经验，进而加快我国社会组织与政府职能配置的科学性。

一、美国社会组织承接政府职能的经验分析

（一）健全的法律体系

社会组织承接政府职能需要有健全的法律体系，建立健全的法律体系不仅可以降低政府职能转移的风险，还可以对各参与主体进行约束。美国在上个世纪七十年代已经开始实施社会组织承接政府职能转移的制度，发展至今已经有了健全的法律体系。政府对结社权的承认和对社会组织的不干涉为社会组织承接政府职能制度的建立奠定了法律基础。因此，首先，美国社会组织承接政府职能的法律体系要求以宪法为基础。具体是指社会组织承接职能的过程中要符合美国宪法的精神，尤其要符合自由、平等、民主等基本原则，满足公民对公共利益的需求。其次，美国政府制定的法律规范中承认公民自然享有结社的权利，各级政府无权干涉社会组织的建立，并且通过减免社会组织税收等方式积极鼓励社会组织的发展，社会组织的建立并不需要政府的强制批准和法律认可。托克维尔认为，“美国的居民从小就知道必须依靠自己去克服生活的苦难，对社会的主管当局投以不信任和怀疑的眼光，只在迫不得已的时候才向它求援，美国人干一点小事也要成立一个社团，并且善于通过各种手段（如报纸）作为纽带将有着共同利益需求的人连接在一起，各个年龄、各个阶层、各种个性的美国人都在永不休止地进行着结社活动。”[2]

目前，美国社会组织承接政府职能法律体系涵盖了各个方面，主要分为两个部分，第

---

[1] 张婷婷，女，中共广东省委党校（广东行政学院）法学教研部副教授，法学博士，主要研究方向为立法学，本文为中共广东省委党校（广东行政学院）2020 年度校院一般课题“我国社会组织承接政府职能转移问题研究”的阶段性成果。

2 [法]夏尔·阿列克西·德·托克维尔：《论美国的民主》，九州出版社 2009 年版，第 128 页。

一部分是联邦政府制定的法律体系。联邦政府对社会组织承接政府职能的具体流程和规则都进行了详细的规定。例如政府向企业购买公共服务时，其制定的合同、项目资金的使用、相关的监管和评估问题等都有明确的法律依据和指导。第二部分是州政府制定的法律体系。州政府拥有独立的立法权，可以根据各州自身的宪法和当地情况制定各自的法律规章，切实解决各州政府的需求。由各州政府制定法律规章，能够对基本流程和具体细节作出详细且更有操作性的规定，使得社会组织承接政府职能的法律体系更为完善，为各州政府转移职能提供了全面有效的法律依据。与此同时，州司法部和各个州设立的专门机构对社会组织的运行进行细致的规范化监管，包括社会组织的登记注册、运营监管、合同规范等方面。[3]另外，社会组织需要接受行业规范的管理，尤其强调对组织成员的管理，要求组织成员必须维护组织章程、目标。社会组织成员需要遵守宪法和法律、符合职业道德的要求，确保社会组织的健康发展。社会组织的行业规范在监督和管理的过程中与美国政府不断的互动和融合，使得法律体系不断的完善。

（二）明确界定社会组织承接政府职能的范围

政府需要明确界定社会组织承接政府职能的范围，这样才能严格控制在转移职能过程中可能存在的风险。政府应当根据市场的实际情况和公共利益的需求来明确哪些职能可以转移，哪些职能应当由政府自行行使，制定合理、科学的承接职能范围。美国政府对于社会组织承接职能的范围有明确的界定。奥巴马政府将其划定为司法、政府决策和财政这三个方面，在这三个方面内的（尤其是与公共利益紧密关联的）职能只能由联邦雇员行使。联邦采购政策列举了 19 项“政府固有职能”。固有职能是指政府不能转移的职能，从职能的性质上可以分为统治行为和货币交易这两种。其中统治行为包括司法、国防、资源管制等涉及国家主权的职能，货币交易包括税收等掌握国家经济命脉的职能。这些固有职能十分重要，因为政府在行使这些职能时需要行使自由裁量权，在利益之间进行重要的价值衡量，而这些衡量会对公众的利益和国家财政产生巨大的影响，因此需要明确的将这些职能与市场和社会划清界限，不能向社会组织转移政府固有职能。

正是因为美国政府明确界定了其固有职能的范围，可以向社会组织转移的职能范围也就显而易见了，也使得美国政府职能转移的范围更加广泛，覆盖社会生活的各个方面。美国政府的固有职能之外的职能绝大多数都可以外包，例如警察、监狱等十分重要的职能都可以转移。州政府和联邦政府两者转移的职能有所区别，州政府转移职能包括自然资源和环境保护、公共安全、一般行政事务等，而联邦政府转移的职能范围更广，包括国防、能源等领域。社会组织承接职能具体可以分为四类：第一，涉及公权力的行使；第二，不涉及公权力的行使；第三，针对特定对象；第四，不针对特定对象。社会组织承接职能范围广泛也导致了社会组织数量和种类繁多，虽然政府将职能转移给社会组织，但是政府仍然承担责任，转移职能一方面能够减轻政府部分公共管理的负担，将政府力量集中在关键的

3 扶松茂：《美国政府与民间非营利组织之间的制度规范研究》，载《天津行政学院学报》2010 年第 5 期。

职能上。另一方面，通过社会组织参与竞争或是与政府合作等形式，将职能转移给社会组织，能够更好的满足公民参与国家管理的需求，保障公民的公共利益，真正的实现参与式管理。此外，政府将部分职能转移能够改变完全由政府掌握国家和社会发展的局面，使公民处于国家和社会的中心位置。

（三）多元政府职能承接模式

社会组织承接政府职能转移不能只采用单一的模式，由于每个模式适用的情形以及优势、劣势都不相同，采取单一的模式会产生更多的风险，因此建立多元的政府职能承接模式是十分必要的。美国的多元政府职能承接模式包括三种：竞争模式、协商模式和合作模式。竞争模式包括竞争性谈判或公开招标。竞争性谈判是指美国政府在选择社会组织时采取竞争的方式，由社会组织向政府提交意向请求，政府再挑选出最符合要求的社会组织。公开招标是指多个社会组织进行市场竞争。但是有关养老服务等精神类需求的职能不能采用公开招标的方式，因为这类职能的成本难以预估，标准难以量化。美国政府将转移的职能分为硬服务和软服务两大类。硬服务是指成本可以预估、标准明确的职能，并且社会组织在承接职能过程中可以进行明确、详细的约定，其监管成本不高，硬服务可以通过竞争模式将职能转移给社会组织。而软服务难以评估质量和收益，一般采取协商或者合作的模式。

协商模式是指由美国政府主动向知名度高、声誉好的社会组织提出转移职能的需求，多适用于软服务和硬服务续约的情形。美国政府不需要向社会组织提供十分明确、具体的内容，只需要提出这些职能需要实现的公共利益和目的，然后与这些社会组织进行协商编写相关服务计划书。在编写计划书的过程中，政府会与社会组织进行协商谈判，共同确定具体的公共服务方式和价格，给与社会组织充分的主观能动性，不仅能够让社会组织有自由的空间用自己的模式去承接政府职能，还能够降低政府转移职能的成本。由于这些社会组织都已经通过政府的审核和挑选，社会组织在承接职能的时候也会更加稳定，更好的实现政府职能，保障公共利益。

合作模式是指政府与社会组织之间建立长期良好的合作关系。通常适用于政府与已经通过竞争模式和协商模式承接政府职能的社会组织进行续约的情形。在合作模式中，政府与社会组织之间可以相互信任，并且社会组织已经有丰富的经验，能够很好的承接政府职能。合作模式也有可能适用于该政府对全新的职能没有丰富的经验的情形，该政府需要和社会组织长期进行合作，充分了解这些职能的性质、目的，掌握公民对这些方面的需求。但是合作模式也有弊端，过度的采用这种模式会降低对社会组织承接职能的监督和管理，侵犯公民利益。因此，政府应当采用多元政府职能承接模式，将多种模式的利弊综合衡量，采取最适宜的模式。

二、英国社会组织承接政府职能的经验分析

（一）扶持社会组织的发展，提升社会组织的承接能力

为了有效的促进社会组织的发展，政府应当为社会组织提供人才、资金、技术、税收等政策支持，鼓励和扶持社会组织的发展，以便充分释放社会组织的创新活力，提升社会组织的承接能力，实现多元化治理社会，[4]提升社会组织的承接能力。英国政府为了有效促进社会组织的发展、提升社会组织的竞争性，在《2015 公共合同条例里》中提出了改革措施，这些措施主要可以分为两类，第一类是项目分包、缩短招标流程周期等政策。目的是降低中小企业承接政府职能的条件，为中小企业提供机会，同时使其有机会参与到大企业中进行公平竞争，增加社会组织之间的竞争力。竞争力提高之后，政府可选择的范围就更多，可以选择更优秀的社会组织，从而提高社会组织承接政府职能的质量。第二类是推行招标电子化、建立动态采购系统等政策。随着信息化的不断发展和大数据时代的到来，社会组织的发展也需要高度信息化的技术平台。社会组织和政府使用大数据和信息技术能够减少成本，对质量、成本、收益进行合理有效的预估，从而提高社会组织的工作效率。这样的政策也是对参与竞争的社会组织的有效筛选，只有拥有先进的信息技术的企业才能进入竞争，不仅有利于提高社会组织的创新性，提高社会组织学习和使用信息技术的积极性，促进信息技术的发展，还能够保障社会组织承接政府职能的质量，确保公共利益不受侵犯。

英国政府对社会组织还有减免税收等政策，例如注册环节免税等政策，为社会组织提供了许多税收优惠。除此之外，政府对社会组织的人才发展给予了充分的支持，不仅主动提高社会组织工作人员的待遇和社会地位，还为其提供职业技能培训，帮助社会组织引进人才，大大提高了社会组织承接政府职能的能力，解决了待业人员的就业问题。其次，政府为社会组织的发展提供了经济支持。根据数据统计，2012-2013 年社会组织的 83%收入来自于承接政府职能。社会组织得到政府的资金鼓励，有效的提高了承接政府职能的能力，其中最大的受益者依然是公民，在实质上是政府为公民提供了更好的服务。

（二）明确社会组织承接政府职能的具体程序

政府在转移职能时，应当有严格规范的程序，对程序应当规定的具体、科学并且详细，包括对流程和标准等细节都要进行明确和合理的规定。具体的程序是社会组织承接政府职能的保障，有利于政府对承接职能的过程进行监督和管理，明确政府和社会组织的权利义务，减少社会组织承接政府职能的风险。英国对于社会组织承接政府职能的具体程序规范的十分完整。尤其在《2015 公共合同管理条例》中对社会组织承接政府职能的各个环节都进行了具体的规定，不仅对社会组织承接转移职能基础性的环节作出了规定，还对政府转移职能本身的流程作出了规定，包括政府筛选社会组织时需要遵守的标准、政府转移职能过程中对数据信息的保障措施、社会组织在承接政府职能时使用的方式等。政府在转移职能时，需要遵守有关转移职能的专门规则，这些规则对政府和社会组织双方的权利义务和流程进行了明确的规定。具体规定的流程可以分为以下几个类型：第一，对政府需要转移职能的类型和需求进行明确；第二，选择适合的社会组织进行转移职能；第三，与社会组

4 参见沈荣华：《论服务型政府的结构理性》，载《行政论坛》2014 年第 5 期。

织签订合同；第四，对社会组织履行合同进行监督和管理；第五，对社会组织完成职能的情况进行审核评估等。另外，政府还对社会组织的专业人员的资格、素质进行严格的考核和定期检查，这些程序规定不仅使政府转移职能时的风险降到最低，还能够使政府高效的选择社会组织，保障政府职能按照预期执行。严格的遵守程序规定能够减少政府官员腐败和权利寻租现象，使每个社会组织都有机会公平的参与竞争。

社会组织按照政府规定的程序，可以对被选择的可能性和承接职能所需要的成本、收益、风险等进行有计划的预估，有主动性的选择参与竞争或与政府合作。具体程序不仅能够指导社会组织在承接职能时如何执行事项，还能够督促社会组织将应当履行的义务落到实处，有效监督政府与社会组织在合同中制定的要求在实务操作中是否完成，提升社会组织和政府的工作效率，保障整个流程的有序进行。

（三）完备的行政合同管理制度

政府在转移职能时，需要建立完备的政府合同管理制度，签订合同是转移职能最重要的环节，也是控制风险的关键点。这一环节对社会组织承接政府职能时能否优质完成有决定性意义。完备的政府合同管理制度能够为之后社会组织的工作打下基础，决定了公民利益能否落实到位。

英国对于政府合同管理制度主要集中在两个阶段：（1）合同授予阶段，合同授予是政府转移职能正式开始的起点。英国在这一阶段主要采取了以下措施：首先，对社会组织的资质进行审查，根据需要转移的职权具体确定标准，筛选出资质较好、服务风险较低的社会组织，为后续合同的完成打下坚实基础。其次，明确规定政府在公告发布之后的特定自然日之后才可以截止，尽可能的扩大潜在的社会组织范围，为社会组织竞争提供充分的时间准备。（2）合同监管阶段，指监管社会组织在履行承接政府职能的过程中是否有不符合合同标准的行为，这是政府转移职能的核心环节。政府在这一部分对监管的原则、监管的工作模式以及监管的方式进行了规定。在监管的原则方面，政府对政府参与人员、社会组织参与合同的人员进行监管，对工作过程中可能产生的风险进行分类监管，并且对合同完成周期内可能出现的变更，及时根据成本、受益情况合理调整监管方式。政府设置了三种监管的工作模式，第一种是对合同完成情况的督促，提醒社会组织及时有效的履行合同中规定的义务，第二种是对绩效情况的管理，政府可以采取激励等手段促使社会组织改善绩效。第三种是对政府与社会组织之间的关系进行管理，政府可以采取有效方法增进与社会组织的关系，提高对政府职能的完成效率。在监管的方式上，英国政府采取的是开放式合同监管，具体是指政府对社会组织的成本和利益进行公开、透明的监管，防止出现社会组织采取手段获取不合理利益的情形。但是政府也会分析合同和社会组织的具体特征，对开放式合同监管根据具体特征作出综合调整。

三、日本社会组织承接政府职能的经验分析

（一）制定专门性法律

随着社会组织承接政府职能的地域化和专业性的不断增强，政府应当在建立健全的法律体系的基础上，针对社会组织承接政府职能这个特定领域，制定完善的专门性法律来降低转移职能的风险，对转移职能的种类、内容、形式、转移区域等分类规定，提高政府和社会组织的专业性和法制意识。

不同于欧美政府对于社会组织的态度，日本政府对社会组织设置了较高的准入门槛和严格的限制条件，更强调政府的行政责任，大部分的社会组织需要依靠自己的力量获取运作成本，很少得到政府补助，导致社会组织出现动力不足等问题。2000 年左右，随着社会对公共需求的不断增长，日本政府职能转移方面出现了一些现存法律无法解决的问题，尤其是政府职能转移与普通货物的购买、项目工程的承包有着本质的区别，有关政府采购的一般法律难以满足现状的需求，社会组织承接政府职能具有特殊的专业要求，并对此作出了制度改革，制定了相关专门性法律。

日本在制定了有关合同的法律规范基础上，针对社会组织承接政府职能制定了完善的专门性法律规范，设置了健全的执行、监督机构，针对受益人群、质量评估、操作步骤等进行了明确的界定。例如《关于导入竞争机制改革公共服务的法律》，该专门性法律不仅规定了社会组织承接政府职能所应当遵守的具体程序，还规定了政府转移职能需要进行招标等必要流程、后续的监督管理的方式、措施、原则，进一步明确了社会组织和政府的权利义务以及应对风险的具体措施。[5]该专门性法律能够有效抑制风险的发生，确保政府转移职能时有法可依。日本政府在 2015 年颁布的《关于推进地方行政服务改革之注意事项》中明确将社会组织承担政府职能分为民间委托制度、PFI 制度、制定管理者制度和市场检验制度这四种，并规定由政府对这四种制度进行监管和评估，从而降低风险。

（二）引入竞争机制

在经济发展水平和市场体制影响之下，市场中的竞争性并不能一直有效存在，社会组织在承接政府职能时，往往不一定能形成竞争的状态。尤其是当社会组织的发展处于起步阶段时，市场化运营结构不够完善，无法形成有效运作的充分竞争的市场。在这种情况下，政府在转移职能时很容易导致部分社会组织垄断经营，不仅不利于政府职能的行使，还会导致效率低下。为了防止形成垄断经营，政府在转移职能时应当引入竞争机制。

日本政府在 2005 年对公共就业、社会保险、刑罚设施相关领域的职能引入了竞争机制。在《关于导入竞争机制改革公共服务的法律》中明确规定，参与竞争的不仅是社会组织，还包括行政机关。该法律不仅明确的引入竞争机制的宗旨、方针、政府的职责、社会组织的职责等，还对社会组织与行政机关竞争投标的程序以及参与竞标者的资格进行了规定，使官民组织都能够参与到承接政府职能的竞争之中，充分保持了市场的竞争性。

引入竞争机制是一种新型的官民结合的方式，不断能够将竞争引入承接政府职能之中，还能够将行政机关与社会组织的优势进行结合。一方面，政府不能像社会组织一样及时的获取当地的信息，处理信息也会受到限制，无法做到完全的中立，而社会组织在这方面更

5 韩丽荣等：《日本政府购买公共服务制度评析》，载《现代日本经济》2013 年第 2 期。

具有优势，充分的竞争能够使市场充满活力，提高服务质量。另一方面，让行政机关加入竞争并非是为了替代社会组织，而是为了促进社会组织的不断发展，社会组织的发展依赖市场经济的发展，当经济处于低迷状态时，政府的政策能够很好的促进社会组织的发展，提升社会组织承接政府职能的能力。因此，引入竞争机制不仅能够促进社会组织的能力提升，还能够充分反映社会组织的想法和创新思维，防止由于政府权力过于集中或是某一社会组织的局部垄断导致社会组织承接职能的效率降低。引入竞争机制使社会和经济市场重新界定社会组织和政府之间的关系，促使形成新的运行结构配置政府职能和社会资源，保证社会组织长远的发展，实现社会整体利益最大化。从目前的实践来看，日本已经实现了更优质的完成政府职能的目的。

（三）引入第三方监督机构

社会组织承接政府职能应当设置一个独立的第三方监督机构进行监督和管理。缺少中立的第三方机构，政府难以公平、公正的对政府转移职能的行为进行有效的监督，公民的利益也难以保障。

日本在转移政府职能的过程中引入了第三方监督机构，第三方监督机构的设立在于保证社会组织承接政府职能的透明性、公开性、公平性。在《关于导入竞争机制改革公共服务的法律》中明确规定在内阁中设置第三方监督机构“官民竞标监理委员会”。根据法律规定，“官民竞标监理委员会”有以下几项职能：第一，为政府部门和社会组织制定具体的竞争规范，保证竞争的有效进行；第二，针对竞争的政府职能，对参与竞选的竞标者进行公平筛选；第三，指导竞标者，保证竞标活动能够顺利进行；第四，确保社会组织能够对政府的相关规定，并对社会组织进行监管；第五，评价竞争结果和效率，并向社会公开结果。“官民竞标监理委员会”的建立能够对社会组织承接政府职能实现有效的监督。

作为独立的第三方机构，该委员会的工作人员是专业性很强的专家和经验丰富的企业工作人员，以及来自民间的企业家、经济学家等。他们能够在监督过程中运用专业知识分析竞标者的资格，客观的审查中标者的资格，利用丰富的经验判断竞标者的优劣，并对政府和社会组织提出有效的建议，充分的发挥第三方中立的监督职能。在“官民竞标监理委员会”工作的过程中，委员会对参与社会组织和行政机关的相关信息会进行指导披露，公开招标的相关内容和最终的竞标结果也会向社会公布。这样的设置能够增加社会组织承接政府职能的透明度、公开性。中立的委员会具有较高的权力以及职能，这样严格的筛选程序有效的促进竞标的中立、公平进行。

四、域外经验对我国社会组织承接政府职能转移的法治启示

（一）建立健全社会组织承接政府职能转移的专门性法律

社会组织在承接政府职能转移的过程中可能会存在各种各样的风险。我国目前在转移政府职能的实践上经验不够丰富，预防风险的能力不足，必须建立健全的法律体系对参与主体进行约束。例如上文中美国建立了健全的法律体系，对政府转移职能的方式、如何规

范签订的合同、规避风险的方式等都进行了具体的规定，使政府和社会组织有明确的指导和依据。并且地方政府可以根据具体情况制定相应的法律，切实符合地方政府在转移职能时的需要，严格根据法律中规定的转移流程进行操作。所以，我国需要建立健全的社会组织承接政府职能转移的专门性法律，规范整个流程，对政府和社会组织进行约束，有效提高公共服务的效率。

在建立健全的法律体系的基础上，还应当完善有关社会组织承接政府转移的专门性法律。与日本的专门性法律相比，我国《政府采购法》也仅仅是对政府自身购买行为提供参照，缺乏有效的制度保障，对社会组织承接政府职能转移没有专门性法律制度规范。我国应当对《政府采购法》的内容进行修改和完善，或者尽可能制定完善的专门性法律，明确政府、社会组织、社会公众这三者的权利义务，进一步对社会组织承接政府职能转移的范围与程序进行规范，确保政府职能转移整个流程在法律的保障之下，使社会组织和政府都有法可依。

政府在转移职能的过程中，合同管理是最重要的环节。因此，在建立健全的法律体系时，对合同管理机制进行一定的完善是十分必要的。合同管理机制包括四个方面，一是对合同细则的制定。政府转移职能的内容、具体的成本、工作要求、双方权利义务等内容一定要尽可能详细的规范，但是也要留有一定的灵活性以应对突发情况。二是合同签订程序，整个程序应当公开透明，建立独立的第三方机构进行监督管理。三是对合同的监管，包括对合同本身的监管和合同履行情况的监管。四是对合同履行过程中发生的争议进行处理。因此，我国应当制定相关专门性法律对合同合同管理机制进行完善，使得合同有效、有序的进行，提高合同完成的效率。

（二）明确界定社会组织承接政府职能转移的范围与程序

由于社会需求的不断增加、社会组织承接政府职能的水平提高、政府转移职能的经验积累，政府转移职能的范围也在不断扩大。目前我国的政府转移职能范围尚且不明确，应当明确社会组织承接政府职能转移的范围。现阶段政府转移职能范围很广，政府需要对此恰当分类，从种类上来区分，具体可以分为以下几类：社会公共服务类、基础公共服务类和经济公共服务类。在进行分类的同时还应该理清转移职能的重点和顺序，按照重要性分类推进实施，具体可以分为：政府已经明确转移或者转移比较多的公共服务类职能；政府新增加或者临时增加、且向社会组织转移切实可行的公共服务类职能；社会组织已经发展的比较成熟，可以承接政府职能转移，政府可以向社会组织转移的职能类型；政府行使的较差的公共服务职能，可以适当引导社会组织承接，以达到保障公共服务的效果。

除此之外，还应当明确社会组织承接政府职能的具体程序。其中包括政府转移职能类型、转移模式、合同机制、监督管理、评估审核等。具体程序如下，第一，政府在转移职能之前，应当根据职能的分类做好相应的规划，选择合适的职能和社会机构。第二，政府在选择社会组织时应当按照哪种模式进行筛选，具体可以参考美国的协商、竞争、合作模式等，形成多元化的政府职能承接模式。政府还可以引入竞争机制，增加社会组织的竞争

力，参考日本建立第三方监督机构，使政府更加公平、透明、有效的选择适当的社会组织。第三，对社会组织进行交流和评估。政府在进行选择时，应当与社会组织进行沟通，考虑社会组织是否能够高效的承接职能，并且是否符合政府的要求。第四，转移职能。包括政府与社会组织签订合同等程序性规定。第五，监督和评估。对社会组织在承接职能过程中的行为进行监督，对社会组织最终完成的结果进行评估等。

（三）构建科学的职能承接评估体系

政府对社会组织承接政府职能的结果进行评估的时候，不仅是对社会组织的行为进行评估，更是对社会组织的引导和监督。因此，政府应当构建科学的职能承接评估体系，对社会组织进行客观的评价，并且出具相应的报告衡量社会组织承接职能的质量和效率。政府在对职能承接进行评价时，由于很多数据无法量化，仅仅依靠数据对比无法获得最客观的评估结果。因此，科学的职能承接评估体系应当分成两个部分综合考量，第一部分是对社会组织承接职能的效率进行评价，也就是在完成项目过程中侧重成本和收益的对比。包括成本的付出、资金的使用状况、人力的投入、获得的社会效益等数据，由评估小组将这些数据进行综合对比得出对社会组织工作效率的评估。第二部分是对社会组织承接职能的结果进行评价。政府在建立职能承接评估体系时，应当给予社会组织充分的自由空间，不能过度关注社会组织完成项目的过程。因此，可以对结果进行客观评估，充分分析职能承接是否获得了良好的社会效益，例如对社会公众对社会组织工作成果是否满意等评价进行分析。

与此同时，政府还可以根据评估结果来支付合同价款，以及判断下次能否选择该社会组织。若是社会组织完成合同要求，政府可以全额支付价款。如果未完成合同要求，则该社会组织应当承担相应责任，并在下次转移职能时政府将不予考虑选择该社会组织。科学的职能承接评估体系不仅能够保证政府的资金有效使用，还能够提高政府选择社会组织的效率，促使社会组织职能承接能力的提升。除此之外，政府在对社会组织进行评估时，应当设置独立的专门评估小组，并且要保证专门评估小组具有完全的独立性，由评估小组与政府共同对项目进行评估，充分保证评估结果的客观公正。政府还应当吸取社会公众的意见，了解社会公众对社会组织以及承接职能结果的真实评价，建立投诉机制，畅通政府与社会公众交流的渠道，了解社会公众的真实需求，再根据相应的反馈，综合考察相关因素，制定科学的算法，逐步构建并完善科学的职能承接评估体系。

共享型社会的治理规则——以共享经济为例的分析

郭国坚[1]

【摘　要】共享不仅指涉治理成果的分享，共享还表现为一种合作的观念，合作的行为。在治理层面则表现为公权主体与私权主体的合作、私权主体与私权主体的合作。在私权主体与私权主体的合作中，以经济领域合作的典型形态——共享经济形态为切入点，来分析共享型社会子系统的经济系统发生的深刻变迁过程，由此对社会法治系统传导出的整合信号。共享经济领域目前产生出过度商业化和法律监管能力缺失的双重难题，理论界和实务界对共享经济发展中的认识和理论准备不足，造成了监管和认知的困局。把握共享经济发展的脉络，认识新经济的规律和行业特点，在中央和地方层面，明确包容审慎的治理思路，从宏观层面，加强指导，再微观层面，以法律关系为核心，从主体、客体、权利义务方面，制定可操作性的实施细则，是现阶段治理共享经济的关键，也是共享型社会治理的阶段性要求。

【关键词】共享型社会济形态、治理规则、包容审慎

十八届四中全会提出的“建立健全党委领导、政府负责、社会协同、公众参与的社会管理格局”和十八届五中全会提出“推进社会治理精细化，构建全民共建共享的社会治理格局”之后，党的十九大上进一步提出“打造共建共治共享的社会治理格局”的构想。由此，以“共享”发展理念为指导，打造共建共治共享的社会治理格局，成为新时代党政部门应对多重社会治理问题挑战、积极推进社会治理能力和治理体系现代化的重要战略部署。一般意义上我们理解“共享”是指社会治理的治理资源、治理利益和治理秩序“红利”，由社会成员共同保有和转化。从该定义来看，共享主要是在结果意义上来考量。笔者认为共享不仅仅指涉的治理成果的分享，共享还表现为一种合作的观念，合作的行为，表现为公权主体与私权主体的合作，私权主体与私权主体的合作。本文重点讨论在经济领域私权主体与私权主体的合作中所兴起的共享经济，以该经济形态为切入点，探讨共享型社会子系统的经济系统发生的深刻变迁过程，以及如何实现对经济领域的共享、合作进行有效地整合。

共享经济的作为新经济形态，其发展潜力和体量难以估量。从国家层面，发达国家中的英、美等国对此种新型经济形态给予了充分的重视，甚至提出“拥抱”共享经济的提法，并在国家治理层面化约为特定的经济政策和法律。在十八届五中全会公报和“十三五”规划中，“共享经济”均成为颇受关注的热词。虽然共享经济在中国发展之初遭遇了与国外相似的困局，如遭遇传统行业的抵制，监管模式、路径的剧烈争论，但是随着《关于促进共享经济发展的指导性意见》,《网络预约出租车经营服务管理暂行办法》,《关于积极推进“互联

[1] 郭国坚，男，法学博士，河南科技大学法学院副教授，研究方向为法治与公共政策、司法原理。

网＋”行动的指导意见》的施行以及各地方政府如《洛阳市网络预约出租汽车经营服务管理试行办法》等具体实施办法的出台，在国家层面，推动新型共享经济的健康有序发展业已成为共识。作为互联网下的“新经济”、“新商业”形态，“共享经济”正在改变传统的经济模式，并在创新领域、市场格局以及行业监管等方面呈现出新的趋势。

在政府规制与商业创新之间需求平衡点，鼓励创新，避免商业创新发展带来的外部性问题和对传统行业的冲击成为智识界和政府决策者共同关注的问题。就政府治理而言，鼓励创新，包容审慎的制定共享经济发展的政策和法律法规是有效治理的前提，在此基础上，充分认知共享经济的发展规律，以及对经济增长的价值，充分发挥地方政府的积极性实属必要。

一、共享经济发展中的问题归纳

（一）高速发展的共享经济未得到应有重视

据统计，2015 年中国共享经济规模约为 1644 亿美元，占 GDP 的 1.59%。英国共享经济 2013 年已占 GDP 的 1.3%，并预测五年之内达到 GDP 的 15%。美国共享经济 2014 年已经占到 GDP 的 3%。共享经济 2015 年在全球的市场交易规模估测 8100 亿美元。对比英国和美国，共享经济在中国对于经济的整体拉动作用还存在较大发展空间，未来有望成为我国经济增长的新动能。现今共享经济已覆盖 P2P 金融、出行、教育、专业服务、医疗、自媒体、物流、短租/长租的八大行业。高速发展的共享经济面临监管的缺位，以及来自传统行业的抵制和冲突，在政策和法律调整未及时跟进的背景下，极易产生治理真空，从而导致放任、野蛮生产等外部性问题以及通过传统的管理方式简单适用新型经济的状况，导致阻止新型经济的创新和发展状况。

独角兽	最新估值	独角兽	最新估值
Uber（出行）	510 亿美元	Pinterest	110 亿美元
小米	460 亿美元	Dropbox	100 亿美元
Airbnb（短租）	255 亿美元	**Wework（办公共享）**	100 亿美元
Palantir Technologies	200 亿美元	DJI Innovations	100 亿美元
新美大	180 亿美元	Theranos	90 亿美元
Lufax（P2P 金融）	180 亿美元	Spotify	85.3 亿美元
Snapchat	160 亿美元	Snapdeal	65 亿美元
Flipkart	150 亿美元	**Lyft（出行）**	55 亿美元
滴滴快的（出行）	150 亿美元	Intarcia Therapeutics	55 亿美元
SpaceX	120 亿美元	**Olacabs（出行）**	50 亿美元

（表一：在全球估值最高的独角兽 TOP20 中，共享经济企业占据七席。）

独角兽	最新估值
陆金所（P2P 金融）	180 亿美元
滴滴（出行）	150 亿美元
Uber 中国（出行）	75 亿美元
神州专车（出行）	35.5 亿美元
今日头条（自媒体）	28 亿美元
猪八戒网（专业/个人服务）	15 亿美元
挂号网（医疗共享）	13 亿美元
好大夫在线（医疗共享）	13 亿美元
途家网（短租）	12 亿美元
沪江网（教育）	10.4 亿美元
魔方公寓（长租）	10 亿美元
VIPABC（教育）	10 亿美元
达达配送（物流）	10 亿美元
有利网（P2P 金融）	10 亿美元
信而富（P2P 金融）	10 亿美元
唱吧（自媒体）	10 亿美元

数据来源：IT 桔子（2015），腾讯研究院整理

（表二：中国共享经济独角兽企业及其覆盖领域）

（二）共享经济发展中的理论准备不足，治理共识、路径尚未达成

共享经济崛起后，有关共享经济发展的一般理论集中于经济领域中，有关共享经济商业模式的探讨，而对共享经济的概念的内涵，外延，学者们争议较大。就概念而言，不同领域的提法均难以统一，经济领域常称之为协作消费，公众称其为共享经济，政治领域也存在共享经济和共享经济混用的情况。共享经济是否应限制个体之间消费领域合作，还是应包含商主体与个体之间消费合作。共享经济是否应应当包含在线市场及线下市场，是否包含生产领域的合作还是仅限于消费领域等等，均未达成共识。另一方面，如何形成共享经济治理模式也存在不同的观点和方式。以全球网约车治理模式为例，就出现了禁止模式，和适度宽容的模式，而再适度宽容模式中又出现了，专门创新立法，修改立法，纳入原有立法调整等不同模式。因此共享经济治理在理论、监管策略上，急需凝练共识。

（三）共享经济中的外部性问题不断呈现，急需纳入政策、法律调整

劳动者权益保障问题，共享经济提供了大量的就业机会，促进了隐性就业和自由职业者的规模化发展，而对于这种非传统雇佣的劳动关系，脱离社会保障安全网，争议发生难以维权。

共享经济企业准入机制问题，远低于传统行业，短租领域的个体房东与传统酒店、私厨领域家厨与餐饮从业者相比，无需获取各类政府/法案规定的许可证，更多是通过在线注册的方式，由平台进行审核。从而引发了新旧产业的大量摩擦。

税收的确定、缴纳问题。对于共享经济平台按何种税率纳税，个体参与共享经济除了

平台抽成外，是否需要为所得收入纳税，如何纳税等等尚不明确。

行业垄断，算法歧视，无序增长，不公平竞争，挤占公共资源、交易过程侵犯消费者权益等问题频发，对公共资源管理、市场管理、消费者权益保护等方面提出了新的要求。

（四）共享经济热点领域关注较多，缺乏整体的思路、布局

目前，共享经济领域的监管研究集中于共享出行、p2p 领域、互联网直播领域，而对共享房屋、共享知识、共享办公、二手商品等新兴共享经济等领域涉猎较少。从研究的动机而言，大多关注经济体量较大，问题突出，社会影响较大的共享经济领域，未从整体、宏观层面把握共享经济的发展脉络。

二、共享经济指导意见的治理思路

（一）切实贯彻推进共享经济发展的指导意见，确立监管原则

明确共享经济对经济增长的价值，将共享经济发展的各类数据纳入到政府数据管理的范畴，及时监测和发布共享经济发展的数据，按照“鼓励创新、包容审慎”的原则，分类指导，创新监管模式，推进协同治理、健全法律法规，维护公平竞争，强化发展保障，充分发挥地方和部门的积极性、主动性。

（二）加强制度保障，切实推进共享经济发展

1、支持和引导各类市场主体积极探索共享经济新业态新模式。针对不同行业领域共享经济的业态属性，在合理界定的基础上分类、细化管理，加强部门与地方制定出台准入政策、开展行业指导的衔接协调，避免用旧办法管制新业态，破除行业壁垒和地域限制。清理规范制约共享经济发展的行政许可、商事登记等事项，进一步取消或放宽资源提供者市场准入条件限制，审慎出台新的市场准入政策。

2、明确鼓励行业组织依法合规探索设立共享经济用户投诉和维权的第三方平台。鼓励金融机构创新金融产品和服务，积极利用保险等市场机制保障资源提供者和消费者的合法权益。

3、切实加强对共享经济领域平台企业垄断行为的监管与防范，营造新旧业态、各类市场主体公平竞争的环境。严禁以违法手段开展竞争，严厉打击扰乱正常的生产经营秩序的行为。同时，积极发挥全国信用信息共享平台、国家企业信用信息公示系统和金融信用信息基础数据库作用，依法推进各类信用信息平台无缝对接，打破信息孤岛，建立政府和企业互动的信息共享合作机制。

4、推动政府部门数据共享、公共数据资源开放、公共服务资源共享，增加公共服务供给，加大政府部门对共享经济产品和服务的购买力度。同时，研究完善适合共享经济特点的税收征管措施，依法加强对平台企业涉税信息的采集和税收风险分析工作，持续增强共享经济纳税服务能力。同时，加强释法、修法工作，及时调整不适应共享经济发展和管理的法律法规与政策规定。

5、以现有的法律专家顾问制度为基础，吸纳专门人员，在条件成熟之时，建立共享经济专业顾问制度，为共享经济的发展提供决策支持。

三、未雨绸缪，制定地方政府推动共享经济路径细则

（一）明确当前经济环境下，共享经济产生的客观原因，确立监管原则

首先，应明确共享经济在中国的发展尚处于初期，在共享经济发展中，应鼓励创新，通过不断推陈出新，设计形式新颖，内容创新、体验感较强的共享经济类型，培育民众参与共享经济活动的热情和兴趣，引导共享经济健康有序发展；其次，在共享经济发展之初，共享理念所带来的绿色、环保、共享等积极的价值理念，难以获得普遍的认同，实际参与共享者中共享理念并未完全成为其内在的诉求，其约束义务往往较弱。政策制定者应着眼于共享经济理念的生成，培育共享经济组织、团体的成长，在组织运行和成员互动关系下养成共享的理念，增强内在规则的约束力。最后，应充分辨识经济利益在共享经济发展之中的价值，在商业模式与公益模式下配置不同的法律规则，以倡导性规则提倡共享、非营利性模式的公益型共享经济，对商业模式下的共享经济类型采取强行性规则，对营利性的共享经济企业采取较强的强制性、禁止性规则防止共享经济企业过度的追逐利益，而出现损害共享经济消费者合法权益的情形。

（二）细化分类管理，明确共享经济的主体类别和法律性质

1、消费者在共享经济法律关系主体中的地位和功能

在共享经济中，消费者能够“转变角色，从事嵌入式企业家精神活动并进行合作生产和消费资源。”在共享经济中，消费者的角色与传统的消费者角色有着鲜明的差异。传统消费基于古典市场的思维，是一种典型的分配系统，涉及消极的消费群体，这一消费群体并没有被赋予提供任何资源或者服务的角色定位，也不能参与到生产的环节。相比而言，共享经济中消费者不仅仅是从事消费活动同时也能够参与价值创造的过程，从而成为生产者，由此构成了消费者的双重角色。基于共享经济领域的不断扩展，作为消费者一方的角色也呈现出不同的子类型，在法律意义上，也有不同的角色性质认定。在二手商品交易领域，其体现为二手商品的提供者，在 P2P 借贷领域则表现为贷方，在共享出行，共享住宿领域则表现为交通服务承运人，个人房屋的所有者等等不一而足。虽然基于共享领域的分化而赋予其法律定位存在差异，但其核心还涉及法律对于这类主体性质的全新认定——作为消费者 A 的角色是否应当从民事主体性质的通常认定转化为具备经营功能的商事主体，从而在法律责任和权利配置上，区别于一般的民事主体，共享经济主体的双重角色有别于传统经济模式，借助互联网技术，个人在共享经济中的作用和影响的体量非传统模式下可比，原有民事主体的角色定位越来越难以适应实践中共享经济主体的作用，由此引发了共享经济主体进入商事领域的障碍。另一方面，仅仅将共享经济的主体认定为民事主体而否定其商事主体的身份，导致 C2C 模式下，共享经济主体一方责任的缺失和弱化，不利于消费者权利的保护，尤其在互联网技术条件下，不得不重新考量共享经济所涉及的范围和体量。

在 C2C 模式下现行共享经济主体的法律性质需要予以新的规则配置，重视共享经济中消费者角色的转变，在法律定位上，重视狭义民事主体与商事主体的区分，应将共享行为与公益行为、谋生手段、投资、经营相区别。在共享经济中，明确以自然人为基础的商事主体在设立条件和准入门槛上与营利性法人的差异，减低和简化准入门槛，促进参与共享者获得提供商品或者服务资格。在认定要件上，规则可区分为自愿认定与强制认定，其一，

根据共享经济主体的意愿，如其进行商事登记，且以商事主体的身份从事经营活动，认定商事主体无疑；其二，未进行商事登记，但在共享经济网络交易平台进行备案，从事经营性而非公益性活动，具备持续经营的条件和意愿的，应认定商事主体；其三，未进行商事登记，以个人身份从事经营活动，在网络非交易平台对特定的人提供销售商品或者服务，行为满足有偿，大量性与经常性，有偿活动的利润归属其投资人或成员分配等商事主体的一般特征，应按照商事主体的要求向消费者承担责任和履行义务。

2、通过数字平台销售商品和提供服务的组织在共享经济法律关系主体中的地位和功能

严格意义上，组织一词并非严谨的法律术语，其所指涉的是除个体以外的一般类别。《民法总则》在民事主体一章中将组织这一概念区分为法人和非法人组织，其中法人包含营利法人、非营利法人、特别法人，非法人组织包括个人独资企业、合伙企业、不具有法人资格的专业服务机构。民法总则确立的组织的分类标准为共享经济主体确立了一般规则，暂且不论其一般规则值得商榷之处，我们应注意的问题意识在于民法总则所确立的民事主体分类的一般规则是否兼顾到共享经济组织的特殊性以及所确立的分类准则是否有利于厘清共享经济主体的法律性质，以便于我们在配置治理规则之时采取不同的方式。以此问题意识出发，我们发现以是否具有民事权利能力和民事行为能力，是否独立享有民事权利和承担民事义务，以及是否以取得利润并分配给股东等出资人所确立的法人和非法人组织，营利法人和非营利法人的分类规则虽有重要价值，但仍有所欠缺。

我们将共享经济主体中的组织首先区分为公法人和私法人，公法人在参与共享的过程中，因其涉及国有资产的处置，其行为除因受制于私法调整之外，还应设立特别规则，以防国家利益受损。而私法人在参与共享的过程，除非违反国家的禁止性规定外，其行为应更多依赖于私人自治原则，规则的配置方面也更为自由。例如：国家机关处置闲置车辆的共享行为，以及最近拟出台的《北京市共有产权住房管理暂行办法》中确立的共享产权住房；其次，依照是否以取得利润并分配给股东等出资人所区分的营利性和非营利性法人对于共享经济组织治理方式而言并无太大的价值。我们拟以共享行为的目的为分类标准，将组织分为以公益为目的的法人或非法人组织、非盈利的法人或非法人组织、盈利性的法人或非法人组织，以及兼具公益、盈利、非盈利的混合型组织。此种标准设立的依据在于共享行为的目的和组织是否为营利或非营利并无直接的关联，而关注共享行为的无偿、有偿、盈利等状态所做的分类。例如：郑州宇通客车股份有限公司，按照民法总则之规定，其可以归属于营利法人，但是该法人在其公司内部开设共享平台，无偿为本单位的职工之间在上下班期间实现出行交通工具的共享提供便利，此种情况下，无偿共享主体的法律性质认定与主体是否为营利性法人之间没有直接的关联。

3、共享经济数字平台的性质及分类

平台是共享经济的主要形式和载体，通过数字平台，可以更为便捷、高效地为消费者提供商品和服务，因此平台化构成了共享经济的实质内容。共享经济数字平台是一种数字技术或格式, 在共享经济活动中为双方或者多方提供信息发布、网页空间、共享规则、信息撮合等服务，供共享经济主体开展共享活动的信息网络系统。在互联网+时代下，从事

互联网技术的公司基于创新技术为实体经济和日常生活提供了多样化的服务，衍生出的数字平台和服务类型越发复杂。

（1）数字平台是所有通过信息技术实现销售商品和提供服务的平台的统称，其中包含最初的数字门户网站，例如百度、新浪，随着电子商务市场的成熟，传统的产业逐步通过信息技术来实现销售和宣传渠道的拓展，出现了大量新闻、出版、视频、社交类的数字平台和以第三方交易平台为主的网络交易平台。共享经济数字平台与上述平台之间存在相似性，大多涉及信息发布功能和在线交易处理，也涉及第三方交易的内容，共享经济平台往往与上述数字平台之间存在混合，使得它们之间的边界较为模糊。但是共享经济的领域和体量不断地拓展，无论从理论和实践层面都为共享经济的独立性提供了可能，合作消费、闲置资源的共享，C2C 模式通过信息语言所实现的数字逻辑是共享经济平台与上述平台之间区分的关键。

（2）依据共享经济平台在共享经济中的行使的角色，消费者在网络平台直接提供和获取资源或服务，从一般意义上，网络平台是作为共享经济的载体，从而承担介质角色，双方或多方主体可以自由设计的条款和条件来提供资源或服务。例如大量存在的第三方交易平台，其允许消费者和商家之间充分的信息沟通，行使交易权，而另一类介质角色则干预交易活动。例如,加拿大“随意”网站不允许服务提供者和接受服务一方进行联系,而双方需要单独接触和网站以支付费用,分别获取和提供服务。大多数中介网站，例如招聘类，二手车交易网站，劳务中介网站大多采属于此类。从经营的模式上，部分 P2P 在线平台采取操作免费的增值模式,在网站的使用上是免费的,但是高级功能必须支付费用例如 Kijiji 和部分视频共享类网站。[2]少数平台采取捐赠性的交换模式,即网站使用是免费的,但通过接受捐赠来抵消生产和维护的成本，例如汗学院。大多数网站采取交易提成的模式，通过收取交易服务费来抵消运维成本，获得盈利。第三种分类方式以提供服务的类型为标准，包括纯粹提供信息服务的平台，其不直接提供商品或服务，而是依托平台为交易的双方提供信息的发布和交易的撮合，如 airbnb 和 uber 提供的网约车服务；既拥有线上信息平台也拥有线下资源的平台，这类平台除提供第三方交易场所外，由于其自身也拥有线下资源，也同时开展自营业务，因此也可以称之为混合平台，如第三方交易平台中的京东也提供自营类商品销售；平台由拥有线下资源的传统商业主体以平台为依托来提供商品和服务。例如共享单车提供的自行车租赁网络平台，宜家提供的二手商品交易平台，以及苹果，华为等手机销售企业提供的二手手机的回收平台。

4、对共享经济组织法律性质的认定。

就现有法律规范而言，专门针对共享经济的一般性基准法律尚无，法律规范散见于以网络交易为背景或者特定领域的专门性规范，法律体系的建成尚需时日，这些法律规范主要包含《网络交易管理办法》、《互联网信息服务管理办法》、《互联网文化管理暂行规定》、《中华人民共和国电信条例》、《互联网直播服务管理规定》、《网络借贷信息中介机构业务

[2] Scaraboto, D.:“Selling, sharing, and everything in between: the hybrid economies of collaborative networks”, Journal of Consumer Research, 2015（6）, p164.

活动管理暂行办法》、《网络预约出租车经营服务管理暂行办法》、《互联网广告管理暂行办法》等。此外，《消费者权益保护法》、《产品质量法》、《反不正当竞争法》、《合同法》、《商标法》、《广告法》、《侵权责任法》和《电子签名法》等传统法律在无特别法规范之时，起一般法之规范功能。

（1）以企业法人为经营性组织的准入条件

共享经济主体中的组织依托数字平台来开展业务，数字平台承载着组织的经营内容，通过数字平台提供商品或者服务的组织首先需取得企业法人资格，而后通过行政许可程序，方能开展经营活动，既现有法律规范确立了从事经营性共享经济活动的组织为企业法人的准入条件。《中华人民共和国电信条例》将我们电信业务分为基础电信业务和增值电信业务，其中共享经济组织依托数字平台主要涉及增值电信业务，依条例之规定，在我国电信业务经营者为依法设立的公司。[3]《电信业务分类目录(2015 年版)》进一步明确了平台经营增值电信业务类型，其中主要包含：第二类增值业务中的交易处理业务和信息服务业务。[4]《互联网信息服务管理办法》、《互联网文化管理暂行规定》均规定互联网信息服务、文化活动应符合《中华人民共和国电信条例》规定的要求，可见同样采取了企业法人的准入门槛。[5]《网络预约出租车管理暂行办法》规定网络预约出租汽车经营者(网约车平台公司)，是指构建网络服务平台，从事网约车经营服务的企业法人。[6]《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》规定网络借贷信息中介机构是指依法设立，专门从事网络借贷信息中介业务活动的金融信息中介公司。[7]以电信条例为基础，我国确立了以企业法人作为从事提供电信增值业务的准入条件，平台化是共享经济的重要实质内容（虽然并非所有的共享经济都采取平台模式，例如离线的社区共享），由此，不同种类共享经济组织在从事共享经济活动之前，大多应先取得从事增值电信业务的资格，而首先成为企业法人，在电信条例未修改之前，此种条件实质在经营领域排除了非企业法人、非法人组织从事经营性共享经济活动的可能性。

（2）区分经营性组织和非经营性组织

《互联网信息服务管理办法》将互联网信息服务分为经营性和非经营性两类。经营性互联网信息服务，是指通过互联网向上网用户有偿提供信息或者网页制作等服务活动。非经营性互联网信息服务，是指通过互联网向上网用户无偿提供具有公开性、共享性信息的服务活动。如何理解经营性与非经营性的区别，办法似乎没有给出明确的答案，无偿和有偿的界限如何，例如提供无偿的信息服务但是通过电子商务、广告、赞助等间接的方式获取利润，是否归入有偿的范畴而成为经营性主体。《互联网文化管理暂行规定》实际将以营利为目的，通过间接获取利润的方式信息服务也纳入经营性服务的范畴。[8]共享经济主体

[3] 参见《中华人民共和国电信条例》第十三条。
[4] 参见《中国电信业务分类目录（2015）》。
[5] 参见《互联网信息服务管理办法》、《互联网文化管理暂行规定》第七条。
[6] 参见《网络预约出租车管理暂行办法》第五条，第二款。
[7] 参见《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》，第二条。
[8] 《互联网文化管理暂行规定》：经营性互联网文化活动是指以营利为目的，通过向上网用户收费或者以电子商务、广告、赞助等方式获取利益，提供互联网文化产品及其服务的活动。非经营性互联网文化活动是指不以营利为目的向上网用户提供互联网文化产品及其服务的活动。

中的组织以互联网信息服务为基础，区分经营性主体与非经营性主体的无疑是配置不同治理规则的关键。依据上文对共享经济组织的分类标准，以公益、非盈利性为基础开展共享信息服务的平台，应归入非经营性主体的范畴。而直接以有偿信息服务或者间接获取利润的盈利性共享经济组织以及混合型的共享经济组织应纳入经营性主体的范畴。

（3）对从事共享经济组织实施行政许可或者备案制度

从事经营性网络服务的共享经济组织需获得增值电信业务经营许可，方能提供服务，这是电信条例设立的行政许可制度。对从事非经营性信息服务的组织采取备案制度。依照互联网信息服务管理办法规定，从事新闻、出版、教育、医疗保健、药品和医疗器械等互联网信息服务，依照法律、行政法规以及国家有关规定须经有关主管部门审核同意的，在申请经营许可和备案前，应当依法经有关主管部门审核同意。如：网络借贷信息中介机构完成地方金融监管部门备案登记后，应当按照通信主管部门的相关规定申请相应的电信业务经营许可。互联网文化单位经文化行政部门和电信管理机构批准或者备案，从事互联网文化活动的互联网信息服务。出租汽车行政主管部门对于网约车经营申请作出行政许可决定的，应当明确经营范围、经营区域、经营期限等，并发放《网络预约出租汽车经营许可证》。需特别指出的是传统经济组织通过网络来实现渠道的延伸，不属于提供经营性互联网信息服务的范畴，例如，神州专车不属于交易双方以外的独立第三方，神州专车只是单向向消费者提供信息服务，而神州专车司机以公司员工身份领取薪酬，因此不存在神州专车为交易双方提供“在线数据处理与交易处理”服务，即并非在提供电信服务。

综上所述，我国对通过数字平台从事共享经济活动的组织进行了法律定位，首先互联网信息服务分为经营性和非经营性，分别设立了行政许可（并非全部）和备案制度，其中从事经营性互联网信息服务的组织应具备企业法人资格，依照法律、行政法规以及国家有关规定须经有关主管部门审核同意的，在申请经营许可和备案前，应当依法经相关主管部门审核同意。值得注意的是在经营性主体中按照提供服务的类型为标准，将纯粹提供信息服务的平台即不直接提供商品或服务，而是依托平台为交易的双方提供信息的发布和交易撮合的组织（例如 Uber 和 airbnb）和拥有线下资源以平台的方式提供渠道扩展的组织（如共享单车型企业）分别采取许可和备案制度，至于混合平台虽法律无明确规定，但因其涉及经营性内容理应满足行政许可之要求。

（三）明确共享经济的客体和范围，整体谋划、分步实施

共享经济法律关系的客体是共享经济活动所指向的对象，随着共享经济范围的不断拓展，参与共享的客体也渗透到社会生活的各个方面。按照腾讯研究院报告的梳理，我国共享经济已覆盖 P2P 金融、出行、教育、专业服务、医疗、自媒体、物流、短租/长租等八大行业。[9]共享经济法律关系的客体指向的是各类闲置、分散资源，包含物质资源和人力资源，其中物质资源最初涉及各类动产与不动产，基于信息产业的发展，各类数据、虚拟财产、知识产权等财产性权益也纳入到共享经济客体范畴，人力资源主要是以专业职能和服务为基础构成的资源。

[9] 腾讯研究院：《中国共享经济全景解读报告》，载腾讯网，2016 年 3 月 11 日。

闲置、分散资源构成了共享经济法律关系客体的属性，而物质资源和人力资源构成了客体之范围，原本闲置、分散资源的汇聚和利用在传统经济时代已然存在，而成为共享经济法律关系客体具备了网络化，C2C 到 B2C 的转变的特征，同时，随着商业模式的创新，以闲置资源为业的新型经济模式得以形成和成熟。以学术研究之分，共享经济客体类别存在不同视角下的分类标准，有依所属领域，划分为产品服务体系，再分配市场、协作生活方式，有依客体运作模式的不同分为依照在线、离线，有依行业之类别对客体进行划分，也有基于所有权和使用权不同程度对客体进行划分等等不一而足。笔者则以物质资源和人力资源之界分来划分客体的类别，并进一步指出在物质资源和人力资源之中客体具备的法律规制之特征。

法律对于共享经济法律客体的规制应当以物质资源和人力资源在共享活动中的特点加以展开。具体而言，首先，物质资源之利用强调使用，因此除了实物，财产性利益也应该纳入到法律的规制范围之中。其次，人力资源之服务要求以开放性为原则，政府应首先综合考量各个因素比如服务是否需要专业化、明确设立准入条件的共享活动的范围。对设立有准入条件的共享活动也要尽可能地降低准入门槛。

（四）以权利义务为基础，把握治理的核心内容

共享经济法律关系的内容以共享经济主体在共享活动中行使的权利与义务为基础。共享经济法律关系中，消费者的权利与义务、平台的权利与义务、商品或服务的提供者的权利与义务、监管者的权力与义务是权利义务配置的重点内容。现有法律规定之各主体的权利义务，侵犯权利和违反义务规定的责任，构成了共享经济法律关系内容的一般性规则。

共享经济的强势崛起后，在法律关系的内容上应将共享经济的特征融入到新的规范中，确定法律关系的全新内容。从公法层面，全球范围内广泛采用的治理模式大多基于立法中的权利义务规定，设置政府机构的行政许可以及司法保护。从私法层面，平台建立的基于算法技术，通知\删除程序是以平台为基础的企业所建立的主要治理方式。应建立明确的标准来确定共享经济和数字平台的法律属性。目前法律制度需要更新，以创建一个混合的信息社会服务类别，改善法律框架，适用于共享平台。共享经济平台收集大量的数据，利用平台数据可以帮助决策和完成更一般的监管目标。法律改变包括将监管职能部分的委托给数据平台。如(市场参与者的注册和识别，确认税收，收集税收等)。应确立监管的原则，设置合理的监管要求，应着眼于共同的目标，建立一个通用的方法，设置公共规则。在这一过程中，立法者应避免过度干预初创企业，为创新和成长留出余，立法者应遵循辅助性原则和比例原则，同时考虑自律规则的作用。创新劳动法律，解决共享经济平台就业保护问题，创建一个新的“共享经济服务提供者”的就业地位，避免广泛的公共福利规定，允许平台根据自己的用户利益选择适当的劳动形式和保险制度。在共享经济的治理规则构建中，应重视数据保护规则，个人数据集必须在严格法定的条件下，基于合法的目的才能使用和收集。对传统行业的发展框架中，应该考虑共享经济可能造成的影响。在某些领域，如交通基础设施，规划应该考虑共享经济增长潜力的体量和需要。

甘肃省生态文明建设法律保障之路径探索

罗艺 [1]

【摘　要】生态文明建设是国家面对严峻的自然和社会形势、顺应新时代发展要求所提出的重要对策。甘肃省确立了“建设生态文明省”的指导思想，在大力推进生态文明建设的进程中，法律保障不可或缺。通过简要阐述甘肃省生态文明建设概况，分析甘肃省生态文明建设的法律保障现状，针对目前法律保障中存在的问题，提出生态文明建设法律保障之完善路径：健全生态文明建设的地方法规、加强生态文明建设的环境执法、创新生态文明建设的环境司法、培养公民生态文明意识的多样化途径。

【关键词】甘肃省、生态文明建设、立法、生态文明意识、生态教育

生态文明是继农业文明、工业文明之后人类文明发展的新阶段。国家为应对新的自然和社会形势，提出生态文明建设的重要对策。生态文明建设的法律保障，即运用法律手段，构建完善的生态文明保障体系，为生态文明建设提供适应性的法律指引和制度支持。甘肃省的生态文明建设，担负着保护生态环境、振兴社会经济的重要使命。甘肃省虽然确立了“建设生态文明省”的指导思想，但在实施生态文明建设的过程中仍存在不少问题，亟待完善相关法律以满足甘肃省生态文明建设的现实需求。

一、甘肃省生态文明建设的概况

(一) 甘肃省生态文明建设的主要成就

甘肃省自明确生态文明建设的突出地位以后，充分利用经济手段、宣传手段、组织手段等大力推进生态文明建设工作，在经济发展、生态环境保护、生态文明制度建设上取得明显的成就。

1.经济发展方面：调整产业结构、促进绿色发展

在产业结构调整上，甘肃省逐渐减少以加工制造为主的第二产业占比，大力发展第三产业，其中文化旅游业发展势头尤甚，“十二五”期间甘肃省旅游收入翻了三番。甘肃省的文化产业发展亦取得了显著成就，华夏文明传承创新区等文化产业新区的建立，使“甘肃省文化产业增加值年均增长了 25%左右”。[2]在绿色发展方面，大力发展循环经济，“建设了 7 大循环经济基地，构建 16 条循环经济产业链”。[3]为推动绿色产业发展，在 2018 年制定的

---

[1] 罗艺（1980-），男，华东政法大学法学在站博士后，甘肃政法大学副教授、硕士生导师，西部生态文明建设法治研究中心主任，主要从事生态文明法治保障研究，本文为甘肃省高等学校科研一般项目“甘肃省生态城市建设的法律保障研究——以十九大报告中‘推进绿色发展’为视角”（2018A-64）、甘肃省哲学社会科学规划项目（13YD093）、司法文明中心协同创新中心兰州基地一般项目（SFWM2017007）资助。

[2] 甘肃第三产业几占“半壁江山”文化旅游成“龙头”[EB/OL].（2016-01-16）[2017-10-25].http://news.cntv.cn/2016/01/16/ARTI1MhywWXrqVVG4HyW9pl5160116.shtml.

[3] 甘肃第三产业几占“半壁江山”文化旅游成“龙头”[EB/OL].（2016-01-16）

《甘肃省推进绿色生态产业发展规划》中提出建立以中部地区、河西地区、陇东南地区为中心的各具地域特色的三条绿色产业经济带。同时，甘肃省还加快对节能环保产业、节能装备制造业、清洁生产产业等生态产业的培育，增加资金投入和技术扶持。根据 2018 年甘肃省统计年鉴显示，全年十大生态产业增加值 1511.3 亿元，占全省地区生产总值的 18.3%，比上年增长 6.7%。[4]可见甘肃省在生态产业发展方面取得较为明显的进步，绿色发展势头良好，努力朝着通过经济转型促进生态文明建设方面大步迈进。

2.生态环境保护方面：污染防治与生态修复与全面并举

1）各类污染源的有效治理

“十二五”期间，甘肃省采取了一系列的污染治理措施，取得了显著成效。甘肃省“三废”排放量及突发环境事件次数逐年下降。（如下表， 2008-2016 年“三废”的排放量呈现抛物线的趋势，经济发展使得“三废”的排放量增多，但由于污染防治取得成效，“三废”排放量得到有效的控制。）各类环境要素的污染防治工作有序展开。

表 1 甘肃省“三废”排放量及突发环境事件次数

年份	工业废水排放量（万吨）	工业废气排放量（亿标立方米）	工业固体废物产生量 （万吨）	突发环境事件次数（次）
2008	16405	5685	11.63	37
2009	16364	6314	12.31	20
2010	15352	6252	11.38	10
2011	19720	12892	6.59	4
2012	19188	13900	0.37	—
2013	20171	12677	-	11
2014	19742	12290	-	22
2015	18760	13293	-	12
2016	13022	10639	-	9
2017				5[5]

2）加强生态环境保护力度

①林草植被恢复与湿地保护的制度化

在中央总体精神的指导下，甘肃省加大了对林木草地等植被的恢复力度，为落实退耕还林还草工作制定了一系列的实施办法。植树造林和草原禁牧不仅保障了森林和草原生态系统的稳定，也有效减缓了本区域内土地荒漠化的危机。

甘肃省湿地保护成果突出。2003 年，甘肃省通过了《甘肃省湿地保护条例》，并相继设立了以敦煌西湖、黄河首曲、张掖黑河为代表的湿地类型自然保护区 17 处，以张掖国

[2017-10-25].http://news.cntv.cn/2016/01/16/ARTI1MhywWXrqVVG4HyW9pl5160116.shtml.

[4] 甘肃省 2018 统计年鉴

[R/OL].(2019-03-19)[2019-10-09].http://tjj.gansu.gov.cn/HdApp/HdBas/HdClsContentDisp.asp?Id=1517.

[5] 甘肃省 2015 年至 2018 年妥善处置突发环境事件 29 起[EB/OL].（2019-05-22）

[2019-10-09].https://baijiahao.baidu.com/s?id=1634224881609344067&wfr=spider&for=pc.

家湿地公园为代表的湿地公园 13 处。[6]后相继出台了《甘肃省林业厅关于严格禁止围垦占用湖泊湿地的通知》《甘肃省林业厅关于盐池湾国家级自然保护区实施湿地恢复与治理项目的意见》《甘肃省林业厅关于同意变更甘肃黑河流域中游湿地恢复与治理二期工程建设项目初步设计部分建设内容的批复》。除此以外，甘肃省实施了以黑河流域、黄河首曲等 27 项湿地保护与恢复工程，对于现存较为完好的湿地进行划区精细化管理，建立保护站和森林公安派出所，细化巡查、惩罚、追责等管理措施，对于破坏严重的湿地加大资金投入，采取退耕还林、还草、还湖的方法，修复植被、改善水质、保护野生动物，湿地保护与恢复工程稳步进行，全省自然湿地保护率达 46%，减缓了湿地生态系统的消亡，促进了已有湿地生态系统的修复。[7]

②加强生物多样性保护

甘肃省注重生物多样性的保护，积极推进自然保护区建设。比如：在保护水生生物多样性上，2006 年甘肃省农牧厅印发了《甘肃省农牧厅关于在全省自然水域禁渔的通告》，对省内主要水域的支流部分做出了禁渔规定。2007 年甘肃省成立了水生野生动植物保护管理办公室。此外，甘肃省还建成了刘家峡黄河鲶水产种质资源保护区、徽县重口裂腹鱼水产种质资源保护区。[8]截至目前，甘肃省已建成自然保护区 60 处，其中国家级自然保护区 20 处，保护区总面积达 914 万公顷，占全省国土面积的 23%，这些自然保护区包括森林、野生动植物、湿地、荒漠等多种类型。在设置的自然保护区里，甘肃省 90%的珍稀物种和 80%以上的湿地得到了有效的保护。[9]此外，甘肃省先后修订了《甘肃省自然保护区管理条例》《甘肃祁连山国家级自然保护区管理条例》等多部涉及自然保护区的地方法规，实现了国家级自然保护区一区一法。

3）加大生态环境保护的资金投入

甘肃省自 2013 至 2016 四年间，共落实中央及省级林业投资 204.68 亿元。[10]“十三五”以来，争取国家环保专项资金 26.7193 亿元，省级环保专项资金 16.4178 亿元，重点支持大气污染防治、水污染防治、土壤污染防治、工业企业污染减排与治理、水源地保护、祁连山片区生态环境保护等项目，累计投入国家专项资金 12 亿元、省级配套资金 3.5 亿元支持农村的环境整治项目。[11]环境质量得到持续改善，全省风貌焕然一新。

2018 年，省财政厅坚决落实省委省政府重大决策部署，紧盯祁连山生态环境问题整改落实，充分发挥职能作用，累计投入生态环保资金 194 亿元，支持全省生态环境建设。生

[6] 加快湿地保护与修复进程——甘肃省人大常委会审议关于湿地生态环境保护情况的调研报告综述[EB/OL].（2017-12-18）[2019-10-09].http://www.gsrdw.gov.cn/html/2017/jdgz_1218/16098.html.

[7] 宋振峰.甘肃省生态保护与建设取得显著成效[EB/OL].(2015-05-07)[2017-10-29].http://gansu.gansudaily.com.cn/system/2015/05/07/015511765.shtml.

[8] 甘肃省水生生物多样性现状及保护对策[EB/OL].（2013-03-07）[2019-10-09].http://www.gsep.gansu.gov.cn/info/1096/18956.htm.

[9] 2017 年甘肃环境状况质量公报[R/OL].(2018-06-05)[2019-10-9].http://sthj.gansu.gov.cn/info/1076/49929.html.

[10] 甘肃开创生态文明建设新局面[EB/OL].（2019-01-02）[2019-10-09].http://www.forestry.gov.cn/main/72/content-977510.html.

[11] 甘肃省生态环境厅副厅长白志红在接受庆祝改革开放 40 周年全媒体采访团专访[EB/OL].（2019-01-02）[2019-10-09].http://news.y uanlin.com/detail/201912/271626.htm

态功能区转移支付的资金落实了 57.47 亿元，相比上年，资金投入增加了 11.16%，多投入的资金缓解了各市县生态建设上的经济压力，有助于各市县绿化、防沙治沙、水源保护等项目的推进。[12]此外，为落实省委省政府推动绿色发展的决定，省财政首期出资 20 亿元，设立绿色生态产业发展基金，重点支持文化旅游、中医中药、通道物流、数据信息、节能环保、循环农业等十大产业发展。[13]

3.甘肃省生态文明制度建设有序推进

2006 年 1 月，甘肃省制定通过了《甘肃省石油勘探开发生态环境保护条例》，指导石油勘探与开发活动向环境友好的方向转变。本省石油资源丰富，石油产业在甘肃省经济发展和西部大开发中具有重要的战略地位，因此该保护条例的制定对于协调石油勘探开发产业与生态环境保护之间的关系具有重要的意义。2007 年，甘肃省制定了《草原植被恢复费收费标准》以及《草原植被恢复费征收使用管理办法》，对因资源开采、商业活动、调研活动以及其他可能会造成草原植被破坏的行为人（包括个人和单位）征收草原植被恢复费用，这一规定有利于草原上各种活动的合理开展，一定程度上缓解了当地管理草原的压力。2010 年，甘肃省印发了《甘肃省森林生态效益补偿基金管理实施细则》和《甘肃省森林生态效益补偿基金会计核算办法》，规范对森林生态系统的资金投入与管理，建立生态效益补偿金管理制度。2011 年，甘肃省印发《甘肃省落实草原生态保护补助奖励机制政策实施方案》，草原是牧民的生产、生活区域，甘肃省运用合理的补奖政策，坚持以人为本、协调发展的原则，在增加牧民收入的同时，保护好当地的生态系统。2012 年，甘肃省农牧厅发布《关于加强和规范涉渔工程生态补偿资金管理工作的通知》，专门规范涉渔工程生态补偿资金使用管理，并对涉渔工程生态补偿资金适用范围和用途做出了严格规定。2014 年甘肃省环保厅下发《甘肃省环境保护厅环境监管信息化能力建设项目工作方案》和《省环保厅环境监管信息化能力建设项目工作规则》。2015 年，甘肃省印发了《甘肃省环境保护厅环评审批改革试点工作方案》。2016 年，甘肃省省委、省政府下发《甘肃省加快推进生态文明建设实施方案》，“方案”明确生态文明建设的突出地位、提出了推进国家生态安全屏障综合试验区建设的目标、表达了建设幸福美好新甘肃的愿景。[14]同年，甘肃省环保厅、农牧厅分别下发了《甘肃省环境保护厅关于做好建设项目环评受理“三个规范”工作的通知》和《甘肃省贯彻新一轮草原生态保护补助奖励政策实施意见(2016—2020 年)》，在项目环评和草原生态保护领域作出新的政策指导。2017 年 8 月，甘肃发布了《甘肃省贯彻落实〈国务院办公厅关于健全生态保护补偿机制的意见〉的实施意见》，建立全省生态保护补偿机制制定实施计划与总体目标。[15]

---

[12] 甘肃加大资金投入支持生态文明建设[EB/OL].（2018-10-09）[2019-10-09].http://tjj.gansu.gov.cn/HdApp/HdBas/HdClsContentDisp.asp?Id=14038.

[13] 甘肃加大资金投入支持生态文明建设[EB/OL].（2018-10-09）[2019-10-09].http://tjj.gansu.gov.cn/HdApp/HdBas/HdClsContentDisp.asp?Id=14038.

[14]我省出台《加快推进生态文明建设实施方案》[EB/OL].（2016-01-04）[2019-10-09].http://tjj.gansu.gov.cn/HdApp/HdBas/HdClsContentDisp.asp?Id=7069.

[15] 《关于进一步加快推进生态文明制度建设的意见》[EB/OL].（2017-03-28）[2019-10-09].http://www.gansu.gov.cn/art/2017/3/28/art_35_303794.html.

（二）甘肃省生态文明建设面临的困境

1.自然层面：生态环境恶化的趋势尚存

甘肃省地处西北，气候干燥、少雨，地面植被覆盖率低，生态活力相对较弱，整体生态环境极易遭到破坏且恢复期长、恢复效果差。总体而言，尽管甘肃省的各项环境数据与往年相比有所提高，但环境问题依然不可小觑。此外，甘肃省的自然资源储存量逐年下降，甘肃省是资源大省，矿产、金属、动植物等资源十分丰富，本省的产业发展也依赖丰富的自然资源。但多年的不合理开发使得甘肃省的自然资源储存量不断下降，有些珍贵的不可再生资源甚至濒临枯竭。甘肃省生态环境恶化主要表现在：出现资源危机、污染问题严峻、生态破坏尚未改观、自然灾害频繁发生等几个方面。

2.社会层面：环境公共事件频发

甘肃省作为一个经济发展较落后的地区，虽然近年来政府大力发展循环经济，但不可否认的是其发展依然依靠能源产业的带动。这种以能源开发为主的粗放型经济模式对自然的破坏非常大，也导致了多起环境公共事件，比如：著名的“祁连山自然保护区连环环境污染事件”。祁连山自然保护区连环环境污染案件作为甘肃省生态文明建设的反面典型，只是甘肃省仍然存在的诸多生态环境遭受严重破坏的一个事例。其他诸如荒漠化严重、林木乱砍滥伐，水污染事件依旧时有发生。兰州的自来水污染、葫芦河中度污染事件等都在提醒我们，甘肃省解决环境问题、建设生态文明依然有很长的一段路要走。因此，形成行之有效的法制予以规制是当前务必考虑的重要问题。

3.制度层面：生态文明制度建设亟需加强

近年来，为响应党和国家的号召，加强本省的生态环境保护与生态文明建设，甘肃省先后制定了《甘肃省环境保护条例》《甘肃省节约能源条例》《甘肃省水土保持条例》等多项规定，使本省的生态文明建设有了较为坚实的制度基础。然而，甘肃省生态文明建设还存在相关领域的立法空白、生态文明建设的社会评价体系不完善以及监督机制和公众参与机制的欠缺等问题。这些问题使得甘肃省生态文明建设缺乏有效的制度保障和方向指引，同时，执法人员职业素质的欠缺、执法标准的矛盾，也使得包庇、推诿、懒政、怠政现象不少，即使有合理的制度也很难得到有效的执行。

4.文化层面：公众的生态意识亟待提升

公众作为生态文明建设的主要力量，应当具备良好的生态意识。意识决定行动，甘肃省生态文明建设中出现的环境污染、资源减少、生态破坏等现象，一个不可忽视的重要原因就是公众还没有形成绿色环保观念，尤其是与快速提升的生活水平相比，公众的生态意识还处于较为初级的阶段。据笔者调查显示，人们对环保的关注主要集中在与自身密切相关的生活行为上，譬如节约水电、不乱丢垃圾等，但对公共层面的社会行为，比如对生态文明建设的认识、对公共资源的合理使用等，人们并没有表现出合格的生态意识，甚至面对环境污染行为时，多数人更愿意“事不关己，高高挂起”[16]。生态意识的薄弱导致了公众

[16] 侯庆丰.甘肃民众环境保护意识调查研究[J].社科纵横,2009(7).

的环境素养的不足，据笔者相关调查，公众虽然比较关注甘肃省的生态文明建设，但实际的参与度并不高，有关生态环境保护行动也只是环保组织与少数环保人士积极参与，并未形成普遍公众参与环保活动的氛围，公众的生态意识亟待加强。

二、甘肃省生态文明建设的法律保障现状

（一）有关生态文明建设的地方性法规

目前为止，甘肃省制定了环境保护方面的法规 10 部[17]，有关自然资源保护的法规 8 部[18]，历史文化古迹保护的相关法规 7 部[19]，有关城乡生态建设的法规 5 部[20]，有关生物安全的法规 1 部[21]以及促进绿色发展的法规 5 部[22]，共计 36 部生态文明建设的地方法规，为甘肃省进行生态文明建设提供了坚实的法律保障。

在生态环境保护方面，以《甘肃省环境保护条例》为核心，在农业、林业、地质、石油勘探等方面都制定了相应的生态环境保护方面的地方立法，初步构建了的生态环境保护的法规体系。2019 年新修订的《甘肃省环境保护条例》，增补了“环境污染公共监测、防治农业面源污染和农村生活污染、根据环境保护法补充相关禁止性规定、针对农村生活垃圾、生活污水、厕所治理的现状和紧迫要求增加了相应内容”等内容，注重城乡生态文明建设协调发展。

在污染防治方面，甘肃省分别于 2014 年、2018 年制定了《甘肃省辐射污染防治条例》和《甘肃省大气污染防治条例》。

在资源保护和利用方面，甘肃省作为资源大省，重视自然资源的有效保护，在自然保护区、湿地、草原、森林公园、林地等方面制定了地方性法规。在祁连山环境污染事件爆发后，甘肃省于 2017 年 11 月专门修订并通过了《甘肃祁连山国家级自然保护区管理条例》。

在能源节约利用方面，2012 年，甘肃省出台了《甘肃省循环经济促进条例》，2016 年制定了《甘肃省节约能源条例》，对沼气、秸秆等农村能源利用也予以了相应规定。

（二）有关生态文明建设的地方政府规章

甘肃省政府也与时俱进地出台了与生态文明建设建设相关的政府规章，包括环境保护

---

[17]《甘肃省农业生态环境保护条例》（2007）、《甘肃省林业生态环境保护条例》（2011 年）、《甘肃省防震减灾条例》（2011 修订）、《甘肃省水土保持条例》（2012 年）、《甘肃省辐射污染防治条例》（2014 年）、《甘肃省地质环境保护条例》（2016 年修订）、《甘肃省石油勘探开发生态环境保护条例》（2017 修订）、《甘肃省大气污染防治条例》（2018）、《甘肃省林业有害生物防治条例》（2018 修订）、《甘肃省环境保护条例》（2019 修订）

[18]《甘肃省气象条例》（1999 年）、《甘肃省湿地保护条例》（2003 年）、《甘肃省矿产资源管理条例》（2004 修订）、《甘肃省草原条例》（2006 年）、《甘肃省林地保护条例》（2009 年）、《甘肃省森林公园管理条例》（2012 年）、《甘肃省祁连山国家级自然保护区管理条例》（2017 年修订）、《甘肃省自然保护区条例》（2018 年修订）

[19]《甘肃敦煌莫高窟保护条例》（2002 年）、《甘肃省文物保护条例》（2010 年修正）、《甘肃省非物质文化遗产条例》（2015 年）、《甘肃炳灵寺石窟保护条例》（2017 年）、《甘肃省风景名胜区条例》（2018 年修订）《甘肃省麦积山风景名胜区条例》（2018 年修订）、《甘肃省长城保护条例》（2019 年）

[20]《甘肃省农村公路条例》（2012 年）、《甘肃省农村扶贫开发条例》（2012 年）、《甘肃省河道管理条例》（2014 年）、《甘肃省农村饮用水供水管理条例》（2016 年）、《甘肃省城乡规划条例》（2018 年修订）

[21]《甘肃省动物防疫条例》（2013）

[22]《甘肃省循环经济促进条例》（2012 年）、《甘肃省节约能源条例》（2016 年）、《甘肃省废旧农膜回收利用条例》（2014 年）、《甘肃省农村能源条例》（2014 年）、《甘肃省农业综合开发条例》（2013 年）

相关的地方政府规章 13 部[23]，自然资源保护相关的政府规章 16 部[24]，绿色发展相关的政府规章 7 部[25]，共计 36 部。这些政府规章与地方性法规相互呼应配合，对促进本省生态文明建设起到了关键作用。

三、甘肃省生态文明建设法律保障的存在问题

（一）立法层面：地方性法规不健全

1.缺乏基础性的“生态文明建设条例”

甘肃省目前只有 1995 年制定、2019 年修改的《甘肃省环境保护条例》作为生态保护方面的总领性法规。新修订的法规结合新时代对环境保护、绿色发展的要求，增加了有关环境公共监测、防治农村污染、农村生活垃圾处理、农药化肥的使用以及重金属、固体废弃物的排放等规定，相较于以往，调整的范围更为广泛、条文更为具体且具有较强的可操作性。

生态文明建设不仅仅只是生态环境保护和资源的有效和可持续利用，更要求全社会的可持续、绿色、协调发展，要求生态与经济、文化、社会等制度建设相协调。而现行的《甘肃省环境保护条例》显然无法企及生态文明建设的多向度的制度要求。国内已有部分省份通过并实施了生态文明促进条例，取得了良好的效果。以《贵州省生态文明建设促进条例》为例，该条例明确了生态文明建设的重要性，在如何规划、如何建设、如何保障、如何参与、如何监督以及如何担责等方面作出协调统一的布局，并建立了资源循环利用和再生资源回收体系。与之相较，可以发现现行的《甘肃省环境保护条例》在发展绿色循环经济、调整人与自然关系上存在欠缺，且缺少与新时代生态文明建设新要求相适应的立法原则和立法技术。缺乏权威有效的法规引导，甘肃省的生态文明建设工作推进后劲不足。[26]

2.生态环境治理的地方立法不完善

甘肃省现行有关生态环境保护的相关立法亟待完善。在污染防治方面，只有《甘肃省

---

[23] 《甘肃省重点工业污染源环境管理办法》（1994 年）、《甘肃省污染源自动监测系统现场端竣工验收管理办法》（2009）、《甘肃省自然灾害救助应急预案》（2010 年）、《甘肃省应对气候变化领域对外合作管理暂行办法实施细则》（2010 年）、《甘肃省实行最严格的水资源管理制度办法》（2011 年）、《甘肃省突发地质灾害应急预案》（2011 年）、《甘肃省综合防灾减灾责任体系》（2012 年）、《甘肃省环境保护监督管理责任规定》（2013 年）、《甘肃省水污染防治工作方案》（2015 年）、《甘肃省排污许可证管理办法》（2013 年）、《甘肃省气象灾害风险评估管理办法》（2015 年）、《甘肃省民用机场净空和民用航空电磁环境保护规定》（2015 年）、《甘肃省环境保护项目管理办法》（2012 年）

[24] 《甘肃省实施<中华人民共和国水法>办法》（2004 年修订）、《甘肃省实施草原法细则》（2004 年修正）、《甘肃省实施<中华人民共和国水土保持法>办法》（2004 年修正）、《甘肃省实施〈中华人民共和国森林法〉办法》（2010 年修正）、《甘肃省实施<中华人民共和国渔业法>办法》（2010 年修正）、《甘肃省实施<中华人民共和国野生动物保护法>办法》（2018 年修订）、《甘肃省耕地质量管理办法》（2010 年）、《甘肃省草原防火办法》（2010 年）、《甘肃省城镇土地使用税实施办法》（2011 年）、《甘肃省人工影响天气管理办法》（2012 年）、《甘肃省草畜平衡管理办法》（2012 年）、《甘肃省草原禁牧办法》（2012 年）、《甘肃省水文管理办法》（2012 年）、《甘肃省取水许可和水资源费征收管理办法》（2014 年）、《甘肃省石羊河流域地下水资源管理办法》（2014 年）、《甘肃省矿产资源勘查开采审批管理办法》（2017 年）

[25] 《甘肃省循环经济总体规划》（2009 年）、《建设工程规划许可阶段民用建筑节能征求意见暂行办法》（2010 年）、《甘肃省人民政府关于加快推进现代农业示范区建设的意见》（2011 年）、《甘肃省公共机构节能办法》（2011 年）、《甘肃省循环经济总体规划实施方案》（2011 年）、《甘肃省废弃电器电子产品回收处理管理办法》（2015 年）、《甘肃省肥料管理办法》（2016 年）

[26] 闫明琨,巩炜昊.生态文明建设下的环境立法存在的问题与思考[J].现代经济信息,2017(13).

辐射污染防治条例》和《甘肃省大气污染防治条例》，而其它环境要素污染治理方面，诸如水、土壤的污染防治，目前尚未出台地方立法。《甘肃省祁连山国家级自然保护区管理条例》将国家规定的自然保护区内 10 项禁止活动缩减为 3 项禁止活动，自然区保护标准低于国家标准。《甘肃省矿产资源勘查开采审批管理办法》的规定也落后于当下社会发展的需求。

3.缺乏培育公众生态意识的环境教育条例

生态文明建设需要依靠社会大众的广泛参与。通过生态教育的有效开展，努力培养公众的生态意识，从而达到规范和引导公众日常生活的生态行为化。但目前，甘肃省公众生态意识的培养还处在自发性阶段，缺少科学统一的引导。因此，在立法上，适时推进“生态教育条例”的立法进程，形成系统的教育体系，有助于为社会各界开展科学有效的宣传教育活动提供具体方针和有效的指导。

（二）执法层面：执法亟待适时强化

尽管在此之前，甘肃省有关生态文明建设的立法并不完善，但现行的与生态文明建设相关的法规并未得到有效执行也是甘肃省爆发出诸如祁连山自然保护区连环污染等重大环境事件的原因之一。在地方性法规不健全的情况下，相关生态环境保护执法问题如若不能有效解决，则会严重阻碍甘肃省生态文明建设的进程。甘肃省生态文明建设过程中的相关执法问题表现：

1.执法观念：缺乏远见,执法懈怠

执法理念会影响执法力度和执法效果。有关部门执法理念常年保持“不作为”“不担当”“不得罪”“无远见”的状态。祁连山自然保护区生态环境遭受严重破坏并不是个例，类似的事件还有：张掖大海铜矿问题突出，依旧获得探矿许可证；[27]为开发旅游资源，甘肃省的林业部门违规向天祝县冰河沟和石门沟金沙峡发行旅游项目行政许可等等[28]。这些实例正是相关执法部门缺乏远见，为了短期快速获取经济效益而忽视环境保护，对违规违法行为“睁一只眼闭一只眼”。

2.管理缺位,监督无能

除了政府官员自身执法理念认知上的偏差，环境执法中监管缺位现象也很严重。这些问题不仅导致了自然保护区管理项目有名无实，法规成为一纸空文，更体现出甘肃省在生态文明建设上存在的管理乱象：基层部门乱作为——“调查数据与实际出入大”，上级部门不作为——“核准从宽”，将基层职能部门的前置审批做为“挡箭牌”，违法违规核准、验收保护区内非法建设项目，官官相护、玩忽职守。

（三）司法层面：创新制度设置不足

生态文明建设的环境诉讼领域依然存在司法机关司法权与政府行政权职责纷争的“顽

[27] 甘肃祁连山生态破坏依然严重,保护区负责人:无能为力[EB/OL].（2017-01-16）[2017-11-17].http://china.huanqiu.com/hot/2017-01/9955301.html.

[28] 甘肃祁连山生态破坏依然严重,保护区负责人:无能为力[EB/OL].（2017-01-16）[2017-11-17].http://china.huanqiu.com/hot/2017-01/9955301.html.

疾”。我国的环境诉讼制度体现了“强化司法权”[29]的设计特点。在理想的制度设计中，司法权应当居于主导地位，行政机关予以配合。而在实践中，由于受到技术条件、社会习俗等多方面的制约，行政机关往往占据上风，司法机关处于十分被动的地位，无法发挥预期的作用。

（四）教育层面：生态教育未制度化

1.环境教育缺失，公众生态意识不强

教育是个体后天思想和行为形成的重要手段，而优秀的个体又是构成良好社会的基础。[30]在生态文明建设中，要使公众形成自觉保护生态环境的良好习惯和生态意识，必须依靠生态教育的有效展开。[31]从目前甘肃省爆发的多起环境事件来看，公众的生态意识不强，缺乏公众参与和公众监督，也是导致造成此类现象频发的一个重要原因。公众缺乏系统性的环境教育，就无法形成科学完备的生态意识。甘肃省政府对公众环境教育重视不足、措施不到位，以至于公众对生态文明建设与生态环境保护的参与度不高，保护生态环境的意识不强。

2.生态教育亟待制度化

当下生态教育主要依靠居民通过社区宣传、参与民间环保组织来实现，具有分散性、自发性、个体性的特点，主动学习的人群占比较少，学习渠道单一且不固定，学习效果差。个人缺乏生态意识，又会导致不合理的消费理念和生活习惯，如购买过度包装的产品、使用能耗大的产品和不可回收的产品，造成大量的生活垃圾和资源的浪费；企业生产缺乏生态意识，会导致使用污染严重、难以降解、不可回收的原材料，随意排放污水、废气，躲避管理部门的生态评估，造假数据应付管理部门检查；社会组织缺乏生态意识，会对身边的环境事件视而不见，不进行合理的劝阻、教育和诉讼，使违法违规行为逃脱惩罚。因此，生态教育制度化迫在眉睫。制度化的生态教育可以克服以上缺点，规定教育的途径和渠道，明确每个公民、社会组织所应当承担的生态保护责任以及破坏生态文明建设的后果，为居民培养生态意识提供科学的引导和制度化的保障。

四、甘肃省生态文明建设制度保障的完善

（一）健全生态文明建设的地方立法

1.生态文明建设相关地方立法的构建

1）制定《甘肃省生态文明建设促进条例》

任何领域法律体系的完善，都要有基本法作为引导，以保证该法律体系内所有法律法规对利益关系的调整不会出现偏差。[32]《甘肃省环境保护条例》是甘肃省地方生态环境保护法律体系中基础性、综合性的地方性法规。但是，环境法律体系只是生态文明建设法律

[29] 王明远.论我国环境公益诉讼的发展方向:基于行政权与司法权关系理论的分析[J].中国法学,2016(1):49.
[30] 王小龙,史嵩宇,周珂.我国环境教育立法刍议[J].法学家,2006(4):59.
[31] 王灿发.论生态文明建设法律保障体系的构建[J].中国法学,2014(3):47
[32] 王灿发.论生态文明建设法律保障体系的构建[J].中国法学,2014(3):47

保障体系的一部分，《甘肃省环境保护条例》无法统领甘肃省生态文明建设的全部内容。如前所述，国内部分省已经制定了生态文明建设的基础性条例，如：《贵州省生态文明建设促进条例》《福建省生态文明建设促进条例》《云南省生态文明建设排头兵促进条例》等。因此，制定《甘肃省生态文明建设促进条例》是现阶段那地方立法应当重点关注的内容。

《甘肃省生态文明建设促进条例》应当在生态文明建设中体现统领性、指导性，是促进甘肃省生态文明建设的基础法规[33]。因此，《甘肃省生态文明建设促进条例》，需关注以下几方面问题：在立法内容上，应包括生态文明建设的指导思想、目标，生态文明建设的基本原则，生态文明建设中各类社会主体的相关权利义务等内容。在立法范围上，《甘肃省生态文明建设促进条例》应当涵盖生态环境保护、污染治防治、资源与能源开发利用、国土空间格局重构等内容外，还应当包含促进绿色发展，推动生态经济发展，进行生态文化建设、促进公众生态教育等领域。除此之外，对新的环保技术的规定比如构建联合的空气质量监测体系、水质检测体系等，生态文明实验区、环境保护区等生态区域的规划与建设等内容也应当涉及。

2）制定《甘肃省生态教育条例》

营造生态文化、培养公众生态意识，都离不开有效的制度促进。从发达国家和国内生态文明建设先进区域来看，最主要的制度经验就是进行生态教育立法，如：美国、日本制定了本国的环境教育法，我国宁夏回族自治区、天津市等省市也制定了本地区的环境教育条例。环境教育法制化为公众的生态教育提供制度化、法律化的指引，开展生态教育，不仅是在向公众普及生态环境知识，以增加公众行动力，更是生态文明建设得以进行的基础性、普及性工作。[34]只有公众形成较强的生态意识和生态责任，才能以环境主体的作用对生态文明建设起到助推功能[35]。因此，为了保证生态教育更具有规范性、系统性、强制性，也为了更好的发挥生态教育在生态文明建设中的基础教导作用，甘肃省应将本省的生态教育形成制度化的法律规范——《甘肃省生态教育条例》，以促进全省生态教育工作的全面有效展开，推进全省生态文明建设。

《甘肃省生态教育条例》（以下简称《教育条例》）在立法称谓上，是一次创新，即不再称作“环境教育条例”而直接使用“生态教育条例”的概念；《甘肃省生态教育条例》在立法体例上，可以分为总则、组织管理、学校生态教育、社会生态教育、保障与监督等五部分。《甘肃省生态教育条例》应当充分发挥对公众的生态意识的教育、引导作用，促使全省形成生态教育的积极氛围与自觉接受生态教育的意识，增强人们的生态文明理念与意识。[36]

2.完善有关污染防治的地方性法规

污染问题的有效防治，可以更好地促进生态环境保护工作。[37]为完善污染防治的地方

[33] 王灿发.论生态文明建设法律保障体系的构建[J].中国法学,2014(3):47

[34] 李大江,石薇.中国环境教育立法与生态文明建设的内在关系分析[J].环境科学与管理,2012(12):132.

[35] 陈贺丽.日本环境教育对我国生态文明建设的启示[J].人民论坛,2015(5):256.

[36] 徐洁.关于推进我国生态文明教育立法的思考[J].池州学院学报,2017(2):36-37.

[37] 打好污染防治攻坚战 推进生态环境高质量[EB/OL].（2018-04-26）[2018-05-12].http://www.js.xinhuanet.com/2018-04/26/c_1122745743.htm.

立法，甘肃省应当尽快调研、加快立法进程，出台包括《甘肃省水污染防治条例》《甘肃省土壤污染防治条例》《甘肃省固体废弃物污染防治条例》《甘肃省环境噪声污染防治条例》等污染防治类的地方性法规，形成较为完备的污染防治地方法规体系。

（二）加强生态文明建设的执法应对

1.执法管理理念革新：多元主体参与共治

生态文明建设需依靠政府、公众、企业、民间组织等多元主体协同合作。多元主体之间和谐相处、良性互动是生态文明治理的一个重要特征，协调不同社会治理主体之间的关系，促进生态文明道德养成，形成从点到面、从局部到整体、从意识到行动全方位推进的生态文明治理机制，是健全生态文明治理体系的重要任务。[38]培育多元主体参与治理和建设，建立由政府、民间组织、公民个体及企业法人共同参与的多元、多样的生态环境治理主体队伍。实行“谁治理、 谁开发、谁受益”的激励机制，鼓励国有、集体单位、民营企业等各类经济组织及个人进行生态保护和建设[39]。

2.加强执法人员能力建设

执法能力的增强要从提高执法人员素质开始，从“选拔”和“提高”两个方面来制定措施。首先，要严格选拔措施，对应聘者进行专门的生态文明建设基本常识的测试，作为选拔的重要参考指标。其次，应当组织执法人员进行培训。比如与甘肃当地的大学进行合作，定期输送执法人员参与生态文明建设法律理论的学习，提高学习能力，优化知识结构。再如，邀请经验丰富的优秀执法标兵开展讲座或对经验欠缺的执法人员进行基本技能培训。最后，建立科学合理的执法考核制度。奖励勤政、处罚懒政，淘汰掉工作态度不端正、能力不足、效率低下的执法人员，形成一支专门化、专业化的执法队伍。[40]

3.创新生态文明建设的执法方式

创新现行的执法模式，摸索、寻找更具有本地特色的执法方式。

1）构建跨部门、跨区域生态环境执法新机制

甘肃省在建设生态文明的过程中，必须在生态环境保护领域建立起跨部门的联合执法制度，进一步明确部门职责，共同解决本地区的环境问题。政府各部门应当参与生态环境厅、自然资源厅（局）发起的环境治理、环境排查等生态环境保护专项行动。

由于生态系统本身的整体性特征，大型的环境污染事件有时会影响到几个区县，涉及到不同区域执法协调的问题，此时如果没有上级的协调调动，就会影响到此类环境事件处理的效率和质量。因而，建立跨区县协同执法机制显得尤为重要。在日常的环生态境保护工作中，可以由省级部门成立特别小组，在省内各区县进行独立的调查和监督。甘肃省各市、县之间应当签署行政边界地区环境联动执法协议[41]，在涉及边界环境执法问题上，建

---

[38] 孟伟,舒俭民,张林波.生态文明建设的总体战略与"十三五"重点任务研究第八卷[M].北京:科学出版社,2018:247-255.

[39] 孟伟,舒俭民,张林波.生态文明建设的总体战略与"十三五"重点任务研究第八卷[M].北京:科学出版社,2018:247-255.

[40] 靳利华.生态文明视域下的制度路径研究[M].北京:社会科学文献出版社,2014:313.

[41] 王文硕.山东创新环境监察执法机制[N].中国环境报,2015-04-08(03).

立跨界联合执法制度。

2）创设环境执法的新方法

积极推动环境监测技术的发展。面临人力不足、监测不及时的困境，先进的可移动环境监测可以改善甘肃省环境执法的现状。

综合执法，运用多种方式对违法者进行教育警示。综合执法反对简单粗暴的执法方式，而要求运用行政、法律、教育等多种手段，掌握违法者的心理状况，全面及时的执法。且在执法过程中要求较强的执法力度，必要时可以运用行政强制、行政处罚等行政方式，维护环境法的尊严和秩序。[42]

4.构建有效的执法监督机制

健全生态环境执法监督机制要求完善执法程序以及加强社会监督、地方人大监督和政府的内部监督。完善执法程序要求建立健全环境执法机构，形成省、县、乡(镇)三级环境执法监管网络。强化社会监督则是鼓励公民积极行使举报的权利，逢举必究、逢究必查；强化地方人大和政府内部的监督则应当积极推进政府问责制度以及考核评级机制的落实。[43]

建立生态文明绩效考核机制。包括实行环境问题追溯和责任终身追究制度，科学订立干部生态文明政绩考核标准，将政绩考核结果与干部任免、奖惩挂钩，督促干部履行职责。

（三）创新生态文明建设的司法制度

1.提升司法人员的生态文明素养

我国法院审判工作长期以来都是围绕民事案件、刑事案件展开的，对于环境纠纷案件关注不足，缺乏环境司法理念。理念即对事物的所持有的某种想法、看法。环境司法理念，也就是对环境司法活动的性质、原理、原则、作用、功能、价值观、发展变化等的看法、理解或认识，这种认识用于指导或引导环境司法活动。[44]简单来讲，现代司法理念应当包括：法院积极受理环境纠纷案件。该理念与司法在生态文明建设中的重要性相呼应；环境纠纷案件处理专门化、专业化。生态文明建设的重要性和战略性要求环境诉讼必须有专门的程序。但司法机关目前在处理环境纠纷案件时，还存在着经验少、立法空白多、专业知识欠缺等的问题。因此，提升司法人员的生态文明素养可以从以下几个方面入手：第一，选拔生态学专业和环境资源法学专业的毕业生。直接吸纳具有专业素养的法律人才加入司法审判人员队伍，填补专业人才的不足；第二，在甘肃省内组织有办案经验的老法官和具有专业素养的专家学者联合举办学习讲座，组织人员定期学习；第三，汇编全国范围内优秀环境案例，学习先进经验。

2.确立省市县三级的环保法庭试点

环保法庭或生态法庭，是指专门审理环境案件的组织机构。由于环境案件多具有很强

---

[42] 李爱年,刘翱.环境执法生态化:生态文明建设的执法机制创新[J].湖南师范大学社会科学学报,2016(3):80.

[43] 孟伟,舒俭民,张林波.生态文明建设的总体战略与"十三五"重点任务研究第八卷[M].北京:科学出版社,2018:247-255.

[44] 王树义.论生态文明建设与环境司法改革[J].中国法学,2014（3）:59.

的技术性，不同于一般的民事、刑事案件，这对审判水平提出更高的要求。2007 年，我国第一个环保法庭——贵州省清镇市人民法院生态保护法庭（2017 年 8 月更名环境资源审判庭）设立。十一年来，该法庭审不断进行创新性探索，解决无数审理难题，用一个个的判例，一点点地填补了生态文明审判机制建设空白。[45]2014 年 7 月，最高人民法院决定设立专门的环境资源审判庭。目前，甘肃省高级人民法院已成立了环境资源审判庭，作为法院内部专门审理环境案件的机构。甘肃省在建立生态文明司法体制时，下一步应展开设置省市县三级的环保法庭的试点工作。

3.设置专家陪审员参与审理案件

在一些审理环境案件较多的法院，尝试选拔环境学和环境资源法学的专家学者作为陪审员参与案件审理，贵州清镇市人民法院环境资源审判庭已经有这方面的成功经验，如在环境案件的审理过程中除了审判长外，其余两名均为专家陪审员全程参与审理案件，提高了审理质量和效率环境资源审判庭，弥补法官在环境相关专业方面的知识欠缺。这种尝试有利于为以后更为专业化的环境司法打下基础，也可以积累审判经验。此外，贵州清镇法院环保法庭的部分审判手段也值甘肃省环境司法的借鉴学习。如：专家论证、证据保全、林木复植以及第三方监督机制。[46]

（四）培养公众生态文明意识的制度路径

贯彻国家生态文明建设的政策精神，坚持建设美丽甘肃的生态文明理念不动摇，培育生态文明意识和环境意识。[47]形成具体的生态教育机制，将“尊重自然、顺应自然、感恩自然”的生态文明理念深深植根于人们的日常生活之中。

1.培养公众生态文明意识的基础：推进生态文化建设

生态文明理念是生态文化建设的核心。生态文化建设可以在以下几方面进行：首先，我国传统文化提倡“天人合一”“生生不息”的思想，强调个人与自然和谐相处，表达古代中国人朴素的生态文明理念，说明了生态文明意识在我国具有文化基础。结合新时代的发展特征，培育与时俱进的生态文化。其次，根据本区域的实际情况，出台推进生态文化建设的具体政策，合理规划生态文化建设。最后，加强生态文化载体建设,利用歌曲、舞蹈、舞台剧等方式，宣传生态文明建设的重要性或记录生态文明建设过程中的重要事件。还可以积极开展生态文明示范创建活动和绿色细胞工程，使生态文化建设可以多维度、深层次的融入群众的日常生活。[48]

2.建立生态文明全民教育机制

生态文明全民教育机制既应当体现出全民化、体系化的特点，也应当在内容上侧重绿色文明、和谐发展。因此，要结合甘肃省本地的居民教育水平和认知水平，合理规划资金

---

[45] 中国首个环保法庭多个案例创首例，第三方监督让判决不落空[EB/OL].（2018-10-08）[2019-10-09].https://baijiahao.baidu.com/s?id=1613735529827435881&wfr=spider&for=pc.

[46] 人民法院报：用司法的力量还一方绿水青山[EB/OL].（2019-07-30）[2019-10-09].http://news.sina.com.cn/sf/news/fzrd/2019-07-30/doc-ihytcitm5606725.shtml.

[47] 黄淑亮.加大生态文明宣传教育力度[J].福建理论学习,2015（1）:32.

[48] 孟伟,舒俭民,张林波.生态文明建设的总体战略与"十三五"重点任务研究第八卷[M].北京:科学出版社,2018:247-255.

投入和发展重点，采取“生态文明教育进课堂”“生态文明教育进社区”以及“生态文明教育在农村”等针对不同受众的活动形式，帮助公众树立正确的生态价值观和道德观。

3.倡导生态文明的生活理念

健康文明的生活方式有利于良好的社会风尚的形成。[49]不论是之前倡导的低碳生活，还是如今对绿色消费的呼吁，都是强调在生活上贯彻生态文明理念，从点滴小事做起。

1）鼓励公众绿色消费

绿色消费，是指消费水平以自然生态正常演化为基准，消费者通过对自身消费行为的控制来实现生态保护的一种消费方式。[50]我国在经济建设取得巨大成就，市场经济的繁荣和人民生活水平的提高，也产生了过度消费、超前消费等与生态文明格格不入的消费理念，不仅与我国勤俭节约的优良传统相背离，也造成了极大的资源浪费。因此，应当通过呼吁传统勤俭美德的回归、提倡光盘行动、包装袋重复利用等途径帮助公众树立生态文明观念，摒弃铺张浪费的消费模式，以自己的实际需求为标准进行适度消费、绿色消费、可持续消费。[51]

2）杜绝“野蛮的生态消费”

“野蛮的生态消费”，如购买取材于珍稀动植物的工艺品、服装饰品，食用野生动物等。实际上，随着技术的发展，珍稀动植物工艺品和服装饰品都可以寻找到绝佳的替代，并且这些产品的购买者多数都将拥有以上产品视为一种财富和地位的象征，而食用野生动物不仅不能“进补强身”，反而有可能造成疾病的感染与传播，危害大众健康。“没有买卖就没有杀害”，只有消费者杜绝伤害生态环境的购买行为，生态系统的破坏行为才能从源头上尽可能的减少。

[49] 孟伟,舒俭民,张林波.生态文明建设的总体战略与"十三五"重点任务研究第八卷[M].北京:科学出版社,2018:247-255.

[50] 刘新新.论生态消费与可持续发展[J].绿色中国,2004(12):33-35.

[51] 生态文明建设离不开生态文明教育[EB/OL].（2017-06-01）[2018-01-21].http://www.wenming.cn/ll_pd/stwm/201706/t20170621_4305142.shtml.

论民法典在藏区社会治理现代化中的功能及其实现

郭秀峰[1]

【摘　要】“治国必治边，治边先稳藏”，藏区社会治理现代化是稳藏的重要手段。民法典的价值追求与社会主义核心价值观高度吻合，藏族传统文化亦然，在藏区社会治理中，民法典能够有效凝聚民族共识，提高民族向心力，破解藏独势力干扰。民法典与藏族习惯法价值目标一致，具体规则竞合较多，但多不冲突，且民法典承认藏族习惯法的法源地位，因而能够消弭国家法与藏族习惯法的冲突。民法典对于促进民族之间的和谐关系和维护地区社会稳定亦大有裨益，各组织、团体应依托优势资源成立宣讲团，精研宣讲内容，特别注重民法典政治意义及相较于藏族习惯法的优势方面的宣传，以深入浅出、生动有趣的方式引导藏族民众主动学习、运用民法典。

【关键词】民法典；藏区社会治理；社会主义核心价值观；藏族习惯法

藏族是中华民族的重要组成部分，拥有五千年的文明史，文化源远流长，藏族人口虽然不足千万，但分布极广，聚居地区主要分布在西藏、青海、甘肃、四川、云南等地，面积 230 余万平方公里，占我国陆地面接近 1/4。某种程度上讲，藏区的法治状况、治理水平、稳定与否关系到整个大局。在藏民族几千年的发展历史中，藏族以藏传佛教和藏族习惯法对藏区实现统治和管理，但现代社会强调基于现代化的理念价值和行为模式实现对一定范围内的人或事物进行有序的调整、规范和引导。[2]在社会治理方面，藏区仍然面对国内外敌对分裂势力影响稳定，藏传佛教影响力巨大影响国家权威，习惯法事实上的定纷止争功能影响现代法的统一性等问题。民法典是民事领域的基础性、综合性的法律，规范各类民事主体的各种人身关系和财产关系，涉及社会和经济生活的方方面面。民法典被誉为“社会生活的百科全书”，是我国推进国家治理体系和治理能力现代化的重要举措。民法典在藏区实施过程中，必然会与藏族习惯法产生竞合，民法典在藏区社会治理中居于何种地位，如何发挥民法典的社会治理功能，值得研究。习近平总书记在文艺工作座谈会上曾讲“坚定中国特色社会主义道路自信，理论自信，制度自信，归根到底是文化自信。”梁治平先生也说，一切事实问题不过是文化问题。笔者认为，民法典在藏区社会治理现代化中的作用首先是促进构建与社会主义核心价值观相符的现代藏文化。

一、藏区社会治理的难点

新中国成立以前，藏区处于奴隶社会阶段，由“政教合一”的政治体制实现社会统治，在纠纷解决方面依赖于部落头人或活佛运用习惯法调处。新中国成立以后，逐步完成了对藏区的社会主义改造，国家政权取代寺庙权力合法进入藏区。改革开放以来，我国法制建设按下“快进键”，边疆藏区受到现代法治的滋润，社会治理也第一次走入了藏区民众的视

[1] 郭秀峰，四川警察学院讲师。

[2] [法]让·皮埃尔·戈丹：《何谓治理》，钟震宇译，社科文献出版社 2010 年版，第 28 页。

野，与此同时，藏区社会、经济、文化等各方面均取得了重大发展，但同时也面临着诸多难点。

1.国内外藏独分裂势力的干扰

由于历史、地里、文化等原因，藏民族与其他民族相比，民族向心力不足，加上国内外敌对分裂势力不时制造矛盾，藏区长期处于不稳定状态，藏区政府、社会组织、个人在长期与分裂势力作斗争的过程中，逐步形成了“稳定导向型”的社会治理模式。在藏区“稳定导向型”社区治理模式下，党政依赖政府资源与手段，不断强化对社会的控制力，以期保持社会的长期稳定，政策的推行大多依赖党政系统向基层延伸，进而以加强基层党建为路径强化社区治理的制度根基与组织依附，党政的行政治理直接指向群众个体。[3]因此，政府及社会主体大量经费、精力耗费在维持藏区稳定上，这毫无疑问会影响社会治理现代化进程。

2.传统习惯法与国家法的竞合

作为单一制国家，国家法天然地要求统一性和权威性，虽然宪法和法律赋予了民族地区一定程度的自治权，民族聚居地区可以针对本地区特殊情况制定变通的单行条例和法规，一定程度上避免了国家法和习惯法的冲突，但产生于藏族生产生活和特定地理环境的习惯法，仍然不可避免地挑战着国家法的地位。藏族习惯法涉及范围极广，政治、经济、宗教、刑事、民事等方方面面,诸法合一、实用性强，在藏区各种纠纷类型中均发挥着实际作用，其中最为学者诟病的藏区“赔命价”、“赔血价”制度，毫无疑问严重挑战了国家司法机关对刑事案件的独占性管辖权，这与现代刑事法律是不可调和的存在。传统习惯法与现代法制的冲突毫无疑问也严重阻碍着藏区社会治理现代化的实现。

二、民法典提升价值认同，凝聚民族共识的功能

彰显时代特色、传承民族精神是我国民法典编纂的主要宗旨，在此宗旨指导下成功编纂的民法典不仅立足于当下的社会经济生活发展现状，为纠纷解决提供制度支持，也必然植根于我国民族精神和文化传统，成为市民生活所遵循的行为准则。党的十八大提出，倡导富强、民主、文明、和谐，倡导自由、平等、公正、法治，倡导爱国、敬业、诚信、友善，积极培育和践行社会主义核心价值观（以下简称核心价值观）。民法典开宗明义地将弘扬社会主义核心价值观作为其根本宗旨，这就决定了民法典具备提升全社会价值认同和凝聚民族共识的功能。

（一）民法典的价值追求与社会主义核心价值观高度吻合

民法典弘扬社会主义核心价值观，其实现路径可分为两个方面：一是直接规定。如民法典总则编第一章规定了自由原则、平等原则、公平原则、诚实信用原则等民法的基本原则，这些基本原则贯穿于民事立法、司法的始终，对民法典各分编起统率和指导作用，直接助力实现核心价值观追求的自由、平等、公正、诚信、友善等目标。二是保障私权。国家层面上，核心价值观追求富强、民主、文明、和谐，这不仅是口号，更要落到实处，对

[3] 胡业勋：《民族地区社区治理的结构异质性及其法治化——以四川藏彝地区为例》，载《行政管理改革》2019 年第 7 期，第 76 页。

作为私法的民法而言，直接规定带有公法属性的内容并不可取，但通过张扬私权能有效实现。[4]现代国家的富强是多方面的，发达的经济毫无疑问是判断一个国家富强的重要指标，而民法典通过的民事权利的保护和对民事法律关系的有效调整，能够确保社会生活的稳定秩序和市场经济的稳步发展，尤其是物权编、债权编的制度供给大大有利于财富的增长。再如和谐，民法典强调以人为本，其首要目的就是保护民事主体的合法权益，一个和谐的国家也必然是私权得到保障的国家，反之亦然。个人层面，核心价值观追求爱国、敬业、诚信、友善。诚信为民法典所直接追求已如前述。民法典在家庭关系、邻里关系的处理中以团结友善为基本原则，在合同关系的处理同样要求当事人善意，如瑕疵产品卖方的提醒义务，签订合同本着互利共赢，发生纠纷时应友好协商等，都体现了友善的价值追求。再如敬业，民法典以个人权利为本位，保障私权，但多处规定保障自然人的合法权利，这就间接要求个人敬业。民法典对爱国的追求同样是以张扬私权为手段的，一方面，个人权利得到保护，能够通过自己的努力有尊严的活着，能够在九分钟体会到社会的公平与正义，个人自然会爱国；另一方面，私权得到张扬，个人权利得到充分保障，必然激励个人努力向上，没有成为社会的负担自然也是爱国。

（二）藏族传统文化对社会主义核心价值观的认同

核心价值观是中华民族传统文化和社会主义时代价值的有效结合，是当代中华民族共同的价值追求，藏民族作未中华民族不可分割的组成部分，在价值追求方面与核心价值观有诸多共通之处，限于篇幅，不能一一论及，择其要者简要论述。

1.国家层面上，藏文化追求富强、民主、文明、和谐。藏民族是一个具有几千年文明历史的民族，很难想象一个弱小的民族能够长久屹立于民族之林，因而其对富强的追求是毋庸置疑的。以西藏为例，新中国成立以来，西藏积极接受社会主义改造，从农奴社会直接过渡到社会主义社会。改革开放以来，西藏经济、社会、文化取得了长足发展等均为藏民族追求富强的明证。

新中国成立以来，藏族对民主的认同感逐渐提升。藏区传统社会，文化和意识形态领域中，神权占统治地位，民主改革的胜利使得广大劳动人民获得解放，恢复人身自由，政治地位得到提升，同时教育的普及，使得藏族民众积极行使自己的政治权利。[5]时至今日，藏区民主也朝着民主的大道上持续前进。

受藏传佛教洗礼的藏民族向来追求和谐，事实上，宗教的一个重要作用就是构建和谐社会，包括人际和谐与天人和谐。藏传佛教以“缘起性空”解释生命主体与生存环境之间的相互依赖关系,无论哪一种生命都与宇宙自然环境处于相互依存、相辅相成的因缘关系之中,离开宇宙自然而独立存在或自我主宰的生命个体是不会存在的。这样的生命观已经认识到人类与大自然融合,认识到处理好人类与自然的关系、保护好人类自身及其生存环境是至关重要的。[6]

---

[4] 参见杨立新等编著：《中华人民共和国民法典释义与案例评注（1 总则编）》，中国法制出版社 2020 年版，第 1 页。

[5] 藏族学者：教育普及让藏民不再用小石子投票，参见人民网：http：//cpc.people.com.cn/n/2015/0902/c398088-27539848.html.最后访问于 2020 年 8 月 30 日。

[6] 吕志祥：《藏族习惯法及其转型研究》，兰州大学博士论文，2007 年。

2.社会层面藏文化追求自由、平等、公正、法治，但认知上与现代法治理念有一定差异。

“平等”是佛教大力弘扬和提倡的重要观念，不仅强调人与人、人与其他生物的平等,还强调人与佛的平等。受此观念影响，藏区普遍追求平等和自由。历史上，与中国妇女遵循“三纲五常”和西方基督教认为妇女是男人的附庸的情况不同，藏族妇女具有更多的独立自主权。如妇女无需男性监护，可继承和管理家产、土地。丈夫无权过问妻子的财产,她可以按照自己的意愿将其财产转让,或留给女儿、全体子女、丈夫们、兄弟姐妹或宗教机构。”美·米勒《西藏的妇女地位》,《国外藏学研究译文集》,第 3 辑,西藏人民出版社 1987 年版,第 340 页。公正不仅与佛教教义暗合，同时也是任何纠纷解决的标尺，自然为藏文化之价值追求。至于法治，藏民族受宗教影响普遍守法意识较强，但缺乏权利意识。

3.个人层面藏文化追求爱国、敬业、诚信、友善。新中国成立以来，藏区取得了长足的进步和发展，大多数藏族人民是拥护党的领导和祖国统一的，仅有小部分藏族人民受分裂分子和敌对势力蛊惑，危害国家领土完整。诚信、友善同样佛教教义所要求的，普遍信仰藏传佛教的藏族人民毫无疑问更加的讲诚信，讲友善。

三、民法典消弭习惯法与制定法冲突的功能

（一）冲突主要发生在公法领域

在我国，法史学家、法理学家、法社会学家、法人类学者或民族法学者都认为，习惯法与国家法的并存是自始至终都有的一个客观的法律现象，但二者存在诸多冲突也是不争的事实。尽管越来越多的法学工作者强调从经验事实和注重多种本土法文化资源共同治理社会秩序的实际效能出发，尽可能发挥藏族习惯法在藏区法治进程中的功能和作用，尽可能协调藏族习惯法与现代国家法的冲突，但也不得不承认公法领域效果不佳。

在刑事法领域冲突极大。国家机关对刑事案件的排他性司法管辖权，尤其是对恶性、暴力案件不容质疑的管辖权与藏区赔命价、赔血价的习惯法存在不可调和的冲突，大多数此类案件都要经历司法审判和活佛审判两个步骤方能得到有效解决，而在国家司法权与寺庙审判权的博弈中，藏族民众普遍倾向于后者。在国家机关组织法方面，国家法与藏族习惯法的冲突也较大。有学者指出，并不是国家机关设立了，建起了机关大楼，藏族群众就会主动向其寻求帮助，或者由于便利性，或者由于历史惯性，藏族群众往往会寻求国家机关以外的途径解决纠纷。在行政执法领域，国家法与藏族习惯法的冲突不大，这主要是藏族习惯法主要适用于牧区，而牧区面积广阔，人员稀少，工商业落后，违法行为少且难以为国家机关及时发现。简言之，客观条件的限制使得国家行政法缺乏发挥功效的空间，未形成竞合。在消费者权益保护法、劳动法等经济法方面，国家法与藏族习惯法发生冲突的可能性更小，这也是因为牧区特定的经济形式所决定的。此外，宪法由于其高高在上的地位和纲领性的功能，与藏族习惯法几乎不可能发生冲突，相反某种程度上为藏区习惯法发挥作用提供了法律依据。

（二）民法典与习惯法共通

公法领域，国家法与藏族习惯法不发生冲突的前提是二者在适用上不发生竞合，而一旦存在竞合关系则往往引发较大的乃至剧烈的冲突。与此不同，民法关涉到社会生活的各个方面，但民法具有极强的包容性，与藏族习惯法在价值理念、具体规则等方面相通，冲突也较小。

1.价值追求高度一致。民法典强调以人为本，所追求的核心价值自由、平等、公平、诚信等，藏族习惯法同样追求，二者均与社会主义核心价值观高度吻合，已如前述。所不同的是，民法典强调以人为本是以权利为本位的，而藏族习惯法强调的以人为本则是以义务为本位。以人与自然的关系为例，传统民法上就是主体和客体的关系，人作为权利的主体，自然作为权利的客体，民法典关心的是如何最大限度发挥物的效用，实现资源的有效利用，满足人之所需。[7]但现代社会，人与自然的矛盾加剧，人们逐渐意识到自然不是无限攫取的对象，而是人类相生相伴的伙伴。民法典第九条关于民事主体从事民事活动，应当有利于节约资源、保护生态环境的规定，就是对此做出的回应。换言之，我国民法典已经不片面强调人的主体地位，而是强调人与自然和谐，从权利本位逐渐向社会本位过渡。而藏族习惯法向来强调人与自然的和谐，土地、森林、河流、矿藏、牦牛等都是自然的恩赐，除了生活必须之外不能无限制攫取。但随着社会经济的发展和民众教育水平的提升，越来越多的藏区民众逐渐接受了发展经济的观点，已经不再局限于生活需求的满足，转而认同在不危害环境的前提下发展经济，与我国民法典的价值追求已经高度一致。

2.具体制度与民法典差异较大，但整体与现代民法并不冲突。即使在婚姻法、继承法等本土性较强的法律方面，藏族习惯法与民法典的共性也远大于个性。婚姻家庭法中，除个别地方一夫多妻或一妻多夫外，大部分藏区均实行一夫一妻制。藏族习惯法禁止近亲结婚，相比民法典三代以内不能结婚的规定，其禁止范围更广。藏族习惯法着重保护未成年子女，夫妻离婚，子女幼小，财产归抚养婴儿一方。[8]特别值得注意的事，与汉文明不同，藏民族观念上不歧视私生子女，其享有与婚生子女同等的继承权。[9]夫妻离异,如系一方行为不轨,将之驱逐出门,财产归贞洁一方。在婚姻自由方面，藏族习惯法贯彻的较为彻底，但有些地方形式上仍需征得头人同意。总之，以义务为本位的藏族习惯法基本规则与民法典婚姻家庭编一致，在保护未成年子女、非婚生子女方面做得更好，对一方过错导致离婚的处罚更为严格。继承法方面，藏族习惯法基本遵循子女、配偶为第一继承人的继承原则，无第一继承人时方可由其他旁系亲属继承，这与民法典出入不大，但若无旁系亲属，则归寺庙所有，而依民法典第一千一百六十条之规定，则归国家所有或集体组织所有。在继承的财产范围方面，藏族习惯法仍然延续了概括继承原则，而现代民法普遍接受有限继承原则。

在物权法、合同法等财产法律方面，藏族习惯法与民法典规定差异较大，这是由藏区经济发展水平和社会发展所决定的。在物权法方面，许多部落对辖区内财产的所有权、占有权及使用权有着习惯性规范，这些规范某种程度上危害到了社会主义公有制。一般来说,

[7] 王轶：《民法典编纂与国家治理现代化》，载《中国人民大学学报》2020 年第 4 期，第 14 页。
[8] 参见张济民：《藏族部落习惯法法规及案例辑录》，青海人民出版社 2002 年版，第 87 页。
[9] 参见徐晓光：《藏族法制史研究》，法律出版社 2001 年版，第 334 页。

部落辖区的许多动产诸如牲畜等归领主及寺院、活佛所有,部分属牧主和平民所有至于不动产诸如土地、草场等虽然形式上归地方政府或部落所有,但在长期的生产实践中,却往往被首领、寺院等占有,不少地区的土地、草场等还成为部落上层首领及寺院上层僧侣的私人财产。[10]合同法方面，自然经济影响明显，处于合同法发展的低级阶段，与民法典合同编并不冲突。如广大牧区互易合同占主导和基础性地位，其次才是买卖合同，借贷合同，而民法典合同编规定的旅游合同、技术合同、融资租赁合同、合伙合同等市场经济发达的产物，在藏族习惯法中鲜有涉及。

3.民法典认同习惯为法源。“私法乃是行动者在文化进化过程中发现的结果，而且任何人都不可能发明或设计出作为整体的私法传统。”[11]民法与习惯的关系非常紧密，很大程度上，民法是源自人们行事时普遍接受的行为准则，是对习惯的认可。优秀的习惯代表着一个民族的品性，是民族精神的重要表现。我国《民法典》第十条明确规定了习惯也是民法的渊源之一，是一大进步，虽然学者对于该条规定中的“习惯”理解有不同，有主张“事实习惯说”，也有主张“习惯法说”，但实际上调整着藏区社会生活的藏族习惯法多数可以纳入该条之谓“法源”当无异议。藏族习惯法成为民法的法源，给了司法机关更多的自由裁量权，更有利于解决矛盾纠纷，有利于藏区民众理解及自觉遵守法律，也有利于消弭国家法与藏族习惯法的冲突，逐步确立民法典对藏族民众日常交易与生活的行为准则地位。此外，当前社会，调解在化解基层矛盾中发挥了重要作用，藏区纠纷解决也特别重视调解，一般小案由寨首调解,寨首不能调解者,则交头人或土司、守备处理。如在浪加部落,一般打架斗殴,亲戚邻里间讼争和伤风败俗行为,依情节轻重罚款,若发生较复杂的纠纷,就由“红保”',“老蓝”前往当事人家中进行调解,两方都得供给伙食费用,直到事情了结为止。[12]这样的纠纷解决方式上，毫无疑问运用当地习惯较多，且效果较好。

事实上通过研究不难发现，国家法与藏族习惯法发生冲突的在公、私法领域表现出不同的特点，详见下图。

	部门法	冲突程度	协调难度
公法	刑事法	冲突极大，难以调和。	难度极大
	行政法、经济法	因主客观条件限制，难以发声竞合，冲突较小。	基本不需协调
	宪法	无冲突，且为习惯法提供法律依据。	无须协调
私法（民法典）	价值理念	统一在社会主义核心价值观下，高度一致。	基本无须协调
	婚姻家庭法	基本一致，习惯法要求更严。	协调难度不大
	继承法	基本原则一致，但具体规则差异较大。	协调难度较大
	物权法、合同法	受限于社会、经济发展水平，习惯法发展较缓，物权法与民法典差别较大，合同法几无冲突。	基本无需协调
	对待习惯的态度	认同习惯为法源。	基本无需协调

[10] 参见前注 7 张济民书，第 238 页。

[11] ［英］弗里德利希·冯·哈耶克：《法律、立法与自由》（第 1 卷），邓正来译，中国大百科全书出版社 2000 年版，第 26 页。

[12] 参见前注徐晓光书，第 352 页。

四、民法典实现社会治理功能的路径

古希腊亚里士多德时期，法治就被认为是社会治理的最优模式，当代社会是将法治视为社会治理现代化的重要标志。在藏区社会治理现代化进程中，藏族习惯法在与公法竞合的领域，往往冲突较大，不易协调。相较于公法，民法典在民族结构复杂的藏区社会治理中具优越地位，有利于凝聚民族共识，消弭国家法与藏族习惯法的冲突，进而对于促进民族之间的和谐关系和维护地区社会稳定亦大有裨益。为充分发挥民法典在藏区治理中的作用，藏区社会治理组织应借鉴兄弟地区经验，结合本地实际加大民法典宣传和教育工作。藏区的民法典宣讲工作是典型的“送法下乡”，必须把握藏区民众心理，受众知识水平，应特别注重以下几点。

首先，依托优势资源，成立宣讲团。宣讲团成员的合理性是决定藏区民法典宣讲工作成败的关键。宣讲团的成立应结合自身资源优势，遵循“小、快、灵”的原则，如笔者所在单位有大量藏族学生、开设有涉藏警务专业，也具有法学专业教师。因此，我校若成立藏区民法典宣讲团，可考虑由一名专业法学教师，一名涉藏警务专业研究生或导师、一名藏文化研习社学生，一名宣传地藏族学生构成。这样的团队人员配置，有利于防止触犯民族禁忌，拉近与藏区民众的距离，同时可提供一定的法律咨询，为当地民众现实纠纷的解决提供帮助，进而可以提高宣讲的吸引力。

其次，宣讲团成员共同精研与藏区有关的民法典规范，特别是认真梳理相同纠纷在民法典规范和藏族习惯法调整下的不同结果，并认真挖掘民法典相对于藏族习惯法的优越性，达到藏族民众遇到纠纷时主动选择适用民法典的效果。如侵权损害赔偿类纠纷，藏族习惯法的赔偿范围通常较民法典要小。以藏区广泛存在的赔命价为例，赔偿范围通常包括诵经超度亡灵费用，亲友调解花费，安葬费等，但缺乏具体的标准，赔偿金额差别解答，据吕志祥博士考证赔偿金额在 2000 元-60 余万元之间，且有时赔偿金大部分用来支付送经费、调解人员吃喝花费等，真正归属受害人亲属的占总赔偿金额的比例极小。民法典明确规定人身伤亡赔偿范围及计算标准，赔偿范围包括死亡赔偿金、安葬费、精神抚慰金等，如在就诊过程中死亡的，还要赔付医疗费、误工费、营养费、交通费、护理费等，如存在受抚养人时，还应支付抚养费。再如精神损害赔偿方面，藏族习惯法通常以诵经祈福的方式实现对受害人的精神抚慰，而诵经费用的多少同样没有明确的标准，民法典明确规定精神损害赔偿的方式包括停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉及精神损害抚慰金，通过民法典对藏族习惯法的认同，法院还可以支持受害人要求诵经祈福的请求。相较而言，民法典规范具有可预见性，能够防止藏族习惯法的恣意，起到预防侵权行为的功能，同时赔偿范围和金额较大，能够使受害人物质和精神损害得到了充分救济。

第三，宣讲应特别注重民法典政治意义的宣传。民法典在藏区社会治理中具有重要的凝聚民族共识的功能，因此，民法典的宣传必须突出中国共产党在我国民法典制定过程中发挥的关键作用，民法典制定的重大意义，让藏族民众切实感受到祖国的强大，及中国共产党在祖国伟大复兴进程中所起的领导作用。此外，政治意义的宣讲还应突出藏族及其他

民族习惯法研究对民法典制定的贡献，以避免藏族民众置身事外的感觉。

第四，注重宣讲的方式方法，宣讲的目标不宜过高。民法诞生于奴隶社会时期的古罗马，经由不断发展至今，具有极强的稳定性、包容性、可塑性，实践证明，奴隶社会、封建社会、资本主义社会、社会主义社会均需要民法典，因而即使如部分学者所言，藏区整体发展较为落后，民法也与藏区现实的社会制度隔阂较小。当然这并不意味着藏区民众会欣然接受民法典，法律本身较具枯燥性，民法本身又具有较强的理论性，容易形成群众学习民法典的障碍，因而，宣讲人应时刻谨记民法典的宣讲是宣讲人提供给受众的服务，宣讲人必须把握群众心理，尽可能收集藏区实例，生动有趣有激情地将民法典呈现出来，才能实现润物细无声的效果。此外，藏族民众在遇到纠纷时能够首先想到适用民法典最好，在适用藏族习惯法处理纠纷不理想的时候想起民法典可能有相关规定，自然会主动去寻法。基于此认识，宣讲目标在于使受众理解到民法典颁布的重大意义，认识到民法典比藏族习惯法好的地方，不需要对民法典的制度的具体内容理解有多深刻，只要知道制度的名称即可。

结语

民法典与社会主义核心价值观高度吻合，能够在藏区社会治理中发挥凝聚民族共识的功能；民法典与藏族习惯法价值目标一致，具体规则差异相对较小，且民法典承认藏族习惯法为法源，将因琐碎之事所生的纠纷交由藏族习惯法调整，可以避免法律对社会生活介入过度，也有利于消弭二者之间的冲突，构建和谐稳定的社会秩序；民法典是社会生活的百科全书，具有稳定性和可预见性，能够为藏区纠纷的解决提供更好、更完善的救济途径。此外，民法典对市场经济的促进作用，对藏族习惯中的陋习有改良功能。概言之，民法典是藏区社会治理现代化的一剂良药，在推进藏区社会治理现代化进程中理应发挥重要作用，藏区各组织应全力进行民法典宣讲，不能局限于机关干部，要走向社区，走向民众，真正为民法典的顺利实施，为藏区社会治理现代化贡献力量。

网络社会治理方式创新

赵大千[1]

【摘　要】本文从网络社会是“一个新的社会形态”为基本前提，阐释技术变革对社会治理方式的挑战，集中追问并回答三个问题：网络社会的本质与相应的治理理念，网络社会的运行逻辑与权利-权力关系，社会技术革命背景下网络社会治理方式的创新。以技术—社会为核心，论述网络社会的本质与运行逻辑，分析法律治理、社会自治、技术治理三种方式的特点、地位和相互关系，探寻网络社会社会治理方式的创新，以实现社会的规范运行和良性发展。

【关键词】网络社会、社会治理、技术范式

一、网络社会变迁与社会治理

（一）网络社会的概念

21 世纪下半叶，以微电子技术革命为基础的计算、通信、网络等现代信息技术高速发展、日臻完善，对现实社会运行产生巨大影响。网络社会的崛起是社会科学研究的焦点问题。

网络社会的概念纷繁复杂，缺乏权威性的一致意见。在学术研究中，主要从以下两含义上使用“网络社会”概念：其一，网络社会被界定为虚拟社会（cyber society），即通过现代信息技术模拟现实情境所形成的虚拟网络环境。[2]在虚拟社会意义上的网络社会，与现实社会相对应，是一个由模型、符码、控制论所支配的信息与符号社会。鲍德里亚将之称为“拟像社会”，其核心特征是符号取代生产塑造社会经验结构，模糊拟像与真实的差别。[3]其二，网络社会被界定为一种新的社会形态。信息技术是人类历史上一次关键性技术的革命性突破，导致人类社会结构、生产方式、组织形式、个人行为等发生根本性变革，形成一个新的社会形态——网络社会，将人类社会发展推至新的历史阶段。学者们从理论上阐释和探索网络信息技术对社会结构带来的实质性转型，形成后工业社会（丹尼尔·贝尔）、信息社会（约翰·奈斯比特）、网络社会（曼纽尔·卡斯特）等理论概念。

（二）网络社会的社会学意义

社会学视角下，采用“一个新的社会形态”作为网络社会的概念内涵和基本事实。网络社会改变了工业社会的实践经验和知识形态，形成新的分析框架和理论范式。学界对互联网的研究比其它传播技术更为深刻和透彻。互联网已经从工具、实践层面提升至社会制度形成层面。学术话语从探讨“可能性、新鲜感、适应性”转变为“风险、冲突、控制、趋势”。

1.网络社会的分析框架：互联网

---

[1] 大连理工大学法律系讲师

[2] 曹国平等：《赛博空间的哲学探索》，清华大学出版社 2002 年版，第 14 页。

[3] Jean Baudrillard, Simulacra and Simulation, Sheila Glaser (trans.),University of Michigan Press1995.pp.3

最初，人们从工具的角度认识互联网，解释互联网对生活带来的变化。互联网同电报、电话等技术一样，是媒介技术的进步，影响人们感知形式和行为能力。工具视角的特点是认为互联网的价值不在于其内容和影响，而是技术本身。[4]互联网集多种传统媒介的优势于一身，具备处理海量信息、快速检索、双向交互、多媒体合一等强大功能，为人们提供了高速便捷的全新交流平台。研究的思路往往是单线性的，侧重技术本身的变化及其对社会的作用。无法准确和充分认识信息网络技术在人类社会发展进程中的地位。

随着互联网改造世界的深入，人们开始从座架的角度分析互联网，研究的重点转向互联网的运行逻辑和对社会的塑造。“座架”是海德格尔阐释技术之哲学意义的核心概念。在《技术的追问》一文中，他指出在现代社会，技术构成了人的基本处境。技术的本质不是工具，而是座架（也称解蔽），即展现事物背后的真理。简言之，技术作为座架，为我们的生存和理解设置了框架。我们所有的理解和生存方式都在这一框架背景之中。[5]将互联网视为座架意味着人类社会以信息的方式被展现，我们就将以网络的运行逻辑来解释社会发展和人之社会存在。从这一角度出发，互联网是一场生产方式的变革——从以大机器生产为核心的工业社会转向以信息生产为核心的网络社会。社会变迁是复杂的，是技术、社会、经济、文化与政治之间相互作用的塑造结果，任何单一的决定论都有失偏颇。

2.网络社会的理论范式：技术范式

社会变迁必然带来理论革新，旧理论无法解释层出不穷的新经验。当下，我们所面临的首要问题是：用什么概念工具来描述、解释、说明和预测网络社会的运行发展。[6]在社会学的意义上，互联网作为座架，为我们提供了理解和分析的框架，即以网络运行逻辑（也可称为信息化方式）来理解网络社会经验，这反映了理论范式的变革。网络社会的基本理论范式是技术范式（network-technology paradigm）

技术范式的关键因素是以廉价的信息投入为基础的具有普遍可及性的技术。技术范式然不同于以往农业社会、工业社会的基本理论范式，是一种全新的后现代范式，具有鲜明的特点：其一，信息技术范式具有弹性。与之前所有的社会形态及其理论范式强调单向性、进步性不同。信息技术范式的独特之处在于弹性，或者说重塑性。所有的过程都可以逆转，所有组织与制度都可以修正。网络社会也因此具有更多的不确定性、变化性和多样性。其二，信息技术范式具有高度整合性。信息技术范式打破传统社会中的各种二元对立，原来具有明确界限的领域如今无法区分。随着信息技术为大众使用，所有社会过程都接受信息技术范式的塑造，效果无处不在。其三，信息技术范式的核心是技术。新技术是一种实际的社会控制力量和社会变革力量，是一种处理信息的技术。而信息是社会发展的核心要素和个体行动的基本根据。[7]

（三）本章的核心议题与结构安排

著名的网络社会学者卡斯特所说“作为一种历史趋势，信息时代支配性功能与过程日益

[4] 黄少华：《网络社会学的基本议题》，浙江大学出版社 2013 年版，第 34 页。
[5] [德]海德格尔：《海德格尔选集》孙周兴等译，上海三联出版社 1996 年版，第 924、954 页。
[6] [美]卡斯特：《认同的力量》，夏铸九译，社会科学文献出版社 2003 年版，第 2 页。
[7] [美]卡斯特：《网络社会崛起》，夏铸九译，社会科学文献出版社 2006 年版，第 82-83 页。

以网络组织起来。网络建构了我们社会的新形态，网络化逻辑的扩散实质地改变了生产、经验、权利与文化过程中的操作和结果。”[8]网络社会是人类历史变迁的一个新阶段对传统社会治理方式产生极大冲击。探寻网络社会的社会治理方式，以实现社会的规范运行和良性发展是本章探讨的核心议题。

基于此，本章试图追问并回答三个问题：网络社会的本质与相应的治理理念是什么？网络社会的运行逻辑与权利-权力关系是什么？针对社会变迁，网络社会治理方式的创新是什么？

二、网络社会的本质与社会治理理念

网络社会的本质，即网络社会与现实社会关系的认识。它与网络社会治理理念密切相关。从现有研究来看，对网络社会的本质有三种基本观点。[9]

（一）崭新说与网络社会自治

崭新说将网络社会视为完全由硬件、软件、信息网络所形成的虚拟世界。这种观点也被称为“网络社会虚拟说”，主张网络社会具有完全不同的运行逻辑，它独立存在，且与现实社会不发生联系。这种观点与互联网早期发展实践密切相关。互联网最初是美国国防部设计并投资的一个研究项目，用户是少数科技、学术精英，他们广泛认同的信条是互联网是一个无界限、无身份、完全自由的虚拟世界。

早期互联网实践形成了以自由主义为核心的主导文化传统，主张网络社会是自生自发、自成一体的虚拟社会，应当采取自由放任的态度。一方面，网络社会的治理理念是自治。使用网络的用户们能够自发形成一些惯例、规则和标准，规范网络社会中的行为，实现对互联网的监督管理。另一方面，强调网络社会中的自由。 反对制定网络法律、反对实名制、反对监管。第一代理论家认为网络社会的本质是自由、开放、平等、共享，社会自治是最佳的治理方式。

（二）媒介说与网络社会严格监管

媒介说将互联网视为通讯工具的提升，信息传播媒介的革新，网络社会与现实社会没有本质的差别。这种观点也被称为“现实社会延伸说”，主张网络社会是现实社会的延伸和投射，网络社会的行为是现实社会的主体行为的反映，二者没有不同。10

现实社会延伸说否认网络社会独立存在的状态，主张严格的监管的网络社会治理理念。一方面，法律是网络社会最重要的调整规则。在 20 世纪末，论辩双方就法律如何规制网络社会的议题——“制定单独的网络法律 vs.网络行为适用现行法律”——展开激烈讨论，美国联邦法上诉法院大法官弗兰克·伊斯特布鲁克提出著名的“马法之议”，主张网络引起的法律问题应当归入传统法律体系加以调整。为了网络单独立法，或者人为地裁减现行法律，是一种资源浪费，没有任何意义。11后来的支持者们虽然否定了“马法非法”的偏激，认同

[8] [美]卡斯特：《网络社会崛起》，夏铸九译，社会科学文献出版社 2006 年版，第 434 页。
[9] 何哲：《网络社会时代的挑战、适应与治理转型》，国家行政学院出版社 2016 年版，第 9-12 页。
[10] Webster, Theories of the Informatin Society, Routledge1995, pp.23-27.
[11] Easterbrook, Cyberspace and the Law of the Horse, University of Chicago Laws Forcum1996(2017), p.207

可以根据网络社会的特点修改调整现行法律，但是总体上认为网络社会带来的挑战和新问题现行法律可以包容解决。12进而，学者们衍生出法律应用到网络的主流原则——“离线变在线”，即线下的规则也应该在线上有效。另一方面，强调对网络社会的严格监管，认同实名制，肯定对网络内容的审查、控制，主张网络中的行为应该承担同现实社会一样的实际责任。[13]

（三）混合说与网络社会治理创新

崭新说和媒介说两种观点都有所偏颇，前者否定网络社会与现实社会的联系，后者忽视网络社会的独特性，二者受到以实践经验为根据的理论批判，在扬弃的基础上，形成“网络社会混合说”。

混合说认为网络社会是一种以互联网为人类核心生产方式而形成的一种新的社会形态，是一个虚拟社会和现实社会紧密融合，相互独立又相互影响的共生存在方式。这种观点又称“虚拟社会与现实社会交叉说”[14]网络社会混合说包含两层含义：其一，网络社会具有虚拟社会的相对独立性和独特性。其二，网络社会与现实社会高度关联，是现实社会的变革性力量。网络社会治理方式创新的基本前提是准确理解“虚拟社会与现实社会混合说”究竟是一种什么样的社会形态，与先前的社会相比发生了怎样的变革。

传统工业社会的本质特征是将社会视为一个独特的、实质的、经验的存在，即一套以近代科学世界观为基础的一元化物质空间观。以此为出发点思考工业时代的社会实践和建立社会知识理论体系。传统工业社会理论以二元对立的概念描述和解释现代生活，如真实与想象、物质与心灵、全球与地方、私人与公共、前台与后台等等，知识范畴之间具有清晰的界限。网路社会的本质发生了根本性的变化，其最突出的特点是消除真实与想象的界限，继而打破原来的以物理为基础的各种二元对立概念。简言之网络社会中的“社会”不再是一个纯粹的经验的、物理的存在。社会理论体系随之变革，原来明确的界限不复存在，二元交织是网络社会的本质特性。[15]

网络社会的核心是真实与想象的交织，这是我们准确阐释“虚拟社会”概念的关键。其一，虚拟社会是对现实社会的模拟。根据技术范式，这种“模拟”以数字化、多媒体、仿真等网络技术为基础，是人类创造的结果，而非对现实世界的直接反应或完全复制。其二，虚拟社会具有实效。以网络技术为基础能够达到模拟现实世界的效果，虚拟不是虚假的，也不是纯粹的想象。更为重要的是网络使用者之间想象的交互感应及其心理认同产生了一种真实感。社会行动主体在虚拟世界与在现实世界一样，发生着真实的交往。虚拟社会是真实与想象交织的社会。[16]

以真实与想象交织为出发点，原来以物理世界为基础的各种二元对立概念都发生了改变。例如网络社会虽然以物质为基础，但主要是由信息、心灵、想象等构成，是一种全新

---

[12] 夏燕：《网络社会中法律的发展变迁趋势研究——以网络社会的特性为视角》，载《山东社会科学》2008 年第 11 期。
[13] 胡凌：《“马的法律”与网络法》，载《网络法律评论》2010 年第 1 期。
[14] [美]卡斯特：《网络社会的崛起》。夏铸九等译，社会科学文献出版社 2006 年版，第 578 页。
[15] 谢俊贵：《当代社会变迁之技术逻辑——卡斯特尔网络社会理论述评》，载《学术界》2002 年第 4 期。
[16] 黄少华：《网络社会学的基本议题》，浙江大学出版社 2013 年版，第 46-50 页。

的物质与心灵二元交织的社会。又如网络社会中信息交流和社会互动是全球性的，超越各种无形的壁垒、边界，物理地方被移除。网络社会是全球与地方的交织等等。[17]

网路社会本质的理解与相应的治理方式高度相关。“虚拟社会与现实社会混合”的网络社会是一种全新的社会形态，应当探寻相应的全新的治理理念与治理方式。

三、网络社会的运行逻辑与权利-权力关系嬗变

互联网是一种社会实践力量，对传播方式、人类组织形式、社会结构等方面产生颠覆性影响。其中，权利-权力关系的嬗变直接影响治理方式的创新。网络社会权力与权利的关系如何？什么样的社会治理方式能建立二者的平衡以利于网络社会的良性发展？解决这些时代议题的前提基础是以“权利与权力关系嬗变”为核心把握和理解网络社会的运行逻辑（包括技术逻辑和社会逻辑），澄清理论背后的误解。

（一）网络社会的技术逻辑

技术逻辑是网络社会的基础特性。以权利与权力关系嬗变为核心，突出的表现为强连接和超时空。

1. 强连接与网络社会的开放性

信息网络技术是个体与个体之间连接方式的革命。从互联网接入来看，信息网络技术硬件-代码-软件等各个层面相互配合，实现了以极低廉的成本、便捷的方法构建个体与社会之间的全向即时连接。从信息互动来看，人与人之间可以建立直接的信息交换，无须中介方的介入。传统社会中人际交流之身份、阶层、性别、种族、地位等诸种藩篱被破除。个体根据自身的真实意愿和兴趣展开交流。因此，传统工业社会中各种“把关人”通过垄断、封锁信息的方式进行社会控制的方式失去了效力。信息网络技术促成一种人类社会前所未有的强连接形态的形成，既带来了大规模的主体参与和海量的信息处理等新问题，也产生了新的结构性风险。

强连接的技术逻辑形成和保障了网络社会的开放性，深刻影响权利与权力的关系。开放和自由是互联网的精髓和力量所在。

其一，连接权利是网络社会的基本权利。连接、接入是强连接和网络社会开放性的前提。一方面，社会制度应当保障连接权利的实现。网络社会所要解决的首要平等问题是消除“数字鸿沟”，即解决人们在网络使用机会和网络使用能力的不平等。网络社会改变了人类的存在方式，不接触互联网可能意味着信息的缺失、交流的障碍、社会地位下降、经济匮乏等。在网络社会，连接权利是实现个人其它权利的基础。另一方面，社会实践应当反思现有权利规制方式的合法性。网络社会，政府或企业普遍通过各种技术手段对个人在互联网中的行为。常见的有暂时的禁言和永久的封号。这些规制方式是否造成对连接权利的侵害？应当深入剖析连接权利规制的合法性基础和合理的路径。[18]

其二，平台中立是权力行使的根据。网络的平台中立根本上实现了强连接和信息流动

[17] 刘少杰：《网络时代的社会结构变迁》，载《学术月刊》2012 年第 1 期。
[18] ［美］桑斯坦：《网络共和国：网络社会中的民主问题》，上海人民出版社 2003 年版，第 40-45 页。

自由。互联网的关键是，它不是为某一种需求设计的，而是一种可以接受任何新的需求的总的基础结构。网络向所有技术或设计开放，不会歧视或限制任何新的应用程序或软件。网络平台在一定程度上实现了“自由的技术”理念，开发出多样化和个性化的应用，满足不同的用户需求。网络中的自由要受到国家权力的规制。平台中立是权力行使的根据，对网络不管制、过度管制、不适当管制都会侵害平台中立，颠覆自由、开放的网络。[19]

2. 超时空与网络社会的弹性

空间和时间是人类社会存在的基本衡量方式。互联网打破传统时空限制，将距离和时间

缩小到零，这是网络社会运行的基本技术逻辑之一。理论家们用“流动空间”和“无时间之时间”作为解释网络社会时空性的概念工具。

经典社会理论的空间概念是“地域”（或称地方空间），这无法为网络社会在空间上的结构性变化。“流动空间”概念在实践和理论上都是颠覆性的。其一，流动空间是全球性的。信息网络技术在空间上破除了中央控制与封闭界限。网络中每一个终端只需要一个作为联结点的唯一地址和一个遵守共同规则（协议）的同意即可以连接在一起。信息的交流和传输无地域限制，与地理位置毫无关联。流动空间本质上是全球性的社会互动平台。其二，流动空间具有脱域机制（disembedding mechanism）。信息网络技术形成一种脱域机制，即把社会关系从地方性的场景中抽离出来，并在无限延伸的全球空间再嵌入。[20]技术的架构让传统工业社会中“国家边界”、“地方性”概念的意义逐渐发生变化。流动空间是一种全新的社会支配性权力与功能空间。其三，流动空间处于不断变化的状态。流动空间并非一个单纯储存信息的物质空间，而是由行为主体具体的社会互动所形塑的，具有独特的社会分化与整合模式。卡斯特将流动空间的重新构造功能定义为“利益—功能逻辑”，即社会围绕着每个社会结构所特有的支配性利益而不均衡地组织起来，且不断发展变化。[21]

经典社会理论强调的时间逻辑是“进化”。这种时间逻辑蕴含两个基本观点：其一，线性时间观。科学技术的进步促使社会由低到高，由简单到复杂线性发展，不可逆转。其二，序列时间观。社会发展相继次序发生，可以预测、度量。“无时间之时间”消除了传统的时间观，表现为即时性和无时间性。即时性是指信息网络技术克服时间障碍，提供了前所未有的立即感。信息发送与信息接收几乎同时，压缩了各种现象的发生，指向立即的瞬间。无时间性是指信息网络技术使随机取代了线性，工业社会的序列秩序发生系统性扰乱，各种类型的时间同时并存，开端、终结、序列丧失了原有的意义。[22]

超时空性塑造了网络社会的弹性，改变了人们对社会行为概念的理解，深刻影响着权利与权力的关系变化。就权利而言，社会行为不需要依赖特定的时间和地点。这一点与身份的多重性相结合，极大拓展了社会行为的可能性和复杂性。人们可以在多维时空中同时

[19] [美]莱斯格：《思想的未来：网络时代公共知识领域的警世喻言》，李旭译，中信出版社 2004 年版，第 5-10 页。
[20] [美]尼葛洛庞帝：《数字化生存》，胡泳等译，海南出版社 1996 年版，第 15 页。
[21] [美]卡斯特：《网络社会的崛起》。夏铸九等译，社会科学文献出版社 2006 年版，第 505 页。
[22] [美]卡斯特：《网络社会的崛起》。夏铸九等译，社会科学文献出版社 2006 年版，第 561 页。

行为，增加了互动的频率与总量。[23]大规模主体参与、主体身份多重、群体性网络行为等等是网络社会新的法律难题。超时空性也为权利侵害的认定和救济造成前所未有的困难。我们应当探究在弹性的网络社会如何规范主体的社会行为，重新思考个体权利的含义。就权力而言，社会行为的内涵发生变革。吉登斯指出时空不仅仅是社会行为的外在环境，也是社会行为的内在构成因素。应当以社会系统的时空构成方式来建构社会思想，这是吉登斯结构化理论的核心。[24]根据吉登斯对社会行为内涵的阐释，网络社会是由社会行为主体互动而形成的；在网络社会中社会行为的核心因素不是地点，也不是节点，而是链接。[25]因此，网络社会结构是高度动态的，即弹性的。社会具有重塑功能，所有的过程都可以逆转，所有组织与制度都可以修正。这要求我们重新思考国家权力对网络社会规制的方式。

（二）网络社会的社会逻辑

1. 网络社会的社会逻辑：去中心化

互联网的出现，起初是人类信息交流方式的变革，最终使社会以去中心化的方式组织起

来，形成一个全新开放的、多元的网络社会。

在静态社会结构上，去中心化表现为权力的扁平化。在传统工业社会，信息表现为一种“由中心到边缘”的单向度播放型传递模式，即由单一的中心，按照严格的层级，有选择性的、由上到下向众多受众传递。这种信息传递的突出表象之一是信息交流沟通的不对称性。一方面，信息被集中在少数人手中。掌握信息的主体成为强大的控制中心，在整个社会体系中具有支配性地位。传播媒介充当“把关人”的角色，过滤和屏蔽一部分信息，导致底层受众最终接受的信息总量减少，且比例调整。在传统工业社会形成权力等级垂直分布的社会结构。在网络社会，信息以点对点、点对群、群对点的形式传递。信息及其控制权被分散给社会行动主体。每个互联网的行动者都可以主导信息的生产、传播与接受。人与人之间信息交流方式呈现多中心、无层级、同步互动。网络社会中个体之间的地位对等，形成权力扁平化分布的社会结构。[26]

在动态社会运行上，去中心化表现为协同互动。在传统工业社会，社会动态机制表现为中心部分对其它部分发布控制、命令，从而控制整个社会系统的运行。中心权威管控是社会整合的核心。在网络社会，行为主体相互对等，信息交换过程很难完全控制，需要新的社会整合机制——协同。网络社会的运行由组成系统的部分之间互动而形成。主体行动相互影响、相互作用，脱离中心权威的控制、命令，根据内部规则和其它部分的状况各自做出反应，实现协调发展。部分的缺陷和不足不会导致整体的失效。[27]

2. 网络社会去中心化的双向性：赋权与控权

网络社会运行逻辑之去中心化的核心议题是赋权与控权的关系，即平衡个人权利

[23] [美]尼葛洛庞帝：《数字化生存》，胡泳等译，海南出版社 1996 年版，第 194 页。
[24] [英]吉登斯：《社会的构成：化理论大纲》，李康等译，生活·读书·新知三联书店 1998 年版，第 196 页。
[25] [美]尼葛洛庞帝：《数字化生存》，胡泳等译，海南出版社 1996 年版，第 195 页。
[26] Dijk, The Network Society(3ed edition), SAGE Publications Ltd2012,p 20-25.
[27] 郭玉锦等：《网络社会学》，中国人民大学出版社 2017 年版，第 296-311 页

与国家

控制，自由与安全。

理论上，人们认为网络社会导向赋权，实现个人自由。网络社会去中心化的过程中，权

力分散化、扁平化，主体间地位对等，赋予主体建构网络自我、整合多重身份的可能性，实现个体自由，即根据个体的兴趣和搜索能力，自由选择、自主表达。互联网可以帮助人们超越现实生活中存在的身份、种族、职业、性别等诸种限制，超越因权力分配而导致的信息、地位差距，人与人处于一种平等、直接的交流之中，实现个人自由，互联网被认为是普通公民，尤其是弱势群体，充分参与经济、政治生活的全新助力，对传统等级权力体制形成强大压力，促进民主开放和社会发展。传统社会中的桎梏因网络社会的形成而消解，社会整体进入到新的自由形态之中。[28]

网络社会的控权在早期乐观主义的氛围里长期被理论界忽视，互联网被视为自由的天堂。实践经验表明，在网络社会技术成为核心力量。政治权力有能力通过技术增强监控能力，迫使互联网按照自己的意愿运作。掌握强有力技术的大企业，也可能侵害公民的权利，个体公民的数据被谁掌握，大数据被用来研究人们的行为、态度和价值观是否会带来更好的影响？这些都是网络社会的独特问题。社会性和地域性的鸿沟不仅没有消除，还诞生了新的形式。在信息爆炸的网络社会辨别、利用信息的能力差距愈来愈大。传统社会中阶层与种族的分裂带演变成数字鸿沟。[29]

网络社会打破了原有社会中权利-权力关系，具有赋权与控权双向性。网络被人们使用和滥用，我们应当同时思考互联网是解决不平等问题的新工具，还是进一步扩大了社会经济不平等？网络社会是导向赋予权力还是剥夺权力，边缘群体和弱势群体是否能共享技术带来的好处，谁被互联网遗忘了。

（三）网络社会运行逻辑的误解与澄清

从技术逻辑到社会逻辑，网络社会的现有研究大多隐含着这样一个结论，即技术自由将带来社会自治。这种乐观的观点遭到网络社会实践经验的质疑，甚至颠覆。互联网技术对社会发展的影响是理论解释所要解决的首要问题。互联网的早期争论呈现出一种简单的概括性态度，突出的表现为绝对好、绝对坏、不值得注意三类典型观点。这些传统观点隐含着社会决定论和技术决定论两种错误理解。

1.社会决定论的谬误

早期的一些研究者信奉社会决定论的观点，认为技术不会造成任何影响，人们以开放和随意的态度设计技术、与技术对话。这源于 20 世纪末那场大规模互联网泡沫的破灭，大量互联网科技企业的倒闭使得一些社会科学家们预测互联网只是昙花一现。对革命性技术，大众的畏惧情绪和既得利益者的拒绝态度加重了社会决定论的影响。随着计算机技术经历巨型机—个人机——可穿戴计算机，并与智能手机等通讯技术深度融合，现今社会已

[28] ［美］约翰·巴洛：《网络空间独立宣言》，李旭等译，载《清华法治论衡》第四辑，清华大学出版社 2004 年版。
[29] ［英］诺顿：《互联网：从神话到现实》，朱萍等译，江苏人民出版社 2001 年版，第 271 页。

经达致“网络就是计算机”的阶段，互联网渗透我们生活的方方面面，绝对的社会决定论，忽视互联网作为社会实践力量地位的观点已经丧失解释力。

2.技术决定论的谬误

技术决定论是许多关于互联网理论的前提预设，产生潜移默化的影响力。技术决定论者主张，任何一种技术都能根据事先决定的轨迹产生预设的影响，人们可以对其产生的社会结果进行理性预测。简言之，他们认为从技术特征可以推论出技术的发展路径和预测技术的社会影响。技术决定论的代表性观点是“自由的技术”理论，认为互联网技术革新人际交流方式，推动人与人直接的、多层面的交流，动摇传统社会等级化控制的根基，促进社会平等和民主。[30]这类理论遭到实践经验的有力挑战。一方面，技术发展受到多种非技术因素的影响，往往朝着多元而非单一的方向发展。技术在影响社会方面究竟扮演着什么角色，互联网是“自由的技术”还是信息内容等级化控制的新工具，依赖使用技术的地点、方式、制度、社会文化语境。[31]

3.网络社会运行逻辑的澄清

跳出决定论者对“影响”的误解和简单的概括性态度，对从理论上解释技术对社会的塑造，即认识技术的社会属性十分必要。一方面，理解技术本身的特性和发展方式。技术是人之设计，即技术是人发明、设计，运用到特定的社会语境中的，而不是自然而然地产生的。一切技术都是社会技术系统，都影响社会选择和行为方式。理解技术本身的特性和使用模式十分必要。另一方面，探究塑造技术发展方向的各种因素。技术的发展方向有科技、经济、政治、地理、文化等多种社会因素影响，因而常常朝着多元化的方向发展，而非单一的、最优的方向前进。在特定语境中考察技术使用的影响因素，探寻高效的技术利用方式，促进更公正平等的社会效益。[32]

四、网络社会治理方式创新

技术变化影响社会治理方式和实践，反过来，网络社会的治理也塑造了技术发展和社会影响。网络社会中，法律治理、社会自治、技术治理之间正在进行着激烈的斗争。“谁治理网络社会”，“如何治理网络社会”是国际性的争议。

根据网络社会的本质，网络社会治理具有双重任务，不仅是单纯的监管，更要能够引导网络行为。根据网络社会的运行逻辑，网络社会的规制受到网络的时空结构、技术逻辑、文化传统和现实社会制度的制约，是一个综合性问题。应当探究一种结合法律、自治、技术等多种模式的综合性治理方式。

（一）网络社会的法律治理方式

网络社会给法律带来诸多挑战，如个人信息、审查、版权、网络暴力、计算机滥用等实质性法律问题，要求在数字时代建立新的法律规范。法律治理本质是国家强制力在新的

[30] de Sola Pool,Technologies of Freedom, Belknap Press1983, pp.1.
[31] [美]格雷厄姆等：《另一个地球：互联网+社会》，胡泳等译，电子工业出版社 2015 年版，第 XXXII 页。
[32] [美]格雷厄姆等：《另一个地球：互联网+社会》，胡泳等译，电子工业出版社 2015 年版，第 XXXII 页。

社会条件下的体现。网络社会的法律治理方式已经成为当今各国的共识。万维网之父蒂姆·李爵士呼吁网络社会到了一个制定“大宪章”的时刻。保护公民的言论自由和连接权利的立法尤其具有现实急迫性。我们应当进一步探究网络社会法律治理的实践，总结经验教训。

1.事先立法实践的失败。

技术自由是社会发展的基本原则。事先立法，如国家出于某种目的或计划，通过事先立法激励或阻止某项新科技的发展。这类立法往往因不符合科技进步和社会发展的规律而导致失败。

2.危机立法的实践失败。

网络社会中主体参与的规模性、信息传播的高度流动性和主体行为的不确定性，导致在某一个时刻某个社会问题突然爆发。学者们将这种现象称之为“网络社会的涌现机制”。世界各国都曾采取紧急立法，以应对网络社会的危机。这些危机立法的效果是有限的，甚至造成新的社会问题。例如美国联邦政府 1996 年颁布《信息规范法》（Communication Decency Act），该法案给各种媒介（既包括传统的广播、电视、报刊，更针对新兴的互联网）施加更多的义务和更严格的控制，以期能够限制接近并且有效检举控告媒介中的“过激”用语，解决当时社会面临的网络暴力和网络色情问题。该法案仅仅实施一年，就被美国最高法院判定违宪，而宣布无效。

互联网对法律的挑战远远超过以前的任何技术，涉及对基本权利和价值根据的重新理解。危机立法因理论根据不足而失败。

一方面，危机立法往往沿用传统观点，无法处理网络社会的新问题。以美国《信息规范法》为例，该法案失败的根本原因是对网络社会中通讯自由的错误理解。网络社会的一个重要影响是在各个领域模糊了工业社会中鲜明的界限。互联网作为一种通讯工具，具有公共与私人双重功能。作为门户网站、BBS、电子商务平台，它是一种大众媒介；作为电子邮件、完全封闭聊天软件，它是人际媒介。传统法律对大众媒介和人际媒介的规制差别对待。[33]比如淫秽内容在大众媒体上被禁止或限制，在人际媒体上法律尚未具有介入的合法性和必要性。差别对待的理论基础是通讯自由。通讯自由被视为一种表达自由，得到宪法的保护。美国宪法第一修正案保护个人通讯自由不被政府或实施国家行为的公共机构不当干涉。但是，通讯自由不是一种绝对的权。法律可以根据国家安全、公共秩序、个人权利等合理规制通讯自由。《信息规范法》没有认识到互联网具有公共与私人双重功能，将其与电视、广播等传统大众媒介等而视之，并施加了更为严格的限制。最高法院强调《信息规范法》侵犯了美国宪法中的个人通讯自由，即人际传播自由权。[34]

另一方面，对网络社会基本权利和价值的误解，导致旨在保护公民个人权利的危机立法产生更多的自由阻碍。例如互联网服务提供商为履行《信息规范法》中的义务，必须设置一定的评级系统和过滤系统，一定程度上侵害了互联网用户原有的正当使用权利。造成

[33] [荷]迪克：《网络社会——新媒体的社会层面》，蔡静译，清华大学出版社 2014 年版，第 150-151 页。
[34] Reno v. American Civil Liberties Union, 521 US. 844 (1997)

这些后果的原因是：这些危机立法往往呈现为支离破碎的条文和互相矛盾的法理。[35]

3.网络社会法律治理方式的进路

框架立法与法律修正被许多国家的实践证明是一种合理的法律治理进路。现行法律的基础是以工业革命为核心的经济和第一次信息革命的物质现实。网络时代是第二次信息革命以及随之产生的新的经济体系。[36]新的信息技术带来的是社会根本性变革。网络社会的立法不是依据特定科技的特征和发展规律，而是要建立在高科技社会变迁和运行逻辑的基础之上。从实践经验来看，针对网络社会突发社会问题和科技不当使用产生的新问题，最有力的武器是法理学。立法者可以准备一个框架立法，重新诠释网络时代宪法的基本权利的内涵，平衡基本价值的冲突，明晰以高科技社会特征为基础法律基本原则。

框架立法能够明确网络社会法律变迁的基本问题，统一法理基础，为日后制定或修改具体的法律条文提供条件。[37]法律治理的特点是法律规范落后于技术的发展。在网络社会这一特点更为突出。新技术与其社会效果之间具有较长的时间间隔。一方面，新技术的使用是一个逐渐成熟的过程，其产生社会影响具有长期性，无法立刻显现。另一方面，新技术本身的地位，即是部分进步，还是变革性技术，也需要一段时间后方能确定。[38]

（二）网络社会的社会自治方式

一种流行的观点是信息时代良好的治理依赖网络社会自治（也称全民治理、自我管制）。社会自治比法律治理更迅速地对新技术引起的现实变化做出回应。

1.网络社会自治方式的合理性基础

从根本上说，信息技术革命造成人际交往模式的深刻变化，真正意义上实现了人与人之间传递信息、沟通思想、交流情感的最大化。这是网络社会自治合理性、合法性、适用性的基础。

其一，交往能力的提高和交往范围的扩张。网络技术打破传统社会的空间、时间限制，面向所有人高度开放，社会互动呈现灵活、便捷、直接等特点，极大延伸了人际交往的能力。在理论上网络社会中的任何人之间都可以发生互动关系。网络技术日益拓展人们的交往范围，在原来没有任何关系的人与人之间建立起联系或联系的可能性。因此，网路社会人际交往的突出特征是极大规模的主体参与，即庞大的主体数量、复杂的主体组成、多层次的主体互动关系。[39]极大规模主体参与是信息技术逻辑发展的结果，现行法律没有应对经验，力不从心。人们在日常网络交往与实践中自发形成的规范，日益发挥着重要作用。

其二，交往方式的改变。信息技术促使人际交往方式和状态发生重大转变。传统工业社会人际交往建立在地缘、业缘、血缘等基础之上，遵循明确的行为规范和社会礼节，受到社会地位、身份、文化背景、种族、性别等等限制，形成一种功利性、合理性的生存状

---

[35] Catinat,National Information Infrastructure Initiative in the US:Policy or Non-Policy? Harvard University Press1997,pp.123.

[36] [美]卡斯特尔等：《移动通信与社会变迁：全球视角下的传播变革》，傅玉辉等译，清华大学出版社 2014 年版，第 15 页。

[37] [荷]迪克：《网络社会——新媒体的社会层面》，蔡静译，清华大学出版社 2014 年版，第 139 页。

[38] Dijk, The Network Society(3ed edition), SAGE Publications Ltd2012,p 210-212.

[39] [美]波斯特：《信息方式：后结构主义与社会语境》，范静哗译，商务印书馆 2000 年版，第 10-14 页。

态。交往本身的目的和意义可能因此而被压抑或异化。网络社会虚拟存在、超时空、强连接等特性形成了脱域机制和隔离功能，使得人际交往有机会从上述诸种限制中解放出来，交往成为个人自主自由的活动。人们依据兴趣主动进行广泛的交往，产生认同感和共识，形成行为准则。[40]

综上，网络社会人际交往的实践形成一种自治文化。在运行规律上，自治文化强调网络社会运行机制不是单一的控制，而是社会主体的行动相互影响、相互作用演化而成，具有有序、自发的特征。社会自治的目标是达致一种“自由而不混乱，有管理而无政府，有共识而无特权”的社会状态。[41]

2.网络社会自治方式的特点

网络社会自治遵循技术发展逻辑，由社会中所有行为主体共同参与、互动演化而成的治

理方式。社会自治是一种非正式的社会治理方式，是持续的互动、协调过程。网路社会中行为规范的形成具有动态、多向的特征。即社会行为主体之间通过合作、契约、协商等方式的上下互动，形成各类非正式的社会规范。[42]这些非正式社会规范形式多样，大到互联网服务商行业准则、互联网用户行为规则；小到门户网站、虚拟社区、网上论坛等管理规则等等，是网络社会自治的依据，表现出鲜明的特色。

其一，非正式社会规范蕴含着技术性。与传统工业社会相比，网络社会中的非正式社会规范遵循着技术发展的逻辑。互联网的（结构）设计、组织、技术标准既是非正式社会规范的一部分，又通过社会自治不断实施。例如在技术层面，TCP/IP 协议是互联网的核心，定义了互联网结构体系的唯一标准，包括终端连入互联网和数据在互联网中传输的标准。TCP/IP 协议将信息转化为相同的可识别的格式，实现了不同的计算机终端“点对点”交换信息和共享资源，确保网络信息流动的自由、简单、灵活、廉价。[43]TCP/IP 协议本身即是非正式社会规范的内容和基础，包括互联网服务商行业管理准则，也包括互联网用户行为规则。

其二，非正式社会规范融合着道德伦理观念。“技术至上/技术崇拜”是网络社会普遍的错误倾向。在最根本的层面上，非正式规范的形成是信息技术、伦理观念、价值取向、民族文化相互作用的结果。伦理道德规范是网络社会行为正当性的判断标准，支配着人的行为动机和内心世界。[44]非正式社会规范融合道德伦理观念才能实现行业自律和个人自律，达到社会自治的良好效果。这种伦理道德规范是科技与社会相交叉的新观念。非正式规范的实施得到更多的重视，如新浪的自律专员制度、百度的投诉制度等等都是都是为了维护网络社会秩序的行业自律制度。

（三）网路社会的技术治理方式

---

[40] 黄少华：《网络社会学的基本议题》，浙江大学出版社 2013 年版，第 57-62 页。
[41] [美]约翰·巴洛：《网络空间独立宣言》，李旭等译，载《清华法治论衡》第四辑，清华大学出版社 2004 年版。
[42] 何明升：《网中之我：何明升网络社会论稿》，法律出版社 2017 年版，第 311-315 页。
[43] [美]奎因：《互联网伦理：信息时代的道德重构》，王益民译，电子工业出版社 2016 年版，第 2 页。
[44] [美]奎因：《互联网伦理：信息时代的道德重构》，王益民译，电子工业出版社 2016 年版，第 2 页。

1.网络社会技术治理方式的地位

与以往的社会形态相比，技术在网络社会成为一种变革性、控制性的力量，是社会发展的主导趋势和基本动力。著名学者莱斯格准确的概括了技术的地位："互联网的控制力量正在发生着一场——从法律到编码，从国王到软件——的历史性转移。"[45]技术治理方式能够使社会治理有效实现，具有不可替代的作用。

以网络层的 OSI 模型为分析工具，可以解释技术如何成为有效的互联网治理手段。根据 OSI 模型，互联网的整体结构自下到上由物理层、代码层、内容层组成。每个层面中所有技术的使用都可以对网络行为主体的自由和权利产生重要影响。这些技术结合在一起就成为互联网管制的有力工具，甚至改变一个国家网络社会的结构和特征。[46]

物理层是指处于网络结构底部的硬件，包括所有终端设备和连接设备。如计算机、智能手机、路由器、交换机、光纤网线。一方面，物理层是网络自由开放的技术基础。频谱（无线网）是重要的公共资源，边际成本为零；终端具有多样性，提供了大量廉价的选择。这减少了行为主体进入网络的障碍。网络变得简单便捷、功能强大，促成大规模的主体自由参与。开放成为互联网的核心精神。另一方面，通过对物理层使用影响个人权利。通过对特定硬件选项对互联网进行管制是常见的手段。[47]如在计算机中植入"暴力芯片"以阻止色情、暴力等不当信息，保护网络安全。通过硬件播放器的改造以控制非法复制品的使用，保护知识产权。通过智能卡片设备、生物识别技术等控制终端使用，保护经济权利或个人隐私等等。[48]

代码层是指网络的架构或框架，包括各种技术标准和管理协议。其中，最基础的代码（也称编码）是 TCP/IP 协议。代码层实现了用户验证和端对端连接，促成高效、自由的信息流通。代码层的技术进步，将互联网由单纯的网页浏览模式（Web1.0）推进至开放平台模式（Web2.0）。网络社会，各种社会力量都力图通过对"开放源代码"与"封闭代码"的运用获取对互联网更大的控制权。[49]如通过数码认证系统或密匙系统限制某种产品的使用权限，以保护知识产权。通过过滤系统和评级系统筛选和屏蔽不良信息，以维护网络安全。通过电子支付系统和数字权限管理建立网上金融的基本技术架构，以保障经济财产权利。代码层在 OSI 模型中居于核心地位——"代码就是网络空间中的法律"。[50]

内容层是指互联网传输的各种信息，包括数字图像、文本、影像等等。内容层实现了高速、廉价、多元的信息获取、传递、创造。在信息层中，最典型的是处于网络结构顶部的应用控制软件。各种社会力量通过控制内容层，对个人权利产生重要影响。例如黑客入侵和病毒攻击往往针对软件的设计特点和漏洞。商业营销手段因信息发布平台的排序、热

---

[45] Lessig, Code, and other Laws of Cyberspace, Basic Books1999,pp.206.
[46] Dijk, The Network Society(3ed edition), SAGE Publications Ltd2012,p 10-14.
[47] [荷]迪克：《网络社会——新媒体的社会层面》，蔡静译，清华大学出版社 2014 年版，第 143-145 页。
[48] Goldsmith and Eggers, Governing by Network, The New Shape of the Public Sector, Bookings Institution Press 2004, p.23-27.
[49] 郭玉锦等编著：《网络社会学》，中国人民大学出版社 2017 年版，第 300-302 页。
[50] [美]莱斯格：《代码：塑造网络空间的法律》，李旭译，中信出版社 2004 年版，第 4 页。

搜而产生变化。[51]

2.网络社会技术治理方式的特点

互联网已经成为一种社会、经济、政治的整合力量，是一种社会控制的工具。网络社会技术治理对行为主体具有强制性和实效性。

企业来利用技术手段进行无形控制的案例比比皆是。例如针对微软的开放源代码运动。据统计世界上约 90%的用户在使用微软的 windows 操作系统，这实际上赋予微软以强大的权力。对于用户来说，微软通过各种工具和软件巧妙地、潜在地、非强迫性地对用户的网上行为、习惯、甚至价值取向产生重要影响。对于供应商来说，技术的力量更为显著。通过软件许可，软件提供商和生产商都必须接受微软的技术标准、使用 windows 操作系统。反过来，用户和供应商的这些行为又提升了微软的优势地位。针对微软的层出不穷的讼案和开放代码源运动旨在重新夺回用户对自我行为的控制权和恢复企业之间的自由竞争。[52]又如反“赢家通吃”运动。企业利用技术的无形控制无处不在。无论是谷歌、百度等搜索引擎公司，还是微博、facebook 等社交网站，甚至是亚马逊、淘宝等购物网站都主动地影响用户的搜索行为和结构。绝大多数人的搜索习惯是只查看信息的头几页。企业通过排序、推荐、反复强化等方式，使得最火的产品更火，即“赢家通吃”现象。简言之，掌握掌握核心技术的企业可以运用各种手段决定用户所获取信息的内容，从而强加给个体公民更适应于某种特定经济语境的信息或价值观。互联网可能通过大规模信息将人们禁锢在一个不断重复的世界观中，过滤出与固有印象和态度相符的信息。用户不知不觉沦为非自主者，其获得的信息、选择和行为是企业操纵的结果。当下社会的特点是信息技术的广泛使用与信息技术的核心知识产权掌握在少数公司手中。这一现实实际上增强了技术的强制性效果。[53]

政府利用技术手段渗透政治目标和主流价值。政府的控制方式具有间接性，即通过对科技企业规制实现。一方面，科技企业充当了信息“把关人”的角色，通过对关键词的过滤、预警、屏蔽等技术手段对互联网中的言论进行引导，对某些言论不当的主体进行暂时性或永久性的“禁言”。[54]另一方面，网络具有可追踪性的特点，除了极少数的技术专家，互联网上的活动痕迹都会以某种文本形式保留下来，难以销毁。网络的这一特点，加之互联网准入条件的规定、专业的追踪软件，实现了虚拟身份现实化。利用技术可以将网络空间中的控制延伸到现实社会。[55]

综上，技术不是中性的，各种社会力量利用技术控制网络展开激烈争夺。互联网不可规制的早期认识完全失去现实基础。技术治理是网络社会一种有效的治理方式。根据技术的特征，如何进行技术治理是重要议题。

（四）网络社会三种治理方式的关系

---

[51] [美]奎因：《互联网伦理：信息时代的道德重构》，王益民译，电子工业出版社 2016 年版，第 295、303 页。
[52] Shapiro, The Control Revolution, Perseus1999,pp.139.
[53] 仲昭川：《互联网黑洞——史无前例的互联网忧虑》，电子工业出版社 2014 年版，第 176-178 页。
[54] [美]桑斯坦：《网络共和国：网络社会中的民主问题》，上海人民出版社 2003 年版，第 145 页。
[55] 时飞：《网络空间的政治架构——评劳伦斯·莱斯格<代码及网络空间的其他法>》，载《北大法律评论》2008 年第 1 期。

1. 法律治理方式通过社会自治、技术治理产生实效。

各国法律实践都注意到网络技术对法律治理效果的蚕食，积极做出回应。法律治理方式必须与技术保护措施和行业规范的自我管制相结合，才能有效实施，产生实际的效果。

其一，变革国家权力对互联网的控制。20 世纪末，世界范围内的互联网迅速发展、跨国公司日益壮大、放松管制等趋势，导致传统国家权力的行使方式将逐渐丧失对互联网活动的控制权，削弱法律治理的效果。回应上述趋势，国家权力业已分成两个阵营：一些国家倡导“国家主权模式”，坚持对国民信息的入口实施严格的控制。另外一些国家倾向于“多元利益相关方模式”，主张弱化政府角色。[56]

其二，调整法律治理的手段。传统的法律对互联网活动的直接治理手段日渐衰弱。政府借助互联网服务商、硬件生产商、软件提供商等市场因素管理互联网，即运用间接治理手段规范人们网络活动的行为。网络立法为互联网服务商、硬件生产商、软件提供商施加了更多的积极义务，如安全储存用户数据、为国家安全和公共利益过滤特定词语或关键词、寻找并阻止用户的知识产权侵害行为等等。法律治理手段的变化与政府职能转变结合在一起，国家治理的方式转向软权力的应用。政府充当环境和制度的创造者，鼓励社会自治。[57]

其三，关注法律治理的效果。网络社会的运行逻辑和治理方式发生着根本性的变化，必须超越传统的视野加以思考。“在现实社会，我们通过宪法、法律以及其他法律文件来规制；在网络空间，“代码”就是法律。”[58]美国学者莱斯格的这一著名论断，指出了技术在网络社会的力量。传统法律治理无法解决新技术带来的诸多问题。以垃圾邮件的法律规制为例。对治理这一技术滥用的现象，世界各国都进行了立法。立法大致分为两种类型：一是以美国为代表的“选择退出”原则，一是以欧洲为代表的“选择加入”原则。[59]这些立法最突出的问题是，法律规则本身对垃圾邮件规制的效果极为有限。各国逐渐将行业规范等社会自治和科技公司过滤、拦截等技术治理作为法律扩展措施或辅助措施，方能真正执行法律规范，维护公民权利。网络社会的法律治理实质上是对某种技术保护措施和互联网服务提供商自我管制模式的支持。

2. 社会自治和技术治理需要法律治理加以引导。

社会自治与技术治理两种方式都有内在的不足，需要法律治理方式来支撑，才能实现良法善治的社会治理目标，达致公权与私权的互补与平衡。

其一，社会自治需要法律的有序引导。社会自治的自生自发发展容易形成碎片化和封闭化两种不良趋势。就碎片化而言，信息技术实现了人与人之间直接、便捷的交流，产生赋权与分权两种效果。一方面，人们获得广泛参与社会生活、发表意见的条件，达到赋权的效果。另一方面，极易形成多元的意见、分散的舆论、良莠不齐的信息。分权既是民主

---

[56] Weerakkody etc.ed, Public Sector Transformation through e-Government: Experiences from Europe and North America, Routledge2012, p20-25

[57] 蔡文之：《外国网络社会研究的新突破——观点评述及对中国的借鉴》，载《社会科学》2007 年第 11 期。

[58] Lessig, Code, and other Laws of Cyberspace, Basic Books1999,pp.4.

[59] 陈星：《大数据时代垃圾邮件规制中的权益冲突与平衡及其立法策略》，载《河北法学》2014 年第 3 期。

的条件，也可能导致社会分裂。就封闭化而言，信息技术破除人与人交流的各种限制，交流的基础和原因是共同的兴趣。但是，网络的隔离机制和人之信息处理能力有限性，会产生一种负面效果。人们可以隔绝、排除接受其它群体的讨论和交流，根据自己的偏好屏蔽异见。桑斯坦将这种负面效果成为群极化现象。严重的群极化将产生社会离心效果，不利于社会凝聚和文化认同。因此，网络社会要实现社会整合、良法善治，价值认同，社会自治需要法律治理的有序引导。[60]

其二，技术治理需要法律的控制。技术是一把双刃剑，既能够扩大和保障自由，也可以实现更有力的限制权利。信息技术是一种社会控制的工具，且不是传统观点认为的中性工具。基于不同目的之技术治理可能达到截然相反的效果。在网络社会，技术治理对解决实质性法律问题必不可少。反过来，问题最终得到公正的处理，技术能够正确和平等的使用，技术治理纳入法治化必不可少。[61]

【本章小结】

网络社会是人类技术革命性突破产生的一个新的社会形态，要求探寻社会治理方式的创新以回应社会变迁。

在社会治理理念方面，网络社会是一个虚拟社会与现实社会紧密结合，相互独立又相互影响的共生存在方式，它打破了以工业社会为基础的各种二元对立概念，消除了原来明确的界限。网络社会治理理念既非自由放任，也非严格监管。应当以网络社会的本质——真实与想象、物理与心灵相交织——为基础，创新网络社会治理理念。

在社会治理根据方面，网路社会的运行逻辑对权利-权力关系有颠覆性的影响，是社会治理方式创新的根据。技术逻辑是网络社会的基础特性，强连接逻辑保障了网络社会的自由与开放；超时空逻辑改变了人之社会行为，大规模主体参与、身份多重且匿名等重新定义了个人权利，高度弹性的社会结构推动了国家权力行使方式的变化。社会逻辑是网络社会的结构特性。去中心化在静态上表现为权力的扁平化，在动态上促成了社会主体之间协同互动。因而，网路社会的去中心化具有赋权与控权的双向性，既打破传统工业社会的诸种限制，实现个人的自由，也可能扩大社会经济的不平等。

在社会治理实践方面，根据网络社会的本质和运行逻辑，社会治理实践应当是一种结合法律、自治、技术等多种模式的综合性治理方式。网络社会法律治理方式是当今各国的共识，必须通过技术保护措施和行业规范的自我管制相结合，才能产生实际的社会效果。社会自治能够迅速的回应新技术引起的社会变化，实现社会主体间的互动与协作，契合网络社会的自治文化。技术治理方式对行为主体具有强制性和实效性，在网络社会具有不可替代的作用。社会自治与技术治理都需要法律治理加以引导，以实现良法善治的目标。

---

[60] [美]桑斯坦：《网络共和国：网络社会中的民主问题》，上海人民出版社 2003 年版，第 50 页。

[61] Deiber etc (eds.), Access Controlled: The Shaping of Power, Rights, and Rule in Cyberspace, Cambridge Press 2010, p. 275-277.

城市社区治理模式选择：谁的治理，何种法治化？
——基于深圳南山社区治理创新的考察

张文龙[1]

【摘　要】近年来，“一核多元”治理模式被视为基层社会治理创新的重大成果，但实质上这种新治理模式只是传统全能型治理的延伸和升级，以此为基础的社区治理法治化，只会产生一种“翻新”的威权主义治理。在社会系统论视角下，社区多元民主治理的动力来自现代社会的功能分化，这种分化的不足或者负外部性都会产生严重的社会公共性问题。社区社会公共性的发育，不仅需要多元民主治理结构的形成，而且还需要推进社区治理法治化。多元民主治理结构的形成和社区治理法治化的推进都需要社区社会公共性来支撑。社区治理法治化既是多元民主治理结构形成的重要机制，也是社区社会公共性发育的重要支柱。简言之，多元治理结构、社会公共性和治理法治化共同构成了中国城市社区治理体系和治理能力现代化的“三驾马车”。

【关键词】城市社区；一核多元；治理法治化；社会公共性；多元治理结构

引 言

新世纪以来，随着经济社会结构转型，在高速城市化的道路上，城市社区治理面临着越来越多风险挑战。于是，传统城市社区管理体制面临转型，从一种单中心、家长主义的治理模式转向一种多元民主的社区治理模式。在这样的背景下，中国开启了地方社区治理创新，其中，深圳南山地区“一核多元”治理模式被视为一种多元共治典范。伴随着基层治理创新，除了多元主体治理格局的形成之外，推动基层治理法治化已经成为当前社区治理体系和治理能力现代化的重要抓手。由此，构建多元主体共治模式与推进基层治理法治化叠加在于一起。在二者互动中，我们观察到由于现有体制并没有真正转变治理理念和治理思维，所以，作为行政治理与市场治理结合的“一核多元”社区治理模式，会继续导致社会公共性培育不足，而且，也会扭曲了城市社区治理法治化。因为缺乏真正多元主体的独立自治，所谓多元共治只是一种虚假的表象，其深层治理逻辑仍然是一元化的家长主义统治模式。其结果就是城市社区治理法治化并不能真正将权力关进笼子里，只是制造出某种虚构的合法性，一种仅具有符号意义的基层治理法治化操作。因此，真正推进城市社区治理法治化的方向，应该以解决社会公共性培育问题为导向，着力通过法律保障公民的基本权利，尤其是公民参与社区治理的权利，而且还需要法律充分保障国家、市场和民间社会组织等制度的基本权利，只有充分保障这些制度自主和独立，才能真正实现多元民主的社区治理。

[1] 华东政法大学科学研究院助理研究员。

一、何谓“一核多元”：传统全能型治理模式的延续与升级

在当前基层治理创新中，深圳南山区的“一核多元”社区治理模式，被视为是当前国家提倡社会治理创新中的多元共治典范。然而，详细审视这种新的社区治理模式，就会发现虽然在治理主体、治理客体和治理机制上都有创新，但是这种治理创新并没有真正解决社会公共性问题，反而，种种迹象表明所谓“创新”是要抑制社区的社会公共性发育。于是，我们可以看到，所谓治理模式创新，实质上只是现有体制对社会多元化的策略性调整，其治理理念和治理思维仍然在于维护政府治理的一元化统治权力，并通过项目制的方式来操控所谓的“多元主体”，因此，“一核多元”社区治理模式本质上是行政化与市场化结合，在一定程度上，它只是传统全能型治理模式的延续与升级。

（一）“新”的治理主体：旧的统治者及其傀儡

自改革开放，实行市场经济，中国的经济社会结构发生了天翻地覆的变化。首先，出现了新兴的经济社会组织，如个体工商户、私营企业、外资企业、混合所有制企业、股份合作制企业等新兴经济组织，还有社会团体、民办非企业、基金会、中介组织机构、行业协会等新兴社会组织；其次，出现了新兴的社会阶层，如企业家阶层、白领阶层、农民工阶层、业主阶层等；第三，出现了新兴的社会思潮，如自由主义、保守主义、社群主义、法团主义、功利主义、共和主义、世界主义、未来主义等；第四，出现了新兴的社会技术，如互联网、人工智能、纳米技术、无人机、监控系统等；第五，出现了新兴的社会运动，如邻避运动、环保运动、消费者运动、保钓运动、民权运动等。中国经济社会结构的变化，一方面对人的思想和行为模式产生很大的影响，如在市场经济环境下，人的自利动机就会被经济利益所激发，在利益最大化和成本最小化的经济人模式下，人就会按照经济理性做出决定，或者采取行动；另一方面对人的治理和控制架构同样产生很大的影响，如在市场经济环境下，行政指令和道德说教对人的经济行为的控制和约束所起作用甚微，甚至会产生反效果，即过度的家长主义管制会导致人们激烈厌恶和不满，甚至压抑了人的能动性和社会活力。于是，社会的法律控制和治理模式才会兴起[2]，并在全社会发挥着非常重要的作用。在上述背景下，城市社区治理结构发生了重要的变化，其中社区治理主体的变化最为明显，出现了新的治理主体。

新的社区治理主体主要包括两类：一类是社区内的治理主体，如业主及业主委员会、物业管理企业、房地产开发商、社区社会组织等；另一类是社区外的治理主体，如驻辖区的企事业单位、为社区提供公共服务的社会组织、公益服务组织、中介组织等。这两类主体中尤其是第一类新主体对于城市社区治理的权力格局产生了深刻的变革，特别是在由商品房业主构成的城市社区。在市场经济下，随着住房的商品化、市场化和私有化，以房屋所有权为基础的业主阶层逐渐改变了城市社区传统权力格局。[3]在公有住房的时代，人们对房屋没有产权，只有使用权，国家垄断了所有社会资源的分配和权力，在城市社区，人们

[2] 俞可平：《民主与陀螺》，北京大学出版社，2008 年版，第 77-84 页。
[3] 夏建中：《中国城市社区治理结构研究》，中国人民大学出版社，2012 年版，第 105-132 页。

的社会福利资源全都由单位分配，而单位之外的人员，主要由街道办或者居民委员会来管理，于是形成了以“单位制”为主、“街-居制”为辅的社区管理体制，在这个体制中，国家是唯一的管理者，单位、街道办和居民委员会都是国家在城市基层的权力代理人。所以，城市社区传统权力格局是以国家为中心。但随着新兴业主阶层的出现，城市社区治理出现了新的权力格局，如除了国家权力，还出现了市场化的权力和社会化的权力，如物业公司和业主委员会。

城市社区治理权力的多元化，形成了一个以“国家——市场——社会”为三角的权力格局。首先，随着市场力量的扩张，不仅房地产企业和物业公司成为了社区治理的参与者，而且还有通过政府购买公共服务方式参与社区治理的经济社会组织，如社区养老服务机构、社区垃圾处理回收机构、社区心理咨询服务机构、社区法律援助机构等。在社区服务层面上，发挥市场机制作用具有一定合理性，市场机制可以促进社区服务精细化，更加贴近社区居民日常生活的个性需求，而且以收益-成本为导向的服务企业可以有效降低社区服务成本。其次，随着市场力量扩张，反市场的社会力量也随之成长。在业主不满意物业服务，与物业公司产生纠纷并采取维权行动时，业主及业主委员会就开始成为一股参与社区治理的重要力量。[4]虽然业主与物业公司之间物业服务关系是一种经济上的契约关系，属于市场机制范畴，但是，当市场机制不能发挥作用时，社区业主就会采取法律途径维权。若政府能够依法处置，就会平息纠纷争议，否则，当政府偏袒物业机构没能依法行政，就可能引发以法抗争的市民运动。在这个过程中，社区居民开始从业主身份向公民身份转变，为了保障自己建筑物区分所有权，开始走向争取社区自治权和公民权，如选举业主委员会的权利、提起法律诉讼的权利等。除了业主委员会，还有大量的非政府组织和社会公益组织成为参与社区治理的社会组织，如各种环保组织、慈善公益组织、公民维权组织等，这些社会组织在社区建设和社区治理的过程中发挥着非常重要的作用，如形成社区团结机制、增加社区的社会资本、提升社区民主自治的能力等。

权力总是此消彼长的。社区的市场力量和社会力量扩张，必然削弱政府对社区的控制。面对日益多元化的社会，政府不可能放任权力的流失，为了应对日益复杂的社区治理情势，加强基层政权对社区的控制能力，各地方政府努力创新社区治理模式，其中，深圳市南山区提出了“一核多元”的治理模式。所谓“一核多元”，是一种“1+3+N”社区治理模式，其中，“1”是指社区综合党委（总支），“3”是指三驾马车，即社区工作站、居民委员会和社区服务中心，“N”则包括驻辖区的企事业单位、业主委员会、社区社会组织等多元主体，然后，通过以社区综合党委（总支）为核心，以社区工作站、居民委员会和社区服务中心三驾马车为主要依托，农城化股份有限公司、业主委员会、社区社会组织、驻辖区的企事业单位等多元主体密切配合、多元互动、多方参与、共建共享，最大限度增加社区和谐因素，增强社会活力。当前这种多元治理模式具有很大的迷惑性，因为它制造出多元民主共治的符

[4] 郭于华、沈原、陈鹏：《居住的政治：当代都市的业主维权和社区建设》，广西师范大学出版社，2014 年版，第 195-225 页。

号意象，但实际上却市场化的治理和社会化的治理都是在政府严格监控之下。虽然形成了“国家——市场——社会”多元的社区权力格局，但是，市场和社会的力量难以抗衡国家的力量，这一点从国家对于市场组织和社会组织的严格法律控制就可以看到，譬如，业主委员会作为业主利益代表和业主自治组织，它的成立受到政府的严密监控，在我国的《物业管理条例》第 10 条就规定：“同一个物业管理区域内的业主，应当在物业所在地的区、县人民政府房地产行政主管部门或者街道办事处、乡镇人民政府的指导下成立业主大会，并选举产生业主委员会。”于是，在强国家-弱社会的条件下，上述“一核多元”的社区治理模式并没有改变传统行政治理主导的思维和原则。

新的经济社会结构在一定程度上弱化了国家控制，特别是市场力量扩张，政府只顾着发展经济而社会公共服务供给却跟不上，使得政府公共性不足的问题凸显。所以，当政府回过头来加强社会公共服务基础设施建设时，一方面对提升公共服务基础能力的经济社会组织放松规制，如放宽科技类、慈善公益类、行业商会类和城乡社区服务类的社会组织的准入门槛和监控，另一方面对于涉及敏感性问题如维权、环保、民主等方面的社会组织则严格规制，不仅加强组织登记管理，而且对于组织的负责人采取严格的责任追究措施。所以，当前貌似民主多元的社区治理，实质上是传统全能型治理模式对于多元化社会的一种策略性调整。社区治理主体虽然变多了，而且有新的治理主体参与，但是，这些新的治理主体要么独立性受限制，要么自治能力不足，对政府资源高度依赖，特别是通过政府购买公共服务方式参与社区治理的主体。因为存在对政府资金的依赖，这些新的治理主体很难在社区事务上自主运作，更不用说代表社区公众的利益，反而，更像是政府操控的“傀儡”，表面上独立于政府，实际上却受到政府的资金控制。[5]因此，在现有体制下，“一核多元”社区治理模式只是旧体制应对社会多元化的一种控制策略，并没改变“党政一元化或单中心治理理念和治理思维，它要达成的治理目标是虚构出来的符号意义和管制下的社会生活秩序。”[6]

（二）“新”的治理客体：社会空间及其流动性

现代社会是一个流动的社会。[7]在中国，市场经济改革首先打破了体制对人的流动性之限制，如农民工可以进城打工，公务员或者有单位的人可以下海经商；其次，促进了信息、货物、文化、商品、社会规范、服务、空间、技术、货币等社会流动。社会的流动性随着技术发展愈来愈快，如互联网让信息在全球范围快速流动，高铁可以让中国民众便捷出行，电子银行可以让货币更加快速流动，物流系统让货物更快送递等。随着资本、劳动力和商品的流动，社会的不确定性就愈来愈大，随之而来的社会风险也愈来愈高，以至于今天人类的社会发展阶段已经进入到一个后工业时代的全球风险社会。[8]于是，风险控制和风险治理成为我们当下国家治理和社会治理非常重要的内容。

---

[5] 管兵：《政府向谁购买服务：一个国家与社会关系的视角》，载《公共行政评论》，2016 年第 1 期。
[6] 周庆智：《基层治理创新模式的质疑与辨析——基于东西部基层治理实践的比较分析》，载《华中师范大学学报》，2015 年第 2 期。
[7] [英]齐格蒙特·鲍曼：《流动的生活》，徐朝友译，江苏人民出版社，2012 年版，第 1-15 页。
[8] [德]乌尔里希·贝克：《世界风险社会》，吴英姿译，南京大学出版社，2004 年版，第 24-64 页。

风险社会对于城市社区治理带来很多挑战。首先，人口流动风险对社区治安管理的挑战。[9]在很多城市社区，流动人口的治安问题非常突出。在人口流动比较频繁的社区，如“城中村”、或者位于城乡结合部的社区，邻里之间的信任程度比较低，几乎就是“陌生人社区”，这样的社区不仅很容易造成“违法犯罪机会”，如卖淫嫖娼、入室盗窃等，而且，社会矛盾冲突因缺乏熟人社区的人际交往规范而容易引发各种治安事件，如斗殴、寻衅滋事等。其次，城市邻避设施兴建容易引发社区公众的邻避运动。[10]随着城市化的发展，很多城市治理问题，如垃圾围城、电力供给、社会就业、社会养老等，需要建设一些邻避设施如垃圾焚烧厂、变电站、PX 项目、养老院等来解决。但这些邻避设施往往容易遭到被选址的周边社区反对，在公众抵制无效时容易演变为抗争性的社会运动，如厦门反 PX 项目、余杭反对垃圾焚烧厂建设事件等，究其原因在于邻避设施给社区带来了风险，包括房产贬值、环境污染等；第三，社会的流动性会对社区的社会资本带来侵蚀，如随着人们风险意识提高，社会信任度会下降。由于人们更加依赖技术治理，而缺乏参与社区公共生活的动机，如大家愿意通过互联网或者智能手机获取信息，而不是通过与邻里互动形成一个互助生活共同体。于是，社区参与缺乏使得每个人容易成为生活中的“信息孤岛”，不仅不利于社区居民自治，而且也容易造成社区治理公共性不足。[11]

由于风险社会对于城市社区治理的挑战，上述“一核多元”治理模式已经将治理对象从具体的个人转向抽象的空间。其中，网格化的管理机制兴起就是从对人的管控转变为对社会空间及其流动性进行控制的明显趋势。网格化管理是一种通过网格划分，以网格为单元进行信息搜集，为基层治理问题提供动态的研判，并由基层网格一线人员承担相应事项管理责任的社区管理机制。网格化管理主要有以下三个特征：一是以信息采集为基础，网格作为信息采集基本单元，是对属地中部件、人户、组织、业态、事件等信息的聚集平台，能够为党委政府分析基层形势、研判动态趋势乃至控制突发事件、动员各种力量提供了前期准备；二是以问题为导向，由一线网格人员迅速发现问题，争取到先机，将问题解决在萌芽状态；三是以跨部门的指挥平台为中心，实现信息共享，实现管理职能的“无缝隙对接”和整合；四是明确界定网格人员的责任，如通过责任清单方式，明确网络承担的管理服务责任和网格管理员的管理事项。总之，网格化管理注重基层治理问题搜寻、信息掌控、矛盾调处、应对处置。[12]

上述网格化管理机制，通过将城市社区纳入网格，按照社区治理状况，分别建立重点网格、一般网格和专属网格，强化行政管理，以此应对社区人口流动治安问题和社区突发事件。于是，网格化管理的社会监控功能胜过其社会服务功能，并通过将社会空间划分为网格，实质上将社会的流动性管理抽象化，以技术治理取代社区公共治理；以问题为导向实质上就是以维稳为导向；将问题解决在萌芽状态，实质上就是以压制方式平息争议，而

[9] 吴瑞君：《特大型城市人口“流动”的风险》，载《探索与争鸣》，2015 年第 3 期。
[10] 张文龙：《中国式邻避困局的解决之道：基于法律供给侧视角》，载《法律科学》，2017 年第 2 期
[11] 黄锐：《城市社区治理中的公共性构筑》，载《人文杂志》，2015 年第 4 期。
[12] 中共嘉兴市政法委调研组：《深化网格化管理工作的实践与思考》，载《公安学刊》2016 年，第 6 期

将大量的人员和资源往网格下沉，则使得社区管治的行政化趋向更加突出。因此，网格化管理是一种威权主义治理，即便它可能标榜将管理寓于服务，但实质上是“口惠而实不至”，因为网格化管理机制是以秩序为取向，而不是以社区公共性培育为导向，所以，社区民主自治往往会被网格监控，甚至一旦发生真正社区民主自治，网格化管理可能会迅速将其解决在萌芽状态。由于这种社区管理机制更注重管控社会空间及其流动性，所以，它本身并不关心人，而建立在人自身的公共行动往往会视为威胁秩序的所谓“问题”。

（三）“新”的治理机制：单位制延伸与项目制

随着单位制的解体和社区制的建立，城市社区治理似乎朝着新的方向发展，如“一核多元”社区治理模式创新。由于改革开放初期，政府只顾经济增长，比较忽视民生等社会公共服务设施建设，以致政府公共性不足问题凸显，从而对政府权威性造成危机。面对基层社区因为公共性不足引发的各种社会问题，如征地拆迁、医闹、消费者运动、邻避抗争、环保运动、业主维权等。于是，政府开始加强公共服务基础设施建设，解决社会民生问题。为了增强政府公共服务的能力，简政放权，转变政府公共管理职能，市场化机制被引入到政府公共服务供给上，而通过政府购买社会公共服务的方式，可以有效培育出一些公共服务的社会组织和中介机构。在这个过程中，项目制不仅是作为政府购买社会公共服务的方式，而且还是政府控制这些社会组织和中介机构的重要抓手。[13]由于政府控制着社会公共服务购买的资金，项目申请获得与否主要取决于与政府的关系，而不是公众利益需求，而且，在项目招投标的过程中，也缺席公众参与，由此导致公共服务市场化完全缺乏社会公共性支撑，完全就是政府的行政主导下对社会组织进行“收编”，[14]以此控制这些经济社会组织，避免这些社会组织独立发展壮大，造成对政府统治权威的冲击。此外，在应对社区的社会公共性不足问题上，除了通过政府购买社会公共服务方式，政府还加强了公共服务直接供给，譬如在社区设立工作站或者行政服务中心，整合街道公共管理职能，提高公共行政服务的效能。与此同时，给社区居民委员会“减负”，将以前大量摊派的行政任务剥离出来，由社区工作站承担，试图恢复居民委员会的自治功能，但大多数情况下居民委员会还是处于街道办的控制之下，并没有真正实现居民的自治，而仅仅具有汇集民意和监控居民诉求的功能。可见，当前“一核多元”的社区治理模式并没有摆脱过去全能型治理模式的管理理念和管理思维，依然是以行政主导方式推动社会治理创新和基层治理创新，即便凸显出了“多元主体”，但是，对社会公共性问题的掩盖，反而加速了国家与市场的联盟，从而抑制了社会自身的能动性和公共性生产。[15]

究其原因，“一核多元”的社区治理模式，实质上是行政治理与市场机制的结合，即通过行政主导的政府管理与公共服务市场化相结合方式应对社会多元化带来的政府公共性危机。因此，在现有体制语境中，“一核”其实是贯彻一元化的政府治理，政府的家长主义

[13] 渠敬东：《项目制：一种新的国家治理体制》，《中国社会科学》2012 年第 5 期
[14] 管兵：《竞争性与反向嵌入性：政府购买服务与社会组织发展》，《公共管理学报》2015 年第 3 期
[15] 周庆智：《基层治理创新模式的质疑与辨析——基于东西部基层治理实践的比较分析》，载《华中师范大学学报》，2015 年第 2 期。

权威不能被质疑。所谓的“多元”就面临着被“一核”的统治或者宰制，“多元主体”其实徒有其表。由于这些多元治理主体在独立性和自主性上都存在缺陷，所以，并不存在真正多元互动与民主共治。问题的关键在于社会公共性，如社区民主自治缺乏，公众的社区参与不足。社区层面的社会公共性培育问题如若不解决，那么，上述“一核多元”治理模式就只是传统（行政化的）单位制延伸与（市场化）项目制的结合。[16]

二、城市社区治理法治化表象：翻“新”威权主义治理

在构建多元共治的社区治理格局上，“多元主体”的出现，使得原来城市社区管理模式遭遇挑战，治理法治化作为解决公共性危机的方案出现，仿佛通过法律来调整“多元主体”的治理关系，就能够形成新的社区治理模式。然而，城市社区治理法治化的种种表象底下，却始终是受制于现有体制的全能型治理逻辑，行政主导始终是这个逻辑运行的“力量之源”。因此，城市社区“多元民主治理”的法治化，只是一种经过翻“新”的威权主义治理。于是，在社区治理法治化过程中，法治的“西装”只是威权主义治理的“新衣”，旨在掩盖治理公共性缺失，同时，社区组织的“法律控制”不利于社区公共性的发育，而且治理法治化还暗藏着“政治暗杠”，最后造成了一种“运动式法治”的张力结构。

（一）从负面清单到权力清单：基层政府穿上法治“西装”

推进基层治理法治化的关键在于用法律约束政府。要把政府的权力关进制度的笼子里。于是，基层法治政府建设是推进城市社区治理法治化的重要环节。在城市社区治理中，基层政府是与社区直接对接的，并可能直接面对社区民众。如果基层政府不依法行政，如不依法定程序进行公共决策，不履行基层政府信息公开义务，不依法提供社会公共服务，不依法解决基层社区的纠纷，直接干预社区居民的自治，直接侵犯公民的财产权和人身权等，那么，就会造成公众尤其是社区民众对于基层政府的不满和不信任。因为政府不依法行政，就意味着政府权力有滥用的风险，并可能对公民权利构成威胁。法治的要义就在约束政府的公权力，来保障公民的基本权利。所以，治理法治化的重点在于政府法治化，包括政府职能法治化、政府行为法治化、政府运作程序法治化等方面。

在城市社区治理法治化中，如何划定政府与社区的权力边界，成为法治政府建设的关键问题。由于政府将大量的行政事务摊派给社区居民委员会，使得社区居民委员会过度行政化而自治功能萎缩。所以，当前法治政府建设要把政府与社区各自权力的边界划分清楚，才能够有效促进社区治理法治化，否则，权责不清容易造成政府滥用权力对社区利益造成危害。为了限制基层政府权力对社区的过度扩张和渗透，保障社区自治的权力，各地基层政府治理创新纷纷推出各种清单措施，如负面清单、权利清单、权力清单和责任清单等，以实现对政府权力的自我规制。

首先，所谓“负面清单”，是指仅列举法律上禁止的事项，对于法律没有明确禁止的事

[16] 周庆智：《基于公民权利的城市社区治理建构：对深圳市南山区“单位制式”治理的制度分析》，载《学习与探索》，2015 年第 3 期。

项，都属于法律允许的事项。负面清单作为一种国际通行的外商投资管理办法，通过否定性对列表形式标明外资禁止进入的领域。负面清单主要体现了法不禁止即自由的法治理念。[17]上海自贸区率先对自贸区的外商投资准入实行负面清单的管理模式，这模式逐渐被全国推广。十八届三中全会提出的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》，认为："实行统一的市场准入制度，在制定负面清单基础上，各类市场主体可以依法平等进入清单之外领域。"可见，负面清单管理模式，对于激发市场主体的活力、扩大市场主体的准入自由、减少政府管制具有重要意义，它实质上体现了对私法自治理念的保障和落实。

其次，所谓"权利清单"属于一种"正面清单"，主要罗列了市场主体和社会主体尤其是公民的权利。所谓"正面清单"就是法律上允许事项的列表，针对权力主体而言，它体现了法无授权不可为的法治理念，如下面谈到的权力清单。而针对权利主体而言，权利清单有助于帮助公民、企业和社会组织等市场主体和社会主体了解自身拥有哪些法律权利，而通过公民权利的主张和行使，可以有效促进政府依法办事。譬如 2009 年国家税务局就发布了《关于纳税人权利和义务的公告》，明确列举了我国纳税人依法享有的十四项权利和依法要履行十项义务。

第三，所谓"权力清单"和"责任清单"同样属于"正面清单"，主要罗列政府主要的权力和责任。"权力清单"和"责任清单"可以清楚告知公众，政府拥有哪些权力和责任，有利于规范政府权力的运行。[18]2015 年 3 月 24 日中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《关于推行地方各级政府工作部门权力清单制度的指导意见》，认为："将地方各政府工作部门行使的各项行政职权及其依据、行使主体、运行流程、对应的责任等，以清单形式明确列示出来，向社会公布，接受社会监督。通过建立权力清单和相应责任清单制度，进一步明确地方各级政府工作部门职责权限，大力推动简政放权，加快形成边界清晰、分工合理、权责一致、运转高效、依法保障的政府职能体系和科学有效的权力监督、制约、协调机制，全面推进依法行政。"可见，"权力清单"和"责任清单"是党和国家推进国家治理体系和治理能力现代化的重要举措，对于深化行政体制改革，建设法治政府、服务政府和廉洁政府具有重要意义。[19]

正是在上述简政放权，推进法治政府建设背景下，各地基层政府正在推行两份清单，来推动政府职能的转变，一份是《基层群众自治组织协助政府工作事项》，另一份是《基层群众自治组织依法履行职责事项》，前者可以说是政府的"权力清单"，后者可以是社区的"权利清单"，以此明确基层政府与社区的权力边界。但是，上述清单只不过是将原来法律中规定的权力和权利以更加明晰的方式呈现而已，但是，并未对法律本身产生改变，更不用说政府一直以来的治理理念和治理思维没有改变。于是，上述清单更多是一种具有符号意义的政策宣示，并未真正推动政府朝着法治方向进行改革，因为在原来法律框架下，公民权利就没有得到充分保障，而"清单"作为政府权力的自我规制表现，只不过是一种新的

[17] 王利明：《负面清单管理模式与私法自治》，载《中国法学》，2014 年第 5 期。
[18] 关保英：《权力清单的行政法构造》，载《郑州大学学报（哲学社会科学版）》，2014 年第 6 期。
[19] 任学婧、费蓬煜：《推行行政权力清单和责任清单制度研究——以河北省为例》，载《人民论坛》，2016 年第 2 期。

装扮，或者说只是让政府的权力整合更加有效率而已。[20]

（二）从直接登记到分类管理：社区组织发展的“法律控制”

在城市社区，社区组织主要包括社区居民委员会、业主委员会、社区社会组织等。社区组织是城市社区治理的重要参与主体。首先，社区组织是社区公众参与社区公共生活的主要载体和途径。如居民委员会是社区法定的群众自治组织，社区民众可以通过居民委员会向政府反映意见、提出要求，尽管居民委员会存在行政化倾向，但它毕竟是政府与社区居民之间联系的重要纽带。而业主委员会作为业主利益代表，是社区居民实现民主自治的另一条重要途径。为了维护物业权益，社区业主通过业主委员会实施民主的自我管理，不仅可以保障物业产权利益，而且还能促进业主之间的团结和信任关系，形成一个利益共同体和生活共同体。而社区社会组织对于社区服务、社区建设和社区管理具有不可或缺的作用，社区的公共服务、商业服务和公益服务都离不开社区社会组织参与，有的社区社会组织还是社区居民日常交往和互助帮扶的重要渠道，而且社区社会组织也有利于社区民众对于公共生活的有序参与，如社区各种兴趣社团和协会。

其次，社区组织是建构社区社会公共性的重要主体和平台。社区是一个社会生活共同体，它建立在人们对于社区的归属感和认同感基础上。社区既是信任的结果，也是生产信任的过程。社区的人们如果缺乏信任就会导致社会失范和冲突。在建立社区的信任和团结机制上，需要社会公共性。公共性是个人从其私人领域走出来，参与公共生活，并为了共同的利益和价值采取公共行动，或者参与对公共事务的商谈和论辩，并以公共理性审视公共决策，捍卫公共利益，甚至以公共精神为旨趣投身公共服务。[21]社区组织在建构社会公共性方面具有重要的意义。一方面社区组织是社区民众参与社区公共生活的渠道和途径，在社区民众参与公共生活的过程中，逐渐形成一个对社区事务进行审视和反思的公共领域，社区民众可以通过社区组织表达自己的意见和诉求，并可以通过采取集体公共行动在公共领域放大其声音，从而抵御市场和政府侵犯社区利益的行动，如邻避运动就是典型的例证；另一方面社区组织有助于社区民众的自治，社会公共性的培育离不开社会自治，没有自治就没有独立性，而没有独立性就没有真正公共精神，社区民众就会容易沦为市场诱惑和权力压迫的对象，而丧失对社会公共利益的追求。

再次，社区组织是推动社区治理法治化的主要动力和机制。当社区组织成为社区公众的利益代表、表达诉求的公共领域和采取集体行动的组织平台，社区组织就会成为推动社区治理法治化的主要动力和机制。一方面社区组织有利于公众采取合作方式来维权，如通过社区组织分享维权的法律知识、斗争策略和具体教训，有助于提升公众依法维权的法治思维和法治能力；另一方面社区组织相对于单个公民而言，具有更多社会资源和社会网络，其集体行动比个人更加具有力量，特别是在与政府或者企业谈判时，社区组织明显具有个人不可比拟的优势地位。此外，社区组织一般都有自己的宪章如市民公约、管理规约、业

[20] 周庆智：《控制权力：一个功利主义视角——县政“权力清单”辨析》，《哈尔滨工业大学学报（社会科学版）》，2014年第3期

[21] 李友梅、肖瑛、 黄晓春：《当代中国社会建设的公共性困境及其超越》，载《中国社会科学》，2012年第4期。

主大会议事规则等，可以有效约束个体行动者或者社区组织成员，从而让分散的个体能够有序建立起自我管理的组织秩序，解决个体之间的纷争，或者调节个体之间冲突，实现社会组织的整合。

十八届四中全会在《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中，提出："深入开展多层次多形式法治创建活动，深化基层组织和部门、行业依法治理，支持各类社会主体自我约束、自我管理。发挥市民公约、乡规民约、行业规章、团体章程等社会规范在社会治理中的积极作用。"同时，还提出："发挥人民团体和社会组织在法治社会建设中的积极作用。建立健全社会组织参与社会事务、维护公共利益、救助困难群众、帮教特殊人群、预防违法犯罪的机制和制度化渠道。支持行业协会商会类社会组织发挥行业自律和专业服务功能。发挥社会组织对其成员的行为导引、规则约束、权益维护作用。加强在华境外非政府组织管理，引导和监督其依法开展活动。"可见，党中央已经认识到社会组织对于法治社会建设的重要作用。于是，2016 年 8 月 21 日，中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《关于改革社会组织管理制度促进社会组织健康有序发展的意见》，提出大力培育发展社区社会组织，并提出了降低准入门槛，提供财政和人才政策的支持，政府加大向社会组织购买公共服务力度等政策措施。但是，在鼓励发展社区社会组织的同时，也加大了对社区社会组织的"法律控制"，譬如对于行业协会商会类、科技类、慈善公益类、城乡社区服务类社会组织采取直接登记等放松规制的策略，对直接登记范围之外的其他社会组织，继续实行登记管理机关和业务主管单位双重负责的管理体制。同时，《意见》还提出加强对社会组织负责人的管理、加强对社会组织资金监管、加强对社会组织活动管理、规范管理直接登记的社会组织、加强社会监督和健全社会组织退出机制等严格管理监督措施。不仅如此，《意见》还提出加强社会组织的党建工作，加强党对社会组织工作的领导。

上述党和国家对于社区社会组织采取分类管理的治理策略，表明当前社会治理法治化和社区治理法治化在很大程度上仍然贯彻着传统全能型治理模式的理念和思维，始终努力强化政府的一元化统治，并没有尊重社会组织的自治和独立性。所谓"发挥社区社会组织在创新基层社会治理中的积极作用，推动建立多元主体参与的社区治理格局"，只不过是在现有体制控制下的"多元主体参与"。若是如此，所谓"法治化"就并不可能给社会组织尤其是社区组织真正的法治保障。因为法律并不促进社会组织的自治能力和独立性，而是要抑制它们，其后果就是社会公共性培育变成"空中楼阁"，从而使得法治社会建设丧失公共性支撑而可能走向失败。

（三）从社区"减负"到社区党建：社区自治的"政治暗杠"

社区自治是社区治理的底盘。没有社区自治，社区治理就缺乏活力。在社区治理中，政府、企业、社会组织和公民都是参与治理的主体，而要建立多元主体之间的合作共治，则需要保障这些参与治理主体的独立性和自治能力。没有独立性和自治的保障，那么，社区治理就会只是一个基于管理指令的统治体系。因为没有独立的声音和异议，所有的"多元主体"都只是统治体系的"部件"，甚至"主体"本身都不存在，有的只是统治机器而已。如是，

所谓“治理”只是一个政治宣传的符号，其本身意义就会被统治体系掏空，丧失其具有的指涉功能。不过，现代社会的功能分化，确实造就了不同社会领域的分化，因此，也使得不同社会领域形成一个个具有自主性和独立性的社会空间。于是，不同社会领域自身扩张的冲动会不断向外延展，直至遇到限制自己的系统边界。所以，政府、企业、社会组织和公民都有维系自身独立性和自主性的冲动，而随着彼此之间相互冲突，才会谋求协同合作，因而真正的治理是建立在参与主体独立自治基础上的合作。

在构建多元主体参与的社区治理格局中，政府一方面需要激发治理主体的社会活力，发挥他们在社区治理中的创新能力，另一方面又需要抑制治理主体的独立性和自治能力，或者说实现对“多元主体”的管制和整合。于是，在激发社会活力与抑制独立性之间存在着张力。特别是在社区自治与政府管理之间的上述张力非常明显，并形成一个非常有意思的现象：“政治暗杠”。一方面政府试图让社区居民委员会去行政化，恢复其原来作为群众自治组织的功能。于是，有了种种为社区“减负”的努力。如在社区设立工作站、社区服务中心，通过将摊派给居民委员会的行政事务剥离并打包给社区工作站，或者通过政府购买社区公共服务而让社区服务中心来承担，甚至建立社区准入制度，譬如，浙江省 2004 年在全国率先出台了《城市社区政府工作申报准入制度实施办法》，以此限制政府行政任务摊派给居民委员会，并且这已经成为一项向全国推广的社区制度。另一方面则加强社区的党建工作，发挥党组织在基层社区的战斗堡垒作用。譬如，通过建立社区社会组织的党建工作、利用驻辖区企事业单位的党组织，逐渐在社区内建立起以党组织为核心的治理战线，并安排党员在居民委员会和业主委员会里交叉任职，以此使得党组织可以动员社区内的一切党员力量来驱动社区建设和社区管理。由此，在社区自治与政府管理之间似乎形成一个离心力与向心力的结合，但，这种结合只是表面的，因为社区自治完全受到政府的监控和控制。最终导致社区所有资源和权力都朝向一个中心——社区党组织。党组织几乎渗透每个社区治理主体中，不仅政府有党工委、而且企业和社会组织也有自己党组织，党组织就像一个“特洛伊木马”在各个治理主体内部，以此协同“多元主体”的治理，实质上是保障社区治理“政治正确”的暗杠。

在这样语境下，城市社区治理的内在逻辑貌似以“再政治化”来接替“去行政化”。虽然社区治理以清单制实现“去行政化”，如通过职责事项清单划分政府与社区的权力边界，但由于党组织和国家彼此深层相互嵌入，党组织最终要靠行政力量贯彻其自己的意志，所以，最终“去行政化”又会被“再政治化”重新导入行政力量，如社区服务站或社区服务中心就是这种行政力量重新嵌入社区的机制。其结果，可能就是行政通过再政治化而消解法治，而不是法治引领行政，使得城市社区治理法治化只是为“政治暗杠”提供制度合法性而已。

（四）从“法治总动员”到社区普法：社区治理法治化运动

我们党从革命党向执政党转变，但其治理理念和思维仍保留着革命传统，尤其政党革命运动“毕其功于一役”的思维惯性。战争思维和动员模式是我们党经历抗战、内战之后始终保留的运作模式，只有这样才能聚集最大的力量和资源实现其政治目标。于是，运动式

的治理在 49 年建政后始终是国内经济社会治理的基本样式，从“社会主义改造”到大跃进和人民公社运动，再到“文化大革命”，革命的运动理念深刻塑造体制行动逻辑。即便改革开放后，运动式的治理思维仍然常见于各种“专项整治”行动，从扫黄打黑到反腐败。通过突击行动，确实可以收到一时之功效，但却缺乏长效机制，如是，所治理的问题就不断反复，以致在乱与治之间相互循环，终究难以久安。与运动式治理不同，法治是一种常态治理，是一种日常治理。如果说运动式治理讲究奇效，出奇制胜；那么，法治则讲究长效，长治久安。然而，当前治理法治化在政府推动下，却犹如一场运动，轰轰烈烈地从国家到社会、从中央到地方、从顶层到基层、从干部到全民。[22]

在社区层面，治理法治化也表现为种种“法治总动员”与运动。首先是政府对于社区的运动式立法。譬如，从《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》到《关于改革社会组织管理制度促进社会组织健康有序发展的意见》、从《中共中央办公厅、国务院办公厅印发〈关于推行地方各级政府工作部门权力清单制度的指导意见〉的通知》到《关于中央财政支持开展居家和社区养老服务改革试点工作的通知》等中央决策，都会极大刺激地方政府运动式的立法及其实施细则的出台，由于体制层层压力推动，使得运动式的立法成为下级政府响应上级政府政策动员的表现，以致这种运动式的立法并不细致考虑地方环境和公众利益需求。其次是政府对于社区的运动式执法。譬如从“群租房整治”到“拆除社区违章建筑”，政府都是采取专项整治的突击方式来治理相关社区问题，然后，随着专项治理结束之后，问题又死灰复燃，以致在这种反复情况下相关法律的权威慢慢被消解。再次是政府对社区的运动式司法。除了进行“集中清理积案”、“集中办理涉诉信访”、“执行年”等司法运动，基层司法机关还聘请一些退休法官、退休检察官、或者法律工作者组成“社区法官”在社区设置“巡回法庭”，对社区邻里纠纷、家庭矛盾冲突及突发性群体事件进行应急处理。但是，这些过度能动的司法行动，往往让司法克制和中立不足，反而会引发司法的公信力危机。[23]最后是社区普法运动。所谓普法就是指政府采取运动式的方法集中对全体公民进行普及法律知识的活动。自 1986 年开始普法运动，至今三十年，普法运动从“一普”到“六普”并没取得很好的效果，因为公民的法律认知不在于知识的灌输，而是来自感受到法律实践的公正[24]。因此，社区普法只能给社区治理法治化添加符号价值，而并不能真正推动社区公众法治思维和法治能力的培育。

从运动式的治理走向法治，是以真正的多元主体力量相互制衡为前提，而缺乏独立自治的主体，必然使得现有体制下的治理法治化变成一场“法治化”运动。因为所有社会治理主体都被政府高度动员参与，以至于这样的法治建设，并没有尊重法治的内在发展规律，更精确地说，是没有尊重法律的独立和自治。于是，法治变成一种治理运动或者运动式治理的工具。

---

[22] 刘作翔：《关于社会治理法治化的几点思考——“新法治十六方针”对于社会治理法治化的意义》，载《河北法学》，2016 年第 5 期。

[23] 姚建宗、侯学宾：《中国“法治大跃进”批判》，载《法律科学》，2016 年第 4 期。

[24] 宋晓：《普法的悖论》，载《法制与社会发展》，2009 年第 2 期。

三、现代社区治理的基本问题及法律的作用：动力与方向

既然“一核多元”社区治理模式是传统全能型治理模式延伸和升级，这就决定了社区治理法治化的内在逻辑，不可能是一种多元主体合作共治，只能是一种威权主义治理。于是，法治成为这种治理“装饰物”。那么，社区向多元民主治理模式转变的真正动力何在？在社区层面上，法治社会建设应该朝向何种治理模式？立足于社会系统论，我们认为现代社区多元民主治理的动力是源自现代社会的功能分化。然而功能分化给社区治理带来的一个巨大困境就是社会公共性生产空间面临着功能系统过度扩张的挤压。因而法律在建构社会公共性方面具有四个方面的重要作用，分别是保障社会系统的自治、促进社会系统的反思、限制社会系统的负外部性、实现社会系统的整合。

（一）现代社区多元民主治理的动力：一种社会系统论的观察

谁在治理城市社区？谁应该拥有治理城市社区的权力？城市社区治理应该代表谁的利益？城市社区应该由谁来治理会更好？对上述问题不同回答，会导致城市社区治理主体、权力、利益和价值的不同配置模式，如从全能型治理模式到完全自治治理模式的谱系。[25]社区治理具体模式的形成并不取决于经济财富、也不取决于政治决断、更不取决于由法律判决，而是取决于社会的分化程度及主导性形式。而社会分化及其主导性形式则取决于全社会沟通运作对于世界复杂性和偶连性的处理结构。于是，现代社区多元民主治理及其法治化的动力问题，并不能简单地从对某个治理主体如政府、企业、社会组织或公民的行动分析中获得解决，而是需要从全社会化约复杂性的社会沟通切入，分析现代社会的一项基本事实——功能分化——的后果，才能说明。[26]

人类社会分化是为了解决社会沟通的复杂性问题。如果只有两人在对话，社会沟通复杂性程度就很低。但是，社会沟通的数量和规模愈来愈大，那么，社会沟通的复杂性就会愈来愈高，于是，就会出现社会分化来解决这个问题，如书面语与口语的分化、社会群体分化、阶层分化等。人类社会分化的主导性形式经历了三个阶段的演化，从原始社会的片段式分化到古代社会的层级式分化，再到现代社会的功能分化。片段式分化主要表现为地域性的群体分化，如全社会分化为不同的家庭、村庄或者部落，这时社会沟通依靠个体在场参与；而层级式分化则主要表现为社会等级或阶层的分化，如上级与下级、贵族与平民、君主与臣民，这种等级和阶层分化在社会沟通复杂性增加时可以实现对某些层级的排斥，从而降低社会沟通的复杂性，如印度的四大种姓中，只有婆罗门和刹帝利两个种姓阶层可以参与社会的政治沟通；功能分化则主要表现为全社会分化为不同的社会功能系统，如经济系统、政治系统、法律系统、教育系统、媒体系统、媒体系统、科学系统、宗教系统、医疗系统等。随着社会复杂性的增加，社会的功能分化有助提高社会沟通化约复杂性能力，因为每个社会功能系统只能进行特定的社会沟通，法律系统只能处理法律沟通，经济沟通、

[25] 夏建中：《中国城市社区治理结构研究》，中国人民大学出版社，2012 年版，第 133-275 页。

[26] 德国社会学家卢曼首先提出现代社会的功能分化问题，参见[德]尼可拉斯·卢曼：《生态沟通：现代社会能够应付生态危机吗？》，汤志杰、鲁贵显译，台北：桂冠图书有限公司，2001 年版，第 169-180 页。

政治沟通等不能进入法律系统，从而降低法律沟通的复杂性。于是，透过系统/环境的区分，每个社会系统形成了特定的社会功能，并根据系统二元编码来维持其系统功能，如法律系统就是按照合法/非法二元符码来进行法律沟通，从而实现稳定社会规范性预期的社会功能。此外，在现代社会，功能分化并不意味着片段式分化和层级式分化的消失，而只是上述分化形式的主导性地位被功能分化取代而已。[27]

现代社会的功能分化决定了社区多元治理格局。首先，社会功能分化使得社区治理主体多元化。不同社会系统的功能差异形成了不同的系统理性和系统沟通，如经济理性和经济沟通、政治理性和政治沟通、媒体理性和媒体沟通、科学理性和科学沟通等。[28]于是，在每个系统内部就形成了各自社会理性和社会沟通的担纲者，或者说是特定功能系统的社会行动者，如政治系统中的政府与公众、经济系统中的企业和消费者、大众媒体系统中的媒体机构与受众、法律系统中的法院和诉讼参与人员等。在现代社会，社区一方面是社会片段分化体现，另一方面又是处于不同社会功能系统的交织和支配中，如社区经济、社区教育、社区政治、社区法律等，都受到特定社会功能系统的涵括，因此，在社区治理上就会形成按照不同系统理性采取沟通行动的主体，即“多元主体”。

其次，社会功能分化使得社区治理机制多元化。社会功能分化使得每个社会系统只按照特定二元编码来进行社会沟通，如法律系统按照合法/非法二元符码、经济系统按照支付/不支付的二元符码、政治系统按照有权/无权二元符码、科学系统按照真理/谬误的二元符码等。[29]于是，在特定社会功能系统内，就会形成特定符码、纲要和运作组织，如政治系统的政府、经济系统的市场、法律系统的法院、教育系统的学校、医疗系统的医院等。因此，在社区治理上，处于不同社会功能系统的行动者，就会因为进行社会沟通的系统理性差异而形成不同的社会行动组织和治理机制，如是，企业与市场机制、政府与行政机制、法院与司法机制、媒体组织与信息传播机制等。所以，社区存在多元的社会组织和治理机制。

再次，社会功能分化使得社区治理客体多元化。由于每个特定社会系统只承担一项全社会的功能，所以，不同社会功能系统就只会制造维持自身功能的社会沟通。由此，形成了具有差异化的沟通主题和对象，如科学的真理、政治的权力、媒体的信息、宗教的信仰、经济的货币等。[30]如此，上述不同社会系统的沟通媒介，不仅构成了诸社会系统控制的媒介客体，而且还会制造出能被不同系统符码建构的对象，即非媒介客体，如人、自然、生态等。于是，在社区治理层面，被社会系统建构和生产的客体，就包括媒介客体和非媒介客体等多元并存的对象。

最后，社会功能分化使得社区治理需求多元化。社区是社会的缩影。它的存在离不开社会功能系统运作的支持，如社区经济、社区政治、社区法律、社区教育、社区宗教、社

---

[27] Georg Kneer/Armin Nassehi:《盧曼社会系统理论导引》，鲁贵显译，台北：巨流图书公司，2000 年版，第 143-182 页。

[28] 尼克拉斯·鲁曼：《对现代的观察》，鲁贵显译，台北：左岸文化，2005 年版，第 28-103 页。

[29] [德]尼可拉斯·卢曼：《生态沟通：现代社会能够应付生态危机吗？》，桂冠图书有限公司，2001 年版，第 59-72 页。

[30] 尼可拉斯·盧曼：《社会的宗教》，商周出版社，2004 年版，第 28-29 页。

区媒体等。社区既是社会的基础结构，又是建构社会的主体，所以，社区聚集了满足社区公众需求的各种功能性架构，如从政府到企业、从社区社会组织到社区公共领域等。社区治理需求的多元化，不仅意味着社区公众价值追求的差异和多元化，即不存在一种完全压倒性的价值诉求，同时，这也意味着公众行为表达的个性化和竞争性。

现代社会的功能分化对社区治理产生的上述后果，如治理主体的多元化、治理机制的多元化、治理客体的多元化和治理需求的多元化，不仅将增加社区治理的复杂性和难度，而且还会产生社会公共性问题，如公众对社区事务的冷漠、社区社会资本下降、公众缺乏自治能力、公共领域民粹主义泛滥等等。尤其是，现代社会的功能分化使得功能子系统具有自我扩张的倾向。为了维持社会系统的功能，社会系统会按照自身固有的运作逻辑不断扩张直至遇到系统自身的边界。其结果就是，不同社会系统之间就会产生冲突，一些过度扩张的系统会对其他功能系统造成压制，从而给人类环境、生态环境和其他社会环境带来负外部性，如经济系统的过度扩张会带来贫困化、环境污染和官僚腐败等。[31]所以，当社会功能系统产生负外部性时，就需要社会系统进行自我反思和自我规制，以抑制系统负外部性。为了保障社会系统的自我反思和自我规制，在系统内部需要形成组织化——职业领域和自发领域的功能分化，并籍由后者对于前者功能理性的过度扩张形成抵制和外部的刺激。在抵制系统负外部性的意义上，这个自发领域则构成了社会（系统）公共性得以生产的基础，如公众、消费者、社区居民等。因此，如何既保障社会功能分化而维护系统自治的同时，又限制功能系统过度扩张产生的负外部性，成为了当前社会宪治要解决的基本问题。[32]在社区治理层面，同样存在这个基本问题，解决这个问题的关键是保障社会公共性的发育和再生产。因为它是促进社会系统自我反思和自我规制的重要力量。

构建多元民主治理模式是中国城市社区治理体系和治理能力的现代化必由之路。市场经济重启了现代中国社会的功能分化进程，但是，面对功能分化带来的社会多元化挑战，中国当前体制只是做了策略性的调整，并没改变其全能型治理模式。目前体制对于社会公共性培育存在疑虑，担心社会公共性过度发展，可能对整个政府的公共权威带来危机和挑战。为了应对社会多元化挑战，现有体制一方面加强政府公共性建设，如加强社会公共服务基础建设，另一方面则加强对社会公共领域和公共性生产空间控制，如限制网络公共领域和控制社会组织发展。在这样背景下，中国地方政府提出“一核多元”治理模式，实质上是一种翻“新”的威权主义治理模式，这种治理模式通过抑制社会公共性的生产空间，来强化单中心的、一元化的和家长主义的政府治理。然而，这种新型的威权主义治理模式，面临着一个极大的困境，那就是社会公共性缺乏及其再生能力差，它主要表现为公众参与不足和参与能力差。要想真正改变当前治理模式，就必须通过法律充分保障公民权利和社区民主自治。因为只有这样才能促进公民精神和社会组织成长，才能扭转当前强国家——弱

[31] 从系统论角度对于现代社会功能分化的黑暗面的思考，请参见 Poul Kjaer, Gunther Teubner and Alberto Febbrajo, The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation, Oxford: Hart Publishing, 2011.

[32] 贡塔·托依布纳：《宪法的碎片：全球社会宪治》，陆宇峰译，纪海龙校，中央编译出版社，2016 年版，第 86-139 页。

社会的权力格局，为构建多元民主治理模式提供社会公共性基础，从而推进城市社区治理体系现代化。

（二）现代社区治理法治化的方向：基于法律功能的分析

为了回应上述社会治理的公共性危机，十九大报告明确提出了，“打造共建共治共享的社会治理格局”，尤其强调“加强社会治理制度建设，完善党委领导、政府负责、社会协同、公众参与、法治保障的社会治理体制，提高社会治理社会化、法治化、智能化、专业化水平。”而且，在社区治理方面，指出“加强社区治理体系建设，推动社会治理重心向基层下移，发挥社会组织作用，实现政府治理和社会调节、居民自治良性互动。”可见，推动社区治理体系和治理能力的现代化，必须解决社区社会公共性不足和缺乏的问题，因为社区社会公共性是实现政府治理和社会调节、居民自治良性互动的枢纽。同时，解决这个问题又需要建立在法治的基础上，没有法治保障，尤其是法律对公民权利的保障，社会公共性的发育将面临缺乏土壤，甚至遭到侵蚀和破坏。可见，公民权利保护是推进社区治理法治化的关键和方向。

从法治角度，社区社会公共性发育离不开法律对公民权利，尤其是对公民参与社区自治所需要的各种基本权利保护，如财产权、结社权、言论自由权、选举权和被选举权、监督权等等。在现代社区，社会公共性的发育并不是以否定和排斥私人利益及其权利为前提，相反，是以肯定公民的私人利益及其权利为基础。因为私人利益及其权利是激发公民为权利而斗争的动力。正如德国法学家耶林所言，公民为（法律）权利而斗争，不仅是权利人对自己的义务，同时，还是权利人对社会的义务。[33]所以，籍由公民私人利益而触发的权利主张和行使，往往形成一种为法律而斗争的行动，而这种社会行动则不断将更多的公民个体卷入，并形成一种集体性的公共力量。事实表明，中国的社区运动，尤其业主维权运动，一再表明社区社会公共性的生产是建立在公民自发性的基础上[34]，而这种自发性源自公民私人利益及其法权感。[35]如果按照当代学者哈贝马斯的观点，私人权利与公共权利，私人自主与公共自主是同源同构，互为前提，[36]那么，私人自主及其权利往往是公民走向公共自主和公共权利的“启动器”。而且，公共自主和公共权利也往往成为捍卫私人自主及其权利的“盾牌”。而“权利”之所以能保障公民的私人利益和公共利益，甚至成为公民捍卫其私人自主和公共自主的“王牌”，是离不开现代法律的功能及其作用。

在现代社会中，多元主体、多元机制、多元客体和多元需求往往产生各种冲突和矛盾。因为多元意味着差异，而差异往往带来对立和矛盾，甚至激化为各种冲突。譬如，政府希望在社区附近建设一座城市垃圾焚烧厂。尽管政府认为垃圾焚烧厂对解决城市垃圾围城困境具有重大的公共利益，但社区居民认为这座垃圾焚烧厂会对社区房产价值和居民健康带

---

[33] [德]鲁道夫·冯·耶林：《为权利而斗争》，法律出版社，2013 年版，第 1-53 页。

[34] 郭于华、沈原、陈鹏：《居住的政治：当代都市的业主维权和社区建设》，广西师范大学出版社，2014 年版，第 229-277 页。

[35] 耶林首先提出法权感这个概念，这个概念是指源自公民内心正义和良知的感情。参见耶林：《法权感》，王洪亮译，载《比较法学研究》，2002 年第 3 期。

[36] [德]于尔根·哈贝马斯：《在事实与规范之间：关于法律和民主法治国的商谈理论》，童世骏译，三联书店，2011 年版，第 106-128 页。

来危害。于是，政府与社区居民就会因为利益差异而产生冲突，居民的邻避抗争运动就是例证。无论公共利益，还是居民利益，当二者发生冲突，这样的社会冲突不是简单诉诸道德伦理规范能够解决，如要求居民为了公共利益而牺牲其私人利益。显然，在功利主义和个人主义盛行的今天，这种公共利益的道德理由是很难获得人们的支持。因此，要解决上述社区治理问题，就需要通过法律来解决私人利益与社会公共性之间的张力问题。在这个问题上，法律发挥着十分重要的功能和作用。

具体来讲，法律系统是全社会的一个功能子系统，法律的基本功能是维护人们的社会规范性预期。所谓规范性预期是相对于认知性预期而言，当预期落空，面对失望，如果对失望的现实采取学习调整态度，那么，基于这种态度的预期就是一种认知性预期。反之，则对失望的现实采取一种对抗态度，并继续保持原来的预期，那么，它就是规范性预期。[37]人类社会秩序之所以能够通过宗教戒律、道德和法律等社会规范产生，就是因为规范是一种反事实地被稳定的行为预期，如不得说谎、禁止杀人等。即便事实上，谎言和杀人行为不断出现，人们仍然抱有这样的预期。当然，法律不同于道德、宗教伦理规范，是因为它以独特的方式，来稳定人们的规范性预期。[38]在现代社会，法律的功能是不可替代的，因为全社会的规范性预期都是靠法律来稳定。

不仅如此，现代法律还发展出宪法来维持社会的功能分化和抑制功能分化的负外部性。从法律的成就来讲，这是法律系统尤其是宪法对于现代社会的重要贡献和作用。[39]它包括四个方面的重要作用：一是保障社会系统的自治。现代宪法保障各种制度和抽象个体的基本权利，如国家、企业和公民都具有自己的基本权利，并可以凭此抵抗其他体制扩张带来的干预。二是促进社会系统的反思。现代法律，尤其是宪法，为反省社会系统的负外部性提供了价值参照，而且法律系统能够与其他社会系统耦合形成共振，从而对其他系统的运作逻辑产生激扰和刺激。三是限制社会系统的负外部性。现代宪法和法律为了稳定社会规范性预期，自然需要强制措施为后盾，这种强制能力往往构成宪法和法律抑制其他社会系统负外部性的重要手段。四是实现社会系统的整合。一方面现代宪法和法律离不开其他社会环境的支撑，尤其是法律与其他社会系统的结构耦合是建立系统之间共同演化的重要基础。另一方面，宪法和法律籍由基本权利对于全社会人口进行涵括，也是保障其他社会系统涵括的重要前提。否则，其他社会系统如经济和政治产生的社会排斥，会固化社会不平等，并产生诸多社会冲突。

上述对于法律的功能及其作用之介绍，为我们进一步讨论社区治理法治化与社区社会公共性、社区多元治理结构之间的关系奠定基础。前面已经论述了通过保障公民权利，社区治理法治化对于社会公共性发育发挥着重要作用。下面我们需要围绕社区社会公共性问题，进一步探讨社区治理法治化与社区多元治理结构之间互动关系。

---

[37] 尼克拉斯·卢曼：《法社会学》，宾凯、赵春燕译，上海人民出版社，2013 年版，第 79-90 页。

[38] 卢曼对法律的功能之分析，尤其法律如何在时间、事物和社会三个维度对规范性预期进行稳定，具体参见尼克拉斯·鲁曼：《社会中的法》，李君韬译，巨流图书公司，2015 年版，第 152-192 页。

[39] 卢曼明确区分了法律的功能与成效，相对于功能，法律的成效是指法律对其环境所产生的作用。参见尼克拉斯·鲁曼：《社会中的法》，李君韬译，巨流图书公司，2015 年版，第 178-179 页。

现代社区的多元治理结构是功能分化的产物。基于不同系统运作逻辑的社会行动者构成了社区治理的多元权力结构，如国家、市场和民间社会组织。一方面，这些社会行动者会相互争夺社区社会公共性，甚至可能造成社会公共性的稀缺和不足，从而引发种种社区冲突和团结危机。另一方面，在多元权力格局中，这些社会行动者会刺激起公众对于社区公共事务的参与，因为哪里有压制，哪里就会有反抗，当公众为权利而斗争时，公众参与将成为一种新型的社会公共性发育机制。因此，在解决社区社会公共性问题上，法律需要既保障社会功能系统的自主性，又需要限制社会功能系统的负外部性。而且，法律还需要维持不同社会功能系统之间的结构耦合，以促进不同社会功能系统之间协调。最后，法律还需要保障基本权利，如公民的基本权利，尤其是公民自治的权利，以实现社会涵括和社会公共性再生产。因为没有公民权利和公民自治，就不可能形成社会公共性的生产空间和机制。

在这个意义上，法律对于社区多元治理结构发挥着十分重要的作用。具体而言，有四个方面：一是法律可以明确界定社区多元治理主体权力边界和权利边界。通过法律明确规定权力和责任、权利和义务，可以有效指引社区治理主体在法律框架内行动，从而保障社区治理主体的自治。二是法律可以为社区多元治理主体之间冲突提供纠纷解决机制。[40]当社区治理主体之间发生冲突，法院提供的法律救济程序为冲突双方（或多方）提供了解决问题的程序，使得矛盾冲突冷却在法律程序中，避免冲突的社会化和非理性化。三是法律可以为社区多元治理主体之间协调合作提供法律框架。通过法律提供社区治理主体合作的制度架构，可以实现社区治理主体的社会整合，从而减少社会冲突，增加合作带来的社会资本。四是法律可以促进社区多元治理主体的自我反思和自我规制。当法律否定社区治理主体行为合法性和合理性时，就会促使相关治理主体反思和限制其自身行为，继而避免类似非法行为的再次发生。可见，籍由法律的功能及其作用，社区治理法治化既是社区社会公共性发育的重要支柱，又是多元民主治理结构形成的重要机制。

如果说多元民主治理结构是社区治理体系现代化的目标，那么，社区治理法治化则是衡量社区治理能力现代化的重要指标。在这个目标与指标之间，社区社会公共性发育则是二者之间张力的一个核心结构问题。因为它既是多元治理结构的产物，又是支撑这种治理结构的重要资源。同样，它既是社区治理法治化的产物，如公民权利和公民自治的保障，又是社区治理法治化的结构性动力，因为当社会公共性不足，尤其公众参与不足，必将会带来法治内在民主危机，产生“有自治组织而无自治”、“有政府而无公共性”等悖论。从法律的功能来看，社区治理需要在法治、公共性和多元主体之间形成稳定的结构耦合，只有如此，才能真正推动社区治理体系和治理能力的现代化转型。在这个背景下，社区治理法治化的起点和终点都是公民权利。公民权利不仅铸造了现代社会多元主体的法律人格，而且还为现代社会的公共性再生产提供了法律保障。

[40] 姚怀生、邱小林：《论城市化社区法律纠纷的制度构建》，载《河北法学》，2016 年第 4 期。

四、结语

总括而言，社区多元治理结构、社区社会公共性和社区治理法治化已经成为当前中国城市社区治理体系和治理能力现代化的“三驾马车”。针对城市社区治理的社会公共性问题，一方面需要形成多元民主治理结构，只有形成真正的多元主体治理，才可能培育出真正的社会公共性。因为传统全能型的社区治理模式反映了一种单中心的、一元化的和家长主义的社区治理结构，这种结构不能真正反映出社区的真实利益需求，反而，往往容易抑制公民自治和公众参与。相反，真正多元民主治理结构，有利于促进不同利益需求的表达和竞争，从而更好的刺激公众参与和公民自治。另一方面也需要推进社区治理法治化，来抵制社会系统扩张带来的负外部性，充分保障公民权利和公民自治，否则，过度扩张的政治系统和经济系统会产生社会排斥，固化社会的不平等，从而造成不同社会行动者在各种系统导控下对于社会公共性的争夺和侵蚀。在推进社区治理法治化过程中，需要真正发挥法律的功能和作用，这意味着社区治理法治化的真正方向，不是制造各种“法治符号”，而是要强调对公民权利的保障，形成真正的“法治意义”。只有这样，才可能真正让公众，尤其社区公民，透过法律来形成一种将私人利益转化成为公共行动的力量，而这种力量恰恰是社会公共性的真实体现。只有真正解决上述公共性问题，才可能进一步支撑多元治理结构的发展和社区治理法治化之间的良性互动。

论单位治理的流变与国家权力的关系变迁

刘丽媛[1]

【摘　要】随着国家权力不断下沉到基层社会，近现代化的中国基层社会治理经历了从主张乡村自治到实现单位治理的历史变迁过程。单位是新中国成立后建立起来的基层社会的基本构成单元，当时的经济、社会和政治生活都是通过单位这种组织方式来治理1社会的，国家基层渗透权力不断增强，单位治理是指单位作为治理主体对基层社会的公共事务进行管理和秩序维护的过程。单位治理的运作一方面与国家权力相互依赖，另一方面又与国家权力具有一定的张力。改革开放之后，国家权力开始慢慢回退，单位治理的困境得到一定的消解，同时单位治理也随之发生了转变。

【关键词】单位、治理、国家权力、法律治理

引言

在世界现代化的历史潮流和中国的内忧外患下，清末民国以来，在“国家政权建设”的历史背景下，国家权力不断下沉。单位治理的形成过程伴随着国家主权的建立过程，在这个过程中，国家汲取资源的能力和基层渗透能力不断提升，国家权力不断向基层社会渗透，在单位治理的运作实践中达到了顶峰，国家基层渗透权力得到了全面强化，即所谓的总体性社会和全能主义社会。当代的中国的法治建设是从单位社会开始起步的，在新中国最初四十年的单位社会中，单位替代了法律的作用，这种僵化的体制在改革开放之后慢慢得以放松，单位承担的多样化职能还给国家和社会，市场经济的发展创造了更多的社会活力，国家治理不再单纯依靠单位，而是走上了法治化的道路，国家治理需要现代化、法治化，国家开始更多地强调要保护公民的权利。

但由于历史的惯性和路径依赖，中国的计划经济和单位制度不过 30 年，但对其的改革在 40 年后的今天还在进行中，单位治理虽然在国家政权建立和现代化建设初期发挥了重要作用，当下的中国仍处在从依靠单位的治理到依靠法律的治理的变革之中，这也是当前改革进入深水区需要着重攻的“坚”、克的“难”，因此对单位治理历史流变的梳理，同时为当下进一步深化改革和法治国家建设提供历史背景和传统资源，同时也为当下的法治困境提供另一种解释。可以说，“单位治理”是当代中国法治建设的起点，也是当代中国法治困境的源头，当前中国的国家治理和法治建设当然离不开对“单位治理”作深入的历史性探讨。笔者试图用历史的长镜头探寻单位治理的历史流变与国家权力关系的逻辑变迁，这对当代中国的法治困境具有重要启示，而且对单位治理和国家权力的关系作深入的探讨，对推进当下的国家治理体系和治理能力的现代化也具有重要意义。

---

1 刘丽媛（1990-），女，南京大学法学院博士生，研究方向为法理学、法社会学

一、国家权力的下沉与单位治理的生成

中国古代有一个长期的乡村自治的历史传统，在西方入侵之前，在“皇权不下县”的制度框架下，帝制时代的乡村社会基本上处于一种自治的状态，在血缘和地缘基础上形成的自然村落由族长或士绅实行自我治理。一县之长除了管理赋税和司法纠纷的事务外，其他事情几乎一概交给乡村社会的自然单元——家族。大多数学者都认为古代中国是上下分治的双轨制治理，中国古代的治理体系由两部分组成：一个是由皇权控制的上层管制系统，一个是由地方族长或乡绅控制的基层管制系统。[2]即所谓的由官治与民治形成的双轨制统治模式。这种乡村自治的状态一直延续到了明清时期，明清时期中央集权加强，这个时期地方社会的突出特征是乡绅在乡村治理中作用的凸显。清代的乡村自治是“以代表皇权的保甲制度为载体，以体现族权的宗族组织为基础，以拥有绅权的士绅为纽带而建立起来的”[3]，但把这种乡村自治的自然状态作为统治口号提出来并予以正式制度化是在清末。清末民初，受西方自治思想的影响，当政者把地方自治作为现代国家政权建设的重心，从此国家权力开始介入乡村社会亲自来推行乡村自治，作为几千年处于自治状态的乡村社会也因而染上了国家权力的色彩。

（一）从村落到单位：单位治理雏形的出现

单位最早的雏形产生于农村革命根据地，[4]因此有必要先来考察一下近代以来乡村社会的变革。西风东渐下 20 世纪初的中国发生了翻天覆地的变化，在内忧外患的统治危机下，想要富国强兵，建设现代化的国家政权，就必须向西方学习，光绪末年和宣统初年清政府开始学习西方，实行新政和预备立宪，废除了科举制度，尤其是西方自治思想的传入，反映到了清末乡村治理结构的变化上，清政府逐渐涉足乡村自治领域。1908 年，宪政编查馆奏呈《城镇乡地方自治章程》，规定实行乡镇自治，地方自治运动就此兴起。但清末统治者推行地方自治只是稳固自身的统治的手段。接着建立的中华民国开始真正向现代民族国家建设迈进，国父孙中山是地方自治思想的信奉者，他把地方自治视为强盛统一国家的当然基础，在他之后的继承人也不得不扛起“自治”的大旗，但大多仅有“自治”之名，渐失“自治”之实。继任的袁世凯在 1913-1914 年废除省、县两级的自治方案，采取了区、村两级的地方行政制度，即在县下设置其规模大体与传统的乡相仿的行政单位——区，作为基本行政单位。这就突破了几千年“皇权不下县”的传统，首次在县以下设置基层地方政权，“皇权”下县了，“区”成为基层的正式行政机关。每个县有 4-6 个区，各区的首脑实际上是县政府

[2] 参见张静：《社会治理为何失效?》，载《复旦政治学评论》2016 第 1 期，第 233 页。

[3] 于建嵘：《清末乡村皇权、族权和绅权的联结》，载《探索与争鸣》2003 年第 3 期，第 47 页。

[4] 一般都认为单位形成于 50 年代初期，而单位的雏形出现在红色革命根据地时期。学者路风认为“在共产党根据地的制度结合进新中国的社会体制的过程中，由供给制所体现的（革命队伍的）组织原则和分配方式实际上也以各种形式在公共部门中被继承下来。这一点对理解单位体制的起源极为重要”，参见路风：《中国单位体制的起源和形成》，载《中国社会科学季刊》1993 年第 4 卷总第 5 期，第 94 页。学者吕晓波认为共产党革命战争时期根据地的供给制和小公经济，使工作场所具有了经济和福利功能，“作为功能实体的单位在共产党的政治和社会体制下出现了雏形”，参见吕晓波：《小公经济：单位的革命起源》，载田毅鹏等：《重回单位研究：中外单位研究回视与展望》，社会科学文献出版社 2015 年版，第 4-16 页。学者薄大伟认为“单位制度最早出现在延安阶段的后期，是在需要动员群众去满足革命战争的经济和军事需求的环境中，作为中国社会主义治理运作的主要领域而产生的”，参见（澳）薄大伟：《单位的前世今生:中国城市的社会空间与治理》，柴彦威等译，东南大学出版社 2014 年版，第 60 页。

任命的官员而非社区选举出的代表。[5]这样国家的行政机构设置就由 19 世纪帝国时期的中央、省、县三级正式机构变为民国时期的中央、省、县、区四级制度。区的下面是自然村，“村中设村民会、村公所、息讼会及监察委员会，负责行政、司法、监察与福利等事宜”，[6]这表明国家权力下沉到乡村社会，并加强了对乡村社会的控制。这时的村虽然名义上还保有自治性质，但其实是官治主导下的“自治”，只是补充官制的不足的一种手段。

1928 年南京国民政府颁布《县组织法》，主要是仿阎锡山在山西推行的村制，县以下的区、乡（镇）、闾、邻各组织“更多的属于行政组织的性质，而不是真正意义上的自治单位”，[7]就是将乡村自治法律化，通过重新的行政编制管理把自然村强制纳入政府可控范围之内。乡村自治组织已经被执政者纳入国家官僚体系，自治与官治的界限已然不在了。国家权力逐步侵入基层社会，中央和地方两个分立的权威系统逐渐靠近，近代地方社会治理逐渐纳入官治的历史，同时也是地方权威不断官僚化的过程。30 年代南京政府的地方政府就经历了这一过程，官治回归，蒋介石设置行政督察区制度和分区设署制度，他把县政府裁局改科，还用保甲制度替代了乡镇、闾、邻组织，这些都强化当局对县政的控制。1934 年又制定了《改进地方自治原则》，定乡、镇、村为一级。1939 年蒋介石提议新县制，公布《县各级组织纲要》，其实只是将此前国民政府实施县自治、办理保甲制度的各种法律制度综合在了一起，所谓的“新”县制只是规定了县、乡（镇）自治团体“法人”的法律地位，其实并未得到贯彻实施。这些政策规定都带有某些自治色彩，但大都形同虚设，没有得到贯彻实施，特别是 1928 年以后国民政府的乡村治理实践与孙中山的地方自治思想越来越远离，国民党的基层社会控制不断加强，乡村的自治组织没有什么自主权，乡村社会在国家权力的控制和渗透下逐渐丧失了自治的空间。“民国 20 年代至 30 年代初的乡村自治就是要织一张细密的网，将一村、一家、一人都固定在这张网上，以便控制。”[8]1934 年行政部在全国范围内推行保甲制度，复归的保甲制度不再像清代通过乡绅间接控制乡村社会，而是毫无障碍的直接作用到每一户，这种机制使得国家权力的触角已经伸到了乡村社会。

除了国民党政府领导下的乡村外，这个时期的乡村还包括共产党领导的苏区、抗日革命根据地和解放区。在国民党在统治区域开展乡村自治的同时，共产党在“武装割据”的战略下，在其占据的农村革命根据地创出了单位的雏形。中国共产党在革命根据地的治理实践对建国后建立起来的单位制具有直接的影响，特别是延安时期（1935-1947）在陕甘宁边区独特的治理实践，如供给制的实行和允许机关进行生产活动，军政单位在中央财政体系下保留一部分独立财权，并经营自身的集体利益，而且尤其在经济困难时期在改善成员生活方面发挥了重要作用。[9]当时的生产单位称为“小公（家）”和“大公(家)”，这种新的“公家”不同于传统的家庭模式，传统儒家的家庭观念包含等级制及对长辈和祖先的道德责任感，而“公家”的提倡是为了表达忠诚于党的革命队伍及其革命目标。但二者也有类似功能的延

[5] 参见（美）费正清等编：《剑桥中华民国史》第二部，上海人民出版社 1992 年版，第 370 页。
[6] 赵秀玲：《中国乡里制度》，社会科学文献出版社 1998 年版，第 64 页。
[7] 周联合：《自治与官治：南京国民政府的县自治法研究》，广东人民出版社 2006 年版，第 115 页。
[8] 徐祖澜：《绅权与国家权力关系研究：从明清到民初》，社会科学文献出版社 2017 年版，第 155 页。
[9] 参见吕晓波：《小公经济：单位的革命起源》，载田毅鹏等：《重回单位研究：中外单位研究回视与展望》，社会科学文献出版社 2015 年版，第 13 页。

续，比如公家承担了集体福利和安全保障功能，就像传统的家庭为成员提供慰藉、保护和安全；小公家和大公家的联系就像传统国是家的放大版。这就等于是把私人领域拉入公共领域，使二者发生重叠，并模糊其边界，传统的家庭在很多方面指导了新式单位的结构和功能，这种移用重新确认了集体身份和集体照顾其成员的职责，这两点正是中国传统家庭生活的特征。这样，基层单位就变成了社会主义中国的“家”，“小公家”（即基层单位的雏形）变成“大公家”（即中央政府的一部分）。[10]总之，革命根据地的这一系列制度实践直接推动了单位雏形时期的形成，影响了 1949 年以后的单位制度。

以上的历史考察表明，从清末到民国时期，随着国家权力不断下沉到基层乡村社会，中国的基层社会治理结构发生了根本性的变化，由于国内外危机四伏，清末以来当政者提倡的“乡村自治”已经面目全非，面对日本侵华战争的民族危机，乡村自治看来并不能完成建立民族国家政权的历史使命，也许当务之急是通过何种方式把全国人民组织起来以抵抗外国侵略者以保卫民族独立。从清末到民国一直面临着两难，清朝末年的专制统治者不愿推行改革，改革者又没有能力建成一个统一的新型现代国家。单位是共产党在农村革命根据地创造的新的组织发动民众的方式，似乎起到了很好的作用，但接下来的一个问题是，为何在根据地建立起的单位模式能够在共产党接管城市后能够迅速在城市社会中建立起来？

（二）从农村到城市：单位治理的形成

单位治理在城市的形成有赖于两个因素的共同促成：一方面是共产党农村包围城市革命路线，接管城市后的治理模式不可避免地会受到共产党在革命根据地生产单位的治理方式；另一方面是国民党的城市治理格局为建国后城市单位制的形成奠定了基础。如此看来，一方面是乡村社会地方权威的官僚化，另一方面是城市社会的组织化，这两者合在一起为单位体制的建立奠定了社会结构基础。

早在 19 世纪末，士绅创办的慈善机构和商业领袖就日益承担起市政管理的主要责任。新型商会出现以前，地方政府就授权传统的城市组织承担市政府的某些工作，而且从某种专门的职责过渡到一种普遍的责任。[11]可见政府依靠半正式行政组织进行城市社会治理的模式早已有之。民国时期新型商会组织在政府的支持下成立，劳动力和社会组织形式在城市的工业化进程中出现，其实传统的以家庭为中心的社会组织早已转变并适应城市现代化和工业化的需要，同乡会伴随着从农村到城市的工人在城市中建立起来，这些工人后来依靠更为成熟的帮派和贸易行会的组织形式被安排到工作场所的，而且城市中原有的公司也是新儒家形式的公司，这些社会组织都体现了传统集体导向的儒家家庭结构的某些方面，这些新的社会结构保留了以集体主义为导向的实践和传统家庭的伦理取向。[12]虽然建国后建立的社会保障网络单位提供的具体福利不同于 1949 年前工厂提供的福利，但这种实践

[10] 参见（澳）薄大伟：《单位的前世今生：中国城市的社会空间与治理》，柴彦威等译，东南大学出版社 2014 年版，第 49-50 页。

[11] 参见(美)费正清等：《剑桥中华人民共和国史：1966-1982》[M]，李向前等译，海南出版社 1992 年版，第 362 页。

[12]参见（澳）薄大伟：《单位的前世今生:中国城市的社会空间与治理》[M]，柴彦威等译，东南大学出版社 2014 年版，第 60 页。

将旧体制下由工作场所负责满足工人各种各样的需求延续到了新的体制下。民国城市中的行会、帮派和企业都用儒家家庭及其伦理作为支持。家庭的形象在这里再次出现，工会就通常被描绘成“工人之家”。

学者卞历南将单位制度广义地界定为占据主导地位的行政体制，在这个意义上，他把单位追溯至抗日战争时期国家建设的努力，抗日战争造成的危机使国民党统治者通过创立一个新的国营企业制度实现了国家行政官僚机构的合理化，国营企业建立了官僚式的治理结构，确立了具有鲜明特征的管理与激励机制，并且为企业职工提供社会服务与福利设施。与此同时，国民党统治者将这些国营企业都称为单位。抗日战争时期最终使得包括国营企业在内的政治、经济以及行政组织机构获得了单位之名称。[13]

在旧中国的城市社会中，不仅存在资本主义的经济关系，还存在大量传统的和前资本主义的经济关系和社会势力，“这些社会势力与官府相勾结，利用帮会、宗教、师徒、同乡和迷信团体等传统社会关系控制着基层劳动组织。”[14]其实清代的地方治理就已经依靠当地非官方的人群与组织，如地缘社区、宗族、商人或工匠的行会等。[15]新中国的工作单位作为新的社会基层组织正是取代了 1949 年前一些城市中的组织，之前的行会、同乡会、家族、黑社会、互助会等被取缔或改造，通过摧毁所有这类非国家组织团体，国家扩大了其直接权力。

为了适应中国现代工业化的要求和组织民众的需要，国家权力需要汲取更多的资源，在苏联高度集中的计划经济的指导下，新中国的领导者实行“组织起来”和“包下来”的政策。单位组织的建立是为了适应中国实现工业化、现代化的要求和组织民众的需要，正如毛主席 1951 年发表的“组织化”宣言里所说的那样，“我们应当进一步组织起来。我们应当将全中国大部分人组织在政治、军事、经济、文化、及其他各种组织里，克服旧中国散漫无组织的状态。”[16] 1956 年社会主义改造基本完成后，中央“对地方政府与中央政府的企业分管权限作了界定，形成了条块分割的基本格局。由单一工厂制、条块分割为主要特征的中央计划经济体制初步形成”。[17]计划经济时期的行政机构设计是实行中央、省（直辖市）、地区（市）、县、公社（乡镇）加大队（行政村）制度，这样单位就在全国建立了起来。国家权力从此空前下沉到每一个作为社会基本单元的单位之中。

单位治理的形成还伴随着国家通过的一系列政策和法律制度的构建。1958 年，全国人大常委会通过《中华人民共和国户口登记条例》，规定每个公民的迁徙都必须经过迁出和迁入所在地公安机关的批准，由此形成了户籍制度。这种户籍制度限制了农村人口向城市的流动，城市的单位制更加固化了。除此之外，国家还颁布了一系列的文件来界定事业单位的含义，如 1963 年 7 月 22 日《国务院关于编制管理的暂行办法（草案）》，1965 年 5 月 4 日《国家编制委员会关于划分国家机关、事业、企业编制界限的意见（草稿）》等。而且

[13] 参见(美)卞历南：《制度变迁的逻辑：中国现代国营企业制度之形成》，浙江大学出版社 2011 年版。
[14] 路风：《中国单位体制的起源和形成》，载《中国社会科学季刊》1993 年第 4 卷总第 5 期，第 99 页。
[15] 参见（美）罗威廉：《最后的中华帝国：大清》，李仁渊、张远译，中信出版社 2016 年版，第 41 页。
[16] 毛泽东：《中国人民大团结万岁》（1949 年 9 月 30 日），《毛泽东选集》第 5 卷，人民出版社 1977 年版。
[17] 杨晓民、周翼虎：《中国单位制度》，中国经济出版社 1999 年版，第 103 页。

从 50 年代到 70 年代初，并非纯粹的企业办社会，而是企业与国家共同办社会。70 年代单位开始全部地负担职工的生老病死和一切福利，单位成员对单位开始产生全面的依赖性。文革的一个重要后果就是诞生了标准的单位社会。企业办社会实质上是国家办社会。[18]

总之，单位的产生是在国家政权建设的历史背景下伴随着国家权力的不断下沉逐步形成的，在这个过程中，中国的基层社会治理结构发生了根本性的转变，经历了从清末以来当政者提倡的“乡村自治”到中国共产党在历史和实践基础上创造的“单位治理”的历史变迁过程。这一重大历史过程，从时间上看，是清末以来中国基层社会从上半叶的乡村社会发展到下半叶的单位社会；从空间上看，中国共产党的这种治理模式的发展路径是从乡村带入城市然后又返过来影响了乡村的治理。

二、国家权力的强化与单位治理的运作

单位治理在中国的现代化建设初期发挥了重要作用，在建国后到改革开放前的三十年左右的单位社会中，国家基层渗透权力得到了全面强化，单位作为准行政组织替代了法律的作用，行使着政治、经济和社会的各种职能，即所谓的总体性社会。[19]所谓“单位治理”，就是指当时的经济、社会和政治生活都是通过单位这种组织方式来治理社会的，即单位作为治理主体对城市社会的公共事务进行管理和秩序维护的过程。“单位治理”包括内部治理和外部治理，其中单位的外部治理主要表现为纵向的单位与上级行政机关的治理关系。单位的内部治理指单位的团体组织与单位人之间的治理关系，这里对单位人作广义理解，包括领导干部、普通职工和由单位人组成，这些团体组织包括单位里作为权力中心的党组织和行政组织，还有一些辅助组织，如工会、妇联、共青团等。单位内部的这些党政组织对单位人的管理是基于其与单位外部上级机构的垂直关系，因此单位的内部治理与国家权力有密切联系。“单位治理”就是在上述多元主体基础上形成的以单位为基本社会单元的社会治理模式以及由此形成的社会秩序。单位是国家与个人之间的中介，单位治理与国家权力的关系是，一方面，单位是政府和国家的代理人，承担着许多政府职能，国家权力依赖单位治理以组织个人和整合社会，也同时国家权力赋予单位所需的人、财、物、权力，使得单位拥有国家所赋予的某种特权，进而实现了对基层社会的治理，因此，单位治理与国家权力具有制度上的双向依赖关系。另一方面，单位还要负责维护单位职工的利益，并在其管辖领域内形成了一种所谓的单位主权，[20]即单位治理的分散性、封闭性和自主性在客观上与国家权力在实践中形成了某种张力。但是，单位治理仍处在国家权力的笼罩之下。

（一）单位治理与国家权力的相互依赖

单位是新中国成立后建立起来的基层社会的基本构成单元，也是当代中国社会经济和政治生活的基层组织形式。单位治理的形成与国家权力密不可分，单位治理的运作同样与

[18] 杨晓民、周翼虎：《中国单位制度》，中国经济出版社 1999 年版，第 68-70 页。

[19] 参见孙立平、王汉生等：《改革以来中国社会结构的变迁》，载《中国社会科学》1994 年第 2 期，第 47 页。

[20] 单位主权就是单位在国家调控体制的背后，拥有一种独立于国家控制之外或者是潜藏在控制体系之下的优势地位，它构成了处理单位内部问题和对外交往的规则。参见刘建军：《单位体制生命力衰减的根源及其后果》，载《文史哲》2000 年第 6 期，第 106-107 页。

国家权力密不可分。英国学者迈克尔·曼在其《社会权力的来源》一书中把国家权力划分为专制权力和基础权力两个维度，用来分析国家能力的强度，[21]其中基础权力也译为国家基层渗透权力。在单位治理的模式下国家权力对基层社会的渗透力达到了无以复加的地步，国家基层渗透权力不断加强，最终造成了单位治理与国家权力的双向依赖关系：一方面国家权力依赖单位治理以组织整合个人，另一方面单位治理依赖国家权力得以进行运作，二者相互依附。

单位具有多样化的功能，它是经济功能、社会功能和政治功能的合一，是一种全能性或全权性的组织。在中国，各单位根据国家政策，为其终生雇佣的职工提供各种社会保障和福利的服务，对职工及其家庭的福利负全责，单位几乎包办了单位职工及其家属的全部福利，因为在单位之外，人们也无法从其他地方获得这些福利。这种种安排使单位人获得了一种单位身份，这种身份带来的是权利甚至一种特权，就业身份在很大程度上决定了个人作为劳动者的公民权利，虽然每个人的权利因个人职位和工作单位的级别而不同。单位治理还是国家权力进行行政管理和政治整合的依托。作为国家对社会直接行政管理的组织方式，单位还负责旅行许可、退休金、户口、婚姻、卫生、工作调动、个人档案、身份证明等社会公共事务。国家权力在单位中还安置着各种相互重叠的政治组织，比如，党组织在每个单位都有自己的支部，国家安全部门也在各个大大小小的单位中设立了保卫部门。不仅如此，一切非官方的组织都被禁止。对国家而言，单位承担着大部分的政府职能，单位发挥的功能和作用其实是替政府担忧，政府通过单位实现社会治理，单位是最基层的行政单位，政府的命令通过单位下达到每一个家庭每一个人。

单位是最低一层的行政组织的组成部分，从单位到中央，所有的组织在结构上具有同质性。从政府与单位的关系看,单位处于国家权力的末端，是地方政府的延伸，是最小的行政单元，政府与单位之间可以看作是一种委托-代理关系。单位的领导机构是中央政府的延伸机构，它的主要职能就是贯彻中央的方针政策。从这个角度看，单位可以说是一种“非正式政府”，政府与单位之间是命令与执行的关系，单位也因而具有了类似政府的管理角色，是政府的“代理人”。它分担着一般政府职能、社会-政府职能、政治-政府职能等三大类政府职能，作为国家机器的“附属物”，单位执行着将党和各级政府的决策通过带有自己业务特色的工作传输给职工的任务。政府通过各行各业的单位实现了对广大社会成员有效而全面的管理。[22]

单位承担着大部分的政府职能，也因而充当了国家与个人关系的中介和代理人。单位是国家和个人联络的通道，特别是单位的政治信息传输功能使得单位成为“上情下达”的端点和“下情上达”的起点。[23]总之，单位是国家权力作用于个人的中介，单位似乎仅仅是国家管理民众的一种组织手段。国家权力对单位治理的上述依赖决定了单位治理对国家权力的依赖。单位治理对国家权力的依赖首先体现在单位进行治理所依凭的人、财、物、权力

[21] 参见(英) 迈克尔·曼：《社会权力的来源》(第 2 卷·上)，蒋文芳译，上海人民出版社 2015 年版，第 69 页。
[22] 参见朱光磊：《“单位”的政府职能及其分解》，载《江海学刊》1994 年第 2 期，第 49 页。
[23] 参见朱光磊：《当代中国政府过程》，天津人民出版社 2002 年版，第 310-311 页。

都是国家自上而下赋予的，具体来说，单位的劳动者是国家分配的，单位必须接受国家劳动人事计划的指导，单位的领导是上级安排的，单位治理的物质资源是国家投入的，单位被统一纳入国家财政预算，单位具有一定的行政级别和国家赋予的特权。

在劳动人事方面，单位在招收职工方面受到国家计划指标的严格限制。单位制的建立与建国后颁布一系列劳动法规和政策有直接关系。国家采取了“包下来”的政策，还限制了单位解雇其职工，国家担负起了直接分配劳动力的职责。单位按照国家规定依工龄来计算职工的待遇。单位治理所需要的物质条件也是国家安排的，单位资产是国有的，单位其实是国家资产代理人。单位靠国家财政投入资产和划拨经费，单位没有被赋予明确的财产权，上级主管部门是真正的产权拥有者，决定着所属单位的命运。因此，单位和个人都要依靠国家权力来获得所需的生活资料和社会权利。

单位治理对国家权力的依赖还表现在政治上的依赖。单位治理对国家权力在政治行政上的依赖是更具本质性的。单位具有一定的行政等级，使得单位具有国家行政组织的特性，单位是一种“准行政组织”，单位治理成为了“国家行政组织网络中的基本环节”。[24]既然单位作为国家行政管理的组成部分，自然也就归属于条块管理体制。每一级单位都存在着横向与纵向的管理，多种隶属关系和机构设置形成了条条分权和块块管理，即同级政府的横向管理和来自上层的垂直管理，所有的单位都被纳入行政的条块分割中，每个单位都有其所属的主管部门或挂靠单位。单位的权力是通过外在的国家权力赋予的，单位治理的合法性其实来源于国家权力的授权，因此导致“国家行政体制的变动、动荡陷入混乱，会造成单位的行为缺乏合理的规范”。单位的权力是国家政权用行政授权的方式予以制度化的，这种权力不仅受到授权者的严格控制，而且还会因授权者的多样化而被多方分割。[25]单位权力的有无和大小也都取决于国家权力，“参与治理的各种各样的社会行为体和市场行为体，其权力是由国家赋予的，或者，在极端情况下是会被国家夺走的。当这些被委托的治理形式失败时，国家将不得不收拾残局，或许还将为失败承担责任。”[26]

单位治理对国家权力在人财物和政治上的依赖也导致了单位人对国家权力的依赖。单位领导是上级行政机关根据法律制度规定任命的，因此单位的管理人员和专业技术人员具有“国家干部”的身份，单位负责人要对“条条”或“块块”上的党政领导机关负责。单位人的身份和地位取决于他所在单位的行政隶属关系以及该职工在行政系列中的位置，因此单位只有提高自身行政序列的位置，才能合法地改善单位职工的待遇，单位领导的职务级别也才能够得以晋升。对于单位人来说，他们与单位领导的关系一方面是雇主与雇员的关系，另一方面也是政府官员与国家公民的关系，所以当单位职工服从单位党政领导的时候，他们同时也在服从国家的政治统治。单位人的晋升、工资增长、工资之外的福利待遇都由单位领导决定。在这种单位制下，单位人全方位地依附于他们的工作单位：在经济上和社会地位上依附于企业、在政治上依附于工厂的党政领导、在个人关系上依附于车间直接领导，

[24] 路风：《中国单位体制的起源和形成》，载《中国社会科学季刊》1993 年第 4 卷总第 5 期，第 128 页。
[25] 参见李路路、王奋宇：《当代中国现代化进程中的社会结构及其变革》，浙江人民出版社 1992 年版，第 111 页。
[26] （美）B. 盖伊·彼得斯：《治理：关于五个论点的十点想法》，邵文实译，载《国际社会科学杂志（中文版）》2019 年第 3 期，第 14 页。

而且“工人们通过企业来满足需求的部分越大，外部的选择越少，他们的依附性就越大”。[27]单位人对单位的依赖，其实质单位人是对国家的依赖。

由此可见，单位治理的各要素都与国家权力密不可分。单位治理其实是国家权力在单位里的延伸，它造成的最直接影响是单位对国家权力的依附，以及个人对单位的依附，而且这种依附是制度性的。国家通过对单位的资源分配和权力授予拥有了直接控制单位的权力，单位治理的合法性来源于国家权力的授予，反过来单位也承担了重构新政权合法性的重要责任。总而言之，国家权力对单位治理的依附，依赖于单位治理对国家权力的依附，正是先有了国家权力借助单位治理作为其实现国家治理的手段，才造成了单位治理对国家权力严重依赖的客观结果。单位治理与国家权力之间相互依附，相互融合，二者是一种相互依附的双向依赖关系。

（二）单位治理与国家权力之间的张力

单位治理对国家权力的依赖是国家权力积极进行制度设计的结果，但是在这种正式制度下还潜藏着单位治理与国家权力之间的一种潜在的张力，这种张力源于单位治理的分散性、封闭性和自主性，单位治理与国家权力之间的张力具体表现在三个方面：即单位治理的分散性对国家权力的消解作用，单位治理的封闭性对国家权力的防御作用，以及单位治理的自主性对国家权力的抗拒作用。

首先，单位治理具有分散性，这对国家权力产生了消解作用。政府将经济和行政权力下放到每个基层单位，每个单位就相当于一个小经济体，单位的权力很大，能够独立自主地管理本辖区内的经济活动。可见，全国一盘棋的单位治理模式，在当时的实际条件下很难完全实现，国家权力就不得不赋予地方一定的自主权，[28]可见，在计划经济体制下国家的权力也是分散的。单位被政府赋予了相当程度的自主权，因此国家权力就被一个个网格化的单位慢慢分解了。单位治理获得了相对自主的主权地位，即“单位主权能够为其提供一种非制度化的权威机制，甚至潜伏着局部消解国家权威体制的力量”。[29]单位不仅是分散的，而且它们之间互不沟通，蜂窝式状态下的单位将社会分割为互不沟通的部分，每一个单位都相当自足，人财物实际上成为了单位的“私产”。各单位在经济上相互独立，没有分工和交换，单位就是国家权力对社会生活几乎所有方面实行管理所依赖的组织结构，“这种组织结构一旦生成，便会有自己的生命，自己的运行逻辑，甚至追求自己的、而不是最高公共权威的利益”。[30]单位治理的分散性还表现在政党两大系统在单位治理中的权力争夺。这种争夺有两个方面的表现：一方面是外部性的分散性，指单位作为最基层的行政网络，其上面的上级领导系统是多线条的，这呈现为一种漏斗式的结构，单位作为最终的执行者，其上的决策者的来源是分散的、多元的。另一方面是内部性的分散性，指单位内部的行政力量和政党力量对单位内部权力的争夺，[31]这就导致了单位治理的内部分散性。单位的分散

[27] （美）华尔德：《共产党社会的新传统主义——中国工业中的工作环境和权力结构》，龚小夏译，牛津大学出版社 1996 年版，第 13-16 页。
[28] 参见孙立平、王汉生等：《改革以来中国社会结构的变迁》，载《中国社会科学》1994 年第 2 期，第 61 页。
[29] 刘建军：《单位体制生命力衰减的根源及其后果》，载《文史哲》2000 年第 6 期，第 107 页。
[30] 李强：《国家能力与国家权力的悖论》，载张静主编：《国家与社会》，浙江人民出版社 1998 年版，第 21-22 页。
[31] 参见刘建军：《单位中国：社会调控体系重构中的个人、组织与国家》，天津人民出版社 2000 年版，第 222 页。

性，加上单位之间互不沟通，这种地区封锁和部门分割，使得这种分散的地方经济体在范围和内容上逐步扩大，造成了对统一公权力的消解，而这也就造成了单位治理对国家权力的潜在的消解作用。

其次，单位治理具有封闭性，这对国家权力具有防御作用。单位治理的封闭性包括内部上单位空间的封闭性和外部上单位之间的不可流动性，单位的封闭性在外在物理空间上表现为城市里的一个个独立的“单位大院”。单位大院是中国城市的基本空间单元，把单位的这种物理上的封闭性表露无遗，使得每个单位都“与世隔绝”，单位间几乎是“老死不相往来”，一个单位只有与上级的纵向交往，没有单位之间的横向流动。单位大院由此造就了一种相对闭合的“自由空间”，单位在这个意义上成了一种封闭的“王国”，具有了某种相对独立性。当单位被赋予维系个人生活的种种权力之后，单位之中就不可避免地出现了家长制作风，在封闭的单位空间中，单位中的领导干部就像“家长”一样地守护着单位人。单位里的人员出入都要登记，单位的这种封闭性也使得单位具有信息优势，单位之所以能够有效实现内部治理，正是由于单位具有的信息优势。作为政府的代理人，单位总是有意或无意地对上隐瞒某些信息，并且利用其对单位内部信息的垄断来谋求自身的利益，尽可能多地争取国家的资源投入。“单位在资源输入这一问题上对国家的依附是‘显性’的，而单位在资源垄断这一问题上对国家的抗拒是‘隐性’的”，中国在制度与组织上的政治集中化和在行为与心理上的政治分散化同时存在，[32]单位所具有的相对于上级的信息优势，在某种程度上使得单位逐渐处于国家权力的控制之外。[33]可以说，单位治理的封闭性就犹如一道屏障，对国家权力的入侵和控制产生着某种防御的效果。

最后，单位治理具有自主性，这对国家权力产生了一种抗拒作用。单位治理的自主性源于单位处于国家和个人之间的中介性质。其实，中介不仅仅是一个搭桥拉线的辅助和润滑，它作为独立的通道，自身也发挥着独立的作用，这就是中介的双重性。单位作为中介就具有这种双重属性，作为国家和个人之间的中介，单位不仅能够自上而下地传导国家权力，同时也能够自下而上地对国家权力产生一种抗拒，单位“对本身事务有相当的自主权，却又在社会结构中不具有独立地位。它可以把社会冲突传达到体制内，从而将企业职工与国家体制联系起来，它也可以把社会的利益紧张局限或化解于单位内，从而阻止社会冲突进入国家政治。由于这个中介体的双重角色，国家和民众的联系呈现间接而又不稳定的形态”。[34]单位追逐自身的利益虽然在当时的总体性体制下是被抑制的，但单位作为中介的双重性使得单位具有了某种选择的自主性，单位可以在这一上一下的国家和个人之间去隐性地追求自身的利益。单位本身的自主性使得单位治理也天然地具有了自主性。

单位治理的自主性表现在单位人所具有的自主性上以及由此产生的单位治理的灵活性。中国社会是向来是关系取向的，以至于“关系学”在中国成为一门独特的学问，[35]作为

---

[32] 参见刘建军：《单位中国：社会调控体系重构中的个人、组织与国家》，天津人民出版社 2000 年版，第 293 页。

[33] 参见李猛、周飞舟、李康：《单位：制度化组织的内部机制》，载《中国社会科学季刊》1996 年第 16 期，第 146-147 页。

[34] 张静：《阶级政治与单位政治——城市社会的利益组织化结构和社会参与》，载《开放时代》2003 年第 5 期，第 115 页。

[35] 参见杨美惠：《礼物、关系学与国家——中国人际关系与主体性构建》，江苏人民出版社 2009 年版。

一种微型“社会”的单位内部单位中仍然保持着强烈的关系取向，有着复杂的关系运作，费孝通先生所谓乡土社会中的的“差序格局”依然是单位社会中的基本结构。[36]在单位社会里存在一种实用主义的人际关系网络和隐藏于正式制度之下并实际起作用的行动策略，比如，单位职工采取拉关系的手段，试图让领导干部在分配资源的过程中采取特殊主义，然后用对领导的个人效忠作为回报。“派系结构是对权威结构的侵蚀力量”，[37]这种传统人际交往规则对国家的正式制度和规则产生了一定的消解作用。

单位治理的自主性还表现在单位治理所具有的灵活性和有效性上。虽然国家制定有一般的政策，但在实践中，这些碎片化的政策不可能统一适用于所有的单位，单位实际上往往能够根据上级要求的基本精神和自己的实际情况实施自己独特的社会政策，可见，单位拥有相当的空间灵活地执行国家的政策。单位里的普通职工对领导干部的依赖，既有基于国家制度安排形成的法定权力，更有基于单位内部利益分化和伦理关系而形成的软权力。[38]在国家权力延伸到单位之后，单位就拥有了某种权力，单位的领导干部就可以以党、国家以及人民的名义拥有对各种机会和资源分配的权力。单位对单位人因此形成了一种弥散性的权力，单位里真正有权力的决策机关是代表党政当局的组织和个人。特别是在国家权力的控制力微弱的时候，“单位自治化正式开始于‘文化大革命’以后中央政府控制机构弱化的时期”，[39]当政权机制不能良性运行的时候，单位会实行自治化管理，这也是单位体制得以发展成熟的时期。比如，最初的工资计划由国家劳动部门统一管理，单位无权自主决定，但后来一系列的政治运动使得国家无力正常地调整工资，这也使得单位在工资分配上享有越来越多的权力。单位治理的灵活性可以看作是与国家权力构成了一种“双向治理关系”，“双向治理关系就是政策制定单位在对执行单位保持远距离掌舵的遥控关系的同时，也允许执行单位反过来引导政策制定单位的决策活动，也承担决策咨询功能”。[40]国家整合民众是通过单位实现的，多数的政治调解是在基层单位中进行的，相比单位，国家在这一整合中的主导乃至控制作用，事实上比想象的有限得多。单位在承担政府职能的过程中通过非正式渠道有效地化解纠纷，因此单位治理在解决冲突上其实比国家更有效。

总之，单位治理的运作与国家权力具有紧密的联系。单位治理一方面与国家权力之间具有制度上的双向依赖关系，但是单位治理却在另一方面也试图获得一种独立于国家权力的自主权，单位治理的分散性、封闭性和自主性使得单位治理和国家权力之间存在着一定的张力。其中前一方面是一种自上而下的国家-单位-个人的路径，后一方面则更多地表现为一种自下而上的个人-单位-国家的路径，这两种正反路径在单位治理中同时存在。但不管是自上而下，还是自下而上，它们都使得国家权力在单位治理的运作过程中不断地得到彰显和放大，其共同的结果是单位治理对国家权力更大的依赖。因此，单位治理作为国家权力的延伸，不可能形成对国家权力的制约，单位治理始终缺乏对国家权力的制度抗衡。

---

[36] 参见李汉林：《中国单位社会：议论、思考与研究》，中国社会科学出版社 2014 年版，第 354 页。
[37] 刘建军：《单位中国：社会调控体系重构中的个人、组织与国家》，天津人民出版社 2000 年版，第 235 页。
[38] 参见刘建军：《单位中国：社会调控体系重构中的个人、组织与国家》，天津人民出版社 2000 年版，第 214 页。
[39] （韩）丁夏荣：《中国的组织文化——单位家族主义》，载田毅鹏等：《重回单位研究：中外单位研究回视与展望》，社会科学文献出版社 2015 年版，第 127 页。
[40] 毛寿龙、李梅、陈幽泓：《西方政府的治道变革》，中国人民大学出版社 1998 年版，第 293 页。

单位治理的背后其实是国家权力在发挥作用，所以注定了单位治理不可能实现真正的自主与自治，单位治理始终处在国家权力的笼罩之下。

三、国家权力的收缩与单位治理的嬗变

单位治理是国家权力注入单位之后形成的治理模式，单位进而获得了对单位范围内的事物享有的自主决定权，因而获得了某种自主性。但是由于单位治理的合法性是建立在国家权力的基础上，虽然单位治理表面上具有一些自主性，但它是在国家权力的框架内形成的有限“自主”，并没有反抗国家权力的目的。单位治理的背后是单位里代表国家的党政权力在起作用，单位治理其实是一种披着国家权力外衣的国家治理的一部分，所谓的单位治理其实是国家权力在“单位王国”里的治理。单位更是变成了国家的行政工具，是国家用来组织个人和整合社会的一种组织手段。这也因此造成了国家权力的过于强大和法律约束的严重不足，而且几乎不存在一定的纠错机制，能够制衡国家权力的力量微乎其微。单位治理的非理性运作造成了严重的后果，而这对国家治理的稳定性和长期有效性都是不利的。

（一）单位治理的困境

单位是在现代国家政权建设的任务下探索出的有效的组织形式，在国家政权建立之后国家进一步把单位治理制度化，作为整合社会、汲取资源进行社会主义现代化和工业化建设的重要手段，在这个过程中，国家的基层渗透权力不断得到加强，单位治理体制虽然在社会主义工业化建设中发挥了重大作用，但这种治理模式的弊端也日益显现出来，造成了许多治理的难题。

单位组织不是一个具有真正独立性的社会组织，“国家的权力授予决定了单位自主权的大小和范围”，[41]这使得单位依附于国家权力，单位承担了政府的一些职能和提供社会服务，使单位具有了行政功能，国家还行使企业管理权力，[42]同时，在单位制下，个人只能通过单位获得自身生存发展所需的资源，单位对个人生活的这种全面支配在客观上造成了个人对单位的依附，国家依靠单位的这种治理作用实现了对整个社会的治理，这其实又导致了国家权力对单位治理的依附。在这种依附体制下的政府、单位和个人都不具有了独立性。所以对法治的建设阻力很大。单位人和单位对国家权力的等、靠、要，政府的不作为、不主动承担责任，似乎已经在单位治理模式下埋下了种子。

单位依附于国家、求取国家权力的庇护表现出一种根深蒂固的非独立性特征，单位对国家权力的管控非但没有予以反抗，反而成为其借以获得更多分配资源的工具，即单位接受政府的各种保护和按照政府制定的计划得到各种资源，并获得某种身份特权，而这些都是单位体制之外的人所无法取得的各种社会生活权利。特定个人的权利没有独立的法律意义，个人只有通过单位才能行使个人权利并得到保障。个人权利和组织权利是混杂在一起的，个人权利其实淹没在了组织权利之中。就业场所的政治功能不断膨胀，人们按照阶级出身和政治表现划分政治地位，单位社会的阶层分为干部、工人、农民三个等级，前两者

[41] 李路路、李汉林：《中国的单位组织:资源、权力与交换·序》，生活书店出版有限公司 2019 年版，第 8 页。
[42] 参见路风：《中国单位体制的起源和形成》，载《中国社会科学季刊》1993 年第 4 卷总第 5 期，，第 109 页。

具有某种特权是相对于广大农民来说的，后者没有进入城市社会的就业权和相关的众多经济福利。而且单位人的权利是建立在国家权力赋予的基础上，个人权利的确定要得到一个官方权威的认定，并不是现代意义上得到法律保障和贯彻的人权，这个只能在实践中由作为个人参与政治过程的主要场所并掌握了个人的全部档案和记录的单位来执行，而独立于单位之外的法律程序对这个过程不起任何作用。[43]因而也不是能够防止国家成为专断独行的支配性力量，也就无法制约国家强制力、进而阻止国家的非法干涉，制衡机制的缺乏使得这种有限的权利也无法得到最后的法律保障。

单位之间是横向闭合的独立组织，因此无法形成跨单位的联合体，在单位之上是更高级别的上级单位，单位之间只有纵向的上下级关系，几乎没有横向的交往和沟通，单位因而被禁锢在国家政权的行政序列之内，这使得单位无法与国家权力相抗衡。在典型的单位体制时代，在单位之外几乎不存在国家认可的其他组织，国家与社会的高度重合，形成了“单位办社会”的现象。[44]在这种“单位办社会”里，单位之外不存在任何合法性的组织，个人完全被封闭进了相对孤立的单位之中，所以个人参与政治不得不通过单位的渠道，其结果是造成了单位治理对国家权力的全面依附。国家同样依赖单位治理来实现对社会的重组和治理，国家通过单位干预社会，通过单位动员组织群众进行政治运动，造成了对一切法制的轻视、仇视心理。[45]社会的大部分领域被单位政治占据，“中国的体制是一种国家控制社会的体制”，[46]这种政治体制不容许以公民权利为本位的社会存在。“强国家、弱社会”历来是描述中国国家与社会关系模式的经典表述，国家机构完全控制着社会。

而且各个单位之间在经济上相互独立，没有分工和交换，这也不利于维系一个统一的社会，经济上的分割削弱了中央权威对社会的控制，造成了公共权威的整体危机，这种公共权威的危机的原因是政府权力过大的制度后遗症，是公共权力过分扩张的结果，是国家权力对社会生活几乎所有方面实行管理所依赖的组织结构。“由于国家需要依赖基层单位承担公共管制责任，这实际上加强了单位的公共权力比如立‘法’（土政策）权力，它不能不妨碍主导整合的力量——比如统一税制、统一立法、统一司法和执法权力的扩展，即通常学者所说的“普遍主义”规则的扩展。”[47]这就造成了对国家统一公权力的消解。

（二）单位治理的嬗变

要想走出单位治理的困境，必须从国家权力的自我革新开始。因此国家不得不推行改革，国家权力不断从单位治理中的有些领域中退出，经济上实行社会主义市场经济，社会保障福利交给社会，单位体制由此不断消解。改革开放之后，国家权力慢慢放开管制之手，社会的自由流动资源不断从单位中流出，单位承担的过多的功能逐渐还给国家和社会，通过实行社会主义市场经济和进行经济体制改革，单位治理的僵化体制在改革开放之后慢慢

---

[43] 参见路风：《中国单位体制的起源和形成》，载《中国社会科学季刊》1993 年第 4 卷总第 5 期，第 123 页。

[44] 指依靠国家的力量和单位组织本身的功能，在单位内部通过一个微型社会的构建，为人们的交往提供便捷的渠道、制度化的媒介和严格的规则。参见刘建军：《单位中国：社会调控体系重构中的个人、组织与国家》，天津人民出版社 2000 年版，第 189 页。

[45] 参见路风：《中国单位体制的起源和形成》，载《中国社会科学季刊》1993 年第 4 卷总第 5 期，第 100 页。

[46] （美）李侃如：《治理中国：从革命到改革》，胡国成、赵梅译，中国社会科学出版社 2010 年版，第 202 页。

[47] 张静：《个体与权威：如何建立二者的联系？》，载张静主编：《国家与社会》，浙江人民出版社 1998 年版，第 187 页。

得以松弛甚至解体，市场经济的发展创造了更多的社会活力，国家开始更多地强调要保护公民的权利，所谓的公共领域也不断形成，市民社会开始兴起，中国的社会结构发生了很大的变化。

个体从依附性的单位人变为独立性的社会人。在单位治理下，单位人不是责任主体，单位对个人承担无限责任而个人基本上不承担责任。[48]改革开放以来越来越多的人从单位体制中解放出来，1985 年开始实行居民身份证制度，使个人从单位里解放出来。其实单位人的自主性早就在幕后行动中表现出了一种叛逆的反依附性，但这种幕后的自主性始终是幕后的、非正式的，因而不具有正当性，一旦被发现，总是被取缔，但在资源有限的社会条件下，单位人为了追逐自己的私利，造成单位里的机会主义比比皆是。这种基于人性的自主性是无法被根除的，在大公无私的话语体系下只是被隐藏了，等到时机成熟，它还是会浮出水面。因此，在后单位社会中，大量的私营经济、外资经济和个体工商户出现，单位治理仅局限在了公有经济范围内。

相应地，单位作为法律主体也变为单位人作为法律主体。单位治理下是把单位作为一种法律主体，单位要对国家权力负责。“国家是权力主体，组织（单位）则在一定程度上成为责任主体，成为国家责任的代理人。”[49]单位作为责任主体，承担着公共责任，它同时也给予单位以权威地位，地方秩序极大地依赖单位对地方的这种治理责任。单位里的权力实际上是由单位中的领导所拥有的，而单位的领导大多数并不是通过选举产生的，而是由上级领导委派或任命的，这也说明单位组织是“他主”的而不是“自主”的，单位中的权力来自于上级，上级领导的承认是单位权力产生的条件，这是一种自上而下的权力赋予，而不是一种自下而上的认可和拥护，国家权力在单位里的实施是一种“他治”。国家对单位具有无限的责任，单位对个人也具有无限的责任。但是单位的这种责任的边界十分明确，只限于本单位的内部，具有空间辖域上的限定性。单位的无限责任对于单位人来说是一种庇护，单位是职工的责任者、代表者和协调者。[50]当单位作为‘减压阀门’不起作用，单位无力解决利益配给或无力阻止冲突时，利益冲突才可能达到更高一级的层次。当个人都从单位体制中脱离出来，就变成了原子化的个人，个人不再有单位的庇护，要保护个人权利就需要法律切实保护个人作为公民的权利。面对日益强大的国家能力，国家公民权利保障的国家政权建设任务将是一场国家的自我革命。

治理模式要从依赖单位治理到依靠法律治理。在单位社会中，单位替代了法律的作用。单位替代法律成为国家对社会进行直接行政管理的组织手段。[51]中国的法治建设正是从单位治理社会的模式开始僵化而不得不改革下开始起步的，改革开放之后国家权力的运作不再单纯依靠单位治理，而是走上了法治化的道路。在农村，人民公社解体后，国家在县以下建立乡镇政府，在村级设立党支部，大大加强了国家的基层渗透能力。但是，根据迈克

[48] 参见路风：《中国单位体制的起源和形成》，载《中国社会科学季刊》1993 年第 4 卷总第 5 期，第 103 页。
[49] 孙立平、王汉生等：《改革以来中国社会结构的变迁》，载《中国社会科学》1994 年第 2 期，第 55 页。
[50] 单位对个人的庇护作用表现在：单位人把自己的责任交给单位，单位对单位人一切负责；单位协调个体间、个体与群体间的利益关系，单位负责纠错、协调和解决利益冲突；单位回应个体需求，负责解决其问题；单位对外代表着其职工的利益。参见张静：《通道变迁：个体与公共组织的关联》，载《学海》2015 年第 1 期，第 54 页。
[51] 参见路风：《中国单位体制的起源和形成》，载《中国社会科学季刊》1993 年第 4 卷总第 5 期，第 118 页。

尔·曼的观点，高基层渗透权力和高专断性权力是危险的，因此需要在保持基层渗透权力的前提下降低国家的专断性权力，国家权力本身的运作也要法治化，包括立法、执法、司法整个过程的权力运作都要合法化、理性化，这是政治现代化和现代政治文明的必然要求。要改变政府习惯性推卸责任的做法，改变公与私混杂在一起的状态，要明确国家的义务和权力，[52]改变过去造成的对行政当局的不信任，而这些都需要法治。

单位治理与法治之间也存在一定的张力。单位体制使“社会生活逐渐被纳入到一个严密的行政组织网络，同时也使法律难以发展成为国家控制社会的主要手段”。[53]单位工龄不是国家法令所规定的，单位文化侵蚀着国家正式制度，单位制下单位人的行动策略也对法治有一种消解作用。单位治理与市场经济也是相矛盾的，单位社会“不是市场机制和合法的契约关系，而是在国家政权保护下的党和工人群众的特殊上下关系”。[54]作为社会基层组织普遍形式的单位，不同于在市场环境中成长起来具有自治权的组织。作为单位典型形态的国有企业，也不是资本主义意义上单纯的经济组织。单位制下的雇佣关系，也不是一种市场关系，劳动力的分配和工资制度都是由单位的上级机构国家机关决定的，一经分配，终身雇佣，劳动者个人不具有自由选择和交换的权利。[55]因此，市场经济的健康发展也离不开法治保障。

中共十八届三中全会提出要“推进国家治理体系和治理能力现代化”，十九届四中全会再次强调。而国家治理现代化关键在法治，法治化就要减少单位不必要的职能，培育新的社会组织，鼓励自生自发的社会秩序的形成，要把单位体制和体制之外的社会事务统统纳入法治的轨道上来。国家必须越来越多地以其他的国家-社会互动结构来取代终生隶属于单位管理的模式，包括发展能够管理社会行为和裁决资源分配争端的法律体系，基层越来越多的主动权限制了高层渗透地方，从地方获得支持和资源的能力，国家也正在与它允许建立的非国家组织分享对许多活动的管理权。[56]同时还要培育市民社会，实现国家与社会的良心互动，实现国家治理能力的法治化、现代化。既然单位治理作为治理方法不可能消失，就必须把它限制在一定的范围内，而且要置于法治的框架之下。随着近年来新单位制的出现，[57]单位治理模式的回潮，提醒我们同时要防止单位治理的扩大化趋势，要依靠法治来限制国家权力的过度扩张。

---

[52] 路风：《中国单位体制的起源和形成》，载《中国社会科学季刊》1993 年第 4 卷总第 5 期，第 112 页。
[53] 路风：《中国单位体制的起源和形成》，载《中国社会科学季刊》1993 年第 4 卷总第 5 期，第 101 页。
[54] 路风：《中国单位体制的起源和形成》，载《中国社会科学季刊》1993 年第 4 卷总第 5 期，第 105 页。
[55] 李路路、王修晓、苗大雷：《‘新传统主义’及其后——‘单位制’的视角与分析》，载田毅鹏等：《重回单位研究：中外单位研究回视与展望》，社会科学文献出版社 2015 年版，第 63 页。
[56] 参见（美）李侃如，见前注[46]，第 315-316 页。
[57] 参见李威利：《新单位制:当代中国基层治理结构中的节点政治》，载《学术月刊》2019 年第 8 期。

走向乡村善治——健全党组织领导的自治、法治、德治相结合乡村治理体系研究

高其才[1]

【摘　要】《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度 推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》提出构建基层社会治理新格局；健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的城乡基层治理体系。健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系，是在总结我国乡村治理实践基础上提出的，是我国乡村社会治理从政策管理式到依法自治式再到自治、法治、德治“三治”结合式发展的结果。这是完善乡村治理体系、巩固党在农村的执政基础、满足村民美好生活需要、实现乡村全面振兴、推进乡村社会进步、实现国家均衡发展的内在要求；应当从治理体系、治理方式、治理功能、治理体制、治理重点、治理目标等方面理解和把握其构成要素。这一乡村治理体系具有自治型治理、融合式治理、整体型治理、转型态治理、合作型治理、本土化治理、嵌入性治理、发展式治理、协商性治理、共识型治理等特点。这一乡村治理体系面临乡村治理组织不完善、乡村治理能力比较弱、乡村治理体系欠健全等现实挑战；需要正确处理村民自治与法治的关系，发挥乡村治理的内生动力与外在力量的双重作用，重视城乡人口双向流动治理问题。需要重视乡村治理制度建设，特别是加强乡村治理领域法律的制定和完善、规范村党组织书记兼任村民委员会主任、规范以村民小组或自然村为基本单元的村民自治试点、完善村规民约的备案制度等。在实践路径方面，应当总结村组治理实践经验、适度推行乡村治理试点、吸纳乡村固有治理资源、重视乡村社会智慧治理、注重乡村治理共识凝聚、发挥乡村人才积极作用、大力发展乡村社会组织等，以走向乡村善治。

【关键词】乡村；善治；自治；法治；德治

乡村治理是我国国家治理、社会治理、基层治理的重要组成部分，是发展农业、稳定农村、保护农民权利、维护乡村秩序、推进乡村发展的保障。中华人民共和国成立后特别是改革开放40多年来，我国在长期实践的基础上逐渐形成了一条适合我国国情的中国特色乡村治理体制，探索了党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系，为走向乡村善治奠定了坚实的基础。

我国第一次提出“法治、德治、自治融合”议题的是中共中央、国务院于2017年6月12日印发并实施的《关于加强和完善城乡社区治理的意见》。这一意见指出城乡社区是社会治理的基本单元，为了促进城乡社区治理体系和治理能力现代化，必须注重发挥基层群众性自治组织基础作用，充分发挥自治章程、村规民约、居民公约在城乡社区治理中的积极作用，弘扬公序良俗，促进法治、德治、自治有机融合。

---

[1] 作者简介：高其才，清华大学法学院教授，法学博士，博士生导师。
本文系研究阐释党的十九大精神国家社科基金专项课题“健全自治、法治、德治相结合的乡村治理体系研究”（批准号：18VSJ064，首席专家：高其才）的阶段性成果。

党的十九大报告则明确提出了“健全自治、法治、德治相结合的乡村治理体系”。2017年10月18日，习近平总书记在代表第十八届中央委员会向大会作的报告《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利》中旗帜鲜明地提出实施乡村振兴战略，创造性地提出“加强农村基层基础工作，健全自治、法治、德治相结合的乡村治理体系”。这是中国特色乡村治理体制理论创新和实践创新的结果，标志着中国特色乡村治理体制的形成。

而中共中央、国务院《关于实施乡村振兴战略的意见》（2018年1月2日公布并实施）更指出：“乡村振兴，治理有效是基础。必须把夯实基层基础作为固本之策，建立健全党委领导、政府负责、社会协同、公众参与、法治保障的现代乡村社会治理体制，坚持自治、法治、德治相结合，确保乡村社会充满活力、和谐有序。”这进一步强调了乡村治理的“坚持自治、法治、德治相结合”。

2019年6月，中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《关于加强和改进乡村治理的指导意见》进行了进一步的完善：“坚持把治理体系和治理能力建设作为主攻方向，坚持把保障和改善农村民生、促进农村和谐稳定作为根本目的，建立健全党委领导、政府负责、社会协同、公众参与、法治保障、科技支撑的现代乡村社会治理体制，以自治增活力、以法治强保障、以德治扬正气，健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系，构建共建共治共享的社会治理格局，走中国特色社会主义乡村善治之路，建设充满活力、和谐有序的乡村社会。”

2019年10月31日中国共产党第十九届中央委员会第四次全体会议通过的《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度 推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》提出构建基层社会治理新格局；健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的城乡基层治理体系。

本文主要从走向乡村善治角度，总结健全党组织领导的自治、法治、德治相结合乡村治理体系的提出历程，讨论健全党组织领导的自治、法治、德治相结合乡村治理体系的重要价值目标，探讨健全党组织领导的自治、法治、德治相结合乡村治理体系的构成要素，分析健全组织领导的自治、法治、德治相结合乡村治理体系的内在特质，提出健全党组织领导的自治、法治、德治相结合乡村治理体系的现实挑战，把握健全党组织领导的自治、法治、德治相结合乡村治理体系的的关键议题，思考健全党组织领导的自治、法治、德治相结合乡村治理体系的制度完善，探究健全党组织领导的自治、法治、德治相结合乡村治理体系的实践路径，从总体上理解健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系，把握当代中国乡村融治的乡村治理体制，走向中国乡村的善治之路。

一、健全自治、法治、德治相结合乡村治理体系的提出历程

健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系，是在总结我国乡村治理实践基础上提出的，有着深刻的历史、社会、政治、法律因素，是我国乡村社会治理从政策管理式到依法自治式再到自治、法治、德治“三治”结合式发展的结果，是走向乡村善治

的必要途径。

中国固有社会是一个有着独特治理结构的社会，[2]国家的治理结构由皇权为中心自上而下的正式官僚组织体系和以地方士绅、宗族族首为中心的民间权威系统等两种权威和力量维系。在这一由“绅权和皇权主导的乡村治理格局中，乡村社会有自身的治理规则、治理领域和治理逻辑，是一个完全意义上的乡村政治系统。”[3]国家官僚体系的统治力量没有完全沉入乡村社会，“正式的皇权统辖只施行于都市地区和次都市地区……出来城墙之外，统辖权威的有效性便大大地减弱，乃至消失。”[4] 乡村社会的治理与秩序主要依靠乡绅、宗族等民间权威进行自治，这些“地方权威并不经由官方授权，其所依赖的支持系统主要来自于地方社会，由一系列相互配套的地方性制度保证。”[5]

清末民初开始了近代中国的乡村治理变革。清末民初，在富国强兵目标的指引下，国家力图建立一整套全新的组织系统来进行乡村治理，以乡地保甲、区乡行政、地方自治为主要内容的新政运动使固有的乡村治理体系受到了根本性的冲击和改变。现代国家的逐步建构和全面深入乡村，其面对的是一个传承已久的乡村治理体系和乡村秩序。因此，国家为了完成政治整合、资源汲取、社会动员、身份认同等宣示国家在场的建构任务，必将通过建制化的政治手段重建国家权威的组织及制度在乡村的嵌入。[6] “国家政权建设是指国家通过官僚机构的下沉，加强对基层社会的渗透和控制从而将分散、多中心的、割据性的权威体系，逐步转变为一个以现代国家组织为中心的权威结构的过程。”[7] 随之，我国的乡村治理出现了全新的样态。

1949 年中华人民共和国成立后，乡村治理进入了政策管理式的崭新历史阶段。新中国建国初期，在农村地区主要根据党和国家的政策进行土地改革，其后主要进行合作化的探索和实践，经历了一个从互助组到初级农业生产合作社、高级农业生产合作社，再到人民公社的历史演变过程。[8]乡村治理可以概括为“政社合一”的模式，治理结构体现为人民公社—生产大队—生产队，是“以乡为单位的农村集体经济组织，与乡政府的合一，实际上就是乡政府行使管理农村经营活动的权力”。[9]人民公社体制的形成是新中国社会主义建设探索的一部分。中共中央于 1958 年 8 月颁布的《关于在农村建立人民公社问题的决议》形成了“政社合一”的乡村治理模式，其措施为小社并大、转为人民公社，要求“组织军事化、行动战斗化、生活集体化成为群众性的行动”。[10]根据这一决议，全国各地很快就建立了人民

---

[2] 对中国固有的乡村社会，有的论者指为“吏民社会”，参见秦晖《传统中华帝国的乡村基层控制：汉唐间的乡村组织》，载黄宗智主编《中国乡村研究》第 1 辑，商务印书馆 2003 年，第 2-39 页；有的论者指为“官督绅办”社会，参见项继权：《中国乡村治理的层级及其变迁——兼论当前乡村体制的改革》，载《开放时代》2008 第 3 期，第 77-87 页。

[3] 徐勇：《中国农村村民自治(增订版)》，三联书店 2018 年，第 279 页。

[4] [德]马克斯·韦伯著，洪天富译：《儒教与道教》，江苏人民出版社 2000 年，第 93 页。

[5] 张静：《基层政权:乡村制度诸问题》浙江人民出版社 2000 年，第 26 页。

[6] 高成军：“国家的空间再造与社会边界：乡村治理中的基层政权建设”，载《贵州大学学报（社会科学版）》2019 年第 4 期，第 98 页。

[7] 张静：《基层政权:乡村制度诸问题》浙江人民出版社 2000 年，第 44 页。

[8] 高其才、池建华:“改革开放 40 年来中国特色乡村治理体制：历程·特质·展望”，载《学术交流》2018 年第 11 期，第 67 页。

[9] 陈锡文等：《中国农村制度变迁 60 年》，人民出版社 2009 年版，第 17 页。

[10] 《中共中央关于在农村建立人民公社问题的决议》（1958 年 8 月 29 日）。

公社。从 1958 年到 1978 年，我国乡村治理以人民公社体制为核心，以“一大二公”为特征，[11]

1978 年党的十一届三中全会开启了农村围绕经济体制的改革，确立和推行家庭联产承包责任制、统分结合的双层经营体制。从经济改革开始的乡村改革也事实上改变了原有的“政社合一”乡村体制。

1982 年我国的乡村治理进入了一个新的依法自治的历史阶段。1982 年 12 月 4 日《宪法》修订后所确立的基层群众自治制度，明确以“村民自治”的形式将乡村“政社分设”的探索予以宪法化、规范化和制度化。自此，村民自治成为“政社分设”后的乡村治理模式。扩大农村基层民主，实行村民自治，是中国共产党领导亿万农民建设有中国特色社会主义民主政治的伟大创造。[12]

为具体落实宪法关于村民自治的规定，1987 年 11 月 24 日第六届全国人民代表大会常务委员会第二十三次会议通过并于 1988 年 6 月 1 日起试行《村民委员会组织法（试行）》，这为乡村治理的村民依法自治提供了直接的法律保障。该法明确规定农村村民实行自治，由村民群众依法办理群众自己的事情；村民委员是村民自我管理、自我教育、自我服务的基层群众性自治组织，办理本村的公共事务和公益事业，调解民间纠纷，协助维护社会治安，向人民政府反映村民的意见、要求和提出建议。在全面总结改革开放 20 年来乡村治理的实践经验和《村民委员会组织法（试行）》实施 10 年来的村民自治实践经验的基础上，第九届全国人民代表大会常务委员会第五次会议于 1998 年 11 月 4 日修订通过并于公布之日起实施了《村民委员会组织法》。该法强调村民委员会实行民主选举、民主决策、民主管理、民主监督。此后，以推进村民自治为目标，全国各地根据实际情况制定了《村民委员会组织法》的实施办法，也专门制定了村民委员会的选举办法。进入新世纪后，乡村社会发生了较大的变化，为此，第十一届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议于 2010 年 10 月 28 日对《村民委员会组织法》进行了修订。修订后的《村民委员会组织法》对乡村治理进行了进一步的完善。《村民委员会组织法》对于发展农村基层民主、维护村民的合法权益具有重要意义，从法律上为我国乡村治理提供了保障。

此后，我国不断探索乡村依法自治的进一步完善。2012 年 11 月，党的十八大报告再一次明确指出乡村治理的目标是“健全基层党组织领导的充满活力的基层群众自治机制”，2013 年的《中共中央 国务院关于加快发展现代农业 进一步增强农村发展活力的若干意见》（2012 年 12 月 31 日公布）进一步明确为“建立健全符合国情、规范有序、充满活力的乡村治理机制”，从而为我国乡村治理进一步指明了完善的方向。

针对乡村的发展变化，浙江省桐乡市于 2013 年率先提出了推进社会管理“德治、法治、自治”建设，并于 2014 年推向了浙江全省。[13] 从 2015 年开始，中央有关农村的文件在重

---

[11] “一大二公”是指人民公社第一规模大、第二公有化程度高。

[12] 关于改革开放 40 年来中国特色乡村治理体制，详可参见高其才、池建华:“改革开放 40 年来中国特色乡村治理体制：历程·特质·展望”，载《学术交流》2018 年第 11 期，第 64-76 页。

[13] 参见桐委发〔2013〕42 号《中共桐乡市委 桐乡市人民政府关于推进社会管理“德治、法治、自治”建设的实施意见》（2013 年 9 月 30 日）。

视“自治”的基础上，更加强调“法治”、“德治”在乡村治理中的积极作用。2015 年的《关于加大改革创新力度加快农业现代化建设的若干意见》在“围绕做好‘三农’工作，加强农村法治建设”部分专门强调推进农村法治建设。2016 年的《关于落实发展新理念加快农业现代化实现全面小康目标的若干意见》更是明确将“法治”与“自治”结合起来，必须“依法开展村民自治实践，探索村党组织领导的村民自治有效实现形式。深化农村社区建设试点工作，完善多元共治的农村社区治理结构”，积极发挥村规民约在乡村治理中的积极作用。此外，这一规范性文件还明确提出了加强“德治”在乡村治理中的功能和作用。由此，我国的乡村治理进入了自治、法治、德治“三治”结合式的新阶段。

2017 年 6 月 12 日，中共中央、国务院发布的《关于加强和完善城乡社区治理的意见》进一步强调了法治、德治、自治的有机融合。这一意见指出城乡社区是社会治理的基本单元，为了促进城乡社区治理体系和治理能力现代化，必须注重发挥基层群众性自治组织基础作用，充分发挥自治章程、村规民约、居民公约在城乡社区治理中的积极作用，弘扬公序良俗，促进法治、德治、自治有机融合。

适应中国特色社会主义进入新时代，解决我国社会主要矛盾已经转化为人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间矛盾的需要，2017 年 10 月党的十九大报告创造性地提出“加强农村基层基础工作，健全自治、法治、德治相结合的乡村治理体系”，[14]这是中国特色乡村治理体制理论创新和实践创新的结果，标志着中国特色乡村治理体制的形成。在此基础上，中共中央办公厅、国务院办公厅于 2019 年 6 月印发的《关于加强和改进乡村治理的指导意见》又进一步完善为“健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系”。2019 年 10 月 31 日中国共产党第十九届中央委员会第四次全体会议通过的《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度、推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》也强调“健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的城乡基层治理体系”。

中华人民共和国成立特别是改革开放以来，我国实事求是，从农村实际情况出发，不断总结乡村治理的实践经验，在依法治国的背景下，尊重农民的主体地位，强化乡村制度建设，注重提升村民道德素养，逐渐探索、形成了党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体制并不断予以健全，为乡村振兴、乡村社会发展、走向乡村善治提供坚实的制度保障和体制保障。

二、健全自治、法治、德治相结合乡村治理体系的价值目标

农业农村农民问题是关系国计民生的根本性问题。近年来，我国在推进乡村治理体系和治理能力现代化方面成效显著，以党组织为核心的农村基层组织建设进一步加强，乡村治理的体系进一步完善，乡村治理的手段不断创新，乡村治理的内容逐步充实。不过，当今我国乡村社会结构在变动、乡村利益格局在调整，发展不平衡不充分问题在乡村最为突

[14] 关于健全自治、法治、德治相结合的乡村治理体系研究，看参阅李亚冬的《新时代乡村治理的探索：实践和理论——健全自治、法治、德治相结合的乡村治理体系研究综述》（《学术交流》2018 年第 12 期）一文。

出，乡村治理存在体制机制不完善、村民参与不足问题，[15]乡村治理的理念、乡村治理的方式等都需要变革、创新、完善，乡村治理体系和治理能力亟待强化。

健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系，是构建共建共治共享的社会治理格局，走中国特色社会主义乡村善治之路的必然途径。这是一种以全面实施乡村振兴战略为方向，以聚焦农业农村农民问题为导向，以实现“产业兴旺、生态宜居、乡风文明、治理有效、生活富裕”为总要求的现代乡村治理体系。这是完善乡村治理体系、巩固党在农村的执政基础、满足村民美好生活需要、实现乡村全面振兴的内在要求，具有十分重要的意义；在提升乡村治理水平、提高村民生活水准、推进乡村社会进步、实现国家均衡发展等方面具有积极价值，是实现乡村善治的重要目标。

健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系是完善乡村治理体系、构建共建共治共享的乡村社会治理格局的创新实践。在国家治理体系与治理能力现代化中，乡村治理体系现代化是基础，也是短板。针对我国乡村社会的特点，总结近 70 年来我国乡村治理的实践，吸取乡村治理的经验教训，从抓住关键、打好基础、补齐短板出发，我国创新性的提出健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系，这就明确了乡村治理的核心目标，明晰了乡村治理的主要难点，融合了乡村治理的各种方式，指明了乡村治理的基本途径。自治、法治、德治相结合的乡村治理体系，既坚持了村民自治这一基本制度，强调了乡村治理的民主化，又体现了乡村治理方式的法治化，表现出乡村治理结构的开放性，并突出对我国乡村治理的良善传统的弘扬和承继。健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系，建立健全党委领导、政府负责、村民主体、社会协同、法治保障的现代乡村社会治理体制，这强化了村民自治制度，加强和创新了乡村社会治理，适应了现代乡村发展的要求，符合我国社会整体发展的趋势，在新时代，进一步完善了我国的乡村治理体系，[16]从而加快推进我国乡村治理体系和治理能力的现代化，走中国特色社会主义乡村善治之路。

健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系是巩固党在农村执政基础的内在要求。农业、农村、农民问题，一直是党和国家重点解决的重大问题。党通过有效的乡村治理发展农村经济，提高农村生产力，提高农民的生活水平，保障和改善农村民生，保护农民的权益，得到广大村民的支持和拥护，这是巩固党在农村的执政基础的根本。健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系，切实加强了对乡村干部的组织领导和监督管理，扩大了选任渠道，优化了队伍结构，建立完善了激励保障机制，把那些守信念、讲奉献、重品行，尤其是观念新、能力强、懂经营、会管理、有本领且能够带领村民致富的优秀党员、村民选拔到乡村工作岗位上来，并发挥党员在乡村治理中的先锋模范作用，保持了党同村民的密切联系，使乡村组织从单一性到多元化发展，乡村组织体系得以完善，政权组织和村民自治组织得以加强，这就提高了党在乡村的执政能力，巩固了党在农村执政的政治基础。党以建设充满活力、和谐有序的乡村社会为目标，不断增强广

[15] 魏后凯：“乡村善治决定乡村振兴的成败”，载《群众》2018 年第 4 期，第 9 页。
[16] 何显明：“以自治、法治和德治的深度 融合推进乡村治理体系创新”，载《治理研究》2018 年第 6 期，第 10 页。

大农民的获得感、幸福感、安全感，这表明党从代表和实现最广大村民的根本利益出发，从农民和农村发展的实际需要出发，这就夯实了党在农村执政的合法性基础，巩固了党在乡村的执政地位。

健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系是满足村民对美好生活需要、实现村民幸福生活的重要保障。党的十九大报告指出，新时代我国社会主要矛盾已经转化为人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾。传统的乡村治理模式导致出现了乡村的公共产品供给不足、村民参与乡村治理的意愿不高等问题，难以适应乡村社会开放流动背景下的发展。随着乡村社会经济政治的不断发展，村民在解决脱贫致富、满足温饱生活并对物质生活提出更高要求的基础上，对平等、民主、公平、正义、安全、法治、环境等方面的需求也在不断增长，村民对美好生活的向往呈现全方位的样态，更突出的希望决定乡村公共事务、参与乡村社会治理、保障自身合法权益、满足精神心理需要等方面。健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系，构建共建共治共享的社会治理格局，广大村民在党的领导和政府指导之下共同参与乡村社会建设和社会治理，共同分享社会建设和乡村社会治理的成果，能够满足村民在平等、民主、法治等方面的现实需求，努力回应时代诉求，解决村民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分发展之间的矛盾，保障村民对幸福生活的追求，满足村民在新时代的多元化需求，[17]建设充满活力、和谐有序的乡村社会。

健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系是实现乡村全面振兴的主要途径。治理有效是乡村振兴的基础，乡村振兴离不开和谐稳定的社会环境。乡村治理是国家治理、社会治理、基层治理的重要组成部分。实施乡村振兴战略，是决胜全面建成小康社会、全面建设社会主义现代化国家的重大历史任务，需要把乡村善治作为固本之策，产业兴旺、生态宜居、乡风文明、生活富裕等乡村振兴的要求都需要以乡村治理有效为前提，通过有效的乡村治理实现乡村的产业兴旺、生态宜居、乡风文明、生活富裕，通过乡村治理推动农业全面升级、农村全面进步、农民全面发展，全面实现乡村振兴。同时，健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系也有助于建立健全城乡融合发展体制机制和政策法律体系，缩小城乡差别，建立健全城乡基本公共服务均等化的体制机制，促进城乡的双向流动和一体化发展，加快形成工农互促、城乡互补、全面融合、共同繁荣的新型工农城乡关系，推进乡村的全面发展和振兴，走向乡村善治。

三、健全自治、法治、德治相结合乡村治理体系的构成要素

关于健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系具体构成要素的表述，有一个逐步完善的过程。中共中央、国务院于 2017 年 6 月 12 日印发的《关于加强和完善城乡社区治理的意见》中为“促进法治、德治、自治有机融合”，2017 年 10 月 18 日中国共产党第十九次代表大会报告中为“健全自治、法治、德治相结合的乡村治理体系”，中共中

[17] 裘有度：“‘三治结合’乡村治理体系:内涵、意义与建设路径”，载《西昌学院学报(社会科学版)》2019 年第 1 期，第 27 页。

央办公厅、国务院办公厅于2019年6月23日印发的《关于加强和改进乡村治理的指导意见》中为“健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系”。从“法治、德治、自治有机融合”到“自治、法治、德治相结合”，从“健全自治、法治、德治相结合的乡村治理体系”到“健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系”，这是对当代中国乡村治理体系认识不断深化的结果。

据此，我们认为应当从治理体系、治理方式、治理功能、治理体制、治理重点、治理目标等方面理解和把握“健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系”的构成要素。[18]

1.治理体系方面，乡村治理体系包含自治、法治、德治三方面内容，为自治、法治、德治的结合和自治、法治、德治的融合。[19]自治是属于村民的范畴，法治是属于国家的范畴，德治是属于社会的范畴，这三种实现乡村善治的不同治理方式是互为补充、互相衔接、相辅相成、缺一不可的。[20]

2.治理方式方面，乡村治理体系须以自治为基、法治为本、德治为先。[21]健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系以自治为基础，以法治为根本，以德治为引领。健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系须坚持村民自治制度。村民自治已经成为我国乡村治理体系中的基础性制度，对维护村民的民主权益、保持农村社会和谐稳定、巩固党在农村的执政基础发挥了重要作用。在依法治国、建设社会主义法治国家、法治社会的当代中国，乡村治理需要遵循法治原则，在法律的调整、规范、保障之下，依法保障村民的合法权益，依法调整涉农的社会关系，通过法律推进乡村发展。乡村治理以德治为引领，需要重视德化的作用，德润人心，深入挖掘熟人社会中治理的伦理资源、道德力量，加强社会公德、职业道德、家庭美德和个人品德教育，培育文明乡风、良好家风、淳朴民风，充分发挥道德在凝聚人心、教化村民、淳化民风中的重要作用。

3.治理功能方面，乡村治理以自治增活力、以法治强保障、以德治扬正气。乡村治理以自治增活力。从健全完善村民自治的有效实现形式入手，进一步健全农村基层民主选举、民主决策、民主管理、民主监督机制；要强化农民的主人翁意识，提高农民主动参与村庄公共事务的积极性。乡村治理以法治强保障。乡村有效治理，法治是前提、是基础、是核心、是保障；要提高法治意识、树立法治思维，要全面依法治国，必须把政府各项涉农工作纳入法治化轨道，依法办事；强化法律在维护农民权益、规范市场运行、农业支持保护、生态环境治理、化解农村社会矛盾等方面的权威地位；加强农村法治宣传教育，完善农村

---

[18] 我们认为从通常逻辑上讲，“自治、法治、德治”并非并列关系，而有一定的相互包容关系，自治与他治相对，法治与人治相对；德治严格而言属于人治之一具体类型，一般从教化角度而非治理角度进行理解，表述为“德化”可能更合适一些。当然，本课题的讨论遵从一般用法，仍然按照官方表述，一律使用“自治、法治、德治相结合”。

[19] 景跃进认为，三治融合既符合中国乡村社会的“乡情”(德治)，又体现了现代社会治理的发展方向(自治和法治) 。参见景跃进：“‘桐乡经验’体现了中国地方创新的新特点”，载《治理研究》2018年第6期，第13页。

[20] 韩俊语，参见“国新办举行乡村治理工作新闻发布会图文实录”，http://www.scio.gov.cn/xwfbh/xwbfbh/wqfbh/39595/40784/wz40786/Document/1657683/1657683.htm，2019年10月22日最后访问。

[21] 关于自治、法治、德治三者的相互关系，2018年1月中共中央、国务院印发的《关于实施乡村振兴战略的意见》中表述为“坚持自治为基”、“坚持法治为本”、“提升乡村德治水平”。而2018年9月中共中央、国务院印发的《乡村振兴战略规划（2018-2022)》第二十六章中明确表述“坚持自治为基、法治为本、德治为先”，表述稍有变化。

法律服务，引导干部群众遵法、学法、守法、用法，依法表达诉求、解决纠纷、维护权益，建设法治乡村。乡村治理以德治扬正气。要重视中国固有的良善的道德力量，德、法、礼并用，通过制定村规民约、村民道德公约等自律规范，弘扬中华优秀传统文化，教育引导农民爱党爱国、向上向善、孝老爱亲、重义守信、勤俭持家，增强乡村发展的软实力。[22]

4.治理体制方面，健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系，是要建立健全党委领导、政府负责、村民主体、社会协同、法治保障、科技支撑的现代乡村社会治理体制。[23]村党组织领导乡村治理，村级重要事项、重大问题由村党组织研究讨论；县乡党委负农村基层党组织建设和乡村治理的主体责任。乡镇党委负乡村治理的直接责任。村民为乡村治理的主体，增强村民自治组织能力，健全党组织领导的村民自治机制，完善村民（代表）会议制度，推进民主选举、民主协商、民主决策、民主管理、民主监督实践。支持并发挥多方社会主体参与乡村治理，加强妇联、团支部等组织建设，积极发挥服务性、公益性、互助性社区社会组织作用。以法治思维指导乡村治理，通过法律规范乡村治理，将政府涉农事项纳入法治化轨道。重视科学技术手段在乡村治理中的积极作用，加大乡村治理中信息化、智能化、数字化的力度。

5.治理重点方面，健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系重点在明确乡镇政府与村民自治组织的关系；明晰党组织领导自治、法治、德治相结合的路径；健全共建共治共享的治理机制；完善乡村治理的组织体系；建立现代乡村治理手段；丰富乡村治理的方式；强化村级权力监督机制；创新村民议事协商形式；形成乡村治理与经济社会协同发展的机制等方面。[24]健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系核心是融合乡村治理方式，完善乡村治理体系，提升乡村治理能力，提高乡村治理水平。

6.治理目标方面，现代乡村治理通过构建共建共治共享的社会治理格局，走中国特色社会主义乡村善治之路，建设充满活力、和谐有序的乡村社会。健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系，应当制定和完善涉及农村、农业、农民的良法规范，乡村法制建设努力做到科学立法、严格执法、公正司法、全民守法；积极搭建多方参与乡村治理的平台和渠道，发挥村民主体作用和社会各方力量的积极性，鼓励引导社会和公众共商共建共治共享，推动政府治理、社会参与、基层群众自治实现良性互动。

健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系，目标为实现中国特色社会主义乡村善治。乡村善治主要包括党组织领导的乡村治理有力、法治理念深入村民人心、

---

[22] 参见《关于加强和改进乡村治理的指导意见》（中共中央办公厅、国务院办公厅，2019 年 6 月 23 日）和《中共中央 国务院关于实施乡村振兴战略的意见》（2018 年 1 月 2 日）有关内容。

[23] 中共中央办公厅、国务院办公厅于 2019 年 6 月印发的《关于加强和改进乡村治理的指导意见》的提法为“建立健全党委领导、政府负责、社会协同、公众参与、法治保障、科技支撑的现代乡村社会治理体制”。我们认为村民不仅仅作为公众参与乡村治理，应该是乡村治理的主体，因此提出“建立健全党委领导、政府负责、村民主体、社会协同、法治保障、科技支撑的现代乡村社会治理体制”。

[24] 参见《中央农村工作领导小组办公室、农业农村部、中央组织部、中央宣传部、民政部、司法部关于开展乡村治理体系建设试点示范工作的通知》（中农发〔2019〕5 号）有关内容。

村民自治依法规范、文化道德形成乡村新风、乡村发展充满活力、乡村社会安定有序、村民生活富足幸福等内容。[25]

四、健全自治、法治、德治相结合乡村治理体系的内在特质

乡村治理问题是当代中国社会治理的一个有机组成部分和一个重要构成方面，我们应当从国家治理现代化进程、法治国家建设视角认识和把握乡村治理，理解健全党组织领导的自治、法治、德治相结合乡村治理体系的内在特质，走向乡村善治之路。

从一般意义上分析，乡村治理具有治理本性的内在性、治理主体的民众性、治理组织的多样性、治理规范的多元性、治理方式的广泛性、治理手段的多种性、治理目标的民生性等特性。健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系需要尊重乡村治理的这些特点。

不过，异于其他治理和以往的乡村治理，健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系具有自治型治理、融合式治理、整体型治理、转型态治理、合作型治理、本土化治理、嵌入性治理、发展式治理、协商性治理、共识型治理等特点。

1.自治型治理。根据《宪法》和法律的规定，我国农村基层实行村民自治制度，农村村民实行自治，由村民依法办理自己的事情，村民通过村民委员会进行自我管理、自我教育、自我服务，实行民主选举、民主决策、民主管理、民主监督。因此，我国的乡村治理为自治型治理。健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系须以此为基础和根本。

2.融合式治理。我们认为，健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系强调“自治、法治、德治相结合”，这也就意味着乡村治理不再单独依靠某一方面的治理资源，而是在“三治结合”、“三治融合”思路指导下整合优化多种治理资源、治理方式，和融一体共洽合力进行乡村治理。国家法律、执政党政策、政府规范、村规民约、地方习惯等相融相洽，合力推进乡村治理。法治与德化并行，自治与他治共存，共同服务乡村治理，以实现乡村善治。

3.整体型治理。健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系应当确立整体性思维、树立整体型治理观念，从主体、规范和运行三个方面进行整体把握。健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系主要包括“谁来治理”、“依何治理”以及“如何治理”三个方面，其中“谁来治理”指向主体维度、“依何治理”指向规范维度、“如何治理”指向运行维度。我们应从主体、规范和运行三个维度入手健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系。主体是健全党组织领导的自治、法治、德治相结合乡村治理体系的根本，规范是健全党组织领导的自治、法治、德治相结合乡村治理体系的基础，

[25] 中共中央办公厅、国务院办公厅于 2019 年 6 月 23 日印发的《关于加强和改进乡村治理的指导意见》提出的总体目标为：到 2020 年，现代乡村治理的制度框架和政策体系基本形成，农村基层党组织更好发挥战斗堡垒作用，以党组织为领导的农村基层组织建设明显加强，村民自治实践进一步深化，村级议事协商制度进一步健全，乡村治理体系进一步完善。到 2035 年，乡村公共服务、公共管理、公共安全保障水平显著提高，党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系更加完善，乡村社会治理有效、充满活力、和谐有序，乡村治理体系和治理能力基本实现现代化。

运行是健全党组织领导的自治、法治、德治相结合乡村治理体系的关键。[26]

4.转型态治理。当代中国的乡村治理面临转型社会治理与常态社会治理双重治理问题，且转型社会治理更为突出。乡村面临实现由传统社会向现代社会的转变，乡村治理需要由传统治理向现代治理的发展。现代乡村治理呈现治理主体的多元化、治理客体的立体化、治理手段的文明化、治理方式的规范化、治理能力的现代化、治理目标的人本化。乡村治理体系应当符合治理发展的客观规律，顺应治理的总体趋势。

5.合作型治理。由于乡村治理的复杂性，健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系需要各方力量互动协同，通力合作。参与乡村治理的政府力量与民间力量、外来力量与乡村力量、村党组织与村民委员会、村务监督委员会、村各种经济组织和社会组织、村民宜统筹协调、共同参与、共同建设，按照各自职责发挥积极作用，做到协同配合、齐心合力进行乡村治理。当代乡村社会治理要发挥内部型主体与外部型主体在乡村治理中各自的积极性、能动性，内生规范与外来规则、村规民约与国家法律紧密配合、相辅相成，共同调整、规范乡村各项事务，推进乡村善治。

6.本土化治理。当代中国的乡村治理奠基于中国传统，生长于具体国情，立足于乡村实际，服务于广大村民，健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系是一种本土化的治理，具有浓郁的中国特色、鲜明的地方特点、显著的时代特征。乡村治理需要尊重我国村民的心理和需要，针对乡村的发展阶段，顺应我国农村现代化和治理现代化的趋势。

7.嵌入性治理。健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系要求将现代法治观念、思维、规则等融入到乡村治理的全过程，这实际上是将作为外来规则的国家法律嵌入到乡村治理中，将法治嵌入乡村自组织的方式及过程中，固有乡土社会融贯外来规则，消除外来规则与内生规则之间的混乱。当代中国的乡村治理是通过行动嵌入和规则嵌入的嵌入性治理。[27]

8.发展式治理。当代中国乡村的核心问题为发展，因而健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系为一种以发展为中心的乡村治理模式，围绕乡村的经济发展、政治发展、法制发展、社会发展、文化发展、生态发展进行治理，通过治理提升乡村村民的发展能力。这是建立在全面发展、科学发展基础上的发展式治理。通过治理，推进乡村的可持续发展、城乡的共同发展。

9.协商性治理。健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系要求保障村民和村民委员会的主体地位，强化村民的主人翁意识，为村民主动参与村组公共事务提供平台和途径，让村民自己“说事、议事、主事、定事”，村组的事让农民协商着办、商量着办，凸显村民在乡村治理中的主体地位。现代中国的乡村治理应当体现协商性治理的特点。

---

[26] 高其才：“健全自治法治德治相结合的乡村治理体系”，载《光明日报》2019 年 2 月 26 日 16 版。

[27] 关于嵌入性治理，更多的讨论可参阅陈寒非的“嵌入式法治：基于自组织的乡村治理”（《中国农业大学学报》2019 年第 1 期）一文。

10.共识型治理。健全党组织领导的自治、法治、德治相结合乡村治理体系的目标为形成共同体的共识，塑造乡村的有机共同体，为村民提供丰富的公共品。村民在乡村治理中共同生活、共同行动、共同感受，逐渐形成共识，通过治理使乡村成为利益共同体、观念共同体、规范共同体、命运共同体，实现乡村善治。

五、健全自治、法治、德治相结合乡村治理体系的现实挑战

观察我国的乡村治理实践，健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系还存在着诸多的现实问题，在走向乡村善治的过程中需要认真分析和逐步解决面临的现实挑战。

近年来，我国在推进乡村治理体系和治理能力现代化方面成效显著，以党组织为核心的农村基层组织建设进一步加强，乡村治理内容逐步充实，乡村治理手段不断创新，乡村治理体系进一步完善，农村基本公共服务显著改善，农村社会保持和谐稳定，广大农民的获得感、幸福感、安全感不断增强。但是，我国乡村治理体系和治理能力现代化水平还不高，治理理念、治理方式、治理手段还存在着许多不适应的地方，乡村治理需要解决的具体问题还不少。[28]中共中央、国务院于 2018 年 1 月 2 日发布实施的《关于实施乡村振兴战略的意见》更明确指出农村基层党建存在薄弱环节，乡村治理体系和治理能力亟待强化。

总体上观察，健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系面临乡村治理组织不完善、乡村治理能力比较弱、乡村治理体系欠健全等现实挑战。

1.乡村治理组织不完善。在一些乡村，党组织处于软弱涣散状态，个别党组织存在青黄不接、后继无人的状况；有的村的乡村治理组织比较单一，除了村党组织、村民委员会之外没有其他组织；有的村的村民会议和村民代表会议制度不够完善；有的村的村务监督组织流于形式，没有正常开展工作；有的村的集体经济组织和农民合作组织没有发挥其应有的作用；一些村的服务性、公益性、互助性等其他经济社会组织较为缺乏，有的没有建立红白理事会、村民议事会、道德评议会等组织；有的村的村民委员会和村民小组在履行基层群众性自治组织功能方面存在缺陷；有的村的村民自治组织成员不全，村民担任村民自治组织成员的意愿不大；一些乡村组织的规章制度不够健全，活动不多；有的村的各种乡村组织之间的关系没有理顺，没有建立既分工又合作的工作机制。

2.乡村治理能力比较弱。面对新的乡村发展状况，不少乡村表现出治理能力不够强的现象，如有的村的党组织和村民自治组织的增强村民自我管理、自我教育、自我服务能力有限；有的乡村组织的规范化建设有待加强；有的村党员年龄普遍偏大，适应乡村发展变化的能力较弱；有的村干部工作积极性不高，得过且过，消极敷衍；有的村干部民主意识淡漠，独断专行；有的村干部运用现代科技手段进行乡村治理的能力不强；有的村干部有关减少乡村不和谐因素、维护乡村社会安定的办法不多；有的乡村党员在思想意识、党性

[28] “推进乡村治理体系和治理能力现代化取得新成效——中央农办副主任、农业农村部副部长韩俊解读《关于加强和改进乡村治理的指导意见》并答记者问”，http://www.scio.gov.cn/xwfbh/xwbfbh/wqfbh/39595/40784/index.htm，2019 年 6 月 25 日最后访问。

修养、为民宗旨上出现动摇，先锋模范作用没有发挥出来；有的村干部作风不实，漠视群众，弄虚作假，优亲厚友，造成干群党群关系紧张；有的村干部把权力当成“摇钱树”，搞“微腐败”、雁过拔毛，“小官巨贪”时有发生；[29]有的村民干扰破坏村“两委”换届选举，利用宗族势力左右选举，甚至成为“村霸”和形成黑恶势力，违反国家法律违反村规民约，危害乡村社会秩序；有的乡村消除黑恶势力活动的办法有限，效果不佳。

3.乡村治理体系欠健全。一些乡村在治理中将自治、法治、德治相结合有待深入；有的地区实施村民自治制度不到位，乡镇政府往往以行政命令方式要求村民自治组织承担有关行政性事务，对村级组织检查评比事项过多，有的甚至干预村民自治组织自治范围内的事务；有的政府工作人员依法办事的观念和能力需要提高，法治思维需要进一步树立；政府各项涉农工作纳入法治化轨道还需要努力；乡村的法治建设有待进一步推进；有的村存在讲排场、比阔气等不良风气；需要进一步重视弘扬崇德向善、扶危济困、扶弱助残、向上向善、孝老爱亲、重义守信、勤俭持家等传统美德，加强淳朴民风的培育；通过村规民约等规范弘扬中华优秀传统文化存在一些不足；有的村乡贤的道德教化功能、先进榜样作用的发挥还有欠缺。

就当前我国乡村而言，不少乡村存在班子软、产业弱、村庄乱、民心散的问题；就我国乡村治理而言，面临乡村治理组织软弱且单一、行政方式在乡村治理中突出、传统治理手段失灵、乡村治理人才缺乏等问题。不少政府官员的观念认识还没有真正转到治理方面，仍然为“管治”观念、“控制”思维；现代乡村治理体制尚没有真正建立。

乡村治理需要应对当今乡村生产方式变动、乡村人口数量持续减少、乡村社会流动性加大、乡村组织弱化、乡村共同体减弱、固有规范失灵、乡村人际关系疏离、村民安全感缺乏等情态的全面挑战。健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系并走向乡村善治还面临着艰巨的任务，需要进行长期的努力。

六、健全自治、法治、德治相结合乡村治理体系的关键议题

走向乡村善治，需要探讨若干关键的议题，理顺乡村治理中涉及根本性的关系。健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系需要正确处理村民自治与法治的关系，发挥乡村治理的内生动力与外在力量的双重作用，重视城乡人口双向流动治理问题。

1.正确处理村民自治与法治的关系

我国宪法和法律规定农村村民实行自治，由村民依法办理自己的事情；村民委员会是村民自我管理、自我教育、自我服务的基层群众性自治组织。我国《村民委员会组织法》第 9 条规定村民委员会应当宣传宪法、法律、法规和国家的政策，教育和推动村民履行法律规定的义务、爱护公共财产，维护村民的合法权益；第 10 条规定村民委员会及其成员应当遵守宪法、法律、法规和国家的政策；第 8 条规定村民委员会应当支持和组织村民依

[29] “推进乡村治理体系和治理能力现代化取得新成效——中央农办副主任、农业农村部副部长韩俊解读《关于加强和改进乡村治理的指导意见》并答记者问”，http://www.scio.gov.cn/xwfbh/xwbfbh/wqfbh/39595/40784/index.htm，2019 年 6 月 25 日最后访问。

法发展各种形式的合作经济和其他经济，村民委员会依照法律规定，管理本村属于村农民集体所有的土地和其他财产；第 27 条第二款规定村民自治章程、村规民约以及村民会议或者村民代表会议的决定不得与宪法、法律、法规和国家的政策相抵触。因此，村民自治是依法进行自治，是法治之下的自治，是法律规范和保障的自治。

同时，《村民委员会组织法》第 36 条又规定了对村民自治的某种监督和制约："村民委员会或者村民委员会成员作出的决定侵害村民合法权益的，受侵害的村民可以申请人民法院予以撤销，责任人依法承担法律责任。村民委员会不依照法律、法规的规定履行法定义务的，由乡、民族乡、镇的人民政府责令改正。乡、民族乡、镇的人民政府干预依法属于村民自治范围事项的，由上一级人民政府责令改正。"

在实践中，哪些属于村民自治范围的事项并不十分清楚，自治与非自治的界限较为模糊。特别在准确理解和把握《村民委员会组织法》第 5 条"乡、民族乡、镇的人民政府对村民委员会的工作给予指导、支持和帮助，但是不得干预依法属于村民自治范围内的事项。村民委员会协助乡、民族乡、镇的人民政府开展工作"具体内涵的认识上可能存在差异。政府依法"指导"村民自治，村民委员会依法"协助"政府的工作，这需要在总结村民自治实践的基础上进一步形成共识，依法确立合理、适当、可行的范围。

在依法治国、建设社会主义法治国家的当代中国，我们要将完善村民自治作为法治建设的重要组成部分，用法治理念和法治思维实行村民自治，通过法律规范和保障村民自治制度，运用法律保障村民的自治权，并依法监督村民自治，纠正村民自治中与宪法、法律、法规和国家的政策相抵触的行为，但是不能以法律的名义限制、剥夺和变相限制、剥夺村民的自治权，通过所谓的"法治"消解村民自治制度。应当通过法治保障村民自治制度、完善村民自治制度、促进村民自治，而非消解村民自治、抑制村民自治、限制村民自治，防止以法治影响自治、消解自治。

从本质上看，村民自治与法治是一致的，不存在矛盾和冲突，但是具体实践中，由于理解和执行的问题，自治与法治可能存在某种不一致。因此，正确处理村民自治与法治的关系、坚定不移的遵循村民自治制度、尊重村民的自治权和自主发展权便成为健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系的关键议题之一。国家运用法律通过间接的方式从外部提供引导调整村组内部的自我治理，同时通过道德规范等非正式规则在内部协助实现其自我治理，最终达成乡村治理的有效运转与乡村社会的善治。[30]

2.发挥乡村治理的内生动力与外在力量的双重作用

健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系应以村民自治为基本，发挥村党组织、村民委员会、村务监督委员会、村民小组、村民等内生主体的能动作用，依靠内生动力实现乡村善治。

同时，国家、政府、社会也通过各种形式健全党组织领导的自治、法治、德治相结合

[30] 目前在村民自治与法治关系的研究上主要有"有限自治说"、"法律介入说"和"协调与互动关系说"等观点。参见汪鑫、李渡："反思法视角下乡村治理的自治与法治之维"，载《江西财经大学学报》2019 年第 1 期，第 133—134 页、136 页。

的乡村治理体系。[31]特别是实施脱贫攻坚、扶贫开发政策以来，坚持县级统筹、全面覆盖，县级党委和政府统筹整合各方面驻村工作力量，根据派出单位帮扶资源和驻村干部综合能力科学组建驻村工作队，实现建档立卡贫困村一村一队。[32]同时以政治任务安排的方式动员地方部门、国有企业，以政策倾斜的方式调动民营企业，以荣誉奖励和物质奖励等手段动员特定人群，从而利用资源丰富者的资源，动员被扶贫地区的人口，形成全社会参与的格局。[33]扶贫工作队等乡村外在力量基于扶贫参与乡村治理，在解决贫困问题的同时提升内生主体的乡村治理能力，促进乡村治理现代化。

我国各地探索从各级机关优秀年轻干部、后备干部，国有企业、事业单位的优秀人员和以往因年龄原因从领导岗位上调整下来、尚未退休的干部中选派到村（一般为软弱涣散村和贫困村）作为第一书记担任党组织负责人。第一书记在乡镇党委领导和指导下，依靠村党组织、带领村“两委”成员开展工作，主要职责、任务是帮助建强乡村基层组织、推动精准扶贫、为民办事服务、提升乡村治理水平。[34]作为乡村治理的外在力量，第一书记推进了乡村善治。

从 2008 年开始，我国选聘高校毕业生到村任职工作，[35]即大学生村官，主要目的是培养一大批社会主义新农村建设骨干人才、党政干部队伍后备人才、各行各业优秀人才。大学生村官主要履行宣传落实国家政策、促进乡村经济发展、联系服务村民、推广科技文化、参与村务管理、加强乡村基层组织等职责。大学生村官有利于优化乡村干部队伍结构，提高乡村干部队伍整体素质，增强农村基层党组织的凝聚力、战斗力、创造力。大学生村官为乡村治理输送了年轻有活力的新鲜血液。

此外，有的地方如山东省还组织了“万名干部下基层”服务队等，下乡为村民服务。[36]

这些扶贫工作队、第一书记、大学生村官等乡村治理的外来力量有助于弥补乡村特别是弱散软乡村的治理力量，有其积极意义。不过，乡村治理的外来力量也可能包办、代替乡村内生主体，使乡村治理内生主体产生依赖感、养成惰性，影响乡村治理内生主体正常功能的发挥。

因此，乡村治理的外来力量应当明确定位，消除追求短期效应、临时任务观念，避免喧宾夺主、桃代李僵现象发生，与内生主体相互尊重、紧密配合，在服务乡村过程中促进乡村治理内生主体的成长、成熟，帮助乡村治理内生主体提高治理能力，扶助乡村治理内

---

[31] 高成军认为国家通过组织嵌入及围绕组织运作的制度加持，实现了国家在乡村社会的空间再造及合法性叙事。但是这一实践过程始终面临着国家与社会、官治与民治、集权与分权、自上而下与自下而上等紧张关系与矛盾纠结。参见高成军：“国家的空间再造与社会边界：乡村治理中的基层政权建设”，载《贵州大学学报（社会科学版）》2019 年第 4 期，第 96—105 页。

[32] 《关于加强贫困村驻村工作队选派管理工作的指导意见》（中共中央办公厅、国务院办公厅，2017 年 12 月 24 日）

[33] 李亚冬：“治理贫困的乡村治理——以‘脱贫攻坚’相关的规范性文件为分析对象”，载《贵州大学学报（社会科学版）》2019 年第 3 期，第 49 页.

[34] 《关于做好选派机关优秀干部到村任第一书记工作的通知》（中组部中农办国务院扶贫办，组通字【2015】24 号）

[35] 2008 年 4 月 10 日，中共中央组织部、教育部、财政部、人力资源和社会保障部发布了《关于印发〈关于选聘高校毕业生到村任职工作的意见（试行）〉的通知》。

[36] 山东省委决定，在 2018 年“千名干部下基层”和选派“第一书记”的基础上，再从省市县三级增派 9557 名优秀干部，开展“万名干部下基层”。李子路、张国栋：“山东省‘万名干部下基层’工作动员部署会议召开”，载《大众日报》2019 年 7 月 12 日第 1 版。

生主体提升治理水平，既输血更造血，重在培育乡村治理内生主体，大力培养乡村治理内生主体的年轻力量，使乡村治理有扎实的组织基础和人才基础，确保乡村治理的连续性、持续性。

健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系需要摆脱村民自治对国家权力的过分依赖，真正确立村组、村民的主体性地位，乡村在自主发展中实现善治。

3.重视城乡人口双向流动治理问题

由于市场经济的发展，我国的乡村治理出现了许多新的问题，其中城乡人口的流动问题为一突出的问题。一方面，大量的农村劳动力流动到城市工作、居住，给传统的乡村治理带来了挑战；同时，也有部分外村外乡、城市的人口到农村生活、居住、就业，使乡村治理出现了新的情况。[37]

这些在乡村长期生活、劳动的人士，通常没有本乡村户籍，他们中有的是资本下乡、投资乡村产业的人士，有的是因入伍、上学、经商等而将户口迁离乡村现退休回乡的原籍人士，有的是喜欢乡村生活方式、乐于田园生活的年轻人士。他们是否为“本村村民”、具有村民的资格、享有村民的权利，这是直接影响乡村治理和乡村发展的重要问题。[38]

根据《村民委员会组织法》第 13 条第二款第三项的规定，户籍不在本村，在本村居住一年以上，本人申请参加选举，并且经村民会议或者村民代表会议同意参加选举的公民应当登记并列入参加村民委员会选举的村民名单。这一规定虽然没有明确“户籍不在本村但在本村居住一年以上的公民”为“本村村民”，但就参加村民委员会选举而言，似可推定为“本村村民”。

不过，这些户籍不在本村但在本村居住一年以上的公民可以享有村民委员会的选举权和被选举权，前提为经村民会议或者村民代表会议同意参加选举。如果经村民会议或者村民代表会议不同意参加选举，这些在乡村长期生活、劳动的人士就不具有选举权和被选举权，而且法律没有规定对这不同意决定的异议、申诉途径。

实践中户籍不在本村且在本村居住一年以上的公民真正提出申请参加选举的并不多，这对流动到乡村人员权益保障产生了消极影响，也限制了城市户籍人口流动到乡村、外村户籍人口流动到本村的积极性，不利于实施乡村振兴战略和乡村保持持久活力，在一定程度上影响自治、法治、德治相结合乡村治理体系的健全。

因此，健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系需要打破城乡二元结构，从法律上消除城乡壁垒，实现城乡人口的双向流动，保障在乡村居住、生活、工作的公民的合法权益，进一步推进乡村善治。

---

[37] 黎红梅、文杰认为，在农村到城市、城市向农村的人口迁移现实中，农村人口因受转移后的生活成本与土地羁绊双重限制而难以融入城市；城市人口因受现行农地政策不足而缺乏有效土地供给以致难以融入农村。参见黎红梅、文杰：“基于农地视角的城乡人口双向融合阻碍及影响机制分析”，载《西北人口》2019 年第 3 期，第 2 页。

[38] 《村民委员会组织法》第 38 条规定：“驻在农村的机关、团体、部队、国有及国有控股企业、事业单位及其人员不参加村民委员会组织，但应当通过多种形式参与农村社区建设，并遵守有关村规民约。村民委员会、村民会议或者村民代表会议讨论决定与前款规定的单位有关的事项，应当与其协商。”但是这条规定没有明确这些在乡村的组织及其人员的村民资格问题、具体的法律地位。

七、健全自治、法治、德治相结合乡村治理体系的制度完善

健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系需要重视乡村治理制度建设，把行之有效的乡村治理政策法定化，完善相关的乡村治理法律制度，特别是加强乡村治理领域法律的制定和完善、规范村党组织书记兼任村民委员会主任、规范以村民小组或自然村为基本单元的村民自治试点、完善村规民约的备案制度等，为走向乡村善治提供法律保障。

1.加强乡村治理领域法律的制定和完善

健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系需要加强乡村治理领域法律的制定和完善，强化乡村治理的法治保障。我国目前主要通过执政党政策来规范乡村治理、调整乡村治理关系，中央没有专门规范乡村治理的规范性法律文件，我国的《村民委员会组织法》仅调整乡村治理的部分社会关系。2017 年 12 月的中央农村工作会议提出要制定“乡村振兴法”，中共中央、国务院于 2018 年 1 月 2 日发布实施的《关于实施乡村振兴的意见》更明确提出“抓紧研究制定乡村振兴法的有关工作，把行之有效的乡村振兴政策法定化，充分发挥立法在乡村振兴中的保障和推动作用”。2018 年 7 月，全国人大常委会牵头启动了乡村振兴促进法的立法相关程序，预计到 2020 年前有望正式发布。“治理有效”作为乡村振兴的内容之一将在“乡村振兴促进法”中有所体现。我们认为在制定《乡村振兴促进法》的同时及时修改和废止不适应的法律法规，特别是应当重视《村民委员会组织法》的修改，从健全自治、法治、德治相结合的乡村治理体系角度修改、补充、完善《村民委员会组织法》的相关内容，使乡村治理有法可依。十三届全国人大立法规划中将《村民委员会组织法》的修改列为重点领域立法，需要加快进度，着力研究修改中的重点难点问题，争取尽快完成修改工作。

《关于实施乡村振兴的意见》明确提出各地可以从本地乡村发展实际需要出发，制定促进乡村振兴的地方性法规、地方政府规章。各地结合实际情况，制定了一些涉及乡村治理的法规。如浙江省《湖州市美丽乡村建设条例》（2018 年 12 月）、《广西壮族自治区乡村规划建设管理条例》（2018 年 11 月）、云南省《大理白族自治州乡村清洁条例》（2017 年 3 月）、《河北省乡村环境保护和治理条例》（2016 年 7 月）、《黑龙江省乡村建设管理办法(2006 年 10 月修改》等。

尤其值得注意的是，新疆维吾尔自治区昌吉回族自治州制定了全国第一部乡村治理地方性法规。《昌吉回族自治州乡村治理促进条例（试行）》（2019 年 1 月 10 日昌吉回族自治州第十五届人民代表大会第三次会议通过，2019 年 3 月 28 日新疆维吾尔自治区第十三届人民代表大会常务委员会第九次会议批准，自 2019 年 5 月 1 日起施行）共七章 50 条，除总则、法律责任、附则外，规范了和谐稳定、乡风文明、人居环境、治理保障等乡村治理促进的内容。这部乡村治理的地方性法规强调乡村治理以村民为主体，明确了昌吉回族自治州促进乡村治理的宗旨和依据、适用范围、治理方式和目标、体制机制、职责等。《昌吉回族自治州乡村治理促进条例（试行）》规定了村规民约、诚信黑名单等村民自治内容，

也规定建立乡村干部小微权力清单制度、政务公开等规范村级权力的内容，还规定了行政村法律顾问制度，充分体现出昌吉特色，对于依法促进乡村治理工作具有针对性和可操作性，[39]在依法推进乡村治理将产生积极作用。

其他地区宜总结当地的乡村治理实践和经验，通过地方性法规、地方政府规章等形式就乡村治理进行全面的或者专门的规定，进一步完善和健全乡村治理的法律制度。

2.规范村党组织书记兼任村民委员会主任

村党组织在乡村治理中具有领导地位，《村民委员会组织法》第 4 条明确规定了党组织的领导核心作用，领导和支持村民委员会行使职权，支持和保障村民开展自治活动。为更好的加强村党组织对乡村治理的领导，2002 年中共中央办公厅、国务院发布的《关于进一步做好村民委员会换届选举工作的通知》中就提倡村党支部领导班子按照规定程序推选为村民委员会成员候选人，通过选举兼任村民委员会成员；《关于实施乡村振兴的意见》提出“推动村党组织书记通过选举担任村委会主任”；中共中央办公厅、国务院办公厅于 2019 年 6 月 23 日印发的《关于加强和改进乡村治理的指导意见》中更明确提出“村党组织书记应当通过法定程序担任村民委员会主任和村级集体经济组织、合作经济组织负责人”。

村党组织书记兼任村民委员会主任在提高乡村治理效率、减少成本、应对人才危机等方面有一定的积极效果，也能够解决党组织领导权和村委会的自治权之间的某种对立和冲突，避免某些村庄的分裂现象。但是，村党组织书记兼任村民委员会主任也可能不符合村民自治的基本原则，与民主所要求的分权和制衡相背离，导致乡村治理的民主决策和民主监督流于形式；同时，也增加了村党组织书记的工作负担和工作压力，影响了他们为村民服务的积极性。

因此，我们认为健全自治、法治、德治相结合的乡村治理体系，需要坚持因地制宜原则进行村党组织书记兼任村民委员会主任工作。在某些软弱涣散村、空心村等，可以积极推动村党组织书记通过法定程序担任村委会主任。而在某些正常发展的村庄，尊重村民自治制度的本质，遵循村民自治的规律，尊重村民意愿，不一定推动村党组织书记通过法定程序担任村委会主任。

即便推动村党组织书记应当通过法定程序担任村民委员会主任，也应运用法治思维，对村党组织在领导村民自治中的角色、职能和责任进行制度化、规范化，正确规范党组织与村民自治组织的关系，防止乡村治理权力的集中对乡村民主法治、对健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系的不良影响。同时，要重视将执政党的规范性文件的某些内容吸纳为国家法律规范，使之法定化。

3.规范以村民小组或自然村为基本单元的村民自治试点

我国《村民委员会组织法》规定以村民委员会为村民自治基本单元，村民委员会根据村民居住状况、人口多少，按照便于群众自治，有利于经济发展和社会管理的原则设立。

[39] 张璇：“《昌吉回族自治州乡村治理促进条例(试行)》解读”，http://www.cj.gov.cn/zcjd/zyfzrjd/868764.htm，2019 年 10 月 22 日最后访问。

同时，村民委员会可以根据村民居住状况、集体土地所有权关系等分设若干村民小组；属于村民小组的集体所有的土地、企业和其他财产的经营管理以及公益事项的办理，由村民小组会议依照有关法律的规定讨论决定。这表明村民小组具有有限的自治权。

由于一些村民委员会人口过多、居住范围较广，村民利益有异，导致村民参与村民自治较为困难。[40]有的地区就自发探索以村民小组或自然村为基本单元的村民自治，赋予村民小组或自然村完整的村民自治权，取得了较好的社会效果。因此，《关于实施乡村振兴的意见》提出"继续开展以村民小组或自然村为基本单元的村民自治试点工作"。[41]

进行以村民小组或自然村为基本单元的村民自治试点，使村民自治的基本单元多样化、多类型，这能够激活村民小组或自然村的自治能力，提升乡村治理的具体效果，是符合健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系的基本要求，有助于根据乡村具体情况实施乡村治理。[42]

在具体试点时，需要因地制宜，避免"一刀切"，以村民参与的方便性和合作解决公共事务的能力两者之间进行平衡为基本考量，根据村民居住、历史传统、经济利益等因素确定。[43]同时，在保持以村民委员会为村民自治基本单元的基础上，需要通过立法为村民小组或自然村作为自治基本单元提供制度依据。应当通过法律规定申请、批准、审核、异议等程序。宜规定由村民小组或自然村提出申请，经村民会议讨论同意，报县级人民政府审核。试点推向全国时，需要对《村民委员会组织法》的有关条款进行修改与补充。[44]

4.完善村规民约的备案制度

村规民约是乡村民众为了办理公共事务和公益事业、维护社会治安、调解民间纠纷、保障村民利益、实现村民自治，民主议定和修改并共同遵守的社会规范。[45]健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系，村规民约具有重要的地位和作用。《村民委员会组织法》第 27 条规定："村民会议可以制定和修改村民自治章程、村规民约，并报乡、民族乡、镇的人民政府备案。村民自治章程、村规民约以及村民会议或者村民代表会议的决定不得与宪法、法律、法规和国家的政策相抵触，不得有侵犯村民的人身权利、民

---

[40] 王中华、黄杰认为，以自然村、农村社区、村民小组为基本自治单元，以多层次多类型的村民理事会为组织载体，具有很大的包容性、灵活性和适应性，满足了全国各地不同地区乡村治理复杂性的需求。参见王中华、黄杰："论村民自治有效实现的基本单元和组织载体"，载《山西农业大学学报（社会科学版）》2018 年第 4 期，第 19 页。

[41] 如四川省宜宾市叙州区柏溪镇少峨村以全国村民小组自治试点为契机，建立起小组代表会提议、小组理事会协商、小组会决策、监事会监管、股东会经营"五会一体"新型乡村治理机制，商讨制定了《村民小组自治章程》、《组规民约》、《村民小组理事会章程》、《村民小组监事会章程》、《村民小组协商制度》等基本制度。参见"叙州区柏溪镇少峨村"，载 http://www.ybxww.com/ybly/html/2019/0506/368270.shtml，2019 年 8 月 2 日最后访问。

[42] 项继权、王明为认为广东清远以村民小组或自然村为单元进行村民自治试点具有探索性，但是此项改革不 仅自身存在组织、制度、财政以及人力资源等方面的困难，也与当前农村集体经济产权改革、农村社会日益开放和流动、农村治理单元的扩大化以及基层治理的精简与效能的发展方向相违背。参见项继权、王明为："村民小组自治的实践及其限度——对广东清远村民自治下沉的调查与思考"，载《江汉论坛》2019 年第 3 期，第 42-44 页。

[43] 有文章指出，地域相近与规模适度、利益相关与体系等同是在村民小组（自然村）一级实现自治的基本条件。参见农业农村部软科学课题组："以村民小组或自然村为单元开展村民自治试点改革经验总结和跟踪研究"，载《农村经济文稿》（内部资料）2018 年第 6 期，第 65 页。

[44] 李亚冬认为，《村民委员会组织法》的完善和修改应当坚持法治理念，坚持部分修改和分类处理的原则。即坚持村民自治的基本立场，力图在行政与自治之间保持平衡，通过落实村务监督机制、促成基层协商格局等手段完善村民内部自治格局，通过增强自治权利保障和救济制度、理顺乡村关系等途径以限制外部行政影响，顺应社会发展。详请参见李亚冬：《村民委员会组织法》的完善与修改"，载《甘肃政法学院学报》2019 年第 3 期，第 46—55 页。

[45] 陈寒非、高其才："乡规民约在乡村治理中的积极作用实证研究"，载《清华法学》2018 年第 1 期， 第 63 页。

主权利和合法财产权利的内容。村民自治章程、村规民约以及村民会议或者村民代表会议的决定违反前款规定的，由乡、民族乡、镇的人民政府责令改正。”据此规定，村规民约应报乡、民族乡、镇的人民政府备案。但是，如何备案却没有具体规定。

实践中，主要由民政部门、司法行政部门、乡镇人民政府对村规民约的制定、修订、实施进行指导，由法院在审判过程中对涉案的村规民约进行司法审查。在指导中，不少地方推荐了示范性村规民约供村使用；在村规民约的制定和修订的指导中干预过多，致使村规民约制定和修订中充满的意志体现不多，村规民约的地方性、独特性越来越不突出，村规民约的内容空泛，使村规民约在乡村治理中的积极作用越来越小。

为做好村规民约的指导工作、完善村规民约的备案制度，民政部、中央组织部、中央政法委、中央文明办、司法部、农业农村部、全国妇联于 2019 年 12 月 4 日发布实施了《关于做好村规民约和居民公约工作的指导意见》，从总体要求、主要内容、制定程序、监督落实和组织领导等五个方面对村规民约指导工作提出要求。其中关于村规民约制定程序包括征集民意、拟定草案、提请审核、审议表决、备案公布等环节。这一指导意见对村规民约的制定进行了一定的规范，但是乡镇党委、政府的干预色彩过浓，如村党组织、村民委员会根据有关意见修改完善后，报乡镇党委、政府审核把关；未根据审核意见改正的村规民约不应提交村民会议审议表决；将村规民约报乡镇党委、政府备案，经乡镇党委、政府严格把关后予以公布。

我们认为应当在尊重村民自治制度的基础上完善村规民约的备案制度，强调村规民约制定、修订和实施过程中村民意志的核心性，乡镇党委、政府和法院宜谨慎且必要情况下进行一定的指导和提出修改意见，不能过于积极的、主动的参与甚至干预村规民约的制定和实施。乡镇人民政府不得主动审查村规民约，必须经村民建议方可审查。乡镇人民政府不可直接撤销或改变村规民约，必须重新组织重开村民会议，并经村民会议表决修改， 保证村民自治不受过多行政干预。[46]绝不应将法律规定的“备案”扩张化。

完善村规民约的备案制度应从发挥村规民约在社会治理中的积极作用出发，坚持发扬民主，集中村民意见，最大限度体现全体村民意愿；坚持因地制宜，充分考虑当地乡村风俗习惯、历史文化等因素。乡镇党委、政府不能通过行政命令强制性的以备案名义进行干预，对村规民约内容不得违背宪法和法律精神也宜全面的、历史的、情境的进行分析和对待。

八、健全自治、法治、德治相结合乡村治理体系的实践路径

乡村治理是一项目长期的、复杂的社会治理工作，健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系要防止自治缺位、政府越位、认识错位，保障制度到位、法律就位；要避免运动式、命令式、“一刀切”、“一窝蜂”、“一阵风”等现象的发生。

[46] 孟钢杰：“村规民约备案审查机制重述——基于诸暨市的实证考察”，载《南开大法律评论》2019 年第十三辑，中国检察出版社 2019 年，第 102—103 页。

在具体治理实践方面，健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系需要总结村组治理实践经验、适度推行乡村治理试点、吸纳乡村固有治理资源、重视乡村社会智慧治理、注重乡村治理共识凝聚、发挥乡村人才积极作用、大力发展乡村社会组织等。

1.总结村组治理实践经验

健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系必须立足中国的国情村情，实事求是，从实际出发，认真总结各地村组的乡村治理实践经验，提炼具有共同性、普遍性和规律性的内容，有针对性地进行借鉴吸收推广。

当代中国的乡村善治之路需要尊重村民的积极探索、大胆实践、勇于创新，建基于村民内生性的适合本地的乡村治理机制。应当坚持因地制宜、循序渐进的原则，科学把握乡村的差异性和发展走势分化特征，扎实推进乡村治理。

在依法治国、建设社会主义法治国家的进程中，乡村治理需要坚持法治原则，重视制度建设，注重乡村治理的规范化、制度化建构。乡村治理需要形成“靠制度管人、用制度管权、按制度办事”的长效机制，形成稳定的、连续的治理状态，避免主观随意、率性任为现象的出现。

在全面把握乡村治理实践经验的基础上，从社会治理现代化、全面推进法治国家法治政府法治社会角度进行理论思考，形成中国特色的乡村治理理论，为全球的乡村治理贡献中国智慧。

2.适度推行乡村治理试点

2019 年中央一号文件明确提出开展乡村治理试点示范和乡村治理示范村镇创建，中共中央办公厅、国务院办公厅于 2019 年 6 月 23 日印发的《关于加强和改进乡村治理的指导意见》中也提出“开展乡村治理试点示范”，“组织开展乡村治理示范村镇创建活动”。为此中央农办、农业农村部、中央宣传部、民政部、司法部等五个部门将在地方创建的基础上，在全国联合认定要选择 100 个县（市、区）乡村治理体系建设的试点单位、100 个示范乡镇和 1000 个示范村，以培育和树立一批乡村治理的先进典型，发挥其引领示范和辐射带动作用，推动中央关于乡村治理的政策在基层落地生根。

适度推行乡村治理试点、通过典型引路，对于推进党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系的健全是有积极意义的，有助于鼓励试点地区探索形成一批可复制、可推广的“三治结合”的新路径、新模式，加快在面上推广；通过选树宣传乡村治理的各类先进典型以营造良好的舆论氛围。

当然，适度推行乡村治理试点需要尊重客观规律，把握基本尺度。试点是基于对乡村治理某些事项的探索，并不一定成熟和可全面推广，需要允许失败和不成功。试点也非纯为树样板，通过政策、资源、人才等的倾斜投入而人为的将试点乡村“高大上”。乡村治理的试点只是扶助、引导，不能揠苗助长，过分强调政治效应、成为政绩工程。

3.吸纳乡村固有治理资源

健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系需要重视吸纳乡村固有治理资源，传承和弘扬固有的优秀治理理念和治理规范。

我国具有历史悠久的农耕文明，中华文明根植于农耕文化，乡村是中华文明的基本载体。健全自治、法治、德治相结合的乡村治理体系，深入挖掘固有乡村社会的优秀治理制度，传承固有乡村社会的优秀治理观念，弘扬固有乡村社会的优秀治理规范，进一步实现当今的乡村善治。

推进乡村实现善治，应当深入挖掘乡村熟人社会蕴含的治理规范，弘扬重义守信、乡邻互助、和谐融洽等传统乡村治理的独特价值，建立乡村自我激励约束机制，强化优秀固有道德的教化作用，延续乡村文化血脉。

4.重视乡村社会智慧治理

健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系的实践推进需要重视乡村社会智慧治理。党的十九大报告提出要健全自治、法治、德治相结合的乡村治理体系，并首次提出“智慧社会”的概念，强调要提高社会治理智能化水平。中共中央办公厅、国务院办公厅于 2019 年 5 月印发的《数字乡村发展战略纲要》强调立足新时代国情农情，要将数字乡村作为数字中国建设的重要方面，注重建立灵敏高效的现代乡村社会治理体系；着力发挥信息化在推进乡村治理体系和治理能力现代化中的基础支撑作用，构建乡村数字治理新体系；并明确提出到 2025 年，乡村数字治理体系日趋完善。

乡村智慧治理立基于当今科技手段和技术条件，先进的智能设备为乡村社会治理中智慧治理创造了技术基础，网络时代的到来为乡村智慧治理、乡村数字治理体系的实现奠定了时代基础。观察浙江省龙游县的“村情通”、上海郊区的“农民一点通”等各地乡村智慧治理的实践，乡村社会治理中的智慧治理源于村务公开的需要，用创新的思路、运用新的办法解决存在的村务公开、村民参与难题，推进乡村善治。

乡村社会治理中智慧治理的内容主要体现在智慧沟通、智慧参与、智慧监督、智慧服务等方面，具有开放、便捷、互动、合力等特点。乡村社会治理中的智慧治理体现了多元的乡村治理主体、协同的乡村治理机制、精细的乡村治理方式、规范的乡村治理手段、高效的乡村治理过程。[47]这一智慧治理形态是乡村社会治理的发展方向，有助于乡村社会治理水平的提升，并进一步填平城乡社区之间的数字化鸿沟。

乡村社会治理中的智慧治理需要重塑治理格局、构建参与平台、完善共治设施、建立通用标准、推进数据融合。在全面总结智慧治理实践的基础上，切实改变一些乡村干部和村民思想不重视、能力有欠缺、使用推广不平衡等状况，进一步提高认识、转变观念、创造条件，完善、推进乡村社会治理中的智慧治理。[48]

5.注重乡村治理共识凝聚

[47] 高其才：“以智慧治理助推乡村‘善治’目标实现”，人民论坛杂志社《国家治理》周刊 2019 年第 19 期，第 30—32 页。

[48] 高其才：“以智慧治理助推乡村‘善治’目标实现”，人民论坛杂志社《国家治理》周刊 2019 年第 19 期，第 33 页。

实现乡村善治，核心是凝聚乡村治理的共识，健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系建立在政府与村民在乡村治理体制、治理手段、治理形式等认识一致的基础上。

乡村治理需要重建乡村、重建乡村共同体，培育乡村的公共性，[49]增强乡村的凝聚力，使村民养成浓郁的家园意识、强烈的主体意识。面对村民流动带来的乡村新变化，面对村落共同体的某种离散，工作、居住在村内村外的村民需要就乡村建设、法治目标等加强交流、增进了解、广泛沟通，以凝聚人心、形成合力。政府与村民需要平等协商，对乡村发展、乡村问题、乡村治理等形成基本共识。

应当注重沟通平台的建设，通过微信群等途径交流信息、说事议事，进行民主决策、民主管理、民主监督，积极、广泛的参与乡村治理，推进党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系的健全。

6.发挥乡村人才积极作用

乡村治理关键靠人特别是村组主要干部。健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系必须重视乡村各类人才的作用，十分重视和充分发挥乡村人才在乡村治理中的重要作用，推进乡村善治。

国家和政府要关心、爱护村干部，尊重他们的奉献和付出，支持他们的工作，关注他们的发展。政府、社会一方面要留住乡村现有村组干部，另一方面要吸引农村致富能手、外出务工经商人员、高校毕业生、退役军人等回村担任村组干部，为乡村治理做出贡献。既要精神上尊重村组干部，也要物质上尽量不亏待村组干部，保障村组干部的基本报酬。激励村组干部在乡村治理中积极担当、大胆作为，为村干部撑腰打气；大力支持村组主要干部的依法自治的履职行为，对不同意见要宽容、厚待；不能让村组感到寒心。

重视村老、寨老、族老等传统权威人士在乡村治理中的重要作用，[50]通过他们进行道德教化，传承和弘扬中华民族的优秀规范，弘扬崇德向善、扶危济困、扶弱助残等传统美德，培育淳朴民风，建设文明乡风，维护乡村良善秩序。

在乡村治理中要聚合各类人才资源。强化农民的主人翁意识，保障村民的主体地位，提高农民主动参与村庄公共事务的积极性。引导教育工作者、文化工作者、科普工作者、退休人员、企业家、志愿者等各类村外人士投身乡村建设、乡村治理之中。

7.大力发乡村社会组织

健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系需要大力发展乡村社会组织，推进多元治理载体培育，发挥各类组织在走向乡村善治中的积极作用。

---

[49] 黄方认为乡村公共性的培育，有利于村民形塑集体意识与合作精神，有利于整合乡村分化利益与多元规则，组织乡村集体行动，构建乡村秩序与激发活力。参见黄方："乡村治理视阈下乡村公共性困境与重构逻辑"，载《决策探索》2019年第9期下，第37页。

[50] 王丽惠认为出任新乡村领袖，应兼具公共性、引导性、先进性三方面的素质。乡村领袖应产自那些关注社区利益、有公德心、对 社区有归属感的群体，且应是能够领导和引导村民参与群众自治，建设现代乡村的能人。参见王丽惠："乡村建设中的'乡土法杰'角色与功能分析"，载《贵州大学学报（社会科学版）》2019年第4期，第109—111页。

村组的服务性、公益性、互助性社会组织能够满足村民的生活需求，组织多种形式的团体活动和公共交往，促进乡村的公共设施建设，维系乡村的公共生活，配合、补充和监督村党组织和村民委员会的工作，强化村民之间的联系和信任，增进共同体意识和村组认同观念，凝聚村民人心，有助于走向乡村善治。

农村基层治理的轨迹变迁及法治化构建

王 勇[1]

【摘　要】改革开放以来，我国农村基层治理结构发生了深刻变迁，这一变迁过程与国家治理在农村的功能设置变动紧密相关。无论汲取农业剩余的年代，通过“汲取型政权”确立的总体性支配的治理格局，还是农业税废除后基于“悬浮型政权”而导致的治理空余，反映了农村基层治理绩效疲弱的现实，反映了国家与农民之间关系的疏离，反映了治理体系的法治化缺失。基层治理法治化和乡村振兴战略的实施为农村治理现代化提供了契机，通过法治供给，完善基层自治制度，激活“乡政村治”的治理效能，打造共建共治共享的农村治理法治新格局。

【关键词】基层治理；村民自治；乡村振兴；治理法治化

一、问题与背景

古语讲“郡县治，天下安”，基层问题“牵一发、动全身”，一国的国家权力、民众利益、公共产品以及发展愿景等因素在基层交织、发酵后外显为或者舒缓或者剧烈的底层行动，成为影响基层社会治理状态的基础性因素。近年来，尽管在人口比例和经济贡献值方面，农民和农业的比重已经显著下降，但从人口数量、土地资源、利益结构、利益辐射面等方面看，“三农问题”仍属事关我国经济与社会发展的基础性和结构性问题，仍将在很长一段时间内继续保有战略性意义。

回顾历史，改革开放走过了四十年的里程。我国的全面改革始于农村，始于农民的原创性探索，农村改革掀起了我国经济与社会全面变革的历史大幕。经过四十余年的探索，农村改革取得了令人瞩目的成绩，但也凸显出一系列亟待解决的问题。基于此，党的十九大提出了“实施乡村振兴战略”的重大决策部署。可以预期，乡村振兴战略的实施，特别是乡村治理能力和治理体系现代化目标提出必将为新一轮的农村全面改革提供全新的引擎和动力。在上述宏观背景下，分析我国农村基层治理的变迁轨迹，剖析基本问题，整理问题的发生脉络和主导性原因，从而构建法治化的治理模式以为实现农村基层治理规范化和绩优化提供解决之道，无疑具有一定的理论意义和实践价值。

准确认知当前农村基层治理的基本状况，首先要整体性地把握一个宏观背景，这一背景构成了我们理解农村基层治理轨迹变迁的基本线索——自 20 世纪中期开始一直延续至本世纪初的国家权力下沉趋势。这一趋势的结果表现为作为国家基层政权的乡镇政权开始全面地以建制化的方式植入农村基层社会，并以行政吸纳的方式确立起一种整体主义的支配性治理格局[2]，而在废除农业税之后，这种整体主义的治理又旋即从积极转向消极，行政

---

[1] 王勇，法学博士、政治学博士后，教授、博士生导师，大连海事大学科技处副处长。

[2] 参见渠敬东、周飞舟、应星：《从总体支配到技术治理：基于中国 30 年来改革经验的社会学分析》，载《中国社会科学》2009 年第 6 期。马骏：《经济、社会变迁与国家重建：改革以来的中国》，载《公共行政评论》2010 年第 1 期。

依附转为治理“悬浮”，农村基层治理因为国家权力存在方式的变化而陷于另一种困境。作为一种法律社会学的分析，本文的主要任务是分析农村基层治理的轨迹变迁及法治化治理模式的实现路径。具体分解为三个问题：（1）梳理共和国七十年，尤其是改革开放四十年来农村基层治理的纵线沿革，分析其变迁轨迹。（2）分析蛰伏于变迁表象背后的治理逻辑（整全性的输入型治理），将其与当前农村基层治理的痼疾表现（权威稀释与制度阙如。前者导致基层治理难以形成有效治理，后者导致难以形成依法治理）综合讨论。（3）设计农村基层治理的法治构架。以村民自治为基点，从结构和功能方面分析“乡政”与“村治”的重新配置——从“乡政”一翼延伸至国家治理的理念与制度创新，从“村治”一翼覆盖农民、基层党组织、村民自治组织、农村其他组织之间的关系处理。本文的基本结论是，通过强化农村基层治理的整体性规范设计，强化基层自治制度的法治供给，重构国家与农民的良序关系，激活“乡政村治”模式下基层治理的效能，打造共建共治共享的法治化农村治理新格局。

二、当代农村基层的治理逻辑与待决问题

改革开放至今，随着宏观经济环境的周期性变化，农村基层治理实践发生了巨大的变化。温铁军教授等指出，至 2008 年前后的三十年间，农村基层治理先后发生了三轮治理危机。[3] 本文把这一系列的危机及调适置于“国家政权建设”和“市场经济建设”双重旋律和背景的演变之中，对其进行重新梳理和论证，并接续描述和分析第四轮（即 2006 年至今）治理危机及其调适的内在机理。

第一轮危机发生在 20 世纪 80 年代。家庭联产承包责任制的实施，推动了农村经济与社会利益的巨大变迁，也带动了治理结构的变化。解放了生产力，激活了农民的生产积极性。但滞后的治理结构无法有效回应经济利益的变动，由此引发了首次危机。本轮危机具体表现于，实行家庭联产承包责任制之后，人民公社不再具有农业生产的规划和组织功能，作为经济组织的人民公社陷于空转状态，同时也使行政管理和社会治理功能陷于空转。1983 年中共中央和国务院发布《关于实行政社分开建立乡政府的通知》，恢复乡镇政权建制，实行经济组织和政权组织的功能性分离。此后，国家通过“签字权”（控制土地承包合同），“调整权”（集体土地机动调整）和“生育权”（人口生产），通过专项控制形成总体支配的治理格局。这里出现一个悖论性的现象，1980 年代中央密集下发了恢复乡镇政权的文件，但行政管理和社会治理效能并未因此得到显著改善，落后的行政治理体制之间难以适应具有解放生产力功能的家庭承包制的发展，这一矛盾成为村民自治制度产生的一个主要动因。

第二轮治理危机发生在 1990 年代。危机仍旧根源于农村基层治理体制与经济基础之间的关系失衡。在替国家征税并解决人员臃肿这两个主要任务的驱动下，基层政权与农民

[3] 参见董筱丹、温铁军：《宏观经济波动与农村治理危机：关于改革以来“三农”与“三治”问题相关性的实证分析》，载《管理世界》2008 年第 9 期。

处于高度紧张状态之中，“划分收支、分级包干”的财政管理体制改革催生了“谋利型政权经营者”，[4] 在高度行政依附的“乡政”压倒“村治”的治理状况下，农村基层治理陷于疲弱，农民抵抗行为大规模出现。温铁军教授等指出，“乡级财政要解决规模增加了的人员的基本开支，只能依靠‘加强征收’（这既是指对小农经济剩余索取的相对程度增加，也意味着征收手段的加强甚至非正常化），农村干群关系逐渐恶化，20 世纪 90 年代初出现了村民暴力反抗税费征收的事件，标志着大包干以来的第二轮乡村治理危机爆发”。[5]

第三轮危机发生在 90 年代末到 2006 年前后。90 年代中期分税制改革之后，“财权上收，事权下移”的权责分配方式把难以市场化供给的农村基础设施建设、义务教育支出等项目的资金筹措责任施加给乡镇政权。经过层层转稼，这些负担最终落到农民身上。通过缴纳高额的农业税费，农民成为自身公共产品的主要供给主体，加之农村基层政权的的内卷化，“乡村基层工作人员部分出现了‘劣绅化’趋势，并与地方政府形成‘劣绅+精英’结盟；进一步形成乡村治理中的‘精英俘获’，和‘扈从关系’”。[6] 导致农村基层干群关系非常紧张，干群冲突事件大量发生，这种情况一直到 2006 年国家废除农业税之后才得到有效改观。但农业税的废除却又形成了一个非意图性的结果——作为国家与农民关系的一个侧面体现，干群关系由废除农业税之前的密集性接触迅速转为全面性疏离，不再承担征税职能的乡镇政权立即显现空转化和“悬浮化”的倾向，导致农村基层治理的第四次危机的爆发。

第四轮危机发生在 2006 年前后，并延续至今。农业税的废除深刻地改变了国家与农民之间关系的经济基础，改变了国家与农民之间的取予关系，由此对传统的总体性治理模式产生了结构性冲击。国家不再通过税收从农业汲取资源，相反，公共财政对农村社会的逐渐覆盖，实现了取予关系的逆转，最大限度地消解了农民与国家对抗的经济根源，这对农村基层政权的功能设置提出了转型要求。但是，陷于“悬浮”的乡镇政府以及缺乏自治能力的村委会未能及时有效地完成功能性转型，从而引发一系列治理实践问题，笔者将这些问题类型化地概括为“权威稀释”和“制度阙如”两个方面，并且这两方面的治理错位又导致本文谓之的“悬浮型农民”的产生。

首先，乡镇政府从“汲取型”政权转变为与农民关系更为松散的“悬浮型”政权，农村社会公共产品供给能力进一步严重弱化，基层政权和国家的公共性权威被极度稀释。废除农业税和公共财政基本覆盖农村之后，“过去一直依靠从农村收取税费维持运转的基层政府正在变为依靠上级转移支付。在这个转变过程中，基层政府的行为模式也在发生改变，总的趋势是由过去的‘要钱’‘要粮’变为‘跑钱’和借债，基层政权从过去的汲取型变为与农民关系

[4] “谋利型政权经营者”的概念由杨善华和苏红两位学者提出，是指 1980 年代“划分收支、分级包干”的财政管理体制改革后，得到重建的乡镇政府为增加本级财政收入而发生的积极立场转变，它所针对的是计划经济时代的乡镇政权对财政收入的消极立场。参见杨善华、苏红：《从“代理型政权经营者”到“谋利型政权经营者”：向市场经济转型背景下的乡镇政权》，载《社会学研究》2002 年第 1 期。

[5] 参见董筱丹、温铁军：《宏观经济波动与农村治理危机：关于改革以来“三农”与“三治”问题相关性的实证分析》，载《管理世界》2008 年第 9 期。

[6] 参见董筱丹、温铁军：《宏观经济波动与农村治理危机：关于改革以来“三农”与“三治”问题相关性的实证分析》，载《管理世界》2008 年第 9 期。

更为松散的‘悬浮型’”。[7] 税费改革虽然减轻了农民负担，却并未完成国家与农民之间由“汲取型”关系向“服务型”关系转变。[8] 反倒产生了两个非意图性后果。第一个是制造了“悬浮型政府”。取消农业税客观上减少了乡镇政府与农民的接触频率，同时剥夺了截留税款的“权力”，客观上导致在农民与乡镇政府的关系格局中乡镇政权的组织和动员能力被大幅削弱。另一方面，21 世纪初以来“项目制”专项治理模式的实施又从县级以上政府与乡镇政府的关系格局中再次削弱了乡镇基层政权的组织权威和动员能力。两侧能力的削弱导致乡镇一级政府的公共产品供给能力几乎丧失，组织权威和动员能力陷于崩溃。由此通过乡镇政府与农民之间关系表现出来的国家与农民之间的关系处于一种新的疏离状态之中。[9]

第二，村庄自我生产能力贫弱，农民的主体意识和家园归属感日渐稀薄。废除农业税产生的第二个非意图性后果是催生了“悬浮型农民”。“农业税的取消，以及粮价走低引发的土地劳动收益预期递减，致使农民在被动间失去了集体指标，同时也失去了作为农村之结构要素的集体意识。农村从一个具有向心力和组织力的生产和生活单位变成了一个仅有时间维度的驿站”。[10] 农业税解放了农民，极大摆脱了农民对土地的人身依附和经济依附。同时，在先已规模化的城市生活和市场经济的“邀请”下，大量青壮年农民逃离土地，卷入城市。因为缺乏对经营土地的自然认同，又无法立即融入城市社会，使得这些人成为游走于村庄与城市边缘的双重“剩余人”。[11] “农村社会日益多元化、异质化，地方性共识逐步丧失加速了村庄内生秩序能力的丧失，村民对村庄的主体感日益稀薄，农民对农村失去了利益关联、情感眷恋和价值归属”，[12] 如贺雪峰教授所指出的，在“国家与农民关系”、“农村基础结构”和“农民价值”等方面引发了农村社会的基础性巨变。[13]

第三，既有制度体系效能低下，规范性治理机制缺失。农村基层治理的根本问题在于理顺国家与农民之间的关系，这种关系的核心内容是经济自主与基层民主。对于前者，尽管对“三权分置”引发了多种担忧，但家庭承包制的稳定实施和城乡资源配置关系的反转从根本上为国家与农民之间经济关系的良序化提供了坚实基础。但对于后者，即基层社会治理，则凸显了应对机制的滞后与无力。

20 世纪 80 年代，在完成国家权力在农村基层的建制之后，村民自治制度也开始全面实施。乡镇政权的社会行政管理与村民自治相结合形成了“乡政村治”的治理模式。这种富有中国特色基层治理模式一度被认为是“新的历史时期我们找到的农村最好的治理模式，最好的组织形式”。[14] 从制度设计上，“乡政村治”模式为构建良序的国家与农民关系提供了制

---

[7] 周飞舟：《从汲取型政权到“悬浮型”政权：税费改革对国家与农民关系之影响》，载《社会学研究》2006 年第 3 期。
[8] 参见应星：《农户、集体与国家：国家与农民关系的六十年变迁》，北京：中国社会科学出版社 2014 年版，第 137 页。
[9] 关于项目制治理，可参阅折晓叶、陈婴婴：《项目制的分级运作机制和治理逻辑》，载《中国社会科学》2011 年第 4 期；渠敬东：《项目制：一种新的国家治理体制》，载《中国社会科学》2012 年第 5 期；周雪光：《项目制：一个“控权论”理论视角》，载《开放时代》2015 年第 2 期；李祖佩、钟涨宝：《项目制实践与基层治理结构》，载《中国农村经济》2016 年第 8 期等。
[10] 王勇：《农村治理中的农民与国家》，载《读书》2017 年第 12 期。
[11] 参见王勇：《村民自治 40 年：基层治理法治化变迁的学理分析》，载《社会科学战线》2018 年第 9 期。
[12] 王勇：《村民自治 40 年：基层治理法治化变迁的学理分析》，载《社会科学战线》2018 年第 9 期。
[13] 贺雪峰：《新乡土中国》，北京：北京大学出版社 2013 年版，第 9 页，第 III 页。
[14] 张厚安：《乡政村治：中国特色的农村政治模式》，载《政策》1996 年第 8 期。

度设计。但在实践中，为学者所概括和推崇的“乡政村治”模式下的“村治”过于依附乡镇政府，“实际运行中的村治与乡政，主要表现为合流与冲突的关系，并且村治与乡政的合流最终占据主导地位，使村民自治正在逐渐丧失其本有的自治意义，在很大程度上衰变为‘乡政’的统治”，[15] 以村民自治为一翼的农村基层治理远未产生令人期待的治理效应。[16]

1949 年以降的国家权力下沉趋势虽在 1988 年村民自治制度确立时基本终止，但在农业税废除之前，在某种程度上，村委会俨然成了乡镇政府的代理人，“谋利型政权经营者”的乡镇政府对村民自治施加了强烈的行政干预。农业税废除之后，“谋利型政权”迅速蜕化为“悬浮型政权”，“乡政”迅速抛弃“村治”，而此时的“村治”无法自主性地成为塑造新农村和凝聚新农民的制度机制，自然也就无力为专业合作社、村民理事会、互助组等农村“双新”组织提供制度示范和规范性支撑，无法实现自我治理的绩效，“制度阙如”成为农村基层治理走向规范化和绩优化的一个瓶颈。

需要指出的是，不同于前三次危机的产生动因，第四次治理“危机”并非是一种积极性的危机，而是一种附带产生的结果。它是在国家与农民取予关系发生根本性变化的背景下产生的。它产生于治理空间剩余，而不是此前的治理空间挤压。同时，本次治理危机及其调适，是对前三次危机，甚至是建国以来所积累的治理失序问题的整体性回应，是在农村被重新解释其战略意义的基础上的整体回应。正如如景跃进教授所言，“由资源汲取向资源输入的转型，意味着国家权力以一种全新的方式切入乡村社会，意味着乡村治理革命的到来。在新的模式下，乡村不再是实现国家现代化的（阶段性手段），而是发展目标本身”。[17] 在这种背景下，如何理解前三次治理危机与调适，其间是否有着稳定的内在逻辑，这种逻辑是否会以消极的方式干扰统筹城乡经济社会发展和乡村振兴战略的实施等等，这是构建常态化和绩优化的农村基层治理模式的关键所在。由此，我们需要去描述贯穿共和国七十年农村基层治理变迁的密钥——基层治理逻辑。

关于当代中国农村基层治理变迁，学术界大体上形成了两种解析路径。基于描述便利的考虑，笔者选取代表性论述，分别将其概括为“政治社会学”路径和“政治经济学”路径。

第一个解释路径即政治社会学解释路径。这一路径尝试从“行政国家”或者说国家政权建设的思路来解释农村基层治理的内在逻辑。[18] 这一解释的基本思路在于，它把当代中国农村基层治理实践纳入到 20 世纪中期以来国家权力下沉的总体历史背景中解释，特别关注国家建构对农村社会权力结构的影响。[19] 新中国成立之后，为了恢复社会秩序，确立新

---

[15] 蔺雪春：《当代中国村民自治以来的乡村治理模式研究述评》，载《中国农村观察》2006 年第 1 期。

[16] 参见吴理财：《中国农村社会治理 40 年：从“乡政村治”到“村社协同”》，载《华中师范大学学报》（人文社科版）2018 年第 4 期。姚锐敏：《“乡政村治”行政体制的利弊分析与改革出路》，载《行政论坛》2012 年第 5 期。

[17] 景跃进：《中国农村基层治理的逻辑转换：国家与乡村社会关系的再思考》，载《治理研究》2018 年第 1 期。

[18] 相关论述及介绍性文献可参见景跃进：《中国农村基层治理的逻辑转换：国家与乡村社会关系的再思考》，载《治理研究》2018 年第 1 期；贺雪峰：《试论二十世纪中国乡村治理的逻辑》，载《中国乡村研究》，福建教育出版社 2007 年版；沈延生：《中国乡治的回顾与展望》，载《战略与管理》2003 年第 1 期；吴理财：《中国农村治理 60 年：国家的视角》，载《探索与争鸣》2009 年第 10 期；折晓叶、艾云：《城乡关系演变的制度逻辑和实践过程》，中国社会科学出版社 2014 年版等。

[19] 吴理财教授以“集体化和政治一体化”来概括国家政权组织体系在农村的建构，说明其实质是组成一个“国家覆盖社会”或政治一体化的体系。参见吴理财：《中国农村治理 60 年：国家的视角》，载《探索与争鸣》2009 年第 10 期。

生政权的政治认同，获取工业化建设的原始资本，以建立乡镇政府为主要形式，国家行政建制迅速下沉到农村基层，成为主导农村基层社会的核心力量甚至是唯一力量，由此形成的总体性控制模式主导了农村基层社会的变迁。

笔者认同上述判断，并且认为，国家行政建制下沉的趋势，从外观形式上虽然保持到1980年代中期村民自治制度的产生，但其实际影响力一直延伸到2006年农业税废除前后。而在这之后，这种已经撤离的“总体性控制”逻辑又非意图性地制造了新的问题，继续成为农村基层治理乱象的一个发生源。废除农业税之后，农村不再是国家财政的汲取对象，基于减少财政支出成本而大规模进行的撤乡并镇运动对于正处转型时期的村民自治制度构成了较大的冲击，缺乏自治能力培育的缓冲期，致使其无法立即递补国家行政力量的实质性撤出所空余出来的治理空间，形成了乡镇基层政权“空转化”与村民自治制度“空心化”并存的情形。国家行政力量的规模性撤退，表面上化解了此前业界对村民自治中“行政化”弊病的批评，但事实上强化了问题——村民自治制度“空心化”与农民的“悬浮”。

第二种解释路径是从政治经济学，或者说从经济基础和上层建筑之间关系的视角来解释，笔者谓之政治经济学路径。[20] 温铁军教授等人认为，农村基层治理陷入困局的根本性原因在于国家在解决涉农经济基础和上层建筑之间关系时出现了位置错置。涉农经济基础表现为农业、农村和农民的“三农”问题，涉农上层建筑表现为村治、乡治和县治的“三治”问题。按照温铁军的论述，当代中国农村基层治理结构及其主要问题，根本上仍旧受制于一种错位的“路径依赖”——“因极大地得益于通过农业集体化为组织载体的集中体制向‘三农’转移国家工业化的制度成本，而导致了人民公社解体之后几无组织载体为条件却仍然向‘三农’转移工业化成本的‘路径依赖’”。[21] 这种“路径依赖”事实上根源于国家在处理经济基础和上层建筑之间关系时所表现出来的错位。从建国伊始到改革开放的前30年，国家通过汲取农业剩余，获得了工业化建设所必需的原始资本，同时“农业集体化作为农产品统购统销和财政统收统支等国家积累制度的组织载体，与服务于政府集中进行工业化建设的一整套制度中的其他重要方面相互依存”，[22] 农村成为国家工业发展的资源库。如应星教授所指出的，“国家正是以对资源的全面垄断为基础，建立起对社会进行深入动员和全面控制的总体性社会。总体性社会的基本特征是将国家与社会的三层结构变成为国家与社会的两层结构，而单位和人民公社则构成总体性社会的基本组成单元”。[23]

上述两种路径提供了关于农村基层治理变迁的不同解释，但在本文看来，这两种解释虽有不同，但主要论据内在关联，论证过程遥相呼应，最后结论也是殊途同归，它们共同

[20] 相关论述及介绍性的文献可参见董筱丹、温铁军：《宏观经济波动与农村治理危机：关于改革以来“三农”与“三治”问题相关性的实证分析》，载《管理世界》，2008年第9期；项继权：《农村税费改革与乡村治理的制度变迁》，载《中国社会科学评论》2003年第2期；陈锡文：《从农村改革四十年看乡村振兴战略的提出》，载《行政管理改革》2018年第4期；应星：《农户、集体与国家：国家与农民关系的六十年变迁》，中国社会科学出版社2014年版。

[21] 董筱丹、温铁军：《宏观经济波动与农村治理危机：关于改革以来“三农”与“三治”问题相关性的实证分析》，载《管理世界》2008年第9期。

[22] 董筱丹、温铁军：《宏观经济波动与农村治理危机：关于改革以来“三农”与“三治”问题相关性的实证分析》，载《管理世界》2008年第9期。

[23] 应星：《农户、集体与国家：国家与农民关系的六十年变迁》，中国社会科学出版社2014年版，第11页。

指向了农村基层治理中的核心问题——国家与农民之间的关系的建构，并遥相呼应地诠释了此间的农村基层治理乃是以经济与政治互相嵌入的方式形成了总体控制的治理逻辑。

在实践中，基层治理的总体性控制逻辑被具象为国家政权系统内部的权力—权力关系，权力—责任关系。[24] 在国家与农民之间则表现为权力/权利—责任/义务关系。但是，由于缺乏稳定的法律制度及其运行机制，基层治理无序且绩效低下，其情形表现如周雪光教授描述的，“一系列稳定重复的重大现象——集权与放权的交替往复，整顿治理的运动型机制，绵延不断但收效甚微的政治教化活动，举步维艰的科层政府理性化和法制建设发展，政策执行中的变通和共谋行为等等”。[25]

三、“乡政村治”模式下的国家与农民关系

前文指出，农村基层治理的根本在于理顺国家与农民之间的关系。在分析了导致两者关系疏离的国家一侧的原因之后，本文继续分析这种疏离在农民身上的表现，从而为下文以重塑村民自治制度的方式理顺两者关系做一个铺垫。

在农业生产和农村社会生活中，农民有着特定的价值观和生活理想。在历史变迁中，这种理想和价值虽不断变化，但大体上仍旧有其稳定的发展轨迹。新中国建立之后，大规模的社会改造运动为农民的命运和生活轨迹的改变提供了外在动力。革命教化运动既重置了农民的理想和价值，也重塑了国家与农民之间的关系。改革开放以后，作为一个全新的要素，“市场经济”更是极大地改变了农民的行动逻辑，农民被卷入市场，从而形成了全新的农民与市场之间关系，这种关系是又是农民与国家关系的一个具体表现。但需要分析的是，在城市与乡村两端，市场经济是以不同的方式展开的。对农业、农村和农民而言，市场经济是一种“非均质性”的存在，其基本表现为：第一，与城市相比，市场经济的价值理念、基本规则和经济红利并未在农村基层社会中同步落地。为城市属性的市场经济所吸引，加之前述村庄自我再生产能力的丧失，导致了农民在财富、职场、家庭、规则、理想价值等方面陷于错位与失衡。第二，在“三农”要素的市场化过程中，市场化范围和幅度是不均匀的，农民被以劳动力的方式率先市场化，这一方面改变了作为未来农民群体组成部分的青壮年农民的生活设计，另一方面，也让利益实现模式已显固化的土地失去了吸引力。[26] 在这种“非均质性”渗入的市场经济的冲击下，农民与农村陷于空心化、碎片化和低组织化，而隐藏在经济发展状况背后的根本问题则是“国家”在农村社会中的位置安放问题，更是农民和农村在国家中的位置安放问题。

需要指出的是，这种位置变化一开始表现为市场经济对农村的结构性冲击，近年来又表现为“撤乡并镇”等国家行政力量的规模性退出。减缩农村基层政权规模，除了降低财政

---

[24] 由此形成的独特的科层治理结构，参见曹正汉：《中国上下分治的治理结构及其稳定机制》，载《社会学研究》，2011年第1期；周雪光：《权威体制与有效治理：当代中国国家治理的制度逻辑》，载《开放时代》2011年第10期；周黎安：《中国地方官员的晋升锦标赛模式研究》，载《经济研究》2007年第7期等。

[25] 周雪光：《权威体制与有效治理：当代中国国家治理的制度逻辑》，载《开放时代》2011年第10期。

[26] 在这层意义上，土地三权分置制度改革的要义是通过释放土地权利的经济与社会效益重新赢得农民，为再建未来乡村提供经济制度支撑。

支出成本的考虑之外，从外观上仿佛也应和了业界关于国家干预退出，社会自治介入的呼声。但实际上，农村基层问题的严重程度远比表象复杂。本文认为，在农村基层治理领域，“国退民进”并不具有太大的解释力和可行性。这涉及到国家、社会、市场与农民作为利益主体的行动逻辑问题，也涉及上述行动逻辑所凭借的秩序结构或权力结构。

国家的在场，并不必然导致行政依附和总体性控制。美国农民政治学家詹姆斯·斯科特对各种形式的国家干预有过反思。在他看来，由国家垄断性实施的社会改造工程来自四个倾向性因素的组合，即追求清晰化和简单化的“自然和社会管理制度”，对现代和进步意识“强烈而固执的自信”，“有愿望而且也有能力使用它所具有的强制权力”，以及缺少抗衡能力的公民社会。[27] 这四个要素支持了国家对社会的强力介入，伴随国家介入的则是其对自生秩序的破坏。需要注意的是，斯科特对政府介入的警惕并不适用于当代中国的农村基层治理。斯科特所反思的是——国家对社会自然转型的强力干扰。对按照社会自生秩序演化而言，这种提示具有一定的提示意义，但是对当代中国的农村基层治理实践来说，自建国以来，农村基层社会的变迁始终就是整体性的国家政权建设和社会改造运动的重要组成部分（甚至是核心部分），在既往的农村基层治理实践中，“国家”是持续在场的，不存在后期介入的问题，“这里真实的问题，不是国家的介入，更不是国家的退出，而是国家位置感和功能观的重新组织。”[28]

就当前而言，缺乏有效的替代性治理机制，传统治理模式所腾退的空间，没有实质性地得到有效填充，农村基层治理面对的真实问题在于——农村的低组织化，农民的悬浮化和疏离化，以及国家组织的空转化和悬浮化。

新中国建立之后的历次社会改造运动改变了农村社会的基本结构，对国家与农民关系产生了深刻的影响。大体而言，其表现为国家对农村治理的目标设定，深刻地影响了农村基础社会结构，改变了农民对自身的价值定位及对国家的期待。

首先是国家与农民关系的变化。市场经济在农村的“非均质性”发展和农村基层政权组织的结构性和功能性变迁，主导了国家与农民关系从紧张的“汲取型”到疏松的“悬浮型”的变化。但无论是“汲取型”还是“悬浮型”，都表现了两者长期处于疏离状态的事实。其次，在前述城市属性的市场经济的外在示范下，在村庄自我生产能力贫瘠的背景下，农村社会的基础结构产生巨大变化，其表现为一组互为促进的对向流动。一个是由市场所催生的“现代意识”传入农村，另一个是为内在困窘和外在吸引而推动的农民离开农村。这一对向流动持续地推动着农村内生结构的变迁，“农村从一个具有向心力和组织力的生产和生活单位变成了一个仅有时间维度的驿站。对务工农民来说，这里是一个春节时临时聚居的‘房子’，‘家’的味道与年的味道一起变得稀薄。对留守农民而言，传统的生活价值也已经稀释，现世和‘现代’的生活体验在潜移默化间成为主流和常态追求”。[29] 第三，农民价值观的变化。由前

[27] [美]詹姆斯·斯科特：《国家的视角：那些试图改善人类状况的项目是如何失败的》，王晓毅译，社会科学文献出版社2017年版，第3-5页（导言）。
[28] 王勇：《农村治理中的农民与国家》，载《读书》2017年第12期。
[29] 王勇：《农村治理中的农民与国家》，载《读书》2017年第12期。

述两个因素所主导，农民特别是青年农村对农村、农业和自身身份的认知发生了改变，对土地，对祖宗和后代的观念发生了深刻变化，追求现实生活成为一种集体共识。村庄对“利益关联”、“情感眷恋”和“价值归属”（费孝通先生语）的承载能力迅速消失。农村社会中的民俗、道德、共识等规范瓦解，现代法律又与农村有着不小的隔阂，调整农村社会社会的手段疲乏无力。

从一般意义上说，如上三种相互关联的变化，在变迁轨迹方面与国家在农村的选择性退出有着紧密的相关关系。废除农业税释放了基层政权对农民和村庄的控制，“撤乡并镇”减少了财政负担，但改革举措所空余的治理空间，并无合适的组织迅速填充。在前述非均质性市场经济以及“悬浮型农民”日益增多的背景下，作为治理主体的政府力量的规模性退出，非但没有为村民自治制度的自主性成长提供空间。相反，在农村中各种社会组织有待规范的背景下，公共权威和公共产品的有效供给就处于阙如状态之中。本文认为，在当前农村治理的现实形势下，应该审慎评估国家及其行政组织的规模性退出。基于改革开放四十年来农村基层治理的轨迹变迁及其法治状况，基于中共中央、国务院在《关于实施乡村振兴战略的意见》总体要求中提出的“建立健全城乡融合发展体制机制和政策体系，统筹推进农村经济建设、政治建设、文化建设、社会建设、生态文明建设和党的建设，加快推进乡村治理体系和治理能力现代化”的要求，应该重新反思国家在农村的组织设置和功能存在。“国家的视角”非但不是消极的，反倒是需要强调的，“强国家”导致“弱社会”的一般性描述，在农村基层治理中并不完全适用。就目前状况而言，“国家”的隐退，非但无法孕育一个正常的社会，反而有走向治理混乱的可能。由此，农村基层治理的规范性和绩优化要求国家的在场，要求以重建国家与农民关系为核心目的实现农村基层治理方式变革，这需要重新评估国家与农民的关系状况，重建农民对农村和国家的信心。国家在农村角色的重要性，国家与农民关系的重要性，无论从现实问题状况方面分析，还是从建国以来农村治理的历史轨迹方面分析，都能够得到说明。

目前，中央已经采取多种措施应对这一危机，但这种应对还没有产生制度机制和稳定效果，这也是中央实施乡村振兴战略的一个内在驱动力。[30]“如果说当年实行村民自治，国家权力开始从乡村社会的全面撤退，那是一种历史的无奈，那么当国家从资源汲取转向资源反哺时，改造乡村社会的动力机制，又变得十分强劲”。[31] 折晓叶教授在分析新出现的项目制治理模式时指出，“国家财政转移支付项目进村，或许可以被看作是国家权力回归、村社区与国家和地方政府发生新的关联的一个标志性事项”。[32] 那么，避免新一轮治理危机的改变之道在于激发多元主体的积极性，激活治理机制的制度效能，以法治化的治理模式为构建国家与农民之间的良序关系提供稳定的制度和机制。

[30] 参见陈锡文：《从农村改革四十年看乡村振兴战略的提出》，载《行政管理改革》2018 年第 4 期。
[31] 景跃进：《中国农村基层治理的逻辑转换：国家与乡村社会关系的再思考》，载《治理研究》2018 年第 1 期。
[32] 折晓叶、艾云：《城乡关系演变的制度逻辑和实践过程》，中国社会科学出版社 2014 年版，第 394 页。

四、治理的变量因素与基层治理法治化

与财政、监察、司法等国家治理的其他专项领域不同，农村是一个自成系统的治理领域。农村基层治理意义上的“农村”具有丰富意涵。作为一个地域性的概念，农村是一个地理场所，用以区别城市。作为一个组织性概念，农村表征了一种经济生产和社会生活方式。在社会结构上，作为城乡二元结构的一元，“农村”构成了城市的相对面甚至剩余物。“农村”是一类地理场所，是一种组织单位，是一种生活方式，是一个价值世界，是一个开放的功能体。正是如此，应星教授指出，“三农”问题内含了三个相互关联的问题，“土地构成农业问题的核心问题，治理构成农村问题的实质问题，而民情构成农民问题的基础问题”。[33] 当“国家”以资源供给和制度供给等方式介入农村基层治理的时候，其间的利益变量就需要得到格外的重视。

第一，农村基层治理中的政治属性与经济功能。区别于城市社区治理，无论是组织性的农村，还是原子化的农民，在加之于其上的各种行为和制度中，经济属性和政治属性是紧密结合在一起的。农村基层治理中的制度设计，在经济发展、民主政治和社会保障等方面具有内在关联和相互支撑的功能。

关于农村基本单元即村庄的政治功能和经济功能之间的关系，目前有两种主张。一种主张采取分离策略，把农村中两委组织与村级集体经济组织的功能区分开来，即在区分农民社会成员身份和经济成员身份的基础上，鼓励乡村各种资源的自由流动，把村庄转化为一个城乡人口自由对流的开放社区，把村民自治转化为更具包容性的社区居民自治。[34] 与之相反的另一种更为普遍的主张则坚持维持村庄政治组织与经济组织的结合，保持村庄的封闭性和相对稳定性。

第二，“两委”与乡镇政府之间的关系。过往，村民自治制度广受诟病的一点集中于乡镇政权的“行政依附”过度挤占了村民自治的空间，村委会成了乡镇政府的村级代理人。[35] 而进入后农业税时代之后，缺乏组织能力和资源调度能力的村委会与乡镇政府却又一起陷于“悬浮”状态。这里凸显了基层党组织、基层自治组织和基层政权组织之间的复杂关系。《村民委员会组织法》规定，“中国共产党在农村的基层组织，按照中国共产党章程进行工作，发挥领导核心作用，领导和支持村民委员会行使职权；依照宪法和法律，支持和保障村民开展自治活动、直接行使民主权利”。同时规定，“乡、民族乡、镇的人民政府对村民委员会的工作给予指导、支持和帮助，但是不得干预依法属于村民自治范围内的事项。”作为国家基层政权的乡镇政府与作为自治组织的村委会是“指导”关系，而作为党的基层组织的党支部与村委会是“领导”关系。从权力结构上，乡镇政权可以运用乡镇党委对村级党组织的领导关系对村委会施加影响。由此导致“两委”与乡镇政府在村民自治实践中的关系

[33] 应星：《农户、集体与国家——国家与农民关系的六十年变迁》，中国社会科学出版社 2016 年版，第 6 页。

[34] 参见吴理财、杨恒：《城镇化时代城乡基层治理体系重建》，载《华中师范大学学报》（人文社科版）2012 年第 6 期；项继权、李增元：《经社分开，城乡一体与社区融合：温州的社区重建与社会管理创新》，载《华中师范大学学报》（人文社科版）2012 年第 6 期；李增元：《社区化治理：我国农村基层治理的现代转型》，载《人文杂志》2014 年第 8 期。

[35] 参见赵树凯：《乡镇治理与政府制度化》，商务印书馆 2010 年版，第 191 页。

异化，“两委”矛盾转化为“管治”矛盾。[36]

第三，村民自治中的行政村与自然村。2012 年广东省清远市以自然村为单元试点实施村民自治得到中央肯定，从 2014 年到 2018 年，中央一号文件连续五年对此给予强调。[37] 此前，以行政村为基础的村民自治遭遇困难和障碍，对此成因，徐勇教授总结为三点，第一，“行政抑制自治”。基层政府大量的行政任务要通过建制村的村民委员会加以落实，由此导致村民委员会的“行政化”。村民自治事务难以通过村民委员会这一组织加以处理。第二，“体制不利自治”。自治属于直接参与行为。规模过大、人口过多不便于自治的展开，“合村并组”更加大了开会和落实工作的困难。第三，“外力制约自治”。外部性的政府主导力量和开放性的市场经济削弱了农村内生的自我治理能力。[38] 由此，探索自然村层面的村民自治是对既存弊端的一个矫正。

需要指出的是，徐勇教授指出的三点制约性因素，主要情形发生在“汲取型”乡镇政府时期，在城乡资源配置关系逆转的后农业税时代，需要重新评估这些外在因素的影响力。但是，从村民自治制度的内在结构分析，处理自然村一级的村民自治是完善农村基层自治制度的一个重要课题，它从属于更为系统的一类关系变量——行政村以下农村社会组织之间的关系。

第四，村委会和其他农村社会组织之间的关系。《村委会组织法》规定，村委会可以根据需要设人民调解、治安保卫、公共卫生与计划生育等委员会。除了妇代会、团支部等传统组织之外，农村还有专业合作社、互助组、村民理事会等“两新”组织。以比较稳定的形式存在的农村社会组织，因其内部较为统一的行动步调，会对村民自治产生很大的影响力，它既可能凝聚和创造集体智慧和行动效应，也可能对健康的村民自治产生负面的冲击。如何明确多重社会网络之间的关系，处理农村各类组织之间的关系，[39] 需要通过完善农村基层自治制度加以明确。[40]

基于上述分析，治理主体的结构性错位，治理绩效的缺失根本上源于规范性治理体系的缺失，关系疏离、权威稀释与制度阙如之间构成了恶性循环，破解农村基层治理困局要诉诸法治化治理模式的构建。这种构建将力图实现五个转变：法治化的治理模式将实现治理主体从单一治理向多元治理转化；治理理念从单向治理向互动治理转化；治理策略从运动式向规范化转化；治理手段从管制型向技术型转化；治理结构从碎片化治理向整体性治理转化；治理效果从随机性向稳定性转化。就法治化的农村基层治理模式的构建，有如下

---

[36] 参见李晓鹏：《双重授权逻辑冲突中的乡政村治：国家建构视角下村民自治的阐释》，载《求实》2015 年第 4 期。

[37] 2018 年的“中央一号”文件《关于实施乡村振兴战略的意见》指出，“继续开展以村民小组或自然村为基本单元的村民自治试点工作”。

[38] 参见徐勇、赵德健：《找回自治：对村民自治有效实现形式的探索》，载《华中师范大学学报》（人文社科版）2014 年第 4 期。

[39] 参见徐林、宋程成、王诗宗：《农村基层治理中的多重社会网络》，载《中国社会科学》2017 年第 1 期。

[40] 有学者对村民自治制度的发展做出了三个趋势总结，一是“向上生长论”，从村民自治走向“乡镇自治”。二是“横向扩展论”，通过构建一个多元化的自治体系，充分吸纳经济与政治领域的自治功能提升村民自治的质量。三是“自治重心下沉论”，通过把自治领域下沉到自然村，解决目前村民自治中的行政依附倾向。参见朱敏杰、胡平江：《两级自治：村民自治的有效实现形式》，载《社会主义研究》2014 年第 5 期。基于对治理体量与治理绩效之间关系的考虑，笔者赞同第三种取向。

问题需要给予关注。

首次，突出法治理念对依法治理和构建共建共治共享的社会治理格局的支撑作用。现代“治理”意义上的基层治理，强调多元主体共同治理。[41] 党的十八大以来，中央提出“社会管理”到“社会治理”，从提出“加快构建共建共享的社会治理体制”到提出“打造共建共治共享的社会治理格局”，“反映出党和国家鼓励民众创造精神、提升人民在国家政治生活中的话语权、动员社会力量来共同构建的深化改革战略，从而增加国家构建的开放性、民主性、包容性和互动性，执政基础进一步扩大、吸纳能力进一步增强，从而为深化改革注入了新的动力”。[42]共建共治共享治理思想的提出，对构建良序的国家与农民关系提供了理念层面的支持。《关于实施乡村振兴战略的意见》强调指出“建设法治乡村。坚持法治为本，树立依法治理理念”。治理现代化是治理法治化价值要求和方向引领，治理法治化是治理现代化的实现途径和有效保障，[43] 构建现代法治与国家治理现代化之间融贯的内在逻辑关联，强调良法善治理念，强调高效回应能力的“回应型法治”理念，强调治理目标的权威性、法律秩序的包容性、解决机制的稳定性。[44]

其次，加强农村基层治理法治化的整体设计，完善涉农法律规范体系。中央在乡村振兴战略实施意见中指出，“要建立健全党委领导、政府负责、社会协同、公众参与、法治保障的现代乡村社会治理体制，坚持自治、法治、德治相结合，确保乡村社会充满活力、和谐有序”，就治理主体、治理策略和治理目标等方面提出了现代乡村社会治理体制的整体性要求，其包括如下四个方面。

其一，发挥多元治理主体的积极性，强化国家在农村基层治理中的领导和引领作用。正如前文所述，农村基层治理变革和实施乡村振兴战略，要以构建良序的国家与农民关系为核心目的实现农村基层治理方式变革，这需要实现多元治理主体的协同参与，充分发挥农村基层党组织和基层政权、村民自治机制以及农村各类组织的职能优势，实现有效治理与合法治理的统一。

其二，调研基层自治法的立法必要性与可行性，完善农村基层治理法律体系的整体设计。现行《村民委员会组织法》的主要调整对象是村民自治组织，内容限于村委会的产生、职责、活动方式与监督等，对政府、基层党组织、农村“两新”等各类组织与村委会之间关系的规定过于抽象和原则，缺乏操作性。农村基层治理结构中存在着多重的权力网络和利益主体，有必要适时制定农村基层自治法（或城乡基层自治法），其主要功能在于规范多元治理主体之间的权利/权力—义务/责任关系，形成责权利明晰的规范运行体系和监督体系。通过整体性的基层治理法律体系,完成总体控制治理逻辑和运动式治理逻辑向法治化治理模式的转变，明确共建共治共享的工作机制与程序，通过法治思维和法律程序实现治理的规范化和绩优化。

---

[41] 参见[英]格里·斯托克：《作为理论的治理：五个论点》，华夏风译，载《国际社会科学杂志》1999 年第 1 期。
[42] 马长山：《法治中国建设的“共建共享”路径与策略》，载《中国法学》2016 年第 6 期。
[43] 参见张文显：《法治与国家治理现代化》，载《中国法学》2014 年第 4 期。
[44] 参见[美]诺内特，[美]塞尔兹尼克：《转变中的法律与社会：迈向回应型法》，中国政法大学出版社 2004 年版，第 87，105，112，116 页。

其三，完善村民自治制度，优化村民自治的内部组织机制，激活村民自治的内生动力和治理效能。村民自治制度与家庭承包责任制是我国农村改革的两项标志性成绩。如果说家庭联产承包制，是农民基于经济利益而进行的创造性探索，那么村民自治制度的萌生，则代表了农村民主政治与法治发展的一项卓越成绩。村民自治制度是一项包容了经济、政治、社会和文化等内容和要素的制度创造，是国家、社会和农民多方利益主体的组织衔接机制。作为农村改革的一项创造性成就，村民自治制度为处理国家与农民之间的良序关系提供了制度管道。但是在行政依附和汲取农业剩余的总体控制时期，村民自治机制遭遇了严重的功能异化。在后农业税时期，随着乡镇政府从“汲取型”政权转向“悬浮型”政权，从“谋利型政权经营者”转向了笔者谓之的“无为型政权持有者”，缺乏组织能力和资源调动能力的基层自治组织普遍陷于空转状态。究其原因，关键在于内生性自治主体的缺位。[45] 现行《村民委员会组织法》制定于 1998 年，共计六章四十一条，最近的一次修改是 2010 年。客观上要求对其部分规定再进行具体明确，比如村委会与其他农村组织间的关系、村委会委员选举及其配套制度、村务公开制度、村务监督制度、村民议事制度、村务管理绩效评估制度等。有些基于形势的变化需要增加，比如关于自然村作为村民自治单位的规则设计，明确农村社区自我管理在村民自治中的位置，增加符合特定条件的村外人员的权利条款设计，对“三权分置”改革后的土地权益和重大涉农权益事项的民主决策程序等。这些问题需要以增容和赋权的方式，通过修订村组法加以明确，从而激发和保护村民参与的积极性，激活和保持村民自治的内生动力。

其四，建立健全城乡融合发展体制机制和政策体系，完善农村基层治理配套体系建设。农村基层治理法治化的实现是一个系统工程，它需要统筹推进农村经济建设、政治建设、文化建设、社会建设、生态文明建设和党的建设，完善信息化建设，健全农村公共法律服务体系，加强对农民的法律教育与援助，加强农村社会保障体系建设，加快实现城乡基本公共服务均等化。

结语与启示

梳理我国农村基层治理实践的纵向展开，在很大程度上，它是在“国家政权建设”和“市场经济建设”的双重旋律中实现的。两个“建设”构成了基层治理展开的背景，同时也构成了治理遭遇困局的原因。从国家政权建设的视角看，作为农村基层治理主体的乡镇政府，发生了由“汲取型政权”向“悬浮型政权”的转变。这期间，无论基于征税与行政管理而形成行政依附，还是废除农业税后的国家行政力量的“规模性撤退”，都对基层治理产生了深刻的影响。从经济发展的视角看，“非均质性”市场经济对农村基层社会的冲击，不仅仅产生了“悬浮型农民”，还深刻地改变了农村的社会结构，在价值观塑造和制造未来农民等方面对村庄

[45] 参见孙敏：《乡贤理事会的组织特征及其治理机制》，载《湖南农业大学学报》（社会科学版）2016 年第 6 期。孙敏博士将这种“空壳化”表现概括为三个方面：一是自治单元过大，带来“无社会”的自治。《村民委员会组织法》把村民自治设置在行政村一级，难以摆脱行政化等问题，造成自治困难；二是基层组织弱化引发“无组织”的自治，缺乏权威和资源整合能力的基层组织既无权力也无资源来实现对村民的组织和动员；三是村民需求的表达困境带来“无主体”的自治，缺乏有效组织的村民，对外不能有效表达自身需求，对内则难以整合分化的利益，从而无法达成集体行动。

的内在生长轨迹产生了深远影响。

就此而言，农业税的废除，城乡资源配置关系的逆转，基层治理法治化和乡村振兴战略的实施，为农村基层治理变革带来了契机。在实施乡村振兴战略的背景下，农村基层治理的根本性变革，一方面要走出“经济发展主义”的窠臼，重构农村社会的基础性结构，重塑农民的主体意识和价值归属。另一方面，要完善农村基层自治的法律设计，构建具有高效回应能力的法治化治理机制，激活“乡政村治”模式的治理效能，打造共建共治共享的法治化治理新格局，重构国家与农民的良序关系，实现农村基层治理在合法治理与有效治理上的统一。

法治乡村建设的契入点：农民权利的实现

强昌文[1]

作为农村出生的法学研究工作者，始终关注农业、农村、农民问题，近些年来尤其关注乡村振兴和法治建设问题。每次回到农村老家，和乡亲们交谈，感知到乡村建设的问题所在，感慨万千。为了更好地明晰法治乡村建设中的重点难点问题及其建设方向，笔者历经近 2 个多月的调研，深深感知，法治乡村建设的契入点或最终目的在于农民权利的实现。

一、法治乡村建设基本国策的关切点：农民权利实现问题

“三农”问题是中国的首要问题，这是多年不变的主题，每年党和国家的 1 号文件内容均围绕此旋律而展开。例如，2020 年 1 号文件是，中共中央、国务院关于抓好“三农”领域重点工作确保如期实现全面小康的意见；2019 年中央 1 号文件是，中共中央、国务院关于坚持农业农村优先发展做好“三农”工作的若干意见；2018 年 1 号文件是，中共中央、国务院关于实施乡村振兴战略的意见；2017 年 1 号文件是，中共中央国务院关于深入推进农业供给侧结构性改革加快培育农业农村发展新动能的若干意见；2016 年 1 号文件是，中共中央国务院关于落实发展新理念加快农业现代化实现全面小康目标的若干意见；2015 年 1 号是，中共中央、国务院关于加大改革创新力度加快农业现代化建设的若干意见；2014 年 1 号文件，中共中央国务院关于全面深化农村改革加快推进农业现代化的若干意见；2013 年 1 号文件，中共中央国务院关于加快发展现代农业进一步增强农村发展活力的若干意见；2012 年 1 号文件，中共中央国务院关于加快推进农业科技创新持续增强农产品供给保障能力的若干意见……,其中法治乡村建设工程逐渐凸显、任务逐渐明晰。

（一）十九大以来的中央涉农政策的追问

1、19 大报告。党的 19 大报告提出振兴乡村建设，提出自治、法治、德治相结合的乡村治理体系，培养造就一支懂农业、爱农村、爱农民的“三农”工作队伍。为了贯彻 19 大精神，随后《中共中央国务院关于实施乡村振兴战略的意见》、《中共中央国务院关于坚持农业农村优先发展做好“三农”工作的若干意见》两个 1 号文件的发布，进一步强调和明确增强乡村治理能力、建立健全党组织的领导体制和工作机制、发挥群众参与治理的主体作用、开展乡村治理体系建设试点和乡村治理示范村镇创建的工作。其中乡村治理体系的连接点在哪里呢？

2、4 中全会决定。党的 19 届 4 中全会《决定》提出，要加强和创新社会治理，完善党委领导、政府负责、民主协商、社会协同、公众参与、法治保障、科技支撑的社会治理体系。完善正确处理新形势下人民内部矛盾有效机制，构建基层社会治理新格

[1] 强昌文，1966 年生，安徽芜湖人，法学博士，东莞理工学院法律与社会工作学院教授、高等教育研究所研究员。

局。推进乡村治理体系和治理能力现代化，应运用法治方式深化农村改革、促进农村发展、维护农村稳定，不断提高工作的法治化水平，充分激发乡村治理的活力和创造力。那么乡村治理体系和治理能力现代化的生长点在何处呢？

3、乡村建设国策。2020 年 3 月 25 日发布《关于加强法治乡村建设的意见》内容：《中共中央国务院关于实施乡村振兴战略的意见》和《乡村振兴战略规划（2018-2022 年）》明确提出建设法治乡村重大任务。《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度、推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》强调系统治理、依法治理、综合治理、源头治理。《中共中央办公厅、国务院办公厅关于加强和改进乡村治理的指导意见》对法治乡村建设提出明确要求。为深入贯彻落实党中央、国务院决策部署，推进法治乡村建设，为全面依法治国奠定坚实基础，为实施乡村振兴战略提供良好法治环境。《意见》强调：以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，全面贯彻落实党的十九大和十九届二中、三中、四中全会精神，深入贯彻习近平总书记全面依法治国新理念新思想新战略，紧紧围绕统筹推进“五位一体”总体布局和协调推进“四个全面”战略布局，按照实施乡村振兴战略的总体要求，加强党对法治乡村建设的领导，健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系，坚持以社会主义核心价值观为引领，着力推进乡村依法治理，教育引导农村干部群众办事依法、遇事找法、解决问题用法、化解矛盾靠法，走出一条符合中国国情、体现新时代特征的中国特色社会主义法治乡村之路，为全面依法治国奠定坚实基础。那么法治乡村建设国策的主旨是什么呢？

4、基层治理逻辑。基层治理作为国家治理的基础性环节，既是城乡居民社会生活共同体的“微细胞”，也是城乡社会网络“微单元”。不仅关涉到党执政的群众根基是否稳固，也影响国家治理的基层运行是否稳健。基层治理是党联系群众的“最后一公里”，也是人民群众感知党的执政能力的“最近一公里”。我们必须深刻领悟城乡基层治理与国情治理、社会治理的内在逻辑，重视发挥城乡基层治理在疫情防控和经济社会发展中的重要作用，努力将制度优势转化为加快推进城乡基层治理体系和治理能力现代化的强大动能。那么这个内在逻辑的链条在哪呢?

（二）农民权利实现问题的凸显

1、对涉农政策深度分析、高度综合，对近年来涉农事项的基本做法进行理性批判和合理展望，我们逐渐清晰看到法治乡村建设的进程和农民权利的实现紧密相连。

2、涉农政策涉及合法化经营、致富经验的落实推广、公平竞争和安全交易的环境以及国家的政策性的扶持等。这些政策的主旨是期望在探索提高农村生产力的新要素，以尽快实现农民的经济权利。

3、涉农政策关注“乡风文明、管理民主”，依法办事和维权能力的提高、有效化解农村社会矛盾的机制。这些涉农政策希望开辟新农村纠纷及解决的新路径，切实为农民政治权利的实现营造出好的氛围。

4、涉农政策关注“普法”、村民自治。这些涉农政策有望改变现状，切实推动村民自治

和进一步提升农民的法律意识。这些政策是设法推动基层尽快出台提高农民法律意识新举措和呈现切实维护农民权利的新格局。

二、法治乡村建设学术文献的聚焦点：农民权利实现问题

围绕着农村法治建设主题的论述非常多，通过平时积累和中国期刊网检索，以下文献值得点评。在梳理这些文献的过程中，农民权利问题是最为核心的问题，学术界虽仁者见仁、智者见智，但“农民权利”的共识是存在的。

（一）农村问题概述的主要文献

1、中国农村经济问题。相当多的学者引用的文献是《二元经济》这本书。[2]该书揭示了发展中国家并存着农村中以传统生产方式为主的农业和城市中以制造业为主的现代化部门，由于发展中国家农业中存在着边际生产率为零的剩余劳动力，因此农业剩余劳动力的非农化转移能够促使二元经济结构逐步消减。当代中国随着传统农村封闭式结构被打破,开放型农村结构必然使传统发展模式难以为继,这就为市场与产业介入农村提供了机遇。农村产业化在较好地缓解农村空心化问题的同时,也为乡村振兴带来了内生性动力。在政府主导与企业积极参与之下,乡村很多地方走上了产业化的发展道路,但此种产业化所依赖的强势性政策推动构成了对当地农民基本权利的挑战,两者存在事实上的紧张关系。[3]解决这一问题的关键,是在尊重农民主体性的基础上,实现农村产业化的良性发展。

2、中国农民人口问题。有学者概括了有关农村劳动力迁移的数量估计和态度取向，并对各界的不同反应做出了解释；反思了改革以前阻碍劳动力流动的体制原因；揭示了劳动力流动这一经济现象是经济发展和结构变化的必然过程；讨论了劳动力流动对城乡经济发展、人力资本积累、劳动力市场发育、比较优势发挥等方面的积极效应，并建议采取能发挥劳动力流动积极作用的政策，并且在改变传统政策倾向的同时，保持政策的连续性和适应性，以保障政策成本的最小化。[4]有学者认为中国农民问题是中国建设的首要问题。[5]有学者从政治学的角度对农民流动这一社会现象进行研究，阐述了农民流动与村治资源，农民流动与村治权力等理论问题，并进行实证研究。[6]国外相关研究对我国学者有很大启发的文献是《农民的终结》。[7]该书以法国农村的现代化道路为背景，分析了欧洲乡村社会二次世界大战以后的变迁过程，认为传统意义上的自给自足的农民已经不存在了，目前在农村从事家庭经营的是以营利和参与市场交换为生产目的的农业劳动者，这种家庭经营体从本质上说已属于一种“企业”，但较工业企业又有其自身的特点，传统意义上的农民正走向终结，当然，孟德拉斯所说的“农民的终结”，并不是“农业的终结”或“乡村生活的终结”，而

---

[2] （美）刘易斯：《二元经济》，施炜等译，北京经济学院出版社，1989 年版。
[3] 曾钰诚、杨帆、曾嘉、黄雄英：《农村产业化中的农民主体性问题研究——基于 G 省 QY 镇的田野考察》，载《天府新论》2019 年 7 月。
[4] 蔡昉：《中国流动人口问题》，河南人民出版社 2000 年版。
[5] 陈文科等：《中国农民问题》，河南人民出版社 2000 年版。
[6] 徐勇：《流动中的乡村治理》，中国社会科学出版社 2003 年版。
[7] （法）孟德拉斯：《农民的终结》，李培林译，社会科学文献出版社 2005 年版。

是“小农的终结”。

3、村民自治问题。比较系统研究村民自治的文献较多，[8]也有尖锐指出问题所在的论文，[9]中国的村民自治是一种"政治把戏",搞的不是真民主,实际上是在忽悠农民。然而,正是在这个"忽悠"过程中,农民的政治权利意识、政治参与能力获得了显著提升,越来越多地、自觉或者不自觉地开始拿起"民主"作为武器。最近几年,不论是学术研究,还是工作实务,村民自治都"碰上了天花板"。之所以如此,是因为高层曾有明确表示,公众也有强烈希冀,原都看好村民自治经过一段时间的探索推进,将在政策上法律上有重大突破,甚至实现从村庄直接选举到乡镇直接选举、更高层次直接选举,可所谓的突破和提升迄今也没有动静。

4、农村改革问题研究。发端于 1978 年的农村改革,走过了 40 年的光辉历程。围绕农村四十年的历程，有专门总结和展望类的文献。[10]农村改革的巨大成就,不仅带来了农村经济社会的历史性变化,而且有力地支持了整个国民经济社会的深刻变革。农村改革的创新实践,不仅为我国成功实现经济体制转轨积累了宝贵经验,而且为世界一些国家实现经济转型提供了有益借鉴。对中国农村改革 40 年的历程、成就和经验作一个初步的回顾和总结,并对今后一段时期全面深化农村改革的目标和思路提出基本看法,并围绕农村改革八个需要着力推进的重点领域和关键环节进行初步分析。2018 年是农村改革四十周年,也是党的十九大提出实施乡村振兴战略的开局之年。回顾、总结和展望农村改革,明确其中几个值得注意的制度性问题,对于更深入理解我国现阶段实施乡村振兴战略的重大意义,会有很大帮助。

5、农村稳定问题研究。中国何以能够在经济社会大变动的时代保持整个国家乡村基本政治秩序的稳定？有学者认为，中国得以维护政权安全和政治稳定，有赖于政权吸纳和预防式管控。[11]前者即是国家的弹性，例如中国共产党对致富能人（新社会阶层）的吸纳……基层参与式治理实验；而后者则可称之为国家的刚性，例如以及基层社会面管理和防控体系。正是基于这两个因素，中国得以在实现经济奇迹的同时亦能保持稳定。有研究团队试图通过一个基于全国不同地区村庄的大规模抽样调查,对于当前我国农村地区的总体社会稳定状况及其特征进行分析和总结,重点关注在以往的研究中"缺失"的那部分群体,描绘那些可能存在的冲突隐患,结果发现:虽然从总体上看,我国农村社会还处在一种稳定状态,发生冲突的比重较低,且大多数规模较小、激烈程度不高。但一方面,我国农村地区巨大的人口基数决定,即使比例较低,爆发出冲突的绝对数量也不容乐观;另一方面,农村地区积累的大量不满情绪得不到纾解,给未来的社会稳定维护造成极大困难;此外,研究发现,当前基层政府在介入冲突或者纠纷解决机制过程中并未发挥其应有的作用,有时一些不当的"维稳"措施还可能造成矛盾的激化。因此,改善社会管理方式,关注大多数农村居民的实际需求,对

[8] 辛秋水主编;《中国村民自治》，黄山书社 1999 年版。还有徐勇：《中国农村村民自治》，华中师范大学出版社 1997 年版。

[9] 赵树凯：《从当前“村民自治”看政治改革》，载《人民论坛》，2014 年第 22 期。

[10] 宋洪远：《中国农村改革 40 年:回顾与思考》，载《南京农业大学学报(社会科学版)》. 2018 年第 3 期。陈锡文：《从农村改革四十年看乡村振兴战略的提出》，载《行政管理改革》，2018 年第 4 期。

[11] 阎小骏：《中国何以稳定》，三联书店（香港）有限公司 2017 年版。

维护我国农村社会稳定具有重要意义。[12]

（二）乡村法治问题的主要文献

1、农村法治建设问题。此方面文献比较多，主要围绕以下问题而展开。[13]一是认真对待乡村法治必须挖掘本土法律文化资源。深入挖掘乡村社会中的民法文化的本土资源及其他各种法律文化资源，是我们搞好乡村法治的重要路径。只有深入研究乡村问题，才能了解中国自己的国情，拿出属于我们自己的解决问题的方略。本书的研究采用总—分—总的结构展开。首先在导论和第一章分别探讨了全书的实践论研究视角和基于社会的法治理论。接着分别从乡村和解、乡村调解和乡村诉讼三个方面研究了乡村多元纠纷解决机制问题。最后，分别探讨了乡村法治文化和乡村法治评估问题。二是农村体制问题与法律支撑。从农村治理组织、农村经济法治、农村社会法治和农村发展保障法治等四个大的方面，择取政府"三农"管理体制、农村经济组织、农村土地制度、农产品流通制度、农村财政金融保险制度、农村经济服务制度、农村社会保障制度、农民权益保护等新的千年伊始，中央提出了建设社会主义新农村的重大战略，并连续数年将"中央一号文件"聚焦于"三农"。为使我国新农村建设顺利推进，必需要有法律制度的支撑。三是论述农村建立市场经济,发展民主政治,构建和谐社会的保障力是法治。然而,农民主体性地位及相关权利的缺失,以及传统乡土文化对现代法律文化的冲击,使得我国农村法治建设面临困境。赋予农民宪法上的公民身份,完善以村民自治为核心的部门法体系,健全程序法上的公众参与机制,是当前推进社会主义新农村建设的重要途径。

2、农村制度变迁研究。最具代表性的文献有三类。一是经典文献，当属《乡土中国》，[14]这是费孝通著述的一部研究中国农村的作品。全书由 12 篇文章组成，涉及乡土社会人文环境、传统社会结构、权力分配、道德体系、法礼、血缘地缘等各方面。在《乡土中国》中，作者用通俗、简洁的语言对中国的基层社会的主要特征进行了概述和分析，全面展现了中国基层社会的面貌。全书主要探讨了差序格局、男女有别、家族、血缘和地缘等。该书语言流畅，浅显易懂。二是历史回顾总结。[15]新中国农业农村发展的 60 年（1949-2009）中经历了深刻的制度变革、取得了巨大的发展成就。鸦片战争以来，中国充满着内忧外患，乃至沦落为半殖民地半封建国家。在占全国人口绝大多数的农村地区，生产停滞、经济凋敝、土豪劣绅当道、农民生活困苦，成为中华民族面临生死存亡巨大危机的缩影。从 19 世纪 40 年代起，多少仁人志士为改变国家命运、实现民族复兴进行着不屈不挠的斗争，但是这一理想只有在中国共产党领导的中华人民共和国成立之后才可能真正得以实现，我国的农业和农村也由此发生了翻天覆地的变化。三是集体经济制度专论。[16]陈小君主持的

---

[12] 温铁军,郎晓娟,郑风田：《中国农村社会稳定状况及其特征:基于 100 村 1765 户的调查分析》，载《管理世界》，2011 年第 3 期。

[13] 郭光辉：《乡村法治建设研究》，中国检察出版社 2019 年版；薛刚凌、王湘军：《农村法治建设研究》，中国方正出版社 2009 年版；熊娜：《社会主义新农村建设的法治思考》，载《社会主义研究》， 2010 年第 3 期。

[14] 费孝通：《乡土中国》，人民出版社 2008 年版。

[15] 陈锡文：《中国农村制度变迁 60 年》，人民出版社 2009 年版。

[16] 陈小君：《我国农村集体经济有效实现的法律制度研究》， 法律出版社 2016 年版。

国家社科基金重大项目"我国农村集体经济有效实现研究"成果之一《我国农村集体经济有效实现的法律制度研究》，为三卷本之第二册。包括 6 份典型村调研报告，就集体建设用地使用权运作现状与规制路径、集体"统"层的法律制度完善作专题调研而形成的 2 份专题调研报告，就我国台湾地区、日本、欧盟成员国意大利和葡萄牙农会制度、农业生产法人制度及农地租赁和征收制度而形成的 4 份域外研究报告。

（三）农民权利保护的主要文献

1、农民权利问题研究。此类文献比较多。[17]杨海坤老师的《农民权利的公法保护》综合运用规范分析、实证分析、经济分析的方法对农民权利的公法保护进行全面研究。该书从调查研究、实证分析着手，掌握我国不同地区、不同类型农村的第一手资料和实际案例。通过其他各种分析研究方式，调查我国农村民主发展中存在的诸多问题，得出比较切合实际的结论；该书主要采用法学分析方法，使结论达到规范分析、制度分析的高度，即归结到从公法学高度高屋建瓴解决问题，为我国立法和决策部门提供有益的参考。《农民权利的公法保护》内容关注社会公平正义，更关注社会主义消灭贫困，缩小贫富差距，保护注弱势群体，努力从公法高度研究如何改变农民由来已久的在政治和法律上的弱势地位，使农民真正成为权利的主体。张英洪的《农民权利发展》主要讲述有土地征占、整建制转居与农民市民化；农业社会化服务体系建设的国内外比较与启示；京津沪渝城乡居民基本医疗保险政策比较；都市型现代农业社会化服务体系建设的发展趋势；推进城乡结合部城市化建设的思考和建议等。康金莉认为农民权利不是抽象的理论问题,而应当在不同经济发展阶段、不同社会背景具有不同内涵。当前中国社会,农民权利体系应当围绕生存权、财产权、经营自主权以及在地位、教育、社会保障等方面的平等权进行构建。改革开放以来,伴随农村经济体制改革,中国开启农民权利体系重构历程。与中国渐进式改革相适应,中国农民权利的改善与重构历程漫长而曲折。农民权利重构以中共十一届三中全会、十六大以及十八大的召开为转折点,先后经历了经营自主权与支配权的恢复、社会保障权利全面改善以及城乡统筹社会保障机制的建立三个阶段,此次改革最终将以二元经济体制全面解体、农民权利体系的全面构建为终点。改革开放以来中国农民权利体系的重构历程基本符合农民权利诉求,与经济发展阶段相适应,然而,由于历史及非制度性原因的存在,目前农民权利的全面保障仍然远未实现,农民权利重构任重而道远。吕国利认为，在建设和谐社会的过程之中,缩小城市与农村之间的差距备受社会各界的广泛关注,城乡二元制结构的存在不仅严重影响了国家的稳定建设以及发展,还使得农民的合法权益难以得到有效的保护。有学者认为作为新农保制度受益主体,农民对制度的评价可以直接反映该项制度的实施效果,同时,也是影响新农保制度可持续发展的重要因素,因此,此项制度的运行必须重视农民的满意度。有文章基于湖北省三个地方的调查,运用新公共服务理论,厘清了新农保制度实施效果与农民满意

[17] 杨海坤：《农民权利的公法保护》， 北京大学出版社 2015 年版；张英洪：《农民权利发展》， 知识产权出版社 2012 年版；康金莉：《改革开放以来中国农民权利:变迁与重构》，载《武汉大学学报（人文社科版）》，2017 年第 4 期；王佳慧：《当代中国农民权利保护的法理》，吉林大学博士论文，2007；吕国利：《农民负担与农民权利的关联思考》，载《中国集体经济》，2019 年 1 月；方菲、龙霏：《农民对新农保制度实施效果评价研究》，载《学习与实践》2018 年第 4 期；龚上华：《农民赋权:政策历程、效度分析与思路选择》，载《科学社会主义》2017 年第 1 期。

度现状,解析了新农保制度实施效果与农民满意度的作用机理。研究表明在新农保制度实施效果中农民权利保障、社会公正维护、社会融合促进效果较强,同时,农民对新农保制度实施效果中保障农民权利、维护社会公正、促进社会融合的满意度较高,但依然存在权利诉求渠道不畅、利益导向公正观凸显、共享社会理念淡薄等问题。有文章回顾建国六十余年以来的农民赋权体系,从农民赋权体系的发展进程来看,执政党在政治、经济、文化和社会各个方面制定系列法规政策来保障农民权益,赋权农民,确保农民成为权利主体、经济主体、治理主体和发展主体,农民的权利逐渐获得了广泛、深入发展。在法治中国建设的新时期,执政党在农民赋权的思路选择上,应当适度减少行政赋权,增强对农民的法治赋权,实现赋权与治权的对接,以推动农民的各项权利协同发展。

2、农民的国民待遇问题。罗尔斯的著作作为公平正义的重量级文献，对很多领域当然包括对农民和市民身份分析具有指导意义的文献。[18]罗尔斯论述的正义原则中的差别原则，对我国弱势地位的农民待遇问题有很好的借鉴作用。国内学者文献主要分成两类，一类观点是为农民鸣不平的，认为中国农民的国民待遇问题一直没有解决，留下很多欠缺和遗憾。[19]另一类观点是为现有格局对农民生活及社会稳定有积极意义的。[20]持这种观点的学者认为，随着工业化迅速发展与城乡体制持续改革,中国城乡二元结构的内涵和性质发生了巨大变化,农民在获得自由进城就业和居住权利的同时,继续在农村享有获得基本生产生活资料的身份。农民作为"能动的主体"嵌入中国式城乡二元结构,形成"以代际分工为基础的半工半耕"生计模式,这是转型期农民家庭再生产的一般方式。在这种家庭再生产过程中,农民在城乡之间双向流动和通过代际接力方式快速城市化,农村社会也保持了有序分化和稳定,避免了发展中大国普遍出现的"贫民窟"及由此引发的政治社会动荡,形成独具中国特色和优势的渐进城镇化。从比较的角度,城镇化进程中的中国农民具有把握自己命运的"阶层主体性",是现代化的受益者而非"牺牲品",体现了中国社会主义制度成果的深远影响。

（四）乡村治理与振兴问题的主要文献

1、乡村治理体系问题。党的十九大报告明确提出实施乡村振兴战略,并强调加强农村基层基础工作,健全自治、法治、德治相结合的乡村治理体系。《中共中央国务院关于坚持农业农村优先发展做好"三农"工作的若干意见》强调,增强乡村治理能力。建立健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的领导体制和工作机制,发挥群众参与治理主体作用。开展乡村治理体系建设试点和乡村治理示范村镇创建。党的十九大报告提出自治、法治、德治，三者在乡村治理体系中的内在逻辑是:以自治为主体、以法治为主导、以德治为基础。厘清了三者之间的逻辑关系,就明确了未来我国提升乡村治理水平的重点,那就是以自治为主要抓手,大力推进村规民约这一软法治理,法治、德治协同发力,促进乡村治理体系和治理能力现代化。有很多文献重点是针对上述党的纲领性文件的阐释。[21]第二类文献是对乡村治理

[18] （美）罗尔斯：《作为公平的正义——正义新论》，姚大志译，上海三联书店 2002 年版。

[19] 陆学艺：《走出“城乡分治，两国两策”的困境》，载《读书》2000 年第 5 期。李昌平：《要给农民“国民待遇”》，载《南方周末》2000 年 10 月 12 日第 1 版。

[20] 夏柱智,贺雪峰：《半工半耕与中国渐进城镇化模式》，载《中国社会科学》，2017 年第 6 期。

[21] 高其才：《健全自治、法治、德治相结合的乡村治理体系》，《光明日报》2019 年 2 月 26 日，第 16 版；孙翱翔：《乡村

法治化本身的研究。[22]认为乡村治理法治化研究是对全面推进依法治国战略任务的主动回应,是加强和创新乡村社会治理、促进乡村法治发展的现实需要。通过对乡村治理法治化的学术史回顾,分析学者们研究取得的成果和存在的问题,在此基础上提出未来需要进一步研究的三个方面,即乡村治理法治化的构成要素及相互关系,运作的体制机制,以及多学科、多维度逻辑推演。第三类文献是对乡村治理体制的回顾性研究。[23]主要内容为，新中国成立70年来,农村基层治理体制不断转换和发展。其中,既有农村寻求高适应性治理形式的村庄逻辑,也有国家建设目标在农村落实的国家逻辑。国家是农村治理体制创新实践的关键变量,有效是治理体制转换中国家与农村的共同追求。国家建设目标既通过治理体制得以实现,也直接反映在体制所要实现的有效性内涵上。现代化的阶段性不同,国家建设目标不同,治理体制也具有不同的特点,运行机制也不同,所实现的有效性内涵也不同。从有效视角审视70年来农村治理体制的实践,经验丰富、成就巨大,农村治理体制与国家建设高度同构。新时代建构乡村善治体制强调有效,有效的内涵包括行政、自治、组织、服务等多方面。有效的农村治理体制既要有效适应农村实际,也要有效实现国家建设目标,是一种功能复合性的、多元内涵式的治理体制。其中有学者认为，中国乡村社会秩序的发展遵循"礼治秩序"向"政治秩序"再转变为"法治秩序"的路径,新中国成立后社会主义工业化建立,土地改革在全国范围内完成,基层群众自治制度取代传统的乡绅阶层治理,标志着中国乡村社会进入"政治秩序"时代。经过七十年的发展,在现代化的催生下"法治秩序"逐渐形成,新型的乡村治理体系初现端倪。从目前的趋势看,结合"礼治秩序"和"法治秩序"将是未来中国乡村社会的发展方向,这是符合中国国情的乡村治理之路。有学者认为，改革开放40年来,乡村治理体制从"政社合一"到"政社分设",再到村民自治,又演进至自治、法治、德治相结合。"三治结合"这一中国特色乡村治理体制内涵丰富,可从乡村治理的目标、主体、规范、方式、领域等方面加以理解。在乡村治理中,要处理好自治法治德治的相互关系、村民自治与行政指导的关系、普遍性与特殊性的关系,形成关于中国特色乡村治理体制的完整认识,推动新时代和乡村振兴战略背景下乡村治理实践的展开。第四类文献是乡村治理路径分析研究。[24]乡村治理法治化是实现"乡村振兴"的重要环节,而且乡村因其自身社会结构的变动和发展需要,亟须法治保障。同时,乡村法治化也面临着治理主体断层,机制不健全以及法治土壤不成熟的困境。倡导多元化治理机制,强化法治制度保障,优化法治环境并改善治理主体机制才能达成良法善治的目标。有学者认为，乡村治理法治化的秩序重构中，极为重要的一个方面就是“权利”价值的实现。乡村社会的主要群体是村民，只有实现基本权利保障才能提高广大村民生产的积极性，使乡村社会的秩序更加稳定。权利保障中 最重要的两项权利是财产权和民主

基层社会自治、法治、德治的内在逻辑探析》，载《特区经济》2020年6月。

[22] 韦少雄：《乡村治理法治化研究:回顾与展望》，载《辽宁行政学院学报》，2018年第5期；凌唯钊、陆倩倩：《新中国成立七十年乡村社会秩序的演变和趋势》，载《农业经济》2020年6月；高其才、池建华：《改革开放40年来中国特色乡村治理体制:历程·特质·展望》，载《学术交流》2018年第6期。

[23] 李华胤：《农村基层治理体制实践与发展70年:有效的视角》，载《中国农业大学学报(社会科学版)》 2019年第5期。

[24] 王贺强：《乡村治理法治化现状分析及实现路径》，载《农业经济》，2020年第4期；刘贞伟：《乡村治理法治化的困境分析》，载《山西农经》2020年5月。

政治权。 此外，需要改善风俗习气，实现文化权利的平等。秩序重构中，还要积极限制政府权力的过度行使。这两方面是有机结合的整体。如果只是关注政府权力的运行，不关注村民的权利，就会导致乡村社会丢掉发展的活力与动力。同样，如果只重视村民权利意识的过度保护，就可能在乡村社会出现打着法治旗号侵犯村民利益的情况。权利的保障与制约，二者不可偏废，必须均衡发展。第五类文献属于乡村法治建设的总体性思路研究。[25]有学者认为，中国拥有几千年亘古不断的农业文明,乡村是民族的摇篮和国家的根脉,承载着中华民族的历史和传统文化,是国家大厦的基础。乡村的重要性,不仅体现在乡村常住人口数量依然庞大,也在于近 2.9 亿农民工以及众多城市户籍人口依然与乡村有着割舍不断的血缘亲缘地缘联系,还在于乡村社会结构的复杂性和独特性,及其对全社会稳定的压舱石作用。有学者认为，中国乡村治理存在诸多问题,其中基本的问题在于治理逻辑的多元性及碎片化。究其原因一个基本的缺陷在于缺乏总体性治理的思路,因而未来的走向应该是总体性治理。总体性治理意味着制度设计与建设的系统性、整体性、全面性、协同性,它是一种以乡村居民为核心,以解决人民的生产、生活问题为宗旨的运作方式,这不但要靠地方政府基层乡镇政府的努力,需要政府各部门的通力合作,更需要农村社区、社会甚至市场力量的共同参与。总体性治理是中国农村学的一种新范式。有学者认为，有关农民上访的研究,已经由第一代学者创建的维权范式,转变为第二代学者创建的乡村治权范式。然而,这个转变只关注到上访中的一个特殊类型,只是由第一代学者关心的集体抗争性质的上访,变为第二代学者关注的非正常上访、谋利性上访、要挟性上访等。两代学者的研究范式都没有对农村上访进行总体的分类研究。如果将农民上访问题纳入乡村社会的利益表达和协调机制大背景下考察,可看到乡村社会的秩序总体上是稳定的,但纠纷解决模式正在走向功利化和实用化,传统社会的情理机制正在转型为工具性谋利手段,乡村治理的意识形态话语和具体行动策略发生了实践性背离。这背后的深层原因并不是所谓的乡村社会的治理权限的撤退问题,而是当前压力性体制下,政府内部上下级之间的治理策略和手段分配不对等造成的。

2、乡村振兴问题研究。这方面的文献主要体现为，一类是乡村振兴属于城乡互动格局的形成标志。[26]我国原有的单向城市化格局已演化为城乡互动格局,以城乡资源在乡村振兴战略的影响下重新配置和互动流通来激活乡村活力,形成新的城乡关系。乡村振兴战略下乡村法治建设过程中主要面临法治主体缺位,自治限于形式;涉农立法滞后,专业人才匮乏;法治环境恶劣,法律意识薄弱的三大困境。文章提出通过完善乡村振兴法律体系,明确主体责任,约束公共权利;加强基层法律人才队伍建设,以法治保障吸引人才回流;强化村规民约与基层党建,推进普法宣传,构建新型法治环境;结合城乡长效互动机制,建立"三位一体"的乡村法治建设长效保障机制作为构建城乡互动格局下乡村振兴法治保障的路径建议。第二类文献重点分析乡村振兴的主体。[27]乡村振兴战略已经形成综合政策、理论和实践的分析思

[25] 柴振国：《乡村法治建设的社会治理价值——评郭广辉教授的‘乡村法治建设研究’》，载《河北经贸大学学报（综合版）》2020 年第 3 期；郎友兴：《走向总体性治理:村政的现状与乡村治理的走向》，载《华中师范大学学报(人文社会科学版)》，2015 年第 2 期；郭伟和：《作为总体性社会事实的农村社会上访研究》，载《思想战线》2014 年第 3 期。

[26] 朱旭峰、武萍：《城乡互动格局下乡村振兴的法治保障》，载《农业经济》2020 年 2 月。

[27] 叶敬忠,张明皓,豆书龙：《乡村振兴:谁在谈,谈什么?》，载《中国农业大学学报(社会科学版)》，2018 年第 3 期。

路。主流政策派以供职于国家政府部门的学者型官员或研究人员为主,其焦点在于如何完善乡村振兴的顶层设计。主流政策派立足于对乡村振兴战略的内容阐释,对乡村振兴战略产生的历史必然性、乡村振兴战略提出的必要性、乡村振兴战略的实施机制以及规避误区作出论证。学界理论派重点关注乡村振兴的立论基础和基本模式,乡村振兴具有多种立论基础,而乡村振兴的基本模式则具有保底式发展、内生式发展和依附式发展三种向度。基层实践派以基层一线工作人员为主,以保障乡村振兴战略的落地实施为发力焦点,其中县级干部扮演乡村振兴"一线总指挥"和"施工队长"的角色,乡镇干部则是加速乡村振兴战略落地的践行者,而村干部则构成乡村振兴最基础和最坚实的力量。然而,在几乎所有的讨论中,作为乡村振兴主体的农民却集体失语,并再次被政府和学者普遍"代言"。未来乡村振兴的探讨方向应重点推进乡村振兴顶层设计和基层实践的"上下结合",深化乡村振兴战略的基础理论研究,加强乡村振兴的社会动力以及乡村振兴多元实践等方面的理论概括,引导农民积极参与乡村振兴的讨论、规划和行动,从而推动乡村振兴政策、理论和实践的“大循环”。第三类以德宏州边疆地域的振兴为研究对象。[28]2018 年《中共中央国务院关于实施乡村振兴战略的意见》明确提出"建设法治乡村",这意味着法治中国建设的重点和难点转向了农村。德宏州地处边疆,与缅甸接壤,州情独特,农村法治建设至关重要。基于德宏边疆民族地区农村的法治现状,探讨法治建设问题,有助于准确把握"乡村振兴战略"在边疆民族地区实施中"法治"这一"硬治理"的尺度,更好地促进法治、德治、自治"三治融合",推动德宏全面振兴,谱写好"中国梦"边疆篇章。

三、法治乡村建设的调研问卷的核心点：农民权利实现问题

基于对政策分析、法治乡村建设的文献梳理，我们逐渐明晰，法治乡村建设的重点和难点在于农民权利的实现问题。但是，农民权利实现的基本状态、具体权利的境遇，还处于模糊的感知中，所以，必须要进行比较深入的调研，在调研基础上，进行分析，找到农民权利实现问题的主要症结，从而对法治乡村建设与农民权利的而实现的路径、保障提出恰当的建议。

（一）调研前的基本想法

1、基本步骤。选择安徽省（农业大省）部分地区进行抽样调查；选择广东省东莞市（改革开放的前沿地）部分偏远的经济不发达镇街进行调研；以课题组成员比较熟悉的地方（家乡或同学、好友所在地）开展调研；直接以个体的村民为对象发放问卷，不要惊动乡镇、村委会二级“官员”；调研以发放问卷的方式进行，以便于进行统计，当然也涉及座谈、访谈、咨询等；问卷后设计出数据模型进行分析；在数据分析结果基础上进行凝练问题并提出对策。

2、呈现特色。（1）所有调研材料没有任何官方部门联系，属于第一手的纯民间资料，

[28] 黄国菊：《法治乡村建设的边疆民族地区实践与探索——基于云南德宏傣族景颇族自治州的实政分析》，载《云南社会主义学院学报》2018 年第 3 期。

具有很强的可信度；（2）问卷设计、数据分析、问题所在、对策建议，都是紧紧围绕三权（农民经济权利、政治权利、社会权利）的实现而展开；（3）课题组成员属于乡村建设研究“道义派”，不仅具有比较好的前期研究基础，而且具有很浓的乡村清洁，研究目的完全是发自内心肺腑的一种“我愿意”；（4）本课题研究建立的数据模型比较科学，分析结果客观、合理；（5）被访对象的区域选择具有典型的代表性，安徽（芜湖）、广东（东莞）是农业大省与工业大省、内地与沿海、欠发达与发达的代表。

3、研究价值。（1）准确找到了法治乡村建设进程缓慢的深层次原因——能够为党和国家相关部门决策提供可行性建议；（2）详细梳理出法治乡村建设学术研究的代表性文献——能够为相关问题或课题研究提供比较详实的资料；（3）科学调查出法治乡村建设农民权利的阶段性状态——能够为法学研究、农村问题研究提供智识上的贡献；（4）认真提炼出法治乡村建设农民权利的保障性对策——能够为美丽乡村和法治中国建设贡献应有的力量。

（二）问卷设计

1、农民经济权利的实现问题。此类问题序号均为 A 开头，共 19 道问题需要填写，涉及到耕种土地的种类、面积、承包与外包、耕种原因、农业经营及其、收入征用与补偿、对土地政策的期望、外出打工天数、未来外出的设想、经商、非农工作收入等。重点是承包地耕种、被国家征用、外出打工天数、没有外出的原因以及收入情况。这主要是了解农民经济收入的来源主要是什么？影响农民收入的主要原因是什么？农民对自己未来的打算如何？

2、农民政治权利的实现问题。此类问题序号均为 B 开头，共 17 道问题需要填写，涉及到职务、参加社团情况、参与人大代表选举、村干部选举、感知不公平现象及其反应、支持态度等。重点是参加村干部与人大代表选举、对社会不公平现象的态度和举措等。主要是了解农民自主自治的状态如何？遇到了不公平事项，采取的措施和抱持的态度如何？影响农民政治权利实现的根本原因是什么？

3、农民社会权利的实现问题。此类问题序号均为 C 开头，这类共有 3 道问题需要填写，但每一个问题又涉及到很多细节问题。主要涉及公费医疗、养老保险、失业保险、住房补贴、生意保险、与各类人员打交道情况、个人和家庭的社会经济地位的自我评价和认同。重点是各种关乎民生的保险、与别人打交道的情形等。主要了解农民民生状况如何？农民共享改革开放成果的现状如何？影响民生的根本原因是什么？

4、个人基本情况。此类问题的序号均为 D 开头，这类共有 8 道问题需要填写，涉及性别、年龄、民族、教育程度、婚姻状况、孩子数量、政治面貌、宗教信仰。主要是考虑尽可能多的包容性，确保通过问卷提炼出来的问题具有普遍性。后来调研问卷的数据分析，受访者的基本情况如表 1 所示，与当初设计的初衷吻合。

1.受访者个人基本情况一览表

	性别		年龄结构			民族		教育程度				婚姻状况		孩子数量				身份			宗教信仰	
	男	女	70-60	60-50	< 50	汉	非汉	大学	高中	初中	小学	已婚	未婚	3	2	1	0	共产党员	群众	民主党派	有	无
芜湖繁昌横山	100%	0%	0%	0%	100%	88.9%	11.1%	0%	33.3%	66.7%	0%	100%	0%	0%	55.6%	44.4%	0%	0%	100%	0%	11.1%	88.9%
芜湖三山高安	100%	0%	0%	100%	0%	100%	0%	0%	0%	0%	100%	100%	0%	0%	66.7%	33.3%	0%	0%	100%	0%	0%	100%
芜湖镜湖区	91.7%	8.3%	9.2%	63.4%	27.4%	100%	0%	0%	0%	50%	50%	100%	0%	8.3%	50%	41.7%	0%	50%	50%	0%	48.3%	51.7%
广东东莞	37.5%	62.5%	18．8%	6.3%	12.5%	100%	0%	31.3%	18.8%	12.5%	25%	68.8%	31.2%	12.5%	31.2%	25%	31.3%	18.8%	81.2%	0%	6.2%	93.8%

四、农民权利的基本状态：实现问题很大

通过调研数据统计、访谈情况汇总、政策法规梳理和研究动态对照，农民权利实现问题呈现出如下的状况。

（一）经济权利的基本格局

1、经济权利的基本状况

（1）土地耕种情形能够比较好地反映农民经济权利的现状。从调查问卷发现，失地状况在农村非常普遍，土地权利未得到充分实现。有 64.71%的承包地部分或全部由别人耕种，有 35.29%完全自己耕种承包的地。国家的征地导致很多农民失去承包地、不能耕种，无法继续从事农业种植业。

（2）农民放弃土地意愿较高，土地对农民吸引力在下降。有 71.8%的受访者在给予足够合理的赔偿下愿意放弃现在的土地，有 15.3%的受访者仍不愿意放弃现在的土地，有 12.8%的受访者表示“家里已经没有土地”。当然沿海发达地区和内地农民对于土地的态度是有不同的，广东东莞多数不愿意放弃土地，而安徽三地基本上愿意放弃土地；但两省农民近三分之一的人希望土地承包事宜根据需要定期调整。具体见表 2。

2.农民土地情况一览表

土地耕种情形 / 土地类型	面积	完全自己耕种	不能耕种原因		土地被征用	领取土地征用补偿金	给予补偿后，愿意放弃承包土地		
			国家征用	其它原因			愿意	不愿意	12.8%家里没有土地了
旱地	6.97 亩	35.29%	52%	48%	17.5%	100%	71.8%	15.3%	
水田	2.79 亩								
林地	2 亩								

（3）农民非农工作比例高且普遍。问卷访问者中大部分在 2019 年有从事非农工作，占 87.5%。据据调查，2019 年用于非农工作的平均时间为 236.14 天，其中最短天数为 60

天，最长天数为 365 天。其中安徽省繁昌县横山的问卷访问者 2019 年用于非农工作的平均时间为 215.56 天。安徽省芜湖市三山高安镇的问卷访问者 2019 年用于非农工作的平均时间为 260 天。广东省东莞市的问卷访问者 2019 年用于非农工作的平均时间为 175.91 天。

3.农民非农业工作情况一览表

外出情况 / 内地、沿海	2019 年占的比例	2019 年非农工作天数	2019 年外出比例	2020 年打算外出	2019 年非农工作全年收入	2019 年全年收入
内地（安徽）	87.5%	平均 220 天	30%	80%	51452.97 元	76666.67 元
沿海（东莞）		平均 175.91 天		50%		

注明：不能外出的理由主要是：家乡有更好地打工机会、照顾老人或孩子

（4）农民经济收入整体不算高。问卷访问者的个人全年的全部纯收入的均值为 76666.67 元，最大值为 90000 元，最小值为 50000 元，标准差为 230944.11202，标准差较大即问卷访问者的个人全年的全部纯收入离散程度较大。在四个问卷访问者地址中，安徽省繁昌县横山的被访者的全年全部纯收入的平均值为 101755.56 元，广东省东莞市的被访者的全年全部纯收入的平均值为 36146.67 元，安徽省芜湖镜湖区的被访者的全年全部纯收入的平均值为 47133.33 元，安徽省芜湖市三山高安镇的被访者的从事各项非农工作中所得的全部纯收入的平均值为 76666.67 元.。问卷访问者中从事所有各项非农工作中所得的全部纯收入（下称非农收入）的平均值为 51452.97 元，最大值为 170000 元。在四个问卷访问者地址中，安徽省繁昌县横山的被访者的从事各项非农工作中所得的全部纯收入的平均值为 84000 元，广东省东莞市的被访者（都是最偏远、落后的乡镇农民）的从事各项非农工作中所得的全部纯收入的平均值为 37417.33 元，安徽省芜湖镜湖区的被访者的从事各项非农工作中所得的全部纯收入的平均值为 44770 元，安徽省芜湖市三山高安镇的被访者的从事各项非农工作中所得的全部纯收入的平均值为 46266.67 元。

4.农业经营活动与收入一览表

农业生产经营项目	该项经营活动所占比例	如果有该项经营活动，则填写下列各项的内容，否则询问下一个经营项目		
		为什么从事该项经营活动 ？ 1.政府要求 2.市场行情 3.专家建议 4.自己或家人的意愿 5.其他(注明)	参与该项经营活动的家庭成员数（人）	2019 年从事该项经营获得的收入
1．种植粮食作物	76.92%	72.72%自己和家人意愿	2 人	7615.23 元
2．种经济作物(瓜, 果,药材,棉油,花卉,林木等等)	38.46%	80%自己和家人意愿	5 人	6367.20 元
3．水产养殖				
4．禽畜养殖			2 人	42500 元
5．副业/手工业	23.08%	33.33%自己和家人意愿	2 人	63333.33 元
6．其他(请注明)			1 人	37000 元

2、农民经济权利的新动向。农民经济权利的实现整体上有所提升，但也出现了一些新动态。（1）内地省份农民基本都是倾向放弃自己的土地，这是很罕见的现象，以安徽为代表的农民经济基础比较薄弱，急需要获得一桶金，作为后续发展做好铺垫；以东莞为代表的农民经过了几十年的改革开放，经济基础比较好，土地作为一种资本存在，所以基本不愿意放弃自己的土地。（2）无论是内地还是沿海地区，有相当多农民希望土地要根据需要定期作出调整，因为长期不变的土地政策，确实剥夺了一部分农民的权利，让他们有相当大的缺失感。（3）农民经济权利发展和实现的过程中，政府导向性不强、专家建议少，农民自身自发的秩序起到了决定的作用。（4）传统农业确实没有发展空间，不同经营方式和模式带来的经济收入差距非常明显，收入由低到高的排序是：种植-养殖-其他农业生产-副业或手工业。（5）由于四个问卷访问者地址的被访者在2019年大多数都有从事非农工作，且从事非农业工作时间长，同时由于被访问者基本上没有外出经商，外出的很难访问到，虽然这影响了了解农民经济权利的真实情况，但确实欣喜地发现内地（发达地位）农民经济收入提高很快，不比沿海发达地方差。

（二）农民政治权利的基本格局

1、农民政治权利的基本状况。

（1）农民的结社和组织化程度偏低。接近 85%的受访者没有参加协会、社团、俱乐部及其他社会组织，即使有参加相关的社会组织，其社会参与程度非常低。（2）农民的政治选举权利有待落实，且农民的政治参与意识不高。调查显示，有接近 35%的受访者没有参加过村干部选举投票，有 85%的受访者没有作为候选人参加过村干部的竞选。（3）零星的农民维权事件在农村时有发生。维权事件主要集中在征地、拆迁、基层选举、宅基地分配、债务纠纷等方面。（4）农民在维权方式上容易走向极端化。农民维权或纠纷的首要处理方式是直接上门讨要说法、寻求亲戚朋友帮助，而寻求法院等法治化途径的比例偏低。（5）部分农民对维权方式和利益表达的认知存在一定偏差。有 36.5%的受访者赞同用上访来维护自身利益，31.7%的受访者赞同用公开集会的方式表达自身利益或意见。部分农民对维权方式和利益表达的认知显示出一定的片面性和偏差，对自身有序合理的表达个人利益和维权，乃至社会的和谐稳定构成一定威胁。

5．农民典型政治权利实现情况一览表

	参加协会、社团等组织	最近人大代表选举	近 5 年村干部选举	近 5 年竞选村干部
基本政治权利行使	15.8%	5%	65%	15%
	参与联合抵制活动	行动支持群众性活动	口头支持群众性活动	对不公平待遇的感知
不公现象的态度	2.6%	4.9%	7.8%	0%（除了少量感知到宅基地、债务纠纷）

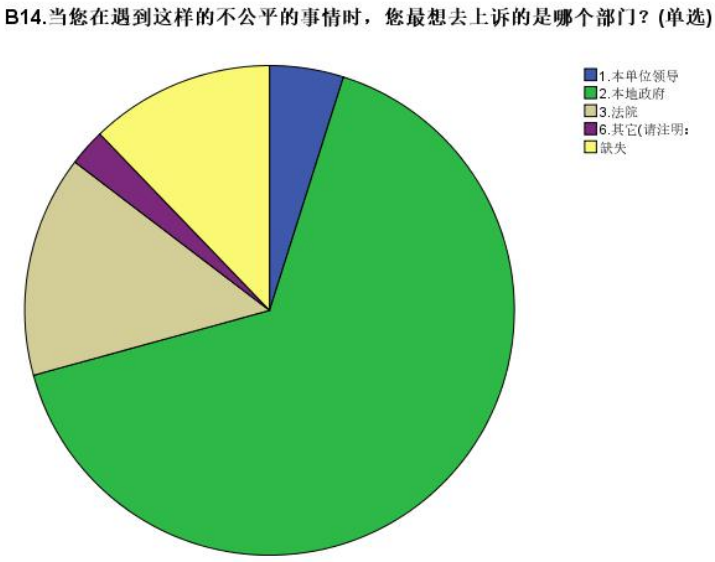


表 6

另外说明：本地政府这个选项的，占总人数的 75%；少数选择法院，极少数选择了工会，共青团，妇联等社会团体；少数选择了直接上门找对方要说法、到法院起诉、有选择了找律师咨询有关知识、相对多一点的选择是找亲戚朋友或者熟人咨询有关知识、个人或者家庭上访；没有人考虑游行示威、投诉新闻媒体；赞同公开集会的占 25%；赞同上访占 33%，很少赞同游行示威和罢工。

2、农民政治权利呈现的新动态。政治权利的实现没有任何实质上的改观:（1）从参加参加社团、协会等社会组织到选举权利的行使，呈现一种对政治权利漠视的状态。很多人不参加或没有经历乡镇人大代表的选举、很多人没有参加村干部选举投票活动、漠视基层选举或根本不关心选举公正与否。（2）中国社会比较稳定，与农民不正视和不重视政治权利有必然的联系。多数没有行使或参加其他具有政治权利活动，多数表示也不支持具有行使政治权利的活动，多数积极表明自己态度与类似事情无关。（3）有为数不少的人压根儿就没有公平与否的概念。很多人不关注社会公平问题，有少数参与了宅基地分配事件并认为有不公平现象、近5年里多数略感到遭受不公平对待。（4）农民搭便车现象非常普遍。希望政府出面来解决不公的问题，多数人遇到问题不愿意抛头露面，多数希望有人或组织在公开场合来代表自己表达意见，不希望通过个体的诉讼来解决事情。（5）经济发达与政治权利的实现没有必然联系或正相关关系。

（三）农民社会权利的基本格局

1、农民社会权利基本状态。整体上处于模糊的状态。（1）不关心保险问题。不少的人没有参加公费医疗以及有部分人不清晰医疗保险事项、近四分之一的被访问者没有参与基本养老保险、没有参与失业保险的近 40%、近一半人没有住房补贴、近 40%人没有参与生育保险事项。

7.受访人员参与险种项目一览表

	参加的项目							
	公费医疗	基本医疗保险	补充医疗保险	基本养老保险	补充养老保险	失业保险	住房补贴	生意保险
芜湖繁昌横山	83.3%	100%	0%	88.9%	0%	66.7%	0%	0%
芜湖三山高安	33.3%	66.7%	66.7%	66.7%	33.3%	33.3%	33.3%	33.3%
芜湖镜湖区	33.3%	81.8%	0%	60%	0%	50%	37.5%	0%
东莞农村	6.2%	100%	6.2%	56.3%	75%	31.3%	17.9%	43.8%

（2）乡土情结严重，不愿意与陌生人打交道。被访问者近一半人不与城里人打交道、近30%人不与村干部打交道、多数人不或很少与乡镇干部打交道、多数人不与县级干部打交道。（3）不愿意与能人打交道。多数不与专业技术人员打交道、半数以上人几乎不与国有或集体企业领导打交道、近半数不与私人企业老板打交道。

8.受访人员经常打交道的对象

	经常打交道的对象											
	本村人	外村人	城里人	村干部	镇干部	县级干部	城里亲朋	技术人员	集企领导	集企管理	私企老板	私企管理
芜湖繁昌横山	100%	50%	22.2%	5.6%	6.7%	0%	0%	11.4%	0%	0%	0%	0%
芜湖三山高安	66.7%	66.7%	40.3%	33.3%	8.2%	1.2%	10%	12%	0%	0%	15%	33.3%
芜湖镜湖区	83.3%	37.5%	25%	55.6%	33.3%	11.1%	22.2%	15%	11%	12.6%	11.1%	12.5%
东莞市农村	56.3%	37.5%	28%	37.5%	9.4%	3.4%	18.8%	9.4%	15%	9.8%	13%	10.8%

（4）基本了解自身的地位。多数认为自己和家庭属于社会经济地位中下层。农民对待自己和家庭的处境，所抱持的态度基本有三类情形：一是悲观主义。持这种态度的人过高估计了社会分层格局的负面效应，把目前社会分层格局称之为“固化”状态，大有被浪潮掀翻而永不翻身的感觉，对自己和家庭的生产力、储蓄率、经济活力下降研判过重，对未来经济社会发展信心不足，悲观情绪严重，难字当头，捆住手脚，消极等待。二是无关主

义。持这种态度的人多数为年级比较轻的人，认为经济社会地位是暂时的现象，与个人的生活链接度不是很大，国家和政府会重视和解决的，对社会地位和处境缺乏足够的认识和紧迫感，态度比较淡漠，可能是知识匮乏的幼稚表现，也可能是个人心态好的表现。三是应对主义。持这种态度的人多数有一技之长或找到了合适的事情做的农民，他们认真研判社会形势，对社会发展趋势进行谋划，主动出击，精心安排，能够统筹规划和合理安排自己和家庭成员的外出、经商等。[29]

9.农民对自身社会经济地位的认知表

	个人社会经济地位				家庭经济地位			
	中上层	中层	中下层	下层	中上层	中层	中下层	下层
芜湖繁昌横山	0%	33.3%	66.7%%	0%	0%	33.3%	66.7%	0%
芜湖三山高安	0%	0%	100%	0%	0%	0%	100%	0%
芜湖镜湖区	0%	31.7%	60%	8.3%	20%	40%	30%	10%
东莞市农村(分散)	0%	25%	18.8%	56.2%	12.5%	12.5%	37.5%	37.5%

2、农民社会权利的新动态。（1）农民的社会保障权利得到有效保障，但保障水平有待提高。（2）农民的住房、补充医疗等方面急需要得到完善。（3）农民普遍认同自身社会地位低。尽管改革开放40余年，农民的经济收入有了很大程度上的提高，但是与城镇居民相比，农民自认为社会地位偏低。（4）农民的自律性比较低。一年收入的大部分，很多人在节假日期间由于赌博等原因，挥霍一空。（5）农民的攀比之分比较盛行。高消费、人情往来的开销非常高，因购买私家车而贷款、因人情晚来而欠债，已经不是个别现象。这些亟待需要做思想工作！

五、农民权利实现问题的具体对策

法治乡村建设中的问题很多，针对农民权利实现，根据调研数据分析和多年的感知和理解，笔者暂时提出如下具体对策。

（一）经济权利实现的对策

关于农民经济权利的实现问题。这个问题主要是农民如何成为现代化经济主体。涉及到农业产业链中的农民主体、农民职业化与集约经营、土地承包和流转制度的整合、集体

[29] 这三类态度，是笔者通过在安徽繁昌县峨山镇千军村座谈调查、深入访谈和交流互动获得的感知并作出的概括评价。

经济组织、乡村地域综合体的利益分配权等。学者和管理人员的通常想法有：（1）继续想法设法增加农民收入；（2）加大对农民、农村土地权利的法治化保障，让农民通过土地的流转、征用、经营获得更多的经济收入；（3）创新多种途径，有序引导农民在农村本土创业就业；（4）探索建立农民放弃农村土地与户籍的补偿机制。

笔者对策是：（1）撤销乡镇一级行政机构。[30]把乡镇一级取消（变成服务中心），因为调研数据表明，农民经济状况与基层政府导向、扶持没有必然联系，基本上处于自生自发的状态；也没有乡镇派出的专业技术人员为农民进行有价值的指导；乡镇一级人员比较忙，但基本上是形式性的、程序性的、应付上面的各种会议、报表、统计、学习，没有任何实质性地深入农民群众去做点实际意义的事情，实质性事情基本由村、社区办事人员处理的，尽管乡镇一级机构组织也做了一些事情，甚至在汇报中能够说明他们忙，那也是形式性的、程序性的自欺欺人而也。撤销乡镇一级机构没有任何的副作用，因为乡村还有县级各种派出机构纯在，由他们足以处理乡村各类日常问题，而且乡镇一级有专业技术能力的人员可以考虑在集体经济组织中任职，带领农民群众称为现代化的农民上发挥应有的作用。（2）农村集体经济组织急需要夯实。习近平总书记指出，“明确新时代我国社会主要矛盾时人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分发展之间的矛盾，必须坚持以人民为中心的发展思想，不断促进人的全面发展、全体人民共同富裕”。[31]现在农民已经出现了两级分化，而且外出打工的阵营在缩小，越来越多的农民工回乡寻求新的就业机会。那么领导、帮助广大农民顺利转型的的一个重要组织就是农村集体经济组织。集体经济组织的骨干成员由乡贤、致富能人、企业家、乡镇一级机构中专业技术人才担任，由他们积极引领农民在经济类型、承包流转、地域经济规划、产业链等方面积极作为，为了更好建立长效机制，集体经济组织法的制定刻不容缓。通过调研和座谈，笔者深深感知到，目前农民外出数量在大幅度减少，乡民们贫富差距很大，解决这方面的问题，集体经济组织可以发挥较大的作用。我相信决策层也会审时度势，在这方面出台有针对性的政策。因为中国共产党人始终有着清醒的认识：“按照马克思、恩格斯的构想，共产主义社会将彻底消灭阶级之间、城乡之间、脑力劳动和体力劳动之间的对立和差别，实现各尽所能、按需分配，真正实现社会共享、实现每个人自由而全面的发展。实现这个目标需要一个漫长的历史过程。我国正处于并将长期处于社会主义初级阶段，我们不能做超越阶段的事情，但也不是说在逐步实现共同富裕方面就无所作为，而是要根据现有条件把能做的事情尽量做起来，一步步落实好以人民为中心的发展，积小胜为大胜，不断朝着全体人民共同富裕的目标前进。”[32]

（二）政治权利实现的对策

关于农民政治权利的实现问题。这个问题的难度主要是村民自治法律与国策协调问题。涉及到国法和国策的有机衔接、法律和政策二元化转向依法治国的一元化、监督力度和约束机制的完善等。学者和管理者的通常想法是：（1）进一步健全农村的选举法制，落实农

[30] 参见强昌文：《法治与农村发展——农民权益的法律保障机制》，载《当代法学》2001 年第 10 期。
[31] 《中国共产党 19 大报告》，第 19 页。
[32] 《习近平总书记系列重要讲话读本》，学习出版社、人民出版社 2016 年版，第 129 页。

民的选举权利；（2）提高维权和利益表达的法治化水平，有序、合理引导农民的维权和利益表达；（3）加强农村地区的法制宣传。

笔者的对策是：（1）做好国策的整理工作。任何国策的制定只有经过法律机制的筛选，才能出台，凡是与法律相矛盾的国策（例如与村民委员会组织法相矛盾的村支书和村主任一肩挑国策）要么叫停、要么改变法律然后出台国策。各级党政机构应该成立梳理国策的工作组，对现有的国策进行系统梳理、清理、汇编，其中清理、汇编的标尺是法律，毫不动摇地坚持依法治国基本方略，切实扭转国策高于国法的工作机制，切实改变国策和国法二元化的格局。（2）可以建立独立检察官制度。这个检察官制度类似于欧美的巡视监察性质的检察官，实行垂直领导，主要负责调查、巡视和质询农民政治性权利落实问题。选举权利是基本权利，是人权的重要组成部分，不能有任何践踏或变相性地减损，不能和其他权利剥离开来而孤立的对待，“历来顺受”不是现代性良民的标签，其他政治权利也应切实地得到关注。所谓的“村霸”、“乡村势力”干扰了村民选举，实际上是基层政府或官员不愿放弃“安排”这个权力而已！

在政治权利实现问题上，必须要把农民纳入到“人的自由”的范畴中来认真对待。农民在道德上是自由的主体，即拥有自由和选择的道德主体，“一方面人应该自己做出决定，而不受外部的灌输、操纵和支配；另一方面……人在做出某种决定时，他应该还有其他选择的可能性。”[33]

（三）社会权利实现的对策

关于农民社会权利的实现问题。这是乡村治理能力培育与发展中的不可忽视的问题。涉及到社会保障制度和配套落实、农村公共产品的提供、农民身份的重塑等。学者和管理者的通常想法是：（1）进一步健全社会保险法，提升农民社会保障水平；（2）进一步加强法制化，落实农民的住房、补充医疗等社会权利。

笔者的对策是：（1）加大行政村的社区建设，彻底消除自然村的散落状态。人是社会的人，目前还有很多农民处于比较封闭的状态，不能充分享受40多年来改革开放带来的福利，也很难享受美丽乡村建设释放的红利。例如教育培训、医疗保健、文化娱乐、便利购物、交流心得等城镇居民享有的“幸福”，农民（出去集镇附近的农民）基本享受不到。那么以行政村为基本单元的社区建设，彻底与城镇社区建设接轨，能够很好地缓解或化解“发展不均衡不充分”的矛盾。其实，我国城市化将进入一个新的历史阶段——全域城市化……全域城市化在于它将城乡一体化纳入到统一框架。[34]这种发展模式也是加大农村社区建设的一种发展方向。在加大行政村的社区建设的过程中，还有一个文化层面的建设问题，需要引起格外的注意，那就是乡村社会文化的主体性建设，也就是农民、区域社会、家庭社会、社会关系、社会组织共同构成了乡村社会文化的主体，它们具有独立性，而不

[33] 姚大志：《道德自由的两个原则》，载《吉林大学社会科学学报》2018年第6期。
[34] 孙久文、夏添、李建成：《全域城市化：发达地区实现城乡一体化的新模式》，载《吉林大学社会科学学报》2018年第5期。

仅仅是辅助国家角色。[35]（2）落实一村一个法律顾问制度。乡村法治建设的目标必然是乡村法治社会，它特质乡村社会生活的法治化。法治社会与法治国家、法治政府各有独立，构成了中国法治的“一体两翼”。基层是法治社会建设的主要场域，应当直面基层特质的制约，着眼基层社会的主要事务，发挥基层社会组织的功能。同时，还应在角色分工基础上，有效整合政府、社会组织、企业、律师等法治社会建设的重要主体。[36]法治乡村建设之所有出现了很多重点和难点问题，说白了就是很多事情不依据法律来处理、很多农民不清楚法律的规定、很多干部不习惯按照法律来办事，所以现在建立村法律顾问制度，可以起到一个纽带作用，[37]法律顾问费用由财政支付。律师来源于社会，有着相对独立的身份和地位，在乡村建设、治理、振兴过程中，更能获得农民接受和相信。村法律顾问制度和独立检察官制度相辅相成，共同推进乡村法治建设进程，希望这成为美好乡村建设的一个重要指标。

总之，对待农民社会权利的实现，既要根据时代的发展而涌现出的多元化需要，又要根据现实的条件所能提供的上升空间来全方位的考虑，必须在教育、法制、生态、卫生、心理、健康等诸多方面实现全面进步。正如习近平总书记所强调的；“改善民生要做到尽力而为，量力而行。改革愈是深化，愈要重视平衡社会利益；发展愈是向前，愈要体现人民生活改善上。……同时还要意识到，群众对生活的期待是不断提升的，需要是多样化、多层次的，而我国仍处于并将长期处于社会主义初级阶段，改善民生不能脱离这个最大的实际提出过高目标，只能根据经济发展和财力状况逐步实现人民生活水平，做那些现实条件下可以做大的事情。”[38]

---

[35] 参见王春光：《中国社会发展中的社会文化主体性——以 40 年农村发展和减贫为例》，载《中国社会科学》2019 年第 11 期。

[36] 陈柏峰：《中国法治社会的结构及其运行机制》，载《中国社会科学》2019 年第 1 期。

[37] 虽然强势群体更容易获得律师的帮助，但律师也可以成为帮助弱势群体的力量。律师制度不仅可以与民权结合从而外化出民主精神，还可以与治权结合产生出法治化的社会秩序。所以法律顾问制度（律师职业）部分地寄托着民主与法治的社会理想。参见顾培东：《中国律师制度的理论检视与实证分析（上）》，载《中国律师》1999 年第 10 期。

[38] 《习近平总书记系列重要讲话读本》，学习出版社、人民出版社 2016 年版，第 214 页。

我国乡村社会治理的困境及其法治化途径

胡正昌[1]　潘彦衡[2]

【摘　要】乡村治理现代化是构建国家治理体系现代化的应有之义。乡村纠纷解决机制的成熟和完备是保障我国乡村基层社会治理的关键性要素，在国家治理体系中居于核心地位。社会转型期的中国乡村逐渐由“乡土型社会”转向“现代型社会”，由此引发出各种各样的社会纠纷矛盾，并呈现出纠纷类型多样化、纠纷主体多元化、突发性群体性纠纷频发等特征，影响着我国乡村基层社会的稳定和基层社会治理的现代化。这就要求我们立足乡村现实，完善诉讼纠纷解决机制，强化非诉讼纠纷解决机制的作用，注重不同纠纷解决机制之间的衔接，增强自治、法治、德治的效能，从而推进我国乡村基层社会治理的现代化。

【关键词】乡村治理；乡村基层纠纷；纠纷解决机制；国家治理现代化

2017 年党的十九大报告提出“自治、法治、德治”三治融合的现代乡村治理体系，2018 年又提出“法治乡村”的概念。这一概念的提出，意味着法治中国建设的重点和难点转向了乡村，标志着法治在乡村治理的过程中将发挥越来越重要的基础和保障作用。乡村治理作为国家治理的底座，其发展状况关系到全国稳定的大局，制约着国家的发展和建设。构建“自治、法治、德治”三治融合的现代乡村治理体系，是一个纷繁复杂的系统工程。但毋庸置疑的是，化解乡村基层社会纠纷，保障群众安居乐业，关系到乡村社会治理和基层的长治久安，成为构建现代化乡村治理体系、国家治理体系的关键所在。乡村地区矛盾频发，且矛盾复杂、多样，而当前的乡村基层矛盾纠纷解决机制还存在许多的问题，如若乡村基层矛盾和纠纷得不到有效的解决，不仅会引发群体性事件，造成社会的动荡不安，甚至会影响整个社会的稳定与和谐，让整个乡村基层社会的治理陷入困境。

一、新时期我国乡村社会纠纷的主要特点

（一）纠纷类型多样化

传统乡村社会的交往主要以血缘地缘关系为载体，但随着市场经济的发展和人口、社会资源的快速流动，这一载体发生了变化，逐渐被经济利益关系所取代，致使附着在这一载体上的道德制约的作用也逐渐弱化。“以经济利益、契约精神和法律归责等为主体的社会元素开始进入农村社会关系形态的建构中来。”[3]经济的发展致使乡村的社会关系日趋复杂，各主体之间的利益交叉更为频繁，引发了多种新型利益纠纷。传统的乡村纠纷主要以婚姻家庭矛盾、邻里纠纷为主，但现在已经扩展到了社会经济生活的各个领域，乡村纠纷已由

---

[1] 作者简介：胡正昌，湖南科技大学法学与公共管理学院教授。
[2] 潘彦衡，湖南科技大学法学与公共管理学院 2020 级法律硕士研究生。
[3] 刘同君：《转型乡村社会的纠纷解决：类型分析与偏好选择》，载《学海》2011 年第 4 期。

过去单一的民事纠纷发展为涉及经济、行政、刑事等多领域的纠纷。

（二）纠纷主体多元化

在乡村传统的乡土社会中，纠纷一般只发生在邻里之间且多为口角上的矛盾，无关利益冲突。但随着经济的发展和社会的变迁，不同主体之间的利益纠纷和冲突频发，其主体不再局限于传统的村民、家庭、邻里之间，而逐步扩大到乡镇政府、村级组织、村干部、基层组织、企业等多方主体，多元化趋势明显。此外，城镇化的进程促使乡村人口大量流向城市，村与村、村与城之间的交流变得频繁，传统乡村的地域封闭性被打破，乡村纠纷已经不再局限于本村范围内，开始向其他乡村和城市扩展。面对这种纵横交错的多方利益冲突，传统的纠纷解决机制已不能适应纠纷化解和乡村基层社会治理的需要，建立一套新的多元化纠纷解决机制刻不容缓。

（三）突发性、群体性纠纷频发

经济的快速发展和城市化的进程引起了乡村传统的价值观和生活方式的变迁，原有的利益结构受到冲击并不断调整，由此引发矛盾的大量发生。这些纠纷从产生到爆发的时间短，直接涉及到多方主体的利益。这些矛盾发展速度快，难以预防，带有明显的突发性，让人应接不暇。加上多数农民法律意识淡薄，当心中的疑难和问题长期得不到解决时就容易冲动，造成矛盾激化。此外，村庄生活的共同性致使乡村纠纷容易引起其他具有相同利益关系人的共鸣，致使纠纷主体数量较多、涉及范围广、社会影响大。特别是房屋拆迁、人口迁移等与基层群众生活关系密切，容易引起其他利害关系人的共鸣的纠纷，其后果并非简单的涉及一个或者几个人的利益，而是牵扯了众多主体的利益，纠纷主体的这种广泛性，很容易造成群体性事件的发生。[4]

二、乡村纠纷产生的主要原因

（一） 农民与土地分离，生活方式发生剧变

在传统乡村基层社会中，良好的人情和关系的维系是人与人交往的重点，当矛盾发生后，出于对双方交际关系的维护，人们较少的寻求法律途径，多是依靠社区中权威人士进行调解或双方达成和解。然而，随着经济的快速发展，传统的生活和工作环境发生变化，致使农民与土地之间的联系不再密切，土地不再是农民赖以生存的唯一收入来源，利益结构的调整和保障机制的滞后，造成农民在城市化进程中遇到的困难得不到有效解决，乡村土地的流转和承包、农民外出务工的过程中纠纷频发。乡村乡土社会的属性不断受到市场经济的冲击，传统的“熟人社会”已被打破，人与人之间的交往规则由原来的以人情和关系为标准转化为以现实利益为标准。利益分化和利益冲突是诱发乡村基层社会矛盾的经济根源。

（二） 农民权利意识觉醒，但法律意识淡薄

随着全面依法治国的不断推进，普法活动的开展，大众媒体的宣传，乡村村民的权利

[4] 李栗燕：《化解基层社会矛盾纠纷的法律机制研究》，科学出版社 2013 年版，第 9 页。

意识开始觉醒，开始重视自身权益的维护。然而现实中，由于长久以来的农耕经济带来的家族观念，几千年来儒家思想的影响和束缚，农民对法律持着一种漠不关心的态度，加上农民本身受教育的程度普遍不高，对法律没有形成系统的认识，法律没有树立应有的权威，农民的法治观念普遍淡薄，使得农民对法律的信任不够，遇到矛盾纠纷后不知道或不愿意走法律的途径解决。传统的伦理道德、人际关系舆论代替法律行使了纠纷化解的职能，造成了维权法律途径的缺乏。当矛盾发生后，不愿寻求合法正当的途径，而是采用直接冲突甚至极端的方式，使得矛盾进一步扩大甚至激化。

（三） 乡村基层组织建设薄弱、基层干部权力滥用

市场经济的冲击也给乡村基层组织带来了巨大考验，部分乡村过分强调经济的建设，而忽略了基层组织的建设。基层组织自身建设严重滞后，对乡村的动员能力、号召能力与整合能力不足，缺乏战斗力、凝聚力与影响力，公众对基层组织的信任感、归属感和认可感降低，这就导致基层组织不能很好的行使权力和履行职责，难以充分发挥其化解纠纷的作用。此外，基层组织内部人员的素质参差不齐，部分基层干部滥用手中的权力，在实际工作中并未广泛听取群众意见，并未实行民主决议，无视相关法律法规的规定，为官不廉，办事不公，引发信任危机，造成干群关系紧张，部分矛盾纠纷未能及时化解甚至进一步激化。基层组织建设薄弱导致控制力弱化以及部分基层干部漠视农民权益、滥用权力，是诱发乡村基层社会纠纷的社会根源。

三、乡村基层社会纠纷化解机制存在的缺陷

（一）诉讼纠纷解决机制仍不完善

诉讼是一种典型的纠纷化解方式，尤其是对那些对抗性强、矛盾尖锐和冲突激烈的纠纷具有很好的化解效果，具有权威性、规范性和强制性的特点。作为维护公平正义的最后一道防线，诉讼还具有终局性的地位。然而，诉讼也存在着局限性。一方面，从基层法院的角度看，虽然我国大力开展“送法下乡”的活动，积极推进乡村法治建设，但是依然存在着乡村基层法庭人员不足、任务繁重的情况，办案经费不足、待遇差等因素也影响基层工作人员的积极性。基层工作人员法律素养不够，专业能力不足，致使纠纷难以化解，不利于整个乡村基层社会的治理。另一方面，从诉讼成本的角度看，当事人的经济、时间的支出以及精神的消耗对于一般的乡村家庭来说，无疑是一个沉重的负担。时间支出是指村民在整个诉讼过程中，必须严格遵守法律法规关于诉讼程序和审理期限的规定。然而农民每日都需劳作，很难抽出时间去法院参加长时间的诉讼。农民由于法律意识的缺乏，对法律存在着天生的敬畏感，漫长的审理对他们来说是一种精神的损耗，一旦审理结果达不到自己预期，很容易对法律失去信心。

（二）非诉纠纷解决机制的功能逐渐弱化

除诉讼方式外，多元化纠纷解决机制还包含和解、人民调解、仲裁和行政调解等非诉的方式。传统乡土社会的和解和民间调解的有效性是基于村庄生活的共同性、村民生活的连带性以及道德和人情的内在约束，而这些在中国由传统向现代的转型中都不可避免地削

弱了[5]。原有的社会关联逐渐弱化，传统的姻亲关系逐渐让位于利益关系，以亲情为基础，以传统为导向的民间宗法组织、家族关系逐渐解体，丧失了原有的权威性，影响着纠纷的有效解决。此外，人民调解组织不健全，或是没有设立调解组织，或是缺乏专门的调解人员。缺乏财政支持的基层人民调解组织很难吸引到高学历的青年一代，导致基层人民调解员队伍的整体素质不高，能力不足，无法应对当前复杂多变基层社会矛盾。仲裁制度在化解乡村纠纷方面也显得捉襟见肘。仲裁程序启动需以仲裁协议为前提，其范围只能是合同纠纷和其他财产协议，加上仲裁机构无权进行证据保全、财产保全，也无权对被申请人的财产采取强制措施，做出的仲裁协议也没有强制执行的效力，这些都制约着仲裁制度在乡村基层社会治理中效能的发挥。受政府编制、经费等行政因素的影响，仲裁机构的设置、启动和管辖都带有明显的行政化倾向，仲裁委员也很难进行独立的仲裁处理，使得仲裁实效的发挥大打折扣。行政调解在乡村基层社会的治理中也显现出其不足，目前我国的大部分法律法规仅就行政机关解决争议的权限作了规定，对行政调解具体的处理程序并没有很多的涉及，调解机构、时间和方式的不明确增加了当事人选择选择救济的困难。职责的不明确造成各部门之间互相推诿，不仅不能及时化解纠纷，甚至使矛盾进一步激化，不利于乡村基层社会的治理。

（三）不同纠纷解决机制之间缺乏有效的衔接

为了加强乡村基层社会的治理，各地都会采用具体的方式完善不同纠纷解决机制之间的衔接，但是尚未统一，也没有形成一个系统、和谐的整体，缺乏衔接和互补，既存在过于单一的情况，也存在无效的设置。一是诉讼与人民调解的衔接。由于人民调解协议缺乏强制执行力，经调解的纠纷仍然有可能进入诉讼程序，由人民法院对其进行全面的实质性审查，不仅会造成司法资源的浪费，还会降低人民调解的公信力和解决纠纷的利用率。二是诉讼与仲裁的衔接。仲裁机构保全措施的采取和仲裁裁决的执行都有赖于司法机关，缺乏独立性。对法院做出的撤销裁决、不予执行裁决等裁定不得再上诉和申请再审，导致当事人不能综合运用各种纠纷化解机制来维护自己的权益，降低了当事人选择仲裁化解纠纷的意愿。三是诉讼与行政性纠纷解决方式的衔接。行政调解由于其结果缺乏强制执行力，常常流于形式，若当事人不愿意履行行政调解协议，仍提起诉讼，由法院重新对纠纷进行全面审理，造成案件的重复处理，浪费行政和司法资源。

（四）不同治理方式之间缺乏有效协调

党的十九大对乡村治理和纠纷的化解都提出了新要求，重点在于健全自治、法治、德治相结合的乡村治理体系。面对我国多元化、复杂化的基层矛盾，传统的纠纷解决机制开始变得捉襟见肘，我们需将自治、法治、德治相结合的治理方式运用到乡村基层矛盾的化解中去，充分发挥其化解矛盾的作用，实现乡村治理的现代化和社会主义的现代化。自治、法治、德治作为乡村治理的基本方式，发挥着“自治为本、法安天下、德润民心”的功能作用，但同时也存在“法治太‘硬’，德治太‘软’，自治太‘任性’的局限性[6]。目前三种治理方式

[5] 李俊：《社会结构变迁视野下地乡村纠纷研究》，中国社会科学出版社 2013 年版，第 147 页。

[6] 侯宏伟，马培衢：《“自治、法治、德治”三治融合体系下治理主体嵌入型共治机制的构建》，载《华南师范大学学报（社

在化解乡村基层矛盾方面仍然存在以下不足。

1.主体缺位，自治效能无法充分发挥。

自治是“乡村居民在一定地域范围进行自我治理的制度和行为”。[7]村民自治作为乡村治理的核心内容，具有成本低、灵活性强、内生于乡村社会的特点，对化解基层矛盾纠纷，加强乡村治理现代化起到了重要的作用。村民自治效能的发挥要求有良好的组织结构作为保障和载体，人员又是该组织结构内的核心。在整个乡村治理体系中，虽然存在多种解纷方式，但由于我国乡村地区人员流动性加强，空心化现象出现，其效能受到了一定的限制，症结就在于乡村治理主体的缺乏。

一是村民参与乡村治理积极性不高的问题，村民对公共事务的参与性不高、能力不足，民主权利的行使不充分，导致出现不符合个人心理预期和利益诉求的情况，引发村民的不满，滋生矛盾。二是基层自治组织工作人员的素质问题，基层自治组织拥有着对乡村公共事务的决定权，其内部工作人员必须具备相当的文化水平和办事能力，否则，就有可能做出不合法或不合理的决定，引发村民之间，村民与村组织之间的矛盾。三是市场经济的发展，城市化的推进，造成了乡村精英、乡村青壮年的流失，造成了乡村治理主体的缺失，大部分村庄呈现除“空心化”的趋势，留守在乡村社会大多为妇女、老人和儿童。矛盾发生时，双方主体不知道如何解决，也无其他有素质、有能力的人出面予以解决，致使矛盾积压并进一步激化。

2.乡村治理规则缺乏，法治效能低下。

法治是调节社会关系的基本方式，乡村基层社会矛盾的有效化解和乡村治理体系的平稳运行都有赖于乡村的法治化水平。然而目前我国乡村法治基础仍然比较薄弱，农民法治观念较为淡薄，严重影响着矛盾的化解和乡村基层社会的治理。

首先是法律制度不健全的问题。目前我国已经建立了比较完善的社会主义法治，乡村基层社会的治理也基本上做到了有法可依，在化解纠纷时可根据《宪法》、《村民委员会组织法》等法律，并结合当地实况采取有针对性的化解途径。但由于各地区经济发展水平和基层干部文化水平的不平衡，所制定的村规民约和村民自治章程等质量参差不齐，部分地区的章程和村规民约并没有落到实处，甚至出现与现行法律法规相冲突的情况。其次是农民和基层干部的法治观念淡薄。农民接受新知识、新思想的速度慢、程度低，加上法治宣传缺乏应有的针对性和实效性，法律知识并未真正渗透到农民心中。在农民的观念中，对通过法律途径解决纠纷的方式具有一定的服从感和畏惧感，对其公正性和有效性没有足够的信心，以致农民在矛盾发生时，多是向政府寻求帮助，而不愿意选择法律的途径来解决。基层干部法治观念淡薄，对法治建设认识不足、重视不够，学法、守法以及用法意识不强，在处理各类纠纷时，容易出现讲人情、讲关系和以权压人的情况，依法办事的能力有待加强。最后是基层法治队伍建设力量薄弱的问题。基层司法和行政执行力量不足，工作人员

会科学版)》2018 年第 6 期。

[7] 徐勇，赵德键：《找回自治：对村民自治有效实现形式的探索》，载《华中师范大学学报（人文社会科学版)》2014 年第 4 期。

不足，素质不高、人员老化等都是基层司法和行政执行存在的问题，制约着乡村基层社会的平稳运行。

3.乡村文化丧失，德治基础薄弱。

德治是乡村治理体系建设德辅助工具，在化解乡村纠纷方面发挥着重要的作用。并不是所有的纠纷都适合采用法律的途径化解，在乡村，很多纠纷都是发生在家庭和邻里之间，出于维系双方感情的考虑，更适合采用道德约束的方式化解纠纷。法治与德治相辅相成，相互促进，法律是最低的道德底线，其可调节的社会关系的范围小于道德，法律的性质也决定了将所社会关系纳入其调整的范畴不具有现实可行性，这便为道德调整社会关系提供了空间和可能性。[8]然而目前我国的“德治”还存在许多问题，不能很好的发挥其化解矛盾的作用。

一是优秀传统道德文化作用弱化。现代化的发展带来了社会结构的变化，传统的文化共识和文化价值观也发生了改变，原有的礼俗秩序遭到了破坏，传统的以血缘、家族、宗族、伦理为主要内容的规范对人们的约束力逐渐弱化，良好的社会风尚习惯和优秀的传统道德文化受到冲击，“拜金主义”、“享乐主义”等错误的观念影响着村民的心理，这极易引发矛盾的发生和激化，影响基层社会的稳定。二是乡村人才流失，德治主体力量弱化。乡贤是现代社会中的乡村精英，一般指乡村社会中有文化、有德行、有威望的人，他们在表达村民意见、缓和干群关系以及化解纠纷方面的作用不容忽视。伴随着经济的发展，许多村庄的青壮年开始外出谋生，且多以乡村精英为主，造成乡村纠纷化解主体的缺失。三是传统村规民约的道德约束力不足。村规民约的制定和实施历史悠久，对国家正式的法律法规起到了良好的补充作用，能很好的保障乡村基层民主、维护社会秩序、规范村民行为、协调村民矛盾，是乡村社会治理不可或缺的工具。然而，村规民约的局限性也日益凸显。由于村规民约多是从个别家庭和家族的利益出发，规制的多为家庭内部的纠纷，使用范围具有局限性，对乡村公共事务的调节约束力不足。此外，村规民约很难形成正式的文件，那些不合时宜的条款和内容得不到及时的增补的修订，降低了乡村纠纷化解的效率。

自治、法治、德治作为传统的社会治理方式有着悠久的历史，“三治”结合的方式实现了三者之间功能的互补和组合优化。有机结合并非三者的简单相加和组合，而应将其视为一个有机整体，体现“乘数效应”。[9]自治、法治和德治之间的差异性不可避免地造成三者之间存在紧张关系，目前“三治合一”的乡村治理方式还不完善，其主体如何协作，功能如何互补，机制如何平稳有效进行是三种治理方式如何深度融合面临的现实困境。

四、新时期我国乡村基层社会治理的法治化转型

（一）完善诉讼纠纷解决机制

第一，必须加强司法权，树立法院的权威和公信力，使农民信任法院，愿意选择诉讼的方式化解纠纷，这是完善诉讼纠纷解决机制的前提。第二，加强法治教育。一是加强对

[8] 何阳，孙萍：《“三合一”乡村治理体系建设的逻辑理路》，载《西南民族大学学报（人文社会科学版）》2018 年第 6 期。
[9] 郁建兴，仁杰：《中国基层社会治理中的自治、法治与德治》，载《学术月刊》2018 年第 12 期。

司法工作人员和农民的法治教育，提高他们依法化解纠纷的职业能力和法律素养。法治教育有着重要的价值，将法律与人民的日常生活联系起来，让农民学法、守法、用法，在遇到纠纷时采用法律的途径化解，加强法治社会的建设。第三，简化诉讼程序。众所周知，在农民的认知里，诉讼方式化解纠纷不仅程序复杂，而且需要花费大量的时间，从内心深处对诉讼产生抵触和排斥，因此对于法律关系明确，事实争议不大的纠纷可适当采用简易程序，对于诉讼标的较小的纠纷可采用小额诉讼程序，既便于当事人亲自参与，又提高了纠纷化解的效率。第四，调整法院收费。虽然，随着社会的发展，我国乡村地区的经济状况得到了很大的改善，然而，对大多数乡村家庭来说，诉讼费用仍然是一笔不小的支出，因此，适当调整法院收费，减少对农民的收费，降低其诉讼成本，弱化经济因素的制约，对于经济条件特别差的，符合法律援助的条件的当事人，应当为其提供法律援助。

（二）强化非诉讼纠纷解决机制的作用

目前，我国非诉纠纷解决机制发挥的作用不够明显。首先，和解和调解是化解乡村基层社会纠纷最基础的方式，针对传统的社会基础的缺乏的问题，应当重建村落共同体，加强村庄基层社区的建设和村民、村落之间的联系，为充分发挥和解和调解在化解纠纷和社会治理中的作用打下坚实的社会基础。此外，加强调解组织自身的建设。未建立调解组织的应加快建立，已经建立的，则要提高调解人员的素质，增加其专业性，既要保留乡村传统的民风、民俗，发挥有威望的老者、族长在化解乡村纠纷中的作用，坚持乡村基层社会自治，又要运用各种方法吸引专业人士的加入，提高基层调解队伍的素质和能力。针对仲裁制度的不足并结合面对当前基层社会纠纷的新特点，要适当扩大可通过仲裁方式化解的纠纷类型的范围，对那些新型的和专业性较强的纠纷，有针对性地制定仲裁法予以解决。人民法院应支持仲裁机构的工作，尤其是在保全措施的采取和仲裁裁决的执行方面，对于当事人申请撤销或者不予执行的，人民法院应当保持谨慎的态度，依法处理。受传统文化背景、经济能力的影响，农民对政府更为熟悉，更具有亲切感，相比于司法途径，农民在纠纷发生时更愿意寻求行政救济。面对行政调解的局限，我们首先要明确政府各部门的权限和部门内部的职责分工，防止出现部门间的相互推诿的情况；其次，我们还应增加政府工作的透明度，将纠纷的处理情况及时公开，让农民了解纠纷处理的进程，并积极回答农民的疑问，引导农民理性解决纠纷；最后，要加强乡村司法所的建设，乡村司法所作为国家法和习惯法互动的桥梁，对乡村基层社会的治理起着重要的作用，乡村司法所的工作人员必须要深入乡村，在纠纷发生时，要根据案件情况、背景的不同以及当事人身份、性格的差异，有所侧重的采取不同的纠纷化解方式，寻求法、理、情的最佳结合点。

（三）注重不同纠纷解决机制之间的衔接

司法是化解纠纷、实现公平正义的最后一道防线，但不是唯一的防线。维护社会的和谐稳定不可能单靠某一种纠纷解决方式，不同方式之间应形成有效的衔接。对于那些争议不大的纠纷，尽可能优先采用和解和调解等非诉的方式化解，将矛盾化解在基层，提高纠纷化解的效率，减轻司法机关的负担，使其有更多的精力去化解那些关系比较复杂、双方争议较大的纠纷。将司法作为化解纠纷的终局性手段，为其他纠纷化解方式充分发挥作用

提高了保障，既有利于维护纠纷双方人际关系，也可以保证纠纷最终得到解决。各种纠纷解决之间要形成良好的衔接，以便发挥其合力，要在利用现有制度资源的基础上，调动社会各方力量，综合培育多种形态的纠纷解决机制，加强不同纠纷解决方式之间的协调，构建一个以社会为依托、以法院为核心、以民间调解为基础、以仲裁、行政处理为补充的多元化纠纷化解机制。追求和谐是中华民族自古以来就有的传统思想，根植于人们的心中。我们个人也应当具备忍让和善于沟通的素质，努力经营自己的社会关系，从源头上减少乡村基层社会纠纷的发生。

（四） 增强自治、法治、德治的效能

乡村社会不仅是矛盾与冲突产生的重要源头，也是协调利益关系和化解社会矛盾的前沿阵地，对乡村治理提出了更高的要求。自治、法治、德治相结合的乡村治理体系创新经验的精髓是“融合”要切实做好深度融合的大文章[10]。“三治”融合不是各行其道，也不是简单的叠加和组合，而是融会贯通。自治是核心、法治是保障、德治是基础为这三种治理方式的辩证逻辑关系[11]。如何做到三种治理方式的深度融合，有效化解乡村基层矛盾，是当前推进乡村治理体系现代化的重点工作。

1.以自治为目标，实现广大村民当家作主。

作为乡村治理和“三治“体系核心内容的自治，要求我们能够自我化解乡村基层社会矛盾，把矛盾化解在基层，减少政府维持乡村社会稳定的成本，建立高效的工作机制。目前，乡村自治的核心在于治理主体的回归。首先，要调动村民参与公共事物的积极性，只有给予农民充分表达自己想法和意见的空间和权力，保证其知情权、参与权和监督权的行使，真正实现村民当家作主，尤其是要规范村务公开，加强对村级财务管理、村务运行等于村民利益息息相关的事项的监督，从源头上减少乡村基层社会矛盾的发生。其次，要明确村党支部和村民委员会之间的职责，在发挥党对村委会领导作用的同时，保证村委会有效行使自治职能，更好的化解纠纷，维持社会稳定。重视新乡贤和新型乡村合作组织的主体作用，他们在农民群体中具有较高的权威和公信力，是村民表达利益诉求和参与乡村治理的重要渠道，这一渠道的畅通对于乡村基层社会治理的现代化具有重要作用。

2.以法治为保障，推动乡村法治建设。

依靠有形的法律法规进行乡村治理的法治被称为乡村的“硬治理”。乡村法治要求在化解乡村基层社会的矛盾时要依法处理，避免人情干预，切实维护乡村居民的合法权益。乡村自治和德治都离不开法治的保障，自治权的界定和行使、自治主体的明确、自治的形式和内容都需要法律予以规定和保障，法治还能监督村规民约的制定和执行，防止其失信和失效。首先，要完善乡村立法，保证乡村治理有法可依。宅基地、土地资源、林业资源确权和流转等领域是乡村矛盾纠纷的多发地，也是乡村治理的关键部分，必须得到国家成文法的回应。不断完善村民组织法，强化基层组织的建设，其权力和职责的范围需要法律予以明确，权力的运行和职责的行使需要法律予以规范。其次，加强法治宣传，提升主体的

[10] 何显明：《以自治、法治何德治的深度融合推进乡村治理体系创新》，载《治理研究》2018 年第 6 期。
[11] 陈于后，张发平：《新时代乡村“自治、法治、德治”融合治理体系研究》，载《云南行政学院学报》2019 年第 6 期。

法治意识。应大力推行法律下乡工程，促进村民形成知法、守法和用法的意识，树立法律的权威和村民对法律的信任感，愿意寻求法律的途径来化解矛盾纠纷，通过合法的渠道行使自己的权力和参与乡村治理。为保证乡村治理的平稳运行，保证矛盾纠纷的有效化解和结果的公平正义，应重点提高村干部及相关组织的成员的法治意识，增强其依法办事的能力，提高乡村自治的水平，激发乡村自治的内动力。最后，提升乡村法律服务水平，健全公共法律服务体系。面对不断频发的干群矛盾、土地矛盾、拆迁矛盾以及信访数量的急剧增加，有必要构建多元化的纠纷解决机制，开展“送法下乡”、司法联动、法律援助等公共法律服务活动，充分调动调解、仲裁、司法、行政等多方力量化解乡村矛盾，建立常态化有效化的纠纷化解机制。

3.以德治为基础，重塑乡村文化。

德治就像是一只“看不见的手“，被称为乡村的“软治理”。乡村德治要求在乡村基层社会纠纷化解中，通过加强宣传教育，培养村民的道德意识和集体精神，避免矛盾的发生和激化。在乡村治理的过程中注入德治这一元素，可提高村民对自治和法治的认同感。一方面，立足传统乡土社会，创立新乡贤文化。乡贤自古以来便是乡村社会的“带头人”，包括本土乡贤、外出乡贤和外来乡贤三种类型，我们要为乡贤搭建一个参与公共事务的平台，既要调动本土乡贤的积极性，又要利用各种条件吸引外出乡贤和外来乡贤，通过设立乡贤组织，充分发挥其在带动经济发展、表达村民诉求，化解基层社会纠纷、维持社会秩序等方面的作用。乡贤组织作为连接村民与村委会之间的纽带，向上能表达村民的诉求，向下能传达村委会的决策，能有效的缓和乡村各主体之间的矛盾。另一方面，以优秀传统文化为基，推动文明乡风建设。传统乡村社场域会的优良风气和道德价值体系在市场化的浪潮下遭受冲击，但其结构依然完整，尚未完全碎片化，对村民依然发挥着教化和约束作用。因地制宜，深入挖掘当地传统文化，去其糟粕，取其精华，充分运用其蕴含的道德精神和优秀品格，丰富完善村规民约和宗族家训的内容，形成治理乡村新风尚。发挥乡贤对乡村文化建设的引领作用，开展道德模范评选活动，用榜样的力量引导村民自觉遵守村规民约，形成崇尚善良民风的品格，在矛盾尚未发生或者萌芽的状态时发挥作用，从源头上预防和减少矛盾的发生。

五、结语

在社会转型的大背景下，我国乡村社会基层纠纷出现了许多新的特点，严重影响着我国乡村基层社会治理的现代化进程，传统的纠纷化解机制已不能满足建设和谐乡村的法治需求。因此，有效解决我国目前乡村基层社会治理的困境，必须重构多元化的纠纷解决机制，重点发挥自治、法治和德治这三种治理方式在消除基层社会纠纷的功效，通过自治为法治和德治提供治理的主体和机制的条件；通过法治划定自治范围、规范自治行为；通过德治的道德文化价值为自治凝聚人心、弘扬正气、引领风尚。

地方治理视野下少数民族习惯法碑刻文献整理与研究
——以广西桂林龙胜各族自治县为分析样本

郭剑平[1] 朱健香[2]

【摘　要】法律碑刻文献作为古代法律实践的珍贵原生史料资源，其承载着地方治理的重要信息。具有地域性、民族性、自发性与制度性的龙胜各族自治县少数民族习惯法碑刻文献的数量、时空分布与内容凝固了当时地方治理的样貌。龙胜各族自治县少数民族习惯法碑刻文献整理与研究目前存在收集不全、识文断句有讹误，欠缺整体梳理、研究取向较为单一，抽象概括不足、理论高度有待提升等不足。我们应该加强以现代手段促进习惯法碑刻文献收集整理，以多元视角开展习惯法碑刻文献系统研究，以哲学高度凝练习惯法碑刻文献内涵意蕴来进一步挖掘龙胜各族自治县少数民族习惯法碑刻文献蕴涵的地方治理信息，从而为龙胜各族自治县新时代的乡村治理提供传承与创新式的启迪。

【关键词】少数民族习惯法；碑刻文献；地方治理

伴随着“本土资源论”和“法律多元论”的理念深入到法学研究活动里，众多学者都将研究视角投入到民间法、习惯法上，希求从中获取中国传统民间法制规律的“密码”，为实现新时代中国特色“依法治国”道路提供参考。其中，又以少数民族地区习惯法研究为重点，探讨大一统国家社会治理与地方少数民族自治的关系。近年来，在多方共同的推动下，关于法律文献的整理工作取得较大突破，成果迭出。新材料的出现，予以了学者们更为全面的视角去了解制定法与习惯法双重治理下古代地方社会历史现实。少数民族地区习惯法文献资料的发掘与整理，为全面认识少数民族法律碑刻中所蕴含的习惯法精神与内涵提供前提条件。在具备一定碑刻文献整理成果的情况下，许多学者都认识到法律碑刻文献的价值与意义，因此法律碑刻文献的专题化研究起步并不算晚。但是近十年来，法律碑刻文献基础性与系统性研究才渐趋开展，这也体现了法律碑刻文献作为史料研究的独立性尚缺乏广泛认同。在广西少数民族地区习惯法碑刻文献的研究中，较为学者所重视的是广西金秀瑶族的“石牌律”。而部分学者也关注到龙胜龙脊地区的乡规民约碑刻，研究阐述了当地壮族乡规民约的形式内容、功能特征、实现方式等，但是就龙胜地区整体的法律碑刻文献研究而言，仍是缺乏梳理与研究。

一、龙胜各族自治县少数民族习惯法碑刻文献的内涵与功能分析

（一）龙胜各族自治县少数民族习惯法碑刻文献的概念

龙胜地处广西东北部，居湘桂交界地带，境内多山，地形崎岖，有“万山环峙，五水分流”之称，现居住有苗、瑶、侗、壮、汉等五个民族，1956 年改称为“龙胜各族自治县”，

---

[1] 郭剑平，广西师范大学法学院教授，博士生导师，研究方向：法理学，法社会学；研究方向：法理学，法社会学。[基金项目]国家社科基金项目“我国西南民族地区民事习惯与乡村治理的经验与模式研究（项目编号：18BFX015）”阶段性研究成果。

[2] 朱健香,广西师范大学法学院法学理论方向研究生。

是中南地区第一个成立的民族自治县。龙胜因其独特的少数民族资源，成为少数民族研究的一大宝库。在法律层面，学者们很早便关注到龙胜少数民族习惯法资源并展开了各类研究。

习惯法作为一个概念，不同的学者有不同的看法。梁治平认为："习惯法是一种知识传统，生于民间，出于民间，乃由乡民长时期生活、劳作、交往和利益冲突中显现，因而具有自发性和丰富的地方色彩。"[3]这一表述点明了习惯法的地域性和自发性特征，但并未能将习惯法与习惯区分开来，也没有直接明示习惯法的核心特征在于其具备法律效力性。李雪梅认为："习惯法是基于特殊社会需求或一时一地约定俗成的传统习惯，形成家族、村里、民族、行业等规约，并得到官府的承认，反映的是一种自下而上的法律认可和传布方式"。[4]这两个观点从法律效力来源上将国家权力的加持作为习惯向习惯法转变的要件之一，具有合理性，但是是否所有的习惯法都需要官方认可才能通行适用呢？这一问题有待商榷，但是就法律效力性进一步细化，习惯法之所以区别于习惯，应是在于习惯法能够以强制力手段保证实施，而习惯更倾向于道德层面的内心约束。

因此，结合少数民族这一子概念，从狭义上可以认为少数民族习惯法是指少数民族人民基于特殊的社会现实情况或约定俗成的传统习惯，经公众合议，官府指导或认可，自觉形成的由法律强制力保证实施的社会行为规范。

毛远明认为："凡是以石质为书写材料，镌刻、书写在石头上，承载了一定语言内容的所有语言信息资料，都称为'碑刻文献'，或称'石刻文献'。"[5]在法律层面看，广义上法律碑刻文献是指镌刻公文、禁令、规章、契约、讼案等具有法律意义文字内容的碑石。但李雪梅特别指出："法律碑刻具有文献、文物和制度三重属性，法律碑刻的内容能传递法律信息并具有客观性、真实性；从文物的外观角度看，法律碑刻具有公开性和社会性等特征，此多指其刻立的场所和地点；从制度层面看，法律碑刻的刻立往往要经过公议或审批等特定的程序，具有明显的约束性和法律效力，法律碑刻的特殊性就在于它具有鲜明的制度属性。"[6]由此可见，仅是就文字内容上具有法律意义尚不能昭示法律碑刻与其他碑刻的区别，因为这只是其文献功能所在。是故从狭义上可以认为，法律碑刻文献是指以石质为载体，镌刻与传达法律文字信息，因特定的置立程序而被赋予法律效力和制度内涵的一种文献类型。

综上，龙胜各族自治县少数民族习惯法碑刻文献即是在龙胜地区，或是与龙胜地区相关的，承载着少数民族习惯法信息的法律碑刻文献。

（二）龙胜各族自治县少数民族习惯法碑刻文献的特征

1. 置立范围的地域性

一是从碑存地址上，以龙胜各族自治县为地理范围，盘点其行政区划内的少数民族习惯法碑刻文献。这些碑刻文献分散于县内各地，或由文管部门收集集中保存，或是置立原地保留原貌，或是散落与野无人问津。二是从文字内容上，有的碑刻文献所在地虽非现今

[3] 梁治平. 清代习惯法［M］. 桂林：广西师范大学出版社，2015:129.
[4] 李雪梅. 法律碑刻史料考［M］.北京：社会科学文献出版社，2009:33.
[5] 毛远明. 碑刻文献学通论［M］.北京：中华书局, 2009:7.
[6] 李雪梅. 昭昭千载：法律碑刻功能研究［M］. 上海：上海古籍出版社，2019:31.

龙胜境内，但是其内容与龙胜少数民族习惯法相关的，也可视作为龙胜地区的法律碑刻文献。

2. 规范涵摄的民族性

在多元一体的民族局面下，不同的民族有着不同的法律思想与法律实践水平，其中的差异化发展状况可以视为是民族性的一种体现。这些碑刻文献的合议、公布、执行，“立法者”本身也是“守法者”与“执法者”，其直接对象就是对应少数民族的民众，或是包括因不同民族联合立约时纳入的其他民族民众。碑刻文献上的规范事宜与本民族社会生活现实需要息息相关，适用于维持民族内部的生产生活秩序。

3. 形成路径的自发性

即这些碑刻文献的内容，是当地少数民族民众依照当时的现实情况与自身的法律需求，在头人或寨老的组织下，举行公议后同意决定形成的。切时所需，因地制宜，为事而成，可以认为这是“自治”的一种体现。但是这一自发性，并不能说明议定的条款内容就完全符合当时少数民族民众的意志，仅是在形成路径上，这些碑刻的置立并非是由国家力量自上而下的进行强制颁布施行的，而是由基层民众组织参与生成与确立的。

4. 碑本内容的制度性

“碑因法贵”，就法学研究角度而言，碑石本身仅是一种载体，需要着眼的是碑刻文献上所承载的法律信息，也就是其制度属性所在。少数民族习惯法碑刻文献所承载的就是植根于少数民族自身的习惯法信息，其中包括了习惯法的创设、实施与制裁，也许这些习惯法不再施行于世，但碑刻文献最大限度地保留了少数民族地区成文习惯法制度原貌，得以让后人一窥往昔。

（三）龙胜各族自治县少数民族习惯法碑刻文献的功能

1. 勒石纪法：官民互动构建地方法律秩序

《龙脊乡规碑》（道光二十九年，1849）开宗明义：“天下荡荡，非法律弗能以奠邦国；而邦国平平，无王章不足以治阎闾”，明确指出法律在地方社会治理中的重要地位与作用。地方法律秩序的形成，其前提在于法律规范的确立、颁布与施行。“勒石纪法”是古代宣法布法所采取的普遍方式，而这一方式不仅为国家力量进行地方治理时所运用，也是少数民族开展村寨“自治”活动时的一种传统表达。龙胜少数民族习惯法的生成是官民互动的结果，勒石纪法传统下的碑刻文献只是其习惯法的外在表现形式，直接成果就是形成了当地的法律秩序，有利于村寨寨民切身利益的保护，并为国家对少数民族区域的治理产生了一定的积极影响。

龙胜少数民族地方法律秩序是官民互动中实现构建的，官主民辅，民比附于官。寨老、头人、团绅这些具备特殊身份地位的人员，成为了官民之间的维系点与平衡点，他们将国家公权与民间公权联系在一起，从而促进控制地方社会、解决民间纠纷两大矛盾的解决，既减少了官府负担，又把握了乡情民意。“勒碑纪法”活动则将这样的模式进行长期固定，为地方法律秩序的稳定与延续提供了必要而简便有效的参照。

2. 树碑明法：以仪式与信仰促进约法实现

碑刻的树立意味着成文习惯法在村寨中的正式确立。从公议活动结束到碑刻树立会有

一定的时间差，其中制作工序需要是一个因素，而基于地方风俗习惯选取特定的时间节点与立碑地点则又是另一个重要因素，如《平等侗乡民众规约碑》（民国二年，1913）的落款日期为“中华民国二年二月吉日立”；《龙脊乡规碑》（道光二十九年，1849）的落款日期为“道光二十九年岁次己酉三月吉日龙脊众立”，其原置立于寨中的百年大樟树（当地人称为风水树）前；《孟山乡乡规民约碑》也置立于孟山瑶寨寨头百年大树脚下。

现阶段虽无明确的资料表示当地如何进行树碑活动，但就“吉日”、“吉旦”的特定时间，“风水树”、“寨头”、社庙等特殊场所，加之碑刻中常见关于保护“风水”“龙脉”的规定，可以看出树碑活动本身要符合当地民间信仰的要求，并且要有特定仪式跟进全程，以求趋利避害，纳吉辟邪，碑文虽未曾载明，但在隐形层面，这些仪式活动赋予了碑刻 “天时、地利、人和”的民间信仰内涵。“天理”的存在与遵循，给予了所定规约神圣化的背景意味，同时也进一步强化习惯法碑刻置立的合理性与正当性。所谓“举头三尺有神明”，民间信仰的存在，可以使寨民将敬神的庄重投映在对法律碑刻的尊重上，进而促进当地习惯法的有效遵循与施行。

3. 定期议法：碑刻更新叠加延续法制传统

在龙胜地区，绝大多数碑石一经镌刻，除非是故意损毁清除，其将一直树立于天地之间，向往来者展示碑面上的条约，昭示着当地法律的权威与尊严。如前所述，成文习惯法制定目的往往在于切时所需与防患未然，如《永远禁止碑》（光绪元年，1975）序言写道：“与其受恶患于既来，毋宁靖患与未至”。碑刻置立后，寨老、头人、团绅等还会在每年的特定时间段召开村寨大会，就碑上的条文规约进行宣讲、强调，另外也会对不合时宜的既定规约进行必要的立、改、废活动。同时，旧碑刻也是新定规约碑刻自身合法性的现实例证。囿于碑刻文献不易更改的客观属性，也为了保存参照，便会出现新旧碑刻并立，甚至同时有效的局面，如潘内瑶寨就并立着三块不同时期的乡规民约碑。所以，龙胜地区习惯法碑刻的更新叠加，是当地法制传统具有延续性和生命力的有力体现。

“法律必须被信仰，否则它将形同虚设”，如今当地碑石上所承载的条文早已失效，不再为当地乡民所援引施行，可以说碑文和碑刻本身早已失去了其存在的意义。约定而俗成，在当地乡民的生产生活中，虽然抛却了成文习惯法碑刻这一外在形式，但这些传统的习惯法条规已经形成了地方的一种文化自觉，仍为当地人传承与遵守，这何尝不也是当地法制传统的一种延续和伸展？

二、龙胜各族自治县少数民族习惯法碑刻文献的基本情况

（一）龙胜各族自治县少数民族习惯法碑刻文献总览

龙胜地区的碑刻文献作为当地少数民族社会历史的重要载体，记录着第一手的社会历史资料，具有重要的研究价值，因此很早就受到研究者的关注，并形成相关的汇编成果资料。

1956 年，在全国人大民族委员会和中央民族事务委员会的统筹规划与精心组织下，广西少数民族社会历史调查组进入龙胜地区开展调查研究工作，录得龙胜碑刻文献 12 通，与广西其他少数民族地区所录共同结集为《广西少数民族地区石刻碑文集》，此为龙胜地

区碑刻文献整理工作的滥觞。而后，黄钰也开展了对龙胜地区碑刻文献的整理辑录，在其辑点的《瑶族石刻录》中，收集有龙胜碑刻文献 50 通。现今所见收集龙胜地区碑刻文献最为全面的是杨永明所收集整理的《龙胜碑文集》，收录各类碑刻文献 80 通。此外，还有部分碑刻文献汇编于《中国西南地区历代石刻汇编》（第八册，广西省博物馆卷）、《广西少数民族地区碑文契约资料集》、《灵川历代碑刻集》、《龙胜县志》等著作与散见于部分学者的论文之中，以及部分未被收录到以上著作文献但已为碑刻研究者访得的碑刻，如普团乡宝赠村侗寨的 16 通碑刻、龙脊古壮寨的康熙六年剿瑶盘营碑刻 1 通、龙胜马堤乡张家村的清代广西巡抚部院批示碑 1 通等。然而，在官方层面并未对龙胜地区的碑刻文献进行过明确地普查性登记调查，无法得到明确官方统计数据。因此基于对上述文献和相关信息的分析估计，龙胜地区的碑刻文献总量应当不低于 100 通。

在法律碑刻文献的分类方面，历代金石学家探讨不多，并且各自设计的体例格式并未能有统一的标准，未能真实地展现法律碑刻文献的整体面貌和实际价值。李雪梅认为，法律碑刻文献自身具有其独特的发展规律与功能特色，其制度属性是与其他一般碑刻文献最大的区别所在，因此从法律碑刻置立的六大功能属性：社会管理性、行为规范性、违禁处罚性、争讼化解性、财产和权益保护性以及自觉遵守性出发，可以将法律碑刻分为公文碑、规章碑、示禁碑、讼案碑、契证碑、法律纪事碑六大类。[7]本文对此分类表示认可并予以采纳。

通过对上述汇编成果的梳理与整合，结合访谈了解的信息内容，现所见龙胜少数民族地区法律碑刻文献计为 53 通，涉及少数民族习惯法的碑刻文献为 21 通。统计如下（见表 1）：

表 1：龙胜少数民族地区法律碑刻文献统计[8]

碑刻类型	总体	涉及习惯法
公文碑	10 通 （道光 2,，光绪 1，清末不详 1，民国 7）	0 通
示禁碑	30 通 （乾隆 7，嘉庆 1，道光 5，咸丰 1，同治 1，光绪 9，宣统 1，清末不详 2，民国 5）	17 通 （道光 5，同治 1，光绪 6，清末不详 1，民国 4）
规章碑	2 通 （道光 1，光绪 1）	0 通
讼案碑	5 通 （乾隆 2，道光 3）	1 通 （道光 1）
契证碑	4 通 （道光 1，同治 1，光绪 1，民国 1）	3 通 （同治 1，光绪 1，民国 1）
法律纪事碑	0 通	0 通
合计	53 通 （乾隆 9，嘉庆 1，道光 12，咸丰 1，同治 2，光绪 12，宣统 1，清末不详 3，民国 12）	21 通 （道光 6，同治 2，光绪 7，清末不详 1，民国 5）

由上表可知，在涉及少数民族习惯法的 21 通碑刻文献中，示禁碑有 17 通，讼案碑有 1 通，契证碑有 3 通，开列如下（见表 2）：

[7] 中国政法大学法律古籍整理研究所编. 中国古代法律文献概论［M］. 上海：上海古籍出版社, 2019:103-105.
[8] 表格第二、三列中“()”内的数字表示该朝代法律碑刻的数目，如道光（1）表示道光年间的法律碑刻 1 通。

表 2：龙胜少数民族习惯法碑刻文献统计

类型	序号	题名	时间	碑存地点	备注
示禁碑	1	龙脊永禁贼盗碑	道光二年正月（1822 年）	龙脊镇龙脊壮寨	民众私立[9]乡规民约
	2	禁盗碑	道光三年七月（1823 年）	白水瑶村大桥头	官民共立乡规民约
	3	潘内寨乡约碑	道光十八年七月（1838 年）	泗水乡潘内瑶寨	瑶族民众公议私立乡规民约
示禁碑	4	亘古记碑	道光十八年九月立（1838 年）民国十一年重造（1922 年）	平等镇寨枕村	民众私立保护树木乡规民约
	5	龙脊乡规碑	道光二十九年三月（1849 年）	龙脊村下寨河口路边	官方指导公议私立乡规民约
	6	兴安龙胜联合禁约碑	同治三年三月（1864 年）	泗水乡孟山大寨大树下	瑶族民间众寨联合私立乡规民约
	7	永远禁止碑	光绪元年四月（1875 年）	泗水乡周家瑶村白面寨	瑶族民众合议私立乡规民约
	8	禁章合同碑	光绪四年二月（1878 年）	龙脊镇龙脊村黄落瑶寨	瑶族民众合议私立乡规民约
	9	乡党禁约碑	光绪四年三月（1878 年）	龙脊镇黄落瑶寨	瑶族三甲公议集团合款
	10	章程永固碑	光绪四年十一月（1878 年）	江底乡城岭村	瑶族民众合议私立乡规民约
	11	潘内寨团律乡约碑	光绪十七年正月（1891 年）	泗水乡潘内村杨梅屯	瑶族民众公议私立乡规民约
	12	义宁县上北团禁约碑	光绪二十年四月（1895 年）	临桂龙胜交界处的佛祖坳	官方指导民间合议乡规民约
	13	龙脊地方禁约碑	年代已佚约为清末遗稿	龙脊村侯家寨	乡规民约仅见文稿
	14	平等侗乡民众规约碑	民国二年二月（1913 年）	平等镇	团绅众议厘清公山禁止私卖
	15	改革风俗碑	民国六年十一月（1917 年）	潘内村杨梅屯	瑶寨改革服制婚俗
	16	兴安等四县瑶族地方联合大团严禁邪蛊碑	民国十八年八月（1929 年）	兰田瑶族乡二十四田小学校后	瑶族民间众寨联合私立涉及迷信
	17	龙胜和平大寨等村禁约碑	民国三十三年六月（1944 年）	兴安县	三寨合议合众私立
讼案碑	18	盛世河碑	道光二十七年十二月（1847 年）	龙脊村黄落瑶寨	头人逾矩河道纠纷
契证碑	19	禁止修造碑	同治二年十一月（1863 年）	龙脊镇龙脊壮寨	头人调解，拓片在龙脊生态博物馆
	20	思枚牙寨墓地界限碑	光绪二十九年三月（1903 年）	瓢里镇思枚村牙寨	三村协商头人调解
	21	永定合约碑	民国二年二月（1913 年）	平等村牙寨	山头确权乡绅合议

[9] 在本文中所指的“民众私立”，是相对于官府运用公权力进行树碑活动而言的，即民众自发的公议确认的未经官府指导要求的树碑活动。而“官民共立”则是在官府指导与要求下，又经过本村寨寨民公议确认的树碑活动行为。

就表 2 可知，龙胜少数民族习惯法碑刻文献以村规民约为内容的示禁碑为主，兼有少量的讼案碑与契证碑。

（二）龙胜各族自治县少数民族习惯法碑刻文献的时空分布

1. 时间分布

《新建桑江工程碑记》记载："乾隆五年夏，苗猺（瑶）梗化，耆定武功。仰荷皇仁宪德，不忍弃此一方民，乃置协营以资捍卫，设理苗以司教养。"[10]在乾隆五年四大苗王起义之后，朝廷开始在龙胜地区设立龙胜理苗分府，以加强对龙胜地区的统治，刊刻了较多的官府示禁碑进行布法。因此，伴随着国家力量的深入、民众的迁徙流动与交往融合，汉地的文教逐渐渗入当地的社会生活之中，置立碑刻的风气与习惯也流传了进来。

当前并未发现有文献直接记载龙胜少数民族习惯法碑刻的置立是从何时开始，但就现有的实物碑刻来看，至少是从道光年间起，龙胜少数民族民众始是以竖碑的形式将公议成文的习惯法进行确立与公布，如《龙脊永禁盗贼碑》（道光二年，1822 年，龙脊壮寨）、《禁盗碑》（道光三年，1823 年，白水瑶寨）、《潘内乡约碑》（道光十八年，1838 年，潘内瑶寨）等。而后，在光绪年间与民国时期又有较为集中的树碑活动。

2. 空间分布

龙胜地区的少数民族习惯法碑刻在空间分布上呈现整体分散化与区域聚集化的特征。整体分散化表现为龙胜境内的少数民族法律碑刻散见于全境各大少数民族村寨之中，如龙脊壮族、白面瑶寨、潘内瑶寨等，不同寨子与寨子之间相距甚远，进寨的道路亦是崎岖非常。区域聚集化表现为大寨子的习惯法碑刻文献又是集中放置于本寨中某处露天地带，如村头寨尾、道旁路边、社庙附近。

（三） 龙胜各族自治县少数民族习惯法碑刻文献的文字内容

1.遣字行文全盘汉化。当地的苗、瑶、壮、侗等少数民族皆拥有本族语言，然而并没有属于本族的文字。随着国家力量的深入、民众的迁徙流动与交往融和，汉地的文教也因此渗入到当地的社会生活之中，这是大一统国家实现国家治理的必然结果。就所订立的规约碑文而言，具为汉文草就，寻章摘句，不见地区方言俚语，格式与其他地区大体相似，可以分为三大部分：第一部分是序言，表明立碑背景与目的；第二部分是正文，开列公议立定的各项条文；第三部分是落款，载明议规立约的组织者、相关人员以及时间等。

2.条例规约诸法合体。一是带有刑事意义的防贼禁盗类条文，如潘内乡《改革风俗碑》（民国六年,1918）："一凡匪类抢劫人家财物者，拿获沉塘毙命。窝匪窝赃，地方查确，即将永业充公。一凡盗窃猪牛仓谷、撬壁雕墙，拿获者，鸣团或则割耳刁目，或沉塘毙命。"二是带有民事意义的保护财产类条文，如《龙脊地方禁约碑稿》（清末不详）："一禁地方至春忙栽种之际，各户不许放牛羊鸡鸭踩食田禾，如有走失等情，各将田蔸赔苗，如有不遵，任凭送究。" 三是带有道德信仰意意义的行为规范类条文，如《潘内杨梅屯乡约碑》（光绪十七年，1891）："一议地方各人，生身尽其孝道，难报艰苦之情，不可忤逆不孝。如违私

[10] 广西民族研究所编. 广西少数民族地区石刻碑文集［M］. 南宁：广西人民出版社，1982:151.

约，同众送官究治。……一议埋葬风水，不许夭龙斩脉，封门塞墓，若不遵者，小则同众公罚，大则送官。”但皆以示禁惩罚为主要内容，未见有奖赏制度。

三、龙胜各族自治县少数民族习惯法碑刻文献整理与研究的局限与成因

（一）碑刻文献收集不全，识文断句有讹误

现所见汇编成果《中国西南地区石刻汇编》（第八册，广西博物馆卷）《广西少数民族地区石刻碑文集》《瑶族石刻录》《龙胜碑文集》等皆是十年之前便已完成，其中多见相互转引录用，近年未见增补，因此新发现的部分碑刻文献未能即时汇编收集，如 2010 年建成开放的龙脊壮族生态博物馆中一直对外展出的《永禁修造碑》（同治二年，1863），记载侯家寨因维护本寨风水，请头人调解立契禁止在寨背田块修造一案，是龙脊壮族习惯法碑刻文献的典型代表，未曾被上述文献收录。

而碑刻文献资料的整理，主要是实现从“碑本”向“纸本”转变，从而便利于研究工作中的资料援引。但在现有汇编成果中，常见识文断句出现讹误缺漏现象，如《龙胜碑文集》关于《龙脊乡规碑》（道光二十九年,1849）的录文部分与龙脊生态博物馆所见拓片对照，脱漏尾部对于规约合法性的重要补充描述：“以上诸条，并非异古私造，依存天理，何敢犯上！官有官例，民有民规，谨此敬刊裕后，万古不朽矣！”[11]；《广西少数民族地区碑文契约资料集》关于《盛世河碑告示》（道光二十七年,1847）尾部录文与断句有误，将“原差”误录为“源差”、碑文“原差：秦高、袁洪、余昇、许兴”断句为“秦高/源差袁洪余升/告示许兴/盛世河碑”。[12]

究其原因有三：一是复杂的客观因素影响碑刻文献整理收集，龙胜地处桂北山区，山路崎岖，交通不便，而各类碑刻分散于诸村寨中，相隔甚远，加之人力物力有限、访碑者的信息获取不足、当地村民不愿配合等客观因素，现有成果虽已能在最大程度上囊括龙胜现存的碑刻文献，却难免“遗珠之憾”；二是汇编的体例不统一，或是仅录拓片图片，或是只汇编碑文，而拓片碑文皆汇编拓片及点校碑文以供对照者寥寥无几，这不利于直观地把握碑刻原貌，了解行文格式；三是辑录点校者学识修养的局限，其所录碑文未与碑本或拓片校对明细或是碑刻本身漫漶严重、拓片不精，不便比照，由此出现较多地错字、衍文、讹误现象，所以在碑刻文献的识文断句方面，犹有较多地方值得推敲订正。

（二）碑刻文献欠缺整体梳理，研究取向较为单一

虽然具有较多的碑刻文献汇编成果，但在事实上仍然欠缺对龙胜地区碑刻文献的整体梳理。研究者对于碑刻文献资源的引用，多运用在对个别碑刻文献的研究与考释之中，并没有对当地法律碑刻文献的数量、类型、年代、分布等状况进行整理盘点，也就无法从宏观上准确把握当地碑刻文献的产生原因、制度功能与延续现状，如《壮族当代乡规民约与

[11] 但此言已为《广西少数民族地区石刻碑文集》所录，参见广西民族研究所编. 广西少数民族地区石刻碑文集［M］. 南宁：广西人民出版社, 1982:155.

[12] 广西壮族自治区编辑组，《中国少数民族社会历史调查资料丛刊》修订编辑委员会编. 广西少数民族地区碑文契约资料集［M］.北京：民族出版社, 2009:162.

乡村整合：以龙脊村为例》一文中，便未能就龙脊村整体碑刻情况进行整理阐述，其中关于当地古代乡规民约的总结内容多是从上世纪五十年代完成的《广西龙胜各族自治县龙脊乡壮族社会历史情况调查（初稿）》转述而来。[13]

并且，当前对龙胜少数民族习惯法碑刻文献的研究集中在龙胜地区乡规民约中的具体制度，如李照艳《清至民国桂北民间纠纷治理研究——以桂林地区契约、碑刻为研究视角》、李亚乐《清末民初桂北地区乡规民约研究》、付广华《论壮族乡约制度的起源与特色——以广西龙脊壮族为个案》等，援引当地的乡规民约碑刻作为辅助资料来源，展开专题化研究，分析了相关的历史发展、特点特征、功能实现等。但是就其他类型的碑刻，如讼案碑、契证碑中具有习惯法的相关内容开展专题探讨较少。

其原因在于：一是研究者对于碑刻文献研究的独立性敏感度和认同度不高，即碑刻文献仅是作为研究者的研究资料来源之一，但仅是处于辅助资料进行使用，未能充分地展现碑刻文献研究的价值所在；二是研究方法的牵制，在研究观察中研究者受到研究方法的牵制，关注对象单一，也就难于发现观察类目以外的又与研究问题密切相关的重要内容。

（三）碑刻文献研究抽象概括不足，理论高度有待提升

研究成果中多见对碑刻文献文本的罗列排布，辅以对碑文内容的简要介绍，而对不同碑刻文献间开展纵向或者横向联系对比研究，探讨其中的演进历史与发展规律的成果不多，并且对习惯法碑刻文献内涵的总结凝练抽象化概括性程度不高。

覃主元《壮族民间法的遗存与变迁——以广西龙胜县龙脊十三寨之马海村为例》通过对马海村开展田野调查，并对马海村历史上的习惯法碑刻文献同当前的村规民约做比较，较好地对壮族民间法的变迁与现状进行概况整理，颇有参考意义。但在《瑶族石刻研究》一书中，仅是从社会功能方面，将瑶族石刻进行分类，将所收集的龙胜地区瑶族规约碑《兴龙两隘公立禁约碑》（民国六年,1918）、契证碑《禁章合同碑》（黄落寨，光绪四年,1878）等依照《广西少数民族地区石刻碑文集》的说明，进行简要介绍，以示典型，却未能再进一步深入分析研究探讨其中的关联与内涵。

这是研究者的材料整合取向与研究视角因素决定的。研究者对所收集到的碑刻文献资料未能做到全面地消化吸收，也没能很好地做到碑文与史籍、碑石与现存档案的对比互证，同时未能以法哲学的高度“透过现象看本质”，理论意义有待提升，研究的广度与深度还有较大的开拓空间，因此难以透过习惯法碑刻文献进一步抽象概括出当地少数民族习惯法的精神内涵与意蕴，为基层社会法制型自治的建设与本土化的法律秩序建设提供借鉴。

四、龙胜各族自治县少数民族习惯法碑刻文献整理与研究的完善路径

龙胜各族自治县少数民族习惯法碑刻文献整理与研究具有相互关系，是一个综合化系统性的工程。对当地少数民族习惯法碑刻文献的收集与整理是开展相关研究的前提与基础。对当地少数民族习惯法碑刻文献开展研究是对现有碑刻文献整理成果的升华与凝练。而研

[13] 详情可参见：罗波. 壮族当代乡规民约与乡村整合_以龙脊村为例 [D]. 南宁：广西民族大学，2010.

究的进路在于由个性归纳共性、从特殊总结一般，实现从表象到本质的抽象概括，最终实现普遍原理和一般理论的提出。因此基于前述所议局限，现尝试提出以现代手段促进少数民族习惯法碑刻文献收集整理、以多元视角开展少数民族习惯法碑刻文献系统研究、以哲学高度凝练少数民族习惯法碑刻文献内涵意蕴三大完善思路。

（一）培基固本：以现代手段促进少数民族习惯法碑刻文献收集整理

现已完成的汇编成果已经为龙胜各族自治县少数民族习惯法碑刻文献的收集整理提供了必要的参考范式，基本实现了对所见碑文的汇编，但是尚有较多不尽如人意之处，可以依靠现代技术手段进一步地改进与提升。[14]

首先，加大对龙胜各族自治县少数民族碑刻文献的调查力度。通过官方牵头，制定专项调查计划，开展对龙胜全县范围内现存的碑刻实物的普查登记活动，积极宣传相关文物保护知识，鼓励群众积极上报相关信息，做好 GPS 定位，及时备案走访、拍照或拓印留底，记录形制、尺寸、碑文等基础信息；同时对龙胜地区 1949 年以前的古籍，如地方志、族谱、私人笔记等，所记载的少数民族地区碑刻文献进行整理盘点；进而将这两种途径所收集到的少数民族地区习惯法碑刻文献进行汇编整合，便可大致把握当地少数民族习惯法碑刻文献的全貌。

其次，加强对所收集到的少数民族习惯法碑刻文献辑录与校勘。借助高校资源，从“碑本”出发的，可按碑石原有排版进行录文，字字比照，严谨细致，以求忠实原貌，抑或是采用现行录文范式，做好碑文断句、标点工作，便于查阅；若是从古籍文献得来，无实物进行比照者，文字内容可以全盘照搬，进行断句标点即可。如有条件，还可以对文本进行字辞训诂，注释来源背景，力求详实。

最后，进行少数民族习惯法碑刻文献的数字化整理工作。在多样化的综合研究需求下，仅将碑刻文献文本进行数字化是远远不够的，还应将碑刻文献实物的相关信息进行数字化保存，包括 GPS 定位、形制性状、实物图片、拓片图片、尺寸信息等。进而建立起龙胜各族自治县少数民族地区碑刻文献资料信息库，依照年代、碑刻类型、所存地点、文本汇编情况等分门别类，做好整理。有条件的情况下，还能以此数据库为基础，将龙胜少数民族习惯法碑刻文献进行汇编出版，此举既有利于服务社会大众，又有利于科研工作者开展相关研究，更有利于当地少数民族习惯法碑刻文化资源的保存与传播。

（二）铺枝散叶：以多元视角开展少数民族习惯法碑刻文献系统研究

如前所述，因碑刻文献资源整合状况不佳、研究者对法律碑刻文献研究独立性价值的认同不高、研究方法的牵制等因素，致使当前对于少数民族习惯法碑刻文献的研究取向较为单一，未能充分地调动与运用当地现有少数民族习惯法碑刻文献资源，进行系统性研究，因此可以基于现有资源，发散思维，从多元化的视角中开展相关研究活动。

第一，明确认识少数民族习惯法碑刻文献的独立性价值。其独立性价值在于碑刻文献

[14] 可参见，孙剑伟，苏显华. 桂西南古代碑刻文献及其保护整理刍议[J]. 广西地方志，2015(6)：62-64. 另外，在碑刻文献的收集整理数字化尝试上，已有突出成果，可参见，王建军，陈宇思主编. 粤桂毗连地区传世碑铭汇集初编 [M]. 桂林：广西师范大学出版社，2018.

资料，即碑文与碑石本身以及相关信息，能够被视为一个整体开展研究，而非是割裂开来进行。并且这个独立性仅是强调其可以作为研究资料主要来源，而非是只能作为单一来源。作为静态的文献资料来源之一，许多相关研究成果援引这些碑刻文献文本内容作为论据佐证，可见其文献研究价值得到认可与肯定。而从动态的制度生成过程看，因“树碑纪法”活动所带来的制度属性，并没有得到重视，还有较大的研究空间。

第二，发散思维从多元视角开展少数民族习惯法碑刻文献研究。从时空视角，可以开展对同一时期或同一地域的相关碑刻文献的横向或纵向的联系对比研究，并援引相关古籍文献进行互证分析。从专题化视角，在制度层面可以研究当地少数民族习惯法碑刻文献中的制度内涵、法律效力、运作程序、功能发挥、保障机制等内容，此类已有较多成果；在文本形制层面可以考察其行文格式、文辞表达、碑刻制式等，如李春梅《西南地区古代法律碑刻词语研究》，通过对西南地区古代法律碑刻文献中的词语进行切入，开展对古代西南地区法社会文化的考察，这对少数民族习惯法碑刻的研究视角选取具有一定的启发意义。[15]

第三，综合运用法学研究方法开展少数民族习惯法碑刻文献研究。在当前的习惯法研究中，运用普遍的是社科法学研究方法，关注着习惯法在当地社会中的实施效果和状况，其中以法社会学和法人类学研究方法为代表。而基于规范法学层面，研究探讨少数民族习惯法碑刻文献条规文本还可以有进一步的开拓。当然更应当是综合化地运用适宜的法学研究方法，以求准确地把握其中的内涵所在。

（三）开花结果：以哲学高度凝练少数民族习惯法碑刻文献内涵意蕴

陈瑞华指出：“法学研究的根本目的应当是发现法律运行的规律,提出富有解释力的法学理论。而要达到这一效果,研究者应有独立于‘法制’的‘法学’意识,注重从法律之上和法律规范背后发现具有影响力的因素,将其予以概念化,并提出相应的理论命题。”[16]要提出相应的法学理论，势必要具备法哲学的思考高度，才能凝练抽象出这些碑刻文献中蕴含的少数民族习惯法的内涵意蕴。

法哲学包括法的一般理论、世界观和方法论三大内容。关于习惯法的一般理论，即习惯法的概念、本质、作用、效力等内容，学界尚有较多争议，而不断发掘整理出的少数民族习惯法碑刻文献资源作为其研究资料来源之一，在开展相关研究时，可以提供更为丰富的信息。“有怎样的世界观，就有怎样的方法论”。在世界观和方法论层面，当前所见研究，引入西方法学理论，探讨少数民族习惯法碑刻文献所反映出的“契约主义”[17]、“威权主义”、“民族主义”等观念倾向，皆未能自洽，是否可以依托当前中国所特有的少数民族习惯法资源，实现对习惯法世界观的再认识？进而基于这一世界观，提出相应的方法论，为基层社会法制型自治的建设与本土化的法律秩序建设提供借鉴。

---

[15] 参见：李春梅. 西南地區古代法律碑刻詞語研究[D]. 重庆：西南大学；2013.

[16] 陈瑞华. 法学研究方法的若干反思[J]. 中外法学，2015(1)：24-30.

[17] 关于少数民族习惯法体现的“契约主义”讨论，可以参见，覃主元. 瑶族习惯法的特点与性质新论[J]. 广西师范大学学报(哲学社会科学版),2016(5)：14-20. 刘柳. 基于“惯习”运作的治理法治化[J]. 法商研究，2017(3)：59-68.

法学理论的提出需要阶段与过程，以哲学高度提炼出少数民族习惯法碑刻文献中的法学理论，殊为不易，需要更多地思索与沉淀，当前白描式的习惯法研究已是普遍，此时多是“见山是山，见水是水”，如何能透过表象一窥其本质，做到“见山不是山，见水不是水”，还有待探索总结。

五、结语

本文以龙胜地区少数民族习惯法碑刻文献为对象，开展相关的整理与研究工作，在对当地习惯法碑刻文献的内涵解析的基础上，对其总体状况进行展示说明，指出已进行的整理与研究工作中存在的局限与成因，尝试提出推动其整理与研究进程的完善路径，力图进一步挖掘龙胜各族自治县少数民族习惯法碑刻文献蕴涵的地方治理信息，从而为龙胜各族自治县新时代的乡村治理提供传承与创新式的启迪。

法治乡村建设的内涵、特征与价值

史凤林[1]

【摘　要】法治乡村建设既是全面依法治国战略和乡村振兴战略的基础工程，也是在中国共产党领导下逐步构建自治、法治、德治相结合的乡村治理体系，同时也是以社会主义核心价值观为引领，社会主义基层民主法治建设和社会主义新农村建设中自我改革与自我完善的过程或活动。法治乡村建设具有建设主体特定性、建设模式三治融合性、建设内容的民主法治性三个基本特征。法治乡村建设具有理论、实践、社会三方面重要价值。

【关键词】法治乡村建设；内涵；特征；价值

新中国成立以来，中国共产党始终重视致力于积极构建符合中国国情、规范有序、充满活力的乡村民主法治建设道路。经过 70 余年的实践探索，我国已经形成了适应中国特色社会主义特点和基本要求的相对成熟的乡村民主法制建设模式。改革开放以来，根据 1982 年宪法相关的规定，村民委员会作为基层群众自治组织，开始了实践探索和实践创新。村民具体依据《村民委员会自治法》，进行自我管理、自我教育、自我服务、自我提高，基本实现了自己的事情自己做、自己权益自我维护、自己责任自己履行、充分发挥集体智慧办好大家事情这一基层民主制度。并形成了村党支部作为基层党组织，在执行党的路线、方针、政策方面发挥政治引领和保障作用；村委会作为自治组织，主要负责村的公共事业和公共事务，维护村民的公共权益；村民依法享有民主决策、民主参与权利，自觉履行村民义务；村民小组重点加强村务监督、制定村规民约的基层民主法治的治理格局。

党的十八大以来，以习近平为核心的党中央坚守初心使命，高度重视三农问题，提出了一系列推动乡村民主法治建设的新思想、新理念、新战略，促进了乡村民主法治建设的理论和实践不断创新，开创了全面依法治国的新局面。党的十九届四中全会将坚持和完善中国特色社会主义制度、推进国家治理体系和治理能力现代化作为中心议题。乡村作为国家建设的一个重要基础领域，其法治进程直接影响着全面依法治国的大局。乡村法治建设的质量和水平不仅对于全面依法治国战略实施具有基础性、决定性作用，同时也对国家治理体系和治理能力现代化具有直接制约作用。进入新时代，中央又把实施乡村振兴战略作为“三农”工作的总抓手，习总书记明确提出“要坚持乡村全面振兴，抓重点、补短板、强弱项，实现乡村产业振兴、人才振兴、文化振兴、生态振兴、组织振兴，推动农业全面升级、农村全面进步、农业全面发展”。相对于实施乡村振兴战略，法治乡村建设虽非其全部战略内容或最重要的领域，但它却是实施乡村振兴战略的基本制度保障。

党的十九大报告进一步提出：“加强农村基层基础工作，健全自治、法治、德治相结合

[1] 作者简介：史凤林，山西大学法理学研究会会长、山西大学法学院教授、法学博士生导师

的乡村治理体系。”2019 年 6 月中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《关于加强和改进乡村治理的指导意见》，提出要健全的组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系，构建共建共治共享的社会治理格局。2020 年 3 月中央全面依法治国委员会印发了《关于加强法治乡村建设的意见》，要求各地区各部门结合实际认真贯彻落实。因此，法治乡村建设的大力推进对落实全面依法治国战略和乡村振兴战略，实现国家治理体系与治理能力现代化具有极其重要的理论和实践意义。

一、法治乡村建设的内涵

关于法治乡村建设的内涵学术界与实务界都没有明确的论述。在中央全面依法治国委员会印发的《关于加强法治乡村建设的意见》（以下简称《意见》）中指出和强调：“法治乡村建设要以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，全面贯彻落实党的十九大和十九届二中、三中、四中全会精神，深入贯彻习近平总书记全面依法治国新理念新思想新战略，紧紧围绕统筹推进“五位一体”总体布局和协调推进“四个全面”战略布局，按照实施乡村振兴战略的总体要求，加强党对法治乡村建设的领导，健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系，坚持以社会主义核心价值观为引领，着力推进乡村依法治理，教育引导农村干部群众办事依法、遇事找法、解决问题用法、化解矛盾靠法，走出一条符合中国国情、体现新时代特征的中国特色社会主义法治乡村之路，为全面依法治国奠定坚实基础”。并具体规定了法治乡村建设的四个基本原则、九项具体任务、四方面实施措施。

因此，根据《意见》的指导思想笔者认为法治乡村建设包括三方面内涵：

（一）法治乡村建设实质上是全面依法治国战略和乡村振兴战略的基础工程。

党的十八大以来，在以习近平总书记为核心的党中央领导下，我国开创了全面依法治国的新局面。党的十九大报告又明确提出：“全面推进依法治国总目标是建设中国特色法治体系、建设中国特色社会主义法治国家”。法治乡村建设正是对这一基本治国方略的呼应。党的十九届四中全会将坚持和完善中国特色社会主义制度、推进国家治理体系和治理能力现代化作为中心议题。乡村作为国家建设的一个重要基础领域，其法治进程直接影响着全面依法治国的大局。乡村法治建设的质量和水平不仅对于全面依法治国战略实施具有基础性、决定性作用，同时也对国家治理体系和治理能力现代化具有直接制约作用。因此，法治乡村建设本质上是全面依法治国战略的基础工程。

改革开放四十年来，伴随着我国经济社会的巨大变化，乡村社会也发生了重大变化。农民的整体生活水平提升，农民政治和文化意识逐步上升，乡村经济结构在种植结构、经营取向、非农产业总量等方面发生重大变化，乡村社会结构农业人口流动、农民职业分化等方面也发生结构性变化。但是，农民的思想道德素质、科学文化素质、健康素质普遍不高，农业现代化水平还较低，农村经济社会发展水平与城市相比仍存在较大差距。农村农业农民问题仍然是关系到国计民生的根本性问题。党的十九大报告首次提出实施乡村振兴战略，并将其作为全面建成小康社会的重大战略之一。因此，法治乡村建设不仅有助于实

现“三农”发展目标，也可以实现乡村振兴的目标。法治乡村建设本质上也是实施乡村振兴战略的基础工程。

法治乡村建设作为全面依法治国战略和乡村振兴战略的基础工程，其基础性必须在三方面：

1.相对于宏观的法治国家、法治政府、法治社会建设，法治乡村建设更具有基础性、属于基础领域。

2.相对于实现国家治理体系和治理能力现代化建设，法治乡村建设属于治理体系的基层、治理能力的末端，直接制约着国家治理体系和治理能力具有奠基作用。

3.相对于实施乡村振兴战略，法治乡村建设虽非其全部战略内容或最重要的领域，但它却是实施乡村振兴战略的基本制度保障。

（二）法治乡村建设是在中国共产党领导下逐步构建自治、法治、德治相结合的乡村治理体系。

党的十九大报告提出：“加强农村基层基础工作，健全自治、法治、德治相结合的乡村治理体系。”2019 年 6 月中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《关于加强和改进乡村治理的指导意见》，提出要健全的组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系，构建共建共治共享的社会治理格局。2020 年 3 月中央全面依法治国委员会印发了《关于加强法治乡村建设的意见》将坚持法治与自治、德治相结合作为法治乡村建设的基本原则。因此，法治乡村建设的基本模式就是实现“三治结合”、“三治融合”，形成“三治结合”、“三治融合”的乡村治理体系和治理格局。这种乡村治理体系的形成和完善，是以培育治理主体为基础，以规范治理依据为保障，以挖掘治理动力为导向，以创新治理方式为核心内容的系统活动。

法治乡村建设作为在中国共产党领导下逐步完善自治、法治、德治相结合的乡村治理体系活动。具体体现在四方面：

1.法治乡村建设的基本方式是村民自治、依法治理、以德促治的有机统一和相互融合。

2.法治乡村建设的基础是自治，充分调动村民自治主体的积极性，不断培育村民自治能力，在法律范围内依据自治章程实行自治。

3.法治乡村建设的根本保障是法治，着力推进乡村依法治理，教育引导农村干部群众形成办事依法、遇事找法、解决问题用法、化解矛盾靠法的思维和意识，将乡村治理纳入法治化轨道。

4.法治乡村建设的基本的导向是德治，坚持以社会主义核心价值观为引领，弘扬中华民族优良传统美德，发挥村规民约维风导俗的作用，培育个人善良品德、形成家庭和善美德、净化社会风气、促进社会和谐，通过扬善抑恶、仁德教化、自我约束的方式最大限度弘扬社会公德。

（三）法治乡村建设是以社会主义核心价值观为引领，社会主义基层民主法治建设和社会主义新农村建设中自我改革与自我完善的过程或活动。

新中国成立以来，中国共产党始终重视致力于积极构建符合中国国情、规范有序、充满活力的乡村民主法治建设道路。经过 70 余年的实践探索，我国已经形成了适应中国特色社会主义特点和基本要求的相对成熟的乡村民主法制建设模式。改革开放以来，根据 1982 年宪法相关的规定，村民委员会作为基层群众自治组织，开始了实践探索和实践创新。村民具体依据《村民委员会自治法》，进行自我管理、自我教育、自我服务、自我提高，基本实现了自己的事情自己做、自己权益自我维护、自己责任自己履行、充分发挥集体智慧办好大家事情这一基层民主制度。并形成了村党支部作为基层党组织，在执行党的路线、方针、政策方面发挥政治引领和保障作用；村委会作为自治组织，主要负责村的公共事业和公共事务，维护村民的公共权益；村民依法享有民主决策、民主参与权利，自觉履行村民义务；村民小组重点加强村务监督、制定村规民约。我国乡村治理，一方面基本形成了民主选举、民主决策、民主管理、民主监督为主要内容的多元共治和民主法治的基层治理格局；另一方面进入了创新乡村治理、保障农村民生、促进农业发展、提高农民收益的多元共治和民主法治不断完善的过程。党的十八大以来，以习近平为核心的党中央坚守初心使命，高度重视三农问题，提出了一系列推动乡村民主法治建设的新思想、新理念、新战略，促进了乡村民主法治建设的理论和实践不断创新。

法治乡村建设作为社会主义基层民主法治建设和社会主义新农村建设自我改革与自我完善的过程。具体体现在三方面：

1.法治乡村建设从历史发展视角看，经历了从党领导人民进行社会主义革命、社会主义建设和社会主义改革的历史演变的过程；它同时体现了乡村法治建设从探索积累经验到逐步成熟完善，再到建设发展模式基本定型的过程。

2.法治乡村建设从基本内容看，经历了乡村经济社会从传统型治理到现代型治理的主题转变。从新中国成立到改革开放时期，我国农村法治建设主要围绕如何解决农业大国、农村落后、农民贫困问题，探索通过民主选举、民主决策、民主管理、民主监督乡村自治促进和提升基层民主的制度化、法律化；党的十八大以来，我国农村法治建设主要围绕实施全面依法治国战略和乡村全面振兴战略中的实现农业强、农村美、农民富的问题，探索确立向新产业、新业态、新模式发展，信息化、智慧化、网格化管理，“三治”有效融合的现代新型乡村治理体系转变。

3.法治乡村建设从基本形式看，经历了从村民自治为主、到依法自治、再到“三治”有效融合的发展历程。改革开放初期根据 1982 年宪法，从 1986 年起我国广大农村地区试行村民自治。这一时期乡村治理主要以村民自治为主；1999 年依法治国作为治国理政基本方略写入宪法后，乡村治理模式形成了以自治与法治相结合为主的建设模式；党的十八大以来乡村治理步入了以“三治”有机结合、有效融合为主的建设模式。

二、法治乡村建设的基本特征

法治乡村建设的基本特征既是法治乡村建设本质的外化，也是法治乡村建设区别于其

他事物和现象的象征和标志所在，同时也是法治乡村建设概念的具体展开。具体特征有三个，即法治乡村建设主体的特定性、建设模式三治融合性、建设内容的民主法治性。

（一）法治乡村建设以乡村基层自治共同体及成员为主体

关于法治乡村建设的特征首先是建设或治理主体特征，即以乡村基层自治共同体及成员为主体。这既是法治乡村建设区别于法治国家、法治政府与法治社会建设的主要特征之一，也是法治乡村建设区别于其它团体和组织自治的标志。法治国家建设主体主要是执政党，其核心是依法执政；法治政府建设主体主要是各级政府及其工作人员，其核心是依法行政；法治社会建设主体是自然人、法人、非法人组织等全体社会成员，其核心是普遍平等守法。而法治乡村建设主体却是自治共同体及其成员。大学自治，职业自治（法官、检察官、律师），区别于法治乡村建设之一就是自治共同体或主体不同。

（二）法治乡村建设以“三治融合”为基本治理模式

法治乡村建设还包括建设或治理模式的特征，即自治、法治与德治“三治结合或三治融合”的特征。在乡村治理体系中，村民自治既是中国特色是这样民主政治在乡村治理领域的实现方式，也是法治乡村建设的基本治理方式。概括地讲，自治就是自治主体自我管理、自我服务、自我教育、自我提高，并通过自我实践维护自我权益和社会公益的活动。法治既是法治乡村建设的根本保障，也是乡村治理体系的基本依循。法治就是自治组织和自治主体在坚持和维护法律至上权威基础上，依法处理乡村事务、解决乡村纠纷的治理方式。德治既是法治乡村建设的基本导向，也是乡村治理体系的辅助方式。德治就是自治组织和自治主体以社会主义核心价值观为引领，弘扬中华民族优良传统美德，充分发挥道德楷模的示范作用，在乡村治理中通过扬善抑恶、仁德教化、自我约束的方式最大限度弘扬社会公德，促进个体家庭社会和谐的方式。

“三治有机结合”就是自治组织和自治主体以章程和村规民约为基本依循，推进民主选举、民主决策、民主管理、民主监督，实现乡村治理的自治化；以法治为根本保障，依法保障自治和自治权，维护乡村和村民合法权益，依法化解乡村和村民纠纷矛盾，实现乡村治理的法治化；以德治为基本导向，通过道德的认同机制、自律机制，践行社会主义核心价值和先进道德，实现乡村治理的德行化。

“三治有效融合”就是自治组织和自治主体在法定范围内依法自治、排斥他治；在法律和章程之下依法治理、依靠他治实现法治；在法律和章程之外以德促治，依靠自律实现善治。

（三）法治乡村建设以乡村民主法治建设为基本内容

法治乡村建设还包括建设或治理内容特征，即法治乡村建设以基层乡村民主法治建设为基本内容。从建设内容而言，在法治乡村建设中包括了社会主义道德、法律、民主等诸多的内容。但法治乡村建设的基本内容既不是宏观的道德建设，也不是中观的法治建设，而是基层民主法治建设。具体而言，就是围绕基层自治所涉及的民主法治权益所展开的，以民主选举、民主决策、民主管理、民主监督为核心基层民主法治建设的内容。根据国家

法治乡村建设指标体系也可以看出，在五个一级指标体系中，其核心和分值权重均在“基层民主规范有序”和“法制建设扎实推进’两个重要指标。

三、法治乡村建设的价值解析

关于法治乡村建设的价值，一方面是指作为法治乡村建设主体对法治乡村建设目标、建设内容、建设模式、建设效果的肯定评价或积极意义的认同；另一方面是法治乡村建设目标、建设内容、建设模式、建设效果对法治乡村建设主体需求的满足状况描述。价值问题的核心是主体与客体的价值需求与价值满足的契合程度。价值主体的独立单方需求或价值客体价值属性都不会发生价值问题。法治乡村建设主体包括建设方案设计主体、实施建设主体、考核评价主体多方面，其核心主体是建设设施主体；法治乡村建设客体包括建设目标、建设任务、建设内容、建设模式、建设效果多方面。价值法治乡村建设价值同时也具有多元多层次的价值体系，包括法治乡村建设的理论价值、实践价值与社会价值，法治乡村建设的目的价值与工具价值，法治乡村建设的内在价值与外在价值等多方面。下面主要集中对其理论、实践、社会价值进行论述。

（一）法治乡村建设的理论价值

法治乡村建设的理论价值主要是指法治乡村建设目标、建设过程、建设效果等对于法治乡村建设主体所形成的促进认识提高、促进方法完善、促进理论提升的价值。具体包括三方面。

1.法治乡村建设的促进认识提高价值。促进认识提高价值是指法治乡村建设目标、建设过程、建设效果等对于法治乡村建设主体所形成的促进认识提高、认识清晰、认识转变等主观感知或客观效应。具体表现在三方面：

（1）法治乡村建设目标的启迪价值，即法治乡村建设目标有助于建设主体理性认识建设理念和建设途径、全面把握建设的基本功能作用。国家建设方案的顶层设计明确提出了法治乡村建设的近期目标是：到 2022 年基本实现两个完善三个明显提高，即涉农法律制度、乡村公共法律服务体系更加完善，基层执法质量和干部群众尊法学法守法用法的自觉性以及乡村治理法治化水平明显提高。远期目标是：到 2035 年，基本实现两高两个现代化一个基本建成，即乡村法治可信赖、权利有保障、义务必履行、道德得遵守，乡风文明达到新高度，乡村社会和谐稳定开创新局面，乡村治理体系和治理能力基本实现现代化，法治乡村基本建成。这对法治乡村建设主体认识清晰、提高、转变具有重要启迪价值。

（2）法治乡村建设过程的揭示价值，即法治乡村建设的系统化、动态化、试验化的建设过程有助于科学揭示法治乡村建设的本质及其规律。法治乡村建设是一个从单一到多元，再到系统化的过程，也是主体之间、主体与客体在建设实践不断互动的过程，同时也是建设主体围绕建设目标和建设任务不断认识、实践、检验的过程。因此，其对于建设主体而言通过复杂、丰富、不断完善的实践过程有助于科学揭示和认识法治乡村建设的本质及其规律。

（3）法治乡村建设过程的发现价值。即法治乡村建设的客观过程有助于正确把握法治乡村建设事实状态，发现法治乡村建设中存在突出问题以及原因。法治乡村建设既是建设主体与建设客体不断互动的客观事实，也是建设主体不断认识建设客体及其自我活动的过程，也是建设问题不断展现并不断获得解决的过程。因此，法治乡村建设的客观过程有助于正确把握法治乡村建设事实状态，发现法治乡村建设中存在突出问题以及原因，探索形成法治乡村建设存在问题的解决对策。

2.法治乡村建设的促进方法完善价值。促进方法完善价值是指法治乡村建设的实践及其过程对建设主体建设经验、建设模式的形成和完善所具有的主观启发和客观催化效应。具体表现在两方面：

（1）法治乡村建设的方法提炼价值，即法治乡村建设系统化、实证化研究过程有助于总结提炼中国特色社会主义的法治乡村治理经验和模式。法治乡村建设既是设计主体理性思考、思维创新的过程，也是建设实施主体大胆实践、积极改革、主动创新的过程；既是设计主体理性形成建设目标、设置建设任务的过程，也是建设实施主体实现目标、完成建设任务的过程；既是设计主体理性架构建设路径和方法的过程，也建设实施主体不断实践、不断总结、不断检验形成建设模式的过程。因此，法治乡村建设具有方法提炼价值。

（2）法治乡村建设的特色凝练价值，即法治乡村建设因地制宜的建设原则和方法，有助于凝练法治乡村建设的特色。法治乡村建设既是设计主体理性思考、思维创新的过程，也是建设实施主体大胆实践、积极改革、主动创新的过程；既是设计主体理性形成建设目标、设置建设任务的过程，也是建设实施主体实现目标、完成建设任务、形成建设特色的过程；既是设计主体理性架构建设路径和方法的过程，也建设实施主体不断实践、不断总结、不断检验形成建设特色的过程。因此，法治乡村建设具有特色凝练价值。

3.法治乡村建设促进理论提升价值。促进理论提升价值是指法治乡村建设的效果，借助建设主体的主观能动性作用对中国特色法治理论体系完善、法治文化品位提升、基层乡村治理模式提炼所具有的客观效应。具体表现在两方面：

（1）法治乡村建设效果对中国特色法治理论和法治文化的提升价值。从理论看，法治乡村建设既是建设过程与建设效果的统一，也是建设理念、建设方法、建设目标与建设实践的统一。从实践看，浙江桐乡从 2013 年在全国率先开展的基层社会治理实践，经过多少年的努力实践，业已成为全国基层乡村治理的重要品牌，被写入十九大报告，体现了新时代“枫桥经验”的精髓，代表了未来基层社会治理的发展方向。桐乡法治乡村建设经验所具有的独特价值就是对中国特色法治理论体系完善和法治文化品位的提升价值。

（2）法治乡村建设效果对中国特色社会主义基层治理模式的提升价值。从理论看，法治乡村建设既是建设过程与建设效果的统一，也是建设理念、建设方法、建设目标与建设实践的统一。从实践看，浙江桐乡从 2013 年在全国率先开展的基层社会治理实践，形成了自治、法治与德治“三治融合”的基层民主法治建设或基层治理模式。其“三治融合”的建设模式是中国特色社会主义法治社会建设的共建共治共享的新格局，是基层治理体系和

治理能力现代化的标志性成果。桐乡法治乡村建设模式的独特价值就是对中国特色社会主义基层治理模式的提升价值。

（二）法治乡村建设的实践价值

法治乡村建设的实践价值主要是指法治乡村建设目标、建设内容、建设原则、建设效果等对于法治乡村建设主体所形成的推进实践扩展和深入、促进实践效率提高、促进实践品位提升的价值。具体包括三方面。

1.法治乡村建设的实践推进价值。实践推进价值是指法治乡村建设目标和任务对乡村民主法治建设的重要推进价值。具体表现在两方面：

（1）法治乡村建设目标对乡村民主法治建设的重要推进价值。法治乡村建设的近期目标和远期目标的核心是乡村民主法治建设。建设主体依据建设目标开展建设实践，一方面体现了乡村治理实践的民主法治的建设需求，以人民为中心的发展思想的时代意义；另一方面展现了民主法治建设的科学内涵、理性意蕴、合理内核。因此，围绕法治乡村建设目标而展开的就是实践活动对乡村民主法治建设具有重要推进价值。

（2）法治乡村建设任务对乡村民主法治建设的重要推进价值。法治乡村建设内容包括涉农领域立法完善、涉农行政执法规范、乡村司法保障加强、乡村法治宣传教育强化、乡村公共法律服务完善、乡村矛盾纠纷化解和平安建设机制健全、乡村依法治理推进等多元丰富的内容。建设主体依据建设任务开展建设实践，一方面体现了乡村治理实践的民主法治的建设需求，人民美好生活需求；另一方面展现了民主法治建设的科学内涵、理性意蕴、合理内核。因此，围绕法治乡村建设内容而展开的建设实践活动对乡村民主法治建设具有重要推进价值。

2.法治乡村建设的实践引领价值。实践引领价值主要是指法治乡村建设原则对中国特色社会主义乡村治理模式形成和完善的引领价值。国家法治乡村建设的顶层设计方案提出：坚持党的领导、坚持以人民为中心、坚持法治与自治、德治相结合，坚持从实际出发的基本建设原则。建设主体依据建设原则所开展的法治乡村建设实践，一方面契合了乡村治理实践对党的领导、以人民为中心、三治结合、从实际出发基本原则的现实需求；另一方面展现了党的领导、以人民为中心、三治结合、从实际出发基本原则科学意蕴、民主内涵、先进内核。因此，围绕法治乡村建设基本原则而展开的建设实践活动对乡村治理建设具有重要的实践引领价值。

3.法治乡村建设效果对中国特色法治实践的提升价值。促进实践提升价值是指法治乡村建设的过程、方法和效果等，借助建设主体的主观能动性作用对中国特色法治实践创新、法治效益提高所具有的客观效应。具体表现在两方面：

（1）法治乡村建设的促进实践创新价值。从理论看，中国特色的乡村治理实践既是先进治理理念、科学治理方法、理想治理效果的有机统一，也是科学的指导思想、优秀传统文化、理性的实践经验的完美结合。从实践看，以桐乡为代表的法治乡村建设的地方性实践探索，通过不断实践创新上升为国家认同的典型经验模式，不仅代表了新时代中国乡

村基层治理的新思维，具有示范价值和推广意义，而且具有促进实践创新价值。因此，以法治乡村建设方案为指导，以桐乡为代表的法治乡村建设实践经验模式，必然具有促进实践创新的价值。

（2）法治乡村建设的促进实践效益提高价值。从理论看，中国特色的乡村治理实践既是先进治理理念、科学治理方法、理想治理效果的结合成果，也是乡村治理主体经济政治和社会文化资源投入与经济政治和社会文化资源收益的比较成果。从实践看，以浙江的桐乡、奉化、天台、温岭、武义、宁海、新昌、浦江等为代表的法治乡村建设模式，以人民的美好生活需求为建设目标追求，以党建引领为建设基础，以三治融合为建设中心，以群众的广泛参与为建设关键，以治理机制的不断为建设保障。不仅最大限度降低了法治乡村建设的经济社会成本，而且最大限度地提升了法治乡村建设的经济社会效益。因此，以法治乡村建设方案为指导，以桐乡等为代表的法治乡村建设实践经验模式，必然具有促进实践效益提高的价值。

（三）法治乡村建设的社会价值

法治乡村建设的社会价值主要是指法治乡村建设目标、建设内容、建设原则、建设效果等对于法治乡村建设主体所形成的国家经济、政治、社会、法治、文化发展战略的推进、奠基、保障和引领价值。具体包括四方面。

1.法治乡村建设的政治战略价值。即法治乡村建设对国家治理体系和治理能力现代化的推进价值。国家法治乡村建设的顶层设计方案明确提出：到 2035 年乡村治理体系和治理能力基本实现现代化的建设目标。方案同时指出：健全乡村治理体系，确保广大农民安居乐业、农村社会安定有序，有利于打造共建共治共享的现代社会治理格局，推进国家治理体系和治理能力现代化。国家治理体系和治理能力现代化是相对于工业、农业、国防、科学技术现代化的第五个现代化，十八大以来党和国家特别重视国家治理的现代化。习总书记反复强调，没有国家治理的现代化，就不可能真正实现社会主义现代化。社会治理的基础在基层，薄弱环节在乡村。法治乡村建设既契合了国家治理现代化的需求，从国家治理最薄弱的环节乡村治理入手，通过法治乡村建设促进和提升国家治理水平。由此可见，法治乡村建设对国家治理体系和治理能力现代化的具有重要的推进价值。

2.法治乡村建设的社会战略价值。即法治乡村建设对全面依法治国战略实施的奠基价值。国家法治乡村建设的顶层设计方案明确提出：法治乡村建设要走出一条符合中国国情、体现新时代特征的中国特色社会主义法治乡村之路，为全面依法治国奠定坚实基础。党的十八届四中全会报告提出了法治国家、法治政府、法治社会三位一体的法治建设方案。十九大报告提出："推动社会治理中心向基层下移，发挥社会组织的作用，实现政府治理和社会调节、居民自治良性互动"。法治乡村建设正是契合了全面依法治国战略和有效实现社会治理的需求，从国家治理最基础的环节乡村治理入手，通过法治乡村建设为全面依法治国实施奠定坚实的基础。由此可见，法治乡村建设对全面依法治国战略实施的具有重要的奠基价值。

3.法治乡村建设的经济战略价值。即法治乡村建设对乡村经济全面振兴和实现农业农村现代化的保障价值。社会有效治理与经济的高质量发展具有密切关系。社会的有效治理不仅具有自身的重要价值，也对经济的高质量发展具有重要的意义。党的十八大以来，面对我国经济发展进入新常态带来的深刻变化，以习近平同志为核心的党中央推动“三农”工作理论创新、实践创新、制度创新，坚持把解决好“三农”问题作为全党工作重中之重，切实把农业农村优先发展落到实处。而实施乡村振兴战略是实现全体人民共同富裕的必然选择。农业强不强、农村美不美、农民富不富，既关乎亿万农民的获得感、幸福感、安全感，也关乎全面建成小康社会全局。法治乡村建设正是契合了乡村经济全面振兴和实现农业农村现代化的需求，从国家治理现代化建设最基础的环节乡村法治建设入手，通过法治乡村建设为乡村经济全面振兴和实现农业农村现代化提供优质的法治环境。由此可见，法治乡村建设对乡村经济全面振兴和实现农业农村现代化具有重要的保障价值。

4.法治乡村建设的文化战略价值。即法治乡村建设对优秀民族文化和社会主义先进文化与法治文化创新发展的推动价值。国家法治乡村建设的顶层设计方案明确提出：推动法治文化与民俗文化、乡土文化融合发展，组织编写、创作具有乡土文化特色、群众喜闻乐见的法治文化作品，广泛开展群众性法治文化活动。乡村文化是中国政治和社会治理中长期形成的优良传统文化，有教化乡邻、淳化民风之功能，对中国社会政治治理和有序运转发挥了独特作用；乡村文化也是中华传统文化的基础和根脉，是培育文明乡风、良好家风、淳朴民风的基层学效和课堂，引领社会向上向善，凝聚正能量，对国家稳定繁荣和人类文明贡献了东方智慧[2]。因此，在法治乡村建设中应充分发掘乡村文化的现代性价值，促进乡村文化与社会主义先进文化的融合，提振乡村文化的经济价值，凝聚乡村文化振兴的社会合力，增强乡村文化自信，树立新时代乡村文化观，推进乡村文化的现代转型和创新发展。

[2] 参见胡剑南：《乡村振兴战略背景下的乡村文化研究》，载《重庆社会科学》2019 年第 5 期。

法治乡村建设中的“三治融合”理念与方式

史凤林[1]　李怡凡[2]

【摘　要】自治、法治与德治相结合既是法治乡村建设的基本原则，也是法治乡村建设的基本治理结构模式。自治、法治与德治是“三治融合”的基本要素，《自治章程》、法律与道德是三治融合的具体依据，自律是“三治融合”的协同方式，他律及其限度是“三治融合”应保持的基本界限。因此，在厘清自治、法治与德治内涵和对立统一关系基础上，结合法治乡村建设经验，总结探索“三治融合”的方式具有重要的理论和实践价值。

【关键词】“三治融合”理念；“三治融合”方式

一、“三治融合”的理念

费孝通先生著文述：“从基层上看去，中国社会是具有乡土性的。”“我们不妨先集中注意那些被称为土头土脑的乡下人，他们才是中国社会的基层。”[3]中国问题集中在农村，核心问题也在农村，“三农”问题自提出以来始终是社会各界的关注焦点。中国是农业大国，农民万万亿，解决好农村问题，推动农村的现代化进程，加强农村法治建设，促进农村持续发展，成为关乎国家的命运、社会走向的一项重大工程。2013 年，源起于浙江桐乡的“三治合一”乡村治理模式，以其将自治、法治、德治的有机结合，成为我国乡村建设的一面旗帜。2017 年 10 月，习近平总书记在党的十九大报告中提出：“加强农村基层基础工作，健全自治、法治、德治相结合的乡村治理体系，”[4]将这一来自基层的经验实践上升为国家顶层设计，由此确立三治融合建设法治乡村的新模式，成为我国农村建设新的风向标。而在中央深化改革委员会印发的《关于法治乡村建设意见》中将自治、法治与德治相结合作为法治乡村建设的基本原则。学术界习惯将自治、法治与德治相结合概括为“三治结合”或“三治融合”，并将其表述为法治乡村建设的模式。自治、德治、法治是“三治融合”的基本要素；也是三种属性不同的治理模式，它们在治理原则和治理取向上相互区别；在治理实践中，三治既可能相互补充与促进，也可能互相制约和冲突[5]，因此，“三治融合”的重点和精髓在于“融合”，如何融合以及融合方式研究成为学界探讨的热点。因此，深入探寻和挖掘“三治”背后的机理和特性，找寻相融契合点，通过此探索“三治融合”的方式，实现“三治”高度融合，激发乡村建设活力，推动乡村法治建设。

（一）“三治”内涵及其相互关系

---

[1] 史凤林，山西大学法理学研究会会长、山西大学法学院教授、法学博士生导师。
[2] 李怡凡，山西大学法学院 2019 级法理学在读研究生。
[3] 费孝通：《乡土中国》[M]，北京：人民出版社，2008，第 1 页。
[4] 习近平. 决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利———在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告［M］. 北京：人民出版社，2017.
[5] 陈于后,张发平.新时代乡村“自治、法治、德治”融合治理体系研究[J].云南行政学院报.2019

“三治”是自治、法治、德治的简称，厘清自治、法治、德治的内涵及其相互关系，对于探寻“三治融合”的方式有着十分重要的意义。

关于“自治”，家庭联产承包责任制使农民成为了自主经营的主体，农民自主空间都得到空前解放，村民自治制度在这一背景下发端于中国农村自发的民主实践；[6]1998 年，全国人大常委会通过《村民委员会组织法》正是建立“基层群众性自治制度”。“自治”不是随性的自我治理，而是有着一定的约束和限制；主要是在他律约束之下的自律治理[7]。自律是指道德通过潜移默化，润物无声的影响，成为自治的内生柔软约束力；他律是指法律通过设定规则，构建框架，明确自治的范围和边界，成为自治的外部强制约束力。我国的乡村自治主要是指村民在村委会的领导下，在法律、道德的双重约束下，以《自治章程》为具体依据的自我治理。

关于“法治”，亚里士多德在《政治学》中对于“法治”的概念作过精辟的论述:“法治应该包含两重含义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律本身又应该是制订的良好的法律。”[8]因此，法治的内容简要而言包含两重含义，一是良法，二是善治；法律通过制定规则、程序等强制约束和规范人们的行为、解决社会纠纷，从而获取“普遍的服从”，达到“善治”。现代意义上的“法治”主要指法律主治[9]，意味着法律至高无上，人人皆受法律统治而不受任性统治，任何人和任何组织都无僭越法律之权[10]。法律平等的适用于每一个人，并以其公平正义的本质保障每一个公民的权利和社会的稳定。

关于“德治”，“德治”一说古已有之，其也是一种社会治理模式，儒家主张“为政以德”，自汉唐以来，“德主刑辅”成为治理社会的主流思想，德治和道德的作用在不同时代都一直被强调；不同于传统中国社会中的儒家道德，现代意义上的“德治”作为一种“软约束”，主要是指以道德规范来约束人们的行为从而形成社会秩序的治理观念和方式[11]；人们借助道德的力量和作用对社会进行调节和控制，已期达到良好的社会治理效果，维护社会的稳定。

在这里，我们简单分析“三治”之间的关系。自治、德治、法治是不同的社会治理模式，体现出不同的约束规则和治理方式；但是三者之间也可以相互联系，相互作用；法律是最低限度的道德，法治通过规则之治，设定自治范围，明确自治边界，规范自治行为；德治通过人们内心的内生约束力，自发调整、约束自己的行为，成为法治、自治未涉领域的补充和基础；自治是乡村治理的基本模式，是法治和德治发挥作用的前提条件和载体。由此看来，自治是法治和德治的核心，法治是自治和德治保障，德治是自治和法治的基础。

（二）“三治融合”的内涵解析

“三治”是自治、法治、德治的简称，而“三治融合”是自治、法治和德治结构和功能有

---

[6] 俞可平，徐秀丽：《中国农村治理的历史与现状---以定县、邹平和江宁为例的比较分析》，载《经济社会体制比较》2004 年第 2 期；

[7] 陈涛,李华胤：《箱式治理”:自治、法治与德治的作用边界与实践效应——以湖北省京山市乡村振兴探索为例》，载《探索》2019 第 5 期。

[8] 亚里士多德：《政治学》吴寿彭译，商务印馆，1997 年版。

[9] 郁建兴,任杰：《中国基层社会治理中的自治、法治与德治》载《学术月刊》2018 年第 12 期。

[10] 夏勇：《法治是什么——渊源、规诫与价值》，载《中国社会科学》1999 年第 4 期。

[11] 郁建兴,任杰.中国基层社会治理中的自治、法治与德治[J].学术月刊,2018,64-74.

机协同的治理体系。[12]

“三治融合”并不是指自治、法治、德治这三种社会治理模式各走各的阳关道，互不相交；也不是“三治”的齐头并进，互不相让；更不是指自治、法治、德治这三种治理模式的僵硬化叠加；而是三种治理模式深刻的融会贯通，是一种“你中有我，我中有你”的新型治理模式。

通俗来讲，三治融合是在法治强制力和德治软约束双重限制下，以他律作为基本界限，在自律的教化下，通过自治章程和村规民约实现自我管理，自我教育、自我服务。

二、“三治融合”的法理基础与现实可能性

（一）“三治融合”方式的法理基础

“三治融合”这一来自基层的乡村治理经验在十九大报告中上升为国家战略顶层设计，为以“三治融合”方式进行乡村法治建设提供强有力的政策保障。法治乡村建设中“三治融合”方式的实现，是不断加强乡村法治建设的重要举措，也是实施乡村振兴战略和推进国家法治建设的重要基石，为当前有效破解我国乡村法治建设困境提供了新的思路。

首先，人民主权学说。人民主权学说是我国法治乡村建设中“三治融合”的重要理论基础。我国是人民当家作主的社会主义国家，国家的一切权力属于人民，这是我国对人民主权理论的典型适用和精辟概括。人民主权理论强调国家的一切权利来源于人民的授予；人民是一切国家权力的最终拥有者；公民的权利与自由受国家的尊重与保障；国家权力受人民监督[13]。人民是权利的主体和享有者，在我国的建设实践中，“以人民为中心”“一切为了人民”“发展成果由人民共享”等论调都体现了这一理论；“自治”成为这一理论在我国乡村法治建设中的具体体现；在乡村法治建设中，村民是主体，由村民当家做主，通过民主管理、民主监督、民主选举、民主决策实现村民自我治理，促进乡村持续发展。

其次，民主协商理论。十八大报告首次提出“社会主义协商民主是我国人民民主的重要形式”。协商民主是中国特色实践，是中国经过长期探索，建立起来的符合本国国情的中国特色社会主义民主政治制度。实践证明，社会主义协商民主行之有效，具有巨大优越性，在整合社会关系、促进民主监督、提升决策效率等方面展现出独特优势，有力促进了中国经济健康发展、社会和谐稳定和人民生活改善。协商民主强调在社会现实背景下，通过普通的公民参与，就决策和立法达成共识，其核心要素是协商与共识。[14]“三治融合”其实质上就是通过村民的积极参与，共同协商，从而对村务进行共同管理，共同决策；干部发挥其领导、指挥作用，为决策事项指明方向，交由全体村民进行协商决策；这也是“三治融合”独特的理论基础。

最后，德法兼济、德法并治的中国特色理论。习近平总书记指出，中国特色社会主义

---

[12] 张明皓.新时代“三治融合”乡村治理体系的理论逻辑与实践机制[J].西北农林科技大学学报(社会科学版),2019,19(05):17-24.

[13] 王丹：《自治、法治、德治“三治合一”乡村治理体系建设研究》载《内蒙古大学学报》2019 年第 6 期。

[14] https://baike.sogou.com

法治道路的一个鲜明特点，“就是坚持依法治国和以德治国相结合，强调法治和德治两手抓、两手都要硬。这既是历史经验的总结，也是对治国理政规律的深刻把握”。党的十八届四中全会提出，“坚持依法治国和以德治国相结合”是实现全面推进依法治国总目标必须坚持的重要原则。依法治国和以德治国相结合的原则为“三治融合”中德治和法治的融合提供了指引，使德治和法治相融合在理论上成为了可能。在法治乡村建设中德治“柔约束”和法治“强约束”相融成为三治融合中最为重要的一环。

（二）“三治融合”方式的现实可能性

中国特色的基层社会治理逻辑与中国文化独特的基因为“三治”的“融合”创造了现实可能。法治乡村建设为“三治融合”方式的运用和实现提供了载体，也为“三治融合”方式的具体应用提供了现实可能。

1. “三治融合”方式符合中国特色基层治理逻辑

（1）中国传统社会国家法与习惯法并存、礼法并治的治理逻辑。

中国传统社会治理过程中便形成了一种“皇权不下县，县下皆宗族，宗族皆自治，自治靠伦理，伦理造乡绅”[15]的基层社会治理模式。伴随着“皇权不下县，宗族皆自治”而来的便是“国法不下乡,自治靠伦理”，国家法律只能作为一种制度外壳将乡村社会包裹起来，而没有延伸到乡村社会内部[16]。在传统中国社会中国家法与习惯法并存已成一种社会治理常态；由于“法治”的难以渗透乡村社会，因此，乡村社会的治理与规范主要依靠“礼治”（即已经成形的风俗习惯）的约束；“礼治”在乡村治理过程中形成普遍约束力，成为与“国家法”并列的管控社会的方式。

（2）中国传统社会以农为主的“乡土”社会治理逻辑

什么是“乡土社会”？费孝通作了经典论述，“从基层上看去，中国社会是乡土性的，乡下人离不了泥土；以农为生的人，世代定居是常态；农民聚村而居，富于地方性；乡土社会是有机的团结，是熟人社会、礼俗社会”，不流动造成了以村为基本单位的孤立和隔膜；礼俗社会、熟人社会是农村传统治理模式的起点——构成了“礼治秩序、无讼、长老统治、无为政治”这些基层治理方式；这些治理方式成为维持我国乡村治理和发展的重要支撑

（3）改革开放以来农村社会转型中的村民自治的治理逻辑（德法兼治）。

随着中国国力不断增强，，教育不断普及，国民素质不断提升，改革开放后德法兼治成为村民自治的主要方式；“德法兼治”是指德治和法治在具体的治理实践中相互结合，相互补充，以达到良好的社会治理效果。党的十五大明确提出“依法治国”基本方略，1998 年全国人大常委会通过了《村民委员会组织法》为村民实现自治提供了法律依据；十八届四中全会“坚持依法治国和以德治国相结合”的原则为德法兼治的实现提供了可能。村民自治是在法治和德治的双重约束下实现农村转型发展的基本理路。

（4）新时代中国解决“三农”问题的乡村治理逻辑（三治结合）。乡村是社会治理中最

[15] 秦晖：《传统十论》复旦大学出版社，2003 年版。
[16] 郁建兴,任杰：《中国基层社会治理中的自治、法治与德治》，载《学术月刊》2018 年第 12 期。

基本的单位，乡村自治是乡村治理的核心，其目标是达到乡村“善治”；健全自治、法治、德治相结合的乡村治理体系的论断为新中国解决“三农”问题、建设法治乡村提供了明确指引，“三治融合”成为达到乡村善治的重要方式与手段，是实现乡村“善治”的必然要求。自治、法治和德治如何实现融合，这就需要以自治为载体，使其与德治和法治做到有效结合。自治是法治乡村建设的治理方式基础，法治是法治乡村建设的治理方式保障，德治是法治乡村建设的治理目标导向。简单来说，自治为基础，为乡村治理和“三农”问题的解决确定主体；法治为保障，为乡村治理和“三农”问题的解决确定依据；德治为目标导向，为为乡村治理和“三农”问题的解决提供指引。

2. “三治融合”方式具有中国文化的独特基因

（1）“和谐文化”基因。“和谐”是我国传统文化的精髓，也是中华民族传统的思维模式和心理惯性，在我国历史上产生过许多关于和谐思想、和谐文化的论述，如儒家倡导“和为贵”，墨子提出“兼相爱，交相利”，康有为《大同书》中载文道：“人人相亲，人人平等、天下为公”等都体现了的和谐文化思想；和谐是中国社会的发展目标，“以人为本”使和谐文化、和谐思想的精神所在。现代与意义上的和谐是指以人为核心的两种以上不同要素的协调、结合、融合与发展[17]；我国在社会治理过程中，也充分体现了“以人为本”这一理念；中国传统社会倡导的和谐文化以及现代和谐社会的构建，为自治、法治、德治融合和谐发展提供了可能性。

（2）“德治文化”基因。历数各朝各代，遍翻史书典籍，我们不难发现，中华民族是一个崇尚德治的民族，德治为几千年来民族的稳定和发展做出了突出贡献。德治建立中国优秀传统文化的基础之上，在五千年文明长河中熠熠生辉；儒家倡导“为政以德”，重视对民众的道德教化，要求充分发挥道德教化的作用，《唐律》最终确定了“德礼为政教之本，刑罚为政教之用”的治国方略、“德主刑辅”成为主流思想；随着社会的发展，儒家德治思想也成为统治者治国理政的重要方法。当然，今下所倡导的“德治”同儒家“为政以德”也有许多不同，但是自古以来，道德产生潜移默化、润物无声的影响，渗透进中国人行为、处事的方方面面，影响着社会的发展。因此，“德治文化”的奠基为“三治融合”的实现提供了可能性。

（3）“道教文化”基因（道法自然）。“道法自然”是道家的核心哲学思想，老子崇尚自然，反对人为，提倡“自然无为”。围绕这一中心展开的“君人南面之术——无为而治”，是老子为统治者设计的最好的治国之略。老子强调“我无为而民自化，我好静而民自正，我无事而民自富, 我无欲而民自朴”。庄子也强调“无欲而天下足，无为而万物化，渊静而百姓定”。老子一再强调统治者对百姓的管理应做到“法自然”，主张君不扰民，民众自生自化，从而实现民众自我管理、自我教育、自我发展，人民的生活方可得到安宁，社会方可趋于安定。可以说，“自治”这一思想贯穿无为而治的始终。同样，老子也强调以德化民，“和大怨必有余怨，安可以为善？”这实际上是老子“以德化民”思想的具体体现，道家思想同当今

[17] 白晓燕：《中国和谐文化的内涵及现代意义》，载《中国教育研究论丛》2006 年。

社会“三治融合”理念不谋而合，中国传统社会中的“道法自然”为三治融合提供了可能性。

三、“三治融合”的方式和方法

（一）“三治融合”的基本方式

“三治融合”的精髓在于“融合”，难点也在于“融合”，如何构建“三治融合”的方式，使其可操作化的运用于乡村法治建设中，成为这一论题的难点。

学界有不少学者从不同的角度分析“三治融合”体系中自治、德治、法治三者之间的相互关系，理论意义、建设路径等；对“三治融合”的基本方式提出不同的看法。邓大才在《走向善治之路: 自治、法治与德治的选择与组合》中写道：“自治、法治、德治是三种不同的治理方式，三者有不同的功能和作用，有各自的优势和劣势。总体来看，三者不是同一层面的治理方式，自治是核心，法治是保障，德治是基础。三种治理方式在一定的条件下各自可以实现善治，两两组合、三者组合也可以实现善治。”[18]郁建兴、任杰在《中国基层社会治理中的自治、法治与德治》中载文述：“德治是‘先发机制’，自治是‘常态机制’，法治是‘保障机制’；‘三治融合’是一个有机整体，但‘三治’ 各有侧重，有优先次序，但更需要同时发力、交织前进，以便发挥‘三治’结合的‘乘数效应’”[19]等等论调。

笔者认为，“三治融合”的基本方式应当遵循唯物辩证法的对立统一规律进行架构。首先应明确“三治”的内涵及其功能的侧重点，即自治是自治共同体依据法律和自治章程进行自我服务、自我管理、自我教育、自我提高的自律方式。自治功能侧重于自律，反对非必要的他律。法治是社会主体依据法律自觉守法，并凭借国家强制力的最终约束得以施行的他律方式。法治功能侧重于他律，但不反对自律。德治是社会共同体依据主流或理想道德进行自律方式。德治的功能是倡导自律，也希望获得他律。其次应理性促进“三治融合”，即自律是“三治融合”的协同方式，他律及其限度是“三治融合”应保持的基本界限。最后是妥善处理三治关系，即自治是法治乡村建设的治理方式基础，法治是法治乡村建设的治理方式保障，德治是法治乡村建设的治理目标导向。

（二）“三治融合”的操作化方法

1.法治乡村建设应以自治为常态，以乡村共同体为治理范围，以自律为协调机制促进和谐共治

村民自治是乡村治理的核心。1998 年《村民委员会组织法》规定“三个自我”和“四个民主”，确定村民是自治主体，切实实现人民当家做主这一目标，同时，我国村民自治通过“四个民主”激发村民参与村务管理的热情，唤醒村民的主人翁意识，提升村民参与村务管理的质量和水平；引导村民通过“四个民主”民主管理、民主决策、民主监督、民主选举以实现自我服务、自我教育、自我管理和自我发展。自治成为乡村治理中的常态机制，我们应当在自治的基础上，以德治为引导，促进法治乡村建设，达到乡村和谐共治。

---

[18] 邓大才.走向善治之路：《自治、法治与德治的选择与组合——以乡村治理体系为研究对象》，载《社会科学研究》2018 年第 4 期。

[19] 郁建兴,任杰：《中国基层社会治理中的自治、法治与德治》，载《学术月刊》2018 年第 12 期。

2.法治乡村建设应以法治为必要约束，以主权国家为治理范围，以他律为约束机制促进合法善治

“国不可无法，有法者不善与无法等”，“奉法者强则国强”，法治是推动国家治理体系现代化和治理能力现代化、维持社会稳定，促进社会长治久安的重要法宝。同样，法治是乡村法治建设的重要保障，法律为法治乡村建设提供了基本依据。自治、德治在乡村治理和乡村建设中有着不可磨灭的作用，但不可否认的是现今法治乡村建设中法治因素越来越强大。在法治乡村建设中，法治是村民获得自治权利、依法行使自治权利的重要依据，自治章程成为法治乡村建设中“法治”实现的重要载体。2018 年 12 月修正《中华人民共和国村民委员会组织法》，2019 年《山西省实施<中华人民共和国村民委员会组织法>办法》为村民自治的实施和自治章程的制定指明了方向。在法治乡村建设中应以法律为必要约束，树立民众法律信仰，培育民众知法守法用法，以法治强化乡村治理。

3.法治乡村建设应以德治为目标导向，以社会共同体为治理范围，以自律为激励机制促进合理善治

德治在我国的基层社会治理中有着悠久的历史，“乡绅政治”、“乡贤政治”都是德治在我国乡村治理中的具体体现。人们依照约定成俗的习惯和“礼治”来规范自身行为，维持社会秩序；“德治”成为乡村治理的主要手段。当今，在法治乡村建设中，我们要以德治为目标导向，为乡村“善治”指引方向；以德治为内在支撑，不断提升人们对道德规范的认识，强化民众的道德素养；同时，以德治为基，滋养法治乡村建设。“德治”成为我国新时期法治乡村建设中应坚持的目标导向，我们要充分发挥道德的引领作用，培育良好的法治乡村建设氛围，增强人民对德治的情感认同，使德治因素充分融入村规民约内容中，从而实现乡村合理善治。

4.法治乡村建设中“三治融合”的边界是自治应在法治范围内促进共治和德治，法治为自治和德治提供合法保障，德治为自治和法治提供价值目标

目前，我国大力推进法治乡村建设，“三治融合”新方式是实现乡村规范化治理和促进乡村法治建设的有效途径。2018 年《中共中央国务院关于实施乡村振兴战略的意见》明确提出建设法治乡村的重大任务；2020 年《关于加强法治乡村建设的意见》对法治乡村建设提出明确要求，并再次强调，坚持法治与自治、德治相结合，以自治增活力、法治强保障、德治扬正气，促进法治与自治、德治相辅相成、相得益彰。法治乡村建设中，应坚持以自治为常态机制，法治为保障机制，德治为目标导向，自治、法治和德治是相互联系、相互补充、相互作用的，三治的共同结合，甚至是融合为法治乡村的建设提供了有效路径；但同时，我们应当注意“三治”在融合中的边界，自治应在法治范围内促进共治和德治，法治为自治和德治提供合法保障，德治则为自治和法治提供价值目标，在乡村法治建设中，应以“三治融合”为抓手，在乡村不遗余力地推进法治建设，培养农民守法用法的理念，“以法治定纷止争”；充分彰显新乡贤的价值，着重发挥传统道德等乡土文化的感召作用，借此约束农民的行为，以“德治春风化雨”；丰富完善乡村自治工作，注重提升农民主人翁意识，

使其主动参与乡村建设发展，化解干群矛盾，以“自治消化矛盾”[20]；通过法治、德治的作用和功能促进自治，以自治为依托实现乡村的发展，以达到乡村“善治”的终极目标。

综上所述，我们要充分理解三治融合的相关理念，深入分析自治、法治和德治三者之间的关系，恰当利用三治融合基本方式，促进乡村和谐共治，合理、合法善治；从而促进国家治理体系、治理能力现代化和法治化建设。

[20] 张明皓：《新时代“三治融合”乡村治理体系的理论逻辑与实践机制》，载《西北农林科技大学学报(社会科学版)》2019 第 5 期。

民族事务治理法治化的实践及发展路径

彭 振[1]

【摘　要】民族事务治理法治化是实现中华民族伟大复兴的重要保障。民族事务治理法治化实现了“五位一体”统筹推进，经济、政治、文化、社会和生态建设法治保障力度不断加强，但仍然存在依法行使自治权力度不够，自治、法治、德治“三治”结合的乡村治理体系不完善，民族地区法治服务还需要加强，民族地区法治建设跟不上社会的快速发展。要充分行使民族区域自治权，依法完善自治、德治、法治相结合的乡村治理体系，不断提升民族地区法治服务水平，实现新时代民族事务治理法治化的创新和发展。

【关键词】民族事务治理；法治化；发展

民族事务治理法治化是实现中华民族伟大复兴的重要保障。民族事务治理法治化是国家治理能力和治理水平现代化的集中体现，关系到民族团结、发展和稳定大局，是全面推进依法治国的重要组成部分,其实质在于构建新时代民族事务治理的现代化法治体系。只有不断完善民族事务治理法治化，依法保障各民族团结发展，才能为实现中华民族伟大复兴的中国梦保驾护航。中国特色社会主义进入新时代，当前社会的主要矛盾和治理核心也发生了重大变迁，国家治理的重点转向了不断满足人民日益增长的美好生活需求和实现中华民族伟大复兴。着眼于此，中国民族事务治理法治化也应立足于新时代的历史定位，在国家全面推进法治建设的历史时期，更好地提升民族事务依法治理水平，更好地“把宪法和民族区域自治法的规定落实好”[2]，顺应各民族交往交流交融的趋势，促进各民族的团结奋斗和共享发展，不断推进中华民族的伟大复兴。

一、法治框架下的民族事务治理

（一）民族事务治理法治化是实现中华民族伟大复兴的必然要求

中国作为一个统一的多民族国家，虽然历经几千年的历史变迁，但中华文明始终传承发扬，各少数民族的国家和民族认同感一直以来也是统一的，没有哪一个少数民族不认为自己是中华民族大家庭的成员，从而形成了中华民族多元一体的民族格局。历代王朝在对少数民族地区的管理中也逐渐认识到依法治理的重要性。中华人民共和国成立后，中国人民实现了从“站起来”到“富起来”再到“强起来”，中国共产党始终重视民族平等、民族团结、中华民族共同体的建设，始终把民族团结进步事业作为党和国家的一项重要事业。自 1947 年到 1965 年间，中国分别建立了内蒙古自治区、广西壮族自治区、西藏自治区、新疆维

---

[1] **作者简介** 彭振，广西民族大学法学院副教授，博士，硕士生导师。

[2]《中央民族工作会议暨国务院第六次全国民族团结进步表彰大会在北京举行》，《人民日报》2014 年 9 月 30 日第 1 版。

吾尔自治区、宁夏回族自治区。1982 年《中华人民共和国民族区域自治法》的颁布，依法确立了民族区域自治制度是解决当代中国民族问题的根本制度，是我国四大基本政治制度之一。这为民族事务治理奠定了制度基石。中共十九届四中全会也提出："要坚持和完善民族区域自治制度，坚定不移走中国特色解决民族问题的正确道路"[3]。这些政策极大的促进了我国民族平等、民族团结、各民族共同繁荣。我国各族人民在长期历史发展中，逐渐形成了建立在共同历史文化、共同物质基础、共同身份认同、共同价值追求、共有精神家园基础上的民族共同体，各民族在文化上兼容并蓄、经济上相互依存、情感上相互亲近，你中有我、我中有你、谁也离不开谁。

实现中华民族伟大复兴的中国梦，就是要实现国家富强、民族振兴、人民幸福。而要实现这一目标，从现代社会法治层面来看，就是要贯彻落实全面依法治国的方略。中共十八大以来，科学立法、严格执法、公正司法、全民守法深入推进，法治国家、法治政府、法治社会建设相互促进，中国特色社会主义法治体系日益完善，依法治国方略的实施卓有成效。但是，同党和国家事业发展要求相比，同各族群众期待相比，同全面推进依法治国的总目标相比，民族法治建设还存在许多不适应、不符合的问题。依法治国是中国共产党领导全国各族人民治理国家的基本方略，民族事务治理作为公共事务治理领域的重要内容，在实现中华民族伟大复兴的大背景下，运用法律解决民族问题和治理民族事务的成功与否关乎国家统一、民族团结、社会稳定。我国作为一个统一的多民族国家，要实现中华民族伟大复兴的中国梦，从法治层面来看，就需要实现民族事务治理法治化，而这也是深化全面依法治国实践的要求。

（二）民族事务治理法治化保障民族团结、稳定、发展

中国民族事务治理法治化的历史经验，在各地都取得巨大成就，但也有着值得去总结、思考的不足之处。从秦朝的《属邦律》，到清朝的《蒙古律》《苗律》《回律》《番律》等民族法典，再到如今的民族区域自治制度，经历了几千年的实践和考验，民族事务治理法治化不断发展和完善。中国历史的民族特点不仅决定了历史上的民族法制取向，而且也决定了今天的民族法治的方向。譬如，历史上的"羁縻"制度、"土司"制度等都是民族事务治理法治化的典型。中华人民共和国成立以来特别是改革开放以来，从中央到地立，都在不断发展和完善民族事务治理法治化，使得民族地区经济社会快速发展。

1.形成了民族地区经济建设法治保障体系。民族经济社会发展是全面实现小康社会的重要内容，而由于自然条件等客观因素，民族地区经济发展增速仍然较慢。近年来无论是国家还是民族地方，都加大经济发展力度，民族地区经济发展取得喜人成绩，并建立了较为完善的经济法治保障体系，主要表现在以下三个方面：（1）依法保障民族地区脱贫致富。中国的少数民族大部分分布在边疆及西南、西北、东北地区，这些地区自然条件相对较差、基础设施建设较薄弱、教育文化等方面也相对落后，是我国深度贫困的集中地带。为了依

[3] 《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度 推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》，北京：人民出版社，2019 年版，第 12 页。

法保障民族地区扶贫各环节，国家和地方分别从教育、特色产业、易地搬迁、就业、社会保障等多方面进行立法，确保精准扶贫有法可依、依法进行。譬如，2016 年广西区政府出台的《广西壮族自治区鼓励易地扶贫搬迁差异化补偿办法》规定，贫困户家庭自愿退出宅基地且今后不再申请安排宅基地的，对退出的宅基地法定面积范围内给予一定的经济补偿。（2）依法保障民族地区经济走出去引进来。民族经济的发展离不开对外贸易，随着“一带一路”倡议的不断推进，民族地区的区位优势日益突显，逐渐由原来的边陲地带变成对外贸易的前沿阵地。譬如，广西为构建中国对东盟开放的前沿和“桥头堡”，先后出台了《广西北部湾经济区条例》《中国—马来西亚钦州产业园区条例》等地方立法，为民族地区招商引资和开放开发提供法治保障，并通过立法，明确在政策、规划、项目、资金、技术、人才等方面予以优先保障，促进对外经济快速发展。（3）依法保障民族地区发展特色经济。依托特有的自然资源和市场优势，发展有较大优势的产业，是民族经济发展的重要内容，而特色产业的发展需要协调各方利益，均衡各种冲突，民族地区依法明确相关问题和矛盾的解决途径，破解发展中所遇到的各种问题和阻力。譬如，广西作为全国蔗糖的主要生产地，通过积极开展糖业管理办法，依法规范糖业市场，促进糖业稳定发展。

2.加强了民族地区政治建设法治保障。主要表现在：（1）民族区域自治制度不断完善。民族区域自治制度依法确立了民族自治地方的各项自治权，在促进民族团结、维护国家统一、保护少数民族权益等方面都发挥了重要作用。改革开放 40 年以来，民族区域自治的实践得到了进一步的发展和完善，民族法律法规执行质量和民族事务治理法治化水平不断提高，中华民族共同体的国家意识得到各民族的认同，使得各民族“像石榴籽一样紧紧抱在一起”[4]，构筑了中央与民族自治地方多元一体的完整格局，《民族区域自治法》真正成为具有中国特色的、解决现实民族问题的制度依靠和法治保障[5]。少数民族各项权利依法得以保障，各民族生活不断改善。（2）民族地区法治政府建设不断加强。民族地区法治政府建设也不断推进：政府职能进一步优化，行政审批制度改革得以深化，政府行政效能不断提高，百姓办事变得更加容易、便通，官员作风更加清廉，权力监督制度不断完善，政府组织机构进一步优化，权力运行透明度不断增加。（3）民族地区依法治理能力不断提高。民族地区政府权力清单得以明确，行政决策科学化、民主化、法治化，执法更加严格、规范、公正和文明，政府法治能力日益提升。

3.构建了民族地区文化建设法治格局。绚丽多彩的民族文化是加强民族自信和打牢中华民族共同体意识的基础，造就了中国传统文化的多元性和差异性，也是中华民族宝贵的遗产和财富。但随着科技和社会不断发展，许多民族文化面临着消失的危险。自 2004 年中国加入联合国《保护非物质文化遗产公约》后，中国的民族文化法治保护翻开新的一页。近年来，从中央到地方，通过立法、司法、行政等多种方式，民族文化保护取得良好效果，

[4] 习近平：《决胜全面建成小康社会夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》，《人民日报》，2017 年 10 月 28 日第 1 版。

[5] 宋才发：《民族区域自治制度的实践回眸及未来走势——纪念中国改革开放 40 周年》，《学术论坛》2018 年第 2 期。

民族文化法治保障体系已基本形成。主要表现在：（1）立法力度的增强。除了《民族区域自治法》等中央立法对民族文化进行保护以外，大部分民族地区都制定了相关的地方立法。譬如，2000 年我国第一部非物质文化遗产保护的地方性法规《云南省民族民间传统文化保护条例》生效并实施。宁夏、新疆、贵州、西藏等地也相继出台了相关地方立法。以三江侗族自治县为例，2015 年，《三江侗族自治县少数民族特色村寨保护与发展条例》获得通过；2016 年广西壮族自治区通过了《广西壮族自治区非物质文化遗产保护条例》；2017 年 12 月柳州市印发了《柳州市非物质文化遗产保护工作平台管理暂行办法》《柳州市市级非物质文化遗产代表性传承人（团体）年度考核暂行办法》《柳州市非物质文化遗产保护专项资金使用管理暂行办法》《柳州市年度十佳非物质文化遗产传承团体评选暂行办法》，通过建章立制，民族文化的法律保障体系已基本形成。（2）司法保护的提升。主要表现在通过著作权、商标、专利及反不正当竞争等手段保护民族文化发展，让民族文化真正实现“活态传承”。譬如，2015 年审结的《山歌好比春江水》侵权案就是一个典型的通过司法审判保护民族艺术的案例。（3）行政执法保护的完善。政府依法加强对少数民族传统文化的认定、公布和培训，加强相应资金的提供，通过一系列行政管理方式，促进民族传统文化保护。譬如，广西区政府通过将“壮族三月三”确定为法定假日，并在节日期间组织和开展山歌比赛、“非遗”展示等活动,在促进民族团结、彰显民族文化上都获得良好效果[6]。

4.提升了民族地区社会建设法治水平。主要如下：（1）民族地区社会秩序依法管控能力不断增强。依法维护民族地区的安全稳定是国家稳定发展的前提和保障。针对居住人口分散、民族构成复杂、地理区位和信仰等因素，及跨境走私、人口拐卖、跨境犯罪、文化宗教渗透、恐怖主义及民族分裂等公共问题，民族地区各级部门有针对性的开展各项法治活动，解决了以往多头执法、协调难、成本高、效率低的问题，完善了综合性的社会秩序管控体系，加强相关基础设施建设，形成多部门联动的有效执法体系，社会秩序明显好转，百姓的安全感和满意度明显提升。（2）依法推进民族地区城镇化。推进民族地区新型城镇化建设，是全面实现小康社会，促进民族地区社会结构合理化和扶贫攻坚的重要举措，是关系充分释放内需发展潜力与和谐社会构建的综合性问题。民族地区依法推进新型城镇化进程，在农村户籍改革、农村集体土地权益保障、财政支付转移、易地搬迁、产业扶贫等方面取得良好实效。（3）依法加强民生保障。民族地区教育质量、医疗保障、养老事业、饮食饮水安全、棚户区及危旧房改造等民生关切问题都得以依法明确和改善。譬如，内蒙古包头市北梁地区依法对棚户区进行改造就是改善民族地区民生问题的典型。

5.加强了民族地区生态文明法治力度。民族地区有丰富的土地、水、森林和草原等资源，如何处理好经济发展与环境保护之间的关系，是民族地区发展中亟待解决的重要问题。民族地区以承接来自东部地区落后产业和过剩产能转移为契机，进行民族地区企业产能升级和结构性调整，迫切需要解决好这种产业升级和结构性调整带来的生态破坏问题。同时，

[6] 彭振：《中国少数民族传统文化的法律保护：历史、现状和展望》，《广西师范学院学报（哲学社会科学版）》2017 年第 3 期。

民族地区生态保护和通过自然资源开发推进地方经济发展的冲突尤为明显，这导致民族生态治理法治化的难度增大，需要通过探索生态补偿等利益填补方法来寻求经济利益和生态利益之间的平衡之道，实现社会效益、经济效益和生态效益的有机统一。“绿水青山就是金山银山”，只有依法严格管理涉及环境的各类开发活动，才能实现可持续发展。随着法治建设和环境保护的不断推进，民族地区环境立法质量和数量不断提高。通过单行条例、地方法规规章的形式，对民族地区的草原、海洋、古树、野生动物、矿产资源等进行保护。譬如，内蒙古结合国家环保法律法规，制定《内蒙古自治区湿地保护条例》《包头市南海子湿地自然保护区条例》，科学立法划出保护红线，依法治湿逐步修复生态，十年来该湿地的环境得到明显改善。同时，民族地区环境执法力度不断加强。通过依法加强环境监督，加大污染治理，提升环境监测能力，加强环保宣传教育，严惩环境污染责任主体等方式，提高生态文明建设水平。譬如，云南省腾冲市通过推进“户集、村收村运、集中处理”的农村环境综合整治措施，使全市垃圾处理能力大幅度提高。

二、民族事务治理法治化的新问题

中华人民共和国成立以来特别是改革开放 40 年以来，我国民族法治建设取得了卓越的成就，民族法治理论不断深化，民族法治实践不断完善。进入新时代，我们实现民族事务治理法治化，构建民族事务治理的现代化法治体系的信心和能力更强了，但与全面依法治国的高标准相比较，当前民族事务治理法治化过程中遇到一些新的问题，有待进一步完善。

（一）民族区域自治权行使不充分。“自治权是属于民族自治地方各族人民的权力，是人民民主专政在民族自治地方的具体体现”[7]。当前我国民族自治地方自治权行使还存在以下不足：1.立法自治权行使不充分。根据《宪法》《民族区域自治法》的规定，民族自治地方人民自治机关享有在经济、财政、人事、环境保护、科教文卫等方面的管理自治权，具有权利性和权力性、广泛性与局限性、区域性和全局性的双重特征。而正确、合法、有效地行使自治权是民族区域自治政策得以全面贯彻实施的关键。民族自治地方不仅享有一般性的地方立法权，还享有其它地区没有的民族自治立法权。但由于立法程序较为复杂、立法技术存在一定障碍、立法定位不明确等问题，民族自治立法数量仍然较少，除了对一些涉及民族地区婚姻家庭的习惯进行了变通补充立法外，大部分民族地区的立法仍然以地方性法规、地方规章的形式出现，立法特色不明显。尽管许多自治州、自治县都出台了自治条例，但五大自治区至今仍然没有一个自治条例获准通过。2.经济财政管理自治权。尽管改革开放 40 年以来民族地区经济社会取得巨大成就，但随着“一带一路”倡议的推进，民族地区面临着新的前所未有的机遇和挑战。如何更好的激发经济发展活力，用好经济和财政管理自治权，广泛吸引各类人才和企业投资，在法治范围内促进改革开放，提升国际经济合作和竞争优势，仍是亟待解决的问题。3.科教文卫管理自治权。主要体现在民族地区软

[7] 张文山：《中国自治区自治条例研究》，北京：法律出版社，2018 年版，第 264 页。

实力的提升还不够，教育水平的提高、科学研究的突破、传统文化的传承与保护、公共卫生的改革等，都还需要通过加强法治保障、提高行政管理等方式推进和完善。譬如，通过立法解决乡村中小学教师待遇、编制、职称评定等问题是提高民族地区教育质量所要明确的主要问题之一。

（二）民族地区自治、法治、德治“三治”结合的乡村治理体系还不完善。中共十九大报告明确指出要实施乡村振兴战略，并首次提出加强农村基层基础工作，健全自治、法治、德治相结合的乡村治理体系，同时指出农业农村农民问题是关系国计民生的根本性问题，必须始终把解决好“三农问题”作为全党工作重中之重。自我国全面推进司法改革以来，特别是将立案审查制度改为立法登记制度以来，各级法院受理的案件数量与日俱增，司法机关案件审判的压力也越来越大。推进“三治结合”的乡村治理体系，在纠纷通过司法途径解决之前，将矛盾化解，既节省了司法资源，也维护了社会团结稳定，使乡村矛盾的影响最小化。譬如，广西金秀瑶族自治县，就有着用石牌制度来解决矛盾的民族习惯法，瑶族村落在习惯法的影响下，村寨之间关系和谐，村民之形成了团结、互助、友爱的良好关系。当前，民族地区“三治”结合还存在以下不足：1.民族地区乡村治理仍面临较大挑战。由于民族、宗教、历史以及地缘等特殊因素，加之乡村社会的分层、贫困等问题，使得这些地区的不稳定“因子”增加。另外还存在村民参与治理的渠道不畅、政府的角色定位有偏差，村民参与乡村治理的积极性不高等问题。譬如，农村人口外流的现象导致了农村空心化及乡村治理的主体缺位，村民自治制度面临着较大的冲击；而城镇化的迅速发展和人口流动的增强，使得农村社会结构也不断分化，利益诉求也走向多样化，乡村治理难度加大；农民思想日益多元化，传统乡村价值体系受到严重冲击；农村社会矛盾日益多样化、复杂化，极端表达方式日益增多；宗族、家族势力干扰村务，对村民自治制度的健康发展带来了冲击等等。2.“三治”结合的有效机制还没有构建。民族地区村民自治权受制于行政权、审判权的约束，自治方式相关立法体系并未形成，新型村级自治组织缺乏一定的法律定位，村民的自治意识、能力和效力仍然不高；德治的在乡村善治中的功能仍然不明显，乡规民约的作用还没有很好的发挥，农村道德建设和农民的道德意识仍需加强；部分地区赌博、迷信之风盛行，村霸、黑势力以及离婚、赡养、继承等家事纠纷依法处理的质量还不够高，环境保护、普法教育等的力度还需要加强。3.民族习惯法与国家制定法的均衡路径有待升级。“普通习惯只是生活的常规化，行为的模式化，习惯法特别关系权利和义务的分配，关系彼此冲突利益的调整”[8]。习惯法影响着村民道德、信仰及文化传承乡村社会秩序、公共环境和矛盾纠纷等多个方面。各民族不同的习惯法规则形成了复杂而多样的规范体系，这些客观存在与国家法治统一的要求存在一定程度上的冲突。尤其是在针对某一个具体案件的法律适用方面，必然面临国家法和习惯法规则的选择问题。譬如，在藏区的一些地方至今还有“兄弟同妻”的婚姻习惯，这与国家一夫一妻制度不相协调，但这些传统却是当地特殊的宗教信仰、恶劣的自然环境等因素造成的，其存在有一定的合理性和社会作用。关于

[8] 梁治平：《清代习惯法》，桂林：广西师范大学出版社，2015 年版，第 35 页。

这一现象，有的人认为应当摈弃这一习惯并按照国家规定统一管理，也有的学者认为应当尊重少数民族习惯，通过变通立法等方式加以协调。如何让良好的习惯法适时的融入国家制定法，让普通的习惯法能够保留并促进乡村善治，让不好的习惯法最终被社会淘汰，进一步厘清习惯法和国家制定法两者的关系，充分实现民族习惯法与国家制定法的均衡，让两者的冲突最小化，其路径仍然有待完善和提升。

（三）民族地区法治服务还需要加强。主要表现在：1.依法行政能力还需要提高。（1）政府监督制约机制有待加强和完善。在民主法治建设过程中，在赋予地方政府行政管理权的同时，还需要建立有效的权力制约与监督机制，让各族人民有权力、有能力通过监督机制纠正和遏制地方政府及其官员的不当行为，阻止其对合法权益的侵犯，确保自治权在法定范围内和轨道上有效行使。（2）政府治理能力现代化还需要加强。政府治理能力现代化是建设法治政府的目标，法治政府既是职能科学的政府、权责法定的政府，又是执法严明的政府、守法诚信的政府[9]。民族地区法治政府的建设和政府治理能力现代化，还需要增强依法行政和行政执法能力，继续深化政府机构和行政体制改，强化行政决策民主和法治程序，提升政府公信力和执行力水平等等。（3）行政主体素养还有待提高。当前民族地区还有部分行政人员行政法治意识较为淡薄，把依法行政简单化，不按中央精神和相关法律依法办事的现象时有发生，合法行政、合理行政、程序正当、高效便民、守法诚信、权责统一等依法行政基本要求还没有得到全面落实，法治思维和依法行政能力仍需进一步提高。2.民族地区司法改革有待进一步深化。主要表现在：（1）司法人才问题。随着法律意识水平的不断提高，乡土案件纠纷也随之增多，人民群众对司法服务的要求也越来越高，但民族地区基层法官人员稀缺，双语司法人才培养机制还不健全，人才流失情况时有发生，案多人少的矛盾日益凸显，司法资源与群众法律需求的矛盾仍然存在。（2）民族地区特色司法服务有待加强。特色司法服务是充分发挥审判职能，为经济建设的发展提供保障的重要方式和途径。它是能动司法的重要体现，更是实现定纷止争，维护社会和谐的应有之义。譬如，2007 年起，四川彝族地区通过将彝族民间德高望重、善于处理矛盾纠纷的“德古”与审判相结合形成“法官+德古”审判模式，使“德古”在运用彝族习惯法时，与国家法律有机结合，使得民族地区的矛盾和纠纷得以妥善化解[10]。在全面依法治国背景下，民族地区如何克服冰冷的法律判决与乡土民俗水土不服的难题，充分尊重当事人文化、宗教、民族习惯等因素，立足本地乡土实际，灵活创新解决基层矛盾纠纷的机制，仍然是民族地区司法建设中的重要内容。（3）民族地区司法体制改革仍需完善。民族地区司法体制改革取得巨大成效，法院立法难、审判难、执行难等问题得到根本解决，但还存在少数法官乡土服务意识不足、部分群众轻调解重判决、司法权受行政权影响、司法经费保障不足等问题，还需要在审判组织优化、信息化建设、基层基础建设等问题上加大改革力度。

（四）民族地区法治建设跟不上社会的快速发展。民族事务治理法治化，不仅仅需要

[9] 宋才发：《政府治理能力现代化的法治探讨》，《治理现代化研究》2018 第 3 期。

[10] 何真：《合意与治理:彝族地区的纠纷解决机制——新型德古调解的实证分析》，四川师范大学学报(社会科学版)，2013 年第 1 期。

从总体上进行改革，也需要根据具体的情况，制定相应的立法和措施，以不断适应民族地区社会的快速发展。当前，民族事务治理法治化过程中较为突出的几个问题表现为：1.各民族“三交”“三和”事务治理法治化社会化面临发展瓶颈。提升各民族“三交”“三和”（“交往、交流、交融”的民族关系发展路径和“和睦相处、和衷共济、和谐发展”的民族关系发展目标）事务治理的法治化社会化水平，是在民族工作领域践行全面依法治国理念、巩固和强化各民族大团结局面的重要保障。我国各民族“三交”“三和”事务治理的法治化社会化面临发展程度低、认识不到位、研究基础薄弱等问题以及缺乏一套科学、合理的包含评估标准、评价模型与评价程序的绩效评价体系，在一定程度上阻碍了我国各民族“三交”“三和”事务治理的法治化社会化的发展水平。推动各民族“三交”“三和”事务治理法治化社会化，是构建民族事务协同共治体系，实现民族事务治理体系和治理能力现代化的关键。2.边疆跨境民族地区事务治理法治化面临严峻挑战。随着我国对外开放力度加大和“一带一路”倡议的推进，中国各民族地区与“一带一路”沿线国家的交往合作更加密切频繁，特别是边疆跨境民族地区进出口贸易激增，活跃的经贸往来也带动了跨国婚姻、跨境旅游、跨境文化交流等规模迅速扩大，其中的法治体系建设出现了明显的滞后。更为严重的是，跨境交往的增加，也带来了跨境犯罪、边境走私、人口拐卖、跨境“三非”人口流动、跨境民事纠纷、跨境宗教文化渗透等公共问题快速增加。而这些问题，常常又与民间往来交织在一起，处理不当，将对边疆跨境民族地区经济发展、社会稳定、民族团结大局造成一定冲击，甚至可能危及国家安全。如何依法建立睦边、固边、安边、兴边的“四边”体系，成为我国边疆跨境民族地区亟需解决的重要问题。3.民族地区生态环境保护面临新难题。民族地区经济社会发展的思维定式和发展方式，多处于“以粗放型经济增长”为主，停留在“重开发轻保护、重建设轻治理”的状态，生态环境恶化问题愈来愈成为社会民生领域的突出问题。民族地区是我国污染防治攻坚战的主战场，是生态文明建设的重点区域，既是我国主要的江河发源地，也是森林、草原、湿地和湖泊等集中分布区。但经济的发展、财力的有限与生态文明建设之间是多年以来难以协调的矛盾，依法加强环境保护力度、加快培育内生动力、完善生态补偿机制、落实环保主体责任，是民族地区需要依法解决的主要生态问题。快速的产业转移，急功近利的旅游开发带来的环境污染、生态破坏，给民族地区的生态环境带来挑战，生态环境保护任重道远，生态环境保护与经济协调发展矛盾也异常突出。而在加强生态环境保护的大背景下，民族地区成为国家可持续发展中生态建设重点功能区的主要区域。民族地区生态环境保护工作的重要性越来越凸显，民族地区的生态环境问题日益引起关注。

三、民族事务治理法治化的完善路径

（一）依法充分行使民族区域自治权。依法落实《宪法》《民族区域自治法》的规定，就是发展和完善民族区域自治制度，推进民族事务治理法治化。1.进一步体现少数民族在区域自治中的主体地位。充分尊重各少数民族同胞的意愿，维护他们的合法利益，调动他们的积极性、主动性和创造性，提升少数民族群众在社会治理中的主人翁意识和参与度。

围绕少数民族群众最关心最直接最现实的利益问题，加快补齐发展和民生短板，在制度安排、政策举措、方式方法等方面加以完善。2.明确自治立法权与地方立法权的不同功能。进一步明确哪些立法属于自治立法，哪些立法属于地方普通立法，依法明确立法标准和范围，通过制定符合本地实际的单行条例等方式，进一步促进经济社会发展。充分行使自治权，加强民族自治地方人大、政府这两大自治机关的作用，突显民族自治地方政府在区域自治中的作用，形成多元一体的民族自治地方立法保障。3.以民族团结凝聚起推动社会发展的强大力量。进一步铸牢中华民族共同体意识，依法全面挖掘、保护、传承、展示民族传统优秀文化，营造各民族繁荣发展、团结奋斗的良好环境，不断提升群众的民族自信。4.促进“自治”和“智治”相结合。民族自治地方应当在坚持统一和发展的前提下，进一步健全党组织对各级地方的领导，并将“自治”和“智治”相结合，既体现少数民族的利益需求，也发扬少数民族的智慧和活力。调动一切有利因素，不断解决社会发展中的结构性矛盾，注重供给侧改革，实现和推进社会协调发展。5.健全相关督查体制。依法明确不同层级的党委、人大等部门对于民族区域自治权行使的监督力度，对于行使不足的主要责任人实行问责制度，依法保障民族区域自治权的行使。

（二）依法构建自治、法治、德治相结合的基层治理体系。“自治、法治、德治“三治合一”，要求以自治为主体、以法治和德治为两翼，在村民自治的基础上实现法治、践行德治，以法治保障自治、规范德治，用德治支撑法治、滋养自治，最终达至乡村善治”[11]。民族地区要创新“三治合一”的社会治理创模式,强化公正司法、严格执法、全民守法的法治建设体系，建立以评立德、以规促德、以文养德的德治建设体系，完善自我管理、自我监督、自我服务的自治建设体系，不断探索法治、德治、自治的融合创新途径，逐步形成以自治为核心、法治为保证、德治为支撑的现代乡村治理体系，促进民族地区乡村振兴。同时，要促进民族习惯法与国家制定法相协调。在坚持国家法治统一的前提下，从尊重民族文化的角度出发，在立法、司法、行政管理过程中，把国家制定法同少数民族习惯法综合起来考虑。将一些符合国家主流价值观，对促进社会稳定和团结有现实意义的民族习惯法融入国家制定法。譬如，新疆维吾尔自治区《伊犁哈萨克自治州施行〈中华人民共和国婚姻法〉补充规定》第 4 条规定：“禁止直系血亲和三代以内旁系血亲结婚。保持哈萨克族七代以内不结婚的传统习惯”。充分发挥民族习惯法在乡村善治中的作用。主要是在村民在道德、信仰及文化传承等意识形态方面的引导和教育，及对乡村社会秩序、公共环境和矛盾纠纷等方面作用，使民族习惯法成为国家制定法的重要补充。譬如，有学者以现代福利经济学的视角，引入帕累托标准，探究少数民族习惯法与国家法在何种情形下处于均衡，并且随着社会的发展和时代背景的变化，二者实现“平衡—打破—再平衡”循环演进[12]。不断加强党的领导，促进智慧管理，最终实现党领导下的“自治、法治、德治、智治”，最终实现共建、

[11] 方堃、金铭：《以“三治合一”推动乡村治理现代化》，《中国民族报》2018 年 1 月 26 日第 5 版。

[12] 谢尚果、杨勇：《少数民族习惯法与国家法的均衡路径探析》，《广西民族研究》2016 年第 5 期。

共治、共享。

（三）不断提升民族地区法治服务水平。1.加强民族地区依法行政水平，不断推进权力有限、公开透明、注重服务、权责统一的政府建设。（1）加强对政府权力运行的监督力度，针对监督权力安排不合理、监督不到位等问题，加强民族地区党政监督以及上级政府、人民群众、新闻媒体、司法机关对政府行政行为的监督，继续完善政府内部监督体制。完善行政问责制度，严格执行决策责任追究制度，对超越法定权限、违反法定程度的行为进行追责。加强政府信息公开力度，让政府行为在公开中接受监督。（2）推进政府职能改变。坚持以人民为中心和高效便民服务原则，不断提升政府治理水平和治理能力现代化，将政府职能转变到公共服务、社会管理上来，对政府职能越位、错位、缺位的问题进行深入改革，进一步精简和下放行政审批事宜。促进政府机构和职能法治化。严格执行政府及部门权力清单、责任清单制度，依法明确政府的具体职责和权限范围，确保政府的行为和权力都有法可依。（3）促进政府依法立法、民主立法、科学立法。用好自治立法权和普通地方政府立法权，完善立法程序，提升立法技术，扩宽公众参与立法渠道，制定高质量的符合本地区发展的良法。2.继续深化民族地区司法改革。主要可以通过以下途径：（1）加强民族地区基层司法人才的培养。调整司法人员结构比例，加强双语人才培养力度，出台政策缓解部分法院案多人少，员额法官和检察官级别与待遇不相适应以及“年轻法官不安心、年老法官不甘心”等问题，正确处理好员额法官、检察官与司法辅助人员的关系，培养一支业务水平高、责任心强、接地气的高素质司法队伍。（2）加强民族地区司法改革力度。杜绝行政权干预司法审判，建章立制明确相关责任，特别是在行政诉讼中的具体案件，对于利用行政职权干涉办案的人员要依法追究。推进司法系统内部行政管理改革，建立完善的案件审判、司法管理和司法辅助人员的人事管理体系。推进司法协调工作，依法明确法院各部门的具体权力和职责，加强司法机关与其它国家机关的协调能动力，提高执法效力，提升司法效能，维护司法公正。（3）结合本地区民族习惯法，充分发挥不同类型的特色司法服务的功能。通过特色司法促进基层乡土纠纷化解，维护基层社会的稳定和谐。譬如，笔者调研了解到，广西马山县人民法院结合大石山区壮村瑶寨“重感情、重情义”的民俗特点，因地制宜，探索“贝侬”调解法（“贝侬”在壮语中指兄弟姐妹、朋友或者关系特别好的人），在矛盾纠纷较多、地理位置较偏远的少数民族聚居地设立“贝侬调解室”，采取邀请矛盾双方共同认识的“贝侬”参加调解这种特有的工作方式，取得了近三年来结案率均为 100%，调解连续三年分别为 84.22%、90.52%、95.42%的成效，提高了民族地区解决基层矛盾纠纷的质效，实现法律效果和社会效果相统一。

（四）实现新时代民族事务治理法治化的创新和发展。民族地区可根据本地区实际情况，结合社会发展需要，突出重点开展相关事务法治化建设。当前主要为：1.依法促进民族“三交”“三和”事务治理法治化社会化的发展。对我国各地各民族“三交”“三和”事务治理法治化社会化工作的进展，各协同共治主体的实际作为进行精准研判，在综合相关影响因子基础上，建立一套科学、合理的包含评估标准、评价模型与评价程序等要素的绩效评价

体系，藉此及时、动态的跟踪评估各民族“三交”“三和”事务治理法治化社会化现状、成效与问题，进而不断改善并提高民族事务治理法治化社会化水平，提升各民族的“三交”“三和”质量和社会效用，推动实现中华民族伟大复兴。2.构建边疆跨境民族地区“四边”事务治理法治体系。依法保障边疆社会秩序，促进兴边富民行动计划，除应发挥该地区丰富的文化旅游资源、发挥边民及其社会组织的主体作用之外，国家和地方还应加大边境法治体系的力度，发展边境经济，依法开展立体化管控体系，加强海洋秩序管控，加强边境基础设施建设，打击各类边境犯罪等，共同管控边境秩序。并将其置于区域合作及协同治理进程中的重要位置，以充分发挥这一地区在区域及全球治理中的作用，同时满足这一区域人们内在的对日益增长的美好生活的需求，依法实现睦边、固边、安边、兴边。3.依法保护民族地区生态环境。依法平衡民族地区经济的发展、财力的有限与生态文明建设之间是多年以来难以协调的矛盾，依法加强环境保护力度、加快培育内生动力、完善生态补偿机制、落实环保主体责任，在保护好民族地区丰富的自然资源的前提下，促进经济社会快速稳定发展。

农村“美好生活”的法治进路
——基于治理法治化背景的思考

牛玉兵[1]

【摘　要】针对农村“美好生活”有着多重观察维度，法治则是其中不可或缺的维度之一。农村社会的现代化转型、农村基层治理法治化趋势及其现实困境，是法治之所以成为农村“美好生活”维度之一的历史根据与现实需要。立足于法治普适性原理与中国农村生活特质，农村“美好生活”的法治之维，包含着以法治为基础的良好农村社会秩序、以权利正义为导向的农村社会生活以及以实现人的自由为目标的农民个体发展等丰富意蕴。综合把握法治的工具性和价值性，切实关注农民基于“美好生活”而形成的合理“需要”，积极推动农民合理“需要”的权利化，注重在法律实践中将农民权利转化为现实，推进法治与农村日常生活的融合，是经由法治迈向农村“美好生活”的可能进路。

【关键词】美好生活；农村治理；法治；治理法治化

十九大报告作出了“中国特色社会主义进入新时代”，“社会主要矛盾已经转化为人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分发展的矛盾”等重大政治判断。这些判断为农村基层治理提供了崭新历史方位和理论目标。什么是农村“美好生活”、如何实现农村“美好生活”，也就成为了农村治理研究亟需回答的重要理论问题，而实践中围绕“合村并居”“农厕改造”等“美丽乡村”建设引发的诸多争议，更是使得这些问题的回答变得更为迫切。本文以我国农村基层治理法治化为背景，尝试解析法治与农村“美好生活”之间的内在关联，厘定农村“美好生活”的法治意蕴，探寻经由法治迈向农村“美好生活”的可能进路。本文的分析或可表明，法治实乃农村“美好生活”的重要维度之一。对这一维度予以深入解析，将可能在农村“美好生活”的经济、伦理等诸多理解之外，开启农村“美好生活”问题的新思考，提供农村“美好生活”实践进路的新启迪。

一、法治作为农村“美好生活”的维度之一

对于“美好生活”的向往是人类社会不变的追求。在人类思想史上，从柏拉图的“理想国”到莫尔的“乌托邦”，从陶渊明的“世外桃源”到康有为的“大同世界”，诸多思想家对于理想社会的描述，均在一定程度上体现了人们对于“美好生活”的想象与向往。这种想象与向往同样浸透于农村社会之中，以致于人类学家在细致考察农村生活之后也得出了如下结论：“农民对自己的生活的安排一般都是以如何能够让自己获得美好的生活为宗旨的。”[2]

---

[1] 牛玉兵（1975-），男，河南鹤壁人，法学博士，江苏大学法学院副教授、副院长，硕士生导师，主要从事法理学、农村基层法治研究。

[2] [美]罗伯特•芮德菲尔德.农民社会与文化：人类学对文明的一种诠释.王莹,译.北京:中国社会科学出版社,2013：165.

然而，何为“美好生活”？或者更进一步，“什么才是从事耕种的人们憧憬的‘美好生活’？”[3]对这些问题的回答却并非易事。对普通人而言，“美好生活”是一个充满了主观性的概念。人们基于自我感受，对于“美好生活”总是有着自己的个人理解。即使是思想家们，他们对于“美好生活”的界定也可能各不相同。在西方，“自亚里士多德时代以来的哲学家和神学家，一直为幸福和美好生活的定义所困扰。”[4]不同学术流派对于“美好生活”的理解更是遍布歧异。“享乐主义的方法是将幸福和美好的生活定义为追求快感和回避痛苦”，“奉献主义传统则用实现人的全部潜能来诠释幸福和美好的生活。”[5]以论证自由著称的密尔则主张好的生活应该由个人来主导，美好生活是一种经过省察的独立自主的生活。[6]在国内，围绕着“美好生活”的认识同样异彩纷呈：伦理学家将“自主”、“成功”和“有意义”视为“美好生活”的正确阐释，[7]哲学家将“美好生态”、“正义社会”以及“品质生活”归结为“美好生活”的价值本质，[8]而社会心理学家则尝试立足于人的“获得感”“安全感”“幸福感”等心理感受来界定“美好生活”。[9]上述种种观点，恰如棱镜折射阳光一般，反映出“美好生活”的不同侧面，展现了“美好生活”的多重色彩。

从“美好生活”的丰富侧面出发，有关农村“美好生活”的思考同样也有着从不同维度展开的可能。而在诸多维度之中，法治也应成为理解我国农村“美好生活”的重要维度之一。之所以如此，其理由大体有三：

第一，农村社会的现代化转型，是法治成为农村“美好生活”维度之一的历史前提。

众所周知，自晚清近代中国踏上现代化征程开始，中国传统农村朝向现代社会的转型便在国家与民族忧患之中艰难前行，其至为突出之表现无疑集中于 20 世纪 70 年代之后。1978 年以来的农村改革，即被学者看作是“中国现代性”之真正历史出场。[10]而在经验层面上，我们也可以很轻易地观察到，改革开放以来，“我国农村的发展已经融入了许多明显的现代性因素。农村人口的大规模流动、信息传播技术的普及、社会主流话语系统的渗透以压倒性优势和政治正确进入到传统中国村庄。那种低流动性、高同质性的乡土社会在快速变迁中已经发生了巨大分化。”[11]如此来看，中国农村朝向现代社会的转型，已是不证自明的事实。这一事实，同时也为法治与农村“美好生活”的关联建立了前提。这是因为，一方面，法治本身就是一个与现代化密切相关的概念。它“产生于近代西方文明，是人类走出蒙

---

[3] [美]罗伯特•芮德菲尔德.农民社会与文化：人类学对文明的一种诠释.王莹,译.北京:中国社会科学出版社,2013：135.
[4] [加]安尼尔斯基.幸福经济学：创造真实财富[M].林琼,等译.北京:社会科学文献出版社,2010：249.
[5] [美]卡尔.积极心理学：关于人类幸福和力量的科学[M].郑雪,等译.北京:中国轻工业出版社,2008：37.
[6] [英]大卫•埃德蒙、奈杰尔•沃伯顿.不朽的思想：27 位当代哲学家谈 27 位往昔哲学家[M].萧风,译.北京:新华出版社,2015：142.
[7] 曹刚.美好生活与至善论[J].伦理学研究,2019(2):1-7.
[8] 袁祖社.正义理念的制度实践与美好生活的实践逻辑——“合理性”视域内五大发展理念的价值论基础探究[J].武汉大学学报(哲学社会科学版),2019(3):29-36.
[9] 王俊秀,刘晓柳,刘洋洋.人民美好生活需要的层次结构和实现途径[J].江苏社会科学,2020(2):19-27.
[10] 甘阳.乡土中国重建与中国文化前景[A].罗岗、倪文尖.90 年代思想文选（第三卷）[C].南宁:广西人民出版社,2000：201.
[11] 刘同君,等.新农村法律文化创新的解释框架——转型空间•知识命题•图景样式[M].北京:中国政法大学出版社,2012：2.

昧迈入文明的创造物，也是现代文明社会的基本标志之一”。[12]当法治成为“社会控制的主要手段”，[13]依托法律展开的“规则之治”，也就深深浸透到人们的社会生活之中。另一方面，通过观察农村变迁可以发现，在现代化进程之中，农民的社会行为深深受制包括土地、户籍等在内的法律制度的规训，农民个体理性和自我意识的变化，既是从原来的制度控制之中脱嵌的过程，同时也是在新的制度变迁中再度嵌入的过程。[14]法治与农村生活的关联，由此至为明显。当法治因应现代化发展而与农村关联愈紧，农村生活之“美好”与否的判定，也就不能完全脱离法治而展开。

第二，当代农村基层治理的法治化趋向，是法治成为农村“美好生活”维度之一的现实依据。

考察农村生活“美好”与否，不能脱离具体特定的时空。事实上，正如前文有关“美好生活”的理解分歧所呈现的那样，人们对于“美好生活”的认知，总是受到他们所处时代与社会等条件的限制。而忽视了具体特定的时空来讨论“美好生活”，也就极可能如“理想国”或“大同世界”那样落入虚幻的想象。将此思路拓展至当代中国，则农村基层治理这一当代中国农村至为重要的社会实践活动必然进入我们的视野之中。农村治理是国家、政府或社会组织通过政策、制度等措施对农村社会关系和社会秩序予以调整或控制的活动。这一实践深嵌于农村社会现代化转型进程之中。市场经济的发展、城镇化的推进、村民自治的变革等，构成了推动农村发展的内生性因素；这些因素的交互作用，更是向农村基层治理模式的变革提出了要求。当神治观念泯灭、人治思想式微、传统农村社会道德伦理规范不敷使用之时，以法治方式保证基层治理体系的协调，进而稳定农村社会主体预期，建构规范化的农村基层秩序，也就成为人们的重要选择。基层治理与法治由此勾连在一起，而良好治理的实现，更是离不开法治提供的制度价值。[15]在当今“推进基层治理法治化”已经成为新时代农村治理发展战略的情境下，农村“美好生活”的实践断无完全脱离法治而展开之可能。

第三，农村基层治理难题化解的迫切需要，是法治成为农村“美好生活”维度之一的实践依据。

受现代化发展所带来的剧烈而深刻的社会转型的影响，当前我国农村基层治理正面临诸多难题。例如，在乡村内部，农村青壮年人员的外流已经在相当程度上削弱了村庄自治的主体力量，村庄自治主体结构失衡、农村留守群体处境堪忧等现实困境开始浮现；在乡村与基层政权之间，税费改革之后的基层政权从过去的汲取型变为“悬浮型”，[16]农村治理遭遇农民与国家结构关系变化的挑战；在乡村外部，受农业弱质性、农民底层性等因素的影响，农民的利益要求和权利话语尚难以充分表达，“合村并居”等乡村建设受制于资本与权力逻辑的现实即是证明。[17]凡此种种，无不说明，在今天“城乡中国”分野仍存、两者之

---

[12] 杜宴林.现代化进程中的中国法治——方法论的检讨与重整[J].法制与社会发展,2001(6):35-41.

[13] [美]庞德.通过法律的社会控制[M]. 沈宗灵,董世忠,译.北京:商务印书馆,1984：10.

[14] 李红艳.什么是农民眼中的美好生活——基于乡村振兴视角下的思辨[J].人民论坛•学术前沿,2019(9):90-99.

[15] 张敏,赵娟.美好生活与良好治理——社会主要矛盾转换及其治理蕴意[J].南京社会科学,2018(12):58-65.

[16] 周飞舟.从汲取型政权到“悬浮型”政权——税费改革对国家与农民关系之影响[J].社会学研究,2006(3):1-38.

[17] 2020年山东“合村并居”遭遇争议。有学者即从法律层面对这一事件进行了分析，指出其合法性上存在的问题。参见

间鸿沟依旧的基本现实面前，农民与农村不仅无法终结，而且，基于后发国家现代化“时空叠加”特征的影响，农村基层治理的难题反而较西方国家更为突出。在这种情况下，农村基层稳定和谐的社会秩序的建构，无疑需要更多地依赖法治的功能。法治“通过价值确立原则，经由原则规划制度，进而建构具体规范，再通过适用与解释来调整社会生活”，[18]从而在保证自身内在自洽性的同时，有效提供社会生活的“最低共识”和“底层代码”，为社会基于道德的治理活动和基于自治的治理活动提供最为基本的规范基础。法治由此成为化解基层治理难题不可或缺的关键性要素，在这一过程中展开的农村“美好生活”实践，与法治建设也就无可分割。

总之，农村社会的现代化转型为法治成为农村“美好生活”的重要维度奠定了基础，而当今农村基层治理法治化发展趋势与现实困境，则不仅为农村“美好生活”法治之维的展开提供了契机，而且同时也为通过法治进而迈向农村“美好生活”提出了迫切要求。法治作为农村“美好生活”之维，由此确立其正当性根基。不过，法治之于农村“美好生活”，又究竟意味着什么呢？

二、农村“美好生活”的法治意蕴

将法治视为农村“美好生活”的维度之一，开启了对农村“美好生活”问题的新思考。然而，正如对于“美好生活”本身即存在多样看法一样，对于农村“美好生活”法治维度的认识会有着共识性的意见吗？这是我们在讨论农村“美好生活”法治意蕴之前首先需要回答的问题。在我们看来，回答这一问题的关键，在于如何把握农村整体和农民个体、法治一般与法治特殊之间的关系。就前者而言，“美好生活”确实具有个体主观性，但由于个体获得“美好生活”其实依赖于社会条件，“美好生活”因而“更多的是社会整体百姓的生活状态”[19]的表达；农民个体所认定的“美好”固然也可以具有多种含义和多种档次，但由于“从事耕种的生活环境易于促使不同地区的农民们对于生活中的重大问题持大体相同的态度”，[20]因而对于农村“美好生活”的理解也就可能达成某种程度的共识。就后者而言，当代中国农村法治是现代性语境下人类法治文明话语的历史延续，其中必然蕴含着法治一般性、共识性的内容，但由于中国及其农村所面对的现代性问题与欧美世界的现代性问题具有重大差异，法治在中国农村的展开也就有着自身的特殊之处。于法治一般性的基础上，深切把握法治乡村的特殊性，也就成为我们讨论农村“美好生活”法治维度的应然选择。

以上述分析为基础，农村“美好生活”法治之维的具体意蕴，也就应该特别关注两个方面：一方面，从法治角度看，农村“美好生活”的法治之维，意味着法治的共识性内容在农村社会的展开。这可能包括了法治秩序、良法之治、法律至上、法律的连续性稳定性、正当程序、依法限制权力、司法独立、行政机关服从法律、保障公民权利、维护人的尊严、

冉克平：用《民法典》审视山东“合村并居”，http://www.szhgh.com/Article/gnzs/farmer/2020-06-17/238000.html

[18] 江必新、王红霞.国家治理现代化与社会治理[M].北京：中国法制出版社，2016：43.

[19] 赵建波,解超.新时代“美好生活”的价值期许与实践逻辑[J].青海社会科学,2017(6):15-19.

[20] [美]罗伯特•芮德菲尔德.农民社会与文化：人类学对文明的一种诠释.王莹,译.北京:中国社会科学出版社,2013：144.

维护社会公平正义、保障律师权利等内容。[21]其中既有操作性的成分，也包含了价值性的诉求。另一方面，从农村层面看，由于法治的共识性内容实践于当代中国农村这样一个具体的时空场域之中，农民家庭式和集体式的个人主义思维、农民对于土地的依赖以及基于乡土而产生的归属感等特点对于农村“美好生活”也有着重要影响。[22]针对农村“美好生活”法治意蕴的理解，对此也不可予以忽视。统合上述两个方面，笔者认为，农村“美好生活”法治之维的具体意蕴，应从以下几方面加以认识：

第一，以法治为基础的良好农村社会秩序。

对于秩序的需求出于人类的本性。“对于社会性动物来说，秩序不仅提供了个体在群体中的地位及其对群体所占有资源的享受状况，而且建构了个体对未来社会和生活的一种有效预期。”[23]有秩序的社会生活本身即意味着一种可欲的生活状态。今天，当农村朝向现代社会转型，旧有的秩序遭到冲击，而新的秩序正尝试构建。在这一过程中，与现代化相适应的现代法治，正可以提供一种基于法治的乡村秩序图景。这源于法治所具有的操作性功能。法治“是一个具有可操作性、价值性的概念。”[24]在操作性意义上，法治是“被法律所定义的生活秩序”，是“要在明确法律规范的指引下，在行为上依法办事，在裁判时‘一断于法’，治理时‘以法治国’。”[25]以法治为基础建构农村社会秩序，也就是要谋求法律主导下的规范化的治理状态，以期用法治的平和理性方式，实现农村社会秩序的和谐。

当然，以法治为基础建构农村社会秩序，并不意味着对其他社会治理手段的绝对排斥。正如存在“无需法律的秩序”[26]一样，在今天农村社会生活中，传统道德、习俗等仍旧是维持农村社会秩序的重要力量。但即使如此，也应认识到，在农村现代化转型驱动下，道德等治理资源的有效运转，其实也往往需要借助法律力量来平衡多元的利益关系，或者依赖于法律的“底层代码”和强制力量来有效实现治理的目标。在这个意义上，如果把农村社会秩序比作一幅浓墨重彩的油画，那么这一画作也需依赖法治作为着色之基底。由此而建构的农村社会秩序，也才能既富有乡村社会的特色，同时也能够借助于法治的工具性、操作性而成为规范有效的秩序，成为摆脱了道德礼俗的模糊性不足、超越自我管理恣意缺陷的较好的、因而也就值得追求的秩序。

第二，以权利正义为导向的农村社会生活。

法治除了具有操作性意义，它还具有价值性。在价值层面，现代法治改变了前现代社会的组织结构，形成了新的社会组织形式。它将权力纳入法律的统治之下，并将自由、权利等崭新要素引入法律实践之中，[27]进而实现了对前现代社会法律功能的超越。而“法治的

---

[21] 杨建军.中国法治发展:一般性与特殊性之兼容[J].比较法研究,2017(4):155-173.

[22] 李红艳.什么是农民眼中的美好生活——基于乡村振兴视角下的思辨[J].人民论坛•学术前沿,2019(9):90-99.

[23] 司汉武.制度理性与社会秩序[M].北京:知识产权出版社,2011：24.

[24] 王人博、程燎原.法治论[M].济南:山东人民出版社,1989：137.

[25] 陈金钊.法治是被定义的生活——关于法治逻辑的意义探寻[J].探索与争鸣,2019(7):35-54.

[26] 美国学者埃里克森在其《无需法律的秩序》中指出，特定社会的秩序也许并不一定依赖于法律制度的维系。参见[美]罗伯特•C•埃里克森.无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷》[M].苏力,译.北京:中国政法大学出版社,2003.如果社会秩序都无需法律维系，更不必说法治了。

[27] 王人博、程燎原.法治论[M].济南:山东人民出版社,1989：152.

价值性意义……以现代法治话语表示，就是以保护人权为核心。”[28]立足于法治的价值性，法治之于人的生活也就不仅仅是前述操作层面的工具性关系，而且同时也具有了价值性意蕴。法治将公平正义的权利诉求引入生活，而基于法治展开的社会生活，由于获得了价值层面的精神性支撑，因而更能获得人们的认同，成为人们的生活向往。就此而言，公平正义必定是美好世界、美好生活极为重要的特质性内容。“生活在一个被非正义的观念统治的世界里，决然不会有什么‘美好的体验’。”[29]

将法治与生活这种价值性关联推演至我国农村社会，那么以权利正义为导向的农村社会生活也就顺理成章地成为农村“美好生活”法治之维的重要内容。尤其是在新时代，“仅仅是物质的丰富已经不能满足人民的需要，以权利诉求为核心的各种需要激增成为当前的矛盾主题。政治权利的普遍落实、改革成效的公平给予、就业机会的公平提供、良好教育的均衡供给，以及促进司法公正、制约权力不当运行等关于权利供给和保障的表述，构成了丰富的新时代权利正义思想，也是‘美好生活’最新的价值叙事方式。”[30]而假若进一步考虑到当今农村社会转型发展过程中矛盾迭出的现实，从法治层面深刻理解和体认农民的权利要求，以进化的眼光看待农民权利发展的迫切愿望，努力推动农民权利的增量累积，促使书本上的权利规范普遍而真实地深入农村社会，无疑是农村“美好生活”建设亟待完成的重要任务。以权利正义为导向，将法治的价值性诉求引入农村社会生活之中，也就成为农村“美好生活”法治之维的应然内容。

第三，以实现人的自由为目标的农民个体发展。

诚如前文所述，“美好生活”不能是纯粹的个体想象，它应该承载和体现着社会整体意义上的生活理想，然而，由于“人们的社会历史始终只是他们的个体发展的历史”，[31]由于法治内含的权利正义只有被个体真实享有才真正具有意义，对农村“美好生活”法治意蕴的认识也就不仅不能消弭个体的地位，而且更需要从法治之于个体生活影响的角度来展开观察。

一旦我们将目光从农村社会整体转向农民个体，法治本身内在的自由价值之于农民个体生活的意义即马上呈现于我们面前。从法律价值的角度看，“自由作为法律价值具有终极性，它是人的尊严的直接体现，不自由的人谈不上尊严；它是正义有效的前提：只有在自由的人之中才可能产生正义与否的问题，主奴关系中不存在正义；它也是秩序有价值的前提：一个奴役人的秩序对被奴役者来说不是善，而是恶，严格说来它不是法律秩序。”[32]于是，农村“美好生活”的法治意蕴，在农民个体层面，其最终所能提供的，是通过法治而实现的当代中国农民全面而自由发展的图景。在这幅图景中，法律确认农民的主体地位，建构与农民自由相关的权利规范，防范权力之于农民自由发展的可能侵害，提供农民全面自由发展的公正制度保障。而依托于现代法治的规范供给、制度保障，一种“守法纪、有尊严”

[28] 周安平.善治与法治关系的辨析——对当下认识误区的厘清[J].法商研究,2015(4):73-80.
[29] 袁祖社.“这个世界会好吗”——正义的“现实”逻辑如何可能[J].文史哲,2017(6):153-162.
[30] 赵建波,解超.新时代“美好生活”的价值期许与实践逻辑[J].青海社会科学,2017(6):15-19.
[31] 马克思恩格斯选集（第4卷）[M].北京:人民出版社,1995：532.
[32] 周永坤.法理学——全球视野[M].北京:法律出版社,2010：200.

的全新农民形象也就在农村法治实践中呼之欲出，一种属于农民个体的全面而自由发展的社会生活也将由此到来。在这样的场景中，孟德拉斯所谓的传统小农经济的“农民的终结”在未来中国也将成为现实，而与这种“农民的终结”相伴而生的，将是基于法治的全面而自由的新型农民及其社会生活的诞生。

总之，农村“美好生活”的法治之维具有丰富的意蕴。法治的普适性原理与中国农村社会生活的结合，使得法治之下的农村“美好生活”获得了规范性基础，成为内涵相对确定的概念，而法治本身的实践品格，则为经由法治迈向农村“美好生活”提供了可能的进路。

三、经由法治建设迈向农村“美好生活”

农村“美好生活”蕴含着丰富法治意蕴，描绘了法治视域下农村生活的未来图景。未来图景不是给定的现实，它是基于事物内在特性和规律而蕴藏着的可能趋势。在这一意义上，“美好生活”也是“可能生活”。“可能生活既然不是给定的生活，它就需要创造性。”[33]探寻农村“美好生活”法治之维的实践进路，由此也就极为必要了。

那么，如何展开这种进路呢？在笔者看来，农村“美好生活”法治维度的实践，在基本原理层面，其实就是如何把法治本身的工具性和价值性在农村社会生活中真实地展开的问题。由于可操作的法治承诺了实现其价值目标的规范化的、机制化、程序化的制度途径，因而农村“美好生活”法治之维所指向的即是以法治为核心的一种善的生活；而又由于这种善建立在法治的可操作性基础上，因而也就不是抽象的善，而“是客观化的善，是利益最大化的善，是可见的物质性的善。”[34]法治的工具性与价值性由此融为一体。这为法治通过反诸自身实现社会调整，进而改善法律与社会的结构机制，实现美好生活提供了可能。当然，就农村“美好生活”的法治进路而言，我们除了考虑上述原理之外，也还应充分考虑当代中国农民社会生活的现实“需要”，在法治与社会的融合中，切实推进农村治理法治化建设，建构基于法治的农村“美好生活”。

第一，农民的“需要”是农村“美好生活”法治进路的起点。

“美好生活”是一个与人的“需要”相关的概念。“需要是人的本质的外在表现，是人的价值判断的主观根据，是人的价值追求的内在尺度。”[35]正是在“需要”的满足中，人们才确证了生活的美好，因而，正确认识人的“需要”，进而认识农民的“需要”，也就成为农村“美好生活”法治进路的起点。人的需要的具体内容是多重的。马斯洛将人的需要区分为生理、安全、感情、尊重和自我实现等不同层次，奥德赛的 ERG 理论则认为人的需要可划分为生存（existence）、相互关系（relation）和成长（growth）三种基本需要。[36]而在马克思主义看来，人是自然性、社会性和精神性的统一，因而人的需要也就有自然需要、社会需要、精神需要等不同类型。[37]这些复杂而多样的“需要”，当然并非全部与法律和法治存在关联，

[33] 赵汀阳.论可能生活[M].北京:中国人民大学出版社,2010：21.
[34] 周安平.善治与法治关系的辨析——对当下认识误区的厘清[J].法商研究,2015(4):73-80.
[35] 郭栋.美好生活的法理观照:一个方法论上的追问[J].苏州大学学报(法学版),2019,6(4):42-50.
[36] 刘鲁蓉.管理心理学[M].北京：中国中医药出版社,2010：110-111.
[37] 赵长太著.马克思的需要理论及其当代意义[M].郑州：河南人民出版社,2008：78.

但法治作为调整社会关系的理想治理方式，却必定与人复杂多样“需要”的理性调控和有效规训相关。

就农民的“需要”而言，其既有一般意义的人的需要的共性，也有基于农业生产与农村生活而显现的个性特征；既有因应社会整体进步而衍生的属于某一时代的总体性需要，也有受制于农村社会发展现实程度而产生的个别性需要。尤其是，在经历了三十多年农村改革的现代化历程之后，当代农民的“需要”已经超越了基本的温饱需求，而朝向更为广泛的政治参与、更为丰富的精神生活等方向前进。而考虑我国农村发展不平衡的现状，不同地区的农民需要，同样会存某些差别。所有这些，均向我们呈现了当下中国农民除“共性需要”之外尚存在“差异化需要”的现实。农村基层“美好生活”法治进路的展开，理应建立在农民与其他公民“共性需要”的基础上，同时更应深度关注农民的“差异化”需要，避免和防范借农民“需要”之名而行资本、权力“需要”之实的现象，以此夯实农村“美好生活”法治进路之现实根基。

第二，“需要”的权利化是农村“美好生活”法治进路的核心。

农民的需要构成了农村“美好生活”法治进路的起点。说它是起点，原因在于“需要”本身虽然包含农民的主观利益期待，但却仍主要停留在事实层面。要通过法治实现这些需要，就要把农民的“需要”转化为具有规范意义的权利话语。其原因在于：(1)权利话语表征着“需要”的正当性。“权利是更高层次的概念，它在与利益相连的同时，更多的是一种正当性宣言，体现着道德上的要求。”[38]当农民的“需要”成为农民的“权利”，“需要”的正当性也就借由权利而宣示。(2）权利化的过程是对“需要”筛选的过程。“国民的愿望或欲求虽然多种多样、永无止境，但法律以确认权利的形式满足这些愿望或欲求时必须考虑和根据现实的物质条件。”[39]因而以权利形式界定农民的“需要”，其实也就是人们基于现实物质条件对农民“需要”加以选择，使其成为“有效需要”的过程。(3）“需要”的权利化提供了法律保障的可能。权利本身并不仅仅是正当性宣示。“一项权利的存在，意味着一种让别人承担和履行义务的观念和制度的存在，意味着一种文明秩序的存在”。[40]故而当“需要”被权利化，这种以权利话语表征的“需要”也就进入了由法律提供的权利、义务、责任的结构关系之中。

正是由于上述原因，农村“美好生活”的法治展开，也就必然依赖于农民“需要”的权利化转换。这种转换，将促使那些与农村法治相关的宏大话语，进一步转化为更为细致具体的权利、权力、义务、责任等微观的、规范化的架构。“法治方式所能调整的就是权力与权力、权力与权利、权利与权利之间的关系。”[41]借由这种结构性关系，不仅农民“需要”的正当性借由权利得以宣示，而且通过法律义务与责任的约束，农民“需要”的满足也将藉由权利而获得实现之可能。就当前农村治理实践而言，虽然农民权利状况已然大有改观，但其体系化与制度规范发展程度之不足却也不必讳言。从实现农村“美好生活”的角度出发，进

[38] 卢丽萍.“案件认识偏差之多发地段：谈利益与权利的关系”[A].载中华全国律师协会民事专业委员会.侵权责任法律师实务（第1辑）[C].北京:中国法制出版社,2010：85-86.
[39] 童之伟.社会主要矛盾与法治中国建设的关联[J].法学,2017(12):3-11.
[40] 夏勇.走向权利的时代:中国公民权利发展研究[M].北京:中国政法大学出版社,1995：2.
[41] 陈金钊.“法治中国”所能解决的基本矛盾分析[J].学术月刊,2016(4):71-83.

一步梳理农民的真实“需要”，以权利的社会理论、规范理论和价值理论为依托，以法治的眼光为考量，尽力构建起逻辑周全而完整的、涵盖私人自主与公共领域的农民权利体系，仍旧是需要完成的法律作业。惟其如此，农民不同权利之间、权利与义务、农民权利与国家权力之间相互支撑的有机结构方能形成，经由法治实现农村“美好生活”也才能够获得规范基础。

第三，农民权利的现实化是农村“美好生活”法治进路的关键。

“法律实现是法律生命的体现。”“在一定意义上说，法律就是权利，法律实现的过程是纸上的权利义务变成现实的过程，法而不实现则法定权利始终只是画饼充饥而已。”[42]农村“美好生活”的法治展开，也要依赖于农民权利的现实化这一关键环节，否则，一切关于农村生活的法治构想和规则设计，只能成为纸面上的蓝图。

实现农民权利的现实化，我们理应引入发展的眼光来看待农民权利及其进化，切实关注农民权利实践面临的底层困境。一方面，自农村改革以来，当代中国农村社会已然被抛入快速现代化的轨道之中。农村人口的大规模流动、信息传播技术的普及等因素，已经促使传统乡土社会迅猛变迁，农村社会利益格局剧烈调整。由此进一步引发的农民权利观念勃兴以及农民权利实现的要求，其正当性在社会现代化变革背景下日益凸显。另一方面，我们也应认识到，受制于农村发展程度以及农民社会结构地位等的影响和制约，农民权利的实现过程仍具有鲜明的底层特色。[43]相对有限的权利维护途径、相对滞后且不平衡的乡村法律公共服务资源等，仍是农民权利实现过程中必须予以克服的现实障碍。面对上述情境，进一步探究农村基层社会的政治、经济和文化结构，深入观察农村基层法律事件，真切体察农民权利发展的要求，谋求破解农村基层法律运作障碍的可行对策，仍旧是农村法治建设的重要论题，而其解决，将为经由法治实现农村“美好生活”提供关键助力。

第四，法治的生活化是农村“美好生活”法治进路的目标。

如前所述，以法治维度观察，农村“美好生活”意味着一种基于法治的可能生活。“法治不外乎是一种生活情态，法治的基本立场是也应当是以现实的人的现实的生存与生活为基础和出发点，以现实的人的未来的理想生活为目标指向和参照。”[44]就此而言，农村治理法治化与农民及农村社会生活的相融共生，理应成为农村“美好生活”法治进路的理想未来。在笔者看来，这种相融共生的状态，可以称之为法治在农村的生活化。法治的生活化指向的是法治与农民、农村日常生活的融合，其追求的是在日常琐碎细致的具体生活场景中，使法治的规范要求落实于农民的日常思维、日常行为之中，让法治的价值诉求进入农村社会日常生活的无意识结构之中。如此一来，法治的生活化无疑是较前述农民权利现实化更为宏大深远的目标。当法治成为农村社会生活的常识和经验，法治与农村生活的相融共生将真正成为现实，基于法治的农村“美好生活”也将在这样的过程中真正形成。

---

[42] 周永坤.法理学——全球视野[M].北京:法律出版社,2010：303.

[43] 刘同君,等.新农村法律文化创新的解释框架——转型空间•知识命题•图景样式[M].北京:中国政法大学出版社,2012：205.

[44] 罗丽华.法治的生活之维[M].武汉:华中师范大学出版社,2011：106.

有必要说明的是，笔者这里主张将法治生活化作为农村“美好生活”法治进路的目标，并不是主张法治对农村生活的“殖民”抑或“格式化处理”，更不是要将法治活动完全等同于农村生活本身。生活存在多种可能，农村日常生活同样丰富多彩。试图将法治作为生活的唯一目标，其结果只能是对无限丰富的生活的背离。而从现实来看，宗法血缘等传统观念在今日农村社会生活中仍有着重要影响，而农村社会惯习与现代法治规范之间也不免出现隔阂甚至冲突。这种现实也表明法律的“生活殖民”是无法完成的。就此而言，农村“美好生活”的法治展开，固然无需要求现代法治刻意迎合农村现实生活，但却也不能无视现实而将法治作为唯一标准以强行“改造”生活。“法律赋予生活世界以规范意义，生活赋予法律规范以生命力量。”[45]生活与法律、法治的这种辩证关系决定了法治在农村的生活化必定是渐进展开、寻求均衡的过程。法治是农村“美好生活”的维度之一而不是全部。如何寻求法治与自治、德治等治理资源的融合链接，寻找契合农村实际的乡村治理体系，也就成为农村“美好生活”法治实践尚待完成的命题。

结语

法治与“美好生活”的紧密关联赋予农村“美好生活”以丰富的法治意蕴，提供了经由法治迈向“美好生活”的可能进路。在基层治理法治化背景下，农村“美好生活”既努力趋向于现代法治的规范要求和价值目标，同时也应保持对中国农村传统道德文化资源和社会现实的足够敏感。这种既指向理想又回应现实，既可以欲求又可能达致的特性，使得基于法治的农村“美好生活”不再是空虚的幻想，而是可以经由实践探索不断趋近的未来，值得在农村基层治理法治化进程中认真加以对待。

[45] 郭栋.美好生活的法理观照——“新时代社会主要矛盾深刻变化与法治现代化”高端智库论坛述评[J].法制与社会发展,2018(4):205-224.

新时代少数民族地区习惯法治理的必要性、可能性及路径探析

刘琳[1]

【摘　要】党的十九大报告提出，健全自治、法治、德治相结合的乡村治理体系，这为少数民族地区治理提出了新的时代要求。民族习惯法是少数民族地区重要的社会自治资源，少数民族地区习惯法治理具有必要性和可能性。少数民族习惯法能够从自治、法治、德治三个方面，提高民族地区的治理能力和治理效能。

【关键词】民族地区；民族习惯法；社会治理

党十八届三中全会提出要完善和发展中国特色社会主义制度，推进国家治理体系和治理能力现代化，这是一个全新的、极具理论价值和实践意义的重大时代命题，也是一个新的时代背景，既是对我国改革开放以来现代化建设经验的理论总结，也是对我国现代化进程中所面临的新问题和新挑战的积极回应。国家治理体系和治理能力现代化，实际上是回答“怎样治理社会主义社会这样一个全新的社会形态”的问题。“国家治理体系，包括了经济治理、政治治理、社会治理、文化治理、生态治理、政党治理等多个领域以及基层、地方、全国乃至区域与全球治理中的国家参与等多个层次的治理体系。”[2]可见，国家治理体系是一个多领域多层次的治理体系。地方治理是国家治理体系中的重要组成部分，而少数民族地区治理由于其特殊性在地方治理中具有重要意义。国家治理体系和治理能力现代化地推进，必须以完善和发展中国特色社会主义制度为根本方向，因此我国国家治理的方向必然是坚持中国特色社会主义道路，必须符合我国的具体国情，符合我国的历史传承、文化传统和经济政治社会发展水平。少数民族地区治理也应基于具体现实，结合少数民族地区的历史文化传统和政治经济社会发展水平进行有效治理。“习惯法”命题事实上已经进入少数民族地区的日常话语系统，这是少数民族地区重要的治理经验和治理传统。在少数民族聚集地，习惯法对社会的稳定、经济的发展民族的团结等方面起到了非常重要的作用。如何认识少数民族地区习惯法治理的问题，实现民族地区地有效治理，这始终关系到一个理论的前提，即习惯法治理究竟是如何可能的，这是少数民族地区治理研究中不可回避的的论题。

一、新时代少数民族地区习惯法治理的必要性

从统治到治理的转变，体现了党领导下的多方参与、民主协商、共同治理的主张和理

[1] 广西师范大学法学院讲师

[2] 江必新.国家治理现代化：十八届三中全会<决定>重大问题研究[M].北京：中国法制出版社,2014:1.

念，也体现了马克思主义的群众观点。从统治到治理，意味着政治生活发生了深刻的变革，是对国家统治和市场调节失效地深刻反思，国家和市场已经不可能解决所有问题，这是人类政治生活的必然趋势。因为市场在提供公共产品、限制垄断、约束个人的极端个人主义、克服无政府状态等方面存在不可避免的内在局限，仅仅依靠市场手段不可能实现社会资源的有效配置。同样，由于国家统治中计划和命令等手段自身的局限性，单纯的国家统治也无法实现资源的最佳配置。因此，国家和市场的失效为国家的管理模式从统治到治理的转变提供了契机。“治理是各种公共的或私人的个人和机构管理其共同事务的诸多方式的总和。”[3] 治理是官方组织和非官方组织（民间组织）共同运用公共权威维护社会秩序、保障公民利益的过程，是运用各种制度资源包括正式制度和非正式制以最大限度增进公共利益的活动。所以，治理的模式不再是政府的垄断，而是官方和民间组织的共治；治理的过程不是控制，而是协调和合作；治理依赖的不仅仅是正式制度，还包括人们认同的非正式制度。“从统治、管理到治理，言辞微变之下涌动的，是一场国家、 社会、公民从着眼于对立对抗到侧重于交互联动再到致力于合作共赢善治的思想革命；是一次政府、市场、社会从配置的结构性变化引发现实的功能性变化再到最终的主体性变化的国家实验；是一个改革、发展、稳定从避免两败俱伤的负和博弈、严格限缩此消彼长的零和博弈再到追求和谐互惠的正和博弈的伟大尝试。”[4]

从治理到善治的追求，善治是治理的理想状态，“善治不同于传统的政治理想‘善政’或‘仁政’，善政是对政府治理的要求，即要求有一个好政府。善治则是对整个社会的要求，即不仅要有好的政府治理，还要有好的额社会治理。简单地说，善治就是公共利益最大化的治理过程，其本质特征就是国家与社会处于最佳状态，是政府与公民对社会政治事务的协同治理，或称官民共治。”[5]可见，善治是国家与社会通力合作，政府与公民共同努力的结果，社会和公民的力量在国家治理中的作用将日益重要。“善治实际上是国家权力向社会的回归，善治的过程就是一个还政于民的过程。”[6]所以，善治的实现离不开公民的参与，离不开民间社会的合作。有学者提出善治包含十个基本要素：合法性、法治、透明性、责任性、回应、有效、参与、稳定、廉洁、公正。要实现善治的目标，就必须建立与经济社会文化发展相适应的现代治理体系，实现国家治理体系的现代化。

国家治理是一个多层级的体系，地方治理的实现，自然也需经历从统治到治理再到善治的转变，实现官民共治的最佳状态，需要加强和重视良好的社会自治，需要注重发挥社会自治规则的作用，这就为民族习惯法进入少数民族地区治理提供了现实基础，也决定了作为社会自治规则的习惯法进入民族地区治理的必然性。换句话说，少数民族地区实现从统治到治理再到善治的转变，离不开良好的社会自治，良好的社会自治离不开其固有的社会自治规则，而民族习惯法是少数民族地区，在国家法之外，依据某种社会权威制定的、具有一定强制性和约束力的行为规范，其作为一种特殊的社会自治规则自然是少数民族地

[3] 俞可平.论国家治理现代化（修订版）[M].北京:社会科学文献出版社,2015:23.
[4] 江必新.推进国家治理体系和治理能力现代化[N].光明日报, 2013-11-15(38).
[5] 俞可平.论国家治理现代化（修订版）[M].北京:社会科学文献出版社,2015:3.
[6] 俞可平.论国家治理现代化（修订版）[M].北京:社会科学文献出版社,2015:31.

区治理所不可或缺的要素。少数民族地区存在大量的习惯法，如瑶族的石牌律、侗族的款约、苗族的埋岩、壮族的都老制等，是少数民族地区的一套自我管理的规则，长期以来在民族地区社会治理中发挥了重要作用。国家管理要实现从统治到善治的转变，重构公共治理秩序，实现公共利益的最大化，不仅要转变政府的管理方式，还要重塑社会治理模式，认识社会自治的重要性，国家与社会的协同治理和合作管理是实现善治的基本途径。只有不断推动和培育社会力量的成长，国家才能不断地还政于民，还权于社会，从而实现国家和社会的协同治理。习惯法在少数民族地区拥有悠久的历史传统和深厚的现实基础，是少数民族地区治理中不可忽视的社会自治力量，在历史上和现实中都发挥着重要的作用，如在维护社会秩序和社会治安、保护自然资源和生态环境、保障集体公共财产和个人财产、维护家庭稳定和睦、促进生产和经济发展、调解纠纷矛盾等方面都起着积极作用。所以，少数民族地区的治理就不得不考虑习惯法这样的传统因素，因势利导，不断增强习惯法的正向自治能力，弱化习惯法的负向自治能力，促进其与政府治理的协调和合作，从而形成善治的合力。由于治理和善治离不开公民和民间社会的参与，如果没有社会自治力量的合作，治理和善治也就失去了意义。因此，国家管理模式从统治到治理再到善治的转变，意味着社会治理和自治是不可或缺的，而民族习惯法正是少数民族地区社会自治力量的重要体现，也是少数民族地区特有的治理方式和治理手段，这决定了少数民族地区进行习惯法治理的必要性。治理现代化并不是对传统的否定，而是对传统的扬弃，是包含了传统的现代化。所以，少数民族地区治理的现代化也必然是对传统习惯法扬弃基础上的现代化。

二、新时代少数民族地区习惯法治理的可能性

国家治理体系与治理能力的现代化作为我国改革的总目标之一，是我国国家治理在认识和实践上的一次重要飞跃。在现代化的过程中，民族习惯法作为一种重要的治理资源，是否可能参与到少数民族地区治理进程中，加速地方法治建设，

有必要在理论上厘清这一问题。国家治理与以往的统治有何区别？学界普遍认为两者在权威主体、权威性质、权威来源、权力运行向度以及作用的范围等方面存在重大差异。而习惯法治理本质上契合了国家治理的这些特点，因此少数民族地区习惯法治理是可能的。具体来说，基于国家治理治理主体的多元化、治理的共识性和自愿性、治理运行的多向度、治理范围的广泛性的特征，重新定位民族习惯法，阐释民族习惯法在地方治理进程中的可能性。

（一）习惯法治理体现了治理主体多元化

国家治理是政府治理、市场治理和社会治理的统一，国家治理的主体是多元的，是公共机构和私人机构的协同管理，除了政府，还包括企业、社会组织等。同样，少数民族地区治理的主体也是多元的，是官方治理和非官方治理的结合。随着我国经济政治社会发展水平的不断提高，民众的主体意识、民主意识、权利意识、公平意识也不断提高。这是实现治理方式转变的重要主体因素，也是国家和地方治理中重要的主体基础。少数民族地区传统上一直存在着各种民间组织，如瑶族的石牌组织和油锅组织、侗族的款组织、苗族的

埋岩组织等等，所以在少数民族地区民众具有较强的主体意识、民主意识的传统，加之以现代化的推进，更进一步强化了这种意识。因此在少数民族地区具有“官民共治”的主体基础。过去由于少数民族地区地处偏远，国家政权鞭长莫及，习惯法民间组织发挥了重要作用，承担着地方治理的功能。现在这些组织虽然发生了变迁，但仍发挥着一定作用，如广西金秀六架屯保留了传统的石牌头人制度，并将这种头人制度是与基层组织相结合，参与地方治理。少数民族地区的族老、村老、寨老、老人协会等作为习惯法民间组织变迁的缩影，常常参与村委会、司法所以及法庭的纠纷调解中，对共同处理纠纷、维护社会秩序起到了积极作用。所以，少数民族地区习惯法治理实际上是民间组织参与治理，为地方治理提供了丰富的社会资源，是治理主体多元化的表现。

（二）习惯法治理增强了治理的共识性和自愿性

与传统统治相比，治理的权威除了来源于强制性的国家法律之外，还来源于公民的认同和共识，体现为自愿性，因此没有多数人的认同和共识，治理是很难实现的。所以，国家治理必然是以民主为基础的，不仅体现为政治治理的民主，还体现为社会治理的民主。习惯法是少数民族地区人们在长期的生产生活中反复博弈而形成，为人们所认同，并由全体村民通过的行为规范。这些行为规范已经浸透在人们的生产生活之中，内化为内心信仰，成为人们不假思索的行为选择，正如梁治平教授所言“民间法是那种非常贴近实际社会生活制度，而且不是被人为地按照某种原则设计出来的东西。”[7]可见，习惯法有着广泛的村民支持，在村民观念之中认为是理所当然的事情，这种自发性恰恰是一种内化认同的体现，是实践共识的达成。这种认同也增强了基层社会治理的自愿性，所以在民族地区大多形成了道不拾遗、夜不闭户的良好社会秩序。可见，少数民族地区习惯法治理增强了治理的共识性和自愿性。

（三）习惯法治理加强了治理运行的多向度

从权力运行的向度来看，传统统治的权力运行总是自上而下的单向度运行模式，而治理的权力运行不是总是自上而下的单一向度，而是自上而下与自下而上互动的管理过程，需要通过协同和合作共同实现对公共事务的管理，其权力的运行是多向度的。国家法是国家制定和认可的，并由国家强制力保障实施，是国家意志的体现，所以国家法治理必然是一种自上而下的过程，而习惯法是人们在生产生活的实践中逐渐形成，具有自发性，所以习惯法治理必然是自下而上的过程。现代社会的国家法普遍是商品经济发展的产物，属于“大传统”，而民族习惯法是乡土社会的产物，属于“小传统”，两者之间始终存在价值理念的差异，并在价值理念上存在紧张关系。国家法是人类理性的体现，具体自觉性，表现为一般性和普遍性，而民族地区的各地风俗是自发的，不同的少数民族习惯法大相径庭或相距甚远，具有独特的特殊性，两者之间始终存在着一般性和特殊性、普遍性和个别性的张力。因此，国家法在民族地区的治理并不总是有效的，往往需要借助于习惯法的协同和合作，这一协同合作的过程正是自上而下与自下而上互动的过程，也是治理多向度的体现。

（四）习惯法治理体现了治理范围的广泛性

[7] 梁治平.在边缘处思考[M].北京:法律出版社,2003:13.

治理是各方主体对公共事务的协同管理，涉及公共领域，而不仅仅限于政府权力领域，国家治理体系包括政府治理、市场治理和社会治理，涉及政府行为、市场行为和社会行为，国家治理体系是一个系统体系。习惯法长期以来在维护婚姻家庭、保护公私财产、维护生产秩序、保护自然资源、维护社会治安、管理公共事务等方面发挥着重要作用，如“当今金秀地区的民事关系、社会交往、纠纷解决仍然基本遵照固有的习惯法，物权习惯法、借贷习惯法、交换习惯法、婚姻习惯法、分家析产习惯法、丧葬习惯法、互助习惯法、公共事务习惯法、纠纷解决习惯法等在现代得到传承。”[8]习惯法不仅参与公共事务的管理，如广西融水苗族习惯法对组织集体活动、公益活动（如修桥修路）、完成上级指派任务（如提留款的收取、公余粮的交售）以及保护公共利益（如公共设施的管理、共有资源和环境的保护）等方面进行管理[9]；还涉及市场治理，规范所有权和约束债权行为，如侗族瑶族通过打草标来宣示自己的所有权，满族禁止在集市买卖中流通狗肉；也非常重视社会治理，如保护生态环境，贵州苗族有苗族人对树木只间伐不“剃光头”、只砍树不挖根的做法，又如重罚盗窃行为，瑶族对偷窃他人财物者处罚 30 斤米、30 斤肉、30 块钱并请全村共吃石牌饭。可见，习惯法治理也是一种多领域治理，涉及范围广。

综上所述，少数民族地区习惯法治理体现了治理主体多元化和治理范围的广泛性，增强了治理的共识性和自愿性，加强了治理运行的多向度，所以，少数民族地区运用民族习惯法治理是可能的。

三、新时代少数民族地区习惯法治理的实现路径

少数民族地区治理是国家治理体系中的重要组成部分，党的十九大报告提出，健全自治、法治、德治相结合的乡村治理体系，这为少数民族地区治理提出了新的时代要求。少数民族习惯法能够从自治、法治、德治三个方面，提高民族地区的治理能力和治理效能，实现自治、法治、德治的有效融合。

（一）少数民族地区习惯法治理是加强村民自治的现实基础

民族习惯法作为少数民族地区治理的重要资源，是加强村民自治的现实基础，民族习惯法的自治功能主要体现在三个方面：

第一，一些少数民族地区还保留有传统的习惯法组织，如广西金秀的石牌组织、贵州从江的寨老组织，这些民间组织作为社会治理的重要主体，仍然发挥着社会自治功能，对维护当地的经济和社会发展起到了积极作用，在一定程度上克服了单纯政府治理治理效能的不足。

第二，根据我国《宪法》和《村民委员会组织法》，在我国广大的农村地区，国家推行村民自治，要求各村制定村规民约，少数民族地区也不例外，但少数民族地区制定的村规民约与汉族地区的村规民约有所不同，在物权、债权、婚姻家庭方面沿袭了习惯法内容，

[8] 高其才.习惯法的当代传承与弘扬——来自广西金秀的田野考察报告[J].法商研究,2017(5).
[9] 周世中.西南少数民族民间法的变迁与现实作用——以黔桂瑶族、侗族、苗族民间法为例[M].北京:法律出版社,2010:303.

如 1911 年《六拉村三姓石牌》规定“山中生柴，石牌以下，不得乱砍，何人不听，众村罚银十二元”。这些内容在村规民约中得以延续，1991 年《古占村村规民约》规定“集体财产（包括生产生活资料）任何人不得损坏和折价变卖，违者赔偿所有损失”。将民族习惯法引入村规民约，是少数民族地区实现村民自治的普遍做法，有利于提高村民自治的治理效能。民族习惯法通过自我扬弃，剔除了不符合社会发展的部分，保留了符合现代法治精神的内容，通过进入村规民约体系，实现了其自治功能，由于有了村规民约的形式，使其获得了更强的约束力和强制力。

第三，这些传统习惯法的力量经过历史的积淀已经深深地刻在少数人民的心中,正如卢梭所言“唯有慢慢形成的风俗才是最后构成穹隆顶上的不可动摇的拱顶石”[10]，这是铭刻在人们内心的法律。少数民族世世代代对它加以维护和传承，成为了一种不假思索的行为自觉。在卢梭看来，这种法律作为第四种法律对社会治理具有重要意义，其所具有的社会稳定和调解功能是良好的社会治理的根本所在。民族习惯法的制定和实施过程，本身也是少数民族自我管理的过程，所以习惯法更体现民意，更贴近民情，能够得到更好的实施和遵守。

（二）少数民族地区习惯法治理是促进乡村治理法治化的必然途径

苏力认为，要实现社会主义法治，借助和利用本土资源是必不可少的。少数民族地区习惯法是少数民族长期生产生活的经验总结，有其合理性和正当性，在乡村治理法治化中发挥重要作用。

第一，梁治平教授指出：“在国家法所不及和不足的地方，生长出另一种秩序，另一种法律，这里可以先概括地称为‘民间法’”[11]。因此，法治化不仅仅是国家法的法治化，还包括民间法或习惯法的运用。在少数民族地区民族习惯法是国家法实施的有益和必要补充，尤其在调解中对化解社会矛盾、维护社会秩序发挥了积极作用。如“凉山彝族群体一旦在集贸市场里发生‘以物换物’的贸易纠纷，他们多交由‘毕摩’处置，处理结果一般都能被双方当事人接受。”[12]

第二，国家法与习惯法的关系并不是静态的，而是动态的过程，在以国家法为主导、以习惯法为补充的价值理念下，二元互动的动态中逐渐形成新的法治习惯，“即将法律精神融入习惯的新型习惯具有自发生成社会治理法治化的属性。”[13]习惯法与国家法互动的领域就是黄宗智提出的第三领域，是一个对抗、顺应和相互适应的过程。习惯法源于人们日常的生产生活，是一个开放、动态、自我运行的系统，在与国家法互动中具有自我变更的能力。国家法精神正在悄然引导习惯法的变迁，变迁中形成的新型法治习惯反过来加速了社会治理的法治化。如“桂林市恭城县红岩村村规民约之中，把建设社会主义新农村作为订立村规民约的宗旨，与现代民主政治建设保持高度一致。”[14]因此，习惯法与国家法之间的紧

[10] [法]卢梭.卢梭全集(第 4 卷)[M].李平沤译.北京:商务印书馆,2012:74.
[11] 梁治平.清代习惯法：社会与国家[M].北京:中国政法大学出版社,1996:32.
[12] 宋才发.习惯法在乡村治理中的法治功能探讨[M].南宁:广西民族研究, 2020(2):53.
[13] 刘柳.习惯理论视域下的社会治理——对卢梭习惯理论的发现、引申与反思[J].河南大学学报（社会科学版）,2017(3):29.
[14] 覃杏花.利用少数民族习惯法促进广西农村村民自治发展[J].梧州学院学报,2008(4):31.

张关系，不应是一味规避国家法或否定习惯法而缓解，而应在两者互动中形成新的习惯来适应社会治理法治化。

（三）少数民族地区习惯法治理是发扬乡村德治的重要载体

少数民族地区习惯法是乡土社会和熟人社会的产物，虽然随着交通的便利和城镇化的发展，少数民族地区在经济生活上发生了很大的变化，但以“伦理道德”为基础的熟人乡土社会没有发生彻底地改变，正如费孝通所言乡土社会是不需要太多法律的。因此，民族习惯法实质是少数民族地区“伦理道德”的体现，是人们行为规范的指引。少数民族习惯法中所体现的“伦理道德”，涉及家庭伦理，生态伦理，公共道德等，是人们对民族习惯法认同的情感基础，在乡村德治建设中发挥了积极作用。民族习惯法中体现了明显的和睦和和谐的伦理要求。一方面，习惯法中的和睦思想促成了和睦的家庭邻里关系、相互帮助尊重原则的形成。如金秀瑶族自治县《三角屯村规民约》规定：“互相通奸，发生不正当关系，破坏他人家庭团结，罚款三个四十（即 40 斤米、40 斤酒、40 斤猪肉），男女同等处罚，给与全村人吃教育酒”，同时规定“任何无理取闹造成他人家庭和人与人之间不团结的，一次给予罚款 50 元”。金秀《六架村石牌》规定：“团结互助，不吵架、不打架，如有争议，通过协商解决，做到一人有难，众人相帮。”另一方面，习惯法中和谐思想体现为人与人之间的和谐以及人与自然之间的和谐。人与人之间的和谐思想促进了少数民族乡村社会“大事化小、小事化了”原则的形成，通过对各种纠纷的调处化解社会矛盾和冲突，如融水苗族自治县《新平村村规民约》规定：“公平公正，互谅互让解决纠纷问题，有纠纷的双方应抱着团结的愿望出发，平等协商解决”。人与自然之间的和谐思想保障了当地的生态平衡，促进了社会经济的可持续发展，如蒙古族草原环保习惯法中规定“倒场轮牧、禁止草原荒火和破坏草场、禁止污染水资源和保护森林资源、季节性围猎和保护野生动物等”[15]。因此，民族习惯法自身所承载的伦理道德要求有利于少数民族地区乡村德治建设，所以少数民族地区习惯法治理是发扬乡村德治的重要载体。

四、结语

在少数民族地区习惯法治理过程中，需要结合各个民族的实际情况，坚持以自治为基础，以法治为核心，以德治为支撑，在自治中实现法治、德治；以德治来促进法治、自治；在法治中有体现德治、自治，实现三治有效融合，从而真正达到民族地区“善治”的目标，保障少数民族地区政治经济社会和谐健康发展。当然，任何事物都具有两面性，民族习惯法治理也存在着负面的作用，如可能存在与国家法的冲突、法律规避等问题。但我们应当看到少数民族习惯法治理作用仍然是利大于弊。在推进国家治理体系和治理能力现代化的大背景下，如何在健全自治、法治、德治相结合的乡村治理体系中，发挥少数民族习惯法治理功能，将为建设民族特色的地方治理体系提供更多的发展思路。

[15] 金山,陈大庆.人与自然和谐的法则—探析蒙古族古代草原生态保护［J］．中央民族大学学报：哲学社会科学版,2006(2).

从优秀传统文化到美好生活
——以仁理念的法律意义为例

连赛君[1]

【摘　要】仁理念以“和谐共生”为要义，是中华优秀传统文化的重要组成部分，也是传统法律文化中的重要概念。仁理念运用于法治实践的正当性在于其具有历史经验性和道德情感追求，其与西方法律价值之权利、功利、自由、平等与尊严具有内在关联。仁理念在法治中的意义体现为：仁理念之精神至上可防止法理之功利至上、情感关照可防止法理之教条僵化与冷漠、共生精神可防止法理之个人主义、和谐追求可防止法理之斗争思想，仁理念在法治中的运用有助于人们自愿爱国、自律守法，并具有重要的政治意义。

【关键词】传统文化；仁理念；法律价值

引言

“仁爱之心”[2]在我国此次抗击新冠肺炎疫情工作的阶段性胜利中发挥了重要作用，是我国新冠疫情防控指挥工作的重要精神向导，也体现在无数医护工作者以及各行各业广大中国民众的义行善举中。“仁爱之心”最重要的思想渊源就是儒家的仁理念，其渗透在中国两千多年的国家治理理念和民众日常观念中，是中华民族一直以来秉承的优秀传统文化。

法治社会的公民不仅是理性的也是感性的，我们在感叹人们不敢扶起摔倒的老人、不敢见义勇为的时候，其实是在感性意义上认为这样的行为不符合我们对美好生活的期待。当前我国社会的主要矛盾已经转化为人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾，在法治社会中成就美好生活，一种可能的答案就是将仁理念作为法律价值和融入人们的守法意识。2018 年 3 月 20 日，习近平总书记在第十三届全国人民代表大会第一次会议上指出：“我们要以更大的力度、更实的措施加快建设社会主义文化强国，培育和践行社会主义核心价值观，推动中华优秀传统文化的创造性转化和创新性发展，使中华文明的影响力、凝聚力、感召力更加充分地展示出来”。仁理念作为中华优秀传统文化的重要组成部分，可以古为今用，创造性转化为当今中国法治建设的智识资源。

一、作为优秀传统文化的仁理念

（一）仁的意涵

第一，仁具有专有内涵。本文的仁专指儒家之仁，受中国近代政治运动及西方思想文

[1] 中国人民大学法学博士，北京理工大学博士后。

[2]《增强“四心”，坚决打赢疫情防控战》，http://www.chinanews.com/sh/2020/02-24/9102940.shtml，最后访问时间：2020-04-05。

化的影响，其多被误解或不被重视。19 世纪英国汉学家理雅各（James Legge）将儒家的仁翻译为“benevolence”或者“perfect viture”。许多学者都对儒家仁的内涵进行了阐释，这些阐述虽存在差异，但中心思想并无显著差别：成中英认为仁是儒家思想的核心内涵，仁的本质是“生生”。[3]陈顾远认为仁是儒家文化的原子核和中华民族存立的基石，是诸德的总和，仁的发端是恻隐之心，外展是忠恕之道，仁表之于行便是“义”，所以孟子将“仁义”连称，仁不是泛爱也不是宗教之爱，而是以“义”为准的修齐治平的爱，其在政治方面表现为“仁政”。[4]李泽厚认为，仁的人性结构是情理结构或称情本体，由血缘基础的孝悌观念、乐观心态的深层意识、关系情感的人道精神、独立自主的个体人格四个方面构成。[5]总之，仁作为一种综合性的思想体系，其心理基础为恻隐之心、同理心、同情心，以“亲亲”为始、推己及人，仁具有和谐共生、天人合一、乐感文化[6]以及修身治平的价值追求，以及经验世界可践行的道德准则，达成仁的途径可概括为“诚”、“克己”及遵循“中和”原则。

第二，仁的内涵体现了天人合一和审美追求。儒家的最高理想与境界是天人合一，所谓“大人者与天地合其德”，[7]天人合一的哲学观主张个体与精神本体世界发生联系，追求天人、物我一体的境界。仁者惜物厚生，追求物物均调、物我无间、己物一贯的人与自然相处之道，相信人能弘道、[8]“参赞天地之化育”。[9]仁是圆融自通的，具有智的直觉，能够达致最高的“物自体”智慧，以仁的智慧立法能够达至天人合一、践仁知天的境界，[10]天人合一是中国传统文化思想的归宿，是中国文化对人类的最大贡献。[11]人因天地之仁而生，因而能以仁为性，天地以人之能践仁发出美善的光辉，故天人相生创造出日新又新、更美更善的世界，人与天地相通也呈显了人的尊严与价值的本源意识。[12]仁学中有关于美的直接表述，如《易经》中有言“君子黄中通理，正位居体，美在其中，而畅于四支，发于事业，美之至也”。本体美学就是要维护我们在本体体验中的整体性与自然性，让它呈现出一种自然的快乐，儒家以整体性为价值目标，[13]仁之天人合一追求体现出一种整体性，注重品格提升和精神修行，追求道德圆满感与审美体验。

第三，仁理念中精神优位于物质名利。新文化运动领袖陈独秀认为传统文化由于与政治经济功效不直接相关，所以没有价值。有学者则指出，衡量人文文化的标准应该是真善

---

[3] 参见成中英：《孔子哲学中的创造性原理——论生即理与仁即生》，载《孔子研究》，1990 年第 3 期。

[4] 参见范忠信、尤陈俊、翟文喆编校;《中国文化与中国法系——陈顾远法律史论文集》，中国政法大学出版社 2006 年版，第 336-339 页。

[5] 参见李泽厚：《由巫到礼，释礼归仁》，三联书店 2015 年版，第 131 页。

[6] 李泽厚认为仁的审美价值追求是乐观主义的，追求“乐感文化”，不同于“生而有罪待拯救”、“这个世界不值得活”等宗教哲理，认为“人类所行走的是一个永不完成的奋斗历程”，积极乐观的情感作为中国的文化特色，会随着中国的强大而产生普遍意义（李泽厚：《由巫到礼，释礼归仁》，三联书店 2015 年版，第 216 页）。

[7] 《周易》

[8]《论语·卫灵公》

[9]《礼记·中庸》曰：“能尽人之性，则能尽物之性；能尽物之性，则可以赞天地之化育，则可以与天地参矣”。

[10] 参见王元臣：《践仁以知天：牟宗三新儒学审美的道德进路》，载《中国石油大学学报（社会科学版）》 ，2011 第 5 期。

[11] 参见钱穆：《中国文化对于人类未来可有的贡献》，载刘梦溪主编：《中国文化》1991 年第 4 期，第 93-94 页。

[12] 参见成中英：《儒家哲学的本体重建》，中国人民大学出版社 2017 年版，第 235、39 页。

[13] 同前注，总序第 10、11 页。

美，不能因为唐诗宋词或仁义礼智信不具有某种政治、经济功效，就否认其价值。[14]仁的精神追求本身就有价值，所谓“贤人好德是因为美德本身值得追求，常人则往往为了种种实际利益才好德”。[15]仁的价值理念反对贪婪、见利忘义，避免将财富作为至上追求，将义置于利之前。[16]

（二）仁理念之经验和道德情感属性

第一，仁理念不包含超验价值。仁理念主张无神论，区别于宗教之爱在与神的沟通中实现。儒学不同于宗教，不关涉上帝也不承认超验，孔子的情理结构不同于脱离人类社会的康德先验理论，不是玄奥高妙的道德形而上学，儒学崇尚实用理性也就是历史理性，重视具体时空环境的过往经验，且循序变易、日新又新，而不追求某种既定不变的普遍必然，不以一成不变的先验和超验教义为指引，仁的实践性来自于巫与现实的一个世界的关系，巫体现在现实生活的行为和情理结构之中。[17]沃格林也认为以儒家为代表的中国传统文化不包含超验价值，认为儒家思想可以防止国家走向现代性歧途。[18]儒家思想是一种价值实在论，认为生命的繁衍延续本身就有价值，不以人为观念来评价确定价值，不以物竞天择、适者生存的进化论确定价值之高低，[19]仁理念的本质是“生生”，将人类的生存延续作为价值来源，[20]也体现了其历史经验性。梁启超认为仁的重要内容就是修养人格，人格锻炼到精纯便是内圣，人格扩大到普遍便是外王，儒家千言万语和各种法门都可归结到这一点，儒家所谓外王把社会学、政治学、经济学等包括在内，所谓内圣把教育学、心理学、人类学等包括在内，儒家关于人性问题的研究以前没有拿生性学和心理学作为根据，不免有悬空肤泛的毛病，东原以后受心理学影响，主张又自不同，往后再研究这个问题必定要精彩精密得多。[21]如梁启超所言，修养人格达致“内圣外王”需要经由多学科的研究尤其是心理学研究，也就是说仁与心理学密切相关，而人的心理是人类社会的重要经验事实，所以仁与心理学之间的关系也体现了仁的经验性质。

仁的历史经验性还体现于仁非仅停留在文字记载，而是追求此世的修身治平。所谓“仁远乎哉？我欲仁，斯仁至矣”，[22]儒家持积极的入世态度，主张服务于尘世生活和政治，其最高价值目标和超越追求具有在伦理道德实践中践行的可能性，仁在生活现实中就可以实

---

[14] 参见陈来：《守望传统的价值》，载《社会主义核心价值观研究》，2016 年第 4 期，第 5-10 页。

[15] 刘小枫：《以美为鉴》，华夏出版社 2017 年版，第 165 页。

[16] 孔子认可“贫而乐道，富而好礼”、“见利思义”、“君子喻于义，小人喻于利”，认为“造次”与“颠沛”之时也不应“违仁”，“君子谋道不谋食……君子忧道不忧贫”，（《论语·学而》、《论语·宪问》、《论语·里仁》、《论语·里仁》、《论语·卫灵公》）赞赏颜回在陋巷疏食的情况下“不改其乐”的行为（即所谓“孔颜之乐”，有学者认为，中国现代性的最终命运取决于中国人能否找到生活中的“孔颜乐处”，参见李猛：《理性文化及其传统：对韦伯的中国观察》，载《社会学研究》，2010 年第 5 期），赞赏曾点“浴乎沂，风乎舞雩，咏而归”之乐水乐山的精神追求。孟子的“义利观”与孔子一致，认为吃喝玩乐与名利富贵都是暂时的，道义应是人生的主要目标，并将追求道义还是名利作为区分君子小人的标准。董仲舒也说过：“夫仁人者，正其谊不谋其利，明其道不计其功”。（[东汉]班固：《汉书·董仲舒传》）。

[17] 参见李泽厚：《由巫到礼，释礼归仁》，三联书店 2015 年版，第 119 页。

[18] 参见李强：《三位德裔思想家眼中的超验价值》，载《文汇报》，2018-08-17。

[19] 参见刘纪璐：《儒家价值实在论能够抵御 sharon street 的达尔文式挑战》，陈煜译，载《思想与文化》，2017 年第 2 期。

[20] 参见李泽厚：《由巫到礼，释礼归仁》，三联书店 2015 年版，第 223 页。

[21] 参见梁启超：《孔子与儒家哲学》，中华书局 2016 年版，第 95、97 页、204 页。

[22]《论语·述而》，朱子注：“仁者，心之德，非外在也。放而不求，故有以为远者；反而求之，则即此而在矣，夫岂远哉”？程子曰：“为仁由己，欲之则至，何远之有？”（朱熹：《论语集注·述而》）

现。儒家重身心一体而非灵肉二分，仁学之道体现在伦常日用之中，落实在日常生活、行为、言语和姿态中，血缘、心理、人道及人格形成了一个以实用理性为特征的有机整体，仁讲究归于自然却仍属于这个世界的超脱，重视人类生存生活、关注人间苦难与生民休戚，是中国士大夫选择的超越有限生命却仍存在于现实中的道路。[23]不同于西方的至善在彼岸世界才能实现，儒家在现实中践仁便可求得至高至善。巫史传统的理性化，使巫君和巫师们的上天通神传达神意，转化性创造为中国人承担天命的历史使命感和神圣责任感，以此来超越个体的有限生命，获得神圣的生活意义、人生价值和生存意向。[24]

第二，仁理念体现了道德情感追求。儒家典籍中多处阐明了“人情”观念，仁的基本内涵合乎“人情”，以人性人情为基础。[25]冯友兰认为：“孔子亦注重人之性情之自由。人之性情之真的流露，只须其合礼，即是至好，吾人亦即可顺之而行矣”，“仁者，即人之性情之真的及合礼的流露”，[26]易言之，仁是人之真情“合礼”的流露，仁合乎人之性情之自由与人之性情之真。孔孟所推崇的礼是真情实感的恰当表达方式，礼是形式理性与实质理性的统一，且更注重实质理性，[27]仁是礼的核心内涵，体现了真情实感和实质价值关怀。从心理角度说，仁发端于恻隐之心，仁之天人合一能使人内心愉悦，达致一种道德情感体验。[28]

二、仁理念作为法律价值的依据

（一） 依据仁理念的基本属性立法的依据

仁具有历史经验性并体现了道德情感追求，所以探究仁理念作用于当今法治的原因，可参考西方根据经验和道德情感来制定法律的相关理论。以经验和道德情感作为法律价值的来源，符合韦伯关于行为需要符合传统、情感和信仰的秩序正当性思想，以及魏德士所言的价值合意原则和信仰原则。

其一，韦伯认为所有社会行为都应遵循秩序正当性的基础，秩序正当性基础大致可分为传统（tradition）、情感（affectual）、价值合理的信仰（value-rational faith）、合法性（legality）四类。其中，传统基础是指秩序正当性源于始终的存续；情感基础是指秩序正当性源于情感，尤其是有感情的信仰；价值合理的信仰是指秩序正当性源于从绝对有效价值做出推断，而绝对有效价值的典型承载者是道德规范，此时秩序正当性也可视为源于合道德性

---

[23] 参见李泽厚：《由巫到礼，释礼归仁》，三联书店 2015 年版，第 35、121、118、126 页。

[24] 同前注，第 132、126 页。

[25]《礼记·礼运》曰：“何谓人情：喜、怒、哀、惧、爱、恶、欲七者弗学而能”（《礼记·礼运》）；子曰：“道不远人。人之为道而远人，不可以为道”（《礼记·中庸》），说明了“为道”应顺应人情而不能“远人”的道理；《毛诗序》中说“发乎情，止乎礼义。发乎情，民之性也；止乎礼义，先王之泽也”（《诗经·毛诗序》）；《郭店竹简》说：“性自命出，命自天降。道始于情，情生于性。始者近情，终者近义”（《郭店竹简·性自命出》）；管子曰“ 凡人之情：得所欲则乐，逢所恶则忧，此贵贱之所同也”，“夫凡人之情，见利莫能勿就，见害莫能勿害”（《管子·禁藏》），“礼者，因人之情，缘义之理，而为之节文者也”（《管子·心术》）；荀子曰“矫饰人之情性而正之”，“扰化人治情性而导之”（《荀子·性恶》）；王阳明认为“喜怒哀惧爱恶欲，谓之七情”，“七情顺其自然之流行，皆是良知之用，不可分别善恶，但不可有所著”（[明]王阳明：《传习录》）；西汉晁错认为“计安天下，莫不本于人情”，“合于人情而后行之……情之所恶，不以强人；情之所欲，不以禁民。是以天下乐其政”（[西汉]晁错：《贤良对策》）

[26] 冯友兰：《中国哲学史》，华东师范大学出版社 2011 年版，第 46 页。

[27] 参见苏亦工：《天下归仁：儒家文化与法》，人民出版社 2015 年版，第 102 页。

[28] 此分析架构的根据是休谟的心理学和道德哲学，休谟认为道德愉悦感产生的心理基础是同情，道德产生于内心愉悦感。

（Morality）；合法性，即秩序正当性源于践行实定法。[29]秩序正当性包括法律规则的正当性，法律价值要具有正当性，就应该符合韦伯上述理论中的秩序正当性基础。依据经验及道德情感制定法律的正当性，可以依据上述秩序正当性思想来论证。

其二，德国法学家魏德士认为价值判断只能被看作假设，如拉德布鲁赫认为价值判断好坏及公正与否的标准都是不确切的、主观的，并且价值评价会随着其所处政治社会环境的改变而改变。魏德士认为到目前为止，尚未发现可靠的得到一般地承认的证明价值判断的方法，激烈的价值评价之争就是佐证，但是不能因为目前不能科学地证明价值，而认可价值相对主义与价值虚无主义，寻找价值的科学性共识是一切以规范为研究对象的科学之任务。魏德士认为在对价值进行评判时三个证明原则很重要，分别为合意原则（价值可以得到普遍的或大多数人的承认）、权威原则（价值可以被权威性地预先确定）和信仰原则（价值可以为人们所信仰）。[30]依据经验及道德情感制定法律，符合魏德士上述所言的合意原则和信仰原则。

（二）仁理念与现代西方法律价值具有内在关联

现代西方社会公认的三大法律价值为秩序、自由和平等。西方社会的权利、自由、公正等话语与孔子的“己欲立，立人；己欲达，达人。己所不欲，勿施于人”在本质上是一致的，现代西方人所谓平等、正义、公平、公正与孔孟思想中的仁并无本质差别，只是西方人早已将之升华为法律语言，而我们仍只是在道德语境下转圜。[31]很多人认为仁理念与现代西方法律价值的含义相差甚远，其实它们在本质上是相通的。

仁与西方法律价值在历史上有着密切关系，我们却常常忽视该历史事实。作为欧美现代性价值基础的人之主体性来自于儒学，仁对西方法律价值的人文精神产生了重要影响。17、18 世纪西方耶稣教会到中国来传教，面对中国哲学和中国传统文化，西方教会需要对中国推崇的道德主体有所回应，这个回应却反向地影响了西方，西方人把道德主体转化为理智自我，实现了工具理性的重建，由此，西方启蒙内容包括追求平等、自由、福利、博爱开放及正义，甚至追求实现个人欲念的经济价值。儒学本身就具有现代性，合乎理性、正义与自由追求，智本身涵育仁是智的根本性，在合理性的基础上，仁与义利相应，仁为义利之间的根源，仁与智相应，仁智合一，义利相符，由此形成人对社会的信任和对未来的信赖，儒学的历史使命就是面对现代性。[32]仁理念与西方法律价值的联系主要体现为以下五个方面。

第一，仁理念与“权利”的联系。[33]其一，仁学中的“权利”思想体现在“仁爱”思想中。仁学思想以恻隐之心为心理基础，主张“仁者爱人”、“己欲利而利人，己欲达而达人”、“己所

---

[29] See Max Weber,Economy and Society, Edited by Guenther Roth and Claus Wittich, California University Press,1978,p.49.

[30] 参见[德]伯恩·魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社 2007 年版，第 132 页。

[31] 参见苏亦工：《天下归仁：儒家文化与法》，人民出版社 2015 年版，第 11 页。

[32] 参见成中英：《论儒学的真诚性与创发性——兼评当代儒学的“三偏”与“三正”》，载《哲学研究》，2016 年第 6 期。

[33] 也有观点认为以中庸、和谐为至上追求的中国不注重权利，如勒内·达维德认为，中国百姓处理人与人之间的关系想要达到的状态只是中庸和谐，不注重权利，不需要用法律调整日常生活，对追求和谐的中国人来说，没有法律发挥作用的社会需要。（[法]勒内·达维德：《当代主要法律体系》，漆竹生译，上海译文出版社 1984 年版，第 487 页）

不欲，勿施于人”、“推己及人”，仁者关怀他人之情感，理解他人权利需求和尊重他人权利，并能从己之权利需求推至他人权利需求。情感而非理性是普遍人权的基础，情感在现代国内和国际公法体制的发生和发展中扮演着重要角色，保护动物权利也同此理，同理心能够使人认识到自己和他人痛苦耻辱的感觉是一致的，道德情感和同理心是人权观念与制度的基础。[34]其二，仁学中的“权利”思想也体现在“仁政”思想中。[35]虽然在引进西方人权观之前，我国没有发布过有关人权的宣言，也不像西方那样热衷于探讨人权问题，但是中国传统思想中已经体现了对政府的要求和对民众权利的维护，如孟子认为“民为贵，社稷次之，君为轻”，所以中国的人权观念在很早之前就得以确立。[36]其三，仁学中的一些思想有助于培育权利意识。从修身而立己，立己而觉己，觉己而觉人，然后国治而天下平，有独立意识是权利意识的基础，也是尊重他人权利的意识来源，[37]据此，以仁义礼智信修身立己，对提高法律中的权利意识有促进作用。

第二，仁理念与“功利”的联系。有观点认为仁之不慕名利观念与人的自然欲望背道而驰，缺少张力，体现了虚伪性，也不符合当代民众的财富观念。这种观点是对仁理念的一种误解，仁理念追求拯治时世、救济人民，并不否定物质追求。关于仁与“功利”的关系，可以从以下两个方面来理解：其一，仁学中的“功利”体现在“仁义”[38]思想中，所谓仁是“义之本”，[39]“礼以行义，义以生利，利以平民，政之大节也”。[40]“仁义”是在权衡人与人之间利益以及给予、决定取舍时需要遵循的准则。[41]在仁的情感自觉下对差异他者做出公平公正的行为，即从同情共感掌握差异以施行考虑差异的公正，即是义，[42]义所考虑的就是公利，秩序与公平待遇问题直接或间接地影响到整体中每个人的福祉，[43]将义与生命基本利益联系在一起，是儒学真诚性的最好体现。[44]其二，仁学中的“功利”以德性、责任及权利伦理为基础。任何一个行为要求是有德的，必然要满足责任需要和维护个人权利，在满足责任和权利之后谈功利，才不会影响到人的基本价值。功利主义的最大问题就是漠视了责任和权利意识，更漠视了根源性的德性意识，仁为实现责任与权利的公共行为，与亚里士多德的德性伦理相协和，涵盖了康德以来的责任伦理与个人之应得的权利意识，并追求全体及长远利益的功利主义。[45]

---

[34] 参见刘晗：《平等、移情与想象他者：普遍人权的道德情感基础》，载《清华法学》，2017 年第 4 期。

[35] 也有观点认为西方和中国的政治民主权利是不同的：西方的民主主要体现为“参与的民主”，中国的民主主要体现为“信赖的民主”。中国传统社会中的民权概念被囚禁于民本语境中，君主关爱民众、以民为本，却不代表民众享有各种权利尤其是自主权利。

[36] See Chung-Shu Lo,Human Rights in Chinese Tradition,in UNESCO ed,Human Rights:Comments an Interpretations,New York：Columbia University Press,1949,pp.186-187.

[37] 参见王伯琦：《近代法律思潮与中国固有文化》，清华大学出版社 2005 年版，第 77 页。

[38] 义常与仁合称为“仁义”，义在《易传》里有“集义以为利”之意，孟子认为“羞恶之心”是“义之端”，朱熹认为“义者，心之制，事之宜也”（[宋]朱熹：《孟子集注》），即人可以内心之控制达到为人处世之适宜、公正。

[39] 《礼记》

[40] 《左传·成公二年》

[41] 参见[美]金勇义：《中国与西方的法律概念》，陈国平等译，辽宁人民出版社 1989 年版，第 165 页。

[42] 参见成中英：《儒家哲学的本体重建》，中国人民大学出版社 2017 年版，代序第 11 页。

[43] 同上，第 256 页。

[44] 参见成中英：《论儒学的真诚性与创发性——兼评当代儒学的“三偏”与“三正”》，载《哲学研究》，2016 年第 6 期。

[45] 参见成中英：《儒家哲学的本体重建》，中国人民大学出版社 2017 年版，代序第 11 页。

第三，仁理念与“自由”的联系。有一种观点认为，在中国传统社会中民众选择信任封建统治者而缺乏反思与自由意识，如马克斯·韦伯认为，西方的神圣法和世俗法之间存在紧张关系，所以孕育了个人主义精神，而在中国传统社会中神圣法和世俗法则不存在紧张关系，中国传统社会的统治依靠的是神圣传统性及行政组织的强力限制，也因此无法发展出人的独立性。[46]所以，从民众政治权利的角度来看自由，中国传统文化包括儒家文化中缺乏自由意识。但是，仁理念实际上却可能和现代自由思想并不冲突，甚至可以说包含着充分的现代自由思想，美国汉学家狄百瑞（William Theodore de Bary）就认为，儒家思想包含着与近代西方文化相近的自由主义传统。[47]从仁的内涵来看，“生生”即有生命自由生发的意涵，和西方的“自由”思想不无交叠之处。

第四，仁理念与“尊严”的联系。其一，一般来说，尊严的内涵包括不受他者的侵犯与自律，仁学所倡导的修身自律精神体现了一种尊严思想。张千帆在《为了人的尊严》一书中认为仁的真义并不仅体现为同情、怜悯和社会福利，也体现为上天赋予人智力和道德能力而使人成为完整的存在，仁理念中含有人的内在价值追求，以“仁义”为最高行为准则的君子理想人格追求，通过礼和中庸之道培养德性，体现了尊严追求，人格尊严一词最精准地概括了孔孟道德教义的主旨。其二，仁学的尊严思想也体现为其主张主体的人格独立，不同于西方的个人主义，儒家的个人主义是个体精神上的独立自主、不受羁绊的伟大人格，而不是现代西方以物质利益、生活利害为基础的个人主义。[48]

第五，仁理念与“平等”的联系。首先，仁学中的平等思想体现为仁学中的人格标准是人人相同的，人人经过努力都可成为圣人。由于官和民的人格标准是一致的，古代社会以伦理道德教化民众顺从的同时，也为民众臧否君主提供了权利依据，由此使君主权力受到极大限制。[49]其次，仁学中的平等思想也体现在教育理念方面，如孟子认为人人经过修行都可以成为尧舜，韦伯认为，中国古代官方理论坚持起决定作用的不是出身而是教育，这种教育原则上是有教无类的，儒家不追求虚无缥缈的东西，其国家观和社会伦理要求是每个人能做到的。[50]

三、仁理念作用于法治的意涵和基础

（一）仁理念作为法律价值的意涵

第一，仁理念作为法律价值具有同情、权利、功利、自由、平等与尊严等意涵，而不能被其中任何单一的价值所替代。仁理念作为法律价值，其内涵包含着各西方法学派的价值思想，

但是却不同于博登海默所倡导的综合法学思想，不是各法学派价值立场的简单结合，

---

[46] 参见[德]马克思·韦伯：《儒教与道教》，张登泰、张恩富编译，人民日报出版社 2007 年版，第 109-111 页。
[47] 参见韩伟：《“中国的面具”：美国新儒学大家狄百瑞思想综论》，载《国外社会科学》，2017 年第 5 期。
[48] 参见李泽厚：《由巫到礼，释礼归仁》，三联书店 2015 年版，第 120 页。
[49] 参见马小红：《古法新论——法的古今连接》，三联书店 2014 年版，第 6 页。
[50] 参见[德]马克思·韦伯：《儒教与道教》，张登泰、张恩富编译，人民日报出版社 2007 年版，第 107 页。

而是西方各法学派所追求价值的有机综合，能够实现优势互补。仁理念包含自由、功利内涵，认可社会习惯的价值，而其与西方法律价值意义上的自由、功利等内涵又不尽相同：仁理念的自由内涵是建立在历史和社会经验基础之上的，而非理性的构建；仁理念的自由功利内涵与仁理念的道德原则之间存在张力，仁理念的自由内涵以他人自由为界限，[51]仁理念的功利内涵遵循义的原则；仁理念认可社会习惯的作用，但是其与西方社会法学派别相比，又有确定的道德价值诉求。总之，仁理念中的自由功利等内涵都以“和谐共生”为要义，仁理念以达致自我与他者之间的和谐为目标，而不是个人主义的，仁理念的精神目标将其各种内在价值有机结合在一起。

第二，仁理念作为法律价值体现为法律符合天人合一的思想意涵。古代天理与国法人情的关系体现了天人合一思想，中国古代法律文化中很多观点认为法律应该符合天的价值，如《尚书·皋陶谟》中认为天命有典、天秩有礼、天命有德、天讨有罪，将天与法连接起来，班固认为圣人“必通天地之心，制礼作教，立法设刑，动缘民情，而则天象地”，“故圣人因天秩而制五礼，因天讨而作五刑”，[52]汉代董仲舒以天人合一思想阐释了其精神超越追求，认为人间法应上符于天，“圣人副天之所行以为政”。[53]法学属于社会科学的范畴，社会科学研究不同于自然科学研究，对社会科学的解释应当关照人的精神世界，所以法学也需要从美学、艺术等视角进行研究，仁理念作为法律价值，其天人合一之美能够使法律向美向善。“在天人合一的审美境界里，法律也分得了它的一席之地，闪现着的美的光辉”。[54]

（二）仁理念作用于法治的人文和制度支持

其一，仁作用于法治具有民众心理基础。李泽厚认为儒家思想是百姓“日用而不自知”的生活态度、思维定势、情感取向，其通过自觉的文化教育和不自觉的风俗习惯，积淀成为社会的深层结构，[55]也有学者认为仁理念是人类生命中最简单和最重要的道理，是人类社会的一则公理。[56]仁理念在中国历史上薪火相承，虽然其在传承过程中尤其在近代出现过断层，却根深蒂固地存在于中华文化中，影响着今天中国人的思维方式和价值追求，体现为乐善好施的道德风尚，以及修齐治平的情怀追求。

其二，仁作用于法治具有制度支持。我国今天走的是将马克思主义中国化的道路，党和国家的理想信念是马克思主义思想，马克思主义思想中的共产主义理想与仁所蕴含的“大同世界”理想高度契合。在治国方略方面，我国的基本治国方略是依法治国与以德治国相结合，倡导精神文明建设与物质、政治、社会、生态文明建设五位一体。在文化建设方面，

---

[51] 严复在约翰·密尔《论自由》的“译者序”中指出：“学者必明乎己与群之权界，而后自繇之说乃可用耳。”（他认为“中文自繇，常含放诞、恣睢、无忌惮诸劣义，然此自是后起附属之诂，与初义无涉。初义但云不为外物拘牵而已，无胜义亦无劣义也……但自入群而后，我自繇者人亦自繇，使无限制约束，便入强权世界，而相冲突。故曰人得自繇，而必以他人之自繇为界，此则《大学》絜矩之道，君子所恃以平天下者矣。穆勒此书，即为人分别何者必宜自繇，何者不可自繇也”，参见严复：《群己权界论•译凡例》）上文“自繇”即是“自由”，严复认为个人自由以他人自由为界限，符合儒家经典《大学》中的絜矩之道。

[52] [东汉]班固：《汉书·刑法志》

[53] [西汉]董仲舒：《春秋繁露·四时之副》

[54] 吕世伦：《法的真善美——法美学初探》，法律出版社 2004 年版，第 446 页。

[55] 参见李泽厚：《由巫到礼，释礼归仁》，三联书店 2015 年版，第 173 页。

[56] 参见苏亦工：《天下归仁：儒家文化与法》，人民出版社 2015 年版，第 66-67 页。

我国倡导弘扬中国传统文化之“讲仁爱、重民本、守诚信、崇正义、尚和合、求大同”的价值传统，“富强、民主、文明、和谐，自由、平等、公正、法治，爱国、敬业、诚信、友善”的社会主义核心价值观也以中国传统文化为根基。在法治理念方面，社会主义法治理念包括“依法治国、执法为民、公平正义、服务大局、党的领导”，2018 年，我国《宪法》中增加了“社会主义核心价值观”的内容，“文化软实力”写进《宪法》，并出台了《社会主义核心价值观融入法治建设立法修法规划》。在法律实施方面，近年来的“审判中心主义”、“保证人民参与司法”、“努力让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义”等要求，体现了法治中的人文关怀。综上，我国当前在治国方略、文化建设、法治理念、中国特色社会主义法治体系建设等方面的政策理念，与仁的价值理念是相一致的，为仁理念在法治中的运用提供了政策支持。

四、仁理念——开创法治社会中的美好生活

（一）仁理念在法律实践中的运用

中国古代社会的伦理价值对实践具有重要影响，如莱布尼兹（Gottfried Wilhelm Leibniz）认为西方在自然科学方面优于中国，但在实践哲学方面，即在将伦理学和政治学戒律应用在尘世生活方面，西方较之中国则相形见绌了，[57]古代社会中人们不仅在品行方面遵守仁义道德，也将仁理念赋予了社会规则，儒家学说作为古代社会中的重要伦理，对当时的法典产生了直接影响，如陈寅恪所言“儒者在古代本为典章学术所寄托之专家。李斯受荀卿之学，佐成秦制。秦之法实儒家一派学说之所附系”，“夫政治社会一切公私行动，莫不与法典相关，而法典为儒家学说具体之实现”。[58]

《礼记》、《周礼》等可以认为是中国当时社会的成文法，而仁理念则是古代社会中礼的核心内涵，仁理念也是我国历史上重要的法律文化。中国古代社会长期实行“礼法共治”，“纳礼入律”经历了三个阶段：首先是西汉的“引经决狱”阶段，即在法律没有明文规定的案件或疑难案件中，若案件有关伦常，可以儒家经典中的案例或某项司法原则作为判案依据；然后是东汉的“据经注律”阶段，即以儒家经典对法律条文进行注释，儒家经典或被赋予法律效力或在司法中直接运用；最后是“纳礼入律”阶段，即将儒家经典直接上升为法律规定。魏末晋初的张斐认为法律的基本精神是礼，所有律条都必须折中于“礼乐”，主张以礼率律，推进了礼法合一、纳礼入律的进程，后来晋律开始“纳礼入律”，第一次将“五服制”引入法典，唐律则“一准乎礼”。我国历史上积淀的法的价值有正直、公平、惩恶、仁、善等，其中仁是中国传统法律追求的价值之一，是礼与法的归宿。[59]仁理念在古代社会规则中体现为对执政者和民众的仁德要求，以及国家间的仁德要求。

仁理念在古代法律中的运用为其在当今法律中的运用提供了参考。仁理念作用于当今

[57] 参见[美]万百安：《欧洲与中国哲学的短暂恋爱》，吴万伟、吴越译，载吴根友主编《比较哲学与比较文化论丛》中国社会科学出版社 2017 年第 12 辑，第 3-18 页。
[58] 陈寅恪：《陈寅恪史学论文选集》，上海古籍出版社 1992 年版，第 511 页。
[59] 参见卓泽渊：《法的价值论》，法律出版社 2006 年版，第 176-186 页。

法律实践，可体现在法律要求民众行为符合仁爱理念，法律体现对民众的仁爱，以及国际法中的仁爱三个方面，具体体现为：尊重生命和事物的生发规律，尊重人的情感、生活经验和习惯，促成和谐共生，以同理心对待事物、保障人权、保卫良知、刑法谦抑性、支持公益与慈善事业、保护自然资源与生态环境，以及国际法中的相关制度等。法律中的“诚实信用”、“权利不得滥用”原则是“己所不欲、勿施于人”的体现，《反垄断法》、《反不正当竞争法》及《消费者权益保护法》体现了抑强扶弱、先义后利的精神，环境法则体现了仁民与爱物精神。[60]仁的共生理念在法律实践中体现为寻求各种法律价值之间的平衡，如法律体现尊重地方个性习惯的同时也会符合公序良俗、国际法体现国家间和谐的宗旨也注重维护每个国家自己的利益等。在将仁理念运用于法律实践时，应注意规避古代礼治中混淆道德与法律、礼之不确定性的弊端，防范不适当的“父爱”制度，也应注意区分仁爱与施舍，如在保护残疾人权益的法律中，应将残疾人作为关爱对象而非施舍对象。

（二）仁理念运用于法治的意义

仁理念与法律的关系近似于自然法与实证法之间的关系，或者说是一种法律理念与法律规定之间的关系，仁理念运用于法律相当于以价值内容为仁的自然法指导法律运行，但是仁具有不同于西方自然法的独特价值体系。仁理念还可以以道德的形式运用于法治中，概言之，仁理念在法治实践中的形式可体现为法律规则、法律原则和道德。

从历史来看，中国的法律价值观是舶来品，而作为文明大国，中国完全可以返本开新，依据自身文化走出属于中国的法治之路，并以独到的价值理念贡献于世界法治。西方法律价值主要受建构理性影响而体现出不足，仁理念作为一种认可经验和情感的理念，其运用于法治中体现的是一种与以建构理性制定法律相对立的方式。仁理念之特有内涵对西方法律价值的不足具有弥补意义，仁理念作为法律价值能够防止西方法理之僵化冷漠、个人主义以及功利至上等。仁理念还可促进民众自愿爱国、自律守法，其作用于法治也具有重要的政治意义。

第一，仁理念之“精神至上”可防止法理之功利至上。我国清末变法后功利主义盛行，随着当代中国经济的发展以及现代性价值的影响，人们面临着更多的金钱名利诱惑，利益问题成为道德和法治建设中应着重处理的问题。功利至上思想夸大了人的主体地位，主张张扬人性欲望，认为人是万物主宰，对社会、自然界和动物无限制地索取以满足自身需要是理所当然的。相较于功利追求，仁理念更加注重精神追求，如梁漱溟推崇儒家文化，排斥向外追逐物欲，认为追求自由的原因不应是计算自由的益处，而是因为从内心来说，人无自由不可安。[61]仁理念具有崇高精神追求，尊重宇宙万物的生命、经验和发展规律，倡导人们见利思义，有助于扶正西方社会过分追求物欲及尊崇功利的思想，避免因利益冲突引发的恶性竞争。用仁理念指导法律制定，有助于法律避免将功利作为至上追求，如在动物保护立法方面，以仁理念为指导出台禁食野生动物的法律，[62]能够使相关法律免受功利

[60] 参见苏亦工：《天下归仁：儒家文化与法》，人民出版社 2015 年版，第 70-71 页。
[61] 参见梁漱溟：《东西文化及其哲学》，商务印书馆 1999 年版，第 214 页。
[62] 2020 年 2 月 24 日，全国人大常委会通过了《关于全面禁止非法野生动物交易、革除滥食野生动物陋习、切实保障人

至上思想的影响。

第二，仁理念之“情感关照”可防止法理之教条僵化与冷漠。僵化遵从理性教条被认为是德国纳粹制造人间惨剧的重要原因，对西方法律价值具有重要影响的康德哲学也被认为是教条化的。尼采认为康德的“绝对律令”是建构出来的虚构概念，[63]阿列克西提出康德的理论支持这样一种观点，即被制定出来的法律只能被无条件遵守，而不需经过反思，也不需被民众所信奉和接受，但是权威机构制定的法律未必绝对正确，法律要经过反思，且应得到民众支持和接受。[64]康德哲学影响下的现代自由主义思想面临着很多危机，其主要原因在于人性学说的薄弱，特别是缺乏道德情感与公共美德理论。[65]考夫曼（Henry Kaufman）认为宽容是社会正义的一项要素，其目的在于公共福祉，社会正义要减少人类的不幸与痛苦，应最大可能地避免和减少人类穷困，[66]上述体现了宽容对法律哲学的重要意义，而宽容是爱的重要意涵。在现代性导致的法律价值问题已然显现、人们注重内心感受和幸福的今天，法学研究应更多地对接人类学与心理学研究，体现人类社会爱的价值。

关于爱的内涵可谓见仁见智，有些所谓的爱未必符合他人意志，法律父爱主义未必合理，爱也许会成为恶之托词。将爱与法律连接，需要对爱的内涵进行界定，仁理念作为具有悠长历史的思想体系也许能够提供有益参考。仁理念以同情和道德情感为基础，将仁理念运用于法律中，使法律植根于社会现实、合乎人情、体现温情，有助于应对法律形式理性的不足，防止法理之教条僵化与冷漠。我国在新冠疫情防控中出现了很多执法乱相，有在自家打麻将者的麻将桌被防疫志愿者打砸，也有教师因在空旷户外跑步未戴口罩而被强制隔离，法律不是万能的，总有很多情况需要执法人员根据情势做出判断，如果执法人员可以秉持仁爱之心、兼顾人情法理，而非僵化地执行命令，也许就会出现上述执法问题。

第三，仁理念之“共生精神”可防止法理之个人主义。仁理念作为法律价值，不同于西方法学将个体的自由和财富优先于公平，其具有和谐共生的内涵，主张集体共同之“生生”、全体的繁荣共生，以义务和关系为本位，把人生意义和价值放置于人际关系。仁理念倡导大同思想，有助于减轻建立在原子个人基础上的现代伦理和政治所带来的自我膨胀、追求无限、无家可归，[67]儒学作为一种义务导向的伦理，能够对极端个人主义倾向进行纠偏，其在获得适当解读后可以生成一种更为平衡的权利学说。[68]实践中，新加坡李光耀认为过分维护个性群体的利益不可能使社会整体协调发展，所以他放弃了实现全部个体权利的观念，在国家治理中推崇儒家的伦理道德，[69]其治理成果表明了放弃个人主义观念的正确性。

民群众生命健康安全的决定》。

[63] 参见王齐在“康德的道德哲学及其时代效应——《道德形而上学的奠基》读书班结班仪式暨康德道德哲学论坛”上的发言：《尼采对康德的批判：以〈反基督〉为核心》，http://sky.cssn.cn/zhx/zx_lgsf/201811/t20181118_4777439.shtml，最后访问时间：2020-04-09。

[64] 参见[德]罗伯特·阿列克西：《法概念与法效力》，王鹏翔译，商务印书馆 2015 年版，第 123-128 页。

[65] 参见高全喜：《休谟的政治哲学》，北京大学出版社 2004 年版，第 5 页。

[66] 参见[德]阿图尔·考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，法律出版社 2004 年版，第 476 页。

[67] 李泽厚：《由巫到礼，释礼归仁》，三联书店 2015 年版，第 70 页。

[68] 参见张千帆：《为了人的尊严——中国古典政治哲学批判与重构》，中国民主法制出版社 2012 年版，第 42 页。

[69] 李光耀在国家治理中倡导“五伦八德”，“五伦”和“忠孝仁爱，礼义廉耻”之“八德”是根据儒家思想做出的符合时代精神的阐释，参见丁韶华：《儒家伦理与法律秩序：李光耀法律思想探微》，载《法治现代化研究》，2017 年第 1 期。

个人主义和私有制是西方经济危机的重要原因，梁漱溟认为西方经济不可逾越的周期性危机，必然导致其由私有经济向社会所有制过渡，也必然会导致西方放弃扼杀人性的文化，转而追求中国恬静和谐的文化，也即仁文化。[70]

第四，仁理念之“和谐追求”可防止法理之斗争思想。西方法律价值倡导人类中心主义、欧洲中心主义、男性取向、工具理性以及利己主义，其法理体现了一种斗争哲学。斗争哲学的基础是黑格尔的承认理论，承认理论认为同古人以决斗方式争取尊严和被承认一样，在经济政治领域人们也希望通过斗争获得承认，即所谓“为承认而斗争”。福山（Francis Fukuyama）认为黑格尔所谓的“为承认而斗争”不具正当性，否认通过强力满足被外界承认的心理需要，认为一些人因为极度渴望被视为优秀的人而具有很强的竞争性，由此会引发其他人因不平而加入竞争，从而使社会陷入麻烦，即使在完全自由民主的社会中，渴望被承认和追求优越感的人也可能会因为内心空虚，而成为感到平庸的没有激情的“末人”。[71]在政法实践中，很多国家的政治团结因缺乏精神根基而难以落实，西方的斗争哲学也是我国文革以阶级斗争为纲的思想来源，给我国以深痛教训。不同于西方的斗争思想，仁理念反求诸己，追求内心和谐以及天人合一的审美境界。不以承认理论、斗争思想及零和思维作为构建政法制度的基础，而以求诸于内心的仁爱理念作为政法制度的价值追求，有助于社会和谐，并防止出现上述福山所谓的“末人”社会。

第五，仁理念可促进民众自愿爱国、自律守法。许多国家都把爱国作为法律义务，我国也是如此，我国社会主义核心价值观中最根本的也是爱国。西方倡导的宪法爱国主义[72]主张以法律凝聚共识，注重程序性和可操作性，弥补了自由主义和社群主义关于国家认同理论的不足，然而该理论将爱国理论和民族文化分离，并不符合各民族国家的实践。尽管爱国可以做为一种法律义务，但是爱国的原因不应是为了履行法律义务或者宪法法律制定得好，而应是民众对祖国和人民的情感。情感自愿是人们行动的根基，是符合人性的，民众以自愿情感爱国才是一种真正意义上的爱国，才能使民众具有参与政治和公共生活的自愿性和积极性。

仁理念是一种内心自由选择的精神追求，生发于内心自愿，而非产生于强制义务和空洞理论。所谓“先仁而后法，先教而后刑，是治之先后者也”，[73]仁的情感发生机制是由“亲亲”理念推至爱社会和爱国，人人以“亲亲”之爱待人，推己及人、民胞物与。爱人必定也爱人所处的社会，从而使人自愿认可国家和法律，也因自愿爱国而更加自律，提高道德修为，“尽己”、“推己”、奉行“忠恕”之道，自觉履行道德与法律义务。总之，作为实践道德准则的仁对法治的作用，体现为其有助于民众自愿爱国和承担社会责任、自律守法而减少纠纷

---

[70] 参见梁漱溟：《东西文化及其哲学》，商务印书馆 1999 年版，第 165-188 页。

[71] 参见 Paul Sagar,The last hollow laugh,Was Francis Fukuyama the first man to see Trump coming? - Paul Sagar | Aeon Essays，最后访问时间：2020-04-09。

[72] “宪法爱国主义”是由德国思想家哈贝马斯提出来的，其基本意涵为公民对现代民族国家普遍确立的关于平等自由权利的宪法原则的认同和忠诚，倡导以良法凝聚民众的爱国意识，以保护公民的民主权利。（参见彭刚：《哈贝马斯的话语民主与宪法爱国主义》，载《江西社会科学》，2009 年第 7 期）

[73]《群书治要·袁子正书》

与违法行为。提高国家工作人员及法律工作者的仁德素养，对法治为民和社会公正也有着重要意义。新冠疫情爆发后，各种滥用言论自由的现象屡见不鲜，很多网民对出现的社会问题不问究竟，只是不负责任地以网络言论宣泄情绪，注重个体不受限制的权利，甚至造谣生事，他们缺乏家国意识，没有考虑到其言论对社会的负面影响。一些网民甚至将矛头指向政治统治的合法性，忽略了国家安危关系到每个人的切身利益。民众若秉持仁爱之心，关注国家和谐稳定，以国家之存亡兴衰为己任，也许能从根本上防止出现上述滥用言论自由的现象。

第六，仁理念在法治中的运用对国家政治统治具有重要意义。其一，仁理念在法治中的运用有助于实现善治。沃格林在《天下时代》一书中赞同了孟子“不仁而得国者有之矣，不仁而得天下者未之有也”[74]的说法，认为《白虎通》中将从帝到王的转变描绘为一条从宇宙论秩序到人类学秩序的序列，王之德和谐地将仁义结合起来。文明史是人类在恻隐之心与合群本能的驱动下，构造优良制度的历史，[75]宽仁的政策法律是中国古代社会统治智慧的体现，造就了中国独具特色的天下体系，使仁爱惠及天下百姓。

其二，仁理念在法治中的运用也有助于维护国家尊严。实践中很多人对中国哲学不屑，或认为中国乃至整个亚洲都没有哲学，或认为东方哲学是神秘主义的抑或模糊的，他们认为西方哲学才是科学理性的，对中国哲学随意做出不负责任的评价。实际上这些人大多并不了解中国哲学，也不可能论证其上述立场。对中国传统文化和哲学的误解或贬低，是对中国整体文化的极大否定，一定程度上有损于我国的国家尊严。事实上，西方既自然又理性的自我论述史，在逻辑上是经不起推敲的，西方试图改造他者文化和制度所依据的自我认识和表述，不是一种真理论述，而是一种价值或文化论述，它不代表或占有历史规律或客观真理，而是一种个人和集体的意志和理想的表达，现代中国也应该学会塑造生活和价值世界的自我形象以表达自我意志。[76]

西方的种种价值观念只不过是经过提炼的自我论述，法哲学作为一国政法理论的重要基础，不应该只以西方文化为理论基础，在国家间以文化为依托的制度价值竞争日益激烈的情况下，中国需要讲出自己故事的能力，提炼出中国五千年历史文化中蕴含的文化精华。英国历史学家汤因比认为，文明对人类社会的公平正义具有决定作用，21 世纪将是中国人的世纪，人类最美好永恒的文化应该是以中华文化为基础的东西方文化结合的产物。美国亨廷顿的文明冲突论也指出，国家间力量的对比主要是文明的对比，国家间发生冲突也主要是因为文明不同，中国文明是西方文明的最大挑战之一。仁理念作为中国优秀的文化财富，其在法治中的运用有助于我国应对其他文明的挑战、保护国家安全和维护国家尊严，乃至缓和世界范围内的文明冲突。

---

[74] 《孟子·尽心》

[75] 参见姚中秋：《华夏治理秩序史》（上），海南出版社 2012 年版，第 35 页。

[76] 参见张旭东：《全球化时代的文化认同》，北京大学出版社 2005 年版，第 13、3 页。

四、结语

仁理念蕴含西方法治的人文精神，并具有独有的审美价值体系。仁理念在国外法律和我国现有法律中并不是没有体现，本文是将其不自觉的运用形成自觉的理论，并为仁理念在法治中的运用提供证立依据。日常生活中的规则或法律制度若缺少仁爱价值，常常使人疲于遵守乃至产生抵抗心理，也不符合人们对美好生活的期待。马克斯·韦伯早已认识到了制度构建中的理性构建思维之不足，认为现代人陷入了理性制度编织的牢笼中，然而韦伯对解决此问题持悲观态度，没有提出解决方案，如何应对现代社会的价值危机成为困扰人们的谜团。

苏力的“本土资源论”[77]曾风靡中国学界，传统法律研究也方兴未艾，本土资源并不是因为其是本土的就是重要的，传统法律也并不是因为其是历史的就应该被珍视。本土资源和传统法律之所以重要，在于其经久不衰的精神内涵，在于其承载着人们的内心追求，指引着人们的生活意义。倡导将仁理念作用于法律运行的根本原因，在于其有助于应对现代性价值困境和法治中的价值问题，在于其作为道德有助于民众自愿爱国、自律守法，在于其符合民众的内心诉求、有益于提升民众幸福感和开创美好生活。法律和世间万物、人的情感和道德本来就处于普遍联系之中，推动人类文明进步的一个重要方式，也许就是将仁理念融入到法律理念之中，将古老的道德理念和现代的法治手段结合起来，使法律以尊重生命自然、顺应人情、消除人间疾苦为向导。仁理念在法治中的运用，不仅有助于发展完善中国的法治理念，对述说中国文化、争取中国的国际话语权，以及构建人类命运共同体也具有重要意义。作为中华儿女，“仁以为己任，不亦重乎”！

[77] 朱苏力在《法治及其本土资源》中认为，法律制度应该依据习惯、本土文化和社会生活中的各种非正式法律制度来构建。

“三治融合”的基层实践——以山西省 F 市人民调解为例

付洁[1]

【摘　要】“三治融合”是基层治理的基本模式，也是人民调解应遵循的思维方法。将“三治融合”理念贯穿于人民调解工作中，可以提高人民调解水平，强化基层治理效果。通过观察人民调解的运行状况，可以得出人民调解的应然走向，即继续坚持自治为基，扩大人民调解实践功能；法治为本，推进人民调解的制度化建设；德治引领，增强人民调解实施效果；再辅之以“智治”支撑，提升人民调解的现代化水平。

【关键词】三治融合；人民调解；基层实践；应然走向

“三治融合”是基层治理的基本模式，人民调解是践行基层治理的重要领域。在国家治理体系与治理能力现代化的进程中，以人民调解为视角，探讨如何在基层治理中践行“三治融合”以及如何运用“三治”加强人民调解工作，不仅具有理论意义与实践价值，还符合时代需求。

一、理论逻辑

（一）何谓“三治融合”

“三治融合”发源于浙江桐乡，自 2013 年起，当地开展了自治、法治、德治合一的基层治理实践，形成了“三治结合”的乡村治理格局，[2]后被概括为“桐乡经验”。“桐乡经验”虽然是具体个案、样本和经验，但经验可以催生知识，实践可以催生理论，[3]理论再进一步指导基层治理实践。经过经验总结和理论提升，“桐乡经验”走出嘉兴，在浙江、全国范围内推广，并被党的十九大报告采纳[4]，成为我国基层治理的典范。“桐乡经验” 的精髓在于“三治融合”，其中，自治是基础，法治是保障，德治是导向，三者都是基层社会治理的基本方式方法[5]。“三治融合”的关键是“融”，[6]三者各有侧重，不是单纯的并列关系，也不是三者的简单相加，而是通过它们的密切配合、各主体的有效互动来推动基层良好治理秩序的形成。

（二）人民调解对“三治融合”基层实践的意义

我国拥有深厚的调解历史和丰富的调解文化，现已形成包括人民调解、行政调解和司法调解在内的大调解体系。在这其中，人民调解尤为特殊，被誉为矛盾化解的“东方经验”。人民调解的起源是新民主主义革命时期党带领人民在根据地对旧社会的改造和治理[7]，经历了抗日战争和解放战争的洗礼，形成于新中国成立后的社会主义革命和建设时期，并受到

---

[1] 付洁，女，中国人民公安大学法学院博士研究生，研究方向为法理学，宪法学与行政法学。
[2] 参见李亚冬：《新时代“三治结合”乡村治理体系研究回顾与期待》，载《学术交流》2018 年第 12 期，第 80 页。
[3] 参见李林：《推进新时代“枫桥经验”的法治化》，载《法学杂志》2019 年第 1 期，第 9 页。
[4] 党的十九大报告提出，要加强农村基层基础工作，健全自治、法治、德治相结合的乡村治理体系。
[5] 参见张文显：《“三治融合”的桐乡经验具有独立价值》，载《治理研究》2018 年第 6 期，第 6 页。
[6] 参见叶强：《三治融合关键在融》，载求是网，http://www.qstheory.cn/llwx/2019-12/11/c_1125333947.htm，2020 年 9 月 12 日访问。
[7] 参见齐蕴博：《论人民调解在国家治理体系中的定位》，载《人民调解》2020 年第 1 期，第 17 页。

国家法律的确认，成为我国基层社会自治的一项基本方式。[8]从上个世纪二三十年代至现在，根据社会矛盾和纠纷的不同，虽然人民调解的内容和对象在不断变化，但其化解纠纷、维系基层社会秩序和社会稳定[9]、实现基层自治的核心思想和主旨没有变。人民调解的一大作用在于矛盾排查。人民调解的过程同时是排查社会矛盾的过程。现实生活中大的矛盾往往是由一些小问题汇集而成的，如果不及时将小问题解决在萌芽状态，任其自由发展，矛盾会不断累积，新的矛盾也会产生。因此，及早发现并化解纠纷不仅有利于信访、诉讼的减少，更有利于群众的获得感、幸福感和安全感的提高，以及整个社会的和谐、稳定与发展。人民调解作为基层治理的基本方式，依然需要遵循自治是基础，法治是保障，德治是导向的思路。人民调解对于“三治融合”的基层实践有着重要意义，具体为以下三方面。

1、人民调解的普及化夯实了自治在基层治理中的基础作用

自治是“三治融合”的基石，同时也是人民调解的根本属性[10]。人民调解的本质即是群众自治，这一点体现在人民调解的人民性[11]、自治性[12]、民主性[13]等特点中。人民调解的组织是人民调解委员会，其在法律上的定性是依法设立的调解矛盾纠纷的群众性组织。[14]现今，人民调解已实现了普及，人民调解委员会遍布全国每个乡镇、每个农村，人民调解员扎根基层，深入群众之中，为群众化解纠纷，帮助群众实现美好生活。此外，因国家的行政和司法资源的运行成本较高，人民调解可以将一大部分民间纠纷免于通过诉讼等方式解决，使国家行政和司法资源得到更合理的分配和利用。因此，人民调解的普及夯实了自治对于基层治理的基础作用，强化了基层自治能力和水平，推进了“三治融合”的基层实践。

2、人民调解的规范化提升了法治在基层治理中的保障作用

法治对于“三治融合”、人民调解均起着保障作用。相比自治与德治，法治的区别在于规范性。准司法性是人民调解的特点之一[15]，体现了人民调解的规范化、法治化。此外，人民调解既是纠纷化解的过程，同时也是宣传法治的过程。通过人民调解可以提高群众运用法治思维和法治方式解决问题的能力，进而让法治成为一种生活方式。因此，人民调解的规范化提升了法治在基层治理中的保障作用，推进了“三治融合”的基层实践。

3、人民调解的自律化彰显了德治在基层治理中的导向作用

德治的作用在于导向，导向可以理解为引导、引领。人民调解具有自律性，调解的过

---

[8] 参见朱继萍、樊晓丹、郑燕冬：《历史与现代：人民调解的“枫桥经验”之形成与创新发展》，载《民间法》第 21 卷，第 164-165 页。

[9] 参见魏小强：《为什么是乡土法杰——乡村纠纷解决担纲者的主体条件和地位分析》，载《民间法》第 16 卷，第 186 页。

[10] 参见王俊娥：《论人民调解的自治性》，载《甘肃政法学院学报》2012 年第 3 期，第 35 页。

[11] 人民调解的人民性体现在：在人民调解委员会的人员构成方面，人民调解员经由人民群众选举或接受聘任，并具有一定的政策法律知识的人担任；在人民调解的矛盾性质方面，调解的是人民内部矛盾；在监督方面，调解要接受群众的监督；在调解的目的方面，旨在化解群众内部矛盾，实现基层自治。

[12] 人民调解的自治性体现在：人民调解依靠基层自治组织化解群众之间的纠纷。调解的过程就是群众自我管理、自我教育、自我服务的自治过程。自愿和不限制当事人诉讼权利是人民调解的主要原则。人民调解委员会无权强迫任何一方当事人接受调解或履行义务，更无权对当事人的人身或财产采取强制性措施。没有司法确认，人民调解协议不能强制执行。

[13] 人民调解的民主性体现在：人民调解是社会主义国家人民当家作主、行使管理社会事务民主权利的重要体现。人民调解坚持平等、自愿原则，不强制调解。人民调解运用说服教育、耐心疏导、民主讨论和协商等方法，依法帮助群众化解纠纷。

[14] 《中华人民共和国调解法》第七条规定：人民调解委员会是依法设立的调解民间纠纷的群众性组织。

[15] 人民调解的准司法性体现在：人民调解委员会化解纠纷的整个内容和过程要遵循法律的规定。人民调解达成的调解协议具有法律效力，可以向法院申请司法确认。人民调解要接受司法行政部门和人民法院的指导与监督。

程也是群众运用道德观念自我教育、自我引导、自我说服的过程。德治是我国传统文化的重要内容，基层是我国传统文化的主要承载场域，尤其是乡村。因为农村是“熟人社会”，违反道德会使个体失去在村庄共同体中享有的认可和尊严。[16]“三治融合”基层实践的重要体现即是将道德融贯于中人民调解、纠纷化解的过程中。人民调解员结合当地民俗习惯，运用朴素的道德观念开展纠纷化解工作，特别是关于邻里、家庭类的纠纷，这一点显得更加重要。通过融入道德因素，让纠纷化解更温情、人性，从而提高群众对于结果的可接受性。此外，德治还有利于引导群众的日常行为符合道德要求，促进整个社会形成积极向上的道德风尚。德治作为引导，有益于整合基层治理中的非正式制度，形成乡风文明的基层治理格局。因此，人民调解的自律化能够彰显德治在基层治理中的导向作用，推进“三治融合”的基层实践。

总之，人民调解的本质、过程、主体、方式、内容和结果有助于基层自治、法治和德治的进一步融合，人民调解的普及化、规范化和自律化有助于“三治融合”在基层治理中发挥更大的作用，进而有助于人民幸福感的提高，有助于社会的和谐稳定，有助于国家实现治理体系和治理能力的现代化。

二、实践运用

近年来，在中央和地方的政策支持下，在“三治融合”的引导下，人民调解得到了长足发展，其化解纠纷，推动基层治理的功能进一步得到体现。人民调解的基层运行状况关乎到“三治融合”的落实，关乎到基层治理的效果，因此，考察人民调解在基层运行的实际情况是必要的，具体我们可以通过笔者调研的 F 市[17]做一个大致观察。

（一）人民调解发挥作用的场域和效果

1、人民调解发挥作用的场域

根据笔者在 F 市的调研结果，人民调解的纠纷多集中于以下领域。一是婚姻家庭，如离婚、继承、抚养、赡养等；二是邻里之间以及业主与物业的纠纷；三是生产经营中涉及的，如工程款支付、工伤、劳务纠纷等。四是各类侵权行为引发的损害赔偿，如交通事故、宠物伤人等。五是农村山林土地纠纷；六是征地拆迁纠纷[18]；七是民间借贷等债权债务纠纷；八是医疗、知识产权等专业性、行业性纠纷，还有日常生活中多发的消费等其他纠纷等。[19]可以看出，基层纠纷种类繁多，部分较为复杂，很多纠纷在性质上无法简单归类，法院等国家司法力量对于大多数民间纠纷，尤其是婚姻家庭和邻里矛盾等，难以实现真正的“案结事了”。[20]相比而言，人民调解能够依赖基层社会的自有途径和内生资源，因地制

---

[16] 参见李若兰：《完善三治融合的治理模式》，载《中国领导科学》2019 年第 6 期。

[17] F 市为县级市，位于山西省腹地偏西，地形分为山地、丘陵、平原，各占三分之一。全市下辖 12 个乡镇和两个街道，有 300 个村和社区，截至 2018 年底，总人口为 42.99 万。

[18] 以笔者调研的 F 市为例，征地拆迁纠纷多发生于市区及个别经济发达的乡镇，比如 X 镇成立了经济开发区，建设需要征地拆迁，所以这类纠纷较别的乡镇较多。

[19] 以笔者调研的 F 市为例，虽然各地发生纠纷类型在数量上差别较大，如 X 镇经济较发达，辖区内企业多，因此比其他镇的劳资、工伤纠纷多；而相邻的 Y 镇有部分辖区属于山地地区，山林纠纷相对地处平原地区的镇来说又多一些，但总体来看纠纷的类型大致都在上述几种范围内。

[20] 参见葛天、郦胜锴：《基于“情、理、法”的社会秩序建构——以“瑞安式调解”为解读文本》，载《领导科学论坛》，2019 年第 23 期，第 65 页。

宜化解纠纷，[21]帮助当事人快速修复关系，使其生活尽早恢复到常态。因此，在化解民间纠纷方面，人民调解可以充分发挥其自治功能，再加上法治的保障和德治的引导，具有其他方式不可比拟的优势。

2、人民调解对于基层治理的效果

人民调解对于基层治理的意义主要体现在其纠纷化解的效果。近年来，F 市人民调解成功化解纠纷的数量呈递增趋势，[22]一方面反映了群众通过调解化解纠纷的意识有所增强，另一方面也说明了调解员调解水平的提高。（详见图 1）

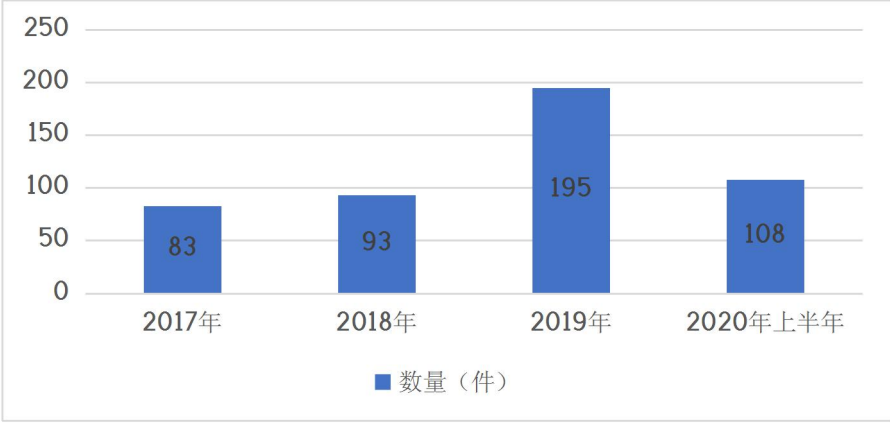


图 1：F 市人民调解纠纷成功的数量

再具体到更微观的场域，2020 年 1-8 月，F 市下辖的 X 镇共化解纠纷 31 起，其中，婚姻家庭、邻里关系与损害赔偿较多，三项合计占 61%，（详见图 2）反映出人民调解可以有效化解群众日常生活中常见的纠纷。

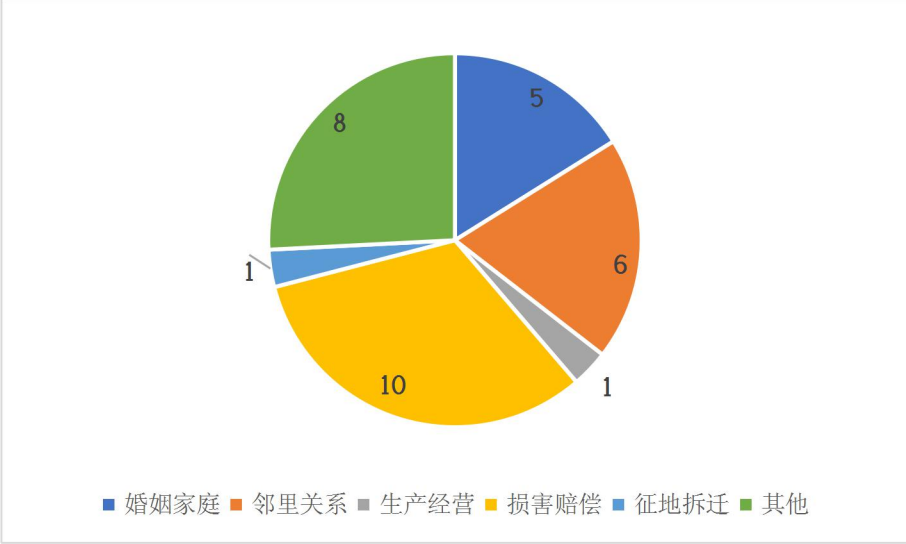


图 2：2020 年 1-8 月 F 市 X 镇成功化解各类纠纷数量

（二）调解组织和人员相关情况

1、人民调解委员会相关情况

[21] 参见魏小强：《通过乡土法杰的乡村纠纷解决》，载《学术交流》第 11 期，第 103 页。

[22] 2020 年上半年纠纷化解成功数量已经超过 2018 年全年，且超过了 2019 年数量的一半，因此，预测 2020 年全年数据超过 2019 年的概率很大。

人民调解委员会是人民调解的自治组织，是观察人民调解运行情况的基本指标。F 市的调委会大致是按照行政区划来设置的，在此基础上增加了专业性、行业性等调委会[23]。目前，F 市村和社区的调委会共 300 个，乡镇（12 个）和街道（2 个）共 14 个调委会，专业性、行业性调委会 7 个，市里设调解中心 1 个，市法学会设调委会 1 个。

近年来，F 市各人民调解委员会的办公环境、设施配备和人员构成等方面较为良好。每个司法所都建立了专门的人民调解室，有的品牌调解员还有专门的工作室。即使是在最偏远的乡村，也设立了完备的机构、办公地点和工作人员，而且派驻专职律师每周固定一日为群众提供免费法律咨询，解答调解过程中遇到的法律问题。这些都体现了国家对于提高人民调解水平以及基层治理能力的信心和决心。

2、人民调解员相关情况

截至 2020 年 8 月为止，F 市共有人民调解员 323 人。人民调解员分为两类，分别是专职调解员与兼职调解员。专职调解员大致为每个乡镇/社区 2-3 名，其余一般为兼职调解员。

（1）人民调解员待遇情况

根据笔者在 F 市的调研结果，人民调解员的待遇差别较大。专门调解员的收入主要来源于两方面，分别是司法局发放的固定工资和根据“以案定补”[24]政策得到的补助。而兼职调解员只有“以案定补”这部分补助收入，收入相对较少。因为有比例限制，大部分调解员没有被纳为专门调解员，但实践中很多兼职调解员发挥的作用、调解的水平和工作的辛苦程度不亚于专门调解员，但收入却没办法满足基本生活要求。因此，还需进一步提高人民调解员待遇，满足其基本的生活保障，使其能安心做好调解工作，在基层治理中发挥更大的作用。

（2）人民调解员综合素质情况

笔者调研中发现，很大一部分人民调解员综合素质有待提高。调解是一项需要社会经验、法律、文化和心理学等知识共同发挥作用的工作，因此对调解员的各方面能力要求都较高。实践中出现的问题是，很多年纪较大的调解员社会经验丰富，在当地威信高，但文化程度不够，无法独立书写案卷和整卷，对电脑、网络、手机 APP、智慧调解系统等运用不熟；还有的调解员法律知识较为缺乏或陈旧，调解中有时会忽略法律因素；而年轻的调解员虽然有较高的文化素质和法律水平，但社会经验少，对当地情况了解不多，在群众中信服力不够，单独调解的能力有限等，这些问题会影响人民调解在基层治理方面功能的发挥和“三治融合”基层实践的效果，因此提高人民调解员的素质和能力是急需的。根据笔者调研的情况看，当地司法局会结合实践需求，定期组织人民调解员接受法律和其他相关知识培训以提升其业务素质，例如近期培训的是以“《民法典》走进人民调解”为主题的相关内容。

（三）对调解协议申请司法确认的情况

[23] 比如调解医疗、交通事故、工商等纠纷的专业调解委员会。

[24] “以案定补”的补助金额由司法局根据纠纷复杂程度、涉及金额大小和调解情况等方面，在调解成功后综合确定。由 F 市的调研情况来看，人民调解员在每起纠纷调解成功后，根据“以案定补”得到的补助从几百元到几万元不等。

《人民调解法》第三十三条赋予了当事人就调解协议向法院申请司法确认的权利。[25]司法确认是“三治融合”中法治因素的体现，其作用在于保障人民调解协议的落实，减少当事人日后诉累，使生活早日恢复常态。F 市的调研结果显示，近年来对调解协议申请司法确认的数量几乎为 0。结合访谈情况，笔者认为原因可能有以下方面。一是大多数损害赔偿纠纷的权利义务关系明确，双方当事人争议不大，调解协议确认的赔偿金额较小，当时即能履行完毕；即便没有当场履行完毕，当事人也不愿去花更多的时间和精力向法院申请司法确认，因为其选择调解的目的即在于省时省事。二是实践中有一部分损害赔偿纠纷发生于亲属、邻里之间，比如一方当事人在帮对方干活的过程中受伤或发生意外，或者房屋漏水给邻居造成了损害等，对于此类纠纷，鉴于当事人之间的特殊关系，为避免伤和气，影响日后相处，故不愿在纠纷化解中加入法院等强制性力量，而更可能会选择调解的方式，笔者调研过程中了解到的一起纠纷可以反映这一点。董二与董四为亲兄弟，董二在董四的饼子铺干活过程中发生意外，全家决定由老大牵头，兄弟们共同协商，就赔偿金申请调解。最后各方自愿达成协议，董四一次性支付董二妻子赔偿金 28 万元，董二妻子负责处理后续事宜。这起纠纷即是在没有司法强制力量介入的情况下，通过人民调解得到较好解决的事例。除以上两点原因外，还有一点可能是当事人对于司法确认的认识并不够，对其作用、程序等了解不全面。对此，还需要人民调解员在调解过程中宣传司法确认的作用，尤其是对于损害赔偿金额较大、需要长时间、分多次履行的情况。

以上是笔者以人民调解为例，对“三治融合”基层实践运行状况的观察。可以说近年来，人民调解在各方面都得到了实质性的提升。但根据调研结果看，人民调解还需要在一些方面改进，比如说调解员的身份、待遇保障，对司法确认的宣传，优化对人民调解工作的考核指标等，这样才能让人民调解在基层治理中发挥更大的作用。

三、应然走向

上文以 F 市为例，阐释了人民调解的运行情况，下一步应继续挖掘人民调解的潜力，使其在基层治理中发挥更大的作用。对此，我们可以通过自治、法治、德治和智治四方面分析其应然走向，以期推动人民调解与“三治融合”的结合，进而提升基层治理水平和能力。

（一）以自治为基础扩大人民调解实践功能

自治是人民调解的基础，因此需不断总结人民调解在自治方面的经验，纠正偏离人民调解自治属性的做法[26]，人民调解和基层治理才能实现更好的发展。笔者认为，自治的关键在于健全的人民调解组织机构与高水平的调解队伍；还有群众对于调解工作的理解和参与。人民调解已经显示了其强大的实践作用，未来我们可以在以上两方面努力，夯实自治

[25]《中华人民共和国人民调解法》第三十三条规定：经人民调解委员会调解达成调解协议后，双方当事人认为有必要的，可以自调解协议生效之日起三十日内共同向人民法院申请司法确认，人民法院应当及时对调解协议进行审查，依法确认调解协议的效力。 人民法院依法确认调解协议有效，一方当事人拒绝履行或者未全部履行的，对方当事人可以向人民法院申请强制执行。 人民法院依法确认调解协议无效的，当事人可以通过人民调解方式变更原调解协议或者达成新的调解协议，也可以向人民法院提起诉讼。

[26] 参见王俊娥：《论人民调解的自治性》，载《甘肃政法学院学报》2012 年第 3 期，第 36 页。

作为人民调解与基层治理的基础作用，扩大人民调解的实践功能。具体可以通过优化调委会组织结构、人员组成，提高调解员综合水平以及鼓励群众更多参与调解工作来实现。

1、优化人民调解委员会

自治的实现要靠健全的自治组织，人民调解委员会作为专门调解纠纷的群众自治组织，承载着化解基层纠纷、促进社会和谐稳定的功能。因此，需不断完善人民调解委员会的人员结构和机构运行。[27]通过充实人民调解员队伍，优化调解员队伍结构，吸纳热爱人民调解事业，擅长做调解工作的退休老教师、老干部等人员进入调委会[28]，让人民调解委员会更好地发挥其自治组织的特点，从而强化人民调解的自治属性，激发基层治理的内生力[29]，为基层释放大量的自治空间[30]。未来还应在具体的人民调解工作中不断总结经验，创新和完善人民调解的形式与内容，促进人民调解在基层治理中发挥更大的作用，推动国家治理体系和治理能力的现代化。

2、发挥人民调解员主观能动性

（1）提升人民调解员待遇

近年来，基层治理效果的提升，人民调解事业的发展，很大一部分原因在于各级政府政策和资金的支持。但就我们想要达到的效果看，基层还需要来自政府层面更多的支持。文章第二部分提到，人民调解员的待遇尚待提高。很大一部分人民调解员并没有固定收入，而他们的工作量却很大、工作时间不规律，几乎是“全天候”服务，付出的辛苦远远大于收入。笔者了解到的一位老调解员，已经在人民调解岗位上工作了二十多年，但收入却远远低于当地平均工资水平，无法满足基本生活需要。像这样的调解员还有很多，他们之所以能几十年如一日的坚持，完全是凭着对这份工作的热爱，但现实生活是需要物质来保证的。因此，适当增加人民调解员收入，优化对人民调解员的评价标准，不仅有利于提高他们的工作积极性，扩大人民调解队伍，更有利于基层治理水平的进步。

（2）加强对人民调解员的培训与指导

人民调解是一项综合性很强的工作，需要人民调解员自身对这项事业热爱、有较强的职业荣誉感，同时还需要有较高的调解水平和能力。因此，司法局需定期对人民调解员进行培训和指导，内容不仅涵盖法律知识，还应包括心理学、卷宗书写与整理、典型案例分析、对智慧调解系统的使用等，增加其各方面知识和能力储备，提高调解的水平和效果。此外，人民调解员还应有较强的应对能力和较好的心态。因为调解工作中会遇到各类人群、各种突发情况，而且调解的纠纷多为家长里短的事情，这就要求调解员有胸怀、有耐心、善于倾听，这些都需要司法局对人民调解员从不同方式予以引导。[31]

---

[27] 比如，F 市的经验是，每个乡镇的专职调解员一般是“一名经验丰富的老调解员+一名文化和法律素质较高的年轻调解员”。

[28] 例如，F 市调解中心调委会组成人员中，有三位来自市场监督等部门的退休干部，对于这些领域的纠纷，他们能运用曾经的知识和经验开展工作，纠纷化解效果较好。

[29] 参见中国法学会“枫桥经验”理论总结和经验提升课题组：《“枫桥经验”的理论构建》，法律出版社 2018 年版，第 132-137 页。

[30] 参见李若兰：《完善三治融合的治理模式》，载《中国领导科学》2019 年第 6 期。

[31] 例如，F 市司法局组织全体人民调解员观看了电影《李司法的冬暖夏凉》，以提高人民调解员的职业荣誉感，学习其中

3、提高人民群众参与程度

调解工作为了人民，调解工作依靠人民。坚持群众参与是我国基层治理和人民调解制度的独创。人民参与调解和基层治理这项优良传统，历经社会的持续变革，不仅没有丢失，而且在新时代还得到了新的发展。[32]人民调解的良性发展需要依靠国家权力和民间自治的互动，[33]深圳宝山人民调解创立的西乡“说事评理”工作模式，即是邀请老干部、老党员、老教师、新乡贤、优秀律师、义工，还有先进模范等“市民评理员”加入“民间评理团”，汇集民间智慧，共同化解纠纷。[34]全国各地类似的城乡实践还有很多，例如北京海淀区的“四方议事”工作机制[35]等，未来我们可以多总结、学习、创建这样的模式，注重治理主体间的协同，增加群众与政府的协调互动，[36]鼓励群众参与人民调解，吸纳熟悉乡土规范，热心参与民间活动和善于调解社会纠纷的“乡土精英”进入调解员队伍，[37]让群众在参与中认识人民调解，遇到纠纷主动寻求人民调解帮助，引导人民群众成为基层治理的主要力量，在基层自治中发挥更大的作用。

（二）以法治为保障推进人民调解制度化建设

基层治理是整个国家治理体系和社会稳定发展的坚实基础，同时也是中国社会建设和法治中国建设的最终落脚点。[38]人民调解是基层治理的一项重要制度，因此，在自治基础上，还应通过法治保障其制度化建设，使人民调解更加规范。以法治为保障推进人民调解的制度化建设具体表现在以下两方面，一是人民调解工作要依法进行。人民调解的组织、依据、主体、运行和结果等事项由《人民调解法》来规制，所以，人民调解员应及时更新法律知识储备，注重用法治思维和法治方式来化解矛盾，提升群众对调解的信服力。二是人民调解还兼具普法和开展法治教育的任务。人民调解员应在工作中将法治渗透和贯彻到基层，注重法治资源在纠纷化解中的运用，让法治成为人民群众身边的、家常的、管用的法治，[39]引导群众运用法治思维和方式解决问题，使法治成为自觉的行动，确保法治在人民调解和基层治理中发挥保障性作用，推动人民调解的制度化、规范化建设。

（三）以德治为导向增强人民调解实施效果

人民调解要想达到更好的实施效果，需发挥德治的导向作用。人民调解员在化解纠纷时，除运用法治的思维和方式，还应运用德治的引导作用，结合道德规范、风俗习惯，通过思想教育、谈心交心、道德教化等柔性方式方法解决问题[40]。人民调解在解决纠纷的同

的调解技巧和方法等。

[32] 参见卢芳霞：《“枫桥经验“：中国特色调解制度的时代叙事》，载《民间法》第二十三卷，第 287 页。

[33] 参见汪世荣、朱继萍：《人民调解的枫桥经验》，法律出版社 2018 年版，第 3 页。

[34] 参见广东省深圳市宝安区西乡司法所：《“说事评理”：给群众一个说理的地方》，载《人民调解》2020 年第 1 期，第 25 页。

[35] 当地在部分社区建立了社区、居委会、业主委员会、物业公司共同参与的议事制度，化解公共服务供给纠纷，推进居民自治实践。

[36] 参见李亚冬：《新时代“三治结合”乡村治理体系研究回顾与期待》，载《学术交流》2018 年第 12 期，第 80 页。

[37] 参见高其才：《桂瑶头人盘振武》，中国政法大学出版社 2013 年版，第 3-4 页。

[38] 参见南杰·隆英强：《基层社会治理与乡村法治建设的理性思考》，载《民间法》第二十一卷，第 104 页。

[39] 参见中国法学会“枫桥经验”理论总结和经验提升课题组：《“枫桥经验”的理论构建》，法律出版社 2018 年版，第 139 页。

[40] 参见李林：《推进新时代“枫桥经验”的法治化》，载《法学杂志》2019 年第 1 期，第 15 页。

时弘扬了中华民族传统美德和社会主义核心价值观，不仅有利于从根本上化解矛盾，更能推动乡风更加文明，社会环境更加和谐、平安。上文提到的深圳宝安西乡“说事评理”模式即是如此。以德治为导向开展人民调解工作，可以有效扩充基层“德治”的主体范围，提升“三治”结构中德治的地位，[41]增强人民调解的实施效果。

（四）以智治为支撑提升人民调解的现代化水平

对于基层治理，现已形成了“自治为基础，法治为保障，德治为引领”的“三治融合”模式，下一步还可以将“智治”作为基层治理的支撑[42]。“智治”在人民调解中的应用主要体现在两方面，一是司法局内部使用的智慧调解管理系统，类似于智慧公安、智慧法院和智慧检务等；二是向群众开放的网上调解平台[43]。目前，二者在实务中发挥的作用都比较有限，其功能有待进一步开发。比如，内部系统可以增加各地典型案例、调解过程、事迹的宣传，让各地调解员从中吸纳经验，提高调解水平；此外，网上调解功能还需完善。线上调解可以方便群众及时找到调解员，以防因长时间等待出现新的矛盾，而且对于有的纠纷，双方当事人不碰面，还可以防止现场可能出现的过激行为，避免矛盾激化，实现平和、快速、高效化解纠纷。[44]总之，“互联网+”人民调解是大数据时代人民调解顺应潮流的体现，也是人民调解的利器。以智治为支撑可以很大程度上可以节省人民调解工作的人力、物力和财力，提高调解效率，畅通纠纷化解渠道，提升人民调解与基层治理的现代化水平。

四、结语

人民调解是“三治融合”基层实践的重要内容之一，“三治融合”理念是基层治理和人民调解的基本方式方法和手段。未来，我们应在人民调解的具体实践中深层次挖掘“三治融合”的潜力，坚持以自治为基础，扩大人民调解实践功能；以法治为保障，推进人民调解制度化建设；以德治为导向，增强人民调解实施效果；同时还应紧跟时代潮流，以“智治”为支撑，提升人民调解的现代化水平，在“三治”与“智治”的互动下，更有力地化解社会矛盾，提高人民调解水平，推动基层治理的现代化，为建设民主、文明、和谐的社会贡献来自基层的力量。

---

[41] 参见陈寒非、高其才：《新乡贤参与乡村治理的作用分析与规制引导》，载《清华法学》2020 年第 4 期，第 12 页。

[42] 参见中国法学会“枫桥经验”理论总结和经验提升课题组：《“枫桥经验”的理论构建》，法律出版社 2018 年版，第 147 页。

[43] 目前，已有地区开展了网上调解实践，比如广州市司法局的“微信调解”小程序。群众只需在微信里搜索“智慧调解”小程序，根据提示反映纠纷情况，3 分钟内人民调解员就会在线上进行回应。通过小程序多方音视频技术，该平台还能为有需要的市民群众提供在线视频调解服务。

[44] 参见郝雪梅：《“微信调解”让人民调解步入网络时代》，载《人民法院报》，2018 年 11 月 16 日 002 版。

乡村振兴战略背景下人民法院参与乡村治理机制的路径完善

高娟[1] 卢海泊[2]

【摘　要】乡村治理是国家治理体系和治理能力现代化的重要组成部分，在全面小康时代的乡村社会现代化的背景下，如何发挥司法的保障作用是一个重大的时代命题。从人民法院参与乡村治理的实际出发，聚焦人民法院服务保障乡村治理的具体实践，梳理了人民法院在乡村治理实践探索中的具体样态，分析了在服务保障机制等方面存在的不足，从强化党委领导、优化资源配置、建立制度体系等方面提出了意见建议。

【关键词】乡村治理；人民法院；乡村振兴；保障机制

党的十九届四中全会对加快推进国家治理体系和治理能力现代化作出了战略部署，如何落实全会精神，在全面小康时代促进乡村社会现代化，发挥人民法院在乡村治理中的职能作用是一个亟待破解的问题。习近平总书记指出，“乡村振兴离不开和谐稳定的社会环境。要加强和创新乡村治理，建立健全党委领导、政府负责、社会协同、公众参与、法治保障的现代乡村社会治理体制，健全自治、法治、德治相结合的乡村治理体系，让乡村社会既充满活力又和谐有序。”[3]人民法院积极参与乡村社会治理，在乡村治理法治化和现代化方面积极作为，发挥了重要作用。

一、乡村社会治理现代化背景下人民法院参与乡村治理的价值选择

习近平总书记指出，“要善于把党的领导和我国社会主义制度优势转化为社会治理效能，打造共建共治共享的社会治理格局，构建富有活力和效率的新型基层社会治理体系。”[4]《中国共产党政法工作条例》规定：政法机关承担着专政、管理、服务三大职能。[5]如何充分发挥人民法院在乡村治理中的职能作用，事关乡村振兴，事关国家治理体系和治理能力现代化。乡村治理是基层社会治理的重要组成部分，充分发挥人民法院在乡村治理中的职能作用是新时代乡村治理的客观需要，也是人民法院的职责所在。

（一）追求治理有效

治国安邦重在基层。党的十九大报告强调要实施乡村振兴战略，明确了“产业兴旺、生态宜居、乡风文明、治理有效、生活富裕”的总要求。“治理有效”是乡村振兴的基础，也是人民法院在乡村治理中发挥职能作用的总目标。人民法院工作是党和国家工作的重要组成

---

[1] 高娟，西北政法大学博士研究生，研究方向：中国特色社会主义法治理论。
[2] 卢海泊，河北省法学会联络部，法学硕士。
[3] 习近平：《习近平关于“三农”工作论述摘编》，中央文献出版社 2019 年版，第 135 页。
[4] 习近平：《习近平出席中央政法工作会议并发表重要讲话》，2019 年 1 月 15 日，中国政府网。
[5] 《中国共产党政法工作条例》读本，中国长安出版社 2019 年版，第 2 页。

部分，是依法履行专政职能、管理职能、服务职能的重要方式和途径，担负着维护国家政治安全、确保社会大局稳定、促进社会公平正义、保障人民安居乐业的主要职责。人民法院是社会治理体系和治理能力现代化的重要推动者、保障者，广大乡村是人民法院履行职责的主阵地，参与乡村治理服务广大农民群众是践行群众路线的有效途径。

（二）追求治理能力现代化

乡村治理现代化是国家治理现代化的重要组成部分。社会治理的基础在基层，而治理的薄弱环节在乡村，农民群众迫切需要政法机关的职能向乡村延伸。当前，我国社会主要矛盾已经转化为人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾。如今，人民群众的美好生活需要日益广泛，对乡村治理也提出了新的更高要求。同时，基层社会的矛盾纷繁复杂，乡村仍然是法治建设的薄弱环节，一方面，乡村社会矛盾多发高发，另一方面，面临着法治力量不足、村民法治意识淡薄的困境。人民法院需要满足人民群众的多元司法新需求，及时回应农民群众对民主、法治、公平、正义、安全、环境等方面的新期待，保护农民合法权益，为乡村经济社会发展提供司法服务和保障，是现实所需。人民法院参与乡村治理，致力于打造共建、共治、共享的乡村治理格局，有助于促进乡村社会和谐稳定，确保广大农民安居乐业，推进国家治理体系和治理能力的现代化。

（三）满足人民群众对美好生活的向往

习近平总书记提出了“努力让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义”的司法工作目标。人民群众的司法需求是法院工作发展的不竭动力,人民法院的工作需要紧紧围绕这个目标和司法为民公正司法这条主线开展。但是，人民法院对满足人民美好生活的愿望还不完全到位，还有很多工作要做。这就需要着力解决群众反映强烈的突出问题, 补齐乡村治理中存在的短板，将人民法院的职能进一步向乡村延伸，打通服务人民群众的“最后一公里”，坚持提高宗旨意识、创新工作方法、改进司法作风同步进行,坚持诉前指导、创新审判工作、完善便民机制协同发展，坚持发展为了人民、发展依靠人民、发展成果由人民共享的理念, 着力保障和改善农村民生，健全现代乡村社会治理体制，以法治强保障，构建共建共治共享的社会治理格局，走乡村善治之路，实现民众意愿表达顺畅、社会和谐，服务乡村经济社会发展，促进乡村人民群众的全面发展，不断增强人民群众的获得感、幸福感、安全感。

二、人民法院参与乡村治理的实践表达

党的十九大报告提出了实施乡村振兴战略的“二十字”方针，即“产业兴旺、生态宜居、乡风文明、治理有效、生活富裕”，其中 “治理有效”是乡村振兴的基础，也是人民法院在乡村治理中发挥职能作用的总目标。近年来，人民法院立足新时代新要求，践行以人民为中心的发展思想，坚持系统治理、依法治理、综合治理、源头治理，推动社会治理重心向基层下移，有力地维护了乡村社会和谐稳定，服务和保障了脱贫攻坚、乡村振兴战略的实施。

（一）在党政统领下建立了协同工作机制

人民法院立足系统治理，推进乡村治理工作格局不断完善。在基层党委、政府的统一

领导下，推动建立了乡村治理共建共治机制，搭建矛盾纠纷预防化解平台，整合人民法庭、司法所、派出所、村委会、人民调解组织等部门资源力量，贯通县、乡、村，实现了资源共享，工作联动，乡村治理的系统性、整体性、协同性，着力打造立体化的农村社会治理体系。调研中发现，凡是基层社会治理做的效果好的地方，都得益于党委政府的高度重视和大力支持，在坚持党的领导的前提下，充分发挥政治优势、制度优势、组织优势，推动建立党委领导、政府负责、社会协同、公众参与、法治保障的乡村社会治理体制。如河北省邯郸市法院在当地党委的领导和政府的支持下，坚持把非诉讼纠纷解决机制挺在前面，深入推进"一委一庭三中心"[6]工作，取得一定成效。截至目前，全市法院诉前调解和指导调解案件 11496 件，提供法律咨询 8079 人次，涉诉信访案件同比下降 15.4%，使大量矛盾纠纷化解在萌芽状态，并有效促进了矛盾纠纷的就地化解，维护了当地社会的和谐稳定。[7]又如，陕西省委专门出台了《关于建设更高水平平安陕西的决定》，成立了省委平安陕西建设领导小组，把乡村治理纳入更高水平平安陕西建设工作范围一体推进。陕西省法院把参与乡村治理作为发挥职能作用的重要方面，积极推动建立乡村治理共建共治共享机制，不断提高公众安全感和群众满意度。

（二）促进乡村治理在法治轨道运行

立足依法治理, 坚持法治引领，注重在乡村治理中发挥法治的保障作用，提高了乡村治理法治化水平，深化了法治乡村建设。通过百度查询资料显示，全国四级法院纷纷出台为乡村治理提供司法保障的相关文件，如最高人民法院制定了《关于为实施乡村振兴战略提供司法服务和保障的意见》，河北省高院出台了《关于服务保障乡村治理的实施方案》，陕西省高院制定了《关于为乡村振兴战略实施提供有力司法服务和司法保障的意见》，不再一一列举 。为维护乡村社会稳定，严厉打击各类犯罪，如扶贫领域的贪污贿赂、渎职侵权类职务犯罪、破坏农村经济秩序犯罪以及危害农村社会安全的犯罪。 "黄赌毒、盗抢骗、食药环"等犯罪行为也在重点打击之列，严厉打击干扰破坏村"两委"换届选举的黑恶势力、宗族势力，重点打击垄断农村经济资源等黑恶势力，社会治安环境明显好转。有的法院积极参与法治乡村创建，深入开展民主法治示范村等法治创建活动，依法解决农村群众反映强烈的困难和问题，开展"扫黄打非"进乡村。同时，以农村地区为重点，深入开展扫黑除恶专项斗争，维护了乡村社会安宁。人民法院不断推动行政机关涉农事项的行政执法行为纳入法治化的轨道，促进了农村地区执法司法走向文明、公正。把社会主义核心价值观融入法治乡村建设，通过"以案说法"、"法律进乡村"等方式，引导基层干部群众养成自觉守法、遇事找法、解决问题靠法的良好习惯。深入开展巡回审判，积极参与乡村治理。在入村调研中，和村里群众访谈，村民说对他们影响最大、感触最深的就是法院到村里开庭，全村群众看到法院现场办案，看到违法的行为受到惩罚，感受到了法律的公正与权威，表示自己以后也会守法。这说明了法庭巡回审判在乡村治理法治化中的重要性，起到了示范效应，发挥了法的引领和评价作用。例如，陕西省留坝县江西营村坐落于秦岭山内，自

[6] "一委三中心"：一委是指群众工作委员会，三中心是指群众工作中心、社会治安综合治理中心、矛盾纠纷排查调解中心。

[7] 《邯郸法院深入推进"一委一庭三中心"工作开展》，载《河北法治日报》，2019 年 8 月 2 日。

古村民有上山打猎的习俗，民风彪悍，是有名的乱村，在开展乱象整治活动中，法院的驻村干警多次进行普法宣传，对违法的村民在村里巡回审判，彰显了法治的威慑力，村民私放枪支、公然打伤乡镇干部、称霸村里的现象不复存在。村子秩序井然，民风好转，自去年 8 月以来，全村无一起纠纷，亦无刑事案件发生。

（三）引领乡村依法自治

法院通过提供司法服务充分保障村民在乡村治理中的“自治”，发挥“自治”在乡村的治理功能，同时也巩固了农村的基层政权，促进了农村的民主政治发展。法治的保障体现在服务村里事务做到 “民主选举、民主管理、民主决策、民主监督”。通过法官进村引导村民依法、理性的表达诉求，合理解决村里关于惠农资金的使用、惠农政策的执行以及惠农项目建设等问题。推动法治精神进村入户，教育引导乡村干部群众养成自觉用法处理事情的习惯，将司法服务的工作放到解决村民事务的前端进行，及时有效的解决问题，避免了矛盾纠纷的发生。例如，汉中留坝在全县推行“院坝说法、院坝说案、院坝说理”活动，搭建协商对话平台，群众问事、评事，乡镇干部理事、办事。干警入村入户，在农家院坝里，开展“院坝说法”及巡回法律服务活动，将普法宣传、矛盾纠纷排查调解结合起来，为群众学法用法提供了生活的课堂。开展院坝说法以来，说法宣讲队深入全县 76 个村（社区）开展巡回宣讲已达 31 次，共发放普法资料 4000 余份，普法培训 6500 余人，共排查化解矛盾纠纷 80 件，化解成功 78 件，调处化解率达 98%。[8]另一方面是充分发挥人民陪审员的作用，体现人民民主的理念，实现公平、正义，推进司法民主。例如河北省法院的人民法庭在不增加编制的情况下由基层法院指派一名庭长并选任若干名人民陪审员或调解员，庭长负责整体工作，人民陪审员协助庭长进行法律咨询与调解，形成办案和对外联系的工作平台，其效果为社会公众普遍认可。推行的人民陪审员参与的纠纷解决模式，既扩大了司法民主，又宣传了法治，让人民群众能够客观评价司法、有效监督司法。家事、邻里等一般民事纠纷先由人民陪审员进行诉前调解或司法调解，就地化解纠纷。

（四）建立了群众广泛参与机制

走群众路线，立足源头治理，不断夯实乡村治理根基。创新发展“枫桥经验”，健全乡村矛盾纠纷多元化解机制，深入排查化解各类矛盾纠纷，建设人人有责、人人尽责、人人享有的社会治理共同体。广泛发动群众参与，以网格化服务管理为抓手，推动司法服务乡村治理不断向精细化发展。凤县法院搭建“统揽指挥、多元化解”两个平台，突出“坚持人民调解优先、注重行政调解推动、强化司法调解保障”三调联动，强化组织、队伍、规范制度、提升服务、落实资金、严格考核等机制。有的法院放手发动群众参与乡村治理，有问题及时解决，将矛盾纠纷化解在当地。有的法院将非诉讼纠纷解决机制挺在前面，健全调解、仲裁、诉讼有机衔接的工作机制，运用“五支队伍”预防化解社会矛盾纠纷，让“红袖章”飘起来、志愿者动起来、调解员忙起来、专家学者干起来、民间“五老”动起来，形成群防群治格局。

（五）依托信息技术平台提供便民司法服务

[8] 参见《留坝开展“院坝说法、院坝说案、院坝说理”活动》，中国民生网。

注重运用现代信息技术，提升参与乡村治理智能化水平，促进治理理念和治理方式现代化。建立智慧化的司法服务平台，建立一站式多元解纷机制和一站式诉讼服务中心，不断提升诉讼服务信息化和智能化水平，实现线上与线下功能优势互补。重庆法院的“纠纷易解平台”2017 年在合川区人民法院正式上线运行，将综治调解组织一体纳入“易解”平台，联动打造“合舟共济 e+共多元化解平台，坚持“数据共享、机制共建、诉调对接、纠纷易解”的理念，提供网上引导、网上调解、网上立案、网上确认等一站式服务，实现纠纷的源头预防与一站式化解。[9]通过纠纷易解平台，汇集整合多方调解资源，实现了法院诉讼与人民调解、行业调解、行政调解大数据的实时共享。通过“易解”平台可以一目了然地看到调解纠纷类型的占比，各乡镇万人成讼率数据，能够及时发现矛盾，实现源头治理。[10]自 2017 年 9 月上线截至 2019 年 6 月，共分流调处纠纷 7782 件，调解成功 5627 件。浙江台州黄岩法院全区共 19 个乡镇（街道）都设立了巡回智慧法庭，巡回智慧法庭设在乡镇（街道）综治中心，由一名员额法官和一名人民调解员组成，智慧法庭职责重在诉前化解纠纷，促进矛盾源头解决。运用在线矛盾纠纷多元化解平台和移动微法院，可以实现自助立案、在线送达、在线调解、在线执行、在线咨询等工作，为群众提供司法调解、司法确认、指导调解、法治宣传等服务。陈某到黄岩的院桥镇巡回智慧法庭起诉合同纠纷案，在法院主持下，在线完成了庭审和调解，从立案到审结只用了 3 天，而传统速裁要 15 天。[11]法院参与乡村治理运用智慧化的方式，为群众提供司法服务， 通过“键对键”解决纠纷，不仅便捷，而且高效。

三、人民法院参与乡村治理的典型模式考察

人民法院参与乡村治理的过程中，立足本地实际情况，大胆探索，勇于创新，蹄急而步稳，有的地方参与乡村治理的做法已经很成熟，制定了相关制度，出台了一系列文件，有较长的实践历程，形成了典型的经验，有自己独特的运行模式。

（一）河北法院的“一乡（镇）一法庭”模式

河北法院自 2014 年开启了具有可复制性的实践探索，经过努力，使河北的每一个乡镇都设置了人民法庭，法院的工作延伸到了村，送到了群众家门口。坚持将非诉讼纠纷解决机制挺在前面，法庭侧重于运用非诉讼手段化解社会矛盾，主要履行司法调解、指导人民调解、参与基层社会治理、进行法治宣传、司法确认、充分发挥人民陪审员的作用的六大职能。人民法庭履行六大职能的目标就是争取不成讼，乡镇一般的矛盾纠纷和传统的民事案件，及时处置、及时化解，使矛盾不出村、不出镇。[12]

1.运行模式

在法庭的机构设置方面，坚持“两便”原则和“三个面向”思想，[13]在不增加编制的情况下

[9] 参见《市高法院举行“重庆法院纠纷易解平台”上线开通仪式》，载重庆法院网，2017 年 9 月 21 日。
[10] 参见《重庆法院纠纷易解平台开通 提升纠纷化解效率》，载《重庆日报》2017 年 9 月 20 日。
[11] 参见《台州推广巡回智慧法庭》，来源：浙江在线，2019 年 09 月 27 日。
[12] 参见卫彦明：《矛盾纠纷多元化解的河北创新实践》，人民法院报第五版，2016 年 8 月 3 日。
[13] 两便原则：是指便于当事人诉讼，便于人民法院依法独立、公正和高效行使审判权。三个面向：面向群众、面向农村、

由基层法院指派一名善于做群众工作的法官担任法庭庭长。庭长负责整体工作，每个法庭选任几名当地人民陪审员参与法庭工作，人民陪审员协助庭长进行法律咨询与调解，形成办案和对外联系的工作平台。在工作模式上。实行庭长负责制，庭长每周定期到法庭开展工作，庭长的职责是调动乡镇其它有关部门来共同努力化解矛盾。合议庭的组成模式是由一名法官和两名人民陪审员组成的混合合议庭。法庭日常事务由人民陪审员处理，一般由两名人民陪审员值班，因为他了解这个乡镇的历史传承、乡规民约和独特的文化元素，他们处理矛盾更方便。在办公场所方面，设置灵活，不盖新房，利用乡镇政府的 1 至 2 间办公室作为办公场所。

2.工作机制

运用信息技术打造互联网+诉非衔接的人民法庭工作新机制，[14] 使法庭建设走向现代化、规范化。一是打造智慧平台。依靠党委政府支持，建立了“互联网+诉非衔接平台”，开发了云调解管理系统和人民法庭专用办公办案软件系统。打通互联网和法院专网，实现纠纷受理、分流、调解、跟踪等全流程覆盖。提供在线调解、在线申请司法确认。建立“在线”工作日志，对群众咨询、社会综合治理、法治宣传、指导调解纠纷等工作情况全程留痕，形成诉非衔接的大数据库，诉非衔接工作实现了数据化。通过对数据的发掘，形成预判，为决策提供科学依据。二是建立互动型解纷机制。通过互联网建立高效的联动机制，实现跨网络互通、跨终端连接融合，与综治中心、人民调解组织、行业性调解组织等机构的信息平台对接，使得各方的联动更加紧密、便捷、畅通，形成唱和如一、宫商协调、环环相扣、紧密衔接的格局。三是建立开放型合作机制。建立基层社会解决纠纷的命运共同体，以人民法庭的“互联网+诉非衔接平台”为中心向外辐射，与综治中心、派出所、司法所、人民调解组织等单位对接，建立了解纷网络，形成信息平台集群，实现信息互联互通。四是建立量化管理考核机制。建立科学的诉调对接绩效考核机制，立案前纠纷化解情况分类逐项统计，录入诉调对接信息管理平台，计入诉调对接工作量，作为考核依据。诉前调解的绩效考核权重优于一般案件，对于实现无讼乡镇的法庭给予立功授奖。

（二）浙江省诸暨市人民法院枫桥法庭模式

枫桥法庭创新发展“枫桥经验”，树立了社会调解优先、法院诉讼断后的现代纠纷解决理念，形成了具有特色的经验做法，从源头上防范在先，预防化解了矛盾纠纷，将大量纠纷分流在诉讼之外。近年来，枫桥法庭的收案增幅实现了逐年下降趋势。

1.具体运行情况

一是建立“一站式”诉讼服务中心。实行调解劝导制度，对前来起诉的当事人释明调解的优点，劝导当事人优先选择调解方式解决纠纷。诉前劝导站、法律指导站、信访疏导站、诉讼引导站都集中设在诉讼服务中心，为当事人提供咨询评估、确认、调解、分流等一站式纠纷解决服务，实现当事人解决纠纷“最多跑一次”。同时确定定点联村的业务指导员，指导员由审判员、调解员、陪审员、书记员担任，业务指导员走进住户提供法律服务，了

面向基层。

[14] 参见卫彦明：《打造互联网+诉非衔接的人民法庭工作新机制---基于邢台经验的考察》，载《中国审判》，2016 年第 15 期。

解情况，排查潜在的纠纷和矛盾隐患。二是建立指导调解联络站。一月开展一次指导，具体做法是，在乡镇设立了指导调解工作室，在五个重点村居设立了指导调解联络站，线上、线下相结合的方式指导调解。与当地的“大妈调解室、“乡贤调解室”、“行业调解室”、“代表委员工作室”等组织密切联系，在诉前环节进行普遍指导，起诉环节进行跟踪指导，在诉中进行个别指导，在诉后进行案例指导。通过加强对人民调解员的业务指导，使得调解工作不断完善，走向规范化和制度化。三是建立标准化的规范体系。浙江省诸暨市创造性地提出了符合基层实际的社会治理标准化工作，[15]旨在实现乡村治理的精细化，枫桥镇法庭将标准化与法治化相结合，通过一系列标准化规则来实现法治化，也成为基层社会治理的创新点。如，枫桥镇法庭参与制定的《基层社会矛盾纠纷大调解体系建设规范》，明确了人民调解的流程，将工作流程化，提升了工作质量和工作效率。

2.工作机制

一是建立涉诉情况通报机制。每个季度编发《法庭工作通报》，将辖区办案总量、案件同比增长情况、案件类型及各类案件占情况、各村涉诉案件情况汇总分析，重点分析矛盾纠纷多发领域、呈现特点和存在的问题，分析各（村）收案形势，发掘纠纷产生的根源，提出司法建议。将分析报告报送辖区党委政府、相关部门以及市级以上人大代表，促进了辖区的无讼村居建设，取得了良好的效果。二是建立部门之间的联调联动机制。将工作积极融入枫桥镇党委政府关于《基层社会治理综合标准化试点》项目，借助参与制订了基层社会矛盾纠纷大调解的规范体系建设的契机，进一步完善了联调联动工作机制。完善了委派调解制度，将同意调解的案件，在诉前，通过联动机制移送到相关部门进行委派调解，另一个方式是由法庭牵头，邀请相关部门的人员共同调解纠纷，法庭与乡镇、村委会以及调解组织等在预防化解纠纷方面形成良性互动的格局。建立召开联席会议制度，定期召开会议，围绕工作中出现的新情况和新问题，共同分析难点、疑点，总结经验，制定应对措施。三是建立了信访合力化解机制。加强信息互通和稳控联动，特别是敏感时期的维稳，加强案件风险的评估工作，提前预警、制定预案，确保辖区总体安全稳定。与当地的党政部门密切联络，形成合力，在案件审理和纠纷排查工作中发现了信访隐患，第一时间通报辖区的党政部门。党政部门发现信访事件，法庭积极参与解决问题，共同研究对策，共同化解矛盾。

（三）陕西省留坝县人民法院的“院坝说法”模式

留坝县政法部门组织政法各部门在“院坝说事会”[16]的基础上开展了“院坝说法”活动，留坝县人民法院积极发挥职能作用，促进了社会矛盾化解，净化了农村社会环境，促进乡

[15] 在“枫桥经验”的发源地枫桥镇，较早开始谋划、制定基层社会治理的标准。2014 年，国家社会管理和公共服务标准化工作联席会议办公室（ 2014）84 号文件批准枫桥镇成为全国第一批社会管理和公共服务综合标准化试点项目。这是当时唯一获得立项的乡镇主体。绍兴市的《关于打造 “枫桥经验”升级版建设“平安中国示范市”实 施计划（2016 －2018）》中也提出要以标准化为手段，提升乡镇政府服务能力，通过规范化、标准化达到促进工作、提升治理能力的目标。

[16] 位于秦岭深处的留坝县的农村村民有在院坝（即农村院子里）里唠家常的习俗，县委组织部针对农村地区矛盾多，群众利益诉求多、解决问题手段单一的现实，结合当地风俗，开展“院坝说事会”，也就是对村里的难事、急事、特殊事，对群众进行法治宣传教育、脱贫扶志等工作在村民的院坝内解决。说事会由当地镇和双联单位领四支队伍、村组干部和村农民参与，面对面协商解决矛盾和问题。搭建了群众问事、评事、党员干部理事办事的协商对话平台。对矛盾纠纷现场答复、定期解决、跟踪落实，解决问题情况由群众在下次说事会上进行评议，不满意将追责。

村社会和谐。

1.运行模式

一是搭建服务群众的平台。遵循农事节令，尊重各村实际，按照易集中则集中，易分散则分散的原则，采取实在、具体、灵活的方式开展工作。在农家院坝里法官与村民拉家常，了解司法需求，讲解法律和农村政策，解开法结，打开心结。由法院干警主持“院坝说法”，以专题讲座、巡回审判、法治宣传等形式，深入各村组开展“院坝说法”。例如用身边的事深入浅出的讲解“民间借贷”、 “婚姻法”、“老年人权益保护法”等法律法规，现场解答村民的问题。二是制定工作流程。首先是通过入户或者群众来电来信等渠道收集“院坝说法”话题。其次确定话题，法官根据近期收集的问题，按照轻重缓急的不同程度梳理本期院坝说法主题。再次是召开“院坝说法”，和群众平等对话，注重引导群众自发解决村上的矛盾。给群众充分的发言权，让他们说出心里话，法官现场答疑，能现场解决的当场解决，不能当场解决的按照法律和政策规定解决。今年以来，留坝法院通过“院坝说法”化解纠纷 21 件，深入各村开展法治宣传 13 场。[17]

2.工作机制

一是建立矛盾纠纷排查化解机制。法院干警主动深入各村各户，排查矛盾纠纷，建立工作台账，将收集的关于矛盾纠纷、法律援助、法律服务等需求列入台账，将这些事项作为院坝说法的议题，有针对性的进行说法，着力将纠纷化解在源头。运用面对面和背靠背等方式，从政策、法规和办事程序等方面化解，对因问题复杂当场无法解决的矛盾纠纷，限时办理。二是建立矛盾化解协同机制。对于涉及大多数群众利益的大事，如涉及村务公开、基础设施建设、脱贫攻坚等矛盾，邀请县委、政府和乡镇相关部门参与，进行解惑答疑，说法、说案、说理相结合，整合力量共同化解矛盾。三是建立联系群众的长效机制。将“院坝说法”制度化、流程化，和每个村建立联系点，定期或者按照需求临时召开院坝说法。

四、人民法院参与乡村治理过程中存在的问题

面临新时代乡村治理的形势与基本矛盾变化，人民法院积极发挥职能作用，参与乡村治理取得了显著成效，但同时也看到，人民法院参与乡村治理工作还存在一些短板。如何结合现实，找准突破点，以务实的精神推进当前的乡村治理，并清醒地认识到现实改革与长远目标的关系，是我们的责任所在。

（一）治理理念守旧

马克思主义的认识论认为,人的思想来源于实践,反过来又指导实践。思想支配着行动,推进乡村治理工作改革创新的前提是解放思想。从实践中看，人民法院参与乡村治理工作存在思想理念守旧的问题。其一，预防在先的理念还未全面形成。有的地方处置矛盾纠纷的事前预防工作不到位，将更多的警力放在事后的处置上，没有意识到防范于未然的重要性。其二，共建共治理念未完全形成。缺乏协同治理的理念，不能有效调动各方参与乡村

[17] 参见《留坝法院“院坝说法”助力平安建设》，载《汉中日报》2019 年 10 月 11 日。

治理的主动性。有的法院对“自治、法治、德治”如何融合还没有清楚的认识，协同共建的机制还未全面形成。

（二）制度体系不完善

完善的制度体系是促进乡村治理的重要保障。一是常态化协调制度未建立。人民法院于其他部门的联动处于松散状态，一些工作还无章可循，民间力量、群众自治组织与有关部门协同化解矛盾纠纷的规范化、制度化协作机制有待加强，乡村治理运行机制还欠缺整体性和系统性。二是群众参与机制不健全。人民法院的群众工作能力有待加强，联系群众、发动群众参与乡村治理的机制不完善，人民群众参与社会治理的形式单一、渠道不畅，导致群众在参与化解矛盾、预防违法犯罪等方面积极性不高。三是工作运行机制不健全。具体工作操作层面的制度不健全，有些工作运行不规范，缺乏制度化、规范化。如何激励、考核、监督等没有标准化的制度，导致工作衔接不顺畅。

（三）治理手段不先进

一是治理方式单一。工作方式方法有待完善，工作方式单一，不能有效应对新时期乡村治理提出的司法需求。二是治理手段落后。“互联网+司法”的手段应用程度不高， 各级法院大多都有各自的信息化工作平台，但普遍存在功能单一、亮点匮乏、效能不高的问题。有的干警对信息化应用不熟悉、不适应，尚未形成线上线下良性互动的治理机制，致使乡村治理的信息化、智能化水平不高。三是治理工作保障不足。保障不到位导致治理手段创新收到一定程度的影响。有的地方在推动人、财、物等要素向基层下沉的力度还不够。

（四）治理能力偏低

治理能力关乎乡村治理治理制度和治理工作的落实，目前在提升乡村治理能力方面还有很大的提升空间。一是主动性不强。有的地方创造性开展工作的能力不强。有的法院对上级的要求贯彻落实不到位，如有的没有引入调解、仲裁、公证等机构入驻诉讼服务中心开展诉非对接工作。二是群众工作能力不足。工作不接地气，有的尽管经常深入基层，但是没有做到身入心至，对群众的真实需求了解得少，开展工作不接地气。四是创新能力不足。从外部环境看，有的地方没有为自主创新提供更大的空间和制度保障，没有配置相应的人财物，基层创新存在困难。从个体的视角看，有的地方干警创新能力不足，对新情况不能迅速应对，不敢打破既有的工作模式，怕触动其他部门的工作利益，导致工作机制运行不顺，影响效果的发挥。

五、人民法院参与乡村治理的路径完善

党的第十九届四中全会指出：“必须加强和创新社会治理，完善党委领导、政府负责、民主协商、社会协同、公众参与、法治保障、科技支撑的社会治理体系，建设人人有责、人人尽责、人人享有的社会治理共同体，确保人民安居乐业、社会安定有序，建设更高水平的平安中国。”[18]习近平总书记在今年的中央政法工作会议上提出“把非诉讼纠纷解决机制挺在前面”，为落实此项要求，最高人民法院出台了《关于建设一站式多元解纷机制一站

[18] 参见：中国共产党第十九届中央委员会第四次全体会议关于《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》，载新华网，2019 年 10 月 31 日。

式诉讼服务中心的意见》。今年 6 月，周强院长在全国高级法院院长座谈会上强调，按照把非诉讼纠纷解决机制挺在前面的要求，全面建设集约高效、多元解纷、便民利民、智慧精准、开放互动、交融共享的现代化诉讼服务体系，切实提升人民法院解决纠纷和诉讼服务能力水平，为经济持续健康发展和社会大局稳定提供有力司法服务和保障。这为人民法院参与乡村治理指明了方向。

（一）在党委领导下，建立多元化纠纷解决机制

坚持党委领导是人民法院参与乡村治理政治保障。近平总书记强调，“要以党的领导统揽全局，推动社会治理和服务重心向基层下移，创新乡村治理体系，走乡村善治之路。”[19]将参与乡村治理作为巩固基层政权建设的重大工程，结合本地实际，进行本土性和融通性的乡村治理底层设计，深入群众、发动群众、依靠群众，以推国家治理体系和治理能力现代化为目标，在党委领导下对参与乡村治理进行统筹谋划，持续深化矛盾纠纷多元化解机制，完善与其他机构的合作机制，拓展合作内容，融合治理手段，不断拓展行业性、专业性调解组织的参与领域和覆盖面，健全调解、仲裁、复议、诉讼等衔接联动的纠纷解决体系，推动矛盾纠纷及时高效化解。发挥法院在乡村治理中的引领、推动、保障作用，主动与诉讼外的纠纷解决机制建立对接关系，促进矛盾纠纷多元化解，推动诉讼外纠纷解决机制发展。[20]

（二）以人民为中心，提供便捷、高效的司法服务

乡村治理的重心在于服务，服务也是治理，需要真正将服务措施转化为治理的成效，为群众的生活幸福提供保障。一是弘扬人民司法的优良传统。全心全意为人民服务，传承马锡五审判方式，大胆探索改革，发挥司法职能。“充分运用好‘枫桥经验’，注重发挥人民群众在社会治理中的主体作用，进一步健全自治、法治、德治的基层治理机制”[21]。二是建立治理力量下沉机制。完善政策措施，推进重心下移、服务下沉、资源下投，加大基层法院人、财、物投入，大力加强一站式多元解纷机制、一站式诉讼服务中心建设。加快建设现代化诉讼服务体系，提升纠纷解决和诉讼服务能力水平，延伸在乡村治理中的司法职能。三是坚决依法打击违法犯罪行为。深入推进扫黑除恶专项斗争，依法严厉打击农村黑恶势力、宗族势力等方面违法犯罪。推进涉农综合行政执法改革向基层延伸，强化法律在维护农民权益、规范市场运行、化解农村矛盾等方面的权威地位。四是把社会主义核心价值观融入乡村法治建设。推动自治、法治、德治的融合，注重释法明理，深入开展巡回审判，送法进乡村，注重发挥乡村家族、新时代乡贤等积极作用，促进村民尊法学法守法用法，推动群众理性化解矛盾。用法治保障村民自治，推进民事民议、民事民管、民事民办，推动将乡村治理事务纳入法治化轨道。

（三）坚持科技引领，推动司法服务模式拓展创新

农村社会矛盾的多样性、复杂性需要运用互联网思维整合多方力量参与矛盾纠纷的解决，需要借力信息化技术打造新型纠纷解决模式。要拓展“互联网+”模式的深度应用，推动

[19] 习近平：《习近平关于“三农”工作论述摘编》，中央文献出版社 2019 年版，第 135 页。
[20] 参见李少平：《努力构建具有中国特色的多元化纠纷解决体系》，载《人民法院报》，2016 年 07 月 06 日。
[21] 江必新、王红霞：《国家治理现代化与社会治理》，中国法制出版社 2016 年版，第 13 页。

社会治理、司法运行、公共服务等工作机制创新。[22]利用信息技术重塑司法运行的模式，形成多功能、智能化、集成性、线上与线下融合的一站式诉讼服务模式，实现法院内部的平台整合对接，与外部的数据平台实现互联互通，将信息技术与司法服务工作的深度融合，构建组织健全、制度规范、主体多元、功能齐备、便捷高效的运行机制。全面推进新时代人民法庭建设。建设智慧化的人民法庭工作平台和人民法庭信息平台，完善网上办案、在线调解等功能，通过现代通信和移动互联网等信息技术，整合多方力量实现矛盾纠纷的多元化解，实现解纷资源跨时间、跨空间、跨部门的优化配置，实现互联网化、在线化、数据化，实现信息大联动、平台大集群、流程大互通、跨界大协同，为基层群众，特别是为偏远、交通不便的地区人民群众提供了更加方便快捷的司法服务。建立纠纷解决大数据应用中心。通过云计算对乡村发生的各类纠纷及其解决情况进行深度分析，研判纠纷发展态势，预测纠纷发展方向，为决策提供参考。

（四）坚持创新发展，构建人民法院参与乡村治理的制度体系

如何使乡村治理走向制度化、规范化，需要体制、机制及制度的完善，涉及到更深层次和更广阔领域内资源配置及程序运作的问题，需要在前期实践经验的基础上再思考、再认识、再发展。制度化是提高人民法院参与乡村治理能力的重要保障，也是提高治理能力的关键所在。在实践中，需要构建参与乡村社会治理的组织体系、功能体系、评价体系。需要完善政治、法治、德治、自治、智治相融合的治理方式，建立乡村治理的基础性制度，使得乡村治理走向科学化、现代化。如，建立乡村社会多元矛盾化解制度，完善司法调解与人民调解、行政调解、行业调解的联动制度，建立部门之间的协作和沟通制度，将大多数的纠纷化解在萌芽状态，让群众用更便捷，更高效的方式解决问题。建立社会力量的参与制度，用法治的方式引导村民自治组织在法律框架内自我管理、自我约束。建立市场购买服务制度，通过购买服务、外包等方式解决纠纷，预防风险。建立重心下移、力量下沉的组织机构制度。建立化解纠纷的标准规范制度，建立数据标准体系，促进信息技术的深度应用。完善队伍建设的制度，加强对干警的业务培训，开展常态的定期学习，提升参与乡村社会治理的能力。尤其是加强信息技术应用的业务培训，做到边学边用，培养一批懂业务、会应用的信息化法律人才。对外，建立对调解人员的指导制度，提高调解员的工作能力。建立考察交流制度，到先进地区学习考察，对各地各部门好经验、好做法，及时提炼转化为制度规范，推动制度创新。建立科学的考评激励制度，制定考核评价标准和指标体系，将干警参与乡村治理工作情况纳入目标责任考核。建立督导考核制度，对法院完成参与乡村社会治理的目标任务进度、质量、效果的检查评估，以责任到位确保效果到位。

总体的来说，充分发挥人民法院在乡村治理中的职能作用是一个值得深入研究的课题。相信随着实践的发展，我们的认识会深刻得多，也丰富得多。人民法院作为参与乡村治理的实践者，仍然需要认真地研究情况，从客观出发，以理论和实践相统一的科学态度，依据马克思辩证唯物主义的理论和方法具体地分析和解决改革中遇到的问题，以党的十九届四中全会精神为指引，把中央关于乡村治理的决策部署落准落实落细，更加精准的对接基

[22] 郭声琨：《以智能化推动政法工作创新发展》，载最高人民法院网站，2019 年 06 月 13 日。

层形势发展所需、民心所向，走出一条中国特色社会主义乡村善治道路。

形式化抑或实质化：乡村“三治融合”的进路选择

耿玉基[1]

【摘 要】乡村处于社会治理的最前沿与攻坚区。在地方竞争模式下，我国乡村自治、法治、德治之间呈现着主体与客体、实体与程序、局部与整体等互融型式，业已取得治理成效。但是，缘于乡村结构的变迁、治理共同体的疏松化等制约因素，当下“三治融合”的具体实践可能存在治理制度的简单组合、治理方式的同质混合、治理功能的浅层叠合等形式化的情形。因而，未来“三治融合”应当改善农民主体角色的虚化问题，始终将农民作为实质的融合主体；注重将“农民法益”作为具象的融合内容；通过乡村治理体系的深度再造，释放新时代乡村振兴的制度合力，真正实现“三治”之间的相得益彰与融合增量。

【关键词】乡村治理；自治；法治；德治；三治融合实质化

一、问题缘起：关于“三治融合”的个案

回望历史，中国悠久的农耕文明生成了以农民为主体的农业大国。当下语境下的农民，一般是指在农村从事农业生产活动的劳动者。[2] 随着 2005 年全国人大常委会对于《农业税条例》（1958 年）的废止，若从国家与农民的关系来看，我国主要依托于诸多农业税赋征收的基层“汲取型政权”，[3] 已渐趋向“授益性政权”进行全面转型。

党的十八大以来，中国乡村的现代治理体系，可以说是发轫并逐步完善于“枫桥经验”“桐乡经验”等全国各个地域的基层治理经验。[4] 2017 年 10 月，党的十九大正式提出乡村振兴战略，要求“健全自治、法治、德治相结合的乡村治理体系”。[5] 其正式提出了“三治结合”的新要求。2018 年 9 月，中共中央、国务院《乡村振兴战略规划（2018－2022 年）》进而提出：“坚持自治为基、法治为本、德治为先”。2019 年 6 月，中共中央办公厅、国务院办公厅发布《关于加强和改进乡村治理的指导意见》。其提出：“推进乡村治理体系和治理能力现代化，夯实乡村振兴基层基础”“严肃查处侵害农民利益的腐败行为”。2020 年 3 月，中央全面依法治国委员会《关于加强法治乡村建设的意见》要求：“着力推进乡村依法治理”。基于此，各级党组织与政府对于“三治结合”陆续开展密集的政治动员、法治实施与政策部署，形成了丰富的乡村治理实践案例。[6] 其中，一部分已经逐步演化为“三治融合”模式。

---

1 耿玉基，合肥工业大学文法学院，副研究员，法学博士。

2 据最新统计数据显示：我国乡村人口尚有 5.64 亿，占总人口数的 40.02%。相关具体内容，参见黄秉信主编：《中国农村统计年鉴》，中国统计出版社 2019 年版，第 31 页。

3 参见周飞舟：《从汲取型政权到“悬浮型”政权——税费改革对国家与农民关系之影响》，《社会学研究》2006 第 3 期。

4 参见张文显、朱孝清、贾宇等：《新时代“枫桥经验”大家谈》，《国家检察官学院学报》2019 年第 3 期。

5 参见习近平：《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》，载《党的十九大报告辅导读本》，人民出版社 2017 年版，第 32 页。

6 相关二十个典型的乡村治理案例名录，参见《中央农村工作领导小组办公室秘书局 农业农村部办公厅关于推介首批全国乡村治理典型案例的通知》，《中华人民共和国农业农村部公报》2019 年第 7 期。

面向当下，广袤乡村处于基层社会治理的“主战场”。缘于自身的工作经历与研究旨趣，笔者长期关注 A 省 D 县的乡村治理工作。该县位于长三角省域，处在长江的下游，有着 2000 多年的置县史，其间颇有历史与文化蕴含。据 2019 年底的数据，D 县辖 10 个镇、1 个乡，4 个经济开发、风景管理的功能区，户籍人口 49 万人，当年实现地区生产总值近 400 亿元。目前，随着村委会的建制合并，该县尚有 89 个村委会。此外，“村改居”之后 23 个社区居住了大量农业生产人口。该县曾被有关机构评为“全国综合实力百强县市”“全国绿色发展百强县市”“全国乡村治理体系建设试点单位”等。近年来，该县积极推进乡村振兴尤其是乡村治理改革及“三治融合”工作，总体上取得了诸多成效（见图表 1）。

年度 指标	2017 年基期值	2018 年实现值	2019 年实现值	2020 年目标值	2022 年目标值
农产品加工产值在农业总产值的占比	13.5%	15.2%	17.1%	18.5%	20%
乡村休闲农业、旅游的接待人次	57.1 万	79.6 万	91.8 万	110 万	135 万
乡镇村庄绿化的总体覆盖率	25.2%	25.2%	25.7%	28%	35%
村庄对生活垃圾进行处理的占比	69%	72%	78%	90%	95%
订立“村规民约”的行政村占比	15%	30%	70%	90%	100%
乡村纠纷的调解数量占总数比	35.5%	42%	59.6%	65%	85%
实现“道路硬化”的建制村占比	67%	82%	86%	95%	100%

图表 1. D 县乡村振兴与乡村治理的部分指标列举[7]

2017 年以来，笔者围绕 D 县乡村治理展开了较为全面的田野调查，注重将乡村自治、法治、德治的体系研究与案例分析相结合。期间的诸多个案生成了一系列材料与数据，激发了笔者对于“三治”实践中关于农民的法律意识、农民的权益保护、治理体系中的“政村”关系，以及“三治融合”路径的思忖。2019 年 5 月，D 县 Y 村 R 某不幸发生了一件交通事故。在跟踪该交通事故损害赔偿案件（以下简称“交通赔偿案”）的处理过程中，笔者发现自治、法治、德治的方式先后“出场”并“互为融合”，合力治理该民事纠纷。其中，相关的融合方式与治理策略，促成了笔者对于“三治融合”的深入省思与本文的展开。

基本案情：2019 年 5 月 17 日，R 某在参加由村委会组织的水利兴修工程之后，个人前

7 该表中的相关数据，分别来源于 A 省 D 县《乡村振兴规划实施方案（2018－2022）》《乡村治理体系建设暨“三治融合”推进工作考评细则》。

往附近亲戚家聚餐。当晚，R 某饮酒后自驾摩托车回家。在归途中，其与同村 Z 某驾驶的一辆小型轿车发生碰撞，导致 R 某身受重伤即 7 级伤残（系“司法鉴定”）。根据公安交警部门的现场勘查与技术检测，R 某属于无证、无照、醉酒驾驶行为。事发时占据了逆向行驶车道；轿车车主证照齐全，事发时未饮酒且未超速，及时采取制动措施，实施了救助行为，故认定 R 某承担本次交通事故的全部责任。

治理过程：事发后，镇法律服务所、驻村律师、县交通事故民调组织等，先后对于该纠纷开展了大量的前置调解工作，但均无果。在镇综治办、县司法局的协调下，该县法律援助中心的律师无偿代理了本案诉讼事宜。对于本次事故，R 某向轿车车主 Z 某提出了 67 余万元的人身损害赔偿。期间，Z 某提出了由 R 某承担其汽车维修费 1200 元的反诉请求。

治理结果：该案审理结束后，D 县法院一审判决：保险公司在“交强险”赔付范围内承担 10 万 1100 元的款项，驳回了 R 某要求 Z 某承担责任的全部诉讼请求；支持了 Z 某的反诉请求。再后，村委会考虑到事发当日 R 某当日参加了村集体的募工事项，以及家庭经济拮据的事实情况，经“村民议事会”的集体讨论决定，从村山地流转收益资金中拿出 10 万元，对于 R 某予以经济补偿；经“村法治议事会”讨论，扣除 Z 某的全部“村民法治积分”，并不得参与当年村民小组的分红。[8]

之后，在笔者对 Y 村“两委”班子进行访谈的过程中，村委会负责人 W 某数次谈及“交通赔偿案”的调处工作，表示该案取得了圆满的社会效果。其主要理由是：双方当事人皆同意该处理方案，R 某服判息诉，Z 某也不持异议。更为重要的是，县乡两级的有关领导对于该案的“妥善处置”表示十分满意，并称之为该县乡村治理的一个成功案例。

不可否认的是，该案基于现有的乡村治理资源，对于 R 某个人而言，其得到了法治保障，即法律限度范围内的保险赔付，且在村民自治的范畴内获取了相应的经济救济。而且，在乡土正义观之下，针对 R 某不配合调解、提出所谓反诉等“不合民俗与民意”的行为，故村委会给与其一定的“道德惩罚”。在乡村治理的场域中，可以说其间的各个主体进行了“善治”，关于自治、法治、德治的方法亦适时进行了“融合”。但是，笔者认为“交通赔偿案”并非是完美的。其中的自治方式是否符合法治？德治方式是否具有正当性？法治方式是否契合实质正义？进言之，在“三治融合”具象实践中，其消弭矛盾纠纷的方法是否需要改良，乡村治理目的及其制度效用是否需要进一步廓清？

目前而言，关于中国乡村自治、法治、德治以及“三治融合”方面的既有研究，大多立足于实践范例与理论建构，产出了丰富智识。但是，我国学界专门聚焦“三治融合”个案而开展实践检视、进路探究的文献并不多见。鉴于此，本文将循着乡村“治理故事”，概括“三治融合”的模式，解析并反思相关治理方式，梳理出其中的形式化“候症”，以便于最大限度地凝练出关于乡村“三治融合”的实质化路径，藉此提出具有指向性、实效性的若干建议。

8 需要说明的是：本文“交通赔偿案”的案情及其治理事实，是基于 D 县法院民事一审判决书、R 某与 Z 某的道路交通事故责任认定书、Y 村委会的议事记录簿，以及笔者调研期间的访谈笔记。

二、百花齐放："三治融合"的型式分析

由于历史原因，我国的社会治理长期处于"城乡二元"结构之中，实施各不相同的治理模式。[9] 目前，在基层党建引领下，我国乡村自治、法治、德治正在有条不紊地向前推进。近年来，不在少数的市域、县域已经陆续开展"三治融合"。例如，2018—2020 年，浙江省嘉兴市先后专门下发相关文件，整体推进市域范围内的"三治融合"。[10] 那么，若从不同的维度分析，全国各地的具体实践可以界分为以下型式：

（一）主体融合与客体融合

从主体来看，现有"三治融合"模式可以分成自治、法治、德治的主体融合，以及其治理对象即客体的融合。例如，浙江省桐乡市以"人本+治理"扩大社会参与面。其主要在于通过加强"三社联动"，深入推进城乡社区治理创新；充分调动个人、家庭、政府、企业、社会组织等各个主体的能动性，构建了多元主体广泛参与、多元协商共治的主体融合局面。同时，该市成立义工、志愿者服务队等"百姓参政团"，召集村民参与村内大小事务的决策；建立"道德评判团"，发挥崇德向善的群体性力量。[11] 对于"桐乡三治融合"实践，徐勇教授认为，"乡村治理正在由单要素向多要素相结合的高级形式转变"。[12]

此外，有的基层党政部门推进的乡村治理，旨在将村级管理、村务决策的自治事项，矛盾化解、涉法事务等法治内容，以及见义勇为、孝悌家庭等德治方面的客体予以统一整合，纳入"三治融合"的范畴。譬如，有的乡村积极推行"一组一会"，即推行村民理事会，吸纳社会威信高的老党员、村民代表、创业能人、"乡贤"等参与其中，实现了一定程度的定分止争。2019 年以来，该市 2285 个村（居）民理事会共接待群众 6.7 万余人次，共计调处矛盾纠纷 4.1 万余件，化解各类信访方面的隐患 2524 件。[13] 再如，福建省永春县开展"三治融合"示范村的创建活动，其中将涉及自治、法治、德治"共治"的客体，诸如不当上访、社会失信、涉毒涉赌、未成年人犯罪等情形，作为"法治+六零"的工作目标，亦是该县评选"三治融合"明星村的重要考核指标。[14]

（二）实体融合与程序融合

从"三治融合"的内容维度来看，有的单项制度将自治、法治、德治体系中各方的权利与义务予以有机融合，形成"三治"的实体型融合。与之不同，有的"三治融合"模式则着重从正当程序出发，进一步优化乡村治理事项、乡村振兴推进工作的操作规程。例如，

---

9 参见张文显：《新时代中国社会治理的理论、制度和实践创新》，《法商研究》2020 年第 2 期。

10 相关地方规范性文件，参见《中共嘉兴市委办公室嘉兴市人民政府办公室关于巩固提升自治、法治、德治"三治融合"基层社会治理体系建设的实施意见》（嘉委办发〔2018〕24 号）、《关于实施"三治融合""六进工程" 推进基层社会治理现代化的指导意见》（2020 年 6 月 9 日）。

11 参见桐乡市委编办：《"三治融合"：桐乡探索乡村治理模式》，《中国机构改革与管理》2019 年第 5 期。

12 徐勇：《自治为体，法德两用，创造优质的乡村治理》，《治理研究》2018 年第 6 期。

13 参见王圣志、董雪：《淮北："一组一会"打通联系群众"最后一米"》，载《新华每日电讯》2019 年 3 月 22 日，第 1 版。

14 笔者认为，从法治规律与大数法则来看，乡村违法犯罪的治理目标不宜作为定量的、拘束性的指标予以考核。否则，其可能会走形而异化为"强行稳控"。相关具体制度规定，参见福建省永春县《关于开展自治、法治、德治"三治融合"示范村（社区）创建活动的实施意见》（2020 年 4 月 16 日）。

2014 年，浙江省宁海县汇总村集体民主管理、便民服务等方面的《村务工作权力清单 36 条》。[15]其明晰了村级事务权责的实体内容，有益于改善农民实体权利“被虚置化”的现象。

诚然学者所言，“权力运行是治理空间的关键要素”。[16] 事实上，仅从侵害农民利益的不正之风与腐败问题来看，据中央纪委国家监委公布的数据：2019 年，“全国共查处民生领域侵害群众利益问题 10.4 万起，处理 13.2 万人”。[17] 如此一来，乡村治理往往会遭遇一定的制度耗损、效用抑制等现实问题。例如，安徽省天长市推行“小微权力”的清单管理，并同步推行积分制管理。其中，对于村干部个人履行权力清单、责任清单的情况，进行量化评分。同时，推行村巡查的全覆盖，对村级事务办理实行全程监控。[18] 此类将“三治”对象、治理客体进行实体性的厘定与融合，有利于规制乡村治理空间中的村级权力，亦有利于克服其中因“三治”失范而侵农、损农、坑农等不当问题。

此外，有的“三治融合”方面的制度，则相对偏重于乡村重要事项的程序固化。例如，天津市宝坻区的村委会普遍实施的“六步决策法”。其中，第一步经过“村两委”召开全体党员、村民代表会征求意见后形成议案；第二步是村“两委”联席会议讨论通过；第三步：乡镇党委、政府对议案进行审查；第四步经过民主协商议事会、入户征求意见、村民代表会议讨论表决通过，并进行村务公开；第五步是指决策过程中由村务监督委员会、村民代表的监督；第六步，在村党组织领导下由村委会对于决策事项组织实施。[19] 其将自治、法治、德治领域中刚性与柔性的程序进行融合，规范了村级自治事项的运作流程。其有助于规制一部分“能人治村”之下微小权力的失范问题。

（三）局部融合与整体融合

目前而言，我国各地并未统一推行乡村“三治融合”。笔者发现，其中一部分虽然没有冠以“三治融合”，但事实上已通过自治、法治或德治的块状机制建设，实现了“三治”的局部化融合。譬如，2017 年，河北省邯郸市肥乡区出台《移风易俗节俭操办红白事参照标准》，治理乡村社会中的红白喜事大操大办、天价彩礼等现象。[20] 笔者认为，上述标准的内容本属于德治范畴的事宜，但其与法治化的规则进行制度对接，与自治中的自我管理价值进行了实际融贯。在此类融合方式下，其对于改善乡土德治的碎片化现象，对于移风易俗、淳朴民风具有助推作用。此外，广西省环江毛南族自治县在易地扶贫、搬迁安置的过程中，打破了乡村治理的空间局限，推动了乡村→社区之间动态化的“三治融合”。[21]

同时，与局部治理不同，有的乡村治理实践则通过专业化、信息化、智能化的手段，

15 参见黄晓：《小微权力清单：乡村有效治理制度研究——基于升级宁海“36 条”实践的分析》，《中共宁波市委党校学报》2019 年第 3 期。

16 陈柏峰：《乡村基层执法的空间制约与机制再造》，《法学研究》2020 年第 2 期。

17 赵乐际：《坚持和完善党和国家监督体系 为全面建成小康社会提供坚强保障——在中国共产党第十九届中央纪律检查委员会第四次全体会议上的工作报告》（2020 年 1 月 13 日）。

18 参见《安徽天长让“小微权利”不再任性》，《农村工作通讯》2019 年第 13 期。

19 参见金慧英：《群众充分参与 决策更得民心——天津市宝坻区推行农村基层协商民主纪实》，载《农民日报》2019 年 7 月 10 日，第 2 版。

20 参见郝凌峰：《用“硬约束”刹住攀比风——河北省邯郸市肥乡区探索红白喜事规范管理》，《农村 •农业 •农民(A 版)》，2019 年第 11 期。

21 参见何棣华：《探索“三治融合”的社区治理新机制——关于环江毛南族自治县易地扶贫搬迁安置区社区治理的调研报告》，《当代广西》2020 第 4 期。

将“三治”进行网络化链接，推动“三治”的整体性融合。例如，上海市宝山区建构“村民—村—乡镇—区”社区治理架构，各村形成小的治理单元，赋予独立“二维码”，村民实名认证，实现警务、医务、律师、物业管理等资源在村级统一整合。该区还建设了“移动互联”“社区通治慧中心”等治理载体，进行村民网络舆情分析，描绘基层“画像”并实时预警，建立相关大数据的模型，从而实现精确治理。[22] 总体上，当下我们已进入智能社会。但是，随着乡村的空心化，大量留守的老人与儿童尚难以适应“治理智能化”的浪潮。因而，当下乡村“三治”应当因地制宜，注重传统的乡土内生秩序、现代的治理方式的融会贯通。

再者，关于我国“三治融合”模式，有的基层实践侧重于自治与法治的融合，而有的乡村侧重于自治与德治的结合。在相关融合的评价指标来看，各个地方关于目标考核、发展规划的制度文本所设置定性与定量的指标比重各有不同；再从“三治融合”的动力来源看，其又可区分为有市域或县域的党委、政府主导并统筹的融合，乡村自发的融合，以及村民委员会、乡镇政府与市县党政部门互动而推动的实践模式（见图表 2）。

融合类型	主体与客体的融合	实体与程序的融合	局部与整体的融合
融合对象	乡村矛盾纠纷	村级范畴自治事务	乡村道德风尚
融合功能	推进乡村法治	促进基层民主协商	繁荣乡村文化
融合载体	民间性的组织	村务自我管理制度	乡规民约
融合模式	党政主导型	乡村自发型	上下互动型
融合评价	定量指标为主	定性指标为主	定量与定性指标平衡
融合主导	设区的市党委政府	县域党委政府	政法、组织、宣传、民政、司法行政、农业农村等党政部门

图表 2.“三治融合”实践范式的主要类型（来源：自制）

三、同而不和：“三治融合”的形式化倾向

正如学者所言，社会治理的时代转型最根本所在是：“摒弃阶级斗争思维、矫正专政思维、淡化管理思维，代之以法律思维、法治思维、法理思维”。[23] 但事实上，“三治融合”尚处于基层探索阶段，相关学理供给并不充足，尚无一个固定的实践形态。其中的一部分“三治”及其融合方式，可能在制度建构、方式方法、功能定位等方面存在形式化的现象。其与乡村治理的时代内涵以及“三治融合”的应然效用之间存有一定的距离。

（一）“三治融合”不是简单化的制度组合

俞可平教授认为：现代国家治理体系的本质即是“规范社会权力运行和维护公共秩序的

22 参见《建立“社区通”工作系统 推进乡村智慧治理——上海市宝山区利用移动互联网创新乡村治理方式》，载“中国农村网”，http://journal.crnews.net/ncjygl/2019n/d7q/bqch/119824_20190705034306.html，2020 年 7 月 25 日访问。

23 张文显：《中国社会治理的法治思维（下）》，载《法制日报》2019 年 2 月 13 日，第 9 版。

一系列制度和程序”。[24] 在笔者看来，乡村治理的规则亦是如此。但是，有些“三治融合”事例，其只将自治、法治、德治方面的实施制度，进行相应的罗列，予以简单地组合与叠加，并未进行实质性的制度融贯。譬如，有的县域的“三治融合”规范性文件中，具体规定了乡村社情民意联络办法、基层协商民主制度、村镇矛盾化解机制、乡镇民主法治村建设方案、乡村依法治理考核标准，以及村级重要事项、重大问题的决策监管等诸多制度。而在实践中，这些实施性的制度并未进行必要的整饬与统一。那么，这些治理规则依然运行在各自的轨道，势必会让“三治融合”难以产生制度增量。其反而可能产生制度衔接不畅的情形，阻滞“三治”原本的功能，何谈促进“三治”的有机融合。

区别于人民公社时期，贺雪峰教授认为 2000 年前后的村委会是一个“半熟人社会”。[25] 在笔者看来，随着大量农村青壮年劳动力、人才精英的流失，如今不在少数的行政村几乎成为“陌生人社会”。那么，在上述制度叠加式的“三治融合”情形下，相关政法、民政、司法行政、农业农村各个单位分别牵头的制度落实任务，势必都会通过乡镇传递至村委会。此类“三治融合”方式，往往缺少足够农民的主体呼应，缺乏相应的制度整合，故在具体实施中难以形成上下合力，难以兑现乡村治理制度的成效。

“上面千根线、底下一根针”。由于乡村治理过程中尚存行政化色彩，造成不在少数的村民自治组织肩负额外的“中心工作”“执法压力”。[26] 此外，在乡村“三治融合”进程中，村民委员会自设并叠加诸如“村民诚信档案”“村民法治积分”“村民道德银行”等一系列制度。毋庸置疑的是，这些规则的初衷是无可厚非的，即发挥农民自我管理、自我规制的效用。但是，一些本是柔性化的举措可能演变为一种硬约束。笔者认为，此类“再行政化”的行为，变向地增设了乡村自治空间的“百姓科层”，可能会扭曲“三治”各自的治理价值定位。

譬如，前述的“交通赔偿案”中的 Z 某，按照我国《道路交通安全法》（2011 年）以及其他法律法规、司法解释的规定，其行为本就与法不悖，却被无辜扣除“村民法治积分”，付出相当的经济代价。反言之，对于事故受害者 R 某的亲戚而言，其处在人缘+地缘+亲缘即“熟人社会”关系网络中，在明知 R 某系酒后自驾摩托车的情形下，没有履行劝告义务，是否需要承担“放任”R 某的法律责任？笔者认为，在此语境下，R 某亲戚该当属于乡村法治的客体，理应承担民事责任。而且，R 某自身的危险驾驶行为，以及其亲戚的“不作为”，亦是乡村德治的对象，恰恰应是乡村自治组织、民间性组织予以严厉教育、柔性训诫的客体。由此而言，此类疏漏化的乡村治理、科层化的民间执行，在一定程度上可能背离“三治融合”的本义。其若在村民自治的场域中时常生成，反而会减低“三治”的现实合理性。相关制度内里、治理结果的正当性与合法性遭遇一定的质疑，便不足为奇了。

（二）“三治融合”不是同质化的方式混合

众所周知，自治、法治、德治是不同的治理方式，其内涵存在相当的差异。但是，有

24 俞可平：《中国的治理改革(1978—2018)》，《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2018 第 3 期。

25 参见贺雪峰：《乡村治理的社会基础——转型期社会性质研究》，中国社会科学出版社 2003 年版，第 48－52 页。

26 有学者将此类党政体制之下的基层行政执法，界定为基层政府的“强治理”模式。参见陈柏峰：《乡村基层执法的空间制约与机制再造》，《法学研究》2020 年第 2 期。

的县域可能基于政绩驱动的创新动力，[27] 在勉力推进“三治融合”的过程中，不加区分地将三种治理方式予以混同。而事实上，“三治融合”并非是“三治同质”，并不意味着三种治理方式可以混同或互为替代。进言之，“三治融合”的实质是旨在发挥不同治理方式的优势。否则的话，其可能异化为“一元治理”，从而有违“三治”之间优势互补、相得益彰的大前提，失去“三治融合”制度实践的必要性。

其中，有的乡村治理将诸如民商事纠纷、行政争议等法治范畴的事宜，一味强行“融入”村民自治的领域。这显然忽视了社会矛盾多元解决机制中最具有技艺理性的路径即司法审判，故其主观地将自治、法治二者予以同质看待。在一定程度上，相对于诉诸公权力的司法审判，“村民议事”“百姓法庭”等“类司法”的自治方式，其解决争议确实具有低成本、简便化等优势。但是，若不加选择地将双方当事人之间争议较大、法律关系复杂、社会影响较大的案件，全部交由民间性组织，依据乡规民约决断或调处，其无形中可能消解法治方式的分配正义、利益衡量、教育引导等功能。

进言之，一方面囿于法律素养，相关人员难以对于案件事实进行全面认定，难以开展质证与认证，也难以做出合法的裁判、妥适的调处方案；另一方面，对于疑难复杂案件，若通过两造对抗的方式予以解决，则会发挥司法的释法功效，形成法治治理的常态化、稳定性与社会可预期性。回到上述“交通赔偿案”，R 某受益于乡村法律公共服务机制，得到无偿的法律援助，从而让矛盾纠纷顺利进入司法解决渠道。故可以说，其正是该乡村治理个案在“三治融合”过程中的成功环节之一。

（三）“三治融合”不是浅层化的功能叠合

一般而言，在“三治”体系中，自治相对于他治，是“三治”的基础，也是乡村治理的一种理想状态，而法治作为他治的本质，具有公权力的法律特性，是当下乡村治理的根本方式，具有规范、引领与保障的功能，而德治具有强自律性、弱约束性、历史继承性等。[28] 故在一定意义上，乡村“三治融合”即为自治、法治、德治的功能互相涵养，并始终贯穿于乡村治理的化合过程。但是，有的乡村“三治融合”只是将三种治理方式的功能予以主观叠加，尚停留在“三治”的浅层效用，对于乡村治理体系中应然的共建、共享缺乏功能性的融合。

于是，“三治融合”的深层作用便缺乏制度落实与全面释放。而且，笔者实证研究视野中乡村“三治融合”推进事宜，大多由多个职能部门即县政法委（社会稳定）+县文明办（精神文明创建）+县民政局（基层政权建设）+县司法局（法治宣传教育）+县农业农村局（乡村振兴）等，各自负责并分块、分头实施。可以说，其意味着县乡两级多部门操作之下“三治”的功能可能会撕裂而处于分置之态。

习近平总书记曾言：“农业农村工作，说一千、道一万，增加农民收入是关键”。[29] 在笔者看来，“三治”不仅是一种治理方式，亦是乡村固有的一种治理秩序。由此，乡村“三治

27 参见陈家喜、汪永成：《政绩驱动：地方政府创新的动力分析》，《政治学研究》2013 年第 4 期。
28 参见张康之：《论社会治理模式中的德治及其制度安排》，《云南行政学院学报》2002 年第 5 期。
29 参见新华社：《习近平在山东考察时强调 切实把新发展理念落到实处 不断增强经济社会发展创新力》，载“人民网”，http://politics.people.com.cn/n1/2018/0614/c1024-30060075.html，2020 年 6 月 15 日访问。

融合”的深度功能，并非只是促进“三治”，其终极目的是改善乡村民生、促进农村的和谐稳定，即幸福度、安全度与满意度。但是，个别基层行政主体还存在着过激执法、趋利执法、选择执法、暴力执法等情形。[30] 由此，一部分县乡两级政府及其行政主体在损益执法、应急治理的过程中，化解公共风险、处理民间矛盾的方法显属简单化、浅层化，从而使得规范、公正、文明的乡村执法规则停留在纸面上。

事实上，随着县域执法的重心下移，乡村一线执法者往往强调其自身的“多任务·多中心”以及事务的庞杂性、权力的裁量性。期间，虽然目前我国大量具有控制公权力功能的行政法律，以及国务院出台的“行政执法三项制度”等，对于乡村执法者有较强的制约作用，但其可能通过县乡两级的“联合行动”“专项执法”“突击整治”等非常态的治理方式，利用其自身乡土权威，规避上位法，进行“去法治化”的乡村治理，完成压力型体制下土地资源管理、生态环境保护、交通安全等各类硬性考核指标。因此，基层公权部门应当区分“治理方式融合→治理根本目的”之间的先后顺序与主次性质，防止乡村的共治、共建与乡村共享之间的逻辑关系被人为割裂。何以消弭此类情形？这是摆在“三治融合”面前的一项重要课题。

四、相得益彰：“三治融合”的实质化进路

2018 年 1 月，中共中央、国务院《关于实施乡村振兴战略的意见》提出：“建立健全党委领导、政府负责、社会协同、公众参与、法治保障的现代乡村社会治理体制”。笔者认为，其可以解构为：基层党委领导的政治治理、基层政府负责的公共治理、乡村农民“主演”的社会治理。由此，究于前述“三治融合”的形式化倾向，笔者认为其应当着重从融合的主体、内容、效用等方面予以改良。

（一）“三治融合”的实质主体是“农民”

2019 年 10 月，中共中央提出：“推进国家治理体系和治理能力现代化”“完善群众参与基层社会治理的制度化渠道”。[31] 从应然层面看，“乡村治理的主体当然是广大村民”。[32] 固然中国乡村治理的机制与体制是多元的、多层级的，但并不意味着乡村自治、法治与德治的融合主体是多元的。其中，基层公权主体不应是乡村治理的“主角”，[33] 否则“三治融合”就成之为“被融合”，失去了乡村治理的主体动力，也会造成“三治”融合效用的自然流失。

但是，笔者关注到有的县域在推进“三治融合”的过程中，只是表层化地将自治、法治、德治作为融合的主体，并将三种治理制度一箩筐地装在“三治融合”体系之中。这种形式化、稀松化的融合方式没有顾及“三治”的主体属性，没有考虑到乡村治理中真正的主体参与者，

30 相关案例的学者研讨，参见蒲晓磊：《完善应急法律制度 提升应急管理法治化水平》，载《法制日报》2020 年 2 月 25 日，第 5 版。有意思的是，笔者通过问卷调查发现，目前 A 省 D 县一部分农民群众对于行政征收、行政处罚、行政收费、行政强制等损益性执法，其基本满意率较高，达到 83%，而对于行政给付、行政奖励、社会保障类的增益性执法，其中“不太满意”的比例反而较高，达到 45%。

31 参见：《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度 推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》，载《人民日报》2019 年 11 月 6 日，第 1 版。

32 俞可平、徐秀丽：《中国农村治理的历史与现状——以定县、邹平和江宁为例的比较分析》，《经济社会体制比较》2004 年第 2 期。

33 周安平教授认为：当依法治国的主体乃公民之时，依法治国才属于法治的范畴。相关系统研究，参见周安平：《依法治国与法治的概念辨析——对当下认识误区的厘清》，《法治研究》2020 年第 1 期。

故其难以凸显农民群体在“三治融合”的主动作用、主体功能与主角地位。实际上，乡村治理结构之中农民群体，该当为“三治融合”的应然主体。例如：通过自治、法治、德治的融合，认真对待农民的主体地位，不断拓宽村民以主体地位介入村级规划、公益行动、纠纷化解、财务预决算等村务活动的各个渠道，全面保障其对于自身事务的决策权与监督权。

当然，当下中国的村级治理并非是单向度的治理。其大致包括“自上而下”的制度与资源的输入，以及“自下而上”的利益诉求与向上表达。[34] 有鉴于此，新时代“三治融合”该当进一步激活农民的主体性作用，全面补强并优化“三治”中的农民主体结构，真正让农民群体成为“治理共同体”的核心力量。

需要补白的是，当下一部分基层政府及其工作人员依然沿袭旧式管理思维，对于农民的知识结构、认知能力等方面依旧抱持着各种的“傲慢与偏见”。但事实上，多年来党和国家对于“三农”问题一贯高度重视并采取各种措施加以改进。其中，尤其是法治教育宣传、精神文明建设以及 1986 年《义务教育法》施行之后“九年制义务教育制度”的农村普及，使得当前相当一部分村落，处于主力地位的中青年农民已具备一定的综合素养。据国家人口普查数据，早在 2011 年我国乡村文盲的男女人口合计，占 15 岁及以上人口的比重已经降至 7.26%。[35] 由此，早期学者研究视野之中的中国农村及其农民主体，很多已分别由“新农村”“新生代农民”予以逐步替代，甚至一些“职业农民、产业农民、知识农民”等新型农民阶层亦陆续生成。因此，对于当下“三治融合”而言，其间的方式方法、价值目标、结构体系等之中的农民主体地位，理应切实得到各方的充分尊重。

（二）“三治融合”的实质内容是保护“农民法益”

何谓“农民法益”？有学者认为，社会形态的突出特点之一是利益导向。[36] 一般而言，“法益”是集成了国家立法实然与应然分配的，且该当受到法律保护的权利与利益，则大致为各方的共识。[37] 在现行法律体系的框架之下，除了全民共享的普适性“法益”之外，在民生、民主等领域，相当一部分国家政策已转化为具有增益性、赋权性的“三农”领域的“农民法益”。其已经实际嵌入农民群体生活劳作的方方面面。

“法者，治之端也”。[38] 缘于“农民法益”的稳定性与可预期性，其成为乡村治理体系之中基本价值单元，具有诸如法治、利益、政治、权利等复合属性。目前，我国《宪法》（2018 年修正）以及《村民委员会组织法》（2018 年修正）、《农业法》（2012 年修正）、《种子法》（2015 修订）、《农民专业合作社法》（2017 年修订）、《农村土地承包法》（2018 年修正）、《保障农民工工资支付条例》（2020 年实施）等法律法规、执政党的决策安排，分别为农

34 参见桂华：《论我国农村基层治理的不均衡性——村级治理的区域类型建构》，《北京行政学院学报》2018 年第 4 期。

35 在一定意义上，这份数据不仅印证了若干年来全国各地农村“扫盲”、义务教育普及所取得的实际成效，亦反映出当下农民群体基本文化素质的整体性提升。具体的人口方面的数据，参见“国家统计局”门户网站，http://www.stats.gov.cn/tjsj/pcsj/rkpc/6rp/indexch.htm，2020 年 6 月 29 日访问。

36 参见徐勇：《自治为体，法德两用，创造优质的乡村治理》，《治理研究》2018 年第 6 期。

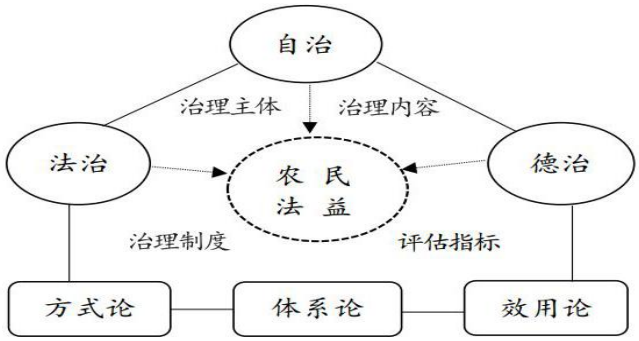
37 参见耿玉基：《“农民法益”中心论：乡村自治、法治、德治的实效理路》，中国法学会编：《全国推进依法治国的地方实践（2018 年卷）》，法律出版社 2019 年版，第 286 页。

38 《荀子·君道篇第十二》 。

民在经济、政治、社会、文化、生态等领域，确立了诸如实体权利、程序保障、产业发展、财政支持、税收优惠等专属性、保护性的“农民法益”。其为乡村治理提供了规范性制度支撑。

2018 年，中共中央、国务院《关于实施乡村振兴战略的意见》提出：“把维护农民群众根本利益、促进农民共同富裕作为出发点和落脚点”。2019 年与 2020 年的中共中央“1 号文件”持续提出“三农”领域存在一些突出短板；“坚持农业农村优先发展”。[39] 故可以说，各项农民抽象化的正当利益不断政治文献、法律文本予以具象化、规则化，而被纳入国家治理体系与法治体系。目前，我国乡村“三治”体系日趋完善，但并非是健全的。其中的问题意识可能有：当下我国“三农”发展存在着不同程度的滞后情形；乡村的治理体系与治理能力依然存在薄弱之处，尤其是“农民法益”尚未得到应然的全面维护与切实保障。

由此，当下“三治融合”不该一味停留在乡村的表面治理，而应当注重农民权益的实质性维护；不宜进行社会矛盾纠纷的压制性化解，而应当加强“诉源”的深层化治理，找寻并化解矛盾的真正根源；不宜过于重视“德治盆景”的建树，而应当注重行政主体的“德治示范”；不必另辟蹊径而增设行政化、类司法化的治理方式，而应当用好既有的法律规则与治理方式；不必人为地在“三治融合”进程中，纳入过于抽象的、口号化的内容，而应当对于党和国家已经较为完整构建的一系列“农民法益”，开展关于农民法律权益的实质融合与高效执行。其重点在于：在自治、法治、德治的各个领域，公权主体应当将各项“农民法益”，全面且精确地汇集、落实至“三治”的具体行动之中（见图表 3）。换言之，“三治融合”应当是实质性的农民权益保护，祛除形式化、局部化、行政化的因子。譬如，前述“交通赔偿案”的治理过程中，Y 村委会对于 Z 某的“扣分”并变向罚款的行为，就是“权力再生产”，乃自治组织的“泛公权化”现象。其可能偏离了“三治融合”的实质要义。



图表 3.以“农民法益”为主要内容的“三治融合”（来源：自制）

（三）“三治融合”的实质效用是再造“治理体系”

通过考察“社会治理—乡村农民”中主客体化的治理故事，面向当下我国乡村结构的分

39 参见中共中央、国务院《关于坚持农业农村优先发展 做好“三农”工作的若干意见》（中发〔2019〕1 号）；《关于抓好“三农”领域重点工作 确保如期实现全面小康的意见》（中发〔2020〕1 号）。

化趋势，[40] 以及治理系统不完整、治理能力现代化不足等问题，若通过自治、法治、德治的“效用融合”，再造并优化乡村治理体系，便具有相当的现实必要性。2019 年 6 月，中共中央办公厅、国务院办公厅《关于加强和改进乡村治理的指导意见》提出到 2035 年的目标，即“乡村公共服务、公共管理、公共安全保障水平显著提高，党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系更加完善”。由此，关于“三治融合”的实质效用，其首先应当定位于服务性治理，进而通过公共行政塑就更为完备的乡村治理体系。

那么，立足中国“城乡分野”→“城乡融合”的时代背景，基于乡土社会从“差序格局、礼治秩序、无为政治”，[41] 迈向“利益格局、治理秩序、权威政治”的显要嬗变，本文所探究的“三治融合”不是一个自动化的生成系统，其也可能落入形式化的窠臼。而且，由于“三治”本就是多维的、多向度的体系，故需要通过实质化的整合与融合，再造乡村治理体系，助力乡村振兴战略。具体而言，其统摄了乡村治理体系“融合升级”的三个核心分论：

其一，再造乡村治理的“方式论”。葛洪义教授认为：“管理建立在管理者与被管理者之间支配与服从的线性关系基础上，治理则依赖于各方主体结构性的协同参与”。[42] 故当下乡村自治、法治与德治的范式应当超越传统的“刚性维稳—权力管控”体系定位。由此，乡村治理的本质要求公权主体应当呵护农民的自治权益，维护“农民法益”的中心地位，而非通过旧有的命令化、直线化的方式，让农民牺牲私权而“俯首帖耳”，被动地与公权主体进行非自愿的所谓合作。其实质性在于通过“三治融合”系统改良“治理场域”，即主要凭借协商性、互动性的公私合作治理。坚持法治为本的同时，该当摒弃“法律万能主义”，实现自治、法治、德治的“刚柔并济”。换言之，公权主体“农民法益”服膺于心，不能以“牺牲法治”抑或“减损法益”为代价来实现经济发展、社会稳定与风险规制。

再者，在“三治融合”过程中，厘清“三治”的实质效用，是三者“无缝融合”的前提要件。笔者认为，实质性的法治是规制公权、发挥法治引领的功能；实质性的自治是村民自治，而不是“再行政化”的自治；实质性的德治，不仅德润民心，还在于德政。进言之，从本土资源与历史继承来看，中国传统意义上的德治包含了“德政”。张晋藩教授认为“以德化民除以德的标准施教于民之外，更重要的，是通过善政辅助善教，把施政的立足点移至为政以德”。[43] 其正所谓：“惟仁者宜在高位”。[44] 因而，“德治所要求的‘为政以德’并不是以道德来改造人民，而是要求政府基于‘仁’而根据道德的要求来对待人民”。[45]

其二，再造乡村治理的“系统论”。其主要在于：“三治融合”应当基于自治、法治、德治的三种方式，立足面向共治的“合意权威”，[46] 并完善共建、共享的子系统，围绕之重构治理目标、治理内容、治理制度、评估指标等操作规则，并切实回应“城乡融合”的发展趋势，实现乡村治理与县域治理、市域治理的系统同构。而且，乡村的“三治融合”不能互为

40 参见秦中春：《乡村振兴背景下乡村治理的目标与实现途径》，《管理世界》2020 年第 2 期。
41 参见费孝通：《乡土中国 生育制度》，北京大学出版社 1998 年版，第 24－63 页。
42 葛洪义：《中国的地方治理与法治发展》，《政法论丛》2019 年第 2 期。
43 张晋藩：《论中国古代的德法共治》，《中国法学》2018 年第 2 期。
44 《孟子·离娄上》。
45 舒国滢、王重尧：《德治与法治相容关系的理论证成》，《河南师范大学学报（哲学社会科学版）》2018 年第 5 期。
46 杜辉：《面向共治格局的法治形态及其展开》，《法学研究》2019 年第 4 期。

偏废而局部融合，而应当重筑乡村治理系统，补强其中的务实性制度、民生性内容，做到系统之间的相辅相成、互为融合。同时，“三治”及其融合的评估与考核，应当更多地由村民自主实施评价。其有益于克服一部分基层实践存在的主体漂移、路径依赖、目的务虚、体系僵化、治理形式主义等一系列的现实缺陷。

其三，再造乡村治理的“效用论”。党的十九大报告提出的乡村振兴战略的总要求是“产业兴旺、生态宜居、乡风文明、治理有效、生活富裕”。故可以说，“三治融合”直接效用即在于“富农”，而非“治农”。[47] 其意指乡村的自治、法治、德治应当祛除相对虚化的治理行为，而应关心民生疾苦，并将乡村振兴作为“治理任务圈”的中心地带，坚持“农民法益”保护的优先原则，注重将“农民法益”全方位的正向增赋、具象实践以及个案兑现等作为其主要效用。进言之，实质化的“三治”可理解为互为共通的农民增益之治，故乡村“三治融合”应当以农民为中心，即“治理为了农民，治理依靠农民，治理成果由农民共享”，藉此激活乡村治理在国家乡村振兴战略中的应然功效。

47 譬如，对于工商资本不断涌入乡村空间，开发或利用农业、农村资源的新业态，行政主体该当加强对于相关违规占用耕地（林地）、侵害农民财产权益等违法情形的治理。同时，通过正向引导企业、农户之间建立契约型、分红型、股权型等合作方式，构建“利益联结”机制，以增进“农民法益”。相关法规性文件，参见《国务院关于促进乡村产业振兴的指导意见》（国发〔2019〕12 号）。

立法理论与实践

地方立法权平等与地方立法制度的再改革.....胡玉鸿 1
习近平关于立法工作的重要论述研究.....冯向辉 李店标 8
我国公民个人信息权的司法保护实证研究——以 611 份裁判文书为分析样本.....何青洲 李亮 17
国民政府时期司法党化及其政治效果.....宋玉波 彭卫民 33
规范性文件合法性的判断标准.....袁勇 47
区域协同立法的合法性困境与出路——基于辅助性原则的视角分析.....韩业斌 66
个人信息权作为新兴权利之法理反思与证成.....钱继磊 80
论全国人大常委会的基本法律修改权.....李店标 97
设区的市地方性法规批准制度的实证研究.....武静 107
政治对话语境下权力正当性的二维架构解析.....董玉荣 120
论个人信息保护的“二元规则”.....雷丽莉 126
多元到统一：论地方权益性假期的立法乱象.....王志勇 139
公众参与立法的功能异化与矫正路径.....郭晓燕 154
智慧社会个人信息保护立法规制研究.....李慧君 166
党内法规制定主体扩容的逻辑与实现.....李东 178
论“新兴权利”概念的本质及其局限——兼论冤案受害者之人格尊严是“新兴权利”.....黄鑫政 187
论民营经济的激励型地方立法.....张琳 197

司法体制改革的理念、制度与方法

后疫情时期中国法院互联网司法的完善.....张德淼 于晴晴 213
论法律学说的司法运用.....彭中礼 228
裁判文书援引宪法的“能”与“不能”——以“裁判说理”与“裁判依据”二分政策为中心.....张卓明 253
新时代监察改革深化的法治逻辑.....王建国 谷耿耿 277
基于“法官不是官”的司法制度改革.....石文龙 290
家事裁判文书中的情感说理——以“不准离婚”判决为中心的实证研究.....杨帆 冷正涛 299
自动化决策与人的主体性.....张凌寒 318

专业化审判机制改革及其司法理念的变迁.....蔡 琳 337
去道德视角下的法正当性.....陈征楠 349
“实现正义”视阈检察责任的法理逻辑.....武 艳 369
检察机关提起刑事附带民事公益诉讼制度研究.....陶新征 周宏亮 383
司法裁判中的身份难题与合理性建构——以“义绝”的多重逻辑为视角.....张 杰 392
涉黑涉恶案件适用认罪认罚从宽制度研究.....梁琪 谢锦昌 刘元见 405
论司法裁判对居民公约的合法性审查.....王琦 413

科学技术、网络社会与国家治理

社会系统论视角下区块链应用的法律规制.....王明敏 齐延平 427
司法人工智能的重塑效应及其限度.....马长山 446
数字人权时代人脸识别技术应用的治理.....郭春镇 465
区块链视角下的法律信任与数字信任.....张清 郭胜男 489
论数字贫困的法律治理.....宁立标 499
公共法律服务：人工智能与审判辅助办案机制建构新视野.....杨凯 507
大数据时代算法规制问题研究——以个人信息保护为视角.....李鑫 崔大阳 522
人类基因编辑科技法哲学分析与规范展开.....刘鹏 541
智媒时代隐性采访的法律风险防范研究.....闫斌 杨娜 552
人工智能司法应用的方法论难题及其破解.....王玉薇 561
基因编辑技术医疗应用的行政法规控.....朱兵强 573
数据资源归国家所有的权利构造研究.....张玉洁 582
人工智能时代多元化纠纷解决机制路径研究.....关丹丹 592
法律人工智能技术在司法中应用的反思与限制.....段卓臻 601
人工智能司法决策的正当性辨疑.....孙庆春 609

疫情防控与部门法

世界第三部伟大的民法典为什么应荣归智利？.....夏立安 624
民法典体系性研究中的方法论自觉.....杨昌宇 638
突发公共卫生事件政府预警信息发布制度的完善——兼论我国《传染病防治法》的修订
.....褚宸舸 王阳 648
新冠肺炎疫情防控例证下的基层治理与人权保障.....何士青 661
疫情防控状态下公权力和私权利的失衡与平衡.....万高隆 674

疫情防控中的隔离与人权保障.....吕建高 681
政府应对突发公共危机事件网络舆情问题的程序标准和实质要求.....张杨 陈欣欣 693
疫情防控中的“法德合治”问题研究.....陈秀萍 700
网络餐饮服务第三方平台法律规制的理念创新与体系完善.....尚海涛 721
西方话语体系中的教育权：渊源、演进与内涵.....李子谦 741
全球视野下新冠肺炎疫情的治理逻辑与出路.....吴梓源 758
用人单位“末位淘汰”之正当性辨析.....刘强 776
我国应急法律体系的冲突与弥合——以“紧急状态”的多重逻辑为切入点.....
.....金晓伟 789
“一园一法”模式下祁连山国家公园发展中法律问题与对策——基于青海片区试点为例...
.....王腾茜 799
小女当嫁？——印度童婚制度及其现代法变革研究.....赵彩凤 806
执法监督对公安执法权力运行制约作用探析.....刘增辉 817
社会主义中国语境下的专政与紧急状态：何以区别？如何实践？.....杨海舟 826
《民法典》居住权的社会功能解析.....付承为 839

地方立法权平等与地方立法制度的再改革

胡玉鸿[1]

说起法律上的平等，人们多在个人层面上使用这一语词，这不仅因为宪法第 33 条规定的“中华人民共和国公民在法律面前一律平等”指向的就是个人，即以权利平等、义务平等、责任平等而言，也都是以生活于现实中的个人作为言说对象。然而，平等还包括公权力主体的平等，即同种性质、同一层级的国家机关，在地位、权限上应当完全平等。换言之，国家法律在赋予相关国家机关的权能时，应当平等对待，不能厚此薄彼。

一、地方立法权限必须平等的法律理由

我国宪法和立法法赋予了一定层级的地方人大和地方人民政府制定地方性法规和地方规章的权力，特别是 2015 年修订的立法法改变了只有“较大的市”[2]才能制定地方性法规和地方规章的权力，而平等地赋予所有“设区的市”都有制定地方法规的权力。现行立法法第 72 条规定：“设区的市的人民代表大会及其常务委员会根据本市的具体情况和实际需要，在不同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规相抵触的前提下，可以对城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项制定地方性法规，法律对设区的市制定地方性法规的事项另有规定的，从其规定。”[3]可以说，这一修正是在促成立法权平等上迈出的重要一步。“较大的市”明显是一个行政概念而不是一个法律标准，以内涵不明晰、外延不确定的术语来作为授予地方立法权的标准，无疑是极不合适的。同样，“较大的市”中包含有“经国务院批准的较大的市”这一类别，因而这类城市拥有地方立法权严格说来就是源于国务院的批准。从宪制原理上说，地方人大是否享有立法权取决于国家行政机关的许可，从法治原理上来说亦显荒唐。当然，与本文所论述的主题有关，后果更为严重的是，它是对处于行政上同一层级的地方——市——设定了不同的立法权限，或者说，只给予某些市以立法权，而不给予其他市以立法权，这明显违背了权力平等和立法权平等的基本原理。

地方立法权限之所以需要平等，不外乎这样几个基本理由：

第一，在单一制的国家结构形式下，地方所享有的立法权限无疑是来自于中央的授权。在我国，立法体制上高度一元，且不实行地方自治制度，从这个意义上来说，只有全国人大及其常委会才享有真正意义上的立法权，而国务院、中央军委、最高人民法院、最高人民检察院以及地方人大、地方人民政府所享有的制定规范性法律文件的权力，实际上只是受最高权力机关的委托或授权行使立法权限，且这些规范性法律文件都不得与

---

1 华东政法大学法律学院教授

2 根据 2000 年制定的《中华人民共和国立法法》第 63 条第 4 款的规定，“本法所称较大的市是指省、自治区的人民政府所在地的市，经济特区所在地的市和经国务院批准的较大的市。”

3 2015 年修订的《中华人民共和国立法法》第 82 条关于地方规章的制定权限，亦类似于此。

全国人大及其常委会制定的法律相抵触。已故著名法学家龚祥瑞先生对此曾有正确的论断，他指出："西方各国的立法机关和司法机关依法控制地方性法规的经验却不可否认地，从反面（反馈方面）、从侧面证实了地方性法规是'法规'，不是'法律'，因而法规制定权的行使是一种委任立法或从属立法，而不是立法权的行使。不然的话，所有这些控制都将失去其法律根据，陷入自相矛盾、不能自拔的境地。"[4]既然所有地方法制的成立依据都是全国人大及其常委会法律的授权，那么，全国人大通过的《立法法》在对地方人大和地方政府的立法授权上，自然也应以平等的精神授予它们同样的权力，而不能区别对待，人为限制。具体来说，对于所有设区的市赋予同样的立法权限才是公平的、合理的，而不能因为某些市经济发达程度更高甚至对国家贡献更大就因此授予其更多的立法权限。这实质上与国际法上的国家平等原则类似，"从平等原则上发展出一项国际法的基本准则，这就是一项立法职能并且在一定程度上对执法职能的分权负有责任的准则：全体一致原则。这一原则意味着所有国家，无论面积大小、人口多寡和力量强弱，在立法职能上是平等的。"[5]国际社会中有大国，有小国；有富国，有穷国，而国家与国家之间在立法职能上都应处于平等地位，地方与地方之间在这一方面更不能有所差异。必须着重指出的是，以往我们将平等原则更多地谈论国家和政府对人们的一视同仁，但实际上，国家对各地同样必须平等对待，且这一点就其覆盖面和重要性来说，相较于个人是否得到国家和法律的平等对待可能更为重要。

第二，在我国宪法上，"地方"是个极为重要的概念，是与"中央"对应且执行中央法律和决策的政治机构；对于同一层级的"地方"，也可推导为宪法对之采取平等对待的原则。宪法第 3 条规定："中央和地方的国家机构职权的划分，遵循在中央的统一领导下，充分发挥地方的主动性、积极性的原则。"这一条既可以视为是地方立法的制度依据，也可以看作是对同一层级的地方赋予同等权能的保障。如学者所指出的那样："大抵事务有共同一致的利益的，应由中央政府或其他代理机关来管理或监督，当地方政府的力量，不能为有效的处理者，应归上级地方政府管理，至纯属地方性质的事务，自应由当地政府来主持。"单一制下中央的集权固然有必要，但在现代产业文化的维持发展上，"行政的中央集权，并非无相当的限制，不应伤害社会及个人的责任心，创造性，及进取精神，同时不能阻碍有机体的地方团体的发展。所谓集权，不是吸收与吞并；所谓分权，也不是分裂与孤立。在行政上为适应社会的发展，而采集权制，在统治上仍应承认各地方团体的独立性及责任心，使分权制仍然在一定限度内存在，中央与地方相互间的正常关系，似将建立在行政上的集权制与统治上的分权制的调整的基础上。换言之，中央与地方权限的划分，一面应容纳统治上的地方分权制，使地方团体能以统治主体的地位，适宜处理地方上的事务，但一面应厉行行政上的中央集权制，使在中央政府的统筹规划下，增进行政的效率。"[6]可见，宪法的这一规定，本身就是在中央领导与地方自主之间寻找平衡点，以充分发挥地方在组织本地经济社会文化建设方面的自主性与创造性。在

4 龚祥瑞：《西方国家司法制度》，北京大学出版社 1993 年版，第 213 页。
5 [美]汉斯·J·摩根索著：《国家间的政治》，杨歧鸣等译，商务印书馆 1993 年版，第 397 页。
6 杨幼炯：《政治科学总论》，台湾中华书局 1967 年版，第 591 页。

具体的设区的市的立法权限上，宪法 100 条更明确规定："设区的市的人民代表大会和它们的常务委员会，在不同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规相抵触的前提下，可以依照法律规定制定地方性法规，报本省、自治区人民代表大会常务委员会批准后施行。"以"不抵触"上位法为前提，宪法赋予设区的市可以制定适合于本地经济社会文化特点的地方性法规，以更好地调整和管理地方事务。在这种宪法准则上，各设区的市是被授予了平等的立法权限。

第三，地方立法权之所以需要平等，还因为"立法需求相同""立法能力平等"直至"各地人民平等"这些基本假定的存在。先看"立法需求相同"。说到底，地方法制存在的必要性即"地方性"的存在，也就是说，任何地方都会遇到与别的地方所不同的需要用特别规范来加以调整的特殊问题。例如苏州的园林、昆曲保护问题，是其他地方很多遇到或不曾有过的问题，在此时，通过制定地方性法规的形式来对之加以保护，就是情理之中的事情。[7]所以，授权地方人大和政府制定地方性法规和地方规章，是对地方人大和政府管理当地事务权限的法律确认，也是授权其根据本地区特殊情形作出法律规定的立法授权。同样，从法律民主的角度来看，法律多元比法律单一更为可取。如果将法律制度视为人类文明的一个部分，[8]那么，不同区域的人们创造不同的法律制度，这就是对人类文明的贡献。同样，将特定地区的法律问题交由特定区域的人们来处理，显然也有利于他们主观能动性的发挥。更为重要的是，从民主的角度看，关心本地事务、参与本地事务的处理，本身就是民主的应有之义。我们不能指望每一个地方民众均应以天下国家为己任，关心、参与国家法律的创制，因为民主的社会不能赋予公民太多的理性负担。从这个意义上说，地方的习惯、价值观念等，也是法律渊源中不可缺少的部分。[9]地方法制恰恰可以对此类内容加以吸纳，增强地方法制与当地民众的亲和力。再看"立法能力平等"。从现代法治的角度来看，根据宪法和组织法成立的所有国家机构，均推定其有相应的履职能力。同样，按照同样法律组建的国家机构，也应当视为其与同一层级的国家机构拥有同样的履职能力。比例，全国各地所成立的基层法院，在法理上就应当假定其具有同样的司法能力。这恰如法律上规定权利能力与行为能力一样，虽然人们之间的在认知能力、判断能力、选择能力上并不完全一致，但法律均承认人们拥有同样的权利能力和行为能力。[10]地方人大代表和人大常委会委员只要具备当选的资格，并经选民或代表依法选出，即可视为是合格的人大代表和人大常委会委员；由他们组建的人民代表大会和人大常委会，也即具有与同一层级的其他地方人大和人大常委会拥有同等的立法能力。[11]最后，立法权的平等还与"各地人民的平等"密切相关。如德沃金所言："凭我

7 例如，苏州市人大常委会就制定了《苏州园林保护和管理条例》（1996 年）、《苏州市昆曲保护条例》（2006 年）。

8 不少学者业已指出，除了传统的物质文明、精神文明之外，还应当有制度文明的问题。

9 如学者所言，"从政治法律的角度看，由公民参与自己本身利益相关事务的管理，成了现代民主内涵的一条重要原则。而对于公民来说，与其利益联系更密切的是地方性事务，而不是全国性事务。因此扩大政治民主内涵的一个重要途径和方法是发展地方自治民主制。具体情况一般为：中央政府把大部分社会服务性权能和一部分社会管理权能转移给地方政府，中央政府继续保留一部分社会管理和社会服务权能。"参见孙笑侠主编：《法理学》，中国政法大学出版社 1996 年版，第 123～124 页。

10 行为能力虽然会以年龄和精神状态来划分为无行为能力、限制行为能力和完全行为能力，但对于在同一年龄段和同等心智的人来说，则无需再作区别。

11 从这个意义上说，现行立法法规定的"除省、自治区的人民政府所在地的市，经济特区所在地的市和国务院已经

们对正义的直觉可以推测，人们不仅具有权利，而且在这些权利中还有一个基本的、甚至是不言自明的权利。这一最基本的权利便是对于平等权的独特观念，我将之称为受到平等关心与尊重的权利。”[12]人大及其常委会都是受人民委托行使国家权力的机构，如果在地方立法权限上得不到平等对待，实质上就是对不同地方的人民的差别性对待。在人民当家作主的现代社会，这种现象自然不应允许。

二、新的立法法与新的立法权限上的不平等

那么，在今天我国地方性法规和地方规章的制定权限上，是否真正实现了立法权的平等呢？如前所述，2015 年修正的《中华人民共和国立法法》将地方立法主体中原有的“较大的市”改为“设区的市”，赋予所有设区的市的人大及其政府均有权制定地方性法规和地方规章，从主体上来看，业已实现了平等对待。但问题在于，根据修订的立法法，设区的市制定地方性法规和地方规章的立法权限仅始于“城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项”；与此不同，在 2015 年立法法修订之前的“省、自治区的人民政府所在地的市，经济特区所在地的市和国务院已经批准的较大的市已经制定的地方性法规，涉及本条第二款规定事项范围以外的，继续有效。”由此，设区的市的人大及政府在立法权限上的不平等问题油然而生：第一个不平等，是在现有的设区的市与原来较大的市之间所产生的立法权限的不平等，也就是除城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项外，原有较大的市在此立法权限外已经制定的地方性法规、地方规章继续有效，成为一种固化的立法特权。更具体地说，原来的较大的市除按现行立法法规定可以享有制定城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面事项的地方法制的制定权限外，仍可就超出此类事项的进行修正因而延续立法的权力，而其他设区的市则只能限定在三类事项的范围之内；第二个不平等，则可能发生在同样属于较大的市之间：在立法上积极施为的地方人大与地方政府，可能制定了更多的地方性法规与地方规章；而在立法上审慎、谦抑的地方人大及地方政府，则可能没有把握“转瞬即逝”的良机，因而在地方立法的拥有量及覆盖面上远不如前一类地方。

有人可能会说，即使没有制定地方性法规和地方规章，地方人大和地方政府不同样可以颁布规范性法律文件的方式，来对本地方的事务进行特殊的调整吗？为何非要仰赖地方立法权不可？这实际上就涉及到法律渊源的问题。在学理上，法律渊源分为正式渊源和非正式渊源，正式渊源因为具有权力创制、形式固定、效力明确的特点，与习惯、法理、学说等非正式法律渊源相比，具有更强的权威性。而在正式法律渊源中，地方性法规和地方规章虽然是最低一级的法律渊源，但同样纳入到了制定法的法律渊源体系之中。其意义，就在于它可以作为当地政府机关行政执法的依据，也同样可以作为人民法

批准的较大的市以外，其他设区的市开始制定地方性法规的具体步骤和时间，由省、自治区的人民代表大会常务委员会综合考虑本省、自治区所辖的设区的市的人口数量、地域面积、经济社会发展情况以及立法需求、立法能力等因素确定，并报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案”，起码在立法能力的预设上存在着不妥之处。所谓立法能力因素的考量，严格说来就是认为某些地方的人大或者政府并不具有与其他地方或政府同等的立法能力。然而，从公权力机会依法产生、依法组建后即具有履职能力的角度而言，这一假定是违反法治原理的。

12 [美]罗纳德·德沃金：《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，中国大百科全书出版社 1998 年版，第 7 页。

院在涉及本地相关事务案件时的判决依据。这方面最典型的例子，当推《中华人民共和国行政诉讼法》第 63 条的规定，曰："人民法院审理行政案件，以法律和行政法规、地方性法规为依据。地方性法规适用于本行政区域内发生的行政案件。……人民法院审理行政案件，参照规章。"可见，与一般规范性法律文件不同，地方性法规、地方规章可以直接作为法律的正式渊源，在该行政区域内所发生的行政案件，可引之为裁判的依据。无论是对上位法根据本地区实际情况的进一步细化，还是对本区域特殊类型事项的调整，较大的市或设区的市的人大及其常委会和政府都可以立足区域和地方特点，自主性地制定具有法律渊源地位的规范性法律文件。反之，不拥有这类权限的主体，在地方政策的灵活性、行政措施的自主性方面就可能会相差很大。或许这也正是在 2000 年立法法出台之后，多个城市角逐"较大的市"的根本动因之所在。

针对立法法上的这一规定，学者们也注意到了其可能存在的问题。设区的市的立法权限扩容即是其中较为集中的意见。例如章剑生教授指出，《立法法》将地方立法权主体扩大到所有设区的市,但设置了"限制条款"，即内容上的与上位法不抵触，以及事项上的严格限制。在他看来，对"限制条款"中的事项应当作扩大性解释,以适应地方经济与社会发展的需要,且"城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项"中的"等"也应作"等外等"解释，[13]以此可以拉平现有的设区的市在立法权限上与原有的较大的市的差距。更有学者指出，在设区的市的立法事项范围方面，需要根据当前社会和经济发展的需要，将其立法事项范围扩展为经济、教育、科学、文化、卫生、体育、城乡建设、民政、公安、民族事务和司法行事事项等方面之上，[14]促成设区的市在立法权限上逐渐接近于原来的较大的市。然而，对于立法法所制造的新的立法权限上的不平等问题，似乎都未加以注意。即便王建学先生专门论述地方性法规制定权的平等分配的论文，也只是从纵向角度提出了县一级人大和地方政府应当拥有地方法规的权限上的平等问题，同样未关涉到处于同一层级的设区的市的人大和政府与原有较大的市的人大和政府立法权力上的不平等问题。[15]

三、对现行地方立法制度改革的基本设想

我们认为，立法主体上的平等本身就包含着立法权限上的平等。如果说同一层级的地方立法主体都享有制定地方性法规、地方规章的制定资格，那么，在制定何种规范、设定何种内容上的立法权限自然也应平等视之，不应厚此薄彼。就此而言，为保障设区的市在地方立法权上的平等赋予与平等行使，地方立法制度仍需要再改革。可以考虑的方案不外乎三个方面：

一是规定原有的较大的市在三类事项之外制定的地方性法规和地方规章施行的最后期间，如以五年为期，在期限届满时自行废止；或相关事项具有全局性、普遍性时，提请省级人大或省级政府制定适用于全省、直辖市、自治区的省级地方性法规和地方性

13 参见章剑生：《设区的市地方立法权"限制条款"及其妥当性》，载《浙江社会科学》2017 年第 12 期。
14 参见陈建平：《设区的市立法权限的合理扩充》，载《法学》2020 年第 4 期。
15 参见王建学：《论地方性法规制定权的平等分配》，载《当代法学》2017 年第 2 期。

规章。在这一期限内，既不允许对原有法规、规章进行修改，以免地方人大或地方政府以“旧瓶装新酒”的方式，僭越设区的市在立法法上的立法权限，更不允许在 2015 年新的立法法出台之后，再在三类事项之外制定新的各类的地方性法规或地方规章。据学者介绍，目前这类情形在原来较大的市还有不少例证，[16]这类情形亟需阻止，以免立法权不平等的现象继续扩大。

二是以法律解释的方式，对设区的市在“城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项”的立法权限进行扩充性解释，使之与原有的较大的市在制定地方性法规和地方规章方面的立法权限大致相当。当然，这种办法只能是一种修补式的处理机理，毕竟法律解释虽然可以适度扩张法律条文或法律概念可以蕴涵的意义，但解释规则本身也阻止了对法律条文或法律概念牵强附会、不着边际的解释。例如，杭州曾向全国人大请示义务献血、职业教育是否属于设区的市的立法范围时，全国人大法工委回复属于城市建设与管理事项，[17]明显就背离了解释的基本规则。所以，这种方法只能解决部分问题，还不是根本性的解决办法。

三是明确“地方事务”的范围，直接确定地方性法规、地方规章可以针对本地区的地方事务进行法律规制。在我们看来，这是最为根本、也是最为合理的解决办法。原则上说，除中央法律、法规（包括法律、行政法规、军事法规、司法法规）专属的或曰保留的立法事项外，所有地方事务的处理，都应当允许地方根据本地的特殊情况，制定原则上、精神上、内容上不抵触中央法律、法规的地方性法规和地方规章。这种理解也符合目前宪法和法律的相关规定，如前述所引宪法条文提到的“充分发挥地方主动性、积极性的原则”。没有创制地方性法规和地方规章的充分立法权限，要想使地方的主动性、积极性得以发挥无疑是痴人说梦。从这个意义上说，这一办法不是设区的市立法权限的增容、扩容问题，而是根本性地授予设区的市对地方事务的统率权、管理权，充分发挥地方在国家经济社会文化事务方面的作用与功能。同样，从宪法的角度来说，这也是中央与地方之间的适度分权，而历史经验证明，适度的分权尤其是授予地方较大的自治性权力，是有着极为重要的意义的。[18]

---

16 如学者提到，在 330 件较大的市新制定的地方性法规中，除 49 件“旧瓶装新酒”的法规，仍有 63 件法规不属于《立法法》所规定的城乡建设与管理、环境保护和历史文化保护这三类范围。按照立法目的，这些超越法规权限范围的法规大致可分为以下几类：（1）保护特殊群体的合法权益，如《邯郸市妇女权益保障条例》；（2）促进地方经济发展，如《大连区域性金融中心建设促进条例》；（3）促进地方精神文明建设，如《杭州市文明行为促进条例》；（4）规范市场秩序，如《武汉市禁止生产和销售假冒伪劣商品条例》。参见宋烁：《论设区的市的立法权限范围》，载《青海社会科学》2017 年第 2 期。

17 参见陈建平：《设区的市立法权限的合理扩充》，载《法学》2020 年第 4 期。

18 王绍光先生就归纳道：西方的文献中，向地方分权的好处可以归纳为以下六点：1.有利于促进居民参与当地事务。理由是在全国范围内，个人对政策制定和执行的影响微乎其微，人们因此常常扮演“免费搭车者”；而在地方事务上，事关每家每户，居民也比较了解，他们因此更有兴趣也更有信心参与。地域范围小、人数少还有利于克服集体行动的困难，解决“免费搭车”问题。居民参与当地事务，可清晰地表示自己的偏好。2.有利于促使地方政府对各地居民负责。居民参与本地事务可以迫使地方政府对他们的声音更加重视，并尊重他们的偏好。3.有利于发挥地方政府官员的信息优势。地方官员对当地的情况比中央官员更加了解。在集权的情况下，他们可以运用其信息优势蒙骗、误导中央；分权可以发挥他们的信息优势，为满足本地居民的偏好服务。4.有利于制度创新。大一统体制下，实行什么政策、怎么实行政策统统由中央说了算。分权使得各地有机会进行种种政策试验，从而更可能出现别开生面的思路和做法。各地之间的竞争有利于促进新制度的传播和采纳，使之能更好地满足民众的要求。5.给人们更多选择。集权可能使天下定于一，人们无法依据自己的偏好进行选择。分权则带来百花齐放的局面。各地的情况出现差异，给人们带来选择的机会。……6.有利于缩小政府的总体规模。这是布瑞南和布坎南提出的假设。他们认为集权削弱了对政府的制约，

那么，什么是地方事务呢？简单地说，地方事务也就是应属于地方国家机关处理的、涉及本区域管理且为中央事权以外的相关事项。在法治相对成熟的国度，都有明确的中央和地方各自不同的事务范围，属于中央事权的，由中央处理；属于地方事务的，由地方处理。例如密尔就提到："智力训练既是地方事务中比在一般国家事务中更加重要的角色，同时在地方事务中行政能力的大小又关系不大，因而就可能给予智力训练以更多的考虑，而对行政能力的考虑，在这里比在一般立法和帝国事务管理等事项上往往可以被放在次于智力训练的地位。"[19]地方虽然服从中央，但在地方事务上仍有独立的权限。当然，在我国，目前还没有较为明确的中央与地方事项的明晰规定和划分标准，但可参考相关党和国家相关的规范性文件大致厘定其合理范围。例如，2016 年 8 月《国务院关于推进中央与地方财政事权和支出责任划分改革的指导意见》中，就中央与地方的事权范围实际上作了较为细致的划分，大致说来，主要包括三种情形：（1）专属中央事权的管理事项："体现国家主权、维护统一市场以及受益范围覆盖全国的基本公共服务由中央负责"，要"将国防、外交、国家安全、出入境管理、国防公路、国界河湖治理、全国性重大传染病防治、全国性大通道、全国性战略性自然资源使用和保护等基本公共服务确定或上划为中央的财政事权"；（2）属于地方事权范围的管理事项："将直接面向基层、量大面广、与当地居民密切相关、由地方提供更方便有效的基本公共服务确定为地方的财政事权，赋予地方政府充分自主权，依法保障地方的财政事权履行，更好地满足地方基本公共服务需求"，为此，"要逐步将社会治安、市政交通、农村公路、城乡社区事务等受益范围地域性强、信息较为复杂且主要与当地居民密切相关的基本公共服务确定为地方的财政事权"；（3）中央与地方共同的事权范围，"要逐步将义务教育、高等教育、科技研发、公共文化、基本养老保险、基本医疗和公共卫生、城乡居民基本医疗保险、就业、粮食安全、跨省（区、市）重大基础设施项目建设和环境保护与治理等体现中央战略意图、跨省（区、市）且具有地域管理信息优势的基本公共服务确定为中央与地方共同财政事权，并明确各承担主体的职责"。《意见》还从法治的角度，对相关规范性法律文件的形式提出要求，即"要将中央与地方财政事权和支出责任划分基本规范以法律和行政法规的形式规定，将地方各级政府间的财政事权和支出责任划分相关制度以地方性法规、政府规章的形式规定，逐步实现政府间财政事权和支出责任划分法治化、规范化，让行政权力在法律和制度的框架内运行，加快推进依法治国、依法行政"。《意见》虽然主要是从财政事权的角度来进行相关规定，但所有国家行为均需以财政作为支撑，因而也可以理解为是对中央事权和地方事权一次较为集中的分类表述，值得我们在改革地方立法权制度时参考。换句话说，所有设区的市都可以根据上述规定，制定适合于本区域的地方性法规与地方规章。

使它们有可能扩大干预范围。因此越集权，政府的总体规模越大。分权带来了地方政府间的竞争，从而打破了中央政府一统天下的局面。这意味着将市场关系引入政府部门，结束了垄断。其结果必然是政府效率的提高和政府规模的缩小。参见王绍光：《分权的底限》，中国计划出版社 1997 年版，第 19～20 页。

19 [英]J. S. 密尔：《代议制政府》，汪瑄译，商务印书馆 1982 年版，第 208～209 页。

习近平关于立法工作的重要论述研究

冯向辉 李店标[1]

【摘 要】习近平关于立法工作的重要论述是在中国经济发展进入新常态、国家治理出现新课题、法治建设步入新阶段、全球竞争面临新形势背景下，对中国重大立法理论和实践问题的深刻阐释。其基本构成可以归纳为一个中心、两个面向、三项原则和四条主线，即：实现良法善治，提高立法质量和效率，坚持科学立法、民主立法和依法立法，立法从大局出发、完善立法体制机制、加强重点领域立法、立法与改革相衔接。这一论述体现了理论与实践相结合、领导与主体相统一、中央与地方相协调、问题与策略相对应的鲜明特色。而贯彻落实这一论述的路径包括主导法治意识形态、丰富法学理论研究、融入法学职业教育和引领立法实践发展。

【关键词】习近平；立法；法治；依法治国

立法是法治的先导、前提和保障，立法工作的成效直接影响着法治建设的步伐。伴随着2011年中国特色社会主义法律体系的形成，中国法治建设的重心已经转移到完善中国特色社会主义法律体系和建设中国特色社会主义法治体系。党的十八届四中全会指出，“建设中国特色社会主义法治体系，必须坚持立法先行，发挥立法的引领和推动作用，抓住提高立法质量这个关键”。党的十八大以来，在习近平关于立法工作重要论述的引领和指导下，中国立法工作取得了新成效、实现了新突破、步入了新阶段，使得法律体系进一步健全。截至2019年10月，现行有效法律达到275件，其中十三届全国人大及其常委会通过宪法修正案，制定法律13件，修改法律60件次，通过有关法律问题和重大问题的决定18件，全国人大常委会正在审议的法律案12件。[2]在全面依法治国进程中，在“不忘初心、牢记使命”主题教育活动中，认真学习、研究、贯彻和落实习近平关于立法工作的重要论述，对于深入推进立法观念、理论、制度和实践创新，切实提高立法质量和效率，无疑具有十分重要和深远的意义。

一、习近平关于立法工作重要论述的时代背景

习近平关于立法工作的重要论述既是马克思主义法学基本原理与中国法治建设具体实践相结合的产物，也是对马克思主义立法理论的丰富与发展，更是在以下特定时代背景下对中国重大立法理论和实践问题的深刻阐释。

1.经济发展进入新常态。2014年11月9日，习近平在亚太经合组织工商领导人峰

---

[1] 作者简介：冯向辉（1963- ），女，黑龙江哈尔滨人，所长，研究员，法学博士，从事地方法治研究；李店标（1983- ），男，安徽濉溪人，副研究员，法学博士，从事立法学研究。

[2] 朱宁宁：《十三届全国人大及其常委会公布20个月来立法工作情况》，载《法制日报》2019年11月15日，第2版。

会开幕式上指出，中国经济呈现出新常态的三个特点，即从高速增长转为中高速增长、经济结构不断优化升级、创新驱动成为主要动力。2015 年 3 月 29 日，习近平在博鳌亚洲论坛中外企业家代表座谈会上明确指出，“中国经济发展已经进入新常态，向形态更高级、分工更复杂、结构更合理阶段演化，这也是我们做好经济工作的出发点。”此后，习近平在多种场合就中国经济发展进入新常态的科学理解、准确认识、主动适应和妥善应对发表了重要讲话。其中，适应和引领经济发展新常态的核心内容就是通过全面深化改革实现经济转型，而依法治国将成为全面深化改革的制度保障，因为市场经济本质上是法治经济，“法治是经济良性互动的规范和引导指南，是市场经济健康运行的保障”[3]。2014 年 10 月 27 日，习近平在中央全面深化改革领导小组第六次会议上指出，“全面深化改革需要法治保障，全面推进依法治国也需要深化改革。”由于全面深化改革和全面依法治国是辩证统一的关系，这就要求在法治建设中高度重视立法工作，实现立法与改革相衔接，为市场经济转型发展营造良好的法治环境和提供健全的法律制度保障。

2.国家治理出现新课题。治理始终与人类社会相伴随，在原始社会、古代国家和现代国家，破解治理难题一直是实现社会长足发展的基础。新中国成立以来，党和国家高度重视治理问题，不断创新治理理念，持续探索治理方法，形成了具有中国特色的国家治理体系。党的十六大提出“党领导人民治理国家”的论断，党的十七大进一步明确党在国家治理中的重要地位，党的十八大将依法治国与国家治理结合起来，党的十八届三中全会提出“推进国家治理体系和治理能力现代化”战略，党的十九大进一步明确国家治理的地位、途径、目标和任务等问题，党的十九届四中全会再次明确了推进国家治理体系和治理能力现代化的重大意义、总体要求、基本目标和重点任务。与当代中国的国家治理相比较，古代国家治理的不足在于缺乏科学化、民主化、制度化和法治化，西方国家治理的不足在于缺乏特色化、体系化、协同化和现代化。在世界银行的治理指标体系中，法治是一个主要变量，如果没有坚实的法治保障，国家治理的效果就会大打折扣。因此，促进国家治理法治化成为中国在改革发展中的全新课题，立法、执法、司法、守法等各个环节都必须发挥应有的作用。2019 年底至 2020 年初，爆发的新冠肺炎疫情，严重影响了人民群众的生命安全和身体健康，对社会稳定和经济发展也形成了巨大压力。2020 年 2 月，习近平主持召开中央全面依法治国委员会第三次会议和中央全面深化改革委员会第十二次会议，均将疫情防治作为当前国家治理的首要议题，强调全面提高依法防控、依法治理能力，并明确了疫情防控的法治保障之一就是完善疫情防控相关立法。国内外的理论和实践表明，法治是国家治理的基本形式，要推进国家治理体系和治理能力现代化，必须将立法工作作为国家治理法治化的重心。

3.法治建设步入新阶段。改革开放四十年来，中国法治建设取得了重大成绩，积累了宝贵经验，但也曾走过艰辛曲折的道路。“我国法治建设和全面依法治国之所以能取

[3] 罗豪才：《新常态下法治经济建设需“软硬兼施”》，载《人民法治》2016 年第 1 期。

得历史性成就，根本原因在于我们坚定不移走中国特色社会主义法治道路。”[4]党的十八大以来，习近平开创性地对全面依法治国进行了一系列战略部署，不断推动中国法治建设迈进新时代、开启新征程和谱写新篇章。尤其是十八届四中全面通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，明确了全面推进依法治国的指导思想和总体要求，深刻阐明了法治建设的重大理论和实践问题，对社会主义法治国家建设做出了顶层设计和具体部署，标志着中国法治建设进入了新阶段。党的十九大提出了深化依法治国实践的新要求，诸如维护宪法权威、以良法促发展和保善治、建设法治政府、深化司法体制综合配套改革、树立宪法法律至上理念。党的十九届四中全会提出了法治建设的一个重要任务：“坚持和完善中国特色社会主义法治体系，提高党依法治国、依法执政能力。”中国法治建设中还面临着一些突出问题，如法律权威缺乏、选择性执法明显、司法公信力不足、领导干部法治意识淡薄。其中，立法的民主性、科学性、规范性不强等问题，在一定程度上影响着立法质量和效率。只有高度重视立法工作，加强立法的顶层设计，才能发挥立法对维护国家法制统一、引领改革进程和推进社会发展的作用。

4.全球竞争面临新形势。未来 15 年既是中国发展的关键时期，也是国际格局调整的重要时期，典型的表现就是互联网、大数据、人工智能等新兴信息技术将改变世界发展格局，全球经济治理体系将进入加速变革期，新兴大国与守成大国的博弈将进一步加剧。2014 年 6 月 28 日，习近平在和平共处五项原则发表 60 周年纪念大会上指出，“我们应该共同推动国际关系法治化”“法律应该是共同的准绳”“适用法律不能有双重标准”。“在全球竞争和全球治理的环境下，法治作为社会文明进步的重要标志，构成国家整体软实力和国家总体竞争力的重要组成部分。”[5]中国法治建设如何统筹国内发展和国际竞争两个大局，塑造中国特色社会主义法治体系的国际形象，积极争取在全球治理和国际事务中的法治话语权，需要理论界和实践界抓住机遇、顺势而为、共同探索。应对全球竞争的新形势，需要中国积极参与立法、司法、法治宣传、法学研究等方面的法治互动，坚持定位的明确性、目标的针对性、方式的多样性、姿态的开放性，以借助国际法治促进中国法治建设。就立法工作而言，“中国法治建设必须紧盯国际法治动向，及时了解、分析和掌握全球治理中国际立法的规则、立法发展趋势和基本特征，进而反求诸己，明确相应国内治理领域的立法动向”[6]。

二、习近平关于立法工作重要论述的基本构成

习近平关于立法工作的重要论述体现在他的报告、讲话、文章、批示、指示等重要文献中。例如《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》及其说明（2014 年 10 月 20 日），《在首都各界纪念现行宪法公布施行 30 周年大会上的讲话》（2012 年

[4] 张文显：《改革开放以来我国法治建设的宝贵经验》，载《人民日报》2018 年 12 月 11 日，第 7 版。
[5] 冯军：《论习近平法治思想的时代背景与重大创新》，载《东岳论丛》2017 年第 10 期。
[6] 赵骏：《全球治理视野下的国际法治与国内法治》，载《中国社会科学》2014 年第 10 期。

12 月 4 日），《在十八届中央政治局第四次集体学习时的讲话》（2013 年 2 月 23 日），《在中央全面深化改革领导小组第二次会议上的讲话》（2014 年 2 月 28 日），《在庆祝全国人民代表大会成立 60 周年大会上的讲话》（2014 年 9 月 5 日），《加强建设社会主义法治国家》（2014 年 10 月 23 日），《在中央全面深化改革领导小组第六次会议上的讲话》(2014 年 10 月 27 日)，党的十九大报告和十九届四中全会决定（2017 年 10 月 18 日、2019 年 10 月 31 日），在中央全面依法治国委员会第一、二、三次会议上的讲话（2018 年 8 月 24 日、2019 年 2 月 25 日、2020 年 2 月 5 日），在中央全面深化改革委员会第十二次会议上的讲话（2020 年 2 月 14 日），等等。习近平关于立法工作的重要论述涉及立法哲学、立法体制、立法方法、立法重点等方面[7]，从体系化角度来看，可以归纳为以下四个方面：

1.一个中心：实现良法善治。在人类历史的长河中，法治思想可谓源远流长，关于法治的定义多种多样。一般认为，关于法治的经典定义由古希腊思想家亚里士多德所确立，即“法治应包含两重含义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律又应该本身是制定得良好的法律”[8]。在亚里士多德看来，法治的基本标志是良好的统治，即善治；而要达到善治必须要制定良好的法律，即良法。可以说，良法善治目前是对法治的最佳诠释。“实现良法善治，这是当代中国共产党人全面推进依法治国、加快建设社会主义法治国家的基本价值追求，彰显了维护和实现社会公平正义对于推动当代中国立法发展的价值引领作用。”[9]习近平多次阐述了立法工作的总体目标在于实现良法善治，如“法律是治国之重器，良法是善治之前提”“不是什么法都能治国，不是什么法都能治好国”“推进科学立法、民主立法、依法立法，以良法促进发展、保障善治”等。这些关于立法工作的重要论述，积极回应了人民群众对立法工作的殷切希望，深刻反映了中国立法发展的价值追求，清晰表达了良法善治的美好愿景。

2.两个面向：提高立法质量和效率。立法质量是立法工作的生命线，但立法本身也存在效率问题。立法成本、立法效益是立法效率的直接影响因素和直观衡量标准，立法数量、立法质量、立法需求是立法效率的间接影响因素和辅助考量标准。[10]改革开放四十多年来的立法历程显示，中国立法工作多立足于提高立法质量这一主题，对立法效率的关注和阐释较少。从党的十八大以来习近平关于立法工作的重要论述来看，明确提出“立法效率”这一概念是在 2019 年 2 月 25 日中央全面依法治国委员会第二次会议上，即“要完善法治建设规划，提高立法工作质量和效率。”事实上，立法质量和立法效率二者是正向相关关系，立法质量越高，执法、司法、守法和法律监督成本越低，立法的政治效果、法律效果和社会效果就越高，立法效率也就越大。在全面依法治国的背景下，立法不仅要提质，而且要提速，应当二者并置于突出地位。当然，习近平关于立法质量和

[7] 张文显：《习近平法治思想研究（下)》，载《法制与社会发展》2016 年第 4 期。
[8] [古希腊]亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆 1965 年版，第 199 页。
[9] 公丕祥：《习近平立法思想论要》，载《法律科学(西北政法大学学报)》2017 年第 6 期。
[10] 李龙亮：《立法效率研究》，载《现代法学》2008 年第 6 期。

效率的论述不仅针对立法工作本身，而且有机联系法治建设，如“越是强调法治，越是要提高立法质量”“要抓住提高立法质量这个关键”“推进科学立法、民主立法，是提高立法质量的根本途径”等。

3.三项原则：坚持科学立法、民主立法和依法立法。科学立法、民主立法和依法立法是中国立法的三项基本原则，分别体现在《立法法》的第 6 条、第 5 条和第 4 条。三项立法原则得以完整体现始于党的十九大报告的表述，即“推进科学立法、民主立法、依法立法，以良法促进发展、保障善治”。科学立法在于解决立法的合规律性问题，“科学立法的核心在于尊重和体现客观规律”；民主立法在于解决立法的合人民性问题，“民主立法的核心在于为了人民、依靠人民”；依法立法在于解决立法的合法律性问题，“依法立法的核心在于依据法定权限和程序立法，维护法制统一”。三项原则之间是相互促进、目标一致的关系，科学立法是民主立法的依托，民主立法是科学立法的保障，科学立法和民主立法又是依法立法的内在要求，只有三者共同作用，才能切实提高立法质量和效率。习近平高度重视三项原则对于立法工作有效开展的意义，并对三项原则的落实进行了有序部署，如“科学立法是处理改革和法治关系的重要环节”“推进科学立法，关键是完善立法体制”“加强重点领域立法，拓展人民有序参与立法途径”“要完善科学立法、民主立法机制，创新公众参与立法方式”等。

4.四条主线：立法从大局出发、完善立法体制机制、加强重点领域立法、立法与改革相衔接。习近平关于立法工作的重要论述可以从观念论、制度论、实践论和矛盾论等四个方面概括为四条主线： 一是从大局出发的观念论。习近平指出，“各有关方面都要从党和国家工作大局出发看待立法工作”“努力使每一项立法都符合宪法精神、反映人民意愿、得到人民拥护”“人民群众对立法的期盼，已经不是有没有，而是好不好、管用不管用、能不能解决实际问题”；等等。二是完善立法体制机制的制度论。这一论述包括：“加强党对立法工作的领导，完善党对立法工作中重大问题决策的程序”“健全有立法权的人大及其常委会主导立法工作的体制机制”“加强和改进政府立法制度建设”“明确地方立法权限和范围”等。三是加强重点领域立法的实践论。这方面的论述有“编纂民法典”“推进反腐败国家立法”“完善疫情防控相关立法”“加强和完善公共卫生领域相关法律法规建设”“构建国家生物安全法律法规体系”等。四是立法与改革相衔接的矛盾论。比较经典的指示是“凡属重大改革都要于法有据”“要实现立法和改革决策相衔接，做到重大改革于法有据、立法主动适应改革发展需要”“要着力搞好配套保障，坚持立法同改革相衔接”等。

三、习近平关于立法工作重要论述的鲜明特色

习近平关于立法工作的重要论述既是习近平新时代中国特色社会主义思想中的法治理论的重要组成部分，也是立足于当代中国立法发展实践的理性思考和科学表达，在中国全面依法治国进程中体现了鲜明的特色。

1.理论与实践相结合。坚持理论与实践相结合是习近平新时代中国特色社会主义思想的鲜明特色。2017 年 7 月 26 日，在省部级主要领导干部“学习习近平总书记重要讲话精神，迎接党的十九大”专题研讨班开班式上，习近平强调“时代是思想之母，实践是理论之源”。这个特点在习近平关于立法工作的重要论述中也有直接体现，如《关于〈中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定〉的说明》中就明确指出：“实践发展永无止境，立法工作也永无止境，完善中国特色社会主义法律体系任务依然很重。”从中国法治建设的历程来看，党的十一届三中全会针对立法工作提出的方针是“有法可依”，党的十八大提出的是“科学立法”，说明中国对立法工作的要求从“增量”转向了“提质”。“科学立法”之所以被设置为立法工作的首要目标，原因在于这一概念本身就具有很强的理论性和实践性、高度的抽象性和概括性。习近平认为，从理论上而言，“科学立法的核心在于尊重和体现客观规律”；从实践上而言，“推进科学立法，关键是完善立法体制”。此外，立法质量、立法效率、民主立法、依法立法等既是理论问题，也是实践问题，习近平关于上述问题的阐述也均是遵循此科学逻辑。可以说，“习近平的立法思想主旨深远，内涵丰富，理论逻辑严整，实践指向鲜明，是当代中国社会深刻变革的时代产物，是全面推进法治中国建设的立法逻辑表达”[11]。

2.领导与主体相统一。从中国立法发展的历史进程来看，中国立法工作的显著特征之一是坚持党的领导和坚持人民主体，二者有机统一是立法工作沿着正确方向发展的根本保障。“中国共产党作为各项事业的领导核心，人民作为国家和社会的主体，党应当如何把‘核心’与‘主体’统一起来，带领人民管理国家、治理社会、管理经济和文化事业，这是如何建设好中国特色社会主义法治国家的关键问题。”[12]坚持党的领导首先就是坚持党领导立法，正如习近平所强调的：“坚持党的领导，不是一句空的口号，必须具体体现在党领导立法、保证执法、支持司法、带头守法上。”可以看出，在法治建设方面，党领导立法是完善立法体制的核心和根本。其具体体现为两个方面：一是要将党的大政方针、决策部署作为立法的先导、指引和重要依据； 二是要完善党对立法工作重大问题决策的程序。[13]而坚持人民主体，即坚持民主立法，充分发挥人民群众在立法工作中的主体作用，发挥人大代表在人大主导立法体制中的主体作用，克服部门利益和地方保护主义。2016 年 2 月印发的《中共中央关于加强党领导立法工作的意见》是习近平关于立法工作重要论述在领导与主体相统一特色上的主要体现。该文件明确规定了各级党委领导立法的工作权限、方式、程序等内容，而且强调通过充分发挥人大的作用来保证人民在立法中的主体地位。

3.中央与地方相协调。从立法权限的划分来看，中国现行立法体制具有浓厚的中国特色，是“中央统一领导和一定程度分权的，多级并存、多类结合的立法权限划分体制”[14]。

---

[11] 公丕祥：《习近平立法思想论要》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2017 年第 6 期。
[12] 李林：《习近平全面依法治国思想的理论逻辑与创新发展》，载《法学研究》2016 年第 2 期。
[13] 张鸣起：《推进科学立法、民主立法、依法立法，以良法促进发展、保障善治》，载《中国法学》2017 年第 6 期。
[14] 周旺生：《立法学教程》，北京大学出版社 2006 年版，第 162 页。

由此，从层级上可以划分为中央立法和地方立法两个领域：中央立法包括全国人大及其常委会、国务院及其有关部门所制定的法律、行政法规和部门规章；地方立法包括地方人大及其常委会、地方人民政府制定的地方性法规、政府规章、自治法规、经济特区法规等。习近平关于立法工作的重要论述充分认识到中国立法体制的复杂性和立法主体的多元性，高度重视中央立法与地方立法的协调性，针对不同的立法主体部署了不同的要求。一是“明确地方立法权限和范围，依法赋予设区的市地方立法权”，实现立法主体的扩容，调动地方立法的积极性和主动性；二是“全国人大及其常委会要加强重点领域立法，拓展人民有序参与立法途径，通过完备的法律推动宪法实施，保证宪法确立的制度和原则得到落实”，发挥最高国家权力机关的立法典范和宪法实施作用；三是“国务院和有立法权的地方人大及其常委会要抓紧制定和修改与法律相配套的行政法规和地方性法规，保证宪法和法律得到有效实施”，突出国务院立法的衔接性和地方人大立法的主导性；四是“加强和改进政府立法制度建设，完善行政法规、规章制定程序，完善公众参与政府立法机制”，强调推进政府立法程序和机制的创新。

4.问题与策略相对应。改革开放四十多年来，中国立法工作取得了巨大进步，中国特色社会主义法律体系形成、立法与改革更加紧密衔接、立法体制机制不断完善、科学立法民主立法依法立法深入推进、国家立法机关立法能力稳步提升、立法工作队伍不断发展壮大，[15]但不可否认的是，中国立法工作还存在一些需要直面和亟待解决的问题。习近平指出，中国立法领域存在的突出问题包括立法质量和效率不高，部门利益和地方保护主义现象仍然存在，损害了国家法制统一。面对这些问题，“要坚持问题导向，提高立法的针对性、及时性、系统性、可操作性，发挥立法引领和推动作用”“健全有立法权的人大及其常委会主导立法工作的体制机制”“健全立法起草、论证、协调、审议机制”“加强立法人才队伍建设”“明确立法权力边界”“创新公众参与立法方式”；等等。习近平关于立法工作的重要论述，首先坚持从问题出发，深刻揭示问题产生的原因，并提出有针对性的解决措施，至少在三个方面体现出问题与策略相对应这一鲜明特色： 一是立足实际，对问题揭示准确、深刻和全面，体现了担当性和针对性； 二是抓住时效，对问题发现、原因分析和策略安排反应迅速，体现了及时性和精细性； 三是注重实效，对问题化解坚持规制、预防和引导并行，体现了系统性和可操作性。

四、习近平关于立法工作重要论述的落实路径

“十九大的召开，标志着中国特色社会主义进入新时代，同样也标志着中国立法工作进入新时代。”[16]在新时代，要推动立法工作创新发展，提高立法质量和效率，实现良法善治，应当以习近平关于立法工作的重要论述为指导，遵循理论来源于实践并回归实践的基本规律。为此，明确习近平关于立法工作重要论述的落实路径是当前中国法治建

[15] 乔晓阳：《改革开放四十年立法事业的发展与思考》，载《法治社会》2018 年第 5 期，第 1 页。
[16] 王腊生：《习近平新时代中国特色社会主义思想指导下的立法工作思考》，载《法治现代化研究》2018 年第 1 期。

设必须重视的问题。

1.主导法治意识形态。习近平关于立法工作的重要论述始终围绕良法善治这一目标，并将当代中国的立法发展置于全面建成小康社会、全面深化改革、全面依法治国、全面从严治党协调推进的战略布局之中。在四个布局中，全面深化改革和全面依法治国的关系处理至关重要，因为中国当前的改革已经进入了攻坚期和深水区，改革和法治的关系影响着法治意识形态的塑造。事实上，中国法治意识形态的重心是法治改革观念，基于法治改革走的是先易后难、小步快跑的渐进型路径，改革冲破法律、法律阻碍改革的片面看法依然存在。面对改革与法治关系的新难题和旧误区，习近平指出"坚持在法治下推进改革，在改革中完善法治，这就是我们说的改革和法治是两个轮子的含义。""在经济社会发展中，改革提供动力，法治提供保障，而立法是法治的前提和基础。"[17]因此，只有强化立法工作的地位和形象，处理好改革与立法的关系，才能实现改革与法治的共同推进。这就要求各级立法机关认真贯彻落实习近平关于立法工作的重要论述，重视立法对法治意识形态的主导作用，发挥立法的引领和推动作用，坚持立法先行，加强立法工作协调，推进立法与改革相衔接，做到重大改革于法有据。

2.丰富法学理论研究。当前法学理论界对习近平关于立法工作重要论述的研究主要分为两条进路：一是直接系统阐释，以习近平立法论述为核心，如公丕祥、冯玉军、王腊生等学者的成果；二是间接系统阐释，以习近平法治理论为主题，以立法发展为内容之一，如张文显、李林、冯军等学者的成果。从中国知网所收录的论文来看，习近平关于立法工作重要论述的研究还比较薄弱，存在数量、质量和影响力均需提高的现状。为此，建议法学理论研究领域的学者应当认真学习和深入研究习近平关于立法工作重要论述，在遵循"解读"这一思路的前提下，不断扩大研究群体、研究视野、研究方法、研究平台，以丰富和拓展这一问题的研究成果。一是除了法学理论学科的专家学者以外，宪法、行政法、民商法、经济法、环境法等部门法学领域的学者应当积极加入相关问题的探讨；二是关注习近平关于立法工作的重要论述相关内容的衔接性、针对性、理论性和实践性，在报纸杂志开辟专栏进行专题研讨； 三是在文本解读方法的基础上，注重历史分析、比较分析、个案分析、价值分析等研究方法的融入；四是以"习近平关于立法工作的重要论述研究"课题立项为带动和引导，将其纳入国家社会科学基金以及教育部、司法部、中国法学会等课题的申报指南之中。

3.融入法学职业教育。在中国当前的法学职业教育，尤其是大学本科阶段，《立法学》课程的缺失是一个比较严重的情况，导致法学职业教育的出口在很大程度上限定在司法领域。随着 2015 年《立法法》的修改，设区的市立法人员供给不足成为一大难题，"要实现'依法立法'，目前需要解决立法人才比较匮乏的问题"[18]。党的十八届四中全会提出要"加强法治工作队伍建设"。立法人才是法治人才的重要组成部分，立法人才的培养应

[17] 乔晓阳：《发挥立法对改革的引领和推动作用》，载《人民日报》2016 年 7 月 19 日，第 7 版。
[18] 张璁：《以良法促发展保善治——法学家李步云谈"依法立法"》，载《人民日报》2017 年 10 月 21 日，第 10 版。

当作为法学职业教育的主要内容，这也是解决当前立法人才供给不足的有效途径，但遗憾的是，当前绝大部分的“立法学”或者“法理学”课程往往侧重立法基础理论的阐述，对习近平关于立法工作的重要论述融入不够，在一定程度上与中国的立法理论和实践相脱节。为此，针对习近平关于立法工作的重要论述融入法学本科职业教育，提出三点建议：一是开设“立法学”这一必修课程，以习近平关于立法工作的重要论述为指导，组织专家学者撰写教材，并纳入马克思主义理论研究和建设工程教材系列；二是开设“社会主义法治理念”这一必修课程，在“全面依法治国”部分将“习近平关于立法工作的重要论述”作为独立章节设置和讲授；三是在法学必修课“法理学”中的“法律制定”或者“立法”章节，针对立法指导思想、立法原则、立法体制、立法程序等知识点，融入习近平关于立法工作重要论述的内容。

4.引领立法实践发展。习近平关于立法工作的重要论述具有强烈的问题意识和鲜明的实践指向，注重战略部署的可操作性和可落实性，在中国立法实践中应当发挥这些重要论述的引领作用，不断开创新时代立法工作的新局面。在近些年的全国地方立法工作座谈会议上，全国人大常委会委员长均多次强调，要深入学习贯彻习近平关于立法工作的重要论述，将其作为引领地方立法实践发展的根本遵循。如在第二十四次全国地方立法工作座谈会上，栗战书委员长就明确指出：“做好新时代地方立法工作，要深入学习贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想，特别是习近平总书记关于全面依法治国、加强立法工作的重要论述精神。”党的十八届四中全会提出的“依法赋予所有设区的市地方立法权”，以及 2015 年《立法法》修改和 2018 年宪法修正对设区的市立法权的规定，均是对习近平关于立法工作重要论述的落实。截至 2018 年 3 月，273 个设区的市被确定开始行使地方立法权，其中，249 个设区的市制定并经批准的地方性法规已达 621 件。[19]以黑龙江省为例，截至 2019 年 6 月，12 个设区的市全部启动了立法工作，每个市的立法数量均达到 2 件以上，体现出立法进程平稳、程序法立法先行、坚持党领导立法、坚持人大主导立法、遵守法定立法权限、健全立法工作机构等特征，为法治黑龙江建设提供了坚实的制度保障。

“小智治事，中智治人，大智立法。”习近平从中国立法发展的实践出发，对立法工作进行了全面、全方位部署，深刻阐释了“为什么立法、立什么法、怎样立法”等一系列重大命题，为新时代立法工作提供了科学指南。“立善法于天下，则天下治；立善法于一国，则一国治。”[20]在全面依法治国新时代，加强立法工作是法治发展的重大课题和当务之急，需要各级国家机关、政党、社会团体、企事业组织、社会群众深入学习、强化研究、认真贯彻、有效落实习近平关于立法工作的重要论述，共同努力推进中国立法工作再上新台阶。

---

[19] 毛雨：《设区的市地方立法工作分析与完善》，载《中国法律评论》2018 年第 5 期。
[20] 王安石：《临川先生文集》，中华书局 1959 年版，第 678 页。

我国公民个人信息权的司法保护实证研究
——以 611 份裁判文书为分析样本

何青洲 李亮[1]

【摘 要】信息权是以信息为客体的权利束，具有主体与客体的分离性特征，具有规范性与解释性特点，可以分为信息性人格权、信息性财产权、信息知情权和信息安全权等类型。通过对 2020 年之前的 611 份个人信息权相关裁判文书的分析发现，信息权司法保护涉及民事、刑事、行政领域；一审程序、二审程序、再审程序均有案件进入。自 2015 年开始，信息权保护司法案件数量明显增多；信息权保护案件呈现出地域性集中的特征；信息权保护案件的管辖较为集中的分布在基层法院、中级法院。信息权司法保护存在司法解释可操作性较弱；司法程序执行标准不明确；法律责任主要有停止侵害、赔礼道歉、赔偿损失三种，但承担责任的标准不统一。信息权保护需要加强相关司法解释，完善信息权保护案例指导制度，扩大公益诉讼范围等。

【关键词】信息权；司法保护；司法解释；程序标准；责任承担

一、信息权的内涵

信息权是公民作为信息主体所具有的、信息化社会中信息互动行为规范所赋予的、实现于信息类新型社会关系之中的，公民以相对自由的作为或不作为的方式维护自身信息利益的一种手段。

信息权的特征是信息权本质的外化，是信息权利现象与其他社会现象或者事物的基本关系的表现，是信息权本身所固有的、不以任何意志为转移的确定的东西。信息权的基本特征可以概括为三点。

（一）信息权是以信息为客体的权利束

从哲学意义上讲，客体是与主体相对的范畴，是指主体的意志和行为所指向的对象。[2]权利客体是相对于权利主体而言的，是对权利设置在何种基础之上的说明。[3]从信息权客体角度对信息权的说明不是对信息权本身的说明，对信息权本体的说明是信息权人自由意志的说明。但是“自由意志的存在是看不见摸不着的，因此有必要从外部即通过一些客观的要素将这种显示表现出现”。[4]法律规范是由文字构成，属于人类使用的符号体系，自身存在便表明其是对人们社会交往事实的特殊表达。[5]而作为法学的具体范畴之

---

1 何青洲，甘肃政法大学甘肃省依法推进社会治理研究中心主任，副教授、法学博士。李亮，甘肃政法大学甘肃省依法推进社会治理研究中心研究人员，法学硕士。

2 张文显主编,法理学[M].北京,高等教育出版社,2015;116.

3 单少杰,主客体理论批判[M].北京,中国人民大学出版社,1989;319.

4 方新军.权利客体的概念及层次[J].法学研究,2010,32(02):36-58.

5 谢晖.符号、解释学与中国古典法律解释[J].法制与社会发展,2004(03):109-122.

一的权利范畴，自然也是人们对人类交往事实的归纳、总结和表达，信息权作为信息社会下人们的权利之一，自然也不例外。一方面，在经济活动中，信息不仅已然成为重要社会资源之一，数字化产业也已成为国民经济的支柱化产业之一，而且信息所及时反应的市场变化的内容能够给传统经济行业带来生产和交易的安全与高效；在社会生活中，信息时代所特有的信息科技革命性加速了信息传播的速度，这使得不同时空的人们分分秒秒关联在一起，意味着凝聚力的增强、了解和宽容的加快；在政治生活中，信息社会所特有信息高流动性、开放性特征促使现代化政治更加民主化与法治化。信息在信息社会的这种全方位的价值体现自然便意味着它的极为重要性，而相对于人们的需求而言，信息又是稀缺资源，也就是说信息必然会成为人们竞相获取之物。因此上，信息便成为了信息社会法律科学研究的内容，走进了权利的范畴。

另一方面，信息社会的信息不同于数据。数据是以比特流的方式存在于计算机硬盘中的 0 与 1 的数字组合。而信息则是依附于数据或者其它媒介而存在的，借助于专门技术来反应人类身份与行为内容的，是对社会行为与事物的人事、观念和知识的客观化表现，是独立于人的意志之外而存在的东西，具有确定性。而科技的发展，数字化技术的运用使得信息又可为人所掌握与控制。正因此，可以在一般意义上将信息看作信息权利的客体。

信息作为信息权的客体，承载了信息权利的内容。但是由于信息这一资源在信息社会所体现出在经济、社会、政治方面有着全方位的价值体现，具有很强的统摄功能。故此，作为信息权的客体，这种社会现实自然也反映在理论认识上，以信息为基础构建起来的信息权框架也因此具有了特殊的制度统摄功能。具体而言，在信息社会信息由于具有不同的利益属性，故此表现出不同的权利要求，具体信息权正是其体现。这些信息权范畴内的具体权利体现不仅具有很强的实践性，而且与权利理论基础的认识也更加贴合。若然信息权理论构建完全不考虑这些，只专注于自身的学术化构建，不仅将失去指导实践的价值，还会失去自身研究的活力。故此，笔者认为信息权不是一个纯粹的学术化概念，而是指称一系列的具有共同特征的、由具体信息权所组成的权利束。

（二）信息权主体与客体的分离性特征

社会主体具有高度流动性，这不仅表现为作为实体的人与人是高度流动的，更重要的是任何人的接触也是高度流动的。而在信息化社会，信息科技将社会主体的身份与行为以数字化的方式进行了系统性构建，作为这一信息系统中数字化存在的我们也是高度流动的。换句话说，人们现在和他人发生接触，其实很多时候人们都不需要实体实际参与，而是作为一个数据符号就可以了，这个数据符号所反应的正是主体实际参与的内容。比如，把旅游的照片通过微信发给别人，这就代表去过某地了。而且，现在人们很多事情也不需要社会主体实际在场，以数据的形式发信息过去，便可以代表了。比如，网络购物行为，平台用户不需要到实际商场进行挑选，在网络平台上所展示的图片中挑选后，以电子货币的形式进行支付，商家在确认之后将特定的商品以快递的形式邮寄给客户。

而在这个过程中，用户的购物信息以数字化的方式存储在网络服务提供商的存储设备中，并以比特流的方式在用户、平台、商户之间进行传播。“信息是具有内容含义的知识，而数据则是信息的体现形式”。[6]但是信息以数据的形式进行交流，存储在技术提供商或者个人的技术设备存储器上，这种使用现状造成了信息所有与数据归属的事实性分离，也就使得信息权的归属变得至关重要。

毫无疑问，以数字化的方式所存储与交流的是反应在这些数据中的自然人的身份与行为信息。也就是从信息的产生起，到信息的传播，以及到大数据对信息的技术化分析所针对的都是自然人的可识别信息。故此，笔者认为信息权的主体只能是自然人。

但是在社会中，计算机信息系统中还存在海量的各种公开数据，这些数据存在于开放性的互联网空间，对这些数据进行权利归属界定完全没有必要，也根本不可能。而实际上，大数据的价值自身便预示着其不能单一主体独占。[7]而这种实际占有数据，占有数据反应信息利益的现象，也即信息权主体的信息利益被其他主体占有与利用的现象致使信息权主体与信息权客体之间产生了分离。这种分离性也是信息社会的风险性特征、极具复杂性特征的直接体现。

（三）信息权具有规范性与解释性特点

法学研究，包括法律权利研究的核心目的在于规范社会生活和保障法律价值的实现。[8]信息权也同样具有这种规范性的特点，回答的是社会中碰到的信息权利问题该怎么办的问题。我们认为，法学不仅仅是规范性的，同样也是解释性的。也就是说法学的基本概念、原则和方法可以成为解释社会现象和理论问题的工具。同样道理，信息权利理论和信息权利制度能够解释信息社会中人们的信息行为和社会实践发生的原因，而且基于不同目的构建出来的信息权利理论还可以作为具体信息权利进行解释的工具与信息权利建构框架。在信息社会中，信息权不仅能够对信息性人格权、信息性财产权、信息知情权等具体信息权具有理论解释力，同时还能够给予社会以合乎信息社会发展规律的制度设计框架。

信息权作为一种权利束的存在，不仅为理论上的具体权利存在提供了解释路径，且还在制度上为信息权的进一步发展提供了空间，而信息权主体与客体的分离性为信息权的进一步发展提供了具体的路径与方法。信息权作为一种新兴的权利类型，具有创造性的功能，在认同信息这一权利客体的前提下，进一步发展出信息安全权，在数字化信息进入传统财产权领域中发展出信息财产权。这使得信息权能够为中国法治现代化建设提供权利理论层面的正当性与合理性论证。[9]

二、信息权的主要类型

6 纪海龙.数据的私法定位与保护[J].法学研究,2018,40(06):72-91.
7 梅夏英.数据的法律属性及其民法定位[J].中国社会科学,2016(09):164-183+209.
8 李晓辉.信息权利——一种权利类型分析[J].法制与社会发展,2004(04):75-82.
9 张文显,知识经济与法律制度创新[M].北京,北京大学出版社,2011;79-81.

随着信息产业的发展、信息科技的进步，信息技术已经与人们的日常生活融为一体。以信息性人格权、信息性财产权、信息知情权和信息安全权等为主要表现内容的信息权体系正逐步成型。

（一）信息性人格权

人格权是指自然人人格利益为标的的权利。[10]随着现代社会、科技、文化的发展，人格权制度也呈现出一些新的趋势，信息网络环境下人格权问题便是其一，[11]信息性人格权便是其具体表现形态。

信息性人格权是指社会主体在信息社会所固有的以人格利益为客体的权利。它直接指向的是数据信息中可识别的个人敏感信息与反映传统人格权内容的信息，个人的信息化形象便是蕴含在个人信息中的人格权属性在信息系统中的直接体现，[12]是传统人格权理论在信息社会的进一步发展与完善。而在信息社会中，信息性人格权具有自身的特殊性。一方面，信息性人格权使得人格权商品化成为可能。[13]另一方面，作为个人人格外化的“信息化形象”使得其蕴含的人格权内容极为全面，而信息化技术又使得这些内容交杂在一起，不易区分，这就致使受到侵害的人格权往往是数种人格利益的集合，而又由于信息系统的极具传播性、开放性特征，侵害一旦发生，往往不易控制，其后果也会进一步加重。

（二）信息性财产权

财产权是民事主体对有形或者无形物享有经济利益的权利。但是随着信息社会的发展，信息产业日益壮大，数据已经成为具有举足轻重地位的新型资产，而于此同时个人信息与数据利益之间的界限也变得越来越模糊，导致产生了极为复杂的信息、数据、利益关系，[14]而由于财产权自身所具有的社会义务性使得财产权理论必须为这种现象做出理论贡献，[15]信息财产权便是这方面研究的具体体现。

信息财产权指民事主体对信息社会中具有经济利益的信息所享有的权利。它直接指向的是数据信息中可以转移的、具有经济利益的信息。但是信息社会的特性，使得信息财产权具有特殊性。一方面信息财产权同传统财产权一样，具有排他性，由所有者占有、支配与处分。另一方面，信息系统的特殊性、信息产业的发展以及数据活动的特性有要求着一种便捷性的财产权设计方式，[16]这使得信息财产权的流转与归属关系极为复杂。笔者认为，信息财产权虽然不同与传统理论所认知的财产权，但在两者的基础层面有着天然的互通关系，应该认为其权利主体即为传统民事主体，而其客体由于信息科技的发展具有开放性的特征，如网站注册信息、网站虚拟货币、平台购物信息、交流平台的交

10 梁慧星,民法总论[M].北京,法律出版社,2019;91.
11 王利明.试论人格权的新发展[J].法商研究,2006(05):16-28.
12 张新宝.从隐私到个人信息:利益再衡量的理论与制度安排[J].中国法学,2015(03):38-59.
13 王利明.论人格权商品化[J].法律科学(西北政法大学学报),2013,31(04):54-61.
14 龙卫球.数据新型财产权构建及其体系研究[J].政法论坛,2017,35(04):63-77.
15 刘剑文,王桦宇.公共财产权的概念及其法治逻辑[J].中国社会科学,2014(08):129-146+206-207.
16 [美]劳伦斯·雷席格,刘静怡译,网络自由与法律[M].台湾,商周出版社,2002;396.

流信息以及数据服务信息等都应该包括在内。

（三）信息知情权

知情权有广义和狭义之分。广义的知情权是指社会主体对所有的社会生活享有获知其信息的权利。狭义的知情权是指公民针对政府工作、政务公开的相关内容的信息获知权利。[17]信息科技的发展，不仅使得社会中信息的重要性一再提升，而且已然成为重要的社会资源。和其他社会资源一样，信息的稀缺性也导致了寻租。[18]另一方面，信息的有效沟通使得人们能够有效的参与到政治活动中，使静态的政治理论描述与动态的政治过程有效的结合起来，使得信息社会下政治活动呈现出民主化、法治化、制度化发展趋势。[19]这对这种现象，保障信息社会自然人主体的信息权便落在了信息知情权之上。

与传统的知情权理论一样，信息知情权也有广义与狭义之分。广义的信息知情权是指公民享有获悉自身相关信息的权利，所指涉的信息包括自然人合法收集到的他人信息、社会组织收集他人信息、国家政府信息化运行的非涉密信息等。狭义的信息知情权指公民享有获知政府数字化、信息化建设与运行的信息的权利，其指涉的信息包括非涉密的政务数字化信息、政府数字化建设所建立的各种数据库中的信息等。

（四）信息安全权

信息作为一种客观现象，在信息社会背景下有其内在的结构性矛盾，即信息存在的客观独立性与对数据的依附性矛盾，信息权独占与信息共享的矛盾，信息传播中保真与失真的矛盾等。[20]这自然要求信息社会中信息处于一种安全的状态之中，因为信息安全意味着信息交流与传播的安定、信息性人格权的被尊重、信息财产权的完整、信息知情权的有保障。信息科技的影响已经进入人们日常生活方式、工作习惯及思考模式中，并且这种影响将会伴随信息科技的发展与国家社会信息化的建设而加剧，但是目前信息数据在收集、存储和使用过程中面临着诸多的风险，尤其是大数据技术所导致的用户隐私泄露、虚假数据将导致错误活着无效的大数据分析结果致使的错误实践指导等问题，[21]致使信息安全问题不得不引起人们的重视。

据统计显示，2017 年 CNCERT 共监测发现我国境内感染网络病毒终端累计 2095 万个、被篡改网站数量累计 60684 个，被篡改政府网站数量累计 1605 个，被植入后门网站数量累计 43929 个，而国家信息安全漏洞共享平台收集整理的信息系统安全漏洞累计 15981 个，其中高危系统安全漏洞 5678 个，有 52.6%的网民表示在过去半年之内遭遇到过信息安全问题。[22]如此严峻的形势，使得信息安全权呼之欲出。笔者认为，信息安全权包括信息状态安全、信息交流安全、信息系统安全三个层面。它的主体包括自然

17 章剑生.知情权及其保障——以《政府信息公开条例》为例[J].中国法学,2008(04):145-156.
18 斯蒂格利茨,宋华琳.自由、知情权和公共话语——透明化在公共生活中的作用[J].环球法律评论,2002(03):263-273.
19 李章程.网络政治参与视域下公众与政府的信息沟通研究[D].苏州大学,2018.第 49 页.
20 李晓辉.信息权利推理研究[D].吉林大学,2004.
21 冯登国,张敏,李昊.大数据安全与隐私保护[J].计算机学报,2014,37(01):246-258.
22 中国互联网络信息中心.第 41 次中国互联网络发展状况统计报告[R/OL].(2018-1-31)[2019-12-9].http://www.cac.gov.cn/2018-11/06/c_1123672145.html.

人、法人、社会组织和政府机关。因为对于政府而然，信息安全权的中心在于建立和维护整个社会信息体系的安全，而对于其他主体而言，信息安全权则是关乎其自身信息性人格权、信息性财产权、信息知情权等权利能否得到实现的权利。

三、公民个人信息权司法保护的现状与问题

信息权规范层面的保护，由于法律规范本身所具有的局限性与法律语言的模糊性使得法定权利的范围必然小于社会实践活动中人们所期待的权利范围。但是由于司法机关的固有职责，当诉讼方提出未获得实定法认可的权利请求时其必须做出回应。基于这种理论认知，笔者将以中国裁判文书网数据库、北大法宝案例数据、无讼案例数据库中所检索到的、截止 2019 年 12 月 1 日，共得 611 份信息权相关法律文书。笔者将以此作为信息权司法保护现状的分析样本进行相关分析。

（一）信息权保护典型案例

信息权由于尚未得到法律上的确认，故此在司法层面呈现出不同于立法层面、行政层面的特殊性，法院均是扩大适用相关法律规范进行保护。故此，笔者挑选收集到的 611 份法律文书法院说理充分，且具有代表性的案件列举如表 1、表 2、表 3。

表 1 信息权保护案件中民事典型案例

序号	案件名称	管辖法院	案件年份	法院观点	所涉及具体信息权
01	许铮与深圳市国银盛达融资担保有限公司一般人格权纠纷案	基层法院舟山市定海区人民法院	2019 年	原告基于被告向征信机构提供其不良信息的行为，所涉民事权利为信息权、信用权等一般人格权。[23]	信息安全权与信息性人格权
02	蒋泽华与上海市松江区绿洲比华利花园小区业主委员会、上海染火网络科技有限公司隐私权纠纷案	基层法院上海市松江区人民法院	2019 年	自然人信息权涉及的信息具有人身属性，属于人格权范畴。隐私权包含的信息类型较窄，保护自然人不愿意公之于众的信息。对于那些不涉及敏感信息以及已经公开的个人信息，因不再具有隐秘的特点，只能寻求个人信息的保护，而非隐私权的保护。[24]	信息性人格权
03	刘小珲与泉州市宗新网络技术有限公司名誉权纠纷案	基层法院郑州市金水区人民法院	2019 年	被告经营的“今日泉州网”网站作为网络服务提供者，在未经调查且没有依据的情况下在其经营的网站上发布或转载的信息，侵害了原告的名誉权，使原告的正面形象及社会评价受到损害，被告应当承担侵权责任。[25]	信息安全权与信息性人格权
04	顾小东与上海你我贷互联网金融信息服务有限公司名誉权纠纷案	中级法院上海市第二中级人民法院	2019 年	法院主张在电话中使用恐吓、骚扰、暴力催收等行为，并有证据证明其对个人名誉造成严重损害的，支持其所提起的名誉权诉讼请求。[26]	信息性人格权
05	谭慧萍与广州学无涯教育咨询有限公司、中国电信股份	基层法院佛山市禅城区人民	2018 年	被告电信公司因其工作人员工作疏忽将案涉号码的使用人关联到原告名下，侵犯了原告的姓名权，依法应承担相应	信息性人格权

23 参见“许铮与深圳市国银盛达融资担保有限公司一般人格权纠纷一审民事判决书”，（2019）浙 0902 民初 3701 号.
24 参见“蒋泽华与上海市松江区绿洲比华利花园小区业主委员会、上海染火网络科技有限公司隐私权纠纷一审民事判决书”，（2019）沪 0117 民初 10037 号.
25 参见“刘小珲与泉州市宗新网络技术有限公司名誉权纠纷一审民事判决书”，（2019）豫 0105 民初 2591 号.
26 参见“顾小东与上海你我贷互联网金融信息服务有限公司名誉权纠纷二审民事判决书”，（2019）沪 02 民终 717 号.

	有限公司佛山分公司姓名权纠纷案	法院		的侵权责任。[27]	
06	陈瑞生与张卫国名誉权纠纷案	基层法院珠海市香洲区人民法院	2018 年	擅自公开他人个人信息的，则侵犯了他人的隐私权或个人信息权。故微信呢称“大道无门”（后改为“Da”）使用人在微信群中所发图片、文字已可能构成了对原告陈瑞生名誉权、隐私权或个人信息权的侵犯。[28]	信息性人格权
07	邓泽学、张亮亮等与闫冬锋名誉权纠纷案	基层法院漯河市召陵区人民法院	2018 年	相对于一般名誉侵权，网络名誉侵权的侵权言论散播更加广泛。[29]	信息性人格权
08	姚古悦与嘉兴锋易网络科技有限公司、陆子夜网络侵权责任纠纷案	基层法院嘉兴市南湖区人民法院	2018 年	在网络中公开公民个人信息、发布不实言论构成对公民名誉权、信息权的侵害，应该承担公开恢复名誉、赔礼道歉、消除影响的法律责任。[30]	信息安全权与信息性人格权
09	温州卓源电子商务有限公司等与王佳买卖合同纠纷案	中级法院北京市第三中级人民法院	2018 年	卓源电子公司虚构交易日前七天并不存在的网络销售原价易使消费者误认为涉案产品有较大优惠幅度从而做出购买的意思表示，故卓源电子公司的行为已构成欺诈。[31]	信息知情权
10	王文杰与中国工商银行股份有限公司嘉祥支行名誉权纠纷案	基层法院济宁市任城区人民法院	2018 年	原告利用优势地位滥用用户个人信息，其行为构成侵权，应承担相应民事责任。[32]	信息安全权
11	唐智莹与李程一般人格权纠纷案	基层法院楚雄市人民法院	2018 年	未经原告许可，使用、传输其个人身身份信息，向他人借款以为己用，侵害了原告的信息权，属于人格权纠纷。应承担相应责任。[33]	信息安全权与信息知情权
12	孙伟杰与鲁山县农村信用合作联社一审案件	基层法院鲁山县人民法院	2017 年	被告未经原告许可，使用他人个人信息担保贷款，对已经造成的损害，应该承担停止对原告公民个人信息权的侵害，并恢复其征信系统信用等级。[34]	信息安全权与信息性财产权
13	郝建山与王德红、王茹香等隐私权纠纷案	基层法院北京市门头沟区人民法院	2017 年	个人信息权是自然人的个人信息不受侵犯的权利。身份证号码属于自然人的个人信息。银行卡号属于隐私性信息。同时，公民的姓名、身份证号和银行卡号三者结合起来的信息具有整体性，对公民个人的财产安全具有重要作用，属于隐私性信息[35]	信息安全权与信息性人格权
14	李蕾与上海映迪贸易商行、中视创艺	基层法院上海市青	2017 年	原告对分别为企业和个人的订阅号与服务号的授权不能等同。因此，被告未	信息知情权与信息

27 参见“谭慧萍与广州学无涯教育咨询有限公司、中国电信股份有限公司佛山分公司姓名权纠纷一审民事判决书”，（2018）粤 0604 民初 27523 号.

28 参见“陈瑞生与张卫国名誉权纠纷一审民事判决书”，（2018）粤 0402 民初 7843 号.

29 参见“邓泽学、张亮亮等与闫冬锋名誉权纠纷一审民事判决书”，（2018）豫 1104 民初 3416 号.

30 参见“姚古悦与嘉兴锋易网络科技有限公司、陆子夜网络侵权责任纠纷一审民事判决书”，（2018）浙 0402 民初 3230 号.

31 参见“温州卓源电子商务有限公司等与王佳买卖合同纠纷二审民事判决书”，（2018）京 03 民终 9032 号.

32 参见“王文杰与中国工商银行股份有限公司嘉祥支行名誉权纠纷一审民事判决书”，（2018）鲁 0811 民初 1559 号.

33 参见“唐智莹与李程一般人格权纠纷一审民事判决书”，（2018）云 2301 民初 1121 号.

34 参见“孙伟杰与鲁山县农村信用合作联社一审民事判决书”，（2017）豫 0423 民初 3728 号.

35 参见“郝建山与王德红、王茹香等隐私权纠纷一审民事判决书”，（2017）京 0109 民初 4481 号.

	(北京)影视文化传媒有限公司肖像权纠纷案	浦区人民法院		经原告许可，在其抓取、保存原告个人信息，并推送，构成对原告个人信息权和隐私权的侵犯。[36]	性人格权

表 2 信息权保护刑事案件典型案例

序号	涉及罪名	管辖法院	案件年份	法院观点	所涉具体信息权
01	侵犯公民个人信息罪	基层法院 南京市鼓楼区人民法院	2019 年	……为维护公民的个人信息权不受侵害，结合……[37]	信息安全权
02	侵犯公民个人信息罪	中级法院 乌鲁木齐市中级人民法院	2019 年	……为保护公民的个人信息权不受侵犯，对被告人适用……[38]	信息安全权
03	侵犯公民个人信息罪	基层法院 随县人民法院	2018 年	非法获取公民个人信息，明知他人利用公民个人信息实施犯罪而向他人出售，情节严重，侵犯了公民的个人信息权……[39]	信息安全权
04	非法获取计算机信息系统数据罪	中级法院 阜阳市中级人民法院	2018 年	被告侵犯公民个人信息的行为表面上虽是对公民个人信息的窃取和公民信息权的侵犯，实则是对计算机系统安全和信息空间管理秩序的侵入和破坏，其行为同时符合两个犯罪的构成要件，但由于只有一个犯罪行为，属于想象竞合犯，应当从一重罪即非法获取计算机信息系统数据罪处罚。[40]	信息安全权
05	侵犯公民个人信息罪	基层法院 岳池县人民法院	2018 年	非法购买，并出售、提供给他人公民个人信息，从中牟利，情节严重，侵犯了公民个人信息权。[41]	信息安全权
06	信用卡诈骗罪	中级法院 马鞍山市中级人民法院	2017 年	被告人既有非法购买、收集公民个人信息的行为，又有使用公民个人信息进行信用卡诈骗的行为，其行为既侵害了公民的个人信息权……应分别以侵犯公民个人信息罪、信用卡诈骗罪定罪处罚，并依法实行数罪并罚。[42]	信息安全权

表 3 信息权保护行政案件典型案例

序号	案件名称	管辖法院	案件年份	法院观点	所涉具体信息权
01	彭明全诉隆昌市住房和城乡规划建设局隆昌市人民政府其他行政管理政府信息公开案	基层法院 隆昌市人民法院	2019 年	原告彭任凭个人主观意愿执意不断提出申请的做法，显然已经构成了获取政府信息权利的滥用。对于滥用获取政府信息权法律并未明确规定，本院认为应对其诉讼不作实体性审理。[43]	信息知情权

36 参见“李蕾与上海映迪贸易商行、中视创艺(北京)影视文化传媒有限公司肖像权纠纷一审民事判决书”，(2017)沪 0118 民初 6453 号.
37 参见“李某侵犯公民个人信息罪一案一审刑事判决书”，（2019）苏 0106 刑初 306 号.
38 参见“唐松林、林晓军、马某甲等侵犯公民个人信息罪二审刑事裁定书”，（2019）新 01 刑终 18 号.
39 参见“余永光、严欢欢侵犯公民个人信息一审刑事判决书”，2018 鄂 1321 刑初 81 号.
40 参见“王祖军非法获取计算机信息系统数据、非法控制计算机信息系统二审刑事判决书”，（2018）皖 12 刑终 31 号.
41 参见“罗娟、吴凤林侵犯公民个人信息一审刑事判决书”，（2018）川 1621 刑初 23 号.
42 参见“张素静信用卡诈骗罪、侵犯公民个人信息罪王国新信用卡诈骗二审刑事裁定书”，（2017）皖 05 刑终 195 号.
43 参见“彭明全诉隆昌市住房和城乡规划建设局隆昌市人民政府其他行政管理政府信息公开案一审行政裁定书”，（2019）川 1028 行初 21 号.

02	杨祥泉与南京市江宁区人民政府淳化街道办事处政府信息公开案	南京铁路运输法院	2019 年	鉴于原告持续、反复、大量地提起信息公开申请、行政复议及行政诉讼，已经在一定程度上构成了不当行使获取政府信息权，挤占了司法资源、扰乱了诉讼秩序，已经超越了权利正当行使界限，应当对此种情况进行必要的规制。[44]	信息知情权
03	裴宏伟、青岛市公安消防支队公安行政管理:消防管理(消防)二审案	中级法院 青岛市中级人民法院	2018 年	上诉人再次向被上诉人提出政府信息公开申请，虽所要求获取的内容表述更加具体，但都涵盖在 2014 年信息公开申请的内容中，且其中属于政府信息的部分被上诉人在 2014 年作出的告知书中已经予以告知，并认定被上诉人告知上诉人其本次申请属于就同一内容向同一行政机关反复提出的公开申请，不再重复答复，并无不当。[45]	信息知情权
04	邵华、开封市祥符区公安局公安行政管理:其他(公安)二审案	中级法院 开封市中级人民法院	2017 年	上诉人所申请公开的诸如对其口头传唤的民警的姓名、警号、职务等信息，与《中华人民共和国政府信息公开条例》的立法目的明显背离，邵华的起诉属于滥用获取政府信息权及滥用诉权。[46]	信息知情权
05	田荣辉、田锁民、田卫东、张军利、王秋利与西安市国土资源局长安分局政府信息公开纠纷申请再审	高级法院 陕西省高级人民法院	2017 年	田荣辉等人以不当目的提起的缺乏诉的利益的诉讼，有悖诉讼诚实信用原则，存在滥用获取政府信息权和滥用诉权行为，事实清楚，依法有据，裁定驳回田荣辉等人的起诉并无不当。[47]	信息知情权
06	胡成与重庆市司法局、重庆市人民政府行政监督、行政复议二审	中级法院 重庆市第一中级人民法院	2017 年	上诉人胡成提出政府信息公开申请，要求公开重庆市第一中级人民法院法官彭某的法官等级，但未举示初步证据说明其合理性，故其属于滥用获取政府信息权行为，缺乏诉的利益，已违背了行政诉讼对合法权利进行救济的立法宗旨。[48]	信息知情权
07	孙阳兵诉淮南市人民政府行政答复及安徽省人民政府行政复议二审	高级法院 安徽省高级人民法院	2016 年	上诉人申请公开“滥用获取政府信息权”的标准及法律依据，该申请公开事项不属于政府信息。[49]	信息知情权

从上述对于信息权保护典型案例的列举中可以看出，司法层面在民事领域、刑事领域、行政领域对于信息权这种新兴权利提供司法保护。在司法程序层面，一审程序、二审程序、再审程序为其提供程序方面的支持。但是从法院的裁判角度入手，可以发现，由于信息权保护在立法层面的问题，导致法院在具体的法律适用过程中难以形成统一的认识，在司法层面对于信息权保护呈现出了分散性的特点。这一点下述的信息权司法保护案例的地域分析中也有所体现。

（二）信息权司法保护案件年度分布

在全国层面，笔者将 611 份样本按照裁判文书案号年份及其所占样本比例与裁判文书裁判年份及其所占样本比例按时间顺序制成表 4。

44 参见“杨祥泉与南京市江宁区人民政府淳化街道办事处政府信息公开一案一审行政判决书”，（2019）苏 8602 行初 912 号.

45 参见“裴宏伟、青岛市公安消防支队公安行政管理:消防管理(消防)二审行政裁定书”，（2018）鲁 02 行终 314 号.

46 参见“邵华、开封市祥符区公安局公安行政管理:其他(公安)二审行政裁定书”，（2017）豫 02 行终 153 号.

47 参见“田荣辉、田锁民、田卫东、张军利、王秋利与西安市国土资源局长安分局政府信息公开纠纷申请再审行政裁定书”，（2017）陕行申 240 号.

48 参见“胡成与重庆市司法局、重庆市人民政府行政监督、行政复议二审行政裁定书”，（2017）渝 01 行终 197 号.

49 参见“孙阳兵诉淮南市人民政府行政答复及安徽省人民政府行政复议二审行政判决书”，（2016）皖行终字第 602 号.

表 4 样本年度统计

年份	2011 年	2012 年	2013 年	2014 年	2015 年	2016 年	2017 年	2018 年	2019 年	合计
数量	1	0	1	4	84	81	157	229	54	611
占比/%	0.16%	0	0.16%	0.65%	13.48%	13.26%	25.70%	37.48%	8.84%	≈100%

注：由于占比计算采取四舍五入的方法，故此存在一定程度的偏差。

由上表数据可以看出，信息权保护案件在 2014 年之前基本没有，从 2015 年大面积出现之后呈逐年增加趋势，其逐年增加幅度基本持平。笔者认为这是由两方面的原因造成的：第一，经过数年的数字化经济建设，民众对于互联网信息权的认识已经积累到一定程度，而随着数字化技术与产业的一再发展，终于在 2015 年达到了临界点，故此信息权保护案件一出现，便形成一定规模。第二，2012 年中国特色社会主义法律体系基本形成，但是针对信息数据化领域内的新兴权利却没有相关法律依据，而随着二十一世纪信息技术的发展，以及政府信息化建设初具成效，使得信息知情权具体表现之一的获取政府信息权能够得到有效的保障，[50]故此出现了上述情形。

（三）信息权司法保护案件地域分布

在信息社会中，民众对于信息的认识虽然已经达成基本共识，但是由于中国幅员辽阔，各地区、各省份由于其特殊的地方情况，故此对信息权保护问题呈现出不同认识。笔者将收集到的 611 份法律文书按照不同地区、省份绘制成表 5。

表 5 样本地域分布与占比

地区	省份	样本数量/份		占样本总数百分比	
华东地区	上海市	12	317	1.96%	51.88%
	安徽省	33		5.4%	
	福建省	5		0.82%	
	江苏省	235		38.46%	
	浙江省	19		3.11%	
	江西省	3		0.49%	
	山东省	10		1.64%	
华北地区	北京市	21	36	3.44%	5.89%
	天津市	9		1.47%	
	山西省	2		0.33%	
	河北省	4		0.65%	
东北地区	黑龙江省	5	29	0.82%	4.75%
	吉林省	4		0.65%	
	辽宁省	20		3.27%	

50 参见“张亮与南通市公安局崇川分局一审行政裁定书”,（2015）港行初字第 00074 号；“袁奕丰、汕头市人民政府二审行政判决书”,（2017）粤行终 879 号；“陆富国与南通市审计局一审行政裁定书”,（2015）港行初字第 00026 号；“王宏园与南京市城乡建设委员会行政监督一审行政裁定书”,（2018）苏 8602 行初 1222 号……这些案件案情简单，当事人重复多次提起诉讼，均构成滥用获取政府信息权，但是从另一个侧面也说明了民众对于自身信息权的重视已然上升到了一定的程度.

华中地区	湖北省	23	160	3.76%	26.19%
	湖南省	6		0.98%	
	河南省	131		21.44%	
华南地区	广东省	15	22	2.45%	3.6%
	广西	4		0.65%	
	海南省	3		0.49%	
西南地区	重庆市	4	38	0.65%	6.22%
	四川省	23		3.76%	
	云南省	2		0.33%	
	贵州省	9		1.47%	
西北地区	甘肃省	2	9	0.33%	1.4%
	陕西省	3		0.47%	
	新疆	3		0.49%	
	宁夏	1		0.16%	
总计	28 个	611	611	≈100%	100%

注：由于占比计算采取四舍五入的方式，故此省份占比存在一定程度的偏差。

由上表可以看出，信息权保护案件呈现出地域性集中的特征。全国七个地区的案件数量相比较，华东地区案件数量（317）与华北地区案件数量（160）明显多于华北地区案件数量（36）、东北地区案件数量（29）、华南地区案件数量（22）、西南地区案件数量（38）、西北地区案件数量（9）。统计数据表明，信息权案件地域分布与全国诉讼案件地区分布不存在相关关系。而华东地区江苏省信息权保护案件数量为 235 件、占比高达 38.46%，而上海市、安徽省、福建省、浙江省、江西省、山东省共有信息权保护案件数量为 82 件；华中地区河南省信息权保护案件数量为 131 件、占比高达 21.44%，而湖北省、湖南省信息权保护案件共为 29 件。信息权作为一种新兴权利，尚未得到的法律上的确认，故此在司法保护方面不具有强制性要求，并且其诉讼缺少具体适用法律规范的支撑，这就导致了各地法院对信息权保护问题的认识不一，针对同类诉讼请求的回应也不相同[51]。个别地区法院由于特殊的省情与地方情况，对信息权保护问题较为重视，也即造成了信息权保护相关案件的地域性集中的特点。而截至目前，信息权保护问题在司法保护方面没有同意的法律规则适用，相应的司法解释也没有制定，最高人民法院出台的相应指导性文件也仅仅是在针对其他具体部门法适用问题的文件有信息权保护问题的相关内容而已。综上所述，信息权保护案件的地域分布差异较大，呈现出地域性集中的特征。

（四）信息权司法保护案件类型分布

司法裁判过程中，不同的案件认定适用不同的审判程序，是直接关系到案件当事人权益保护的根本问题。笔者将收集到的信息权保护案件按照裁判文书类型、审理法院级

51 参见“蒋泽华与上海市松江区绿洲比华利花园小区业主委员会、上海染火网络科技有限公司隐私权纠纷一审民事判决书”，（2019）沪 0117 民初 10037 号；“郝建山与王德红、王茹香等隐私权纠纷一审民事判决书”，（2017）京 0109 民初 4481 号；“唐智莹与李程一般人格权纠纷一审民事判决书”，（2018）云 2301 民初 1121 号；“邓泽学、张亮亮等与闫冬锋名誉权纠纷一审民事判决书”，（2018）豫 1104 民初 3416 号；“许铮与深圳市国银盛达融资担保有限公司一般人格权纠纷一审民事判决书”，（2019）浙 0902 民初 3701 号.

别、以及审判使用程序绘制成如下表 6 与表 7。

表 6 样本所涉审判程序分布

	审判程序									
	刑事案件		民事案件			行政案件			执行案件	
	一审	二审	一审	二审	审判监督	一审	二审	审判监督	执行实施	执行审查
样本数量	38	29	76	51	2	198	188	54	3	2
占比	6.05%		21.11%			72.01%			0.82%	
	6.22%	4.75%	12.44%	8.35%	0.33%	32.41%	30.77%	8.84%	0.49%	0.33%

表 7 样本所涉裁判文书类型与法院层级分布

	裁判文书类型		法院层级		
	判决书	裁定书	基层法院	中级法院	高级法院
样本数量/份	179	432	211	326	74
占比/%	29.30%	70.7%	34.53%	53.36%	12.11%

信息权司法保护案件从法院层级、审判程序、裁判文书类型方面看，信息权保护案件集中分布在基层法院、中级法院受理的行政案件。其中，行政案件 440 件、占比 72.01%，行政案件适用一审程序的案件 198 件、占比 32.41%，行政案件适用二审程序的案件 188 件、占比 30.77%，基层人民法院做出裁判的案件 211 件、占比 34.53%，中级法院做出裁判的案件 326 件、占比 53.36%。

在对作为新兴权利的信息权保护中，主要的司法保护着是中级人民法院法官。笔者认为这主要是基于两个方面的原因所致：一方面，在中国司法系统中基层法院是参与基层社会治理的主力，受理案件基数庞大，而且在法官员额制下法官个人职业压力过大，致使其应对信息权保护问题资源利用不足。另一方面，中级人民法院相对于基层人民法院具有一种相对隔离的外部环境，法官应对新问题的时候较少的受到外部因素的影响，而且由于法院系统对中级人民法院的定位使得其更容易运用法律手段解决新兴问题，故此造成信息权司法保护案件在中级法院层级分布较大。

在信息权权司法保护案件程序适用方面，适用二审程序与审判监督程序的案件有 324 件、占比 53.03%，而在全国司法裁判的二审率为 8.2%。也就是说，信息权司法保护案件的二审率是全国司法裁判案件的 6.5 倍。这一方面是因为我国司法体系对二审程度的权利救济功能与裁判筛选功能，另一方面是因为信息权作为一项新兴权利，目前尚未得到法律上的明文确认，要想从依法司法的路径中得到保护，无论是对当事人的法律知识与技能还是对法院方的职业能力都有更高的要求，在这种情况之下，二审程序由于其特殊性自然便成为首选程序，即造成信息权司法保护相关案件的高二审率。

（五）信息权司法保护存在的问题

1.司法解释可操作性较弱

公民信息权保护由于缺乏法律层面的统筹与行政层面的执行，致使在司法实践存在

诸多问题，有的司法解释没有针对信息权特点规定、仅仅重复已有相关法律规范，致使可操作性缺乏，难以执行。如 2006 年发布的《最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 1 条对司法管辖权所采用的终端所在地的规定，[52]致使现实中面对网络著作权侵权问题根本无法有效的进行救济。因为信息系统的开放性导致其用户遍布全球，而面对终端在国外的情况，当事人要想进行权利救济，按照规定只能去寻求终端所在地的法院进行管辖。另外 2017 年两高联合发布的《最高人民法院 最高人民检察院关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》第 1 条对个人信息的规定[53]与司法裁判中对信息与数据的认识[54]有很大出入，司法实践中认为个人信息的范围大于隐私权所涉及的信息范围，而对于隐私权范围之外的个人信息侵害只能寻求个人信息权的保护。但是我国信息权还未得到法律上的确认，故此司法层面对于信息权的保护仅能起到有限的作用。

2.司法程序执行标准不明确

信息权案件涉及到虚拟空间、现实空间之间极为复杂的社会关系，而且缺乏相应的审判经验，当这类案件进入司法程序不仅需要法官具备精湛的专业技术知识，而且还需要有相应的司法程序对这种新的问题提供标准行依据。另外，许多信息权案件还涉及到互联网、大数据、云计算等专业性领域的问题，这些都给信息权保护的司法实践带来的巨大的困难。由于社会专业分工的不同司法人员根本不肯可能完全掌握每个行业的专业性知识，这就需要司法的特殊机制对这类问题提供专门性的执行标准来解决。但是笔者在上述案件梳理与分析的过程中却没有发现这种执行标准。

3.承担责任标准不统一

根据我国现行信息权保护相关法律法规的规定，公民信息权受到侵害后，侵害行为人承担的法律责任主要有停止侵害、赔礼道歉、赔偿损失三种。但是在赔偿损失的法律责任承担中，对于被侵权行为人如何进行赔偿、以及如何计算赔偿数额相关的法律规定无统一标准且对于其赔偿责任人也无统一的确认标准。在对公民信息权侵害的认定前提下，首先由于信息系统的开放性与技术依赖性致使相关证据保存成为一个难题，怎么确认公民信息权受到侵害之后的损失；其次，如何在这种虚实结合的法律关系中量化公民受到的损失；再次，对这种没有法律明确规定的侵害结果，怎么确认具体赔偿的计算。对此需要建立程序化的标准性依据，维护公民信息权案件所涉及到的各方权益。

---

52 《最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》（2006 年）第一条：“网络著作权侵权纠纷案件由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。侵权行为地包括实施被诉侵权行为的网络服务器、计算机终端等设备所在地。对难以确定侵权行为地和被告住所地的，原告发现侵权内容的计算机终端等设备所在地可以视为侵权行为地。”

53 《最高人民法院 最高人民检察院关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》（2017 年）》第一条 刑法第二百五十三条之一规定的“公民个人信息”,是指以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人身份或者反映特定自然人活动情况的各种信息，包括姓名、身份证件号码、通信通讯联系方式、住址、账号密码、财产状况、行踪轨迹等。

54 参见“淘宝（中国）软件有限公司与安徽美景信息科技有限公司不正当竞争纠纷一案一审民事判决书”,（2017）浙 8601 民初 4034 号.

三、公民个人信息权司法保护路径的优化

信息权的司法救济仍然是权利受到侵害的终极途径。“在法律规定未明的案件中，法官通常通过解释扩大规则的适用范围，将既有规范拓展到新兴技术领域”，[55]从法律层面回应当事人的合法权益诉求，信息权司法保护又呈现出其应有特殊性。

（一）加强信息权保护相关司法解释

司法追求社会公平正义，“是一个相当复杂的对错划分机制，是对越过对错界限之行为做出的反应，其范围所及包括一整套相关价值在内”。[56]司法解释是国家最高司法机关在适用法律、法规的过程中，对如何具体应用法律、法规问题所作的解释。[57]对于作为一项新兴权利的信息权来说，由于立法滞后，司法解释便直接体现了司法的能动性，其恪守释法功能，又在一定程度上填补法律层面的空白，在信息权保护的司法层起到“准立法”的作用。[58]但是从现有的司法解释内容层面来看，不仅实施困难，而且司法适用过程中所形成的认识直接与法律法规的直接规定有所出入。如 2006 年发布的《最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》第一条对司法管辖权所采用的终端所在地的规定，[59]致使现实中面对网络著作权侵权问题根本无法有效的进行救济。因为信息系统的开放性导致其用户遍布全球，而面对终端在国外的情况，当事人要想进行权利救济，按照规定只能去寻求终端所在地的法院进行管辖。另外

2017 年两高联合发布的《最高人民法院 最高人民检察院关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》第一条对个人信息的规定[60]与司法裁判中对信息与数据的认识[61]有很大出入。

因此，在信息权尚未得到法律层面认可的情况下，司法机关应该对司法实践过程中所出现的信息权问题作出明确、可行的司法解释，通过司法解释推动信息权向法定权利过度。

（二）完善信息权保护案例指导制度

指导性案例制度是中国的判例法样态，其与司法解释一样旨在为审判工作提供指导，

---

55 陈阳.互联网新兴权利的司法证成——以法官解释权为视角[J].学习与探索,2018(09):77-84.

56 [英]尼尔麦考米克,程朝阳等译,修辞与法治[M].北京,北京大学出版社,2014:153.

57 张文显主编,法理学[M].北京,高等教育出版社,2018:294.

58 魏昌东.谨防司法解释逾越罪刑法定原则的樊篱[J].中国检察官,2019(13):30-32.

59 《最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》（2006 年）第一条：“网络著作权侵权纠纷案件由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。侵权行为地包括实施被诉侵权行为的网络服务器、计算机终端等设备所在地。对难以确定侵权行为地和被告住所地的，原告发现侵权内容的计算机终端等设备所在地可以视为侵权行为地。”

60 《最高人民法院 最高人民检察院关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》（2017 年）》第一条 刑法第二百五十三条之一规定的“公民个人信息”,是指以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人身份或者反映特定自然人活动情况的各种信息，包括姓名、身份证件号码、通信通讯联系方式、住址、账号密码、财产状况、行踪轨迹等。

61 参见“淘宝（中国）软件有限公司与安徽美景信息科技有限公司不正当竞争纠纷一案一审民事判决书”,（2017）浙 8601 民初 4034 号.

统一法律适用标准，实现司法公正。[62]指导性案例不同于判例法国家的判例，其内所提炼出的明确司法规则，对于相应案件的法律适用具有参照执行的作用。换句话说，指导性案例具有填补法律和司法解释“空白”，澄清法律适用疑难的特殊功能。案例指导制度中的案例具有中国的特殊性：首先，指导性案例具有司法属性，其不仅是法院在实际司法裁判中所裁判的案例，而且经过了最高法或者最高检的确认；其次，指导性案例的筛选有着严格的程序，只有经过各级法院、检察院报送，最高法、最高检认真研究，广泛听取各方意见之后才可能发布；再次，指导性案例不仅是案例，更是其后所凝练的司法规则。[63]正因为此，指导性案例在司法裁判中才能发挥应有的作用。

信息权作为一种新兴权利，尚未得到法律上的确认，而信息权保护的各部门由于各自出发点不同，不能对信息权形成全方位的有效保护。在这种情形之下，案例指导制度为信息权保护提供了一种有效的保护路径。从现有的指导性案例来看，对于信息权保护仅仅停留在保护计算机信息系统、商业秘密等类似信息的保护层面，[64]不能对公民信息权形成全方位的保护。通过各级人民法院、各级人民检察院在司法实践中所发现的涉及信息权侵害案件，经过指导性案例筛选机制的挑选，经过最高人民法院、最高人民检察院的认真研究，在广泛听取各方对于相关案例的意见之后，选择一些具有代表性的案件进行发布，作为信息权保护领域的指导性案例，在既有规则缺失的情况下，给司法人员提供相关案件的司法裁判规则，保护公民信息权。通过构建信息权保护指导案例制度，不仅可以推动信息权保护规范的形成，还能可以把握信息社会发展趋势，为司法信息化改革提供方向性指引。

（三）扩大公益诉讼范围与保证公众信息安全

信息社会发展至今，针对数据的应用技术的积累已经达到了质变的奇点，基于数字技术、信息科技的发展，人类社会从简单的单项信息获取、双向信息互动正式向万物互联转变，[65]信息的价值与重要性一再提高。信息社会的技术依赖性、极度风险性、极度复杂性特征致使公民信息存在极大的风险，直接导致信息安全权的提出。但是这种权利诉求并不能在技术与现实中阻止信息安全问题的发生，像“华住集团数据泄露事件”、[66]“第一资本银行客户信息泄露事件”[67]这样的大规模信息安全事件将会持续出现。对于这类实践，由于没有实体法上的依据，将不会有进入法院得到救济的机会。

公益诉讼制度却为这种事件提供了一种新的救济路径。检察机关提起公益诉讼是指“检察机关根据法律规定，对于履职中发现的特定领域损害国家利益和社会公共利益的

---

62 徐媛媛.案例指导制度中的理性建构偏好——基于审判指导性案例的展开[J].国家检察官学院学报,2019,27(05):53-63.

63 万春.最高检指导性案例的发展历程和创新完善[J].国家检察官学院学报,2019,27(05):64-72.

64 参见最高人民法院发布的指导性案例 104 号“李森、何利民、张锋勃等人破坏计算机信息系统案”、最高法发布 7 起保护产权和企业家合法权益典型案例之六“彭某侵犯商业秘密罪案”等.

65 周佑勇.论智能时代的技术逻辑与法律变革[J].东南大学学报(哲学社会科学版),2019,21(05):67-75+147+2.

66 李颖.“华住”集团被曝客人“被入会”[J].中国质量万里行,2019(12):70-71.

67 胡婕,叶浩.警惕数字化转型中的信息风险——第一资本银行客户信息泄露事件带来的启示[J].杭州金融研修学院学报,2019(09):24-27.

违法行为，通过向人民法院提起诉讼，实施公益救济保护的制度”。[68]这类案件，首先从提起公益诉讼的初始条件看，只要满足有明确的被告、具体的诉求请求、有社会公共利益受到损害的相关证明以及属于人民法院管辖这四个条件，[69]便会进入司法程序，人民法院就会受理。其次，从诉讼主体来看，原告可以信息服务行业有关的社会团体、组织，其代表利益受损方像特定信息服务提供商主张权利。再次，从诉讼客体来看，当事人所要求保护的是当事人与信息服务提供商之间基于现有的合同关系而后续发生的服务消费法律关系，并且这种法律关系已然受到了极大的损害，达到了公益性的地步，也即信息服务提供商的不当行为侵害了不特定多数人的利益，并且达到了严重性与普遍性的程度。这就已然使得其进入公益诉讼领域有了正当性的依据。而这类事件一旦进入诉讼领域，不仅使得具体信息权损害方的权利得到救济，还会凝聚社会价值共识，推动信息权保护规范的形成。

结语

信息技术革命必将导致各种原有的社会关系发生改变，产生新的需求、新的利益、新的社会关系与社会结构。在信息社会，信息技术不仅给人们带来了便捷性生活，而且也产生了各种各样急剧复杂性的问题。保障信息社会中特有的信息利益诉求最直接方的式就是对其进行法律上的确权，将其转化为法定权利。但是，目前我国法律体系却没有对其进行法律上的确认，这就导致我国对于信息权利侵害不能提供全方位的有效保护。我国信息权司法保护层面存在司法解释缺乏可操作性、司法程序缺乏执行标准、裁判结果缺乏标准性依据的现状。应该在司法保护层面加强信息权保护司法解释、构建信息权案例指导制度、扩大公益诉讼范围，保护公众信息安全。

68 施建邦.以公益诉讼检察促进云南生态文明建设的思考[J].云南民族大学学报(哲学社会科学版),2019,36(03):149-154.

69 《最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释》（2015 年）第二百八十四条：“环境保护法、消费者权益保护法等法律规定的机关和有关组织对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为，根据民事诉讼法第五十五条规定提起公益诉讼，符合下列条件的，人民法院应当受理：（一）有明确的被告；（二）有具体的诉讼请求；（三）有社会公共利益受到损害的初步证据；（四）属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖”。

国民政府时期司法党化及其政治效果

宋玉波 彭卫民[1]

【摘 要】在有着强烈西方宪治色彩的三民主义建国理想的指引下，国民政府以司法独立、公正为目标的司法改革，因“西方法理”与本土党治理念的内在张力，历史社会条件制约，制度建构缺陷和实际运行羁绊，始终呈现明显的二元悖论。在应然的法治层面，司法改革试图模仿建构西式司法独立以促进司法公正，但在实然的政治需要层面，却选择了司法党化的路径——以三民主义为核心的党义不仅贯穿于立法，而且指导司法实践，因而导致了近代中国法治化实验中“西方法理”与“中国国情”之间紧张及难以调适的问题。在考察国民政府司法改革时，既要在应然价值层面客观评价其以党治探索实现法治基本价值的尝试，又当回归实然价值省思司法党化及其适得其反的政治效果。

【关键词】国民政府；三民主义；司法党化；政治效果

国民政府“司法党化”改革，既是民国政治变革的组成部分，也触及近代法思想转变与法制变革的重大学术命题。以 1927 年为界，大致经历了“司法党义化”与“司法官党员化”（甚至一定范围和程度特务化）两个阶段。前一阶段虽因追求司法独立与公正而具有目的正当性，却因西方法理的引入与中国政治现实之间的紧张而乏善可陈，后一阶段则因“司法党化”的狭隘化（司法官党员化、特务化）而丧失了目的正当性，以至于司法沦为政治的奴仆和强化国民党政治统治的工具。

一、司法党化的法理背景

清末民初的政事时局，大抵可以用“激荡”、“变革”、“转型”之类的言词来形容。西方法治观念的引入，促使了中国法治尝试的肇始，对国民政府司法改革理念产生了较大影响，但实际效果并未彰显。司法权在国家权力体系中究竟如何定位，司法实践在国家政治运作中究竟如何掌控，竟成国民政府时期朝野激烈争论却未达成共识的话题。

早在古希腊时期，亚里士多德（Aristotélēs，公元前 384-公元前 322）便认为一个健全的政府机构应当由三个要素组成：议事机能、行政机能与审判机能，这可以说是三权分立理论的滥觞。法国启蒙思想家孟德斯鸠（Montesquieu，1689-1755）按“主权在民”与“权力分立”的自然法理论，最先明确司法应与行政、立法分立；凡分权未确立，便意味着压迫与专断。司法独立的最初含义正是来源于反对政府权力的肆意干预与保障民众合法权利。[2]德国古典哲学创始人康德（Immanuel Kant，1724-1804）在论述三种权力的关系时强调司法权有它自己的原则，立法与行政不能超越自己的活动范围去篡夺司法的职能，但康德同时又强调，三种权力需彼此协作，一种权力要成为另一种权力的补充。

---

[1] 作者简介：宋玉波（1958—），男，四川射洪人，西南政法大学民族政治研究院院长、教授、博士生导师；彭卫民（1987—），男，湖南双峰人，长江师范学院重庆民族研究院副教授，法学博士。

2（法）孟德斯鸠：《孟德斯鸠法意》（上册），严复译，商务印书馆 1981 年版，页 111。

[3]19 世纪末的英国宪法学者戴雪（A. V. Dicey，1825-1922）将形式上的法律主治划分为三大要素，即“人民独受法律治理”、“法律面前人人平等”、“个人权利与司法判决是宪法之基础”。[4]而要实现实质意义的法治，除有形式上的主权者依法统治外，尚需践行限制国家权力滥用、实现社会正义、保障公民权利的良法之治。美国学者古德诺（Frank Johnson Goodnow，1859-1939）亦认为，作为行政之一的司法，“很大一部分是与政治无联系的，所以即使不能全部，也应该在很大程度上把它从政治团体的控制下解放出来”[5]。新分析法学派代表人物拉兹（Joseph Raz，1939-）阐释的法治八原则中，涉及司法独立的规则，被用来确保法官不受外来压力的干扰、独立于所有权威（除了法律权威）是捍卫法治所必不可少的。[6]美国宾夕法尼亚州大法官吉布森（C. J. Gibson）在伊金诉罗布案（Eakin V. Raub）中提出司法权应当区分为“政治司法权”与“纯粹民事司法权”，而所谓的政治权力，是指“一个政府机关用来控制另一机关，或对其行为施加影响的权力”[7]。从西方三权分立发展的脉络来看，司法权实际上体现出两个面向，既包含诉讼结构中的司法权与当事人之间的关系，也包含司法权本身同立法、行政权之间的关系。由此可见，传统意义上的司法与政治权力间究竟是绝缘还是协作，即司法权是否作为绝对独立整体还是依权力属性而进行运作的相对存在，尚存争议。[8]

19 世纪末至 20 世纪初，固有政治社会秩序遭遇科学、民主、法治等西方概念的冲击，以至于政制混乱、时局激荡、危机四伏。至民国时期，虽倡言司法独立、公正，建设民主、法治国家，却在具体实验过程曲曲折折，阻力重重。试以“司法独立”为例。严复（1854-1921）曾说，“所谓三权分立，而刑权之法庭无上者，法官裁判曲直时，非国中他权所得侵官而已。”[9]在不同的阶段，政府也确曾依西方“三权分立”原则来理解司法独立，将司法与行政分离作为司法改革的主轴。就司法与行政之间的关系而言，司法独立强调的是司法超越政党政治的原则。[10]如北洋政府时期便确立了“司法不党”的原则，严禁司法官员入党，“凡属法官，尤应破除偏私，自处于不党之地位，以保持其独立之精神……概不得加入政党，其先经列名党籍者，并应一律脱党。”[11]国民政府时期并未直接废除“司法不党”原则，而是经历了从修正、实质否定到公开废除的过程，起初只是强

3（德）康德：《法的形而上学原理——权利的科学》，沈叔平译，商务印书馆 1991 年版，页 143-144。

4（英）戴雪：《英宪精义》（下册），雷宾南译，商务印书馆 1925 年版，页 273-285。

5（美）古德诺：《政治与行政》，王元译，华夏出版社 1987 年版，页 47。

6（英）约瑟夫·拉兹：《法律的权威：法律与道德论文集》，朱峰译，法律出版社 2005 年，页 218。

7 Eakin v. Raub, *12 Sargent & Rawle* 330,(Pa.1825).

8 尽管司法与政治在价值层面的关系仍有争议，但司法独立的原则却是世所公认，若干具体措施在西方国家也多雷同，比如严格的法官选任；法官不可更换制；法官专职、中立；法官不受民事起诉的豁免权；自由心证；法官惩戒等。（参见谭世贵：“论司法独立”，《政法论坛（中国政法大学学报）》1997 年第 1 期，页 27-35）

9 （法）孟德斯鸠：《孟德斯鸠法意》（下册），严复译，商务印书馆 1981 年版，页 419-420。

10 北洋政府在 1912-1915 年间针对清末以来的司法进行过两次改革，期间所颁布的《天坛宪法草案》（第 8 章第 84、85、88 条）、《袁记约法》（第 44、45 条）皆承续清末司法独立的原则。（参见夏新华等：《近代中国宪政历程：史料荟萃》，中国政法大学出版社 2004 年版，页 474）

11 在司法党禁方面，北洋政府颁布了一系列相关法令，如《令京外司法官不得入党文》（1912 年 12 月 10 日）、《严禁法官入党令》（1914 年 2 月 14 日）、《法官不得列名政党长官不得干预审判令》（1920 年 8 月 7 日）、《法官不得牵入政潮贻误职务令》（1920 年 9 月 1 日）等。

调法官应当脱离政治关系，“所谓超出党派，一般看法，非谓法官不能加入政党，惟不应参加党团活动”[12]。然而，这种打破家国一体的传统法律体制的尝试，却是寸步难行。在引入以个人为本位的西方法治理念的过程中，以司法独立为指向的司法改革，不可避免地遭遇到了政治现实、民族习惯和文化传统的遏制，以至于最终不得不废弃“司法不党”原则。就更直接的原因而言，近代西方法治理念是被假定为一种救亡图存、反对侵略的“药方”而引入中国的，法律要从特殊主义（particularism）走向普遍主义（universalism），必难摆脱政治权力等诸多掣肘，且西方的法律统治（rule of law）观与中国强人领袖蒋介石所认知的“守法奉公、循名核实、信赏必罚、负责尽职、雷厉风行”[13]的以法统治（rule by law）观相距甚远，后者实际上更接近于中国古代的法家之治。尽管司法独立作为一种形式法治的追求，从来没有被公开地排斥于近代法治建设进程之外，且历次司法改革也都无不将司法独立作为其重要的目标，但其结果无非是照猫画虎，仅得形似。

在北洋政府的前十余年间，孙中山（1866-1925）领导的革命从未稍有停歇，革命成为压倒一切的中心话语。但晚年孙中山的革命观，在屡战屡败又屡败屡战的护法、护国运动中有了根本转变：由推崇西式的多党轮替制逐渐转变为认同、模仿“以党建国”、“以党治国”的苏俄党国模式。国民党的党治理念，发展自 1906 年《同盟会革命方略》之军法、约法和 1914 年《中华革命党总章》之军政、训政阶段以及 1919 年《建国方略》中“以党治国”的主张，[14]最终确立于 1923 年孙中山与苏俄代表阿道夫·阿布拉莫维奇·越飞（Adolf A.Joffe，1883-1927）发表的《孙文越飞联合宣言》。宣言表明国民党在政治上联俄容共，在军国大事上师俄以党治国统军的基本经验。1925 年国民党政治委员会议通过的《国民政府组织法》，明确规定国民政府受中国国民党指导与监督，这从法律上确立了党治为国民政府的根本原则。[15]按照当时国民党内部对党治的理解，是“既非效法苏俄之一党专政，亦非反对欧美式之政党政治”[16]。即在“训政”到“宪政”的过程中，由于民众尚无法行使选举、罢免、创制、复决四权，国民党与国民政府分别代行一切政权与治权，施行以党“救国、建国、治国”的策略，直至人民具备直接行使政权能力时，国民党应还政权于民。在党治理念的推动下，孙中山重新思考党与国之间的关系，逐步改变了原来追求“天赋人权、自由平等”的革命观，转而寻求“主权在党”的中国实践。[17]尽管孙中山生前并未明确规划司法改革的路径，但正是他的党治理念开启并推动了国民政府的司法党化。[18]

---

12 汪楫宝：《民国司法志》（弁言），商务印书馆 2013 年版，页 18。

13 叶青：“法治问题与三民主义”，《时代思潮》1943 年总第 47-48 期合刊，页 4；吴曼君：“总裁底国家法治论”，《时代思潮》1941 年总第 30 期，页 47-54。

14 周道济、萧行易、冯滬祥：《国父思想——理论与实践》，台北今古文化事业有限公司 1989 年版，页 166-167。

15 王世杰、钱端升：《比较宪法》，中国政法大学出版社 1997 年版，页 425。

16 盲恨：“党治与非党治”，《新生活》1931 年第 13 期，页 194。

17 （美）费约翰：《唤醒中国：国民革命中的政治、文化与阶级》，李恭忠、李里峰译，三联书店 2004 年版，页 277-284。

18 比如 1923 年孙中山重组军政府，任命赵士北（1871-1944）为大理院院长兼管司法行政事务，但因其在任上提倡“司法无党”、“司法独立”，仅任职一年就被免去所有职务。（参见广东省社会科学院历史研究所编：“免赵士北职务令（1924 年 4 月 1 日）”，收入《孙中山全集》第 10 册，中华书局 1986 年版，页 1；并见“中央执行委员会第十八次会议记录（1924 年 3 月 31 日）”，《中国国民党周刊》1924 年 4 月 27 日，页 4）

二、司法党化的二重争论

国民政府时期的“司法党化”，无论是在司法改革的目标和方略上，还是在司法改革的具体谋划和操作层面，都引起了广泛的争论；其争论的焦点在于要不要党化与如何党化。

所谓司法党化，即强调司法的本旨、过程与结果一律接受并体现三民主义，司法官吏须是国民党党员，司法的组成与体系均应浸润于国民党的“党义”之下。[19]但民国的司法为什么要党化，如何党化？这是当时官方和学界一直在探究争论却始终没有解答清楚的问题。

作为近现代中国法学理论的奠基者，民国法学理论与实务界的主事者们大多有游学欧美日接受西式法学教育的经历，大多熟谙西方法理的精义。在谈及司法与政治权力、政党之间的关系时，他们当然也同意司法的公正与权威是一个不需重复求证的定理，“自清末改定官制后，司法改良与司法独立，早成一般舆论，政府绝不敢擅将司法完全裁去，招致清议”[20]。然而，当司法改革所适用的法治理念遭遇国民政府司法党化实践时，不可避免地激起了民国朝野“清议”，乃至司法界内部也颇多争论。一方面，既崇尚、追求司法独立，另一方面，又清醒地意识到“法治”的局限。“司法独立，而后国家乃有法治可言；法治非郅治，不得已而出于此途”[21]。他们之所以认为“法治非郅治”，是因为民国五权宪法虽确认了司法独立，但受时局所制，司法根本无法独立；[22]换言之，当时的司法界所面临的根本问题在于“西方法理”与“中国道路”的紧张而难以调适。比如，时任司法行政部长谢冠生（1897-1971）在总结民国司法制度时就说，“中外人士，关心中国司法者，颇有以我国新法制，过分因袭西洋成法，未能完全适合国情为讥者……惟欲法制之推行尽利，必须适应国民之要求，然后始能博取大众之信仰，原属不易之理。”[23]实际上北洋政府时期形式上的司法独立以及国民政府时期革命式、专断式的司法“独立”都验证了法治与党治不过是形与实的关系。[24]既然价值与实践是两回事，那么司法似乎就应当有其自处的土壤。话虽如此，时人对司法党化的理解却并未反映出上述简单的逻辑。当时的党内党外在司法改革的抉择上多有分歧，大致来说，支持者与反对者聚焦于“司法应否党化”的争论，支持者内部又在“司法党化”的内涵及如何党化的问题上存在分歧。[25]

---

19 关于司法党化性质与内容的研究成果已经很多，可以参看李在全（《法治与党治：国民党政权的司法党化(1923-1948)》，社会科学文献出版社 2012 年版；“从党权政治角度看孙中山晚年的司法思想与实践”，《近代史研究》2012 年第 1 期，页 50-62）、韩秀桃（“司法党化:国民政府(1925-1927)司法改革初探”，《安徽大学法学评论》，2001 年第 1 期，页 56-64）、田湘波（“训政前期司法党化问题之研究”，《怀化学院学报》2005 年第 1 期，页 72-76）、侯欣一（“党治下的司法：南京国民政府训政时期执政党与国家司法关系之建构”，《华东政法大学学报》2009 年第 3 期，页 3-31）等人的成果。

20 张一鹏主讲，严榕笔述：“中国司法制度改进之沿革”，《法学季刊》1922 年第 2 期，页 118-124。

21 林长民：“发刊词”，《法律评论》1924 年第 1-8 期合刊，页 1。

22 楼兴邦：“中国司法独立的我见”，《新声（半月刊）》1930 年第 23 期，页 27。

23 汪楫宝：《民国司法志》（弁言），商务印书馆 2013 年版，页 21。

24 有关近代中国对司法独立价值本土化的选择，即从理想到现实的转换，从价值理念到工具理念的嬗变，可参看韩秀桃：“近代中国对司法独立的价值追求与现实依归”，《中国法学》2003 年第 4 期，页 164-173。

25 实际上，在上世纪 20 年代末至 40 年代初，国民政府始终将“党治”与“法治”作为一个开放的话题，官、学各界皆可自由讨论党治的概念、内容、意义；党治与法治的关系；国民党党治与其他国家政党政治的异同；党治是应当推

支持者强调司法党化无违司法独立，虽是时局、现实使然，却难理直气壮。这一派认为，三民主义作为国民党党义，本身就体现了世界民主与法治潮流中的中国道路，因此司法人员接受三民主义的洗礼，司法的过程设定在三民主义指导的框架之下，司法的结果体现三民主义的精神，本质上与“司法独立”背后的法治理念殊途同归。如 1927 年出任南京国民政府司法部长的王宠惠（1881-1958）认为，司法改良应着眼于司法权、制度、人才、经费等问题，其重点在于司法独立，他列举的 13 条司法改良建议中，第一条便是“宜进司法官以党化也”[26]。1932-1948 年任职国民政府司法院长的居正（1876-1951）就司法党化问题连续发表系列文章，直言“在‘以党治国’一个大原则统治着的国家，‘司法党化’应该视作‘家常便饭’”。[27]他并且提出了两措并举的司法党化路径：司法人员一律党化，党义指导法律适用。1937 年，时任司法行政部法制专员的杨兆龙（1904-1979）在其主编的《经世》月刊中系统缕析了司法党化的基本概念与逻辑结构，认为司法独立的法治价值与三民主义的“时代理想”并不矛盾，党化实际上就是司法独立价值的“中国式解答”，“党化司法不但不是个坏东西，并且还是我们理想的鹄的。”[28]约在同一时期，一位署名楚咸遯叟的学者也站出来表示，法治与人治并不一定冲突，司法独立与“以党治国”的原则也“相助而不相害”，举凡法律、法院、法官、监狱、侦察等的革命均应以三民主义为指导，因为三民主义建国理论本身就已经解答了近代中国法治现代化的深层次问题。[29]

反对者固守司法不党，理虽不错，却不谙时势。他们坚持认为，司法党化会在实然层面冲击司法独立原则，推行党治就是对法治尊严的践踏。在国民党内部的反对者多为前清与北洋政府时期的司法旧僚。如 1932 年司法行政部长罗文干（1888-1942）曾撰文指出，司法应当超越党派，司法独立应是司法审判上的独立，军、政界不应横加干涉法官办案。[30]在国民党外批评者的声音更为尖锐，早在 1925 年，已担任中国致公党总理的陈炯明（1878-1933）就严厉批评国民党“运动式、说教式”的司法在挑战法治稳定性的权威。他尖锐地指出，“至于党化，已属不通。党化教育，更属荒谬绝伦。盖党者，不过团体之谓，绝无神妙之说。即凡主义政纲，亦以适应一时之要求，而非为化民成俗之妙用。”[31]至于国民党直接干预司法或径直命令审判机构按党的意志办案，更遭至胡适（1891-1962）、罗隆基（1896-1965）为代表的“人权派”的强烈谴责。他们对政府与党部经常绕过法庭的判决，“依法”给异见人士贴“反动”的标签予以治罪极为愤慨。比如在 1929 年召开的国民党“三全大会”上，上海特别市党代表陈德征（1899-？）向大会提出了《严厉处置反革命分子案》，该案主张“凡经省党部及特别市党部书面证明为反革命分

行还是取消；党治与民治、军治、官治、宪政、训政、独裁的关系，等等。

26 王宠惠：“今后司法改良之方针”，《法律评论》1929 年总第 21-22 期合刊，页 38-40、42-44。

27 居正：“司法问题：司法党化问题”，《中华法学杂志》1934 年第 10-12 期合刊；居正：“党化司法之具体方案及实施标准法则：居院长在司法院法官训练所讲述”，《法治周刊》1937 年 3 月 29 日，页 44。

28 杨兆龙：“党化司法之意义与价值”，《经世》1937 年第 5 期，页 20。

29 楚咸遯叟：“党化司法之研究”，《亚洲文化》1937 年第 3-4 期合刊，页 32-39；第 5-6 期合刊，页 9-18。

30 罗文干：“罗文干谈改良司法意见”，《法律评论（北京）》1932 年第 18 期，页 35-36。

31 陈炯明：《中国统一刍议》，香港未知出版社 1928 年版，页 118。

子者，法院或其他法定之受理机关应以反革命罪处分之。如不服，得上诉。惟上级法院或其他上级法定之受理机关，如得中央党部之书面证明，即当驳斥之。”也就是说各省、市党部可以径直对“反革命分子”进行拘捕并强行要求法院定罪处刑。这一提案遭到了胡适的严厉抗议，他致信司法部长王宠惠说，“法院对于这种案子，不须审问，只凭党部一纸证明，便须定罪处刑。这岂不是根本否认法治了吗？在世界法治史上，不知在哪一世纪哪一个文明民族，曾经有一种办法，笔之于书，立为制度的吗？”[32]

在党治与法治的路径选择上，民国法学界的争论实际上已经非常深入，观点也极为清晰。尽管胡适、罗隆基等人断言党治与法治水火不容，但在大变革时代，于党治之下来促进法治却是易为体制内接受的路径，“党化司法并不是司法官都要党员去做，也不是所有大小党员做了司法官，司法便当然党化了”，要把三民主义运用到法律上去难乎其难，而主张司法党化是要提倡用科学化、社会化的法律解决民生问题，这才是法治意义下的党化司法的实践路径。“法治与党治不相冲突，而且即在党治之下，也需要法治，都是大家所一直承认了的”[33]。一方面，法治当然要被信仰，所谓的统一、自由、民主和主义，甚至包括党治，都需要建立在法治的基础上，“中国人就是遵守不惯法治，所以党治也不宜行得名符其实”[34]；另一方面，由于中国处于变革的时代，法治应当容纳革命、训政与党的理念主张，“应该由国民党根据三民主义的原则立了法颁布出来，大家服从，而不容任何人越乎法律范围之外有所行动”[35]。按照这种特定历史背景下所形成的法治理念，国民党一方面要负起努力开导民智，训练民众的职责，另一方面要根据三民主义来指导立法及其执行，待到训政结束时，再还权于民。从这个逻辑上看，党治是法治化的党治，法治是党指导下的法治，两者不管在学理论证上还是制度实践上都具有自洽性。进而言之，只有通过党治，才能实现法治；只有坚持法治，党治才具有正当性。作为一种过渡手段，党治是形式上的；作为追求的目标，法治才是实质上的。

平心而论，民国时期司法改革的目标是在法治之下，既寻求强化国家权威，同时也保护私人自由。不可否认，这就是司法党化的本意。比如居正就强调司法在应然价值层面是寻求“党义化”而不是“党人化”，同时，以人民陪审制作为监督手段，连接公民个人与国家之间的正义观。尽管承认司法党化的必要性，但在国民党对司法的作用与意义上，居正仍有所保留。他强调并非要求所有的法官都入党，司法政治化也仅限于党义对司法的指导，党义在司法上的体现仅限于如下四种情形：第一、法律所未规定之处；第二、法律规定太抽象空洞而不能解决实际的具体问题；第三、法律已经僵化之处；第四、法

32 胡适：“人权与约法”，《新月》1929 年第 2 期，页 1-8；并见中国社会科学院近代史研究所：“胡适致王宠惠(稿)”，《胡适来往书信选(上册)》，中华书局 1979 年版，页 508-510。罗隆基曾针对国民党北京与天津党部因《新月》杂志“诟辱本党”而对其进行查禁的事件发表评论说，法治的真义，是政府守法，不凭执政者意气上的成见为准则。国民党没有向国家的普通法庭起诉、未经法院审判，仅凭一纸“公函”，就扼杀公民的言论并随意抓捕杂志的负责人员，是对约法赤裸裸的破坏，也是政党干预司法的明证。（参见罗隆基：“什么是法治”，《新月》出版日期不详，页 8-24）

33 阮毅成：“法律欤?权力欤?威信欤?”，《时代公论》1932 年第 16 期，页 22。

34 彭学沛：“党治与法治”，《现代评论》1928 年总第 206-208 期合刊，页 2。

35 潘公展：“党治法治与人治”，《认识》1931 年第 5 期，页 13。

律与实际社会生活明显矛盾而无它法可以适用。[36]民国时期，几乎没有人会公开站出来反对司法独立的应然价值，但正是因为时人也同样清楚地看到，在民国宪法体系下，五权之上有党权，司法权与其他四权一样，只是“分职”而不是“分权”。因而，“在过去及现在训政时期，虽然没有由人民直接行使政权来管理政府，然而替代国民大会而行使政权的便是国民党，所以司法院与政府其他部分通通隶属于国民党代表大会或中央执行委员会，而并非绝对的权力之对立。”[37]这恐怕就是国民政府对西方法理与中国国情之间如何调适，如何开创中国法治道路的基本认识。

三、司法党化的理念与路径

以司法党化促进司法独立与公正，显然符合当时中国特定的历史背景与社会现实。但从实施过程和实际效果来看，国民党与国民政府在党治与法治问题上的认识与实践却难以自洽。

徐谦（1871-1940）是继孙中山党治思想之后第一个正式提出司法党化的人。作为国民革命军北伐期间的司法部长，徐谦系统地批判了清末以降中国司法制度的两大弊端：其一，四级三审制的诉讼程序繁琐，给民众带来不便；其二，司法制度与工农革命脱节，与国情不符。[38]针对以上弊端，徐谦坚决主张司法党化，并实际推动了所谓“党化革命化”司法改革；改革具体目标散见于所著之《司法行政方针》、《改革司法制度说明书》、《改造司法制度案》等一系列指导文献：

（一）革新司法观念：扬弃北洋时期“司法独立”、“司法不党”的原则，要求司法机关必须接受国民党领导，并受制于国民党政治统治。创办法官政治党务训练班，向受训的司法人员灌输“司法是阶级统治的统治工具”等观念。[39]

（二）革新司法人员：司法官必须是国民党党员，不得超出党派之外。在法官选拔考试中，以三民主义为重点考试内容。

（三）革新司法制度：改“四级三审制”为“三级两审制”；[40]将大理院更名为最高法院，将高等审判厅改为控诉法院，将地方审判厅改为地方法院；在法院中建立司法行政委员会；废除各级检察厅，于各级法院内设检察处，各级检察长一律改称为（同级）法院检察处；人民法院采用参审制，县、市、中央法院行陪审制，参审员与陪审员皆由国民党党部与各社会团体选任。[41]

---

36 居正：“司法问题：司法党化问题”，《中华法学杂志》1934 年第 10-12 期合刊。
37 居正：“司法院在国宪上之地位”，《中华法学杂志》1936 年第 3 期。
38 侯欣一：“革命司法：徐谦法律思想初探”，《华东政法大学学报》2008 年第 4 期，页 114。
39 黄晓东：“大革命时期的司法改革”，《全国政协文史和学习委员会他·文史资料选辑》，中国文史出版社 2009 年第 78 期，页 75。
40 “四级三审制”中的四级即初级审判厅、地方审判厅、高等审判厅、大理院；三审即初级审判厅为一审、地方审判厅为二审、高等审判厅为三审，或地方审判厅为一审、高等审判厅为二审、大理院为三审。“三级两审制”中的三级即地方法院、控诉法院、高等法院；三审即地方法院为一审、控诉法院为二审，或控诉法院为二审、高等法院为三审。参见楼兴邦：“中国司法独立的我见（续）”，《新声（半月刊）”1930 年第 24 期，页 25-28。
41 苗建寅：《中国国民党党史（1894-1988）》，西安交通大学出版社 1990 年版，页 163、185-187、212。

徐谦推行的党化司法，其要害在于强调司法受制于政治；司法不但要党化，还要革命化。徐谦认为，清末与北洋政府时期的司法独立，司法官不党乃是防止革命，但在革命年代，司法若要独立，就会变成反革命，所以“不能不再将司法革一回命，这才可以盼望司法是真正民众的司法，不是官僚的司法、不是做军阀工具的司法、不是做压迫阶级的司法”[42]。徐谦认为苏俄的司法制度的优势就在于司法服从于政治，为革命政党服务，国民党也应当参照苏俄政党这一标准。为此他提出了两点要求：凡是党员均应破除领袖观念；凡是党员，都要服从党的命令。他认为政治与革命是时刻变动的，而司法是相对静止的，故而司法本来是不革命的。而司法不革命，也会变成反革命，所以司法革命的要点在于司法法规、司法机关、司法人员俱要革命化，“司法人员必须训练培植，使其认识在建设新社会中之地位与责任，以振奋其革命情绪，激励其革命精神，而成为建设新社会的干部”[43]，质言之，就是“要纯粹有学识的党员去做法官”[44]。此外，还要确保国民党对司法机关的领导以及让人民直接参与审判。而革命化的司法则有利于保护民众利益、有利于镇压反革命、有利于废除治外法权等不平等条约。[45]

1927-1931 年是蒋介石继受孙中山党治理论并将其推向极端的时期。1928 年国民党依《训政纲领》组建五院制政府，蒋介石被推选为国民政府主席，国民党独揽政、军大权，一切权力皆向党集中，由党负“保养”、“教育”、“训练”之责，国民党以党治国原则因之制度化。1929 年 3 月，国民党召开第三次全国代表大会，通过了《确定训政时期党、政府、人民行使政权治权之分际及方略案》，规定中华民国人民只有服从并拥护国民党的领导，才能享受中华民国国民基本权利。[46]此次大会除确认国民党党治体制外，亦对《中国国民党总章》进行修正，删除下级机关在执行上级决议有不同意见时“但得提出抗议”一款，规定“执行有困难时得用书面意见陈述，若上级机关仍遵照执行，即应服从执行”[47]。1931 年，蒋介石在国民政府纪念周上作党治与法治关系的主旨演讲时，特别强调党权须绝对居于五权之上，“凡经中央政治会议决定的，无论何院并无修改之权，更无反抗拒绝之理”[48]。这一时期的司法党化，已经不同于 1927 年之前的司法“党义化”，即强调在司法系统中贯彻三民主义与党治理论，将国民党的党义、党纲作为司法的一种理念和价值，而是司法不仅受到党的全面控制，甚至还要从属于行政。

这期间的司法党化改革，概言之，有如下主要举措：

（一）全国法院遵照中央通令，使现任法官悉受党义之陶熔。1928-1929 年间司法

---

42 徐谦：“法官政治党务训练班开学纪盛”，《民国日报》1926 年 11 月 3 日，第 7 版。
43 裴笑衡：“建设三民主义新法系的商榷”，《三民主义周刊》1941 年第 3 期，页 13。
44 徐谦：“第十三次宣传会议徐谦报告司法改良近况”，《民国日报》1927 年 3 月 30 日，第 2 版。
45 “司法部长徐谦在武汉国民政府第 13 次会议上报告改革司法工作”，载湖北省司法行政史志编纂委员会：《清末民国司法行政史料辑要》，未知出版社 1988 年，页 19-24。
46 国民党第三次全国代表大会：“确定训政时期党、政府、人民行使政权治权之分际及方略案”，载廖立宇编：《国父思想导论》，台北六国出版社 1988 年版，页 237-240；又见荣孟源、孙彩霞：“中国国民党历次代表大会及中央全会资料”，光明日报出版社 1985 年版，页 659。
47 刘健清、王家典、徐梁伯：《中国国民党史》，江苏古籍出版社 1992 年版，页 340。
48 蒋介石：“党治与法治之精神：蒋主席在国府纪念周报告”，《新陕西月刊》1931 年第 8 期，页 9。

院与最高法院先后颁布《国民政府司法院职员研究党义细则》与《国民政府最高法院党义研究会暂行规则》，向司法官员灌输国民党党义，要求司法官员主动学习、研究国民党的意识形态。

（二）建立党国特务司法与审判制度。提出或颁布《严厉处置反革命分子案》、《反省院条例》、《特种刑事临时法庭组织条例》并相应设立特别刑事法庭、感化院、反省院等特务司法机构与各省临时军法会审处、惩治贪官污吏专庭等专门法庭，将司法置于行政之下，或由行政参与司法。[49]司法成为国民党严厉处置"反革命"分子的工具，这些机构由国民党同级党部监督，其组成人员均为国民党党员。党部可以参与、干预司法审判，可以向司法院及下属法院发布命令，对罪犯进行党化教育等。

（三）建立法官训练所，培养服从党国意志的司法人才。1929 年 1-3 月间，司法行政部通过并修改《法官训练所章程》，设立"司法行政部法官训练所"（后更名为"司法院法官训练所"，至 1944 年终止），在国民党党员中选拔并训练"专门"的法政人员：党法官。法官训练所后来被 CC 系掌控，按照《党务人员从事司法考试》、《党务人员从事司法条例》以及《军法人员转任司法官条例》的规定，大量培养防共反共的特务人员。[50]

1934-1935 年间，蒋介石解除了反对司法党化的司法行政部长罗文干、次长郑天锡（1884-1970）、法官训练所教务主任、所长董康（1867-1947）的职务；分别任命积极支持司法党化的王用宾（1881-1944）与焦易堂（1879-1950）为司法行政部部长与最高法院院长；任命 CC 系成员洪陆东（1893-1976）与洪兰友（1900-1958）为司法行政部政务次长与法官训练所所长。1932 年初，王宠惠辞去司法院院长职，继任者居正以其纯正的党性修养与深厚的法学修为继续推动党化司法改革，直到 1948 年行宪时止，成为国民政府时期主政司法界最长的长官。至此，在蒋介石亲自督导下，国民党司法界建立起了以居正为代表、CC 系为主导的"司法-特务"中枢。居正所推动的司法改革具有将政治、党性、道德、司法混杂在一起，属于国民党党化司法的变异期。

在居正、王用宾、覃振等人的主导下，司法政治化的改造也进一步异化。司法异化的表现主要在其与民族、传统、道德等关键词相联系。居正主政司法中枢期间，意识到司法界由于受到司法独立意识的影响，司法同政治、国家、主义相脱节，所以只有用国民党的政治意识形态武装司法，才能使其运作更具效率，也更能发挥司法的权威。1934 年 3 月，CC 系发动了"中国本位文化建设运动"，1935 年 1 月，萨孟武（1897-1984）等十教授在《文化建设》上发表《中国本位文化建设宣言》。[51]这一运动在当时的法学界也引起了较大反响，国立中央大学法学院教授阮毅成（1904-1988）针对十位教授所描述的"看不见中国"的情形，指出中国法学界最大的弊端在于训政时期的法律既不能助于主

49 阮毅成："中国法治前途的几个问题"，《东方杂志》1933 年第 13 期，页 81-82。

50 法官训练所先后举办了 9 期，短期调训 6 批，第 4 届后，被 CC 系控制，成为训练中统特务等党务人员的主要基地，第 1 至 3 期共培训约 430 名，第 4-9 期共培训约 1000 名，短期训练约 600 名。

51 王新命等："中国本位的文化建设宣言"，载樊仲云编：《中国本位文化建设讨论集》，文化建设月刊社 1936 年版，页 10-15。

义与革命的进展，也不能暗合国民情感。他认为，建设中国的本位法系不独在于应该如何改进立法和司法，而应当先确立三民主义的“最高原理”，只有通过这个最高原理，才有可能使得司法人员打破传统的自限自转的壁垒。[52]

1938 年国民政府迁至重庆，新上任的“中统”局长徐恩曾（1896-1985）为了贯彻二陈（陈果夫、陈立夫）提出的司法党化意图，使中统窃据司法实权，通过司法院长居正等向国民党中常会提出提案，为了抗战期间加强锄奸肃反，甄审中央及各省市调查工作人员（即中统特务）从事司法。[53]“中统”局将法官训练所特务打入司法机关，先后选派五六十人参加法官训练所第 5、6 期受训，这两期学员绝大部分为中统特务，结训后，分派至各地方法院检察处任检察官，战区检察官的职能即“办理妨害抗战建国方案” [54]。不仅如此，蒋介石还于 1940 年将司法行政部置于行政院，使得司法院所管辖的机关仅剩行政法院、公务员惩戒委员会与最高法院的一半。[55]为了配合“戡乱”，蒋介石在重点城市设置“特种刑事法庭”，继续沿用《危害民国紧急治罪法》审讯共产党人和革命人士。[56]更有甚者，还在多地设置“反省院”，凡涉“危害民国罪”、“反革命罪”的政治犯，无需审判，径交反省院“感化”或执行死刑。凡此种种，特务人员从事司法活动以及特别刑事法庭的变异，使得训政后期的司法在国民党特务部门的钳制下成为党国剪除异己的工具。

四、司法党化的实质分析

从表面上看，司法党化是中国历史上第一个党治时期党与国、党与法之间，司法权力与其它国家权力之间复杂关系的特定呈现。从政治的角度来讲，它意味着国民政府实际上放弃了司法独立、司法官不党的“自由主义法治”原则，[57]转而企图通过强有力的意识形态和全能主义[58]政党的党治维持司法的运作。从法理的角度来讲，国民党党治原则逐步写入《中华民国宪法》，在法统上确保了司法权归国民党掌控。如果沿着这样一条

---

52 阮毅成：“本位文化与本位法律——中国本位法系的建设”，《新闻杂志》1932 年第 2 期，页 25-26。

53 郑大纶：“中统向司法部门渗透点滴”，载《文史资料存稿选编·特工组织（上）》，中国文史出版社 2002 年版，页 60。

54 杜超群：“中统特务渗入行政机关活动情况” 载《文史资料存稿选编·特工组织（上）》，中国文史出版社 2002 年版，页 54。

55 朱国南：“奇形怪状的旧司法”，《全国政协文史和学习委员会.文史资料选辑》，中国文史出版社 2009 年总第 78 辑，页 118-138。

56 特种刑事法庭始设于 1927 年，1936 年取消，1945 年复设，受理“危害国家”及“妨害总动员”之案件，至 1949 年最终取消。其设置的法律依据为《暂行反革命治罪法》，该法后修订为《危害民国紧急治罪法》及《特种刑事临时法庭条例》，1948 年又修订为《特种刑事法庭审判条例》。特刑庭受同级党部监督，遇到省党部对本省特刑庭审判有异议的，可以向中央特刑庭提出“非常上诉”，被告对于判决，不得上诉。

57 自由主义法治理论起源于西方自然法学派，并经由实证法学改造与发展而成，也可理解为“自动售货机”式的法治。该理论强调法律在全社会具有至高无上的权威、法律蕴含人类社会追求的各种价值、法律具有普遍性的规范、三权分立下的独立司法是一个自证、自洽的封闭过程。有关自由主义法治理念的批判，可参见（美）安德鲁·奥尔特曼：《批判法学——一个自由主义的批判》，信春鹰、杨晓峰译，中国政法大学出版社 2009 年版；顾培东：“当代中国法治话语体系的构建”，《法学研究》2012 年第 3 期。

58 邹谠（Tsou Tang，1918-1999）认为，全能主义政治呼唤建立一个强有力的政治机构或政党，然后用它的政治力量、组织方法，深入和控制每一个阶层和每一个领域，才能改造或重建社会国家和各领域中的组织制度，才能解决新问题，克服全面危机。全能主义政治是应付社会危机的一种对策和推进社会革命不可缺少的手段。（参见邹谠：《二十世纪中国政治:从宏观历史与微观行动的角度看》，香港牛津大学出版社 1994 年版，页 57-68）

思路，就会得出如下的结论：正是因为国民党在 20 世纪 20 年代初至 40 年代末扮演着全能主义政党的“寡占”角色，党治、党化司法便成为了一种必然，虽然没有明确否定对司法独立、公正的目标追求，却在事实上与西方所崇尚的司法独立、程序正义等基本理念格格不入，与司法改造初期所追求的法治、公正南辕北辙。

需要省思和拷问的是，当时法学界与司法实务界的主流，都支持将孱弱的司法纳入强有力的党权“保护”之下，却又没有挑战司法独立原则，甚至津津乐道其应然价值，这其中的根本原因是什么？这恐怕只能循着“社会存在决定法律”的思路去探询。

首先，法律须适应并反映社会。法律及其制度的时间与空间维度决定着其必须适应并反映时代与社会的变迁。在某时某地所制定的法律，只能使用于该时该地的社会生活；而某时某地的社会生活，又须遵守当时当地的法律。[59]换言之，三民主义的法治与欧美的法治存在着根本的差异，前者以家族主义为本位，后者以个人主义为本位。[60]就司法而言，司法独立无非是在西方自然法语境中逐渐得以确立的用来体现司法权威的原则和手段，但这种“客观的法理” [61]并不必然就适宜于既深受传统观念束缚又激荡、变革的中国社会现实。民国初年疲软的“宪政”就已经证明了这一点。从西方法治实践的层面来看，司法独立亦不过是政治的装置，政治对司法的有形和无形的影响都是实质的，甚至是决定性的——司法过程、法院判决与司法人员的遴选无不受制于政治意识形态及政治现实的需要，法官实际上也只是一种非人格化的抽象符号，其所代表的公正无私、严格独立的特征更多只是形式上的，或只停留在理想的图景中。与这种“虚幻”的理论相比，中国需要的是三民主义的法治精神，但革命时期如何才能养成这种法治精神？仍旧要回到党治的根本问题上来，即通过党治训练精英的法治素养并培养民众的法治意识。

其次，法治应是三民主义的法律统治。在当时条件下，既然舶来的理论不能解决中国的实际问题，西方的司法模式也不能套用，那么就只有将党义与政治的强力倾注于薄弱的司法，其目的是保护而不是破坏；是使司法更具权威，而不是要促成国民党一党独裁专制——“用法律以保障人民自由和平的生存，藉公力以施行一种社会生活的规范，此即‘三民主义’法律统治下的无上权威”[62]。进而言之，党化的目的是要体现法律至上（supremacy of law）；是要使一切制度都适应时代及地方的需要；更是要以博大精深的眼光为各种设施。[63]不过关于如何保护司法权，美国的汉密尔顿（Alexander Hamilton，1757-1804）早在 1788 年就强调，司法只能自保，不可假于它手。他认为，与立法、行政相比，司法权是三权中最弱的一个，司法部门绝对无从成功地反对其他两个部门，所以为了免受外力的干扰，司法必须自保。若司法一旦与其他二者联合，则即便有分权之

59 居正：“法律与人生”，载陈三井、居蜜合编：《居正先生全集(上)》，台北中央研究院近代史研究所史料丛刊 1998 年第 40 辑，页 283。
60 孙彼得：“我国之法治精神（续）”，《震旦法律经济杂志》1944 年第 3 期，页 48。
61 居正：“党化司法之具体方案及实施标准法则：居院长在司法院法官训练所讲述”，《法治周刊》1937 年总第 44 期，页 1-12。
62 居正：“三十四年展望——法律的权威”，载陈三井、居蜜合编：《居正先生全集(上)》，收入台北中央研究院近代史研究所史料丛刊 1998 年第 40 辑，页 331。
63 杨兆龙：“党化司法之意义与价值”，《经世》1937 年第 5 期，页 11-12。

名，也会招致其他两方的侵犯。[64]颇得西方法治精神“三味”的学者及司法官当不会无视汉密尔顿的告诫，却苦于司法无力自保而惟求党权扶持。居正等人的讨论自然只能停留在特定时代的设想之中，时人以其眼力所及，亦表明他们所处时代的法理与客观需求之间存在着巨大的张力。

其三，“西方姿态”与“中国立场”殊难调适。辛亥革命以后，近代中国法治的抉择始终在“姿态性”与“立场性”之间展开纠缠与较量。[65]“西方姿态”与“中国立场”始终是法律国际化与本土化的重大命题，在法律的移植与本土化改造交互进行的同时，法学二元结构的对立同样是值得深思与批判的重要问题。[66]民国时期真正熟悉三民主义的学者大多对西方自然法进行过不同程度的批判。在他们看来，三民主义的民生史观与欧洲 18 世纪那些秉持“客观法理”的法治主义是格格不入的，因为法律是为人设置的，而不是人为法律设置的。也就是说，“我们需要运用中国和现代的精神，去创造法律，中国所需要的法律，是含有革命性的法律，是由三民主义出发的法律”[67]。所以，司法独立能不能扎根于国民党治下的中国社会并作为实现法治的一种手段，仍旧要考虑中国的时空背景与政治生态。司法党化最初的设计依据孙中山三民主义与以党治国的思想，与司法应当具备的属性并不矛盾，也在于要维护司法权威与三民主义的基本原则，进而奠定中华民国的符合党义的法治基础。这样一来，它既有宪法层面上的法理依据，也符合党治发展的脉络。在后来的实践中，缺失的司法权威或多或少地受到政治集权的保护，司法人员的职业化训练也一定程度上有利于提高司法运作的效率，在将民族国家视为时代中心的法理上也有其贡献。正是在这个意义上，“全能主义党权政治在中国的兴起，成为历史情势所趋，司法自是不能游离于政治之外，而应纳入政治之中，司法势必政治化。”[68]

民国元年时，司法总长许世英（1873-1964）同样注意到了司法所依存的外部条件对其独立性的限制，“司法独立，为立宪国之要素，亦即法治国之精神。然必具完全无缺之机关，而后可立司法之基。必审缓急后先之程序，而后可策司法之进行。尤必有一定不易之方针，而后可谋司法行政之统一。”[69]换言之，司法独立受制于相应的政治、经济、文化条件，诸如人民主权学说和人权自由观念的普及，明晰界定公共权力的民主制度的建立，等等，并不是一种超客观的存在。尽管北洋政府时期也崇尚前卫的宪政理念，也曾明确要求司法审判程序化、司法官员职业化、司法运作非党化，但是，宪政与军政本就水火不相容，在动荡的时局与破败的体制下，以前述“三化”为取向的司法改革，固

---

64 （美）汉密尔顿、杰伊、麦迪逊：《联邦党人文集》，程逢如等译，商务印书馆 1995 年版，页 391-392。

65 赵明：“中国走向法治百年”，《法学研究》2011 年第 5 期，页 191。

66 “法实际是什么”与“法应当是什么”之间的关系及其批判，实际上也是西方法学三大流派之间争论的要点，自然法（法的道德基础）、社会法学（法的内容）、分析法学（法的形式）都内涵于法的应然与实然之间。马克思（1818-1883）在此基础上强调，法的二元结构的命题是成立的、科学的，两者不应当截然对立。关于法的应然与实然的批判，可参见（德）海因里希·A·罗门：《自然法的观念史和哲学》，姚中秋译，三联书店 2007 年版，页 145-156；又见李步云：“法的应然与实然”，《法学研究》1997 年第 5 期，页 67-76。

67 潘公展：“党治法治与人治”，《认识》1931 年第 5 期，页 10。

68 李在全：“法治与党治：国民党政权的司法党化(1923-1948)》，社会科学文献出版社 2012 年版，页 193。

69 许世英：“司法计划书”，《新法学》1912 年第 2 期。

难有所作为。仅就 1912-1928 年间司法中枢人事频繁变动（17 年间 44 人次担任过司法总长，1922 年司法总长更是六易其人）便足见所求之“司法独立”不过天方夜谭。既然连国家都无法自处，那么西式“三权分立”自然也就无法纾解当时中国民权不发达的困境。“向来主张以党治国”的孙中山，正是意识到了“在民权发达的国家，多数的政府都是弄到无能的，民权不发达的国家，政府多是有能的”[70]，才明确要求建立一个党治下的万能政府。三民主义的法律思想否弃了天赋人权、权利本位的观念，转而强调法律观念必须适应社会变迁、尊重社会发展、回归整体利益。正是从这个意义上来说，司法党化是必要的。为了在暴风骤雨般的社会变革中树立真正的司法权威，三民主义坚定的追随者徐谦提出了“党化革命化”的司法理念。他认为“静态的”司法将反对革命，与革命背道而驰，司法只有在党的领导下，才可能在变动的社会革命中以强有力的手腕维系民众的根本利益。但徐谦主导的司法改革使得政治化司法的任意性、专断性也暴露无遗，司法并没有真正为民众谋求福祉，它的施行反而背离了首倡者孙中山的初衷。国民革命胜利之后，国民政府依总理遗训进入“训政”阶段，也以此开启了蒋介石的党治时期。国民党“师爷”戴季陶（1891-1949）将孙中山的三民主义与中国传统社会的德治结合起来，形成“戴季陶主义”，蒋介石进一步发挥“戴季陶主义”，鼓吹道德与法治，其法律思想具有鲜明的党国儒学的德治色彩。蒋介石的这种法律观深刻地影响了主政司法的王宠惠和居正等人，这也是训政时期司法党化的重要思想渊源。正是看到了徐谦对孙中山“本党主义治国”较为肤浅地运用于司法领域，认识到司法要真正的“独立”，使司法受到党的保护，就必须打破那种“军阀专横、对于司法事务或漫不加意，视为具文；或恶其害己，时加蹂躏”[71]的局面，当局才坚定要求司法必须党义化，要求训练一批熟悉党纲、信仰党义的司法人员。然而，实际效果却差强人意。如 1928 年南京国民党党员登记职业成分中，司法领域只有 63 位党员，仅占南京国民党党员总数的 1.84%，而 1930 年司法机关（司法院、司法行政部、最高法院）党员也只占全体职员的 16.9%。[72]至于司法官员的委任，更需“要人八行书之介绍”，不少司法官员连起码的文书写作都不会，所以也难怪司法之黑暗与腐败。训政中后期的司法则侧重于党务、特务化，司法被特务机关控制，法官训练所训练司法人员已经背离了党治的基本主张，而朝着特务支配的方向发展。特务人员从事司法，“侦查间谍、搜捕奸细，以及防治一切危害国家之行为”[73]成了司法的主要职能，其必然的结果是司法的本义丧失，司法维护公正的底线无存。

五、结论

70 孙中山：“民权主义第五讲·四月二十日”，载中国社会科学院近代史研究所编：《孙中山全集》，中华书局 1986 年版，页 321。

71王宠惠：“今后司法改良之方针(一)”，《法律评论》1929 年第 21 期，页 38-40。

72李在全：“法治与党治：国民党政权的司法党化(1923-1948)”，社会科学文献出版社 2012 年版，页 119。

73 居正：“一年来司法之设施”，载陈三井、居蜜合编：《居正先生全集(上)》，收入台北中央研究院近代史研究所史料丛刊 1998 年第 40 辑，页 300。

国民政府 20 余年的司法改革历程，反映的是相对成熟的西方法治理念与尚在探索中的近代中国本土党治理念的深层次矛盾，更兼及法律制度发展与法律思想革新的重大学术命题。从司法改革的进程可知，国民党想要建立的并不是如西方那种崇尚个人主义权利哲学的自由法治国家，且以当时所面临的国家失范的局面，也并不具备走向法治的基本条件。相反，在孙中山，特别是蒋介石看来，中国与欧洲的情况不同，欧洲从前是因为太没有自由，而中国很早就有了很大的自由，革命的任务不是要去争自由，而是要建立“像石头一样的国防的组织体与民族的防御体”[74]。执政的国民党既要应对各种内忧外患，又要重建国家制度，其难度可想而知。世界法治潮流固不可逆转，但全能政党、全面党治也是革命的既定方针——至少是必要的过渡。如此一来，在坚持训政的前提下探索法治的未来出路，党治与法治之间的内在纠结与冲突直接作用于司法，决定了司法改革的目标不可能如期实现。

值得注意的是，国民党基于党治理念的司法改革，也不失为对中国法治道路有一定积极意义的探索。它在引入西方法理与改造中国司法的过程中，一方面打破了传统的司法与官僚制度不分的旧体制，另一方面又尝试法治的中国道路。正因为如此，在“政治则萎靡窳败，教育则摧残停顿，军政则纪律荡然”的民国，在“言及国是，几无一不令人悲观”的民国，“其差强人意、稍足系中外之望者，其惟我司法界”[75]，“故司法人事，数十年来，较一般行政，为上轨道”[76]。这说明以三民主义党权学说指导司法改革并非一无是处，同时也证明西方法理虽不无道理，却不能直接“拿来”引领中国法治之路。

对国民党党治理念和实践展开批判固然要顾及中国语境，但也要对其挑战法治公理所造成的消极后果做必要的反思。司法政治化固然旨在强化、巩固执政权力，为司法党化辩护的学说也旨在探究党治伦理的正当性，但国民政府时期缺乏制衡与监督的“党化司法”，实际的结果却不可避免地强化了极权政治。孙中山的五权学说在后来的实践中难以抗拒政治“萎靡窳败”，司法改革从无法自处到走向异变，昭示着近现代意义上的法治观念，从未真正地进入国民党的统治思维，而仅仅停留在了那个时代的虚幻图景之中。

74 蒋介石：《中国之命运》，北平三民主义青年团平津支团 194 年版，页 135。
75 直夫：“司法前途之曙光”，《法律评论》1927 年总第 32 期，页 1。
76 汪楫宝：《民国司法志》（弁言），商务印书馆 2013 年版，页 18。

规范性文件合法性的判断标准

袁勇[1]

【摘 要】规范性文件合法性是规范性文件契合/不契合法律的二元属性。前两者相契合的独特性可作为规范性文件合法性的判断标准。但规范性文件和法律是不可操作的抽象概念，并不能直接判断前者是否契合后者。经转化规范性文件、细化法律成分后发现，规范性文件合法性的判断对象，实际上是关于立规主体地位、立规表意活动、立规意向内容和立规程序活动的四类事实；与之相应的判断依据则是四类立规规范。立规事实契合立规规范之处是立规规范蕴含的规定性事态，两者相契合的独特性即立规事实是立规规定性事态的例示。据此可确定：如果立规事实是/不是立规规定性事态的例示，那么它们所构成的规范性文件合法/不合法。此即规范性文件合法性判断的立规规定性事态例示标准。

【关键词】规范性文件；合法性；判断标准；规范；言语行为

引言

现行《宪法》《立法法》《各级人大常委会监督法》《行政诉讼法》以及《法规规章备案条例》等，业已设立以备案审查和附带审查为主的规范性文件合法性审查机制。中共中央强调要“完善规范性文件合法性审查机制”。[2]从法律思维角度看，规范性文件合法性审查（简称规范审查）机制由内外两重构成：其外在机制是审查机关、审查程序等构成的制度安排；其内在机制是审查标准、审查方法等构成的审查者的思维机制。公法学者侧重于探讨，如何完善规范审查的外在机制。[3]但徒法不能以自行，即使建立了完善的规范审查制度，若没有健全的判断推理机制，审查者也难以开展工作。审查者只有根据判断标准才能断定被审文件的合法性，判断标准是审查思维机制的关键部件。

在现行法规定和公法学研究中，规范性文件的五种不合法情形——超越权限、违反上位法规定、违背法定程序、无依据减损权益、抵触上位法——被普遍当成了判断规范性文件合法性的“五情形标准”。[4]但有学者发现，“五情形标准”囿于直觉经验层面，存在分类混乱不清、涵义模糊不明、缺失理论基础、缺乏严格论证的严重不足，它们并不具备判断标准应有的独特性、严整性、充要性与实用性，并非健全的法律判断标准。[5]在党政国法要求下，完善规范审查机制的当务之急，是界定健全的合法性判断标准。[6]

---

[1] 袁勇，河南师范大学法学院，博士、副教授；意大利博洛尼亚大学访问学者

[2] 参见《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》（2013）。

[3] 参见林来梵：《合宪性审查的宪法政策论思考》，《法律科学》2018 年第 2 期，第 37-45 页；王春业：《从全国首案看行政规范性文件附带审查制度完善》，《行政法学研究》2018 年第 2 期，第 90-102 页。

[4] 参见《宪法》第 5 条第 3 款、《立法法》第 87、96、97、99 条，《各级人大常委会监督法》第 30 条、《法规规章备案条例》第 9 条、最高人民法院《关于适用<中华人民共和国行政诉讼法>的解释》第 148 条。

[5] 参见袁勇：《行政规范性文件的司法审查标准：梳理、评析及改进》，《法制与社会发展》2019 年第 5 期，第 150-166 页。

[6] 参见余军，张文：《行政规范性文件司法审查权的实效性考察》，《法学研究》2016 年第 2 期，第 60 页。

本文在规范性文件（有时简称文件）合法性的概念结构限定下，拟探究各类规范性文件合法性判断的通用标准。据“规范性文件合法性”的深层涵义，如果不存在文件和广义上的法律，或缺少两者之一，或存在两者但两者无关系，就都不可能构成文件合法性；甚至于，即使两者有关系，倘若不能断定其关系的属性，也不能形成“规范性文件合法性”的准确概念。可见，规范性文件合法性蕴含了规范性文件、法律以及两者的关系，是两种实体和一重属性构成的二元关系情形。既然是关系情形，或许通过观察，就能概括出它们的独特性作为判断标准。可是，概括现象法并不可靠。比如，通过观察水的表象，可以概括出水有透明无味的特性；但据此并不能充分断定，任一时空中透明无味的东西都是水。更何况，文件合法性情形并非水那样的物理性实体，而是依赖社群成员共同承认的制度化情形。[7]若不站在参与者立场上采取内在观点（或称为不极端外在观点），就不能完整认知规范性文件的合法性。[8]为了避免传统“五情形标准”的笼统和模糊等弊端，下文根据个体构成之整体的性质伴生于个体基础性质的观点，[9]拟先转化判断对象（即规范性文件），再细化判断依据（即广义法律），然后厘清两者的契合（fit with）处和它们相契合的独特性，最后再据之界定一种较精准的立规规定性事态例示标准。

遵照前述思路，下文采用逻辑分析、概念分析和案例分析等方法，分三部分展开论证。第一部分，先界定规范性文件的概念及其基本结构，再据之评析已有的文件转化方式，然后论证立规行为四要件论，并据之主张，规范性文件合法性判断其实是立规行为合法性判断。根据立规行为的四要件以及四类立规事实，可以确定较精细的规范性文件合法性判断对象。第二部分，首先把作为判断依据的法律细化成法律规范、立规规范，然后参照立规行为四要件论架构一种立规规范联锁体系。第三部分，首先探析立规事实同立规规范的契合处——立规规定性（或道义性）事态，然后揭示立规事实契合立规规范的独特性——立规事实是立规规定性事态的例示，最后据之界定文件合法性判断的规定性事态例示标准：如果立规事实是/不是立规规定性事态的例示，那么它们所构成的规范性文件合法/不合法。

一、判断对象转化出的判断标准

首先，根据规范性文件合法性的概念结构，就能确定一个判断规范性文件合法性的一般标准——如果某规范性文件契合/不契合法律，那么该规范性文件合法/不合法（简称标准 1）。因规范性文件在合法性判断中并不具有可操作性，而法律又是一个涵义混乱、歧义丛生、极难操作的范畴，[10]这就导致标准 1 并不具有可操作性。它或许能被称为判断标准，但绝不是精准实用的标准，仍需探寻可用的标准。由于规范性文件合法性

[7] 参见[美]约翰·R·塞尔：《社会实在的建构》，李步楼译，上海人民出版社 2008 年版，第 8-13、85 页。
[8] 参见[英]哈特：《法律的概念》，张文显等译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 86-89 页。
[9] 参见韩林合：《分析的形而上学》，商务印书馆 2013 年版，第 300-335 页。
[10] 参见张文显：《法哲学范畴研究》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 26-30 页。

是由被判对象、判断依据及其关联构成的二元关系，舍弃其中的一个或全部，就不是在进行规范性文件合法性判断；又由于判断对象与判断依据的性质左右着它们是否相契合，故二者的关系并不适于作为首先分析的对象。是故，下文从分析规范性文件合法性的判断对象与判断依据入手，继续探究规范性文件合法性的判断标准。

（一）规范性文件及其转化方式

规范性文件合法性的首要部件是规范性文件。广义上的规范性文件是各类国家机关针对不特定相对人，就抽象事件制定的，在将来能被反复适用的公文，包括法律、法规、规章以及其他规范性文件。该概念的要点虽然被官方文件所采用，[11]但它已经越来越不能反映规范性文件的全部。根据它，并不能鉴别某些公文——涉及相对人权益的内部公文、表面上普遍适用但仅针对特定相对人的公文、弱规范性但对外影响大的政策指导性公文等——是否应该受审。[12]实际上，只要某公文规定了涉及外部不特定相对人权益的一般规范，该公文就属于规范审查对象；[13]或者说，只要某公文中有一条及其以上的条文具有规范性、一般性及外部性的意义，该公文就是应当被审的规范性文件。

在实践中，判断者并不能囫囵地判断文件的合法性。只有把规范性文件转化成可操作的事项、要件或判断对象，判断者才能获取相应的法律依据做出判断。参照法律由概念、规则与原则等构成的通说，其他规范性文件也由概念、规则、原则等构成；概念只有结合规范才能发挥行为指引作用，故广义规范性文件的主体构成内容是一般规范。据常识初步看来，同一被审文件内的若干条一般规范，虽然内容各异，但都是由同一立规主体运用同一立规权力，实施同一立规行为，经历同一立规程序制发的规范；它们所处的文件都是有可能被改变或撤销的，初显（prima facie）有效的文件。设定用“D”表示规范性文件，用“V”表示文件的立规行为效力部件，用“Os”表示语义观规范（O 表示道义模态，s 表示事态）[14]，规范性文件可被表示成：D＝V（Os1+Os2+Os3+……+Osn）（简称表达式 I）；其意是指，规范性文件是同一初显有效的立规行为发布的，若干语义观规范形成的整体。由于文件内的语义观规范均由同一初显有效的制定行为发布，它们均能同等地获得该立规行为的初显效力，所以规范性文件还可表示成：D＝（V（Os1）+V（Os2）+V（Os3）+……+V（Osn））（简称表达式 II）。[15]审查者转化规范性文件的做法由来已久，迄今已有三种方式。前两个表达式可用作评价规范性文件转化方式的工

---

[11] 参见最高人民法院《关于适用〈行政诉讼法〉的解释》（法释〔2018〕1 号）第 2 条第 2 款，国务院办公厅《关于加强行政规范性文件制定和监督管理工作的通知》（国办发〔2018〕37 号）第 1 段。

[12] 参见刘松山：《备案审查、合宪性审查和宪法监督需要研究解决的若干重要问题》，《中国法律评论》2018 年第 4 期，第 23 页。

[13] 最高人民法院法释〔2018〕1 号解释第 2 条规定，法院仅审查对外涉及不特定相对人的规范性文件的合法性；国务院办公厅国办发〔2018〕37 号公文也列明，只监督审核对外涉及不特定相对人的规范性文件的合法性。我国《各级人大常委会监督法》第五章虽然未明确是否审查内部规范性文件，但可以确定外部规范性文件在其监督审查范围之内。

[14] 语义观规范是个人采取外在观点认知到的应然性语句的意义。See Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Julian Rivers (trans.), Oxford: Oxford University press, 2002, pp.21-25; 参见雷磊：《走出“约根森困境”——法律规范的逻辑推断难题及其可能出路》，《法制与社会发展》2016 年第 2 期，第 125-130 页。

[15] 参见袁勇：《规范性文件合法性审查的准确对象探析》，《政治与法律》2019 年第 7 期，第 114 页。

具。

其一，规范性文件的合法性四要件。我国在 20 年前颁布的《立法法》第 87 条，早就把文件合法性的判断要件分成超越权限、违反高阶法规定、规定不一致以及违背法定程序。北京知识产权法院在华源公司案件中也明确指出，规范性文件的合法性要件是制定主体、制定权限、制定程序以及文件内容。[16]法律人如今多认为，文件合法性要件有四个：制定主体、制定权限、制定程序与文件内容。[17]此观点可谓主流四要件说。根据表达式 I 可知，该说所指的文件内容，就是构成文件的 Os1 等语义观规范；其制定资格与制定程序是立规行为效力部件 V 的要件；至于其中的制定权限，则难以认定它是限制语义观规范 Os，还是限定立规行为效力部件 V。例如，在最高人民法院第 5 号指导案例（简称“鲁潍案”）中，[18]法院判定江苏省政府《江苏省〈盐业管理条例〉实施办法》（2008 年修正，简称《江苏盐业办法》）设定的工业盐准运许可不合法。试问，江苏省政府是无资格设定工业盐准运许可，还是无权或超权？再问，立规资格同立规权限有何不同？立规主体无权或越权，同文件内容违法又有何不同？根据主流四要件说难以应答前列质疑。

有学者认为，主流四要件说存在涵义和分类含混不清的严重缺陷，[19]混淆了行权“主体资格”与“权限”，更没看出“权限”其实是调整性规范对行权内容域的限制。[20]或受其不良影响，有些法官把“超越职权”当成“无职权”或“无管辖权”，有些则把“超越职权”视为“无主体资格”。[21]总之，主流四要件中的“制定权限”，是个涵义不明、指称不清、似是而非的概念，应该从立规行为要件中剔除之。

其二，文件合法性的部分与整体二分法。文件的部分合法性是指构成文件的一般规范的合法性。法律人大多主张，法院附带审查规范性文件合法性时，只应当审查文件中有争议的那部分规定或者被适用的具体条款，不应当审查规范性文件整体的合法性。[22]在“鲁维案”中，法院就只判断了《江苏盐业办法》第 23、32、42 条的合法性。但按《各级人大常委会监督法》《法规规章备案条例》等法的规定，备案机关应当既判断文件内

---

[16] 参见北京知识产权法院（2015）京知行初字第 177 号行政判决书；朱芒：《规范性文件的合法性要件——首例附带性司法审查判决书评析》，《法学》2016 年第 11 期，第 151-160 页。

[17] 参见王红卫，廖希飞：《行政诉讼中规范性文件附带审查制度研究》，《行政法学研究》2015 年第 6 期，第 33-35 页；程琥：《新〈行政诉讼法〉中规范性文件附带审查制度研究》，《法律适用》2015 年第 7 期，第 93 页；朱芒：《规范性文件的合法性要件——首例附带性司法审查判决书评析》，《法学》2016 年第 11 期，第 151-160 页。

[18] 参见最高人民法院指导案例 5 号：鲁潍（福建）盐业进出口有限公司苏州分公司诉江苏省苏州市盐务管理局盐业行政处罚案，最高人民法院 2012 年 4 月 9 日公布；载最高人民法院网站：http://www.court.gov.cn/shenpan-xiangqing-4218.html，2020 年 9 月 15 日访问。

[19] 参见袁勇：《行政规范性文件的司法审查标准：梳理、评析及改进》，《法制与社会发展》2019 年第 5 期，第 150-166 页。

[20] 参见袁勇：《规范性文件合法性审查的准确对象探析》，《政治与法律》2019 年第 7 期，第 120 页。

[21] 参见王贵松：《行政行为无效的认定》，《法学研究》2018 年第 6 期，第 170 页。

[22] 参见行政诉讼附带审查规范性文件典型案例八：成都金牌天使医疗科技有限责任公司诉四川省成都市科学技术局科技项目资助行政许可案，http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-125871.html，访问日期：2020 年 2 月 8 日。另参见朱芒：《规范性文件的合法性要件——首例附带性司法审查判决书评析》，《法学》2016 年第 11 期，第 151-160 页；梁凤云：《〈行诉解释〉重点条文理解与适用》，《法律适用》2018 年第 11 期，第 9 页。

所有规范的合法性，也判断规范性文件的整体合法性。

根据表达式 I，决定文件整体合法性的是立规行为效力部件 V 的合法性；所谓文件的部分合法性，表面上指的是 Os1 等语义观规范的合法性。但有一种同语义观规范相提并论的语用观规范，[23]即立规主体使用语句发布的有效力的规范，[24]可用 V（Os）表示。基于语用观规范概念来看，一方面，附带审查中的所谓文件部分合法性判断，通常是对语用观规范 V（Os）的合法性判断。因为语用观规范的合法性要件含有立规行为效力部件 V，对其合法性的判断也就包括了对文件整体合法性部件的判断；另一方面，备案审查中的部分合法性判断，在逻辑上可以仅指 Os1 等语义观规范的合法性判断，并不必然包含对文件整体合法性部件 V 的判断。前两方面显示出，规范性文件的部分与整体二分法易引起歧义。

其三，语用观规范的合法性要件。有文章根据规范理论和言语行为论等推论出：规范性文件是立规命题行为和以言立规行为的结果，文件合法性审查的准确对象是立规行为的命题内容和语力构成的语用学规范的合法性；语用观规范的合法性可分成两类：一是其语义观规范的合法性；二是立规行为要件的合法性，包含立规主体地位、立规意图表示、立规意向内容及立规程序活动的合法性。[25]根据表达式 II，判断者若要判断语用观规范 V（Os），就必须既判断语义观规范 Os，又判断立规行为效力部件 V 的合法性。但在审查两条以上的语用观规范时，由于同一文件内的语用观规范具有相同的立规行为效力部件 V，判断者只需按表达式 I，先行判断 V 的合法性，而后再判断各语义观规范的合法性即可。相对而言，语用观规范合法性要件论，比较适于附带审查，不大适于备案审查。

（二）立规行为及其构成要件

尽管前三种方式未能提供健全的规范性文件合法性判断要件，但都揭示了文件合法性的某些重要方面。据前所述，规范性文件并非白纸黑字组成的语言文本，而是特定主体制成的初显有效公文。无论根据表达式 I 还是 II 都能看出，无论采用那一种转化方式，判断者都必须既判断语义观规范（Os）又判断立规行为效力部件（V）的合法性。只不过，前三种转化方式都没有充分证立规范性文件的合法性要件论。本部分拟在两个方面强化论证之。

一方面论证规范性文件与立规行为的关系。所有规范性文件都是某种立规行为的结

---

[23] 例如，单独就“禁止在室内吸烟”这个句子来看，它表达出的应然性意义就是一条无涉效力的语义观规范。假如，老甲对其末成年儿子小乙说：“禁止在室内吸烟！这是家规”。小乙问：“您凭啥能立家规？”老甲回：“惯习上，我作为家长有教管未成年子女的服务性权威；法律上，我作为家长享有民法典授予的监护权。”小乙信服之。在此情景中，由于“禁止在室内吸烟”被老甲用来发布针对小乙的规范，从而被老甲的以言行事行为施加了效力，它的意义就被变成了老甲和小乙之间的一条语用观规范。比较可见，语义观规范是脱离特定语用情景的，无涉效力的，单纯认知信息上的语义；而语用观规范则是在特定语用情景中，依赖于先在制度条件的，关涉效力的，在实践中能产生指引和评价功能的制度性实体。

[24] 参见雷磊：《走出“约根森困境”——法律规范的逻辑推断难题及其可能出路》，《法制与社会发展》2016 年第 2 期，第 125-130 页；参见袁勇：《规范性文件合法性审查的准确对象探析》，《政治与法律》2019 年第 7 期，第 113-114 页。

[25] 参见袁勇：《规范性文件合法性审查的准确对象探析》，《政治与法律》2019 年第 7 期，第 105-121 页。

果，没有立规行为就不可能产生规范性文件。用美国哲学家塞尔的话说："就社会对象来说……过程先于结果。社会对象总是由社会行为所构成。"[26]规范性文件无疑是特定社会行为制成的社会对象。但难题在于，这种社会行为是什么样的行为？这种行为同规范性文件是何关系？有人主张，规范性文件制定行为是一种言语行为，是特定主体在满足既定制度条件的情况下，宣告某文本是规范性文件，并要求不特定相对人遵从文件内含规范的言语行为；由于规范性文件是立规行为蕴含的静态结果，所以立规行为的合法性单向决定规范性文件的合法性，因此对规范性文件的合法性审查，可转化成对立规行为的合法性审查。[27]

首先，根据言语行为的概念，言语行为是说者经由说某事而做意图之事的行为，即说者经由说 X 而对听者做成意图的 Y。例如，北京市人大常委会通过在《北京市控制吸烟条例》（2014）第 9 条表述"公共场所、工作场所的室内区域以及公共交通工具内禁止吸烟"（X），从而发布了一条控烟规范（Y）；该规范和其他规范构成了《北京市控制吸烟条例》。

其次，根据言语行为的构成层面。完整言语行为由三层构成：一是发语行为，即发出某些词或句；二是命题行为，即描述或预测某些事态；三是以言行事行为，即表示陈述或命令等行为主旨并产生语力的行为。[28]立规行为也由前三类行为构成：其发语行为即发布文本，其命题行为即通过文本中的语句表达出命题内容，其以言行事行为是经由发布文本而意在宣告文本为规范性文件。规范性文件是由立规命题行为与以言立规行为构成的结果。

最后，根据言语行为的组成部分。言语行为在逻辑上由语力与命题内容构成。[29]据此可推断，立规行为的命题内容最后成了文件中的语句所表示的命题内容，其主体部分是语义观规范；立规行为语力最终成了文件效力。语义观规范与文件效力构成了完整的规范性文件，可记作 D＝V（Os1+Os2+Os3+……+Osn），即表达式 I。

综上，规范性文件的构成部件无一不是立规行为的内在固有结果。据此，对立规行为的合法性判断蕴含对规范性文件的合法性判断。是故，标准 1 可转化成：如果立规行为契合/不契合法律，那么它制作的规范性文件合法/不合法（简称标准 2）。

另一方面论证立规行为的构成要件。规范性文件作为立规行为结果，其基本构成部件是立规行为效力部件（V）与立规命题内容（如语义观规范 Os）。有文章梳理出了做成立规行为的五类必要条件：先在制度规则、信息交流能力、行为内部构件、完整程序以及行为生效条件，并从中析出了立规行为合法性审查的四类"准确"对象：立规主体地

---

[26] [美]约翰·R·塞尔：《社会实在的建构》，李步楼译，上海人民出版社 2008 年版，第 33 页。
[27] 参见袁勇：《规范性文件合法性审查的准确对象探析》，《政治与法律》2019 年第 7 期，第 105-121 页。
[28] See John R. Searle, *Speech Acts: An essay in the Philosophy of Language*, New York: Cambridge University press, 1969, p.31.
[29] See John R. Searle, *Speech Acts: An essay in the Philosophy of Language*, New York: Cambridge University press, 1969, p.31.

位、立规意图表示、立规意向内容与立规程序活动。[30]还有人主张，行政规范性文件的司法审查标准是关于立规地位、立规意向、立规程序与立规实体的标准。[31]其中含有文件合法性四要件。

前述观点值得肯定。不过，立规行为实际上还是一种意向行为。所谓意向行为是指行为者按照自己认定或构想的理由顺序，在世界中造成事实或事态的连续行动。[32]比如，立规主体成员在规划、起草、审议、表决及公布过程中，需要采取聚会、交谈、投票等各种活动，其中以一贯之的意图是制成规范性文件。规范性文件是立规主体运用权力发布文本而表示出的，要求不特定相对人在既定条件下实施特定行为的意向内容。[33]如果立规主体没有把相对人实施某些行为当成自己的意向，那就不能说它们是在实施制定规范性文件的行为。[34]是故，应当根据言语行为与意向行为的构成要件，进一步解析立规行为的构成要件。

其一是立规主体地位。凡是行为都少不了行为主体。塞尔主张，在既定社会制度中，只有相对于其他人处于权力或权威地位的个人或组织才能作成宣告行为。[35]拉兹发现，只有处于权威地位的主体，才能发布有效规范。[36]实践中，只有适格主体才能向相对人发布号令，并要求相对人把其号令当作有拘束力的、独立于内容的行为理由。[37]例如，在“鲁潍案”中，江苏省政府就有制定《江苏盐业办法》的资格。没有法律赋权或授权的主体（如某商事公司），根本不可能制成规范性文件。

其二是立规表意活动。只有通过表达意向的活动（即立规表意活动），立规主体的意向才能为人所知；无外在表意活动，行动者的意向将无法为他人认知。尽管如此，表意活动并非意向本身，后来能变成规范的仅是意向，而非表意活动。[38]根据言语行为和意向行为的做成要件，立规主体在立规行为中必须有制定规范性文件，并且想要不特定相对人实行特定行为的意向。立规主体的表意活动，必须是真诚地想制成文件的意向活动，必须是真实的而非虚假的活动，必须是表达明确内容而非模糊内容的活动，[39]否则就将导致立规结果具有不同程度的瑕疵。

---

[30] 参见袁勇：《规范性文件合法性审查的准确对象探析》，《政治与法律》2019 年第 7 期，第 115-120 页。

[31] 参见袁勇：《行政规范性文件的司法审查标准：梳理、评析及改进》，《法制与社会发展》2019 年第 5 期，第 158-164 页。

[32] 参见[英] G.E.M.安斯康姆：《意向》（第 2 版），张留华译，中国人民大学出版社 2008 年版，第 26、48-50 页。

[33] See Veronica Rodriguez-Blanco, *Claims of Legal Authorities and 'Expressions of Intention': The Limits of Philosophy of Language*, in Law and Language, Michael Freeman FBA & Fiona Smith (eds.), Oxford: Oxford University Press, 2013, pp.80-81.

[34] Veronica Rodriguez-Blanco, *Law and Authority under the Guise of the Good*, Oxford: Hart Publishing Ltd, 2014, p.69.

[35] See John R. Searle, *Speech Acts: An essay in the Philosophy of Language*, New York: Cambridge University Press, 1969, pp.64-65.

[36] See Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, Oxford: Oxford University, 1999, p.100.

[37] See Leslie Green, *The Authority of the State*, Oxford: Oxford University Press, 1998, p.60.

[38] 表意活动也被称为表意行为；关于意向（或意志）与表意行为的联系与差异，参见［德］维尔纳·弗卢梅：《法律行为论》， 迟颖译，法律出版社 2013 年版，第 57-59 页；马驰：《普遍法律行为概念的法理学重构——以“权能”概念为基础》，《法制与社会发展》2019 年第 4 期，第 45-46 页。

[39] See John R. Searle, *Speech Acts: An essay in the Philosophy of Language*, New York: Cambridge University Press, 1969, pp.57-71.

其三是立规意向内容。根据言语行为的意向性对象和意向行为的意向内容，立规主体必需针对不特定相对人，限定其行为条件，规定其道义模态，并且列明相对人行为针对的人事物，限定相对人行为应当造成的结果等。立规主体在意向中限定这些内容，属于在世界中实存或可能获得实存的实体。[40]如果立规主体没有有意地明确指向实体内容，它们就做不成有实践意义的立规行为。

其四是立规程序活动。按照奥斯丁界定的言语行为程序要件，立规主体必须真诚地、正确地和完整地依据程序规则实施行为，并且对未来的程序行为结果，持有承认、奉从的态度，否则将导致言语行为存在程序上的瑕疵。[41]除了遵从言语行为程序规则，民主法治国家内立规主体还必须依据法定程序实施立规行为，否则将构成程序违法。

总之，立规行为属于言语行为和意向行为的范畴，它们必须具备四种要件：立规主体地位、立规表意活动、立规意向内容与立规程序活动。故标准 2 可转化成：如果四类立规行为要件契合/不契合法律，那么它们所构成的规范性文件合法/不合法（简称标准 3）。

（三）立规行为要件与立规事实类型

综上，立规行为由四类要件构成，文件合法性要件就是其立规行为要件；为了判断规范性文件的合法性，就必需把立规行为四要件列成文件合法性的判断对象。换言之，规范性文件合法性判断要件就是立规行为四要件。可是，这些要件只是抽象的一般要件，实际上被审的不是它们，而是立规行为所造成的特定事实。根据前四类立规行为要件，各种各样的立规事实都能被归成相应的四类，即关于立规主体地位、立规表意活动、立规意向内容以及立规程序活动的事实。理论上，立规行为只要合法地造成了前四类特定事实就能制成一部具体规范性文件。据前所论，前四类事实的合法性必然传递给它们所构成的规范性文件。是故，标准 3 可转化成：如果四类立规事实契合/不契合法律，那么它们所构成的规范性文件合法/不合法（简称标准 4）。

二、判断依据细化成的判断标准

前文把规范性文件合法性的判断对象转化成了四类立规事实，并据之厘定了四种越来越准确的判断标准。不过，前述标准中的判断依据——法律——仍是一个缺乏可操作性的概念，以至于前述判断标准的实用性仍然相当有限。本部分将细化规范性文件合法性的判断依据，继续探究更精准实用的判断标准。

（一）从法律到法律规范

规范性文件合法性的概念结构限定了，若要判断规范性文件的合法性就必需依据相应的法律。但法律是一个涵义混乱、歧义丛生的范畴；不同学派的学者，有的分别主张，法是规则、是命令、是判决；有的分别主张，法是神意、是理性、是意志、是规律；有

[40] 参见[丹麦]阿尔夫·罗斯：《指令与规范》，雷磊译，中国法制出版社 2013 年版，第 162 页。
[41] See J. L. Austin, *How to do things with words,* Oxford: Oxford University Press, 1962, pp.12-24.

的分别主张，法是实现正义的工具、社会控制的手段，是服从规则治理的事业。[42]即使是法律实证主义者，其观点也不一致，他们主张，法律是政治主权者的命令，是基础规范上的规范体系，是按照承认规则认定的规则体系，法律的独特性是主张自己是合法性权威，社会惯习不但决定何者被当成法律权威还决定法律权威的运作方式。[43]总之，“法律”是一个涵义繁杂、极难厘清的抽象概念。判断者仅依据法律的概念并不能精准地判断规范性文件的合法性。

为了使合法性判断标准具有可操作性，就需要将法律细化成具有可操作性的构成单位。与此相关的法理学论题有两个：一个是法律个别化论题，它主要研究一个完整法律的划定准则是什么？另一个是法律构成论题，它主要探讨法律的基本构成单位是什么？法律构成论是法律个别化论题的一部分。[44]分析法理学者认为，法律个别化的基本单位是单个的完整法律，一个完整的法律就是一条规范。[45]从法律体系的构成角度看，“法律体系是一个规范体系”，[46] “法律体系也就是法律规范的体系”[47]。前述观点或受到自然科学“分析还原法”的影响，已经将法律是什么的研究，还原、转换到了对规范理论的研究。[48]

国内法理学通说也主张，法律由规则、原则与概念构成；规则与原则皆是规范的子类。其实，概念并不具有指引人行为的完整功能，只有规范才是最基本且最重要的法律单元；如果一个给定的法律要件不是规范，那它或许是规范的组成片段。[49]是故，既定国家或地区的法律整体（即法律体系）是由各种各样的规范构成的体系。在我国法学语境中，“法律”有时指法律体系,有时指某部法律文件（如《立法法》），有时也指一个完整法律（法律个别化论域中的一条完整规范）。鉴于法律规范的概念比法律体系的概念更具体，也更有可操作性，故标准 4 可细化成：如果四类立规事实契合/不契合相应的法律规范，那么它们所构成的规范性文件合法/不合法（简称标准 5）。

（二）从法律规范到立规规范

罗斯、凯尔森、塞尔、赖特等已经架构了较为细致的规范理论。[50]但他们并未明确解答，作为规范性文件判断依据的法律规范是什么规范。国内学者或囿于前文所述的“五

---

[42] 参见张文显：《法哲学范畴研究》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 26-30 页。

[43] 参见[英]约翰·奥斯丁：《法理学的范围》，刘星译，中国法制出版社 2002 年版，第 368-379 页；[奥]汉斯·凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 124-132 页；[英]哈特：《法律的概念》，张文显等译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 101-111 页；[英]约瑟夫·拉兹：《法律的权威：法律与道德论文集》，朱峰译，法律出版社 2005 年版，第 24-29 页；[美]安德瑞·马默：《法哲学》，孙海波，王进译，北京大学出版社 2014 年版，第 77-87 页。

[44] 参见[英]约瑟夫·拉兹：《法律体系的概念》，吴玉章译，中国法制出版社 2003 年版，第 86-93 页。

[45] 参见[英]约瑟夫·拉兹：《法律体系的概念》，吴玉章译，中国法制出版社 2003 年版，第 91 页。

[46] [奥]汉斯·凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 124 页。

[47] [英]约瑟夫·拉兹：《法律体系的概念》，吴玉章译，中国法制出版社 2003 年版，第 54 页。

[48] 参见雷磊：《规范理论与法律论证》，中国政法大学出版社 2012 年版，序言第 3 页。

[49] See Torben Spaak, *Norms that confer competence*, *Ration Juris*, Vol. 16 No.1 March 2003, p.90.

[50] 参见 [丹麦]阿尔夫·罗斯:《指令与规范》,雷磊译,中国法制出版社 2013 年版;Hans Kelsen, *General Theory of Norms*, Michael Hartney (trans.), Oxford: Clarendon Press, 1991; John R. Searle, *Speech acts: An Essay in the Philosophy of Language*, New York: Cambridge University Press, 1969; G. H. Von Wright, *Norm and Action: a Logic Enquiry*, London: Routledge & Kegan Paul Ltd, 1963.

情形标准”，还无人根据规范理论集中探讨该问题。若要厘清合法性判断的详细依据，就需要根据规范理论进一步分析，作为合法性判断依据的法律规范具有什么性质。笔者认为，作为规范性文件合法性判断依据的法律规范，其实就是所谓的立规（含立法）规范。

首先就存在先后看，立规行为作为一种言语行为，也是根据成组的构成性规则才能做成的制度化行为。[51]例如，只有存在教会、法律与国家之类的制度，而且说者和听者在这些制度中具有特殊地位，说者才会做出把听者逐出教会或者宣战之类的行为。[52]同理，必定先有设定立规行为要件的先在规则，特定主体才能做成立规行为、制成规范性文件。是故，作为判断依据的法律规范仅是设定立规行为要件的规范。

另从满足关系看，规范都要求相对人造成事实满足自己。立规行为既是一种言语行为也是一种意向行为，任何主体做出这种言语行为，都必然要表达出相应的意向状态。[53]语言哲学者认为，意向状态的满足条件是该意向因果性自返指定的（causally self-referential）满足条件；其涵义是指，它的意向状态的满足条件必须由它自己发挥因果性作用所生成；只有行为主体意向自身所引起的表述在它的意向内容中的特定行为，才能满足它的意向状态；其他原因引起的行为均不会实现它的意向、满足它的意向状态。[54]而意向状态被满足，仅指它指定的行为实际上被施行。[55]法律规范是构成性言语行为（立规行为）的产物，其中含有其立规主体的意向状态。根据前述意向因果性自返指称论，立规行为只有既在意向上又在结果上，全都契合立规规范所设定的条件，立规主体才能制成合法的文件。这意味着，若要判断文件合法性，就必须按照也只有按照立规规范设定的条件。

总之，规范性文件合法性判断必需依据立规规范设定的立规行为要件，如果没有这种设定立规行为要件的先在规范，就不可能制成规范性文件；只有施行契合它们的行为才能制成规范性文件。是故，把规范性文件合法性的判断依据称为“立规规范”，既符合常识和逻辑，也与其他理论观点兼容。例如，芬兰哲学家赖特把设定规范立规行为与废除行为的规范称为高阶（Higher Order）规范（其制定主体是高阶立规主体）；把高阶规范规定的规范称为低阶规范（依照高阶规范立规的主体是低阶立规主体）。[56]哈特则把创立或改变其他规则的次级规则称为改变规则。[57]在法学语境中，高阶规范与改变规则皆可被为立规规范。是故，标准 5 可细化成：如果四类立规事实契合/不契合相应的立

---

[51] See J. L. Austin, *How to do things with words*, Oxford: Oxford University Press, 1962, p.16, p.107, p.121, p.128. See John R. Searle, *Speech acts: An Essay in the Philosophy of Language*, New York: Cambridge University Press, 1969, pp.36-40.

[52] See John R. Searle, *Expression and Meaning: Studies in the Theory of Speech Acts*, England: Cambridge University Press, 1979, p.18.

[53] 参见约翰·R·塞尔：《意向性：论心灵哲学》，刘叶涛译，上海人民出版社 2007 年版，第 5-13 页。

[54] See John R. Searle, *Rationality in action*, Massachusetts: MIT Press, 2001, pp.40-45.

[55] 参见约翰·R·塞尔：《意向性：论心灵哲学》，刘叶涛译，上海人民出版社 2007 年版，第 81 页。

[56] See G. H. Von Wright, *Norm and Action: A Logic Enquiry*, London: Routledge & Kegan Paul Ltd, 1963, pp.189-207;

[57] See H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 3rd edition, Oxford: Oxford University Press, 2012, pp.80-81.

规规范，那么它们所构成的规范性文件合法/不合法（简称标准 6）。

（三）立规规范的细化类型

标准 6 把判断依据从法律规范限缩至立规规范。在判断思维层面，立规规范的概念仍然相当模糊，标准 6 的精准度与可操作性仍然不足，还需进一步细化之。法理学中的规范分类法众多。为了厘定严整的判断标准，按照逻辑学对分类的要求，即各类同属一族，且相互排斥并联合穷尽其所在族的成分，[58]本文选择以下规范分类法，然后基于概念间的种属关系，再按照规范分类法推出立规规范的分类法。

其一，根据规范与行为的逻辑关系，立规规范可分成构成性立规规范与调整性立规规范。构成性规范是指创设或构造新行为、新事实，没有此类规范就没有相应行为或事实的规范；此类规范的一般结构是“X 算作 Y”或者“X 在条件 C 下算作 Y”；调整性规范是指规定人们应当如何作为或不作为、应当实现何种目标的行为规范。[59]此类规范的一般结构是“如果 q，那么当为 p”（符号表示即 q→Op），也有的记作 T→OR。[60]据此分类，规范性文件是立规行为的结果，因此在逻辑上必定存在把何种物理性活动算作立规行为的构成性规范，而且存在调控这种立规行为作用域的调整性规范。是故，标准 6 可再细化成：如果四类立规事实契合/不契合相应的构成性与调整性立规规范，那么它们所构成的规范性文件合法/不合法（该分类未突破立规规范的概念，故简称标准 6.1）。

其二，根据规范模态的基本类型，立规规范可分成五类：必须（或应当）规范、禁止（或不得）规范、无须（非必须）规范、准许（非必须不）规范，以及任意规范。[61]前两种合称强制性规范、后三类合称非强制性规范。规范模态是参照真值模态的类型（必然、不可能、非必然、非必然不可能、既非必然且非不可能）划分的，被规范情形所处的势态。[62]规范模态是各类规范必不可少的核心部件，[63]按其五种类型可对立规规范进行严格分类。尽管前五类规范并不全是合法性判断依据，但在逻辑上无疑可作前述分类。据此，标准 6 可细化成：如果四类立规事实契合/不契合相应的必须的、禁止的、无须的、准许的和（或）任意的立规规范，那么它们所构成的规范性文件合法/不合法（简称标准 6.2）。

其三，根据社会实在的建构程式和立规行为的四要件分类。鉴于构成性立规规范与调整性立规规范的二分法仍然相对简陋，且立规规范中的必须规范、禁止规范、无须规范、准许规范和任意规范，并不一定全是合法性判断的依据，但合法性判断需要详尽且完整的法律规范依据。下面根据社会实在建构论和立规行为四要件观再行划分。

---

[58] 参见[日]末木刚博等：《逻辑学——知识的基础》，孙中原、王凤琴译，中国人民大学出版社 1984 年版，第 25 页。

[59] See Alf Ross, *Directives and Norms*, London: Routledge and Kegan Paul Ltd. 1968, p.54; See John R. Searle, *Speech acts: An Essay in the Philosophy of Language*, New York: Cambridge University Press, 1969, pp.33-41.

[60] See Pablo E. Navarro & Jorge L. Rodríguez, *Deontic logic and legal system*, New York: Cambridge University Press, 2014, pp.122-123; 另参见 [德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 150 页。

[61] See Paul McNamara, *Deontic Logic*, in Dov M. Gabbay & John Woods (ed.), *Handbook of the History of Logic* (Volume 7), Amsterdam: Elsevier, 2005, pp.197-207.

[62] See G. H. Von Wright, *Deontic Logic*, *Mind*, 1951, VoL. LX, No.237, pp.1-4.

[63] See G. H. Von Wright, *Norm and Action: A Logical Enquiry*, London: Routledge and Kegan Paul Ltd, 1963, pp.70-83.

在塞尔等社会实在建构论者看来，规范性文件如同人民币、美元等货币，它们都是制度性实在；这种实体只能在人类制度中依存于人们的共同承认，而构成这种人类制度的规则是具有 X 在条件 C 下算作 Y 之形式的构成性规则、活动或程序。[64]国内亦有学者主张，法律等规范性文件是特定主体在既定制度中制成的制度性事实。[65]按照制度性事实的构成程式，构成文件的物理性实体 X 是规范性文本（简称文本）；把文本变成文件的条件 C 是起草、审议、表决和公布等外在活动，以及立规主体真诚、真实和明确地表达意向的活动；如果文本具备了前列条件 C，文本就成了规范性文件 Y。按其性质，把文本 X 变成文件 Y 的条件 C，可分成两部分：其一是构成性条件，包括立规主体地位、立规表意活动与立规程序活动条件；其二是在构成性条件的基础上，限定立规主体意向内容域的条件。

参照前文论证的立规行为四要件，可以把立规规范划分成立规主体规范、立规表意规范、立规程序规范以及调整立规行为作用域的规范。调整性规范的逻辑结构是前提条件、道义模态和规范结果；它们限制立规行为作用域的方式，也只能是限定立规行为的行使条件、道义模态和（或）行为作用的范围、种类与幅度等对象域。因其调整的是立规行为作用的实体领域，故应称之为立规意向内容规范。总之，在既定法律体系内应当能确定四类设定立规行为的规范，即关于立规主体地位、立规表意活动、立规意向内容与立规程序活动的规范。

在立规行为四要件中，立规主体地位规范设定的是立规行为的主体要件，无立规地位的主体做不成立规行为；立规表意活动规范设定的是立规主体的表意活动要求，立规意向内容规范调整的是立规行为外在作用域，二者存在主客观相统一的关系；立规程序活动规范则是立规表意活动与立规意向内容都必须依照的规范类型，它们规定了立规表意活动和立规意向内容的生成程序。前四类立规规范是由内在关系联结起来的成套规范。它们属于拉兹所界定的“联锁（inter-locked）规范”。[66]是故，标准 6 可再细化成：如果四类立规事实契合/不契合四类相联锁立规规范，那么它们所构成的规范性文件合法/不合法（简称标准 6.3）。

三、判断对象与判断依据契合成的判断标准

前两部分经过转化判断对象、细化判断依据，得出了规范性文件合法性判断标准 6.3。该标准把文件合法性的判断对象转化成了四类立规事实，把判断依据细化成了四类立规规范。判断者运用标准 6.3，在事实与规范的往返观照中，既可以认定必要的判断对象（四类立规事实），也可以寻找必需的判断依据（四类立规规范）。标准 6.3 似乎已经够用了。但请注意，规范性文件合法性是由“两种实体、一重属性”构成的关系概念。标

[64] 参见[美]约翰·R·塞尔：《社会实在的建构》，李步楼译，上海人民出版社 2008 年版，第 8-13、25、85、96-97 页。
[65] 参见马驰：《社会规则理论与作为制度事实的法律》，《北方法学》2013 年第 5 期，第 43-56 页。
[66] See Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, New York: Oxford University, 1999, pp.112-113.

准 1 至标准 6.3 都蕴含了立规事实契合立规规范的关系，但它们并没有显示这重属性的独特性究竟是什么。如果不能厘定这重属性的独特性，就不能断定立规事实究竟在什么意义上契合立规规范。下文根据前两部分的结论，通过揭示立规事实契合立规规范的独特性，进一步探究规范性文件合法性的判断标准。

（一）立规事实同立规规范的契合处

“立规事实契合立规规范”预设了一个前提：立规事实同立规规范存在相契合之处。但按凯尔森的观点，事实属于实然领域，规范属于应然领域；由于实然与应然是两种独特性上不同的模态，二者分属两界、不可通约，[67]事实与规范之间不可能存在蕴含等逻辑关系。在逻辑上，规范并不描述事实，事实也不能像符合（agree with）命题那样符合规范。另据赖特的观点，在应然领域内存在的是被规范限定的道义理想世界，规范的功能就在于敦促人们去实现理想，就在于促使人们想方设法地让现实中的事实接近理想中的事态。[68]事态可能获得实存而变成事实，事实就是获得了实存的事态。[69]由于事实与事态都属于实在范畴，二者也不存在蕴含或其他逻辑上的推衍关系。是故，不能说事实符合事态。但合法性（事实合不合法律）与合规范性（事实合不合规范），又是常见的重要法学概念，不宜断然否弃之。若要证实这两个概念，就需要先揭示事实与规范的契合处。而要解答这个难题，就需要从语句、意义与其指称的关系说起。

按真之符合论，如果事实是命题所指的实在对象，那么该事实就符合该命题；如“雪是白的”为真，当且仅当雪是白的。[70]或“地球是圆的”当且仅当地球是圆的。在理性思维中，我们认为命题有真或假；并且认定，如果某个命题是真的，那么世界中就有一个事实符合（或全同于）该命题。[71]然而，语言哲学家奥斯丁发现，哲学者们长久以来仅关注句子（或命题），同被其描述的实在之间的真假关系，以至于不管什么句子都问上一个“是真还是假？”，比如“地球是圆的”是真还是假？但他发现，除了陈述句等有真假的述谓句之外，还有一类没有真假的施事句；比如甲要求乙，“关上门！”；施事句并不是被用来陈述什么，它们的意义在于以言行事。[72]立规行为就是立规主体通过发布文本而在以言行事。

哲学逻辑学者现在已普遍认为，祈使句等语句被用于以言行事时，并不是在描述实在是什么，而是指使人们做什么；应然性语句有指向性功能但无表征功能；它们的意义不像命题那样有真或假，事实也不是规范的成真者。[73]诸如“关上门！”以及“应当公布规

---

[67] See Hans Kelsen, *General Theory of Norms*, Michael Hartney (trans.), New York: Oxford University Press, 1991, pp.59-61.

[68] See G. H. Von Wright, *Is and Ought*, In Eugenio Bulygin et al. (eds.), Man, Law and Modern Forms of Life, Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1985, pp.272-273.

[69] See Alvin Plantinga, *The Nature of Necessity*, Oxford: Oxford University Press, 1974, p.44.

[70] See Alfred Tarski, *The Semantic Conception of Truth and the Foundations of Semantics*, Philosophy and Phenomenological Research, Vol. 4, No. 3, 1944, pp. 343-345.

[71] See Hector-Neri Castañeda, *Thinking and Doing*, Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1975, pp.8-9.

[72] See J. L. Austin, *How to do things with words*, Oxford: Oxford University Press, 1962, pp.1-11.

[73] See Jörgen Jörgensen, *Imperatives and Logic*, Erkenntnis, vol.7, 1937/1938, p.289；Alf Ross, *Imperatives and Logic*, Philosophy of Science, Vol. 11, No.1, 1944, p.33. R.M. Hare, *Imperative Sentences*. Mind, New Series, Vol.58, No.229, 1949,

范性文件”之类的应然性语句，它们的意义就是规范，它们并不描述过去或当前存在什么，而是指使人在未来做什么。陈述性语句在发挥描述性功用时，其世界与语句的契合指向是语句契合世界（word-fit-to-world），世界不契合语句的，错在语句的表达上而非世界；而应然性语句在发挥指使性功用时，其契合指向是世界契合语句（world-fit-to-word），世界不契合语句的，错在世界的改造上而非语句。[74]

综上，规范作为应然性语句的指使性意义，不可能像命题那样被先在事实符合。立规规范作为规范的子类也同样如此。不过，纵然规范不能像命题那样被事实符合，但实存有效的规范都要求相对人造成事实契合自己；行为者只有遵照规范才能造成契合它们的事实。实存规范是特定立规主体发布的，号令相对人承认和施行的有效规范。它们在都能在既定情境中发挥评价作用，都能被当成判断自己是否被契合的依据。实存规范大体上可分成两类。

一是复杂语用观规范。据前所证，规范或规范性文件是一种言语行为和意向行为的内在结果。语言哲学者发现，言语行为中必然包含行为者对外在事物的心理状态。[75]这种心理状态具有意向性，即指向、关于或涉及对象和事态的特性；言语行为被满足当且仅当其心理状态得到满足；这种心理状态也是行为者的意向状态，每一种意向状态都由心理模式当中的意向内容组成，当这种意向内容是一个完整的命题，并且存在一种契合指向时，意向内容便决定了意向状态的满足条件。[76]由于立规行为既是言语行为也是意向性行为，立规意向内容就是法学等学科中常称的规范，[77]所以厘定了意向内容的满足条件也就厘定了规范的满足条件。立规主体的意向内容是立规主体在意向中想要相对人予以实现的事态。立规意向内容的满足条件，就是相对人把立规主体意向的事态变成现实。这种事态是复杂语用观规范的异名同实体，它们被实现就是复杂语用观规范被满足，也就是被相对人造成的事实契合。是故，复杂语用观规范被事实契合处就是其中蕴含的立规意向事态。[78]

不过，这类事态并不足用。理由有二：其一，立规意向事态的契合指向仅是世界契合心灵，这种契合指向仅适于摹写强制性规范被契合的情形，并不能摹写准许性规范等非强制性规范的契合情形；其二，立规意向事态是在既定语用情景中偶然生成的事态；

---

pp.27-29; Peter B. M. Vranas, *New Foundations for Imperative Logic I: Logical Connectives, Consistency, and Quantifiers*, NOÛS, Vol.42, No.4, 2008, p.529; Josh Parsons, *Cognitivism about Imperatives*, Analysis, Vol.72, No.1, 2012, p.49; Nate Charlow, *Logic and Semantics for Imperatives*, Journal of Philosophical Logic, Vol.43, No.4, 2014, pp.617-620; 参见[荷]雅普·哈赫：《法律逻辑研究》，谢耘译，中国政法大学出版社 2015 年版，第 226-228 页。

[74] See G. E. M. Anscombe, *Intention*, Oxford: Basil Blackwill, 1957, p.56; John R. Searle, *Expression and Meaning: Studies in the Theory of Speech Acts*, England: Cambridge University Press, 1979, pp.13-14; [荷]雅普·哈赫：《法律逻辑研究》，谢耘译，中国政法大学出版社 2015 年版，第 228 页。

[75] See John R. Searle, *Expression and Meaning: Studies in the Theory of Speech Acts*, England: Cambridge University Press, 1979, p.4.

[76] 参见[美]约翰·R·塞尔：《意向性：论心灵哲学》，刘叶涛译，上海人民出版社 2007 年版，第 1-12 页。

[77] See Veronica Rodriguez-Blanco, *Claims of Legal Authorities and 'Expressions of Intention': The Limits of Philosophy of Language,* in Law and Language, Michael Freeman FBA & Fiona Smith (ed.), Oxford: Oxford University Press, 2013, p.81.

[78] 参见袁勇：《行政规范性文件的司法审查标准：梳理、评析及改进》，《法制与社会发展》2019 年第 5 期，第 150-166 页。

这类事态依赖立规主体的心理状态，彼此之间不存在可以相互界定的逻辑关系。[79]从规范性文件合法性判断角度看，立规意向事态作为被事实契合之处，其实质性与真实性有余；但因形式性与精准度不足，人们不易达成它们是否被事实契合的客观共识。

二是事态限定观规范。这种规范是指使性可能世界限定句，在语用和实践情景中表示的指使性意义。立规主体实施立规行为制作文件，其实是想通过发布语句，告知相对人将来如何的意向。只要其意向内容是指使相对人将来做什么，无论它们使用的语句是含有"应当"或"可以"等道义模态词的道义句，还是其他语句，就都能用道义句标准化地重述出来。换言之，可以把道义模态作为表述规范的标准，每一条规范都能被含有道义模态的道义语句表达出来。[80]比如，甲军官对乙士兵下令说："乙，黎明时进攻！"，该句的意义等同于他说："乙必须在黎明时进攻！"，二者所指相同。[81]是故，设定用 s 表示任一原子的或复合的事态，运用五种道义模态可以限定出五种针对 s 的规范：必须 s、禁止 s、准许 s、无须 s、任意 s。但因"道义语义的作用实际上并不是引导行为，而是在我们决定自己要做什么或他人要做什么的过程中，通过提供有助于成像的道义特性画面来促进实践性思考。"[82]换言之，道义句表述的是一种内涵语义而非外延语义，它们并不能直接表示立规主体意向的外在世界是什么，也不能直接表明相对人在可能世界究竟该怎么做或究竟该做成什么。

为了更直观地认知立规主体的意向内容，需要把道义句的语义升级并转述成与之等值的指使性可能世界限制句。其中，"必须 s"等值于"所有人在每个可能世界都实现立规主体意向的 s"；"禁止 s"等值于"所有人在每个可能世界都未造成同立规主体意向事态相矛盾的 s"；"准许 s"等值于"并非所有人在每个可能世界都实现非 s"；"无须 s"等值于"并非所有人在每个可能世界都实现 s"；"任意 s"等值于"所有人在每个可能世界非必须实现 s 且非禁止造成非 s"。[83]以"应当公开规范性文件"为例，同这个道义句等值的指使性可能世界限定句是："所有立规主体在每个可能世界都公开规范性文件"。在语用和实践情景内，后者并非单纯摹写、预测可能世界状态的句子，而是表述高阶立规主体意图的，低阶立规主体在将来给予实现之事态的句子。

相较于道义句，指使性可能世界限定句直接摹写了能被相对人直接"看"到的可能世界样态，如"所有立规主体在每个可能世界都公开规范性文件"。在语用和实践情景中，规范其实是人对可能世界施加的软限制，它们确定某些事态必须联结或不能联结。[84]就表达式、意义与指称的关系来看，"规范"如同"货币"，它们只不过是在既定语境中被用

---

[79] See Nate Charlow, *Logic and Semantics for Imperatives*, Journal of Philosophical Logic, Vol.43, No.4, 2014, pp.629-631.
[80] See G. H. Von Wright, *Norm and Action: A Logic Enquiry*, London: Routledge & Kegan Paul Ltd, 1963, pp.102-103; Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Julian Rivers (trans.), Oxford: Oxford University press, 2002, p.22.
[81] See Nate Charlow, *Logic and Semantics for Imperatives*, Journal of Philosophical Logic, Vol.43, No.4, 2014, pp.634-637.
[82] Hector-Neri Castañeda, *Thinking and Doing*, Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1975, p.341.
[83] See Sven Ove Hansson, *Alternative Semantics for Deontic Logic*, in Dov Gabbay et al. (eds.), Handbook of Deontic Logic and Normative Systems, London: College Publications, 2013, pp. 456-461; 王鹏翔：《作为理想应然的原则：关于原则之逻辑结构的语义学考量》，载雷磊：《规范、逻辑与法律论证》，中国政法大学出版社 2016 年版，第 192-194 页。
[84] See Jaap Hage, *Of Norms*, in Giorgio Bongiovanni et al. (eds.), Handbook of Legal Reasoning and Argumentation, Dordrecht: Springer Nature B.V., 2018, pp.136-137.

来指称某种实体的占位符号；[85]比如，红薯在某些方言中也被称为“地瓜”或“红芋”，它们和“红薯”一样，都是称呼红薯的占位符号；“指使性可能世界限制意义”和“规范”也是占位符号，事态限定观规范就是二者的异名同实体。如同一块叫“地瓜”的东西被吃了，实际上也就是一块叫“红薯”的东西被吃了；指使性可能世界限定句摹写的事态被实现了，也就是事态限定观规范限定的事态，被相对人造成的事实契合了。事态限定观规范被事实契合之处，就是立规主体使用语句有意限定的可能性事态。按法学用语的习惯，这种事态可简称为“规定性事态”。是故，标准 6.3 可再细化成：如果四类立规事实契合/不契合四类相联锁立规规定性事态，那么它们所构成的规范性文件合法/不合法（简称标准 7）。

（二）立规事实契合立规规范的独特性

前文的论证虽然复杂，但据其结论却能直接断定立规事实契合立规规范的独特性——低阶立规主体有意施行立规规范造成的事实是立规规定性事态的例示。在前文所处的理论框架内，在语用实践情景中以及事定限定观规范之下，该观点具有特定的涵义。按照规范性文件合法性蕴含“两种实体、一重属性”的概念构造，可从三方面进一步厘清之。

首先，“立规规范”仅指在语用和实践情景中实存的规范。语用方面是指，作为判断依据的立规规范，是高阶立规主体指使低阶立规主体如何立规的意向内容。实践方面是指，立规规范是低阶立规主体在高阶立规主体的权威作用下，通过认知、升级后者所发布立规语句的语义，[86]进而领会到后者的意图，并用以指引自己的立规行为。以“应当公开规范性文件”为例，该规范是《立法法》等法的条文传递出的，低阶立规主体未来都公开规范性文件的指使性意义。在我国通用语言系统和法律体系内，低阶立规主体成员，通过认知该句内含的信息，通常都能领会到其中的意向事态：所有立规主体在每个可能世界都公开规范性文件。低阶立规主体成员通常都会把它作为在将来公开规范性文件的行为理由和排他理由。它就是一条语用和实践情景中的实存规范。

其次，“立规事实”仅指低阶立规主体有意实行立规规范的意向性行为造成的事实。作为文件合法性实体构成要件之二的立规事实，并非物理性事实、原始事实或无情性事实，而是制度化事实。这种事实具有四个特点。其一，在主体方面，它们是低阶立规主体造成的事实；其二，在客观方面，它们是低阶立规主体按照立规规范的规定采取行动造成的事实。非低阶立规主体的行为、低阶立规主体非实行立规规范的行为造成的事实，即使从外部客观地契合了立规规范，也不是契合立规规范的事实，而仅是同该规范的规定偶然巧合的事实。其三，在主观方面，它们是低阶立规主体因承认和服从高阶立规主体的权威而实施立规规范的行为造成的事实。只有这种行为造成的事实，才是立规规范在“权威－相对人”关系中发挥作用导致的事实。其四，在内容方面，它们是低阶立规主体在立规规范指引下，实施的行为造成的，能完全实现高阶立规规定性事态的事实。

最后，“例示”仅指低阶立规主体遵照规范造成的立规事实是立规规定性事态的一个

---

[85] 参见[美]约翰·R·塞尔：《社会实在的建构》，李步楼译，上海人民出版社 2008 年版，第 50 页。

[86] See Frank Veltman, *Defaults In Update Semantics*, Journal of Philosophical Logic, Vol.25, No.3, 1996, p.221.

实例。事态通常是指事情是什么样的状态，哲学上把“事态”看作可能获得实存的或不能获得实存的技术概念，事态就是那些能获得实存或不能获得实存的情形。[87]这种概念上的事态同心灵哲学中的意向性密切相关；意向性是人的意识指向某些情形的特性，事态是意向性的主要对象。[88]事实通常被认为是一个获得实存的事态，物在其中例示特性或处于关系中。[89]事实是事态的一个实例，仅指某个事态同实现它的一个事实之间的关系，这种关系即本体论中界定的例示（instantiation）关系，[90]即具体事实契合了抽象事态的关系。低阶立规主体有意造成的立规事实是立规规定性事态的例示，就是该抽象事态的一个实例，也就是契合了该抽象的规定性事态。例如，全国人大公布“《民法典》”的事实，就是“所有立规主体在每个可能世界都公开规范性文件”的例示；在此意义上，即前者契合后者。

（三）立规规定性事态例示标准

独特性是某事物内在固有的，而它事物皆不具有的属性，故根据某事物的独特性就可以鉴别出该事物。立规事实契合立规规范的独特性，就是低阶立规主体有意施行高阶立规规范造成的立规事实是立规规定性事态的例示。据此独特性就能鉴别特定立规事实是否契合既定立规规范。故标准 7 可转换成：如果四类立规事实是/不是四类相联锁立规规定性事态的例示，那么它们所构成的规范性文件合法/不合法（简称标准 8）。该标准是根据立规事实契合立规规范的独特性界定的标准，可称之为立规规定性事态例示标准。

根据前文关于立规事实和立规规范的四分法，标准 8 可分成四类：其一，如果特定立规主体地位是/不是既定立规主体地位规定性事态的例示，那么该规范性文件的立规主体地位合法/不合法；其二，如果特定立规表意活动是/不是既定立规表意活动规定性事态的例示，那么该规范性文件的立规表意活动合法/不合法；其三，如果特定立规意向内容是/不是相应立规实体规定性事态的例示，那么该规范性文件的立规意向内容合法/不合法；其四，如果特定立规程序活动是/不是既定立规程序规定性事态的例示，那么该规范性文件的立规程序合法/不合法。

前四个标准的每个，都是判断规范性文件合法性的必要标准；只有前四个标准中的四种前件全是肯定性的，即全是四类立规规定性事态的例示，才能断定它们共同构成的立规事实整体上合法，才能断定它们所构成的规范性文件完全合法。逻辑上，前四个标准中的每个都是判断规范性文件不合法的充分标准；只要前四个标准中的任何一个的前件是否定性的，即只要有一个立规事实不是相应立规规定性事态的例示，就可断定由该事实参与构成的规范性文件不合法。在概念整体上，标准 8 及其四类次级标准可统称为“立规规定性事态例示标准”。在个案中，根据前四类标准可推衍出四大类较具体的判断

---

[87] See Alvin Plantinga, *The Nature of Necessity*, Oxford: Oxford University Press, 1974, p.44.

[88] 参见[美]约翰·R·塞尔：《意向性：论心灵哲学》，刘叶涛译，上海人民出版社 2007 年版，第 1、9 页。

[89] See Kevin Mulligan & Fabrice Correia, "*Facts*", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2017 Edition), Edward N. Zalta (ed.), https://plato.stanford.edu/entries/facts/. 2019 年 9 月 20 日访问。

[90] See Francesco Orilia & Chris Swoyer, "*Properties*", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2017 Edition), Edward N. Zalta (ed.), https://plato.stanford.edu/entries/properties/, 2019 年 9 月 21 日访问。

标准。

四、事态例示标准的实例检验

在“鲁潍案”中，运用立规规定性事态例示标准，经过四步就能构成具体的判断标准，再加两步即可推断《江苏盐业办法》设定的工业盐准运许可是否合法。

第一步，认定判断对象。《江苏盐业办法》第 32 条第 2 项规定了一条规范：工业盐在江苏省内的运输应当经盐业行政主管部门许可。根据该规范和我国立法制度可认定：江苏省政府在规章《江苏盐业办法》中设定了工业盐准运许可。此即判断对象。

第二步，获取判断依据。该案判断对象的上位法规定是《行政许可法》第 16 条第 3 款：规章可以在上位法设定的行政许可事项范围内，对实施该行政许可作出具体规定。根据前条和行政许可设定权法定原则，可以解释出：上位法没有设定行政行可的，规章不得新设上位法规定外的行政许可。经查证，各上位法律及《盐业管理条例》（1990）都未设定工业盐准运许可。故可断定：规章不得设定工业盐准运许可。此即判断对象的具体判断依据。

第三步，确定判断对象和判断依据的契合处。在语用和实践情景中，与“规章不得设定工业盐准运许可”等值的指使性可能世界限定句是：“所有规章在每个可能世界都未设定工业盐准运许可。”该句的指使性意义是一条事态限定观规范，它限定的事态是：所有规章在每个可能世界都未设定工业盐准运许可。此即该案判断对象和判断依据的契合处。

第四步，构建具体的立规规定性事态例示标准。前文论证的立规实体规定性事态例示标准是：“如果特定立规意向内容是/不是相应立规实体规定性事态的例示，那么该规范性文件的立规意向内容合法/不合法。”把前述判断对象与契合处代入这个标准可得出：《江苏盐业办法》设定的工业盐准运许可是/不是所有规章在每个可能世界都未设定工业盐准运许可的例示，那么该文件的立规意向内容合法/不合法。这是该案的具体判断标准。

第五步，断定判断对象是不是立规规定性事态的例示。比较可见，《江苏盐业办法》设定的工业盐准运许可明显不是其判断依据——所有规章在每个可能世界都未设定工业盐准运许可——的实例而是反例，因此该案判断对象不是判断依据的例示。

第六步，推断被判对象是否合法。先把第四步构建的具体判断标准——《江苏盐业办法》设定的工业盐准运许可是/不是所有规章在每个可能世界都未设定工业盐准运许可的例示，那么该规范性文件的立规意向内容合法/不合法——作为大前提；再把第五步断定的例示情形——《江苏盐业办法》设定的工业盐准运许可明显不是所有规章在每个可能世界都未设定工业盐准运许可的实例（而是反例）——作为小前提；最后把小前提置入大前提即可确凿地推断出：《江苏盐业办法》设定的工业盐准运许可不合法。

结语

合法性判断标准是合法性审查思维机制的关键部件，也是判断者必需的重要概念工具。多年以来，法律人或囿于规范性文件的五种不合法情形，一直未厘清这个概念，也一直难以满足判断者的理论需求。前文基于规范性文件合法性由两种实体和一重属性构成的概念结构，通过转化作为判断对象的规范性文件，细化作为判断依据的法律，进而厘定了两者的契合处，揭示了立规事实契合立规规范的独特性，并推论出了多种规范性文件合法性的判断标准。其中，最后一个标准——如果四类立规事实是/不是四类相联锁立规规定性事态的例示，那么它们所构成的规范性文件合法/不合法——被称为立规规定性事态例示标准。

在审查思维机制中，立规规定性事态例示标准不仅是规范性文件合法性推断的大前提，还能指引判断者确定此类判断的要件、方面和层次。不过，仅用该标准并不能解决文件合法性判断中的全部难题。它仅是判断标准，毕竟不能取代事实认定规则和法律获取方法，也不能完全控制判断者认定判断对象和获取判断依据的裁量权。该标准的精准作用在于，只要在个案中断定了判断对象和判断依据，就能根据它推断出规范性文件合法或不合法的确凿结论。经实例检验得知，该标准可免除“五情形标准”固有的弊端——笼统归类与模糊推断等，能提高规范性文件合法性判断的精准度和有效性。

区域协同立法的合法性困境与出路
——基于辅助性原则的视角分析

韩业斌[1]

【摘 要】区域协同立法的合法性困境主要体现在缺乏直接的宪法、立法法依据，地方立法机关因为惧于区域协同立法面临的违宪违法风险鲜于从事区域协同立法活动。区域协同立法合法性依据的缺失与限制权力的法治理念相冲突，容易导致地方立法权的滥用和地方保护主义的再次强化。辅助性原则为我们破解区域协同立法合法性困境提供了有益的启示。基于辅助性原则的基本主张，我们首先需要尊重地方的探索试点精神，同时尽快启动中央干预措施，可以通过修改立法法赋予区域协同立法以合法性，在上级干预措施的选择上，基于比例原则的要求，也可以采用法律解释的形式赋予区域协同立法以合法性，这样既能维护法律的稳定性和权威性，同时也可以使区域协同立法早日摆脱合法性困境，以便更好地服务于跨区域社会治理和区域一体化进程。

【关键词】区域协同立法;合法性困境;辅助性原则;区域一体化

区域协同立法是我国地方立法领域出现的新兴概念，它是随着区域一体化发展以及跨区域社会治理需要而提出的一种法治对策，是在特定区域范围内跨行政区的地方立法机关之间就区域性公共事务，在平等协商互利共赢的基础上共同展开区域性规则的制定、认可、变动的立法活动总称。区域协同立法依托于享有立法权的各个地方立法机关，强调多个享有立法权的地方立法机关之间的协同配合。区域协同立法在欧盟地区以及美国各州之间已经具有较为广泛的实践基础，欧盟法与州际协定可以看成欧洲和美国州际之间区域协同立法的代表。在欧洲一体化进程中，欧盟区域内的各方在立法方面展开合作，成立共同的立法机构，该机构的立法权限、行使范围、行使方式均由各成员协商确定，并以法律形式固定下来，从总体上看，欧盟区域内各成员国仍有立法权，但是不得与欧盟法相冲突，欧盟法的效力优先于欧盟各成员国国内法的效力。美国在处理州际关系时，形成了州际协定和成立跨越多州的管理委员会模式，州际协定在美国已经具有上百年历史，是一种非常灵活的机制，可用以协调州服务的提供、管制政策和设施建设，也可用以建立新的地区间政府实体。州际协定相当于在缔约各州的全部或部分领土上制定了统一法，涉及到政治主权性州际协定需要国会批准，其他州际协定只需要州议会批准即可生效。[2]反观我国，由于《立法法》只承认国务院各部门之间联合立法，没有规定省与

---

[1] 盐城师范学院法政学院副教授、浙江大学光华法学院博士后研究人员。本文系研究阐释党的十九届四中全会精神国家社科基金重大项目“加强对法律实施监督研究”（项目批准号：20ZDA034）和中国法学会部级法学研究课题“优化营商环境背景下的区域立法协调机制研究”[项目批准号：CLS（2019）C06]的阶段性成果。

[2] 参见[美]齐默尔曼：《州际合作：协定与行政协议》，王诚译，法律出版社 2013 年版，第 35-81 页。

省之间、市与市之间可以跨行政区域协同立法问题，这就导致了目前区域协同立法容易陷入缺乏合法性依据的困境。区域协同立法合法性依据的缺失导致立法实践过程中地方立法机关鲜于从事协同立法活动，协同立法成果较少，协同立法的功能和意义不能得到有效发挥。如何破解区域协同立法的合法性困境呢？我们不妨转换视角，以辅助性原则理论为视角进行探讨。辅助性原则为我们解决区域协同立法合法性问题提供了丰富的启示。

一、区域协同立法合法性困境的主要表象

关于合法性的涵义，夏皮罗教授指出，合法性这一术语有时是指符合法律的或合乎法律的，有时又指一种价值或一组价值，尤其是那些与法治相关的价值。在直接谈及合法性的时候，他指的是可以被规则、组织、官员、文本、概念、陈述和判断等实例化的一种属性。[3]本文所说的合法性主要是在前一种意义而言的，即符合现有法律的规定。就区域协同立法的合法性而言，面临着缺乏直接法律依据的困境。

（一）法律依据缺失导致区域协同立法的现有成果较少

有学者指出，法律依据的欠缺是导致区域协同立法进展不大的重要原因。[4]寻遍我国现行《宪法》《立法法》，我们很难找到区域协同立法的直接依据，《宪法》第 99 条规定，地方各级人民代表大会在本行政区域内，保证宪法、法律、行政法规的遵守和执行。根据该条规定，地方各级人大只能保证宪法、法律、行政法规在本行政区域内得到遵守和执行，超出本行政区域范围的地方人大无权保证法律得到有效执行，也没有能力保证法律得到有效执行。倒是一些地方立法对区域协同立法进行了规定，如 2020 年 7 月广西自治区人大常委会修订的《广西北部湾经济区条例》第 42 条规定，北部湾经济区各设区的市建立区域协同立法机制，加强立法规划、年度立法计划和立法起草、论证、审议等环节的沟通协商，促进北部湾经济区有关地方性法规、规章协调一致，引领和推动区域协调发展。但是由于该条例的法律效力和实施范围有限，很难作为其他地区进行协同立法的法律依据。可以说，目前在国家立法层面上跨行政区域的协同立法实际上仍然处于无法可依的状态。

国内较早实施区域协同立法的是东北地区，东北地区 2006 年签订《东北三省政府立法协作框架协议》，为三省政府间协同立法提供了制度框架，许多学者对此寄予厚望，认为此举必将有利于实现区域性立法资源共享，降低立法成本，消除立法冲突，维护地方立法体系和谐和国家法制的统一，[5]然而自该协议签订 10 多年来，真正的协同立法成果并不是很多。除了东北地区之外，京津冀、长三角等区域也就区域协同立法签订了一系列立法合作协议，如 2015 年京津冀三地人大常委会主任会议通过的《关于加强京津

[3] 参见[美]斯科特·夏皮罗：《合法性》，郑玉双、刘叶深译，中国法制出版社 2016 年版，第 8-9 页。
[4] 参见葛胜亮：《区域立法协作机制浅探》，载《人大研究》2016 年第 8 期，第 17 页。
[5] 参见李林主编：《中国法治发展报告（2007）》，社会科学文献出版社 2007 年版，第 47-48 页。

冀人大协同立法的若干意见》、2017 年京津冀三地人大常委会主任会议通过的《京津冀人大立法项目协同办法》和 2018 年第五次京津冀协同立法工作会议通过的《京津冀人大立法项目协同实施细则》，2018 年长三角三省一市人大常委会签署的《关于深化长三角地区人大工作协作机制的协议》和《关于深化长三角地区人大常委会地方立法工作协同的协议》，以及 2020 年 7 月四川省人大常委会与重庆市人大常委会签订的《关于协同助力成渝地区双城经济圈建设的合作协议》等。耐人寻味的是这些协议无一例外地都没有对外公布，人们只能从新闻报道中看到立法协议的签订情况。对于这些立法协议，没有向民众公布，民众便无从知晓，更无法监督上述协议的执行情况，同时理论研究者无法看到这些立法合作协议的具体内容，理论研究难以深入下去，自然也无法为区域协同立法实践提供有益的理论指南。虽然近年来一部分学者和地区对区域协同立法的呼声很高，并认为，随着区域经济的不断发展，跨省域、跨市域之间的区域协同立法需求必将越来越迫切。[6]但是目前区域协同立法活动大部分还是停留在立法信息、立法项目、立法程序的沟通协调上，真正协作成功的案例并不太多，京津冀三地关于机动车和非道路移动机械污染排放防治条例、沪苏浙皖四地通过的长三角大气污染防治条例以及湖北省恩施土家族苗族自治州和湖南省湘西土家族苗族自治州通过的《酉水河保护条例》可以看成相对成功的事例，这些协同立法成果往往集中在环境保护领域，其他领域协同立法成果仍然较少。

（二）中央政策与最高立法机关之间意见不一

针对区域协同立法合法性问题，中央国家机关也有不同的声音。从中央出台的一些区域规划文件可以看出，党中央和国务院对于区域协同立法持支持态度，比如《京津冀协同发展规划纲要》提出，京津冀三地要打破“一亩三分地”思维定式，加强顶层设计，推动协同发展。《长三角一体化发展规划纲要》指出，建立地方立法和执法工作协同常态化机制，推动重点区域、重点领域跨区域立法研究，共同制定行为准则，为长三角一体化发展提供法规支撑和保障。该规划纲要还要求，建立统一规则，规范招商引资和人才招引政策，以及建立重点领域制度规则和重大政策沟通协调机制，提高政策制定的统一性、规则一致性和执行协同性。另外，国务院印发的《关于进一步推进长江三角洲地区改革开放和经济社会发展的指导意见》也指出，加强区域立法工作的合作与协调，形成区域相对统一的法制环境。但是上述规划纲要、指导意见只能算作政策性文件，尚不具有法律渊源地位，因而不具有法律性质，不能为区域协同立法提供合法性依据。有学者认为，由于硬法的缺位，导致区域协同立法缺乏制度保障，不妨将上述政策性文件看成软法规范，使其作为区域协同立法的软法依据，但是由于软法的法律约束力较弱，无

[6] 参见虞浔：《立法协同推动区域协调发展》，载《人民日报》2019 年 1 月 17 日，第 19 版；周霄鹏：《京津冀打造地方协同立法新样本》，载《法制日报》2020 年 3 月 22 日，第 1 版；秦建莉、范海杰：《淮海经济区十市人大共同建立立法协作机制 为设区市地方立法跨省协作提供新模式》，载《徐州日报》2019 年 12 月 13 日，第 2 版；邱洁：《加快推动区域协同立法》，载《德阳日报》2020 年 5 月 15 日，第 2 版。

法突破地方政府利益观念束缚以及各个地方政府在实施过程中积极性主动性参差不齐，实施效果不佳。[7]

就全国人大而言，全国人大常委会的相关人员也在不同场合就区域协同立法表示支持，早在2013年全国人大法工委的领导就表示，日前长三角、东三省等部分省份提出开展区域立法合作，全国人大法工委已同意地方可以先行先试，并认为，这代表了未来立法的发展方向，至于是各省共同起草还是各自起草、保持相对一致，可以做进一步探索试验。[8]还有在2018年全国地方立法工作座谈会上，全国人大常委会法制工作委员会主任沈春耀在论述"依法立法"要求时，以举例的形式肯定了区域协同立法工作。他指出，地方人大在这方面有许多生动的实践和经验，也不断有新的探索。比如，近年来一些地方加强区域协同立法，建立完善区域协同立法工作机制，京津冀优先推动交通一体化、生态环保、产业升级转移三个重点协同立法项目，沪苏浙皖三省一市关于深化长三角地区人大常委会地方立法工作协同协议，地方立法工作中的好做法好经验，对我们做好全国人大层面的立法工作具有很好的启发和借鉴意义。[9]但是在是否需要修改《宪法》《立法法》赋予区域协同立法以法律依据的问题上他没有相关表态。可见，对于区域协同立法合法性问题，党中央国务院与全国人大常委会之间尚存在一定的紧张关系。

（三）合法性与非法性争论相持不下

关于区域协同立法是否具有合法性的问题，法学界也存在两种截然不同的观点。一部分学者认为区域协同立法具有合法性，主要理由在于：第一，宪法序言的间接推导。虽然《宪法》和《立法法》都没有直接规定区域协同立法的内容，但是宪法序言部分却增加了科学发展观和新发展理念，科学发展观和新发展理念都要求践行可持续的、协调的发展理念，协调发展自然也包括区域社会经济的协调发展、区域法治的协调发展，而立法是法治发展的基础性工程，是实现良法善治的前提条件，协同立法自然也是推动区域协调发展的重要手段之一。[10]第二，国务院部门联合立法的指引。《立法法》规定，涉及两个以上国务院部门职权范围内的事项，应当提请国务院制定行政法规或者由国务院有关部门联合制定规章。该条关于部门联合立法的规定，可以看成区域协同立法的指引。既然跨部门的事项可以通过联合制定规章来调整，那么跨行政区域的问题为什么不可以通过地方联合立法来解决呢？二者的实质都是立法权的行使问题，而非配置问题，对现行立法体制没有影响。[11]第三，依据地方立法权的推导。《立法法》规定，省、自治区、直辖市的人大及其常委会可以根据本地区具体情况和实际需要，在不同宪法、法律、行政法规相抵触的情况下，制定地方性法规。那么区域经济一体化、区域协调发展、

---

[7] 参见陈可翔：《欧盟开放协调机制于我国区域法治协调之借鉴——以区域软法治理为视角》，载冯玉军主编：《区域协同立法理论与实践》，法律出版社2019年版，第110页。

[8] 参见陈竹沁、金可镂：《各省市可试点跨省区域性立法》，载《南方都市报》2013年6月30日，第AA09版。

[9] 参见沈春耀：《在第二十四次全国地方立法工作座谈会上的小结讲话》，载中国人大网，http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/lfzt/rlyw/2018-09/20/content_2061462.htm ，2019年9月20日访问。

[10] 参见刘松山：《区域协同立法的宪法法律问题》，载《中国法律评论》2019年第4期，第64-66页。

[11] 参见刘莘主编：《区域法治化评价体系与标准研究》，中国政法大学出版社2013年版，第12页。

跨区域社会治理也是地方发展的实际需要，因而，有关地方人大及其常委会也可以联合起来共同制定统一的地方性法规，只要不同宪法、法律和行政法规相抵触就可以了。[12]

认为区域协同立法缺乏合法性依据的学者们指出，由于缺乏宪法、立法法上明确依据，所以区域协同立法就缺乏合法性依据。在我国《宪法》与《立法法》的规定中我们无从看到关于区域立法协作的规定。显然，在我国，各区域行政立法协作是缺乏法的依据的。[13]无论从《宪法》第 3 条和《立法法》第 72、73 条都未对区域协同立法作出明确规定，也未对其法律地位予以正式界定，因而区域协同立法缺乏明确的法律依据，在这种有名无实的情况下，区域协同立法只能在一种相对松散的、彼此约束力不强的条件下进行。[14]实践中，由于区域立法缺乏明确的法制支持，导致区域合作更多地反映在一些具体事务工作上，或者主要集中在行政领域，立法层面的合作非但未能普遍开展，反而处于一种徘徊与观望状态。[15]由于目前我国《立法法》等宪法相关法及全国人大常委会出台的相关立法解释、立法政策并未对享有地方立法权的各主体间如何开展立法协作进行明确的规定和要求，因而相较于地方立法主体独立立法而言，其违法违宪的风险可能更大，主要表现在违反《宪法》及宪法相关法规定的“不抵触原则”，以及立法协作中超越立法权限、违反立法程序等情形。[16]

对于上述两种观点，笔者认为，支持论者的论证思路是根据宪法序言所反映的法律精神，以及《立法法》规定的，国务院部门可以联合制定部门规章、地方可以根据具体情况和实际需要制定地方性法规间接推导出区域协同立法具有合法性，这种推论是比较勉强的，至少从《宪法》《立法法》中直接推导出区域协同立法具有合法性仍有一定难度。反对论者的论证思路是《宪法》和《立法法》没有直接规定，因而就断定区域协同立法没有合法性依据，至于其他相关法律有没有区域协同立法的相关规定呢，没有进行考察。还有对于《宪法》《立法法》没有规定的原因何在呢，是不是没有《宪法》《立法法》的直接规定就一概不允许区域协同立法呢，反对论者没有进一步论证。区域协同立法的合法性困境实质上反映的是形式合法性和实质合法性之间的矛盾问题。也就是一项制度设计虽然具备相对充分的合理性依据，但缺乏直接而明确的合法性依据，能否进行实践呢，这也是本文讨论的核心问题。

二、区域协同立法合法性不足导致的法治风险

区域协同立法是地方立法实践发展到一定阶段的产物，在面对区域一体化不断发展的大潮中，区域协同立法对于推动区域协调发展具有重要的实践价值。[17]但是到目前为

---

[12] 参见王腊生：《地方立法协作重大问题探讨》，载《政法论丛》2008 年第 3 期，第 71-72 页。
[13] 参见宋方青、朱志昊：《论我国区域立法合作》，载《政治与法律》2009 年第 11 期，第 20 页。
[14] 参见焦洪昌、席志文：《京津冀人大协同立法的路径》，载《法学》2016 年第 3 期，第 42 页。
[15] 参见陈光：《区域立法协调机制的理论建构》，人民出版社 2014 年版，第 87 页。
[16] 参见姚明：《地方立法协作研究》，中国法制出版社 2019 年版，第 129 页。
[17] 参见冯玉军、周泽夏：《区域协同立法的实践价值与法理意义》，载冯玉军主编：《区域协同立法理论与实践》，法律出版社 2019 年版，第 4-8 页。

止，国家立法层面上尚没有对区域协同立法的法律依据予以明确规定，因此在实践中由于合法性不足导致地方立法机关从事区域协同立法活动可能带来诸多法治风险。

（一）导致地方立法权的滥用

在改革开放之初，主持中央法制工作的彭真同志认为，地方立法权是中国特色社会主义法律体系的重要组成部分，地方获得立法权有利于发挥中央和地方两个积极性，对于健全社会主义法制是有益的。“有些法律，全国立法的条件一时还不具备，势必先由各省、自治区、直辖市制定地方性法规，一方面解决工作进行中的问题，同时也为全国立法作准备，在总结经验的基础上，才能考虑全国立法的问题。”[18]在这一思想指导下，从 1979 年制定的《地方各级人民大表大会和地方各级人民政府组织法》开始，地方开始获得立法权。首先是省级人大获得立法权，随后 1982 年《宪法》正式赋予省级人大立法权。其后，国家设立经济特区，外资大量涌入，之前调整外商投资纠纷主要依靠国家政策，外来投资者认为，政策是不稳定的，他们只承认法律，因为法律具有稳定性、规范性、可预期性以及权威性特征。[19]在这种情况下，国家又赋予经济特区立法权。其后国务院又批准了省级政府所在地人大和政府的立法权，以及较大市的立法权。随着社会经济的发展，有些较为发达的地级市由于人口与经济规模的不断增加，也期望获得立法权，在 2015 年《立法法》修改后，赋予所有设区的市人大和政府均享有一定的立法权。从总体上看，随着改革开放的深入推进地方立法权也是不断加大的。

至于同级地方人大之间是否可以相互协作共同行使立法权，法律没有规定，这可能是《立法法》修订者始料未及的，这也对法治国家建设提出了更高的要求。我国《立法法》只承认国务院各部门之间联合立法，未肯定甚至未认识到省与省之间、市与市之间协同立法的意义与功能。[20]由于法律没有规定，人们往往认为，区域协同立法就是存在一个跨区域的立法机构，制定法律之后可以适用于整个区域，这样容易形成所谓“立法联盟”，或者法律“独立王国”，形成更大区域范围内的利益割据，这是宪法和法律所不允许的，也与我国单一制的国家结构形式不相容，会危及中央立法权威，破坏法治统一原则，这是地方滥用立法权的体现。尤其是大量设区的市获得立法权之后，设区市之间的协同立法将会越来越多地出现，享有立法权主体的行政层级越低，其与具体公民、企业、社会组织的利益纠葛越紧，对公民和社会权益的损害可能越大，因此享有地方立法权主体过多过滥，也加大了设区市之间通过协同立法滥用地方立法权的可能性。地方滥用立法权导致一些地方立法粗制滥造、重复立法、缺乏特色、可操作性不强、程序不规范等问题，破坏现有法律体系的和谐统一。[21]要遏制地方立法权的滥用，就必须加强对地方立法权的监督，推进合法性审查机制，防止任性立法、越权立法。[22]

---

[18] 彭真：《论新时期的社会主义民主与法制建设》，中央文献出版社 1989 年版，第 266 页。
[19] 参见杨解君：《走向法治的缺失言说（二）》，北京大学出版社 2004 年版，第 81 页。
[20] 参见崔卓兰等：《地方立法实证研究》，知识产权出版社 2007 年版，第 505 页。
[21] 参见田成有：《立良法：地方立法的困局与突围》，法律出版社 2019 年版，第 118-122 页。
[22] 参见王锴：《合宪性、合法性、适当性审查的区别与联系》，《中国法学》2019 年第 1 期，第 10-13 页。

（二）背离限制权力的法治原则

“限制权力和保障权利”是当代法治的基本原则之一，如何做到限制权力呢？首先政府的权力必须受到一定的限制，“政府无论做什么事情，它都应该凭借法律行事”。[23]合法性原则主要包括“法律至上”和“法律保留”两个方面的内容，“法律至上”意味着公共行政必须尊重法律，“法律保留”意味着除不可抗力外，任何国家活动都必须以法律规则为依据。[24]这也是法治的基本要求。在权力限制的各种理论中，通过法律对政府权力进行限制是一种比较有效的方法，通过法律赋予政府机关的权力是政府的责任和义务，政府机关必须作为，法律没有赋予政府机关的权力，则政府机关不允许作为。合法性原则不仅限制行政权，还应该包括立法权和司法权。“合法性原则根本来说是限制立法机关制定的标准……立法机关制定的法案只是国家行为，因此其是否合法要取决于它们是否符合基础规范。”[25]因而对于同样作为一种公权力的立法权而言，对宪法赋予立法机关的权力，立法机关必须作为，宪法没有赋予立法机关的权力，立法机关则不可为，这要求立法机关必须依法立法，没有法律依据的权力，就是不受限制的权力，哈耶克在《自由秩序原理》一书中反复强调，“由于法治意味着政府除非实施众所周知的规则以外不得对个人实施强制，所以它构成了对政府机构的一切权力的限制，这当然也包括对立法机构的权力的限制。”从这个意义界定法治，他把法治所要求的法律和立法者制定的法律区别开来，他进而指出，“法治只在立法者认为受其约束的时候才是有效的。”[26]也就是说立法机关也存在违反法治的情况，立法机关也会滥用立法权，制定不适当的法律，从而违背法治原则，侵犯人民权利。

另外，“法无授权不可为”也是现代法治原则的基本要求，习近平总书记强调，要加强对权力运行的制约和监督，把权力关进制度的笼子里，那么这个制度之笼应该如何打造呢，这个制度之笼的四梁八柱应该包括哪些呢？“法无授权不可为”就是把国家公权力关进制度笼子的支柱。这一点在李克强总理的讲话中也得到充分的体现，李克强总理指出，对于市场，则是法无禁止即可为，对于政府，则是法无授权不可为。对于立法权也是一样，宪法以列举的形式规定了立法机关的权力，宪法的列举既是立法机关行使权力的依据，同时也构成对立法机关权力的限制，即宪法没有列入的权力，立法机关就不能行使。既然宪法和立法法没有赋予地方人大之间跨行政区域联合立法的权力，则意味着法无授权不可为，立法机关必须遵守，否则限制权力的法治理念就会虚置。[27]

（三）地方保护主义再次强化

---

[23] [美]塔玛纳哈：《论法治——历史、政治和理论》，李桂林译，武汉大学出版社 2010 年版，第 118 页。

[24] See Andreas Ladner et al, Swiss Public Administration: Making the State Work Successfully, Palgrave Macmillan,2019,p.79.

[25] [加]大卫·戴岑豪斯：《合法性与正当性：魏玛时代的施米特、凯尔森与海勒》，刘毅译，商务印书馆 2013 年版，第 174 页。

[26] [英]哈耶克：《自由秩序原理》（上），邓正来译，生活·读书·新知三联书店 1997 年版，第 260、261 页。

[27] 参见童之伟：《“法无授权不可无”的宪法学展开》，载《中外法学》2018 年第 3 期，第 583-587 页。

对于区域协同立法而言，我们目前还存在一种风险，即一些地方人大或者地方政府往往籍区域协同立法之名，把地方保护主义法律化和正当化。地方保护主义一般是指地方政府以损害辖区外经济主体利益为代价来维护其辖区内经济主体利益的各种不公平保护行为。[28]地方保护主义在我国有着深刻的体制基础和理念基础。由于分税制改革，地方获得相对独立的税收权力，另外，上级政府主要以下级行政区域的经济指标作为地方官员的考核选拔依据，也就是地方政府在所属辖区内有了自己的特定利益，一是财政税收的支配权，二是发展自己所在辖区的经济，从而取得更好的政绩，以便进一步提拔升迁，两者之中一个是物质激励，一个是制度激励，相辅相成，不可分割，有人认为这是改革开放四十年来中国经济奇迹发生的主要原因。国家和地区之间的竞争，最终会反映在本地企业的竞争力上，“企业会通过国家、地区和全球战略来实施跨地域竞争。同时，国家和地区必须同其他地域进行竞争，从而创造出一个具有商业吸引力的环境”。[29]这样一种地方竞争模式，在一些目光短视的官员看来，为了提高本地企业的竞争力，往往封锁本地市场，以提高财政收入，这样就会导致地方保护主义出现，地方保护主义在地方立法、行政、司法过程中均有一定程度的体现。

地方人大和政府很可能以服务地方社会经济发展为名义，把地方利益纳入到地方立法保护之中。地方利益、地方保护影响地方立法主要表现在两个方面，其一，在立法项目的选择上，保护本地稀缺资源和市场成为地方立法的主要项目，其二，对主体规定不同的权利义务，通常本地主体享有更多的权利，承担更少的义务，而外地主体承担更多的义务，享有更少的权利。对于区域协同立法而言，由于缺乏有效的法律规范约束，若干行政区域的人大和政府之间往往通过共同制定地方性法规和地方政府规章，把本区域的市场相对封闭，从而在更大区域范围内保护本区域的市场主体利益，这种可能性也是存在的，这也正是反对区域协同立法的学者所担心和忧虑的。以东北地区的政府协同立法为例，东北三省政府 2006 年签订《东北三省政府立法协作框架协议》，至于东北地区为何要开展区域协同立法，当地一位法制办立法处负责人表示，由于地方立法标准不一致，吉林全省货车往往“外逃”到黑龙江、辽宁等省份，导致吉林省每年损失大量养路费，这主要是由于各地的运输车辆收费标准不同而造成的。为了防止运输车辆外逃，增加当地政府税费收入，东北地区需要进行协同立法，制定共同的运输车辆收费标准。[30]这一理由表明上看似乎有理，但是人们也有足够的理由怀疑，收取运输车辆税费属于政府的自身利益，东北三省地方政府是否会通过协同立法的形式，达致三省政府自身共同利益的最大化，而不是社会公共和公众利益的最大化，实际上这也是从立法上强化了地方保护主义，将整个东北地区政府税费收入的增加作为更大的利益加以保护。

---

[28] 参见冯兴元：《地方政府竞争：理论范式、分析框架与实证研究》，译林出版社 2010 年版，第 123 页。
[29] [美]迈克尔·波特：《竞争论》，刘宁等译，中信出版社 2009 年版，第 10 页。
[30] 参见钱昊平：《立法协作：东北三省的尝试》，载《人大建设》2006 年第 10 期，第 41 页。

三、探寻区域协同立法合法性困境的出路

鉴于一定区域的地方人大根据区域一体化的发展需求，共同协商制定地方性法规，对于推动区域一体化进程，加速区域性市场共同体的形成，应对跨区域社会治理，提高相关地区立法质量具有深刻的合理性与正当性基础，因此区域协同立法势在必行。但是在区域协同立法过程中，合法性困境是其无法逾越的障碍，如何克服区域协同立法的合法性困境呢，我们不妨从辅助性原则理论中寻求解决方案。[31]

（一）尊重部分区域的先行探索精神

辅助性原则兴起于 20 世纪 70 年代，90 年代之后发展迅猛。辅助性原则最早源于天主教社会哲学思想，强调一切社会活动，从其功能与本质上说，应该是对社会成员提供帮助，但是绝不是毁灭或攫取他们。“辅助性原则绝不是内容空洞的流行语，或者是符合时代精神的口号……是一项明智的规则。”[32]在西方语境中，辅助性原则发展成为一项政治法律原则，发挥着积极重要的作用，辅助性原则主要解决多层级治理体系中下级政府、地区政府与跨国组织之间的权力纵向分配问题。在处理中央与地方关系时，辅助性原则特别强调将决策权力尽可能地配置到基层，发挥基层、社会组织和下级政府在国家治理中的积极作用。[33]与之前的国家中心主义、中央集权主义理论相反，辅助性原则的核心要义在于强调权力要自下而上地配置和行使，尽可能贴近基层作出决策。有学者指出，在其语境中，辅助性一般被理解为，政府的各项立法与行政政策，应当由最贴近于受政策影响的人们所在的政治层级来决定。[34]还有学者认为，在一个由个人、家庭、基层社区、教会和国家组成的多层次治理体系中，中央集权受到限制有助于在尽可能低的层级上解决自身问题。[35]如果从上述视角来看，区域协同立法是地方人大基于区域一体化和跨区域社会治理的实际需要自发构建的一种制度性举措，其首创精神是值得肯定的。在目前《宪法》《立法法》没有修改的情况下，可以采取先易后难，先试点再推开的思路和原则，默许和尊重部分区域先行试点探索精神。在区域一体化较为发达长三角、京津冀、粤港澳等区域可以先进行一些探索，待积累一定经验之后再争取法律支持。在区域协同立法较为活跃的京津冀地区，近年来已经取得较为丰富的经验，2017 年 3 月京津冀三地人大常委会主任会议通过了《京津冀人大立法项目协同办法》，该《办法》主要围绕有序纾解北京非首都功能这一核心要义，在环境保护、交通一体化和产业升级转移等方面优先展开协同立法。“无论在任何地方，稀缺的立法资源和有限的起草时间都迫

---

[31] 关于在区域环境协同立法中引入辅助性原则理论已有学者进行了研究。该学者指出，在区域环境协同立法的推进上，可以考虑引入辅助性原则……基于辅助性原则的两面性，区域环境协同立法在方案设计上应有时间进程的先后，以上级政府主导为近程，以区域内政府间的平行合作为远程，逐步实现由“被动式回应型协同”向“主动式常态型协同”转变。参见曾娜：《从协调到协同：区域环境治理联合防治协调机制的实践路径》，载《西部法学评论》2020 年第 2 期，第 61 页。

[32] [德]罗尔夫·思特博：《德国经济行政法》，苏颖霞、陈少康译，中国政法大学出版社 1999 年版，第 115 页。

[33] See James E.Fleming, Jacob T. Levy, Federalism and Subsidiarity, New York University Press,2014,p.125-126.

[34] See George A. Bermann ,Subsidiarity as a Principle of U.S. Constitutional Law ,American Journal of Comparative Law, Vol.42:555(1994).

[35] See Michelle Evans, Augusto Zimmermann, Global Perspectives on Subsidiarity,Springer,2014,p.2.

使起草者必须决定起草法案的优先顺序。”[36]在京津冀协同立法中，环境保护等方面将被优先安排。有学者认为，环保领域是京津冀协同立法的“富矿”所在，同时还是区域协同立法的“创新”之地。[37]这是因为，在环境保护领域开展区域协同立法实践具有一定程度的合法性依据，现行《环境保护法》等相关法律可以允许特定区域之内各地方人大之间先行探索，以便应对日益严峻的环保压力。[38]然而把区域协同立法仅仅拘泥于环境保护领域仍然具有一定的局限性，环境保护领域的协同立法仅仅针对环境保护本身的跨区域特点，而不是基于区域经济社会一体化发展的需求，也就是说环境保护领域的协同立法不是基于区域社会经济一体化的发展要求而出现的。如果要深入推进区域一体化，适应区域经济一体化的发展需求，就必须推动更高层次的协同立法，在市场经济秩序和营商环境、政务服务、社会信用、食品安全、公共服务和社会建设、文化旅游发展等领域广泛开展协同立法，确保同一区域范围的营商法律规则一体化，从而消除行政壁垒，保障生产要素的自由流通，实现资源的优化配置，更好地服务于区域性统一市场的形成，更好地推动区域一体化进程。但是营商环境领域的协同立法尚存在一定的合法性困境，这需要转换视角，引入辅助性原则理论，为营商环境领域的协同立法开辟路径。

基于辅助性原则的要求，相对于中央立法来说，地方立法具有从属性和实施性，但同时也具有先行性和试验性的特点，凡不属于应当由国家统一立法的事项，在国家尚未制定法律或行政法规之前，地方都有权根据地方的实际需要先行立法。[39]一些地方正在对区域协同立法进行积极探索试验，有些区域的地方人大之间展开积极沟通协调，签订许多立法合作协议，有些正处于立项、论证、审议阶段，有些协同立法项目已经获得了相应地区的人大批准通过。[40]正如有学者指出的那样，在没有中央立法依据的情况下，

---

[36] [美]安·赛德曼等：《立法学：理论与实践》，刘国福等译，中国经济出版社 2008 年版，第 64 页。

[37] 参见冯志广：《积极推进京津冀协同立法 为京津冀协同发展提供法治保障》，载冯玉军主编：《京津冀协同发展立法研究》，法律出版社 2019 年版，第 253 页。

[38] 在环境保护领域相关法律中具有关于跨区域联防联控以及跨区域环境污染治理的诸多规定，比如《环境保护法》第 20 条、《大气污染防治法》第 86 条、《水污染防治法》第 16 条等等，针对上述国家层面的立法规定，如何在地方层面具体落实呢，这就需要同一流域范围内或者区域内的人大之间协同起来，共同立法，通过建立统一的规划、标准、监测制度，以便发挥联防联控的最佳效果。也就是说《环境保护法》《大气污染防治法》《水污染防治法》的上述条文为区域内展开环境保护方面的协同立法提供了法律依据，近年来协同立法成功的样本，包括长三角大气污染防治条例、湖北省恩施州和湖南省湘西州酉水河保护条例以及京津冀机动车和非道路移动器械排放污染防治条例，均指出其立法依据是《环境保护法》《大气污染防治法》和《水污染防治法》，而没有指出立法依据为《宪法》《立法法》，这些关于大气污染防治和水污染防治的区域协同立法的合法性又如何解释呢？有学者认为，由于《立法法》中缺乏对于区域协同立法的具体规定，现有的区域协同立法实践无法从制度上突破地方立法机关跨地区进行立法并跨地区统一适用和执行的“瓶颈”。虽然宪法等相关法律并没有对区域协同立法进行规范，但是环境保护领域的法律却提出建立跨区域污染治理的联防联控机制，因而我们就不能片面地认为区域协同立法完全没有合法性依据。虽然上述立法对于区域协同立法的规定具有一定的模糊性，但是我们仍然可以认为，环境保护领域的区域协同立法是具有部分合法性的。参见刘学文：《京津冀大气污染治理区域一体化立法的困局与超越》，载公丕祥主编：《区域法治发展研究》（第 2 卷），法律出版社 2018 年版，第 231 页。

[39] 参见李步云、汪永清主编：《中国立法的基本理论和制度》，中国法制出版社 1998 年版，第 222 页。

[40] 《丽江市泸沽湖保护条例》是区域协同立法又一成功案例，该条例已经云南省人大常委会批准通过，泸沽湖位于云南省丽江市宁蒗县和四川省凉山州盐源县交界区域，为了共同保护泸沽湖，云南省丽江市《条例》起草班子多次赴宁蒗实地调研听取意见、反复论证研究，还专门征求四川省凉山州和盐源县人民政府的意见，把川滇两省共治共管共建泸沽湖体现到立法环节，《条例》明确要求丽江市、宁蒗县人民政府应当与凉山州、盐源县人民政府协商建立泸沽湖保护协调机制，构建泸沽湖共同保护治理工作格局，维护泸沽湖生态环境。与此同时，四川省凉山州的泸沽湖保护条例也正在修订之中，可以预见通过两地的协同立法能够对泸沽湖起到更好的保护作用。参见蒋朝晖：《云南首次实践区域协同立法 推动形成川滇共同保护管理泸沽湖新格局》，载《中国环境报》2020 年 1 月 3 日，第 8 版。

我们也不能坐等法律修改或者中央授权，错失区域社会经济发展的良机。改革和发展都有一个机遇问题，不能等到法治完备了再进行改革，只要这种改革符合宪法的精神即可，并不一定要求每一项改革都必须有直接的法律依据，应该通过解释和论证，在实践中去发展和完善法治。[41]同时，在法律没有修改的情况下，应该容许地方开展积极法制探索，对于区域协同立法而言，地方对于地方公共事务更为熟悉和了解，因而通过各区域自行协商解决更为合适，我们应该尊重和肯定地方的先行探索、试错精神，只有在地方无力解决的时候，上级机关才能进行干预，对于因为地方探索中出现的失误或者偏差，可以予以免责或者减轻责任，这样才能有效激发地方的积极性，这也正是辅助性原则的重要体现。在人类学家格尔茨看来，“法律为一种对特定地方的特定事物赋予特定的意义。”[42]因而特定区域的人大及其常委会对所在区域的立法事项更为熟悉和了解，通过区域协同立法的形式进行解决，也是法律对社会生活具有建设性作用的重要体现。以区域协同立法的形式探索推动地方法治和区域法治的发展，待时机成熟再提请法律修改，这是我国法治发展完善的一条重要途径。

（二）全国人大应尽快修改《立法法》，及时肯定区域协同立法成果

辅助性原则还有一层含义，即可以把中央立法对地方立法的授权看成为上级干预原则的积极行使。基于辅助性原则的要求，决策的制定实施主要用以保证更好地和更有效地实现目标，换句话说，只有在下级机构不能有效地履行某一特定职能时，上级当局才会进行干预。[43]在辅助性原则看来，承认中央政府或上级政府对下级政府或基层政府干预的合理性，但是中央政府或上级政府对下级政府或基层政府的干预必须满足一定的条件，而不能任意、过度地干预地方事务。上级政府的干预必须满足必要性条件，按照欧盟实践，欧盟在处理成员国事务时，必须满足在欧盟和成员国共享事务中，只有在成员国无法令人满意地实现采取的行动目标，并且在这种情况下共同体能够很好地完成目标，共同体才能采取行动。有学者详细概括欧盟干涉的具体标准：第一，通过成员国的行动，提案的跨国性方面是否得到有效的管控；第二，缺乏共同体的行动，将与条约的要求相冲突或者严重损害成员国的利益；第三，相比于成员国的单独行动而言，联盟的行动因其规模或效果而产生明显的益处。[44]从这一概括中我们可以看出，只有在成员国无法完成行动目标时，欧盟才能采取行动，而且行动能够产生较好的收益，这就是所谓上级干预必须满足充分性条件。上级干预必须满足充分性条件这一要求对我们处理中央立法和地方立法之间关系问题具有十分重要的启发意义。区域协同立法本身无法完成合法性依据的证成，只有通过中央立法机关的及时干预，也就是对于区域协同立法进行积极的肯

---

[41] 参见叶必丰：《区域经济一体化的法律治理》，载《中国社会科学》2012 年第 8 期，第 129-130 页。

[42] [美]克利福德·格尔茨：《地方知识——阐释人类学论文集》，杨德睿译，商务印书馆 2014 年版，第 268-269 页。

[43] See Anna Zielinska-Glebocka, Subsidiarity and Local Government in the European Union, The Polish Quarterly of International Affairs, Vol.7:35(1998).

[44] See Barbara Guastaferro, Coupling National Identity with Subsidiarity Concerns in National Parliaments' Reasoned Opinions, Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol.21:324(2014).

定和支持，才能使区域协同立法摆脱合法性困境，为此全国人大需要尽快修改《立法法》，增加区域协同立法的相关内容，从而赋予区域协同立法以合法性地位。

有学者指出，由于我国在区域协同立法领域尚属空白，因此，在区域合作推进过程中必须同步推进立法建设，明确区域合作的法律地位，健全与区域合作相配套的法律法规。由于《立法法》是调整我国立法制度的根本性法律，区域协同立法涉及到地方横向立法权的协调与配合问题，依据法治国家的基本原理，由全国人大修改《立法法》将是一种更好的解决方式。全国人大不妨模仿《立法法》第 81 条的规定，在《立法法》第四章地方性法规部分增加一条，涉及两个以上省级行政区或市级行政区的事项，需要制定地方性法规的，上述区域内同级人大及其常委会之间可以协同制定地方性法规。这样区域协同立法的合法性困境就会迎刃而解。还有学者认为，也可以由全国人大常委会作出专门授权，采用授权立法的形式赋予区域协同立法以合法性，笔者认为，根据《立法法》规定，所谓授权立法是指全国人大常委会专门授权国务院根据实际需要先行制定行政法规的行为，行政法规主要职能是规范行政机关的行政管理行为，而区域协同立法的立法主体主要是地方立法机关，如果要规范地方立法机关的立法行为还是以全国人大及其常委会制定法律为好。但是由于全国人大需要统领全国范围的立法工作，要求其就区域协同立法事项专门修改《立法法》，仍具有一定难度。另外，自区域协同立法从理论构想变成立法现实以来，我们就期望《立法法》予以规定，一直没有得到实现。拉兹指出，“缓慢的改革步伐与立法程序妨碍了法律修改，即使大多数人已经认识到法律的缺陷。”[45]十八届四中全会也强调，实现立法和改革决策相衔接，做到重大改革于法有据、立法主动适应改革和经济社会发展需要。这里重大改革于法有据和立法主动适应改革和社会经济发展需要是两种平行的手段，共同实现立法和改革相衔接的目的，我们不能一味强调改革于法有据，实在没有法律依据的情况，我们也要强调立法主动适应改革和社会发展的需要，也就是为了满足改革和社会发展的需要，需要积极立法或者修改法律，以达到于法有据和适应社会经济发展的目的。因而，当区域协同立法面临着合法性困境，且地方无法自身完成合法性证成时，中央应该尽快启动干预措施，通过修改立法法的形式，赋予区域协同立法以合法性，以立法促进改革，引领改革，保障区域社会经济发展。

（三）通过法律解释的形式赋予区域协同立法以合法性地位

根据辅助性原则的要求，上级政府在进行干预过程中，还需要满足比例原则，即采取的行动措施或手段应与预期的目的平衡，也就是在上级进行干预时，可以有多种手段进行选择时，必须选择能给成员国、下级政府或个人最大限度自由的一种行动或举措，这就是比例原则的基本要求。在欧盟实践中，比例原则的目的在于限制共同体的行动，不能超出实现目标所必需的范围，比例原则在保护个人自由和成员国利益方面具有十分重要的作用。[46]如果说辅助性原则提供了共同体行动的必要性，比例原则可以看成为共

[45] [英]约瑟夫·拉兹：《法律的权威》，朱峰译，法律出版社 2005 年版，第 27 页。

[46] See Mădălina Cocoşatu, Principles of Subsidiarity and Proportionality at European Union Level, as Expression of National

同体行动提供了一种标准。将比例原则放到区域协同立法合法性困境的破解问题上来看，也就是需要中央立法机关进行积极干预，但是中央立法的干预具有多种途径，能够通过直接修改《立法法》赋予其合法性自然是最为有效的途径，但是未必符合比例原则，考虑到《立法法》刚刚修改完成，再次贸然修改，给人以朝令夕改的感觉，有损法律的权威性和稳定性。因而根据比例原则要求，采用最低成本的方式达致满足合法性要求的目的自然是最好的，为此，全国人大常委会不妨通过法律解释的形式，赋予区域协同立法以合法性依据，这也是区域协同立法获得合法性的重要途径之一。

全国人大常委会对宪法和法律进行解释也是一项重要的立法活动，是所解释法律的重要组成部分。全国人大常委会的立法解释是完善和发展立法的重要途径，可以在不改变立法原意的前提下，赋予法律条文新的含义，以适应社会生活发展变化的需要。就区域协同立法的解释而言，首先应该考虑宪法的规定，“和其他法律一样，宪法作为成文法也是一种语言创造，也需要解释。”[47]《宪法》第 3 条规定，中央和地方的国家机构职权的划分，遵循在中央的统一领导下，充分发挥地方的主动性、积极性的原则。这一规定是地方立法充分发挥主动性积极性的重要宪法依据。作为地方立法发挥积极性作用的重要体现，区域协同立法也属于地方立法的范畴，通过区域内部不同人大之间进行适当的协作，共同制定地方性法规，以便适应区域一体化的需求，这是地方立法权行使过程中的积极性制度建构，是地方立法权发挥积极性主动性的重要体现，不仅没有违反宪法，而且充分贯彻了上述宪法原则，是应该鼓励的行为，而不能仅仅指出其宪法没有规定就简单地进行否定，只要符合宪法的精神和原则即可。

对于《立法法》而言，《立法法》第 72 条规定，省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会根据本行政区域的具体情况和实际需要，在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下，可以制定地方性法规。这里面省级人大及其常委会享有地方性法规的制定权，前提是不同宪法、法律、行政法规相抵触，不抵触是地方立法需要坚持的一项重要原则。一般而言，地方立法都是根据宪法和已有的上位法来制定的，一切形式的立法，在内容上都不得与正在生效的上位法相抵触，这是实现法治的必要条件。[48]对于区域协同立法合法性而言，最大的问题是宪法、立法法里面没有进行规定，也就是说中央立法对于区域内部各地方人大之间能否进行协同立法，既没有说不行，也没有明确的授权，那么享有立法权的行政区域之间进行协同立法是否与上位法相抵触呢？这实在是一个很难回答的问题。根据全国人大法工委负责人的解释，对于专属立法之外的事项，考虑到国家处于改革时期，中央立法不能一步到位的，地方可以先行立法，在总结实践经验后，再上升为中央立法。[49]合法性审查主要是审查下位法与上位法是否抵触，所谓“抵触”，标准之一就是对于上位法没有明确规定，但是与上位法的立法目的和立法精神相

Interests, Acta Universitatis Danubius, Vol.8:32(2012).

[47] [德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 236 页。

[48] 参见江国华：《立法：理想与变革》，山东人民出版社 2007 年版，第 192-193 页。

[49] 参见乔晓阳主编：《中华人民共和国立法法导读与释义》，中国民主法制出版社 2015 年版，第 243 页。

反的立法。[50]也就是说对于专属立法权之外的事项，中央立法没有规定，也是可以允许地方先行立法的，不能一概指责其与上位法相抵触，关键要看其立法目的是否与上位法立法目的相一致。“不相抵触”不应当是宪法、法律、行政法规没有作出某项规定，地方性法规便一概不能就此事作出规定的意思。否则地方立法就无从属与自主两重性可言，就不能解决不宜由中央立法解决或中央立法暂时不能解决的问题。[51]对于区域协同立法而言，按照辅助性原则的要求，通过运用法律解释赋予其合法性地位，全国人大常委会不妨通过对《宪法》中两个积极性原则和《立法法》中不抵触原则进行解释，作为协同立法结果的法律文本只要不与宪法、法律、行政法规的立法精神相抵触，同时又不属于中央专属立法权事项即可视为具有合法性。

四、结论

作为我国地方立法领域新概念的区域协同立法，由于现行《宪法》《立法法》缺乏相应的规定，导致区域协同立法时刻面临着合法性困境，这给立法实践和法学界带来了诸多困惑。在立法实践中，一些地方囿于中央立法缺乏明确的规定而处于徘徊和观望状态，使得现有区域协同立法活动大多停留在立法合作协议的签署，立法信息、立法项目、立法程序的沟通和交流上，真正的区域协同立法成果较少，中央国家机关对于区域协同立法是否具有合法性亦有不同意见，法学界对区域协同立法合法性和非法性争论相持不下。由于合法性不足容易导致地方立法权的滥用和地方保护主义再次强化，违反权力限制的法治原则。在探寻区域协同立法合法性困境的出路上，我们不妨借鉴辅助性原则理论。基于辅助性原则的基本理论，首先，我们需要尊重和肯定地方的首创精神，允许部分区域的协同立法试点探索活动；其次，中央应该尽快启动干预措施，通过修改《立法法》赋予区域协同立法以合法性；最后，在上级干预措施的选择上，也可以基于比例原则要求，采用法律解释的形式赋予区域协同立法以合法性，这样既可以节省立法资源，同时又维护了法律的稳定性和权威性。通过上述措施，我们期望区域协同立法早日摆脱合法性困境，以便更好地服务于跨区域事务处理和区域一体化进程。

---

[50] 参见全国人大常委会法制工作委员会国家法室编：《中华人民共和国立法法释义》，法律出版社 2015 年版，第 303 页。

[51] 参见周旺生：《立法学》，法律出版社 2009 年版，第 283-284 页。

个人信息权作为新兴权利之法理反思与证成

钱继磊[1]

【摘 要】近年来，大数据互联网等新技术的迅猛发展使得关于个人信息问题的讨论日益成为我国法学界关注的新热点。而学者多将个人信息权为新兴权利视为一个概念、观点或结论来提出和使用。在法理学界，个人信息权为新兴权利似乎成为既定事实或学术共识，缺乏在反思的基础上对个人信息权是否以及为何为新兴权利这一命题的学理讨论与理论证成。这首先需要讨论的是个人信息及其与权利的问题，即个人信息与权利之间相勾连的逻辑及其背后的学理，即个人信息进入到权利的正当性问题。接下来，需要阐明的是个人信息权何以成为新兴权利问题，包括新兴权利及其判断标准、个人信息权作为权利的新兴性特征、个人信息权作为新兴权利之利益内容的特殊性及个人信息权作为新兴权利之意志导向的特殊性。最后，从作为新兴权利的个人信息权的学理证成与限定、作为新兴权利个人信息权的权利构构造以及作为新兴权利个人信息权几个层面就个人信息权作为新兴权利的证成作进一步的法理阐释。

【关键词】个人信息权；新兴权利；法理

一、问题的提出

近年来，大数据互联网等新技术的迅猛发展给我们的社会生活带来诸多便利，但同时也带来诸多新问题。由此，关于个人信息问题的讨论日益成为法学界关注的新热点[2]。通过对既有研究文献梳理分析可知，目前我国法学界对个人信息的研究多集中在部门法领域。详言之，其主要围绕着如下问题展开的：个人信息是权利还是法益？是私法属性权利还是公法属性权利抑或是宪法层面权利？个人信息权的保护模式如何选择？个人信息权在保护与规制间如何平衡？等等。

在我国，对于个人信息保护这一论题尤以民商法学界学者最为关注。在笔者看来，这并非说明个人信息保护论题自身就属于私法属性，仅属于私法领域问题，而主要是与当下我国正在进行的民法典编纂这一重大立法活动不无关系。已经颁行实施的《民法总则》第 111 条就对个人信息保护问题作了相关规定，此法并未将个人信息明确认定为一项权利[3]。也正是由此，才在民法学界引起了诸多论争。就既有研究看，有学者提出本

---

[1]**作者简介**：钱继磊（1975—），男，山东郓城人，法学博士、博士后，齐鲁工业大学政法学院副教授，主要研究旨趣：法理学基本理论、新兴权利、法文化学等。课题项目：山东省社会科学规划优势项目“新时代中国法理学范畴及其体系研究”（19BYSJ04）。

[2] 以中国知网为例，选择“个人信息”作为篇名，仅选取具有代表性的 CSSCI 收录期刊，按年度搜索结果为：1993 年之前并无这方面的论文，直到 2007 年才达到 10 篇，2008 年为 11 篇，2009 年为 19 篇。而到 2010 年就突然上升至 36 篇，2015 年更是高达 51 篇。2016 年为 52 篇，2017 年为 60 篇。在 2018 年则首次突破 100 篇，高达 108 篇。2019 年截止 8 月底，就已达 76 篇。另外，这一点亦可由国内十二家知名学术期刊共同举办的“新兴权利与法治中国”学术研讨会的日益增长的学术影响力得到证实。迄今为止，该学术研讨会已连续成功举办了六届。

[3] 我国《民法总则》第 111 条规定：“自然人的个人信息受法律保护。任何组织和个人需要获取他人个人信息的，并

规定只是“为自然人的个人信息保护提供了法律依据”的法益[4]，或者认为是具有隐私本质的个人人格利益[5]。但多数学者认为，个人信息权应当属于权利而非法益，只不过对其具体属于何种性质和类型的权利存有不同看法而已。譬如，有学者就认为，“应当认定《民法总则》第 111 条规定的个人信息，就是规定的自然人享有的具体人格权之一，即个人信息权”[6]；也有学者认为，它属于应被确认并归入到人格权法保护的新型权利类型[7]；还有学者以知识产权为参照，对个人信息权作为民事权利给予较为详尽的理论证成[8]；另有学者从个人信息保护的适妥与有效视角提出“权利保护模式更适合我国立法及司法现实”，个人信息权作为一项人格权可以嵌入到我国人格权规范体系中[9]。

这些研究对于如何在我国民法典中设计和规定个人信息相关条文无疑具有重要参考意义。但从个人信息保护本身角度，如果仅仅将这一论题限定于民法领域无疑是值得商榷的。由此，有学者似乎意识到了这一点并试图克服此方面的不足。譬如，有学者就个人信息法律保护的个体主义立场之不足，提出了“消费者法化”路径，以期在激发个人信息私法保护活力的同时，通过公法框架进行风险规制更好地保护个人信息[10]；也有学者对个人数据信息私权保护给予更猛烈的批判，提出了作为公共物品的个人信息观，认为对个人信息进行治理的法律性质应是公法而不是私法，进行治理的目的是为了公共利益和公共安全进而促进个人数据信息的自由共享[11]。另有学者则对个人信息进行类型化处理，分为敏感信息和非敏感信息，以更有效更精准地对其进行保护[12]。

在刑法学界，早在 2008 年就有学者就个人信息权刑法保护问题如何立法和完善给予关注和讨论[13]，其他学者也试图从刑法视角就如何对其保护展开不少研究，尤其是“侵犯个人信息罪”入刑之后[14]。有学者从法益视角就个人信息的刑法规制与保护间如何权衡问

确保信息安全，不得非法收集、使用、加工、传输他人个人信息，不得非法买卖、提供或者公开他人个人信息”。

[4] 王利明主编的《中华人民共和国民法总则详解》认为，“本条（即第 111 条）只是规定了个人信息应当受到法律保护，而没有使用个人信息权这一表述，表明民法总则并没有讲个人信息作为一项具体人格权利，但本条为自然人的个人信息保护提供了法律依据”。不过，在他以前的表述中，他认为，个人信息权即是一项独立的民事权利，同时也是一项人格权。分别参见王利明主编：《中华人民共和国民法总则详解》，中国法制出版社 2017 年版，第 465 页；王利明：《论个人信息权在人格权法中的地位》《苏州大学学报》（哲学社会科学版），2012 年第 6 期。

[5] 房绍坤、曹相见：《论个人信息人格利益的隐私本质》《法制与社会发展》，2019 年第 4 期。

[6] 杨立新：《个人信息：法益抑或民事权利——对<民法总则>第 111 条规定的“个人信息”之解读》《法学论坛》，2018 年第 1 期。持此观点的还有，齐爱民、李仪：《论利益平衡视野下的个人信息权制度——在人格利益与信息自由之间》《法学评论》，2011 年第 3 期；张里安、韩旭至：《大数据时代下个人信息的私法属性》《法学论坛》，2016 年第 3 期；杨惟欣：《价值维度中个人信息权模式考察》《法学论坛》，2016 年第 4 期；叶名怡：《论个人信息权的基本范畴》《清华法学》，2018 年第 5 期。

[7] 许娟：《个人信息权对人格法生长的续造功能》《苏州大学学报》（哲学社会科学版），2019 年第 3 期；李伟民：《“个人信息权”性质之辩与立法模式研究》《上海师范大学学报》（哲学社会科学版），2018 年第 3 期；于志刚：《“公民个人信息”的权利属性与刑法保护思路》《浙江社会科学》，2017 年第 10 期。

[8] 吕炳斌：《个人信息权作为民事权利之证成：以知识产权为参照》《中国法学》，2019 年第 4 期。

[9] 王成：《个人信息民法保护的模式选择》《中国社会科学》，2019 年第 6 期。

[10] 丁晓东：《个人信息私法保护的困境与出路》《法学研究》，2018 年第 6 期。

[11] 吴伟光：《大数据技术下个人数据信息私权保护论批判》《政治与法律》，2016 年第 7 期。

[12] 阳雪雁：《论个人信息的界定，分类及其流通体系——兼评<民法总则>第 111 条》《东方法学》，2019 年第 4 期；田野、张晨辉：《敏感个人信息的法律保护》《河南社会科学》，2019 年第 7 期。

[13] 吴允锋：《个人身份信息刑法保护的是与非》《法学》，2008 年第 2 期；刘宪权、方晋晔：《个人信息权刑法保护的立法与完善》《华东政法大学学报》，2009 年第 3 期。

[14] 2009 年通过并实施的我国《刑法修正案七》第七条，在刑法第二百五十三条后增加了一条，作为第二百五十三条

题展开[15]；也有学者从语义维度和价值维度通过对个人信息类型化处理，以就刑法对个人信息保护之限度进行更深入的分析阐释[16]；还有学者着重就如何为公民个人信息提供安全保护问题展开研讨[17]；也有不少学者从教义刑法学角度，针对“侵犯公民个人信息罪”的入罪标准，“违反国家有关规定”、“情节严重”的认定等方面进行讨论[18]。总的来看，既有研究成果丰硕，但囿于研究维度，刑法学界并未就在新科技时代个人信息自身新兴权利属性之法理证成进行专门讨论。

在我国，对个人信息权的一般学理属性的关注，本应该是在法理学界，但这一问题并未引起法理学者的足够重视，实际研究的并不多。在我国法理学界，2010 年发表的“个人信息权的法哲学论纲”一文较早从法哲学角度——即从劳动论、人格论、激励论和马克思主义哲学等角度对个人信息权从学理上给予关注和证成[19]。然而，这种试图多角度的论证看似充分，实质却游利于个人信息权自身之外，并未从逻辑上对其自身展开深入法理探讨。近年来法理学研究要么是从法理融贯与立法比较角度关注侵害个人信息权的法律责任[20]，要么从社会系统论视域对个人信息权及其类型化来讨论[21]，要么着重关注数据经济时代如何对个人信息权的法律制度建构问题[22]，等等。而其他研究，譬如或从利益平衡视角就个人信息权制度在人格利益与信息自由之间如何平衡进行讨论[23]，或以“控制权”为束点和视角对个人信息权的权利结构进行研讨[24]，或试图从价值内涵的角度对个人信息的权利属性进行分析[25]，或着重从规范性角度从个人信息类型学基础上对个人信息权基本范畴进行研究[26]等，看似是对个人信息权的学理讨论，实际上依然是民法等部门法学框架下的思考。由此，法理学者并未就个人信息是如何与权利在学理上勾连起来

之一：“国家机关或者金融、电信、交通、教育、医疗等单位的工作人员，违法国家规定，将本单位在履行职责或者提供服务过程中获得的公民个人信息，出售或者非法提供给他人，情节严重的，处三年以下尤其徒刑或者拘役，并处或者单处罚金”。2015 年颁行实施的《刑法修正案九》第十七条，又将刑法第二百五十三条之一修改为：“违反国家有关规定，向他人出售或者提供公民个人信息，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节特别严重的，并处罚金”。“违法国家有关规定，将在履行职责或者提供服务过程中获得的公民个人信息，出售或者提供给他人的，依照前款的规定从重处罚。”

[15] 凌萍萍、焦治：《侵犯公民个人信息罪的刑法法益重析》《苏州大学学报》（哲学社会科学学报），2017 年第 6 期；高楚男：《刑法视野下公民个人信息法益重析及范围扩充》《中国刑事法杂志》，2019 年第 2 期；张勇：《个人信用信息法益及刑法保护：以互联网征信为视角》《东方法学》，2019 年第 1 期；于冲：《侵犯公民个人信息罪中“公民个人信息”的法益属性与入罪边界》《政治与法律》，2018 年第 4 期；敬力嘉：《大数据环境下侵犯公民个人信息罪法益的应然转向》《法学评论》，2018 年第 3 期。

[16] 陈璐：《个人信息刑法保护之界限研究》《河南大学学报》（社会科学版），2018 年第 3 期；马啸、狄小华：《公民个人信息刑法保护界限问题研究》《江海学刊》，2019 年第 2 期。

[17] 赵连庆：《公民个人信息安全的刑法保护——以电信网络诈骗案件频发为视角》《学习与探索》，2017 年第 9 期。

[18] 参见石聚航：《侵犯公民个人信息罪“情节严重”的法理重述》《中国法学》，2018 年第 2 期等。

[19] 张莉：《个人信息权的法哲学论纲》《河北法学》，2010 年第 2 期。

[20] 高志明：《侵害个人信息权的法律责任：法理融贯与立法比较》《大连理工大学学报》（社会科学版），2019 年第 1 期。

[21] 洪玮铭、姜战军：《社会系统论视域下的个人信息权及其类型化》《江西社会科学》，2019 年第 8 期。

[22] 冯艳艳：《数据经济时代下的个人信息权构建》《广西社会科学》，2019 年第 8 期。

[23] 齐爱民、李仪：《论利益平衡视野下的个人信息权制度——在人格利益与信息自由之间》《法学评论》，2011 年第 3 期。

[24] 刁胜先：《论个人信息权的权利结构——以“控制权”为束点和视角》《北京理工大学学报》（哲学社会科学版），2011 年第 3 期。

[25] 杨惟欣：《价值维度中的个人信息权属模式考察——以利益属性分析切入》《法学评论》，2016 年第 4 期。

[26] 叶名怡：《论个人信息权的基本范畴》《清华法学》，2018 年第 5 期。

的这一前提性法理问题来作深入探讨，也没有关注到就个人信息权作为一种新兴权利的个殊性及其特殊的权利界限等。而法理学界更多是将个人信息权作为一个既定概念、观点或结论来看待，个人信息权作为新兴权利似乎成了既定事实或学术共识，缺乏对个人信息与权利两者间的法理关系的问题化思考。这一点从诸多法理学者对新兴权利的综述性研究就可得以证实。[27]进言之，法理学界也并未就个人信息权作为新兴权利这一命题认真思考和证成，缺乏在反思的基础上对个人信息权是否以及为何成为新兴权利这一命题的学理讨论与证成。

由此，不论是部门法学界，还是法理学界，都缺乏对个人信息权作为新兴权利这一前提性命题的深入反思和讨论。而只有将这一问题连根拔起，才能在学理上为这一命题的证立提供充分逻辑和坚实的理论基础，才能使得部门法维度下的个人信息权及其保护等相关问题具有更深厚的理论支撑和方向引领。本文将试图从法理的视角就进入到权利的个人信息，个人信息权何以成为新兴权利以及作为新兴权利的个人信息权属性等方面进行学理探究和阐释。

二、个人信息如何与权利相勾连

在证成个人信息权如何作为新兴权利之前，首先需要讨论的是个人信息及其与权利的关系问题，即个人信息是如何与权利相勾连的，或者说，为何个人信息成为了权利。其背后的学理问题是，个人信息进入到权利的正当性问题。

（一）进入到法律保护的个人信息

从当前国内外立法情况看，个人信息已被诸多国家纳入立法保护。在我国，《民法总则》第 111 条就规定了“自然人的个人信息受法律保护”，《刑法修正案（九）》第十七条也规定了“侵犯公民个人信息罪”，还有《网络安全法》等其他法律都涉及到了个人信息保护问题。在国外，不论是欧盟及欧洲国家的统一保护模式还是以美国为代表的分散式保护模式，不论是通过隐私权、人格权还是独立权利途径，不论是称为数据保护还是信息保护，都体现了对个人信息予以法律保护的理念和实践。然而，对于个人信息往往或对既有法律文本的直接接收，或是限于某部门法自身维度，反而对进入到法律权利保护意义的个人信息本身的学理讨论并不多。[28]

目前，学界对于个人信息的理解，主要是基于网络技术等高科技的发展，强调个人信息的“可识别性”。[29]其实，人类对个人信息的保护要久远的多，因为只要承认对人自

---

[27] 近几年来，我国法理学届对于将个人信息梳理为新兴权利的研究文献主要有：魏治勋：《新兴权利研究述评——以 2012-2013 年 CSSCI 期刊相关论文为分析对象》《理论探索》，2014 年第 5 期；白利寅：《论科技进步与治理转型中的新兴（新型）权利——以相关研究的论述为视角》《东方法学》，2017 年第 4 期；魏治勋、张新语：《“新兴（新型）权利”研究的最新进展——以首届“新兴（新型）权利与法治中国”研讨会入选论文为分析对象》《东北师范大学学报》（哲学社会科学版），2018 年第 1 期；侯学宾、郑智航：《新兴权利研究的理论提升与未来关注》《求是学刊》，2018 年第 3 期。

[28] 对于专门讨论个人信息权法理的文献，参见张莉：《个人信息权的法哲学论纲》，《河北法学》2010 年第 2 期。

[29] 参见于志刚：《“公民个人信息”的权利属性与刑法保护思路》，《浙江社会科学》2017 年第 10 期；李伟民：《“个人信息权”性质之辩与立法模式研究》，《上海师范大学学报》（哲学社会科学版），2018 年第 3 期；叶名怡：《论个人信

身作为主体和目的予以尊重和保护，就会涉及到对人自身的有关信息的保护，比如姓名、肖像、身份等。只不过随着时代变迁，进入保护的人之信息范围逐渐扩大。早在十七世纪初的西方，普鲁士、奥地利、萨克逊等民法就对姓名权作了一般规定。关于肖像权，法国通过判例较早予以确认，但直到 1896 年，德国学者克思奈出版的《肖像权论》才首先提出了完整的法律保护理论。美国对个人信息的保护理念则主要体现在隐私权上，首先由布兰蒂斯和华伦于 1890 年提出。然而近年来，社会结构及分工日益复杂，人们的活动范围日益扩大，社会角色也日益多元，加之网络技术等高新科技等迅猛发展，这些共同导致了信息爆炸，使得人的信息安全问题日益严峻，也使得个人信息受到侵害可能成为普遍而严重的问题，从而这才进入到需要法律提供专门保护的视野。这就是“大道废，有仁义；智慧出，有大伪；六亲不和，有慈孝”[30]之义。可以说，目前进入到法律保护的个人信息范围宽泛而开放，至少包括姓名、出生日期、身份证件号码、个人生物识别信息、住址、电话号码、行动痕迹、就医及健康记录，等等。这些范围广泛的个人信息之间也差别很大。譬如，有些是较为私密性信息，这些往往也被视为隐私权保护范围，而有些则是相对松散的一般信息，如活动轨迹、消费记录等；有些属于个人自决范围的信息，而有些则属于本人无法自决却存在潜在风险可能的信息，如基因编辑；有些属于积极性信息，而有些则属于消极性信息，后者如基因不知情。看似通过“可识别性”能够成为进入法律保护的个人信息判断尺度，然而由于信息日益积累及识别技术自身的快速提高，识别自身也是动态的，还存在着再识别难题，由此导致可识别标准自身也存在着模糊性。[31]

可见，个人信息自身如此宽泛与复杂，因而对于哪些个人信息应进入法律保护与否，并非仅仅依靠可识别标准就能一劳永逸解决，还必须通过其何以进入法律保护的内在正当性理据及其新兴性来进行理论阐释。

(二）个人信息保护应当成为权利的正当性理据

从形式上看，对个人信息作为权利给予尊重和保护的客体是信息，然而其所强调和依凭的则依然离不开自近现代以来形成的对人自身及人性的尊重。因为如果离开了这个根本理论基础，就不可能找到对个人信息予以尊重和保护的更有说服力的正当性理据。这种建立在对人及人性的承认及平等尊重，为近现代权利本位的正当性提供了法哲学根基，即康德所说的，“人是自身目的，不是工具”[32]。由此，一方面应平等尊重和保护每个人的尊严，另一方面则是对“主体人的自由意志”[33]的强调。然而，人不仅是原子式的个人，还是生活于社会中的社会人。由此，仅强调个人正当性并非永恒、绝对，且对人

息权的基本范畴》，《清华法学》2018 年第 5 期。

[30] 《道德经》第 18 章。

[31] 对于识别与再识别的难题，参见齐爱民、张哲：《识别与再识别：个人信息的概念界定与立法选择》，《重庆大学学报》（社会科学版）2018 年第 2 期，第 119-130 页。

[32] [德]伊曼努尔·康德：《实践理性批判》，韩水法译，商务印书馆 2003 年版，第 95 页。

[33] [德]伊曼努尔·康德：《法的形而上学原理》，沈叔平译，商务印书馆 1995 年版，第 65 页。

之自由的正当性阐释还建立在每个人时刻都是“理性人”之假设上，由此有学者提出了个人自由的边界，或止于“伤害别人”，或止于“公共善”。然而，这些对个人的限定多是在个人自由、自决上具有正当性，而对于人格尊严的平等尊重和保护层面则就显得苍白无力。这是因为，如果对人格尊严的尊重与保护进行限制，则可能是人之为人的最低限度无法得到遵守，从而可能使得有些人偏离了自身的目的性而异化为工具。

然而，如何确保人之尊严得到平等的尊重和保障以使得人的自由不被肆意剥夺呢？人类经验告诉我们，通过权利义务的设置是最有效的方式。因为人的尊严也好，自由也罢，其自身如同软体动物，无法提供有效而公平的自我保护，而权利则恰似这一软体动物的坚硬外壳，法律通过权利义务调整机制，使其有了得以保障的可能性。由此，罗斯科·庞德说道，“自十六世纪以来，法律已成为社会控制的最高手段了 ”[34]。“无救济，无权利”这一古老法谚，其实也从另一个角度告诉我们“无权利，无救济”，即只有通过成为权利才可能得到更有效而规范的尊重、救济与保障。如果说正当、应得，利益构成权利的基本要素，那么人之尊严和自由则为权利提供更深层次的法哲学理据。

就个人信息保护，在我国民法学界存在对我国《民法总则》第 111 条的个人信息保护的是“法益”还是“民事权利”之争[35]。由上可知，只要着眼于对个人信息提供切实保护，则唯将其创设为权利才更有效。这样才与个人信息所依凭的平等尊重和保障人之尊严及自由的法理相契合，体现对人自身作为目的的价值尊重。也只有如此才可能使其得到更可行和有效的救济。此外，对个人信息作为权利的保护之法理正当性也不可能离开上述的权利自身的法哲学，即基于对人之尊严和自由的平等尊重和保护。不过，有学者认为，权利理念所依凭这两个法理基础在个人信息权上具体体现的“人格利益”和“信息自由”，而这两者之间存在着冲突，因而需要利益平衡。[36]然而需指出的是，即便两者存在冲突，更多是在实在法层面，若从价值位次来看，如前所述，首先应以对人之尊严的平等尊重和保护为目的，其次才应是对人之自由的保护。简言之，在一般法理上，“人格利益”应优于“信息自由”。

当然，仅从个人信息之所以需要通过法律上的权利创设予以保护的根本正当性理据建立在对人自身之尊严的尊重和保护还是不够的，尽管这一法理正当性具有根本性和元点性。然而，如果从价值位阶角度，在个人信息作为权利进入到法律视域并需要付诸于实践时，应当面对的是多个价值间的权衡与抉择。因为人类文明的进步、人自身尊严的保障还需要其他价值的支撑，比如平等、自由、秩序、安全乃至效率等。也正是基于此，才有学者从法经济学、利益论、控制论等角度对这一问题进行理解和阐释。当然，其他传统权利也会面临诸如此类的问题。但个人信息权因其独特性而导致在上述诸价值权衡

---

[34] [美]罗斯科·庞德：《通过法律的社会控制》，沈宗灵译，商务印书馆 1984 年版，第 11 页。

[35] 详见杨立新：《个人信息：法益抑或民事权利——对《民法总则》第 111 条规定之“个人信息”之解读》，《法学论坛》2018 年第 1 期，第 34-45 页。

[36] 参见齐爱民、李仪：《论利益平衡视野下的个人信息权制度——在人格利益与信息自由之间》，《法学评论》2011 年第 3 期，第 37-44 页。

时增添更多复杂性。譬如，当面临新冠病毒肺炎之类的这种突发事件时，不论是个人信息中的敏感信息还是非敏感信息是否应该、如何以及多大程度范围内进行披露呢？这就如何在公共安全与个人权利之间权衡中面临诸多棘手问题。[37]由此，在此情形下，对于个人信息权不论是从民法视域、刑法视域还是行政法乃至宪法视域，不论是控制论还是利益论，都不能很好理解和诠释个人信息权在当下新科技时代作为新兴权利所具有的特殊性。对于这一问题，笔者将在下文中还将更详尽地表述，于此不赘。

三、个人信息权何以成为新兴权利

（一）新兴权利及其判断标准

在我国，新兴权利概念由姚建宗较早提出并使用。之后关于新兴权利的研究日益成为包括法理学和部门法学界在内的诸多学者关注的新热点。[38]不过，值得注意的是，部门法学者所关注的多是其法定权利下对某项具体权能的展开及其立法、司法层面的技术操作问题，并不着重关注新兴权利理论本身。而法理学者除了对新兴权利研究进行梳理、综述或述评外，真正对新兴权利本身进行证成和阐释的也并不是太多。[39]由此，我们仍需就新兴权利这一概念本身进行简要理论阐释与证成。如果新兴权利仅是个描述层面的松散概念，那么其理论统摄力和解释力就可能大打折扣，于是有学者试图从内在理由、外在理由、内在伦理、习惯基础等层面对新兴权利的标准、甄别、认定等进行讨论，一方面是为了提供新兴权利的理论解释力和实践指导力，另一方面也是对权利泛化忧思给予某种回应。

然而，这些对新兴权利的种种证成并非针对新兴权利，而更多是针对何以成为新兴权利的某项具体权利或权能的认定标准。对于新兴权利的理解还应回到这一概念本身，即新兴权利的“新兴”和“权利”两个基本组成部分上，其中“权利”是中心词，“新兴”是修饰词。也就是说，权利是新兴权利的上位概念，两者是包含与被包含关系。这意味着，权利不仅包含新兴权利，还应包含非新兴权利，新兴权利只是权利的组成部分。换言之，如果要证成新兴权利，应包含两个层次上的问题。一方面是新兴权利应与其他已被称为权利的那些非新兴权利拥有共同的理论基础和最低限度的特征，这是新兴权利的共识性一面。另一方面，新兴权利还应当有其个殊性，拥有与其他非新兴权利所不同的方面。简言之，新兴权利应是在继承既有权利基础上的创造、拓展、深化等，其与作为非新兴

---

[37] 2020 年 1 月底，在我国湖北省武汉市突然爆发了新型冠状病毒性肺炎，其传染性和传播速度在传染病史上也比较少见，尽管武汉市采取“封城”措施，但是依然很快成为全国性突发卫生事件，甚至影响了一些其他国家地区。由此，在个人信息权利保护与公共安全维护之间如何适当权衡成为了最需要思考的问题之一。

[38] 对中国知网搜索，截至到 2019 年 2 月 14 日， 篇名中包含“新兴权利”的文章至少有 40 余篇；若再加上与之相近的“新型权利”，则超过了 100 篇。

[39] 讨论新兴权利理论文献主要有：姚建宗：《新兴权利论纲》，《法制与社会发展》2010 年第 2 期；姚建宗、方芳：《新兴权利研究的几个问题》，《苏州大学学报》（哲学社会科学版）2015 年第 3 期；谢晖：《论新型权利生成的习惯基础》，《法商研究》2015 年第 1 期；刘小平：《新兴权利的证成及其基础——以“安宁死亡权”为个案的分析》；周赟：《新兴权利的逻辑基础》，《江汉论坛》2017 年第 5 期；王方玉：《权利的内在伦理解析——基于新兴权利引发权利泛化现象的反思》，《法商研究》2018 年第 4 期。

权利的传统权利具有一定的理论连续性、特征共享性等。

不过，需指出的是，新兴权利与权利、义务、法律等类似，其并非客观存在的事实，而首先是人们理论创设的产物，至多是在此基础上形成一种“作为特殊类型的制度事实”[40]。那么为何新兴权利进入学界视野并引起日益广泛关注呢？这是因为，从根本上讲，包括新兴权利在内的权利、义务等概念的创设是人们针对其所生活的时代与社会所出现的问题而形成的智慧性应对，是一种“生存性智慧。也即卡尔·马克思所言的某个特定时空下的社会基本矛盾以及主要矛盾的产物”[41]。当社会处于大变革、大发展、大转型时期，新的矛盾、新问题、新现象就会比较多，自然过去的权利、义务等理论与制度就更可能会对其缺乏有效回应，新兴权利及其义务理论乃至制度安排就更具有了可能性和必要性。也就是说，只要承认人类社会生活的变动不居，就不可避免地创设出新的权利、义务概念及其制度安排来。由此，从某种意义上讲，权利发展史即是“‘新兴权利’不断展现、不断为人们了解和熟悉并加以生活实践从而‘隐去’其‘新’，同时另一些‘新兴’权利一个又一个相继连续‘现身’从而又开起一个又一个同样的‘去’‘新’并羽化成熟为法律权利的过程”[42]。另外，也正是面对不断出现的新现象、新问题，人们的权利意识和思维也在不断地发生变化。这种变化的途径与其说是对新权利的不断的建构，毋宁说是人们建立在理性反思上长期试错的结果，由此不断推进着人类文明的进程。由此，尽管某些学者对权利话语滥用、权利泛化之忧思值得警醒。但这并非意味着对新兴权利的讨论和研究的拒斥，反而说明更需对其进行理性而审慎地深入探讨。

由于权利本身被学者在不同层面、不同维度被使用，从而导致了权利概念的模糊性与歧义性。这也自然会影响到新兴权利：用其或指应然层面的道德权利乃至习惯权利，或指法定层面的权利束或权利池，或意指司法操作层面的某项具体权能。也正是基于此，学界往往将其作为一个松散的概念。然而，这并非意味着新兴权利本身就成了不证自明的常识。若想证成新兴权利就应首先对其基本学理进行一般性的论证，其次才能进入到作为新兴权利所涵摄的具体权利的讨论。否则这一问题就成了无本之木、无源之水。而对新兴权利的基本理论研究不仅应从其内在正当性阐释它与权利理论的契合，而且还应从外部的必要性与可能性阐释其与社会的紧密关系。在此意义上，新兴权利理论不仅是一种具体的知识，还可能表现为我们认识和分析新问题、新现象的一种新范式。这种新范式不仅是对过去“权利本位范式”的继承，而且是对后者的创新和发展。“权利本位范式”更多是在静态的更为宏观意义上来使用的，而新兴权利则体现了权利范式自身的动态性、开放性与特定时空性。[43]

---

[40] [英]麦考密克、[捷]魏因贝格尔：《制度法论》，周叶谦译，中国政法大学出版社 1994 年版，第 163 页。

[41] “生存性智慧”是由已故我国著名学者邓正来先生在对中国市民研究进行思考提出来的理论模式。笔者在此借用其这一概念，同时认为这一理论不仅能解释中国市民社会结构，而且是人类社会具有普遍性解释意义。参见邓正来：《“生存性智慧”——对中国市民社会研究既有理论模式的检视》《吉林大学学报》，2011 年第 2 期。

[42] 姚建宗：《新兴权利论纲》，《法制与社会发展》2010 年第 2 期，第 4-5 页。

[43] “权利本位范式”最早由张文显在借鉴托马斯·库恩的科学哲学概念基础上，针对“阶级斗争范式”而创造性提出的，用来表征中国法学界的一种新的理论模型、框架、思维方式、理解现实的体系以及科学共同体的某种共识。参见张

在此基础上才可进入到对作为新兴权利的某项具体权利的讨论与阐释。而对于作为某项权利束或具体权利的证成，则除了应符合新兴权利一般标准外，还应当阐释其更为详尽的个殊性特征，此外针对其权利之新兴个殊性，以为提出更为有效的制度保障提供学理支持。

需要补充说明的是，学者使用“新兴权利”“新型权利”的不同概念问题。从语义看，“新兴”主要强调的是新出现、新兴起和勃兴之义，更具整体性、抽象性和一般性；而“新型”则除了强调这层涵义外，还强调类别上的界分，即“新的种类、类型”。如前说述，权利不论是在一般学理层面还是具体权能层面，两者并非完全无涉，具有密切的内在关联，不可割裂。对新权利的讨论应当首先从学理上深入系统讨论与阐释，其次才能谈到某项具体权利的新兴性与个殊性问题。由此，新兴权利更具概括性与统摄性，而新型权利则是新兴权利的类型化体现，表现得更具体些。简言之，在学理上新兴权利包涵了新型权利，而反之则不然。由此，笔者认为，从基本法理维度，新兴权利更具一般性、统摄性和解释力。

可以说，权利的更迭史就是不断由新兴权利逐渐成为传统权利，然后又有新兴权利不断涌现的历程。既然如此，那么新兴权利与一般权利或非新兴权利之间必定存在着密切关联。

（二）个人信息权作为权利的新兴性

上面讨论了个人信息作为权利提供法理上正当性理据。但这只能为个人信息作为权利提供基础的一般性理据。然而若要证成个人信息权为新兴权利所涵摄，则还应当阐释其应具有的新兴属性。

首先，个人信息权的新兴性基于我们所处的当下社会的新兴性。由于网络技术等新科技迅猛发展，生活在现代社会的人们“时空分离”、“脱域现象”[44]日益严重。这使得原本依附个人自我并被其控制的个人信息更容易脱离权利主体并可能由此造成不可知的风险或不利后果。另一方面，这种新科技社会不但使人们能够产生远多于过去时代的新信息，而且还使得过去原本无法识别、收集、控制、传输的大量个人信息成为了可控性的对象。如果说历史无法指引未来，那么过去关于个人信息的权利理论及制度安排要么根本无法应对这样一个新社会，要么使得对过去个人信息权的制度运行成本变得异常高昂。

其次，个人信息权的新兴性还体现在其动态性与开放性上。由于个人信息因新科技迅猛发展及人们生活方式的重大变化而不断增加，导致个人信息权所涵摄的范围也在不断扩大，而且还不得不处于一种动态的开放状态。譬如，在以前人们传统的面对面交易记录并没有进入权利保护的迫切需求和必要，然而随着网上交易的日常化、普遍化，人

文显：《法哲学范畴研究》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 367-408 页。

[44] 此处借用了美国社会学家吉登斯的概念。此处用“时空分离”、“脱域”意指生活在当前网络社会中的大多数人，其构成生活基础的时间与地点并非如以前一样联系在一起，而是行为、时间、空间产生了虚化和分离。参见[英]吉登斯：《现代性的后果》，田禾译，译林出版社 2000 年版，第 14-18 页。

们的日常交易及其个人相关信息如姓名、住址、联系方式等会留下痕迹并被收集、储存、传输、支配等。这就导致了个人信息容易受到侵害并因而具有了权利保护的必要性。再如，随着医学生物技术的发展，人们的生物信息的认识、识别、控制能力也迅速提高。在以前，人类对于基因为何物尚不清楚，而今对基因的识别、编辑技术已相当成熟。这导致人的基因信息可能会受到前所未有的侵害或处于未知的风险中，因而具有了权利保护的必要。另一方面，就个人信息权的某一具体权利而言，这也使得如何和对其甄别和认定也处于动态变化之中。再以人的基因为例，刚开始人们只是对基因具有了识别能力，能够通过基因识别出某个人的社会关系等。然而随着技术进步，人们不仅可识别基因且还可进行基因编辑，这意味着对基因的权利保护诉求应从其不可识别扩大到了不可编辑修改。

最后，个人信息权的新兴性还应体现其独立的个殊性上。尽管某权利的独立性未必是其新兴性的充要条件，但至少是必要条件。也就是说，既有的传统权利不具有涵涉它的适当性或可行性。就个人信息权属性而言，目前民法学界有财产权说、一般人格权说、物权说、隐私权说、基本权利说等观点。[45]不过，如前所述，其基本法理依然承续了传统权利的那种人之尊严和自由平等尊重和保护的正当性依据。然而传统的权利体系却无法完全将其涵摄其中。况且在不同的权利体系中，基于法律传统等因素，某一项具体权利的界定也并非完全一致，如美国对隐私权进行了广义界定，意指所有对一切个人信息的控制[46]，而通常所说的隐私权则强调保护的是与人最密切、最私密、不愿为人所知的那部分信息。也正是基于此，多数学者认为，个人信息权是与隐私权等相较具有独立个殊性的权利。[47]尽管本文对学者们就个人信息权的独立个殊性给出的理据并非完全认可，但这至少表明，有一点已得到学界较普遍认可，即个人信息权具有其独立的个殊性。而这种独立个殊性则为个人信息权作为新兴权利提供了另一种必要条件。

（三）个人信息权作为新兴权利之利益论及其内容的特殊性

通常认为，是否进入到法律领域调整首先看是否具有利益性。个人信息之所以应当通过新兴权利的创设来予以保护，也由其利益内容的特殊性。通俗地讲，利益就是好处。《牛津法律大词典》将利益解释为，“个人或个人集团寻求得到满足和保护的权利请求要求愿望或需求，利益是由个人、集团或整个社会的、道德的、宗教的、政治的、经济的以及其他方面的观点而创造的”。美国法学家罗斯科·庞德就认为，法律的目的即正义[48]。在他那里，把人们之间的矛盾和冲突减小到最低限度，使之达到最大程度的统一即正义。而法律需要通过“正确地划定引起矛盾和冲突的各种利益的合理界限，协调它们之间的

---

[45] 叶名怡：《论个人信息权的基本范畴》，《清华法学》2018 年第 5 期，第 145-156 页。

[46] Adam Carlyle Brecknridge.The Right to Privacy.Nebraska:University of Nebraska Press,1970:1.

[47] 参见王利明：《论个人信息权的法律保护——以个人信息权与隐私权的界分为中心》，《现代法学》2013 年第 3 期；杨立新：《个人信息：法益抑或民事权利——对《民法总则》第 111 条规定之“个人信息”之解读》，《法学论坛》2018 年第 1 期。

[48] 参见[美]罗斯科·庞德：《法理学》（第一卷），邓正来译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 367-372 页。2019 年第 5 期。

关系，解决它们之间的冲突”[49]才能实现其这一目的。因此他花费大量篇幅阐释利益，将其划分为三类 11 种。[50]由此，对于法律之权利与利益的关系多受学者关注。这体现在个人信息权上也是如此，如民法学界对个人信息法律保护的法益（或利益）说与民事权利说之争[51]，刑法学界对侵犯公民个人信息罪的刑法法益之剖析阐释[52]。

需要指出的是，关于利益与权利之间所作的区别分析，部门法学多认为两者对被保护客体的程度、明确性等存在差异，前者要弱于后者，因此应当对“个人信息权进行权利化保护有其必要性”[53]。这一观点无疑是值得肯定的。不过，就本文论旨而言，笔者是从一般法理学视角来展开讨论的，即利益对权利所具有的正当性阐释理据。若从这个角度，与其他既有权利相比，个人信息权所涉及的利益内容的确具有特殊性。譬如，与隐私权相比，个人信息权涉及到隐私权内容，但后者又无法涵盖其全部，因而它应是超越隐私权的一项权利。因为个人信息权不仅具有类似于隐私权的人格属性而且还具有一定的信息财产价值属性乃至未来后代人公共安全的多重属性。又如，与如著作权那种兼具人格属性和财产属性的知识产权相比，知识产权是权利人经过创造性劳动获得的结果且需要积极作为方式才可能获得。显然个人信息权并不具有这一特性，且比前者的范围要宽泛的多，有的是与生俱来的生物识别属性，有的则是人的生活轨迹的自动留痕等。

由此，传统既有权利的利益内容已经无法适应和诠释个人信息权。这是因为，个人信息权所关涉的不仅仅是一般意义上的利益，更不是那种成本受益考量下的算计式利益论的产物，其背后还关涉到的且更为实质的是一种消极意义上的自由安全理念，即“免于恐惧的自由”[54]，其次才能涉及到积极自由层面的权利，即物质财产价值方面的利益。可见，之所以通过权利创设对个人信息予以保护，是因为个人信息权背后的利益法理具有独特的复杂性和复合性。显然，既有权利的利益内容已无法为个人信息权充分的理论支撑了。

（四）个人信息权作为新兴权利之意志导向的特殊性

从西方权利史看，权利是人破除神权至上并作为世俗和自我的主体出现才后才有的概念，是人成为大写的人之后的产物。由此，权利的主体应当是人，其实质是对人之自由意志的平等尊重和保障。反言之，权利应当是个人自由意志的体现。不过，对于何为

---

[49] 严存生：《西方法律思想史》，法律出版社 2015 年版，第 263 页。

[50] 详见[美]罗斯科·庞德：《法理学》。廖德宇译，法律出版社 2007 年版，第三卷第十四章。

[51] 如杨立新：《个人信息：法益抑或民事权利——对《民法总则》第 111 条规定之“个人信息”之解读》，《法学论坛》2018 年第 1 期。

[52] 如凌萍萍、焦冶：《侵犯公民个人信息罪的刑法法益重析》《苏州大学学报》（哲学社会科学版），2017 年第 6 期；刘艳红：《侵犯公民个人信息罪法益：个人法益及新型权利之确证》《中国刑事法杂志》，2019 年第 5 期等。

[53] 吕炳斌：《个人信息权作为民事权利之证成：以知识产权为参照》，《中国法学》，2019 年第 4 期，第 44-65 页。

[54] “免于恐惧”这一概念来自以赛亚·柏林，是指一种确定自身安全的心理感受。“免于恐惧的自由”则由二战时期美国总统罗斯福提出，他当时提出了四大自由，即“言论自由、信仰自由、免于匮乏的自由和免于恐惧的自由”。不过此文所说的“恐惧”与他们的并非完全一致。原来所说的“恐惧”，多是从政治层面讲的，即免于来自公权力对个人消极自由的侵害所带来的不安全。而本文则是指免于来自因互联网、大数据等新科技浪潮而使个人信息置于一种不安全之中，它可能来自于公权力，也可能自于企业及其他个人的私权利，同时这种不安全不仅仅是针对现实中的个人，还可能针对未来的后代人。

自由，在法哲学中有不同的理解和阐述，有人认为自由是“没有阻却的状态”[55]，也有人认为，“处在社会中的人的自由，就是除经人们同意在国家内所建立的立法权以外，不受任何意志的统辖或任何法律的约束”[56]， 还有人认为，社会自由（即政治自由）“的关键在于人们有安全，或者人们认为自己享有安全”[57]，因此“在一个有法律的社会里，自由仅仅是：一个人能够做他应该做的事，而不被强迫去做他不应该做的事”[58]。如果说前一种自由意味着无政府式的无所不能，而最后一种则是对自由进行了界定和类分，即后来所说的积极性自由和消极性自由[59]。

若从自由价值层面看，传统的既有权利要么植根于积极自由，要么植根于消极自由。前者属于通过积极作为来行使的权利类型，后者属于通过消极的不作为来享有的权利类型。换言之，前者是通过自我自由意志导向的实现而达致对权利的行使，后者是则不需要这种自我自由意志的导向而是仅凭无意志导向即可达致。而对于个人信息权，权利主体的这种自我自由意志导向具有双重属性，难以明确区分是积极的自我自由意志导向还是消极的无意志导向，因为个人信息权兼具人之尊严与安全属性又在适当限度下具有物质利益属性及其可交易性。前者体现了其消极自由性，后者则体现了其积极自由性。甚至个人信息权还涉及到了未来的后代人的消极性权利，使后代人面临未知的风险，也失去了可选择的自由。

四、作为新兴权利的个人信息权

（一）作为新兴权利的个人信息权的学理证成与限定

由上可知，个人信息权不仅具有符合一般权利的属性，而且还表现出自身的新兴性特征。不过，如果将个人信息权为新兴权利作为一个命题，还需更进一步的阐释与证成。

首先，作为新兴权利意义上的个人信息权并非仅限定于教义法学意义上的某个具体权利，而是整体视角下的系统权利理论体系。这不仅具有本体论意义，还具有方法论意义。我们知道，权利理论体系是至少包含应有权利、法定权利和实际有权利在内的权利理论体系。其中应有权利最为根本和基础，为后两类权利提供学理基础，解决其正当性问题。也就是说，如果没有前者的正当性学理基础，后两种权利只是建立在流沙之上，成了无源之水、无本之木。从这一点上讲，一项新兴权利之所以可以归属于权利池，最能提供充分学理且最根本依据的只能是正义[60]，而并非教义法学视角下所强调的具有功利主义色彩的利益或法益[61]。从法理角度，正义与利益或法益并非等同关系：从正义的

---

[55] [英]霍布斯：《利维坦》，黎思复等译，商务印书馆 1985 年版，第 206 页。
[56] [英]洛克《政府论》（下篇），叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆 1996 年版，第 16 页。
[57] [法]孟德斯鸠：《论法的精神》（上册），张雁深译，商务印书馆 1982 年版，第 156 页。
[58] [法]孟德斯鸠：《论法的精神》（上册），张雁深译，商务印书馆 1982 年版，第 156 页。
[59] 参见[英]以赛亚·柏林：《自由四论》，胡传胜译，译林出版社 2003 年版。
[60] 对于正义作为法理学基石范畴的讨论和阐释，参见钱继磊：《迈向法理时代的中国法学——兼与徐爱国教授商榷》《法学评论》，2018 年第 1 期。
[61] 有学者认为，新兴（新型）权利的证明标准首先是“正当利益”，部门法学者则多强调“法益”。分别参见雷磊：《新兴（新型）权利的证明标准》《法学论坛》，2019 年第 3 期；高楚男：《刑法视野下公民个人信息法益重析及范围扩充》

价值核心看，利益并非正义最内核的价值，而外化为权利的正义往往最突出表现为自我意志选择本身；从正义所涵括的价值范围看，正义除了利益还可能是自由等其他价值。对于个人信息权，也同样应是应然权利、法定权利与实在权利的系统化权利理论，且其处于不断动态变化之中。这就要求我们不能仅从司法解释适用角度、部门法学的教义法角度对新兴权利进行讨论，而应从更基本也更根本的法理维度对个人信息权在应然层面上具有的新兴权利的诸多基本理论进行持续研究与探讨，始终保持一种动态的开放的思维状态，进而探讨应然权利法定化的可能性与必要性，为个人信息权相关问题的结果提供更深层次的解释力和解决性智慧。

其次，对个人信息权的理论研究和制度安排都不应离开平等尊重和保障人的尊严这一基本理念和精神。个人信息权不应只是或主要是财产权或物权，个人信息不是可与人分离的那种一般法律意义上的物，而是人自身的组成部分，具有人的主体属性。如果偏离了这一点，则个人信息权就不再植根于对人之尊严的尊重与保护这一底线，进而这种权利就可能被异化。当然，由于正义是包括平等、自由、秩序乃至效率在内的价值体系[62]，而其间因可能的冲突如何位阶抉择时，通常采取经济学的“短板原理”[63]，即最需要什么，就什么置于优先位置。但是，就个人信息而言，我们应当针对敏感信息或一般信息做出区别性对待。敏感信息涉及到人的核心，是人权理论在新科技时代的具体体现，关涉到人的尊严，应当坚持一种消极自由保障的理念对其给与保护，不宜强调个人信息的经济性功能和个人信息权的物权属性，而应认为是人作为基本权利主体自身的不可或缺的组成部分。对于这类敏感信息，宜以保护个人信息尊严及安全为首要价值选择加之以权利主体意思自决为辅，尤其对于其中类似于生物识别信息且关涉到他人乃至群体生物信息安全的敏感信息——如基因信息等，权利主体的意思自决应当得到适当限制，以保守的态度避免不可逆的风险的发生。[64]对于非敏感的一般个人信息，则可以权利主体意思自决原则为主，即在坚持个人自由原则的同时，适当考虑个人信息的物权和经济属性，充分协调个人信息尊严与信息自由，使信息安全与信息利益得到平衡。

再次，如同近现代权利理论，尽管权利本位是其鲜明特色和普遍共识，但权利并非近现代法治的全部和惟一。作为一种理性法律人的近现代理论之产物，权利是建立在对自己权利享有和行使之后果承担具有清醒认识这一前设之上的。也就是说，作为个人自由之保护性外壳的权利，是权利主体的理性自由的选择，其在享有和行使某一权利时，也应当为其自己的选择结果承担责任。另外，由于近现代权利理论还建立在权利主体平

《中国刑事法杂志》，2019 年第 2 期；张勇：《个人信用信息法益及刑法保护：以互联网征信为视角》《东方法学》，2019 年第 1 期。

[62] 参见[美]E·博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 1998 年版，第 251-295 页。

[63] 该理论是由美国管理学家彼得提出的，是说一只木桶能盛多少水，并不取决于最长的那块木板，而是取决于最短的那块木板，因此也称为“短板效应”、“木桶原理”、“木桶效应”等。

[64] 笔者曾从代际权利视角对人类基因信息编辑事件进行了讨论，提出了一种相对保守的观点，以确保人类基因信息的安全。参见钱继磊：《论作为新兴权利的代际权利——从人类基因编辑事件切入》《政治与法律》，2019 年第 5 期。

等原则之上，这还意味着，权利主体在享有和行使某一权利时，其他人也同样是权利主体，也与其平等地享有和行使此项权利。该权利主体负有对其他人享有和行使该项权利的尊重之义务。由此，在通常状态下，权利同时也意味着并伴随着义务和责任。既然个人信息权属于新兴权利，那么其权利主体自然也遵循和分享着这种对义务于责任的履行和承担。也就是说，个人对其信息权的享有和行使并非没有边际，而且与传统权利相比，由于个人信息权的新兴特性，这种边界和限制以及由此产生的义务和责任更加凸显。这需要我们高度重视。

最后，若从部门法学看，正是由于个人信息权的这种整体性、系统性特征，我们对于个人信息全的制度安排也应当是从宪法到独立专门立法再到其他法律相关内容构成的体系化的权利体系。如前所述，尽管多数学者认为，个人信息权应是民法意义上的私权，然而如果个人信息权被认定为私权是远远不够的。个人信息权不仅要保护来自私人的侵害，还应防御来自公共权力的侵害。个人信息权利保护的现实性诉求正是由于网络信息技术等高新科技的迅猛发展给人的信息安全及利益带来前所未有的危险所致。这种现实不仅使得普通个人与信息技术控制者之间产生技术与话语间严重不对称，而且也使得普通个人与公权力拥有者之间的不对称性更加明显。因此，认定个人信息权为私权属性存在偏颇，仅仅依靠私法救济也不可能为其提供全面有效的法律保护。

（二）个人信息的权利构造

如果仅从抽象的一般学理讨论个人信息权显得过于抽象，也无法对这种新兴权利有清晰的认识。由此，如若使个人信息权作为新兴权利得到认可，那么就应该对其权利构造进行分析阐释。我们知道，从部门法学尤其是民法学角度，一项权利应该有其个殊性的权利主体、权利客体以及权利内容。但是，如前所述，由于本文更多是从一般法理学角度展开的讨论，由此与部门法学的权利构造理论并非完全一致。

第一，个人信息权所保护的权利主体。与其他传统权利类似，个人信息权的权利主体只能是人，这是由权利自身的人本属性决定的。不过，与其他权利类型相比，个人信息权的权利主体更具有普遍性，具有基本人权属性。也就是说，个人信息权的权利主体包括所有人。因而可以说，这种权利主体具有基本人权属性。详言之，这意味着，在个人信息权保护面前人人平等，每个人的个人信息都应平等地得到法律保护，个人信息权的权利主体不因性别、年龄、民族、种族、财产、国别、职业、财产、宗教信仰等而被排斥在外。这大致类似于“对于人和公民不可或缺、不可取代、不可转让的、持久稳定的、具有母体性和普遍性的权利”[65]。

如果仅是这样，并未体现出个人信息权的特殊性。个人信息权所具有的与这种基本人权不一样的自我特性在于：一是这种权利并非完全不可转让，而兼有适当限度的可转让性，如非敏感类信息的可交易性等，因而它才可能具有财产属性。由此，个人信息权

[65] 张文显主编：《法理学》，高等教育出版社 2018 年版，第 347 页。

的权利主体极为复杂，具有私权公权的多重属性、基本人权与特殊类型权利的双重特性。二是传统人权主体仅仅涵盖具有独立生命的人，而个人信息权的权利主体还可能涉及到了并未出生的后代人。以“人类基因编辑事件”为例，基因编辑行为所涉及到的婴儿在还来到这个世界之前，其基因信息被人为改变这一事实就已经发生且被公开，甚至其未来后代都无法选择地面临这个问题。[66]这是传统权利所未遇到的。由此，有学者已经意识到类似生物科技（如基因信息技术）发展对传统人权理论带来重大挑战，认为它可导致“人的‘主体性’的再造”[67]。曾有法理学者对人权发展历程进行代际界分，如自由权、生存权和环境权划分观[68]，自由权本位人权、生存权本位人权、发展权本位人权乃至和谐人权划分观[69]，等。然而，新科技给人类信息保护带来的新挑战，使得既有人权的划分都无法涵盖这类个人信息权。因此在某种意义上讲，个人信息权可能成为一种新型人权。

第二，个人信息权所保护的权利客体。权利客体，即法律权利所指向、影响和作用的对象，通常包括物、智力成果、行为及信息等。[70]显然，个人信息权所保护的权利客体就是个人信息。一般意义上的信息，多指有价值的情报或资讯，如矿产情报、产业情报、国家机密、商业秘密和个人隐私信息等。这些信息的权利主体并非仅指自然人个人，还包括国家、企业等集体性概念。而以国家、企业为权利主体的信息与以自然人个人为权利主体的信息两者之间实质上存在本质性差异。因为前者这种集体性权利主体不可能涉及到人格尊严等基本权利属性。而对于后者，如前所述，随着个人信息被识别、搜集、存储、传输、转让及使用等变得日益广泛和便利，对个人信息的侵犯正成为严重威胁个人安全、人格及物质利益的重要领域。

对于个人信息如何成为权利客体这一问题，有学者进行了较为详细的总结和阐释，将作为基本权利客体的个人信息分为防御性信息权利和控制性信息权利，同时对个人信息作为基本权利客体进行了反思和批判，认为这种观点的要害在于过于强调个体主义权利而忽略了个人信息的公共性价值，即个人信息对于共同体具有信息流通的价值，且也未充分考虑信息隐私保护的公共性背景或社群背景。[71]然而，在本文看来，之所以对个人信息作为基本权利客体产生质疑，是因为作者只是将个人信息权利客体的两种价值属性中的公共性价值视为信息流通价值，却忽略了个人信息还具有一种对于未来后代人风险防御的公共安全价值。后者这种公共性价值涉及到的是当代人与后代人权利的权衡问题。由此，尽管个人信息因其自身复杂性而具有多重价值属性，但这并非构成否定个人

---

[66] 笔者曾就“人类基因编辑行为”对权利的挑战和影响进行过详细讨论，认为这是一种具有代际属性的新兴权利。详见钱继磊：《论作为新兴权利的代际权利——从人类基因编辑事件切入》，《政治与法律》，2019 年第 5 期，第 81-95 页。

[67] 陈姿含：《人的“主体性”再造——基因信息技术发展对传统人权理论的重大挑战》，《中共中央党校学报》，2018 年第 3 期，第 121 页；齐延平：《生物科技对人权的新挑战》，《人权》，2013 年第 3 期，第 41-43 页。

[68] 徐祥民：《环境权论——人权发展历史分期的视角》，《中国社会科学》，2004 年第 4 期，第 125 页。

[69] 参见徐显明：《和谐权：第四代人权》，《人权》，2006 年第 2 期，第 30-32 页；齐延平：《和谐人权：中国精神与人权文化的互济》，《法学家》，2007 年第 2 期，第 27-35 页。

[70] 参见张文显主编：《法理学》，高等教育出版社 2018 年版，第 157-159 页。

[71] 丁晓东：《个人信息的双重属性与行为主义规制》，《法学家》2020 年第 1 期。

信息作为权利客体的理由，而是恰恰揭示了个人信息作为权利客体的复杂性与特殊性。由此，个人信息无法被过去传统的权利客体所含括，它作为个人信息权的权利客体具有显著的个殊性。

第三，个人信息权的权利内容的独特性。在现代社会，人们认为“权利本位”是现代法基本理念。同样，个人信息权的最基本目的就是为个人信息提供权利性保障。由此，个人信息权的权利内容就是享有、行使与个人信息相关的系列权利。本文认为，概言之，个人信息权的权利内容至少包括权利主体对个人信息的所有、安宁、行使、转让以及程序上的救济等权利。具体而言，所谓权利主体对个人信息的所有权，是指未经权利主体知情并同意，不得被识别、收集、存储、传输或使用等；所谓个人信息安宁权，即对于某些特定个人信息的不被打扰的消极性权利，如基因不知情权等；所谓个人信息行使权，意指权利主体对其个人信息的自我使用的积极性权利，也包括对非经本人知情并同意的个人信息的认可或申请删除、更正、编辑等权利；而权利主体的个人信息转让权，即权利主体对其个人信息允许或拒绝他人使用或在转让的权利。

需要特别指出是，个人信息权作为特殊、复杂的新兴权利，其权利的界限值得我们注意和探讨。在现代社会，我们普遍认可权利本位，也在一般意义上认可权利与义务之间的对等性，认为两者不能完全割裂。这一点对于个人信息权表现的尤为突出。个人信息权一方面关涉到权利主体的人之尊严的基本权利，另一方面，也往往涉及到其个人信息对公共安全或秩序乃至未来的后代人带来的可能风险或危害。譬如，当遇到类似于新冠病毒性肺炎这样突发公共卫生事件或出现人类基因编辑事件等情形时。因此，对于个人信息权进行适当规制或限制就显得非常重要，这就涉及到个人信息权的权利界限问题。也就是说，与既有权利类似，个人信息权的权利界止于个人间的平等性自由的享有。不过除此之外，它还应止于将社会群体乃至人类置于未来未知的严重风险，也应当止于公共安全和秩序受到严重威胁的实际需求。对于前者，比如人类基因编辑，即便是被编辑人知情并同意此行为，但这种权利行为也应当被禁止，因为这可能给人类基因安全带来集体的未知风险。[72]对于后者而言，有诸多问题都更值得我们深入思考和研究。譬如，在满足何种条件才能构成对个人信息权停止保护的正当情形？通过何种方式或程序来行使这种限制？如何贯彻对个人信息权予以限制的最低限度及比例等原则？是否应对个人信息权中止保护时有告知义务？是否以及如何因对个人信息权限制不当造成的过度伤害或损失的救济程序？等等。这些因为，“越是到最吃劲的时候，越要坚持依法防控”[73]。

---

[72] 对于这一问题的详细讨论，参见钱继磊：《论作为新兴权利的代际权利——从人类基因编辑事件切入》《政治与法律》，2019 年第 5 期，第 81-95 页。

[73] 习近平总书记在 2 月 5 日下午主持召开的中央全面依法治国委员会第三次会议并发表重要讲话，转于新华网评：《越是到最吃劲的时候，越要坚持依法防控》，http://www.chinalaw.gov.cn/news/content/2020-02/06/xxtt_3240921.html，2020-02-13 最后访问。

余论

随着新兴科技发展愈加迅猛，对个人信息予以专门的权利保护只能越来越必要和紧迫。然而，因个人信息的动态性与复杂性等特征而使得个人信息权的权利客体、内容等处于变动之中。但个人信息权作为新兴权利则具有正当性依据和逻辑基础。这种权利的新兴性使得我们须对个人信息权从应有、法定和实有作为一个整体就其基本理论、制度设计与法律实践等进行系统讨论和阐释。这也就决定了对本论题相关研究的长期性、动态性、开放性。而如何从一般法理视角来反思、证成和阐释这一新兴权利则是首先需要解决的前提性问题。不过，本文与其说是尝试对个人信息权的新兴权利属性理论与逻辑证成，不如说是为学界提供研究个人信息权的一种思维方式和批评的样本。因为对个人信息权等问题研究将永远在路上。

论全国人大常委会的基本法律修改权

李店标 [1]

【摘 要】全国人大常委会的基本法律修改权最初来源于全国人大的授权决议，由现行宪法所正式确立，在《立法法》上予以重述。该权力经历了从无到有、从授权到职权、从赋权到限权的演进过程，主要原因在于全国人大立法能力不足、全国人大常委会修法优势明显、宪法约束机制作为保障和全国人大常委会修法风险防范。该权力面临“部分”“补充和修改”“不得同该法律的基本原则相抵触”表述的模糊配置困境，也存在修改时机、修改幅度、修改频度方面的行使失范现象。学界关于该权力优化的废权说、释权说、限权说和扩权说等观点，在不同层面都存在着局限性。根据该权力定位上的从属性、文本上的依附性、功能上的补充性和约束上的有限性特点，构建出二阶次拆分和四环节递进相结合的“控制说”规范方案。

【关键词】全国人大常委会；立法；基本法律；修改权；控权说

随着我国法律体系的不断完善，法律修改在立法工作中逐渐被放到更加突出的位置，并在 2000 年首次实现了法律修改的数量超过法律制定的数量。[2]根据现行宪法（以下简称宪法）和《立法法》的规定，全国人大与全国人大常委会共同分享基本法律修改权。全国人大常委会的此项权力最初来源于全国人大的授权决议，由现行宪法所正式确立，在《立法法》上予以重述，并在实践中广泛运用。事实上，该权力是我国国家立法权的重要组成部分，也在法治建设进程中发挥了重要保障作用。但长期以来，不少人对该权力的配置和运行持有批评态度，并提出诸多观点各异的优化方案。基于此，本文对全国人大常委会法律修改权的演进逻辑、配置困境、行使失范和理论纷争进行分析，并以此为基础建构该权力的规范方案。

一、全国人大常委会基本法律修改权的演进逻辑

我国立法体制最早确立于 1954 年宪法，即全国人大是唯一立法机关，全国人大常委会只能解释法律和制定法令。但由于当时全国人大立法任务的繁重和立法能力的不足，在 1954 年宪法实施不久就无法满足法律修改的需要。1959 年 4 月 28 日的第二届全国人大一次会议通过授权决议，明确全国人大常委会有权对“法律”加以修改，但应在全国人大闭会期间，根据情况发展和工作需要进行，而且未明确“法律”修改的原则和程序问题。1975 年宪法和 1978 年宪法对这一问题并未提及， 1982 年宪法则明确了全国人大常委

---

[1] 作者简介：李店标（1983—），男，安徽濉溪人，黑龙江省社会科学院法学研究所副研究员，法学博士，从事立法学研究。基金项目：中国法学会部级法学研究一般课题项目“依法立法视野下授权立法的控制研究”（CLS（2018）C38）。

[2] 沈春耀、许安标主编：《大智立法：新中国成立 70 年立法历程》，法律出版社 2019 年版，第 354 页。

会有权对“基本法律”进行修改。由“法律”修改权到“基本法律”修改权的变化，主要源于宪法关于法律类型的二元划分。根据宪法第 62 条和第 67 条的规定，全国人大与全国人大常委会制定的法律分别名为“基本法律”和“其他法律”，全国人大常委会不仅有权修改自己制定“其他法律”，而且有权在特定情形下修改全国人大制定的“基本法律”。这一特定情形为：“在全国人民代表大会闭会期间，对全国人民代表大会制定的法律进行部分补充和修改，但是不得同该法律的基本原则相抵触”。宪法历经五次修正均未改变这一内容，而且在 2000 年出台的《立法法》第 7 条第 3 款予以了重述。

从宏观上看，该权力的产生是特定历史时期国家法制建设和立法工作的需求，也是宪法对最高国家权力机关进行组织和权力改造的结果。[3]从微观上看，该权力产生的原因包括全国人大常委会是全国人大的常设机关、全国人大的立法能力有限、社会快速发展导致修法效率需求增加等。[4]上述分析均具有一定的历史和现实合理性，也符合我国立法体制发展的基本规律。笔者认为，全国人大常委会的基本法律修改权经历了从无到有、从授权到职权、从赋权到控权的过程，而这一演进逻辑的形成主要基于四点原因：

1.全国人大立法能力不足。笔者赞同的观点是，全国人大常委会基本法律修改权产生的首要原因在于全国人大的立法能力不足，即全国人大人数多、会期短、议程多、代表兼职，不可能经常和有效地对其制定的法律都进行修改。[5]以会期为例，第五至十二届全国人大的每届会期分别为 63、85、83、71、59、56、53、56 天，每届会次为 5 次；全国人大常委会的每届会期分别为 147、258、205、205、167、158、133、160 天，每届会次分别为 27、25、31、30、32、32、31、33 次。多年来，不断有学者呼吁提升全国人大的立法能力，提出“延长会议时间”“缩小代表规模”“提高专职程度”等建议，但由于相关改革涉及国家组织结构、权力体系和立法体制等重大问题而未能实现。

2.全国人大常委会修法优势明显。1982 年 4 月 22 日的宪法修改草案说明指出，扩大全国人大常委会职权的在于其委员来源广泛、人数比较适当、经常开会比较方便，有助于更好发挥最高国家权力机关的作用。有学者也指出，全国人大常委会较为充足的时间、比较适合的规模、委员的专职化和高素质等立法优势，有助于就立法问题进行深入交流和讨论。[6]事实上，我国国家立法权在宪法配置上由 1954 年的一元主体到 1982 年的二元主体，实现了民主与效率的结合，是立法体制改造的重要举措和重大成就。尽管全国人大在基本法律修改方面具有地位优先和民主优势，但结合全国人大常委会的组织特点进行相应赋权，则彰显了基本法律修改方面的科学和效率优势。

3.宪法约束机制作为保障。还有一个重要原因就是，宪法为全国人大常委会基本法律修改权设置了约束机制，即通过条件限制和结果监督来保障该权力规范行使。一方面，明确了三个条件限制，即“闭会期间”“部分补充和修改”和“不得同该法律的基本原则相抵

[3] 徐向华主编：《新时期中国立法反思》，学林出版社 2004 年版，第 331 页。
[4] 全国人大常委会法制工作委员会国家法室编：《中华人民共和国立法法释义》，法律出版社 2015 年版，第 37-38 页。
[5] 易有禄：《全国人大常委会基本法律修改权行使的实证分析》，载《清华法学》2014 年第 5 期，第 124 页。
[6] 封丽霞：《中央与地方立法关系法治化研究》，北京大学出版社 2008 年版，第 401-402 页。

触”的自律要求；另一方面，明确了两种监督手段，即不适当的决定被“改变”或者“撤销”的他律要求。关于条件限制，本文第二部分将重点阐述。关于结果监督，监督主体为全国人大，监督对象为全国人大常委会出台的关于修改法律的不适当决定，监督手段为“改变”或者“撤销”。这种结果监督机制，主要受制于由全国人大与全国人大常委会之间地位、职权和职责关系。

4.全国人大常委会修法风险防范。宪法规定的上述约束机制，不仅能够弥补 1959 年全国人大常委会授权决议不足，还有助于防范全国人大常委会的修法风险。自赋权以来，全国人大常委会在基本法律修改方面一直占据主导地位，一定程度上导致了全国人大的基本法律修改权旁落，而且不少基本法律的修改出现了失范现象。有学者对此指出，既要扩大全国人大常委会职权，又要防止全国人大立法权旁落，“如果没有一定的约束办法，3000 多人的全国人大所通过的法律、计划、任务，便有可能被 200 人组成的常设机构所否定和修改，这是不符合法理的。”[7]为了防范全国人大常委会的修法风险，在赋权的同时必须控权，使全国人大与全国人大常委会的基本法律修改权在权限范围和行使程序上有恰当的划分。

二、全国人大常委会基本法律修改权的配置困境

从权力构造的文本表述来看，全国人大常委会基本法律修改权除了主体和对象外，还涉及到三个行使条件：一是时机，即全国人大“闭会期间”；二是幅度，即“部分补充和修改”基本法律；三是底线，即“不得该同法律的基本原则相抵触”。事实上，上述三个条件中，除了时机条件相对明确外，其他两个条件的文本表述都存在模糊性问题，即相关法律概念的内涵并不确定。不确定法律概念的产生与立法者的认知、理解和表达能力直接相关，不仅无法从根本上避免，而且具有保持法律灵活性、时代性和实践性的价值。[8]但需要指出的是，科学立法已经成为我国立法工作的首要原则和法治体系建设的首要环节，为了实现法律规范理解和适用的统一性，对法律概念的明确性要求必然会越来越高。基于此，笔者将全国人大常委会基本法律修改权的配置困境归纳为三个模糊的文本表述：

1.“部分”。何为“部分”？这不仅很难从理论上解释清楚，也难以为实践所把握。从文义来看，部分往往与整体相对应，部分修改即意味着非整体修改。这就存在两种观点：一是非整体论，即只要进行修改而且修改内容的幅度没有达到全部内容，如 100 条内容的基本法律修改 99 条及以下都可认为是部分修改；二是小部分论，即修改内容不超过原有基本法律内容的一半，如果超过一半但不是全部则为大部分修改，全部修改则是指所有内容都进行修改。目前，学界大都认为部分修改即小部分修改，即不超过一半或者三分之一内容的修改。如有学者认为，“部分”的判断存在质和量双重标准：不改变原法

[7] 许崇德：《中华人民共和国宪法史》（下卷），福建人民出版社 2005 年版，第 452-453 页。
[8] 杨仁寿：《法学方法论》（第二版），中国政法大学出版社 2013 年版，第 185 页。

最核心、最主要条款是质的标准，修改条文总数不超过原法的三分之一是量的标准；但这个标准只是理论观点，并非宪法原意。[9]宪法原意为何官方并没有明确，但这一认识也存在问题：（1）质的标准并不是对“部分”的理解，而应是对“不得同该法律的基本原则相抵触”的理解；（2）量的标准是以条文作为依据，条文到底是指条数、款数、字数或者是多元标准不明确；（3）量的标准是以三分之一为幅度，难道 100 条的法律修改 33 条的就可以由全国人大常委会进行，而修改 34 条的就必须由全国人大进行？如果这样推理的话，明显存在不合理之处，在实践中也不可行的。因此，“部分”的判断难度较大，但却十分重要。

2.“补充和修改”。学界一般认为立法活动包括法的制定、认可和变动，而变动又包括补充、修改和废止三种形式。关于法的废止比较明确，但补充和修改二者到底是一种什么关系呢？顾名思义，补充则是在原有内容上的增加，是一个从少到多的过程；修改就是实现内容的更新完善，是一个从有到变的过程。如有学者指出，补充即原有法律的内容部分增加，修改即原有法律的内容部分改变。[10]但在实践中，法律修改表现为修订、修正和修正案三种形式，并往往与法律补充同时进行，从而使法律的内容不断趋于完善。而且，全国人大常委会往往是以决定的形式对基本法律进行补充和修改，决定题名上使用的概念是“修改”。如 2015 年 12 月 27 日通过的《全国人大常委会关于修改<中华人民共和国教育法>的决定》，明确了第 11 条的变动情况为，对第 1 款进行修改，增加一款作为第 2 款。事实上，全国人大常委会变动基本法律往往通过发布法律修改决定或者法律废止决定，法律补充决定不仅较少存在，而且在题名上也不体现“补充”二字，例如我国的几个单行刑法。可以看出，虽然在实质上全国人大常委会行使了基本法律补充权，但在形式上这一权力却往往被包含在修改权之中。笔者认为，虽然全国人大常委会的基本法律补充权和修改权是两种不同的权力，但基于实践和理论的表述惯例，基本法律修改权包括了补充权，如果特殊情况则没有必要加以详细区分。

3.“不得同该法的基本原则相抵触”。这一表述涉及了两个需要进一步明确的概念：一是“基本原则”，其范围有多广，其含义能否解释清楚？二是“抵触”，其基本的内涵是什么，具体标准是什么？事实上，这两个法律概念缺乏描述性或者规范性界定，导致可解释空间过大，为科学理解和准确适用带来很大困难。这些不确定的法律概念是否会为全国人大常委会“越权”修改基本法律提供可能，是一个值得思考的问题。就现实层面而言，全国人大立法劣势和全国人大常委会的修法优势双重叠加，加剧了全国人大常委会基本法律修改权行使的失范程度，与原法的基本原则相抵触就是典型表现。如《刑法》作为专门规定犯罪和刑罚问题的基本法律，明确区分刑种是一项基本原则，但全国人大常委会通过的刑法修正案把徒刑改为死刑抑或相反，一定程度上是对基本原则的抵触。有学者就此指出，由于“基本原则”未予明确和“抵触”缺乏有效监督，全国人大与全国人

[9] 全国人大常委会办公厅研究室政治组编：《中国宪法释义》，中国民主法制出版社 1996 年版，第 211 页。
[10] 张春生主编：《中华人民共和国立法法释义》，法律出版社 2000 年版，第 27 页。

大常委会的基本法律修改权存在区分不清的问题。[11]

三、全国人大常委会基本法律修改权的行使失范

据统计，1979 年至 2014 年间全国人大制定的 42 部基本法律中有 26 部被修改，其中全国人大与全国人大常务会独自完成修改的数量分别为 2 部和 21 部，二者均分别修改过的数量为 3 部。[12]由此可以看出，在基本法律修的实践中，全国人大常委会的权力行使较为频繁。也有学者指出，1995 年 2 月 28 日修改通过的《选举法》，全国人大常委会将原来农村和城市的代表比例由县级 4:1、省级 5:1 和全国 8:1 统一修改为 4:1，但 2010 年 3 月 14 日全国人大则又将这一比例再次修改为 1:1。事实上，法律面前人人平等既是宪法的基本原则，也是《选举法》的基本原则，尽管原有规定存在问题，但全国人大常委会的修改也很难说不违背《选举法》的基本原则。[13]学界将全国人大常委会基本法律修改权行使无序扩张、超越权限和突破条件等现象统称为失范。限于篇幅，上述无序扩张和抵触基本原则这两种共识性观点不再进一步展开论证。下面，仅就全国人大常委会基本法律修改权行使失范的其他三方面表现加以分析。

1.修改时机变相突破“闭会期间”。“闭会期间”限制条件的设置，目的在于保障全国人大会议期间各项工作的顺利进行，全国人大常委会的基本法律修改权不仅此期间必然停止，而且之前的一段时间因筹备会议需要也不应当行使。这一限制虽较为明确，但实践中仍存在“打擦边球”的变相突破情况。如全国人大常委会 1995 年 2 月 28 日对《地方组织法》和《选举法》的修改、2005 年 2 月 28 日通过的刑法修正案（五）、2009 年 2 月 28 日通过的刑法修正案（七）、2011 年 2 月 25 日通过的刑法修正案（八），都是在全国人大即将召开代表大会前的半个月左右完成，很难说情况已经紧急到连半个月都不能等的程度。事实上，在全国人大具备基本法律修改的时间、精力和能力情况下，全国人大常委会选择微妙时机行使权力，看似符合时间限制，实则违背该条件设置初衷。从上述实例可以看出，“闭会期间”的条件限制对于全国人大常委会的基本法律修改权而言，确实存在以某种方式变相突破的问题。

2.修改幅度较大有违“部分”要求。全国人大常委会对部分基本法律的修改幅度较大也是一个典型问题，《刑法》的修改无疑最具代表性。全国人大常委会对 1979 年《刑法》的补充修改有 22 次，直接或间接针对经济犯罪的补充修改达到 15 次，其中涉及了增设罪名、刑事责任、刑罚运用、法定刑等内容，相对于原文的 192 条，修改幅度达到了 50%以上；对 1997 年《刑法》的修正案修改有 10 次，修改总条数到了 171 条之多，相对于原文 451 个条文（除去 1 条附则内容，因为每个刑法修正案都有生效日期的规定，但不算在修改条数之内），修改比例达到了 37.9%；单个修正案的修改比例有些超过了 10%，

[11] 周旺生：《立法学教程》，北京大学出版社 2006 年版，第 288 页。
[12] 易有禄：《全国人大常委会基本法律修改权行使的实证分析》，载《清华法学》2014 年第 5 期，第 116-117 页。
[13] 韩大元：《“全国人大修改选举法”与基本法律的修改权》，载《法学杂志》2010 年第 7 期，第 19 页。

如刑法修正案（八）为 10.5%、刑法修正案（九）为 11.8%。再如《民族区域自治法》的修改。1984 年 5 月 31 日全国人大通过的该法原文为 67 条，2001 年 2 月 28 日全国人大常委会修改了 39 处，涉及原文 43 个条文，修改比例达到了 64.2%。其中，修改 29 条，占总比例的 43.3%；补充 12 条，占总比例的 17.9%；删去 2 条，占总比例的 18%。再以《婚姻法》的修改为例。1980 年 9 月 10 日全国人大通过的该法原文为 37 条，2001 年 4 月 28 日全国人大常委会修改了 33 处，其中修改 21 条，占修改比例的 56.8％；增加 17 条，占修改比例的 45.9%；删去 1 条，占修改比例的 2.7％；总体修改条数为 396 条（存在同一条既修改又增加的情况，如第 31 条，此种情况总数计为两条修改），修改比例达到了 105.4%。可见，全国人大常委会对部分基本法律的修改，无论是多次还是一次，都存在幅度较大问题，有违限制条件中的“部分”要求，将其定性为“法律的重新制定”似乎更为恰当。[14]

3.修改频度较大破坏法律稳定。稳定性是法律的基本属性，要求法律在一定时期内不得随意修改，否则难以发挥其规范和社会作用。实践中，全国人大常委会对部分基本法律的修改存在频度较大问题，一定程度上对法律的稳定性造成了破坏。还以《刑法》的修改为例，自其 1997 年 3 月 14 日通过以来已经进行了 10 次修正案修改，通过日期分别为 1999 年 12 月 25 日、2001 年 8 月 31 日、2001 年 12 月 29 日、2002 年 12 月 28 日、2005 年 2 月 28 日、2006 年 6 月 29 日、2009 年 2 月 28 日、2011 年 2 月 25 日、2015 年 8 月 29 日、2017 年 11 月 4 日。需要说明的是，2019 年的全国人大常委会工作报告明确指出，要在当年制定刑法修正案(十一)，预计 2020 年将获得通过。如果从频度上来看，《刑法》在 23 年中已经修改了 10 次，平均每 2.3 年修改一次；如果 2020 年刑法修正案(十一)出台的话，则是平均每 2.1 年修改一次。但从每次《刑法》修正的时间间隔来看，并没有任何规律，间隔最长的为 54 个月，即刑法修正案（八）和刑法修正案（九）之间；间隔最短的为 4 个月，即刑法修正案（二）和刑法修正案（三）之间。如果将 1979 年《刑法》的 22 次修改计算在内，从 1979 年至今的 41 年期间，新旧《刑法》共计修改了 32 次，即平均每 1.3 年修改一次。截至目前，《刑法》是我国中法律体系中修改次数最多的一部基本法律，由于破坏原法的稳定性而广受批评。甚至，有学者感叹：综观古今中外刑法立法，我国刑法修改之频繁，应属前无古人之举。[15]

四、全国人大常委会基本法律修改权的理论纷争

学界关于全国人大常委会基本法律修改权优化问题的探讨始于《立法法》出台，宪法学和立法学领域的不少学者提出了诸多具体启发性的观点。归纳起来，主要包括三种思路下的四种学说：一是修改现有规定，取消或者扩大全国人大常委会的该权力，如废权说和扩权说；二是补充现有规定，以法律解释的方式细化文本中该权力行使的条件，

[14] 林彦：《基本法律修改权失范及原因探析》，载《法学》2002 年第 7 期，第 23 页。
[15] 邢馨宇、邱兴隆：《刑法的修改：轨迹、应然与实然》，载《法学研究》2011 年第 2 期，第 20 页。

如释权说；三是维持现有规定，养成该权力规范行使的授权或者追认惯例，如限权说。总体而言，上述各种观点的共识程度较小，而且有的操作难度较大，似乎都没有引起国家立法机关的重视。

1.废权说。废权说主张全国人大收回基本法律修改权，废止宪法和《立法法》中关于全国人大常委会基本法律修改权的规定。如韩大元教授认为，基本法律修改权应当由全国人大作为单一主体来行使，即取消全国人大常委会的这一权力；目的在于增强基本法律的民主性和代表性，避免法律修改主体不同而导致的规范冲突，避免基本法律与其他法律划分上的混乱，维护基本法律的权威和统一性，激活全国人大常委会的法律解释程序，促进人民代表大会制度的发展和完善。[16]正如本文第一部分所述，全国人大的立法能力不足和全国人大常委会的修法优势等，是全国人大常委会基本法律修改权产生的主要原因。采用废权说，不仅意味着全国人大立法压力的增大，而且会削弱全国人大常委会的立法功能。因此，这一观点虽能够彰显立法的民主价值，但忽视了立法的效率价值。

2.释权说。释权说主张全国人大常委会行使法律解释权，对《立法法》第 7 条中的“基本法律”“部分”“基本原则”和“抵触”等概念进行立法解释，以法律概念的明确性规范该权力的行使。如张中秋教授认为，应当解释《立法法》，明确文本中的“基本法律”、“其他法律”“部分补充和修改”“不得同该法律基本原则相抵触”等用语的基本内涵和判断标准，以实现国家立法权的明确划分。[17]但这一方案也存在明显的问题：（1）通过法律解释的形式，对上文中的一些概念进行科学界定十分困难，因为不仅此类概念非常抽象，而且法律中的基本原则用词也十分抽象，从技术上来看并不见得具有可操作性；（2）基本法律修改权解释主体和行使主体的同一性，但由于缺乏外在约束很难实现该权力的有效控制；（3）该权力以同样面目同时体现在宪法和《立法法》中，虽然解释的主体均为全国人大常委会，但行使的却分别是宪法解释权和法律解释权，由于二者的原则、程序和效力不同，仅对《立法法》进行解释则难以统筹和涵涉宪法的规定。

3.限权说。限权说主张全国人大常委会基本法律修改权除了受到宪法和《立法法》规定的条件限制外，还加入程序限制，即应获得全国人大的授权或者追认。如林彦教授认为，全国人大原则上行使基本法律修改权，全国人大常委会应当主动地提请全国人大行使；全国人大常委会依然可享有基本法律修改权，但应获得全国人大的追认，即在下一次人大会议上报告法律修改情况。限权说的主要理由在于：尊重全国人大的最高地位、决策权威和修法正当性，增强全国人大常委会的认同和支持度，明确基本法律修改权的内部权限划分，遵循“先例”所提供的明确行为模式。[18]笔者认为，限权包括实体限权和程序限权两个组成部分，三个限制条件属于实体限权，程序限权又包括事后追认方式的

[16] 韩大元：《“全国人大修改选举法”与基本法律的修改权》，载《法学杂志》2010 年第 7 期，第 20 页。
[17] 张中秋、张明新：《我国立法权限划分和立法权运行状况的观察与思考》，载《政法论坛》2000 年第 6 期，第 8 页。
[18] 林彦：《再论全国人大常委会的基本法律修改权》，载《法学家》2011 年第 1 期，第 6-8 页。

确权和事前决议方式的授权。在宪法和《立法法》已有规定的情况下，程序限权虽然有“先例”作为支撑，但无论是授权还是确权，都必然以全国人大决定的面目出现，这容易导致人大决定与法律规定的冲突。退一步讲，如果全国人大常委会的修法行为未被追认，修法效力的认定将成为难题。

4.扩权说。扩权说主张取消“基本法律”和“其他法律”的划分，将全国人大法律修改权部分转移给全国人大常委会，仅保留宪法修改权和特定事项立法权。如易有禄教授认为，限权说和废权说均无法从根本上解决全国人大常委会基本法律修改权存在的问题，应以转移全国人大的“其他法律”修改权的方式，扩大该权力的范围；扩权说的目的在于能够减轻全国人大立法压力、强化全国人大常委会立法职能、防范全国人大常委会基本法律修改权行使失范、推动国家立法权内部合理划分等。[19]扩权说认识到了全国人大常委会立法的效率优势，但忽视了其立法民主劣势。从实质上看，该方案容易导致全国人大立法权的旁落，也会导致全国人大常委会立法压力过大，从而影响国家立法的质量和效率。从形式上看，该方案立足的是解决“法律修改权”的问题，但取消法律的类型划分将导致“基本法律修改权”命题不复存在，这一点与“废权说”具有相似之处。

五、全国人大常委会基本法律修改权的规范方案

在上文历史、文本、实践和理论四个视角的分析基础上，笔者认为建构全国人大常委会基本法律修改权的规范方案虽然难度较大，但不能因此而丧失信心和追求。为此，要建构规范方案还必须明确该权力的几个基本特点：

1.定位上的从属性。虽然基本法律修改权为全国人大与全国人大常委会所共同分享，但二元主体的权力配置是一种主从关系。（1）“谁制定谁修改”的基本原则，[20]决定了基本法律的修改权原则上为全国人大享有；（2）主体地位的等级性，要求基本法律修改权在二元主体之间应当根据地位进行主次划分；（3）全国人大常委会基本法律修改权的条件限制，意味着该权力的功能在于补充性。总之，相比全国人大，全国人大常委会的基本法律修改权居于从属地位。

2.文本上的依附性。全国人大常委会基本法律修改权的概念来源于“基本法律”和“其他法律”的文本表述，但又缺乏对这两个概念的界定、范围的划分和效力的区分，导致了实践基本法律修改权内部权限划分的不协调。如全国人大常委会基本法律修改权的扩张、全国人大基本法律修改权的萎缩、二元主体基本法律修改权的重叠和交错行使等。“基本法律”的概念界定和范围确定是全国人大常委会基本法律修改权规范行使的逻辑前提，[21]因此必须解决法律二元类型划分的文本规定不足。

3.功能上的补充性。2019 年 2 月 25 日的全面依法治国委员会第二次会议首次明确

[19] 易有禄：《全国人大常委会基本法律修改权行使的实证分析》，载《清华法学》2014 年第 5 期，第 125 页。
[20] 杨斐：《法律修改研究：原则·模式·技术》，法律出版社 2008 年版，第 191 页。
[21] 赵一单：《论基本法律的程序性判断机制》，载《政治与法律》2018 年第 1 期，第 91 页。

了“提高立法工作质量和效率”的要求，而在之前的党的报告或者决定、全国人大常委会的工作报告等对立法工作目标的定位都是“提高立法质量”。这表明，立法效率已经成为与立法质量同等重要的目标导向，法律制定和法律修改都要认真贯彻落实。而全国人大常委会基本法律修改权恰恰具有效率上的优势，能够弥补全国人大在此功能上的不足。

4.约束上的有限性。在过去的近 40 年中，全国人大常委会对基本法律进行了大量修改，不少已经突破了既有条件的限制，权力行使失范已经成为不争的事实，也对全国人大作为最高国家权力机关和最高国家立法机关的地位形成了挑战。“如果说在基本法律的制定上，全国人大越权立法还有所顾忌的话，那么，在对基本法律的补充和修改上，全国人大常委会就完全可以无所顾忌、理直气壮了。”[22]而主要原因在于立法者对既有条件约束的理解和践行存在偏差，以及全国人大怠于行使不适当决定的改变权和撤销权。

基于以上分析，笔者在此提出全国人大常委会基本法律修改权的规范方案为“控权说”。该观点是采用二阶次拆分和四环节递进相结合的模式，兼具缩权、释权和限权的特点。所谓二阶次拆分，即首先从源头上将全国人大的基本法律拆分为“三项基本法律”和“其他基本法律”，进而从内容上将“其他基本法律”再拆分为侧重立法民主的“其他基本法律”和侧重立法效率的“其他基本法律”。二阶次拆分实际上是将法律的类型由二元变成了三元，即形成了“三项基本法律”“其他基本法律”和“其他法律”三个平行面向。所谓四环节递进，即源头控制、内容控制、条件控制和监督控制四个环节是必须依次进行，形成事前、事中和事后控制的三个顺序面向。

一是源头控制，将全国人大的基本法律进行拆分。从宪法和《立法法》规定来看，全国人大有权制定和修改“刑事、民事、国家机构的和其他的基本法律”。这表明，全国人大的基本法律可以拆分为两个层次，一是较为明确的刑事、民事、国家机构方面的“三项基本法律”；二是此范围之外的“其他基本法律”，包括教育法、国防法、企业所得税法等。[23]为此，建议将“三项基本法律”作为全国人大基本法律修改的绝对保留范围，“其他基本法律”作为相对保留范围，即将全国人大常委会基本法律修改权限定在“其他基本法律”方面。

二是内容控制，将全国人大的“其他基本法律”再次拆分。秦前红教授认为，基本法律修改权的行使不能违背立法民主与立法效率价值，侧重民主需求的基本法律应当交由全国人大修改，侧重效率需求的基本法律则交由全国人大常委会修改。[24]但笔者这里所言的内容控制是源头控制基础上的推进，拆分的对象范围更为狭窄，即将“其他基本法律”拆分为侧重立法民主的“其他基本法律”和侧重立法效率的“其他基本法律”，修改权分别交由全国人大与全国人大常委会行使。这一环节既考虑到全国人大与全国人大常委会修法的能力差异，也评估了“其他基本法律”的价值需求，还压缩了全国人大常委会基本

[22] 李克杰：《中国“基本法律”的体系化和科学化研究》，法律出版社 2017 年版，第 27 页。
[23] 全国人大常委会法制工作委员会国家法室编：《中华人民共和国立法法释义》，法律出版社 2015 年版，第 36 页。
[24] 秦前红、刘怡达：《全国人大常委会基本法律修改权之实证研究》，载《华东政法大学学报》2016 年第 4 期，第 183 页。

法律修改权的行使空间。

三是条件控制，将不确定法律概念通过宪法解释予以明确。2015 年和 2018 年我国分别完成了《立法法》和宪法的修正，短时期内对二者再进行修改并不现实。如 2019 年 10 月 26 日全国人大常委会以决定形式赋予国家监察委员会监察法规制定权，而且此决定草案说明指出，对监察法规作出规定最理想的方式是修改《立法法》，但鉴于该法刚作了修改、需要由全国人大通过以及还有其他需要修改的内容，《立法法》修改近期尚未提上立法工作日程。既然修改宪法和《立法法》行不通，释权说主张的行使法律解释权不科学，又要贯彻落实党的十八届四中全会提出了“健全宪法解释程序机制”的要求，考虑行使宪法解释权无疑是一中可行思路。为此，建议全国人大常委会行使宪法解释权，对宪法第 62 和 67 条中的“基本法律”“部分”“补充和修改”“基本原则”“相抵触”等概念进行明确。

四是监督控制，将合宪性审查作为基本法律修改权的关键监督机制。从我国法治建设背景来看：一方面，党的十八届四中全会提出健全人大主导立法工作体制机制的要求，表明全国人大常委会的基本法律修改权并不能被废除；另一方面，党的十九大报告提出推进合宪性审查工作、2018 年全国人大设立宪法和法律委员会和全国人大常委会通过决定赋予其合宪性审查职责，表明全国人大常委会的基本法律权必须接受宪法和法律委员会的合宪性审查。从合宪性审查的功能来看，宪法和法律委员会对全国人大常委会基本法律修改权行使合宪性审查，不仅能够强化合宪性审查制度的可接受性和实效性，[25]而且能够有机衔接改变或者撤销全国人大常委会不适当决定的相关规定。

[25] 胡锦光：《论设立“宪法和法律委员会”的意义》，载《政法论丛》2018 年第 3 期，第 6 页。

设区的市地方性法规批准制度的实证研究

武静[1]

2015年3月15日，第十二届全国人民代表大会第三次会议通过了《中华人民共和国立法法》（以下简称《立法法》）的修改决定，赋予了我国设区的市拥有地方性法规立法权，同时《立法法》对设区的市地方性法规立法范围、批准制度等进行了规定。2018年3月11日第十三届全国人民代表大会第一次会议通过的《中华人民共和国宪法修正案》从根本法高度确认了设区的市地方性法规立法权。至此，享有地方立法权的主体在原有31个省（自治区、直辖市）和49个较大的市的基础上，又增加274个，包括240个设区的市、30个自治州和4个未设区的地级市。[2]

根据《立法法》相关规定可知，设区的市的地方性法规与省（自治区、直辖市）地方性法规立法程序存在差异，即：设区的市地方立法需要报省、自治区的人民代表大会常务委员会批准后施行。此批准制度既非备案性质、又不同于制定程序。从制度设计、理论观点、实践经验角度深入了解和分析该制度，有助于更好地指导设区的市地方立法工作。

一、设区的市立法批准的制度根源

设区的市地方立法批准制度并非纯粹制度创设。1982年修正的《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》（以下简称《地方组织法》）第二十七条第二款曾规定，“省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民代表大会常务委员会，可以拟订本市需要的地方性法规草案，提请省、自治区的人民代表大会常务委员会审议制定”，赋予较大的市以地方性法规草案拟订权；1986年修正的《地方组织法》第三十八条第二款将此前的“草案拟订权”修正为“可以制定地方性法规，报省、自治区的人民代表大会常务委员会批准后施行”，并在第七条第二款规定。2015年修正的《立法法》将制定地方性法规的主体扩展至设区的市，《中华人民共和国宪法》在2018年修正案中肯定了这一立法体制。设区的市的人大及人大常委会制定地方性法规，报本省、自治区人民代表大会常务委员会批准后施行的制度，至此获得了正式的确认。

二、对设区的市立法批准制度的学理认知

我国立法体制地方立法批准制度包括两部分：一类是民族自治地方的自治条例和单

---

[1] 山西大学法学院讲师

[2] 张德江，2017 年全国人大常委会工作报告，中国网 http://www.china.com.cn/guoqing/2017-03/08/content_40431035.htm。访问日期 2020.5.14.

行条例，根据《立法法》第七十五条规定，报相应的人大常委会批准后生效；另一类是设区的市地方立法，报省一级人大常委会批准后施行。两类地方立法的批准制度运用了不同的表述，已然区分了二者性质上的差异，但这一差异表达了什么实质内容，学者们对此有不同的认识。

随着2018年《宪法修正案》的公布，有关设区的市地方立法的合宪性难题已不存在，[3]目前存在的理论争议是批准权的法律属性是立法制定权还是立法监督权。[4]这两类观点在《立法法》中似乎都有回应：从《立法法》第七十二条第二款规定的功能看，设区的市地方立法批准制度有监督权的属性；但从《立法法》第七十八条第三款规定的程序看，立法程序最后一个环节“公布”[5]环节，发生于设区的市地方性法规报经批准后，立法批准制度又包含于立法程序中。因此也有学者提出，地方立方批准制度是兼具双重性质的立法活动。[6]理论认识上的争鸣对于设区的市地方立法未来的制度完善意义重大，对立法实践工作而言，并非最急迫的问题。

三、地方立法批准制度实践亟需厘清的几个问题

2011年3月10日，十一届全国人民代表大会四次会议上，全国人民代表大会常务委员会委员长吴邦国在全国人大常委会工作报告中宣布，中国特色社会主义法律体系已经形成，涵盖法律、行政法规以及自治条例、单行条例和地方性法规三个层次。地方性法规作为社会主义法律体系基本构成，对促进地方发展、协调中央与地方关系、维护法治统一是最重要的因素。

我国幅员辽阔，地区之间的经济发展、风俗传统等存在差异性，法律和行政法规注重统一性的同时无法关照实际存在的地方差异，赋予设区的市立法权，可以因地制宜地制定针对性的法规，在保证社会主义法治统一的前提下，减少地方对中央的过分依赖、促进地方建设的主动性、保障地方特色的持续发展。基于这样的立法目的，设区的市地方立法批准制度目前在实践中能否以及如何促进立法目的的实现，是设区的市地方立法批准制度最核心的问题。《立法法》第七十二条第二、三款就设区的市人大及其人大常委会与省、自治区人大常委会就立法批准的内容、期限以及处理等作出了规定，但其规定较为笼统、含糊，许多细节性操作并未涵盖，对于众多设区的市立法实践而言，规范能力不足。具体表现为：

（一）程序性规范不足。

根据《立法法》第七十二条规定，设区的市人大以及人大常委会制定地方性法规，

[3] 参加郑毅，以我国《立法法》修改后若干疑难问题的诠释与回应，《政治与法律》2016 年第 1 期；郑磊、贾圣真：从“较大的市”到“设区的市”：地方立法主体的扩容与宪法发展，《华东政法大学学报》2016 年第 4 期

[4] 参见王林，地方立法批准权不是立法权的组成部分，《福建人的》1994 年第 8 期；敖俊德，地方立法批准权是地方立法权的组成部分，《中国人大》1995 年第 8 期；缪岚，论我国立法批准制度的完善，《人大研究》，2018 年第 2 期；严海良，设区的市立法批准制度之检视，《学海》2020 年第 2 期

[5] 参见周旺生，《立法学》，北京：法律出版社，2004 年，182 页

[6] 周旺生，《立法研究》，北京：法律出版社 2000 年，第 6 卷第 2 页

报省、自治区人大常委会批准后施行。但对于设区的市人大或人大常委会通过的地方性法规，在多长时间内向省、自治区人大常委会报批；省、自治区人大常委会从何时开始计算四个月的批准期；对于与上位法存在抵触的地方性法规应该如何处理等问题，《立法法》均未予以明确，实践中主要由省、自治区制定的立法程序法进行规范，呈现出较多差异性内容。

（二）标准性规范不足。

《立法法》第七十二条规定，在不与上位法抵触的前提下，设区的市人大及人大常委会可以对城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项制定地方性法规。省、自治区人大常委会对报批的设区的市地方性法规合法性予以审查。结合这两方面的规定，设区的市地方立法应在合法的前提下针对地方事务予以规范，可以是对上位法的细化、也可以是地方特色的法治化创设。由于《立法法》采取列举并省略式的表述，基于谨慎的立法态度，无形会限缩地方立法涵盖领域；另外，在上下位法的关系上，《立法法》采取了“不抵触”、“合法性”两个词汇，其逻辑关系是“合法性”审查的标准为“不抵触”。实践中可能导致省、自治区人大常委会对重复上位法的地方性法规不能真正起到监督职能。

四、各地立法审批制度对相应难题的回应

尽管《立法法》规定存在实践指导性偏低的情况，但各设区的市立法实践以及省、自治区人大常委会的立法批准活动均在有序展开，所直接依据的大部分都是地方性立法法规。涉及批准设区的市地方性法规的22个省和5个自治区中，云南省尚未对《云南省人民代表大会及其常务委员会立法立法条例》予以修正以适应设区的市地方性法规立法，[7]湖北省、福建省、辽宁省没有单独列章对设区的市地方性法规批准制度予以规范，其余各省、自治区均在其立法性地方法规中予以规定，[8]一定程度上，地方性立法法规细化了地方性法规立法批准制度的操作性规范。但由于各地细化程度以及立法经验的差异，立法批准制度也呈现出较多的不同。本文以中部（山西、河南、江西、湖南）省份为中心，结合东西部、南北方（河北省、山东省、甘肃省、宁夏回族自治区、新疆维吾尔自治区、广东省、辽宁省）共十一个省份的具体规定[9]予以比较分析，各地立法批准制度的差异性具体表现在：

（一）设区的市地方性法规报批准备阶段的规定各有不同。

设区的市地方性法规经设区的市人大或人大常委会通过后报送省、自治区人大常委

[7] 根据 2016 年 12 月 15 日云南省第十二届人大常委会第三十一次会议通过决定可知，云南省第十二届人大第五次会议审议《云南省人民代表大会及其常务委员会立法条例修正案（草案）》，但至本文成文时仍未见修正案公布。

[8] 参见曹瀚予，省级人大常委会对设区的市法规报批处理方式探讨，《人大研究》2018 年第 9 期 43 页

[9] 相关规定主要参考《新疆维吾尔自治区人民代表大会及其常务委员会立法条例》《河北省地方立法条例》《湖南省地方立法条例》《宁夏回族自治区人民代表大会及其常务委员会立法程序规定》《山东省地方立法条例》《甘肃省地方立法条例》《江西省立法条例》《河南省地方立法条例》《辽宁省人民代表大会及其常务委员会立法条例》《广东省地方立法条例》以及《山西省地方立法条例》等。

会，省、自治区人大常委予以合法性审查之前，可以认为是报批准备阶段。此阶段各省、自治区的规定呈现如下特点：

1.报请批准前置程序不同。前置程序是指预先介入式的“征求意见”。在规定应当有前置程序的省份，具体如时间、相关主体等规定也有差别，如山西省规定设区的市地方性法规草案在交付表决前先行送省级人大常委会法制工作委员会征求意见；新疆维吾尔自治区规定报请机关应在地方性法规拟审议表决前两个月报请自治区人大常委会法制工作机构征求意见；甘肃省、河南省规定设区的市地方性法规经本级人大常委会第一次审议后报经省级人大常委会相关机构征求意见；同时也有较为软性的规定，如辽宁省、江西省、广东省规定设区的市地方性法规在通过前或在审议过程中可以与省级人大常委会法制委员会进行沟通，将“沟通”设定为一种选择性行为。

另外，有地方如新疆维吾尔自治区、甘肃省等规定，不仅是设区的市的地方性法规、包括设区的市人大常委会立法计划也属于应当报请省级人大常委会法制工作等机构征求意见的范围。

2.何时报请批准不同。设区的市本级人大或人大常委会通过的地方性法规何时报请批准，关系到立法效率，但在十一份样本中只有两个省有规定。而此两省份的起算标准、时长也有差异。如河北省规定，报请批准的地方性法规需在省级人大常委会举行会议前五十日提出。甘肃省规定，报请批准的地方性法规在本级人大或人大常委会通过后一个月内报省级人大常委会。

3.附随报送材料范围不同。十一份样本除宁夏回族自治区外，都规定了附随报送的立法材料，各省规定提交的基本材料相同，但总体涵盖范围略有不同。山西省、广东省、山东省规定提交的材料较少，要求提交法规文本、报告以及法规的说明。其余七省均采取列举加省略式的表达方式，规定提交材料具有辅助解释、帮助理解的功能，除报告、法规文本及说明外，还需提交如“法律依据”、“参阅材料”、“立法参考资料”、“其他有关资料”等内容。甘肃省、湖南省更为细致地规范了立法说明须包括的内容。

（二）设区的市地方性法规审查阶段的规定各有不同。

这一阶段从省、自治区人大常委会收到送审的地方性法规开始，至对送审的地方性法规展开合法性审查止。这一阶段是设区的市地方性法规是否获得批准的关键阶段。各省具体规定有如下特点

1.预审程序的设置不同。报请批准的地方性法规并非直接进入省、自治区常务委员会会议议程，为提高效率、及早发现问题、使得审议更有针对性，十一个样本省份绝大部分都规定了预审程序，即：在正式列入省、自治区人大常委会会议议程前，先行由省级人大常委会专门机构进行初步审查。具体而言，山西省、河南省、江西省、山东省、宁夏回族自治区、河北省、新疆维吾尔自治区都明确规定了设区的市地方性法规在正式列入省、自治区人大常委会会议审查之前，均需由法制委员会进行研究并提出审议报告，再由省、自治区人大常委会主任会议决定，方能列入人大常委会会议进行审议表决。甘

肃省也规定了预审程序，但预审主体并未限定为法制委员会，一定程度上使得预审职能泛化。

也有省份如广东省、辽宁省、湖南省并未设置预审程序，而是将法制委员会相应的审查工作纳入正式常委会会议。单纯从条文分析，未设置预审程序可能带来审批效率的降低，但广东省、辽宁省在制度上设立了软性的报请批准前置程序，可以部分减少提交审议时的不同意见，避免低效审批的出现。

2.批准期限的计算方式不同。《立法法》规定，省、自治区人大常委会对设区的市地方性法规合法性审查并在四个月内决定是否批准，但《立法法》对四个月期限的计算起点未做具体规定，在立法实践中，如何适用批准期限是省、自治区人大常委会立法批准程序合法性的必需要素，也是决定设区的市地方性法规从本级人大或人大常委会通过到最终公布间隔时长的关键因素。但十一个样本省份中，宁夏回族自治区、山东省、甘肃省、江西省、河南省、辽宁省、广东省、山西省共八省份仅是重复了《立法法》的规定，“四个月”的批准期限的起始时间仍是模糊的。

立法中具体规范“四个月内予以批准”之起算时间的只有三个省份，但具体起算时间点也各不相同：新疆维吾尔自治区以正式进入常委会会议之日起算，之前的报批准备阶段以及预审程序均不被计算在期限之内；河北省规定为省人大常委会自收到报请批准的地方性法规之日起算，则拓展到报批准备阶段，同样拓展到报批准备阶段的还有湖南省，湖南省与河北省的区别在于湖南省以省人大常委会收到报请批准报告之日起算。通过比较可知，将报批准备阶段以及预审程序排除在四个月时长之外，使得省、自治区人大常委会有较为充足的时间进行审核；将报批准备阶段纳入四个月时间，可以提高设区的市地方性法规立法效率。但如果不明确审批期限的起算时间，有可能降低地方立法的精确性。

3.会议审议次数规定不同。设区的市地方性法规报批后审议批准需经历几次省级人大常委会会议，《立法法》并未规定。鉴于设区的市地方性法规报批程序不同于立法程序、更多承担的合法性审查的任务，十一个样本省份中辽宁省、广东省、河南省、甘肃省规定“一般应当经一次常务委员会会议审议即交付表决”，其他省、自治区立法中未予规定。

4.对合法性审查内容的解释不同。省、自治区人大常委会对设区的市地方性法规合法性审查是地方性法规批准制度最核心的内容。《立法法》对此的规定是设区的市的地方性法规不与宪法、法律、行政法规以及省、自治区的地方性法规抵触。此处的“抵触”是单纯法规的抵触还是包括法律原则、法律精神的抵触，学术界对此存在分歧。[10]十一个样本中，只有河南省明确规定了与上位法“抵触”的具体内容，将上位法没有明确规定

[10] 持纯粹进行合法性审查观点的参见庞凌，论省级人大常委会对设区的市的地方性法规批准制度中审查范围和标准问题，《江苏社会科学》2017 年第 6 期。持扩大到合理性审查观点的参见毕可军，设区的市立法权设置存在的问题及应对之策，《贵州社会科学》2017 年第 11 期；李飞，加强和改进省(区) 人大常委会对设区的市立法工作的审批指导———在第二十五次全国地方立法工作座谈会上的讲话，《法制日报》2019 年 11 月 19 日第五版

时，违反上位法的基本原则也视为是“抵触”的情况，其余各省、自治区则沿用了《立法法》的规定。

（三）设区的市地方性法规审核后果规定不同。

设区的市地方性法规经审核后需要明确是否通过、如何与设区的市人大常委会进行衔接等问题。各省、自治区的具体规定各具特色。包括：

1.合法性审查后处理方式不同。

《立法法》规定，省、自治区人大常委会会议对设区的市地方性法规进行合法性审查，不与上位法抵触的应予以批准，各省、自治区对符合上位法的地方性法规审核后予以批准并无差异；由于《立法法》未规定存在抵触时的处理办法，各省、自治区的立法批准活动需要提出周衍的解决方案，但在具体方式上存在差异。这种处理的差异性表现为：

（1）单纯不予批准。山东省明确规定“相抵触的，不予批准”。河北省未直接规定相抵触时的处理办法，但在“通知报请机关”中规定通知的内容包括“批准或者不予批准的决定”，可以推定河北省人大常委会对报请批准的地方性法规除批准以外的处理方式为“相抵触时”不予批准。

（2）未做规定。辽宁省、宁夏回族自治区仅规定了不抵触时予以批准，未规定抵触时如何处理。

（3）不予批准与采取补救措施并存。遇有与上位法抵触的情形时，除不予批准外，各省、自治区也有其他补救措施，从省、自治区人大常委会对补救措施的参与度看，又可进一步分为直接修改后批准、附修改意见的批准、退回修改后再提请批准三类。

退回修改是最常使用的做法，山西省、广东省、河南省、甘肃省、湖南省、新疆维吾尔自治区均允许此种补救措施，其中湖南省与其他省份略有不同，其他省份规定退回修改后重新提请批准，但湖南省规定退回修改后直接“提请下一次常务委员会会议审查批准”，即：湖南省对与上位法有抵触的设区的市地方性法规承认之前已经进行过的立法批准程序的效力，采取了“续接”式的重新提请批准模式。

附修改意见批准的补救方式在广东省、江西省、甘肃省的立法规定中可见；直接予以修改后批准的补救方式较为少见，样本中只有山西省允许这一补救方式。

在三种补救措施中，直接予以修改后批准的方式相当于将监督权转化为代行设区的市人大或人大常委会的立法权，一方面是对设区的市地方立法权的架空，另一方面也使得省级人大常委会的立法监督权失去意义，应当谨慎行使。

2.报请机关撤回待批准法规的规定不同。

设区的市人大或人大常委会依法通过的地方性法规在报送省、自治区人大常委会批准的过程中，鉴于待批准的地方性法规尚未生效，理论上报请机关有权撤回该法规。十一个样本省份中回应这一理论可能性的仅有宁夏回族自治区、山东省、山西省。考虑到已进行程序的约束力，对已列入省、自治区人大常委会会议议程尚未进行表决的待批准

法规，撤回的要求要严于未列入省、自治区人大常委会会议议程的法规。对已列入省级人大常委会会议议程的待批准法规，山东省撤回要求的条件较少，仅需经省级人大常委会主任会议同意，山西省撤回条件最为严格，除需经省级人大常委会主任会议同意外，还需向常委委员会会议报告并说明理由方可撤回。

其他样本省份未对待批准法规的撤回予以明确规定，但从立法程序、合法性监督性质来看，并无理由不允许撤回。只是在规定不明确的情况下，具体操作过程中难免有损立法活动的严肃性。

3.表决结果通知报请机关的规定不同。

理想的制度应首尾呼应，报请批准机关依法启动了立法批准程序，省、自治区人大常委会理应依法将常委会会议是否批准设区的市地方性法规告知报请机关。从制度上明确告知主体、告知时限，有利于设区的市地方性法规尽快施行。目前十一份样本中，有山西省、山东省、河北省、湖南省、新疆维吾尔自治区四地对此有明确规定，但在具体承办主体、时限的规定上不同。承办主体有两类：山西省、山东省、湖南省、新疆维吾尔自治区规定由常委会办公厅或常委会办事机构承办，另一类如河北省规定由省人大常委会书面通知报请批准机关；在时限上分三类：山西省、河北省规定为表决后七日之内；湖南省、新疆维吾尔自治区规定为表决之日起十五日内；山东省则没有具体规定时间限制。

各省、自治区关于设区的市地方性法规批准制度的规定各有特色，但也各有可以进一步规范的空间，尤其是报批程序各环节的衔接、合法性审查的标准等关键要素，仍存在操作性不强、规定模糊甚至空白等问题。

五、地方立法批准实践对相应难题的回应

（一）法规批准形式上的回应

从形式上看，自2015年《立法法》修改以后，各设区的市逐步开展相关的立法活动，立法规模从无到有、渐成气候。立法法修改一年时，经省级人大常委会批准的新赋权的设区的市的法规仅有6部。而到2016 年12 月，批准的法规已增加到270 件。[11]到2018年3月底，经省级人大常委会批准的新赋权的设区的市（包括自治州）地方性法规数量达到621件，[12]2019年3月底时，新赋权的274个设区的市制定的地方性法规数量为899件，[13]新赋权的设区的市立法数量的增长随着省、自治区赋权时间和步骤的安排，由少量试水到突然激增再到逐渐平稳，相应的省、自治区人大常委会会议批准新赋权的设区的市地方立法的工作任务也呈同态发展。以山西省新赋权的9个设区的市为例，自《立法法》

[11] 参见中国人大网“地方立法这两年：设区的市性市地方立法权全面推进”2017 年 5 月 4 日 http://www.npc.gov.cn/npc/zgrdzz/2017-05/04/content_2021177.htm

[12] 新华社，我国现行有效法律 267 件，新赋予立法权的市州已立法 621 件，新华社官方账号 2018 年 9 月 16 日发布 https://baijiahao.baidu.com/s?id=1611760066403316180，访问日期 2019 年 12 月 20 日

[13] 参加卫学芝、汪全胜，新时代依法立法原则的地方挑战与应对，《中共中央党校学报》2019 年第 4 期 116 页。

修订到2016年底，山西省人大常委会共批准3件地方性法规，2017年批准20件、2018年批准15件、2019年批准28件，[14]立法批准工作量在2017年激增以后，态势逐渐平稳。

地方法规数量的增多加重了省、自治区的立法批准的工作。从数据上看，各省、自治区人大常委会主要从两方面应对增加的立法批准要求：一方面，省、自治区人大采取集约化集中批准模式，即一次性批准多件设区的市地方性法规。如山东省一次性批准13件法规，湖北省一次性批准12 件法规，广东省一次性批准11 件法规；[15]另一方面，省、自治区人大常委会采取适当延长审查期限的方式应对增加的立法批准要求，据统计计算，2015年，一件地方性法规从设区的市人大常委会通过，到省、自治区人大常委会批准，平均需要24.8天；2016年下半年时，这一时间差延长至41天，2017年上半年更是达到78.8天，个别地方性法规批准时间甚至超过了4个月。值得注意的是，2017年7月——12月省级人大常委会的批准时间已降至46.9天。[16]以山西省为例，2016年时新赋权设区的市地方性法规从市人大常委会通过到省人大常委会批准的平均时间为59.3天，2017年平均时间为69.6天，2018年平均时间为74.1天，2019年平均时间为70.7天。

以山西省人大常委会一次性批准数量最多的2019年11月19日第十三届人大常委会第十四次会议为例，该次会议通过的10件法规从市人大常委会通过到省人大常委会批准，平均时间为69.3天。该10件设区的市地方性法规中运城市两件、晋城市两件都是各市同次市级人大常委会通过的，时间间隔分别为93天、91天；吕梁市四件由两次市级人大常委会通过，时间间隔分别为94天、36天；晋中朔州各一件，时间间隔分别为30天、35天。各件设区的市地方性法规获得批准经历的期限取决于省、市人大常委会会议召开时间的间隔，侧面反映了省级人大常委会批量审查焦点对每件法规复杂程度、重要性等个体性实质要点的偏离，单纯倚重报批时间等形式要素。

（二）法规批准内容上的回应

程序上尽可能做到规范、具体，有利于保证省、自治区批准设区的市地方性法规的规范性与权威性，减少立法资源的浪费，也是目前通过努力可以达到的目标。相对而言，有一定难度、也是设区的市地方性法规批准与否的核心问题，是如何理解并适用“合法性审查”，具体而言，是指如何把握《立法法》第七十二条第二款、第七十三条第三款规定的“城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面”的立法范围、如何贯彻《立法法》第七十二条第二款规定的与“宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规不抵触”的标准、如何落实《立法法》第七十三条第四款规定的避免重复上位法的立法资源浪费。

---

[14] 相关数据统计于山西人大网 http://www.sxpc.gov.cn/ 统计数据来源于朔州市、忻州市、吕梁市、晋中市、阳泉市、晋城市、长治市、临汾市、运城市，未将太原市（省会所在市）、大同市（国务院批准较大的市）地方性法规计算在内。

[15] 参见中国人大网“地方立法这两年：设区的市性市地方立法权全面推进”2017 年 5 月 4 日 http://www.npc.gov.cn/npc/zgrdzz/2017-05/04/content_2021177.htm

[16] 参见闫然、毛雨，设区的市地方立法三周年大数据分析报告，《地方立法研究》2018 年第 3 期

2019年11月第25次全国地方立法工作座谈会上，全国人大宪法和法律委员会主任委员在座谈会的讲话中对合法性审查标准、重复立法等实践中共同关心的问题予以充分说明，[17]指出设区的市地方性法规应当横向上不超越三个立法范围，纵向上不违背上位法的原则、目的、精神，在立法项目、法规内容方面避免重复，进而促进立法批准共识的形成，保障设区的市地方立法健康发展。

设区的市地方立法是否严格遵守了立法的限制性规定、省、自治区人大是否严格执行了合法性审查的标准？

从横向上看，设区的市地方性立法往往存在突破立法范围的情况。以山西省新赋权的设区的市为例，自《立法法》修订以来，截止到2019年12月底，经省人大常委会会议批准的地方性法规共66件，包括地方立法规程类12件、城乡建设24件、环境保护22件、历史文化保护8件。其中立法规程类又可进一步分为地方立法规范和立法机关议事规范两种；城乡建设类集中于禁燃烟花爆竹、城市绿化、养犬管理、文明行为促进、交通管理、电梯安全、城乡规划等方面；环境保护类分为大气污染防治、水源保护、燃煤污染防治、扬尘污染防治等方面，立法类型多样。其中设区的市地方立法规范和立法机关议事规范，从《立法法》第七十二条第二款的规定看，并不属于设区的市可制定的地方性法规的范围。当然也有观点认为《地方组织法》第七条第二款、第四十三条第二款并未限制设区的市人大及人大常委会的立法范围，根据《地方组织法》，设区的市地方性法规可以包括立法性规范体系。在《立法法》与《地方组织法》均为狭义法律的前提下，根据特别法优于普通法的原则可知，《立法法》具有优先适用的效力。而且，从《地方组织法》《宪法》规定的语义分析，设区的市地方性法规不得与法律相抵触，虽然设区的市有关立法的地方性法规未与《地方组织法》抵触，但却不符合《立法法》的规定，从实际效果看，可以认为构成了对《立法法》规定的抵触。因此，此类设区的市立法性规范的法律效力缺乏充分的法律依据。当然，也有学者指出，《立法法》第七十七条第一款赋予设区的市人大规定地方性法规案的提出、审议、表决程序的权力，因此设区的市立法类法规得以获得相应的法律地位。[18]但《立法法》七十七条第一款通过准用性规则援引《地方组织法》赋予设区的市人大立法权。但《地方组织法》第八条规定县级以上人民代表大会的职权中并不包含明确的立法程序制定权，《地方组织法》第七条第二款在规定设区的市人大立法权的前提条件是“不同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规相抵触的”，则其逻辑又返回到《立法法》，由此而引申出两条逻辑线：第一、《地方组织法》第七条与《立法法》第七十七条第一款形成逻辑循环，不能导出有效结论；第二、《地方组织法》第七条与《立法法》第七十二条第二款、第七十三条结合，导出设区的市立法范围限于三方面的结论。因此，认为设区的市制定的立法规程性法规具有相应法律地位的理由并不充分。另外，由于“城乡建设与管理”是一个内涵极不确定的概念，立法实践中往往对其做扩张理解，而正是因为对“城市建设与管理”存在

[17] 参见李飞，加强和改进省（区）人大常委会对设区的市立法工作的审批指导，《中国人大》2020 年第 2 期
[18] 参加苗连营，设区的市立法权限的规范分析与逻辑求证，《地方立法研究》2017 年第 1 期 21 页

不同的理解，人们对诸如设区的市制定的“科学技术进步条例”“公共信用信息条例”“文明促进条例”等归为“城市建设与管理”类的地方性法规存在不同的认识，甚至认为是超越设区的市地方立法权限的。[19]

从纵向看，重复立法明显，立法必要性不足。例如在青山绿水等社会主义新时代的发展需求日益重要的背景下，各地纷纷制定了有关环境保护类型的地方性法规。截止2020年5月，山西省9个新赋权的市，除晋中市以外的8地均制定了大气污染防治的地方性法规。山西省在1996年就已制定《山西省大气污染防治条例》，在2007年对其作出过修正，2018年11月30日山西省第十三届人大常委会第七次会议对其进行了修订，在此次会议上，同时对阳泉市、晋城市的大气污染防治条例予以批准，此两市为山西省新赋权的设区的市中最早进行大气污染防治立法的地区。从规定内容看，8地制定的大气污染防治条例与山西省的大气污染防治条例，内容有重合且并未对省级地方性法规的规定予以细化。如《山西省大气污染防治条例》第四条对政府部门职能职责的规定为“县级以上人民政府生态环境主管部门对大气污染防治实施统一监督管理，其他有关部门在各自职责范围内对大气污染防治实施监督管理”，“其他有关部门”在8个设区的市地方性法规中，除了晋城外，并未进一步明确，《阳泉市大气污染防治条例》第二条第三款、《长治市大气污染防治条例》第五条第二款、《吕梁市大气污染防治条例》第五条第二款、《朔州市大气污染防治条例》第五条第二款、《运城市大气污染防治条例》第五条、《临汾市大气污染防治条例》第五条第二款、《忻州市大气污染防治条例》第四条第二款，均是简单沿袭《山西省大气污染防治条例》第四条的内容。在对“县级以上人民政府生态环境主管部门”的“监督管理”职责的规定上，除吕梁外也都是沿袭《山西省大气污染防治条例》第四条的宏观规定、并未予以明确细化，单纯从“不抵触”的审查标准看，设区的市立法并无与上位法抵触之处，但法规内容并未增加操作性、地方性内容，条款缺乏单独制定的必要性。类似重复规定还有，如《长治市大气污染防治条例》第37条已经规定了“法律、行政法规及本省省级地方性法规已有法律责任规定的，从其规定”，但第39条仍然重复了《中华人民共和国大气污染防治》第99条有关法律责任的规定。我们无法从文本追溯山西省人大常委会会议是否对重复上位法的条款提出审查意见，但从重复上位法数量占比情况看，重复上位法的现象似乎并非省级人大常委会立法批准制度的审查重点。另一方面，通过比较山西省新赋权的8个设区的市有关大气污染防治立法与上位法规定有无抵触，可以看到，经省级人大批准的设区的市地方性法规大体上不存在明显与上位法规定不一致、突破上位法的内容。说明随着各设区的市立法机关立法技术的成熟、立法批准制度的进一步规范，设区的市立法形式合法性基本能够保证。

对设区的市地方性法规进行纵向分析，还有一点遗憾，就是地方特色并不明显。设区的市城市建设与管理、环境保护方面的立法一定程度上存在的共性较多，最能体现地方特点的属历史文化保护方面的地方性法规，山西省所有新赋权的市中，首件被批准的

[19] 参见卫学芝、汪全胜，新时代依法立法原则的地方挑战与应对，《中共中央党校学报》2019 年第 4 期 117 页；陈建平，设区的市立法权限的合理扩充，《法学》2020 年第 4 期 92 页

地方性法规《运城市关圣文化建筑群保护条例》即属于此类型，但这部分立法地方特色并不明显。山西省拥有平遥古城、云冈石窟、五台山佛教建筑群等三处世界文化遗产、531处全国重点文物保护单位、604处省级重点文物保护单位、13处名城名镇名村。[20]运城、长治、晋城、晋中四个设区的市在全国“国保单位”资源排名中位居前五。[21]丰富的文物资源是山西省以及山西省各设区的独特的优势，也是各地全面发展山西、保护传统文化义不容辞的责任。陈建军、郑甲苏对山西古镇保护管理制度进行研究后指出，保护立法落后、保护管理低效、保护资金匮乏、公众参与水平较低，是山西省古镇保护存在的问题。[22]这也是山西省文物保护尤其是基层文物保护遇到的难题。目前，除山西省地方性法规、山西省政府规章以外，山西省新赋权的市相应也制定了文物保护和非物质文化遗产保护两方面的地方性法规。新赋权的市的立法一定程度上对文物保护的难题予以观照，在行政管理主体、资金保障、社会动员等方面均有涉及，但具体执行性不强。如基层文化文物的保护投入缺口很大，据山西省文物局相关人员表述，截止2019年11月，山西省5600多处市县保古建，只有约十分之一有人看护。[23]《运城市关圣文化建筑群保护条例》《忻州市五台山风景名胜区条例》《临汾市非物质文化遗产保护管理办法》《吕梁市非物质文化遗产保护条例》《晋城市太行古堡群保护条例》《朔州市应县佛宫寺释迦塔保护条例》《长治市不可移动文物保护条例》对专项经费、财政预算作为保护资金来源规定较为明确；但对于社会资金如何有效介入文物文化保护领域，仅在《长治市不可移动文物保护条例》《吕梁市碛口古镇保护条例》《晋城市太行古堡群保护条例》中有规定，但规定内容往往采取“鼓励”的表述方式，操作性不强。实践中不乏较为成功的借用社会资源保护文物的经验。如地处临汾市的曲沃县早在2002年通过社会集资方式对当地文物“四牌楼”进行保护，2010年10月曲沃县人大常委会通过《曲沃县古建筑认领保护暂行办法》对发动社会资源参与文物保护的具体方式予以规定。曲沃县的经验也获得了山西省文物局以及周边如运城、晋城、长治等地区的肯定。[24]但由于缺乏权威的法律依据，曲沃经验并未获得大面积的推广。截止2014年2月，山西119个县（市、区）的9000多处市县级文保单位中，只有40多个县将文物保护经费纳入了本级财政预算。[25]资金需求与文物数量之间的矛盾促成了2014年启动起草《山西省社会力量参与古建筑保护利用条例》，但最终并未形成省级地方性法规，而是以2017年3月11日《山西省动员社会力量参与文物保护利用“文明守望工程”实施方案》的政府规范性文件、2019年2月15日《山西

[20] 统计数据来源于山西省文物局网站 http://wwj.shanxi.gov.cn/e/action/ListInfo/?classid=266 访问日期 2020 年 6 月 23 日

[21] 参见山西省文物局网站 http://wwj.shanxi.gov.cn/e/action/ShowInfo.php?classid=205&id=28977 访问日期 2020 年 6 月 23 日

[22] 参见陈建军、郑甲苏，山西省古镇保护管理制度探究，《中国名城》2014 年第 12 期 69 页

[23] 参见张蕙兰，山西文物认养：社会力量参与基层古建保护。2019 年 12 月 4 日 http://travel.china.com.cn/txt/2019-12/04/content_75476406.html

[24] 参见张蕙兰，山西文物认养：社会力量参与基层古建保护。2019 年 12 月 4 日 http://travel.china.com.cn/txt/2019-12/04/content_75476406.html

[25] 参见山西省人民政府网站，孟苗，《山西省社会力量参与古建筑保护利用条例》启动，2014 年 2 月 28 日。http://www.gov.cn/gzdt/2014-02/28/content_2625602.htm

省社会力量参与文物保护利用办法》政府规章的形式实现其目的的。如果说在全省范围内推行吸收社会资金和资源进行文物保护活动、制定地方性法规尚不成熟，但对于曲沃县所在临汾市、周边地区如长治、运城、晋城等文物大市，在创制有关文物文化保护的地方性法规时，并未将实践已有的有效实践转化为立法，未将充满民间智慧、拥有群众基础的成功经验以立法的形式赋予权威地位，多数都是保守地在上位法的范围内重复立法。这或许是缘于设区的市立法机关对行使立法权的谨慎态度，也有可能是考虑到省、自治区人大常委会合法性审查的不确定性而采取的保守性策略。

六、实证基础上对地方立法批准制度的评价

（一）设区的市地方立法批准的不可取代性。

尽管有学者提出立法批准制度所实现的合法性审查可以通过备案审查制度予以实现，[26]建议取消立法批准制度以增强设区的市立法主动性与权威性。但从目前的立法实践看，取消立法批准制度时机尚不成熟、条件尚不具备。首先，既有的法律规定不允许取消立法批准制度。我国宪法、立法法等均明确规定设区的市地方性法规立法批准制度，法律的稳定性要求立法批准制度在较长时间内保持有效。其次，备案审查与立法批准的社会影响不同。以立法公布为标准，备案审查属于事后监督，批准制度属于事前监督。事前监督可以在地方性法规正式施行前发现问题，及时修改，最大程度保证地方性法规生效后的合法性，进而保证地方性法规的权威性。备案审查是地方性法规公布后三十日内启动的程序，之后要经过报送、审查、提出意见、反馈等环节，此时相关地方性法规极有可能已经实施，其影响是区域性、不可逆的。因此从效果上看，立法批准与备案审查目标有重合但功能有差异，二者不具有替代性。再次，虽然因为立法批准制度使得设区的市的立法权被认为是“半个立法权”，但省、自治区人大常委会并不参与、干涉设区的市立法实质性内容的工作，设区的市立法在符合宪法、法律规定且不与上位法冲突的情况下，省、自治区人大常委会无权不予批准。立法批准制度与立法权在性质上并不对等，所谓“半个立法权”的说法并不确切。同时，省、自治区人大常委会的合法性审查能将维护社会主义法律体系的统一性与发挥地方特色有机耦合，在赋予立法自由的同时克制设区的市因迫切解决地方问题而突破上位法的冲动。

（二）设区的市地方立法批准具有纯粹的监督属性。

《中华人民共和国各级人民代表大会常务委员会监督法》（以下简称《人大常委会监督法》）第五章“规范性文件的备案审查”，规定县级以上人大常委会对下一级人民代表大会及其常务委员会作出的决议、决定的审查属于监督权，并且进一步规定了撤销权。结合《人大常委会监督法》第二条第二款、第二十八条的规定，通过准用性规范的形式，肯定了各级人大常委会对规章以上效力的规范性文件的备案、审查和撤销，性质上也应视为是各级人大常委会的监督权。

[26] 相关观点参加严海良，设区的市立法批准制度之检视，《学海》2020 年第 2 期 125 页以后；姜孝贤，论设区的市地方性法规报请批准制度的困境与出路，《北方论丛》2019 年第 3 期 26 页以后

我国上下级人大及其常委会之间并非行政意义上的上下级领导、指导关系，而是工作联系的关系，而权力监督是宪法赋予的最重要最基本的联系方式。上级人大代表由下级人大选举产生，组成更具全局性的权力机关。从权力区域性限制看，省、自治区级人大代表由下一级人大代表会议选举产生，人大代表通过选举本级人大常委会组成人员的方式实现宪法赋予人民日常管理国家各项事务的权力。保证宪法、法律、行政法规和上级人民代表大会及其常务委员会决议在本行政区域的遵守和执行是县级人大常委会的法定职权。设区的市制定的地方性法规在其行政区域内不与宪法、法律、行政法规相冲突是宪法、法律、行政法规顺利实施的必要保障。省、自治区人大常委会实现此项职权不能直接通过指示、命令等领导性方式实现，通过工作联系性质的监督方式是符合我国各级人大及人大常委会的工作性质。

（三）设区的市地方立法批准是前置于地方立法程序中的立法监督权。

根据《立法法》的相关规定，设区的市地方立法程序包括法规案提出、审议、表决、公布环节。省、自治区人大常委会的立法批准权并非设区的市地方立法权的组成部分，而是省、自治区人大常委会履行自身监督权，保证宪法、法律、行政法规等在本行政区域获得顺利实施的必然要求。因为一项法律制度一旦生效实施，即使有备案审查监督等事后监督模式，在事后监督发生作用之前，其影响在一定地域内往往是不可逆的。下位法与上位法矛盾不仅是立法技术问题，更是对人民群众生活产生困扰、诱发纠纷、影响法律公信力的社会问题。除备案制度、书面审查要求或建议制度等事后监督机制外，运用事前监督可以尽早在地方性法规生效前发现设区的市地方性法规与上位法矛盾、冲突之处，及时消除地方性法规中的违法要素，保证最终生效法规的统一性。

宪法、法律并未限制省、自治区人大常委会对设区的市的地方性法规行使立法监督权的阶段，为立法监督的前置提供了空间。

七、设区的市地方性法规立法批准制度的完善

我国设区的市地方立法鉴于其监督权的属性，不宜过度介入设区的市地方性法规的订立程序；设区的市人大常委会制定地方性法规时也不应以“半个立法权”为理由推脱立法过程应尽的合法性注意责任。总体而言，省、自治区人大常委会对设区的市地方性法规的合法性审查是一种刚性审查，即合法性审查仅限于审查与上位法是否冲突、矛盾。基于合法性审查权属于监督权的性质，省、自治区人大常委在行使合法性审查权时，也可衍生出柔性的审查建议权，即发现设区的市地方性法规存在有不合理的内容时，可以通过向设区的市人大常委会提出建议的方式实施监督，但不得以此作为不予批准的理由。

根据已有的实证分析数据，为解决制度建设中规范性不足与实践回应中的困惑，对于设区的市地方性法规批准制度应从如下方面考虑完善举措：

（一）程序规定应在切合地方实际的基础上追求统一化、标准化。

（二）内容规定应在严把合法性标准基础上鼓励地方特色。

政治对话语境下权力正当性的二维架构解析

董玉荣[1]

【摘 要】阿克曼主张权力正当性的基础在于政治对话的完满性，这一学说成为继罗尔斯之后又一新的理论焦点。政治对话中的限定性原则与公民资格是构建权力正当性理想图景的两个必备要素。限定性原则是让持有诸多互竞且不可通约善观念的自由而平等的公民在各种观念之间保持中立，是权力正当性的前提要件；而公民资格则是评判权力正当性的决定性要素，它要求政治对话者在那些涉及他们所倡导或支持的原则及政策如何能够被公共理性的政治价值所支持的根本性问题上，能够向彼此提供合理性的解释。这两要素内在地统一于政治对话理论中，成为达致权力正当性的二维架构。

【关键词】权力正当性；政治对话；限定性原则；公民资格

权力正当性一直是政治法律哲学所关注的核心议题，经过20世纪几次战争的洗礼之后，变得更加明确和重要。布鲁斯·阿克曼作为继罗尔斯之后又一位影响深远的政治法律哲学家，在其代表作《自由国家的社会正义》开篇即指出，希望认真对待权力正当性问题，每一个质疑权力正当性的怀疑者，都应得到一种审慎的尝试性回答。对于这个问题，阿克曼自己给出的答案是，权力的合法正当性在于满足政治对话的要求，通过公共理性帮助人们获得一种广泛而有效的政治共识。这一论段既关注了公共领域政治伦理和价值实现的过程，也注意到了公民政治生活的表达权利，俨然成为继罗尔斯、德沃金之后又一新的理论焦点。

一、政治对话的限定性原则

近代以来，政治法律哲学家们普遍认为，资源的适度匮乏是引发权力斗争的根源所在，而根据正当的权力分配初始资源又是社会正义的基本要求。因此，为了达致权力正当性的理想图景，实现社会资源的公平分配，学者们提出了完善的政治对话方案。对于这种解决方案，阿克曼给予了高度认可，并设计了三个限定原则来规范自由国家的政治对话，以此作为实现社会分配正义的先决条件。

1. 政治对话的合理性原则。权力是规范人类社会的强制性工具，影响和控制着政治社会中的每一公民，它的任何一种存在形式都有被质疑的可能性。合理性原则强调，“无论任何人在任何时候质疑其他人的权力正当性时，权力持有者不应通过压制怀疑者来回

[1] **作者简介：**董玉荣，讲师，法哲学博士，从事法哲学、环境法学研究。
基金项目：国家社会科学基金重点项目（16AJL005）；江苏省社科基金一般项目（16FXB006）；江苏省高校哲学社会科学一般项目（2016SJB820021）；江苏大学高级人才专项资助项目（11JDG186）

答，而应给出一个解释为什么他比怀疑者更有权力获得该资源的理由[2]。”简言之，任何人提出的关涉资源分配的利益诉求，譬如按需分配、按幸福或快乐来计量的分配，都应是通过他人的质疑与拷问的前后完整、协调一致的主张或分配规则。而只有所有可能的相关者作为合理商谈的参与者有可能同意的那些行动规范才是满足政治对话或商谈的原则[3]。

2. 政治对话的一致性原则。这个原则的主张是，权力持有者在某个时刻提出理由，未必与他提出的证明其他权力诉求合法性的理由相一致。当大多数对话者都支持具有综合性特征的 X 规则优于其他规则时，他们可以采用“多元化”的方法来捍卫自己所认可的较为复杂的判定规则。这些政治对话者可以引用理由 R1 来区分他们的 X 与判定规则的一个子集[X1……X 10]之间的不同，而用完全不同的理由 R2 来辨别他们的 X 与判定规则的第二个子集[X11……X 20]之间的差异。纵使这些政治对话者能据此解释为什么自己偏好的规则子集要优于议程上其他人偏好的子集，并以引发有效讨论的方式将这些对立者汇聚起来，但只要这些多元论者一开始就能解释他为什么有理由否定议程上的一个小子集，并准许他的对手提出附加的检验比较，且据此使其（多元论者）论证框架更加充分明了，这也就足够了。

3. 政治对话的中立性原则。在政治对话中，公民应当避免对话一方强迫他人接受他们不愿接受的政治理念。这就需要将中立性原则植入政治对话中——“如果权力持有人基于某个理由而宣称如下内容，那这个理由就不是正当的理由：（a）他的正当性概念比其他任何同胞的都要好；（b）不管他的正当性概念如何，他天生就优于其他一个或多个同胞[4]。对于中立性原则的第一部分（a），阿克曼将其称之为“禁止性选择”。每个人对善观念的认识不同，如成为一个有德性的钢琴家，一个追求神意的人等观念，但无论是哪一种观念，任何人都无权禁止他们对自己所认同的“善观念”在本质上优于其他人的看法发表言论。每个人都有权使用对他最为合理的术语来阐释自己的目的。正是这种解释构成了公民的善观念。对于中立性原则的第二部分（b），阿克曼将其表述为“禁止绝对优势的主张”。这种主张强调对话者不论什么样的利益诉求，他们对权力之争的偏好都是正当的。所以，阿克曼指出，满足中立性原则的对话应符合下列三个条件：（1）我是个有善概念的人；（2）仅仅因为我是具有这种美德的人，我起码和你一样好；（3）这是我应该和你得一样多的无主物的充分理由—只要你无话可说，那中立性就会证明对额外无主物的主张是正当的。只有这样，政治对话才能称得上是符合中立性原则的平等而自由的主张。

---

[2] 布鲁斯·阿克曼.自由国家的社会正义[M].董玉荣,译.南京:译林出版社,2015.，14 页。

[3] 哈贝马斯.在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理[M].童世骏,译.北京:生活·读书·新知三联书店,2011，132 页。

[4] 布鲁斯·阿克曼.自由国家的社会正义[M].董玉荣,译.南京:译林出版社,2015，11 页。

二、政治对话者的公民资格

探讨了政治对话的限定性原则，阿克曼又着重指出，公民资格是完备政治对话的另一个重要考量因素。因为公民资格能够包括人的能动性需要，能动性是人们参与和发起政治活动等社会活动的基本能力[5]。这是一个生物学意义上的人(humans)要成为文化意义上的人(persons)所必须满足的某些条件[6]。个体只有在满足了中立性交谈中的对话表现与行为要求的必要且充分条件后，才能获得共同体其他成员的认同，才会就权力正当性问题展开论辩，证明其分配规则的正当性。

首先，公民资格的必要条件一：对话表现。作为公民资格的必要条件，对话表现要求个体在用一种特定方式谈论权力关系时，能以质询性检验（“为什么是你而不是我应该得到它？”）和防御性检验（“因为我至少和你一样好”）的方式提出合法性的问题。在这两种检验方式中，一个人质疑其他人的主张却拒绝谈论自己的权利理由并不少见，但如果他通过防御式检验却落败于质询式检验却是不可能的。所以，在政治对话中，防御式检验的要求看起来比质询式检验的要求更为严苛，也更为重要。

就防御性检验来说，它并不要求对话公民具有很高的头脑敏锐度，在这里“公民资格所要求的是最低程度的对话，为那些在所有其他方面自由表达不同意见的个体之间增进相互理解建立了一线希望。认可彼此对自尊的诉求，每个人都可以自行其是，而且不会危及其成为政治共同体中具有充分资格的成员[7]。”可以看出，防御性检验要求政治对话参与者不仅应具有语言学意义上的共同语言，还应当具有语义学意义上的共同语言。语言学意义上的共同语言只能将人与动物区别开来，语义学意义上的共同语言则要求自由主义国家还应当为公民提供语言转换系统，促进公共对话。因此“防御性检验不要求任何人说出所有与其自命不凡的优势不一致的话。自由主义对话只是将那些与公民资格问题不相关的问题过滤出去，留下少量的却占据整个对话领域的基本主张：‘因为我至少和你一样好’[8]。”

其次，公民资格的必要条件二：行为检验。行为检验是公民资格的另一个必备要件。在阿克曼看来，如果一个人满足于通过理性对话而得以维护有限的权力，他就通过了行为检验；反之，则不合格。为了保证权力交谈者的行为和对话的一致性，阿克曼给出了一项完美的正义技术——保护自身利益的镭射枪。这把神奇的镭射枪可以在保护对话者自身合法权益的同时，又不会侵害其他人的合法权益，而且它的程序设计还如此完美，以至于它永远不会在不恰当的时间打错方向。当然，这项理想的正义技术一旦进入现实世界后就会发生转化，完善的刑法典将会代替这把神奇的镭射枪。这部刑法典具有如下特性：“（1）理想的警察机关能够查出所有参与非法权利游戏的罪犯；（2）理想的法官能够非常精确地裁定所有的案件；（3）理想的惩罚措施能使公民认为，如果没有他起初

[5] 王立.需要与公民资格[J].理论探讨,2012,(6):第 48-51 页。
[6] 莱恩·多亚尔，伊恩·高夫：人的需要理论[M].汪淳波，张莹莹译.北京:商务印书馆,2008，91 页。
[7] 布鲁斯·阿克曼.自由国家的社会正义[M].董玉荣,译.南京:译林出版社,2015，78 页
[8] 布鲁斯·阿克曼.自由国家的社会正义[M].董玉荣,译.南京:译林出版社,2015，81 页

攻击行为，情况就不会这么糟糕[9]。”在这些假设条件下，完善的刑法典和镭射枪一样都能有效地规范政治权力对话者的行为。

公民资格的充要条件：理性的中立性对话。尽管对话表现和行为要求是政治对话者获取公民身份的基本要求，但即便有人能轻而易举地满足这两个条件，我们也不能说此人在政治共同体中具备了公民资格。因为对话表现和行为要求只是达致公民资格的必要条件而非充分条件。为了确定公民资格的必要且充分条件，阿克曼主张将公民资格根植于政治共同体内更具根本性的思想上。申言之，在自由主义理论中，权力持有者应能对遭受质疑的问题给出理性的回答，这种回答不能是他们所认可的任何一种便捷方式。特别是在面对合法性问题时，遭受质疑的权力持有者不能声称比提问者更具有道德优势来作答，而是要以能满足中立性对话的方式作出回应。也就是说，政治对话者获得公民资格的必要且充分条件是交谈者能够就政治生活中的权力正当性问题进行（公共）理性的中立性对话。对于这一点，下文还会详细交代。

三、权力正当性在于理性的中立性对话

虽然限定性原则和公民资格是达致权力正当性的必备要件，但它们在政治对话中所起的作用却大不相同。限定性的三个基本原则力图使持有诸多互竞且不可通约合理善观念的自由而平等的公民在各种善观念之间保持中立，而不是提倡某种至善的道德学说，即保持中立性对话。那接踵而至的问题就是：保持中立性对话的人为什么无需以强制力为后盾就可以结成一个稳定的自由主义国家？这就涉及到政治共识性的问题，即如何在多元社会中获得广泛统一的认识。这种共识的达成需要具有公民资格的理性主体“在那些涉及他们所提倡和支持的原则及政策如何能够被公共理性的政治价值所支持的根本问题上，向彼此提供合理的解释[10]。”所以说，阿克曼政治对话语境中所达致的权力正当性实质上就是确保具有公民资格的理性主体在自由国家内进行中立性的政治对话。

第一，中立的限定原则是权力正当性的前提条件。中立性是规范对话各方达成共识的一种约束力，它的重要价值体现在当“我们越能使用合理的程序和原则去控制这种斗争，我们便越能运用我们的时间和精力去追求其他的目的[11]。”在阿克曼的语境中，中立性是借助三个限定性原则，合理性原则、一致性原则和中立性原则来实现的。这些原则虽未像罗尔斯那样有着“词典编辑序列”，但是它们却呈现出逐步递进的状态。理性原则要求公民之间运用自己的理性参与对话，而不是无目的的漫；一致性原则强调公民对话的内容应当在逻辑上前后一致，而不是采取一种功利的态度，哪种主张对自己有利就随时切换到这种主张上；中立性原则主张对他人的观点，持一种尊重其合理内核的态度，并尽量寻找双方观点中能够达成共识的部分进行交流。这三个原则的协同运成为判断中

[9] 8 的 86 页

[10] John Rawls.Political Liberalism[M].New York:Columbia University Press,1993，127 页。

[11] 应奇.自由主义中立性及其批评者[M].南京:江苏人民出版社,2008，94 页。

立性政治对话的基准。

中立性进入权力结构后，会对公共对话的主要承诺产生效力，它一方面强调公民不是超脱一切社会认同的“无限制的自我”。“在自由公民于公共对话中陈述理由之前，仅要求这种理由具有说服力是不够的。它必须同时确保其他公民尽管在生活的终极意义问题上持不同意见，却承认其理由的合理性。否则，它就必须接受对话约束的必要性，同时控制自己将有争议的合理性观念强加给其他公民[12]。”另一方面，中立性约束也要求政府不能提倡任何善观念，而是在各种认识论或形而上学之间保持中立。因此，中立性约束的政治对话不仅是保障自由主义国家得以为续的先决条件，也是保证持有不同善观念的公民就权力正当性或权力斗争等基本政治问题达成共识的前提条件。

第二，理性的公民资格是权力正当性的决定性要素。近代以来，典型的政治法律哲学家如罗尔斯、德沃金和阿克曼等人普遍认为，中立性只是政治对话的一个前提条件，公共理性才是达成政治对话的关键要素。公共理性在这里则表现为一种公共讨论和政治对话，它可以帮助人们获得一个广泛而有效的政治共识。当然，达成共识的目的不是推崇不受限制的个体，而是建构一种为所有共同体成员都能确认良知的具体认同形式，即公民资格。当然，这种审慎的公民身份的测定首先要满足对话表现和行为要求的检验标准，只有通过资格测定的人才能在交谈中接受多元社会背景下的正义理念，并从行动上表现出与这种多元文化相匹配的理性观念。

但是，正如上文所提及的，仅满足公民资格的对话和行为检验的必要条件还不能说他们的对话就是理性的，因为导致人们对话时产生分歧的因素主要包括人们的基因差异、文化差异、对物质资源丰富程度的不同判断，以及所习惯的交易框架等四个方面。这四个方面的因素综合在一起，好比形成了一个权力矩阵，它们相互作用，共同影响了对话的进程。由于受约束的政治对话的存在，任何人都不能声称自己拥有在别人之前获得这个权力矩阵中各项要素的特权，任何人要想证明自己在权力矩阵各要素中拥有相应主张的合法性，就应当对他人承诺自己拥有正当权力，并竭力解释清楚理由。比如在下面的图表中，图中 A 区域表示公民为论证权力正当性而提出的全部理由；N 表示公民审慎思考其理由后形成的共识部分。公民之所以能够通过对话形成 N 区域的共识，是因为公民愿意将自己的观点交付公众，通过由公共理性之自由观念的相互承诺所规范的特殊方式发生互动，[13]形成实质性的政治对话。

结 语

阿克曼认为理性的中立性政治对话是实现权力正当性的最佳手段和最优策略。这种政治对话一方面受制于合理性原则、一致性原则和中立性原则的约束，保证中立性对话的实现；另一方面也受制于理性主体资格的限定，确保广泛而有效的政治共识的达成。

---

[12]

[13] John Rawls.Political Liberalism[M].New York:Columbia University Press,1993.76-77 页

中立性政治对话和理性主体资格的二维空间共同构成了阿克曼权力正当性的理想图景，其中，中立性的政治对话是形成权力正当性结构的前提要件，而理性的主体资格则是实现这一目标的决定性因素。总之，阿克曼对政治对话语境下权力正当性问题的探讨，不仅深刻地体现了自康德以来“正当优先于善”的分配正义观，即将权力正义问题聚焦于“如何实现公平分配权利的程序优先于分配的实体结果”，而且也在一定程度上对我们当下“建立健全权力运行和监督体系”提供了适当的参考，因为如何规范权力运行并达成一种政治共识也是眼下中国社会必须思考的一个现实问题。

参考文献

[1]布鲁斯·阿克曼.自由国家的社会正义[M].董玉荣,译.南京:译林出版社,2015.

[2]哈贝马斯.在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理[M].童世骏,译.北京:生活·读书·新知三联书店,2011.

[3]王立.需要与公民资格[J].理论探讨,2012,(6):48-51.

[4]莱恩·多亚尔，伊恩·高夫：人的需要理论[M].汪淳波，张莹莹译.北京:商务印书馆,2008.

[5] John Rawls.Political Liberalism[M].New York:Columbia University Press,1993.

[6] 应奇.自由主义中立性及其批评者[M].南京:江苏人民出版社,2008.

[7] Bruce Ackerman．Political Liberalisms[J]。The Journal of Philosophy,1994:364-384.

论个人信息保护的“二元规则”[1]

雷丽莉[2]

【摘 要】个人基于自身的网络行为，每天都在生产大量的个人信息。鉴于其“可识别性”以及和其他信息的聚合能力，个人信息成为打开各项权利（包括人身权、财产权）的钥匙，也成为对社会管理、商业利用具有重要价值的资源。让渡一定的个人信息，又成为个人享受各种公共服务、社会服务和企业服务的前提。因此，个人信息兼具个体属性、商业属性和公共属性三重属性。无论是欧盟的 GDPR，还是我国的《民法典》，都在尽力在个人信息的利用价值和给个人权利带来的影响之间进行平衡，在对个人信息处理进行限制的同时规定了大量的例外情形。本文认为，公、私领域对个人信息的处理分属两类不同的法律关系，应遵循不同的规则。面对公权力，个人往往不能选择同意与否，也无法授权。但是，这并不意味着公权力对个人信息的采集、处理和使用就不需要权利人的同意。只是个人对公权力的“授权”需要通过立法，以“集体决策”的方式进行，否则就会因人而异，从而有违平等的人权基本原则。但对于个人信息的商业利用和私人使用，尽管也存在技术资源掌握的不平等带来的地位的不平等的问题，但法律应该做的不是家长式的强行干预，以保护的名义剥夺个人在权利处分上的最终的决定权，而是应在遵循意思自治和诚信原则的前提下，通过立法使处于弱势地位的权利人能够与强势地位的个人信息处理者进行平等磋商。

【关键词】个人信息；“二元规则”；知情同意；查阅权

一、研究缘起

“个人信息”（personal information/data）作为一项公民权利是伴随着信息社会的到来产生的。“个人信息”作为一个法律概念起源于 1970 年代的欧洲。计算机数据处理能力的提高使得政府在人口普查中开始批量地处理公民信息，为了防止政府对公民个人信息的过度采集和使用，“个人信息”作为法律概念陆续出现在欧洲各国以及美国的立法中。而随着世界各国陆续进入信息化时代，个人信息的立法活动在全球展开，并呈现出趋同化的倾向。尤其是 2016 年 GDPR 颁布后，个人信息保护立法成为世界范围的潮流。

相比 1970 年代，进入新世纪后，个人信息立法呈现出一个重要的特征，即由原来的主要针对公共机构的信息采集，扩展到针对以互联网企业为代表的商业机构，尤其是大量平台型网络服务商的信息采集和处理行为。政府仍然是法律规范的对象，但互联网企业和收集处理个人信息的传统企业，也都成了个人信息立法所规范的对象，甚至是更主要的对象。

---

[1] 本文系国家社科基金一般项目“网络安全视角下‘平台型’网络服务商法律责任研究”（项目编号：17BXW090）阶段性成果。

[2] 雷丽莉，大连理工大学人文与社会科学学部讲师。

根据马克思主义的观点，作为上层建筑的立法的变化可以从经济基础上找到原因。个人信息是数字经济特有的产物，是基于数字经济所产生的全新权利。作为“数字石油”，个人信息已经成为重要的生产资料，同时也是进行公共管理和提供公共服务的重要资源。对个人而言，个人信息成为打开各项权利（包括人身权、财产权）的钥匙。鉴于个人信息的“可识别性”以及和其他信息的聚合能力，也成为对社会管理、商业利用具有重要价值的资源。因此，让渡一定的个人信息，又成为个人享受各种公共服务、社会服务和企业服务的前提。在数字经济时代，个人信息兼具个体属性、商业属性和公共属性三重属性[3]。公共机构[4]和商业机构甚至普通的个人都不可避免地会收集、处理和使用公民的个人信息，因而，从国际和国内的立法看，都在尽力在个人信息的利用价值和给个人权利带来的影响之间维持平衡。

在我国，《民法典》《网络安全法》[5]等确立了个人信息处理的基本原则，但是，公权力机关和民商事主体对个人信息的处理行为分属行政法律关系和民事法律关系两类不同的法律关系，而对于个人信息的“公用”和“商用”的差异，以及基于这种差异，法律应该如何应对，目前还鲜有研究。

二、个人信息保护的一般规则

我国《民法典》规定，个人信息是指以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人的各种信息，包括自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、生物识别信息、住址、电话号码、电子邮箱、健康信息、行踪信息等。[6]欧盟《一般数据保护条例》（GDPR）将个人数据界定为任何已识别或可识别的自然人相关的信息。一个可识别的自然人是一个能够被直接或间接识别的个体，特别是通过诸如姓名、身份编号、地址数据、网上标识或者自然人所特有的一项或多项的身体性、生理性、遗传性、精神性、经济性、文化性或社会性身份而识别个体。[7]

既然个人信息具有三重属性，围绕个人信息的立法所要调整的法律关系也必然是多元的。而在关于个人信息处理的规则中，也不可避免地涉及对公权力和公民权利、企业利益和公民权利之间关系的调整。根据《民法典》第 1035 条的规定，处理[8]个人信息应当遵循合法、正当、必要原则，不得过度处理。而且除法律、行政法规另有规定外，对个人信息的处理应当征得该自然人或者其监护人同意，公开处理信息的规则，明示处理信息的目的、方式和范围，不违反法律、行政法规的规定和双方的约定。第 1036 条规

[3] 雷丽莉：《权力结构失衡视角下的个人信息保护机制研究——以信息属性的变迁为出发点》，《国际新闻界》，2019（12）：58-84.
[4] 主要是公权力机构，也包括公共服务机构。
[5] 本文中表述我国法律名称一律省略国号。
[6] 《民法典》第 1034 条。
[7] GDPR 第 4 条第（1）项。
[8] 根据《民法典》规定，个人信息的处理包括个人信息的收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开等。本文按此定义使用“处理”一词。

定了处理个人信息不需要承担民事责任的例外情形。第 1037 条规定了自然人对个人信息的查阅、复制、修正、删除的权利。第 1038 条规定了信息处理者对个人信息的安全保障义务和向自然人告知的义务。第 1039 条规定国家机关、承担行政职能的法定机构及其工作人员对自然人的隐私和个人信息的保密义务。

本文认为，尽管立法统一规定了个人信息处理的一般规则，没有明确指出公权力机构和商业机构主体身份不同在个人信息处理中应遵循的规则有何不同，但是，由于公共机构和商业机构在处理个人信息时，作为行为主体的法律属性不同，其对个人信息处理的目的、方式也均有所不同，因此法律所调整的法律关系性质不同，因而需要遵循不同的规则。

三、现行立法对不同主体信息行为的规定

除《民法典》之外，我国有多部法律规定了相关机构及其工作人员保护个人信息的责任。其中包括公权力主体，也包括民商事主体。

表 1：涉及公共机构个人信息保护责任的法律规定

法律（颁布时间）	涉及“个人信息”的规定	行为主体	责任后果
反恐怖主义法（2018）	第七十六条 因报告和制止恐怖活动，在恐怖活动犯罪案件中作证，或者从事反恐怖主义工作，本人或者其近亲属的人身安全面临危险的，经本人或者其近亲属提出申请，公安机关、有关部门应当采取下列一项或者多项保护措施： （一）不公开真实姓名、住址和工作单位等*个人信息*	公安机关、有关部门	未规定
国际刑事司法协助法（2018）	第十七条 办案机关在执行请求过程中，应当维护当事人和其他相关人员的合法权益，保护*个人信息*。	办案机关	未规定
刑事诉讼法（2018）	第六十四条 对于危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪、毒品犯罪等案件，证人、鉴定人、被害人因在诉讼中作证，本人或者其近亲属的人身安全面临危险的，人民法院、人民检察院和公安机关应当采取以下一项或者多项保护措施： （一） 不公开真实姓名、住址和工作单位等*个人信息* （二） 采取不暴露外貌、真实声音等出庭作证措施	人民法院、人民检察院和公安机关	未规定
社会保险法（2018）	第九十二条 社会保险行政部门和其他有关行政部门、社会保险经办机构、社会保险费征收机构及其工作人员泄露用人单位和*个人信息*的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分；给用人单位或者个人造成损失的，应当承担赔偿责任。	社会保险行政部门和其他有关行政部门、社会保险经办机构、社会保险费征收机构及其工作人员	处分 赔偿责任
旅游法（2018）	第八十六条 （旅游主管部门和有关部门）监督检查人员对在监督检查中知悉的被检查单位的商业秘密和*个人信息*应当依法	旅游主管部门和有关部门监督检查人员	未规定

	保密。		
核安全法（2017）	第六十九条 涉及国家秘密、商业秘密和*个人信息*的政府信息公开，按照国家有关规定执行。 第七十四条 核安全监督检查人员执行监督检查任务，应当出示有效证件，对获知的国家秘密、商业秘密和*个人信息*，应当依法予以保密。 第七十五条 违反本法规定，有下列情形之一的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分： （五）核安全监督检查人员执行监督检查任务，未出示有效证件，或者对获知的国家秘密、商业秘密、*个人信息*未依法予以保密的	核安全监督检查人员	处分
国家情报法（2017）	第十九条 国家情报工作机构及其工作人员应当严格依法办事，不得超越职权、滥用职权，不得侵犯公民和组织的合法权益，不得利用职务便利为自己或者他人谋取私利，不得泄露国家秘密、商业秘密和*个人信息*。 第三十一条 国家情报工作机构及其工作人员有超越职权、滥用职权，侵犯公民和组织的合法权益，利用职务便利为自己或者他人谋取私利，泄露国家秘密、商业秘密和*个人信息*等违法违纪行为的，依法给予处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。	国家情报工作机构及其工作人员	处分 刑事责任
公共图书馆法（2017）	第四十三条 公共图书馆应当妥善保护读者的*个人信息*、借阅信息以及其他可能涉及读者隐私的信息，不得出售或者以其他方式非法向他人提供。 第五十条 公共图书馆及其工作人员有下列行为之一的，由文化主管部门责令改正，没收违法所得： （二）出售或者以其他方式非法向他人提供读者的*个人信息*、借阅信息以及其他可能涉及读者隐私的信息； 公共图书馆及其工作人员有前两款规定行为的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法追究法律责任。	公共图书馆及其工作人员	依照法律规定
出境入境管理法(2012)	第八十五条 履行出境入境管理职责的工作人员，有下列行为之一的，依法给予处分： （三）泄露在出境入境管理工作中知悉的*个人信息*，侵害当事人合法权益的	履行出境入境管理职责的工作人员	处分
居民身份证法（2011）	第六条 公安机关及其人民警察对因制作、发放、查验、扣押居民身份证而知悉的公民的*个人信息*，应当予以保密。 第十三条 有关单位及其工作人员对履行职责或者提供服务过程中获得的居民身份证记载的公民*个人信息*，应当予以保密。 第十九条	公安机关及其人民警察； 有关单位及其工作人员； 国家机关或者金融、电信、交通、教育、医疗等单	人民警察：处分、刑事责任； 国家机关或者

	国家机关或者金融、电信、交通、教育、医疗等单位的工作人员泄露在履行职责或者提供服务过程中获得的居民身份证记载的公民个人信息，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，由公安机关处十日以上十五日以下拘留，并处五千元罚款，有违法所得的，没收违法所得。 单位有前款行为，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，由公安机关对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处十日以上十五日以下拘留，并处十万元以上五十万元以下罚款，有违法所得的，没收违法所得。 有前两款行为，对他人造成损害的，依法承担民事责任。 第二十条 人民警察有下列行为之一的，根据情节轻重，依法给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任： （五）泄露因制作、发放、查验、扣押居民身份证而知悉的公民个人信息，侵害公民合法权益的。	位的工作人员	金融、电信、交通、教育、医疗等单位的工作人员：行政处罚、刑事责任
社会保险法（2010）	第九十二条 社会保险行政部门和其他有关行政部门、社会保险经办机构、社会保险费征收机构及其工作人员泄露用人单位和个人信息的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分；给用人单位或者个人造成损失的，应当承担赔偿责任。	社会保险行政部门和其他有关行政部门、社会保险经办机构、社会保险费征收机构及其工作人员	处分 赔偿责任
统计法（2009）	第九条 统计机构和统计人员对在统计工作中知悉的国家秘密、商业秘密和个人信息，应当予以保密。 第三十九条 县级以上人民政府统计机构或者有关部门有下列行为之一的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员由任免机关或者监察机关依法给予处分： （二）泄露统计调查对象的商业秘密、个人信息或者提供、泄露在统计调查中获得的能够识别或者推断单个统计调查对象身份的资料的； 统计人员有前款所列行为之一的，依法给予处分。	统计机构和统计人员	处分 刑事责任
护照法（2006）	第十二条 护照签发机关及其工作人员对因制作、签发护照而知悉的公民个人信息，应当予以保密。 第二十条 护照签发机关工作人员在办理护照过程中有下列行为之一的，依法给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任： （五）泄露因制作、签发护照而知悉的公民个人信息，侵害公民合法权益的；	护照签发机关及其工作人员	处分 刑事责任

表 2：涉及民商事主体个人信息保护责任的法律规定

法律（颁布时间）	涉及“个人信息”的规定	行为主体	责任后果
电子商务法（2018）	第五条 电子商务经营者从事经营活动，应当遵循自愿、平等、公平、诚信的原则，遵守法律和商业道德，公平参与市场竞争，履行消费者权益保护、环境保护、知识产权保护、网络安全与个人信息保护等方面的义务，承担产品和服务质量责任，接受政府和社会的监督。 第二十三条 电子商务经营者收集、使用其用户的个人信息，应当遵守法律、行政法规有关个人信息保护的规定。 第三十二条 电子商务平台经营者应当遵循公开、公平、公正的原则，制定平台服务协议和交易规则，明确进入和退出平台、商品和服务质量保障、消费者权益保护、个人信息保护等方面的权利和义务。 第七十九条 电子商务经营者违反法律、行政法规有关个人信息保护的规定，或者不履行本法第三十条和有关法律、行政法规规定的网络安全保障义务的，依照《中华人民共和国网络安全法》等法律、行政法规的规定处罚。 第八十七条 依法负有电子商务监督管理职责的部门的工作人员，玩忽职守、滥用职权、徇私舞弊，或者泄露、出售或者非法向他人提供在履行职责中所知悉的个人信息、隐私和商业秘密的，依法追究法律责任。	电子商务经营者	依照法律法规规定处罚
旅游法（2018）	第五十二条 旅游经营者对其在经营活动中知悉的旅游者个人信息，应当予以保密。	旅游经营者	未规定
测绘法（2017）	第四十七条 地理信息生产、利用单位和互联网地图服务提供者收集、使用用户个人信息的，应当遵守法律、行政法规关于个人信息保护的规定。	地理信息生产、利用单位和互联网地图服务提供者	依照法律法规规定处罚
网络安全法（2016）	第四十一条 网络运营者收集、使用个人信息，应当遵循合法、正当、必要的原则，公开收集、使用规则，明示收集、使用信息的目的、方式和范围，并经被收集者同意。 网络运营者不得收集与其提供的服务无关的个人信息，不得违反法律、行政法规的规定和双方的约定收集、使用个人信息，并应当依照法律、行政法规的规定和与用户的约定，处理其保存的个人信息。 第四十二条 网络运营者不得泄露、篡改、毁损其收集的个人信息；未经被收集者同意，不得向他人提供个人信息。但是，经过处理无法识别特定个人且不能复原的除外。 网络运营者应当采取技术措施和其他必要措施，确保其收集的个人信息安全，防止信息泄露、毁损、丢失。在发生	网络运营者	依照法律法规规定处罚

	或者可能发生个人信息泄露、毁损、丢失的情况时，应当立即采取补救措施，按照规定及时告知用户并向有关主管部门报告。 第四十三条 个人发现网络运营者违反法律、行政法规的规定或者双方的约定收集、使用其个人信息的，有权要求网络运营者删除其个人信息；发现网络运营者收集、存储的其个人信息有错误的，有权要求网络运营者予以更正。网络运营者应当采取措施予以删除或者更正。 第四十四条 任何个人和组织不得窃取或者以其他非法方式获取个人信息，不得非法出售或者非法向他人提供个人信息。 第四十五条 依法负有网络安全监督管理职责的部门及其工作人员，必须对在履行职责中知悉的个人信息、隐私和商业秘密严格保密，不得泄露、出售或者非法向他人提供。		
消费者权益保护法（2013）	第十四条 消费者在购买、使用商品和接受服务时，享有人格尊严、民族风俗习惯得到尊重的权利，享有个人信息依法得到保护的权利。 第二十九条 经营者收集、使用消费者个人信息，应当遵循合法、正当、必要的原则，明示收集、使用信息的目的、方式和范围，并经消费者同意。经营者收集、使用消费者个人信息，应当公开其收集、使用规则，不得违反法律、法规的规定和双方的约定收集、使用信息。 经营者及其工作人员对收集的消费者个人信息必须严格保密，不得泄露、出售或者非法向他人提供。经营者应当采取技术措施和其他必要措施，确保信息安全，防止消费者个人信息泄露、丢失。在发生或者可能发生信息泄露、丢失的情况时，应当立即采取补救措施。	经营者	依照法律法规规定处罚

从上述两个表格可以看出，这些立法对相关主体个人信息行为的规定呈现出以下两个特点。一，这些专门法都只是规定了相关主体的个人信息保护义务，主要是不能泄露，而没有明确的针对个人信息的授权性规定，即规定相关机构和个人在什么情况下可处理个人信息，可以处理哪些个人信息等。二，在涉及民商事主体的个人信息行为的立法中，大多规定如果违反保护义务，给权利人造成损失的，应当承担民事赔偿责任，或者直接规定遵循相关法律法规，即对个人信息“民用”“商用”可依照《民法典》等法律的规定追究责任。但是，对于公权力机构及其工作人员违反个人信息保护义务的行为，多数立法都没有规定相应的责任。即使有规定的，除了部分立法规定如果构成刑事犯罪，应当追究刑事责任外，责任形式也基本都是处分。即公权力机构的内部惩罚措施，而没有规定个人请求救济途径和行政赔偿责任。即公权力违法处理个人信息给个人带来损害，个人无法根据这些法律寻求救济。也就是说，对于个人信息的泄露或非法处理和利用行为，

民商事主体要承担侵权责任，构成刑事犯罪则承担刑事责任。而对于公权力主体，只有构成刑事犯罪才承担刑事责任。这使得公权力处理个人信息所受的约束相对有限。

值得注意的是，尽管《民法典》是调整平等主体法律关系的立法，但如第 991 条所规定的，民事主体的人格权受法律保护，任何组织或者个人不得侵害。第 1032 条关于隐私权、第 1035 条关于处理个人信息，也有类似的规定，这在法理上称为绝对权、对世权，公权力机构也不例外。而依照第 1035 条第一项的规定，公权力机构若需不经权利人同意处理个人信息，必须有法律、行政法规的规定，即法有授权方可为。此外，《民法典》还在第 1039 条专门规定了国家机关、承担行政职能的法定机构及其工作人员对自然人的隐私和个人信息的保密义务。与此同时，第 1036 条第（三）项将“为维护公共利益或者该自然人合法权益，合理实施的其他行为”规定为侵权行为人不承担民事责任的情形。公权力机构是最可能援引“为维护公共利益”“合理实施的其他行为”这一例外规则的，例如为了追查犯罪等。但是，那些违反了上述表 1 中相关专门法规定的处理个人信息行为，显然不是“为维护公共利益”“合理实施的其他行为”，因此，不属于《民法典》规定的可以不承担民事责任的例外情形。但如前文所述，诸多涉及公权力机构和工作人员个人信息处理行为的立法在规定违法责任时，都没有规定对权利人赔偿责任，而是将处分作为主要责任形式，于是产生了法律衔接中的空隙。因此，这些专门法中对个人信息保护的条款在司法中几乎没有被援引过，即公权力的个人信息违法行为鲜有受到处罚的情形，更不会产生对被侵权人的赔偿。尽管公权力机构对个人的赔偿仍然来自纳税人，但正如司法中错判或错误羁押都会产生国家赔偿，那么公权力个人信息非法泄露或利用，是否应赔偿也是值得考虑的，至少在《民法典》中是没有免除其民事赔偿责任的。作为规定民事主体权利和义务关系基本法律，既然专门规定了国家机关、承担行政职能的法定机构及其工作人员对个人信息保密的民事义务，那么理应有专门法或下位法对违反此义务应承担的民事责任做出明确规定。

此外，不论是《民法典》、《网络安全法》，还是其他各类专门法，都没有对公权力机构向以网络平台为代表的商业机构索取个人信息做出规定或限制。由于立法没有设定明确条件，因此，公权力基于其职权从商业机构获取个人信息，在现行法律中尚缺乏明确有效的屏障。当公权力机构以履行职责的名义要求商业机构提供其客户的个人信息，商业机构往往是找不到法律依据来拒绝的。因此，从理论上讲，只要个人授权某一商业机构处理其个人信息，其个人信息就处于不可控的状态，这给个人有效维护《民法典》所保障的个人信息权利带来困难。

同 GDPR 一样，《民法典》也规定了自然人对自己个人信息的查阅、复制、修正、删除的权利。但是，与个人和网络服务者通过“隐私协议”进行约定不同，对于公权力机构依其职权究竟可以获取、使用和处理哪些个人，以及何为“为维护公共利益”“合理实施的其他行为”都没有明确的规定。因此，个人对公权力机构究竟可以或已经掌握哪些个人信息，以及如何处理和使用这些个人信息并不知情，因而个人的“查阅”、“复制”、“修

正”、“删除”的权利基本难以落实。公权力机构所掌握的个人信息是与其他民商事主体一样可以依据《民法典》的规定，由个人“查阅”、“复制”、“修正”、“删除”呢，还是作为政府信息，依据《政府信息公开条例》的规定的依申请向个人公开呢？这些问题都是个人信息保护机制需要再进一步明确的问题。无论采取哪种路径，对于公权力机构掌握的个人信息及其如何被处理，个人作为权利人都应有权知情，而且应该可以“查阅”、“复制”、“修正”、“删除”。

四、规范个人信息处理行为为什么需要“公”“私”有别？

公共机构，尤其是公权力机关和商业机构的法律属性和在社会结构中的功能和作用不同，其对法律的价值诉求也不同。公权力机构的核心价值诉求指向安全、秩序，而商业机构的价值诉求指向自由、发展。二者的法律属性和社会功能的不同，决定了二者与公民个人之间的法律关系也不同。以个人信息处理的一般原则——“知情同意”原则为例，面对公权力，个体往往不能选择同意与否，也无法授权。在有些情况下，个人甚至无权知情。例如，警察在侦察犯罪中调查犯罪嫌疑人的个人信息，显然不能让其知情。公权力的正当性基于人民的授权，人民对公权力的授权需要通过立法，即人民和政府的“契约”，以人民“集体决策”的方式进行，而不能根据个人信息保护相关立法的要求进行告知和获取权利人同意。

面对公权力，个人没有选择和议价的能力，大多数情况下，这种“知情同意”需要成为集体选择，否则就会因人而异，从而有违平等的人权基本原则。但对于个人信息的“公用”和“私用/商用”，尽管也存在技术等资源掌握的不平等带来的地位的不平等，但法律应该做的不是家长式的强行干预，以保护的名义剥夺个人在权利处分上的最终的决定权，而是应设法使处于弱势地位的主体能够与强势地位的主体平等磋商。对商业机构的规制要解决的核心问题是，使个人有能力对个人信息处理给个人带来的影响和使个人可能面临的风险进行评估。商业机构应提供所有必要的信息，以供权利人评估个人信息处理对其自身的影响。商业秘密不应成为妨碍其向权利人提供所有必要信息的理由。既然要个人让渡其个人信息，那么，作为数据采集者让渡出其相应的信息才符合私法关系的公平原则。

“二元规则”的核心依据正是民事法律关系的基本原则和行政法律关系的基本原则之间的不同在个人信息问题上的体现。例如，为了信息主体自身的利益，公权力机构可能基于法律授权，依其职权处理个人信息，而对于商业机构，即使是为了信息主体的利益，通常也不能在没有经过信息主体同意的情况下处理个人信息。同样，商业主体在获得信息主体同意的前提下可以对个人信息进行采集、处理和利用，但是，如果没有法律授权，即使权利人自己同意，公权力机构也不可以对个人信息进行采集、处理和利用。

大型网络平台服务商可以便利地获得海量的个人信息，同时由于其具有很强的信息聚合的能力，因此其基于个人信息能够开发出更多的数据产品和应用功能。鉴于其强大

的信息处理能力所带来的与用户之间的信息不对称，其与用户的地位就会不对等。而立法应当做的是，要求网络服务商保障数据透明性、披露数据处理规则、阐明算法决策的机制和数据的用途，以及保护数据主体的访问权或查阅权，使权利人在充分知情的前提下能够与网络服务商平等磋商，自由处分自己的个人信息。而对于公权力机构，法律要保障的就不是公权力机构和信息主体之间的平等磋商，而是需要明确公权力处理个人信息的条件、权限、时限等。即不同的公权力机关分别在什么样的情况下可以处理个人信息，可以处理哪些个人的信息，可以对信息做怎样的处理。由于各类公权力机构职能不同，因此不可能采纳统一的标准，存在着大量需要区别对待的情形，而这正是上表中各专门法应当明确规定的内容。当前各专门法中仅泛泛地说不能泄露或非法利用其工作中或履行职责中掌握的个人信息，远不足以有效规范公权力的个人信息处理行为，避免其对信息主体伤害。

另外，尽管“必要性”和“目的相称性”通常都被认为是保证个人信息合法使用的一项原则，但在商业机构对个人信息的应用上，对“必要性”的论证并没有多大意义。任何新技术在可用可不用的情况下要求不用，即使真能够落实，其对于推动社会的进步，推动新事物的产生和发展也并无益处。如果没有一开始对个人信息的采集处理，或者采集的数据只能用于某种目的，那么现在很多应用功能都无法开发出来。公众对于为了保障安全而让渡部分个人信息有比较普遍的共识，但为了享受其他服务或利益进行让渡，个体差异就比较大了。立法需要保障的是个人可以在充分知情的条件下做出自由选择。立法对于公共机构应当正向规定哪些是“可为”的，但对于商业机构，则只应反向规定哪些是“不可为”的，例如设置一些基础底线，如不得有基于宗教信仰、政治观点、性取向等的歧视等。对于哪些是“可为”的，应由作为权利人的个人与使用该技术的主体进行平等磋商。只要权利人是在清楚认知其后果基础上的自愿选择，法律就不宜过多干涉。

五、个人信息处理应当确立“公”“私”二元规则

《民法典》作为国家的基本法律，任何主体都应当遵守。个人信息作为受《民法典》保护的公民人格权，公私主体都不得侵犯。尽管《民法典》和 GDPR 都没有明确提出公、私领域处理个人信息的二元规则，但是，不论国内还是国外，立法者都已经意识到公、私领域个人信息处理行为的在法律属性上的差异，以及立法要调整的法律关系的不同，并且，已经在为公权力机构的个人信息处理确立专门的规则。

在欧盟，除了 GDPR 关于个人信息保护的一般性规定，《执法指令》（Law Enforcement Directive，2016）和《欧盟机构、团体和部门数据保护规定》（Data Protection Regulation for EU institutions, bodies and agencies，2018）中分别对欧盟执法活动中的信息行为和欧盟的组织机构对个人信息处理进行了规定。以人脸信息处理为例，《执法指令》要求对人脸信息进行处理必须：a）合法，公正和透明；b）遵循特定的，明确的和合法的目的（在成员国法律或联盟法律中明确定义）；c）符合数据最小化、数据准确性、存储限制、

数据安全性和问责制的要求[9]。值得注意的是，其对面部图像的处理的要求是“透明”和“数据最小化”，而非数据保护法关于个人数据处理和使用的一般原则——“知情同意”（informed consent）或“通知选择”（notice- choice）的原则。从公权力对人脸信息的应用场景看，这不难理解。公权力对个人信息的采集处理往往不能受该原则调节。例如，不管是通缉逃犯还是用于边境管理，抑或是用于失踪人口的寻找，都不可能让权利人知情同意。根据 GDPR 规定，个人信息的采集处理需要权利人明示的同意，但公共场所即使有闭路电视监控系统（CCTV，Closed Circuit Television）的标识，也只是告知进入该场所的人会被拍摄，但并不会告知面部图像会被如何处理、使用以及被谁使用。对公共场合的 CCTV，只要有提示，而你仍然走进来了，就默认为同意，这显然不是 GDPR 所要求的明示的同意。欧盟在 GDPR 之外对公权力的数据采集和使用进行单独规定，也在一定程度上说明，执法机构和民商事主体对于人脸信息的采集处理应遵循不同的规制路径。

世界上第一部个人信息保护法——1970 年的德国《黑森州资料保护法》的立法初衷就是为了防止政府过度采集公民个人信息。当时的背景是，随着第二次世界大战阴影散去，国家作为战争机器的角色逐渐被国家的福利职责所取代。国家更细致地搜集公民的个人信息，成为其更富效率地肩负起作为管理者和福利提供者的任务的前提。而彼时信息自动化处理技术的发展也助长了国家收集、储存、处理和利用信息的主动性，于是公民个人信息被大量采集。而 1970 年代公民意识的高涨，使人们意识到了国家掌握个人信息的潜在危险。这种对生活在“老大哥”（big brother）监视之下的恐惧之心，促成了立法者关注国家以福利为理由采集、处理公民个人信息的行为。因此最初的个人信息保护立法几乎都是以规范国家行为作为立法宗旨的。[10]1977 年的《联邦数据保护法》对公、私领域的信息行为规定了相同的原则：除非得到信息主体的授权，否则禁止采集他人个人信息。但同时规定，为了履行其公共职能进行信息处理，无须信息主体的授权。1990 年的《联邦数据保护法》中对公、私领域信息行为进行了分别规范。从总体来看，《联邦数据保护法》对国家机关的规范力度要强于民商事主体，但从趋势上看，对民商事主体的规范力度越来越接近政府机关。例如，根据 1990 年的《联邦数据保护法》，只有国家机关才受到禁止收集个人信息原则的制约，而国家机关之外的主体在收集个人信息时仅受诚信原则的制约。而根据 2001 年《联邦数据保护法》，其他主体也受到禁止收集个人信息原则的制约。[11]此类改变主要是来自欧盟立法的压力。[12]

---

[9] Law Enforcement Directive, Art. 4; GDPR, Art. 5.

[10] 蒋舸：《个人信息保护法立法模式的选择———以德国经验为视角》，《法律科学（西北政法大学学报）》，2011（2）：113-120.

[11] 蒋舸：《个人信息保护法立法模式的选择———以德国经验为视角》，《法律科学（西北政法大学学报）》，2011（2）：113-120.

[12] 蒋舸：《个人信息保护法立法模式的选择———以德国经验为视角》，《法律科学（西北政法大学学报）》，2011（2）：113-120.

美国在个人信息的立法上，遵循的是法无明文禁止即合法的原则。但是，相比民商事主体，美国对政府机构运用技术手段处理个人信息规定了详细的限制性条件。同样以通过人脸识别技术处理个人面部图像信息为例， 2020 年，华盛顿州参议院通过《人脸识别服务法》，加州的《人脸识别法》草案也进入议会程序，这些立法的宗旨都是在避免州和地方政府机构对人脸识别技术无限制地使用所造成的社会后果。根据这些立法，州和地方政府机构可以使用人脸识别技术定位或识别失踪人员、确定死者身份、警报对象或其他可能的受害者等。这些立法要求相关机构在人脸识别技术投入使用前至少 90 天通过其公共网站向公众发布问责报告，其中包含人脸识别名称、供应商和版本、如何生成、收集和处理数据，数据管理政策以及数据安全措施、错误匹配率以及接收反馈的流程等信息。州或地方政府做出对个人产生法律效力或对个人有影响力的决定时，个人对其面部模板具有确认、删除、撤回的权利，对出于安全或安保目的的登记，个人有权要求纠正或提出质疑等。

除了各州的立法外，在联邦层面，也有议员向参议院提出了《人脸识别道德使用法案》草案，该草案拟由国会设立专门委员会，负责审议、制订人脸识别技术指南。在委员会形成政府使用准则和限制条件之前，暂时禁止政府机构使用人脸识别，以防止人脸识别技术违反宪法第一修正案中规定的公民权利。该草案称，人脸识别技术的影响尚未经过充分考虑和适当讨论，但已有越来越多的美国执法机构使用或被推介使用该技术。已有证据显示人脸识别技术对有色人种、活动家、移民和其他原本就受到不公正对待的群体的不良影响更为显著，特别是在识别女性、年轻人、非裔美国人和其他族裔群体时。人脸识别技术不可用于压制受美国宪法第一修正案保护的相关活动、侵犯隐私或以其它方式对个人的公民权利和公民自由产生不利影响。

从上述分析可见，不论是在德国还是美国，都十分重视对公权力处理个人信息行为的规制。尽管欧盟和美国没有明确提出“二元规则”，但对个人信息的公用和私用，显然需要遵循不同的规制逻辑。在我国，《民法典》在规定一般原则之外，也规定了“法律、行政法规另有规定”的情形。公权力机构对个人信息的处理规则，更多地体现在其他的相关法律中。但是，从上述列表看，这些立法关于各机构主体处理个人信息的权限尚待做出针对性的规定。

当个人信息免受侵犯的权利已成为一项人格权，立法理应既要保护该权利不被其他民事主体滥用，同时也要保障该权利免受来自公权力的伤害。《民法典》为个人信息保护确立了一般标准，但鉴于公、私主体的不同社会身份属性，在个人信息这个领域，作为性质不同的处理者，也应遵循不同的规则。而这种不同的规则，不仅应体现在未来的《个人信息保护法》中，也应体现在上文列表中的各种专门法中。这些规则合起来，才构成个人信息处理的整个规则体系。为避免仅片面地约束对个人信息的商业化利用，以及一刀切式的统一立法对经济领域的过度干预，本文提出以下几点建议。

1.在未来的《个人信息保护法》中，在对个人信息一体保护的前提下，对公、私领域的个人信息处理进行分别规范。在规划和部署个人信息采集和处理技术时，需要从一开始就全面的分析其在公、私领域的应用可能给个体带来的影响，对使用该技术的各种方式、涉及的所有基本权利、要达到的合法目的以及个人信息的获取方式对其使用的合理性进行评估，在保护基本权利与数据服务于公共管理、公共服务和经济发展之间进行平衡，并安排好保护权利的路径。

2.鉴于各类公权力机构的不同职能职责，以及为公共安全、追究犯罪等目的对个人信息的处理不可能获得权利人的知情同意，且公权力应遵循法无授权即禁止的原则，对各类不同的公权力机构可以处理个人信息的范围、可做怎样的处理、以及可以存储的时限等，由立法做出明确的规定，且将听证、公开征求公众意见等方式作为通过立法授权公权力机构采集处理公民个人信息的必要前置程序。立法应当明确、详细规定听证时应向公众披露的信息，包括个人信息的采集、使用目的、范围、方式、存储期限、是否涉及第三方等，以普通公众能理解的方式对该技术进行解释，并对其可能产生的后果进行说明。公众集体决策只有建立在充分知情的基础上，其意见表达才是真实的，其同意才是有效的。此外，对于个人“查阅”、“复制”、“修正”、“删除”公权力所掌握的个人信息应当通过各专门法规定予以切实保障，对于公权力机构“过度处理”个人信息的行为应提供切实可行的救济途径。

3.对上述各专门法以及《政府信息公开条例》进行修订，明确政府及其相关部门可以掌握的个人信息的范围和时限以及个人对这些信息的“查阅”、“复制”、“修正”、“删除”权，从而使个人可以对相关机构的信息行为进行监督。对于基于国家利益和社会公共安全等因素需要限制个人的“查阅”、“复制”、“修正”、“删除”权的，应严格考察其必要性。

4.对于公权力对各种商业机构所掌握的大型数据库的执法访问应有必要的限制，如设置较高的门槛，遵循“严格必要”的原则，且其使用目的应仅限于打击恐怖主义和其他严重犯罪，以及涉及重大公共利益的情形。而且，对国家机关之间进行信息共享也应做出限制。通过设置商业机构和公权力之间，公权力机构之间个人信息流动的屏障，避免形成巨大的中心化的个人信息库，从而减少公众对监控社会的担忧。

5.要明确规定公权力机构及其工作人员涉及个人信息违法行为的法律责任，从而使立法能够具有约束力。公权力机构侵犯个人信息给个人造成损失，也应当承担赔偿责任。如果损失是由公权力机构或其工作人员的职务行为造成的，承担行政赔偿责任。如果损害是其非职务行为造成的，则应承担民事赔偿责任。

多元到统一：论地方权益性假期的立法乱象[1]

王志勇[2]

【摘 要】近年来，地方权益性假期引起公共传媒的密切关注。地方权益性假期在立法上表现出突出权利保护、配套措施缺位、欠缺保障手段、横向口径不一等四大特征，同时也暴露出合法性存疑与实操性不足这两个主要问题。地方权益性假期的出现实质上是地方立法机关在生造权利，不审慎的权利设定不仅不会实现立法目的，反倒有可能激化权利冲突，加剧国家与社会之间的摩擦。地方权益性假期意图保护的各项权益完全能够在现行假期制度框架内加以实现，应在着力完善已有假期制度的基础上保障劳动者真实地享有休息休假的权利，而不是不断推出一个又一个难以兑现的“画饼”式假期。

【关键词】地方权益性假期；地方立法；地方立法机关；权利设定；假期制度

一、问题缘起：一类有待研究的热门立法现象

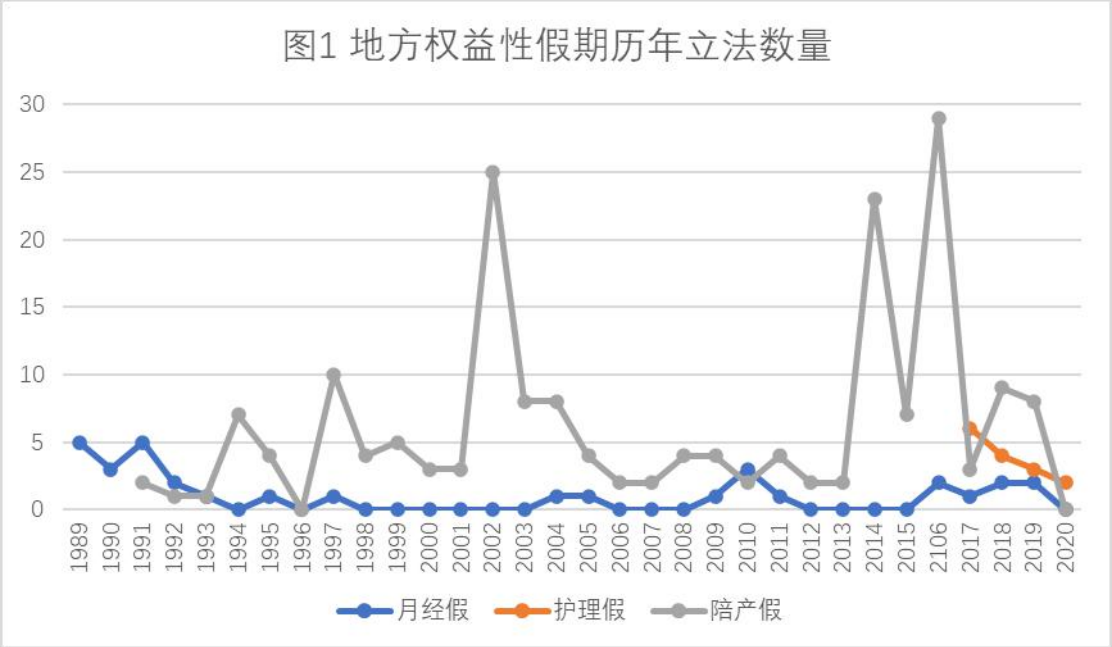
近年来，地方权益性假期已然成为极具话题性的公共舆论热点。初步统计显示，国内报纸公开谈及地方权益性假期的报道共计 292 篇，其中 2015 年之后的计有 246 篇（占比达 84%），这意味着近 6 年来，平均每年有多达 41 篇的报道反复关注同一话题，如果再加上网络新闻、小视频浏览等新媒体播报，有关地方权益性假期的讨论更是连篇累牍[3]。虽然地方权益性假期最近几年在新闻媒体上获得大量曝光度，但这绝非前所未闻的新兴立法现象。早在上世纪 80 年代末 90 年代初，便有部分地区在地方立法中对男性陪产假、女职工月经假作出规定，迄福建省于 1989 年 1 月率先实施相关规定至今，涉及权益性假期的地方立法文本（含生效中、已修改、被废止）共计 237 件（见图 1），除针对老年人权益保障的子女护理假是 2017 年以后方才出现的外，现行地方权益性假期立法中有关陪产假、月经假的规定基本都是在对原有立法文件反复修改完善的基础上逐步形成的。地方权益性假期始终都是地方立法中的一大热点。

---

[1] 本文系广西教育厅课题：新型城镇化背景下广西民族地区社会治理创新研究（项目号 2018KY0060）；广西文科中心课题：民族区域自治制度效能转化与珠江—西江经济带社会治理创新研究（项目号 ZX2020019）阶段性成果

[2] 王志勇，法律硕士，广西师范大学校长办公室秘书，助理研究员，研究方向法学理论、法社会学。

[3] 如无特别交代，本文文中及图表内所使用的数据皆源自笔者自行搜集整理，数据统计时间截至 2020 年 8 月 20 日。



与新闻媒体的密切关注形成强烈反差的是，地方权益性假期并未引起学界的足够重视。学界对地方权益性假期的忽视表现在两个方面：一方面，当前尚不存在有关地方权益性假期的总体性研究，何谓地方权益性假期、地方权益性假期在整个国家假期制度中处于何种位置、立法过程中所表现出的基本特征与暴露出的主要问题、如何看待这一立法现象等一系列基本问题仍有待回答；另一方面，单就某一类型的地方权益性假期开展的专门性研究也不多见，目前为数不多的已有研究成果的分布概况是聚焦于陪产假、少量提及护理假、基本不涉及月经假。有关陪产假的研究，以 2015 年国家全面放开二胎政策为分水岭，在此之前的研究多从顺应国际立法趋势、促进家庭幸福和谐的角度主张应当增设陪产假[4]，而在此之后的研究则多将陪产假作为提高育龄人群生育意愿的辅助政策[5]；有关护理假的研究，林嘉、陈靖远认为护理假的设定存在宪法依据，制度构建的关键问题在于如何在国家、单位与个人之间妥善分配成本，并结合世界发展趋势，认为“由雇主、雇员共同缴费并配合一般性财政支出的混合性融资模式是最具有可持续性的成本分担制度”[6]。除了数量不足之外，虽然已有研究成果或多或少都会触及地方权益性假期的制度必要性，但无论是从宪法依据、立法趋势、家庭和睦抑或是激励生育等视角，至多只能表明确实存在相关的立法需求，并不能够直接证成地方立法机关是权益性假期的适格立法主体，从权益性假期到地方权益性假期的转化，必须要通过立法权限的

[4] 参见唐芳.从奖励到权利——生育护理假的正当性论证[J].中华女子学院学报，2012，(1).邱玉梅，田蒙蒙.“陪产假”制度研究[J].时代法学，2014，（3）.2015 年后，也有学者从这一角度论述陪产假的合理性，如郝君富，郭锐欣.生育保障制度的国际改革趋势与启示[J].兰州学刊，2019，（6）.

[5] 参见李西霞.生育产假制度发展的国外经验及其启示意义[J].北京联合大学学报（人文社会科学版），2016，（1）.周宝妹.“全面二孩”政策背景下的生育假期制度重塑[J].山东警察学院学报，2017，（5）.谢增毅.二孩政策与社会法及其制度的完善[J].北京工业大学学报（社会科学版），2019，（1）.杨菊华.生育支持与生育支持政策：基本意涵与未来取向[J].山东社会科学，2019，（10）.祁静，茅倬彦.生命历程视角下的生育支持政策研究[J].福建师范大学学报，2020，（2）.

[6] 林嘉，陈靖远.家庭护理假的法理分析与制度建构[J].华东政法大学学报，2019，（4）：129.

检验。地方权益性假期作为一类研究对象，在研究广度与研究深度这两个层面，都确实存在一系列值得思考的问题。

有鉴于此，本文尝试对地方权益性假期展开总体性研究。本文紧密依托《立法法》有关立法权限的规定，搜集整理曾涉及权益性假期的所有地方立法文件，在此基础上对规定内容进行纵向与横向的比较分析。本文认为地方权益性假期立法在合法性上有越权立法的嫌疑，而条文规定本身欠缺可操作性又使立法目的很难真正得以实现。地方权益性假期实质上是地方立法机关在生造权利，不审慎的权利设定不仅有可能导致权利之间相互冲突，也有可能加剧国家与社会的摩擦。劳动者的各项权益绝大部分都能够在现行假期制度框架内得以实现，本文主张应在完善现行假期制度的基础上，保障劳动者能够真实地享有休息休假的权利，而不是以地方权益性假期的形式增设一个又一个难以兑现的“画饼”式假期。

二、地方权益性假期的立法现状

地方权益性假期是指地方立法机关为突出保障特定权利，在工休、公休以及年假等传统假期制度之外，单独为劳动者创设的休假制度。只有在对“地方”加以限定的基础上，方能准确理解上述概念。“地方”是一个频频出现于各式法律法规、政治决策、会议纪要，却又始终未能得到官方权威定义的概念[7]。《大辞海》对“地方”的释义是“①领域；②旧时指地保、保正；③处所；④我国中央以下各级行政区域的统称”[8]，最后一项释义在法学领域运用得最为广泛。在中央与地方的关系问题上，《宪法》第 30 条、第 31 条共同确立了我国“一体多元”的制度特征。“一体”既指在《宪法》序言中宣示的“统一多民族国家”，也指虽未在条文中明确表述，但始终贯穿国家制度实践的单一制组织形式。而“多元”则指向同时并存的多种地方制度：最为常见的省（直辖市）、市、县、乡（镇、民族乡）等一般地方建制；民族区域自治制度下的自治区、自治州、自治县；适用于香港、澳门的特别行政区制度[9]。基于不同的地方制度实践，依照立法自主性的强弱，可以将我国的地方立法分为三类：严格遵循不抵触原则的一般地方立法，即地方性法规与地方政府规章；可变通执行法律、行政法规的自治条例、单行条例；高度自治下的特别行政区立法[10]。与一般地方立法相比，后两类地方立法在适用条件与空间范围上较为特殊；此外，已有涉及地方权益性假期的规范文件绝大多数为一般地方立法，极少量的自治条例、单行条例也是在省级地方性法规基础上形成的变通规定。本文更为关心地方作为一级主体

---

[7] 如，《宪法》第 3 条第 4 款规定：“中央和地方的国家机构职权的划分，遵循在中央的统一领导下，充分发挥地方的主动性、积极性的原则”，《宪法》第 4 条第 3 款规定：“各少数民族聚居的地方实行区域自治，设立自治机关，行使自治权”。两处有关“地方”的使用，在外延上显然不完全相同。

[8] 夏征农，陈至立.大辞海·语词卷[M].上海：上海辞书出版社，2011：703.

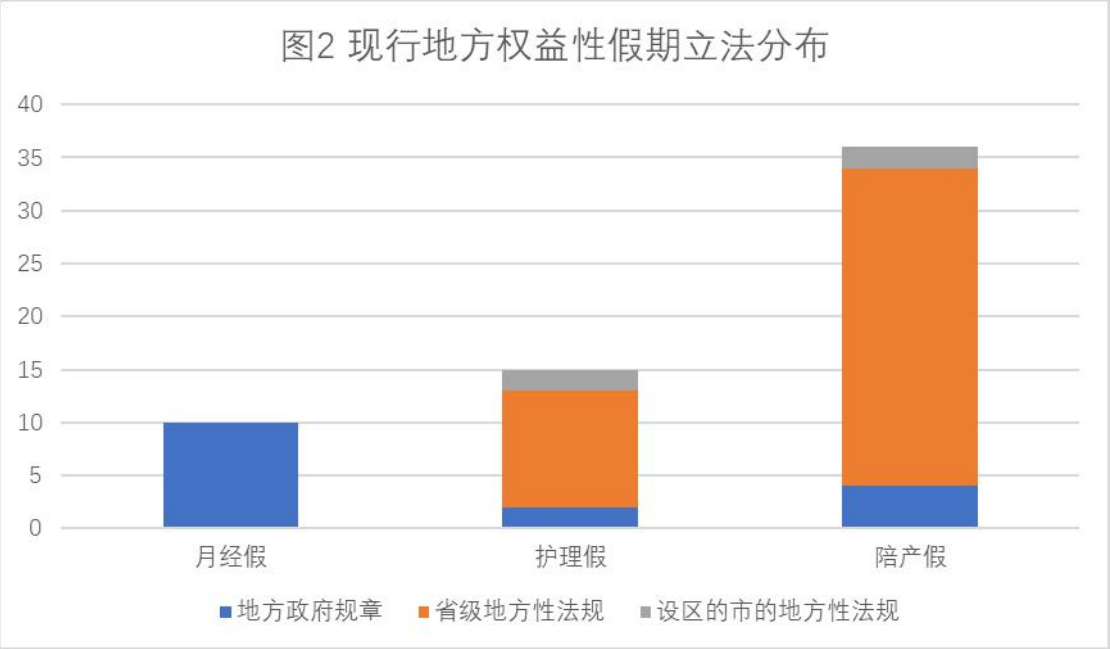
[9] 参见郑毅.论我国宪法文本中的“中央”与“地方”——基于我国《宪法》第 3 条第 4 款的考察[J].政治与法律，2020，（6）：79.

[10] 经济特区立法当然也属于地方立法，不过经济特区立法在立法权限上并不稳定，多表现为一种临时性的授权，故没有将其与以上三类地方立法并列。

如何在中央有关立法权限的常态化安排下统一行使立法权，故本文将一般地方立法中有关地方权益性假期的规定作为研究对象，地方权益性假期概念中的“地方立法机关”指的是省（自治区、直辖市）、设区的市（自治州）的人大、人大常委会与人民政府，规范文件在外部形式上表现为地方性法规与地方政府规章。

从立法所欲保护的权利类型看，可以将地方权益性假期分为护理假、陪产假与月经假三类[11]。护理假是当劳动者的父母住院治疗时，用人单位应当给予其一定期限用于照料病患；陪产假是符合法律、法规规定生育子女的夫妻，在女方产假期间，给予男方一定时间照顾对方；月经假是对处于经期的女职工给予放假休息的特殊保护。无论是何种类型的地方权益性假期，都不会减损劳动者在休假期间的工资福利待遇。

当前正在生效的涉及地方权益性假期的地方立法合计 61 件，在立法形式上以省级地方性法规为主（计有 41 件，占比达 67%），而在立法类别上则以陪产假居多（计有 36 件，占比达 59%）。地方权益性假期具体的立法分布情况为：月经假 10 件，均为地方政府规章；护理假 15 件，其中地方政府规章 2 件、省级地方性法规 11 件、设区的市的地方性法规 2 件；陪产假 36 件，其中地方政府规章 4 件、省级地方性法规 30 件、设区的市的地方性法规 2 件（见图 2）。



由于正在生效的地方权益性假期多是在反复修改旧有立法文本的基础上形成的，从发展脉络上看，不同历史时期的立法文本之间存在连续性，又因各地规定在调整对象、调整方式上高度关联，这便为我们进行纵向与横向的比对分析创造了可能，比对之后发现地方权益性假期立法呈现出以下 4 个特征：

（1）突出权利保护。这表现在以下几个方面：①增设新型假期，2017 年后，在有

[11] 不同地方立法中有关陪产假的称呼并不统一，除了陪产假这一称呼外，还有护理假、照顾假、看护假三种用法，其中以护理假使用频次最多。虽然名称不尽相同，但指向的同是生育权利，本文选取陪产假这一用法既是为了统一名称，也是为了与旨在保障老年人养老权利的护理假相区别。

着长期地方立法传统的陪产假与月经假之外，又新设第三类地方权益性假期——护理假；②延长假期时间，各地有关陪产假的平均放假时间在 2000 年时为 7.75 天，这一时长在 2010 年时已增加至 11.25 天，及至 2020 年，更是达到了 18.05 天，陪产假平均放假时长在 20 年间增长了 2.3 倍；③放宽适用条件，陪产假在创设之初带有极强的工具色彩，旨在通过为男性创设额外奖励假期以进一步贯彻计划生育政策，在适用条件上往往要求晚育、领取《独生子女父母光荣证》甚至是接受绝育手术，当前规定已经完全取消了上述限制，只要是依法办理结婚登记的夫妻，男方便可在女方生产时享有这一权利。

（2）配套措施缺位。马克思曾言："没有无义务的权利，也没有无权利的义务"[12]，权利与义务在法律上始终是相对应而存在的，权利的实现需要义务的履行。虽然地方权益性假期的最终受益人与权利人有时是分离的，不过至少从表面上看，劳动者与用人单位仍分别是直接的权利主体与义务主体。这一法律关系的形成并非劳资双方合意的产物，而是地方立法机关基于特定目的介入的结果，即便承认这一介入行为确有其合理性，但也不意味着在制度落实层面需要由用人单位承担全部成本。是否能够通过减税、补贴等经济手段在地方、个人与单位三者之间实现政策成本的合理负担？颇为遗憾地是，目前尚未在地方权益性假期立法中看到类似举措。

（3）欠缺保障手段。在最常见的表述中，法首先是政治共同体用来安排、调整和形成（或重构）人类共同生活的必要组织和统治工具[13]，通过事实构成与法律后果的连接，立法者能够向民众有效传达如何安排社会生活的构想。也只有当存在法律后果时，待解决的客观事实方能在涵摄之后得出在具体个案中所欲实现的法定价值判断，这同时也是调用国家强制力保障法律实施的基本前提。地方权益性假期目前普遍缺少法律后果的设定，当用人单位违反相关规定拒不放假或兑现经济待遇时，劳动者何以维护自己的正当权利？一旦长期放任违反法律规范的行为不予制裁，不仅会侵蚀法的实效使之沦为具文，也会动摇人们对法治国家的信念。

（4）横向口径不一。当代立法法治原则的一项重要内容便是协调性，它以实现法律体系内部的和谐统一为主要价值追求，不仅要求下位法不得与上位法相抵触，也要求同位阶的法之间要互相衔接、彼此协调[14]。然而在比较不同地区的地方权益性假期立法时，却鲜少能够发现对这一原则的贯彻，即便是同一类型的假期，在具体的规定内容上也有可能相差甚远：同为陪产假，山东、天津的放假时长仅为 7 天，而云南、河南、甘肃等地则可长达 1 个月；各地规定在月经假的适用是否要以医疗机构出具证明为前提条件、非独生子女是否也可以享有护理假等问题上也不尽相同。横向尺度不一放大了立法机关在自由裁量权上的差异，外加缺少必要的解释说明，难免给人留下随意立法的不良印象，无怪乎部分媒体讥嘲地方权益性假期立法是在"锯木头"——因需而设、厚薄自便

[12] [德]马克思恩格斯全集：第 16 卷[M].北京：人民出版社，2003：16.
[13] [德]魏德士.法理学[M].丁晓春，吴越译.北京：法律出版社，2005：38.
[14] 参见徐向华.立法学教程[M].上海：上海交通大学出版社，2011：66.

[15]。

三、地方权益性假期立法存在的主要问题

（一）合法性存疑

在我国这样一个单一制的政治体制下，包括立法权在内的地方所能拥有的一切权力都源于中央授权，能够在上位法中找到依据是地方立法权行使的基本前提。单一制的理论要旨在于，权力的统一对于法律的统一，进而对于整个国家的和平稳定被视作是必需的，这意味着政府的单一与统治权的垄断，也意味着中央集权的政治安排[16]。具体到我国中央与地方的立法关系问题上，虽然从最终目的来看，地方立法权的意义在于确保地方立法机关能够对某些事项拥有不受任意干预、独立自主的立法权能——不然立法权的配置目标必将落空，但地方能够就哪些事项进行立法、对可立法事项能够规定到何种程度等事关立法权运行的基本问题，则是由中央预先在宪法法律中加以规定的。宪法法律的规定构成地方立法效力的直接来源，地方立法权的行使必须遵守上位法设定的限制条件，否则必然会在合法性上遭到质疑。

很难为地方权益性假期立法在宪法法律上找到明确的效力依据，无论何种形式的地方权益性假期立法或多或少都面临着一定的合法性争议。按其功能不同，可将地方立法分为实施性立法、自主性立法与创制性立法三大类，宪法法律从未明确提及地方权益性假期，也不大可能将地方权益性假期立法意图调整的事项划入纯粹的地方性事务之内，因此，只能将之归入创制性立法的范畴。由于不同层级、不同性质的地方立法机关在创制性立法上的自主性存在差异，地方权益性假期的合法性之疑在具体形式上便也呈现出不同样态：

（1）省级地方性法规与“不抵触”原则。省级地方性法规在立法事项上并不会受到实质限制，按照《立法法》第 73 条第 3 款的规定，即便是法律、行政法规未作规定的事项，省级地方性法规也可以先行先试，但必须恪守“不抵触”原则这条底线。由于多年来宪法、法律都未对地方性法规的立法权限作出确切界定，因此，对于“不抵触”的认定标准无论是在学界还是立法实践中都存在着较大分歧。对“不抵触”的认定大致可以分为从宽说、适中说与从严说三种。从宽说将不抵触认定为不违背上位法的立法精神与基本原则[17]；适中说认为地方立法既不得违背上位法的立法精神与立法原则（间接抵触），也不得与上位法的具体规定相龃龉（直接抵触）[18]；从严说的标准则颇为严苛，将不抵触理解为地方立法必须要有上位法作依据，如李林教授主张“在中央未予立法的事项上，地方立法不得先行涉足。因为‘不抵触’隐含着要有中央法律作为地方依据的前提，在这

---

[15] 参见房清江.假期立法不宜政出多门[N].新华每日电讯，2017-06-08（06）.木须虫.权益性假期立法不宜政出多门[N].人民法院报，2019-03-27（02）.

[16] See Ostrom,Vincent.The Meaning of American Federalism:Constituting a Self-governing Society[M].San Francisco:ICS Press,1991:29—52.

[17] 参见沈关成.对地方立法权的再认识[J].中国法学，1996，（1）.

[18] 参见周旺生.立法学[M].北京：法律出版社，2000：379.

个前提下，地方立法不得先于中央”[19]。显然，如果适用从严说的标准，任一类型的地方权益性假期立法都必然无法通过“不抵触”原则的检视。即便当前对“不抵触”的认定以适中说较为流行，但各种分歧观点的存在，至少足以表明在正式的权威解释出台前，有一部分人并不认同地方权益性假期的合法性，在合法性这一问题上仍有可进一步商榷的余地。

（2）设区的市的地方性法规与立法事项。设区的市的人大及其常委会同样可以进行创制性立法，但仅限于城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护这三个方面。不大可能将地方权益性假期所规定的女职工劳动保护、老年人权益保障、男性职工生育权利归入环境保护与历史文化保护这两个方面，那么是否可以将之纳入“城乡建设与管理”项下？从《立法法》修改过程中有关设区的市的立法事项具体内涵的讨论过程来看，这一想法也不大可行。修法过程中对设区的市的立法事项曾经有过四种不同看法，其中第二种意见认为“将设区的市的立法权限限定在‘城市建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项’，范围太窄，应当根据设区的市的实际需求，将立法权限的范围扩大到公共服务、社会管理、民生保障以及教育、卫生、社会保障等”[20]，由此可见，前面三类立法事项与后面提及的若干事项并非种属关系而是并列关系，从立法内容上看，将地方权益性假期调整的事项归入后者似乎更为合适。虽然学界不乏有为设区的市摇旗呐喊之士，主张在三类立法事项具体内涵的理解上应当宽容以待，不过就在《立法法》修改后不久，时任全国人大法工委主任的李适时曾在一次正式讲话中指出，三类立法事项的限制“充分考虑了设区的市的现实状况，体现了积极稳妥推进的思路，目的是防止一些地方不顾自身实际搞立法上的‘大跃进’‘一刀切’‘一哄而上’，导致立法权滥用，立法质量难以保证”，要以“等内等”的方式去解读紧跟在三类立法事项后的“等”字[21]。在进一步的法律解释未曾出台前，对设区的市的立法事项仍应从严把握，在“城乡建设与管理”与社会民生保障之间进行慎重区分，否则难免有架空《立法法》规定之嫌，设区的市的地方性法规就地方权益性假期展开立法颇为不妥。

（3）地方政府规章与“根据”原则。《立法法》第 82 条第 1 款规定，“省、自治区、直辖市和设区的市、自治州的人民政府，可以根据法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规，制定规章”，仅从文义来看，“根据”一词便将地方政府规章定位于功能上的“贯彻实施”，紧随其后的第 2 款进一步对此加以明确，“地方政府规章可以就下列事项作出规定：（一）为执行法律、行政法规、地方性法规的规定需要制定规章的事项；（二）属于本行政区域的具体行政管理事项”。“根据”原则大幅压缩了地方政府规

[19] 李林.走向宪政的立法[M].北京：法律出版社，2003：221.

[20] 全国人大常委会法制工作委员会国家法室.中华人民共和国立法法解读[M].北京：中国法制出版社，2015：263. 修法过程中提及的“城市建设与管理”当然不等于正式条文中规定的“城乡建设与管理”，不过二者只是地域范围上的扩大，不涉及含括事项的增减。

[21] 李适时.全面贯彻实施修改后的立法法——在第二十一次全国地方立法研讨会上的总结[J].中国人大，2015（21）：15—16.

章的自主立法空间，在缺少上位法明确规定的情况下，地方政府规章有关地方权益性假期的规定背离了“根据”原则的要求。兹以地方政府规章对月经假的规定为例，在其声称的上位法依据——由国务院出台的行政法规——《女职工劳动保护特别规定》中，仅仅是在附录中列出女职工经期禁忌从事的劳动范围，月经假的创设纯属地方政府规章的“无中生有”。当然，《立法法》并没有完全剥夺地方政府规章的创造性，第 82 条第 5 款规定应当制定地方性法规但条件尚不成熟的，因行政管理的迫切需要，可以先制定地方政府规章，如需继续实施的，需于两年后提请本级人大及其常委会制定地方性法规，但从现有资料来看，已经超期实施地方权益性假期的地方政府规章都没有履行这一程序，有的甚至超期实施长达 10 年之久。总之，在当前有关立法权分配的体系中，地方政府规章并不具有设立地方权益性假期的权限[22]。

（二）实操性不足

1.定假标准不明

休假制度的功能是多元的，但多元制度价值取向间存在冲突可能，这突出表现为社会价值与经济价值的对立。合理配置的劳动时间不仅能够回复劳动者在作业过程中损耗的劳动力、缓和因持续工作而生的精神压力，也能够让劳动者有闲暇进行情感交流，在与家庭成员频频增进的日常互动间实现赡养义务与抚养义务，这是社会凝聚力的重要来源。不过时间本身也是一种宝贵的经济资源，恩格斯曾指出：“一切存在的基本形式是空间和时间，时间以外的存在像空间以外的存在一样，是非常荒诞的事情”[23]。作为一种特殊物质生产过程的经济活动，是不可能脱离时间而单独存在的，时间又因其无可替代性与非再生性而愈发显得弥足珍贵。依据马克思的经济理论，作为经济现象的时间除了自然存在这一客观事实外，往往伴随劳动的投入，经济时间由生产时间与流通时间两部分构成[24]。生产时间可进一步细分为劳动时间与非劳动时间，前者是实现价值及剩余价值的主要过程，后者则不产生任何价值（甚至有可能对价值的创造形成某种消极限制），劳动时间由必要劳动时间与剩余劳动时间共同组成[25]，必要劳动时间涉及劳动力再生产所需时间，剩余劳动时间则是生产剩余价值的时间。在必要劳动时间与剩余劳动时间中存在对立统一关系，在给定工作时长及劳动生产率的情况下，二者呈此消彼长的样态，因此，雇主总是试图找到破解这一内在矛盾的方法，以期在最大范围内实现资本增殖的可能。对休假制度社会价值的过分强调必然会损及其经济功能的实现。

为达成休假制度社会功能与经济功能的平衡，有必要在假期设定上遵循合理标准。我国当前主要节假制度在设定上皆有章可循：①工休制度。在通行的 8 小时工作制基础

---

[22] 可引为旁证的是，曾经有 12 个地方政府对月经假出台过规定，但后来统统失效不再有新的规定，这一数量甚至比正在生效的数量（10 件）还要多。

[23] 马克思恩格斯选集：第 3 卷[M].北京：人民出版社，2012：391.

[24] 参见[德]马克思.资本论：第 2 卷[M].中共中央马克思/恩格斯/列宁/斯大林著作编译局译.北京：人民出版社，1975：141.

[25] 参见马克思恩格斯全集：第 46 卷（下）[M].北京：人民出版社 2003：138.

上，《劳动法》兼顾特种行业经营的灵活性，对调休、总工作时长及限制加班做出规定，要求用人单位至少保证劳动者每周休息一天[26]。②节日制度。《全国年节及纪念日放假办法》对全体公民放假的节日及部分公民放假的节日做出统一规定，节假日制度的确立一方面是为弘扬民族传统文化、促进民族文化发展，使更多公民在节日中感受传统文化的魅力，避免出现“有日无节”、“有节无假”的尴尬；另一方面，在政治性较强的节日放假能够深化公民对革命历程、国家建设的认识，在重温历史的过程中突出个人的担当意识，在厚重历史与时代精神的双重激荡下催人奋起，具有较强的政治价值。③年假制度。我国的带薪年假制度经历了依行政级别定假向依工龄定假的转变，劳动者因累计工作年限的不同，分别可享有 5 天、10 天或 15 天的假期[27]。虽然与发达国家相较，我国节假日制度的设定标准有待改良，不过标准的存在本身便足以表明假期立法并非恣意的，不同社会经济发展阶段偏好不同价值，标准不仅构成当下讨论的起点，也标示了日后的完善可能。

地方权益性假期在内容设定上缺乏明确标准，立法的严肃性难以得到有效保证。法律、行政法规在权益性假期的设定上总是有迹可考，往往能够看出立法者内在的取舍权衡：产假的休假期限及休假方式能够得到医学病理研究的佐证，探亲假在设定上则综合考虑了职工婚姻情况、探望对象以及在途时间。地方权益性假期的规定则较为简单，全部内容往往只体现在单独一条甚至是一款中，仅从文本本身无法探明立法者在创制时的取舍标准，两相对照，地方的立法操作颇显随意。以护理假为例，各地在立法上的随意性突出表现为对于放假安排的协调性不足，假期规定大相径庭，详如下表：

表 1 各地在“护理假”规定上的差异

序号	地区	时长（天）	权利主体		序号	地区	时长（天）	权利主体
1	福建	<=10	独生子女		8	河南	<=20	独生子女
2	广西	<=15	独生子女		9	宁夏	<=15（独生） <=7（非独）	—
3	海南	<=15	独生子女		10	内蒙古	<=20	独生子女
4	湖北	<=15（独生） <=10（非独）	—		11	山西	<=15	—
5	黑龙江	20（独生） 10（非独）	—		12	重庆	<=10	独生子女
6	四川	<=15（独生） <=7（非独）	—		13	广州	<=15	独生子女
7	河北	—	—		14	淮安	>=5	独生子女
15	长春	<=15	独生子女					

由上表可见，各地在“护理假”的权利享有者、义务承担者及权利履行方式的规定上皆不尽相同，但“相同权利不同对待”这一差别本身无法得到妥当安置，不存在贯穿相异规定背后的合理逻辑。

[26] 《中华人民共和国劳动法》第 36 条、第 38 条、第 41 条。

[27] 《职工带薪年休假条例》第 3 条：职工累计工作已满 1 年不满 10 年的，年休假 5 天；已满 10 年不满 20 年的，年休假 10 天；已满 20 年的，年休假 15 天。

2.法律责任缺失

从构造上看，地方权益性假期属于欠缺法律后果的不完整规范。法律规范在逻辑上由行为模式与法律后果两部分组成：在行为模式部分，立法者通过权利义务的设定确立起统一的行为标准，根据具体要求的不同，可以分为授权性规范、包含积极作为义务的命令性规范以及消极不作为义务的禁止性规范；在法律后果部分，立法者为不同行为确立不同结果，进而引导人们按行为模式行动，法律后果包括对合法行为的认可、保护乃至奖励等肯定性法律后果，也包括对违法行为的否定、撤销、制裁等法律责任。地方权益性假期的规定属于命令性规范，苛以用人单位在符合特定条件时给予劳动者一定假期的义务，但立法文本并未规定与之对应的法律后果，用人单位违反该义务所需承担的法律责任仍旧是谜。

法律责任对于地方权益性假期不可或缺。“法律责任的概念是与法律义务相关联的概念，一个人在法律上对一定行为负责或者他在此承担法律责任，意思就是，如果做相反的行为，他应受制裁。”[28]这一制裁行为由国家强制力保证实施，是否具有强制性往往成为区分法与其他社会规范的重要标准。虽然法律的主要目的不在于惩罚或压制，而是为人类有组织的公共生活提供规范性安排；并且从终极维度看，秩序的稳定生命力源自成员的内心认同，强制制裁愈少，愈能表明法律实现其维持社会总体秩序的目的。因此，有理由认为过分依赖政府强制在某种程度上表征着特定法律制度的失效，不过只要社会上仍然存在违法者，法律就不得不以强制执行措施作为保证其运作实效的最后手段。规定制裁的主要目的在于确保法律命令得到遵守与执行，就在于强迫行为与已经确立的秩序相符。劳动法上常见的法律责任皆未能在地方权益性假期立法中得以体现，地方权益性假期立法欠缺制度化保障措施。

法谚云：“无救济则无权利”，无法诉诸法律保护的地方权益性假期始终停留在规范权利层面。因权力滥用与权利冲突的介入，规范权利体系的表面和谐终难维持，救济程序的设置在于通过对冲突的遏制与纠纷的解决，使权利实现或义务履行成为可能。权利大小与其实有力量呈正比，在为发生纠葛的实体权利提供解纷过程的同时，救济程序也是权利由静态步向动态的过程，促成规范权利向现实权利转化，避免无法寻求救济的规范权利沦为纸上的伪善。权利自始便与救济相联，《人权宣言》的警句言犹在耳，“凡权利无保障和分权未确立的社会，就没有宪法”。列宁在对比资本主义与社会主义民主时也曾指出权利实现的重要性，“（资本主义民主）把重心放在冠冕堂皇地宣布各种自由和权利上，而实际上却不让大多数居民即工人和农民稍微充分地享受这些自由和权利，相反地，无产阶级的或苏维埃的民主则不是把重心放在宣布全体人民的权利和自由上，而是实际保证那些曾受资本压迫和剥削的劳动群众能实际参与国家管理”[29]。地方在设定权益性假期的同时，也当提供权利实现的渠道。

---

[28] [奥]凯尔森.法与国家的一般理论[M].沈宗灵译.北京：中国大百科全书出版社，1996：73.

[29] 列宁选集：第 3 卷[M].北京：人民出版社，1995：745.

四、反思地方权益性假期的立法必要性

从本质上看，地方权益性假期立法是在制造权利，这在一定程度上满足了当下对于权利的部分功能期待。处于社会转型期的我国，虽然历经数十年法治建设，目前已经基本建立起一套完备的法制体系，但不得不承认的是，在国家、社会与个人这三大主体间尚不存在清晰明确的范围界分，经济活动与个人生活在反感公权力挑逗其神经的同时，也不时慑服于后者在运作中施展的魅力。在复杂经济社会实践样态下，权利被叠加赋予限制权力与激励权力这对存在紧张关系的制度功能：一方面，权利被设定为防止公权力侵害的庇护所，权力的触手止于权利的边界；另一方面，权利又被设想为公共福利的助推器，呼吁并敦促权力要在经济福祉与人民幸福上积极作为。从这一层面观察，地方权益性假期的出现并非空穴来风。

不过并非所有利益都能够被纳入权利范畴。诚然，权利包含资格、自由、可能性等内容，但这不意味反面推论也能成立，仅有资格、利益、自由等不一定便能构成权利。从发生学角度而言，多数权利的初始样态都仅是一种事实或利益，在人们反复呼吁乃至斗争后方为法律所接受，在这一历程中，道德扮演了初审者的角色，而法律则是最终的裁定者[30]。权利生长的内在逻辑多少足以表明某种利益诉求绝非任意便被接纳为权利，在此之前往往要经过法律化认证。在谈及虚假的权利时，美国法哲学家威尔曼认为应当从主体资格、权利内容、权利依据、适用范围以及权利正当性能否为其他抽象权利所消减这五个方面加以综合判断，即便满足以上所有条件，作为义务理由的真正权利也绝非无法被超越，它会受到冲突权利、紧急避险以及重要利益的限制[31]。地方权益性假期的涌现表征新兴权利主张的兴起，然而权利并非利益确认的结果，纯粹的利益也无法构成权利，有必要在新兴权利要求与其他随意性诉求、主张之间做出严格区分。

权利设置上的不审慎有加剧权利冲突之虞。权利的增设绝非简单的条文变动，需要辅之以一套权利形成、配置、实践以及反馈的具体方法，实践及救济成本决定了权利并非廉价的。美国学者霍姆斯与孙斯坦的研究表明，在需要私人资源投入的同时，权利也需要社会及财政支出的保障，并会以非直接成本或补偿支出的形式在直接成本之外对公共财政造成额外负担，稀缺公共资源在保护何种权利以及谁之权利的问题上需要慎重[32]。权利冲突的根源在于有限的社会资源以及不公的分配方式，在给定资源的条件下，人的需求愈多，发生冲突的可能性愈大；而在需求不变的情况下，可供分配的资源愈多，冲突的发生概率势必愈小。如何最大限度地创造资源以从根源上消弭权利冲突，这已不是一个法律所能回应的问题，不过法律有能力也必须去解决因资源分配不公而产生的权利冲突，这包括不恰当的权利设定、倾斜性保护等。不严谨的权利设定助长一般意义及规范层面上的权利冲突，不仅导致立法愈多秩序愈少的悖谬，也会在权利设置的目标与实

---

[30] 参见汪太贤.权利泛化与现代人的权利生存[J].法学研究，2014，（1）：7.

[31] See Carl Wellman.Real Rights[M].New York:Oxford University Press,1995:242—244+260.

[32] See Stephen Holmes, Cass R.Sunstein.The Cost of Rights,Why Liberty Depends on Taxes[M]. New York:W.W.Norton&Company,1999:5—9.

效、不同类别的权利、国家与社会、法律与道德等多维度间造成冲突，由此形成所谓权利的“乌龙”效应[33]。透过地方权益性假期立法，只能看到对权利“可欲性”的关心，而缺乏对“可行性”的考量，甚至某些不适宜法律调整的领域也被设置了权利。

权利超额设定必然伴随权力扩张与社会自组织能力下降，一涨一落间有增加国家与社会摩擦的可能。权利与权力间存在共生关系，缺少政府的组织动员，个人将很难或甚少享受到文本中规定的权利，私领域中的权利越多，公民对政府的依赖就越大。不过国家非万能，并不是所有社会公共管理工作都宜于由国家承担。这不仅是因为权力存在为恶的倾向，也是由于在科层制架构下的国家治理体系中，社会公共管理工作只能倚重包括法律、政策在内的各类抽象制度，然而管理对象本身却是普遍且不特定的，对比认识的广阔性，实际事态往往呈现出更大甚至无限的范围，认识有限与事态无限之间的距离很难克服。相较于国家的抽象性与形式性，社会则具有更多的实质性与特殊性，社会中的具体实践更加侧重在双边偶然选择处境中自我的选择方式与他人动机结构之间的互动。因此，现代治理理论方才主张，政府并非唯一的治理权威，要与社会、公民谋求在治理方式上的合作，在国家与社会关系上应遵循辅助性原则，简言之便是，个人能做的社会不做，社会能做的国家不做，只有当社会无力解决时方才求助于国家。社会自组织能力构成法治重要前设，新权利的创生只会要求授予政府更多而不是更少的权力，引发权力对社会生活的更深介入，势必导致社会自治领域被不断侵占。隐身于地方权益性假期立法背后的各种利益，并非一定要由法律加以确认，或许交由公共道德、行业习惯、内部章程这类社会规则会更为妥贴。

五、步向统一完善的中国假期制度

实际上，地方权益性假期所意图保护的各项权益，完全能够在现行假期制度框架内得到安放，最为突出的问题还是在于如何实现由规范权利向现实权利的转化。早在十多年前便有学者统计得出，我国节假日时间总和已经达到 114 天，约占全年时间三分之一，基本与发达国家持平[34]。不过由中央电视台、国家统计局、北京大学国家发展研究院等十多家单位联合组织的《中国经济生活大调查（2017-2018）》显示，中国人在 2017 年的日均休闲时间为 2.27 小时，较三年前的 2.55 小时有所减少，其中有三成的受访者表示自己每天的休闲时间不足 2 小时，而美、德、英等国居民每天的休闲时间都在 5 小时以上，国人现阶段的休闲时间尚且不及发达国家的一半。无可否认的是，我国劳动者在权利享有与权利实有间存在巨大落差，与其在现行制度外增设各种“画饼”式假期，不如认真思考如何有效保障劳动者目前已有的权利。

从长远来看，我国还是需要顶层设计一部统一的劳动基准法对休息休假制度做出统筹规定。目前关于工时、休假的规定散见于《劳动法》《全国年节及纪念日放假办法》《职

[33] 参见陈林林.反思中国法治进程中的权利泛化[M].法学研究，2014，（1）：10.
[34] 参见杨劲松.境外休假制度及其对中国的借鉴[J].旅游学刊，2006，（11）：23.

工带薪年休假条例》《女职工劳动保护特别规定》《国务院关于职工探亲待遇的规定》等法律、行政法规中，由此导致的显著后果是体系化不强、矛盾规定频现。如，《劳动法》关于标准工时的规定为每周不超过 44 小时，《国务院关于职工工作时间的规定》则规定每周工作时长 40 小时，虽然二者的冲突对稍懂法理的人不构成困难，但难免会对用人单位与普通劳动者造成困惑；又如，对于延长工时，原劳动部规定用人单位可以采取支付工资报酬或补休这两种办法，而原人事部则规定只能给予职工相应补休[35]。从全局出发进行统一立法大致可以分为两种体例：一是制定专门用于保障劳动基本条件的独立基准法，如美国公平劳动基准法以及我国台湾地区的劳动基准法等；二是建立综合性劳动法典，并将有关工时、休假的规定囊括其中，如《法国劳动法典》。虽然国情决定以上两种体例暂且不适宜我国当下复杂实践[36]，不过尽快体系化出台有关工时、工资方面的基准立法仍有必要。

鉴于仓促之间难以制定出台统一的劳动基准法，短期内的工作重心应当围绕已有假期制度的完善，大致可以朝着以下几个方向努力：

（1）限制加班与保障工休。关于程序员群体“996”工作制的讨论一度沸沸扬扬，这之所以能够成为一个万众瞩目的热门话题，归根结底还是因为相较于普通劳动者，程序员群体无论是在经济收入还是学历教育上都占据更大优势，从而在公共领域拥有更强的话语权。不过互联网领域的超时工作绝非个案，加班加点长期普遍存在于私人用工单位，餐饮、酒店、建筑等行业从业者早已是见惯不怪。在我国劳动力市场供大于求以及不具备集体谈判组织的背景下，处于强势地位的用人单位出于逐利需要，往往对于超时用工缺少内部约束机制，目前只有通过国家干预方能抑制用人单位的恣意：①提高处罚标准。劳动保障行政部门对于非法延长劳动者工作时间的用人单位，在给予警告的同时可处以罚款，标准为受侵害的劳动者每人 100 元以上 500 元以下[37]。较低的处罚标准本不足以震慑用人单位，而制裁的威慑力又因欠缺诸如按次处罚、按时长处罚这类更加具体的操作细则而进一步损耗，相较于违法加班可能获取的潜在收益，用人单位往往无惧所需承担的法律风险，在提高处罚标准的同时，有必要进一步明确处罚方式。②梯度加班工资。目前《劳动法》在加班补偿上只是笼统规定用人单位在一般情况下安排劳动者加班的，不得支付低于工资百分之一百五十的报酬，加班制度不具备梯度功能。而我国台湾地区在这方面便进行制度优化以提高雇主安排加班所需承受的经济成本，如加班第二小时要比第一小时报酬高，而第三小时则更高。梯度设计的加班工资在一定程度上能够通过经

[35] 劳动部关于颁发《＜国务院关于职工工作时间的规定＞的实施办法》的通知（劳部发〔1995〕143 号）第 8 条：根据本办法第 6 条、第 7 条延长工作时间的，企业应当按照《中华人民共和国劳动法》第 44 条的规定，给职工支付工资报酬或安排补休。

人事部关于印发《国家机关、事业单位贯彻＜国务院关于职工工作时间的规定＞的实施办法》的通知（人薪发〔1995〕32 号）第 7 条：根据本办法第 6 条延长职工工作时间的，应给职工安排相应的补休。

[36] 关于我国劳动领域统一立法的复杂性研究，参见王文珍，黄昆.劳动基准立法面临的任务和对策[J].中国劳动，2012，（5）.涂永前.我国劳动基准立法的现状与进路[J].社会科学，2014，（3）.

[37] 《劳动保障监察条例》第 25 条：用人单位违反劳动保障法律、法规或者规章延长劳动者工作时间的，由劳动保障行政部门给予警告，责令限期改正，并可以按照受侵害的劳动者每人 100 元以上 500 元以下的标准计算，处以罚款。

济手段消减雇主组织加班的动力，使雇主更加珍惜使用劳力，实现加班时间合理化。

（2）探亲假的退出与带薪年假的延长。出台于上世纪八十年代初的探亲假是一项颇具人性化的制度，它赋予夫妻长期两地分居及响应国家号召远离父母到边远地区工作的劳动者二十或三十天的假期，这对家庭重聚深化亲情具有重要意义。不过也要意识到，探亲制度的设计一方面实是受限于当时落后的通讯技术及不发达的交通水平，另一方面也是计划经济体制下僵化用工分配模式人为制造分居的补救措施。在即时通讯、飞机高铁常态化的当下，基本能够在公休假期实现家庭团圆，而户籍制度的松动与全面推行的自主择业也使得劳动者能够通过买房或租房共同生活，即便遭逢突发变故也可以通过单位内部的请假制度应急解决，探亲假的制度基础已不存在，目前处境十分尴尬。实际上探亲假的制度功能完全可以在带薪年假中得以体现，通过对二者的整合以适度延长带薪年假，不仅能够缓解后者长期面临的假期过短问题[38]，也能够使劳动者灵活制定出行计划，在出行时间安排上得享更大自主权，有助于推动我国目前全民度假由粗放集中型向多元分散型转换。

（3）带薪年假制度的完善。为了充分保障劳动者的休息权，除了规定年假时长外，多数国家也会立法保证年假的连续性，并限制年假折抵。如，《德国联邦年休假法》第 7 条第 2 款规定，年假当连续享有，如需分段，则至少有一段不得少于 12 天，若雇主违反规定将年假拆分零碎化，则视为劳动者未曾享受休假；《俄罗斯联邦劳动法典》第 125 条规定，分段休假时至少有一段假期不少于 14 个日历日，第 126 条则明确只有当 28 天之外的假期方允许适用金钱补偿[39]。我国年假制度在这方面则较为薄弱，《职工带薪年休假条例》未曾提及连续休假，而在支付职工日工资百分之三百的报酬后，雇主可以与劳动者协议取消年假。年假制度在设计上高估了在资方强势背景下，劳动者所能拥有的话语力量，据中国社科院旅游研究中心开展的全国调查，只有 31.3%的受访者表示“有带薪年假，可以休，且可自主安排”[40]，余下受访者则或多或少受困于各种问题。在加强执法力度，建立系统监督机制确保每个劳动者得享年假的同时，也应在休假方式及休假取消上做出更为细致的规定。

六、结语

现代社会有赖于个体劳动，在将劳动转变为个体基本权利与义务的同时，也根据个人表现而授予其各种荣誉、福利、保障等，从而使劳动成为个体最具价值的人生选择。不过社会化劳动所具有的高度不确定性，已远远超出个人努力可能达至的预期范围：虽然每个人都具备劳动能力，但这种能力并不一定为竞争白炽化的市场所需要；个人待遇

[38] 美国美世咨询公司在对全球 64 个经济体调查后，结论认为中国当前带薪年假在休假时间上位于末流。（参见《中国经济周刊》采制中心.全球假期排行榜[J].中国经济周刊，2015，（32）：9.）

[39] 转引自宁立标.论我国带薪休假权保障立法的完善[J].法商研究，2016，（2）：22.

[40] 参见宋瑞.带薪假期的国际经验与中国现实——基于全国调查的研究[J].中国社会科学院研究生院学报，2015，（4）：46.

取决于他在工作岗位上为单位创造的价值，但工作单位的处境受制于社会总的生产条件；个人职务升迁直接与业务能力、劳动贡献相关，但却也深受处于社会评价体系与组织管理体制中的人际关系影响。劳动的不确定性与个体对确定性的期待呈现为一组悖论，健全的劳动福利体系能够在一定程度上减少二者的冲突，这一体系包括知识技能培训、劳动社会保障及劳动权益保护，这在提升个体本体安全基础上增强劳动者对抗日常生活风险的能力。从这一维度看，地方权益性假期的出现无异于锦上添花，不过对于目前还远不能算作健全的我国劳动福利体系而言，这只是一种奢谈。

公众参与立法的功能异化与矫正路径

郭晓燕[1]

【摘 要】公众参与立法有助于不同群体表达利益诉求，提升公民守法自觉。基于民主立法和维护政权合法性的需求，国家大力推动公众参与立法。对于立法主体而言，公众参与立法虽然会对立法权形成监督和制约，但客观上却起到分担立法责任的效果。立法主体出于趋利避害的考虑，通过多种方式主导公众的立法参与。公众参与意识弱，加之集体行动的困境，激励机制的缺乏，公众参与立法处于象征性参与阶段。虽然国家、立法主体与公众三者在推行立法参与上达成妥协与平衡，然而公众参与立法的功能却面临异化，需要探索出有效的矫正路径。

【关键词】公众参与；立法主体；立法责任；功能；民主立法

近年来公众参与立法已渐成趋势与流行话语,执政党多次强调制定法律法规和公共政策时要听取公众意见，扩大公民有序的政治参与。2015 年修改后的《立法法》也再次重申立法民主原则，这一原则在地方立法主体扩大的情形下显得尤为重要。[2]各地方也相继制定条例、办法，对公众参与地方立法的方式、具体操作模式等作出明确规定。[3]然而，公众参与立法的实践效果却不容乐观，很多民众表示所谓立法参与无非是立法主体的表演秀。对民主立法的评价，相对于立法主体“取得很大成绩”的自我好评，社会公众的好评率仅 10.6%，差评率高达 58.7%。[4]针对公众参与立法的规定与实践的巨大反差，学界对此颇多关注，理论成果比较丰富。相关成果大致可分为四种类型：类型一从理论上分析公众参与立法的法理基础、参与价值以及参与主体多元化带来的分歧；[5]类型二分析公众参与立法的困境，提出解决的路径；[6]类型三通过实证研究展现公众参与的实际效果，进行参与效力评估[7]；类型四分析公众参与立法的某种具体方式或某种具体的行政决策中的公众参与情况。[8]上述研究深化了对公众参与立法这一问题的认识，但下

---

[1] 郭晓燕，吉林大学法学理论专业博士研究生。Tel：15863354962

[2]《立法法》第 5 条规定：保障人民通过多种途径参与立法活动。第 72 条、第 82 条分别授权设区的市人大及常务委员会、设区的市的人民政府享有立法权。

[3]以地处东部的 S 省为例，该省所辖十六个地市的人大常委会、人民政府都制定了《某某市公众参与地方立法工作规定》或《某某市重大行政决策听证办法》等。

[4]冯玉军：《立法参与的制度设计与实施效果评估》,《河北法学》,2018 年第 3 期。

[5] 如佟吉清：《论我国公众参与的法理基础》,《河北法学》，2002 年第 5 期；饶世权、饶艾：《地方立法公众参与的概念、主体与价值》,《西北大学学报》，2008 年第 1 期；张帆：《多元化、分歧与公众参与立法的难题》,《法律科学》，2013 年第 4 期等。

[6] 如李建新：《公众参与地方立法的局限》,《河北法学》，2018 年 3 期；代水平：《立法公众参与困境的解决》,《西北大学学报》，2013 年第 1 期；吴兴国：《论我国公众参与地方立法的完善路径》,《江西社会科学》，2013 年第 7 期等。

[7]如冯玉军：《立法参与的制度设计与实施效果评估》,《河北法学》，2018 年第 3 期；张欣：《我国立法电子参与有效性的提升———基于公众参与法律草案征求意见（2005-2016 年）的实证研究》,《法商研究》，2018 年第 2 期；赵志磊：《公众参与制度与公众参与效果》,《信阳师范学院学报》，2020 年 1 期等。

[8]如田玉麒：《地方人大立法听证制度:功能定位、实践经验与发展趋向》,《河北法学》，2016 年 7 期；宋菊芳：《协商

列疑问依旧未得到解答：其一，在我国法律体系已初步建成、立法越来越凸显专业化的情形下，为何在立法领域极力倡导公众参与？其二，立法权本属于国家机关（在我国表现为立法主体和经授权的行政机关）所享有，立法主体为什么愿意分一杯羹？其三，立法参与权作为政治权利，是人民主权原则的体现。权利必然指向利益，人作为理性经济人，都有趋利本能，为什么面对潜在利益，公众没有表现出极大的参与热情，反而参与者寡？处于转型时期中国国情的特殊性和多样性，都决定了这些问题的复杂性。本文的结构如下：首先探讨了国家大力推行公众参与立法的功能预期，即国家期望这一制度能够实现的功能。其次，分别从立法主体和公众的角度分析，该制度的预期功能没有实现，反而导致了功能异化。最后，从促进立法主体民主立法的约束机制和公众参与立法的激励机制两个方面，提出公众实质性参与的矫正路径。因本文着眼点更多的是对公众参与立法制度的功能预期与功能异化的理论性分析，因而矫正路径的设定是宏观意义上的。

一、多重功能：国家推动公众参与立法的动力

“中层社会学理论”的创始人、美国社会学年罗伯特.默顿把社会行为的功能区分为“显功能” (manifestfunction)与“潜功能” (la-tentfunction)。 “前者是指某一具体单元(人、亚群体、社会系统和文化系统)的那些有助于其调适并且是有意安排的客观后果；后者是指同一层次上的无意图的、未认识到的后果”。一般来说，“显功能”是合乎制度设计者本意、为其主动追求功能，“潜功能”是超出制度设计者本意的功能。潜功能又可以进一步区分为正功能和负功能，前者是指有助于系统或群体整合与内聚的积极功能；后者是指对系统或群体具有拆解与销蚀作用的消极功能。[9]具体到公众参与立法，实现不同群体的利益表达和巩固政权合法性是国家设计这一制度的显功能，而后文提到的立法主体借以分担立法责任则可以视作这一制度的负的潜功能。

（一）基础功能：公众制度化的表达利益诉求

现代社会的运行以分工与分化为基础，个体表现出较强的异质性，利益呈现出多样化态势。[10]如何平衡多元利益，是执政者必须解决的课题。公众参与立法制度则是解决这一问题的方式之一。公众参与立法能够防止立法活动被立法主体所垄断、异化为谋求部门利益的手段。“如果在人民代表大会制度之外不允许公众参与立法，那么公众就等于在选择了他们的代表之后，变成“被动公民”。” [11]成为“被动公民”的社会公众要么无法表达，要么只能是无序表达，长此以往不可避免的将造成社会的积怨与失序。而允许公众参与到立法过程中，则为公众表达诉求提供了制度化、有序化的渠道。现代法治的必

民主视域下公众参与环境立法的思考》，《甘肃政法学院学报》，2014 年第 5 期；王士如、郭倩：《城市拆迁中公众参与机制的功能与立法建议——对“新《条例》”制定困境的思考》，《行政法学研究》，2010 年第 2 期等。

[9][美]罗伯特·K．默顿：《社会理论和社会结构》，唐少杰、齐心译，译林出版社 2008 年版，第 145-156 页。

[10]涂尔干认为“在社会的各个领域内，分工都产生了重要影响。经济、政治、科学、艺术、司法等领域都出现了专业化的趋势。” 参见【法】埃米尔·涂尔干 ：《社会分工论》，渠东译 ，三联书店 2000 年版，第 2 页。

[11]蔡定剑：《公众参与——欧洲的制度和经验》法律出版社 2009 年版，第 136 页。

然要求是，公众不应被视为权力和规范的承受群体，而应当扮演参与者和建构者的角色。[12]在公众参与立法的过程中，通过彼此对话沟通，寻求多元利益的平衡和协调，就既可以最大程度的表达自己的利益诉求，实现资源的合理分配。而作为主动参与的社会公众，对于自己参与制定的法律，更容易接受与遵守，也更容易对法律产生内在认同。正如商谈理论所主张的，公众平等参与、自由沟通基础上制定的法，是通向形成法价值共识的必经之路。“有约束力的决策———如果它要具有合法性的话———必须受到交往之流的导控，这种交往之流出发于边缘领域，穿过位于议会组织入口处的民主的、法治国的闸门。[13]它虽无法保证最终达成实质正义，但却可以通过程序性的正义增加实质正义实现的机率。

在我国的立法实践中也存在着一些参与立法、影响立法的行为。如在《劳动合同法》制定过程中，很多企业不仅表现出高度的参与意识，而且通过各种方式影响立法进程。前些年国家信息产业部对手机漫游费用调整时，手机运营商通也通过各种手段试图影响政府的政策。对于正在制定中的《民法典》，公众通过对草案提出意见的方式参与其中。“政治领域的权力配置应分散于各阶层，有利于各组成部分表达利益偏好，促进相互制约。”[14]公众有序参与立法，使利益诉求的表达渠道法定化、制度化，资源更可能得到合理配置，也能起到监督立法权的作用。公众有序参与立法，使利益诉求的表达渠道法定化、制度化，资源得到更合理的配置，也能起到监督立法权的作用。综上，公众参与立法一方面促进不同的利益群体表达诉求，增加立法的民主化与科学化，增强公众的守法自觉；另一方面，公众参与立法也会形成对立法权的有效监督与制约，防止权力滥用与权力寻租。

（二）政治功能：人民主权原则之上的政权合法性

任何类型的国家政权都面临着合法性的拷问，即国家政权需要为自己的正当性辩护。在人类社会的早期，君权神授理论是论证政权合法性的重要依据。如我国古代君主自称天子，宣称其权力来源于上天授予。但自西周开始，除强调君权神授之外，亦强调君主要行仁政，以德配天。伴随着儒家思想的正统化，后者的重要性愈发凸显。同时期西方世俗政权的合法性主要源于上帝授权，欧洲各国君主登基多要经过教皇的加冕。进入近现代社会之后，在西方社会契约论取代了君权神授理论成为政权合法性的基础。卢梭、洛克、孟德斯鸠等思想家都对社会契约理论有过深入的阐释。新中国建立之后，我国的政权合法性则建立在人民主权原则之上。人民主权原则强调人民的参与与自我管理，将人民的同意视为政权合法性的来源，人民的广泛参与是国家权力合法性的基础。[15]

在现代社会由于直接民主所引发的“暴政”，已使大多数国家在很多领域都摒弃了直接民主的方式，采取代议制民主。代议制民主的主要特征在于区分了政治权力的归属与

[12] ［法］狄骥:《公法的变迁》，郑戈译，商务印书馆 2013 年版第 42 页。
[13] ［德］哈贝马斯：《在事实与规范之间》，童世骏译，三联书店 2003 年版，第 442 页。
[14] [美]罗伯特.达尔：《民主及其批评者》，曹海军译，吉林人民出版社 2006 年版，第 58 页。
[15] [法]卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆 2003 年版，第 41-46 页。

政治权力的行使分属不同主体，即政治权力归属于全体人民，这是人民主权原则的核心；政治权力的行使归于选举产生的人民代表。即便如此，在政治权力的行使过程中，依旧需要通过各种方式吸收公众参与其中，公众参与立法就是政治权力行使的重要方面，也是人民主权原则在立法领域中的重要体现。国家通过制定法律、实施政策等方式大力倡导社会公众参与立法，归根到底是因为参与立法行为体现了人民政权原则，强化了国家的政权合法性基础。实际上，国家政权对于公众的接纳与吸收，于我国而言并非舶来之品，而是有着深厚的传统基础，它就是中国共产党取得革命和建设胜利的法宝之一群众路线。“群众路线在塑造人民政权的合法性、培养公众对法律的信任和认同感中，发挥着重要的作用。”[16]

正是基于政权合法性的需要，国家在立法领域大力提倡社会公众的参与。相比于参与式立法本身所需要实现的立法科学、利益表达等价值，人民主权原则之上的政权合法性的价值则更为根本。从这一角度就不难理解，即使现阶段我国公众参与立法仅达到美国学者谢里·安斯坦划分的公众参与梯度模型中“象征性参与”，即公众虽然进入了立法领域，但与立法主体仅有低程度的互动，公众消极被动，决策权仍在立法主体手中。[17]但因为国家更为看重的是公众参与的政治功能，因而它强调的是公众是否参与、参与是否常规化，至于参与之后实际效果的发挥如何则不为国家所特别关注。因此，即使公众参与立法在实践中遭遇着象征性参与的困境，但这一象征性符号本身对国家政权合法性是有意义的。所以，从国家的角度考虑，公众参与立法这一立法民主原则必须大力推进。

二、功能异化：立法主体的态度与应对

公众参与立法既有助于实现民主立法的基础功能，也有助于增强政权合法性的政治功能，因而国家不遗余力地大力提倡。立法主体属于国家机构的组成部分，本应有着与国家一致的利益与目标。但立法主体又属于独立的职能部门，不可避免存在自身的利益考量。因而，面对国家大力推行公众参与立法，立法主体的态度以及应对方式，就是分析公众参与立法制度不可或缺的部分。通过理论分析与实证调研，我们发现公众参与立法制度出现了功能异化，显现出默顿意义上的负的潜功能。

（一）立法主体的本能抵触

近些年来，立法越来越体现出专职化、专业化的特征，对于公众参与立法，立法主体表示出不理解，甚至一定程度的抵触。立法主体对于公众参与立法的抵触主要基于以下因素。

首先，立法涉及权利义务的分配，要均衡不同群体的利益关系，具有相当的专业化要求。就专业知识而言，“几乎没有任何脑力工作像立法那样，不仅需要有经验，而且

[16]张益刚、刘涛：《行政法治化中的群众工作方式调适》，《齐鲁学刊》，2017 年第 2 期。

[17] Arnstein Sherry R，A Ladder of Citizen Participation ，Journal of the American Institute of Planners, Vol. 35, No. 4, July 1969.P126.

要经过长期而辛勤的研究和训练。”[18]显然普通民众并不一定具备相关方面的知识与能力。公众参与能否实现有效立法，能否弥补代议制民主的不足，这些尚未有定论。

其次，从成本效益的经济学角度分析，公众参与立法不仅参与者个人需要投入成本，对于立法主体而言，也需要投入巨大的成本。以立法听证为例，立法主体需要选出听证代表，需要确定听证场所，需要组织听证等等。这样的投入能够产出多大的收益，参与的公众在多大程度上能促进良法的制定，则未可知。毕竟，多数人的意见与真理并无不直接关联。“在人数众多的议会里，感情会夺取理智的权威。即使每个雅典公民都是苏格拉底，组成的也会是乌合之众。”[19]多数人的意见不等于真理，有时反而会形成托克维尔所说的“多数人对少数人的暴政”。心理学家曾提出“群体极化”的现象，它是指在群体中进行决策时，人们往往会比个人决策时更倾向于冒险或者保守，向某一个极端倾斜，从而背离最佳决策。[20]这一心理学的成果也论证了多数参与与正确决策之间无任何逻辑关联。

最后，在很多情况下，具体的国家机关会表现为一个独立的利益实体，有自己的利益追求和政治愿望。如果它没有节制自我的理性，又缺乏外部监督的力量，权力就有不断扩大、不断膨胀的可能性。[21]立法主体的立法权由法律明确规定，权力意味着利益，主体都是希望权力集中，没有人愿意受到制约与监督。正如美国开国元勋杰斐逊所言“自由政府是建立在猜疑之上，而不是建立在信任之上的。”在人类漫长的历史中，正是因为意识到权力集中所可能产生的权力寻租、权力滥用的情况，才会在近代社会进行权力分立与权力监督。立法权本属相关立法主体的专有职权，让平头百姓参与到立法过程中，监督、影响法律的制定过程，这对于立法主体来说，可能会有排斥与抵触。何况，我国的权力机构体现出明显的科层理想型特征，科层制之下的官员会表现出强烈的领地意识，会在“自己人”和“外人”之间划出清晰的界限，将外部人士参与决策视为一种干扰。[22]

（二）立法主体趋利避害

但是，既然国家基于政权合法性的政治需要，将公众参与立法视为立法民主的重要方式而大力推广，那么无论立法主体的态度是排斥还是欢迎，都必须贯彻这一重要方针政策。而从实用主义的角度看，公众参与立法对于立法主体而言并非完全不利，也会有利可图。公众参与立法在某种意义上能够成为立法主体分担立法责任的手段。

我国正处于社会转型期且多种社会类型长期共存[23]，国内各种矛盾凸显，经济发展中新旧产能更替，社会生活领域中贫富差距扩大，环境治理刻不容缓。国际形势复杂多

---

[18]张帆：《多元化、分歧与公众参与立法的难题》，《法律科学》，2013 年第 4 期。

[19][美]汉密尔顿等：《联邦党人文集》，程逢如译，商务印书馆 2009 年版，第 238 页。

[20] [美]凯斯·R·桑斯坦：《.社会因何要异见》，支振锋译，中国政法大学出版社 2016 年版，第 139 页。

[21]张康之：《限制政府规模的理念》，《行政论坛》,2000 年第 4 期。

[22] [美]米尔伊安.R.达玛什卡：《司法和国家权力的多重面孔——比较视野中的法律程序》，郑戈译，中国政法大学出版社 2015 年版，第 25 页。

[23]当下中国的社会结构是三种类型的社会系统共存：传统的农业社会、现代的工业社会以及信息社会。参见方乐：《从“问题中国”到“理解中国”——当下中国司法理论研究立场的转换》，《法律科学》，2012 年 5 期。

变，国际关系变得更为微妙与紧张。这些都对我国的立法以及法律实施造成不少的挑战。专职立法模式伴随着我国法律体系的基本建成，相关法律在实践中运行的矛盾也显现出来。如 2012 年新修订的《劳动合同法》更侧重于对劳动者权利的保护，引发了企业主的不满，以及中小企业倒闭的浪潮。《道路交通安全法》关于驾驶人与路人发生碰撞后的责任承担方式发生多次转变，由“撞了白撞”到“撞了全赔”，之后又规定为路人与机动车主根据双方过错“分担责任”，这些归责方式的频繁变动引发了舆论和社会公众的关注。前些年全国许多大中城市相继出台“禁止燃放烟花爆竹”的规定，也导致了民众的反感与抵触。2013 年 1 月公安部出台“史上最严厉”新交规，其中“闯黄灯罚六分”的规定受到公众广泛质疑。仅实施一周，公安部就下发通知要求对闯黄灯的行为以教育为主暂不处罚。朝令夕改的背后主要是因为在规定出台时没有广泛的征集民意。[24]

如果之前的立法更多还停留在中央立法或者省级人大、政府的立法，公众即使对立法不满也由于鞭长莫及容易自我排解。随着 2015 年《立法法》的修改，设区的市的人大常委会及其人民政府都享有立法权，立法主体增多，且地方立法与本地民众关联更为密切。在这种情况下，地方性法规、政府规章一旦有争议，地方立法主体上承受着下位法是否符合上位法的检验，下承受来自民众的压力。近些年学界讨论的热点问题之一是立法责任，学者们普遍认为依据权责一致的原则，有权力就应该承担相应的责任。立法权作为非常重要的权力，存在权力滥用和权力寻租的可能。立法主体对其制定的“恶法”或者实践效果欠佳的法律，也需要承担相应的责任。在这多重压力之下，公众参与立法的方式无疑成为立法主体规避责任的重要方式。

以笔者调研的 R 市为例，2016 年该市为创建全国文明城市，制定相应的政府规章，采取的措施之一是禁止三轮摩托等驶入城市中心道路。是否应该禁止摩托车在中心道路上行使存在着价值上的冲突。对于交通管理部门来说，基于管理成本、道路安全以及城市市容的考虑，禁止或限制摩托车能够舒缓道路通行压力、美化市容市貌。而对于中低收入的民众来说，“禁摩”可能不仅带来出行的不便，还可能失去赖以生活的机会。这一政策引发了摩托车主的不满，甚至联合起来到市政府门口抗议。相关部门安抚的最大理由就是这一重大决策的制定，政府是通过召开听证会听取广大市民的意见基础之上制定的。至于参加听证的市民代表是否具有代表性，代表是否独立的表达意见，意见是否被采纳，则不得而知。可见在立法中尤其是地方立法的过程中，因大多立法与当地民众利益密切相关，可能遭受到更大的阻力、更多的指责。公众参与立法的方式则能极大地缓解这一压力，至少从程序上保证了立法民主，体现人民主权原则。概而言之，从中央到各地的各立法主体之所以践行《立法法》的规定，贯彻合国家相关政策，积极推动公众参与立法制度，除了依法行政、贯彻国家政策的考量因素之外，规避或分担立法责任也

[24] 卢国强，刘景洋:《中国“史上最严”交规遭遇“黄灯”争议》，http:/ /news． xinhuanet． com/2013-01/05/c_ 114253287．html，最后访问时间:2013 年 1 月 5 日;《公安部交管局下发通知要求违反黄灯信号以教育为主暂不处罚》，载 http:/ /www．mps．gov．cn/n16/n1237/n1342/n803715/3493809．html，最后访问时间：2020 年 9 月 9 日。

是重要的因素。

（三）立法主体主导下的公众参与立法

既然国家极力倡导公众参与立法，立法主体无从选择，加之这一制度也会成为分担立法责任的有效手段，那么立法主体自然会在在制度框架内，对公众参与立法行为进行引导，发挥规避责任的有利因素，减少被监督的不利因素。体现在立法实践中，一方面，公众参与立法成为法律制定的必经程序，不断证明着立法的正当性与合法性；另一方面，立法主体也会采取各种手段，尽可能让公众在自己主导下完成立法参与活动。

首先，公众参与立法虽然是立法主体制定规范性法律文件必须遵循的法定程序，但是参与的方式却是多样的。公众参与立法的具体形式，《立法法》虽有所列举，但具体的操作则弹性较大，很大程度取决于立法主体的决定。在实践中，有通过政府网站向社会公众征询意见的方式；有召集相关行政相对人召开座谈会的方式；有举行立法听证会的方式；有发放调查问卷征询公众意见的方式等。很显然，每种方式中社会公众能达到“形式参与”还是“实质参与”，受制于立法主体的具体行为。

其次,公众参与立法的进程受制于立法主体。立法草案向社会公众征询意见的宣传力度；座谈会、听证会人员的产生方式；座谈、听证人员是否具有代表性等都会影响公众参与立法的视角效果。笔者调研发现，很多地方立法主体，在举行立法听证或立法座谈时，不同代表人数设置比例失调，公众的人数低于国家机关参加的总人数，这样的代表比例会使公众参与立法的价值落空。而“匆忙上阵”的参与者面临着信息

不对称，技术知识的贫乏、准备时间仓促等问题，与立法主体相比，参与者往往处于事实和心理上的劣势。[25]

再次，立法草案必然由立法主体提供。这一方面限定了公众讨论的范畴，另一方面作为人都有“先入为主”的心理，公众首先阅读了相对成体系的立法草案，在心理上已经有了一定的接受，要推翻或改变是逆潜意识而为的举动，一般很难进行，这也从认知心理学的角度证明了人理性的有限。笔者的实践调研也证明了这一点，R 市近三年共制定政府规章八项，一般性规范文件数十项，至今尚未出现过对草案争论激烈以至于需要重大修改的情形。对于这一现象，立法主体的解读是他们前期的工作比较到位，权衡各种利益，基本符合各方需求，但在笔者看来社会公众没有“实质参与”立法也是重要因素。

最后，对于公众参与立法的结果缺乏相应的反馈机制。公众不是为了参与而参与，而是为了能对结果产生影响而参与。何况，“立法意见得到回应”本身就是公众立法参与权的权能之一。[26]从目前的参与实践看，立法主体与公众的沟通是单向而非双向互动。这意味着公众应立法主体的要求参与立法、提出意见之后，参与的活动到此终止。正如

---

[25]王怡：《认真对待公众舆论———从公众参与走向立法商谈》，《政法论坛》，2019 年第 6 期。

[26]方世荣教授指出行政参与立法权要包括以下内容才能有效实现：“进入立法程序的权利”“提出立法意见的权利”“立法意见得到回应的权利”和“合理意见获采纳的权利”。这一论断对于一般意义上的立法参与权同样适用。参见方世荣：《论行政立法参与权的权能》，《中国法学》，2014 年第 3 期。

有学者所言："公众角色的虚化、政府对信息、话语的垄断，是造成目前公众参与机制失灵的症结。"[27]虽然各地的相关立法文件大多规定了对公众意见不采纳的要说明理由，但实践中更经常的做法是意见是否合理、立法主体是否采纳，采纳或不采纳的理由何在，都石沉大海，不得而知，导致公众的参与流于形式。

三、漠然视之：社会公众怠于参与立法

国家对民主立法的提倡与推行为公众参与立法提供了制度土壤与法律依据，社会公众却没有如国家所期待的那样表现出极高的参与热情，出现了功能预期的落空。我国公众参与立法的积极性不高，参与率低。[28]参与方式也多以动员性参与为主，"被参与"色彩浓厚，公众参与立法还处于"象征性参与"的阶段。出现这种现象的原因是多方面的，笔者主要围绕着公众的参与意识淡薄、参与这一集体行动本身的困境以及参与激励机制缺乏等角度分析。

（一）公众参与意识低

既然公众参与立法属于民主立法的一种形式，那么对这一问题的思考就离不开我国大的民主环境和民主传统。我国公民还不具备现代法治社会所需要的民主意识和参与意识，绝大多数社会公众还是将立法视为"政府"的事。笔者初步调研发现，大约有 68%的人认为立法与自己无关，是国家的事；23%的人认为好像有点关系，但不会参与；仅 8%的人关注立法或参与过立法。毕竟民主意识和参与意识的养成需要长期的过程，而在我国的传统观念中，更多的体现为法自君出，法自上出。自孔子的"礼乐征伐自天子出"到管仲的"生法者君也"，历代思想家们都主张"圣人制礼作教，立法设刑"。[29]这种思想塑造了百姓视国法即为王法的观念，这样的观念也影响到今天公众参与立法的热情与主动性。普通人大都把立法视作国家的事情，很少会主动的参与立法，即使被选为代表参与立法听证或座谈，更多也停留在走过场的形式层面，鲜有提出实质的建议。相比之下，西方社会很早就形成这样的理念与实践,即法是公民参与与同意的结果。古希腊时期的雅典，国家的法律就是通过公民大会决议制定的。古罗马时期，存在元老院、执政官、民众大会等多重权力机构共同制定法律。至中世纪西欧各国已基本形成"无代表不纳税"的观念，出现在自治城市的市民法更是经市民合意而制定。法律是公意的体现，卢梭的这一著名论断实际上是对西方长期以来立法的实践的总结。概言之，西方体现出较明显的参与型政治文化，我国则表现出依附型政治文化的特点。[30]

（二）参与行为受制于集体行动的困境

---

[27]王锡锌：《当代行政的"民主赤字"及其克服》，《法商研究》，2009 年第 1 期。

[28]根据 2016 年全国人大常委会的统计数据，从 2005 年《物权法》草案之后十年间，立法草案征集公众意见总数是 107 件，参与的公众人数 450471 人，平均每件 4210 人，与全国总人口数相比，比例偏低。不少立法草案，参与人数只有十几人到几十人。数据参见冯玉军：《立法参与的制度设计与实施效果评估》，《河北法学》,2018 年第 3 期。

[29]范忠信：《情理法与中国人》，中国人民大学出版社 1992 年版，第 16 页。

[30] [美]加布里埃尔·A·阿尔蒙德、西德尼·维巴：《公民文化——五国的政治态度和民主》，马殿君等译,浙江人民出版社 1989 年版，第 23-24 页。

“集体行动是指供给集体物品的行为，集体物品具有非排他性和公共性，即行动的成果不仅归属于行动者，而是为集体成员所共享。”[31]公众参与立法的行为就是典型的集体行动，法律的普遍适用必然使法律上的权利义务分配对即使没有参与立法的公民也是平等适用的。集体行动的收益在群体范围内具有公共性，不管群体内的成员是否付出成本，每一个成员都有资格享有它。这就容易造成了集体行动中极易出现的“搭便车”现象，在没有外在激励的情况下，对于立法大多数公众会倾向采取消极冷漠的态度。而在集体行动中，“从众心理”会表现得更为明显。[32]从众心理既影响公众立法参与的效果，也影响公众是否选择参与立法活动。从众心理也与中国传统的中庸思想契合，国人在日常行为中缺乏对个体独立性的强调，“枪打出头鸟”等随大流的思想倾向明显。中西方文化的差异，影响了自我认知模式的构建。西方人倾向于在与他人交往中，保持个人的独立性和差异性，讲究个性。而中国人侧重于强调个人与他人的联系，讲究共性。[33]立法主体开门立法，吸收社会公众积极参与立法进程，但是能参与的、愿意参与的毕竟是少数，多数不参与则成了互相模仿的对象。

（三）公众参与的激励机制缺乏

公众参与立法一方面因参与意识薄弱而先天不足，另一方面又面临着参与激励机制匮乏的问题。按照组织社会学的界定，所谓激励就是使用物质上或精神上的报酬促使群体内的个体采取与组织目标一致的行为。[34]激励机制之所以需要存在，其理论基础在于人是自利的主体。这一点已为多学科所公认，长久以来制度经济学将人假定为理性的“经济人”，即谋求个人利益最大化的经济主体。以理查德.道金斯为代表的一些生物学者也提出基因构成生命最基本的单位，而人类生来都是自私的。自利使得人类能够穿越自然选择的剪刀繁衍至今，在人类的本性上仅存在亲缘与互惠的有限利他。[35]具体到公众参与立法领域，虽然公众参与立法的行为会有助于政治功能与立法功能的实现，但是在缺乏激励的情况下，主体并没有动力主动参与立法。而我国当下的公众参与立法的激励机制严重不足，一方面参与成本多样且比较高，以参加听证会、座谈会为例，参与者需要付出时间成本，务工、交通所产生的金钱成本，建议未被采纳失落的心理成本等。另一方面，参与所获得的精神与物质奖励普遍比较缺乏。在笔者所调研的 S 省，市民参与立法如听证、座谈等都是自费无任何补贴。原因在于关于参与立法的补贴问题国家并没有统一要求，因而 S 省没有做出相应的立法规定，其所辖范围的县市也都没有关于公众参与立法的补贴办法。

虽然公众对于参与立法的积极性不高，但这不意味着公众会反对这一立法方式。既

---

[31] [美]曼瑟尔·奥尔森：《集体行动的逻辑》，陈郁等译，上海人民出版社 1995 年版，第 136 页。
[32] [法]古斯塔夫·勒庞：《乌合之众：大众心理研究》，马晓佳译，民主与建设出版社 2018 年版，第 12-16 页。
[33][美]孙隆基：《中国文化的深层结构》，广西师范大学出版社 2004 年版，第 152-162 页。
[34]周雪光：《组织社会学十讲》，社会科学文献出版社 2003 年版，第 194 页。
[35]郑也夫：《信任论》，中信出版社 2015 年版，第 18-25 页。

然公众参与与否，立法最终都是由立法主体主导和决定的，那么大多公众就会采取听之任之的态度。所以当国家出于政治上的考虑大力推行这一立法方式时，并不会遭遇公众的反对。而当公众并没有从内心里认同与接收参与立法是一项重要的政治权利时，立法主体的开门立法即便是一场作秀，公众对之也关注不多。何况，出于功利的需要，有些人还能从参与立法中获得一些利益。一些人成为专职参与立法“听证哥”、“听证帝”，他们或者贪图参与立法听证的费用补贴，或者试图通过参与立法与权力者搭上关系，形成弱关系网络[36]，也许日后能从中获利[37]。

四、实现公众参与立法原初价值的矫正路径

如前所述，公众参与立法流于形式的背后，既有立法主体的刻意引导，也有公众参与度不高的制约，多方面的因素造成了公众参与立法功能异化，最终只具有象征性的符号意义。

公众立法参与权的实现，不仅关乎个体权利，也与共同善密切相关。依据权利的意志观，公众立法参与权作为政治权利的一种，权利主体对于是否行使权利拥有法律所必须尊重的选择权，基于康德的“人只能是目的而不能仅仅是实现目的的手段”的理念，对于权利享有者来说，在义务所涵盖的行为领域，他是一个哈特所称的“小型主权者”。[38]主体可以基于自由意志选择是否参与立法，任何出于其他目的强制和干预都是对主体作为目的存在的否定。但意志论无法充分揭示立法参与的价值。权利的背后必然蕴藏着利益，而对于政治权利的实现与否，不仅指向公民个人的利益，还指向背后所蕴含的共同善。“尽管每一项权利都会促进权利持有人的利益，然而保护这些利益的理由，以及那些提供保护的权利的证成理由，并不局限于对权利持有人福祉的关切。[39]具体到立法参与权，一方面权利背后指向主体的利益，在现代社会，权利义务作为稀缺资源，最重要配置方式就是立法，只有参与到立法的过程中，才有可能及时的表达自己的诉求。另一方面，公众积极参立法是保障科学立法的必要条件，良法是善治的前提。区别于法律生成的进化模式，我国法律的生成方式是建构式的。但这绝不意味着法律可以脱离社会现实凭空产生。马克思曾主张立法者要把自己看作是自然科学家，只是用有意识的实在法把生活的内在规律表述出来。[40]立法者要真实有效的发现生活的规律，表述生活的逻辑，毫无疑问，需要把生活的主体——社会大众——吸收到立法的过程中。也正是在这样的维度上，公众参与立法显得十分必要。

---

[36] 由美国社会学家格兰诺维特提出。他将个人关系网络分为强关系网络和弱关系网络。前者同质性较强、人与人的关系紧密，靠情感因素维系。后者异质性较强，交往对象来自各行业，信息来源广。参见周雪光:《组织社会学十讲》，社会科学文献出版社 2003 年版，第 115 页。

[37] 湖南长沙一位 6 年参加了 17 次听证会的“听证哥”表示参加听证会主要为了积累人脉。参见 http://news.sohu.com/20110908/n318747502.shtml

[38] Hart．Essays On Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory［M］．New York: Oxford University Press，1982．P138.

[39] Joseph Raz, Rights and Politics, lnd.L，1995.P71.

[40] [德]马克思、恩格斯:《马克思恩格斯全集》（第 1 卷），人民出版社 1995 年版，第 347 页。

那么，针对公众参与立法这一行为，如何有效的规制立法主体积极提供参与条件，履行相关义务；如何提高公众参与的主动性，实现由法定权利到实然权利的转化。从更务实的视角，至少可以从以下两方面做出努力。

一方面，建立促进立法主体履行民主立法职责的约束机制。首先，要保障公众进入立法程序的权利。法律规定上静态的立法参与必须转化为动态上的实际参与，权利本身的价值才能真正实现。立法主体的“开门立法”不能处于“犹抱琵琶半遮面”的状态，要从时空等各方面为公众进入立法程序提供便利与条件。我国的《立法法》、《规章制定条例》等虽然都有立法应当“征求社会意见的表述”，但是缺乏配套的责任追究机制。其次，要通过程序落实公众的意见表达权。对于公众参与立法的相关规则，要进一步细化，尤其是一些程序上、技术上的规定。我国存在着忽视技术与程序的传统，而没有技术与程序支撑的实体规定很难真正落到实处。相关法律法规需要进一步明确公众参与立法的范围、参与的人选、参与的方式等。参与过程需进一步明确，如争议议题的确立，发言的时间长度频率，议程如何设定，结论如何做出等等。再次，公众参与立法之后，要建立及时有效的意见反馈机制。罗伯特·达尔曾指出:“回应性是民主自身正当性的理由”。[41]立法主体针对公众提出的意见，尤其是不予采纳的意见，需要进行必要充分的说理。学界对于司法裁判需要进行说理已经形成共识，因为司法裁判的是双方当事人的权利义务配置；那么，立法是对不同群体进行利益配置，则更需要充分的说理。说理式的回应是对立法参与者主体资格的尊重，也表达了立法决定的做出是理性判断而非恣意专断的结果。如果对于公众的异议不作出必要的回应，立法也会因缺乏正当性而难以获得公众认可。最后，需要建立对立法主体是否遵循相关规则的审查机制。我国立法法规定了备案审查制度，但在现阶段主要是审查地方性法规、政府规章、部门规章、行政法规等在内容上是否有违反宪法和法律之处，在程序上是否遵循立法法的相关规定。而具体到是否遵循民主立法的程序，一般只审查程序的有无，对于民主立法的具体方式、公众参与的广度深度、公众是否实质参与等方面则缺乏必要的审查与监督。审查机制的缺乏将会导致公众参与立法止步于象征性参与，无法达到表现为公众权力的实质参与。

另一方面，建立促进公众参与立法的激励机制。从根源上讲，成熟市民社会的建立、公众参与意识的培养、公共理性的塑造，才是解决公民象征性参与立法问题的根本。“原子化的个体很难有序、有效地参与到法律或公共政策制定过程中，公众的组织程度直接决定了公众参与的层次。”[42]但市民社会的概念在我国既不存在思想基础也不具备实践经验，而公共理性的形成、公民参与意识的确立都是聚焦于公众观念上的转变，这些都是长期的过程，很难毕其功于一役。就眼前的成效而言，最可行的做法是建立促进公众参与的有效激励机制。激励就是组织或群体通过物质或精神的报酬，通过劝说、诱导、推进等各种方式，推动个体积极行动。在激励机制的运行中，信息的有效传输起着非常重

[41] Robert A.Dahl，Democracy and Its Critics，New Haven: Yale University Press,1989．P95.
[42]耿国阶、孙萍：《论公共政策制定过程中参与公众的发展》,《东北大学学报》,2007 年第 5 期。

要的作用，即个体能够通过有效途径获取到相关的激励信息。这就要求立法主体通过官方网站、平面媒体、微信公号、各类微信群、QQ 群等多种方式宣传需要公众参与立法的信息以及参与的补贴与报酬。激励的方式可以分为物质和精神两个层面。在物质层面，针对一些耗时耗力的参与方式，如座谈会、听证会等，相关立法主体可以给予参与公众适当的补贴与报酬，减少参与立法所带来的误工损失，补贴必需的交通费用，给予参与的适当报酬。同时也要遵循激励强度原则，即根据具体的情况与条件确定增加与减弱激励强度。[43]即参与的报酬也不宜过高，具体数额可根据当地的经济发展水平、参与立法的繁杂程度等方面确定。公众参与立法若“唯利是图”，也会引发社会大众对于参与者的代表性、参与的动机、参与的实效的怀疑。激励的方式也包括精神层面的鼓励。在美国很多立法都是以提出者的名字命名，如《谢尔曼法》、《克莱顿法》这两部反垄断法就是以个人名字命名法典的典型例证。这样的方式极大了刺激议员积极提出议案。我国与美国国体、国情有很大不同，以人名命名立法在我国并不具有可行性，但这阵精神鼓励的思路却值得借鉴。如可以对参与立法的人员，通过发放参与立法证书等方式进行精神褒奖，增强参与人员的积极性与荣誉感。

结语

公众参与立法制度既为法律明确规定，也是国家多次重申的政策。国家大力倡导这一制度的功能预期是希望通过参与的方式，公众的利益诉求得以制度化、有序化的表达，促进立法的科学化与民主化，提供立法质量。况且，公众参与立法是人民主权原则的重要体现，强化了政权合法性基础。这也客观上导致国家更为关注公众参与立法本身，对于究竟是“象征性参与”还是“实质参与”则关注不多。对于立法主体而言，一方面公众参与会对立法权形成制约与监督，为立法主体本能抵触。但公众参与的方式又能够成为分担立法责任的有效手段，出于趋利避害等因素的考量，立法主体通过多种方式主导公众参与行为。对于公众而言，因参与意识的淡薄、集体行动的困境、激励机制的缺乏等多方面因素共同导致了公众参与立法人数少、积极性低，公众参与处于“象征性参与”阶段。但从权利理论本身来看，公众参与不仅关乎个人权利和利益，还指向共同善。因而需要双管齐下，建立促使立法主体履行民主立法职责的约束机制和促进公众参与立法的激励机制，达到公众的实质参与，使得这一制度的正功能得以实现。

[43]周雪光：《组织社会学十讲》，社会科学文献出版社 2003 年版，第 203 页。

智慧社会个人信息保护立法规制研究

李慧君[1]

【摘 要】技术创新日新月异，人类文明日渐步入智慧社会。个人信息在智慧社会中演化为新兴权利——数字人权。技术发展日益显现的功能和多元价值，和个人信息所承载的价值之间，形成了张力和矛盾，个人信息保护陷入多重价值困境，亟需找到一种新的保护模式。通过比较分析欧盟和美国个人信息保护立法成就和法律特点，文章提出构建《民法典》和未来即将制定的《个人信息保护法》相互配合、协力实现保护个人信息的立法目的的法律体系，从立法理念到规则探索对个人信息保护的架构和策略，以期在社会发展的机遇和技术所诱发的社会、伦理及相关风险之间做出平衡，促进人权保障法治化。

【关键词】个人信息；人权保护；立法规制；优化路径

在高度数字化、智能化、透明的智慧社会背景下，个人信息安全陷入困境，也使得当前的法律受到威胁。我国对于个人信息保护问题立法较晚，现有的法律规范存在着碎片化、位阶低且缺乏顶层设计等问题。在此形势下，个人信息保护面临何种困境？其内涵是否发生变化？如何建立健全我国个人信息保护相关的法律制度？所有这些，在《民法典》对个人信息进行阶段性立法后，值得我们进一步反思。

一、智慧社会个人信息保护的内涵及其变迁

智慧社会是对我国信息社会发展前景的前瞻性概括，建设智慧社会是要充分运用物联网、云计算、人工智能等新一代信息技术，通过信息化方式提高全社会基本公共服务的覆盖面和公共服务的水平，构建全方位的社会信息服务体系。智慧社会下大数据、云计算等科学技术的进步对个人信息的内涵有着重要影响。

（一） 个人信息的概念及其法律属性

1、个人信息的概念内涵

关于个人信息的定义，学界存在三种定义模式，分别是“隐私型”、“关联型”和“识别型”。“隐私型”在本质上将个人信息与和隐私混同，个人信息被定义为“与身体和身体有关的所有事实的判断、评估信息等。[2]不出所料，该定义因为所包含的范围太广遭到批评质疑。现在，学界一致认可 “识别型”定义，指直接、间接判别出个人的信息统为个人信息。此种模式特别着重了主体被认出的概率，不论是直接亦或间接。《网络安全

[1] 作者简介：李慧君（1995-），女，山东聊城人，中南财经政法大学博士研究生，主要研究方向为法理学和立法学。
[2] 参见吴苌弘：《个人信息的刑法保护研究》，上海社会科学院出版社 2014 年版，第 190 页。

法》第七十六条第五项规定“能够单独或者与其他信息结合识别自然人个人身份”就是典型的“识别型”定义。当前，“识别型”界定已成为通说，也为我国立法所认可。

除识别元素外，个人信息也应满足形式标准。[3]后者即所称的形式要素要求个人信息必须是有载体、固定化的，[4] “记录”的形态要强调信息介质的格式，而不考虑介质的形式。现今，智慧社会“云技术”背景之下，很多电子设备具备了上传到云端的功能，也应符合“记录”的形态要求。除此之外，形式要素的关键还在于记录的可获取性。在杜兰特案件中，法官说明《数据保护法》核心关注点应当是信息的可获取性”。[5]

综上，个人信息的法律语言被确立，《网络安全法》采取了“识别型”的个人信息定义。在“识别”之外，个人信息还存在“记录”这一构成要素。

2、个人信息的法律属性

关于个人信息法律属性问题，我国在立法上并未作明确规定。个人信息究竟归为哪类权利客体，是否存在一个独立的个人信息权，学界存在理论争议。而今，有一定作用力的信息保护理论学说大部分来自于英美学界，信息隐私权说、信息财产权保护说、个人信息控制权说、具体人格权说等为当今世界上个人信息属性的流行范式。

“信息控制理论”指出隐私权是个人控制其个人数据的权利，[6]即数据主体有权控制自身相关信息。信息控制说在美国作为一种积极权能的主张获得了广泛支持。但是信息技术发展下可能会发生完全记录 Web 上涉及人们的所有类型的行为，并且设备会通过无法预测的方式传输信息，例如不能应对智能设备识别个人所带来的问题。基于此，信息主体想要控制个人信息会面临各种困难和阻碍，而且以隐私来解释个人信息并非普遍流行的做法，[7]此外，对个人数据控制理论的全盘接收会给我们国家人格法律体系带来混乱，并且不会被纳入中国的法律和司法实践中。

在美国，多个学者都支持借助于财产权保护个人信息。波斯纳指出，隐私权“确实是财产权法的一个分支。”[8]笔者认为，不宜通过财产权保护个人信息，理由如下：首先，个人信息和人格尊严不可分割，把个人信息财产权化，有物化人格的嫌疑，并且不利于智慧社会的个人信息保护。[9]其次，当前信息主体常常被迫授权采取个人信息，依照财产权理论，在社交平台许多人披露的个人信息会看成对财产的遗弃，而当恶意被迫收集信息时，则缺乏了请求权基础。总之，财产权角度对个人信息缺乏解释力。

在我国，一些民法学家赞同把个人信息的权利属性界定为一种具体的人格权。[10]此说认为，个人信息权是一项具体人格权。当前，在我国《民法典》中并没有直接规定“个

---

[3] 参见齐爱民：《个人信息保护法研究》，载《河北法学》2008 年第 4 期，第 15-33 页。
[4] 参见谢远扬：《个人信息的私法保护》，中国法制出版社 2016 年版，第 17 页。
[5] Durant V.Financial Services Authority[2003]EWCA Civ.1746.
[6] 参见张民安：《场所隐私权研究》，中山大学出版社 2016 年版，第 9 页。
[7] 参见[美]阿丽塔·L·艾伦，理查德·C·托克音顿：《美国隐私法:学说 判例与立法》，中国民主法制出版社 2004 年版，第 14 页。
[8] 参见郭瑜：《个人数据保护法研究》，北京大学出版社 2012 年版，第 2012-2014 页。
[9] 参见孔令杰：《个人资料隐私的法律保护》，武汉大学出版社 2009 年版，第 78 页。
[10] 参见王利明：《隐私权概念的再界定》，载《法学家》2012 年第 1 期，第 111 页。

人信息权”，只是明确了要保护“个人信息”。一些法理学者反对将个人信息规定为权利，他们担心一旦确权可能会造成信息孤岛，出现信息主体对信息的绝对支配。但，个人信息具有无形、共享的特点，无法像作为有体物的动产或不动产那样受到绝对的和排他的支配控制。但实际，有无“权”并不特别重要。所谓权利，就是由利益和救济措施构成。[11]事实，民法典已经规定了框架性权利，如知情权、删除权、更正权等，这些都是个人信息内容或权能的规定。

（二）个人信息演化为“数字人权”[12]

大数据和算法支配着经济和社会生活，“从出生开始，个人数据就在一直积聚着，直到死亡，所有隐私信息在在线库中构组为完整的‘人’”。故此，人们已经摆脱传统时代物理存在特征，慢慢转化为在智能时代中以数字方式生存于双重空间活动的“信息人”。[13]现代社会中的人日益具备了“生物-信息”的双重面向，人们不再具有自主特性。[14]这意味着在一个智慧社会中，信息和数据已承载着描述、创建、表述人的人格特征和社会责任的功能，并且成为代表了人的尊严和价值的个人不可割舍的组成部分。

在社会的转型升级过渡后，信息酿成珍贵的“石油”资源。这会造成两方面的影响。一方面，财富分配不公平现象会更加严重。其次，信息价值的重要性绝不只会昙花一现，其将随着社会的演进变得更受重视。多样化的价值会导致对个人信息权利保护诉求的多样性。[15]德国、日本、俄罗斯、欧盟、美国、澳大利亚等国家将这些数据新兴权利予以制度化，芬兰、哥斯达黎加等国还先后通过法律宣布互联网

是一项基本人权。[16]国务院于白皮书中进一步重申，对于通信自由和信息安全要给予重点严格保障，以搭建简单有效的分享平台，促进政府信息传播。17不论是理论上还是实践层面，新兴权利慢慢拓宽其被承认和保护的范畴，这意味着数据信息演化为新兴权利，也即第四代人权——数字人权。

二、智慧社会个人信息保护的现实困境

（一）智慧社会中个人信息侵权的形态变化

结合了算法、云计算等技术的侵权行为，在全新语境下呈现出别样的侵权特点。侵权手段更高级，破坏结果更多样，这使得智慧社会个人信息保护面临严峻挑战。

1、侵权机制化

---

[11] 参见郭明龙：《个人信息权利的侵权法保护》，中国法制出版社 2012 年版，第 52 页。
[12] 参见汪玉凯：《智慧社会倒逼国家治理智慧化》，载《中国信息界》2018 年第 1 期，第 34-36 页。
[13] 参见[德]克里斯多夫·库克里克：《微粒社会 数字化时代的社会模式》，中信出版社 2018 年版，第 XII 页。
[14] 参见[意]卢恰诺·弗洛里迪：《信息文明与当代哲学发展译丛 信息伦理学》，上海译文出版社 2018 年版，第 379 页。
[15] 参见马长山：《智慧社会背景下的“第四代人权”及其保障》，载《中国法学》2019 年第 5 期，第 11-15 页。
[16] See Nicholas Jackson，United Nations Declares Internet Access as Basic Human Right，The Altantic，https: / / www.theatlantic.com / technology / archive /2011 /06 / united — nations — declares — internet — access — a — basic — human — right /239911 / (Last visited en Aug.16，2020) .
[17] 参见：《改革开放 40 年中国人权事业的发展进步》，载《人权》2019 年第 1 期，第 122 页。

在传统语境中，侵权行为人特指的是固定的“侵权行为人”，这些“侵权行为人”在民法意义上拥有独立权利能力和行为能力。然而随着智慧社会的发展，侵权主体将从传统的“侵权行为人”变成民法上的各种“物”。[18]如今，信息主体直接面对各类不具备独立思想和精神的以“物”的形态呈现的电子实体，反而让信息主体轻易卸下对危险的防备，不知不觉中泄露了个人信息。

2、侵权客观化

对于线上信息保护最重要的“告知-同意”规则也面临诸多问题。第一，隐私政策极其冗长、晦涩。当用户下载某 APP 时，与隐私策略相关的一连串条款会自动显示在页面上。用户只有当勾选同意后才拥有使用该服务的权利。但实际，用户为了享受服务，在面对晦涩冗长的条款时不得不勾选默认同意。第二，“告知—同意”机制的实际操作效果不理想。每个用户在一天之内往往会访问成百上千个网站，设想若每访问一个网站都要先行了解一连串隐私文件，就会出现耗时、低效等代价。

似乎这些通晓技术的公司在设计时故意通过复杂的技术让用户感受到我们的日常已处处是科技。一些技术发展披上了技术的客观性外衣，从而呈现出客观发展后果的形式，这使得个人信息保护任务更加艰巨。

3、侵权耐受化

现今生活中普遍存在的注册制度体现出这样一类利益交换，即“人们用失去隐私、丧失个人生活和失去批判精神的代价来换取可预测性、安全性”。[19]

一方面，这种“主动性”导致犯罪的因果关系难以佐证。归责理论[20]必须要证明损害和请求权的承受者地行为具备确定的关联。但现今，人们日常性的“主动提交信息”行为导致证明哪一环节造成了实际损害变得非常困难。另一方面，大部分用户其实对技术都存在知识盲区，用户只是被动的享受技术便利，掌握着核心技术的企业、平台和政府部门拥有巨大的优势，彼此之间的信息不对称性迫使用户不得不培养自己的耐受心理，进而对侵权行为增加了反作用力。

4、侵权覆盖化

在数字技术和发展的背景下，社会各种运行活动日益被算法包围，智能技术在一方面推动着侵权行为的效率，主动扩大了损害规模。而主体有关的信息在当今背景下一经公布，损害结果就具备了不可扭转性。即使行为及时停止，对其判定也远非先前物理上的关闭开关就可以，个人信息的动态性使得其会在各主体之间多向度聚。修正或者彻底擦除流动的数据对于信息主体来说太难，这就使得损害结果更复杂。

---

[18] 参见吴汉东：《人工智能时代的制度安排与法律规制》，载《社会科学文摘》2017 年第 12 期，第 130 页。

[19] 参见[法]马克尔·杜甘，克里斯托夫·拉贝：《赤裸裸的人 大数据，隐私和窥视》，杜燕译，上海科学技术出版社 2017 年版，第 144 页。

[20] 参见王利明：《违约责任论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 48 页。

（二）智慧社会个人信息保护面临的价值冲突

信息保护必然存在多种价值的碰撞，我们讨论价值冲突实质上是在讨论利益怎么分配。现今，信息的传递和流动已然成为整个社会运行的重要环节。在这种背景下，一些个人数据具备了社会性和共性，智能技术也使得个人信息的个人属性和公共属性的界限不清晰，且一直保持运动状态。逐渐彰显的功能和价值，和个人信息所承载的价值之间，形成了张力和矛盾，这使得个人信息面临着多重价值冲突。

1、信息自由价值与信息安全价值的冲突

首当其冲进行讨论的当属自由与安全的矛盾。对于个人信息保护来说，非常关键的一层价值维度是实现个人信息自由。为此，联合国通过决议专门设定了信息自由权。在此之后，信息自由这一价值在司法界的接受程度得到广泛普及。

信息安全无疑有益于社会维护其各项秩序的稳定激发内在动力，在我国历史上，思想家们常常称井然平稳的社会状态作“治”，相对杂乱无章的社会混乱状态为“乱”。霍布斯发出感慨：社会契约是人们缔结以终结杂乱无章社会状态的工具，签署契约以创立国家，改变混乱，建设稳定的秩序。[21]在智慧社会，不法分子对于经济利益的渴望使其醉心于追逐财富，他们往往会倒卖各类信息，个人信息安全问题亦与社会混乱相伴而生。可以说，无序失衡的社会环境中公民信息难以得到合法保障。

如前所述，安全价值所偏重的是对个人生存来讲最为基础设定的生存权与不受侵犯权，自由价值所偏重的是个体意志的不受拘束。安全的出发点是人要同外面的世界有社会交往，自由的出发点是人要追求自我提升，二者的矛盾显而易见，这就导致在立法和司法实践中冲突在所难免。

2、人格尊严与信息共享的冲突

维护信息主体的人格尊严，是一个社会运行的基本社会要求，同时为立法、司法者设定个人信息保护制度的时候考虑的根本价值。针对这项价值，国际上不管立法还是理论都已达成一致看法，要优先保护人格尊严，也就是要保证本人对个人信息的自主控制。[22]

与此同时，智慧社会中信息的社会与经济效用将使政府提升职能改变速度；数据共享也发挥着其推动智能产业进步的作用，在未来，服务者会提供更快、更匹配用户需求的功能，以最大限度实现信息资源的效用优化。[23]

这样，人格尊严与信息共享恰巧格格不入：前者的理念需求警惕个人信息被他人失当获得；后者则肩负着产业发展重担，二者的利益分歧导致了人格尊严与信息共享的价值冲突。

---

[21] 参见申林：《“利维坦”中国家主权与个人自我保存权之间的张力》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2014年第3期，第64页。

[22] P. Conce.Tort Law and Economic Interests[M]．Oxford: Oxford University Press,1996:32．

[23] 参加王德夫：《大数据时代下个人信息面临的新风险与制度应对》，载《西安交通大学学报(社会科学版)》2019年第6期，第131页。

3、私权保护与社会进步的冲突

个人信息本身所追求的价值目标而言，是封闭、孤立的。沃伦和布兰代斯当年写作《隐私权》是出于对大众媒体窥探私人生活的愤怒和谴责，库勒法官将隐私权归纳为“独处的权利”，都是对外人的排斥和防范。说到底，个人信息主体期待的是不受他人干涉，目的是保证个人的私人生活不受到侵犯，自己可以单独相处，[24]即所谓私法自治。数据保护不局限于个别方面，而是全方位、多角度的扩展范畴，现已涵盖自决、空间隐私等。此外，正如王利明教授所感慨，公民期待实现不被打扰的独处安宁呈现出“反社会”的特点，此欲求和社会的需求是对抗的。[25]。

此外，数据变为社会运行紧要的生产要素。就互联网售后服务环节而言，针对用户点击偏爱对其进行个性化推荐已蔚然成风。信息的流通目的即分享，在各个社会主体之间最大化的利用闲置信息。在这样的一种情况下，社会进步与私权保护之间会产生一种矛盾关系，这也是个人信息价值冲突的一种表现。

（三）智慧社会技术发展突破既有个人信息保护逻辑

随着数字时代的到来，全新的产业、模式在信息环境中的互动性质进行根本和前所未有的转变。[26]公共当局和私人权益之间的二元论结构和社会关系已被极大地分解，既有个人信息保护逻辑遭到攻克。

1、双重权力生态日渐形成

现今的生活方式与以往有较大的区别，时代特点展现出非同往昔的样貌，数字、共享经济占主导地位，以当当、天猫、科技公司为代表的社会力量正在逐步增强，成为商业领域的佼佼者。

数字时代，信息已成为新业务形势下权力和社会力量的中心。他们将自己的平台视作一个社会治理场域，借助于平台规定的制定、纠纷的处置等方式来“管理”个人，配备了“准”行政权功能。[27]这些企业从本质上属于社会和商业力量，属于“权利”，但实际上他们又具备了“权力”的特质。公共当局和私人权益之间的二元论结构和社会关系已被极大地分解，社会结构出现社会权力、公权力、私权利三方鼎立的局面。

2、政府干预与市场自由的边界被突破

社会经济在技术的推动下创收巨额财富，但是自由呈现出反向增长趋势。换句话说，当不同的平台通过程序提供用户喜爱的服务的时候，个人的各项社会数据也在全方位无死角的无私奉献着。使用的数字产品愈多，算法结果就愈多，同时他们必须接受多个“自定义”推送和算法决策结果。

于是存在这样的一种现象，各种分析技术一定程度上能够产生大量利益、极大的推动社会进步，同时它也为我们的个人信息带来了风险。政府为了公民信息安全，对手机

---

[24] 参见张新宝：《隐私权的法律保护》，群众出版社 1997 年版，第 21 页。
[25] 参见王利明：《人格权法研究》，中国人民大学出版社 2005 年版，第 604 页。
[26] 参见前注⑬，卢恰诺·弗洛里迪书，第 351 页。
[27] 诸如淘宝的“规则众议院”“大众评审团”等，就具有明显的“准立法权”“准行政权”“准司法权”等特征。

监控，以干预不法侵害。表面上看监控手机信息的行为得到了合法授权。实质上，这里隐含着政府的控制，政府的干预就一定是安全的吗？[28]在有些学者看来，这并没有带来自由、平等与安全。[29]反而，人们是在贡献自己的个人信息，牺牲它们来换取这种额外的“保护”。在这种情况下，个人信息保护的方式迫切需要革新。

简而言之，政府市场和干预自由的传统界限被完全打破。数字信息的传播和共享属性破坏了国家市场的传统边界和逻辑，以及干预的自由。

3、信息化时代人权需要全新的保护方式

一方面，以往的保护人权的路径正变得越来越令人惶恐。信息储备库中隐藏着涉及人们的一言一动的痕迹，数据和信息越来越被认为是与人类尊严和自由有关的基本人权。但是，信息化人权形态会伴随着数字化发展不断增多，数字信息式对人权侵犯的方式也将会增加。[30]因此，各式新情况的涌现在呼唤着立法人员推陈出新。或许在一些时刻，人们能够预计到技术带来的这些明显严重后果，但是我们尽其所能做到的，只是预见并制定政策，及时、尽力止损。

此外，一些商业社交已经成为全球范围内的活动，跨国算法歧视等新问题也出现，人权和国家主权的界限变得越来越不清晰，国际人权也遭遇威胁。这样，建立新的人权保护逻辑，探索新的个人信息保护方式势在必行。

三、域外个人信息保护立法的经验分析

在我国，个人信息受到各方法律的保护。今年刚出台的《民法典》的总则和分则编也都对数据权属、数据相关行为做出了系列规定，这些规定推定数字经济发展的同时，也对人权的保护发挥着积极的规范和引领作用。但客观来看，我国现行法律仍不够充沛，要达到个人信息全面保护目标仍有很大进步空间。国际上早就开始重视个人信息潜藏的巨大风险。现在，个人信息保护体系已在大多数国家建立。欧盟与美国对于个人信息的保护，虽有差异，但是都针对于各自的法治传统，且施行有效。总结其立法经验，其中的一些共性值得我们思考和借鉴。

（一）立法模式的选择必须结合本国情况

欧盟统一的立法要求国家立法保护个人信息，使个人信息权成为具有较高信服力且易于遵循的合法权利，其旨在为有关人员提供充分的救济，缺点是法律规定过于死板造成信息流通不畅。

美国分散立法的优势在于，可以对各方事项进行单独监管，以尽可能保护不同方面的个人信息。当然劣势也与之相伴而生，由于保护个人数据的统一法律的缺乏，因此在法律适用方面没有统一性和标准化。行业自律和非公共部门的自律是美国所重视的，它

[28] 参见[意]卢西亚诺·弗洛里迪：《第四次革命 人工智能如何重塑人类现实》，浙江人民出版社 2016 年版，第 45 页。
[29] 参见[美]威廉·J.米切尔；吴启迪：《伊托邦 数字时代的城市生活》，乔非，俞晓译，上海科技教育出版社 2005 年版第 9 页。
[30] 参见高富平：《个人信息保护：从个人控制到社会控制》，载《法学研究》2018 年第 3 期，第 86 页。

在灵活性和针对性上发挥的优势独具美国特色，但对于行业来说首要任务仍是实现企业整体的经济发展，个体的人格利益显然无法得到优先考虑。

欧盟和美国虽然对个人信息的保护存在立法上差异，但都选择了适合自身的立法模式。

（二）立法基本原则贯穿始终

欧盟 1995 年指令确定了八大基本原则，[31]尽管美国各领域拥有不同的保护方法，但各自都确定了保护原则。即，对个人数据用法律形式予以保护的国家都建立了自己的基本原则，以基本原则为统筹拟定规范。

（三）引入隐私风险评估机制

关于解决传统知情同意结构和匿名性引起的问题，我们可以吸纳欧美的“场景风险”的先进做法，直接将关注点放至使用阶段，并评估其是否和信息主体的合理期望相符，以及是否具有负面影响。如果这样做不合理，则必须评估在特定情况下处理和使用个人信息的隐私风险。

隐私风险评估机制已在国际上通行，我国也应引入并在信息处理全过程中推行。要采用合理性标准，并将实际收集信息过程中的风险限制在更低水平。隐私风险的评估参考欧盟做法，设置不同级别风险处理措施，把风险最小化至相关人员所承受的最低水平。[32]

（四）建立统一个人信息监管部门

联邦贸易委员会被专门设置去督促数据处理控制者的行为，如若违法，委员会可以采取诸如罚款、调查等合乎法律规定的执法措施予以惩罚。欧盟也不甘示弱，专责监管机构的设置为本国原本严苛的信息保护添砖加瓦。机构可以采取多种途径，比如观察、调查与处罚相联系，周密、细致的予以保障。在欧洲联盟企业内部设置的是“个人数据保护官”，每隔一段时间就组织隐私风险评估，更新隐私政策，主管企业内部信息安全保障等业务。

因此，中国可以借鉴欧盟的经验，设置专业的个人信息监管部门，让其承担起对数据流通予以外部监督的角色。企业设置专项负责人来监管内部信息处置活动，携手保证个人数据的安全性。

四、智慧社会个人信息立法的优化路径

各国已经同意通过优化立法加强个人数据保护，但是关于如何保护个人信息尚未达成一致意见。作者倾向于构建《民法典》和未来即将制定的《个人信息保护法》相互配合、协力实现保护个人信息的立法目的的法律体系。在《个人信息保护法》中要厘清部分重大问题与基本制度，改变现有法律分散、制度过于原则、无法有效落地的局面，同

[31]参见齐爱民：《大数据时代个人信息保护法国际比较研究》，法律出版社 2015 年版，第 211-213 页。
[32]参见范为：《大数据时代个人信息保护的路径重构——初探欧美改革法案中的场景与风险理念》，载《网络信息法学研究》2017 年第 1 期，第 285 页。

时也有利于数据产业发展，推动国家信息化进程。笔者尝试对个人信息保护立法的重点问题从以下几个方面提出见解。

（一）明确个人信息立法的基本原则

鉴于各国、各国际组织确立的保护个人信息的基本原则在核心内容上相通且大体一致，在此，笔者以极具代表性的 OECD 指南确立的基本原则为基础，概述为：限制收集、信息质量、目的特定、使用限制、安全保障、公开、个人参与、责任、自由流通与合法限制原则。虽然在我国，个人信息保护原则在不论国家还是行业层面都予以明确，但概括的看该体系并不健全。社会瞬息万变，信息处理各环节的繁琐性提高了个人信息保护原则的要求，理想状态的原则势必可以指导各领域，法律固有的滞后性导致现存的保护原则无法为新问题提供解决路径。于是，笔者尝试借鉴经验，并与我国实际相结合，提出以下补充建议。

1、简化目的明确原则的内容

首当其冲的立法原则应是目的明确原则，在整个立法原则中，目的明确是重中之重。它指的是信息管理者要带着特定、明确目的去处理信息，否则信息收集行为不符合法律规定。目的明确原则的意义在于约束信息管理者，规范其行为，减少随意性，堤防个人信息与信息主体的脱节。

简言之，目的明确原则包含三方面，分别是特定目的、明确目的和正当目的。[33]特定目的是指主体在采集个人信息时必须受特定目的的限制。国家机关对个人信息进行处理的目的要以其职责为准绳，非国家机关则应与其事业相关，具体目的的特定多采用声明或者约定的方式，禁止以模糊的目的对个人信息予以处理。明确目的中所谓明确意指：务必通过文件形式来确定下来特定目的，然后用相对具体、精确的方式再现。正当目的的正当性包括合法和符合社会风俗，对个人信息的处理，不仅仅应该满足合法原则，而且应该满足民法确立的善良风俗原则。正当性标准比合法标准更加严格，除了合法之外，还需要获得社会的认同。

实践中，目的明确原则和限制收集原则的关系十分密切，因此出现了许多国际立法甚至混淆了目的明确原则和限制收集原则界限的现象。从中英文词义来看，目的明确原则仅有目的明确和特定的意思，而限制收集原则仅有个人信息收集受到特定目的限制的含义，因此两个原则的界限比较清楚，笔者主张，我们未来立法应当简化目的明确原则的内容，将收集个人信息受目的限制方面的内容并入目的限制原则之中。

2、区分限制处理原则适用的情境

限制处理原则的含义有两层，一层是说收集个人信息行为在法律上要找到依据，第二层含义是数据处理机构在处置个人信息时理应受到限制。OECD 所确立的限制处理原则含义已相当明确，但笔者看来限制处理原则的适用需要区分如下特定情境。[34]首先，

---

[33] 参见齐爱民：《拯救信息社会中的人格》，北京大学出版社 2009 年版，第 255 页。

[34] 参见李媛；《大数据时代个人信息保护研究》，华中科技大学出版社 2019 年版，第 199 页。

对信息保护的规制重心可以由收集阶段向使用阶段转移，侧重对后端使用环节的监管。实践中政府和企业往往不只采集为了实现业务目的所必须的信息，还采集与业务目的毫无关联的信息。故个人数据的风险并非产生于收集之初，而是产生于随后持续的适用进程。其次，僵硬的遵照法定目的也不通时宜。在判断信息利用者对信息的再次利用是不是符合规定，应取决于改变后的目的是不是带来意外风险，是否同用户设想的目的相符，和用户答应披露信息的情景相吻合、一致。最后，作为企业，往往也会揣度用户的意思，琢磨用户习惯来提升服务质量，揣测会在何种境况下利用用户的信息无需取得用户的再次同意。企业不必对数据的每一项都详细解释，但是如若数据的适用牵涉到企业之外的第三方，企业应当对此突出且明确予以说明。断定情境是否一致不是一件易事，分歧的存在在所难免。

3、以技术角度规范告知同意原则

告知同意原则是说信息业者要履行充分告知义务，获取信息主体的明示同意。该原则起源于信息自决权，同意是体现了当事人的意思自治，这意味着自主地对个人信息予以处置。[35]《政府论》中洛克提出来："所有的自然人都自由，他仅仅受制于自己的同意，其他任何权力都不可以让他屈服。"告知同意原则在世界范围内被广泛适用，被个人信息保护相关国际性文件采纳。

告知同意原则的适用要受到通信自由和通信秘密等宪法权利的限制。智慧社会中，手机 App 等收集当事人的通信信息的行为，已经侵犯通信自由和通信秘密，该原则在实践中存在被滥用的现实风险，未来应从技术路径角度规范告知同意原则，如此才能真正把愿景变为现实。

（二）实行个人信息的分级保护

1、界定个人身份可识别信息的标准

个人信息在智慧社会中的内涵得到重塑，现今人工智能技术、算法运算等作用于信息后使得"可识别"标准认证有些困难，亟需对个人信息法律概念的范围内涵和外延进行重新界定。可识别在本质上是一个标准，对此标准的理解在美国和欧盟不一样。美国将此标准理解为已被识别的信息。欧盟对此标准持扩张主义的立场。，在欧盟各国，一个已经被识别出的信息和"可被识别的个人信息"地位一致。

美国的"限缩定义"和欧洲的"扩张主义"对"个人身份可识别信息"标准都过于极端，存在一定弊处，在借鉴的时候切忌全盘吸收。若把可识别标准降低，就会造成保护的个人信息数量泛滥问题，比如手机 APP 的人脸登录功能能否合法使用？实际上，我们的保护恰恰是因为太过于宽泛才会导致不法信息交易事件不绝如缕。

2、"三分法"的界分规则

[35] 参见张新宝：《个人信息收集：告知同意原则适用的限制》，载《比较法研究》2019 年第 6 期，第 1 页。

当前学术实践采取信息界分“二分法”，即把信息划为一般和敏感两类。36随着二者之间的界限越来越不清晰，此法在理论和实践都不适用。如何对信息进行区分时，应与时俱进，既要考虑信息是在何处形成的，又要考虑到此信息未来主要在何种情境下运用，实行“三分法”的界分规则。

第一类是自然隐私信息。它与个人相伴而生，在人格上和信息主体存在依赖关系，譬如名字、身份证号、血型等，早期学界认可的个人身份信息就可以归入此。第二类是行为关联信息。该信息的主要参与者是信息收集和应用人，该种信息与时代发展如影相随，通过整合和挖掘大数据获得的个人评价信息、信用比较、个人肖像等，此外更深层次的有关人们行为的预测信息也应归属于此类。第三类是智能派生信息。和前两类相比，该信息的采集者范围更加广泛，甚至可能不是“人”。除却主体的资格，此类信息经历的处置过程也带有较强的智能色彩，涉及到算法处理、匿名操作等。

对三分法下个人信息的整体保护，要建立在分类的架构上，分别对应制定差异规则。对于第一类，要实行最原始最严格的措施，公法私法并举，协力实现对第一类信息的保障。关于第二类信息，不能局限于保护，也要实现信息的利用价值。故有必要对信息应用者实行市场访问机制，采取场景化的规制思路，以立法形式确定行业细分模式的治理。至于第三类智能及衍生信息，要关注智能应用的普及，为未来更多智能化信息的加入提前留存空间。

通过分级对分类信息实行保护，达致综合保护格局：即自然信息——重在保护、谨慎运用；关联信息——适度保护、授权运用；智能信息——削弱保护、重点应用。

（三）明确个人信息保护的执法监管体制

1、设立专门的个人信息执法监管机构

执法监管指根据法律法规对政府服务机构或者独立监管机构授权的个人数据的收集和使用进行监督和管理，支持有效执行国家保护个人数据的法律。它有助于给消费者提供专业培训和监督，以全面协助处理有关权利保护的投诉。[37]特别是在智能技术发展日新月异的今天，刑事、民事救济手段对个人信息保护都有滞后性和局限性，无法迅速、有效地制止恶意侵权事件，并且许多保护个人数据的基本法律无法达到保护个人信息的确切需求。除了刑事和民事援助措施，保护个人信息的主要趋势之一是近年来设置专门机构以遵守法律和确保监督。

世界主要国家的个人信息保护体系中，行政监管体制均扮演着无可替代的角色，如欧盟、美国、韩国等。我国缺少统一的保障个人信息的机构设置，各部门都仅在往常的监管职责里管辖。但是看已有监管效果，机构在保护个人信息发挥的功效还不是很明显，主要是监管机构的职能不足，缺乏明确的上位法授权。除此，责任重叠和监管程序不明确等等原因也导致管理出现推诿、真空地带现象。

---

[36] 参见叶名怡：《个人信息的侵权法保护》，载《法学研究》2018 年第 4 期，第 84 页。.

[37] 参见本书编委会：《个人信息保护国际比较研究》，中国金融出版社 2017 年版，第 225 页。

言而总之，在这种情况下，破解需要建立一个保护个人信息的统一机构，并赋予其在纠正偏差行为、保护信息方面的管理命令，整顿和重建井然信息保护新秩序。因此，笔者建议，我国也应设立独立的行政机关，从而不仅能够监督个人信息保护的全部过程，也可以有效地解决纠纷、维护市场的正常发展。

2、明确行政执法机构具体的职责

根据新科技和新交易的法律原则和特别之处，监督管理组织势必要提高衡量信息保护的标准和准则，制定更详细的指南，并根据具体交易具体规定信息保护，以促进信息业的发展和改善用户安全。

根据客观事实来说，以个人信息保护法作为凭借，由监管机构指定更加具体、针对的标准、指南的做法，在其他国家已经很常见。在前文域外经验借鉴章节，我们已知监管机构在欧盟各成员国中备受重视，在《通用数据保护条例》第 61 条也引入了联合行动的规定，更加突出执法组织的关键性。甚至在市场自我监管相当自由的美国，也设置了联邦贸易委员会，它有义务对非法公司开出巨额罚单，并由市场监管者进行严格的数十年的隐私监控。

中国可以借鉴国际通行做法，让监管机构发挥其监管职能的关键在于赋予机构一些详尽的职责，加强机构的惩处力度。譬如，机构既要接收对个人信息的投诉和请求、也要落实回应结果，一次到位的为公民便捷维权提供效劳。同时，由于监管机构能直接听到群众对个人信息保护的期待之声，故理应让其发挥好监管机构立法联系点的桥梁作用，一方面其应拟定监管政策，促使立法与政策落到实处；另一方面要以个人信息保护领域的法律为基础，加强理解领悟以夯实机构的业务能力，指点好法律在具体工作中的适用。

监管机构既然获得法律授权，就应依法承担起监管责任，兢兢业业地收集侵犯个人数据权的证据，并根据法律惩办侵权人。总之，机构应不断积累监管执法经验，守好监管初心。

结　语

我们生活在一个全新、美好的社会中。信息的交流、传递和获取比以往任何时间都更加自由和快捷。信息的价值受到人们的广泛重视。与此同时，随处可见对信息挖掘、滥用等无止境的侵权活动，不管是侵权主体、侵犯方式，还是获取的个人信息内容、侵权后的追责，都呈现了一系列新的特点。比较分析我国个人信息立法的不足，通过借鉴域外先进国家个人信息保护的实践，智慧社会中个人信息保护必须调换路径，立法应推动原则性立法，免于碎片化。为了避免法律适用的僵化，在信息技术发展日新月异的今天可以依据信息的产生来源、应用场景不同对个人信息分级分类保护，此外还要在法律中明确执法监管机构，推动个人信息保护法律的实际落地，从而在社会发展的机遇和技术所诱发的社会、伦理及相关风险之间做出平衡，促进人权保障法治化。

党内法规制定主体扩容的逻辑与实现

李东[1]

【摘 要】党内法规制定主体扩容是健全党内法规制定体制的需要，也是完善党内法规制度体系的重要举措。副省级城市和省会城市在党内法规制定试点工作中表现出立规主动性差异，制定的执行性党规多于创制性党规。在形成可复制、可推广经验的同时，试点城市的立规信息公开显得不充分。当前的党内法规制定体制已经不符合党内法规发展实际，既不利于党章和中央党内法规的配套立规，也不能满足地方党治现代化的需求，最终不利于党内法规和国家法律的衔接与协调。党内法规制定主体扩容的实现需要循序而为，遵从副省级城市和省会城市到设区市的位序，秉持有限授权理念，加强备案审查，强化实施后评估机制，提升扩容主体的党内法规制定能力和水平。

【关键词】党内法规制定；主体扩容；副省级城市和省会城市；立规需求

中国共产党作为执政党，是当代中国“同心圆”式政治结构的中轴，严密的组织结构、特殊的党员选择标准和严格的纪律使党成为能够快速有效进行集体行动的组织，呈现出强大的向心力。[2]党内法规是中国共产党宣示政党目标、明确性质定位、规范组织活动、指引党员行为的制度形式。党在革命、改革、建设各时期都十分重视党内法规制定工作，党内法规制度化、规范化和程序化建设使党的执政体制和运作机制不断呈现新的生机。党的十九届四中全会提出要加快形成完善的党内法规体系，推动法治中国建设，实现国家治理体系和治理能力现代化。但党内法规体系建设与国家治理体系和治理能力现代化的要求还存在差距，其主要问题集中表现在党内法规制定主体有限，地方党内法规对中央党内法规的贯彻执行力度不够。实现党内法规制定主体扩容，完善党内法规制定体制成为新时代加强党内法规制度建设的有效举措。

党在党内法规建设实践中不断探索扩容党内法规制定主体，并积累了一定有益经验。2016 年 12 月，中共中央印发的《关于加强党内法规制度建设的意见》指出，探索赋予副省级城市和省会城市党委在基层党建、作风建设等方面的党内法规制定权。[3]这一探索主要依靠政策试验来实现，在充分实现中央和地方互动中，由中央确定大的政策目标，地方摸索具体实施办法，然后形成可推广可复制的经验。2017 年 5 月，中共中央决定在沈阳、福州、青岛、武汉、深圳、南宁、兰州等 7 个副省级和省会城市开展党内法规制定试点工作，允许试点城市党委围绕基层党建、作风建设等方面制定地方党内法规。赋

---

[1] 作者简介：李东，西南政法大学博士研究生。
[2] 参见邹谠：《中国革命再阐释》，香港：牛津大学出版社，2002 年版，第 10 页。
[3] 《十八大以来重要文献选编》（下），北京：中央文献出版社，2016 年版，第 512 页。

予副省级和省会城市党委党内法规制定权，实现党内法规制定主体的扩容不但是党的十九届四中全会具体化、法治化需要，也是完善党内法规制定体制，加强地方党内治理法治化的客观需要。

一、试点城市的立规实践与省思

党内法规的制定需要处理好立规时机的选择性与立规超前性的关系，寻找立规前瞻与立规实现之间的平衡点成为考验立规主体的关键。[4]试点城市自获得党内法规制定权以来，制定了一系列符合地方党治实际的地方性党内法规，满足了各自在基层党建、作风建设等领域的立规需求。从试点城市制定的党内法规数量来看，深圳市委立规权能实现充分，集中在基层党建领域制定了五部党内法规；青岛市委围绕作风建设制定了四部党内法规；其他城市的党内法规基本在两部左右。[5]在党内法规程序、内容等方面，试点城市形成了一些可复制、可推广的经验做法，同时也存在一定的问题，这些都为探索党内法规制定工作机制提供了有益借鉴。

（一）立规主动性存在差异

试点城市虽然同时获得授权，但在立规主动性存在一定差异，主要表现为党内法规的数量上。仅就数量而言，立规主动性的发挥依赖于城市的集聚能力。副省级城市和省会城市虽然在各自区域内都具有一定的带动辐射作用，但由于地理位置、政策优势等因素，城市之间的集聚能力差异明显。不同的集聚能力给城市带来了党建领域的不同要求。集聚能力强的城市党员数量庞大，党组织繁杂，催生了党建党治的新问题新挑战，也激发了诸多的立规需求。同时，集聚能力强的城市也拥有大量的立规人才，这也为发挥立规积极性、满足治党管党需求、提升党内法规文本质量奠定了基础。试点城市中，深圳市作为中国特色社会主义示范区，充分展现了权力行使热情，以五部党内法规为基层党组织建设管理、纠正“四风”长效机制建立提供了基本遵循。其他试点城市也在聚集能力的影响下制定了一定数量的党规，展现了不同程度的积极性。福州市在行使立规权的同时，也对区域内的党内法规和规范性文件作出清理，及时修改废止了滞后实践发展的相关规定，为立规权的行使提供了正向指引。如何寻找不同集聚能力下各城市立规需求的“最大公约数”，广泛调动主体的积极性成为立规主体扩容工作中的重点。

---

[4] 参见刘平著：《立法原理、程序与技术》，上海：学林出版社，2017 年版，第 175 页。

[5] 其中沈阳市制定《关于进一步改进工作作风的若干规定（试行）》《关于贯彻<中国共产党党务公开条例（试行）>的实施细则》；福州市制定《福州市“马上就办、真抓实干”若干规定（试行）》；青岛市制定《青岛市党员领导干部述责述廉实施办法（试行）》《青岛市党员领导干部廉政谈话实施办法（试行）》《青岛市村（社区）党员干部廉洁履行职责若干规定（试行）》《青岛市党支部工作实施细则（试行）》（2019 年 10 月 11 日通过并生效）；深圳市制定《中国共产党深圳市街道工作委员会工作规则（试行）》《中国共产党深圳市社区委员会工作规则（试行）》《深圳市社会组织党的建设工作规定（试行）》《建立健全纠正“四风”长效机制规定（试行）》《党支部书记履行党建工作职责考核办法（试行）》；南宁市制定《南宁市村党组织党务公开办法（试行）》《中共南宁市委员会深入治理扶贫领域形式主义官僚主义若干规定（试行）》；武汉市制定《武汉市委加强基层党员干部作风建设若干规定（试行）》《武汉市城市社区党组织工作规则》。以上党规名称等信息来源于各市委市政府网站，因信息公开不充分等原因，有些城市的相关信息未查询到。兰州市委市政府网站未公开相关党规信息，但其在 2018 年市委工作报告中披露已制定了一定数量的党内法规。

（二）执行性立规多于创制性立规

由于试点城市的立规权仅限于基层党建和作风建设，且上位党内法规对此都有相关规定，所以试点城市制定的党内法规多属于执行性立规，都是对上位党内法规的具体落实。以执行性立规为主固然可以保证上位党规的实施，确保党内法规的权威，但在一定程度上也忽视了不同区域党建的特殊需求，不能凸显地方党治的特色。寻找富有地方特色的切入口创制性立规也应当成为扩容主体工作的重点和方向。鼓励创制性立规不仅可以解决扩容主体区域内的实际问题，也可以增强区域间的党治竞争，推动地方性党内法规制定向纵深方向发展。以福州市为例，《福州市“马上就办、真抓实干”若干规定（试行）》传承习近平总书记主政福州期间大力倡导的“马上就办、真抓实干”精神状态和优良作风，在作风建设领域创新性地对决策部署落实、密切联系群众、提升工作效能等方面作出细致规定，形成了具有区域特色的福州经验。当然，创制性立规不能随意变通上位党规内容、搞地区本位和地方保护，应当保持正确的方向。实现立规主体扩容必须尊重地方党委的创制立规需求，在有限放权的基础上加强权力监管，保障权力正确有效行使。

（三）信息公开不充分

公开是党内法规面向全社会发布的形式，是提高党内法规普及度和知晓率的有效方式。2019 年修正的《中国共产党党内法规制定条例》也对党内法规制定的公开发布作出义务性规定，“党内法规除涉及党和国家秘密不得公开或者按照有关规定不宜公开外，应当在党报党刊、重点新闻网站、门户网站等党的媒体上公开发布”。[6]虽然党中央没有对试点城市的立规作出义务性指引，允许试点城市结合地区实际先行探索，但上位党内法规就某些共同事项作出明确规定的，试点城市应当遵守。试点城市的立规权属于授权立规，只能在基层党建、作风建设等领域行使，这些领域并不属于《中国共产党党内法规制定条例》所规定的“涉及党和国家秘密”的范围，因此试点城市制定的党内法规应当通过门户网站等媒介公开发布。公开发布形式也必须符合上位党内法规的规定，应当添加题注，载明制定机关、通过日期、发布日期等内容。从试点城市的实际操作来看，七个城市中只有福州市和沈阳市在门户网站公布了党内法规全文，但都没有添加题注，其余城市则没有公布具体条文，只作了相关新闻报道。试点城市的党内法规制定信息公开不充分不仅不利于提高党内法规的普及度和知晓率，也不符合中央党内法规的具体规定。

对党内法规制定而言，公开是原则，不公开是例外。加大党内法规的公开力度，有利于增强党组织工作的透明度，加强党内监督和社会监督，推动党内法规得到更好的执行。“如果法律不向民众公布，人们便无法监督负责适用和执行这些法律的人是否无视其规定”。[7]立良规、提高法规质量是党内法规制定的目的所在。实现党内法规公开可以

[6] 中共中央办公厅法规局著：《中国共产党党内法规制定条例及相关规定释义》，北京：法律出版社，2020 年版，第 86 页。

[7] [美]富勒：《法律的道德性》，郑戈译，北京：法律出版社，2005 年版，第 62 页。

将党规文本置于公众评论之下，以至于文本内容有效传达给直接受影响的人们，使党规文本质量在实践中不断完善发展。

二、当前党内法规制定体制不能完全满足党治发展需要

虽然中国共产党从诞生之日起就重视党内法规制定工作，但首次以党内法规形式对“党内法规制定体制”作出全面规定的是 1990 年中共中央颁布的《中国共产党党内法规制定程序暂行条例》（以下简称《暂行条例》”）。《暂行条例》明确规定党的中央组织、中央各部门、中央军委总政治部和各省、自治区、直辖市党委享有党内法规制定权。[8]2012 年《中国共产党党内法规制定条例》颁布，在《暂行条例》基础上增加了中央纪律检查委员会的党内法规制定权，同时删掉了中央军委总政治部享有制定权的规定。[9]2019 年修订的《中国共产党党内法规制定条例》（以下简称“2019 年《制定条例》”），将原先的“中央各部门”规范表述为“党中央工作机关”。从三部党内法规对党内法规制定主体规定来看，党内法规制定主体随着党的建设形势任务的发展而处于动态调适中。当前，随着党的建设任务的加剧，现有的党内法规制定主体已不能满足党建发展实际。

（一）不利于党章和中央党内法规的配套立规

国家治理体系和治理能力现代化目标的实现首先要求国家法治体系与法治能力现代化，构建完善的党内法规体系既是党内法规制度建设的重要目标，也是推动国家法治体系和法治能力现代化的要求。对党章和中央党内法规进行配套立规是完善党内法规体系的必然要求，配套完备也是党内法规法规完善与否的重要指标。2018 年 2 月，中共中央印发的《中央党内法规制定工作第二个五年规划（2018-2022 年）》明确提出要增强党内法规制度的系统性、整体性和协同性。[10]2019 年《制定条例》将配套立规主体仅限于中央纪律检查委员会、党中央工作机关和省、自治区、直辖市党委，其他主体都不具有配套立规权。副省级城市和省会城市作为区域中心，党员数量庞大，社会组织繁多，在党的领导和自身建设方面存在新问题和新挑战。党的地方各级委员会对本地区的党的建设全面负责，可以根据上位党内法规，结合各自实际制定规章制度，推动中央党内法规在本地区的实现。赋予副省级城市和省会城市的党内法规法规制定权，是由其特殊地位决定的。

党内法规配套立规是特定主体通过制定下位党内法规，就同一事项贯彻党章和上位党内法规要求的活动。副省级城市和省会城市不具有党内法规制定权，只能依靠党的规范性文件贯彻落实上位党内法规。党内法规的规范事项具有专属性，涉及创设党组织职

---

[8] 参见中共中央办公厅法规室、中共中央纪委法规室、中共中央组织部办公厅编：《中国共产党党内法规选编》（1978-1996），北京：法律出版社，2009 年第 2 版，第 542 页。

[9] 参见《中央党内法规和规范性文件汇编》（1949 年 10 月-2016 年 12 月），北京：法律出版社，2017 年版，第 1360 页。

[10] 参见《中共中央印发<中央党内法规制定工作第二个五年规划（2018-2022 年）>》，人民日报，2018 年 2 月 24 日第 1 版。

权职责、党员义务权利、党的纪律处分和组织处理的事项只能由党内法规作出规定，而规范性文件侧重于提出政策主张、作出工作部署。[11]副省级城市和省会城市党委在党的组织体系中处于连接中央组织和基础组织的枢纽，既负有将中央党内法规具体化，转化为可执行性、具有针对性和有效性地方党内法规的任务，也负有将党和国家的各项政策在地方先行先试、积累经验上升为党内法规的任务。赋予副省级城市和省会城市党内法规制定权可以解决党内法规制定中信息不对称的问题，可以保证基层和实践中好的经验上升为党内法规，实现对中央党内法规的合理配套立规，使制定出来的党内法规具有更强的可操作性和有效性。

（二）不能满足地方党内治理现代化的需要

国家治理现代化要求国家法治现代化，党内治理现代化是国家法治现代化的重要组成部分和关键环节。国家治理体系是在党领导下管理国家的制度体系，包括经济、政治、文化、社会生态文明和党的建设各领域体制机制、法律法规安排，也就是一整套紧密相连、相互协调的国家制度。依法依规治党既是党要管党、从严治党的必然要求，也是实现党内治理现代化的应有之义。党的十八大以来，党内法规特别是中央党内法规建设呈现制度化、规范化、程序化特征，以“一加四”为基本框架的党内法规制度体系日益完善。而地方党内法规的建设却滞后于中央党内法规，仅依靠省级党委制定地方党内法规，无法实现党内法规的制度体系建设，也无法满足地方党内治理的需要。各地方、各方面的具体问题都由中央规定，由地方根据中央总的方针，从自己的实际情况出发制定规则，可以更好地解决本地区面临的问题。[12]党内法规的功能在于规范党的领导和建设活动、保持和发展党的先进性和纯洁性，确保党在国家治理中发挥总揽全局、协调各方的作用。实现立规主体扩容，扩充地方性党内法规，将从严治党下沉，可以有效克服党面临的精神懈怠危险、能力不足危险、脱离群众危险和消极腐败危险，实现地方党内治理法治化、现代化。

（三）不利于国家法律和党内法规的衔接与协调

党内法规与国家法律同为法治体系的重要组成部分，具有高度的耦合性，在功能上相互衔接、趋于协调。党内法规中的法理在本质上是关于党内法规和国家法律的真理、原理和公理，具体体现为执政党通过党内法规制度制约决断权，党领导人民制定国家范执行权。[13]党内法规与国家法律的衔接协调需要实现立规主体和立法主体的沟通衔接。新中国成立以来，中国共产党和同级人民代表大会之间在组织体系上已经形成了一套非常相似且相互交织的体系，具有鲜明的同构性。[14]2015 年修正后的《立法法》已将立法权下放到设区市，设区市有权在城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面制定地方性法规，这一规定是对我国立法体制的科学完善，也推动了中国特色社会主义法律

[11] 参见宋功德、张文显主编：《党内法规学》，北京：高等教育出版社，2020 年版，第 21 页。
[12] 参见彭真：《论新时期的社会主义民主与法制建设》，北京：中央文献出版社，1989 年版，第 60 页。
[13] 参见叶海波、刘梦妮：《党规中的法理》，载《河南社会科学》2020 年第 2 期，第 3 页。
[14] 参见景跃进、陈明明、肖滨主编：《当代中国政府与政治》，北京：中国人民大学出版社，2016 年版，第 72 页。

体系的丰富与发展。而根据 2019 年《制定条例》，党内法规的制定权仅属于党的中央组织、中央纪律检查委员会以及党中央工作机关和省、自治区、直辖市党委。立规主体的范围远远窄于立法主体，不仅不利于党内法规自身的制度化建设，也不利于党内法规与国家法律之间的层层衔接。

赋予副省级城市和省会城市立规权，实现立规主体扩容是实现党内法规和国家法律衔接协调的重要保证。党内法规与国家法律具有共生性，党规不能与国法相抵触，更不能凌驾于国法之上，这是二者衔接协调的前提。立规主体扩容一方面可以丰富地方党内法规体系，实现党内法规自身的协调性，保证党规内部统一融洽。另一方面可以将合法性审查注入党内法规制定过程，使党规内容符合宪法法律的规定。党规和国法的衔接协调还体现在对党领导立法活动的规范上，党领导立法作为一种复合型行为，既需要通过党的领导法规加以约束，又必须在立法中予以坚持贯彻。副省级城市和省会城市自享有立法权以来，在立法理念和立法技术上相对成熟，可以为党内法规制定提供有益借鉴。以立法主体为参照，赋予同级党委的立规权，能有效打破党规与国法之间的障碍，确保党规国法在内容、效力等层面呈现同向性。显然，现行立规权的规定，妨碍了地方地方党内法规与地方性法规之间的衔接互通，影响地方法治的有效实现。

三、党内法规制定主体扩容的基本思路及其实现

从实然角度看，党内法规制定的主体范围、权限大小一般会随着党情、国情、世情的变化而变化。实现党内法规主体扩容主要是对党务管理事务日趋复杂、党的自身建设面临一系列新情况新问题新挑战所作出的相应调适。“与国内外形势发展变化相比，与党所担的历史任务相比，党的领导水平和执政水平，党组织建设状况和党员干部素质、能力、作风都还有不小差距”。[15]实现立规主体扩容，赋予副省级城市和省会城市立规权是全面从严治党的发展趋势，也是规范党的组织建设，提升党的领导水平和执政能力的有效途径。但由于副省级城市和省会城市之间存在立规主动性、立规能力的差异，对党内法规制定主体的扩容并不是“一蹴而就”、“一赋了之”，需要审慎授权，加强权力监管。

（一）循序扩容，从副省级城市和省会城市到设区的市

中国共产党作为执政党，在法治建设中发挥着总揽全局、协调各方的领导核心作用，其领导国家的方式主要通过制定国家政策，然后由各级立法主体将这些政策具体化、法制化、制度化。当然，这些政策的实现也有必要转化为党内法规，成为党领导和建设活动的基本遵循。从试点城市的立规情况来看，虽然各城市表现出不同的立规热情和立规样态，但在贯彻落实党和国家政策方面表现出一致性。这也充分体现了党作为理性的科层制组织，其组织目标需要依靠严格的规章制度和等级制度进行实现。权力作为一种交换关系，是相互的、非对称的，但也是互惠的。[16]党内法规制定权下放不仅有助于加强

[15] 《十八大以来重要文献选编》（上），北京：中央文献出版社，2014 年版，第 80 页。
[16] 参见[意]安格鲁·帕尼比昂科著：《政党：组织与权力》，周建勇译，上海：上海人民出版社，2013 年版，第 28 页。

授权主体对下级组织的控制，增强党内法治理念的共享，同时也可以推动受权主体在组织范围内执行上位党规，增强自身的内在聚合。

党内法规制定主体扩容的实现需要循序而为，不能一蹴而就，在位序上应坚持从副省级城市和省会城市向设区的市过渡。有序下放立规权主要是由不同主体的立规需求和立规能力决定的。副省级城市和省会城市在全面从严治党、统筹区域发展等方面具有诸多经验，适时将这些经验转化为党内法规，为加强和提升本地区党的领导和建设提供有效制度保障。党内法规和国家法律在形式上具有共同的属性，立法技术规范对党内法规同样适用。[17]副省级城市和省会城市获得立法权三十余年来，[18]立法技术相对娴熟，可以为党内法规的制定提供技术指引，避免党内法规质量下滑。制度的生命力在于执行。党的基层组织是确保各位阶党内法规得到贯彻落实的基础。在享有立法权的主体中，设区市是连接基层组织最紧密的一环，适时赋予设区市立规权也是加强基层组织建设、完善基层治理的需要。

但设区市立法权有限，且行使时间较短，在立法能力和立法技术等方面还亟需提升，不能较好地指引党内法规的制定。循序扩容立规主体是完善党内法规体系的趋势，赋予副省级城市和省会城市立规权是当下规范完善党的领导和建设活动的需要，其形成的有益经验也将为设区市赋权奠定基础。

（二）有限授权，以立规需求为导向

党内法规制定主体扩容是建立在治党实践基础之上的，其权限也应当以实际需要为参照。有限授权既要求授权主体在赋权时充分考虑受权主体实际的立规需求，也需要受权主体立足区域治党实际行使立规权。《中共中央关于加强党内法规制度建设的意见》指出，要健全基础主干中央党内法规制度，完善以“一加四”为基本框架的党内法规制度体系，即在党章之下分为党的组织法规制度、党的领导法规制度、党的自身建设法规制度和党的监督保障法规制度四大板块。[19]虽然没有中央文件对地方党内法规的体系作出明确规定，但基于党内法规调整对象、调整方式的一致性，地方党内法规体系也可以参照中央党内法规构建组织法规、领导法规、自身建设法规和监督保障法规四个部分。试点城市仅在基层党建和作风建设方面制定的党内法规也就分别属于组织法规和自身建设法规，而没有制定领导法规和监督保障法规的权力。赋予扩容主体有限的立规权一方面是由于受权主体区域内党的组织建设和作风建设问题突出，亟待解决；另一方面则是受权主体立规能力有限，赋予全部的立规权会导致权力行使不当、降低党内法规质量、损害党内法规权威的风险。

---

[17] 参见管华：《党内法规制定技术规范论纲》，《中国法学》29019 年第 6 期，第 126 页。

[18] 1982 年，全国人大常委会对地方组织法作出修改，规定省、自治区人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人大及其常委会可以拟订地方性法规草案，报省、自治区人大常委会制定。1986 年，全国人大常委会再次修改地方组织法时，改为省、自治区人民政府所在地的市和国务院批准的较大的市的人大及其常委会可以制定地方性法规，报省、自治区人大常委会批准后施行。参见沈春耀、许安标主编：《大智立法：新中国成立 70 年立法历程》，北京：法律出版社，2019 年版，第 75 页。

[19] 参见《十八大以来重要文献选编》（下），北京：中央文献出版社，2016 年版，第 510 页。

对一个组织而言，有限理性背景下经常表现为学习型组织，通过模仿成功的行为模式来降低结果的不确定性。[20]扩容主体在立规能力、立规技术等方面与上位党委法规制定主体有一定差距，需要在立规实践中不断总结提升。在立规需求和立规能力的双重驱动下，扩容主体的立规权限可以得到合理扩充。科学行使立规权，既是扩容主体的权力，也是其义务。扩容主体在行使时应当加强立项管理，积极回应治党需求，同时也要在上位党规中活动，增强权力的高效有效行使。当然，扩容主体的立规权还具有一定的探索性，当上位党规无法为地方党治提供规则供给时，扩容主体可以创制性立规，对上位党规进行及时补充和完善。

（三）预防风险，强化备案审查

党内法治主要体现为程序之治。规范扩容主体的立规程序、强化备案审查，可以预防立规权扩容带来的文本质量下降和权力滥用的风险。探索建立党内审查与党外审查相结合的复合审查模式，规范扩容主体的党内法规制定程序是完善党内法规制定体制的有效举措。扩容主体立规既不能与上位党规相抵触，也不能违背宪法和法律。作为党内审查机构的上级党委可以对扩容主体制定的党内法规的合规性进行审查，这种审查主要包括政治性审查、合法合规性审查、合理性审查和规范性审查。对于不同的审查内容而言，审查标准也存在差异。政治性审查应当坚持严格审查标准，规范性审查采取中度审查标准，合理性审查则贯彻宽松审查标准。[21]审查机关应当将审查情况告知立规主体，对存在问题的党规必须作出处理决定，并督促立规主体及时办理。完善党内法规的备案审查衔接联动机制是推动党内法规和国家法律的衔接协调的有效路径，上级党委在审查扩容主体制定的党内法规时可以会同同级人大常委会就党规的合法性进行审查。

（四）增强实施后评估，健全考核评价机制

作为党内法规制定的重要环节，实施后评估与备案审查不同，主要是一种事后监督机制。扩容主体立规的后评估主要包括确定评估主体、制定评估标准、反馈评估结果等要素。在评估主体的选择上，委托第三方实施可以确保结果的客观性和公正性。扩容主体可以引入高等院校、科研基地等专业机构对党内法规实施后评估工作，以增强评估的客观性，同时吸收相关党员、专家学者等参与评估，可以提升评估的专业性和理论性。评估标准科学与否直接影响着评估结果的优劣。扩容主体制定的党内法规不仅要符合上位党规和国家法律，还应当具有一定的可操作性，因此评估标准中必须包含“合法性”、“合规性”、“可操作性”等必备要素。不同主体在立规技术和立规能力上的差异，导致党内法规文本的语言技术和地方特色也不尽不同。在评估标准中吸收语言技术、地方特色等要素可以为规范文本语言、提升文本质量提供依据和保障。评估结果是推动党内法规制定创新发展的重要动力。评估完成后，认定党内法规需要修改的，则由起草部门予以

[20] 参见周雪光著：《组织社会学十讲》，北京：社会科学文献出版社，2003 年版，第 181 页。
[21] 参见段磊：《论党内法规与规范性文件备案的审查基准》，载《学习与实践》2017 年第 12 期，第 31 页。

修改；认为需要废止的，则纳入清理范围及时废止，确保评估结果有效运用。[22]实施后评估工作的落实需要依靠考核评价予以保障。把党内法规后评估工作情况作为考核评价立规主体的重要内容，可以发挥正向的激励作用，提升地方党内法规制定工作的水平。

四、结语

完善党内法规制定体制是健全党内法规制度体系的必要举措。党内法规制定必须立足实践需求，总结实践经验，在实践中不断发展完善。党内法规制定主体的范围经历了一个从不完善到逐步完善的过程，现有的制定主体范围已经不再满足地方党治实践的需要。试点城市在党内法规制定中具有鲜明的主动性，也形成了一些可复制、可推广的立规经验。在试点城市经验的基础上实现党内法规制定主体有序扩容是实现党内治理现代化的题中应有之义。赋予扩容主体立规权既要处理好不同位阶党内法规之间的关系，也要处理好党内法规与国家法律之间的关系。基于扩容主体有限的立规能力和立规技术，赋权的同时也要加强督权，以防范能力不足带来党规质量下降的风险。强化党内法规制定的事前备案审查和事后评估，将立规工作纳入领导干部考核评价机制是规范立规权行使的有效手段。实现党内法规制定权的扩容，既符合地方党治实践需要，同时也能有效解决党内法规制定中存在的具体问题，对推动党内治理法治化、实现国家治理体系和治理能力现代化具有基础性的作用。

[22] 参见李斌雄：《副省级城市和省会城市党内法规制度样本及实践启示》，载《学习与实践》2019 年第 9 期，第 69 页。

论“新兴权利”概念的本质及其局限
——兼论冤案受害者之人格尊严是“新兴权利”

黄鑫政[1]

【摘 要】范畴思维的本质就是抽象、概括与分类。在法学领域，张文显教授对范畴作了代表性的引入，但可能存在过于细分的“缺点”。概念之于法学的重要性决定了新的概念的产生、传播需要被检视，如：已在学界产生一定影响的“新兴权利”概念的科学性、严谨性需要被检视。为了剖析“新兴权利”概念，不得不从发起者的研究源起、概念发生学、概念原理开始追踪，自然需要追溯到概念论以及范畴学说，并对范畴及其引入法学界进行中立的评价与分析。法学界对范畴对内涵与定义未形成充分成熟的理论。“新兴权利”近年来形成一定的热潮，它是对范畴论思维的模仿、继续，值得被冷静反思。新兴权利是权利的子集，它介于范畴与“普通概念”之间。新兴权利理论包括了概念创新、权利方法论创新，有积极意义，但该“概念”有其局限性，其内涵与外延有待继续精细、明确、完善。另外，有一种新兴权利类型叫“被埋藏的权利”：即本来存在，但未被发现、重视的权利。冤案受害者的人格尊严就是这样一种“新兴权利”，需要被重视、确认。

【关键词】概念；范畴；新兴权利；局限性；创新

批判是学术进步的根本，理论除了创设、证成，还包括验证、检视、批判（证伪）。后者更能保证学界存在的知识更多的是真知识、更大程度上地有利于社会、个人。一个法学概念、学术新概念的提出，没有学人去质疑，是极为奇怪的。一位著名法学刊物的资深编辑说道：“新兴权利概念我是不认可的，它也未说服我。”笔者认同，且觉得新兴权利概念也可能是国家课题下的“着急产物”，倘若新兴权利要赢得更多的认可，仍需要更多的努力，否则可能不是充分科学的概念。当然，学术允许试验，概念的提出允许被验证。

法理学研究、法学研究、学术研究作为严肃的学问，需要相当的谨慎、审慎的态度，才不至于形成盲目跟着一个概念做研究，流于形式热点。法学研究中，概念是重要的，新兴权利概念及其理论引起相当的关注，因而需要受到检视，以确保新兴权利概念是必要的、科学的。之所以从概念与范畴的学说开始，首先是因为：追根溯源是我们分析问题的基本思维，正如我们要了解与分析奥斯丁，我们不得不试着回到边沁（奥斯丁的老师）一样，要探究姚建宗教授的新兴权利学说，自然会联想性地回到张文显教授引入法

---

[1] 黄鑫政：（1992-），男，福建漳浦人，苏州大学法学院法学理论专业博士生，研究方向：法理学。本文为国家社会科学基金重点项目“提升司法公信力法治路径研究”（15AFX013）的阶段性成果。

学界的范畴理论、追溯到权利概念、权利范畴理论上来。其次，由于新兴权利学说的气势、抱负、格局、号召力、概括力等，都体现着它接近权利范畴学说、有权利范畴学说的影子；且由于新兴权利也是概念，而概念与范畴的关系极为密切，我们便需要论及概念论、范畴学说，从概念、范畴原理开始说起，追溯概念、范畴是什么，进而判断新兴权利是概念还是范畴，抑或是介于概念与范畴之间的“非严格概念”，这是本文的写作思路。

一、追根溯源：从概念、范畴出发

范畴一词，经常被使用，但它的含义的界定及其普及，如由彭漪涟教授等主编的逻辑学大辞典、或者其他认识论词典等，都对“范畴”一词有明确的定义，有“范畴”词条的地位与空间。法学类辞典则不怎么涉及范畴词条。可以说，法学界学者使用范畴一词的学者的一大部分多没去深究“范畴”的内涵、对“范畴”本身进行研究。这是不足的，也是可以更多着手的。

（一）概念、范畴、（逻辑）思维的原理

1.概念与思维的原理与作用

“概念是反映事物的范围和本质的思维方式。”[2]“一旦有概念的（conceptual）和一般（universal）的知识，人脑便能够进行各种科学的发展。物理、数学、形而上学及其他科学都需要一般概念作为原材料。逻辑教我们如何将通过概念形成命题和论证以达到真理及真理体系的状态。”[3]概念是思维、逻辑的基本工具。这也是概念在法学、法学思维、法学思考中的重要性所在：要进行法学思考，不得不借助概念。[4]

2.范畴

范畴原是哲学界的概念。范畴的希腊文为“Κατηγορια”，英文一般表达为“category”，有类别、范畴的意思。范畴是一种“大的”、宏观的分类。The categories are a collection of terms that are subordinate to the term‘being’.[5]范畴“是人类思维中反映客观世界最一般、最本质的联系和关系的逻辑概念”[6]，“具有普遍的方法论意义。范畴向方法转化，如一般与个别、现象与本质等范畴转化为归纳法、演绎法和类比法；矛盾的同一性、斗争性、肯定与否定、量变与质变等范畴转化为唯物辩证法。哲学方法是普遍适用于自然界、人类社会和思维领域的最高层次的方法。”[7]

中国的“五大范畴”为金、木、水、火、土。亚里士多德也将“世界”、存在分为十个

---

2 彭漪涟：《逻辑学大辞典》，上海辞书出版社 2004 年版，第 639 页。中国人民大学哲学系逻辑教研室编：《形式逻辑（修订本）》，中国人民大学出版社 1984 年版，第 17 页。

3 Introduction by Philotheus Boehner,O.F.M.William of Ockham.Philosophical Writings A selection.The BOBBS-MERRILL company.p.XXX.

4 2019 年冬，著名逻辑学者熊明辉教授于中国政法大学海淀校区发表讲座，主题关于逻辑，他感慨“如果法学院学生不重视逻辑学的学习、法学院不重视逻辑学的教育，是极为荒唐的”。

5 范畴是“存在”之下的一个术语，它由一系列术语组成。

6 杨百顺：《西方逻辑史》，四川人民出版社 1984 年版，第 44 页。

7 彭漪涟主编：《概念论——辩证逻辑的概念理论》，学林出版社 1991 年版，第 344 页。

主要的范畴。一个范畴篇的英译本的中译本将之译为“实体、数量、性质、关系、地点、时间、位置、所有、行为、受动”[8]。分类是人类的基本思维，也是“人类最基本的能力”[9]，分类有助于我们认识世界的本质，同样，分类的“认识论”功能不仅体现在以认识世界为主要功能之一的哲学世界。在法学上，分类也是一项重要的思维、基本的认识、思考工具。概念与范畴，是有一定的功能类似的，概念作为对事实的抽象，概念的划分也就对事物、事实的分类。

（二）法学中的范畴：历程及其现状

范畴的作用、法学中范畴的作用之一，是通过将学科知识分类来了解学科知识体系及其特征，划分知识模块，便于针对性的研究以及了解学科知识、法学知识的局部与整体。法学范畴理论的引入，为法理学精细化、模块化研究提供了方向引导，促进了中国法理学的发展。

范畴的本质就是分类思想，将范畴引入法学之中，就是将抽象、分类、概括的思想方法注入法学（研究、理解、思考、创新）之中。

1.范畴的引入可能的贡献

将“范畴”一词较为明确地引入法学界，且比较有影响力的，[10]当属张文显教授。[11]根据笔者有限的了解，张文显教授提出法学中的范畴，灵感或者说所受的启发、影响可能来源于列宁、马克思恩格斯的著作[12]以及其博导高清海教授的哲学。理论、概念、范畴的引入，是具有重要作用的。19 世纪末 20 世纪初我国的马克思主义先驱将马克思、恩格斯、列宁等的思想理论引入我国是如此，张文显教授将范畴理论引入我国的法学、哲学之外的社会科学学科也是如此。[13]虽说二者影响的大小不一定能相比，[14]但颇有共同之

---

8 亚里士多德：《工具论》，“奥克塔维厄斯.弗莱雷.欧文”英译本，陈静、张雯译，重庆出版社 2019 年版，第 2 页。

9 王启梁：《法律是什么？——一个安排秩序的分类体系》，《现代法学》，2004 年第 4 期，第 97 页。

10 张文显：《法学基本范畴研究》，中国政法大学出版社 1992 年版，绪论，第 1 到 27 页。张文显教授是法学界引入范畴概念的开创者，且在法学界有较大但影响。但著作中概念、观点、理论引用出处还可以标注得更加明了一些，以免带来一定的混淆。如“范畴及其体系是人类在一定历史阶段理论思维发展水平的指示器，也是各门科学成熟程度的标志。”（张文显：《法学基本范畴研究》，中国政法大学出版社 1993 年版，第 1 页）对范畴内涵这样的描述，在逻辑学书籍、辞典里是经常见到的，明确标注有利于区分是张教授的贡献还是其他作家的贡献。。

11 哲学作为人文社科甚至所有科学的国王，抽象与概括力是最大的，影响是深远的。将哲学的原理、概念引渡、借用到法学等其他学科、具体科学之中，往往能够带来丰硕、富含意义的成果。可谓法理学、部门法创新的主要母胎、重要方法之一。从哲学等学科之中引入概念、理论到法学中，或者从英文及其他外文引入表达方式、理论、词汇概念于我国法学研究之中，是我们的法学进步、深化的重要基础。这样的做法能够带来新的启发，丰富我们的思维，值得反复提倡。后一种做法，就是翻译或者读原文的重要意义之一。

12 其实也是对自黑格尔甚至是亚里士多德（及更早的哲人）以来的相关思想的继承与发扬，包括列宁的《哲学笔记》（关于黑格尔、赫拉克利特、亚里士多德的相关书籍的笔记，具体可见中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局：《列宁文集 论辩证唯物主义和历史唯物主义》，人民出版社 2009 年版，第 131-151 页）。另外，与范畴类似，其实还有诸如“逻辑的范畴”的提法，其内涵其实与范畴的内涵是接近一样的。参见：《逻辑学词典》编辑委员会：《逻辑学词典》，吉林大学出版社 1983 年版，第 707-708 页。

13 由于马克思、列宁都学习、继承（即使有批判）黑格尔等哲人的思想、哲学，某种程度上，马克思主义理论（包括列宁思想）的真理性就在于它的内在哲理、真理性。这种意义上，马克思主义理论思想的光辉，其实是世界哲学的继承与发扬。因此，当我们说马克思主义，其实，也是在说世界哲学，至少是世界哲学的一部分。

14 在法学世界引入范畴理论，或者说我国的法理学研究，在法学界是为人称道的，是否宪法学界的基本范畴的会议是受到法理学这个贡献的启发，有待宪法学者承认或者否定，倘若是，法理学便真正成为了“指导其他‘部门法学’研究、为之提供理论支撑的学科专业”。韩大元教授的原话是“各门学科发展史告诉我们，有两样东西，对于学科的建立、成熟与完善，既发挥着基础性作用，也发挥着确定性作用。这两样东西的重要性，也是我们中国宪法学者在研究中

处。[15]又或者说，张文显教授在法学世界引入范畴，同样是马克思、恩格斯、列宁等的理论在我国各个领域“开花”结果的产物，张文显教授作为引入者，类似李大钊等马克思主义先驱将马克思、恩格斯、列宁等的理论引入我国，都是出于“历史上的个人”的知识、觉悟、判断力、志向雄心、胸怀、担当，都形成较大的影响力。具体至于影响多大、得失如何，则是一个随时代不同而可能不同的事情，且对其评价则是一个较大的论题。张文显教授在 1993 年出版的《法学基本范畴研究》意图建立的范畴体系学说，将范畴分为多种类型，且每类范畴下又有多种范畴：即“本体论范畴、进化论范畴、运行论范畴、客体论范畴、价值论范畴”以及再往下的详细分类。这样的详细分类、范畴体系是一种法理学知识、组织结构的梳理与概括，具有相当的积极意义，以较为独特的角度促进了法理学知识领域的细分，增加对法理学研究的启发。由于此书影响较大，中国法理学受此影响并按照其详细分类去研究的情况可能不在少数。

2.法学中的范畴理论可能的不足

张文显教授对范畴的详细分类及其构建的范畴体系同样令人担心范畴数量是否过多，导致范畴泛滥。毕竟，一个学科的范畴一般“屈指可数”，范畴过多就可能导致“范畴的稀释”或“没有范畴”，导致一些普通的概念词汇都成了“普通范畴”。[16]同时，范畴过多可能会导致范畴与概念的重合，失去范畴的本质。毕竟，概念也可以分为基石概念、一般概念、基本概念。我们就将此称之为“范畴不可过多原理”。或者说，范畴体系可以有分类，但不宜过多，过分的细分就会稀释概括力，不符合范畴需要体现较大的概括力的本质需求。虽说细分有细分的好处，且“理想类型没有现实的例子。”[17]即便张文显教授开创性倡导法学中的范畴意识、范畴体系、基石范畴、范畴研究的基本方法等基本理论，法学界也有很多文章使用范畴的概念、原理，不论学者们是出于范畴的内涵真理性使用“范畴”概念，还是有受张文显教授影响而使用“范畴”概念及其原理的原因。[18]但法学界对“范畴”这一个概念的定义与理解还是不足的。因此有待更加确切、详细、深刻、充分的剖析、理解。不知是否有人认为范畴的概念已经是共识，不必再做更多的研究。但为了发展、深化我们的法理学、法学研究，笔者认为还是有必要追根溯源、对范畴做进一步的论述、理解、研究。同时，对概念与范畴的区分及其关系的界定、梳理、整理也都有待加强、加深。以至于达到一个法理学、法学、人文社科研究的“理想”：当我们

感同身受的，它们一个是基本范畴，一个是方法论。”韩大元、林来梵、郑磊主编：《中国宪法学基本范畴与方法》，法律出版社 2010 年版，第 1 页。

15 我们的法学研究、社会科学、一切（科学）研究及其创新，就是需要“新词汇、新理论的引入”，这也是创新、科学研究的一个必备要素、工作。

16 这样的“普通范畴”表达在张文显教授的书中有很多，比如“‘公民’、‘法人’、‘罪犯’、‘原告’等属于普通范畴。”张文显：《法哲学范畴研究》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 13 页。

17 笔者这里所说的“理想类型”更倾向于一般意思：理想的类型、分类。加里.戈茨著，尹继武译，《概念界定：关于测量、个案和理论的讨论》，重庆大学出版社 2014 年版，第 44 页。

18 胡玉鸿教授曾在研究人的尊严的文章中推荐“确认人的尊严为基本的法律范畴”。参见胡玉鸿：《我国现行法中关于人的尊严之规定的完善》，《法商研究》2017 年第 1 期，第 9 页。徐亚文教授将范畴转述为“范畴被认为是一门学科最基本的概念。”李龙主编：《法理学》，武汉大学出版社 1996 年版，第 163 页。知网上以范畴为题目一部分的文章更是数不胜数，以范畴为书名的法学著作则较少。

提及一个概念，这个概念的内涵都能够明确、都被我们充分开采与研究。

二、“新兴权利”的本质、贡献与局限性

（一）“新兴权利”学说源起与本质

思想理论、学术是有传统的。姚建宗教授的新兴权利研究是其师门、学院学派的学术风格与旨趣的延续与发扬，也可能有“重大课题”鞭策、支持、促进的影响。范畴与概念、张文显等教授的“权利”范畴与姚建宗教授的“新兴权利”，似乎有一定的平行对应关系。作为权利本位研究重镇的吉林大学法学院，姚建宗教授的新兴权利的“前身”可能一部分是来源于作为基本范畴的权利。当然，离不开姚教授自身的学术功底及其对权利现象的观察与思考。

范畴是概念的外延最大状态的样态。从“权利”概念到“新兴权利”概念，是概念的限制、限缩。限制概念能够使得“概念的限制是指通过增加概念的内涵以缩小概念的外延来明确概念的一种逻辑方法。”[19]“限制是缩小概念外延的方法，即由外延较大的概念过渡到外延较小的概念，由属概念过渡的种概念。”[20]笔者对于“范畴”概念的理解有限，但暂且将姚建宗教授的“新兴权利”认定、界定为概念，或介于“概念与范畴之间”的“概念”。“新兴权利”应该不是范畴，毕竟范畴是“概念中的概念”，是“必须会、必然要”被广泛研究的概念。[21]另外，范畴作为概括力最强的概念，经过“新兴”的修饰、限缩之后，便失去了最强的概括力，因此它不再是范畴了。“一个概念是否明确，就要看其内涵和外延是清楚还是模糊。”[22]姚建宗教授对新兴权利内涵、外延的界定、描述，可以说是较为充分的，按照一般的概念是否明确的标准，是合格的概念。但其自称新兴权利“不是一个真正法学（范畴）意义上的概念....”的说法，又导致其概念内涵的模糊性的增加，使人有所困惑。

（二）新兴权利的优点与贡献

理论创新包括词语概念、思维方式（下定义、推断）等的创新。新兴权利包括了概念创新，这种创新是词汇创新，也是权利范围划定的一种创新，权利范围及外延限缩、权利内涵扩增的创新。除此之外，类似“兴”的方式的理论，是新兴权利理论的重要贡献之一，是新兴权利本体论的重要环节，“动态的”本体论，这部分内容其实也是有法律方法论、权利方法论的功能。“概念有效地规范现实必以正确地摹写现实为基础。”[23]这点姚建宗教授的新兴权利概念，是做到的。“客观存在着人尚未认识的某种事物，或认识

19　吴家国主编：《普通逻辑原理》，高等教育出版社 1989 年版，43 页

20　吴家国主编：《普通逻辑原理》，高等教育出版社 1989 年版，43 页

21　笔者认为，一个学科的范畴是“必须会、必然要”被广泛研究的概念。“新兴权利”由于其内涵和自身带有的概括力可能达不到此位阶、地位，权利则是，或者它的地位容易被权利所取代。毕竟，新兴权利在相当方面、程度上，是可以、统一被“新的权利”替代掉的，且新兴权利、新的权利都属于权利的范畴之下。权利才是范畴或者“基石概念”。

22　全国党校逻辑学会编：《逻辑教程》，中共中央党校出版社 1990 年 8 月，第 17 页。

23　彭漪涟主编：《概念论——辩证逻辑的概念理论》，学林出版社 1991 年版，第 118 页。

的事物又有新变化，人要反应它们，就要创造新概念。”[24]新兴权利也的确起到反映新权利事实的功能。新兴权利概念是有吸引力、生命力的。其一，符合社会发展潮流：新型权利的确有存在。姚教授及新兴权利概念对这类“新的权利”研究的推动，功绩明显。其二，发起人及相关学术共同体共同形成一个由多家核心期刊杂志社主办的会议，具备较为充分的学术吸引力。从范畴一般会被集中研究的特点上看，新兴权利是接近具备“范畴的受关注度”的。由于概念创立、成长的伊始，还需要很多的开拓、思考、积累。一定程度上，新兴权利概念的学术贡献与意义更多的是给予与权利有关的问题的学术研究的推动，及对相关论文发表的推动帮助，包括是对权利研究的推动以及对一部分学者、主要是青年学者的提携帮助，体现以张文显教授、姚建宗教授为代表的法学界团体对学术界青年学者的提携、扶持的学术精神。也就是说新兴权利的一部分贡献，在于它对新的权利的凸显，也包括类似新兴权利范畴下的相关论坛的举办、成果的产生、对青年人的扶持，也包括它对各个部门法中权利的关怀、研究的促进。

（三）“新兴权利”概念可能的不足

1.实质可能还是权利

按照台湾学者陈清秀关于概念体系的观点，“法律概念越抽象者居于法体系的上位阶，而较为具体的概念则排在法体系的下位阶。”[25]新兴权利是权利的一部分，新兴权利概念就是权利概念的下位概念。新兴权利是一个由“新兴”修辞“权利”的词组，不是一个严格的概念，它只是权利的一个类别。另外，对于全新权利的归类描述上，“新兴权利”概念是否可简单由“新权利”“新的权利”代替，笔者怀有赞同的态度，由于姚建宗教授的“新兴权利”还包括新兴权利“‘新’的形式与实质标准”、“‘兴’的动因”、“‘兴’的方式”[26]等内容，[27]笔者不敢妄自将二者等同。再者，新兴权利概念下的学术论文，其实不少是包裹新兴权利外衣的权利研究、法学问题研究、部门法问题研究，[28]这个意义上的“新兴权利”概念，只是简单的分类概念，或者说，它失去了创新于权利概念的意义，这也是笔者认为的新兴权利概念的局限之一。

2.概念可更加清晰明了直接

“法律概念的表述既要准确又要精炼...准确应是概念内涵和外延明确，不致产生模糊

24　章士嵘等编：《认识论辞典》，吉林人民出版社 1984 年版，第 49 页。

25　陈清秀：《法理学》，元照出版社 2018 年版，第 334 页。

26　即“通过立法进行法律权利的‘创制’与‘设定’”、“通过立法进行法律权利的‘确认’与‘转化’”、“通过司法实践中的‘合法性’司法解释对相关法律规定的权利内涵的挖掘与权利主体的延展或限缩”、“通过日常生活中的合情、合理、合法的权利推定”产生“新兴”权利。姚建宗等著：《新兴权利研究》，法律出版社 2011 年版，第 17-20 页。

27　姚建宗等著：《新兴权利研究》，法律出版社 2011 年版，第 3-21 页。

28　肖新喜、朱嘉珺：《论农民社会保障权双重属性及其制度价值》，《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2019 年第 6 期。再比如姚建宗教授主编的《新兴权利研究》一书的分论，分别为“行政知情权”、“信息权利”、“基因权利”、“性权利”、“同性恋者的婚姻权”、“安宁死亡权”、“适当生活水准权”、“清洁饮水权”、“食物权”、“动物的权利”。除此之外，知网上可查的以新兴权利为题目、关键词的文章，相当大的一部分皆是此类文章。另外，自从姚建宗教授从 2010 年首提、论述新兴权利以来，至今关于新兴权利的文章发表，多数停留、遍布于“二类”核心刊物。未发布于类似《中国法学》、《法学研究》、《中国社会科学》这样的“三大刊”之中。虽说我们不迷信所谓“三大刊”绝对指标参照，但这个也可以作为一个新兴权利研究、论域影响水平、学术号召力局限的反思素材之一。

边界。”[29]也就是说，概念的确立是不容易的，直到不产生模糊边界是较难的，这也是从模糊概念到精确概念的过程。新兴权利概念需要更加明晰易懂。姚建宗教授没有给出一个直截了当的新兴权利概念的表述。对新兴权利的限定的表述他也分为五段，表述比较不简洁明了，[30]自然有概念不够清晰之感。另外，姚建宗教授的新兴权利概念的外延、新兴权利所指的范围包括“特指自 1978 年以来我国社会逐渐出现的权利的各种‘新’现象与‘新’样态”[31]，笔者认为，这句话没有太多的意味，只会带来读者对新兴权利所指对象的更多困惑以及对新兴权利实质的质疑。姚建宗教授评价其所提出的“新兴权利”：“由上可知，我们所谓的‘新兴’权利事实上并不是一个真正的法学范畴意义上的概念.....正在加以总结的可能的学术概念.....仅仅是用以描述我国社会现实中所存在的某些具体权利诉求和权利主张现象的一个松散的概念”。[32]也就是初级概念的阶段。姚建宗教授对其提出的“新兴权利”的评价一定程度上体现着其对该概念对定义的不自信、或者概念思考的模糊与不够成熟。目前看来，除非进行更充分的论证、解析、创新，不然在本质上，新兴权利可能没有真正范畴、概念上的彻底创新。且在概念局限性上，新兴权利概念的局限性更大。因此说，目前依旧是新兴权利概念与理论的萌芽时期，可能与 1993 年的“基本范畴理论一样”有所类似，需要更多的思考、论证，由时间、学术界检验它是否是一个革命性的“准范畴概念”、一个具备旺盛生命力、内涵丰富的“概念、范畴”。

三、新的新兴权利类型——以冤案受害者的人格尊严为例

新兴权利的“兴”字的内涵有两种，一种是权利在社会已经逐渐兴起，是一种权利需要的表达：问题的凸显，但未被实在法确认；另一种是比较新的权利，且已经被实在法确认。新兴权利还有一种新内涵。即还有一种新兴权利，是权利的“埋藏物”、有待“挖出”的权利，也就是说，权利一直存在着，只是因为“未被发现、认定”而不凸显、“不存在”、不被显性认可。这是新兴权利另一层涵义，这类权利是其外延的一部分。也就是说，还有一种简单的新兴权利内部的划分方法。一种是之前未有，只是随着科技、经济社会文化发展而出现的；还有一种是一直存在但被“埋藏着”、“未被普遍认定、少为人们所见、少被发现、尚未被挖掘出来”的新兴权利。未被发现的原因，是因为人们的发现力、关怀、重视与否、认识的阶段水平不够。冤案过程中出现的受损的人格尊严就是这样一种“新兴”权利，急需被重视、保护、救济。冤案中受害者的人格尊严，是一直存在、宪法也有笼统规定的“公民人格尊严不受侵害“，但国家赔偿没有明显重视、凸显。冤案逐渐在被平反，冤案中的受害者的人格尊严可以说是“既旧又新”的权利，可以纳入

29 李龙主编：《良法论》，武汉大学出版社 2001 年版，第 249 页。

30 参见姚建宗等著：《新兴权利研究》，法律出版社 2011 年版，第 5-7 页。

31 姚建宗等著：《新兴权利研究》，法律出版社 2011 年版，第 6 页。

32 姚建宗：《新兴权利论纲》，《法制与社会发展》2010 年第 2 期。知网显示该文的“收稿日期”为 2019 年 12 月。值得一提的是，在姚教授编著的《新兴权利研究》中，引用里没有了“范畴二字”，表述为“我们所谓的‘新兴权利’并不是一个真正的法学意义上的概念...”。姚建宗等著：《新兴权利研究》，人民大学出版社 2011 年版，第 7 页。苛刻地转牛角尖，该差别或者暂且归结为笔误。

广义的“新兴权利”的范畴。以凸显它的重要性，促进其被深化研究、被保护。另外，冤案中人格尊严这个新兴权利的“兴”，恰好可以借用姚建宗教授的几种方式建议：通过立法进行创制、设定；通过立法进行确认与转化；通过司法实践中的司法解释进行确立、保护。台湾学者陈清秀认为法学在立法准备工作上有三项任务，其中一个是：“将待解决的事物，当成法律问题清楚呈现，并指出其因此将产生的社会问题及其影响，阐明立法的必要性”。[33]因此，为了让冤案受害者在被刑讯逼供或其他过程中受损的人格尊严得到弥补，我们有必要将冤案受害者受损人格尊严的重要性及其不被保护可能导致的社会问题说清楚，包括说清楚冤案受害者人格尊严保护的立法问题。这方面内容，笔者硕士论文或发表于《中山大学立法评论》的文章有讨论。[34]

权利是个开放的范畴，随着事物、社会发展，必然可能不断增多、扩张。新型权利学说同样是这个原理。国家赔偿范围也就是国家赔偿保护的对象理论上是不断丰富的。也正因此，冤案受害者人格严重应该同样在国家赔偿的保护范围之内。救济途径包括精神赔偿金的增多，以及精神性的赔偿方式的丰富，比如笔者提出的冤死者公墓制度、冤案反思纪念馆、冤案反思纪念日的相关纪念仪。未来国家赔偿的修改方向，必然需要在赔偿方式、赔偿范围上，不断进步。不断地适时修改，会是国家赔偿法应有的情况。这也是法律富有动态性的体现。国家赔偿只有适合、满足基本权利（包括冤案受害者在蒙冤过程或者被刑讯逼供等过程中受损的人格尊严等权利）的需要，才能更好地充当司法的最后一道防线、更好地预防或减少冤案的发生。国家赔偿国家赔偿中，笔者尤其关注刑事冤案的国家赔偿问题。冤案死者的死前因为刑讯逼供受损的人格尊严是一种未被重视的“旧权利”，也是未被重视与发现的“新兴权利”。[35]冤死者因被刑讯逼供而受损人格尊严的弥补极为重要，这是人格尊严理论的应用场域，人格尊严是康德留下来的有待继续的重要议题，是法学、人文社科研究的最高学问。国家赔偿法忽视了对人格尊严的保护。民法保护的对象也多是一般的人格权：姓名权、名誉权、肖像权、荣誉权，侵害则进行“停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉”。无法概括到刑事冤案的人格尊严侵犯。人格尊严的弥补是一个巨大、明显的空白。这也是笔者呼吁、研究的重点、难点所在。国家赔偿，是人的尊严补救、维护的实践场域。现有的国家赔偿法明确集中刑事赔偿范围，对自由、生命健康等进行了列举式规定，但没有列举到人格尊严的保护，这对

33 陈清秀：《法理学》，元照出版社 2018 年版，第 226 页。

34 黄鑫政：《刑事国家赔偿之精神损害赔偿的新方式》，《中山大学立法评论》2020 年版，中国法制出版社。

35 笔者关注冤案防范与预防和人的尊严，因而注意到了冤案受害者在刑讯逼供或者冤案中受损的人格尊严。认为其中受损的人格尊严是旧权利，只不过一直被侵犯着但未被发现、重视而已。因而也有了新的意味、是“新兴”的权利。这个权利的研究，具有重要意义。首先，冤案受害者受损人格尊严的弥补是司法救济的重要环节，是司法公正、司法文明、权利保护的重要环节。同时，能够推进冤案防范、预防冤案的发生、保护人权；另外，该“新兴权利“是人格尊严研究的重要实践场域，可以作为人格尊严研究的关键靶子。具有重大的 理论、实践价值。新兴或新兴权利，有两种简单的类别，一种是之前未有而随着科技、经济社会文化发展而出现的；也可能如文中讲到的权利一样：是一直存在着、“埋藏着”，但少为人们所见、被人们发现、挖掘出来保护，这样意义上的新兴或新兴权利。至于未被发现的原因，取决于人们的发现力、关怀、重视、认识的阶段情况。近年来冤案逐渐被重视，平反的冤案越来越多。人格尊严同样被越来越重视。冤案过程中出现的人格尊严的损害早就非常严重，并急需被重视、保护、救济。

于冤案（刑讯逼供“高发区”）来说，这是一个明显的不足，立法的不够精细，权利保护的滞后。宪法第 38 条规定：“公民的人格尊严不受侵犯。”国家赔偿法作为我国法律体系中权利保障与救济的法律，同样有义务充分尊重人格尊严、保护公民人格尊严。国家赔偿实践及其立法修改，是需要有更多的权利关怀、人格尊严关怀的，体现在其修法理念、赔偿方式之中。国家赔偿与冤案防范的紧密关系也应该更充分被发现、关注、研究。类似国家赔偿构成要件、归责原则的研究与规定，具有一定的相对于国家赔偿受赔人，具有“防御性”。[36]国家赔偿范围、赔偿方式的丰富与扩张，更显实质法治的内涵、主动赔偿的旨意。正是冤案中人格尊严这种权利未被认同、重视、凸显，导致其未能受到重视与保护，司法中刑讯逼供问题突出、冤假错案不断有冤案中人格尊严保护不彰的原因。这样的“新兴权利”、未被发现的“亦旧亦新”的权利，急需被重视，并最终在国家赔偿法中体现出来（不论作为国家赔偿法的“总论部分”，还是赔偿方式、对象的规定中体现）。

结语

一个概念、范畴的兴起，一般是以学术集体关注、研究为基本特征、基础。新兴权利的论坛近几年正在操办，新兴权利的概念是否能够成为法理学基本范畴，正如“人的尊严”范畴[37]一样，需要学者们的共同关注，也需要提倡者的努力与号召。一个领域的兴起，和倡导者的学力、影响力以及学者的共同关注有关，还有就是一个领域的真理性、真理含金量，符合真理规律的，都会是流传下去的知识领域。比如权利本位就是一个典型的例子，而不是义务本位。权利永恒，“新兴权利”概念可能是一闪而过的学术烟火，但其贡献仍然留下一定的痕迹，新兴权利还有一个内涵，就是提携后进的宽容的学术共同体精神，这点可能会成为法学界、学术界学术精神、学术作风的楷模。它等于是一部分青年学人核心论文的孵化机。在竞争较为激烈的学术界，算是一股难得的清流。借用一个著名公法谚语的说法，“概念可能会变迁甚至消逝，精神与作风的印迹长存。”学者的倡议、观点的影响力，与观点自身的论证详细程度（也可以说包括系统性）、真理性含量、学者个人及其团体的学术水准及由包括前三者的因素形成的影响力有关系。

冤案中的人格尊严，是新兴权利的外延之一，需要被认可、重视，并最终落实到实在法上，以对其进行保护。新兴权利是个新瓶，装的是权利的酒，这个权利可以是“新”的，也可以是“旧”的。也可以是既旧又新的。这个瓶子，不如权利概念这个瓶子大，但它仍然有它的意义。此文也是借“新兴权利”概念的东风，试图让冤案受害者在冤案中人格尊严的保护与弥补得到重视而呼喊。但愿冤案中人格尊严的酒能够洒满刑事司法过程，遏制更多刑讯逼供行为、冤案的发生。冤案受害者的人格尊严作为新兴权利的一种，是

36 整个国家赔偿法，保守的防御性还是很明显的。还体现在《国家赔偿法》第三章刑事赔偿第一节赔偿范围的规定：第十七条、第十八条”受害人有取得赔偿的权利“的情况是列举式却没有”其他有取得赔偿的权利的情况“的规定；而十九条国家不承担责任的情况除了列举几种情况，还有一个”法律规定的其他情形“的第六款作为兜底的“等”。

37 学者提出人的尊严应该成为法学的基本范畴，建议“确认认的尊严为基本的法律范畴”。参见胡玉鸿：《我国现行法中关于人的尊严之规定的完善》，《法商研究》2007 年第 1 期，第 9 页。

国家赔偿法、刑事诉讼法、宪法等作为“部门法”的具体权利问题，也是新兴权利的分类的创新与补充。我们对权利的认识有个过程，对于业已存在却未被重视的“埋藏式权利”，希望此文是冤案中人格尊严权利的发轫。这也是人格尊严（人的尊严）研究的实践场域。人的尊严是法学基本范畴，甚至是人文社科的基本范畴。不论是行政、立法、司法等环节及其细节处，一旦处处贯彻人的尊严不可侵犯的理念，法治则会上升许多个档次，会更加健全。这也是人的尊严保护作为德国宪法第一条为人称赞的义理所在。法学作为社会科学，是关于人的行为的学问，是关于人的权利的学问，法学更是关于人的尊严的学问，并不冲突矛盾，恰恰相互融合。

论民营经济的激励型地方立法

张琳[1]

【摘 要】为民营经济发展营造更好的法治环境，有必要发挥法律的激励功能，从行为主体自身利益来激发市场活力。本文基于民营经济中央立法从“管理型立法”到“促进型立法”的转型，分析论述了民营经济地方立法走向“激励型立法”的必要性，并探讨了以立法创造利益增量的可能性。“激励型立法”要借助互联网、大数据、信息化、区块链等技术，借鉴欧美在民营经济立法实践样本中的经验和举措，创造新型利益关系平台和机会，以实现权益分配制度机制的创新。特别是要以集群、顺变、利导、赋权、赋能、共享等利益和机会的增量措施来建立激励机制，深度激发市场主体的创造潜力，让民营经济的创造活力充分施展。

【关键词】民营经济；地方立法；促进型立法；激励型立法；增量激励

改革开放 40 多年来，民营经济已然在我国国民经济中占据了重要位置，成为拓宽就业渠道和启动民间投资的中坚力量。“我国经济发展能够创造中国奇迹，民营经济功不可没！……我国民营经济只能壮大、不能弱化，不仅不能‘离场’，而且要走向更加广阔的舞台。”[2]随着 2019 年《优化营商环境条例》及一些涉及民营经济促进政策的出台，我们把关注点转移到了法治环境上来，这切中要害也非常及时。然而，在新的形势下，我国经济发展的不确定性明显上升，下行压力加大，民营企业的经营困难增多，国家和政府如何大力支持民营经济成为一个热点和焦点问题。尤其是在信息化、区块链、大数据的时代背景下，民营企业新的业态应运而生。而此时政策和法律法规尚未及时回应，以至于地方政府在管理中瞻前顾后、疑神疑鬼，企业处在随时被处罚、追责甚至关闭的不确定状态。民营经济立法的不足致使民营企业仍然面临着诸多不确定乃至不公平的环境，这一事实在一定程度上阻碍了民营经济强健有力的发展，也限制了民营企业敢于进取、创新创业的企业家精神。在这样的形势下，我们必须要认真考虑在立法上能够做什么的问题。

一、民营经济立法的第一次转型

纵观四十多年来与民营经济密切相关的立法，我们可以发现，已经完成了从“管理型”向“促进型”立法的转型。这个转型的起点是 2002 年《中小企业促进法》的出台，转

---

[1] 复旦大学法学院博士研究生。本文系 2019 年度国家社科基金重大专项“社会主义核心价值观融入民营经济立法研究”(项目编号：19VHJ014）的阶段性成果。

[2] 2018 年 11 月 1 日，习近平总书记主持召开民营企业座谈会并发表重要讲话,强调要毫不动摇鼓励支持引导非公有制经济发展，支持民营企业发展并走向更加广阔舞台。

型完成的标志是 2017 年的《中小企业促进法》的修订，新世纪以来的这个转型过程大约持续了 15 年。

上世纪八十、九十年代的民营经济立法，是非常典型的“管理型”立法，或曰限禁型立法，其管理性体现在将某些需要得到控制的社会行为以法的形式纳入监管中，要求人们予以遵守，对违反者作出惩处。这在当时的社会经济条件下，也是必然要经历的阶段，是正常的。与“管理型”立法相适应，民营经济的概念也没有得到法律认可。民营经济并非严格的法律概念，我国法律、行政法规尚未使用民营经济或者民营企业这一概念。[3]地方性法规中虽偶有使用，但要么没有予以定义，要么定义的内涵不一致。[4]从总体上看，虽然并没有一部专门规范民营经济或者民营企业发展的法律，但存在大量的法律和规范性文件对其经济行为进行管理性调整。[5]

早期的民营经济立法基本采这种立法模式，这与当时的立法理念和目的是相关联的。这些立法以市场监管为主要目的，行政管理的性质明显。从法规的名称到内容基本都包含有“管理规定”的字样，例如《城乡个体工商户管理暂行条例》（1987 年）、《私营企业暂行条例》（1988 年）、《广东省渔业管理条例》（1990 年）等等。

进入二十一世纪后，随着管理型政府向服务型政府的观念转变，有关民营经济的立法呈现出从“管理型”立法向“促进型”立法[6]转变的趋势。促进型立法旨在通过法定的鼓励性手段来促进经济社会发展，这类法律规范被称为“促进型”立法，其主要表现在将社会所倡导的某些基础性、薄弱性产业或涉及社会公益性的行为以法的形式表达出来，在促进体制、促进机制、促进措施上以法的形式作出规定。我国以“促进法”命名的法律和国务院的规范性文件，基本是在 1992 年确定实行市场经济体制后才出现的。在此之前，促进型的立法即便有也都是分散在条文中。新世纪以来，随着社会与理论界对民营经济

---

[3]“民营经济”的概念在我国政界、学界先后经历兴起、停用、界定三次集中的讨论，如今对民营经济概念有了基本共识。从现有法律规定上来看，虽然没有直接使用“民营经济”或者“民营企业”一词，但存在与其十分相近的概念。比如宪法有使用“非公有制经济”、“个体经济”以及“私营经济”，法律规定中有“个体工商户”、“合伙企业”、“个人独资企业”以及“中小企业”等概念。参见程霖、刘凝霜：《经济增长、制度变迁与“民营经济”概念的演生》，《学术月刊》2017 年第 5 期，第 69 页。

[4]如 2016 年 3 月 1 日《珠海经济特区民营经济促进条例》第二条规定：“本条例所称民营经济，是指除国有独资、国有控股和外资独资、外资控股之外的经济形式，其主体为依法在本市注册成立或者在本市开展投资、经营的公司、合伙企业、个人独资企业以及个体工商户等各类民营经济组织。”再如 2020 年 2 月 1 日施行的《浙江省民营经济发展促进条例》第二条规定：“本条例所称民营企业，是指除国有独资企业、国有资本控股企业（以下统称国有企业）和外商投资企业以外依法设立的企业。”参见叶英波：《民营经济发展的法制演进和立法探思》，《人大研究》2019 年第 10 期，第 24 页。

[5] 2004 年宪法确认了“国家保护个体经济、私营经济等非公有制经济的合法的权利和利益。国家鼓励、支持和引导非公有制经济的发展，并对非公有制经济依法实行监督和管理”。在法律层面，与民营经济和民营企业关联度较为紧密的主要有《合伙企业法》《个人独资企业法》《中小企业促进法》等。其中，《中小企业促进法》是保护和扶持中小规模民营经济的主要法律。《合伙企业法》和《个人独资企业法》对中小微民营企业的两种主要形式合伙和个人独资作了详细规定。这些法律都为民营经济组织之市场竞争主体地位的明确发挥了重要作用。此外，《公司法》《反不正当竞争法》《企业破产法》等基础性民商事和行政法律中，虽然并不直接指向民营经济或集中调整民营企业，但作为公司企业的主体类型之一，必然接受其法律规范调整。

[6]最早对促进型立法进行专门研究的是李艳芳，参见李艳芳：《“促进型立法”研究》，《法学评论》2005 年第 3 期，第 100 页。随后在经济法领域，有学者在 2008 年明确提出“促进型经济法”一说。其认为从调整目的、调整手段、调整功能的角度, 经济法规范可以分为两类: 一类以限制和禁止为目的, 称为“限禁型”经济法。另一类以鼓励和促进为目的, 称为“励进型”或“促进型”经济法。参见张守文：《论促进型经济法》，《重庆大学学报（社会科学版）》，2008 年第 5 期，第 98 页。

的呼吁，随着国家治理体制的深化改革，出台了一批以“促进型”为特征的法律法规。例如 2002 年的《中华人民共和国中小企业促进法》、2013 年的《合肥市促进民营经济发展条例》，2015 年修正的《促进科技成果转化法》、2015 年制定的《杭州市智慧经济促进条例》、2015 年的《珠海经济特区民营经济促进条例》、2017 年修正的《中小企业促进法》，以及 2019 年制定的《优化营商环境条例》等等。在上述法律法规中，一般除在总则部分对促进措施做原则规定外，大都设专章规定“扶持措施”、“鼓励措施”、“扶持与奖励”等，对旨在促进发展的各类鼓励措施做出具体规定。在民营经济领域，这一立法理念的转变带来我国第一次立法转型，可谓是法治的一大进步。

“管理型”立法作为限制性的立法，是作为国家和政府对民营经济进行宏观调控的法律手段，而“促进型”立法则是表明国家和政府对民营经济持正面肯定的开放态度。“促进型”立法不只是“管理型”立法的一种补充，还是一种随着市场经济发展而进化了的立法形态，是对管理型立法的一种变革和更替。前后两者不只是相互配合、相互补充和相互支持的关系，还具有思想解放、制度变革带来的改革开放、变迁升级的承继关系——促进型立法是在管理型立法基础上的一种进步和转型。

但是促进型立法仍然存在着未解的问题，尤其在知识经济、虚拟经济和网络经济并存、确定性和创新带来的不确定性并存的新常态下，如何保证中国经济“由高速增长阶段转向高质量发展阶段”？立法应当随着社会和时代的变化发展来创造新的立法形态或模式。在看到其意义的同时，也要对促进型立法作出评估和判断，至少有三方面，本文将对以下三个问题进行探讨和分析：

第一，“促进型”立法强调了政府的服务功能，但在面对不断创新的经济业态及其带来的不确定性问题时，如何以积极服务的态度来面对？

第二，“促进型”立法倡导全社会的共同参与，但社会以何种方式共同参与实现“共享”经济，仍然存在需要优化和细化的问题。

第三，“促进型”立法挖掘了法律的积极功能，取代了“管理型”立法的消极功能，但立法是否具有赋权、赋能、利导、顺变、集群、共享等增量激励的功能？

立法应当随着社会和时代的变化发展来创造新的立法形态或模式。本文将围绕民营经济立法的转型，兼顾以上三个问题，进行探讨和分析。

二、民营经济“促进型”立法面临优化和细化的问题

尽管近年来有关民营经济的立法从管理型立法转向促进型立法是一大进步，取得了阶段性的不错成效。[7]但与中小企业的创新创业需求，与经济高质量发展的需要相比，

[7]可以说，有关民营经济的立法已从前期破题阶段，进入到地方落实和深化阶段。一些地方党委政府快速推出了激励民营企业的减负政策，比如上海市委市政府 2018 年 11 月发布《关于全面提升民营经济活力大力促进民营经济健康发展的若干意见》，对地方权限内的有关税费政策，在国家规定的幅度内降到法定税率最低水平。降低企业用地成本、降低要素成本、要降低制度性交易成本。不少地方也出台了更具针对性的地方版优化营商环境的方案。比如 2020 年 3 月 27 日通过的《北京市优化营商环境条例》、2020 年 4 月 10 日通过并实施的《上海市优化营商环境条例》等

相关立法还尚待进一步细化、优化，从而达到本文所论述的“增量激励”。

（一）个案分析：从“云集微店”看民营经济促进型立法面临的挑战

近年来数字经济正在成为继农业经济、工业经济之后的新型经济形态。根据中国信息通信产业研究院数据显示，我国数字经济持续快速发展，2018 年我国数字经济规模达到 31.3 万亿元，增长 20.9%，占 GDP 比重为 34.8%，对 GDP 增长的贡献率达 67.9%，是带动我国国民经济发展的核心关键力量。[8]2019 年末至今，全球抗击新冠疫情又再次加深了信息化技术与实体经济融合发展的深度广度。5G、云计算、物联网、人工智能等新兴技术在抗疫中发挥了重要作用，让全社会推动数字化转型的共识达到了新的高度。在这样变革时代的历史背景下，许多民营企业通过数字化连接，变革了传统的商业运行方式和场景，提高了行业生产效率，实现了经济增长红利。民营企业新的业态喷薄而出，有些是技术之创新，有些是模式之创新，而有些更是理念之创新。而面对民营企业全方位的焕新，相关法律却未能及时更新，具有一定的滞后性。

笔者以社交电商中的代表民营企业“云集微店”为例。[9]云集成立于 2015 年，定位为由社交驱动的精品会员制电商，为会员提供美妆个护、手机数码、水果生鲜等全品类精选商品。初期，云集借助微信的社交体系，采用会员制的方式，把社交个体和电商平台进行融合，鼓励个人成为平台里的店主。公司自身则将上游供应商、下游物流整合，并为付费会员提供各类技能培训，使得在推广过程中还能实现自身成长。

这种将社交推广变成流量经济、通过会员的方式稳定绑定在该电商平台的商业模式，使得云集在电商巨头鼎力的情况下依旧可以快速成长，这也让云集收获了大量忠实会员。除了像传统电商主要销售的品牌产品，云集微店还一直在积极响应中央精准扶贫工程“电商扶贫”的号召，通过社交的方式把好的农产品信息更直接、快速地传递给消费者，且聚力整合农业全产业链,打通线上销售通路，孵化了多个鲜活的农产品品牌。不仅解决了农产品销售难、成本高、运输风险等问题，还打造了新农人整合营销平台，让农业从业者真正实现增收脱贫，安心种植无公害农产品，广受城市消费者欢迎。据其招股书显示，2016 年至 2018 年的三年时间中，云集的总收入分别为 12.84 亿、64.44 亿和 130.15 亿。同时，买家数量也逐年递增，数据上来看，2016 年至 2018 年，云集的买家数量分别为 250 万、1690 万、2320 万。[10]

云集微店的阶段性成果得益于企业的战略眼光，也得益于把社交推荐的价值货币化，更得益于其独特的会员制度。不过这样的会员模式也有法律风险。2017 年，浙江省工商管理局认为，“云集微店”网络购物平台，以“交入门费”、“拉人头”和“团队计酬”的行为开展网络传销行为，违反了《禁止传销条例》。滨江区市场监管局依据《禁止传销条

等。

[8]参见中国信息通信研究院：《中国数字经济发展与就业白皮书（2019 年）》，2019 年 4 月,第 1-2 页。

[9]“云集微店”的资料系 2017 年 11 月至 2018 年 1 月田野调查获得。

[10]该数据来自 Wind 金融终端发布的“云集微店”公开招股说明书。

例》第二十四条的规定，依法予以查处，合计罚没 9584106 元。除了政府的“铁拳”外，腾讯公司随即也表明了态度，云集的微信公众号、服务号被封禁。[11]

这对一家民营企业的发展无疑是一场重创。而事实上，电商平台发展会员业务由来已久。2005 年亚马逊便率先推出会员制度 Prime，至今累积会员用户数量超过 1 亿，是全球拥有会员数量最多的电商平台。在国内，大型电商企业京东、唯品会、阿里巴巴也陆续推出付费会员制度。电商平台之所以纷纷开设会员业务，其主要原因是由于电商用户的增长速度放缓。用户在电商平台间的切换成本极低，对于平台而言，这意味着不确定性。各平台均试图用付费会员制的方式，留住高质量、高忠诚度和高消费率的用户群体。且云集公司的会员制度与传统的传销模式存在很多实质性的区别。

可以说，云集的发展模式，是移动互联网与传统零售相结合，社交流量与电商平台相结合的商业模式创新。而相关政策和法律法规只有禁止传销的规定，这使得这样的商业模式创新时常面临不确定的监管甚至是被怀疑打压的风险。这与立法上没有相应的优化和增量措施有关。法律边界的不明确与新行业的迅猛发展之间存在着张力，这也正成为社交电商提档升级的最大瓶颈，同时也是新时代民营经济立法面临的新挑战。实际上，像云集这样有类似遭遇的民营企业不胜枚举，但能像云集一样“活下来”、“走得远”的却并不多。

改革开放的四十多年实际上是解放思想的四十多年，民营经济的发展历史实际上也映射出了思想解放的轨迹。面对涌现的民营企业新的业态和经济结构的优化升级，法律、法规及政策不应拘泥于监管抑或惩治，而应与时俱进，更加包容，进一步解放思想。在新的时代，立法也同样应当进行技术创新，切实用法律制度保障“大众创业、万众创新”，弘扬敢于进取、创新创业的企业家精神，积极营造有利于企业家创新创业的良好环境，激发民族的创业精神和创新基因。

（二）促进型立法仍带有“软性”特点，实质性赋权赋能不足

作为非公有制经济，民营经济的规模基本属于中小型企业。“促进型”立法具有“软性”的特点。在我国现行法律法规及规章中，且不说“管理型”行政思维动不动“挥舞大棒子”，“促进型”立法也主要只是用“鼓励”或“奖励”等词语来表达促进之意。[12]这种鼓励往往是立法上的一般性条款，缺乏法律规范的确定性行为模式，因而不具有给民营企业赋权的机制和功能，也无法在实践中实现立法目的。笔者认为，在民营经济领域，由于历史和现实的原因，仅仅有软性的“促进型”立法是不够的。这是因为在立法表达上，促进型立法表现为倡导性的一般性条款较多，权利性规范较少、较虚。权利性规范的不足，会使民营经济主体在进行市场行为时，承担权利不确定性和不可预期带来的法律风险。

[11]这一处罚的影响持续至今，现在搜索“云集微店”这一词条时，仍然可见充斥着各种对其曾被认定为“传销”的质疑。
[12]比如 2017 年修改的《中小企业促进法》第三十条规定：“国家鼓励互联网平台向中小企业开放技术、开发、营销、推广等资源，加强资源共享与合作，为中小企业创业提供服务。”2015 年修订的《促进科技成果转化法》第二十五条规定：“国家鼓励研究开发机构、高等院校与企业相结合，联合实施科技成果转化。”

因此民营经济主体在诸多领域进行市场行为时，趋于谨慎和保守，开拓与创新较少。权利的可预见性变低使违法风险增高，这无疑也会影响民营经济主体的成本考量。同时权利性规范是包含法律救济的，权利性规范少也增加民营经济主体寻求法律救济的困难。

如果没有立法的利益激励，民营企业就容易被国有企业和外资企业挤压。民营经济在立法上的不足致使民营企业仍然面临诸多不确定乃至不公平的环境，隐性经济歧视也常常消解政策实施效果。民营经济的发展需要长效、稳定的立法保障，民营企业家的深层焦虑也需要立法实质性的确认才能得以真正缓解。

（三）促进型立法对“利导性”潜力挖掘不足

民营企业尤其是其中的中小企业，在发展初期，由于其在技术、资金、规模等方面都处于相对劣势的地位，企业的资源有限，国家常常会出台相关的法律、政策对其进行引导和帮扶。实际上，在国家进行引导帮扶时，政府的职能从管理转变成了服务，说得通俗一些就像是“保姆”。而如果再往前进一步，国家在经济领域采用激励的方式，政府的职能则能够从服务身份中超然出来，变身为“主厨”，主要的工作是负责“把馅饼做大”。那么要如何把“馅饼做大”呢？这就需要善用法律的“利导性”来刺激市场。

市场经济条件下的法律应当具有利导性，通过利益引导、通过人们的自由意志而作用于市场主体及其行为。其意义在于符合人们对利益追求的天性。[13]人们根据法律来预先估计自己与他人之间该做出怎样的行为，并预见到行为的后果以及法律的态度。而法律权利一般是不以道德要求为前提的，而是以功利要求为前提——对利益的确认。这正是法律特有的调整机制——利益引导。[14]只有充分利用这一点，法律才能够在源头上真正激发市场主体的潜能。也只有这样，社会的整体效益才符合“帕累托最优”原则。

在民营经济领域的立法，应该进一步解放思想，发挥立法在市场主体积极性的动员和激励方面的作用。国家和政府应当创新制度、搭建平台、舍得放手，让民营企业从制度改革与创新中获得并分享更多的发展机遇和空间，借助于立法，让民营企业享有更多的权利、自由和利益。“云集”模式告诉我们，创造新型的利益关系平台很有价值。这种商业模式的创新既避免了某些电商平台商品鱼龙混杂的弊端，又有新的利益、权利和机会的增量。从企业来讲这是营销模式“创新的红利”，从政府来讲这是真正释放“改革的红利”，从而激发民营经济的活力，从根本上保障国民经济的稳健发展。

管理、监管与惩戒的立法固然必要，但从“管理”到“治理”的转变要求我们的法律在功能上实现转型。从法理上讲，立法功能是多元的，立法功能是可以随着经济社会的发展而逐渐多样化的。前些年，我们从管理型的立法转向促进型立法是一大进步，保障了目前法律法规上的财产所有权、经营自主权等等。但进一步讲，立法只能局限在保障和促进功能吗？正如美国学者弗里德曼(Wolfgang Friedman)所言：“相对于社会变迁而言，法既是反应装置，又是推动装置；这两种功能中，尽管法对社会的被动反应得到了更加

[13]有学者早在上世纪 90 年代就提出“法的利导性”功能，参见孙笑侠：《论法律的外在权威与内在权威》，《学习与探索》1996 年第 4 期，第 88-89 页。

[14]参见孙笑侠：《法的现象与观念》，山东人民出版社 2001 年版，第 57 页。

普遍的认知，但法对社会的积极推动作用也正在逐步加强。”[15]随着国家治理体系和治理能力现代化的推进，地方立法不应单纯解决“不能做什么”的问题，也不仅需要注重促进、引导和倡导的立法政策得以广泛运用，更要在实质上进行权利性规范的确认和激励。民营经济地方立法应当从“管理型”、“促进型”向“激励型”转变，从而发挥法律的激励功能，为民营经济发展营造更好的法治环境。

笔者认为，在民营经济尤其是其中中小企业的发展领域，仅仅“促进型立法”还是不够的，立法还需要进一步走向“激励型立法”。要理解激励型立法，有三层涵义需要澄清:首先，就其功能来看，激励型立法的功能在于实施激励，这是其立法目的之所在。这就将之与管理型以及促进型立法区别开来。其次，就立法的内容来看，除了宏观的倡导性、宣示性的激励以外，激励型法律要有实际权益分配上的创新。要通过明确的法律上的赋权把各种合法利益固定下来，还要给可预期的、有可能性的利益留有空间和余地，在此基础上搭建新的利益增值平台，创造更多的机遇和可能。第三，激励型立法必然是政策的法律化和法治化。这使得它与政策、决定以及规范性文件区别开来，具有更高的可预期性、稳定性和刚性约束力。

三、欧美“激励型”立法的实践样本

（一）国外激励型立法的早期典型案例

不少学者论述过法的激励功能，近年来也渐渐有学者提出“激励型法”的学理，认为法律的激励功能与组织管理功能、惩戒功能一起构成法律的三大基本功能。[16]但是，法律的激励功能却很少为立法界和法学理论界所关注。

本文所谓的激励型立法，是指法律对行为主体以激励，通过法律上利益和机会的增量来激发或鼓励行为主体行为动机和动力的发生，使行为主体在法律规则的激励机制下发生法律所内设的期望行为。专利法的设置原理，“给智慧的火焰加上利益的燃料”，这就是“激励型”立法的早期典型。当然，在今天，除了“利益”激励之外，还有其他诸如创造“平台”、增加“机会”等激励方式。简而言之，激励型立法是一种利益和机会增量的立法。有学者以激励型法的典型样本——美国上世纪 80 年代初的《拜杜法案》（Bayh-Dole Regulations）[17]为例证，认为法律从功能上划分，存在着“激励型法”，它对社会稳定及经济发展所起到的作用不容忽视。[18]《拜杜法案》正是针对当时美国国内经济发展以及

[15]Wolfgang Friedman, Law in A Changing Society, 2nd ed., New York: University of California Press, 1972.p.11.

[16]代表性成果参见罗豪才，宋功德：《现代行政法学与制约、激励机制》，《中国法学》，2000 年第 3 期，第 78-89 页；倪正茂：《激励法学要言》，《东方法学》，2009 年第 1 期，第 3-17 页；胡元聪：《我国法律激励的类型化分析》，《法商研究》， 2013 年第 4 期，第 36-45 页；李沫：《激励型监管信赖保护的立法保护》，《法学》，2013 年第 8 期，第 87-94 页；丰霏：《从立法技术到治理理念——中国语境下法律激励理论的转向》，《法商研究》，2015 年第 3 期，第 46-54 页。

[17]See Bayh-Dole Regulations(1987), (35 U.S.C.206; Doo 30-2A), §401.7.

[18]参见付子堂，孟甜甜：《激励型法的学理探析——以美国<拜杜法案>为切入点》，《河南财经政法大学学报》2014 第 3 期，第 61-62 页。

科研人员对科研成果产权的需求而出台的，政府通过立法放权给科研人员，把他们从实验室中解放出来，从而激活了整个科研的产业化链条，使经济得以复苏。

《拜杜法案》这一典型的激励型法案的立法背景，正是当时美国僵化的专利制度导致了经济发展受阻，加上发明者对专利权有着极大需求，制度变革的需求迫在眉睫。于是法律创制新的专利制度来刺激发明人科研的动机，最终通过保留例外情况下的政府介入权，来规范技术转移的行为，以达到立法目的。这部法律连平时以犀利批判著称的《经济学人》（*The Economist*）杂志都用一篇专文表示了高度赞誉，认为其很可能是美国在过去半个世纪中最具启发性的立法。加上 1984 年和 1986 年的修改，用纳税人的钱把美国各地实验室的所有发明与发现都释放了出来。[19]该立法个案告诉我们的经验是：在某个制度瓶颈问题上突破，就能打破僵化的制度，从而在权利义务分配上设计新型的制度，可以释放制度红利，可以带来主体激活，带来利益增殖，带来经济增长。

（二）中小企业“集群发展”的域外经验

除了典型的激励型立法值得我们关注和学习，在中小企业发展过程中，一些单行立法和政策的制定，也在实际上发挥了极大的激励作用。当我们放眼国际寻找一些企业发展的规律和经验时，会发现凡是发展快、效益好、生命力强的中小企业，它们大都不是零星存在，而是以集群的方式相聚而生。企业依托集群内部提供的中介、技术、上下游产业链等要素，实现资源和信息共享，在技术溢出效应下提升自身效用。“星星之火”的聚集，会有意想不到的“化学反应”，产生“燎原之势”，强大的集群效应可以使中小企业受益匪浅。其实中小企业的集群发展是世界范围的一种重要经济现象。19 世纪 90 年代，马歇尔（Alfred Marshall）在《经济学原理》一书中，将产业集聚的特定区域称为产业区，并认为产业区能够通过企业的地理临近获得规模经济。[20]20 世纪 90 年代，迈克尔·波特（Michael E. Porter）从国家竞争力的角度探讨产业集聚现象（Industrial Cluster），并提出产业集群理论。[21]产业集群的产生绝大多数是在市场规律作用下由企业自我发展而逐渐形成的。市场可以自动整合各自生产要素并自动磨合掉集群内部的不和谐。中小企业作为市场经济中的“弱势群体”,基于共同的利益，采取这样一种“抱团取暖”的方式，也体现了一种趋利避害的本能。不过对于非均衡发展的中小企业集群而言，地域、技术、产业特色上有着明显差异，要想实现快速且稳定发展的良性循环，单纯依靠集群自身显然不够。这时就需要政府发挥宏观调控的职能，用“看得见的手”进一步推动中小企业集群发展。

1、美国：建立完备法律体系，激励创业创新

---

[19]See “Innovation’s Golden Goose”, *The Economist*, Dec.14, 2002.

[20]See Alfred Marshall, *Principles of Economics*, 8th ed., London: Palgrave Macmillan, 2013, p.123.

[21]参见[美]迈克尔·波特:《国家竞争优势》，李明轩、邱如美译，郑风田校，北京：华夏出版社，2002 年，第 127-164 页。

在全球中小企业集群发展实践中，美国是最杰出的代表。美国中小企业集群的创建也主要是依靠市场的力量，政府则本着间接参与者的身份，通过制定法律法规、政策措施去扶持集群的发展。虽然美国各州立政府有各自的法律和政策，不同的中小企业集群又拥有自己独特的内部规章安排，但美国在国家层面对中小企业集群发展的战略是统一的。

具体来说，美国为中小企业集群发展所制定的扶持政策可以概括为两大方面。一方面是美国产业集群内的企业支持政策。美国是最早意识到产业集群可以促进经济发展的国家之一。对此，美国国家管理者协会（National Governors Association）发布的《集群经济发展政府指南》(Cluster-Based Strategies for Growing State Economies)充分肯定了中小企业集群发展可以提高中小企业的劳动生产率，降低交易成本，实现信息快速传播，有利于知识溢出和技术扩散，提升企业产品的竞争力，促进企业的快速发展。[22]

另一方面是中小企业支持政策。[23]20 世纪 50 年代后，美国相继制定系列扶持和保护中小企业的单行法律。1953 年，美国颁布了《小企业法》（Small Business Act），该法案确定了小企业的法律地位和国家对小企业的基本政策和管理措施，成为支持小企业的基本法。该法案确定了一系列扶持小企业的领域，如提供货款担保、技术和管理援助、帮助获得政府采购合同等；同时，还为负责实施小企业政策的联邦政府小企业管理局的设立提供了法律依据。[24]此外，美国还颁布了《小企业投资法》（Small Business Investment Act,1958 年）、《机会均等法》（Equal Opportunity Act，1964 年）、《小企业经济政策法》（Small Business Economic Policy，1980 年）、《小企业创新发展法》（Small Business Innovation Development Act，1982 年），以及《小企业就业法案》(Small Business Job Act，2010 年)等，将技术创新和解决就业确立为小企业的两大功能，不断优化小企业的外部环境。2012 年颁布的《创业企业扶助法》（Jumpstart Our Business Startups Act）旨在提高小企业的融资成功率。2019 年又进一步通过《小企业重整法案》（Small Business Reorganization Act），该法案通过简化重组流程[25]、行政费用索赔的延迟付款[26]等举措，旨在使小型企业破产更方便快捷，成本更低，从而更进一步的刺激中小企业投资、创业，最大限度地帮他们解决“后顾之忧”。

美国中小企业这两个方面的激励立法和政策，使得中小企业集群间形成了创业机制、创新网络机制以及集体学习机制。创业机制主要是指风险投资、企业孵化器以及创业教

---

[22]National Governors Association, Report of Cluster-Based Strategies for Growing State Economies, National Governors Association，March, 2007,Foreword.

[23]美国没有“中小企业”的概念，更多的用法是“小企业”，相关政府部门也叫做“小企业管理局”（Small Business Administration， 简称 SBA）。根据 SBA 的定义，服务业类小企业是指雇员人数在 100 人以下的企业。为适应国内习惯，本文中统称为“中小企业”。

[24]See Small Business Act (1950), (15 U.S.C), §632

[25]See Small Business Reorganization Act (2019), H.R.3311.

[26]See Small Business Reorganization Act (2019), H.R.3311.

育。而中小企业集群创新网络则避免由于区域网络封闭导致的“技术锁定”，使区域创新网络是一个开放的系统。区域内各行为主体在区域内相互协同、交互作用的同时，也不断地构建区域外的创新网络，特别是与更宽泛的全球以及国家创新网络连接。美国还积极引导利益关联型企业结盟合作，建立集体学习机制通过集群内部的信息网络化构建、融资优惠、人才培训等多方面举措扶持中小企业发展，推动技术、设备、创新理念和管理经验在群内的广泛渗透。

这种以市场为主导，国家通过立法和政策进行扶持，由企业和国家合力打造的良性互动的中小企业发展模式，迸发出了巨大的活力和惊人的创造力。硅谷神话的缔造，正是基于这样的合力。没有人会想象到在二十世纪四十年代还是一片荒凉的美国加州圣塔克拉拉谷地区，会在短短的几十年间成为世界科学与技术的高地。这个最初以电子芯片制造为主的中小企业群，如今已成为高新技术产业集群的代名词，通过一轮又一轮的技术革命，至今始终掌控着全球最领先的科技。

2、欧盟：宣扬企业家精神，营造崇商氛围

如果说硅谷的崛起有很多不可复制的历史偶然机遇，那么欧盟及其成员国在中小企业集群发展过程中作出的努力和改变，更能给我们提供丰富的实践样本。

2000 年 3 月，在葡萄牙首都里斯本以就业问题为中心的欧盟首脑会议上，欧盟制定了 21 世纪最初十年发展规划《里斯本战略》(Lisbon Strategy)，其目标是将欧洲建成世界上最富竞争力的知识经济体，实现经济可持续增长，创造更多更好的就业机会，促进社会和谐。[27]《里斯本战略》要求在提高社会凝聚力的基础上实现经济可持续增长，强调创造就业机会，而不是单纯降低失业率。自此，欧盟日益关注创业，尤其是中小企业的创办。2000 年 6 月，欧盟颁布的《欧洲中小企业宪章》建立了支持中小企业发展的基本政策框架，明确了中小企业促进欧洲经济发展的重要作用。但随着欧盟东扩、成员国数量的大幅增加，新老成员国之间的经济发展存在巨大差异，欧洲整体经济增长乏力。尤其是 2008 年经济危机，欧洲经济增长和就业创造能力再次遭受冲击。为应对经济危机带来的挑战，欧盟认识到这些政策的激励性还远远不够，需要采取更多有效的措施来释放中小企业的潜能。当时面临的主要挑战是从管理型经济向知识型经济的过渡，有活力的企业家特别有能力从全球化和技术变革的加速中获得机遇。通过一系列论证，2008 年 12 月欧盟出台《小企业法案》（The Small Business Act for Europe，简称 SBA）。[28]该法案承认了中小企业在欧盟经济中的中心地位，首次制定了欧盟和成员国层面的扶持中小企业的全面政策框架，确定了扶持中小企业发展的十项原则。其中居于首位的便是鼓励企业家发展，并对创业精神予以奖励。在具体措施上，启动了“欧盟中小企业周”、“Erasmus 年轻企业家激励计划”、鼓励成员国在中学教育课程中引入企业家精神等切实的激励型法律规定。在之后针对创业和中小微企业，欧盟制定颁布了系列方案：“地平

[27]European Parliament. *Report of Lisbon strategy 2000-2010*: An analysis and evaluation of the methods used and results achieved, 2010.
[28]See “Think Small First” A “Small Business Act” for Europe, COM(2008)394 final, 25.6. 2008.

线 2020”（Horizon 2020，2012 年）、《2020 创业行动计划》（Entrepreneurship 2020 Action Plan，2013 年）、“欧盟 2014-2020 年中小企业竞争力项目”（Competitiveness of Enterprises and SMEs，2013 年）、《欧洲中小企业行动计划》（European SME-Action Program，2017 年）等等。在这一系列的激励性法律政策里，都可以看到对于企业家精神的强调。比如 2013 的《2020 创业行动计划》（Entrepreneurship 2020 Action Plan），直接提出“该行动计划是欧洲联合行动，释放创业潜能，消除现有障碍，彻底革新创业文化的美好蓝图。旨在简化新企业创立流程，为现有企业家繁荣、成长创造更有利的环境”。同时要“重燃欧洲的企业家文化，并培养新一代企业家”。[29]在 2017 年的《欧洲中小企业行动计划》（European SME-Action Program）中也直接指出“一个国家对企业家精神的态度是社会价值观、对风险的宽容、对失败的恐惧、对成功的回报、对创造力和实验的鼓励以及对持久性的认可的产物。”[30]

基于美国和欧盟中小企业集群发展的经验，可以发现一些共同点：他们都将中小企业发展政策置于国家经济发展战略高度，建立起包括中小企业基本法在内的完备法律体系，制定涵盖财税、金融、创新等多方面的激励政策，并通过社会化服务体系建设营造良好外部环境。透过这些激励型的立法和政策的制定，我们更应该发现，中小企业集群的发展，不仅停留在空间上集聚、产业园的搭建，还需要全社会营造出尊重创业创新，宣扬企业家精神，真正激发中小企业潜能。当然，他们基本上是属于“国家级”的“中央”立法。不过这一点并不妨碍我们借鉴，中国多层级立法体制更可以有自己的特点和优势。

四、民营经济激励型地方立法“增量激励”的可能性

在民营经济发展领域，激励型立法最适合在地方立法[31]的层面展开实践。这是由地方立法所具有的独特优势所决定的。要看到，地方立法具有潜在优势，这可以在对比中央立法以及激励性政策时凸显出来。

一方面，与中央立法相比，地方立法的最大优势在于可以紧密结合地方经济发展的实际情况，因地制宜制定出具有地方特色、符合地方个性的法律法规。不仅如此，地方立法的针对性和可操作性更强，与原则性较强的法律、行政法规相比，可以对本区域内经济发展的实际问题，作出更直接、更充分、更具体的规定。除此以外，地方立法还具有更大的灵活性，可先于中央立法有所超前和创新，因而更能顺应时代变革，在立法上实现突破。相比于全国性立法，地方立法是构建营商环境的具有相对优势的一环。

另一方面，政策具有碎片化、不稳定性。与激励性政策相比，激励型地方立法对权利的保障作用又具有更高的法律上的确定性、可预期性和刚性约束力。而且政策的制定基本是单向线性供给模式，其运行轨迹是按照各级政府的意志从上至下进行传递，而处

[29]See European Commission, Report of *Entrepreneurship 2020 Action Plan*,2020, 1.
[30]SME Envoys Network, Report of *European SME-Action Program*, June 2017, 4.2.
[31]本文所指的“地方立法”，是指省、自治区、直辖市、设区的市的人民代表大会及其常务委员会根据行政区域内的具体情况和实际需要制定的地方性法规。

在线性供给模式末端的民营经济只能被动接受促进，没有足够的社会参与机会与信息交流渠道。在这一点上地方立法具有更加严密的制定程序和论证过程，可以完美地避开激励性政策的这一缺点。

2015 年《立法法》的修订赋予了更多地方立法权，改进了立法权的配置结构，将立法重心适当下移。2018 年的宪法修正案第 100 条，又从国家根本法的角度赋予了设区的市享有立法权。短时间内，要从国家层面对民营经济立法进行系统性的激励确有难度。再加上如前文所述，民营经济尤其是其中中小企业常常集群发展，呈现出星状分布的地区特色，地方立法完全可以充分发挥其自身的优势，尊重市场集群的自然规律，在此基础上有所作为。在符合不越权、不抵触、不增设义务的前提下，发挥立法的创新能动性，将激励的政策和经验作为立法成果固定下来。在具体操作的过程中，笔者认为，有关民营经济的激励型地方立法要把握住集群、顺变、利导、赋权、赋能、共享这几个增量措施来建立激励机制。具体来说，增量激励的可能性有以下三个方面：

（一）发掘市场“集群”效应，以“顺变”机制应对不确定性

中小企业集群发展作为市场规律的必然现象，近些年受到了重视。欧美在中小企业集群发展立法上的经验也给予我们启发。党的十九大提出“促进我国产业迈向全球价值链中高端,培育若干世界级先进制造业集群”。国家发改委、工业和信息化部、商务部等部门也根据现有各类工业园区转型升级的情况，制定了培育产业集群、推动其高质量发展的指导性文件。然而，现有立法和相关政策仍然存在一些弊端需要改变：

一是改变重“产业”轻“集群”的思路。政策制定时培育目标动辄“世界级”、“万亿级”，却忽略了集群自身在网络化组织的建立和信息交流互动上的天然优势。集群发展不能简单等同于产业发展，两者的最大区别在于产业发展的重点是通过技术进步促进产业壮大，但集群发展的重点则是通过建立网络化组织加速信息交流互动进而增强创新活力。在 5G、云计算、物联网、人工智能等新兴技术和数字经济快速发展变革的今天，中小企业集群的发展实际上拥有了极佳的转型条件。网络化组织的建立和信息交流的互动变得前所未有的便捷。对此，地方立法应顺应时代变革，针对中小企业获取信息渠道有限、信息更新滞后、真假信息难辨等信息不对称的劣势，搭建新的分享、交流信息平台。用政府发布的权威性作为信息准确性的背书，这样不仅可以帮助中小企业甄别、筛选信息，也能够增加各类主体之间联系渠道，促进信息组织和流通的便捷性，充分激发大中小企业之间供应链关系的建立以及政府和企业之间的信息共享。

二是改变集群内部主体组成过于单一的情况。从现有的产业园区配置来看，大多数园区内部，都只有企业这一单一主体。然而产业集聚区向集群转型的核心在于能否实现各类主体从物理相邻向化学生物相融的转变，只有当集群内主体数量达到一定“临界值”，才可能发生“核聚变”。而主体类型的多样性如同“催化剂”，可以加速“核聚变”的发生。“云集”公司的例子启发我们，在以农业为主的地方，可以通过立法的方式激励民营企业搭建新型创业创新平台，推进农、工、商以集群的方式聚集到一起，这有利于推进“三

农”问题的解决。而在培育高新产业园区之类与科技、高精尖产业密切相关的产业集群时，地方立法则要培育与总部经济相适应的高级生产要素。总部经济是高级形态的产业集群，很大程度上是因为与它相关的要素大多数是属于高级生产要素，比如像高水平的科技管理人才、研发、金融、营销、物流、会计、律师等知识和技术含量比较高的组织等。激励型地方立法在培育这些高级生产要素方面可以大有作为，比如激励诸如高等院校、科研机构、金融机构、行业协会、法律服务机构、中介组织等多种主体类型与中小企业集群之间建立合作，把“智囊团”引入到集群里来。除此以外，考虑到中小企业科研能力有限、科研投入成本过高的因素，激励型立法还可以搭建知识产权尤其是其中实用新型专利转化的平台。这样既能够将研究成果从实验室解放出来，又可以让中小企业迅速找到现成的较为成熟的知识产权迅速投入生产，实现企业和科研机构之间的产学研互动，促进经济发展和科研再投入的良性循环。

三是改变现有的帮扶手段。现有立法和政策在培育产业集群时往往忽略其自身的发展规律，帮扶手段基本停留在集群培育和孵化的初始阶段，这相对于市场运行的客观规律而言显得有些生硬和机械。地方立法要有建立集群网络协调机制的激励措施，积极引导集群发展组织的自治理、企业的层级治理和行业规范，形成高度自治、网络化、开放性的组织体系。行业本身常常能比政府更敏锐地把握到市场的动态，在法律允许范围内的自治理也更有利于民营中小企业集群迅速对市场做出判断，形成创新网络。在应对数字时代变革的巨大浪潮时，企业和集群的发展面临着诸多的不确定性，这虽是挑战却也是极佳机遇。而应对这种不确定性，最好的做法便是转变原有的由政府主导的管理模式，从源头上肯定市场的主导作用。市场自然会用“看不见的手”自动整合生产要素并磨合掉集群内部的不和谐因素，优化资源配置，实现优胜劣汰。这样在立法中就要处理好“放手”和“抓手”的关系，于该放手处敢于放手，在该帮扶时积极作为，从而激励中小企业释放巨大潜力，激发集群自身强大活力。

（二）围绕“利导性”立法转变思维，以增量给民企赋权赋能

面对“云集微店”这样的民营企业新的业态，面对经济结构的不断优化升级，新时代的法律、法规及政策不应拘泥于管理抑或促进，而应及时转变思维、与时俱进。激励型的立法，是典型的回应社会利益诉求、促进利益增量的法律。激励机制中最大的刺激因素是利益，一切的激励机制都是围绕着利益内化构建的，离开了利益激励无从谈起。从法的发展历史可以证明，所有法律中，激励类法律是最容易为广大社会成员认同的，这是因为激励法与人们的利益具有一致性。激励法律的制定，正是基于人们对不同利益的需求，通过给予利益，激发人们的积极性，从而实施法律所希望的行为。不仅给行为人带来利益，也能达成立法者预期的某种效果。[32]笔者认为，有关民营经济的激励型地方立法最重要的是要用好并穷尽其“利导性”的优势和潜力。具体来说：

[32]前引〔17〕，《激励型法的学理探析——以美国<拜杜法案>为切入点》，第 63 页。

一是通过对已获得的权益进行保护，让民营企业家获得安全感。在法律上的赋权是把企业和企业家各种利益固定下来的一种方式。地方激励型立法中充足的确定的权利性规范的设置，可以让民营经济主体在进行市场行为时，无“后顾之忧”。这就要求地方立法，在涉及企业家人身和财产安全方面要有所突破。企业家的人身与财产安全事关民营经济的稳定预期。在反腐败、反涉黑的斗争中，需要企业家配合或协助调查的，要查清问题，也要保障其合法的人身和财产权益，保障企业合法经营。对一些民营企业历史上曾经有过的一些不规范行为，要以发展的眼光看问题，按照罪刑法定、疑罪从无的原则处理，让企业家卸下思想包袱，轻装前进。这虽然涉及立法法上的法律保留原则，但在现有国家法律前提下，地方立法并非无用武之地。比如省级人大可以依据国家法律法规，对本区域范围内的政府及司法机关的办案中处理民营企业财产的流程、限制企业家人身自由的比例原则作出规范，以安定民营企业家的人心。

二是运用对可预期的利益进行引导，让民营企业家明确方向。一方面，和促进型立法一样，激励型地方立法可以发挥在推动基础、薄弱产业与公益性服务领域的引导作用。这些领域如果单靠市场的力量，由于利润回报率不高，很少能激起民营企业的兴趣。地方立法可以运用法律的确认，设置更加广泛的优惠、扶持、表彰或奖励政策。另一方面，在国家期待重点发展的产业和领域，激励型地方立法也可以巧妙运用可预期的利益，将其转化成利导性的规范，鼓励民营企业在这些方向上做出努力，投资创新，从而给这些产业和领域注入源源不断的市场活力。

三是尝试对可能性的利益进行激励，让民营企业家勇于创新。法律制度激励功能的理想形态最终表现为对行为主体自我激励的激励功能。[33]首先，激励型地方要有一定的预见，对经济发展的可能性要留有充足的发展机遇、自由、空间和余地。无数成功企业的经验表明，这种自由和空间有时能够给市场主体带来意想不到的赋能。赋能往往并不需要总是“保姆式”的保护和帮扶，而是要相信民营企业自身强大的执行力、适应力和创造力，激发企业自身的无限潜能。其次，激励型地方立法要创造让民营企业家敢于试错、不怕失败，让民营企业东山再起、重整旗鼓的机会和可能。面对企业发展可能遇到的不确定的法律风险，地方立法应更加包容，努力给民营企业营造出发展所需要的环境温度。在这方面，我国一些地区的做法值得借鉴。比如浙江省温州市在地级市层面创新推出“首次不罚”清单，目前已梳理出 3290 项“涉企免罚清单”，对轻微违规行为实行“首次不罚”的人性化管理。[34]2019 年 9 月 15 日，浙江省市场监管局会同省司法厅联合印发的《关于在市场监管领域实施轻微违法行为告知承诺制的意见》正式实施，该《意见》明确对市场监管领域市场主体首次、轻微且没有造成明显危害后果的 67 种轻微违法行为，实施告知承诺制。[35]对企业法人或企业主自然人首次、轻微且没有造成明显危害后果的违

[33]参见丰霏：《法律激励的理想形态》，《法制与社会发展》，2011 年第 1 期，第 149。

[34]参见温州市政府信息公开：《温州市公安局涉企轻微行政违规行为“首次不罚”目录清单》，http://wzga.wenzhou.gov.cn/art/2019/3/27/art_1506102_31694656.html，2020 年 5 月 28 日最后访问。

[35]参见浙江省人民政府：《关于印发<关于在市场监管领域实施轻微违法行为告知承诺制的意见>的通知》，

法行为建立容错机制，给予当事人改正的机会，这些做法都在很大程度上向市场主体释放出国家的温情与善意。若能进一步通过激励型地方立法加以确认，成为民营经济领域激励型地方立法的典型，并得到推广，将切实优化营商环境。第三，对于较为成功的尝试和创新，激励型地方立法也可以设置奖励或表彰措施，让企业家有获得感、成就感和进一步挑战的精神动力。

（三）以立法推进崇商文化的创新，促进发展机遇和成果的"共享"

欧美的经验表明，对商业文明、民营企业的态度如何直接决定了其能否真正发展。值得注意的是二十世纪以后,经济学理论界对于企业家内涵的理解不断深化。从早期较为关注企业家的套利职能[36]，发展成更多去强调企业家在承担风险、创新以及协调资源配置等方面的集成作用。[37]"企业家政策"思路的转变，在美国、欧盟的立法中也迅速做出回应。美国通过建立完备的法律体系，从创业到破产到再创业，几乎事无巨细地为小企业发展提供保障。欧盟则是反复强调对企业家精神的重视和培育，不断宣扬崇商文化，激励民众创新创业。

反观我国，在改革开放四十多年的进程里，尤其是在第一次立法转型后，长期形成的一些思想观念和工作方式已有所改善。企业家政策从二十世纪末期开始也有所发展。[38]但是在实践中，不少地区政府在落实企业促进工作时往往倾向于"抓大企放小企"，在面对中小企业时又常常"重强企轻弱企"。从长远来看，仍存在两大问题。其一，企业家政策侧重短期效果。政策重点放在了金融支持和税收优惠方面,对知识产权保护、技术研发等方面关注较弱,政策导向更看重中短期效果,而轻长期培育。其二，创业文化欠缺。现有文化中对创业依然存在某种偏见,崇商的观念常常被曲解成拜金。对失败的宽容度也较低,崇尚强者及"赢家通吃"的零和博弈规则等等。

对此，我们一方面可以学习发达国家重视企业家精神的做法，比如制定年轻企业家激励计划；在立法中将开拓进取的企业家精神进行确认；鼓励地方开设成功企业家交流会等等。另一方面我国一些地区现有的做法也值得在地方立法中推广。比如 2016 年 4 月，南通市十四届人大常委会第 33 次会议决定，将每年 5 月 23 日确定为"南通企业家日"[39]；2018 年温州市率先通过市人大立法，将每年的 11 月 1 日设立为"民营企业家节"等。地方立法应该以立法推进"崇商文化"的创新，推崇新时代企业家精神。对云集这样

---

http://www.zj.gov.cn/art/2019/8/20/art_1553480_29824.html, 2020 年 5 月 28 日最后访问。

[36]早期研究中曾做出重要贡献的学者包括亚当·斯密、坎蒂隆、萨伊、穆勒、奈特、马克思等。其中马克思是早期经济学家中较早系统分析企业家与资本主义经济关系的经济学家。其论述了"企业家"的四个属性，分别为承担风险、逐利，创新、以及管理、监督和调节职能。

[37]较有代表性的观点是熊彼特首次系统强调了企业家的创新者角色,认为企业家是经济中的破坏性力量,它将新组合引入经济体取代原有产品组合。近期研究中,Audresch 等学者通过引入企业家知一识溢出模型和企业家资本概念,提出企业家内生于企业家机会,从而对知识内生假设提出挑战（知识自动溢出）,并进一步淦释了企业家与经济增长的关系。

[38]企业家政策主要分为创业政策和中小企业政策。其中,创业政策的内容主要是通过简化创业程序等降低创业壁垒,同时通过开展创业教育和培训、媒体宣传等手段增强潜在企业家个体的创业意愿和对创业机会的识别能力。而中小企业政策主要是为中小企业生存和发展提供一定在金融、技术和税收等方面的扶持。

[39]值得一提的是 1899 年 5 月 23 日是中国近代实业家张謇创办南通大生纱厂的正式开工投产日。南通市将每年的 5 月 23 日确定为"南通企业家日"，既有历史渊源，又有现实意义，值得借鉴。

的新业态共享型企业不该是禁和堵，而是要在肯定的前提下进行规制。这样才能真正促进发展机遇和成果的“共享”，激励更多的社会主体投身创新创业，共享改革开放和经济发展的机遇与成果。

最后，从立法程序来看，还需重视民营经济的参与权和利益表达。这是人民当家作主的政治承诺，也是社会主义“多种所有制经济共同发展”的要求。因此我们在立法时，要鼓励民营企业和企业家积极参与立法活动，表达自身的利益诉求，切实将其合理利益考虑在内。“利益表达”程序很重要，让民营企业主参与到立法中，他们就会有智慧贡献给立法，就会把立法者想像不到的“增量型立法”创造出来。

总之，民营经济地方立法要创新新型利益关系，以实际权益分配制度机制的创新，特别是要以集群、顺变、利导、赋权、赋能、共享等利益和机会的增量措施建立激励机制。这才是中央全面依法治国委员会第二次会议强调的“用法治来规范政府和市场的边界，尊重市场经济规律，通过市场化手段，在法治框架内调整各类市场主体的利益关系。”经济上真正的良法，是社会资源增量的法，是促进经济和市场繁荣的法，这才是有智慧、高质量的立法。

后疫情时期中国法院互联网司法的完善

张德淼[1] 于晴晴[2]

【摘　要】在后疫情时期疫情与人类较长时期共存，以线上形式开展的中国法院互联网司法将迎来新一轮的发展。科技的融入是中国法院互联网司法的核心，赋予中国法院互联网司法高效快捷、便民利民、疫情防控保障的功能优势。但科技与司法融合的不足也带来中国法院互联网司法一系列问题，促使中国法院立足中国互联网司法实践，建构统一的法院互联网司法科技标准和系统，增强以数据安全为核心的法院互联网司法风控系统，打造以人为本的交互式法院互联网司法科技产品，出台专门的法院互联网司法诉讼程序法完善后疫情时期中国法院互联网司法。

【关键词】互联网司法；后疫情时期；在线诉讼；人工智能；诉讼程序法

一、问题的提出

伴随着全球新一轮的科技革命，互联网、人工智能、区块链、大数据、算法、5G科技深刻融入人类社会生活的各个领域，对传统社会生活带来新的机遇与挑战。党的十九届四中全会再次强调了科技在各个领域应用的必要性，在司法领域，科技的应用催生了法院互联网司法的产生。面对传统的法院司法案多人少、诉讼成本较高、诉讼效率较低的困境，中国法院在深化法院司法体制综合配套改革，促进审判能力和审判体系现代化，让人民群众在每一个司法案件中感受到司法公平正义的司法改革背景下，以互联网等科技在法院司法领域运用为突破口，积极探索中国法院互联网司法道路。截至2019年全国范围内的智慧法院初步形成，三家专门的互联网法院有序运行，网上立案、在线审判执行、网上司法公开、网上诉讼服务等环节均取得进步，促进了法院互联网司法的快速发展。

在新冠肺炎发生的后疫情时期，传统法院司法人与人—面对面的沟通形式存在健康风险，但相关涉疫情案件亟待处理，社会有序运行更需司法保障，因而以线上形式开展的互联网司法更能满足人民群众对司法的需求，在后疫情时期中国法院的互联网司法必将迎来新一轮的创新发展与普及。

中国法院互联网司法是在人民法院信息化建设基础之上形成，具有一定的实践基础和理论基础，但仍然属于司法领域的新生事物，在运行中存在诸多不足。在后疫情时期，人民群众对法院互联网司法需求的激增与现有法院互联网司法发展不充分、不平衡的供需矛盾更为突出。如何有效化解上述矛盾，在后疫情时期促进中国法院互联网司法的完善应当引起学界思考与关注。

---

[1] 张德淼，中南财经政法大学法学院教授、博士生导师。
[2] 于晴晴，中南财经政法大学法学理论专业博士生。

互联网科技的应用是中国法院互联网司法产生与发展的核心，赋予中国法院互联网司法线上运行、高效快捷、便民利民功能，但也带来一系列法院互联网司法特有的问题，上述问题是影响中国法院互联网司法全面发展的根本原因。完善中国法院互联网，实现中国法院互联网司法全面发展的新飞跃，要考量法院互联网司法的核心内容，以互联网科技优化为关键抓手，以实现互联网科技与司法有效融合为目的，进而有针对性提出中国法院互联网司法的完善建议。

二、中国法院互联网司法的功能

互联网科技的应用是法院互联网司法区别于传统法院互联网司法的根本特征，改变了传统法院司法面对面沟通的方式，通过人—机—人的沟通方式使法院司法活动以线上形式开展成为可能。法院互联网司法突破了传统法院司法模式的时空局限，缩短了司法诉讼的时间，提升了法院诉讼效率，降低了人民群众参与司法的经济成本，减轻了法院法官案件审理压力。中国法院互联网司法的功能主要可以归纳为以下三点。

（一）法院互联网司法高效快捷功能

1.减少法院线下审理案件的数量

在调解环节，法院互联网司法通过设置一站式诉讼调解平台，吸纳多元调解主体，实行当事人可跨区域自由选择调解员制度，促进全国各地调解资源的均衡配置，畅通调解与司法确认及诉讼程度的对接等方式，减轻法院线下调解的压力，也有效缓解了法院案件审判压力。据统计从 2018 年到 2020 年 9 月 22 日，最高人民法院人民调解平台已累计调解案件 9018113 件，[3]尤其是在 2020 年 1 月至 6 月，全国法院网上调解同比增长 245%。[4]此外互联网法院也积极探索网上调解新模式，广州互联网法院在全国首创在线示范庭审、示范调解的审理方式，指引相似案件当事人参照示范案件裁判结果进行多元化解，实现相似案件调解的批量解决。在法院互联网司法在线审判环节，在线审判涵盖民事、刑事、行政各个类型案件，主要以案件事实清楚，适用法律不存在争议的民事案件为主，互联网法院更是专门针对涉及互联网民事和行政的特定类型案件，[5]有效实现了法院司法案件的繁简分流。

---

[3] 最高人民法院人民调解平台 2020 年 9 月 22 日，http://tiaojie.court.gov.cn/。

[4] 《上半年全国法院网上开庭同比增长 9 倍结案超千万件，收结比与去年同期持平》，载《人民日报》2020 年 7 月 16 日，第 11 版。

[5] 《最高人民法院关于互联网法院审理案件若干问题的规定》法释[2018]16 号 第二条 北京、广州、杭州互联网法院集中管辖所在市的辖区内应当由基层人民法院受理的下列第一审案件：（一）通过电子商务平台签订或者履行网络购物合同而产生的纠纷；（二）签订、履行行为均在互联网上完成的网络服务合同纠纷；（三）签订、履行行为均在互联网上完成的金融借款合同纠纷、小额借款合同纠纷；（四）在互联网上首次发表作品的著作权或者邻接权权属纠纷；（五）在互联网上侵害在线发表或者传播作品的著作权或者邻接权而产生的纠纷；（六）互联网域名权属、侵权及合同纠纷；（七）在互联网上侵害他人人身权、财产权等民事权益而产生的纠纷；（八）通过电子商务平台购买的产品，因存在产品缺陷，侵害他人人身、财产权益而产生的产品责任纠纷；（九）检察机关提起的互联网公益诉讼案件；（十）因行政机关作出互联网信息服务管理、互联网商品交易及有关服务管理等行政行为而产生的行政纠纷；（十一）上级人民法院指定管辖的其他互联网民事、行政案件。

2.缩短法院案件审理执行的时间

法院互联网司法广泛借助互联网科技辅助和减少法官工作量，在线审判充分利用智能语音识别技术与文书辅助制作技术，推动庭审文书生成的自动化，力求电子卷宗随案生成；通过区块链技术应用与涉案证据智能审查，促进庭审证据使用的便捷和准确；应用类案智推技术与裁判风险偏离度预警技术，为法官司法裁判提供数据参考，建立执行财产评估系统和执行案件音视频统一管理系统，上述方式有效缩短法院在线审判和执行的时间，提升法院互联网司法的效率。其中中国互联网法院较一般智慧法院在缩短了案件审理执行的时间方面能力更为显著，截至 2019 年 10 月 31 日，中国三家互联网法院在线庭审平均用时 45 分钟，案件平均审理周期约 38 天，比传统审理模式节约五分之二和二分之一。[6]甚至出出现某申请执行人上线 22 分钟，全额兑现胜诉权益 57 万余元案例。[7]

3.加快法院内部管理监督的进程

近年来法院案件数量的激增和智慧法院建设推进对传统法院依赖人工管理和监督的体制建设提出挑战，人工面临案件数量巨大的管理和监督压力，在此背景下，中国各级法院不断探索与智慧法院相匹配的司法管理与监督体制建设。通过促进法官人事信息与审判信息融合，实现法官考核与业务能力挂钩的管理体制。主要通过对案件审判信息的实施监控，促进法官审判的自我管理的自觉性，同时为法官考察、评定、晋升提供更为精确的数据支持。逐步建立法院智能庭审巡查和案件信息全程留痕动态监督机制，实现了审判各个节点涉及的案件信息和各类人员信息的汇总与处理，保障案件各个节点运行可查可考可溯，对案件分流、案件过问、重大敏感案件、信访举报等环节进行重点监控预警和处置。

（二）法院互联网司法便民利民功能

1.便利公民网上立案

法院互联网司法通过网上立案、跨区域立案与法院线下立案互为补充，形成多渠道立体式立案体系。案件当事人可以通过移动端或 PC 端选择在法院的诉讼服务网、移动微法院、微信公众号小程序等多个平台实现立案需求。截止 2019 年 10 月中国超过 90%的法院实现网上立案、预约立案，近 60%的法院能够提供自助立案服务。[8]截至 2019 年 9 月跨域立案服务已经在全国中基层人民法院全面实现。[9]疫情期间，中国法院网上立案和跨域立案机制进一步发挥作用，部分法院实现网上立案 24 小时无休。网上立案和跨区域立案减少了案件当事人往返法院立案花费的时间和费用成本，同时随着网上立案

---

[6] 中华人民共和国最高人民法院编：《中国法院的互联网司法》，人民法院出版社 2019 年版，第 6 页。

[7] 《广州互联网法院成立一周年工作报告》，载广州互联网法院官网 2019 年 9 月 30 日，https://www.gzinternetcourt.gov.cn/article-detail-467.html。

[8] 《最高法：全国超 90%法院实现网上立案、预约立案》，载中国网，http://news.china.com.cn/txt/2019-12/05/content_75480387.htm。

[9] 《跨域立案服务已在全国中基层法院全面实现》，载人民网，http://legal.people.com.cn/n1/2019/1226/c42510-31523046.html。

和跨域立案平台技术的成熟，通过上述方式完成立案的速度不断提升，例如广东省高院等全国多个法院实现了 15 分钟完成一次立案。

2.服务公民参与司法

通过法院一站式诉讼服务平台建设，为群众提供案件指引功能、案件辅助功能、参与司法功能。在案件指引功能中主要对于纠纷是否应当立案及如何立案、案件司法审判的具体流程、案件结果的预测分析、案件是否可以申请法律援助等提供数据参考。在案件辅助功能中主要通过网上立案、网上缴费、网上送达、在线阅卷等功能，将本应在法院线下办理的案件业务通过线上诉讼服务平台完成，真正实现了“让数据多跑路，让人民少跑腿”。同时设置诉讼工具例如诉讼费用计算器、诉讼文书格式模板等为当事人参与司法提供辅助工具。在公众参与司法功能中主要通过设置旁听预约、网上信访、12368 介绍等，便于公众通过线上形式参与司法。

3.便于公民司法监督

以往法院案件流程及案件判决信息主要局限于法院内部公开，近年来随着司法改革不断推行，让司法权在阳光下运行，法院通过互联网司法逐步实现了司法数据的公开，司法数据的公开范围不仅面向案件的当事人，也面向社会公众。依托中国庭审公开网、中国裁判文书公开网、中国执行公开网、中国审判流程公开网四大平台实现互联网司法数据的实时动态全面公开。同时最高人民法院在公开数据基础上对部分数据进行分类分析，建立了全国企业破产重整案件信息网、中国司法案例网、中国司法大数据服务网等平台方面了人民群众通过互联网查询案件相关信息，对司法进行监督。

（三）法院互联网司法的疫情防控保障功能

1.降低人民群众的健康安全风险

习近平总书记强调要在党中央集中统一领导下，始终把人民群众生命安全和身体健康放在第一位，从立法、执法、司法、守法各环节发力，全面提高依法防控、依法治理能力，为疫情防控工作提供有力法治保障。[10]在司法领域中法院通过互联网司法线上形式，包括在线立案、在线调解、在线庭审、在线送达、在线执行等多种方式减少了法官与司法参与人之间的面对面沟通，有效降低了疫情期间人民群众参与司法的健康风险。同时法院法官减少与当事人之间面对面沟通，也有利于保障法官的生命健康安全，从而避免法院系统内部爆发疫情，使法院司法在疫情期间持续发挥效用。

2.集中快速处理涉疫情案件

新冠疫情的突发，在短期内造成了已有民商事法律关系的改变，导致合同纠纷、劳动争议、金融纠纷、破产纠纷、涉外商事海事纠纷的大量出现，同时也滋生了与疫情相关犯罪发生，主要集中在诈骗罪、妨害公务罪、生产销售伪劣产品罪、寻衅滋事罪等罪名上。但传统法院现有司法资源难以应对特定领域案件数量的激增，加之疫情的传染性

[10] 北京市习近平新时代中国特色社会主义思想研究中心：《认真践行把人民群众生命安全和身体健康放在第一位的要求》，载《光明日报》2020 年 2 月 19 日，第 6 版。

使社会人员的流动性下降，涉疫情案件难以得到快速解决。最高人民法院及时发布《最高人民法院关于新冠肺炎疫情防控期间加强和规范在线诉讼工作的通知》（法〔2020〕49 号）规范疫情期间法院互联网司法的有效运行。据有关数据显示，仅在 1 月 20 日至 2 月 19 日，全国法院在线受理立案申请 22 万余件，在线立案 14 万余件，在线开庭审理案件 3 万余件，在线调解 5 万余件，有效电子送达诉讼文书 31 万余次，共审结案件 44 万余件，[11]保证了疫情期间司法权作用的发挥。

3.保障社会秩序稳定

疫情防控期间社会不稳定因素增加，更加需要司法强有力的保障作用，但是由于传统的法院司法形式难以应对疫情造成的人与人—面对面沟通受阻这一突发状况，法院互联网司法承担起司法保障社会秩序平稳运行的重任，成为一种重要的司法应急机制。在后疫情时期，社会面临复工复产，长时期与疫情共同存在的局势，法院互联网司法也逐步从司法应急机制转向常态化发展，为经济政治文化社会生活提供持续稳定的司法保障。

三、中国法院互联网司法的不足及成因

人民群众日益增长的对高水平中国法院互联网司法的需求，促使互联网科技在中国法院司法融入的范围和深度不断扩大和加深，在这一过程中技术与司法融合的问题也充分暴露，主要包括法院互联网司法科技技术标准不一致导致法院间数据信息流通不畅；法院互联网司法存在科技安全风险可能侵犯公民隐私权与人格权；法院互联网科技产品忽视用户体验影响司法参与人使用频次和应用推广进程；法院互联网司法部分程序缺乏法律法规确认致使运行合法性饱受质疑。

（一）互联网司法技术标准不一致

法院互联网司法科技缺乏统一标准与系统化，难以实现法院互联网司法中繁杂行为的分类有序运行，导致法院运行程序间和法院间司法数据的交换共享机制尚未完全建立，法院间互联网司法能力参差不齐，互联网司法整体水平难以提升。产生上述问题的原因主要有以下三点。

1.处于实验阶段向推广阶段的转换期

中国法院互联网司法科技应用处于实验阶段向推广阶段的转换期，不同司法应用科技的转化速率和阶段不同，导致标准化和系统化缺乏统一规范的科技基础。目前中国法院的互联网司法建设处于法院探索创新发展阶段，法院具有相对的自主性，形成了较多可复制推广的互联网司法科技应用。例如：北京法院建立的分裁调一体化平台、广州互联网法院创设的 5G 网上庭审、北京互联网法院应用区块链科技建立的“天平链、江西法院建立的”“法官 e 助理”、重庆法院的“数智说”平台、上海法院打造的“智慧执行”综合平台等等。但是在法院互联网司法程序环节中，由于互联网科技应用难度不同，在互联

[11] 高司平：《充分发挥互联网司法优势 为统筹疫情防控和经济社会发展提供司法服务和保障》，载《人民法院报》2020 年 3 月 12 日，第 1 版。

网科技应用难度较低的网上立案、网上送达、网上缴费、网上裁判文书公开等环节已经形成较为成熟的科技标准，基本完成从实验阶段向推广普及阶段的转变，但是在推广普及的阶段由于各地各级法院的基础设备和接受程度不同，应用成果的转化速率也不一致。在对互联网科技要求较高的区块链科技应用的庭审证据的认定与保存、人工智能参与的精准性的类案检索、人工智能参与司法裁决等环节尚处于实验探索阶段，并且这一阶段将在较长时间内存在。正是由于阶段转化速率的异步和所处阶段的错位导致中国各地各级法院间互联网司法科技应用难以形成统一的标准要求，而标准的建立是实现系统化的基础，因而系统化的实现更加艰难。

2.互联网司法关键和核心科技尚未成熟

法院互联网司法关键和核心科技尚未成熟落地，成为影响标准化和系统化的技术难题。法院互联网司法数据的收集和分析能力是互联网司法科技应用的关键核心科技要求。在数据收集阶段由于网络带宽传输稳定性和数据存储器内存的限制，法院只能实现有限的数据收集、存储与共享，使得“数据孤岛”现象频发。在数据分析阶段，法院应用算法人工智能参与互联网司法科技与目前其他医疗汽车行业应用人工智能的差距较大，科技的应用转化率较低，对司法数据价值的挖掘深度不够。中国司法系统斥巨资力推的大数据及法律人工智能技术在司法实践中的运用效果并不理想，[12]目前仅在部分法院进行实验和尝试，同时未完全脱离人工的辅助。上述两点关键核心科技尚未成熟是影响法院互联网司法标准化和系统化的桎梏。

3.法院间互联网科技应用能力天然存在差距

法院所处区域和层级导致法院互联网科技应用能力自产生之初就存在差距，并且该差距在进一步拉大，使得标准化和系统化的两极差距较大。中国法院互联网司法建设的模式基本是率先将部分法院作为互联网司法相关科技应用的试点，一般是给予具有一定互联网司法工作基础的法院，例如杭州互联网法院的前身就是杭州电子商务网络法庭，同时给予试点法院较多的创新空间和政策倾斜和支持，在试点法院试验成熟的基础之上再进一步向全国法院推广。但是由于率先发展起来的部分法院在科技成熟度和人员业务素养和能力处于一种优势地位，容易导致法院互联网司法发展陷入“马太效应”中，在这种背景趋势下法院互联网科技应用能力差距会不断加大，距离建立法院间互联网司法科技应用的统一标准和系统化也会越来越远。

（二）互联网司法科技风险防控能力不足

目前中国法院信息化建设处于以数据为核心的 3.0 阶段，[13]以数据为基础的应用不断涌现，法院互联网司法对科技安全风险防控主要集中在数据资料的保护和数据分析过程及结果合理安全两个方面。其中对数据资料的保护本质上是对个人信息的保护，是对

[12] 左卫民：《热与冷:中国法律人工智能的再思考》，载《环球法律评论》2019 年第 2 期。
[13] 最高人民法院：《人民法院信息化建设五年发展规划(2019 一 2023)》，法[2019]79 号。

公民隐私权、人格权、人权的保障。[14]对数据分析过程及结果合理安全要求的本质是降低科技理性判断偏差对司法公平裁决的影响，保护司法公平正义的要求。在这一过程中相较于对数据安全的保障，在中国法院互联网司法建设中更侧重于数据收集渠道体量的增加和数据的应用，法院互联网司法对科技理性的风险防控意识仍然较弱，主要原因有以下两点。

1. 司法数据收集、传输、共享、公开存在安全隐患

法院互联网司法数据收集、传输、共享、公开中对司法数据安全保障不足。尽管中国部分法院逐步建立起数据等级保护制度和日常运维安全保障体系，但仅为少量法院的尝试性建设，大部分法院未开展数据分类分等级保护，缺乏统一的身份认证机制，日常安全运维主要依靠科技外包，由法院外的专业科技人员进行维护。在数据信息安全的预警和应急处置里领域尚处于探索阶段，距离人民法院设定的安全保障体系建设目标图像[15]中要求仍然存在较大差距，法院的互联网系统受到网络攻击被盗用破坏数据库或进行数据勒索时有发生。在法院司法数据公开环节存在部分数据公开漏洞，侵犯公民隐私权，例如：在裁判文书网上公开当事人患有艾滋病的个人健康信息等情况。[16]

2.司法数据分析过程合理性不可解释

数据分析过程转化为法院互联网司法裁决参考，算法过程是否合理，缺乏相应的过程性解释，无法判断科技理性存在的偏差甚至错误。算法是人工智能应用的核心，人工智能辅助司法是通过算法设计将司法数据转化为结果性判断，从而辅助法院司法各个环节，在这一过程算法具有的结果不可解释性、过程不透明性以及潜在的算法偏见，与司法公开、公平公正的价值追求相违背。算法公开涉及的知识产权问题，算法语言原理与一般解释的转化难题，导致中国法院互联网司法尚未实现公开算法的代码设计，出台公众易于理解的解释性内容。算法处于运行“黑箱”中，具有较强的隐蔽性。[17]同时算法中蕴含的设计者个人主观判断和大量司法数据中蕴含的个人信息带来的偏见在法院司法中被固化放大，冲击传统的道德伦理，影响法官公正的司法裁判，而不公正的司法裁判又进一步影响算法的再设计，使得司法中的偏见不断被强化，最终影响司法的公平正义。

（三）互联网司法应用忽视用户体验

法院互联网司法同传统法院司法的根本性区别在于将互联网科技运用到司法过程中，法院互联网司法应用同时也是互联网科技产品，法官及其相关工作人员和公众既是法院互联网司法参与者也是法院互联网科技产品的用户，这种双重属性要求法院应将法

---

[14] 张文显：《构建智能社会的法律秩序》，载《东方法学》2020 年第 5 期。

[15] 最高人民法院：《人民法院信息化建设五年发展规划(2019 一 2023)》，法[2019]79 号。

[16] 据最高人民法院网站 2019 年 7 月 16 日对《关于中国裁判文书网对艾滋病病毒感染者姓名进行隐名处理的建议》回复中指出司法解释中关于特殊人群隐私权保护的相关规定还有待完善，正在认真研究关于裁判文书上网公开当事人隐名以及隐私权保护的相关问题。

[17] 郑智航，徐昭曦：《大数据时代算法歧视的法律规制与司法审查——以美国法律实践为例》，载《比较法研究》2019 年第 4 期。

院司法便民利民的追求转化为对法院互联网科技产品用户体验[18]的关注。围绕影响用户体验的用户、产品、使用场景三点因素，各种用户体验不佳现象的产生原因主要可归纳为以下两类。

1.用户需求与产品功能不匹配

法院互联网司法用户的价值偏好、情感需求、使用期望、生理特点与法院互联网司法产品本身的实用性、便捷性、权威性不匹配。用户使用法院互联网司法科技产品的目的在于获得该产品的便捷高效属性，降低诉讼成本，实现纠纷合理解决的最终目的，但是这一最终目的在法院互联网司法科技产品中并未得到完全呈现，主要原因有以下三点。

第一，忽视用户自由选择使用和如何使用法院互联网司法科技产品的权利。在中国法院互联网司法科技产品快速推进的过程中，部分法院为完成法院互联网司法建设的指标，要求法院司法活动参与人必须使用线上方式参与，例如：要求律师必须网上立案，不接受线下立案[19]。在法院互联网科技产品使用时给予用户较少的选择，例如在立案缴费环节部分法院提供的用户支付方式单一，甚至需要专门开具特定银行卡。

第二，法院互联网司法科技产品缺乏当事人双方、法官三方沟通互动的及时性，存在互动延时，降低诉讼沟通效率。法院互联网司法科技产品将三方主体面对面的沟通方式转变为人—机—人的沟通方式，在这一过程中由于三方不能及时依据对方神态行动和情感的变化改变沟通方式，导致沟通的时差，降低信息数据传递的有效性，甚至部分参与人借助这一沟通时差拖延诉讼进程，例如：部分法官在立案审核借口科技技术原因拖延立案等。

第三，法院互联网司法科技产品增加了法官、当事人、律师等诉讼参与人的工作负担。法院互联网司法科技产品在数据收集阶段相比传统的司法收集更为海量的数据，海量数据未经筛选和加工的过程直接传输给用户，无形中会增加相关人员的案件阅读负担。例如：在线庭审笔录可采用录音录像的形式替代，或通过智能语音识别工具转化为庭审笔录，上述数据相比书记员记录和加工处理的庭审笔录数据体量更大。此外法院互联网司法科技产品的快速推进和应用未考量用户的生理特点，从法院法官及其工作人员角度看，一味追求法官线下工作的线上化，纸质办公的电子化，法官需要快速改变阅读纸质材料的习惯，长时间面对电脑屏幕工作，在一定程度上对法官的身体健康造成伤害。

2.产品运行与环境不匹配

法院互联网司法科技产品与用户所处的社会环境、文化环境和具体的场景不匹配，影响用户的对于产品的认知度、接受度和使用感。上述不匹配主要受以下两点原因影响。

第一，中国网民的总体数量、分布类型及素质与法院互联网司法科技产品运行的社会环境要求存在差距。目前中国互联网尚未实现 100%覆盖，截至 2020 年 3 月中国网

[18] 用户体验是人们对其所使用或者期望使用的产品、系统或服务的反应和结果。转引自胡柳婷：《基于互联网产品的协同体验的设计研究》，北京邮电大学硕士学位论文，第 13 页。

[19] 陈甦、田禾主编：《中国法院信息化发展报告（2020）》，社会科学文献出版社 2020 年第 1 版，第 22 页。

民规模达到 9.06 亿，互联网普及率达到 64.5%。农村地区群众互联网使用率较低，农村地区网民数量仅为 2.55 亿，仅占网民整体的 28.2%，[20]农村网民仅约占农村人口总数的 19%。中国网民整体学历中初中及以下学历占 58.3%。但法院互联网司法科技产品相较于一般的互联网产品更为复杂，专业性要求更高，这一产品定位与目前中国互联网普及现状不匹配。

第二，用户审判场景从线下开庭到在线庭审的转换，使得司法裁判的权威性和“体感公正”[21]受到影响。法院线下的审判仪式一般在法院专门法庭进行，庭审环境庄严肃穆，庭审流程井然有序，对各方主体的衣着、举止、言语等均有严格的要求，上述仪式将抽象的法律权威具象化，使得司法审判给予当事人一种司法权威公开公正的体感。在线庭审中尽管部分法院制定了专门的庭审规范，然而由于科技应用水平和当事人对于传统庭审仪式感的认知和感受短期难以改变，无法实现司法审判仪式感的生成。[22]

（四）互联网司法缺少程序运行的法律规范

目前中国法院互联网司法处于从部分法院试点逐步向全国法院推广阶段，各地各级法院也制定了与法院互联网司法有关程序的司法解释和规范性文件，较好呈现了法院互联网司法近年来发展的智慧，但是上述内容不能完全满足法院互联网司法的需要，主要原因有以下三点。

1.法院互联网司法程序规范较少且分布零散

由于中国法院互联网司法程序规制的相关规范在近几年才有所发展，仅有最高人民法院、互联网法院、部分地方法院指定的司法解释与文件。最高人民法院关于法院互联网司法程序规范内容主要集中于人民法院庭审录音录像、互联网公布裁判文书、互联网公开审判流程信息、一站式多元解纷机制和一站式诉讼服务中心、互联网法院审理案件若干问题的规定，[23]三家互联网法院针对各自法院实践，先后出台了规范电子诉讼、诉讼平台、在线庭审的规范，[24]各地法院也在尝试出台相关网上诉讼指南规程，例如浙江、天津、重庆、广州等法院。[25]上述程序规范均从本区域法院实际状况出发制定，有的对法院互联网司法各个程序统一规定，有的针对法院互联网司法某一具体程序进行规制的，规制的出发点、开展方式、使用范围口径差异较大，导致程序规范内容的可复制可推广性较差，法院互联网司法部分环节处于“无法可依”的野蛮生长状态。

---

[20] 中国互联网络中心：第 45 次《中国互联网络发展状况统计报告》，第 24 页。

[21] 陈甦、田禾主编：《中国法院信息化发展报告（2020）》，社会科学文献出版社 2020 年第 1 版，第 319 页。

[22] 刘伟兵、龙柏林：《仪式感如何生成——仪式发挥文化功能的运行机理研究》，载《西南民族大学学报(人文社科版)》2020 年第 2 期。

[23] 《最高人民法院关于建设一站式多元解纷机制 一站式诉讼服务中心的意见》法发[2019]19 号、《最高人民法院关于互联网法院审理案件若干问题的规定》法释[2018]16 号、《最高人民法院关于人民法院通过互联网公开审判流程信息的规定》法释[2018]7 号、《最高人民法院关于人民法院在互联网公布裁判文书的规定(2016 修订)》法释[2016]19 号、《最高人民法院关于新冠肺炎疫情防控期间加强和规范在线诉讼工作的通知》（法〔2020〕49 号）。

[24] 北京互联网法院发布的《北京互联网法院电子诉讼庭审规范》、广州互联网法院发布的《广州互联网法院关于在线庭审若干问题的规定（试行）》、杭州互联网法院发布的《杭州互联网法院诉讼平台审理规范程》。

[25] 《天津法院在线诉讼规程（试行）》2020 年 4 月、《广州市中级人民法院诉讼费网上退费管理办法（试行）》2020 年 7 月、重庆市《关于规范在线庭审活动的工作规则（试行）》2020 年 3 月。

2.法院互联网司法程序规范与其他程序规范存在冲突

法院互联网司法程序规范主要涉及与中国《中华人民共和国民事诉讼法》、《中华人民共和国行政诉讼法》、《中华人民共和国刑事诉讼法》、《中华人民共和国人民法院法庭规则》等程序法规的冲突。由于法院互联网司法科技更新速率较快，上述法律中的内容无法涵盖和适应法院互联网司法科技带来的新问题，例如：对利用区块链科技固定的证据是否予以承认并未有明确规定，导致对互联网司法中有关程序和行为的合法性无法认定。甚至法院互联网司法程序规范内容与传统的司法程序规范内容存在冲突，例如：民事诉讼法第八十七条第一款规定判决书、裁定书、调解书不能电子送达，[26]与《最高人民法院关于互联网法院审理案件若干问题的规定》第十五条[27]中当事人同意可以电子送达裁判文书相互冲突等情况，类似冲突既减损一般程序法规的权威，同时也难以指导法院互联网司法的展开。

3.法院互联网司法程序规范法律效力有限

目前中国法院互联网司法程序规范尚未出台专门的法律，仅有最高院出台的几个针对法院互联网司法部分程序环节的司法解释，其余专门法院和地方法院的内容均为法院文件性质规范。法律位阶较低直接导致对法院互联网司法程序规制范围较窄，具有的立法权限少，各地法院制定的规范文件只对本区域内法院工作人员产生效力，无法对违反法院互联网司法程序的当事人设置违法责任，或只能设置较轻的违法责任，违法成本较低难以对违法当事人产生威慑，一部没有“牙齿”的法律规范在权威性和实施效力上都将大打折扣。

四、中国法院互联网司法的优化建议

（一）建构统一的法院互联网司法科技标准和系统

中国法院互联网司法科技标准体系的建构是实现法院互联网司法建设系统化的前提，是中国法院互联网司法完善的科技基础。法院标准和系统体系建立的目的是形成相对统一的标准，在此基础之上通过法院间信息数据的共享实现最终的系统化建设。在中国法院是主导互联网司法科技标准体系形成的关键主体，主要是发挥鼓励、支持、引导互联网司法科技标准和系统的作用。

1.加强法院同互联网科技公司的深入合作

法院应加强同互联网科技公司的长期联系与合作，促进科技成果转化为法院互联网司法应用成果。在市场经济背景下，社会公众对于法院互联网司法科技的需求难以直接转化为互联网企业深度开发法院互联网司法产品的动力，需要通过法院对互联网司法科

[26] 《民事诉讼法》第八十七条　经受送达人同意，人民法院可以采用传真、电子邮件等能够确认其收悉的方式送达诉讼文书，但判决书、裁定书、调解书除外。采用前款方式送达的，以传真、电子邮件等到达受送达人特定系统的日期为送达日期。

[27] 《最高人民法院关于互联网法院审理案件若干问题的规定》第十五条第三款 经告知当事人权利义务，并征得其同意，互联网法院可以电子送达裁判文书。当事人提出需要纸质版裁判文书的，互联网法院应当提供。

技的需求和资金投入，形成相关科技公司开发法院互联网司法产品的直接动力。在这一过程中应当加强法院和互联网科技公司就关键核心和前沿科技的深度合作开发，重点关注人工智能、区块链、庭审 VR 等先进科技在法院互联网司法上的应用，实现法院互联网司法科技研发重心从通用领域转向司法专用领域。[28]法院在保障公民信息安全的基础上应当加强与互联网企业合作信息和人员的沟通，建立长期的信息和人员的合作机制，打通法律语言逻辑和机器语言算法之间的壁垒，加快互联网科技转化为法院互联网司法产品的速率，形成符合法院互联网需求特征的互联网司法科技产品。

2.制定互联网司法科技标准和系统体系的顶层设计

法院的组织结构使得最高人民法院和上级人民法院提出和推行的统一科技标准和系统能够在不同区域和层级法院间实施，克服法院互联网司法能力区域和层级的差异，实现司法数据的流通与共享。法院在制定互联网司法科技标准和系统体系的顶层设计时应当考虑互联网科技更新的快速性和全国各地各级法院互联网司法的实际能力水平，在保持顶层社会基本目标与原则稳定的基础之上，使得联网司法科技标准体系的顶层设计具有相对的开放性和可实践性，形成长期、中期、短期的规划设计，有步骤分层次的推进互联网司法科技标准和系统体系的顶层设计和落地。

3.建立互联网司法标准和系统体系的评估机制

法院应建立互联网司法标准和系统体系的评估机制以评促建。法院互联网司法科技标准和系统要求的统一性和明确性，使其评估机制便于建立和开展。法院互联网司法科技标准和系统评估的关键指标设计与法院互联网司法科技标准和系统建设中目标要求具有基本一致性，但同时又应高于目标要求的内容，是对目标要求内容的一种理想状态的设定，可对法院互联网司法中客观内容和主观内容进行全面考察，具有相对的包容性、前沿性、创新性。通过专项评估形式可直接清晰了解法院互联网司法标准和系统中短板和漏洞，掌握部分法院先进和创新的科技，对全国法院的互联网司法标准和系统具有整体性把握，从而指导全国法院互联网司法标准和系统体系的设计和改进，达到建构统一的法院互联网司法科技标准和系统的目的。

（二）增强以数据安全为核心的法院互联网司法风控系统

法院互联网司法风控系统的核心在于保护相关司法数据的安全，围绕法院互联网司法数据产生和运行的初端——中端——末端，从法院互联网司法数据的收集、算法分析过程、算法分析结果运用三个阶段入手，建立数据运用全流程全覆盖的数据安全风控系统，从而实现对公民信息安全、法院信息安全、国家信息安全的风险防范。

1.司法数据分类分级加密保护

法院互联网司法数据收集内容应分类分级加密保护。在坚持和扩大人民法院对法院信息安全数据涉密和非涉密案件等级保护机制在全国法院逐步推广的基础之上，应当提

[28] 左卫民：《从通用化走向专门化:反思中国司法人工智能的运用》，载《法学论坛》2020 年第 2 期。

高法院对数据安全的加密科技，通过数字签名、对称加密、Hash 算法等科技，在隐私保护中采用隐私风险控制、隐私量化、匿名科技、泛化科技[29]提高法院对数据安全的加密保护。在司法数据公开中实现数据的脱敏，防止个人信息的泄露。同时统一法院相关人员身份认证，明确不同人员数据访问权限。

2.算法公开透明便于审查监管

法院互联网司法数据分析算法应便于审查监管，降低偏见歧视。主要通过降低算法录入数据本身具有的偏见和歧视，实现算法的相对公开透明和可解释、对算法实行专门的事前审查和事后审查等多种途径降低算法的偏见和歧视，而非简单的选择全面直接的算法公开。[30]在这一过程应当注意，算法在司法中的应用属于算法在公权力的使用，对于国家权力运行和相应机制的建成具有强化和引导作用，因此在司法要求的透明公开属性与算法作为知识产权保护对象的利益权衡中，应当将公共利益放在首位，再通过设置算法公开的范围和专门的审查评估机构，实现对算法作为商品的经济利益保护。

3.科技理性与法官裁量判断结合

法院互联网司法数据分析结果应同法官裁量判断相结合，从现今中国法院互联网司法数据分析科技能力看，人工智能科技做出的分析结果尚不能代替法院直接做出司法裁决，同时机器擅长于达到“回顾性要求”，但很难达到“前瞻性要求”的属性可能造成当下的判决理由无法适应未来而成为非正义源头。[31]此外人工智能直接做出的司法裁判依据也未有明确的法律地位。法院互联网司法数据分析结果所代表的科技理性应当与法官的认知价值判断相结合，以法官判断为主，人工智能分析分析结果为辅，人工智能分析判断的结果只有通过法官主观判断被采纳转化为法官个人认知才能作为裁决的依据。法官在司法审判中应当对法院互联网司法数据分析结果有选择性的接受和采纳，利用人工对分析结果进行查证和复核。

（三）打造以人为本的交互式法院互联网司法科技产品

人本是智能社会法律秩序的构成要素之一[32]，同样也是法院互联网司法科技产品的核心理念，强调法院互联网司法产品应关注用户需求心理和用户所处的客观现实环境，尊重用户选择，理解用户需求，考量运行环境，打造以人为本的交互式法院互联网司法科技产品主要包括以下几点。

1.准确把握法院互联网司法的应用限度

准确把握法院互联网司法的应用限度，赋予当事人自由选择是否使用以及如何使用法院互联网司法的自由。法院互联网司法与传统法院司法之间是互相协助融合的关系，

---

[29] 秦永彬，冯丽，陈艳平，黄瑞章，刘于雷，丁红发：《“智慧法院”数据融合分析与集成应用》，载《大数据》2019 年第 5 期。

[30] 参见梁志文：《论算法排他权:破除算法偏见的路径选择》，载《政治与法律》2020 年第 8 期。王夙，栾群：《人工智能发展中“算法公开”能否解决“算法歧视”》，载《中国计算机报》2019 年 10 月 21 日第 14 版。

[31] 吴涛：《论人工智能时代司法决策的情境主义——兼论司法人工智能的可解释性》,载《上海法学研究》集刊 2020 年第 5 卷。

[32] 张文显：《构建智能社会的法律秩序》，载《东方法学》2020 年第 5 期。

法院互联网建设应当以协助线下法院司法活动为目标，通过线上形式引导线下法院司法的开展，在线下司法模式难以满足当事人诉讼需求时，作为一种补充方式，而非以减少线下法院司法形式，提高线上法院司法覆盖率为追求。法院互联网司法的应用限度的把握应当尊重当事人的需求和选择，当事人既有选择使用线上方式的自由，也有不选择线上方式的自由，同时应当丰富法院互联司法各个环节用户参与的方式与渠道，为用户提供更多方式选择权，这也是对人民群众参与司法权利的一种保障，也是社会民主的体现。法院互联网司法科技产品只有在上述两点定位基础之上，尊重用户真实需求和情感选择，才能在整体上提高人民群众对司法的满意度。

2.优化法院互联网司法产品中人—机沟通方式和渠道

优化法院互联网司法产品中人—机沟通方式和渠道，提升法院互联网司法效率。优化人—机沟通方式和渠道的关键在保持人—机沟通效率的前提下，减少机器参与带来的不便，降低法官、当事人间人—机沟通的不适感。在法院互联网司法产品在科技开发过程中应当重视开发利用人工智能数据分析科技、人工智能辅助机器人、UI 画面设计、VR、5G 传输等科技，实现数据信息的筛选和分析，降低司法工作压力，迎合用户阅读和使用习惯，符合用户产品使用的生理特点，缩短机器沟通带来的延迟和画面的失真，提高沟通效率，最终提升法院互联网司法效率。

3.增强法院互联网司法产品的介绍、推广和引导

增强法院互联网司法产品的介绍、推广和引导，提升法院互联网司法形式的仪式感和权威感。法院互联网司法产品的推介应当根据产品设定的目标，结合具体群体特征，有重点的设置推介模式。在提升用户对法院互联网司法产品流程和使用方式理解目标上，应当关注法院互联网司法产品同一般互联网产品相比法律专业性要求更高，在全社会介绍、推广和引导法院互联网司法产品还涉及对法律专业知识的宣传。但由于实现全民普法又非朝夕之功，因此法院互联网产品在推介过程中应当抓住关键群体，包括律师及法律服务人员、法官及司法工作人员等在司法中作为公众参与司法的中介的人员。通过上述群体对法院互联网司法产品的充分了解，减少由于用户个人素质导致的对法院互联网司法满意度较低的情况。在提升用户对法院互联网司法形式仪式感和权威感培育上，要针对法院互联网司法形式和产品的合法地位、使用规范要求、违反后果、权威性等内容在全社会进行广泛宣传，将部分内容纳入国家普法计划中，在“法律六进”活动中结合实际案例进行讲解，通过长期具象的内容宣传，促进群众形成法院互联网司法形式权威性的理念。

（四）出台专门的法院互联网司法诉讼程序法

目前法院互联网司法中应用的相关实体法不断出台，例如《电子商务法》，《电子签名法》等，2020 年全国人大立法计划中更是明确提出要对《数据安全法》进行审议，实体法的快速发展为程序法的推进提供了立法的基础。但目前对程序法尚未有较多研究，

尽管 2020 年全国人大立法计划未明确将具体的法院互联网司法诉讼程序法纳入立法计划，但是强调要加强对人工智能、区块链等新科技新领域相关法律问题的研究[33]，加之由于法院互联网司法程序的特殊性难以被现有的相关程序法涵盖，因此出台一部专门的法院互联网司法程序法具有必要性和可行性，在制定法院互联网司法诉讼程序法中应注意以下三点。

1.适时出台统一的法院互联网司法诉讼程序法

首先在最高人民法院和地方人民法院电子诉讼规范经验整合基础上，适时出台统一的法院互联网司法诉讼程序法。目前看电子诉讼立法理论基础已经较为成熟，[34]但是仍缺乏形成专门的法院互联网司法诉讼程序法实践基础。最高人民法院仅有统一针对互联网法院案件审理的简单程序性司法解释，不能指导全国智慧法院的司法程序运行，因此目前贸然直接制定统一法院互联网司法诉讼程序法的时机尚未成熟。在现今阶段最高人民法院可针对各法院碎片化的电子诉讼规范，吸取其中较为成熟的内容，同时将已有的《关于互联网法院审理案件若干问题的规定》内容吸收，形成统一的法院在线诉讼程序的司法解释，逐步适用于全国的智慧法院。在司法解释的运行进入稳定期，各级法院对相关程序具有基本了解并形成一定的创新经验后，再将司法解释中成熟具有可行性的经验上升为统一的法院互联网司法诉讼程序法。

2.畅通互联网司法诉讼程序法与其他法律程序的衔接

制定法院互联网司法诉讼程序法，应注意与其他法律程序的衔接，更加开放和兼容，给其他规则的出现和使用留有更充分、更方便的接口，避免立法的冲突与重复。[35]由于目前程序法内容无法涵盖法院互联网司法诉讼程序内容，互联网司法技术更新速率较快，为维持其他程序法的稳定性和权威性，应当制定专门的法院互联网司法诉讼程序法。在制定的过程中需要注意以下两点问题，第一，应符合中国法院的审级制度和基本的诉讼程序要求，作为已有诉讼法程序的立法补充，目前在理论上这种定位也处于主导地位。[36]因此法院互联网司法诉讼程序法应主要对现有诉讼法未给予明确法律地位的电子送达有效性、电子证据认定等内容进行明文规定，而非对已有程序规定进行重复，力求法院互联网司法诉讼程序法有特色。第二，对于与现有程序法不可避免发生立法冲突的情况，最高人民法院可以通过出台司法解释方式或通过明确未来法院互联网司法诉讼程序法与一般程序法是否存在一般法与特殊法的关系，明确法律适用的先后顺序解决上述冲突问题。

3.提高法院互联网司法诉讼程序法的立法位阶和效力

保证法院互联网司法程序法在全国各级法院中统一广泛适用的前提是制定在全国

---

[33] 《全国人大常委会 2020 年度立法工作计划》 2020 年 6 月 1 日，http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202006/b46fd4cbdbbb4b8faa9487da9e76e5f6.shtml。

[34] 李少平：《最高法院副院长谈互联网法院五大发展趋势》，载微信公众号“网络法治国家中心”2020 年 8 月 15 日。

[35] 张文显：《智能社会与科学立法》，载《北京日报》8 月 24 日，第 10 版。

[36] 高翔：《民事电子诉讼规则建构论》，载《比较法研究》2020 年第 3 期。

范围内具有普遍效力的法律，通过全国人大审议制定专门的法律指导全国法院互联网司法程序的运行，较高的法律效力也是保障法院互联网司法程序独立运行，不受相关行政舆论因素影响的重要前提。此外应当厘清法院互联网司法程序法与其他民事诉讼法、刑事诉讼法、行政诉讼法的关系，这是解决法院互联网程序法与其他程序法位阶的本源性问题，但学界与实务界并没有形成统一认识，在目前情况下将法院互联网程序法作与其他程序法作为一般法与特殊法的关系是保障立法位阶和效力提高前提下的可行选择。

结语

近年来中国法院互联网司法建设的红利在疫情防控期间充分释放，其线上开展高效快捷便民利民的功能优势，有效弥补传统法院互联网司法能力的不足。但是疫情期间对法院互联网司法的大量需求也暴露了中国法院互联网司法中的一系列问题。

后疫情时期的中国法院互联网司法面对中国疫情防控与司法改革的双重要求，将不仅仅是疫情期间重要的司法应急机制，更会成为法院司法的基本构成和常态运行机制，必会迎来新一轮的创新发展。如何在这一过程中进一步完善中国法院互联网司法，形成较为成熟的理论和实践经验，在全国范围内普遍推广，是值得学术界和实务界充分关注和思考的问题。

论法律学说的司法运用

彭中礼[1]

【摘　要】在一定意义上说，法律学说是运行中的法律。法官对法条的援引本质上就是对学说的运用，而法律学说的司法运用又促进了学说的推陈出新。法律学说是裁判说理的理由来源，是司法论证的权威资源，更是规范适用的理论渊源。从实践层面来看，实证研究发现我国存在较多运用法律学说裁判的案例（包括指导性案例），其功能是进行法律解释、补充法律漏洞、创制法律规则以及创新法律学说；但问题较多，主要有法律地位较低、运用条件模糊、运用程序缺位以及运用方法欠缺等。构造法律学说的司法运用制度，要明确法律学说的实然地位，并确定法律学说司法运用的基本原则和前提条件，遵循正当程序，讲究运用方法。理论研究与实践探究表明，法律学说司法运用制度是当前我国司法改革背景下强化裁判说理的一项十分有价值的制度，也是理论演化的动力机制。

【关键词】法律学说；司法裁判；司法运用；理论演化规律

如果说司法是保证公平正义的重要防线，那么司法中的论证说理则是实现司法可接受性的基本保证。在司法改革推进过程中，如何加强司法裁判说理，一直都是极受关注的话题。其中，运用法律学说进行说理，已经成为裁判说理的重要依据。2018 年，最高法院颁布了《关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》（2018 年 6 月 1 日印发，6 月 13 日起实施）（以下简称“意见”）。“意见”第十三条规定，除依据法律法规、司法解释的规定外，法官可以运用“法理及通行学术观点”（法律学说）论证裁判理由。然而，对于何谓“法理及通行学术观点”，如何在司法裁判当中运用“法理及通行学术观点”，该“意见”并未详细规定，亦无其他规定予以补充。法律学说作为司法裁判的依据从古罗马开始就具有合法性，但是在当前我国规范主义盛行的法学研究中，关于法律学说司法运用的规律性、合法性研究严重缺位，导致法律学说司法运用制度缺乏科学构建，影响司法权威的树立。

当前，我国社会的急剧变化既要求法律学说对具体的裁判起微观指引作用，又要求对司法改革起宏观指导作用，进而推进司法裁判文书风格的变革，促成法律学说司法运用制度的形成。[2]甚至，基于社会的发展和时代的需要，还要求通过运用法律学说创新法律理论。本文基于已有学术成果，从法律学说的基本概念出发，考察比较法上的法律学说地位史，探讨裁判文书运用法律学说的基础理论，并就如何进行制度建构予以论证。

---

[1] 作者彭中礼，中南大学法学院教授，博士生导师（湖南长沙 410083）。
本文为国家社科基金项目“司法裁判过程中的人工智能应用研究”（18BFX008）阶段性成果。
2　比如现实主义法律学说对美国司法改革的影响十分巨大,促成了美国法律改革运动的蓬勃发展。参见 Brian Leiter, “Legal Realism and Legal Doctrine，”*University of Pennsylvania Law Review*, Vol.163,no.7，June 2015, pp.1975-1984.

从根本上说，法律学说的司法运用制度既是法律学说“存活”的生动实践，也是法律学说不断创新的动力源泉。对此展开研究，有助于深化对法律理论演化规律的认识。

一、法律学说概念及其司法地位流变

法律学说是人类思想体系的重要组成部分，它不仅在创制法律方面承上启下，而且在深化法治理念方面继往开来。作为人类文明的精髓，法律学说是法律史进步的阶梯和动力。[3]

（一）法律学说：内涵厘定与外延澄清

在一定意义上说，法律学说是运行中的法律。[4]几乎所有的法学家都会十分认真地建构法律学说，因为它是理论家们永葆常青的主要评价标准。[5]法律学说作为法的重要来源，被界定为“学者法”、“科学法”、“科学意见认可的法”、“书面上的法”、“法理学”等，成为法律科学话语中的核心问题。鉴于法律学说概念的复杂性和理解的多样性，研究者们在观念上和方法论立场上的多样性，导致人们在理解法律学说概念时难以意见一致。[6]

从词源来看，人们在使用英文对译法律学说时稍有区别。一种用法是以 doctrine（s）of law 对译法律学说，如《牛津法律大辞典》的中译本译者李双元教授把 doctrines of law 翻译成法律学说，[7]《元照英美法词典》中亦是如此编撰。另一种用法是以 legal doctrine 这一词语来对译法律学说，如佩岑尼克的著作“Scientia Juris：Legal Doctrine as Knowledge of Law and as a Source of Law”中译本译者将“legal doctrine”翻译为“法律学说”。[8]

从概念来看，无论是在词典中，还是在学术著述中，学者们对法律学说概念的界定一般从主体维度、内容维度、形式维度和效力维度展开考察，差异在于对各个维度强调的程度不同。一是从主体维度来看，法律学说是思想家们（法学家们）通过思想活动、学术研究或者科学探讨得出的理论。如有学者认为学说是“法学家们在其发表的论著中所反映的研究成果”[9]，也有人认为“学说是法学家对成文法的阐释、对习惯法的认知及法理的探求”[10]。二是从内容维度来看，法律学说是法律基本原理、道理的系统理论或

---

3 See Aleksander Peczenik，*Scientia Juris：Legal Doctrine as Knowledge of Law and as a Source of Law*，Nethelands:Springer，2005，pp.1-10.

4 Emerson H. Tiller and Frank B. Cross,“What is Legal Doctrine?”*Northwestern University Law Review* ,Vol. 100,no.I,2006.p.517.

5 Richard Noblesa and David Schiff,“Taking the evolution of legal doctrine seriously: review of Katayoun Baghai, Social Systems Theory and Judicial Review: Taking Jurisprudence Seriously,”*International Journal of Law in Context*,vol.13,no.1,2017,p.96.

6 I.V.Semenihin, “Legal Doctrine: Aspects of Understanding,”*Probs of Legality*,vol.141,no.8, 2018,p.11.

7 戴维·M.沃克：《牛津法律大辞典》，李双元等译，北京：法律出版社，2003 年，第 336 页。

8 历山大·佩岑尼克：《法律科学：作为法律知识和法律渊源的法律学说》，桂晓伟译，武汉：武汉大学出版社，2009 年，第 1 页注释①。但李双元教授则把 legal doctrines 翻译成法律原理。戴维·M.沃克：《牛津法律大辞典》，第 336 页。还有学者将 legal doctrine 翻译成“法理”。刘兆兴主编：《比较法学》，北京：中国政法大学出版社，2013 年，第 199 页。

9 约翰·亨利·梅丽曼：《大陆法系》，顾培东等译，北京：法律出版社，2004 年，第 84 页。

10 王泽鉴:《法律思维与民法实例》，北京：中国政法大学出版社，2001 年，第 299 页。

逻辑性理论。如沃克在《牛津法律大辞典》中说，法律学说是指“对于特殊情形有关的法律原则、规则、概念和标准，或者对案例类型、法律秩序各领域，按在逻辑上互相依赖的结构所做的系统阐述。”[11]《元照英美法词典》中说，法律学说意指“由官方和法学家发展和阐述的关于法律原则、规则、概念和标准、或案件类型、或法律秩序的系统理论，由此可以根据此系统及其逻辑内涵做出推理。”[12]三是从形式维度来看，法律学说是以著作、论文或者手册等形式体现出来。佩岑尼克说法律学说由专业的法律著作组成，例如手册、专著等。[13]还有学者认为可以在诸如专著、法律百科全书、法律词典、法律期刊上发表的法律论文等来源中找到法律学说。[14]四是从效力维度来看，虽然法律学说在特定时期的法律效力有所差异，但是整体上人们倾向于认可其作为法源或者裁判理由的地位。如罗科斯·庞德认为，“科学探讨，法国人把这称为学说，那就是，作者或评论者的讨论有可能被法院或立法机构赋予正式权威，并且把讨论以及探讨的结论运用于司法判决当中或体现于法律规则中。”[15]

然而，上述有关法律学说的界定维度忽视了三个重要问题：（1）忽视了历史维度，即法律学说应当具有历史沿革性，它在历史长河中不断发展，不断传承，但又不断扬弃；（2）忽视了社会维度，即法律学说应当具有社会物质生活条件的规定性，法律学说的发展与社会物质生活条件一致，受到社会物质生活条件的影响和制约；（3）忽视了规范维度。法律学说源于对社会生活的抽象概括，又能够反作用于社会实践，对社会关系具有规范意义。因此，界定法律学说概念不仅要明确主体和确定内容，也要适当注意法律学说的表现形式（至于法律学说的效力则与国家的立法政策有关），还要考虑到法律学说的历史维度、社会维度和规范维度。

综上所述，本文所运用的“法律学说”概念，是指法学家们基于法律文明的历史传承和现实扬弃，在特定社会物质生活条件下通过思想活动形成的，具有规范属性的，有关法律运行及其相关理论问题的科学思想体系。法律学说基于社会物质生活条件的实践逻辑，关切法律文明的历史逻辑，反思有关法律认知的理论逻辑，形成具有批判性、科学性和规范性的思想体系，融历史性、原创性和时代性于一体。可见，法律学说的来源有三：一是法律文明的历史传承和扬弃；二是社会物质生活条件在法律理论领域的规范性呈现；三是法学家对规制社会关系的规律性认识。

正确认识法律学说，就要认识到它的思想性、规律性、科学性和规范性四个特征。从法律学说的社会意义和现实作用来看，主要要强调法律学说的规范性。法律学说的规范性从三个层面体现出来：（1）从理论向度看，法律学说塑造了法律的思想体系。无论是法律概念的形成，还是法律体系的建构；无论是法条的设计，还是条文的诠释；无论

11 戴维·M.沃克：《牛津法律大辞典》，第 336 页。
12 薛波主编：《元照英美法词典》，北京：法律出版社，2003 年，第 430 页。
13 Aleksander Peczenik, “A Theory of Legal Doctrine,”Ratio Juris,vol.14,no.1,March 2001,pp.75-105.
14 I.V.Semenihin,“The Use of Legal Doctrine in Judicial Reasoning,”Problems of Legality,137,2017,pp.8-18.
15 罗斯科·庞德：《法理学》（第 3 卷），廖德宇译，北京：法律出版社，2007 年，第 289 页。

是制定法规则的塑造，还是制定法原则的形成，均体现了法律学说的长期努力。法学家们通过法律学说阐述了法律制度的基本原理，规划了法律制度的具体构成，在日积月累中不断推进法治理想。（2）从实践向度看，法律学说塑造了法律的运行体系。法学家们不仅设想法律制度，还在实践中反思法律制度。通过实践来反思理论，是法律学说经常做的事情。法学家们观察实践中的法律制度，批判具体的司法案件，反思着规则和原则的具体适用，琢磨着未来的法律改革，在长年累月的法律实践中践行法治理想。甚至，法律学说还能在司法中作为法源，在具体个案中引领司法实践发展。（3）从价值向度看，法律学说塑造了法律的道德体系。每个时代都有时代的价值观，每个时代的价值观与法律制度相融合，就会形成社会发展的合力。法学家们通过对法律体系价值观的塑造，将其注入到制定法当中，输送到司法裁判当中，完成人类生活价值法律化的塑造。

在法学领域，有三个概念与法律学说十分相似，需给予必要阐述，以澄清法律学说概念的外延。

第一个是“法理”。关于法理的概念，学者们多有论述，主要是从法律的道理、原理或者规律等层面进行思考。[16]如《北京大学法学百科全书》中对“法理”的界定是“蕴含于法中的道理，可用以说明某事物、某现象、某说法之类能够成立。”[17]《辞海》将“法理”界定为：“形成某一国家法律或其中某一部门法律的基本精神与学理。”[18]法理学界，张文显教授认为：“法理是人们对法的规律性、终极性、普遍性的探究和认知。”[19]部门法学者也探求过法理的概念，如梁慧星教授认为：“所谓法理，指依据民法之基本原则所应有的原理。”[20]王利明教授认为：“所谓法理，指的是民法的学说、理论。”[21]综合而言，所谓法理，应当是指法律的基本精神、原理和学理。法律学说与法理的关系可以概括为：法律学说是进行法理探索的结果，法理通过法律学说得以彰显。

第二个是“学者观点”。学者观点是法律学说的具体化，学者将自己的观点组建成逻辑严密的思想体系，形成法律学说。所以，凡学者均有观点，但并非所有学者的观点均能够成为学说。学者观点注重学者是否对某一事物或现象有自己的看法和见解，而法律学说更看重观点的思想性、逻辑性、系统性和规范性。

第三个是法学通说（通行学术观点）。所谓法学通说，是指基于某种法律实践的需要而依据一定的理论分析工具所得出的，能够被法律实践反复验证并取得学界普遍认同的法学理论。[22]法学通说一般是学者们对某个法律问题达成了高度的共识，且能够在法

16　对法理概念的资料收集和考证请见张文显：《法理:法理学的中心主题和法学的共同关注》，《清华法学》2017 年第 4 期。

17　北京大学法学百科全书编委会编:《北京大学法学百科全书:法理学·立法学·法律社会学》，北京：北京大学出版社，2010 年，第 243 页。

18　辞海编辑委员会：《辞海（缩印本）》，上海：上海辞书出版社，2000 年，第 1079 页。

19　张文显：《法理:法理学的中心主题和法学的共同关注》，《清华法学》2017 年第 4 期。

20　梁慧星:《民法总论》(第四版)，北京：法律出版社，2011 年，第 28 页。

21　王利明:《民法总则研究》(第二版)，北京：中国人民大学出版社，2012 年，第 68 页。

22　姜涛：《认真对待法学通说》，载《中外法学》2011 年第 5 期。 此外，还有学者介绍了通说形成的机制原理。参见黄卉：《论法学通说》，《北大法律评论》《北大法律评论》2011 年第 2 辑。

律实践中反复运用的学说或理论。法律学说作为法学家的观点，有可能成为法学通说。[23]

现代社会，法学研究者人数众多。凡法学研究者均可能有自己的学术观点，也能够进行法理探索，但并非人人都能建构法律学说，当然也难以让每个学术观点或者每种法律学说成为法学通说。

（二）域外法律学说司法地位的比较法考察

在域外具有法治传统社会，从柏拉图、亚里士多德等著名思想家谈论法治时始，到法治在一些国家的逐步实现，法律学说不仅源远流长，而且不断发展，推动了人类法治事业的进步。整体来看，在域外诸国，法律学说的司法地位均有从法源到裁判理由的历史变迁过程。

1.主要大陆法系国家法律学说司法地位的历史嬗变

大陆法系国家的法律学说源于古希腊，繁荣于古罗马。在罗马法时代，法律学说即法源。那时，著名的古罗马五大法学家们不仅著书立说，而且相关法律学说只要达成一致就具有法律效力。当时的具体情形是，东罗马帝国皇帝狄奥多西二世和西罗马帝国皇帝瓦伦提安三世共同颁布《学说引证法》。该法规定，遇有疑难问题，成文法无明确规定时，要按照帕比尼安等五大法学家的著述解决；观点不一致时，以多数观点为准；意见相当的，则遵照帕比尼安的学说。[24]

法律学说作为法源，在中世纪的西欧各国也有展现。比如在中世纪的意大利，在没有明确的立法和习惯之时，注释法学家阿库修斯的法律学说就是法律。如果阿库修斯有两个相反的观点，那么迪纳斯的观点就代表了法律。[25]14 世纪的意大利法学家巴尔多鲁的法律学说不仅在意大利拥有崇高地位，而且在西班牙和葡萄牙等国家，其学说也被奉为法律。[26]与此同时，在 14 世纪的德国，法官和诉讼人都向德高望重的法学家寻求专业意见。[27]

在近代法国，法律学说的法源地位一度被废除；直到现代，法律学说才又成为裁判理由。在 19 世纪早期，法典的颁布使法官十分排斥法律学说。那时，“（法国）最高法院的判决书中从不引论本院和其他任何法院以前的判决，甚至也不运用法律著作。”[28]19 世纪中叶，拉贝开创判例研究先河，学说才开始发挥批判性、独立性作用。普拉尼欧尔（Planiol）不仅认为判例是一种法源，而且主张，学说应承担起对判例和未决断的新问题提出意见的使命，从而确认了学说的评判作用。被《拿破仑法典》的立法者所窒息的

23　张志坡：《法学通说序论之一：通说的用语·概念·作用域》，载陈金钊等主编：《法律方法（第 17 卷）》，济南：山东人民出版社，2015 年，第 37 页。

24　巴里·尼古拉斯：《罗马法概论》，黄风译，北京：法律出版社，2004 年，第 36-37 页。

25　梅特兰等著：《欧律法律史概览：事件，渊源，人物及运动》，屈文生等译，上海：上海人民出版社，2008 年，第 115 页。

26　梅特兰等著：《欧律法律史概览：事件，渊源，人物及运动》，第 118 页。

27　梅特兰等著：《欧律法律史概览：事件，渊源，人物及运动》，第 285 页。

28　K·茨威格特、H·克茨：《比较法总论》，潘汉典等译，北京：法律出版社，2003 年，第 189 页。

学说，终于在普拉尼欧尔这里作为真正的科学恢复了其应有的地位。[29]但学术界的努力获得司法的认可需要时间的等待。“直到 19 世纪末，法国学者为之努力的学说才终于获得了公民权；最终，在 1967 年 1 月 18 日，Aix-en-Province（指普罗旺斯地区艾克斯——笔者注）的法院在判决中宣告：‘如无判例，则解释法律、为实务家提供帮助，就是学说的任务。’”[30]

虽然在近代法国法律学说的地位很低，但是它在德国却被认真对待。其中最根本的原因在于，法国法院（特别是最高法院）不愿意进行裁判说理，相比之下德国却更为重视用法律学说来表达裁判理由。“德国最高法院在表述判决理由时，旁征博引，有如教科书。而法国最高法院的判决书却仿佛碑文一般惜墨如金，只用个‘鉴于’句式便完事。”[31]

2.主要英美法系国家法律学说司法地位的历史变迁

在英国早期历史上，权威法学著作就是法律渊源。当法院无法找到合适的先例之时，它可能寻求教科书的支持（legal textbook）。按照写作年份的先后，这些教科书被分成不同等级，只有历史上的经典名著（venerable works）才可以被当作法律渊源。其中，12 世纪格兰维尔（Glanvill）、13 世纪布拉克顿、17 世纪柯克以及 18 世纪布莱克斯顿的作品常被用作权威法律渊源。那些产生于 1765 年布莱克斯顿《英国法评论》之后的理论作品则不被认为是权威法律渊源。尽管如此，法院也还是会经常诉诸那些被广泛认为是经典的作品以帮助确定此时的法律。[32]

在近代英国，法律学说在司法中不受待见，直到现代才有改观。由于法学教育不是在法学院展开的，所以英国的法学院类似今天的“职业学校”，它的任务仅仅只是培训职业律师。即使是英国政府需要进行政策咨询之时，寻找的往往是出庭律师和法官，很少咨询学者，学者们在此时被称之为“地位寒微的法律学究”[33]，法官也不可能从法律学说那里寻求思想支持。直到今天，英国法律学者们的地位才有明显提高，法官们开始更加关注法律学说。[34]

美国法官并不拒绝援引法律学说作为裁判理由。20 世纪美国法律理论为司法实务作出了巨大贡献。[35]卡多佐说：“我们越来越倾向于向法学家而非律师或法官的作品中

29　大木雅夫：《比较法》，范愉译，北京：法律出版社，1999 年，第 276-277 页。

30　大木雅夫：《比较法》，第 277 页。

31　K·茨威格特、H·克茨：《比较法总论》，第 199 页。

32　Gary Slapper and David Kelly, *English Legal System*, 5th edition, London: Routledge Cavendish Publishing Limited, 2003, p.5.

33　R.C.范·卡内冈：《法官、立法者与法学教授》，薛张敏敏译，北京：北京大学出版社，2006 年，第 53 页。亦有学者评述法律学说在英国的地位时指出，普通法或法官创制的学说，曾经一度是批评和嘲笑的对象。See Chaim Saiman, “Restitution and the Production of Legal Doctrine, ”*Washington and Lee Law Review* ,vol.65, no. 3 (Summer 2008):pp.993-1044.

34　阿蒂亚等人说：“今天英国法律学者们在政策的制定上扮演着比以前更重要的角色……法官们也开始更多的关注法律方面的学术著述，他们中越来越多的人在走上法官岗位前上过法学院。还有许多英国法律期刊明显更多地致力于关于法律的学术探讨，这与所出版的法律著作的水平不断提高交相辉映。”[美] P.S.阿蒂亚、R.S.萨默斯：《英美法中的形式与实质》，金敏等译，北京：中国政法大学出版社，2005 年，第 325 页。

35　Neil Duxbury, Random Justice: *On Lotteries and Legal Decision-Making*, Oxford: Oxford University Press, 1999, p.24.

寻求可以指导判决的灵感。”[36]在美国，法律学说的作者既有法官，也有学者，如波斯纳所说：“还不仅是非学界人士的法官撰写过影响深远的法学著作，而且还有当年的领军法学教授出场的学术著作，也都很接地气——那是影响了美国普通法的著作和论文、法律专著、法律陈述以及模范法典，以及那些曾塑造了人们对整个司法过程理解的著作和论文。”[37]

（三）我国法律学说的司法地位考察

1.我国历史上法律学说的司法地位

我国的法学思想出现较早，远在西周时期就有了“天罚”“明德慎罚”学说。[38]在春秋战国时期，有关法律的学术观点随着立法活动的大幅度增加而不断发展。诸子百家中，不仅有专门传授法律的私人教育机构，而且以孔子为代表的思想家们也开设了“政”“法”课程。[39]此时的法律学说处于萌芽时期，虽然对立法已经有了一定的影响，但是尚未完全延伸到司法领域。

自汉以后，在司法中运用法律学说的现象开始出现并逐渐繁荣。最典型的例证为董仲舒提倡的“春秋决狱”，即在司法裁判中除了用法律之外，还可以用“六经”中的思想进行说理，甚至作为案件裁判的依据。汉代是私家注律开始兴起时代，因为“官府承认诸家之说，并用以断狱，显示了律学的兴起，及其对司法起到了不可忽视的作用”[40]。到了东汉，郑玄著有《汉律章句》，这是一部完备的律学著作，“天子于是下诏，但用郑氏章句，不得杂用余家。”[41]皇帝的命令，使得《汉律章句》成为重要法源。[42]

在魏晋南北朝时期，法学家的注释经过圣裁亦可以成为法源。西晋时张斐与杜预对晋律进行了较为详尽的注解诠释，晋武帝批准他们二人的解释具有与法律同等的效力。[43]

唐代官方和民间的法律（学）作品开始丰富起来，法律学说被司法运用的现象屡见不鲜。由于唐初皇帝重视立法和司法的统一性，有法律效力的注释律学转由官方掌握，最具代表性的律学著作是长孙无忌等人撰写的《唐律疏议》。《唐律疏议》虽为官方注律，具有法律效力，但也体现了律学家之学说贡献。[44]

作为法律学说，律学在明清时期的司法裁判当中也不断地被运用，成为司法裁判的重要依据。此时，官方和民间注律活动十分兴盛，达到了中国历史的巅峰时期。当时，名幕沈之奇所著的《大清律例辑注》，对清代的立法、司法均产生了重要影响，标志着

36 Benjamin Cardozo, *The Growth of Law*, New York:Greenwood Press, 1924, P.11.
37 理查德·波斯纳：《波斯纳法官司法反思录》，苏力译，北京：北京大学出版社，2014 年，第 383 页。
38 何勤华：《中国法学史》，北京：法律出版社，1999 年，第 42-43 页。
39 何勤华：《中国法学史》，第 62-63 页。
40 张晋藩主编：《中国法制史》（第二版），北京：中国政法大学出版社，2007 年，第 202 页。
41 房玄龄等:《晋书》卷三十，北京：中华书局，1974 年，第 922-923 页。
42 张晋藩主编：《中国法制史》（第二版），第 204 页。
43 何勤华：《中国法学史》，第 327-328 页。
44 张晋藩主编：《中国法制史》（第二版），第 208 页。

清代律学摆脱明代的影响而走上独立发展的道路。[45]司法实践中，各地刑署衙门多援引《大清律例辑注》、《大清律例集注》（万维翰著）、《读律佩觿》（王明德著）等律学著作，作为断案定性的依据。[46]

2.新中国成立以来法律学说的司法地位

新中国成立以后，我国废除了国民党统治时期的“六法全书”，开启了新的历史纪元。新中国的成立，“标刻了中国社会主义法治的起跑线，激活了中国法学发展的生命原点”[47]。

在新中国成立初期，我国在法制建设领域动作频繁。不仅健全了基本政治制度、经济制度和社会制度，而且颁布了一些保障人权的基本法律，国家法制建设开始步入正轨。虽然我国当时采用的是全面借鉴苏联的法制制度，但是制度建设的基础还是相当薄弱，再加上反共、反华势力猖獗，严重影响了正常的法制建设。新中国成立后不久虽然也成立了专门的法律院校培养政法人才，然而受当时时局的影响，法律学说的发展并不充分。在司法裁判中，虽然当时法律数量稀少，但是法官并不重视法律学说。“文革”到来之后，不仅政法院校被迫解散，而且法学教授们几乎都被打成“反动知识分子”，被迫停止学术研究。在这个学术发展的“寒冰期”，法律学说的发展几乎停滞。

改革开放以后，中国法学发展进入新的历史春天。与经济社会发展同步的是，法学也获得了迅猛发展，中国法治建设进入了“快车道”。“法治奇迹推动和保障了经济奇迹与社会奇迹，而法学则引领和支撑了法治奇迹。”[48]我们不仅培养了越来越多的法学人才，而且产出了越来越多的法学著述，诞生了一批有影响力的法学家，[49]法律学说的发展进入了一个前所未有的繁荣期。从立法来看，虽然在大的领域已经可以做到有法可依，但是依然存在较多的法律空白领域。在司法实践中，受到外来法律思想的影响，法律学说在司法中被运用的现象虽然偶有出现，但尚未被广泛推广，法律学说与司法实践理性互动的良好局面尚未形成。

总之，中国法律学说司法地位演变历程考察表明，法律学说在司法史上的法律地位虽有反复，但是整体而言对司法发挥了重大促进作用。

二、法律学说司法运用的理论基础

在法治实践中，基于司法运行的特定规律，按照司法过程的逻辑展开，司法裁判必然经历说理、论证和适用三个核心环节。在司法过程中，强调裁判说理是整体要求，充分司法论证是具体路径，进行规范适用是必然结果。从理论上考察法律学说的司法运用，就应当从这三个层面来进行反思和诠释，实现法律学说与司法裁判的实践统一。具体来说，法律学说可以为裁判说理提供诸多理由，作为裁判理由的重要来源；可以为司法论

45 张晋藩:《清律研究》，北京：法律出版社，1992 年版，第 166 页。
46 何敏：《从清代私家注律看传统注释律学的实用价值》，《法学》1997 年第 5 期。
47 张文显：《在新的历史起点上推进中国特色法学体系建构》，《中国社会科学》2019 年第 10 期。
48 徐显明：《中国法理学进步的阶梯》，《中国社会科学》2018 年第 11 期。
49 比如，我国从 1995 年开始进行“全国十大杰出中青年法学家”评选，该活动已经进行了 25 年。到目前为止，已经评选了八届（第九届“全国十大杰出中青年法学家”评选活动正在进行）。

证提供充分的论证依据，作为司法论证的“权威资源”；可以为规范适用准备充分的理论依据，作为司法论证的“理论渊源”。

（一）作为裁判说理的理由来源

司法过程中，裁判说理既是实现裁判合法性和合理性的重要途径，也是评判国家司法制度是否先进的重要标准。司法裁判要能够连接事实与规范，就必须提供正当理由。[50]裁判说理，就要找到“理”之所在，把“理”讲清，让诉讼两造皆服。裁判文书所说之理，主要有事理、情理、法理、学理和文理。[51]法律学说是对学理的探索，通过逻辑性和严谨性来表达科学性，进而实现权威性。“（经论证而做出的理性意见是）判决的证成根据，同时，它也尽可能具有说服力。”“在判决中，理性意见被用来说明判决的正义，并劝服败诉方，使他相信对他不利的判决是逻辑过程的必然结论，而非压制和武断的即兴作品。”[52]从这个意义上说，法律学说诠释了规则体系的逻辑性，表达了行为可控的规律性，从论证结果来看有助于提升司法裁判的说服力。

第一，法律学说可以形塑法律规则的内在精神。不仅是判例法的构建需要法律学说，成文法的具体化和体系化更离不开法律学说。[53]成文法时代，法学家们在法律规则的形成（立法）过程当中具有举足轻重的作用，通过立法，让法律条文承载具体学说。任何一种学说，无论其立场如何，均会内含特定的价值取向。在法治背景下，法律学说要能够获得认可、推广，必须与法治的精神理念一致。为此，通过法律学说设计的法律规则也就蕴含了法治的精神理念。基于此，法官在司法裁判中引用法律学说说理，更有助于司法者较为准确地理解法律条文，让判决结果符合法治的内在精神。

第二，法律学说可以填补法律文本的实践鸿沟。具体法律规则一旦确定，就会以文字的形式稳固下来。理想中的司法裁判只要将法律文本上的文字转化为裁判文书上的文字即可，但是现实中的司法裁判往往比理想要复杂。究其原因，一方面是案件事实本身很难客观确定，另一方面是法条本身也不确定。[54]可见，在法律规则与司法裁判之间，有一道天然的实践鸿沟。填补实践鸿沟，即司法者的职责。法律学说就是法官填补法律规则与司法裁判实践鸿沟的重要工具。法律学说来源于法学家们对社会关系的规律性认识，对如何规制具体的社会关系有独特的建设性思考。[55]因此，法律学说能够缩小甚至是抹平法官在司法实践中所遇到的实践鸿沟，从而迅速地裁断案件。日本学者大木雅夫在分析德国潘德克顿教科书时指出：“这些教科书根据哲学思维，对大量判例进行分类整理，以确保实用性与学术性二者并重……他们可以在实践中直接利用，但绝非向实务

---

50 Neil MacCormick and Ota Weinberger,*An Institutional Theory of Law——New Approaches to Legal positivism* ,Holland:D. Reidel Publishing Company,1986,p.190.

51 胡云腾：《论裁判文书的说理》，《法律适用》2009 年第 3 期。

52 皮罗·克拉玛德雷：《程序与民主》，翟小波、刘刚译，北京：高等教育出版社，2005 年，第 40 页。

53 Mark Van Hoecke and Mark Warrington,Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a new model for Comparative law ,*International and Comparative Law Quarterly*,vol.47,no.2,July 1998.p.32.

54 See Jerome Frank,*Law and Modern Mind*,Anchor Books edition,New York: Brentano’s Inc．1963,pp. x -ix.

55 Aleksander Peczenik，*Scientia Juris：Legal Doctrine as Knowledge of Law and as a Source of Law*，p.4.

界卖弄学问。毋宁说，这是在高尚意义上的、从学术立场出发的对法律实践的指导。”[56]经过潘德克顿法学熏陶的德国法官们，十分愿意引用法律学说，特别是当法律学说能够具体地指出法律规则应当如何适用，并保证法律规则的适用与司法实践完美匹配的时候。

第三，法律学说引领司法裁判的价值取向。法律带有强烈的规范目的，承载特定的价值目标。麦考密克说：“人们认可法律，是因为他们期待的事务状态应当建立在某种公正和其他良好价值的基础之上。”[57]法律价值的实现，终需通过司法裁判来具体落实。通过司法实现法律的价值，带有法官的主观衡量痕迹。“在法律为法官参与正义问题的决定留下余地，并且法律的价值决定以及其他材料都不能为（确定）有公认力的正义观念提供可靠依据的情况下，决定的作出只能以法官个人的法感受为基础，尽管它（显然）有很大的局限性。”[58]但是司法者的法感受并非完全的个人感觉，而应当有比较客观的依据。为了让裁判结论所追求的价值更加符合社会的正义观念，司法者就会撇开与个人喜好相关的事务，转而运用法律学说等来引导司法裁判的价值取向。

（二）作为司法论证的权威资源

论证是实现司法判决具有可接受性的重要方法。爱默伦等学者认为，论证是一种言语的和社会的说理行为。每个理性司法者通过提出一组主张，对某个有争议的观点进行证明或反驳，旨在增强或减弱听众或读者对该观点的接受程度。[59]在司法裁判过程中，论证普遍存在，因为“司法裁判在本质上不仅是一种法律论证活动，而且是一种依法裁判的论证活动。”[60]法官作为裁判结果的提供者，应当对其做出的裁判结果进行必要的论证。但论证目的或论证对象不同，论证的方式可能有差异，论证的理由也可能有差别。“论据的非独创性以及这些论据是牢固地建立在既定法律、政策或其他权威性依据的基础上，来确立你的公信力，同时准确告知读者这些依据各自的分量。”[61]法律学说作为一种经验命题，在司法论证过程当中起到十分重要的作用，因为它给出了理性的解答，提供了知识的力量，引领时代的发展。

第一，从司法论证的起点来看，法律学说为聚焦中心论题提供经验知识。作为有待于证明的命题，论题在司法裁判中备受关注。在司法裁判中，司法者并非自说自话，应当将裁判文书作为对话、沟通、论辩的平台。要说服当事人，司法者首先要说服自己。司法说服，第一步就是要总结和归纳司法论证的中心论题。论题不仅带有强烈的个案导向，也是案件普遍性问题的重要表现。中心论题概括不准确，司法说理就会失去对象。例如，在著名的里格斯诉帕尔默案件中，继承人杀害被继承人是否有继承权是中心论题。

56　大木雅夫：《比较法》，范愉译，北京：法律出版社，1999 年，第 278 页。
57　尼尔·麦考密克：《法律推理与法律理论》，姜峰译，北京：法律出版社，2005 年，第 226 页。
58　齐佩利乌斯：《法学方法论》，金振豹译，北京：法律出版社，2009 年，第 26 页。
59　V.F. H Eemeren, R. Grootendorst , and A. F. S. Henkemans .“Fundamentals of Argumentation Theory: A Handbook of Historical Backgrounds and Contemporary Developments，”College Composition and Communication,Vol.48,no.3,1996,p.5.
60　雷磊：《法律体系、法律方法与法治》，北京：中国政法大学出版社，2016 年，第 239 页。
61　纳迪尔·E.内奇尔：《法律推理、研究与写作方法》，北京：知识产权出版社，2013 年，第 84 页。

[62]又如，在刑事案件中，有关罪与非罪、此罪与彼罪等问题，本质上也是中心论题的确定问题。司法者要进行裁判说理，就必须要能够概括出这一中心论题，然后才展开论证。但是中心论题的获得，并非必然简单明了。这既可能与案件事实相关，也可能与司法经验相关，更可能与知识阅读相关。有时，法律学说已经概括了社会生活中的问题性质，可以帮助司法者凝练、聚焦中心论题。更多的时候，法律学说只是为确定中心论题提供智识支撑。总之，法律学说作为源自法律实践的理论，必然能够基于个案的具体问题而反映普遍性的实践问题，指引司法论证。

第二，从司法论证的目的来看，法律学说可以聚焦司法论证的核心论点。在论辩结构中，论点是核心要素。凡论辩必有论点，即体现言者的核心思想。司法裁判的论点就是司法裁判做出决定的依据之一，代表了司法者的裁判意见，它由诉讼事实和证据来支撑。司法裁判的论点既是司法论证的起点，也是司法论证的终点。如在里格斯诉帕尔默案件中，基于中心论题，法官厄尔和法官格雷分别提供相反的论点，厄尔认为继承人杀害被继承人不能获得继承权，而格雷认为继承人杀害被继承人可以获得继承权。从司法论证的角度看，两位法官实际上就该案已经做出了自己的判断，分别聚焦了论点，然后再根据已有判断寻找论据进行论证。司法论证并非要求司法者时刻创新论点，相反，在必要的条件下，根据已有的经验进行“复制”，更能体现出司法本身的公正性。正是从这个层面看，法律学说可以为司法论证提供权威论点。法律学说本身是知识的集中体现，对人类社会的行为进行了必要的总结，甚至可能为已有的司法问题提供了答案。对于司法者而言，选择法律学说作为论点，可以引导人们注意到论点的权威性，从而让案件当事人承认司法决定的客观性。

第三，从司法论证的过程来看，法律学说可以作为司法论证的权威论据。司法者在司法裁判当中要实现理论上的自足与裁判结构的融洽，就必须将司法论证过程置于开放的体系当中来完成。如果一个司法决定是由司法者按照合理的推论规则得出结论，所依据的前提是合理的，且整个论证过程符合逻辑要求，则结论就是可接受的。依此而言，法律学说正是司法决定的权威论据。所有的论证过程都是司法者洞察案件本质，运用权威话语凝聚资源充分论证的过程。可见，选择权威人士的相关话语作为论据，可以取得事半功倍的效果。如在里格斯诉帕尔默案件中，厄尔要证明继承人杀害被继承人不能获得继承权，首先就要试图论证立法的目的应当是什么。已有法律学说对此进行过论证并得出了权威结论，厄尔法官直接引用该法律学说的结论作为论证依据，而不用再行论证。此如伽利略在比萨斜塔论证了两个不同大小的铁球会同时落地一样，后人只需用这个结论（“两个不同大小的铁球同时落地”）作为论据就行，论证过程和论证方法因为已经被充分论证而省略。当然，有时候司法者引用法律学说，也不一定是因为其权威，而是因为其合理。比如格雷法官说，最近出现了一种新的情况是，有些鲜为人知的学者的意见

62 Riggs V. Palmer Court of Appeals of New York, 1889.

也可能被法院采纳。法官采纳这些学者的意见的原因并非因为其权威，而是因为在法院看来其是合理的——不论是从论证过程来看，还是从论证结果来看——且与特定案件中的论证过程和结果相一致。[63]

从逻辑上讲，司法者在司法裁判过程中依赖的推理规则和逻辑前提，都是人类自身构建的规范性知识。正是因为人类在社会发展当中依据逻辑规律创建了相应的知识和思想，从而为司法裁决奠定了理论基础。法律学说所构建的推理规则一旦被人们所认可，就会成为司法论证的前提。司法论证的过程本身就是思想与思想的对话过程，或者说是一种知识对另一种知识的承认和认可过程，因而引用法律学说与司法论证能够有效契合。

（三）作为规范适用的理论渊源

司法作为实现正义的最后一道防线，既是实现权利义务分配的具体进路，也是保证公平正义的较好制度安排。最近两个世纪以来，随着人类大规模立法的逐步完成，法学家们明显更为关注司法的研究。司法的过程，核心是法律与相关规范适用的过程，如麦考密克所说："适用规则的过程对于法律活动来说是中心环节。"[64]因为司法者进行裁判的过程不仅仅只是适用法律的过程，还包括可能适用其他形式的社会规范，因此广义的司法裁判过程应当是包括法律学说在内的规范适用过程。

第一，从规范适用的目的来看，法律学说是引领多元规范正当适用的理论渊源。一切科学的形成，皆源于思想的建构。法律制度的形成，从一定程度上说亦是源于法律学说的建构。法律学说是制度建构的基础，法官引用法律学说可以成为理解法律制度的诠释性材料。范·胡克等人说："除了在事无巨细的法典编纂（主要指《拿破仑民法典》）后的小段时间外，法律学说乃是建构判例法、成文法以及习惯法所必需的。"[65]法治时代，法律是中心，其他规范形式是补充，这并不意味着法律是司法的唯一适用规范，也不意味着司法只适用法律这一种规范。随着人类对成文法弊端的逐步发现，其他规范形式更多地进入司法者的视野，其中法律学说更是如此。法学家们为克服成文法的弊端，创造出了包括法律学说在内大量多元规范适用的理论。一方面，这些理论探索了多元规范适用的正当性，另一方面，这些理论也为法律学说进入司法提供了更为深刻的理由。通过法律学说的理性诠释，人们可以清晰地感知现实世界与法律制度之间的距离；司法者在面临多元规范适用选择之时，也会考虑多元规范与个案之间的可匹配性，自觉进行正当性衡量。

第二，从规范适用的方法来看，法律学说是阐述多元规范适用方法的理论渊源。司法裁判要能够准确沟通法律生活与个案，就必须能够在既有法律和其他社会规范之间找到必要的平衡点。但是，无论适用何种规范，都需要有方法作为理论储备——既包括司

---

63 John Chipman Gray,The Nature And Sources Of The Law,New York: Columbia University Press,1909.p.260.

64 尼尔·麦考密克：《法律推理与法律理论》，第 1 页。

65 马克·范·胡克、马克·沃林顿：《法律文化、法律范式与法律学说——迈向一种新的比较法研究模式》，魏磊杰译，《人大法律评论》2010 年卷。

法适用法律规范的方法，也包括适用判例、法律学说或者其他规范的方法。法学家们通过法律学说创造出了相应的方法体系，并形成了一套严格的理论予以支撑，为司法者提供了寻找智识指南。当司法适用法律规范时，司法者需要在法律规范之内思考裁判的合法性，此时是法律方法在提供支撑；当司法适用法律学说等其他社会规范之时，司法者不仅需要思考该种社会规范的合法性，也要思考如何实现合法适用，此时也需要方法提供支撑。在里格斯诉帕尔默案件中，法官引用了学者卢瑟福的经典名句："当我们运用合理性解释时，我们有时会为限制作者的意义表达而对文本作限制解释，有时会为扩展或增加作者的意义表达而对文本作扩张解释。"然后法官又引用培根的话语说："通过衡平解释，一个不包括在制定法字面含义之内的情形有时可能被认定包括在制定法之内，比如为损害提供救济就在制定法之内。"[66]在这里，司法者要突破既有的法律窠臼，又要彰显突破法律具有合理性，已有的法律学说就发挥了巨大作用，甚至法律学说本身为自己作为法源的出处提供了科学的方法。可见，法律学说为解释多元规范如何适用提供充分的方法依据。

第三，从规范适用的结果来看，法律学说是推动多元规范适用创新的理论渊源。司法裁判是法治发展的动力机制，法律学说是推动多元规范适用的源头活水。通过运用法律学说实现法律规则或者法律学说创新，是司法过程中推动多元规范适用创新的应有之义。关于司法过程性质的讨论，有两种观点：第一种是司法过程的"创造论"，[67]第二种是司法过程的"保守论"。[68]但这两种观点并非截然相反。因为二者不是在同一个层面阐述法律问题：英美法系的司法者关注的是司法过程应当根据什么原则和方法实施法律，而大陆法系国家的司法者则关注如何有效地实施既有法律。如果站在法律学说的立场上看，学说可以弥补二者之间的差异。英美法系的司法者实施法律既需要遵守既有先例，也要有创造性，这种创造性属于先例之外的创造性，法律学说能够指引这种创造；而大陆法系的司法者实施法律主要是遵循法律范围之内的创造性，同样法律学说也能够指引这种创造。从这个层面来说，法律学说既是保持司法裁判具有保守性的理论基础，又是促使司法裁判具有创新性的理论渊源。

三、法律学说司法运用的实践与反思

事实上，当代世界的法律学说在司法裁判中具备更加强大的影响力。一方面，很多

---

66 Riggs V. Palmer Court of Appeals of New York, 1889.

67 如卡多佐说："司法过程的最高境界并不是发现法律，而是'创造'法律。"Benjamin Nathan Cardozo,The Nature of Judicial Process,New Haven：Yale University Press, 1921,p.166-167.还有一种稍显温和的"创造论"，主要代表人物是英国著名法官丹宁勋爵。他有个形象的比喻，法律就像是一块编织物，法官当然不可以改变编织材料，因为用什么样的编织材料来编这块织物是国会的事。法律改革不仅仅是国会的事，法官在审案和判案的过程中应该随着社会的变化和时代的发展创立出与生活的步调相一致的新的、公正的判案原则。[英]丹宁勋爵：《法律的训诫》，刘庸安等译，北京：法律出版社，1999 年，第 12 页。

68 "保守论"主要在大陆法系国家流行。如梅丽曼说："大陆法系审判过程所呈现出来的画面是一种典型的机械式活动的操作图。"[美]约翰·亨利·梅丽曼：《大陆法系》，顾培东等译，北京：法律出版社，2004 年，第 36 页。

国家法院的法官都是从法学教授中遴选出来的，[69]另一方面，法官也会经常阅读法学家的著作，从中获取灵感。[70]法学家们通过法律学说阐述法律与周围世界的互动。[71]基于此，对我国法律学说的司法运用现象进行初步考察，反思我国司法实践运用法律学说的现状，总结其功能，并力求归纳出存在的问题。

（一）法律学说司法运用的具体实践

具体司法实践中，我国司法者并非对法律学说熟视无睹，运用法律学说来解决纠纷已经常态化。主要运用方式有两种：一是以具体学说为直接依据解决实践问题，此为直接运用；二是虽然运用了法律学说，但是将其内化为司法者的知识，以比较隐蔽的方式呈现，此为隐性运用。

1.直接运用法律学说的司法实践

为全面了解我国法律学说司法运用的现状，本文充分利用中国裁判文书网、北大法宝以及把手案例网等所载庞大文书的数据优势，分别以“学说”“法学家”“专家学者”“学者观点”“法学理论”“法律理论”“法理”以及中外著名法学学者的姓名（共搜索了 1074 名学者）等进行关键词搜索，通过研读，最终确定相关裁判文书 268 份。[72]为便利展开研究，下文对 268 份运用法律学说的裁判文书根据案件类型进行归纳分析。

（1）民事案件中法律学说的运用

在民事案件中，法官运用学者观点说理的案件较多，样本裁判文书有 231 份（占比 86.19%）。根据法律学说在说理中所起到的作用，民事案件样本裁判文书可以类型化为以下几种情况：

一是关于概念的理解与适用。如在“魏敏诉重庆西南商标事务所有限公司商标代理

---

69 瑞典学者亚历山大·佩岑尼克说：“法律研究者对法院的影响同样是巨大的。在很多国家，法学教授被任命为法院的法官，尤其是在高级法院和宪法特别法院（constitutional tribunals）。”Aleksander Peczenik，Scientia Juris：Legal Doctrine as Knowledge of Law and as a Source of Law，p.7.我国最高人民法院分别于 2012 年、2015 年和 2018 年从法学专家中遴选了部分法官，有部分法学教授成功入选。中共中央办公厅于 2016 年 6 月 2 日发布了《从律师和法学专家中公开选拔立法工作者、法官、检察官办法》，从法学专家中选拔法官初步实现制度化。

70 See Aleksander Peczenik，*Scientia Juris：Legal Doctrine as Knowledge of Law and as a Source of Law*，p.7.

71 Chaim Saiman, Restitution and the Production of Legal Doctrine, Washington and Lee Law Review，Vol.65, no. 3, (Summer 2008),pp.993-1044.

72 具体搜索过程如下：第一，以“学说”“法学家”“专家学者”“学者观点”“法学理论”“法律理论”“法理”以及中外著名法学学者的姓名在中国裁判文书网、北大法宝以及把手案例网的“本院认为”部分进行检索，再根据本文的需要进行对比审读，最终得到符合本文意图的样本裁判文书 255 份。第二，著名法学学者的名讳来源主要根据长安大学中国哲学社会科学评价研究中心于 2017 年 9 月 24 日发布的法学学科最有影响力学者排行榜，检索学者人数为 874 人。笔者还根据自己的阅读、网络搜索以及向师友请教检索了台湾法学学者、香港法学学者和澳门法学学者 95 人；第三，检索了国外著名法学家如柏拉图、德沃金等 105 人。第四，有一种情况是，笔者对司法裁判引用某个学者并没有预料到，而是在查询此学者时发现其引证的是彼学者，而且由此牵连的案件较多。其中最为明显的是部分最高法院的法官和基层法院的法官，笔者并没有预先检索其名字，而是检索其他人时“牵连”发现，此种情形下检索到的样本裁判文书有 13 份。第五，需要指出的是，为了研究的方便，本文只研究有具体出处的法律学说，有些类似“根据民法学基本原理”“根据民法学相关理论”“根据刑法学基本原理”之类没有明确指出观点来源的比较笼统的说法，视为隐性运用，不在本文的统计范围之列；司法裁判引证法谚、格言以及引证罗马法上的名言的情况，也不在此处的考察范围之列；此外，学者提供的专家意见书或者论证书也不在统计范围之内。第六，要说明的是，本文对法学学者的检索是不完全的，存在挂一漏万的情形。但是整体而言，对部分学者的漏检，并不影响本文的结论。最后，还需要指出，法律学说可以体现为学者观点，学者观点却未必是法律学说，此处所使用的法律学说是实践中将法律学说、学者观点以及其他主张、见解的统称，后文对此将有分析。

纠纷案”中，法官为了解释“欺诈行为”，特意运用了佟柔教授的学说进行解释。[73]

二是关于法律条文的含义。如在“某某银行诉某药厂等金融借款合同纠纷”案中，法官发现对于担保物的存续期间条文该如何理解，我国《担保法》对此并没有限制性规定。法院运用最高人民法院物权法研究小组编著、人民法院出版社出版的《中华人民共和国物权法条文理解与适用》对《中华人民共和国物权法》第二百零二条的解释进行理解。[74]

三是关于法律条款的具体适用。如在“北京禾佳源农业科技股份有限公司与陕西盛通达投资管理有限公司股权转让纠纷”二审民事判决书中，引用了梁慧星和王利明的学说说明如何理解合同法中以合法形式掩盖非法目的条款的法律适用问题。

四是关于事实的法律性质。比如在“陈某 1 与陈某 2 分家析产纠纷”一审民事判决书中法院运用了“宅基地限制转让说”。[75]

五是关于行为的构成标准。比如在“曾雪昌与深圳汉融资产管理有限公司、王祖华、邱馨平委托理财合同纠纷”一审民事判决书中，法院运用“直接影响无效合同认定说”来认定效力性强制性标准。[76]

（2）刑事案件中对法律学说的运用

处理刑事案件的基本原则是罪刑法定，但是，并非法律学说在刑事案件中就无所作为。样本案件中有 11 份刑事裁判文书（占比 4.1%）运用法律学说进行相关论证。根据法律学说在说理中所起到的作用，刑事案件样本裁判文书可以类型化为以下几种情况：

一是关于刑法概念的诠释。如在“李×1 交通肇事罪二审刑事附带民事裁定书”中，法院为了区分间接故意和过于自信的过失，“根据经验规则与逻辑规则判断主观心态说”进行区分。[77]

二是关于此罪和彼罪的区分。如在一起挪用公款的案件当中，如何区分挪用公款罪与贪污罪，法院运用了张明楷的“包容说”。[78]

三是是关于证据效力的确定。比如在一起运输毒品案件中，法官为了分析检察院提供的一份证据的效力，运用学者的话语作为前置性论证资源[79]。

（3）行政案件中对法律学说的运用

在行政案件中，样本裁判文书有 26 份（占比 9.7%，其中包括了执行异议案件）。根据法律学说在说理中所起到的作用，行政案件样本裁判文书可以类型化为以下几种情况：

一是关于概念的理解。如在“联立公司诉东城区政府行政复议案”中，最高法院用保

73 重庆市第一中级人民法院(2006)渝一中民初字第 20 号民事判决书。
74 湖南省邵阳市隆回县人民法院(2012)隆法民二初字第 267 号民事判决书。
75 浙江省宁波市宁海县人民法院（2016）浙 0226 民初 2524 号民事判决书。
76 深圳前海合作区人民法院（2016）粤 0391 民初 1879 号民事判决书。
77 北京市第一中级人民法院（2015）一中刑终字第 1797 号刑事裁定书。
78 湖南东安县人民法院（2016）湘 1122 刑初 49 号刑事判决书。
79 四川省南充市顺庆区人民法院(2017)川 1302 刑初 361 号刑事裁判书。

护规范理论来判断行政复议法与行政诉讼法所规定的“利害关系”。[80]

二是关于立案范围。如在“朱祥春诉保康县城市管理执法局城乡建设行政管理”一案中，法院运用“法律或事实上的利益标准说”来主张“拓宽原告资格”[81]。

三是关于诉讼主体。如在“陈智冬与济南市城市管理行政执法局履行法定职责案”中，法院运用“利害关系说”确定行政诉讼主体资格的条件。[82]

2.隐性运用法律学说的司法实践

当司法者在司法判决中运用某些学说时，即意味着他们同意相关的论点：即使法院的裁判文书没有明确提到学说，它们也可能含蓄地成为法院法律立场的一部分。[83]可能有部分法官因为阅读力、融合力以及其他原因，并没有在裁判文书当中直接运用法律学说，而是将法律学说与裁判说理糅合在一起，形成了法律学说的隐性运用现象。具体来说，隐性运用通过以下两种方式表现出来。

一是通过使用抽象词语如“法律通说”“根据一般法学原理”“根据民法基本原则”等来代替具体的法律学说，从而隐去“学者”、“观点”及其“作品”。比如在张大平等诉南通市人力资源和社会保障局等确认案中，法院指出：“通说认为，所谓挂靠……”[84]至于该通说是从哪里来的，何以是通说，以及到底是不是通说，难以得知。

二是没有任何提示性语言，将法律学说深度融合在裁判说理当中。指导性案例 88 号的裁判要点指出：“行政机关在作出行政许可时没有告知期限，事后以期限届满为由终止行政相对人行政许可权益的，属于行政程序违法。”在基本行政法理论当中，行政机关的各种针对行政相对人的决定均必须遵守正当法律程序。但是，我国并没有行政程序法，因而行政相对人的权益保护难以通过行政程序来进行。指导性案例 88 号的巧妙之处在于，将正当法律程序理念与具体行政许可行为结合起来，为行政法领域注入了强大的程序保障理念。[85]

（二）法律学说司法运用的实践功能

上述司法实践表明，我们可以看到，无论是直接运用，还是隐性运用，法官运用法律学说最主要的实践功能是进行法律解释、补充法律漏洞、创制法律规则，甚至是创新法律学说。

1.进行法律解释

法律条文和法律本身的逻辑关系都要通过语言和文字呈现出来。许多看上去十分明确的法律条文，一旦适用到具体案件中，往往变得概念模糊或者外延不清，此时法律学说就派上用场。

80　中华人民共和国最高人民法院（2019）最高法行申 293 号行政裁定书。
81　湖北省襄阳市中级人民法院(2017)鄂 06 行终 240 号行政裁定书。
82　山东省济南市市中区人民法院(2015)市行初字第 206 号行政裁定书。
83　I.V.Semenihin,“Legal Doctrine: Aspects of Understanding，”p.15.
84　江苏省南通市中级人民法院(2015)通中行终字第 00373 号行政判决书。
85　最高人民法院案例指导工作办公室：《指导案例 11 号<杨延虎等贪污案>的理解与参照》，《人民司法》2013 年第 1 期。

一是运用法律学说对法律概念进行学理解释。虽然法律概念具有一定的确定性，但是在与具体的社会生活实践相结合时，就可能产生歧义，如何理解，需要有权威依据。此时，司法者会直接提供对于词语或者概念的学说解释依据。如在“李×1 交通肇事罪”案二审刑事附带民事裁定书中，法院运用“经验规则与逻辑规则判断主观心态说”解释“间接故意”和“过失”。[86]

二是运用法律学说对法律条文进行学理解释。法律条文含义的确定，不仅与法律概念密切相关，也与词语组合及法体系密切相关。运用法律学说解释法律条文的一般做法有：第一，先厘清解释方法，然后再对词语进行解释。比如在“兴丰建设景观有限公司与西部发展控股有限公司合同纠纷”一案中，法院运用“有权解释说”对解释合同的方法进行介绍[87]，为该判决书运用文义解释方法提供了理论依据。第二，直接运用法律学说解释法条。如在“王跃峰、王玉禄等与赵吉祥等机动车交通事故责任纠纷”一案中，法院运用“无过错联系的共同加害行为说”理解特殊共同侵权的适用问题。[88]

2.补充法律漏洞

人类社会的制定法不可能完美无缺。因为人们的理性有限，且社会生活不断发展。“只要法律有漏洞，法院就有塑造法的权限，此点并无争议。”[89]填补法律漏洞的方法较多，其中通过法律学说来补充法律漏洞是理论界和实务界都通用的方法之一。在“安徽省化皖通信有限公司诉安徽宏图三胞科技发展有限公司买卖合同纠纷”案中，司法者首先指出“关于民事诉讼中出现未涵盖在生效刑事判决中的新证据，致民事判决与生效刑事判决可能存在冲突如何协调的问题，法律或司法解释缺乏相应的规定”。司法者认为缺乏相应的法律规定，但有学者对此提出要具体问题具体分析的看法，所以可直接运用该学者观点作为补充漏洞的依据。[90]

3.创制法律规则

裁判文书是司法程序运行的制度产物，通过裁判文书，人们可以真正洞察司法制度的意义，体现司法裁判的根本价值，诠释法治的基本理念。当法院不能机械依据成文法规则解决案件时，有时就会用法律学说创制新的法律规则。[91]司法实践中的情形主要有：

一是先前有规则可循，但因某种原因不能直接适用规则时，法官通过运用法律学说阐述理由，适用先前规则，实现法律规则的“类比”适用。在指导性案例 36 号“中投信用担保有限公司与海通证券股份有限公司等证券权益纠纷执行复议案”中，最高法院否定最高人民法院（2000）执监字第 304 号复函的效力，然后提出了对此问题正确的解释，即“复函效力随法律变化而变化”。学界对此的评议是：“通过本案例的说理创设了新的

86 北京市第一中级人民法院（2015）一中刑终字第 1797 号刑事裁判书。
87 北京市丰台区人民法院（2017）京 0106 民初 14549 号民事裁判书。
88 河北定州市人民法院（2017）冀 0682 民初 1800 号民事裁判书。
89 [德]卡尔拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，北京：商务印书馆，2016 年，第 249 页。
90 江苏省南京市玄武区人民法院（2013）玄商初字第 580 号民事判决书。
91 I.V.Semenihin, “The Use of Legal Doctrine in Judicial Reasoning,”p.11.

法律适用方法，也成为一篇在法律适用上有指导案例意义的裁判文书。”[92]

二是法律确实没有规定时，需要通过法律学说创新法律规则。司法过程中，我国地方法院创设规则的情形十分罕见，但最高法院会偶尔根据法律学说创制法律。在“中国建设银行股份有限公司广州荔湾支行与广东蓝粤能源发展有限公司、惠来粤东电力燃料有限公司、广东蓝海海运有限公司、蓝文彬信用证开证纠纷”案中[93]，最高法院根据提单物权凭证说创设了提单交付即发生债权请求权转让的效力规则、提单持有人的物权均取决于合同约定、合同条款解释的各个条款赋意规则等法律规则。[94]

4.创新法律学说

此处所说的通过法律学说创新学说，指的是根据裁判的基本方法和法律运行的基本原理，在司法裁判当中淘汰或者改造旧的法律学说，创造新的法律学说。随着社会发展进步，法律的滞后性成为常态，法官在司法裁判中就可能以旧的法律学说为基础创新法律学说。

指导性案例 24 号中，彰显了司法裁判对法律学说的创新。该案的关键是受害人原来的伤害是否构成减轻侵权人侵权责任的重要理由。在早期的司法实践中流行着一种关于“参与度”的法律学说，主要体现在《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第三条的规定中。[95]但是，指导性案例 24 号对此给予了根本性的转化。将原“参与度”学说变成了“积极归责”说。有人认为指导性案例确立的是“蛋壳脑袋”规则[96]，但是“蛋壳脑袋”规则与指导性案例的“积极归责”说有一定差异，从一定程度上说是法官对“蛋壳脑袋”规则的新发展。

有时司法裁判也会考虑法律学说对案件裁判结果产生的可能效果，甚至是以司法整合的方式来对法律学说中的合理部分进行吸收，从而完善、创新法律学说。比如在 27 号指导性案例中，最高人民法院案例指导工作办公室就该指导案例的形成过程做过介绍，指出其涉及到了较多刑法学家的学术观点，并整合了这些学说的合理部分实现了 27 号指导案例的创制。[97]

在一定意义上讲，创新法律学说也是创制新的法律规则。因为法律学说本身就是法律规则形成的重要理论依据，旧的学说会创制旧的规则，新的学说又会推动新规则的创制。基于此，法律就会不断发展进步，实现法律学说的推陈出新。

（三）法律学说司法运用的实践困境

上述实证研究表明，司法判决中运用法律学说带有一定自发性、任意性。虽然“意

92　胡昌明主编：《裁判文书释法说理方法》，北京：人民法院出版社，2018 年，第 56 页。

93　最高人民法院（2015）民提字第 126 号民事判决裁判书。

94　崔建远、耿林：《一份创设法律规则的判决——最高人民法院（2015）民提字第 126 号民事判决之评释》，《华东政法大学学报》2015 年第 3 期。

95　该条规定的具体内容是：“二人以上没有共同故意或者共同过失，但其分别实施的数个行为间接结合发生同一损害后果的，应当根据过失大小或者原因力比例各自承担相应的赔偿责任。”

96　孙鹏：《“蛋壳脑袋”规则之反思与解构》，《中国法学》2017 年第 1 期。

97　最高人民法院案例指导工作办公室：《〈臧进泉等盗窃、诈骗案〉的理解与参照》，《人民司法》2015 年第 12 期。

见”为司法裁判运用法律学说奠定了初步制度基础，但许多具体问题并无规定，亟待解决。

1.法律属性和法律地位层面的困境

关于法律学说的法律属性，在司法裁判中的法律地位，迄今最具规范意义的“意见”并未予以具体说明。传统中，少数人对于法律学说心存偏见，认为其具有太强的主观性，司法中适用会动摇司法裁判的客观性。但是，法律学说应当成为法源的见解随着“意见”的出台被越来越多人接受。[98]由于法律学说的属性和地位在我国法律体系中没有明确的规定，甚至在“意见”中也仅仅规定除法律法规、司法解释外，法官可以运用“法理及通行学术观点”（法律学说）论证裁判理由。这虽是法律学说司法运用的巨大制度创新，但仅仅止步于提出一种倡导，并没有解决法官运用法律学说的合法性和程序性问题，不仅妨碍法律学说的司法运用成为一项比较普遍的制度，而且也导致人们对法律学说法律属性和法律地位的认识存在误解，法官运用法律学说的自发性和任意性问题依然存在。

2.运用条件层面的困境

关于法律学说的概念以及在什么条件下运用法律学说，“意见”未给出明确界定。在司法实践中，乱用、滥用以及误用法律学说的情形比较多：一是将法律学说概念泛化，运用法律学说时带有一定的随意性。主要表现在没有区分法律学说与学者观点、法理、法学通说，随意将学者观点、法理当作法律学说，或者误将法律学说视为法学通说，弱化了真正的思想与理论的份量。二是对何时运用法律学说缺乏认知，导致该运用法律学说解决问题没用，不该运用法律学说时，却堆砌使用。三是对何处运用法律学说缺乏认知，导致说理强度、论证力度不够。四是缺乏对法律学说运用的必要性的认知，主要表现在法官对法律问题缺乏独立判断，运用法律学说超过必要限度。五是对何因运用法律学说缺乏认知，主要表现在所运用的法律学说与所要表达的意思不匹配，从而导致法律学说的意义错位。

3.运用程序层面的困境

关于法律学说的运用程序，“意见”亦未给出明确界定。所以，在司法实践中，司法者并不重视法律学说的运用程序。一是没有回应程序。法官不对当事人提出的法律学说进行正面回应和反思，也不愿意探究法律学说所存在的问题。二是法官对所运用的法律学说缺乏程序性审查，不理解法律学说的背景性知识。有些法官缺乏对法律学说来龙去脉的理解，因而对法律学说的运用十分牵强；也有些法官并不了解具体法律学说的真正内涵，使得法律学说的运用偏离了其本来意义。三是对法律学说的运用缺乏必要的程序性论证，使得司法说理过程存在脱节现象。如有两种相反的法律学说，且都比较权威，法官选择运用何种法律学说缺乏必要的程序性论证。

98　李敏：《论法理与学说的民法法源地位》，《法学》2018 年第 6 期。

4.运用方法层面的困境

运用方法的缺席，可能淡化人们对法律学说力量的认知，加剧了法律思想与司法实践之间的距离感。从司法实践来看，绝大多数的样本裁判文书都忽视法律方法的运用。一是缺乏必要的学说发现方法，因而在寻找权威法律学说时缺乏全面深刻认识。二是缺乏法律学说与基本法律方法整体运用方法，从而使法律学说的运用与法律解释、法律推理和利益衡量等法律方法割裂。三是缺乏必要的理论转化方法，没有把深刻的理论语言转化为生活语言，导致司法裁判的可读性不高。四是忽视法律学说运用的论证方法，即没有能够把法律学说的出场与所需要的语境通过论证结合起来。

四、法律学说司法运用的制度构造

司法的过程不仅是法律条文的适用过程，也是裁判说理的论证过程，更是法律程序的展开和法律方法的运用过程。在当前推动司法改革的大背景下，要发挥裁判说理的制度优势，有必要立基于“意见”，对司法裁判运用法律学说进行更高立法层面的制度构建。

（一）通过立法构造法律学说的司法运用制度

1.立法例的体例弊端

纵观世界各国或地区，主要在民法典中明确规定法律学说的法源地位。[99]除此之外，鲜见其他类型的法典有规定。我国的司法实践证明，法律学说不仅在民事案件当中可以发挥重要作用，而且在行政案件乃至刑事案件当中也能如此。如果仅从民法典中规定法律学说的地位，仍然无法全面凸显法律学说的重要价值，这就需要通过独立的法律来确定法律学说的地位。

2.中国的模式选择

确立中国特色的法律学说司法运用制度，要注意区分法律学说作为法源与法律学说作为裁判理由。将法律学说作为法源，应当有立法的规定；将法律学说作为裁判理由，可以通过司法解释来规定。目前“意见”发挥的是“准立法”的作用，困境明显。因此，要真正要发挥法律学说的价值，建构完整的法律学说司法运用制度，就应当通过立法将法律学说明确为法源。

3.《学说引证法》的独特优势

法律学说的司法运用制度是司法改革推进的重点，应当将制订《学说引证法》视为我国未来立法的重要规划方向。通过制订具有中国特色的《学说引证法》，明确法律学说的法源地位及其司法运用问题，确保法律学说的作用得到充分发挥。要在立法中对整个法律学说的司法运用制度进行宏观建构，详细规定通过法律学说说理和裁判的路径及

99 如《瑞士民法典》第 1 条规定：“凡本法在文字上或解释上有相应规定的任何法律问题，一律使用本法。如本法无相应规定时，法官应依据惯例；无惯例时，依据自己作为立法者所提出的规则裁判。在前款情况下，法官应依据经过实践确定的学理和惯例 。”我国台湾地区的“民法”第 1 条规定：“民事法律所未规定者，依习惯；无习惯者，依法理。”艾伦·沃森：《民法法系的演变及形成》，李静冰、姚新华译，中国政法大学出版社 1992 年版，第 238-239 页。其他国家还有奥地利、阿根廷、西班牙以及俄罗斯等国的民法典具有类似规定。

其适用方法。

（二）确定法律学说司法运用制度的立法原则

从有利于司法裁判以及推进公平正义的角度来看，法律学说的司法运用制度应当从逻辑上思考有无必要引用法律学说、引用何种法律学说才具有正当性以及法律学说司法运用能否进行学术辩论，进而追问运用法律学说的裁判是否具有可接受性。

1.必要性原则

法律学说的司法运用是为了有效解决法律争议，所以司法者对法律学说的运用应当是简明扼要且确实是确有必要。[100]运用法律学说说理，并非在每一个案件中都有要求。根据裁判说理“双轨分流”的宗旨，简单案件简单办，复杂案件根据社会影响、受关注程度和难易程度进行说理，力争实现裁判文书恰到好处的说理。通过运用法律学说说理，就要以必要性为基准，体现过犹不及的思想。“必要性”主要从三个方面体现出来：一是裁判案件本身所涉及的问题具有学理争议性。二是对于焦点问题已有法律学说做出合理解释。三是法律学说的合理解释让人信服，带有权威性。

2.正当性原则

正当性是指人的行为方式、人的利益、愿望等符合社会中现行规范和政策的要求，或者符合社会发展的客观需要和人民的利益。它有两种方式：一是道德正当性，是正当化的产物，即合理性；一是合法性。[101]考察法律学说司法运用的正当性，应当从合法性和合理性两个层面去理解。（1）从合法性层面来说，司法者运用法律学说，必须将其置于整个国家法律体系当中去考虑和衡量。一方面，司法者必须考虑运用法律学说是否符合部门法要求；另一方面，也必须考虑所运用的法律学说是否符合基本法律原则、法律精神。（2）从合理性层面来说，司法者运用法律学说既必须考虑法律学说本身的合理性，又应当考虑通过运用法律学说得出的裁判结论的合理性。合理性原则带有价值衡量的含义，因而对运用法律学说的道德正当性有较高要求。

3.避免学术辩论原则

鉴于法律学说带有一定的主观性，在司法中运用法律学说就会因此而遭受反对。[102]确实，不同的法官会因为秉持的法律学说不同，对司法案件进行裁判的结果也不同。避免出现这种僵局的原则就是坚持司法裁判的非学术化，将学术争论尽可能的远离裁判。正如美国司法中心对美国法官们的提醒一样：“法官们要注意，不应当将裁判文书演变为法官与律师、本院与其他法官或者与下级法院之间的学术讨论会。因为法院的裁判结论必须奠基于推理和逻辑，所以必须让读者确信判决的正确性源于使人信服的理由，而

---

100 Federal Judicial Center,Judicial Writing Manual: A Pocket Guide for Judges,second edition,2013，p.18.

101 吕世伦、文正邦：《法哲学论》，北京：中国人民大学出版社，1999 年，第 295 页。

102 事实上，在司法实践中，有的案件，“之所以一审与二审、二审与再审的观点不同，导致判决改判，往往是因为这些不同审级的法官对同一个法律关系或法律适用问题秉持不同的学说观点导致。”胡昌明主编：《裁判文书司法说理方法：<最高人民法院裁判文书释法说理指导意见>的案例解读》，北京：人民法院出版社，2018 年，第 139 页。可以肯定，这种情况确实无法完全避免。

不是源于争论或者辩论。”[103]法官在司法裁判中运用法律学说，为避免学术争议，要注意三点：一是要严格遵循逻辑指引，避免先入为主。二是尽可能丰富学术视野，多方面、多角度、多层次地审视法律学说，避免坐井观天。三是运用权威法律学说，降低运用法律学说的主观色彩。[104]

4.可接受性原则

法律学说司法运用的可接受性主要从两个层面进行考察：一是考察法律学说的可接受性，二是考察运用法律学说进行裁判的案件结论的可接受性。人们可以通过法律学说司法运用的可接受性评判司法裁判的可接受性。法律学说的可接受性，既与法律学说本身的科学性、说服性有关，也与法律学说运用的语境有关。而运用法律学说进行裁判的案件结论的可接受性，则主要是与结果是否公平正义有关。可接受性原则强调三点：一是法律学说与法治的基本原则和精神并行不悖；二是法律学说本身揭示了某个法律问题的规律性特征；三是运用法律学说进行案件裁判必须符合公平正义要求。

（三）明确法律学说司法运用制度的主要内容

要保证法律学说在司法中得到有效运用，在立法时应当从运用条件、运用程序和运用方法三个方面进行制度设计。

1.明确运用法律学说的条件

司法判决运用法律学说并非无要求无限制。“如果立法直接回答了提交给法院的问题，那么花宝贵时间搜索相关文献、钻研学术著作中的法律学说就没有多大意义。”[105]运用法律学说的条件主要有如下三个。

第一，词义或句意不明。在司法过程当中，经常会发生词语、概念或者整个语句的含义模糊等情况，需要法官对此进行解释，从而公平公正地裁断案件，此时可以运用法律学说，是因为学者们可能对法律文本中字词句的运用进行过多年潜心研究，并注意到了法律方法的运用，从而思考全面、思虑精确，不会导致难以预料的法律后果。“法律学者经常解释文本，并在不同的解释之间进行选择。”“按照标准方法对法律文本进行解释是研究者的主要活动。”[106]词义模糊或者句义不明时，虽然是法官自由裁量权发生作用之时（法官根据其知识储备、法律技能与法律思维方式进行自由裁量），但也是法律学说能够影响法官的自由裁量行为之时。

第二，法律存在漏洞。存在法律漏洞，是制定法的永恒缺陷。虽然制定法十分注重条文与条文之间、法律与法律之间的逻辑衔接，但是这种衔接并非完全“无缝”。法律学

---

103 Federal Judicial Center,Judicial Writing Manual: A Pocket Guide for Judges, p.16.

104 “运用权威法律学说也可以使裁判结果具有相对确定性。”毕竟，“法律学说(作为法学理论研究的成果)具有稳定、保守的性质。如果某一特定的学术思想(一项规定)已成为法律学说的一个组成部分，那么，作为一项规则，它在很长一段时间内不会改变——可能需要数十年的时间才能改变或最终被拒绝。”Igor Victorovych Semenihin,“Legal Doctrine: Aspects of Understanding,”p.17.

105 I. V.Semenihin,“The Use of Legal Doctrine in Judicial Reasoning,”p.12.

106 Mark.Van Hoecke, Legal doctrine: which method(s) for what kind of discipline?. in Methodologies of legal research:which kind of method for what kind of discipline?. Spartanburg South Carolina:Hart Publishing, 2011,p.5.

说不仅对特定问题进行思考，也对问题进行的系统性、逻辑性的思考，因而善于发现漏洞，并提出补充漏洞的设想。处理法律漏洞，法律学说本身就是填补漏洞的重要规则来源；通过运用权威学者的法律学说来指出如何填补法律漏洞，符合基本法律原理。

第三，进行其它司法决策。法律学说对司法决策起到十分重要的作用。“学说可以影响未来的法院，但法院也可以运用学说以达到预期的结果。由于法院的裁决本身可能产生某种学说，而且法院有动机选择在影响未来法院方面最有力的文书和语言，这一事实使问题进一步复杂化。它的决定所产生的影响影响着对法律学说选择的考量。”[107]司法决策的过程，一方面是法律及相关规范的适用过程，另一方面却也是判断、裁决过程。任何判断、裁决都需要有信息材料作为支撑，否则就会无从下手。案件事实和证据是法官进行判断裁决的基础信息，但是在信息复杂之时，法官尚需足以供其决断的依据。法律学说就是这种能够让法官做出决断的关键性依据之一。

2.确定运用法律学说的程序

司法程序是实现法治的前提和保障，是避免司法不公的重要制度保证。[108]正是因为有了程序，才有法治和恣意的区分。在司法裁判过程当中运用法律学说，实现法治，就应当将运用法律学说纳入正当法律程序范围之内，通过程序保障法律学说的运用不会“因人而异，因事而废”。

第一，关注启动程序。不仅当事人可以主动运用法律学说，而且法官也可以运用法律学说。但是，有区别的是，对于当事人而言，是否运用法律学说是其之自由，而对于法官而言，却要遵循相应的条件。

第二，确定审查程序。回应的前提是审查。司法者要审查法律学说与本案事实问题与法律问题的关联性，也要审查当事人对所运用的法律学说是否存在理解错误，更要审查所涉学说是否是聚焦争议点必须讨论的问题。审查时，司法者要从价值立场、判断方法以及适用条件等角度审视，确保法律学说被正确运用。[109]即使是司法者运用法律学说，也要自我反复审查，并在裁判文书当中有所阐述。

第三，建立回应程序。在司法裁判中，当当事人及其代理人运用法律学说论证观点时，法官可以视情况予以关注并从程序上进行回应，避免当事人产生法官回避问题的错觉。

第四，明确论证程序。法律学说和法律实践都是解释学的和论证的。[110]法官运用法律学说也必须以论证为要点，无论是当事人及其代理人运用法律学说，还是法官自觉运

---

107 Emerson H. Tiller & Frank B. Cross, “What Is Legal Doctrine,”p.529.

108 Hutcheson. J. C. Jr. “*Law Enforcement*,”Central Law Journal, vol. 95, no. December 1, 1922. pp. 389-401.

109 比如，在“国家工商行政管理总局商标评审委员会等与开封宝天健生物科技有限公司”案中，商标评审委员会不服原审判决，提起上诉的理由是原审法院无权引用学者观点对商标法第十五条进行扩大解释。在二审行政判决书中，北京市高级人民法院认为：“原审判决将学者观点作为裁判理由进行引述，并未将其作为裁判依据加以引用，原审法院对商标法第十五条第一款不要求被代理人、被代表人在先商标已经使用的理解亦未超出法律原意，商标评审委员会有关原审法院无权引用学者观点对商标法第十五条进行扩大解释的上诉理由不能成立，本院不予支持。”北京市高级人民法院（2017）京行终 4972 号行政判决书。

110 I.V.Semenihin,“Legal Doctrine: Aspects of Understanding”,p.15.

用法律学说，都必须对其所运用的法律学说与本案的关联性有论证阐述。

3.指明运用法律学说的方法

如果说程序是运用法律学说的重要保障，那么方法就是运用法律学说的重要阶梯。“每种学科的方法论都是这个学科对本身进行的情况、思考方式、所利用的认识手段之反省。每个学科都会发展出一些思考方法，以及用以确定其素材及确证其陈述的程序。”[111]司法裁判运用法律学说，应当根据科学方法有序进行。

第一，善于通过发现方法运用权威法律学说。一般来说，运用法律学说最好是运用权威学者的学说。[112]对于这些学者的思想，人们都会认为其权威而正确。法官不会轻易改变大家都认为是正确的东西。这就要求司法者有足够宽泛的学术视野，以“火眼金睛”在众多学说中进行审查发现，寻找合适的学说进行运用。

第二，善于将法律学说的司法运用方法与法律方法结合起来。法律方法作为判断、处理和解决法律问题的专门方法，在司法裁判当中有广阔的运用空间。法律学说作为司法运用的规范性知识，如能与法律推理、利益衡量以及法律论证等结合起来，必能大幅度提升司法说理的质量。特别是在实现法律学说基本功能的时候，可以充分发挥法律方法的作用，实现司法裁判的正当展开。

第三，善于掌握法律学说的转化方法，并结合具体案件将学说与说理深度融合。法律学说是法学家的核心思想，是用专业术语表现出来的思想观点。从受众来看，法律学说通过法言法语进行表述，带有强逻辑性和抽象性，以面向法律专业人士为主。所以，法官在运用法律学说时，最好用当事人能够理解的语言表现出来，用通俗化的语言把深刻的道理说清楚，实现法律理论的有效转化。

第四，善于掌握运用法律学说简化说理过程但强化说理效果的方法。波斯纳曾经对司法写作糟糕的标志进行过概括：“表达不经济，对司法意见的受众不够体贴。在这个旗号下可以汇集那种过头、重复、乏味以及因印证、事实、引述以及公示造成的杂乱。”[113]将法律学说摆在台面上作为论证依据，简化说理环节，特别是简化说理过程，缩短论证，从而实现说理清晰，是十分必要的。法官在撰写判决书说理的过程当中，既要有十分合理的裁判说理，也需要在裁判说理中简化说理方式，此时运用法律学说是简化裁判说理、提高司法效率的重要方式。

结　语

上文考察了法律学说对司法裁判的影响，并从立法角度审思了法律学说司法运用的制度建构。从理论上说，司法是检验法律学说的重要试验田。法律学说唯有与司法实践

111　卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，北京：商务印书馆，2005 年，第 118 页。

112　有学者说：“一些（权威）学者对思想发展的贡献是如此之大，以至于他们的观点不仅广为人知，而且事实上改变了我们对法律的理解，为社会关系的法律规制开辟了新的途径。”I.V.Semenihin,“The Use of Legal Doctrine in Judicial Reasoning,”p.15.

113　理查德·波斯纳：《波斯纳法官司法反思录》，第 237-238 页。

结合起来，并接受司法实践的考量，才能获得生命力。法律学说一旦与司法裁判脱节，就有可能被历史抛弃。正如“实践是检验真理的唯一标准”一样，法律学说也必须是在推动立法、解决纠纷和构建法治的具体实践中不断发展。

通过司法运用法律学说，既体现了对学说的尊重，也为学说能够推陈出新、“升级换代”提供了实践途径。“法律学说的司法运用提升了司法的品质，也创新了法律学说。”[114]从早期人类简单的法律设想，到今天“百家争鸣”似的法律学说，一代又一代的法学家们做出了杰出贡献，但旋又消散在历史的深处。“学说演变是一个过程，在这个过程中，法律最初的基本原理被进一步的完善所颠覆。”[115]从法律理论诞生伊始，到今天法律学说的极大繁荣，人类的法律学说经过了不断的更新换代。法律学说的每一次新陈代谢，都伴有相应的历史变革，而司法也在潜移默化中发生相应的变化。正如卡多佐法官在其名著《司法过程的性质》一书即将结束的时候所感慨的那样，在历史的变迁中，法官的工作可能是千古流芳的，也可能是灰飞烟灭的。在司法裁判的“试验田”里，新的学说总会不断涌现，蚕食旧的学说，从而使旧学说的根基断绝。原有的风景已经改变，旧有的地图必须抛弃，人们必须起草新的工作地图，新的学说随之登堂入室。[116]所有科学理论的发展都是循环的——人们需要学说来实现学说的证成，[117]但是学说一旦证毕，旧的学说就会被淘汰。这是法律学说不断创新的现实需要，也是理论演变的基本规律。

法律学说是任何完整法律体系的重要组成部分。[118]对法律学说的研究怎么重视都不为过。但毋庸讳言，本文对法律学说的司法运用的考察还只是阶段性的，诸如法律学说如何在司法实践中创新、该种创新有何规律可循乃至于法律学说如何回应实践等问题，尚需进一步的探索。

---

114 Edward Rubin and Malcolm Feeley,“Creating Legal Doctrine,”*Southern California Law Review*,Vol.69，1989,p.1995.

115 Chaim Saiman,“Restitution and the Production of Legal Doctrine”,*Washington and Lee Law Review*,Vol. 65, no.3,2008, p.993-1044.

116 Benjamin Nathan Cardozo,The Nature of Judicial Process,p.178-179.

117 Catharine Pierce Wells,“Langdell and the Invention of Legal Doctrine，”*Buffalo Lav Review*, vol.58, no. 3.May 2010.pp.551-618.

118 Mark Van Hoecke and Mark Warrington,“Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a new model for Comparative law ,”p.32.

裁判文书援引宪法的“能”与“不能”
——以“裁判说理”与“裁判依据”二分政策为中心

张卓明[1]

【摘　要】“五四宪法”实施以来，裁判文书能否援引宪法的实践问题，主要由最高人民法院通过制定司法政策来加以回应和解决。按照当前的司法政策，裁判文书“能”在“裁判说理”中援引宪法，但不能在“裁判依据”中援引宪法。此即“裁判说理”与“裁判依据”二分的司法政策。它是国家治理法治化的历史进程中，“宪法司法化”理论与中国共产党政策双重影响下的产物。在“裁判依据”中“不能”援引宪法，主要是基于我国宪法实施制度的特殊性以及防范宪制风险的考虑。在“裁判说理”中“能”援引宪法，既是宪法全面实施和司法理性化所要求的，也是“宪法间接适用新说”所支持的。实证研究表明，“裁判说理”与“裁判依据”二分政策基本能满足我国司法实践的需要，并取得了较大成效，但还需要在基层法院加强政策宣传和实施。“裁判说理”中援引宪法的司法实践，则必然要求承认人民法院拥有法律方法层面的宪法解释权。

【关键词】裁判文书；司法政策；裁判说理；裁判依据；宪法适用

人民法院的裁判文书能否援引宪法，关系到我国宪法的实施和适用，因此是一个重大的理论和实践问题。“五四宪法”实施以来，关于裁判文书能否援引宪法以及如何援引宪法的实践问题，主要由最高人民法院通过制定司法政策来加以回答和解决。改革开放以来，随着“八二宪法”的制定和实施，法学界围绕这一问题展开了长期的理论探索和学术争鸣，产生了诸多不同的宪法适用学说，对司法实践产生了很大影响。随着经济的市场化、政治的法治化以及法律体系的逐步形成，关于裁判文书能否援引宪法的司法政策，经历了从“不宜援引宪法”的旧政策到“裁判说理”中能援引宪法但“裁判依据”中不能援引宪法的新政策之变迁。此项当前所实行的关于宪法援引的新政策，可被称为“裁判说理”与“裁判依据”二分政策。此项司法政策之所以可能，显而易见，首先建立在对裁判文书的形式结构所作的区分之上：裁判文书的正文在形式结构上可区分为“案件事实”“裁判说理”“裁判依据”“裁判主文”等部分。按照我国司法政策文件中的说法，“裁判说理”部分就是位于“事实”部分之后、“裁判依据”部分之前的“理由”部分；“裁判依据”部分则位于“理由”部分之后和“裁判主文”之前，也就是裁判文书样式中“判决/裁定如下”之前的“依照/依据……”部分。[2]在“裁判文书样式”的语境中，“裁判依据”被严格地理解

---

[1] 华东政法大学法律学院教授。

[2] 参见《人民法院民事裁判文书制作规范》《民事诉讼文书样式》。根据《最高人民法院关于印发〈人民法院民事裁判文书制作规范〉〈民事诉讼文书样式〉的通知》（法[2016]221 号），这两份规范性文件于 2016 年 2 月 22 日经最高人民法院审判委员会通过，自 2016 年 8 月 1 日起施行。

为“裁判结论所依据的最终的规范基础”[3]，也即可直接涵摄已确定的法律事实之规范，从而区别于说明和论证何以选择适用该规范的“裁判说理”。从表面上看，这是一项关于裁判技术的司法政策，实际上关系到我国宪法和法治的实践发展，且与我国宪法和法治的理论发展密切相关。这项司法政策并非单纯理性设计的产物，而是理论研究与司法实践相互影响以及法学理论与法治实践互动的产物，因此，兼具经验性与建构性、政治性与法律性，有鲜明的中国特色。中国特色的法治实践需要得到法学理论的回应和反思。本文以裁判文书能否援引宪法为问题意识，以“裁判说理”与“裁判依据”二分政策为考察对象，探究此项司法政策的来源与性质、形成历史和法理基础、实践效果及其法理意蕴。

一、“裁判说理”与“裁判依据”二分政策的来源与性质

“裁判依据”与“裁判说理”二分政策是最高人民法院针对裁判文书能否援引宪法以及如何援引宪法这一问题所确定的一项司法政策。此项政策的明确表达，出自 2016 年 6 月 28 日最高人民法院印发的《人民法院民事裁判文书制作规范》。该文件在正文第（七）部分的“裁判依据”中明确规定：“裁判文书不得引用宪法……作为裁判依据，但其体现的原则和精神可以在说理部分予以阐述。”[4]《人民法院民事裁判文书制作规范》是最高人民法院以“通知”的形式发布的，因而并不是严格意义上的司法解释，而仅仅是法院系统内部有关裁判文书制作技术的政策性文件。[5]因此，该司法文件中援引宪法作为说理论证和援引宪法作为裁判依据的区分性规定，应被理解为最高人民法院关于裁判文书能否援引宪法以及如何援引宪法的一项司法政策。此项司法政策包含着一个关于民事裁判文书的技术性规则：人民法院能在裁判文书的说理论证部分援引宪法，但不能在裁判文书的裁判依据部分援引宪法。

2016 年“裁判说理”与“裁判依据”二分政策的正式出台，是对 2009 年《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定》（法释[2009]14 号）的超越。后者是司法解释文件，其第一条指出：“人民法院的裁判文书应当依法引用相关法律、法规等规范性法律文件作为裁判依据”。当时，最高人民法院吴兆祥法官专门撰文解释说：这一规定是指“引用规范性法律文件的范围限于法律、法规等范围，不包括宪法在内”。[6]该司法解释文件第六条又规定：“对于本规定第三条、第四条、第五条规定之外的规范性文件，根据审理案件的需要，经审查认定为合法有效的，可以作为裁判说理的依据。”其中所包含的“经审查认定为合法有效的”这一限定条件，说明“宪法”在这一条

[3] 参见刘树德：《“裁判依据”与“裁判理由”的法理之辨及其实践样态》，载《法治现代化研究》2020 年第 3 期。
[4] 参见《最高人民法院关于印发〈人民法院民事裁判文书制作规范〉〈民事诉讼文书样式〉的通知》（法[2016]221 号）。
[5] 也有学者将其定性为“司法解释性质文件”，即“经由最高人民法院发布，对各级人民法院的司法裁判起指引和规范作用，能够反复参照，以‘(指导)意见’‘通知’和‘会议纪要’等形式体现出来的规范性文件。”“司法解释性质文件是党政意图的逻辑延伸，是行政权力的隐性扩展，是司法政策的重要形式载体，具有政治性、行政性和政策性”。参见彭中礼：《最高人民法院司法解释性质文件的法律地位探究》，载《法律科学》2018 年第 3 期。
[6] 吴兆祥：《<关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定>的理解与适用》，载《人民司法》2009 年第 23 期。

文所说的规范性文件之外。可见，在 2009 年，最高人民法院对于宪法能否被援引作为裁判说理这一问题，尚未给出明确的回答。2016 年的《人民法院民事裁判文书制作规范》则明确给出了肯定性回答，至少就民事裁判文书来说是如此。

其实，在 2012 年 8 月 21 日最高人民法院所颁布的《关于废止 1979 年底以前发布的部分司法解释和司法解释性质文件（第八批）的决定》（法释〔2012〕13 号）中提到：废止 1955 年的《最高人民法院关于在刑事判决中不宜援引宪法作论罪科刑的依据的复函》的理由是“定罪科刑以刑法为依据，复函不再适用”。废止理由中说的“定罪科刑”与《复函》中说的“论罪科刑”，虽只有一字之差，但却在某种程度上表明：该司法文件的制作者强调刑事裁判文书必须以刑法作为裁判依据，而并不排除援引宪法作为裁判说理的依据。

而且，“裁判说理”与“裁判依据”二分政策出台之前，如下文所将论及，在能否援引宪法的问题上，作为“裁判说理”和作为“裁判依据”的区分论，已经成为我国宪法学界的通说，进而影响到司法实践。2016 年年初，一份民事判决书曾引发社会媒体的广泛关注，其在“说理论证”部分引用了宪法上关于“公民在法律面前人人平等”的条文，并在其后用括号标注道：“此处引用宪法并非作为裁判依据而仅用于判决说理论证”。[7]暂不论该裁判文书对宪法的援引是否妥当，该援引行为本身就表明：作为“裁判说理”与作为“裁判依据”的区分论，在司法实践中产生了重大影响；或者说，“裁判说理”与“裁判依据”二分政策，虽然尚未得到最高人民法院的明确表达，但是已经获得广泛认可，以至于体现在基层的司法实践之中。

2018 年 6 月，最高人民法院发布《关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》（法发〔2018〕10 号）。该《指导意见》第十三项提到“除依据法律法规、司法解释的规定外，法官可以运用下列论据论证裁判理由，以提高裁判结论的正当性和可接受性：最高人民法院发布的指导性案例；最高人民法院发布的非司法解释类审判业务规范性文件；公理、情理、经验法则、交易惯例、民间规约、职业伦理；立法说明等立法材料；采取历史、体系、比较等法律解释方法时使用的材料；法理及通行学术观点；与法律、司法解释等规范性法律文件不相冲突的其他论据。”该《指导意见》虽未明确提及宪法，但不可否认，宪法既可以作为体系解释的材料，也可以作为浓缩了“公理”“法理”的规范性论据（表现为各种宪法原则）用于裁判的说理论证。[8]所以，无论民事案件、行政案

[7] 《中行成都高新支行诉沙某某信用卡纠纷案民事判决书》（2015）高新民初字第 6730 号。参见李张光：信用卡滞纳金争议再起》，载《民主与法制时报》2016 年 2 月 28 日第 10 版。

[8] 在该《指导意见》中，“裁判理由”与“裁判结论”相并列，这里的“裁判理由”概念显然包含“裁判依据”。我国《民事诉讼法》第 152 条第 1 款规定：“判决书应当写明判决结果和作出该判决的理由”。这里“作出该判决的理由”等同于《指导意见》中所谓“裁判理由”。另一方面，2013 年 1 月 1 日起施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》（法释〔2012〕21 号）第 246 条规定：“裁判文书应当写明裁判依据，阐释裁判理由，反映控辩双方的意见并说明采纳或者不予采纳的理由。”这里的“裁判理由”则与“裁判依据”并列。本文选择使用“裁判说理”或“说理论证”概念，以与“裁判依据”概念相对，主要指法官在裁判文书中为说明裁判依据的选择和适用而展开的说理论证活动。当然，也有论者以“裁判理由”与“裁判依据”作为一组概念来描述裁判文书如何援引宪法条款和指导性案例的二分政策现象。参见刘树德：《“裁判依据”与“裁判理由”的法理之辨及其实践样态》，载《法治现代化研究》

件还是刑事案件，在必要的情形下援引宪法作为裁判说理，不仅没有任何法律上的障碍，而且还是目前的司法政策所鼓励的。

有学者曾对该项司法政策的合宪性提出如下质疑：2016 年的《人民法院民事裁判文书制作规范》阐明法院裁判依据的部分，实际上是在对我们《宪法》第 131 条中的“法律”的内涵进行解释，而最高人民法院无权对宪法进行解释，因此就存在合宪性问题。在质疑者看来，正确的做法应该是由最高人民法院提请全国人大常委会对《宪法》第 131 条中的“法律”一词进行宪法解释。[9]该司法政策的出台，确实可能涉及对《宪法》第 131 条中“法律”一词的解释。[10]但是，包括最高人民法院在内的任何国家机关在行使职权过程中都难以避免对宪法作解释，尽管这种解释在法律上并没有像全国人大及其常委会所作的解释那样具有权威性。法律解释可以分为“权威性解释”和“实践性解释”，前者指“解释权威进行的解释活动”，后者指其他主体“为了明确法律条文的含义（以便于从事遵守、执行、适用或其它法律实践活动）而进行的解释活动”。[11]宪法解释是也如此。我们不能以存在权威性的宪法解释主体为由而否定其他主体从事实践性的宪法解释。而且，值得注意的是，我国《人民法院组织法》第 4 条蹈袭了《宪法》第 131 条，其同样规定：“人民法院依照法律规定独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”所以，“裁判说理”与“裁判依据”二分政策也可被认为是对该法律条款的政策性解释。由于最高人民法院享有对法律应用问题的解释权，这一政策性解释的合法性（合宪性）问题就得以消解。

二、“裁判说理”与“裁判依据”二分政策的形成历史与法理基础

“裁判说理”与“裁判依据”二分政策的形成与我国宪治和宪法理论的发展密切相关。因此，对其形成历史和法理基础的探究，也就是对其背后的宪治基础和宪法学说之发展历史的探究。

（一）“不宜援引宪法”的旧政策在 1980 年代受到的挑战

在裁判文书能否援引宪法的问题上，传统的旧政策并未有意识地区分作为裁判说理的援引和作为裁判依据的援引，而是笼统地持否定态度。这种否定态度最早出现在 1955 年最高人民法院《关于在刑事判决中不宜援引宪法作论罪科刑的依据的复函》中，该《复函》是针对新疆省高级人民法院的请示作出的，其指出：“中华人民共和国宪法是我们国家的根本法，也是一切法律的‘母法’……对刑事方面，它并不规定如何论罪科刑的问

2020 年第 3 期。

[9] 谢宇：《宪法司法化理论与制度生命力的重塑》，载《政治与法律》2018 年第 7 期。类似的观点还可见余军等：《中国宪法司法适用之实证研究》，中国政法大学出版社 2017 年版，第 149 页。

[10] 也有少数观点认为：《宪法》第 131 条旨在“赋予法院独立审判权”以及施加依照相关法律中的程序性要求来行使这一职权的义务，事实上，我国宪法对于“审判依据”问题并未做出规定。参见陈坤：《宪法能否司法适用无宪法文本依据》，载《政治与法律》2017 年第 7 期。如果说现行宪法和相关法律没有就“审判依据”问题做出规定，那么目前由最高人民法院通过司法政策对此问题进行调整的实践，也不能被评价为不合法（不合宪）。

[11] 参见陈坤：《宪法能否司法适用无宪法文本依据》，载《政治与法律》2017 年第 7 期。

题，据此，我们同意你院的意见，在刑事判决中，宪法不宜引为论罪科刑的依据。”（最高人民法院研字第 11298 号）毫无疑问，“不宜援引宪法”的司法政策背后有一种将宪法视为“母法”或“章程”的政治宪法观。[12]正如毛泽东在 1954 年 4 月 29 日《关于中华人民共和国宪法草案》的讲话中说：“一个团体要有一个章程，一个国家也要有一个章程，宪法就是一个总章程，是根本大法。”[13]所以，宪法被认为仅仅是立法工作的政治基础，而不是跟普通法律一样可通过司法予以适用的规范。[14]

裁判文书“不宜援引宪法”的司法政策也体现在 1986 年的《最高人民法院关于人民法院制作法律文书应如何引用法律规范性文件问题的答复》中。该《答复》明确指出：“人民法院在依法审理民事和经济纠纷案件制作法律文书时，对于全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律，国务院制订的行政法规，均可引用。各省、直辖市人民代表大会及其常务委员会制定的与宪法、法律和行政法规不相抵触的地方性法规，民族自治地方的人民代表大会依照当地政治、经济和文化特点制定的自治条例和单行条例，人民法院在依法审理当事人双方属于本行政区域内的民事和经济纠纷案件制作法律文书时，也可引用。”[15]可见，该《答复》尚未区分作为裁判依据的引用和作为裁判说理的引用。如果运用反面解释方法，宪法显然将被排除在人民法院审理民事和经济案件可引用的规范性法律文件之外。

尽管新中国成立以来“不宜援引宪法”的司法政策长期占据主导地位，但是，在改革开放之初，法学研究领域开始出现挑战这一政策的宪法直接适用说。1981 年，参加“八二宪法”起草工作的王叔文就撰文指出：“宪法具有规范性，是人们必须遵守的最高行为准则，为了加强宪法实施的司法保障，这就从理论上提出了一个值得研究的重要课题，即法院在审理具体案件时，能否以宪法规范为依据。”在他看来，“在民事法规未加具体规定的情况下，考虑可以援引宪法条文，是值得研究解决的。”[16]1980 年代初宪法直接适用说的出现，主要是基于宪法不受重视的历史教训、八二宪法的规范性增强以及依法审判的实践需要这三个方面的原因。

首先，正是基于宪法没有得到尊重的历史教训，在“八二宪法”草案的全民讨论过程中，如何保障宪法的有效实施成为人们最关心的问题。在部分省市和单位的讨论意见中，福建省政协委员章振乾说：“现在人民关心的是如何保证宪法的实施，1954 年宪法也很完整，还会出现十年动乱。”中国民主促进会反映，有些同志认为，“宪法条文本身很好，

---

[12] 周林刚曾指出五四宪法的非规范性质，认为五四宪法“显然被当作一份理论文献”，仅被视为行动指南，而非教义或信条。参见氏文：《宪法概念的变革》，载《法制与社会发展》2013 年第 6 期。

[13] 中共中央文献研究室编：《毛泽东文集》（第 6 卷），人民出版社 1999 年版，第 328 页。

[14] 林来梵从宪法的“根本法”及“母法”学说角度比较系统地梳理了宪法不能像普通法律那样具有司法适用性的理论渊源。参见氏著：《从宪法规范到规范宪法》，商务印书馆 2017 年版，第 312～315 页。

[15] 法（研）复「1986」31 号。该《答复》是针对江苏省高级人民法院的请示作出的，已于 2013 年被废止，理由是其已被 2009 年《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定》所取代。参见《最高人民法院关于废止 1980 年 1 月 1 日至 1997 年 6 月 30 日期间发布的部分司法解释和司法解释性质文件（第九批）的决定》（法释[2013]2 号）。

[16] 王叔文：《论宪法的最高法律效力》，载《法学研究》1981 年第 1 期。

但执行起来究竟怎样；宪法能否全面认真地付诸实施？”浙江省人大常委会开讨论会时，与会同志认为，“对违反宪法的行为如何处置，宪法中应有明确规定。”[17]在群众的讨论意见中，建议增加规定如何保障宪法实施的条款是首要意见。如浙江的戴挥建议增加规定：“国家设专门机构监督宪法的实施”；北京政法学院王启富建议“在人大常委会下面设宪法监督的专门委员会”。[18]

其次，就宪法的规范性而言，“八二宪法”有了较大进步，其特别强调自身的权威性和至上性。这清晰地反映在新增的宪法序言最后一段及宪法正文“总纲”部分的第五条中。宪法序言最后一段宣告：“本宪法以法律的形式确认了中国各族人民奋斗的成果，规定了国家的根本制度和根本任务，是国家的根本法，具有最高的法律效力。全国各族人民、一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织，都必须以宪法为根本的活动准则，并且负有维护宪法尊严、保证宪法实施的职责。”这段话表明了宪法的至上地位，强调了宪法实施的重要性。宪法正文“总纲”部分第五条明确规定：“国家维护社会主义法制的统一和尊严。一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为，必须予以追究。任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权。”这条其实是对宪法序言最后一段的具体化，旨在强调宪法的法律性和规范性。[19]

再次，在社会主义法治建设重新起步的阶段，各个部门法律制度还很不健全，当人民法院遇到无法可依的特殊情况，引用宪法被认为是一种重要的补救方式。 在 1986 年，甘藏春更明确地提出了“宪法直接适用说”：“司法机关直接依据宪法规范进行检察审判活动不仅是可行的，而且是必需的。”理由是：第一，“宪法作为根本大法，在国家所有的生活中具有最高的和直接的法律效力，在司法领域也同样如此。”第二，“从世界各国的宪法实践来看，当代宪法的调整领域已由传统的公法领域逐步扩展到‘私法’领域，即宪法不仅调整着国家与公民之间的关系，而且也调整着公民与公民之间的私人关系。”第三，“从我国的历史和现状来看，强调宪法在司法领域中的直接适用也是十分必要的。……例如，目前，民法还没有公布，行政诉讼程序法律制度也在探索中，在这种情况下，如果不强调直接依据宪法规范进行处理，则必然会导致许多民事案件、行政诉讼案件得不到处理”。[20]这三点理由，除了第二点之外，与前面所讲的几个方面原因基本相同。其中第二点理由，运用比较宪法的方法，揭示了公私法的趋同以及宪法对私人领域的影响。它可以说是后来蔡定剑在 21 世纪初所主张的“宪法私法化”和“宪法司法化”

[17] 参见许崇德：《中华人民共和国宪法史》，福建人民出版社 2005 年版，第 457 页。
[18] 参见许崇德：《中华人民共和国宪法史》，福建人民出版社 2005 年版，第 449 页。
[19] 有学者认为，八二宪法在性质上已是规范的宪法，而与作为指南的五四宪法截然不同。参见周林刚：《八二宪法与新宪法观的生成》，载《华东政法大学学报》2012 年第 6 期。
[20] 参见甘藏春：《我国宪法在改革中的适用》，载《北京大学学报》（哲学社会科学版）1986 年第 3 期。

之观点的先声。[21]不过，在 1980 年代，尚未形成公私法相区分及宪法属于公法的通说，因此，甘藏春的宪法直接适用说并未引发学术上的广泛争论。

1980 年代少数法学研究者提出的宪法直接适用说，主张普通案件中宪法可以作为裁判依据而得到适用，这非但挑战了“不宜援引宪法”的旧政策，而且超越了宪法只能作为立法之基础的传统旧说。为了与宪法直接适用说的称谓相对应，后来有学者称这种传统旧说为宪法间接适用说：“间接适用是指宪法先由代表机关转化为更具体的规范（该转化是直接适用），再由相应机关通过适用此具体规范来适用宪法。”[22]当然，这里的“适用”概念是广义上的，也就是把立法机关根据宪法的立法行为算作“适用”的一种（直接适用），而把法院依法审判的行为算作“适用”的另一种（间接适用）。

随着宪法直接适用说的提出，实践中开始出现直接援引宪法的司法解释个案，如《最高人民法院关于雇工合同“工伤概不负责”是否有效的批复》（最高人民法院 1988 民字第 1 号）指出：“对劳动者实行劳动保护，在我国宪法中已有明文规定，这是劳动者所享有的权利。张学珍、徐广秋身为雇主，对雇员理应依法给予劳动保护，但他们却在招工登记表中注明‘工伤概不负责’。这种行为既不符合宪法和有关法律的规定，也严重违反了社会主义公德，应属于无效的民事行为。”该《批复》对宪法规范的援引，可以说是后来齐玉苓案《批复》的先声。但在当时，无论法学研究领域中的直接适用说，还是司法实践中的该《批复》，都未像齐玉苓案《批复》那样引发广泛的关注和争论。因为 1980 年代的宪法直接适用说，有别于后来发展到合宪性审查层面事关政体改革的“宪法司法化”理论。

（二）“宪法司法化”理论与中国共产党政策的双重影响

1.“宪法司法化”理论的历史影响

“宪法司法化”的理论主张出现于 1990 年代，兴盛于 21 世纪初，后又迅速衰落。在短短大约十五年中，“宪法司法化”理论的兴衰对“裁判说理”与“裁判依据”二分政策的形成产生了重大影响。一方面，“宪法司法化”理论的兴起有力地冲击了“不宜援引宪法”的旧政策；另一方面，“宪法司法化”理论的衰落促使“宪法直接适用说”向“宪法间接适用新说”过渡。

（1）“宪法司法化”概念的提出

“宪法司法化”是我国法学界所特有的概念。最早提出“宪法司法化”概念并以此为题撰写和发表论文的学者，是北京大学法学院的魏定仁和王磊以及中国人民大学法学院的胡锦光。他们在 1992 年“八二宪法”施行 10 周年之际思考、写作和参会交流，并于 1993 年初分别正式发表了论文。[23]当时，三位学者都将司法审查（即司法性违宪审查）视为

[21] 参见蔡定剑：《中国宪法实施的私法化之路》，载《中国社会科学》2004 年第 2 期；蔡定剑：《中国宪法司法化路径探索》，载《法学研究》2005 年第 5 期。

[22] 参见翟小波：《论我国宪法的实施制度》，中国法制出版社 2009 年版，第 37 页。

[23] 参见魏定仁、王磊：《我国宪法司法化的探讨》，载《民主宪政十年》，红旗出版社 1993 年版。王磊曾提到其论文是在 1992 年纪念宪法颁布 10 周年时写就的。参见王磊：《选择宪法》，北京大学出版社 2003 年版，前言第 1 页脚注

“宪法司法化”概念的核心含义。魏定仁和王磊指出：“宪法司法化是宪法之所以为法律的要求，它是宪法得以直接实施的途径”，“司法审查制度是宪法司法化的具体体现，宪法司法化是各国司法审查制度的共同点和提炼”；“1982 年宪法已实施十年，宪法解释还没有‘0’的突破，根本原因还是没有将宪法纳入司法化的轨道”。[24]胡锦光也在司法审查的意义上谈论“宪法司法化”，他将“宪法司法化”描述成世界各国宪法发展的一大趋势，探讨了宪法司法化的必然性和必要性，并提出了我国宪法司法化的难题和步骤。[25]

魏定仁和王磊文中的核心观点，后来在 2000 年王磊所著的《宪法的司法化》一书中得到了更系统的阐述，并产生了重要影响，以至于强世功等不少学者误认为“宪法司法化”概念最早是由王磊在《宪法司法化》一书中提出的。[26]王磊在书中延续了其早期论文的思路，将宪法司法化的历史追溯到美国 1803 年的马伯里诉麦迪逊案，并指出：“宪法司法化是世界各国宪政实践的经验总结”，“司法审查制度是宪法司法化的具体体现”，“宪法司法化是针对我国的宪政实践提出来的，这样可以对症下药，是解决我国宪法实施的关键”。[27]可见，“宪法司法化”概念的提出，既是反思我国宪法实施现状和探求我国宪法有效实施方式的结果，也是学习和借鉴域外宪法实施制度的结果。这一理论研究的出现与 1990 年代改革开放不断深化与权利观念日益兴起的时代背景密不可分。

1990 年代初，法理学界影响重大的“权利本位”说为权利话语的传播开创了新局面。[28]也是在 1990 年代初，人权话语被官方接受，人权理论研究取得重要进展。比如初版于 1992 年的《人权概念起源》一书，多次重印，在学界产生了较大影响。[29]出版于 1991 年的《公民权利义务通论》一书已论及立法对权利的侵害，并介绍了德国宪法实施的司法保障制度：“1956 年之后，该国采用了世界通用的司法审查制，让司法权最后判断立法是否合宪。”[30]出版于 1993 年的《赢得神圣》一书较早阐述了“没有救济就没有权利”的法理，并已明确提出宪法救济乃是“权利的脊梁”，强调切实保障代议机关在宪法所设定的限制范围内活动是“司法之责”。[31]王晨光则在主张“法律的可诉性”特征时，明确指出“美国宪法中司法审查权的出现和发展便是一个最好的例证”。[32]在 1990 年代末如火如荼的司法改革浪潮中，莫纪宏明确提出我国建立宪法审判制度的重要性。[33]1998 年，莫纪宏所著《宪法审判制度概要》一书由中国人民公安大学出版社出版，该书详细介绍了

1。胡锦光：《宪法司法化的必然性与可行性探讨》，载《法学家》1993 年第 1 期。笔者曾利用参加宪法学研究会 2015 年年会的机会，向胡锦光教授问及该文，其回忆说，该文实质上是一个会议发言提纲。

[24] 参见魏定仁、王磊：《我国宪法司法化的探讨》，载《民主宪政十年》，红旗出版社 1993 年版，第 199～206 页。

[25] 参见胡锦光：《宪法司法化的必然性与可行性探讨》，载《法学家》1993 年第 1 期。

[26] 参见强世功：《宪法司法化的悖论》，载《中国社会科学》2003 年第 2 期。

[27] 王磊：《宪法的司法化》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 147～148 页。

[28] 参见张恒山主编：《共和国六十年法学论争实录·法理学卷》，厦门大学出版社 2009 年版，第 198 页以下。

[29] 参见夏勇：《人权概念起源》，中国政法大学出版社 2001 年版，内容简介。

[30] 参见徐显明：《公民权利义务通论》，群众出版社 1991 年版，第 59 页。

[31] 参见程燎原、王人博：《赢得神圣：权利及其救济通论》，山东人民出版社 1993 年版，第 391 页。

[32] 参见王晨光：《法律的可诉性：现代法治国家中法律的特征之一》，载《法学》1998 年第 8 期。

[33] 参见莫纪宏：《宪法审判在司法改革中的作用》，载信春鹰、李林主编：《依法治国与司法改革》，中国法制出版社 1999 年版，第 578～598 页。

世界上所存在的各种类型的宪法审判制度。同年，刘兆兴所著《德国联邦宪法法院总论》一书由法律出版社出版。

此外，1997 年香港回归后，由于香港《基本法》的解释之争，香港司法审查制度的运作对内地产生了直接影响。比如香港基本法专家王振民在 1999 年发表文章指出："香港回归后，香港特别行政区已经几次产生有关宪法和基本法的诉讼，实际上也已经尖锐地提出了中国宪法能否进入诉讼的问题"。[34]王磊在其著作《宪法的司法化》"前言"中指出："香港发生的居港权案件所引发的基本法的解释等问题，都反映了在宪法观念上的冲突，这种冲突的核心是宪法是否可以司法化"。[35]

（2）作为宪法直接适用的"宪法司法化"

由于"宪法司法化"的核心含义被界定为司法审查，即法院直接依据宪法审查立法并判断其是否合宪的活动和制度，因此，"宪法司法化"被视为宪法直接适用的一种典型情形。正因为如此，魏定仁和王磊提出"宪法司法化"主张的缘由是对我国宪法间接适用状况的不满："我国宪法在法院却不具有直接司法适用性，宪法的适用依赖于依照宪法制定的部门法来加以间接产生法律效力，我们的法官无权解释宪法，无权直接适用宪法条文"；"一些同志仍满足于通过依据宪法来制定部门法使宪法产生间接法律效力的阐述，没有认识到宪法也应当是裁判法律纠纷的具有可操作性的最高准则。"而"宪法司法化"国家则"真正将宪法作为一个法律来看待，从而将宪法作为裁判的准则由某一特定机构反复适用。"[36]

从宪法直接适用角度主张"宪法司法化"，反映的是学者们对宪法实施之司法途径的理论探索。如魏定仁和王磊在提出"宪法司法化"概念之初，就以选民名单案件为例子，同时基于"这类案件的裁判只能并且应当直接以宪法和选举法关于公民选举权的规定为最基本的依据"，认定此类案件为宪法案件："选民名单案件是一宪法司法化例证，我们应当肯定这一制度，并以此为突破口，进一步研究整个宪法的司法化问题。"[37]后来，王磊在《宪法的司法化》一书中又指出："我国宪法学的研究和实践有一个很大的误区，就在于没有真正把宪法作为一部法并通过法院来实施"，"通过探讨选举中的这一司法保护制度——选举名单案件，来改变我国宪法在法院无直接适用性的观念，并且以选民名单案件为起点，加强从司法角度来研究宪法的实施和保障。"[38]王振民在《我国宪法可否进入诉讼》一文中既论证了中国宪法可以作为人民法院判案的依据，同时又提出了"建

---

[34] 王振民：《我国宪法可否进入诉讼》，载《法商研究》1999 年第 5 期。

[35] 王磊：《宪法的司法化》，中国政法大学出版社 2000 年版，前言。

[36] 参见魏定仁、王磊：《我国宪法司法化的探讨》，载《民主宪政十年》，红旗出版社 1993 年版，第 205～206 页，第 200～206 页。

[37] 参见魏定仁、王磊：《我国宪法司法化的探讨》，载《民主宪政十年》，红旗出版社 1993 年版，第 206 页。

[38] 王磊：《宪法的司法化》，中国政法大学出版社 2000 年版，前言及第 158 页。考虑到我国《宪法》第 34 条关于选举权和被选举权的条款已被《选举法》所蹈袭，就不能仅仅因为裁判文书引用了我国《宪法》第 34 条就将选民资格案件视为"宪法司法化"的例证。王磊将选民资格案件视为宪法案件，是基于选举法与宪法不分的观念，倘若将选举法视为区别于宪法的相对独立的基本法律，则选民资格案件也就成为区别于宪法案件的普通公法案件。在我国当前的诉讼法律体系中，选民资格纠纷通过特殊民事程序来处理，显然存在着诉讼法体系上的缺陷。可以考虑建立专门的选举诉讼制度，至少可以纳入到行政诉讼制度中。

立我国的宪法诉讼制度的主张”。[39]可见，在这个时期，“宪法司法化”已经与宪法直接适用混同起来，司法审查被认为是宪法适用的典型情形，王磊甚至将“宪法适用”与“司法审查”等同起来：“宪法的适用是指国家司法机关根据法定职权和法定程序，应用宪法处理具体案件的专门活动。一般将这种活动称为‘司法审查’或‘违宪审查’。”[40]

（3）“宪法司法化”理论激发下的司法实践

正是在“宪法司法化”理论的激发下，最高人民法院在 2001 年推出了饱受争议的齐玉苓案《批复》。齐玉苓案本是一个因冒名顶替上学引发的民事侵权案件，由于一审判决仅认可姓名权被侵害，而不认可受教育权被侵害，原告上诉至山东省高院。山东省高院请示最高法院，最高法院在《批复》中指出：“经研究，我们认为，根据本案事实，陈晓琪等以侵犯姓名权的手段，侵犯了齐玉苓依据宪法规定所享有的受教育的基本权利，并造成了具体的损害后果，应承担相应的民事责任。”[41]山东省高院据此认定：“上诉人要求被上诉人承担侵犯其受教育的权利的责任，理由正当，应予支持。”二审判决书不仅在说理部分重复了《批复》中的基本意见，而且在裁判依据中援引了有关宪法条文和该《批复》。[42]

无论是齐玉苓案的终审判决，还是终审判决所依据的《批复》，其本身与司法审查并无直接关联，而只涉及宪法规范在普通案件中的适用问题。尽管法学界对于这一层面的宪法适用问题也展开了广泛争论，但引发更大关注并使齐玉苓案成为“宪法司法化第一案”[43]的是《批复》的“醉翁之意”：试图借此推动司法审查意义上的“宪法司法化”。《批复》发布当日，最高人民法院的机关报——《人民法院报》发表了时任最高人民法院民一庭庭长黄松有关于“宪法司法化”的署名文章，该文遵循当时把宪法直接适用与“宪法司法化”混同起来的流行思想，将宪法适用与司法审查揉合在一起，指出 1803 年美国的“马伯里诉麦迪逊”一案开创了“宪法司法化”的先河，并明确主张：“我国在司法实践中可以逐步将宪法引入诉讼程序，直接作为法院审理案件的法律依据而在裁判文书中援引。由于我国没有设立专门的宪法法院，因此，我国宪法司法化的模式可以参考美国的普通法院模式，凡是有关宪法问题的纠纷都由我国普通法院按照普通程序审理，法院在审理此类案件时直接以宪法作为裁判的依据。”[44]尽管这篇文章的署名作者仅仅是黄松有个

---

[39] 参见王振民：《我国宪法可否进入诉讼》，载《法商研究》1999 年第 5 期。

[40] 王磊：《宪法的司法化》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 19 页。当然，仍有少数学者沿用 1980 年代非司法审查语境下的宪法直接适用概念，不过，这在 1990 年代的法学界已非主流。譬如参见喻敏：《论男女平等的宪法原则在“民事领域”内的直接效力》，载《中国法学》1995 年第 6 期；刘连泰：《我国宪法规范在审判中直接适用的实证分析与评述》，载《法学研究》1996 年第 6 期。

[41] 《最高人民法院关于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利是否应承担民事责任的批复》（法释[2001]25 号）。

[42] 山东省高级人民法院民事判决书（1999）鲁民终字第 258 号。（2001 年 8 月 23 日作出判决）

[43] 王禹认为齐玉苓案不是宪法司法化第一案，理由是“在本案之前，某些地方法院已经出现援引宪法的先例”。参见王禹编：《中国宪法司法化：案例评析》，北京大学出版社 2005 年版，第 35 页，第 154 页。不过，黄松有之所以认为这一《批复》创造了我国宪法司法化的先例，是因为他从最高人民法院的角度出发，且将司法审查隐含在宪法的司法适用当中。参见《冒名上学事件引发宪法司法化第一案》，载《南方周末》2001 年 8 月 16 日。

[44] 黄松有：《宪法司法化及其意义——从最高人民法院今天的一个<批复>谈起》，载《人民法院报》2001 年 8 月 13 日。这段话所引发的关注和讨论很大程度上促使齐玉苓案成了司法审查意义上的“宪法司法化”第一案。

人，但是由于其特殊身份和人民法院机关报的影响力，“宪法司法化”的理论主张似乎通过司法实践得到了应用。这引发部分学者对其展开了严厉批判。官方也通过一定的政策手段给予了否定性的回应，从而导致宪法直接适用学说迅速衰落。

2.中国共产党政策的影响

正如 2018 年修宪所宣告的那样，“中国共产党领导是中国特色社会主义最本质的特征”，因此，中国共产党政策对司法政策无疑具有重大影响。对于“裁判说理”与“裁判依据”二分政策的形成，中国共产党政策的影响主要表现在以下三个方面。

首先，在中国共产党政策的推动下，我国宪法不断发展，这是我国宪法适用理论研究得以大力发展的现实基础。从根本上说，十一届三中全会所确立的“加强社会主义法制，使民主制度化、法律化，使这种制度和法律具有稳定性、连续性和极大的权威”[45]之政策及其指导下所制定的八二宪法，为“裁判说理”与“裁判依据”二分政策的形成奠定了政法基础。1980 年代的宪法直接适用说，便是在这一政法背景下提出来的。在 1990 年代的两次宪法修改中，有两项重要的规范变动：1993 年修改宪法，将“国家在社会主义公有制基础上实行计划经济”改成“国家实行社会主义市场经济”；1999 年修改宪法增加规定：“中华人民共和国实行依法治国，建设社会主义法治国家”。在 2004 年的宪法修改中，增加规定“国家尊重和保障人权”。这些规范的变动都是在中国共产党政策的推动下发生的，一般遵循先由党的代表大会通过决议，再由中共中央向全国人大常委会提出修宪建议的程序。如 1992 年 10 月，党的十四大报告先提出“我国经济体制改革的目标是建立社会主义市场经济体制”，[46]1993 年 2 月，中共中央向全国人大常委会提出“关于修改宪法部分内容的建议”，其中就包括“国家实行社会主义市场经济”的修改建议。[47]这些规范变动反映了经济和政治上改革开放的深入。市场导向的经济改革引发社会力量的增长，人权和法治导向的政治改革促进权利意识的发展。1990 年代的“宪法司法化”理论主张正是在这一宪法发展的政治背景下提出来的。

其次，在中国共产党政策的引导下，国家治理不断趋于法治化，这是“裁判说理”与“裁判依据”二分政策出台的时代背景。当前，人民法院能够在裁判文书“说理论证”部分援引宪法的政策，是司法在国家治理格局中的地位得到提升以及公民参与宪法实施的作用得到重视的结果。在 1980 年代，国家治理的指导方针是“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”的法制原则。从十六字方针中可以看出，无法可依是当时重要的法治问题。面对“不宜援引宪法”的旧政策及相应的宪法学说，宪法直接适用说被提了出来。按照这一学说的初衷，法院适用宪法不是用来控制法律的，而是用来填补法律空缺的。

---

[45] 《中国共产党第十一届中央委员会第三次全体会议公报》（1978 年 12 月 12 日），载全国人大常委会办公厅、中共中央文献研究室编：《人民代表大会制度重要文献选编》（二），中国民主法制出版社 2015 年版，第 377 页。

[46] 江泽民：《加快改革开放和现代化建设步伐，夺取有中国特色社会主义事业的更大胜利》（1992 年 10 月 12 日），载《江泽民文选》（第一卷），人民出版社 2006 年版，第 226 页。

[47] 《中国共产党中央委员会关于修改宪法部分内容的建议》，载全国人大常委会办公厅秘书二局编：《中国宪法文献通编》，中国民主法制出版社 2004 年版，第 101 页。

值得注意的是，1980 年代的十六字方针未专门提及司法，可见当时司法在国家治理中的地位并不突出。在 1990 年代，随着社会利益的多元化，司法在国家治理中的作用逐渐突出，司法改革成为法治建设的主题词。1997 年，党的十五大报告明确指出："依法治国，是党领导人民治理国家的基本方略。""推进司法改革，从制度上保证司法机关依法独立公正地行使审判权和检察权。"[48]2002 年，党的十六大报告指出："保证人民……享有广泛的权利和自由，尊重和保障人权。""推进司法体制改革。社会主义司法制度必须保障在全社会实现公平和正义。"[49]将依法治国与人权保障确立为国家治理基本方略，是中国共产党在世纪之交的重大战略部署，彰显了人民的主体地位。司法是一种以公民参与为重要特征的法律程序，无论保证司法机关依法独立公正行使职权，还是保障律师辩护权、要求裁判文书公开和加强裁判说理，无不是为了实现人民的主体地位。

2011 年，中国特色社会主义法律体系被宣告已经形成。[50]因此，中国共产党更加强调宪法在完善法律体系和加强国家治理中的引领作用，法治理论也实现了升级换代。2012 年党的十八大报告指出："更加注重发挥法治在国家治理和社会管理中的重要作用"；"全面推进依法治国。法治是治国理政的基本方式。要推进科学立法、严格执法、公正司法、全民守法。"[51]这标志着中国共产党超越了 1980 年代以来长期坚持的十六字法制方针，提出了"新时代我国法治建设的指导方针"，形成了"新时代全面依法治国基本格局"。[52]新十六字方针对法律本身的良善品质提出了明确要求，凸显了司法在维护公平正义中的核心作用，并认识到全民在维护宪法和法律权威中的积极作用。"裁判说理"与"裁判依据"二分政策的出台，正是发生在全面推进依法治国的历史背景下，其为控制法律、改良法律和发展法律，将宪法的价值和精神贯穿于法律体系中，开辟了一条较符合当前实际的路径。

再次，中国共产党政策掌握着司法政策发展的大方向，在特殊时刻还起到关键的把控作用。21 世纪初，随着人权概念的入宪，公民个人的主体地位得以彰显。正是在这一时期，宪法的司法实施途径得到了社会和学界的广泛关注。这是因为司法程序包含着听取争议双方的论辩意见等彰显和尊重人之主体地位的要素。[53]通过司法途径实施宪法的理论，试图将普通公民纳入到司法商谈程序和宪法论辩当中，其假定公民能够理解宪法，并能将之运用于自身；其假定公民基于利益相关性，更能有效发现和积极监督违宪行为。虽然这种强调司法治理的宪法实施理论符合国家治理法治化的总趋势，但是其中

---

[48] 江泽民：《高举邓小平理论伟大旗帜，把建设有中国特色社会主义事业全面推向二十一世纪》（1997 年 9 月 12 日），载《江泽民文选》（第二卷），人民出版社 2006 年版，第 29～31 页。

[49] 江泽民：《全面建设小康社会，开创中国特色社会主义事业新局面》（2002 年 11 月 8 日），载《江泽民文选》（第三卷），人民出版社 2006 年版，第 554～556 页。

[50] 《中共中央转发〈中共全国人大常委会党组关于形成中国特色社会主义法律体系有关情况的报告〉的通知》（2011 年 4 月 12 日），载全国人大常委会办公厅、中共中央文献研究室编：《人民代表大会制度重要文献选编》（四），中国民主法制出版社 2015 年版，第 1524 页以下。

[51] 胡锦涛：《坚定不移沿着中国特色社会主义道路前进，为全面建成小康社会而奋斗》，载《人民日报》2012 年 11 月 18 日第 1 版。

[52] 参见中共中央宣传部编：《习近平新时代中国特色社会主义思想三十讲》，学习出版社 2018 年版，第 190 页。

[53] See Jeremy Waldron, How Law Protects Dignity, *The Cambridge Law Journal*, Vol.71, 2012.

比较激进的改革主张，即要求引入美国式合宪性审查制度的“宪法司法化”主张，因脱离我国以人民代表大会制度为核心的国家治理基本格局而遭受了政治和学术上的双重批判。这在一定程度上促使与“宪法司法化”纠缠在一起的宪法直接适用说走向衰落。2002年，党的十六大报告强调：“要坚持从我国国情出发，总结自己的实践经验，同时借鉴人类政治文明的有益成果，绝不照搬西方政治制度的模式。”[54]

2004年12月1日下午，时任全国人大常委会法制工作委员会副主任的李飞做客人民网“强国论坛”时，针对网友提出的“中国没有宪法法院，出现违宪问题由哪个机关来处理”的问题，全面解释了中国的违宪审查制度，指出：“任何公民都可以向全国人大及其常委会提出进行违宪审查的要求”；“在实行三权分立的西方国家设有宪法法院，对立法机关的立法行为进行审查。我国不实行三权分立，实行人民代表大会制度。按照宪法规定，全国人民代表大会的重要职权是修改宪法和监督宪法的实施。我国的宪法监督由人大及其常委会实施。今年在全国人大法工委增设了一个备案审查室，对规范性文件的合宪性进行审查。”[55]2005年12月16日，十届全国人大常委会第四十次委员长会议修订了《行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、经济特区法规备案审查工作程序》，同时还通过了《司法解释备案审查工作程序》，以进一步建立健全法规和司法解释备案审查制度，维护国家法制统一。[56]2008年，《最高人民法院关于废止2007年底以前发布的有关司法解释（第七批）的决定》（法释〔2008〕15号）又明确宣告齐玉苓案《批复》已经“停止适用”。尽管“法释〔2008〕15号”司法解释没有说明停止适用的理由，但是，根据最高人民法院吴兆祥法官对“法释[2009]14号”司法解释的说明，停止适用是因为齐玉苓案《批复》中出现了作为裁判依据的宪法援引。[57]显然，全国人大常委会对“宪法司法化”理论主张的回应，以及最高人民法院对齐玉苓案《批复》的废止，背后都体现了中国共产党“绝不照搬西方政治制度”之政策的把关作用。

（三）为何“不能”援引宪法作为“裁判依据”？

人民法院“不能”在裁判文书中援引宪法作为“裁判依据”，主要是基于我国宪法实施制度的特殊性以及防范宪制风险的考量。倘若人民法院在“裁判依据”中“能”援引宪法，那就意味着两种可能：一是人民法院拥有针对法律、法规的合宪性审查权；二是人民法院在普通案件中有权解释和适用宪法。

---

[54] 江泽民：《全面建设小康社会，开创中国特色社会主义事业新局面》（2002年11月8日），载《江泽民文选》（第三卷），人民出版社2006年版，第553～554页。

[55] 参见廖卫华：《人大解释违宪审查制度 任何公民可提请违宪审查》，载《新京报》2004年12月2日。

[56] 参见《全国人大常委会建立健全法规和司法解释备案审查制度》，载《人民日报》2005年12月20日。

[57] 吴法官说道：实践中出现了按照宪法规定起诉以保护权利的所谓“宪法诉讼”案件，有些地方法院亦予以受理；同时理论界关于宪法司法化的讨论也日益热烈，要求确保宪法的实施和执行，并通过司法途径予以保障。特别是经有关媒体报道宣传后，引起了社会的争议。宪法是国家的根本大法，其解释和监督实施机关为全国人大及其常委会，人民法院不受理宪法诉讼案件，也不以宪法作为裁判依据。为此，最高法院曾下发文件要求“各级人民法院不受理所谓‘宪法诉讼’案件，不得将宪法引入诉讼程序”，“人民法院审判案件，不得在裁判文书中援引宪法规定。对于宪法和法律都有规定的，人民法院应当依据法律规定裁判案件。” 参见吴兆祥：《<关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定>的理解与适用》，载《人民司法》2009年第23期。

前一种可能是“宪法司法化”理论所主张的。这种理论本质上是一种包含政体改革之诉求的宪法学说。由于其与现行政体相抵触，很快受到了“政治教义宪法学”[58]的批判。童之伟将齐玉苓案《批复》指为“司法抢滩”：由法院直接以宪法为依据裁判宪法纠纷的主张，“意味着现在由全国人大及其常委会掌握的宪法监督实施权和全国人大常委会掌握的宪法解释权都转移到最高法院手中，意味着可以对全国人大或其常委会的立法进行合宪性审查，意味着最高国家审判机关取得与最高国家权力机关相同或平等的宪法地位。一句话，意味着根本改变我国的政权组织体制。”[59]强世功则将“宪法司法化”视为“宪政的特洛伊木马”：“宪法司法化就成了法官和法学家们的特洛伊木马，通过一个司法审判概念将国家权力分配的宪政概念偷运进来。宪法司法化表面上是一套关于司法判断的法理学说，而实际上是一种涉及国家权力结构的政治学说。”[60]许崇德还基于制宪史指出：我国宪法没有使用“司法”一词，很大程度上同我国不采西方“三权分立”体制的指导思想有关。“今天如果不问缘由，倡导所谓‘宪法司法化’，草率地用那曾为宪法所拒绝使用的‘司法’去‘化’宪法，那是同宪法起草的原意背道而驰的，是对宪法的不尊重。”假如用最高法院行使违宪审查权的美国式体制去取代它，“那么，我国民主集中制的人民代表大会制度势必会朝着西方‘三权分立’的方向转变，这是不能接受的。所以，‘宪法司法化’的提法及其表述的内容，应该废弃。”[61]这些学者所批判的是以美国司法审查为典范的“宪法司法化”主张，其立论的角度在于规定了现行政体的宪法规范及其学说。

由于“前一种可能”的合法性受到了批判和否定，在齐玉苓案后，宪法学界多数学者回归到我国既有的宪治下，从宪法解释学角度探讨“后一种可能”的合法性，由此产生赞否二论。论争双方主要围绕对宪法第 131 条（2018 年修宪前为第 126 条）的解释而展开。肯定论者焦洪昌认为，第 62 条和第 67 条规定的全国人大及其常委会“监督宪法的实施”权力，并不表明全国人大及其常委会是宪法适用的唯一主体；宪法第 131 条规定的“人民法院依照法律独立行使审判权”，也并不意味着宪法被明确排除在司法适用之外。这里的“法律”应是广义法律，包括宪法在内。[62]按照黄卉的解释，第 131 条没有明确规定适用行政法规和地方性法规，但人民法院不仅适用法律，而且还适用行政法规和地方性法规，这一点毫无争议，因此，可通过类推得出人民法院“可以适用宪法”的结论，而并不必然解释为“禁止适用”。[63]与法院可否适用宪法的问题密切相关的是法院有无宪法解释权的问题。肯定论者黄卉运用体系解释方法指出：《宪法》第 5 条第 4 款“一切国家机关……都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为，必须予以追究”的规定是关于宪法解释权的概括性规定，而《宪法》第 67 条第 1 项是关于宪法解释权的特别规定，这种特别性只是体现在它的最高性和终局性上；同时，她考虑到人民法院拥有宪

[58] 此语出自林来梵：《中国宪法学的现状与展望》，载《法学研究》2011 年第 6 期。
[59] 童之伟：《宪法司法适用研究中的几个问题》，载《法学》2001 年第 11 期。
[60] 参见强世功：《宪法司法化的悖论》，载《中国社会科学》2003 年第 2 期。
[61] 许崇德：《关于“宪法司法化”这个提法》，载《北京日报》2006 年 7 月 10 日。
[62] 焦洪昌：《论我国宪法司法适用的空间》，载《政法论坛》2003 年第 2 期。
[63] 参见黄卉：《合宪性解释及其理论检讨》，载《中国法学》2014 年第 1 期。

法解释权能有效促进宪法实施这一宪法之客观目的（其由宪法序言最后一段及第 5 条所彰显），认定在现有宪法框架下人民法院有权解释宪法。[64]为了论证人民法院享有宪法解释权，黄明涛区分了两种意义上的宪法解释："第一种宪法解释表现为对行政法规等规范性文件作抽象式审查并作出撤销等处分决定的权力，这项权力为全国人大常委会所享有；第二种宪法解释固有地存在于任何认同宪法的规范性和最高性的司法过程中，本质上是一种法律方法和司法技艺"。[65]

不同于肯定论者对客观目的解释方法的倚重，否定论者更注重文本主义和原意主义的解释方法。童之伟首先依据宪法文本指出："现行宪法文本在规定国家机关职权的所有条款中，任何一次需要列举宪法的时候都是单独列出的。《宪法》第 5 条、第 33 条、第 53 条、第 67 条、第 89 条，先后 9 次以'宪法和法律'的形式将两者区分开来分别列举，《宪法》第 67 条、第 99 条、第 100 条先后 4 次以'宪法、法律'的形式将两者区分开来分别列举。"《宪法》运用这些术语的情况表明第 131 条中的"法律""不能被超文本、超逻辑地解释为'宪法和法律'。"他接着依据宪法原意指出："从 1954 年宪法起草至今，制宪、修宪和释宪机关从来没有表达过任何一点法院适用的'法律'中包括宪法的意思。""如果宪法有赋予法院依照宪法规定行使审判权的本意，其授予法院审判权的相应部分就必然直接表述为'依照宪法和法律规定'独立行使审判权。"[66]

在我国宪法解释领域，文本主义和原意主义在各种解释方法中长期居于优越的地位，这是由我国宪法所规定的权力分配体制所决定的。我们国家的权力分配体制以人民代表大会制度为核心。"人民代表大会制既规定为国家的根本政治制度，一切重大问题就都应当经过人民代表大会讨论，并作出决定。全国性的重大问题，经过全国人民代表大会讨论和决定，在它闭会期间，经过它的常务委员会讨论和决定"。[67]正因为如此，童之伟反对黄卉运用的类推方法，认为第 131 条中"法律"的范围或构成要素，在很大程度上是由全国人大及其常委会的立法所决定的。据其分析，第 131 条中的"法律"包括以下三个层次的法规范性文件：（1）全国人大及其常委会制定的法律、有关法律问题的决定、法律解释；（2）行政法规、军事法规；（3）地方性法规、自治条例、单行条例。同理，童之伟反对法院在行使审判权的过程中当然有权适用宪法的推理和解释，强调必须有最高国家权力机关的明确授权："对于国家机关来说，宪法没有明文禁止法院行使的职权，并非就是法院可以行使的职权，相反倒是应该理解为宪法不允许法院行使的职权。"[68]如果说司法审查意义上的宪法直接适用，由于涉及一项事关宪制的重大职权，因此，理应由我国最高国家权力机关明确授权；那么，在普通案件中人民法院直接适用宪法是否同

---

[64] 参见黄卉：《合宪性解释及其理论检讨》，载《中国法学》2014 年第 1 期。
[65] 黄明涛：《两种"宪法解释"的概念分野与合宪性解释的可能性》，载《中国法学》2014 年第 6 期。
[66] 参见童之伟：《法院"依照法律"规定行使审判权释论》，载《中国法学》2009 年第 6 期。
[67] 刘少奇：《关于中华人民共和国宪法草案的报告——1954 年 9 月 15 日在中华人民共和国第一届全国人民代表大会第一次会议上》，载全国人大常委会办公厅秘书二局编：《中国宪法文献通编》，中国民主法制出版社 2004 年版，第 245 页。
[68] 童之伟：《法院"依照法律"规定行使审判权释论》，《中国法学》2009 年第 6 期。

样如此？由于童之伟预设了宪法适用和宪法解释是不可分离的观点，认为宪法的直接适用必然伴随着宪法解释，而我国宪法“将根据宪法裁判案件所必不可少的监督宪法实施和解释宪法这两项法院适用宪法所必不可少的职权都授予了最高国家权力机关”，[69]因此，他反对人民法院在普通案件中拥有宪法解释权。

不难看出，反对人民法院拥有宪法解释权的实质是：人民法院即便只是运用法律方法意义上的宪法解释，也有可能在实践中产生因解释宪法而架空法律并挤占全国人大常委会宪法解释权的宪制风险。对于这一宪制风险，最高法院通过对齐玉苓案《批复》的废止表现出了认同。如前所述，最高法院吴兆祥法官认为，齐玉苓案《批复》之停止适用是因为法院援引宪法作为裁判依据，法院援引宪法作为裁判依据就需要解释宪法，而宪法解释权是全国人大常委会的一项专有权力，显然，其推理很大程度上也是基于防范宪制风险的逻辑。[70]

（四）为何“能”在“裁判说理”中援引宪法？

裁判文书“能”在“裁判说理”中援引宪法，首先是因为在全面依法治国的背景下，宪法实施的重要性被提到了前所未有的高度。早在 2012 年，习近平“在首都各界纪念现行宪法公布施行 30 周年大会上的讲话”中指出：“宪法的生命在于实施，宪法的权威也在于实施。”“宪法的根基在于人民发自内心的拥护，宪法的伟力在于人民出自真诚的信仰。”[71]2013 年《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》提出：“要进一步健全宪法实施监督机制和程序，把全面贯彻实施宪法提高到一个新水平。”2014 年《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》强调：“坚持依法治国首先要坚持依宪治国，坚持依法执政首先要坚持依宪执政。”2017 年党的十九大报告又提出：“加强宪法实施和监督，推进合宪性审查工作，维护宪法权威。”[72]2019 年十九届四中全会《决定》更是明确要求“健全保证宪法全面实施的体制机制”。[73]毫无疑问，包括人民法院在内的各个国家机构，或多或少负有实施宪法的职责，或直接或间接负有适用宪法的义务。因此，人民法院需要积极探索在自身权限范围内充分履行此项职责和义务的方式方法。而裁判文书援引宪法用于“裁判说理”不失为一项重要的方法。

其次，随着法治的发展，司法理性化成为司法改革的重心，正如 2013 年《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》提出要“让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义”。这就要求司法裁判不仅具有形式权威支撑的法律依据，而且要求裁判结论具有妥当性和可接受性，“裁判说理”的重要性由此凸显出来。在司法理性化的发

---

[69] 童之伟：《法院“依照法律”规定行使审判权释论》，《中国法学》2009 年第 6 期。

[70] 参见吴兆祥：《<关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定>的理解与适用》，载《人民司法》2009 年第 23 期。

[71] 习近平：《谈治国理政》，外文出版社 2014 年版，第 140 页。

[72] 习近平：《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利》，载《人民日报》2017 年 10 月 28 日第 1 版。

[73]《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度 推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》，载《人民日报》2019 年 11 月 6 日第 1 版。

展要求下，近 20 年来法学界的法律方法论研究如火如荼，这无疑有助于推动法官说理能力的提高。与此相应，最高人民法院不断地强调“裁判说理”的重要性。譬如：1999 年 10 月 20 日最高人民法院《关于印发〈人民法院五年改革纲要〉的通知》就提到要“增强判决的说理性”；2004 年 10 月 21 日最高人民法院《关于进一步加强人民法院基层建设的决定》强调要“注重裁判文书的说理性”；2006 年 6 月 27 日最高人民法院《关于加强民事裁判文书制作工作的通知》提出“要增强判案的说理性，努力做到‘辨法析理，胜败皆明’”；2009 年 2 月 13 日最高人民法院《关于进一步加强司法便民工作的若干意见》指出裁判文书“要力求论证充分、说理透彻”；2009 年 9 月 17 日最高人民法院《关于进一步加强和规范执行工作的若干意见》又指出“要增强裁判文书的说理性”；2013 年 9 月 6 日最高人民法院《关于切实践行司法为民、大力加强公正司法、不断提高司法公信力的若干意见》提出“加强对法律适用的解释、程序问题的释明和裁判活动的说理”。[74]

再次，裁判文书“能”援引宪法用于“裁判说理”有着学理上的支持。此种学理可被称为“宪法间接适用新说”。按照该学说，“裁判说理”中援引宪法的行为是宪法的间接适用，而非宪法的直接适用。当然，此时“间接适用”“直接适用”概念都是在司法裁判意义上讲的，而非在“立法”与“司法”相对立的传统意义上讲的。不同于强调宪法作为立法之基础的宪法间接适用旧说，宪法间接适用新说强调宪法可通过法院对普通法律的解释而得到适用。宪法间接适用新说的形成，一方面得益于宪法属于公法之通说的形成；另一方面得益于宪法解释学（宪法教义学）的发展。

20 世纪 90 年代初，随着市场经济体制的确立，公法与私法的区分及其意义逐渐获得广泛认同，从而发展成为法学通说。譬如，王家福曾代表其课题组在中央政治局的法律讲座中说：“建立社会主义市场经济法律体系，要求以承认公法与私法的区别并正确划分公法与私法为前提。”[75]随着法学理论的发展，公法与私法何者优位及宪法与民法的关系在学界得到了深入探讨。[76]正是在这一学术背景下，齐玉苓案《批复》引发了宪法与民法之间关系的学术争议。基于公私法之区分及宪法属于公法的理论，多数法学研究者批评齐玉苓案《批复》未谨守公法与私法的界限，将宪法规范直接适用于一个民事案件。如宪法学者张千帆指出：“虽然宪法的效力是普遍的，它在私法领域内仅限于间接效力，而不宜被直接适用。”“把宪法适用于私人被告，不适当地扩大了宪法的适用范围。”[77]林来梵等也批评《批复》采用宪法权利规范的“直接效力说”，并且未区分不同侵权人的不同属性和彼此关系。在其看来，“本案实际上应该、并且也可以在民事法律上作为一般民事侵权案件加以处理，而无须‘劳’宪法之‘大驾’。”[78]殷啸虎针对“宪法私法化”

---

[74] 参见刘树德：《司法改革：深水区与细说理》，法律出版社 2015 年版，第 107～109 页。

[75] 中国社会科学院法学研究所课题组：《建立社会主义市场经济法律体系的理论思考和对策建议》，载《法学研究》1993 年第 6 期。

[76] 参见张恒山主编：《共和国六十年法学论争实录·法理学卷》，厦门大学出版社 2009 年版，第 320 页；林来梵：《从宪法规范到规范宪法》，商务印书馆 2017 年版，第 303 页以下。

[77] 张千帆：《论宪法效力的界定及其对私法的影响》，载《比较法研究》2004 年第 2 期。

[78] 参见林来梵、朱玉霞：《错位与暗合——试论我国当下有关宪法与民法关系的四种思维倾向》，载《浙江社会科学》

批评道："用宪法对公民相互之间的权利侵害案件进行调整，显然超越了宪法的调整范围。尽管学术界有学者提出宪法'私法化'的观点，即作为公法的宪法可以在私法领域直接适用，但到目前为止，这种观点尚缺乏起码的宪法理论的支持。"[79]同样，民法学者梁慧星认为，陈晓琪、陈克政不可能侵犯"受教育的基本权利"，法院应依据民法规则裁判。[80]朱晓喆认为齐玉苓案是个民事案件，不能随意引入基本权利作为请求权基础。[81]经过批判和反思，关于宪法的私人效力问题，多数学者持间接效力说，认为"法官在处理私事争端的时候，应考虑到宪法中的相关权利规定，但并不是直接依据宪法权利去处理案件。也就是说，在处理'私法'案件的时候，宪法权利对法官并没有直接的拘束力。宪法在私法关系中的适用，应该由法官借助对私法之概括性条款的解释，将宪法的价值理念注入到私法之基本原则之中。"[82]

基于宪法间接效力理论的优越性，有学者开始主张宪法的间接适用："当私人领域中公民的基本权利受到其他公民或法人的侵犯，而普通法律规范的缺失与不周致使无法可依时，法院有两种可以选择的方式：一是如齐玉苓案以及以往宪法司法适用案件那样，法院直接援用宪法权利来判案，即直接适用。……二是基于宪法基本权利所形成的'客观价值秩序'对私法的价值渗透，通过对民事法律依照宪法精神的解释，将纠纷仍然维持在民事法律争讼的范围，所做的解释及适用仍属于民事法律，即间接适用。……我们以为采用上述第二种间接适用的方式较为妥当。应当采取明确步骤修正目前法院在司法中的宪法直接适用方式，并为今后的司法审判提供范式。"[83]甚至主张"宪法私法化"和"宪法私权诉讼"的蔡定剑也表示："宪法对私权适用时，法院尽量不直接适用宪法条文去处理纠纷，而适用法律或法律原则。"[84]

宪法对私法的间接效力之通说已经蕴含了宪法间接适用新说，但它尚处在初步形成阶段，因为它主要是针对民事案件而言的，且通常局限于"无法可依"的特殊情形，而未普遍化为一般案件和一般情形。尽管如此，当时已经提出"合宪性解释"方法在其中的地位和作用："从规范的角度看，宪法基本权利作为'客观价值秩序'，对私法存在着渗透；从方法论看，即是法官在适用法律中的'合宪性解释'。……法官依据宪法基本权利的客观价值对所适用的普通法律进行解释的做法，并不是在直接适用宪法，即使偶尔在判决中'引用'了宪法条款，它也只是为判决提供一种价值上的论证"。[85]宪法间接适用新说的成熟，依赖于从规范论到方法论的转换，从宪法间接效力说到"合宪性解释"理论的发展。

2008 年，由于"宪法司法化"理论所面临的困境，上官丕亮明确提出"宪法司法化"

2007 年第 1 期。

[79] 参见殷啸虎：《宪法司法化问题的几点质疑和思考》，载《华东政法学院学报》2001 年第 6 期。

[80] 参见梁慧星：《少女失学，何须宪法断案——宪法司法化的冷思考》，载《法学天地》2002 年第 4 期。

[81] 参见朱晓喆：《在知与无知之间的宪法司法化》，载《华东政法学院学报》2001 年第 6 期。

[82] 刘志刚：《宪法"私法"适用的法理分析》，载《法学研究》2004 年第 2 期。

[83] 方立新、徐钢：《论宪法在私法秩序内的意义》，载《浙江大学学报》（人文社科版）2004 年第 6 期。

[84] 蔡定剑：《中国宪法实施的私法化之路》，载《中国社会科学》2004 年第 2 期。

[85] 方立新、徐钢：《论宪法在私法秩序内的意义》，载《浙江大学学报》（人文社科版）2004 年第 6 期。

的第三条道路："合宪解释是目前我国宪法在司法中适用的最好方法，是现行体制下我国宪法司法化的最佳路径。各级人民法院在民事、刑事和行政诉讼中审理每一起案件适用法律时都应当考虑到宪法，进行合宪解释。……法院通过合宪解释方式间接适用宪法，不必将宪法作为裁判依据而引用，但应当在裁判说理部分引用宪法条款。"[86]与此同时，张翔提出："违宪审查意义上的'宪法司法化'和法院直接依据宪法裁判个案意义上的'宪法司法化'在中国宪法架构下是很难成立的"，因此将合宪性解释视为目前中国"可能的司法适用"，并基于法官是"受宪法约束的公权力主体"之原理，把合宪性解释从"最初的法律解释方法"普遍化为"法官的宪法义务"，即法官"有在具体案件中对法律进行合宪性解释的必要"。[87]周刚志也指出："在中国现行宪法体制下，'合宪性解释'作为宪法作用于法律解释而得以间接适用的基本路径，正是未来中国宪法适用的前景之所在。"[88]

黄卉将合宪性解释视作"宪法司法化运动"的续篇，其对新时期的宪法适用研究历程总结道："尽管司法化运动使得法官直接适用宪法的可能性几乎降低到了零点，但它也启发了学者们考虑法官能否'间接适用'宪法的思路，恰逢此时不少宪法学者通过不同途径接触到了合宪性解释理论，并且有学者发现它其实就是'间接适用'的代名词，于是合宪性解释便成了宪法学界的显学。"[89]她还强调合宪性解释是"将宪法作为说理依据的间接适用"，区别于司法化运动中"将宪法作为裁判依据的直接适用"。[90]至此，宪法间接适用学新说趋于成熟，其较之于强调宪法通过具体化的法律而得以间接适用的传统旧说，更加凸显了方法论意识和实践导向性，蕴含着从立法论到司法论的视角转换，是宪法研究者们在现行体制下挖掘宪法功能和推动宪法实施的理论成果。与之相对的宪法直接适用概念，也与裁判文书的制作和援引宪法的方式等裁判技术问题联系在一起，因此，裁判文书援引宪法作为裁判依据才被认为是宪法的直接适用。

显然，"裁判说理"中援引宪法的行为挤占全国人大常委会宪法解释权的宪制风险较低，因此，"宪法司法化"否定论者童之伟，虽反对援引宪法作为裁判依据，但也认同援引宪法作为裁判说理。[91]由此，裁判文书在"裁判说理"中援引宪法，在法理上得到了证成，在学界中得到了认可，最后被最高人民法院的新司法政策所吸收。所以，"裁判说理"与"裁判依据"二分政策，可以说是随着宪法间接适用新说的形成和被接纳而诞生的。

---

[86] 上官丕亮：《当下中国宪法司法化的路径与方法》，载《现代法学》2008 年第 2 期。
[87] 参见张翔：《两种宪法案件：从合宪性解释看宪法对司法的可能影响》，载《中国法学》2008 年第 3 期。
[88] 周刚志：《论合宪性解释》，载《浙江社会科学》2010 年第 1 期。
[89] 黄卉：《合宪性解释及其理论检讨》，载《中国法学》2014 年第 1 期。
[90] 黄卉：《合宪性解释及其理论检讨》，载《中国法学》2014 年第 1 期。
[91] 尽管，其不认为援引宪法作为裁判说理是一种"间接适用"，而宁愿称之为"遵守性援用"。"遵守性援用"与"适用性援用"相对，参见童之伟：《宪法适用如何走出"司法化"的歧路》，载《政治与法律》2009 年第 1 期。童虽不认同间接适用论者关于"合宪性解释"的说法，但也认为"法院对其所适用的法规范性文件做合宪法律理解，是宪法的根本法地位在我国司法领域得以体现的最重要渠道。"参见童之伟：《法院"依照法律"规定行使审判权释论》，载《中国法学》2009 年第 6 期。

三、“裁判说理”与“裁判依据”二分政策的实践效果及其法理意蕴

“裁判说理”与“裁判依据”二分政策出台已有四年余，学界围绕裁判文书援引宪法之案例的实证研究，也有所积累。在此基础上，可通过进一步的实证研究来检视其运行成效，并作一定的反思。

（一）基本能够满足司法实践的需要

2008 年齐玉苓案批复废止后，规范性分析进路的宪法适用研究趋于低潮，转而兴起的是围绕宪法援引案例的实证研究。这得益于我国互联网技术的发展和司法公开的推进。2013 年 7 月 1 日，最高人民法院开通中国裁判文书网，集中公布了第一批 50 个生效裁判文书。次日，最高人民法院审议通过《最高人民法院裁判文书上网公布暂行办法》，明确除法律有特殊规定的以外，生效裁判文书将全部在中国裁判文书网予以公布。2014 年 1 月 1 日，最高人民法院《关于人民法院在互联网公布裁判文书的规定》正式实施。[92]2016 年 7 月 25 日，最高人民法院对该《规定》作了修正，其中第 2 条明确规定：“中国裁判文书网是全国法院公布裁判文书的统一平台。”（法释〔2016〕19 号）据报道，截止 2016 年 8 月 16 日，中国裁判文书网公开的裁判文书已超过 2000 万篇。[93]

冯健鹏曾利用该数据平台，在“法律依据”字段检索“宪法”一词，得到判决书共 221 件，经排除和筛选最终确定 135 件援引宪法作为裁判依据的判决书作为研究样本（最后检索日期为 2016 年 8 月 31 日）。在两千万篇裁判文书中仅有 135 份判决援引宪法作为裁判依据，说明司法实践中作为裁判依据的宪法援引在数量上是极少的，而且，样本最后检索日期正好在“裁判说理”与“裁判依据”二分政策正式推出之际，这在一定程度上说明裁判文书援引宪法作为裁判依据并非硬性的司法需求。更何况，按照冯健鹏的研究结论，“在样本判决中，宪法援引的最普遍状况是宪法条文与相关法律条文一起，共同作为判决的依据”，而“这种情况中的宪法条文和相关法律条文基本一致，或后者是前者的具体化。这些判决所援引的宪法条文，既不能为个案的解决提供更多的规范内容，也难以为相关法律条文的解释提供更多的依据，可以说只是‘附随’于相关法律出现而已”，并无实质意义。“相比之下，如果法院在现有法律中无法找到依据的情况下援引宪法条文，那么被援引的宪法条文对于判决而言就显得非常重要了。遗憾的是，在样本判决中，虽然也有个别判决仅以宪法作为法律依据，但均不属于这种情况。”[94]如前所述，1980 年代学者们提出宪法直接适用学说的一个重要理由，就是法院在无法可依的情况下有援用宪法的需求，而如今随着社会主义法律体系的建立和完善，此理由似已不复成立。冯健鹏的实证研究恰好证实了这一点。

---

[92] 参见周斌：《13 省份基层法院裁判文书同日首次全部上网》，载《法制日报》2014 年 1 月 2 日。

[93] 参见《最高人民法院发布〈关于人民法院在互联网公布裁判文书的规定〉》，http://www.gdcourts.gov.cn/web/content/7036-?lmdm=2000 最后访问日期：2018 年 11 月 7 日。

[94] 参见冯健鹏：《我国司法判决中的宪法援引及其功能——基于已公开判决文书的实证研究》，载《法学研究》2017 年第 3 期。

据报道，“截至 2020 年 8 月 30 日 18 时，中国裁判文书网文书总量突破 1 亿篇”。[95] 近四年时间，裁判文书增加了近 8000 万篇，年均增幅约 2000 万。那么，近四年时间究竟有多少裁判文书援引宪法作为“裁判依据”？这个数据可以用来检视“裁判说理”与“裁判依据”二分政策的运行成效。为此，笔者同样利用“中国裁判文书网”（最后检索日期为 2020 年 9 月 26 日），以《人民法院民事裁判文书制作规范》实施日即 2016 年 8 月 1 日为“裁判日期”的检索起点，以 2020 年 8 月 1 日为“裁判日期”检索终点，在“法律依据”字段中检索“宪法”一词，得到 192 份样本判决书，包括刑事判决书 1 份、行政判决书 32 份，民事判决书 159 份，经排除和筛选最终确定 140 份援引宪法作为裁判依据的样本判决书，包括刑事判决书 1 份（2016）；行政判决书 9 份（2019）；民事判决书 130 份，其中 2016 年（后五月）13 份；2017 年 35 份；2018 年 24 份；2019 年 43 份；2020 年（前七月）15 份。

按照冯建鹏的检索结果，自中国裁判文书网开始运行至“裁判说理”与“裁判依据”二分政策正式推行的三年里，在“裁判依据”中援引宪法的判决书有近 135 件。而按照最新的检索结果，自该政策推行以来的四年时间里，在“裁判依据”中援引宪法的判决书只有 140 件。年均样本判决的数量，已从 45 件降至 35 件，可见该政策取得了一定成效。从样本判决所占裁判文书总量的比重来看，由于该政策实施之前与实施之后的样本判决数量相近，但实施之后的裁判文书总量是实施之前的裁判文书总量的四倍。这意味着该政策实施之后，援引宪法的判决所占裁判文书总量的比重降低了四分之三。这说明该政策的实施已经取得了较大的成效。

值得注意的是，2019 年的 9 份行政判决，是由同一家法院针对同一类型案件作出的，除了原告、案名、案号有所不同外，其它部分都是雷同的。譬如，这些判决都在“裁判依据”中援引了宪法第 9 条第 1 款。关于自然资源属于国家所有的该条款，在这些判决中其实并未起到实质性作用，因为这些判决还援引了《水污染防治法》第 65 条第 1 款：“禁止在饮用水水源一级保护区内新建、改建、扩建与供水设施和保护水源无关的建设项目；已建成的与供水设施和保护水源无关的建设项目，由县级以上人民政府责令拆除或者关闭。”这个条款以及《行政强制法》《国家赔偿法》等法律中的相关条款为判决提供了直接法律依据。[96]

在“裁判说理”与“裁判依据”二分政策正式推行四年以来出现的这 140 份判决书中，单独援引宪法作为裁判依据的仅有一例判决。该判决单单根据我国宪法第 45 条“公民在年老……的情况下，有从国家和社会获得物质帮助的权利”的规定，就驳回了原告五河县房地产管理局要求解除与被告签订的《五河县保障性住房租赁合同》的诉讼请求。[97]

---

[95] 《中国裁判文书网文书总量突破 1 亿篇》，载法制网，http://www.legaldaily.com.cn/judicial/content/2020-09/02/content_8295264.html。

[96] 譬如，“李建华与吉水县人民政府一审行政判决书”（2019 年 10 月 28 日），江西省吉安市中级人民法院行政判决书，（2019）赣 08 行初 60 号。

[97] “五河县房地产管理局与朱永侠房屋租赁合同纠纷一审民事判决书”（2016 年 8 月 1 日），安徽省五河县人民法院

无论如何，其未依据法律上有关更具体的规定裁判是有瑕疵的。至少，《老年人权益保障法》（2015 年修正）第 3 条也规定了老年人的获得物质帮助权，此外，还有第 31 条“国家对经济困难的老年人给予基本生活、医疗、居住或其他救助”；以及第 32 条“地方各级人民政府在实施廉租住房、公共租赁住房等住房保障制度或者进行危旧房屋改造时，应当优先照顾符合条件的老年人”。除此判决以外，其他判决都一并援引了法律规范作为裁判依据。如同前述 9 份行政判决书援引宪法第 9 条并无实质的必要性，其它判决在裁判依据中援引宪法亦无实质的必要性，因为依据法律规范足以作出判决，援引宪法作为说理和补强论证即可，而无需援引宪法作为裁判依据。譬如仅有的一份刑事判决，在援引刑法作为裁判依据外，援引了宪法第 9 条关于“自然资源”所有权的规定。[98]此条仅关系到非法采矿罪行为所侵犯的客体之性质，其本身并非判断是否构成犯罪的裁判依据，因此，最多只需在说理论证中援引即可。

以上事实表明，“裁判说理”与“裁判依据”二分政策的成效尚有提升空间。一方面需要在法院系统加大政策宣传的力度，尤其是基层法院。政策在自上而下的贯彻过程中，越到基层，越可能落实不到位。有些基层法官可能将援引宪法看做是重视宪法、宣传宪法和实施宪法的方式，以至于出现一些不必要的援引。在 130 件样本民事判决中，绝大多数是一审案件，只有一例是二审案件，绝大多数是由区县级人民法院作出的，只有五件是中级人民法院作出的。另一方面需要加大政策实施的力度，可以考虑将其纳入人民法院案件质量评估指标体系。目前，由于该政策主要是裁判技术性质的，且属于法院系统内部的司法政策，因而可能缺乏强而有力的约束机制，出现违反该政策的判决书，既不能算是错判，也无需承担什么责任。

综上，在中国特色社会主义法律体系已经形成的当下中国，“裁判说理”与“裁判依据”二分政策基本能满足司法实践需要，并取得了较大成效，但还需要对基层法院加强政策宣传和实施。

（二）有必要承认人民法院在法律方法层面的宪法解释权

之前，已有实证研究将“裁判说理”中援引宪法的情形分成宪法“非解释性适用”和“解释性适用”，前者指“在“裁判说理”中仅援引宪法条文或者是单单出现‘宪法’二字，但未对相关的宪法规定进行任何解释或阐释”；后者指“不仅援引宪法规定，并对援引内容进行一定程度的解释或阐释”。[99]这一分类说明人民法院即便只在“裁判说理”部分援引宪法也可能蕴含着实践性的宪法解释。当然，从数量上看，“非解释性适用”的案例有 365 个，而“解释性适用”的案例只有 47 个，可见“解释性适用”的情形属于少数，但也不可小觑，毕竟超过了总数的 11%。这些判决在一定程度上展现了人民法院对实践性宪法解释的司法需求。根据该项研究成果，这些有关宪法“解释性适用”的判决可分成四类：12

民事判决书，（2016）皖 0322 民初 613 号。

[98] “宋某、周某甲一审刑事判决书”（2016 年 12 月 30 日），山东省沂源县人民法院刑事附带民事判决书，（2016）鲁 0323 刑初 247 号。

[99] 余军等：《中国宪法司法适用之实证研究》，中国政法大学出版社 2017 年版，第 22 页。

个涉及文义解释的判决、2 个涉及目的解释的判决、3 个涉及体系解释的判决以及 30 个涉及未列举宪法权利的判决。将确立未列举宪法权利的判决单独作为一种类型，并认为这些判决包含着明示或默示的宪法解释，是颇有理论创见的。不过，此处面临着人民法院是否享有宪法解释权的问题。对此，余军认为，《人民法院民事裁判文书制作规范》（法[2016]221 号）明确规定宪法“体现的原则和精神可以在说理部分予以阐述”，“实际上是对法院在裁判说理中解释宪法活动的肯定”；宪法规范的“解释性适用”“在很大程度上体现出司法实践对宪法适用的需求，亦对那种全然否定人民法院宪法解释权的陈旧观点形成了强烈的冲击”。[100]确实，“裁判说理”与“裁判依据”二分的司法政策，未必就意味着对人民法院在具体个案中理解适用和解释说明宪法之权能的否定。该司法政策的主要意义在于：一方面使宪法规范对司法实践的影响有途径可以实现，另一方面防范法院行使合宪性审查层面的宪法解释权。不过，法律方法层面的宪法解释权是人民法院作为国家机关在履行“维护宪法尊严、保证宪法实施的职责”的实践过程中所必然要求的，是不容否定的。其与全国人大常委会在合宪性审查层面的宪法解释权可以并行不悖。换言之，目前人民法院虽不得从事合宪性审查层面的权威性宪法解释，但可以从事法律方法层面的实践性宪法解释。

童之伟曾试图区分解释与理解：法院“对宪法有关条文的理解或认识，是与解释性质完全不同的两件事。解释宪法是非常正式的立法行为，解释确认的原则、规则或概念具有法律效力，有时甚至具有在较小程度上修改宪法的客观效果，而理解宪法只是法院或法官按宪法条文有关文字的通常含义或公认学理来领会有关条文的意思，……我国法院或法官无权解释宪法、法律，但其审理案件的过程一刻也不能离开对法律的理解，有时还不能不直接、间接涉及对宪法的理解。”[101]这一区分论建立在近代立法中心主义的法学观之上，认为司法适用过程完全臣服于立法者的作品，而无需从事创造性的解释工作，这很大程度上是一种理想化的法解释理论。站在现代法律解释学的立场，解释与理解的区分论是难以成立的。“法律解释是对法律文本的意思的理解和说明。”其中，“‘理解’指解释者对法律文本意思的内心把握；‘说明’指对理解结果的外在展示。”[102]解释必然包含着理解，解释就是将自己的理解外示于人的说明过程。司法裁判中的解释活动有助于判决书加强说理论证，从而提高判决书的说服力和可接受性。当然，区分解释与理解的论者严格界定“解释”概念的出发点并非没有道理，其意图在于维护立法者的权威，防范司法者挤占乃至篡夺立法者的法律解释权和宪法解释权。但这既不满足司法实践的现实需求，也不符合宪法全面实施的要求。姑且不论法院对法律的解释权在实践中已获得普遍的认同，就拿涉及未列举宪法权利的判决来说，它们不可能仅涉法院对宪法的理解，而无涉对宪法的解释。因为对未列举宪法权利的推定往往是有争议的，而非局限于

[100] 余军等：《中国宪法司法适用之实证研究》，中国政法大学出版社 2017 年版，第 106 页，第 146 页。
[101] 童之伟：《宪法适用应依循宪法本身规定的路径》，载《中国法学》2008 年第 6 期。
[102] 参见张志铭：《法律解释学》，中国人民大学出版社 2015 年版，第 11 页。

对文字通常含义的理解。当然，这些判决所蕴含的宪法解释属于非权威性的实践解释，并且仅呈现于裁判文书的说理论证部分。全面实施宪法意味着宪法实施不仅是立法者的职责，同时也是包括司法者在内的所有国家机关和广大人民的职责。人民法院在附带适用宪法的过程中挤占立法者宪法解释权的风险，不应通过取消其内在的法律方法层面的宪法解释权来避免，否则就是因噎废食，有违现代法治的参与性和开放性逻辑。随着我国全面推进依法治国的进程，法学和法律人共同体不断趋于成熟，这种风险可以通过法学和法律人共同体内部的批判和监督以及民众的民主参与和监督来予以防范。

四、结语

2016 年《人民法院民事裁判文书制作规范》规定："正在审理的案件在基本案情和法律适用方面与最高人民法院颁布的指导性案例相类似的，应当将指导性案例作为裁判理由引述，并写明指导性案例的编号和裁判要点"；但是，"指导性案例不作为裁判依据引用"。[103]可见，裁判文书援引指导性案例跟援引宪法所需遵循的司法政策相似。但是，指导性案例与宪法在法源地位和规范效力上有着根本区别：指导性案例是"准法源"，[104]宪法则是正式法源；指导性案例的效力位阶低，宪法则具有最高的效力位阶。那缘何二者都不得作为裁判依据引用？从法政策学的视角来看，这是为了保持法之创制与法之适用的二元框架，以维护全国人大及其常委会在立法、法律解释与宪法解释方面的权威性。不能在"裁判依据"中援引指导性案例，是为了防范法院篡夺立法权及权威性法律解释权的风险；不能在"裁判依据"中援引宪法，则是为了防范法院挤占全国人大及其常委会权威性宪法解释权的风险。当然，按照目前的司法政策，在一定条件下裁判文书"应当"在"裁判说理"中援引指导性案件，与裁判文书"可以"在"裁判说理"中援引宪法有所不同。可见，关于裁判文书援引指导性案例的司法政策，有其自身的独特性，其形成原因、法理基础及实施效果有待另外撰文加以考察。

---

[103] 《最高人民法院关于印发〈人民法院民事裁判文书制作规范〉〈民事诉讼文书样式〉的通知》（法[2016]221 号）。
[104] 参见雷磊：《指导性案例法源地位再反思》，载《中国法学》2015 年第 1 期。

新时代监察改革深化的法治逻辑

王建国[1] 谷耿耿[2]

【摘　要】新时代围绕监察权所展开的一系列政治体制改革，是党和国家基于历史经验结合当下中国特色社会主义的国情所进行的伟大变革。无论是从权力地位、职权范围还是权力行使方式来看，八二宪法第五次修正案所确立的监察权同传统意义上的行政监察权有着本质的区别。传统权力监督机制的不完善、现代法治限制公权力的价值追求以及实现国家治理体系治理能力现代化的时代命题彰显了当下中国监察体制深化改革的必要性。坚持党的政治领导、遵循人民代表大会的根本政治制度、契合全面推进依法治国的法治路径赋予了监察改革的正当性。进一步深化监察改革需要以法治思维法治方式着力设计监察权独立行使的限度、监察权反腐败全覆盖与人权保障、监察权同其他国家权力有效衔接的法治化路径。

【关键词】监察改革；监察权；法治逻辑

监察改革以全国人大授权先行试点为开端，经过 2018 年八二宪法第五次修正案确立监察委员会的宪法地位，并由《监察法》详尽规定了监察委行使职权的程序内容和实体规范，确立了人民代表大会制度下监察权和行政权、审判权、检察权“四位一体”的宪制模式。新的监察体制发挥了党对反腐败实施集中统一领导、公权力监督全覆盖、标本兼治的治理效能，有效地推动了全面深化改革、全面依法治国、全面从严治党三者的统一，建构起一个不敢腐、不能腐、不想腐的腐败治理制度体系。围绕监察权所开展的政治体制改革促使学界从学理上对如下问题进行思考与回答：监察体制改革是否具有合理性与正当性？如何看待监察权的权力属性？当下中国的监察体制改革面临着哪些潜在的体制性障碍？我们又将如何深入推进监察体制改革，并收获预期的政治期待？回溯国家监察体制改革的历程，改革初步达至预定目标，制度建构和实践运行的成效值得肯定。从改革后监察体制运行的现状看，国家监察权规范行使与人权保障、监察权与相关国家权力之间的衔接法治问题，仍有待于深入展开理论研究、制度完善和实践细化。基于腐败治理的长期性和艰巨性，在新时代新起点上深化国家监察体制改革，[3]必须坚持以习

---

[1] 王建国，1968 年生，男，河南商水人，法学博士、博士后，郑州大学法学院教授、博士生导师，中国法理学研究会常务理事，主要从事法学理论、宪法学与司法制度研究。通讯地址：河南省郑州市科学大道 100 号郑州大学法学院，邮编：450001，电话：15939028698，邮箱：wjglawyer2008@163.com。基金项目：国家哲学社会科学基金重大项目《全面推进依法治国若干重大现实问题研究》项目编号：（2015MZD042）

[2] 谷耿耿，1989 年生，女，河南项城人，郑州大学法学院博士研究生，主要从事法学理论、宪法学与司法制度研究。通讯地址：河南省郑州市科学大道 100 号郑州大学法学院，邮编：450001，电话：18838163666，邮箱：458808522@qq.com。

[3] 习近平：《在新的起点上深化国家监察体制改革》，《求是》，2019 年第 5 期，第 8 页。

近平新时代中国特色社会主义思想为指导，进一步完善监察机关对公权力加强监督的监察体制和监察工作机制，推进反腐败治理体系法治化和腐败治理能力现代化的实现。[4]

一、监察体制改革的深化推动权力监督法治化和腐败治理现代化

监察作为国家治理权力监督的一种特定政治制度具有历史的承继性。早于秦汉时期，我国就已经出现了承担“彰善瘅恶，激浊扬清”职责的御史府（台），负责监察百官，并定期向统治君主上奏。此后，虽然名称上的多有变迁，但监察体制作为古代封建政体的固定内容一直保留下来，逐渐形成了“一种以御史台或都察院为主体的多层次、多元化的网络严密的全方位监察体制”。[5]中国古代监察制度兴盛的原因在于，等级化的封建社会缺乏自下而上的权力监督渠道，为了确保统治结构的稳定，古代封建政治必然寻求严格的自我纠察来防范权力的不当行使。但是，封建帝王时代的政治监察制度实则是皇帝有效控制朝廷官员、保平天下而设置，它控制不了皇帝的私心私欲，改变不了皇帝借公天下之名，行私天下之实的局面。[6] 因而，以专制制度为背景的监察机构无论在制度机制设计上达到何种完善状态，也只能是仅仅实现帝王约束官员权力的有限监督，而无法达至现代法治关于权力规约的政治理想。至清末时期，随着西方政治法律思想的流入，人们对权力制约的思考逐渐由独立的权力监督机构转向国家权力的分立和制衡。辛亥革命实行民主共和之后，孙中山先生尝试将西方政治理念同中国传统政治加以结合，提出了立法权、行政权、司法权、考试权与监察权“五权宪法”的政治构想。以孙中山的“五权宪法”思想为蓝本，北洋政府之后的南京国民政府将监察院确立为政府的中央机构之一，担负国家监督职能。[7]从历史的维度进行考察不难发现，我国历史上虽然形成了相对完备和独立的监察机构，但其实际效用远没有达到人们预期的政治效果。究其原因，监察权长期以来是作为一项辅助性权力而存在的，在权力的政治地位与能量方面无法同其他权力相抗衡，这种能量上的差距进而引发其他权力对监察权的干涉，其监察效果也因此较为有限。

新中国成立之际，中国共产党坚持了建党之初移植借鉴列宁创建苏俄政党与国家制度的模式，分别在中国共产党党内系统设立纪委形成党内权力监督机制、在政府系统内部设立人民监察部形成自上而下的行政监督体系、在司法体系系统内建立检察机关履行法律监督的检察监督制度三个系列的国家权力监督体制。[8]上述制度设计在 1954 年宪法中得以明确规定和体现。党委、政府、司法三个系统的监督体系并行体现了人民代表大

---

[4] 参见魏昌东：《<监察法>与中国特色腐败治理体制更新的理论逻辑》,《东政法大学学报》，2018 年第 3 期，第 22 页。

[5] 张晋藩：《中国监察法制史稿》，商务印书馆，2007 年版，第 20 页。

[6] 参见储建国：《中国监察制度及其理论的传承和发展》,《中国党政干部论坛》，2017 年第 2 期，第 30 页。

[7] 参见陈晓枫、严倩：《传统监察权正当性的法文化析论及其现代转化》,《江苏行政学院学报》，2018 年第 6 期，第 114 页。

[8] 参见李莉：《国家监察体制改革视域下的制度设计变迁——新中国成立以来权力监督的历史梳理》,《当代界与社会主义》，2018 年第 3 期，第 179 页。

会制度之下权力监督分工明确的监督模式，此一模式之下纪检机关监督党内违纪问题、监察机构负责监察政府行政人员履职尽责问题、检察机关院监督查处公职人员违法犯罪问题。新中国的政体制度架构以宪法为标志确立了一党执政多党合作的国家政治制度，初步架设起新中国权力监督体系的基本模式。之后由于时代变化、历史演进和制度变迁，“三驾马车”的权力监督体系经历了职能转换、权属变更、机构撤销、制度瘫痪，到改革开放后再行制度复建、体制改革、机构合并、职能调整，至 1993 年国务院监察部与中国共产党中央纪律检查委员会两个机关合署办公，逐渐形成了以纪委为主导的纪检监察制度和检察院担负预防渎职的两个反腐败路径三种权力监督的逻辑格局和制度模式。[9]

执政党内纪检机关与国家监察机构有机地结合，有效实现执政党的领导和国家制度治理一体化的政治效果。不可否认，“三位一体”这种独特的监督体制在较长一段时期内对防治腐败制约公权力部门滥权起到了重要的监督作用。但是，纪检、监察与检察院反腐败机制并行带来的问题是纪律处分和法律责任追究的分离，导致于纪法脱节，不能高效率地打击惩治腐败。尤其是市场经济体制确立之后，利益驱动引发公权力不当行使以及权力滥用，导致一系列腐败现象滋生和案件高发，由此表明既往权力监督反腐败机制并未能充分发挥其预期功效。时代发展逐渐凸显既往不同部门分类行使反腐败权力的监督机制存在一定缺陷，主要在于：“反腐败机构职能分散、形成不合力，有些案件难以坚决查办，腐败案件频发却责任追究不够。”[10]这种分散化的监督配置引发了如下四个方面的问题：首先，监督力量过于分散，各个监督主体分别在自身领域内实施监督，难以形成强大的合力。其次，由于监督力量分散在不同部门，这就必然导致权力监督存在监督盲区，最鲜明的体现即在于传统的监察监督仅限于行政机关内部，而无法触及其他国家机关；此外，原有的纪检监察党纪政纪处分对象以及检察机关查办贪污贿赂追诉对象遗漏忽略了国有企业、集体企业、基层群众性自治组织非党员的管理人员等相当一部分行使公权力的公职人员处于监督的空白地带，属于无人管、不便管的对象。[11] 再次，在各个监督主体之间缺乏有效的衔接机制，存在配合不力的情况。其四，不同部门的监督权限存在叠合，反腐败的综合效能难以发挥。[12]上述诸多问题的存在，不仅对于国家整体法治建设产生影响，而且严重影响到执政党执政合法性，也表明国家治理体系与治理能力方面的权力监督反腐败制度亟需改革。如果说前述从权力制约和权力监督体制完善角度说明了监察改革深化的直接必要性，那么国家治理体系现代化则表明的是监察改革深化更深层次的间接必要性。

进入新世纪以来，中国社会的主要矛盾逐渐发生变化，执政党面临的执政能力风险也在加大。因而，促进国家治理体系和治理能力现代化，增强执政能力，就成为深化监

[9] 参见李莉：《国家监察体制改革视域下的制度设计变迁——新中国成立以来权力监督的历史梳理》，《当代界与社会主义》，2018 年第 3 期，第 183 页。
[10]中共中央文献研究室编：《十八大以来重要文献选编（上）》，中央文献出版社，2014 年版，第 505 页。
[11] 参见张捷：《“三个有利于”彰显国家监察体制改革的重大意义》，《长江日报》，2019 年 5 月 23 日第 7 版。
[12] 参见秦前红：《监察体制改革的逻辑与方法》，《环球法律评论》，2017 年第 2 期，第 19 页。

察改革的时代使命。十八大以来，以习近平同志为核心的党中央结合中国特色社会主义法治建设的实际状况，将国家治理体系和治理能力现代化与法治建设关联期待协同推进，共同作为法治中国建设实践的战略部署。尤其是对权力腐败的治理和制度建设，不仅仅是属于国家治理能力现代化的重要内容，而且也是党和国家不断自我净化、自我完善的法治保障。因此，推动国家治理体系现代化自然要努力实现国家反腐败治理能力的现代化，必须通过深化监察改革对既往权力监督反腐败机制加以整合，建构起制度完善、职权独立、高效权威的权力监督反腐败机制。

十九大以来，以党的领导为核心国家层面监察改革全面推进，通过深化监察体制机制改革，从制度上实现对所有行使公权力的公职人员的行为实施全覆盖监督，推进公权力行使和制度运行法治化，消除权力监督的“真空地带”，压缩权力任性行使不受约束的空间，促使权力监督反腐败机制更加科学和更富实效性，确保党和人民赋予的权力始终用来为人民谋幸福。监察体制改革的深化将腐败治理纳入国家治理的范畴，并强调运用法治手段来解决腐败问题，体现了党和国家勇于自我监督，不断提升自身治理能力的勇气。国家监察改革的深化本身不仅体现了执政党壮士断腕实现反腐倡廉巩固增强执政合法性的使命担当，而且通过改革形成权威高效的国家监察体系，有助于推进和实现国家治理体系的法治化与治理能力现代化。[13]

二、宪制改革确认监察权的宪法地位保障监察改革于法有据

现代法治将权力监督作为其核心价值之一，且法治的内容也在相当程度上呈现为宪法层面对权力监督的制度性安排。因此，监察体制改革的深化要以法治化的模式完善对于权力监督的制度性建构，从宪法层面确立监察权的地位方能实现政治正当性和法律合法性的统一。

宪法层面规定权力监督的体制具有深厚的法治理论基础，这一理论源流起始于现代法治限制公权力的价值追求。英国法学家戴雪曾在论述法治这一概念时指出，法治的重要内涵之一即是“国法的至尊适与武断权力相违反。四境之内，大凡一切独裁、特权，以至宽大的裁夺权威，均被摒除”。[14]法治视域下对权力监督的制度建构来源于一种对于掌握公权力的公职人员道德上自我约束不能的担忧。对此，阿克顿勋爵指出“在所有使人类腐化堕落和道德败坏的因素中，权力是出现频率最多和最活跃的因素。”[15]严格来说，作为现代政治核心内容之一的公权力本身并无所谓的善恶之分。现代法治关于公权力的担忧其实是对权力实施者的担忧，关于权力监督制约的宪法层面制度设计是以“人性恶”这一假定作为前提的。为了确保权力的妥当行使防范权力不被邪恶目的所操纵，

[13] 参见马怀德：《这是事关全局的重大政治改革——深刻认识国家监察体制改革的意义》，《北京日报》，2017 年 1 月 24 日。
[14] [英]戴雪：《英宪精义》，雷宾南译，中国法制出版社，2001 年版，第 232 页。
[15] [英]阿克顿：《自由与权力》，侯健、范亚峰译，译林出版社，2014 年版，第 294 页。

现代国家均在宪法层面对于国家权力的架构进行制度设计。通过宪制层面限定各种国家权力的职能、规制公权力的边界以及公权力行使人员的行为，促进权力监督的法治化。宪法不仅仅具有规范的功能，宪法更重要的是政治功能的发挥。宪法的政治功能就是确认革命成果和制度变革，此后才是制度规范功能的显现和发挥。因而，为了维护执政党的合法性地位以及国家政权巩固，监察体制的改革就需要获得宪法的支持。如此，监察权惩治腐败消解腐败危害，才能实现严厉打击和合法惩处相结合的正当性。

为了应对反腐败斗争出现的新情况、新变化，党和国家因时而进对我国的反腐败机制进行改革调整。对此，党中央自十八大以来一直思考和谋划如何强化我国既有的权力监督反腐败机制，建构管控监督公权力行使限度的制度笼子，整合监察力量，推进反腐败体制机制改革。监察体制改革深化要遵循法治原则实现权力行使的法治化，这也是十九大以来贯彻十八届四中全会确立的法治中国建设战略的恒定遵循，体现了实施依法治国首先依宪治国的时代命题对于监察体制改革深化的法治要求。对于改革深化的法治原则问题，习近平强调，凡属重大改革都要于法有据。[16]监察改革引发国家宪制层面的国家权力结构的制度变化，依据法治原则对于监察权的法律设定也要由国家根本法确认，并由基本法律依据宪法制定监察基本法律规定监察制度的内容以及监察权的组织、构成、职权和运行机制。2018 年 3 月，八二宪法第五次修正案（以下简称《宪法修正案》经由第十三届全国人民代表大会第一次会议表决通过。依据《宪法修正案》规定，在国家权力架构中增设国家监察委员会，并赋予监察权同行政权、审判权和和检察权平行的法律地位。毫无疑问，宪法层面监察机关的设立乃是关涉国家政体格局的重大变革，打破了传统的“一府两院”为基础的宪法制度设计，而代之以人民代表大会制度下“四位一体”的宪制新型格局。[17]

从宪法修正案所确立的宪制格局看，获得宪法支撑的监察权同传统意义上的行政监察权有着质的区别。首先，从权力属性看，宪法修正后确立的监察权不再仅仅是一种隶属于行政权的辅助性权力，而是有别于立法权、行政权、司法权独立的宪法权力。八二宪法第五次修正案最为核心的内容之一即在于，在宪法的“国家机构”一章中新增“监察委员会”一节，从根本法的层面对监察委员会的性质、地位、组成、产生、任期、工作机制等相关问题做出明确规定。监察委员会的成立乃是自八二宪法施行以来最为重大的国家权力结构变化，它使得我国传统的全国人大领导下的“一府两院”模式转变为“一府一委两院”模式，赋予监察权以同行政权、审判权、检察权同等重要的宪法地位。[18]

其次，从职权范围上而言，监察权是党领导下的统一监察机构，实现监察对象全覆

---

[16] 习近平：《把抓落实作为推进改革重点 重大改革都要于法有据》，http://www.xinhuanet.com/politics/2014-02/28/c_119558018.htm，最后访问时间 2020 年 1 月 5 日。

[17] 参见陈尧：《从“三位一体”到“四位一体”：监察体制改革对我国政体模式的创新》，《探索》，2018 年第 4 期，第 30 页。

[18] 参见林彦：《从“一府两院”制的四元机构论国家监察体制改革的合宪性路径》，《法学评论》，2017 年第 3 期，第 165 页。

盖。根据《宪法修正案》关于监察权的设计可以看出，当下宪法层面的监察权整合了既往行政机构的行政监察职能、预防腐败职能以及检察院的侦办贪污贿赂犯罪、失职渎职犯罪以及预防职务犯罪职能，其监察监督对象包括党的机关、人民代表大会、人民政府、监察委员会、人民法院、人民检察院、政协、民主党派、工商业联合会中的公务员，以及国有企业、公办教育与科研机构、基层群众自治组织中从事管理工作的相关人员。[19]不仅如此，监察委员会在实际运作中还采取与党的纪律检查委员会合署办公的方式，将国家监察权同党的监督权组合在一起行使，进一步提升了国家监察权的权力威慑力。

最后，从权力行使的限度而言，监察委员会依法独立行使监察权，不受其他权力机关以及任何个人的干涉。监察权的独立性是其法律地位与权力能量提升的必然结果，这一结果反之亦有助于监察权地位与职权的提升。修正后的《宪法》第一百二十七条规定，监察委员会依照法律规定独立行使监察权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。[20]这就从宪法层面确立了监察权的独立性与完整性，有助于避免既往由于多部门反腐所形成的权力交叉重叠而导致的“灯下黑”的弊病，有助于保障监察权运行的公正性与实效性。[21]

监察权的上述特征表明，当下中国政治体制改革宪法层面所创设的监察权是一种不同于传统行政监察权的新型权力。对监察权的宪法属性，学术界存在着不同的观点。有学者认为，不能将监察权归类为传统意义上的行政权或司法权，监察权乃是立法权、行政权、司法权之外的第四权力，在权力地位上同行政权和司法权是平行的；[22]也有学者从监察权实际运作中在监督、调查与处置等方面的职能出发，认为监察权同时具有行政权和专门调查权的二元属性；[23]还有学者认为，监察权应当被定性为一种混合型权力，它“既包括了代表制民主下的代表责任（传统的议会监督权），又掌握了一定的行政调查处置权，甚至包括了一定的司法性权力”。[24]有的学者则认为，监察权是一种从法律性上讲具有国家权力属性，从政治性上讲兼具党的权力属性的新型权力。[25]

界定监察权的属性，不仅要考虑监察体制改革的目的，更为重要的是要从宪法文本中理解监察权的属性和定位。虽然监察机构的反腐败工作需要接受党委的领导，且在工作机构上也采取同党的纪律检查机构合署办公的形式，但在学理上不宜将监察权理解为一种政治性权力。一方面，与党的纪律检查机构的相关职能、权力、组织方案主要由中共党章和其他党内规范加以界定的方式不同，国家监察委的产生、职权、人员构成皆是

---

[19] 参见《中华人民共和国监察法》第 15 条。
[20] 参见《中华人民共和国宪法》第 127 条第 1 款，《中华人民共和国监察法》第 4 条第 1 款。
[21] 参见华小鹏：《监察权运行中的若干重大问题探讨》，《法学杂志》，2019 年第 1 期，第 57 页。根据我国现行相关监察法律的规范文字显示，这里所谓的监察权的独立行使是从监察机关意义上来阐述的，亦即强调的是监察机关依法独立行使监察权，而并非监察人员享有权力行使的独立性。
[22] 参见陈光中、邵俊：《我国监察体制改革若干问题思考》，《中国法学》，2017 年第 4 期，第 28 页；张建伟：《监察至上还是三察鼎立——新监察权在国家权力体系中的配置分析》，《中国政法大学学报》，2018 年第 1 期，第 172 页。
[23] 参见郑曦：《监察委员会的权力二元属性及其协调》，《暨南学报（哲学社会科学版）》，2017 年第 11 期，第 73 页。
[24] 秦前红：《国家监察体制改革宪法设计中的若干问题思考》，《探索》，2017 年第 6 期，第 32 页。
[25] 参见徐汉明：《国家监察权的属性探究》，《法学评论》，2018 年第 1 期，第 11 页。

以《宪法》的规定为依据的，其在本质上应当是也只能是一种“国家机关”。也正是在此意义上，我们说我国的政权组织形式由“人大领导下的一府两院制”进化为“人大领导下的一府一委两院制”；另一方面，从宪法层面而言，我国的国家机关被分为立法机关、行政机关、监察机关、司法机关四个方面，法律层面并不存在所谓的“政治机关”，即便对党的纪律检查机构也不存在“政治机关”的说法，[26]政治机关一说只能是政治学视域下的概念。

结合监察体制改革的目标和宪法文本的规定，要准确界定监察权的宪法属性和其在国家权力结构中的地位，妥当的做法是将监察权理解为一种兼具政务监察职能和刑事监察职能的复合型监察权，在权力的本质属性上将其归类为国家宪制结构中的法律权力而非政治性权力。所谓的“政务监察”是相对于之前的“行政监察”而言的。与原本存在的行政监察机关只能将行政机构的工作人员列为监察对象不同，宪法新设监察委员会的监察监督对象包括所有依法履行公职的“公职人员”。与人大监督主要针对行政机关、监察机关、司法机关及其主要负责人和检察监督主要针对侦查机关、法院、司法执行机关不同，监察委员会是以“公职人员”而非国家机关本身作为监察对象的，监察的重点在于公职人员是否依法履行职权、是否廉洁从政等。除此之外，监察委员会还有权对涉嫌贪污受贿、滥用职权等职务犯罪的公职人员进行调查取证，并将其移送检察机关审查起诉。因此，宪法修正新设的监察委员会行使的监察权既不属于行政权，也不属于司法权，而是具有独立宪法属性和法律地位的国家监察权。

三、以法治思维和法治方式推进监察权运行机制的法治化

宪法层面创设监察委员会乃是党和国家基于中国特色社会主义的时代需求而作出的伟大决断，体现了重大改革于法有据的法治思维。监察委员会行使监察权作为中国特色社会主义权力监督体系的创新之举，不仅切合了当代中国全面依法治国政治生活的客观现实，而且充分体现了监察改革全面深化的法治逻辑。但是，监察体制改革深化推动宪法修改并确立了行使监察权的监察委员会的宪法地位还远不能实现监察权运行的法治化。规制监察权运行的法治化必须有基本法律规范对于行使监察权的监察机构设置、权限范围、行使方式以及监察权与立法权、行政权、司法权之间的边界关系进行细化规定，以保障监察权运行机制的法治化。基于此，在十三届全国人民代表大会第一次会议《宪法修正案》通过之后《中华人民共和国监察法》也随之通过并颁行。《监察法》不仅规定了监察权行使的主体、监察委员会的法律属性、监察对象、监察权行使的原则，[27]而且详尽地规定了监察机关的职责、监察范围和监察案件的管辖、监察委的权限、监察机关行使权力的程序、反腐败国际合作的工作要求、以及如何对监察机关和监察人员

[26] 参见陈瑞华：《论国家监察权的性质》，《比较法研究》，2019 年第 1 期，第 6 页。
[27] 参见陈光中、邵俊：《我国监察体制改革若干问题思考》，《中国法学》，2017 年第 4 期，第 28 页。

行使监察权进行有效制约监督及其违反职权规定应负的法律责任。[28]可以说，《监察法》的制定为宪法确立的新型监察权运行体制以及监察工作机制提供了较为详尽的规范规定，对于促进监察权运行机制的法治化奠定了基本法的法治保障。《监察法》的制定体现了监察体制改革深化的法治思维，同时《监察法》也具体规定了监察委员会行使监察权力的法治方式，实践了法治思维和法治方式的统一。

首先，《监察法》的内容从目的条款到原则条款贯彻了权力监督与制约权力的法治理念。从《监察法》第一条规定的立法目的与具体内容看，[29]监察法立法是为了确保对于所有行使公权力的公职人员履职行为进行监督，实现国家监察对象全面覆盖，保障反腐败工作有效开展。一方面监察法制定是为了构建集中统一权威高效的反腐败体制、机制；另一方面是规范反腐败机构及其工作人员履行监察职责和行使监察权力的行为边界，防止其滥用职权。[30]

《监察法》制定的首要动因目的是为了保障国家监察体制改革的深化推进于法有据。监察体制改革深化的前提是原有的权力监督体制和监督工作机制存在不完善、不衔接、力量分散、惩处不力的弊端；腐败滋生泛滥凸显了国家治理能力的弱化和治理体系的落后。基于法治国家建设的现实背景，监督公权力行使强化腐败治理乃是法治之本意，因此就要深化推进国家监察体制改革。现代法治要求深化监察体制改革不能无法而为，因此，制定法律为改革保驾护航就成为监察体制改革的现实需求，而改革不适宜形势发展的监察体制就必然成为监察立法的目的动因。然而，改革仅仅是手段不是目的。监察立法的直接目的乃是基于公权力行使的无序无度和滥用导致的腐败得不到有效治理和惩治，为了监督所有公权力行使的限度与边界，实现监察行使公权力的公职人员全覆盖，保障公权行使者廉洁自律和遵守法治，就需及时制定基本法律加以规范。监察体制改革深化终极目的的理想境界不仅仅是严厉惩治腐败，而是通过监察立法实施监督形成公职人员不想腐不能腐不敢腐的治理状态。这就是说监察立法的终极目的乃是通过监察立法、深化改革、实施监督提升腐败治理能力和治理体系的现代化。监察立法的目的条款充分体现了治理腐败依法治理的法治思维，遵循着法治国家建设首先要监督公权力的基本准则。

从《监察法》的原则条款看，[31]监察机关进行监察活动要遵循依法监察、独立行使监察权、与司法机构及行政机关分工协作、以事实为根据以法律为准绳、监察平等、监察责权对等、惩戒与教育相结合、宽严相济、标本兼治等等基本原则进行。监察法规定监察工作遵循的各项原则一方面体现了保障监察机关独立行使监察权以确保反腐败工作的有效进行；另一方面又规范了监察机关要依据法律的规定依法行使监察权。监察机

[28] 参见《中华人民共和国监察法》各章节条文具体内容。
[29] 参见《中华人民共和国监察法》第 1 条：为了深化国家监察体制改革，加强对所有行使公权力的公职人员的监督，实现国家监察全面覆盖，深入开展反腐败工作，推进国家治理体系和治理能力现代化，根据宪法，制定本法。
[30] 参见姜明安：《论监察法的立法目的与基本原则》，《行政法学研究》，2018 年第 4 期，第 13 页。
[31] 参见《中华人民共和国监察法》第 3-6 条。

关享有监察权但又要依法行使，体现了权力监督与制约权力的一致性。这一理念不仅在《监察法》目的条款和原则条款中得以规定，而且关于监察机关的职责、监察权限、监察程序以及对监察机关自身的监督等章节中都得以明确规定。

其次，监察法兼具组织法与行为法的功能。《监察法》关于监察机关及其职责一章不仅规定了各级监察机关由人民代表大会产生的方式和接受人大监督向人大负责的制度，还规定了监察委员会主任副主任委员产生的方式、任期。[32]这些都体现了《监察法》所具有的组织法特点。从当前我国《宪法》和《监察法》关于监察委员会的规定来看，国家监察委员会由全国人民代表大会产生，负责全国监察工作。同时，国家监察委主任由全国人民代表大会选举，副主任、委员由国家监察委员会主任提请全国人民代表大会常务委员会任免。[33]从此规定来看，监察体制改革虽然改变了传统的“一府两院”的政治格局，但监察权的设定没有改变和冲击宪法所规定的人民代表大会制度，而是一定程度上契合我国宪法所确立的人民代表大会根本政治制度。此外《监察法》关于监察机关的职责、监察范围与案件管辖范围以及监察机关的法律权限[34]等章节规定监察机关如何行使监察权的相关内容，具有行为法的特点。监察法对于监察机关的组织和行为的规范内容，充分体现了《监察法》对于监察机关监察权力的职权授予并规制监察机关依据监察法履行监察职责的法治理念。

其三，监察法是程序法与救济法的统一体。《监察法》作为一部规范监察制度的综合性法律，不仅是组织法和行为法的统一，而且是兼具程序法和救济法的功能。《监察法》对于监察机关行使监察权、履行监察职责、办理监察案件应当遵循的法定时限、法定时序以及法定方式、方法和手续的规定，[35]体现了监察法的程序性，也是国家法治建设所要求的程序正义的规范表现。此外，《监察法》不仅对于监察机关行使监察权的程序做出规制，而且规定了对于监察机关和监察人员的履职监督和履职失误、违法履职的行为应承担相应的法律责任。同时，《监察法》还规定了监察机关及其工作人员违法行使职权滥用职权造成冤假错案时，应当依法给予国家赔偿。对于被监察人的救济性规范充分体现了《监察法》的救济法属性，也是现代法治对于权力监督和权利救济统一保障的题中之意。

通览《监察法》的内容，详尽表达了新时代国家监察体制改革深化所遵循的法治思维。《监察法》依循《宪法》规制监察体制改革和监察权运行机制的法治化也充分体现法治方式在监察改革法治化中的运用和表达。以法治思维和法治方式推进和深化国家监察体制改革也表明了《监察法》制定实施的正当性和科学性。在既往的人类政治生活中，权力制约的制度设计主要可以分为“以权制权”、“以民制权”、“以德制权”等路径，这其

[32] 参见《中华人民共和国监察法》第 7-10 条。
[33] 参见《中华人民共和国宪法》第 3 条、《中华人民共和国监察法》第 8 条、第 9 条。
[34] 参见《中华人民共和国监察法》第 10-34 条。
[35] 参见谢尚果、申君贵：《监察法教程》，法律出版社，2019 年版，第 154 页。

中又尤以“以权制权”受到人们的关注，且在政治实践中展现出相较于其他方案的优越性。然而，如果我们对权力分立制度进行更为细致的考察则不难发现，权力分立只是解决了不同权力之间的制约问题，或者说分工问题，而并没有解决权力的规范运作，或者说权力监督问题。[36]更具体地说，权力分立其实是针对权力间的“进”、“退”关系的，那些被分立的权力仍旧被掌握在具有欲望和情感的人手中，这就使得原本以制约为目的的权力分立容易畸变为权力主体之间的争斗，进而损害整体政治生活。我国关于监察权的设计的优越之处在于，它在传统的行政权、立法权、司法权之外增设了监察权这一独立权力，并赋予其应有的法律地位。这就使得我国的政治结构内部不仅存在权力分工，也存在独立的监督制约，亦即兼顾了权力制约与权力监督两个方面。这种模式设计上的合理性与科学性，赋予了新时代国家监察体制改革以制度的正当性。

四、新起点深化监察改革法治化的实践路径

监察体制改革在实践中的成效进一步印证了改革本身的正当性与合理性。然而，与此同时，随着监察体制改革工作的不断推进和深化，一些潜在的改革问题也相继引发学界的探讨与担忧。如何破解监察体制改革的现实困境，推动监察体制的后续完善与发展则成为法理研究之必然。严格来说，对传统反腐败力量的重构与整合仅仅只是完成了我国监察体制改革的第一步。任何通过理性设计的制度在诞生之初都难言完美，而必须通过实际的运作来对其进行磨合与精细化。因此，在国家监察体制改革已经初步完成的当下，如何确保改革发挥实效，如何协调监察权同其他权力之间的相互关系，以及如何实现对监察权的有效制约就成为我国监察体制改革深化阶段需要进一步思考的问题。

监察体制改革深化的首要问题在于，如何确保监察委的独立性。我国监察体制改革的最核心内容之一即在于赋予监察委以独立行使监察权的法律权能。这一改革破解了既往行政监察既监督公权力而又依附公权力的逻辑悖论，大大增强了政治系统内部的反腐败力量。然而问题在于，我国《宪法》、《监察法》只是在较为宽泛意义上规定“监察委员会依照法律独立行使监察权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉”，[37]而没有就监察权独立行使的制度保障给出明确的回答，这就必然引发人们关于如何确保监察权独立行使的思考。要实现监察权独立行使并获得正当性，应当制定和完善具备操作性的程序性规范，确保“监察权独立行使”这一原则性规定得到切实贯彻。独立性是监察权作为我国新型权力监督制约机制的核心要素之一，也是确保实现监察权反腐败效能的关键。但监察权之独立性却无法仅仅通过抽象的原则性规定获得实现，而必然依赖相关配套机制的细化完善。对此，习近平总书记强调指出：“要制定同监察法配套的法律法规，将监察法中原则性、概括性的规定具体化，形成系统完备、科学规范、运行有效的法规体

[36] 参见陈尧：《从“三位一体”到“四位一体”：监察体制改革对我国政体模式的创新》，《探索》，2018 年第 4 期，第页。
[37] 参见《中华人民共和国宪法》第 127 条第 1 款，《中华人民共和国监察法》第 4 条第 1 款。

系。”[38]关于监察权独立行使的问题在理论上可以借鉴参照我国既有的关于审判权、检察权独立行使的相关规定与经验，建立起监察权独立行使的保障性制度。其具体内容包括但不限于监察委的机构独立、人事独立、财政独立、办案独立以及对干涉监察权独立行使的处罚性机制等。[39]不仅如此，由于我国反腐败法治采取党纪与国法共治的形式，这就要求我国监察机构的任职人员应当同时具备执纪与执法的双重素养，需要打造兼具执纪与执法能力的复合型监察队伍，进而参照现有的检察官、法官制度，建构符合监察职业规律的监察官制度则，具有内在的合理性与现实必要性。[40]

监察体制改革的第二个问题，也是当前学界探讨最多的问题在于如何协调监察权同人权保障之间的相互关系。对传统反腐权力的整合使得监察权得以最大限度地免受外在阻力的干涉，实质性地提升了我国反腐败机制的工作效能。但与此同时，这种权力能量的大幅提升也同时引发人们对“超级权力”的担忧，这种担忧又尤以对调查权的担忧为主。对此，有学者指出：“在监察委员会权力体系配置中，调查权属最具争议的权力之一，调查权的性质、调查结论的法律效果以及调查权与刑事侦查权的关系等问题，都直接或间接挑战刑事法理上的人权保障原则。”[41]之所以会产生这种担忧是因为，根据我国《监察法》的相关规定，监察机关有权对涉嫌职务犯罪的人员进行调查，并制作起诉意见书，连同案卷材料和证据一并移送人民检察院进行审查和提起公诉，这一规定显然是以监察委员会调查权取代了检察机关侦查权。问题在于，与我国《刑事诉讼法》中存在大量关于“侦查权”、“侦查人员”的限制性规定不同，我国《监察法》中对“调查权”、“调查人员”的限制性条款相对较少，这就自然引发人们对相关限制性条款被架空，进而同刑事诉讼中人权保障原则相抵触的担忧。[42]另一方面，对于《监察法》所赋予监察委的留置权问题，有学者认为，监察强制候审措施的单一化立法配置，仅留置能够发挥候审羁押的效果，既不符合人权保障的法治理念，也将过多消耗国家有限的诉讼资源。[43]因而，如何保障监察机关调查权、留置权行使过程中的人权问题则成为新时代监察体制和工作机制改革深化的一个重要问题。对待监察权的人权保障问题，应当在监察体制改革深化中恪守人权保障这一法治底线，避免对犯罪嫌疑人、被告人的人权保障的忽视。人权保障既是现代法治的核心要素，也是我国全面推进依法治国的价值基础。[44]从学理上而言，我们可以对反腐作政策反腐与法治反腐之两分：前者注重反腐的力度，以严厉政策来惩治腐败，相对忽视人权保障；后者在实施反腐败举措时则以对人性的尊重和人权的保障

---

[38] 习近平：《在新的起点上深化国家监察体制改革》，《求是》，2019 年第 5 期，第 11 页。
[39] 参见白皓、杨强强：《国家监察体制改革进路研究》，《河北法学》，2017 年第 5 期，第 150 页。
[40] 参见吴建雄：《论国家监察体制改革的价值基础与制度构建》，《中共中央党校学报》，2017 年第 2 期，第 62 页。
[41] 刘艳红、夏伟：《法治反腐视域下国家监察体制改革的新路径》，《武汉大学学报》（哲学社会科学版），2018 年第 1 期，第 93 页。
[42] 参见刘艳红、夏伟：《法治反腐视域下国家监察体制改革的新路径》，《武汉大学学报》（哲学社会科学版），2018 年第 1 期，第 93 页。
[43] 参见魏昌东：《<监察法>监察强制措施体系的结构性缺失与重构》,《南京师大学报（社会科学版）》，2020 年第 1 期，第 113 页。
[44] 参见李龙、余渊：《全面推进依法治国视域下的人权保障》，《现代法学》，2015 年第 2 期，第 11 页。

为前提。[45]确定无疑的是，监察反腐乃是法治反腐，人权保障则是法治的应有之意。因此，监察权的制度设计也应当建立在人权保障这一基础上，强化和完善监察体制关于人权保障的相关内容。一种可行的做法是，参照原有对刑事侦查权的制约性设计，明确监察委员会在开展犯罪调查和运用各种监察措施时所应遵循的法定程序与限制。同时，还应当致力于建构对监察权腐败的再监督机制，建立健全监察责任体制。这是因为“一切有权力的人都容易滥用权力，这是万古不易的一条经验。”[46]

监察体制改革的第三个问题在于，如何处理监察权同司法权的衔接问题。从监察权的权力属性与运作逻辑来看，当前监察权在实际运作中存在着同其他权力相冲突的关系。从我国当前关于监察体制改革的制度设计来看，监察委员会有权依法对涉嫌职务犯罪的案件开展独立调查和处置，但其却并不享有最终的定罪量刑权。对于监察委员会认为构成职务犯罪的，需要移送检察院审查起诉，由检察院决定是否逮捕和提起公诉，如果提起公诉，则最终由法院依法进行审理和裁断。可以看到，这一完整流程同时涉及监察机关、检察机关和审判机关。问题是，前者主要受《监察法》的规范，而后两者则主要接受《刑事诉讼法》的规范，不同的法律规范和工作机制必然引发如何衔接三者之间关系的问题。[47]更具体地说，监察委员会同检察院之间的协调涉及调查证据的移送问题、留置与逮捕的衔接问题、决定起诉问题等；监察委员会同法院之间的协调则涉及证人出庭问题、非法证据排除规则的适用问题、留置的法律效果问题等方面。监察体制改革的深化应当厘清监察权同其他权力之间的相互关系，完善监察权同其他权力的协调衔接机制。在腐败案件的处理中，如果不能妥善协调调查权与侦查权、留置权与逮捕权之间的关系，就会出现权力内容重叠、权力运作冲突的问题。因此，如何实现监察权同其他反腐败力量之间的统筹协调，使反腐败工作更加协同高效则成为进一步深化监察体制改革的重点任务。对监察权的制度完善应当放置于整体国家权力的宏大图景中加以思考，明确监察权与其他关联权力的权力边界，同时完善不同权力之间的协调对接机制，避免出现不同权力之间的相互博弈。具体而言，监察权同司法权之间的相互衔接机制可能包括以下几个方面：其一，案件移送工作机制；其二，信息共享机制；其三，协同配合机制；其四，介入支持机制等。[48]

小结

监察体制改革的提出发端于十八届三中全会《关于全面深化改革若干重大问题的决定》，经由《关于在北京市、山西省、浙江省开展国家监察体制改革试点方案》展开试点，至党的十九大将监察试点工作全面展开，最终以宪法修正案和监察法颁行确认监察

[45] 参见刘艳红、夏伟：《法治反腐视域下国家监察体制改革的新路径》，《武汉大学学报》（哲学社会科学版），2018年第1期，第97页。
[46] [法]孟德斯鸠：《论法的精神》，张雁深译，商务印书馆，1961年版，第154页。
[47] 参见陈光中、邵俊：《我国监察体制改革若干问题思考》，《中国法学》，2017年第4期，第33页。
[48] 参见吴建雄：《论国家监察体制改革的价值基础与制度构建》，《中共中央党校学报》，2017年第2期，第62页。

体制改革的成果。新时代的监察体制改革十分注重从改革试点中吸取经验，并始终强调改革举措的合法性。也正是这种试点先行、立法先行的法治化改革举措使得当下中国监察体制改革的深化富有正当性。作为我国当前政治体制改革的核心内容之一，监察权体制改革的制度设计既具有现实的必要性，也具备学理上的合理性。以《宪法修正案》、《监察法》以及党和国家的相关监察法规和规范性文件为指导，我国监察体制改革由试点走向深化，建立起覆盖全国各层级、各地区的新型监察体制。从实践来看，我国监察体制改革已经取得初步成效。其一，监察体制改革实现了对人大监督、司法监督、舆论监督等传统反腐败力量的有机整合，形成了集中统一、权威高效的反腐败体制，这为我国全面推进依法治国目标的实现和治理能力的提升确立起严密的法治监督体系；[49]其二，监察体制改革解决了既往党内监督与国家监察不同步、不均衡的问题，将全体行使公权力人员纳入统一规范的监督体制内，实现了对公权力全方位、全覆盖式监督；[50]其三，我国监察体制自确立以来重拳出击，集中处理了一系列腐败要案，一批腐败分子被绳之以法，展现了监察体制改革的实践成效。作为我国反腐败工作的创新之举，监察体制改革的深化构成了新时期全面推进依法治国的重要内容之一。监察反腐本质上是法治反腐的一种表现形式，是党和国家运用法治力量解决腐败问题的法治手段。在前期的实践中，监察体制改革既取得了显著的初期成效，也同时浮现出许多新型的改革问题，这表明监察体制改革的深化工作乃是一项长期工程。借助党和国家前期的统筹规划与先导性立法工作，在新的起点我国监察体制改革的深化应当进一步深入推进。对此，应当在坚持改革目标的同时，不断完善改革工作的配套法规、协调机制，规范监察机关正确合理地依法行使国家监察权，促进监察改革深化的法治化。

[49] 参见马怀德：《国家监察体制改革的重要意义和主要任务》，《国家行政学院学报》，2016 年第 6 期，第 18 页。

[50] 在我国既往的反腐败体制中，党内监督与行政监察是作为两条并行的监督渠道而分别存在的。相比较而言，党内监督早已实现了对全体国家机关、社会团体以及事业单位党员的覆盖监督，而行政监察部门作为政府的组成部门，则只针对行政机关的工作人员，有学者将这一现象称之为“一条腿长一条腿短”的尴尬局面。参见马怀德：《国家监察体制改革的重要意义和主要任务》，《国家行政学院学报》，2016 年第 6 期，第 19 页。

基于“法官不是官”的司法制度改革

石文龙[1]

【摘　要】我国人民法院的管理模式始于军事化的管理方式，改革开放以来逐步转变为行政化的模式。司法公正的实现在体制上要求尽快从行政化的管理模式我国的人民法院走专业化与职业化管理模式，走专业化与职业化的道路。为此，如何更新与转变司法理念是当下的重要任务之一。其具体内容包括：在法官的职业定位上，要求树立“法官不是官”的职业理念，法官的良知是法官道德定位的重要内容，对判决书存在着基本伦理要求，即“判决要讲理”，在法官的工作方式上，要确立“审判期间的不单独接触原则与事后接触原则”。当前社会政治经济的发展要求我们更新司法理念，并以制度创新推进司法公正与司法制度改革。

【关键词】此官非彼官；法官不是官；司法制度改革

我国人民法院的管理模式是从军事化的管理方式开始，并在改革开放以来逐步转变为行政化的模式。所谓“转业军人进法院”[2]、“大盖帽两头翘”等民间说法正是军事化管理方式典型表述。当前的我国法院的内部管理方式已经摆脱了军事化的管理模式，但是尚未走出行政化的管理模式的。司法公正的实现在体制上要求尽快从行政化的管理模式我国的人民法院走专业化与职业化管理模式，走专业化与职业化的道路。对此我们尚有很多方面的工作要推进，其中正确的司法理念的引导也是主要的因素之一。为此，如何更新与转变司法理念是当下的重要任务之一。

一、法官的职业定位：法官不是官

我们谈论法治不能总是宏篇巨论，中国的法治建设离不开我们对法治细节的关注与培育，可以说法治是由细节构成，是一系列细节的连接，包括林林总总看得见的具体制度与摸得着的具体产品，如法袍、法锤等。对“法官”的涵义问题，我们同样存在至今仍然没有理清的重大细节问题。当前，我们之所以提出“法官不是官”，是因为在 21 世纪的今天，“官本位”思想依然严重，我们的一举一动仍将法官当成了官，导致了司法行为行政化等诸多现象。

事实上，法官就是审判人员。就法律依据而言，我国的三大诉讼法《中华人民共和国民事诉讼法》、《中华人民共和国刑事诉讼法》与《中华人民共和国行政诉讼法》都没有“法官”这一称呼，统一称之为审判人员。在职称方面我国也长时间使用审判员、助理

---

[1] 石文龙，男，上海师范大学哲学与法政学院教授，法学博士，英国牛津大学访问学者。研究方向：宪法学、法理学、当代中国法制建设研究。

[2] 贺卫方：《复转军人进法院》，《南方周末》1998 年 1 月 2 日。

审判员制度，直到目前我们的判决书中仍然使用这一称谓。1995 年 2 月 28 日出台的《中华人民共和国法官法》（以下简称为《法官法》）第一次在国家法律文件中正式地使用了“法官”一词。即使如此，《法官法》仍然将“法官”定义为审判人员。《法官法》第 2 条明确规定：法官是依法行使国家审判权的审判人员，包括最高人民法院、地方各级人民法院和军事法院等专门人民法院的院长、副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长、审判员和助理审判员。可见，“法官不是官”，因为审判员一说，已明确表明审判人员是专业人员的性质，而不是“官”。

我们不否认法官与其他行政官员两者存有共性，但两者的区别更加明显，这一区别从本质上表明“法官不是官”这一基本判断，具体表现为：

1、工作手段不同。法官职业的开展主要靠专业知识，此外还包括生活经验等，而不是其他官员所依靠并强调的群众基础、人际关系等。因为法官工作就是断案，就是就事论事地把一件纠纷的是非曲直讲清楚，不需要大范围的发动、激励与协调。

2、管理方式不同。一般官员的管理要求下级服从上级，而法官职业需要的是“独立行使审判权”，而不是一般法官服从庭长、庭长服从院长这一行政管理模式。因此，法官服从的是法律这一惟一真理，而不是上级，相反其他官员应当服从上级的行政命令。

3、工作方式不同。其他官员要求与群众打成一片，努力做到“从群众中来到，群众中去”。法官要做到“审判中立”，遵循“不单方接触”，对双方当事人“平等对待”的原则进行审判活动，做到“形式公正”，努力追求“结果公正”。这是司法本身的中立性、被动性、终结性等特点所要求的。

4、法官判案强调说理。对任何一起案件的判决，法官都不能用行政手段强迫当事人服从，包括在调解过程中。法律的专业性要求法官必须以说理的方式，特别是要在判决书中以说理的方式使当事人信服，当事人如果不服仍然可以通过上诉等途径解决纠纷，这是行政权力运行过程中所没有的。所以我们提出并坚持“司法要讲理”，这也是司法取信于民、司法为民的重要保证。

“法官不是官”，这一定位要求法官应当是法律专家，应当是德高望重、具有丰富社会经验的专业人士。“法官”应以此而非政府官员的形象塑造自己。

1、“法官”不能将自己等同于行政官员。法官是运用法律知识解决法律纠纷的专业人员，因此，法官首先必须是拥有专门知识的专业人员，尤其重要的是法官必须努力让自己成为法律专家，而不是社会活动家。具体而言就是要在办案中坚持“独立行使审判权”、“审判中立”，不服从任何权贵、不依赖于任何“诱惑”，按照“不单独接触”、“判决要讲理”的司法工作的规则与规律判案。

2、在法官面前除了法律之外没有别的“上帝”。法官应当是法律最忠诚、最有力的卫士，因为，司法是社会正义的最后一道防线。法律信仰是法官基本的职业道德，法治应当是法官为之献身的一种事业。如果法官以法律为手段谋取财富，如果允许“打官司

等于打关系”，那么社会的正义必将成为“空中楼阁”。

3、法官应当是德高望重、有社会经验的专业人员。法官的产生应当是十分严格的。各国法院在选择法官时，几乎都要求“德高望重”、“社会经验”，如国际法院的《国际法院规约》规定，当选国际法院法官，必须是品格高尚并在本国具有最高司法职位的任命资格或公认的国际法专家。可见，道德对法官的重要性，正因为如此，所以近年来，我国也加强了法官的职业道德与职业纪律方面的制度建设。

就民事案件，特别是经济纠纷而言，法院基本上是收费的，而且对经济案件的收费并不低。这一收费表明了审判行为与行政行为的区别，说明法院审判工作具有一定的裁断性。

我国的“法官”曾经并且目前暂时在某些领域还有一个非常好的名称 —— 审判员，包括助理审判员，只是这一称谓被《法官法》所改变。可喜的是法院的判决书中仍用这一称谓，笔者对此非常认同，我们由衷希望这一名称保留下去。我们说“法官不是官”，这并不是一个文字或者哲学游戏，这是一个被人忽视的重大的法治问题，反映了我们对“法官”这一概念更深刻的认识。而且对法官概念的正确认识，不仅有助于我们理解这一职业的精髓，甚至可以说是研究、推进并最终完成中国司法制度改革的关键之一。

二、法官与良知：法官的道德定位

法官是法制社会里不可或缺的重要角色，他对维护整个社会稳定与健康的发展起着重要作用，法官的具体任务就是通过对具体案件的审判来解决纷争，维护社会稳定。我们一般认为法官审理案件依据的是事实与法律，其实，法官审理具体案件时不仅仅依据的是事实与法律，还要结合自己的良知、法官的良知是法官职业道德的重要内容。

在具体的案件中，究竟什么是认定某一具体案件的事实、究竟如何根据特定案件选择所适用的法律等问题的解决不能不投入法官的主观因素甚至个人感情。在原告与被告的争执中，双方针锋相对地各自提出了对自己有利的证据，那么如何对证据进行取舍使之成为法律上的事实，这就需要法官根据自己的分析、判断与推理，对证据进行辨别，并按照案件真正的内在要求选择所适用的法律，而不是站在一方的角度，作出违背客观公正的判决。特别是在法律许可的范围内，如何作出适合本案的适当的判决意义重大，因此说法官判案离不开法官本人的良知。这里必须区分正确的判决与适当的判决两者的不同，一个判决可能是正确的，但不一定是适当的。当一个法官在法律许可的范围内不合理地倾向另一方时，这个判决虽然是正确的但并不是适当的，因此能不能确保判决的适当是区分一个好法官与其他一般法官的重要分水岭。

法官的良知，一是指良好的知识结构，这种知识结构不仅仅指法律专业知识，还包括各种各样广博社会知识与社会经验；二是良好的认知水平，包括认识、判断、推理案件的能力，具体而言是快速领会案件基本情况，把握本案双方争执焦点，并准确作出谁

是谁非的判断的能力；三是良好的道德水准，就是说在认识案情、把握本案所适用的法律后，真正按照客观、公平、公正的原则处理案件，做到不偏不倚、问心无愧，而不是谁有势力、谁强就帮谁或者向其倾斜；四是指法官对案件处理的适当性，因为法律往往可以给予法官一定的许可范围或者说一定的自由裁量权，在这一范围中，无论法官如何选择都是符合法律的，这时如何对案件的作出适当的判决就显得特别重要；五是指法官本人对法律的尊重程度与忠诚程度，这里着重强调的是法官绝不能将法律当作为自己在社会上谋取便利的工具。在以上五个方面中，良好的道德水准对法官而言，具有特别重要的意义。因为如何认定证据，如何适用法律事实上经过原被告双方辩论，特别是代理律师的辩论，应该说已经有了相对清晰的轮廓，这时，如何对具体案件的判决更有赖于法官道德水准的高低。

提出法官的良知有着重要的社会意义：首先，认识到这一点，就可以明白法官判案并不是纯粹的客观活动，同时也是法官本人的主观活动，因此，一方面我们在考察、录用法官时要把良知纳入考察范畴；另一方面，法官在加强自身的修养中，要提高自己的认知水平与道德水准，以公正之心，对待案件，确保公平地对待双方的当事人。其次，在现代社会里强调诚实信用，对法官同样如此，而诚实信用原则反映到法官身上就是要求法官具有比一般人更高的良知。法官良知的提高，必将促进整个社会的法制水平在本质上步入一个更高的台阶。最后，认识到法官的良知，就可以努力促成一种趋势，将“法官”变成为社会的良心，并可以以此作为一个法官成熟的最高境界。

我们一再重申法律在社会生活中的运行须臾离不开道德的支持与支撑，在审理案件中，法官不仅仅依据事实与法律，还要依据自己的良知。认识到这一点对重新思考司法制度与司法体制的完善具有特别重要的社会意义与理论价值。

三、判决书的基本伦理要求：判决要讲理

法官对正义与公正的表达不是通过行为，甚至也不是用有声的言语，而是通过无声而又最有力的方式——判决书。

判决书是法治的最终的也是最直接的表达形式，判决书的质量是国家法治现状最直接的反映，更是法官法律职业素养、专业知识、道德水平等的综合体现。但现有判决书的形式与内容都比较简单，需要完善，具体要求为：

1、判决书要说理，体现司法要讲理。法官在处理案件时所形成的判决书对社会大众而言是最为直接的“法律”，但现今的判决书表现为说理不足，判决书在本院认为中轻描淡写的说出某某诉讼请求应予支持、某某诉讼请求不予支持，而支持或不予支持的充分证据与理由却未予展示并加以说明，使判决不能为大众所信服。相反，在西方国家，法院的判决书经常会长达几百页纸，而在中国基本上见不到，虽然这一状况近期有所好转。造成这一“重审理、轻判决”局面的主要原因，一是对判决书的要求上缺乏严格规范，

没有明确判决书该如何书写；二是法官本身的素质不够，因为把理由说充分，需要付出更大的努力；三是法院对如何在审判实践中落实取信于民仍未引起充分重视。事实上判决书中的说理部分应该是判决书最为精彩而又最为重要的部分，这是双方当事人能够服从判决并克服人情案、关系案的关键，也是宣传我们法制的重要途径。更为重要的是，强调判决书的“说理”事实上也是对法院和法官行使司法权力的重要制约。通过对“理由”的部分充分斟酌，既可以防止法院和法官枉法裁判，又可以最大程度地使当事人理解案件中“法理”，还可以是对当事人进行一次最生动、最深刻的法制教育与培训，使得最后的判决即合法又合理，使当事人能够对法律更加敬畏。哲学家培根在“论司法”中曾说：“一次不公正的（司法）判决比多次不公平的举动为祸尤烈。因为这些不平的举动不过弄脏了水流，而不公的判决书则把水源败坏了”[3]。为此，必须以法律或者法规的形式，明确要求法官在判决时，充分列举双方在庭审中提供的证据，并充分说明法庭采信何种证据的理由与最终判决所依据的理由，以充分展现法官在适用法律中具体阐述法律精神的能力与魅力，使法律走向人心。

2、判决的结果要合理、适当

审判人员如何制作判决书问题上，如何让当事人“输得明白”、“赢得合理”，这在以往的法律实践中没有得到足够重视。具体而言，就是对于判决的结果不仅要合法，而且还要合理、适当。由于我国法律对法律责任的规定大多给予了一定的幅度，在这一幅度范围内的都是合法的。但对专家型的法官而言，判决还有一个精确性、精准性的问题，即究竟在什么范围当中属于适当，就需要法官在合法性之外，根据具体案情作进一步的思考。

我们提出法官水平的区别不仅表现在对合法性的判断上，更表现在合理性、适当性的判决上；事实上，后者更能显示法官的综合素养。

3、判决书言辞重规范、重理性、力戒感性

判决书的言辞是越来越显得重要，因为判决书是具体明确当事人权利、责任的规范性文书，这一性质要求判决书在言辞方面应重规范、重理性、力戒感性，包括最基本的姓名不能搞错，有关法官个人的感想、感言不宜放在判决书中。这些方面不仅能表现法官的素质，更是判决书权威性的重要体现。

那么，“判决要讲理”在现实生活中如何具体实现呢？实现“司法要讲理”或者“判决要讲理”的关键在于强化法院的组织建设，实现法官由平民型、交际型向专业式、社会精英型的转变。虽然这一转变仍将是一个长期的过程，但这是我们不得不经历的过程。

1、说明理由制度在司法中的确立

说明理由制度本来是一项行政法律制度，在行政法上是指行政主体在作出对行政相对人权益产生不利影响的行政行为时，除法律有特别规定外，必须向行政相对人说明其

[3] 培根：《论司法》，载《培根论说文集》（水天同译），商务印书馆 1983 年版，第 193 页。

作出该行政行为的事实根据、法律依据以及进行自由裁量时所考虑的政策、公益等因素[4]。说明理由制度引入到司法领域，不仅可作为审判人员制作判决书的一种规范要求，而且也是我们在下文中提到的判决后答疑制度的重要内容。这一制度要求审判人员在制作判决书时，必须对自己判决所依据的事实根据、法律依据以及进行自由裁量时所考虑的种种因素做出解释，而不是避而不谈，也就是进一步落实司法要讲理，做到“司法为民”。

说明理由制度的建立具有较为重要的社会意义。首先说明理由制度是对司法权的一种制约，它要求审判人员的思维要符合证明逻辑规则，在判决时做到事实清楚、法律依据充分，这样可以防止审判人员个人的主观臆断，增加判决书的理性色彩，使判决书具有更高水平的合法性与合理性。其次，这对当事人本人也是一次最生动的法制教育。人民法院的审判活动本来就具有法制宣传功能，审判人员通过对当事人双方证据的全面展示与分析判断，通过对该案法律规则的具体运用，使得判决书能够起到化解当事人误会、减少不必要的上诉，所谓让当事人“输得明白”、“赢得合理”，而不是简单地自以为判决书中有“猫腻”，审判人员判决不公。借鉴行政法律制度，加强人民法院的制度化建立，是当前我国司法制度建设的重要内容，也是依法治国与民主政治的内在要求。

为了具体落实这一制度，我们提出应当在我国法律中建立判决书无效制度，即没有说明理由的判决书，还有对无管辖权案件所作的判决等认定为无效判决书，可以作为当事人上诉的理由。无效判决书由上级法院进行认定，其操作程序为“不告不理”原则，即当事人没有在法定的上诉期间内提起，则无效判决书可作为有效判决书。当事人就此提起上诉，上级法院可以在审查之后进行认定，并在查清事实后重判，也可以发回重判。

2、时代对法官提出了新的要求

在自然经济和计划经济年代，社会关系相对简单，司法活动的专业技术性不强。因此，在司法方面，我国曾长期坚持诉讼领域的“两便原则”，即便于人民群众参加诉讼和便于人民法院办案两个方面。最典型的就是“马锡五审判方式”。为了贯彻“两便原则”，在诉讼活动中强调简易程序与调解制度。应该说“两便原则”有其时代背景，并与法院的专业性不强，法律规定比较原则、笼统，法律资源相对比较欠缺等众多因素有关。那种带卷下乡，田间地头、大槐树下就地审判，以群众呼口号开始，拍手称快结束为标志的审判方式，有其现实的必然性与合理性，但与现代法制所要求的正当程序、回避原则等有不少差距。因此，这些做法将随着社会的发展而将逐步予以改变，特别是“入世”后，法制将对法官提出更高的要求。

2011 年入世以来，随着ＷＴＯ的各种规则转化为中国国内法，中国司法所面临的最大考验就在于：能否在审判实践中、尤其在涉外经济贸易审判实践中，切实地执行立法精神、称职地维护ＷＴＯ规则。WTO 协议在我国不具有国内法地位，不能直接适用。

[4] 姜明安：《行政法与行政诉讼法》，北京大学出版社、高等教育出版社 1999 年 10 月 第 1 版，第 50 页。

在入世谈判的最后阶段，有些 WTO 成员曾经建议我国确认 WTO 协议具有国内法地位，可以直接适用；在国内法与 WTO 协议有关规定不一致的情况下，优先适用 WTO 协议的规定。最终我国是采取修改、完善国内法的方式执行 WTO 协议和我国所作承诺，因为这是对我国最有利的一种方式，也是绝大多数国家加入 WTO 时的普遍做法。加入 WTO 之后，涉外诉讼、跨国诉讼要求参与司法活动的人具有良好的外语水平、一定的世界历史文化知识，这远非常人能胜任。WTO 关于解决争端的机制，“精英司法”的特色更加突出，表现在专家组审理争端和专家组成上诉机构的规定上，专家组通常由三人组成，他们均以个人身份工作，不代表任何政府或组织，WTO 成员不得对他们作指示或施加影响。

法制最根本的不是看立法如何立，而是看法官最后怎么判。我们必须正视的一个事实是，虽然ＷＴＯ提倡“穷尽当地救济途径”，鼓励各成员尽可能通过自身的司法机制妥善处理与其他成员的纠纷，但“穷尽当地救济途径”原则并非绝对，当一个成员的司法机制无法公正合理地维护其他成员的合法权益，其他成员就有权另觅救济道路。因此入世以后，如果中国法院不能稳定地实现公正、高效、透明、民主，那么，境外当事人的必然选择就是根本不到中国来打官司，甚至通过本国政府，将纠纷直接提交到ＷＴＯ的争端解决机制予以处理。如果这类情形频繁发生，那么中国司法终将失去国际社会的信任，进而伤害中国的法制形象和国家信誉。

随着社会的发展，法官的学历水平会有明显的改变。“入世”对培养具有国际法律知识的高素质的法官队伍提出迫切的要求，在审判中表现为专业色彩更加浓厚，因此，法官也必须及早做好思想准备，做好由平民型转向精英型转变的准备。

3、新时期法官的职业素养

新时期法官的素养中，除了一般地具有较高的政治素质与业务素质等表达外，我们还强调这样几个方面：

首先、对法律忠诚，敬业勤业，努力捍卫法律的尊严。就是说法官不能将法律作为自己赚钱的工具，要努力维护法律的尊严，甚至不惜用生命换取法治的进步。

其次、在审判艺术上，能够以理服人，而不是以“权”压人；在审判中表现出“不动声色”，表现出足够的理性。审判的过程就是一种美的展示，这种美不仅仅表现在形式上的庄严美，还表现在审判中的理性之美等多方面，但这些仍为不少法官所忽视。不少法官还存在“只要结果正确，咋审都成”。

再次、在审判智慧上，能够通过形式正义实现实质正义等等。我们反对法律只能追求形式正义一说，并且认为这一说法贻害无穷。而认为优秀的法官应努力透过形式正义实现实质正义。抛弃实质正义的法官，根本就不配做法官，更不能说成是人民的审判员。

如果只重视立法，而不重视法治体系的整体建设，就会成为“虎头蛇尾”的法治，或者有人称之为“法治的装潢主义”。法治的实现需要技术与技巧，包括所有法律职业人的

法律技术与技巧，因此法官的审判技术、法官的职业伦理建设具有重要的社会价值。

四、法官审判期间的不单独接触原则与事后接触原则

近年来，随着法制实践与司法改革的深入，人民法院以及其他司法机关在法制建设中作了相当多的工作。但一谈起司法公正来，老百姓仍会有怨言，在个别场合与案件中，甚至还会出现负面的评价，以至于人们认为法院的公信力还不高。现实的法制状况不难使我们发现这样一个事实，法院的某些制度的不到位甚至欠缺人为地增加了群众对法院以及其他司法机关的不满情绪。因此，在落实司法为民，强调司法质量的今天必须重视对法官司法行为的制度化建设。

1、审判期间的不单独接触原则

人民法院在司法过程中，究竟应该坚持什么原则？或者说“为人民服务”是不是司法工作者应当一如既往坚持的主要原则，如果是，那么“为人民服务”是否可以具体化为“为当事人服务”、“为地方经济服务”？显然，司法工作是不能直接为当事人服务、为地方经济服务的，否则我们的司法改革将走进一个误区，那就是“既然您收取了我的诉讼费，您就应当为我服务”。司法工作代表的是国家的利益，是反映国家意志体现司法公正的专门活动，绝不为当事人的利益所左右。

当前我们的司法工作应当坚持与奉行“不单独接触原则”。所谓“不单独接触原则”，是指就某一具体案件而言，不在案外专门安排时间、地点与当事人或者其律师等接触或者在案外单独听取其陈述、接受其证据等。具体在民事审判中，不能在一方当事人或者其代理人不在场的情况下，单独与另一方当事人接触，包括接受其宴请、在家接待另一方当事人或者其律师等，单独听取其对案件的意见，接受其有关案件的材料。显然，“不单独接触原则”是司法公正的要求，它有利于防止法官的主观偏见与司法腐败，防止法官对一方当事人的偏听偏信而损害另一方当事人的权益。

当然，作为人民民主专政的国家机关、作为人民的法院，“为人民服务”还是法院的宗旨之一。但是“为人民服务”中人民的含义不能泛化，不能泛化成每一个具体的人。人民是一个集合概念，法官在办理案件中应当体味人民的要求与群众的疾苦，简言之就是要反映大家的意志、众人的呼声，而不是具体个人的意愿，更不是原告或者被告某一个人的意愿。司法公平、公正的基本要求，就是不偏袒任何一方当事人。一方当事人的意志一般始终与另一方当事人意志相对立，任何一方的意志都不足以简单地成为“人民”的意志、众人的意志。从证据的规则上而言，当事人的意志更不能代表法律上的真实。因此，“为人民服务”必须从宏观把握，在司法活动中“为人民服务”，就是为改革开放和经济建设服务、为国家大局服务。如果把人民等同于当事人或者地区、地方的利益就会误入歧途，产生所谓“为地方经济服务”。为了地方、部门利益服务已经成为了危害法院工作的毒瘤；及至现在，由于地方保护主义、部门保护主义作祟，有的法院几乎成了“地方的法院”，沦为地方利益、部门利益的保护工具。有些法院提倡“服务意识”，法官上

门服务、为某类企业保驾护航等等，这都是与法院的中立地位不相符的。法院为这类企业服务了，就可能造成对另外一类企业的歧视。因为法院自始就失去中立地位，何谈司法公正？而这种目光短浅的保护，最终伤害的还是地方、部门的利益。

目前，中国加入世贸组织已有多年，世贸组织的基本原则之一就是非歧视待遇原则，它由两个具体规则构成：其一是国民待遇原则，即“内外无别”；其二是最惠国待遇原则，也就是“内外均等”。具体到审判机关，就是要求法院严守中立地位，公平地对待国内外当事人，平等对待国内外所有当事人。这是“入世”后各级人民法院首先要从观念上解决的问题。

因此“司法为民”不仅不是指与“当事人”打成一片，相反，还必须主动地“疏远”当事人，特别是代表当事人而与法官可能因工作等因素而经常联系的律师，这是现代司法制度的基本要求。“不单独接触原则”不仅仅是确保司法公正的需要，也是为法官名誉与个人发展的需要。西方一直认为法官是一个“孤独”的职业，我们认为享受“孤独”，也是现代中国法官的素质之一，这一原则的建立也将为我国全面的司法改革打好坚实的基础。

2、判决后的接触原则

仅有审判中的不单独接触原则是不够的，法官审判中不单独接触原则与审判后的接触原则是法官工作不可或缺的两个方面。

目前的司法实践中已经有了法官判后答疑制度,这一制度是指审判人员在裁判宣判后，当事人对裁判有异议、疑问来访的，由原承办法官对裁判有关程序适用、证据认定、裁判理由等向当事人解释、说明。当事人申诉、申请再审的，由原承办法官与立案法官共同进行接访。可喜的是法官判后答疑制已由最高人民法院决定在全国推广[5]，这也正是说明理由制度在司法领域的重要体现，是防止司法腐败的重要举措，应当引起我们足够的重视，并在法律制度层面予以完善。

接触原则与不单独接触原则,这一对矛盾反映了法官审判的规律，对完善法官的审判艺术，提升司法为民的水平与能力显然具有重要的意义与价值。

总之，历史证明任何一次伟大的变革都是以观念的变革为前提的，重视观念的转变是司法体制改革得以顺利进行的价值基础，也是实现司法公正社会认同的重要内容，值得我们予以充分法关注。当前社会政治经济的发展要求我们更新司法理念，并以制度创新推进司法公正与司法制度改革。

[5] 王斗斗：《法官判后答疑制将在全国推广》，《法制日报》2005 年 11 月 3 日。

家事裁判文书中的情感说理
——以“不准离婚”判决为中心的实证研究

杨帆　冷正涛[1]

【摘　要】中国的传统法律文化与当代司法政策都十分重视情感说理，目的是提高判决的可接受度，促进社会和谐稳定。不准离婚判决是研究情感说理的绝佳样本。对已公开不准离婚判决进行数据统计显示，目前我国大多数此类判决的说理都较模板化，针对个案开展充分情感说理的比例非常少，这一定程度应和了既有相关研究的结论。卡方分析和对21位各地家事法官进行的深入访谈显示，法院层级、法官对于法治精神的不同理解、案多人少的现实、当事人情况等是影响家事裁判说理风格的重要因素。这些实证研究呈现了中国家事司法中权力、法治与情感要素之间错综复杂的关系。一方面，权威机关基于工具主义的目的，以及中国家事法律的独特文化传统，倡导家事司法中的情感说理；另一方面，由于现代形式主义法治原则的建立，情感说理在家事司法中依然处于辅助地位。

【关键词】情感说理；不准离婚判决；实证研究；形式法治；家事司法

导言

按照现代法治的一般原则，司法说理（主要表现为裁判文书说理）应该是一个相对理性的过程，遵循逻辑三段论的模式，以事实为依据、以法律为准绳。道德、情感等因素应尽可能地被排除在司法说理的过程之外，其目的是实现法律的科学性与确定性。但是另一方面，中国的传统法律文化与司法实践往往更加重视情感说理的作用，其目的是增强司法的可接受性。在中国古代社会中甚至有“原情而略法”之说。[2]在今天中国的家事法律实践中，这种特点表现得也较为明显，并被司法权威部门以司法政策、典型案例等方式加以肯定。现代形式法治与中国式司法情感说理似乎存在着某种冲突。那么，在规范和实然两个层面上，情感说理究竟在中国的司法中扮演了怎样的角色？对这一问题进行全面系统的研究就具有重大的理论与现实意义。一方面，它可以展现特定文化土壤中“形式法治”与“实质法治”之间错综复杂的关系，这其实也应和了法理学中最核心的一个问题——法律与道德的关系；另一方面，它也可以让我们更好地认清情感说理在司法

---

[1] 杨帆，吉林大学理论法学研究中心、法学院副教授，吉林大学司法数据应用研究中心研究员；冷正涛，中南财经政法大学法学院硕士研究生。本文系作者主持的司法部2017年度国家法治与法学理论研究项目“司法裁判中的情感说理问题研究”（17SFB3003）的研究成果。贺欣、侯猛、刘洋、侯学宾、彭小龙、张剑源、自正法等学者在本文写作过程中提供了许多帮助，吉林大学法学院邵子华、李方淳、张影、武卓熙等同学参与了本课题的数据收集，作者在此一并表示感谢。

[2] 清代学者汪辉祖在《学治臆说·能反身则恕》中说：“法所不容姑脱者，原不宜曲法以长奸；情尚可以从宽者，总不妨原情而略法。”转引自徐忠明：《清代中国法律知识的传播与影响——以汪辉祖《佐治药言》和《学治臆说》为例》，载《法制与社会发展》2011年第6期，第117页注释1。

实践中的位置，恰当拿捏其尺度，处理好法律形式主义导向与社会效果导向在中国司法实践中的辩证关系。

在英美法学界，司法中的情感问题虽然受到了一定的重视，但是多数研究都是从认知心理学等角度对司法裁判中的情感因素进行研究，而极少从法律文化的角度对这一问题进行阐释，其目的依然是将情感纳入到具有普遍意义的科学之中加以理解。[3]在形式主义色彩较强的德国法教义学传统中，也曾发展出一种非主流的"法感情"理论，但是这种理论在司法裁判中的运用依然受到教义学的强烈制约，并具有高度的文化情境属性。[4]在我国学界，由于法律文化的相对特殊性，这一问题受到了更多重视，但是近年来绝大多数研究都是从政策、规范和应然的角度针对情感和法律形式推理的关系问题阐发主张，而几乎没有研究从实然的角度出发对其开展深入的经验分析。[5]以上都为从经验视角研究中国司法中的情感说理问题开拓了空间。

当然，对法官的裁判风格、说理特点进行经验研究，虽然可以一定程度上呈现情感和形式理性等要素在司法中的角色，但是这种呈现也受到诸多其他因素的制约。换言之，裁判说理作为一种法官行为，其决定因素有很多，对判决书的经验研究所传递的可能也只是一个侧面。既有的法官行为研究可以为我们很好地框定当前研究的限度。在一篇非常重要的论文中，贺欣教授与吴贵亨（Kwai Hang Ng）教授对中国离婚诉讼的话语行为进行了分析，他们发现法官通常习惯用"实用主义"的话语策略去劝说女性一方，来达到顺利做出判决的目的。[6]这种"实用主义话语"主要存在于庭审和调解的口语中，而对于离婚诉讼裁判文书中的话语风格，他们并没有过多着墨。在另外一篇重要文章中，贺欣教授也发现，在中国的离婚案件中，法官通常会基于"自保"的目的，策略性地选择判决方式，甚至这种方式具有高度的重复性。[7]对中国法官和其他法律职业者的这些策略性行为作出解释的，还包括张剑源、麦宜生（Ethan Michelson）和李科等学者的研究。[8]它们都试图分析和总结影响中国司法行为的各种外部因素，比如政治权威的作用、考核标准、人际关系等等。

---

[3] 近年来的代表性研究：David E. Klein & Gregory Mitchell (eds.), 2010, *The Psychology of Judicial Decision Making*, Oxford University Press; Blumenthal JA., 2005, "Does mood influence moral judgment? An empirical test with legal and policy implications", *Law Psychology Review*, 29:1–28.

[4] 赵希：《德国司法裁判中的"法感情"理论——以米夏埃尔·比勒的法感情理论为核心》，载《比较法研究》2017 年第 3 期，第 102-116 页。

[5] 例如：李艳秋：《试论法律推理中逻辑判断和价值判断的关系》，载《学习与探索》2010 年第 6 期；郑志华：《由事实迈向规范：刍议情理的二大维度》，载《交大法学》2013 年第 1 期；孙海波：《告别司法三段论?——对法律推理中形式逻辑的批判与拯救》，载《法制与社会发展》2013 年第 4 期；陈林林、王云清：《论情理裁判的可普遍化证成》，载《现代法学》2014 年第 1 期。

[6] He and Ng, "Pragmatic Discourse and Gender Inequality in China", *Law and Society Review*, 2013.

[7] He, Xin, Routinization of Divorce Law Practice in China: Institutional Constraints' Influence on Judicial Behaviour (April 2009). *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 23, Issue 1, pp. 83-109, 2009.

[8] 参见贺欣："司法为何淡化家庭暴力"，《中国法律评论》2019 年第 4 期，第 6-22 页；Ethan Michelson, "Decoupling: Marital Violence and the Struggle to Divorce in China", *American Journal of Sociology* 2019 125:2, 325-381.;张剑源："家庭暴力为何难以被认定？——以涉家暴离婚案件为中心的实证研究"，《山东大学学报（哲学社会科学版）》，2018 年第 4 期，第 103-111 页；Ke Li. "Relational Embeddedness and Socially Motivated Case Screening in the Practice of Law in Rural China," *Law & Society Review* 50(4): 920-952.

与这些研究不同，本文的问题出发点是裁判文书的说理风格，选用的经验材料也首先是公开的裁判文书，再辅以访谈对这种说理风格进行解释。在我们看来，对裁判文书说理风格的研究可以补充前述法官行为研究未能关注到的经验领域，与其形成补充和对话。当然，与多元化的经验田野（比如前述研究多关注于庭审过程等）相比，主要聚焦于裁判文书的经验研究可能无法呈现影响司法说理的诸多外部因素。所以这些既有研究的结论也就成为了本研究的一些制约性前提。例如，根据贺欣教授的研究，法官往往会选择最为安全、稳妥的行动策略，那么经过常理推断，裁判文书说理的同质化似乎已经是一个不证自明的事实。究竟是否如此？我们认为还有必要进一步展开经验探索。至少，在近些年权力机关的规范性要求（主要表现为规范性文件倡导个性化、实质化的情感说理）与既有研究呈现的同质化法官行为之间，我们发现了一定的张力。同时，我们也希望通过访谈等方式进一步分析这种说理风格背后的原因——究竟如既有司法行为研究所主张的，裁判文书的说理风格形成于实用主义的行动策略，还是说其背后也蕴含了法官对于“情感说理”、“形式法治”等问题的不同理解？

基于以上问题意识和既有研究框定的范围，本文将从规范分析与经验描述两个角度，对中国司法裁判中的情感说理问题进行研究，主要目的是为了呈现情感说理与形式法治要素的关系，同时也对既有关于中国法官行动策略的研究做些许回应与补充。其中经验研究亦分为量化研究与质性研究两部分，是本文的重点所在。量化研究将以公开的“不准予离婚”裁判文书作为样本展开。以此类案件为切入点的原因在于，按照现行《中华人民共和国婚姻法》的规定，“情感完全破裂”是准予离婚的唯一条件。这一标准较为主观和模糊，带有强烈的情感道德判断色彩，给司法实践留下了很大自由裁量与说理的空间。在实践中，此类案件正是中国司法裁判文书中最经常出现情感说理的案件类型。[9]量化研究可以展示中国裁判文书情感说理的总体状况，并一定程度上说明各种变量之间的相关性，但要进一步探求这种说理特点背后深层次的原理，质性研究自然也不可少。在这一部分，我们将以对四个城市 21 位家事法官的深入访谈为素材，着重解释家事司法（尤其是不准离婚案件）情感说理背后的深层机制。

一、规范视域中的司法情感说理

在中国，裁判文书该如何进行说理，在最重要的几部程序法典中并无明确的规定。在实践中，中国司法裁判文书的说理风格也形态各异，根据案件类型、地域、案件的难易程度、各地的司法政策、法院层级、法官的个人特质等变量呈现较为复杂和多元的样态。其极端情况包括了法国式的“极简主义”说理风格，也有类似美国式的详尽的实质主义司法说理。[10]但实践的混乱并不意味着这一问题没有受到官方的重视。恰恰相反，近

[9] 胡昌明主编：《裁判文书释法说理方法》，人民法院出版社 2018 年版，第 211 页。

[10] 对于不同裁判文书说理风格的详述，参见陈林林：《法律方法比较研究——以法律解释为基点的考察》，浙江大学出版社 2014 年版，第 66-146 页。

年来中国的司法权威部门（从中共中央到地方各级法院）都非常重视改进司法裁判文书说理这一问题。具体体现在权威部门制定的各种司法政策上。

2013 年与 2014 年的中国共产党的十八届三中全会和四中全会都提出了“增强法律文书说理性”等宏观要求。在此之后的 2015 年 2 月，《最高人民法院关于全面深化人民法院改革的意见——人民法院第四个五年改革纲要（2014--2018）》（简称“四五改革纲要”）对人民法院裁判文书释法说理作了进一步细致的要求。该纲要明确提出了繁简分流的裁判文书说理要求——对于重大、疑难、复杂的案件要尽量详细说理；而对于简单案件，则以简化说理方式、提高司法效率为目标。纲要还同时提出要重视律师的辩护意见，对于没有采纳的律师意见要给予充分解释；还要重视对裁判文书的说理质量进行监督，建立相应的激励、考评机制。[11]2016 年 6 月，最高人民法院又印发了《人民法院民事裁判文书制作规范》和《民事诉讼文书样式》两个通知，进一步规范和细化了相应要求。但是这些规范性文件都没有对形式理性说理与情感/实质说理等概念进行清晰界分，更没有对两者之间的关系提出明确要求。

在这些规范性文件基础上，2018 年 6 月，最高人民法院颁布了此一领域最重要的政策性文件——《关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》。该意见共 21 条，对裁判文书说理进行了非常细致的规定。其中第一条明确提出：“裁判文书释法说理的目的是通过阐明裁判结论的形成过程和正当性理由，提高裁判的可接受性，实现法律效果和社会效果的有机统一；……发挥裁判的定分止争和价值引领作用，弘扬社会主义核心价值观，努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义……促进社会和谐稳定。”[12]这表明，中国司法文书说理的目的被定位为要兼顾形式正义（法律效果）与实体正义（社会效果），而后者又是被着重强调的。意见的第二条分四个方面对于裁判文书说理进行了具体要求，分别是“阐明事理”、“释明法理”、“讲明情理”和“讲究文理”。其中对“讲明情理”的定义是“体现法、理、情相协调，符合社会主义主流价值观。”这是情感说理相关问题第一次在规范性文件当中被强调。但是这一意见并不是单纯一味地鼓励裁判文书进行道德或情感说理、去追寻实质正义，它也基于形式法治的精神对裁判文书的说理进行了适当限制，具体体现在第十五条——“裁判文书释法说理应当避免使用主观臆断的表达方式、不恰当的修辞方法和学术化的写作风格，不得使用贬损人格尊严、具有强烈感情色彩、明显有违常识常理常情的用语。”[13]

除了这些规范性文件以外，最高人民法院还发布了不少指导性案例、公报案例、典型案例等。其中指导性案例的规范效力最强，其他案例的规范效力次之。[14]它们也都可

---

[11] 最高人民法院：《最高人民法院关于全面深化人民法院改革的意见——人民法院第四个五年改革纲要（2014--2018）》

[12] 最高人民法院：《关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》

[13] 同上

[14] 关于指导性案例及其他公开案例在中国司法体制中的规范性效力问题，参见：Wang, Shucheng, “Guiding Cases and Bureaucratization of Judicial Precedents in China”, *University of Pennsylvania Asian Law Review*, Vol. 14, No. 2, 2019, pp 96-135.

以被视为说理方式的重要规范效力来源。与本研究主题密切相关，2015 年底最高人民法院发布了两个关于不准离婚的典型案例。其中“刘某森诉李某梅离婚纠纷案”中就运用了较多的情感性说理。审理该案的法院在做出不准离婚判决的同时，运用了一些情感性的说理语句规劝当事人双方重归于好，例如“30 余年相识、相守实属不易”、“应珍惜多年来建立起来的感情和家庭”、“（应该）念及多年的夫妻情份，念及对已故老人们的承诺”等等。最高人民法院在解释该案件的意义时也认为，对于此类老年人离婚案件应该以劝说和好为主要方式，并使用了“少时夫妻老来伴”等情感性的话语进行解释。[15]这一典型案例对在此之后的许多类似判决都起到了说理示范效果。

虽然实践中裁判文书的情感说理多出现在民事案件中，但这不意味着刑事、行政类案件不需要在裁判文书中纳入情感说理。事实上，面对着近年来层出不穷的、引起民众极大关注的各类重大案件，司法权威部门也越来越强调在裁判文书中纳入老百姓能够接受的“情感话语”，以更好地实现司法的社会效果。例如轰动一时的“于欢故意伤害案”于 2018 年 6 月被最高人民法院公布为具有较强规范约束力的第 93 号指导性案例。在“裁判要点”中，最高法院专门强调今后类似的判决都要“确保司法裁判既经得起法律检验，也符合社会公平正义观念。”[16]在 2019 年 10 月召开的第七次全国刑事审判工作会议上，最高人民法院周强院长在讲话中也明确提出了“司法绝不能背离人之常情、世之常理”，“要将法律的专业判断与民众的朴素认知融合起来，以严谨的法理彰显司法的理性，以公认的情理展示司法的良知，兼顾天理、国法与人情。”[17]最高人民法院副院长、大法官江必新随后则在《人民司法》撰写长文，明确提出司法审判要将“非法律因素融入到司法审判过程中，实现法律效果与社会效果相统一、依法审判与人民意愿相统一……”他提出“必须破除法律教条主义和机械执法的理念”，要“健全民意收集机制”，“要求司法审判将主观正义与客观正义统一起来，做到法律与情理的融通。”[18]

家事审判改革是中国目前司法改革的重要议题之一。2018 年 7 月，最高人民法院颁布了《关于进一步深化家事审判方式和工作机制改革的意见（试行）》，对家事司法提出了具体要求。其中虽然没有明确规定家事裁判文书应该如何说理、是否需要进行更多的情感说理等问题。但是它依然对情感说理问题有宏观指引作用。比如《意见》第二条提出：“牢固树立人性化的审判理念，对当事人的保护要从身份利益、财产利益延伸到人格利益、安全利益和情感利益，保护当事人隐私，注重人文关怀，充分发挥家事审判对婚姻关系的诊断、修复和治疗作用。……”[19]同时，《意见》还大力倡导以调解方式处

---

[15] 参见最高人民法院典型案例发布平台：https://www.chinacourt.org/article/detail/2015/12/id/1763465.shtml，2019 年 12 月 11 日最后访问。

[16] 参见最高人民法院指导性案例发布平台：http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-104262.html，2019 年 12 月 11 日最后访问。

[17] 最高人民法院新闻：《划重点！新时代刑事审判围绕这些工作开展》，http://courtapp.chinacourt.org/fabu-xiangqing-191221.html，2019 年 12 月 11 日最后访问。

[18] 江必新：《司法审判中非法律因素的考量》，载《人民司法•应用》2019 年第 34 期。

[19] 《关于进一步深化家事审判方式和工作机制改革的意见（试行）》

理婚姻家事纠纷，要求人民法院展开家事调查、提供心理疏导、设置专门的家事法庭等等。这些措施虽然最终不一定会体现为判决书中的情感说理，但是足以说明在家事司法领域情感元素扮演着重要角色。我们后续的调研和访谈也都证明了这一点。2019 年 10 月，在家事审判改革试点成绩比较突出的大庆市，召开了“家事裁判文书说理有奖征文颁奖仪式暨家事裁判文书说理论坛”，最高人民法院副部级专职委员、大法官胡云腾就家事司法中的情感说理问题做了重要讲话。他提出要“努力制作更多事理清晰、法理严明、情理温馨、学理坚实和说理充分的家事裁判文书，促进家事审判在政治效果、法律效果和社会效果上的统一。”[20]

从以上对规范性的文件、政策、讲话和典型案例的分析中，我们都可以得出一个初步的结论：适当的情感类的说理话语在中国的司法裁判文书中不但没有被禁止，甚至还在一定范围内（尤其是家事司法领域）被大力提倡，其目的是为了促进司法说理与社会大众感知之间的衔接，提高司法的可接受性。中国的离婚纠纷司法恰恰为这种情感说理提供了绝佳的舞台。因为中国《婚姻法》第三十二条对于离婚的条件仅仅笼统地规定了“感情完全破裂”一个规范性标准。同时，该法条也仅仅规定了四种法定应当判决离婚的情形（1.重婚或有配偶者与他人同居的；2.实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员的；3.有赌博、吸毒等恶习屡教不改的；4.因感情不和分居满二年的）。[21]这当中有非常大的裁量和解释空间，需要法官以说理进行填充。在中国的离婚司法实践中，通常如果没有发生法定的证明“感情完全破裂”的情形，法院基于实用策略等原因考量，一般不会判决第一次起诉离婚的原告胜诉；离婚判决通常都发生在第二次起诉的时候。[22]因此，理论上我们可以推测，在这样的规范与实践背景下，多数中国法官会策略性地在不准离婚判决中选择运用情感话语进行说理，以增强判决书的可接受性。当然，这一假设需要后续的经验研究对它进行测试。

二、“不准离婚”判决的类型学与量化分析

本部分将利用基于“中国裁判文书网”深度开发的“聚法案例”平台（https://www.jufaanli.com）所公开的裁判文书，[23]对“不准离婚”判决的说理方式进行类型化研究和数据统计分析，目的是展示说理的总体状况及其背后机理。需要说明的是，最高人民法院于 2016 年发布了《最高人民法院关于人民法院在互联网公布裁判文书的规定》，基于保护个人隐私的理由将离婚诉讼裁判文书列入不公开的范围。在此之后，“裁判文书网”及相关数据库所公开的“不准离婚”判决也有些许下降的趋势。但是在实践中，

[20] 刘强：《胡云腾在家事裁判文书说理论坛发言时强调 加强家事裁判文书说理研究 促进家事审判三个效果统一》，载《人民法院报》2019 年 7 月 19 日。

[21] 《中华人民共和国婚姻法》第三十二条。

[22] He, Xin, Routinization of Divorce Law Practice in China: Institutional Constraints' Influence on Judicial Behaviour (April 2009). *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 23, Issue 1, pp. 83-109, 2009.

[23] 选用“聚法案例”平台作为研究数据库的原因是，该平台不但基于裁判文书网对已公开裁判文书进行了收集，还进行了初步的改选，设置了诸多“节点”，便于初步检索和统计。

离婚裁判文书不公开的政策并没有被彻底贯彻，这种下降趋势并不明显。且各地方法院在执行这一政策时，包括公开与否的标准，都存在着很大差异，有些法院的离婚案件裁判文书公开数量几乎没有受到这一政策的影响。[24]我们后续对四个不同地区城市法官的访谈也基本证实了这一点，一些法官表示这一政策对他们的工作几乎没有影响。

无论如何，由于相关裁判文书公开的不完整性，我们基于目前已公开判决文书的研究很难说是一个全样本的大数据研究，仅仅是基于海量已公开文本的经验描述。我们后续还会以质性研究的方式对量化研究进行补充。截止 2019 年 10 月 31 日，我们以“不准（予）离婚”作为关键词，在“聚法案例”数据库的“判决结果”部分进行检索，共得到 417132 份相关判决。为了便于人工读取和统计需要，我们对这些判决文书进行随机抽样，再对样本进行人工筛选，去掉重复的和不相关的判决书，共得到有效样本 500 份，作为研究的母本。[25]

（一）不准离婚判决书的说理类型

我们围绕“情感说理”这一核心概念，首先对这些样本进行前期开放式的审读。这种开放式审读遵循如下逻辑：首先观察一份判决文书的说理部分，确认其是否遵循了传统的三段论式演绎推理，包括认定案件事实、寻找正确的法律依据、将法律依据与案件事实对应并做出司法结论；其次观察它的说理针对性，即是否能针对具体的个案事实，对当事人情况进行说明，说理性内容能否使当事人信服法官做出的司法结论；最后是对说理语言的分析，即说理语言是否详尽充实，是否有其独特的情感说理语言对当事人进行情感性的分析和劝说。在此基础之上，我们将这些裁判文书的说理类型初步分成四种类型。

1.直接适用法条型

这一类判决书的说理部分通常十分简洁，甚至并无实质性说理内容。法官一般会直接以“证据不足”作为理由驳回原告离婚的诉讼请求。例如：

“原告在举证期限内未能提交证明其夫妻感情确已破裂的相关证据，故对原告要求与被告离婚的诉讼请求，本院不予支持。据此，依照《中华人民共和国婚姻法》第三十二条和《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第九十条之规定，进行如下判决……”[26]

2.“套路模版化”说理

这一类判决有简单的当事人情况说明和简洁的劝说性话语，以此既解释了法官认为

---

[24] 有研究标明，2016 年之后，离婚案件裁判文书形式公开的数量不但没有减少，反而有所增加，只是实质公开（只公布案号等，没有公布具体案情）的数量有所减少，且各地区法院执行政策的标准非常不统一。参见侯学宾：“离婚诉讼裁判文书‘不公开’的制度反思”（未刊稿）。

[25] 抽样的具体方法是先将搜索页面设为随机显示，每页显示 20 份判决书，将前 25 页判决书进行批量下载。通过人工审阅，如遇到不合格文书，我们将其剔除之后，再在后续页面下载补充文书。最终为了方便统计，也基于统计学的一般样本量需求，我们随机抽取了 500 份有效样本。

[26] 文书来源：钟某某与杨某某离婚纠纷一审民事判决书【湖南省怀化市辰溪县人民法院（2016）湘 1223 民初 114 号】，聚法案例（https://www.jufaanli.com），2019 年 12 月 11 日最后访问。

感情尚未破裂的原因又表明了法官维护婚姻关系稳定的态度，在逻辑上并不存在问题。但通过大量开放式审读后我们发现，这一类判决说理在实务中占了很大部分的比例，其中语句和格式都大量重复出现，严重时甚至分不清两个不同案件的说理有何区别。尤其是在一个省（自治区、直辖市）的范围内，此种说理类型的判决书经常大量重复出现。例如：

“原、被告双方系自主婚姻，有较好感情基础。近年来双方因生活琐事而产生隔阂，影响了夫妻感情，但夫妻感情并未完全破裂，只要双方加强沟通，互谅互让，夫妻关系是可以改善并和好如初的。现原告李某坚持离婚的诉讼请求，不具备法定离婚条件，本院不予支持。”[27]

3. 针对具体案件事实说理，偶尔带有少许情感劝说语句

这一类判决说理针对当事人的具体情况和案件事实进行了较为详尽的分析，其角度十分全面，从感情基础、婚龄到子女情况，再对双方矛盾产生的原因、生活具体矛盾和性格问题都有论述，并针对这些情况来判断婚姻关系的好坏，由此得出感情尚未破裂的结论，并对当事人有一定的调解和劝说，是比较全面的说理方式。但此类说理一般较为注重客观事实的分析；语言较为中立，没有过多情感性修辞；法官仍处于一个居中超脱的地位，仅就婚姻关系的过往事实与纠纷做出分析并判断其是否可以继续延续，极少触及到当事人之间情感层面的问题，属于偏重于事实分析而较少情感劝说的说理方式。例如：

“原、被告经自由恋爱而同居在一起，同居一年多后才补办结婚登记手续，故双方婚姻基础较好。被告因盗窃被判刑入狱期间，原告曾多次去探视，并寄生活费给被告，说明双方婚后夫妻感情较好。双方在原告母亲生日宴会上为小事吵架，是因为双方缺乏沟通和互谅互让。只要双方努力克制自己，多站在对方的立场去考虑，互谅互让，是完全可以和好的。为了家庭的稳定和谐、小孩的健康成长，应不准予离婚。”[28]

4. 基于个案较多运用情感话语进行说理

这一类判决说理不仅对当事人具体情况做出分析，更侧重于道德性的情感说理以调解双方的矛盾。在分析完双方当事人的情况之后，此类判决说理将大部分内容放到了劝说上，以伦理道德标准和情感性的修辞对双方当事人的行为提出建议与要求，力图维护婚姻关系。法官甚至超出案件事实而着眼于当事人今后的婚姻生活，以调和人的身份进行了情感性的劝说。此类司法说理更偏重社会道德和情感，而一定程度上舍弃了法律形式主义的风格。例如：

“婚姻关系的存续是以夫妻感情为基础的。李某 1 与祝某系经别人介绍，双方自愿

[27] 文书来源：李某与董某甲离婚纠纷一审民事判决书【湖北省武汉市江岸区人民法院（2016）鄂 0102 民初 2655 号】，聚法案例（https://www.jufaanli.com），2019 年 12 月 11 日最后访问。

[28] 文书来源：陈某某与王某甲离婚纠纷一审民事判决书【湖南省永州市宁远县人民法院（2016）湘 1126 民初 549 号】，聚法案例（https://www.jufaanli.com），2019 年 12 月 11 日最后访问。

结婚，婚后双方相处融洽且生育儿子，建立起夫妻感情。祝某因患子宫腺肌瘤而切除子宫，现患有下肢静脉曲张，长期需要药物治疗，生活来源主要依靠李某1供养，双方身体健康的差异，随之产生婚姻生活中的矛盾，这也是人之常情。但是俗话说：少年夫妻老来伴。双方都已人到中年，且面临孩子高考，家和万事兴。希望双方珍惜对方曾经的付出，理解彼此现实生活的不易，相互关爱，遇事多交流，共同面对生活的苦痛，维护好家庭的团结，而不能一散了之，不管不问。李某1为追求个人幸福，要求与祝某离婚，但又不愿承担扶助义务和救助责任，如双方离婚祝某将居无定所，生无来源，故原判未准予双方离婚，并无不当。”[29]

还有的判决文书说理虽然较短，案件事实部分交代不多，但是其情感劝说色彩却非常浓厚，且更多地使用了情感新性修辞，我们也将它划归为这一类。例如：

“生活平淡，相辅相成，享受婚姻的快乐与承受生活的苦痛是人人必修的功课。人生如梦！当婚姻出现裂痕，陷于危机的时刻，男女双方均应该努力挽救，而不是轻言放弃。本院极不情愿目睹劳燕分飞之哀景，遂给出一段时间，以冀望恶化的夫妻关系随时间流逝得以缓和。”[30]

我们可以看到，一定程度上说，这四类说理类型之间的关系是层层递进、越来越复杂化的关系。从第一类向第四类的变化说明，法官对于判决书说理的理解越来越超越形式法治的思维，情感说理的要素越明显。其中前两种说理类型显现出法官并没有参与到个案当中进行有针对性的说理，仅仅出于满足形式化判决的目的进行说理。这显然不符合司法权威机关的政策性期待。后两种说理方式可以说是真正做到了针对个案进行详细说理。只是相比第三种类型，第四种说理类型更跳脱“法理”而关注“情理”。这不仅应和了权威机关的期待，同时，根据相关研究，判决书的说理越充分，司法的公正性越可能得到保障。[31]因此，仅仅从类型学的角度讲，后两种说理类型是比较可取也比较符合规范期待的裁判文书说理进路。

（二）不准离婚判决书的量化统计及卡方分析

在以上开放式审读与归类的基础上，我们对所有500份有效样本的“本院认为”说理部分进行了细致的人工阅读，并对其进行分类统计，得出如下初步结论：

---

[29] 文书来源： 李某1与祝某离婚纠纷二审民事判决书 【安徽省六安市中级人民法院(2017)皖15民终852号】，聚法案例（https://www.jufaanli.com），2019年12月11日最后访问。

[30] 文书来源：江苏省泰兴市人民法院（2016），苏1283民初3912号。该判决文书曾被公众号“说刑品案”在“判决的悲悯与温度”一文中作为典型的情感说理判决进行收录和推广，见：https://k.sina.com.cn/article_6873397851_199afba5b00100ofan.html?from=news，2020年7月1日最后访问。

[31] Liu, John Zhuang, Does Reason Writing Reduce Decision Bias? Experimental Evidence from Judges in China (January 5, 2018). *Journal of Legal Studies* 47(1), 2018.

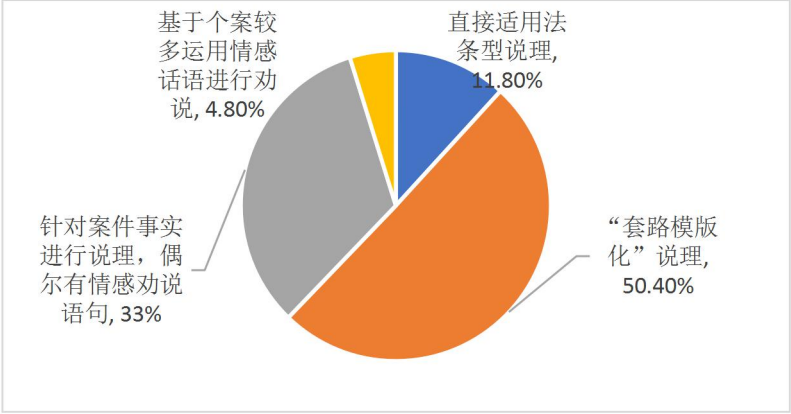


图 1：各类型说理方式在所有样本中所占比例

来源：作者统计

如图 1 所示，我们发现，在所有抽样的“不准离婚”判决书的说理部分，多数法官选择使用了非常简单的说理方式，甚至不说理。其中，11.8%的裁判文书仅仅引用了法条，而没有进行任何实质说理。有 50.4%的判决书选择了非常模板式的说理方式，在所有说理方式中占比最多且超过半数。这种方式具有高度的可复制性，几乎不针对个案进行说理。以上两者相加占比达到了 62.2%。这说明大多数中国不准离婚判决都缺乏充分的说理，更不要说针对个案进行情感劝说式的说理。这一点与权威部门的司法政策要求有一定的距离。同时，这一发现正好验证了前述既有的法官行为研究所得出的结论——大多数的中国家事司法审判，法官们基于工具主义、实用主义的策略考量，都选择了一种程序化（routinization）的操作模式，这样可以将自身所面临的风险降到最低。[32]当然，关于“模板化”说理的动机，我们还需要通过质性研究的方式予以进一步探寻。另外有 33%的判决书能够做到针对个案进行充分说理，但是这些说理也主要针对案件的事实进行分析，很少有情感性的劝说话语，也很少使用情感性修辞。这也说明了绝大多数法官不愿触及情感性的话语说理。只有 4.8%的裁判文书运用了较多的情感性话语进行说理。这一比例虽然不高，但是依然可以体现中国家事司法的某些特点。

为了更好地解释这样的说理特征背后的原因，我们试图在裁判文书所承载的信息中寻找若干变量，来考察他们对于说理方式的影响。这些变量的选取首先与我们的常识性假设以及前期对于规范政策和理论的学习有关。例如我们假设认为法院的层级以及案件的复杂程度可能会影响说理的方式——也许法院的层级越高、案件的复杂程度越高，说理的复杂性就越高，就越有可能运用较多情感说理。按照司法权威部门的规范性政策（最高法院公布的典型案例等），我们还假设老年人离婚案件可能会得到更多的情感说理。其次，这些变量的选取还来自于我们的访谈调研。半结构化或者开放式的访谈可以让我们意识和搜集到一些影响法官说理的具体因素。例如访谈中多位被访法官提到当事人因

[32] He, Xin, Routinization of Divorce Law Practice in China: Institutional Constraints' Influence on Judicial Behaviour (April 2009). *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 23, Issue 1, pp. 83-109, 2009.

素会影响他们的说理意愿。这一部分也会在后续的定性研究中被展示出来。最后，这些变量的选取还受到裁判文书所能承载信息条件的制约。比如我们结合贺欣教授的相关研究，假定起诉次数（timer of petition）会影响法官的说理[33]——如果是第二次起诉还不被判决离婚的案件，法官就会尽可能多运用情感说理进行劝说，以促进判决的可接受性。但是起诉次数这一变量却很难在公开裁判文书中被识别，因此只能被放弃。最终，基于以上三方原因，我们选取了四个可被识别的变量——法院层级、地域、法官有无提及婚姻法 32 条规定的离婚情形，以及当事人婚龄——来考察它们与说理特征之间的相关性。我们结合 SPSS 统计软件，运用了卡方分析法，[34]得到如下结果。

		法院层级（**p=0.000）		地域（*p=0.038）			说理有无提及法定离婚情形（婚姻法 32 条）（**p=0.004）		说理中提及婚龄的情况（**p=0.000）			
	总样本比例	基层法院	中级法院	东部地区	中部地区	西部地区	有	无	未提及	0~5 年	5~15 年	15 年以上
直接运用法条说理	59（11.80%）	37（11.82%）	22（11.76%）	16 (9.41%)	**31 (18.56%)**	12 (7.36%)	14 (12.50%)	45 (11.60%)	55 (16.46%)	0 (0.00%)	3 (4.22%)	**1 (1.28%)**
“套路模版化”说理	252（50.40%）	178（56.87%）	**74（39.57%）**	88 (51.76%)	80 (47.90%)	84 (51.53%)	**42 (37.50%)**	210 (54.12%)	172 (51.50%)	10 (58.82%)	34 (47.89%)	36 (46.15%)
针对事实进行说理，偶尔有情感劝说语句	165（33.00%）	82（26.20%）	**83（44.39%）**	60 (35.29%)	49 (29.34%)	56 (34.36%)	**52 (46.43%)**	113 (29.12%)	93 (27.84%)	6 (35.29%)	28 (39.44%)	**38 (48.72%)**
基于个案较多运用情感话语说理	24（4.80%）	16（5.11%）	8（4.28%）	6 (3.53%)	7 (4.19%)	11 (6.75%)	4 (3.57%)	20 (5.15%)	14 (4.20%)	1 (5.89%)	**6 (8.45%)**	3 (3.85%)
	总样本数：500（份）	基准差区间：0.02%~11.39%		基准差区间：0.61%~6.76%			基准差区间：0.20%~13.43%		基准差区间：0.60%~15.72%			

说明：1. 显著性分析：**p<0.01; *p<0.05。2. 基准差区间：变量对说理类型比例分布的影响程度大小。3. 标黑为异常显著差异值。

表 1：若干变量对说理类型影响的卡方分析汇总表

来源：作者统计与软件分析

如表 1 所示，根据 P 值结果，这四个变量与说理风格之间的相关性皆为显著，只是显著程度有差异。地域变量的显著度不高，而其他三个变量与说理风格之间的相关性则

[33] He, Xin, Routinization of Divorce Law Practice in China: Institutional Constraints' Influence on Judicial Behaviour (April 2009). *International Journal of Law, Policy and the Family*, Vol. 23, Issue 1, pp. 83-109, 2009

[34] 这是一种用来研究定类变量间是否存在某种关联性的统计分析方法，其结果显示比较直观、集中，便于分析。

非常明显。四个变量的表现也不尽相同。第一，在法院层级变量分析中，可得知中级法院套路模版化说理明显少于基层法院与平均水平，而针对个案事实进行说理的数量明显高于平均水平和基层法院，说明二审法院或者高级法院的说理水平明显高于基层法院。这基本符合大家对于司法说理的常识性判断——基层法院由于案件量大、法官水平有限等原因往往疏于裁判文书说理，而较高级别法院审理的案件较为重要，且案件量和法官水平等都不同于基层法院，因而更重视说理。第二，地域变量的划分是按照国家统计局对中国区域的惯常划分标准，将全国各省份（自治区、直辖市）分为“东部”、“中部”、“西部”三类，[35]目的是考察经济发展水平与不准离婚判决说理之间是否有相关性。数据分析显示，它仅在 P 值小于 0.05 范围内显著，不属于十分明显变量。差异值仅在中部地区直接适用法条上表现较为突出，其他趋于平均值，可得知地域或者经济发展水平对说理风格影响并不明显。

第三，《中华人民共和国婚姻法》第 32 条规定的法定离婚情形是具有规范意义的重要变量，我们假定它对于裁判说理具有显著影响。对其进行数据研究，我们发现，当法官在判决书中有提及法定离婚情形时，套路模版说理比例显著下降，而针对个案事实进行说理比例明显上升。这说明法定离婚情形的出现或被提出，会促使法官更认真对待不准离婚判决说理，即便他们没有运用较多的情感话语进行说理。第四，在前述最高人民法院公布的典型案例中，“老年人离婚”是被强调的重点情感说理类案件，因此婚龄变量对于说理风格来说也有规范意义。量化分析结果显示，当事人婚龄超过 15 年时，法官明显更为重视裁判文书的说理，但是也主要集中于“针对个案事实进行说理，偶尔有情感劝说语句”方面，仍然较少运用大量的情感话语。

以上数据分析结果的呈现，说明了我国家事审判的说理风格受到了法院层级、当事人情况、有无法定离婚情形等诸多要素的影响。其中当事人情况（一定程度表现为婚龄）和有无法定离婚情形两种要素，在前文的规范分析中都属于具有规范意义的权力要素，体现了法律权威机关的诉求，说明权力在实践中对于法官的说理行为具有较大的影响力。但是我们也发现，对于权威机关所倡导的情感话语说理，仍然较少地出现在不准离婚裁判文书中，且分布不具有规律性。这说明情感话语说理在实践中可能受到其他因素的制约，而这些因素则很难在已公开裁判文书所显现出来的信息中被找到。因此，我们将在下一部分以质性研究的方式对这些说理风格背后的要素进行探究。

---

[35] 这种地域划分方法最早由 1986 年全国人大六届四次会议通过的“七五”计划正式公布，在我国延续多年，并被广泛运用，基本上能反映出我国区域经济发展的格局。最初，东部地区包括北京、天津、河北、辽宁、上海、江苏、浙江、福建、山东、广东和海南 11 个省（市）；中部地区包括山西、内蒙古、吉林、黑龙江、安徽、江西、河南、湖北、湖南、广西 10 个省（自治区）；西部地区包括四川、贵州、云南、西藏、陕西、甘肃、青海、宁夏、新疆 9 个省（自治区）。1997 年，重庆设为中央直辖市并被划入西部地区的范围。又由于内蒙古和广西两个自治区多年的人均国内生产总值水平正好相当于西部 10 个省（直辖市、自治区）的平均状况，与其他中部地区有一定差距，因此 2000 年国家制定的在西部大开发中享受优惠政策的范围又增加了内蒙古和广西。2011 年，为了配合“东北老工业基地振兴”等国家政策，国家统计局将东北地区单列。但是为了方便统计，本文依然采用传统的“东、中、西”部划分。参见国家统计局网站：http://www.stats.gov.cn/ztjc/zthd/sjtjr/dejtjkfr/tjkp/201106/t20110613_71947.htm，2019 年 12 月 11 日最后访问。

三、对家事法官的访谈与话语分析

从 2019 年 1 月 10 日开始，截止 2019 年 10 月 31 日，我们共访谈了 C 市、J 市、D 市与 S 市四地共 21 位法官（也包括少量没有进入“员额”的法官助理）。他们都有一定的家事审判经验。之所以选择这几个地方法院的法官作为访谈对象，一方面有地缘上的便利性原因，另一方面也因为这些地区和法院具有典型性。S 市是本轮司法改革最早的试点地区，很多做法都在全国领先；C 市与 J 市都设有家事审判改革的试点法院及专门法庭；而 D 市法院系统更是家事审判改的中涌现出的全国先进典型，被称为“D 市经验”。其在“家事裁判文书说理”方面的优秀表现受到最高人民法院及各地法院系统的积极关注。[36]我们的访谈以开放式访谈与半结构化访谈为主，主要询问访谈对象对于在“不准离婚”判决或者其他家事司法判决中使用情感说理的态度及理由，比如：是否支持使用情感说理？支持或者不支持各自出于什么样的原因？自己习惯运用什么样的说理方式？这样做的背后是否有权力因素（比如所在地区法院的政策）的介入？除了判决书中的情感话语以外，家事司法中还有哪些要素与情感有关？等等。

经初步归纳总结，被访者对于不准离婚判决书中情感说理的态度可以大体上分为两类——相对积极的和相对消极的。当然这两种态度之间并不是泾渭分明的。有些被访者的态度没有那么明显，只是有些微小的偏好。在所有受访者中，多数人（13/21）对于在家事裁判文书中运用大量情感话语进行说理持消极态度；少数人（5/21）持积极态度；还有 3 位受访者态度不明确。为了便于做出分析，我们以他们的态度为标准大体上分为两类分别进行描述，最后再以其他影响说理的情感要素作为补充说明。

（一）对在不准离婚判决中使用大量情感话语进行说理持积极态度

1.持这种观点的司法职业人员给出的首要理由是：在裁判文书中进行情感说理可以起到引领社会价值的作用。他们通常比较重视案件的社会影响，持一种明显的司法能动主义的立场。他们所谓社会价值，重中之重是和谐稳定。而离婚率过高，在中国的权威部门看来，是社会不太和谐的表现。[37]在这些受访者看来，一个案件必须让老百姓情感上能够接受，才能促进社会和谐，这也是司法的一种功能性使命。例如有位在基层法院担任领导职务的法官明确说：“法院的职能什么呢，第一点，定纷止争……第二点，就是对这种社会价值引领，有一定的作用。”[38]也有法官将法院的职能与其他政府部门的职能进行比较，说明法院最终还是要像其他政府部门一样去为百姓服务，维护社会和谐，因此还必须进行情感劝说和调解。例如：

---

[36] 2019 年 7 月 19 日，中国法学会法律文书学研究会等单位联合举办的“家事裁判文书说理有奖征文”活动暨家事裁判文书说理论坛在 D 市召开。会议上，最高人民法院大法官胡云腾做了重要讲话。会议也对“D 市经验”等家事裁判文书写作经验进行了总结和反思。这些都说明“D 市经验”在中国家事审判改革和裁判文书说理方面的重要角色。参见刘强：《胡云腾在家事裁判文书说理论坛发言时强调 加强家事裁判文书说理研究 促进家事审判三个效果统一》，载《人民法院报》2019 年 7 月 19 日。

[37] 张智全：《让冷静期为离婚预留选择余地》，载《人民法院报》2019 年 10 月 28 日。

[38] 访谈编号 CC-02

“可能是存在职能（交错）的问题。但我们要考虑当下的实际情况，就是说如果法院不积极做，谁来做？你看我们说妇联。……它也解决不了。还有就是居委会。你可以到社区看一下。社区特别忙。它也解决不了。……现在就把这个责任推到法院来了。……那如果我们前面的那些部门能处理掉，那更好。那如果没有，那就只能进入法院。而且就说如果前面调解的全都不行了，到了法院来我们还得要试试能不能调解。”[39]

2.持积极态度者的第二种理由是：面对复杂案件（比如第二次起诉还不判决离婚的案件），需要着重说理，尤其情感说理在此种情况下是十分必要的。比如一位法官说道：“少数第一次不准予离婚，第二次还判决不准离婚的，当事人心理预期不足，这时就需要着重论理。”[40]对于老年人离婚等特殊案件，支持的法官们也认为最高院的典型案例是非常好的，应该参考：“老年人在一起多不容易啊……可能十年以上这种我们尽可能让他们不离，……我们会考虑到婚龄啊或者其他的。”[41]

3.第三类理由是情感说理有助于达成执行效果。“执行难”一直是近年来中国法院着力解决的问题，所以法官在判决说理过程中考虑到后续执行问题也不难想象。有受访法官提到：“还是（应该）尽可能在审判阶段适当考虑执行效果的问题。比如说我们判离了，……执行不了怎么办？或者很难执行。这时候，你在前置过程中，在审判过程中考虑过双方的情感需求，或者说判后答疑的过程中处理过这些方面，那可能以后的执行就好处理了。”[42]

值得注意的是，即便对情感说理持积极态度的法官或者法官助理们多次提到最高法院的司法政策和典型案例，但是几乎没人提到自己在判决书中做出情感性的说理是因为受到了权力的直接干预（比如上级领导的指示），也没有人回答说自己所在的法院有相关的考核与激励机制。因此可以说，他们的这种积极态度是基于自身对于司法职能的理解而做出的。

（二）对在不准离婚判决中大量使用情感话语进行说理持消极态度

1.对在不准离婚判决中进行过多情感说理持消极态度的法官，提出的最重要的理由是：司法应该秉持中立立场，不能做过多的道德评价，更不能进行道德说教，即便是在家事审判中也不能有过多的感情色彩。他们认为应该坚持形式法治的一般原则，主张司法判决只能依据法律和事实，并且多人多次引用一句中国俗语——“清官难断家务事”。例如：

“你对一方不支持，然后你说太多的，好像是道德上的谴责人家。法官没有那种职能，不要去做那种事情。”[43]“（家事类案件）容易带入情感，产生倾向性，这些不应该

[39] 访谈编号 CC-04
[40] 访谈编号 SH-01
[41] 访谈编号 JL-01
[42] 访谈编号 CC-02
[43] 访谈编号 CC-01

写入（判决书）。法官以中立的角度看，应主要依据法律。”[44]“我认为民事案件还是靠证据说话，不是靠感觉。……人家两个人长期生活在一起的人，他都那么大矛盾。有时候你作为一个外人你去评头论足，有些事情你根本分不清。……清官难断家务事。说的过多了，不见得好。”[45]“不写，这种不写（指情感说理）……法律文书是代表国家，他必须有一定的严肃性，他不可能像大杂烩一样什么都往这锅里面放。”[46]

2.第二种导致法官不做过多情感说理的原因是，目前中国司法（尤其是民事司法）“案多人少”的现实。这一现实可以说是目前中国司法实践中遇到的最重要问题之一。[47]由于基层法官的工作非常繁忙，所以也就没有过多的时间针对个案进行详细说理，更没时间针对个案进行情感上的劝说。绝大多数对“情感说理”持消极态度的法官都表达了这种立场，他们一般都主张简化说理。他们的观点也一定程度上解释了上文量化研究中的发现——相当多数判决书的说理都是“模板化”的。例如有受访法官主张：

“如果一年就给我分 50 个案子，我也可以做到那样。……一个是量太大，另一个是工作机制的问题，让一个法官天天审这样的案子，很容易疲劳。”[48]“像我一年审了四百多件，已经没有任何耐心再审了……就第一个月第二个月我们写，到后来我们也不写了。让我再写我就改改名（指当事人姓名），事儿我都不再改了。……量太大了，只能这种，进行类似填充式的。……我那个判决书有个文件夹，一打开，第一次不准离婚的、第一次判决离婚的、调解离婚的、第二次离婚的，都有（模板）。”[49]

3. 还有的受访法官从说理效果角度出发，认为无需过多进行说理，或者无需进行情感说理。原因是当事人并不关注裁判文书说理，“他们只关心结果”。也有法官主张情感说理并不一定会带来好的社会效果和执行效果。同时，多数法院也没有关于裁判文书说理的激励或者考评机制。这一点与宏观的政策规范还有一定距离。

“当事人主要还是看结果。……你（看的）这些文书中能体现的东西肯定比法官用语言表述的（指跟当事人说的话）少得多。如果我们能用语言解决的东西，那就不用写不准予离婚的判决了……那样他就不离了。”[50]“现在基于人性化，提倡这种（情感）说理，但其实加了也没用，因当事人经过大量亲人、朋友劝说都没有用，不会因为法官劝说两句就改变。……（上级法院）一般不太关注（说理），主要关注程序问题。一般结果差不多，程序没啥问题（就可以了）。”[51]“裁判文书在我们现在没有一个评价体制。……就是你评价了，我们认为某些人写得好，你这个评价也被认为是主观性，没有权威。第二个是即使我评价说他特别好，大家都公认的好，又能怎么样，我们没有任何激励机制，

[44] 访谈编号 CC-06
[45] 访谈编号 DQ-03
[46] 访谈编号 DQ-04
[47] 参见左卫民：《“诉讼爆炸”的中国应对：基于 W 区法院近三十年审判实践的实证分析》，《中国法学》2018 年第 4 期，第 238-260 页。
[48] 访谈编号 CC-01
[49] 访谈编号 CC-07
[50] 访谈编号 CC-01
[51] 访谈编号 JL-02

我们对错的也没有惩罚机制。”[52]

4. 与如上几点原因相伴随，一些法官也表示，绝大多数法官都会在离婚案件中产生同情、愤怒之类的情绪。这种情绪可能会促使法官去帮助当事人消除纠纷、挽回婚姻，可能是通过调解、口头劝说等其他方式，但却很少能表达在判决书纸面上。有法官说道：

“多数人不会那么冷漠。就像我们一个判决书可能三言两语说完了。（但）我们私下也会说这孩子怎么怎么样，这婚姻怎么样。但这些由于时间原因多数不会露到纸面上，还有就是能不能露到纸面上。……只要你干了（家事法官），大家都会起这个怜悯之心，都会觉得婚姻不易，都会尽可能地去做。”（问：“尽可能地去帮助当事人？”）“对。”[53]

（三）家事审判中关系到情感说理的其他要素

在田野调查过程中，我们也发现了司法中一些其他的与情感有关的元素，但是这些元素并没有最终被体现在裁判文书中。它们依然非常值得关注。

首先，同时有几位受访法官提到，自己的裁判文书说理方式主要学习自身边比较资深的法官或者直接领导。虽然没有人强迫他们这样做，但是对于法官来说，这是学习司法技术最惯常的一种途径。在中国法院系统，并不存在具有全国影响力或者强规范效力的说理、注释指南。所以，不论是情感说理还是模板式的说理，法官的学习对象都扮演了很重要的角色。有法官描述道：“就是按照正常的，别人之前是怎么说理的，主要就是带我的老书记员（法官助理）……借鉴的模板会有多个，因为案由不同。”[54]甚至有受访者明示或暗示的表示，依照既有的模板进行判决书说理，是一种省事且安全的选择。他们提到的关键词主要是“（这样）不犯错。”这一发现极大地应和了前述关于中国法官行为的经验研究——多数法官倾向于基于实用主义的行动策略做出裁决。[55]

其次，多数受访法官表示，即便他们在裁判文书中没有或者很少进行情感说理，但是他们在家事调解的过程中都会运用大量的情感话语进行劝说，并且这样做的效果还是不错的。因为调解不同于正式的司法，它更主要的功能是化解社会矛盾、促进社会和谐。重视调解是中国司法的重要特征之一。它与党中央在各个领域都推广“枫桥经验”的政治号召也相互应和。[56]例如有受访者说道：“一些新型案件我不好归类我就（选择）调解。这也是学习枫桥（经验）的心得……其实调解的好处就是你在这过程中稀释了他们之间的矛盾，同时也稀释了对我们的敌意，我（如果做出）判决，肯定有一个不满意的。”（追问：那你们在调解上下的功夫多，还是最后做判决下的功夫多？）答：“还是调解。调解你要从社会，从亲情，从子女等各方面，社会危害性，离婚对子女的伤害这些方面来对他劝说。”[57]

---

[52] 访谈编号 JL-04
[53] 访谈编号 CC-02
[54] 访谈编号 CC-02
[55] He and Ng, “Pragmatic Discourse and Gender Inequality in China”, *Law and Society Review*, 2013.
[56] 参见徐建新：《创新发扬“枫桥经验” 全面推进法院调解》，载《人民法院报》2018 年 6 月 6 日第五版《理论周刊》。
[57] 访谈编号 SH-02

再次，与前文量化研究部分的分析结果相关，我们在访谈中发现，当事人因素也会显著影响法官的说理意愿与说理风格。一方面，当事人情感性的陈述不仅大量存在于调解过程中，也存在于庭审之中——“家事审判（庭审过程）就是夫妻双方说之前怎么感情纠葛，怎么认识，谁做了什么对不起谁的事情，这些事情在法庭上能讲半个小时，你不打断都不带（会）停的。”[58]在部分法官看来，长期听当事人之间互相埋怨，家长里短地长篇论述，不利于案件推进。所以他们往往采取简化手段，主动地选取法官认为的重点进行分析，从而避免了不必要的时间成本和精力浪费。在此情况下制作的裁判文书或者调解协议一般说理都比较简单，目的是避免陷入到当事人之间太过细枝末节的感情纠葛中。

但是另一方面，如果在审理的过程中遇到特别不理性、非常激动的当事人，法官也可能运用一些温情的话语对他（她）进行劝说。这种温情的劝说话语可能会体现在裁判文书之中，也可能会出现在调解、庭审时的口头语言之中。例如有的个别的当事人对法官进行威胁：“如果你判我离婚，我就上吊！”、“如果你判我离婚，我就弄死你！”[59]或者当事人在判决作出后多次上访，等等情况。此时法官的司法策略就显得尤为重要。有些法官描述到：“你像马 X 云（法官），不就被人杀了吗。但那是极端个案，……我们也有类似的。其实家事这种矛盾特别激烈。……家事审判这种法官，人身危险性很大，有时候判案也考虑这个。”[60]

最后，但也是十分重要的发现，如前文所述，作为司法改革的一部分，近年来中国法院开展了一系列家事审判改革，其目标是促进家庭和社会和谐。我们在调查过程中走访了两家专门的家事审判庭，发现许多改革举措在实践中也体现了家事司法注重情感元素的特点。其中两种具体措施非常具有代表性。其一，各地单独成立的家事法庭都在空间布局和装饰设置上下了一番功夫。如一位受访法官所言：“我们法庭的桌子是心型的。灯光也是特殊的。调解室有握手言的标志，还有一个多元调解室有三个圆形相互交织。还有心理咨询室、儿童活动室、还有什么临时庇护室，亲子活动室……”[61]我们在走访中也观察到很多家事专门法庭的布置非常温馨，体现了非形式化司法的特征。例如，原、被告双方改称“丈夫”或“妻子”；儿童活动室设有单面镜，让处在调解室的父母可以看到孩子；心理咨询室设置了专供发泄的情绪疏导装置，等等。

其二，一些家事法庭在正式的判决书之外，还要求审理家事案件的法官书写一份“法官寄语”，与判决书一起送达给当事人。这种形式在我们走访的两家家事专门法庭都存在。“法官寄语”被要求在形式法律之外向当事人温情喊话，从道德、情感、心理等角度去感动当事人，主要内容自然以“情感话语”为主。在我们的调查中，一位法官向我们展

[58] 访谈编号 CC-01
[59] 这些话语来自受访法官转述。
[60] 访谈编号 CC-05
[61] 访谈编号 DQ-03

示了他写作的“法官寄语”。其中多数词句都超出了形式法律的范畴，而带有浓厚的情感色彩。例如称当事人为“老张大哥”、从子女感受的角度规劝当事人、希望当事人信守承诺，等等。这样做的效果也得到了受访法官们的正面肯定——“基本没有再次起诉的。”

评述与总结：家事司法中的权力、法律与情感

本文从多角度对中国家事司法中的情感说理问题进行了分析，其中实证分析是主要贡献。与既有关于司法情感说理的研究相比，本文提供了一个“从规范分析到实证研究”的视角，把争议性的规范问题放置于经验视野中，考察其实践样态，进而提出规范性的反思。与既有法官行动策略的相关研究相比，本文的主要贡献在于拓展了经验田野的可能性，将以往很少被关注到的裁判文书说理问题纳入到实证研究范畴。这样，对于司法问题的经验研究不再只是在外部寻找各种变量和原因，而有可能深入到司法行为的最核心部分（司法说理）进行观察与总结。从这一点来说，本文与关于庭审对话的话语分析实际上异曲同工，只是侧重点有别。我们发现，影响司法说理行为的要素，除了既有研究提出的“实用主义策略”（主要基于对权力规制的策略性回应）以外，还包括了法官本身对于“规范性权力”、“形式法治”和“情感说理”等问题的不同理解。这也许是本研究对既往法官行为研究的一点补充性贡献。

通过经验分析，我们在中国的家事司法说理中发现了三种互相排斥、互相竞争，但又互相渗透、互相利用的要素——权力、法律和情感。一方面，形式理性说理与情感说理目前在中国的家事司法实践中处于一种彼此交错杂糅的状态。前者代表了形式法治的一面；而后者则代表了司法正义的实质面向。中国传统的法律文化重实质而轻形式，这一点在今天不但被权威机关的司法政策所肯定，且在家事司法实践中也有明显的体现。裁判文书的情感说理以及其他情感要素在今天中国的家事司法中出现就是例证。我们的经验研究（尤其是数据分析）显示，规范性权力对法官的说理意愿和说理行为都产生了深刻影响，使他们能更多地考虑到个案及情感因素而变换自己的说理策略。这虽然与绝对的形式法治原则背道而驰，但却是中国司法的显著特点之一。并且，从规范分析部分可以看出，按照当前权威部门的主观意愿，随着各种政策和规范性文件的出台，我们可以想象，在不远的将来，偏向于实质化的情感说理也许会越来越多地出现在中国的家事司法当中。这是权威机关基于自身意愿对司法施加影响的重要表现。

另一方面，我们也注意到，权力在此仅仅主要表现为权威部门的宏观权力。它通过制定宏观政策、规范等方式来实现，而较少具体的微观干预。权威部门的目的是维护社会和谐，因此它对于司法中的情感说理是一种工具主义的立场。在目前的情况下，权威部门倾向于倡导情感说理或者实质化的说理以维护和谐和稳定，但不确定在较远的未来这种工具性政策是否会有变化。我们的研究也因此呈现了另一个向度：权力要素对于司法细节的直接干预还是有限的；习惯运用情感说理的法官主要还是基于内心对政策、法

律的理解而采取的此种行为，尚未发现来自于权力的直接微观干预；并且，还是有为数不少的法官认为在家事司法中应该坚持相对形式主义的法治立场，他们认为情感说理只能是次要的、辅助的；情感话语可以在调解等非正式司法中被大量使用，但是不适合过多地出现在判决书中。这一发现也部分应和了对于中国司法的其他相关经验研究——目前，中国的权威机关在微观层面还是倾向于为形式法治留下一个相对的空间，因此较少直接具体的干预。[62]当然，结合本文的分析，我们认为，这一形式法治空间的存在，一方面当然有权威机关意愿与策略的因素，法律职业共同体（尤其是从业法官）的主观意志（也就是现代法治意识）也扮演了不可忽视的角色。

[62] Fan Yang, "The Role of CPC Regulations in Chinese Judicial Decisions: An Empirical Study Based on Published Judgments", *The China Review*, Vol. 19, No. 2 (May 2019), 69–97.

自动化决策与人的主体性

张凌寒[1]

【摘　要】波音737飞机事件和美国卢米斯案件显示，自动化决策不断决策凭借大数据和高效率攻城掠地，接管和挤压人的决策权力。诸多场景下，自动化决策被默认优先于人为决策，导致相对人被困于决策闭环（Loop）中，一旦受到错误决策需付出巨大代价修正。不受自动化决策的自由不仅能够保障受到错误自动化决策的个体得到权利救济，更具有有保护人类自主性的法理意蕴：自动化决策对人的数据化、计算过程的去人性化，造成了人类主体性危机；自动化决策以轻推与操纵的方式构建人的自主决策，使得人丧失自由意志，引发了人的自治性困境。欧盟的制度为我国提供了立法镜鉴。欧洲1995年的《数据保护指令》和2018年欧盟生效的《一般数据保护条例》中赋予数据主体"不受自动化决策"和获得人为决策的自由，作为核查和纠正自动化决策的工具，为数据主体提供对抗自动化决策的私权路径。但其以人机对立假设为指导思想，不利于数据流动并有悖于未来发展趋势。保障人不受自动化决策的自由，应以保障人类的主体性和自治为原则。除了私权路径之外，仍应包含三个层次：首先从外部保障人类伦理嵌入自动化决策过程；其次确保人有拒绝自动化决策和"断网"的自由；最后应明确实质人为决策的标准，以保障人的自主决策与主体性地位。

【关键词】不受自动化决策；人为决策；人的主体性；机器伦理

一、问题的提出：人可否不受自动化决策？

2019年3月10日，埃塞俄比亚航空一架波音737Max8航班从亚的斯亚贝巴起飞6分钟后坠毁，157条生命消逝，举世哗然。[2]飞行数据显示，事故原因为波音公司安装的自动驾驶操作系统（MCAS）。简单来说，这个系统可以绕过飞行员的人工驾驶，自动让飞机进入俯冲加速状态。事故中，这个系统与飞行员反复争夺飞机的驾驶权。[3]由于默认设置是自动化决策优先于人的控制，导致飞行员反复关闭该系统仍难逃机毁人亡的厄运。

残酷的事故又一次拷问：机器接管决策权力的边界究竟在哪里？一直以来，机器（算法）决策因其人类难以企及的准确性和高效率攻城掠地，不断接管和挤压人的决策空间：日常生活的新闻阅读、购物选择、相亲匹配，由算法进行推送决策；交通监控系统代替警察开出罚单,法庭用算法决定犯罪嫌疑人是否获得假释……然而，已有的经验来看，现行法律制度对人是否可以不受自动化决策并不明确。第一，并无有效制度保

---

[1] 作者简介:张凌寒(1982-)，女，河北张家口人，北京科技大学文法学院副教授，研究方向为网络法、民商法，近年来专注于算法治理研究。本文系教育部一般项目"人工智能时代算法治理的法律制度构建研究"（19YJA820053）的阶段性成果。

[2]2018 年 10 月 29 日，一架载有 189 名乘客和机组人员的印尼狮航波音 737MAX8 客机，在起飞 13 分钟后失联，随后被确认在西爪哇附近海域坠毁，机上人员全部遇难。截止到目前，事故调查工作仍在进行中。

[3]See Jack Nicas, Natalie Kitroeff, David Gelles and James Glanz: Boeing Built Deadly Assumptions Into 737 Max, Blind to a Late Design Change, https://www.nytimes.com/2019/06/01/business/boeing-737-max-crash.html, 2020-03-20.

证个体不受已经做出的自动化决策限制，如威斯康星州诉卢米斯一案中，卢米斯认为美国威斯康星州法院的“风险评估工具”[4]智能量刑系统做出的“高风险”预测是错误的，[5]不难猜想其根本诉求是更改自己受到的自动化决策。一旦自动化决策出错，弱势的个体并无推翻自动化决策的有效法律路径，会被困于自动化决策的闭环（loop）之中。第二，并无明确界限划定哪些决策不应由机器做出。例如亚马逊使用AI摄像头识别工作效率低下的员工，计算工人消极懈怠的时间（Time Off Task，简称TOT），直接生成解雇指令，绕过主管开除工人。[6]又如我国一高校使用人脸识别技术，在课堂上监控学生不注意听讲、玩手机的行为，生成报告供老师参考。[7]这些自动化决策应用是否符合伦理，个体是否有权利予以拒绝，引起了社会的广泛讨论。

本文以人的不受自动化决策的自由为研究对象，首先探讨不受自动化决策自由作为人工智能时代的权利，具有保障人自主性与自治性的法理意蕴；其次从具体法律制度切入，以欧盟《通用数据保护条例》（以下简称GDPR）为基础样本，深入分析不受自动化决策自由的私权框架，制度理念以及其得失利弊。通过对法理意蕴和具体制度的探讨，结合我国人工智能自动化决策的治理现状，为构建保障不受自动化决策自由的法律制度提供对策建议。

二、不受自动化决策的法理意蕴：保障人的主体性与自治性

不受自动化决策的自由不仅具有权利救济的工具性价值，更重要的是具有保障人类主体性与自治性的法哲学意义。不受自动化决策的自由首要价值在于打破自动化决策的闭环（Loop），赋予个体权利以修正机器自动化决策。更为关键的是，人工智能时代，技术首次超越了受人支配的客体范畴，产生了人与技术工具主客体颠倒的异化现象。

（一）不受自动化决策的自由免于人的主体性受损

在人工智能时代，万物皆可计算。自动化决策将人作为纯粹的数据，进行纯粹的计算。主体性哲学作为现代法权意识形态和制度体系的观念基础，历史性地推动了人类生存状态的现代性转型，最终落实为普遍的法权关系结构。[8]但是在人工智能时代，人遭遇了严重的“主体性危机”。

---

[4]Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions，or COMPAS.

[5]Freeman K. Algorithmic injustice: How the Wisconsin Supreme Court failed to protect due process rights in State v. Loomis[J]. North Carolina Journal of Law & Technology, 2016, 18(5): 75.

[6]Colin Lecher: How Amazon automatically tracks and fires warehouse workers for ‘productivity’, https://www.theverge.com/2019/4/25/18516004/amazon-warehouse-fulfillment-centers-productivity-firing-terminations ，2020-03-18
accessed.

[7]佚名：《高校试水人脸识别：翘课玩手机全能识别》https://news.163.com/19/0902/08/EO2C10PI0001899N.html，2020年-3-22 访问。

[8]参见陈璞：《论网络法权构建中的主体性原则》，《中国法学》2018 年第 3 期，71-88.

1.人的数据化和自动化决策的去人性化

人的数据化消解了人的主体性，将个体的人作为冰冷的数据，将群体的人当做可以被控制、分解、改变、交易、消费的数据库，成为人工智能时代的“物化”（reification）方式。 人也在此过程中从决策的主体，沦为了被决策的客体。

自动化决策的前提是人被数据化以方便机器计算。可识别的个人信息与行为数据中包含着人格性的利益，对人格利益的处分只应属于人（数据主体）自己。因此，用户必须知情同意原则，人的数字化需要人自愿交出自己的数据。也是出于这个原因，个人信息应该比单纯的数据得到更为周延的保护。个人数据进一步被商品化，数据在不同的企业、平台、政府之间被出售流通，在这个过程中，包含个人信息的数据成为了流通性的商品，[9]数字化表达的人被简单的视作在市场上买卖分享的数据资源。[10]人工智能时代数据商品化程度令人触目惊心。2018年11月30日，万豪国际集团旗下喜达屋集团发生客户预订数据库信息泄露事件，高达5亿的个人信息被披露流传于网络。[11]甚至政府也加入了数据交易网络，2017年，荷兰情报和安全部门被披露从非法来源购买了大量的个人信息数据库。这些数据库包含超过一亿人的姓名，电子邮件和密码，或是被盗，

或是来源于黑客，在网络黑市上被出售。[12]在一切皆可数据化的世界中，人已经变成了一个个跳动的代码，数据成为通用的大众商品，交易网络中商业、政府和犯罪等数据需要交织在一起。[13]

自动化决策的过程也是一个使个人和社会“去人性化”（dehumanisation）的决策过程。[14]机器是从数学的角度进行计算，在一套人为定义的自洽系统内部进行符号推演[15]，而该系统无需考虑人类的偏见、情感等。自动化决策（算法）的设计者和使用者一直依附于“技术中立”的保护伞下，声称无涉于价值判断。直到自动驾驶、差异化定价、操纵选举等违背人类道德和伦理的事件出现，自动化决策去人性化的一面才引起了政府和公众的担忧。

判断一个决策是否符合伦理道德对人类来说是个简单的命题，对于机器来说则十分困难。例如德国前总统的武尔夫夫人案，谷歌搜索上搜索她的名字时会自动联想“妓女”

---

[9]MARTIN GUNNARSON & FREDRIK SVENAEUS, THE BODY AS GIFT, RESOURCE, AND COMMODITY: EXCHANGING
ORGANS, TISSUES, AND CELLS IN THE 21ST CENTURY, 9–30 (Martin Gunnarson & Fredrik Svenaeus eds., 2012).

[10]*See, e.g.*, Fanny Coudert, *The Europol Regulation and Purpose Limitation: from the ‘silo-based approach’ to . . . what exactly?*, 3 EDPL 313–24 (2017); N. Purtova, *Between the GDPR and the Police Directive: navigating through the maze of information sharing in publicprivate partnerships*, 8 IDPL 1, 1–3 (2018).

[11]参见：喜达屋连锁酒店顾客信息泄露，受害者可能达到五亿，http://www.rcinet.ca/zh/2018/11/30/157305/，2019-04-10.

[12]*See* CTIVD, *Toezichtsrapport nr 55, Over Het Verwerven Van Door Derden Op Internet Aangeboden Bulkdatasets Door de AIVD en de MIVD*(2017),https://www.ctivd.nl/documenten/rapporten/2018/02/13/index.，转引自 Brinkhoff S. Big data data mining by the Dutch police: Criteria for a future method of investigation[J]. European Journal for Security Research, 2017, 2(1): 57-69.

[13]Floridi L.The fourth revolution:How the infosphere is reshaping human reality[M].OUP Oxford,2014.

[14]Bygrave calls this dehumanisation of social processes. Lee A. Bygrave, 2014, *Data Privacy Law, An International Perspective*, Oxford University Press. See also Meg Leta Jones, The right to a human in the loop: Political constructions of computer automation and personhood, Social Studies of Science 2017, Vol. 47(2) 216 –239.

[15]蒋舸.作为算法的法律[J].清华法学,2019.

或“应招”之类的词汇。这些由机器基于搜索量、新鲜度等因素计算，并由算法发布的信息对其造成了巨大的困扰。一个决策结果的诞生可以分为能力层面（解决经验问题）与道德问题（回答应不应该），在能力层面自动化决策远胜于人类，但在应不应该这样的判断上，机器尚不能给出满意的回答，或者我们是否允许机器进行道德决策还是一个需要斟酌的问题。

2.不受自动化决策的自由可避免人的主体性消解

自动化决策对人的数据化和计算减损了人的尊严与人格，严重消解了人的主体性。进入人工智能时代，大数据和算法并没有成为成为加强人的主体地位的积极力量，人的物化和异化反而随着科技的发展而更加普遍和深化。一方面，人本身被客体化，被抽象为数字并嵌入整合到人工智能时代数据体系中，沦为了生产过程的被动客体[16]；另一方面人的活动同人本身分裂和疏离，越来越不属于自己。除了个人信息被数字化表达，人的喜好、穿着、活动轨迹、饮食偏好等行为均被数字化、收集和分析。

人的主体性丧失（物化）并不是一个新鲜的概念，一直以来受到人文主义的批判。文艺复兴运动以人的理性描述人为为万物之灵。人不再是客体（奴隶作为财产），而是成为了法律（权利）的主体，人也成为了具有一定法律技术和伦理内涵的法律术语。[17]法国大革命之后，人的主体性地位确立，成为了现代法学体系的基石。进入现代社会，对女性的物化一直是女性主义者批判的对象。消费女性身体、用父权审美物化女性以及性交易、色情电影等物化女性的商业行为，均将女性作为父权性的和商业消费的客体，造成对女性人格尊严的消解。

正如康德所言，人不应该“仅仅作为手段”(nichtblossalsMittel)而实存，更应作为目的而实存。[18]从某种意义上说，人类进步的历史是避免将人异化为财产、客体、物等的历史。[19]最简单的例子，许多国家的法律和国际法都秉持人体不应该成为商品的原则。[20]禁止将人作为商品销售自己的器官作为典型的例子，说明将人或人的一部分作为商品是与人类尊严并不相容的，人不是商品或是无法用价格衡量的。

自动化决策对人主体性威胁的极端表现是无人武器[21]，机器对平民、房屋、财产进行计算评估而发动攻击，将平民伤亡作为战争附带损失计算入成本。无人武器能够在没有人类直接参与选择目标,或授权对目标使用致命武力的情况下发起致命攻击。而面对这种彻底去人性化的自动化决策，美国军方的政策是在发动致命袭击时，要保证人为干预决策（humaninloop）,即人必须作为决策系统的一个组成部分。致命袭击的决策周期

---

[16]张西平.工业文明中人的困境——卢卡奇浪漫主义哲学述评[J].中国社会科学,1998(1):33-44.

[17]参见齐延平.“人的尊严”是《世界人权宣言》的基础规范[J].现代法学,2018(5):23-39.

[18]俞吾金.如何理解康德关于“人是目的”的观念[J].哲学动态,2011(5):25-28.

[19]参见齐延平.人的主体性、德性与法的现代性[J].学习与探索,2006(06):85-89.

[20]*See* Convention on Human Rights and Biomedicine of the Council of Europe art. 1, Apr. 4, 1997, E.T.S. 164; Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights, art. 1, 2(a); International Declaration on Human Genetic Data, art. 1; Universal Declaration on Bioethics and Human Rights, art. 2(c), 3(1).

[21]并非指有人类参与的导弹和无人机，而是位于世界上几乎任何地方的计算机都可以从监视无人机接收信息，并利用该信息在另一个地点发起和指挥来自导弹武器系统的罢工，所有这些都没有人为干预或监督，从而构成一个自治武器系统。也就是说，自主武器系统包括传感器，自主瞄准和决策以及武器，而这些并不不需要直接相互连接或共同定位，而只需通过通信链路连接。https://doi.org/10.1017/S1816383112000768

系统被称为“杀伤链”，包括寻找，确定，追踪，锁定，执行和评估（find,fix,track,target,engageandassess）。[22]

由此可见，自动化决策的前提——人的数据化使得人被物化（客体化），自动化决策的去人性化又进一步消解了人的主体性地位。人工智能时代，如何挽救和保留人的主体性地位，实质上成为法律制度设计的理论基点。

（二）不受自动化决策的自由保障人的自治性

自动化决策裹挟大数据通过对人的自主决策的建构，使人丧失真正的自由意志，消解了人的自治性。个体不受自动化决策的自由，能够保证人暂时离开机器对意思自治的操控，实现真正的自主决策。

1.自动化决策对人自由意志的建构

机器对人自主决策的操纵以“润物细无声”的方式进行。首先，虽然看似数据生态系统的建立完全取决于互联网用户的意愿，即没有知情同意，用户就不会分享和交出自己的个人数据。然而，这样的学说完全建立于一种假设上：消费者有充分的信息并且有自主决策的认知能力。在现实中，用户既不了解不了解数据收集的范围和深度，也无法吸收和内化所涉及的大量信息[23]，并且可能遭受认知偏差妨碍对问题的系统思考。

其次，自动化决策通过“轻推”[24]影响用户的自主决策。“轻推”是指通过微小的选择架构的改变，利用人们的偏见、爱好、日常习惯等认知来引导行为人决策。[25]例如，新闻软件和视频播放软件通过自动填充消息与自动播放下一条视频，使得人们无需主动点击而在网站上花费更多时间，这是利用了“无底碗”认知理论。[26]轻推被广泛应用于商业平台的个性化推荐算法，诱导用户按照平台设计进行决策。[27]在轻推的基础上形成了“注意力经济”[28]。用户沉迷于自动化决策带来的快感无法摆脱，甚

---

[22]18 Julian C. Cheater, ‘Accelerating the kill chain via future unmanned aircraft’, Blue Horizons Paper, Center for Strategy and Technology, Air War College, April 2007, p. 5, http://www.au.af.mil/au/awc/ awcgate/cst/bh_cheater.pdf.

[23]最近的一份报告研究 GDPR 如何影响由十家网络公司起草的数据政策：（谷歌，Facebook，亚马逊，Twitter，eBay，Instagram 和 Netflix）根据这项研究，在 GDPR 之后，这些政策的长度平均增加了近 26%，其复杂性也增加了。所研究的十项政策的总阅读时间总计超过三小时，有些政策要求超过 25 分钟。阅读需要的水平“范围从 11 年级到 19 年级”。https://www.bbc.com/news/business-44599968，2019-4-10.

[24]在 2008 年, Richard Thaler 与 Cass Sunstein 的著作 Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness 中介绍 了“轻推”的概念：A nudge, as we will use the term, is any aspect of the choice architecture that alters people's behavior in a predictable way without forbidding any options or significantly changing their economic incentives. To count as a mere nudge, the intervention must be easy and cheap to avoid. Nudges are not mandates. Putting fruit at eye level counts as a nudge. 轻推，是以提供决策架构的方法使人的行为以预测的方式进行，而这个过程中并不禁止也没有明显的经济刺激的改变。轻推中的干预必须是人可以轻易并低廉的避免的。例如，命令不是轻推，但是把水果放在货架眼睛的高度是轻推。

[25]Hansen P G.the definition of nudge and libertarian paternalism: Does the hand fit the glove?[J].European Journal of Risk Regulation, 2016, 7(1): 155-174.

[26]康奈尔大学从事消费者行为研究教授发现，给人一个无底碗，自动填入热汤可使人多喝 74%的汤而不自知。Wansink B, Painter J E, North J. Bottomless bowls: why visual cues of portion size may influence intake[J]. Obesity research, 2005, 13(1): 93-100.

[27]参见 How Technology is Hijacking Your Mind — from a Magician and Google Design Ethicist，https://medium.com/thrive global/how-technology-hijacks-peoples-minds-from-a-magician-and-google-s-design-ethicist-56d62ef5edf3，2019-04-07.

[28]注意力经济：人类能够把注意力集中在处理的信息上的能力有限，即注意力有限，而世界上的信息无限。形成一种类似经济学的有限资源与无限欲望的对价关系，甚至比实际货币的影响更宏大，关系到该企业或个人的收益成败，

至只能依靠公权力出手保护用户的意志自由。例如我国网信办强制要求抖音推出“反沉迷系统”，以避免用户使用成瘾。

再次，轻推可升级为对用户思想和行为的操纵。用户的个人数据，以及对这些数据分析、计算的自动化决策在操纵行为中起着决定性的作用。例如Facebook的“情感蔓延”项目通过控制对50万名用户的新闻投放，用积极或消极的语言来表述新闻，来影响用户产生受其影响而自己发出积极或者消极的消息。[29]以亚马逊为例，其不仅为我们提供了所需要的各种商品与服务，甚至在我们都不知道需要什么的时候，就已经预先在物流系统中安排好了我们可能即将要买的商品与服务；对于社交媒体而言，“转发”、“点赞”、“讨厌”，这些简单的按钮已经取代了本来可能展开的更为理性而深刻的辩论与对话。

自动化决策操纵使人的“自主决策”成为了自动化决策引导的结果，逐步丧失对于意志的自主控制权。正如“设计伦理学家”特里斯坦·哈里斯（TeristanHarris）解释为什么人们在互联网上难以抵御某些网站，“屏幕另一端有上千人正在瓦解你的自律”。[30]人类的自律与决策能力被计算、引诱、分散。自动化决策裹挟大数据优势，创造了技术成瘾的风险，对人的认知、情感和身体健康产生了大量的负面影响。[31]

2.人的自治性的社会政治意义

人的自主决策，在历史中以自由意志、意思自治等多种面目出现，本质是一种人的基本权利。意思自治在资产阶级启蒙运动中赋予了人的意志与神的意志相同

同的法律地位——把个体的意志上升到可以由国家公权力来保护的法律地位上。意思自治原则把人从对神的依附中解放出来，成为了有独立人格和自由意志的人。正如康德认为，只有人有自由意志，才有天赋的自由权利。

然而，人类的自由意志在被自动化决策轻推、操纵的过程中丧失了真正的“自由”。意思自治假设的前提是，人是理性的动物，有选择自己行为准则的能力，所以人必须对自己所选择的行为负责。人的自主决策早已被机器分割成了偏好、行为轨迹等数据，并且人的决策结果进一步形成即时反馈数据帮助机器更好操纵人的意志。例如无处不在的定向广告推送，随时随地拿起手机的下意识动作，都已经成为我们当前生活中习以为常的现象与事实。

启蒙思想家们提出的意思自治、契约自由开始被自动化决策瓦解，这种影响不仅及于用户

所以称为注意力经济。参见 Crawford, Matthew B. The world beyond your head : on becoming an individual in an age of distraction. New York: Farrar, Straus and Giroux. 2015. ISBN 9780374292980.

[29] McNeal, G. S. (2014, June 30). Controversy over Facebook emotional manipulation study grows and timeline becomes more clear. Forbes. http://www.forbes.com/sites/gregorymcneal/2014/06/30/controversy-over-facebook-emotional-manipulation-study-grows-as timeline-becomes-more-clear/. 2017 年 5 月 17 日访问。

[30] Williams J M, Harris T A, Coffman P, et al. Searching for commands and other elements of a user interface: U.S. Patent 8,607,162[P]. 2013-12-10.

[31] 根据对“谷歌趋势”的搜索数据统计，FACEBOOK 已经成为与毒品、酒精、色情等并列的十大瘾僻之一。参见[美]赛思·斯蒂芬斯-达维多维茨著《人人都在说谎：赤裸裸的数据真相》，中信出版社 2018 年 10 月版，第 218 页。

的行为操纵，甚至扩展到了以意思自治和契约自由为基础的社会政治领域。[32]“剑桥分析”公司及其母公司“战略通讯实验室"”曾参与过世界各地举行的200多场选举活动，其成果包括利用FACEBOOK数据操纵2016年美国大选、2013年和2017年两次帮助肯尼亚总统赢得选举，以及操纵乌克兰大选等。[33]为了对抗神和君主统治的意思自治、契约自由，已经成为了自动化决策用以主宰人的工具。

那么如果人有足够强大的意志力，是否可以逃离自动化决策对人的决策的建构力量呢？这是极为困难的。每个人类个体认知资源极为有限，消费过多的认知资源而不采用自动化决策的辅助，意味着决策效率的严重降低，会给生活带来各种不便。这类似于“公地悲剧”：尽管平台数据缺失就会丧失预测和操纵的准确性，但每个人都无法放弃自动化决策带来的生活效率提升而不肯停止交出个人数据。由于平台使用的自动化决策对人类社会生活的深度嵌入，离开自动化决策可能不仅意味着不便，还意味着自绝于社会生活，使得人类不得已继续交出自己的个人数据并继续允许机器建构“人的自主决策”。

由此可见，要解决人的主体性和自治性难题，需要赋予个体不同层次的不受自动化决策的权利，是个体能够不被过度数据化、客体化，也保证个体在人工智能时代仍然能够不受自动化决策的操控，享有真正的意思自治。综上可知，不受机器的自由除了保障个体不困于自动化决策的闭环，受到有效的权利救济，更重要的避免人主体性的消解和自治性的丧失。不受自动化决策的自由是保障人工智能时代人之为人的重要权利。

三、不受自动化决策自由的制度样本剖析：GDPR的启示与镜鉴

不受自动化决策的自由蕴含的规范价值，已经获得多国立法者的广泛共识。纵览全球范围向管理法，欧盟立法走在了保障人类主体性与自治性的前列。欧盟相关立法的梳理表明，欧盟确立了对抗自动化决策的私权路径，制度框架的设计体现了绝对的个人信息自决权，以及对自动化决策减损人格尊严的高度警惕。

（一）GDPR的制度框架：一个私权的路径

对抗自动化决策的私权利在1995年《欧洲数据保护指令》即已经存在，并到2018年实施的《通用数据保护条例》GDPR中进一步得到扩展。数据主体的一系列私权利包括不受纯粹的自动化决策限制，对决策提出异议，获得人为干预。虽然这项权利行使受到种种条件的限制，但仍成为了救济数据主体和规制自动化决策的重要工具。

1.事前拒绝自动化决策的权利：个人信息的高度自治

总体来说，GDPR中21条规定数据主体享有拒绝自动化决策的权利，赋予数据主体

[32] 在自由经济时代,“契约早已不仅仅意味着交易手段,其已成为人类的生活方式,主宰了人们的思维模式。其作为一种信念,一种文化传统,成为现实生活中的一种实在力量。正是从这种意义上讲,使市场具有了一种与公权相对抗的功能”单飞跃.经济法理念与范畴的解析[M].北京:中国检察出版社,2002.26.

[33] 参见佚名：“脸书”个人用户数据被滥用？“剑桥分析”在全球有何影响 https://www.bbc.com/zhongwen/simp/world-43482767，2019-04-09.

自决的权利，以免受到机器的自动化决策。即数据主体有权拒绝任何与之相关的个人数据处理，即使数据处理者使用自动化决策合法处理数据的情况下，数据主体仍然有权予以拒绝。这项权利的行使以数据主体对个人信息的高度控制为基础，以知情同意为方式。例如个人数据因为直接营销（direct marketing purposes）的目的被处理（包括数据画像），数据主体有权利行使拒绝权。这项权利的行使也存在一定限制，例如为了公共利益、公务职权必要、科学或历史研究等目的，数据主体不得拒绝机器自动化决策对个人数据的处理。

GDPR中有关个体反抗自动化决策的制度体现出个人对个人数据的高度控制权。这种高度控制权体现在：第一，赋予数据主体事前拒绝自动化决策的可能。在机器的自动化决策应用越来越广泛的今天，除法律规定的特殊情况，数据主体可拒绝机器根据个人数据对自身的自动化决策。尤其是在商业领域，赋予了个人极强的数据控制权利。例如21条规定，当数据集合的用户画像是基于直接的市场营销目的，数据主体有权在任何时候反对相关的自动化决策。可以想见，数据主体可能会大规模主张对自动化决策的拒绝权，类似被遗忘权在欧盟落地后的实施情况。[34]第二，数据主体知情同意规则的严格化。与拒绝自动化决策配套的知情同意规则在GDPR中被进一步严格化，具体体现为明令禁止默示同意（pot-out）的规则，要对进行自动化决策做出自主的（freely given）、特定的(specific)、知情的(informed)、明确的(unambiguous)同意，且需以清晰肯定的行为做出(opt-in)。[35]第三，对企业机器自动化决策限制增加。对企业应用自动化决策的严格限制既包括自动化决策事前告知义务的增加，[36]也包括了停止自动化决策处理个人数据的义务，[37]以及GDPR的拒绝自动及企业对机器自动化影响的事前与事后的评估[38]等一系列相关的法律责任。总而言之化决策的权利赋予数据个体对数据高度的控制权，堪称个人数据绝对自治。

2.不受纯粹自动化决策限制的权利：防止数据主体的人格减损

对于已经发生的自动化决策，如何进行事后救济？GDPR的22条的数据主体有权不受纯粹的机器自动化决策限制（the right not to be subject to a decision based solely on automated processing）。[39]即如果这些决策结果是纯粹的机器作出的，且对数据主体有法律效力或重大影响，数据主体有权拒绝某些自动化决策的结果。这项权利的行使也存在一定的范围限制，如果这种有法律效力的纯自动化决策是经过欧盟国家法律授权或者数据主体明确同

[34] 该报告称，在 2014 年~2017 年间，谷歌在全球收到了近 240 万次请求，最终移除率为 43%。谷歌在 2018 年的年度透明度报告中特别公布了做出删除搜索结果的请求来源分类、内容分类和移除率。
[35] GDPR 鉴于条款第 32 项
[36] GDPR 第 13 条第 2 款。
[37] 6GDPR 第 21 条第 1 款。
[38] GDPR 第 35 条第 1 款。
[39] Article 22 （1）of the General Data Protection Regulation (GDPR) “the data subject has the right not to be subject to a decision based solely on automated processing, including profiling, when it produces legal effects concerning him or her or at least it similarly significantly affects him or her”.

意的，则排除不受自动化决策的适用，但涉及儿童数据的自动化决策除外。[40]

事前拒绝自动化决策的权利与事后不受特定自动化决策限制的权利，都可以使个体免受机器自动化决策。但二者之间存在巨大差别：拒绝自动化决策是一种事前权利，其适用范围更为宽泛，可以从源头上遏制自动化决策对个人数据的收集、计算，使得机器无法决策。而不受自动化决策限制的权利是一种事后救济，仅仅在产生特定的自动化决策之后，使得数据主体可以不受其结果影响。

不受纯粹自动化决策限制的权利，体现了传统欧洲政治文化，即人不可以作为纯粹自动化决策的客体。否则机器会将人视为要计算处理的数据，从而使其非人性化。不受纯粹自动化决策限制的权利在欧洲有长远的历史，早在二十年前1995年关于数据保护的指令（DPD）第15条赋予数据主体这项权利。[41]数据保护指令（DPD）15条的立法者认为，强有力的行政部门和私营机构对个人使用数据进行自动化决策的行为，使数据主体活在“数据阴影”之下，剥夺了个人影响决策过程的能力。[42]基于数据的全自动自动化决策，不应该成为严重影响个人权利的决策的唯一基础。[43]该条款的目的旨在保护数据主体的利益，使得数据主体可以参与对其重要的决策。[44]

GDPR的条文中特别强调的是“不受纯粹的自动决策的权利”，显示了对人与机器主客体错位的绝不容忍，这也是欧洲数据立法长久以来的历史沿承。尤其是饱含人类人格利益的个人信息作为自动化决策的对象，因为人更加客体化而难以接受。早在1981年的欧洲立法文件中就谈到：“对自动处理的限制只适用于特殊类别的数据，例如披露有关种族出身、政治见解、宗教信仰、健康或性生活的信息的数据。对于重要、敏感的主题，必须由人类处理信息；如果机器这样做，就会将个人视为要计算处理的数据，从而使其非人性化”。[45]不受自动化决策的权利是在人在机器面前保留自身的主体性的努力。

3.提出异议与获得人为决策的权利：对自动化决策的修正

除去直接拒绝已有的自动化决策，数据主体还可以对具体的自动化决策提

---

[40] GDPR 第 9 条（1）.

[41] 法条原文如下 Article 15 of the Data Protection Directive reads as follows:
1. Member States shall grant the right to every person not to be subject to a decision which produces legal effects concerning him or significantly affects him and which is based solely on automated processing of data intended to evaluate certain personal aspects relating to him, such as his performance at work, creditworthiness, reliability, conduct, etc.
2. Subject to the other Articles of this Directive, Member States shall provide that a person may be subjected to a decision of the kind referred to in paragraph 1 if that decision: (a) is taken in the course of the entering into or performance of a contract, provided the request for the entering into or the performance of the contract, lodged by the data subject, has been satisfied or that there are suitable measures to safeguard his legitimate interests, such as arrangements allowing him to put his point of view; or (b) is authorized by a law which also lays down measures to safeguard the data subject's legitimate interests.

[42] Isak Mendoza and Lee A. Bygrave, The Right not to be Subject to Automated Decisions based on Profiling, University of Oslo Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series No. 2017-20, at 3.

[43] Bygrave LA (2002) Data protection law: approaching its rationale, logic and limits. Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International p. 2.

[44] DPD 的解释性文本提出了此条款是关于个人数据处理过程中对数据主体的保护，见 COM (90) 314 final – SYN 287, p.29. DDP15 条赋予个人“不受到行政部门或私营的自动化决策，而这种自动化决策评估的唯一依据是基于个人数据形成的档案或人格的记录。” (Art. 14(1) of the 1990 Proposal). 在 1992 年，修改后的文件改为，公民享有此项权利，“不受到行政部门或私营主体的自动化决策，该决策的作出仅仅基于定义其人格的数字档案” (COM (92) 422 final – SYN 287)。

[45] See Jones M L. The right to a human in the loop: Political constructions of computer automation and personhood[J]. Social studies of science, 2017, 47(2): 226

出异议（to express his or her point of view and to contest the decision）。相应地，数据主体需要一个新的决策，即获得人为干预的权利（obtain human intervention on the part of the controller）。[46]类比而言，GDPR22条提供的系列私权利如同当事人推翻法院判决的权利一样：拒接自动化决策结果与提出异议（contest）类似于提出上诉，而获得人为决策则相当于获得新的判决结果。

对自动化决策提出质疑与表达观点，即数据主体可以对已经形成的自动化决策结果，提出质疑或者反对意见，并要求获得人为干预。适用的自动化决策的范围包括基于数据主体同意、履行合同需要或根据法律其他规定所形成的自动化决策结果。而义务主体是数据控制者，并且这是采取适当措施保护数据主体的自由权利和正当利益的基本内容（at least）。

获得人为决策的权利，作为在自动化决策错误或遭受不公平待遇的情况下，数据主体享有的补救性权利。这种获得人为干预的权利被看做是保护数据主体权利、自由与合法利益的适当措施。制度目的是通过人为干预，获得一项新的决策结果。

通过梳理可得知，GDPR在人对抗自动化决策的制度中构建了事前的拒绝自动化决策的权利，以及事后对不受纯粹的自动化决策结果限制的权利，数据主体也可对自动化决策提出异议并要求获得人为决策。GDPR人对抗自动化决策的制度充分赋予了人（数据主体）高度的信息自决权，并以保护人对机器的主体性为制度目标，以人的决策作为监督与纠正自动化决策的方法。

（二）GDPR的理念及其制度偏差

GDPR相关制度中对自动化决策的防范路径为拒绝提供数据，隐含着人机之间存在对立关系的假设。拒绝自动化决策的权利体现了GDPR对于自动化决策应用的高度防范。自动化决策的“粮食”是数据，数据的正确性和全面性决定了自动化决策的质量与准确性。根据GDPR的规定，数据主体有高度的信息自决权，可以拒绝将自己的数据“喂”给机器。这必然影响到自动化决策的质量。GDPR中拒绝自动化决策的权利本身就构建了人与自动化决策之间的竞争性对立关系：即认为自动化决策损害人类利益，于是通过人类拒绝提供个人数据的行为损害自动化决策。

这种对人格尊严的高度保护和对自动化决策的警惕和防范有着深远的历史因素，与整个20世纪机器自动化数据处理系统一直与欧洲个人与群体遭受的虐待和侮辱有关。从20世纪初，欧洲和美国开始通过数据统计提高社会管理效率。当时对个人数据的自动化处理的机器是赫尔曼·霍勒里斯(Herman Hollerith)发明的的打孔卡片机，这种机器被用来进行人口普查。[47]这种通过人口普查进行社会治理的传统在美国沿袭下来，发展成

---

[46] Article 22 （3）In the cases referred to in points (a) and (c) of paragraph 2, the data controller shall implement suitable measures to safeguard the data subject’s rights and freedoms and legitimate interests, at least the right to obtain human intervention on the part of the controller, to express his or her point of view and to contest the decision.

[47] Heide, Punched-card System and the Early Information Explosion,1880-1945. Baltimore: Johns Hopkins Press.

为美国数据文化的基石。[48]但是，将人数据化的人口普查成为了欧洲人的噩梦。20世纪30年代，纳粹官员创建犹太登记处的基础就是人口普查的数据，进一步通过人口普查数据找到受害者。后来将人口数据进行打孔卡片的机器处理的技术被用来接收和跟踪集中营内的犹太人行动。[49]第二次世界大战是欧洲许多政治和社会变革的催化剂，而欧洲数据保护立法很大程度上是对于纳粹滥用数据处理的回应。[50]因此，不难理解为何德国在欧洲率先通过了1970年《一般数据保护法》，并逐渐成文法与判例确立了个人信息自决权成为宪法上和私法上的双重性质的权利。[51]这种理念也充分体现在了从20世纪七十年代到最近的GDPR欧洲数据法律制度中，一直沿袭至今。[52]

概言之，历史惨痛教训使得欧洲法律对个人数据的自动化处理高度警惕严加防范。但此种人机对立理念下，制度的建构与实施也出现了一系列现实问题：

1.私权路径的权利减损

人机对立理念下的一系列拒绝自动化决策与推翻自动化决策的权利由于权利适用的诸多条件语焉不详，以及现实中的困难，很难发挥实际作用。GDPR中人拒绝自动化决策与推翻自动化决策的系列权利，条款适用本身存在较大问题。

第一，GDPR22条适用范围非常狭窄，仅适用于纯粹的机器自动化决策系统，即人没有参与到机器自动化决策中。欧洲的学者指出，很少有哪些纯粹的自动化决策做出的决定是真正重要的，而影响个人权利的自动化决策仅仅加盖人的图章就可以规避22条的适用。为此有学者讽刺一只受过训练的猴子即可胜任盖章工作。[53]因此，推翻自动化决策的相关权利仅适用于非常有限的案件，并且不包括最相关的、歧视性的、有害和普遍的案件。[54]由于同样的原因，GDPR22条的前身，1995年的《欧洲数据保护指令（DPD）》第15条存在的二十年间也经常被回避。[55]尤其是2014年德国联邦法院对SCHUFA案件的

---

[48] 参见涂子沛，数据之巅 P40-74

[49] Black 2013 IBM and the Holocaust: The Strategic Alliance Between Nazi German and America's Most Powerful Corporations. New York: Crown Publishers. 转引自 Schwartz PM and Peifer KN (2010) Prosser's Privacy and the German Right of Personality: Are Four Privacy Torts Better than One Unitary Concept? Cal. L. Rev. 98(6): 1925-1988.

[50] Schwartz PM and Peifer KN (2010) Prosser's Privacy and the German Right of Personality: Are Four Privacy Torts Better than One Unitary Concept? Cal. L. Rev. 98(6): 1925-1988.

[51] 参见贺栩栩. 比较法上的个人数据信息自决权[J]. 比较法研究, 2013, 27(2):61-76. 贺栩栩. (2013). 比较法上的个人数据信息自决权. 比较法研究, 27(2), 61-76.

[52] 1970 年，德国（当时的西德）黑塞州率先通过了一般数据保护法，该法仅适用于公共部门，特别适用于自动化数据处理。1983 年德国的《人口普查法》案件中，全面调查个人数据信息的人口普查引起了公民提起宪法诉愿。此案对个人信息自决权的确立具有极其深远的影响。尤其是法院在判决中提出"为保护德国人民必须限制自动化数据处理，以防止个人仅仅成为数据主体"。欧洲范围内，1981 年的欧洲委员会提出第 108 号"关于自动处理个人数据的个人保护公约"，明确其目的是"加强自动化处理个人数据方面对个人的法律保护"。再到 1995 年的《数据保护指令（DPD）》对个人数据被自动化处理的保护甚至从机器处理扩 展为"结构化纸张文件的手动处理"，因为手动处理也可以模拟自动化的处理过程。最后到 GDPR 对机器自动化处理个人数据保护进一步加强，并通过自动化决策中加入人为干预的方式，解决纯粹机器自动化对个人数据处理的影响。

[53] See M. Veale and L. Edwards, "Clarity, Surprises, and Further Questions in the Article 29 Working Party Draft Guidance on Automated Decision-Making and Profiling," Computer Law & Security Review, vol. 34, no. 2, 2018, doi:10.1016/j.clsr.2017.12.002.

[54] See Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation Gianclaudio Malgieri Giovanni Comandé International Data Privacy Law, Volume 7, Issue 4, 1 November 2017, Pages 243–265, https://doi.org/10.1093/idpl/ipx019.

[55] 例如在意大利对 DPD15 条的实施中，禁止完全依据自动化决策根据个人数据或资料作出司法或行政行为。而对于私营部门的类似决定，则是为了赋予数据主体不受自动化决策限制的权利。此外，DPD15 条还要求自动化决策必

终审判决，更是以自动化决策的基础公示受到商业秘密保护为由，彻底将德国的信用评分系统排除出DPD15条的适用范围。[56]由于该法条实践中并未被使用，被学者称作纸牌屋（意即不切实际无法实现的计划），[57]可以预见GDPR22条也面临着类似的命运。

第二，GDPR相关制度适用条件非常模糊。首先，GDPR22条适用于于产生法律效力或其他重大影响的决定，而其中的“重大影响”并无明确定义。例如，一些商业领域的自动化决策看起来对个人影响微不足道，但是对社会的整体影响不容忽视，例如精准推送对于社会公平和阶层分化可能产生重大的影响。其次，拒绝机器自动化决策的权利有一定的限制范围，如允许基于“合法利益”处理个人数据进行自动化决策，但是究竟合法利益由谁来判断，标准为何并不清楚。法律的模糊使得数据的处理者和个人并不知晓行为的边界与权利的具体内容，适用较为困难。

第三，GDPR相关权利行使的现实困难。自动化决策的不公可能直接导致个人行使对抗自动化决策的相关权利。但是自动化决策包含的歧视和偏差必须通过大量群体决策的样本才能显现。大多数自动化决策的歧视和偏差是无意的，而非编制算法阶段有意的偏差。研究人员发现，自动化决策存在的偏见与歧视问题往往只会在整个用户的语料库分析中方可显示出来。[58]因此，以个人力量发现与对抗自动化决策的不公存在现实困难。

2.信息自决的作用局限

GDPR的21条和22条赋予了数据主体对个人信息的高度自决权。而个人信息自决权作为欧洲立法上同时具有宪法性质和私法性质的权利有着其自身的重大局限。[59]

第一，由个人自决的信息对自动化决策的质量并无显著影响。高度的信息自决权究竟包括哪些个人数据并不明晰，GDPR对数据的扩大化解释仍不能涵盖自动化决策所使用的数据。个人数据在GDPR第4条第（1）款中定义为“与已识别或可识别的自然人有关的任何信息”。而信息自决权涵盖的数据如果以可识别性作为关键要素，应考虑到数据控制者所有合理且可能使用的手段，而这显然是无法实现的。首先，信息自决权无法涵盖匿名化的数据。自动化决策可能根据曾经是个人的、后经过匿名化处理的数据。如由社交媒体收集的个人数据制作的配置文件，用于广告精准投放等针对性营销。其次，信息自决权也无法涵盖个人数据以外的、对自动化决策有重要作用的数据，因影响个人重大权利的自动化决策可能并不涉及个人数据。例如自动驾驶汽车事故可能杀死乘客或行人，但自动化决策所涉的数据可能仅仅与交通相关，并不包含个人数据。因此，高度

须对人产生法律或重大影响，必须是单独的自动化决策等条件限制 Art. 14 of the Personal Data Protection Code of 2003 (Decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196: Codice in Materia di Protezione dei Dati Personali).

[56] Judgment of the German Federal Court Bundesgerichtshof 28 January 2014 – VI ZR 156/13. LG Gießen 6 March 2013 – 1 S 301/12. Also, AG Gießen 11 October 2014 – 47 C 206/12.转引自 Sandra Wachter, Brent Mittelstadt, Luciano Floridi; ‘Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation’, International Data Privacy Law,Volume 7, Issue 2, 1 May 2017, Pages 76–99, https://doi.org/10.1093/idpl/ipx005

[57] Bygrave LA (2001) Minding the machine: Article 15 of the EC data protection directive and automated profiling. Computer Law & Security Rev 17: 17–24.

[58] See Kate Crawford and Metedith Whittaker, The AI Now Report, The Social and Economic Implications of Artificial Intelligence Technologies in the Near-Term, Washington, 2016, artificialintelligencenow.com, pp 6.

[59] 杨芳.个人信息自决权理论及其检讨——兼论个人信息保护法之保护客体[J].比较法研究,2015(06):22-33.

的个人数据自决权对对抗自动化决策的效果存疑。

第二，信息自决本身就受到多重限制，与自动化决策应用的多场景现实不符，很难起到对抗自动化决策的作用。信息自决权看似赋予数据主体对自身数据的控制，但实际中存在多种消解信息自决的规则，仅仅在以保护周延著称的GDPR中存在30多种基于公共利益的限制以及非经过数据主体同意可以进行数据收集的情形。自动化决策早已应用于诸多生活场景，个人早已自愿或被迫分享了大量个人信息（例如进入公共区域的人早已对人脸、形象等生物识别信息失去了控制）。[60]在自动化决策多场景应用的情况下，通过信息自决来对抗自动化决策不仅不现实，甚至类似于乌托邦式的幻想。[61]

由此可见，高度的信息自决权拒绝提供数据而对抗自动化决策，但其存在数据范围模糊、现实多重限制的诸多问题，并非对抗自动化决策的有效路径。

3.与未来趋势的冲突

人机对立理念与互联网社群的特性、信息自由的大趋势与人工智能产业经济的发展相悖，与整个社会数据流通与信息自由的大趋势背道而驰。基于此理念的法律制度不仅未必能够实现对权利的周延保护，甚至可能阻碍人工智能对社会福祉的促进，最终减损个人权益。

第一，事前拒绝自动化决策的权利支持绝对的信息自决，实质上阻碍数据的流动和利用。个人信息自决虽然赋予了数据主体对数据的控制力，但是这种初始的权利设置对于数据流动形成了障碍。GDPR21条延续了1995年《数据保护指令（DPD）》数据主体反对数据控制者在商业目的下对个人数据进行处理和利用的权利，甚至将这项拒绝自动化决策的权利不限于数据的商业利用，甚至在一定范围内数据处理者合法处理数据的情况下，依然能够予以拒绝。高强度的信息自决使得个人与数据之间更有粘性，更倾向于在拒绝对个人数据的收集和使用，从而降低数据流动阻碍创造价值。[62]

第二，人机对立的理念与历史趋势背道而驰，导致相关产业的发展落后。对个人权利的保护是否必须以减损和限制自动化决策的方式实现？人工智能时代，经济的发展要求数据的公共性、开放性和共享性，将个人数据控制在个人手中拒绝分享使用无疑会减损数据的价值，而个人的权益却得不到提高。欧洲的数字经济竞争力衰减已经成为事实：据统计，2018年5月GDPR生效以来，许多广告交易平台及其他广告发布商的欧洲广告需求量下降了25%到40%，一些美国广告发布商已经暂停其欧洲网站上的所有程序化广告。[63]2018年11月，美国国家经济研究局发布GDPR对科技创业投资短期影响的报告现实，从2017年7月至2018年9月，GDPR导致很多担心法律风险的企业宣布停止欧洲服务，造成中小企业陷入融资困境，降低欧洲市场活跃度，交易数量和私募资金数量明显下降（分别减少了17%和40%），在短期内削弱了欧盟数字经济的竞争力。

[60]梅夏英.在分享和控制之间 数据保护的私法局限和公共秩序构建[J].中外法学,2019,31(04):845-870.
[61]梅夏英.在分享和控制之间 数据保护的私法局限和公共秩序构建[J].中外法学,2019,31(04):845-870.
[62]许可.欧盟《一般数据保护条例》的周年回顾与反思[J].电子知识产权,2019(06):4-15.
[63]许可.欧盟《一般数据保护条例》的周年回顾与反思[J].电子知识产权,2019(06):4-15.

由于历史的惨痛教训，欧洲形成了人格保护与自动化决策对立的立法理念，并贯穿整个20世纪的数据立法史。人机对立理念下的法律制度，以个体的

人格权保护作为至高目标，对自动化决策高度防范与警惕，这样的制度必然导致自动化决策受到广泛限制，人工智能相关产业发展缓慢，而由于种种现实原因，人格权保护的制度目的，与保护人主体地位的价值理念也未必能够真正实现。

四、不受自动化决策自由的制度构建：超越私权的路径

在进一步探讨不受自动化决策的自由如何落地之时，应该跳出私权利路径的局限，以更为广阔的视角进行相关制度的设计。由于公私领域借由算法交织而成复杂权力体系与庞大架构，个人处于权力结构位置的最末端。[64]因此私权路径存在的多种弊端，应通过外部制度的设计予以规避，以矫正个体与技术权力悬殊的力量对比。突破私权路径，需在自动化决策的不同层面嵌入人的伦理道德。私权意义上的信息自决，也适度扩张其范畴，保障个体有离开自动化决策与“断网”的自由。对于修正自动化决策的人为决策，也应明确其标准以使作用落在实处。

（一）突破私权路径：从外部将伦理嵌入自动化决策

仅依靠私权路径无法满足对权利主体的救济需要，应从自动化决策各流程嵌入嵌入人的伦理道德，以保证个体受到的自动化决策包含人的伦理道德，而非“纯粹”的自动化决策。嵌入又可以分为两种方式：第一，人设计法律制度以在数据保护等方面嵌入伦理道德；第二，法官在个案司法裁量过程中要求伦理道德嵌入自动化决策，第三，平台在自律中以人工核查的方式将伦理道德嵌入自动化决策。

无论是数据政策还是自动化决策的规制，实质上都需要平衡公民个人权利和数据自由流动的经济利益，在各种利益之间找到平衡。利益的平衡并不必然需要道德判断，但是当利益中有人的人格利益和权利时，这种利益平衡的判断就有了道德的维度，以用来应对技术快速发展带来的众多道德模糊地带的数据应用。当法律因滞后性无法给出明确答案时，道德维度下的利益平衡成为了判断的标尺。

第一，通过对自动化决策的事前评估将伦理道德嵌入自动化决策。欧盟的数据立法中把伦理道德作为规制自动化决策的重要手段。在欧盟的数据保护体系中，数据评估是极为重要的工具。这种数据收集、使用方式的评估实质上也是对于自动化决策所涉及的利益进行评估。欧盟的立法者们认为，任何国家有关数据和自动化决策既不能也不应该仅仅是技术上的应用，这也是数据保护评估与GDPR分离的关键原因[65]。政府需要平衡公民个人权利和数据自由流动的经济利益。这种利益平衡也体现在了GDPR的条文中，根据条文，各种利益的平衡是为了数据控制者（例如平台和政府）与第三方追

[64]许可.欧盟《一般数据保护条例》的周年回顾与反思[J].电子知识产权,2019(06):4-15.

[65]De Hingh, A. (2018). Some Reflections on Dignity as an Alternative Legal Concept in Data Protection Regulation. German Law Journal, 19(5), 1269-1290. doi:10.1017/S2071832200023038

求的合法利益而处理个人数据[66]。简单的说，处理“合法利益”的目的变得越来越重要，需要进行背景的评估。这种合法利益包括人的基本权利和市场发展之间的平衡，而无论是数据评估还是GDPR本质上都是这些利益之间的平衡。

第二，法官在个案中通过道德判断将伦理道德嵌入自动化决策。GDPR本身包含了很多需要进行道德判断的条款。例如，第24条关于数据控制者义务的一般规定，GDPR采取了基于风险的判断方法。它要求，监管者必须考虑到“自然人权利和自由的可能性和严重程度各不相同的风险”。Recital75中描述了各种值得保护的个人权利和自由的特定风险和危害，但抽象条款在司法实践中的解释和应用仍需要法官的道德判断，包括平衡信息社会中数据使用的风险与收益，这种判断是包含着道德维度的利益衡量。人类的判断是无可取代的正义制度的组成部分，也是数据计算无法达到的。

第三，自动化决策的使用者（平台）通过人工核查将伦理道德嵌入自动化决策。Facebook拥有全世界最好的算法师，却仍然必须雇佣人工来进行内容审核，以达到各国的合规要求。[67]在自动化决策被使用作为司法辅助的国家，也应强调人在司法决策中的责任。我国推行智慧法院，美国各法院也采取了算法系统帮助量刑和衡量是否假释，司法活动中自动化决策扮演越来越重要的决策。司法决策关乎人的自由甚至生命，包含更多人格尊严的道德判断，但是警察与法官此时同样是大数据的消费者和客户，与亚马逊或Facebook的用户并无差别，依赖于开发提供数据分析的程序的工程师。尽管司法所涉及的行政和法律程序可以提高效率帮助人类做出判断，但是不能最终消除人在司法程序中的责任，这包含了对证据的判断，对不同解释的采纳，达成合理的意见。在司法程序中采用自动化决策的同时必须依赖于人的理性。

人本主义数据伦理是认识和解决数据和自动化决策的重要视角。人本主义数据伦理倡导数据共享，消除数据孤岛，挖掘数据的潜在价值，发挥数据的效用，鼓励创新，增进人类福利。同时，人本主义数据伦理提倡有规范的数据共享，为数据共享设立边界，防止数据滥用。个体权力和数据安全是其重要边界所在。人本主义数据伦理尊重个体的数据权利，确保个体的自由权利，实现人的全面自由的发展。数据保护可以或者应该被解释为保护个人身份或者个人诚信，因为个人数据在人工智能时代是个人身份和能力方面的重要组成部分[68]。

（二）扩张信息自决：保障人离开自动化决策与断网的自主性

信息自决的概念本身即局限于私权领域，而信息自决的概念和适用范围不仅应包含个人对自己数据信息的自决权，更应扩展至包含对个人信息是否受到自动化决策、是否联网的自决权。打破与逆转人被客体化的过程，应通过制度设计来保障人的自由：“逃离”自动化决策干预的自由。而如何逃离自动化决策？可分为两种逃离的程度：第一，逃离自动化决策程序的

[66]Helen Nissenbaum, Privacy in Context, Stanford University Press.
[67]De Hingh, A. (2018). Some Reflections on Dignity as an Alternative Legal Concept in Data Protection Regulation. German Law Journal, 19(5), 1269-1290. doi:10.1017/S2071832200023038
[68]Luciano Floridi, On Human Dignity as a Foundation for the Right of Privacy, 29 PHILOS. TECH. (2016).

自由；第二，离开网络的自由。

第一，离开自动化决策的自由，是指通过法律保障人不受自动化决策控制和引导，为人提供可基于意思自治进行决策的自由。例如我国《电子商务法》中要求电商平台提供“非个性化”的搜索结果，一定程度上提供给用户逃离无所不在的自动化决策对人类自主决策的诱导，为人的意思自治开辟“绿色通道”。这是某种程度剥离自动化决策对人自主决策的控制和干扰的尝试。

离开自动化决策的自由需要法律的保障，这能够保证人类所处的客体化的进程仍然掌握在自身手中而非机器手中。离开自动化决策的自由已经在多种法律制度的设计中初见端倪，典型如自动化决策的透明度制度。透明度制度本质是信息披露，即使得人类可以获知自动化决策的设计目的和引导人类决策的路径，以使人具有依靠自己主观能够离开自动化决策诱导的能力。例如，在魏则西事件后，联合调查组要求百度采用以信誉度为主要权重的排名算法并落实到位，严格限制商业推广信息的比例对其逐条加注醒目标识，并予以风险提示。[69]此为打破了自动化决策对于搜索结果对人类决策的引导，让人能够通过信息披露获得真正自主决策的权利。

然而，离开自动化决策的自由如果依赖信息披露制度，是远远不够的。除了提供选择，仍应要求自动化决策的使用者将用户逃离自动化决策的程序简单化。例如，一些网站的会员资格申请非常容易，但是一旦取消要求用户必须填写繁琐的表格。平台通过增加离开的成本来避免用户逃离自动化决策。这仍然意味着对于人有限认知资源的消耗，而必将在追求效率的现代生活中被边缘化而无法发挥应有的作用。因此，应由法律强制要求自动化决策的使用者在为用户提供离开自动化决策的路径时，保证其程序与进入自动化决策的复杂程度相同。

第二，离开网络的自由。人是否有离开网络的自由？与宗教信仰自由包含着信仰与不信仰宗教自由类似，能够上网和离开网络都应该成为这个时代人的基本自由。当网络兴起之时，网络被认为“赋权”（empower）于弱势群体，获得网络连接成为国际公认的基本人权。[70]而在人工智能时代，离开网络，拒绝被客体化也应该成为自由的题中之义。

在万物互联导致人的内在与外在客体化的过程中，最先受到侵害的是社会的弱势群体。南京河西区域的环卫工人被配发了一款有定位功能的智能手表，工人们只要在原地停留休息20分钟以上，手表就会自动发出“加油”的声音。即使已经完成工作将街道清扫干净，环卫工人也不被允许休息。[71]无独有偶，深圳宝安区的环卫工人早就被安装了GPS定位器，每小时都有里程份额，达不到标准就是不合格，面临着失去工资甚至失业的风险。网络尚未实现监视和打击犯罪的大同理想，社会最底层的民众已经成为被捆绑于网

---

[69]参见：《国信办联合调查组结果：百度竞价排名影响魏则西选择 百度：从 6 方面整改》2016-05-09 http://www.guancha.cn/economy/2016_05_09_359617.shtml 2017 年 8 月 20 日访问。

[70]Best M L. Can the internet be a human right[J]. Human Rights & Human Welfare, 2004, 4(1): 23-31.

[71]中国经济网：南京一地给环卫工配智能手表，原地停留超 20 分钟自动喊“加油”, https://baijiahao.baidu.com/s?id=1629948314301854723&wfr=spider&for=pc, 2019-04-08.

络之监视的对象。

离开网络意味着脱离现代生活，是否应通过法律赋予人离开网络的自由？在网络之下人是否能够享有满足社会生活需要的服务？例如某些服务只接受网络支付方式，实际上就是将不愿或不能网络支付的人排除在服务范围之外。法律可考虑要求某些服务必须同时为使用和不使用网络的人提供，以免造成对不上网的人的歧视。网络的功能应该是带给人类方便，而并非剥夺人在现实社会生活的权利。

（三）明晰修正路径：确定人为决策的范围与标准

让人获得人为决策，就是恢复人类主体地位的应对措施。人类干预自动化决策的方法为：一是打破封闭的自动化决策，保证人在决策环中（human in loop），二是让人类来理解机器语言，基于此两点的制度设计也成为了人试图保留主体性的主要方法。2016年7月16日，威斯康星州最高法院禁止法官将分数作为被告监禁或释放的决定性因素，要求威斯康星州的法庭保证人在决策循环中的作用。[72]然而，上文提到的威斯康星州诉卢米斯一案（Wisconsin v. Loomis）中，法官直接采纳了自动化决策的建议。由此可见，很多的人为决策实质上已经是自动化决策，人在决策过程中起到的作用只是将机器的打分，转化为了人做的决定而已。那么，一个实质性的“人为决策”中，要求人对自动化决策达到了何种程度的影响呢？

第一，要求人的因素可以真正影响决策结果，即要求参与决策的人批判性的分析由算法产生的自动证据。这将推动未来的数据保护官（DPO）或同等的内部人员对数据分析的了解，对决策没有价值的数据排除掉。另一方面涉及自动化决策整理的修正，即人类的数据分析师要排除无意义的相关性数据（数据洗涤），机器学习出现偏差影响未来的决策。[73]

第二，要求人完全可以从各个环节解释决策。参与干预决策的人，应该参与决策的任何环节，包括但不限于评估决策，评估机器技术，执行一些反事实测试（通过输入修改决策）等。[74]原因在于，自动化自动化决策的算法具有不可预测性和动态性，而且自动化决策结果和大数据之间是相关关系，而非人类所理解的因果关系。因此，要求干预决策的人必须了解机器算法的逻辑（而由于深度学习技术通常情况下数据控制者是不了解算法逻辑的）。

第三，如果不能做到以上两点，则应该由人做出具有合理理由的新决策。

从反面来说，人只是在名义上干预，而实质是将机器评分转化为结果的决策，不应被认定为实质性的人为决策。据研究，算法的自动化决策系统使用“超级推理”，能

[72]Jones M L. The right to a human in the loop: Political constructions of computer automation and personhood[J]. Social studies of science, 2017, 47(2): 216-239.
[73]Antoni Roig, ‘Safeguards for the Right Not to Be Subject to a Decision Based Solely on Automated Processing (Article 22 GDPR)’, European Journal of Law and Technology 8, no. 3 (21 January 2018): 6, http://ejlt.org/article/view/570.
[74]Sandra Wachter and Brent Mittelstadt, ‘A Right to Reasonable Inferences: Re-Thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI’, SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY: Social Science Research Network, 13 September 2018),https://papers.ssrn.com/abstract=3248829.

够以微妙而有效的方式塑造用户的感受和行为，破坏个人的独立判断力。[75]决策中人类形式上的参与并无法消除自动化决策的实质。有研究指出人类极容易受到“自动化偏见”的影响，即人即使认识到可能另有选择，也更倾向于计算机判断。[76]特别是在分析和预测方面由机器辅助进行的“人为决策”，例如对雇主对员工工作表现的评估，银行对客户经济状况的评估，保险公司对投保人健康状况的评估，社交媒体平台对用户个人偏好的评估等[77]，通常都基于机器评分系统作出，人只是在名义上进行决策干预。这种被动的“人为决策”完全基于自动化决策提供的证据，应该属于GDPR22条第（1）款规定的全自动化决策。[78]

总体来说，一个决策可以被称为“人为”决策，应具备典型的人类功能，尤其要包含人类的判断能力和决策的敏感性。如此，人为决策（干预）才有实际的意义。有了人为的干预才能让相对人实质上获得自动化决策的解释。因为机器基于大数据相关性作出的决策忽略了法律理论和法律规定对因果关系的要求。英国和爱尔兰2018年的数据保护法案正在向这个方向发展。[79]

五、余论：人工智能时代的人

自动化决策带来的人的主体性问题似乎印证了赫拉利在《未来简史》中提到的观点：人的本质也是算法。这种技术权力对人的主体性的消解作用会逐步演进——从技术改善人类生活，到技术重新设计人类，再到废除人类的灭绝主义。[80]这一过程被同样的“进化”信念驱动，将人类视作需要改进的客体，而技术则是改善的工具。与赫拉利一样支持技术乌托邦的观点甚至认为，以一种使其与计算机的运作几乎无法区分的方式来定义心灵的生命是没有障碍的。人类的独特性应该被理解为一种特定的生物结构，就像计算机配置一样，它是一个进化规模的短暂事件[81]。对技术的崇拜在人工智能时代发展成为了数据宗教[82]，数据宗教否定了人类的心灵，从而将一切精神性的东西神性地位开除出去，因为所有这些东西都可以通过算法生成、控制，人类生命的意义也不再那么崇高和绝对正确，它只是数据系统的一个组成部分。

“人”的概念在技术权力的推动下不断“滑坡”（flope），而且这种趋势现在看来不可

---

[75]参见 Yeung K.,‘Hypernudge’: Big Data as a mode of regulation by design: 2017, 20(1), Information, Communication & Society, 118-136(2017).

[76]参见 Carr N. The glass cage, Where automation is taking us, Random House, 2015, p. 43.

[77]See for a detailed account referring to scorings eg, Danielle Keats Citron and Frank A Pasquale, ‘The Scored Society: Due Process for Automated Predictions’ (2014) 89 Washington Law Review 1.

[78]Giovanni Comandé, ‘Regulating algorithms regulation? First ethico-legal principles, problems and opportunities of algorithms’, in Tania Cerquitelli, Daniele Quercia, Frank Pasquale (eds), Transparent Data Mining for Big and Small Data, (Springer International, New York 2017), 169–207.

[79]Malgieri, Gianclaudio, Automated Decision-Making in the EU Member States Laws: The Right to Explanation and Other 'Suitable Safeguards' (August 17, 2018). Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3233611 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3233611.

[80]Rubin C T. Eclipse of man: human extinction and the meaning of progress[M]. Encounter Books, 2014.

[81]Harari Y N. Homo Deus: A brief history of tomorrow[M]. Random House, 2016.

[82]Sam Brison: Dataism: God is in the Algorithm, https://medium.com/understanding-us/dataism-god-is-in-the-algorithm-84af800205cd, 2019-04-12.

避免。首先，计算机硬件将变得更快，更便宜，更强大，更复杂，对大脑的研究将继续探索意识的“力学”，技术对人脑的模拟并非技术上的不可能。其次，商业利益的驱动，政府监管需求等将出于不同利益推动自动化决策的进步。最后，人已经接受了数据化、商品化、客体化，接受了以人工增强身体表现（整容、机器辅助决策、基因编辑），微妙的人与机器的界限很有可能在无意识间滑过。技术已经不仅仅是人类的工具和媒介，而是一种深刻改变人与自然关系的力量。技术就是人的欲望和力量的体现，是权力的象征。[83]隐藏于自动化决策背后的力量，是自动化决策的使用者，平台和政府。在对人工智能时代人的客体化过程的描述中，看到的是技术权力对于普通民众，弱势群体的进一步碾压。

如何以法律制度保护人工智能时代的“技术难民”，使人保有作为人的尊严？法律制度应思考技术给人的主体性地位乃至人类命运带来的巨大后果，其中对技术本质的认识和对技术的警惕是责任伦理的首要任务。[84]司法决策是否可以全部委托给自动化决策？儿童收养的福利决策是否可以由机器作出？面对人工智能科技发展的狂热，哪些领域不应由自动化决策染指？即使技术成熟（类似基因编辑与克隆），某些自动化决策是否也应禁止研发？

迄今为止，法律的态度仍不明确，各方面在人工智能伦理方面的努力或有成果或遭遇挫折。2017年生命研究所在阿西洛马会议中心召开了人工智能伦理道德会议，提出了阿西洛马原则，提出应尊重人类价值（第11条），包括“人的尊严、权利、自由和文化多样性”[85]。2019年4月欧盟颁布了高水平专家组撰写的《可信任人工智能的伦理框架》，提出了AI的基本宗旨之一为“确保尊重人的自由和自治”。但谷歌在2019年尝试的“AI伦理道德委员会”却由于多方意见不统一遭遇失败。如何通过法律制度和其他治理方式，将伦理道德嵌入人工智能，保有人类的尊严并承担未来人类命运的责任，仍是一个亟待各方加入的话题。

1942年阿西莫夫在其科幻小说中提出了“机器人三原则”：第一，机器人不得伤害人类；第二，机器人必须遵守人类的命令，除非命令与第一原则冲突；第三，机器人必须保护自己，只要不与第一或第二原则冲突[86]。再次回想波音737中与机器争夺决策权的飞行员，受到机器量刑却无力反对的卢米斯们，“机器人不得伤害人类”的原则还是科幻吗？

---

[83]Jonas H. Technology as a Subject for Ethics[J]. Social Research, 1982: 891-898.转引自张旭. 技术时代的责任伦理学: 论汉斯· 约纳斯[J]. 中国人民大学学报, 2003, 2: 66-71.

[84]Jonas H. Technology as a Subject for Ethics[J]. Social Research, 1982: 891-898.转引自张旭. 技术时代的责任伦理学: 论汉 斯· 约纳斯[J]. 中国人民大学学报, 2003, 2: 66-71.

[85]Asilomar A I. Principles.(2017)[C]//Principles developed in conjunction with the 2017 Asilomar conference [Benevolent AI 2017]. 2018.

[86]Murphy R, Woods D D. Beyond Asimov: the three laws of responsible robotics[J]. IEEE Intelligent Systems, 2009, 24(4): 14- 20.

专业化审判机制改革及其司法理念的变迁

蔡 琳[1]

【摘　要】随着经济社会发展需要，我国法院系统在逐步专业化、适当减少与行政区划的相关度上逐步推进变革。专门人民法院与专业化审判机制的推广，不仅使法院在管辖范围上有所变化，呈现出司法政策主导性、诉讼类型混同、特殊程序性规定的特征，也揭示了法院在司法理念上的变迁。

【关键词】专门人民法院；专业化审判机制 ；管辖；法治

一、问题的提出

审判专业化与审判权的独立运行一直是历次司法改革的主要价值目标，其中，当前的司法改革在专业化方面迈出了非常重要的一步。在司法职业化改革的前提下，结合社会经济的发展，司法专业化改革呈现为在法院体系中增设专门人民法院和在原先普通法院体系中进行审判专业化改革两类情形。就法律规定而言，相较于 2006 年《人民法院组织法》，2018 年修订的《人民法院组织法》中专门人民法院的类型从原先的“军事法院等”扩充为“军事法院、海事法院、知识产权法院、金融法院等。”这个兜底式的“等”包含范围相当广泛，除了早期依赖于不同企业和特殊地区形成的铁路运输法院、农垦法院、森林法院[2]等专门法院以外，还有在当下技术上似乎最为先进的互联网法院。[3]除此之外，近些年来各地法院在审判组织程序和方式上也有一些创新性的举措，例如在最高人民法院支持下各地法院推行的 “微法院”，[4] 以生态功能区为单位设立、对环境资源案件实行集中管辖的江苏高院“9+1”管辖体制、[5]各地法院基本都设置的家事法庭、[6]北京、上海等地设置的破产法庭[7]等等。

之所以出现众多专业化、跨行政区域的审判组织形式的改革，从司法政策来说，与

---

[1] 南京大学法学院副教授，法学博士。

[2] 需要注意的是，根据《人民法院第四个五年改革纲要》，在出现众多专业化、跨行政区域审判组织的同时，早期形成的部门、企业管理的专门法院，例如林业法院、农垦法院需要纳入国家统一的司法管理体制，面临着另一种的变革。

[3] 2017 年杭州成立了首家互联网法院，2018 年北京和广州的互联网法院也相继成立。最高人民法院在 2018 年也颁行了《关于互联网法院审理案件若干问题的规定》的司法解释。

[4] 《周强：移动微法院是重要创新 要向全国法院推广》，腾讯网：https://tech.qq.com/a/20181105/008093.htm，最后访问时间：2019 年 10 月 6 日；《海口海事法院实现“海南移动微法院”网上立案》，新浪网：http://hainan.sina.com.cn/news/hnyw/2019-10-06/detail-iicezzrr0324713.shtml，最后访问时间：2019 年 10 月 6 日。

[5] 《我省新设 9 家环境资源法庭》，新华日报：http://xh.xhby.net/mp3/pc/c/201903/04/c601994.html，最后访问时间：2019 年 10 月 6 日。

[6] 《优化家事法庭设置》，中国法院网：https://www.chinacourt.org/article/detail/2019/07/id/4184607.shtml，最后访问时间：2019 年 10 月 6 日。

[7] 例如北京市第一中级人民法院印发《北京破产法庭破产重整案件办理规范（试行）》的通知（京一中法发[2019]437 号）、《最高人民法院关于同意上海市第三中级人民法院内设专门审判机构并集中管辖部分破产案件的批复》（法[2019]4 号）。

第四次、第五次人民法院司法改革密不可分。自人民法院《第四个五年改革纲要（2014-2018）》中提出“建立以审判为中心的诉讼制度”以来，对于审判权的理解大体可以归纳为两个特征性描述：审判权是判断权与裁量权；审判权是一种中央事权。如果严格遵循审判权作为判断权和裁量权的运行规律，除法院人员的正规化、专业化和职业化建设以外，审判活动组织体系的专业化和职业化亦相当重要。例如《第五个五年改革纲要》第（六）部分就着重提及如何完善人民法院的组织体系和机构职能体系，其中第31条关涉规范知识产权法院、金融法院、海事法院等专门法院的建设、32条涉及互联网法院、第34条关涉整合原有的专门法院、第35条则是在原有的人民法院组织体系中加强专业化的审判机制，包括环境资源审判机制、金融清算与破产、家事审判等等。

而作为中央事权的审判权与审判权的组织形态也有着密切关系。如果将审判权理解为一种中央事权，那么在审判权的组织形式上就可以跨越行政区划的边界，形成跨行政区域的司法管辖制度。[8]这一点甚至可以回溯至1999年第一次人民法院五年改革纲要，在论及人民法院改革势在必行时，其首要面对的挑战就是司法活动中的地方保护主义危及社会主义法制的统一和权威，而将审判权与行政区划适当相分离的司法管辖，恰是改变司法地方保护主义弊端的一种方式。[9]除摆脱地方保护主义之外，与行政区划适当分离设置专业性的审判机制也与所管辖案由本身的特殊性有关，例如环境审判庭的设置需要考虑环境生态功能的保护，对于水域来说，往往会跨越一般行政区域的划分；知识产权法院的设置也与知识产权保护中不同诉讼管辖之间的衔接有关。

因此，我国专业化审判机制和专门法院包含了两个方面的特殊性：一是在管辖上的特殊性，集中体现为超越于原先行政区划的管辖；二是事项上的特殊性。这两个特殊性并非互相独立，因为跨越行政区划的管辖设立相应的审判组织的理由之一就是这些管辖事项上的特殊性，但是审判组织形式的变革并非仅此得以证成。原先司法体制上的地方性保护主义虽然为人诟病，但地方审判组织、审判人员的产生与地方人大的之间的关系也必须有所澄清。更为重要的是，专业化审判机制与专门法院的设置往往与所管辖案件的专业化与类型化相关，这虽然基于知识分工或功能分工而来，但需要注意的是，并不是知识上的分工必然导致审判组织上的专门化，每个诉讼案由几乎都具有其特殊性与专业性的一面，但我们无法想象因此必然演化成不同专业审判机制。那么，从原先的普通法院体系三大诉讼中分离而来的审判组织，是否足以证成所管辖案件在类型上的特殊性，而并不仅仅是一种职业激励，[10]或是通过增设机构解决编制数量限制的活动，[11]就是值

[8] 《第四个五年改革纲要》中关于“建立与行政区划适当相分离的司法管辖制度”中列举了最高法院巡回法庭、探索设立跨行政区划法院（普通案件在行政区划法院受理、特殊类型案件在跨行政区划法院受理）、知识产权法院、行政案件管辖制度变革、海事案件管辖制度、环境资源案件管辖制度、公益诉讼管辖制度等。

[9] 类似观点亦可见黄明耀：《审级制度改革与法院制度改革的衔接研究》，《法律适用》2018年第15期。

[10] 例如吴洪琪提到“司法改革不仅应该从客观方面对司法环境有比较深刻的改变，同时也应该让身处改革环境当中作为被改革对象的司法人员有一种获得感。”参见吴洪琪：《司法改革与法律职业激励环境的变化》，《中国法学》2019年第4期。

[11] 例如刘忠在分析中国法院的分庭管理制度时提出法院增加干部职级数受到内设机构数量和人员总编制数量限制。要解决级别、职位、途径就是增设机构；而且法院内设庭室的分合设立还与学术界的分歧纠葛在一起。参见刘忠：

得我们反思的一个问题。与此同时，讨论“专业化审判”也意味着我们对诉讼类型、裁判思维、法律责任、司法功能等问题要有更为深入的理解和把握。

基于上述考虑，本文不预设立场，而仅抛砖引玉，试图描述并勾勒出中国当下专业化审判改革中呈现的一些基本特征与可能存在的争议，并在此基础上揭示法院专业化审判改革中司法理念的一些冲突与变迁。

二、管辖的特殊性

如前所述，如果将裁判权理解为中央事权，那么在管辖上就有可能超越原先的地方化结构，实现跨行政区域的关系。当然，这并不意味着所有的专业化审判机制都会如此。专业化审判大体上可以分为两类，一类是形成专业化审判庭，这往往作为法院内部的分庭管理体制而存在，通常来说不会影响原法院的管辖范围。另一类则是专门设立专门人民法院，专门人民法院与普通法院体系不同，其管辖范围与受理案件的事由就具有了一定的特殊性。如果说法院内部分庭管理的专业化审判机制通常并不会影响整个司法体系与地方的关系，专门法院的设置则必然需要考虑设立的合法性、合宪性以及与地方人大之间的关系。

（一）设立依据

仔细梳理，我国现有专门法院的形成有不同的类型。

最为典型的是为《人民法院组织法》所承认或经过全国大人常委会决定形成的专门法院。《人民法院组织法》第三条规定：“人民法院依照宪法、法律和全国人民代表大会常务委员会的决定设置。”从专门人民法院的发展历史看，1980 年施行的《人民法院组织法》第二条规定的专门人民法院包括军事法院、铁路运输法院、水上运输法院、森林法院以及作为兜底规定的其他专门法院。1983 年修订为“军事法院等专门人民法院”。目前被《人民法院组织法》所列举认可为专门法院的有军事法院、海事法院、知识产权法院、金融法院。在为《人民法院组织法》确认之前，全国人大常委会作出了相应的决定，例如海事法院、知识产权法院、金融法院[12]的设立即是如此。

互联网法院的设立依据则是 2017、2018 年的中央全面深化改革委员会通过的《关于设立杭州互联网法院的方案》和《关于增设北京互联网法院、广州互联网法院的方案》。从《人民法院组织法》的角度来说，这样的设立在合法性上是存疑的。因此，互联网法院在设立的形式上做了一些变通处理，无论是杭州的互联网法院还是北京、广州的互联

《论中国法院的分庭管理制度》，《法制与社会发展》2009 年第 5 期；刘忠：《规模与内部治理——中国法院编制变迁三十年（1978-2008）》，《法制与社会发展》2012 年第 5 期。事实上，设立专门法院不管动机如何，也的确有增加编制的效果，例如最高人民法院《关于增设北京互联网法院、广州互联网法院的方案》中就规定北京互联网法院人员编制为 130 名，广州互联网法院人员编制为 100 名。

[12] 2014 年《全国人民代表大会常务委员会关于在北京、上海、广州设立知识产权法院的决定》；1984 年《全国人民代表大会常务委员会关于在沿海港口城市设立海事法院的决定》；2018 年《全国人民代表大会常务委员会关于设立上海金融法院的决定》。

网法院，都是在原先的铁路运输法院的基础上改建形成，[13]而作为专门法院的铁路运输法院则可以回溯至 1980 年《人民法院组织法》第 2 条的规定。借助于已被认可的专门法院——铁路运输法院的躯壳改造为互联网法院，是一个非常奇特的方式，毕竟“铁路网”并非“互联网”。 [14]但铁路运输法院的一个重要特性就是跨行政区域管辖，而这点正可以用来改造形成专门法院。当然，我们也可以退而求其次，认为互联网法院是向专门人民法院过渡的一种特殊形态。

（二）管辖范围

专门法院在省、市的跨区域管辖是当下审判专业化改革中比较显明的特征。但是不同的专门人民法院管辖范围与审级都各有特点，相当复杂。

例如知识产权法院、互联网法院在管辖范围上存在彼此交叉的情形。互联网法院是第一审级，其上诉审通常应该在普通法院系统的中级法院，但北京、广州两地的互联网法院一审案件中若关涉著作权、互联网域名相关知识产权案件，则是由知识产权法院作为二审；而杭州因为没有专门的知识产权法院，则其上诉审就仅在杭州中级人民法院审理。

又如金融法院、互联网法院的管辖范围，在第一审级时，已经超越了原先地方普通基层法院管辖的界分，而在所在的市实行跨区域管辖。上海金融法院就其案由事项上限定为第一审金融民商事案件、部分第一审涉金融行政案件以及当事人对上海市基层人民法院作出的第一审金融民商事案件和涉金融行政案件判决、裁定提起的上诉案件，因此上海金融法院兼有第二审级的行政审判功能。知识产权法院的管辖与金融法院较为类似，其所管辖的案件包含相关民事和行政案件的第一审、知识产权法院所在市基层人民法院的相关民事行政判决、裁定的第二审。但与金融法院不同的是，根据全国人大常委会的决定，知识产权法院在前三年在所在省（直辖市）实行跨区域管辖，此后可以对于第一审相关民事和行政案件推行跨区域管辖。[15]之所以有此特殊的规定，其主要原因是因为专利侵权二审案件多由各省级高级法院审理，而不同地区有时会出现“同案不同判”“类案不同判”，裁判尺度不够统一的问题。这与新《行政诉讼法》的规定也正相呼应，《行政诉讼法》第十八条第二款规定：“经最高人民法院批准，高级人民法院可以根据审判工作的实际情况，确定若干人民法院跨行政区域管辖行政案件。”

专门人民法院的跨区域管辖，需要面对如何理解专门人民法院与地方人大的关系的挑战。就法律体系的统一性而言，其核心争议焦点就在于《宪法》的相关规定（现行《宪

---

[13] 杭州互联网法院是在杭州铁路运输法院基础上形成，北京互联网法院是在北京铁路运输法院基础上形成，广州互联网法院是取代了广州铁路运输第二法院。中央深改组《关于设立杭州互联网法院的方案》、最高人民法院《关于增设北京互联网法院、广州互联网法院的方案》(法[2018]216 号)。

[14] 就早期形成的农垦法院、森林法院等，往往和特定的地域和生产方式相关，随着经济的发展和社会生产结构的改变，这些专业法院面临着转型的需求。这些法院与普通法院系统不同，其并不完全理解为一种司法服务的“公共供给”，在经费来源或是管理体制上具有部门化和企业化的特点。本文就不再着眼于这一类处于转型和消亡中的专门法院。参见宦盛奎：《专业化和地方化冲突中的林业法院》，《法学杂志》2011 年第 2 期。

[15] 《全国人民代表大会常务委员会关于在北京、上海、广州设立知识产权法院的决定》第二条第三款。

法》第 3 条、第 133 条）导致的跨行政区域审判组织设置的合宪性问题。一直以来，宪法规定国家审判机关由人民代表大会产生，各级人民法院对产生它的人大负责，受它监督。如此说来，如果地方人大以特定的行政区域为基础，跨行政区域的法院又如何对某个特定的人大负责、受其监督？ 回答这一点需要我们深入理解司法权的基本属性。

（三）专门人民法院与地方人大的关系

就现行《人民法院组织法》而言，第9条规定最高人民法院、地方各级人民法院分别对全国和地方各级人大及常务委员会负责并报告工作。各地人大和常务委员会对“本级”人民法院的工作进行监督，这个表述揭示了根据行政区划设置不同审级的普通法院应该受到“同级”地方人大和地方常务委员会的监督。因为专业法院的设置与地方各级人民法院的设置不同，所以不能通过此条理解专门人民法院与人大的关系。但是，这并不意味着专门人民法院与人大之间不存在关联，专门人民法院也必须得回答两个问题：由谁产生？向谁负责？

1.由谁产生？

《人民法院组织法》第15条第二款规定“专门法院的设置、组织、职权和法官任免，由全国人民代表大会常务委员会规定。”全国人民代表大会常务委员会设立上海金融法院的决定中就规定上海金融法院对上海市人民代表大会常务委员会负责并报告工作，其审判工作受最高人民法院和上海市高级人民法院监督；上海市高级人民法院审理上海金融法院第一审判决和裁定的上诉案件；上海市金融法院院长由上海市人民代表大会常务委员会主任会议提请本级人民代表大会常务委员会任免。海事法院、北京、上海、广州知识产权法院的设置、院长等任免与金融法院类似。这些法院的审判工作受最高人民法院和所在地的高级人民法院监督，其院长由所在地的“市人民代表大会常务委员会主任会议”提请“本级”人民代表大会常务委员会任免。法院对所在地的“市人民代表大会常务委员会”负责并报告工作。[16] 从审级来看，这些专门人民法院与中级法院类似，北京、上海作为直辖市，金融法院和知识产权法院院长的任命方式与中级人民法院相同，广州因为并非是直辖市，所以可算是一个例外。

《人民法院组织法》第43条第一款规定，地方各级人民法院院长由本级人民代表大会选举。第二款则规定在直辖市内设立的中级人民法院院长由直辖市人民代表大会常务委员会根据主任会议的提名决定任免。可以看出，《人民法院组织法》第43条第二款本身就是一个特殊的规定，因为按照该条第一款的一般性规定，直辖市内设立的中级人民法院院长也应该经由选举而产生。这条特殊性规定在历史上曾经有所变化。1954年《人民法院组织法》第32条曾规定，省内按地区设立和直辖市内设立的中级人民法院院长，由省、直辖市人民代表大会选举；后1986年修改删除了“选举”，由省、直辖市人民代表大会常务委员会任免。2018年《人民法院组织法》修订增加了“主任会议提名”这一程序。

[16] 相对早期的海事法院稍有不同，其审判工作受所在地的高级人民法院监督，而并未提及最高人民法院。《全国人民代表大会常务委员会关于在沿海港口城市设立海事法院的决定》，1984 年 11 月 14 日，主席令第 20 号。

之所以出现这样的情形，与地方人大的组织结构有关，换句话说，一个人民代表大会产生了两个以上的审判机关，例如上海市的人民代表大会，不仅产生了上海市高级人民法院，也产生了中级人民法院、上海海事法院、金融法院与知识产权法院。

因此，法院组织的建立并非与人大选举一一对应，但法院本身并不能摆脱从人大产生的宪法性制度结构。

2.向谁负责？

如前所述，专门人民法院由人大产生，因此也需要向产生其自身的地方人大常务委员会负责并报告工作，但问题在于，跨区域管辖与向谁负责在地域上并不统一。例如海事法院需要对所在地的市人民代表大会常务委员会负责，但海事案件往往会超越市辖区；同样，知识产权法院也需要对所在地的市人民代表大会常务委员会负责并报告工作，但是知识产权法院的设立就是试图对特定类型的民事、行政案件实行跨区域管辖，[17]这种跨区域管辖超越于普通法院系统向产生它的地方人大负责的基本原理。

在翟国强看来，法院的审判权本身即带有地方事权的色彩，在社会主义宪法的脉络下，法院本应具有一定的地方性，所谓“人民法院”就说明法院的权力源于人民，司法机关的产生过程通过人民代表大会制度这个纽带与人民建立联系，跨区设立人民法院的司法改革措施必须认真对待从前苏联继承而来的法院地方性原理，[18]事实上，一直以来《人民法院组织法》中地方各级人民法院由地方各级人大产生这样的制度设计的确也反映出这样的观念。即便是出于审判专业化而来的专门人民法院的设置，似乎也脱离不了由地方人大产生和向地方人大负责的制度性限制。

但从另外一个方面来说，强调中央事权、创设跨行政区域的审判组织本身就意味着处于司法地方化的对立面，其正当性理由就是法律的普遍适用一定程度上也要求司法适用中的法制统一。从功能的角度来说，跨行政区划的管辖的确有助于审判权行使中摆脱地方行政权力的干扰，有助于实现独立的办案。但是受限于目前的体制，这样的想法还只能停留在省和直辖市的范围之内，例如目前推行的专业法院设置通常并没有超越省一级的跨区域管辖，而作为批评对象的所谓司法地方保护主义之“地方”一定程度上也就是省、直辖市一级的“地方”。

有种观点认为，地方层面的跨区划管辖制度的改革逻辑在于将专门性案件的司法职权在省以下进行重新配置，凸显了省级或者地方的权力属性，呈现出“司法联邦主义”的趋势。这种“司法联邦主义”使得省级司法政策对法律制定的影响将更加明显，针对同一立法对象，很可能形成中央与地方两种不同甚至冲突的法，这种方式将会危及单一制国家的法治。[19]这个想法是否成立？如何解释这种“地方性”与“中央事权”主张的矛盾？

---

[17] 《全国人民代表大会常务委员会关于在北京、上海、广州设立知识产权法院的决定》第二条第三款。

[18] 翟国强：《跨行政区划人民法院如何设立——一个宪法解释学的视角》，《法商研究》2016 年第 5 期，第 7 页。

[19] 参见底高扬：《目标、限度与进路——跨行政区划司法管辖制度的宪法学思考》，《法商研究》2017 年第 1 期。

3.“负责”与“监督”

纵观世界各国，就设置审判权的理念而言，一向摆脱不了专业化倾向的任免制与民主取向的选举制两种主张并存的状态。例如英国的青少年法院和城市法官就由地方管理选举产生；美国上诉审法院法官可以经由任免制而产生，但治安法官则通常保留着选举制的色彩。这和审判的分级有关系。从某种意义上来说，初审权在司法制度中被视为最为基础的审判权，人民籍由初审权力的设置与运行直观地观察司法的运行，众多的审判也在第一审获得解决，但若“在为上级法院保留足够的控制下级法院的权力更有利于司法公正这种观念的指导下，下级法院的专业能力及其相关制度建设就很难成为以司法公正为目标的司法改革的主攻方向”。[20]

对于这个问题，比较合理的一种解读是：我们需要区分“向谁负责”和“由谁监督”两个问题。法院由人民代表大会产生，自然需要向其负责，但在具体的审判实践中，则是通过审级监督的方式来实现司法统一。司法的统一并不否定地方性司法的差异，地方性司法特色并不一定意味着司法的地方保护主义；单一制国家的司法制度的统一适用也并非不接受地方司法权力运行中的特殊性，我国的司法改革允许甚至是鼓励性地方的制度创新。司法统一往往是通过审级制度来形成对法律理解和适用上的统一，而且上下级法院之间的监督关系也有助于实现此一目标。《人民法院组织法》第10条规定了法院体系中的上下级法院的监督关系。最高人民法院监督地方各级人民法院和专门人民法院的审判工作，上级人民法院监督下级人民法院的审判工作。就此而言，法院体制内的上下级法院的监督可能更为重要，例如金融法院、知识产权法院的审判工作受最高人民法院和所在地高级人民法院的监督。

三、事项的特殊性

从功能而言，专门法院的设置可以减轻一部分原管辖法院的工作量，[21]也可以构成立法机构处理某些政策领域细碎事项的延伸，除此之外，现代法律事务的精细化和复杂化导致了特定案件事实的判定本身需要专业的知识和技能，因而形成特定案件类型的专业化审判。但上述专门法院的设置，很多情况下相当于将原基层或中级人民法院的部分初审和上诉审的案由单列构成一个新兴的专门法院，它们的一审范围本身就属于基层或中级人民法院的管辖范围。这样就会产生一个疑问：这样一种诉讼类型是否真的如此特殊到必须建构一个专门法院来管辖、或者在普通法院体系内部设置专门审判机构？其中互联网法院特别容易遭受诟病，在目前互联网法院的运行来说，诉讼的电子化的、信息化本身即法院建设的一部分，而诉讼平台不过就是“换了马甲”的法庭。[22]审判组织的设

[20] 葛洪义、赵健旭：《初审权相对独立的若干问题》，《法制与社会发展》2019 年第 5 期，第 80 页。

[21] 这个主张成立的要件往往是专门法院增加编制，扩大审判队伍，因此这完全可以解释为一种法院编制扩展的策略。

[22] 根据学者的统计与研究表明，三大互联网法院的民事审判呈现出明显特点，且面临一定审判困境，这些特点分别为：程序性处理以及撤诉案件数量居于绝对优势；案件类型集中且呈现明显“串案”特点，体现了适用民事诉讼法规定的普通共同诉讼以及代表人诉讼制度的消极性；同一原告分别向不同互联网法院提起“串案”诉讼，无法实现统一把握裁判尺度的统一。参见杨秀清：《互联网法院定位之回归》，《政法论丛》2019 年第 5 期。就域外制度借镜而言，

置本身就是一种公共产品的供给，理应受到功能与正当性的检验。如同陈瑞华教授在多年前反思司法权的性质时所言，司法的功能是以权威的方式解决那些业已发生的利益争端，并使得各项法律透过具体案件得到实施。但是司法权本身在提供救济机会的同时，也有耗费大量资源的问题，而且也可能发生滥用的现象。因此，司法权本身的分配，也必须提供分配的正当理由。[23]

因此，除了管辖上的特殊性之外，如果说专门法院之为专门法院还因为其本身可能关涉案由、诉讼程序等方面的特殊性。那么，我们必须进一步思考，这些特殊性体现在何处？这些特殊性是否与基本的诉讼制度相冲突？必须补充说明的是，这里的讨论与“管辖的特殊性”部分有所不同，其并不仅仅局限于《人民法院组织法》所确认的专门人民法院，在普通法院中推行的专业化审判机制改革一定程度上指向了未来可能的专门人民法院，在审判专业性的理解方面，专门人民法院和专业化审判机制之间并没有本质性的差别。

（一）司法政策的主导性

大体上来说，我国司法制度的变革往往肇始于司法政策的改变，司法政策往往与特定历史时期所亟待解决的一些社会问题相关，直接指向司法活动所欲实现的价值或目标，并进而一定程度上改变了一般诉讼法所规定的基本原则与具体制度。

其中比较典型的是专业性审判机制中家事法庭的变革。2017年7 月，最高人民法院等15 个部门和单位共同签署《关于建立家事审判方式和工作机制改革联席会议制度的意见》，明确最高人民法院将负责建立社会广泛参与的家事纠纷多元调解机制，探索家事审判程序改革，从多方面进行家事审判专业化探索。2018年5月，全国部分法院召开家事审判方式和工作机制改革试点工作座谈会，同年最高人民法院《关于进一步深化家事审判方式和工作机制改革的意见(试行) 》台，该意见的总体要求的第2条规定，“对当事人的保护要从身份利益、财产利益延伸到人格利益、安全利益和情感利益”，要”充分发挥家事审判对婚姻关系的诊断、修复和治疗作用”，在此影响下，需要“强化法官的职权探知、自由裁量和对当事人处分权的适当干预”。通常来说，我们可以接受家事审判相对于一般民事审判之间的差异，因为家庭中存在需要国家予以保护的儿童、老人等弱势群体，尤其在离婚案件中决定何方享有儿童的监护权时特别需要考虑儿童成长的特殊利益。但是，这里的家事审判却有着明确的“家长主义”倾向，在这种司法政策的影响下，法官需要强化其职权探知试图诊断、修复和治疗家庭关系，甚至积极化解“婚姻危机”，家事审判不仅是一种审判，而演变为一种多元纠纷解决机制，用李拥军教授的

即便德国所谓电子司法，是在整个司法管理系统中应用信息与通讯技术，包括互联网联络(例如信息安全、电子签名) 、程序电子化(例如视频庭审) 以及司法内部管理的电子化(例如电子案卷、电子档案) 等内容，这些都是技术性的使用，其关键在于信息的保护和安全使用。参见周翠：《德国司法的电子应用方式改革》，《环球法律评论》2016年第 1 期。

[23] 陈瑞华：《司法权的性质——以刑事司法为范例的分析》，《法学研究》2000 年第 5 期，第 36 页。

话来说，这种调整家庭纠纷以实现社会稳定的司法是“一种社会服务，一套作用于心灵和情感的技术，一套福柯意义上的社会治理术，一部由‘家’到‘国’的‘家庭政治学’”。[24]

目前处于试点中的生态环境损害赔偿诉讼的制度设计也具有类似特点。2017年中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《生态环境损害赔偿制度改革方案》中明确其工作原则之一是“促使赔偿义务人对受损的生态环境进行修复。生态环境损害无法修复的，实施货币赔偿，用于替代修复”，在确定赔偿义务人时，“各地区可根据需要扩大生态环境损害赔偿义务人范围”，从这些内容来看，生态环境损害赔偿本身带有惩罚性的色彩。所谓“生态环境修复”、“替代性修复”、“生态环境服务功能损失赔偿”等已超出传统民事责任范畴。生态损害赔偿本身存在的公益性特征，使得“经调查发现生态环境损害需要修复或赔偿的，赔偿权利人可以根据鉴定、事实、责任承担方式等具体问题与赔偿义务人进行磋商，赔偿协议依照民事诉讼法向人民法院申请司法确认，磋商未达一致的，赔偿权利人应即使提起生态环境损害赔偿民事诉讼。从民事诉讼的角度而言，已经超越了传统民事责任范畴。进而，通常来说，民事诉讼救济个人而公法机制则救济抽象公益，前者侧重填补而后者侧重惩罚，生态环境损害赔偿制度混同了民事诉讼与其他公法性公益保护机制。[25]

而互联网法院的产生，从某种意义上来说就是“接近正义”理念的体现，司法能够有效、便捷地为所有人接近是互联网法院的设计初衷之一，在这种主张“高效、便捷”的司法政策影响之下，互联网法院的典型性制度创新主要集中在电子送达、电子案卷等各种高效、便民措施，相反，对于互联网法院审理的专门性案件本身特性的研究就相对较少，仅仅集中于“网上案件网上审”这样相对模糊的表述。就策略来说，依托于现有民事诉讼中的地域管辖规定的互联网法院难以真正体现互联网案件的特殊性，互联网的特性就在于其虚拟性，超越于现实空间中物理地点的制约，因此，互联网法院的管辖由当事人选择不受现实空间限定的协议管辖[26]可能更接近于互联网的本质。

（二）诉讼类型的混同

在上述特殊的司法政策影响下，不同诉讼制度之间存在一定程度上的混同，除了管辖上的跨行政区域取向，部分专门人民法院和专业化审判机制在诉讼类型上趋向于合并民事、行政、刑事审判为一体。

例如，1996年上海浦东新区法院率先开展了知识产权“三合一”审判改革试点。2008年公布并实施的《国家知识产权战略纲要》则明确提出“完善知识产权审判机制，优化审判资源配置，研究设置统一受理知识产权民事、行政和刑事案件的知识产权专门法庭”。2016 年，最高人民法院正式印发《关于在全国法院推进知识产权民事、行政和刑事案件审判“三合一”工作的意见》（法发［2016］17 号）；次年 4 月 20 日，最高人民法院

[24] 李拥军：《作为治理技术的司法：家事审判的中国模式》，《法学评论》2019 年第 6 期，第 173 页。
[25] 对此制度的系统性意见可参见巩固：《环境民事公益诉讼性质定位省思》，《法学研究》2019 年第 3 期。
[26] 参见郑旭江：《互联网法院建设对民事诉讼制度的挑战及应对》，《法律适用》2018 年第 3 期，第 14 页。

发布《中国知识产权司法保护纲要（2016—2020）》提出，“全面推进知识产权民事、行政、刑事审判‘三合一’”。之所以出现二合一和三合一的方式，首要原因是为了实现专属管辖，原先与知识产权相关的案件分属不同法院的不同诉讼类型，在诉讼程序的衔接上产生困难。从《最高人民法院关于在全国法院推进知识产权民事、行政和刑事案件审判“三合一”工作的意见中》来看，“可以由行政审判庭或刑事审判庭法官与知识产权审判庭法官共同组成合议庭，审理知识产权行政或刑事案件”， 这意味着三类诉讼对于知识产权权属、侵权等认定方面试图趋向于统一，但需要注意的是，三类诉讼对于举证责任、证明标准、裁判功能的理解却有着明显不同，如何实现三类诉讼的统一管辖，恐怕还需借助于司法审判的先例的逐步累积，而这一点或许也正是北京知识产权法院推行司法判例指导制度的原因。[27]同样强调专业化管辖、“二合一”、“三合一”审判模式的还有环境案件，例如就有法官认为“单个环境纠纷案件往往包含民事、行政、刑事中的两类或两类以上法律关系，而这些法律关系之间交叉重叠，极大地增强了环境纠纷案件的综合性和复杂性。当一个环境纠纷案件包括两类及以上法律关系时，我国私益与公益相分离的民事、行政、刑事审判制度便不能满足环境案件的审判要求。”[28]

但正如前所述，现有三大诉讼的区分是基于其基本原理与诉讼制度目标的差异性而来，从法院审判的角度来说，诉讼类型的混同固然容易统合不同的裁判标准，也能达到及时和有效的治理，但此观点势必影响学理上对于三大诉讼的理解。例如现代民事诉讼奉行的当事人主义、辩论主义和处分权主义、诉判一致性在生态环境损害赔偿案件中就并不是必然会被重视，而这样的做法是否妥当，是需要谨慎对待的。

（三）特殊的程序性规定

在前述司法政策与诉讼类型混同的影响下，不同的专门人民法院和专业化审判机制发展出一些具有特色的程序性规定。关于这一方面的内容，因为各地法院在新型专门案件的管辖和诉讼中尚处于探索与革新的阶段，因此难以一一尽述，这里仅依据全国性的规定简要择数例介绍之。

例如，在家事审判中增加家事调查员制度和心理疏导机制，强调调解，在离婚案件中可以经双方当事人统一设置冷静期，“家事审判合议庭组成人员应当至少有一名女性法官或者女性陪审员。”（第47条）在司法辅助人员方面设立家事调查员（第16条）、建立家事调查员名册和回避制度（第20条），家事案件当事人填写财产申报表（第44条），规定针对离婚案件可适用冷静期（第40条）等制度创新。[29]《最高人民法院关于审理生态环境损害赔偿案件的若干规定（试行）》第四条规定，第一审生态环境损害赔偿诉讼案件应当由法官和人民陪审员组成合议庭进行。

就审判辅助人员来说， 2019 年最高人民法院发布关于技术调查官参与知识产权案

[27] 参见吴汉东：《中国知识产权法院建设的理论与实践》，《知识产权》2018 年第 3 期。
[28] 参见朱建新、陈迎：《环境案件专业化审判的实践路径》，《法律适用》2014 年第 4 期，第 17 页。
[29] 《最高人民法院关于进一步深化家事审判方式和工作机制改革的意见（试行）》（法发[2018] 12 号）。

件诉讼活动的若干规定》第九条规定技术调查官应当在案件评议前就案件所涉技术问题提出技术调查意见，技术调查意见由技术调查官独立出具并签名，不对外公开。

就举证责任来说，生态环境损害赔偿诉讼明确原告的举证责任，理由是生态环境损害赔偿诉讼原告掌握行政执法阶段证据，举证能力较强，明确原告应当就被告实施了污染环境、破坏生态行为或者具有其他应当依法承担责任的情形，生态环境受到损害以及所需修复费用、损害赔偿等具体数额，以及被告污染环境、破坏生态行为与生态环境损害之间具有关联性。

四、未竟的话题

专门人民法院和专业性审判机制是我国司法体系的一部分，应该是体现司法判断专业性的典型制度设计。从上述粗粗勾勒出的专门人民法院和专业性审判机制的变革，我们可以通过三组不同的对比性概念中去深入反思当下司法理念变迁的走向。

第一组对比性概念是“判断权”与“裁量权”。通常来说，法理学中认为判断权具有被动性、中立性、权力结果的形式性、稳定性、专属性、主体职业的法律性、效力的终极性、运行方式的交涉性、机构系统的审级分工性、价值取向的公平优先性的诸多特征。[30]但就上述专业化审判改革而言，作为中立的、被动的审判者积极主动的扩展管辖范围、实现更多的政策性目标，例如家事审判中维持家庭统一的价值导向、环境污染案件中强调恢复生态环境的、惩罚性赔偿制度的创新都呈现出一个积极、主动的司法形象。

从另外一个方面来说，判断意味着“是”或“非”，如同卢曼所言，在法律系统中法院系统通过合法/非法的二元符码做出判断，但裁量则不同，裁量可能需要考量不同的目标，做出变通的处理。判断需要有法律的依据，而裁量则需要满足合理性等比例性要求。就目前专业性审判改革而言，如果我们还基于判断权去理解这个审判活动，那么我们势必需要重新修正对于判断权的理解。事实上，人民法院《第四个五年改革纲要》中不仅强调了作为判断权的审判权，也强调了作为裁量权的审判权，那么，我们是否可以从裁量权的角度去理解这些如火如荼的专业化审判机制改革？如果可以，那么我们是否可以追问裁量的合理性限度？

第二组对比性概念是“司法”与“人大”。正因为积极和主动的司法形象，模糊了部分改革中的“审判”特性，例如生态环境损害赔偿诉讼中就出现了裁判脱离法定，法院成为准立法者；深入介入诉讼过程，成为“准原告”；直接处理专业问题，成为“准监管者”等审判者的角色和定位不明的现象。[31]从理念上来说，人民司法自然需要人民民主的加持和证成，这不仅体现在审判中法官需要对法律保持足够的尊重，同时也体现在司法系统的设置本身与人民代表的认可与授权密切相关。虽然我们可以强调司法应有其权威，但权威的确立并不一定附随于权力的扩张，混同审判的特点、影响裁判者的独立自主性，

[30] 经典的总结可参见孙笑侠：《司法权的本质是判断权——司法权与行政权的十大区别》，《法学》1998 年第 8 期。
[31] 具体内容可参见巩固：《环境民事公益诉讼性质定位省思》，《法学研究》2019 年第 3 期。

可能从长远来看并不有利于司法权威的形成和保障。

第三组对比性概念则是“法治”与“治理”。法院系统作为国家组织的一部分，自然难免受到一国政策与社会大众要求的影响，但是尊重法律是现代法治社会的基本原则，而“只有在社会大众所接受的司法结构中被解释和应用，法律才能够得到尊重”，[32]司法活动，固然是一种法律变迁中的创造性因素，但重要的是在变迁中，司法系统依然能够提供给人民一种无偏私的正义，而这一点可能可以被称之为法治。但就引导专业性审判改革的司法政策而言，因其与一般诉讼基本原则之间的差异性，而形塑一定的专业化审判体制，这种带有强烈价值倾向于目的性的司法政策容易将审判活动理解为一种特殊的社会调控工具。这一点也呈现在专门人民法院的制度设计上，专门人民法院体系通常没有考虑审级，而通常只是改变了一审法院的级别，在上诉审中往往又与普通法院体系相接，这种设计方式似乎表明专门人民法院只是为了某种特殊的司法目标的价值而专设一类审判，而并非在本质上区分于普通类型的审判，这只是功能上的分立，而非法律知识、诉讼程序等的专业性特征。与此同时，我们也需要区分专门人民法院与提供法律服务的仲裁、公证、律师事务所等法律服务组织，虽然这些法律组织都可以为人民提供不同种类的法律服务，甚至也更为经济便捷，但是法院组织则作为一国政治制度中重要的组成部分而一定程度上必须回应制度性正义要求的诘问：这一个社会制度体系对个人基本权利与义务之规定、对社会合作利益之分配所做的安排，或所采行的模式，是否正义，取决于什么条件？

这种将审判和社会工作混为一体的制度变革，或可称之为“作为治理的司法”，是否与司法的法治理念相容、或者在何种程度上相容，是值得进一步深入反思的课题。

[32] [美]亚伯拉罕：《司法的过程》（第七版），泮伟江等译，北京大学出版社 2009 年版，第 1 页。

去道德视角下的法正当性

陈征楠[1]

【摘　要】法与道德的关系是法的正当性问题的中枢神经。以哈贝马斯实践理性三分法理论框架为背景，法的正当性与道德的独特联系正源于，与伦理和实用角度的运用相比，实践理性道德角度的运用所产生的规范性资源具有某种特殊的说理性优势。在西方法律思想史中，历史主义与功利主义法哲学分别代表着从伦理与实用的角度看待法正当性问题的最典型学派，而其所面临的问题则从反面说明了，从实践理性的深层结构来看，法与道德的关系问题仍是现代社会法正当性问题的要害，道德话语是建构法正当性无法置换的规范性资源。

【关键词】道德；正当性；历史主义；功利主义

一、导言

法与道德的关系往往被视为法律思想史的核心问题。具体来讲，道德规范或道德意识通过法的正当性与法律规范发生关系。哈贝马斯曾提出实践理性的三分法模型，这个知名度远不如其交往理性、商谈情景等学说的理论指出，在实践理性运作的过程中，也就是理性在为意志活动提供规范性资源的时候，存在着三种话语形态可资利用，分别是实用、伦理和道德。笔者以为，在此三种实践理性的规范性资源中，道德话语的说理性与认知性（kognitiv）[2]内涵最为充分。原因在于，较之功利主义的实用性规范和生活方式的伦理性考虑，得益于以更具普适性的道德法则为前提，道德话语所蕴含的规范性资源更具普遍有效性，更易于被具有道德判断能力的实践主体所普遍承认和接纳。至少，在主张某个反道德规范或去道德规范的立场时，人们将不得不承担更大的论证压力。

究其根本，实践理性解决的是“人应当做什么”的问题。具体说来，哈贝马斯的研究是从“理想类型”的意义上，将实践理性的运用途径分为三种：道德的（moralisch）、伦理的（ethisch）和实用的（pragmatisch），三种运用均是为了从不同的途径回答“人应当做什么”，分别对应于公正、善与合目的性（Zweckmäßigen）三种独立的理念。[3]这三种运用分别是在处理如下三个问题：选择具有普遍效力的

---

[1] 华南理工大学法学院副教授，法学博士。

[2] 该词的中译有微妙，敬请参见拙作《论法的道德正当性的逻辑构成》，载《法制与社会发展》2013 年第 3 期，第 121 页。

[3] Vgl. J. Habermas, Erläuterungen zur Diskursethik, 6. Aufl., Suhrkamp Taschenbuch Verlag(2015), S. 101, 110.通常以为，伦理和道德的内容大致相当，二者实则在发生学上存在区别。希腊文“伦理”（êthos）最初指供生物作长久停留的栖息地，首要价值在于为人提供一个特殊的居所。伦理的问题更多地与一个人或某个集体的自我理解和生活方式有关，最终关乎着特定个人或集体意图如何塑造自身、展示自身的问题；而道德的问题则关乎一种能够解决个人与他人之间冲突的法则，并且这种法则应相对超越于特定个人或集体的独特利益诉求及生活方式。这种区别根源于“善”与“公正”这两种理念的差异。自亚里士多德以来，“善”的理念被当作特定个人或集体的自我认同问题来解读，它体现了该个人或集体对自身品格和存在方式的追求，在这种追求的过程中，实践理性的运用植根于对独特生活历史或传统的

法则公正无偏地处理人与人之间的冲突；寻找一条能够通往独特之自我认同的生活道路，这种认同感建立在特定个人或集体对“善”的某种独特理解之上；运用经验知识，选择有效实用的方法途径或技术手段达成预先已被设定的目标。[4]如此一来，“人应该做什么”这个构成古典及现代实践哲学出发点的问题，就获得了三种不同的解答角度，人类的实践活动也就分别取得了三种不同的意义。对于实践哲学来讲，这三种运用分别代表着对实践理性三种不同的考察进路，也代表着人类实践活动中的三种“应当”。值得强调的是，这三种运用的及其所能提供之“应当”的普遍性具有较大的差异。伦理运用的重心在于一种特殊的自我同一性[5]和自我理解（Selbstverständigung），[6]在持这种自我理解的人看来，这种伦理观念本身就是规范性的体现；道德运用的重点则在于那种具有普遍公正性的法则，这种公正的法则本身也是规范性的根源，而且，该法则对实践活动所具有规范性并不以具体的“善”或“恶”为转移，亦即是说，在这种语境中，法则优先于对错，公正优先于善恶；[7]与伦理和道德的运用相比，实践理性实用主义的运用则直接依赖于对特殊的、变化中的目标、方法及对二者关系的把握程度，这种运用的基础是一种后果主义的思维方式，只有在特定的经验性目的首先被设定为具有价值并有必要追求的前提之下，实用主义运用才有了产生特定规范性资源的能力，而一旦该经验性目的发生变化，这种产生于实践理性实用主义运用的特殊规范资源就丧失了效力。比方说，某人意图挣取足够的经费去很远的地方旅游，那么对他来说努力工作就成了具有规范效力的指导原则，而这种指导原则的有效性显然依赖于他想去旅游这么一种十分偶然的现实想法，当这种愿望被舍弃或实现之后，是否仍旧努力工作就成了一个效力待定的问题。与此相比，不论是某个人打算塑造一种克制节俭的生活品格，还是某位裁判者力图对人与人之间的利益纠纷作出公正权威的评判，在这其中具有规范性效力的行为原则都具有较为稳定和恒常的效力。实践理性实用主义的运用是一种纯然手段性的运用，它所生成的对人类行为具有影响力的规范资源亦只具有一种工具性的效力，这种效力依赖于特定目的的存在，并随之发生变化，而对这种目的本身的选择，却不是实践理性实用主义运用本身所能解决的问题。在一般情况下，能够对行为目的之

理解中。而“公正”的理念则与此不同，它以某种协调社会关系之法则的普遍有效性为指向，该法则必须能够在一定程度上超越于具体的伦理或实用性考虑。亦即是说，“善”首先涉及的问题是，什么对某一特定个人或集体是“好”的，而“公正”则涉及到什么对于所有相关人员来讲都是“公正”的。因此，哈贝马斯指出，与道德运用的普遍主义相比，实践理性伦理的运用仍具有自我中心主义的色彩。参见本注前揭书，第 105 至 108 页。道德的主体是普遍的理性主体，而伦理的主体则是秉持不同自我理解的个人或集体。将亚里士多德《尼各马可伦理学》和康德的道德哲学文献作比较，可发现上述两种实践理性分析路径的显著差异。有关伦理的独特含义，亦可参见[德]克劳斯·黑尔德：《对伦理的现象学复原》，载倪梁康等编译：《中国现象学与哲学评论（第七辑）——现象学与伦理》，上海译文出版社 2005 年版，第 2 页。

[4] Vgl. J. Habermas, Erläuterungen zur Diskursethik, 6. Aufl., Suhrkamp Taschenbuch Verlag(2015), S. 102 -105.

[5] 值得强调的是，这里的自我并非仅指个人，亦包括秉持特殊之自我理解的特定共同体在内，因此，自我同一性的概念亦含有集体同一性的维度。参见前引 3，J. Habermas 书，第 105 页。

[6] 有关“自我理解”的具体所指，参见前引 3，J. Habermas 书，第 111-112 页。

[7] 参见李明辉：《儒家与康德》，台湾联经出版事业股份有限公司 1997 年版，第 162 页。由此，哈贝马斯曾指出，只有道德方可催生真正的义务。Vgl. J. Habermas, Die Einbeziehung des Anderen, Suhrkamp Taschenbuch Verlag(1996), S. 40.

选择形成直接影响的，仍旧是行为人所秉持的伦理观念和道德原则。因此，实用主义的实践理性运用过程所能提供“应当”只是一种工具性的“应当”，具有一种充满相对性的规范意涵，所维持的仅是理性与意志的经验性偶然关系。[8]

在实践哲学的思想史中，在多种理论和现实因素的促使下，思想家们会自觉或不自觉地以这三种运用中的某一种，为其所理解的实践理性最首要的运用，从而构建自身实践哲学的体系。哪一种运用最能够代表实践理性的全貌，从而能够被作为实践哲学大厦的基石，这是一个“仁者见仁，智者见智”的问题，思想家们的选择是迥然相异的，而且这种选择往往具有排他性，例如功利主义（经验主义）实践哲学视角下的实践理性在康德看来是不具有理性含义的，充其量只能是一种善于利用手段与目的之关系的“机智”或“理智”（understanding）而已。在这其中，按照对实践理性实用主义、伦理主义及道德主义的三种理解方式，分别以功利主义实践哲学、亚里士多德伦理学、[9]康德道德哲学为最著名的代表，哈贝马斯在此意义上指出：“以所选择之特定角度为依据，形成了理解实践理性三种虽存在区别但又相互补充的解释。但三大实践哲学的传统仅仅分别以其中某一种角度为主题”。[10][1]110 如此一来，颇为有趣的是，在实践理性某一种运用得到高扬的场合里，人们总是会基于各种不同的动机抱怨其他类型的运用受到了不公正的忽视，认为实践理性并未获得正确的理解。三种运用对人提出相互矛盾的行为建议，则是更为常见的现象，在有些情况下，从实践理性某一种运用的角度看来是理性的行为，按照另一种运用的要求却成了非理性的。这些现象或许体现了人类理性结构无法回避的固有倾向，引起了思想史中一场又一场著名的争论。

承前述，实践哲学乃是研究人类行为根据的学问，而作为法学中的最具实践哲学色彩的分支学科，对法这种人类行为的重要规范进行正当性方面的研究，是法哲学中举足轻重的理论问题。据此，对法的正当性问题进行研究，即是要为这种人类行为的实证根据需找一种主张自身正当要求的价值基点，即是帮助实证法成为人们在思考“我应当做什么”这个问题时有效的影响因子。以上述哈贝马斯的理论为模型和视角对法律思想史进行梳理，我们将发现法正当性问题上的各个经典学派，其实均是将前述三种运用途径中的某一种理解为了实证法释放有效影响因子的理想渠道。

笔者个人以为，法的正当性与道德话语之间存在一种特殊的联系，后者能够为法的正当性基础提供富含说理性内涵的规范性资源，这源自它在实践理性与语言活动中无可替代的特殊地位，法的正当性问题包含着突出的道德面向,法的正当性集中

---

[8] 参见前引 3，J. Habermas 书，第 116 页。

[9] 在亚里士多德的理论体系中，实践学说的主要内容即在于寻求符合某种特定“善”之要求的生活方式。
See A. Macintyre, A Short History of Ethics: A History of Moral Philosophy from the Homeric Age to the Twentieth Century(2nd.ed.), Routledge(1998), p. 38.

[10] 参见前引 6，J. Habermas 书，第 110 页。

地反映着公民与法之间的一种道德关系。那么，在西方法哲学的思想史中，曾有哪些著名的学派对这种特殊的联系提出过何种具有影响力的反对意见？这些对法之正当性去道德化的理解又存在哪些问题？在本文中，笔者将对历史主义法哲学、功利主义法哲学的相关理论展开分析。原因在于，若以实践理性运用途径的三分法为背景来观察，二者分别代表着对法正当性道德内核进行伦理主义和实用主义解构的路径，对其中的反对和批判进行探讨，有助于从道德以外的逆向视角凸显法正当性问题与道德的独特联系。

二、实践与伦理：历史主义的法正当性

（一）引言

在西方法律思想史中，历史主义法哲学（又称历史法学）是一个以德国为主要发源地的法学流派，德国思想家在该领域的成果也最为突出，其最主要的贡献在于将历史性的视角引入人们对法律现象的研究之中，提出了很多具有启发性的观点，如法是以历史土壤为依托的有机发展过程，而不是专断意志刻意设计的产物，民间丰富多彩的习惯和信念对于法的发展有着远较整齐划一的公权力干预更为有效的作用，等等。若以当代的理论对其进行分析，不难发现，在法的正当性问题上，德国历史主义法哲学曾以实践理性伦理角度的运用为视角，对于法的正当性与道德的特殊联系，形成著名的批判和反对。由于时代上的亲缘性，这种批判和反对在学术策略上主要表现为对启蒙时代自然法学说的抵制。在本部分中，笔者将对这种反对意见及其思想基础进行分析。

（二）思想基础

历史主义法哲学以历史主义思想为基础，这种思想的核心精神在于不仅仅将历史看作一个机械的时间概念，更要将其看作一个有机的人格概念，强调生发于具有独特性之历史传统中的民族精神，相对于某种普遍主义价值的优越性，认为在由社会现实构成的时间长河中，历史单元在横向和纵向上均是不可比较和难分优劣的。历史主义的形成标志通常被认为是 1725 年 G.维柯《新科学》和 1774 年 J. G.赫尔德《另一种历史哲学》的出版，这两部著作的面世意味着历史主义不再仅被理解为研究历史的一种方法，而被赋予了思想体系的地位，它不再仅仅是一种历史观，也代表着一种世界观。[11]维柯提出历史的方法是人文社会科学核心方法，是其与自然科学的首要区别，是理解人与社会的关键，这种方法的根本要求在于保护时间长河中的个别性。维柯虽然不是德国人，但他的这种思想在当时的德国思想界，却引起

[11] 参见[美]格奥尔格·G.伊格尔斯：《德国的历史观》，彭刚、顾杭译，译林出版社 2006 年版，第 36 页。史学大家梅尼克（F. Meinecke）甚至富有争议性地认为历史主义标志着生命哲学的兴起，这挑战了西方思想史学界有关生命哲学始于狄尔泰的通说。不过，在狄尔泰作品中确实可以发现明显的历史主义痕迹，如他曾指出，启蒙时代自然法学说的最大问题在于用少量的普遍性成分去解释人类历史生命的事实。参见[德]弗里德里希·梅尼克：《历史主义的兴起》，陆月宏译，译林出版社 2009 年版，第 13 页。

了远较他的故乡意大利更为巨大的反响，这或许源于德意志民族某种特殊的精神气质。这正如梅尼克所指出的："德国(历史主义)运动吸收了我们迄今为止在欧洲其他部分看到的这场运动的萌芽，并且远远地超越了它们全体"。[12]梅尼克说得没错，历史主义在德国获得了令人赞叹的发展，赫尔德的作品便是其中的佼佼者，他更具激进色彩的主张认为，每一个时代都必须根据当时特定的价值来评价事物的优劣，在历史中没有进步和退步之分，只有价值的多样性。[13]秉承上述信念的历史主义从十八世纪中后期开始占据德国思想界的主流，直至第二次世界大战结束后的衰败。

从深层结构上看，历史主义思想其实以一种对自由的独特理解为内核，这种自由能否实现，直接关系到那个在历史主义看来至关重要的问题：每个独特民族塑造民族品格、获取自我认同的独特形式。这恰如赫尔德曾指出："它（这种独特的形式）把人们围绕他们的中心聚拢在一处，与他们的根更紧密相连，令他们能以自己独特的方式更完满地繁荣兴旺，让他们对自己的禀赋和目标更充满热情"。[14]在法哲学和政治哲学的领域中，以独特的民族认同为使命，这种对自由的理解直接影响着现实社会制度的轮廓，透过对这种自由观进行探讨，大致可以把握历史主义思想的脉搏，进而对历史主义法哲学的基本特征及其在法正当性问题上的基本观点进行有效的识别。原因在于，这种特殊的自由观事实上伴随了德国历史主义产生、发展、兴盛和衰落的全过程。

说到自由，大家并不陌生。自由主义一直是近年来我国法哲学和政治哲学领域的显学,大家熟悉的自由主义一般是指伴随着启蒙运动和工业革命,发源于英国并由斯密、密尔等思想家所担纲的古典自由主义,其内涵主要包括个人主义、理性主义、人道主义、功利主义、怀疑主义和普遍主义等价值取向，这种自由主义思想在启蒙精神中也是一面鲜明的旗帜，透过启蒙时代唯理主义自然法学说对现实层面的制度构成发挥了实质性的影响，从这个角度出发，高扬世俗人性自由的启蒙时代自然法学说也被称为古典自由主义法哲学。在法和政治的设计上，这种学说要求有限政府、宪法政治、成文或不成文的自然权利、不受侵犯的私有财产，等等,与英美意义上的法治国家在政治皆趣上大致相同。由于此意义上的自由主义在现实制度上获得甚为广泛的应用，一般将其视为西方正统的自由主义思潮。在历史主义的思想谱系中，绝大部分德国思想家与历史学家把滥觞于启蒙时代的该种的自由主义称为"西方自由主义"，[15]他们不仅不欣赏这种对自由的理解，而且通过阐述历史主义自由思想与所谓"西方自由主义"的迥异，来获得学术与民族上的自我认同感，这两种自由观的对垒形成了德国历史主义主要的学术阵地，对自由的不同理解也导致了双方在法哲

[12] 前引 10，弗里德里希·梅尼克书，第 255 页。
[13] 参见前引 10，格奥尔格•G·伊格尔斯书，第 36 页。
[14] [德]约翰·哥特弗雷德·赫尔德：《又一种历史哲学》，张晓梅译，载《反纯粹理性——论宗教、语言与历史文选》，商务印书馆 2010 年版，第 9 页。
[15] 参见前引 10，格奥尔格•G·伊格尔斯书，第 121 页。

学和政治哲学的根本取向上产生了以下显著的分歧。

首先，与古典自由主义的普遍主义和理性主义不同，德国历史主义学派认为政治自由不应该被抽象普遍的价值标准评价和批判，而应该按照民族性的历史主义标准去衡量和建构，而且也不存在于内容上真正具有抽象普遍性的价值。恰如梅尼克所指出："重要的是要看到启蒙运动的完美思想，在它以自足发展的方式所设想的完善之上，与历史主义的个体化发展观念之间的区别。"[16]公法学家普菲茨尔（P. A. Pfizer）是德国历史主义一个中坚型的学者，他坚持认为个人自由是依附于民族特性之上的，以此出发，他对启蒙运动及法国革命呲之以鼻，甚至指责那是一种肤浅的表现。[17]即使是伟大的歌德也没能在历史主义的冲击力和感染力中幸免，曾明确表示自己难以接受 1789 年发生在邻国之革命中所体现出的普遍博爱观念。[18]

其次，古典自由主义一般将个人当作最终的不可化约之价值，进而将国家看作实现该价值的必要工具，与此对应，国家是公民天赋权利之维护和促进的工具。历史主义学派则不这么看，他们把国家看作历史力量的一个自然产物，一个从其自身角度即可得以正当化的自在自为之物，这种事物是一种伦理价值的体现，没有它，文化和道德就是不可能的，[19]完美地体现了黑格尔"国家是世界理性之实现"的观念论（Idealism）[20]国家观。他们认为国家恰如黑格尔所断言，是"伦理观念的现实"和"理性的现实"。[21]德国历史主义学派从不像洛克和霍布斯那样，认为国家是建立在公民契约上的一个必要的恶，而是认为国家本身就是一种人格，本身就是目的，绝非仅仅具有工具价值，它是受自身生命原则控制的，不能受公民福利要求的限制。这恰如黑格尔所指出："（国家）这个实体性的统一是绝对的不受推动的自身目的，在这个自身目的中自由达到它的最高权利，正如这个最终目的对单个人具有最高权利一样，成为国家成员是单个人的最高义务"。[22]在历史主义的思想传统中，国家恰似黑格尔所谓，是一种伦理观念的现实，在这种现实中，普遍与特殊、约束与自由、权利与义务之间的区别都不再重要。显然，与密尔等英美自由主义思想家不同的是，德国历史主义认为国家和个人自由的关系在一种更高级的"世界精神"的统摄下本是十分融洽的。这种极具观念论意味的人格主义国家概念，与启蒙时代树立的作为公民权利之工具的唯物主义、功利主义国家概念相比，多了几分神秘的色彩。

第三，与古典自由主义的对国家和权力的怀疑主义相比，德国历史主义学派对国家和权力持乐观主义的态度，他们都或多或少地有意识接受了国家的伦理性和历

---

[16] 前引 10，弗里德里希·梅尼克书，第 260 页。
[17] 参见前引 10，格奥尔格•G·伊格尔斯书，第 127 页。
[18] 参见前引 10，弗里德里希·梅尼克书，第 446 页。
[19] 参见前引 10，格奥尔格•G·伊格尔斯书，第 122 页。
[20] 有关历史主义与黑格尔思想的具体关系，参见前引 10，格奥尔格•G·伊格尔斯书，第 122 页。
[21] 对这种国家观，恩格斯曾有系统的批判，参见[德]恩格斯：《家庭、私有制和国家的起源》，中央马恩列斯著作编译局编译，人民出版社 1999 年版，第 176 页。
[22] [德]黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆 1961 年版，第 253 页。

史性发展的思想，因此对于政治架构、法律体系在民族性历史中的直线进步，他们比自己的英美同行更加乐观。[23]诚如历史学家克里格（L. Krieger）在《德国自由观念》中指出，德国历史主义学派建立在古老的民族假设之上的独特的自由观念，并不将公权力当作公民个人自由潜在的敌人，而是认为若没有国家、王侯和政党等代表公权力的制度性存在，就根本没有个人自由可言。[24]

最后，与古典自由主义的个体主义思想特征不同，德国历史主义思想中有着强烈的共同体意识，这种共同体的表现形式便是民族。所谓“共同体”，是与“社会”相对的概念，二者共同构成社会学的基石概念。与社会相比，共同体最大的特征在于它依赖于成员意志的统一，而社会则是由五花八门的价值观念所构成的，与共同体不同,社会的基础仅仅在于外部层面的分工合作。这就像滕尼斯（F. Tönnies）所形象指出的：“一个年轻人会被警告说小心被‘不良的社会’腐蚀了，而‘不良的共同体’却与语言的意义存在冲突”。[25]在德国历史主义看来，在民族共同体中是不存在异己性的，德意志民族即是一个意志、命运和伦理上的特殊统一体，对于现实社会制度的正当性来说，并不存在超越民族界限而普遍有效的价值标准。

伴随着对自由的独特理解，历史主义对德国法哲学、政治哲学思想界的统治直到二战结束，它和我们更为熟悉的启蒙时代古典自由主义存在着诸多不同甚至对立，以致对古典自由主义早已熟谙的人们难以辨认历史主义自由观的所谓“自由”色彩。在这种情况下难免有置疑产生，该种自由观之“自由”的德文原词或许根本没有惯常所理解的“自由”之义。笔者查阅资料后得知，在历史主义对自由的诸多论述中，确实存在“Liberalismus”一词，德文原义有“自由理念”的含义，与英语“liberalism（自由主义）”的词根和结构大体一致，因此,上述怀疑似乎难以成立，亦即是说，同为“自由”一词，德国历史主义与古典自由主义的理解是不同的。有论者则认为，这种术语上的统一性并不能在思想的层面上说明什么问题，原因在于，“德国人在本质上分享了如此多的西方规范和实际分类，以至于他们用西方术语来给自己的价值和行动命名”。[26]难道这仅仅是一个由偶然的历史原因所造成的术语共享？莫非德国历史主义的自由观当真没有自由之义？笔者个人以为，这种判断难以成立。

被德国历史主义当作其法哲学与政治哲学价值基础的自由究竟指什么，它与我们通常理解的、起源于英国经验主义的启蒙式自由有哪些区别？有关自由的含义，哈耶克曾指出：“对政治自由的伟大倡导者来说，这个词意味着免于强制的自由，是摆脱了他人专断权力的自由，是从种种束缚中的解放。”[27]可见，英美古典式的自由指的是一种经验域的消极自由，而德国历史主义所理解的自由却不是如此意义上

---

[23] 参见前引 10，格奥尔格•G·伊格尔斯书，第 122 页。
[24] 参见前引 10，格奥尔格•G·伊格尔斯书，第 120-122 页。
[25] Vgl. F. Tönnies. Gemeinschaft und Gesellschaft: Abhandlung des Communismus und des Socialismus als empirischer Culturformen, Fues’s Verlag(1887), S. 4.
[26] 前引 10，格奥尔格•G·伊格尔斯书，第 155 页。
[27] [英] F. A. 哈耶克：《通往奴役之路》，王明毅、冯兴元等译，中国社会科学出版社 1997 年版，第 30 页。

的。普菲茨尔认为，真正的自由并不在于从某个抽象的原理或信念出发，对周围的坏境和事物进行抵抗，而应该是遵照民族命运在世界历史中所指引的道路来行动，这样一来，命运的就不再只是具有消极意义的束缚。[28]显而易见，德国历史主义所意指的自由并非哈耶克所指出的那种个人性消极自由，而是一种民族意义上的整体性自由，认识并遵循历史必然性的道路就是获得该种自由的途径。古典自由主义要求公民在公权力面前时刻保持警惕，谨防自己的消极自由被某种积极的、专断的指令所侵害，而德国历史主义则提倡人们更为积极地参与社会和政治的公共事务，自觉地将个人融入民族精神的滔滔洪流之中。在这种思维形式中，历史消解了理性，民族消解了个人，权力消解了权利，必然消解了应然，精神荣誉消解了经验追求，最终历史主义所理解的自由就成了纯然民族意义上的荣誉性自由。徐复观先生曾将自由的核心含义概括为“自作主宰”,[29]显见的是，德国历史主义所追求的自由是德意志民族的“自作主宰”，而非超越民族界限之普通个人的“自作主宰”。这种思想对法哲学产生了极具实质性的影响，评价某种制度设计正当与否的标准不再是传统意义上的所谓公正标准，而在于其是否有利于维系德意志民族独特的精神内核。行文至此，一个主导着德国历史主义的宏大思维范式展现在我们面前：民族—必然—自由—伦理，这个范式不仅在漫长的年代区间内主宰着德国人独特的自由观念，也主宰着自赫尔德以降直至二战结束德国实证法的正当性生成框架。

（三）在法正当性问题上的特征

法哲学上的历史主义坚持认为，法的素材是由特定民族的整个回忆所给予的。[30]虽然最初执历史主义牛耳的思想家们没有十分鲜明的法哲学意识，但这种思想体系中独特的自由观在相当长的一段历史时期内直接影响着德国法哲学理论的基点和理路。在历史主义的思想背景中，自由的独特含义透过一个伦理要求支撑着个性化的民族精神，消解了启蒙时代自然法学说的普遍化要求。这种消解的过程其实也就是非普遍性、民族性的伦理追求对普遍性之道德视角的遮蔽过程。在秉承历史主义立场的法哲学家看来，现实制度是形塑独特之民族自我理解的工具，法的正当性建立在体现共同体自我认同的民族精神中，亦即是说，在历史主义法哲学中，使法得以正当化的规范性资源并不来自实践理性道德角度的运用，而依赖于实践理性伦理主义的发挥。原因在于，对于将历史、国家这些概念作人格化理解的德国历史主义法哲学来说，被启蒙时代自然法学说高扬的道德要求显得过于普遍化了，这种要求并不能为现实社会制度注入与德意志民族精神相适应的规范理解和伦理追求。在启蒙时代的自然法学说看来，世俗法律制度的正当性是建立在某种普适价值的基础上的，只有符合这种价值的要求，法才有正当性可言。这里的关键在于，法律制度

[28] 参见前引 10，格奥尔格•G·伊格尔斯书，第 128 页。
[29] 参见徐复观：《学术与政治之间》，台北学生书局 1985 年版，第 459 页。
[30] 参见[德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼：《历史法学派的基本思想》，郑永流译，法律出版社 2009 年版，第 20 页。

通过与这种价值的联系，获得一种对人际甚至民族与国家之间的纠纷作出公正裁决的能力，而且在启蒙自然法学者看来，这种价值的普遍有效性并不以国家、民族或某些别的现实因素为界限。启蒙自然法学说兴盛的时代，同时也是近现代国际法理论发轫的时代，正说明了这个问题。除此之外，启蒙时代的自然法学说认为人的世俗理性是发现该种价值因素的关键能力，在运用这种理性能力的过程中，人们能够发现作为实证法正当性基础的自然法，在启蒙思想家看来，运用理性追寻正义和解释数学原理并无二致。[31]显而易见，在启蒙时代自然法学说为实证法律制度构建的正当化框架中，提供规范资源和论证理据的是实践理性道德主义的运用，这种正当化过程的落脚点是要为实证制度注入公正裁判人际甚至国际纠纷的普遍效力。从格劳秀斯的《战争与和平法》到普芬道夫（S. Pufendorf）的《自然法与国际法》，都体现了试图赋予自然法照射下的实证法公正处理民族之间矛盾纠纷的努力。

在历史主义法哲学看来，启蒙时代自然法学说的上述思想显得既没有民族责任感，也体现出了对普遍主义的盲目崇拜。历史主义法哲学认为，决定实证法正当与否的标准不是普遍性的道德视角，而是民族性的伦理要求，公权力的种种制度性安排运行的目的即在于遵循历史规律，铺平通往这种民族性伦理目标的道路，在这种伦理目标的实现中，德意志民族方可获得真正的自由及以此为基础的民族认同感，至于实证制度究竟是否具有公正无偏地处理人际或国际纠纷的能力，那并不是重要的问题，也本不是现实法律制度所应具有的品质。映入历史主义法哲学眼帘的，是实践理性伦理主义的运用，具有普遍主义色彩的道德运用被历史主义独特的自由观所掩埋。原因在于，这种自由并不是一个自然人的自由，而是德意志民族的整体性自由，是一种不具普遍性要求的自由，它以政治的标签和民族的界限为前提。因此，历史主义自由观中的自由，不再是一种道德意义上的自由，而全然是伦理意义上的自由。这种自由实现的时刻，就是德意志民族伦理价值实现的时刻，还是实证法不容反驳地被正当化的时刻。没有对本民族独特生活历史的伦理性把握，就无法探明正当化现实制度的有效渠道。这里的关键在于，用超越民族界限的普遍性道德标准来要求现实的法律制度，这种做法本身就是不正当的，因为它使得法变成了实现民族伦理目标的绊脚石。从这个角度出发，历史主义谱系中的法哲学家对高扬普遍主义道德要求和人性主张的启蒙自然法学说大加排斥。

众所周知，萨维尼是历史主义法哲学最为著名的代表，历史主义思想的种种特征通过他的法哲学理论得到了完善甚至优雅的体现，这些体现使他在法哲学上发挥了其他历史主义者难以望其项背的影响力。他的影响力也不仅限于书斋之中，通过一系列著名的历史事件，萨维尼的学说对近代德意志民族国家的法律全貌产生了举足轻重的影响，在这其中，以他与蒂堡（A. F. J. Thibaut）就德国民法典编纂展开的

[31] 参见[意]A. P. 登特列夫：《自然法——法律哲学导论》，李日章译，台北联经出版事业股份有限公司 2007 年版，第 50-51 页。

论战最为著名。萨维尼历史主义法哲学的基本特征有以下几点。首先，萨维尼继承了德国历史主义独特的自由观，他认为自由的最基本含义在于“从民族之崇高秉性出发去创造，这一民族是不停地生成的、进化的整体”，[32]据此，萨维尼反对以个人性自由为价值基点构建实证法之总体框架的启蒙自然法思想。其次，萨维尼法哲显著的历史主义特征集中体现在,他认为生成于独特历史传统中的民族精神以及内在于这种精神中的“必然性法则”，是评价现实法律制度正当与否的标准，对于向实证法律制度的正当性提出普遍性道德要求的自然法学说，萨维尼站在历史主义的立场上持甚为明确的反对态度，他颇具讽刺性地指出，那些非历史主义的法哲学流派一会儿称自己的学说为自然法，一会儿又称是健全头脑的智慧。[33]第三，萨维尼的法哲学有着明显的民族主义情节，他认为法应当体现民族的个性，它存在于民族的自我意识之中，因此，各种优等民族之法律制度的正当与否并不应当从某种预先存在的普遍标准进行判断。[34]第四，萨维尼的所秉持的民族观是一种整体主义的民族观，民族的重要性并非源自它是个人的组合，在这种整体主义而非工具主义的视角下，本身即为目的的民族取代了个人，成为了在伦理、政治及法律方面具有不可还原性的独立有机之人格体。有论者强调，“他(萨维尼)的政治观中最重要的概念是民族，这是个人所归属之‘有机的生命体’，只有它是真实的存在”，[35]殆非过言。总之，萨维尼的思想集中体现了历史主义思潮对法哲学的影响，是对启蒙时代自然法学说基于民族性历史视角的一种反抗。他指出：“这一历史视角的本性在于，均匀地承认每一时代的价值和独立性”。[36]在这种视角之下，对所谓“民族精神”的强调促使民族主义的伦理要求透过整体主义的自由观，切断了对实证法之正当性进行道德考察的普遍性途径，淡化甚至抹去了法的正当性问题与道德话语的特殊联系。

（四）小结

法如同伦理、习俗及语言一样，有机地源自特定民族的本质与特性，这是历史主义思想赋予法的本质，也是历史法哲学的出发点。以这种本质观为出发点，历史主义法哲学反对以实践理性道德角度的运用为基础构建法的正当性。不得不承认,这种主张无异于拒绝对法的本质作普遍主义地理解。因此，亦有论者将这种反普遍主义的历史法哲学视角称为“历史相对主义”。[37]在法的正当性与伦理的排他性关系中，这种历史性相对主义否定了对现实法律制度进行道德批判的可能，也取消了对法的正义与否进行评判的普遍主义途径。正因此故，历史主义法学家在政治上多表现为保守主义者，他们不仅反对启蒙时代的自然法学说，也一度反对体系化的法典编纂。

---

[32] 参见前引 29，弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼书，第 18 页。
[33] 参见前引 29，弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼书，第 17 页。
[34] 参见前引 29，弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼书，第 5-6 页。
[35] 陈爱娥：《萨维尼——历史法学派与近代法学方法论的创始者》，载《月旦法学杂志》2000 年第 7 期，第 169 页。
[36] 前引 29，弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼书，第 27 页。
[37] 参见前引 34，陈爱娥书，第 167 页。

当代著名法哲学家赫菲(Otfried Höffe)曾指出，学者既不能作出有关政治的决策，也不能被用于为这些决策提供思想上的申辩理由。[38]德国历史主义的法哲学家是否被他们所崇拜的历史所利用，想必无人能作出简单明了的判断，但二十世纪上半叶悲剧性的历史有力地告诉人们，作为一种能够为现实制度设计提供方向性意见的思想体系来说，德国历史主义存在先天的缺陷。在这场悲剧中，少数对历史主义持反思立场的德国学者，却碍于犹太人的身份走上了背井离乡的流亡道路，这其中包括大名鼎鼎的 K.洛维特和 L.施特劳斯，除此之外的大部分德国知识分子直至“第三帝国”陷落才真正幡然醒悟，甚至连杰出的梅尼克直到 1929 年仍坚信德国能够避开滋生于意大利的法西斯主义，[39]待到他 1946 年于扼腕长叹中撰写《德国的浩劫》时，历史主义的浪漫理想已然不可挽回地破灭。将德国历史主义称为纳粹统治的思想土壤，这种说法势必言重了，但不得不承认的是，历史主义法哲学将法的正当性与道德话语隔绝的做法，使本该具有批判性的法哲学在始于 1933 年的军国主义浩劫中，于思想和法治的双重层面上变得毫无免疫力。概而述之，历史主义自身的演变历史以远较理论更有说服力的方式指明，在法的正当性问题上，切不可用特殊的伦理要求对附带普遍性要求的道德资源进行排斥，即使这种伦理要求所体现的是较个体性自我理解远为宏大的历史性民族精神。

三、实践与实用：功利主义的法正当性

（一）引言

与历史主义法哲学的伦理主义相区别，所处时代大致相近的功利主义法哲学试图以实践理性实用角度的运用为基点，对法的正当性进行某种去道德化的建构。它是十八世纪起源于英国的一场思想运动，创始人是英国法哲学家边沁。虽然这场运动在英国以外的其他国度也曾被部分学者追随，但这场思想运动有着典型的英国经验主义色彩，它以经验主义价值理论为思想基础，这种理论集中体现在英国哲学家休谟的著作中。在这种理论里，休谟将道德、正义等实践理性问题与人类产生于经验的情感相联系，将人类在实践问题上的最终决断能力归结为某种情感，而实践理性的作用仅仅体现在为某种源自情感需求的特定目的选择实用的工具和手段。以此实践理性观为基础,休谟排斥理性主义的价值理论和法哲学，在他那里,正义的问题变成了一个“正义感”的问题。休谟的这种思想对边沁、密尔等功利主义思想家产生了显著的影响，如密尔就曾指出，正义依附于一种特殊的情感。[40]与密尔相比，边沁的学说有着更为明确的法哲学意识，休谟的这种思想通过他的学说对法哲学产生

---

[38] Vgl. O. Höffe, Politische Gerechtigkeit: Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat, Suhrkamp Verlag(1987), S. 485.

[39] 参见前引 10，格奥尔格•G·伊格尔斯书，第 323 页。

[40] See J. S. Mill, “Utilitarianism”, in Utilitarianism and On Liberty(2nd.ed.), ed. Mary Warnock. Malden, Blackwell Publishing(2003), pp. 234-235.

了十分巨大的影响。在边沁的著作里，从法的正当性的来源到立法的主要任务，乃至全景监狱的设计，产生了一个逻辑完整的法哲学体系。谓之完整，原因在于，在他的理论学说里，边沁为法的正当性问题提出了相对独立甚至排他的阐述路径和评价指标。通过对他的法哲学理论进行考察，能够有效把握功利主义在法正当性问题上的思想脉搏。笔者个人以为，在这其中最关键的要点，是他用经验性的价值标准来衡量法的正当性。在本部分中，笔者将就这种看待法正当性问题的视角进行分析。

（二）在法正当性问题上的要点

拉德布鲁赫曾将法的理念分为三大类，分别是法的正义性、安定性及合目的性，其中正义的核心在于平等，这三种理念处于相互制约乃至矛盾的关系之中，拉德布鲁赫谓之法理念的“二律背反”（Antinomien），意指各自成立而又相互冲突的命题。[41]以此观之，功利主义法哲学通过对法的“合目的性”理念高扬，将法的正当性与实践理性的实用主义运用紧密联系在了一起，从而削弱了法在价值层面与道德的联系。这是边沁功利主义法哲学的首要特征，是他对后世学界影响最大的思想遗产，也是他的法哲学理论中最充满争议的内容。总体来看，在法的正当性问题上，边沁功利主义法哲学有以下几方面的要点。

首先，休谟的经验情感主义价值理论对边沁有着十分显著的影响。正如上文已指出，在休谟看来，人类的实践行为的最终指导能力是情感和欲望而非理性,理性对于实践活动的意义仅体现在对有效手段的寻找。不难发现，休谟这种观点的实际上等于解构了实践理性道德和伦理角度的运用,仅就实用主义的角度理看待实践理性。以此为起点和路径，边沁为法哲学乃至实践哲学构建起了一个全新的解说体系。在这个体系里，边沁首先在人类学上对人的行为规律作了一个设定，他认为统治人类及其行为的不是理性而是两种感觉：痛苦和快乐。他指出：“大自然把人类放置在两位主人的统治之下，它们是痛苦和快乐。二者不仅指导着我们了应当去做什么，也在事实上决定了我们将会做什么。痛苦和快乐的权威一方面构成了对与错的标准，另一方面也连接着原因和结果”。[42]以这种设定为基础，边沁进一步推导出了功利作为判断人类行为正当性的标准，而何谓功利，边沁指出：“功利指客体的某种属性，这种属性能够为相关团体带来好处、愉悦或快乐，或能够避免损害、痛苦、邪恶或不快乐的发生”。[43]以此为基点,他又进一步推演出功利原则（principle of utility）：“以增加或减少所涉及人员之幸福作为赞扬或谴责判某种行为的标准”。[44]那么，这里的关键是某种个体的幸福还是多数人的幸福？对于这种疑问，边沁的回答是：“最大多数人的最大幸福是判断是非的标准”。[45]在边沁一整套极为清晰的推理思路中，他

---

[41] Vgl. G. Radbruch, Rechtsphilosophie, 6. Aufl., C. F. Müller(2003), S. 73.

[42] See J. Bentham, “An Introduction to the Principles of Morals and Legislation”, in The Works of Jeremy Bentham. Vol. 1. Russell & Russell Inc.(1962), p. 1.

[43] 前引 41，J. Bentham 文，第 1-2 页。

[44] 前引 41，J. Bentham 文，第 1 页。

[45] 前引 41，J. Bentham 文，第 227 页。

用自然必然性置换了道德应然性，作为法哲学的价值根基。

其次，边沁对于功利原理的可适用范围有着非常乐观的看法，他明确指出："在任何场合不符合功利原则的其他原则无一例外都是错误的"。[46]因此，边沁认为，功利原则不仅是判断个人行为正当与否的标准，也是判断公权力种种制度性安排是否正当的指标。[47]如此一来，功利原则就被赋予了极其鲜明的法哲学色彩。在这个原则看来，适合被当作法律制度正当性基础的不再是正义的观念，而是功利的标准，他甚至认为法律制度就是功利主义改革的工具。[48]这就等于在法的正当性问题上作出了一种解释，在这种解释中，法不再与人类实践理性道德角度的运用相联系，而是从实用主义角度的运用来获取规范性资源。与此同时，对于功利主义法哲学来说，合目的性而非正义或公正的理念成为法的首要目标。而这种目的也单一明了，那就是大多数人的幸福。政治上，法国和美国狂热的革命曾令边沁恐慌，在他看来，这正是某种普遍主义之道德要求的不良后果。与此不同，边沁认为，评价实证法正当与否的标准不在于其是否符合某种体现平等或公正之理念的道德要求，而是看它能否满足促进幸福的需要，他指出："所有法律制度的目的都是或应是增加社会总体上的幸福，并在与此同时努力消除造成破坏幸福的因素"。[49]

第三，边沁对启蒙时代的自然法学说持反对态度。在西方法哲学的思想背景中对法的正当性问题进行讨论，很难避开自然法学说，对该问题有所建树的法哲学家基本都会对自然法学说表明态度，根据所处年代的不同，他们所面对的自然法学说具有不同类型的理论表现。边沁的功利主义法哲学也不例外，鉴于所处的年代，他在法的正当性问题上对启蒙时代的自然法学说也发表了一些评论，这些评论大多具有批判性。他认为，在格劳秀斯、普芬道夫等启蒙法哲学家的著作里，自然法是一个含混不清的概念，是一个能进完全不同甚至截然相反之事物的杂物袋，他还曾将自然法学说称为"费解的幽灵"。[50]边沁之所以对自然法这一概念颇有微词，原因在于他坚持认为，主导人类行为从而能够为现实制度提供正当性基础的，是趋利避害的本能需求和情感特征，这种本能导致了是否能够促进大多数人的幸福，才是社会制度正当与否的标准。在边沁看来，被启蒙自然法学说高扬的理性、公正和正义等概念乃是故弄玄虚，他实在无法理解格劳秀斯等启蒙思想家为何不直接使用"功利"的概念，而偏要使用这些令人费解的词汇。究其根本，边沁认为人类追寻快乐逃避痛苦的情感特征足以胜任正当化社会制度的任务，自己这一套建立在情感和本能之上的功利主义理论已经足以解决法的正当性在学术层面的所有问题，根本就不需要再使用自然法学说的解释路径。边沁还曾提到，有论者虽在一定程度上赞同功利原

[46] 前引 41，J. Bentham 文，第 4 页。
[47] 参见前引 41，J. Bentham 文，第 1 页。
[48] 参见[英]韦恩·莫里森：《法理学》，李桂林等译，武汉大学出版社 2003 年版，第 199 页。
[49] 前引 41，J. Bentham 文，第 83 页。
[50] 参见前引 41，J. Bentham 文，第 150 页。

则，也认识到情感对于人类实践活动的重要指导作用，但还是无法满足于将法的正当性问题最终归结为一个情感问题，因此，他们一定要将这种情感特征解释成某种“自然法”的表现，对于这个在功利主义看来横生枝蔓的概念，边沁既不理解，也不赞同。[51]

第四，边沁虽然认为法的正当与否的标准在于其是否能够对社会普遍幸福有所增进，能否对引起有碍幸福之后果的行为进行有效地阻止，但是他的理论在某些方面却具有分析实证主义法学的色彩，而后者向来坚持法之规范效力自立的理论纲领，反对或至少不赞赏将法的效力与法之外的某种社会因素相结合的做法。边沁与分析实证主义的联系体现为以下两点。首先，边沁对法的渊源持一种意志主义的立场，他认为法是主权者所表达或所采纳的意志集合；其次，在法的安定性价值与被他高扬的功利原则之间的关系问题上，他认为即使立法机关通过的法律制度明显地违背了功利原则，任何法官也无权以功利原则为理由拒绝适用该制度。[52]综合上述两点可以看出，边沁试图通过功利原则为法赋予的正当性只是一种较弱意义上的正当性，该种正当性并不与法的规范效力相连，亦即是说，按照边沁的主张，在法明显缺乏功利角度之正当性时，法律制度作为法的规范效力仍然存在，即为俗称的“恶法亦法”。或许边沁已然隐约意识到，通过实践理性实用主义角度的运用，建立在“合目的性”理念之上的功利主义正当性虽然可以正当化某种现实的制度，但是它的规范性内核并不足够坚实，并不至于以其为标准否定法的形式性规范效力，付出制度安定性的代价。边沁功利主义法哲学的这个特征导致亦有后世学者亦将其归入分析实证主义法学的谱系。[53]笔者个人以为，在边沁的理论中存在功利主义与分析实证主义之间的张力，这种张力产生的根源，正在于边沁试图摆脱道德仅通过实践理性实用主义的运用为法的正当性奠定基础的理论进路。

最后，做一个比较性的观察和分析，这有助于更清晰地展现功利主义法哲学的思维特征。在法的正当性问题上，与德国历史主义法哲学相比，以边沁为代表的功利主义法哲学对启蒙时代的自然法学说采取一种较为温和的反对态度。这或许是由于，在边沁看来，以普遍道德要求为纲领的启蒙自然法学说虽然显得有些不得要领甚至多此一举，但这种理论设计并不至于会对功利主义的解释路径构成过于直接的威胁。这其实正说明了功利主义和启蒙自然法学说并不是在讨论同一个层次上的问题。这其中的理论根据并不复杂，上文在对实践理性的三种运用类型进行说明时业已提及。与伦理和道德角度的运用相比，实用主义运用所能够提供的规范性资源处于一种相对性很高的层次，这种规范性资源依附于某种充满偶然性的现实目的，只

[51] 参见前引 41，J. Bentham 文，第 9 页。
[52] 参见前引 47，韦恩·莫里森书，第 200-201 页。
[53] 参见[英]H. L. A.哈特：《法律的概念》，许家馨等译，法律出版社2006年版，第288-289页。不过，边沁功利主义法哲学试图从实证法之外的角度为法的实质正当性寻找基础，在这个对某种法哲学体系来说至为关键的要点上，边沁又与仅关注法的形式有效性的分析实证主义主流立场又存在显著差异。因此，笔者个人以为，对边沁的法哲学来讲，功利主义是较分析实证主义远为重要的特征。

能在一个较为短暂的时期之内具有规范影响力。亦即是说，在很多情况下，在人们从实用主义的角度运用实践理性从而努力实现某种充满偶然性的目的时，该种目的所附带的各种手段性要求，并不会与理性主体本身的道德与伦理需求产生实质性的冲突，而在历史主义法哲学那里情况就完全不是这样了。在实践理性的结构中，与实用主义的考虑相比，就恒常性与稳定性来讲，伦理话语与道德话语的同质性更强，甚至在很多情况下，对于特定现实制度的正当性来说，某种虽具有民族特殊性但却长期有效的伦理观念能够发挥与道德话语更具相似性的功能，反过来看，某种附带普遍性要求之道德标准的引入，也会对特定民族之伦理观念作为构建现实制度正当性基础的地位造成直接威胁，甚至将其取代和置换。启蒙时代自然法学说对实证法提出的种种具有普遍性要求的道德诉求，将在德意志民族性伦理目标与其种种现实制度设计之间形成屏障，这是德国历史主义法哲学家所不能容忍的。这个道理通过以下对比性事例可以得到印证。我们知道，“第三帝国”通过“公民身份法”禁止犹太人拥有德国公民的身份，禁止其参加几乎所有类型的专业性工作，比如教育、卫生和政治。这项制度的只有通过纳粹德国民族性的伦理标准方可被正当化，犹太人在这种伦理标准之下被排除出了德意志民族精神的共同体。我们也知道，在当代社会，大部分国家的道路交通法通常规定，直行车辆的通过权优先于转向行驶的车辆，[54]在边沁看来，该项制度的正当性在于它能够增加大部分机动车驾驶员的幸福指数，原因在于，在通常状态下，相对于转向行驶来说，直行的车辆数目似乎更多一些，代表着更多人的利益，对直行与转向行驶的关系做这样的规定，似乎更加有利于增加社会的幸福总量，这或许会是功利原则在交通法上的一种要求。但是，边沁并不会坚决地反对将交通法上这种在他看来纯属出于功利考虑的规定，解释为某种普遍道德原则的要求，例如，从直行与转向车辆之间利益纠纷的角度考虑，在道路资源有限的情况下，相对于直行，转向是一种更容易对行人和其他车辆造成无法预期之威胁的驾驶行为，因此需要履行更为严格的注意义务。他只是认为，对于这种制度的正当性来说，基于幸福总量的功利考虑已经具有充足的论证能力，完全没有必要为其寻找道德上的根据。而对于“第三帝国”的“公民身份法”来说，只有根源于德意志特殊历史传统的民族性伦理标准，才能正当化将不同种族之德国公民作区分对待的制度规定，某种普遍主义的道德原则将会对这种制度的正当性构成实质性的破坏，因为犹太人和纯种雅利安人在道德的语境中并没有任何具有相关性的差异。在法的正当性问题上，边沁功利主义法哲学的实用主义路径与德国历史主义法哲学的伦理主义路径，对启蒙时代自然法的道德主义路径均持消极态度，而批判的激烈程度却大不相同，原因正在于，对于二者来说，以普遍性要求为根本的道德话语具有不同程度的拆解能力。

[54] 实例可见《中华人民共和国道路交通安全法实施条例》，第五十二条第三款，2017 年 10 月修订。

（三）相关障碍及困境

边沁以大多数人的幸福为判断人类实践行为正当性标准的观点奠定了功利主义法哲学的基调，这种功利原则对后世功利主义法哲学家产生了至关重要的影响，比如密尔亦认为，一种能够增进幸福的行为就是正当的，反之则是不正当的。[55]上文已指出，功利主义法哲学为法的正当性提供的解释路径依赖于实践理性实用主义的运用。原因在于，在这种路径中，法律制度内容上的正当性取决于它作为促进特定类型之幸福的有效工具所拥有的手段性价值。能够增加特定人群幸福指数的某种经验性目的，是这种正当性得以成立的根本性前提。因此，对于法的正当性问题来说，边沁将法的“合目的性”理念置于较“公正”和“善”等道德、伦理理念远为重要的地位。不得不承认，功利主义法哲学的这种理论路径在某些特殊的法律问题上，具有其他法哲学理论形态所不具有的解释力。比如，我国的交通法规定机动车在行驶过程中，驾驶员必须系安全带。对于这个规定的正当性基础来讲，道德和伦理的解释远没有功利主义的解释更为有效，因为从道路交通本身的规律来看，机动车驾驶员是否系安全带纯然只关乎他自身的安全问题，与道德和伦理似乎并不直接相关。这说明了在正当化现实法律制度这个问题上，与道德原则和伦理观念相比，功利主义的标准在一些特殊的制度语境中确实具有比较明显的优势。但是，交通法有关安全带的规定在法律体系中毕竟有着十分突出的特殊性，现代人并不乐于接受法律制度时时处处扮演专制家长的角色，即使这种专制富含善意。笔者个人以为，在法的正当性问题上，以边沁为代表功利主义法哲学大致存在以下几点问题。

首先，边沁继承休谟的立场，认为是情感和本能而不是理性决定了人们对目的的选择，这相当于认为实践理性只具有寻找针对特定目的之有效手段的能力，大大削弱了实践理性的规范性内涵。这种观点导致在边沁的学说中，能够为现实法律制度提供正当性基础的只有实践理性实用主义的运用，而忽略了伦理和道德角度的运用。这无异于承认，法律制度只能拥有作为某种特殊手段的可利用性。原因在于，在边沁的理论中，能够正当化现实社会制度的标准是以人类幸福为核心要求的功利原则，而何谓幸福却是一个见仁见智的问题，不同的人对于幸福的理解往往具有十分明显的差异。在这种情况下，谁的幸福应该具有证成功利原则的权威性？对这个疑问进行回答已经超出了边沁功利主义法哲学能力范围，这是因为，在追求最大多数人最大幸福的功利原则看来，幸福仅在量而非质上具有相关的程度乃至优劣之分，亦即是说，功利原则并不能决定何种幸福是正当的，这种正当的幸福足以对抗其他“不正当”的主张，那些“不正当”的主张同样在以幸福为理由向现实法律制度提出种种要求。导致边沁功利主义法哲学陷入这种困境的原因在于，从边沁著名的功利原则出发，“正确”（right）与“好”（good）的区别被抹杀了，[56]但凡某种制度能够促

[55] 参见前引 39，J. S. Mill 文，第 186 页。

[56] 罗尔斯对功利主义的这一思维特征曾有精当解读。See J Rawls, A Theory of Justice, Original Edition, Belknap Press of

进特定社会的某种“好”,那么该种制度就是正确的，就应该获得正当性。而问题始终在于，以幸福为主要表现的“好”虽然可以量化，但“正确”却并不能被量化，以“正确”为视角观之，十个人的幸福并不比一个人的幸福更正当。若以孟子的学说看来，功利主义法哲学难免具有“不辨义利”的特征。有论者具有启发性地指出：“大凡专制统治者往往假借集体利益之名，要求个人牺牲其福祉乃至权利。如果我们不承认‘义’有独立于‘利’以外的标准，则纵然我们坚持以利为标准，亦无法使个人的福祉与权利免受侵犯。”[57]因此，不得不承认，法的正当性这种“义”，其根本内核并不能被置于某种“利”之中。概而述之，边沁功利主义法哲学这种对“正确”与“好”不加区分的做法，导致他的法正当性学说呈现出道德中性的色彩，这使其在某些不能量化的实践问题上呈现出相当疲软的状态，难以在某种“公利”面前为本属正当的“私权”留出足够的话语空间。

其次，边沁认为，大多数人的幸福是现实社会制度正当性的标准，那么，我们是否可以做这样的理解，在边沁的潜台词里是否隐含着一种观点：少数人的权利是可以被忽略的？让我们来猜测一下边沁将会怎样回答这个问题。他或许会说，与多数人的幸福相比，少数人的幸福显得没有那么重要。但是，这个论断本身仍有待被论证，原因在于，在一般人看来，权利本身是并不能被量化的，亦即是说，一个人的权利和一群人的权利并没有质上的差别，一个人并没有义务为了一群人而放弃自己的权利。幸福虽然可以量化，但将权利作量化比较的做法却很难被常识所认同。而且，从实践哲学上讲，边沁的功利原则并不具备将该种常识推翻的能力，这是因为它们并非处在同一个实践理性的运用层次上。如此一来，边沁就必须在功利原则之外去寻找其他更具规范性的论据来正当化自己的上述回答。显然，这个时候能帮助他的只能是某个具有普遍性主张的道德原则，而不再是关于幸福或者功利的原则。为了能够帮助功利主义法哲学走出困境，这种有关道德的原则或许应该表现为：在必要的时候，法律制度可以为了多数人的幸福而做出牺牲少数人权益的规定。让我们暂不论该原则是否正义，从逻辑上看，这里的关键在于，如此原则已经与边沁的功利原则无关了，因为它已然超出了实践理性实用主义运用所能提供之规范性资源的领域。不得不承认，对于功利主义法哲学来说，在功利原则之外，边沁如果找不到一个具有道德意义的判断标准，他很难证成自己对少数和多数区分对待的做法。原因在于，在普通的道德常识中，权利本不是可以被量化的事物。若从韦伯有关合理性的理论来看，以功利原则为基础的功利主义法哲学只能解答目的合理性意义上的问题，而一旦价值合理性的行为者和思考者产生与权利论有关的疑问，它就无能为力了。这种缺陷显示出功利原则在论证现实法律制度正当性的问题上对某种非功利主义之道德原则的深层依赖，也显示出功利主义法哲学的软肋。这个软肋产生的

Harvard University Press（1971）, pp. 24-26.

[57] 参见李明辉：《儒家与康德》，台北联经出版事业股份有限公司 1997 年版，第 151 页。

最终根源在于，从逻辑学和语义学上讲，人类希望获得幸福这一的纯粹心理事实并不具有支撑功利原则的规范内涵。

第三，边沁将法律制度的正当任务归结为四项：保证公民的生计、富裕、平等和安全。[58]显然，我们可以在这四项任务之外找到更多本属于法律之任务的项目，比如自由、民主，等等，边沁这种对法之任务的划分并非周延。其实，这种不周延是必然的。原因在于，被边沁当作法的正当性之基础的功利标准以人类幸福为指向，而不同时代和群体中的幸福观是具有显著差异的，这导致秉持不同幸福观的人对法的正当性有着不同的要求和理解，某些在边沁看来对于法律制度具有突出重要性的任务，在别的人那里可能就显得并非那么重要。人们对幸福的理解本身就是一个充满偶然性和变动性的思想观念，试图以此为基础为法正当性构建说明性或论证性的框架，未免违背了实践理性的规律。不得不承认，建立在实践理性实用主义运用之基础上的功利原则，并不适宜被当作法正当性的真正基础。

最后，但并非不重要的一点，功利原则的可操作性存在瑕疵，以它来解释现实制度的正当性问题，常会遇到难以逾越的技术性障碍。何谓最大多数人的最大幸福？这一标准的可适用性有多大？与功利主义法哲学以上几点障碍相比，这一不足虽然显得充满了技术性的色彩，并非处在逻辑硬伤的层面上，但它绝非无关功利主义的痛痒。原因在于，稍作细究，不难发现，其实只有在各种相关条件甚为单纯的语境中，幸福才是可以被量化考量的事物。一旦情况变得稍微复杂一些，功利原则就成了一个很难被适用的标准。例如，我们可以根据功利原则毫不犹豫地判断，一个人得到十元钱比只得到一元钱更为幸福，但是，如果要将十元钱的在十个人之间进行分配，从十个人一人一元，到一个人独占十元，这其中有着很多种分配方案，是一人独占十元的幸福感总量大，还是每人分得一元的幸福感总量大？我们很难判断哪一种方案能够使得这十个人的总体幸福指数达到最大值。从这个角度来讲，以实践理性实用主义运用为隐性基础的功利主义法哲学，与法正当性问题上其他类型的学说相比，似乎又难以发挥实用这个看似唯一的优势。或许，这种困境也是曾经长期困扰边沁的无解难题。

（四）小结

以边沁为代表的功利主义法哲学产生于自由放任资本主义萌芽的时期，总体来说，功利主义法哲学是将经济理性人的个人选择原则扩展至法和道德领域的产物。对于这个时代背景来讲，最重要的理论基础莫过于资本主义鼻祖亚当·斯密的思想，他的《国富论》被誉为现代经济学的先驱，不仅为英国工业革命提供了重要的理论指导，为资本主义和自由贸易奠定坚实的理论基础，也成为了当时英国社会的文化坐标。斯密曾与他的好友休谟一道，指引着苏格兰启蒙运动思想方向。《国富论》

[58] 参见[美]埃德加·博登海默：《法理学——法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 1999 年，第 106 页。

这本著作的核心观点在于指出，自利是人类行为的指引动机，人们通过自利活动在自由市场中进行交往，这种种交往行为被自由市场中“看不见的手”所协调和操控，最终起到促进资本主义经济发展的作用，现代经济学一般将斯密的这个理论俗称为“主观为自己，客观为他人”。这可谓斯密经济学理论中最巧妙的设计之一。为什么人类纯粹出于利己考虑的经济行为能够在客观上起到利他的作用？斯密何以认为，追求个人利益最大化的行为能够导致普遍的公共利益？这里的关键在于那只反映客观经济规律的无形之手，在这只手的操控下，利己主义的人性观展示出了积极的一面，“主观为自己，客观为他人”的经济行为就变成了现实。如斯密指出：“在许多情况下，有一只看不见的手引导着投资者去努力达到一个他本无意达到的目的，这个目的并不会因为投资者对其无意识而受到消极影响，他虽然仅追求自己的利益，却往往对社会利益发挥着促进作用，这种促进作用甚至比他直接出于本意的社会行为更加明显”。[59]在斯密看来，这只“看不见的手”使价格接替了道德的结构性使命，使本不高尚的动机具备了促进社会进步的崇高力量。

斯密经济学理论中这种“主观为自己，客观为他人”的思想对边沁产生了不可小视的影响，后者以功利原则为基础为现实社会制度构建正当性基础，这种功利原则的人类学前提正是追求自身幸福的经济理性人。在边沁的学说看来，功利原则是大自然赋予人类的礼物，经济理性人追求个人幸福这一事实已经为法律制度的正当性提供了坚实的基础，人们并不需要绕开这一事实去另外寻找道德原则。功利原则就是这一事实应用到全社会的有效产物。在以功利原则为正当标准的社会制度框架中，经济理性人追求各人幸福的各种行为也同样会产生“主观为自己，客观为他人”的良好效果，似乎法律制度的运作过程中也存在一只“看不见的手”。遗憾的是，现代经济学反思性的发展已经有说服力地揭示出了一个道理：在单独作用的情况下，自由市场中“看不见的手”必然引起市场失灵的问题，它集中表现为市场无法有效地在个体利己行为与公共利益的优化和增殖之间建立联系，而这种失灵并不仅仅由于信息不对称对无形之手的作用过程产生了干扰，在很多情况下，它来源于这只手本身所具有的某种缺陷。[60]这种缺陷的根源在于，自由资本主义的经典学说将人看作纯粹经济理性的动物，在这种人性观的关照之下，被斯密所推崇的那只“看不见的手”才

---

[59] See A. Smith, An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, Vol. 1, Oxford University Press（1976）, p. 456.

[60] 排除道德视角，仅从经济动机入手难以构建良性的社会秩序，近年来实验经济学和行为科学令人瞩目的发展在这方面提供了具有论证力的证据。最为著名的当属围绕以色列海法(Haifa)日托幼儿园的实证性研究。在这种日托幼儿园中，只有所有的孩子都被接回家以后，幼儿园的老师才可以下班。面对家长疏于在傍晚准时接孩子回家的普遍问题，海法的多所日托所幼儿园联合起来决定向来迟的家长收取罚金，以激励他们准时来接孩子。但事与愿违，当罚金制度施行后，家长大幅度地延长了迟到的时间。这一令幼儿园工作人员费解的现象产生的原因在于，收取罚金的行为将本属于道德范畴的问题变成了一个交易问题，吸收了家长们在迟到时本还承受着的道德压力，在一定程度上正当化了迟到的行为。这个有趣的现象隐含着一个有关人类行为规律的深层道理，它告诉我们，人并不是完全意义上的经济理性主体，也并非每时每刻都遵照自利最大化的行为模式，在很多情况下，将道德因素遮蔽，以自利最大化为预设对人类行为进行规制，甚至产生适得其反的效果。See U. Gneezy & A. Rustichini, “A Fine is a Price”, The Journal of Legal Studies, 2000, 29 (1), pp. 10-16. 作者此处作了一个意味深长的判断：“一旦商品的观念被引入，那么所有的因素就都成为了‘商品’”（Once a commodity, always a commodity）（本注前揭文第 16 页）。

能发挥真正独立的作用，而人恰恰并不仅仅是一种经济的存在，甚至在很多时候他都不主要是或不首先是一种经济的存在，人的理性也绝不仅有功利计算的一面。多种现象表明，在人的天性中，始终存在着一种不可动摇的倾向，导致他对利益以外的事物有着不可磨灭的追求。经济理性的人性观在经济学中已经受到了多方面的反思和置疑，与经济领域的运行逻辑相比，人们对法律制度往往有着更强的规范性理解，这种规范性理解更非此种人性观所能单独支撑。因此，如果我们把各种制度设计的正当性标杆排他地建立在功利最大化的基础上，势必破坏人们对法所抱持的规范性理解，引起形形色色的“法律失灵”现象。概而述之，以边沁为代表的功利主义法哲学以纯粹经济理性的人性观为基础，试图以功利代替权利，为法的正当性构建理论上的基础，这不利于维护人们对实证法本应具有的规范性理解。如果我们不愿意将正当性等同于可利用性，那么这种规范性理解其实正是构成法正当性的根本前提。功利主义法哲学的种种问题有力地提醒我们，试图排除道德视角，仅以实践理性实用主义的运用为规范渠道，难以对法的正当性问题做出令人满意的解答。

结论

围绕法的正当性问题，以实践理性三分法这一较为晚近的理论工具为逻辑框架，本文对西方法律思想史中的相关学说进行梳理，有针对性地抽取了历史主义与功利主义法哲学与实践理性伦理和实用角度的运用途径相对接，以便在实践哲学的大背景中建构去道德化视角下法正当性问题的思想史模型，从而最终为彰显法正当性问题道德面向的重要性寻找思想史论据。本文的分析表明，当我们试图在某种去道德化的立场中排他性地建构法的正当性的时候，多种类型的经验瑕疵乃至逻辑瓶颈将变得难以避免。这其中的深层原因在于，由道德规范和道德意识等因素所构成道德话语，以其独特的说理性优势，在实践理性的深层结构中处于无法置换的地位，而该种优势正是实证法在面对现代人的正当性追问时所无法回避的规范性背景，离开了该种背景，我们所成就的将不再是真正意义上的正当性，而是合理性、有效性乃至可利用性。或可以为，在这种规范性背景中，法与道德之间的古典联系，是在法正当性这个历久弥新的经典问题上展开当代创新的思想史基础。

“实现正义”视阈检察责任的法理逻辑

武 艳[1]

【摘　要】2018 年修订的《人民检察院组织法》第八条明确规定：人民检察院实行司法责任制，建立健全权责统一的司法权力运行机制。权责统一不仅是政府权力应当遵循的基本原则，也是检察权运行的必然要求。实践中检察权独立行使与检察责任的某些冲突顽强地延续着固有的脉络而造成二者的背离，权责的不相统一引起了“问谁之责”的现实困境。如何化解检察权独立行使所受到的束缚，消除检察追责的苍白无力，关键在于实现检察权依法独立行使与依法受制的有机统一。在坚持检察权依法独立行使的逻辑起点上审慎构建符合职业运行规律的检察责任机制。要完成检察官为所有人“实现正义”的目标，就需要落实检察责任，而落实检察责任，则必须以检察权的独立行使为前提。

【关键词】检察责任；权责统一；检察权独立行使

要深化司法体制改革，深入研究司法责任制综合配套改革方案，加快构建权责一致的司法权运行新机制。

——习近平“加强党对全面依法治国的集中统一领导 更好发挥法治固根本稳预期利长远的保障作用”[2]

各国应保证司法机关的独立，并将此项原则正式载入其本国的宪法或法律之中。尊重并遵守司法机关的独立，是各国政府机构及其他机构的职责。司法机关应不偏不倚、以事实为根据并依法律规定来裁决其所受理的案件，而不应有任何约束，也不应为任何直接间接不当影响、怂恿、压力、威胁、或干涉所左右，不论其来自何方或出于何种理由。司法机关应对所有司法性质问题享有管辖权，并应拥有绝对权威就某一提交其裁决的问题按照法律是否属于其权力范围作出决定。

——《关于司法机关独立的基本原则》第七届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会 (一九八五年八月二十六日至九月六日在米兰举行)通过，经联合国大会一九八五年十一月二十九日第 40/32 号决议及一九八五年十二月十三日第 40/146 号决议核可。

对检察官违纪行为的处理应以法律或法律条例为依据。对检察官涉嫌已超乎专业标准幅度的方式行事的控告，应按照适当的程序迅速而公平地加以处理。检察官应有权利获得公正的聆讯。这项决定应经过独立审查。针对检察官的纪律处分程序应保证客观评价和决定。纪律处分程序均应根据法律规定，职业行为准则和其它已确立的标准及专业道德规范并根据本《准则》加以处理。

---

[1] 基金项目：国家社科基金重点项目（18AFX002）、最高人民检察院课题（GJ2015C31）、2016 年度江苏省研究生科研创新（实践）计划项目“司法公正的社会认同研究”
作者简介：武艳（1984-），女，江苏南京人，扬州大学中国法律文化与法治发展研究中心研究员，江苏省金坛区检察院员额检察官，最高人民检察院调研骨干人才，研究方向为检察文化、司法制度、社会治理。
[2] 2018 年 8 月 24 日习近平主持召开中央全面依法治国委员会第一次会议并发表讲话。

——《关于检察官作用的准则》1990 年 8 月 27 日至 9 月 7 日第八届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会通过

随着《刑事诉讼法》的修改实施，《人民检察院组织法》以及《检察官法》也相继通过修订，这些法律的不断调整，不仅是对十八大、十九大以来司法体制改革、检察制度改革成果的确认，也对完善检察权运行机制，保障人民检察院依法履行职责，落实检察官办案责任制，具有深远意义。十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》提出“健全司法权力运行机制”，并把“完善主审法官、合议庭办案责任制，让审理者裁判、由裁判者负责”作为健全司法权力运行机制的重大举措。习近平总书记多次强调，要紧紧牵住司法责任制这个牛鼻子，凡是进入法官、检察官员额的，要在司法一线办案，对案件质量终身负责。法官、检察官要有审案判案的权力，也要加强对他们的监督制约。[3]长期以来检察问责面临棘手难题，表现为司法实践中检察官依法独立办案与依法独立追责之间的某些困境。问谁之责、如何问责的诘问常常陷入一种怪圈：一方面，检察官无法在职权范围内对案件作出独立决定从而造成责任追究效果的不可分割性，另一方面，不科学的问责追究束缚了检察官的独立裁决，不敢捕、不敢诉的顾虑又重新回到了问谁之责的难题上。

权责统一首先是在行政法领域发展起来，是政府权力应当遵循的基本原则，任何公权力都应当处于责任状态。检察责任的构建与完善，同样是权责统一原则在司法权领域的重要体现和必然要求，是公权力运行共有原则与检察权运行具体特点所共同决定的。不仅检察权作为公共权力的重要组成部分，应当遵守“有权必有责”“权责相统一”的法治原则。此外，检察权所具有的独特运行规律，也要求检察官在判断某种特定行为是否构成犯罪时能够依照自己的内心确信，不得受到外在力量的干扰。

因此，如何做到既保证检察官思考与判断的独立性，又对其可能出现的越轨行为作出防范与制裁，关键在于实现权责的辨证统一，“要深化司法体制改革，深入研究司法责任制综合配套改革方案，加快构建权责一致的司法权运行新机制。”[4]检察院组织法也明确人民检察院实行检察官办案责任制，并规定检察官对其职权范围内就案件作出的决定负责。于是乎，落实责任与保障权力独立行使成为了一个硬币的两面，检察权的公正行使需要落实检察责任制，而落实检察责任，则必须满足依法独立行使的检察权力。

一、检察问责的现实困境

长期以来寄希望通过对检察行为实施责任追究从而实现检察权受制的场域，检察权独立行使与检察责任的某些冲突顽强地延续着固有的脉络而造成二者的背离，权责的不

[3] 习近平：“以提高司法公信力为根本尺度 坚定不移深化司法体制改革”，《人民日报》，2015-03-26(1)。
[4] 习近平：“加强党对全面依法治国的集中统一领导 更好发挥法治固根本稳预期利长远的保障作用”，《人民日报》，2018-08-25(1)。

相统一引起了问谁之责的现实困境：一方面，问责制度的不科学，错案追究酿造的上命下从无异于权力之上设置更大的权力，检察权的依法独立行使受到钳制，进而产生问谁之责的疑问；另一方面，检察官无法在职权范围内对案件作出独立决定又造成责任追究效果的不可分割性，由此检察机关内部的责任追究难以有效实行。

（一）问谁之责：检察问责制度难以承受之重

从已有的经历来看，为了司法的公正推行的各种各样的责任与约束，不仅没有有效起到维护公正的作用，甚至可能产生束缚检察官权力独立行使的效果。在检察权运行的系统中，检察官作为个体必然要受系统本身内部机制的制约，并对其负责。这些约束本身并不直接影响检察机关作为整体的独立性，但确切地说，这些约束着实影响了单一检察官的独立性，现实中责任机制的不科学常常为各种干预提供了条件。

检察权依法独立行使与受制在很大程度上是检察官自我界定的产物。就起诉职能而言，是否提起诉讼的审查是检察官内心司法确信的过程，凭借对证据和法律适用的内心确信，作出诉与不诉的选择。然而在这一点上，检察官作出选择时常受制于对办案责任的规避，而不是对证据和法律的内心确信。独立要求检察官必须有作为独立个体的内心信念，同样，司法约束的关键在于检察官在司法职能范围内接受具有约束力的程序，问题在于对错案追究的顾虑，造成检察官抛弃独立而选择免受责难。“例如，按最高人民检察院颁布的错案责任追究条例规定，一定要有主观故意或重大过失导致错案才追究有关人员的责任，但实践中只看结果不管原因的‘客观归罪’的做法居多。只要出现了无罪判决或撤销案件，有关人员就可能承担事实上的不利后果。”[5]因此，如果检察官内心确信一个案件其证据虽有瑕疵，但应该起诉，考虑到起诉的结果可能是宣判无罪，甚至有可能造成错案，这时基于办案责任的规避而违背内心的司法确信，检察官很可能将自主决定的案件提交员额会议或检委会，通过集体决议稀释责任。“只要办案人员不会从遵守法律程序之中获得实际的收益，反而要承受某种利益的损失，那么，他们就不可能具有确保法律程序得到实施的内在动力；同样，如果办案人员仅仅因为所作的处理决定被推翻，就要承受不利的考核结果，那么，他们为了规避这种考核结果，就会采取各种为法律所不容的变通做法”。[6]

再者，与责任追究直接关联的考核评估制度也潜移默化地影响着检察官的独立，上级检察院对下级检察院的考核以及各级检察院对内设机构的考核消磨了作为个体检察官的主动性与能动性。实际上，种种忽视、误解、误用、乱用案件质量评估制度的现象不仅使得案件质量的内涵与内在逻辑没能在具体实施过程中逐渐明晰，还造成了滥用程序、故意拖延等结果，[7]比如无罪率、捕后不诉率的要求导致对案件的客观评价演变为对办案结果的追求，原本作为事后评价的绩效指标蜕变为事先下达的工作任务指标，“绩

[5] 李建明：“刑事错案的深层次原因：以检察环节为中心的分析”，《中国法学》2007（3），第 33-46 页。
[6] 陈瑞华：《刑事诉讼的中国模式(第二版)》，法律出版社 2010 年，第 310 页。
[7] 钱大军、谢遥：“论案件质量评估制度的功能预期与超负”，《学习与探索》2017（5），第 84-89 页。

效考核结果直接与检察官奖惩、职务升降等职业利益相挂钩，一些检察官为了在绩效考核中获取考核利益、规避职业风险，往往倾向于遵行围绕考评指标所形成的‘潜规则’，忽视法定程序和制度目的的实现。”[8]

源于问责制度的不科学，甚至错案追究带来的“上命下从”，无异于权力之上设置更大的权力，它不仅违背权力运行规律，更造成对检察权依法独立行使的破坏。曾经各地检察系统纳入执法过程追责的情形包罗万象，批准逮捕后撤案、批准逮捕后以不构罪决定不起诉、起诉后判决无罪的以及撤回起诉后做无罪处理的刑事案件，应当抗诉而未抗诉、未获上级院支持的提请抗诉建议提请抗诉的民行申诉案件等。[9]这意味着检察机关一旦作出批捕决定，案件就要在审判中获得实刑，检察机关一旦决定起诉，审判后就务必确保有罪判决，这种唯结果论的问责标准不仅容易形成“批捕绑架起诉，起诉绑架判决”的闹剧，更忽略了检察官作为主体的内心确信。“‘唯一正解’的理论预设至少在当前智识环境下是不存在的，对‘有错必纠’思想的过分推崇反而会落入形而上学的陷阱。换言之，‘错案’无法被作为一个严格的法律概念，更难以成为案件的评价性范畴。”[10]

（二）无的放矢：检察责任缺乏独立机制

“有许多案件因为外部干预，你会发现追责的时候面临很大困境，你追这些法官的责，其实他们不过是牵线木偶，只是听命于上面的决定，死刑的判决是法院的审判委员会作出的，而不完全是那三个署名的法官做出来的。案件的重审根本不能归因于个别的法官，而是一个大的体制运行的结果。最大的问题在于，由 3 个法官组成的合议庭是不用对案件负终极责任的，那就意味着责任被弥散化，被分散到一个谁都不知道的地方去了。”[11]检察系统同样存在类似问题，长期以来如何调适检察一体与检察权依法独立行使始终之间的关系始终是跨不过去的坎儿，检察一体化是检察权运行的一项基本原则，检察官作为一个整体从事检察业务，检察官行使检察权必须保持整体的统一。2015 年 9 月最高检出台《关于完善人民检察院司法责任制的若干意见》，该意见规定检察长（分管副检察长）有权对独任检察官、检察官办案组承办的案件进行审核。检察长（分管副检察长）不同意检察官处理意见，可以要求检察官复核或提请检察委员会讨论决定，也可以直接作出决定。检察一体化与检察权独立行使之间天然的存在着某种冲突，实践也证明，改革前的基层检察官在办案中需要就程序性和实体性等事项向部门负责人、分管领导请示，重大疑难复杂案件还需要向检察长或检察委员会汇报，这其中涉及部门负责人、分管副检察长、检察长、个别案件还涉及检察委员会，由于各主体都介入到案件的处理之中，“审者不定，定者不审”的风险最终容易造成不同主体之间的权力界限不明、

---

[8] 董坤：“检察环节刑事错案的成因及防治对策”，《中国法学》2014（6），第 220-240 页。

[9] 张剑文：“法治思维下的检察机关自身监督制约机制重构”，载胡卫列、韩大元主编：《法治思维与检察工作：第九届国家高级检察官论坛论文集》，中国检察出版社 2013 年，第 619 页。

[10] 王会清：“从错案责任制到司法责任制：理念与机制上的嬗变考”，《湘潭大学学报（哲学社会科学版）》2019（3），第 53-58 页。

[11] 章山峰等：“我为什么揪住聂树斌案不放”， [2019-7-5].http://blog.sina.com.cn/s/blog_488663200102vfha.html，最后访问时间 2020 年 7 月 12 日。

司法责任不清，办案责任制无法得以有效落实。

这里一个比较重要的问题是，如何看待检委会决定案件的问题，实践表明检察委员会整体上是由办案经验丰富的检察官组成，他们对于案件处理的把关、确保案件质量具有重要作用，并且可以提供一些必要的约束。但往往事与愿违的是其中所蕴含的“审者不判，判者不审”的逻辑不仅不能保证监督主体对具体案件事实的认定和法律的适用必然比承办人更准确，同样还会遭受“集体负责”沦为“无人负责”的质疑。

检察权依法独立行使是强化检察责任制度的条件，按照权利义务相统一的原则，检察权的独立行使，意味着检察责任的独立承担。检察权独立行使有助于防止责任界限模糊，从而有利于加强检察官的责任感，提高司法活动的质量。[12]从本质上说，检察责任应当是个体化的，是建立在检察权独立行使基础之上，我们很难苛求一个不享有完全独立的检察官去承担完整的检察责任，然而实践中，缺乏独立制度铺垫的责任机制苍白无力，检察权运作的多方牵制和集体办案体制阻碍了检察责任的生成，因外部干预而导致的错案，党政领导不会承担责任，也不会追究办案机关的责任，因检察系统“或浓或淡”的集体决策造成的错案，也被稀释并弥散于内部的组织层级之中，总之，检察权行使的不独立性造成责任追究的不可分割性，检察责任因缺乏独立机制终究无的放矢。

二、依法独立行使与依法受制：检察权运行的一体两面

检察权作为我国宪法明确的一项重要权力，它在给社会带来福利的同时也给社会带来灾难，虽然相比较其他权力形态，检察权具有遏制权力异化的能力与装置，但它同样逃脱不了权力易被滥用的诘难，检察官同样逃脱不了人性之弱点的拷问。因而，在为检察权松绑之时亦是对检察权束缚之日，检察权的运行是依法独立行使与依法受制的有机统一。新修改的人民检察院组织法明确规定：人民检察院实行司法责任制，建立健全权责统一的司法权力运行机制。

（一）检察权的依法独立行使

依法独立行使检察权是权力分立这一现代宪政基本原则的体现与延续，权力分立意味着不同权力形态能够在其管辖范围内独立行使。我国宪法第一百三十六条规定：“人民检察院依照法律规定独立行使检察权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”检察权依法独立行使不仅是司法制度十分重要的内容，也是宪政体系必不可少的组成部分。

检察权依法独立行使是权力分立的必然结果。检察独立的理论基础在于权力分立，作为分权论的思想渊源，亚里士多德主张：“力图以中庸的原则，建构权力主体的交替，权力机构的分工，职能的细化及相应法律制度的配套措施，来消除实践中曾出现的或将来可能出现的权力扩张现象。”[13]他主张构成政体的三个基本要素分别是议事机能、行政机能和审判机能，其后史学家波里比阿进一步继承与发展了亚氏的思想，认为保证一

[12] 龙宗智、李常青：“论司法独立与司法受制”，《法学》,1998（12），第 35-39 页。
[13] [古希腊]亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆 1981 年，第 118 页。

个均衡、正常、稳定的国家结构需要国家权力之间相互配合，维持平衡。随着约翰·洛克《政府论》的昭然于世，处于萌芽状态的分权理论开启了一个崭新而伟大的命题——“三权分立”，赋予古老的分权学说以新的内涵与生命力。然而，洛克的分权理论事实上是二权相分，特别是在司法权问题上，尽管洛克主张执行司法的权力交由有资格的法官，但对于司法独立的问题并未提及。完整的“三权分立”理论是由孟德斯鸠提出的，“如果司法权不同立法权和行政权分立，自由也就不存在了。如果司法权同立法权合而为一，则将对公民的生命与自由施行专断的权力，因为法官就是立法者。如果司法权同行政权合而为一，法官便将握有压迫者的力量。如果同一个人或是由重要人物、贵族或平民组成的同一个机关行使这三种权力，即制定法律权，执行公共决议权和裁判私人犯罪或争讼权，则一切便都完了。”[14]

检察权依法独立行使是我国检察权属性的本质要求。我们不能仅局限于“三权分立”的理论禁锢，还需回归中国宪法文本、宪政实践。检察机关终究是“一府两院”宪政体制下独立的分支，宪法第一百三十四条规定：“中华人民共和国人民检察院是国家的法律监督机关。”自 19 世纪法国大革命之后，被誉为“革命之子”的检察制度正式诞生，它标志着控制警察的恣意和法官的擅断的制度设计孕育而生，检察制度历经百年，透过迂回曲折的制度变迁不难发现，尽管检察权时常呈现出普洛透斯似的脸，但作为专门性权力，始终不同于行政权、审判权与一般的监督权。在我国，一种人民代表大会制度下分设一府两院的权力模式赋予了检察权不同内涵，在这种一元的权力模式中，作为二级权力的行政与审判之间不具有制约与监督的当然属性，因此在彼此缺少权力关联链条，权力难于动态守衡的前提下，由人民代表大会产生的作为独立的国家法律监督机关的检察机关显得难能可贵，通过专门行使检察权，保持权力之间的分配与制约。[15]因而，检察权的专门性是一般权力所难以比拟的，检察机关的法律监督也是一种专门性的监督，“一方面，监督主体的垄断特点，即只有检察机关才是法律监督主体，也只有检察机关才能进行法律监督，另一方面，法律监督具有专门性的监督手段和技术。人民检察院组织法、刑事诉讼法、民事诉讼法、行政诉讼法等法律具体规定了检察监督的职权，根据这些规定，检察机关的监督手段具有很强的专业性。”[16]只有强化检察权在国家权力结构中的重要地位，才能确保法律监督的职责的充分发挥，检察权只有摆脱立法、行政以及其他社会力量的不当干预，才能保障法律的正确实施，维护社会的公平正义，维护国家法制的统一、尊严和权威。检察权及其行使上的超脱与独立是检察权存在的内在质的规定性和外在价值的体现。

（二）检察权的依法受制

但是一切有权力的人都容易滥用权力，这是万古不易的一条经验。检察权同样也是

---

[14] [法]孟德斯鸠：《论法的精神》(上)，张雁琛译，商务印书馆 2002 年，第 154 页。
[15] 樊崇义：“一元分立权力结构模式下的中国检察权”，《人民检察》2009（3），第 6-12 页。
[16] 韩大元：《论检察》，中国检察出版社 2014 年，第 16 页。

受制的，“一个法治国家是建立于对人性的先天弱点和后天劣性的客观把握基础之上的，它要求对公权力实施全方位的监控。”[17]检察权的受制不仅是权力制约的必然延伸，也是人权保障的现实需要。习近平总书记多次强调：“健全政法部门分工负责、相互配合、相互制约机制，通过完善的监督管理机制、有效的权力制衡机制、严肃的责任追究机制，加强对执法司法权的监督制约，”在我们的社会还没有洋洋得意到对委以重任的人不予节制与约束的情况下，防止权力腐败乘机作祟同样不能小觑。

检察权受制是权力制约的必然延伸。权力制约是权力分立的历史延伸，作为三权分立学说的创始人，孟德斯鸠认为权力不仅应当是分立的，还应当通过分立，实现以权力制约权力的目的，他认为：“政治自由只在宽和的政府里存在。不过它并不是经常存在于政治宽和的国家里，它只在那样的国家的权力不被滥用的时候才存在。但是一切有权力的人都容易滥用权力，这是万古不易的一条经验。有权力的人们使用权力一直到遇有界限的地方才休止。”[18]时任最高人民检察院检察长的张思卿在工作报告中也曾指出，“我在行事国家权力，错传、错拘、错罚、错调、错判我概不负责”的滞后观念尚未根除；“司法机关和行政执法机关的工作人员敲诈勒索、索贿受贿、贪赃枉法、循私舞弊等犯罪问题严重。”[19]然而二十余年过后，理念在不断更新、技术在不断进步，但权力不受制约所带来的恐慌与不安仍然没有完全消除。“苛政猛于虎”的古训让人们意识到“从事物的性质来说，要防止滥用权力，就必须以权力约束权力。”[20]

检察权受制是人权保障的现实需要。当张高平站在再审法庭上高呼：“今天你们是法官、检察官，但你们的子孙不一定是法官、检察官，如果没有法律和制度的保障，你们的子孙很有可能和我一样被冤枉，徘徊在死亡的边缘。”一幕幕“刀下留人”的场景历历在目，近些年报道的一些冤案都与权力的滥用有关。“与公安机关和人民法院相比，刑事诉讼中的检察机关承担着所有公诉刑事案件审前阶段逮捕措施的审查批准和所有公诉案件的起诉，由此决定了大多数刑事错案都与检察活动相关：不是在检察环节上发生，就是在检察环节上发展，”[21]事实上，作为检察官，应当在国家实践中扮演人权守护者的重要角色。“检察官不仅在执行法律方面起着关键作用，而且更重要的是在确保权利（当然包括人权）之全面有效方面发挥着重要作用。无论检察官在一个国家的刑事司法制度中具体承担什么样职责，他（她）都必须承担维护人权的职责。”[22]作为国家法律监督机关，检察权受制的制度安排是落实保障人权的重要手段，检察官必须遵循诉讼程序规则和司法行为规范确保相关当事人合法权益不受侵犯，并且对自身的行为失范承担相应的司法责任。

---

[17] 齐延平：“权力运行的底线道德与责任制度”，《法商研究》2000（6），第 16-22 页。
[18] [法]孟德斯鸠：《论法的精神》(上)，张雁琛译，商务印书馆 2002 年，第 154 页。
[19] 燕振安：“论错案追究制”，《政法论坛》1995（1），第 30-32 页。
[20] [法]孟德斯鸠：《论法的精神》(上)，张雁琛译，商务印书馆 2002 年，第 154 页。
[21] 李建明:“刑事错案的深层次原因：以检察环节为中心的分析”，《中国法学》2007（3），第 33-46 页。
[22] 国际检察官联合会：《检察官人权指南》，杨宇冠、李立译，中国检察出版社 2005 年，第 1-2 页。

检察权的良性运行不仅强调权力依法独立行使，更在乎权力背后潜存着的对权力进行自我完善的装置，这就是权力受制。既寻求检察官主体既能够独立裁决，也能够为自己的失范行为独立承担法律责任。检察权是依法独立行使与依法受制的有机统一，依法独立行使是检察权运行的前提，而权力依法受制则是制约与保障。

三、检察责任机制的构建

检察权运行过程中，依法独立行使与依法受制之间的辩证统一是不争的事实，即便两者之间的矛盾与危机还交织在一起，但维护司法公正的共同使命需要两者的同步与统一。此次检察院组织法修改明确要求建立健全权责统一的司法权力运行机制，检察官在职权范围内就案件作出决定，并以此实行检察官办案责任制。在坚持检察权依法独立行使核心职能的前提下审慎构建符合职业运行规律的检察责任机制。

（一）检察责任的逻辑起点：检察权独立行使与制度保障

职业化的责任制度在反作用力上对权力独立行使是一种保障，相反，检察权依法独立行使则使得责任变得愈加清晰，唯有检察官在其职权范围内能依法独立作出决定才能使制约权力作出决定的责任机制发挥作用并贯彻到底。因此，检察权依法独立行使能否在制度实践中表现出来，需要通过作出的一次次裁判来彰显，而具体的裁判行为又是个体的检察官来实施，因此，检察权的依法独立不仅意味着人民检察院依法独立行使检察权，更意味着检察官依法独立作出起诉、不起诉、批准逮捕、不批准逮捕等裁判。

1.检察权依法独立行使之根本

作为司法独立的本质要求，检察权依法独立行使是现代检察制度的主要特征之一。当前，司法独立成为法治国家的基本准则，也为诸多国际文件明文规定。1983 年世界司法独立第一次会议通过的《司法独立世界宣言》、1985 年联合国通过的《关于司法机关独立的基本原则》等，都对司法独立提出了明确要求。“司法机关应不偏不倚，以事实为根据并依法律规定来裁决其所受理的案件，而不应有任何约束，也不应为任何直接间接不当影响、怂恿、压力、威胁、或干涉所左右，不论其来自何方或出于何种理由。”[23]司法独立原则不仅需要司法机关在权力构架上的分离，更要求在司法活动中体现中立，表现在实践层面，则是通过一次次的裁决行为体现。然而，司法活动也好，裁决行为也罢，又都是由司法官来具体实施。因此，司法独立不仅意味组织机关地位的独立，更意味着司法官员的个人独立，如果个体不能实现独立，那么作出的裁判行为也不可能独立。《司法独立世界宣言》第 202 条规定：“法官应当是自主的，并且应把根据其对事实的评价及对法律的理解而无偏见地裁决案件作为他们的义务，而不受来自任何部门或出于任何理由的直接或间接的限制、影响、诱导、压力、威胁或干涉。”作为检察官，《联合

[23] 1985 年联合国通过的《关于司法机关独立的基本原则》，第 2 条。第七届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会（一九八五年八月二十六日至九月六日在米兰举行）通过，经联合国大会一九八五年十一月二十九日第 40/32 号决议及一九八五年十二月十三日第 40/146 号决议核可。http://www.un.org/chinese/hr/issue/docs/51.PDF，访问时间 2019 年 7 月 5 日。

国关于检察官作用的准则》表明了相同的态度，“各国应确保检察官得以在没有任何恐吓、阻障、侵扰，不正当干预或不合理地承担民事、刑事或其它责任的情况下履行其专业职责。”检察权依法独立行使之根本在于检察官的个人独立，核心是检察官自我的独立意识，没有独立意识就没有独立裁判，“司法独立更强调具体的司法者（法官）的独立。一起案件一旦由某一法官受理，除非其明显违背司法程序，违背法官纪律要求，违背实体法明确的规定，否则，即便案件再复杂、再疑难，也应尊重该法官或者该合议庭对案件的独立处理。显然，这使司法独立由机构独立进一步深化为法官办案的独立，在一定意义上具有法官个人独立的意味。”[24]同理，保证检察官独立的意志自由，同样是其独立裁判的前提与基础。修改后检察院组织法要求任何单位或个人不得要求检察官从事超出法定职责范围的事务。

2.检察官的任职保障

那么，如何保证检察官的独立品质，确保其意志自由，我们很难要求检察官为了生计手捧帽子向他们的主要诉讼当事人（指政府）乞讨[25]的情况下还能确保独立性。当前司法改革的一项重要任务就是员额检察官制度的推行与推进，该制度的有效推进改变了原有的一些“办案的是检察官、不办案的也是检察官”“书记员参与办案、助理检察员为主办案、检察员挂名办案”等怪象，检察官员额制改革有效改变了检察系统人力资源的非职业化配置。在明确了职业群体专业化基础上，确保身份保障与职务保障的各种保障措施则是检察官独立更深层次要求。旨在强调任职终身性的身份保障为检察官依法履职提供了一道天然屏障，他们不用顶住来自强大社会势力的影响甚至压迫，更不用为了生计向人乞讨，因为他们不能被随意免职。任职的终身制更符合检察官的职业特点，促使其严格执法，在这种制度下，没有高于他们的权力来控制他们的裁决，检察官只要行为正当即可继续任职而不用因为担心免职去迁就民众或者相关部门。“坚定、一贯尊重宪法所授之权与人权，乃司法所必具的品质，绝非临时任命的司法人员所能具备。短期任职的法官，不论如何任命或由谁任命，均将在一些方面使其独立精神受到影响。”[26]要使检察官能够真正独立，就应保障其终生任职。《关于司法机关独立的基本原则》第 11 条规定：“法官的任期、法官的独立性、保障、充分的报酬、服务条件、退休金和退休年龄应当受到法律保障。”我国检察官法规定：“检察官工资制度和工资标准，根据检察工作特点，由国家规定。”随着检察官精英化的实现，建立与检察官等级制度相配套的单独的检察官工资序列，不仅可以提高检察官的社会地位，有助于树立检察权威，更为检察官待遇脱离行政轨道奠定基础，更好实现检察官的独立。所以，保障检察机关独立充足的人力、物力和财力是保证检察机关和检察官独立的前提。

相比较而言，职务保障则是建立在身份保障的基础之上，任职的终身性解决了检察

---

[24] 谢晖：“转型中国司法矛盾的法哲学评析”，《北方法学》2012（4），第 7-17 页。
[25] [美]欧文·R.考夫曼：“维护司法独立”，刘赓书译，《法学译丛》1981（3）,第 29-33 页。
[26] [美]汉密尔顿等：《联邦党人文集》，程逢如等译，商务印书馆 1995 年，第 395 页。

官的后顾之忧，在保障意志自由的前提下，通过防范干预确保检察官依法公正履行职责。长期以来，司法领域出现了一个吊诡名词：政法委“协调”，案件一经政法委出面，司法独立则全无底气，从赵作海案件的“快审快判”我们看到了检察官的无奈，正如时任商丘市检察院公诉处助理检察员郑磊所说，他确实看到了卷宗上相关领导“快审快判”的批示，“上面都定了调调，作为公诉人员我们要不选择起诉，要不就辞职不干，最后我还是妥协了，但心里一直不好受。”[27]可见，相对于检察官的身份保障，防范司法干预不仅是一个法律问题，更多是一个政治性难题，因为这不仅仅是检察院一家的事。2014 年 10 月，《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》指出建立领导干部干预司法活动、插手具体案件处理的记录、通报和责任追究制度。其后，2015 年 2 月，中央全面深化改革领导小组又审议通过了《关于领导干部干预司法活动、插手具体案件处理的记录、通报和责任追究规定》，修改后检察院组织法第四十七条第二款规定“对于领导干部等干预司法活动、插手具体案件处理，或者人民检察院内部人员过问案件情况的，办案人员应当全面如实记录并报告；有违法违纪情形的，由有关机关根据情节轻重追究行为人的责任。”这些举措都为防止司法干预建立了“防火墙”“隔离带”，为检察官依法独立公正行使职权提供了制度保障。

3.检察官职业共同体

在中国语境下，由于实行司法独立就常常会被赋予过于浓厚的政治色彩而格外神秘、动人和敏感。以推动法律职业化来实行司法改革却能最终实现司法改革的目的，因为司法职业化就是通过划分司法与其他职业之间的一系列界线来定位司法在社会结构中的角色，而这些界线则意味着其他职业不得随意介入司法过程，同时司法也不得随意越位、干预不属于司法范畴的事务。[28]通过法律职业化路径能够在事实上推动检察权依法独立行使，因为建立检察官自身的对话机制，在职业共同体内部寻求意志的自我，检察官能够在职业共同体范围中把理性和非理性区别开来，把检察官知识与级别等级区别开来，[29]建立检察官职业共同体的最大意义，“在于形成一种建立在共同知识训练背景基础上所形成的共同的知识体系、思维方式以及由此而上升为更高级的共同的理念、共同的价值追求甚至共同的信仰（即对于法治的信仰）。”[30]尽管实践中，真正形成独特的检察官职业意识并不容易，特别是共同体各成员之间客观上存在着如此多的不同和差异，但旨在构建“内部话语”的职业共同体在司法实践活动寻求一种共同的法治理念和法治精神，最终形成有关法律职业的理念共识，比如规则之治、权利至上、权力制约等，“职业法律家通过长期的法学教育和实践体验，往往形成其一切依法办事的卫道精神；形成其一切依据形式事实判断是非的学者风范。在一切依法办事方面，他们对于纯粹的法律问题

[27] 王申：“司法行政化管理与法官独立审判”，《法学》2010（6），第 33-39 页。
[28] 邱飞：“通过法律职业化进路的司法改革”，《法学论坛》2005（2），第 30-32 页。
[29] 王申：“司法行政化管理与法官独立审判”，《法学》2010（6），第 33-39 页。
[30] 刘作翔、刘振宇：“对法律职业共同体的认识和理解：兼论中国式法律职业共同体的角色隐喻及其现状”，《法学杂志》2013（4），第 101-110 页。

自然如此，连政治经济问题乃至日常的社会问题也尽量按照法律的普遍性和形式的规则和程序使之转化为明确的权利义务关系来加以调整处理。”[31]应当认为，检察官职业共同体的形成，尽管还不能构成检察独立的完备条件，但也至少因为职业理念的共识在很大程度上保证了检察权独立行使。

那么，对于检察官职业共同体而言，共在何处，同在何方，德国社会学家斐迪南·藤尼斯在《共同体与社会》一书中描绘了共同体的面貌，共同体是一种生机勃勃、浑然天成的有机整体，是一种持久的和真正的共同生活，是一种原始的或天然状态的人的意志的完善的统一体。[32]作为共同体，不仅应该表现为知识背景的统一，进而上升为职业伦理与信仰的统一，最终形成利益的共同体。首先，检察官职业共同体是检察业务知识的共同体。法律是一种专业，需要特殊的训练；检察业务又是一种经验性的知识，更需要长期的实践和积累。作为演绎这门经验知识的检察官而言，他们以系统的法律知识和专门的思维方式为基础，并不间断的学习、实践和进取，最终形成具有相同的知识结构、思维逻辑和法律素质的学术共同体。其次，检察官职业共同体是检察职业伦理的共同体。无论法治的实践过程中检察官扮演着怎样的角色，但他们始终是把司法的过程理解为实现公平正义的艺术，把现实公平正义作为共同的价值追求。我国检察机关参与刑事诉讼过程，其实也就参与了公平正义的实现过程，通过履职过程中坚持客观公正、严格执法的职业定位，恪守正当程序和职业伦理，通过严格、依法行使公诉等职权行为，善尽其追诉犯罪、保障人权、维护公正的法定职责，以“忠诚、公正、清廉、文明”的基本要求树立崇高的职业意识、职业认知、职业品格。最后，检察官职业共同体是围绕着检察权运行所形成的利益共同体。“法律的施行被委托给一群特别的人们，他们或多或少在专职的职业基础上从事法律活动。他们有着共同的学术训练背景，从而造就了共同的思维方式，而法律职业活动的关联性则使其具有了共同的利益范围。”[33]尽管不能直接将法律职业共同体等同于利益共同体，但利益的因素不能忽略，不同的法律职业人的角色和立场不同，他们背后所代表的利益也不同，因此，只有共同的知识、思维、素质以及职业伦理是不够的，共同体的要义还在于维护共同体内的立场、观点与利益。检察机关作为国家的法律监督机关，维护着国家的法制统一，他们不仅是“法律监督者”更是“法律守护人”。

检察权依法独立行使必然要经历一场临盆的阵痛，但责任机制的迫切需求促使其在走向法治的进程中理应肩负重任，无论是身份保障，抑或职务保障，意在培养检察官自我独立意识的职业共同体建设确保检察官群体具有足够的力量主导检察活动的独立运行和结论得出不受外力干涉。

（二）检察责任的实践基点：责任的司法化

---

[31] 李学尧：“法治与艺术：论职业法律家显贵的理由”，《法学》2001（1），第 6-11 页。

[32] [德]斐迪南·藤尼斯：《共同体与社会：纯粹社会学的基本概念》，林荣远译，北京大学出版社 2010 年，第 45-48 页。

[33] 任超：“西欧中世纪法律职业阶层的兴起”，载何勤华：《法律文化史研究》，商务印书馆 2004 年，第 265 页。

在我国的宪政框架下，检察机关被定位为法律监督机关，但检察权的司法属性让人们有理由相信，通过构建认可检察官职业化独特角色的责任机制，而不是通过科层化的方式来评判责任问题才能避免在责任制度构建中出现“头痛医头，脚痛医脚”的短见。检察权的运行轨迹中同样包含了以形式化、程序化为依托的诸多思维特征：运用法律术语进行观察、思考和判断；通过程序进行思考，遵循“向过去看”的习惯；注重缜密的逻辑，谨慎对待情感、情理等因素；只追求程序中的“真”，不同于科学中的求“真”，不同于“权衡”性政治思维的非此即彼的判断结论。[34]因此，评判这种专业化的智识行为同样需要采取类似于司法审查之类的活动，而非其他，正因为检察官的决策与评判“不仅要受到其因接受久长专业教育所形成职业思维逻辑的限制与规范，而且还要受到其共同体内部极大的制约”[35]，就不能让专业判断受到专业知识以外的其他非不职业化因素的干扰与影响。

我们主张回归责任机制应有的司法属性，确保中立性、程序性、职业性等特征。[36]有必要设定专门性中立的追责主体，这不仅有利于消除责任追究过程中各方势力博弈带来的混乱，更符合检察权运行的职业特殊性，这意味着追责主体应当由专门人士组成，以保证惩戒决定符合权力规律。根据 1990 年通过的《联合国关于检察官作用的准则》，“对检察官违纪行为的处理应以法律或法律条例为依据，对检察官涉嫌已超乎专业标准幅度的方式行事的控告，应按照适当的程序迅速而公平地加以处理。检察官应有权利获得公正的聆讯。”即通过司法或准司法的方式确保问责的程序化要求，保障被问责主体的申诉、辩解等自我防御的程序性权利，允许双方按照一定的证据规则进行陈述、抗辩，并由专门的裁决组织听取当事人双方的意见。

1.追责主体的中立性

建立健全以检察官惩戒委员会为主体的中立性惩戒机构，协调处理好检察院内部检务督察与惩戒委员会的关系。作为司法责任制改革的重要抓手，惩戒委员会将负责对检察官涉嫌违反职业道德或职业纪律行为进行审议，并提出是否惩戒的专门意见。长期以来，检察系统内部沿袭的“行政一体”的官僚化管理模式，本院检察官的纪律惩戒由本院自行掌握的做法难以确保对检察官不当行为进行惩戒的中立性，这种“内部”的惩戒运作机制因受部门保护主义非制度性因素的制约，其功能难以彰显。[37]2015 年 9 月，最高检《关于完善人民检察院司法责任制的若干意见》，明确了检察机关纪检监察机构与检察官惩戒委员会相结合的主体部署。随着检务督察部门的成立，原先由纪检监察室机构承担的惩戒职能将转移，检务督察将受理检察人员在司法办案中违反检察职责行为的控告、

[34] 公丕祥主编：《法理学》（第二版），复旦大学出版社 2013 年，第 316-317 页。
[35] 李学尧：“法治与艺术：论职业法律家显贵的理由”，《法学》2001（1），第 6-11 页。
[36] 对于责任追究主体的多元化的分析，可以参见张清、武艳：《检察职业责任体系的理性构建》，《法学》2015 年第 12 期，第 61-69 页。
[37] 孙谦、郭立新、胡卫列：“中国检察官管理制度研究”，载孙谦、刘立宪主编：《检察论丛（第 2 卷）》，法律出版社 2001 年，第 39-40 页。

举报和了解核实，对司法过错责任认定，履行检察官惩戒委员会办事机构职责。

推行以体现检察官专业化、职业化的惩戒委员会制度关键在于惩戒委员会的中立性及其与检察机关内部的关系分工。在人员组织上，充分体现专业性与权威性，淡化行政化、部门化色彩。在职能分工上，实行相对独立的外部监督与专门的内部追责相结合：借助惩戒委员会的独立地位屏蔽、排除来自各方面的不当干扰，同时充分发挥检察机关检务督察部门专门监督、专业监督的作用，共同推动检察责任追究的落实。

2.责任事由的职业性

检察惩戒事由应当符合职业性的司法维度，摒弃以内部考核机制和错案追究机制为代表的利益导向型追责事由，将执法程序过错和检察官职业伦理作为判断检察官行为是否失范的依据。泰勒指出："在一定情况下，公正的程序比不公正的程序能够产生更加公正的结果。"[38]通过那些直观可见的程序性要求认定检察官的责任符合正义的朴素标准，它不仅淡化事实认定上存在的虚幻，同样回避了法律在适用与推理上的多元。因此，问责的一个重要标准在于以适用上更具直观性、可操作性的程序正当作为重心。比如《刑事诉讼法》规定：采用刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁等非法方法收集的证人证言、被害人陈述，应当予以排除。据此，在审查起诉阶段，检察官不得将非法证据作为起诉意见或起诉决定的依据，如有违反，检察官将面临责任追究。此外，是职业伦理标准。那些履行检察权——这一关键职能的人不但要合法、公平地履行职责，而且要按照最高道德标准履行其职责。[39]在法国，任何有违检察官就职誓言的行为；有损司法官荣誉、公正、尊严的行为，将受到纪律惩戒。[40]俄罗斯联邦检察制度中规定，检察机关工作人员实施有损于检察机关工作人员荣誉的行为，检察机关与机构的负责人有权对他们处以纪律处分。[41]良好的职业道德品质被诸多国家作为判定检察官问责的依据，关键在于其本身与司法公信力紧密相连，我们很难想象，一个不具备起码职业道德的人能明辨是非，伸张正义，并且司法公信力常常不是毁于一次具有实质性的裁决中，而是日渐消弭于那种给人不公正印象的言行里。

3.惩戒方式的司法化与救济性

尽管《关于完善人民检察院司法责任制的若干意见》要求检察官惩戒委员会进行审议并根据查明的事实和法律作出惩戒处分的建议，但对审议的方式、程序等并未作出详细明确的规定，我们以为审议方式应呈现一种司法性，通过采用裁判或类似裁判的方式进行，因为责任机制将直接关系到检察官个人身份的得失，"司法惩戒活动是司法活动，而不是司法行政活动，更不是行政机关的行政活动。道理并不复杂：政府和人民在竭尽全力维护司法独立以期保持司法之中立与公正地位，而当独立行使审判权的主体——法

[38] G.M.Pops, T.J.Pavlak: The Case for Justice [M].Jossery- Bass Publishers,1991:P85.

[39] [美]安吉娜·J.戴维斯：《专横的正义：美国检察官的权力》，李昌林、陈川陵译，中国法制出版社 2012 年，第 189 页。

[40] 樊崇义、吴宏耀、种松志主编：《域外检察制度研究》，中国人民公安大学出版社 2008 年，第 137 页。

[41] 甄贞等.检察制度比较研究[M].北京：法律出版社，2010.310

官要受到处理和制裁时，他必须获得公正的待遇。”[42]因此，无论从惩戒程序的启动、调查到审议并最终做出决定，都应当有严密、详尽、操作性强的程序制度，同时赋予被调查的检察官以陈述权、举证质证权、辩护权、申诉权等救济性权利。应当明确规定惩戒活动必须严格遵循实事求是、民主公开、客观公正的基本要求，惩戒委员会对涉嫌违反职业道德或职业纪律行为的处理应当按照诉讼流程进行，参照证据规则与证据标准，由检察机关纪检监察机构派员出席陈述调查处理过程、事实和法律依据，并出示证据予以指证，充分听取涉嫌检察官的陈述及辩护。惩戒委员会实行多数决定，惩戒决议应当由三分之二以上委员出席，过全体委员半数通过有效。同时，应当充分给予被调查检察官的权利保障，如对处分结果不服，享有申诉听证等救济性权利。如果被调查人提出异议，要求举行听证程序时，委员会应当组织听证会。听证会公开进行，除非出于保护公共秩序或个人隐私需要。

总之，检察责任的司法化是落实检察官责任机制的实践基点，法律职业的自治特点使得责任惩戒程序成为司法职业群体维护其自身纯洁性和同质性的自治手段。检察责任机制的构建应当从以行政科层化为主的束缚转移到以职业化、司法性的责任追究模式上来，确保最终实现权力的依法独立行使。

四、结语

无论是检察权独立行使的制度保障，或是检察责任的职业化都不能一劳永逸地解决所有问题，寻找在独立与责任之间的自洽与统一是真实存在的，司法实践中，现有责任模式扭曲所形成的道道关卡，使得权力独立行使在缺失职务与身份的制度保障中日益失去内在的根基，而集体决策且责任分散的现状带来的是界限不清、责任不明。

为此，检察职业责任满足了中国现实的某种需要，通过编织司法化的责任牢笼，不仅有效化解通过科层化方式评判所造成的对检察权依法独立行使的钳制，与检察权独立行使的价值追求也达成了共识，更在求得责任制度深层话语正当性的舒展空间后为检察官的行为设定了正当与否的界碑。而另一方面，检察权独立行使又是问责机制有效开展的前提，检察独立的制度保障促使责任边界变得愈加清晰，在坚持“谁办案”“谁决定”“谁负责”的改革背景下，检察官只有具有足够的力量主导检察活动，才有足够的勇气去承担本应有的责任。检察责任的实践逻辑是权责的辨证统一，必须充分理解独立这一概念的复杂性以及权力独立行使如何与检察责任及检察受制等概念的合理并存。成熟的检察权既包含了权力依法独立行使又包含了权力依法独立受制。总之，要完成检察官为所有人“实现正义”的目标，就必须落实检察责任，而要落实检察责任，则必须以检察权的独立行使为前提。

[42] 蒋惠岭：“论法官惩戒程序之司法性”，《法律适用》2003（9），第 7-9 页。

检察机关提起刑事附带民事公益诉讼制度研究

陶新征　周宏亮[1]

【摘　要】公益诉讼检察制度在推进国家治理体系和治理能力现代化的探索中应运而生，为破解经济社会发展中的环境污染、资源损害、健康威胁等公益保护问题提供了中国智慧和中国方案。检察机关提起刑事附带民事公益诉讼作为公益诉讼检察制度的一种重要诉讼形态，相应的制度与实践均不够成熟，客观存在内部协作机制不够健全、目标导向下的选择性办案、诉前公告程序可操作性不强、公益损害弥补方式单一等现实问题。切实发挥检察机关提起刑事附带民事公益诉讼制度的公益维护与社会治理应有之功效，需要协调不同类属层次的法律规定，为依法精准开展提供法律制度保障；通过内部协作机制构建、大数据平台信息推送等形式拓宽案件线索来源；灵活执行现阶段关于诉前公告的相关规定，重在增强程序可操作性；积极探索提前介入和调查核实权、补充侦查权运用，深入破解公益诉讼举证难、证明难问题；积极探索惩罚性赔偿制度，推动刑事附带民事公益诉讼实现责任间的有机协调、效果上的最佳彰显。

【关键词】治理现代化；检察机关；刑事附带民事公益诉讼

2018 年 3 月 1 日，最高人民法院、最高人民检察院联合下发《关于检察公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》（以下简称“2018 年两高《司法解释》”），其中第二十条规定：“人民检察院对破坏生态环境和资源保护、食品药品安全领域侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的犯罪行为提起刑事公诉时，可以向人民法院一并提起附带民事公益诉讼，由人民法院同一审判组织审理。人民检察院提起的刑事附带民事公益诉讼案件由审理刑事案件的人民法院管辖。”自此，检察机关提起刑事附带民事公益诉讼得以确立并蓬勃开展。[2]尽管一定程度上，确如有论者指出的刑事附带民事公益诉讼的高速发展，有检察机关自上而下消灭办案空白的考核压力和刑事附带民事公益诉讼较易办理的客观特征[3]等方面的原因，但根本上还在于检察机关提起刑事附带民事公益诉讼具有天然的制度协同、工作协同优势。刑事附带民事公益诉讼进一步丰富了检察机关的法律监督手段，拓宽了法律监督的职能，具有节约司法资源、及时解决被告人刑民责任、利于恢复被犯罪破坏的社会关系等制度功能和实践价值[4]。

---

[1] 作者单位：陶新征，四川省成都市成华区人民检察院检委会专职委员；周宏亮，四川省成都市成华区人民检察院检察官。

[2] 闫晶晶、戴佳：《最高检召开新闻发布会通报检察公益诉讼案件办理情况》， 载《检察日报》2018 年 12 月 26 日第 1 版。

[3] 刘加良：《刑事附带民事公益诉讼的困局与出路》，《政治与法律》2019 年第 10 期，第 36 页。

[4] 肖巍鹏：《刑事附带民事公益诉讼制度功能价值探析》，《中国检察官》2019 年 02 期，第 18 页。

一、检察机关提起刑事附带民事公益诉讼的制度优势

当前，检察机关提起刑事附带民事公益诉讼实践呈现以下几个基本特征：一是刑事附带民事公益诉讼的范围目前主要以“等内等”案件为主，集中在破坏生态环境和资源保护、食品药品安全领域侵害众多消费者合法权益损害社会公共利益的犯罪行为提起刑事公诉时一并提起刑事附带民事公益诉讼；同时，按照党的十九届四中全会关于“拓展公益诉讼案件范围”要求，检察机关正在积极稳妥进行公益诉讼新领域的探索。二是对于刑事附带民事公益诉讼，人民检察院具有提出附带民事公益诉讼的选择权，“可以”提出而非必须提出。对人民检察院提起的刑事附带民事公益诉讼案件由审理刑事案件的人民法院管辖，对刑事附带民事公益诉讼案件的审理，由人民法院同一审判组织审理。三是刑事附带民事公益诉讼制度不直接等同于刑事诉讼法规定的刑事附带民事诉讼制度，实践中可以提出刑事附带民事公益诉讼的案件范围已经大于普通附带民事诉讼。作为民事公益诉讼制度之一种，刑事附带民事公益诉讼与民事公益诉讼形成呼应，在具体程序运作中，附带民事公益诉讼的部分参照民事公益诉讼制度的相关规定，而不用局限于刑事附带民事诉讼的基本范畴。

刑事附带民事公益诉讼兼具刑事附带民事诉讼、民事公益诉讼两种诉讼形态，由于传统刑法注重对被告人进行刑罚，而不关注生态环境等公共利益损害的修复，且刑罚上并无修复公共利益损害的具体措施，罚金也不能够专门用于修复环境等公益损害，导致刑法保护的公共利益与刑事附带民事公益诉讼中的公共利益并不相同。通过刑事附带民事公益诉讼，既可以使得犯罪行为受到应有的惩罚，从而达到预防犯罪的最佳效果，同时通过民事公益诉讼践行恢复性司法理念，实现对社会公共利益的修复目的。实际上，由于我国社会组织发展的不成熟，客观上难以有效通过其提起民事公益诉讼保护公共利益，从而更多公益保护职责寄托于国家机构，特别是通过检察机关提起附带民事公益诉讼有效拓宽公共利益的保护方式，避免产生公益保护的“公地悲剧”，促进化解在环境公益、消费者权益保护公益等方面的治理困境，体现了旺盛的生命力和制度协同优势。

（一）权限下放，激发工作动力。

民事公益诉讼案件管辖级别高，基层检察院不具有管辖权。但由 2018 年两高《司法解释》第二十条对检察机关提起刑事附带民事公益诉讼案件的规定可知：一是承认了刑事附带民事公益诉讼的诉讼形式，使其具有了合法性；二是将附带民事公益诉讼的管辖权限下放至审理刑事案件的人民法院，也即基层检察院可以参与办理刑事附带民事公益诉讼。实际上，从现有的民事公益诉讼检察实践来看，绝大多数案件线索的来源也正是检察机关内部办理刑事案件中发现移送的，丰富的刑事案件办案基数为充分发掘民事公益诉讼案件线索提供了重要来源。

（二）共享证据，减轻举证压力。

举证难是困扰民事公益诉讼的一大难题。但对于刑事案件已经依法认定的事实和证据一般可以作为附带民事公益诉讼案件的免证事实和证据，据此，检察机关附带提起民事公益诉讼可以借用刑事案件侦查取得的证据。比如对于证明侵权行为、侵权损害事实、行为人的过错等待证事实，通过直接援引刑事诉讼中取得的证据，实现相关证据在刑事诉讼、民事公益诉讼中的共享，从而大大减轻了民事公益诉讼的举证压力。刑事附带民事公益诉讼可充分疏通刑民诉讼程序，提高司法效率。以污染环境的刑事附带民事公益诉讼为例，实务中对于民事公益诉讼的举证，一般对实施公益侵权行为的证据可以直接援引公安机关对犯罪嫌疑人的讯问笔录、对相关证人的询问笔录、现场勘验笔录及照片等；对侵权行为所造成环境损害后果的证据证明主要援引环保监测机构出具的监测报告以及环保部门对环境损害及修复等事项的处理意见。

（三）全面追责，增进治理质效。

检察机关的民事公益诉讼线索大多是通过刑事检察部门移送获取的。尽管我国刑法中没有明确提出“公益受损”的概念，但许多罪名涉及“国家财产、集体财产受损”，且相关刑事案件虽然具体涉及公益损害及赔偿问题，然而司法实践中却较少提起刑事附带民事诉讼。由检察机关履行刑事附带民事公益诉讼，刑事追责和民事追责双管齐下，既可以在追究刑事责任的过程中，可以基于民事赔偿的情况将其作为刑事量刑的依据，促使被告人为减轻刑罚积极履行民事责任，同时也可以弥合恢复损害与绝对惩罚犯罪之间的鸿沟，促进被告人承担民事公益诉讼责任，实现对社会公共利益的修复和维护，无疑提升了司法治理的全面性。

二、检察机关提起刑事附带民事公益诉讼的实践障碍

刑事附带民事公益诉讼依附于刑事诉讼而发现和提起，本质上属于公益诉讼之一种而又不同于普通民事诉讼，诉讼形态的复合性决定了制度成熟尚需要理论廓清和实践完善的过程。

（一）法律依据不充分

一方面，2018 年两高《司法解释》作为刑事附带民事公益诉讼的指导性规范，从刑事附带民事公益诉讼制度发展的法律逻辑、程序规则要求来看，现行司法解释的寥寥数语作为其法律适用的依据位阶相对较低。另一方面，尽管有学者认为，刑事附带民事公益诉讼是刑事附带民事诉讼和民事公益诉讼两种诉讼制度的结合，刑事诉讼法中有关附带民事诉讼的规定应当成为法院判决刑事附带民事公益诉讼案件的法律依据，[5]但实际上现行《刑事诉讼法》第 101 条第 2 款[6]从受案范围、责任承担方式、诉讼目的均无

[5] 姜保忠、姜新平：《检察机关提起刑事附带民事公益诉讼问题研究—基于 150 份法院裁判文书的分析》，《河南财经政法大学学报》2019 年第 2 期，第 85 页。

[6]《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百零一条第二款规定：“如果是国家财产、集体财产遭受损失的，人民检察院在提起公诉的时候，可以提起附带民事诉讼”。

法涵盖社会公共利益保护的内容，难以作为提起刑事附带民事公益诉讼的法定依据。且现有刑事附带民事公益诉讼案件主要通过协调获得法院配合的方式进行，一旦成为常态其未必能得到法院的支持，如果不能建立有效的规范，必将极大制约刑事附带民事公益诉讼的开展。[7]

具体而言，其一，用附带民事诉讼推进公益诉讼工作开展会产生公益保护不足的问题。在刑事附带民事诉讼中，不是所有的物质损失都属于附带民事诉讼的范围，被害人只对被损毁的财物才可以主张附带民事诉讼。根据尚未修改的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第 139 条的规定，人民法院审理附带民事诉讼案件的受案范围，实际上只限于被害人因人身权利受到犯罪行为侵犯或财物被非法毁坏而遭受的物质损失，不包括因被犯罪分子所非法占有、处置而致使被害人财产遭受的物质损失。对因犯罪分子非法占有、处置被害人财产而使其遭受的物质损失，则要依据刑法的相应规定通过追缴赃款赃物、责令退赔的途径解决。亦即现行附带民事诉讼的赔偿范围限于侵犯人身权、财产权而遭受的物质损失，但在销售伪劣食品药品等犯罪中，并不存在财产的毁损，涉及财产损毁的非法捕捞、破坏林木等犯罪，提起公益诉讼也不仅因为该财物毁损，而是附着于该财物背后的环境利益、公共利益，该公共利益往往并不能占有、处置，也难于毁损。公益诉讼救济的不仅包括直接物质损失，还包括环境修复权等其他权益。如，向大气排放污染气体等一些破坏环境的行为并没有造成具体的物质损失，附带民事公益诉讼可以主张的对环境破坏的后续修复治理费用也可能并未实际发生。

其二，刑事附带民事公益诉讼中的公共利益并不能等同于国家、集体财产利益。传统的检察机关提起刑事附带民事诉讼，更倾向于解读为仅限于国家和集体的财产被犯罪侵害所遭受的直接损失，但是该损失不能直接理解为公共利益所遭受的损失，至少前者较为具体，而后者往往为不特定多数人。从某种意义上说，公共利益已经超越国家利益和集体利益。许多没有损害国家利益、集体利益的案件也可能涉及公共利益，比如销售伪劣商品。实际上，多数刑事附带民事公益诉讼案件并没有国家利益或者集体利益的损失，从而无法依据该条保护公共利益。

实践中可以提出刑事附带民事公益诉讼的案件范围已经大于普通附带民事诉讼，但由于法律依据的不充分，其起诉无法从现有的附带民事诉讼中寻求依据，也带来了制度适用的随意性。以起诉涉嫌破坏环境资源保护罪为例，有统计排除检察机关可能采取刑事和解、附带民事诉讼的方式保护被害人利益，或者部分不适宜提起民事公益诉讼的案件之外，只有 9%左右的破坏生态环境资源刑事案件办理了附带民事公益诉讼。刑事附带民事公益诉讼的比例不仅明显偏低，且由于“可附可不附”导致的个别化制裁现象突出。

[7] 谢小剑：《刑事附带民事公益诉讼：制度创新与实践突围—以 207 份裁判文书为样本》，《中国刑事法杂志》2019 年第 5 期，第 92 页。

只有小部分案件被一并追究民事责任，容易让被告人感觉受到随意和不公平对待。[8]

（二）内部移送机制不健全

案件线索是检察公益诉讼工作的基础。近年来，基层实践中通过工作联席会、内部协作规范性文件、共同开展专项监督工作等，由刑事检察部门对刑事办案过程中的案件线索向公益诉讼检察部门共享移送，是目前检察机关发现公益诉讼案件线索的主要做法，虽然取得了一定成效，但也发现一些问题：一是受传统业务和工作范围的限制，对公益诉讼案件的性质、范围、特点等缺乏明确和清晰认识，在刑事案件中的一些公益诉讼案件线索没有被及时发掘移送。二是附带诉讼的相关机制并未根本理顺，刑事检察工作考核并不对附带诉讼作相应的考核设置，刑事检察部门对办理附带诉讼缺乏积极性，对发现并移送民事公益诉讼线索更缺乏主动性，基层实践中主要是公益诉讼检察部门主动向刑事检察部门收集，缺乏常态稳定的移送规则。9三是由于内设机构改革后的专业化分设，容易阻隔协作配合使得移送线索不畅、不及时，导致刑事附带民事公益诉讼的刑事诉讼与民事诉讼无法达到程序上的最佳协同。

（三）诉前公告程序可操作性不强

2018 年两高《司法解释》第十三条规定了民事公益诉讼的诉前程序，即“人民检察院在履行职责中发现破坏生态环境和资源保护、食品药品安全领域侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为，拟提起公益诉讼的，应当依法公告，公告期间为 30 日。公告期满，法律规定的机关和有关组织不提起诉讼的，人民检察院可以向人民法院提起诉讼”。鉴于实践中的不同做法，2019 年 12 月 6 日施行的两高《关于人民检察院提起刑事附带民事公益诉讼应否履行诉前公告程序问题的批复》进一步明确“人民检察院提起刑事附带民事公益诉讼，应履行诉前公告程序。对于未履行诉前公告程序的，人民法院应当进行释明，告知人民检察院公告后再行提起诉讼。”该规定统一明确了该问题的实践标准，但在操作层面，因履行诉前公告，现实存在由于在程序、时间上的滞后可能对刑事案件特别是简单刑事案件的诉讼效率等造成不利影响等现实问题，如履行诉前公告程序，诉讼进程暂停，影响诉讼进度，而且有可能错过附带起诉的期限，贻误提起附带民事公益诉讼；刑事检察部门认为进行三十日诉前公告，程序时间严重滞后，会降低刑事诉讼效率，可能会造成刑事案件不当延长审查起诉期限延长和退查，进而影响“案—件比”。

（四）诉求形式与公益损害不相称

公益诉讼的特殊性决定了适用某些民事责任的局限性，如果主张对直接损失赔偿的返还财产、赔偿损失，只能对应有具有受害人和损害数额的情况，不能适用于公益诉讼。在公益诉讼面对大范围、不特定多数人的权益受损，又无法主张返还财产、赔偿损失的情况下，仅仅要求行为人承担排除妨害、消除危险等措施，显然与公益损害后果不相对

[8] 刘艺：《刑事附带民事公益诉讼的协同问题研究》，《中国刑事法杂志》2019 年第 5 期，第 86 页。
[9] 许瑛、李佳乐：《刑事检察与公益诉讼检察衔接机制探索》，《人民检察》2019 年第 22 期，第 57 页。

应。尽管最高人民检察院《关于加大食药领域公益诉讼案件办理力度的通知》明确指出“对于食药领域的民事公益诉讼案件，可以探索提出惩罚性赔偿的诉讼请求，增加违法行为人的违法成本，从根本上遏制食药领域侵害社会公共利益的违法行为”。但各级法院对公益诉讼中提起惩罚性赔偿诉求的态度不尽一致。实践中，检察机关按照《食品安全法》第 148 条的规定，在个案中根据食品安全的侵害程度、侵害范围、主观过错程度等情况提出在三倍至十倍之间惩罚性赔偿请求的案件日渐增多，各地法院的态度不尽统一，势必造成同类案件适用责任方式的不统一，违背责任主义原则。

三、检察机关提起刑事附带民事公益诉讼的发展完善

现阶段，刑事附带民事公益诉讼的法律制度尚不成熟，检察机关在办案实践中的做法不一，因此，完善检察机关提起刑事附带民事公益诉讼还需要在制度程序上作进一步的完善。

（一）完善相应立法

目前，检察机关提起刑事附带民事公益诉讼主要依据民事诉讼法以及《两高解释》。在将民事公益诉讼的法律规定作为检察机关提起刑事附带民事公益诉讼的法律依据、程序规范，满足了部分实践需求。但是由于刑事附带民事公益诉讼本质上是一种公益诉讼，和普通民事诉讼非常不同，比如检察机关并不是直接被害人，不以普通的赔偿损失为诉求等，其程序规范又明显突破民事诉讼法，其合法性尚存在值得深入推敲的问题。笔者认为，刑事附带民事公益诉讼是以刑事诉讼为主的诉讼，民事公益诉讼只是附带提起，居于从属地位，在诉讼程序方面应该以刑事诉讼为主。2018 年《两高解释》授权刑事附带民事公益诉讼并未彻底违反刑事诉讼法。事实上，在刑事诉讼中附带进行民事公益诉讼理应以刑事诉讼法作为其主要法律规范依据，民事法律的适用具有补充性。

因此，仍需要进一步完善和协调不同类属层次的法律规定。建议在刑事诉讼法中加以总体规定，明确规定附带民事公益诉讼的具体程序，既体现附带民事公益诉讼的特殊性，又体现其对刑事诉讼的依附性。对“国家财产、集体财产”的内涵进行扩充，在内容上应该尽量明确包括财产性利益，以及不能转换成财产性利益的其他分散性社会公共利益等诸多情形。在刑事诉讼法规定之外，适用民事法的有关规定，如，对刑事附带民事公益诉讼的责任承担方式主要从民事法中公益损害的赔偿方式中寻求依据。此外，还要通过司法解释明确规定办理哪些刑法罪名时应该一并办理附带民事诉讼或者民事公益诉讼案件，尽可能压缩选择性办案的空间，防止可能出现的刑罚畸轻畸重的现象。

（二）健全刑民并行办案机制

最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第一百四十七条规定：“附带民事诉讼应当在刑事案件立案后及时提起。”另，《刑事诉讼法》第一百零四条规定附带民事诉讼的审理：“附带民事诉讼应当同刑事案件一并审判，只有为了防止

刑事案件审判的过分迟延，才可以在刑事案件审判后，由同一审判组织继续审理附带民事诉讼。”由此可见，附带民事诉讼应当在人民法院对刑事案件立案后、审理之前及时提出。这就要求，检察机关在履行批捕、公诉职责涉及民事公益诉讼领域有关罪名的案件时，公益诉讼检察部门应该掌握案件线索，提前介入、分析研判能否附带提起民事公益诉讼。

一是建立健全内部案件线索移送机制，实现案件线索的信息共享和移送的制度化、规范化。首先，明确刑事检察部门在案件办理中应注重发现和筛查公益诉讼案件线索，并对发现案件线索后移送的时间期限和移送文书作具体规定。其次，设立联络人制度，在公益诉讼检察部门和刑事检察部门安排专人担任联络员负责相互之间的工作联络。刑事检察部门的办案检察官在初步判断所办理的刑事案件涉及到国家利益或社会公共利益因素时，应该将有关案件的信息线索及时由联络员进行登记，在作进一步筛选后按照有关程序进行移送。公益诉讼检察部门可以通过调取涉及环境污染、资源破坏等刑事案件目录，查阅相关电子卷宗，梳理案件线索，避免遗漏公益诉讼案件线索。再次，建立健全工作激励机制。结合业绩考评等，对刑事检察部门移送公益诉讼案件线索情况进行正向激励，增强其移送线索的积极性和主动性。

二是完善统一业务应用系统自动推送案件线索设置。积极依托全国检察机关统一业务应用系统数据平台，解决信息共享不及时、不全面的问题，在系统中预先配置设定关键词主动推送关联案件，再由公益诉讼检察部门登录后判断是否属于公益诉讼案件。具体可由刑事检察部门将有关案件信息录入统一业务应用系统，同时将案件是否涉及公共利益这一要素设置为案件录入的录入必选项。如果刑事检察部门审查后认为该案属于生态环境和资源保护类案件且涉及公共利益，录入后公益诉讼检察部门将自动获取相关线索，再对线索进行甄别。

三是充分利用信息共享平台拓宽公益诉讼案件线索来源渠道。改变以往行政机关简单录入行政违法案件案情和处罚结果等的做法，要求其将全部行政执法信息实时传送到信息共享平台上，便于第一时间掌握生态环境保护等领域的违法犯罪案件线索，检察机关公益诉讼部门通过审查行政处罚、行政许可等执法行为是否合法、是否存在涉及损害国家和社会公共利益之事项，适时进行监督，从而拓宽公益诉讼案件线索来源渠道。

（三）增强诉前公告程序可操作性

正确执行相关法律和司法解释，检察机关不能以办案效率等理由剥夺社会组织的诉权[10]，而是重在结合办案实践增强诉前公告程序的可操作性。

一是提前介入将诉前公告前移。为避免因诉前公告导致刑事诉讼进程的迟延，检察公益诉讼部门应当加强与刑事检察等部门以及侦查机关等的协作配合，探索建立刑事案件立案侦查、审查逮捕阶段提前介入机制，对于提前介入查明的情况等认为符合提起刑

[10] 张雪樵：《检察公益诉讼比较研究》，《国家检察官学院学报》2019 年第 1 期，第 12 页。

事附带民事公益诉讼条件的，除有碍侦查的情形外，应在刑事案件侦查阶段履行诉前公告程序，争取在刑事案件审查终结前结束诉前公告程序。

二是强化与审判工作的衔接。2018 年两高《司法解释》第二十条第一款中“可以向人民法院一并提起附带民事公益”中的“一并提起”并非要求提起附带民事公益诉讼与刑事公诉同时或同日提起，除为了防止刑事案件审判的过分迟延外，重点在于使刑事诉讼与民事公益诉讼两类案件合并审理，以起到节约司法资源、提高诉讼效率、促使被告主动承担侵权责任等积极作用。[11]考虑到诉前公告程序的滞后性等特点，应当允许检察机关将提起刑事附带民事公益诉讼的时间延后到法院对刑事案件开庭审理前。为缓解刑事案件审查起诉期限届满与附带民事公益诉讼诉前公告期限未满的矛盾冲突，在诉前公告程序不能移至刑事案件侦查阶段进行，也不能通过如合法延长刑事案件审查起诉期限等方式在审查起诉期限届满前结束诉前公告程序时，检察机关应当先行提起刑事诉讼；在提起刑事诉讼后，还应强化与法院的沟通协调，努力达成共识，并通过提交正在进行诉前公告的证明材料，提出不适用简易程序审理等建议，结合具体案情，建议法院适时召开庭前会议等形式，推动法院在组成合议庭等庭前准备工作中充分考虑对刑事诉讼与民事公益诉讼两类案件作合并审理，为提高庭审效率创造条件。

（四）提高调查取证能力

为破解困扰民事公益诉讼发展的举证难、证明难问题，检察机关应在强化自身能力的基础上学会外部借力，做到内外兼修：

一是借助外力收集证据。首先是要积极探索检察机关提前介入制度在公益诉讼检察工作中的运用。在刑事案件立案侦查、审查逮捕阶段，通过建立内部相关部门以及与侦查机关的信息共享、良性的案情沟通机制，对于可能涉及公益诉讼的案件，提前告知公益诉讼检察部门及时介入，引导侦查机关侦查取证时兼顾公益诉讼案件的证据要求，对相关证据作及时固定和保全，为后续提起附带民事公益诉讼工作顺利开展打下坚实的证据基础。其次，合理利用刑事、行政证据。刑事犯罪证据往往通过现场勘查笔录、询问笔录及鉴定意见等形式固定下来，对于这部分证据，公益诉讼检察部门可通过调取公安机关侦查卷宗或法院审判卷宗等。考虑到刑事诉讼与公益诉讼案件的证明对象和证明标准并不完全一致。在公益诉讼案件办理过程中，还需要证据证实侵权行为造成公共利益受损害的事实以及修复受损环境所需的赔偿金额等。对此，为证明公益受损状况，并使公益受损害的事实以及因果关系得到论证，公益诉讼检察部门可以通过调取行政机关的环保监测数据、鉴定机构的鉴定意见加以证实。

二是强化运用检察机关调查核实权、补充侦查权。用足用活调查核实手段，积极争取立法支持完善检察机关在办理民事公益诉讼中的调查核实方式，强化保障措施，增强调查核实效力。在刑事检察部门对涉及公共利益的刑事案件审查起诉时，公益诉讼检察

[11] 顾顺生、朱文鑫：《刑事附带民事公益诉讼诉前公告程序的可操作性须增强》，《人民检察》2019 年第 23 期，第 71 页。

部门就要善于借助检察机关刑事补充侦查权来完善公益诉讼所需的证据，借以弥补公益诉讼检察部门调查核实权无强制性保障手段的弊端。如对于案情复杂、调查受阻的公益诉讼案件，检察公益诉讼部门可以通过列明补侦提纲的形式将开展公益诉讼所需的证据要求提供给刑事检察部门，由刑事检察部门在退回补充侦查时一并交由侦查机关的力量或者借助自行补充侦查实现公益诉讼检察的调查核实目的。

（五）健全责任承担方式

根据《最高人民法院关于审理消费民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第十三条规定，“原告在消费民事公益诉讼案件中，请求被告承担停止侵害、排除妨碍、消除危险、赔礼道歉等民事责任的，人民法院可予支持”。《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第十八条规定，“对污染环境、破坏生态，已经损害社会公共利益或者具有损害社会公共利益重大风险的行为，原告可以请求被告承担停止侵害、排除妨碍、消除危险、恢复原状、赔偿损失、赔礼道歉等民事责任”。《最高人民检察院关于加大食药领域公益诉讼案件办理力度的通知》（高检民〔2017〕11 号）亦明确，“对于食药领域的民事公益诉讼案件，可以探索提出惩罚性赔偿的诉讼请求，增加违法行为人的违法成本，从根本上遏制食药领域侵害社会公共利益的违法行为”。目前，民事公益诉讼的责任承担方式仍然没有统一的定论，各地实践做法也不统一。但从切实发挥刑事附带民事公益诉讼法律责任的有效性角度，不仅在于动用刑事程序实现禁止加害行为的目的，更在于通过启动一个复杂的民事公益诉讼程序，修复更为广泛的公益损害，并形成有效的警示和震慑效应。各地已有案例支持惩罚性赔偿的诉讼请求[12]，从效果来看，通过将单纯保障私人间的利益平衡机制转化为兼顾社会公共利益的救济机制，也符合社会正义观变革要求，也符合民事公益诉讼发展的趋势。

惩罚性赔偿是对公益侵害行为的惩处与震慑，对损害公益的修复与弥补，其效能完全显现更像是民事罚金，其着眼点在于惩罚，而不是赔偿，目的是加重损害公益者的法律责任。在目前立法条件尚不成熟的情况下，检察机关可以通过司法解释、推动单项法律修订等形式争取立法支持，推动对“惩罚性赔偿”等责任的性质进行深入研究，并从系统协同的角度，明确民事公益诉讼惩罚性赔偿制度定位与其他制度的衔接、提起惩罚性赔偿的情形、惩罚性赔偿金的计算基数与倍数、管理与使用等，确保在依法前提下实现最佳制度功效。

[12]如重庆市永川区检察院于 2018 年 9 月对“张氏兄弟”销售假药并危害社会公共利益的行为提起刑事附带民事公益诉讼，请求“3 倍惩罚性赔偿金、省级媒体登报道歉、召回并销毁假冒药品”的诉讼请求；2019 年 5 月 7 日重庆市永川区法院判令张某甲向重庆市永川区检察院支付惩罚性赔偿金 151430.4 元，其中被告人张某乙在 121482 元范围内承担连带责任；湖北利川市检察院对吴某 3 人生产销售不符合安全标准的食品的行为提起刑事附带民事公益诉讼案中，2017 年 12 月 8 日利川市人民法院判令吴某等 3 人支付惩罚性赔偿金 4.89 万元；广州市检察院对刘某贩卖假盐行为提起民事侵权公益诉讼，2018 年 4 月 28 日广州市中级人民法院判决刘某支付惩罚性赔偿金 112 万元。

司法裁判中的身份难题与合理性建构
——以“义绝”的多重逻辑为视角

张 杰[1]

【摘　要】传统中国身份型社会的特点使得司法裁判必须面对个案的身份要素，由此原本只关涉婚姻关系的“义绝”在司法实践中却成为行为合理性的判断标准，其适用大大超出婚姻关系并形成“身份-道德/法律规范”的混合逻辑。其中“身份-法律规范”的逻辑与现代法治之精神相悖，但“身份-道德规范”的逻辑却依然存在于现代社会并影响着司法实践。透过个案可以看到，现代司法者同样可以凭借“身份-道德规范”的逻辑判断当事人行为的合理性，并在必要时通过司法技术的运用将这种合理性纳入裁判，最终形成“身份-道德规范-法律规范”的新逻辑。

【关键词】“义绝”；身份；规范；合理性

传统中国身份型社会的性质决定了身份在规范形成与运转过程中具有重要意义。包括“义绝”在内的诸多制度设计表明，传统社会中的身份不仅仅对应着道德规范，同时还直接对应着法律规范及其司法适用。然而，伴随着现代社会从“身份到契约”的历史转向，这样一种身份与法律规范的对应关系被打破，同时以形式合理性为核心特征的现代法治文明又进一步促成了司法裁判中法律与道德相分离的必然。但是，“人生不能无群”的社会现实决定了身份与道德规范的对应关系即使在当代社会也依然联系紧密，其中某些身份关系甚至是社会得以存在与运转的基石。“法之理在法之外”，在坚持以法律规范为判断标准的前提下，司法者如何处理身份所隐含的合理性（rationality）就成为了司法裁判不得不面对的现实问题。作为中国传统法律中同样与身份紧密相关的一项特殊制度，看似仅仅关乎强制离婚的“义绝”事实上在司法实践当中远远超出了婚姻关系，并成为判断当事人行为是否具有合理性的重要标准。基于此，本文以“义绝”的多重逻辑为切入点，深入探究为何“义绝”在司法实践中能够发挥远超出强制离婚的功能，其又是如何处理身份与规范之间的关系，以及此种处理对于当代司法裁判的合理性建构具有怎样的现实意义。

一、“义绝”的研究缺憾：作为思想的普遍存在

对于传统中国身份型社会的特点，学界已有相当丰富的论述。例如瞿同祖先生在其《中国法律与中国社会》一书中用了近三分之一的篇幅详细阐述了传统社会不同阶级之

[1] 兰州大学法学院讲师。

间在各个方面的差别以及法律对这些差别的保障。[2]戴炎辉先生也在其著作中列专章说明了身份对于罪刑的影响。[3]这样一种影响具体表现为一系列极具特色的制度，例如“准五服以制罪”“八议”等等，本文所要谈的“义绝”亦是其中之一。

“义绝”成为一项正式的法律制度始于《唐律疏议》，此后历朝均沿袭了这一制度直至清末修律被废除。何为“义绝”？从学界长期以来的研究可见，尽管学者们对“义绝”的定义存在细微差别，但这些定义几乎都是围绕强制离婚这一内核展开的。例如戴炎辉先生认为：“义绝系夫妻的情意乖离，其义已绝之义，法律上必须离妻。如有义绝事由，经判应离而不离者，即予处罚。义绝乃强制离婚，与七出之非必应出者不同。”[4]此种定义确实没有错，就《唐律疏议》和后世的立法来看，“义绝”确实是一项有关强制离婚的制度。例如《唐律疏议》中规定：“夫妻义和，义绝则离；违而不离，合得一年徒罪。”《大明律》中表述为：“犯义绝，应离而不离者杖八十。”至于哪些情形能够构成“义绝”，历代法律虽存在差别，但其核心都是强调基于婚姻关系而发生的亲属间的侵害行为使得夫妻之义断绝，从而引发强制离婚。

显然，学界对“义绝”的定义是把作为制度的“义绝”与作为思想的“义绝”进行了区别，并且集中关注的是作为制度的“义绝”，这就大大限缩了“义”的内涵。那么，究竟什么是“义”呢？“义”字在简化前为“義”，由“羊”和“我”上下两部分构成。“羊”字的象形意味十分明显，指的就是羊这种动物。在远古时期，羊作为一种比较温顺的食草动物，很早就经先祖驯化成为重要的肉食来源。或许正因为羊的这种特性使其逐渐被用于祭祀，由此引申出吉利、吉祥的意义，且随着意义的分化最终加上示字旁另造“祥”字来表达这一义项。再看“我”字。“我”的本义与后世常用的第一人称的自称有很大区别，但其字形依然隐含着蛛丝马迹。若把“我”字分成左右两部分可以看到，其由“手”和“戈”构成，这一字形在甲骨文中尤其明显，它表示的是手持大戊，呐喊示威。这种表达在早期历史文献中仍有遗存，例如《尚书·泰誓中》：“我武惟扬，侵于之疆，则取于残，我伐用张。”[5]这句话到了《孟子·滕文公下》中却发生了变化：“我武惟扬，侵于之疆，则取于残，杀伐用张，于汤有光。”[6]孟子用“杀”替代了“我”，这恰恰表明在孟子的时代“我”的意义已经发生了分化，所以孟子才会用“杀”去替代原义代表武力的“我”。也正是因为“我”的本义表示的是持武器呐喊，所以当“我”逐渐演变成代词后，其本义由“哦”字承继。所以从“義”字的造字法来看，它表达的是为战争所进行的祭祀，并且因为“羊”字具有的吉祥之义，“義”字表明了这是一场被神灵保佑和庇护并显示出吉兆的战争。既然有神灵庇佑，一场战争的合理性便有了根据，由此“義”逐渐引申出了仁道、公理等表达而成为一种判断合

[2] 参见瞿同祖：《中国法律与中国社会》，中华书局 2003 年版，第 149-268 页。
[3] 参见戴炎辉：《中国法制史》，三民书局 1966 年版，第 33-50 页。
[4] 同上引，第 238 页。
[5] 同上引，第 238 页。
[6] 杨伯峻译注：《孟子译注》，中华书局 2010 年版，第 135 页。

理性的标准。所以面对春秋混战的局面，孟子才会发出“春秋无义战”的感慨，这便是在用“义”否定春秋时期所发生的战争的合理性。

孔子谈“仁”而较少提“义”，将“仁义”并提的正始于孟子。孟子说：“恻隐之心，仁也；羞恶之心，义也。”[7]又云：“仁，人心也；义，人路也。”[8]孟子将“仁义”并提，认为“仁”始于一个人的内心，但同时又不是仅仅关注自身的“贵己”，而是一种强调他者与自身的同理心，这显然继承了孔子的学说。与此同时，孟子认为仅有同理心还不够，人要知道何为善何为恶，这就是“义”所代表的“羞恶之心”。二者相结合，便是孟子倡导的“居仁由义”，即内心居住着“仁”，出门则走符合“义”的道路。所以“义”在孟子看来是生于人的内心同时在行为上能够起到规范意义的一套标准，并且与“仁”相对，“义”所关注的对象是表现于外的客观行为。如果以法学的视角来看，“它是规定人的行为的道德要求和准则”。[9]

既然“义”是一种道德规范，我们就必须考察它得以生成的土壤。中国传统社会是一个典型的宗法社会，人与人之间按照血缘的亲疏远近形成了不同的身份关系，并且整个社会乃至国家都是以这种血缘关系为基础构建起来的，即使是那些不存在血缘的关系例如君臣、主仆等也依然通过拟制纳入了血缘的关系中。由此，每一个人都处在这张由血缘编织的身份之网中，并且依据彼此之间身份的不同形成了费孝通先生所言的“差序格局”。[10]所以“义”作为道德规范，它是与身份关系紧密相连的，“五伦”中的君臣、父子、兄弟、夫妇、朋友分别对应各自的“义”，即忠、孝、悌、忍、善。夫妻之义仅是其中一种，在中国传统社会每个人基于与不同人的身份关系都有着相应的“义”，这些“义”实际上便起着道德的约束作用。

所以早在“义绝”制度化之前，至少在汉代便能看到用“义绝”来评价夫妻关系的实例。例如《列女传》中有载：“夫妇之道，有义则合，无义则离。”正式出现“义绝”二字的应是《白虎通》：“悖逆人伦，杀妻父母，废绝纲常，乱之大者，义绝，乃得去也。”至于为什么只有夫妻之义成为国家法明文规定的内容，笔者认为这与法律和道德的关系息息相关。正是因为“义”作为一种道德规范无处不在，而法律中心主义显然在任何社会都只能是一种幻想，所以只有那些直接关系统治秩序的重要道德，法律才会予以肯定。无论在任何社会，婚姻都关系着整个社会的承继与稳定，在以血缘为纽带建立起来的中国传统社会更是如此。“昏礼者，将合二姓之好，上以事宗庙，而下以济后世也”。在中国传统社会，婚姻并非两个人的事，婚姻的稳定与否关系着两个家族以至整个社会的秩序。所以原本只属于道德范畴的夫妻之义被纳入国家法就很容易理解了。这也是为什么尽管“义绝”是一项有关强制离婚的制度，但是其具体内容却并没有那么看重夫妻间的感情，

[7] 同上引，第 239 页。
[8] 同上引，第 247 页。
[9] 张汝伦：《义利之辨的若干问题》，《复旦学报（社会科学版）》2010 年第 3 期，第 20 页。
[10] 费孝通：《乡土中国》，人民出版社 2008 年版，第 25 页。

相反它更多关注的是以婚姻关系为核心的亲属间的侵害行为。因为这些侵害行为使得两个家族难以和睦共处，为了避免更大的矛盾，国家法必须予以介入，“义绝”制度由此形成。相反，随着晚清社会思潮的剧烈变动，“义绝”这一以家族本位的伦理思想为根基的制度受到了个人主义的冲击，国家对于夫妻关系的干预被弱化，并最终在《大清刑律草案》中被彻底废除。

但作为制度存在的“义绝”并不能否定作为思想的“义绝”，尤其是“义”作为一种道德规范始终存在于中国人的思想观念当中。即使是在传统的司法实践中司法者同样没有将“义绝”的思想限于婚姻关系，这一点也有一部分学者提到。例如廖克环认为，“唐宋的‘义绝’在司法实践中基本依照律例规定的同时，也有扩大适用的情况出现。”[11]杨淑贤也提到，“在中国古代，父子、君臣、兄弟、朋友、夫妻之间皆有‘义’，而清代义绝制度不仅适用于夫妻之间，也同时适用于其他关系之中。”[12]但遗憾的是就目前笔者所见，有关这一点的深入探讨几乎是空白，这无疑是一个重大的缺憾，也抹杀了“义绝”作为一种思想具有的更多理论可能。

二、“义绝”的历史实践：超越强制离婚的功能

清代保留了大量司法档案，这为考察传统司法提供了宝贵材料。本文选择以《驳案新编》为切入点，原因有二：一是《驳案新编》记载了乾隆一朝近六十年的驳案三百一十八件，而《大清律例》于乾隆五年正式颁布，两者在时间上基本重叠，而后期随着例的不断增加以至于出现“以例破律”的情形，因此考察制定法在司法实践中的具体运作，乾隆年间是一个相对清晰的时期；二是这些驳案均系刑部奉乾隆皇帝谕旨改拟或奏准通行的定例，不仅效力极高，更为关键的是它们在从各级地方官员到刑部甚至直至皇帝的逐级论证中，彰显了法律在适用过程中的诸多问题及其相应的解决。

另外需要说明的是，有的案件并未直接连用“义绝”二字，例如下表中的 K 案：“是王三之于小对恩义已绝，自应依律以凡人定拟。”[13]有的案件尽管没有直接用“义绝”二字，但其表述和实践明显符合“义绝”的思想，例如 F 案：“……居心惨毒，廉耻尽丧，绝无母子恩义，……”[14]所以如果仅仅囿于“义绝”这个符号，视角会大大受限，因为有的确实事关婚姻关系的“义绝”案件也并没有严格使用“义绝”这一符号，例如 A 案中：“是张二甘心将徐氏卖奸，其夫妇之义早绝，乃复逞凶戕命，自当与凡人故杀同科。”[15]所以本文在统计时并不拘于“义绝”这一符号是否完整出现，而是将传达出“义绝”思想的案件也纳入了考查范围，但这难免可能判断不准确，故本文只是一种不完全统计。总地说来，

[11] 廖克环：《中国古代“义绝”离婚制度研究》，西南政法大学 2005 年硕士学位论文，第 10 页。
[12] 杨淑贤：《清代义绝离婚法律制度研究》，山东大学 2017 年硕士学位论文，第 2 页。
[13] 杨一凡、徐立志主编：《历代判例判牍》（第七册），中国社会科学出版社 2005 年版，第 625 页。
[14] 同上引，第 614 页。
[15] 同上引，第 528 页。

《驳案新编》中涉及到“义绝”的案件大致有 16 件，其关键信息如下表所示：

《驳案新编》“义绝”案件关键信息一览表[16]

关系	案名	加害者	被害者
夫妻	A.以妻卖奸复故杀其妻同凡论	丈夫	妻子
姻亲	B.强嫁寡媳自缢身死 C.逼嫁孀媳投塘身死实遣 D.故杀	舅 姑 表哥	儿媳 儿媳 表弟
血亲	E.图财谋杀卑幼斩决 F.因奸勒毙其子改发伊犁为奴	叔父 母	侄子 子
拟血亲	G.义子有犯比照雇工 H.比照雇工殴伤家长期亲 I.义父期亲殴杀乞养之子以凡论 G.父母非理殴死子孙之妇 K.故杀妻前夫之子以凡论	义兄 义子 义表兄 姑舅 继父	义弟 义叔 义表弟 儿媳 继子
主仆	L.殴死辞出雇工以凡论 M.殴死赎身奴婢拟徒 N.殴死为奴遣犯随带之妻 O.奴仆诬告家长	旧主 旧主 主人 奴仆	雇工 奴婢 奴妻 家长
邻人	P.擅杀罪人加功照余人律	邻人	窃贼

尽管不同朝代对“义绝”的规定有所不同，但其规制的都是夫妻及姻亲之间的侵害行为。按照这个标准，在这 16 件与“义绝”相关的案件中，只有 A、B、C、D 四起案件真正符合作为制度的“义绝”，这仅占总体的 1/4。大量运用“义绝”思想的案件集中在拟血亲与主仆之间，甚至还出现邻人之间也适用“义绝”的极端案例。这就引发了思考，为什么作为一种强制离婚制度的“义绝”在其他身份关系的案件中也大量适用？

对此，我们先探讨在前面两类正常适用“义绝”的案例中，“义绝”究竟发挥了一种怎样的功能。对于这个问题已有学者关注到，“唐宋之‘义绝’条文规定的目的是产生离婚的民事法律后果，解决刑事判罚中身份适用问题。”[17]尽管这一表述讲的是唐宋，但是对于观察清代也同样具有启发意义。也就是说，“义绝”除了产生强制离婚的法律效果外，另一个更重要的目的是解决定罪量刑中的身份问题。因为中国传统法律带有强烈的身份色彩，自《泰始律》将“准五服以制罪”纳入成文法开始，身份关系就成为定罪量刑中一个极其重要的原则性问题，同样一个行为在传统法律中会根据涉事双方身份的不同而产生差别巨大的法律效果。例如在《大清律例》中，同样是谋杀，如果是卑亲属以下犯上

[16] D 案件的双方为表兄弟，按现代的标准应该算旁系血亲，但按照古代的标准以及“义绝”的内涵仍应纳入姻亲的范围；G 案件虽然双方从表面看应该属于姻亲，但是此案比较特殊，该儿媳乃童养媳，本案官员在认定时并没有按照姑舅与儿媳的关系来处理，而是比照义父母与义女的关系进行的裁决。

[17] 同前引 10，第 10 页。

则“凡谋杀祖父母、父母及期亲尊长、外祖父母、夫之祖父母、父母已行（不问已伤、未伤）者，（预谋之子孙，不分首、从）皆斩，已杀者，皆凌迟处死。”[18]反过来，“尊长谋杀卑幼，除为首之尊长仍依故杀分别已行、已伤、已杀定拟外，其为从加功之尊长，各按服制亦分别已行、已伤、已杀三项，各依为首之罪减一等，若同行不加功及同谋不同行，又各减一等。”[19]这种因身份差异而导致的刑罚效果上的差别是中国传统法律的一个突出特点，这看似与现代法律之精神格格不入，但它维护身份等级的目的与中国传统社会的特殊结构是保持一致的。

然而，如此一来就可能造成刑罚在适用上出现畸轻或畸重的结果，例如因为服制关系的存在，尊亲属极其恶劣的行为可能会得到从轻处理，或者在共同犯罪中部分涉事者因为服制关系的存在出现同案不同判甚至量刑极其悬殊的结果，这些情形都会显失公平。以 A 案为例。此案中案犯张二长期携妻卖奸，潘三时常与其妻奸宿，后张二与潘三因债务起了纠纷，张二欲携妻躲避但其妻不允，故张二将妻杀害。原本对罪犯张二只是“依故杀妻律，拟绞监侯”，但乾隆皇帝认为：“是张二甘心将徐氏卖奸，其夫妇之义早绝，乃复逞凶戕命，自当与凡人故杀同科，……，即不得以寻常夫故杀妻律拟断，盖其夫纵妻卖奸，已属不知羞愧，又忍而置之于死，情更凶恶。若复拘夫妇名义稍从末减，何以励廉耻而惟风化乎。”[20]在此案中，“义绝”成为了一种衡平情罪关系的司法技术，因为张二让妻子卖奸的行为首先破坏了“义”，从而“使得夫妻之间的情义依据礼法来看，已经断绝”，[21]如果仍然按照服制关系进行处理，情罪之间将明显失衡。所以司法者通过“义绝”的运用将这种失衡的情罪关系予以矫正，从而实现传统司法者追求的“情罪允协”的目的。

这便是“义绝”在司法实践中发挥的重要功能，以这种功能为视角去观察后四种看似不属于“义绝”规定范围内的案件便会有新的启发。后四类案件尽管涉事双方并非“义绝”规定的夫妻和姻亲关系，但彼此之间也同样存在着相应的身份关系。以 K 案为例。案情较为简单，即继父王三因嫌弃继子小对身患残疾，故将其踩死并抛尸荒野，欲以被犬食而掩盖罪行。如果按照律例的规定，“是小对系不能归宗之人，应以乞养义子为断。查比引律条内，杀义子比依杀兄弟之子律，杖一百，徒三年。故杀者杖一百，流三千里等因。”[22]显然这样的处理结果与王三的恶行明显不匹配，故刑部认为“是王三之于小对恩义已绝，自应依律以凡人定拟”，并最终作出了斩监侯的决定。司法者在此案中同样运用了“义绝”的思想，解除了王三与小对之间的继父子关系，从而避免了因这一关系而对王三可能产生的轻判结果，从而使得情罪关系恢复平衡。

---

[18] 马建石、杨玉棠主编：《大清律例通考校注》，中国政法大学出版社 1992 年版，第 777 页。
[19] 同上引，第 778 页。
[20] 同前引 12，第 527 页。
[21] 刘玉堂：《论唐代的“义绝”制度及其法律后果》，《中南民族大学学报（人文社会科学版）》2005 年第 6 期，第 113 页。
[22] 同前引 12，第 624 页。

除了积极适用“义绝”解除身份关系对定罪量刑的限制外，还有一些严格来讲已不具有相应身份的案件，司法者为了更好地衡平情罪关系却重新建立了身份之“义”，O 案便是一个典型。在此案中，案犯关言早前因品行不端被旧主给还文契并逐出，后关言挟私诬告旧主，围绕着关言与旧主是否构成奴婢与家长的关系，各级官员展开了激烈的争论。如果关言不构成奴婢身份则只需反坐诬告之罪即充军，但最终刑部认为：“虽给还文契责逐外出，而恩义未绝名分尚存。……情殊可恶，自应照干名犯义本律，与子孙诬告祖父母、父母同罪问拟。”[23]刑部最终重新建立起了奴婢与旧主之间的身份关系，并据此对关言处以了绞监侯的刑罚。从此案可以看出，“义绝”在司法实践中并不只是通过否定身份的存在来衡平情罪关系，相反对于那些身份关系不明朗的案件，司法者可能通过确认“义未绝”来寻找定罪量刑的合理依据。

因此从某种程度上说，义绝的适用常常是身份关系与情罪关系发生冲突的结果。正如前文所述，中国传统社会是一个身份社会，人与人之间有着对应的身份关系，也就相应地有着各自的“义”。但“义”又不能全部变成法律规范，因此当那些违背或符合“义”的行为却得不到法律的适当规制时，此时包括司法者在内的广大民众心中的“正义衡平感觉”便会感觉受到了冲击。[24] “事实上，在律、令无正条或只有纲要式规定的情况下，法官所依据的只能是礼俗、惯例、良知、天理、人情，简而言之一个字：义。”[25]因此，司法者不得不以“义”为标准首先对当事人的行为进行评价，从而解除或确定身份关系对于定罪量刑的作用，最终正当化对这些行为的处罚而达致实现裁判的合理性建构。

三、“义绝”的理论辨析：多重逻辑的正负反思

若以现代法学的眼光重新审视传统的“义绝”会发现，它的实质是行为人的行为基于特定身份关系直接产生规范层面的效果，其内在逻辑是一种“身份-规范”的对应关系。仅指出这一点并没有涉及到问题的关键，我们需要进一步思考，“身份-规范”这一逻辑中的“规范”到底是一种道德规范还是法律规范，也就是说基于身份产生的究竟是道德层面还是法律层面的规范效果，这是对“义绝”进行深入分析的关键所在。

显然，作为制度的“义绝”，因其能够产生法律上的强制离婚效果，所以它理应是一种“身份-法律规范”的逻辑。相对的，作为思想的“义绝”因为于法无依，其只能是一种“身份-道德规范”的逻辑。但是通过上文的分析可以看到，即使作为制度的“义绝”仅仅只在婚姻关系中发挥作用，但在司法实践中作为思想的“义绝”却在其他类型的身份关系中也得到了大量适用，并由此成为衡平情罪关系的一项重要司法技术。质言之，即使法律并没有把婚姻关系以外的“义”纳入“义绝”的范畴，其他类型的“义”也并非只停留于道德规

[23] 同前引 12，第 689 页。
[24] ［日］滋贺秀三等：《明清时期的民事审判与民间契约》，王亚新、梁治平编，王亚新、范愉等译，法律出版社 1998 年版，第 14 页。
[25] 梁治平：《寻找自然秩序中的和谐——中国传统法律文化研究》，商务印书馆 2013 年版，第 177 页。

范的层次，它们在司法实践中产生了法律规范的效果。所以如果深入探究，作为思想的“义绝”确实只是一种“身份-道德规范”的逻辑，但是从司法实践的角度看，它却产生了“身份-法律规范”的效果。因此，“义绝”的“身份-规范”逻辑实际上在司法实践中是一种“身份-道德/法律规范”的混合逻辑，即使是婚姻关系之外的亲属相侵，它们在司法实践中却产生了兼具道德规范和法律规范的双重效果，其外在的表现便是“义绝”的司法适用超出了婚姻关系的范畴。

“义绝”在司法实践中之所以形成这种制度与思想形态并存、法律与道德效果兼具的历史样态，即“身份-道德/法律规范”的混合逻辑，这与中国传统社会道德法律化与法律道德化有直接的关系。梁治平对此有过精彩的论述：“数千年来中国只有一种法律，那就是‘刑律’（并非正好就是今人所谓‘刑法’），此乃道德之器械，它以内在的道德评判与外在的刑罚等级相配合，构成一张包罗万象的大网，其中无所谓民事与刑事，私生活与公共生活，只是事之大小，刑之重轻。”[26]在这样一种大背景下，既然许多情罪关系的失衡是由于身份关系导致的，那么要矫正这种失衡的情罪关系自然也要从身份关系入手。所以传统的司法者在评价当事人的行为时不可避免地要围绕当事人的身份去寻找裁判合理化的依据，尤其面对疑难案件更是如此。由于道德与法律的高度混同，所以当按照法律规范裁判案件不能达致“情罪允协”时，道德评价自然会替代法律评价，从而使得“身份-道德规范”的逻辑直接产生法律规范的效果，这便是“义绝”在传统司法中的本质——一种“身份-道德/法律规范”的混合逻辑。

当视角转移到现代，对于“义绝”在传统司法中呈现出这种“身份-道德/法律规范”的混合逻辑又应该作何评价呢？即使对道德与法律究竟是何关系的讨论喋喋不休，但道德与法律的高度混同显然是不适应现代社会发展的。“因为，法律做它力所不及的事情，只能是造成普遍的虚伪。道德的外在化最终可能取消道德本身。”[27]也就是说，“法律不可能强迫一个人做到他的才智所能允许的最好程度。要寻找可行的判断标准，法律必须转向它的‘表亲’——义务的道德。”[28]因此，仅仅依靠法律无法实现道德所期待的最理想状态，所以法律应该立基于那些使有序社会成为可能或者使有序社会得以达致其特定目标的那些基本原则，这一点也确实是整个现代法治文明呈现出的特点之一，即法律与道德从混沌一体到逐渐分离。此外，伴随着对于理性的发现与强调，形式合理性成为整个现代法治文明最为突出的特征，“形式合理性优于实质合理性”不仅被学者归结为法律思维的重要特征，[29]同时“注重活动过程以及标准的形式性”更是法律人与政治人的重要区别。[30]因此对于司法者来说，严格按照法律的规定依法裁判是其职责所在。这就使得在

---

[26] 同上引，第 246 页。
[27] 梁治平：《法辨.法律文化论集》，广西师范大学出版社 2015 年版，第 36 页。
[28] [美]富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆 2005 年版，第 11 页。
[29] 参见郑成良：《论法治理念与法律思维》，《吉林大学社会科学学报》2000 年第 4 期，第 3 页。
[30] 参见孙笑侠、应永宏：《论法官与政治家思维的区别》，《法学》2001 年第 9 期，第 3 页。

司法领域对于“法”的定义直指实定法，从而将法律与道德区分开来。所以，评价“义绝”这种“身份-道德/法律规范”的混合逻辑时也宜采取道德与法律两分的进路来讨论。

首先看“身份-法律规范”，可以说这是中国传统法律的典型样态。从上文的分析可见，即使作为思想的“义绝”只是一种“身份-道德规范”的逻辑，但在司法实践中它却产生了法律规范的效果。因此就“义绝”的司法实践来说，法律规范实际上入侵了道德规范的领域，并最终形成了“身份-道德/法律规范”的混合逻辑。这种情况恰恰表明，在中国传统社会中法律与道德高度混同，即使是道德层面的问题也有可能用法律手段去解决。对此，瞿同祖先生在《中国法律与中国社会》一书中列举了大量的例子，其中有许多在现代人看来明显不应纳入法律规范层面的生活细节也因身份的不同产生了相应的法律规范，并且违反者将会受到刑罚的制裁。[31]这种“身份-法律规范”的逻辑恰恰与梅因所持的“从身分到契约”的观点高度一致，基于身份而直接产生法律规范层面的效果确实是诸多民族传统法律中的共同点。[32]这种逻辑显然违背了现代法治之精神，不因身份的不同而产生立法与司法适用的差别，这是现代法治最基本的前提。从这个角度看，“义绝”的“身份-法律规范”逻辑在现代社会是应该摒弃的。

再看“身份-道德规范”。如前所述，“义”本身代表的是一种合理性，在中国传统社会这种合理性的判断标准与身份关系结合是再自然不过的事。当一个社会的身份色彩逐渐淡去，这种合理性与身份关系的契合自然也会式微。然而，由血缘所组成的传统身份关系在现代社会的重要性减弱，这并不意味着血缘关系在现代社会就不再重要，同时血缘关系的式微又恰恰意味着其他类型的身份关系会此消彼长地起到替代性作用。以拒证权为例可以看到，一方面对于亲属拒证权的肯定成为世界各国立法中的普遍趋势，另一方面某些特殊职业例如心理医生等等也被逐步肯定享有拒绝作证的权利。[33]由此可见，即使是现代社会也依然不可能将身份与规范的对应关系完全剥离。因为社会一定是由人组成的，“人是一切社会关系的总和”，绝对原子式的个体在任何一个社会中都不可能存在。如何将这些个体更好地整合为一个有序的社会，首先需要确定各自的身份，这恰恰与孔子“正名”的思想不谋而合，否则“名不正，则言不顺，言不顺，则事不成”。

因此，只要社会存在就一定会通过各种各样的身份来分配相应的规范，这种基于身份而形成的规范成为一个社会得以存续的关键。这一点在传统社会如此，在现代社会同样如此。因为“个体无法像完全关注自身利益那样，不断意识到社会利益的存在。有一种体系似乎必然会把这些社会利益带给个体的心智，迫使个体尊重他们，这种体系就是道德纪律。”[34]因此，个体的行为总会受到社会整体的评价，这种评价机制便是道德，评价的后果则是行为的合理性问题。而每个人应该遵从怎样的道德，这就必须以身份为

[31] 对此可参见前引 1，第 152-180 页。
[32] ［英］梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆 1984 年版，第 97 页。
[33] 例如我国台湾地区《刑事诉讼法》第一百八十条、第一百八十二条便分别规定了亲属拒证权和特殊职业拒证权。
[34] ［法］涂尔干：《职业伦理与公民道德》，渠敬东译，商务印书馆 2015 年版，第 15 页。

坐标系进行分配，由此生成“身份-道德规范”的逻辑。

所以“义绝”在司法层面表现出“身份-道德/法律规范”的混合逻辑在当代社会需要辩证看待，其中“身份-法律规范”的逻辑显然难以与现代社会相适应，但“身份-道德规范”的逻辑却在任何一个社会都必然存在。[35]因此，从这个意义上讲“义绝”就不再是一项丧失了现代意义的历史遗存，其内含的“身份-道德规范”逻辑在现代社会中依然发挥着判断行为合理性的重要作用。

四、“义绝”的现代样态：潜在的“身份-道德规范”逻辑

虽然“义绝”中“身份-法律规范”的逻辑与现代司法相悖，但这并不能抹杀“身份-道德规范”的逻辑在现代社会中的重要意义。以“于欢案”为例可以看到，“身份-道德规范”的逻辑在现代社会是如何影响司法，并且司法者又是如何处理这一逻辑与法律规范之间的冲突的。

提起“于欢案”的另一个名字——“辱母案”更能揭露此案的关键争议点。于欢因母亲受辱，在陷入无助的情形下奋起反抗，最终造成一死三伤的结果。对此，一审法院以“故意伤害罪”的法律规定为大前提，同时认定了“被告人于欢面对众多讨债人的长时间纠缠，不能正确处理冲突，持尖刀捅刺多人，致一名被害人死亡、二名被害人重伤、一名被害人轻伤”这一小前提，最终得出“被告人于欢犯故意伤害罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身”的结论。[36]这一判决乍一看确实没什么问题，但一审判决作出后却引发了舆论狂潮，其中引爆舆论的关键点便是“辱母”这一情节。不得不承认的是，在一审判决中确实看不到司法者对于“辱母”情节的考量。那么，为何这一情节没能在一审判决中出现，它又缘何引爆了舆论呢？

如前所述，中国传统社会是以血缘为纽带建立起来的宗法社会，因此“孝”所代表的子对父的天然性、绝对性、单向性义务成为维系宗法社会的一种元价值，并且基于家国同构的历史现实，从汉代开始统治者通过“移孝作忠”有意强化了这一价值的地位。因此，即便是在国家形成并禁止私人复仇后，基于“孝”的价值追求而层出不穷的复仇行为也常常得到国家法的宽恕。古有东汉赵娥为父报仇的佳谈，近代亦有施剑翘手刃杀父仇人孙传芳的事迹，尽管二者相隔千年，但社会舆论和当局者都对她们的行为予以了正面评价。“复仇一事，既为儒家经义所许，在奉儒术为正统的家国体制中，便天然地具有正当性。然而，国家既然是一种公共权力，要履行其职能，又不能不垄断合法的武力，而禁止私人报仇。”[37]在这样一种矛盾之下，国家法一面禁止私人复仇，另一面却对复仇行为采

[35] 需要说明的是，本文并非否定“身份-法律规范”的逻辑在当代就没有存在的空间，在事关婚姻家庭继承等以亲属关系为作用范围的私法领域以及部分公法领域（如刑事诉讼中近亲属的上诉权），是否具有相关身份决定了一个人是否享有相应的权利义务。

[36] （2016）鲁 15 刑初 33 号。

[37] 梁治平：《为政：古代中国的致治理念》，生活·读书·新知三联书店 2020 年版，第 235 页。

取了极其暧昧的态度，这一现象的根源便在于传统社会中“身份-道德/法律规范”的混合逻辑。因为道德与法律混为一体，复仇这种基于“身份-道德规范”而获得的合理性就极难被法律所否定。

这种思维即使到了当代仍然影响着中国人，以至于许多人觉得，“当自己的母亲受到黑恶势力凌辱时，作为男子汉，就应该挺身而出，采取‘以暴制暴’的方式对抗。”[38]所以于欢基于儿子的身份对辱母之人进行反击，这与“身份-道德规范”的逻辑不谋而合。相反，被害人的辱母行为因违背人伦而首先丧失了合理性，与之相对于欢行为的违法性被淡化的同时获得了合理性的证成。但问题在于，即使是对复仇行为采取暧昧态度的传统社会，也没有任何一条法律明确表示支持私人复仇。虽然我们对于欢因母受辱而持刀反击的行为表示理解和同情，但确实在现行法中找不到“儿子可以用暴力手段保护母亲不受侮辱”的类似表述。因此对于一审法官来说，即使意识到了于欢行为的合理性，但在现行法律框架下确实难以直接肯定这种合理性。所以从本质上看，社会舆论与一审判决之间的冲突，实际上是基于“身份-道德规范”的合理性与现行法律规范未能对此提供合法性证成的冲突。若在传统社会，这种冲突可以基于“身份-道德/法律规范”的混合逻辑得到化解，但在道德与法律相分离的现代司法中，这就给司法者提出了一个难题。

面对舆论的强大压力，于欢行为的合理性不得不重新考量。所以二审法院首先对“辱母”情节进行了强调。判决书中提到：“于欢及其母亲苏某连日来多次遭受催逼、骚扰、侮辱，导致于欢实施防卫行为时难免带有恐惧、愤怒等因素。”这从某种程度上讲是肯定了于欢的防卫行为与“辱母”之间存在一定的因果联系。面对“辱母”情节“距于欢实施防卫行为已间隔约二十分钟”，已不具有防卫紧迫性的质疑，法官进一步指出，“但于欢捅刺杜某 2 等人时难免不带有报复杜某 2 辱母的情绪，在刑罚裁量上应当作为对于欢有利的情节重点考虑。杜某 2 的辱母行为严重违法、亵渎人伦，应当受到惩罚和谴责，……”[39]这些论证都是将“辱母”情节重新纳入了事实认定，其本质是法官对于欢行为基于“身份-道德规范”的合理性予以了一定程度的认可。

但是，过分强调于欢行为与“辱母”情节之间的因果联系同样是不合时宜的，因为“一种移情法理学可能培养起目光短浅的实质正义，因为那种想象性进入他人的世界观、情感以及经验的能力是随着物理、社会和时间距离的加大而减弱的。”[40]在现行法找不到类似“儿子可以用暴力手段保护母亲不受侮辱”这一表述的前提下，越是强调于欢行为的合理性，就越是与法律规范的合法性相矛盾，从而也就更加增大了案件二审的难度。因为，“司法公正是一种法律之内的正义，这意味着它是以合法性的形态存在着的正义，

---

[38] 《于欢案，道义输给了法律，可悲!》，http://www.sohu.com/a/151426004_789026，访问日期：2018 年 10 月 2 日访问。

[39] 同前引 35。

[40] Richard A. Posner.The Problems of Jurisprudence, Cambridge:Harvard University Press,1993，p412-413.

同时，也意味着它是具有法律性质的制度伦理意义上的正义”。[41]即使法官个人基于“身份-道德规范”的逻辑能够理解并赞同于欢行为的合理性，他也不能在法无明文规定的前提下直接将这种合理性予以合法性的认可。

令人欣慰的是，二审法官也并没有这样做，在现行法找不到类似“儿子可以用暴力手段保护母亲不受侮辱”这一表述的前提下，他们巧妙地寻找到了一个与此相关的大前提——“人格尊严应当受到法律保护”，并在完成前述有关“辱母”情节的事实认定后进一步指出小前提，即“被害方有以恶劣手段侮辱于欢之母的严重过错”，最终二审法官得出“于欢依法应当减轻处罚”的结论。在这个过程中我们看到，二审法官通过法律原则的适用，将基于“身份-道德规范”逻辑而产生的合理性纳入了裁判当中，它并没有造成传统社会“身份-道德/法律规范”的混同局面，同时又缓解了一审判决合理性缺乏的困局。此外，二审法官并没有过分强调于欢行为的合理性，同时否定了辩护人提出的于欢的行为属于特殊预防的辩护意见，这表明法官对于欢行为合理性的认可并非没有限度。即使二审法官通过法律原则的适用容纳了“身份-道德规范”中的合理性，但这种容纳并非直接照搬。

这样一种进路，可称为“身份-道德规范-法律规范”的逻辑，它在立场上坚持道德与法律两分。需要特别强调的是，不同于这一逻辑中身份与道德规范的对应关系，在这一逻辑中道德规范与法律规范并非完全对应。因为如果道德规范与法律规范完全对应，司法者直接运用对应的“法律规范”例如“儿子可以用暴力手段保护母亲不受侮辱”便可裁决案件，这又回到了传统社会“身份-法律规范”的逻辑。倘若如此，“于欢案”甚至都不会形成一个备受关注的司法难题。正是因为道德规范与法律规范在现代社会并非一一对应，所以从道德规范到法律规范的飞跃必须依靠司法者通过运用司法技术来实现。在“于欢案”中，司法者用“人格尊严应当受到法律保护”这一法律原则替代了“儿子可以用暴力手段保护母亲不受侮辱”这一明显与现代法治不符的潜在逻辑，从而将“身份-道德规范”的合理性通过巧妙转化变为可以为法律规范所容纳的内容。这种结构从某种程度上说是一种变形之后的“义绝”，它同样是通过身份来判断行为是否具有合理性，从而将这种合理性判断运用到裁判合理性的建构之中，最终实现现代刑法追求的罪责刑相适应的目标。

由此可见，在现代社会中同样存在着“身份-道德规范”的逻辑。不同于传统社会“身份-道德/法律规范”的混合逻辑，由于道德与法律的逐渐分离，即使基于“身份-道德规范”而产生的合理性也不一定能够找到对应的法律规范加以证成。但是，拘泥于法律规范而无视裁判的合理性建构又最终会损害司法正义本身。因此，这就需要司法者通过一系列司法技术的运用，在法律规范的框架内将“身份-道德规范”的合理性纳入裁判当中，由此形成“身份-道德规范-法律规范”的现代逻辑。

[41] 郑成良：《法律之内的正义：一个关于司法公正的法律实证主义》，法律出版社 2002 年版，第 91 页。

结语

尽管“义绝”产生于中国传统社会，但“一种思想的普遍性则取决于此思想中是否面对普遍意义上的政治、社会、历史、文化、人生的问题提出具有普遍性的思考。”[42]作为一种行为合理性的判断标准，“义绝”的“身份-道德规范”逻辑在现代司法中依然发挥着重要作用。尤其是面对那些疑难案件，司法者更是需要围绕着涉案当事人的身份，立体地审视行为人的行为是否具有合理性。以“于欢案”为例可以看到，其中隐含着“身份-道德规范-法律规范”的新逻辑。这一新逻辑在本质上和“义绝”所发挥的功能一致，它们都对失衡的情罪关系进行了矫正，但它又超越了“义绝”在司法层面将道德与法律混同的状态，它坚持道德与法律两分，对合理性的认可并没有以破坏法律自身的逻辑为代价。

[42] 陈来：《儒学通诠：陈来学术论集》，孔学堂书局 2015 年版，第 87 页。

涉黑涉恶案件适用认罪认罚从宽制度研究

梁琪 谢锦昌 刘元见[1]

【摘　要】由于长期受“从重从快”观念影响，在实践中司法部门对于涉黑涉恶案件适用认罪认罚从宽制度仍采取保守态度，实践中存在不愿适用、不敢适用、不善适用的问题。随着扫黑除恶专项斗争内涵的不断变化，从宽严相济刑事政策的角度出发，在涉黑涉恶案件中适用认罪认罚从宽制度具有其必要性和可行性，应从规范涉黑涉恶案件适用认罪认罚从宽制度范围，合理维护涉案人合法权益，提高量刑建议水平、维护检察机关量刑建议权威等方面进行改进，建立健全涉黑涉恶案件适用认罪认罚从宽制度的长效机制。

【关键词】检察；扫黑除恶；认罪认罚；宽严相济

2018 年初，中共中央、国务院决定在全国范围内开展为期三年的扫黑除恶专项斗争。从打黑除恶到扫黑除恶，一个“扫”字的变化暗含了党中央和国家对于专项[2]斗争内涵的变化以及治理黑恶势力态度的转变，它强调要在继续严厉打击黑恶势力犯罪的基础上，针对黑恶势力出现的新情况新问题调整打击措施和应对策略。最高人民法院、最高人民检察院、公安部 、司法部于 2018 年 7 月发布了《关于办理恶势力刑事案件若干问题的意见》，该意见明确提出要深刻领会和坚定贯彻宽严相济刑事政策并将其积极应用到惩治黑恶势力犯罪活动的办案要求中去，这为司法机关开展扫黑除恶专项斗争提供了明确的政策导向。2018 年修订后的刑事诉讼法增加了认罪认罚从宽的处罚程序，为司法机关对黑恶势力犯罪案件适用该制度提供了法律依据。涉黑涉恶案件中合理规范适用认罪认罚从宽制度可以提升司法效率和节约司法资源，同时也能有效保障涉案人员合法权益，进一步维护社会长治久安。黑恶势力犯罪分子归案后认罪认罚的，依法应当兑现政策，最大限度减少社会消极因素，促进社会和谐稳定。[3]但一直以来，我国刑事司法实践中仍存在着对涉黑涉恶案件以“从重从严”方式处理的观念，认罪态度好并不能成为从宽的理由，这直接导致在实践中司法部门对于涉黑涉恶案件适用认罪认罚从宽制度仍采取保守态度。在扫黑除恶专项斗争中，怎样才能真正贯彻宽严相济的刑事政策，建立健全今后纵深推进扫黑除恶专项斗争长效机制，做到既有效预防打击犯罪，又可以有效保障犯当事人的诉讼权利和合法权益，提高办案质量和效率，就成为亟待解决的新课题。

一、涉黑涉恶犯罪案件与认罪认罚从宽制度的兼容与契合

---

[1]广西梧州市龙圩区党组书记、检察长；广西梧州市龙圩区人民检察院检察官助理；广西区检察院高级检察官助理，四级高级检察官，副调研员，副高职称。

[2]张向东：《当前“扫黑除恶”斗争中存在的突出问题及对策》[J]，载《河南警察学院学报》2019 年 6 月第 28 卷 3 期，第 35 页。

[3]康均心：《从打黑除恶到扫黑除恶》[J]，载《河南警察学院学报》2018 年 6 月第 27 卷 3 期，第 7 页。

现有的关于涉黑涉恶类案件适用认罪认罚从宽制度的观点主要是从认罪认罚的适用边界来分析，有的学者认为根据相关规定中并未将涉黑涉恶类案件排除在认罪认罚从宽制度之外，而“宽严相济、区别对待”、“坦白从宽、抗拒从严”作为党和国家的一项基本刑事政策，可适用于包括涉黑涉恶类犯罪的一切刑事案件；有的学者认为按照刑事诉讼法规定，对于认罪认罚案件，检察机关“应当就主刑、附加刑、是否适用缓刑等提出量刑建议”，法律规定中使用的字眼是应当，属于强制性规范，意味着在犯罪嫌疑人认罪认罚的情况下，获得公平的从宽处理是犯罪嫌疑人的一项权利。[4]以上分析，落脚点仍只是局限于认罪认罚制度，没有看到当今涉黑涉恶犯罪活动的变化，没有从专项斗争内涵变化的角度理解涉黑涉恶案件适用认罪认罚制度的必要性与可行性。

（一）从“硬暴力”向“软暴力”转化

辩证唯物主义告诉我们，事物是发展变化的，黑恶势力这种犯罪活动也是如此，同样也在随着社会经济的飞速发展而不断演进，突破以往传统的犯罪手段、犯罪形式的变化。以黑恶势力犯罪中较多的涉高利贷犯罪为例。在传统的高利贷行为中，放贷人为追讨债务，对借贷人采取跟踪、骚扰、威胁、恐吓、殴打等手段来干扰被害人的正常生活，黑恶势力往往通过实施故意杀人、故意伤害、聚众斗殴等严重暴力犯罪对借贷人施加硬性力，也多采用非法拘禁、敲诈勒索、绑架抢劫的方式来攫取经济利益，这种暴力模式通常被称为“硬暴力”。[5]此种暴力形式从表现形式和具体行为方式来看，通常以有形物理力的实施为基本样态，其危害行为较为容易让人发觉、其危害后果也很容易被发现。

但随着社会主义市场经济和信息化社会的深入，其犯罪形式日益隐蔽，黑恶势力逐渐从“硬暴力”手段转变成“软暴力”手段。[6]如大学校园中的“套路贷”、“校园贷”，放贷者建立互联网平台来吸储放贷、诱骗被害人借钱，通过微信、手机短信威胁、公开裸照等方式来滋扰、纠缠被害人，追讨债务。[7]这些行为一般不会给被害人造成明显的身体损害或财产损失，不易被判定为是犯罪，被害人的损失主要是精神伤害或者让被害人产生恐惧的心理逼其就范。

以“黑恶势力犯罪”为关键词，通过网络检索，发现以 2012 年为界，之前新闻报道中的犯罪暴力性手段非常突出，其后暴力性手段的适用频率明显降低，动辄舞刀弄枪，聚众斗殴等传统“硬暴力”现象减少。黑恶势力违法犯罪手段趋向于向“软暴力”发展，其自身特点决定其犯罪行为难以被发现，侦查、公诉机关对其证据收集与认定存在困难。[8]在侦查阶段适用认罪认罚从宽制度就能促使其为了自身利益、争取得到从宽处理而主动交代罪行，这样可以从内部突破犯罪分子的心理防线，瓦解犯罪团伙的组织联系，剥

---

[4] 黄京平：《黑恶势力利用“软暴力”犯罪的若干问题》[J]，载《北京联合大学学报》2018 年 4 月第 8 期，第 11 页。
[5] 卢建平：《软暴力犯罪现象、特征与自治对策》[J]，载《中国刑事法杂志》2018 年 第 3 期，第 95 页。
[6] 罗兰瑛、胡正民：《软暴力犯罪的司法厘定及裁判思路》[J]，载《刑事审判》2018 年 6 月第 2 期，第 125 页。
[7] 王东升、刘莉：《黑恶势力“软暴力”犯罪情况探析》[J]，载《检察调研与指导》2019 年 1 月第 1 辑，第 93 页。
[8] 黄京平：《黑恶势力利用“软暴力”犯罪的若干问题》[J]，载《北京联合大学学报（人文社会科学版）》2018 年 4 月第 16 卷第 2 期，第 8 页。

掉黑恶势力的隐身外衣，从而缩短侦查时间，提高侦查效果，减少侦查阻力，完善证据体系，提升案件质量。

（二）从治安领域向经济领域延伸

经过多年的打黑除恶专项行动，打击效果良好，我国的严重暴力犯罪持续下降，暴力恐怖犯罪、个人极端暴力犯罪得到控制。与此同时，黑恶势力犯罪向经济领域蔓延，新类型的犯罪层出不穷。从扫黑除恶专项斗争以来扫掉的涉黑涉恶的成果来看，一些黑社会性质组织为攫取更多的非法利益，以其非法取得巨额财富为依托，利用开公司、办实体等为掩护涉如诸多包括网络借贷、汽车销售、房地产买卖在内的多个经济行业领域。[9]黑恶势力欺行霸市，强买强卖、索要保护费，严重扰乱市场正常经营秩序，黑恶势力会用尽一切手段获取巨大的经济利益。它的特定则体现为涉案人数众多、涉案金额特别巨大、涉及罪名多样等。[10]日益增长的涉黑涉恶势案件数量与相对有限的办案资源之间的矛盾愈发突出。可以说，推动刑事案件繁简分流、优化资源配置已迫在眉睫。通过实施宽严相济的刑事政策，对黑恶犯罪案件适用认罪认罚制度，有利于在各环节节约司法资源、提高办理效率，进一步扩大扫黑除恶打击范围，点面结合，以面为主，深挖黑恶势力残余，减少漏网之鱼。

（三）从单纯黑恶向黑恶“保护伞”、“关系网”混合生长

扫黑除恶不仅要扫除黑恶势力犯罪，还要铲除黑恶势力背后的生存土壤，并将其连根拔起。十多年来的打黑除恶确实已经对一大批基层腐败的“保护伞”进行了肃清，黑恶势力开始向着治理相对薄弱的基层农村转移。[11]这次开展的扫黑除恶不仅是对黑恶势力的打击，还要把打击黑恶势力和治理基层黑恶势力“保护伞”、“关系网”结合起来，铲除黑恶势力土壤。从中央纪委国家监察委网站以及北大法宝网上搜集到 2018 年以来扫黑除恶保护伞案例 136 起，其中 72 起与基层特别是乡村黑恶势力有关。农村黑恶势力势力犯罪的一个重要特征就是成员多以家族势力、宗族势力为基础，纠集农民、无业游民、社会闲散人员从事赌博、毒品买卖、强占山林、阻碍拆迁等犯罪活动。一些黑恶势力想尽一切办法拉拢公职人员，一部分党员干部无视组织纪律，参与宗族活动，充当黑恶势力“保护伞”和“关系网”。这种以血缘、地缘为纽带的犯罪模式，不仅对当地治安形成很大的威胁，甚至影响到基层政权生态建设和党的执政根基。[12]因此处理乡村黑恶势力犯罪，要根据犯罪的具体情况具体分析，用认罪认罚从宽制度把普通犯罪与黑恶势力犯罪骨干分子、主要分子区别开来，用不同方式去处理不同类型的犯罪分子，减少社会矛盾，以达到维护社会长治久安。

综上所述，对于涉黑涉恶势力犯罪适用认罪认罚制度，是对传统的打黑手段已显滞

---

[9] 张向东：《当前中国黑恶势力犯罪的基本态势》[J]，载《人民司法》2018 年 第 25 期，第 7 页。

[10] 李占州、钟晋：《“黑恶势力”“恶势力犯罪集团”认定若干问题解析》[J]，载《检察调研与指导》2019 年第 3 辑，第 6 页。

[11] 董纯朴：《黑恶势力犯罪防控研究》[J]，载《江西警察学院学报》2018 年 9 月第 5 期，第 49 页。

[12] 王啸洋：《认罪认罚从宽制度在职务犯罪案件中的运用》[J]，载《天津法学》2019 年 第 3 期，第 88 页。

后的斗争举措创新，可以弥补涉黑涉恶犯罪天生的“证据缺陷”，帮助查明案件事实；可以减少社会的对立面，团结广大的人民群众，减少犯罪嫌疑人及其亲属对司法的抵触情绪，从而起到积极教育感化和挽救大多数的效果；最大程度节约司法资源，修复被毁损的市场经济秩序，营造安全、安宁、安心、共建、共治、共享的社会，对于实现人民群众对美好生活的向往起到积极的促进作用。

二、涉黑涉恶犯罪案件适用认罪认罚从宽制度的难点与困境

涉黑涉恶犯罪案件适用认罪认罚从宽制度虽然具有积极显著的现实意义，也具有可操作性。但在实践中，各地检察机关对涉黑涉恶刑事案件适用认罪认罚制度采取仍采取审慎保守的态度。

（一）不敢适用。我国刑事司法鼓励犯罪嫌疑人自愿认罪从而获得宽大处理。虽然法律上并没有将被害人是否同意作为适用认罪认罚制度的必要因素，但考虑到社会效果和政治效果，被害人的态度仍然是无法回避的考量因素之一。[13]以“高利贷”、“套路贷”等案件为例，这类型案件往往体现为被害人数众多、涉案金额巨大等特点。随着涉黑涉恶罪行严重程度递增，其被害人范围以及对犯罪分子的痛恨程度也会随之增加，社会影响也随之加大。被害人能否谅解被追诉人或接受其从宽处理，不仅是检察机关给予量刑建议，人民法院审理案件裁判的重要参考依据，也是维护司法公信力的重要举措。如果被害人对于认罪认罚制度不能理解、无法接受，反而会增加新的诉讼和上访风险。还有一些涉及黑恶势力“保护伞”的案件，在互联网信息飞速传播的时代，任何信息都能通过网络在短时间里被迅速扩大，“保护伞”犯罪有可能成为舆论发酵的“敏感点”，这使得司法工作人员在司法实践中适用认罪认罚从宽制度存在着许许多多的顾虑。

（二）不愿适用。一方面适用认罪认罚制度，程序未必简化，工作量未必减少。在侦查工作中，即使追诉人及时认罪并如实供述犯罪事实，并不必然导致人民法院对证据规格和证明标准会“网开一面”。在理论界，有学者认为如果降低证明标准，则易导致出现“口供为王”的问题，办案人员可能因犯罪嫌疑人已认罪而放松对证据把关，但若因放宽证明标准酿成错案，司法公信力将大为受挫。这就使得在实践中，对于认罪认罚的涉黑涉恶案件，检察官虽然在开庭时不需证明犯罪，但仍需要花费大量的时间、精力去证明犯罪嫌疑人认罪认罚的自愿性、具结书内容的真实性与合法性。[14]

另一方面，尽管认罪认罚制度给检察机关增加了新的工作任务，其实施却不一定取得预期的效果。实践中，一是由于犯罪人及其家属对认罪认罚的从宽预期往往超出法律规定，一些犯罪嫌疑人或被告人并未真正因认罪认罚依法获得程序性利益补偿，使得他们对认罪认罚的积极性不高；二是由于第三方值班律师制度不完善，导致值班律师在控辩协商过程没有起到应有的作用。新的《刑事诉讼法》虽然赋予了值班律师对犯罪嫌疑

[13] 王睿：《检察司法实践下认罪认罚从宽制度问题研究》[J]，载《法制与社会》2019 年 9 月中，第 23 页。
[14] 白宇：《认罪认罚从宽制度与刑事案件分流体系构建》[J]，载《甘肃政法学院学报》2017 年 第 1 期，第 144 页。

人提供法律帮助的权利，但值班律师毕竟不是辩护人，其不具有辩护人所享有的诸如阅卷权、调查取证权、庭审辩护权等相关权利，这影响到了值班律师对案情的了解，导致其无法对犯罪嫌疑人提供有效的法律咨询意见。且由于值班律师不承担辩护职责，甚至出现犯罪嫌疑人已经认罪认罚，而辩护律师却当庭提出无罪或轻罪辩护，全然推翻了被告人在之前的认罪认罚供述，这有损认罪认罚制度实施的威严，有悖于认罪认罚制度制定的初衷。

(三)不善适用。一是缺乏涉黑涉恶案件适用认罪认罚从宽制度的操作细则。尽管修改后《刑事诉讼法》已增加了认罪认罚从宽制度，对认罪认罚的基本内涵和基本程序有所说明，但实践中需要细化的地方仍不少。各地试点中对于不同诉讼阶段、不同程度、主动或被动的认罪认罚缺乏精确区分，存在司法人员自由裁量幅度较大而争议不少的情形，出现同一件案子存在不同判决的情况，影响司法公信力。二是涉黑涉恶案件影响较大，量刑不当，容易引发社会舆论。如何精准地提出被犯罪嫌疑人、被害人、侦查机关、人民法院等多方接受的量刑建议存在一定风险。

三、涉黑涉恶犯罪案件适用认罪认罚从宽制度的路径完善与期望

(一）明确适用范围程序

一是划定适用范围。虽然我国《刑事诉讼法》等相关法律法规对适用认罪认罚从宽制度的案件类型没有限制，但考虑到涉黑涉恶犯罪案件的社会影响及民众朴素的正义观，将认罪认罚从宽制度贸然推进，一律覆盖显然是不明智的，对于可能判处死刑和无期徒刑的涉黑涉恶案件应排除适用。[15]具体我们要综合考量犯罪嫌疑人的主观恶性、悔罪态度、包括被害人谅解在内的社会关系修复程度、案件的社会影响等重要要素。有学者认为对于犯罪事实不清、证据不足的案件不能适用该制度，但笔者认为只要基本事实清楚，证据的瑕疵正好可以通过犯罪嫌疑人的供述来弥补，以此来互相印证，可以定罪。对于基本事实清楚，但证据有瑕疵或者疑难复杂，难以完全取证的案件应积极推进适用；黑恶势力保护伞的职务犯罪案件并没有具体被害人，这类案件可以普遍适用；对于涉高利贷等经济犯罪，是否适用认罪认罚从宽不仅要考虑犯罪嫌疑人归案后是否主动交代犯罪事实，还要考虑到犯罪嫌疑人是否积极退赃、退赔，被害人是否有得到相应的赔偿，犯罪嫌疑人有没有取得谅解；在环境污染类犯罪、投毒、破坏生产经营等涉黑涉恶犯罪中，能否修复被犯罪破坏的环境、社会关系和市场秩序都是作为量刑建议的重要考量因素。

二是明确适用程序。对于案件事实清楚、证据充分的认罪认罚涉黑涉恶犯罪案件主要适用简易程序或速裁程序，对于其它案情较为复杂的认罪认罚涉黑涉恶犯罪案件则可以探索适用普通程序简化审理，这样既显著提高了司法效率，也给予了部分犯罪情节轻微、危害不大的犯罪分子以悔罪机会，具有现实意义。

[15] 王秋艳：《重型案件认罪认罚从宽的难点探索》[J]，载《鹤壁日报》2019 年 6 月 21 日第 004 版，第 1 页。

（二）保护当事人权益

1.要加强对于涉黑涉恶案犯罪嫌疑人的权利保护

《关于开展法律援助值班律师工作的意见》中明确要求人民法院、人民检察院看守所为值班律师提供必要的工作场所，为适用认罪认罚的犯罪嫌疑人、刑事被告人提供法律咨询、程序选择、对检察机关提出量刑建议提出意见、犯罪嫌疑人签署具结书应有值班律师在场。普遍认为应从充分保障犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利，防止冤假错案的角度出发进行阐释论证，论点将“见证型”值班律师制度转化为“辩护型”值班律师，甚至扩展到刑辩律师全覆盖、保障律师能深度全程参与涉黑涉恶案件，从而提供有效的法律意见，实现程序正义无瑕疵。认罪认罚从宽制度实施的重要意义就在于节约司法资源，提高司法效率，如果对所有的涉黑涉恶案件一律实行律师全程覆盖，将不利于本来就相对匮乏的律师资源的集约利用，带来了程序上的繁琐，有悖认罪认罚制度制定实施的初衷，而应根据涉黑涉恶案件适用程序的不同，建立完善差异性的律师帮助制度。

一是在速裁程序案件中应允许犯罪嫌疑人不申请值班律师帮助。速裁案件大多事实清楚，证据确凿充分，社会危害性轻微，再加上犯罪嫌疑人认罪态度良好、积极配合司法机关工作。对于这部分案件应该着眼于减少时间消耗，提高诉讼效率。对于速裁案件实现辩护律师全程覆盖显然没有必要。[16]即便实施，执行也不免流于形式主义，占用本就不充裕的律师资源，损害了真正需要法律帮助的涉案人利益。在速裁程序中，应允许认罪认罚的犯罪嫌疑人有不申请值班律师的权利。认罪认罚的犯罪嫌疑人明确表示不需要值班律师帮助的，应由犯罪嫌疑人签字确认，在认罪认罚具结书上载明。相对应的，法官在速裁程序中应当把犯罪嫌疑人放弃值班律师帮助权利的自愿性和真实性作为审查内容的重要组成部分，以此杜绝程序瑕疵。

二是对于适用简易程序或普通程序简化审理的认罪认罚案件，则有必要加强律师的作用。这是因为在这类案件中，极有可能出现控辩协商过程，被告人缺乏法律知识和诉讼经验，较检察机关处于弱势。这类案件往往判处刑罚较重，即使是同样的量刑幅度也可能导致较大的刑罚差异，有较大协商空间，也更依赖检察官的量刑建议权。[17]对此，可以借助协同性法律帮助理念的指引。确保律师能够全程参与，扩大值班律师权利，让值班律师能充分了解案情和证据材料，切实为被追诉人提供高质量的法律服务；被追诉人在审判结束之前决定撤回认罪认罚具结书时，值班律师或者辩护律师应当及时与被告人沟通，了解其心理情绪波动，阐明其撤回认罪认罚具结书的法律后果，确保其认罪认罚或撤回自愿性和明智性，保障被告人的合法权益。

2.要注意保护涉黑涉恶案被害人的合法权益

在刑事司法中，一般注意保护犯罪嫌疑人的合法权利，但对于被害人的权益保护提及不多。法律的天平要不偏不倚，在注重保证犯罪嫌疑人权利的同时，也应保障其它当

[16] 陈雨：《认罪认罚从宽的路径探索》[J]，载《光华法学》2018 年第十一辑，第 150 页。

[17] 殷闻：《完善认罪认罚从宽制度的转型逻辑》[J]，载《华北电力大学学报》2019 年第 4 期，第 65 页。

事人特别是被害人的合法权益。一是要加强被害人权益保护。在检察机关与犯罪嫌疑人的诉讼协商过程中，如果没有被害人的介入，只有检察机关与犯罪嫌疑人，则被害人的合法权益很难得到保障，涉黑涉恶案件处理的公平性、公正性也得不到有效保障和维护。特别是在高利贷、非法吸收公众存款等经济犯罪中，被害人充分及时地获得经济赔偿是其走出受害阴影的重要途径。所以在涉黑涉恶案件控辩协商过程中，应当将被害人的权益保障纳入认罪认罚制度。在不影响案件办理的情况下，告知被害人案情；在关于赔偿的问题上听取被害人的意见，把犯罪嫌疑人是否积极退赃、退赔、积极赔偿作为量刑建议考虑重要因素；扩大被害人损害赔偿请求权的范围，不仅限于因犯罪行为直接造成的损失，更扩大到精神赔偿。通过这些措施可以保障被害人的民事赔偿请求权得到维护，也使得认罪认罚制度在实际操作中不至于受到被害人过大的阻力而得以顺利开展。二是建立完善的检察院人民监督员制度。监督员通过检察官来了解案情以及法律适用情况，人民监督员兼听取该案律师的意见，在综合双方的意见的情况下，进行独立评议和表决。如果人民监督员对检察机关在查办涉黑涉恶案件过程的决议存在异议，有权向检察委员会提出复查。

（三）提高量刑权威

1.把握好底线要求。无论是什么案件，在适用认罪认罚从宽制度时都坚持宽严相济的原则，把握好底线，防止冤假错案。对底线的把握主要有两点：一是需要达到相应的证明标准。要依法查明犯罪嫌疑人的犯罪事实，同时要依法查明犯罪嫌疑人认罪认罚的自愿性和清晰性，切实防止冤假错案发生；二是充分考虑到民众朴素的公平正义观，从宽原则上不应造成刑档的降低，避免减让幅度过大导致量刑失当，从宽幅度一般不超过50%。对可能判处死刑、无期徒刑的案件，高度慎重、从严把握，避免案件处理违背公平正义理念。

2.从宽方式多样。对于所提出的量刑建议应涉及主刑附加刑、缓刑等，坚持在对主刑有效把握的基础上，逐步对附加刑济缓刑的适用提出明确意见，强化对不同刑罚尺度的把握。对于认罪认罚的轻微案件扩大酌定不起诉案件适用范围，鼓励适用非羁押性强制措施。

3.提高量刑质量。一是完善要素量刑。不同的犯罪嫌疑人其认罪认罚的时间节点存在差异：有的是在归案后就老实交代罪行，有的在侦查阶段就认罪认罚，还有的在审查起诉时幡然悔悟，也有的犯罪嫌疑人在先前的阶段认罪认罚，等到法院审理后又翻供反悔。[18]不同的时间节点对节约司法资源、案件顺利推进起到的作用显然不一样，犯罪嫌疑人越早认罪认罚，越能节约司法资源，提高司法效率。正因为如此，应注重形成阶梯型的量刑递减模式，越早认罪认罚，其从轻幅度越高，反之对于认罪后翻供的犯罪嫌疑人则不予从宽。建议制定《涉黑涉恶案件犯罪嫌疑人认罪认罚情况表》，合理完善量刑

[18] 徐强：《检察机关开展重刑案认罪认罚从宽制度研究》[J]，载《检察调研与指导》2018 年第 2 辑，第 33 页。

评估体系，变过去的认罪认罚二维判断到全程覆盖。具体做法首先要合理确定考量因素。就涉黑涉恶犯罪案件而言，衡量从宽处罚幅度的重要因素应包括犯罪嫌疑人认罪节点、悔罪程度、羁押期间表现、认罪对于破案定案的作用，以及不同罪名下和解赔偿、退赃退款等酌定情节对修复社会关系和市场秩序的影响。在明确考量因素的基础上，厘清上述因素对量刑建议的权重，可以结合国外的立法例以及我国实践情况，从宽幅度应不超过基准刑的 30%。二是加强与法院的协商，点面结合量刑。绝大多数速裁案件案情较为简单，影响定罪量刑的情节较少，已有较明确的量刑指导意见，对这部分涉黑涉恶刑事案件，在起诉书中直接写明建议的起刑点；对于案情相对复杂，影响定罪量刑情节较多的涉黑涉恶案件，单独出具量刑建议书，建议较有弹性的量刑区间。这种弹性的量刑建议模式，不仅可以缓解检察机关因量刑建议准确性承受的来自被告人方、法院方的压力，激发犯罪嫌疑人更大的认罪认罚动力，也是对法院自由裁量权尊重的表现。对于可能判处 3 年以下有期徒刑的案件，量刑建议应当精确到确定刑；对可能判处 3 年以上有期徒刑的案件，一般提出幅度量刑建议，区间幅度应在 1-2 年以内。检察机关在适用明确量刑和幅度量刑相结合的弹性量刑基础上，加强与人民法院沟通磨合，从而逐步提高量刑建议精准度。

4.提高量刑权威。实践中(尽管情况很少）存在人民法院不接受检察机关量刑建议的情况，虽然检察机关也可以抗诉，但对判决裁定提出抗诉的理由主要是“量刑畸轻或畸重、适用法律明显不当”，在实际中很难把握。[19]特别是在认罪认罚案件中，如果法院不接受检察机关的量刑建议，不仅损害了检察机关的公信力，也会伤害刑事被告人和被害人的合法权益。这是因为区别于传统的诉讼制度，认罪认罚制度的最大特色体现在控辩双方的协商性。在传统诉讼模式下，诉讼方和被告方处于对抗地位，所以需要法院居中裁断，法院的最终裁量权对于保障案件处理的公正性具有意义。但在认罪认罚案件中，在法院审理之前，检察机关已经与被害人、被告人协商取得了一致，这时的量刑建议综合反映了包括控诉方、被告人、被害人的多方利益，也不能再用传统的三方诉讼构关系模型去认识认罪认罚从宽制度下各主体之间的关系，法院的作用则大大缩小。所以认罪认罚案件由检察机关作出的量刑建议应当对人民法院有较强的拘束力，人民法院一旦接受案件适用认罪认罚制度处理，则必须要接受检察机关给出的量刑建议，从而真正将认罪认罚制度取信于民，真正将涉黑涉恶案件适用认罪认罚制度落到实处。

[19] 张智辉：《认罪认罚与案件分流》[J]，载《法学杂志》2017 年第 6 期，第 14 页。

论司法裁判对居民公约的合法性审查

王琦[1]

【摘　要】居民公约属于民间规范，作为居民自治制度中定规立制权的集中体现，其“亲民性”特征使得居民能够自觉接受规制，在基层社会治理领域做出了重要贡献，但自身的天然弊端导致其与国家法律之间存在一定程度上的张力。基于维护社会公平正义的司法目标，以及维护法律秩序统一稳定的价值考量，法院在司法裁判过程中，应当对居民公约进行必要的合法性审查，但不能破坏居民自治制度。现行司法实践中，法院对居民公约进行合法性审查后的态度不一，裁判文书论证说理也不足。为了提高裁判的可接受性和正当性，法官可以借鉴佩雷尔曼提出的“听众理论”，运用这一互动型说服模型，强化裁判文书说理。

【关键词】居民公约；合法性审查；司法裁判；裁判文书说理

随着我国城镇化进程的快速推进，越来越多的乡村行政建制被撤销，转为街道办事处，因此由村民自治为基础的村民委员会转变为以居民自治为基础的社区也日益增多。社区在调解民间纠纷、协助维护社会治安、提供社区服务等基层社会治理领域发挥了重要作用，产生了大量居民公约，在一定程度上维护和发展了居民自治制度。正如有学者指出，“国家立法在内容上的限度和调整机制的滞后两大方面都有不可克服的天然局限性，因此国家立法不能否定和完全替代社会自我生成秩序的能力。”[2]然而，居民公约作为社会自我生成秩序的载体之一，并不总是合乎法律规定和法治精神的。在司法实践中发生涉及居民公约的民事纠纷时，当事人寻求司法救济，法院是否能够依据居民公约来裁判案件，对居民公约是否要进行一定程度的合法性审查？笔者带着这些疑问，尝试在国内外已有相关研究成果中找到答案。

一、材料、问题及方法

笔者经过检索文献并认真研读了国内外已有的相关研究成果，发现国内相关学者对村规民约的司法适用问题有较为深入的思考。例如，有学者分析了村规民约司法适用的必然性和可行性[3]；有学者论证了判断村规民约是否违反宪法、法律的基本原则[4]；有学者阐述了健全和完善村规民约的备案审查程序和审查监督机制[5]；有学者提出可以通过

---

[1] 【本文系初稿，请勿引用，谢谢！】

作者简介：王琦（1995- ），男，湖南衡阳人，南京师范大学法学院博士研究生，主要从事法学理论研究。。

2 庞正：《法治秩序的社会之维》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2016 年第 1 期。

3 参见郭剑平：《乡村治理背景下村规民约民事司法适用的理论诠释与优化路径》，载《西南民族大学学报（人文社科版）》2020 年第 8 期。

4 参见侯猛：《村规民约的司法适用》，载《法律适用》2010 年第 6 期。

5 参见乔淑贞：《乡村治理视野下村规民约的法律依据与司法适用问题研究》，载《农业经济》2020 年第 1 期。

民事诉讼和行政诉讼的方式对村规民约进行司法审查[6]；有学者认为在民事司法实践中，既要尊重村民自治权，也要对村规民约进行必要的司法审查[7]；有学者基于实证研究，考察了村规民约备案审查机制[8]；等等。基层群众自治制度是我国特色的基本制度，也许因为国外缺乏这一制度实践，国外学者的研究旨趣也不在于此，因此有关法院对居民公约的合法性审查没有直接相关的研究成果。但有学者探讨了相关问题，例如有学者论证了合法性社会组织和国家法律共同协作可生发的法律环境，包括便利性环境、规制性环境和建构性环境，分别有利于国家法律的实施、国家法律内化为社会组织规则、催生公民及其组织的法律和正义观念[9]；有学者阐述了基于法律和社会规范的非正式社会控制在社区治理中的重要地位[10]；还有学者强调了法律的有限适用原则[11]；等等。

总体来看，国内外学界已有的相关学术成果，对于我国关于村规民约、居民公约的司法适用研究具有借鉴意义，为本文的研究奠定了一定理论基础。然而，目前国内外相关学界关于法院对居民公约的合法性审查问题，尤其是审查后的裁判文书说理问题关注的还不够，对相关理论问题缺乏深层次的理解和深刻把握，缺乏对有针对性的理论成果的借鉴和运用，进行有针对性的机制构建的分析论证少。这又造成，相关研究事实上只能是在提出表面化问题，没有真正认识到法院对居民公约合法性审查的必要性、限度以及裁判方法等一系列问题，导致相关对策也缺乏系统性和针对性。此外，中国特殊的现实国情决定了，不可直接照搬照抄国外的相关制度。因此，为了确保理论研究具备真正的问题意识，符合中国实际国情，就必须深入到司法实践去了解和把握现实问题趋向。

我国是典型的成文法国家，在司法实践中法官主要是以正式法源即国家制定法作为裁判依据，民间法等非正式法源只是作为补充。当某个案件面临法律并无明文规定时，基于法官不得因为法律漏洞拒绝裁判原则，法院可以依据民间法进行裁判。然而，民间法具有天然的局限性，只能起到一定的补强作用，并在一定程度上与国家法律之间存在张力。在规范的制定主体、实际情况、文化基础等方面，国家法和民间法都存在一定程度上的差异。此外，民间法追求的是特殊正义，国家法律追求的是普遍正义，因此基于对正义的理解不同，以及上述方面的差异，国家法和民间法之间必然存在着张力和冲突。

国家法律与民间法存在张力，是否就意味着在司法裁判中不应当适用民间法？这是不正确的，因为居民公约等民间法尽管有其自身的局限性，例如制定主体的立法技术、制定程序的严谨性等方面必然不如国家法律那么成熟，其天然所具有的规范性和强制性也较弱，内容有时甚至会违反法律规定及公序良俗，此时其设置的权利义务就失却了对

6 参见孟刚、阮啸：《村规民约的司法审查研究》，载《国家行政学院学报》2011 年第 3 期。
7 参见管洪彦：《村规民约认定农民集体成员资格的成因、局限与司法审查》，载《政法论丛》2012 年第 5 期。
8 参见孟钢杰：《村规民约备案审查机制重述——基于诸暨市的实证考察》，载《南开法律评论》2018 年。
9 See Mark Suchman，Lauren Edelman. *Legal Rational Myths: The New Institutionalism and the Law and Society Tradition*.Law & Social Inquiry，1996，21(4):903-941.
10 See Steven Vago. *Law and Society*. Viking World，2008:241.
11 [英]彼得·斯坦等：《西方社会的法律价值》，王献平译，中国法制出版社 2004 年版，第 33-37 页。

居民的约束力。[12]但是，以居民公约为代表的民间法仰赖其特有的“亲民性”特征，能够真正做到接地气，深入人心，促使社会主体从内心接受和认可民间法的规范和指引作用。当居民公约与非正式社会控制机制有机协作时，会发生意想不到的良好社会效果，近年来全国普遍推行且取得较好社会效果的网格化治理体制即是例证。[13]因此，我们作为理论研究者，应当思考如何运用法治思维和法治方式克服居民公约的天然弊端。

笔者认为，在司法裁判过程中，法院对居民公约进行合法性审查是一个很好的解决路径。对此，有学者提出了类似的观点，“法院对村规民约既要尊重，又不可放任不管，而是应该进行必要的干预，司法干预的重要手段之一就是司法审查。”[14]“在充分发挥习惯等民间社会规范与非正式机制积极作用的同时，应注重克服其固有弊端，由法院承担起司法审查的责任。”[15]首先需要说明的是，“司法审查”的中国语境主要是指法院对行政行为及规范性文件进行违宪审查（合宪性审查），但是本文并不打算探讨这一问题。因此，为了避免读者产生不必要的误会，本文采取“合法性审查”这一概念，主要论证法院在裁判案件时对居民公约是否违反法律进行必要的审查。通过这种合法性审查，既有效地处理了社会矛盾纠纷，同时也维护了法律秩序的统一和稳定，能够缓解国家法律与民间规范之间的张力问题。

本文立足于对中国裁判文书网发布的相关司法案例进行实证分析，力图把握法院对居民公约的合法性审查的裁判方法问题，分析法院对居民公约合法性审查的方式、限度及处理方法，并在改革路径方面借鉴佩雷尔曼的“听众理论”，阐述强化裁判文化说理的意义及方式。

二、法院对居民公约合法性审查的必要性及限度

为了缓解居民公约与国家法律之间的张力，法院实有必要在裁判案件时对居民公约进行必要的合法性审查。那么，法院对居民公约合法性审查的必要性是什么？法院对居民公约进行合法性审查的限度又在哪里？本目内容试图探讨上述问题，对法秩序统一和居民自治进行一定的价值衡量。

（一）法院对居民公约合法性审查的必要性

基于法秩序统一的价值考量，法院实有必要对居民公约进行合法性审查。正如前文所论述，居民公约与国家法律之间存在一定程度的张力和冲突，而司法裁判必然涉及法律适用问题。因此，每当当事人在特定案件中请求要适用居民公约时，法院应当进行利益衡量，并通过司法裁判给予回答。维护社会公平正义是法院追求的目标，此外，法院也应当彰显维持法律秩序统一和稳定的功能。

---

12 参见范愉：《民间社会规范在基层司法中的应用》，载《山东大学学报（哲学社会科学版）》2008 年第 1 期。
13 尽管网格化治理体制目前仍然存在大量有待改进的问题，但不可否认的是，其在处理基层社会矛盾纠纷方面的精准性、即时性等贡献不可忽视。
14 参见管洪彦：《村规民约认定农民集体成员资格的成因、局限与司法审查》，载《政法论丛》2012 年第 5 期。
15 董学立：《民法基本原则研究——在民法理念与民法规范之间》，载《政法论丛》2011 年第 6 期。

立足于维护法律秩序稳定和统一的目标，我国目前构建了合宪性审查机制和规范性文件备案审查机制。合宪性审查及备案审查与法院的合法性审查具有一定相关性。法院的合法性审查侧重于对规范性文件的事后审查，而合宪性审查及备案审查侧重于对规范性文件的事前审查。然而根据我国《宪法》《立法法》《中国共产党党内法规和规范性文件备案审查规定》等相关规定，居民公约并未被纳入合宪性审查、合法性审查和备案审查的范围。笔者认为基于充分保障法律秩序稳定和统一的需要，居民公约也可以参考相关制度规定，类比法规规章的备案审查方式及程序，充分落实《中华人民共和国城市居民委员会组织法》（以下简称《居委会组织法》）相关规定，报不设区的市、市辖区的人民政府或者它的派出机关备案，由居民委员会监督执行。至于法院对居民公约的合法性审查则主要是指一种事后审查，即法院在裁判案件过程中，对于涉嫌违反宪法、法律、法规、国家政策的居民公约进行审查。

（二）法院对居民公约合法性审查的限度

基于法秩序统一的价值考量，法院应当对居民公约进行必要的合法性审查。但是，居民公约的合法性审查也应有其限度，笔者认为这个审查限度即不得破坏居民自治制度，应当充分尊重和保障居民自治权的正常行使。

基层群众自治制度作为我国特色的基本制度，在现实生活中有时容易不经意间被破坏或忽视。应当注意的是，我国的任何改革一定不能脱离法治的框架，不能超越法律这条红线，必须坚守法治化的立场。从法治的社会面向来看，社区居民自治是法治的重要方面，绝不允许被破坏或消解。有学者认为“担负着社会关系组织化、秩序化主要功能的社区是法治社会发展的中坚力量。”[16]因此，尽管居民公约不可避免地存在一定局限性，有时与建设法治国家与法治社会的目标不相符甚至背离，但是其作为宪法法律明确规定的居民自治制度中定规立制权的集中体现，不能被司法机关随意破坏。居民的自治权力应当在法律规定的范围内行使，并接受国家权力的监督，但并不意味着国家机关可以随意破坏居民自治制度。否则，国家权力就超越了职权，涉嫌违反宪法规定。因此，充分尊重和保障居民自治权是对居民公约进行合法性审查的限度，也是法官在裁判过程中的又一价值考量。

三、法院对居民公约合法性审查的实践形态

法院在裁判案件过程中，通过对居民公约进行必要的合法性审查，可以在一定程度上缓解国家法律与民间规范的张力和冲突。那么这在司法实践中是如何运行的？法院在对居民公约进行合法性审查的过程中，面对不同情况是如何处理的？笔者基于案例检索方法，找到了一些相关的裁判文书，并从中选取具有代表性的裁判文书进行采样和总结，可以从某种意义上说明实践中司法机关对这一问题的态度和趋向。

16 庞正：《法治社会和社会治理：理论定位与关系厘清》，载《江海学刊》2019 年第 5 期。

（一）法院对居民公约进行合法性审查的裁判要旨

为了更好地把握实践中法院对于居民公约合法性审查问题的态度和趋向，笔者通过登录中国裁判文书网、北大法宝及无讼案例等多个裁判文书数据库，检索关键词“居民公约”，找出裁判文书全文中包含“居民公约”这一词语的相关案例。笔者经过检索并统计分析，初步发现涉及“居民公约”的案例总共有 142 个（截至 2020 年 8 月 5 日），其中刑事案例 1 件，民事案例 122 件，行政案例 19 件；一审案件 86 个，二审案件 51 个，再审案件 4 个，其它案件 1 个；判决书 104 份，裁定书 38 份。

笔者进一步通过细致分析这些裁判文书，把握法院审查居民公约的逻辑思维与应用技术，归纳和总结法院裁判文书的裁判要旨，发现了一些关于居民公约合法性审查的裁判规律和问题。但篇幅所限，本文仅就其中的十个代表性案例进行分类论述。

1.法院对涉及居民公约的纠纷驳回起诉

在司法实践中，有的法院以纠纷涉及居民公约，属于村民自治范畴，不属于人民法院受理民事案件的范围为由，驳回当事人起诉。例如，（2020）鲁 15 民终 1032 号赵富贵、聊城市东昌府区古楼街道办事处聂庄居民委员会侵害集体经济组织成员权益纠纷案（以下简称“案例一”），法院认为“本案系集体经济组织成员福利待遇分配过程中引发的纠纷。聂庄居委会成立之前，由聂庄村委会负责村集体事务，后因国家征地，聂庄村由村民自治变为居民自治。本案属于村民自治范畴，不属于人民法院受理民事案件的范围，裁定驳回赵富贵的起诉。”（2016）浙 01 民终 1751 号冯彩南与杭州市拱墅区康桥街道西杨社区居民委员会侵权责任纠纷案（以下简称“案例二”），法院认为“本案争议所涉《西杨社区医疗福利管理办法》系西杨社区居委会依法形成的居民公约，该公约涉及事项属于社区居民委员会自治范畴，不属于人民法院受理范畴。”

笔者发现，法院对案例一和案例二作出驳回起诉的裁定书，是基于《居委会组织法》第十五条及《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）第一百一十九条之规定，《居委会组织法》第十五条规定了居民公约的制定程序、备案程序、执行机关、效力范围及合法性要求。《民事诉讼法》第一百一十九条是规定民事诉讼的起诉条件，其中第四项规定为“属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖”。

法院基于以上两个法律条文即作出驳回起诉的裁定书，笔者认为是不妥当的。因为《居委会组织法》第十五条并未证明居民公约不具有可诉性，并未排除法院的受理及管辖。有学者提出了类似的观点，“村民对村规民约所分配的权利义务产生纠纷的时候，完全可以通过诉诸司法的途径来解决纠纷。”[17]更为重要的是，基于保护当事人合法民事权益的要求，以及法官不得因为法律漏洞拒绝裁判原则，法院应当对上述案件予以受理，并依法裁判，落实“让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”的司法目标。

2.法院对居民公约予以合法性审查，并确认有效

17 郭剑平：《乡村治理背景下村规民约民事司法适用的理论诠释与优化路径》，载《西南民族大学学报（人文社科版）》2020 年第 8 期。

在法院裁判过程中，更多的法官对于涉及居民公约的案件不是拒绝裁判，而是予以审查并确认其有效。例如，（2009）昆民三终字第 1149 号呈贡县乌龙街道办事处乌龙社区居民委员会、呈贡县乌龙街道办事处乌龙社区居民委员会第十二小组与杨刘丽纠纷案（以下简称“案例三”），法院认为“上诉人的以上规定及讨论决定系农村集体经济组织或者村民委员会、村民小组依照法律规定的民主议定程序，在考虑本村小组的具体情况下来决定本集体经济组织内部分配土地补偿费，且上述规定的内容之间也是相一致的，并符合法律规定。”（2016）云 0114 民初 436 号黄晓慧诉昆明市呈贡区吴家营街道办事处前卫营社区居委会、昆明市呈贡区吴家营街道办事处前卫营社区居委会第六居民小组承包地征收补偿纠纷案（以下简称“案例四”），法院认为“该居民公约系社区居民为了维护本社区大多数居民的利益而进行的约定，针对不特定的社区居民，并非针对原告黄晓慧个人，本院认为该居民公约并不违反法律规定，故原告黄晓慧提出该居民公约违反宪法等法律规定的主张，证据不充分，本院不予支持。”（2015）西法民初字第 5845 号雷正会与昆明滇池国家旅游度假区金河社区居民委员会第九居民小组侵害集体经济组织成员权益纠纷案（以下简称“案例五”），法院认为“被告金河九组是基层群众性自治组织，在不违反法律的前提下，依法定程序制定的《金河社区居民公约》合法有效。被告金河九组在原告雷正会违反人口与计划生育法生育第二孩后，按照《金河社区居民公约》第十七条的规定，对原告雷正会违反计划生育进行处罚，扣除其集体分配待遇的行为，符合公约的规定，不违反相关法律的禁止性规定。”（2020）鲁 08 民终 252 号刘利利、李某等与李玉廷土地承包经营权确认纠纷案（以下简称“案例六”），法院认为“该居民公约的规定并未违反法律的强制性规定，且符合村民自治的基本原则。因二原告现已将户口从闫村迁出，且已不在闫村居住，二原告已不属于闫村集体经济组织的成员，故第三人闫村第三生产组按照居民公约收回二原告在闫村享有土地承包经营权，并无不当，也未违反法律的强制性规定，且因原告刘利利因离婚将二原告的户籍迁入娘门新的居住地，也符合当地民俗习惯，原告的诉请依法应予驳回。”（2020）川 1403 民初 540 号王某 1 与眉山市彭山区凤鸣街道双漩社区居民委员会 1 组承包地征收补偿费用分配纠纷案（以下简称“案例七”），法院认为“眉山市彭山区凤鸣街道双漩社区居民委员会通过全体居民讨论决定制定了《双漩居民公约》，属于村民自治范畴，未与宪法、法律、法规和国家的政策相抵触，被告遵照执行，并无不当。”

笔者细致查阅法院的裁判文书后发现，现实中大多数当事人都是因为集体成员资格认定问题起诉至法院，并且主要是依据当地的村规民约或居民公约。有学者认为“虽然利用村规民约对集体成员资格进行认定存在着较大局限性，但是在制定法存在漏洞的特定情境下，通过村规民约对农民集体成员资格进行认定也是不得已之选择。”[18]笔者也认同这一观点，审理上述案件的法院在一定程度上也接受了这一观点。有学者认为“当纠纷进入法院，针对村规民约所分配的权利义务进行法律审查，乃至最后法官认为村规

18 管洪彦：《村规民约认定农民集体成员资格的成因、局限与司法审查》，载《政法论丛》2012 年第 5 期。

民约没有违反国家法的强制性规定有效而作出判决时，便是村规民约民事司法适用的根本所在。”[19]因此法院对符合法律规定的居民公约确认为有效，并充分说理，不会违背司法的被动性，更不会导致我国法律秩序不稳定和混乱。恰恰相反的是，这个过程能够充分发挥司法的能动性，妥善解决社会矛盾纠纷，维护社会和谐稳定，树立司法权威，提高司法公信力。

3.法院对居民公约予以合法性审查，并判定特定行为无效

在法院对一些案件进行裁判的过程中，也有法官对居民公约予以合法性审查，并判定基于该居民公约做出的特定行为无效。例如，（2017）皖 0826 民初 3000 号陈鑫霞与宿松县破凉镇振兴社区居民委员会、宿松县经济开发区振兴社区洪屋村民小组承包地征收补偿费用分配纠纷案（以下简称“案例八”），原告认为“认为居民公约及会议决议违反了法律规定，剥夺了原告作为集体经济组织成员应享有的权利”，法院认为“根据《最高人民法院关于审理涉及农村土地承包纠纷案件适用法律问题的解释》第二十四条规定，农村集体经济组织或者村民委员会、村民小组，可以依照法律规定的民主议定程序，决定在本集体经济组织内部分配已经收到的土地补偿费。征地补偿安置方案确定时已经具有本集体经济组织成员资格的人，享有土地补偿费的分配资格，故陈鑫霞应享有基于成员权而得到的与其他成员同等的分配资格，同时为保护妇女的合法权益，陈鑫霞要求足额分得土地补偿费的诉讼请求依法应予支持。”（2017）鲁 0302 民初 4638 号耿亮、汪艳等与淄川区般阳路街道窑头社区居民委员会侵害集体经济组织成员权益纠纷案（以下简称“案例九”），法院认为“居民委员会决定的事项不得与法律、法规和国家的政策相抵触，不得有侵犯居民的人身权利、民主权利和合法财产权利的内容。居民公约、集体资产分配方案等的制定依法必须经过居民会议讨论制定且内容不得与法律、法规和国家政策相矛盾。被告淄川区般阳路街道窑头社区居民委员会作出的对原告耿亮、汪艳各罚款 5000 元、取消二人各项福利待遇的处罚行为，因违反法律规定，应予确认无效。”（2015）官民一初字第 4036 号杨琼芬与云南省昆明空港经济区新发社区居民委员会、云南省昆明空港经济区新发社区居民委员会甘海子居民小组侵害集体经济组织成员权益纠纷案（以下简称“案例十”），法院认为“本案被告甘海子小组分别于 2015 年 1 月 20 日、2015 年 7 月 3 日以货币形式向村民人均分配款项各 10，000 元，系以群众自治方式处分集体财产或分配集体经济利益。但其基于其他集体经济组织成员不同意原告参与分配而取消原告参与集体经济利益分配的权益，与法律相悖，已侵害原告的成员权益。”

笔者通过分析法院的裁判要旨后发现，法院判定基于居民公约作出的特定行为无效的原因主要有两类：一是对于以“外嫁女”为代表的居民资格认定问题违反法律规定；二是居民委员会利用居民公约设定处罚违反法律保留原则。笔者认为案例八、案例九和案例十是比较具有代表性的，因为在现实生活中的社区，居民往往依据自己的朴素观念、

19 郭剑平：《乡村治理背景下村规民约民事司法适用的理论诠释与优化路径》，载《西南民族大学学报（人文社科版）》2020 年第 8 期。

日常习惯、当地风俗等等，通过一定的民主程序制定出居民公约。但是，正如前文所指出的，居民公约具有天然的弊端，“它的存在仅限于乡村团体成员内部，只有在不违背法律的情况下才在村民内部产生约束力。”[20]笔者认同这一观点，在现实社会中，司法作为维护社会公平正义的最后一道防线，尽管具有被动性，但也具有终局性，可以有效解决社会矛盾纠纷。当基于居民公约做出的特定行为违反法律规定、损害当事人合法权益时，当事人在反抗无力后往往会寻求法院的司法救济。此时法院应当对居民公约进行合法性审查，并判定基于该居民公约做出的特定行为无效，有效维护社会公平正义，进而树立司法权威，提升司法公信力。

（二）法院对违反宪法、法律、法规和国家政策的居民公约的处理方法

根据《居委会组织法》第十五条的规定，居民公约的内容不得与宪法、法律、法规和国家的政策相抵触。有学者论证了判断村规民约是否与宪法法律相抵触的原则：一是坚持宪法中规定的对于农村集体权益的相关条款；二是严格保护宪法法律赋予村民个人的人身财产权利。[21]首先，在我国推进合宪性审查工作的语境下，居民公约的内容不得与宪法相抵触，其实就是指居民公约的内容要合乎宪法规定和宪法精神，不得违反宪法。那么，居民公约的内容有可能违反宪法吗？如果违反宪法了，怎么办？

从上述案例来看，居民公约是有可能违反宪法的，以居民公约规定“外嫁女”不享有居民资格为例。《宪法》第三十三条规定“中华人民共和国公民在法律面前一律平等。”第四十八条规定“中华人民共和国妇女在政治的、经济的、文化的、社会的和家庭的生活等各方面享有同男子平等的权利。”这两条宪法条文明确规定了平等原则，尤其强调男女平等。但是在关于“外嫁女”的居民资格认定方面，有的居民公约显然是将其排除在外，剥夺了出嫁妇女的居民资格，等于是剥夺了出嫁妇女在社区的经济社会权利，有违反宪法的嫌疑。

因此，居民公约是有可能违反宪法的，那么自然而然的一个问题是，法院审查居民公约的合法性时，发现其涉嫌违反宪法如何处理呢？应当明确的是，根据我国《宪法》《立法法》等相关法律规定，我国法院无权对居民公约进行合宪性审查，也不能依据宪法裁判案件。因此法院在审查居民公约的合法性时，如果发现其违反宪法规定和宪法精神，应当对该居民公约不予适用，并在裁判说理部分详细说明为何不适用，并可以采取司法建议的方式，建议居民公约的制定机关和备案机关予以纠正。

其次，居民公约有可能违反法律、法规。在案例九、案例十中，法院明确说明“居民委员会作出的处罚行为，因违反法律规定，应予确认无效。其他集体经济组织成员不同意原告参与分配而取消原告参与集体经济利益分配的权益，与法律相悖，已侵害原告的成员权益。”有学者认为“村规民约不能违背法律，不能替代法律，也不能因‘泛道德

20 范愉：《民间社会规范在基层司法中的应用》，载《山东大学学报（哲学社会科学版）》2008 年第 1 期。
21 参见侯猛：《村规民约的司法适用》，载《法律适用》2010 年第 6 期。

化’而侵害私权。”[22]根据我国法律的相关规定，只有法律、行政法规和地方性法规可以设定行政处罚，限制人身自由的行政处罚只能由法律设定。在案例九中，居民委员会明显无权根据居民公约作出处罚行为，因此是违反法律、法规的相关规定的。

那么，又一个问题来了，法院能否宣布违法的居民公约无效呢？笔者认为，法院无权做出这个决定。主要是因为，居民公约属于居民自治的范畴，没有法律的授权，法院不能直接宣布其无效。司法具有被动性，作用在于纠正具体的违法行为。基于司法克制主义，对于违法的居民公约不能直接宣布其无效。因此，在司法裁判过程中，法院只能针对依据居民公约做出的特定违法行为进行效力认定，而不能宣布居民公约无效。作为一个替代性方案，法院可以根据需要提供司法建议，建议居民公约的制定机关和备案机关予以纠正。

再次，居民公约也有可能违反国家政策。在民事司法实践适用《民法通则》的一段历史时期，国家政策是民法法源，但随着我国《民法总则》《民法典》的先后颁布施行，其法源地位已经被取消。[23]在我国过去的民事司法实践中，国家政策经常被法官用作裁判案件的依据。在我国基层社会治理实践中，居民公约比较常见且容易违反的是国家的土地政策。有的社区不遵守国家规定的一些土地政策，例如土地集约利用政策、节约用地政策、保护耕地政策、保护土地环境政策、保护土地权利人合法权益政策等等。居民公约对于土地的规范使用问题关注地不多，并时有违反国家政策的情况。与居民公约违法的情况相类似，当居民公约违反国家政策时，法院只能针对依据居民公约作出的特定行为进行效力认定，仍然不得宣布该居民公约无效。作为一个替代性方案，法院可以根据需要提供司法建议，建议居民公约的制定机关和备案机关予以纠正。

四、审查后的裁判文书说理：“听众理论”的修辞进路

在文中所列举的上述十个案例中，法院对居民公约进行合法性审查后的态度不一，处理方法也不同。但是笔者在观察法院作出的裁判文书时发现，无论是驳回起诉、确认居民公约有效，抑或判定特定行为无效，大多数法官对于裁判文书充分说理问题还不是很重视。有的裁判文书说理充分，例如案例五，但是多数裁判文书的说理部分都是寥寥数语，并不充分。有学者指出“我国当下的裁判文书依然存在‘不愿说理’‘不会说理’‘不敢说理’‘不善说理’‘说不好理’等方面的问题。”[24]“裁判说理的刚性约束和欠缺激励机制致使法官缺乏充分说理的动力。”[25]其实强化裁判文书说理有利于增强裁判的可接受性，有利于人民以“看得见的方式”感受到司法公正，进而可以增强司法权威和司法公信力。正如有学者指出，“裁判文书说理不纯粹是一个司法或技术问题，而是一个政治问题和

22 然玉：《让每一条村规民约都经得起合法性审查》，载《嘉兴日报》2019 年 10 月 30 日，第 2 版。
23 参见彭中礼：《为国家政策辩护——基于《民法总则》第十条的思辨》，载《探索与争鸣》2019 年第 7 期。
24 胡仕浩、刘树德：《新时代裁判文书释法说理的制度构建与规范诠释（上）——<关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见>的理解与适用》，载《法律适用（司法案例）》2018 年第 16 期。
25 王聪：《我国司法判决说理修辞风格的塑造及其限度——基于相关裁判文书的经验分析》，载《法制与社会发展》2019 年第 3 期。

制度问题，重视裁判文书说理实质上是司法文明进步的体现，尤其是司法民主和司法理性的体现。”[26]

因此在今后的司法审判实践过程中，法官应当强化裁判文书说理，切实彰显司法裁判定分止争的功能和作用，落实司法责任制，维护社会的和谐稳定。对于居民公约的合法性审查，无论是驳回起诉、确认居民公约有效，抑或判定特定行为无效，或者其他的司法观点，裁判文书都应当充分说理。强化裁判文书说理在我国的司法改革过程中是一项巨大工程，欲达到这一目标，有很多种路径和方法可以实现。笔者认为，法官借鉴并运用佩雷尔曼新修辞学中的“听众理论”，强化裁判文书说理，是一种典型的修辞进路。

我国司法改革非常重视裁判文书说理问题，并通过一系列政策文件和法律规定予以保障。2013 年 1 月，党的十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》中提到“增强法律文书说理性”[27]；2014 年 10 月，党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》强调“加强法律文书释法说理”[28]；2018 年 6 月，最高人民法院公布了《关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》（以下简称《指导意见》），这三个文件构成了强化裁判文书说理的主要政策依据。在法律依据上，《民事诉讼法》《行政诉讼法》以及《最高人民法院关于适用<中华人民共和国刑事诉讼法>的解释》等法律、司法解释均强调法律文书的充分说理。[29]《指导意见》第七条规定“法官可以依据习惯作出裁判，并合理运用法律方法对裁判依据进行充分论证和说理。”[30]

因此基于以上制度依据，在今后的司法实践中，法院和法官在对居民公约进行合法性审查后，无论判断为何，都需要合理运用法律修辞方法，借鉴佩雷尔曼新修辞学中的“听众理论”，强化裁判文书的论证和说理。通过裁判文书的充分说理，来说服当事人、诉讼代理人以及关注该案件的人，提高裁判的可接受性，便于人们从更深层次来理解司法正义。只有司法裁判文书充分说理，社会公众才会从内心深处认同裁判结果，遵从裁判，从而形成对法律的内心信仰，自觉地守法，达致“高级的守法状态”。

（一）“听众理论”的基本内容

为了实现裁判文书说理的强化，法官可以合理借鉴“听众理论”。通过这一理论在司法实践中的运用，可以引导法官“敢说理”“能说理”“善说理”“说好理”，充分阐明事理、法理、情理和文理。新修辞学代表人物，比利时哲学家佩雷尔曼提出了“听众理论”，这是他阐述的法律论证理论的核心内容。“听众理论”来源于亚里士多德提出的“听众”概念，但也有所不同。亚里士多德认为修辞学是“一种能在任何一个问题上找到可能的说服方

26 胡云腾：《论裁判文书的说理》，载《法律适用》2009 年第 3 期。
27 中共中央：《关于全面深化改革若干重大问题的决定》，载《人民日报》2013 年 11 月 16 日，第 1 版。
28 中共中央：《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，载《人民日报》2014 年 10 月 29 日，第 1 版。
29 参见胡仕浩、刘树德：《新时代裁判文书释法说理的制度构建与规范诠释（上）——<关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见>的理解与适用》，载《法律适用（司法案例）》2018 年第 16 期。
30《最高人民法院关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》，最高人民法院网，2018-06-12，http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-101552.html，最后访问时间：2020 年 8 月 10 日。

式的功能。”[31]波斯纳也强调过判决中修辞的重要性，“判决的艺术必然是修辞，不能认识到这一点是法律形式主义学派的一个缺点。”[32]修辞作为一种论辩技巧，可以在法律中运用，法律修辞作为一种说服的艺术，可以作为一种裁判的方法。[33]但正如有的学者所指出，“修辞本身不是目的，修辞的运用必须为说服的目的服务，也就是为说理服务。”[34]笔者认为，我国的法院和法官可以合理借鉴“听众理论”，强化对裁判文书的论证说理，并说服当事人、诉讼代理人以及关注该案件的人。

根据佩雷尔曼提出的“听众理论”，可以把演说者所面对的听众分成三类，即“普遍听众”、“特殊听众”和“自己听众”。[35]在这三类听众里，普遍听众是指在演说者主观构建中所面对的所有具有理性的人，其实是演说者内心里虚构出来的听众，而不是在实际演说中所面对的听众，应用到司法裁判过程中，则主要是指关注特定案件的社会公众。特殊听众是指演说者在演说过程中实际面对并试图说服的人，应用到司法裁判过程中，则主要包括当事人和诉讼代理人，特殊听众是演说者的主要说服对象。自己听众主要指的就是演说者自己，应用到司法裁判过程中，则主要是指法官自己。基于佩雷尔曼的“听众理论”，演说者总是试图围绕听众所认可的特定价值观建立一种“共融感”，这些价值观对于所有修辞风格的论点的说服力都是至关重要的。[36]

（二）“听众理论”在司法裁判中的应用

首先，根据“听众理论”，演说者必须先说服的听众是自己。如果演说者所要演讲的观点和论据都不能说服自己，很难想象他可以说服其他人。佩雷尔曼认为，演说者要非常熟悉和完全认同自己的演说内容，其观点和论据必须充分说服自己。应用到法官裁判案件的过程中，法官对于自己撰写的裁判文书内容要十分熟悉，对于事实把握要到位，案件分析要符合逻辑，裁判观点要论述清楚，说理论证要充分，法律适用要准确。法官如果能够完成上述基本要求，才有可能达到说服自己的效果，实现内心确信，之后才有底气和信心去说服其他听众。因此，法官在对居民公约进行必要的合法性审查之后，无论对于居民公约是何态度，审查结果如何，裁判结论怎样，都要首先说服自己，继而去说服特殊听众和普遍听众，确保说服具有可接受性和正当性。

其次，根据“听众理论”，演说者需要说服特殊听众，即他想说服的特定对象。佩雷尔曼认为，演说者说服了特殊听众就达到了说服的实效。从某种程度上来看，特殊听众是演说者想说服的主要对象，在司法审判实践中就是指特定案件的当事人和诉讼代理人。当事人和诉讼代理人应当说是最关心案件本身的人，当他们的纠纷被法院所裁决时，法

31 [古希腊]亚里士多德：《修辞学》，罗念生译，三联书店出版社 1991 年版，第 8 页。

32 [美]理查德·波斯纳：《法律与文学》，李国庆译，中国政法大学出版社 2002 年版，第 356 页。

33 参见彭中礼：《真理与修辞：基于苏格拉底审判的反思》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2015 年第 1 期。

34 胡仕浩、刘树德：《新时代裁判文书释法说理的制度构建与规范诠释（下）——<关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见>的理解与适用》，载《法律适用（司法案例）》2018 年第 18 期。

35 See Chaim Perelman，Lucy Olbrechts－Tyteca.*The New Rhetoric:A Treatise on Argumentation*.University of Notre Dame Press，1969，pp30-31.

36 See Chaim Perelman，Lucy Olbrechts－Tyteca.*The New Rhetoric:A Treatise on Argumentation*.University of Notre Dame Press，1969，p51.

院的裁判结果会直接对当事人的利益产生影响，这种影响可能是有利的也可能是不利的，取决于案件结果是胜诉还是败诉。诉讼代理人尤其是律师，作为当事人的代理人，律师出于维护当事人合法权益的要求，在某种意义上是当事人的“代言人”，裁判结果也会影响到诉讼代理人，因此这个群体关心案件，法官也需要说服他们。

这就决定了，在今后的司法实践中，法官对居民公约进行必要的合法性审查后，无论其结论是驳回起诉、确认居民公约有效，抑或认定特定行为无效，或者其他的司法观点，都应当充分论证说理。在这个过程中，法官要强化法律修辞方面的训练，侧重法律话语修辞和微观论证修辞，合理运用法律方法对司法个案予以论证说理。并且，法官在庭审过程中就应该对当事人及诉讼代理人进行仔细观察，考察其文化水平、认知能力、法律素养，根据这些要素合理调整自己的修辞技巧，以求达到说服当事人、诉讼代理人之实效。只有当事人、诉讼代理人这一特殊听众被法官的说理所说服，他们才能在内心中认同法院的裁判结果，才能提高裁判文书的可接受性，实现法律效果和社会效果的有机统一。

最后，根据“听众理论”，演说者还需要说服普遍听众，即在演说者主观构建中所面对的所有具有理性的人。就像特殊听众一样，普遍听众不是固定的和绝对的，而是取决于演说者。应用到司法裁判过程中，则主要是指关注特定案件的社会公众。近年来我国普遍推行裁判文书公开上网制度，公众、舆论监督司法的现象普遍存在，基本上每天都有热点案件被广泛关注。

基于司法社会学的观点，法院和法官不得忽视社会舆论，因此法官作出裁判时也必须关注这一群体，达到说服之效果，真正实现司法的社会功能。普遍听众是指具有理性的人，那么何为理性呢？笔者认为，这里的理性是指人们所拥有的朴素观念和规则意识。在上述案例中，有的居民公约侵犯了当事人的合法权益，但受居民公约所调整规范的远不止起诉到法院的当事人。那么，受居民公约调整的其实就是普遍公众，他们会关心案件的裁判结果。此外，还有基于同理心和正义感关注案件的社会公众，这些群体都是法官需要说服的普遍听众。因此法官对居民公约进行合法性审查后，在制作裁判规则时应当充分说理，因为裁判规则“为人们解决类似争议问题提供了规范性指引”。[37]基于裁判文书公开上网制度，社会公众都可以很便捷地查阅到法官制作和发布的裁判文书，这时法官所制作的裁判规则就不仅仅具有个案效力，还有为人们解决类似问题的规范指引功能的普遍效力。

将“听众理论”应用到司法裁判中，能够发挥其理论贡献。根据佩雷尔曼的理论构造，“听众理论”是一种互动型说服模型。在这一模型中，当事人和法官互为演说者和听众，都试图说服对方。具体来看，当事人提交起诉状、答辩状，并陈述事实、理由，展示证据，都是在试图说服法官，此时当事人是演说者，法官是听众。在法官撰写裁判文书时，其内心产生了一系列的说服活动，此时法官主要目的是说服自己。当裁判文书公布后，

37 张骐：《论裁判规则的规范性》，载《比较法研究》2020 年第 4 期。

法官内心对听众的说服活动被公开，此时法官是演说者，试图说服的听众则是当事人、诉讼代理人和社会公众。在这个过程中，基于“听众理论”这一互动型说服模型，使得裁判文书说理得到了强化，裁判文书的正当性和可接受性得到了增强，当事人的纠纷得到了合理解决。此外，法官向社会公开其说服活动及修辞方法，还有助于限制法官的自由裁量权，有利于公众监督司法，促进公正司法，树立司法权威和提升司法公信力。

（三）“听众理论”在司法裁判中运用的限度

近年来我国司法改革一直强调“强化裁判文书说理”，“听众理论”尽管有一定的借鉴价值，但其不是真理，在司法裁判中运用也应当有一定的限度。

首先，“听众理论”作为佩雷尔曼新修辞学理论的前提和基础，存在修辞理论的固有弊端。佩雷尔曼在其理论中主张用修辞来说服听众，然而正如有的学者所指出，“修辞是一把双刃剑，判决的正当修辞能在很大程度上强化法律的正当性，不当修辞则会损害法律的正义。”[38]法官基于“听众理论”的法律修辞论证，尽管可以强化裁判的正当性和可接受性，但应当有运用的界限。其界限是司法公正和法律正义，具体来说就是，法官的修辞论证过程应当符合法律规定和精神，合乎事理、法理、情理和文理，不得侵害当事人合法权益。

实践中，法官通过运用各种修辞方法，试图强化裁判文书的可接受性和正当性，但修辞也有被滥用的可能。例如，在裁判文书中过度强调语言修辞，过多堆砌华丽辞藻，不但不能起到说服当事人的目的，反而有损法律的正当性，降低司法公信力。此外，还有学者认为“裁判中不恰当修辞易导致司法的腐败。”[39]

正如前文所论述，根据“听众理论”，法官在裁判文书中修辞论证的主要目的是为了说服当事人、诉讼代理人及社会公众。修辞方法只是一种中立的工具，对使用者并无价值判断。不论使用者的道德素养高低，都可能通过修辞方法达到目的。在当前的司法实践中，司法腐败问题较为严重。是否有这样一种可能，即法官收受贿赂后，不恰当地运用修辞方法，看起来是在对法律进行正义的解释，其实是在诡辩，反而损害了法律正义和裁判正当性。或者法官使用强制力或者威胁手段，强行说服当事人。笔者认为实践中是有这种可能性的，因此法官在运用“听众理论”强化裁判文书说理时，也应当注意使用修辞说理的恰当方法，防止司法腐败，树立司法权威，提升司法公信力。

其次，“听众理论”自身存在缺陷，其中最为人们所质疑和批判的就是“听众”和“普遍听众”概念。有学者认为“听众是一个外延开放的概念，这易于导致评价论证内容标准的非理性化。”[40]还有学者指出“根据佩雷尔曼的观点，在修辞的过程中，言说者处于强势地位，占据主动，听众则是信息的接受者，处于被动地位，二者之间的主被动地位差

38 洪浩、陈虎：《论判决的修辞》，载《北大法律评论》2003 年。

39 黄现清：《语言游戏·法律修辞·裁判文书——语言修辞学视野下的裁判文书说理研究》，载最高人民法院全国法院第二十六届学术讨论会论文集《司法体制改革与民商事法律适用问题研究》，2015 年，第 469-476 页。

40 金彦宇、纪旸：《论法律论证的论题学进路——以裁判文书说理为场域》，载《重庆第二师范学院学报》2019 年第 3 期。

异导致话语权的不平等。”[41]“普遍听众概念本身就体现出了作者思想的矛盾性”“普遍听众是否有必要存在也值得怀疑。”[42]

对于上述学者的观点，笔者不能全部认同。笔者认为，第一，在佩雷尔曼的“听众理论”中，普遍听众确实是演说者主观构建出来的概念和群体，其确定性不好把握。仅凭演说者的主观想象，普遍听众就可能失却了规范性和标准性，难以实现真正的正义。但佩雷尔曼也指出，演说者说服了特殊听众就达到了说服的实效，因此不能以此否定“听众理论”的合理性。第二，听众与演说者在演讲过程中确实存在一定的地位不平等、话语权不平等、信息不对称等等。但是，正如前文所论述，“听众理论”应用到司法实践中是一个互动型说服模型，法官和当事人、诉讼代理人是互为演说者和听众。普遍听众也可以通过舆论，来实现对司法公正的社会监督。

五、结语

居民公约尽管在调解民间纠纷、协助维护社会治安、提供社区服务等基层社会治理领域发挥了重要作用，但由于其天然局限性，有时其内容会与宪法、法律、法规和国家政策相抵触，侵犯当事人合法权益，在一定程度上形成了国家法律与民间规范之间的冲突和张力。当事人在依据居民公约提起诉讼时，基于司法维护社会公平正义的要求，法院应当对居民公约进行必要的合法性审查，但其审查应有一定的限度，即不得侵犯居民自治权。

本文着重使用案例检索和分析的实证研究方法，对法院裁判文书的裁判要旨进行了归纳和总结，论述了法院对居民公约合法性审查的方式及处理方法，明确了目前此类案件在司法实践中的裁判说理不足问题，并论证了其应然状态。尽管佩雷尔曼的“听众理论”存在着一定局限性，但其通过构建一个互动型说服模型，强调法官在制作裁判文书时应当充分论证说理，具有一定的借鉴价值。其作为一个理论模型和知识背景，可以在我国推进司法改革的进程中，提供一个新的理论视野。

司法具有被动性，基于司法克制主义，法院本来无权对居民公约进行合法性审查。但是为了实现“让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”的司法目标，司法有时也应当发挥能动性，进行合理的司法扩张，即对违法的居民公约进行必要的、有限的合法性审查。至于司法的被动性和能动性在实践中如何实现有效平衡，这是一个值得探讨的重要话题，鉴于篇幅和能力所限，笔者就不在此继续展开。

---

41 许亚洁、张勇：《刑事裁判文书说理中模糊修辞的功能及运用》，载《法律方法》2018 年第 1 辑，第 302-312 页。

42 佩雷尔曼一方面反对对不证自明的推崇，一方面又以不证自明为普遍听众的特征；一方面反对旧有的普遍理性观，一方面又追求最广意义上的普遍性；一方面强调论证的大众化，一方面又在普遍听众的概念中流露出精英主义倾向。甚至是佩雷尔曼本人对于普遍听众的界定都有些捉摸不定。他时而说普遍听众是纯粹的、非经验的理性产物，时而又说普遍听众是言说者自身文化和历史的产物。参见杨贝：《论佩雷尔曼新修辞学法哲学及其论证理论》，中国政法大学硕士学位论文，2005 年，第 32-33 页。

社会系统论视角下区块链应用的法律规制

王明敏 齐延平[1]

【摘　要】区块链应用已经开始影响经济系统、法律系统乃至全社会系统的运作。作为一种新兴社会信用共识机制，它将颠覆传统信用机制，进而形成对整个社会的新一轮赋能和改造。社会系统论认为，区块链内部欠缺反思性，自治能力不足。与此同时，区块链具有一定的负外部性与扩张倾向, 会对社会系统及其结构耦合产生激扰。倘若区块链的扩张倾向难以得到有效遏制，将会加剧全社会的“去界分化”风险。并且，该风险还将危及基本权利。面对区块链应用对于全社会各领域的影响，法律系统通过对区块链的法律规制做出回应。因此，在对区块链的法律规制作出整体性反思的基础之上,应以风险预防和基本权利保护为导向，作出思路和方向的调整。

【关键词】社会系统论；区块链应用；反思性；负外部性；法律规制；基本权利

技术加速迭代是人工智能时代的基本特征。正当互联网、云计算、大数据、物联网、人工智能等技术向社会各领域深度切入之机，区块链技术已经登场。就基础理念和技术原理而言，区块链是一个分布式记账系统，主要特征是分布式、去中心化、开放共享，而区块链应用已经展现出强劲的商业、经济和社会治理价值。究其本质，区块链是一种新的社会信用共识机制，将在社会信用基础层面上颠覆传统信用机制，进而形成对整个社会系统的新一轮赋能和改造。

一、区块链应用对社会系统的激扰

社会系统论对现代性及其特征的认知实现了社会理论脉络的诸多突破：“功能分化”是社会系统论理解现代社会的基石，而去中心化是功能分化社会的重要特征，与社会子系统的功能区分化相伴相随。正如尼克拉斯·卢曼（Niklas Luhmann）[2]所描述的那样，“现代社会是‘既无顶端亦无中心的社会’”[3]。在社会系统论的视域中，作为全社会系统的子系统，经济系统、法律系统等功能系统既是运作封闭的，又是认知开放的。区块链作为一种全新的社会信用机制，与各个社会子系统相嵌套，将催生经济与法律发展的多种可能，也会催生一系列棘手的社会与法律难题。因此，从社会系统论视角出发，以区块链应用对社会系统及其子系统造成的外部激扰为切入点，来观察区块链技术对现代社会的影响，是极为必要和迫切的。

---

[1] 王明敏，山东大学法学院。
齐延平，北京理工大学法学院，教授、博导。

[2] 本文所采社会系统论的观察视角与研究方法，主要以德国社会学家尼克拉斯·卢曼（Niklas Luhmann）的系统理论作为理论依据。在我国已出版的相关译作与著作中，大多使用“尼克拉斯·卢曼”；另有我国台湾地区部分著作或译作使用“尼可拉斯·鲁曼”。本文正文均使用“卢曼”这一简称，在脚注或尾注的引用中，则直接引用原文，在此特作说明。

[3] 贡特•托伊布纳. 社会理论脉络中的法学与法律实践[J]. 纪海龙,译，交大法学,2015(3):71-85.

（一）区块链应用始于经济系统并激扰法律系统

区块链最广为人知的应用非“数字货币”莫属。作为数字货币的鼻祖，比特币（Bitcoin）是基于区块链技术而产生的最具代表性的数字货币之一。对于比特币的货币地位，目前尚无全球性的统一确认，主要由各国法律将其确认为“商品”或“货币”[4]。数字货币作为区块链最具影响力的成果，对作为经济系统运作符码和沟通媒介的（传统形式的）货币而言，将产生极大的冲击和挑战。在全球范围内，数字货币的命运几经沉浮，但这并不能仅仅归咎于区块链本身的技术限制，更为重要的原因是，国家出于对法定货币的保护和对国家经济体系稳定性考虑而作出的显性或隐性的“限制”。货币是经济系统的沟通媒介，但只有法定货币才被允许在国内及国际经济体制下流通。比特币的本质虽与货币无异，但在大多数国家并未成为法定货币，因而便无法作为经济系统沟通媒介而发挥作用。另外，在中心化的全球经济体系背景下，数字货币的地位仍需“中心”的确认，其使用和流通需在现有体系的框架下才能进行，并受到相关法律的监管，这正反映了数字货币的去中心化与现有货币体系的中心化之间的博弈。在这个博弈过程中，数字货币对法定货币带来的冲击无疑将传导给经济等社会各子系统，而如何回应则是法律系统必须面对的课题。

概言之，系统论认为，货币是经济系统的沟通媒介，支付是经济系统的要素，经济系统的运作通过支付/不支付的二元符码化得以实现。数字货币本质上则是经济系统沟通媒介的新形式。特定的沟通媒介限制了选择可能性，使得双重偶连性下的沟通得以维系。进而，经济系统以这种沟通进行封闭性运作，并从全社会系统之中分立而出，成为全社会系统的子系统。这种功能系统的分化、形成，正是全社会系统化约自身复杂性的基本方式。然而，沟通媒介的不同形式又扩充了选择的可能性。可能性的扩充即意味着复杂性的增加：一方面，经济系统内部复杂性剧增，可能带来复杂性化约不及时的后果；另一方面，经济系统内部复杂性的增加，可能加剧其对外扩张倾向，进而造成全社会系统的复杂性的增加。现代社会的高度复杂性便是在这种动态过程中所维系的。全社会系统的复杂性既不能一味地化约，也不可过度地增加。如此一来便指向了卢曼系统论中典型的吊诡——通过复杂性的化约，来扩充复杂性[5]。换言之，复杂性的化约和复杂性的增加在系统中共存。但是媒介与媒介形式却不能等同视之。数字货币仅仅是新的媒介形式的出现，而沟通媒介依旧是（法定）货币，经济系统的沟通和运作并未发生改变。尤其是中心化的货币体系尚存的背景下，数字货币的流通乃至地位仍需经由法律的确认，而诸多货币形式中，目前尚只有法定货币才真正在经济系统中担当沟通媒介。故而数字货币仅意味着新形式的出现，并不意味着新旧形式的更迭，更不意味着沟通媒介已经被

---

[4] 各国对比特币的态度各不相同，如，中国人民银行等五部委在 2013 年 12 月发布《关于防范比特币风险的通知》，明确表示比特币“不是真正意义的货币”，禁止金融机构从事比特币等数字货币业务,但没有禁止风险自负的个人比特币交易。日本则允许数字货币交易所的合法化，并承认比特币是合法支付工具。

[5] 玛格特·博格豪斯. 鲁曼一点通：系统理论导引[M]. 张锦惠,译，台北：暖暖书屋文化事业股份有限公司，2016:150-153.

颠覆。然而，吊诡的是，法定货币同样是媒介形式，而非媒介本身。而只有法定货币能够作为被选择的媒介形式，则是政治系统和法律系统决策的结果，同时也与经济系统中中心化的货币体系相符。但是，如前所述，区块链对金融体系、经济体系的去中心化，在技术加持下已可实现，而通过观察科技发展历程，不难发现，政治与法律对技术的阻却从来都是暂时性的。因此，数字货币又不仅仅是媒介形式的增加，更是推动金融体系乃至整个社会去中心化再造的一股不可忽视的力量。

数字货币仅仅是区块链技术进入金融领域的开端，区块链技术衍生的另一项重要成果是智能合约。当各类资产均可以被虚拟化、数字化，智能合约的出现就成为了必然——智能合约实质是关于虚拟资产的数字化协议。智能合约是自动化执行的，既不需要人对合约的执行，也不需要第三方法律等中介机构的参与。也就是说，作为传统合约执行者的“人”被排除在外了，甚至作为中介和确权机制的法律也被排除在外了。社会系统论将所有权与契约视为经济系统与法律系统的结构耦合。“当人们注意到在经济系统与法律系统中，对于所有权与契约之关联所给予之不同处理方式时，就能够认识到，结构耦合既做出分割，又形成连结。”[6]然而，当智能合约这一新形式对契约的传统形式发起挑战时，尽管这首先应被视为经济系统内部的变化，但其作为耦合机制而对法律系统所带来的影响同样不容忽视。

在社会系统论看来，结构耦合在系统间关系中扮演着重要角色，承担了重要的社会功能。正是结构耦合使得运作封闭与认知开放得以实现，使系统与系统所处环境能够保持良性关系。对于法律系统而言，以认知的开放性感知经济系统的激扰并通过契约这种结构耦合来有选择地将激扰转化为系统内部的运作。然而，智能合约的自动化执行与去中心化对于法律系统的运作封闭、认知开放而言将产生颠覆性影响，“双方一旦通过合约达成协议，合约就直接扮演了仲裁者的角色，自动推动交易的完成。在这个过程中，法律被排除在外，不再是合法/非法，而是合约代码本身成为元代码。”[7]在区块链场域和智能合约框架中，所有权也将转化为虚拟资产所有权的形式，换言之，虚拟资产所有权又会颠覆传统的法律确权方式。对于上述变化，经济系统和法律系统尚未拿出有效的应对之策。

除此之外，区块链试图通过在司法领域的应用，参与到法律系统的运作之中，譬如，区块链在司法领域的应用已初见端倪。2018 年 6 月 28 日，全国首例区块链存证案在杭州互联网法院一审宣判，法院支持了原告采用区块链作为存证方式的行为，并认定了对应的侵权事实。在该案中，法院通过对存证平台的资质合法合规性审查、侵权网页取证的技术手段可信度审查和区块链电子证据保存完整性审查三个方面对涉案电子证据的效力作出支持认定。与此同时，杭州互联网法院还上线了全国首个“电子证据平台”[8]，这

---

[6] 尼可拉斯·鲁曼.社会中的法[M]. 李君韬,译，台北：五南图书出版股份有限公司, 2019:509.
[7] 余成峰. 法律的“死亡”：人工智能时代的法律功能危机[J]. 华东政法大学学报, 2018(2):5-20.
[8] 吴帅帅. 杭州互联网法院首次确认区块链电子存证法律效力[EB/OL].（2018-06-28）. https://www.chinacourt.org/article/detail/2018/06/id/3374517.shtml.

是在智慧法院建设中，证据、举证及存证领域的重要发展，其对证据科学和证据法的影响是深远的。2018 年 11 月 22 日，北京互联网法院发布了全球首个司法区块链——“天平链”[9]。2019 年 4 月，广州互联网法院“网通法链”智慧信用生态系统正式上线，该系统是以区块链技术为基础而打造的“新一代智慧信用生态体系”[10]。区块链在司法领域中的应用前途可期，且并未止步于此，“初期的区块链存证能够解决电子证据认定难问题，中期基于法定数字货币的财产查控能够解决强制执行难问题，远期的债权行为‘可视化’系统能够解决虚假诉讼等问题”[11]。此外，有学者提出，区块链与智能合约应在知识产权领域发挥更重要作用，如“区块链在著作权确权中的应用”，“区块链对商标在先使用的证明作用”，“区块链跟踪物流进展防止假冒伪劣商品”，“智能合约在知识产权交易和众筹中的应用”等[12]。尽管如此，相较于经济系统而言，区块链在法律系统中的应用则更为谨慎，大多局限于司法领域，多呈浅尝辄止之态，并且，区块链应用于法律系统之中，是法律系统主动选择的结果，而非区块链在法律系统外部所带来的激扰，因此，这些应用对于法律系统的影响，本文暂不做讨论。总而言之，作为区块链最具代表性的应用，数字货币与智能合约对货币制度、契约制度、法律制度所带来的冲击不容小觑。在我们欢呼其巨大作用和潜能的同时，对于区块链应用对既存经济、法律系统的冲击及其潜在的风险必须作出预判和预防。

（二）区块链应用借助经济系统、法律系统而激扰全社会系统

区块链的应用始于经济系统，并对法律系统产生激扰，却并不满足于现状，而是有着深入社会各领域的野心、趋势和潜能。而区块链之所以具有多领域的发展可能性，并且可在不同功能系统中施展拳脚，正是因为其是现代社会的功能分化与去中心化的一种缩影。卢曼在其社会系统论中指出，功能分化是社会分化的三种模式之一[13]，是现代社会的存在形态和典型特征。高度复杂化的社会系统通过分化出子系统来化约其复杂性，而作为子系统的经济系统、法律系统则通过从社会中分立来使经济与法律系统的功能自治成为可能。因此，自创生的功能系统分立于全社会系统之中，打破了社会的中心化。“不同的社会功能是由不同的功能分化子系统来完成的。功能分化子系统之间不存在某种具备显著性的关系，并且它们之间的关系是动态的。这样使得‘去中心化’成为功能分化社会的特点。我们无法给社会功能的重要性进行排序，比如经济功能大于政治功能。这也是功能分化的最根本的结构。”[14]故而，去中心化恰恰是功能分化社会的特质。

区块链的去中心化绝非只是噱头，笔者仍以货币、金融体系为例来说明此问题。从当下来看，“全球现有的货币体系、支付体系、清算体系和金融体系，基本都是中心化

---

[9] 张萤夕，杨东.“法链”的本质是公正与效率——评全球第一个司法区块链[N]. 中国社会科学报, 2019-05-15(05).
[10] 林晔晗,潘玲娜,刘文添.依托区块链技术打造智慧信用生态系统 广州互联网法院“网通法链”上线[N].人民法院报, 2019-03-31(01).
[11] 史明洲.区块链时代的民事司法[J].东方法学, 2019(3):110-120.
[12] 华劭.区块链技术与智能合约在知识产权确权和交易中的运用及其法律规制[J].知识产权, 2018(2):13-19.
[13] 高宣扬.鲁曼社会系统理论与现代性[M].北京：中国人民大学出版社，2016:117.
[14] 高薇.功能分化时代的宪法再书写：从国家宪法到社会宪法[J].交大法学, 2013(1):72-80.

的。各国统一发行法定货币。银行内部的支付结算由银行统一处理，跨行支付和清算由第三方机构或清算中心来承担。跨境支付和清算由 SWIFT 等第三方国际机构来承担。银行卡的支付也是通过银行或者 VISA、银联等第三方机构来实现……”[15]毫无疑问，中心化是当下全球货币体系、金融体系的核心特征。这与长久以来的经济、科技与政治发展的特点是相适应的，但这并不能掩盖中心化的弊端。譬如，作为清算体系核心的银行业的低效率问题，成为了金融业务的发展的绊脚石；互联网支付等新兴支付方式依然是中心化的支付体系，而网络安全性问题长期存在，使其风险性居高不下；此外，全球信用体系还面临着“特里芬难题”[16]……中心化的隐患与弊端不胜枚举，究竟是固守中心化的前提下找到解决方案，还是在去中心化的趋势中寻求突破，两种截然不同的选择或成为全球经济的分岔口。而区块链的“去中心化”无疑为经济体系诸多尚无出路的困境提供了更多可能性，以去中心化为核心的解决思路则最有可能带来变革。

区块链实现了稳定且可持续的共识机制和信任机制，使得以银行为中心的金融业传统形态和技术“形同虚设”——二者无论是信任程度或效率水平都无法与之相提并论：基于区块链的数字货币无需中心化的支撑，无需第三方机构作为中介，即可用于支付、实现流通，节约成本，提高效率。而在安全性方面，与数字货币相较之下，中心化的货币体系更是难以望其项背。智能合约的自动化执行和公共化应用同样在效率和安全性方面是极大的提升。相较而言，区块链所提供的信任，具有远超中心化金融体系的优越性；中心化体制积重难返，区块链技术却日臻完善。因此，数字货币、智能合约与虚拟资产相辅相成，在技术层面完全可以实现对现有金融体系的去中心化。除去上述技术层面与制度层面的原因，究其根本，区块链之所以能够直接推动经济系统的去中心化，根本原因在于区块链的本质。概括地说，区块链本质是一种社会信用共识机制，区块链所提供的“信任”，被视为该信任为“去中心化信任(decentralized trust)”“通过计算的信任(trust-by-computation)”或“无需信任的信任(trustless trust)”[17]。该信任应被视为一种系统性信任，与作为社会系统复杂性化约机制的系统性信任殊途同归。相较之下，区块链信任机制将“人”排除在外，而在社会系统论的视域中，社会系统均为沟通系统，以沟通为基本要素，则从根本上将“人”排除在外。因此，以法律系统、经济系统为代表的社会系统，逐渐实现以系统性信任取代“人”的信任（亦即个体信任）。换言之，区块链所提供的信任与现代社会所需的化约复杂性的系统性信任，本质趋同。在此基础之上，回溯区块链首先带给经济系统的激扰，对其中心化的金融体系、货币体系所带来的冲击，进而实现经济系统内部的去中心化。究其根本，正是因为区块链是一种社会信用共识机制，并与现代社会中的系统性信任异曲同工，顺应系统性信任取代人际信任的趋势，才能打破特定组织（如银行等）为经济系统的信任背书的局面，才能推动经济系统内部的去中心化。

[15] 赵刚.区块链：价值互联网的基石[M].北京：电子工业出版社,2016:45.
[16] 赵刚.区块链：价值互联网的基石[M].北京：电子工业出版社,2016:47.
[17] 王延川.“除魅”区块链：去中心化、新中心化与再中心化[J].西安交通大学学报（社会科学版）, 2020(3):38-45.

进而言之，区块链具有充分的潜力，足以在诸多社会领域中发挥其作为系统性信任机制的效用。而作为信任机制而深入到诸社会领域的过程便再次证明了，区块链作为去中心化的前沿与代表，顺应了现代社会的发展趋势，而区块链的潜能更使其成为推动现代社会发展的中坚力量。

关于区块链在现代社会的意义和价值，更为激进的观点业已有之。如，余盛峰老师认为，区块链技术可被视为一个新兴的社会子系统："区块链就可以视为一个正在演化的新社会系统，按照卢曼社会系统理论，当前的区块链已经形成了一个完整的系统生态：它形成了系统/环境的区分（通过共识算法和独特的证明机制）、独立的时间维度（每十分钟为时间单位的区块生成速度）、独特的运作媒介和加密手段（哈希计算和时间戳）、特定的二元代码（记账/不记账）。[18]关于区块链是否已分化成为社会子系统，仅仅依赖功能系统的表征尚不能作出判断。"功能"才是社会子系统的构成性依据。换言之，功能系统因功能而分立，在社会的分化过程中，只有系统自身指向全社会系统的唯一功能，才是功能系统的本质所在。就当前而言，区块链指向全社会系统的功能仍有待商榷，将其确认为作为社会子系统的功能系统或操之过急。并且，区块链与现代社会以及社会系统的内在联系，无需将之确认为社会子系统，便已清晰可见。

由此可见，从区块链的发展脉络来看，区块链的去中心化与功能分化社会的去中心化有着千丝万缕的联系。大到功能分化的社会系统，小到区块链技术，去中心化既是结果也是趋势。因此，区块链技术及其应用既是科技革命中的技术成果，亦是现代社会功能分化的成就。区块链在去中心化的现代社会中应运而生，继而，伴随着技术的发展与完善，及其应用在社会不同领域的深入，区块链又将推动现代社会的功能分化和去中心化进程。至于区块链是否会从推动者成为破坏者，甚至成为基本权利问题乃至宪法碎片化问题中的"匿名的沟通魔阵"[19]，此时断言仍为时过早。然而，就当前而言，区块链已经对法律系统乃至对社会系统造成激扰——特别是反思性不足和负外部性问题，对此，法律系统不能视而不见。

二、区块链的自治与负外部性

区块链是基于"自治"理念的产物，意图借助技术实现对现有国家权力和法律体制的阻断因此而成为区块链社群的梦想。然而，无论是从技术现实，还是从系统运作逻辑来看，区块链的自治尚不能同功能系统的自主运作相提并论，负外部性仍是区块链自治难以回避的问题，而指向环境的负外部性，需交由环境来处理。

（一）区块链自治与反思性的不足

有学者主张，区块链基于技术的自治可参考互联网空间的治理思路。在社会系统论——尤其是社会宪治理论看来，互联网在其自身和法律双重反思性基础上形成互联网宪

[18] 余成峰. 法律的"死亡"：人工智能时代的法律功能危机[J]. 华东政法大学学报, 2018(2):5-20.
[19] 贡塔·托依布纳.宪法的碎片：全球社会宪治[M]. 陆宇峰,译. 北京：中央编译出版社，2016:167.

治，以代码治理代码，免于法律的强制干预。至于区块链能否依循互联网宪治的发展思路来提升自治能力、建构自治机制，则需进一步观察、比较二者之间的联系与区别。

纵观互联网空间的治理路径，从宣称不受现实世界法律监管的盲目自信，到自我规制的卓有成效，再到互联网宪治的最终实现。在这一发展进程中，从法律规制的立场来看，互联网空间治理拒斥法律的意图从未真正实现。尽管对于作为公共领域的互联网而言，以行为主义为主导的法律规制已经是“过时”且失灵的监管思路。然而，代码的治理并非法律无涉的治理，其中也内含着政府的法律规制，只不过是法律规制隐藏到了代码背后罢了。行为主义的法律规制思路在互联网空间的失灵，并未使法律规制彻底退出，而是迫使法律规制对行为主义的路径作出反思。其他针对性的新思路的出现使法律规制有了新的转机和方向，“在现有的互联网架构下，政府很难直接规制互联网行为，但这并不意味着政府很难规制互联网架构。政府可以采取措施，引导互联网的架构朝更易于规制的方向发展。”[20]换言之，新的规制路径是规制网络架构乃至直接规制代码，或通过改变市场需求来间接规制代码。从个人到网络服务提供商，均被视为规制代码的“中介”，以此来实现间接规制代码的效果。以行为主义为主导的规制思路转变为以规制代码为目的、以规制互联网服务提供商为手段的新路径，成为了法律规制的新方向。随着互联网的发展，代码不仅仅成为架构互联网的基础所在，也超出了规制行为的范畴，进而走向了以代码治理代码的高度反思的互联网宪治。

参考互联网空间治理的发展路径，首先，区块链的自治需以代码治理作为技术基础。但不可否认的是，就其发展现状而言，区块链以代码为基础的架构着实存在许多技术方面的漏洞，譬如，区块链多个代表性应用业已发生多起恶意泄漏信息或侵占财产的案例。除技术的不完备之外，区块链的自治仍旧停留在以代码生产代码、以区块连结区块的阶段，换言之，区块链通过其运作的自我生产和相互连结而形成一阶封闭，并以此与环境分离。但区块链的这种自治，以及在此自治过程中所形成的运作逻辑和内部规则，仍具有极大的局限性，无法满足“随着社会、经济和政治环境以及使用者需求的变化而不断修正和更新”的需要，“难以真正指导未来行为”[21]。换言之，以代码为基础的区块链的内部运作规则和治理规则并未形成稳定的运作和治理逻辑——既没有作为反思机制的次级规则，也没有一般化的、稳定性的治理机制，而仅仅是在自身技术出现问题或难以适应其具体应用所面对的外部变化时，通过对代码架构等作出技术方面调整予以回应。由此可见，较之互联网宪治，区块链的自治能力仍相去甚远。

更重要的是，互联网宪治由双重反思性的结构耦合而实现，换言之，互联网自身的反思性是其要件之一。互联网系统内部的反思性，既有运作之于运作的反思性，亦有“代码之于代码”[22]的媒介反思性（即沟通媒介的自我适用）。也就是说，代码不仅仅是互联

[20] 劳伦斯·莱斯格.代码 2.0：网络空间中的法律[M].李旭,沈伟伟,译. 北京：清华大学出版社，2009:70.
[21] 凯伦·杨.区块链的监管：法律与自律之争[J].林少伟，译. 东方法学, 2019(1):121-136.
[22] 陆宇峰.系统论宪法学新思维的七个命题[J].中国法学, 2019(1):82-103.

网空间建构的基础，更是这个空间的“法律”，具有自我指涉、自我反思能力。然而这种社会宪治不能直接套用在区块链之上，根源便在于区块链并不具有高度成熟的反思性和反思机制。而这是由区块链的技术基础及其发展理念所直接导致的。尽管如此，若要修正这种现状，提升区块链的自治能力，必须以技术发展作为基础，以发展出“代码之于代码”的反思机制作为可行思路。然而这种思路却面临更为严峻的问题，区块链及其应用的分布式、匿名化、不可篡改性、自动执行特征乃至去中心化的根本特征，与反思机制难以相容。更为甚者，当区块链“拥有完善的机制，能够对共识规则或其他技术属性进行考量和调整，则这类系统本质上就不是去中心化。”[23]去中心化或成为横亘在区块链及其反思机制之间的难以逾越的壁垒，这是一个难以克服的悖论。

总而言之，以互联网宪治为代表的社会宪治[24]，一侧是上述的功能系统或社会体制自身的反思性，另一侧则是法律系统反思性，唯有二者的双重反思性的严密耦合才能形成社会宪治。换言之，功能系统或社会体制的自治绝不能一味排斥法律系统，自治并不能成为区块链拒绝法律系统的借口。并且，从区块链及其应用的发展现状来看，其应用本身的诸多法律问题悬而未决，譬如，区块链及其应用的匿名性被其追捧者视为“对个人信息的保护也是提高效率创造平等自由的交易空间”，但在具体案例中，匿名性为违法行为创造便利亦是无可争辩的事实。以智能合约为例，其法律效力问题争议尚存，而出现合同纠纷时却无法诉诸区块链的内部治理规则，只能诉诸法律，此时匿名性便成为司法裁判中的难题。譬如,DAO（The Distributed Autonomous Organization 去中心化的自治组织）曾是区块链领域首屈一指的智能合约平台，而黑客攻击事件的发生及其后续产生的诸多法律问题，使当时急速发展的区块链及其应用面临诸多责难。

区块链自治能力不足与反思性的缺失成为其走向社会宪治的最大障碍，更使法律规制的介入迫在眉睫。而对于社会系统而言，这些缺陷则会带来更为严重的后果——难以遏制的扩张倾向以及无法避免的负外部性，进一步加剧社会系统的“去界分化”风险。

（二）区块链的负外部性与社会系统的“去界分化”风险

社会系统论认为，功能分化不是一种已完成的状态，而是一种持续进行的状态。从功能系统的分化，到功能系统内部的分化，层层扩展、延伸。分化是对全社会系统的复杂性的化约，而作为社会子系统的功能系统通过内部的封闭运作又增加了其自身的复杂性以及全社会系统的复杂性。尽管高度复杂性是现代社会的特质，但复杂性的过度膨胀

---

[23] 凯文·沃巴赫.链之以法 区块链值得信任吗？[J].林少伟,译. 上海：上海人民出版社，2019:101.

[24] 本文所使用的“社会宪治”概念来自于贡塔·托依布纳的社会宪治理论。概言之，托依布纳的社会宪治理论是其在承继卢曼的社会系统理论的基础之上所发展出的，核心观点在于通过观察全社会系统之中的宪法碎片化现象，建构出一般化的“社会宪法”与“社会宪治”概念，并再度回到具体化场景中，对特定社会宪法与社会宪治现象进行具体化的观察与分析。互联网宪治的提出与发展，最重要的理论基础就是社会宪治理论。并且，从社会宪治到互联网宪治，遵循的是系统论中一般化与再具体化的思路，换言之，互联网宪治是社会宪治的具体化实例之一。本文之所以未从一般化的社会宪治理论出发，而集中于对互联网宪治的观察及其与区块链治理的比较，一方面是基于互联网宪治在理论与实践中的成熟经验，另一方面则是出于区块链与互联网之间的紧密联系——即互联网是区块链的基础设施之一，二者均以代码为符码等——以及区块链自身对互联网的治理经验的参照乃至模仿。

此外，后文需使用到一般化的社会宪治的相关观点时，则直接使用“社会宪治”概念，不再做重复说明。

会加剧系统的负外部性。功能系统以其自创生的运作及其内部分化，带来一种无法避免的、难以遏制的发展冲动。政治系统的这种发展冲动和扩张倾向最早被法律系统所感知。为抵御国家公权力对个人身心完整性的侵蚀，保障基本权利便成为宪法的功能和价值之一。随着现代社会的功能分化的深入，“除了政治系统之外，经济、科学、法律、传媒、教育都在自主运转的过程中竭力扩张，由此产生相互侵犯自治边界、威胁个人基本权利的倾向。20 世纪 90 年代以来互联网的兴起和逐渐普及，更是加速了围绕不同符码和纲要展开的社会沟通，加速了各种社会系统的自主发展，同时也加速了它们的负外部性和全社会离心力量的膨胀。”[25]德国社会学家乌尔里希·贝克认为，现代社会已在工业社会之中酝酿而成风险社会，卢曼则认为风险是现代社会必然出现的结果，而鉴于功能分化定义了现代社会的“现代性”,因此，现代社会成为了“由于功能分化和诸子系统实现自创生而造成复杂性急剧增长的风险社会”[26]。然而，互联网、大数据、人工智能时代的到来，更加剧了现代社会的复杂性。区块链、大数据、互联网等，侵入私人权利领域、社会公共领域，以其各自的沟通在运作，与此同时增加社会系统的复杂性。而反思性的不足甚至缺失，使其运作过程中的负外部性缺少内部的自我抑制。此时，这些体制的负外部性就表现为扩张倾向，并指向其外部环境——全社会系统及功能系统是其环境，人亦是其环境。区块链发展和应用为经济和社会系统提供新的媒介形式，针对传统金融体系和社会治理体系的弊端都有着独到的、创新性的解决方案。但区块链的负外部性亦是区块链自治的固有弊端。区块链负外部性指向个人的最主要表现是对基本权利的威胁乃至侵害——个人信息权首当其冲。而指向社会系统的区块链的负外部性，在风险社会的视域中则主要表现为社会系统的“去界分化”风险。

就个人而言，区块链应用危及基本权利的最直接表现是个人信息安全问题。如前所述，区块链应用均在技术层面实现并坚持匿名性原则，主要表现为身份信息的匿名化。因此，匿名性的设计实则保证了用户身份信息的安全。具体而言，区块链已发展出以其自身技术为支撑的信息保护机制并付诸实践，形成了对身份等信息的储存和加密等多环节、多层次的保护体系，在技术层面较为成熟。区块链信息保护技术可分为三类：基于混币协议的技术、基于加密协议的技术和基于安全通道协议的技术。但区块链的技术设计并不完美，技术发展程度亦未能完全避免安全漏洞存在的可能性。尽管区块链通过较为成熟的信息保护机制来确保用户身份信息的匿名性，但交易信息公开化亦是其固有特征之一，并且，通过公开的交易信息，区块链进一步确保了其不可篡改性。与此同时，公开的交易信息成为攻击区块链的突破口，加之区块链应用的技术漏洞，通过这种途径来窃取用户身份信息、盗取用户虚拟财产的技术早已有之，此类事件业已发生数起，直接侵害用户个人信息权利。更为甚者，区块链应用不会止步于信息服务领域，而对个人信息的收集、分析、使用等亦成为其拓宽和深入应用领域的重要资源。倘若借助大数据

[25] 陆宇峰.中国网络公共领域：功能、异化、规制[J].现代法学, 2014（4）:25-34.
[26] 陆宇峰.风险社会的民主理论[J].清华法治论衡, 2009(1):84-109.

技术的力量，区块链应用对于用户的个人信息权的威胁则不可同日而语。

对于社会系统而言，区块链负外部性与其“去界分化”风险密切相关。社会系统论认为，社会系统的构成单位是“沟通”。各功能系统均以沟通作为其基本元素，以沟通生产沟通的方式来运作。沟通在产生沟通、联结沟通的同时，也在生产风险，沟通的生产与再生产所形成的运作，本身便含有潜在的、对未来沟通的损害。换言之，沟通之中本就含有风险，那么，社会系统必然内含风险——因此现代社会不可避免地成为风险社会。具体而言，以沟通为单位的社会系统，是高度复杂的系统——高度复杂性亦是现代性的特征之一。如前所述，社会系统在通过功能系统的分化化约复杂性，与此同时也在生产复杂性。而功能系统在运作中产生复杂性，与此同时系统内部与环境之间的复杂性落差，又需要功能系统通过内部运作来化约。尽管复杂性的产生与化约都是并不间断的，从时间维度来看，二者也并非一一对应、完全同步。并且，高度复杂性虽是现代社会的特征，但社会系统无法容忍复杂性的无限增长，而是在对复杂性的生产和化约的动态平衡之中维系自身的存在。然而，对复杂性化约的不及时，也是系统扩张性加剧的原因之一。

以区块链所引发的经济系统的内在发展与对外扩张为例。经济系统在运作的同时产生对环境的激扰，而激扰的产生并不影响系统内部运作，系统连续不断的运作会产生对环境的进一步激扰。然而，经济系统与法律系统的运作并不具有同步性，法律系统对于外部激扰的回应亦不可能与激扰本身同步。并且，法律系统在运作上的封闭性决定了来自环境的激扰不能直接输入法律系统。法律系统必须区分外部参照和自我参照，将外部参照转化为内部参照，并生成系统内部的运作。因此，激扰的产生与对激扰的回应之间必然存在时间差。而这种时间差的存在也助长了经济系统的扩张性。更为甚者，倘若法律系统对来自于经济系统的激扰视而不见，那么，仅仅依靠经济系统自身的反思性来抑制其扩张倾向，难以行之有效。久而久之，法律系统与经济系统边界模糊，法律系统的空间则被挤压。

上述经济系统对法律系统的激扰乃至侵犯，不仅仅会发生在法律系统之上，其他功能系统也会受到经济系统扩张性的影响。但经济系统的负外部性和扩张倾向所造成的后果只是现代社会“去界分化”风险中的一隅。不分国界、不分地域、打破系统边界的“科学化”“政治化”“法律化”“传媒化” “信息化” [27]……已经是全球社会的现实。隐藏在这些现象背后的正是功能分化的“逆行”，亦即“去界分化”。现代社会发展至今，“去界分化”风险对于现代性、对于功能分化而言是最为重要的冲击，而这种风险又根植于社会系统以及社会体制的负外部性之中。因此“去界分化”风险也是现代社会最根本的风险。分化与去分化都内含于现代社会之中，功能分化的进程不可逆转，“去界分化”的风险便不会消失。而区块链应用又具有支持“去界分化”的潜能与趋势：一方面，区块链作为一种新兴体制，其本身的扩张倾向和负外部性都是社会“去界分化”风险的来源之一，另一方面，区块链应用于经济系统，加剧经济系统的扩张性，加剧全社会的“经济化”，进而增加全

[27] 陆宇峰.全球社会宪法[J].求是学刊, 2014(3):102-108.

社会系统的“去界分化”风险。故而，无论从区块链本身来看，抑或区块链应用为经济系统带来的影响而言，都在为全社会系统的“去界分化”风险“添柴加火”。

三、区块链应用的法律规制路径

从社会系统论和风险社会理论的立场出发，对区块链的法律规制，乃是基于维系功能分化与预防风险之目的。在这种意义上，“避免、减弱、改造和疏导这些风险的最有效的途径大概就是规制性规范的制定。”[28]但法律规制既要作为法律系统对其他社会子系统的成效而发挥作用，同时又要免于过度干预而抑制区块链技术与应用的发展，因此对区块链应用的法律规制应处于动态反思与调整之中。

（一）法律规制是预防区块链应用风险不可或缺的方式

如前所述，区块链首先影响了经济系统的运作，并因其对经济系统与法律系统的结构耦合的影响，带来对法律系统乃至整个社会系统的激扰。故而，亟需对区块链的法律规制作出反思。由于区块链负外部性的最重要的表现是加剧社会系统“去界分化”和对基本权利的侵害风险，因此，区块链的法律规制必须以对这两种风险的防控作为导向。

现代社会从未对风险视而不见。在现代社会实现功能分化之前，在政治与法律彻底分离之前，政治中心主义的民族国家感知风险、应对风险的首选途径乃是政治。“在民族国家内部，一方面，政府组织能够有效地集中力量和调动资源，政治公共领域能够迅速地感知危机和反映风险，执政党有足够的动机建立预警机制和干预社会领域的反常情况；另一方面，就社会领域的自我监管而言，民族国家也具备诸多优势条件，包括历史上的自治实践基础、共同体的团结互利观念、社会组织之间的协调合作意愿，以及不同群体之间牺牲短期利益、换取长期利益的稳定预期。”[29]譬如，福利国家是在风险酝酿成危机之时的选择之一。通过对市场经济的干预，政治能够第一时间感知风险并作出反应，以求规避经济领域的风险。然而，政治认知乃至控制风险的功能在现代社会语境下已难以立足。贝克在其风险社会理论中指出：进入风险社会，政治已渐趋无力，“福利国家的干预主义因其成功而衰落”[30]。风险社会是现代性的后果之一，功能分化则是现代社会的本质所在。社会系统论认为，在功能分化语境中，认知、预防风险需依赖社会子系统的功能，法律系统则应独当一面。

现代社会的风险指的是未来可能产生的损害[31]，在社会系统的视域中，这种损害产生和存在于作为社会系统基本元素的沟通之中。从时间维度而言，风险无疑是面向未来的。法律系统的功能是将规范性期望稳定化。所谓行为预期，是“一种反事实性的、被稳定下来的并且关于行为的期望”。“当诸多期望以具时间上稳定性的方式得到确保，那

---

[28] 朱虎.规制法与侵权法[M].北京：中国人民大学出版社，2019:1.
[29] 陆宇峰.全球社会宪法[J].求是学刊, 2014(3):102-108.
[30] 乌尔里希·贝克.风险社会[M].何博闻,译.南京:译林出版社，2004:234.
[31] 尼古拉斯·卢曼.风险社会学[M].孙一洲,译.南宁：广西人民出版社,2020:34.

么法律就会带来社会性的后果。”[32]规范性的行为期望在遭遇失望时并不具有学习性，不因失望而作出改变。通过规范在时间维度上的稳定化，法律系统便可为社会系统提供一般化的规范期望，并以此实现对未来的调整。因此，从时间维度来看，法律系统的功能是以时间为导向的，并且是面向未来的。除此之外，稳定性期望的反事实性及其在事件上的确定性、规范性，亦是风险社会、人工智能时代与功能分化的现代社会的内在要求。因此法律系统以其功能分立于社会系统之中，并为社会系统感知风险、预防风险。

目前，中国 业已针对区块链应用发布了一系列的政策、文件和法规，以促进区块链技术和应用的发展，并防范其潜在风险。2016 年，国务院印发的《“十三五”国家信息化规划》首次将区块链技术列入其中：“信息技术创新代际周期大幅缩短，创新活力、集聚效应和应用潜能裂变式释放，更快速度、更广范围、更深程度地引发新一轮科技革命和产业变革。物联网、云计算、大数据、人工智能、机器深度学习、区块链、生物基因工程等新技术驱动网络空间从人人互联向万物互联演进，数字化、网络化、智能化服务将无处不在。”[33]同年，工业和信息化部发布《中国区块链技术和应用发展白皮书(2016)》。2017 年 5 月，在由工信部主办的峰会上，中国 首个区块链标准《区块链参考架构》正式发布[34]。此后，2018 年 3 月，工信部发布了《2018 年信息化和软件服务业标准化工作要点》,《要点》针对区块链的未来发展问题，提出了推动组建全国信息化和工业化管理标准化技术委员会、全国区块链和分布式记账技术标准化委员会[35]。2018 年 5 月，工信部信息中心发布了《2018 中国区块链产业白皮书》[36]，对中国 区块链领域的发展现状和未来趋势做出了详细、系统的阐述。同时，中国 对于区块链应用风险的防范亦同步展开，早在 2013 年，中国人民银行、工业和信息化部等联合印发了《关于防范比特币风险的通知》,明确了比特币在中国 只是虚拟商品,不能作为货币流通。2018 年 4 月，中国银行保险监督管理委员会更是发布消息称，所有比特币交易已经安全退出中国市场，需继续防范互联网金融风险[37]。随着区块链的进一步发展，其应用于信息服务领域的潜在风险亦进入相关部门的视野之中。 2019 年 1 月 10 日，国家互联网信息办公室于发布了《区块链信息服务管理规定》，明确了信息服务提供者的责任，也明确了信息服务的使用者的部分义务。

但相对于区块链应用的攻城略地和场景多元化，已有政策和规范显然是难以适应的。如前所述，区块链应用所引起的关注以及对区块链风险的防范，多局限于社会部门、私

---

[32] 尼可拉斯·鲁曼.社会中的法[M]. 李君韬,译，台北：五南图书出版股份有限公司, 2019:159.
[33] 国务院. 关于印发“十三五”国家信息化规划的通知[EB/OL]. (2016-12-27). http://www.gov.cn/zhengce/content/2016-12/27/content_5153411.htm.
[34] 伊莉.工信部发布中国首个区块链标准《区块链参考架构》[EB/OL].（2017-05-18）. http://www.doit.com.cn/p/274630.html.
[35] 邱永胜.2018 年全国各地区区块链扶持政策一览[EB/OL]. (2018-10-29). http://finance.sina.com.cn/blockchain/roll/2018-10-29/doc-ihnaivxq0701215.shtml.
[36] 工信部信息中心. 2018 中国区块链产业白皮书[EB/OL].（2019-1-20）. http://finance.ifeng.com/a/20180522/16305462_0.shtml.
[37] 胡金华. 央行：所有 ICO 平台和比特币交易所已经退出中国市场[EB/OL].（2018-4-24）. https://baijiahao.baidu.com/s?id=1598590239024559357&wfr=spider&for=pc.

人部门中的区块链应用场景。相较之下，国家公权力主动携手区块链应用，或对其现有的法律规制带来更为重要的冲击。中国 在紧密关注和防范区块链应用在金融领域的风险的同时，早已推进法定货币数字化的研发进程。2020 年 1 月 2 日至 3 日，2020 年中国人民银行工作会议召开。会议指出，继续稳步推进法定数字货币研发[38]。中国对法定数字货币的研发已非一日之功，在此进程中，中国 始终采取审慎而主动的态度和立场，稳步推进研发进程。而法定数字货币虽以区块链作为技术架构基础，却与前文述及的比特币等数字货币有着本质上的不同。其具有数字货币的表征，却有着法定货币的实质。通过这种方式，中国 中心化的金融体系主动引入区块链应用场景，主动推进金融体系的数字化进程。然而，法定数字货币是否足以规避前述区块链应用的风险？在其推进过程中，是否充分考量了个人信息安全性？是否能够落实对个人信息权利的保护，使个人信息权利免于公权力的侵害？这些问题还需进一步观察。综上可见，无论是对于美国、对于全球空间抑或对于中国 而言，区块链应用在信息服务领域和金融领域的深入以及跨领域的合作，乃至与国家公权力的合流，都亟需法律规制的及时调整，亟需法律系统的及时回应。

（二）基本权利保护是调整区块链应用法律规制路径的支点

概括地说，通过反思区块链的治理、区块链应用的法律规制，结合系统论的视角，基本权利制度在区块链应用的法律规制中可发挥重要作用。这一主张主要基于三个方面的考量：首先，法律系统对于区块链的外部规制与法律系统的功能之间存在张力，需要基本权利作为反思机制介入其中，调节冲突。其次，从风险社会的视角来看，一方面，区块链应用在某种程度上加剧了基本权利面临的风险，基本权利保护迫在眉睫；另一方面，如前所述，区块链与其他社会系统、社会领域等的负外部性和扩张倾向是全社会系统的去界分化风险的直接推动者，而基本权利制度在法律系统中又承担了最为重要的抵御去界分化风险的社会功能。最后，对于区块链治理而言，基本权利制度有利于激活区块链内部的反思性。

具体而言，首先，法律系统对区块链应用的外部规制，实则是法律系统指涉区块链的特定成效，而法律系统以其特定功能而指涉全社会系统，法律系统的功能与成效之间存在着难以避免的张力乃至冲突，此时，法律系统需要基本权利制度发挥其社会功能来从中斡旋。

对于法律系统而言，其环境并不仅仅是社会系统，内在于社会系统的其他社会子系统及社会体制等同样是法律系统的环境。这是因为，在社会系统之内，法律系统在作出系统/环境的区分时，仅可将指涉对象标记为系统或环境。同样作为法律系统的环境，法律系统指涉社会系统的即为功能，而指涉其他功能系统的则为成效。成效根植于系统的功能，基于系统与环境的关联而生，但既不能等同于功能，亦不能替代功能。具体而

[38] 王一彤. 保持定力 坚定改革[EB/OL]. (2020-01-06). https://www.financialnews.com.cn/pl/cj/202001/t20200106_174686.html.

言，行为管控、冲突调解是法律系统成效的主要形式。行为主义的法律规制正是这种成效的主要途径之一，具体到对区块链具体应用的法律规制，正是法律系统指涉区块链乃至经济系统的成效。抑制乃至羁绊区块链技术及其应用的发展，是法律规制所面临的最严重的质疑。法律规制不当或过度都有可能使这种质疑一语成谶。更为甚者，指涉到区块链的法律规制，或指涉到经济系统的行为调控，无法形成稳定性的一般规则，因此，在法律系统的成效与功能之间必然产生张力。而法律系统等功能系统均为自我指涉的自创生系统，作为自我指涉的方式之一，反思性直接面对功能与成效之间的张力。对于法律系统而言，基本权利正是其反思机制之一，为其协调功能与成效之间的紧张关系。区块链的法律规制与法律系统功能之间的张力亦不外如此，由基本权利来处理二者之间的紧张关系便是必由之路。

其次，从风险防御的立场来看，对于内在于社会系统中的风险以及全社会系统的“去界分化”风险，法律系统因其规范预期的功能而承担为社会系统预知风险、应对风险的重任。不同于贝克以“亚政治”来谋求公共意见与公共决策来改变风险分配不平等的思路，也不同于哈贝马斯以公共领域的民主商谈来实现社会整合功能，社会系统论认为，在风险社会与功能社会的视域下，尽管政治系统应对风险的模式失灵，但寄希望于来自于政治之外的公共领域的民主，将其作为认知乃至控制风险来源和风险分配的解决方案，其实与政治系统对待风险社会的思路并无二致。这种思路只是在创造可以产生新的“政治影响力”与新的“政治决策”的“亚政治”，这样既不能做到对风险的认知，更无法实现对风险来源的把控。相较于整合功能，社会系统论更关注系统的反思性——尤其是社会宪治通过功能系统、社会体制的反思性与法律系统反思性的耦合才得以实现。如前所述，对于社会系统的“去界分化”风险，法律系统以其功能而走在预知风险的最前端。并且，社会系统论认为，与其寄希望于法律系统或其他功能系统来实现社会整合功能以降低功能分化与去中心化带来的离心效应，更应将整合功能搁置，而聚焦于自身的反思机制，从系统内部与外部共同实现对负外部性的抑制。对于法律系统而言，行之有效的反思机制之一便是基本权利。而基本权利除面向法律系统外，还有着面向而其他社会子系统和社会体制的重要功能，这既是基本权利直接指向其他子系统的功能，亦是作为法律系统反思机制的另一面向，亦即法律系统通过基本权利来为其他社会子系统等“规范外部宪章”[39]。具体而言，宪法同时具有构成性功能和限制性功能两个面向，在民族国家内部，宪法的限制性功能通过基本权利防御政治权力而得以实现。而一般化为法律系统与其他子系统的结构耦合的社会宪法，同样延续这两种功能，但宪法的限制性功能亦一般化为对功能系统和新兴社会体制提供外部动力，以促使其内部反思能力的提升，进而促使其从内部对扩张倾向作出自我抑制。基本权利是宪法限制性功能得以实现的最重要的渠道，通过具体执行宪法功能而实现自身的效用。

---

[39] 贡塔·托依布纳.魔阵·剥削·异化——托依布纳法律社会学文集[M].泮伟江,高鸿均,译，北京：清华大学出版社，2012：306.

最后，再度审视区块链的反思性，从技术层面来看，区块链反思机制的设置并非全无可能。对于区块链而言，对共识机制的再审视与再调整，是激活其反思性的方式之一。具体而言，区块链的运作以共识规则为基础，以记账来生成区块的方式进行运作，并在前一区块的基础之上以相同运作方式进行区块的再生产，由此成链。区块一经生成便不可篡改，加之其公开性，区块链的系统性信任及其去中心化便得以实现。然而，区块链的不可篡改性并非绝对。以 DAO 事件为例，该事件系由于黑客发现该区块链平台的技术漏洞，并利用该漏洞进行虚拟货币的盗取和提现。为及时止损并阻止其进一步的违法行为所提出的方案是硬分叉（Hardfork），指通过修改区块链中的共识规则，从而把已生成的数据恢复到过去某一时间节点，并且，修改规则的新节点与未修改规则的旧节点对于彼此产生的区块互不认可。通过这种方式，黑客利用漏洞所生成的区块不被认可，便无法从平台中盗取虚拟货币。由此看来，区块链的共识规则的运作如若适用于其自身，通过对已有运作——即已生成区块——再度进行是否符合共识规则的判断，发现异常时改变相应规则，使已生成区块无效，便可实现区块链内部的反思性运作。作为 DAO 事件的补救措施，硬分叉实质具有共识规则的反思性的色彩。然而，其与功能系统的反思性的根本差异在于，其并非共识规则的反思性，而是 DAO 平台的技术设计者再审视共识规则，发现漏洞并作出相应调整的结果。但是，如若在共识规则设计之初，同时设计出反思和调整共识规则的相应规则——可将之视为共识规则的次级规范，并在区块链的运作中同时执行，便可实现区块链自身的、不依赖于“人”的反思机制。然而，不可篡改性是区块链赖以产生和发展的根本特征之一。因此，从技术层面来实现的这种区块链的反思性，以及因共识规则的“修正”所带来的区块的“失效”“消失”，是否与区块链的不可篡改性完全相悖，其中还有诸多有待商榷之处。就 DAO 事件而言，区块链的忠实拥蹙严守区块链设计的“初心”，拒斥任何对其不可篡改性、去中心化的违背甚至逆行。

在前述 DAO 事件中，该区块链平台以用户财产权保障为导向，通过硬分叉的技术手段，以具有反思能力的共识机制，来围堵非法盗取用户虚拟货币的行为，保障用户在 DAO 平台中的虚拟资产的安全。换言之，区块链中的虚拟资产既在区块链之内受到保护，亦在相应法律体系中得到保障。同时，这也再次印证了，区块链并非法外之地，而基本权利为区块链的反思性提供了外部限制和支持，进一步激活其反思能力。在此基础之上，区块链才能建立起真正的自主和自治。“归根结底，只有系统内部的自我反思机制足以驯服其固有动力，而宪法的作用无非是为这些自我反思机制供给外在的规则支持。”[40]通过这种区块链内部高度的自我反思性，内部发展冲动和外部扩张倾向可以得到抑制。在此事件之中，区块链反思性对其扩张倾向的抑制，便体现于对财产权的保障之中。可见，基本权利保护是区块链应用中法律规制的重要支点，亦是激活区块链反思性的关键。因此，唯有在区块链应用的法律规制中，以基本权利保护为主导，促使区块链形成高度成熟的反思机制，全面抑制区块链的负外部性，进而抵御区块链扩张倾向与

[40] 陆宇峰.全球社会宪法[J].求是学刊, 2014(3):102-108.

其他社会子系统的扩张倾向所共同引发的“去界分化”风险。

（三）区块链应用的法律规制与基本权利保护的衔接

从基本权利保护的立场出发，基于前述风险，应通过基本权利功能与效力来实现和强化基本权利的保护，抵御基本权利面临的风险。鉴于基本权利功能所指向法律系统与其他功能系统及社会体制的双重面向，基本权利不应再局限于对国家公权力及其限制基本权利的行为作出限制的垂直效力。在基本权利水平效力和基本权利社会功能的视域下，基本权利防御的对象不仅是国家公权力，还包括以跨国企业为代表的私人集体行动者，乃至具有扩张倾向的功能系统及社会体制。因此，同样应对新兴社会体制、私人集体行动者设定更多保护基本权利的义务。

在社会系统论的视域中，基本权利的功能从仅在法律系统之内、仅拘束政治权力的防御权功能，到面向全社会系统的、抵御“去界分化”风险的功能，基本权利的效力从仅拘束国家公权力的垂直效力，到拘束私人集体行动者乃至社会体制和社会子系统的水平效力。这既是现代社会维系功能分化的需要，风险社会预知风险的需要，也是基本权利乃至法律系统的内在发展所需。从基本权利原理来看，基本权利本是个人权利与公权力博弈的产物，宪法原有设计是通过基本权利的垂直效力来遏制国家“公权力”这一沟通媒介，遏制其侵犯个人身心完整性，亦遏制其通过侵犯个人权利来干涉社会经济、文化、科学等领域。然而，社会系统论认为，“基本权利的水平效力并非是由于要将宪法权力应用到经济权力关系之中，而是对各种试图侵入其他社会生活领域的沟通媒介的打击。”[41]换言之，水平效力与基本权利垂直效力所实现的功能并无二致。这也意味着基本权利的保护领域不再局限于国家和公民之间的关系，而是涵盖了公民身处的社会领域的方方面面。就社会现实和社会变迁来看，通过水平效力将以企业为代表的私人集体行动者纳入防御功能的一端，正是因为基本权利面临的威胁和困境已经突破了私人集体行动者的限制，新兴社会体制——大数据、区块链、人工智能带来的风险已成现实，对个人基本权利的潜在威胁甚至已经发生的侵害，并不亚于国家公权力，而原有的基本权利功能和效力却举步维艰。因此，基本权利保护需涵盖区块链等新兴体制，以基本权利水平效力辐射至信息服务领域的区块链应用的法律规制，并以此作为区块链应用的法律规制的主要路径。

从区块链应用的法律规制的立场出发，可通过个人信息权利的保护来实现区块链法律规制与基本权利保护的衔接。提出这一主张的主要原因在于，首先，区块链应用的发展历程中，个人信息权利面临的风险最为突出这一社会现实——无论是国家公权力造成的侵害，抑或是私人集体行动者之于个人信息的威胁。其次，区块链应用始于经济系统，在其发展历程中，已经形成较为成熟的虚拟财产的保护经验，并为财产权的保护范围所涵盖。前文述及的 DAO 事件中，用户的财产权遭受侵害，但业已找到硬分叉作为权利

[41] 贡塔·托依布纳.魔阵·剥削·异化——托依布纳法律社会学文集[M].泮伟江,高鸿均,译，北京：清华大学出版社，2012：334.

救济的技术支撑。然而，相较之下，如前所述，随着区块链技术的发展及其应用领域的拓展，个人信息权在区块链应用中面临的威胁已远远超出财产权。当区块链应用深入到经济系统、法律系统、大众传媒系统等，存储于区块链之中的个人信息也急剧增加，但区块链技术的数据加密技术却不足以保障区块链中信息的绝对安全。加之区块链在上述领域的应用，多有政治决策的推动，换言之，政治系统直接作出区块链是否能够进入特定社会领域的决策。并且，出于社会治理的考量，国家公权力对于公共领域中的区块链应用中的个人信息等数据具有一定的收集和使用权限，此时，个人信息权利与国家公权力无疑产生了一定程度的张力。然而，风险与威胁远超财产权等其他基本权利，个人信息权利的现状却不容乐观，相应保护体系的建设迫在眉睫。中国 法学领域早已关注到个人信息保护的现实层面与理论层面的必要性与迫切性，业已作出诸多努力，加之成熟的域外经验的引介，个人信息保护在理论层面已取得诸多具有实践可行性的成果。除此之外，个人信息保护在立法实践中已得到极大关注和重视，如《中华人民共和国民法典》中诸多条款均涉及对个人信息的保护，并明确将个人信息保护纳入《人格权编》之中。因此，以个人信息权利保护作为切入点，实现区块链法律规制与基本权利保护的衔接，具有充分的理论条件与现实基础。

作为基本权利的个人信息权的保护与对区块链应用的法律规制的衔接，可将欧盟出台的《通用数据保护条例》（General Data Protection Regulation，GDPR）作为重要参考。具体而言，GDPR 的立法理念是加强用户自决权、加重企业责任的“数据安全双保险”，主旨和目标是保护自然人的基本权利和自由。《条例》第一章第 2 条规定：“本条例保护自然人的基本权利与自由，特别是保护自然人享有的个人数据保护的权利。”[42]通过制定更高的行业标准，明确和细化企业责任和义务，在风险预防、事后救济、技术安全性等方面设置更高标准，保障数据安全，保障个人信息权利。GDPR 所加诸于企业的数据保护责任和义务，贯穿技术设计、技术应用等环节。这些责任和义务并非一概而论，而是在具体条款中详细规定了各个环节须达到的个人数据保护标准和目标。由此可见，由技术应用乃至技术本身所带来的对个人信息权乃至其他基本权利的威胁，并不能通过法律规制技术、限制技术发展的简单思路来得到解决。法律的规制并不直接指向技术，并非指向互联网、大数据、区块链或人工智能，而是以企业作为规制对象，将其作为法律规制的媒介，与直接规制技术或代码相比，这种思路既能够加重企业对个人数据权利保护的责任并将此作为导向，又能够更加行之有效地将涉及个人数据权利的技术应用的规制落到实处，由此而实现对个人数据权利的全面保护。这种规制的思路便再次指向了基本权利的水平效力，指向了以基本权利功能为主的法律规制路径。相较而言，这种思路极为贴近前文述及的互联网宪治的发展脉络，即法律规制以基本权利为导向，进而为互联网自治提供外部宪章。并且，互联网宪治与 GDPR 均在实践中逐步实现其目标，取得了重要的实践成果，这也足以证明，这种以规避基本权利风险、实现基本权利保护为

[42]] 京东法律研究院. 欧盟数据宪章：《一般数据保护条例》GDPR 述评及实务指引[M]. 北京: 法律出版社 2018:226.

导向的法律规制路径的可行性与有效性。

反观中国 ，通过《网络安全法》《中华人民共和国电信条例》《互联网信息服务管理办法》《信息安全技术个人信息安全规范》 等法律法规中的相关条款，初步形成对个人信息的保护屏障。而《中华人民共和国民法典》对于个人信息保护的重视，对于个人信息保护立法进程而言，无疑具有里程碑式的意义。具体到区块链的法律规制，2019年1月10日，国家互联网信息办公室发布《区块链信息服务管理规定》，既是对区块链信息服务的法律规制——其中明确了信息服务提供者的个人信息保护的责任，也为区块链信息服务使用者的个人信息权划定了界限。结合本文观点来看，该《规定》将个人信息保护引入区块链的法律规制之中的同时，又将区块链的法律规制纳入个人信息保护体系，具有重要的启发意义。尽管如此，作为初步尝试，这一规定的内容和实施仍有诸多值得商榷之处，譬如，规定中的“信息服务”所指为何，所涵盖的区块链应用具体有哪些，是否包含信息的收集、分析、使用等所有环节，又如，该《规定》第17条：“区块链信息服务者应当记录信息服务使用者发布内容和日志等信息，记录备份应当保存不少于六个月，并在相关执法部门依法查询时予以提供。”这一规定对执法部门的依法查询未予以明确，是否会带来执法部门对公民个人信息的不当收集和使用。诸如此类问题在相关规定的后续修订中均需得到重视。

由此可见，以个人信息权利的保护来实现基本权利保护为导向的法律规制，还面临更多质疑、困难与任务。其中，最为根本的问题在于，尽管诸多法律法规都涵盖了对个人信息的保护，《人格权编》的立法工作也明确了对个人信息保护的重视，但个人信息权利的确认却仍悬而未决。较为乐观的是，如前所述，关于个人信息权利的相关问题，中国 学界已作出充分的理论探讨，并在部分问题上达成共识，这些理论上的成就已经在一定程度上推动个人信息保护在立法实践中得到越来越多的重视。由此可见，对于立法中如何对个人信息权利予以确认，区块链的法律规制与之如何衔接等亟待厘清的问题，相关理论的深入研究还需继续推进。

四、余论

以基本权利保护和风险预防为主导的规制，并非区块链应用法律规制的全貌和终点。除去法律规制本身有待解决的问题，企业自我规制、行业自我规制等屡被提及，其与法律规制之间的关系亦颇具争议。尤其在人工智能时代，以互联网为代表的新兴体制具有较为成熟的自治能力以及日臻完善的自治体系，相较之下，法律规制的效果常常不尽人意。在这种背景下，张翔教授提出“国家保护义务与企业自我规制的平衡”的主张，他指出，“基于基本权利保护义务所展开的国家规制行为，将通过立法、行政、司法等多种手段对机构的个人信息收集处理进行规制。”除此之外，“国家应当鼓励业者进行自我规制”“企业应当加强对实质的个人信息保护标准的探索，积极主动摸索行业规律，制定公

开透明的行业标准，以自我规制补充个人信息保护法制的滞后与不足。”[43]然而，互联网、区块链、大数据的“自治”已经不再囿于企业及行业自治。由前文多次述及的互联网宪治即可窥见，以技术为基础发展而出的、以互联网“法律”为主导的治理模式已初见成效，而法律规制与代码治理之间的联系，亦是互联网规制研究中不能回避的课题。如，郑智航教授围绕“中国当下网络社会治理的基本方式及其背后的治理逻辑”展开讨论，提出在“技术治理对这套法律治理逻辑产生的挑战”的背景下，“政府必须尊重网络社会自身基于技术优势而形成的技术治理手段，妥善处理网络社会的法律规制与技术规制的关系，最终形成一种二元共治的网络社会治理模式”[44]。此外，亦有余成峰教授提出互联网宪法政治的发展[45]，陆宇峰教授以作为公共领域的网络的功能为切入点[46]等。这些研究和观点证明，技术的发展已使以人为主体的行为主义的规制——无论是外部的法律规制还是企业内部的自我规制——难以行之有效，而在法律规制与企业自我规制之下所发展出的代码自我规制的反思性与法律系统反思性的耦合才能真正将互联网空间建构为宪治空间，既与现实世界的法律治理相容，又独立且高效地维系其空间内部的运作。而互联网只是人工智能时代的一隅。在技术加速迭代的社会变迁之中，可以预见的是，谈及对技术及其应用的规制，法律规制、企业与行业自我规制、技术自我规制三者缺一不可，而三者兼备之时，还要避免各自为政。笔者认为，前文已述及基本权利——或者说法律系统是通过为区块链等规范外部宪章来促进其自我反思能力的提升，这也正是区块链技术自我规制的契机。因此，区块链信息服务提供者等企业的自我规制、区块链的自我规制对法律规制的作用和影响同样需纳入考量。

在社会系统论的视域中，对区块链的法律规制不仅仅是针对区块链而已，而是面向全社会系统的“去界分化”风险，面向个人，面向区块链，也面向社会系统。以基本权利为支点，激发其社会功能，既在区块链的扩张之下保护个人身心完整性，更在社会体制和社会子系统的扩张之下抵御“去界分化”，维系功能分化。在个人基本权利保护意识和风险意识的主导下，法律规制还需进一步体系化、精细化，并将动态反思精神贯穿其中。

---

[43] 张翔,钱坤. 应从宪法高度提出个人信息保护整体方案[EB/OL].（2018-06-29）. https://mp.weixin.qq.com/s/ZqJIxGPK7pkH1jmSJ9OWUQ. .

[44] 郑智航. 网络社会法律治理与技术治理的二元共治[J]. 法律科学（西北政法大学学报）, 2017(6):108-130.

[45] 刘茂林. 公法评论[M]. 北京：北京大学出版社, 2015(第 8、第 9 合卷):88–101.

[46] 陆宇峰.全球社会宪法[J].求是学刊, 2014(3):102-108.

司法人工智能的重塑效应及其限度

马长山[1]

【摘　要】人工智能技术的司法应用，开启了从“接近正义”迈向“可视正义”的历史进程，引发了司法运行机制的深刻变革，通过司法过程场景化、司法规则代码化、司法决策建模化、司法服务管理智慧化重塑着司法过程，大大提升了智慧司法的社会效能。但司法人工智能亦有其内在限度。算法决策要达到绝对的客观和精准并非易事，面对复杂疑难案件，其能够促进形式正义，却很难实现实质正义。发挥人工智能对司法的优化重塑效能，应与对人工智能的规制设置和风险防范同步进行。需针对算法决策设立相应的规制和救济机制，注入公开、公平和责任理念，进而兴利除弊、促进科技向善和打造良性发展的智慧司法，更好地实现“可视正义”。

【关键词】司法人工智能；可视正义数字正义；智慧司法

随着网络化、数字化、智能化的飞速融合发展，人类逐渐步入智慧时代和数字社会。近年来，我国的智慧政务、智慧司法、智慧治理等重大建设方案纷纷落地。在这些方案的实施过程中，司法人工智能无疑将会扮演关键角色并承担重要使命，[2]同时也会面临诸多问题和挑战。理性审视司法人工智能的应用空间与限度，由此成为一项重要的理论课题和实践任务。

一、从“接近正义”迈向“可视正义”

设置司法权的根本意义在于处理纠纷、实施救济、弘扬正义，但要让人们在每一个案件中切身体验正义，却不那么容易，这也正是卡夫卡“法律之门”的深层隐喻所在。人们曾对“法律之门”做出很多不同解读，但有两点是明确的：其一，“法律之门”是“供给”正义的地方，它庄严尊贵却又壁垒森严；其二，人们可以走近“法律之门”，但难以迈入门内，更难观测门内的设置、工序流程和决策机制。这很大程度上要归因于物理时空中的资源限制、区间阻隔和机制障碍。特别是由于交通条件不便、诉讼费用高昂、诉讼过程繁琐漫长等原因，人们在寻求司法救济时经常遇到挫折、面临困难，以至于 20 世纪中叶以来，“司法危机”在世界范围内大面积出现。为摆脱这一困境，人们发起了旨在为当事人接近法院、实现诉权提供实质保障的“接近正义”运动。该运动的基础和前提是国家财力和司法改革，价值导向是平等和效率，目标是实现分配正义。经过“三波”重要努

[1] 马长山，华东政法大学，教授、博导。本文发表于《法学研究》2020 年第 4 期。

[2]在学术界，人们曾对 AI 法律和法律 AI 进行过区分和讨论。当今网络技术、数字技术和人工智能技术日渐呈现交融发展之势，三者相互支撑和彼此赋能。因此，本文所称“司法人工智能”是一个涵摄面更广、包容性更大的概念，主要是指司法领域中以网络化、数字化和智能化融合驱动为基础的人工智能技术应用。

力，[3]“接近正义”运动取得了一定效果。然而，由于福利国家的不可持续性以及司法改革的制度性瓶颈，“接近正义”运动需要付出较高成本和代价，也面临诸多难题，这些局限在传统的物理时空和策略路径下很难克服。

信息革命的到来，给“接近正义”运动的整体转型提供了巨大动力和难得契机。算法的应用，不仅提升了纠纷处理能力，降低了解决纠纷的成本，而且在很大程度上提高了纠纷解决的自动化程度，“为更加接近正义奠定了现实基础”。[4]比如，从 ADR 迈向 ODR，增加了程序的公开透明度，使人们看到了“数字正义”的曙光。近年来，我国司法机关也利用这些新技术进行了大量探索改革，致力于构建“网络化”“阳光化”“智能化”的新时代司法样态，实现了对物理时空资源和要素的优化重组。原来一些不可逾越的壁垒，如今可以通过技术“克服或至少是瓦解正义之路上的一些障碍”，[5]从而有效消解了因物理时空条件局限而导致的正义实现难题，使物理意义上的“接近正义”迈向了数字意义上的“可视正义”。

其一，平台化的分享可视。新兴技术革命颠覆了传统的工商业态和经营模式，人类从此进入了平台经济时代，平台模式也迅速地从工商业向社会领域延展，其突出特点和优势在于：线上线下交融、多主体共享、生态化运行、覆盖性整合以及价值链创造。这就突破了以往物理时空的商业逻辑，颠覆了单一线性的交易形式，开启了广场化的全景互动。智慧司法建设同样也经历了这种技术赋能过程，深刻重塑着司法运行模式，具体表现为：在案件办理上，支持全流程在线审理，办案全过程智能辅助，审理信息全方位在线公开；在监督管理上，实现重点案件自动化识别、标签化处理、节点化控制，建立智能化、自动化、精准化监管机制；在诉讼服务上，形成多功能、集成性、智能化、线上线下融合的一站式诉讼服务模式；在平台载体上，实现内部平台整合对接，外部数据互联互通，形成系统集成、集约高效、信息共享的平台建设模式。[6]司法运行的这种平台化转向，能够“让数据发声，使数据关联，用大数据思维发现审判规律、提高审判质效”，[7]也能够在微观（司法机关内部）、中观（司法机关与当事人和相关机构）和宏观（司法机关与全社会）三个层面分别实现不同程度的数据分享和在线互动，覆盖几乎所有司法业务，形成司法运行的“生态圈”和正义“价值链”。这样，司法运行从线下走到了线上，从封闭的、有限的“剧场”模式转向了开放的、包容的平台模式，实现全程可视。曾经神秘威严的“法律之门”被移到了阳光下，不仅提升了司法效率，促进了司法公正，也便于公众监督和正义传播。

其二，超时空的场景可视。对司法程序进行高度专业化、复杂化的制度设计，目的

---

[3]参见[意]卡佩莱蒂编：《福利国家与接近正义》，刘俊祥等译，法律出版社 2000 年版，第 5 页。

[4][美]伊森·凯什、[以色列]奥娜·拉比诺维奇·艾尼：《数字正义：当纠纷解决遇见互联网科技》，赵蕾等译，法律出版社 2019 年版，第 64 页以下。

[5]同上书，第 256 页。

[6]参见《为网络社会治理贡献法治智慧》，《人民法院报》2019 年 9 月 7 日第 2 版。

[7]李阳：《打造智能时代司法文明新坐标——人民法院智慧法院建设工作综述》，《人民法院报》2019 年 3 月 10 日第 7 版。

在于阻断人为因素干扰和不公因素渗透，从而更好地保护权利和维护正义。然而，这也带来一个负面问题，即“法律之门”变成了繁琐昂贵的博弈场。“接近正义”运动的诸多举措之所以未能取得理想效果，原因在于其以物理时空的思维和方式解决物理时空的问题，因而无法打破“法律之门”的物理时空“围墙”。随着数字时代的到来，原来的物理“围墙”逐渐被虚拟空间击碎；原来生物形态的身体、行为、言语，原来物理形态的财物、流转及其关系等，逐渐增添了一种“无形流动”的数字形态。此时，“很多旧有的习惯将被颠覆，很多旧有的制度将面临挑战”，[8]司法制度和运行机制也随之发生深度变革。“在‘数字正义’理念之下，私人和社会都加强了对数字技术的采用，在法院内外共同促进‘接近正义’的实现”，尤其是人们通过“设计出可以服务公众的虚拟空间，将纠纷解决完全克服或者‘超越’这些物理条件的限制”。[9]例如，各地开发上线的“微诉讼”“E 法庭”“律师通”“执检小智”、以及正在全国推广的“移动微法院”等多种小程序或软件系统，使当事人足不出户即可参与在线庭审、调解或执行，省钱、省时、省资源。人脸识别、智能验证、全程视频留痕也让司法运行更加规范透明。这样，凭借技术进步就实现了线上与线下、虚拟与现实、远程与现场的立体链接与跨界融合，甚至形成了当事人“零跑腿”的司法环境。“法律之门”也因此摆脱了物理形态的约束，开始在社会中进行超时空、无形化、分布式的前置延展，形成了灵活便捷、体验多样的场景可视状态。基此，普通民众得以随时随地进出“法律之门”，主张权利和伸张正义。

其三，全要素的数据可视。在新兴技术的驱动和支撑下，司法运行数据化、自动化趋势不断加速。一是基于智慧司法的全流程在线审理和平台化运行，会产生海量的司法数据，形成案件信息库、案件特征库、电子卷宗库、证据标准库、罪名要件库、裁判文书库、案例库、法律法规司法解释库、办案业务文件库等多类型数据库。这些数据库实质上是把复杂的司法案件转换为可以存储、计算和分析的数字系统，对其中涉及的人财物、社会关系和规则程序进行了全要素的模块化、可视化构建。这些“越来越多的数据将会讲述越来越多的故事”，[10]展示越来越多的正义价值和司法效果。二是司法程序凭借数字技术不断拓展和升级，比较典型的是司法区块链。“区块链极大的去中心化、不可篡改性、不可否认性、公开透明性共同促成了区块链作为信任基础设施的可行性，解决了参与者之间的共识问题。”[11]因此，在电子证据认证和智能合约履行上，司法区块链可以做到电子数据及行为的全流程记录、全链路可信、全节点见证、全方位协作，从而实现全要素的数据可视。三是随着智慧司法的进一步发展，算法决策将更多地应用于程序控制和司法裁判之中，人机互动、人脑算法和机器算法的融合也会日益加强。算法决策的优势在于自动运行、精细一致、超能高效。作为办案通用的“公共决策工具”，它

[8][英]维克托·迈尔-舍恩伯格、肯尼斯·库克耶：《大数据时代：生活、工作与思维的大变革》，盛杨燕等译，浙江人民出版社 2013 年版，第 94 页。
[9]前引 2，凯什等书，第 30 页以下。
[10][美]Phil·Simon：《大数据可视化：重构智慧社会》，漆晨曦译，人民邮电出版社 2015 年版，第 45 页。
[11]徐恪等：《算法统治世界——智能经济的隐形秩序》，清华大学出版社 2017 年版，第 311 页。

能够全程回溯、数据留痕，这就比人脑决策更有利于聚集全要素，也更有利于可视化。总之，司法运行的数据化呈现，使其日益变得可代码化表达、可量化计算、可分析预测、可审计问责，从而实现了全要素的数据可视，并进入了“可视正义”时代。

二、司法人工智能的重塑效应

司法人工智能所带来的，已不再是过去那种外在技术装备的更新换代，而是对司法运行的内嵌式、技术性变革，对司法运行产生了影响深刻和重塑效应。

（一）司法过程场景化

古往今来，司法裁判过程都是在固定的场所——法庭中进行的。庭审活动包含着时间、地点、人物、事件等诸要素，经由法官、检察官、律师、证人、被告人、法警各等角色，按照形式化的规则和程序来完成。它类似于上演一幕幕戏剧的“剧场”运行状态，深嵌于特定化、场域化的物理时空之中，“法律之门”也就富有了神圣性、神秘性和仪式性。然而，人工智能的司法应用，使得这种场域化的“剧场”运行状态发生了重大转向。

1.远程临场

新兴科技和数字经济的发展，改变了社会的“时空体制”。社会亲近性与物理邻近性、社会相关性与空间邻近性开始剥离，空间位置或环境对大多社会过程而言已不再重要或不再是决定性的。时间和空间已经“脱嵌”并获得重构。[12]司法人工智能就在这种“时空体制”变革中，创新了司法运行机制。如作为全国试点推广的上海“206 系统”（智能辅助办案系统），就涵盖了从刑事案件立案、侦查、审查起诉、庭审、判决链接到刑罚执行、减刑假释、服刑人员刑满释放、回归社会等环节，“以实现人机协同、线上线下跨界融合，实现从刑事办案单一系统向刑罚执行、社会治理领域综合系统的转变”。[13]案件当事人无论身在何处，只要有在线电脑、摄像头、麦克风和可上传的诉讼文书，即可参加诉讼庭审，甚至能够允许当事人运用“碎片化”时间和多变场所来进行非同步诉讼，实现超时空的“错时审理”。[14]从而突破了司法过程的物理场域限制，跨越了“虚拟/现实”的两重空间和人的“生物/数字”的双重属性，实现了数字身份及行为的远程临场。

2.情境互动

智慧法院建设的基本方向是网络化、阳光化、智能化。目前全国三千多家法院已基本实现网上立案、庭审直播、远程开庭、远程调解。基此，诉讼过程已不再经过物理时空中的“对簿公堂”，而是以“云法庭”的视频庭审形式，完成人脸识别、证据上传、视频抗辩、电子笔录、全程留痕等一系列虚实交融的庭审活动。一次庭审可能会出现多角色、多地点、多场所、多方式的同时在线和立体情境，每个诉讼当事人都是网络链接、信息

[12][德]哈特穆特·罗萨：《新异化的诞生——社会加速批判理论大纲》，郑作彧译，上海人民出版社 2018 年版，第 118 页；[英]安东尼·吉登斯：《现代性的后果》，田禾译，译林出版社 2011 年版，第 18 页。

[13]崔亚东：《人工智能与司法现代化》，上海人民出版社 2019 年版，第 261 页。

[14]参见中国长安网：《法治蓝皮书：2019 年全国高级法院支持网上立案率首次达到 100%》http://www.chinapeace.gov.cn/chinapeace/c100007/2020-06/03/content_12356666.shtml，2020 年 6 月 3 日访问

传递、节点控制的参与者、分享者和承担者。这就改变了封闭单一、机械受动的“面对面”场域化庭审过程，形成了灵活自主、多相界面、情境互动的司法场景。

3.全景敞视

福柯曾对环形监狱的“全景敞视建筑”进行过深刻分析：“在环形边缘，人彻底被观看，但不能观看；在中心瞭望塔，人能观看一切，但不会被观看到。”这就形成了一种“分解观看/被观看二元统一体的机制”。[15]它通过空间阻隔、单向透明和中心瞭望的等级体系构架来完成，旨在确保权力的随时俯瞰、持续监视和自动运行，是一种物理时空的中心化、等级化、不对称的“全景敞视”。司法人工智能创造了一种与之相反的全新景象。具言之，在以往的庭审活动中，审判席处于法庭的正中位置且高出地面，诉讼两造分列两侧，略低于审判席，公诉人、律师、被告人、被害人、证人，以及旁听席位等坐落有序。它无疑是中心化、场域化的，其认证、质证、抗辩等过程，都因物理条件限制而只能有限可视。不消说法庭外的庭审参与，即便是在法庭现场，也需工作人员的证据传递帮助才能做到“面对面”的认证质证。然而，网络化、数字化和智能化技术的融合发展与司法应用，打破了这种物理屏障，凭借电子文书、数据传输、即时视频等方式，诉讼参加人不需“相逢”即可“见面”，审判席也悄然无形化为一个阳光性的控制节点，进而改变了法庭的中心化、等级化设置。它与“全景敞视建筑”的目标相反，推动了中心权力的非中心化；其自动运行也并非那种俯瞰式的持续监视，而恰恰是趋向于参与各方的对称透明和平向可视，形成了全新的跨时空、无屏障、分布式、扁平化的“全景敞视”。

综上可见，在新的“时空体制”下，“社会关系从彼此互动的地域性关联中，从通过对不确定的时间的无限穿越而被重构的关联中‘脱离出来’”。16司法过程也不可避免地在虚实融合中迈进五维空间，不再局限于物理上的结构性设置和实体运行，从场域化走向了场景化，赋有了数字化的意义展示、体验分享和“可视正义”。

（二）司法规则代码化

司法运行需要大量专业人员，自古以来他们都是促成法律规则转化为社会秩序的行动者、构建者。人们在司法者身上寄托了不偏不倚、客观公正的浓重期待，但他们中的每一个都具有人性，都有普通人的一面。个体的价值观、心情、精力，甚至先入之见等，都会深深影响他们的自由裁量，这种来自人性自身的局限是无法克服的。立法本意、法律规则和正义价值在转化为社会秩序的过程中，难免受到办案人员一定程度的主观雕塑或续造，其结果可能会更趋于公正，也可能相反。同时，程序繁冗、案多人少、专业素质等因素也影响着司法成本和司法效率。这些一直是迈进“法律之门”和“接近正义”所必须承受的“司法代价”。

信息革命把人们带进了虚实同构的“在线生活”，形成了一套“法规的/自愿的、正式

[15][法]米歇尔·福柯：《规训与惩罚》，刘北成等译，生活·读书·新知三联书店 1999 年版，第 226 页。
[16]前引 11，吉登斯书，第 18 页。

的/非正式的、国家的/超国家的、等级制的/分散的”全新规制模式。[17]在这里，算法扮演着重要角色，“代码就是法律”。[18]司法规则的代码化和自动执行成为一种趋势，不仅消减了以往的“司法代价”，也产生了特殊的司法效果。

1.自动性的程序运行

随着人工智能技术的广泛应用，“自动化执法不再是一种越轨而是一种可选择”。[19]同样，人工智能技术也可以将司法规则转换成能够自动运行的程序代码，“按照合乎程序规定的方式将司法过程精确拆解，又借助数据分享和集中管理，令系统中的每一个动作都为最上的管理者可见”。[20]这些智能程序没有情感纠缠，一丝不苟且不知疲倦。让它们替代有人性局限的司法者，就成为了新时代的一个选项。例如，上海的“206 系统”建立了逮捕条件审查、证据标准指引、单一证据审查、证据链和全案证据审查、庭审示证、类案推送、办案程序合法性审查监督等自动程序。假设警察破获了一起案件，想要逮捕犯罪嫌疑人，系统会自动提示有哪些关键证据缺失、哪些证据有瑕疵；检察官起诉时，系统会提示类似案件的起诉比例如何；法官将写好的判决书放入系统中，系统会自动提示判决在多大程度上同本院以及上级法院在类似案情中的判决不一样，法官若坚持该判决，系统将自动把判决推送给庭长以供讨论。[21]司法区块链技术则实现了从生成智能合约、完成实人认证并签约、合同原文及智能合约上传至司法区块链、智能合约自动运行、合约无法执行后转入多元调解流程、纳入信用奖惩联合机制、立案、审判、执行的全流程智能化。2019 年 12 月 19 日，杭州互联网法院还对一起该类型案件进行了宣判，这是国内首例“无人工干预、无外部因素干扰”的“智审”断案。[22]可见，这些人工智能辅助办案系统，初步实现了“去人化”，在一定程度上实现了司法标准的统一，且降低了成本、提高了效率。

2.隐身性的司法能动

在当今信息时代，技术赋能可以提高司法效率、提供“可视正义”，但同时也助长了司法能动，且以“进步性”的隐身方式出现，获得了社会的“合法性”认同。一是实现了空间拓展。近年来，北京互联网法院的电子诉讼平台、广州中院的“律师通”和“移动执行”手机 APP、浙江“移动微法院”等纷纷上线运行。2019 年广州互联网法院还在穗港澳布设了 12 个“E 法亭”，全方位为当事人提供自助存证、自助立案、自助查询、智能送达、在线调解、在线庭审等 6 大诉讼服务功能。[23]这类智能平台走出了法院的固定场域，实

---

[17][英]詹姆斯·柯兰等：《互联网的误读》，何道宽译，中国人民大学出版社 2014 年版，第 128 页。
[18][美]劳伦斯·莱斯格：《代码 2.0：网络空间中的法律》，李旭等译，清华大学出版社 2018 年版，第 6 页。
[19][美]瑞恩·卡洛等编：《人工智能与法律的对话》，陈吉栋等译，上海人民出版社 2018 年版，第 239 页。
[20]芦露：《中国的法院信息化：数据、技术与管理》，《法律和社会科学》2016 年第 2 期。
[21]参见《最高法司改办何帆：中国法院正努力把人工智能引入办案系统》，
https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_1746283，2020 年 4 月 30 日最后访问。
[22]参见《中国首个应用区块链智能合约技术案件宣判》，http://www.chinanews.com/sh/2019/12-19/9038475.shtml，2020 年 4 月 30 日最后访问。
[23]参见《是“E 法亭”，不是“一法庭”！广州打通司法服务最后一公里》，
http://dy.163.com/v2/article/detail/EVII2P8D05149N9E.html，2020 年 4 月 30 日最后访问。

现了在现实/虚拟双重空间中的拓展，增强了实现“可视正义”的范围和能力。二是实现了权力增能。例如，通过执行网络办案平台，法院足不出户就能完成对被执行人财产的自动查询和冻结、扣划，直接查询被执行人在异地不动产登记详细信息和投资的具体情况；执行智能预警平台则通过汇集人口、婚姻、金融、政务、电商、信用、社交等周边数据，全方位评价当事人的身份特质、行为偏好、资产状况、信用历史，对涉案当事人进行信用画像和自动风险评估。[24]这些智能联动，使得司法权力穿透了原来的物理“围墙”，自动延伸至所有涉案领域，并在控制力上获得了增能扩张。三是实现了关联限制。在以往的司法运行中，司法机关对当事人权利的限制措施基本都是“就事论事”，并遵守相应的规则和程序。司法人工智能带来了“关联限制”效应，如采取“弹屏”电子送达方式时，法院发送到被送达人手机上的短信送达内容，不受杀毒软件、手机终端设置等方面的屏蔽拦截，无论其手机处于操作过程还是待机状态，均被即刻锁屏，查阅内容后方能解锁。这固然确保了送达的便捷性、有效性和可靠性，但如今手机所承载的功能、意义和价值已经远远超过通讯工具本身，蕴含着移动支付、商品交易、媒体社交、个人隐私等多方面的生活权利，一旦被锁屏，它所锁定的就是这些权利，而不仅仅是送达上的权利，这样就产生了关联限制。[25]这些隐身性的司法能动倾向，无疑强化了司法权的社会嵌入程度和影响。

3．技术性的规则重写

司法具有鲜明的法条主义和形式主义特征，但“在一些问题上，我们没有办法事前就给定法官可以机械适用的规则，而必须由其来创制规则”，[26]司法不仅是一个适法的过程，也是一个理解、重释，甚至是重写规则的过程。司法人工智能所带来的法律规则代码化，既有控制自由裁量、对诉讼流程进行节点控制、实现“可视正义”的司法效果，也会带来对规则进行技术性重写的机会。“代码作者越来越多地是立法者。他们决定互联网的缺省设置应当是什么；隐私是否将被保护；所允许的匿名程度；所保证的连接范围。”[27]一旦可以把司法规则转化为代码，对代码的控制就成为在司法解释和“法官造法”之外的二次重释或重写规则的权力。这些代码的编写基本都是由司法机关和技术专家来主导的，很少有律师、学者和公众参与。司法者难免从有利于司法权力运行的立场出发，在数据标注、要素抽取和代码编写过程中注入自身的或者职业的价值偏好，这意味着在数字司法向度上扩大了司法权。

（三）司法决策建模化

在当今世界，数字经济已成为主导形态，“人类正在进入一切皆可计算的时代”。[28]与

[24]参见王牧、吴磊：《“智慧执行”模式的具体探索和未来展望》
https://www.chinacourt.org/article/detail/2018/01/id/3179286.shtml，2020 年 4 月 29 日最后访问。
[25]参见祝文明：《北京互联网法院推出弹屏短信送达》，
http://www.cipnews.com.cn/Index_NewsContent.aspx?newsId=111737，2020 年 4 月 29 日最后访问。
[26][美]李·爱泼斯坦等：《法官如何行为：理性选择的理论和经验研究》，黄韬译，法律出版社 2017 年版，第 25 页。
[27]前引 16，莱斯格书，第 87 页。
[28]前引 10，徐恪等书，第 323 页。

此相应，社会生产和生活都逐渐走出了个别性、分散性、经验性的决策方式，形成了体系化、自动化的建模运营方式，通过信息采集、数据分析和设计算法来实现决策的智能化，从而“提供了一种全新的革命性工具”。[29]这意味着，很多决策已经“从人手中转移到算法手中”。[30]而智慧司法的一个重要方向，就是司法决策的建模化。

首先，生成法官智慧的聚合效应。理性选择理论上的“聚合效应”或者“聚合的奇迹”，意指在规模群体的民主决策过程中，个体计算或预测的误差会彼此抵消。“在绝大多数情况下，平均意味着平庸。但在决策时，却常常效果非凡”，[31]很容易形成意想不到的、最优的多数决判断。然而，人们很快又发现了它的局限。正如“阿罗不可能性定理”所揭示的，由于聚合过程中充满了“系统性错误”，不可通约的偏见“污染”了聚合效应，简单过半数投票在加总个人偏好排序后，“会因出现严格社会偏好的循环，导致无法从一些有限的可行社会状态集中确定一个最优的社会状态”。[32]而司法人工智能中的决策建模化，能够清除这种可能的“系统性错误”，进而生成法官智慧的聚合效应。

具言之，虽然有公开的明确规则、统一的司法政策和遵循先例原则，但“法律的生命不是逻辑，而是经验”。[33]面对日常生活中种类繁多、情节复杂的大量案件，这些规则、政策和原则难以做到直接的无缝“套用”，自由裁量不可避免。即便是最智慧、最敬业、最高尚的法官，也只能做出分散性、个体性的裁量，无法克服个体决策的有限性。如何约束自由裁量权、提升裁判水平、促进公平正义就成为一个难题。司法人工智能通过数据标注识别、案件要素抽取、知识图谱构建来进行算法建模，这个“机器人法官”拥有的不再是法官个体或者合议庭法官的有限能力和个体经验，而是来自海量类似案件信息及裁判结果的数据库运算，它所做的每一份判决，都是一项数据庞大的实证法研究和综合衡量。例如，在上海“206 系统”运用深度学习算法构建的智能量刑模型中，仅盗窃案一个量刑模型的学习样本，就囊括了全国三十万盗窃案件样本的全部案情要素及量刑情节要素。[34]这样，就形成了一种空前的聚合效应。同时，由于这种建模算法并不是基于一个个活生生法官的即时投票，没有复杂的博弈空间和盲从条件，而是基于业已形成的个案化的既定裁判，并且这些裁判都是立足相同职业背景和专业知识的理性判断，因此不易受到普遍的、不可通约的偏见“污染”。此时，才真正有可能创造出“聚合的奇迹”，这相当于整合、提炼了所有裁判案件法官的集体智慧和最佳方案。

其次，加持数理逻辑和计算理性。现代性法律的一个突出特征是形式理性。它体现

---

[29][英]乔治·扎卡达基斯：《人类的终极命运：从旧石器时代到人工智能的未来》，陈朝译，中信出版社 2017 年版，第 296 页。

[30][美]克里斯托弗·斯坦纳：《算法帝国》，李筱莹译，人民邮电出版社 2014 年版，第 197 页。

[31][美]布赖恩·卡普兰：《理性选民的神话：为何民主制度选择不良政策》，刘艳红译，上海人民出版社 2010 年版，第 7 页。

[32][美]埃里克·马斯金等：《选择的悖论：阿罗不可能定理与社会选择真相》，黄永译，中信出版集团 2016 年版，导言，第 XV 页。

[33][美]小奥利弗·温德尔·霍姆斯：《普通法》，冉昊等译，中国政法大学出版社 2006 年版，第 1 页。

[34]参见崔亚东：《人工智能与司法现代化》，上海人民出版社 2019 年版，第 168 页。

着“在技术上可能的计算和由它真正应用的计算的程度”，[35]推动了法律规则的权利义务设计和利益平衡，使人们能够预测自己和他人的行为效果与后果，合理规划自己的行为。而法官在案件裁判过程中，则存在着“法官造法”的构建理性和自由裁量的经验理性，他们根本上是力图寻求逻辑一致、唯一正确的“必然”司法结果，进而维持法律的形式理性。

从生命科学来看，人脑思维本身也是一种问题求解的计算过程。法律或司法上的各种理性形式就是各种生化算法。如今信息技术能够写出越来越复杂的电子算法，二者可能会适用相同的数学定律，这就“打破了动物和机器之间的隔阂，并期待电子算法终有一天能够解开甚至超越生化算法”。[36]其实，在 20 世纪 70 年代，人们就通过“如果 A 和 B，那么 C”的方式对三段论加以描述，让机器法律推理变成可操作的现实。“将法学问题形式化为可计算问题”，[37]然后选择合适的计算方法进行建模编程就成为一种智慧司法的潮流，英国“在线法院”法官还基此提出了“算法裁判”的倡议。[38]在我国，司法人工智能主要通过机器学习来构建司法知识图谱和算法模型，可以在线“一键”启动从开庭到裁判执行的所有流程，也即“采用大数据和诉讼建模将管辖法院、诉讼请求、赔偿数额的计算、法律依据的引用等诉讼事项进行全面模块化，当事人选项即可完成起诉、应诉等过程”。[39]在这种情况下，智能系统的规范性含义会变得更加清晰，“它们平均会比人类专家提供更好的结果”。[40]这就在法律表达和运行上加持了数理逻辑和计算理性，进而把知识系统转化成了数字系统，把案件审理过程转化成了案件运算过程，从而提供更客观、更科学、更准确的纠纷解决方案。

再次，实现同案同标、同案同判。近代以来，司法被赋予独立品格和中立立场，但面临的一个根本困境是：如果法官严格恪守条文，机械性地司法，可能无法回应社会需求、实现公平正义；如果法官们偏离法律过于频繁，“违反了选择最优化，则法治便无法存活”。[41]更为复杂的是，面对类似或相同案件，每个司法者的判断都会有所不同，“他们可以轻而易举的，即使是无意识的，以发现本意的名义，比如说平等或是自由，在法律中推行他们自身的偏好”。[42]要摆脱上述困境，核心在于克服法官自由裁量中的先入之见、价值偏好，以及心情、性格和精力等因素的主观影响。尽管真正意义上的同案或同判可能都不存在，人们却一直渴望司法统一、同案同标、同案同判，只不过受诸多主客观因素或条件限制，这一期待常常落空。

司法人工智能为人们化解这一难题带来了巨大希望。按部就班的程序没有情感和意识，更没有先入之见、价值偏好等因素的干扰。从理论上讲，“算法可以详细地描述应

---

[35][德]马克斯·韦伯：《经济与社会》上卷，林荣远译，商务印书馆 1997 年版，第 106 页。
[36][以色列]尤瓦尔·赫拉利：《未来简史》，林俊宏译，中信出版社 2017 年版，第 333 页。
[37]邓矜婷、张建悦：《计算法学：作为一种新的法学研究方法》，《法学》2019 年第 4 期。
[38]参见曹建峰：《“人工智能+法律”十大趋势》，《机器人产业》2017 年第 5 期。
[39]邓恒：《人工智能技术运用与司法创新》，《人民法院报》2017 年 12 月 14 日第 2 版。
[40]前引 17，卡洛等编书，第 120 页。
[41][美]杰弗里·布兰德：《法治的界限：越法裁判的伦理》，娄曲亢译，中国人民大学出版社 2016 年版，第 313 页。
[42][美]欧文·费斯：《如法所能》，师帅译，中国政法大学出版社 2008 年版，第 13 页。

用于每个小的决定（进而形成最终的重要决定）之中的那些具体规则”。[43]它们以标准一致的要素抽取和知识图谱，相同的算法建模，以及流水化的操作流程，对相同的信息输入给出相同的算法输出。如果不向专家机器人让渡决策权和控制权，仍保留人类控制的话，恰恰可能会“增加不良后果的可能性”。[44]在这种智能系统自动运行的司法决策条件下，“同案同标”“同案同判”将有机会走进生活现实。

（四）司法服务管理智慧化

随着网络化、数字化、智能化技术在司法领域的广泛应用，“让当事人少跑路、让数据多跑路”，从“最多跑一次”转向“一次都不用跑”就不再是一句口号。2019 年，全国 97.8%的法院支持网上立案，其中高级法院达 100%；全国法院支持网上证据交换的达 66.9%，支持网上开庭的达 58.2%；全国高级法院公开终本案件信息的比例达 100%，中级法院和基层法院也分别达 98.8%和 96.6%。当事人通过中国执行信息公开网共联系法官 73203 次，法官及时回复率为 85.2%。[45]这些，都大大提升了司法服务的智慧化、便捷化，经由技术赋能而实现了“服务群众诉讼全方位、全天候、零距离、无障碍”的目标。

司法管理和司法监督也实现了智慧化、透明化。例如，上海“206”系统采用了审判管理数字化智能提示、审判执行流程可视化智能跟踪管理、审判质效目标化动态管理、法官业绩数字化智能评价等技术，并进一步运用大数据分析、视频图像识别、语义分析等技术，实现了对办案过程全程可视、全程留痕、全程监督，确保司法权的阳光运行。[46]借助这些数据分析和智能技术，的确更容易发现恶意诉讼，以及同私下交易有关的“关系案”“人情案”“金钱案”，庭审中的迟到、退庭、衣冠不整等现象也都会透明可视。

总之，司法人工智能产生了前所未有的重塑效应和深刻变革。在司法效果上，会导致司法权在物理空间中的去中心化和扁平化，而司法权又实现了在电子空间中的能动延展和扩张，甚至还可能出现数字司法界面下的“再中心化”。在司法逻辑上，形成了知识系统与数字系统、法律理性和计算理性的互动构建，建立在思辨的逻辑推理基础上的“公理思维”，开始转向立足计算和相关性分析的“数据思维”。在司法机制上，智能辅助办案系统的平台化，使得具有分工制约关系的公检法司开始高效一体化运行。在司法裁决上，出现了正义的程式化、产品化供给方式，算法也从“提炼自这个世界，来源于这个世界”，转向“开始塑造这个世界”。[47]这些，无疑都使司法获得了巨大的技术赋能，促进了从“接近正义”迈向“可视正义”的时代转型。

三、司法人工智能的内在限度

[43][美]卢克·多梅尔：《算法时代：新经济的新引擎》，胡小锐等译，中信出版社 2016 年版，第 139 页。
[44] 前引 17，卡洛等编书，第 120 页。
[45] 中国长安网：《法治蓝皮书：2019 年全国高级法院支持网上立案率首次达到 100%》http://www.chinapeace.gov.cn/chinapeace/c100007/2020-06/03/content_12356666.shtml，2020 年 6 月 3 日访问。
[46] 参见前引 32，崔亚东书，第 264 页。
[47]前引 41，多梅尔书，第 214 页。

人工智能技术融入司法是数字时代的必然趋势，其发展前景无须置疑，但“要想让算法更好地服务于人类，我们必须承认算法不是全能的”。[48]智慧司法建设并不是一项司法革新的完美规划，它对司法机制及其运行的重塑作用也是有限的。

（一）客观性上的悖论

我国的智慧司法建设，旨在实现“全面覆盖、移动互联、跨界融合、深度应用、透明便民、安全可控”的转型升级，力图以算法决策规避人脑的“决策噪音”，进而让司法活动更为阳光，司法公正更为直观，最终提升司法结果的客观性、一致性、公正性和效率性。然而，从全球范围的实践来看，算法决策和司法大数据的客观性并不像人们想象的那样易得，其也存在被主观因素侵入的风险。

1.算法决策的复杂性

首先，算法决策是数字时代的新型权力。人们曾把算法视为一种自由言论或商业秘密，但这些都不是算法的本质所在。人工智能在商业交易、公共政策的制定、司法过程、交通出行，甚至日常生活中深度应用的场景越来越多，它们不仅仅进行预测和推荐，很多时候也在做定性判断，如人脸识别、资格审查、屏蔽封号、自动执法等。“这些自动化系统已经由简单的行政管理工具变成了主要的‘决策者’”，[49]形成了一种替代人脑决策的裁断权力，并在资源配置和行为控制上对相对人产生重要影响。对智能辅助办案系统而言，它所进行的证据标准和规则指引、逮捕条件审查、证据链和全案证据审查判断、社会危险性评估、言词证据审查、减刑假释案件办理、裁判偏离度提示、办案程序监督等等，也都是在行使算法裁断权力。杭州互联网法院“无人工干预、无外部因素干扰”的智能裁判就更是如此。这种算法决策权力，并非简单的计算公式和无意识的程序运行，而是从一开始就被“教导”了法律知识与逻辑，输入了主观的定性判断基准。尽管它需经司法裁判者最终确认，才能产生实际的司法效力，但仍不可否认其权力属性。

其次，算法权力也能受价值偏好影响。人们曾对算法决策抱有技术中立和进步福利的浪漫幻想，认为它在准确性、一致性和效率上远优于人类，而且不受情感和私欲干扰。“对于计算机来说，除非程序设计者把偏见因素引入进来，否则它不会存在这个问题，而且我们可以通过查看程序的内容来判断其是否存在偏见因素。”[50]但问题也恰恰出现在这里。设计者“可以建造、构筑、编制网络空间，使之保护我们最基本的价值理念，同样地，我们也可以建造、构筑、编制网络空间，使这些价值理念丧失殆尽”，代码是被制造而非发掘出来的，并且“仅由我们所制造”。[51]对于相同的数据信息、相同的技术条件、相同的求解方案，分别由两组各自封闭的程序员来设计算法，最后的输出结果很可能不一样。甚至根据不同的使用场合，当人们使用完全相同的运算步骤，想要得出相

[48][美]凯西·奥尼尔：《算法霸权——数学杀伤性武器的威胁与不公》，马青玲译，中信出版集团 2018 年版，第 243 页
[49] 前引 41，多梅尔书，第 137 页。
[50]前引 24，爱泼斯坦等书，第 425 页。
[51]前引 16，莱斯格书，第 6 页。

同结论，都常常不太可能。[52]这也说明了设计者主观性的重要影响。尽管问题能够被发现，但很难通过程序审查进行纠偏。2018 年初美国纽约市出台“自动化决策特别工作组法”，试图对政府使用的各种算法进行监管，最后不了了之。[53]同样，在我国的人工智能司法应用过程中，司法机关各自或者联合研发的智能系统，都不同程度地反映着部门的职权立场、行动逻辑和地域特点。如上海“206 系统”工程庞大复杂，只能采取全国法院的“众筹”模式来完成证据知识图谱的绘制。这些法律适用规则的整理，其实就是对刑法知识的一次精加工，“编辑者的逻辑编排、要旨提炼、观点选择，体现了个人的价值取向、学术判断、政策立场”。[54]这些知识图谱经由程序员的代码编写和算法建模，自然又会或多或少地渗入一些人为因素。因此，尽管代码的执行是无偏差的，但“偏差”会被编码到系统中。[55]

再次，算法背后隐藏着算法黑箱与“算法霸权”。自人类社会开启了“算法为王”的智慧发展模式，建模算法开始“大胆地从混沌之中创建秩序”。[56]然而，它们在提供技术进步福利的同时，也带来了算法黑箱问题。“用户们无法看清其中的规则，无法提出不同意见，也不能参与决策过程，只能接受最终的结果。”[57]这样，就形成了一个算法决策的闭合回路，除非自我更新和改善，否则它将持续运行，不受外界因素的干扰和影响。一旦算法决策出现偏见、不公，乃至有意的“暗算”，就会诱发严重的社会危机。已有研究认为，“程序员和设计者可能会试图以公开或隐蔽方式嵌入一种逻辑，以使算法偏向期望的目标”，如为特权阶层布设“后门”。[58]为此，欧洲经济和社会委员会提醒人们注意弥散的、“没有方向性”的算法监控和滥用。[59]尽管算法权力以建模计算之必然输出结果的形式，获得了技术中立的外在表现，但它不予公开、不接受质询、不提供解释、不进行救济，难免会有演化为“算法霸权”的风险。[60]于是，算法解释权和算法治理随之成为一种时代诉求。[61]我国的智慧司法建设会着力消除算法黑箱和算法霸权的隐患。未来在程序设计环节实现立法者、专家学者、律师和社会人士的开放性参与，打造可公开、可解释、可救济的智能系统，对于防范算法黑箱和算法霸权之风险，或许大有必要。

2.司法大数据中的主观性因素

从 19 世纪开始，一些科学家就期望利用客观、可靠的统计数据来“构建完美社会”，

---

[52][德]罗纳德·巴赫曼等：《大数据时代下半场：数据治理、驱动与变现》，刘志则等译，北京联合出版公司 2017 年版，第 263 页。

[53]张凌寒、李荣：《美国纽约算法监管遇挫启示录》，《法治周末》2020 年 1 月 16 日第 11 版。

[54]何帆：《人工智能时代，为何还要打造这样一本刑法工具书》，https://new.qq.com/omn/20190508/20190508A0708Q.html，2020 年 4 月 6 日最后访问。

[55]前引 17，卡洛等编书，第 283 页。

[56][美]Robert·C.Martin：《代码整洁之道：程序员的职业素养》，余晟等译，人民邮电出版社 2016 年版，第 18 页。

[57]前引 41，多梅尔书，第 139 页以下。

[58]前引 17，卡洛等编书，第 297 页。

[59]参见欧洲经济和社会委员会：《大数据伦理——在欧盟政策背景下，实现大数据的经济利益与道德伦理之间的综合平衡》，https://www.sohu.com/a/217528113_505782，2020 年 4 月 9 日最后访问。

[60]前引 46，奥尼尔书，前言，第 V 页。

[61]参见张凌寒：《商业自动化决策的算法解释权研究》，《法律科学》2018 年第 3 期；张欣：《算法解释权与算法治理路径研究》，《中外法学》2019 年第 6 期。

[62]司法大数据的挖掘利用也旨在打造更理想的司法效果。然而，这一过程依然可能受到主观因素的干扰。

首先，数据采集的“全样本”是一种主观界定。众所周知，算法和算力仰赖于“数据喂养”，数据量越大、越全、越真，算法决策就越客观精准，人工智能也才越“聪明”。司法是一项非常复杂的定分止争机制，涉及人财物、时间地点、主客观状态、行为方式、涉案工具等等，单一的个案就会产生大量的司法数据。如果想就某一类型或某一类案由的案件进行算法建模，就需要海量的数据采集。若要做到“全样本”则难上加难，仅是在什么时间、空间、范围上来界定这个“全样本”，就是一个很大的问题。从上海“206 系统”的研发过程来看，命案被划分为现场目击型、现场留痕型、认罪供述得到印证型和拒不认罪型四大类，这四类命案“证据标准指引”的建模算法，主要是基于上海市 2012-2016 年间审结的 591 起命案数据。71 个常涉刑事案件罪名的“证据标准指引”，则是基于近三年全国 102 个常涉罪名刑事案件的数据制定的。可以发现，这些数据样本都是三五年内的。同样，上海民事、行政案件智能辅助办案系统从 467 个民商事案由、61 个行政案由中首选了 6 大类 8 个案由，虽然标注电子卷宗达 5800 余份、标注点数量达 12 万个，但上海市 2016 年道路交通事故纠纷一个案由收案量就达 51312 件，[63]这意味着，8 个案由的电子卷宗标注数量跟 1 个案由且仅 1 年的收案量相比，就已经显得小巫见大巫了。可见，研发智能辅助办案系统所凭借的，暂时还只能是有限时间段内、有限范围内的“样本”。只要对这个“样本”的时间段和范围稍做调整，它所汇集的司法数据情况可能就会大相径庭。数量变化还是小事情，对法律规则、司法解释、司法政策、政治事件、社会环境等方面变革及其影响的权重计量，则更为复杂。真正意义的“全样本”很难做到，而有限时间段和范围的“全样本”选取，很大程度上是带有主观性的。

其次，数据标注是一种主观选择。数据标注是司法知识图谱构建的重要基础，上海“206 系统”研发采取了人工标注和自动标注两种形式，人工的数据清洗和标注自不待言，机器的自动标注也需要经过程序设计人员的确认。同样，对图像识别、手写体识别、插图签章、涂抹块检测、插入检测等的准确率虽然可达 92%-98%，但它仍需人工审查校正，这些无疑也都是主观选择的过程。

再次，司法数据的阐释理解是一种主观判断。标定数据对机器学习和建模算法的效果具有很大影响。由于中文语义具有多义性、模糊性和地方性，对于相同或者相似的文本知识和数据，不同的标注人员会形成不同的阐释理解，导致数据标注结果的个体差异很大。虽然可以通过构建多层级数据标注体系来消除语义分歧和增进标注的可解释性，但仍有一定的主观作用空间。事实表明，主观性和创造性在数据分析和建模算法中扮演着重要作用，“同样的数据在不同的环境内容中可以有截然不同的意义，这些意义并非

[62]前引 41，多梅尔书，第 206 页。
[63]参见前引 32，崔亚东书，第 128 页以下。

数据所固有，而是人们在特定环境中分析数据并将意义赋予了数据”。[64]这也正是“投入多少人工，就有多少智能”的原因所在。

由上可见，在科学技术发展到一定程度或治理能力足以防范相关风险之前，算法决策的客观性与中立性都只能是有限的。也许有人争辩说，人脑决策也有“人脑黑箱”，价值偏好更明显，甚至还有不可避免的司法“官僚化”问题；[65]相比而言，“即使最糟糕的数学模型应该也没那么糟糕”。[66]事实并非如此。人脑决策基本都是个体化的、局部的、散发的，其反馈回路是开放的，能够提供灵活的反思和纠偏机制。而算法决策一旦出现问题，就会形成自动化、体系化、机制化的普遍侵害后果。更严重的是，算法决策往往以“科学”面目呈现，受到影响的相对人对其既不知情又不能质疑。这就很像柏拉图的“洞穴”隐喻，一旦算法决策变为一种被灌输的、给定的“客观性”，造成“假为真时真亦假”的反向替代，司法也就异化成为它的反面了。而对于人脑决策，无疑是可以质疑并能够获得解释的，这是二者最深层的区别，也是我们必须警醒的地方。

（二）正义判断上的困境

司法人工智能让人们看到了“可视正义”和“数字正义”的希望，[67]但进一步分析就会发现，“可视正义”也好，“数字正义”也罢，虽然近在咫尺，但也不会来得那么容易。

其一，难以对正义进行建模计算。正义是人类社会自古以来的向善追求和崇高价值，也是法律价值的核心所在。追求正义和社会不公之间的矛盾，一直是困扰人类秩序的重大难题。尽管人工智能技术可以大大提升司法正义的实现功能，但对于很多复杂疑难案件的正义性判断，仍然难以通过建模计算获得。

首先，正义价值是普遍的，却没有统一标准。古今中外，人人都渴望正义，但“正义本身包含着各种相互冲突的价值”，它“并不只是以一种声音说话”。[68]我们姑且不说众所周知的“电车难题”，仅是近年我国发生的“刻章救妻案”，[69]就存在复杂的情理法的纠结，“入狱养老案”也同样让人反思颇多。[70]正义呈现出一种无形的、流动的、多元的主观判断状态，“有着一张普罗透斯似的脸”。[71]对待正义问题，只能通过谋求最大公约数和重叠共识方式来获得认同。我们很难针对正义进行共识性的要素抽取和建立通用的知识图谱，“其价值难以用数字体现”，[72]也就很难进行建模计算。同时，“机器人没有道德

---

[64]前引 50，巴赫曼等书，第 205 页。
[65]前引 40，费斯书，第 93 页。
[66]前引 46，奥尼尔书，第 238 页。
[67]前引 2，凯什等书，第 263 页。
[68][英]约翰·格雷：《自由主义的两张面孔》，顾爱彬等译，江苏人民出版社 2002 年版，第 7 页以下。
[69]为救尿毒症妻子，廖丹私刻医院收费章蒙混过关，四年间涉嫌骗取医院 17 万余元。2012 年 12 月 7 日，北京东城法院一审以诈骗罪判处廖丹有期徒刑 3 年，缓刑 4 年。参见邓海建：《“刻章救妻”案中情与法的谦抑》，http://opinion.cntv.cn/sikegongzhang/，2020 年 4 月 11 日最后访问。
[70]湖南 69 岁老汉生活无助，为“入狱养老”，持刀在北京站广场抢劫，2008 年 12 月被北京铁路运输法院判处 2 年有期徒刑。参见李代祥：《老汉入狱为养老，消除“无奈犯罪”根源更迫切》，https://www.chinacourt.org/article/detail/2008/12/id/337941.shtml，2020 年 4 月 11 日最后访问。
[71][美]E·博登海默：《法理学——法哲学及其方法》，邓正来等译，华夏出版社 1987 年版，第 238 页以下。
[72]前引 46，奥尼尔书，第 242 页

观。它们只是一种物体，被灌输了程序员为达到特定目的而编写的代码”。[73]它所运行的数学公式，也难以为复杂的正义判断提供可靠的答案。

其次，正义没有价值位阶，裁判需要权宜平衡。正义具有丰富的价值内涵和理论体系，却没有一个明确的位阶图表，“它意味着在各种善之间不存在一种完备的字典式排序；它还意味着不存在‘社会制度的首要美德’，而只是一系列公共的善和美德，由于环境的不同而具有相对的重要性”。[74]关键问题并不是确定哪一个价值、哪一种善更重要，而在于“维护这样一种制度：对于过一种良善生活是重要的所有价值的要求都能在这种制度中得到考虑和权衡”。[75]因此，比例原则、法益衡量等一直在司法裁判中占据重要位置。在社会公众心中，“法官应当被视为两个世界永恒的杠杆：应然的世界和实然的世界，公共价值的世界和主观偏好的世界，宪法的世界和政治的世界。法官在其中之一寻求合法性，但必须在另一个中认识自身”。[76]司法中的算法决策，必须能够面对和处理这样的权衡情境。至少，“当任务是构造一个正确的或公正的法律裁决时，或者是对这样的一个裁决进行评论时，相关的各个当事人的利益和观点必须作为模型的一部分”。[77]这就很有可能超出了人工智能的建模计算能力。当然，科技想象力和未来信心可以让人受到鼓舞，人们期待能在智能系统中嵌入一种“道德算法”，或者具有道德推理和道德讨论能力的计算系统，以解决伦理判断难题。比方说，“如果一个机器人开展搜救工作，那么它应该先疏散/救援谁？或者，如果提供社会陪伴服务，那它什么时候该和用户撒谎?”[78]然而，日常伦理判断毕竟不同于司法裁判。道德算法或许能够应对日常伦理判断，若要处理情节复杂的重大疑难案件，道德算法还是难以胜任。从目前看，“法律推理的所有关系模型都不能用于恰当地建立司法自由裁量权的模型”，[79]力图解决一切、无所不能的“终极算法”也还不存在。司法裁判中法官的权宜平衡一时还难以用算法来替代。

再次，实现正义依靠的是实质判断，而不是相关性的计算概率。随着人工智能技术的快速发展，司法领域中算法决策与人脑决策的对弈测试也逐渐增多。美国曾研究测试，人工智能在 584 个案件中有 79%的案件审理结果与欧洲人权法院的审判专家组判决结果相同。英国“机器律师”与伦敦 100 名律师在保险合同案件的法律判断比赛中，“机器律师”以 86.6%的准确率领先于律师的 66.3%。[80]这些事例似乎表明，算法决策比人脑决策更优越。但实际情况是，“计算机并不是‘思考’，而是依据逻辑算法处理数据”。[81]它主要是基于数据的相关性分析，但这些“相关性关系并非决定性的，而是随机的，属于

[73][美]约翰·C.黑文斯：《失控的未来》，仝琳译，中信出版社 2017 年版，第 22 页。
[74][美]威廉·A.盖尔斯敦：《自由多元主义》，佟德志等译，江苏人民出版社 2005 年版，第 6 页。
[75][美]约翰·凯克斯：《反对自由主义》，应奇译，江苏人民出版社 2003 年版，第 233 页。
[76]前引 40，费斯书，第 60 页。
[77][德]托马斯·F.戈登：《诉答博弈——程序性公正的人工智能模型》，中国政法大学出版社 2018 年版，第 8 页。
[78][英]玛格丽特·博登：《AI：人工智能的本质与未来》，孙诗惠译，中国人民大学出版社 2017 年版，第 195 页。
[79]前引 75，戈登书，第 8 页。
[80]参见前引 32，崔亚东书，第 35 页以下。
[81]前引 27，扎卡达基斯书，第 292 页。

概率逻辑”。[82]此时，如何用数量、概率和逻辑来表达和定义善、恶、权利、义务、公正等伦理范畴，通过这种代码转换使人的伦理变成程序化的机器伦理，[83]就显得十分关键。“我们必须将意图写入法律，同时写入控制机器的软件。”[84]这对于简单案件而言也许并不难做到，但对于复杂的疑难案件来说，仅有这种数量、概率和相关性逻辑还远远不够，它们更多需要因果性分析。这种因果性分析并非单纯的形式逻辑演绎，而是一种实质性判断。诚如霍姆斯所言，“一个时代为人们感受到的需求、主流道德和政治理论、对公共政策的直觉——无论是公开宣布的还是下意识的，甚至是法官与其同胞们共有的偏见，在决定赖以治理人们的规则方面的作用都比三段论推理大得多”。[85]正义的司法裁判需要通过综合考量的实质性判断来实现，而很难依靠计算概率来实现，即便算法可以做到形式逻辑推演，也无法做出这种实质性判断。

其二，难以穷尽“正义”的样本。拥有了司法正义的“全样本”，才可能实现精准的算法正义。理论上讲，这个司法知识图谱应该是法律法规、司法文件、法院判例、证据规则和案件事实的动态集合，其数据采集是可以做到的。但实际上，大量的司法活动难以做到完全数据化，且各机关或机构的数据处理标准常常不一致，数据交换也有障碍。即使在单个的刑事罪名背后，也隐藏着千百种“适用场景”，对应着各类成文或不成文规则，包括法律适用规则、量刑操作规则，也有证据审核规则、程序把关规则等等。如果没有专业人员进行提炼、分类、整合和标准化处理，进而将之转化为算法嵌入系统，那就只能做“打包”处理。即使不“打包”而是进行详尽的规范化处理，也无法涵盖司法实践中各类复杂情况。例如，对“入户抢劫”的理解，就需结合数个个案情形，依据相似性判断、有效性判断、相关性判断和技术性判断来认定。[86]这表明，要对司法正义的各类情形和所有样本作出穷尽性的提炼与归纳，操作起来十分困难。这还没有把不同时间段的法律修订、法律解释改变、司法政策变化、潜在冤错案、案例内容矛盾、司法的地方差别等因素考虑进去，否则将会更加复杂，也更难穷尽案件的正义样本。

其三，正义难以零和博弈。从根本上说，“算法就是把输入转换成输出的计算步骤的一个序列”。[87]面对海量的司法大数据、复杂的法律规则体系和司法运行机制，算法的开发设计者需要把知识系统转化为数字系统，把法律逻辑转化为数理逻辑，进而把复杂的司法活动简化为一种“无须满足任何更多的条件即可生成‘是’与‘否’的二元选项”的代码执行和机器运算”。[88]这固然提高了司法效率和一致性，但不容否认的是，“法律世界包罗万象、复杂混沌，常常没有明确的对错之分”，[89]尤其是司法正义，更不可能简

[82]前引 50，巴赫曼等书，第 199 页。
[83]参见段伟文：《人工智能的道德代码与伦理嵌入》，《光明日报》2017 年 9 月 4 日第 15 版。
[84][德]克里斯多夫·库克里克：《微粒社会——数字化时代的社会模式》，黄昆等译，中信出版社 2017 年版，第 136 页以下。
[85]前引 31，霍姆斯书，第 1 页。
[86]同前引 52。
[87][美]托马斯·科尔曼等：《算法导论》，殷建平等译，机械工业出版社 2013 年版，第 3 页。
[88]前引 41，多梅尔书，第 220 页。
[89]参见陈尔彦：《法律如何应对人工智能挑战》，《经济参考报》2017 年 12 月 12 日第 8 版。

化为一个是与否的零和博弈。算法决策的要么“是”要么“否”的对立判断，不免存在风险。“一旦它们做出了错误的决定，其造成的后果就很有可能是骇人听闻的。”[90]此时，司法正义就会面临严峻的挑战。

其四，正义难以忽略人性。从古到今，司法活动都不是一个冰冷的、机械的规则适用过程，而是带有明显的人文关怀。人们追求司法正义，无疑也是为了塑造一个更加公平和合理的社会秩序。无论古代中国的“儒法”断案智慧，还是纽约老太“偷窃面包案”审理中的良心发现，都代表着一种人性的温情。尽管法官有人性的弱点，自由裁量权有专断腐败的可能，但他们的经验正义理念和司法主动性也确实抵消了“不断增多的普遍性规则可能产生的僵化行为”，[91]维护着司法公正的公信力。相比之下，司法人工智能固然有助于做出更为高效一致的司法裁判，但它们不会计算情感，不能与人进行心灵互动，自然也不可能有人文关怀，难以根据具体场景灵活地、创造性地维护正义价值。而越来越多的机器执法和裁断，越来越少的人际互动和交流，有把公民变成“驯服的身体”的危险。因此，在通过算法决策实现司法正义的过程中，需要人类“为系统提供必要的情感和共鸣元素”。[92]“审判中不可减少的人性，恰恰在于人类对事实和矛盾的法律要素审查所产生的不可预测性，这种不可预测性或多或少取决于不同情况。”[93]目前各国大多都将算法决策定位为“辅助”系统，办案人员必须处于主导地位，以防止算法决策带来人文流失。可见，司法人工智能只能带来有条件的“可视正义”和“数字正义”，即使法律人工智能已广泛投入运用，在实现司法正义的过程中，“法律人的‘情怀’和‘匠心’”仍然无法被复制和替代。[94]

（三）政治因素上的“遮蔽”

现代法治的核心特征之一是司法中立，以实现分权制衡和司法公正。然而，司法毕竟是一种制度体系中的构架，它不可能做到隔绝政治。“法院在某些情况下不得不处理社会政策问题，这并不是因为人们特别希望他们这么做，而是因为通常情况下法院没有别的选择。”[95]例如，美国联邦最高法院可以通过重新定义某些规则条款和标准，“来满足大法官不断变化的政策偏好，从而在集权与分权、保守与自由之间做出最有利于大法官的选择”。[96]但“布什诉戈尔案”之类的司法裁决仍不是一种单纯的司法行为，而是带有明显的政治考量。[97]基于我国的制度属性和历史传统，政治性因素对司法的影响也比较明显。比如，“民愤极大”就曾是从政治上、道义上来考虑的一种从重处罚情节，“领导

---

[90]前引 41，多梅尔书，第 136 页。
[91]前引 40，费斯书，第 96 页。
[92]前引 17，卡洛等编书，第 264 页以下。
[93][法]伊莎贝尔·贝林：《法院判决真可以用数据预测吗？!》，李蒙译，https://www.chainnews.com/articles/678354421816.htm，2020 年 4 月 6 日最后访问。
[94]同前引 52。
[95]前引 24，爱泼斯坦等书，第 22 页。
[96][美]杰弗瑞·A.西格尔等：《正义背后的意识形态：最高法院与态度模型》，刘哲玮译，北京大学出版社 2012 年版，第 36 页。
[97]参见韩显阳：《美国最高法院大法官席位争夺战开打》，《光明日报》2016 年 2 月 17 日第 12 版。

批示”也会对案件的定性和裁判具有重要“指导”作用。在张金柱案、李国和案等一些比较典型的“舆情公案”中，无论社会舆情、媒体评论，还是官方表态、司法裁决，都或隐或显地映射出政治性因素的影响。[98]此外，还有阶段性的“严打”和各类“专项行动”，无疑都是一种政策性或政治性任务安排，直接左右着案件的侦破、审理和执行。

然而，这些影响因素很难进入算法决策的考量范围。首先，政策性、政治性影响因素往往是无形的、不确定的，如“坚持法律效果、政治效果、社会效果相统一”的综合考量，就潜在于办案人员某种未能言明的“自由心证”之中。其次，社会舆情、领导批示和联合专案组等一些政治性因素并不能全部反映到卷宗中来，很多都反映在办案人员的政治立场和方向思路上，很难做到全程留痕。再次，办案人员往往会利用法律技术和规则漏洞，采取表面上遵从司法程序、符合法律规定、体现法律逻辑的形式，将政治性因素予以融入吸收并“合法化”，进而将其“遮蔽”在司法过程和司法裁判中。对这些无影无形却又有重要影响的因素，很难进行数据采集、样本分类、要素抽取和知识图谱构建，也难以将其纳入建模计算。这无疑等于缺失了一个重要的计算参数和权重，算法决策生成的司法裁判就会打上“折扣”。

（四）精准性上的障碍

人工智能之所以被广泛应用于生活领域，原因之一就是它具备远超人脑的精准计算和超强预测能力。但在实际运行中，算法决策未必能完全做到精准，甚至还有一些风险需要加以防范。一是算法错误。人工智能虽然都有“先发制人”和“完美预防”的预设，但无缺点的自动化系统并不存在，[99]需要容忍不可避免的系统错误和故障。经验表明，“由于程序员偷懒或者疏忽，不少被编码的法规与书面法规相比，确实存在精细度不够的问题”，而“错误的编码导致法律条文被严重扭曲，其效果也发生了改变”。[100]二是算法自主。随着人工神经网络技术的发展，人工智能在分析、预测和判断上的某些能力已经超过了人类。有时还会出现算法超出设计预期的运算方式和输出结果，但设计者却难以理解的情况，即算法自主或者算法异化现象。三是算法不能。其实从图灵开始，人们就已经意识到，虽然在很多情况下算法执行的任务是人类无法完成的，但算法并不能解决所有问题，[101]如“张扣扣杀人案”“女护士杀人案”中犯罪者的动机和目的等等。四是算法差异。在人工智能的实际应用中，相同的任务或应用可以采用不同的算法来完成，但这些不同算法的正确性、容错性和效率性存在优劣之别。在审级上说，从基层法院到最高法院，究竟是使用一套算法还是四套算法？如果使用一套算法，就会导致四个审级的智能裁判结果完全一致，不同审级之间的监督功能就会丧失；如果使用四套算法，那又如何保证它们的计算品质相同？从地域上说，全国如果使用一套算法，要如何解决经济、社

[98]参见马长山：《公共领域兴起与法治变革》，人民出版社 2016 年版，第 133 页以下。
[99]前引 17，卡洛等编书，第 257 页。
[100]前引 41，多梅尔书，第 140 页以下。
[101]例如，数学语句是否为真的判断，其自身就无法解决。参见[澳]托比·沃尔什：《人工智能会取代人类吗？——智能时代的人类未来》，闾佳译，北京联合出版公司 2018 年版，第 12 页。

会和文化上的地域差异问题？如果使用多套算法，如何保证全国的司法统一性？可见，尽管算法决策是基于客观的数据分析和理性计算作出的，但面对重大疑难案件和大国的司法运行，有很多复杂因素难以用建模算法来回应。即使可以进行量化计算，也可能达不到人们所期待的精准程度。“最难诉诸自动化的任务，就是那些要求灵活性、判断力和常识技能等人只能通过默契来理解的任务。”[102]

结 语

本文对司法人工智能的正向展望与反向省思，并非是“以己之矛，攻己之盾”的逻辑游戏，而是旨在深入分析和研究它的可能空间与内在限度。对司法人工智能的进步与前景，我们当然抱有积极乐观的态度，但越是这样就越要对其存在的问题和自身限度予以高度重视，从而进行合理定位和科学赋能。发挥人工智能对司法的优化重塑效能，与对人工智能的规制设置和风险防范应同步进行。需针对算法决策设立相应的规制和救济机制，注入公开、公平和责任理念，进而兴利除弊、促进科技向善和打造良性发展的智慧司法，更好地实现“可视正义”。

算法只能延续和提炼人类知识，但很难开拓和创造人类知识。算法决策只能通过程序性、公式化计算来优化诉讼程序和处理简单案件，却难以处理重大的复杂疑难案件；它只能促进形式正义，却很难实现实质正义。算法有可能胜任法庭上的多项工作，但无法胜任判决工作，[103]包括证据标准指引、条件审查、校验纠错、裁判偏离度提示等等，都只能是人脑决策的辅助工具。关键之时还需要人来做决定，由人来担任决策的最终审判者。[104]也许，随着人工智能技术的突破升级，算法决策替代人脑决策的空间会更大、质量也更高，但它依然是司法助手、工作伙伴而不是独立裁判的“法官”。即便是“强人工智能”时代的“奇点”到来，人类也会重新规划自身主体地位的发展蓝图。

飞机比鸟飞得高、飞得远，但飞机只是按设置好的行程做出自动运算和机械运动，鸟则是一种有目的的展翅飞翔。这可能不仅是司法人工智能的一个隐喻，也是人类对自身命运的选择。

---

[102]前引 99，沃尔什书，第 84 页。
[103]前引 41，多梅尔书，第 145 页。
[104]前引 50，巴赫曼等书，第 268 页。

数字人权时代人脸识别技术应用的治理

郭春镇[1]

【摘要】在数字人权时代，人脸识别技术的发展给我们的日常生活带来相当多的便利，但也给个人信息、隐私和财产带来风险，并且给人的尊严带来被贬损的可能。在兼顾产业发展的同时，我们应对人脸识别技术的应用持审慎态度。我们应对该技术的应用带来的风险、其所涉的数据提供者、控制者、使用者和监管者等各方的利益，以及公共利益进行衡量。并在此基础上采取以下措施：首先，通过公权力机关的推动和公民自我认知的提升形塑"数字理性"主体。其次，立足现有规范体系和现实，将个人信息保护的"知情同意"架构进行柔韧化处理，建构合理的规范体系。最后，通过强化数据掌控者和监管者的责任、推动公众和专业人士的有效参与、建构兼容"知情同意"框架的制度体系等方式，形成基于责任和参与的多重治理机制。这些措施是保护个人信息安全的路径，也是实现数字人权的应有之义。

【关键词】人脸识别；个人信息；隐私；数字人权

引　言

随着科技的进步和社会的发展，人脸识别在学术研究和技术发展方面都取得了重大进步。在学术方面，人脸识别的研究成果越来越多，[2]其中很多成果已经走入人们的生活。[3]人脸识别在理论研究方面逐步深入，从传统的人脸特征提取并针对特征进行高性能的分类器设计，发展到通过卷积神经网络自动学习。[4]在技术方面，通过使用局部二值模式（local binary pattern，简称 LBP）的强度影像（intensity images）技术、视频训练的图像序列技术（video sequences）和 3D 特征提取的 3D 信息技术，人脸信息识别、提取技术越来越实用和高效。[5]人脸识别技术已经深入到人们生产生活的各个方面，在财务行为、工作场所监督、安全防控等领域得到普遍应用。

相较于以往身份认证软件、传统生物特征识别（如指纹、虹膜识别等）等技术而言，

---

[1] 厦门大学法学院教授，博士生导师，教育部"长江学者"奖励计划青年学者。本文系作者主持的教育部重大攻关项目"大数据时代个人信息保护边界与策略研究"（项目批准号：17JZD031）的阶段性成果。感谢上海财经大学法学院胡凌副教授、中国海洋大学法学院戴昕教授、李晟教授提出的建设性意见和建议，尤其是戴昕教授对个人信息多重治理的意见和建议对本文有直接的影响；感谢我的学生王海洋、熊捷等人提供校对等帮助。然而，作者对文章承担所有责任。

[2] 比如，仅仅在中国知网收集有关人脸识别的中文文献，每年都有数百篇文章，近五年有三千余篇，且呈逐年递增之势，其中 2014 年 534 篇，2015 年 601 篇，2016 年 577 篇，2017 年 727 篇，2018 年 872 篇。

[3] 如在工作场所的签到，支付软件和银行 App 的刷脸验证，机场的安检等。有的地方地铁甚至在轨道交通全态识别中可以进行"刷脸"过闸和付费。具体参见赵劲松：《炫酷升级："刷人"技术来了！》，载《南国早报》2018 年 10 月 25 日，第 A108 版。

[4] 参见陈耀丹、王连明：《基于卷积神经网络的人脸识别方法》，载《东北师大学报（自然科学版）》2016 年第 2 期，第 70-76 页。

[5] Prasad K. K. and P. S. Aithal,, *A Conceptual Study on User Identification and Verification Process Using Face Recognition Techniques*, International Journal of Applied Engineering and Management Letters (IJAEML), 6-17 (2017).

人脸识别具有无需接触、符合人类识别习惯、交互性强、不易被盗取、高效迅速等重大优势，且被认为在保障公共安全、信息安全和金融安全方面卓有成效且潜力巨大。[6]但是，我们身处技术急剧进步而“国家治理体系和治理能力现代化”程度仍然不高的时代。这个时代既是中国特色社会主义新时代，也是风险控制难度日渐提高的时代。人脸识别固然可以提高某些方面的治理水平，可能会改善或提高这些方面和领域的安全性，但其在风险社会[7]中面临的潜在风险却有可能伴随着技术的发展、尤其是大数据技术的发展而进一步发酵，给个人信息、隐私权、信息安全、金融安全乃至公共安全带来巨大的隐患和威胁。因此，作为人工智能和大数据发展重大成果的人脸识别技术，应该被“认真对待”，在考虑扩充其使用范围以便利人们生活的同时，也应将之置于风险社会的背景和框架中进行审视，并对其在某些领域的应用持审慎态度。

一、人脸信息的学理与规范意涵

在日常生活中，要确定一个人的身份，往往需要书面材料、实物证据或其他证据证明，但是在验证这些证据材料的时候，大都需要通过校验人脸的方式确认是否为本人。从生活常识和直觉的角度来看，人脸是最重要的个人信息之一。然而，这种信息与我国民法、经济法、社会法、刑法、行政法乃至宪法等规范意义上的个人信息在何种程度上相关，则需要从法理层面进行观察和论证。

（一）个人信息的规范沿革

“个人信息”一词中的“个人”，对应英语“personal”，除了具有“个人”或“个体”的意思之外，还隐含“私人的”“涉及私事的”等含义。“个人信息”中的“信息”，对应英语“information”，被认为与知觉过程相关联，是可感知之物的外观与形式。[8]信息，在物理层面，意指按照一定方式排列的信号序列；在社会层面，则意味着承载意义的信号。[9]

从法学的角度看，个人信息及与之具有家族相似性的概念在最近半个世纪才得以产生并日渐受到关注。这一概念在产生之初即与隐私具有密切的关联。在美国《隐私法》（The Privacy Act of 1974）中，个人信息被纳入“个人记录”（records maintained on individuals）名下，这里的“记录”是指“由专门机构保存的任何有关个人的信息的项目、集合或归类。其中包括但不限于其教育背景、财务往来记录、病史、犯罪或受雇记录，还包括其名字或特别分配给个人的识别号码、符号或其他识别特征，例如手指或声纹或

---

[6] 参见景晨凯、宋涛、庄雷等：《基于深度卷积神经网络的人脸识别技术综述》，载《计算机应用与软件》2018 年第 1 期，第 223-231 页。

[7] 风险社会概念是德国社会学家乌尔里希·贝克在 1986 年首次提出，其认为人类从“财富分配的社会”向“风险分配的社会”转向，这种风险在政治上具有自反性，在范围上具有全球性，在形态上具有多样性等。具体参见[德]乌尔里希·贝克：《风险社会》，何博闻译，译林出版社 2004 年版，第 15-47 页。

[8] Rafael Capurro and Birger Hjørland, , *The Concept of Information*, Annual Review of Information Science and Technology, 351-353 (2005).

[9] 陈原认为：“按物理学的观念，信息只不过是被一定方式排列起来的信号序列。在社会交际活动中，这个定义还不够：信息还必须有一定的意义，或者说信息必须是‘意义的载体’。”参见陈原：《社会语言学》，学林出版社 1983 年版，第 68 页。

照片”。[10]从该法的名称也可看出，这里的个人信息或个人记录从属于隐私。对个人信息的保护，意在限制联邦机构，防范公权力对具有识别性的个人信息的滥用和传播以保护个人隐私。在此之后，经济合作与发展组织（以下简称“OECD”）于 1980 年颁布《OECD 隐私保护与个人数据跨境流通指南》（以下简称“《指南》”）。《指南》把个人信息纳入到“个人数据”（personal data）这一术语名下，寄望在数据自动化处理技术迅速发展的背景下，既保护个人信息和隐私，又不过分影响国际数据流动。[11]“个人信息”（personal information）这一法律概念源自于澳大利亚 1988 年发布的《隐私法》，该法将其定义为“可识别或理论上可识别身份的信息及观点”，且强调无论个人信息是否真实、是否以物质形式记录，均属于该法所规定的个人信息。[12]此后，欧盟的《个人数据处理保护与自由流动指令》、英国的《数据保护法》、日韩的《个人信息保护法》与新加坡的《个人数据保护法》等均对个人数据、个人信息等概念作出法律界定。

我国法律文件中有关个人信息规定的内容出现较晚。它最早出现在工信部于 2011 年 12 月颁布的《规范互联网信息服务市场秩序若干规定》（以下简称《规定》）。《规定》第 11 条强调未经用户同意，互联网信息服务提供者不得收集与用户相关、能够单独或者与其他信息结合识别用户的信息，并将这些信息称为“用户个人信息”。2013 年 4 月发布的《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于依法惩处侵害公民个人信息犯罪活动的通知》（以下简称《通知》）首次对“公民个人信息”的内容作出规定，即“包括公民的姓名、年龄、有效证件号码、婚姻状况、工作单位、学历、履历、家庭住址、电话号码等能够识别公民个人身份或者涉及公民个人隐私的信息、数据资料”。2016 年 11 月颁布的《网络安全法》首次对个人信息的概念作出法律规定，即“以电子或其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别自然人个人身份的各种信息”。2017 年通过的《民法总则》第 111 条则明确规定“自然人的个人信息受法律保护。任何组织和个人需要获取他人个人信息的，应当依法取得并确保信息安全，不得非法收集、使用、加工、传输他人个人信息，不得非法买卖、提供或者公开他人个人信息。”时至今日，据不完全统计，我国大陆地区已经有 3 部民事法律、21 部宪法和行政法领域法律、16 部经济法和社会法领域法律、3 部诉讼法、2 个刑法修正案、11 部行政法规和数十个国务院规范性文件和部门规章对个人信息予以规制。[13]

---

[10] 《美国隐私法》（The Privacy Act of 1974）的立法背景资料可参见美国国会图书馆官网：http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/LH_privacy_act-1974.pdf，2019 年 11 月 5 日访问。

[11] 《OECD 隐私保护与个人数据跨境流通指南》（OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data）将个人数据定义为，“任何关于一个被识别或可被识别的自然人信息”，其立法背景资料可参见经济合作与发展组织的官网：http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecdguidelinesontheprotectionofprivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm，2019 年 11 月 5 日访问。

[12] 有关《澳大利亚隐私法》（Privacy Act 1988）的立法背景资料，参见澳大利亚政府网：https://www.legislation.gov.au/Details/C2014C00076，2019 年 11 月 5 日访问。

[13] 笔者以中国人大网的“中国法律法规信息库”为基础，结合北大法宝、威科先行等法律数据库，全文检索现行的法律、行政法规、部门规章等中有关个人信息保护的内容，通过在中国法律法规信息库中检索“个人信息”，共命中宪法性法律 123 部，行政法规及文件 187 部，但由于系统默认检索“个人”“信息”“个人信息”，经排查，规定“个人信息”及有关内容的法律有 50 多部，行政法规和部门规章数十部，具体参见中国人大网的“中国法律法规信息库”：http://law.npc.gov.cn:8081/FLFG/flfgByID.action?flfgID=38065940&keyword=%E4%B8%AA%E4%BA%BA%E4%BF%

（二）人脸信息的规范属性

从生活常识来看，人脸是重要的个人信息。人脸附有与个人和身份相伴随的一系列标签和属性，并直接或间接地表达着属于这个人的权利与义务、权力与职责、甚至性格与行为特征。从规范的角度来看，这些信息是否属于个人信息则有待于进一步确认。从前述所列的关于个人信息的规范看，它们均没有在个人信息的定义中直接列举人脸。即便是涉及人脸识别的相关规范，也没有对人脸进行定义。这就需要基于相关条文对人脸识别及人脸的规范属性予以分析。无论是前述的《规定》《通知》，还是《网络安全法》，均将“可识别性”作为界定个人信息的核心要素。且在《通知》中，以列举的方式确定个人信息的外延，同时用“等”把其他能够识别公民个人身份或者涉及公民个人隐私的信息、数据资料进行概括式界定。相对于有效证件号码、电话号码和学历等信息，人脸无疑是更容易识别和确定个人身份的个人信息。在熟人社会里，一个人的年龄、身份证号或者家庭住址可能不为人知，但一看脸就能识别出其身份。在陌生人社会里，即便知道前述诸多信息，仍需要比照人脸，进行验证和确认。因此，从立法技术看，“等”中内在包含着人脸信息。从法律解释看，对“等”可以运用当然解释的方法，即“等”中当然包含着人脸信息。将这种理解和解释继续延伸到法律层面，则意味着《民法总则》和其他相关法律法规、规章中的个人信息应当包括人脸。

从我国法律对个人信息概念的界定来看，人脸信息属于个人生物识别信息范畴，是个人信息的重要组成部分。根据《网络安全法》第 76 条第 5 款的规定，个人信息包括但不限于“自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、个人生物识别信息、住址、电话号码等。”从学理和规范上看，生物识别信息是指与自然人的身体、生理或行为特征有关的基于特定技术处理产生的个人数据，这些数据可以确认该自然人的独特身份。[14]生物识别信息一般分为两类，一类是基于人的身体或生理特征的信息，如虹膜信息、指纹信息、人脸信息、声音信息、体味信息等；另一类是基于行为的信息，如移动方式、手写签名、步态分析等。[15]我国《信息安全技术 个人信息安全规范》明确指出，个人生物识别信息包括“个人基因、指纹、声纹、掌纹、耳廓、虹膜、面部特征等。”[16]这就在规范层面认可了人脸信息的个人生物识别信息属性，表明其应当受到个人信息保护立法的规制。

受到法律规制的人脸信息包括参考模版和数字图像两部分。其中，参考模版根据个人图像制作而成，将人脸面部具有代表性的部位的相对位置和相对大小作为特征予以提取，再辅之以人脸轮廓的形象信息，把人脸图像转化成紧凑且可识别的特征向量，[17]然

A1%E6%81%AF&zlsxid=01，2019 年 11 月 5 日访问。

[14] See Article 4 of General Data Protection Regulation, 2012/0011(COD), Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of Council of 27 April 2016.

[15] See Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 3/2012 on Developments in Biometric Technologies, WP193.

[16] 参见《信息安全技术 个人信息安全规范》附录 A，表 A.1。

[17] See Daniel Saez Trigueros and Li Meng. F*ace Recognition: From Traditional to Deep Learning Methods*, https://arxiv.org/pdf/1811.00116.pdf(last visited on November 5, 2019).

后储存在后台数据库系统内供日后的识别和认证/核实。而数字图像则是在视频或图像中用以比对的人脸形象。无论是数字图像还是参考模版，都是重要的个人信息。数字图像要成为个人信息，必须具备两个特征：一是必须蕴含个人清晰可见的脸。如果该数字图像包含的是远处或模糊的场景数据，则不大可能被视为个人信息；二是必须使该人能够被识别。这是数字图像得以成为个人信息的实质性要素。而参考模版因蕴含个人面部特征，能够与特定的个人相关联，因此也应当被视为个人信息。[18]可见，在对人脸识别规制的过程中，不仅需要对数字图像的采集、比对、储存等环节予以针对性调整，还需要对储存在自动识别系统中的参考模板予以规制。

（三）人脸信息与隐私交叠

在进行人脸识别时，将所采集到的人脸图像与后台数据库中的样本模版进行比对，不仅能对特定个体进行识别，而且在某些情况下能够进一步追踪到个体的活动轨迹、人际关系、财产状况等隐秘性信息，使个人隐私暴露于他人的视野中。人脸信息是重要的个人信息，但能否将人脸信息置于隐私的保护之下，需要从学理和规范层面思考个人信息与隐私权的关系。

有关个人信息和隐私权之间的学理关系，大致有三类观点，分别是隐私权包含说、个人信息包含说与交叠关系说。隐私权包含说认为，隐私权具有消极和积极两个面向，前者意指传统意义上私生活不被打扰的独处甚至“遗世而独立”的权利，[19]后者则是信息社会中对自身信息的自我决定权。隐私权主体不仅有权不被干扰，而且可以通过“有所为”的方式决定和使用个人信息。此时，个人信息是隐私的内在组成部分，保护个人信息的目的就是捍卫隐私权。[20]个人信息包含说认为个人信息包含隐私。该学说认为，我国法律确认个人信息具有识别性，个人隐私由于也具有识别性，因此应内涵地被纳入个人信息之中。[21]交叠关系说认为个人信息和隐私之间既有联系也有区别，两者在权利主体和客体方面有相同或相似性，但在属性和保护方式等方面存在差异。[22]也有学者认为隐私权主要涉及不同的民事主体之间的利益衡量问题，而个人信息不仅涉及到民事主体之间的关系，还涉及到国家利益，需要在权利主体、信息从业者和国家之间寻找新的平衡。[23]还有学者认为传统的隐私权保护模式所能保护的个人信息仅仅是一小部分，有更多需要被保护的个人信息在当前背景下无法得到这一模式的有效保护。个人信息保护的

---

[18] See Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 02/2012 on facial recognition in online and mobile services, WP192.

[19] 参见郭春镇：《论两种人权偏好之关系及中国人权的积极面向》，载《法学评论》2012 年第 2 期，第 11-17 页。

[20] 参见王泽鉴：《人格权的具体化及其保护范围：隐私权篇（中）》，载《比较法研究》2008 年第 6 期，第 1-20 页;杨立新、陶盈：《公民个人电子信息保护的法理基础》，载《法律适用》2013 年第 3 期，第 2-8 页。

[21] 参见“侵犯公民人格权犯罪问题”课题组：《论侵犯公民个人信息犯罪的司法认定》，载《政治与法律》2012 第 11 期，第 149-154 页。

[22] 参见王利明：《论个人信息权的法律保护——从个人信息与隐私的界分为中心》，载《现代法学》2013 年第 4 期，第 62-72 页。

[23] 参见张新宝：《从隐私到个人信息：利益再衡量的理论与制度安排》，载《中国法学》2015 年第 3 期，第 38-59 页。这种理解符合之后《民法总则》第 110 条和 111 条对隐私权和个人信息的界定，也符合大陆法系通过人格权保护个人隐私的传统。但从美国隐私保护相关规范和判例来看，国家权力未必总是处于一种“超然”第三方状态，隐私权的公法面向也防范国家权力的侵犯与干预。

现实需求，需要超越现有的隐私权保护模式。[24]

从规范与学理角度看，包括人脸信息在内的个人信息与隐私权之间存在交叠关系。从我国《民法总则》第 110 条和 111 条的规定来看，至少在私主体之间，个人信息和隐私权是相关联又有所区别的术语。[25]从两者在《民法总则》中的位置来看，它们前后相互衔接，都处于第五章“民事权利”之中，且其后的诸条均规定各种具体权利及其救济问题。然而，在权利林立的第五章中，个人信息仍没有被表述为“个人信息权”，其自身到底是一项权利还是一种利益，则有待于进一步思考和确认。因此，从规范角度看，个人信息和隐私确实不同且有密切的相关性。从学理来看，虽然个人信息与隐私权的关系存在三种迥异的观点，但个人信息和隐私权的语义“射程”存在较多的交错地带，仅仅凭借其中的任何一个，均无法涵盖对另一内容的保护和保障。可见，两者处于一种复杂的交叠关系。人脸信息作为个人信息的重要构成部分，其与隐私权亦处于交叠关系中。因而，对人脸信息的收集和使用既有可能侵害到公民的隐私权，也有可能侵害到公民的个人信息。

二、 “数字人权”时代人脸信息的风险

在中国特色社会主义新时代，我国社会的主要矛盾已经转化为人民日益增长的美好生活需要和不平衡、不充分的发展之间的矛盾。[26]新时代意味着这是一个关注人民对“美好生活”的需求、强调保护和保障这一“美好生活”需要的时代。“美好生活”是一个易于理解却意涵丰富的词汇，它不仅意味着经济富足、社会进步和生活便利，还意味着人的需求尤其是心理需求得到尊重和满足，人的权利与尊严得到充分的尊重与实现。

（一）新时代是“数字人权”时代

新时代是一个“数字人权”[27]日益彰显的时代。“数字人权”是一个崭新的术语，是在兼容大数据时代特征的基础上所孕育并诞生的新兴人权。它有着积极和消极双重面向，[28]并直接关切人民的实质自由。[29]

数字人权的积极面向意味着国家对数字人权的推进和实现应有所作为。在人们几乎

---

[24] 参见谢远扬：《信息论视角下个人信息的价值——兼对隐私权保护模式的检讨》，载《清华法学》2015 年第 3 期，第 94-110 页。

[25] 《民法总则》第 110 条规定“自然人享有生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权等权利”；第 111 条规定“自然人的个人信息受法律保护。任何组织和个人需要获取他人个人信息的，应当依法取得并确保信息安全，不得非法收集、使用、加工、传输他人个人信息，不得非法买卖、提供或者公开他人个人信息”。

[26] 参见习近平：《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》，载《求是》2017 年第 21 期。

[27] 张文显：《“数字人权”这个概念有着坚实的法理基础、现实需要和重大意义——“无数字 不人权”》，载《北京日报》2019 年 9 月 2 日，第 15 版。

[28] 参见郭春镇：《论两种人权偏好之关系及中国人权的积极面向》，载《法学评论》2012 年第 2 期，第 11-17 页。

[29] 这种实质自由，指的是拥有过上自己珍视生活方式的能力。参见[印]阿马蒂亚·森：《以自由看待发展》，任赜、于真译，中国人民大学出版社 2002 年版，第 3 页。

无法回避和逃逸出网络化生存[30]的背景下，互联网如同交通、电力、自来水等产业一样，成为一项公众必不可少的基础设施。因此，国家有义务和责任建设好互联网基础设施，做好所涉的硬件和软件工程建设工作。这些工作既包括铺设光缆，也包括配备互联网宽带接入端口、移动电话基站、互联网数据中心和有线电视网络，还包括配置使这些硬件有效运行的程序等软件，以及提供基于这些软硬件而延伸和发展起来的各项“互联网+”公共服务。因此，数字人权要求国家要有所作为。

数字人权的消极面向意味着人们在大数据时代“独处的权利”。在每个网民都接入互联网并拓展自己的生活空间的时候，人们总是还有不被审视和窥探的权利、自己的身份在无关国家和社会安全的情况下不被识别的权利、自己的生活方式不被干预的权利以及自己的人格利益不被侵犯的权利，并在此基础上，在不侵犯国家、社会和他人利益的前提下，提升做自己想做事情的能力。[31]

人脸信息是数字人权所关切的重要内容，它所面临的风险需要我们审慎对待。人脸识别技术是随着网络化生存而产生的技术，数字人权的积极面向促成了它的产生和越来越普遍的应用。同时，人脸是重要的个人信息，对人脸信息进行采集和应用的行动，关涉数字人权的保护、保障和实现，这在数字人权的消极面向体现得更为明显。新时代是一个与风险社会在时空上交错的时代，在对自然或社会的控制日趋完美的愿望下，风险社会的这种风险被掌握相关知识和话语权的专业人士界定和建构。[32]然而，他们在制造这些风险后，又将风险移转到社会民众、特定或不特定群体身上，使得这一风险被全社会或某些群体分担，最终导致在这些群体的利益或权利被侵害之后，难以甚至根本无法找到承担道义或法律责任的主体。因此，在数字化的风险社会中，人脸信息面临着巨大的风险。

（二）人脸信息所面临的隐私威胁和财产风险

在不同的文化和社会传统中，人脸之于人都有特殊的意义。在风险社会中，人脸信息被广泛收集并形成大数据之后，可能会对个人隐私、个人安全、社会与国家安全带来风险和威胁。这种风险和威胁可能贯穿于人脸信息大数据形成与应用的始终。

1. 人脸信息的收集给隐私和财产带来风险

一方面，对人脸信息的收集可能会侵犯个人隐私。人脸不是隐私的直接载体，但它是重要的个人信息，与隐私有密切的关联。从隐私的定义来看，无论是把隐私界定为“不愿告人或不愿公开的个人的私事”，[33]还是对抗公权力搜查和逮捕权力意义上的权利，抑或“半宪法性”的且与言论自由相关的自由，[34]人脸都难称得上是隐私。否则在日常生活中的每一天，每个人都面带隐私出行，人们一露面就相当于隐私被主动泄露。虽然人

[30] 蒋建国：《网络化生存、网络孤独症蔓延与心理危机》，载《探索与争鸣》2013 年第 10 期，第 81-85 页。
[31] 参见[印]阿马蒂亚·森：《以自由看待发展》，任赜、于真译，中国人民大学出版社 2002 年版，第 13 页。
[32] 参见[德]乌尔里希·贝克：《风险社会》，何博闻译，译林出版社 2004 年版，第 20 页。
[33] 《现代汉语词典（第五版）》，商务印书馆 2005 年版，第 1629 页。
[34] See Ken Gormley, *One Hundred Years of Privacy*, Wisconsin Law Review, 1335-1442 (1992).

脸自身并不是隐私，但人脸本身无疑携带着重要的个人信息。若将“可识别性”作为个人信息及其保护的标准的话，人脸甚至是最具有代表性的个人信息。[35]如果按照传统的立场和观点，把隐私界定为包括私人信息、私人活动和私人空间在内的个人私生活秘密，[36]那么即便人脸自身不属于个人隐私，但其所携带的个人信息和它所出现的时间、空间等信息结合在一起，却可能构成隐私。也就是说，一个人的脸可以作为公共信息出现在公共空间，但这张脸何时何地、以何种方式或状态出现却构成个人隐私的重要内容。在面对真实世界中的问题时，我们需要一副“思想的眼镜”，以敏锐的洞察力去发现我们周围世界复杂现象背后的真相。[37]大数据的处理方式类似于向数据处理者提供一副特殊的眼镜，使其可以发现纷乱零碎的个人信息背后某个人真实的面貌乃至思想，对某个个体形成全方位穿刺。由此，大数据技术创造了一个穿越信息迷雾、全面掌控个人信息的“大数据眼镜”。在这副眼镜面前，个人的隐私消逝，并以全裸的方式被呈现。

另一方面，对人脸信息的收集和应用有可能会给个人的人身财产安全带来不可预测的风险，甚至威胁到公共利益和国家安全。对于生活中纷繁复杂和支离破碎的信息，有哲学家敏锐地洞察到：“有些人听到的只是噪音，而有些人却从中听出了旋律。”[38]个人信息似乎也是如此。碎片化的个人信息相当于噪音，但“有心人”通过技术手段整合个人信息之后，就像把噪音中的音律排列组合形成旋律乃至优美的旋律。那些生活中以分散乃至散乱的形式置于各个不同摄像头下的人脸，对某个单独看到这张人脸的人来说可能只是一张普通的、与自己无关的人脸，就像无意中听到的某个或某串无意义的噪音，与一声蝉鸣或一次刺耳的汽车刹车声音没有太大的区别。但在经过大数据整合之后，这些“噪音”有可能变成“旋律”，这些有意义甚至优美的旋律中蕴藏着各种重要的信息，通过挖掘可以从中得到很多不同个体不想为人所知的信息、秘密和隐私，甚至是事关社会稳定和国家安全的重要信息。既然是“旋律”，那么心怀善意且善于发现的人能听到、欣赏并从这些挖掘出的信息中获取利益，造福社会和国家。同样，心存歹意且有同样技术能力的人也能从中找到相关信息，为其恶意侵犯个人信息、隐私和相关权利做好铺垫。对于个人来说，很多银行或网络金融产品的支付行为，小区门禁乃至私宅房门的开启，都会应用到人脸识别，而这些人脸信息被人脸识别设备生产商、小区物业机构获取后，难以保证其不被滥用。同时，这些机构的网络安全设施、相关人员的网络安全意识和技术等也难以保障人脸信息长期处于安全状态，人脸信息一旦被非相关主体收集使用后，可能会给个人带来不可预测的风险。如果人脸信息过多地被收集，对社会秩序和国家安全

---

[35] 无论是欧盟的《一般数据保护条例》（GDPR）还是我国的《网络安全法》，它们都将“可识别性”作为个人信息定义及其保护的标准。根据欧盟《一般数据保护条例》第 4 条第 1 款的规定“一个可识别自然人，是指能够直接或间接识别的个体，特别是通过诸如姓名、身份编号、地址数据、网上标识或自然人所特有的一项或多项物理性、生理性、遗传性、精神性、经济性、文化性或社会性身份而识别个体。”

[36] 参见杨立新：《隐私权，不容侵犯》，载《人民日报》1999 年 9 月 8 日，第 11 版。

[37] [英]阿利斯特·麦格拉斯：《意义的惊现：科学、信仰以及如何理解事物的意义》，孙为鲲译，三联书店 2014 年版，第 19 页。

[38] [英]阿利斯特·麦格拉斯：《意义的惊现：科学、信仰以及如何理解事物的意义》，孙为鲲译，三联书店 2014 年版，第 18 页。

都可能会带来消极影响。[39]

2. 隐私与财产风险的防范与博弈

当然，这里的风险只是意味着隐私或财产受侵害的可能性，并不意味着它一定会发生。运用人脸识别技术的企业或机构也在采取部分措施预防风险。比如，现有的人脸识别技术方案主要有两大类，第一类是二维识别，要求被识别人通过网络或应用程序提供身份证进行人脸对比，其中部分服务提供者在对比后再与权威数据源（通常是经过应用程序编程接口与公安部门的数据）进行核验；第二类则除了前述要求之外，还要求在权威数据源校验之前进行活体检测，通过眨眼、张嘴、摇头、点头来识别业务场景中的被识别人是否为"真人"，以排除照片、视频和 3D 模具等作弊行为。[40]尤其是第二类人脸识别的活体检测技术环节，基于运动的交互操作可以增加复杂度、受光线影响较小、能够在线实时处理，增加作假的难度、提高欺骗成本。[41]在实践中，已有在人脸识别中通过活体检测发现欺骗行为的案例，如某网贷 APP 中通过人脸识别活体检测发现欺诈事实，并因此发现冒充检测者的犯罪行为。[42]

与此同时，破解人脸识别的研究一直在进行，且诸多进展也让人们对人脸识别技术的安全性保持足够慎重的态度。比如，随着网购的兴起，为了便于买家取件，有些快递公司将货物放置于快递柜内，收货人凭提货码或人脸识别取货。浙江某小学四年级的科学小队在研究中发现，只要用一张 A4 纸大小的彩色大头照就能骗过某快递柜的人脸识别，用长焦远远的"偷拍"的 A4 大小彩色照片也能正常打开。[43]有研究表明，通过直接操控输入空间的像素，能够产生不易觉察的干扰，从而骗过深度神经网络（Deep Neural Network）[44]的图像分类。通过制造此类物理对抗性干扰，可以骗过基于图像的物体探测。[45]有的研究成果表明，通过对抗性贴纸，可以在 49.6%的时间里骗过人脸识别镜头。[46]而来自莫斯科国立大学和华为莫斯科研究院的科学家们研发出一种特殊纹路的纸，可

---

[39] 比如，通过大数据获得某个或某些安保人员的人脸活动信息及其运动轨迹，有可能会做出近期是否有重大安保事项的推测。如果这些信息被恐怖分子获取，可能会对公共安全和国家安全带来重大风险。

[40] 如百度公司提供的人脸核身方案，并强调其认证能力，确保"真人"且为"本人"精准人证对比，以防范和抵御作弊攻击。参见百度 AI 网：《人脸实名认证解决方案》，https://ai.baidu.com/solution/faceprint，2019 年 11 月 5 日访问。

[41] 参见龙敏、佟越洋：《应用卷积神经网络的人脸活体检测算法研究》，载《计算机科学与探索》2018 年第 10 期，第 1658-1670 页。

[42] 参见彭菲：《女友提分手 他竟下狠手》，载《厦门晚报》2019 年 8 月 18 日，第 A6 版。据报道，有男子杀害女友后以其人脸进行网贷，某网贷公司的工作人员进行在线人脸识别时发现网贷申请人无法以眨眼的方式回应且声音不像女性，于是报警，后该犯罪嫌疑人被抓获。本文作者已向当地的检察官了解该案件情况并确认了案情的真实性。

[43] 参见徐王俊、史鹏飞：《<好奇实验室>实测：一张照片就能刷开丰巢柜》，载《都市快报》2019 年 10 月 16 日，第 A3 版。

[44] 深度神经网络是一种较为成熟的大数据分析方法，它以数据驱动、能自动地从数据中提取特征（知识），对于分析非结构化、模式不明多变、跨领域的大数据具有显著优势。目前在大数据分析中使用的深度神经网络主要是前馈神经网络。这种网络擅长提取静态数据的相关关系，适用于基于分类的数据应用场景。参见张蕾、章毅：《大数据分析的无限深度神经网络方法》，载《计算机研究与发展》2016 年第 1 期，第 68-79 页。

[45] See Chen S. T., Cornelius C., Martin J., et al., *ShapeShifter: Robust Physical Adversarial Attack on Faster R-CNN Object Detector*, Joint European Conference on Machine Learning and Knowledge Discovery in Databases, 52-68 (2018).

[46] See Li J., Schmidt F. R. and Kolter J. Z., *Adversarial camera stickers: A physical camera-based attack on deep learning systems*, https://arxiv.org/abs/1904.00759 (last visited on November 5, 2019).

以在纸上生成对抗攻击图像，让其显示为三维立体图像，进而可以干扰和欺骗人工智能，将这张纸贴在头上，人脸识别系统就无法识别当事人真正的图像。[47]即便是活体测试，也已产生通过 3D 人脸建模进行破解的思路和方法，[48]目前已有网购网站提供这种服务。这些都充分表明：种种人脸识别欺骗性技术和手段在不断挑战包括企业、社会组织乃至国家的认证能力，人脸识别技术在应用过程中存在相当大的风险。

（三）人脸信息面临的尊严贬损风险

有时候对人脸信息的收集，并不直接侵犯个人的隐私，却有可能直接侵犯人的尊严，贬损这一人们享有的所有权利的价值核心。人的尊严是人类所珍视和追求的价值，人们不仅因在意自身的安全而进行自我保护，因关注自己物质生活条件的提高而追求财富，也对“自身价值有本能的和微妙的感觉，对这一点的贬损不亚于对身体和财物的损害”，[49]甚至在很多情况下人们对这一价值的追求超越了生命和财产，这才有了“视不义富贵若浮云”和“舍生取义”之类的行动。因此，“在人这个名义中，有某种被感受到的尊严存在。”[50]人的尊严这一核心价值已经在世界范围内得到普遍尊重和肯定，并体现在诸多法律规范中。[51]我国在私法和公法层面同样作出此类规定。[52]人脸识别技术的迅速发展，不断拓展其被适用的空间与范围，并在这一过程中迅速降低设备运行和使用成本。[53]随着成本的降低，人脸识别设备的销量会增加，可能会在更大的范围内被应用。[54]在享受人脸识别这一先进技术带来的便利的同时，我们也面临着一些基础性法律价值可能被侵蚀的难题。在某些情况下，人脸识别的应用直接关涉到人的尊严问题。

1. 知情同意指向人的尊严

人的尊严源自人的自由意志、自我意识和自我决定。人之所以被视为一个理性的存在和有尊严的主体，就在于他具有自由意志，能够不断反思性思考，能够根据自由意志支配自己的思想、欲望和行为，最终成为自己观念的践行者。在这个意义上，人是自我

---

[47] Stepan Komkov and Aleksandr Petiushko, *AdvHat: Real-world adversarial attack on ArcFace Face ID systemat,* https://arxiv.org/abs/1908.08705 (last visited on November 5, 2019).

[48] 参见杨玮玥等：《3D 建模的多姿态人脸合成方法》，载《中国科技论文》2018 年第 14 期，第 1573-1577 页。

[49] [德]萨缪尔·普芬道夫：《论人与公民在自然法上的责任》，支振锋译，北京大学出版社 2010 年版，第 61 页。

[50] [德]萨缪尔·普芬道夫：《论人与公民在自然法上的责任》，支振锋译，北京大学出版社 2010 年版，第 61 页。

[51] 人的尊严这一核心价值不仅仅规定于各国的法律规范中，还彰显在国际性或地域性的条约中。如《德国基本法》第 1 条明确规定“人的尊严不可侵犯，尊重和保护人的尊严是全部国家权力的义务”，日本《宪法》第 24 条明确规定婚姻和家庭有关事项的法律必须以人的尊严与两性平等为基础。此外，《联合国宪章》《世界人权宣言》《公民权利与政治权利国际公约》《欧盟基本权利宪章》等国际条约也明确保护人的尊严。

[52] 如《中华人民共和国民法总则》第 109 条规定：“自然人的人身自由、人格尊严受法律保护”。《中华人民共和国宪法》第 33 条第 3 款规定：“国家尊重和保障人权”，虽然我国宪法没有在该条文中直接明确表述人的尊严，但公法学的通说认为，人权的核心即是人的尊严。参见郑贤君：《宪法“人格尊严”条款的规范地位之辩》，载《中国法学》2012 年第 2 期，第 79-89 页。

[53] 在 2018 年上半年，笔者曾率队参观某一以网络安全为核心业务的上市公司并与其法务和技术人员座谈，该公司的相关人员在展示了自己技术的同时，还对人脸识别技术的准确性及其适用的便捷性与范围做出了较为稳健保守的陈述。但一年以后，笔者所在的事业单位就以适宜的价格安装上了人脸识别系统。

[54] 人脸识别设备的成本降低，市场上对人脸识别设备的需求将会增加，将会有更多的设备开发商投身于人脸识别设备的研发和生产中，这将会增加人脸识别设备的供给，扩大人脸识别设备的销量。具体参见 [美]曼昆：《经济学原理：微观经济学分册》（第 5 版），梁小民、梁砾译，北京大学出版社 2009 年版，第 79-80 页。

生活的设计者，能够对自己的生活进行自我管理和自我把握，他自身就是目的。[55]因此，与人脸识别相关的人的尊严更多地体现在信息自决及与之相关的知情同意方面。其中，信息自决意味着主体在理性的前提下，能够根据自己的理解、认知对包括人脸在内的个人信息是否公开、以何种方式公开、是否同意被他人使用、如何被他人使用等做出决定。这意味着主体的意志是自由的，没有受到规范上或事实上的胁迫，没有以被欺诈的方式而同意，没有由于认知能力、反思性思考能力的欠缺或由于信息不对称而错误地同意。信息自决在规范和学理上的体现即为知情同意，即主体在理性状态下知道双方的权利义务内容，知晓并接受自己决定可能产生的后果及相关的风险。[56]

在生活实践中，很多人脸识别设备的安装，并未得到当事人的知情同意，其中既包括由于当事人受其认知能力不足或信息不对称所限而没有在真正意义上知情，也包括知情之后未能发自内心作出同意或反对。具体而言，有以下几种方式：第一，有的人并不知道人脸识别对个体而言意味着什么，仅仅是觉得“刷一下脸而已，自己又没少什么东西”。第二，有的人不知道被“刷脸”之后自己的信息存储是否安全，更不知道自己的人脸信息今后将被什么机构用于何种用途，这些用途是否有害于自己的经济利益和人格尊严。第三，有的人知道或能预感到，被“刷脸”之后可能会产生对自己不利的后果，或者对后果并不了解但认为“刷脸”本身就是一种对自己的冒犯，只是由于自己是某个单位的员工或社区成员，不好意思反对或担心反对会让自己被所在群体疏离。此时，在某种意义上，是客观形势或社会压力使得当事人不得不接受，如果能选择，他会毫不迟疑地选择拒绝被刷脸。第四，当事人知道人脸识别的可能风险并反对，但是迫于直接的压力，诸如失去工作或受到减薪、降低待遇的惩罚乃至暴力威胁，而不得不接受人脸识别。无论是哪一种情况，这都是对知情同意原则的违反，更是对当事人自由意志和人格尊严的侵犯。

2.“脸”内在蕴含人的尊严

“脸”在社会文化中的意义和功能，使其内在蕴含着人的尊严。相对于其他种类的个人信息，我们要注意到“脸”自身的文化属性及其对个人的心理影响。打卡、指纹签到（此时我们暂且不考虑指纹中的个人信息保护问题）、刷脸签到都是一种签到方式，但无疑刷脸签到更容易在心理上产生被冒犯的感觉。脸在中国文化图景中具有特殊的意涵，[57]它不仅是一个人五官的排列和集成，而且带有丰富的社会文化功能，具有明显的规范性和辐射性，与“一定的社会情境中表现出的一系列规格性的行为”密切相关，包含着“经过印象整饰后表现出来的认同性的心理和行为”。[58]脸在世界各个文化体系中也都承载

---

[55] 参见徐向东：《理解自由意志》，北京大学出版社 2008 年版，第 16 页。

[56] See Daniel J Solove, *Introduction: Privacy Self-Management and the Consent Dilemma*, 7 Harv. L. Rev., 1880-1903 (2013).

[57] 如鲁迅在《略论中国人的脸》论述了中国人和西方人的长相如何，以及双方眼中各自的形象；林语堂在《脸与法制》中认为“中国人的脸，不但可以洗，可以刮，还可以丢，可以赏，可以争，可以留”；翟学伟曾系统地论述了脸面对中国人生存与发展的意义，参加翟学伟：《中国人的脸面观：形式主义的心理动因与社会表征》，北京大学出版社 2011 年版，第 33-35 页。

[58] 翟学伟：《人情、面子与权力的再生产——情理社会中的社会交换方式》，载《社会学研究》2004 年第 5

着深刻的社会意义，人脸不仅意味着一个人类的器官，更映射出某种情感、性格和人格。[59]“脸”不仅仅是生理意义上的“脸”，还是一种心理意义上的“脸”，它蕴含着一些可用于判断主体情感、观点、态度的非语言信息。它还与“尊敬”在抽象的认知层面相关联，意味着个人、家庭等从别人那里得到的尊敬。[60]因此，“脸”不仅是身体的一部分，它还代表甚至等同于包括精神在内的整个人，并与一种稳定人格形成链接关系，以或显或隐的方式表征着人格。[61]而未经知情同意被“刷脸”，不仅意味着把脸作为一种代表性的物进行检视，还意味着其所链接的人格以一种不被信任的态度和方式被审视。

或许有人会认为，没有经过知情同意而进行刷脸是对人的尊严的冒犯，但知情同意后的刷脸就不冒犯人的尊严了。也就是说，如果切实履行知情同意制度，以明示或默示的方式让当事人知道自己被刷脸，并且当事人以相应的意思表示或行动表明自己同意，那么就可以认为当事人认同这种刷脸行为并没有侵犯人的尊严。这种观点强调意思自治的重要性，认为基于知情的同意体现当事人通过自己的真实意思为自己设定权利义务，使得个人信息被使用或被刷脸的行为具有正当性基础。然而，这种认知可能忽略了“真实意思”中的“真实”一词。首先，人们可能只是“知道”，而非真正意义上知情。囿于人们对信息的理解能力和自己对事物的判断力，以及外部环境的影响，很多时候人们可能知道与自己相关某事的存在，却不知道这个事件与自己真切的利害关系，因此有可能在缺乏理解或考量的情况下就“同意”。此时，人们并不像近代法律体系所预设的那样，是一个知道自己最大利益所在并追求这种利益而行动的主体，而是一个有限理性人。[62]其次，即便真正“知情”，也可能不得不“同意”。这种同意，在形式意义上符合现行法律法规的要求，但未必真正体现其自由意志，因而也难称得上是真正的同意。有时候，人们受制于强制力（coerce）而不得不同意，就像某些强买强卖在形式上合法一样。有时候人们可能并不面临直接或间接的武力威胁，而且清楚地知道自己的同意会带来什么样的后果，只是迫于形势与现实而不得不同意，就像一个亟需养活家人的劳动者不得不签订一个内容对其非常苛刻且待遇微薄的劳动合同那样。此时，他可能知道自己的最大利益所在，但受制于现实而被迫（compelled）同意刷脸。可以想见，在面临就业或与之类似的压力时，一个人很难拒绝刷脸签到、刷脸领工资等制度安排。

“脸”作为个人社会身份的象征，是人际交往和构建信任的通行证。但在刷脸时代，人脸被摄像头等设备自动抓取后生成数字图像以识别、认证或核实特定个体，成为识别与被识别的工具。“刷脸”行为由此成为一种权力与服从行为——不管这种权力是国家权

期，第 48-57 页。

[59] 参见文旭、吴淑琼：《英汉“脸、面”词汇的隐喻认知特点》，载《西南大学学报（社会科学版）》2007 年第 6 期，第 140-144 页。

[60] 参见钱建成：《“脸”的跨文化隐喻认知》，载《扬州大学学报(人文社会科学版)》2011 年第 5 期，第 110-114 页。

[61] 参见徐艳东：《“脸”的道德形而上学——阿甘本哲学中的“脸、人、物”思想研究》，载《哲学动态》2015 年第 2 期，第 15-20 页。

[62] 参见[美]科林·凯莫勒等：《偏好与理性选择：保守主义人士也能接受的规制——行为经济学与“非对称父爱主义”的案例》，郭春镇译，载《北大法律评论》第 9 卷第 1 辑，北京大学出版社 2008 年版，第 85-87 页。

力还是社会权力。此时，人脸背后的人格因素及其所承载的信任与尊严等价值被稀释，被技术俘获并遮蔽。在把脸当作物的同时，人格也被矮化甚至物化。计算机技术和新型的测量手段，成功地将一个具有独立人格的人，变成一系列的数字和符码，将活生生的人转化为一行行数据。此时，识别的是人脸，得到的是数据，失去的或被贬损的则是人的主体性及其尊严。

三、人脸识别技术应用中的利益衡量

由于人脸识别技术在应用时涉及到重要的个人信息，且直接影响到数字人权的实现，因此应审慎适用。慎用并不是排斥这项先进技术的使用。人脸识别技术不仅有助于产业发展、便利人们的生活，而且还可以给社会治理和国际范围内的安全保护带来积极效用。[63]慎用首先意味着要“用”，要以积极的态度面对科技的进步，使其有利于国家治理体系和治理能力的现代化，有利于满足人们的美好生活需要。慎用强调要慎重地面对，尤其是在充满新风险的现代社会，既不能让技术自身不受任何限制地发展，也不能让应用该技术的产业“野蛮生长”。因为被“野蛮生长”的产业所挟裹的人脸信息，一旦流失或被滥用，就难以得到有效救济，更难于完全恢复原态。如果说手机号码、家庭住址甚至姓名都可以更换，进而避免使个人的利益和权利受到更大的侵害，那么由于人脸不能更换，人脸信息流失或被滥用的侵害则可能是长期甚至永久性的，其补救的难度也会呈指数级上升。因此，在应用人脸识别技术时需要科学、严肃的评估，对信息所有人、企业、政府等不同主体的风险、成本和收益等进行衡量。

（一）人脸识别技术应用进行利益衡量的必要性

利益衡量这一术语往往用于司法中。[64]但在对某些行为进行规制时，也可以通过立法的形式对不同主体的相关风险、成本和收益进行衡量从而制定出更为合理的规则。[65]对人脸识别技术应用进行治理的过程中，可以在利益衡量的基础上制定相应的规则，以实现不同主体间权利和义务的均衡。

在风险社会，需要对新技术带来的风险与收益进行衡量。新技术和与其相伴而生的制度所带来的风险是一种“人造风险”，它们有可能会超越自然风险而成为风险社会的主要内容。[66]有些技术和制度安排，其初衷是为了让我们的生活更加有确定性和可预测性。在其运行初期也确实达到其预期目的，但最终却可能带来与初衷相反的结果。相对于那种传统或自然的不变性和固定性所带来的外部风险，这种与科技发展和知识进步相伴而

---

[63] 网易科技：《需求爆发式增长 中国三大人脸识别创企进军东南亚》，http://tech.163.com/18/0705/01/DLTOAQQM00097U80.html，2019 年 11 月 5 日访问。

[64] 参见梁上上：《利益的层次结构与利益衡量的展开——兼评加藤一郎的利益衡量论》，载《法学研究》2002 年第 1 期，第 52-65 页；熊琦：《正当防卫中法益衡量问题的客观归责之解》，载《环球法律评论》2019 年第 3 期，第 86-103 页；刘文杰：《被遗忘权:传统元素、新语境与利益衡量》，载《法学研究》2019 年第 3 期，第 24-41 页；张璐：《环境司法专门化中的利益识别与利益衡量》，载《环球法律评论》2018 年第 5 期，第 50-66 页等。

[65] 参见张新宝：《从隐私到个人信息：利益再衡量的理论与制度安排》，载《中国法学》2015 年第 3 期，第 38-59 页。

[66] 参见范如国：《“全球风险社会”治理：复杂性范式与中国参与》，载《中国社会科学》2017 年第 2 期，第 65-83 页。

生的风险是一种被制造出来的风险。[67]且过去的生活经验、技术手段和组织制度，已不足以使我们防止、规避和应对新的社会风险的威胁。[68]人脸识别技术应用所带来的就是这样一种风险。它可以提供便利的支付方式、比以往更可靠的身份识别、更有序的交通和更安全的社会环境，能全方位、整体性地提升我们的生活品质。同时，它所带来的风险也同样体现在前述领域中。这些风险对人们生活的影响难以预料，有时可能非常巨大，以至于连乐于收集个人信息并从中获取巨大收益的微软公司，都要求加大对生物识别隐私的监管力度以应对或避免此类风险。[69]因此，我们在对人脸识别技术进行评估时，必须置身于风险社会及其相伴而生的"人造风险"的语境中，衡量不同主体在人脸识别应用中所面临的风险和收益，合理分配相关主体之间的权利和义务。

（二）人脸识别应用中利益衡量的内容

在评估一项人脸识别技术的应用时，应对其成本和收益进行评估并对所涉各方的成本和收益进行合理的分配。笔者无意在本文中给出评估的指标及其体系，因为这是一个极其复杂的工作，需要一个强有力的团队通过长时间的努力才有可能完成此项任务。如果我们认同法律的本质是某种"计划"[70]，那么在评估时至少应考虑如下因素：主体、成本、风险、收益，并考虑如何在不同主体间公平分担成本、风险和收益。此外，在讨论理性行为和制度约束两者的关系时，不能忽略社会生活中固有的政治社会因素。[71]如不同国家受历史文化和社会制度的影响和约束，其人民对不同种类的价值有不同的偏好。[72]

1. 关于不同主体的衡量

人脸识别技术应用的风险收益评估应该考虑信息收集者、信息被收集者这两大类主体，以及代表公共利益的社会和国家。信息收集者既包括应用这一技术的个人、企业、政府等主体，也包括开发这一应用技术的企业。这些主体能够在销售技术和服务之后获取源自前述主体的人脸信息。信息被收集者是个人，不仅包括在单位被要求进行人脸识别的员工，也包括在机场、地铁站、汽车站等场所的旅客，还包括在商场购物的顾客、在公共服务机关办理事务的行政相对人、在医院就诊的患者乃至街头的行人等。当然，这些人之间也可能存在着身份的交叠。

---

[67] 参见[英]安东尼·吉登斯：《失控的世界：全球化如何重塑我们的生活》，周红云译，江西人民出版社 2001 年版，第 22 页。

[68] 参见姜方炳：《"网络暴力"：概念、根源及其应对——基于风险社会的分析视角》，载《浙江学刊》2011 年第 6 期，第 181-187 页。

[69] Drew Harwell, *Microsoft Calls for Regulation of Facial Recognition, Saying It's Too Risky to Leave to Tech Industry Alone*, WASH. POST, (July 13, 2018), 转引自 Matthew B. Kugler , *From Identification to Identity Theft: Public Perceptions of Biometric Privacy Harms*., U.C. Irvine L. Rev. (Forthcoming)

[70] 杰克·巴尔金和耶鲁大学法学院的另一位教授司各特·夏皮罗(Scott Shapiro) 一样，都将法律的本质视为一种"计划(plan) "Scott J．Shapiro，*Legality*， Cambridge，Mass．, The Belknap Press of Harvard University Press，2011．转引自丁晓东：《宗教视野下的美国宪法解释——评巴尔金的<活原旨主义>》，载《政法论坛》2015 年第 5 期，第 173-183 页。

[71] 参见 [美]杰克·奈特著：《制度与社会冲突》，周伟林译，上海人民出版社 2009 年版，第 17-18 页。

[72] 参见郭春镇：《论两种人权偏好之关系及中国人权的积极面向》，载《法学评论》2012 年第 2 期，第 11-17 页。

2. 风险与成本的衡量

需要强调的是，成本和风险是一体的，除了现实的支出或损失外，风险的大小及其发生的概率也是确定成本的方式，甚至仅仅风险自身也构成一项重要的成本。当然，这种成本既包括具体的物质财富的损失，也包括权利丧失所带来的情感与精神损害，以及由此而来的对人的尊严的贬损。相应地，收益也有客观和主观的方面。如果把物质财富视为一种客观利益的话，那么情感和精神方面的利益可以被称为主观利益。主观利益具有主观性和难以认定的特点。不同的生活空间、生活方式乃至个体的生活经历，都可能影响到对这种利益的感觉和判断。比如，农村和城市的人们、违法犯罪行为的加害人和受害人，可能对牵涉隐私、表达、"面子"等内容的行为会有不同的利益感知，对于刷脸是否侵害及多大程度上侵害自己的主观利益也有不同的感受。此外，主观利益与客观利益如何衡量在技术上也存在着需要进一步研究的空间。比如，从认知科学的角度来看"最后通牒"实验，[73]当人们面对不公平的分配方案时，前脑岛和背外侧前额叶皮质被显著激活。而前脑岛负责的是情绪加工，与厌恶和愤怒的情绪相关，背外侧前额叶皮质则负责认知系统对情绪的抑制控制。[74]这说明此时人们对于公平和公平感这种主观利益的追求超越了经济利益。即便主客观利益在当前背景下尚无有效的通约计算与衡量的方法与机制，但至少在评估时应考虑这两方面的因素。[75]对于尚未造成损害或难以预测损害程度的风险，已经有现实的案例对其进行规制，以保护风险主体的权利和利益。比如，2008年美国伊利诺伊州颁布《生物识别信息隐私法案》（Biometric Information Privacy Act，即 BIPA），该法案规定了数据的收集、存储和处理规则，这些数据包括对视网膜或虹膜扫描、指纹、声纹、手或脸几何扫描产生的数据，也包括来自公众的其他生物信息或生物识别数据。消费者可以因其信息被不当存储或使用，或未经授权被披露而起诉侵权行为人，而不管是否造成实质性的损害，这在 2019 年 1 月 25 日伊利诺伊州最高法院 Rosenbach v. Six Flags Entertainment Corp.一案的判决中得到充分体现。[76]

3. 公共秩序与安全的衡量

此外，还有一部分收益体现为公共秩序和公共安全。这种公共产品的收益尽管难以定价，但至少在制定公共政策的时候应予以考量。公共秩序和公共安全包括线上线下两

---

[73] 在"最后通牒实验"中，实验人员提供一定数额的金钱，如 20 美元，让两个被测试者进行分配，其中一人负责分配，另一人负责决定是否接受这种分配。如果他接受，就按照该方案分配，如果他不接受，则两个人都不能得到钱。但实际的结果是多数人的要求在 50%左右，当分配者给另一方的金钱低于 30%时，很少有人愿意接受。也就是说，决定是否接受的人宁愿不要 6 美元，也不愿意接受不公平的分配方案。Sanfey A G, Rilling J K, Aronson J A, et al., *The neural basis of economic decision-making in the ultimatum game*, Science, 1755-1758 (2003)..

[74] 参见贺熙、朱滢：《社会认知神经科学关于自我的研究》，载《北京大学学报(自然科学版)》2010 年第 6 期，第 1021-1024 页；杨帅、黄希庭、傅于玲：《内侧前额叶皮质——"自我"的神经基础》，载《心理科学进展》2012 年第 6 期，第 853-862 页。

[75] 关于主客观利益通约的问题，也有学者进行了初步的探讨。参见郭春镇：《当法律责任理论遭遇认知神经科学》，载《现代法治研究》2016 年第 1 期，第 61-72 页。

[76] Six Flags 游乐园把采集原告儿子的指纹作为其购买主题公园季票的一部分，原告认为自己及其儿子均未被告知其指纹收集的具体目的和保留期限，且他们都没有签署任何关于取指纹的书面通知，也没有同意收集或使用该生物识别数据。虽然原告没有说他的儿子受到任何实际伤害，但仍主张游乐园的行为违反了 BIPA 的要求，寻求金钱赔偿和禁令救济。具体参见 Rosenbach v. Six Flags Entertainment Corp. 2019 IL 123186.

个领域。线上领域是指网络安全。按照我国《网络安全法》第 76 条第 2 款规定“网络安全，是指通过采取必要措施，防范对网络的攻击、侵入、干扰、破坏和非法使用以及意外事故，使网络处于稳定可靠运行的状态，以及保障网络数据的完整性、保密性、可用性的能力。”这意味着网络安全涉及网络产品和服务安全、网络运行安全、网络数据安全、网络信息安全等主要方面。[77]网络安全既是国家也是公民所需要的基本公共物品。因为，“公民希望他们的政府能使他们免于网络上的彼此伤害、防范来自国外的损害。公司需要能保障网络的稳定性、令互联网商务繁荣发展的法律环境。”[78]线下领域是指互联网之外的真实生活中的安全，它包括良好的治安、安全的交通、有序的社会生活和可预期的行为模式与结果。这部分收益虽然不是针对特定的个体，但为所有社会主体所享有。它既能使得每个个体现实的安全得到保护，又为其长远的发展提供保障，因而是不可或缺的公共利益。

四、人脸识别技术应用的治理路径

2019 年 6 月，我国工业和信息化部正式向中国电信、中国移动、中国联通、中国广电发放 5G 商用牌照。这意味着我国将正式进入 5G 商用元年。[79]随着我们和 5G 时代的距离拉近，万物互联给新技术、新应用、新业务的产生和发展带来无限可能性，人脸识别技术的应用范围、方式、方法等也存在着各种可能。但愈是如此，我们就愈加应该注意对人脸识别的应用进行全方位的治理。在推动新技术应用和新产业发展的同时，尊重和保护人的尊严，从而确保数字人权在新时代的实现。

（一） 形塑具有“数字理性”的主体

人的理性是一个复杂的学术论题。在古典经济学的视野中，理性意味着能够明确自己的最大利益之所在且能够自治地追求这一利益。[80]在行为经济学的视野中，人是“社会人”，人们在追求个人利益最大化的同时也会做出利他行为。[81]即便两者对理性在诸多方面有不同的理解和认知，但它们都共享着一种个人主义的方法论，即把人当作一个个独立的个体。在当前信息流动极为迅速的大数据时代，在包括人在内的万物都是数据链上一环的背景下，我们对人的理解应当从关注个体（以及由个体组成的群体）转向关注“关系”，关注互动和流动性，而这种互动和流动性还应当“有温度、有气息、有情感”。[82]因此，“我们不能再仅仅把自己当作谨慎决策的个体，必须要考虑那些影响个人决策，

---

[77] 参见郎胜：《关于<中华人民共和国网络安全法（草案）>的说明》，载《中国通信安全》2015 年第 8 期，第 52-55 页；杨合庆主编：《中华人民共和国网络安全法解读》，中国法制出版社 2017 年版，第 191-194 页。

[78] Jack Goldsmith and Tim Wu, *Who controls the internet? Illusions of a borderless world*. New York, Oxford University Press, 2006 , p. VIII.

[79] 新华网：《工业和信息化部将于近期发放 5G 商用牌照》，http://www.xinhuanet.com/2019-06/03/c_1124577284.htm，2019 年 11 月 5 日访问。

[80] 参见郭春镇：《经济理性的完善及其与道义理性的对接——认知神经科学的视角》，载《厦门大学学报（哲学社会科学版）》2014 年第 5 期，第 7-14 页

[81] 参见[美]理查德·塞勒：《“错误”的行为》，王晋译，中信出版社 2018 年版，第 25 页。

[82] 段永朝：《测量，还是感知》，载 [美]阿莱克斯·彭特兰：《智慧社会：大数据与社会物理学》，汪小凡、汪荣译，浙江人民出版社 2015 年版，序言第 XV 页。

驱动经济泡沫、政治革命和互联网经济的动态社会效应”。[83]在万物互联的时代语境下，我们应当从关注独立个体的经济理性或社会理性，转向关注人与人之间交换性或互依性的关系理性。[84]这种理性，可以称为“数字理性”。“数字理性”的养成，既需要人们自身不断的学习与更新，也需要公权力机构和国家的有所作为。

1.“数字理性”主体的自我修养

主体首先应有互联网思维。这意味着主体在互动过程中基于关系理性看待个人和网络上的商品与服务提供者之间的关系、个人信息使用和产业发展之间的关系，理解自己为享受的服务所面临的成本和风险，了解自己和相关主体的基本的权利义务。从互联网初创至今，无论是在包括自媒体在内各种传媒所宣传的广告中，还是在个人使用互联网的实践中，“免费”和“分享”都是一种共识性的判断，好像人们没有付钱购买就能免费使用某些网站、软件和 App。实际上，只要与互联网上此类服务商产生连接，虚拟生产或实体生产就发生了。各种平台企业“通过各种方式搜集到更多的数据，通过精妙的算法预测和塑造经济消费习惯，提供精准的个人化服务，控制交易和生产渠道，捕获更多的消费者剩余和生产者剩余。”[85]如果说信息之于数据，就如同葡萄酒之于葡萄园：那是经过提取和蒸馏之后美味醇厚的产物。[86]那么消费者和使用者要意识到，自己是“葡萄”的生产者，而且是互联网生产力的提供者。因此，“数字理性”主体不应把享受服务视为无成本消费或搭便车，而应该理解为提供包括人脸识别在内的个人信息是支付这些服务的对价，而这种对价不仅提供了互联网企业所需要的生产力，为互联网产业的发展提供直接动力，还给自己未来的生活带来各种潜在的风险。他还应该意识到，在享受看似免费的互联网服务的时候，要明了自己、服务商各自的权利和义务，在真正知情同意的基础上使用网络服务，而不是完全忽略知情同意书或由于其过于复杂而无视它。否则，自己生产的“葡萄”酿制的“苦酒”乃至“毒酒”要自己喝下去。此外，他还应基于法律和公序良俗在互联网上进行活动，同时知晓网络主管部门和相关机关具有治理互联网的权力和职责，其中包括为避免个人信息被滥用而进行有效监管的职权。

“数字理性”主体还应不断提高其理性社会认知能力，消除认知偏差。社会认知是人们对于社会现象、社会运行过程中产生的问题与事件等社会信息的意义、价值的理解与判断，也是对“他人的心理状态、行为动机和意向作出推测与判断的过程”，且这一过程是“依据认知者的过去经验及对有关线索的分析而进行的。”[87]提高理性社会认知能力是一个不断学习和习得的过程。就像焦虑、无助等负面情感和认知可以习得一样，乐观和理性也可以通过习得而成为个体对社会进行认知的能力，在这个基础上，甚至产生了“积

---

[83] [美]阿莱克斯·彭特兰：《智慧社会：大数据与社会物理学》，汪小凡、汪荣译，浙江人民出版社 2015 年版，第 6 页。

[84] 参见贺来：《“关系理性”与真实的“共同体”》，载《中国社会科学》2015 年第 6 期，第 22-44 页。

[85] 胡凌：《人工智能视阈下的网络法核心问题》，载《中国法律评论》2018 年第 2 期，第 86-95 页

[86] 参见[美]戴维·温伯格：《知识的边界》，胡泳、高美译，山西人民出版社 2014 年版，第 5 页。

[87] 时蓉华主编:《现代社会心理学》，华东师范大学出版社 1989 年版，第 210 页。

极心理学”这样的学科且此类研究得到高度的社会评价。[88]同样，就像人们可以选择以悲观或乐观的态度对待世界一样，人们也可以选择以理性的态度对待社会问题和社会现象，消除认知偏差，理性对待人脸识别带来的积极与消极现象。能够从诸如徐玉玉案这样的案件中认识到保护本人信息的重要性，也能够从诸多对泄露个人信息的网络平台和个人进行追责的案件中，认识到自我保护和国家采取措施保护个人信息的必要性，从而避免夸大其中的某一面并产生认知偏差。这样他就可以既不沉迷于网络所带来的便利和效率，也能谨慎持重地评估其带来的隐私风险、安全风险和金融风险。

2. 公权力机构对“数字理性”的推动

理性社会认知能力的提高，不仅仅来自公民自我素养的习得与提升，更需要公权力机构通过温情与冷峻的行动与制度安排有所为和有所不为。首先，公权力机构应该以负责的态度对待包括人脸在内的个人信息，这既包括对收集到的信息要采取严密的安防措施以免泄露，也包括让公众知晓收集、应用此类信息的风险；不能只宣传人脸识别或安装设备对于公共安全和管理的便利，有意无意忽视公开相关信息，使得公众无法得知、了解和理解这些措施对自身所产生的潜在风险与消极影响。其次，国家应该更有效地实施法律法规，消减公众对个人信息泄露的不安全感。通过对网络诈骗、电话诈骗有力打击，对网络平台和其他握有个人信息的公权力机关和企事业单位进行有效监管，让人们真正享有免于个人信息泄露之恐惧的自由。再次，做好舆情引领、心理干预工作，合理引导并优化社会认知。当人们持续或长期暴露于某种刺激下，会对这种刺激产生反应钝化现象，并导致认知、情绪和行为的长期变化，甚至形成具有某种负面特征的人格。[89]基于这种人格和行为模式，从负面阅历的积累中获得的“潜意识知识储备”[90]可能会“自然”形成某些负面直觉反应。因此，公权力机构应做好舆情引导工作，避免公众对某种负面行为的脱敏，就刷脸或个人信息而言，就是要避免形成“被侵权脱敏”，避免让人们形成被侵权而不救济的内隐性社会认知。具体而言，可以基于大数据分析，借助新媒体和传统媒体，在确保信息发布理性、真实和客观的基础上，以积极情感的词汇，内隐性地使读者产生积极情绪；尊重“有图有真相”的传播心理，补充链接信息和补充图片信息等手段，让用户亲眼目睹粉碎网络谣言的最好证据，避免舆情被网络谣言所裹挟；立足于法治理念、借助法治方式加强对网络平台的监管，立足于现有的民事、行政和刑事法律规范，加大对网络谣言的治理力度，逐步改善内隐社会认知。[91]

（二）建构合理的规范体系

事实上，对于个人信息保护，我国已经有多部相关法律、法规、规章和司法解释以

---

[88] 如积极心理学的创始人 Seligman 获得 2006 年美国心理学会（APA）颁发的杰出科学贡献奖。See Seligman M E P.: Award for distinguished scientific contributions. 61 (8), American Psychologist,772-788 (2006).

[89] 参见滕召军等：《媒体暴力与攻击性：社会认知神经科学视角》，载《心理发展与教育》2013 年第 6 期，第 664-672 页。

[90] [美]波斯纳：《法官如何思考》，苏力译，北京大学出版社 2009 年版，第 100 页。

[91] 参见陈娟等：《政府辟谣信息的用户评论及其情感倾向的影响因素研究》，载《情报科学》2017 年第 12 期，第 61-65 页。

直接或间接的方式予以规定。其中有些规定需要解释才能将包括人脸在内的个人信息内容纳入，如我国《宪法》第 33 条人权保障条款、第 38 条人格尊严不受侵犯等。有些规范则直接明确地规定个人信息的内容，如《中华人民共和国民法总则》第 111 条、《中华人民共和国消费者权益保护法》第 14 和 29 条、《中华人民共和国电子商务法》第 23 条等。由此形成从宪法行政法到民法经济法和社会法乃至刑法的一整套个人信息保护规范体系。[92]此外，《国务院办公厅关于压缩不动产登记办理时间的通知》以规范性文件的方式直接提倡人脸识别完成身份认证，还有 43 部部门规章对人脸识别进行规范，这些规章的内容主要分为两大类，即运用人脸识别技术实现身份认证和明确人脸识别的技术或图像标准，其中更多的规范重在推行对人脸识别技术的应用。此外，还有至少近百部地方性法规、规章和规范性文件涉及对人脸识别的治理。[93]值得注意的是，位阶越低的规范越关注人脸识别技术的应用，反而在法律层级的文本更能体现出对包括人脸识别在内的个人信息的尊重和保护。这或许是因为越是在地方层面和部门层面，越注重公众直接关切的现实利益，以及自己所辖地区和部门的业绩。[94]比如，在公租房中运用人脸识别等技术和门禁措施以实现非承租人员不得随意出入、[95]对流浪乞讨人员人脸识别以便于寻找其家人、[96]对医疗人员和患者进行人脸识别以打击欺诈骗取医保基金，[97]等等。

1. 个人信息保护法的必要性

从现行关于个人信息保护的规范来看，其整体呈现出形式上散乱不统一、内容上价值定位游离不定的特点。随着事关个人信息的事项在 5G 时代的应用越来越广泛，其所牵涉的个人利益、企业利益、公共利益越来越重大，因此有必要制定一部个人信息保护法。在实践中，已经有相关主管部门或学术机构在做此类工作。[98]这样的一部法律，应该在立法理念和原则方面体现出对公民利益和权利的尊重、保护和保障，对公共利益的

---

[92] 在民事立法方面，我国有关个人信息保护的主要有《民法总则》《电子商务法》《消费者权益保护法》；在宪法行政法领域，主要有《宪法》《公务员法》《网络安全法》《公共图书馆法》《反恐怖主义法》等法律；在经济法领域，主要有《广告法》《旅游法》《统计法》等法律；在社会法领域主要有《未成年人保护法》《反家庭暴力法》《慈善法》等，此外在刑法领域还有刑法修正案（九）等，这些法律共同构成我国的个人信息保护体系。

[93] 笔者以北大法宝为基础，以“人脸识别”为关键词全文检索，共命中 379 部地方法规规章，其中福建省 38 部，广东省 25 部，北京市 20 部，上海市 18 部。具体参见北大法宝网：http://www.pkulaw.cn/cluster_call_form.aspx?menu_item=law&Db=lar，2019 年 11 月 5 日访问。

[94] 如地方政府运用人脸识别技术来保障公共安全和提高行政机关的效率，减少行政机关的工作量。

[95] 2018 年北京市关于对《关于进一步加大公共租赁住房转租、转借行为监督管理力度的通知（征求意见稿）》公开征求意见的通知：“要求将纳入我市保障房建设计划的公租房项目应全面采用人脸识别、智能门锁等技术，强化人脸识别等技术措施与门禁相结合，实现非承租家庭成员不得随意进入楼栋单元门等”。

[96] 2019 年上海市社会救助工作要点指出要推进试点单位人脸识别技术在寻亲中的应用。开展“助你找到家”行动，按照民政部办公厅《关于在部分救助管理机构开展流浪乞讨人员人脸识别试点工作的通知》的精神，继续在市救助站、市救助二站、长宁区救助站探索人脸识别技术在寻亲中的应用。

[97] 2018 年银川市人力资源和社会保障局关于打击欺诈骗取医保基金专项行动工作情况的通报指出，要在全市有住院资质的医院和乡镇卫生院安装人脸识别系统，用于开展人脸识别技术监管工作，通过人脸识别验证，对参保人、医生进行实名验证，将人工线下监管改为人脸识别技术实时效验，对在患者入院当日、在院每日、出院当日进行刷脸签到，杜绝冒名顶替、虚假住院、挂床住院和空挂医师资质等现象。

[98] 目前在学界，主要有周汉华、齐爱民、张新宝的个人信息保护法专家建议稿。此外，2019 年 5 月份以来，国家互联网信息办公室相继起草了《网络安全审查办法（征求意见稿）》《数据安全管理办法（征求意见稿）》《个人信息出境安全评估办法（征求意见稿》等，现向全社会公开征求意见。

强化和推进，以及对新兴产业发展的重视和引领。同时，能与现行宪法和法律相互协调，保持法律体系的融贯性。有了这样一部法律才能纲举目张，让关于个人信息的低位阶规范在正确的价值和方向引导下，通过更具体的实施规范使前述利益和权利等价值得以实现。

随着个人信息保护法在国家立法序列上以“跳跃式前进”的方式进入到十三届全国人大常委会立法规划中并被列入第一类项目，对个人信息保护的立法建议也越来越充分，并且产生了多个个人信息保护法草案。[99]其中最新的草案建议稿在个人信息类型化、所涉各方利益衡量、立法模式方面都进行积极探索，形成了一部较为均衡合理的整全性个人信息保护法蓝本。该草案把个人信息分类为个人敏感信息和一般信息，在这一合理的类型化基础上注重强化对敏感信息的保护、对一般信息的保护，对信息主体、信息业者、国家机关三方主体的利益进行合理平衡，体现了“两头强化、三方平衡”的理念。[100]值得注意的是，该建议稿采用统一规定立法模式，在基本原则方面基本上沿袭以欧盟《一般数据保护条例》为代表的在国际范围具有广泛影响力的知情同意模式。此外，该草案还注重对掌握和使用个人信息主体的规制，同时也强调政府相关的义务和责任，强调多元参与和监督机制。

2. 知情同意作为个人信息保护法的基本框架

相对于“场景理论”注重场景和信息流动性、[101]“社会控制”强调个人信息的社会属性[102]等模式，知情同意模式似乎显得较为“传统”，它在理论方面看起来似乎也不如那些模式显得更具有“大数据”特色。但是，从理论的接受度与可操作性而言，知情同意模式似乎更具竞争力。

首先，知情同意模式及其理论基础在社会认知方面更具有可接受性。知情同意模式的理论基础在于对人的尊严的尊重和保护，它强调个人的理性，尊重个人的自治和自决并将此视为人的尊严的核心内容。这一模式强调人的理性，预设人们知道自己的最大利益所在且能够自主地去追求，这与近代民法对人的认知一致并符合法学的基本立场。

其次，在制度方面更具有可操作性并与既有的制度体系有更高的契合度。“场景理论”和“社会控制”模式具有理论说服力和适应社会需求的优势。但从操作层面来看，“社会控制”模式提供的方案更偏重于理念和原则。“场景理论”虽然在美国奥巴马任总统时形成了《消费者隐私保护法（草案）》，但并没有最终形成法律，它的实效并没有得到现实的检验。而且即便能够产生积极效果，也要考虑该法所依存的美国判例法制度体系对其产生的影响，而这一制度体系是我国所不具有的。

---

[99] 如齐爱民：《中华人民共和国个人信息保护法学者建议稿》，载《河北法学》2019 年第 1 期，第 33-45 页；周汉华：《中华人民共和国个人信息保护法（专家建议稿）及立法研究报告》，法律出版社 2006 年版。张新宝、葛鑫：《个人信息保护法（专家建议稿）》，中国民商法律网：http://www.civillaw.com.cn/lw/l/?id=36127， 2019 年 11 月 5 日访问。

[100] 张新宝：《我国个人信息保护法立法主要矛盾研讨》，载《吉林大学社会科学学报》2018 年第 5 期，第 45-56 页。

[101] 范为：《大数据时代个人信息保护的路径重构》，载《环球法律评论》2016 年第 5 期，第 92-115 页。

[102] 参见高富平：《个人信息保护：从个人控制到社会控制》，载《法学研究》2018 年第 3 期，第 84-101 页。

再次，与其他模式中的个人信息保护理念和制度安排相比，基于知情同意的《个人信息保护法（专家建议稿）》具有更强的兼容性。虽然知情同意框架在学理上存在诸多可争议之处，但该建议稿应该是注意到了理性人预设的不足并进行了“柔韧化”处理，在坚持知情同意框架的同时提升其兼容性，吸纳对个人信息保护的一些新理念，力求兼容“场景理论”和“社会控制”，从而为与其相应的制度安排都留下空间。[103]此外，该草案在第 1 条立法目的中就明确规定，个人信息包括“个人生物识别信息”，为人脸及其他生物识别信息的保护和利用提供了制度空间。因此，如果我们立足于该蓝本，为“场景理论”和“社会控制”在其他层级规范中留出空间，形成一个有整全性基本法律架构，同时又有实施细则和不同层级具体实施规范的多重治理机制，那么我们就有更大的可能性对个人信息保护问题进行有效治理。

（三）基于责任和参与的多重治理机制

对于包括人脸在内的个人信息的使用和保护，应形成多重治理机制，强化数据监管者、掌控者和使用者的责任，并通过这种机制分配数据提供者、控制者和监管者之间的利益、权利和责任。这种机制立足于现有的制度框架，通过多主体参与和互动形成公意，形成具有实际操作性的实施方式，实现个人信息使用的产业化和数字人权保护的目的和功能。

1. 数据监管者和掌控者的责任

这种机制强调监管者和数据掌控者的责任。这是因为，从成本控制的角度来看，让所有参与数据生产的用户基于知情同意来决定是否同意个人数据被收集将耗费大量成本。由于人们的理解能力、情绪影响、信息不对称和认知偏差，虽然提高人们的数字理性十分必要，但将每一个人培养成完全理性的主体并不现实，也是边际收益很低的工作。因此，在培养公众理性的同时，将注意力放在如何对数据监管者和掌控者配置义务是成本更低也更有效的工作，这更有利于进行有效的数据治理和保护公民个人信息与数字人权。我们可以参考经济合作与发展组织（OECD）《隐私保护和个人数据跨境流动指南》所确定的责任原则，[104]授权或委托个人信息的数据监管者制定相应的规则，要求数据控制者和掌控者在符合法律原则、规则和监管理念与措施的前提下，制定行业规程并采取具体措施。比如，规定数据控制者和使用者在知情同意条款中有义务确保所收集个人信息的安全性，只要其所收集或掌握的个人信息被泄露，哪怕没有造成实际损害，也要承担相应的责任。通过这样的制度安排，我们可以确保个人信息的安全性，个人信息的使用不侵害当事人的利益和权利，且符合公共利益和公序良俗。

---

[103] 如该建议稿的第 7 至 11 条，分别对行业组织、个人信息保护组织、个人信息保护社会化服务体系、个人信息保护技术发展、个人信息保护国际合作进行规定，第 21 和 22 条个人敏感信息特别保护原则、未成年人个人信息特别保护原则具有很强的兼容性，基本可以容纳基于场景而对个人信息进行不同程度的保护的需求，同时协调个人信息保护和社会利益、国家利益之间的关系。

[104] Cavoukian A, Taylor Sand Abrams M E., *Privacy by Design: essential for organizational accountability and strong business practices*, 3(2), Identity in the Information Society, 405-413 (2010).

2. 公众和专业人士的有效参与

这种机制强调规则制定和决策的公开、民主和包容，同时强调专业人士有效参与。即便仅谈现在而非未来的 5G 时代，个人信息的使用及其脱敏后的销售，仍然是一桩大生意。[105]对于这样一项数额巨大且事关几乎所有人信息利益和权利、公共利益乃至国家安全的事业，必须要以公开、民主的方式进行治理。公开意味着避免“暗箱操作”，而是采用公布议程、发表记录、准许旁听等方式，并将这些方式与互联网结合起来，让人们能够了解和知晓此类问题的处理，让事关所有人利益和权利的规则与决策能够被知道，这是后续民主参与的前提与基础。这里所说的民主，既包括传统民主中的“共同核心”——公民参与[106]，也包括数字化时代民主自身的特征——发出的声音应该被听到而非淹没在过载信息的海洋中。

在互联网时代，往往是极小部分网站占据了极大多数的链接数与访问量，更多的网站及其承载的信息难以被看到。搜索引擎在链接和流量分配中起着重要引导作用，有人直接把这种不平等秩序称为“谷歌政体”（Googlearchy）。[107]此时，互联网时代的信息超载和信息不足（公众看不到想看到或应该看到的信息）共存，我们需要更优质的过滤工具滤除垃圾信息以获得有效信息。与此同时，个人信息与数据的治理需要有专业人士的参与。虽然每个人都能就个人信息问题表达自己的观点，但对这些信息和数据的重要性、对处理它们所需要的技术工具、对于其所产生的后果这些重要和复杂的问题，需要包括互联网、大数据、产业家和法律人等不同专业群体的共同参与。听取来自不同行业的各种声音，可以让我们在理解和认识到问题复杂性的同时，也避免单一行业专家讨论和决策时的“扎堆犯傻”。[108]

3. 提高“柔韧化”知情同意的兼容性

“柔韧化”的知情同意模式形式上具有对经典和传统的坚守，但通过文字处理和相应的制度安排可以兼容乃至融合“场景理论”甚至“社会控制”模式的某些需求。因此，多重治理机制可以在“柔韧化”知情同意模式中得以实现。具体而言：

首先，兼顾并强调监管者和掌控者的责任。如规定个人信息保护的监管制度及监管体制，强调对个人信息保护的国家义务，规定信息业者的社会责任、行业组织和个人信息保护组织基于公益对个人信息保护的社会义务，以及围绕这些主体而形成个人信息保护的社会化服务体系。

其次，在保持对人的个体理性尊重的同时考虑人的理性不足问题。通过对知情和同意进行“柔韧化”处理，为当事人通过合同重新配置个人与国家、信息业者三者之间权利

---

[105] 参见[美]迈克尔·费蒂克、戴维·C·汤普森：《信誉经济：大数据时代的个人信息价值与商业变革》，王臻译，中信出版社 2016 年版，第 9-17 页。

[106] 参见郭秋永：《当代三大民主理论》，新星出版社 2006 年版，第 9-11 页。

[107] [美]马修·辛德曼：《数字民主的迷思》，唐杰译，中国政法大学出版社 2016 年版，第 71 页。

[108] Adrian Vermeule, *The Constitution of Risk*, New York, Cambridge University Press,2014, p.164-165.转引自郑戈：《迈向生命宪制———法律如何回应基因编辑技术应用中的风险》，载《法商研究》2019 年第 2 期，第 5 页。

义务提供了空间。在信息不对称、个人认知能力不足或受制于场景而无暇详细知情的情况下，人们往往会“不得不”知情和同意。草案制定者意识到了这种可能性并进行一定程度的补救，要求“信息业者、政务部门应当以清晰、易懂的用语，全面、准确、及时地告知信息主体其个人信息处理的目的、方式、范围等相关事项”，同时排除“推定同意”，规定“信息主体的同意应当以明确的意思表示或者行为作出”“信息主体未予拒绝的沉默不被视为同意”。[109]

最后，提高与场景理论的兼容度。场景理论注重“根据具体场景的不同采取差异化保障措施，变信息处理前的静态合规遵循为信息使用中的动态风险控制”[110]。通过规定“默示不被视为同意”的例外条款，强调在“法律、行政法规另有规定或与信息主体另有约定”的时候，可以推定主体的同意。这有助于各利益相关主体就个人信息收集、存储、使用、交易和利益分配等问题，形成多样化、情景化的权益安排。这同样有助于形成以合同和交易机制为中心的个人信息制度，能更灵活地照顾到个人信息问题在不同时空语境中的不同特性，也使监管部门能够同时借力于对格式合同的集中审查和对合同争议的分散裁判，使这些制度获得更有效的落实。

4. 多重治理机制的实现方式

基于责任和主体参与的多重治理机制，可以通过机构设置、制度安排、规范对接等措施得以实现。首先，设置专门的数据保护机构。在网络信息安全领域，我国已形成以中共中央网络安全和信息化委员会牵头的统一领导体制。但在具体工作机制层面，仍缺乏统一筹划、部署、协调，导致许多已经订立的原则性规范难以落实、监管对象缺乏合规指导。为强化该领域监管工作的权责统一，保障相关政策思维和实践具有整体性，可参照欧盟和欧洲各国设立专门数据保护机构的思路，在中央统一领导下，设置或选定一个部门统筹个人信息保护领域的政策制定和执法协调工作。

其次，制定多重制度以规制多方主体，实现从公权力机关到私人机构、从法律到社会规范、从交易到保险机制的立体化治理。包括人脸在内的个人信息是识别与确认个人身份的认证信息，刷脸及其他对个人信息进行识别与认证的权力是一种安全认证权力。公共机构和私人机构在认证个人信息时有不同的资格与权限，其刷脸行为也应当相应地具有不同的规范依据或合同约定，否则会模糊公共服务和私人服务的界线，形成不同身份与权限的混同。[111]因此，未来个人信息保护制度建设的重点，除了在法律层面确定权利，还应推动社会规范的形成、进行较为细致的合同和交易机制设计。通过社会规范对政府和商业主体的数据行为进行制约，通过合同与交易机制促成各利益相关主体就个人信息收集、存储、使用、交易和利益分配等问题形成多样化、情景化的权益安排。此外，

---

[109] 张新宝、葛鑫：《个人信息保护法（专家建议稿）》，中国民商法律网：http://www.civillaw.com.cn/lw/l/?id=36127，2019 年 11 月 5 日访问。

[110] 范为：《大数据时代个人信息保护的路径重构》，载《环球法律评论》2016 年第 5 期，第 92-115 页。

[111] 参见胡凌：《刷脸：认证、去身份化与法律规制》，“明理计算法学沙龙第 3 期：人脸识别技术的发展、趋势与应对”会议论文，北京，清华大学 2019 年 9 月 19 日，第 1-12 页。

还应加强对个人信息损害保险机制的研究与设计，充分利用保险机制，弥补民事诉讼在风险管理和损失修复方面的不足。

最后，对接不同部门法规范实现对个人信息一体化保护。为了对个人信息进行有效保护，除了在民事领域合理配置权利、尊重对个人信息使用的市场创新并进行有效规制外，还应该与行政法、刑法的相关规则进行有效对接，对那些突破道德底线、性质恶劣的侵犯个人信息行为，如对个人敏感信息、未成年人信息的收集、买卖甚至用于诈骗等行为，进行严厉惩处并长期保持高压态势。

结　语

在人脸识别技术已经普遍应用的时代，我们既要对新技术的应用和新产业的发展保持开放包容心态，也要注重对数字人权的保护和保障。人脸信息是人们（至少是短时间内）不可取代的生物识别信息，是个人信息重要乃至最重要的组成部分，是数字人权所应关切的基础性权益，我们理应“慎用”。

在对人脸识别技术的应用进行治理时，要对大数据时代背景下的风险收益进行合理分配。要对生物信息被采集人、生物信息使用者和控制者、监管者之间的权利义务和职责进行合理划分，强化数据监管者、掌控者和使用者的责任。基于这一理念和原则，我们可以在权利主体、规范体系与多重治理机制方面做出相应的努力。首先，我们应在开放包容的心态下采取措施，形塑数字人权主体的数字理性，使其能够对新技术带来的便利和惊喜保持理性，对随之而来的风险收益有基本的认知。其次，制定一部架构和内容都合理的个人信息保护法并建构一系列与之配套的、具有可操作性的多重规范体系。最后，通过公开、民主、专业化的方式，形成基于责任和参与的社会规范集合和多重治理机制。通过塑造新时代的数字理性主体、完善法律规范体系和多重治理机制，以多层次、多面向的方式提高国家和社会治理体系和治理能力的现代化。

区块链视角下的法律信任与数字信任

张 清　郭胜男[1]

【摘　要】现代社会信任体系因为信息不对称与法律功能下降而崩塌，区块链技术以去中心化、不可篡改等特征成为一种新的信任机制，从而构建数字信任。由于技术自身缺陷与价值体系变化带来的局限，数字信任无法成为唯一的社会信任模式，因而当代社会信任体系将由人际信任、制度信任与数字信任共同构成。区块链技术能够通过技术手段重构法律信任进而影响以此为基础的制度信任，法律制度能够通过对区块链技术进行规制而构建区块链信任，进而影响以此为基础的数字信任。

【关键词】制度信任；数字信任；区块链信任；法律信任；社会信任体系

信任是一种搭建起人类社会运行基础加强人与人之间协助降低交往成本的心理状态。维持这种心理状态并且整个社会都保持有这一心理状态需要一定的机制，相应的社会信任类别也有所区分。人类经历了采集社会、农业社会、工业社会以及目前所处的信息社会。在农业社会，人们依赖人际关系建立信任。在工业社会，人们依赖于中心化权威制定的规则——法律，基于此产生的制度信任与人际信任一起构成了现代社会信任体系。

近年来，信任危机再次在全球蔓延，人们试图重新找寻一种可靠的机制使得信任关系稳固可靠。终于，“区块链”的技术横空出世。2016 年，载于《经济学人》的一篇文章——《信任的机器》肯定了区块链技术可以在没有中心化权威的情况下让陌生人彼此信任相互合作。这将解决人类千百年来的信任难题，使得一切在这台创造信任的“机器链”上自动运转，低成本、去中介、点对点地实现完全对接。[2]学者劳伦斯·莱斯格更是提出，只要网络基础设施和软件代码能够监管、约束并保障线上行为和交互，[3]那么在网络领域中,“代码即法律”。

区块链技术作为一种科学技术能够成为具有现实意义的社会信任构建机制，其构建的社会信任模式究竟如何？作为一种新的信任模式，区块链构建的社会信任在社会信任体系中将处于一个什么地位？人际关系、法律、区块链这三种信任构建机制将产生怎样的联系，社会信任体系将如何变化？这些都是值得探讨的问题。

一、传统信任机制及其困境

不同的社会形态产生了不同的信任构建机制用以保障信任。在农业社会，人际关系

---

[1] 张清，法学博士，二级教授，扬州大学法学院、广陵学院博士生导师，江苏省重点智库——中国法治现代化研究院研究员。郭胜男，南京师范大学法学院硕士研究生。国家社科基金重点项目“包容性法治社会实现机制研究”（18AFX002）、司法部国家法治与法学理论研究重点项目“从汲取到包容：法治社会建设研究”（16SFB1001）、江苏高校区域法治发展协同创新中心研究成果。

[2] 罗金海：《人人都懂区块链》，北京大学出版社 2018 年 7 月版，第 39 页。

[3]【英】凯伦•杨：《区块链监管：“法律”与“自律”之争》，林少伟译，载《东方法学》2019 年第 1 期。

保障着信任的产生与运行，由此产生的信任模式姑且称之为人际信任。在工业社会，信任依赖法律制度而产生，社会因此建立起一种普遍信任，这种信任模式暂时就称为制度信任。但是以上两种信任模式都是存在固有缺陷的，因而随着社会形态的变化、科技的进步，信任危机就随之而来，区块链技术的产生为缓解信任危机提供可能。

（一）建立信任的两种机制——人际关系与法律制度

信任是人们在社会交往过程出于对自己的安全考虑基于行为结果的预期形成的一种心理态度，或者说是一种理性化的交往态度。[4]这种心理状态复杂多样，韦伯将信任区分为特殊信任与普遍信任。特殊信任是基于血脉亲缘只针对特定熟悉的个体而产生的，而普遍信任则是基于共同的价值观而产生的可以推广的信任模式。

在农业社会中，主要生产方式是农业小生产方式。如同费孝通先生在《乡土中国》中所说的那样，乡土社会人群相对固定，因而人们的交往范围相对狭小,关系也比较简单,一般都只与亲朋、乡邻等有血缘、地缘关系的熟人往来。与这种交往方式对应的信任模式是人际信任。这种信任基于彼此之间长期的亲密交往和一贯的真正了解而产生。传统的人际信任模式实质上是一种在私人生活中产生且作用于私人生活的信任模式，[5]主要依赖的是对具体的人品人格的熟悉和相信,诉诸的是个人道德与名誉。人际信任模式之下产生的社会信任模式是特殊信任，信任对象是一个纳入信任主体熟人圈的具体人。[6]在农业社会，人际信任建构起了传统社会的社会信任生态。

随着社会生产力的发展,大工业生产方式取代了农业生产方式，经济规律使得社会分工趋于详细。社会合作分工的范围越发广泛，人际交往半径急剧扩大,交往形式变得复杂多样, 人们根本无从了解合作对象的人品道德，因而社会风险大大增加。人类进入普遍交往，由所谓的“差序格局”进入了“团体格局”，“一根根私人联系所构成的网络”[7]被打破。显然，人际信任模式及其相应的观念无法适应这样的社会,新的信任构建机制也就产生了。

这种机制依赖法律制度,由此产生的信任是制度信任，人们基于法律制度能够对陌生人产生人与人之间的普遍信任。法律使人们在交往过程中出现的由于对生人不熟悉不敢信任而又必须信任的矛盾获得了一种暂时性的解决。[8]人们通过契约明确双方的权利和义务，法律对于契约提供保障。无论签约者人际关系、人品道德如何，契约成立利益就可以得到保护。也正因为主体的权利界限明确,违反规则所受的惩罚确定且明示,人们才能无所顾忌地扩大其交往半径。这种基于法律产生的普遍信任其信任对象是个人背后抽象社会角色，普遍信任的产生依赖于支撑社会角色的制度。特殊信任与普遍信任的差

---

[4] 马俊峰、白春阳：《社会信任模式的历史变迁》，载《社会科学辑刊》2005 年第 2 期。
[5] 马俊峰、白春阳：《社会信任模式的历史变迁》，载《社会科学辑刊》2005 年第 2 期。
[6] 张善根：《法律信任论》，中国法制出版社 2018 年 5 月版，第 82 页。
[7] 费孝通：《乡土中国》，北京大学出版社 2012 年 10 月版，第 48 页。
[8] 马俊峰、白春阳：《社会信任模式的历史变迁》，载《社会科学辑刊》2005 年第 2 期。

异是人际信任与制度信任的差异。[9]当然，人际信任也并未被社会所完全摒弃，因而现代社会信任体系是以制度信任为主，人际信任为辅。

传统农业社会其信任构建机制为人际关系，构建的社会信任模式为特殊信任。现代社会的信任构建机制主要为法律制度，产生的社会信任模式是普遍信任。正如同现代社会带来人际关系延展的同时也带来了特殊信任模式的崩塌，当代社会的变化也伴随着社会信任危机的出现。

（二）当代信任危机缘何而来

信任的产生多源自于对于自身能够掌控所处环境与事件的自信，而这种自信又来自于对于所处环境、事件信息的把握以及事件触发后能够产生后果的合理预测，而大量信息与法律制度是人们产生合理预测的依凭。因而当代多数的不信任产生于信息不对称与法律制度的功能性下降。

1．信息不对称

信息不对称一直都是信任缺失的原因之一。农业社会通讯不发达信息真伪难辨，只能借助血缘与亲缘关系实现信息最大程度上的真实交流，使得信息不对称在熟人之间不再成为主要矛盾。随着社会交往的扩大，所需要的信息量大到人际关系难以验明真伪，人们就通过法律的惩戒效力使得人们在交往时能够相信对方给出的信息为真实，由此排除疑虑。但是信息技术、电子科技等多种技术的发展使得信息不对称有了新的内涵。

互联网技术使得人们能够即时自由地传递信息，信息获取渠道因此畅通，但信息变得更加不对称了。互联网技术扩大了“缺场交往”的范围。“缺场交往”是一种不以身份为交往基础的非面对面交往方式。在互联网科技未诞生之前缺场交往就已经存在，例如通过书信、电话等方式进行的交往就是缺场交往，但是具有开放性、流动性、虚拟性的互联网给缺场交往提供了新的时代内涵。一方面，互联网是完全虚拟的流动的世界，载于其上的信息和对象都是变动的，这与传统现实社会信息与人物都是固定不变存在巨大的差异。另一方面，互联网使得缺场交往的范围在空间、时间、主体范围上都有所增大，交往过程中所需要的身份信息较之传统方式却变得更少了。互联网技术将身份和角色信息都加以隐匿，加之以空间时间的流动，信息的不确定性大大提升，导致信息更加不对称，无论是人与人之间还是人与组织权威之间都很难在信息不对称的社会环境中建立起信任关系。

2．法律功能消解

法律为何可以成为一种信任构建机制？因为人们产生了法律信任。学者关于法律信任的定义存在着很多的学说，这里不妨采用张善根老师在《法律信任论》中的定义：社会主体对于法律系统的信赖与信心。人们为什么会产生法律信任？因为法律独有的社会功能。但是随着社会的发展以及法律自身存在的局限性等原因，法律的功能性下降。以

[9] 张善根：《法律信任论》，中国法制出版社 2018 年 5 月版，第 82 页。

下是法律功能性下降的几个主要原因：

（1） 法的预测功能面临固有局限与时代危机的双重拷问

人类社会交往时的事件偶然性带来了巨大的风险。规制人类行为的法律制度就其指向社会整体的功能而言是实现预期的稳定化。法律可以处理交往预期的可能性,并使预期在交往时得到接受。[10]也正是因为法律的稳定预测功能使得社会交往风险降低，法律信任才因此建立，制度信任才得以产生。但是法律的预测功能在法的固有局限性以及时代变革的影响下变得不再稳定，社会信任度也因此受损。

一方面，法律固有的模糊性使得民众不能也不敢相信法律。从现实法律实施情况以及学术研究来看，法律除了具有确定性之外，也具有模糊性。法的模糊性是指法律所具备的归属不完全的属性，[11]这是法律的固有局限。具体来讲大概有如下两点：第一，法律语言模糊。语言作为一种表意符号具有多意性。不同地域的语言天差地别，同地域的语言也由于个人的用词习惯、语言环境等而具有不一样的理解。因而立法语言中具有诸多的“半影地带”[12]。即使学者们创设了很多的解释方法，对于统一法条的理解也会出现截然不同的结论。第二，司法裁判模糊。司法裁判是以事实为依据，法律为准绳。但法律语言具有模糊性，所以作为大前提的法律依据本身是模糊的。牛顿时空观之下时空线性发展，人不可能回到过去见到过去真实发生的事情。过去要求法院能够查明案件事实不仅是一种不切实际的幻想同时也是不符合诉讼活动规律的。[13]由于大前提法律条文与小前提案件事实都具有模糊性，因而整个司法裁判的结果也具有模糊性。司法裁判的模糊性一旦超过一定的限度，司法过程中的当事人就会感觉到恐慌，因为他们很有可能会遭受不公的物质、精神方面的损失并且事实也告诉民众这种恐慌是有依据的。一旦这种恐慌成为一种普遍的社会现象，公民就不会再相信法律，法律信任因此破灭，社会信任危机也就随之产生。

另一方面，法的时滞性与社会变革的矛盾带来法律信任缺失。梅因认为社会的需要与意见常常走在法律的前面,我们永远存在的趋向是要把这缺口重新打开来。因为法律是稳定的,但是社会是前进的。[14]从本体论角度说,作为人类意志产物的法律滞后于社会现实是客观必然的。[15]自 20 世纪以来，新兴技术迅速发展，但是法律更新速度却并未跟上它们的步伐。尤其是互联网技术的产生使得人类的生活领域从现实世界这一唯一空间转向现实世界与虚拟世界这两大并存空间，建立在牛顿经典时空观之上的传统法律对于这一变化无所适从。[16]

基于以上原因，民众在面对新兴事物以及新事物带来的社会变化时没有作为行动指

---

[10] 罗文波：《预期的稳定化——卢曼的法律功能思想探析》，载《环球法律评论》2007 年第 4 期。
[11] 陈云良：《法律的模糊问题研究》，载《法学评论》2002 年第 1 期。
[12] [英]蒂莫西．A.O.恩迪科特：《法律中的模糊性》，程朝阳译，北京大学出版社 2010 年 6 月版，第 10 页。
[13] 丁以升:《论司法判决的不确定性》，载《现代法学》1999 年第 1 期。
[14] 【英】梅因:《古代法》，沈景一译，商务印书馆 1959 年 2 月版，第 15 页。
[15] 秦国荣：《法治社会中法律的局限性及其矫正》，载《理论法学》2005 年第 3 期。
[16] 高全喜：《虚拟世界的法律化问题》，载《现代法学》2019 年第 1 期。

南的法律可以参考，法律也并不能解决这些新事物带来的纠纷。法律预测功能的时常失效导致民众降低了对法律的期待以及信任度。

（2）法的惩罚功能难以在当代达到民众的预期效果

虽然学界对于法的定义纷纷不一，但是总结后可得出一个定论：法是由国家制定、认可并且由国家保证实施的规范体系。强制性也就成为了法律的一个本质特征，但是这也就决定了法律的执行与效力存在着一定程度上的地域限制。近年来科技的发展使得人们的交往突破了地理距离与行政区划的局限，但又往往因为地域的限制、行政区划的壁垒导致法律的惩罚性功能难以实现，权利与正义无法因此得到保障，法律功能的减退使得人们不再相信法律。虽然法律是一种由国家强制力保证实施的行为规范，但是在实践过程中经常会发生执行难问题。由于现在科技的发展，法律空白区域明显扩大，法律受到的掣肘越来越多。

由于以上法律本身具有的局限性以及时代提出的新挑战使得法律功能不能得到很好的实现，因而法律信任无法很好地构建，也就使得基于此建立起的所谓的制度信任无法稳定地存在。人际关系与法律制度同时面临质疑，人与人之间很难再基于现在的社会信任构建机制建立起稳定的信任，因而社会信任危机也就出现了。而面对信任危机它的解决方案主要有两种：一种是从原本的信任构建机制本身出发寻找其存在的问题以此来解决信任危机，另一种则是试图找寻一种新的信任构建机制，弥补现有信任构建机制的不足。

二、区块链信任机制

约十年前，中本聪提出了比特币和区块链概念。由此，区块链这一革命性的技术诞生了并凭借其特点与优势迅速蔓延全球。区块链的支持者认为，区块链技术的诞生使得消耗巨大的调节机制以及法律制度可以被取代了。他们甚至非常自信地提出，通过开源式密码协议选择相信数学与算法要好过选择相信中心化的银行。[17]

（一）区块链可信任性的技术解释

区块链为填补一般数字化系统的漏洞，解决信任问题，创设性地提出了四个技术创新：

1. 非对称加密技术和授权技术

对称加密的密钥唯一且确定，只要达到一定的条件就可以通过推算破解出该密钥，这是对称加密的致命性缺陷。区块链采用非对称加密技术破解了这一缺陷——采用公钥和私钥两个密钥来进行加密，公钥对外公开，所有人皆可用其加密，用以保障信息真实性；私钥私人拥有，用以保障信息的私密性。区块链根据加密算法生成记录，由区块链生成的记录将永远被保留，超越了传统意义上需要依赖制度约束来建立信用的做法。[18]

[17] 【美】凯文·沃巴赫：《信任，但需要验证：论区块链为何需要法律》，林少伟译，载《东方法学》2018 年第 4 期。
[18] 罗金海：《人人都懂区块链》，北京大学出版社 2018 年 7 月版，第 32 页。

2. 分布式记账

中心化记账方式存在不透明、易篡改等弊处。区块链采用分布式记账将交易记录同时登记在多个网络节点上，由于网络节点众多，除非更改所有记录，否则账本一经产生，不得变更。虽然不同区块链的设计产生不同的分布式账本，但其具有的容错率高、透明公开、不可篡改等特点可以解决各方的信任问题。

3. 共识机制

区块链必须及时达成明确、安全以及不可逆的分布式数据记录才能成为一个为人信赖的数字存储系统。实践中一般通过选择一个特定的独特的节点产生一个区块以及完成不可逆的分布式记录来实现以上目标。共识机制是实现上述流程的技术核心。[19]但是建立大多数数字化系统共识的方法都存在一个问题——“女巫攻击”。“女巫攻击”是指通过技术的手段可以书写虚假节点。[20]即使多数人诚实可信，但是只要攻击者伪造数量足够多的节点就可以控制网络，并且系统将误差别地执行错误共识。这就是密码学领域著名的“拜占庭将军问题。”[21]

“工作量证明”巧妙地解决了这一问题。工作量证明基于一个极为罕见且不容易被破解的随机哈希值。为了找到罕见的随机哈希值需要进行大量运算，计算过程中的绝大多数结果为无用数值，大量因此被消耗的时间增加了发送信息的时间间隔，这就是“工作量证明”。发现哈希值的机器将之前的信息全部都放到一起，加上自身的辨识信息作为签名，向其他机器发送出去。当其他机器验证通过这个哈希值及签名信息并且完成总账更新后才会在此基础上开始新一轮的计算。如此一来，就可以通过持续同步更新的网络使得所有节点都能够实现实时更新共享账目，最终实现账目公开。在此过程中负责查验哈希值的人称之为“矿工”，他们既负责产出区块也负责查验，因而为了奖励他们为查验而付出的努力，每产出一个区块他们也将得到相应的奖励。以上就是区块链共识机制。这种共识系统以信任算法系统取代了信任个体。

4. 智能合约

智能合约是不以任何其他条件为执行前提，承载了双方协议承诺条款的代码合约。这一概念早于区块链产生。例如在一些标准化医疗缴费的过程中，如果每个人的信息真实可信，那么智能合约直接触发程序实现自动执行。

在中本聪提出区块链概念后，智能合约逐渐演变为区块链的专用术语。区块链技术的智能合约自动执行达成共识的协议条款，预先设定后条约即不变且加密，完美规避违约风险和操作风险，较好的解决了参与方的信任问题。[22]

（二）信任危机的区块链解决方案

---

[19] 长铗、韩锋：《区块链——从数字货币到信用社会》，中信出版社 2016 年版 7 月，第 61 页。

[20] 转引自【美】凯文·沃巴赫：《信任，但需要验证：论区块链为何需要法律》，林少伟译，载《东方法学》2018 年第 4 期。

[21] 【美】凯文·沃巴赫：《信任，但需要验证：论区块链为何需要法律》，林少伟译，载《东方法学》2018 年第 4 期。

[22] 罗金海：《人人都懂区块链》，北京大学出版社 2018 年 7 月版，第 34 页。

确如区块链的支持者所说，当代社会所存在的信任问题可以因为区块链技术而有所缓解，至少在解决信息不对称问题上区块链技术功效显著。

区块链技术可以通过分布式记账和共识机制实现交往过程的去中心化和不可逆转。通过分布式记账，虽然交往双方的个人现实身份依旧可能是未知的，但是只要使用公链，那么产生的每一个记录都将为全网共享。所有的记录都有据可查，这样就可以在一定程度上改善由于信息不公开、信息匿名等所带来的信息不对称，增强人们对于信息的信任程度从而改善社会信任环境。智能合约可以解决以往法律的地域性和执行难问题。智能合约的本质是一组提前编译好的代码，当条件成立自动触发程序，启动完成整个交往过程。以买卖合同为例，买方与卖方通过智能合约达成合作。当卖方依照约定将货物运输到指定地点后代码条件成立，程序被触发，数字化货币自动进入买方指定的账户中。这一个过程不需要任何类似于国家或者银行的机构提供中间服务，也不存在执行问题。

区块链的确可以成为一种信任构建机制，其构建的社会信任不妨称之为数字信任。数字信任是指基于对于区块链等为代表的数字技术的信任而产生的一种社会信任。这种信任是居于人类对于算法、系统、技术的信任而产生的一种普遍信任，与制度信任不同的是它将摆脱身份的束缚，形成一种真正的无需身份角色的绝对信任。人们基于数字代码的稳定性产生对区块链系统的信任——区块链信任，进而基于区块链信任产生一种对于他人的信任感——数字信任。也就是说区块链技术是区块链信任的技术基础，区块链信任是数字信任的前提条件。但是同样作为普遍信任的数字信任与法律构建的制度信任是一种什么样的关系呢？社会信任体系是会变成人际信任、制度信任与数字信任的三元体系还是数字信任排除了身份角色限制取代原有的信任模式，使得社会信任体系成为数字信任的一元体系呢？区块链技术是否真如同现在的技术人员与商家所言可以取代法律制度成为一种主流的信任构建机制呢？

三、法律与区块链共同构建新型社会信任体系

可以预测社会信任体系在信息社会将呈现人际信任、制度信任、数字信任协同发展。由于人际信任是产生于熟人之间的信任关系，因而新的时代其内涵并未发生质的改变，充其量也就是因为信息技术使得人际交往范围扩大了。但是区块链技术与法律这两种信任构建机制却因为彼此可以拥有崭新的未来。

(一) 区块链技术重构法律信任

法律的预测功能和惩戒功能的失灵导致人们丧失了法律信任，而法律信任的失效也最终使得制度信任失效。如果想要建立起稳定的信用社会，就必须通过其他手段来重新提升法律的功能性，重构法律信任。区块链技术的出现就给重构法律信任提供了又一种解决方案。

区块链技术可以通过法律的代码化解决法律惩戒功能下降的问题，法律代码化是指

将已经制定好的法律编写成代码，直接通过代码运算的方式来控制整个法律关系的发生与解除，并且通过区块链不可更改的技术手段为后续可能产生的司法问题留下相应的证据。例如传统法律实践中的举证难、执行难问题就可以利用区块链技术通过智能合约模块化来解决。将合约写成代码，当条件触发，合同的执行程序就启动了，这期间不需要任何其他外力，并且执行过程可以留下证据。多数商业合约是由格式条款与特定事项组成的，因而可以按照法律规定写出通识性的合约模块，需要制定符合一般情况的基础协议时就从上述模块中提取模版然后再根据具体情况进行加工。通过法律的代码化就能够在一定程度上有效地解决惩戒功能失灵的问题。

法律的代码化除了上述的举例之外还可以引发一个有关法学量化问题的思考。在过去法学界认为一旦法律与“量化”一词挂钩就意味着将法律单纯看成某种工具，失去了法本身具有的价值。但是随着计算机技术的兴起，数据在法学研究中数量关系也越来越被频繁地提及。其实不必将量化与法律绝对对立起来。法学应当是一门精确的学科。[23]量化分析成为法学研究方法是顺应时代需求也是符合法律内在要求的。我们可以将这种通过量化方式分析法学问题的学科统称为计算法学。在这样的学科背景之下需要两种技术：一种是能够进行机器学习的“算法”，[24]另一种则是数据记录执行技术。前者是指的大数据技术，它可以对海量数据进行统筹分析从而计算出来社会行为中的隐藏模式，从而实现量化人类行为趋势的目标。既然可以对海量数据进行计算与分析，那么势必需要一个能够执行代码记录数据的技术，这个技术就是区块链技术。区块链技术主要被用来记录已创造出来的价值的真实状态，确认权利归属，并执行交易决策。区块链的不可更改性与去中心化保证了大数据技术的正常运行，这两个技术相互配合可以对人类行为的量化分析。也就是说通过技术我们可以解决量化分析所需的数据源，加之以计算法学应用性分析以及法理学价值性分析就可以实现在保证法学研究的价值性的同时实现法学研究的精确性，进而最大程度降低法律的模糊性，尽可能地实现法律精确，提升法律信任

区块链技术是一种不可篡改的数据记录系统，能够利用其技术特性解决法律在立法、司法等过程中遇到的法律功能性下降这一问题，重新建立民众的法律信任，使得制度信任再一次成为社会主流的信任模式。

（二）法律制度调控区块链信任

数字信任作为一种新的信任模式将与人际信任、制度信任一起构成社会信任体系。如同制度信任的前提条件是法律信任一般，数字信任的基础是区块链信任，只有构建起人们对于区块链技术的信任，区块链技术才能够作为一种社会信任构建机制与法律、人际关系一起共建社会信任。至于区块链信任如何建立，除了代码学计算机学知识的普及之外，区块链技术还需要法律的引导。法律制度对于区块链信任的影响可以有两个层面

[23] 转引自张妮、蒲亦非：《计算法学导论》，四川大学出版社 2015 年 6 月版，第 2 页。
[24] 郑戈：《区块链与未来法治》，载《东方法学》2018 年第 3 期。

的理解，一个是虚拟世界价值观的建立，另一个是虚拟世界的法律规制问题。[25]

1．虚拟世界价值观的建立

架构在区块链之上的虚拟世界虽然不可感，但是其运行时依旧按照某些特定规则进行运转。这些代码的编写将遵循一定规则，进而拥有像法律一样的某些固定的价值内涵。代码之于虚拟世界是具有创世性的，而法律是针对客观世界的合理存在对于现存的社会关系进行的调整，因而对于虚拟世界而言法律制度存在很严重的滞后性。针对这一问题法律能够做的就是建立起价值体系，设立一定的原则对于代码的编写设立最基本的价值底线。

人类社会发展至今所遵循的价值观一直都是在改变的。随着区块链、大数据等科技的发展，数据主义学说逐渐兴起。数据主义认为，诸多数据构成了宇宙，对数据处理的贡献是任何现象和实体的价值。[26]科技的发展使得数据陡增，数据处理更加信任大数据与代码、算法。这也是区块链信任的理论基础。数据主义的背景下，万事万物都是由所有人也就是不同的数据汇集产生的，被称赞的是数据本身。万物互联，人类个人的感受已经不再重要，重要的是将这些记录下来分享出去，接入到数据流中。随后算法会通过大数据统计与分析告诉人类行为的意义。

当然，数据主义目前还只是一个构想，人类究竟是否将让出中心地位，简化为数据流我们尚不可得知。但是由于区块链技术的去中心化特征我们可以预测未来价值体系将变得格外地繁杂多样，而支撑区块链世界的代码就有可能因为采取了不同的价值观而产生冲突。所以人们可以信任代码算法运行的绝对客观性，但是代码背后浮动的价值观念容易让大家陷入自我怀疑，产生对于自我行为价值的不信任。那么遵循的价值观念与行为规则是什么，又由什么来确定呢？任何法律都展现了一定的社会价值观以及民族文化，因而法律能够教育民众，促进社会凝聚力，进而维护整个社会价值和文化的传承。法在实施过程中对于社会价值观念进行体系化整合。所以通过法律可以明确社会主流观念，使得人类在意识形态上达成最基本的一致。而一致的价值观既有降低区块链代码冲突，提高人们对于这一技术的信任。

2．虚拟世界的法律规制问题

在互联网的世界里一直有一个理念——自由，但是互联网的影响力决定了它不可能成为法外之地实现绝对自由。互联网、区块链构建的代码世界不能直接移植现实社会的规则，而且随着技术的发展，虚拟世界的很多机制、规则开始影响现实生活的法律。所以虚拟世界的法律规制是两个世界规则体系的调节与匹配。

区块链技术核心之一就是共识机制，由于这是一种非权威的规则因而存在多样性与可选择性。多样性是指由于基于区块链技术搭建的不同的项目、不同的侧链可以有不同的共识方式；可选择性则是指在多样化的共识体系中人们可以自行选择自己接受的一部

[25] 高全喜：《虚拟世界的法律化问题》，载《现代法学》2019 年第 1 期。

[26] 转引自尤瓦尔．赫拉利：《未来简史》，林俊宏译，中信出版社 2017 年 2 月版，第 333 页。

分。但是多数时候我们会忽略繁琐的程序与调查，不得不接受某个共识机制，此时这类共识机制就是“硬规则”。举个例子来理解“硬规则”。目前，首次使用 APP 时都会有一份或数份与用户之间签署的合同，不接受就不可以使用 APP。此时商家提供的交易规则都写在了这一份固定的合同里且不可更改，这些规则不可更改的因而称之为硬规则。共识机制的运作原理决定了其硬规则的本质属性。硬规则不需要像传统的法制建设那样由政府积极推动普法，它是由某个或某些主体一起达成的共识，愿意接受的就可以加入这个共识群体。如果不通过法律对于这类硬规则的编写进行规制，那么谁掌握了编写硬规则（在虚拟世界中主要体现为代码）的能力并且能够为部分人接受谁就掌握了话语权。人与人之间的差距将变得更大，社会将出现圈层鸿沟。因而必须要通过外部约束来限制规则的无限制生长，最理想的外部约束就是法律。一方面法律需要适应区块链等技术带来的变化，例如硬规则的出现、价值体系的变化；另一方面法律也需要对这些技术的内在逻辑以及外在表现形式进行约束以保证其能够使得人们产生区块链信任，进而构建数字信任。

四、简短的结语

区块链技术是一种以去中心化以及不可篡改为终极追求的数字信息技术，它的不可篡改、去中心化等特征使其确实可以成为一种信任构建机制，其建立的数字信任是一种通过去中心化而不需要身份角色认证的普遍信任。人际关系构建的人际信任、法律制度构建的制度信任、区块链技术构建的数字信任一起组成了当代社会信任体系，其中人际信任由于信息技术的变化导致的熟人范围扩大将相应扩大其影响范围，但是总结而言还是仅存在与熟人之间的一种信任模式。区块链技术能够通过其技术手段重新构建法律信任进而使得制度信任再一次成为可靠的信任模式，而法律制度也将通过对于虚拟世界价值体系的引导以及虚拟世界的现实性规制建立起区块链信任，使得人们能够在信任区块链技术的基础之上产生数字信任。

论数字贫困的法律治理

宁立标[1]

【摘要】数字贫困是数字可行能力不能满足数字生活最低标准的状态。我国尽管在扶贫攻坚上成绩斐然，但是仍然存在数字贫困现象。当前我国对数字贫困的治理采取的是软法性的政策型治理模式，法律治理存在明显缺陷。为加强数字中国和小康社会建设，也为了实现国家治理现代化和促进人权保障事业，中国应立足本国实践和借鉴外国经验，实现数字贫困法律治理的理念创新和制度重构，通过加强数字技能教育和数字心理培育，改善网络接入机会，以及加大对数字弱者的特殊扶持，不让任何一个公民掉队。

【关键词】互联网；数字贫困；法律治理

哈佛大学皮帕.诺里斯教授曾经指出，万维网的发明是全球历史意义重大的事件。尽管当时只有少数科技行家才明白其意义，现在看来它给人类生活带来的巨大转变的确是难以比拟的。[2]它不仅便利了人民的生活，推动了经济社会的发展，还重新定义了人的生存方式，使人类进入了“数字化生存”时代。[3]然而，互联网等数字技术在给人类社会带来巨大利益的同时，也成为一个“重大的公共危险源。”[4]网上冲浪虽能愉悦身心和丰富知识，但是网上偷窥者总是让“赛博人”变为“赤裸裸的人”。[5]高举正义之剑的“人肉搜索”尽管能让道德沦丧之人无处遁形，却也演绎出一幕幕网络暴力剧。算法虽然高效且貌似公平，但算法歧视以及算法杀熟现象广为存在。[6]

除上述问题外，数字贫困问题也是数字时代出现的新问题。虽然它表面上不如网络侵权来得凶猛，但是其产生的负面影响却更加严重。在国家信息化建设如火如荼的当今时代，数字贫困不仅会延缓“数字中国”建设进程，对全面小康社会建设、国家治理现代化以及国家的人权保障事业也有诸多负面影响。本文将在厘清数字贫困概念的基础上，分析当代中国数字贫困的特征与根源，比较国外数字贫困治理的法律实践，揭示中国数字贫困法律治理存在的问题，论证中国数字贫困法律治理的时代价值，探索中国数字贫困法律治理的强化之道。

---

[1] 作者简介：宁立标，贵州大学法学院教授，博士生导师，贵阳 550025。本文是作者主持的国家社科基金课题《人权视野下国家反贫困义务研究》（编号 18BFX040）的阶段性成果。

[2] Pippa Norris, the DIGITAL DIVIDE, Cambridge Press,p.3.

[3] 尼古拉.尼葛洛庞帝：《数字化生存》，胡冰、刘九如等译，电子工业出版社 2017 年版，前言第 61 页。

[4] 王成：《人工智能法律规制的正当性、进路与原则》，江西社会科学 2019 年第 2 期，第 5 页。

[5] [法]马尔克·杜甘,克里斯托夫·拉贝：《赤裸裸的人》，杜燕译，上海科学技术出版社 2017 年版。

[6] 孙那：《人工智能的法律伦理建构》，江西社会科学 2019 年第 2 期，第 16 页。

一、数字贫困：概念厘清与指标设定

消除贫困是人类永恒的课题。联合国的八项千年目标中首项目标就是消除极端贫困和饥饿，十七项可持续发展目标的第一个目标也是消除贫困。虽然反贫困已经得到全球社会前所未有的重视，但是迄今为止贫困并无统一定义，贫困的标准也具有多样性。尽管贫困定义五花八门，但是它们都以不能满足最低生活标准为核心内容。由于最低生活标准具有较强的时代性和地域性，贫困的概念和标准也随着时代发展而变化。

数字贫困概念就是贫困在数字化生存时代的新发展。在 20 世纪 90 年代，美国政府的“在网络中落伍”系列报告中提到的“未拥有者”和“最少连接者”，[7]本质上就是本文所指的数字贫困者。此后国内外频繁出现的“数字鸿沟”和“数字不平等”概念，也都包含了数字贫困的意蕴。由于数字鸿沟与数字不平等重在描述国家之间以及个人之间存在的融入数字社会方面的差距，没能准确界定哪些人群存在融入数字社会的困境，拉美学者芭兰茨提出数字贫困概念，并将其定义为缺乏获得和使用由数字技术支持的信息的状态。[8]

芭兰茨的定义虽然具有一定合理性，但没能清晰界定个人拥有的资源与最低生活标准存在差距，也没有凸显数字可行能力与数字贫困的关系。为了弥补该定义的不足，本文将数字贫困定义为主体的数字可行能力不能满足数字生活的最低标准的状态。其测度的指标如下：首先，数字终端的拥有，包括是否拥有云电视、智能手机或者电脑等能够接受网络信息的设备；其次，网络的接入，包括是否能接入无线网络、移动网络或固定宽带等；再次，数字技能的掌握，包含能否上网浏览信息、收发电子邮件以及使用社交平台等；最后，数字心理，即个人学习和运用网络等数字设施融入数字社会的主观意愿和积极性。如果个人同时具备四项指标中的所有要素，应属于数字富裕群体；缺失四项指标中任何一项者，都可能成为数字贫困群体；如果四项指标中所有要素全部缺乏，无疑属于数字赤贫群体。其中，拥有前三项但缺失第四项者，属于主观的数字贫困；拥有第四项却缺失前三项至少一项者，属于客观的数字贫困。

二、我国的数字贫困：表征与根源

（一）我国数字贫困的表征

由于国家对信息化建设的高度重视，中国近年来互联网普及率大幅提高，网民人数急剧攀升，人们的数字富裕程度也显著提升，网络普及率也高于世界平均水平。尽管如此，截止到 2020 年 3 月，我国仍有 4.96 亿非网民，在这些非网民中不懂电脑和网络的占 51.6%，因不懂拼音和文化程度限制的占 19.5%，没有电脑等上网设备的占 13.4%，

[7] 参见 National Telecommunications and Information Administration，Falling Through the Net: A Survey of the "Have not’s" in Rural and Urban America,1995. 以及 National Telecommunications and Information Administration, Falling Through the Net II: New Data on the Digital Divide, 1998.

[8] Roxana Barrantes，Analysis of ICT Demand: What Is Digital Poverty and How to Measure It?, in DIGITAL POVERTY: Latin American and Caribbean Perspectives, Edited by Hernan Galperin and Judith Mariscal, published by IDRC, p.49.

不需要和没兴趣的占 8.8%，没时间的占 7.7%，年龄太大或太小占 14%。[9]这组数据不仅证明数字贫困仍是当代中国面临的重要问题，也反映了我国数字贫困的主要特征。

第一，数字贫困的类型特征。当前中国的数字贫困的最主要类型是数字技能的贫困，那些不懂电脑和网络者应为直接的数字技能贫困，因不懂拼音和文化水平限制的贫困可以视为间接的数字技能贫困，因为在当前技术条件下，懂拼音和具备一定文化水平属于进入网络社会的前置技能条件。除数字技能贫困外，数字设施的贫困以及数字心理的贫困也是数字贫困的重要类型，二者占据了数字贫困群体的五分之一以上。

第二，数字贫困的人口特征。从人口特征来看，我国当前数字贫困的主要人群为残疾人、留守儿童、老年人以及低收入群体。《"十三五"国家信息化规划》明确表示，国家针对留守儿童、残障人士等特殊人群的信息服务供给薄弱。这一表述说明留守儿童和残疾儿童数字贫困化程度较高。至于老年人以及低收入群体的数字贫困，可以从 CNNIC 的第 45 次报告以及国家统计数据窥见一斑：截止至 2019 年末，我国月收入 1000 元以下的人口总数达 6.1 亿，[10]60 岁以上人口占人口总数的 18.1%。[11]但是在全国所有网民中，60 岁以上网民占比仅 6.7%，1000 元以下收入人群占比仅 20.8%。[12]从这两组数据可以推断出，我国低收入群体和老年人是数字贫困群体的主要组成部分。

第三，我国数字贫困的地域特征。与经济发展的地域不平衡一样，我国的数字贫困也存在地域不平衡性，比较突出的特征是西部地区尤其是偏远山区的数字贫困程度远远高于中东部地区，无论是电脑和上网设备的拥有，还是数字技能的掌握和数字心理状况，中东部地区都比西部地区高，这也充分说明数字贫困与经济社会发展存在紧密联系。

（二）我国数字贫困现象的根源

1. 社会结构性根源

英国社会学家吉登斯曾经指出，"社会的贫困是结构性力量制造和再制造的结果"。[13]受性别、种族以及宗教等众多社会结构性因素的影响，当前世界的数字贫困也具有明显的结构性倾向。我国由于长期以来重视妇女和少数民族平等权保障，性别、民族以及宗教等因素并非形成数字贫困的重要的结构性因素。但是，由于我国过去长期奉行优待城市的社会政策，城乡二元社会结构造成农民的收入和受教育水平相对落后，农村基础设施的建设都与城市有较大差距，这些因素使农民的数字贫困风险远远高于城镇居民。

2. 市场性根源

除了社会结构性因素外，市场因素也是我国数字贫困现象的重要诱因。追求利润是企业的永恒法则，电信公司、网络公司以及数字终端制造公司也概莫能外。由于农村尤

---

[9] 中国互联网络信息中心：《第 45 次中国互联网络发展状况统计报告》，第 1 页。

[10]《国家统计局新闻发言人付凌晖就 2020 年 5 月份国民经济运行情况回答媒体关注的问题》，国家统计局网站，发布时间 2020-06-15。

[11] 国家统计局，中华人民共和国 2019 年国民经济和社会发展统计公报，人民日报 2020 年 2 月 29 日第 5 版。

[12] 中国互联网络信息中心：《第 45 次中国互联网络发展状况统计报告》，第 25、27 页。

[13] 安东尼·吉登斯：《社会学》，赵旭东等译，北京大学出版社 2004 年版，第 304 页。

其是偏远山区投资成本高且收益小，农村的网络设施建设没有得到应有的重视，农民也更容易陷入数字贫困的境地。此外，残疾人容易陷入数字贫困也有深刻的市场原因，因为残疾人接受普通的数字信息服务不仅面临身体障碍，而且人口基数少且大多经济困难，因此为残疾人提供无障碍的数字信息服务整体上缺乏市场动力。

3. 文化性根源

美国社会学家刘易斯等人认为，贫困的产生有其文化性因素，因为穷人常常共享着一种有别于主流文化的生活方式，该生活方式可能使其自甘贫困甚至产生福利依赖。[14] 贫困文化理论对数字贫困现象也具有部分解释力，因为在数字贫困群体中，确实有一部分人由于对互联网心存偏见和懒惰而不愿意学习数字技能，不愿使用网络服务，心甘情愿处于数字贫困的境地。这类贫困属于数字心理贫困，贫困文化是产生该类数字贫困的重要根源。

三、数字贫困的法律治理：域外经验与域内实践

（一）数字贫困法律治理的域外经验：模式与内容

作为数字时代的新型贫困，数字贫困早在 20 世纪 90 年代就引起了一些国家和国际组织的重视，并开始了数字贫困的法律治理。

1.治理模式：从软法之治到综合治理

在国际层面，早期对数字贫困的法律治理大多以软法形式出现。2001 年以来联合国不仅通过了一系列关于建设信息社会的大会决议，还组织召开信息社会世界峰会，并通过了《日内瓦原则宣言》、《日内瓦行动计划》、《突尼斯承诺》和《突尼斯议程》。欧洲委员会、七国集团以及非洲联盟也通过了一系列软法性国际文件。考虑到软法没有直接法律约束力，欧盟 2018/1972 号指令要求解决数字贫困，开启了数字贫困国际软法和国际硬法的综合治理新时代。

在国家层面，大多数外国政府对数字贫困的治理最初也是通过软法性政策文件加以保障，但是随着时代发展，通过硬法性的法律法规解决数字贫困问题已经成为时代潮流。一些国家甚至将数字贫困问题的法律治理上升到宪法高度，墨西哥和厄瓜多尔就是典型例证。另外一些国家制定专门立法或修改电信法律解决数字贫困问题，比如韩国制定了《数字鸿沟法》；法国通过《关于应对数字基础设施失衡法》，并修改了《邮政与电信法》；瑞士、西班牙和荷兰等国也制定了解决网络无障碍的专门法规。[15]

2. 治理理念：以数字弱者关怀为重点

从治理理念来看，无论是国际组织还是主权国家，对数字贫困的法律治理均以数字弱者关怀为重点。在国际层面，2015 年第 70 届联合国大会第 125 号决议以及欧盟

[14] 周怡：《贫困研究：结构解释与文化解释的对垒》，社会学研究 2002 年第 3 期，第 53 页。
[15] 赵安琪、付少雄：《欧盟数字化贫困治理战略、实践及启示》，图书与情报 2019 年第 2 期，第 4 页。

2018/1972 号指令就是典型代表，二者都要求重点关注残疾人、老年人、农村人口等特殊群体的上网权利，前者还要求重视非洲国家、不发达国家和小岛屿国家等在数字时代面临的挑战。[16]

在国家层面，国外对数字贫困的法律治理也高度重视数字弱者的权利，其主要的模式有两种。第一种为权利宣示模式。比如，墨西哥现行宪法第 6 条要求国家保障公民连接宽带的权利，并通过普遍数字包容政策保障所有公民融入信息社会与知识社会当中。[17]2008 年厄瓜多尔宪法第 16 条也明确规定所有人有权自由连接无线网络，有权获得适合同残疾人交流的信息交流方式。[18]第二种模式是国家义务宣告模式。比如，韩国的《数字鸿沟法》（2001 年）明确了国家建立公共上网中心、提供信息技术培训和成立国家信息振兴局等一系列义务。[19]法国的《关于应对数字基础设施失衡法》明确规定，国家应加快宽带建设，设立国家数字发展基金帮助建设无障碍和开放的基础设施和网络；[20]《邮政与电信法》要求运营商应为残疾人提供合适的信息访问，并且对困难人群以及残疾人提供资费优惠。[21]

（二）我国数字贫困的法律治理：现状与问题

我国当前对数字贫困的治理采取的软法性政策文件治理路径。主要政策依据有 2016 年的《国家信息化发展战略纲要》（以下简称《纲要》）和《“十三五”国家信息化规划》（以下简称《规划》）。其解决数字贫困的主要措施有三：第一，要求加快网络基础设施建设，构建技术先进、覆盖城乡的网络服务体系，推进网络提速降费；第二，加强数字技能教育，推进信息化基础教育，并实施信息扫盲行动计划。第三，开展网络扶贫行动和促进共建共享，大力推进革命老区、民族地区、边疆地区和贫困地区的网络基础设施建设，构建面向孤寡老人、留守儿童、困境儿童、残障人士、流动人口、受灾人员、失独家庭等特殊人群的信息服务体系，并探索面向贫困户的网络资费优惠。

由于过于依赖软法性政策治理，我国目前关于数字贫困治理的法律十分少见。在现有的与互联网相关的法律中，《电子商务法》和《电信条例》主要关注市场的秩序维护，对于数字贫困问题缺乏关注。《网络安全法》虽然以维护网络安全为核心使命，但是其规定的“推进网络基础设施建设和互联互通”，以及“保障依法使用网络的权利，促进网络接入普及，提升网络服务水平”，客观上对解决网络接入的贫困问题有积极的作用。

---

[16] 参见“关于信息社会世界首脑会议成果文件执行情况全面审查的大会高级别会议成果文件”，A/RES/70/125；DIRECTIVE (EU) 2018/1972 OF THE EUROPEANPARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 11 December 2018 establishing the European Electronic Communications Code, Official Journal of the European Union,17.12.2018，p.103.

[17] Mexico Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, https://wipolex.wipo.int/en/text/483548

[18]Constitution of the Republic of Ecuador, https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/english08.html

[19] 任贵生：《韩国缩小数字鸿沟的举措及启示》，管理世界 2006 年第 7 期，第 158 页

[20] LOI n° 2009-1572 du 17 décembre 2009 relative à la lutte contre la fracture numérique (1) ，https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2009/12/17/PRMX0917307L/jo/texte.

[21]Code des postes et des communications électroniques，https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=6FDD41B97E4043A5531F48DE74F59A24.tplgfr30s_1?cidTexte=LEGITEXT000006070987&dateTexte=20200101.

对照数字贫困的主要问题以及国外相关立法，我国数字贫困法律治理存在两大明显不足：第一，对数字技能和数字心理的培育缺乏应有的关注。无论是电信和网络立法，还是教育立法，都没有数字技能教育和数字心理培育的规定，这极不利于解决数字技能和数字心理的贫困问题。第二，缺乏保护数字弱势群体权利的特别规定。不仅电信和网络法没有对数字弱势群体的扶持性规定，未成年人、妇女、老年人以及残疾人保障的专门立法中也没有对这些特殊群体数字权益的特别保障。这两大缺陷不仅会妨碍数字贫困群体的权利实现，也会严重削弱治理的成效和质量。

四、我国数字贫困法律治理的强化：时代价值与具体路径

（一）我国数字贫困法律治理强化的时代价值

数字贫困是当代中国面临的重要社会问题，加强数字贫困的法律治理对当代中国具有重大的时代价值，具体如下：

第一，数字贫困的法律治理是建成“数字中国”的必由之路。建设“数字中国”是中共十九大规定的任务，“数字中国”的建成不仅需要国家数字政务的扩展、数字经济的增长以及高精尖数字技术的开发，也需要提高人民数字生活水平并消除数字贫困。因为“数字中国”不应该只是少数数字精英的中国，而应该是包括数字贫困群体在内的每个公民的“数字中国”，不让任何一个公民掉队是“数字中国”的底线伦理。

第二，数字贫困的法律治理是小康社会的内在需求。改善民生和消除贫困是全面建成小康社会的重要内容，数字贫困的法律治理也是小康社会建设的基本要求。原因有二：首先，在数字化生存时代里，网上冲浪从过去的奢侈品变成了当代的生活必需品，融入网络社会也成为了“竞争和归属的关键”。[22]因此，数字民生应该成为民生保障的重要内容，数字贫困也应成为贫困的测度指标。其次，数字富裕程度和经济富裕程度有显著的正相关关系，数字贫困和经济贫困间存在恶性循环关系，[23]消除数字贫困当然也有利于消除经济贫困。

第三，数字贫困的法律治理是国家治理现代化的基本要求。首先，数字贫困的法律治理有利于国家治理能力的现代化。数字化治理是国家治理能力现代化的基本要求，无论国家数字化治理的手段多先进、领域多宽广，如果广大人民群众处于数字贫困状态，国家实行现代化的数字治理就丧失了群众根基。其次，数字贫困的法律治理有利于国家治理体系的现代化。法治是国家治理现代化的本质特征、题中之义和重要标志，[24]尽管软法性的政策型治理在当下中国仍然有较强政治动员力，但是长远来看，由于政策本身的不稳定性及其存在的人治风险，有必要强化数字贫困的法律治理体系，实现从软法性

---

[22] The United Nations Development Programme(UNDP), Human Development Report 2019, p.iii.

[23] 参见 International Telecommunication Union, Measuring the Information Society Report，Volume 1，2018. 以及罗廷锦，荼洪旺：《数字鸿沟与反贫困研究——基于全国 31 个省市面板数据的实证分析》，经济问题探索 2018 年第 2 期，第 11 页。

[24] 韩克芳：《法治在国家治理现代化中的地位、作用及实现路径》，江西社会科学 2019 年第 12 期，第 186 页。

政策型治理向硬法性法律型治理的过渡。

第四，数字贫困的法律治理有利于中国的人权保障事业。人权保障是党和国家的重要使命，也是永无止境的事业。随着数字技术应用在政治、经济和文化领域的全面展开，数字贫困不仅会让人觉得有失体面和缺乏尊严，对工作权、受教育权、文化权、知情权、表达权、参与权和监督权等众多人权的实现也势必带来负面影响。正因如此，为了更好推进人权保障事业，必须努力消除数字贫困。

（二）我国数字贫困法律治理的强化路径

鉴于我国数字贫困法律治理存在的问题，也考虑到数字贫困法律治理的时代价值，我国应通过理念创新和制度变革强化数字贫困的法律治理。在治理理念上，我国应树立人人共享、弱者关怀、公私合作、法律与技术二元共治四大理念。其中，人人共享理念要求关注每个公民享有网络和数字服务的权利，不让任何一个公民掉队；弱者关怀理念要求在重视形式平等的基础上，关怀实质平等，[25]给社会弱势群体提供特殊扶助；公私合作理念要求"促进国家与社会的有效合作"，充分发挥企业等私人组织在数字贫困治理的积极作用；[26]法律与技术的二元共治理念要求重视法律和技术共同治理作用，[27]在完善法律治理的同时，有必要通过技术革新消除数字贫困。

在制度变革方面，应立足中国国情，借鉴外国先进经验，制定专门的《反数字贫困法》。其主要内容应如下：

第一，上网权利的明确宣示。上网权利的保障是消除数字贫困的关键，也是融入数字社会的前提。正因如此，我国应明确规定国家保障每个公民连接互联网，并通过互联网获取信息和进行交流的权利。这一权利首先应在《反数字贫困法》中明确规定，必要时也可以参考墨西哥和厄瓜多尔的做法，将其纳入宪法权利体系中。

第二，明确要求国家加强网络基础设施建设并促进数字技术的革新。针对当前中国农村网络基础设施相对薄弱尤其是部分偏远山区尚未通网络的基本情况，法律应要求国家加强网络基础设施建设，并促进城乡网络全覆盖。考虑到网络建设需要耗费大量财力，可以坚持公私合作理念，规定网络设施建设的 PPP 模式。为了强化法律与技术的二元共治，国家应促进数字技术革新，保障网络信息服务的开放性和无障碍性，保障残疾人和老年人等特殊群体的上网权利。

第三，明确国家的数字技能的培训义务。为了促障人人摆脱数字技能的贫困，法律应要求加强数字基础教育，要求在义务教育阶段开设相关课程。同时，要求国家通过公私合作大力开展数字扫盲活动，委托社会工作者以及中介机构对老年人、残疾人、留守儿童以及其他数字技能贫困群体进行培训，提升其融入数字社会的能力。

第四，对贫困群体的救助义务。国家应该参考法国的做法，对贫困线以下家庭和特

---

[25] 侯健：《人权何以成为人权：证明方式、内在逻辑及理据》，政法论丛 2018 年第 4 期，第 22 页。
[26] 葛洪义：《中国的地方治理与法治发展》，政法论丛 2019 年第 2 期，第 12 页。
[27] 郑智航：《网络社会法律治理与技术治理的二元共治》，中国法学 2018 年第 2 期

困人员提供网络资费救助，并将其纳入最低生活保障和特困人员救助标准之内。同时，借鉴韩国经验，以村委会、居委会以及公共图书馆为依托设立公共上网中心，为当地贫困群体提供一定时限的免费上网服务。

结 语

反数字贫困是关乎数字中国、小康社会、国家治理现代化以及人权保障的伟大事业。在扶贫攻坚处于决胜时刻、全面建成小康社会即将到来之际，加强数字贫困的法律治理无疑具有重要的时代意义。中国当前应坚持人人共享、弱者关怀、公私合作以及法律与技术二元共治的理念，制定《反数字贫困法》，保障公民上网权利，加强网络基础设施建设、数字技术革新和数字技能培训，并针对特定弱势群体给予上网经济救助，确保数字中国建设过程中每个人不要掉队，实现数字时代的有尊严的生活。

公共法律服务：人工智能与审判辅助办案机制建构新视野

杨凯[1]

【摘要】现有人工智能技术应用于司法审判辅助智能化办案体系和机制，必须确立与审判工作具有关联性的大数据分析理论系统，将此系统与审判工作中的决策、监督、管理、流程、程序等基础理论相结合进行综合分析，技术应用需要与司法审判人员和技术研发人员的教育培训相结合，才能形成一套易于推广的人工智能辅助办案理论体系和教学系统。本文在全面考察研究我国法院系统信息化建设实践的基础上，结合司法审判工作特殊规律及其培训教学实践，对人工智能辅助审判办案机制建构和人工智能技术在审判中的推广应用提出合理化建议，力求从人工智能技术在公共法律服务应用层面推进审判体系和审判能力现代化，促进人工智能技术与司法审判辅助办案机制的深度融合。

【关键词】公共法律服务；诉讼服务；人工智能技术；智能辅助办案；规则建构

一、如何确立人工智能嵌入审判辅助办案机制建构的基本规则？

自 2017 年 7 月 20 日国务院公布《新一代人工智能发展规划》并提出促进人工智能在证据收集、案例分析、法律文件阅读与分析中的应用，实现法院审判体系和审判能力智能化以来，关于法律人工智能的研究如雨后春笋般涌现[2]，郑戈（2017）提出面对人工智能的发展大势，维持秩序与变革、守护与创新、价值与事实之间的动态平衡是今天法律人必须面对的紧迫问题。[3]胡凌（2017）对法律是否以及如何介入人工智能算法的运作展开讨论。吴习彧（2017）指出，人工智能难以胜任知识覆盖面大、技术含量高的司法工作，开发一种人机结合的司法裁判智能化辅助系统更为可行。[4]国内法律科技市场开始从“互联网+法律”向“人工智能+法律”转变，全国多地法院也积极布局人工智能的法律产品，如“类案推送系统”等。[5]2016 年《国家信息化发展战略纲要》将建设“智慧法院”列入国家信息化发展的战略中。同年《“十三五”国家信息化规划》中明确指出：支持“智慧法院”建设，推行电子诉讼，建设完善公正司法信息化工程；提高案件受理、审判、执行、监督等各环节的信息化水平；推动执法司法信息公开，促进司法公平正义。[6]2017 年最高人民法院出台了《关于加快建设智慧法院的意见》，指出加快建设智慧法

---

[1] 华东政法大学中国法治战略研究中心研究员，法学博士。本文为司法部 2017 年度国家治理与法学理论研究重点项目“公共法律服务体系建构及其评价标准研究”（2017SFB1006）项目的研究成果。

[2] 如《法律科学》2017 年 5 月集中刊发了五篇文章，专门探讨与法律人工智能相关的问题。

[3] 郑戈：《人工智能与法律的未来》，《探索与争鸣》2017 年第 10 期，第 78~84 页。

[4] 吴习彧：《司法裁判人工智能化的可能性及问题》，《浙江社会科学》2017 年第 4 期，第 51~57、157~158 页。

[5] 参见陈琨：《类案推送嵌入“智慧法院”办案场景的原理和路径》，《中国应用法学》2018 年第 4 期，第 93 页。

[6] 秦永彬等：《“智慧法院”数据融合分析与集成应用》，《大数据》2019 年第 3 期，第 36 页。

院是顺应大数据时代潮流发展趋势 、满足人民群众对法治期待的重要举措。[7]《最高人民法院关于深化人民法院司法体制综合配套改革的意见——人民法院第五个五年改革纲要（2019-2023）》中强调的司法体制综合配套改革，关键是进行司法体制供给侧改革，这要求司法系统及时回应新时代诉求，不断提高科技应用能力，积极运用大数据管理与服务平台，推进人工智能对司法审判效率和质量的提升，建设“智慧法院”。[8]人工智能技术与审判体系和审判能力现代化研究，需要从公共法律服务体系建构视角出发对现有人工智能技术性研究方法特征进行梳理，确立与司法审判工作具有关联性的数据分析理论，将之与审判中的审判监督管理事务、审判诉讼程序、案件实体辅助决策、司法审判人员和人工智能技术人员教育培训的基础理论结合分析，才能形成一套易于推广的人工智能辅助办案理论体系和教学系统。

鉴于这一研究涉及多个学科领域，且全国各地人民法院信息化建设中的人工智能技术辅助办案系统应用开发的进展相比较而言很不统一，需要综合运用法学、经济学、政治学、社会学、计算机科学等多学科的方法，将实证研究与规范分析相结合，实现微观层面和宏观层面的统一，真正实现人工智能技术在司法审判辅助办案机制建构中的公共法律服务功能。人工智能（ArtificialIntelligence，英文缩写为 AI）是研究、开发用于模拟、延伸和扩展人的智能的理论、方法、技术及应用系统的一门新的技术科学，该领域研究包括机器人、语言识别、图像识别、自然语言处理和专家系统等。[9]人工智能应用于法律领域主要经过了三个阶段，分别是基于规则的法律专家系统，以D·沃特曼和M·皮特森于 1981 年开发的法律判决辅助系统为代表；基于大数据的法律人工智能系统，以IBM 研发的世界首位人工智能律师 Ross、英国首个“合同机器人”Berwin Leighton Paisner（BLP）为代表；法律人工智能超越人类法律专家智能，未来随着 GPU、TPU 等硬件的发展，人工智能设备将成为法官或律师不可或缺的助手，甚至出现人机一体或人工智能代替法官直接作出裁判的现象。[10]从技术内在的发展逻辑而言，当前的信息技术已能通过对海量数据的挖掘和分析，在数据处理方面实现类人类智慧的分析、判断和预测功能。[11]在此技术应用规则建构基础上的智慧法院建设是信息技术发展的必然产物。从法理学层面而言，人工智能运用于司法审判辅助实务机制建构应当从以下几方面建立基本规则体系，进而开展技术应用层面的探讨。

一是亟待确立标准化指标体系规则。数据质量直接影响计算结论的可靠性。数据质量包含八个方面的指标：准确性、及时性、即时性、真实性、精确性、完整性、全面性

---

[7] 康兰平，钱弘道：《司法透明评估的大数据方法研究》，《浙江大学学报（人文社会科学版）》2018 年第 3 期，第 25 页。

[8] 参见殷兴东：《司法体制改革“三大”误区及综合配套改革八个方向》，《甘肃政法学院学报》2018 年第 4 期，第 91 页。

[9]张清，张蓉：《“人工智能+法律”发展的两个面向》，《求是学刊》2018 年第 4 期，第 99 页。

[10]参见伍红梅：《以“大数据+机器学习”为驱动构建刑事案件判案智能预测系统》，《人民司法（应用）》2018 年第 10 期，第 34~35 页。

[11]参见徐骏：《智慧法院的法理审思》，《法学》2017 年第 3 期，第 56 页。

和关联性。其中，数据关联性的确立必须结合具体分析对象的专业知识来识别，例如很多人工智能分析报告是以裁判文书的案由、当事人身份、裁判依据的法条来分析，是由于以上关键词比较容易从表面文意识别和提取。但如果需要对类案裁判规则进一步提炼识别，则需要借助语义的模糊分析和机器学习，来确立更加细致、灵活的关键词识别标准。而关联性指标本身具有推测性成分，因此关联性往往又会与准确性出现对立。例如，以案由为识别标准，有些案件的文书所填写的案由本身并不是十分准确，有些案件的争议焦点可能包含多个法律关系，而案由的规范写法一般使用一个案由，复杂案件至多不得超过两个并列式表述的案由。

二是亟待选择大数据分析目标规则。人工智能分析方法通常有追溯（也称为溯源）、监控评估、分析规律、发现问题、预测未来、总结规律。而目前在审判辅助办案中已经较为广泛应用的主要是追溯、监控，例如，在案件中将数据资料作为电子证据，以数据载体的物理形态来证明反复发生的行为、现象，而不是运用人工智能分析对无法直观认知的事物发展而得出结论；在司法公开、案件流程管理、类案裁判中分析判断法官的司法行为是否符合通常形态，而不是探寻激励法官内在积极性的手段；在案件裁判中主要应用于裁判结果有无超过通常裁量幅度，但是进一步深层次的分析运用的较少，预测和提炼规则更为罕见。而在商业领域，以上几种目标都较为常见，例如，阿里巴巴集团曾经根据淘宝交易平台的交易量成功预测了 2008 年的世界金融危机。

三是亟待选择大数据分析方法规则。①对比和对标：对比是两组事务之间相互比较，对标是选择一个标准参照物，将其他事务与之比较。②分类与聚类：分类是认知事务性质特征的第一步，聚类是寻找潜在规律的第一步。③逻辑关系分析：相关性分析，回归分析。④预测与决策：预测主要是基于事务的相关性对未来的行为进行可能性评估，决策是对事务下一步发展进行确定性判断。⑤解构与结构化分析：解构是将事务的各个因子抽取和分类剖析，结构是将经过分析、提炼的各种构成因子进行有规律的重组。

四是亟待选择大数据分析工具规则。①运用 Python 等编辑的数据抓取工具，适合于在裁判文书网等网站自动抓取数据信息，且可以进行一定程度的词汇分析，是较为灵活的数据采集方式，但需要一定的编程能力。②Excel2016 以上版本中的数据分析工具，由于 Excel 较为容易普及和掌握，而且其在 2016 年以上版本中也提供了许多基本数据分析工具，因此较为适合在没有特别训练基础的条件下推广。③SQL 与数据库软件 Access、SQL Server MySQL 等数据库工具，属于综合类数据存储与统计分析工具。④SPSS 统计分析工具，是较为普及的统计分析工具，但缺点是需要将大量的非结构化数据信息转化为结构化信息后才能代入软件分析。⑤R 语言编程及 SAS 工具，较为灵活且用途广泛，但需要具备一定的专业数据知识。⑥其他网络软件和工具，目前也有许多软件公司开发的不需要编程基础的数据抓取、词频分析工具。

人工智能应用不同于传统司法信息化建设，突出表现为技术对司法场域介入的广泛

性与深刻性。[12]面对浩如烟海的大数据，人工智能辅助办案需要提炼共性规则，即依据不同的司法审判应用场景，提取规则并进行数据标注，供机器深度学习，以形成类似于人类的信息提取、逻辑分析能力，进而辅助司法审理裁判。[13]当前，针对我国审判体系和审判能力现代化发展要求，要将人工智能和大数据运用于审判工作，应当将审判基础理论按照事、人、案分为三个类别。“事”主要是指审判系统中的一些综合性管理事务，需要将以往在审判管理中单一运用管理学原理来提高审判质效专项，与司法审判法治化理论、法官职业专业化理论深度结合，实现从审判管理到规则治理、从单一关注司法裁判结果到关注司法行为过程的转变。“案”即案件，主要涉及诉讼法理论和实体法理论在人工智能分析中，参与结合深度分析研究、应用技能提炼、司法规律的发现与裁判规则的创新。“人”主要是参与人工智能应用与挖掘创新的主体，分为两个类别的人员：一是由法官、司法辅助人员、审判绩效管理人员组成的司法审判人员，要注重对他们的人工智能分析技能及思维的培训；二是由数据专家、分析统计专家、具备法律职业知识的分析专家组成的人工智能技术人员，要充分借助他们的专业知识和技能，开展有效的沟通，实现技术与理念的有机衔接。

二、构建司法审判体系外部数据库交互标准指标体系规则机制

从外部因素对法院和其他政府机构的行为模式和组织形态影响的研究非常多，其中，唐应茂（2018）指出，如果将法院看作是广义政府的一部分，政治学者和经济学者对影响政府信息公开的因素常提及的有三个外部因素，即基于上下级关系的权威，基于经济因素的市场化发展水平，以及基于文化或心理因素的公众信任。[14]就我国情况而言，目前已有多地建立了大数据交易所并开始进行数据交易，司法大数据也通过中国裁判文书公开网等途径进入公众的视野。有学者指出，既有中国法律实证研究所利用的数据主要是“小数据”，即一些局部性与抽样性的数据，是某一或若干区域性司法机关生产或研究者自行收集的某一时段之整体性或部分数据。而域外学者研究的数据样本常常是全国性的抽样数据甚至是全数据，这个现状与我国“数目字管理”能力有限直接相关，而且统计口径的变动、不统一使得部分数据之间容易出现冲突。[15]因此，应当重视数据质量和数据应用效果，并在操作层面上建立数据质量标准、交互应用及隐私保护的规则。

一是建立外部数据质量标准和数据交互应用规则法律大数据的出现，使得基于法律大数据的司法实践与新型实证研究成为可能，并可能带来法学研究方式的革命性变化。[16]对法院而言，对外应当建立司法审判人工智能信息交互平台统一信息口径，与其他行政管理机构、行业组织制定统一对接数据口径标准，共享全社会数据资源，在社会纠纷、

[12]王禄生：《大数据与人工智能司法应用的话语冲突及其理论解读》，《法学论坛》2018 年第 5 期，第 137 页。
[13]高翔：《人工智能民事司法应用的法律知识图谱构建》，《法制与社会发展》2018 年第 6 期，第 70 页。
[14]唐应茂：《司法公开及其决定因素：基于中国裁判文书网的数据分析》，《清华法学》2018 年第 4 期，第 38 页。
[15]左卫民：《一场新的范式革命？》，《清华法学》2017 年第 3 期，第 50 页。
[16]左卫民：《迈向大数据法律研究》，《法学研究》2018 年第 4 期，第 139 页。

民间习惯、道德评价、司法公信力评价、舆情分析与稳控方面采集社会交往中产生的全数据信息，做到数据分析对象的深度画像。有学者指出，“传统型审判管理模式容易产生新公共管理理念下的‘碎片化’问题，法院内部、法院内外信息沟通不畅、不及时，内部建设重复与滞后、外部社会关切问题解决不到位等弊端丛生。”[17]“只有通过对数据的大量输入并加上复杂运算，让数据不断产生又不断拆分、整合，融合生成新的产品，然后输出、使用，才能形成‘数据生产信息、信息改善决策’。”[18]因此，只有实现数据的互联互通，才能有效提取数据中蕴含的信息，也才能找到其中的规律，充分发挥其辅助司法决策、有效预测未来趋势的功能。

二是建立数据信息安全和人权保护的制度和机制。数据安全与个人信息保护都是我国网络安全法律领域研究的重点，特别是在大数据得到开发与应用之后，国内学术界对数据安全法律问题的著述颇多。[19]大数据产业发展面临着诸多难题，如数据权利类型没有明确、数据权利主体存在争议、数据控制和使用权利界限不明、数据的易复制性导致权属保护困难等。[20]随着审判系统应用的数据信息量增大，必然会导致数据安全防护风险和人权保护问题越来越突出。既要对外交互共享数据信息、维护司法公开，又要防止司法审判的过程变为数据人格权保护的薄弱环节，不仅要从开放式人工智能平台的技术操作上设置安全防护和数据隐形措施，还要重新构建数据人权保护的法律规则和诉讼程序规则，明确责任损失的计算规则、责任划分的归责原则，通过明确数据传导及应用过程中的各环节主体责任来反作用于数据安全保护。关于信息相关权利的保护范围，首先是要合理区分属于“公共信息”还是“个人信息”，在设置信息分类标准的基础上区分对待。“公共信息”在不损害国家及他人合法利益基础上，以公开为原则，不公开为例外，“个人信息”则以保护个人利益和自由为原则。同时，当前其他国家和国际组织大多是从人权或基本权利保护角度来规范个人数据处理行为的。在欧洲，欧洲委员会的《108 公约》是将个人数据保护定位于个人尊严和基本人权（自由权）来保护。在美国，个人数据保护或者信息隐私是用侵权救济的形式来进行保护。在欧美各国，尤其是欧盟成员国，并非主要依赖私权体制救济，而是依赖行政监管的手段进行事前预防。由于受到我国法律文化传统的影响，我国隐私权长期被置于名誉权范畴加以保护，其保护内涵狭窄，救济成本高，因此应当结合当前国际通行的做法，研究适应于我国环境土壤的个人信息保护方式。

三是创新审判权运行机制质效评价激励机制。尽管在话语层面，我们不断宣扬人工智能已经成功在司法领域开疆拓土，其中的典型代表如上海刑事案件智能辅助办案系统、江苏的智慧审判系统等。但这并不意味着司法领域的人工智能运用已经获得了实质

---

[17]高一飞，高建：《智慧法院的审判管理改革》，《法律适用》22018 年第 1 期，第 59 页。
[18]倪寿明：《充分挖掘司法大数据的超凡价值》，《人民司法（应用）》2017 年第 19 期，第 1 页。
[19]张玉洁，胡振吉：《我国大数据法律定位的学说论争、司法立场与立法规范》，《政治与法律》2018 年第 10 期，第 142 页。
[20]参见张吉豫：《大数据时代中国司法面临的主要挑战与机遇》，《法制与社会发展》2016 年第 6 期，第 54 页。

性突破。[21]应当正视的问题是，各省信息化系统存在较大差距，容易在衔接和配合上产生信息无法融合的问题，即使是各级法院都较为成熟的电子档案管理，都存在无法互联互通、信息无法共享的问题[22]，若无法真正解决技术对接和信息共享问题，法院信息化建设极易出现“信息孤岛”。因此，针对法院系统内部，应当设计符合客观司法能力的审判管理统一考核数据指标，根据四级法院功能定位，分层级构建全国法院系统的统一司法统计信息化系统，实现司法审判的数据共享、同步监控审判流程管理、客观精确测算司法过程的资源消耗（主要是人力成本、时间成本、建设成本），为制定分案标准、质效评估标准、审判案件权重系数提供决策依据。尤其是在我国东西部发展极不平衡，案件数和类型呈现地缘化差异时，及时运用人工智能信息反馈合理调整案件权属系数的分类，在统一司法管理数据采集标准的前提下，拟定符合客观司法规律的、人性化的审判管理考评标准。

三、建构司法审判流程人工智能信息提炼与程序启动规则机制

有学者指出，高级司法人工智能，是指计算机在自然语言理解和常识推论之上，通过证据认定案件事实，并作出最终裁判的全新审判模式。从计算机对案件的“处理”转向“审理”应当是高级司法人工智能化的真正表现，即“人工智能裁判”。[23]当前，我们仅仅强调在后续审理过程中对于庭审笔录模块和裁判文书模块标准化处理，以期望达到案件文书自动生成的效果，但是审判是被动启动的程序，诉求不标准、不规范，会直接影响后续案由生成、庭审争议焦点形成和裁判文书集成。因此，对于大量的简单纠纷，不仅要从外部角度为服务当事人提供便利，也要为服务审判提供可以量化的标准入口。

一是建构应用人工智能从诉讼能力平衡观研究程序机制。在三大诉讼构造体系中，所有的诉讼规则设计终极目标都是为了追求诉讼构造的平衡。在过去的程序研究中，我们更多强调诉讼地位的平等，而忽视了双方诉讼能力的研究。在诉讼中运用人工智能分析方法更有利于对双方当事人实际的诉讼能力近距离观察。虽然在三大诉讼中，存在着不同程度的对待双方案件参与人差别化的规则设置，根本原因不是由于双方当事人的诉讼地位不平等，而是由于双方的实际诉讼能力不均衡，因为即使在制度上承认双方当事人的诉讼地位平等，也不能回避双方实际的诉讼行为能力不均衡的问题，需要一些补偿机制补足，使得双方的实际诉讼能力达到平衡，才能实现双方诉讼地位的平等。根据三大诉讼不同的程序特征搜集诉讼中的各项具体细节指标，集合案由分类细化各类案件当事人诉讼能力评估指数，并在此基础上设置平衡双方诉讼能力的矫正方案建议。

例如，在医疗纠纷等特定民事诉讼案件中，由于双方的举证能力不对等，则需要实行举证责任倒置等证据规则进行差异化对待。在刑事诉讼中实行的无罪推定和非法证据

[21]左卫民：《热与冷：中国法律人工智能的再思考》，《环球法律评论》2019 年第 2 期，第 55 页。
[22]刘雁鹏：《审判管理信息化：路径、效果和展望》，《中国应用法学》2017 年第 4 期，第 95 页。
[23]罗维鹏：《人工智能裁判的问题归纳与前瞻》，《国家检察官学院学报》2018 年第 5 期，第 19 页。

排除规则，则是考虑到被告人在剥夺人身自由后诉讼能力减弱。出于保护行政相对人的考虑，行政诉讼中以作为被告的行政主体为主要举证责任承担方也是基于双方诉讼能力的不平衡。

二是建构人工智能分析结论的证据效力分级机制和启动规则。当前对于人工智能分析结论主要是比照电子证据纳入诉讼中来运用，但是人工智能分析结论的实质特征及其功能价值，与将电子数据信息以物质载体固定化、可视化的电子证据的价值功能和内容展现方式是不同的。如果仅作为电子证据形式来考虑其证据资格会使得大量有价值的人工智能分析结论不具备作为诉讼证据的资格。刑事诉讼法学者陈瑞华教授曾提出“程序法内部的实体与程序规范的二元分化堪称现代程序法发展的里程碑。”将人工智能分析结论作为独立的证据种类纳入诉讼证据制度来予以规范必须同时设计两方面的制度，一个是程序法实体性质规范上的证据效力分级认定制度，一个是程序性质规范上的人工智能分析程序启动机制。

有的人认为人工智能只能反映数据之间的相关性，而不能反映因果性，只能作为发现证据的线索，而不能作为证据采信，尤其是在刑事案件中。下面我们重新从证据法理论来分析人工智能分析结论的性质：①在民事、刑事、行政三大诉讼系统中，证据证明力标准是不同的，并且呈现出从低至高的多个不同阶层；②人工智能分析结论在一定条件下可以认定事物的因果关系，而不仅仅是相关性。例如，在一定条件下对于某一领域范围的全数据信息分析是有可能得出因果关系的结论的，那么其就有可能上升为可以采信的证据，并作为认定案件事实和法律关系的依据。③在有些犯罪行为的罪状描述中只要超过一定数量就可以构成犯罪，那么数据信息就有可能成为定罪量刑依据，同时在有些知识产权侵权案件中以行为次数作为侵权损失认定标准，数据就可以作为侵权判定的关键性证据。在有些涉及卡拉 OK 歌曲侵权、网络影视作品侵权、摄影作品侵权等常规的类型化案件中，还可以引导当事人自行查看预判结果，寻求通过调解方式化解纠纷、解决矛盾的可能性。[24]对于人工智能如何辅助诉讼程序机制，可以有两条不同的路径选择：一种是纳入已有的专家辅助人制度，建立人工智能专家名册和资格审查机制；第二种是建立司法调查官制度，培训专业的人工智能分析人员，并设置一系列启动、质询、认定程序机制。

四、建构诉讼服务与公共法律服务双中心智能融合规则机制

在电子司法全球化趋势背景下，随着诉讼服务中心建设与公共法律服务中心建设不断深入，我国逐渐迈向电子诉讼时代。突如其来的新冠肺炎疫情又将电子诉讼的发展步伐飞跃式向前推进。在面临电子诉讼即将走向常态化的拐点，我们必须要驻足反思相关制度存在的掣肘和症结，思考人工智能技术在双中心融合上的规则建构，以期为下一步

[24]吴汉东，张平，张晓津：《人工智能对知识产权法律保护的挑战》，《中国法律评论》2018 年第 2 期，第 22 页。

相关政法公共服务制度形成系统集成、协同高效的机制体制改革探明路径。

一是建构诉讼服务与公共法律服务双中心运行效果比较规则。2017 年杭州市互联网法院成立之后，北京、广州等地互联网法院也相继成立。新冠肺炎疫情发生后，各地各级法院将司法审判方式从物理空间移步至网络空间，积极推行在线诉讼模式，全国法院普遍开通诉讼服务网，提供网上立案、在线庭审、在线调解等多项服务，已建成 28068 个科技法庭以支持远程视频庭审，各法院已全部对接中国移动微法院支持各项司法服务活动，将在线诉讼从专门的网络法院推广至普通法院，走上了在线诉讼普及化的道路。根据 2020 年最高人民法院工作报告显示，2019 年全国法院各级法院审结一审民事案件 939.3 万件，一审商事案件 453.7 万件。全国法院系统建立一站式多元解纷和诉讼服务机制，在诉讼服务中心建立调解、速裁、快审一站式解纷机制，全国法院诉讼服务中心化解案件 849.7 万件。在疫情防控期间，全国法院网上立案 136 万件、开庭 25 万次、调解 59 万次，电子送达 446 万次，由此可见，诉讼服务中心化解的案件在一定程度上环节了审判压力，但仍有 40%的民商事案件无法在诉讼中心化解，疫情期间在线诉讼方式得到了迅速普及，但电子诉讼中的调解率并不会随电子诉讼普及率同时上升。最高人民法院印发的《民事诉讼程序繁简分流改革试点实施办法》明确了推进电子诉讼的基本原则、适用条件和主要规则，在疫情期间最高人民法院又发布了《关于新冠肺炎疫情防控期间加强和规范在线诉讼工作的通知》。根据近期以来各地方法院电子诉讼运行状况来看，主要存在如下问题：1.当事人身份查验存在风险，实践中各地法院采取了在线比对身份证件和生物信息、绑定淘宝、支付宝、微信等第三方平台等多种方式来核对当事人身份，为了避免冒用他人身份立案一些地方采取了网上立案之后再次现场核对身份的做法，实际上加大了当事人负担，降低了工作效率；2.在线送达成功率不高，电子送达相较于传统的线下送达方式，具备快捷、便利、节约司法资源的优势，经推广基层法院也已经开始尝试运用电子送达方式开展线下诉讼活动，但由于受送达主体的配合度不高、无法保证当事人是否已阅读送达内容，导致送达成功利率低、效果差，线下邮寄依旧是普通基层法院采取的主要方式。3.在线庭审的开展以当事人同意为前提，由于参与过程的复杂性，以及庭审准备环节较多，导致部分当事人消极配合，对在线庭审的首选率不高。4.在线质证的视频分辨率不仅依赖法院方的设备终端效果，还依赖于当事人方视频设备终端效果，一旦当事人对对方证据真实性不认可或者表示看不清晰就需要重新线下质证。5.当事人及证人参与庭审活动场所难以保证符合要求，在线证人作证场所的封闭性难以保证，部分当事人参与庭审的环境嘈杂。6.在线诉调对接工作中部分基层法院反映出存在“以奖定补”难以落实影响调解积极性，非人民法院指定名单中的调解人员调解协议无法得到司法确认，诉调对接的案卷档案不完整、不规范的现象难以改善。与此同时，尽管我国已经建成覆盖城乡的公共法律服务平台体系，并且实现了网络、实体、热线三台融合，三大平台中,实体平台是最为重要的核心平台。目前有部分地区存在实

体公共法律服务平台空心化现象，即具备相应的办公场所和人员、装备，但具体服务产品内容没有充实。要不断丰富法律服务的内容和产品,积极安排符合辖区内现实矛盾纠纷化解主要需求的服务产品进驻实体平台,用实心化为实体平台赋能，形成现代公共法律服务实体平台的生态圈,。

二是建构诉讼服务与公共法律服务双中心协同创新合作规则机制。[25]完善的公共法律服务体系功能发挥过程由法律风险预防、法律问题诊断、法律事务分流、法律矛盾纠纷化解、法律裁决履行、社会关系修复的六个节点形成完整的链条，只有通过这个链条整体化运作才能充分发挥公共法律服务防范矛盾纠纷的效果。在司法行政相关的法律援助、多元化矛盾纠纷化解与分流、公证参与司法辅助、村（居）法律顾问服务等活动中，并不能依靠司法行政机关独立服务达到人民群众满意的服务效果，在人民法院在线诉讼中的诉前调解、立案送达、参与庭审和质证等活动需要通过诉讼服务中心平台与公共法律服务中心平台功能在横向上进行融通，纵向上进行融合才能突破在线诉讼发展的掣肘。目前，各地方的实践中已经初步呈现了诉讼服务与公共法律服务融合与对接的萌芽。2018 年 1 月，广州市中院与市司法局签署《关于开展公证参与人民法院司法辅助事务试点工作合作框架协议》，旨在大力推进人民法院司法辅助事务与公证机构工作有效对接，公证机构参与调解、参与取证、参与送达、参与保全、参与执行的协助，以帮助法院缓解“案多人少”压力。同时，公证机构可以向法院查询婚姻家庭、继承纠纷案件、宣告失踪、宣告死亡案件、监护权案件等的生效裁判文书；建立遗嘱类、继承类公证案卷和相应裁判案卷查阅快速通道；建立与继承事务相关业务风险信息通报机制等。要在电子诉讼时代充分发挥公共法律服务与诉讼服务“双中心”的功能，就必须在横向方面做好公共法律服务中心与诉讼服务中心在诉调对接中的融通；在纵向方面做好诉讼活动中公共法律服务与诉讼服务的融合。[26]**1.**诉调对接中“双中心”的融通。公共法律服务中心和街道公共法律服务工作站、村（居）法律顾问室可以为人民调解工作室提供场地，通过公共法律服务平台与诉讼服务的数据对接，保障诉前调解的电子案卷材料信息、调解人员的资质信息直接向诉讼服务中心流转。公共法律服务体系为人民调解员的“以奖代补”

[25] 英国首席大法官的 IT 顾问 Richard Susskind 在他 2019 年出版的《在线法院与未来司法》一书中指出，接近法律正义的概念包括四个要素：第一是争端解决本身，这是法院的核心服务；第二是遏制争端，在出现争议后避免争议升级；第三是避免争端，通过各种方式让人们获得法律知识，预防出现争议；第四是促进法律健康，即通过法律行为对法律问题作出安排，以防止未来的法律风险出现，例如，订立遗嘱等。法院诉讼仅仅是上述四个要素中的塔尖，而赋予人们获得接近法律正义的基石则是促进法律健康，在日常促进法律健康是减少社会矛盾纠纷压力的基础。

[26] 2020 年 2 月，上海高院、市司法局、市律协联合发布了《关于进一步推广网上诉讼服务的通知》，其内容所涉及的主体既包括法院和法官，也包括律所和律师；程序贯穿网上调解、网上立案、网上阅卷、网上庭审、网上保全、电子送达、网上缴费等等。2020 年 5 月，浙江省高院、省司法厅、省律师协会联合发布了《关于进一步加强在线诉讼的若干意见》，鼓励省内律师事务所办案系统与全省法院办案平台对接，构建网上绿色通道，方便律师在律所办案系统中直接办理在线立案、交费、查询信息、提交和接收诉讼材料等事务，鼓励各地对通知类法律援助公函及相关案件材料，通过省政法办案一体化平台在线流转，鼓励整合人民调解、行政调解、行业调解、律师调解等力量，完善涉诉纠纷网上调解机制，鼓励法院与司法行政部门、律师协会共同创新和规范在线庭审模式。以上诉讼服务与公共法律服务部分对接的地方实践为我们带来了启示：开展诉讼服务与公共法律服务的功能对接既能补足法院在电子诉讼中的短板，又能切实提升公共法律服务的质效。

金费提供支持。中共中央办公厅、国务院办公厅《关于加快推进公共法律服务体系建设的意见》规定要将基本公共法律服务事项纳入政府购买服务指导性目录，建立公益性法律服务激励保障机制。广州市发布了《人民调解案件补贴实施办法（试行）》，指导各区对人民调解案件实施补贴奖励制度，该市以政府购买的方式以不低于 7 万元/年的标准聘请专职调解员分配至市、区法院及互联网法院的调解室工作，为人民调解提供了金费保障。**2.**电子诉讼中“双中心”的融合。在电子诉讼中公共法律服务中心与诉讼服务中心的功能融合可以贯彻从立案至宣判送达的全过程。在立案阶段，通过与律师事务所信息对接直接查验律师的身份，对于没有请律师的普通群众可以到所在辖区村（居）法律顾问室由村（居）法律顾问、基层法律工作者对其查验身份并通过公共法律服务平台对身份信息予以确认。在送达阶段，为了弥补电子送达的不足，一方面可以由诉讼服务中心委托村（居）法律顾问室代为送达，另一方面可以委托村（居）法律顾问室代为搜集当事人地址信息自行送达。广泛引入公证机构参与送达和证据固定，并通过公共法律服务平台将电子公证书直接向诉讼服务平台终端推送或者由诉讼平台向公共法律服务平台查询、调取，减少关于证据真实性的争议。在庭审活动中，可以在公共法律服务平台设立独立的远程庭审室，配置符合远程诉讼条件的设备，便于当事人或证人就近能找到符合在线诉讼条件的场所，保障庭审活动的严肃性。此外，诉讼服务中心和公共法律服务中心建立普法案例库对接机制，将辖区内高发性矛盾纠纷典型进行汇聚、甄别、筛选，通过法治宣传教育的精准投放将社会矛盾纠纷隐患扼制在未然状态，促进人民群众以自助的方式进行法治体检和法律健康维护，实现真正的基层社会矛盾纠纷源头治理。在新冠病毒疫情后时代，为了面对诉讼案件的井喷趋势，将电子诉讼深入推广普及到基层社区，实现线上诉讼方式的常态化必须从矛盾纠纷预防、诉前矛盾纠纷化解、立案、送达、庭审、宣判、执行等各个环节实现公共法律服务中心平台功能与诉讼服务中心平台功能全面无缝对接，才能使公共法律服务与诉讼服务形成系统集成与协同高效的运行机制，共同推动中国特色电子诉讼制度打通向基层社区普及的最后一公里。

五、建构司法裁判规则与审判决策人工智能技术应用机制规则

早期的法官智能辅助系统研发路径主要是依靠专家系统理论构建的，专家系统通常使用于相关的更高特定领域的知识库系统，用来提供建议并使用于特定的目的上。KBS 系统具有内在联系的小规模子系统，在分别模仿法律推理要素功能（法律查询、法律解释、法律适用、法律评价、理由阐述）的基础上。[27]如 1993 年武汉大学开发《实用刑法专家系统》是通过大量“如果-就”（If-Then）规则定义进行“自上而下”的设计，即是通过知识库和推理两部分来描述从一个基本概念演绎出的系统。[28]另一个方向，是人工

[27]张扬武：《基于产生式的民事法律专家系统的研究》，《电脑知识与技术》2013 年第 15 期。
[28]蔡一博：《智能辅助：AI 下民商事办案系统的建构》，《东方法学》22018 年第 3 期，第 135 页。

神经网络的“自下而上”的机器学习思路，其基本特点是试图模仿大脑的神经元之间传递、处理信息的模式来解构法律问题，其技术研发的路径和步骤是通过小样吧数据进行对偶研究，然后监督学习、人工打标签、强化学习、交叉验证、原型开发、模型测试、业务试用、模型调整等阶段完成初期研发任务。要将人工智能与当前裁判规则与审判决策的诉求相结合，需要在以下领域开展纵深研究。

一是实现案件决策的“量化分析”向更宽广的审判应用领域拓展。“量化分析”是人工智能在审判应用领域传播得最广的分析方法，主要是因为其直观和易于掌握。在当前的法院信息化建设中，司法审判人工智能在量刑均衡度和类案裁判尺度方面有了一定的实践基础，但是其应用范围还有待拓展。在关于案件定量决策研究中，可以尝试从量刑尺度、赔偿金额幅度等直观的“数字化”的定量分析延伸到关于行政处罚合理性判断等非直观的、但具有内在数量关系衡量基础的司法审判领域，在案件审判实体决策中拓展“量化分析”的应用范围，将其延展到实质的可量化的法律问题评估决策领域中。当前司法实务界力推的类案检索研究，应当明确有效的类案检索路径，建立清晰的类案运用规则，形成理性实用主义的司法取向和司法进路，使裁判尺度在更高水准的司法经验与智慧之上趋向统一。[29]从域外实践来看，美国威斯康星州诉艾瑞克·卢米斯采用量刑智能辅助工具对被告人判刑引发了广泛的社会争议。[30]因此，我们在引入和推广此类智能系统之初就应当警惕其中存在的风险。

二是实现案件决策“量化分析”到“质化分析”的应用层次跳跃。在目前案件裁判的实体决策中，现有的实践尚止步于主要将人工智能的科学分析结论作为案件决策“量化分析”的手段，作为参照衡量刑罚均衡度经济损害赔偿统一制度的参考标准，较少涉及“质化分析”。即使是在目前一些法院建设的“类案裁判”智能系统中，人工智能分析对于案件实体决策产生的实质影响甚少，因为这些主要应用简单案件的类案裁判系统实际上其运行的前提是先经过了大量人工分析提取“案件要素”，再通过设置一系列要素式的裁判文书模板生产要素式的案件裁判结果。其应用的案件范围有一个共同的特点就是“无实质性重大争议”。然而，司法裁判的核心是定分止争、解决争议，而目前所应用的决策机制仅仅是替代了无争议案件的大量重复性劳务，其不涉及司法裁判的核心技能。如果要对于有法律上的认识分歧、双方当事人有重大争议的疑难案件作出判断，必须要上升到对于法律纠纷判断的性质认定的层面。目前的研究中已经有了部分关于人工智能分析以及人工智能、机器学习决策机制的成果，后续还要继续沿着司法审判专业化方向，研发出一套行之有效的解决实质性纠纷的决策机制。

三是实现从个案决策到对新出现法律规则及政策措施生长的预测。在法律发展史中，每一次科技重大革新所带来的生产力大发展最终会导致法律规则和法律原则改变，

[29]郑通斌：《类案检索运行现状及完善路径》，《人民司法（应用）》2018 年第 31 期，第 102 页。
[30]朱体正：《人工智能辅助刑事裁判的不确定性风险及其防范》，《浙江社会科学》2018 年第 6 期，第 76~77 页。

尤其是在实体法律关系领域。例如，在高危行业中的无过错责任原则，就是工业化大发展之后，基于一些高危工业企业一方面是社会科技发展的最大获益者，另一方面由于科技发展所带来的负面影响无法避免其侵权行为的随意性，最终导致了在特定行业领域的无过错责任原则的确立。因此，人工智能思维方式带来的社会变革不仅仅是工具性的，其最终会带来实体法律革新与生长。据此，我们可以通过大量案件决策中产生的人工智能进一步加深机器学习，从案件决策结果中评估法律与社会现实之间的差异性，以预测未来法律规则的生长方向。有些法律规定经过长时间的演变之后，已经严重不符合社会发展现实的要求，为了维护法的安定性及其社会可接受性的平衡统一，需要应用人工智能分析方法来进行评估，以确定有无修订法律的必要。

六、建构审判人员和人工智能研发人员综合教育培训规则机制

尽管算法决策能遵循三段论的推理模式，在一定程度上能防止法官的个人主观倾向和对裁量权的任意使用，但是算法决策不像人类会进行伦理道德的衡量，注重保障人权。机器训练的过程同样需要本领域专家的参与，以更好地引导机器做出涉及本领域专业知识的正确判断。[31]人工智能是人类创造或者是从人 类活动中学习而来的，从根本上由人类行为决定，对人工智能发展过程的管控在根本上是对人工智能 研发、服务、应用活动的规制。[32]当前，在英国的司法改革中，人工智能审判是其中重要的一个部分。在我国，不仅仅需要通过在线法院分解一部分审判压力，还应当重视人机深度学习，促进人工智能在司法裁判决策中长足发展。

“深度学习的本质，是以不断递归和卷积的深度神经网络为前提，通过非线性系统建模来提供更高层次 的抽象能力。这是其优于人类线性思维能力的根本原因。”[33]人机学习的第一步是简化审理程序，第二步就是让机器辅助法官进行判决。人工智能化审判思维具体包括：流程思维；数据标准化思维（包括录入标准化和分析标准化）、数据决策思维；运转思维；供应链思维；设计思维；变革式管理思维。深度的人工智能分析和预测、决策只能在后续的长期大量应用实践中产生，必须大力培训审判实务人员，包括法官、法官助理、书记员在内的审判团队一起熟练操作，并且在操作中参与思考。

对于关键词的设置、分析方式的设置、处理纠纷时决策的规则的排序设置等，都必须在审判实践中一边应用产生数据的积累，一边同时向数据技术人员提出改进意见，交互学习。“智能化知识是一个新型的知识系统，计算机化是其中的核心内容。因此，在数据化时代，法官们应当通过培训形成以计算机科学为其工作理念和模式的知识结构。”[34]

---

[31]参见徐琳：《人工智能推算技术中的平等权问题之探讨》，《法学评论》2019 年第 3 期，第 157 页。
[32]皮勇：《人工智能刑事法治的基本问题》，《比较法研究》2018 年第 5 期，第 152 页。
[33]李飞：《人工智能与司法的裁判及解释》，《法律科学（西北政法大学学报）》2018 年第 5 期，第 36 页。
[34]汤维建：《“智慧法院”让司法更公正、更高效》，《人民论坛》2017 年第 4 期，第 90 页。

一是建构司法审判和审判辅助人员对人工智能应用技能养成机制。在人工智能时代，基于在线法律咨询和在线法院的发展，有人提出：法官和律师职业是否在未来会被人工智能取代？[35]一个职业群体是否会受到科技发展的冲击，主要在于其作为一个独立职业的核心要素代表什么。法国心理学家勒庞指出，“在一个群体中，没有什么东西比世代相传的思维结构更加稳固。”[36]正如美国卡多佐大法官指出，司法职能之所以能够如此繁荣昌盛，就是因为司法职能始终回应当事人的需求。法官作为一个具有专业性的职业群体，其能动性最大发挥不是依赖于企业管理式的简单劳动力管理模式，更要注意其内在的期望和价值。“现有人工智能系统无法模拟法官思维进行灵活的法律推理，不能体现斟酌具体事实而作出裁判的弹性。”[37]这正是法官职业无法彻底被人工智能取代的原因。但是，“人工智能中的算法作为同类案件的合理处理方案，相对于让人大代表为案件审判结果背书等方式，更能够让当事人接受判决结果，进而规避审判风险，避免与法官的个人选择与职业伦理要求抵牾。”[38]也有学者提出，要建立司法工作者证据审核制度，将司法工作者的“自由心证”与之人工智能的证据审核相结合，避免人工智能建设陷入法定证据制度误区的有效途径。[39]从上述分析都可以看出，与探讨人工智能是否取代司法职业工作者相比，进一步发挥审判专业人员的价值判断优势，提升职业伦理水平，是更为实际的。

二是建构人民法院人工智能分析人员研发技能和创新能力养成机制。人工智能分析专家需要针对司法审判进行专项研发，也需要与审判工作长期磨合并观察训练，才能针对审判工作环境设置分析方案。另外，有的国家除了法官、法官助理之外，还设置有“司法事务调查官”这一技能专业性较高的司法职业，由于人工智能分析师本身的特殊性，有必要在司法职业中设置大技术分析的专业分析职务。人工智能分析事物调查官的具体职能包括：针对特定案件或者司法审判实务出具人工智能分析报告，针对案件中当事人或者法庭委托其他分析结论做出人工智能分析报告，在案件出现争议进行复核时出具复核意见。目前的人工智能专家有三种类型，统计学出身的数据科学家、工程领域出身的数据科学家、商业或者其他专业应用领域的数据专家。但是在人工智能分析专业人才培养领域并没有十分系统化的基础理论研究，针对人工智能审判应用系统的专业数据研究、维护，分析专家的培养与培训，需要我们将上述三种身份专家的特点及优势综合起来分析，制定一套最为容易推广实施的教育培训方案。此外，还应构建人工智能问责机制，制定统一的质量标准或安全标准，为人工智能产品研发设计人员设立道德规范和行为守则，明确人工智能研发禁区，通过立法的形式进行规制，从而实现技术与伦理的协调。

---

[35]其实计算机普及时，美国法学界就已经开始讨论法律推理与法律思维是否可被机器所取代的问题，See Bruce G. Buchanand& Thomas E. Headrickr, Some Speculation about Artificial Intelligence and Legal Reasoning, 23 Stan. L. Rev. 40.

[36][法]古斯塔夫·勒庞：《乌合之众》，北京联合出版公司 2016 年版。

[37]杨焘，杨君臣：《人工智能在司法领域运行的现状及完善对策研究》，《科技与法律》2018 年第 3 期，第 56 页。

[38]钱大军：《司法人工智能的中国进程：功能替代与结构强化》，《法学评论》2018 年第 5 期，第 147 页。

[39]程凡卿：《我国司法人工智能建设的问题与应对》，《东方法学》2018 年第 3 期，第 127 页。

并且，还应当建立应急预案，以应对人工智能复杂场景下突发事件的发生，针对机器人异化和安全监管等国际通用问题提出制度性解决方案。[40]

三是注重建立司法审判亲历性数据积累沉淀及补充机制。在人工智能时代，法院系统的审判信息化建设中忽视了一个审判思维发展的重要元素，就是“司法的亲历性”。与最早的法律规则产生一样，裁判的规则和审判的思维体系必须来自原案件审判中司法的亲历性，而不是来源于书本学习和机器学习。虽然网络学习和在线教育平台能给未来的法律职业教育提供极大的便利性，但是都不能取代司法的亲历性对于职业思维培养的关键作用。随着数字化与审判结合程度越来越高，以及司法改革中产生的断代现象，在司法责任制度中有许多具体制度都是从提高审判质效出发，将法官作为类似的劳动者来管理和约束，从而提高“产能”，忽视了挖掘法官职业的特征属性。当前，各地方法院存在着司法技能和法律思维的“断链”现象。由于司法亲历性的无可替代性，充分运用法庭审判辅助系统和 APP 端实时记录基层法庭审判工作中搜集的各种纠纷细节化信息，包括在基层社区、村落现场庭审、现场调解、走访基层组织调查了解实地风俗等情况，完整描绘基层纠纷发生背景和联合相关基层组织协调解决纠纷的方式方法，将这些司法亲历者性经验数据作为初任法官和其他司法辅助人员训练司法技能的重要基础资料，将成为培育司法审判人员专业技能与司法裁判技艺的不可或缺的环节。同时，法官会议制度尽管不转移法官个人责任，但是可以缓解心理压力，更重要的是为法官职业思维的锻炼提供了一个专门的训练场。在训练方案的拟定上，除了结合现在的网络平台、视频课件等方式外，还应当针对被培训对象在司法实践中的审判能力表现查到其相应的短缺技能，有针对性的进行个性化、定制化菜单培训，并且可以针对学习的案件类别定制专门数据抓取和数据分析软件。正如有学者指出，“司法工作的复杂性就在于各项制度、程序、机制运行均有赖于司法工作者的深度参与。”[41]“当人类所有的行为以数据的形式沉淀下来之时，其就在一定程度上遏制了人性恶的本能。”[42]因此，未来人工智能如何与法官、检察官、司法辅助人员的遴选培训有机结合，从而使司法机关的办案能力得到真正的提升，值得学界和实务界进一步关注和研究。

结语

在中央政治局第十七次集体学习上，习近平总书记要求“加强对中国特色社会主义国家制度和法律制度理论研究，构筑中国制度建设理论的学术体系、理论体系、话语体系。”人工智能技术应用嵌入司法审判智能辅助办案机制建构与完善，亟待从人工智能技术应用的公共法律服务功能视角寻找技术应用的切入点和突破口，人工智能技术应用

[40]参见孙笛：《人工智能时代的犯罪风险分析》，《中国人民公安大学学报（社会科学版）》2018 年第 4 期，第 16 页。
[41]王亚新：《信息化浪潮中的司法改革：机遇与挑战》，《法治现代化研究》，2018 年第 2 期，第 19 页。
[42]冯姣，胡铭：《智慧司法：实现司法公正的新路径及其局限》，《浙江社会科学》2018 年第 6 期，第 70 页。

在嵌入审判智能辅助办案机制建构的过程中亟待构建新的体系化规则秩序，这将会大力推动人工智能技术应用于审判辅助办案学术理论与实践理性相结合的治理理论体系形成，将会促进人民群众生活语言与法律专业语言相互转化的话语体系生成。正如《大数据时代》一书的作者所言，“在大数据时代，新的分析工具和思路为我们提供了一系列新的视野和有用的预测，我们看到了以前很多不曾注意到的联系”。[43]大数据可以帮助我们梳理问题，进一步增强司法审判、司法政策、法治宣传工作的针对性。[44]而人工智能技术在法律智能检索、文书审阅、文书（审理报告）自动生成、智能法律咨询、案件实体处理预判等技术应用领域的探索和应用，将有助于我们充分拓展司法审判场域内的人机融合新模式。[45]人民法院新时代智慧法院建设的全新目标，要求我们积极主动拥抱大数据和数字化时代的到来，通过增强职业能力、提高职业水平、坚守职业伦理，以更加冷静的心态和更加积极主动的状态引领人工智能技术在法律领域的应用，推进人工智能更有效地支持司法体制改革、司法体制综合配套改革、审判权运行机制改革和公共法律服务体系建设改革，充分发挥人工智能技术应用的公共法律服务功能，促进人工智能技术作为审判体系和审判能力现代化助推燃料的巨大功用，实现智能化司法审判体系的现代化转型，实现人工智能技术应用的公共法律服务功能，实现案件审理从量变到质变飞跃式的智慧型跃迁。

[43][英]维克托·迈尔-舍恩伯格、肯尼思·库克耶：《大数据时代》，盛杨燕、周涛译，浙江人民出版社 2013 年版，第 83 页。
[44]林文学，张伟：《以司法方式加强社会主义核心价值观建设的方法论》，《法律适用》2018 年第 19 期，第 40 页。
[45]参见陈增宝：《构建网络法治时代的司法新形态》，《中国法律评论》2018 年第 2 期，第 45 页。

大数据时代算法规制问题研究
——以个人信息保护为视角

李鑫　崔大阳[1]

【摘　要】 随着人类社会进入大数据时代，从社会层面的信用体系建设到商业层面个性化服务，算法对人们经济和社会生活中的影响日益增强。大数据的价值实现依赖算法和个人信息的共同作用，两者也呈现闭环链条。算法在运行中出现算法歧视、算法黑箱和算法垄断三个问题，导致市场主体利益格局失衡和个人信息侵犯的两种现状，而目前的立法无法作出有效回应，因此应当通过明确个人信息权的基本权利地位、在公私两域设立不同的个人信息保护规则以及制定强制性国家标准和第三方算法审查机制的方式建立算法规制体系。

【关键词】算法权力；算法规制；个人信息保护；基本权利

一、前言

算法的核心是按照设定的程序运行，以期获得理想结果的一套指令。但进入大数据时代之后，算法的功能和表现形式发生了天翻地覆的变化。想要从个人信息角度理清规制算法的思路，首先需要明确算法与个人信息的关系。算法与个人信息并非是一一对应，而是有两层逻辑关系。第一，目的与手段的关系，算法是获取个人信息的手段，正如我们日常所见，智能手机可以在不断地获取我们的地理位置信息，智能手环在连续的检测心率，同时，我们的每一次浏览、点击、输入等在线行为都被记录下来，这一切就依靠算法完成。通过预先编制的算法，系统可以知道对何种信号需要记录，以及如何区别每条记录所对应的不同个体，而个人信息则是记录的核心目标，只有获取到了与能够与特定个体相联系的个人信息，才有可能为具体的人做数字画像，从而将繁杂的信息梳理成一个个不同的个体，以便有针对性的实施推送、定价或管理等行为。第二，工具与对象的关系，获取个人信息以后，需要特定的算法解读出这些个人信息所包含的有价值的内容，甚至是将不同渠道获取的不同类型的个人信息相整合，以获得更加精准、更加有效的预测结果，例如，购物网站可能会对用户在本网站的浏览记录和购物历史进行记录，同时会从搜索引擎中获取用户的搜索记录，从而既能够为用户推荐其可能感兴趣的惯用品牌商品，维持旧的消费习惯，又能获知用户的最新关注点，扩展新的消费市场。由此可见，算法与个人信息实际形成了算法——个人信息——算法的链条，个人信息始于算法，又终于算法。

---

[1] 李鑫（1982—），男，山东寿光人，青岛科技大学法学院副教授、硕士生导师；崔大阳（1993-），男，山东潍坊人，山东省弱势群体司法与社会保护研究中心研究人员。

由于网络社会中信息主体与信息控制者在信息收集和利用方面形成的不平等地位，逐渐衍生出了一种以算法技术为核心的权力，学者将其称为“算法权力”。[2]算法侵权往往被掩盖在传统侵权理论之下，例如“大数据杀熟”中消费者权利受侵害表面上是价格歧视的一种网络形态，但其实本质是算法歧视，实质上是经营者滥用算法权力的结果，[3]更进一步的说，算法权力也只是一种化身为技术性权力的表象，其背后还隐藏着资本的权力。[4]不止于此，算法权力也已经从商业社会扩展到社会治理体系之中，人类在政治领域的价值也正被数据所替代，民主的权力正被算法权力掏空。[5]这就意味着，算法权力不单单存在私域之中，还体现在公域之中。在算法规制方面，姜野主张加强法律对技术的归化，“通过法律的价值影响算法的回报函数”，明确信息主体的“被遗忘权”，坚持审查与监督并举；[6]廖建凯提出了经营者自律、行业协会引导、政府机关监管、消费者自我保护和公众参与五个方面的对策，孙莹则主张构建由政府主导大数据系统并掌握其核心算法，同时在互联网协会中设置伦理委员会，在立法上压实算法主体的责任，也有学者认为应当通过增加透明度、公开源代码和输入数据、输出结果，以便追责。[7]

从个人信息保护来看，立法中主要采用“可识别性”理论，即能够单独或与其他信息相结合识别出特定个体的信息，是否具有“可识别性”是区分个人信息与非个人信息的关键。[8]另有观点认为，只要某一信息能够指向特定个体，就应当属于个人信息，[9]这就使得个人信息的范围随着技术进步不断地扩大，而有的学者则认为扩大个人中信息的范围会导致更多个人信息争议，反而不如狭义的解释有效。[10] 个人信息的构成要件也被细致的划分，“可识别性”属于实质特征，所谓识别出特定个体实际上包括个人身份和个人特征两重含义。[11]此外，“信息以一定的方式被记录”属于形式要素[12]。其次是个人信息的保护模式，通常在公私两域分别探讨。私域中存在隐私权保护与新型权利保护两条道路，隐私权保护中齐爱民将个人信息作为个人隐私的上位概念，[13]王利明则认为二者是平行关系，只是存在部分重合。[14]新型权利模式则是主张个人信息权是一个新兴权利，

---

2 David Beer. Power through the algorithm? Participatory web cultures and the technological unconscious[J]. New Media ＆ Society,2009,11(6):985.

3 廖建凯.“大数据杀熟”法律规制的困境与出路——从消费者的权利保护到经营者算法权力治理[J].西南政法大学学报,2020,22(1):71-74.

4 孙莹.人工智能算法规制的原理与方法[J].西南政法大学学报,2020,22(1):87.

5 吴冠军.竞速统治与后民主政治——人工智能时代的政治哲学反思[J].当代世界与社会主义,2019(6):33.

6 姜野.算法的规训与规训的算法：人工智能时代算法的法律规制[J].河北法学,2018,36(12):148-152.

7 Citron, Danielle Keats, Pasquale, Frank A. The Scored Society: Due Process for Automated Predictions[J]. Washington law review,2014,89(1):8.

8 程啸.论大数据时代的个人数据权利[J].中国社会科学,2018(3):102-122.

9 谢远扬.个人信息的私法保护[M].北京:中国法制出版社,2016:11.

10 Vladislav Arkhipov, Victor Naumov. The legal definition of personal data in the regulatory environment of the Russian Federation: between formal certainty and technological development[J]. Computer Law & Security Review, 2016, 32(6):868-887.

11 高富平.论个人信息保护的目的——以个人信息保护法益区分为核心[J].法商研究,2019,36(1):93-104.

12 韩旭至.个人信息概念的法教义学分析——以《网络安全法》第 76 条第 5 款为中心[J].重庆大学学报(社会科学版),2018,24(2):154-165.

13 齐爱民.拯救信息社会中的人格[M].北京:北京大学出版社,2009:78.

14 王利明.论个人信息权的法律保护——以个人信息权与隐私权的界分为中心[J].现代法学,2013,35(4):62-72.

其是“一个表征权利束的统合概念”。[15]公域中主要是讨论政府利用个人信息应当设立特殊的规则，[16]吴伟光则更进一步，认为应当直接把个人信息作为公共产品进行规制。[17]

现有研究虽然已经在个人信息的界定和构成要件取得了可喜的成果，但存在两个问题。第一，简单的将大数据与个人信息约同，忽略算法在大数据中的作用，在探讨如何保护信息主体利益时忽略了算法的规制。第二，过于偏重私域中个人信息保护问题，即使是以公域为视角的研究也多是围绕大数据在社会治理中的积极作用，缺乏对政府规制的研究。

二、算法存在的问题及法律规制的必要性

（一）算法存在的问题

算法的应用已经占据了人们生活的绝大部分，并且多以有针对性的方便用户自居。但在强调便利性的同时，算法主体却刻意忽略了享受这种便利的前提，即贡献自己的个人信息。事实上，信息主体不仅无法知晓自己哪些个人信息被收集，而且连收集的主体和时间都无法确定，更不必说收集之后隐藏在黑箱中的处理和决策了。信息主体所获得的仅是一个相对正确或错误的决策结果。更可悲的是，即使明知结果是错误的，信息主体也没有办法反馈给决策者。而且如果因为这种错误的结果受到损害，信息主体也没有明确的救济途径。从实践来看，算法的运行过程至少存在以下三个问题。

1.算法歧视

在物理社会之中，显性的歧视由于不符合通常的道德准则，已经越来越不被社会大众所接受，隐性歧视则多是基于双方信息不对称，随着社会透明度的增加也逐渐消退，而在虚拟世界中，情况恰恰相反，互联网虽然以公开、透明、可参与度高著称，但其歧视的方式已经被有意或无意的隐藏在了算法之中。在大数据的收集和处理过程中，学者总结了三种较为典型的歧视形态。[18]

第一，偏见代理的算法歧视，又称为“关联歧视”。此种歧视属于无意中造成的，需要产生原因是数据之间的不当关联，而这些数据本身都是合法且中立的，也就是说算法所做出的决策虽然本身产生了歧视的效果，但这并非是算法主体所追求的。即使算法所依赖的关键数据是合法获得，且本身是中立无偏见的，算法主体的使用目的也没有值得谴责的地方，但两者的结合却是带有偏见的，会在特定数据和某些群体之间建立起不当的联系。究其原因，就在于“冗余编码”，即该群体的敏感信息被编入了其他数据之中，而这些数据通过合法的途径就可以取得。[19]这类歧视由于具有中立表象，而且算法主体

15 温昱.个人数据权利体系论纲——兼论《芝麻服务协议》的权利空白[J].甘肃政法学院学报,2019(2):89.
16 林鸿潮.个人信息在社会风险治理中的利用及其限制[J].政治与法律,2018(4):9-14.
17 吴伟光.大数据技术下个人数据信息私权保护论批判[J].政治与法律,2016(7):129-132.
18 郑智航,徐昭曦.大数据时代算法歧视的法律规制与司法审查——以美国法律实践为例[J].比较法研究,2019(4):112-113.
19 Barocas, Solon, Andrew D. Selbst. Big Data's Disparate Impact[J]. California Law Review,2016,104(3):671.

本身也是无意识的，因此极难识别，即使是编制算法的人可能都无法预料，只有事后的追溯性分析才可能辨认。

第二，特征选择的算法歧视。这种歧视模式与物理社会的歧视模式最为相近，是其在虚拟世界的一种映像，即刻板印象在算法中的复现。一般来说，算法遵循着一条歧视规则，即“偏见进，则偏见出”，[20]如果在最初向算法输入数据时就包括了性别、肤色等偏见性信息，那么这种本身就带有歧视的观点经过算法的处理，得到的结果不仅可能证实这种观点，而且由于算法对关联性的加强，这种歧视性观点很可能被进一步加深。

第三，算法“杀熟”，又称为大数据“杀熟”。“杀熟”同样是物理世界中存在的一种情形，通常是基于对象的信任或对产品、服务的依赖，这种歧视模式由于消费地点和消费人群相对固定，很容易被“杀熟”的对象发现。当情境转换到虚拟世界时，不同人群不同对待的情况仍旧存在，其中最为典型的例子就是价格“杀熟”和个性化推送。其所依靠的就是人们过往在线浏览、点击、收藏、咨询和购买所形成的数据足迹，为每个人量身定做一个用户画像，为了是这种画像更加精准，不同的主体之间可能会相互分享用户的数据足迹，从而形成庞大且精准的用户画像库。依托画像库，算法可以计算出不同用户对特定物品的需求程度和支付意愿，进行差别定价以谋求最大化的生产者剩余，而尽量的将消费者剩余。更为特殊的是，不同于物理世界，虚拟世界的算法“杀熟”追求的可能不仅仅是现实利润的最大化，而且追求潜在利润的最大化，目的也不仅仅是商业盈利。在脸书的个人信息泄露事件，剑桥分析公司取得获取 32 万名用户个人信息的权利，根据这些信息，其推断出了其中 5000 万名用户的偏好，并有针对的推送诱导信息，甚至影响到了美国的总统选举。[21]由于用户之间没有传统的熟人关系，且在现实中可能远隔千里，每个人所看到的都具有特定性，因此仅靠自身的力量几乎难以发现这种歧视类型。

2.算法黑箱

“黑箱”是控制学上的概念，本意是指一种研究特定系统时使用的研究方法。这里所使用的“黑箱”更贴近其字面含义，即封闭的、无法从外部观察其内部运行体系的系统。算法在运行时，能够为用户识别的只有输入和输出，例如使用搜索引擎时，用户可以决定搜索的关键字（输入），并直接获取搜索的最终结果（输出），但由输入到输出的运算逻辑却是无从知晓的，因此便形成了算法黑箱，即在输入与输出之间，存在着的不为人知的“隐层”。

算法黑箱的特点在于其“不透明性”，根据不透明性产生的原因不同，可以分为三种形式。第一，保密不透明，这种不透明形式的目的是保护国家秘密或者商业机密，是算法主体为了维护其商业机密或竞争优势所刻意采取的自我保护形式，这不仅包括搜索引擎之间为了保护检索方式和结果排序的竞争，还包括跨领域之间的竞争，比如垃圾软件或广告过滤系统与推广商。由于这种不同领域但利益关系相对的竞争体系，大多数算法

20 Mayson, Sandra G. Bias in, Bias Out[J]. 128 Yale Law Journal, 2019,128(8):2218.
21 张爱军,王首航.算法：一种新的权力形态[J].治理现代化研究,2020,36(1):41.

不可能也不能向用户披露。当然，这种不透明也很可能是不合理的，即使这种敌对的竞争关系发生作用，其不透明的目的也可能是为了逃避监管，即保密不透明可以归结于公司的自我保护，但也可能是为了逃避监管、操纵消费者或实施歧视。第二，技术壁垒不透明，其承认了一个现实，即目前而言，编制和阅读算法仍然是一项专业技能，对于大多数人来说不具备这项技能的。尽管如今的编程原则强调简洁且易读，但无论如何，其代码都是由特定的程序语言（例如 C 或 Python）实现的，它们都是计算机语言，具有与人类语言完全不同的语法和逻辑。这意味着，即使算法向用户公开，技术上的天然壁垒也足以将大多数人挡在门外，更不必说发现算法存在的各种问题了。第三，固有不透明，指由于算法的特征和应用所产生的不透明。算法，特别是大型算法主体编制的算法，通常都是由团体构建的多组件系统，即使是通晓计算机语言的外部人员解读此类代码，其想在复杂的算法系统中解读代码逻辑所需要花费的时间是不可估量，这不仅仅是读取和理解代码的挑战，更重要的是理解代码之间的运行逻辑。而在如今机器学习兴起的时代，这种解读似乎更加难以实现。机器学习被描述为遭受“维度诅咒”，其算法决策可能需要通过数十亿或数万亿数据示例以及数万个数据属性（机器学习中成为“功能”）来进行逻辑训练，这种算法不仅可读性差，而且随着数据示例和数据属性的不断增加，其内部的决策逻辑会通过“学习”不断发成变化，使得之前耗费大量尽力的解读可能瞬间化为乌有。[22]

上述的不透明使得算法通常处于不为人知的黑箱之中，游走于监管的真空地带，而算法主体与用户的权利之间本身又存在不可避免的对抗，这使得算法主体在利益的驱使下，很有可能以黑箱作为掩护实施侵害用户权益的行为，例如上文所述的歧视。正如英国议会人工智能委员会报告中所说，“在某些形式下，我们采取偏见，并把其称之为‘文化’，我们把它放在黑箱中，使之永远结晶”[23]。当人们在遭遇问题后试图通过算法寻找解决方式时，很可能得到的是歧视性或不正确的结果。而且目前的人工智能发展水平尚处于初级阶段，即弱人工智能时代，人工智能想要在短时间内理解人类十几万年演化和发展所形成的思维逻辑体系，现代社会的法律、道德，社会的运行方式以及不同社会形态的异同，甚至是人与人之间的情感，似乎有些过于困难。如果在理解的过程中误入歧途，那么很可能导致错误的算法决策，而这一切又恰恰处于黑箱之中，算法主体和用户往往无法及时、有效的纠正这种偏差。

3.算法垄断

与传统的垄断形式不同，算法垄断是借助算法黑箱，隐藏在市场经济的竞争之中的新的垄断方式。2015 年，美国科技公司 Uber 就因算法垄断被诉至法庭，用户认为 Uber 通过与每个司机签署协议，使得所有司机在计算车费时都采用了 Uber 的同一个算法，

22 Burrell, Jenna. How the Machine ‘Thinks’: Understanding Opacity in Machine Learning Algorithms. Big Data & Society[J].2016,3(1):1-2.

23 Parag Khanna. Technocracy in America: Rise of the Info-State[M].Create Space Independent PublishingPlatform, 2017. 转引自崔靖梓.算法歧视挑战下平等权保护的危机与应对[J].法律科学(西北政法大学学报),2019(3):30.

因为每个司机的定价方式同质化，不存在自由定价的能力，这实质上构成了价格垄断。法庭最终认为 Uber 的行为实质上构成了一种特殊的垄断协议形式，即轴辐卡特尔，所有的司机单独为辐，借助 Uber 这个轴来进行垄断。其实早在上世纪 90 年代就已经出现了算法垄断的情形，当时的人们普遍认为，卖方的市场影响力建立在消费者信息匮乏的基础上，降低搜寻成本将有效降低卖方的市场影响力，进而拉低商品售价。因此互联网平台（尤其是比价网站）的作用不仅限于提供商品的价格信息，也可以帮助消费者做出决策、降低搜寻成本。直到美国司法部指控几家航空公司就电子票务系统上的机票价格进行谈判时，人们才发现，航空公司同样可以利用这个平台传递信息、彼此串通涨价，竞争秩序遭到破坏的风险甚至比以前更高。以上这些例子说明，算法可以用来辅助垄断或者监督垄断的执行效果，当然，当时反垄断机构的焦点依旧集中于人类本身的意愿，认为算法仅仅起到了辅助和强化作用。但如今的算法在垄断中已经占据了核心地位，因此在 2017 年 11 月份，由经济合作与发展组织（OECD）竞争委员会召开的“算法与合谋”论坛正式拉开了对算法垄断进行细致讨论的序幕。其发布《算法与合谋：数字时代的竞争政策》为算法垄断进行了详细的背景阐述，介绍了算法的基本概念和应用、算法对竞争的正面作用和算法垄断可能产生的风险，以及反垄断执法部门可能面临的挑战，并提出了规制建议。[24]至此，公众才真正注意到算法垄断的存在，在此之前他们难以想象，以透明和公开为著称的互联网与以中立自居的技术的结合竟然产生了如此强大的限制竞争能力，并且已经被付诸实施。

（二）算法规制的必要性

1.算法打破市场主体利益平衡的格局

数字经济中各方利益关系错综复杂，至少可以简化为算法主体之间和算法主体与用户之间两种利益格局。从算法主体之间来看，互联网巨头企业拥有更多的活跃用户，掌握了更多、更全面、更新的用户个人信息，因此在做出算法决策时精准程度更高，其定价策略和营销手段也更具在针对性，而众多体量较小的算法主体苦于信息的缺乏，面对巨头企业的恶意竞争和针对性价格战时，往往难以招架，往往走向破产或被收购的道路，而巨头企业因此更加强大，马太效应显现。从算法主体与用户之间来看。算法所生成的用户画像原本是为了更好地预测用户的需求，从而降低用户的搜索成本，通过精准营销提高企业的利润率。但当大量的用户画像形成后，算法主体不在满足于现状，试图像传统纸媒和商家一样，利用自己的技术优势，试图在预测用户需求的同时计算出用户所原意支付的最高心理价格，由此产生了前文所述的算法歧视，从而打破互联网经济中本已形成平衡的利益格局，从用户身上掠夺了更多的利益。根据北京市消费者协会针对算法杀熟问题做出的调查，算法歧视的现象在市场上比比皆是，56.92%的被调查者表示曾经受到过算法歧视，其中的大多数被调查者认为算法歧视利用的是用户的信任，而且由

24 李婕.垄断抑或公开：算法规制的法经济学分析[J].理论视野,2019(1):66.

于算法歧视天然的隐蔽特性，绝大多数被调查者都难以取证，即使向算法主体主张权利或者监管部门投诉也无法有效举证。[25]

2.算法对个人信息的侵犯

由于数据分析的兴起，算法主体已经不再满足于被动地收集个人信息。一位欧盟数据保护监督局的官员表示，“在数据应用方面，政府与商业机构已突破了‘数据挖掘’的局限，转而走上了‘真相挖掘’的路径。人们的生活经历、社会交往甚至是所思所想都可以转化为算法模型里面的数据源”。[26]最初，信息主体对于免费的代价了然于胸，并不会因为献上个人信息而感到忧虑。但目前来看，免费的成本已变得越来越高。对不少用户而言，他们就连自己的个人信息是否已经外泄，是出于何种目的、在什么时候、被谁收集和使用等问题都不知晓。因此，人们对个人信息采集与运用过程中存在的侵犯现象已越来越重视。更为重要的是，如今对个人信息的侵犯已经具备了机制化、客观化、耐受化和覆盖化四个特点。[27]

三、我国算法规制的现状与不足

如前文所述，算法形成的运行逻辑是算法——个人信息——算法这一链条，可以看出，个人信息在其中起到关键的地位，因此，如果想要实现对算法的有效规制，势必要从个人信息的保护入手，果切断了非法获取和利用个人信息的途径，算法自然无用武之地，其所蕴含的权力属性也会淡化。我国的立法现状也正沿着个人信息保护的进路，尽管也有对算法的直接规制，但主要还是从个人信息保护的角度制定规范。

（一）算法规范的现状与不足

从立法情况看，我国与算法相关的法律条文十分匮乏。《中华人民共和国电子商务法》（以下简称“《电子商务法》”）算是我国第一部对算法进行直接规制的法律，第十八条规定了电商在根据用户的特征信息提供个性化的搜索结果时，应当同时向该用户提供选项以拒绝这种个性化推送。也就是说，用户享有选择是否接受个性化推送的选择权，从而改变了用户只能被动接受的不利局面。第三十九条规定了电商建立信用评价制度的义务，要求为消费者提供评价的途径，并且不得删除改评价。第四十条规定了电商对于竞价排名的明示义务，电商对于搜索结果中竞价排名的商品或服务要显著的标明“广告”，以保证用户能够区分正常搜索结果和竞价排名结果。从积极层面看，《电子商务法》的三个法条有利于规范电商行为，纠正用户与平台之间的失衡利益格局，强化了对电商搜索算法的事前监管，帮助用户获取真实的搜索结果。但遗憾的是，这两个法条的内容属于具体的规范，并且仅是针对电商的搜索结果，不仅未能就其他问题，比如价格歧视、

25 王薇,赵婷婷.市消协发布“大数据杀熟”问题调查结果.北京青年报 2019 年 3 月 28 日,第 A04 版. http://epaper.ynet.com/html/2019-03/28/content_323364.htm?div=-1.最后访问时间为 2020 年 3 月 29 日

26 Lina Jasmontaite. European Union · The European Data Protection Supervisor (EDPS) Opinion 4/2015 “Towards a New Digital Ethics”[J]. European Data Protection Law Review,2016,2(1):94.

27 马长山.智慧社会背景下的“第四代人权”及其保障[J].中国法学,2019(5):6-8.

算法垄断做出规范，也无法延伸到其他非电商平台，而且违反规定的惩罚往往承担的是行政责任，用户的权利如何在民事领域得到救济并未涉及，更不必说举证责任等更加细致但也同样重要的内容了。

此外，中国人民银行等四部门联合发布的《关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》根据金融行业的特点，要求金融机构向监管部门报备人工智能模型的主要参数，向投资者充分提示算法的固有缺陷和使用风险，并且需要避免算法模型缺陷或者系统异常，在算法影响金融系统稳定时金融机构应当及时人工干预。国家互联网信息办公室新进颁布施行的《网络信息内容生态治理规定》也涉及了算法领域，第十二条要求网络信息内容服务平台采用个性化算法推荐技术推送信息时，应当符合相关推荐模型，并且建立人工干预机制和保障用户的自主选择权。相关推荐模型包括了对非法或不良信息的识别、处置、保存、报告以及优化信息推送加强主流价值导向。同时，第三十七条对规定了违反第十二条所应当承担的行政责任。

从非规范性文件来看，算法问题也曾有所涉及。国家工商总局 2014 年发布的《关于对阿里巴巴集团进行行政指导工作情况的白皮书》就指出，淘宝网的信用评价系统存有缺陷，该系统无法真正区别真实交易和虚假交易，评分的参考因素也过于单一。

由此可以看出，我国的算法规制无论是规范性文件还是非规范性文件都谈不上完备，其中一个重要原因可能是技术概念的变化。在许多规范性文件中，对“程序”都有所规制，但仔细分析其条文可以看出，这种“程序”与现今语境下的“算法”存在交叉重叠，并且没有像如今一样对合法行为中的算法进行细致分析。例如工业和信息化部发布的《移动互联网恶意程序监测与处置机制》第二条就规定，所谓移动互联网恶意程序是指运行在移动终端上的存在“窃取用户信息”“推送广告或欺诈信息”等恶意行为的计算机软件，其把存在恶意行为的软件称为恶意程序，而事实上，如今互联网的发展使得许多网站根本不需要依赖应用程序，仅仅依靠网页就足以利用算法对用户进行统计分析，而且其恶意行为往往隐藏在合法的外观之下，也就是说，如今监管机关面对的情形已经发生了重大变化。总的来看，目前的算法规制主要存在以下三个问题。第一，缺少顶层设计。尽管已经有少数几个条文涉及到了算法规制，但该问题尚未成为立法者的关注点，无论是国家出台的各种文件还是具体的法律规范，即使涉及算法问题，也多是关注其对社会发展的推动作用，并未对算法的应用限制加以规定。第二，思维转变过慢。立法者的知识更新没有跟上技术进步的步伐，法律条文停留在前算法时代的认知层次。第三，规范位阶低、法律体系松散。现有的算法规范要么位阶较低，不能直接为实务所用，要么规范主体有限，无法包含不同领域中越来越多的算法主体。

（二）个人信息保护的现状与不足

由于《个人信息保护法》尚未颁布，我国目前对与个人信息保护的立法呈现分散化的模式，这势必会使个人信息保护的体系化、精细化程度不够，法律之间的个人信息保

护内容的衔接难以形成，最终导致大量法律空白。

从法律层面看，除去《中华人民共和国宪法》的相关内容，个人信息保护主要是通过近几年新法的颁布或旧法的修改、修正以及规章和法律解释体现。2012 年底，全国人民代表大会发布了《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的决定》，拉开了个人信息保护立法的序幕，该决定首先对应受保护的电子信息进行了界定，即能够识别个人身份以及能够个人隐私的电子信息，该定义影响了后来关于个人信息的界定。《决定》主要从电子信息的收集、使用、分享和信息安全的角度提出了要求，而且覆盖了合法和非法两个维度，并且首先提出了用户同意是信息收集的前提这一关键性论断，这些规定无疑是具有极高的指导意义。之后出台的法律，无论是一带而过的《中华人民共和国民法总则》、《中华人民共和国消费者权益保护法》，或是更为详尽、更成体系的《中华人民共和国网络安全法》，亦或是《电信和互联网用户个人信息保护规定》、《关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题》等部门规章和司法解释，均受《决定》的内容所影响。

从行业层面来看，《信息安全技术公共及商用服务信息系统个人信息保护指南》（GB/Z 28828—2012）、《个人信息安全规范》（GB/T 35273—2017）等国家标准的精细化、技术化、专业化均优于上述法律规范，其详尽的规定了个人信息的收集、保存、使用、委托处理、共享、转让、公开披露、信息安全事件处置及组织管理要求，无论是横向上还是纵向上看都较为完备，也在事实上成为行业主体遵循的基本行为规范。在《个人信息安全规范》，首先区分了个人信息和个人敏感信息，并且将个人信息主体明确为自然人，同时对相关术语做了具体定义。其认为收集是指获得个人信息的控制权的行为，包括由个人信息主体主动提供、通过与个人信息主体交互或记录个人信息主体行为等自动采集行为，以及通过共享、转让、搜集公开信息等间接获取个人信息等行为，超越了过去对收集的狭义定义，包含了间接获取个人信息的行为。与过去对同意的宽泛理解不同，其将同意限缩为明示同意，认为只有个人信息主体通过书面主动声明或自主做出肯定性动作，对其个人信息进行特定处理做出明确授权的行为才是真正的授权，这种肯定性动作包括个人信息主体主动做出声明（电子或纸质形式）、主动勾选、主动点击“同意”、“注册”、“发送”、“拨打”、主动填写或提供等。此外，像用户画像、匿名化、去标识化等术语的也是第一次得被具体界定。

综上来看，无论是法律法规对于个人信息保护现状的及时反映和积极引导，还是国家标准制定过程中借助腾讯、阿里和华为等龙头企业的专业性进行的具体规范，都体现了我国目前对于个人信息保护的重视和努力，但是就形成个人信息保护体系来看，现行法律规范还存在以下六点不足：

第一，公私两域未能兼顾。现今的立法主要围绕社会权力进行，反而忽略的公权力在个人信息利用中的重要地位，事实上，从古至今，公权力都是个人信息利用的最大主

体，个人信息在产生之初也更多的是为了公共管理目的，因此具有天然的公共属性。在个人信息保护的体系中，无论是公私分立还是统一立法，都不能回避公权力规制的问题，必须要两条腿走路，才能对个人信息形成全方位的保护体系。

第二，关键法律规范缺失，法律体系不完备，部门法各自为战。由于大数据的快速发展，其具体应用领域已经不仅限于电子商务等纯商业领域，而我国又缺少统一的《个人信息保护法》，使得在监管层面缺乏顶层部署和原则性规定，法律规范较为分散，部门法只能在自己的权限范围内进行规范，导致监管主体过多，且权责划分不够明确，监管效率低下，范围重叠，而一旦发生个人信息侵犯事件时，监管混乱导致被侵害主体难以及时、有效的寻求法律救济，甚至可能出现各监管部门相互推诿的情况。

第三，法律规范多为原则性规定，过于笼统，不利于具体实施。《中华人民共和国民法总则》第一百一十一条第一次将个人信息保护纳入民法体系，但传统民事侵权的过错责任原则并不利于被侵害主体主张权利，更不必说民事诉讼中谁主张、谁举证的一般举证原则，该条虽然赋予了公民个人信息权，但并不具有实际的可操作性。这种情况在修改后的《中华人民共和国消费者权益保护法》中也有所体现，而且从条文的内容来看，个人信息保护相关条文多是从责任承担的角度入手，但在信息传输速率之高时代，个人信息一旦被侵犯，其可救济性实际上是比较低的，所以事前和事中的监管显得更为重要，这种事目前法律规范所缺失的。

第四，国家标准缺乏强制力。目前施行的《信息安全技术公共及商用服务信息系统个人信息保护指南》和《个人信息安全规范》分别属于指导性规范和推荐性规范，而行业内部也没有形成统一的自律规范，算法主体为了自己的市场份额和商业利益也缺乏公开、透明的动力，如果不以强制性规范推动个人信息保护，指望算法主体能够自律、自我约束是不实际的，既不利于个人信息的保护，也不利于有序市场格局的构建。

第五，算法主体缺乏行业自律。首先，我国并未形成不同行业的自律规范，从算法主体来看，个人信息的收集者、处理者、销售者由于其商业目标的不同，在集体行为上也存在显著的差异，比如对收集者来说，其商业行为往往是直接与信息主体进行的，因此信息主体还尚有控制个人信息的余地和可能，但处理者往往是与收集者相联系，其提供的是高效且个性化的信息处理算法，甚至为了保护商业秘密，其不会提供算法，而是由收集者将个人信息按照特定数据格式要求打包上传至算法系统之中，以反馈回来的算法决策作为交易的标的，这就会出现个人信息在收集者和处理者之间流转的问题，而这一过程是信息主体难以察觉也难以控制的。至于销售者可能更加复杂，其不仅会从收集者处获取个人信息，而且很可能会从多个来源获取信息，并且为了提高个人信息的价值对这些信息进行汇总、聚合，这可能导致信息主体实际面对的风险已经远远超出了原本对不同主体让渡个人信息时所考量的，这无疑是信息主体在决策时难以预料的，这种聚合结果的不确定性使信息主体无法进行理性的计算以确定个人信息让渡所要交换的价

值量，而且事实上信息主体也无法将风险分摊到每一次个人信息让渡之中，因为对于收集者来说，其并不能享有这种聚合带来的利益，当然也就不可能为了这种利益支付相应的对价，那么信息主体所承担的风险和享有的收益势必会不对等。

第六，责任体系不健全。尽管《网络安全法》规定了侵犯个人信息的不同情形及相应的行政责任，并且《刑法修正案（七）》《刑法修正案（九）》和《侵权责任法》也对刑事责任和民事责任有所涉及，但事实上并未形成完备的责任体系，其主要问题就在于民事责任规范的缺失。个人信息的让渡本就是信息主体与算法主体之间的行为，通常是处于民事法律关系之中，所以当损害发生时，理应首先依照《合同法》《侵权责任法》等民事法律规范判定双方责任，确定责任的承担方式和内容，但遗憾的是，我国立法似乎尚未摒弃“家父”式的立法思维，过分强调国家力量的干预，但无论是行政责任还是刑事责任，事实上都不能弥补信息主体受到的损失，特别是从经济利益层面考虑，如此一来，现有的责任体系实际上是围绕对算法主体的惩罚构建的，尽管信息主体的利益才是被侵犯的对象，但并没有制度来使其恢复圆满，实际上并没有满足责任承担的填平原则。从具体的内容看，民事责任缺乏具体的责任追究和责任判定的规则，更不必说民事责任承担方式以及损害赔偿的具体计算了，这样的责任体系等于剥夺了信息主体维护自身权益的能力，不可谓完备。

四、算法法律规制体系构建

纵观世界各国，制定了个人信息保护法的国家又大多都采用基本权利保护模式，只有印度、新加坡和马来西亚等少数国家采用了非基本权利模式[28]。所谓非基本权利方式，是指个人信息保护法仅规制民事主体，而不涉及行政机关，采用此种模式多是基于本国的特殊国情，印度主要是在个人信息权的基本权利地位上存在争议，新加坡则是出于对政府机关保护个人信息、自我约束权力的自信，而马来西亚则是由于本国的信息外包行业发达，为了本国的产业保护。

（一）通过立法明确个人信息权的基本权利地位

早在 2005 年，我国就已经完成了第一部《个人信息保护法（专家建议稿）》,，该建议稿受欧盟立法的影响颇深，不仅采用了基本权利模式，而且在原则、调整对象、信息主体权利、执法和责任上都与欧盟立法颇为相近。[29]遗憾的是，直到现在《个人信息保护法》也没有真正成行，反而与基本权利模式渐行渐远，逐渐形成了民事权利保障的模式。如果说当年的立法停滞是因为社会认识不足、理论研究不深、部门利益阻碍造成的，如今这些阻碍都已不复存在，公众对个人信息和算法权力规制的关注越发强烈，相关的理论研究无论是基于我国国情还是比较法研究都已经较为深入，而像《政府信息公开条

28 Greenleaf、Graham. Global data privacy laws 2017: 120 national data privacy laws, including Indonesia and Turkey[J/OL]. Social Science Electronic Publishing, 2017:6.

29 周汉华.中华人民共和国个人信息保护法(专家建议稿)及立法研究报告[M].北京:法律出版社,2009:51.

例》等行政法律法规在这期间不断颁行，更值得注意的是，公权力本身也已经意识到了个人信息保护和算法规制带来的迫在眉睫的压力，在“黑户”、繁杂的证明文件等方面已经做出了回应，而且从国外立法实践看，中国在当时的选择是非常正确的。在此背景下，恢复当年的立法进程，确立个人信息权的基本权利地位，把落后的个人信息保障水平提高上去，是建设社会主义法治国家的题中之义。

1.基本权利保护模式符合大数据时代的现实需要

尽管《中华人民共和国宪法》并未明确规定个人信息保护权这一概念，但与《德意志联邦共和国基本法》一样，我国宪法也规定了人格尊严、人身自由、尊重人权等条款，可以为个人信息权提供解释依据。同时，个人信息权所蕴含的价值与人格尊严等宪法价值相契合，相互联系。[30]当然，算法的规制模式应当依我国国情而定，而非生搬硬套外国立法。从我国的立法实践和现实国情来看，基本权利保护模式更为适合，也更为有效。

首先，随着智慧政府的构建，行政机关掌握的公民个人信息越来越多，获取信息的手段也越来越丰富，同时，随着算法的进步，行政机关处理这些个人信息的能力也越来越强，其可以多因子、多维度、多主体的进行数据分析，这在治安、交通、医疗、社保、个人信用等领域已经成为现实。因此面对行政机关拥有的越发强大的算法权力，如果不能为公民提供足够的个人信息保护能力，那么强大的算法权力不仅会便利人们的工作、生活方式，而且可能侵害公民的个人权利。

其次，个人信息保护成果会涉及其他基本权利的实现与否。个人信息在事实上已经成为公民享有各种权利，特别是基本权利的依据。在我国，公民在享有许多基本权利时，都要首先献出自己的个人信息，当然，从先后次序上来说，身份查验等是行政管理之中必不可少的一环，这事实上也是在保护公民基本权利免受侵害，例如，在罗彩霞事件中，由于学校对入学学生的个人信息审核把关不严，造成了冒名顶替的情况，罗彩霞的受教育权和劳动权受到了极大地影响。[31]此后，各地类似罗彩霞的事件也频频被爆出。所以说，个人消息查验有一定的必要性，但实践中这种查验却被无限制的扩大，甚至以基本权利的实现强迫公民提供个人信息，实际上却是利用该信息实现其他目的，我国的户籍制度即为著例。为了对庞大的人口进行管理，各国都采取身份登记制度，中国也不例外，根据《中华人民共和国国籍法》，中国国籍的取得是事实行为，中国公民出生后需要进行户籍登记，以取得事实上的公民身份并享有公民基本权利，但根据第六次全国人口普查，我国的“黑户”群体超过 1300 万人。[32]对于这一千多万人来说，迁居、上学、就业、结婚等方面都有着异于常人的困难，他们在这些方面本应享有的基本权利事实上被剥夺了，而行政机关在面对这些人群时，往往是要求其提供相关的身份证明，而不是主动核

30 王秀哲.我国隐私权的宪法保护研究[M].北京:法律出版社,2011:38-46.

31 公安局政委女儿冒名顶替上大学,http://zqb.cyol.com/content/2009-05/05/content_2650811.htm.最后访问时间为 2020 年 3 月 29 日

32 “黑户”群体的生存状态及其社会问题,《调查研究报告》[2015 年第 23 号(总 4708 号)],http://www.drc.gov.cn/n/20150305/1-224-2886530.htm.最后访问时间为 2020 年 3 月 29 日

实身份，这就导致个人信息核查成为享有权利的必要条件。根据田野调查，在这庞大的“黑户”群体中，50%左右是由于超生导致的，[33]这是地方上将超政策生与户籍管理绑定的直接结果，超生家庭面临着登记户口就要缴纳社会抚养费的窘境，在这种情况下，个人信息实际上被用于实现国家控制人口的目的，而非保障公民的个人权利。另外，我国的个人信用建设过程中也存在违法使用个人信息侵犯公民人格尊严的情况。地方政府将公民的行为纳入个人信用评价体系，分门别类的加减分数，最后得出不同的登记，其中的减分项就包括上访、诬告等，而招商引资本不属于公民个人生活范畴的行为却成为了加分项，最终获得 A 项评分的在教育、就业、社会保障和社会救助中优先考虑，而最低等级 D 项评分则会在政审、各种行政审批及社会救助中不予考虑。[34]地方政府利用自身数据库中的大量个人信息，为管理的居民制定了庞大的评价系统，从而决定其许多权利，甚至是基本权利的实现与否。由此可见，个人信息的保护对于其他基本权利的实现起到了举足轻重的地位。

最后，基本权利模式能够平衡权利与权力的法权关系。尽管个人信息中包含大量信息主体的个人利益，但个人信息不仅具有个体属性，其公共属性的意蕴也十分浓厚，因此个人信息保护并不是要一味地限制公权力或社会权力，而是要在权利与权力之间做一个平衡。个人信息不仅服务于信息主体，同样还要服务于不同的共同和集体利益，更为重要的是，多数时候，如果使用得当，个人信息在服务于公权力和社会权力时可以为信息主体带来更大的利益，同时，在少数情况下，个人利益需要为公共利益做出牺牲，这种牺牲有时就包括个人信息。因此个人信息保护应该着眼于权利与权力之间的平衡。基本权利模式恰恰符合这种要求，一方面信息主体对个人信息权的取得不设前提条件，使得每个主体都能够平等的享有权利，不受知识、财富等因素限制，另一方面，在例外情况下（例如突发公共事件），为了公共利益，法律可以对个人信息权做出保留，授予权力主体强制收集和利用个人信息的能力，同时，法律还可以通过明确授权的方式授予公权力依据职权收集和利用个人信息的权力，当然，保有个人信息的主体也必须承担安全保障等义务。这样的模式可以既保障信息主体对个人信息的知情权和通常情况下的控制权，又服务权力主体必要的应对特殊情况的能力，还能够督促公权力合法、有效的利用个人信息，防止其怠于行使权力导致公民其他基本权利受侵害。

2.民法思维无法起到保护个人信息、约束算法权力的效果

从我国的立法实践看，民法思维似乎是个人信息保护的基本思路，无论是《中华人民共和国民法总则》、《中华人民共和国消费者权益保护法》的具体内容，还是我国目前

33 “黑户”调查（上）访谈笔录：我死了，可能没人知道我叫什么,https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_1314178.最后访问时间为 2020 年 3 月 29 日

34 江苏睢宁信用评级不能损害居民基本权利,http://js.people.com.cn/n/2014/0621/c360298-21480008.html.最后访问时间为 2020 年 3 月 29 日

个人信息保护体系的调整对象，都体现出了非基本权利的态势，主张通过民事权利，特别是新兴民事权利保护个人信息、约束算法权力。但事实上，这种进路的目标几乎是不能实现的。

首先，公权力才是算法权力的最大享有者。无论社会权力所掌握的个人信息在数量上和类型上多么庞大，其所得到的多是公民的商业偏好，至多是特定社会行为模式，但这些信息公权力同样可以获取，仅凭一个无处不在的“天网”系统就足以达到甚至超过社会权力所能达到的极限，辅以人脸识别、行为识别等新兴技术，甚至是由人工智能进行系统的管控，公权力所得到的不仅是公民的行为模式，甚至包括行为的内容和具体行为方式，如果再与其本就掌握的家庭、教育、就业等个人信息相结合，公权力就可以模拟出完整的个体，这可能导致的后果是不言而喻的。其次，即使是面对社会权力，民事权利体系也无法起到约束作用。如上文所说，公众面对的是信息不对称与信息过载的双重困境，其既无法获知算法运行的实际情况和个人信息的真实境遇，也无法理解可能产生的后果和潜在的风险，如果把希望都寄托在个人身上，这种负担似乎过于沉重，更比用说这些行为都是掩盖在社会权力的运行体系之下。

其次，这种体系加重了“民强宪弱”的格局。一直以来，我国的理论研究中宪法讨论虽然从未停止，但其向立法的转化却远不如其他部门法。由于正值《民法典》颁布的关键时期，民法上个人信息保护可以作为一个理论亮点来展示。如果个人信息保护体系并非采用公域和私域分别立法的方式，而是选择非基本权利模式，这个亮点能不能产生社会实效，还需要实践检验，但可知的是，宪政学研究失去了一次重要的发展契机。

再次后，现有体系无法维持权利与权力的平衡关系。从立法目的上看，个人信息保护更多的是出于国家层面的考量，而非公民权利的保障，对《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的决定》的评价是，“对促进社会和谐，维护国家安全和政治稳定，确保国家长治久安具有重要意义”[35]。可以看出，目前的个人信息保护体系是基于国家总体安全观构建的，而且目前的个人信息保护立法较为分散、系统性立法缺失，利益衡量不清晰，已颁布的个人信息保护法规位阶较低，而高位阶的法律又缺乏可操作性，宣示性痕迹明显，执法定位、权限不明确，缺乏具体的执法依据等。[36]

最后，个人信息天然的公共价值未能证成。无论是“个人信息权”的称谓，还是民法学界已经形成的个人信息权属于民事权利的通说，都是围绕着个人信息为信息主体的价值。但实际上，个人信息在产生之初，其公共属性远高于个人属性。个人信息是政府实行社会治理的必要基础。社会治理中，政府面对的是庞大、且处于动态变化之中的人群，政府如果想要实施有效的社会治理势必要详细、准确的掌有被管理者的个人信息，如果没有这种基础，社会治理也就无从谈起，例如我国历史上延续至今的户籍制度即为著例，

35 全国人民代表大会常务委员会工作报告——2013 年 3 月 8 日在第十二届全国人民代表大会第一次会议上,https://www.cauc.edu.cn/qhang/982.html.最后访问时间为 2020 年 3 月 29 日

36 张新宝.从隐私到个人信息:利益再衡量的理论与制度安排[J].中国法学,2015(2):44-45.

尽管在现代社会这种户籍制度饱受诟病，但在封建时代，这种制度是历史的必然。当然，政府收集个人信息并不是无限制的，而是要与其职权范围相关，并且要限制在特定的公共目的上。但是对个人信息思考不能停留于此，相反，如今的算法发展已经证明，个人信息不仅产生于信息主体与各种系统，包括社会管理系统和商业系统，而且个人信息具有低密度性和间接性的特点，当这些个人信息被聚合时所产生的社会价值往往超过单独使用的价值，并且这些聚合的个人信息还能为信息主体带来价值的再创造，在这种意义上讲，从个人信息产生之处一直到大数据时代，其公共属性从未消失，甚至有学者认为个人信息应当作为公共产品进行规制。但笔者认为，个人信息具有的公共属性不是让渡个人权利的理由，除非能够证明这种公共属性能够直接为信息主体带来利益，并且其伴随的风险是可控的。只有先证成个人信息的公共价值，才能够讨论对个人权利的限制，目前来看，个人信息的公共价值尚未得到充分论证，反而政府在掌握大规模的公共信息基础上对个人权利甚至基本权利的侵犯却是频频出现。

（二）建立公私分立的个人信息保护体系

如前文所述，公权力已经是算法的最大实施主体，而仅仅依靠民事权利并不能起到足够的保障效果，无法实现约束算法这一目标，势必要提升到基本权利的地位才能实现。从具体的规制方式来看，大多数国家和共同体都很少直接对算法进行规范，而是从个人信息保护角度间接规范算法。并且在基本权利保护模式下，势必要兼顾公私两域，然而政府和市场主体使用算法的目的和具体方式存在根本性的差别，因此必须采用不同的保护体系。由于算法本身的发展较为迅速，而我国的法律制定和修改较为繁琐，必然会处于苦苦追赶的境地，因此构建不同效力位阶、覆盖不同主体的体系也是必要的。除了基本法律规定的一般规则外，国务院以及各主管机关的规范性文件需要针对本领域的特点进行具体规范，《电子商务法》和《关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》就是很好的范例。

1.私域中采用以知情同意为核心的保护体系

意思自治是私域中基本的法律原则，其目的不仅在于保护民事主体的自由意志，同时也是把资源配置交给市场的方式。因此私域中的个人信息保护体系要围绕知情同意，构建起一系列的基本原则和权利类型。

首先，明确知情与同意的双核心地位。对个人信息保护的研究有时会偏于一隅，只顾强调同意的重要性，反而忘记了知情这一前提的作用。目前信息主体面对的也是此种情形，无论是规范层面还是实务层面，往往着眼于信息主体同意与否，因此算法主体通常选择冗长的隐私条款和频繁的更新，使信息主体长期处于信息过载的境地。即使信息主体认真阅读隐私协议，往往也会被充斥其中的各种术语和笼统表述所困扰，无法真正的理解其内容。这使得同意成为了空中楼阁，空有表示，实际上未解其意。因此，信息主体的知情权应当与同意一道作为体系的核心。

其次，赋予信息主体的足够权利。访问权与知情权有些类似，但两者还是可以明显区分的。知情权往往是在信息收集和处理之前，特别是在同意之前所享有和使用的，而一旦信息主体同意之后，其更多的是使用访问权来知晓个人信息的现状，如果算法主体超范围收集或处理个人信息应当属于侵犯知情权，而拒绝信息主体访问或隐瞒个人信息的现状则属于侵犯访问权。当然，也可以以广义上的知情权涵盖两个部分，但由于超范围的行为在主观恶性和客观侵害上均高于隐瞒合法收集的个人信息，因此作为两种权利更有利于合理分配法律责任。删除权或者被遗忘权也应当被国内法所吸收，因为个人信息事实上已经成为信息主体获取产品或服务所支付的对价之一，所以当信息主体不再使用该产品或享用该服务时，就无需支付对价。问题在于，过往付出的个人信息是否能被溯及。这就需要与个人信息最初的收集和目的相结合来讨论，包括我们国家在内的大多数国家都认为，个人信息必须与提供产品或服务的目的相统一，并且限制在必要且最小的范围内，那么当信息主体退出时，已收集的个人信息没有了与之对应的使用目的，因此丧失存在的合法性基础，自然应当删除。但此种删除并不是绝对的，且不谈在大数据时代数据彻底删除的可能性及成本，这也不符合个人信息保护的基本目标。个人信息保护既要保护信息主体的利益，同时还负担着推动社会发展的重任，因此需要进行利益衡量。从个人信息定义来看，可识别到特定主体是其核心要件，如果算法主体能够进行数据脱敏，确保个人信息单独或与其他信息结合无法识别到个体，此时保存该信息并不会影响信息主体的利益，而这些脱敏后的信息在整体的趋势判断和数据统计分析上仍然具有一定的价值，留给算法主体挖掘也是可以接受的。相比于被遗忘权，可携带权的探讨要少得多，从欧盟立法来看，可携带权主要包括副本获取权和数据转移权。副本获取权是指信息主体得到复制件并保存以备再度使用的权利，类似于“备份”，但不同的时，备份往往是存储在同一家公司控制的存储空间中，例如苹果的备份往往是在 iCloud 之中，而副本获取权则是把副本交给了信息主体，由其自主选择存储方式，当然其中的信息泄露风险也要自己承担。由于副本是在原服务中使用，其格式并不会有特殊规定。与之相反，数据转移权则是将个人信息无障碍的转移到另一处，这就需要通用的数据格式。尽管可转移权貌似可以促进自由竞争和产业发展，但从服务提供者或算法主体的角度来看，为他人做嫁衣的行为是无法接受的，势必会想方设法施加限制，投入更多的成本将个人信息留在自己手中，而这些成本最终还是会转嫁到信息主体身上，因此即便赋予了信息主体可转移权，也要施加足够的限制，例如转移信息的具体类型、一定期限内的转移次数以及支付合理的成本，对于接受信息的主体，也应当规定审查其用户规模、信息安全措施等，避免恶性竞争，降低信息风险。

最后，明确算法主体的义务和责任。在既有的个人信息保护原则和规则的基础之上，进一步明确算法主体的义务，例如算法的有限透明度、提供信息访问的便捷途径、对算法的自我监控和人工干预以及定期的个人信息报告义务。此外，由于算法黑箱的存在，

信息主体即使认为个人信息遭受侵犯也很难具体举证，因此在责任承担方面，应当明确过错推定的归责原则，由算法主体承担举证责任，避免陷入有法可依、无力救济的尴尬局面。

2.公域中采用明确授权和负面清单两套保护体系

政府使用算法和利用个人信息往往是出于社会治理的需要，但这并不代表其可以以此为由不受限制，恰恰相反，由于算法的赋能作用，政府的对民众的控制能力前所未有的扩张，立法上势必要规避相应的风险。而且我国正处于管制型政府向服务型政府的转型时期，运用大数据是提升治理能力和治理水平的重要手段，而法治政府则要求将这种手段限制的法治的道路上。因此也需要在公域中建立个人信息保护体系，但与私域不同的是，个人信息保护体系不应以知情同意为核心，而是遵循有限政府的路径以法律授权的方式明确政府的行为权限。由于现代国家的法律体系通常包括常态和紧急状态两套体系，因此在个人信息保护上也要充分考虑政府在不同社会情境下的治理需要。

在常态下，由于政府的社会治理需求相对固定，其利用个人信息的范围和程度应当由法律明确授权。过往对政府的授权往往存在模糊、笼统和一揽子授权的方式，对政府的规范作用被减弱，因此个人信息保护的授权中必须要明确政府利用个人信息的目的、方式、保护措施等。而且明确授权不止于此，由于政府不同部门的职权相差极大，往往是各管一块，因此在授权时必须明确到具体部门的个人信息利用权限，而不是将政府作为一个整体授权，当然，为了降成本提效率，政府部门之间的信息交流也是必要的，而且应当是治理能力和治理体系发展的重点，但也必须恪守法律底线，只能从其他部门获取法律已经授权本部门的信息类型。虽然此时政府在法定范围内利用个人信息无需信息主体同意，但信息主体仍然享有对个人信息的访问权，从而对政府行为进行监督。被遗忘权和可携带权则不再享有，因为个人信息在公域中的利用不仅仅是为了信息主体的利益，还体现了公共价值，因此符合法律规定的个人信息保存还是删除应当视公共利益而定，而非由信息主体自决。由于公域中不存在竞争主体，可携带权自然也无需存在，需要注意的是，政府与其他主体之间的信息交流并不属于可携带权的范围，例如金融机构向央行查询信息主体的信用信息，其合法性基础是用户对金融机构的授权（同意），而非向政府主张可携带权。

在紧急状态下，由于事件的紧迫程度和危害范围不同，无法提前预知政府需要在多大程度上利用个人信息，因此应当采取负面清单的方式，但这不代表政府行为可以不受约束。事实上，越是在紧急状态下，社会体系的运转越是会慌乱和迟延，政府享有权力的大小并不能直接等同于化解危机的能力。因此要将个人信息保护与应急预案相结合，明确在突发事件中可以利用个人信息的主体，如果确有必要委托其他主体的，应当由政府单独授权。对于信息收集方式和信息安全同样需要明确规范，尽量通过部门协同、政府与其他主体的信息交流实现，如果需要直接向信息主体收集，应尽量采用统一的信息

系统提交，避免多级收集上报过程中的信息风险。此外，突发事件中收集个人信息的目的是为了应对突发事件，当事件消解后，此类信息自然应当销毁和删除，不能继续保留。

（三）加强个人信息保护体系的有益补充

规范性文件在强制力上具有天然的优势，但其缺点也很明显，立法进程繁琐、更新迭代缓慢，而其中相对更新较快的规章的地方性法规不仅在内容上受上位法限制，还会存在部门和地方利益保护的现象，因此，非规范性文件可以作为很好的补充。尽管非规范性文件缺少强制力，但并不代表其不具有规范作用。从实践来看，政府部门发布的非规范性文件能在一定程度上反映了政策变动的趋势，对算法主体有一定的引导和规范作用。

1.提升国家标准的地位

国家标准则是我国工商业中已经常见的规范方式。目前，我国已经出台了多部有关个人信息保护的国家标准准，例如《信息安全技术公共及商用服务信息系统个人信息保护指南》（GB/Z 28828—2012）、《个人信息安全规范》（GB/T 35273—2017），但与其他工商业领域相比，个人信息保护的国家标准在数量上海不能满足多样化的市场需求，更不必说政府购买信息服务这一特殊种类，因此有必要加快国家标准的出台速度，最大程度覆盖个人信息利用的全领域。此外，国家标准还面临的一个重大问题，即大多数消费者对国家标准并不重视。国家标准是降低消费者选择成本、保障产品质量的一种方式，特别是推荐性国家标准，通常要求较高，能够满足的产品质量一般都高于市场平均水平，但我国消费者在实际消费中往往关注的是品牌、价格等因素，几乎不会考虑国家标准的存在，这就意味着，大多数产品缺乏遵循推荐性标准的动力，遵循推荐性标准既不会带来销售量的增加，还会导致成本的上涨，因此其只需要满足强制性标准即可。有鉴于此，应当提升社会公众的标准化意识，使其认识到国家标准对于减轻个人选择成本、保障产品和服务质量方面的作用，避免陷入品牌化的惯性思维，并逐步引导公众有意识的选择符合更高标准的产品和服务，而不是被淹没在冗长的隐私协议中。

2.引入第三方算法审查机制

破解黑箱、解读算法是算法规制不可缺少的一环，但信息主体不可能做到这两点，势必要依靠第三方力量，而这种第三方要么是监管机构，要么就是中立的第三方组织。监管机构方面，既可以像欧盟的数据保护委员会一样成立专门的监管机构，也可以依托现有的机构进行扩权，比如大数据局、网信办等。第三方组织方面，德国已经由媒体人牵头成立了名为“监控算法”的非营利组织，但其效果如何还需要实践检验。从具体审查机制来看，监管机构当然具有较大的权限，因此需要防止其不作为或乱作为，明确其审查权限和模式，审查权限仅限于算法内容，不能触碰算法主体其他商业机密信息，并且要建立强大的保密机制防止算法泄露。审查模式可以采用定期检查与随机检查相结合的方式，并且需要发表审查报告供信息主体参考，算法主体也应当向信息主体明示审查的

结果。第三方组织的则不必采用全面覆盖的审查模式，其可以参考信用评级机构的方式，由建立会员机制，由算法主体自主决定是否加入该评价体系，第三方组织对加入的算法主体进行审查后分别公示评级，以供信息主体参考。

人类基因编辑科技法哲学分析与规范展开

刘鹏[1]

【摘　要】人类基因编辑技术自出现便面临着巨大的争议，该技术核心在于人类生命体技术干预的外源性到内源性转变，其争议客体是生命权问题，即以技术对人类生命改造的质性命题。这种生命体的肉体和精神的非自然化需要考量争议理据，拟以生命科学发展历程及争议点为基础，分析科技方法论在对人“身-心”非自然化改造中道德争议和人主体地位忧虑问题，尝试比较世界各区域生命伦理区域伦理规范机制，发现代表技术进步的包容性、结构化伦理，从而以康德道德形而上学道德伦理为内核，推动人性尊严、节制作为理念寻求共识，技术监督之渐进式路径，从而服务于“类人类文明”制度塑造。

【关键词】奇点之争；科技方法之争；伦理规范生成

引言

2018 年 11 月，南方科技大学副教授宣布基因编辑婴儿在中国健康诞生，出生后即能天然抵抗艾滋病病毒（HIV）。2019 年 3 月，18 名科学家联名呼吁“暂停可遗传的基因编辑”，“全球暂停”并不意味着永久禁令。[2]这场争论的核心为舶来品“CRISPR/Cas9”基因编辑工具是否可以用于人类之忧虑，即：科学技术方法论会是否带来人类未来不确定风险？是否会带来人类主体性危机？高度技术化社会风险控制的伦理边界在何处？欧美各国对基因编辑态度不一，然而对其危害有着较为普遍的共识。在美国情报界 2016 年全球威胁评估报告中，美国国家情报局局长詹姆斯·R·克拉珀将基因组编辑命名为潜在的大规模杀伤性武器，并指出由具有监管或道德标准的国家进行的基因组编辑“与西方国家“可能会增加产生有害生物制剂或产品的风险。[3]根据该声明的广泛分布，低成本和加速的技术发展速度，其故意或无意的滥用可能会导致深远的经济和国家安全影响。这一生命健康权利问题，引入权利位阶理论[4]分析较为妥当，即生命学、权利道德性、伦理价值选择设计纳入框架进行分析。拟从生命学技术改造之争、科学技术方法论之争、人类主体性通向非主体化现实，以期发现基因编辑伦理之未来进路。

---

[1] 刘鹏（1981- ），男，山西省祁县人。山西大学商务学院副教授，西南政法大学人权研究院博士研究生，英国谢菲尔德大学访问学者，山西法理学会常务理事。研究方向：人权与工商业、法理学。

[2] 张佳星：基因编辑何去何从？“全球暂停”不是永久禁令[N].2019-3-19（8）

[3] Regalado A. "Top U.S. Intelligence Official Calls Gene Editing a WMD Threat". MIT Technology Review. Retrieved 26 December 2016.Regalado A. "Top U.S. Intelligence Official Calls Gene Editing a WMD Threat". MIT Technology Review. Retrieved 26 August 2019.

[4] 张永和.全面正确理解人权概念、人权话语以及话语体系[J].红旗文稿,2017(14):7.

一、生命学“奇点”之争：从外源性影响到内源性改造

对于生命起源，历史上存在诸多论争。如超物质先验决定论、亚里士多德的无生源论、巴斯德的生源论、1924 年苏联学者 A.N.奥帕林、1929 年英国学者提出的 J.B.S.霍尔丹的化学进化论等观点。由生命科学发展史和知识考古学看，生命起源问题争论源于人类不断地对自身改造和对生命意义的追寻。美国学者詹姆斯•拉切尔斯（James Rachels）提出“生命（life）”[5]的两分法：生物体意义上的“发挥功能的有机体”。精神意义上的“传记（biography）”。由此，前者注重自然资源禀赋，后者倾向于意识世界。我国台湾学者颜厥安教授肯定了“传记生命”并命名为“延伸生命”（extensive life）[6]。即“一个人生命在其躯体外或死后之延伸”，生命体“基因延伸”（genetic extension）也包括在内。精卵所有者“基因信息”（genetic information），是具有“生命潜能”（life potentials）的细胞。[7]该观点将生命体划分为自身命题和未来潜能。这种对自身自然禀赋和代际传承的极致追求贯穿世界历史，如长生术、超人等，一些学者持反对观点，他们认为有知性（conscious）的人生更为重要。[8]历史唯物主义将社会性认定为人类根本质性。

对完美主义的追求，见于人类将“超人”寄托于宗教中，宗教对人的遮蔽又成为打破思想牢笼、寻求革命的重要进路。医学、解剖学、生物学在 17 世纪的长期发展，意在破除宗教遮蔽，发现“人”本身。其后的发展注重于人类自身疾病、匮乏等问题的解决。原子论意义上的细胞的发现、孟德尔豌豆实验的遗传学、基因双螺旋结构的发现，促使人类不断揭开自身生命之谜。1943 年，埃尔温·薛定锷从生命的物理性角度提出“生命的形成和运行机制解释成引导细胞组织和遗传的一套代码脚本，而这些代码就写在基因里。”[9]这种将生命体语言解析视角与前述技术进行融合，在几十年中，生命、信息、认知、智能等科技集成、耦合，深化了生命科学的影响：人类试图在解构生命和智能的同时，对自身进行解释、设计乃至改造。

认知生命领域的革命性发展指导着实践，也带来巨大的分歧。“几十年来，遗传工程技术最惊人的一点可能是它的发展速度。”[10]对自然生命“进行计算机建模”[11]成为重要方向。医学、解剖学等学科细胞外部影响的发展，使人类明白缓慢和不确定。激进的思想成为引发这场争议的主因，对基因组的改造成为一个急剧变化的领域。人口的大幅增长及“延长寿命”成为技术革命的动力，当人们在利用小鼠验证转基因食物对自身生理结构的副作用尚无定论时，国际医学界已经尝试将这一技术应用于人体，

---

[5] James Rachels, The End of Life: Euthanasia and Morality[M], Oxford University Press, 1986，pp.24-26.
[6] 颜厥安.鼠肝与虫臂的管制：法理学与生命伦理论文集.台湾元照出版有限公司 ,2004：31、36、37.
[7] 颜厥安.鼠肝与虫臂的管制：法理学与生命伦理论文集.台湾元照出版有限公司 ,2004：31、36、37.
[8] James Rachels, The End of Life: Euthanasia and Morality[M], Oxford University Press, 1986，pp.24-26.
[9] 埃尔温·薛定谔.生命是什么.罗来鸥、罗辽复译.湖南科学技术出版社,2003:20.
[10] 约翰•帕灵顿著.重新设计生命——基因编辑技术如何改变世界[M].李雪莹译.中信出版社,2018:3.
[11]［美］克雷格·文特尔.生命的未来：从双螺旋到合成生命.贾拥民译，浙江人民出版社,2016:189-196.

即对人体外源性走向内源性改造这一“奇点”。被誉为“精准手术刀”一样的簇状规则间隔短回文重复序列（即 CRISPR/Cas9）技术目标在于：1.预防和治疗任何基因突变导致的疾病及某些并非基因突变导致的疾病，如艾滋病；2.改良人的体质或智力。2015 年 11 月，这项技术用来治疗一名患有恶性小儿白血病的婴儿，[12]临床效果惊人。当这一基因编辑技术应用转向了人体胚胎艾滋病免疫时，这种对人类“生命潜能”的代际改造行为，引发了国际学界的集体恐慌。这种分水岭意义在于人类或将打破过往的“人类中心主义”，用于“未来生命体”可能引发基因污染并带来基因不确定风险，甚至污染人类基因池。其结果像圣经中人类建造巴别塔一样，人类成为上帝或彻底陷入混乱。

人类胚胎基因编辑通往的这种优生学只是前进的一个方向，而通往意识的控制代表着另外一个方向。人的发展源于外部世界和内部意识的相互作用，现在为止“只知树木，不见森林”，基因语言“很难解释系统的整体性和复杂性。”[13]在莱布尼茨的“先定和谐”诱惑下，科学技术试图通往“物质”与“意识”的技术解决路径。生物遗传学在光遗传学、多能干细胞、合成生物学等领域便是这种探索。1.光遗传学试图解析大脑运作机理，通过细胞刺激，增加或减少学习、记忆、疼痛等感受。2.多能干细胞从胚胎培养到体细胞培养、体外培养人体器官技术也在迅速发展，人类器官的供体可能来自其他动物如猪的器官。3.合成生物学成功创造出第一个人工合成细菌基因组和酵母人工染色体。[14]其长远目标是用实现基因组更彻底的改变，从而突破由物质世界控制自身及精神世界的壁垒。

控制物质和意识世界使得这种遗传修饰风险饱受争议。新的生命基因组会不会污染人类基因池？光遗传学会不会成为控制思想的工具？合成生物学会不会占领地球、带来灾难？[15]尤其是风险溢出会不会犹如核武器一样毁灭学界是最大忧虑。学界有乐观者认为：生命已经有几十亿年的历史，“基因的数量、结构和关系是千锤百炼的均衡。”[16]在基因的表达与调控机制等领域仍存在很多盲区，需要长期的跟踪研究也许才能逐渐了解。[17]然而 HIV 病毒、SARS 病毒、H7N9 猪流感，以及从动物体内残存的人类基因现状来看，这种风险是存在的。这种技术资本化倾向并不是新近的观点，人们未来在基因超市中可以采购完美基因，实现优生，存在主义学者海德格尔在 20 世纪 40 年代就曾预见了人工繁殖工厂。在此基础上，预测未来人类。尼采认为“末人”(最后的人)是归属于“超人”的，因为“末人”身上“任何形式的动物性都完全被计算和规划(健康指导、培育)战胜了。”[18]

人类学中自我强化、优生选择和意识控制成为不得不面对的根本命题。当生命遮蔽

---

[12] 约翰•帕灵顿著.重新设计生命——基因编辑技术如何改变世界[M].李雪莹译.中信出版社,2018:3.
[13] 韩大元,孙周兴,赵汀阳,何怀宏,王国豫,段伟文.新生命哲学:新兴科技与开放的伦理建构[J].探索与争鸣,2018(12):4-16.
[14] 约翰•帕灵顿著.重新设计生命——基因编辑技术如何改变世界[M].李雪莹译.中信出版社,2018:3.
[15] 约翰•帕灵顿著.重新设计生命——基因编辑技术如何改变世界[M].李雪莹译.中信出版社,2018:3.
[16] 韩大元,孙周兴,赵汀阳,何怀宏,王国豫,段伟文.新生命哲学:新兴科技与开放的伦理建构[J].探索与争鸣,2018(12):4-16.
[17] 韩大元,孙周兴,赵汀阳,何怀宏,王国豫,段伟文.新生命哲学:新兴科技与开放的伦理建构[J].探索与争鸣,2018(12):4-16.
[18] 海德格尔.孙周兴译.演讲与论文集[M].北京：商务印书馆，2018:101.

逐步被揭示时，西方学界显出极大的忧虑。技术解构学者德国雅斯贝尔斯在《时代的精神状况》警告世人：将技术世界绝对化就将毁灭个体自我。[19]法国学者福柯曾在《人文科学考古学》中提出："人是近期的发明，并且正接近其终点。"[20]这种伦理学的忧虑：在于人类使用基于形式逻辑的技术认知和改造世界的反思，还在于人类将建构完美人性折射于人类中心在主义的担忧。

二、伦理正当性：科技主义与道德权利激辩

生命科学技术的跃进像横在人面前的达摩克里斯剑，福祉和风险并存。对技术的乐观情绪也普遍存在。1998 年，美国学者德沃金（Ronald Dworkin）指出生命遗传科学发展"令人兴奋"，距离预知"后代生命属性"的时刻已经"不再遥远"。[21]技术世界实现人类"自我永生""代际优生"一直是宗教和哲学的不朽话题，精神世界"生命从何而来、是什么及意义追问"普遍存在。我国学者孙周兴指出，当基因技术触及人类，即存在改造转向潜在改造时，"技术进步"成为"技术风险"，除技术风险的不确定以外，"这种技术性改造的结局和代价将会是什么？"[22]这种对基因编辑的后果追问，显然需要理性审视资本主义发展中科技主义和人文主义之间的长久论战，以及新生命学意义上"人类主体地位非主体化"道德争论。

（一）科技方法论之"武器"批判

自希腊哲学家普罗泰戈拉的"人是万物的尺度"和芝诺创立"斯托亚"自然法学派开始，人文主义和自然主义长期论战。前者主张，物质力量应当服务于人的全面发展；后者则认为科技解释世界是评判事物的尺度。资产阶级革命将人类从宗教和专制的桎梏中解脱出来，其革命武器是人文和科学，然而科学迅速发展使得人类"身—心"双重非自然化，科学"抽象掉了作为过着人的生活的人的主体，抽象掉了一切精神的东西，……使事物成为纯粹的物体。"[23]科技质疑者提出，技术理性带来的物质力量的进步，带来的并不是生命体的进化，而是越来越愚钝，科技方法无疑在其中处于争议中心。

马克思在《〈黑格尔法哲学批判〉导言》中指出：批判的武器不能替代武器的批判。[24]马克思对于"资本"为核心的拜物教化和"科技"异化为奴役人的工具进行过深入的思考，并且指出科技带给人类福祉更加服务其本身目的。1955 年海德格尔在《技术的追问》指出技术的本质并非技术本身，而是一种解蔽手段，事物通过技术呈现了它们自身的本

---

[19] [德]雅斯贝尔斯.时代的精神状况[M].王德峰译.上海译文出版社,1997:173.
[20] [德]雅斯贝尔斯.时代的精神状况[M].王德峰译.上海译文出版社,1997:173.
[21] Ronald Dworkin, "Playing God: Genes, Clones, and Luck"[J], in Ronald Dworkin, Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality[M], Harvard University Press, 2000 p.427.
[22] 韩大元,孙周兴,赵汀阳,何怀宏,王国豫,段伟文.新生命哲学:新兴科技与开放的伦理建构[J].探索与争鸣, 2018(12):4-16.
[23] [德]胡塞尔.欧洲科学危机和超验现象学[M]．张庆熊译.上海：上海译文出版社，1988：71.
[24] 马克思恩格斯文集（第 1 卷）[M].北京：人民出版社，2012：9.

质。[25]海德格尔从“存在历史”的哲思出发，将自然人类被技术工业加工、被“计算”和“规划”进行深刻批判。他运用尼采在 1888 年的忧虑：“大政治将把生理学变成所有其他问题的主宰”。技术创造的权力，“强大得足以把人类培育为整体和更高级者，以毫不留情的冷酷面对生命的蜕化者和寄生虫”，从而“创造一种对生命的袒护”。[26]“大政治”在洞察自然人类文明的衰败和技术时代人类生命形态基础上，提示了一种新的生命哲学。[27]显然从科学技术运作开始，新的生命哲学业已完成，希特勒“优生学”便是这种新生命哲学的实践，基因编辑是这种技术化的必然，技术创造出的高等级对低等级歧视是平等理论的悖反。

技术中立的非中立性批判。被誉为“发达工业社会最重要的马克思主义理论家”[28]赫伯特·马尔库塞将矛头指向科学的方法论本身。他对病态的发达工业社会意识形态批判指向当代科学技术，剖析科学技术的消极社会功能为核心的科技异化批判，“技术作为一种工具性和目的性的编码系统”，带来福祉的同时又在严重破坏这些福祉。[29]马尔库塞强烈批判科技异化，[30]他将发达工业社会定义为“工艺装置”[31]，将形式逻辑对样本的取舍，认定为实证主义的“哲学本质，科学技术的实证性、功利性和反辩证法性，对现存事物的顺从性、肯定性和非批判性……成为更具辩护性、更具控制性的意识形态。”[32]他将这种理性建构的思维方式视为资本主义价值选择的基点，用经验主义定性和定量分析逻辑构成了对多元价值和现实的否定，生命体进化中各种功能都存在着某种意义，这也构成了系统的完整性、复杂性。“在形式逻辑的统治下，本质和现象相冲突的观念如果不是无意义的，就是可以消融掉的；同一原则与矛盾原则相分离，终极原因被从逻辑秩序中清除了出去。”[33]

这种对武器的批判建立在资本主义工具主义价值的深入剖析基础上，认定形式逻辑主导了人类技术改造和进化。我国学者孙周兴提出：在近代以解剖学、生物学等为基础的学科逐步改变了生命的自然化，在此基础上运用归纳和演绎的形式解释为力学、循环论等技术文明，这些技术性的文明被成为“类人文明”。[34]这种科技方法带来人类社会的根本变革趋势清晰，人口的迅速膨胀对物质和自身世界新的需求，也是身体和意识通过基因工程和算法技术化改造主要诱因，现存世界的问题需要在反思中去逐步修正。新的

---

[25] [德]海德格尔.演讲与论文集[M].孙周兴译.北京：三联书店.2011:3-37.
[26] 尼采.尼采著作全集(第 13 卷) [M].孙周兴译，商务印书馆,2010:760.
[27] 韩大元,孙周兴,赵汀阳,何怀宏,王国豫,段伟文.新生命哲学:新兴科技与开放的伦理建构[J].探索与争鸣,2018(12):4-16.
[28] 陈学明．二十世纪的思想库——马尔库塞的六本书[M]．昆明：云南人民出版社，1989：1.
[29] [美]布莱恩·阿瑟.技术的本质[M].曹东溟、王健译.浙江人民出版社.2014:186
[30] 李桂花．科技哲思——科技异化问题研究[M]．长春：吉林大学出版社，2011：149.
[31] 陈振明．法兰克福学派与科学技术哲学[M]．北京：中国人民大学出版社，1992：298.
[32] 李桂花，张媛媛．超越单向度的人——论马尔库塞的科技异化批判理论[J]．社会科学战线，2012（7）：30.
[33] [美]马尔库塞．单向度的人[M]．刘继译．上海：上海译文出版社，1989：123.
[34] 韩大元,孙周兴,赵汀阳,何怀宏,王国豫,段伟文.新生命哲学:新兴科技与开放的伦理建构[J].探索与争鸣,2018(12):4-16.

生命哲学的主题是：探索未来人类可能的生命形式，重审生命非自然化中的本质。“自然人类被技术化 (非自然化) 的限度何在”，[35]是因为应对新生命哲学头等重要的政治主题。

新的生命哲学需要面对新的物质环境审慎思考，尊重多样性的自然选择的人本主义和技术化基因干预的科技主义的根本技术分歧，在于通过逻辑消除掉的样本带来的风险溢出。如自我增强带来的社会歧视，自我增强带来的自我毁灭，代际增强带来的基因池污染问题。辨证唯物主义认为，人类是长期进化的，病毒侵入和免疫功能均衡很容易被内源性基因修饰予以破坏，同时由于操作风险的存在，技术仍然存在着脱靶的可能性，所以对此应慎之又慎。而我们不得不面对，重大基因缺陷救治、摆脱下一代病毒基因侵扰、濒临死亡的救助这些现实而迫切的需求。因此，控制社会风险、尊重自由选择、非歧视发展是搁置争议、审慎前行的较好方案，即经过“技术现代化”，而经过现代化并不意味着全盘接受，尊重人性尊严、理性选择、控制风险更为稳妥。

（二）人类主体性的非主体化忧虑

人类社会自出现起，面临着意识塑造和思想冲破的二律背反，启蒙运动通过科学主义解释生命体、反对宗教和专制的同时，也通过人文主义哲学思辨逐步确立了自身的主体性地位。西方启蒙思想家理性建构的主体地位的确立和祛魅的历程，“上帝的概念压制了人的概念”[36]，带来了“完美人类”的身体和价值双重追求。人类确立的主体性思维早已变成了现代人的思维定式，人在塑造主体性的同时，也将道义逻辑和谓词逻辑输入到现实社会，尊重人性尊严、对人类存在意义追问便成为必要的需求。“人试图超越自然体的概念而变成另一种更好、更高级的存在。”[37]

摆脱现实遮蔽是人性发展的重要命题。西方哲学家笛卡尔“我思故我在”的唯心论调、霍布斯的理性人的智造能力（Artificial）[38]、康德等西方学者均是在批判前人基础上，希望理性现代“人”的概念。权利为其重要主张，主要集中于两大内容，即：“免于……自由”（free from）生成的旨在实现普遍人性尊严的权利宣言，并在抗争封建专制和宗教教义过程中生成权利清单，并将这一清单诉诸于《宣言》或《宪法》上的的权利，这一确信已经远远突破了生物体“自然人”的概念和公民权的概念。在逐步实现这些权利后，语境逐步切换为“be free to do”。人类已经无法满足于被自然或上帝所创造的原本状态和被社会和历史所限定的事实，而成为自己想要成为的人。马克思批判了启蒙思想家思想，提倡解决现实上的不平等，从而建构人的自由全面发展的未来社会，人主体的有意识的

---

[35] 韩大元,孙周兴,赵汀阳,何怀宏,王国豫,段伟文.新生命哲学:新兴科技与开放的伦理建构[J].探索与争鸣,2018(12):4-16.

[36] 韩大元,孙周兴,赵汀阳,何怀宏,王国豫,段伟文.新生命哲学:新兴科技与开放的伦理建构[J].探索与争鸣,2018(12):4-16.

[37] 韩大元,孙周兴,赵汀阳,何怀宏,王国豫,段伟文.新生命哲学:新兴科技与开放的伦理建构[J].探索与争鸣,2018(12):4-16.

[38] ［英］霍布斯．利维坦.黎思复、黎廷弼译.北京：商务印书馆,1985: 1 .

改造自身逐步由被动变为自觉的行动。人的发展应当充分考量人的选择，这种语义转换也带来了基因编辑技术的进一步发展，基因编辑或人工智能都是人的概念逐步得到扩展和延伸的方向。我国学者赵汀阳指出存在主义立场：人可以塑造和重新定义自己，甚至创造自身；每个人都是自己的逻辑起点，不再需要历史的起点；那么每个人就可以选择人的概念，人类更可以选择人的概念，兼备一切优越功能的人。[39]当每个人都不被历史、社会和自然所定义时，便实现了对自我的超越。

然而，人类进化的“技术路径”产生的主体性忧虑不容忽视。基因编辑通过技术手段实现的自我增强和代际优生，目标在于通过自然生殖的基因组合而造就更优秀的人。自我增强带来了美容和基因等技术的迅速发展，换脸、换头的需求存在，器官成为供体、甚至人类基因寻找生物供体，均代表着人类主体性的工具化，技术增强者对他人的歧视不容忽视。试管婴儿技术的争议同样引发了极大的伦理争议，对于是否植入子宫有过激烈的争论，其核心命题在于家庭伦理的冲击。此外，人类对自己缺陷的自卑，逆境中的执着带来的美丽、善良追寻的伦理价值的塑造可能不复存在。这种通过基因这一物质领域的改造的一个方向是，希望搭建一座通往精神世界的桥梁，目标在于解释和控制精神世界。无疑，这将会带来巨大的人性风险。弗朗西斯·福山忧虑生物技术的发展将带来人性沦丧和泯灭之虞。他指出:“生物技术会让人类丧失人性。生物技术改变了人性，但我们却丝毫没有意识到我们失去了多么有价值的东西。”[40]技术的进化带动了生理功能的逐步趋同，这也使得人性中因差异产生的观念价值和伦理逐步消退，在人类进化语境中，任何存在过的基因对人类都是有意义的。这种官能的强化也使得社会结构发生了巨大的改变，而很多由于多样性带来的意识的多样性或许不复存在。这种官能强化的方向也使得社会陷入自然禀赋的追寻中，从而形成对现实社会长久“真善美”等伦理的悖反，从而危及人类的生存。

马克思均通过分析主奴辨证关系指出，人的主体性是在劳动中实现的。正如代表追寻宗教的经院哲学和反抗宗教的自然科学成为了宗教的掘墓人，现代主体性逻辑也同样培养了自身的掘墓人。因此，坚持自造人在主体性逻辑上的一致性成为关键内容。毕竟人类在制造完美自我的同时，面临的种种新的挑战，这种新的自我改造不断改造人本身。

尊重主体一致性基础上，摆脱现有的人主体性认识误区对思想解放的束缚成为新的面向。然而这种技术领域存在着未知风险，需要重新定义过往达成较好的人性共识观念，以及在此基础上的改造生命体的既有规范。为妥善实现人类进化之目标，保障人类面免于生命、疾病困扰的权利，需要在增加信息基础、面对风险语境中，更多通过商谈范式渐进实现。此外，共识形成于对话，通过持续对话及论证，以维护主体性逻辑的一致性，促进社会伦理的生成。

---

[39] 韩大元,孙周兴,赵汀阳,何怀宏,王国豫,段伟文.新生命哲学:新兴科技与开放的伦理建构[J].探索与争鸣, 2018(12):4-16.

[40] 弗朗西斯·福山，我们的后人类未来:生物技术革命的后果[M].黄立志译.桂林:广西师范大学出版社，1997:101.

三、基因编辑技术规范的伦理规范路径分析

基因编辑技术面临着技术改造生命的限度，改造生命的可行性和风险性，也面临着人类主体性风险。在此，应当在商谈主义基础上，明确伦理价值选择，即以康德主义伦理作为理论内核；认清命题，批判地借鉴国外制度方案；增强信息基础，以沟通和对话促进伦理共识形成。

（一）增强信息基础：通过商谈主义寻求伦理共识

民众的信息掌握程度极大地影响着社会选择和价值形成，民众的陌生也造成了新技术接受中的困境。商谈主义旨在实现自主的“程序主义”[41]，将信息基础上的事实性和有效性作为基础，融入道德理由，并且对伦理和实用理由开放。显然，较之于政治家和民众而言，世界组织的伦理协会基于现实考量、对研究状况的分析更加贴近实际，而建立在普遍商谈基础上的伦理值得重视。1964 年世界医学协会通过的《赫尔辛基宣言》，确立了涉及人类受试者的医学研究的伦理原则。1975 年的阿西洛马会议更加务实，研究“工作应当继续，足以控制新创造出来的生命体的扩散范围的生物和物理屏障得以建立。”[42]该会议无疑是科学家主动赢得公众信任和法律空间并应对风险的范例。在 2015 年华盛顿会议上，生命科学家和伦理学家的共识是没有完全禁止生殖系基因编辑和暂停相关研究。这个态度带来了一种确信，由于自然世界的复杂性、生命体机制的不确定性，学术界期待通过“溯因法、反事实条件、统计分析等探寻各种可能的因果关系和运行机制，是一种目标导向的试错活动”。[43]国际组织较为开放的立场、主动寻求沟通对话，正确认识技术风险，希望通过商谈理论促进技术进步的同时，又能通过对话和技术监控较好地服务于基因编辑技术的发展。由于网络技术的迅速发展，我国也可以在尊重知识产权基础上，将部分信息公之于众，以实现对技术进步的普及和认知，从而促进基因编辑技术的社会伦理共识形成。

（二）渐进式放开或宪制框架：西方国家的技术伦理选择

对于人体基因编辑主要存在两种观点：一是以欧盟议会为代表的反对观点。二是以自由主义优生学为代表的完全的赞成观点。然而，这种立场也在科技发展中逐步改变。

1.欧盟伦理委员会选择渐进式放开。欧洲委员会 1997 年通过的《涉及生物学和医学的人权与人类尊严保护公约》第 13 条规定：“旨在修改人类基因组的干预只能被用于预防、诊断或治疗的目的，而且仅限于不会导致任何后代基因组被修改的用途”，显然技术发展无法保障前者的手段和用途与后者的结论达成自洽。然而，这一规范推动了各国的伦理立法实践，2004 年法国出台《生命伦理法》，确定法国伦理委员会的使命为针

---

[41] [德]哈贝马斯.在事实与规范之间：关于法律与民主的商谈理论.童世骏译.上海:三联书店.2011，508.

[42] Paul Berg, David Baltimore, Sydney Brenner, Richard O. Roblin III, and Maxine F. Singer. “Summary Statement of the Asilomar Conference on Recombinant DNA Molecules”[J]. Proc. Natl. Acad. Sci. Vol. 72, No. 6, 1975.pp.1981-1984,

[43] 韩大元,孙周兴,赵汀阳,何怀宏,王国豫,段伟文.新生命哲学:新兴科技与开放的伦理建构[J].探索与争鸣, 2018(12):4-16.

对生物学、医学和公共卫生学领域的知识进步所带来的伦理和社会问题提供咨询意见。德国于 2007 年设立伦理委员会，其任务为带动全社会关注生命科学和医学领域中的伦理和法律问题并展开公共讨论。法国和德国的实践过往伦理设定有着重要的突破。德国技术伦理学家胡比希(Christoph Hubig)持“明智伦理”(Phronesis)和“权宜道德”立场，“权宜”即“预测”“预防”“可修正性”。其伦理规则包括：在保护遗产价值(Verm chtniswerte)和选择价值(Option swerte)的基础上，通过渐进式思路解决：个体化处理、地区化处理、追本溯源、禁止战略、推迟决策、妥协的伦理战略。[44]这种权宜、开放甚至带有明显的实用主义痕迹的技术伦理代表着社会实际。我国学者王国豫批判，该核心思想就是在尊重传统价值观的基础上，采用开放的战略，对于现阶段面临的价值冲突，进行个性化处理直到妥协。这样的路径的最大问题，在于它遮蔽了对道德原则的追问。[8](13)我国学者朱振同样持这种观点，“对于基因编辑权利，必须进行严肃的追问。”[28](72-84)显然这种形式主义立场过于模糊的态度，极容易迁就伦理规范和共识的破坏。

2.美国学者提倡宪法控制模式。美国学者希拉·杰森诺芙教授对试图通过宪法权利的扩大解释技术[29](2)来解决现存的悖论。艾德里安·弗缪尔教授的《风险宪法》[30](1)针对美国历史和现实社会中普遍存在的对政府不信任，提倡以福利最大化的精神进行制定。两位学者通过扩大解释法和功利主义理论代表着宪制主义的两条路径，后者更加注重“通过决策论、博弈论、福利经济学、政治学和心理学等广泛的学科”来叠加论证，希望稳妥地实现可控、渐进路径。我国学者韩大元认为，“通过宪法控制科技对人类文明、尊严与未来的威胁”是基因编辑的较好路径。[31](1)我国学者郑戈对技术路径提出质疑：监管机构存在被监管对象所“捕获”而不能允正执中地监管风险；专家群体和听不到外部声音的同仁群体在讨论问题时往往互相肯定、盲目自信，认知并不公允。[32](3-15)由此，宪法控制需统筹考虑这些问题。我国学者段伟文提出了技术化路径：需要精细权衡，将风险量化并降至最低，主动应对风险，免于抽象价值观不清。即对人类风险承受能力和发展潜力的权衡寻求最大的可承受风险。[8](16)

（三）人权伦理控制：开放式和结构化伦理选择

马克思主义认为，就其本质而言，“人是一切社会关系的总和。”[45]这一论断是建立在人类共同体基础上，强调社会群体利益、社会情感互通、社会资源共享。同时立足人本主义，“以人民为中心”[33]从事各项事业。显然这一立场是我国基因编辑技术伦理规范的根本遵循。恩格斯提出，“科学越是毫无顾忌和大公无私”，[34]就越符合人民的愿望。坚持唯物主义立场，将基因编辑技术惠及民众客观需求是推动生命哲学重新定义现实路径。因此，以历史唯物主义奠基，伦理规范生成需要注重内容的权衡：1.推动我国和世界人民共同体命运伦理规范共识的形成。基因编辑并不是孤立地存在于一国，需要综合

[44] [德]胡比希(Christoph Hubig).不能将发展纳米技术的决策权交给市场[N].王国豫译;中国社会科学报.2010.9.21.
[45] 《马克思恩格斯选集》（第 1 卷），人民出版社 2012 年版，第 135 页。

权衡国际伦理协会准则、英美和法德国家的伦理规范，以求国内伦理规范能够在兼容国外规范的同时，反映我国“人民需求”，服务于社会。2.正本清源：生命科学技术根本目标在于美丽新世界。科学逻辑不仅应关注于现代形式逻辑，还应当考虑被消除掉样本的价值。其含义应注重于：“科学既是这种风险的原因和定义媒介，也是其解决方案的来源，科学为自己带来了进一步科学化的新市场。”其根本任务在于认知和运用“对自然界的因果关系等过程与机制”，将“生命转化为自由调控和不断重新设计与再造”[46]。基于技术化科学的生命制造同时“以行动切入自然和生命开启了可能触发无数事件链条的过程”。[47]在实践中应严格控制技术风险，其一，应对选择者披露技术存在的风险，尽提示义务，并严格追踪技术进展。以促使这种试错在理性的边界下对人性尊严的最大尊重。其二，对于代际选择的严格控制，设定仅“特殊需求”前提下，家长有权对“潜在生命体”进行选择，并且对违反者进行严厉刑事处罚，如为个人私利、私自组织等可能带来巨大的风险应当绝对禁止。其三，对技术进行风险量化分层，临床和学界应当更加关注脱靶效应和切割效应等具体的技术风险，将技术风险等级化，并且严密监控比禁止更为妥当。3.以人类基本人权为基本命题抑制“科技异化”。唯物主义立场下，伦理底线与结构化伦理规范是我国面对新得生命哲学之下得必由之路。结构化伦理为存在未知风险的科学技术提供了开放式技术边界，伦理考量由此成为研究的内在环节和渗透性的微观过程。“类人类文明”的未来是一个开放性的命题，面对这种不确定性，当前国际基因编辑研究中显现出的具有功利主义色彩和风险偏好的价值取向：通过有效益的行动趋利避害，开创可控制的未来。2015 年 12 月，中英美等国成立的科学、医学和伦理委员会，发布了《人类基因编辑：科学、伦理学和治理》，原则上承认了胚胎基因编辑在伦理上的可接受性，提出“追求福祉、透明、应尽治疗、负责任的科学、尊重人、公平和跨国合作等治理原则”。控制性开放成为成果各国的共识。父母中有严重的遗传疾病或者无法医治导致无法生育的情形更加符合人类伦理的共同诉求，而自身强化的优生欲望则并不被认可。4.在交往理性中寻找人民内心需求。后现代开启了人类更紧密交往、互动更加频繁，观念上的冲突在越来越明显。为很好地回应新的现实，需要我们认识冲突的文化根源以及习惯在伦理中的影响机制，如我国传统 “家”的伦理观念。这些习俗与人类的延续有着巨大的一致性，符合人类代际延续的根本目标，也是西方社会普遍存在的自由主义走向自利，注重当代和当前最好的纠正。面对不确定性技术和人们观念分歧，寻找理论命题在实践中的适用分歧，充分尊重人的自由选择并提示可能存在的风险，探索民众在交往中共识伦理。通过主体努力、社会引导和交往理性建构，[48]在规范性与有效性悖论中，寻找服务于人类根本福祉的实现。

---

[46] Ulrich Beck. Risk Society: Towards a New Modernity[M]. Translated by mark ritter. New Delhi: Sage Publications, 1992 p.155.

[47] 韩大元,孙周兴,赵汀阳,何怀宏,王国豫,段伟文.新生命哲学:新兴科技与开放的伦理建构[J].探索与争鸣, 2018(12):4-16.

[48] 刘飞.道德共识的形成机制析论[J].理论导刊,2019(01):84.

结语

人性尊严、自由选择、欲望节制是完美自身的永恒追求。由于未来的不确定性，在新的生命哲学语境下，我们无法揭开时代隐喻，形成稳妥、整全、公认的新人类生命规范。从另外一个意义上，基因编辑技术争议反映了人类对自身地位丧失的忌惮，也代表着对人类改造自身科学方法论的反思，我们反对“权宜道德”也印证了我们现实没有更好的方案。有学者认为法律的回应明显滞后。[49]除规范修改外，坚定实质伦理目标，加大沟通认知和共识，多渠道控制其反人类应用，是对人性尊严的最大尊重。在新的场域中，仍需要各国之间彼此加强信息共享、坚持文明互鉴、对外开放[50]，在更开阔的语境中实现伦理权宜性应对和规范渐进式生成，“通过改革给人民群众带来更多获得感。”[51]从而服务于人类美好生活的实现。

[49] 郑戈.迈向生命宪制——法律如何回应基因编辑技术应用中的风险[J].法商研究,2019(02):3.
[50] 张文显.治国理政的法治理念和法治思维[J].中国社会科学,2017(04):66.
[51] 《习近平谈治国理政》（第 2 卷），外文出版社 2017 年版，第 103 页。

智媒时代隐性采访的法律风险防范研究

闫斌　杨娜 [1]

【摘　要】智媒体所独有的技术优势更新了隐性采访的手段和方式，而智媒体的三个重要元素赋予了隐性采访新的优势，即：新闻采集技术的智能化、新闻采集过程的伦理化、新闻采集成果的智库化。但是，我们应当觉察到，借助人工智能、大数据、算法等技术的隐性采访可能侵害公民的隐私权和个人信息自决权，对此法律风险的防范策略是：实现软法和硬法的共治、提高新闻记者的法治素养与媒介素养、坚持比例原则。

【关键词】智媒时代；隐性采访；法律风险

众所周知，相较于其他采访手段，隐性采访可以更加真实地还原事实真相，获得更加有价值的新闻素材。传统的隐性采访一般是指新闻记者在没有获得被采访者同意的情形下，运用摄像机、录音机等声像记录设备秘密采集新闻事实的方法。进入智媒时代以来，随着人工智能、大数据等新技术的兴起和应用，隐性采访的手段和方式得以更新和发展，这一方面使得隐性采访可以发挥更多舆论监督的正面效应，另一方面，也可能由此生发一定的负面效应和法律风险。如何认识智媒时代隐性采访的表现形式和应然层面上的优势，如何分析其中隐藏的法律风险并及时加以应对防范，这是新闻传播学和法学研究者必须共同面对的重要议题。

一、智媒时代隐性采访的应然优势

封面传媒董事长兼 CEO 李鹏先生在其著作《智媒体：新物种在生长》中指出：智媒体包括三个重要的元素，分别是：智能媒体、智慧媒体、智库媒体，这同时也是从不同侧面对智媒体内涵的三种诠释，只有全面理解这三种诠释才能立体化地获知智媒体的准确内涵。简单来说，智能媒体是指以人工智能、大数据等新技术改造传统的新闻生产和传播过程；智慧媒体是指用人类的各种正向价值观念解决新闻生产和传播中的算法歧视和算法偏差的问题；智库媒体是指在智能媒体和智慧媒体的基础上，以借助新技术并融贯正确价值观念的新闻信息为政府、企业和广大公民提供智力支持，更好地服务社会大众。由此可见，智媒时代的隐性采访不仅仅要求新闻采集融合人工智能、大数据等新技术手段来履行传统的舆论监督的职能，在应然的层面上，还需要进一步接受正确价值观念的过滤和批判，并且应当实现智库化，从而助力国家发展和社会治理。

---

[1] 闫斌（1982—），男，山西阳泉人，山西大学法学院副教授，法学博士，主要研究方向：法学理论。
杨娜（1995-），女，山西朔州人，山西大学法学院 2019 级硕士研究生。

（一）智能媒体下的隐性采访：新闻采集技术的智能化

智能媒体下的隐性采访强调新闻采集技术的智能化。一般认为，隐性采访有三个显著特征："第一，记者隐去记者的身份而出现在新闻事件的现场；第二，采访是在被采访者未知的情况下进行的；第三，采访没有事先征得被采访对象的同意。"[2]显然，在智媒时代，隐性采访的第二个和第三个特征并没有改变，而随着大数据、人工智能、虚拟技术、云计算等新技术的应用，隐性采访的第一个特征已经改变。例如，若将人工智能与生物传感器技术相结合应用于隐性采访的过程中，如利用智能手环采集受访对象的地理位置、运动距离，甚至生理信息，将这些数据进行收集处理分析之后，即可成为重要的新闻线索，又如，在 2018 年两会期间，新华网把生物传感智能机器人"Star"应用到新闻报道，借助于"读心术"即时捕获观众情绪，获取观众生理和心理数据，再借助于人机交互与大数据分析，推出我国首条生理传感新闻报道。[3]将人工智能、大数据、生物传感器等技术应用于隐性采访之中，凭借人脸识别技术、语音识别技术以及大数据分析技术，在受访对象毫不知情的情况下即可完成新闻线索的采集工作，而这些新闻信息采集工作的完成并不要求记者必须出现在新闻事件的现场，这突破了传统采访模式的地域和时空的限制，并且在提升新闻采集与生产效率的同时也使新闻采集与生产的过程更加智能化。必须承认，智能媒体下的隐性采访借助众多新兴技术，能够使新闻记者获取的新闻素材更加客观、真实，获取方式更加智能、快捷，超越了传统语境下隐性采访的时间与空间限制，最大程度地向社会公众还原事件的本来真相，增强了新闻的舆论监督效果，净化了社会风气。

（二）智慧媒体下的隐性采访：新闻采集过程的伦理化

智慧媒体下的隐性采访强调新闻采集过程的伦理化。前文已论及，智媒时代的隐性采访运用人工智能和大数据等新兴技术，超越了采访的时空限制，虽然这提高了新闻采集的深度与广度，但是却有可能助长隐性采访侵入私人领域、侵害公民权利、有悖道德伦理的情形。这是因为，人工智能和大数据相结合可以完成算法训练，这不仅可以用来辅助决策，也可以此探知不为人知的隐秘，这或许是智媒时代隐性采访的可能发展方向。未来社会将有可能是被算法主宰的世界，算法规则正在塑造新的网络世界，也不可避免地影响人们的生活，尽管算法依赖于客观存在的大数据，但是，算法的背后隐藏着设计者和开发者的立场，最终的目的还是要追求利益的最大化，新闻记者以大数据和算法进行秘密采访所生成的新闻信息如果不以正确的价值引导和伦理判断矫正算法带来的偏见和霸权，就极有可能引发人们基于算法偏见而产生的误解，产生"信息蚕房"效应，这与隐性采访要发挥舆论监督正向作用的本质目的是背道而驰的。基于以上分析，智慧媒体下的隐性采访不能屈从算法等新技术带来的偏见与霸权，新闻记者应该拥有正确的价

---

[2] 顾理平：《新闻法学》，中国广播电视出版社 2005 年，第 160 页。

[3] 参见：人民网《2018 两会新媒体报道观察》，http://media.people.com.cn/n1/2018/0323/c14677-29884565.html，最后访问日期：2020 年 2 月 20 日。

值判断、高超的媒介素养，恪守新闻采访的伦理边界，尊重公民的私权利，在大众知情权和公民隐私权之间找到伦理和法律层面的平衡点，谨慎而智慧地在隐性采访中行使舆论监督的权利，揭露社会黑暗，弘扬社会正气。

（三）智库媒体下的隐性采访：新闻采集成果的智库化

智库媒体下的隐性采访强调新闻采集所获得的成果除了舆论监督的传统效用，还应当具有智库化的新效用。隐性采访是在被采访者并不知情的情形下进行的，这一特点决定了隐性采访获得的新闻信息更加真实可靠，便于发挥舆论监督的效用，然而，智媒时代的隐性采访不仅应该揭露真相，更应该将人工智能、大数据助力下所获得的新闻信息智库化，也就是要将这些信息广泛服务和应用于国家治理、企业生产、群众生活。例如，新华社 2017 年底推出的智能化内容生产平台——“媒体大脑”，它既是新闻信息智能化生产的标本，其中也蕴含了智媒时代隐性采访的元素。“媒体大脑”中的 2410 区块（智能媒体生产平台）能通过摄像头、传感器、行车记录仪等进行 24 小时实时传感器数据监测获得信息，针对突发事件，传感器的数据挖掘能够从冗杂的信息中过滤出有价值的内容，自动生成文字、图片、视频等多维数据。[4]由“媒体大脑”的隐性采访而获取到的新闻信息成为企业决策和群众生活的重要参考，起到了智库化的新效用。

二、智媒时代隐性采访的实然风险

英国文豪狄更斯在他的名著《双城记》中开篇提到：“这是最好的时代，也是最坏的时代”，一百多年来，这句话被不断引用。现今，我们再次引用它来形容智媒时代隐性采访带给我们的福利与隐忧、便捷与风险。一方面，从应然层面看来，智媒背景下的隐性采访借助人工智能、大数据、区块链技术颠覆了新闻采集、生产和传播的流程，可以保证正确的价值取向并能为政府决策、企业经营和个人生活提供有用信息，但是，另一方面，从实然的角度观察，智媒背景下的隐性采访亦有可能悖于公共利益和新闻的真实性原则，侵犯他人合法权益尤其是公民的隐私权和数据信息自决权，此即智媒时代隐性采访可能发生的法律风险。确实，“我们生活在一个全球性的，利己主义的，和比我们想象的更糟糕的风险时代中”，[5]人类从第一现代性迈向第二现代性的过程中，必须看到第二现代性中生态和技术带来的挑战，前者正如 2020 年 1 月开始肆虐全球的新肺炎疫情，后者恰如本文所研究的论题。[6]风险社会理论认为：“风险分析需要一种跨学科的手段；对被建构和质疑的风险缺乏社会学想象力的风险是盲目的，不了解威胁的由技术制造的‘第二性’的风险科学是天真的”[7]，因此，我们有必要对智媒时代隐性采访的实

[4] 参见：新华网《独家专访：新华社“媒体大脑”背后的算法机制》，https://www.sohu.com/a/233270467_181884，最后访问日期：2020 年 2 月 20 日。

[5] [德]乌尔里希·贝克：《世界风险社会》，孙淑敏译，南京大学出版社 2004 年第 10-11 页。

[6] 前注④，简单来讲，第一现代性是指简单的、线性的、基于民族国家工业现代化的现代性，第二现代性是“在第一现代性中的可控制性、确定性或者安全性的想法土崩瓦解之后”显性出的“一个词汇变化表、一个新的参考标准”，这预示着“风险社会”的来临。参见：乌尔里希·贝克书，第 1-22 页。

[7] 前注④，乌尔里希·贝克书，第 5 页。

然风险进行跨学科的审视与分析。

（一）可能侵犯公民隐私权

学界普遍认为：隐私权是一系列离散的权利的集合，这些权利具有保护个人生活的共同点。在这一系列保护个人生活的离散权利之中，智媒时代的隐性采访明显侵犯的隐私权利包括了个人生活安宁权和个人生活情报保密权。

所谓个人生活安宁权，是指自然人享有的维持安稳宁静的私生活状态，并排除他人对自身不法侵扰的权利。私人生活安宁不可侵犯的理念普遍受到世界各国的承认，在美国第四宪法修正案中就有所提及，该修正案主要强调了个人生活在物理空间概念上的安宁。王利明教授认为："私人生活安宁主要强调私人对其私生活享有一种不受他人非法打扰、非法干涉、非法窥视的权利"，[8]可见，生活安宁权不仅仅关注物理空间层面上的私人家庭的安宁，也应包括观念层面上的个人生活的安宁。因此，在智媒时代，利用人工智能和大数据技术收集他人不公开的个人信息的情形下，只要收集行为妨害了他人的私生活安宁，就应当认为该行为构成对公民生活安宁权的侵犯。人工智能拥有强大的数据处理和算法识别能力，便于精准定位被采访者，加剧了对被采访者正常生活的侵扰，大数据和人工智能算法的手段甚至可以破除物理距离获得个人隐私信息，从而干扰到个体的私人生活安宁。另外，智媒时代的隐性采访还有可能侵害受访者的个人生活情报保密权。众所周知，"人工智能的核心技术是大数据与算法，人工智能越智能化，就越需储存海量的个人信息作为支撑。"[9]在商业领域，购物网站通过网络爬虫和算法策略获得个人购物偏好从而精准营销并以此形成价格歧视，这已是公开的秘密。在新闻传媒领域，智媒时代已广泛存在算法新闻，"算法新闻就是运用智能数据计算技术与工具，根据用户需求自动生产并实现精准推送的新闻形态"，[10]在此过程中的隐性采访就是利用并分析大数据与算法取得的海量数据来最终形成采访结果。因此，智媒时代背景下，作为公民隐私重要内容的个人生活情报有可能被过分收集，超越伦理和法律的边界。"在大数据时代，隐私权的主体与客体之间的冲突状态进一步加剧。……作为隐私客体的个人数据陷入商品化和侵权化的危机之中"。[11]例如，人工智能家居设备为广大群众带来了生活上的便利，但是也衍生出了个人生活信息泄露的隐忧。2015 年 6 月 23 日，亚马逊在美国向公众发布了第一款集成智能个人助理的智能音响 Amazon Echo，随后国内也诞生了众多于此类似的智能音箱或可视化设备，它们可以根据人们的语音指令播放音乐、控制家电，同时也随时倾听和收集家中一切声音信息。显然，这些人工智能终端的普遍化可能带来个人生活情报泄露的问题，一种可能的情形是黑客的物理访问攻击行为，攻击者可以通过对设备的物理访问获得对 Linux 操作系统的根级别访问。一旦获得访问，

[8] 王利明：《生活安宁权:一种特殊的隐私权》，载《中州学刊》2019 年第 7 期，第 46-55 页。
[9] 郑志峰：《人工智能时代的隐私保护》，载《法律科学》(西北政法大学学报),2019 年第 37 卷第 2 期，第 51-60 页。
[10] 冯月季：《反叙述：算法新闻的符号哲学反思》，载《编辑之友》,2020 年第 1 期，第 74-78 页。
[11] 卢家银：《论隐私自治:数据迁移权的起源、挑战与利益平衡》，载《新闻与传播研究》,2019 年第 26 卷第 8 期，第 71-88 页、127-128 页。

攻击者就可以利用远程访问进行窃听；另外一种可能的信息是智能设备厂商本身收集这些信息用于商业推销等目的。如果新闻从业者以秘密采访之名擅自利用智能设备非法窃视、窃听公民的个人信息，未经允许公布于众，使他人的生活隐私在毫无察觉的情况下曝光于社会大众的视野之中，必然会侵犯公民的个人生活情报保密权。

（二）可能侵犯公民的个人信息自决权

一般而言，个人数据信息包括公民个人所有的基本信息和资料，如身高、体重、血型、生活经历、婚姻状况、宗教信仰等以直接或者间接方式识别个人数据的、与自然人相关联的具有个体特征的信息片段。智媒时代的个人信息自决权指的是个人对于运用人工智能和大数据技术获得的那些可以被识别的包含人格利益因素的数据信息有知情、处分和控制的权利。被精准采集、分发的个人信息被越来越多地商业化利用，掌握个人信息的网络平台和网络媒体未尽妥善保管义务，由此衍生而出的商业伦理、新闻伦理以及法律风险问题不胜枚举，这些现象为智媒时代个人信息自决权的保护敲响了警钟。除了人格利益方面的考量，“信息主体自决权就应该允许将个人数据视为个人财富而与欲获取信息者进行谈判的可能性。”[12]智媒时代背景下的隐性采访利用人工智能、大数据等先进技术极易获得公民的个人信息数据，除非基于公共利益的目的，在其它情形下，通过隐性采访获得公民个人信息既侵害了公民的人格利益，也损害了其财产利益。例如，新闻报道称，科学家利用人工智能技术制作出了仅靠脸部的照片判断个体性取向的算法。[13]明星和政要是经常受到隐性采访的对象，他们的性取向信息不仅具有人格利益的属性，并且还可以作为个人自传中的重要信息披露，如通过智媒下的隐性采访擅自获得、披露，明显侵犯了他们的利用个人数据信息获得财产收益的权利。由此类推，普通人的个人数据信息在某些特定的情形下也可能具有财产利益的属性，所有人的个人信息数据自决权都应当获得保护和尊重。从社会秩序的角度来看，如个人数据信息可通过此种隐性采访途径随意获取和披露，那么，整个社会将有可能陷于人人自危的境地。

三、智媒时代隐性采访法律风险的应对策略

（一）实现软法和硬法的共治

软法理论的脱颖而出颠覆了我们的法学世界观和法学方法论，也为我们应对社会风险提供了新的路径与范式。依照传统的硬法的视角来看，法律是国家对民众的单向度的征服与命令，法律以威严的面貌与坚硬的内核示人，时时警示与震慑民众不得逾越法律的边界。然而，当人类面对“第二现代性的生态和技术的挑战”，进入“可控制性、确定性或者安全性”土崩瓦解的风险社会，无论是利奥塔的“后现代性”，还是吉登斯的“晚发现代性”，抑或贝克的“反思现代化”，实质上都在提示我们“现代性的多元化”以及在“拓

[12] 贺栩栩：《比较法上的个人数据信息自决权》，载《比较法研究》,2013 年第 2 期，第 61-76 页。
[13] 参见：《同性恋 AI 人脸识别系统，准确率高达 91%，真的是个看脸的世界》，https://cloud.tencent.com/developer/news/407301，最后访问日期：2020 年 1 月 26 日。

植未来”的过程中将不得不施行的那些“激进现代化的各种各样、不可预料的后果的现代手段”。[14]如此看来，单向度的、命令式的、缺乏沟通协商意蕴的硬法不足以应对复杂多变、多种多样的社会风险。以哈贝马斯的法律商谈理论观之，法律作为社会整合的重要工具，应当“通过交往行动在具体生活形式中所确立的那种相互承认关系，在复杂社会中只能通过法律而具有抽象的普遍的形式，……这种反思的交往形式就是要求每个参与者采纳每个其他人之视角的论辩实践”。[15]软法区别于硬法的正是这样一种交往、反思、论辩与商谈的特质，因此，软法往往是自治共同体内部沟通协商，并达成“语内行动力”的最终产物。

依照以上所论，智媒时代隐性采访法律风险的应对不能仅仅依赖硬法所具有的惩罚与威慑效用，应当在软法和硬法达成耦合的基础上，实现二者的共治。众所周知，我国目前尚未颁布专门的《新闻法》，从软法的层面来看，对隐性采访的软法规制主要是通过新闻行业的自治规范和党的新闻政策来实现的；从硬法的角度来讲，对于隐性采访侵害公民隐私权与个人信息自决权的情形，一般通过《中华人民共和国民法总则》《中华人民共和国侵权责任法》中的相关法条来解决，在特定情形下，进行隐性采访的记者还可能触犯《刑法修正案九》中规定的侵犯公民个人信息罪，而承担刑事法律责任。硬法以高强度的国家强制力惩罚和震慑那些以隐性采访之名实施侵权的行为，起到了事后的一般预防的作用，但是，智媒时代的隐性采访表现形式多样，且随着人工智能、大数据等新技术的发展，还将有新的隐性采访形式不断衍生而出，硬法无法一一对此作出硬性规定，相比之下，软法具有更强的回应性、灵活性、互动性、共识性，通过新闻行业协会、自治团体内部的软法规范最大限度地预防新闻从业者逾越道德和法律的底线，劝导他们坚守新闻伦理，规范从业。笔者认为，实现对于智媒时代隐性采访的软硬法规范机制的耦合，首先应当通过法律解释的方法适当延长硬法的规范范围，克服硬法的滞后性；其次要遵守和执行党的新闻政策，坚守正确的新闻伦理，为了揭露社会黑暗、弘扬社会正气而敢于隐性采访，杜绝那些以吸引读者眼球、迎合低级趣味为目的而进行的隐性采访；再次是要有针对性地鼓励新闻行业的自治团体根据智媒时代隐性采访的特点和方式及时制定软法规范；最后是要明确软法和硬法的具体明确的规范范围，注意软法硬法规范机制的合理衔接与有机耦合。

（二）提高新闻记者的法治素养与媒介素养

新闻传媒通过自由发布新闻报道揭露社会不公和权力滥用，特别是可以通过隐性采访获得最真实的新闻线索，发挥着维护社会公平正义的作用，这指征着一个社会民主、法治和文明的程度，所以，新闻传媒行业通常被认为是“社会的公器”。早在两百多年前，

[14] 前注④，乌尔里希·贝克书，第 1-22 页。

[15] [德]尤尔根·哈贝马斯：《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》，童世骏译.，三联书店 2011 版，第 223 页。

由汉密尔顿担任辩护人的“曾格案”[16]就表明新闻行业基于社会公义目的的行为和言论应当受到法律的适当容忍和合理保护，但这并不当然地表明新闻传媒的任何采访调查或不当言论都不受法律追究。实际上，由于千百年来封建社会“人治”思想和“权力崇拜”观念的浸淫，我国新闻传媒行业滥用采访权和监督权的事例并不鲜见，“一些新闻媒体，……在行使法律赋予的采访权和监督权时，其内部采编人员涉嫌虚假报道、有偿新闻和新闻敲诈，将法律赋予的舆论监督权当成个人牟利工具，不仅严重违背新闻职业道德，甚至还触犯了法律底线”。[17]隐性采访在智媒的技术助力之下，新闻记者的监督权获得了更大幅度的扩展，如果自身没有正确和高深的法治素养，就难以把握隐性采访的限度，无法驾驭法律赋予新闻记者的舆论监督权，甚至有可能走入消解法治、滥用新闻监督权的境地。法治素养是一个人在掌握法治知识、理解法治规律、形成法治思维、树立法治信仰之后，在长期的学习和运用的过程中积淀而成的一种素质和教养。拥有法治素养的新闻记者在隐性采访的过程中必定会严守法律的底线，积极行使法律赋予的舆论监督权，弘扬正义和自由的法律价值观，而缺乏法律素养的新闻记者有可能无法抵御利益的诱惑和权力的蛊惑，借助智媒时代特有的人工智能、大数据等新技术以隐性采访之名侵害公民的隐私权和信息自决权，因此非常有必要通过各种手段培养智媒时代新闻记者应具备的法治素养。

“媒介素养”概念的提出其实主要是为了避免民众被媒介所掌握的权力所控制，初衷是为了让民众对新闻传媒带来的信息具有识别和批判的能力，因此，媒介素养主要针对广大社会公众而言。但是，在智媒时代，人工智能自主写稿、算法推荐造就“信息蚕房”和“后真相时代”、“做号集团”月入百万，此时再难以期望普通公众通过能力培养就能识别真相，从而摆脱媒介的权力控制。同样的，为了避免智媒时代隐性采访的风险，也不能只期望培养普通公众的媒介素养，必须从新闻生产的主体或者源头上提高新闻记者在隐性采访过程中的媒介素养，依靠人工智能或大数据技术、隐藏记者身份获得的新闻数据信息难以排除算法霸权的干扰，更难以排除算法背后的利益集团通过媒介权力的控制，亦即“在资本密集型的互联网新闻信息平台上，如何避免资本对新闻信息的宰制，如何在强调平台管理不良信息的同时避免平台对信息的过滤与控制，都值得深入探究”。[18]这就要求新闻记者在利用人工智能、大数据技术进行隐性采访的过程中能够正确和批判性地获取、分析、评价和传输所获取到的原始新闻数据，并谨慎地将最终形成的新闻成果展示于社会公众，主动地接受质疑和诘难。提高新闻记者的媒介素养对于防范智媒时代隐性采访的法律风险至关重要。

---

[16] 曾格案是北美殖民地时期有关法律和出版自由的著名案例，标志着美洲殖民地新闻自由的第一次重要胜利，对此后西方(尤其是美国)影响深远。

[17] 杜刚：《论大众传媒与党的新闻舆论监督》，载《湖北社会科学》2018 年第 8 期，第 177-183 页。

[18] 支振锋：《网络安全风险与互联网内容治理的法治化》，载《改革》2018 年第 1 期，第 44 页-46 页。

（三）坚持比例原则

比例原则是行政法学的一个重要概念，是行政机关执法过程中必须坚持的一项重要原则。在行政法学的视域下，比例原则强调的是行政权力为了其所要达成的结果而采取的手段措施必须与执法的预期结果相称，简单来说，就是“不能用大炮来打小鸟”。在新闻行业内，比例原则也一直有所体现，例如 1996 年通过的《美国职业新闻工作者协会道德准则》有专门的一部分强调“危害最小化”，其中还详细规定：“认识到在对自己信息的控制上，个人比任何寻求权力、影响或注意的人以及政府官员有更大的权利。只有超乎寻常的公众需求才能让对个人隐私的侵犯变得正当。”[19]具体到智媒时代下隐性采访的问题中，这其实说明：新闻从业者利用智媒技术的采访行为往往可以便利地隐藏自身的记者身份，采访行为也往往没有获得被采访者明确认可，这种情形下，是否应当进行隐性采访实际上就是要按照比例原则将公众知情权、公共利益同所侵犯的公民个体私权利相比较，除非是有比较重大的公共利益存在，否则不能以隐性采访之名侵犯个人的私权利。对此，我国 2019 年 11 月 7 日修订完成的《中国新闻工作者职业道德准则》也有针对性的规定：“严格遵守新闻采访规范，除确有必要的特殊拍摄采访外，新闻采访要出示合法有效的新闻记者证。”[20]此处所规定的“确有必要”实际上可以被具体解读为：“为了公共利益和公众知情权的必要情况”，而“新闻采访要出示合法有效的新闻记者证”就是指要表明记者身份，所以这一条也是在强调隐性采访应当坚持比例原则，不符合比例原则就不能进行隐性采访，就应当施行显性采访。尽管新闻行业的职业道德规范之中已经明确了对于隐性采访的比例原则，但是在智媒时代和“后真相时代”，无可争议地存在着“算法霸权”、“信息蚕房”现象，并隐藏着利益集团借此控制媒介权力，进而影响公众认知的隐患。笔者认为，面对智媒时代出现的新的危机，如何以比例原则明确隐性采访的边界问题，应当注意以下两点：第一，可以考虑进一步细化新闻行业职业道德规范中对于隐性采访的规定，亦可以在国家立法的层面运用法律解释的方法来明确隐性采访中公众知情权和个体私权利的平衡点；第二，有必要对掌握算法霸权的网络媒体平台进行法律规制，揭开算法背后的“黑箱”，防止“算法的某些负面影响和潜在问题被‘黑箱’所掩盖和遮蔽”，[21]为算法赋予正确的价值观，赋予新闻读者对算法拒绝的权利，防止网络媒体的利益集团化，防止他们通过算法形成的“信息蚕房”影响公众的知情权以及大众对公共事务的正确判断。

结语：

在人工智能、大数据、算法等新技术不断转变我们生活方式的同时，也正在深刻而

[19] 参见：搜狐网《美国职业新闻工作者协会道德准则》，http://everest-climber.blog.sohu.com/39197581.html，最后访问日期：2020 年 2 月 5 日。

[20] 参见：百度百科《中国新闻工作者职业道德准则》，https://baike.baidu.com/item/中国新闻工作者职业道德准则/4273845?fr=aladdin，最后访问日期：2020 年 2 月 5 日。

[21] 张淑玲：《破解黑箱:智媒时代的算法权力规制与透明实现机制》，载《中国出版》2018 年第 7 期，第 49-53 页。

急剧地影响和改变着媒体的性质与形态、新闻的生产与传播，在这些影响和改变之中，有些已经被我们认知和掌握，比如智媒时代的到来，还有一些可能只是若隐若现地潜藏在未来的认知图谱中，比如智媒时代隐性采访的法律风险问题。作为一名社会科学工作者，不惧未来的多样性和可变性、觉察并探索这些未来图谱中的可能问题是当然应负的责任。在智媒背景之下，不仅仅是笔者所论及的隐性采访问题，新闻与传播领域的诸多问题和现象也正在不断引发出我们从此岸世界向彼岸世界游走过程中的困惑与探索，科学技术、新闻伦理、法治理念的跨学科碰撞之中也激发了我们在工具理性、价值理性与交往理性等不同向度中的理解与尝试，因此，我们肩负着开拓者和守望者的双重角色，一方面我们要利用智媒时代的技术优势、开拓广阔的信息之海，另一方面，我们也应当守望和探查那些可能的风险并加以合理防范。

人工智能司法应用的方法论难题及其破解

王玉薇[1]

【摘　要】近年来，随着智慧法院建设的推进，司法中人工智能的应用越来越广泛，并促进了法律方法论的新变革。比如司法论证的建模化、司法推理的算法化和司法解释的智能化发展。但是，人工智能在提高司法裁判精确性、可预测性和高效性的同时也面临诸多现实难题，建模化的过程黑箱直接影响司法论证的有效性，算法的形式机械造成司法推理的结果不公、人工智能系统解释存在不确定风险。破解这些难题的路径在于，为司法论证中的人工智能建模论建构设置严格的程序规则，嵌入算法推理的矫正机制,全面提升依法防控人工智能系统风险的能力，并依法建立个人的算法解释权制度,从整体上促进人工智能司法应用在方法论上革新与规范化发展。

【关键词】人工智能；算法推理；算法解释；智慧法院；司法推理

一、问题的提出

伴随人工智能技术的迅猛发展和智慧司法改革的深入推进，人工智能的司法应用“呈现出范围全面性、功能根本性、地位关键性与态度开放性等时代特征”。[2]同时，“智能辅助文书处理、智能转化庭审笔录、智能辅助案件审理、智能辅助司法服务等应用越来越多”，[3]这在相当程度上实现了司法论证的建模化、司法推理的算法化和司法解释的智能化发展，从而使智慧时代的司法活动更加高效和精确化。在国外，早在 20 世纪 70 年代，美国等发达国家就研究出了人工智能法律推理系统，人工智能法律模拟分析系统和人工智能法律专家系统并应用于司法实践。

从人工智能司法应用与法律方法论的研究看，可以说，“中国的法律界向来缺乏运用科学技术方法模拟法律、运用法律的思维”。[4]从本质看，“法律人工智能在某种意义上就是机器对法律人进行法律思维和运用方法的模拟和拓展”。[5]目前，学界注重关心人工智能的理论建构、法律规制探讨等方面内容，分析主要集中在人工智能介入司法的中国进程[6]、难题[7]、路径[8]、算法司法[9]、算法裁判[10]、司法权之变[11]、价值取向与逻辑前提[12]、

---

[1] 王玉薇，东北林业大学，副教授。

[2] 王禄生：《司法大数据与人工智能技术应用的风险及伦理规制》，载《法商研究》2019 年第 2 期，第 101 页。

[3] 崔亚东：《人工智能与司法现代化：“以审判为中心的诉讼制度改革：上海刑事案件智能辅助办案系统”的实践与思考》，上海人民出版社 2019 年版，第 38-39 页。

[4] 左卫民：《热与冷：中国法律人工智能的再思考》，载《环球法律评论》2019 年第 2 期，第 60 页。

[5] 刘鲁吉：《类比推理在法律人工智能中的应用——以指导性案例智能推送系统的构建为例》，载《法律方法》第 27 卷，第 119 页。

[6] 钱大军：《司法人工智能的中国进程：功能替代与结构强化》，载《法学评论》2018 年第 5 期，第 138 页。

[7] 马靖云：《智慧司法的难题及其破解》，载《华东政法大学学报》2019 年第 4 期，第 110 页。

[8] 潘庸鲁：《人工智能介入司法领域路径分析》，载《东方法学》2018 年第 3 期，第 109 页。

[9] 杜宴林、杨学科：《论人工智能时代的算法司法与算法司法正义》，载《湖湘论坛》2019 年 5 期，第 64 页。

[10] 于海防：《人工智能法律规制的价值取向与逻辑前提—在替代人类与增强人类之间》，载《法学》2019 年第 6 期，

法理反思[13]等问题。对于人工智能司法应用导致的方法论变革这一关键问题，基础理论的探讨比较匮乏，对破解难题的方法也相对不足。在此背景下，本文拟重点分析人工智能司法应用给传统法律方法理论带来的影响，详细阐释人工智能司法应用所带来的方法论难题，进而找出破解的路径，为智慧司法的改革和推进提供理论支持。

二、人工智能司法应用方法论之变革和影响

人工智能在司法领域的广泛应用，为智慧时代的司法活动带来了重大发展与创新，也促进了法律方法论的革新和演进，如司法论证的建模化、司法推理的算法化、司法解释的智能化发展，这大大提高了司法审判的效能和精准化，也有效防止了冤假错案的发生。

（一）司法论证的建模化

法律论证的建模化是人工智能与法学研究的重要议题。这是“一种基于人工智能逻辑的法律论证建模方法”。[14]“当前关于如何识别法律论证的要素之讨论的趋势主要集中在寻找更有效的逻辑处理工具上”。[15]可以说，AI 法律论证理论的发展是从对既有司法案件进行概率建模开始的。如规则专家系统、案例专家系统和数据专家系统这三类专家系统的目标都是建构法律论证的逻辑模型。通过这样的建模可以简单刻画和描述形式论证的过程和结果。如“TaxMan 系统是美国麦卡锡（T. Mc-Carthy）在 1977 年针对税法构造的最早的法律论证形式化”。[16]从发展过程看，又可以分为三类：“案例的法律论证建模、法律论证的表达和解释的建模、法律概念冲突等非单调问题的建模和作为论证过程的法律论辩及对话博弈的建模”。[17]

此外，根据近年来研究的最新成果，法律论证适用的人工智能模型还可以划分为“框架模型（Framework）和语义模型（Semantic）两大类”。[18]框架模型着眼于法律论证的要素构造，较少考虑多个论证要素间的关系及紧密性；而语义模型重在考虑公民对司法论证效果的可接受性及可信度的评价，侧重对法律论证要素间的关系分析。二者的有机配合，可以有效克服法官将法律规范、案件事实以及证据融入论证中的时间限制。不仅如此，在某些重大疑难案件中，还可为“人类专家提供必要的时间来收集、理解分歧的

第 17 页。

[11] 季卫东：《人工智能时代的司法权之变》，载《东方法学》2018 年第 1 期，第 125 页。

[12] 高学强：《人工智能时代的算法裁判及其规制》，载《陕西师范大学学报(哲学社会科学版)》2019 年第 3 期，第 161 页。

[13] 孙跃：《法律方法视角下人工智能司法应用的法理反思》，载《上海法学研究集刊》2019 年第 9 卷，第 158 页。

[14] 梁庆寅、魏斌：《法律论证适用的人工智能模型》，载《中山大学学报(社会科学版)》2013 年第 5 期，第 118 页。

[15] 参见[爱沙尼亚]塔内尔·克瑞科密、桑德·拉萨拉夫：《逻辑与法律推理的自动化模型》，吕玉赞译，载《法律方法》（第 23 卷），第 89 页。

[16] T.McCarthy, Reflections on TaxMan: An Experiment in Artificial Intelligence and Legal Reasoning, Harvard Law Re-view, 90: 837-893,1977.

[17] T.Bench Capon, Argument in Artificial Intelligence and Law, Artificial Intelligence and Law，Kluwer Academic Pub Lisher, 5: 249-261,1997.

[18] 梁庆寅、魏斌：《法律论证适用的人工智能模型》，载《中山大学学报（社会科学版）》2013 年第 5 期，第 119 页。

来源，并根据对产生分歧的专家意见基础理论（机器人与人类）的审查作出决定”。[19]

AI 论证建模理论的基本观点是试图“建构相应的诉讼论证人工智能逻辑模型，然后用计算机程序来实现”。[20]在具体的运用和实践操作中，AI 论证模型的构建是以归纳相关案件的共性为首要前提的，而它的全部价值就体现在简约逻辑和速率上，进而为待决案件高效审判提供精准性的分析报告和预见性结果。其表现形式多为裁判文书的智能生成、法律模拟分析与推理、裁判结果预测、案件智能推送、量刑辅助等应用。

相较于传统的司法论证理论，算法和数据成为了 AI 论证的基础规则和重要前提。其主要是运用人工智能技术通过对海量司法大数据进行深入挖掘和机器学习，最后对司法案例进行智能分析并形成统一的智能化裁判标准，进而指导和服务智慧时代的司法审判。具体的步骤主要是运用人工智能技术搜集与查找案件事实认定的关键性数据信息，以及其间的数据逻辑关联和同类案件的相似性具体要件要素。这样操作的好处是“最大限度地避免要点遗漏、失真、重复等”，[21]从而限制法官的自由裁判权，防范冤假错案的发生。

（二）司法推理的算法化

众所周知，算法是人工智能进行司法推理的主要规则。当司法引入算法，在“推理不过是计算”[22]的运作模式下，简约逻辑和效率显然成为人工智能进行司法推理的显著优势。司法推理算法化的本质就是根据预先设计好的计算机程序进行数字化操作，以期获得可预见和可期待结论的一套计算机指令或数字代码。人们只需根据个案情况在输入端键入个别数据或参数，那么原则上就会自动生成清晰的结果或判决结论，从而助推司法推理的精确性和可预测性。

进一步来说，司法推理算法化运作的基本机理主要是通过人工智能技术方法模拟人脑神经网络，利用大数据技术抓取案例中的关键事实，并将这些关键事实进行编程，从而成为 AI 司法推理的编程数据。比如在现有的大数据系统中，只要数据结构是固定的、统一的，只要机器遵守司法推理的逻辑，司法推理的过程就会变得思辨化、精细化和可计算化，从而得出唯一正确合法的判决。其理论基础来源于法律形式主义的助推和支撑。法律形式主义的核心主张就是“遵循三段论的推理逻辑，即以法律规范为大前提，以具体的案件事实为小前提，进而推导出裁判结果，其最基本的两个要素为机械的演绎推理和封闭的规则体系”。[23]

可以说，司法推理中人工智能的应用和发展恰恰符合司法活动的特性，在一定程度

---

[19] [美]瑞恩•卡洛、迈克尔•弗鲁姆金、[加]伊恩•克尔：《人工智能与法律的对话》，陈吉栋、董惠敏译，上海人民出版社 2018 年，第 121 页。

[20] 熊明辉：《从法律论证到诉讼论证—谈谈法律论证逻辑研究对象的转变》，载《求是学刊》2017 年 6 期，第 26 页。

[21] 侯晓燕：《人工智能在参照援引指导性案例中的应用及其完善研究》，载《西部法学评论》2019 年第 3 期，第 39 页。

[22] [英]霍布斯：《利维坦》，黎思复、黎廷弼译，商务印书馆 1986 年，第 28 页。

[23] 朱景文：《对西方法律传统的挑战》，中国检察出版社 1996 年，第 292 页。

上，更好的诠释了法律形式主义对司法推理机械论的解释，也使得“自动售货机”的裁判理想由理论变为了现实。从人工智能和法律推理的理论发展进程看，布坎南和黑德里克于 1970 年发表的《关于人工智能与法律推理的思考》论文可谓是 AI 法律推理的标志性成果。随后 Walter G.Popp 和 Bernhard Schlink 又开发了 JUDITH 律师推理系统。紧接着，Jeffrey Meldman 于 1977 年又开发了计算机辅助法律分析系统。上述这些人工智能法律推理的论文和成果，为人工智能在司法推理中的广泛应用奠定了坚实的理论基础和前提条件。实践中，目前司法推理中的人工智能主要运用在类推案件和指导性案例中。在具体的应用中，“在贵阳政法大数据办案系统在部分地区 5 个月的试运行为例，服判率同比上升 8.6%。[24]在国外，“人工智能对美国最高法院未来裁判的预测准确率可认 79.46”。[25]

（三）司法解释的智能化

众所周知，传统法律解释的主体是人，而在人工智能时代，法律解释的主体则变为了人工智能系统或智能机器，因此可以大大提高司法解释的效能。在传统的法律理论里，“机器的设计是为了改善、提高人类能力，人为主体，机器为客体，将 IA 融人法律便不会存在体系性障碍”。[26]而目前的人工智能系统解释则具有了很大的自主性，其优势在于：第一，用机器智能模拟人类智能和思维，以形成类似于人类的司法解释能力。如“人工智能中的法律解释程序可优化参照援引指导性案例的结论”。[27]

进一步来说，在人工智能时代，人工智能系统运作的目标是“通过机器学习，对海量数据进行自动挖掘与预测，以形成统一的智能化算法或参考指引”。[28]此时，人工智能系统成为了司法解释的直接参与者。其明显在的优势在于可以克服价值要素对司法解释效果的影响。旨在帮助法官作出以数据为中心的司法解释结果，实现人工智能与司法实践的对接与融合，并提升司法解释的效果和能力。

随着人工智能的代际演化，很多 AI 具有了自我学习能力，能够从复杂的法律数据库中挖掘有价值的内容，如对海量数据、海量判决文书、海量案例的实时跟踪和分析预测，从而较为准确的把握司法解释规律，预测司法裁判结果与匹配需求，并基于有效数据给出最优方案，进而生产出正确的解释规则。实践中，机器可以根据法院提供的数据指导决策过程，“科学技术的运用可以通过法院效率和提高程序质量来克服效率和公平之间固有的‘负相关’矛盾关系”。[29]在上述提到的 TAXMAN 系统运行中，只要“在其 TAXMAN 系统中植入指

---

[24] 贵阳政法大数据办案系统：运用大数据技术破 执法司法难题，载 http：/ / www. sohu. corn / a / 156181562119562，2020 年 5 月 10 日访问。

[25] 左卫民：《热与冷，中国法律人工智能的再思考》，载《环球法律评论》2019 年第 2 期，第 57 页。

[26] 于海防：《人工智能法律规制的价值取向与逻辑前提——在替代人类与增强人类之间》，载《法学》2019 年第 6 期，第 22 页。

[27] 侯晓燕：《人工智能在参照援引指导性案例中的应用及其完善研究》，载《西部法学评论》2019 年第 3 期，第 40 页。

[28] 参见蔡自兴、刘丽钰、蔡竞峰、陈柏帆：《人工智能及其应用》（第 5 版），清华大学出版社 2017 年，第 125 页。

[29] [美]伊森·凯什、[以色列]奥娜·拉比诺维奇·艾尼：《数字正义：当纠纷解决遇到互联网科技》，赵蕾、赵精武、曹建峰译，法律出版社 2019 年，第 262 页。

导性案例中的法律解释方法，得出的结论可成为优化法官判断是否应当援引指导性案例裁判规范的重要参考依据”，[30]从而推动智慧时代司法解释模式的变革和发展。

三、人工智能司法应用的方法论难题

（一）建模化的过程黑箱直接影响司法论证的有效性

如前所述，司法论证中人工智能建模备受质疑的一点就是论证过程的黑箱问题，这恰恰是由建模化论证本身所具有的符号性、封闭性和归纳性等特征所形成的。司法论证中的人工智能建模之所以能够快速发展并成为法律方法持续研究的新议题，其法律意义正是在于“人工智能所有者将信息取舍的价值评判标准提供给了机器，机器后续的学习、创造等类人行为就是在这种标准之下完成的”。[31]这样一来，“算法在很大程度上就是一个黑箱子，普通人根本不知道算法决策是如何出来的，也不知道算法决策依据的具体数据和遵循的决策原则是什么”。[32]这严重阻碍了 AI 论证的程序正义和实质正义进程的实现。尽管近年来很多 AI 研究者试图尝试打开“黑箱”，但总体上，通过 AI 黑箱运作分析得出的论证结论客观上存在很大的风险性和局限性，其效果并不是很理想。具体表现为：

第一，司法案件的复杂性决定了人工智能建模的不全面，无法回应案件的真实性诉求。可以说，法律论证不仅是一个讲法说理说服当事人的过程，更是一个对判决结论的证立过程。这就要求法律论证应当说明“判决结论不仅在法律上是合法的，而且在事实上是合理的，可接受的”。[33]而由于 AI 论证建模是“按照设定程序运行以期获得理想结果的一套指令”，[34]这就天然的使其对案件真实性的回应是无力的。一方面，传统的形式逻辑论证的条件是从真前提开始演绎和论证的，但如何判断前提的“真/假”已明显超出 AI 指令和理解的范围，尤其是案件事实的假定以及案件背后所涉的价值、原则、伦理等要素；另一方面，AI 论证建模建构本身所依赖的数据本身并非完全真实、可靠和丰富。如学者调查结果表明的，“当下的法律数据不充分、不真实、不客观且结构化不足”。[35]此外，AI 论证还需努力在实质方面令人接受。如上海政法系统研制的“刑事案件智能辅助办案”系统“在实质审查方面还有一些障碍”。[36]

司法论证中人工智能建模的封闭性和机械性，使其很难考虑到论证过程的对话性、论证结论的可辩驳性以及个案中所涉的利益、道德和情感。法律的实质论证强调通过对

---

[30] 侯晓燕：《人工智能在参照援引指导性案例中的应用及其完善研究》，载《西部法学评论》2019 年第 3 期，第 40 页。

[31] 王文亮、王连合：《将法律作为修辞视野下人工智能创作物的可版权性考察》，载《科技与法律》2017 年第 4 期，第 066 页。

[32] See Maayan Perel & Niva Elkin 一 Koren, Black Box Tirrkering: Beyond Disclosure in Algorithmic Enforcement, 69 Fla. L. Rev. 181，184 (2017).

[33] 陈金钊：《法律方法论研究》，山东人民出版 2010 年，第 418 页。

[34] 克里斯托弗·斯坦纳：《算法帝国》，李筱莹译，人民邮电出版社 2014 年，第 98 页。

[35] 左卫民：《关于法律人工智能在中国运用前景的若干思考》，载《清华法学》2018 年第 2 期，第 108 页。

[36] 参见刘品新：《大数据司法的学术观察》，载《人民检察》2017 年第 23 期，第 31 页。

话寻求对纠纷的解决途径，其中“存在更多的‘论辩空间’，或者更多的‘分歧空间’”。[37]如学者主张的，“法官的任务就是在各种价值冲突中，寻找一种和谐状态的平衡点，以便当事人所接受”。[38]从操作逻辑看，由于 AI 论证具有机械性，其只能按照事前设计好的算法根据一个数字符号推演出另一个数字符号，因此个案所涉及复杂利益关系和人类的情感以及道德要素，人工智能是无法进行选择和标识的。理由恰是，“人工智能是依靠逻辑算法堆积而具有强大的推理能力，在面对相同或相似的问题时，很难摆脱逻辑算法而形成不同的对策”。[39]这就会使得人工智能即使嵌入了概率程序也很难作出合理公正、符合个案正义的法律判决。相反，其所形成的结果极可能是千篇一律的。

司法论证中的人工智能建模导致潜在的“法律论证要素的限缩”，使其很难作出公正合理的个案判断。由于 AI 技术是无法涵摄复杂的法律论证的全部信息，从而使得法律论证过程在智能技术的控制下变得扁平化，进而致使法律论证要素的限缩和信息化。比如传统的法律论证理论更侧重于审方论证、控方论证和辩方论证间的互动性与对话性，但在人工智能法律建模下，审方论证、控方论证和辩方论证很自然的实现了智能化和一体化。比如，传统整体式“同案同判”下的“同案”与“同判”的关系是演绎关系，相反，人工智能下“同案”与“同判”是归纳关系。由于法律论证是一个相当复杂的集合体系，不仅涉及到内部证成的逻辑性和有效性，还涉及到外部证成的合理性和正当性等方方面面的多维度的要素集合，这些要素往往只能以一种形式被 AI 大数据所抓取和描述，这会造成概率建模对于案件情境信息和隐藏信息的涵涉不足，影响个人裁判的公正。

（二）算法的形式机械造成司法推理的结果不公

在人工智能时代，司法推理的过程越来越多的被算法预先设定，机器只要按照算法提前设计好的形式和逻辑，如计算机以“如果 A 和 B，那么 C”方式对三段论加以描述和设计，就可以得出精确的推理结果。其理论基础来源于法律形式主义的助推和支撑。但正如法律形式主义的发展遭受到法律现实主义和批判主义法学的抨击和批评的那样，AI 司法推理也面临一系列的问题。

第一，算法推理的“逻辑骨架”是无法完成复杂的法律推理过程的。算法推理其实是一种单向度、线性的推理，因此很难适应法律推理的多维度需求。在推理即计算的模式下，法律推理的过程实则为算法的堆积，然而“计算机没有意识，不存在对案件的理解，只是作机械的运算”。[40]因此，算法推理是无法考虑到司法工作的亲历性、经验性和判断性等司法自身规律的，也难以如具体数据那般将上述规律纳入赖以参照的数据库中，更无法将其编辑为算法程序，因此是无法实现法官对审判经验的复制的，更无法替代法

---

[37] 参见[荷兰]哈姆·克鲁斯特威斯:《法律判决中形式论证的策略运用》，吕玉赞译，载《法律方法》（第 25 卷），第 8 页。

[38] 陈金钊：《法律方法论研究》，山东人民出版社 2010 年，第 418 页。

[39] 程凡卿：《我国司法人工智能建设的问题与应对》，载《东方法学》2018 年第 3 期，第 124 页。

[40] 邹军平、罗维鹏：《智能司法模式理论建构》，载《西南民族大学学报》(人文社会科学版)2019 年第 10 期，第 77 页。

官的自由裁量。由于法院的审判过程并不是机械的适用法律条文做出生硬的判决结果，而应是结合案件的主体、客体、主观方面、客观方面等要素做出的有权威、有公信力的判决。然而，由于 AI 司法推理的算法化和数学化，AI 司法推理实际上根据数据得出的一个推理结果。“在这个过程中，争议双方只能看到输入的数据和得出的结果，而对其中的运算过程则一无所知，由此也会导致算法黑箱或算法独裁的出现”。[41]同时由于 AI 司法推理的机械化和信息化，常常使得 AI 推理无法考量道德、情感、正义等实质推理所追求的价值要素，很容易使得 AI 推理陷入僵硬的机械推理的困境。

第二，算法推理无法协调形式正义与实质正义间的价值冲突。如前所述，算法推理是按照预先设定好的程序运行并归纳出共性规则，进而获得确定案件裁判统一标准的一套指令。但在司法实践中，真实发生的法律案例却是五花八门和千奇百态的，而这些个案中所涉及的诸多要素却无法在 AI 推理图谱中精确匹配，这会导致 AI 推理结果并不能真实反映出司法裁判规则的客观需求，还会加重人们对算法推理结论以及法官据此结论所做出的判决结果的严重质疑。因为 AI 推理的本在在于模拟人类的大脑进行思维和推理，但 AI 毕竟不具有人所具有的基本特征，因此 AI 并不可能真正像人那样进行司法推理和做出司法判决，在考虑个案差异性问题上 AI 也是无法做出弹性和适合个案正义有温度的推理的。这容易导致在具体的案例推理中使 AI 司法推理偏离预设的目标和方向，使得其推理沦落为一种基于算法的生硬的机械性行为。

第三，还有最为重要的一点就是机器在数据的筛选和处理上也难免会出现错误，影响司法正义的最终实现。从 AI 介入司法的实践看，“司法算法是作为技术决策，达致的是一种预测正义（Predictive justice），产出的是算法场域的最优解”。[42]而这个最优解未必是最公平正义的，最能满足人民群众对美好司法愿景的追求。实践中，其实并没有建立专门的指导性案例智能推送系统，推送系统的算法不明晰，没有与司法实践真正结合。

（三）人工智能系统解释存在不确定风险

传统的司法解释活动主要是指国家司法机关在法律适用过程中，对具体应用法律问题所进行的解释，遵循的是依法解释的法律逻辑。与此相对，人工智能系统解释活动则遵循的是技术治理的算法规则和自我偏好逻辑。人工智能系统解释因其固有的隐蔽性/不可解释性而往往使得相关判决产生诸多争议并引发诸多不确定风险。

算法的不可解释性风险引发人工智能系统解释结论的可接受性担忧。如前所述，AI 算法从本质上看，它就是一种计算机编程技术，其独有特征恰是隐蔽性或不具有可解释性。客观看，“这种算法向我们（包括编程人员）解释的困难，在某种程度上，这就像是向一只狗解释莎士比亚是谁一样，无从解释”。[43]前述的威斯康星州诉卢米斯一案

---

[41] 高学强：《人工智能时代的算法裁判及其规制》，载《陕西师范大学学报（哲学社会科学版）》2019 年第 3 期，第 165 页。

[42] 杜宴林、杨学科：《论人工智能时代的算法司法与算法司法正义》，载《湖湘论坛》2019 年 5 期，第 72 页。

[43] 参见杨学科：《论智能互联网时代的算法歧视治理与算法公正》，载《山东科技大学学报（社会科学版）》2019 年第 5 期，第 35 页。

难就难在“COMPAS 系统的原始算法及其过程具有不可解释性，而相关裁决也无法给人足够的说服力”[44]。同时，该系统“被证明存在着种族歧视的问题”，[45]这将对人工智能系统解释结果的公平性造成很大影响，甚至会破坏司法权威和消减司法公信力。

第二，人工智能系统对数据的天然依赖性决定了其解释偏见的不可避免。如人工智能司法研究者所熟知的，人工智能系统解释的逻辑或路线实际上是在用过去已有的法律案例数据、裁判文书预测和裁剪未来发生的错综复杂、千奇百怪的法律事实和案例的。然而在实际社会生活和交往中，司法解释活动则是纷繁复杂的和纵横交错的，这是人工智能系统解释无法实现和做到的，更不能及时做出有效的应对和准确的判断，那么就会导致依据既得大数据库资料所做出的算法解释结果的效力大大折扣。如此一来，“当法官受到大数据判决方案的影响，多数判决就会被进一步强化，最终导致整个司法实践固化。”[46]司法实践中，“由于司法机关本身不擅长人工智能核心算法的研究工作，所以一般将核心算法的编辑任务大量外包，这就为部分别有用心的 AI 开发者不当干预司法判决留下了隐患和空间，使得“司法公正”就难免会被算法绑架”。

第三，人工智能解释系统本身所存在的技术性缺陷会引发歧视风险。如前所述，人工智能系统解释的核心就是其所依靠的智能系统或机器。当机器成为法律解释的直接参与者时，其局限性还是很明显的，如“目前程序智能处理有限的事实和概念”。[47]从本质上看，这样的辅助或参考却难免将本应个殊化裁判、个别化量刑的个案被智能地规划为貌似相同的类案进而对法官产生相应的锚定效应，因而存在着被智能技术操控的风险。[48]更重要的是，任何人工智能系统本身都存在一定的不确定风险，即使法官和被告人知晓了智能系统的确切决策过程，研发公司也未必能确切描述其分析和决策过程，法官和公民要求超强的逻辑能力理解能力，对公司而言要成立专门的解释团队，那就偏离了公司的功能。在我国人工智能司法应用的实践中，人工智能系统解释的算法不科学、不透明和比较模糊，更没有体现对法律方法的理解和尊重，从而使人工智能系统所做出的智能化参考结论陷入无力解释的深层困境。

四、人工智能司法应用之方法论难题的破解路径

对人工智能司法应用的现实难题进行深入的研究和反思，并试图探寻破解路径，是法律人乃至全社会的共同使命和责任。

---

[44] 杜宴林、杨学科：《论人工智能时代的算法司法与算法司法正义》，载《湖湘论坛》2019 年 5 期，第 68 页。
[45] 雷震文：《算法偏见对“智慧司法”的影响及其防范》，载《法制日报》2017 年 12 月 27 日，第 11 版。
[46] 转引自王禄生：《司法大数据应用的法理冲突与价值平衡一一从法国司法大数据禁令展开》，载《比较法研究》2020 年 2 期，第 138 页。
[47] 转引自[美]布鲁斯·布坎南、托马斯·黑德里克：《人工智能与法律推理之展望》，陆幸福译，载《法律方法》（第 27 卷），第 94 页。
[48] 朱体正：《人工智能辅助刑事裁判的不确定性风险及其防范—美国威斯康星州诉卢米斯案的启示》，载《浙江社会科学》2018 年第 6 期，第 79 页。

（一）为司法论证中人工智能建模建构设置严格的程序规则

如前所述，司法论证中的人工智能应用备受批评最多的地方就在于论证过程的黑箱问题，即便是根据最先进的技术构建的模型也有可能存在与个别案件的不兼容性。因此，为了使人工智能时代的司法论证更加科学、规范和正当，建议在设置司法论证的人工智能建模时，首先应建立严格的程序规则，从事前评估到事中审查，再到事后问责，通过严格的程序规则对算法的黑箱性加以检验和审核，以程序公正价值防控算法黑箱问题的增长，进而增强 AI 论证的有效性、可接受性和可辩驳性。这就要求做到：

首先，应为司法论证中人工智能建模建立事前评估机制。

确立司法论证中的人工智能建模的研发规则，要求司法论证中的人工智能研发者在设计法律论证建模时将伦理代码嵌入 AI 司法论证建模的全过程，尽量预防伦理缺失所带来的价值失控风险。诚然，算法是人工智能进行司法论证和建模的基本规则，但实际上，人工智能法律论证作为一个开放系统，其算法决策规则通常是有漏洞的。因为“人们不可能预见到生活中的一切场景，并通过算法将其翻译成行动指令，而且系统在应用过程中会自主学习，因此，基于算法的决策行为并非总是可以预测的”，[49]特别是具有自主学习能力的强人工智能，往往超越了人的想象和控制。其原因主要有二：一方面，由于我们很难将抽象的法律规范转化成机器语言；另一方面，基于建模化构建的人工智能法律论证系统的算法决策是存在漏洞的。基于此，主张成立人工智能司法论证评估委员会，这些委员会的成员应由计算机技术专家、法律方法专家、律师、互联网企业、司法部门人员以及社会公众等相关人员参与，以此增强司法论证的参与性和透明度，也更容易使 AI 论证结论更具有可接受和公正性。

其次，应为司法论证中人工智能建模建立事中审查机制。

在 AI 使用方面，确立审判等敏感领域中的 AI 准入规则与使用规则，确保系统性风险的预防和人类的最高决策权。这就需要做到：第一，通过法律明确算法决策者和使用者的算法决策披露义务，尽可能地“矫正算法自动化决策过程中出现的权利失衡”。[50]第二，构建公开、透明的人工智能建模的监管制度，实现对人工智能建模设计成果的全流程监管，从而确保 AI 论证结论的可接受、正当性和可辩驳性。第三，法律论证过程中人工智能建模的应用要经过相关领域专家反复的论证，并注重持续的检验和审查，确保其论证结果的合理和高效。

再次，应为司法论证中人工智能建模建立事后检验机制和问责制度，确保其结果的公平和透明。

除了上述的事前规制和事中规制，事后检验和问责机制也尤为重要，这是司法论证应用人工智能的的落脚点和实效的根本保障。事前规制尽管在某些情形下有可能实现

---

[49] 转引自李飞：《无人驾驶碰撞算法的伦理立场与法律治理》，载《法制与社会发展》2019 年第 5 期，第 184-185 页。
[50] 郑智航、徐昭曦：《大数据时代算法歧视的法律规制与司法审查—以美国法律实践为例》，载《比较法研究》2019 年第 4 期，第 121 页。

“防患未然”的作用，但是，我们并不能夸大其在规制重点效用。事后规制的手段也很重要，为此应积极推动 AI 司法论证的事后检验机制和问责制度。“一方面，应当要求研发者尽可能保障 AI 技术可回溯性；另一方面，应当强化研发者责任，迫使研发者适度矫正 AI”，[51]确保法官审判的主体地位。具体的制度建构中，还需要“借助于技术程序的正当性来强化智能决策系统的透明性、可审查性和可解释性。”[52]

（二）嵌入算法推理的矫正机制

如前所述，人工智能在司法推理应用中备受批评最多的地方就在于算法推理结果的不公，因此，为了使人工智能时代的司法推理更加合理和正当，建议应在技术层面将算法正义的价值观嵌入到司法算法中。通过公正的矫正机制和算法正义规则主动影响 AI 推理的过程和结果。这就要求做到：

首先，建立司法工作者证据审核制度。

如前所述，算法推理其实是一种单向度、线性的推理，因此很难适应司法推理的多维度需求。因此是无法实现法官对审判经验的复制的，更无法替代法官的自由裁量。算法推理无法协调形式正义与实质正义间的价值冲突。这就需要“培养算法监督专员，规范算法制度，透明决策过程”，[53]进而增加 AI 算法推理结果的合理性和正当性。这就要求做到，其一，必须在 AI 算法设计中嵌入公民权利优先保障的原则，以平衡和消解算法权力；其二，推动算法审计制度的建立，减少算法推理的安全风险。实践中，“在运用人工智能援引指导性案例时，还需要法官对案件作定性分析，增加指导性案例的数量”。[54]

其次，建立对机器漏洞进行矫正的监管体制和法律制度。

如前所述，机器在数据的筛选和处理上也难免会出现错误，影响司法正义的实现。“当机器学习的结果与数据模型出现偏差，需要对机器建立的数据模型重新校对、修正，通过人机交互再次参与到数据训练中，以达到可期待的理想结果”。[55]在运用人工智能进行司法推理中，算法凸显出机械性，最优化等不足，错误，诚如学者解释的算法没有“道德想象力”，所以必须“将更好的价值嵌入到我们的算法中，创造出符合我们道德（moralimagination）标准的大数据模型。”[56]为此应当提前研判和化解司法中人工智能的应用对司法结构和司法秩序的冲击和破坏。理由是，人工智能归根到底还是一种机器智能，归根到底，依存的还是以计算机为代表的电子化机器，而机器的设立是为了改善、

---

[51] 于海防：《人工智能法律规制的价值取向与逻辑前提——在替代人类与增强人类之间》，载《法学》2019 年第 6 期，第 25 页。

[52] 苏令银：《透视人工智能背后的“算法歧视”》，载《中国社会科学报》2017 年 10 月 10 日，第 005 版。

[53] 程凡卿：《我国司法人工智能建设的问题与应对》，载《东方法学》2018 年第 3 期，第 128 页。

[54] 侯晓燕：《人工智能在参照援引指导性案例中的应用及其完善研究》，载《西部法学评论》2019 年第 3 期，第 36 页。

[55] 王文亮、王连合：《将法律作为修辞视野下人工智能创作物的可版权性考察》，载《科技与法律》2017 年第 4 期，第 065-066 页。

[56] O'Neil, Cathy, Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy, New York: Crown, 2016, p.204.

提高司法效能，人始终处于法律论证的中心地位，从而实现算法公平和正义。

再次，将司法正义作为司法推理中应用人工智能的主要原则和方法论上的基本面向。

此处主要从两个方面着手:一是，司法人工智能初始程序设定上应该强化算法自身程序设定的公平性和公正性；二是，在司法人工智能数据选取中，应做到数据具有代表性且足够多进而预防算法偏见和算法独裁对司法审判公正和司法审判模式固化的影响。

（三）全面提升依法防控人工智能系统风险的能力

如前所述，人工智能系统解释的主要困境在于其在模仿法官思维进行解释或为法官解释提供自动化决策时常常使得其解释结果面临不确定风险和合法性危机。据此，人工智能系统解释仍应在法治的框架下运行，需要遵守传统法律解释所应遵守的合法性原则，做到据法解释。

首先，人工智能系统所做出的自动化决策必须遵守合法性解释原则。

法律解释的原则体现法律适用者站在法治的立场上，运用法律概念、原理与精神解决诉讼争端的某些基本要求和指导性方针。从认识论的角度而言，“法律解释活动也必然遵循特定的司法意识形态，并在该司法意识形态的指引下运行。法治国理念从本质意义上意味着法律规则的治理，要求法官等法律人尊重规则，奉行规则意识，践行规则治理的事业”。但是，“如果忽视立法者关于如何解释其制定法的各种预期，那么这些方法论理论以及所包含的各种特定的解释规则，就会非常容易遭受缺乏权威性这样的批评，因为他们都不是立法者的作品”。[57]一方面，全面提升依法防控依法治理人工智能系统风险的能力，必须树立人工智能辅助系统的工具性价值，无论技术如何发展和发达，都应当服膺于依法治国的本质要求，尊重法律解释的合法性原则；另一方面，依法防范人工智能系统对法官自由意志的削弱。司法裁判作为一项经验性和价值性兼具的复杂作业，应当坚持法官的主体性和裁判的独立性，避免“智能主义”“数据主义”对法官自由意志的侵蚀。[58]总的来说，合法性仍然是人工智能系统解释所应遵循的最基本原则，在人工智能系统解释制度的建构中要始终奉行法治原则，只要这样才能拯救人工智能系统在解释过程中出现的不可解释性和隐蔽性风险，从而用法治来为人工智能系统的决策和风险提供保障。

其次，依法建立个人的算法解释权制度。

如前所述，人工智能系统解释活动遵循的是技术治理的我偏好逻辑，因其固有的隐蔽性/不可解释性而往往使得相关判决产生诸多争议并引发诸多不确定风险。在人工智能系统解释中，当事人其实并不知道人工智能系统解释的具体规则、依据、各种数据库、关键词选择的标准和以及解释遵循的基本原则，而这些都与公民切身利益和对美好生活

---

[57] 参见[美] 雅各布·斯科特:《解释的普通法及其法典化规范》（上），吕玉赞译，载《法律方法》（第 19 卷），第 131 页。

[58] 朱体正：《人工智能辅助刑事裁判的不确定性风险及其防范——美国威斯康星州诉卢米斯案的启示》，载《浙江社会科学》2018 年第 6 期，第 82 页。

的愿望息息相关。因此，主张建立依法建立个人的算法解释权制度，以限制“算法霸权”的产生和“算法歧视”对公民权利的过度破坏。这就要求做到，一是，为了防止人工智能系统的不可解性和黑箱性对公民权利的伤害，需要赋予公民对 AI 智能系统的决策报告有提出异议并依法行使救济的权利，以提升人工智能系统解释的透明度和公正性。例如，在当事人对人工智能系统解释的结果觉得明显不公或认为侵犯了个人有权获得正当程序权利的情形下，相对人有权向算法使用人提出异议，要求其解释算法、披露算法信息，并要求其提供自动化解释决策做出的理由和依据，从而做到从制度上防范和化解人工智能系统解释的不确定风险

再次，依法提升人工智能系统解释的自我反思能力和自我纠错能力。

法治为人工智能系统解释的自我反思和自我纠错提供了基本原则和根本保障。人工智能系统解释必须以法治目标为取向和任务，而不是简单的机器解释或数学解释。人工智能系统解释必须秉持传统法律解释所应秉持的原则、立场，并在法治的框架下对人工智能系统解释的功能和地位进行清晰合理的设定，预防人工智能系统解释的隐蔽性和机械性所带来的风险。此外，还需要利用人工智能系统解释自身的机器挖掘和深度自我学习能力进行自我纠错并及时进行自我矫正，由此可以在人工智能系统解释中嵌入核查程序，从人工智能系统内部有效消除智能解释所存在风险隐患，定期进行自我排查和自我反思，为其正常运作提供创造良好的内部环境。

五、结语

本文探讨了人工智能司法应用之方法论难题与破解的路径，并围绕法律论证、法律解释和法律推理三种方法在人工智能司法中的具体应用实践详细展开论证。文章首先分析梳理了人工智能司法的应用之法律方法的变革与影响，如司法论证的建模化、司法推理的算法化和司法解释的智能化。本文无意否定或轻视人工智能司法应用对法律方法论的贡献，只是在强调面对快速发展的人工智能、区块链、大数据等新技术司法广泛应用时所产生的方法论难题，如建模化的过程黑箱直接影响司法论证的有效性、算法的形式机械造成司法推理的结果不公，人工智能系统解释引发不确定性风险。除了司法论证建模有效、司法推理算法公正和司法解释结论合理，有时候也需要直面司法人工智能应用的利益衡量和漏洞补充等重要的法律方法并作出选择。最后，说到超越和路径选择，如果说国外的算法解释、算法问责、算法伦理制度已经为我们提供了路径依赖，如个人算法解释权制度、算法审计制度等的构建。那么在别的方法，理论和实践上是否还有必要遵循这种路径依赖，这同样是一个值得思考的问题。

基因编辑技术医疗应用的行政法规控

朱兵强[1]

【摘　要】基因编辑是指改变基因序列，实现基因定点突变、插入或敲除的技术。基因编辑技术的医疗应用，特别是生殖医疗应用面临巨大的技术、伦理与社会风险。通过民事法、刑事法的基因编辑技术医疗规控存在明显不足，必须以行政法加以补强。在生命宪制理论视野下，基因编辑技术医疗应用依赖科学行政的实现。以科学行政规控基因编辑医疗技术，一方面需要科学的行政立法，需要提升立法层级，解决基因编辑医疗中的一些基本问题，另一方面则需要民主的行政监管，实行综合审查的个案许可，改革伦理审查机制。

【关键词】基因编辑；生殖医疗；风险规控；伦理审查

一、基因编辑技术医疗应用及其风险

自 20 世纪末以来，特别是 2013 年 CRISPR/Cas9 技术问世以后，基因编辑技术突飞猛进，基因编辑技术的医疗应用也不断扩张。所谓基因编辑一般是指改变基因序列，实现基因定点突变、插入或敲除的技术。[2]作为一种现代生物技术，基因编辑的医疗应用主要有两个层面，第一个层面是对体细胞的基因编辑应用，即将基因编辑应用于疾病治疗和预防。第二个层面则是对生殖细胞的基因编辑应用。[3]目前，基因编辑技术在医疗中的应用主要有三种类型，一是生育“健康宝宝”，即将基因编辑技术应用于医学上的优生优育。该应用旨在通过筛选胚胎植入前基因，隔除遗传性疾病，从而生育健康宝宝。二是生育“救命宝宝”，即将基因编辑技术应用于特定疾病组织配型，如为救治患白血病或致命贫血病的兄姐，其父母可以通过基因编辑技术对现有的体外冷冻胚胎进行筛选，由此产生一个携带健康基因且能够与“救命宝宝”兄姐组织配型成功的体外胚胎。三是生育“强大宝宝”，即将基因编辑技术应用于基因增强，旨在改变非病理的人类性状，在人体功能正常的基础上增加更多幸福和快乐。[4]本文所谓基因编辑医疗应用主要是指第二、三个层面上基因编辑技术的实践。

基因被誉为“生命密码”，基因编辑则被称为“上帝之手”，由于基因决定着生命的基本构造与性能，决定着生物体的“生老病死”，是决定生命与健康的内在“密码”，[5]人类

---

[1] 基金项目：湖南师范大学医学与人文交叉项目：基因编辑技术医学应用的法律规制研究（2019yw01）；国家社科基金重大专项项目：社会主义核心价值观与完善重点领域行政基本法研究 (17VHJ003)。
朱兵强，男，汉族，1983 年 10 月生，江西永新人，湖南师范大学法学院副教授、硕士研究生导师，法学博士，主要研究法理学。
[2] 万思敏：《基因编辑的法律规制》，《中国卫生法制》2019 年第 4 期。
[3] 杨建军，李姝卉：《CRISPR/Cas9 人体基因编辑技术运用的法律规制》，《河北法学》2019 年第 9 期。
[4] 徐娟：《基因编辑婴儿技术的社会风险及其法律规制》，《山东大学学报（哲学社会科学版）》2020 年第 2 期。
[5] [美]美国国家科学院，美国国家医学院：《人类基因编辑：科学、伦理和监管》，科学出版社 2019 年版，第 23 页。

在 21 世纪似乎在某种程度上触及“长生不老”、“无病无痛”的理想境界。毫无疑问，基因编辑技术的问世与应用，为人类福利的极大改善提供了切实的希望，于人类健康福祉而言是一个巨大的促进。然而，基因编辑技术的医疗应用同样面临着巨大的风险，这些风险可概括为三类，一是技术本身的风险。基因编辑医疗是一项前所未有的医学实践，对基因的任何增添、删除和重组都有可能从根本上改变“生命密码”的“密码”，其后果不仅及于“被编辑人”，更可及于后代乃至影响整个人类共同体。基因编辑技术具有非确定性和不可逆性。在实验室中，基因编辑中的“脱靶”现象并不鲜见，造成损害的基于将难以在短期内发现和矫正。[6]基因编辑技术的不确定性和不可逆性会带来难以预料和难以挽回的可怕后果，如导致新的基因疾病、污染、破坏人类基因库等。二是技术应用的社会风险。基因编辑的医疗应用，特别是生殖基因编辑中的基因增强，会在人的自然选择和人为干预之间产生“阶层化”后果，由于基因增强费用高昂，不是所有人都能消费的起，这就打破了生命诞生的偶然性，让人人生而平等的固有信念难以为继，有的人天生将强于另一部分人，更重要的是，这种不平等不是偶然所致，而是由技术和金钱所决定的。基因编辑会带来上帝面前不再人人平等的社会不公问题，从而产生基因歧视、加剧社会分化等社会风险。[7]三是技术应用的伦理风险。基因编辑伦理风险是显而易见的，其中最主要的是基因编辑会内在冲击人本身的尊严与价值，人不再是法律与权利的主体，而可能物化为客体、对象与实现价值的工具。因为基因编辑技术的医疗应用‘使得人的自然体在迄今无法想象的程度上变成了可以通过技术加以支配的东西’，严重危及到了人的本质。”[8]

二、从民、刑到行政法：基因编辑技术医疗应用规控路径反思

基因编辑技术医疗应用的风险是客观存在的，基因编辑在生殖医疗中的风险尤为巨大，这点即便基因编辑技术的极力鼓吹者也毫不否认。因此，基因编辑技术应用的法律规控变得十分重要。如何对基因编辑进行法律规控？目前，从学界的研究看，主要有以下主张：

一是通过民法规控。有学者以“基因编辑婴儿”事件为例，认为基因编辑医疗应用中主要存在两类受害者——受试者（实验参与者，基因编辑胎儿的“父母”）和实验品（基因编辑胎儿），基因编辑技术医疗应用中，前者存在合同法、侵权法上的请求权，或者存在侵权法上的请求权。前者可以通过主张基于合同无效的损害赔偿请求权，也可以主张通过《侵权责任法》上的侵权请求权，后者可以通过《侵权责任法》等对自己的“出生前损害”提出赔偿请求权。[9]但 “由于基因编辑的效果或副作用可能在多年以后才会以

[6] 王康：《人类基因编辑多维风险的法律规制》2017 年第 11 期。
[7] 费鹏鹏，李才华：《人类胚胎基因编辑技术的伦理问题与监管对策》，《昆明理工大学学报（社会科学版）》2019 年第 4 期刊。
[8] ［德］库尔特·拜尔茨：《基因伦理学》，华夏出版社 2001 年版，第 228 页。
[9] 王康：《基因编辑婴儿事件受害人的请求权》，《法律科学》2020 年第 3 期。

无法预见的方式出现，这些‘权利’是否受到侵害、受到何种侵害以及如何提供救济都不确定。用适于处理具体损害之救济问题的权利概念来描述风险和不确定性所带来的问题，明显是工具错配了。”[10]

二是通过刑法规控。有学者将基因编辑医疗视为犯罪行为而主张以刑法加以规制。论者认为，人工辅助生殖基因医疗技术具有犯罪性，行为人实施了基因技术滥用的行为，严重侵害了人类生命与安全的法益，具有刑罚上的可责性。[11]在域外，已然产生了三种关于生殖医疗基因编辑规制的立法路径，分别是刑法典模式、单行法模式和刑法典与附属刑法相结合模式。基于此，有学者提出，应在我国刑法分则中增设“基因犯罪”类罪名，具体包括“非法开发生殖性克隆人技术罪”“非法转让基因医疗技术罪”“非法改变人类基因罪”“生殖性克隆人罪”等。[12]作为一种震慑性、垫底保障性的规制方法，刑法规制属于典型的后果规制，刑法规制在风险规制上的缺陷较为明显，它不能有效消弭风险，而只能惩罚风险行为人。刑法规制是事后惩戒，在科技风险的预防上效果有限。况乎，刑法规制固然必须，但基于刑法的谦抑性，刑法规制不能多用。

纵观现有关于基因编辑技术医疗应用的规范，较少从行政法角度尝试。理论与实务界似乎对于基因编辑技术医疗应用的行政监管路径重视不够。有一些碎片化的关于基因编辑技术医疗应用行政监管的观点，主要有三种：第一种观点似乎认为对基因编辑技术医疗应用的行政监管比较确定，无需讨论。[13]第二种观点是将行政监管作为基因编辑技术医疗应用规控的一个次要方式，这是目前相关论述中最常见的一种主张。多数讨论基因编辑技术应用规范的论著都会顺带谈到行政监管措施的强化。基因编辑技术医疗应用的行政规控存在边缘化、“鸡肋化”的倾向。第三种观点是行政监管“过剩论”、“多余论”。有学者认为在基因编辑技术的规制中存在行政管制色彩过于浓厚的弊病。[14]

我们认为，基因编辑技术医疗应用应考虑通过科学化的行政规控实现。基因编辑的行政法规控具有独特的比较优势。相较于民法、刑法在基因编辑技术医疗应用上的规制，行政法规制突出地体现了它的过程性规制的优势。众所周知，民事法主要通过赋予并救济受试者、受害人的生命健康权、基因权等权利而实现，这种侵权损害赔偿模式下的基因编辑技术危害规控路径实际上是救济型、事后性的规控路径，它以损害的发生为前提，以赔偿的补救为结果，不会亦不能实现事中乃至事前的规控。刑法在基因编辑技术医疗应用上的规制更是如此，它仅仅是一种事后惩罚而不能实现过程性规控。然而，基因编辑医疗的风险和危害是一旦发生即难以承受的，通过事后救济的只能是个体权利，通过事后刑事惩罚虽然名义上保护了社会性法益，但基因编辑医疗所产生的社会性损害是不可逆的，虽然惩罚已经完成，但损害未得到实际弥补。主张以科学行政的行政法代替民

[10] 郑戈：《迈向生命宪制——法律如何回应基因编辑技术应用中的风险》，《法商研究》2019 年第 2 期。
[11] 刘长秋，杨玉娣:《浅论基因犯罪及其刑法规制》，《北京人民警察学院学报》2004 年第 2 期。
[12] 于慧玲：《人类辅助生殖基因医疗技术滥用的风险与刑法规制》，《东岳论丛》2019 年第 12 期。
[13] 王康：《基因编辑婴儿事件受害人的请求权》，《法律科学》2020 年第 3 期。
[14] 王康：《人类基因编辑实验的法律规制—— 兼论胚胎植入前基因诊断的法律议题》，《东方法学》2019 年第 1 期。

法与刑法的救济性法律规控，透过事先与事中为主的风险规控才能从根本上应对基因编辑医疗所蕴含的巨大伦理、个人权利与社会利益风险。

三、权利抑或权力：基因编辑技术医疗应用行政法规控的理论思考

不可否认，对风险规控的行政法理路面临着一些担忧甚或怀疑。这些怀疑主要根植于通过行政手段规控风险所带来的行政强的扩张性担忧以及行政权扩张之后如何约束与控制的问题。由于现代社会中不确定性的日趋增强，风险的普遍性与隐匿性增加，通过行政手段进行风险规控需要极大提高行政权能，行政治理范式由秩序行政转向给付行政后，以经济干预、社会平等及经济繁荣等为主要目标的行政管理需要扩张行政活动和行政机构。[15]在处理风险性问题上亦是如此，“现行法不得不通过概括条款、不确定概念和裁量权赋予行政机关广泛权力，以及时有效地应对风险。但在未形成可行的制约机制前，难以避免权力的滥用。”[16]一旦权力政府权力扩张，个人权利受到的威胁将随即产生。正如学者指出：“既然任何事情都可能关涉风险，很多风险都是不仅被允许而且是被期许的行为所产生的伴随后果，因而国家调控任务的范围是无限的，任何人的任何行为都可能受到怀疑。”[17]扩张的行政权当然会侵害个人权利，这种担心不无道理。

对于怀疑论者的担忧，已有生命宪制理论的回应。“现代社会所面临的每一种风险都是用科学语言表述、由科学技术的应用导致并且最终需要靠科学技术的手段来应对的风险，因此从这个意义上讲，法律对科技风险的应对首先需要一种宪法层面的通盘设计。”[18]生命宪制理论的回应大致可以分为两种进路，一种是以权利为中心，一种是以权力为中心。

哈佛大学教授希拉·杰森诺芙教授认为要在科技的临床应用中重新诠释宪法中的平等权、尊严权等以应对基因编辑技术等新科技技术的发展所带来的问题。这种以权利为核心的风险应对方略体现了基因编辑技术对人的本质侵害，规定了基因编辑技术风险规控的基本方向与根本价值，基因编辑技术医疗应用的风险规控必须建立在对个人权利的保障之上，这既符合科学发展的规律，也符合法治建设的宗旨。

但是，必须同时看到的是，诸如人格尊严、人类基因乃至人的本质的侵害的表现存在延迟或“时差”，一个被编辑的基因及其“产品”受到的侵害需要很长时间才能表现出来，而且这种表现还往往是微弱且难以明证的。而法律上的侵权损害赔偿请求权也好，人的生命健康权也罢，其救济都必须有能够经验或证明的损害事实的存在，否则，这种权利即得不到法律上的支持。故而，产生了另一种以生命宪制应对基因编辑风险的进路，这种进路不同于以权利为核心的主张，而是以权力为核心，其代表人物是艾德里安·弗缪

---

[15] See Vgl. Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, Muenchen 2011, S.15-17.转引自张青波：《自我规制的规制：应对科技风险的法理与法制》，《华东政法大学学报》2018 年地 1 期。

[16] 张青波：《自我规制的规制：应对科技风险的法理与法制》，《华东政法大学学报》2018 年地 1 期。

[17] 张青波：《自我规制的规制：应对科技风险的法理与法制》，《华东政法大学学报》2018 年地 1 期。

[18] 郑戈：《迈向生命宪制——法律如何回应基因编辑技术应用中的风险》，《法商研究》2019 年第 2 期。

尔教授与桑斯坦教授。桑斯坦等人认为，不确定的风险而非确定的损害才是现代社会最根本的难题。[19]风险与损害是两码事，风险是对社会而言，构成一种相较普遍的侵害，损害则是个人的，风险威胁的对象是不确定的大众，而损害危害的对象是确定的个体。正是在这个意义上，应当将风险规制的责任理解为一种公共责任而非基于个人权利的个体化因应或个人式的救济。应将对风险的规控看成是政府的权责而非个人的权义。总之，“风险不能被视为对个人权利的损害，而是在不确定的时间对不确定的人产生不确定的损害的可能性，因此对风险的规控是一种基础性的公共利益，为政府行使公共权力提供了一种正当性基础。”[20]

不过，与其说桑斯坦等人关于基因编辑技术风险规控的理论主张是一种生命宪制理论，不如讲他们的理论主张实际上是一种科学行政理论。因为，桑斯坦等人的生命宪制理论是以权力的负担与权力的行使为重点，具体说，就是要政府承担基因编辑技术医疗应用的权责。而这种政府对基因编辑技术医疗应用的规制，必须以科学主义而非政治意识形态、道德伦理理想或功利主义思维为指导。因此，对基因编辑医疗应用风险的规控问题，最终也成为一个对科学技术风险的生命宪法的回应，而这个生命宪法对基因编辑技术的回应应当以权力为核心，将基因编辑技术医疗应用所带来的风险规控看作是政府应尽的义务。

笔者以为，完整的生命宪制理论可以回应基因编辑技术医疗应用的风险规控问题，不过需要结合生命宪制的两端，将权利与权力同时作为规控的目标与价值，从而在个人自由与秩序价值，在权利保障与监管效率之间寻求最佳平衡，型构一种兼容个人与社会、权利与权力的法治模式。在此，有必要重温人类价值法治保障的逻辑。基因编辑的风险根本上而言是对人的价值与尊严的风险，基因编辑技术“放”也好，“控”也罢，其根本依据是人类自我价值的保护，人类生命、健康和尊严、平等等是基因编辑生殖技术规控的根本归依。从法理上看，人人生而平等、自由等人权观基本上是自然法上的人权观，属于自然人权，但自然人权向法律人权的转变是必须的，现代法治社会，人权的法律化主要是权利的宪法化。权利的义务主体是国家而不是社会。如果权利主要依赖国家保障的话，政府则是权利实现的最终义务主体，尤其在宪法不可司法化的中国，对这种权利实现的现实路径必须有所了解。故此，从基因编辑与权利的关系而言，通过政府的行政规控符合现代法治的内在逻辑，是基因编辑技术医疗应用风险规控的正确道路。

四、迈向科学行政：基因编辑技术医疗应用行政法规控的未来路径

进一步讨论政府如何规制基因编辑技术医疗应用必须谈论一个问题，即如何规制的问题。在确定我国的基因编辑技术医疗应用规制之前，了解域外的规控模式实属必要。

[19] See Cass R. Sunstein, Risk and Reason: Safety, Law, and the Environment, Cambridge University Press,2002, P.viii.
[20] 郑戈：《迈向生命宪制——法律如何回应基因编辑技术应用中的风险》，《法商研究》2019 年第 2 期。

关于域外经验，已有不少学者作了介绍。[21]总体上看，西方国家的基因编辑技术水平较高、发展较快，规控也较为健全。目前，西方国家对待基因编辑医疗技术的模式主要有三种，一种是以英国为代表的自由主义模式，英国通过“哈什米”“惠特克”多个有关基因编辑医疗案件的处理，逐步形成了较为宽松的基因编辑医疗技术管理模式，在英国，生育“三亲婴儿”已经合法化。相较于英国，德国的基因编辑医疗态度则显得保守很多。德国对基因编辑技术医疗应用采取了较为严格的限制和监管。德国《基因诊断法》基本上禁止母体内胚胎或胎儿基因检测之外的所有基因编辑技术的医疗化应用。美国对基因编辑医疗技术则采取了较为折中的路径，它以伦理规范为主，兼以法律规范加以规控。美国在基因编辑医疗技术应用上的实践可以规控为伦理规范下的一般自由和法律规范下的例外禁止。[22]倘以行政法为中心考察，域外基因编辑医疗技术的规控可以化约为三种，英国属于“弱行政规控型”，德国属于“重行政规控型”，美国则属于“调和型”。总体上看，我国的基因编辑技术医疗规控必须走一条“调和型”道路，在权利与权力、个人与社会利益之间作出科学的平衡与选择。不过，我们的“调和型”道路不是美国道路的简单翻版，毋宁说是一种综合上述国家经验的“折中”模式。我国的“调和型”道路应当是科学的行政规控与民主的行政规控相结合的行政法规控模式，前者依赖行政立法，后者依赖行政监管。

通过科学行政规控基因编辑技术医疗应用的风险，必须要制定科学的行政规范。立法固然必须是民主的，但我们发现，在基因编辑技术医疗应用课题上，相关立法最大的问题不是民主不足而是科学性不够，为此，需要从以下方面努力：

一是要提高规范层级，形成全面、系统和专门的基因编辑技术法。针对规范体系不科学问题，最关键的一点是要制定专门的基因编辑法规，解决基因编辑技术医疗应用中的一些基本问题。目前，与基因编辑研究和医疗有关的规范性文件不少，主要包括《基因工程安全管理办法》《人类辅助生殖技术管理办法》（以下简称《办法》）《人类遗传资源管理暂行办法》《干细胞临床研究管理办法（试行）》《人类辅助生殖技术规范》（以下简称《技术规范》）《涉及人的生物医学研究伦理审查办法》（以下简称《审查办法》）《医疗技术临床应用管理办法》《人类辅助生殖技术和人类精子库伦理原则》《人胚胎干细胞研究伦理指导原则》等。在上述规范中，可以分为两层次、三大类，第一个层次是科学研究类的规范，第二个层次是临床应用类的规范；三大类的规范则包括：法律性质的文件，以《办法》为代表；技术性规范，以《技术规范》为代表；以及伦理规范，以《审查办法》为代表。既有规范明显存在效力位阶偏低（缺少法律和法规[23]），对基因编辑

[21] 王康：《人类基因编辑多维风险的法律规制》2017 年第 11 期；田野，刘霞：《基因编辑的良法善治：在谦抑与开放之间》，《深圳大学学报（社会科学版）》2018 年第 4 期；杜然然等：《欧美基因编辑伦理规范研究探讨》，《医学研究杂志》2019 年第 5 期。

[22] 刘旭霞，刘桂小：《基因编辑技术应用风险的法律规制》，《华中农业大学学报（社会科学版）》2016 年第 5 期；田野，刘霞：《基因编辑的良法善治：在谦抑与开放之间》，《深圳大学学报（社会科学版）》2018 年第 4 期。

[23]《中华人民共和国人类遗传资源管理条例》属于行政法规，虽然也涉及基因管理问题，不过主要是有关基因资源的采集、保藏、利用的，并未涉及基因医疗管理。

技术医疗规范不够，规范之间系统化不足等问题。[24]以《办法》为例，《办法》被认为是目前生殖医疗中最重要的法律规范之一，但该办法对于基因编辑生殖医疗的规范基本阙如，办法甚至并没有直接提到“基因”或“基因编辑”。《办法》第二十二条规定了七类应受法律制裁的人类辅助生殖医疗行为，但并未涉及基因编辑生殖医疗。如果要以《办法》规范基因编辑生殖医疗，只能将其归为“其他违反本办法规定的行为”行为，但由于《办法》根本没有涉及基因编辑，这种归纳也许有点牵强。对基因编辑生殖医疗的规范只能以间接形式实现，即当有关辅助生殖涉及违反《人类辅助生殖技术规范》时方有可能。后者明确禁止“以生殖为目的对人类配子、合子和胚胎进行基因操作”，若违反了《技术规范》，根据《办法》可以作出行政处罚。至于基因编辑技术具体如何立法，已有学者提出了建议。学者多认为，要提高立法层级，将现有的规范性法律文件内容进行整合，上升到法律位阶进行专门立法。[25]立法应当从人类基因编辑技术管理、人类基因资源管理以及人类基因权利保护等方面对人类基因编辑进行全面、系统的规制。[26]

二是相关立法要修补基因编辑技术医疗应用规制的规范漏洞。即便上述《办法》通过引致适用、间接适用能够解决一些基因编辑技术医疗规制问题，《办法》不周延的地方仍然明显，根据《办法》第二十一条的规定，违反本办法规定，未经批准擅自开展人类辅助生殖技术的非医疗机构，按照《医疗机构管理条例》（以下简称《条例》）第四十四条规定处罚，《条例》四十四条规定的处罚是“由县级以上人民政府卫生行政部门责令其停止执业活动，没收非法所得和药品、器械，并可以根据情节处以 1 万元以下的罚款。”而医疗机构同样违法的，根据《条例》第四十七条和《医疗机构管理条例实施细则》（以下简称《细则》）第八十条的规定处罚，由于基因编辑生殖医疗显然应属于情节严重，其处理结果应为吊销《医疗机构执业许可证》，可见，取得医疗资质的医疗机构和未取得医疗资质的机构，同样违法实施基因编辑生殖医疗的，其处罚并不公平，对取得资质的医疗机构的处罚比未取得医疗资质的非医疗机构的处罚还要重。这就很能解释，为什么会出现以科学研究、医学试验为名的基因编辑生殖医疗案件的出现原因了。不难看出，一个关键的技术性问题是如何在行政监管中厘清科学研究与生殖医疗。在贺建奎事件中，贺建奎自辩其目的不是医学上的治疗，而是进行抗艾滋病的研究性尝试，简单说，就是他所从事的是与基因编辑有关的科研而不是基因编辑生殖医疗。[27]如何对以科学研究为名但实质属于基因编辑医疗的行为实施行政监管是一个难点，如果这一问题不解决，类似贺建奎事件可能还会发生。

对于是否属于基因编辑生殖医疗的认定，至少存在“目的说”和“行为说”两种观点。贺建奎的自辩是一种典型的目的说，他以目的在于研究对抗艾滋病的能力提升为理由试

[24] 万思敏：《基因编辑的法律规制》，《中国卫生法制》2019 年第 4 期。
[25] 郑玉双，刘默：《人类基因编辑的行政监管》，《预防青少年犯罪研究》2020 年第 1 期。
[26] 王康：《人类基因编辑多维风险的法律规制》，《求索》 2017 年第 11 期。
[27] 肖思思，李雄鹰：《广东初步查明“基因编辑婴儿事件”》，《人民日报》2019 年 1 月 22 日，第 12 版。

图模糊其进行医疗活动的行为。而现行法上主要采用的是行为说，根据《细则》，所谓诊疗是指“通过各种检查，使用药物、器械及手术等方法，对疾病作出判断和消除疾病、缓解病情、减轻痛苦、改善功能、延长生命、帮助患者恢复健康的活动。”此外，《细则》还规定，“临床试验性检查和治疗”属于特殊诊疗行为。以现行法所规定的行为说来认定基因编辑生殖医疗行为较为困难，因为所有诊疗活动必然以疾病治疗行为为要件，如果行为人没有实施治疗，而只是“提升能力”、改良基因，则将其归为基因编辑医疗行为不具有充分的合法性。为此，应当考虑将结果要件加入基因编辑生殖医疗规范之中，当出现基因编辑过的胚胎、婴儿的时候，就应当认定其实施了基因编辑生殖医疗行为，从而可以依据相关规范对其实施制裁。相关立法应当进一步明确，完成临床前研究拟进行临床研究的，应当在医疗机构内开展，在人体进行的操作应当由医务人员完成，否则要加重处罚。

基因编辑医疗还需要民主的行政监管。毋庸置疑，行政监管应当是科学的，特别是针对基因编辑类的前沿性、高风险新技术尤其应当如此，但我们分析发现，当前的基因编辑技术监管不是科学性不足，而是民主性欠缺。缺乏民主的行政监管，难以兼容基因编辑医疗技术的权利价值和秩序价值，有必要在坚持科学监管的基础上，适当增强行政监管的民主性，以更好地促进基因编辑医疗技术的个人价值与社会福利。

首先，要施行综合审查下的个案许可，以兼容人权价值。在英国，基因编辑生殖医疗相对开放和自由，它采取的是一种事先个案许可的监管模式。但或许因为英国并没有实际发生基因编辑婴儿，很多人都误解了这种事先许可的运作，以为个案许可是一种简单的行政决定的作出。英国的事先许可并非简单的形式审查，不是一般的行政许可，而是必须对基因编辑生殖医疗的可能风险进行全面、细致评估，[28]在科学评估其风险的基础上，审查基因编辑生殖医疗个案是否符合相关条件，否则是不会得到许可的。细致考察英国的几个基因编辑生殖医疗应用个案，会发现，其许可经历了广泛的社会讨论、专业的科学审查和漫长的实践评估，甚至走了艰难的司法过程才实现的，这样的许可，绝非一般行政许可当中，它是一种主要依赖民主化讨论的许可。这种综合审查的个案许可，可以通过民主讨论、科学论证的途径，对申请基因编辑技术医疗应用的目的进行深入考察，对于确属“疾病诊断”，生育“救命宝宝”等促进人权性质的基因编辑医疗技术可以在经过充分民主讨论的基础上实施个案许可，从而在行政监管过程中有效吸纳个人权利，同时又不至于步子迈的太大，引致社会与伦理风险。

其次，要强化行政监管的开放性与民主化。政府与民间的合作，实质上是权力与权利的结合，是一种风险沟通意义上的民主化风险规控。开放性、民主化的监管在既有机制下主要是伦理委员会的审查。前述《审查办法》是伦理审查的主要规范，根据《审查办法》第五、六、七条等规定，伦理委员会的设置有两类，一类是有卫生行政管理部门

[28] 王康对“哈什米”“惠特克”等案的许可过程作了较细致分析，参见王康：《人类基因编辑实验的法律规制—— 兼论胚胎植入前基因诊断的法律议题》，《东方法学》2019 年第 1 期。

设立的伦理委员会，包括国家医学伦理专家委员会、省级医学伦理专家委员会；另一类是医疗卫生机构设立的伦理委员会。两类伦理委员会可以分别看成是政府性伦理审查机构和民间性伦理审查机构。目前，对于医学研究和临床试验的伦理审查主要通过医疗卫生机构的伦理委员会审查的形式进行。[29]对于目前的伦理审查机制，有诸多批评，主要是缺乏独立性。[30]独立性不够实际上是开放性不足，缺乏公众参与。从伦理委员会的构成看，其委员主要是各领域专家，包括生物医学领域、伦理学、法学、社会学等领域的专家。虽然《审查办法》规定应当有不同性别的委员，少数民族地区应当考虑少数民族委员，但未明确与在审个案有利害关系的主体参与，因此伦理审查实际上就是专家表决，容易陷入所谓的“专家之治”与“精英共谋”。[31]对于伦理审查委员会的改革意见主要是建立“地方-国家”二级独立伦理审查制度。[32]这种思路大致是对的。伦理审查应当兼容科学与伦理双重价值，伦理审查本身就不是单纯的科学性审查，也不是单纯的伦理性审查，而是兼科学与伦理于一身的。故而，未来的伦理审查需要一方面要强化国家医学伦理专家委员会的行政监管，另一方面要在医疗卫生机构伦理审查中强化公众参与，将与具体个案中存在利益关联的个体纳入伦理审查委员会，如此，便既能保证伦理审查的刚性，又能在一定程度上稀释专家之治的“共谋”色彩，更好地吸纳个人权利。

五、结语

基因编辑技术医疗应用的风险是客观存在的，新技术发展及其所衍生的后果，人类都必须一体承担与应对，民法与刑法在基因编辑技术医疗应用的风险规控中有其价值，但还需要行政法加以补强。行政法对基因编辑技术医疗应用风险的规控以生命宪制理论为基础，试图包容新技术发展中的秩序价值和权利价值，透过科学的行政立法和民主的行政监管，为基因编辑技术医疗应用风险的规控提供新的视角和解决方案。技术和法律都是人类理性的成果，有理由相信，基因编辑技术医疗应用在法治的规范下一定能够健康发展，造福全人类。

---

[29] 国家与升级伦理专家委员会实际并不对个案进行专门的伦理审查。国家医学伦理专家委员会主要负责对涉及人的生物医学研究中的重大伦理问题进行研究，提供政策咨询意见。省级医学伦理专家委员会主要负责协助推动伦理审查工作的制度化、规范化，指导、检查、评估医疗卫生机构伦理委员会的工作，开展相关培训、咨询等工作。参见《涉及人的生物医学研究伦理审查办法》第六条。

[30] 黄鹏：《基因编辑技术临床应用的伦理问题与审查制度规制》，《医学与哲学》2020 年第 8 期。

[31] 杜辉：《挫折与修正：风险预防之下环境规制改革的进路选择》，《现代法学》2015 年第 1 期。

[32] 黄鹏：《基因编辑技术临床应用的伦理问题与审查制度规制》，《医学与哲学》2020 年第 8 期。

数据资源归国家所有的权利构造研究

张玉洁[1]

【摘　要】在明确“数据资源归国家所有”的权利构造之前，界定“国家所有”的法律性质是先决要素。法学界对于“国家所有”的性质尚未达成共识，具体可以划分为“公权力说”、“公共义务说”和“权利说”这三类。实际上，从法律规定中可以看出“国家所有”的根本性质是“所有权”。基于合同约定的所有权假设，以及基于无体物的在知识产权路径都缺乏法律可行性。基于有体物的物权路径是良好的制度选择，更契合数据资源归国家所有的权利构造。为了避免“数据资源所有权”被“国家”和“平台”一分为二的局面，保证国家基于对“数据资源所有权”的有效行使。有必要创设基于“分配正义”的数据资源国家所有权和数据资源用益物权，明确信息集合作为权利客体。

【关键词】数据资源；国家所有；物权路径；信息集合

引言

随着信息爆炸时代的到来，数据资源成为新的生产要素。以网络平台作为主导的网络信息市场不仅促进了数据的流动，还使得数据资源的商业价值不断提升。公共数据和个人信息已经成为了重要的数据资源，从多方位影响着公民的人身、财产权利。虽然数据的市场化变革改变了传统数据流通定位和模式，但是网络平台与用户之间的市场化基础并未确立。确立数据资源归国家所有的权利构造不仅能够避免数据资源的完全市场化，更能够保证网络平台和公民数据权益的公平分配。

一、数据资源归国家所有的性质论争

（一）公权力说

公权力说认为“国家所有”是宪法创制、并通过特定的管理形式管理公共财产的公权力。公权力说的核心观点包括四点：第一，“国家所有”是先于所有权而存在的所有制，与“私人”相对抗并优先于“私人”。其主要目的是强调国家和公民之间具有不平等性，以此明确划分两者之间的界限。因此，“国家所有”决定所有权。第二，“国家所有”的基本特征是国家垄断，并通过国家垄断防止个人利益损害国家利益。徐祥明提出国家垄断包括三种形式：经济垄断、政权垄断和阶级垄断。宪法规定自然资源属于国家所有属于经济垄断的形式，即国家对生产资料和人类生存条件实行的国家垄断。[2]第三，“国家所有”的本质是“干预”，国家通过积极干预数字资源等资源以发挥其最大效用。第四，工具性

---

[1] 基金项目：本文系国家社会科学基金青年项目“风险社会下无人驾驶汽车的法律规制研究”（项目号：18CFX047）的阶段性成果，同时受到广州市宣传文化英才培养项目的支持。
作者简介：张玉洁，广州大学法学院讲师，硕士生导师，法学博士，主要从事立法学、科技法学研究。
[2] 参见徐祥民：《自然资源国家所有权之国家所有制说》，载《法学研究》2013 年第 4 期。

价值为“国家所有”的主要意义。宪法规定“国家所有”并非将其作为最终目标，而是通过“国家所有”更好的利用公共资源。

“国家所有”并非是对每个个体进行干预或是将公民排除在数字资源之外，而是由国家行使权力对数字资源进行综合管理，从而达成到保障公共财产的工具性价值。工具性价值是公权力说的主要内容，主要通过立法、行政、司法这三种国家权力来实现。首先，立法权在数字资源配置中处于主导性地位。宪法第 9 条确定了自然资源国家所有，为立法权的行使提供了方向指引。立法权可以对数字资源的“分配”和“管制”这两个方向制定具体性法律法规。其中，“分配”主要规定管理和支配数字资源的各个流程的权力由哪些主体行使，“管制”规定由国家针对不同资源通过管制手段进行积极干预。其次，从行政权的角度来看，行政执法需要落实到各级政府以及各个部门。政府执法时对数据资源的管理要严格遵循法律规定，行使公权力所作出的行政行为必须符合有法可依。要从公权力的角度来理解具体执行的方式和实际操作的范围，不能以管理者的意志代替社会公众的意志。但是在法律规定范围之内，管理者有一定的决策和裁量空间。最后，司法权对于公权力的行使具有重要意义。通常在行政机关行使公权力时与私主体产生利益纠纷时，司法权才能发挥作用。其作用主要体现在以下两点：其一，由于实践中数据资源的利用情形十分复杂，行政行为可能会导致许多利益关系体产生冲突。此时司法权可以更好的弥补法律的漏洞，为法律的进一步具体化提供有力依据。其二，司法机关通过行使司法权可以对行政机关进行审查和监督。当行政机关缺乏法律依据作出行政行为时，司法机关可以通过行政诉讼加以审查和纠正，从而保障行政机关更好的行使公权力。[3]

（二）公共义务说

公共义务说认为“国家所有”是一项财产权利，其作为一种公共财产制应当属于宪法第 12 条“社会主义公共财产”范畴。相对于公权力说而言，公共义务说更侧重于公共属性。多数观点认为公共义务说有三个主要特征：第一，“国家所有”是国家管理公共财产的义务，与国家对自然资源、土地的权利相对应。义务主体是全体公民和其他组织，但是不能排除“国家”的基本权利主体地位。[4]第二，公共义务说具有公共性目的。国家可以在保证个体参与的前提下，充分凭借其在政治上的优势地位影响经济。通过有效管理、利用公共财产并限制他人使用的方法，达到维护公共利益、防止公共财产被他人私人因为私利滥用的目的。而从宪法意义的角度看，“国家所有”是政府对公共利益的管理，对人民应当承担的责任。所以，“国家所有”是一种公法上的义务。[5]第三，“国家所有”并非宪法上的“财产权”。从保障内容上来看，“国家所有”保护的是“公共财产”，而财产权保障的内容是“私有财产”。从核心上来看，“国家所有”的核心是防止他人滥用公共财产。财产权的核心是“货币价值”，只有将“货币价值”普遍化才能实现经济系统的独立。从对

[3] 参见巩固：《自然资源国家所有权公权说再论》，载《法学研究》2015 年第 2 期。
[4] 参见李忠夏：《宪法上的“国家所有权”：一场美丽的误会》，载《清华法学》2015 年第 4 期。
[5] 参见甘超英：《新中国宪法财产制度的历史回顾》，载《中国法学》2010 年第 4 期。

经济系统的作用上来看，当“国家所有”是宪法所有权时，国家就可以通过政治影响经济系统，并通过“国家所有权”威胁经济系统的自主性。而财产权不仅能够保障货币制度，还能有效防止政治系统的干预。因此，国家不能成为宪法财产权的主体，否则会导致设立“国家所有”与宪法财产权的目的相矛盾。[6]

公共义务说从“公法人”和“私法人”这两个角度分别对“国家所有权”进行了分析。一方面，国家作为“公法人”，可以在行政活动中直接或间接行使公共权力。行政机关通过作出行政行为来直接利用公共财产，例如进行行政给付活动。国家也可以作为基本权利主体通过公法财团等间接从事行政活动。另一方面，国家作为“私法人”，既要保证对公共财产有效管理和增值，又要承担维护公共利益的义务。有学者提出，“国家所有权兼具私权的性质及公共权力的特征，是一种特别的私权。”[7]国家作为“私法人”通常是通过成立具有司法组织形式的公司对公共财产经营管理，或者是通过实质民营化、公私合营等方式参与私法活动。国家作为“私法人”在完成公共任务时需要接受公法规制，在进行经济活动时受到公私法二元规制或单独的私法规制。这样既能够实现公共利益，又能防止经济受到政治的过度干涉。[8]

（三）权利说

权利说主张“国家所有权”具有双重结构，即“宪法所有权”和“民法所有权”这两种权能。第一层面，“宪法所有权”是指“国家所有权”受到公法的调整，具有立法权、管理权等公法权能。国家作为公共资源的所有者，其公法权能体现在通过公法的规制来保证“国家所有权”恰当、合理的行使。其中，自然资源的公法规范包括基础性规范和管制性规范。宪法规范即是基础性规范，它决定公共资源基本法律属性。管制性规范中最常用的是行政处罚，由公权力掌控主动权。[9]第二层面，私法权能强调国家是自然资源的管理者，通过确权性规范和授权性规范来保障自然资源的合理开发使用。确权性规范主要通过物权法对自然资源进行权利配置，将国家所有权私权化。授权性规范明确了特别法与物权法并列作为自然资源的救济性规范。

权利说运用了双阶理论来解释“国家所有权”。在双阶构造的框架中，宪法所有权与民法所有权两者不仅可以相辅相成，还可以充分凸显出宪法权利的指引、推动作用。国家通过运用公权力有效规制自然资源的使用和分配，将宪法权利辐射到立法、行政与司法之中。国家还可以通过私权利保证自然资源得到充分、有效的利用。与此同时，“国家所有权”的双重结构也决定了权利结构的双重性。第一层面，公权力对自然资源的制约意味着“全体人民的意志和利益制约着国家所有权的指向和目的”，[10]全体人民有权通过民主程序对国家所有权引导和管理。第二层面，全体人民可以通过私法对自然资源行

[6] 参见李忠夏：《宪法上的“国家所有权”：一场美丽的误会》，载《清华法学》2015 年第 4 期。
[7] 参见单平基本、彭诚信：《“国家所有权”研究的民法学争点》，载《交大法学》2015 年第 2 期。
[8] 参见李忠夏：《宪法上的“国家所有权”：一场美丽的误会》，载《清华法学》2015 年第 4 期。
[9] 参见税兵：《自然资源国家所有权双阶构造说》，载《法学研究》2013 年第 4 期。
[10] 参见叶榲平：《自然资源国家所有权的双重权能结构》，载《法学研究》2016 年第 3 期。

使占有、使用、收益、处分等权利，在私主体之间产生法律效力。

公权说、公共义务说和权利说基于不同的理论具有其特定的适用范围，各自具备优势和弊端。自然资源国家所有权在宪法文本中就已经规定明确，宪法第 9 条是自然资源国家所有权的逻辑原点。不仅在第 1 句中明确了“国家所有”就是“全民所有”，还在第 2 句中规定了对自然资源的合理利用是宪法赋予的基本权利。同时，在自然资源特别法中对各类型自然资源的使用权制定了详细的规范。这些都与用益物权性质相当，具有私法的特征。例如，《海域使用管理法》第四章的章标题为“海域使用权”，其第 19 条规定：“海域使用申请经以法批准后，国务院批准用海的，由国务院海洋行政主观部门登记造册，向海域使用申请人颁发海域使用权证书”。《海域使用观立法》明确表示海域使用申请人可以取得海域使用权，并且对海域使用权的取得、效力、保护等方面进行了详细的规定。国家作为所有权主体让渡海域使用权，体现了“国家所有”具备了“所有权”的本质属性。

二、数据资源归国家所有的权利生成路径

（一）基于合同约定的所有权假设

基于合同约定的所有权是指由网络平台与用户之间签订合同来约定数据资源的归属，合同中通常约定数据资源所有权归属于网络平台。其实质是，当网络平台与网络用户签订网络用户协议时，双方就数据资源的占有、使用、收益的权利义务关系做出了约定。[11]通常网络用户在注册或登录账号前，必须在选择同意软件弹出的用户协议后方能使用网络平台提供的服务。[12]例如，“淘宝”软件在《淘宝网隐私权政策》中明确规定：“为实现向您提供我们产品及/或服务的基本功能，您须授权我们收集、使用的必要的信息。如您拒绝提供相应信息，您将无法正常使用我们的产品及/或服务”。规定网络平台拥有数据所有权既能有效解决数据资源难以控制的难题，又能通过网络平台对数据的技术性处理使数据增值。

然而，在网络平台和网络用户的合同关系中，网络用户往往处在劣势的地位。用户的数据权利通常难以得到保障，原因如下：其一，网络服务合同是格式合同，网络平台可能利用格式合同制定规避己方责任、限制用户权利的条款。其二，从网络用户的角度来看，网络协议通常内容过长、字数太多，内容十分繁杂。与此同时，网络用户群体广泛、法律保护意识参差不齐。绝大多数用户不会认真阅读网络服务合同就会选择“同意”，由此导致网络平台谋取到数据资源的所有权。其三，网络平台利用其强势的地位不断扩张。利用自身的“协议权利”限制用户权利，使网络用户必须同意协议才能得到其提供的网络服务。网络平台在表面上创造了协议合法性的假象，但本质上该协议并非用户的真

[11] 参见杨立新：《民法总则规定网络虚拟财产的含义及重要价值》，载《东方法学》2017 年第 3 期。
[12] 参见赵天宇：《网络服务合同中不平等条款的类型及其法律规制——以虚拟财产权的保护为视角》，载《西南政法大学学报》2020 年第 2 期。

实意思表示。所以这样的协议依然是不平等合同。

不仅如此，网络运营商在掌握大量数据后通常会采取两种数据管理方式：对数据进行技术性处理，关联公司及服务提供商共享数据。这样的管理方式会导致用户的数据权利更容易受到侵犯。根据中国通信院《2020“互联网+行业”个人信息保护研究报告（2020 年）》显示：“电子商务个人信息流转链条越长，涉及的数据处理者越复杂，保护难度越大。”[13]例如，《淘宝网隐私权政策》中表明：“对个人信息采取技术措施和其他必要措施进行处理，使得接收方无法重新识别特定个人且不能复原，则此类处理后数据的使用无需另行向您通知并征得您的同意”。在“脉脉非法抓取使用新浪微博用户信息案”中，被告公司没有向脉脉用户充分告知上传个人信息的要求以及后果，在未经用户同意情况的下公开用户信息。[14]因此，基于合同约定的所有权无法保证网络运营商与网络用户能够公平的分配数据资源权。只有将数据使用权交由强大的第三方，由第三方在数据使用上设置合理的边界才能保障双方的权利义务。否则这样的权利生成路径会导致出现更多的网络市场垄断和不正当竞争的现象。

（二）基于无体物的知识产权路径

数据资源本身是无体物，在本质属性上具有非物质性、不占有一定的空间等特质。这些特质恰好符合知识产权的一般属性。除此之外，数据资源还具有公共政策的属性和经过使用不发生有形损耗的特征，这些都与知识产权的特征十分相似。[15]因此我们可以尝试基于无体物的知识产权路径。但实践中存在许多问题使得数据资源难以归入知识产权下加以保护和利用。

首先，知识产权体系要求知识产权具有新颖性、实用性、独创性这三个特点。第一，新颖性要求该知识产权必须是前所未有、首创的。而数据资源是由原始用户信息或是经过技术性处理得到的，且无法得知是否该数据已经被多个平台使用或使用同样的技术处理过。因此，数据资源的新颖性无法得到保证。第二，知识产权的实用性是指内容本身具有可实施性。“一项发明只有具有产业上的可实施性，才能保证申请人和公众获得相对更加直接的利益。”[16]而一些通过算法整合后的数据资源的仅是作为预测性质的讯息，更多的保护价值体现在收集者收集、整合的过程。所以数据资源不具备知识产权体系的实用性。第三，知识产权的独创性包含了三种意义。其一，知识产权的作者是人类。数据资源多是完全由计算机自动生成，仅有部分原始数据有人类的参与。其二，“独”代表作品是由作者独立创作的。数据资源虽是由独立主体收集或整理完成，但是相同主体可能会接触并收集到相同用户群体的数据并破坏作品的独立性。其三，“创”意味着作品的创造性，也就是作者通过符号、文字等要素进行遴选并组合完成达到创造性的标准。数

[13] 参见中国通信院：《2020“互联网+行业”个人信息保护研究报告（2020 年）》，https://www.useit.com.cn/thread-26545-1-1.html，2020 年 7 月 15 日访问。

[14] （2016）京 73 民终 588 号。

[15] 参见王迁：《知识产权法教程（第三版）》，北京中国人民大学出版社，2011：10-11

[16] 参见宋岩：《专利实用性与充分公开的竞合适用问题浅析》，载《知识产权》2015 年第 12 期。

据资源依赖于特定的算法和硬件生成，很难判断是否具备创新型。所以，数据资源很难达到知识产权对于新颖性、实用性和独创性的要求。[17]

其次，知识产权具有人身性与财产性的双重属性，并且人身性与财产性能够精准定位实现自身的可产权化。与知识产权相比，数据资源更具有非直观性、片面性。并且用户只是对数据享有法律上的“占有”，本身不具有信息自决权。因此，网络用户普遍对数据并不具有独占性。事实上，多个网络平台和终端都可以掌握同一数据并享有占有、使用、收益、处分的权利，而缺乏知识产权基本特征的数据资源无法将人与数据之间一一对位。这会就导致数据所有人无法实现数据资源的财产化。最后，数据资源侵权的情形取证困难。原因有两点：其一，数据资源的部分公开性造成数据资源很容易被他人窃取的结果，对数据进行复制的成本很低。在大数据时代，重复使用对数据资源本身并不会产生损耗，信息泄露的情形在实践中已经十分普遍。其二， 相似的网络平台对“数据库”中的数据进行提取或处理时，很容易生成与被侵权作品十分相似的作品。[18]因此，数据资源基于无体物的知识产权路径无法成立。

（三）基于有体物的物权路径

数据资源具有排他性和相对独立性，符合物权的基本要求。所以，可以尝试基于有体物的物权路径——将“数据资源”权属归入物权，使数据资源权符合物权法意义的权利构造。物权的基本属性是绝对权，且所有人对自己的动产与不动产依法享有“占有、使用、收益和处分”权利。要想使“数据资源”权符合物权的权利构造，必须让所有人享有完整的对物品直接支配和排他的权利。但是，目前“数据资源国家所有权”证面临被划分为两部分的局面。第一部分，实践中网络服务平台的垄断性控制使得网络用户无法占有其数据资源，通常在接受网络服务前就会签订服务协议。并且协议中会约定数据资源的占有、使用、收益、处分的权利归平台所有。[19]第二部分，国家通过“国家所有权”掌握数据资源，主要包括公共服务类数据资源。因此，在数据资源的利用缺乏所有人直接占有的前提条件下，国家“国家所有权”优势地位势必会入侵数据资源的权利边界。长远来看，不仅会导致数据资源市场受到政治系统的过度干预，还有可能会侵犯公民的个人权益。

因此，将数据资源权引入《物权法》范畴的同时，还应当增设数据资源的用益物权。在此基础上进一步设立数据资源的占有、使用、收益这三种权能。这样可以促进数据资源在市场中实现其交换价值，有效推动各地数据交易平台的良性发展。同时，“数据权利基于数据这一客体，涉及了多个主体的权利集合。在对这种权利集合进行研究时不可避免地会出现权利主体诉求不一致和研究视角不一致的困境。”[20]正因如此，数据资源

[17] 参见司马航：《用户数据的知识产权属性之辨》，载《科技与法律》2019 年第 6 期。
[18] 参见俞风雷、张阁：《大数据知识产权法保护路径研究——以商业秘密为视角》，载《广西社会科学》2020 年第 1 期。
[19] 参见杨立新：《民法总则规定网络虚拟财产的含义及重要价值》，载《东方法学》2017 年第 3 期。
[20] 参见闫立冬：《以“权利束”视角探究数据权利》，载《东方法学》2019 年第 2 期。

国家所有权的行使应当实行代表制。通过国务院授权或法定授权来确认可以利用数据资源的主体有哪些，具体应当如何利用。[21]厘清不同权利人在特定权利范畴内的义务和责任，高效实现数据资源的有用性和财产价值。例如，地方人民政府通过授权对特定数据资源行使权能，公民可以通过行使用益物权实现对数据资源的占有、使用和收益的权能。正因为数据资源的用益物权创设，数据资源的所有人与实际使用人的分离才能实现。在此基础之上，行政主体与市场主体之间才能维持应有的界分。如此不仅可以提升数据资源这一要素对市场的贡献率、凸显其经济价值，还能有效保障市场条件中货币化的数据资源流通得以自治。再次，在明确了数据资源权的所有人和实际使用人的前提下，还要对不同数据的性质进行判定和分类。不同的数据构成方式、产权形成依据不同，目前数据类型主要分为公共资源、私人信息、商业数据，法律还应当为这三类不同的数据界定合适的边界。所以，有必要针对不同类型的数据资源建立不同的保护规则，从而实现对数据资源的财产价值、规范监督和高度的安全保护。

三、数据资源归国家所有的权利构造

（一）创设基于“分配正义”的数据资源国家所有权，明确使用、处分、收益三种权能

基于“分配正义”的数据资源国家权是指由国家将数据资源向社会公众公平分配，让公众平等的享有权利。从本质上来看，数据资源国家所有权的基础是“分配正义”，确立数据资源国家所有权是为了保证劳动人民的整体利益和社会的长远利益。“分配正义”是指追求最大多数人的幸福生活，是“共建共治共享”的内在要求。其核心要义在于全面发挥党的领导作用和公众的参与作用，让全体人民平等的享受社会福利。分配正义的实现的核心要素是生产正义的实现，归根结底依赖于生产资料所有权的占有。马克思主义认为，正当与否应落实于经济利益实质上的平等上面。所以，对正当的追求必须落脚于实现实质平等所需的经济条件上，“对市民社会的解剖应该到政治经济学中去寻求”个体的物质生产活动规约正当。[22]“分配正义”的实现与否取决于政府对公共资源分配的公平性和充足度，这也是社会公众对公共服务满意的基础内容。政府应当处理好公平与效率的关系，避免出现某一部分人享受更多公共资源的情形。即使在政府有能力促进经济增长的前提下，若是政府无法做到公平的分配或充分的提供数据资源，也会直接影响公众对政府的信任度。由此可见，将数据资源国家所有权建立在“分配正义”的基础上具有十分重要的价值。不仅可以有效的促进社会生产、满足社会公众的正当诉求，还能防止任何人对于数据资源的独占和垄断。

我们应当将宪法平等权作为取向，明确数据资源国家所有权的使用、处分、收益三

[21] 参见谢海定：《国家所有的法律表达及其解释》，载《中国法学》2016 年第 2 期。
[22] 参见魏传光：《利益、正当与分配正义——评西方学界对马克思主体道德理论的“功利主义”归类》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2009 年第 1 期。

种权能。数据资源国家所有权的使用权能具有多重使用方式，通常分为公共使用和经济使用。公共使用主要指对于各种统计数据的充分使用，如政府向公众提供的公共服务类数据。而商业化数据可以由使用者付出对价获得使用权进行经济使用，以此促成数据的交易和流转。除此之外，个人信息具有个人特征和隐私数据，对其恰当使用的同时也要杜绝滥用行为。应当针对个人信息的人身性、专属性等特征，明确使用的范围、程度和保护的内容。数据资源国家所有权的处分权能指对数据资源的经营。商业数据、部分的个人数据可以合理处分，国家对于这部分数据的经济化必须形成一套以平等为标尺的价格形成机制来进行适当的调节和影响。不仅要注重监管垄断行业是否存在不正当手段占有使用数据资源，还要对于数据资源制定合法机制明确的定价、产权规则。通过使用权能恰当的开放数据市场，使更多的人可以进入数据市场公平获得数据权利。[23]国家对于数据资源享有收益权能。根据“分配正义”原则，数据资源国家所有权获得的收益应当由全民合理共享。公共数据资源应当在确保资源共享渠道的平等透明的同时，通过医疗、社会保障、教育等方面让公民能够平等共享。

（二）创设数据资源用益物权，明确数据资源的占有、使用、收益三种权能

数据资源用益物权是根据数据资源国家所有权创设的一种权能，其核心在于充分实现数据资源的使用价值。目前由于缺乏明确的法律规则，数据在各平台和企业之间的流动普遍处于停滞状态，数据私有化和封闭化趋势越来越明显。因此，为了有效促进数据资源的共享和市场化流通，创设数据资源用益物权对于数字经济而言具有战略性意义。首先，数据资源用益物权对于兼顾国家、集体、公民利益的同时对于实现数据资源收益公平分配具有重要的意义。通过建立数据资源用益物权，可以确保公众能够充分的获取和利用公共数据，实现信息资源最大限度的公共供给和传播。其次，创设数据资源用益物权有利于明确行为人使用数据资源时的权利义务关系，使所有人与实际使用人相分离。既能够防止数据企业的垄断行为，又可以保证公民的数据安全。再次，权利人可以利用数据天然的流通、分享的特点建立多方合作交流平台，促使数据的流通共享和企业之间的合作共赢。最后，创设数据资源用益物权有利于将企业的着眼点转移到占有、使用、收益权能上，充分发挥数据资源在数字经济中的引擎作用。

数据资源用益物权具有占有、使用、收益三种权能。第一，占有权能是在主权归于国家的前提下，权利主体对于数据资源的实际管领或控制。权利主体通常是通过签订获得对数据资源的间接占有。例如，网络用户对个人数据的占有是通过填写并报关好自己个人账号密码获得，也可以通过网络数据转让、转让账号等方式改变用户的实际占有状态。而网络平台通过合同获得的数据资源的仅归该平台所有，其占有权能不受他人侵犯。国家机构也可以通过法定授权或国务院授权的方式获得对数据资源的占有。第二，使用权能是指权利人对数据资源的运用，以便发挥数据资源的使用价值。网络平台根据合同

[23] 参见王旭：《论自然资源国家所有权的宪法规制功能》，载《中国法学》2013 年第 6 期。

对数据资源享有使用权能，合同相对人可以在合同范围内使用约定的数据资源。公民有权使用“政府信息开放”提供的公共服务类数据资源，同时也推动了政府信息资源的综合开发和利用。第三，收益权能是指权利人通过占有、使用数据资源实现数据资源的市场化流动，以此经营获利且经营的收益自行予以处理。收益可以分为两大类：第一类是网络平台本质是具有的财产性数据资源，其本身凝聚着网络运营商和网络用户的劳动。[24]第二类是存在于网络平台中的虚拟账号等类似数据，包括权利人经过技术手段处理得出的数据资源。

（三）权利客体是“信息集合”

数据资源用益物权的权利客体是“信息集合”。众所周知，单纯的信息无法直接录入计算机，必须将其转化为数据形式并经过清洗、挖掘才可以使用。但是，在使用数据资源带来便利的同时也带来了安全风险。数据资源中包含了涉及人格、隐私、主权等多方面信息，多元的数据主体和不同的利益诉很容易导致在运用数据资源时权利之间相冲突。大量的数据资源掌握在少量的数据权利人手中，很容易使个人隐私无所遁形。[25]与此同时，数据资源的运用还存在国家公权力与个人数据权利之间的边界模糊、何时应该让渡权利等问题。而“信息集合”这一概念能够很好的解决上述问题。“信息集合”是存在明确“集合点”的一组数据信息。“集合点”就是这组数据的共同特征，能够明确权利归属的边界并且将同类数据信息集合起来。信息集合”的形成需要在保证正当价值的前提下进行，正当价值包括内容与归集的正当性两个方面。“信息集合”的形成是在对数据资源进行整合和价值分析后加以脱敏脱密、建模，能够很好的化解一组数据中存在多个主体和价值标准的问题。例如，个人信息数据归属于个人，而经过整合、处理的“个人信息集合”能够成为权利客体。

“信息集合”的引入具有重要价值。“信息集合”在更好的保护公民个人隐私的前提下，能够极大程度的实现不同企业、单位之间的数据共享、共联。“信息集合”的引入不仅能够使数据尽可能的不重复，独立于应用服务并能够得到集中的管理和控制。“信息集合”的安全性合可靠性还有利于财产权利的交换，促进数字经济的快速发展。由于“信息集合”不再将“公权力”与“私权利”的矛盾作为整合信息的支点，而是将两者归类到某一种权利内涵之中。因此，将“信息集合”作为权利客体可以避免“公权力”与“私权利”的割裂。医学数据库就是典型的“信息集合”，目前正在使用的“信息集合”有“循证医学数据库”、“骨密度数据库”等。正因为医学数据库改变了传统医学档案的模式，不仅使得患者的隐私得到更好的保护，各种信息的检索更加便捷。还能够使各种医学图像内容、特征的提取、查询更加高效，有利于更加准确与详尽的学术研究和广泛的医学应用。[26]因此，“信息集合”作为数据资源用益物权的权利客体不仅可以保障数据资源国家所有权，还对社

[24] 参见杨立新，王中合：《论网络虚拟财产的物权属性及其基本规则》，载《国家检察官学院学报》2004 年第 12 期。
[25] 参见闫立冬：《以“权利束”视角探究数据权利》，载《东方法学》2019 年第 2 期。
[26] 参见邓悟等：《医学数据库应用的实践前景》，载《华西医学》2009 年第 3 期。

会、经济、政治、文化等方面的蓬勃发展具有重要而现实的意义。

结语

“数据资源归国家所有”主要立足于正当价值以及公平原则，合理界定国家、网络平台的数据权利。将数据集合作为权利客体不仅能够保护国家数据主权、保护公民人格权，还能够确保数据安全、规范的流动。这也表明，数据资源归国家所有的权力构造能够明确权利边界，在确定权利价值导向之后保护权利的行使，从而有效协调社会公众的权益的保护与数据产业的发展。数据经济的发展依赖其技术特点，但是更需要完整的法律体系加以规范。目前，我国在大数据背景下已经将《数据安全法》、《个人信息保护法》纳入立法工作中，旨在保障社会公众的数据权益与数据安全。但是法学领域对于数据资源的研究还存在困境，这需要立法部门针对数据资源的司法救济、数据交易具体规则等问题进行进一步研究。

人工智能时代多元化纠纷解决机制路径研究

关丹丹[1]

【摘　要】当代司法实践对多元化纠纷解决机制改革工作具有迫切需要，我国地域辽阔、经济发展水平不同、民族众多、文化程度风俗习惯不一、纠纷类型差异大等因素制约着现有多元化纠纷解决机制改革工作的进行。同时，人工智能时代给多元化纠纷解决机制提供了有利的科技条件，也预示着多元化纠纷解决机制改革工作创新的必然趋势。在人工智能时代，纠纷解决方式不再仅仅是传统纠纷解决模式，而是以人工智能技术为基础构建多元化纠纷解决机制，从而更加方便了当事人诉讼、更好地实现正义以及更能适应信息时代的需求。

【关键词】人工智能；多元化纠纷解决机制；智慧法院

近年来，国家一直倡导增强基层社会的综合治理能力，最高法院在此精神指引下，不断的深入推进多元化纠纷解决机制改革，在 2016 年还公布了《最高人民法院关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》。可以说，多元化纠纷解决机制改革工作不仅是人民法院深化司法改革、实现司法为民公正司法的重要举措，还是实现国家治理体系和治理能力现代化的重要内容。多元化纠纷解决机制改革工作的推行可以缓解法院居高不下的案件数量，也给政府部门提供更大的解决纠纷的空间。值得注意的是，目前多元化纠纷解决机制的改革存在着地区之间经济发展水平不同，纠纷类型差别大，山区交通不便，地区纠纷解决方式单一且效率低下，少数民族地区具有传统的纠纷解决思维等问题，一定程度影响了对多元化纠纷解决机制的推广。然而，人工智能时代为上述问题提供了运用科技手段解决的条件，亟待我们在新时代开拓出新的多元化纠纷解决机制的改革路径。

一、多元化纠纷解决机制改革工作的现状及问题

随着改革开放进入深水区和攻坚期，社会迈进了一个新的阶段，面临不断出现的社会问题，促使社会利益发生了冲突，从而引发了更多类型的矛盾纠纷。如果仅仅使用诉讼的解决方式，利用诉讼这样单一的方式来解决纷繁复杂的社会纠纷，无论是普通纠纷还是涉及重大利益的纠纷,都难以在司法实践中完成，只能改革不适应社会发展的部分，才能维护社会的稳定和缓解社会的压力，而通过对多元化纠纷解决机制改革无疑成为了

[1] 基金项目：海南省高等学校科学研究一般项目“海南黎族习惯法中传统生态价值观研究”（项目编号：Hnky2020-21）阶段成果。

[作者]关丹丹（1983-），女，吉林长春人，讲师，法律史学博士，海南师范大学法学院，研究方向：中国法制史。

/

司法实践的需求。除此之外，司法实践对多元化纠纷解决机制改革的需求还表现在基层社会治理和本土化等方面。比如如今各种利益格局发生翻天覆地的变化，社会矛盾尖锐、多发、复杂，这在基层表现得尤为突出，传统的人身伤害纠纷、经济纠纷数量激增。面对大量的基层纠纷，仅靠传统纠纷解决模式去处理，给司法实践带来案多人少的实际困难。此外受本土化因素影响，导致水土不服、效率低下的现象，而且我国处理民间纠纷历来崇尚主张“以和为贵”，而我国现阶段缺乏系统的法律，导致法律层面很难与现代社会纠纷的复杂性、多变性、紧迫性以及建立和谐社会关系的需求相适应。而我国正处于信息高速发展的时代，由于基层矛盾的复杂化促使了基层矛盾的多样化解决，对多元化纠纷解决机制改革，可以满足基层社会治理的多元化需求。由此可见，迫于适应本土化，解决成本小的需求，不得不持续推进多元化纠纷解决机制改革工作。

（一）我国多元化纠纷解决机制改革的现状

党的十九大提出，要深化司法体制综合配套改革，打造共建共治共享的社会治理格局。多元化纠纷解决机制改革由于深入了司法改革，是完善社会治理体系，提高社会治理能力，构建基层社会治理现代化的重要改革手段。近年来，伴随着人工智能技术的部队发展，最高人民法院牵头出台了多个关于推进多元化纠纷解决机制改革和人工智能的建设和发展的规划文件，从政策上引导人工智能的快速发展在司法实践中的深化应用的同时推进多元化纠纷解决机制改革深入发展。比如 2016 年《“互联网 +”人工智能三年行动实施方案》，2017 年《关于加快建设智慧法院的意见》等文件，这些文件为多元化纠纷解决机制改革和推广人工智能技术应用提供了制度保障。

为了全面推进多元化纠纷解决机制改革，最高人民法院推选了多元化纠纷解决机制改革示范法院并不断完善。首先，最高人民法院以制定的《多元化纠纷解决机制改革示范法院标准》作为推选依据，要求各个法院根据这个文件进行初评，在各高院初评的基础上，通过各种方式推选出合适的示范法院。同时要求示范法院积极建立完善的智能的多元化纠纷解决机制，努力发挥其纠纷解决功能。其次，在各示范法院现有的基础上，深化多元化纠纷解决机制改革，创新发展路径并完善相关法律制度，充分发挥示范法院所该有的示范引领作用。最后，积极提高司法的工作效率，降低当事人的诉讼成本，高效的运用审判资源，努力实现繁简分流的目标。在充分调研和总结前期试点工作经验的基础上努力推动繁简分流与多元化解工作取得更大成效。最高人民法院在推进示范法院改革试点的同时，高度重视信息化手段的应用，最高人民法院确定了在线调解平台试点法院。全国已经开通网上调解平台法院四百多家，联合在线调解机构超过六百家，引入在线调解员两千多名，处理纠纷一千六百九十多件，调解成功七百七十五件，实现了线上线下的融合贯通和有效衔接。

此外，为了实现多元化纠纷解决机制改革的目标，深入推进多元化纠纷解决机制改

/

革的发展，最高人民法院采取了一些措施。一是构建多元化纠纷解决新格局。要求各地法院积极争取党委政府大力支持，改变法院独自解决纠纷的局面。积极践行枫桥经验等。二是加强网上平台建设，推进纠纷多元化解决。通过将大量的纠纷化解在立案阶段或者审前准备阶段，将诉前分流、司法送达等司法辅助业务外包，实现跨界合作。三是加强诉讼和调节之间的衔接，整合力量共同推进改革。最高人民法院与司法部、保监会、证监会等部门，联合出台了涉及行业性专业性纠纷的衔接规定或意见。各地法院也纷纷与地方相关机构或组织进行对接。四是推动地方立法，不断提升改革法治化水平。其中在2015年，福建省厦门市出台全国第一个多元化纠纷解决机制地方性法规。继而2016年，山东出台全国第一部省级层面地方性法规。

（二）我国多元化纠纷解决机制改革存在的问题

我国的多元化纠纷解决机制很早便已出现并且投入试用了，尽管取了不少成果。但是我们也可以看见，在司法实践中，多元化纠纷解决机制还存在若干不尽人意之处，主要表现在以下几个方面。

1.解决方式单一

我国是一个多民族国家，各个地区之间经济发展水平不同，存在着较大的文化差异，所面临的纠纷问题也大不一致，在对纠纷解决需求方面更是非常明显，尤其在少数民族地区。例如一些地方设立了专门调节纠纷问题的地方比如街道办、村委会、居委会，此外还有一些其他机构如仲裁机构、司法协助机构等协助司法机关解决矛盾纠纷，呈现多元化的解决方式；而在山区仅仅有村委会或者综治办来解决纠纷，解决方式单一并且效率低下。有的地方工作开展得有声有色，也有的地方工作还相对滞后，诉调对接平台、对接机制建设进展缓慢。致使非诉讼纠纷解决组织与法院的工作对接还不够顺畅。部分人民调解组织存在组织松散、调解水平不够的情况，没有发挥出调处矛盾纠纷第一道防线的作用。一些社会性的调解组织之间存在职能重叠、权限交叉，容易产生多头处理、重复调解、迟延推诿等问题。

2.缺乏系统性立法

就目前而言，针对多元化纠纷解决机制还没有一部专门的法律来加以规范，立法较为分散、不成系统，出现无法可依的尴尬局面，或者旧法不再适应时代的发展，缺乏具体的操作规范。这样会阻碍人工智能时代多元化纠纷解决机制的顺利推广，使得多元化纠纷解决机制存在操作程序上的混乱，出现工作人员的敷衍行事或者越级处理不规范办事等问题。不以规矩不成方圆，没有法律的约束，各行其是，就会陷入无秩序的混乱中，那么推广这个机制将毫无意义。一项新制度的实施需要在法律的强制力作用下运行，通过加强和完善法律制度建设，才能形成良好的社会风气，实现司法为民公正司法。为了让多元化纠纷解决机制切切实实发挥作用，需要完善制定相关法律法规，要让各种纠纷

/

解决方式执法有据，实现程序化解决纠纷。

3.各部门衔接不畅

值得注意的是，目前的多元化纠纷解决机制在机制运行模式是各行其是、互不衔接的混乱局面。由于诉讼的解决方式和非诉的解决模式共同组成了多元化纠纷解决机制，然而二者出现了不衔接和各自为政、适用依据不一致的情况，在这样的情况下解决纠纷的效率会不高，与人工智能时代所追求的高效率、司法为民公正司法等理念不一致，尤其是涉及惠民政策在操作方面上的问题，政策反复多变会使当事人无所适从，在操作中容易混乱，对新问题也不能及时预见。还有行政能力低下所造成的矛盾纠纷，导致多元化纠纷解决机制运作不畅，矛盾纠纷解决难度加大等问题不断出现。

二、人工智能时代多元化纠纷解决机制改革工作的发展趋势

现如今人工智能现已成为全球新一轮革命和产业变革的着力点，然而各种调解方式之间具有一定的局限性，各类调解模式之间不衔接，人民调解组织和调解员工作能力和水平犹待提高。中国应如何解决国家迅速转型产生的复杂矛盾，深入推进多元纠纷解决机制改革，找到一条顺应时代发展的创新路径。

（一）人工智能技术广泛应用

众所皆知，人工智能技术不仅是一种新型技术而且是一个高科技术。人工智能技术是一把双刃剑，这种技术既可以对社会经济带来变革性的影响，也会产生技术性风险，例如在人工智能技术的强有力支持下，司法实践开始推广人工智能技术在多元化纠纷解决机制中的运用，推动建立智能型的纠纷解决大平台，逐步完善纠纷解决平台的制度建设，加强平台的系统性整合，发挥网络平台的最大效应，对纠纷解决进行全程管控，对采集的信息进行对比分析，继而为当事人理性选择纠纷解决方式提供合理建议，为化解纠纷和社会治理决策提供依据和参考。此外，还加快了人工智能与诉讼的深度融合，开展建设“智慧法院”“网络法院”的探索，为了让纠纷解决的路径更通畅、迅捷，费用更低廉，从而适应新形势新任务使多元化纠纷解决机制解决纠纷更便利。利用人工智能提供的有利条件我国法院目前充分借助现代科技手段，希望能够使信息化再造审判流程，从而达到深化司法公开、助推司法改革的目标。但是人类也有可能会面临人工智能技术解决产生的社会风险，比如人工智能技术虽然可以预测一些气象，化解自然灾害带来的灾害但有时候预测不准也会导致防范不周灾害加重。

面对呼之欲出的人工智能时代，我国多元化纠纷解决机制的发展趋势也越来越明显，主要表现为：首先，多元化纠纷解决机制改革的法律保障体系建设逐渐完善，社会治理专业化水平不断提升，“努力促进社会矛盾纠纷得到实质性解决，实现人工智能技术与

/

纠纷解决机制的大融合”。[2]其次，多元化纠纷解决机制积极的发挥参与社会治理的作用，顺应纠纷解决全球化发展趋势，不断打造国际化、外向型、合作型的多元化纠纷解决机制。最后，未来的多元化纠纷解决机制将有以下发展趋势：未来的多元化纠纷解决机制将呈现法治化、专业化、智能化、社会化和国际化。

（二）多元化纠纷解决机制改革的创新需求

随着社会的发展很多新的矛盾会爆发，这些矛盾亟待解决。然而司法资源有限，数量庞大的案子在法律专业人员有限的情况下，很难尽快解决这些纠纷。另外，如果仅仅使用司法诉讼审判资源，利用诉讼这一种方式来解决纷繁复杂的社会纠纷，无论是基于何种纠纷都难以由司法实践独立完成，只有通过改革与社会发展相适应，才能维护社会的稳定和缓解社会的压力，因此对多元化纠纷解决机制进行改革无疑成为需求。此外，在基层社会治理上，经常会矛盾尖锐，有一矛盾爆发其纠纷类型也会随之激增。如人身伤害纠纷等类型的基层纠纷，而且基层矛盾的复杂化会导致了基层矛盾解决方式的多元化，仅依赖于传统的纠纷解决模式去处理，显然在司法实践中是很困难的。还有受本土化因素影响，导致出现水土不服、效率低下的现象。我国传统的解决纠纷的思维模式导致法律层面很难与现代社会纠纷的复杂性、多变性、紧迫性这些特点相适应，在解决纠纷的过程中操作流程复杂且当事人的成本高。因此，为了满足解决本土化、成本小的需求，不得不进行多元化纠纷解决机制改革。

同时，由于人工智能提供的有利条件，在强有力的支持下将人工智能、大数据等方面引入多元化纠纷解决机制中需要对多元化纠纷解决机制改革。这样一来才能不断丰富多元化纠纷解决机制的技术应用之广度、深度和力度，逐步完善智能纠纷解决机制的制度建设，极大的保障了智能纠纷解决平台建设的规范性，通过借助现代信息技术，实现多元化纠纷解决机制与司法改革充分融合。

三、人工智能时代多元化纠纷解决机制的创新路径

随着我国改革开放的不断深入，在原来的体制下要有所突破，不仅要靠改革还要靠创新。在人工智能时代多元化纠纷解决机制有着改革需求，那么该如何找一条人工智能时代多元化纠纷解决机制的创新之路，以下从建立一个人工智能的纠纷解决机制的可行性和人工智能下多元化纠纷解决机制的路径探索两大方面进行探讨。

（一）人工智能加入纠纷解决机制改革的可行性

多元化纠纷解决机制改革中存在着解决方式单一、缺乏系统性立法、部门衔接不畅的不足。然而人工智能加入多元化纠纷解决机制改革存在很多好处，例如借助人工智

[2]胡仕浩，龙飞，马骁：《多元化纠纷解决机制的中国趋势》，载《人民司法（应用）》，2018 年第 1 期，第 28 页。

能可以跨界融合不同领域、不同平台，从而扩大纠纷解决方式，形成多元的智能纠纷解决模式。还有可以改变缺乏系统性立法问题，人工智能可以识别和处理所有的信息资源，不存在操作程序混乱，具有很好的可靠性，利用人工智能技术可以设计完善的系统性的智能操作体系，从而人工智能加入机制改革不需要系统性立法。另外，人工智能加入机制改革还有利于各部门衔接，人工智能能够推进办案的自动化和智能化，可以大幅提升工作效率，减少人为操作中的不规范甚至违规操作的情形，实现对办案各流程节点的全方位监督管理，避免办理案件中可能存在的操作不规范的问题。

1.智慧法院建设为多元化纠纷解决机制改革的创新路径奠定了基础

人工智能时代多元纠纷解决机制可以在纠纷化解、权利保障、社会治理等多方面各层次发挥着巨大的作用，人工智能时代多元化纠纷解决机制不仅可以提高纠纷解决的效率与质量，为公平地合理化解决纠纷提供参考，还能促多元化使纠纷解决机制在基层社会治理等方面的功能升级。法院出现案多人少情况，该怎么解决？那就要通过司法体制改革和信息化建设，提高效率和质量。现在全国法院实现“一张网”，推进各业务的网上办理。我们在构建人工智能时代多元化纠纷解决机制的同时，建设智慧法院的目标也在缓慢实施，人民法院通过建设信息化的公开平台，推进阳光司法；诉讼服务方面，我们能提供立体的服务；推进大数据智能分析。智慧法院的雏形已经形成，总体框架已经确定。

最高院在 2015 年首次提出了智慧法院的概念，继而 2016 年在最高院的推动下，地方各级法院也纷纷开了建设智慧法院的工作。“智慧法院可以打通法院与当事人之间的各种障碍，不仅方便了当事人诉讼，很大程度上减轻法官工作负荷，缓解程序设计在规范却繁杂与便捷两端之间的纠结，更能深化司法公开，构建开放、透明的阳光司法机制”。[3]近期各地法院也如火如荼推进智慧法院建设，一些省份的法院，开始使用法官智能辅助办案系统，通过使用人工智能推进法律适用和裁判尺度的统一。目前，全国大约超过三千个人民法院和多个人民法庭使用人工智能来办公，各级法院通过人工智能服务平台收集各类案件数据,包括量刑表的生成，立案排号等等。例如在海南法院使用的智能量刑系统，多家法院的刑事法官就使用该系统生成了量刑表上千份。另外，在北京、四川等省市的基层法院也推出了可以解答部分法律问题的法律机器人，它们主要为了帮助广大人民群众解决法律问题，它们的存在缓解了案多人少问题。还有在琼中黎族苗族自治县人民法院的智能法律服务机器人，以实体的机器人为主提供全方位法律服务为用户提供便捷的纠纷解决途径。智慧法院的实际投入使用，给广大法院欣然接受新技术时代带来的便利，同时智慧法院建设为多元化纠纷解决机制改革的创新奠定了实践基础。

[3] 徐骏：《智慧法院的法理审思》，载《法学》2017 年第 3 期，第 58 页。

2.互联网时代百姓对人工智能的接受度提高

人工智能技术将在未来的社会发展中发挥重要作用，随着互联网时代，智能化的发展网络的普及，语音播报功能的使用增加了互联网平台的用户体验。智能语音无需动手和即时操作的特性，增强了互动性从根本上改变了网民网络的传统体验方式。据调查显示，直至 2016 年，31.3%的网民运用智能语音在手机端尽行搜索输入，智能语音的个性化属性能满足不擅长文字输入的老人和儿童的需求，广泛被群众使用和接受。此外，据数据统计，在成都崇州法院一款名为“小崇”的法律智能机器人，“小崇”回答的领域主要为交通事故和物业纠纷等与生活密切相关的案件。这些占了基层法院 70%以上的案件，而且这些也存在于群众生产生活的各方面。在正式上线后三个月内已经被访问了 3 万人次，为群众解答 2.5 万次的法律问题。其中有 80%来自于线下，20%是来自于法院的微信平台。而关于伤残等级计算、道路交通事故赔偿金额计算以及诉讼费用计算这类使用功能，最受群众欢迎。可见，互联网时代人工智能实际投入中开始普遍使用，广大群众欣然接受互联网时代带来的灵活、高效、便捷、费用低廉的优越性。

3.人工智能技术的应用能解决法律专业人员不足的问题

在司法实践中,纠纷数量繁多,同时庞大的工作量需要的法律专业人员会增多，在这样的情况下会出现法律专业人员不足即出现案多人少问题。然而，人工智能的加入可以提高司法审判和行政工作效率，解决法律专业人员不足问题。

举例来说，与以往相比人工智能可以利用算法转化法律人积累的经验和思维方式，法律专业人员将在日常中会用到的相关法律内容存储在电脑当中，通过计算机的搜索功能去翻阅查找资料，信用状况等信息不再需要翻阅厚厚的资料繁琐的查询，只需敲几下键盘便可以在网上调取查看，这样节省法律专业人员查找纸质文件所要花的时间。另外，依靠人工智能计算机系统的推理功能，法律专业人员可以通过计算机系统这个功能对信息进行统计分析，在面临一个新案的时候，可以利用人工智能计算机系统对案件进行统一分析并得出合理的意见，这样一来节省了为了了解案情而面谈等一系列流程所花的时间，这样一来一个法律专业人员可以通过人工智能同时完成多个人的劳动量，这些功能在如今基层的法律机器人身上都充分体现，法律机器人的投入使用会解决法律专业人员不足，缓解了案多人少的问题。

（二）人工智能时代下多元化纠纷解决机制改革的创新措施

科技的发展为法律人工智能的发展成为可能，不得不承认科技的进步推动法律人工智能的发展。司法界要紧跟潮流,则要积极主动推进人工智能新时代，加强人工智能的司法应用。事实表明，越早地实现人工智能与多元化纠纷解决机制二者的有机融合，群众在选择纠纷解决方式的选择项越多，纠纷解决的效率也会越高。因此在人工智能的高速发展下我们当务之急是有序推进人工智能下多元化纠纷解决机制改革，积极探讨人工

/

智能时代下的多元化纠纷解决机制改革创新措施。

1.构建人工智能本土化

人工智能下的多元化纠纷解决机制应做到因地制宜、适应本土化发展。“实践性创新、差异化发展仍是现实需要的，应从地方性立法着手，消除多元化纠纷解决机制建设存在的制度障碍”，[4]减少本地多元化纠纷解决机制解决纠纷时的冲突。允许不同地区的纠纷解决方式有所不同，以不统一的标准处理不同地区的纠纷，否则会出现一事重罚问题。例如在少数民族地区要充分结合民族地区的情况，体现民族特色本土化的情况下有针对性的解决民族地区纠纷。

2.重视技术改良与更新

一项新制度的出现，必然需要一个成熟的技术作为支撑。如果法律人工智能在技术不完善的条件下发展，这必然影响到“提炼法律人工智能得出准确法律意见的可能性，从而也就难以建立起普遍适用且精确有效的法律人工智能”。[5]而随着人工智能时代的不断发展，技术需要不断改善才能适应时代的发展。例如，提高算法的精确度，对于任何应用人工智能的领域而言，算法处于非常关键的位置，法律人工智能同样如此。对于算法的正确与否是很重要，算法的失误得出的结果毫无意义可言，将会影响司法实践结果的公平性，造成程序上的混乱。注意算法中可能存在的失误及其其他潜在问题，要意识到人工智能得出的判断可能存在错误，需要不断完善。

3.加强复合型人才的培养

在利用法律专业人士的同时又要培养人工智能和法律结合这种双结合的人才。当法律人才与技术人才深入交流，充分了解时代发展需求并实际解决多元化纠纷解决机制在运用中的实践难题时，才是更好的推进人工智能时代多元化纠纷解决机制的发展。从某种意义上讲，法律人与技术人的二者结合能提高法律人工智能的运用深度。如果由法律专业人员进行和计算机专业人才共同来完成工作，或许可以将误差降低，但如果仅仅法律专业人员参与或者没有法律专业人员单单是计算机专业人员，误差会超出实际可接受范围，那么解决纠纷获得的结果就更加混乱。目前无论是法律专业还是计算机专业，都没有为时代的发展做准备，好好培养二者融合的复合型人才。因此，在未来我们不仅是从法律专业的角度培养相关的专门人才，还要培养法律专业人员与计算机专业人员二者结合的复合型人才。或许只有当法律专业与计算机专业人员有机结合，才利于推进人工智能下多元化纠纷解决机制改革。

4.推动人工智能的普及和宣传

社会各界人士对多元化纠纷解决机制改革的好处缺乏一个很好的认识，没有意识到

[4]周华：《多元化纠纷解决机制的完善与发展——基于秦皇岛实践的思考》，2017 年吉林大学硕士论文，第 24 页。
[5]左为民：《关于法律人工智能在中国运用前景的若干思考》，载《清华法学》，2018 年第 2 期，第 124 页。

促进发展国家治理体系的完善和提升治理能力现代化的水平，造成多元化纠纷解决机制改革的社会基础薄弱。基层人民群众对人工智能应用多元化于纠纷解决机制了解不多，且自身文化水平不高，对人工智能产品并不能熟练操作等问题的存在，导致推广人工智能时代多元化纠纷解决机制改革的进程缓慢。因此，推进人工智能时代多元纠纷解决机制改革，必须深入宣传人工智能时代多元化纠纷解决机制改革的作用，充分调动基层人民群众的积极性和主动性，让人们积极体会借助现代科技带来的高效、便利和费用低廉所带来的优越性，从而深入推进多元化纠纷解决机制改革工作的发展。

结语

人工智能这种高技术作为新时代的产物，它的迅速发展给化解繁杂的纠纷提供了新的方案。从长远来看，传统的解决纠纷模式在如今的人工智能时代面前显得力不从心。目前我国多元化解决机制改革不管是理论上还是实践中存在的诸多问题，从立法保障的缺失出现一事双罚或者体系冲突的问题到司法实践中缺乏群众基础部份人思想陈旧深陷传统思维诸如此类问题都需要进一步的改善。我们在已有的基础上，通过深化改革建立多元化纠纷解决机制法治化、专业化、智能化和国际化的同时，还需充分运用人文关怀和适应本土化的手段，积极寻找适应人工智能时代下多元化纠纷解决机制改革的发展和好好研究提升多元化纠纷解决机制改革实效的创新路径。

/

法律人工智能技术在司法中应用的反思与限制

段卓臻[1]

【摘　要】目前人工智能技术已经逐渐应用于司法领域，既推动了司法体系运行的效率，但是也出现了诸多问题。本文的写作目的在于通过分析目前法律人工智能技术在中国司法领域的应用，从人工智能技术本身的特点出发对比传统司法推理过程的特点，同时参考国外的相关经验和研究成果，反思人工智能技术可能对传统的核心法律概念与法律价值带来的挑战，探讨人工智能技术在司法领域应用时的合理限制。

【关键词】人工智能、机器学习、司法、限制

引言

人工智能相关的法律问题及其应用对传统法律实践和法学研究带来的挑战是近年来法学研究中的一大热点，尤其是人工智能在法律领域尤其是司法领域中的应用。

目前国内关于人工智能在法律应用的现状的分析与考察已有相当数量的成果。其中包括了从理论上分析法律人工智能系统的现状、优点及其本身可能存在的问题。例如，《人工智能对司法领域的“正负”双重功能》一文，分析了目前法律人工智能系统在自动生成裁判文书、裁判效果的大数据分析等方面的进展，指出了法律人工智能应用于司法领域的诸多优点，包括促进同案同判、提升司法效率等。同时也指出了人工智能应用于司法领域可能存在的问题，例如司法政策要求司法要兼顾法律效果与社会效果，而法律人工智能系统可能难以兼顾个案的一些具体因素，同时可能造成审判人员对人工智能系统的依赖等等。再如《法律与人工智能的法哲学思考——以大数据深度学习为考察重点》一文则着重分析了目前法律人工智能系统的现状和存在的局限性，例如目前研发的一些法律机器人尚不具备自主学习能力，是否是真正的人工智能仍有待商榷，而且部分法律人工智能系统进行事实认定时以当事人陈述为主，未经法庭质证，准确性存疑。一部分法律人工智能系统在比较容易规范化的法律领域能够初步提出法律意见，但是在大部分领域，目前的法律人工智能系统仍然只能作为法官搜集资料的助手。同时，该文也指出了以大数据学习为特点的人工智能本身存在的问题，法律人工智能可以学习法律规范，但是是否可以理解人类社会的关系与行为，以及是否可以处理司法实践中出现的新型纠纷尚存疑，因为司法裁判过程并非是纯粹的逻辑推理，也非全部是理性的，人工智能要学习和模仿的难度非常大。

然而，人工智能在司法领域中的应用对传统的核心法律概念和价值带来的冲突所受

[1] 段卓臻，大连海事大学法学院，讲师。

到的关注却仍然有限，尤其是在国内发表的研究与文献中关注仍然极少，然而这却是在进一步研究人工智能相关的具体法律问题时需要首先解决的前提与基础理论问题。目前国内已有少量发表的研究关注到了人工智能由于其本身与传统的法律价值存在的 冲突而在司法领域应用中应当受到的限制与边界，国外也有发表的文献关注到了这一问题。目前，司法实践中的主流观点也是人工智能在司法中应处于辅助和服务法官办案的地位，而 非取代法官。此时，问题的关键就在于除了技术原因以外为什么人工智能无法取代法官，以 及人工智能在司法实践中使用的边界在哪里，或者说人工智能到底应如何去“辅助”审判工作。例如，黄京平教授在《刑事司法人工智能的负面清单》一文中也明确了人工智能在刑事司法 中应处于辅助审判的地位而非取代法官这一观点，提出了人工智能自身的特点与刑事司法追 求的价值可能存在的冲突，并详细探讨了人工智能在刑事司法中的禁区。而国外学者在人工 智能本身的特点与核心法律概念和传统法律价值的冲突方面给予了更多的关注，研究成果较 国内更多一些。

本文在开展更多的论述之前先在此界定这一核心概念。人工智能作为一个广泛提及的热门术语，在不同场景下可能具体涵义有所不同。本文首先需要限定这篇论文要讨论的人工智能的概念。目前人工智能大致可以分为两类，弱人工智能和强人工智能。弱人工智能是目前较为常见的，已经有弱人工智能的系统处在研发阶段或者试用阶段，主要以机器学习（例如神经网络）和自然语言处理为主要特征，运用数据科学技术和计算机技术，通过输入大量的模型化数据来训练人工智能系统，例如法律人工智能系统中辅助查找案例和法条的人工智能软件、帮助量刑的人工智能软件、搜集已有的某种特定类型案件的判决和相关的数据以预测这种类型的案件法院可能给出的判决等等。与弱人工智能相比，强人工智能可以实现自主学习，自动理解外部世界信息并做出判断。目前为止，强人工智能仍然停留在理论构想的阶段， 尚未成为成熟的技术应用于实践。目前在讨论法律人工智能的应用所产生的问题时，更多是在弱人工智能的范畴下开展。本文所讨论的法律人工智能在司法领域的应用也是限定在弱人工智能这个范围内。

人工智能并不是单一领域的技术，而是涉及多项不同领域的科学技术包括数学、统计学、计算机科学等，通过复杂的计算机处理过程来处理数据；而且人工智能本身并不提供智力， 而是通过推演的路径来处理数据提供结果，人工智能的可靠性很大程度上取决于所采用的数据的质量和所选择的机器学习技术。[2]不同于早先的expert system，机器学习并不进行模型化推理，而是从以往经验中学习，运用算法使机器开展训练的过程，所以机器学习的过程不一定要在人的监督下进行，而神经网络（深度学习是神经网络的复杂版本）由于它的自主性和良好的应用成为目前最常见的机器学习的方法之一。[3]目前由于大数据处理系统单一性的原因，大数据系统并没有复制人类的认知模型而是在巨

[2] EC, 人工智能司法伦理宪章, 2018.
[3] ibid.

量的数据基础上产出背景统计数据，无法保证排除错误的关联。[4]

本文将从人工智能的推理过程研究并与传统的司法实践中的司法决策过程进行比较这 一点入手，分析人工智能的基于数理生成的判断过程与司法实践中的法律推理和判断过程的本质区别。由于人工智能的系统很大程度上是封闭的系统，推理过程无法探知并进行质疑， 而司法实践中的法律适用和具体案件的判决过程是开放式的，或者至少应当是开放式的，虽然不同法域的判决书说理风格可能有所不同，案件判决的说理过程可以由庭审记录和判决书中的说理部分探知，这既是司法公开的要求，而且接受一个公开公平的审判也普遍被认为是一项基本的人权，说理以及说理可以被质疑也是司法中案件判决的正当性的来源之一。此外， 说理过程中的价值判断，是否可以由人工智能代替做到。由此，提出本课题的核心研究问题， 人工智能的应用是否应当由于人工智能推理过程本身的封闭性和缺乏说理性而应当受到限 制，以及限制的边界或者可以应用的边界应当在哪里。

一、人工智能与司法的基本价值的冲突

Mireille Hildebrandt 认为，人工智能对法律和法治的主要挑战体现在四个方面：一是， 机器学习软件所依据的算法很可能是不可理解的或者不公开的，因此所产生的决定和结论也是不可辩驳的；二是信息计算化后，法律的说理过程也会转化成数据处理过程，而法律的推理论证的过程也变成了模拟的过程；三是人工智能的应用可能会侵犯一些基本权利，例如隐私权，不被歧视的权利，正当程序等等；四是人工智能发达到一定程度后，律师很可能会将一部分工作交给人工智能，而这可能导致律师一些法律技能的退化甚至可能以致于无法判断人工智能工作结果的对与错。具体说，第一个问题是人工智能算法的封闭性与司法体系的公开性之间可能存在的矛盾。法律及司法体系的公开性是其基本价值，也是法治的基本要求，然而人工智能和机器学习由于其算法过程的封闭性，很可能与法律及司法追求的公开性的价值产生冲突。无论人工智能算法的这种封闭性或者不透明的特性是否出于保护知识产权或者商业秘密等原因故意造成的，这种封闭的算法推理出的结论的可靠性是很难被检验的，因为大部分从事法律职业的人也不具有，验证就可能依赖于人工智能软件的开发商。[45]虽然机器学习的算法过程开发商和技术人员可以获知，但是作为用户的法官等法律职业的从业者以及其他普通人是很难了解的，也是很难去验证这个算法过程的可靠性的。也就是说，法律推理的过程是可以被法律从业者认知并且讨论和检验的，而以机器学习为基础通过算法得出的结论是无法做到这一点的，从而也就成了一个不可被检验甚至是挑战的过程。

---

[4] ibid.

[5] Mireille Hildebrandt, ‘Law as Computation in the Era of Artificial Legal Intelligence: Speaking Law to the Power of Statistics’, University of Toronto Law Journal, Vol. 68, No. supplement 1, January 2018. （Simon Stern, ‘Introduction: Artificial Intelligence, Technology, and the law’, University of Toronto Law Journal, Vol. 68, No. supplement 1, January 2018.）

人工智能算法和代码的封闭性既可能是由于人工智能系统的开发商主动保密，也可能是由于知识产权或者商业秘密等原因而不予公开；而且由于训练人工智能系统的成本费用可能十分高昂，开发商也可能不愿意公开系统的内容。[6]而这就导致开发商之外的用户或其他人很难或者无法去验证人工智能系统极其产生的结果的可靠性以及准确度。而且，由于算法本身属于计算机科学领域，即使公开也难以由法律职业的从业者或者研究者来验证人工智能算法过程的可靠性。那么如何验证人工智能的可靠性以及使用公开来源的人工智能软件以测试软件和数据就变成了一个十分有必要的法律义务，而大部分人工智能软件很可能是大的技术开发商开发的，而这些开发商并非法治的既得利益者，也缺乏法治相关的经验。[7]

当然，司法公开本身也会对人工智能的研发和应用产生影响。因为，人工智能的工作表现与所获得的数据密切相关，数据越多，人工智能更能提升其工作表现，而这就涉及到司法体系中公共部门产生的数据或者说那些应该公开的数据，某种意义上来讲，人工智能的发展虽然对个人数据保护提出了挑战，但是对司法公开或者说司法体系中的公共数据（公开数据） 的公开却起到了推动作用。[8]

因为人工智能的研发和使用也会涉及到个人数据的抓取和使用，所以处于保护个人信息的目的，一些特定类型的纠纷可以采用匿名化处理的方法，隐去可能确认出个人身份的信息例如姓名、住址、电话、证件号码等，而欧洲委员会认为匿名化目前看来是司法工作人员的工作和职责，但是这些纠纷中司法工作人员的信息有些欧洲委员会的成员国是公开的。[9]

在公开司法数据方面，法国的经验也许值得借鉴。法国之前是只公开一些特定案件的司法决定，而根据新的法律，只要没有被法律明确排除的特定类型的案件以及在保护个人隐私的前提下，案件的决定普遍都应当公开。[10]

第二个问题是法律人工智能系统所产生的决定的合法性。司法过程中尤其是在具有高度争议的疑难案件中，价值判断也是法官做出判决所需的，而人工智能的算法过程是否可以因为没有真实的法官所做出的价值判断，仅仅由人工智能算法得出的结论是否具有正当性便成为了一个问题。

如美国大法官霍姆斯所言，法律的生命在于经验而非仅仅是逻辑。然而人工智能法律却将逻辑作为法律论证的唯一因素。Mireille Hildebrandt 从法治作为在基本权利受到侵犯后提供有效法律救济的制度出发，讨论了人工智能是否挑战了法律的基本概念。[11]因为词语和概念的内涵都是不稳定的，所以也会容易造成一些误解或者不一样的解释，

---

[6] ibid.
[7] ibid.
[8] EC, 人工智能司法伦理宪章, 2018.
[9] ibid.
[10] ibid.
[11] Mireille Hildebrandt, ‘Law as Computation in the Era of Artificial Legal Intelligence: Speaking Law to the Power of Statistics’, University of Toronto Law Journal, Vol. 68, No. supplement 1, January 2018, p. 15.

而且信息是必须有可塑造性才可以维持世界，而概念和制度也必须有行为的强制力，所以这种可塑造性根植于人类语言的使用中，所以无法假定其他机制或者数据驱动的人工智能也能在这种特定的意义上产生内涵；而从实证法（positive law）的行为本质来看，法律也是一种信息。[12]法律的强制力取决于表述行为的言语行为（经常是书面的例如法律文书、契约、立法和判决）的相互交叠以及法律所具有的而道德所不具有的强制执行力，但是这种强制力是需要正当性的而不仅仅是依靠暴力，不然法律就和行政、纪律或者单纯的暴力没有区别了。[113]法律效果产生于法律规则，而法律规则必须源于正式的法律渊源，而法律渊源本身并不仅仅只是一些信息， 它们也建构了法律，所以虽然法律本身也可以被视为一种指明行为的法律效果的信息，但是法律如何指明行为的法律后果或者说法律对于法律后果的条件的指明暗示了学习的过程和 言外行为。[14]

第三个问题则是人工智能对于法律的确定性所带来的挑战。法律需要通过明确的规则来形成期待，发挥指引作用，人们可以根据法律规则来安排自己的生活。而霍姆斯认为法律是从来没有确定性的，因为法律的确定性取决于人的行为和对于法律的解释的确定性，而这两者都是不确定的；也就是说，法律的确定性是动态的且需要花费功夫去维护的，而这就意味着法律的确定性不会僵化为阻碍正义的问题，因为法律的可预期性和开放性都是和对法律文本的严格解释相矛盾的。[15]

说到法律的确定性和开放性，这里不得不提到哈特的理论。哈特认为法律概念具有开放性，而这种开放性确保了人际交往和法律结构的创造性和高度人为性，但是这种人为性并不意味着虚幻，法律仍然实实在在的存在。

从 MacCormick 的观点来看，法律本质上是思辨性的。[16]法律本质上就是一系列用来告人们行为后果的言语行为网，而这个言语行为网是由法律的确定性、正义和工具性交织在一起，这三者之间的关系要求判决既不能仅仅是数学上一致，也不能仅仅是建立在主观主义的哲学基础上，而是由判决所指示的 performative effect 定义。[17]虽然有的学者例如Alarie 认为人工智能可以避免法律的不确定性。[18]而 Mireille Hildebrandt 则认为这种观点混淆了人工智能对于判决的模拟和判决本身的区别，因为判决由对于法律确定性的探讨推演出来的，而不是仅仅局限于类似于数学推演的一致性。[19]

当然，人工智能的应用也提出了一些新问题。例如，在搜集相当数量的判决之后，如果根据特定类型案件判决的主流趋势总结出规则，是否会让特定类型案件的司法决定变得过于统一，以及如果出现这种情况，不同层级的法院尤其是国内的最高法院的决定

---

[12] ibid.
[13] ibid.
[14] ibid.
[15] Mireille Hildebrandt, 2018.
[16] Jeremy Waldron, ‘The Rule of Law and the Importance of Procedure’, New York University Public Law and Legal Theory Working Paper.
[17] Mireille Hildebrandt, 2018, p. 22.
[18] Alarie, Benjamin, The Path of the Law: Toward Legal Singularity (May 27, 2016). Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2767835 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2767835
[19] Mireille Hildebrandt, 2018.

以往在保证法律解释的统一性方面的重要性会受到什么样的影响；以及这些主流的趋势推导出的规则会被法官不加疑问就予以采用，是否会导致司法决定过度的标准化。[20]

此外，人工智能的应用是否会加重一些可能已经存在的挑选有利于当事人的法院或法官的诉讼策略。对于诉讼律师来说，了解法官的风格和倾向和了解法律本身一样重要，例如在美国和法国的媒体侵犯隐私案件中，律师或者原告会根据那个法院可能给的赔偿数额最高而去挑选法院，在大数据和人工智能的应用后，这种问题可能会更加突出，而公平审判的原则在司法实践中的落实很可能会受到影响；虽然在没有人工智能的时代发布的判决也会公布法官的姓名，因为根据司法公开的原则以及欧洲人权公约对于公开审判作为一项基本人权的确认，当事人有权知道是哪位/些法官审判他/她的案件；但是大数据和人工智能会让当事人和律师更为方便的发现某个法官的风格和倾向性，从而加重这个问题。[21]目前，除了帮助查找司法信息和判例以外，欧洲委员会的成员国已经有部分公司开发出了人工智能软件可以用来预测法官的决定，目前这种研究并没有在欧盟大规模应用，大多处在研究试用阶段，例如法国的一个上诉法院进行了此项研究；这种软件的大部分客户都是来自于私营部门类似保险公司、律师等，因为他们希望降低不确定性以及法官决定的不可预测性，欧洲委员会成员国在公共政策中尚未广泛使用。[22]

目前，欧洲人权法院的做法是，允许根据某个法官的名字查找他/她的判决，但是不允许统计某个特定法官的相关数据；但是这些数据一旦公开之后，是否会有机构或者个人私下利用这些数据去做出相应的分析是难以完全控制的；可能涉及另一个问题是，尤其是在一些没有反对意见制度的国家，判决以整个合议庭的名义做出，公开某个法官持有反对意见是否给持反对意见的法官增加了责任与压力，这样是否对持有反对意见的法官不公平。[23]

此外，由于人工智能可能替代法律从业者从事一些基础性的法律工作，这可能会造成法律从业人员对一些本来掌握的、曾经是必备的法律技能逐渐生疏，这种生疏甚至可能造成他们难以去判断一些结果是否准确或者不准确。[24]

二、人工智能在司法应用中的限制与禁区

在谈到对于人工智能在司法领域的应用的限制时，必须首先区分法律人工智能的类别或者应用目的和场景。第一种是辅助法律工作人员查找案例和法律条文、初步起草法律文书、按照不同标准把合同分门别类以帮助查找是否有分歧性的合同条款等，只是辅助法律工作人员不会对权利义务关系产生实质影响的人工智能应用；而另一种可能会对当事人权利义务关系产生更为实质性的影响的应用场景例如网上争议解决、帮助当事人

[20] EC，人工智能司法伦理宪章，2018.
[21] EC, 2018.
[22] Ibid.
[23] Ibid.
[24] Mireille Hildebrandt, 2018.

参与法律程序并提供建议的聊天机器人、以及分析和预测软件（例如英国推出的 HART 用来分析再犯可能性）等。这两种类型的应用在司法应用中应当受到的约束与限制是应当有所区别的。

在这一方面，欧盟已经有了相应的经验以供参考。虽然开发人工智能重要初衷之一是提升法律工作者和司法体系的效率，但是欧盟也指出法律人工智能不仅仅停留于这个目的，也应当致力于加强对于法治的保障以及提升司法公开。[25] 同时，人工智能软件本身可能存在的风险和偏见因其可能会影响法治也受到了欧洲委员会的承认与重视。[26] 而这些都需要采取一些预防措施以控制人工智能在司法领域应用可能产生的风险以及控制人工智能因应用不当可能产生的对于法治的负面影响。

欧洲委员会在 2018 年发布的《人工智能应用于司法的伦理宪章》中明确提出了人工智能在司法体系中应用时应遵循的五项基本原则。第一，尊重基本权利，确保人工智能的设计与使用符合基本权利，不会危害对于诉诸法官以及公平审判的权利的保障，而且要确保符合法治的原则并尊重法官在决策过程中的独立性；第二，反歧视原则，尤其是在处理与种族、性取向等个人和群体背景相关的“敏感数据”时要防止对这些个体或群体的歧视；第三，质量与安全原则，即在处理与司法决定相关的数据时，以垮学科方式的模型使用有保证的来源和无形数据，且使用的技术环境必须安全，而且整个过程必须是可追踪的，以确保不会歪曲任何关于司法决定的内容或者含义；第四，透明、公正、公平原则，即要在保护知识产权和透明之间维持平衡，独立的机构和专家可以验证和审查处理数据的方法或者事先提供咨询建议；第五，在用户控制范围内，即排除规定的路径并确保用户是知情的并且可以控制他们的选择，而且必须以清楚且用户可以理解的语言告知用户人工智能所提供的解决方案是否有约束力，是否可以有其他的选择，以及用户是否有权获取法律建议以及诉诸法院，且用户有权拒绝使用人工智能而是选择由法院直接审理案件。[27]当然，在讨论人工智能在司法领域中的应用时，仍然要解决一些传统的、即使不从人工智能视角出发就已经存在的问题。例如，欧洲人权法院明确强调了需要在法律的确定性或者说司法决定的可预期性与司法解释的弹性空间之间找到平衡。[28] 以及数据公开可以下载后， 大部分普通公民是无法理解这些数据的，公开数据却是为了提供有意义的、易于理解的信息。[29]

由于法律职业从业者所受的专业训练和知识所限，无法理解算法也无法验证人工智能软件的可靠性，也无法发现法律人工智能做出的不正确的解释。[30]而市场化开发的人工智能产品也可能会由于开发商或者客户或者训练人工智能的法律专业人士的特点的

[25] EC, 2018.
[26] ibid.
[27] ibid.
[28] ibid.
[29] ibid.
[30] Mireille Hildebrandt, 2018.

影响，而复制了他们的缺点。[31]

结论

目前，人工智能的快速发展不仅为司法体系的运行带来了深远的变化，但是也提出了许多问题于挑战，其中包括由于人工智能本身的特点可能给法律和法治的基本价值带来的风险于问题，这就要求人工智能在司法领域中应用时，必须设定人工智能不可以进入的高风险区域或者不应当进入的区域，例如法官独立的决策过程。同时应事先采取预防措施，防止人工智能在搜集数据、处理数据等运行过程中可能产生的歧视等问题，让人工智能在不对法治形成巨大风险的前提下发挥提升司法效率。

[31] ibid.

人工智能司法决策的正当性辨疑

孙庆春[1]

【摘要】关于司法人工智能，学界流行的观点是：人工智能不应代替人类法官进行司法决策，即使其具备了相应的司法能力亦是如此。这种流行观点延续了传统的人文主义对技术的批判，从道德的主体性、权力的合法性、司法错误的可归责性以及程序的正义性等方面对人工智能司法决策进行责难。但是，人工智能司法决策更多的是一个功能实现的问题，遵循的是有限理性框架下的实践哲学，这为我们认识人工智能的本质及其与司法的关系提供了认识论基础，也为消解正当性指责及相应的制度构建提供了方法论指导。就此而论，人工智能有限参与司法决策是可行的，而不应将其框限在一些辅助性的司法工作上。

【关键词】人工智能司法决策；正当性；责任真空；程序正义；算法透明

导论

自 1970 年布坎南（Bruce G. Buchanan）与海德里克（Thomas E. Headrick）发表《关于人工智能与法律推理的几点思考》[2]一文以来，学界关于司法人工智能的讨论便不曾停止。其间，虽有众多的学者持续致力于司法人工智能的建模工作，但最终皆没有得到与其初衷相匹配的法律论证系统。因此，学者们普遍认为，司法人工智能难以实现，这使得相关的论辩趋于平静。由此不难看出，正是人工智能发展过程中的的技术因素决定了与司法人工智能有关的辩论走向。但近年来，在大数据与机器学习技术的支持下，新一代的人工智能逐渐克服了原有的技术局限。在方法论上，新的人工智能技术采取了一种有限理性的经验进路，运用自然语言处理法律信息，借助数据学习方法清理、编码与标记必要（需要）的诉讼数据，从而形成可适用于类似案件的最佳策略。[3]这种以大数据为基础进行的推理有别于原有的基于规则的推理与基于小数据而进行的案例推理，从而使“基于不完全、不确定或不一致的知识而进行的法律推理”[4]变得可能与有效起来。随着方法论的创新，在法律实践领域，法律人工智能系统层出不穷，其功能也从法律查询、文档归类、文书制作到法律文本分析与裁判结果预测等不一而足，且越来越具有综合性。[5]人工智能在法律领域的广泛应用正迅速地改变着这个行业，大有逐渐取代法律

---

[1] 孙庆春，重庆大学法学院，博士研究生。
基金项目：本文受中央高校基本科研业务费项目“新时代重大法治问题研究”（NO.2019CDSKXYFX0040）资助。

[2] Bruce G. Buchanan & Thomas E. Headrick. Some Speculation about Artificial Intelligence and Legal Reasoning[J]. Stan. L. Rev., 1970, 23(1): 40-62.

[3] Nikolaos Aletras, et al. Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective[J]. Peer J Computer Science, 2020, DOI 10.7717/peerj-cs.93

[4] Henry Prakken & Giovanni Sartor. Modelling Reasoning with Precedents in a Formal Dialogue Game[J]. Artificial Intelligence and Law, 1998, (6): 231–287.

[5] Daniel Faggella. AI in Law and Legal Practice – A Comprehensive View of 35 Current Applications[J]. https://emerj.com/ai-sector-overviews/ai-in-law-legal-practice-current-applications/.

职业者的趋势，法律职业者的危机似乎日益迫近。

这再次唤醒了学界对司法人工智能研究的热情，并将相关讨论推进到了一个新高度。人们讨论的焦点问题之一在于：人工智能能否及应否代替人类法官进行司法决策？从现有的文献看，人们几乎形成了一种压倒性观点，即人工智能不应被用于实质性的司法决策，即使在其具备了相应的司法能力时，也应将其框限在辅助性司法工作上。[6]这类否定性观点主要是从两方面进行论证的：一是“不可能性论证”，即从方法论的角度质疑人工智能进行司法决策的可能性。该论证认为，司法决策是人的专属工作，不能将之交给冷冰冰的人工智能；况且，从技术的角度看，人工智能也无法可靠地进行司法决策，因为人类的事务足够复杂，包含了综合的价值判断和利益衡量，纵使最复杂的机器也不能胜任这部分工作；二是“非正当性论证”，即对人工智能司法决策的正当性表示质疑与担忧。本文将重点关注“非正当性论证”，因为这一论证为司法人工智能设置了一道“先验屏障”，它意味着，无论如何，人工智能司法决策都不应允许。在新的技术时代，这无疑是妨碍司法人工智能得以在实践中应用的重要障碍，因此，无论是从致知还是从致用的角度看，都应认真对待。

在评判“非正当性论证”之前，有必要先考察支持该论断的一些理由与理论假设。约略而言，支持该论断者是从以下四方面展开自己的论证的：（1）若准许人工智能进行司法决策，将引起人类法官的主体性危机。该论证假定了，在司法决策的可能性与道德主体性之间，存在可通约性，即认为，若肯定人工智能可进行司法决策，则实质上等于肯定了人工智能的道德主体地位，那必然会引起法官的主体性危机。有学者甚至忧心忡忡地提醒人们：人工智能司法决策可能意味着机器的统治与人类文明的终结，其无异于“开门揖盗、引狼入室”。[7]（2）若准许人工智能进行司法决策，会产生权力的合法性危机。该类论证大多从“权力论”出发，质疑人工智能司法决策的权力渊源与权力运行的合法性。它认为，从权力的来源看，法官的司法权有明确的法律授权，而人工智能司法决策却没有法律上的根据，故其合法性高度成疑；就权力的运行而言，若由人工智能取代法官进行司法决策，可能会偏离司法的公共属性，并影响司法权的独立运行。[8]（3）若准许人工智能进行司法决策，在出现司法错误时，会带来归责难的问题，甚至会引起明显的责任真空。由于人工智能进行司法决策，遵循的是一种相关性与概率论的逻辑，因此，它不仅无法确保个案裁判的“稳当熨帖”，而且会产生概率性错误，[9]并此时就会面临司法错误无法归责的窘境。[10]（4）若准许人工智能司法决策，会危及程序正义的实现。持这种观点的学者倾向于将司法人工智能的算法解释为“黑箱”，认为其因缺乏透明性而极

[6] 左卫民. 关于法律人工智能在中国运用前景的若干思考[J]. 清华法学, 2018, 12（2）: 108-124.
[7] 盛学军，邹越. 智能机器人法官: 还有多少可能和不可能[J]. 现代法学, 2018, 40（4）：74-82.
[8] 江秋伟. 论司法裁判人工智能化的空间及限度[J]. 学术交流, 2019（2）：92-104.
[9] 程凡卿. 我国司法人工智能建设的问题与应对[J]. 东方法学, 2018（3）：119-130.
[10] Kenneth Abraham, Robert Rabin. Automated Vehicles and Manufacturer Responsibility for Accidents: A New Legal Regime for a New Era[J]. VA. L. REV, 2019, 105: 127-179.

易产生“先天”或“人为”的偏见，[11]或因形式上的不透明而减损了必要的司法程序，[12]进而损害程序正义。

当下比较流行的反对人工智能司法决策、或主张对人工智能司法决策持谨慎态度的主要论点大多是从以上四方面展开论证的，其构成了当下人们反对人工智能司法决策的实质理由。上述论证显然延续了人文主义看待技术哲学问题的一贯路径，带有浓厚的伦理论色彩。不可否认，在这种人文或伦理的批判中包含有真理的成分，它极大地深化了人们对科学技术意义的思考。但人工智能司法决策并不是一个纯理论的思辨性问题，它更多的是一个工程实现的问题，单纯的伦理批判并不会产生有效的建议。基于此，本文将重点对“非正当性论证”的上述四方面进行逐条反驳，并探讨一种有关人工智能司法决策的可能路径，以破除上述否定性观点为人工智能司法决策设置的“先验屏障”。

一、人工智能司法决策会引起人类法官的主体性危机吗？

反对或批判人工智能司法决策的大多数论证首先是从伦理的层面展开的，它们主张，若准许由人工智能进行司法决策，实质上等于肯定了人工智能的道德主体地位，进而会危及人类法官的主体性地位。其实，这种观点不仅具有明显的反事实性特点，而且逻辑上难以成立。

持上述反对意见者大多倾向于将人工智能视为一种威胁人类主体性的“类人”的存在。这一理解显然受到了心灵哲学（例如约翰·塞尔的“中文屋论证”）对人工智能批判的影响，以及早期人工智能学家对人工智能模糊定义的影响。艾伦·图灵（A. M. Turing）在著名的“图灵测试”中，将一个系统具有智能性的标准定义为：如果该系统的回答和反应与人类的无法区别，那么，该系统便是智能的。[12]客观地说，该定义不仅无法反映人工智能的真正本质，而且因其模糊性而制造了一个理解的误区，即人工智能是对人类智能的模仿或复制。根据这一理解，人工智能就是一种人类模仿计划，以期在机器上再现人类的自然能力，其结果就是：人们必然会追溯到心灵、意识与主观性来认识与评价人工智能。[13]

但实际上，作为工程科学的分支，人工智能的研究很少与人类思维的运作有关，它“与生物有机体的关系主要是隐喻性或启发性的”，[14]因此，理应更多地从工程技术哲学的角度对其进行认识与评价。工程技术哲学主张从工程学的角度认识技术，从抽象的理论知识回归到具体的技术实践。工程技术哲学认为，技术本质上是一套改造自然世界以满足人类需要的方法或产物。[15]根据这种解释，人工智能只不过是一个通过工程技术有

---

[11] 马靖云. 智慧司法的难题及其破解[J]. 华东政法大学学报, 2019（4）:110-117.
[12] 季卫东. 司法人工智能不可本末倒置[G]. 北京日报理论周刊, 2019-9- 16,（15）.
[13] Tania Sourdin, Richard Cornes. Do Judges Need to Be Human? The Implications of Technology for Responsive Judging[C]//T. Sourdin, A. Zariski (eds.), The Responsive Judge, Singapore: Springer Verlag, 2018: 87-119.
[14] Jerry Kaplan. Artificial Intelligence: What Everyone Needs To Know[M].Oxford: Oxford University Press, 2016: 16.
[15] [荷]格哈德·班瑟、阿明·格伦沃尔德. 工程科学中的一致性与多样性[A]//道·加比等编. 爱思唯尔科学哲学手册：技术与工程科学哲学（上）[M]. 张培富译, 北京: 北京师范大学出版社, 2015.

效而自动地解决问题的方法或系统。[16]作为人类制造活动的产物，人工智能系统并未超出人工物的范畴，它的存在完全是心智依赖性的，它是什么或即将成为什么完全取决于人类。[17]这决定了人工智能对人类的依附关系，也决定了司法人工智能不可能成为一种“类人”的存在。

一些人可能会以“人工智能的自主性日益加强”为据而反对我的上述观点。他们会指出，由于人工智能的自主性日益增强，使得人工智能的行动范围会超出人类意向的范围，因此，存在摆脱对人的依附、进而成长为独立道德主体的可能性。[18]但这一观点明显是建立在对“自主性”的多义解释或隐喻性修辞之上。当我们使用“自主性”一词时，通常意味一种完全的自由、独立或主导，其不仅体现在计划的执行方面，更体现在计划的制定与目的的自我确立方面。尽管人工智能已超越那种对具体行动进行直接编程的技术阶段，但所谓的人工智能“自主性”仍只是在计划执行的意义上而言的，与目的生成、行动规划无涉。[19]也就是说，人工智能只能在人类预先设定的程序或算法规则内运行，就像僵住症患者需要借助别人的意识来行动一样，对于这种意义上的“自主性”，更合适的表述或许是“自动性”。[20]即使人工智能借助所谓的自主学习获得了一定的环境自适应性——即根据不同的经验数据生成不同的规则前提，但它不会产生超出经验数据范围之外的规则，更不会改变“加工数据”的目的本身。这种意义上的“自主性”并不构成对人工智能工具本质的真正挑战，更不会派生出所谓的“主体性”担忧。

仍有学者会质疑说，为什么作为工具的人工智能可以进行司法决策？尤其是在这些司法决策关涉人类主体该如何行动之类的问题时，这一质疑就变得特别严肃起来。正如我们论证的，人类与司法人工智能的关系只是一种使用与被使用关系，人们之所以设计出司法人工智能，有着明确的目的，那就是服务于人类的司法需要。在上述关系中，人工智能只是在司法事务上分担了法官的负担，是对法官的一种功能强化，就像工业机器人分担工人的劳动一样，我们并不会由于工业机器人逐渐分担了人的劳动，将人从繁重的劳动中解放出来，而担忧人的主体性会丧失。尽管司法人工智能从事的是脑力劳动，其本质及其与人类的关系并未从根本上改变。正如恩斯特·卡普揭示的，技术只是人类器官的投影，它存在的意义在于扩展人类的能力。[21]因此，人工智能只是强化了人类的主体性，而非削弱更非危及其主体性。

除了上述明显的反事实性特点外，主体性的担忧还可能存在一定的逻辑瑕疵。众所

---

[16] [德]克劳斯·迈因策尔.人工智能与机器学习：算法基础和哲学观点[J]. 上海师范大学学报（哲学社会科学版）, 2018 (3): 13-24.

[17] 埃米尔·L·托马森.形而上学中的人工物[A]. //道·加比等编.爱思唯尔科学哲学手册：技术与工程科学哲学（上）[M]. 张培富译, 北京: 北京师范大学出版社, 2015.

[18] Luciano Floridi and J. W. Sanders. On the morality of artificial agents[J]. Minds and machines, 2004, 14(3): 349-379.

[19] Catherine Tessier. Robots Autonomy: Some Technical Issues[A].// W.F. Lawless , et al.(eds.), Autonomy and Artificial Intelligence: A Threat or Savior? Switzerland: Springer Nature, 2017.

[20] Sanberg Paul R.,Bunsey Michael D.,Giordano Magda,Norman Andrew B. The catalepsy test: Its ups and downs[J]. Behavioral Neuroscience, 1988,102(5): 748–759.

[21] [美]卡尔·米切姆. 通过技术思考: 工程与哲学之间的道路[M], 陈凡 朱春艳译, 沈阳: 辽宁人民出版社, 2008: 31.

周知，伦理学关心的是人与人之间的关系问题。当我们使用“伦理”这一术语时，便隐含地表达了两层含义：一是伦理问题是关系问题；二是伦理问题是道德主体之间的问题。有关人工智能的伦理担忧同样如此。凡从伦理的角度反思或担忧人工智能主体性问题的人实际上暗含着赞成这样一种观点，即人工智能与人类之间的关系是一种道德主体之间的关系，这与其反对人工智能成为道德主体的主张是相悖的。换言之，他们反对的正是其前提所预设的。这显然存在逻辑丐题的嫌疑，这表明，从伦理主体的角度来理解人工智能本身就是不恰当的。

二、人工智能司法决策存在权力的合法性危机吗？

质疑人工智能司法决策正当性的第二类论证意在表明，人工智能不具备权力上的合法性。这一合法性的质疑主要包括两方面内容：其一，在权力的渊源方面，人工智能司法决策未获得公共授权，若准许人工智能司法决策，将会与人民主权原则相抵触；其二，在权力运行方面，若准许人工智能进行司法决策，由人工智能所代表的技术权力将侵蚀或重构司法权力，并因而可能会从根本上消解司法的独立运行。以下，我们将对上述两方面内容进行剖析。

（一）权力渊源的合法性问题

现代法治国家是以人民主权为基础的，人民授权是一切权力的根据，同时也是司法权的合法性源泉。在对人工智能司法决策表示质疑的人看来，若准许人工智能进行司法决策，就存在权力渊源的合法性问题，因为人工智能未能获得人民的公共授权。而且，若由人工智能取代法官进行司法决策，无异于变相地为公民强加了“服从于人工智能的法律义务”，继而会偏离司法的公共属性。[22]

这一质疑明显混淆了“作为国家职能的司法权”与“法官的司法职权”。虽然二者在权力渊源上都可追溯到人民主权，但法官的司法职权与作为国家职能的司法权存在本质区别：与立法权、行政权相对的司法权是国家职能划分的结果，具有明显的外部性；而法官行使的司法职权更多的是法院内部分工的结果，具有明显的内部性。作为国家职能之司法权通常由法院来行使，其直接渊源为宪法或组织法；而作为法官之司法职权则通常由法官个体来行使，其直接渊源为法官法。若从公共授权的角度看，审判权应属于国家审判机关——法院，而非法官个人，法官只是具体行使而已。例如，我国宪法与法院组织法均明确规定，人民法院依照法律规定独立行使审判权。这种权力隶属关系也表现在司法责任的分配方面，即司法错误的责任主体主要是法院（或国家）。由此可见，司法权的直接主体是法院，法官的职权及其正当性均源于法院的内部分工，司法人工智能并不会改变这种权力隶属关系。在这个意义上讲，即使由人工智能替代法官进行司法决策，也不会破坏司法权的公共属性，更不会引起司法权的合法性危机。

[22] 江秋伟. 论司法裁判人工智能化的空间及限度[J]. 学术交流, 2019（2）：92-104.

显然，在这种权力结构与隶属关系中，人工智能司法决策并不会将“服从人工智能的法律义务”强加给公民。司法裁判的权力属于法院，其直接表现就是：裁判文书只能以法院的名义进行制作、发布，且因此具有法律效力。因此，在司法裁判中，是拥有司法权的法院而非法官个体赋予司法裁判以权威性的，在某种意义上讲，公民服从的是法院的权威、法律的权威，而非法官个人的权威，因此，所谓的“服从人工智能的法律义务”只不过是危言耸听罢了。

（二）权力运行的合法性问题

人工智能所代表的技术权力会威胁司法权的独立运行吗？在质疑者看来，技术权力重构了司法权及其他权力的边界，这必然影响司法权的独立运行。[23]毫无疑问，独立性是保障司法公正的必要条件，这为不同的司法文明所普遍认可。但司法的独立性不是绝对的，需要受到必要的规制。在人工智能进行司法决策时，算法恰恰起到了必要规制的作用，它不仅规范着人工智能的运行，而且规范着司法决策的过程，既可以摒除法官基于偏私的主观判断而滥权，又可以极大地屏蔽其它权力对司法权的外部干预。因此，司法人工智能在排除外部干扰与规制司法权力的内部运行两个方面都具有明显优势。就此而论，关于人工智能会消解司法独立性的论断显然难以成立。

当然，仍有反对者认为，技术即权力，人工智能代表的技术权力本身对法律的权力构成了挑战。尽管这种泛化的权力论在一定程度上揭示了权力演化的本质，但其并不适于解释制度性权力。[24]以司法权为例，其首要特征在于制度性，即在特定的司法制度框架下产生与运行。泛化的权力则不然，其不具有制度性与规范性，仅仅是一种泛指的可能性。当我们说“技术即权力”时，并没有比说“粮食即权力、石油即权力、金钱即权力”表达更多的内容。人们如此谈论的权力，并不包含司法权所具有的那种制度性意义；而且，在“技术即权力”这一命题之下，我们可以说，人工智能技术代表了一种权力，也可以说电力技术代表了一种权力，二者没有本质区别。司法的技术史表明，每一次技术变革都是对司法权运行基础的更迭，是对司法独立的保障而非破坏。[25]如果我们没有理由指责历次的技术革新破坏了司法权的独立运行，也就没有理由指责人工智能。

此外，一些持“技术权力将消解司法权”论调的消解论者还可能这样说：司法人工智能所依赖之算法不过是一种控制司法权的工具，它会为一般国家权力干预司法提供端口。这一论调显然建立在算法“黑箱论”基础之上，即只有当公众处于一种对算法的“无知”状态时，这种“邪恶”才是可能的。正如苏斯金所说的，“哪里有不透明和神秘化，哪里就有不信任和缺乏责任感。”[26]但是，只要我们通过算法透明原则来确保算法的公开、可解释与可责性，就可以完全解决上述问题，就像我们可以通过制定一些程序性规则以确

---

[23] 王禄生. 司法大数据与人工智能技术应用的风险及伦理规制[J]. 法商研究，2019（2）：101-112.
[24] [英]尼尔·麦考密克. 法律制度：对法律理论的一种解说[M]. 陈锐、王琳译, 北京: 法律出版社, 2019: 231.
[25] Robert L. Chartrand. Systems Technology and Judicial Administration[J]. Judicature, 1968, 52: 194-198.
[26] Richard Susskind & Daniel Susskind. The Future of the professions: How technology will transform the work of human experts[M]. Oxford: Oxford University Press, 2015: 37.

保人类法官在决策中保持透明一样，我们同样可以制定一些规则，保障人工智能司法在阳光下运行。

三、因人工智能司法决策而产生的司法错误会导致责任真空吗？

质疑人工智能司法决策正当性的第三类论证主要集中在司法错误及其责任的分配方面。一些论者认为，人工智能不仅无法在个案裁判中实现“公正合理、稳当熨帖、让人心悦诚服”，[27]而且，其存在统计学意义上的概率性错误，这本身就是难以让人接受的，即使其能保持 99%的正确性，亦是如此[28]。一些论者担忧，若准许人工智能参与或主导司法决策，将导致司法错误难以归责，甚至产生责任真空。果真如此？以下将具体分析。

（一）司法错误是不可接受的？

那些质疑人工智能司法决策正当性的人们对人工智能可能做出错误的判决持零容忍的态度，这种要求人工智能司法决策丝毫不能出现偏差的做法显然过于严苛。就个案例裁判而言，司法决策并不追求“真理符合论”意义上的绝对正确，而只寻求一种可接受的结果。这是因为法律本身是有价值负荷的，任何一条法律规则的产生、存在与适用都是价值权衡的结果。在这种意义上，法律是与价值有关的规范，司法是处理与价值有关的活动。但由于价值往往是潜在于规范背后的，因此，很难说清楚价值到底是什么。价值的这种不可或缺且又难以捉摸的特性使得法律适用过程不可能是简单的逻辑推理过程，法官通常需要诉诸“价值权衡”这一权宜方法来追求司法裁判的可接受性。通常，学者们倾向于将法律适用过程理解为完全主观的过程，如有学者认为，“法律推理是一项建构性的解释活动”[29]。但其实，法律适用过程是一个将价值与事实相结合的过程，是一个主观见之于客观的活动。这与人工智能通过处理经验数据、解决价值问题的方式并无本质区别。如果以此来指责人工智能，在人类法官同样无法保证司法决策 100%正确的情况下，我们为何不以同样的标准苛责人类法官呢？

而且，从法律适用的结果看，无论是人类法官，还是人工智能（法官），都不可能使所有的司法决策都正确。因为它（他）们总是在真实的环境中行动，而不是在理想环境或实验环境下发挥作用，这意味着，司法裁判的正确性不仅会受到理性水平的限制，而且也会受到法律规范是否明晰、案件事实是否清楚等因素的影响。那些追求裁判结果绝对正确的人无疑将法官想象为一个全知全能的人，他们能了解一切、掌控一切，因此能做出完美的裁决。这一想象显然不切实际，人类法官不可能做到这一点。实际上，法官只能通过有限理性，在有限的时间、有限的空间以及有限的价值之内做出相对正确的判决。而且，事实表明，即使这种有限的理性也会因诸多现实因素的影响而无法充分实

[27] 季卫东. 司法人工智能不可本末倒置[G]. 北京日报理论周刊, 2019-9- 16，（15）.
[28] 盛学军，邹越. 智能机器人法官: 还有多少可能和不可能[J]. 现代法学, 2018, 40（4）：74-82.
[29] [美]罗纳德·德沃金.法律帝国[M].许杨勇译,上海: 上海三联书店, 2016: 1.

现。因此，从实践理性的角度看，司法决策不过是在多个备选方案中选择较优的方案而已。如果我们研究司法人工智能的目的是为司法实践服务，而不是追求纯粹的理论思辨，那么，我们就没有理由要求司法人工智能具备完全的理性，更不应苛求其决策 100%正确。

因此，对待人工智能司法决策可能产生错误的问题，应持一种现实的态度，既不能敷衍塞责，又不能苛求。如果人工智能法官能在正确率方面不低于人类法官，并在经济、效率、质量与可预测性等方面达到比较理想的状态，那么，我们就没有实在的理由对其提出过高的要求。正如杰西·休斯所说的，“如果它（工程）作为实践推理的方法是成功的，那么它就是成功的。”[30]诚然，“人类法官同样不完美”并不能构成一个支持人工智能进行司法决策的充分理由，但我们不能因噎废食，不能因为人工智能法官不完美就否定其作用。最值得提倡的做法或许是思考如何提高人工智能司法决策的可靠性。

（二）人工智能决策会产生责任真空吗？

除情感因素外，很多人对人工智能法官可能会引起司法错误表示担忧的重要原因与归责困难有关，即当人工智能司法决策出现错误时，该由谁来承担责任？以及该如何划分责任？[31]由于会产生归责难的问题，以致一些学者对人工智能司法决策的正当性产生了怀疑。[32]此处，要区分这样几个层次的问题：第一，人工智能司法决策如果出现了错误，是否难以划分责任？其实，若是人工智能法官出现了司法错误，反而比人类法官出现错误更容易被发现，因为人工智能不像人类法官那样，善于掩饰错误，其会错得明明白白，技术人员只要对人工智能的推理过程进行检视，就能发现这些错误到底是由软件的程序问题造成的，还是因法律存在模糊、含糊等原因造成的，以及因事实认识存在错误造成的，因此，责任划分上不存在困难。所谓的“算法黑箱”只是针对外行而言的，且有过分夸大之嫌。正如监视飞机飞行状态的“黑匣子”，对于外行来说可能很神秘、不透明，但在技术人员面前，它却是透明的，可以通过一定的技术手段进行解读，并以之作为解决飞行事故的客观依据。第二，若人工智能法官做出了错误的判决，制造了冤狱，该由谁承担责任？毫无疑问，该由人类自己承担责任。因为人工智能是人类有目的活动的产物，它并没有超出人工物的范畴，故人类该为人工智能的设计、生产与使用负责。[33]无论人工智能具有多么强大的功能，它总是人类有意向活动的结果，在出现司法决策错误时，明显应由人类而不是人工智能来承担责任。正如布赖恩·凯西（Bryan Casey）所说的，人工智能在责任问题上“并不像许多人所说的那样具有革命性”。[34]在廓清这一

---

[30] 杰西·休斯.实践推理与工程[A]. 道·加比等编.爱思唯尔科学哲学手册：技术与工程科学哲学（上）[M].张培富译，北京师范大学出版社，2015: 375.

[31] Kenneth Abraham, Robert Rabin. Automated Vehicles and Manufacturer Responsibility for Accidents: A New Legal Regime for a New Era[J]. VA. L. REV, 2019, 105: 127-179.

[32] Emad Abdel Rahim Dahiyat. Intelligent agents and liability: is it a doctrinal problem or merely a problem of explanation?[J]. Artificial Intellectual Law, 2010, 18(1): 103-121.

[33] 埃米尔·L·托马森.形而上学中的人工物[A]. //道·加比等编.爱思唯尔科学哲学手册：技术与工程科学哲学（上）[M]. 张培富译, 北京: 北京师范大学出版社, 2015.

[34] Bryan Casey. Robot ipsa loquitur[J]. Georgetown Law Journal, 2019, 108(2): 225-286.

点之后，散布在我们眼前的伦理迷雾便去了一半。但在澄清人类的责任主体地位后，并没有完全解决“由谁来承担具体责任”这一问题，因此，我们需要回答第三个层次的问题：对于由人工智能引起的司法错误，具体承担责任的应是人类法官，还是法院抑或国家？

对于这个问题，我们的基本观点是：法官个体、法院与国家都可能成为人工智能司法错误的责任主体，只要三者满足归责的条件，且三者会分别承担不同类型的责任。自亚里士多德以来，责任理论就突出强调了两个方面的条件：“控制”条件和“认知”条件。[35]“控制”条件是指行动者对由其所引起的行动具有足够程度的控制；“认知”条件是指行动者知道自己在做什么。[36]如果同时满足这两个条件，那么该行动者就负有责任。虽然这种责任理论是针对理性行为人提出的，但作为理性行为人集合的法院与国家同样获得了这种资格。在设计、部署与使用司法人工智能的过程中，法官、法院与国家都可能在某种情形下对其进行某种程度的“控制”，这实质上构成了人工智能错误行动的原因；而且，在履行各自的角色职能时，三者都具有相对独立且充分的“意志”自由。因此，从因果关系的层面上看，三者都具有可归责性。当然，考虑到可归责性（作为责任来源或原因的能力）与可惩罚性（实际承担不利后果的能力）的可分离性，三者在具体的责任分配方面可能存在某种归责与承担的不一致。但总体来说，这并不影响归责的正当性，也就是说，若人工智能在司法决策时产生错误，法官个体、法院与国家都应该而且能够在各自的责任范围内承担某种性质的责任。

首先，国家应概括承受因人工智能司法决策错误而引起的法律责任。准确地说，只要出现了司法错误，国家就应概括承受或从总体上承担相应的法律责任。这是因为：人工智能进行司法决策，是在代表国家行使司法权，由此产生的法律责任当然应由国家概括承受，即由国家对外承当责任，或者说国家承担的是一种外部责任，一种总体上的责任。人们常说的“国家赔偿”即是从这种意义上说的，《中华人民共和国国家赔偿法》在此方面做了明确而具体的规定。国家之所以需要为人工智能司法错误承当相应的法律责任，还因为国家对于司法人工智能的存在及其运行具有重要的控制与影响：一是国家在司法人工智能的设计、部署中起着主要推动作用，而且还可能是司法人工智能的主要管理者；二是国家通过提供必要的司法数据来确保决策的信息环境，从而对人工智能司法决策发挥了关键性的影响。以上两点就使国家具备了可归责性。实际上，在现有的司法责任机制中，国家也是法官造成司法错误的主要责任承担者；通过司法赔偿的方式，国家承担了对错误行动的救济责任。这表明，国家在人工智能司法决策中对司法错误承担责任具有现实可能性。

其次，法院应该对人工智能引起的司法错误承担直接责任、具体责任。作为国家司法权的直接行使者，法院对司法人工智能及其决策的控制与影响更加直接，这主要表现

---

[35] John Fischer & Mark Ravizza. Responsibility and control: A theory of moral responsibility[M]. Cambridge: Cambridge University Press. 1998, PP. 12-14.

[36] Mark Coeckelbergh. Responsibility Attribution, and a Relational Justification of Explainability[J]. Science and Engineering Ethics, 2019. Doi.org/10.1007/s11948-019-00146-8.

在管理与使用方面。更重要的是，在人工智能司法决策中，司法人工智能已成了法院的一个有机组成部分，其做出的司法决策本身就是法院意志与法院权威的体现。就此而言，法院对人工智能引起的司法错误同样具有可归责性。而且，这种因果关系已在相当程度上嵌入了法律制度层面，并以司法权力与司法责任相对应的方式体现出来。也就是，法院行使司法权的身份本身决定了其必然是一种责任主体，正如卢卡斯所言，“定位权力的目的是确定因某些特定行为者的作为或不作为而产生的后果的责任。”[37]因此，在出现冤假错案时，法院作为司法机关，应当为自己的司法错误负责，而重要的途径就是以权威的方式纠正司法错误。

再次，在某些情形下，人类法官也应该为人工智能引起的司法错误承担责任。我国司法责任制的基本原则是“让审理者裁判，由裁判者负责”，这就意味着，法官只对自己做出的司法决策负责。因此，在人工智能分担（而非完全替代阶段）法官工作的情况下，法官仍需要承担相应的、由人工智能引起司法错误的责任。因为在这一阶段，法官仍需要对人工智能实施某种控制。可能的情形有二：一是人工智能作为人类法官的“助手”，为人类法官提供必要的决策信息及结果预测以支持法官的司法决策，正式决策则由法官本人做出；二是由人工智能自主地对一些案件做出决策，但人类法官需要对其决策进行审查或监督。在第一种情形中，法官需要承担直接、具体的责任，因为从本质上看，在此种情形下，法官仍是自主的决策者；在第二种情形中，人类法官仍需承担一定的责任，因为人类法官未能善尽自己的审查与监督职责，本身就有过错。[38]从当前人工智能在司法实践中的应用情况看，我们的设想并不显得过于超前，因为一些国家已开始尝试由人工智能法官处理一些案件，[39]并且规定，法官在上述两种情形下需要承担一定的次要责任。

综上所述，在人工智能司法决策中，司法错误并非不可归责，其责任主体仍然是人类，或是法官个体，或是法院，或是国家。而且，就避免司法错误而言，人工智能可能比人类法官做得更好。只要进行合理的案件分流与制度安排，我们完全可以找到一种有效的责任分配方案来化解所谓的“责任真空”这一阻碍。

四、人工智能司法决策会损害程序正义吗？

质疑人工智能司法决策正当性的第四类论证是从程序正义方面展开的。一方面，一些学者认为，人工智能算法的“黑箱”属性可能遮蔽程序的透明性；另一方面，一些学者担忧，人工智能决策的形式性可能会减损必要的司法程序（如法律论辩），进而损害程

[37] Steven Lukes. Power: A Radical View 2th ed., New York: Palgrave Macmillan, 2005, p. 56.
[38] Harold J. Laski. Basis of Vicarious Liability[J]. Yale L.J., 1916, 26(2): 105-135.
[39] Tania Sourdin. Judge V Robot? Artificial intelligence and judicial decision-making[J]. UNSW Law Journal, 2018, 41(4): 1114-1133.

序正义。但我们认为，从总体上看，人工智能在司法中的运用有利于维护而非损害程序正义。

（一）透明的算法决策有利于实现程序正义

作为主导人工智能司法决策的技术规则，“算法”实质地影响着司法决策的过程与结果，因此，其重要性不言而喻。但算法的“不透明性”却引发了学者们对其可能损害程序正义的担忧。[40]显然，这类担忧将人工智能司法决策的争论焦点转移到了“算法透明度”上来，而且，在一些学者看来，保证和维护算法的透明似乎极其困难。[41]从现有文献来看，他们的常见理由有三：一是算法的技术专业性使普通公众往往难以有效认知，从而极大地影响了公众对人工智能算法的公平感知与信任；二是商业秘密原则为供应商拒绝公开算法提供了正当理由；三是既使公开算法，在算法设计、部署与使用过程中，工程师、供应商甚至是法院也难免有意或无意的植入价值偏见。[42]不可否认，这些问题是客观存在的，而且会给人工智能司法决策带来透明度障碍，但却不是不可解决的，我们完全可以通过必要的制度设计与调整来消除这些阻碍。

首先，对于算法决策缺乏公平感知的问题，可以通过设置必要的公开与解释责任来解决。司法实践史表明，公开通常是司法公平的必要前提，而解释（给出理由）则构成了裁判可接受性的理性基础。在人工智能司法中，算法公开与解释同样可消除社会公众对基于秘密规则决策的担忧。关于算法的透明性问题，学界大致提出了两种解决方案：一是技术透明方案，即公开算法源代码；二是运行透明方案，即公开算法实际的运行规则。从两者的比较讨论看，学界更倾向于后者。一方面是因为，“规则透明方案”修正了“技术透明方案”的彻底性，使社会公众可以直接触及算法决策的规则，从而成功地避开了“技术盲区”。就像司法实践中，人们越过复杂的立法技术而直接认知法律规则一样。因此，那种因公众缺乏专业技术知识而无法有效认知算法的担忧也就迎刃而解了。另一方面，“规则透明方案”因可理解性而具备更充分的理性基础。这不仅表现在清除“技术障碍”方面，更表现在算法规则为决策提供了依据与理由，从而使基于算法的决策更具可解释性。这种基于解释的透明性，通过“告知公众该决定是什么，根据什么理由作出，以及谁为此负责”，从而为决策提供正当性，为公众感知正义提供了充分的依据。[43]实际上，许多现有的治理框架正是基于这种思路展开的，例如《蒙特利尔人工智能负责任发展宣言》、《值得信赖的人工智能伦理指南》以及《阿西洛马人工智能原则》等。虽然这些原则性规定尚需完善，但却恰当地指出了维护算法透明的正确方向，可以在相当大

---

[40] 马靖云. 智慧司法的难题及其破解[J]. 华东政法大学学报, 2019（4）:110-117.

[41] [美]弗兰克·帕斯奎尔. 黑箱社会：控制金钱和信息的数据法则[M]. 赵亚男译, 北京: 中信出版社 2015: 73.

[42] Jenna Burrell. How the machine thinks: understanding opacity in machine learning algorithms[J]. Big Date & Science 2016, 3: 1-12.

[43] Karl de Fine Licht &Jenny de Fine Licht. Artifcial intelligence, transparency, and public decision-making: Why explanations are key when trying to produce perceived legitimacy[J]. AI & Society, 2020. Doi. org/10. 1007/s 00146-020-00960-w.

的程度上化解人们对人工智能算法决策的信任危机。[44]

其次，对于因商业秘密而产生的算法公开豁免问题，也可因司法的公共属性而重新调整对私主体利益的保护边界而维护司法的公正性。研究者担忧商业秘密可能成为算法公开的阻碍，[45]例如著名的“State v. Loomis 上诉案”[46]就涉及到该问题。在该案中，被告-上诉人 Loomis 诉称，巡回法院使用 COMPAS[47]评估其再犯风险，侵犯了其“基于准确信息被判刑的正当程序权利”，因为 Northpointe 公司以商业秘密为由拒绝披露 COMPAS 运行的关键信息（比如“分值是如何确定的”、“风险因素是如何衡量的”），然而，威斯康星州法院认定，巡回法院的做法并不侵犯 Loomis 的正当程序权利，并且在审判过程中拒绝了让 Northpointe 公司提交法庭之友的动议。在一些学者看来，这显然赋予了科技公司披露算法相关信息的正当理由，从而使算法透明难以实现。但值得注意的是，该判决还有另外几项重要的决定或意见：一是 Northpointe 公司必须在公开文件中告知法院关于算法商业秘密的注意事项；二是在使用 COMPAS 时“必须阐明它在判刑时考虑的因素以及这些因素如何影响它所判处的刑罚”（Patience Drake Roggensack, C.J.）；三是法院在使用 COMPAS 时应该“阐明一个有意义的推理过程”，从而“为国家、被告和公众提供法院裁决的透明和可理解的解释”（Shirley S. Abrahamson, J.）；四是基于商业秘密所涉信息对裁判结果至关重要的影响的考量，Northpointe 公司应该阐明 COMPAS 的历史、准确性及有效性等与算法运行相关的信息（Shirley S. Abrahamson, J.）。这些决定或意见表明，设计者与使用者对于公开-解释算法的运行负有重要责任，而且恰当地履行这些责任可能会突破商业秘密保护的边界。由此看来，商业秘密作为豁免理由并不是绝对的，在涉及司法公正时可以被限制与调整，以平衡科技公司与社会公众之间的权力不对称。这在各国的立法实践中亦有体现，例如欧盟《商业秘密保护指令》第五条就商业秘密保护的“例外情形”进行了规定。[48]总之，这些法律实践不仅仅提醒我们商业秘密可能阻碍算法透明的实现，还启示我们在维护司法的程序正义时可以以及如何通过调整私主体利益的保护边界来克服这一阻碍。

最后，对于算法存在价值偏见的问题，则可以通过必要的程序设定进行发现、阻止与纠偏。算法系统的设计部署不可避免地嵌入某些伦理假设与价值植入，而偏见可能存在于设计者对伦理与价值的理解之中，正如伽达默尔所说的，偏见植根于我们对世界的

---

[44] 孙庆春，贾焕银.算法治理与治理算法[J]. 重庆大学学报(社会科学版), 2019, Doi:10.11835/j. issn. 1008-5831. sz. 2019.12.001.

[45] Bruno Lepri. Fair, Transparent, and Accountable Algorithmic Decision-making Processes:The Premise, the Proposed Solutions, and the Open Challenges[J]. Philos. Technol., 2018, 31: 611-627.

[46] State v. Loomis, 881 N.W.2d 749, 76o (Wis. 2016).

[47] COMPAS 全称为 Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions，是美国部分州缓刑和假释部门使用的一种罪犯再犯风险评估工具。

[48] 2016 年欧盟《商业秘密保护指令》第 5 条规定了侵犯商业秘密的“例外”（Exceptions）：“各成员国应当确保 在以下情形中，商业秘密权利人不得通过本法获得相应的商业秘密保护：（1）出于行使合法的宪章规定的个人或者 媒体言论自由以及信息自由的需要；（2）为了揭露权利人的不当行为、错误行为或者非法行为，且行为人是出于公 众利益的需要；（3）根据欧盟法或者国内法的规定，出于员工代表行使其合法职权的必要，员工向其员工代表透露 的；（4）根据欧盟法或欧盟国家国内法的规定，出于保护某一项合法权利的需要。”

理解之中。[49]就此而论，人工智能算法决策固有的偏见确实难以消除。但人类的伦理实践表明，价值偏见可以被有效抑制，方法就是通过伦理对话努力促成公共理性。[50]这种方法也可以移植到算法偏见的治理中来，即在算法的设计阶段吸纳更多的公众参与与对话。这有利于在算法中植入更广泛的、更多元的价值考量，从而平衡不同群体的道德直觉与道德情感，以抑制价值偏差与失衡。[51]作为司法领域应用的公共算法系统，司法人工智能也应如此。虽然这种方法可能无法实现一些学者隐晦表达的那种“完全无偏见”的理想追求，但伦理实践表明，这是抑制偏见的有效方法。实际上，这种理念已经被应用到实际的算法开发之中，例如，由伦敦帝国学院、麻省理工学院媒体实验室等研发的开放算法（OPAL）项目就旨在让研究人员、实践者、决策者和公民组成的多学科团队共同开发、部署和评估算法，以最大限度提高算法的公平性。[52]但不可否认的是，这种方法有其现实局限性，即其实现极大的依赖于决策者的意愿。

总而言之，尽管司法人工智能的算法决策可能存在不透明的问题，但人们已找到了解决问题的正确方向并正在接近或完善解决问题的方法，这意味着满意的算法透明是可能的，基于这种透明算法的人工智能决策将为实现司法的程序正义提供重大保障。

（二）人工智能决策不必然减损司法程序

该类反对意见的第二个方面是：人工智能的形式化特性可能会减损必要的司法程序，从而损害程序正义，这尤其体现在法庭辩论上。人们担忧当事人法庭辩论中言说的权利可能无法完整地嵌入人工智能决策中，从而影响司法的程序正义。

司法人工智能会取消当事人言说的机会与权利吗？依正当程序提出并论证自己的诉求与主张是当事人重要的程序性权利，也是法庭辩论的核心内容。正如哈贝马斯所说的，司法裁判不是一种法官独白式的活动，而是一种通过反思性的交互机制合理地推动同意的过程，因为法律帝国不只有法官，还有共同体成员。[53]因此，充分的法庭辩论往往是程序正义的构成性条件。基于此，一些学者担忧人工智的结果导向式决策可能无法充分地捕捉到法庭辩论的实践性，进而影响甚至剥夺当事人言说的机会与权利。[54]但是，人工智能司法决策并不意味着取消或减损必要的司法程序，也没有任何证据表明，司法人工智能的效用是建立在对司法律程序的不当简化与对当事人权利的剥夺基础之上。更重要的是，在法律辩论中，司法人工智能并不排斥当事人的诉求表达与对话，恰恰相反，人工智能需要通过法庭辩论来确保其决策前提的“正确性”。一方面，法庭辩论要想达到说服的效果，论辩者需要充分地展开其理由；另一方面，法庭辩论有利于言明司法案件

---

[49] [德].汉斯-格奥尔格·伽达默尔.真理与方法[M]. 洪汉鼎译, 北京: 商务印书馆, 2019: 395.
[50] Reuben Binns. Algorithmic Accountability and Public Reason[J]. Philos. Technol., 2018, 31: 543-556 .
[51] Miles Brundage. Limitations and risks of machine ethics,[J]. J Exp Theor Artif In., 2014, 26: 335-372.
[52] Bruno Lepri. Fair, Transparent, and Accountable Algorithmic Decision-making Processes:The Premise, the Proposed Solutions, and the Open Challenges[J]. Philos. Technol., 2018, 31: 611-627.
[53] [德]哈贝马斯.在规范与事实之间:关于法律与民主法治国的商谈理论[M].童世骏译, 北京: 三联书店，2003: 273-290.
[54] 季卫东. 司法人工智能不可本末倒置[G]. 北京日报理论周刊, 2019-9- 16，（15）.

的内在逻辑，从而满足司法人工智能对事实的“可表达性”需求。可以说，人工智能司法决策的形式性是建立在法庭辩论的实践性基础之上的，法庭辩论越充分越有利于司法人工智能发挥作用。因此，人工智能不会剥夺当事人言说的程序性权利。

此外，还有学者担忧法庭辩论的形式替代可能会折损法官亲历性的程序性价值，从而影响人工智能决策的正当性。[55]但是，在人工智能司法决策中，以亲历性来衡量程序正义可能并不适宜，因为司法人工智能存在的意义就在于部分或全部地分担或替代法官的工作，以缓解司法压力。从亲历性的含义看，其本质要求是进行决策的法官应该亲历决策前程序。显然，这种程序性要求是建立在人类法官司法决策的情形之上的，但在人工智能司法决策中，这种衡量程序正义的标准将因技术革新而失去了存在的意义。就此而论，人工智能将重塑司法的面貌。或许，我们应该对这类反思本身进行反思。在这种担忧与质疑中，人工智能技术首先被视为反思的对象，司法伦理（原则）则成为衡量技术善恶的标准，但是，相比于技术的伦理塑造，技术也可能塑造司法伦理。正如卡尔·米切姆指出的，当技术改变或者新技术被发明时，一种“文化失调”或“文化滞后”就会出现，这正是技术塑造伦理的开始。[56]诚如反对观点所表明的，人工智能技术介入司法实践必然会引发一系列伦理思考，但更全面的伦理反思理应包括人工智能技术对司法伦理的重塑。这种重塑既可能是司法程序的重构，又可能是司法论辩实现方式的革新，既可能推动司法权力的再分配，也可能划定司法独立的新边界。但无论如何，我们不能因此而断言司法人工智能缺乏正当性，就像曾经的法律职业者断言女性“不具有从事法律工作所必须的品质”那样。[57]

五、结语

技术本质上是人类解决自身问题并实现理想生活方式的活动，其不断革新的原动力正在于人们对美好生活的追求，这展现在人之为人的基本特征之中。通过赋予人类以满足自身需求的工具、方法与能力，技术的价值才得以实现，人工智能最鲜明地体现了这一点。当技术需求产生于司法领域时，人类会毫不犹豫地将新技术运用于司法实践，这显已被司法的技术史所证实。在人工智能技术日益成熟的今天，我们仍有将其运用于司法实践的原动力，即解放人类的身体以实现物质自由，这最直接地体现在司法系统所面临的“案多人少”的压力方面。所以，司法人工智能并非单纯的智力游戏，而是有其深刻的现实必要性。

而且，随着技术的不断革新，这种现实必要性逐渐转化为司法人工智能实现的可能性。大数据与机器学习为司法人工智能开辟了新的道路——有限理性的经验进路。在这

---

[55] 冯姣、胡铭. 智慧司法：实现司法公正的新路径及其局限[J]. 浙江社会科学, 2018, (6): 67-75.

[56] 卡尔·米切姆，亚当·布里戈尔. 历史视角下的伦理与技术的互动[A].//道·加比等编.爱思唯尔科学哲学手册：技术与工程科学哲学（上）[M]. 张培富译, 北京: 北京师范大学出版社, 2015: 1318.

[57] 孙菲菲. 法律职业中的女性[J]. 现代法学，2009，31(1): 131-140.

种进路中，人工智能摆脱了理论进路的局限与机械主义的指责，以自下而上的方式实现了人类司法经验的未来面向，并且在有限理性的框架下化解了浪漫主义的主观性问题。尽管这种进路面临着经验主义承受的传统指责，即经验的可靠性问题（过去对未来是否具有必然的指导意义），但是在实践理性中我们不必追求这种必然性与绝对性，而只需满足必要的相关性与有限的可接受性即可，其余的则交由例外原则来处理。所以，由人工智能进行司法决策是可行的，而不必仅限于辅助性司法工作。

至于前述若干观点对司法人工智能消解了某些已经确立了许久的司法伦理原则的正当性指责，我们应该慎重对待。这些原则显然是重要的，但与司法人工智能却不是对立的，它们完全可以与人工智能在相互塑造中得以兼顾。当然，这意味着法律规范与制度框架的调整是必要的。也许有人认为人类可能就此失去在司法领域的独特性与控制力，但事实并非如此。尽管人工智能可以把人类从占大多数的简单案件中解放出来，但那些疑难案件的有效解决可能仍无法完全脱离人类智慧。更重要的是，人类将集中关注那些更具创造性的工作以确保人工智能决策的前提，包括技术规则的制定、案件的合理分流、数据可靠性与信息环境的保障、错误纠偏以及责任承担。相对于司法决策的具体运行，这些工作才具有根本的重要性与决定性。总而言之，在司法实践领域为人工智能设置“先验屏障”既无必要也不应该，虽然司法人工智能是有限度的，但这个限度不应限定在司法辅助性工作。

世界第三部伟大的民法典为什么应荣归智利？

夏立安[1]

在世界伟大的民法典行列中，《法国民法典》和《德国民法典》的地位是不容撼动的，正如我国高校排名中北京大学和清华大学的地位短期内不可撼动一样。但是，究竟是哪部民法典位列第三，倒是值得玩味与思考的，给出答案并不容易。继第十三届全国人大第三次会议表决通过我国民法典以来，探讨这个问题似乎更显得意味深长。

我国著名民法学家王利明教授这样评价民法典："我国民法典应当反映 21 世纪的时代特征。如果说 1804 年的《法国民法典》是 19 世纪风车水磨时代的民法典的代表，1900 年《德国民法典》是 20 世纪工业社会民法典的代表，我国的民法典则应成为 21 世纪民法典的代表之作。"[2]这种"三个代表"式的概括视野独到，富有启发意义。从语言时态上看，王利明教授使用的是"如果说"和"应成为"等推测性的语词，也显得异常谨慎。如果单从 21 世纪看，我国民法典堪称代表之作也应异议不大。但是这种与法国、德国民法典排列的表述方式，也容易给人们以错觉：似乎我国民法典已经进入可与法国民法典、德国民法典比肩的行列；从时间序列看，我国民法典似乎是 21 世纪的典范，从后发优势的角度看，我国民法典似乎是最好的。但是换几个角度看，这种"三个代表"式的描述还有值得商榷的地方。

首先，一旦将一部法典放到世界范围内去审视，全球知识视野是必不可少的。否则，就会撕碎民法典知识的"无缝之网"，因为 "历史的统一性在于，任何人试图叙述它的一小段，必定会感到第一句便扯破了一面无缝的大网。"[3]如果将我国民法典与本文将要描述与分析的《智利民法典》相比，似乎智利法典的地位更胜一筹。相反，如果将一部民法放到其本国之内审视，则撕碎历史之网的风险要小得多。在评价我国民法典的历史地位方面，张文显教授的分析则更为恰如其分，他认为："《中华人民共和国民法典》是我国法治建设的一个标志性重大成果，是中华法治文明史上一座里程碑。《中华人民共和国民法典》是新中国成立以来第一部以'法典'命名的法律，填补了中国特色社会主义法律体系的一项空白，是中国历史上第一部以'民法典'称谓的民事法律，开辟了中国民法法制的新纪元。"[4]这种描述客观公允，讲清楚了中国故事，也道明白了中国法理。可见，站在中国看中国是一种结论，站在世界看中国是另一种结论。而要站在世界看中国，几个世界跨度地看，不如一个世纪跨度地看，后者得出的结论可能会更为精准。从这个意义上看，王利明教授将中国民法典视为 21 世纪再法典化的代表也是站得住脚的。

---

[1] 浙江大学光华法学院教授。

[2] 王利明：《民法典的时代特征和编纂步骤》，载《清华法学》2014 年第 6 期，第 8 页。

[3] 转引自泰格、利维：《法律与资本主义的兴起》，纪琨译，学林出版社 1996 年版第 22 页。

[4] 张文显：《民法典的中国故事和中国法理》，载《法制与社会发展》2020 年第 5 期。

其次，从时间上，评价一部法典的地位是很困难的。毕竟一部法典从编纂到发布再到生效，有很长的时间，如 1811 年《奥地利普通民法典》的编纂可以前溯半个世纪之久，它始于 1766 年的《特雷西娅法典》，再如《德国民法典》则可前溯一个多世纪，它始于 18 世纪中叶的德意志各邦民法典编纂，如《巴伐利亚民法典》，因此，将德国民法典归结为 20 世纪的代表既有道理，也没有有道理。言之有理，是因为它既顺应了当时的德国历史实际，也应对了 20 世纪垄断资本主义的社会问题；言之无理，它确确实实诞生于 19 世纪的历史环境之中，将之归之为 20 世纪的代表并不准确。如拉德布鲁赫所言："与其说《德国民法典》是 20 世纪的序曲，不如说是 19 世纪的尾声。"[5]若把《德国民法典》归于 19 世纪的行列，那么在 19 世纪的众多民法典中，按照影响力排序的话，《拿破仑法典》排名第一，《德国民法典》排名第二，《智利民法典》应该排名第三。换个角度看，如果说《拿破仑法典》是自由主义时代的法典代表，《德国民法典》是垄断主义时代法典代表的话，那么，《智利民典典》则是反殖民主义的法典代表。

再次，从历史上看，即使我国民法典是 21 世纪代表的结论是可以成立的，即使比起以往的法典，我国民法典确实解决了互联网和大数据时代的一些问题，但是评价一部法典的历史地位则是法典越老地位越高，而不是越新越高。何况，我国民法典到 2021 年才生效，过早地评价它恐怕为时过早。如同评价一部法学著作，评价一部法典也应该从共时和历时两个角度展开，受到空间和时间的制约。对此，萨维尼有这样中肯的描述："每一部著作都处于双重序列之中，一方面，它处于共时性的序列之中，是整体的一部分；另一方面，它处于历时性的序列之中，易言之，它处于时间的脉络关联之中，每一个作者都被以往的时代所限定。如果我们在这样的双重关系中理解作者，那么我们就是在历史地阅读。"[6]因此，如同阅读一部法学著作，解读一部民法典也应是历史性，既要与同时代其他民法典比较，也要与过往时代的法典比较，才能得出公允的结论，我国民法典作为"第三个代表"也应该接受这种比较。本文对《智利民法典》的描述与分析，会增加一个可供民法典比较分析的案例，这有利于更加清晰地界定我国民法典的世界历史地位。本文将从《智利民法典》的政治特点、法典起草人的个性、法典的本土性、法典内容的原创性四个部分展开。

一、《智利民法典》的政治特点

如果审视《智利民法典》于智利一国之内，是对它的最大误读。《智利民法典》是智利的，也是整个拉丁美洲的。从美国独立革命和法国革命的历史背景看，拉丁美洲独立革命也是资产阶级革命的一部分，其民法典编纂运动理应也是 18 世纪和 19 世纪世界革命的一部分；正是这场遍布拉丁美洲的革命运动，启蒙了拉丁美洲人民，传播 自由、

[5] 转引自谢怀栻：《大陆法系国家民法典研究》，中国法制出版社 2004 年版，第 53 页。
[6]【德】萨维尼、【德】格林：《萨维尼法学方法论讲义与格林笔记》，杨代雄译，法律出版社 2014 年版，第 134 页。

平等和法治的理念，才有了 20 世纪第三波民主浪潮中拉丁美洲的巩固民主。从第三世界反帝反殖运动的背景看，拉丁美洲是第三世界反帝反殖运动的旗手。拉丁美洲的法典编纂运动之所以相继展开，其目的是为了巩固独立后的政治成果，因此处于这场法典化运动中领先位置的《智利民法典》的政治意义巨大，这是同一个时代的《普鲁士普通民法典》和《奥地利普通民法典》所不能比拟的。

由于宗主国西班牙和葡萄牙法律与罗马法的亲缘关系，也由于拉丁美洲三个世界殖民时代适用的是西班牙和葡萄牙的法律，因此，拉丁美洲民法典编纂运动在移植罗马法和伊比利亚半岛的法律精神方面得心应手。由于法国革命的巨大影响力，借鉴《法国民法典》也有较强的正当性。在这场法典化运动中，除了玻利瓦尔的民法典努力无疾而终外，以贝略起草的《智利民法典》、萨斯菲尔德起草的《阿根廷民法典》、弗雷塔斯起草的《巴西民法典》最为著名。其中《智利民法典》影响最大，他先后被厄瓜多尔（1860 年）和哥伦比亚（1873 年）全文照搬，阿根廷、巴拉圭、乌拉圭、洪都拉斯、委内瑞拉、圣萨尔瓦多、尼加拉瓜等国的民法典，也都采用了智利民法典的一些重要条款。 因此，应该将《智利民法典》投放于启蒙运动、法国大革命、乃至反帝反殖运动的背景下考察，才能看见其国际政治意义。与之相比，我国民法典则属于另一个时代，二者的国际政治意义不可同日而语。如果将 21 世纪的我国民法典拿出来与 19 世纪的民法典加以比较，显然不如同时代的民法典之间的比较更为合理。

此外，拉丁美洲民法典运动的国际政治影响还可以从玻利瓦尔的“大哥伦比亚共和国”视角加以诠释。拉丁美洲独立运动始于 1810 年，当拿破仑的军队占领西班牙之时，加拉加斯的民众赶走了西班牙总督，其中玻利瓦尔是这场运动的领导人之一。1811 年 7 月，在玻利瓦尔的推动下，发布了西班牙美洲第一个《独立宣言》，委内瑞拉第一共和国诞生。此后，又有了 1813 年的委内瑞拉第二共和国，1817 年，又有了委内瑞拉第三共和国，玻利瓦尔成为委内瑞拉共和国总统。再往后，玻利瓦尔率部远征。1819 年，攻克了波哥大，建立了哥伦比亚共和国，玻利瓦尔又成为这个共和国的总统；1822 年，他解放了厄瓜多尔；1824 年，他又解放了秘鲁，上秘鲁人民为了纪念玻利瓦尔，定国名为玻利维亚，授予玻利瓦尔为“国父”。独立战争之后，玻利瓦尔把工作重点放到了拉丁美洲团结事业之中，他渴望如同北美联邦一样，建立南美的联邦，建立包括委内瑞拉、哥伦比亚、厄瓜多尔、巴拿马在内的“大哥伦比亚共和国”。因此，与拉丁美洲独立运动相比，建立“大哥伦比亚”的国际政治意义更为重要。由于委内瑞拉和厄瓜多尔相继退出，玻利瓦尔的统一南美的梦想遭受了巨大打击。之后，玻利瓦尔将目光转向民法典的制定之中，他想通过民法典来实现其拉丁美洲的政治统一，以此来挽救其“大哥伦比亚共和国”的伟大梦想。玻利瓦尔认为：既然政治统一遇到分裂势力的反对，那么通过编纂一部统一民法典，通过社会统一，来实现政治统一也不失为一种良好的选择。“事实上，

民法典是 1829 年玻利瓦尔对瓦解中的大哥伦比亚进行统一的最后一次努力。”[7]因此，拉丁美洲法典化运动从一开始，就有浓厚的国际政治色彩，并具有重要的国际政治意义。

除了上述玻利瓦尔民法典编纂的国际政治意义外，它还有其国内政治意义。为了实现“大哥伦比亚”的梦想，玻利瓦尔一改先前的自由主义观念，开始走向集权与独裁，以此确保其阶级利益不受损害，因此，动议为大哥伦比亚编纂一部民法典，是为巩固其阶级统治服务的。1828 年，他逃过了一次暗杀，并处死了 14 名参与谋杀的自由派分子，之后他更加坚定地迈向独裁之路。有个历史学家这样评价：“在一次危机时刻，他仅仅做了对其来说自然而言的事情，这就是尽力保持一种压制性社会结构，无论是独立运动之前，还是之后，他的阶级都应是最大的受益者。”[8]1829 年，随着委内瑞拉和厄瓜多尔相继退出“大哥伦比亚”，玻利瓦尔才提出编纂民法典的动议，在其政治危难之时，提出编纂民法典，与其说此举是为了改造社会，不如说是为了控制社会，其政治意义远远比社会意义要大。再说，独立运动都结束了，可是拉丁美洲仍然使用殖民者的法律，无论如何要改变这种状况。

此外，玻利瓦尔动议编纂民法典不仅具有国际政治和国内政治意义，还有其鲜为人知的政治野心。前者是站在国家、民族乃至拉丁美洲利益之上，后者是站在个人利益之上。后者的追求越是强烈，前者落空的可能性就越大。如果将民法典起草人纳入进来考虑，民法典起草人如果抱持越强的个人目的，那么这部民法典的质量就越值得怀疑。

如同拿破仑给法国留下民法典一样，玻利瓦尔也想给大哥伦比亚留下其自己的法典。像拿破仑与法国民法典一样，他想把自己的名字刻在自己的法典之上。阿兰·沃森在其《法律移植》一书中这样写道：“即使一部新法典不能导致玻利瓦尔重新控制大哥伦比亚，他很可能给拉丁美洲留下一份遗产，如同拿破仑给欧洲留下的遗产一样，如同优士丁尼给罗马留下的遗产一样，一部历久的法律比起一个失落的帝国更加长远。”[9]

在日常生活中，玻利瓦尔很少谈及拿破仑，即便谈及，也总是批判得多。但是在玻利瓦尔征战南北中随身携带的书籍中，有很多有关拿破仑的书籍，如《拿破仑全集》、《拿破仑回忆录》、《拿破仑历史》等。拿破仑曾经说过：“我的荣耀不是那四十场胜仗……滑铁卢一役将我的所有胜利一抹而光……但是任何东西都不能抹去我的民法典，它将永存千世。”[10]玻利瓦尔是否读到这段名言，我们不得而知，但是从其以下描述中，可以窥见其政治野心：

“你将注意到，在我与家人和别人的交谈中，毫无疑问，我从不赞美拿破仑，相反，对于论及到他和他的行为，我都是批评而不是赞颂。我经常不止一次地称之为暴政者和独裁者，还对他的很多政治举措和军事行动加以谴责。所有这些对我而言一直是必要的，

---

[7] *See NUMA* QUEVEDO, BOLIVAR LEGISLADOR **Y** JURISTA 52-53 (1974); PARRA-PtREZ, BOLiVAR: A **CONTRIBUTION** TO THE STUDY OF HIS POLITICAL IDEAS (N.A.N. Cleven trans., 1928);

[8]David Bushnell, *The Last Dictatorship: Betrayal or Consummation?,* 63 HISPANIC AM. HIST. REv. 73 (1983).

[9] *See* **ALAN** WATSON, **LEGAL TRANSPLANTS 89** (2d ed. 1993)

[10] *See* CSABA VARGA, **CODIFICATION AS** A SOCIO-HISTORICAL PHENOMENON (Sdndor Eszenyi et al. trans., 1991), at 132 n.51.

尽管我的观点并非如此。但我一直掩盖这些观点，避免被认为是在模仿拿破仑的政治。我的观点和计划和他是一样的，与他一样，我想成为一个皇帝或国王，如他主宰欧洲一样，我想主宰南美。如果我对这位伟人的崇敬和热情为人所知的话，就是以上这些。”[11]

1930 年，由于政治冲突和分裂加剧，玻利瓦尔只得辞去哥伦比亚总统，年底病逝于哥伦比亚的圣马尔塔。随着玻利瓦尔的过早去世，他给大哥伦比亚编纂民法典的梦想也随着破灭，这一艰巨的任务由于各种机缘巧合却留给了智利，留给了贝略。《智利民法典》的起草人贝略与玻利瓦尔同为加拉加斯人，虽然他年长玻利瓦尔两岁，出于其杰出的天赋，在年轻时就成了玻利瓦尔的地理和语文教师，后来，在玻利瓦尔法律改革中，他对玻利瓦尔也有间接影响。虽然玻利瓦尔大哥伦比亚的政治梦想没有实现，但是贝略的《智利民法典》则间接地实现了其理想，因为这部法典制定出来后，被原来大哥伦比亚的成员——厄瓜多尔和哥伦比亚全盘继受，而委内瑞拉也接受其法典中的重要部分。从这个意义上看，奥地利和普鲁士民法典虽然与《智利民法典》同属一个时代，但前者难以与前者匹敌。

二、《智利民法典》的贝略个性特征

如果说玻利瓦尔是拉丁美洲“解放事业之父”，那么贝略则就是拉丁美洲“文化之父”。他是那个时代为数不多的拥有百科全书知识和古典文化，其知识涵盖了语言学、文学、哲学、法学等领域。[12]正如解读《法国民法典》无法离开波塔利斯一样，解读《智利民法典》也无法离开贝略。

贝略生于 1781 年的委内瑞拉的加拉加斯，早年接受了传统的古典教育；1797 年，他成为玻利瓦尔的老师，那年他 16 岁，玻利瓦尔 14 岁。后来，他有跟随亚历山大·冯·洪堡探险的经历。1800 年，他获得了加拉加斯大学文学学士学位；他的早期职业是为委内瑞拉外事部门工作，1810 年，曾经陪同玻利瓦尔去英国，这一去就是 19 年，一直到 1829 年离开英国为止。这英国，他教过书，做过翻译，做过学术，他为密尔和边沁工作过，与这些社会名流交往密切，同时他还为哥伦比亚和智利的公使团工作。总之，他既要维持家庭生计，还要为拉丁美洲独立事业而奔走。1814 年，他与玛丽·安·博伊兰结婚，育有 3 子，1821 年博伊兰去世三年后，他又与伊萨贝尔·顿结婚，育有 12 个孩子。这样，他总共有 15 个孩子，遗憾的是，其中有 9 个孩子先去而去。1855 年民法典颁布之时，正是其丧子之痛之时。在很大程度上，没有贝略的忘我奉献，《智利民法典》想在 19 世纪中期诞生可能性很小。

根据著名的法学家拉德布鲁赫的看法，在法律人这个圈子里，最聪明的乃立法者，其次是司法者，再其次是执法者。如果拉德布鲁赫的说法成立，那么贝略应该算是智力

[11] *See* L. PERU **DE** LECROLX, **DIARIO DE BUCARAIANGA** 152-53 (Paris, n.d.) (author's translation).

[12] Juan G. Matus Valencia，The Centenary of the Chilean Civil Code，The American Journal of Comparative Law , Winter, 1958, Vol. 7, No. 1 (Winter, 1958), p. 71.

超群了，他几乎凭一已之力，完成了智利民法典的制定。贝略原来想为哥伦比亚做事，由于没有得到玻利瓦尔的及时回应，机缘巧合，他于 1829 年去了智利，那年他 48 岁，入籍智利那年他 51 岁。他先是在圣地亚哥讲授罗马法，还兼任《阿劳卡尼亚人》杂志的编辑，后来这个杂志对于宣传其民法典起了很大的作用。此外，他参与了 1833 年智利宪法的制定。1836 年，他获得了圣费利佩大学的法学学士学位，那年他 55 岁。1837 年他当选参议员，1846 年到 1855 年再次任参议员。1842 年，他创立智利大学，并任校长。1855 年，智利民法典实施，这是他的杰作，这项艰巨的立法工程始于 1833 年，耗时 22 年之久，是贝略为智利做出的最为杰出的贡献。1851 年，鉴于他在语言学和语法上的贡献，他还是西班牙皇家学会的荣誉会员。之后，退出公共生活，1865 年，去世，享年 84 岁。

与世界上其他国家民法典起草人相比，《智利民法典》有鲜明的起草人个性——贝略个性。贝略的民法典分为四编：第一编是人法，第二编是物与所有权，第三编是死亡继承和在世转让，第四编是一般责任与合同。整部民法典有 2525 条之多。智利民法典是以《拿破仑法典》为范本的，其大量条款来自这部法典。但是也有些一些条款不同于法国民法的规定，这些规定很大程度上是基于智利的国情，也有很多与贝略的人生经历有关。

在人法方面，法国民法典坚守的是婚姻的民事属性，而智利重视婚姻的宗教性，其民法典主张宗教权威决定婚姻有效与无效。在亲子关系上，智利民法中有合法的、自然的和完全不合法三种形式，其中父亲身份在成立要件中“须有告知和形式上承认”，这借鉴了法国民法典的规定。在论述这一要件时，贝略写道：“至于告知和形式上承认的时间，都遵守了法国和其他现代法典的规定，只是不很严格而已。”类似情况是，在给予那些不合法子女支持权的限制上，贝略也接受了法国民法典，依此为自己的规定提供正当性。并断言，比起其他国家，这种主张并不严厉。贝略这样解释：“法国法典和其他现代国家法典绝对地禁止亲自关系的调查，它们的法典更为严厉。”

在物权法方面，贝略声称物权转移登记要件借鉴的是德国民法的规定。只有物权中的地役权是借鉴了法国民法的规定，贝略说，“在通行权这个有趣的事情上，法国民法典一直被亦步亦趋地追随着”。

在继承法上，贝略接受了西班牙的中世纪法典——七章律，而与欧洲的模范法典分道扬镳。他认为：“本法案的法定继承是其与现有法典最大的区别之处”。之所以这样，是因为他力图给予在世的孩子和配偶更好的条件，贝略声称，他力求的是法定数量和遗产配额，而不是七章法中的粗略的标准。

在合同与责任一编中，贝略接受了法国民法典及其评注，“至于合同和准合同，几乎都可以在已有的法律中找到渊源，这些渊源的大部分都得到了适用，或存在于现代法典的权威中，尤其存在于法国法典中，或存在于著名法学家学说中。”对未成年人的义

务、责任证明、许可协议，遵从的是法国的法律。他认为："作为一般规则，七章律和法国民法典这两个一直是我们最为关注的指路明灯。"

最后，在智利民法典起草风格上，贝略承认，他牺牲了法典的简约性，没有秉持法国民法典这一特点，而将示例也写进了法典，与七章律很有相似之处。

因为大量使用法国民法典典条款，贝略对其表达了很高的敬意。尤其智利民法第四编中的合同和责任中，引用得最多。法国民法典对贝略法典其他部分也有影响，尤其与智利社会本质有密切联系的领域，如继承和废除限定继承的不动产制（长子继承制）。

与贝略个人有关的一个例子是，他拒绝法国民法典，力图给予立遗嘱人处分自己财产的遗嘱自由。像贝略这种拥有 15 个孩子的父亲，显然他不但渴望一种免于限定继承的财产与继承制度，还渴望一种给立遗嘱人处分自己财产的遗嘱绝对自由制度。贝略苦苦追求这两个目标，最终只获得了长子继承制的废除。

法国显然废除了各种形式的财产限定制度，同样，在 1855 年之前，贝略的法典也有废除了长子继承制的规定。然而，在其法典中的信托受益人和继承使用权的规定，使得类似的限定财产利益不可能。

法国民法典反对给予财产处分者以绝对的自由，"无偿赠与，如果处置者死后留下一个合法子女，不论是通过行为，还是通过意思表示，都不能超过处置者财产的一半；若留下两个合法子女，处置的财产不能超过财产的三分之一；如果留下三个以上的合法子女，不能超过财产的四分之一。"对于一个有 15 个孩子的父亲，他将采用哪一种遗嘱条款呢？贝略更喜欢遗嘱自由，他选择不同于法国相关立法的体制。在 1841 年到 1853 年间的草案批注中，表明他渴望的是超越西班牙殖民法律限制的那种遗嘱自由。他希望家长享有处分财产的遗嘱自由，而不是将这个权力交给国家。尽管这样，草案委员会仍然遵循了殖民实践，限制遗嘱自由。在限制遗嘱处分的压力之下，贝略修正了分配方案。他建议，被继承人的财产的一半应该服从于法定份额，而另一半可以自由处分。这种观点仍然是太过自由，最后的草案规定自由处分的份额只有四分之一。可见尽管一部法典更多地受制于这个国家的政治、历时和社会条件，但是也不可否认个人之于法律变革的影响。在智利法律职业化还很落后的背景下，贝略的法律才干的影响力就显得异常突出。

三、 《智利民法典》生长中的本土因素

一俟智利民法典生效，立即在拉丁美洲产生了巨大影响。它不仅在国际范围内是继拿破仑民法典和奥地利民法典之后的第三大民法典，其在拉丁美洲同一个时期的法典中，也是最具影响的模范法典。有六个国家整个地将贝略法典采纳下来，这包括圣萨尔瓦多、厄瓜多尔、委内瑞拉、尼加拉瓜、哥伦比亚、洪都拉斯。其次，它对乌拉圭、墨西哥、危地马拉、哥斯达黎加、巴拉圭的民法也产生了很大影响，是它们民法典的重要来源。[13]从贝略民法典在拉丁美洲影响的普遍性程度看，这部法典其内在的拉丁美洲本土因素

[13] M. C. Mirow, Borrowing Private Law in Latin America: Andres Bello's Use of the Code Napolean in Drafting the

起了很大作用。

独立运动之后，拉丁美洲各国陷入了普遍的混乱与动荡之中，要么是保守主义者与自由主义者之争，要么是联邦主义者与集权主义者之斗，总之，兵连祸结，潮起潮落。但是，智利算是例外。它很快解决了保守派与自由派之间的冲突，保持了相对稳定的独裁体制。1818 年，智利在圣马丁的领导下获得独立，之后奥希金斯被圣马丁指定为智利最高执政官。1823 年，奥希金斯被赶下台，智利经历短暂的动荡。在各种保守势力联合起来推翻了平托的自由派政府之后，迭戈·波塔莱斯（Diego Portales）逐渐建立了专制政权，一直到 1837 年结束。波塔莱斯一直以内政部长等身份，幕后控制着智利，是一个独裁者。与新独立的其他拉美国家的领导人相比，波塔莱斯重视保护商业、地产和矿业主的利益，是一个旧政权的维护者，而不是社会的革新者。因此，在其他国家内争不息之时，智利是稳定的。而且，其法律改革是波塔莱斯实现政治稳定、经济增长和社会进步的一部分。波塔莱斯死后，继任总统又将这个国家的稳定保持到 1861 年。贝略的民法典就是在一段稳定时期产生的，并且反过来巩固了智利政权，给这个国家带来了稳定。

独立之前，西班牙王室给拉丁美洲制定的公法有《西印度群岛法律汇编》（1680年），私法有《新法律汇编》（1857年年）和1805年的《最新法律汇编》，还有经常被引用的13世纪阿方索十世时期颁布的案例集——《七章律》。此外，教会法和罗马法及其论证方法，也是拉美的辅助性法律渊源。那时法律不少，但是组织性差。法律之间彼此冲突，适用起来极其复杂。在大的经济中心，那些老练的律师还可以像欧洲同行那样适用这些法律渊源，但是一旦他们离开这些经济中心，法律的多样性和易得性就大为降低。[14]

独立之后，拉丁美洲国家面临着建立新的法律制度和制定新的法律任务。随着政权的更替，公法和宪法最先被制定出来，但是私法相对来得慢些。一方面，随着西班牙殖民枷锁的解体，谴责西班牙法律遗产，抛弃西班牙殖民法律是很容易的事，另一方面，要制定新的私法需要很多条件，不仅需要稳定的政治环境和公共预算的支持，而且需要法律人才的汇集。此外，竞争的地方利益和民族认同冲突等因素，也会程度不同地影响到私法的制定。独立之后，智利并没有立即着手制定私法，因为有些私法虽然无法容忍，但是有些私法还可以继续使用，那些不可容忍的法律，因为与宪法的冲突，被先行废除了。在1810年到1855年间，奴隶制被逐渐淘汰，印第安人获得了完全民事资格，物权法也以单行法律的形式在1852年制定出来了，长子继承制也被转变为以财产价值为基础的利息支付，等等。独立之后的私法状态因为各种理由不断地受到批评，律师和诉讼当事人面对着各种各样的法律、法律汇编和法律评注，规则本身也模糊不清，复杂多变，相互矛盾，缺乏连续性，缺乏稳定性，法出多门，要找寻法律显得很困难。这样看来，智

Chilean Civil Code, 61 La. L. Rev. 291 (2001).

[14] Charles R. Cutter, The Legal Culture of Northern New Spain, 1700-1810, pp. 4-6(1995).

利的确需要制定一部统一民法典，但是限于客观条件，制定新法典仅仅停留在某些法学家的个体行动之中。

在贝略法典之前，关于民法典制定问题上，至少有九次不成功的立法建议，其中胡安·恩加撒在1830年代早期的立法建议是走得最远的，但最终在众议院和参议院的冲突、欧洲模式与七章律模式的冲突中，胎死腹中。即使在法典起草委员会中，也存在严重冲突，一派主张以欧洲法律为蓝本，制定一部全新的法典，另一派主张要制定智利版的“九章律”；一派主张法典应该让最聪明的人——贝略主持进行，另一派则攻击贝略完全是“一个专事于老古董的人”。[15]最后法典制定转移到地下，经过波塔莱斯的授权，贝略独自承担起了制定法典的任务。在法典模式上，到底是以七章律为基础展开，还是制定一部全新的法典，贝略选择了中间道路。

智利民法典的制定与当时的政治、社会和经济环境有密切关系，一般说来，随着西班牙殖民统治的结束，大地产制度和矿业制度的正当性也面临着挑战，其法律变革不可能绕过这些制度，但是在智利，恰恰是大地产制度为民法改革奠定了基础。当时将贝略移民到智利的平托总统是是一个银矿主，委托贝略起草民法典的波塔莱斯拥有自己的公司，是一个成功的商人。在某种程度上，“正是大地产制度本身——这个国家精英的基础，巩固了19世纪中期的变革。”[16]在波塔莱斯时期，矿业主和大地产主的利益得到了发展，此外，船运、铁路、银行和有利于出口的产业都得到了支持与鼓励，正是经济与金融的成功，才有了政治和法律的进步。到蒙特统治时期，萧规曹随。蒙特也是一个大地产主，他继续波塔莱斯的统治模式，鼓励商业发展，支持国家的矿业发展，他还推进智利的教育事业，支持贝略的立法，奖励立法者。1852年，成立了一个民法典审查委员会，蒙特本人经常亲自主持会议，会议召开了300次之多。[17]正是由于智利的有利政治经济环境和政治家的支持，才最终使得其法典于1855年出台。

此外，智利民法典中人法部分从教会法中吸收了很多传统要素，这是其本土因素中最为突出的体现。如，丈夫对妻子及其财产的权力做出了法律限制，在亲子关系中也对父权做出了限制；承认非婚生子女的各种权利；与人法浓重的传统色彩相比，在物权法体制中，该法典反映了较少的传统观念，尤其表现在取消对财产转移的限制方面，尽管如此，在对死后的财产处分上，该法典并不赞同财产所有人在世时的自由转让。在遗嘱上，尽管贝略想允许财产处分上的遗嘱自由，但是在最后的草案中，家庭份额和特留份等一系列传统家庭束缚仍然占有一席之地（遵从的是七章律中的规定）。在合同与义务中，智利民法典更多地吸收了法国民法典及其评注中的经济自由精神。因此，这部法典是在自由与保守价值中间的妥协，其财产和商事条款倾向于遵循的是经济自由的当代趋

[15] M. C. Mirow, Borrowing Private Law in Latin America: Andres Bello's Use of the Code Napolean in Drafting the Chilean Civil Code, 61 La. L. Rev. 297 (2001).

[16] Simon Collier, From Independence to the War of the Pacific, in Chile Since Independence, p. 18(Leslie Bethel ed. 1993)

[17]Alejandro Guzman Brito, Andres Bello Codificador: Historia de la Fijacion y Codificacion del Dececho Civil en Chile, **371 (1982).**

势，在家事和家庭财产处分上，坚守的是更为传统的观念，其根源于西班牙殖民社会结构之中。“贝略法典的成功无疑部分归功于在经济自由主义和社会保守主义中间采取了中间立场。”[18]

在向议会所做的立法草案的解释中，贝略说：“你们将意识到，从一开始，我们就不想仅仅照搬照抄其他现代法典的任何部分，我们必须利用它们，同时又不失我们的特殊国情。”[19]在物权转移登记方面，借鉴的是德国的，这种制度在德国运转良好；在遗嘱信托方面，智利与其他现代国家都不一样，但是它是受到限制的，目的是避免继承信托。在继承方面，贝略与欧洲模范法典分道扬镳，法定继承这点是智利民法典与其他模范法典差别最大的地方。贝略说，他想改善孩子与配偶的生存条件。贝略声称，他力求的是法定数量和遗产配额，而不是七章法中的粗略的标准。在合同和责任方面，贝略接受的是法国民法典及其评注。

在法律移植上，存在着看待西班牙法律的问题。一般我们会认为，智利是从西班牙殖民统治下解放出来的，不可能再移植西班牙的法律。因此，自由派态度很明确，拒绝一切旧体制的法律，紧跟法国革命的启蒙道路。而保守派认为独立之初，我们回避西班牙是有政治理由的，但是现在情况不同了，两个国家已经开始接近，西班牙有很多值得智利借鉴的东西。贝略接近保守派的观点，他认为：“我们已经抛弃西班牙的枷锁，我们共和国的法院一直受西班牙中世纪的法律、费尔南多、卡洛斯和菲利普国王敕令的统治。”[20]在接受新的法律方面，贝略是改良主义的，在这一外观之下，其真实想法是：“西班牙是罗马历史的桥梁，也是罗马法律与文学传统的桥梁，没有这些传统的配合，智利是无能为力的。这些传统需要研究与反思，而不是以解放和自由的名义拒绝。”[21]因此，这贝略民法典中，他依赖大量西班牙法律渊源。当时流行的一种观念是重述七章律，的确，贝略也从这里接受了不少。贝略说，“我们的民事立法，尤其是七章律，包含了大量的罗马法理学中最好的东西，其规则能够持久地影响欧洲幅员辽阔的地区和启蒙的地区，这证明它是最好的。”[22]

除了借鉴了七章律，贝略还从西班牙的其他法律中获得了营养。智利与西班牙的亲近影响了贝略的选择，他的国际法著作使他拳拳服膺于西班牙的维多利亚和苏亚雷斯这些自然法大家，尽管这样，当贝略探讨私法渊源时，西班牙还没有私法法典。因此，他无法从西班牙借鉴到什么东西，当他获得了加西亚·戈耶纳西班牙民法典草案时，他将

---

[18] M. C. Mirow, Borrowing Private Law in Latin America: Andres Bello's Use of the Code Napolean in Drafting the Chilean Civil Code, 61 La. L. Rev. 302 (2001).

[19] Ivan Jaksic, The Selected Writings of Andres Bello 271(Frances M. Lopez-Morillas trans., (1997).

[20] Miximo G. Pacheco, Don Andres Belllo y la formacion de jurista, in Andres Bello y el Derecho Latinoamericano, *p.* **185 (Rafael Di Prisco and Jose Ramos eds., 1987).**

[21] Ivan Jaksic, The Selected Writings of Andres Bello xiv(Frances M. Lopez-Morillas trans., (1997).

[22] Aljandro Guzmrn Brito, Andrds Bello Codificador: Historia de la Fijacion y Codificacion del Derecho Civil en Chile **415(1982).**

这部法典于自己的法典做了比较，因此，贝略在其全部民法典工程中借鉴了西班牙的民法，并不令人吃惊。在贝略看来，独立并不意味着抛弃历史中好的东西，智利应该欢迎与西班牙的历史联系。

比起智利与西班牙的关系，智利与法国的关系则更为复杂。拿破仑入侵西班牙，并废黜了费尔南德12世，迂回曲折地推动了拉丁美洲的独立，因此法国的思想也被玻利瓦尔和其他解放运动的领袖所接受，即使到当代，法国思想家的影响对智利的影响要大于美国和英国。所以，智利缺钱时会去向英国借，但是在法律和经济上，智利更多地是向法国学习。拿破仑法典对智利影响最为巨大。之所以如此，是因为拿破仑法典本身就是法国保守主义与自由主义妥协的产物，以物权为例，它就是建立在继承权人人平等的基础上的，它追求财产的自由转让。与西班牙殖民法律相比，拿破仑法典是自由主义文献，即使与法国旧制度相比，也是自由的文献。法国民法典的成功，部分归功于革命与传统观念的平衡。再说，法国和智利在历史和政治上有惊人相似，法国经历了旧制度，经过了大革命的洗礼，又回到了独裁的拿破仑统治，而智利则先是经历了西班牙殖民统治，后经过独立革命，又经历奥希金斯的激进改革，最后是波塔利斯的独裁统治。这些惊人相似可能使得贝略更多地借鉴了拿破仑法典。

贝略民法典是继蒂堡和萨维尼之争后的产物，蒂堡认为普鲁士需要一部民法典，而萨维尼认为法律是历史发展的产物，是民族精神的产物，在没有对过去的法律做历史的和社会学的研究之前，是不可以完成一部统一法典的。显然，贝略是萨维尼阵营的一员，贝略认为自己是完成了萨维尼所说的民族精神的探讨，他在罗马法领域的研究也为其立法奠定了基础，罗马法也成为解释智利民法典的不可或缺的工具。早在1834年在贝略与自由派思想家何塞·米格尔·因凡特的论争中，他就提到罗马法的价值。他说："罗马法——用于统治我们的西班牙法律的渊源，本身就是最好的注释，那些将罗马法视为外国立法的人们，他们本身也是我们立法的外国人。"[23]这样，法国法典以罗马法为根基，而西班牙法律也以罗马法为根基，智利与他们又有共同的根基，这样的法律经历了锤炼，还有什么使得我们去拒绝接受它们呢？

总之，贝略法典的制定受到了一系列因素的影响，有外部的，也有历史的、政治的、语言的、民族主义的、知识流派的，还有社会和商业状态。就内部因素看，贝略的罗马法研究、其在英国的漫长经历、边沁和萨维尼思想对他的影响、他对语言和语法的造诣、他多年勤勤恳恳的劳动，等等。

总之，贝略法典来源于以下四个方面：第一，中世纪和殖民的西班牙法，第二，萨维尼和罗马法；第三，边沁和实用主义思想，第四，欧洲的法典，尤其拿破仑法典。这些法律相互联系，糅合在一起，在家庭和社会事务上，贝略是保守主义的，尤其体现

[23] M. C. Mirow, Borrowing Private Law in Latin America: Andres Bello's Use of the Code Napolean in Drafting the Chilean Civil Code, 61 La. L. Rev. 308 (2001).

在他对待七章律上；在经济和商事问题上，他是自由主义的，因此他将拿破仑法典作为自己的模范法典。

四、《智利民法典》内容的原创性

一部法典一旦制定出来，人家有的你也有，这不是原创性；一部法典产生于某个特定时代，因此具有的时代性也不属于原创性，就如同树叶夏天是绿色的秋天是黄色的一样，这是它的本色；一个法律体系，有的规定放到民法特别法里，有的放到了民法典里，仅仅是法律位置不同而已，也不具有原创性。有些东西虽然不是原创性的，但是属于民法的必要构成，尽管重要，也不属于原创性。但是它们可能是原创性的基础。

比如，贝略法典在基本原则方面，与一般民法的原则并无不同，但是它们在一个落后国家的法典里出现，仍然是值得称道的。[24]智利民法的原则大致包括四个方面：第一，法律至上原则，即法律一旦颁布，一切人都必须遵守。第二，法律面前人人平等原则。不仅智利人之间彼此平等，而且智利人与外国人之间也彼此平等。第三，所有权绝对原则。法国革命废除了封建制度，恢复了罗马法的个人所有权。这一原则也为贝略接受，使之成为智利民法的基石原则。智利民法典第 582 条与拿破仑法典第 544 条相似，声称："所有权对于物有绝对限制使用、收益和处分的权利"。第四，契约自由原则。这是智利民法的第二个基石原则，该法典第 1545 条规定"对于契约当事人来说，每一个受到法律保障的契约都是法律，除非经过双方同意或法律原因，任何一方不得宣布其无效。"

除此之外，这部民法典还在五个堪称典范的方面[25]：第一个典范是，不论是智利人还是外国人, 都可以取得并享有为民法典所承认的权利（第 57 条），这是拉丁美洲法最为特色的原则，即使欧洲国家的民法典还要求外交互惠或立法互惠（法国民法典第 11 条 ;奥地利民法典第 33 条 ;只有 1865 年的意大利民法典第 3 条超越了这种规定, 但后来的 1942 年民法典序编中的第 16 条又恢复了这种规定。）

智利民法典的第二个典范是其契约婚姻的规定。其民法典第 102 条体现里契约婚姻思想。尽管就配偶间的财产关系规定的夫妻合伙财产制是法定财产制, 但它也可以被相反的约定排除（第 1718 条）。与在先的法国民法典（第 1387 条及以后各条）规定的财产制进行比较, 或者与由意大利民法典（第 159 条及以后各条）采用的新近的共同财产制进行比较, 它们是相似的, 但并不相同。

在贝略民法典的诸多典范中, 最具有特色的是其第三个方面——所有权方面 。第 582 条为所有权确定了两个限制：法律的限制和他人权利的限制。无论是法国民法典（第

[24]Juan G. Matus Valencia，The Centenary of the Chilean Civil Code，The American Journal of Comparative Law , Winter, 1958, Vol. 7, No. 1 (Winter, 1958), p. 73.

[25] [意]桑德罗·斯契巴尼："在智利、厄瓜多尔、哥伦比亚生效的安德雷斯·贝略的民法典》，徐国栋译，载《法商研究》1999 年第 5 期，第 117-119 页。

544 条），还是德国民法典（第 903 条），均没有有这样的规定, 它们只规定了法律的限制。贝略遵循了萨丁民法规定，以克服水资源私有制的缺陷。

智利民法典典第五个特色是对其私人自治的限制方面，贝略选择了四个方面的限制，分别为法律、公共秩序、善良风俗和公法限制（第 1462 条）。

上述智利民法典的四个原则，显示了智利民法精神与当时欧洲民法典的一致性；而其五个特色之处，显示了智利民法典的独创性，对于一个落后的国家来说，拥有这样一部杰出的法典是难能可贵的。

五、几点思考

独立之后的拉美，普遍陷入了动荡与贫困之中，其中一个主要原因是盲目借鉴欧美所谓现代政法思想，而忽视了本土的民情与国情。拉美独立运动的那些领导人，大多数受过启蒙教育，迷恋卢梭的思想，他们急于抛弃伊比利亚文化遗产，拥抱法国革命的思想。所有这些都东西，最后都通过法律沉淀下来，尤其从他们的公法和宪法中体现出来。托克维尔指出，法国大革命之后，那些法国君主们未竟的专制事业，最终被革命政权迅速完成了。同样，在拉丁美洲，独立之后的考迪罗专制，与以往西班牙君主专制相比，更胜一筹。而所有这些根源于对法国大革命思想和体制的盲目移植和生搬硬套。

美利坚大学华盛顿法学院菲格罗亚教授，将法国大革命对拉丁美洲法律影响总结为21个命题[26]，从这些命题看，大多数都对拉丁美洲产生了消极影响。这些命题中最为重要的包括如下几点：

第一命题是，法国大革命将中世纪阿奎纳的宗教自然法思想转化为世俗自然法，从而使得世俗法律成为最高的法律。这种转化的起点是卢梭的社会契约论思想，后来社会契约论转化为议会至上论，再就是立法机关之上论，最终导致了雅各宾派的血腥独裁统治。

第二个命题是，法律与宗教分离，宗教退出政治生活。事实上，法律与宗教有密切的关系，伯尔曼这样描述二者的关系："法律通过其稳定制约未来；宗教通过其神圣感挑战一切现行的社会制度。或者说：法律是以当下制约未来，宗教则是以未来挑战当下。"法国大革命之后，法律与宗教之间千年的密切关系被割裂，最终凯撒战胜上帝。二者彼此脱节的后果：法律容易沦为教条（legalism）,宗教容易陷入狂热。第4页。

第三个命题是法律与价值分离。法律成为赤裸裸的统治教条，而法律背后的价值，如原则、衡平和先例等被抛弃。

第四个命题是民主成为最高的统治形式。民主原则与议会至上论在内在精神上是相通的，民主意味着多数人的统治，意味着对少数人的暴政。这一思想在拉丁美洲得以传

[26] *Dante Figueroa*， Twenty-One Theses on the Legal Legacy of the French Revolution in Latin America, 39 Ga. J. Int'l & Comp. L. 39 -120(2010).

播，如委内瑞拉1811年宪法，就接受了民主原则。殊不知，民主腾飞之时，就是人权落地之日。

第五个命题是绝对的国家主权观念。绝对的国家主权观念与世俗自然法的观念是内通的，绝对国家主权观念导致了国家主义，也导致了极端民族主义，拉丁美洲的许多灾难来源于至高的国家主权观念。

第六个命题是法典化——一种控制社会的手段。法典化始于公园543年查士丁尼法典，法国革命之前遍及欧洲，但是只有法国民法典获得了骄人的成就，颁行之后，引发了普遍的法典化运动，其中智利民法典就是这一运动的产物。

如果从英国与法国的道路选择看，在菲格罗亚看来，从一个普通法观察者的眼睛看来，英国由于稳稳地前行在传统道路之上，避免了许多社会动荡，而法国大革命造成的灾难是因为它抛弃了传统。如果就美洲内部看，美国因为坚定地继受了普通法传统，逐渐使得国家强大起来，而拉丁美洲但大多数国家因为抛弃了伊比利亚传统，普遍陷入了混乱与动荡之中。如果从拉丁美洲内部看，拉丁美洲国家大多数国家因为抛弃了伊比利亚传统导致了巨大的社会、政治和文化的断裂，而智利没有完全抛弃伊比利亚传统，还兼容并蓄地接受了法国法典和罗民法中先进的东西，从而走向了稳定与发展。从这一视角看，《智利民法典》的重要地位一直被人们低估，仅从19世纪的民法典看，《智利民法典》位列第三恐怕并不夸张。

民法典体系性研究中的方法论自觉

杨昌宇[1]

【摘　要】中国民法典的体系性创新成为其最大靓点，围绕民法典的体系性研究已经成为中国学术界的一个焦点和热点问题。在研究过程中，法系、法律体系、法治体系、国家治理体系是四个常见的范畴，每个范畴都从不同角度透视出中国民法典的独特之处，体现出研究者在方法论上的自觉。法系范畴彰显出民法典的文化特征，法律体系范畴突出了民法典的规范地位，法治体系范畴诠释了民法典的新时代特征，国家治理体系范畴勾勒出民法典的治理特征。在思维方式上，四个范畴的运用实现了四个转换，即从世界法律体系到中国法律体系的转换、从民法典的形式体系到价值体系的转换、从民法体系的一般性到中国民法典体系特殊性的转换、从民法典规范体系到国家治理体系的转换。这种逻辑上的转换透视出民法典的体系性研究从本体论经由认识论到方法论的自觉和中国研究者使命担当的自觉，同时也透露出当前民法典体系性研究中方法论自觉需要注意的问题。

【关键词】《民法典》体系；法系；法律体系；法治体系；国家治理体系

《中华人民共和国民法典》颁布，成为中国法治进程中里程碑意义的大事。民法典编纂在借鉴了其他民法典的成功经验和做法的同时，更注重回应中国社会现实需求，体现新时代的发展特色，实现了令人瞩目的体系创新。“我国民法典在充分借鉴比较法的经验的基础上，立足于中国国情，在体系构建方面作出了重要的创新”。[2]当前中国学术领域围绕民法典的体系创新法学相关学科已有大量的成果产出，民法典体系性研究正成为一种重要的学术现象，“体系”也成为审视民法典的重要维度。民法典本身规范的社会事务众多，这决定了其体系构造的庞大，包括 7 编 84 章，条文多达 1260 条。在法典之外，还存有很多特别法律规范（如商法、与知识产权相关的法律），法典之内外构成巨大的规范群体。[3]众多的法律条文、法律规范和法律制度只有通过严密的体系逻辑才能将其统摄成一个完整统一的整体，因此，掌握民法典体系化逻辑尤为重要，它是学好用好民法典的重要前提。从已有的成果中不难梳理出，当前研究中涉及到法系、法律体系、法治体系、国家治理体系四个重要理论范畴，每个范畴都从一定角度透视中国民法典的特质，体现出了一种方法论上的自觉。在这个自觉的过程中，既让我们看到思维方式转换的力量，也看到中国学者的学术担当和时代使命，同时也促使让我们对民法典体系性研究中的问题有更多的思考。

---

[1] 作者简介：杨昌宇，扬州大学法学院教授，博士生导师。
基金项目：国家社科基金项目“马克思主义实践生存论视域下法治的道德根基研究（19BFX003）阶段性成果。
[2] 王利明：《体系创新：中国民法典的特色与贡献》，《比较法研究》 2020 年第 4 期，第 1 页。
[3] 参见孙宪忠：《论民法典贯彻体系性科学逻辑的几个要点》，《东方法学》2020 年第 4 期，第 20 页。

一、民法典体系性研究中的四个范畴

“范畴在人们认识世界的活动中，具有重要的意义，一方面，它是人们认识成果的结晶，表明了人们理论思维的发展水平，另一方面，它又成为人们在更深的层次上把握客体的中介环节。”[4]民法典具有庞大的规范和制度群落，对其内在的体系逻辑的清晰展现是学好用好民法典，充分发挥其作用的前提。对研究者而言，研究范畴的选择直接决定了透视的层面和问题的深度。概括而言，民法典体系性研究当前主要涉及法系、法律体系、法治体系、国家治理体系四个体系性概念范畴，它们在理论上为我们认识中国民法典提供了多元的维度。从法学研究的角度来看，每个范畴都能透视出中国民法典独特之处。

（一）法系范畴彰显中国民法典的文化特征

中共中央办公厅、国务院办公厅于 2016 年 12 月印发的《关于进一步把社会主义核心价值观融入法治建设的指导意见》指出：“大力弘扬中华优秀传统文化，汲取中华法律文化精华，使之成为涵养社会主义法治文化的重要源泉。”党的十九大报告进一步指出：“文化自信是一个国家、一个民族发展中更基本、更深沉、更持久的力量。”因此，我们要坚定文化自信，因为文化自信是更基础、更广泛、更深厚的自信。在此基础上，学者们一致认为，我们应充分挖掘和利用传统法律文化资源，借助民法典这一制度性框架充分弘扬优秀的传统中国文化，面对新的社会经济条件下复杂的法律问题，法律共同体应努力从传统文化中寻求智慧与启示。[5]“《民法典》包含着一个民族的‘精神密码’”。在立法目标上，最初也是要编纂一部真正属于中国人民、立足中国实际、面对中国问题、凝聚中国共识、发扬中国智慧、提出中国方案、回答中国之问的法典，能够体现中国的历史传统，反射出中国人的价值共识的法典。民法典既扬弃又创新，体现了中国精神文化的特征，特别是将社会主义核心价值观的充分融入更是富有特色。“我国民法典从中国的实际情况、从时代的发展需要出发，在借鉴两大法系立法经验的基础上构建中国特色的民法典体系，也为世界民法典体系构建提供了中国方案。”[6]在婚姻家庭编、人格权编中更是有诸多体现。“从法典化的历史来看，婚姻家庭、继承制度是民法典精神气质的集中反映，因为较之于财产法而言，这些身份法制度与一个国家特定的历史传统、文化、风俗民情的关系更为密切；这就不难理解，这些领域的问题往往是民法典起草中争论最为激烈的问题”。[7]

在法系的渊源和结构上 ，人们认为“现代中国民法典编纂始于对以德国民法典为典范的潘德克顿法学体系的继受。中华人民共和国成立后的数次民法典编纂，经历了从师法苏联民法到探索本土民法典体系的历程，最终形成了《中华人民共和国民法典》的独

[4] 韦绍英：《论比较法的基石范畴》，载沈宗灵、王晨光编：《比较法学的新动向》，北京大学出版社 1993 年版，第 206 页。
[5] 参见石佳友：《解码法典化：基于比较法的全景式观察》，《比较法研究》2020 年第 4 期，第 34 页。
[6] 王利明：《体系创新：中国民法典的特色与贡献》，《比较法研究》 2020 年第 4 期，第 13 页。
[7] 石佳友：《解码法典化：基于比较法的全景式观察》，《比较法研究》2020 年第 4 期，第 28 页。

特结构。”[8]民法典维系社会公序良俗，承载了民族精神和国家文明，“民法典是维系社会公序良俗、体现民族精神文化、坚持法治与德治相结合之法典。民法典具有浓厚的伦理性，是社会价值的缩影、民族精神的标记、国家文明的凝练。”这既体现了民法典现实基础的牢固，也展现出了中国气魄和精神。因此，“民法典是对民族优秀的传统法律文化的承继，亦是法典化所不能回避的使命”。[9]

从法系范畴的研究倾向上看，“法系与文化相勾连，而法系又是文化的一部分，法律制度被置于文化的视野而加以考察”。[10]从法律的发展史来看，如果说“法典化的最初动因是法律民族主义”，[11]那么中国民法典的诞生则体现或回应了中国社会的现实需求，彰显了中国传统文化精神。

（二）法律体系范畴突出了中国民法典的规范地位

习近平总书记指出：“民法典在中国特色社会主义法律体系中具有重要地位，是一部固根本、稳预期、利长远的基础性法律”。[12]“中国特色社会主义法律体系”自 2011 年起具有了特定的形式和内容，中国特色社会主义法律体系由宪法及其相关法、民商法、刑法、行政法、经济法、社会法、诉讼及其非诉讼程序法等七部门构成，其中民商事法律部门作为最为基本法律部门之一，在社会主义市场经济建设中起最重要的调整作用。“民法是中国特色社会主义法律体系的重要组成部分，是民事领域的基础性、综合性法律，规范各类民事主体的各种人身关系和财产关系，涉及社会和经济生活的方方面面，被誉为社会生活的’百科全书’，包含着一个民族的精神密码，是一个国家软实力的核心”。[13]民法在现代国家的治理体系中具有基础性的规范地位。“民法与国家其他领域法律规范一起，支撑着国家制度和国家治理体系，是保证国家制度和国家治理体系正常有效运行的基础性法律规范”。[14]

学者们对法律体系范畴的自觉运用突出了中国民法典重要的规范地位。以法律体系范畴为视角，学者们的研究主要区分为两个话语体系，即法律体系的表与里的问题——形式构造和实质构造两个涵义。在中国特色社会主义法律体系的话语体系中，强调的是作为部门法基础性构造的民法典，它是一国之内表层法律体系的形式性构造。在公私法的二元论的话语体系中，以规范和保障的权利内容及其性质上来区分，法律体系一般划分为公法与私法，这构成一种实质上区分。“法律体系可以分为公法与私法，民法作为私法，在国家治理体系的构建和运行中发挥重要作用。国家治理体系是以法治为基础建立的规范体系和权力运行机制，《民法典》作为国家治理体系现代化的制度保障，在其

---

[8] 温世扬：《中国民法典体系构造的“前世”与“今生”》，《东方法学》2020 年第 4 期，第 29 页。
[9] 石佳友：《解码法典化：基于比较法的全景式观察》，《比较法研究》2020 年第 4 期，第 14 页。
[10] 【美】约翰·亨利·梅利曼：《大陆法系》，顾培东等译，法律出版社 2004 年版，第 2 页。
[11]自 18 世纪起，部分君主有意识地试图摆脱作为普通法的罗马法以及“法律绅士”的法学家阶层的影响，实现法律的“国有化”（nationalization）。参见 石佳友：《解码法典化：基于比较法的全景式观察》，《比较法研究》2020 年第 4 期，第 29 页。
[12] 习近平：《充分认识颁布实施民法典重大意义 依法更好保障人民合法权益》，载《求是》2020 年第 12 期。
[13] 王轶：《民法典编纂与国家治理现代化》，《中国人民大学学报》2020 年第 4 期，第 11 页。
[14] 马怀德：《民法典时代行政法的发展与完善》，乐山日报/2020 年/6 月/5 日/第 003 版。

中发挥着基础性作用。”[15]

（三）法治体系范畴诠释了中国民法典的新时代特征

新时代中国法治建设实现了从法律体系建设阶段到法治体系建设阶段的转换。党的十八大以来，中国共产党在领导全面依法治国、建设法治中国的实践中形成了全面依法治国新理念新思想新战略，“提出了一系列具有时代性、原创性、标识性的新概念新命题新话语，‘中国特色社会主义法治体系’就是最具代表性统领性的核心概念，集中表达了习近平新时代中国特色社会主义法治思想，是新时代法治实践创新和法学理论创新的统一，也是进一步创新发展中国特色法学理论、建构中国特色法学体系的一把金钥匙”。[16]法治中国实践中“中国特色社会主义法治体系”，是中国的创造，也同时预示了法学研究和理论创新的新范式的产生。相应地，在当代中国法学研究中，“法治体系论”作为法学研究和理论创新的新范式，正在成为中国法治话语体系的“阿基米德支点”，期望以其来“破除长期以来困扰中国法学的‘理论落后实践’之魔咒”。[17]法治体系作为中国法治建设实践和理论成果，是中国法治国家中独特的话语表达形式，彰显了新时代的特征，在民法典体系性研究中，成为研究者自觉运用的研究范畴。

十八届四中全会审议通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》强调，“坚持走中国特色社会主义法治道路，建设中国特色社会主义法治体系”，同时阐明了中国特色社会主义法治体系的基本内容。建设中国特色社会主义法治体系作为全面推进依法治国的总目标之一，由五个部分构成，即完备的法律规范体系、高效的法治实施体系、严密的法治监督体系、有力的法治保障体系、完善的党内法规体系。其中民法典的制定，从中国特色社会主义事业五位一体总体布局出发，是对如何 “形成完备的法律规范体系”的一个最有代表性的有效践行过程。

党的十八大对推进中国特色社会主义事业作出经济建设、政治建设、文化建设、社会建设、生态文明建设“五位一体”的总体布局。2014 年 10 月党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》确立了“编纂民法典”的目标。在决议的第二部分“完善以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系，加强宪法实施”中，强调“加强重点领域立法”，在明确“社会主义市场经济本质上是法治经济”的内容中确定了“编纂民法典”的目标。在一定意义上，“民法典既涉及法律层面的操作，也涉及政治层面的决断”。[18]

（四）国家治理体系范畴明确了中国民法典的治理性特征

习近平总书记指出，我们的《民法典》“是一部体现对生命健康、财产安全、交易便利、生活幸福、人格尊严等各方面权利平等保护的民法典”。民法典编纂必须回应 “中

[15] 王立明：《民法典：国家治理体系现代化的保障》，《中外法学》2020 年第 4 期，第 848 页。
[16] 张文显：《在新的历史起点上推进中国特色法学体系建构》，《中国社会科学》2019 年第 10 期，第 23-42 页。
[17] 张文显：《在新的历史起点上推进中国特色法学体系建构》，《中国社会科学》2019 年第 10 期，第 23-42 页。
[18] 石佳友：《解码法典化：基于比较法的全景式观察》，《比较法研究》 2020 年第 4 期，第 24 页。

国之问”和“时代之问”，通过保障权利实现国家治理的内在价值。民法学者梳理了中国民法观的演进，认为《民法通则》的学理基础是“商品经济的民法观”，《民法总则》作为民法典编纂的基础和前奏，适应时代变化，《民法典》立足当下的中国之问和时代之问，适应保护人民人格权益的需要，致力于以人文关怀构建民法的价值理念，重视对人的自由和尊严的充分保障、对弱势群体的特殊关爱。[19] 将人格权在民法典中单独成编是落实党的十九大报告精神的具体体现，也是我国民法典体系顺应时代需求而进行的重大创新，在世界民事立法史上开创了民法典编排体例的新篇章。

2012 年党的十八大站在历史和全局的战略高度，对推进新时代“五位一体”总体布局作了全面部署。从经济、政治、文化、社会、生态文明五个方面，制定了新时代统筹推进“五位一体”总体布局的战略目标。在国家“五位一体”总体布局背景下，中国民法典充分体现出了治理性特征。从民法典规范内容上来看，在立法过程切实地践行了五位一体总体布局，未来必将对人们的生活发挥积极的效应。《民法典》将人格权单独成编，51 个条文全面确认和保障生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、个人信息以及基于人身自由、人格尊严产生的其他人格权益。为实行最严格的生态环境保护制度，推进绿色发展，《民法典》总则编第 9 条规定了绿色原则，确认“民事主体从事民事活动，应当有利于节约资源、保护生态环境”。

立足新时代，民法典同时回应了智能数字化时代社会的法律需求。在从工业经济“生产大爆炸”向数字经济“交易大爆炸”转型过程中，新技术集群的颠覆式创新与发展对于现行法律制度产生巨大的冲击与突破。区块链、人工智能、大数据、5G、物联网等为代表的新技术应用的广度与深度不断拓展，社会经济生活正从“生产大爆炸”向“交易大爆炸”加快转型，各种新技术、新业态、新组织、新产业不断涌现。数据成为市场竞争的核心要素和法律客体。数据生产要素的价值实现和分配机制等，则需要经济法、社会法、行政法、刑法、诉讼法等各类法律体系的全面保护和规制，工业时代的法律规制体系和原理有待重构。[20]

从国家治理的角度看，民法典具有的基础规范性地位，充分贯彻了国家的治理逻辑。民法典以私法规范彰显自治的治理理念、通过保障权利实现国家治理的内在价值、建构了政府治理的法律秩序、以良法夯实国家善治的制度基础。[21]

二、民法典体系性研究方法论自觉中思维方式上的转向

对民法典体系性研究过程中，学者们自觉围绕上述四个范畴展开相应研究，在思维方式上表现出从世界到中国，从形式到价值，从一般性到特殊性，从规范到治理这样四个方面的转向。

---

[19] 王轶：《民法典编纂与国家治理现代化》，《中国人民大学学报》2020 年第 4 期，第 13 页。
[20] 参见杨东：《民法典开启构建数字经济法律体系新时代》，检察日报/2020 年/7 月/9 日/第 003 版。
[21] 郭洁、佟彤:《<民法典>推进国家治理现代化的法理阐释》，《政法论坛》2020 年第 4 期，第 29-40 页。

（一）从世界法律体系到中国法律体系

“世界法律体系”是比较法上一个重要的范畴，“对于任何一个比较法学家来说，考察、认识和研究人类社会法律或世界各国法律制度的起点必然是世界法律体系，用比较法学的语言说就是法系。”[22]比较法学上的法律体系范畴是基于对世界法律秩序划分的目的而提出的，可以与通常所说的法系划等号。“法系这一术语并不是指一系列关于合同、公司或者犯罪的法律规范，尽管从某种意义上说这些规范都是法系在某一方面的表现形式，准确地说，法系是关于法的性质，法在社会和政治中的地位，法律制度的实施及其相应的机构，法律的制定，适用，研究完善和教育的方法等等一整套根深蒂固的并为历史条件所限制的理论”。[23]

从世界法律体系的视角来审视民法典的体系问题，实际上也是从文化的视角来审视民法典的体系。研究者从世界法律体系的角度对民法典的体系进行溯源，在一定程度上取得了采用潘德克顿编纂体系的共识，并对这一编纂体系特征与衍化进行分析，[24]并在此基础上对中国民法典进行体系性研究。

中国民法典在采用潘德克顿编纂体系的同时更是进行了中国问题的回应，在规范性特征上体现出了中国法律体系的自主性。“由于采用潘德克顿编纂体系，我国民法全部法律规范区分为总则编和分则编，需要明确总则编对各民法规范的体系统辖作用，同时注意共同性规则、一般性规则和但书条款各自的不同功能。”[25]针对中国民事立法的特有情形，中国民法典应注重于体系内的总则性规定与细节性规定的协调问题。在总则编已经将问题解决的情况下，如果仍只看民法上的细节性的规定，而忽视总则性的规定，无论在法理上还是司法实践上都是说不通的。[26]

（二）从民法典的形式体系到价值体系

民法典体系性研究也是一个从内容到实质的过程。研究者从不同角度对民法典的体系构成以及基本体系逻辑进行了归纳概括。就民法典的形式和内容而言，认为体系性科学逻辑有这样几个方面需要特别注意：“第一，要认识到民法典必须是要有体系的，在学说汇纂和法学阶梯的两种模式之间，我们选择了潘德克顿体系，也就是学说汇纂体系；第二，民法典总则编要起到统辖作用，需要特别注意总则编的共同条款和一般条款；第三，在财产法部分，我们采取了区分原则，从法律效力和法律根据上来区分物权和债权；第四，讨论了人身权中身份权部分的一些创新规定；第五，讨论了人格权相关问题，肯定了人格权独立成编的立法价值，同时否定了人格权转让这一说法。”[27]王立明教授从民法典本身出发对民法典体系进行了概括，认为“民法典体系包括形式体系（外在体系）

---

[22] 米键等：《当今与未来世界法律体系》，法律出版社 2010 年版，序言第 1 页。
[23] 【美】约翰·亨利·梅利曼：《大陆法系》，顾培东等译，法律出版社 2004 年版，第 2 页。
[24] 孙宪忠：《论民法典贯彻体系性科学逻辑的几个要点》，《东方法学》2020 年第 4 期，第 20 页。
[25] 孙宪忠：《论民法典贯彻体系性科学逻辑的几个要点》，《东方法学》2020 年第 4 期，第 18 页。
[26] 参见孙宪忠：《论民法典贯彻体系性科学逻辑的几个要点》，《东方法学》2020 年第 4 期，23 页。
[27] 孙宪忠：《论民法典贯彻体系性科学逻辑的几个要点》，《东方法学》2020 年第 4 期，第 28 页。

和价值体系（内在体系）两方面，形式体系是指民法典的各编以及各编的制度、规则体系，价值体系是指贯穿于民法典的基本价值，包括民法的价值、原则等内容”。[28]这在一定程度上标志着部门法研究的一种取向，从形式体系到价值体系的思考已经成为一种大趋势。

2018 年中共中央印发了《社会主义核心价值观融入法治建设立法修法规划》，推动社会主义核心价值观入法入规必须遵循的原则是：坚持党的领导，坚持价值引领，坚持立法为民，坚持问题导向，坚持统筹推进。价值引领在民法典中得到了更为充分的贯彻和落实。

（三）从民法体系的一般性到中国民法典体系的特殊性

2014 年十八届四中全会《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》明确提出了建设中国特色社会主义法治体系、建设社会主义法治国家的总目标。法治体系是中国特色社会主义法治建设的创新，体现了中国特色。在研究领域学者们自觉地进行了从法律体系范畴到法治体系范畴的转换，在本质上这是一种思维方式的转换，[29]更能充分体现出从民法典的普遍体系问题到中国民法典体系的特别之处。“解决民法典庞大的规范和制度群之间的体系逻辑问题，指出总则与分则之间分工合作、统辖遵从的逻辑关系，提出以总则编作为民法典整体的思想基础、规则效力基础、法理解读科学性基础，是理解民法典体系的关键。”[30] “法治体系是一个动态的体系，它将法律从产生到实现的全过程概括了进去，是一个动态的、立体的构造；而法律体系主要的还是一个静态的体系，它主要的指向了国家法律规范体系结构。”[31] 民法作为国家治理所依赖的基础性法律，因其作用范围极广而包含着庞大的规范和制度群落，法律体系内涵和外延已经远远不能满足对民法典进行全面研究的需要，从法律体系范畴到法治体系范畴的转换，既满足了研究的需要，也能更好地认识民法典在建设中国特色社会主义法治体系、建设社会主义法治国家的总目标中的体系性地位和作用，这也是中国民法典体系的最为特殊的一个方面——处于中国特色社会主义法治体系中的民法典。

（四）从规范体系到国家治理体系

2019 年《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度、推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》出台，标志着国家管理体制实现了由管制型向治理型的现代化跃升。

在推进国家治理体系和治理能力现代化的背景下，民法典的使命担当进入到了一个更高的层面。在思维方式上，对民法典的研究从规范体系上升到国家治理体系的层面。

---

[28] 王利明：《体系创新：中国民法典的特色与贡献》，《比较法研究》 2020 年第 4 期，第 1 页。

[29] 刘作翔教授针对“法律体系向法治体系转变”这个命题进行了批判式思考，认为这两者虽然有一些区别，但是一种相互包含关系，即法治体系包括了法律体系而不是一种超越关系。参见刘作翔：《回归常识：对法理学若干重要概念和命题的反思》，《比较法研究》2020 年第 2 期，第 108 至 119 页。

[30] 孙宪忠：《民法典是对国家治理体系和治理能力现代化的重要提升》，《中国法律评论》2020 年第 3 期，第 002 页；参见孙宪忠：《中国民法典总则与分则之间的统辖遵从关系》，《法学研究》2020 年第 3 期，第 20 页。

[31] 刘作翔：《回归常识：对法理学若干重要概念和命题的反思》，《比较法研究》2020 年第 2 期，第 108 至 119 页。

对此学者们从不同角度进行了阐释。“民法典历来不是一个单纯的技术性法律文本，而是一个国家进行社会重构的决定性文本”。[32]“民法典并不仅仅只是权利的宣言，它更是国家治理的基本遵循和依靠”。“我们一定要从国家治理的实际效用的角度来理解民法典的编纂和实施，尤其是要从当前我国国家治理能力现代化的角度来理解这部伟大法典的重要意义”。[33] “未来《民法典》的实施将继续履行国家治理模式转型过程中进行制度表达的政治使命”。[34]

民法典颁布实施将进一步加强国家治理、政府治理、社会治理，将制度优势更好地转化为国家治理效能，有效提升国家治理能力现代化水平。“民法典的体系整合、缺陷弥补和矛盾消除，解决了数十年来一直存在的一系列立法、执法和司法问题，从立法基础的角度完善了国家治理者的法律支持基础，也提升了治理者的能力优化和法律支持力度。”有的学者从国家治理体系对《民法典》进行定位，认为其是国家治理体系与治理能力现代化的集中表达，将已有的民事法律规范进行了系统整合，建构起对社会生活“全方位”的规制体系，同时推进新时代的“社会之治”，为社会治理提供了有益的思路。[35]有的学者从我国民事立法演进与国家治理进程的深层次互动关系出发，认为《民法典》编纂是国家治理现代化转型在法治领域的具体投射，《民法典》释放的体系效益提升了国家治理制度的形式理性。[36]

三、民法典体系性研究方法论自觉的内在机理及问题

在理论上构建中国特色法学知识体系和话语体系，法律学人的使命担当任重而道远。围绕民法典的体系性在研究上表现出的方法论自觉，展示出了中国学者的学术担当和研究魄力，是构建中国特色法学知识体系和话语体系的理论践行。民法典体系性研究已经成为了一种普遍的学术现象。民法典体系性研究中的方法论问题并不是横空出世的，具有一定的机理可寻，在这个过程中也透视出相应的问题。

（一）从本体论经由认识论到方法论的认识过程

方法论是指人们认识世界、改造世界的一般方法，是人们用什么样的方式、方法来观察事物和处理问题。民法典体系性研究中的方法论自觉，是研究者经历了对民法典体系的本体论、认识论层面的问题研究后的一种研究自觉。就民法典体系而言，本体论研究解决了“是什么”的内容和基础的问题，比如明确了基本的体系构造和内容；认识论研究解决的是“如何认识”的问题，表现出对方法和路径的寻求；方法论研究是对方法和认识路径的再审视，具有更多反思的成分。

---

[32] 石佳友：《民法典的“政治性使命”》，《山东法官培训学院学报》2018 年第 1 期。
[33] 孙宪忠：《民法典是对国家治理体系和治理能力现代化的重要提升》，《中国法律评论》2020 年第 3 期，第 001 页。
[34] 参见郭洁、佟彤:《<民法典>推进国家治理现代化的法理阐释》，《政法论坛》2020 年第 4 期，第 39 页。
[35] 参见沈协：《<民法典>:国家治理体系与治理能力现代化的集中表达》，厦门日报/2020 年/7 月/31 日/第 A03 版。
[36] 参见郭洁、佟彤:《<民法典>推进国家治理现代化的法理阐释》,《政法论坛》2020 年第 4 期，第 29 页。

对方法的寻求在目的上无外乎要使相应的研究获得一定的独创性。笛卡尔曾说过，“我所期望的并不是教给每个人为了指导其理性而应采取的方法，而只是告诉人们我是通过什么方式来努力指导自己的理性”。[37]在教科书上，通常将方法论界定为“人们运用一定的世界观来认识世界和改造世界的根本原则和根本方法”，在使用中普通人通常将方法论与方法相混同。这里所说的方法论更多时候象征着某种思维方式，其目的是提升人们解决问题的能力。方法论一般不能直接解决具体问题，只能提供一套找到解决方案的思路，最终是通过方法论和具体问题的结合产生出解决方案，即通常所说的方法。

（二）民法典体系性研究透视出中国学者的使命担当

新中国成立 70 年来的中国法学和法治的独立话语体系正在生成中，如何寻求法治体系建构的本土性、当代中国法学知识体系与法治体系的契合性、中国法学知识生产中的“特色学说”与“普遍学理”之间的关系、全球化背景下中国法学知识体系、话语体系和法治体系的建构等问题已经成为时代命题，民法典体系性研究中的方法论自觉恰恰体现了研究者时代使命担当的自觉。从当前的研究中可以看到，法系、法律体系、法治体系、国家治理体系作为四个重要的研究范畴，已经为研究者自觉不自觉地在研究民法典体系问题时加以运用，但其中也存在一定的问题，比如在解读宣传民法典的过程中存在相关范畴的边界含混不清的现象，不利于相关知识体系的形成和发展。为更好地发挥学者们在知识论方面的担当，对基本范畴问题应当采取更为严谨的态度。

（三）方法论自觉中需要注意的问题

民法典时代并不是因民法典的颁布和实施而一劳永逸的，面向未来的体系性研究依然任重道远。“《民法典》应采取何种体系架构，在制定过程中曾引发重大争议。因《民法典》出台，其体系架构已一锤定音，但立法决策对争议所作的决断是民主程序之结果。民主程序一定程度上具有价值中立、形式化特征，因此，法典化之后，上述体系争议的价值并未消弭。”[38]在面向未来的体系性研究中有这样几个问题需要注意。

一是对基本范畴运用过程中，不能仅仅充当概念和范畴的搬运工，而应当充分了解每一个范畴在特定学科领域中最新成果和通常涵义，不能望文生义。比如有的学者将法律主体、法律客体和法律关系等内容用现行法律体系的概念来涵盖，这显然会带来理解上的误区。以学者们常使用的“法律体系”这个范畴为例，通常研究者会在广义和狭义两个范围内使用这个概念，比较法学家们也进行较为明确的阐释。从广义上讲，法律体系被界定为许多具有广泛相似的法律制度的国家所共有的法律哲学和方法。广义的含义实际上是在描述主要法律家族例如普通法体系和大陆法律体系。[39]广义的法律体系相当于我们通常所说的法系。从狭义上讲，法律体系可以界定为一国的法律规则和制度[40]，相

[37] 转引自[日]大木雅夫：《比较法》，范愉译，法律出版社 2006 年版，第 81 页。
[38]金可可：《法典化表征民法外部体系初步形成》，社会科学报/2020 年/6 月/18 日/第 003 版。
[39] 转引自米键等：《当今与未来世界法律体系》，法律出版社 2010 年版，第 2 页。
[40] 米键等：《当今与未来世界法律体系》，法律出版社 2010 年版，第 1 页。

当于一个国家的法律部门结构。法律体系在理论上的广义与狭义的内涵似乎还没能说明现实中的全部问题。在理论内涵上还可以有一个中义的法律体系。这个中义上的法律体系的概念，它不仅包括一个国家的法，而且包括法在实际生活中的运作、法律实践、这个国家的法律文化传统、占主导地位的法律意识、法律职业、法律角色等，它将一个国家法律现实的一切基本因素统一地、相互联系的概括起来，形成一个有机联系的整体。[41]中义的法律体系相当于我们通常所说的法制。

二是注意各种体系范畴之间的有机关系，并不是非此即彼，而是亦此亦彼立足于中国的时代精神和特征。对法理的寻求正成为当代中国法学研究中的一个热点问题，对于“什么是法理”研究者的共识认识正处于生成中。“虽然近年来我国法律界尤其是民法学界的知识体系有很大进步，但是轻视法学基本原理、轻视民法知识的体系性与科学性的弊端一直还在，计划经济体制和自然经济条件下的法学观念未能得到彻底清理，那种自设前提、自我演绎、自圆其说的观点仍然存在，这些情况在民法典编纂过程中暴露无遗。”[42]面对相类似的现象和问题更应当全面地思考和运用常识性的知识。

三是四个范畴的运用多是从民法典的内含体系出发，并没有充分将内外视角进行有机的结合。在有的学者的相关论述中，对四个范畴没有进行必要的区分与说明，容易给相关受众带来常识认识上的偏差。

结语

透过民法典体系性研究这一学术现象我们看到，学术研究者承载着构建中国特色法学知识体系和话语体系的时代使命。法系、法律体系、法治体系、国家治理体系成为解读和宣传民法典的多元方式和基本维度。法系范畴的透视，体现的是民法典在历史长河中凝结而成的中华精神文化特征；通过法律体系范畴的透视，体现的是民法典在一国之内中国特色社会主义法律的规范性特征；通过法治体系范畴的透视，体现了民法典中国法治建设创新的时代性特征；通过国家治理体系范畴的透视，体现的是中国国家治理的总体性特征，在国家治理体系现代化的进程中，民法典承载着民族精神和时代使命，具有不可替代的地位和作用。在多维透视过程中，研究者自觉实现了思维方式的转换，表现出从世界到中国，从形式到价值，从一般性到特殊性，从规范到治理的四个方面，这种转换透视出民法典的体系性研究从本体论经由认识论到方法论的自觉和中国研究者使命担当的自觉，也透露出当前民法典体系性研究中方法论自觉需要注意的问题。面向未来，民法典时代的理论研究者任重而道远。

---

[41] 参见朱景文：《比较法总论》，中国人民大学出版社 2004 年版，第 84 页。

[42] 孙宪忠：《中国民法典总则与分则之间的统辖遵从关系》，《法学研究》2020 年第 3 期，第 21 页。

突发公共卫生事件政府预警信息发布制度的完善
——兼论我国《传染病防治法》的修订

褚宸舸 王阳[1]

【摘要】政府预警信息发布制度要求预警信息依法主动、及时和公开发布，保障公民生命健康权、维护国家安全和社会稳定。相关法律规范对政府预警信息发布的权限进行了配置，并建立内部报告和外部发布相结合的决策研判机制、分类管理和分级负责相结合的发布机制。在我国新冠肺炎疫情处置中，该制度暴露出政府和专业力量之间合作治理不充分，自下而上的信息治理效能不高等问题。《中华人民共和国传染病防治法》（修订草案征求意见稿）针对政府预警信息发布制度存在的突出问题进行了修订。结合此次法律修订，应当加强预警信息发布决策体制建设，提升政府和专业力量之间合作治理的效能，完善政府预警信息发布中的属地责任。

【关键词】突发公共卫生事件；政府预警信息发布制度；新冠肺炎疫情；《中华人民共和国传染病防治法》（修订草案征求意见稿）

“新冠肺炎疫情是新中国成立以来发生的传播速度最快、感染范围最广、防控难度最大的一次重大突发公共卫生事件，对中国是一次危机，也是一次大考验。[2]预警信息发布是突发公共卫生事件应急治理的重要环节。政府作为行使公权力的主体，面向社会及时、准确、全面发布预警信息，既是落实宪法、法律所规定的公民知情权、监督权，也是预防风险或危机，维护国家安全和社会秩序的需要。预警信息不仅能够有效控制疫情的扩散，而且有助于纾解恐慌，最大程度保障人民生命安全。在处置疫情过程中，党中央统一领导、集中力量办大事的社会主义制度优势充分彰显，但是，也暴露出我国公共卫生应急法律制度体系存在的问题。2020 年 6 月 2 日，习近平总书记在北京主持召开专家学者座谈会并发表重要讲话，他提出：“要把增强早期监测预警能力作为健全公共卫生体系当务之急，完善传染病疫情和突发公共卫生事件监测系统，改进不明原因疾病和异常健康事件监测机制，提高评估监测敏感性和准确性，建立智慧化预警多点触发机制，健全多渠道监测预警机制，提高实时分析、集中研判的能力。”[3]

---

[1] 褚宸舸（1977-），男，山西汾阳人，法学博士，西北政法大学行政法学院、枫桥经验与社会治理研究院教授，博士生导师。
王阳（1989-），女，陕西宝鸡人，西北政法大学行政法学院、枫桥经验与社会治理研究院博士研究生，陕西警官职业学院讲师。
基金项目：陕西省教育厅 2020 年突发公共卫生安全专项课题《突发公共卫生事件依法治理研究》（项目编号：20JG036）；陕西省“三秦学者”支持计划“西北政法大学基层社会法律治理研究团队”
[2] 中华人民共和国国务 院新闻办公室：《抗击新冠肺炎疫情的中国行动》，载《人民日报》2020 年 6 月 8 日，第 1 版。
[3] 习近平：《构建起强大的公共卫生体系 为维护人民健康提供有力保障》，载《人民日报》2020 年 6 月 3 日，第 1

为了落实党中央的决策部署，按照全国人大常委会强化公共卫生法治保障立法修法工作计划安排，2020 年 6 月 1 日第十三届全国人民代表大会常务委员会第 58 次委员长会议修改《全国人大常委会 2020 年度立法工作计划》，将在年内完成《传染病防治法》修订草案的初次审议。2020 年 6 月 26 日，国务院办公厅印发《国务院 2020 年立法工作计划》，明确由国家卫生健康委负责起草《传染病防治法》修订草案，由国务院提请全国人大常委会审议。2020 年 7 月 6 日至 20 日，国家卫生健康委办公厅下发国卫办法规函〔2020〕553 号文件，对《传染病防治法》修订草案征求意见稿内部征求意见。

本文拟结合新冠肺炎这个具有典型意义的突发公共卫生事件和《传染病防治法》(修订草案征求意见稿)，分析我国突发公共卫生事件政府预警信息发布制度在设计和运行中存在的问题，反思造成疫情早期处置不力的深层次制度因素，对未来通过《传染病防治法》的修订，有效克服组织失灵、决策不当和信息不对称等诸多问题，实现合作治理、信息治理，从完善制度角度提出相应的建议。

一、我国突发公共卫生事件政府预警信息发布法律制度

我国初步建立起政府预警信息发布法律制度。政府预警信息依法主动、及时、公开发布，保障公民生命健康权、维护国家安全和社会稳定。相关法律规范对政府预警信息发布的权限进行了配置，并建立内部报告和外部发布相结合的决策研判机制、分类管理和分级负责相结合的发布机制。

（一）政府预警信息发布的基本原则

公共卫生法要求政府以公共诚实、透明、谨慎、有效和负责的方式实现良好的管理。[4]突发公共卫生事件预警信息属于预警性的公共卫生信息，政府及时发布预警信息，实际是针对风险的事前交流和沟通。[5]在全面推进依法治国，建设法治政府背景下，政府预警信息发布行为必须严格依法进行。

1.保障公民生命健康权。总体国家安全观的宗旨是人民安全。生命健康是公共卫生的重要内容，公共卫生是所有其他安全形式的基本信条。[6]我国医疗卫生与健康领域的基本法《中华人民共和国基本医疗卫生与健康促进法》第 16 条规定："国家采取措施，保障公民享有安全有效的基本公共卫生服务，控制影响健康的危险因素，提高疾病的预防控制水平。"

2.维护国家安全和社会稳定。政府具有动员各种力量全方位开展疾病防控工作的组织优势，能够引导公民理性对待和有效防范突发公共卫生事件带来的危害，缓解公众恐慌，避免危害国家安全和社会秩序的突发事件的发生。公共卫生问题暴露之际，往往是

版。

[4] [美]劳伦斯·O·戈斯廷：《全球卫生法》,翟宏丽等译，中国政法大学出版社 2016 版，第 9 页。

[5] 沈岿：《风险交流的软法建构》，载《清华法学》2015 年第 6 期，第 50 页。

[6] 马克·扎克、塔尼亚·科菲.因病相连：《卫生治理与全球政治》,晋继勇译，浙江大学出版社 2011 年版，第 3 页。

以讹传讹，道听途说的“小道消息”多发之时。所以，政府信息公开是最好的解决办法，秘而不宣的信息管制方式不仅会延误时机，而且有损于政府形象。[7]

3.主动、及时和公开。《突发公共卫生事件应急条例》第 20 条规定：“行政机关应当主动公开突发公共事件的应急预案、预警信息及应对情况”。《政府信息公开条例》第 19 条规定：“对涉及公众利益调整、需要公众广泛知晓或者需要公众参与决策的政府信息，行政机关应当主动公开”。突发公共卫生事件预警信息依法应由政府主动公开，而非依申请公开。《政府信息公开条例》第 20 条规定：“突发公共事件的应急预案、预警信息及应对情况属于行政机关应当主动公开的政府信息。”

预警信息应当及时发布。新型病毒的出现通常总是在最初阶段具有极大的不确定性，之后在不断处置过程中才会增加可确定的知识，所以，相关信息的发布就绝不能等到一切都确定以后再进行。否则，就很容易造成防控最佳时机的稍纵即逝。[8]基于风险预防原则的要求，在对传染性有合理怀疑的情况下，并非只能坐等更多证据出现，完全可以选择先采取有效防控措施，把它扼制在萌芽状态。[9]所以《突发事件应对法》第 43 条将预警信息作出的时间节点规定为：“即将发生或者发生的可能性增大时”。换言之，预警要达到使公众及时知晓、有效预防的社会效果，政府即便未全面掌握信息，只要能够判断风险即将发生或很有可能发生，就应当发布预警信息。

预警信息应当公开发布。应当从法律规则完善、管理体制改进、社会治理生态优化等层面克服障碍，在立法中强化预防性公开，在体制层面落实治理型公开，在社会层面鼓励竞争性公开。[10]从预警权限纵向配置看，要扩大预警主体的范围和提高预警过程的公开性。[11]

（二）政府预警信息发布的管理机制

1.内部报告和外部发布相结合的决策研判机制。各级疾病预防控制机构按照《传染病信息报告管理规范》，及时将疫情分析结果以信息、简报或报告等形式向上级疾病预防控制机构和同级卫生行政部门报告，并反馈到下一级疾病预防控制机构。然后由政府研判，按照预警信息发布权的规定，向社会公布。

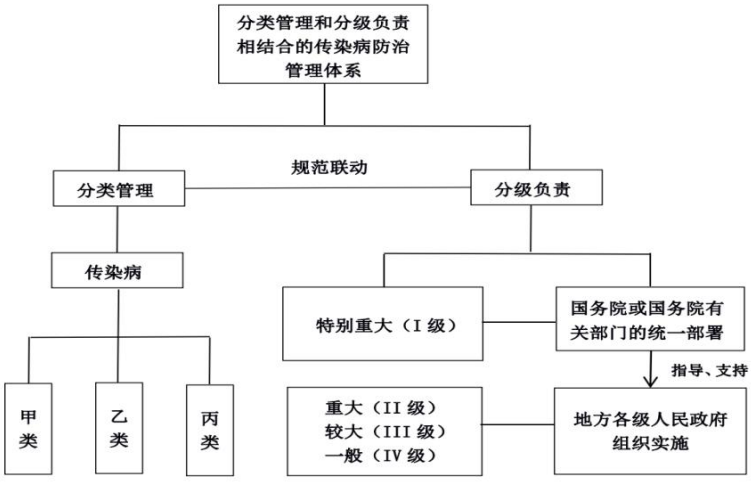
疾病预防控制的专门机构在政府及时发布预警信息过程中发挥着重要的作用。当前各国公共卫生体系中大都设立有专门从事疾病预防和控制的机构。在我国，这一机构就是中国疾病预防控制中心和地方各级疾病预防控制中心。2004 年，我国建立了从上到下的“中国传染病与突发公共卫生事件监测信息系统”（下文简称“直报系统”），提高了疫情报告的及时性，基本能够实现县级以上医疗卫生机构网络直报。根据《突发公共卫生事件与传染病疫情监测信息报告管理办法》第 19 条的规定：“获得突发公共卫生事件

[7] 陈坤：《公共卫生安全》，浙江大学出版社 2007 年版，第 105 页。
[8] 参见沈岿：《论突发传染病信息发布的法律设置》，载《当代法学》2020 年第 4 期。
[9] 参见金自宁：《风险视角下的突发公共卫生事件预警制度》，载《当代法学》2020 年第 3 期。
[10] 王锡锌：《传染病疫情信息公开的障碍及克服》，载《法学》2020 第 3 期，第 29 页。
[11] 王建学：《论突发公共卫生事件预警中的央地权限配置》，载《当代法学》2020 年第 3 期，第 58 页。

相关信息的责任报告单位和责任报告人，应当在 2 小时内以电话或传真等方式向属地卫生行政部门指定的专业机构报告，具备网络直报条件的要同时进行网络直报，直报的信息由指定的专业机构审核后进入国家数据库。”中国疾病预防控制中心凭借直报系统开展对传染病信息的收集，形成专业意见向政府进行内部报告，承担研究、参谋和咨询的职能。

2.分类管理和分级负责相结合的发布机制。根据突发公共卫生事件发生的时空范围及传染性，我国按照分类管理、分级负责的方式发布预警信息（图 1）。

图 1 我国分类管理和分级负责相结合的传染病防治管理体系



首先，分类管理。《传染病防治法》第 3 条规定，传染病分为甲类、乙类和丙类。国务院卫生行政部门根据传染病暴发、流行情况和危害程度，可以决定增加、减少或者调整乙类、丙类传染病病种并予以公布。

其次，分级负责。国家突发公共卫生事件应急预案根据突发公共卫生事件性质、危害程度、涉及范围，将突发公共卫生事件分为特别重大（Ⅰ级）、重大（Ⅱ级）、较大（Ⅲ级）和一般（Ⅳ级）四级。《卫生部法定传染病疫情和突发公共卫生事件信息发布方案》1.5.1 规定：“特别重大群体性不明原因疾病事件的应急处置工作由国务院或国务院卫生行政部门和有关部门组织实施，事发地省级人民政府应按照国务院或国务院有关部门的统一部署，特别重大级别以下的群体性不明原因疾病事件的应急处置工作由地方各级人民政府负责组织实施。超出本级应急处置能力时，地方各级人民政府要及时报请上级人民政府和有关部门提供指导和支持。”

（三）政府预警信息发布的权限

我国预警信息发布权的规定散见于以《传染病防治法》、《突发事件应对法》为首的规范性文件中，相关规定存在一些冲突（表 1）。

表 1 我国关于突发公共卫生事件预警信息发布权的规范性文件

法律规范			发布主体	
名称	实施时间	对应法条	卫生行政部门	人民政府
国家突发公共卫生事件应急预案	2006 年 2 月 26 日	3.2	各级人民政府卫生行政部门	
卫生部法定传染病疫情和突发公共卫生事件信息发布方案[12]	2006 年 3 月 3 日	第 1 条	卫生部授权省级卫生行政部门	／
突发公共卫生事件与传染病疫情监测信息报告管理办法	2003 年 11 月 7 日发布实施，2006 年 8 月 22 日修改	第 32 条第 1 款	国务院卫生行政部门；省级人民政府卫生行政部门根据国务院卫生行政部门的授权	／
突发事件应对法	2007 年 11 月 1 日	第 43 条	／	县级以上地方各级人民政府
突发公共卫生事件应急条例	2003 年 5 月 9 日公布实施，2011 年 1 月 8 日修订	第 25 条	国务院卫生行政主管部门；必要时，可以授权省级人民政府卫生行政部门	／
传染病防治法	2004 年 12 月 1 日修订实施，2013 年 6 月 29 日修正	第 19 条	国务院卫生行政主管部门	省级人民政府

《突发事件应对法》和《传染病防治法》作为突发公共卫生事件法律规范体系中的两大基础性法律，具有同等法律位阶，两者对政府预警信息发布权限的规定存在不同。《突发事件应对法》第 43 条规定发布权属于县级以上地方各级人民政府。《传染病防治法》第 19 条规定预警信息发布主体为中央和地方（省）两级。而实际上自 2006 年起，该权力就按照《卫生部法定传染病疫情和突发公共卫生事件信息发布方案》下放到了省一级卫生行政部门。较之《突发事件应对法》确定的县级以上地方各级政府，《传染病防治法》更强调预警信息发布的省级负责。在新冠肺炎疫情处置早期，武汉市就根据《传染病防治法》第 19 条的规定，认为自身未达到预警信息发布的行政级别，故只能向上汇报给湖北省政府。

对上述法律冲突，学界有观点认为，《传染病防治法》和《突发事件应对法》相比，前者属于特别法，应根据特别法优先适用的原则，以《传染病防治法》的规定为准。[13]也有观点认为，两部法律位阶相同，应根据新法优于旧法的原则，优先适用突发事件应对法的规定。[14]还有观点认为，两法关于政府预警信息发布权限的规定并不冲突。《传

[12] 经过 2013、2018 年国务院两次机构改革，卫生部职责由国家卫生健康委员会承担。卫办发[2006]79 号文件并未被废止。所以该文件对省级卫生行政部门预警信息发布的授权目前仍然具有法律效力。

[13] 参见林鸿潮：《在疫情中检验完善应急法律体系》，载《中国应急管理》2020 年第 2 期。

[14] 参见彭辉、杨力：《突发公共事件信息公开检讨：义务主体、公开范围与责任体系》，吴剑南主编：《城市治理研究（第五卷）》上海交通大学 2020 年版，第 78-86 页。

染病防治法》第 19 条只是对省级政府的预警权做出规定，并没有明确排除县级地方的预警权，而《突发事件应对法》第 43 条规定县以下政府只在县级行政区域内享有预警发布权，这和省级政府统一发布本省的预警信息并不矛盾。[15]

此外，对于将预警信息发布权赋予县级以上政府的做法，学界也有不同的认识。有学者认为，从有利于应对和控制事态考量，均应统一授权县级以上地方各级人民政府为传染病爆发、流行时的传染病疫情信息、突发（公共卫生）事件预警，以及传染病预警、相应级别的（突发事件）警报的发布主体。[16]也有学者持不同观点，认为直接下放预警权和疫情确定信息的宣布权到市、县并不恰当。地方市、县级政府在传染病科学、准确认定方面的资源条件和研判能力不具有优势和条件，因而在确认结果的科学性和准确性上难以保证。同时，省级以下的各行政区域都可自主宣告传染病预警和公布疫情信息，继而启动各自的应急预案，极易导致混乱，影响全局性统筹安排。[17]

我们认为，《传染病防治法》和《突发事件应对法》在信息发布权总体设计方面并不一致，未来应通过法律修订或修正来解决。

第一，《传染病防治法》对信息公布权限的规定以卫生行政部门“条”的管理为主。在“块”的管理上，该法仅赋予省、自治区、直辖市人民政府预警信息发布权，后又通过原卫生部规范性文件将权力授权给省一级卫生行政部门。《传染病防治法》未规定市、县政府享有预警信息发布权，按照公权力法无授权不可为的基本原则，不应理解为是给市、县政府预警信息发布权留出一定的空间。

第二，《突发事件应对法》强调以“块”的管理为主，遵循属地管理为主的原则，将信息发布权归属县级以上各级地方政府。《突发事件应对法》明确规定县级以上地方人民政府具有预警信息发布权的做法，不仅是对地方政府履行预警信息发布责任的明确规定，而且也是落实属地管理的题中应有之义。《突发事件应对法》第 4 条规定：“国家建立统一领导、综合协调、分类管理、分级负责、属地管理为主的应急管理体制。”所谓属地管理为主，意味着只有地方政府无力应对，需要中央提供帮助时，才由中央协调、指导或调配各方力量提供支持。

二、我国新冠肺炎疫情处置中政府预警信息发布制度暴露出的问题

在我国新冠肺炎疫情处置中，政府预警信息发布制度暴露出政府和专业力量之间合作治理不充分，自下而上的信息治理效能不高等问题。

（一）政府和专业力量之间合作治理不充分

突发公共卫生事件预警信息的研判高度专业化，要在监测的基础上开展，高度依赖

[15] 王旭：《重大传染病危机应对的行政组织法调控》，载《法学》2020 第 3 期，第 90 页。
[16] 胡晓翔：《浅议传染病疫情预警和信息发布机制》，载《南京医科大学学报(社会科学版)》2020 年第 1 期，第 4 页。
[17] 方世荣、孙思雨：《公共卫生事件“前预警期”的地方政府应对权配置》，载《云南社会科学》2020 年第 3 期，第 90 页。

专业机构和专家的信息处理能力。疫情防控中的技术治理表现出对数字技术的较高依赖，对跨部门数据对接、信息共享与组织协同具有更高期待。[18]各级疾病预防控制机构给政府预警信息发布决策提供重要参考。同时，其作用的发挥也依赖于政府对技术治理和专家意见是否尊重。但是，从新冠肺炎早期处置过程来看，疾病预防控制机构的作用并未很好的发挥。

1.“直报系统”未有效发挥作用。对传染病的风险评估应当建于客观、可靠的科学证据之上。[19]“非典”之后我国建立的“直报系统”是中国疾病预防控制中心专业研判的重要技术支持。但是，在我国新冠肺炎疫情处置早期，“直报系统”快捷、客观、准确的优势并未得到充分发挥。这从 2020 年 1 月 20 日之前武汉市医疗卫生机构对新冠肺炎感染者的上报情况以及疾控、卫生行政部门的应对可以看出：新发临床病例是被及时发现并上报的，但大都是以口头、邮件、电话等方式报告。并且，一线医生对于临床病例的上报是逐级层报而非直报，且程序繁琐——先经院内专家进行会诊、逐级检测均确认属于不明原因肺炎的，再经湖北省卫健委批准上报。[20]这个做法与“直报系统”的要求是相悖的。直报系统的设计初衷是便于医院、疾控中心等医疗卫生机构对临床病例即时监测和汇报，及时从专业角度研判。直报信息的审核主体为疾病预防控制机构而非行政机关。但是，在武汉早期疫情处置过程中，直报信息的审核主体实际变成了湖北省、武汉市的卫健委。直到 2020 年 1 月 25 日，“直报系统”对新冠肺炎病例个案信息、诊治信息、感染来源等相关信息的快速报告功能才被启用。[21]究其主要原因，是我国当下法律在新发传染病监测、纳入法定传染病管理前的即时控制等方面，赋予政府的权力与职责不充分，对新发传染病纳入法定传染病管理的行政程序亦缺少规范。[22]

2.地方政府对专业意见的重视不够。专业力量参与风险评估、研判能够加强政府决策的科学性。“应对突发公共卫生事件需要科学决策，既期望负责官员是内行专家，也要有畅通机制，让专业机构和专家参与到决策之中。”[23]“应急决策应当注重技术治理。一是科学管理，即用科学原理和技术方法来治理社会；二是专家治理，即由接受了系统的现代自然科学技术教育的专家掌握治理权力。”[24]在新冠肺炎疫情处置早期，国家卫健委先后派了三个专家组到武汉调查、指导、研判，实际只有钟南山、李兰娟等组成的第三个专家组（卫健委高级别专家组）发挥了重要作用。[25]反观前两个专家组的专业优

---

[18] 董幼鸿、叶岚：《技术治理与城市疫情防控: 实践逻辑及理论反思 —以上海市 X 区“一网统管”运行体系为例》，载《东南学术》2020 年第 3 期，第 24 页。

[19] 劳伦斯·O·戈斯廷&林赛·f·威利：《公共卫生法：权力、责任、限制》，苏玉菊等译，元照出版公司 2019 年版，第 57 页。

[20] 参见信娜等：《传染病网络直报系统投资了 7.3 亿，为何失灵了 28 天？》，载微信公众号“财经杂志”，2020 年 2 月 25 日上传。

[21] 中国疾病预防控制中心：《传染病网络直报系统新型冠状病毒感染的肺炎动态监测功能上线》，载中国疾病预防控制中心网站，http://www.chinacdc.cn/zxdt/202001/t20200125_211441.html，2020 年 3 月 25 日访问。

[22] 赵鹏：《疫情防控中的权力与法律—<传染病防治法>适用与检讨的角度》，载《法学》2020 第 3 期，第 86 页。

[23] 王奇才：《应对突发公共卫生事件的法治原则与法理思维》，载《法制与社会发展》，2020 年第 3 期，第 71 页。

[24] 陈柏峰：《风险社会的技术治理与应急决策》，载《中国法律评论》2020 年第 2 期，第 4 页。

[25] 2020 年 1 月 18 日，钟南山担任高级别专家组组长受命赶往武汉实地调查。1 月 19 日，他又从武汉奔赴北京参加

势并未发挥出来。新型冠状病毒感染肺炎专家组成员王广发主任医师说，当时看到的资料是没有医务人员被感染，所以 1 月 11 日据此接受采访，说疫情“可防可控”，他 1 月 16 日白天回到北京以后，就发现自己被感染了。专家组成员曾光提到：“回顾 2003 年 SARS 之战的经验，其中非常重要的一点是当时专家组成员可以直接跟决策者对话，专家组的声音能很快被采纳。这次疫情发生时，当时我们到武汉，没有见到省市主要领导，专家组的建议没有及时被听到，这是遗憾。”[26]由此可以看出，专家作用的发挥仰仗决策机关重视与否。正如有学者指出：“专业化所强调的独立性，使其较难融入传统官僚一统体制的逻辑中，一统观念实际上阻碍或否认了各个领域中建立共享观念的专业化过程，专业组织和活动常常被看作是对一统体制的威胁，从而受到极大限制。”[27]政府涉及专业问题的行政决策，应当尊重专业技术判断增强科学性，促进政府与专业力量之间形成合作治理的格局。

当前疾控中心作为事业单位，在预警信息研判中功能的发挥受制于行政权的问题亟待解决。钟南山院士建议：“应对突发性公共卫生事件，要提高疾控中心的地位，疾控中心要有一定的行政权。”[28]预警信息发布合作治理语境下，疾控中心作为专业机构，应当享有与其专业能力相适应的权力。疾控中心由事业单位如果转制为行政机关，会涉及到人员编制、待遇等一系列问题，各地情况不同，处理起来容易久拖不决。更为重要的是，以疾控中心为代表的专业知识机构要想真正发挥对于行政决策的智库、制衡作用，反而更应保持自身的独立性。

（二）自下而上的信息治理效能不高

政府预警信息发布是一种风险信息治理行为。新冠肺炎疫情爆发后，疫情防控工作在中央统一领导下积极稳步有效开展。但是，一些地方政府在疫情早期处置过程中，表现出被动、消极、低效的问题。这固然有多方面的原因，但从体制上看，主要是囿于以下两个方面。

1.科层制组织体制易导致信息失真。科层制组织体制下，“下级政府为最大限度规避自身决策的风险，避免承担不必要的行政责任，往往会策略性对信息进行筛选提炼加工后再汇报。上级收到的信息，少有原始消息，多是经由处理的信息。”[29]在执行来自上级部门特别是中央政府的各种政策指令时，一些基层政府常常采取“上有政策、下有对策”的做法，联手应付自上而下的政策要求以及随之而来的各种检查，导致了实际执

国家卫健委的会议。1 月 20 日上午，李克强总理主持召开国务院常务会，钟南山、李兰娟院士列席会议。1 月 20 日，钟南山院士提出存在“人传人”现象，强调严格防控。1 月 22 日，湖北省启动突发公共卫生事件二级应急响应，1 月 23 日，武汉宣布封城。1 月 29 日，全国 31 个省份全部启动重大突发公共卫生事件一级响应。

[26] 参见曾光：《当时专家组去武汉没见到省市主要领导》，载健康时报网，http://www.jksb.com.cn/html/2020/jjxxgzbd_0324/160944.html，2020 年 3 月 24 日访问。

[27] 周雪光：《中国国家治理的制度逻辑》，生活.读书.新知三联书店 2017 年版，第 438 页。

[28] 参见广州市新闻通气会：《广医专场介绍广医全方位抗疫战果》，载广州医科大学网站，http://210.38.57.81:7001/portlet_sso/Messge.jsp?mid=11821，2020 年 2 月 27 日访问。

[29] 邓小南：《信息渠道的通塞:从宋代“言路”看制度文化》，载《中国社会科学》2019 年第 1 期，第 120 页。

行过程偏离政策初衷的结果。[30]武汉市卫健委作为地方卫生健康主管部门，能直接获得全市医疗、疾控机构的信息，也有能力了解疫情的真实情况，并且也应当提醒、引导公众提前防范，但是，其实际做法却不尽如人意。据媒体报道，2019 年 12 月 30 日中午，武汉市卫健委发布的第一条关于疫情的情况通报说，已发现病例 27 例，其中 7 例病情严重，且未发现明显人传人现象，未发现医务人员感染。此通报和医务人员对疫情的了解是不一致的。武汉金银潭医院一名科室主任提到，此通报中公布的全市患者还没有自己手里的病例多。[31]在武汉市中心医院，甚至还出现医生说真话被训诫处分的事件。

2.地方信息资源优势未能充分转化为决策优势。地方政府作为属地政府，虽然行政级别低，但是在信息的获取、使用、控制上享有天然优势。例如，较之于中央，武汉市和湖北省作为事发地的政府能够第一时间获取疫情信息。但是，按照现有规定，武汉市人民政府不享有预警信息发布权，只能将信息向上汇报至湖北省人民政府，由后者对公众发布。虽然将地方重大事项的决策权赋予省级地方政府更为慎重，但是时效性和效率肯定受到影响。而针对突发公共卫生事件应急治理，及时发布预警信息应是首要考虑的。

三、在《传染病防治法》修订中进一步完善政府预警信息发布制度的建议

（一）《传染病防治法》(修订草案征求意见稿)的相关规定及存在的问题

针对政府预警信息发布制度中存在的问题，2020 年 7 月，国家卫健委制定的《传染病防治法》（修订草案征求意见稿）（以下简称“征求意见稿”）进行了相应规定，完善了人民政府、卫生健康主管部门、疾病预防控制机构在预警信息发布各环节的职责，明确了预警信息发布权限划分，重构了预警信息发布机制。征求意见稿将《传染病防治法》第 19 条：“国家建立传染病预警制度。国务院卫生行政部门和省、自治区、 直辖市人民政府根据传染病发生、流行趋势的预测，及时发出传染病预警，根据情况予以公布。”修订为

第 24 条：“各级疾病预防控制机构根据多渠道传染病监测信息和风险评估结果，向社会发布健康风险提示，并根据需要向同级卫生健康主管部门报告预警建议。卫生健康主管部门接到报告后及时组织评估，对于需要发布预警的，应当及时向同级人民政府提出发布预警和启动应急响应的建议。各级人民政府按照有关法律、行政法规和国务院规定的权限和程序，决定向社会发布传染病预警并启动应急响应。传染病预警工作规范由国务院卫生健康主管部门制定。”

征求意见稿对预警信息发布体制和权限进行的重大修订主要体现为：

第一，规定了疾病预防控制机构在信息预警上的权力，包括向社会发布健康风险提示和向同级卫生健康主管部门报告预警建议。

---

[30] 参见前注 27，周雪光书，第 197 页。

[31] 参见王珊：《新冠肺炎，医院的节点》，载《三联生活周刊》2020 第 7 期。

第二，规定了卫生健康主管部门对预警建议组织评估的权力，以及向同级人民政府提出发布预警和启动应急响应的建议权。

第三，各级人民政府按照有关法律、行政法规和国务院规定的权限和程序，决定向社会发布传染病预警并启动应急响应。目前，有关法律规定的权限主要是指《突发事件应对法》第 43 条规定的县级以上地方各级人民政府的发布权，也就是说，县级以下乡镇、街办政府没有预警信息的发布权。

从逻辑衔接上看，征求意见稿上述规定也存在一些瑕疵。因为征求意见稿第 23 条关于“风险评估制度”的规定已经明确了预警发布前的评估由疾病预防控制机构完成：“国家建立传染病疫情风险评估制度。各级疾病预防控制机构应当及时分析传染病及健康危害因素相关信息，评估发生传染病疫情的风险、可能造成的影响以及疫情发展态势。经评估可能严重危害公众健康的，应当立即报告本级卫生健康主管部门，由卫生健康主管部门组织本级专家委员会进行分析研判。”可见，卫健委负责的是组织专家对疾控中心的评估结果进行研判，进一步保障评估结果的准确性、科学性。即在人民政府发布预警前，疾控中心和卫健委的职责是紧密衔接、清晰划分的。第 24 条“卫健委接到疾控中心报告后组织评估”的表述，与第 23 条规定不一致，易造成疾控中心和卫健委在风险评估中的权责交叉。所以，建议将卫生健康主管部门“及时组织评估”改为“及时进行研判”。

总之，建议征求意见稿对人民政府发布预警前的传染病信息风险评估机制进一步作出明确规定，从实体上明晰各级疾病控制机构和卫生健康主管部门在风险评估中的权责；从程序上简化预警决策流程，促进风险评估机制高效落实和执行。首先，明确预警发布前的风险评估由各级疾病预防控制机构完成。即各级疾控机构通过内部“直报系统”、社会主体报告等多渠道监测、收集传染病预警信息，并及时开展风险评估，根据评估结果向社会发布健康风险提示。其次，明确同级卫健委的职责是组织专家对疾控中心风险评估结果进行研判。通过专家研判，为评估结果的准确性、科学性提供进一步保障。

除此以外，我们认为，征求意见稿以及相关制度对预警信息从监测到发布各环节应需要做出以下三个方面的进一步完善。

（二）加强预警信息发布决策体制建设

1.构建权责对等的预警信息决策激励机制。权责对等是权力配置的基本原则。突发公共卫生事件预警信息发布的决策风险必须和免责的豁免规定相配合，才符合权责对等的原则。我国突发公共卫生法律规范中，对国家工作人员履职不力设置了相应的行政、刑事责任，但缺乏有关“特权免责”的规定。“特权免责”强调免责的前提是，公共卫生方面所采取的措施必须使其给目标人群带来的收益尽可能大大超过可能的风险。[32]那么，面对突发公共卫生事件，一味对官员决策错误问责而忽视相应豁免，极易造成官僚体系中无人敢决策和无人愿担当，或出现为降低自身决策风险而以“共谋”或“层层上报”的方

[32] 翟晓梅、邱仁宗：《公共卫生伦理学》，中国社会科学出版社 2016 年版，第 62 页。

式转嫁决策责任和风险的问题。对此，建议《传染病防治法》修订时，在“法律责任”专章中根据“特权免责”原理，增加政府及时发布预警信息的“免责”条款，构建政府风险决策激励机制，为地方官员敢于担当提供组织法保障。建议增加以下的规定：“政府及时发布预警信息，保护公众健康权、维护社会秩序稳定的良好社会效果大于因预警信息发布所造成的难以预料的损害时，可免于承担行政责任。对造成的损害，依法进行相应补偿。”

2.决策者应当具备相关专业背景。面对突发公共卫生事件所具有的较大预测难度，政府在早期信息不确定的情况下要做到及时发布，决策者不仅需要一定的勇气和担当，也需要相应的专业知识背景。充足的忧患意识、对社会风险及其演化具有敏锐感性认识能力、作出合理推断的理性思维能力、可靠的知识基础、技术支撑和价值指引是预警主体有效从事预警活动应具备的主体素质。[33]湖北省新冠肺炎疫情处置过程，截至 2020 年 2 月 19 日，调整了四个地市的卫健委主任和一个省卫健委主任的职务。被免职的卫健委主任大都没有卫生专业背景，在疫情处置中力不从心，不能适应工作的需要，出现难决策、怕决策的问题。建议党委组织部门考察选任卫生部门负责人时应增加专业背景的要求。有医疗卫生专业背景的行政人员对公共卫生决策具有专业敏感性和判断力，能够对风险及其走向进行较为准确的把控。建议在党内组织人事方面的法规明确卫生行政部门负责人应具备医学相关专业知识背景或工作经历，为以后组织部门严格按照专业优先的标准选任卫生行政部门官员提供规范指引。

（三）提升政府和专业力量之间合作治理的效能

在公共卫生领域，应当提升专业技术力量在党政决策中的地位和影响力，增强其话语权，从而避免行政裁量过程中的随意性和主观性。应当运用技术治理手段，解决委托-代理难题，倒逼政府职能部门提升效率，平衡对上负责和对下负责的技术设计。[34]具体而言，可以从以下两方面进一步完善工作机制。

1.重视发挥疾病预防控制机构、医疗机构等专业力量的作用。疾控中心作为事业单位，对其专业领域中的事项应有自主决定权，在对突发公共卫生预警信息的处置上，既可对内向其所属卫生健康主管部门报告，也可在形成评估报告的基础上直接对外向社会发布风险提示。有专家指出：“应以立法授予疾控机构必要的外部职能，并明确疾控机构的法定职责与法律责任。还应重构行政机关与疾控机构间关系，理性认识疾控机构的专业性和相对自主性。”[35]我们也不赞成将疾控中心确定为行政机构，同意按照当前征求意见稿之规定，以立法形式授予其享有一定程度上的对外信息发布权限（如发布风险

[33] 欧阳康、孟小非：《社会预警问题的哲学透析——多维内涵、系统结构及其认知发生过程》，载《哲学动态》2019 年第 11 期，第 7 页。

[34] 彭勃：《技术治理的限度及其转型:治理现代化的视角》，载《社会科学》2020 年第 5 期，第 11 页。

[35] 宋华琳：《疾病预防控制机构法律地位的反思与重构》，载《探索与争鸣》2020 年第 4 期，第 195 页。

防范提示、警示），同时保证其在对预警信息的监测以及风险评估结果的运用方面享有自主决定权。

2.建立常态化的专家参与决策制度。专家论证、咨询制度是保证专家系统发挥作用和提升行政决策科学性的重要制度。《法治政府建设实施纲要（2015—2020 年）》中明确提出，各级行政机关要完善依法决策机制，规范决策流程，对专业性、技术性较强的决策事项，应当组织专家、专业机构进行论证。首先，建议将专家论证会、专家咨询会规定为卫生行政决策的法定前置程序。经过协商过程形成的决策结果，可以在参与者之间产生更多的政治支持、正当性与信任，推动社会公共政策的执行，并为以后的合作互动积累起长期的信任与社会资本。[36]即，突发公共卫生事件处置中，遇到专业问题，要保证专家有能够直接与决策者进行对话的渠道，使其专业评估和科学意见能够被决策者及时知晓。其次，为避免专家论证会、咨询会形同虚设，还应强调决策过程具有可回溯性。对召开的专家论证会、咨询会要形成档案记录，同时将政府对专业意见建议的采纳情况作为法治政府创建的一项重要评价指标。

（四）完善政府预警信息发布中的属地责任

为避免信息垄断和壁垒造成防疫工作被动，政府预警信息发布应当具有一个神经中枢，但绝不能只有一个感应节点，要充分发挥央地两个积极性，促进疫情及时发现。总结新冠肺炎的教训，科层制体制带来的信息不对称和地方消极、被动应付的问题，应进一步落实地方政府属地管理责任，规范和完善应急状态下地方政府预警信息汇报机制、推进医防结合。

1.落实基层政府在预警信息发布中的责任。此次征求意见稿的修订中，针对《传染病防治法》和《突发事件应对法》关于预警信息发布主体规定的冲突，以《突发事件应对法》为准，对《传染病防治法》第 19 条进行了修订，赋予县级以上人民政府突发公共卫生事件预警信息发布权，同时根据突发公共卫生事件的影响范围、危害程度、可控性等，细化中央与地方的管理责任。

预警信息发布的属地管理强调地方对其行政辖区内的公共卫生事务负有首要责任。立足信息的有效治理、及时传递，地方政府在预警信息发布过程中，在精准服务和有效管控上发挥着至关重要的作用。这是因为，首先，地方政府在信息资源获取方面具有天然的优势，能够减少信息逐级上报过程中真实性和及时性的损耗。其次，地方政府本身拥有多项治理权，能够发挥组织、协调和动员作用。基于此，征求意见稿将政府预警信息发布权属下移至地方是合理的。

征求意见稿也应重视乡镇、街办等基层政府和群众性自治组织作用的发挥。明确规定：第一，乡镇、街办在重大突发传染病发现中应当负有及时汇报的责任。第二，乡镇政府、街道办事处建立本级重大突发传染病联防联控机制。统筹协调传染病防治工作中

[36] 陈剩勇：《协商民主理论与中国》，载《浙江社会科学》2005 年第 1 期，第 29 页。

重大事项，定期了解辖区内传染病流行情况和防治措施，协调保障防控措施落实。第三，乡镇人民政府和街道办事处对辖区居委会、村委会、业主委员会、物业公司、企事业单位传染病管理防控工作，具有指导的权力。第四，居民委员会、村民委员会应当发挥自治作用，协助相关部门做好社区传染病防控宣传教育和健康提示，落实相关防控措施，根据政府授权及时收集、登记、核实、报送相关信息，并组织居民、村民参与社区、农村的传染病预防与控制活动。

2.推动医防结合。基层医院作为治疗机构与卫生健康主管部门、疾病预防控制机构之间相互分离，救治和防控缺乏联动，这不利于传染病预防工作的及时开展。对此，上海传染病防治地方立法 2018 年 1 月 1 日实施的《上海市传染病防治管理办法》第 8 条规定了传染病调查员制度："本市探索建立传染病调查员制度。传染病调查员一般由经卫生计生部门培训合格的专业医疗卫生人员担任。传染病调查员承担传染病病例现场流行病学调查、查明传染来源，组织标本采集、消毒等疫情处置，提出传染病预防和控制建议，制作传染病疫情流行病学调查与处置情况报告等任务。"《传染病防治法》的修订中，建议应从加强传染病病例现场研判出发，增加对有关"传染病调查员"等类似主体设置、培训的规定，完善医院与卫生健康主管部门、疾病预防控制机构之间在传染病防控中医防结合、平战结合上的工作衔接配合机制

新冠肺炎疫情防控例证下的基层治理与人权保障

何士青[1]

【摘　要】人权保障是新时代推进国家治理现代化的价值引领和根本目标，基层治理作为国家治理重要方面和深厚支撑对人权保障具有特殊地位和功能。新冠肺炎疫情防控是对基层治理的大考，也是对人权保障的大考，基层治理状况直接关系人权是否得到有效保障，基层善治是保障人权的前提基础。以新冠肺炎疫情防控为契机推进基层善治与人权保障的统一，坚持中国特色人权理念的价值引领、凝聚"休戚与共"的基层治理力量，健全"三治结合"的基层治理体系。

【关键词】新冠肺炎疫情防控；基层治理；人权保障

充分享有人权是中国共产党领导中国人民长期奋斗的美好目标，加强人权保障是新时代推进国家治理体系和治理能力现代化的价值引领和根本任务。党的十九届四中全会通过《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度　推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》指出："加强人权法治保障，保证人民依法享有广泛的权利和自由、承担应尽的义务。"[2]在国家治理体系中，作为"底盘"的的基层社会治理对于人权保障具有特殊意义。基层社会治理是城乡居民进行的"自我管理、自我教育、自我服务"，因其具有"基层性"而成为贯穿落实国家保护人权的法律和政策的基础阵地。新冠肺炎疫情防控彰显出基层社会善治对于人权保障的重要意义，对新冠疫情防控中的基层治理进行回顾和总结，有助于推进基层社会善治与人权保障的统一。

一、基层治理及其人权保障价值

人们对人权的理解见仁见智、对人权的界定众说纷纭，而人权是"人作为人应该享有的权利""人自由主张或要求自身正当利益的资格""人获得尊严的基本条件"等内涵则获得人们的普遍认同。人权理念如此美好，以致它一经提出就被当作肯定人的价值和尊严、反对专制压迫和奴役的思想武器，引领着人类文明前进的方向。正如恩格斯所指出的："从今以后，迷信、非正义、特权和压迫，必将为永恒的真理，为永恒的正义，为基于自然的平等和不可剥夺的人权所取代。"[3]在当今时代，人权保障成为衡量政治文明的重要尺度，各国的人权保障因其社会制度、历史传统思想、认识等方面的不同而在方法和措施上各具特点。中国的国情决定了人权保障的中国特色，中国的人权保障不仅需要科学的顶层设计，而且需要良好的基层治理。

---

[1] 何士青，华中科技大学法学院教授、博士生导师。

[2] 《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度　推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》，《人民日报》2019 年 11 月 6 日，第 1 版。

[3] 《马克思恩格斯选集》第 3 卷，人民出版社 1995 年版，第 356 页。

（一）基层治理是国家治理的深厚基础

国家治理是掌权者在治国理念的指导下通过一定方式对国家事务、经济文化事业和社会事务进行管理和控制、采取一定的措施调和人们的不同利益甚至相互的利益并使人们为着共同利益采取联合行动。国家治理是自古以来就有的活动，但不同国家的执政者采用的治国方式和措施不尽相同。在当今中国，国家治理在治理方略上以法治为基本兼及发挥政策、道德等社会规范的功能，在治理主体上“不仅强调国家、政府自上而下的管理，而且也强调非政府组织、市民社会在治理中所发挥的作用”[4]，在治理结构上有中央治理、地方治理、基层治理三个子系统。中央治理属于顶层设计，中央机关向全国各民族各地区人民提供公共产品并对跨区域事项进行协调治理；地方治理承上启下，地方各级机关执行中央机关和上级机关的决定并办理有关本地方发展的事项、为本地区人民提供公共产品；基层治理居于“底端末梢”，基层组织办理本组织公共事务和公益事业、向政府反映本组织群众的意见要求并提出建议。

基层治理是国家治理的重要方面，同时具有社会治理的属性。正如有学者所言：城乡基层群众性自治组织是构成社会的最基本单元，是社会建设的最基本着力点，“因此，具体社会事务治理主要指基层社会治理，社会治理概念约等于基层治理概念”[5]。基层治理具有基层性和社会性而国家治理的深厚基础和有力支撑，由此人权保障对国家治理的依赖势必通过对基层治理的要求而体现出来。首先，基层治理通过构建和运行“人人有责、人人尽责、人人享有”的社会治理机制，实现基层群众的共建、共治、共享，“在维护现存社会结构良性运行的基础上提升社会主要构成要素的品质并丰富其内涵，推进社会形态向着更有利于社会主体生存和发展的方向进步”[6]。其次，基层治理通过基层党组织、城市居民委员会、农村村民委员会以及基层群众等社会最基本单元对基层公共事务的管理、决策和服务等活动而进行，在国家治理结构的层级体系中处于最低层次。再次，基层治理通过基层组织就本区域内的公共事务和公益事业依照法律规定独立自主地进行决策、管理和监督，进行民主决策、管理和监督。概言之，基层治理不同于中央治理、地方治理，基层组织不属于国家权力链条上的单位，与国家机关也不存在权力上的隶属关系，基层治理不接受国家权力的直接介入，但它作为国家治理结构体系的基础部分，为国家治理提供有力支撑，对人权保障发挥重要作用。

（二）基层治理是实现人权的实践平台

按照法学界通论，人权具有三种形态，即应有人权、法定人权和实在人权。对人权三种形态的划分预设了实现人权的进路。应然人权是人作为人应该享有的权利，它是人权的最基本形态，因而实现人权首先必须承认人权、必须树立人权理念。应有人权处于随时随地可能被侵犯的状态，因而必须将其法律化而转化为法定人权。例如，我国《宪

---

[4] 朱景文：《“从法治到善治”的思考》，《法制日报》2008 年 1 月 27 日。
[5] 郁建兴：《辨析国家治理、地方治理、基层治理与社会治理》，《光明日报》2019 年 8 月 30 日第 11 版。
[6] 乔瑞金、吴凯：《现代化社会治理的四维结构研究》，《江海学刊》2020 年第 2 期，第 61 页。

法》第 33 条所规定的："国家尊重和保障人权。任何公民享有宪法和法律规定的权利，同时必须履行宪法和法律规定的义务。"法定人权因得到法律规范的确认以及国家强制力的保障而增强实现的可能性，因而实现人权的关键在于尽可能将应有人权转化为法定人权。但是，法定人权并不意味着人权已经为人们所实际享有，实现人权的最后环节是将法定人权转化为实在人权。从逻辑上看，应有人权到法定人权再到实在人权，存在着内涵增加、外延缩小的关系。这一逻辑关系决定了"人权实现的过程就是应有人权尽可能转变为法定人权再进一步将法定人权全面实现的过程"[7]。正是法定人权转化为实在人权的必要性，奠定了基层治理对于人权保障的不可或缺性。

人权可以作为实在人权形态而存在，表明人权具有实践性，唯有通过社会实践才能为人们所实际享有。基层治理是一种基层组织和群众对基层公共事务和公益事业进行自我管理的直接民主实践。党的十五大报告指出："扩大基层民主，保障人民群众直接行使民主权利，依法管理自己的事情，创造自己幸福的生活，是社会主义民主最广泛的实践。"[8]基层治理所具有的实践性、民主性与人权的实践诉求相契合，基层治理成为实现人权的重要实践平台。《宪法》第 2 条规定，国家"一切权力属于人民""人民依照法律规定，通过各种途径和形式，管理国家事务，管理经济和文化事业，管理社会事务"。地域广阔、人口众多等客观现实决定了人权保障需要通过中央治理和地方治理而发挥国家权力的功能，但不是所有人都能直接参加运作国家权力这种"高大上"的实践活动。绝大多数人作为社会中的普通成员生活在基层，基层治理成为生活在基层的普通群众行使民主权利、实现当家作主的实践场域。况且，随着市场化改革的推进及至社会主义市场经济的发展，过去那种政企不分、政社不分的做法逐步遭到摈弃，政府对各种资源和社会活动空间的垄断逐渐弱化，一个相对独立于国家权力领域的基层社会逐步形成。在这种情况下，国家权力对于实现人权依然重要，但主要在于为之提供制度供给和法律救济，发挥管全局、管长远、管根本的功能。基层的公共事务、公益事业等社会事物由基层组织和群众自己来处理，基层治理作为基层组织和群众的自治活动实践着也实现着"人民当家作主"的权利，解决基层群众在生产和生活中遇到的最直接、最现实、最关心的问题，因而成为实现人权的重要平台之一。

（三）基础善治是保障人权的必由之路

基层善治是基层治理的最佳状态，具体表现为基层群众自治、群众平等协商、基层服务良好、基层社会有序等方面的有机统一。基层自治是基层善治的核心内容，基层群众的自我管理、自我服务是基层善治的关键和核心，排除国家权力机关对依法属于基层自治范围的事项的干涉。基层群众平等协商彰显基层善治的价值内容，基层群众平等地参与基层公共事项的讨论，在讨论中充分表达自己的意见和主张，在协商的基础上达成

[7] 李龙：《法理学》，武汉大学出版社 2011 年版，第 446 页。

[8] 江泽民:《高举邓小平理论伟大旗帜,把建设有中国特色社会主义事业全面推向二十一世纪——在中国共产党第十五次全国代表大会上的报告》，《求是》1997 年第 18 期，第 15 页。

对公共事项的共识，由此彰显基层善治的平等、自由、民主、人权等价值精神。基层服务良好是基层善治的应然之义，基层善治意味中基层工作以保障人权为价值指引、以基层群众需求为着眼点、实现基层公共利益最大化为目标，基层群众对公共卫生、文体设施、优抚救济等方面的需要能够得到满足，基层群众关心的热点问题、提出的建议意见得到及时的回应。基层社会有序是基层善治的外在表征，基层善治与社会混乱无序不相容，而与社会和谐有序相贯通，表明基层的社会关系稳定，基层群众奉公守法、团结互助，社会治安状况良好，人们群众安居乐业，基层社会呈现出文明祥和的景象。

历史已经证明：乱世无人权，贫穷无人权，愚昧无人权。要保障人权，就要实现国家善治。基层治理既是国家治理结构体系的深厚基础和重要支撑，也是实现人权的实践平台和重要保障。基层治理状况直接关系到人权的实现程度，基层善治是保障人权的必由之路，是充分实现人权的必要条件。首先，基层善治以和谐有序为要件，而基层和谐有序是充分实现人权不可获取的条件。在混乱无序的基层社会中，人权不可能得到保障，充分实现人权更是黄粱美梦；只有在和谐有序的基层社会里才谈得上保障人权，充分实现人权才有可能。其次，基层善治以保障民生为根本目的，而保障民生实质上是实现生存权。在我国，生存权是一项基本人权，实现生存权以物质资料的满足为要件，并与学校教育、就业机会、劳动报酬、困难扶助等公共品的供给密切相连。“基层公共品供给不仅是一个工程技术问题，更是一个治理问题”，而基层治理使“公共品供给从‘政府的事’转变成‘村民自己的事’”，[9]通过基层治理解决公共品的供给问题是人权保障的必由之路。再次，基层善治以群众自治为要义，而群众自治是民主权利的重要实现方式。群众自治意味着群众自由、平等地参与基层的选举、决策、管理和监督，对所在基层组织的公共事务和公益事业依法直接行使民主选举、民主决策、民主管理和民主监督的权利。

二、基层善治的人权保障价值在新冠肺炎疫情防控中凸显

我国的基层治理水平随着改革开放推进而不断提升，基层治理状况朝着人际和谐、邻里互助、环境优美、富裕文明的良好状态不断迈进，越来越多的法定人权随着基层治理状态的改善而转化为实现人权。然而，正如美国法哲学家博登海默所告诫：“人类对秩序的追求，时常为偶然情形所阻碍，有时还被普遍的混乱状况所挫败。”[10]在当今时代，现代化程度的提升在带给人们更多物质享受和精神享受的同时，也使基层善治受到风险事件频发的冲击，进而影响广大人民群众对人权的享有和实现。新冠肺炎疫情是我国迈向全面小康社会征途中偶然发生的重大风险事件，该事件打破了我国经济社会发展的连续性，扰乱了社会秩序，使人们的生命安全和健康受到威胁，使人权保障受到挑战。基层组织是疫情防控的第一阵地，是内防扩散、外防输入的关键防线，基础治理状况直接影响疫情防控成败和人权实现与否。事实证明，基层治理交出了令人满意的答卷，牢

[9] 黄丽芬：《农村公共品供给方式与基层善治》，《华南农业大学学报》2019 年第 1 期，第 104 页。
[10] [美]E. 博登海默：《法理学——法哲学及其方法》，邓正来、姬敬武译，华夏出版社 1987 年版，第 213 页。

牢守住了疫情防控的基础防线，对维护人民生命安全和身体健康作出了重要贡献。当然，毋庸讳言，疫情防控中的基层治理也出现一些不利于人权实现的邻避现象，而这一现象又从反面印证基层善治对于保障人权的价值。

（一）新冠肺炎疫情防控对人权保障的挑战

“新冠肺炎疫情是新中国成立以来发生的传播速度最快、感染范围最广、防控难度最大的一次重大突发公共卫生事件”[11]，疫情爆发的突然性而使人措手不及，病毒的传染性强而使感染范围广，病毒的毒性强而在治疗上难以取得立竿见影的效果，个别媒体报道的渲染性而导致民众的心理恐慌。所有这些势必影响广大人民群众对人权的享有和行使，一些人因新冠肺炎而失去生命和健康。国务院新闻办公室发表的《抗击新冠肺炎疫情的中国行动》指出，

截至 2020 年 5 月 31 日 24 时，全国各地新冠肺炎确诊病例累计 83017 例，死亡病例累计 4634 例。这些数据表明，83017 人因新冠肺炎而损失健康，4634 人因新冠肺炎而失去生命。到笔者写作此文的 2020 年 6 月 15 日，新冠肺炎疫情还没有结束，新冠病毒疫苗还在研制中，因新冠肺炎而损失健康和失去生命的人数还可能增加。

对人权保障的挑战，不仅表现为疫情本身威胁人的身体健康和生命安全，而且疫情防控也会使法定人权转化为实在人权遭遇一定困难。首先，疫情防控使部分人的相当生活水准权[12]受到限制。在通常情况下，人们享有维持正常生活必需条件的权利，可以购买心仪的食物和衣服，可以有病就去医院就医，可以在闲暇时间去娱乐或旅游。但是，在疫情防控中，交通管制影响被管制区域物质生活资料的供应，物质生活资料供应的紧张造成被管制地区物价上涨；小区封闭管理、商场超市关闭不利于人们对生活用品的自主采购；集中医疗资源应对新冠病毒肺炎患者造成其他疾病患者就医不便。这些势必降低人们的物质生活质量，影响人们的相当生活水准权。其次，疫情防控使部分人的财产权受到影响。人权意义上的财产权是受宪法保护的公民通过自己的辛勤劳动和合法经营获取财产的权利。在疫情防控中，一些企业停工停产，甚至一些企业因疫情期间的停工停产导致破产。这些企业的员工失去就业的机会，而小区封闭管理也使得人们不能外出找工作，不能通过自己的劳动获取报酬，从而影响财产权的实现，并进而影响生存权、发展权的实现。再次，疫情防控使部分人的自由权行使受到克减。在通常情况下，人们可以在全国各地自由出行，或乘坐公共交通工具，或驾驶私家车。而交通管制则给人们的自由出行带来不便，城市或小区的封闭管理限制人们之间的自由交往。

（二）新冠肺炎疫情防控的基层治理对人权的保障

---

[11] 国务院新闻办公室：《抗击新冠肺炎疫情的中国行动》，《人民日报》2020 年 6 月 8 日，第 10 版。

[12] 相当生活水准权源自两个国际人权文件的规定：一是《世界人权宣言》第 25 条第 1 款规定：“人人有权享有为维持他本人和家属的健康和福利所需要的生活水准，包括食物、衣着、住房、医疗和必要的社会服务。”二是《经济、社会及文化权利国际公约》第 11 条第 1 款规定：“本公约缔约各国承认人人有权为他自己和家庭获得相当的生活水准，包括足够的食物、衣着和住房，并能不断改进生活条件。”这些规定表明，享有维护相当生活水准权，其最低限度是每个人应享有必需的生存权，具体包括足够的食物和营养权、衣着、住房和在需要时得到必要照顾等。

为了将新冠肺炎疫情对人权的侵害降低最低点，为了在新冠肺炎疫情防控中最大限度地保障人权，广大人民群众在党的领导下、在政府的指挥和协调下群策群力、联防联控，为有效防控疫情并最终战胜疫情、维护人民生命安全和身体健康提供有力保证。疫情防控的成功是党的加强领导、中央统一指挥协调、地方尽责协调配合、各民族各地区守望相助和衷共济的结果，而基层组织和基层群众的积极参与也功不可没。在我国这样一个十四亿多人口的大国，单纯依靠行政力量进行疫情防控很难做到全面覆盖，而且新冠肺炎疫情爆发时正值人口高密度大量流动的春节假期，返乡访友、群众聚集是疫情防控的重大挑战，更需要发挥基层组织在疫情防控中的作用。基层是疫情防控的排头兵，中央的疫情防控决策和地方的疫情防控措施必须由基层组织来贯彻落实、必须转化为基层群众的参与行动。事实证明，正是由于加强疫情防控中的基层治理，“充分发挥基层主体作用，加强群众自治，实施社区封闭式、网格化管理，把防控力量、资源、措施向社区下沉”[13]，将基层各方力量整合起来组建成基层防控工作队，基层网格化管理卓有成效，一个个社区、街道、住宅小区、村庄等被打造成为疫情防控的坚强堡垒。自疫情发生到 2020 年 3 月中旬，“全国近 450 万名专兼职网格员‘秒进’战时状态，充分发挥基层、基础、基石作用，既做信息核查员、政策宣传员，又做矛盾调解员、群众服务员，有力筑牢疫情社区防控的‘第一道防线’”[14]。

新冠肺炎疫情防控中基层治理对人权的保障，不仅表现为基层的疫情防控工作从宏观上对战胜疫情从而保障了广大人民群众的人权所做出的巨大贡献，而且表现为基层组织在疫情期间尽最大努力保障基层群众的人权，这突出表现在生活保障和医疗保障方面。就生活保障而言，在全面实施封闭管理的地方，除了就医和防疫相关活动外，居民一律禁止出入，居民生活保障由基层社会组织承担。基层社会组织成为联系群众与商家的桥梁，通过组建社区、小区、门栋微信群，将每家每户所需生活用品汇总，然后将信息发给商家，商家按照购物信息准备物资，送到社区或需求，然后自愿者组织分发，对年龄大者、身体欠佳者送货上门，从而保障了群众的基本生活水准权的实现。在医疗保障方面，基层医疗卫生机构和基层医务人员不仅通过做好发热患者筛查、加强对密切接触人员管理、对从疫情高风险地区回乡人员进行医学观察、科学指导辖区居民认识和预防疾病等工作而直接参加疫情防控，而且通过网络线上医疗、送药上门等方式满足居民就医需要，以此保障居民的健康权。而且，基层工作人员所进行人员排查、社区消毒、物品派送、送温暖上门、帮助困难家庭和特殊人群渡过难关等惠民活动，让群众感受到温暖，有利于群众的心理健康。[15]

（三）新冠肺炎疫情防控中基层社会的邻避现象妨碍人权实现

邻避是人们为避开可能危及生命、健康和财产安全的风险事件而采取的行动，是人

---

[13] 同 10。

[14] 刘子阳：《450 万网格员筑牢疫情社区防控“第一道防线”》，《法制日报》2020 年 3 月 10 日。

[15] 参阅张胜、王斯敏、姚同伟：《让社区成为疫情防控的坚强堡垒》，《光明日报》2020 年 02 月 17 日第 7 版。

们希望风险事件“不要发生在我家院子”（Not In My Backyard）的心理反映。这种人们基于自我保护意识而“将灾祸推给别人”的“以邻为壑”现象[16]，与风险风险事件的存在以及人们对风险事件的恐惧息息相关。新冠肺炎疫情突如其来，少数基层组织和基层群众因对新冠肺炎病毒的未知而产生恐惧心理，害怕染上新冠肺炎病毒因而在疫情防控中采取一些邻避做法。个别住宅小区采取“锁死家门”的“一刀切”的形而上学做法，使得在疫情防控一线的医护人员有家不能回。个别村子悬挂“带病回村，不肖子孙”“你如果把病毒带回来，你就是罪人”的横幅，对外出求学或务工的村民或其亲属发起的心理攻势，使他们因害怕将新冠肺炎病毒带回村子的心理压力而滞留在外。一些村子采取比较极端的硬性阻断交通的措施，在经过本村的国道上以及通往本村的村路上堆石块、砌砖墙，甚至挖断道路，以此阻碍人际交往和人员流动，从而消除新冠肺炎病毒传入本地的风险。

新冠肺炎疫情防控中的邻避现象只是基层治理中的个别现象，而且是基层组织和群众对于新冠肺炎疫情风险的应急反映，根本目的是为了防范因人们之间的接触而导致病毒传播的风险从而维护本人以及本小区、本街道、本社区、本村等基层单位群众的身体健康和生命安全。但是，在法理意义上，行为目的的正义性不能成为行为本身非正义的辩护理由。我国《宪法》第 51 条明确规定：“公民在行使自由和权利的时候，不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。”这一规定在《民法总则》第 132 条规定具体化为“民事主体不得滥用民事权利损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益”（现为我国《民法典》第 132 条）。新冠肺炎疫情防控中在基层社会出现的邻避现象具有违法的性质，不利于人权保障，甚至导致侵害人权的不良后果。将疫情防控一线的医护人员被挡在家门之外的邻避做法，不仅侵害医护人员的居住权，而且不利于医护人员养精蓄锐从而更好地救治患者，间接地损害患者的健康权；挖断道路、阻断交通的邻避做法，不仅侵害了人们的路权，而且妨碍防疫物质和生活用品的统一协调和调度，影响更多人的健康权、生命权以及适当生活水准权的实现。新冠肺炎疫情防控中基层社会的邻避现象妨碍人权实现，从另一个层面证明加强基层治理、实现基层善治对于人权保障的价值意义。

三、以新冠肺炎疫情防控为契机推进基层治理创新与人权保障的统一

新冠肺炎疫情随着时间的流逝会与我们渐行渐远，新冠肺炎疫情防控事件也终将成为历史陈迹。但是，肆虐横行的传染病疫情在未来不可能完成绝迹，毕竟人类对疾病有太多的未知。何况，“当前，改革发展稳定任务之重、矛盾风险挑战之多、治国理政考验之大都是前所未有的”[17]。对新冠肺炎疫情防控进行回顾与反思，有助于提高未来应对突发公共事件的能力。在朝着“基本实现国家治理体系和治理能力现代化”“全面实现

[16] 关于“以邻为壑”，《现代汉语词典》的解释是：“拿领过当做大水坑，把本国洪水排泄到哪儿去。比喻把灾祸推给别人。”中国社会科学言语言研究所词典编辑室《现代汉语词典》（修订本），商务印书馆 2000 年版，第 1488 页。
[17] 习近平：《在纪念马克思诞辰 200 周年大会上的讲话》，《人民日报》2018 年 5 月 5 日，第 2 版。

国家治理体系和治理能力现代化”目标[18]迈进的当今时代，如何通过基层治理创新而迈向基层善治是一个重要的理论和实践课题。“时代是思想之母，实践是理论之源”[19]，从新冠肺炎疫情防控的基层治理中我们可以获得深刻启示：推进基层治理创新、实现基层善治，应该以中国特色的人权理念为思想引领，从基层治理主体、基层治理体系、基层治理路径等多方面发力。

（一）加强党组织对基层治理的领导

2018 年《宪法修正案》规定：“中国共产党领导是中国特色社会主义最本质的特征。”基层治理必须加强党的领导。党的十九届四中全会明确提出“健全基层党组织领导的基层群众自治机制”“健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的城乡基层治理体系”[20]的要求。新冠肺炎疫情中基础党组织发挥的坚强堡垒作用，为加强党组织对基层治理的领导提供了生动的实践例证。基层党组织对党和国家的疫情防控政策措施进行宣传介绍，及时将党和政府的声音传导到基层，消除了基层群众的恐慌心里，坚定了基层群众战胜疫情的信心。基层党组织对卫生检疫、应急处置、人员流动、物资供应、环境整治等基层疫情防控各项工作进行组织协调，动员基层群众参与并做好疫情防控，组织并抓好基层单位网格服务管理，使得抗击疫情的各项工作有序进行，有效地遏制了疫情扩散，也维护了基层社会稳定。据统计，全国 460 多万个基层党组织在新冠疫情防控中参与“广泛动员群众、组织群众、凝聚群众、服务群众”[21]的工作，激发了基层各方力量抗击疫情的积极性、主动性，形成了抗击疫情的磅礴力量。概言之，基层党组织及其党员、干部奋战在疫情防控第一线，既发挥了领导基层疫情防控的核心作用，也使党的以人民为中心、服务人民的执政理念在疫情防控中转化为基层治理的具体实践。

加强党组织对基层治理的领导，需要从主体建设、价值引领、风险应对等方面共同发力，实现基层善治，从而使广大人民群众的人权能够在基层治理中得到有效保障。首先，在主体建设方面，需要加强基层党组织建设。完善的基层党组织运行标准流程，建立采用群众评价、按项考核等方式对具体责任人进行全方位科学考核的基层党建考核机制，运用信访举报、借助网络平台等方式实现对党组织的权力监督，加强基层党组织建设，优化领导班子设置，加强对基层党员干部的教育，提纲基层党员干部的治理能力和水平，形成一支能治理、善治理的基层党员队伍，从而既能立足于基层治理的经常性工作，又能解决好基层社会的矛盾纠纷以及临时突发问题。其次，在价值引领方面，要求基层党组织树立以人民为中心的价值理念，坚持服务基层群众的价值引领。在基层工作中坚持群众观点和群众路线，引导基层群众积极参与公共事务，集中基层群众的智慧，听取基层群众的意见，反映基层群众的呼声，满足基层群众的正当要求，保障基层群众

[18] 同 1。
[19] 习近平：《在庆祝中国共产党成立 95 周年大会上的讲话》，《人民日报》2016 年 7 月 2 日，第 2 版。
[20] 同 2。
[21] 同 2。

的合法权益，“基层党组织可以与地方乡贤组织、公益组织等社会组织开展合作，明确其治理权利与范围，引导和鼓励他们参与治理，为人民群众提供更加便捷的服务”[22]。再次，在风险应对方面，要求基层党组织树立风险意识，提升应对风险事件的能力和水平。新时代社会主要矛盾的变化、深化改革带来的利益分化和调整、科技在生产和生活中的运用带来的负面效应等，可能成为风险事件的导火索。基层党组织因置身基层前沿阵地、直接面对群众而在应对风险事件中居于重要地位、担负重要功能。基层党组织应该具有风险意识，深入调查研究，掌握基层情况，做好防范工作，将风险事件化解在萌芽之中。一旦风险事件发生，基础党组织应该快速反应，做好政策宣传、价值引领、组织动员、民意表达、利益协调、服务供给等工作，维护基层社会秩序，带领群众应对风险、战胜风险，最大限度地保障群众的生命、健康和财产安全。

（二）坚持中国特色人权理念的思想引领

基层善治在本质上讲是“善念之治”，善念是实现基层善治的思想指南。人权因为具有“无害于人”“善待于人”“既以人权的标准待己，又以人权的标准待人”等道德底蕴而具有善性，人权理念是善念的集中反映，是否坚持人权理念成为衡量文明与野蛮的根本标准。但是，“权利决不能超出社会的经济结构以及由经济结构制约的社会的文化发展”[23]，不同国家的人权理念因政治制度、意识形态和历史传统的不同而在内容方面具有差异性。在当今中国，人民至上的执政理念、生命至上的哲学思想决定了生存权和发展是优先保障的基本人权。习近平也说过：“中国坚持把人权的普遍性原则同本国实际相结合，坚持生存权和发展权是首要的基本人权。”[24]面对新冠疫情具有侵害人的健康和生命的巨大风险，党和政府将保障生命权放在首位，对疫情高风险地区实施“内防扩散、外防输出、严格管控”政策，对患者坚持“应收尽收、应治尽治”的原则。基层组织将这一政策和原则通过封小区、封村落、摸查情况、将疑似患者送医院或隔离地点等措施加以具体落实，虽然使基层群众的行动自由、就业自由等权利受到克减，也使一些企业停工停产、经济发展受到不利影响，但对新冠疫情的有效防控最大限度地保障了人民群众的生命权、健康权。《抗击新冠肺炎疫情的中国行动》指出：“面对未知病毒突然袭击，中国坚持人民至上、生命至上，举全国之力，快速有效调动全国资源和力量，不惜一切代价维护人民生命安全和身体健康。”[25]

新冠肺炎疫情防控印证了以生存权和发展权为基本人权的中国特色人权理念的科学理性、道德善性，而党的十九大对全面坚持小康社会的布局将“人民平等参与、平等发展权利得到充分保障”作为重要方面列入第一阶段（即从 2020 年到 2035 年）奋斗目标之中，未来的基层治理应该加强中国用特色人权理念的引领。我国目前“有 6 亿中低

---

[22] 韩天炜：《基层党组织如何引领基层治理》，《人民论坛》第 27 期，第 46 页。
[23] 《马克思恩格斯选集》第 3 卷，人民出版社 1995 年版，第 305 页。
[24] 习近平：《致“纪念<发展权利宣言>通过 30 周年国际研讨会”的贺信》，《人权》2017 年第 1 期，第 1 页。
[25] 同 11。

收入及以下人群，他们平均每个月的收入也就 1000 元左右”[26]的客观现实决定了保障人民群众的生存权和发展权任重道远，而基层群众性自治组织在保障基层群众生存权和发展权方面大有可为。我国《城市居民委员会组织法》《村民委员会组织法》对基层组织的职能和任务作出了规定。在常态下，基层组织依据法律规定履行职能，办理好基层公共事业和公益事业，包括植树造林、修建公厕、搞好环境卫生、开展基层公共文化建设、开办幼儿园托儿所、扶助贫者病者残者弱者、处理基层群众之间的矛盾和纠纷等，为基层群众的美好生活提供良好环境，使基层群众享有和实现人权获得良好基层社会条件。在类似新冠疫情爆发的非常态下，包括在自然灾害、事故灾难、公共卫生事件、公共安全事件等风险事件发生之时，基层治理应该以民生为要、聚焦于基层群众的生存权保障，尤其需要重视三个方面：一是保障基层群众的健康权，因为“健康是人类生存和社会发展的基本条件。健康权是一项包容广泛的基本人权，是人类有尊严地生活的基本保证，人人有权享有公平可及的最高健康标准”[27]；二是保障基本生活水准权，因为“基本生活需要正是维系人的生命体征的基本要素。缺乏基本生活必需品，人的生命体征将受到威胁，人的尊严将受到损害”[28]。

（三）聚合“休戚与共”的基层治理力量

基层善治从主体上说是“善者之治”，善者是实现基层善治的主体力量。从治理意义上说，善者的基本要求休戚与共的各方组成基层治理的共同体。历史向我们展示，“最终的结果总是从许多单个的意志的相互冲突中产生出来的”[29]。休戚与共的各方虽然在具体诉求上会存在一定差别，但他们的根本利益是一致的，因而能够安危共担、命运与共，形成推动历史前进的合力。新冠疫情防控的成功也印证了这一点：为对付共同的敌人即新冠病毒，基层各方守望相助，休戚与共，心往一处想，劲往一处使，凝聚为基层战疫的磅礴力量，基层的防控、管理、服务等各项工作顺利进行，为战胜疫情、保障基层群众的人权作出了贡献。根据法律和政策的规定，基层治理中休戚与共的各方因职能不同而居于不同地位、发挥不同作用。基层治理是基层群众的自治，因而基层群众以及村民委员会、居民委员会等基层群众性自治组织是最重要的主体力量。但是，基层群众自治不是脱离党的领导，基层党组织通过发挥领导核心作用而成为基层治理的主体力量；基层群众自治也能完全脱离国家权力的控制而天马行空，基层政府通过对基层群众性自治组织的工作给予帮助、支持和指导而成为基层治理的主体力量。此外，机关、团体、部队、企业事业组织不参加所在地的基层群众自治性组织，但通过支持所在地的基层群众自治性组织的工作而对基层治理发挥作用。

如果说休戚与共的各方合力共治是基层善治的基本要求，那么素质良好的治理者之

---

[26] 《李克强总理出席记者会并回答中外记者提问》，《人民日报 》2020 年 5 月 29 日 第 1 版。
[27] 国务院新闻办公室：《中国健康事业的发展与人权进步》，《人民日报》2017 年 9 月 30 日，第 9 版。
[28] 齐延平：《基本生活水准权利与人性尊严》，《人民日报》2016 年 11 月 17 日，第 11 版。
[29] 《马克思恩格斯选集》第 4 卷，人民出版社 1995 年版，第 696 页。

治则是基层善治的最高表现。基层善治要求基层治理各方都具备良好的政治素质、道德素质、法律素质，具备较强的基层治理能力，但不同治理者在基层治理中的角色和地位不同而在素质和能力要求方面也具有差异性。对于基层群众，应该侧重提高其权利和义务意识，培养其民主意识，提供其参与能力和水平，能够充分表达自己的意见、依法办理自己的事情、自觉维护所在基层社会组织和相关群体的共同利益，从而真正成为基层治理的主体力量。对于基层群众性组织，应该侧重提高其基础管理、基层服务的能力和水平，从而能够更好地履行办理基础公共事项、调解基层群众纠纷，向基层国家机关反映基层群众的意愿和提出建议，协助基层国家机关做好与基础群众利益相关的公共卫生、计划生育、优抚救济、青少年教育等项工作，从而真正成为基层治理的主导力量。对于基层政府及其工作人员，则侧重培养其民生至上、基层民主的政治法律理念，提高依法办事、服务基层的能力和水平，从而能够在不干预依法属于基层群众自治范围内的事项的同时指导、支持和帮助基层组织实行自治，由此"实现政府治理和社会调节、居民自治良性互动"[30]。对于基层党组织，则依照宪法和法律规定领导和支持基层群众性自治组织行使职权，支持和保障基层群众直接行使民主权利、开展自治活动，发挥基层党组织在基层治理中的坚强堡垒作用。

（四）健全"三治结合"的基层治理体系

基层善治从方式上说是"善法之治"，善法是实现基层善治的方式方法。实现基层善治的方式方法有多种，自治、法治、德治"三治结合"是实现基础善治的根本。自治是基层治理的本质特征，这一本质特征寓于法律所赋予的基础组织的独立性之中。基层组织不隶属于任何社会团体，与国家机关之间也存在下级与上级、被领导与领导的关系。基层组织这种组织上的独立性决定了基层治理活动的自治性，基层群众进行自我管理、自我教育、自我服务。这种自治性恰正是公民享有平等自由地行使民主权利的反映，恰正是人权实现的重要标志。然而，基层自治并不意味着天马行空。新冠疫情防控中基层社会的邻避现象表明，失去法治约束的基层自治势必导致条块分割；而缺乏道德约束的基层自治可能陷入地方本位主义泥沼——毛泽东曾说过："'以邻为壑'，全不为别部、别地、别人想一想，这样的人就叫做本位主义者。"[31]。可见，基层自治必须依法进行，基层组织及其成员应当遵守法律法规和国家政策，应当遵守本地群众民主作出的不与法律法规和国家政策相抵触的决定或约定。法治是基层自治的基本方式，也是基层自治的根本保障，法治所蕴含的自由、平等、人权、公平、正义、人权等价值决定了法治是基层治理通往基础善治、从而保障和实现基础群众的人权之根本路径。但是，法治不是万能的，法治存在的不足需要德治去填补，"以道德滋养法治精神、强化道德对法治文化的支撑作用，实现法律和道德相辅相成、法治和德治相得益彰"[32]。自治、法治、德治

---

[30] 同 2。

[31] 《毛泽东选集》第 3 卷，人民出版社 1991 年版，第 824 页。

[32] 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，《人民日报》2014 年 10 月 29 日。

是基层治理的三种基本方法，各有所长亦各有所短，三者结合可以取长补短，助力于基层善治，最终保障和实现人权。

健全自治、法治、德治相结合的基层治理体系是一项系统工程，以下三个方面的“推进”相辅相成，构成“三治结合”的基本路径。首先，推进基层自治。加强基层自治的法制建设，完善基层选举制度、基层议事制度、基层事务公开制度、基层民主评议制度、基层组织定期工作报告制度等各项基层自治制度，为基层群众参与基层治理、直接行使民主权利提供充足的制度化渠道，保障基层群众能够自由而直接表达自己的意愿、自主地管理自己的事情、自为地创造自己幸福的生活；加强国家对基层治理的政策、经济和人力的支持，“推动社会治理和服务重心向基层下移，把更多资源下沉到基层，更好提供精准化、精细化服务”[33]；改变将基层群众性自治组织视为街道办事处、乡镇政权机关派出机构的看法和做法，尊重《宪法》《居民委员会组织法》《村民委员会组织法》等法律赋予基层组织和群众的自治权利。其次，推进基层法治。法律职业共同体成员开展送法到基层活动，司法机关采取“行走的法庭”之类方法使司法资源惠及基层民众；加强对基层组织的法律监督，防范基层组织及其干部的违法行为；通过法治讲座培养基层组织的干部和基层群众的法律意识，尤其是使他们了解涉及民生、关乎民利的法律规定；通过法律服务满足基层群众的法律诉求，解答基层群众的各种法律问题，引导基层群众通过法律途径维护自己的合法权益。再次，加强基层道德建设，将道德融入基层自治和法治之中，夯实基层自治和法治的道德根基。在城乡基层建立图书室、文化活动室，使基层群众在文化学习和交流中提升文明素质；运用显示屏、宣传栏、广告牌等户外媒介宣传公民道德规范，营造明德守礼的浓厚氛围；通过树立道德典型、讲好道德故事，使榜样成为崇德向善的引领力量，在基层社会形成家庭和谐、邻里互助、敬老爱幼、热心公益的良好风尚；“各类群众性创建活动是人民群众自我教育、自我提高的生动实践”[34]，通过推进各类群众性创建活动，使基层群众了解参与基层治理既是法律赋予的权利也是应尽责任，从而自觉地、积极地、主动地参与基层公共事务的决策、管理、服务和监督，使基层治理换发生机和活力。

结语

基层治理与人权保障是我国在新时代的两大课题，如何将这两大课题结合起来值得深入研究和探讨。新冠肺炎疫情防控带给我们深刻启示，必须以人权理念引领基层善治、以基层善治推进人权实现。众所周知，基层是民众生于斯、长于斯之所在，基层治理状况直接关系广大人民群众的人权是否得到保障；基层是社会和国家结构层次的底端，基层治理状况直接关系到社会的和谐稳定和国家的长治久安。自新中国成立以来，基层治理就受到党和国家的重视，发端于城市居民委员会的基层群众性自治组织也随着社会主

[33] 同 2。

[34] 中共中央、国务院：《新时代公民道德建设实施纲要》，《人民日报》2019 年 10 月 28 日，第 1 版。

义民主建设的推进而发展，现行《宪法》对居民委员会、村民委员会这两个基层群众性自治组织及其职能的规定以及《城市居民委员会组织法》《村民委员会组织法》将宪法的原则规定具体化，使基层自治因获得法律保障而不断发展。然而，随着经济体制改革的推进和社会主义市场经济的崛起，基层善治面临一些问题和挑战。基层群众收入差距过大而引发的公平问题，基层群众在就业、教育、医疗、居住、养老等方面遭遇的难题，社区、街道、村庄等基层组织发展经济与生态环境保护的冲突问题，等等，这些问题是实现基层善治的阻滞因素，必须着力加以解决。党的十九届四中全会将“构建基层社会治理新格局”确定为新时代的重要课题，将提高基层治理能力和水平纳入推进国家治理体系和治理能力现代化的目标体系，提出了包括“健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的城乡基层治理体系”等方面的具体举措。依据宪法和法律规定，把握新时代基层治理的目标任务，践行党和国家关于基层治理的政策精神，以自治激发基层治理的生机活力，以法治夯实基层治理的制度根基，以德治注入基层治理的浩然正气，使基层治理的效能得到提升，使基层社会呈现出和谐稳定、充满生机活力、富裕文明美丽的良好局面，使广大人民群众在基层善治享有和实现人权。

疫情防控状态下公权力和私权利的失衡与平衡

万高隆[1]

【摘　要】疫情防控是一场法治“大考”，也是国家治理体系和治理能力的一次检验。在特定状态下，公共权力的内容及范围相比于常态下有所扩展，公民权利需要一定程度的减缩，公共权力和公民权利处于一种合法的失衡状态，表现为权力主体的扩大、权力内容的扩展以及公民自由权、隐私权等基本权利的限制与消减。如何在公权与私权失衡中维持相对平衡，防止权力滥用，避免公共权力的过度行使和公民权利的过分缩减，是疫情防控工作有序进行的重要保障。公权扩张应当以法定实施主体为“限”，以法律授予权力为“界”，以控制公共疫情为“度”，对公民的基本权利不得非法进行限制或剥夺，公民财产权的减损应当得到补偿和救济。

【关键词】疫情防控；公权和私权的平衡；行政应急性原则；公民权利保障

行政应急性原则是传统行政法的重要原则之一。当国家安全、公共卫生或社会秩序出现法定的紧急情况的时候，行政主体可以在没有法律授权的状态下采取相应的紧急处置措施。但这并不意味着行政应急性原则可以对抗或排斥行政合法性，更不意味着行政措施不受任何法律控制。行政机关的行政行为必须符合法治精神及合理性原则，只能以有效应对和处置紧急状态为目标和限度。从现代行政法来看，其本质是约束公权力、保障私权利。合法性原则是行政主体作出行政行为的首要原则，即使在应急状态下，也需要法律授予行政机关更多应急处置权，把公权力限定在法律范围内。行政机关行使自由裁量权必须符合必要性、合理性原则，应当把公民的权利损害控制在最小范围内。与此同时，公权力的控制就意味着公民的私权利应当受到一定程度的限制和消减，人身权和财产权等权利都会受到一些约束和影响，公民的义务也要相应地增加。但这种失衡并不是无限度的，失衡中要把握平衡。也就是说，应急状态下必须要平衡好公和私权之间的关系，公权力扩张与私权利受限必须保持平衡，既要有效处置紧急状况，又不能损害公民的基本人权，才有利于实现应急处理的效果和社会秩序的稳定的统一。

一、疫情防控状态下允许公权在一定范围内集中与扩张

从近现代的法治理论来看，公权和私权是一个既相互对立又相互依存的有机统一体。公民权利是国家权力的合法来源，国家权力又是公民权利的重要保障。社会契约论成为17、18 世纪以来西方社会关于公权力来源的普遍解释。洛克认为，在国家产生之前，人类处在自然状态中，没有明确的、公平的法律规则，也没有公正解决争端的裁判者，

[1] 万高隆（1968—），男，江西东乡人，中共江西省委党校（江西行政学院）文化与科技教研部教授，从事法理学、法律逻辑学研究。

更没有一种力量来支持公允裁判的执行。因此，“必然要过渡到市民社会或政治社会，而这种过渡是通过处于自然状态中的人们订立社会契约的方式让渡自己的部分或全部权利给国家以换得后者的保护而完成的”[2]。这种“以自己的部分权利换得对自己权利的保护”的理论，一方面解释了公权力来源于私权利的让渡和赋予，另一方面也论证了私权利离不开公权力的保障。我国是人民民主的国家，一切公共权力都是来源于广大人民的赋予，人民授权论是我国国家权力来源的理论基础。各级人民代表大会是由人民选举产生的国家权力机关，各级权力机关代表人民又选举产生同级国家政权机关，然后由各级国家机关（行政、监察和司法等）行使国家权力。可见，在现代民主国家，公权力的行使范围在任何时候都应当是有限的，都必须在法律的授权范围之内。同时，在法定的公共卫生事件出现时，公民为了得到国家更好的保护，又可能要牺牲一定程度的个人权利。这就意味着在特定状态下公权力和私权利可能会处于一种正常的失衡状态，而且这种失衡是合法的、可容忍的。

（一）权力主体的扩大

在人民主权的时代，广大人民作为权力的真正所有者不可能都来直接行使权力，各类国家权力需要由具体的机构和人员来行使。也就是说，这些机构和个人通过法律的授权而成为权力行使的主体。各类组织机构取得权力是依据宪法和各类组织法，个人的职位通常是通过委任或选举产生。可见，通常情况下行使行政权力的行政主体是法定的组织，即法律法规授权的组织和行政机关委托的组织，并由这些组织机构中特定职位的人员具体实施。法定组织之外的任何主体都不能行使行政权力，否则都是超越职权。但在国家紧急状态下，为了社会公共利益和人民生命健康的需要，会适度扩大公权力的行使主体。2020 年 2 月 6 日，最高法、最高检察、公安部、司法部针对疫情防控工作发布了专门的《关于依法惩治妨害新型冠状病毒感染肺炎疫情防控违法犯罪的意见》（法发〔2020〕7 号，以下简称《意见》），其中对实施“公务”的主体做出了扩大解释。因为防控工作贯彻“以社区防控为主”的方针，管控措施下沉到基层社区。因此，地方政府委托社区居委会（村委会）、小区物业参与疫情防控，但在以往的司法理论和实践中，能够实施公务的人员必须具有“国家机关工作人员”身份，妨害公务罪所侵害的行为对象相应地也只能是“国家机关工作人员依法执行的公务”。毋庸质疑，疫情防控工作是一种公务，但在道路或者小区门口实施相关防控措施者未必是国家机关工作人员，一些行政相对人往往质疑其“公务”身份而出现暴力抗拒等现象，消减了国家权力的权威性和地方政府决策的执行力。《意见》对疫情期间妨害公务罪的侵害对象做出了扩大解释，按照“职责”而不是“身份”加以判定，即在防疫期间凡是实施公共管理活动的人员均可视为国家机关工作人员，均可成为妨害公务罪的侵害对象。这是对于妨害公务罪适用范围的一个重大突破，也就是说，行为人采用暴力、威胁等手段阻碍社区（村委会）或物业工作人员执

[2] 万高隆，罗志坚.法治视角下公权力与私权利的冲突与平衡[J].江西行政学院学报，2012(1).

行疫情防控任务的，也可以构成妨碍公务罪，体现了国家在特定条件下为了特定目标而扩大权力主体范围的情况。

（二）权力内容的扩展

任何国家机关行使公共权力都必须严格遵循“权力法定”原则。行政主体不得在法律规定之外擅自为自己增设行政权力。同样，在没有法定依据的前提下也不得作出限制或缩减行政相对人合法权益或者增加其义务的决定。但在法定的紧急状态下，行政机关的权力内容及范围相比于常态下有所扩展。一是平常状态下行政机关不能行使法律规定的某些权力，紧急状态下则可以充分行使。根据《传染病防治法》的授权，有关政府可以视疫情严重程度限制或者停止人群聚集活动，决定停工停业停课，封闭相关场所，征用相关物资和财产等。在平常状态下，任何行政机关没有这些权力，也不能行使这些权力，政府无权干预企业的正常生产和公民的正常生活，而在公共卫生事件暴发的时期，政府应急管理的相关权力则得到相应的扩展，可以根据当地疫情状况作出相应的决定，采取相应的紧急处置措施。

二、疫情防控状态下私权需要做出相应的让步与消减

国家利益、社会公共利益是个人利益的前提条件和重要保障。当社会公共利益和公民个人权利发生冲突的时候，按照法益权衡原则，公共利益高于个人利益，公民的个人权益必须服从国家、社会公共利益，并在一定程度上作出让步，在一定范围内受到限制或缩减。

（一）公民自由权的限制

从必然王国到自由王国是人类的最终目标。追求自由对每一个人来说至关重要，自由是人的自主性、主体性的体现，“放弃自己的自由，就是放弃自己做人的资格”[3]。从自由的内在含义来看，“自由就是从事一切对别人没有害处的活动的权利”[4]。或者说，在法治状态下，自由是“一个人能够做他应该做的事，而不被强迫做他不应该做的事情”[5]。因此，在现代民主社会里，通常在法律中以权利义务的形式规定了公民自由的范围、程度和界限，法无禁止即自由。但是，公益干预原则是各个国家保障自由的基本法律原则。也就是说，当个人自由的行使可能会影响到社会公共利益的时候，公权力可以对个人自由加以干预。例如，在新冠肺炎疫情发生之后，政府可以依法对新冠肺炎患者采取强制治疗措施，对疑似新冠肺炎患者以及其密切接触者采取隔离观察等措施，相关人员必须配合。当传染病集中暴发的时候，国务院有权根据需要在全国或者省际行政区域范围内，县级以上地方政府有权在本行政区域范围内紧急调集相关人员，这是法律赋予政府在特定条件下的权力，相关人员必须服从安排，不得以本职工作、家庭生活或个人自由等理

[3] 卢梭.社会契约论[M].何兆武，译.北京：商务印书馆,1980：16.
[4] 马克思恩格斯全集：第 1 卷[G].北京：人民出版社,1995：176.
[5] 孟德斯鸠.论法的精神[M].张雁深,译.北京：商务印书馆,1961：154.

由加以拒绝。诸如此类，在法定条件下，个人的自由权一定程度上受到疫情影响而减缩了。任何公民如果不服从当地政府依法作出的决定、命令，或者不配合当地政府依法采取的相应措施，则是一种违反治安管理的行为，可以由公安机关依据《治安管理处罚法》予以行政处罚。确诊的甲类传染病患者拒绝隔离治疗（包括隔离期未满擅自逃离治疗），希望或者放任疫情传播，强行冲闯防疫检查站点或者对县级以上政府依法采取的控制措施使用暴力、威胁等手段进行阻扰等，这些行为都不能以侵害个人自由权利相对抗；情节严重的，可能涉嫌以危险方法危害公共安全罪、妨害传染病防治罪、妨害公务罪等相关犯罪，应当依法追究其相应的刑事责任。

（二）公民隐私权的减缩

隐私权是自然人对于个体私人生活领域的事项依法由本人自主支配并排斥他人非法介入或干预的权利。这是一种以人格利益为客体的权利，包括个人信息、个人生活及个人通讯等与公共利益无关的内容，都属于个人隐私权的保护范围，任何组织和其他个人都不得非法侵害。但在疫情防控中，公民隐瞒个人有关信息可能会危害社会公共利益，带来公共安全隐患。《政府信息公开条例》赋予行政机关对可能造成公共利益重大影响的信息予以公开的权力。《突发事件应对法》授权县级以上地方政府责令有关机构和人员及时收集并报告相关信息，并把反映突发事件信息的渠道向社会公开。《传染病防治法》规定了国务院和省级卫生行政部门应当及时、准确向社会公布全国或者本行政区域范围的传染病疫情信息。法律也允许相关部门在特定情况下公布确诊病人或疑似病人的活动轨迹等个人信息，以指导公众做好个人防护，更有效地遏制疫情扩散和蔓延，从而最大限度减少传染病对公众生命健康产生的危害。因此，在特定条件下，公民的一些个人生活信息就要让位于国家和社会公共利益，要在一定范围内和一定程度上公开。公民的出行轨迹、出行信息必须要如实申报，如果漏报、瞒报个人行程轨迹，拒不执行地方疫情防控指挥部决定的，可能面临行政处罚；情节严重，导致传染病流行的，还可能涉嫌刑事犯罪。在公共利益面前，公民隐私权受到相应的约束和限制。

（三）公民财产权的减损

公民的财产权主要体现在对动产和不动产的所有权，即财产所有权人排他性地支配其动产和不动产的权利，所有权人在法定的范围内有权对其所有的动产和不动产占有、收益、使用和处分的权力。可见，财产所有权是一种独占性、排他性的权利，国家机关和任何个人都不得侵害。但在传染病暴发、流行等特定的紧急状态下，县级以上地方政府根据传染病疫情控制的需要，有权在本行政区域内临时征用交通工具、房屋以及相关设施、设备。如果地方政府对个人、企业、学校等所有的房屋及交通工具进行征用，相关人员及单位必须配合，这就是特定时期对公民财产权的限制和影响。

三、疫情防控状态下公权集中与扩张必须要有边界

在公共卫生事件发生的条件下，不同于一般常态下的国家与社会治理，需要集中甚至扩大政府及其相关部门的公权力，通过法律授予其必要的紧急行政职权，并且在一定范围和一定程度上限制和消减公民权利，以维护国家与社会的公共利益，保障人民健康与生命安全。但公共权力的扩大又可能产生公权力行使的过度或任意的风险，必须保持这种失衡状态中的平衡，防止权力滥用，避免公共权力的过度行使和公民权利的过分缩减，从而产生公权和私权的冲突，增加社会不稳定的因素。

（一）公权扩张应当以法定实施主体为“限”

适格的行政主体只包括法律法规授权的组织和受行政机关委托的组织，其他任何组织和个人都不具有行政主体的资格，不能实施行政行为。即使在特定的疫情防控时期，行政主体也是特定的，没有国家授权和委托，不能自行无限扩大。2020 年 2 月，从瑞丽市运往重庆市的口罩被大理市政府“依法实施应急征用”。县级以上政府确实依法具有征用物资的权力，但仅限于本行政区域范围内，跨省行政区的征用只能由国务院决定，大理市政府不是该批口罩的法定征用主体。再如，按照《传染病防治法》的相关规定，只有县级以上人民政府才有权根据疫情防控需要采取法定的防控措施，作出相关的防控决定。乡镇人民政府和社区居民委员会（村民委员会）只能执行或协助执行上级政府的决定，不能自行任意设立法外权力。但是，在疫情防控工作中，也出现了一些乡镇政府甚至社区（物业）迫于问责的压力，打着疫情防控的旗号，擅自发文，采用各种过激的措施，对公民（业主）增设义务、减损权利。这些主体都不是法定的实施主体，其超越权限作出的紧急决定都是无效的。侵害公民合法权利的，要承担相应的法律责任。

（二）公权扩张应当以法律授予权力为“界”

行政合法是行政执法必须遵循的基本原则和第一原则，即“法无授权不可为”。换句话说，如果没有法律法规的授权，任何公权力都不能损害或限制公民基本权利，这就是公权力扩张的边界。中央政治局常委会在部署全面打响疫情防控会议上明确提出“依法科学有序防控”，其中“依法”是放在第一位的。按照《传染病防治法》的规定，县级以上地方政府对本行政区发生甲类传染病病例的场所或者该场所内特定区域的人员有权采用必要的隔离措施。但是，如果把所有返城人员（无论来自疫区还是非疫区）都集中在指定地点进行隔离，这种做法显然缺乏法律根据，突破了权力的边界。法律只规定了对甲类传染病确诊病人和疑似病人进行隔离治疗，而对于相关的密切接触者，只能采取在指定场所进行医学观察或其他必要的预防措施，采用“一刀切”的方式既不科学，也不合法，“硬核”措施是有边界的，绝不可变成“硬来”，甚至侵害公民的自由权等宪法权利。对于非来自感染区和无相关症状的人员，可以要求其居家自我隔离，这是政府依法作出的决定，对当事人也是有约束力的。

对于公民人身权、财产权和生命健康权等基本权利的限制也必须有法律依据。一些

地方严防死守，在小区出入口设置体温检测点，核实并进出人员身份，这些举措都是合法有效的。但不能一味设限，如一些小区物业直接拒绝租住人员甚至包括房主进入；有的工作人员把不戴口罩的村民捆在柱上；有的防疫人员任意闯入私人住宅，对打麻将的一家 3 人进行呵斥并打砸麻将桌；甚至出现了强制封门、阻断公路、擅自埋杀私人宠物、任意隔离非病毒携带者、未戴口罩出门被直接送上救护车等简单粗暴的做法，都是滥用职权的表现，超越了行使权力的法定边界，侵犯了公民的基本权利。还有一些地方随意出台“土政策”，小区业主进家门都需要用开具各类循环证明，采用传统熟人社会的国家管理模式，这种没有法律法规依据而滥索证明的行为，看似认真负责，实为滥用职权和推卸责任，侵害了公民的住宅权。

（三）公权扩张应当以控制公共疫情为“度”

19 世纪以来，德国行政法中有一个非常重要的原则——比例原则，即行政主体为了实现某种行政目标，可能要对行政相对人的合法权益产生一定的损害或不利的影响，应当把这种损害或不利影响控制在最小范围之内。它包括适当性原则、必要性原则和均衡性原则，实质上就是对行政主体行使自由裁量权的价值取向提出的要求，行政权力采取的行政措施与其追求的目标必须相称，即公权和私权要达到一种平衡、协调。“超越必要性原则即违法的滥用职权行为。”[6]在 20 世纪末，比例原则开始引入中国行政法，逐渐成为行政执法实践中的基本原则。《突发事件应对法》规定了行政主体在应对突发事件过程中应当把握比例原则的要求，行政措施与目的应当保持适度、适当。政府依法采取的任何紧急应对措施的目的都是为了有效防控公共突发事件，保障人民健康与生命安全。为了达到这一目的又必须依法限制公民个人权益，而对公民权利的限制则要符合行政法中的比例原则。因此，在疫情防控工作中，行政措施的界限就是控制传染病、保障公众生命健康，而不可无限扩大。例如，为了这一管控目标，行政主体可以公布感染病人或疑似病人的居住地和活动范围等个人信息，但公布的信息只能以防疫和公共健康为目的，尽量公布感染者或疑似患者居住和活动的区域和范围，而不是公民及其家庭成员的姓名及详细地址，尽可能减少对其个人和家庭产生不利影响，绝对禁止污名化，侵害公民地隐私权。再如，县级以上政府根据疫情防控工作需要可以征用厂房、宾馆、设备、物资等，但不得超出必要限度，个人财产（包括动产和不动产）必须加以保护，不可任意损害，如武汉某职业学院在将学生宿舍改造成隔离观察点的时候，擅自将学生的私人物品当作垃圾抛弃，这就明显超越了征用财产的合法界限，应当按照《侵权责任法》的规定承担相应的民事侵权责任。

四、疫情防控状态下私权让步与消减应当存在底线

任何应急状态下对公民权利的限制与消减既要合法又要适度，绝不能以损害生命健

[6] 奥托·迈耶.德国行政法[M].刘飞，译.北京：商务印书馆，2013：32.

康等公民基本权利为代价。对公民权利造成过度伤害，既不符合法的价值追求，也与法的安定性相悖。

（一）公民的基本权利不受非法剥夺和侵害

在应急状态下，因公共健康和安全的需要公民的权利会缩减，但这种缩减并不是无限的，不能扩展至公民的所有权利，如生存权、人格尊严等基本权利必须得到保障。基本权利是由宪法规定的人们在国家政治、经济、文化和社会生活中的根本权利，是一种与生俱来且不可非法剥夺的、不可任意转让的权利。这就引发了突发公共卫生事件应急状态下公民权利的限制与保障的难题，必须合理划分应急措施的边界和受限权益的底线。如人身权、人格权、住宅权、隐私权等公民的基本权利，没有法律规定，任何组织和个人都不得侵害。对其他普通权利的限制也应当在适度的范围之内。一切要以人民的生命健康为中心，无论采取何种硬核的措施，公民的生存权必须放在首要位置，保障封闭区域和所有居民的基本生活物资供应；公民的人格尊严不受侵犯，禁止用歧视性语言和行为举措对待来自疫区的居民或者已经感染的患者；公民的住宅不可非法侵害，不可打着疫情防控需要任意闯入私人住宅、任意搜查私人空间，身份准确、体温正常、无身体其他异常的常住、承租人员应当能够出入本小区(村)，其住宅权、房屋使用权都必须得到保护，不得擅自设限。如有居民身体异常，可以依法采用相应的措施。但是，自从湖北省（除武汉市）解除离鄂通道管控之后，一些湖北籍务工返岗人员在各大城市受到不同程度的就业歧视，省外居住地不愿意出具接受证明，甚至设置各种障碍，使得很多湖北籍公民无法进入自己常住地的住宅小区，其他事项也受到各种形式的差别对待。为此，地方政府应当依据法律作出统一规定，保障湖北籍返岗、返回居住地人员的基本权利。

（二）公民财产权的减损应当得到补偿和救助

当公共卫生事件暴发，社会公众健康面临威胁的时候，国务院有权根据传染病疫情控制的需要在全国或者省际范围内，县级以上地方政府有权在本行政区范围内临时征用房屋、交通工具等相关财产。这就是对公民财产权的消减，也是公民对公共利益做出的让步，能返还原物的，事后应当及时返还。不能原物返还或者原物有损害的，国家应当对这种利益减损进行相应的补偿，这既是对公民财产权的保护，也是对公民的公德意识的引导和激励。我国从宪法到《物权法》《突发事件应对法》《传染病防治法》等法律都做出了相关规定，但征用补偿的标准和资金保障等内容没有具体规定。地方性法规应当根据公平补偿原则，制定明确的应急财产征用补偿标准，并规范补偿专项资金来源，这既可以充分调动企业或个人在疫情防控工作中配合政府处置的主动性和积极性，又能够提升政府应急管理的效能。与此同时，政府应当根据疫情防控工作进展，及时为中小企业的复工复产提供相应的法律保障和政策支持，中央财政应当按照《中小企业促进法》的规定合理安排中小企业发展专项资金，地方政府及其相关部门对符合条件的小型企业依法缓征减征免征企业所得税增值税，实施减免行政事业性收费等优惠政策，帮助其减少损失，尽快恢复正常的生产、生活秩序。

疫情防控中的隔离与人权保障

吕建高[1]

【摘　要】隔离是一种公共卫生干预措施，隔离措施与人权保障密不可分。过度和滥用隔离措施会侵犯人权，但过于强调人权保障无法实现公共卫生目标和有效遏制疫情传播。隔离措施必须与人权保障以可持续和相容的方式发挥作用。隔离具有的必要性与有效性、比例性与最小侵害性以及公共辩护性等正当理由蕴含着人权保障的内在价值，隔离的国内法与国际法渊源为人权保障提供了合法性依据。然而，隔离的国际法渊源缺失对人权的足够关注， 因此，需要完善与隔离相关的国际法律制度并将人权保障融入其中。

【关键词】隔离；人权；人权保障

隔离（quarantine）是一种公共卫生干预措施，指的是限制那些可能接触传染源的无症状者的行动，以防止疾病在可传染期间传播。隔离不同于孤立（isolation），后者是指将已知的确诊感染者在具有传染性期间分离开来，从而防止传染源传播。隔离是政府或相关部门试图控制传染病爆发的重要措施之一，也是世界各国传染 病控制战略的重要组成部分，其目的旨在保护公众健康。确实，在疫情爆发期间， 如果公众充满恐惧并对感染风险缺乏理性认识，他们可能对隔离具有某种需求。然而，任意或过度使用隔离措施会侵犯人权。隔离可能涉及大量的无症状人群自 愿或者依照法律命令被关闭在家中或其它场所，被隔离者可能在很长的隔离期间 无法工作、上学或者维持常规的社会交往，家庭成员可能被分开，个人可能被迫 在隔离期间应对极端痛苦的情形。而且，隔离结束后，被隔离者可能难以调整自 己。[2]因此，隔离措施和人权保障必须以可持续和相容的方式发挥作用，才能真正 实现公共卫生的目标，过于强调其中的任何一个方面都会损害到另一个方面。

一、隔离的缘起与发展

隔离的实践史可以追溯到古代，例如，对麻风病的隔离在《旧约全书》中就有记载。[3]在公元前 4 世纪，希波克拉底和其他的希腊学者就曾讨论过对其它疾病的隔离措施。到了中世纪，隔离很可能始于 12-14 世纪的威尼斯。隔离这一术语源于意大利语 quaranta giorni，意指 40 天，在此期间，瘟疫感染者要么死亡， 要么康

---

[1] 南京工业大学法学院教授。

[2] Laura Hawryluck et al., SARS Control and Psychological Effects of Quarantine, Toronto, Canada, 10 Emerging Infectious Diseases 1206-1210 (2004).

[3] 卢健民：《圣经中有关麻风的记载择要及其探讨》，载《中国麻风杂志》1992 年第 4 期。

复。从亚得里亚海沿岸开始，隔离很快成为整个欧洲法律认可的公共卫生惯例。[4]

欧洲的法律传统及其疾病被带到美洲殖民地。有关隔离的最早法律由马萨诸 塞湾殖民地于 1647 年颁布，目的旨在防止瘟疫威胁而隔离那些来自西印度的船只。[5]在诸如纽约和波斯顿这样的港口城市，最常见的健康威胁来自黄热病与霍 乱，因此，隔离权尤为重要。这些地方和州的隔离法律比美国宪法的起草时间更早，从而确立了由地方和州对公共卫生事务享有管辖权的法律传统，这一点也体 现在美国宪法将调控公共卫生的权限保留给各州的规定中。在 19 和 20 世纪，强制性卫生干预领域的司法活动经常因疫情爆发而加强。法院通常会尊重政府权力， 并将个人自由置于公共利益之下，但会受到某些限制。早在 1824 年，在吉本斯诉奥格登（Gibbons v. Ogden）一案中，美国联邦最高法院判定，各州有权根据自己的警察权实施隔离。[6] 在 1905 年雅各布森诉马萨诸塞州（ Jacobson v.Massachusetts）一案中，联邦最高法院支持强制接种疫苗，但法院表示，强制性公共卫生措施必须以一种“确保公众安全的合理要求”之方式实施。[7]但是，自从1960 年代民权运动以来，司法逐渐开始倾向于支持个人自由。[8]

联邦政府最初介入隔离很大程度上受 1793 年黄热病流行的影响，当时，黄热病在费城肆虐，已经威胁到国家存亡。整个费城都处于隔离中，戒严令被宣布， 居民被禁止到其它城市。在 1796 年，国会颁布第一部联邦隔离法律，授权联邦政府协助各州实施隔离。[9]在美国内战之后，联邦政府试图扩大自己的隔离权限， 但遭到各州强烈抵制。在 1878 年，国会颁布《美国隔离法案》来应对密西西比河沿岸持续爆发的黄热病。在接下来的几年里，联邦法律规定建立隔离站，要求对移民进行医学检查，并对使用联邦隔离设施的各州提供财政奖励。在 1944 年，国会颁布《公共卫生服务法案》，强化联邦政府对州际和对外贸易中的货物和人员流动享有的隔离权。[10]自 1967 年以来，美国疾控中心（CDC）负责联邦隔离。

在我国，隔离传染源历来是防治瘟疫的主要方法。《汉书·平帝纪》的记载“民疾疫者，舍空邸第，为置医药”就提出隔离是防疫的重要举措。古代采用的隔离多以收容为主，譬如在寺庙或在空旷之地架设临时棚舍开设隔离所，古称之为“疠人坊”，专门收治传染病患者。百姓若发现身边人有染疫迹象，必须主动保持距离并及时报告官府。如果疫情严重，官方多会采用强制隔离，以防疫情进一步扩散。同时，官方会向灾民免费发药，提供医疗、救治服务。盛唐时期，国力强盛，疫情出现后，长安城内医疗慈善机构甚多，官办有“养疾坊”，民营有“病坊”，寺院办有“悲田坊”或“福田院”，这些都是专门

---

[4] Paul S. Sehdev, The Origin of Quarantine, 35 Clinical Infectious Diseases 1071, 1072 (2002).
[5] Felice Batlan, Law in the Time of Cholera: Disease, State Power, and Quarantine Past and Future, 80 TEMP. L. REV. 53, 63 (2007).
[6] Gibbons v. Ogden, 22 U.S. 1, 205 (1824).
[7] Jacobson v. Massachusetts, 197 U.S. 11, 28 (1905).
[8] Lawrence O. Gostin, The Model State Emergency Health Powers Act: Public Health and Civil Liberties in a Time of Terrorism, 13 Health Matrix 3, 19 (2003).
[9] Act of May 27, 1796, ch. 31, 1 Stat. 474 (repealed 1799).
[10] Public Health Service Act of 1944, Pub. L. No. 78-410, 58 Stat. 682.

医治或隔离病人的场所。到南宋时期，官方陆续在各地建立“安济坊”，并视病情轻重实施隔离防染，而且医者需要做病情记录。明清时期，麻疯病肆虐，在南方多地，陆续建有麻疯病院，收容的麻疯病人可在隔离区内结婚生子，自由生活。[11]

尽管源于古代，但隔离仍是现代社会抗击疫情的重要工具。在 20 世纪初西班牙流感爆发期间，包括隔离在内的非药物干预成功降低了病死率。在 2003 年SARS疫情期间，隔离在一些亚洲国家和加拿大被广泛使用。在缺乏疫苗和有效治疗的情况下，隔离对于结束疫情发挥了关键作用。同样，在 2014 年西非爆发埃博拉疫情时，包括隔离在内的社交距离（social distancing）等措施成为主要的控制战略。在最近全球爆发的新冠肺炎疫情期间，很多国家都根据各自国内疫情的具体情况分别采用“封城”、“封国”等自愿或强制隔离、个人或区域隔离等措施，遏制疫情传播。

综上，对隔离史的简要梳理至少表明以下三点依然十分重要：（1）隔离的目的旨在有效防止传染病传播，保护人民的生命安全；（2）隔离是一项长期存在的公共卫生干预措施，起初是在医疗对策未知、无效或不可得的情况下使用，现在仍然可能采用；（3）因为在公民自由、经济活动和社会凝聚力方面具有的积极意义，隔离仍然不失为一项有效措施，但是，官员必须保持足够谨慎，不能滥用隔离权，否则极易导致对个人权利的侵犯。隔离本身必须具有正当理由。

二、隔离的正当性考量与人权保障

预防传染性疾病的功利主义哲学为隔离措施侵犯人权提供了广泛的正当理由。然而，功利主义主张“最大多数人的最大幸福”不能成为公共卫生干预措施的空头支票。与之相比，强烈的自由主义传统要求政府在行使权力之前必须表明其行为的必要性、尽量减少对个人权利的侵犯、以及采取必要的正当程序等。在面对功利主义和自由主义之间的冲突时，尽管隔离可能被视为平衡个人权利和公共利益的范例，但作为一种公共卫生干预措施，它是否可以超越诸如个人权利或正义这样的价值仍然需要有自己的分析框架并接受伦理考量。因此，在决定是否隔离以及隔离的具体内容和方式时，必须考虑如下因素：（1）必要性与有效性；

（2）比例性与最小侵害性；（3）公共辩护性。这些因素体现了隔离措施蕴含的人权保障基本价值。

（一）必要性与有效性

隔离的必要性意指政府只有在面临明显的公共卫生威胁时才能强加隔离措施。使用隔离是基于如下假定：接触感染源的无症状者能够传染他人，并且与有症状者具有同样的传染性。如果疫情的发展尚未达到采取隔离的必要程度，不得采取隔离措施。

隔离的有效性取决于很多因素，如微生物行为、致病原因、传播方式、不同群体的重视程度、药物敏感性、宿主行为、传染初期的症状、保持传染性的时间长短、环境带

[11] 郭震海：《古人防疫话“隔离”》，载《光明日报》，2020 年 2 月 21 日，第 16 版。

来的风险程度等。例如，就接触和发病之间的时间间隔而言，如果感染的时间间隔很短（如只有 1-4 天的流感），强制实施隔离的窗口就比较窄。
反之，埃博拉病毒的潜伏期长达 2-21 天，此时隔离的时间就应该更长。这次全球爆发的新冠肺炎疫情，不仅病毒的潜伏期长，而且早期感染者和潜伏期病毒携带者就有很强的传染性，这充分说明及时有效地采取隔离措施对于遏制疫情传播至关重要。实践证明，疫情发生以来，中国针对疫情的具体情况以最全面、最及时、最严格、最彻底的防控举措，不仅有效保障了中国人民的生命健康权利，而且为全世界的抗疫斗争赢得了宝贵时间，作出了重要贡献。

要使疫情期间的个人隔离有效，需要满足以下三项标准：（1）必须高效识别可能处于感染潜伏期的人员；（2）一旦被识别，这些人员必须符合隔离条件；（3）现有疾病必须在出现症状前或者在早期症状阶段具有传染性。[12]此外，政府还可能基于具体疫情实施大规模隔离，此时必须考虑三个关键问题：（1）公共卫生和医疗分析是否允许强加大规模隔离？（2）实施和维持大规模隔离是否可行？（3）潜在的利益是否超过可能的不利后果？具体言之，一方面，官员必须考虑：是否存在某种方法来决定谁应该被隔离；是否存在执法资源来强制实施非自愿隔离； 是否某个群体在疾病可能传播的整个期间都需要受到限制，因为国家需要为被隔离者提供包括食物、住所和医疗在内的基本需求。不能满足这些要求会破坏隔离的有效性，降低公众对政府的信任。另一方面，官员必须评估：被隔离者是否存在健康风险；被隔离者不服从是否破坏自己的权威；如果某个区域被隔离，是否会影响经济发展以及食物、药品、卫生设施和基本用品的供应。要想使必要的隔离获得成功，决策者需要及时准确地了解疾病的潜在传播、可用的干预措施以及有效的沟通工具。此外，官员还应该与公众建立信任关系，提供激励措施。[13]

尽管隔离在很多方面都取得巨大成功，但对无症状群体的大规模隔离某种程度上确实降低了隔离的必要性与有效性。因此，与任何公共卫生措施一样，除非颇具说服力的科学证据或者重大突发公共卫生紧急事件表明隔离确有必要性，而且可能有效控制疫情，否则就不应该实施隔离。不幸的是，在重大突发公共卫生事件中，几乎不太可能在实施隔离之前就能精确评估隔离的必要性与有效性。实际上，21 世纪以来的数次重大突发公共卫生事件中过度隔离现象屡见不鲜。例如，在 SARS 期间，印度和泰国隔离了所有来自爆发疫情国家的外国游客，即使这些游客没有症状或者没有接触过感染源。在埃博拉疫情期间，塞拉利昂政府对全国大约四分之一地区强制实施区域隔离，造成 100 多万人口受到影响。[14]

显然，这些毫无科学依据的过度隔离措施不仅给被隔离者带来不便并可能侵犯他们

---

[12] Richard Schabas, Severe Acute Respiratory Syndrome: Did Quarantine Help?, 15 Can. J. Infectious Disease and Med. Microbiology 204, 204 (2004).
[13] Cara M. Passaro, Reforming Quarantine: Moving towards a More Ethical and Effective Approach to Outbreak Management, 21 Quinnipiac Health L. J. 57, 64-66 (2018).
[14] Mark A. Rothstein, From SARS to Ebola: Legal and Ethical Considerations for Modern Quarantine, 12 Ind. Health L. Rev. 227, 252 (2015).

的合法权利，而且容易导致公众恐慌并对公共卫生造成消极影响。因此， 在缺乏充分的必要性和令人信服的有效性证据的情况下，官员们在采取隔离措施之前应该谨慎行事，需要考虑采取的措施是否与追求的目标相称。

（二）比例性与最小侵害性

比例性意指公共卫生的应对措施要与受威胁的程度成比例，也就是说，负担与预期利益之间存在合理关系。不是所有需要社交距离措施的传染病都有理由采用最具强制性和侵入性的隔离措施。然而，正如上述，隔离在特定情形下具有必要性和有效性，因为诸如就地避难等其它措施可能不具有足够的积极性。例如， 在西非埃博拉疫情早期阶段，利比里亚政府宣布居家反思、教育和祈祷作为一种温和的、非强制性社交距离措施。同样，几内亚政府无期限关闭所有的学校。这些措施是无效的，因为它们不够严格，与所受威胁不成比例。后来，当疫情恶化时，有些隔离措施又过于激进，并与公共卫生的目标背道而驰。[15]此时，政府或其相关部门需要在满足比例性方面取得适当平衡，做到这一点并非易事。

当埃博拉疫情传播到美国时，公众的担忧导致 21 个州对所有从西非返美的相关人员强制实施 21 天隔离。[16]由于埃博拉病毒的平均潜伏期是 8-10 天，几乎没有人在 14 天之后出现症状，因此，采取如此长时间的隔离不仅没有科学依据， 而且与风险不成比例。与之相反，中国在面对这次突如其来的新冠肺炎疫情时， 习近平总书记反复强调，疫情防控越是到最吃劲的时候，越要坚持科学依法防控， 在法治轨道上统筹推进各项防控工作。遵循比例原则正是科学依法防控的应有之意和基本要求。

当然，需要强调的是，确定隔离是否必要、并在必要的情况下决定采取适当 隔离措施只是确保隔离符合具体公共卫生条件的第一步。其它的考虑因素还包括： 隔离类型（个人隔离还是区域隔离）、隔离方式（自愿隔离还是强制隔离）、多少 人应该被隔离、纳入或排除被隔离范围的标准、适当的隔离场所等。总的要求应该是采用负担最小的必要手段实现预期公共卫生目标。使用量身定制的公共卫生措施有助于公众对疫情爆发期间的所有公共卫生干预提供更大支持。只有当隔离是控制公共卫生紧急事件“限制性或侵害性最小的选择”时，才能强加实施隔离措施。

总之，在疫情防控中采取隔离措施，除了满足必要性与有效性之外，还必须满足比例性和最小侵害性。采取隔离措施不宜盲目扩大，从而引发不必要的社会恐慌，浪费不必要的社会资源，造成不必要的侵权行为。只有遵循上述要求和原则，才能既充分发挥隔离措施的强制性，又能有效保障公民权利，进而取得应对重大突发公共卫生事件的最佳成效。

---

[15] Lawrence O. Gostin et al., The Ebola Epidemic: A Global Health Emergency, JAMA, Aug. 11, 2014, available at http://perma.cc/FZQ5- DZS9 (last visited on April. 18, 2016).

[16] CDC, Interim Table of State Ebola Screening and Monitoring Policies for Asymptomatic Individuals, http://www.cdc.gov/phlp/docs/interim-ebolascreening.pdf (last visited on Feb. 8, 2015).

（三）公共辩护性

疫情防控中采取隔离措施的正当性除了满足必要性与有效性、比例性与最小侵害性之外，还要符合公共辩护性（public justification）。首先，公共辩护是罗尔斯正义理论涉及的一种承诺：即公共领域的根本制度或原则，必须要取得自由而又平等、理性而又合乎情理的公民的合理接受，才算是有辩护的。[17]只有这样， 它们才能赢得人们的忠诚，内化为人们的准则，从而规范其行动。公共辩护"不仅是有根据的推理，而且是向其他人表达出来的论证：即它从我们接受、并且认为他人也可以合乎情理地予以接受的前提出发，正确地推导出我们认为他人也可以合乎情理地予以接受的结论。"[18]这种公共辩护理念是对自由主义在当代遭遇的正当性危机的一种回应。

显然，公民愿意接受并遵守公共卫生干预措施（尤其是隔离措施）对于有效抗击疫情具有积极的促进作用。在自由主义传统中，公共辩护面临的挑战可能是说服人们放弃个人自由中的自我利益来保护公共利益。隔离需要人们造福社会而作出自我牺牲，但自由主义精神已经转化为一种历史上对政府的普遍不信任，并对自力更生和独立有着强烈偏好。此时，健康问题更可能是个人挑战，而不是社会挑战。例如，在美国，如果人们不能感受到自己获得的直接利益或者他们认为遵守隔离的负担太重，他们就会抵制政府的任何隔离措施，从而迫使公共卫生官员寻求法院命令来执行公共卫生法令。尽管对政府行为的法律挑战可能被视为自由法治社会的生活代价，但在突发公共卫生事件期间过多的诉讼可能不是对政府资源（包括公共卫生）的最佳利用。与美国相比，一些亚洲国家和加拿大都因社群主义价值观而著称。在疫情爆发期间，这些国家的个人回应截然不同。例如， 在 2003 年 SARS 期间，加拿大多伦多大约有 3 万人被隔离，但只有 27 例要求执行隔离令。[19]

其次，从根本意义上说，公共辩护不是国家或政府就其法律、政策的合法性向公民作辩护，也不是公民被动地接受哲学家们提出的原则，而是公民自由地运用他们的实践理性为自己的生活确定根本的正义原则。实践理性不仅能够工具性地选择达到目的的手段，深谋远虑地设计长远、整盘的人生计划，而且能够合乎情理地调整自己的生活计划，使之与他人同样合理的计划相适应。因此，公共辩护的主体与对象都是自由而平等的公民自己。就辩护的内容而言，可以说是公民就规制他们社会基本结构的根本正义原则或者说采纳哪个正义观念向彼此作辩护。[20]基于此，公正原则是疫情防控中采取隔离措施要考虑的首要因素。任何公共卫生干预措施（尤其是隔离）的得失在设计、应用和效果上都应该是公正和非歧视的。遗憾的是，歧视性隔离的历史悠久，它们往往以仇外和种族主义为基础。例如，在 1900 年，为了抗击鼠疫蔓延，美国旧金山市颁布了一项法令，

---

[17] 陈肖生：《罗尔斯政治哲学中的公共辩护理念》，载《学海》2014 年第 4 期。
[18] John Rawls, The Idea of Public Reason Revisited, The University of Chicago Law Review, Vol. 64, No. 3, p. 786 (1997).
[19] Mark A. Rothstein, Are Traditional Public Health Strategies Consistent with Contemporary American Values?,77 TEMP. L. REV. 175, 177, 190-191 (2004).
[20] 同前注 16，陈肖生文。

要求所有华裔居民接种鼠疫疫苗，那些未能接种者被禁止离开这个城市。由于该法明确规定只适用于华裔居民，它最终因违反第十四修正案的平等保护条款而被宣告违宪。[21]即使现在，适用公共卫生政策中的歧视始终存在。例如，在 2009 年 H1N1 流感疫情期间，由于疫情是在墨西哥爆发并传播到美国，结果在美国出现了针对拉丁美洲人的大量虐待和歧视。在 2014 年埃博拉疫情期间，也出现了很多非理性的恐惧和歧视事件。例如，康涅狄格州的一位三年级学生被禁止上学，因为她参加了在尼日利亚举行的家庭婚礼，尽管世界卫生组织已经宣布该国没有埃博拉病毒。[22]当然，恐慌、歧视与排斥并非仅出现在美国。在塞拉利昂，埃博拉病毒的幸存者在很多社区成了“贱民”。在几内亚和利比里亚，成千上万的儿童因埃博拉而成为孤儿，收留他们的大家庭出于非理性恐惧对他们进行羞辱和遗弃。[23] 毫无疑问，这些歧视往往对社会和经济上的弱势群体产生不利影响，并有可能加剧现有的社会不平等。

最后，公共辩护所基于的理由必须具有公共性与公开性，这就要求政府采取的行动必须透明、公平，且符合正当程序。政府决策过程应该公开，至少要向公众阐明政府采取行动的基本原则。决策者应该收集有关隔离需要的科学依据和专家意见，然后以一种可理解的方式及时披露信息。[24]当然，与公众进行良好的沟通可以改善自愿遵守的状况，并避免强制执法的需要。

综上所述，采取隔离措施所要求的必要性与有效性、比例性与最小侵害性、以及公共辩护性都蕴含着人权保障的基本价值。在隔离措施中坚持基本的正当性要求不仅可以深化慈善、公正、尊重个人和社会团结等原则，而且可以重申尊严
和人权在危机时期的重要性，从而有助于维护疫情得到控制后出现的社会结构和秩序。公共卫生和人权是密不可分的，过于强调其中的任何一个方面都会损害到另一个方面。因此，公共卫生和人权必须以可持续和相容的方式发挥作用，以使干预措施更为有效。

三、隔离的合法性依据与人权保障

为了确保公众接受隔离措施，国家必须同时促进公共卫生和尊重人权。为了维持这种平衡，国内法与国际法都对适用隔离措施提供了合法性依据。具体言之， 国内法形成了以宪法为核心、以法律为保障的隔离合法性渊源，国际法则基于国际原则、《世界卫生组织宪章》和《国际卫生条例》对国家发布隔离令的权力进行法定限制。[25]

首先，根据我国宪法和法律的规定，限制基本权利的形式主要有三种：一是宪法的直接限制。例如，我国宪法第 51 条规定，“中华人民共和国公民在行使自由和权利的

[21] Wong Wai v. Williamson, 103 F. 1, 2-3 (C.C.N.D. Cal. 1900); Jew Ho v. Williamson, 103 F. 10, 11-12 (C.C.N.D. Cal. 1900).
[22] Child Barred from School; Father Sues, N.Y. TIMES, Oct. 29, 2014, at A12.
[23] Adam Nossiter, Surviving Ebola, but Untouchable Back Home, N.Y. TIMES, Aug. 19, 2014, at A1.
[24] Yu Wang, The H7N9 Influenza Virus in China - Changes Since SARS, 368 N. ENG. J. MED. 2348, 2348 (2013).
[25] Anna L. Grilley, Arbitrary, Unnecessary Quarantine: Building International and National Infrastructures to Protect Human Rights during Public Health Emergencies, 34 Wis. Int’l L. J. 914 (2017).

时候，不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利”。换句话说，在面临重大公共卫生突发事件时，为了保护公众健康和人民的生命安全，国家可以采取隔离措施限制公民的基本权利和自由。二是法律保留限制。法律保留原则涉及公民基本权利，我国《立法法》第 8 条明确规定，“对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚”事项只能制定法律。为了贯彻落实法律保留原则，由全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律对隔离措施正当性的基本要求都有明确规定，例如，我国《传染病防治法》第 41 条规定了隔离措施的必要性，“县级以上地方人民政府对已经发生甲类传染病病例的场所或者该场所内的特定区域的人员可以实施隔离措施，并应同时向上一级人民政府报告，上级人民政府认为没有必要的，也可以作出不予批准的决定。”又如，我国《行政强制法》第 5 条的规定涉及隔离措施的比例性，“行政强制的设定和实施，应当适当；采用非强制手段可以达到行政管理目的的，不得设定和实施行政强制。”这里的“适当”就是基于行政行为的目的提出的要求，即行政行为的作出要与正当目的的实现相称。也就是说，如果隔离措施无法实现特定目的， 即使有其它理由，也不符合适当性原则。例如，对确诊病人予以隔离治疗，对疑似病人在指定场所进行医学观察，此时，限制公民人身自由是为了确保人民群众生命安全和身体健康，是尊重传染病发病、传播和防治规律的科学举措，是符合适当性原则的行政行为。反之，如果强制密切接触者或来自湖北、武汉的特定人员离开本辖区或场所的，就属于与目的相悖。[26] 三是应对突发事件对基本权利的
限制。对此，我国《突发事件应对法》有明确规定。当然，就疫情防控而言，只有当隔离是控制公共卫生紧急事件“限制性最小的选择”时，才能强加实施隔离措施。例如，我国《突发事件应对法》第 11 条规定，“采取的应对突发事件的措施，应当与突发事件可能造成的社会危害的性质、程度和范围相适应；有多种措施可供选择的，应当选择有利于最大程度地保护公民、法人和其他组织权益的措施。”

其次，有关国家在突发公共卫生事件中采取行动的国际法依据源于大量的国际条约及其解释以及《世界人权宣言》。一般来说，国际法通过确认人权和迫使国家证明限制这些权利的正当理由等方式来约束国家采取行动。例如，就《公民权利和政治权利国际公约》的适用而言，“锡拉库萨原则”（the Siracusa Principles）概述了一种限制分析方法来证明突发公共卫生事件期间限制人权的正当理由。根据锡拉库萨原则，为了对人权实施限制，国家必须证明这种限制是绝对必要的， 而且是限制最少的手段。具有必要性意味着，这种限制是以国际公约相关条款承认的正当理由为基础，回应的是某种迫切的公共或社会需要，追求的是某种合法目标，而且这种限制与追求的目标符合比例原则。这种分析的每个要素都制约着国家行为对个人的不利影响。限制分析方法涉及的问题在于，国家行动的目的是为了应对何种危害以及这种目的是否具有合法性。[27]就突发公共

[26] 王丹：《依法防控新冠肺炎疫情须遵循比例原则》，载《法制日报》，2020 年 2 月 28 日，第 05 版。
[27] Tina Batra Hershey et al., Putting the Law into Practice: A Comparison of Isolation and Quarantine as Tools to Control

卫生事件而言， 这些问题似乎不言而喻。在大多数情况下，国家行动所应对的危害是那些威胁生命或公众健康的传染病，目的是拯救生命。这样的话，锡拉库萨原则就提供了一种框架，并基于国家行为（如隔离）具有绝对必要性来保护突发公共卫生事件期间的人权。

根据疾病的不同，识别危害并确定目的是否合法显得更加微妙。就席卷全球的新冠肺炎疫情而言，由于这种传染病能够轻易通过人群传播，而且病死率很高， 国家通过强制性干预来拯救生命被认为是政府的合法功能。然而，尽管这种目的具有合法性，但隔离是一种限制性干预，它可能被强加给那些从未感染过或者从未生病的个人。实际上，这些人绝不会对公众健康造成危险，但他们的权利仍然受到限制。

由于无症状的个人受到国家干预措施的影响，此时，限制与目的之间是否符合比例原则将最终成为保护人权限制分析方法的支点。例如，在 Enhorn v. Sweden 一案中，欧洲人权法院判定，对艾滋病毒呈阳性的个人实施隔离与国家改善公共卫生的目的不成比例。对此，欧洲人权法院认为，“强制隔离原告并不是防止他传播艾滋病毒的最后手段，因为这样做没有考虑那些严厉程度更低的措施，也不足以维护公共利益。而且，通过延长强制隔离令的期限，结果导致原告被强行滞留在医院的总时间达到一年半，在这种情况下，政府当局未能在确保艾滋病毒不传播的需求与原告的个人自由之间实现一种公平的平衡。”[28]这一点突出强调了比例分析的另一个重要方面，也就是，干预必须是限制性最少的措施。然而，比例性和最少限制分析解决的问题在于，所选择的手段是否能很好地实现目标以及是否能在面临危机时最好地保护个人权利。个人权利与公共卫生之间的平衡并不总是以相同的方式来实现。例如，在 Harris v. Thigpen 一案中，美国第十一巡回上诉法院判定，对阿拉巴马州监狱艾滋病毒呈阳性者实施强制检测与隔离是符合宪法的。法院的平衡方法比较了感染艾滋病毒的囚犯与其他普通囚犯的利益，进而得出应对措施是适当的结论。[29]欧洲人权法院与第十一巡回上诉法院采用的比较方法表明，同样的传染病可以证明不同的公共卫生应对措施具有正当性。

由此可见，锡拉库萨原则概括的限制分析方法可以确保干预措施不具有任意性、非合理性或者歧视性。然而，为了执行这些限制，必须有一种客观程序来证实这些限制因素。尽管锡拉库萨原则规定了一种客观程序来确保限制的必要性， 但真正的执行取决于各个缔约国。这是有问题的，因为缔约国有可能以保护公共卫生的名义而采取任意、非合理或者危险行为。与此同时，那些受到隔离命令影响的个人有时很可能面临一些由执法人员或军事人员来强制执行的物理障碍。因此，即使存在法定程序来挑战隔离令，有关人员也不可能获得这样的机会。

最后，考虑到世界卫生组织在突发公共卫生事件中发挥的实际作用和给予缔 约国的技术援助，关注它的人权政策至关重要。根据《世界卫生组织宪章》的规 定，世界

Tuberculosis and Ebola, J. PUB. HEALTH MGMT. PRAC. 1, 2 (2015).

[28] Enhom v. Sweden, 2005 Eur. Ct. H.R. 56529 at 55 (2005).

[29] Harris v. Thigpen, 941 F.2d 1495, 1514-1521 (11th Cir. 1991).

卫生组织的目标就是“所有人都获得尽可能高水平的健康”。除了规定 个人享有最高水平可获得健康的基本人权之外，该宪章并不承认其它个人权利。这种对人权关注的缺失突出了传统的机构观念：即世界卫生组织是一个医疗组织， 而不是一个国际法律机构。[30]

世界卫生组织通过其立法机构世界卫生大会来颁布有关条例，其中涉及突发 公共卫生事件期间有关监控、实施隔离和其它干预的最佳实践模式。在 2005 年， 世界卫生大会通过了《国际卫生条例》（后文简称《条例》），从而以一种符合并 限于公共卫生风险、以及避免对国际交通与贸易造成不必要干预的方式来阻止、防范和控制传染病的国际传播，并提供针对传染病国际传播的公共卫生应对措施。这一目标将《条例》的范围局限于公共卫生风险及其应对措施，从而避免干预其 它目标。《条例》详细规定了国际社会与国内政府如何通过合作来应对疾病的国 际传播。尤其是，《条例》规定成员国有义务建设公共卫生核心能力，一旦这些 能力得以确立，它们将与国际干预措施一道共同预防传染病的传播。《条例》还对一些基本概念进行界定，如“隔离”、“国际关注的突发公共卫生事件”、“公共卫生风险”等。这些定义非常重要，因为它们是世界卫生组织何时介入危机以及如何组织应对的基础。

基于《条例》的规定，世界卫生组织可以详细提出一些不具有约束力的建议， 处于危机中的国家可以采纳这些建议。这些建议的目的在于，为出现突发公共卫生事件的国家提供指导和技术援助，但所涉国家没有义务遵循这些建议。《条例》的建议程序再次突出世界卫生组织作为医疗组织的性质，它是通过最佳实践模式来制定政策。就人权而言，《条例》规定，“在执行本条例时，应充分尊重人的尊严、人权和基本自由。”这种在执行期间的人权保护非常重要，因为该条例规定的正是世界卫生组织在突发公共卫生事件期间的应对措施。尽管如此，《条例》并没有确立一种制度让人们在人权受到侵犯时寻求救济。

四、隔离与国际人权保障法律制度的完善

为了在传染病爆发期间将人权保障融入国际和国内应对措施之中，法律制度必须回应以保护公共卫生为借口而出现的侵犯人权行为，具体表现为修改锡拉库萨原则进而提供更为严格的标准，同时在世界卫生组织和《国际卫生条例》中规定人权保障的基本内容。

一方面，锡拉库萨原则在突发公共卫生事件期间为各个国家提供了一种寻求限制人权的框架。总的来说，该原则的目的旨在防止国家以保护公共卫生之名而实施任意的、不合理的或者危险的行为。对从西非返回美国的医护人员强加隔离令以及塞拉利昂实施的强制性国家行为都与锡拉库萨原则相对立。国际法律制度通过锡拉库萨原则没有提供

[30] Allyn Lise Taylor, Making the World Health Organization Work: A Legal Framework for Universal Access to the Conditions for Health, 18 AM. J.L. & MED. 301, 303 (1992).

更多的手段对实施大规模隔离提出挑战，这是有问题的。仅仅依靠国内民主程序并不能对这种行为提供充分救济。因此，在突发公共卫生事件期间执行这些原则仍然是一项挑战。人们期望各国将这种框架融入国内法，但是，如果一个国家不执行这些国际标准，而另一个国家声称本国公民受到伤害，那就很难强制执行这些标准了。

正如前述，锡拉库萨原则非常抽象，提供的只是强加个人隔离的标准，未能对执行大规模隔离的国家提供指导。锡拉库萨原则应该被修改进而提供更为严格的标准。至少，完善锡拉库萨原则的国际协商应该讨论政府在突发公共卫生事件期间对相当一部分人口采取强制行动时的法律依据。任何完善还应该为继续以这种方式回应突发公共卫生事件的国家提供可适用的指导。如果出现明显的侵权行为，在一项国际原则中规定这些标准有助于权利保障。尽管如此，修改锡拉库萨原则并不能完全解决由大规模隔离带来的人权关切。

另一方面，世界卫生组织必须在突发公共卫生事件期间将人权保护纳入其组织结构、规范和责任之中，从而确保人权保障在实施公共卫生干预过程中发挥根本性作用。然而，正如前述，世界卫生组织宪章并未承认健康权之外的其它个人权利。而且，世界卫生组织作为一个医疗组织的运行限制了其倡导和保护人权的能力。尽管世界卫生组织目前的制度安排提供了医疗和技术支持以及资金援助， 但它没有建立一种法律制度结构。尽管如此，世界卫生组织能够调整其制度能力， 以满足突发公共卫生事件期间人权保障的迫切需要。通过医疗干预促进健康权和保护人权并不是相互排斥的目标，相反，未能保护人权可能对个人和社会带来消极的健康后果。[31]当然，这并不是说应该修改《世界卫生组织宪章》来承认基本人权或者将保护基本人权作为目标。在促进健康权的计划中，世界卫生组织应该通过世界卫生大会采取行动，进而在突发公共卫生事件中将促进人权保护融入世界卫生组织的责任之中。

《国际卫生条例》在广义上将公共卫生风险界定为："可能发生一种对人类健康造成不利影响的事件，重点是这种事件可能会形成国际传播或者可能造成直接的严重危险。"[32]这种广义界定非常重要，因为它将侵犯人权的负面影响纳入公共卫生风险的范围，这样的话，采取行动保护人权就可以成为《条例》和世界卫生组织的目标。《条例》允许世界卫生组织就有特定风险的突发公共卫生事件向成员国提供不具有约束力的建议。[33]基于侵犯人权行为来界定公共卫生风险允许世界卫生组织在该领域提供建议。

利用建议作为一项机制来保护人权并不具有法律上的约束力，也不会产生个人权利或成员国义务。而且，根据目前《条例》的规定，成员国必须要求世界卫生组织提供有关突发公共卫生事件的建议。然而，扩大世界卫生组织的范围进而将人权保障包括在内是一项强大的干预。已经爆发公共卫生事件并要求世界卫生组织制定和建议重大卫生措

---

[31] Leickness C Simbayi et. al, Internalized Stigma, Discrimination, and Depression Among Men and Women living with HIV/AIDS in Cape Town, South Africa. 9 SOC. SCI. & MED. 1823, 1830 (2007).
[32] World Health Organization [WHO], International Health Regulations, at art. 1 (2005).
[33] World Health Organization [WHO], International Health Regulations, at arts. 1,3 (4), 15. (2005).

施供其执行的那些缔约国会依赖这些建议行事。即使这些建议没有被最终采纳，将人权保护与技术性卫生建议相结合必将增加对潜在侵权行为的国际压力，进而总结出最佳的实践模式，这些模式有可能超越如下假设：即公共卫生干预不能与人权保障同时发挥作用。

在突发公共卫生事件期间除了向成员国提出建议之外，世界卫生组织还应该考虑将人权监测与报告作为紧急状态期间应急框架下的一项职责。这一框架确立了世界卫生组织如何应急风险管理措施。在突发公共卫生事件期间，世界卫生组织在疫情爆发中心积极开展风险评估，监测紧急状态的进展情况，并报告疫情状况。世界卫生组织的前线官员与地方公共卫生当局一道工作，共同实施国内和国际应对措施。世界卫生组织的《应急反应框架》概述了该组织的应急结构。有趣的是，风险评估的范围非常广泛，包括行为/社会干预专家的技术投入造成潜在的下游公共卫生后果。[34]世界卫生组织已经意识到传染病的社会因素，尽管世界卫生组织技术能力的范围必须拓展进而包括人权领域的专家知识，但可以修改《应急反应框架》从而将人权保障作为战略性应急计划的重要方面。就突发公共卫生事件而言，现有的国际框架可以在实体和程序方面作出修改， 进而将人权保障作为促进公共卫生的内在要求。其它的国际组织（如联合国人权 事务高级专员办事处）将继续在保护人权方面发挥应有的作用。世界卫生组织独 特的实地作用、作为医疗和技术专家的权威、以及提出建议和概括应急措施的能 力使其成为一个强大的机构来强调传染病流行期间侵犯人权的行为得以纠正。人 权保障的实施最终取决于各国对人权的实质性保护。

[34] See Emergency Response Framework 15, WHO (2013), http://www.who.int/hac/about/erf .pdf (last visited on Oct. 28, 2017)

政府应对突发公共危机事件网络舆情问题的程序标准和实质要求

张杨　陈欣欣[1]

【摘　要】从法学的角度阐释政府应对突发公共危机网络舆情问题，可以将政府的应对分成程序标准和实质要求两个方面。程序标准是政府应对突发公共危机网络舆情问题时必须做到的最低标准，针对发生的突发公共危机网络舆情问题本身，主要包括预警程序、协调程序、信息公开程序、舆情引导程序四个方面。实质要求是政府应对网络舆情问题时追求的更好的应对之路，针对公众对政府的信任问题，包括培养服务意识、注重策略技巧两个方面。

【关键词】突发公共危机事件；危机传播；网络舆情；程序标准；实质要求

一场突如其来的新冠肺炎疫情，给政府有效应对突发公共危机事件带来了严峻的挑战，面对突发公共危机网络舆情问题，政府既要遵循必要的程序标准，又要从提高政府的公信力的方向入手，加强公众对政府的信任，从根本上应对网络舆情问题。

一、政府应对突发公共危机事件网络舆情问题的着手点

关于何谓“公共危机”，不同的学者有不同的阐释。有的学者认为“公共危机即公共性公关危机，是在社会运行过程中，由于自然灾害、社会运行机制失灵而引发的，可能危及公共安全和正常秩序的危机事件。”[2] 有的学者定义“公共危机包括自然灾害和人为因素引起的突发事件，前者如水灾、地震、台风等，后者如火灾、疾病传染以及政治性事件等。”[3]有的学者称之为“是一种低概率、高影响力的突发事件，它威胁到公共利益，被公开而被公众关注，并会给政府部门带来负面影响。”[4]《国家突发公共事件总体应急预案》中将突发公共危机分成突发性自然灾害、突发性事故灾难、突发性公共卫生危机、突发性社会安全危机四种类型。笔者倾向于将公共危机描述成在特定范围内突发的，直接或间接损害不特定多数人利益的事件，进而进行阐释。

突发公共危机事件在所有公共危机事件中发生率并不高，美国危机管理学会的研究发现，“只有 14%的危机是真正突如其来的，剩余 86%的危机是‘慢火煎熬’，不断升级、

---

[1] 作者简介：张杨（1979-），女，辽宁新民人，教授，博士，硕士生导师，主要从事法理学和传播法学研究；陈欣欣（1996-）女，山东东营人，硕士研究生，主要从事法理学和传播法学研究。

基金项目：2021 年度辽宁省经济社会发展研究课题“政府应对突发公共危机事件网络舆情问题研究”（2021lslybkt-085）

[2] 张洁.新媒体的公共危机传播效能研究[J].新闻爱好者,2010(18):6-7.

[3] 付铎,洪小潞.危机管理中的政府与媒体间关系[J].中国行政管理,2009(07):66-69.

[4] 徐彪.负面事件后政府信任危机的形成机制研究:一个准实验研究[J].学海,2019(02):113-125.

恶化的。”[5]。突发公共危机虽然发生几率相对较低，但因为其突发性、随机性、危害大且极易产生衍生危害等特点，对突发公共危机的防控难度更大且更为重要。在网络时代，“信息传播主体的多元化与分散性共存、传播渠道的多样性与畅通性并存、传播方式的实时性与互动性交融、客观性与非理性交织”[6]等条件致使某一信息一旦出现在互联网上，它就具备了随时被无限放大的可能性。面对突发公共危机时，这种可能性成为现实的几率大大增加。因为人们盯着消息，如恶狼盯着食物，但有星星之火，不必风助，自成燎原之势。更可怕的是，所谓三人成虎、众口铄金、积毁销骨，很多假消息、片面消息等不经意间成为了人尽皆知的“真消息”，尤其是在突发公共危机时人们的心态有所改变，感性更容易战胜理性。笔者认为，突发公共危机并非全是坏事，正如“暴风雨是自然界所必须的”一样，战胜突发公共危机也可以在一定程度上缓解社会矛盾、增进团结。但是人心不齐、谣言四起等现象无疑会拖延战胜突发公共危机的步伐，甚至引发新的矛盾，对社会造成更深层的损害。正确应对突发公共危机事件网络舆情问题是快速战胜突发公共危机、避免新矛盾爆发、维护社会稳定的关键所在。

对突发公共危机网络舆情问题的应对涉及到了多个学科、多个领域的知识，政府的应对也应在不同学科的共同努力下不断优化。“系统管理、危机治理等管理学理论，集合行为、网络人际互动等社会学理论，人际传播、多级传播等传播学理论”[7]等理论在问题应对中都发挥着自己的作用。而法学领域的研究也是非常重要的力量，因此，笔者试图从法学的视角提供应对突发公共危机舆情问题的一种思路。

政府对突发公共危机网络舆情问题的应对可以在努力方向上分成两个部分：一是程序标准，与法学中的程序法相对，意欲通过设定某些程序保证相关目的的实现，是在突发公共危机网络舆情应对中必须满足的；二是实质要求，与法学中的实体法相对，目的在于以最大的能力更好地促进相关目的的实现，但因具体实施的人员等种种问题的存在，其在网络舆论问题的应对中不一定必须得到满足。

政府应对突发公共危机网络舆情问题中构建正当的程序标准是必要的。程序标准的确定意味着政府在应对该类问题时必须注重正当的程序，避免出现借助于各种理由、问题等的诸如不回应、拖延回应等问题。当然这并不是说，鼓励政府做一些流于程序的事情，而是意欲通过程序的运行保障政府必须做某些事以及维护公民的某些权利。当然也不是说，政府在没有程序标准的情况下不能做好，或者说做得不好，只是说，除非如此，我们不能相信每一级政府在每一次突发公共危机网络舆情问题上都能够做的一如既往地好。即便在政府应对能力“平庸”一些时，也能够保障在网络舆情问题应对上不“错得离谱”。

确定并遵循一定的程序标准无疑能够在大多数情况下，在一定程度上应对网络舆情

[5] 骆正林.网络突发事件舆情应对的经验与反思[J].同济大学学报(社会科学版),2014,25(01):68-75.
[6] 周伟.自媒体时代网络舆情政府回应困境与消解路径[J].情报杂志,2018,37(04):100-105+99.
[7] 李晚莲.衍生型突发事件网络舆情引导机制研究[J].理论探讨,2015(06):149-152.

问题，但是它“机械、循规蹈矩……缺乏紧急情况下所必需的当机立断”[8]，没有办法让政府去追求更高水平的应对。从根源上看，突发公共危机网络舆情问题实际上是，公众在面对突发公共危机时对政府的信任问题。从极端上看，倘若公众对政府极其信任，在面对突发公共危机时，就根本不会出现各种“流言蜚语”，即便出现了也会受到人们的反对和漠视而自动消解；而如果公众对政府极其不信任，政府就会深陷“塔西佗陷阱”[9]之中，“无论说真话还是说假话，做好事还是做坏事，公众都会认为是说假话、做坏事。”为了使政府在面对突发公共危机网络舆情问题时有更好的应对，需要在满足程序标准之外，在实质要求上入手，通过加强公众对政府的信任，取得更好的应对效果。

二、政府应对突发公共危机网络舆情问题的程序标准

全球知名危机管理专家、美国学者史蒂文·芬克，曾在 1986 年提出了危机传播四阶段论模式的分析理论，将危机的传播分成四个阶段，即征兆期（Prodromal）、爆发期（Breakout）、蔓延期（Chronic）、痊愈期（Resolution）。由词达意，征兆期即危机传播已有由头却仍在酝酿之中，影响范围不大，容易处理却不容易发现；爆发期是指公共危机突然被社会上的不特定多数人发现，并对他们产生影响，时间虽短却传播十分迅速，对人群形成极大的冲击，从控制的角度讲，难以有所作为；蔓延期中，危机影响仍在扩散，损害仍在加深，是传统危机应对中最凸显政府作用的阶段，政府的良好应对能大大缩减这一阶段的时间；痊愈期是指多数公众意见达成一致，基本目标或者说要求得到满足，危机的影响已经过去，是总结本次危机传播并预防以后类似事件发生的阶段。

史蒂文·芬克的危机传播生命周期理论为我们更好地理解危机传播的特性理清了思路。从这一理论出发，我们可以更直观地针对危机传播的特征采取相应的措施。当然这不是说，在危机传播的某一个阶段，只能针对其某一阶段的特性入手，采取某一阶段的相应措施，而忽视其他措施，比如：在征兆期中，预警机制格外重要，而引导机制似乎不那么重要，就只关注预警。这种划分只是我们讨论问题，提出应对的一种方法，只是为更好地应对提供一种思路。

从危机传播生命周期的特性出发，对政府应对突发公共危机网络舆情问题中程序标准进行讨论时，笔者欲借行政法中内部行政行为和外部行政行为的区分思想，将政府应对措施区分为在政府内部运行的程序和涉及对外输出的程序进行讨论[10]。在本项讨论中，这样的区分有助于提醒工作人员：必须时刻注意，某些行为是直面公众或者说网民的，每一项行为、每一句话、乃至一个断句、一个眼神等都可能引起人们的关注，进而产生

---

[8] 苏力.制度是如何形成的[M].北京：北京大学出版社，2007 年.

[9] 最初来自塔西佗所著的《塔西佗历史》，是塔西佗在评价一位罗马皇帝时所说的话：“一旦皇帝成了人们憎恨的对象，他做的好事和坏事就同样会引起人们对他的厌恶。”之后在中国的美学家潘知常的《谁劫持了我们的美感——潘知常揭秘四大奇书》一书中，首次提出了“塔西佗陷阱”这五个字，由此便成为了一个源于塔西佗，但并非塔西佗提出的，描述社会现象词汇。

[10] 因为在行政法中内部行政行为和外部行政行为的界限一直存在争议，这里只取其划分思想，利用这种划分的便利之处。

一系列的讨论。

（一）政府内部运行的程序

1.预警程序

“危机预警是危机管理的第一步，也是危机管理的关键所在。”[11]预警程序的目的在于让政府有效发现舆论的走向，能够在应对网络舆情问题时提前有所准备，不至于仓促无措；甚至有时通过预警程序可以避免问题的爆发。在征兆期，有力的预警程序可以让政府在爆发点到来之前发现问题、并解决问题。从对社会的损害程度上讲，此时预警程序的运用相较之其他所有有关应对网络舆情问题的努力都更有效果。在爆发期和蔓延期，预警程序可以追踪到信息爆发的节点、途径、原因等，有助于政府在应对中“对症下药”。在痊愈期，可以将其追踪到的信息运用到经验总结等阶段，同时检测是否有新问题诞生的苗头。

对于预警程序的具体构建，与每个参与讨论的人几乎都赞成建立预警程序不同，每个人对预警程序的侧重点不一样。仅就其流程的构建而言，笔者注意到了两种模式的存在：一种包括监测、识别、分析、预报四个阶段；一种包括监测、识别、分析、预报、应对五个方面。[12]从更好地应对网络舆情的角度出发，笔者赞同后一种观点。一方面，如果将网络舆情问题看作一个习题，那通过一系列的步骤给出预警报告的人，可以直接依据预警报告得出相应的答案；另一方面，给出预警报告的工作人员常常直面舆情及舆情相关的一手信息，能够观察到的一些现象并不一定能完全体现在预警报告上，由此，根据某些直面而来的感受等得出的一些独特应对之法。

具体而言，预警程序中的监测指的是对网络舆情相关信息的收集，是预警程序最开始的一个环节，其重点在于收集的信息一定要全面；识别是分析的前一步，也可以将其称之为“初步分析”，将监测到的信息进行大致的辨别；在分析阶段，主要利用诸如指标参数、情景模拟等理论知识进行深入分析；将得出的结论以预警报告的形式移交相关工作人员，并附相应的应对建议。另外，既然是面对新兴的网络舆情问题，那就要用新兴的网络技术手段应对之，“网络文本自动分析、自动摘要技术，舆情情感倾向分析技术，话题跟踪与检测技术”[13]等网络技术手段或许能发挥重要作用。

2.协调程序

自 1993 年议事协调机构的称谓就已经出现在了国务院的正式文件[14]中，之后的二十余年，议事协调机构的组建越来越成熟，但是在面对突发公共危机网络舆情问题时，从社会的反馈来看，人们并不能够满意。从垂直方向上看，延迟上报、瞒报等事件并不新鲜；从水平方向上看，跨地域问题屡屡难以解决。想要在应对网络舆情问题上赢得进

[11] 吴建华.基于信息管理的公共危机预警研究[J].档案学通讯,2009(03):56-60.
[12] 李纲,王晓,叶光辉.国内突发事件预警研究评述[J].情报理论与实践,2017,40(07):138-144.
[13] 董坚峰. 面向公共危机预警的网络舆情分析研究[D].武汉大学,2013.
[14] 成文于 1993 年 4 月 19 日，标题为《关于国务院议事协调机构和临时机构设置的通知》。

步，这些历史存留的棘手的问题必须得到解决。严格责任人制度、增强地域间的合作实属必要。

（二）涉及对外输出的程序

1.信息公开程序

“在多元信息交互传递的环境下，缄默不言等于拱手让出了舆论阵地。”[15]应对突发公共危机网络舆情问题，很大程度上都是在应对铺天盖地的网络假消息问题，让公众了解真相是解决此类假消息问题的根本之道。找准时机、运用好方式将“真相”公之于众更是事半功倍。

社会心理学的研究早就告诉了我们“首因效应”的重要性；传统危机治理中更是讲求“黄金 24 小时”之说，及时地主动告知是制止虚假消息的良好途径。要保证“及时”，一方面需要预警程序、协调程序的帮助；另一方面，需要工作人员时刻在岗。尽管官方消息公布的越及时效果越好，但是考虑到凌晨到次日清晨关注的人群较少，可以少安排或者不安排发布消息的工作人员值班；但是，法定节假日等休息日常常比工作日的网络舆情发展更激烈，发布信息的工作人员必须在岗。

从信息公开的方式上来讲，让公众能够看得到的、并且知道该信息是政府发布的的方式就是好方式。传统的报纸、政府网站已经不是绝大多数公众蹲守的地方，取而代之的“政务微博”、微信公众号等已经成为人们查阅官方消息的首选。结合政务微博的数量、发布的消息、以及公众的阅读情况来看[12]，这种“接地气”的信息公布方式取得了良好的效果。

但对于公众来说，信息是冰冷的、文字是冰冷的，疑惑是多多的；但是如果公众能够直接看到人，能直接与公布信息的人互动，这种冰冷感、距离感、质疑声就会相应减弱。正如美国大选中，各位总统更喜欢“面对面”地与选民进行沟通，宣扬自己的政治主张，为自己拉票一样；政府的新闻发言人说的话也常常会更容易令人信服。从制度上来看，我国早已确立了新闻发言人制度，外交部发言人、“两会”发言人制度取得了较大的成功，在 2003 年的 SARS 疫情中新闻发言人制度也发挥过重要作用；但是从本次新冠疫情来看，有些地方新闻发言人取得较好效果的同时，有些地方的新闻发言人运行并不那么成功，甚至引发了群嘲。为了避免此类事件的发生，更好地发挥新闻发言人的作用，在某些情况下需要吸取教训对新闻发言人制度的运行进行一定的修改。让专业的人干专业的事。虽然让“一把手”站出来当新闻发言人十分有诚意，但是我国的一把手长期居于幕后、善于做而不善于说等特点，让其突然出现在幕前有时并不能进行很好的应对。如果“一把手”不能很好地应对，那倒不如让平时负责公布消息的人来做主场，“一把手”负责坐镇，零散的、可能出细枝末节的错误的由普通工作人员负责，有关态度的、重大事项的由“一把手”表态。另外，不得不承认，人多是视觉动物，长得好看的人往往更能得

[15] 骆正林.网络突发事件舆情应对的经验与反思[J].同济大学学报(社会科学版),2014,25(01):68-75.

到大家的关注、获得大家的体谅；新闻发言人既然面对的是形形色色地广大群众，那他自身的形象对广大群众也会产生一定的影响，形象较好的发言人会取得更好的效果。

2.舆情引导程序

面对突发公共危机网络舆情问题，政府本身就是影响力最大的舆论引导主体。在我国现在的国情下，政府的公信力支持着政府公布的信息的可信度，即便不是全部，绝大多数政府的信息也会逐步成为舆论场上的主流观点。从这个角度来讲，只要政府公布信息就会产生舆情引导的影响。

但是在很多情况下，即便存在官方消息，也还是有很多人或者为博眼球、或者陷入思想误区、甚至受到境外反华势力的利用等而煽动网络舆论，造成恶劣影响。所以，在公布消息之外还要采取额外的措施才能在舆论场上博得优势。推举相关领域内的专家成为“网络意见领袖”，比如新冠疫情中的钟南山院士，他说的话更容易得到信服、信赖和支持；成为相关信息的“网络推手”，现在各大网络平台都有“搜索”、“推送”等功能，正所谓“三人成虎”，有些消息见的多了、说的人多了，就更容易得到大家的认同，应对舆情问题时正可以利用这一点，多多在“搜索”或者“推送”中显示政府公布的信息；必要时还可以构建“网络水军”，正如“反法轮功”运动中香港志愿者所做的那样，在“法轮功”宣传点附近构建“反法轮功”宣传点，在网络舆论问题中可以召集一定的志愿者进行正面信息的评论。

三、政府应对突发公共危机网络舆情问题的实质要求

正如第一部分中所提到的，突发公共危机的网络舆情应对问题归根结底还是对政府的信任问题，提高公众对政府的信任才是从根本上应对网络舆情问题的方法。与之相应，对于网络舆情问题的应对不力，常常会使突发公共危机的舆论走向发生“漂移”[16]，最终导向更根本的社会问题，从而产生对政府的信任危机。提高公众对政府的信任，一方面，要培养服务意识，从内心中不将自己当成“官老爷”，而是人民群众的服务者；另一方面，在切切实实为了人民的同时注意也要注意获得信任的策略和技巧。

（一）培养服务意识

突发公共危机网络舆论问题之所以需要耗费精力去解决，主要原因还是在于关注的人员多，能够在社会上产生一定的影响，不进行合理的应对容易对社会造成损害。然而，在人性上讲，人很少去“多管闲事”，即便是有那么一部分“品节高尚的人”，也不会在社会上产生多大影响。突发公共危机事件可能引发的需要去解决的网络舆情问题，正是因为其要么关涉社会上的众多人员的直接或间接利益，要么因为价值判断上的一致，要么因为情感上的呼应。[17]

---

[16] 吴旭.为世界打造“中国梦”[M].北京：新华出版社，2009 年.

[17] 肖泉,李金宝,肖学亮,顾理平,魏赟,李蔚,朱韵怡,周江宏. 新媒体语境下公共危机事件舆论生成机制与政府应对策略研究[A]. .江苏社科界第八届学术大会学会专场应征论文论文集[C].:江苏省社会科学界联合会,2015:13.

虽说突发公共危机出现时政府是公众的“倚仗”，是公众不得不依赖的存在，但是两者之间却是相互独立，而且有时是两相冲突的主体。每一个参与突发公共危机相关问题网络讨论的人都因“利益相关、价值判断、情感呼应”置身其中，是政府在网络舆情应对中的对应主体。“两造对立”，一方对另一方的不尊重很容易就会招致厌恶，厌恶情绪之下，真相是如何似乎都不重要了。备受嘲讽的“723 动车事件”，发言人的一句“不管你信不信，反正我是信了”，让整个部门或者说整个政府为之蒙羞。

毛主席说“老百姓才是我们的衣食父母”，政府人员，尤其是直接面对社会公众的工作人员更应当树立这种服务意识。经过党和政府的不懈努力，现下的政府服务意识较之前几年有明显的提高，但是，从信息公布、新闻发言人表现来看，相关工作人员的服务意识还有待加强。

意识的培养不能仅靠自身的探寻，树立正确的媒体公关意识还需要外在的辅助。无论是突发公共危机时，还是在平时，开展与培养服务意识相关的教育工作都是必要的。另外，辅以相关的形式有助于相关意识的形成。古有祭天仪式、登基仪式，今有升旗仪式、结婚仪式、阅兵仪式乃至宪法宣告仪式；仪式看似无用却常常对人们的情感产生重大影响，正是因为有了某些仪式的存在才令我们更加郑重。对工作人员意识的培养也当注意到此。

（二）获得信任的策略和技巧

从建国之初，我们国家讲求的就是“闷头做事”、“低头猛干”、“用实劲、干实事、求实效”，不屑于“表面功夫”。但是“内在美”只有在别人了解、观察之后才会明白，而“外在美”才是吸引人去了解、观察的地方。不够诚恳的技巧是不可取的，但没有技巧的努力只会事倍功半。不能因为自己是政府就“自持清高”，不屑去利用那些策略和技巧；面对公众时采取一定的策略和技巧并不是坏事，正如上文中提到的某些舆情引导措施，总不能因为“水军”似乎是个贬义词就放任某些言论肆无忌惮的泛滥。毕竟例如某些煽动性的、抱有偏见的言论并不违法，难以通过法律的手段去解决，而且常常掩藏在普通网民的言论之中，如果限制，也很可能损害公民的言论自由。

在博得网民信任的策略和技巧中要注意，正如上文提到的，社会公众是政府舆情应对中的对应者，和社会公众拉近关系，让社会公众觉得自己是“自己人”才更容易招致信任。转变传统中政府回应民意的“话语风格”，用社会公众熟悉的、听得进的语言进行回应，一方面能让公众感到亲切，另一方面还能缓和气氛，让对话在轻松的氛围中进行。但是，在与社会公众拉近关系的时候，要特别注意维持政府所应具有的价值判断，尊重多数人的意见而不要被多数人的意见所绑架。

疫情防控中的“法德合治”问题研究

陈秀萍[1]

【摘　要】2019 年底以来，人类遭遇了新冠肺炎病毒的攻击，我国在党和人民的共同努力下，成功地遏制了疫情的蔓延和病毒的传播，也在一定程度上检验了国家治理水平和治理能力。总体说来，这次疫情防控不仅在科学基础上依法实施，也是在抗疫人员的勇敢逆行和全国人民团结合作的精神引领下进行，但依然存在着需要我们进一步探索研究的问题：完善“良法”、实施“善治”、培育精神价值。疫情期间，依法防控的同时，注重价值支撑和精神引领，是人类面对灾难摆脱困境的重要途径。

【关键词】疫情防控；法德合治；良法善治；伦理关怀；法治精神

2019 年底以来，人类遭遇了前所未有的新冠肺炎病毒的攻击。当新冠疫情首先在我国爆发时，在党和人民的共同努力下，我们进行了一场全国范围内对抗病毒的疫情防控战争，成功地遏制了病毒的传播。这次疫情防控阻击战在一定程度上也是国家治理水平和治理能力的检验。实践表明，依法防控的同时，注重“法德合治”对国家治理水平与治理能力的提升具有重要的意义。

一、疫情防控的社会伦理基础及“法德合治”的必要性

新冠肺炎病毒以其超强的传播能力，对人类的生命安全和身体健康造成了严重的威胁。政府集中力量防止和控制病毒的传播，既是保护人民生命安全和身体健康的道德义务，也是保证人类社会持续稳定发展的必要条件。

（一）疫情防控的社会伦理基础

现代社会人口流动大，人与人之间社会交往更加频繁。新冠病毒的超强传染性使得其在人口密集的城市人群中的传播呈几何级的速度增长并最终爆发。

1.新冠肺炎疫情及其预防和控制

由于新冠病毒隐蔽性和超强的传播能力，而且没有治疗这一病毒的特效药，自从2019年底中国首次发现病例以来，到2020年初就首先在我国出现大面积爆发的态势，后来全球也陆续爆发。新冠肺炎疫情的爆发对人们的生命安全和身体健康产生了严重威胁，对国家的经济发展、社会生活秩序造成了极大的冲击和破坏，甚至对全球的政治、经济、文化也产生了深刻的影响。面对突如其来的新冠疫情，如果不加以控制则会导致越来越多的人感染病毒而面临生命危险。国家和政府采取积极有力的预防和控制措施，遏制病毒的传播和蔓延不仅是保护每个个体的生命健康和生存权利的法律责任，更是保证人类社会持续稳定

[1] 河海大学法学院副教授。

发展的伦理义务。虽然国内疫情已经得到基本控制，世界其他地方的疫情防控压力和形势并未减 轻，我们不仅面临国内正常生活和社会发展的基本要求，还需要防止国外新冠肺炎病例的输入。只要没有研制出特效药和没有普及有效疫苗，我们的疫情防控工作就得继续。即使这次通过共同合作和努力，研制出有效药物和疫苗，人类还会面临新的病毒，所以，我们有必要总结疫情防控经验，完善突发公共卫生事件的预防和控制制度，提升对突发公共卫生事件的应对能力和社会治理水平。

2.疫情期间的个人与社会关系的特殊性

在现代文明社会中，虽然个人的生存和发展依赖于一定的社会条件，但个人可以根据自己对生活的理解按照自己的意愿自由选择自己的生活方式和工作安排，有自己的行动自由。在疫情防控期间，个人自由和权利的通常范围直接影响着不特定多数人的生命健康与安全， 从而使个人与社会的关系呈现出一定的特殊性。

第一，个人自由活动增加不特定多数人的生命健康与安全风险，从而直接影响到社会公共利益。从理论上来说，个人与社会是相互依存、相互制约、相互促进的。在社会生活中， 个人通过自由选择自己的职业和自己的劳动去为社会创造价值；通过自由的活动获得生活必须品和必要的精神享受；通过自由的交往来实现人与人之间的互动与交流。人们在与他人和社会的合作与交流中形成了和谐稳定的社会生产和生活秩序。但在疫情时期，个人正常的自由交往都有可能成为使自己成为新冠病毒的传染源；无意中感染了病毒的病毒感染者的自由活动就有可能成为他人生命安全和健康的杀手，对他人的生命安全和健康造成危险。每个个体自觉限制自己的自由活动，减少与陌生人的交往和近距离接触成为降低自己感染病毒并成为传染源的重要途径。

第二，社会公共利益优先性凸显。“人们奋斗所争取的一切，都同他们的利益有关”。[2]个人在自由活动中创造了社会价值，同时也获得了利益，而“利益根本不是别的东西，只是我们每一个人视为幸福所必须的东西”，“利益是人类一切行动的动力”。[3]正是人们对自我利益的追求推动了社会的进步和发展。然而在疫情防控时期，由于人们对“新冠病毒”认识的有限性，个体的自由活动和对自身利益的追求可能影响社会公共利益，因为个人自己无法判断并确保自己和自由活动的对象都不是病毒的感染者，这样就不能保证自己的自由活动不给自己和他人的生命安全和健康带来风险，从而损害他人和社会的利益。正因为此，在疫情防控过程中，人们在追求个人自由活动这一个人利益时，要充分考虑到可能给他人的生命安全和健康带来的危险，给社会利益带来的损害。为此，尽量减少不必要的聚集，尽可能在保持安全的情况下从事个人的自由活动，追求个人利益。

（二）疫情防控中“德法合治”的必要性

由于病毒的传染性使得个人的行为对他人和社会的安全风险增加，为此政府必须紧急实施限制自由和权利防控措施和规则。这些防控措施和规则如果没有道德价值的支撑，人

[2]《马克思恩格斯全集》第 1 卷，人民出版社 2016 年版，第 82 页。
[3] [法]霍尔巴赫：《自然的体系》上卷，商务印书馆 1999 年版，第 239、119 页。

们并不一定能从心理上很快接受并自觉遵守限制权利和自由的规则。

1.疫情时期法治的特殊性

虽然从人类制定法律规则并有效地治理社会以来，其有时不能与人类复杂的社会生活、心灵情感形成共振的局限性也同时并存，但在现代文明社会，法律规则仍以其理性和逻辑的力量，保护人们的权利和自由，推动着人类的发展和进步。然而，在疫情防控时期，法律规则具有了不同于常态生活规则的特殊性，这一特殊性主要体现为以下两个方面：第一，紧急性。紧急性意味着疫情防控的规则往往是迫于疫情传播这一紧急情况而制定，而且要尽快实施，方能实现防控效果。根据现代法治要求，法律规则必须提前公布，即在规则生效并实施前让人们对之了解并据此对自己的未来生活和行为形成一定的预期。这是“良法”的一个重要标准。[4]显然疫情时期的法律规则并不能满足这一要求。第二，约束性。自古以来，法律都是被看着是平等地保护人的权利来实现正义的秩序，特别是近代以来，法律被人们当作实现自由的手段，是基于保护自由的目的而限制自由。而疫情防控规则最明显的特征是不是保护和扩大自由，而是约束和限制人的自由活动。正是疫情防控时期法律规则的这一特殊性使得其与常态秩序下的法治思维不一致，从而凸显了疫情防控时期法治这一治理方式的特殊 性：人们在很短暂的时间内未必能从心理上自觉认同和接受紧急限制自由的规则，这就与疫情防控的紧急性和严格要求产生矛盾。为此，挖掘疫情防控的道德蕴含尤为必要。

2.疫情防控的道德价值

疫情防控的道德价值主要体现在以下几个方面：第一，疫情防控的目的是为了多数人的生命健康安全。生命一般具有最高的道德价值。虽然有人可能为了自由而放弃生命，但如果只是为了自己的自由，只是值得尊重的自主选择，并不具有可普遍化的道德价值；相反，只有为了他人和社会的利益而放弃，才是具有可普遍化的行为而具有道德价值。无论是对于个人，还是社会，拯救生命和维护人们的身体健康是具有普遍有效性的行为法则，是与利益计算等无关的人性和人类善良意志的真实体现。疫情防控措施就是为了保护人们的生命健康安全，其本身就具有道德价值。第二，参与疫情防控人员的精神引领。疫情时期，疫情防控参与人员都是冒着一定的风险，特别是在疫情暴发的早期，人们对病毒的认识、防护设备和防护措施还不到位时，他们都是冒着健康和生命安全参与到疫情防控中。他们自己需要崇高的价值感引领，他们的行为也引领和感召着未参与到疫情防控中的普通民众。在这种精神的引领之下，有很多人加入到自愿者行列，成为抗疫人员；即使没有成为自愿者的人们也会从他们勇敢的付出和奉献感受到这一精神力量，从而自觉地承担对他人对社会的责任——自觉遵守特殊时期的规则。在重大疫情面前，超越个人对自身利害的权衡，对自身的行为进行自觉约束并如实反映自身的身体状况和活动轨迹，都是对他人、对社会、对国家的贡献，具有重要的道德价值。

[4] 让人们事先知道其应遵守的规则并及时调整自己的行为是法律的内在道德的一个主要内容，也是现代法治的一个重要原则。参见[美]富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆 2005 年版，第 47 页。

显然，在这一特殊时期，如果只有法律规则的强制，没有崇高的道德价值支撑，没有超越自身利益的精神引领，很难使人们在很短暂的时间内从心理上自觉接受规则的限制，从而保证疫情防控的有序进行，实现疫情防控的最终目的。

二、制度价值与伦理关怀：疫情防控“法德合治”的基本内涵

新冠疫情的的特点和发展形势决定了政府对其实施必要的预防和控制对人民的生命安全和健康、社会稳定持续的发展极为重要。为了避免因疫情爆发的紧急性而导致的恐慌和混 乱，我们需要建立一套比较稳定制度，同时能给处于紧急状态中的人们更多的伦理关怀，才能实施及时有效的预防和控制。

（一）制定良法：疫情防控的制度价值

从历史发展上来看，人类与病毒的斗争推动了医学的发展，但人类真正彻底战胜病毒并不多，而更多的是，人类对病毒的预防和控制。对病毒的有效地预防和控制是降低病毒对人类生命安全和社会经济发展危害的成本相对来说较低的方式和途径。如果我们拥有关于疫情防控优良的制度体系，那么我们会进一步降低病毒对社会的危害。

1.行为的可预期性及其意义

当对自己和他人的行为有明确的预期时，人们会有一种安全感。正常情况下，法律制度则是通过人们对自己和他人行为的预期和安全感来规范和引导其行为，从而起到定纷止争、化解社会矛盾、稳定社会秩序、促进经济社会发展的作用。重大疫情的出现会快速打破常态下的社会秩序，社会公众的生命安全和身体健康面临重大危险。当人们在生命安全和身体健康面临重大危险时，就可能产生恐慌情绪，很多非理性行为也随之产生，“中外历史上，大疫大灾往往导致社会失序，社会失序又使抗疫抗灾雪上加霜。”[5]此时，如果不能及时有效遏制疫情蔓延、消减公众紧张情绪，将会使各种社会矛盾升级、从而引发社会混乱和公共危机。相反，如果建立了应对疫情的稳定有序的制度，社会公众能对自己和他人的行为产生较稳定的预期和安全感，我们就可能及时有效地预防和控制疫情，保证社会生活的有序。

2.必要性原则：个人自由和权利的适度限制

自由是一个独立个体的人所拥有的基本权利，是“每个人由于他的人性而具有的独一无二的、原生的、与生俱来的权利”[6]，是“从事一切对别人没有害处的活动的权利”，其“界限是由法律规定的,正像地界是由地标确定的一样” [7]。除此之外，自由只能够为了自由的缘故而受到限制[8]，即“法律的目的并不是废除或限制自由,而是保护和扩大自由”[9]。 为了

[5]习近平：《在统筹推进新冠肺炎疫情防控和经济社会发展工作部署会议上的讲话》，载新华网，http://www.xinhuanet.com//politics/2020-02/23/c_1125616016.htm。

[6][德]康德：《法的形而上学原理——权利的科学》，商务印书馆 1997 年版，第 50 页。

[7]《马克思恩格斯全集》第 1 卷，人民出版社 2016 年版，第 438 页。

[8]Rawls, *A theory of justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, 1971, p.61-62

[9][美]博登海默：《法理学——法哲学及其方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 1999 年版，第 279 页。

应对突发疫情，让不特定的大多数人获得比自由更重要的权利——生命健康权，国家通过制定规则强制改变人们的日常生活习惯和生活方式，政府相关部门或其他参与疫情防控的非政府人员往往被赋予特定的紧急行政管理权力来具体执行疫情防控规则，直接限制公民的自由。但这种限制并不是任意的，而要有规则依据和限度。疫情防控中对人们自由的限制至少应该基于必要性原则，即对自由的限制是必要的，“只有当不这样做将使自由本身更坏的时候”才能实施。根据疫情发展的情况，确定必要的防控措施。采取的这些措施必须具有紧迫性和必然性，如公共场所要佩带口罩；密切接触者要进行集中隔离等，如果不这样做就会对不特定人的生命健康安全造成损害，从而对不特定人的自由造成损害。同时在实施这是限制自由的措施时，应该充分尊重公民的人格尊严，并保证公民基本生活权利，尽可能避免不当限制而引发社会冲突。

（二）实施善治：疫情防控的伦理关怀

良法是善治之前提，但仅有良法还不够，实现“良法”的“善治”是我国现代法治建设的价值目标。应急状态下的疫情防控也一样需要将制定的“优良”制度真正落实到现实中，并在执行和实施中充分体现对人的尊重和道德关怀，实现真正的“善治”。

1.自由受限人员的基本生活权利的人道保护

人之为人应获得基本生活保障，这是公民最基本的人权。《世界人权宣言》规定：“人人有权享受为维持他本人及其家庭的健康和福利所需要的生活水准……”[10]我国宪法也规定: “中华人民共和国公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下，有从国家和社会获得物质帮助的权利。”[11]在疫情防控期间，为了减少相关人员接触所导致的传染机会，公共卫生部门会建议或要求他们在指定时段内进行自愿或强制隔离。这些隔离要求和措施是为了人民的生命和健康安全，但它也会直接使被隔离的自由受限人员面临一些基本生活困难，例如可能会出现食物短缺，饮水不安全，缺乏可用于隔离的住房等。在这种情况下，政府必须考虑这些自由受限人员基本生活要求，并及时为他们提供基本生活保障。同时疫情防控期间，对于尽量减少人口流动和人口聚集的普通居民，政府也要及时调集资源，稳定市场秩序，保证必要的交通和日常生活用品的市场供应。

2.疫情防控权力的边界与权力行使的人性关怀

根据我国《传染病防治法》及其他相关法律规定，面对重大疫情时，为控制疫情扩散，政府部门需要采取封锁交通、强制隔离、强制治疗、强制检测等措施。为保证这些措施得以贯彻落实，必须赋予疫情防控人员一定的权力，使他们在必要时可以采取一定行政手段对拒不配合防控措施的群众进行一定的人身限制。为了保护更多人的身体健康和生命安全赋予疫情防控人员一定的权力也是必要的，但不可否认，“一切有权力的人都容易滥用

[10]《世界人权宣言》第二十五条的规定，载联合国网，https://www.un.org/zh/udhrbook/#54，2020 年 9 月 10 日访问。
[11]《中华人民共和国宪法》第四十五条的规定，载中国政府网，http://www.gov.cn/xinwen/2018-03/22/content_5276319.htm。

权力，这是万古不易的一条经验。有权力的人使用权力一直到遇有界限的地方方才休止。”[12]为此，任何权力都存在一定的边界：即对公民基本权利的尊重和保护。疫情防控权力在一样要有边界， 其在行使过程中必须尊重疫情防控对象的人格尊严和其他基本权利。对于一些特殊情况，严格执行规则的同时，更要接纳疫情防控对象因日常生活发生改变所产生的负面情绪并给予必要的理解疏导。对于因疫情防控而导致生活困难的人员应该给以更多的关怀和温暖，尽力帮助他们解决困难。只有这样才能将因疫情防控而对公民权利的“克减”降低到必要的程度。

（三）培育精神：疫情防控中的价值引领

作为万物之灵的人类在推动物质文明的同时，也不断创造着自身的精神追求与文化价值。很多时候，人类的精神力量在指引着人类冲破自然条件的限制，不断克服困难，创造出人类物质文明的奇迹和精神文明的绚丽。当面对困境或灾难的时候，人们更需要携手合作和必要的精神引领。

1.疫情防控人员的“民本”意识与服务精神

民本思想是中国古代儒家政治思想的主要内容，对中国古代政治统治和社会的稳定发展起了重要的作用。虽然古代的“民本”理念最终目的是为了维护当时的统治秩序，体现思想家们开明专制的努力，但这并不意味着其对现代社会没有价值。我们不妨发挥“古智今用”,摆脱自上而下的“君本位”的政治惯性，深入挖掘民本思想的内在力量,使其蕴含的人文精神与现代的平等、自由、人权等价值相对接,使道德意义上的“以民为本”变为制度意义上的“以民为主”。由此，有学者认为，“虽然在中国传统中，从来没有西方国家所说的‘代议制’的民主政体……但我深信，在中国传统中强的民主因素一直是存在的。”[13]当今社会对责任政治、执政为民、服务型政府的讨论,多少隐含着某种对民本的期待。[14]

在疫情期间，为了不特定人的生命和健康安全，需要大量人员的参与，因此，许多非政府工作人员，如社区工作人员和广大自愿者就会参与到疫情防控中。政府的权力来源于人 民，非政府的防控人员的权力也一样来自人民的授权，自然应该服务于人民。人民授予他们权力就是为了保护自身的生命健康安全。他们在行使这一权力的时候，应该以人民的利益为中心，秉承为人民服务的精神，用心对待每一个人。作为受惠的普通民众对紧急情况下防控人员的服务应该充分的理解和尊重，并在条件允许的情况下积极参与到防控队伍中为社会共同利益提供力所能及的服务。

2.非疫情防控参与人员的规则意识和公共精神

为了在生存空间和资源有限的人群中共存，人类需要确定个体行为的界限。在对人们的行为进行限定时，为了体现人类的公平和正义，人们建立了明确并具有普遍意义的行为规 则，对不特定的人的不特定行为进行约束。人类建立规则的目的是为了社会的秩序与

[12][法]孟德斯鸠：《论法的精神》，张雁深译，商务印书馆 1961 年版，第 154 页。
[13]李约瑟：《四海之内：东方与西方的对话》，生活•读书•新知三联书店出版社 1987 年版第 54-55 页。
[14]林红：《民本思想的历史逻辑及其现代价值》，载《中国人民大学学报》2017 年第 3 期，第 97 页。

和谐。为了预防和控制紧急状态的疫情，政府出台了一系列关于特殊时期的规则和要求，社会成员必须遵守这样的规则，才能有效地控制疫情的发展。

然而，“规则是公共的,规则意识是个人的；社会文明的程度不仅体现在政府部门制定了怎样的规则体系,而且体现在社会成员具有着怎样的规则意识。”[15]规则意识作为人的群性意识，在某种意义上是对个体自我意识的一种压制。市场经济的发展使人们的主体意识和自我意识获得了发展，独立自主的个体不仅要深刻认识到社会的秩序对个人的意义，更要在心 理、情感和习惯上养成对自我利益的克制，才能真正形成规则意识。如果觉醒了的个体在面对紧急状态时都只考虑自己的舒适、自由和其他个人利益，不遵守临时的交通管制和出行限制，那么必然导致疫情防控措施的失效、社会的失范和失序。

规则意识推动着人们公共精神的形成。人类早期的社会公共事务领域是比较狭小的，现代社会的发展，专业化程度的提高，公共领域不断扩大，涉及到政治、经济、社会和文化等各个领域。疫情期间，每个人的个人行为都可能对不特定的人生命健康安全的产生危险，对政治、经济、社会等公共领域产生重要影响。规则就是基于社会公共生活秩序而制定的，意味着主体对个人的日常生活和职业发展等自身利益之外的社会公共生活的关注和理解，能够将不特定的其他人作为与自己平等的人来看待，从而一定程度上克制自我利益。当人们能够自觉认识到自己的行为可能直接影响到不特定人的生命健康安全、国家和社会可能为之付出的各种成本和代价等问题，意识到克减个人权利对他人和社会的意义和价值，就能形成对不特定的他人的责任意识，形成为他人和社会的利益而适当限制个人权利的公共精神。

三、疫情防控“法德合治”实践问题分析

依法防控是新冠肺炎疫情防控工作顺利进行的必要条件。“每一次人类的重大灾难,都是对国家制度和国家治理能力的考验”; “每一次人类的重大灾难也都必然对国家治理产生深刻影响,并促使国家制度和国家治理的进一步改革。”[16]疫情防控中，政府不仅出台了紧急状态下的各种规则和制度，也通过各种途径来推动这些规则和制度的实现。无论是在制定特殊情况下的“良法”时、还是在实施“良法”的“善治”过程中，都存在许多问题，需要不断思考和进一步完善的。

（一）疫情防控的应急管理权力与公民基本权利的冲突

在疫情的开始与爆发期间，政府为了控制疫情的蔓延和扩大、为了社会的秩序和稳定，采取了必要的应急管理措施，如疫情发布、交通管制、出行限制、强制隔离等。这些具体的措施就会与公民的基本权利产生一定的冲突，影响公民的基本权利的实现。

1.自由权

自由权是公民的一项基本权利。根据我国《宪法》规定，公民的自由权不仅包括人身

[15]童世俊：《当代中国的精神挑战》，上海人民出版社 2017 年版，第 129 页。
[16]俞可平:“新冠肺炎危机对国家治理的影响”,载微信公众号“北大政治学”,2020 年 4 月 28 日上传。

自由权，还包括一些政治权利和自由、宗教信仰自由等；而公民的人身自由权不仅包括人身自由，还包括与人身相联系的人格尊严和住宅不受侵犯，以及公民的通信自由和通信秘密等权利。就公民的人身自由而言，宪法明确规定，“中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯。……禁止非法拘禁和以其他方法非法剥夺或者限制公民的人身自由”。[17]“行政机关不得法外设定权力，没有宪法法律依据不得作出限制公民人身自由的强制措施和处罚”。[18]疫情防控的最主要措施就是对人的行动自由的限制，从而与公民的自由权产生冲突。这些限制包括主要包括：不得出入中高疫情风险区的交通管制；对公共场所的出入限制，如出入证、健康码、体温检测，不得参加聚集性活动、不佩带口罩不得进入公共场所等；对相关人员的隔　离，即对病毒感染者、密切接触者、中高疫情风险区出行人员的强制隔离等。无疑，在出现重大疫情的情况下，为了防止疫情的进一步蔓延，限制公民的人身自由是必要的，特别是当相关人员已经对不特定的社会公众的生命和健康安全产生重大威胁时，必须对其进行强制措施。这些强制措施一方面会使公民人身自由受到限制，与人身自由权冲突，同时还可能限制公民参加集会、结社、参与宗教活动的自由，从而与公民的其他政治权利和自由产生冲突。

2.财产权

财产是个人得以生存的物质基础，财产权是公民独立人格发展所不可或缺的物质前提。公民的财产权是指公民对自己的财产所享有的不受任何组织和个人加以限制和剥夺的一切权利，是公民基本权利的核心基本权利，具体包括对财产的占有、使用、收益和处分的权利。

《世界人权宣言》第十七条规定: “人人得有单独的财产所有权以及同他人合有的所有权。任何人的财产不得任意剥夺。”[19]我国宪法明确规定：“公民的合法的私有财产不受侵犯。国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。”[20]一般而言，公民根据法律的规定， 通过自己积极的体力和脑力活动，参与各种市场交易活动，获得受到国家保护的合法财产， 拥有对自己合法财产的支配和管理权。

疫情防控权力行使过程与公民财产权的冲突主要体现在以下几个方面：第一，在疫情防控过程中，隔离措施使得一些人无法参加工作获得应有的劳动收入，很多行业的正常运营收入也受到较大的影响，其工作人员的收入也受到很大的影响。第二，在生活消费方面，为了防疫的需要，人们要购买生活必需品之外，还必须花费一定的财产去购买防疫物资。第三， 政府为了隔离、救治和防疫的紧急需要，往往需要临时征用一些民间设施和物资，如民营旅馆、酒店、场馆，以及私人的防疫物资和相关设备。这些疫情防控措施直接影响

[17]《中华人民共和国宪法》第三十七条， 载中国政府网，http://www.gov.cn/xinwen/2018-03/22/content_5276319.htm。
[18]国务院新闻办公室:《国家人权行动计划(2016－2020 年)》，载中国国务院新闻网，http://www.scio.gov.cn/wz/Document/149280 4/1492804_3.htm，2020 年 8 月 30 日最后访问。
[19]《世界人权宣言》第十七条的规定，载联合国网，https://www.un.org/zh/udhrbook/#54，2020 年 9 月 10 日访问。
[20]《中华人民共和国宪法》第十三条的规定，载http://www.gov.cn/xinwen/2018-03/22/content_5276319.htm。

公民通过劳动获得合法财产，也在一定程度上影响了公民对自己财产的支配权，从而与公民的财产权产生冲突。　　3.疫情信息权

现代民主国家政府的权力来源于人民，公民有权要求政府采取积极作为的方式来保护公民的权利并监督政府公权力及其行使。对公共信息和公共事项的知情权，是公民的基本权利。国家和政府应该“多渠道多领域拓宽公民知情权范围”“加强互联网政务信息数据服务平台和便民服务平台建设，提高政务公开信息化、集中化水平”“完善突发事件信息发布制度”。[21]行政机关应当及时、准确、主动公开有关“公共卫生”和“突发公共事件的应急预案、预警信息及应对情况”的政府信息。疫情属于重大公共卫生信息，直接影响公众能否及时采取有效的措施防止感染。因此，公共卫生部门有义务及时向公众提供有关疫情的准确信息。[22]但对疫情对及时通报会受到各种条件的限制，如对疫情的认知程度、对相关疫情信息的统计、为保证疫情的准确性和权威性所必须的程序、以及通报以后所产生的社会影响等。故国家疫情防控信息的发布的客观原因会导致公民不能在第一时间知道疫情等公共信息，从而产生与公民的重大信息知情权的冲突，甚至可能会故意瞒报或延报疫情信息，直接侵犯公民知情权。除此之外，在信息传递过程中，为了疫情防控和保证正常经济社会秩序，政府往往为了防止有人捏造事实传播谣言而限制公民对信息的传播，从而造成了国家应急管理权力与公民信息传递权利的冲突。

（二）疫情防控相关法律制度不够优良

依法防控是新冠肺炎疫情防控工作顺利进行的必要条件。一般而言，强制性措施是防控突发公共卫生事件的必要手段, 但具体的强制性措施也必须有明确且充分的法律依据并严格在法律规定的权限和程序范围内实施，而不能随意或任意决策。显然，现有的法律制度并不能满足这次新冠肺炎的依法防控的需求，还存在这样那样的问题，需要进一步去完善。

1.疫情防控相关法律制度不够充分和完善

根据我国现有的法律制度，新冠肺炎疫情防控的规范性依据主要有：1989年通过2004年、2013年修订的《传染病防治法》、2007年8月30日颁布的《中华人民共和国突发事件应对法》、2013年10月国务院同意发布的《突发事件应急预案管理办法》、2003年5月的《突发公共卫生事件应急条例》、2012年卫生部的《突发事件公共卫生风险评估管理办法》、1986年12月通过《国境卫生检疫法》、1989年2月国务院批准的《国境卫生检疫法实施细则》、原卫生部2006年3月《法定传染病疫情和突发公共卫生事件信息发布方案》、2009年1月《全国不明原因肺炎病例监测、排查和管理方案》以及各级地方政府的突发公共卫生事件应急预案等规范性文件。2019年12月28日第十三届全国人民代表大会常务委员会第

[21]国务院新闻办公室:《国家人权行动计划(2016－2020 年)》，载中国国务院新闻网，http://www.scio.gov.cn/wz/Document/1492804/1492804_3.htm，2020 年 8 月 30 日最后访问。

[22]参见常健：《疫情防控中的人权保障》，《学术界》2020 年第 2 期，第 36-37 页。

十五次会议通过了《基本医疗卫生与健康促进法》等。除此之外，《治安管理处罚法》中有一些 关于行政执法权的相关规定。由此，疫情防控中的强制隔离等强制措施虽有相关法律的规 定，但就现有的这些法律规定来看，对限制公民自由的强制措施的性质、强度、对象和持续时间等具体的问题都没有严格的界定。虽然这些具体的强制措施一般与疫情的爆发情况和特殊性要求密切相关，但对这些强制措施的性质、强度和持续时间应该有一个原则的规定，这样才能使普通的居民能够对此有比较清晰的认识，从而对自己的行为和未来生活有一个合理的预期。此外，关于疫情防控措施的规定中，对疫情防控权力的界限没有明确的规定，这样会使执法人员在执法过程中会侵犯公民的基本权利，特别是对于那些由于紧急情况而被授权的基层自治组织和志愿者等没有执法经验的人更无法把握疫情防控权力行使的边界。

2.疫情防控相关法律制度存在冲突

由于关于疫情防控的规范性法律文件的依据较多，制定的主体也不一样。各种规范之间的内容有所不同，甚至存在冲突。就直接为国内疫情防控法律依据的几部规范性文件来看，《突发事件应对法》2007年制定的，《突发事件应急预案管理办法》是2013年制定的，而《传染病防治法》则是1989年制定的但经过了2004年、2013年两次修改，但《传染病防治法实施办法》却是1991年制定并通过的；《突发公共卫生事件应急条例》、《突发公共卫生事件与传染病疫情监测信息报告管理办法》分别是2003年、2004年制定的。由于制定的时间和制定主体的不一致，它们侧重考虑的内容也有差别。再就《突发事件应对法》和《传染病防治法》两部来说，《突发事件应对法》规定：信息收集主体规定为“由县级以上地方人民政府建立本地区统一的突发事件信息系统”，在信息发布方面“履行统一领导职责或者组织处置突发事件的政府按照有关规定统一、准确、及时发布有关突发事件事态发展和应急处置工作的信息”，“及时汇总分析突发事件隐患和预警信息,必要时组织相关部门、专业技术人员、专家学者进行会商, 对发生突发事件的可能性及其可能造成的影响进行评估”。而《传染病防治法》则将“将其纳入卫生行政部门的事权范围,更加重视专业机构的信息收集”，“国务院卫生行政部门定期公布全国传染病疫情信息,省级政府卫生行 政部门定期公布本行政区域的传染病疫情信息”，疾控机构具有分析研判传染病疫情信息职责和政府防控预案中虽然包括传染病疫情分析制度,但没有规定组织专家会商或评估程序。总之，《突发事件应对法》更倾向于将疫情信息搜集、研判与发布的等权力赋予县级以上地方人民政府。[23]

一般法律的适用的原则主要有：法律位阶高的法律效力高于法律位阶低的法律、“新法优 于旧法”、“特别法优于一般法”等。在这些规范性法律文件中，《传染病防治法》是应对传染 病疫情最主要的特别法。从效力位阶上来说，一般位阶比较高的法律规定得相对比较粗略，常 常有与之相对应的实施细则来补充。所以，尽管有这些法律适用的原则，

[23]王晨光：《疫情防控法律体系优化的逻辑及展开》，载《中外法学》2020 年第 3 期，第 624-625 页。

这样多部门、多位阶 的规范性文件在适用时还是会产生很多矛盾、冲突和模糊地带，为相关部门准确直接实施带来 困难。比如,《突发事件应对法》和《突发公共卫生事件应急条例》都规定宣布进入预警期的 主体为县级以上地方各级人民政府，但是《传染病防治法》则将这一权限赋予国务院卫生行政 部门和省、自治区、直辖市人民政府；《突发事件应对法》规定宣布进入应急状态的主体为县 级以上人民政府；而《传染病防治法》则规定国务院卫生行政部门或省级人民政府发出预警后, 地方人民政府才能启动预案。[24]制度规定不一致的问题最终导致决策机构无所适从和决策无序。

（三）疫情防控制度的实施需要合理强化

除了疫情防控的法律依据不够充分，不同规范性法律文件存在不一致和冲突的地方之外，制度在实施过程中也存在着许多问题，需要进一步思考和完善。

1.疫情防控权力行使中的“非人性化”

疫情防控的根本目的是为了社会公众的生命健康安全这一社会共同利益，故疫情防控的相关制度和措施在执行的过程中必须体现出应有的人文关怀。相反，不顾一切的粗暴执法， 必然会引起社会更大的矛盾和问题。首先，在疫情防控初期，武汉公安机关将李文亮等 8 名医务人员作为“不实言论”传播者予以训诫的做法，[25]显示了行政机关执法时的简单粗暴， 将公民在其传递疫情信息中存在的合理“偏差”解释为捏造和传播谣言。这一做法直接伤害了疫情信息的善意传播者的感情，不仅影响了疫情信息的传递和对其他社会成员的警示，还引起了很多负面情绪的产生，对社会造成严重的不良影响。事实上，针对网络上的“不实言论”，政府应该通过积极正面地公布真相来满足社会公众对疫情真相的需要。其次，疫情防控措施的“一刀切”问题。疫情期间，随着各地防控措施的升级，多地小区实行封闭管理， 发布通知：“外来人员一律不准进入小区”，某些地方甚至拒绝湖北人入住酒店，有些地方的执法者直接闯进家门暴力执法……，[26]这些简单的“一刀切”“命令式”措施超越了法律的限度，一定程度上侵害了公众的个人权利，违背了最大程度保护公民权益原则和差异化防控策略，也背离了“执法为民”的法治精神。后来公安部门也进行了纠偏，提出 “擅自封闭、阻断和隔离道路要尽快恢复正常通行”，“坚持严格规范公正文明执法，严禁过度执法、粗暴执法”。[27]尽管如此，这还是反映出疫情防控制度的反复和随意，不以较为稳定地为人们的行为提供预期。最后，在防控措施实施过程中，简单粗放的应对措施却间接导致了一些没有住房、经济困难的普通民众，以及临时留守儿童、留守老人、残障人士、其他疾病患者等特殊群体没有任何依靠。如果执法者能秉持人权意识和人文关怀，

---

[24]王晨光：《疫情防控法律体系优化的逻辑及展开》，载《中外法学》2020 年第 3 期，第 626 页

[25]参见《关于群众反映的涉及李文亮医生有关情况调查的通报》， 载人民日报网，http://paper.people.com.cn/rmrbhwb/html/2020-0 3/20/content_1977304.htm。

[26]参见《关于“劝阻一家三口打麻将发生冲突”事件的情况说明》，载新浪网，http://finance.sina.com.cn/wm/2020-02-19/doc-iimxyqvz4131309.shtml。

[27]《坚持严格规范公正文明执法，严禁过度执法、粗暴执法》，载澎湃网，https://m.thepaper.cn/newsDetail_forward_6045911，2020 年 7 月 15 日访问。

能对由于防控疫情带来的人权限制和负担作变通处理和妥善协调，就会减少任意剥夺公民的自由权和财产权等基本权利情况的出现。

2.疫情防控的制度失灵

制度失灵意味虽然规定了相关的制度，但这一制度被束之高阁而并未能真正实施。比如说这次疫情防控中的专家评估制度、预警制度等。就这次新冠肺炎疫情报告制度来说，2003年“非典”之后，我国建立了“疾控机构、医院、基层医疗卫生机构分工协作、上下联动、优势互补的重大疾病的防、治、管的服务网络，实现了对39种法定传染病病例、个案信息和突发公共卫生事件的实时在线监测、实名登记、慢病防控一系列体系的建设。”[28]为此，相关专家也认为，“SARS 这样的病毒随时可能有，但是 SARS 事件不会再有”，“这得益于我国传染病监测网络建设得很好，病毒来了我们可以挡住它。”[29]而从这次的新冠肺炎疫情防控的初期情况来看，直报系统并未能够发挥其应有的功能，制度在实施过程中出现了“制度失灵”：为了维持春节前社会的稳定和欢乐的氛围，一些负有发现和报告传染病疫情的机构没有按法律规定如实报告疫情信息,甚至当国家卫生健康委员会的专家组前来调查时,仍未如实报告,从而导致流行病学调查无法及时准确地查明新冠病毒传播的真实情况；单位或个人的主动报告制度未能受到积极推动；直报系统也因长期缺乏演练未能及时顺利启动。

政府出于预防和控制疫情和维护公共卫生安全的需要建立了相关制度。然而制度的价值在于实施，如果不能有效实施，那就根本不能达到防控的目的。而在这次疫情的防控过程 中，除了刚开始直报系统的的启动出现了失灵情况外，具体的防控措施在执行过程中，也同样出现了不到位的情况。比如说，地武汉封城期间，很多人被困在武汉，但一名有发热症状的刑满释放人员黄某某却可以从武汉顺利通过层层关卡抵达北京的家中后被确诊。这一度成为网络热点事件被并被很多网民和社会公众的关注。为此，经中央政法委批准，司法部牵 头，会同中央政法委、最高人民检察院、公安部组成联合调查组，赴湖北省与湖北省纪委监委就这一事件进行了调查。调查发现，许多相关部门和单位的领导和工作人员存在着不同程度的违反法律法规和疫情防控工作的相关规定的行为，正是这些违法违纪行为导致事件的发生。[30]

（四）公民规则意识和社会责任感有待提升

在这次疫情防控过程中，除了暴露出疫情防控权力行使和疫情防控措施实施中存在的一些问题之外，部分社会公众个体的社会责任意识和规则意识也需要进一步增强。

1.对疫情强制性规则的“无视”

---

[28]《我国建成全球规模最大传染病疫情网络直报系统》，载央视网，http://jiankang.cctv.com/2019/02/26/ARTIsseS2VPnwv0cVLrjo5Lm190226.shtml。

[29]《“SARS 事件”不会再有了》,载今晚报网，http://epaper.jwb.com.cn/jwb/html/2019-03/15/content_13_1.htm。

[30]参见《北京通报“武汉刑满释放人员黄某英进京事件”调查结果和处理决定》，载新华网，http://www.xinhuanet.com/politics/202 0-03/02/c_1125652531.htm；《中央多部门联合调查刑释新冠肺炎确诊人员离汉抵京事件》，载搜狐网，https://www.sohu.com/a/376140800_100023701，2020 年 6 月 18 日访问。

遵守规则是一个现代文明社会对其社会成员的基本要求。虽然我们通常强调“良法之治”，即我们所遵守的规则必须是具有正当性的合理规则，而疫情防控期间有些规则可能直接影响了我们的日常生活习惯，但在面临突发公共卫生事件的紧急状态时，特别是在面临新的病毒时，政府更多要考虑的是公共生命健康安全，可能并不能有足够的时间去认证规则的合理性。因此，对于这些规则，公民可以在遵守的前提下不断探索其合理性，并进一步确定疫情防控权力的边界。对于政府部门针对疫情期间的统一的强制性措施，如公共场所佩带口罩、强制检测、强制隔离、强制治疗和交通管制、不得参与举行集会和大型聚集活动、个体经济利益和财产的政府强制征用措施等，任何单位和个人必须服从并严格遵守。相比其他国家，我国之所以能够较好地控制了疫情，与大多数人能够自觉遵守特殊时期的规则密切相 关。但在疫情防控过程中，仍然不时出现有人不遵守应急状态下的防控规定：公共场所不主动佩戴口罩、拒绝体温、还有些被隔离的市民在隔离期间擅自外出，甚至聚餐聚会；居家隔离、集中隔离的市民，发现发热等典型症状后没有主动报告，甚至有个别人直接抗拒疫情防控执法。部分无视规则的行为引起自己被感染同时又感染他人的严重后果，造成了社会公共资源和财产的损失。和家人常年在美国工作生活的黎某，其同事被确诊为新冠肺炎后，黎某开始出现发热等症状，随后多次到当地医院就诊未见好转。核酸检测结果未出来，黎某及丈夫携幼子就服用退烧药降低体温，从美国波士顿乘坐国航 CA988 号航班回国。在中国黎某被确诊为新冠肺炎，与其密切接触者 60 余人被隔离。[31]此外，疫情爆发时期，还有人隐瞒发热症状与人群密切接触，直接对他人的身体健康安全产生威胁。[32]

2.个体的社会责任意识不强

规则基于公共生活的秩序和稳定而制定。遵守规则就是对公共生活秩序的理解和关注，对自我利益的相对克制，无视规则就意味着他人和社会的漠视，是缺乏社会责任感的表现。社会是由个体的人组成的，个体在社会中获得生存。“作为确定的人，现实的人，你就有使命，就有任务。”[33]这种使命和任务就是作为社会个体的责任。在社会分工越来越细、专业化程度越来越高的现代社会，个体对社会的依赖程度越来越高，同时个体的行为对社会的影响也越来越大，个体的社会责任也越来越大。社会责任感既是对他人和社会的真切关心和为他人和社会做出贡献的真诚意愿的一种情感体验，也是人对自己对社会所负责任的主观认识， 直接影响着个体履行社会责任的自觉程度，体现着个体的自我价值和社会价值。但事实上， 在疫情防控期间，很多聚集性疫情的产生就是因为某些个体不严格遵守疫情防控规定，隐瞒自己的旅居经历，还到处参加聚会。比如说，一武汉返乡男子，不在家中隔离 14 天竟谎称自己是从其他国家回来的，安心的去参加几千人的宴席，自己

[31]《隐瞒病情带全家从美来京的女子黎某被批捕》，载凤凰财经https://finance.ifeng.com/c/7wyOcxMHy5C，2020 年 8 月 5 日访问。

[32]《青海一确诊患者被立案：隐瞒发热症状 多次与人群密切接触》，载搜狐网，https://www.sohu.com/a/369909973_561670，2020年 9 月 5 日访问。

[33]《马克思恩格斯选集》第 3 卷，人民出版社 1975 年版，第 329 页。

被确诊后，导致参加宴席的上千人都居家隔离，时时测量体温，其中就有7人已经被检查出肺炎症状。[34]郑州郭某多次出

入疫区，回国后既隐瞒境外疫区旅居史，也不按要求进行自我隔离，确诊后导致数10名密切接触者被集中隔离。[35]对于这一类行为，从主观上来说，他们自己也并不想感染病毒，因而不具有感染或传播病毒、危害他人生命健康的故意，只是他们首先想到的是个人的自由和舒适，对感染病毒的可能存在着侥幸心理，对自己的行为社会和他人产生的影响并没有深刻的认识。如果对自己、对他人有强烈的责任意识，一般都会尽可能限制自己的自由和其他社会活动，对自己的生命健康负责、对他人和社会公众的生命健康负责。

四、疫情防控的“法德合治”的实践路径探索

“疫情防控越是到最吃劲的时候，越要坚持依法防控，在法治轨道上统筹推进各项防控工作，保障疫情防控工作顺利开展。”[36]社会主义国家制度的精神内核是“以人民为中心”，在应对突发公共卫生事件中，始终应将人权保障作为核心目标，以切实维护广大人民群众的根本利益；同时疫情防控人员的执法行为应该体现应有的人权关照和人文关怀，及时疏导公众的负面情绪，才能有效地控制疫情、防止社会危机。

（一）有“良法”可依

优良的制度让人们对自己的行为有一定的预期，是社会稳定、秩序和和谐的必要条件。在人类发展的进程中，和病毒的斗争一直在存在着。无疑，疫情防控的制度化可以帮助人类以成本最小的方式战胜病毒。

1.制度的“优良”：科学指导下的人道

一般来说，制度的“优良”是指制度具有符合人类对美好社会的价值追求——符合人性基础上的公平与正义。在这样的理想制度下，每个人的生命、人性中的善意、才能都能获得成长和充分发展。当然，这只能特定社会的人们所不断追求一种理想状态。在现实社会中， 虽然有智识的人们都在努力创造优良的制度，但人类认识能力的有限性和人性的自然缺陷等使他们永远在追求这一理想的路上。一个社会制度能使大多数社会成员的生命得到保护、人性得以完善、才能得到彰显就可以称之为“优良”的制度。而疫情防控制度更加复杂，它不仅仅涉及人类的道德生活，还涉及到人类的科学技术的发展水平。由此，对疫情防控制度来说，其“优良”特性主要表现为“科学指导下的人道”性。有效防控疫情需要传染病学、医学专家和其他相关科学技术人员的研究。优良的制度需要他们以他们的研究成

---

[34]《从武汉回来，却谎称来自菲律宾的福建晋江一家人，给他人造成困扰》，载搜狐网，https://www.sohu.com/a/370840906_12004 7364，2020 年 6 月 13 日访问。

[35]《河南首例境外输入病例郭某鹏被刑拘 曾因故意隐瞒出境史致 43 人隔离》，载新浪网，https://k.sina.com.cn/article_5876448064_m15e437b4003300qxrz.html?from=fashion，2020 年 7 月 12 日访问。

[36]《疫情防控越到最吃劲时候，越要坚持依法防控》，载新浪网，http://news.sina.com.cn/c/2020-02-17/doc-iimxxstf2192113.shtml。

果为基础，只有在此基础上的制度才有可能是对人类生命负责的、符合人道要求的。专家参与是制定疫情防控制度和相关措施的必经程序。只有确立专家参与疫情防控的具体明确的程序和要求、同时明确专家和其他相关人员的责任才能使人们在面对各种新的疫情时，迅速启动疫情防控程序。当然，疫情防控仅有专家也还是远远不够的，正如习近平总书记所指出的，“疫情防控不只是医药卫生问题,而是全方位的工作,是总体战”, 需要维护社会稳定、需要加强宣传和舆论引导、需要保证经济平稳运行等，[37]因而其意义早就超出了医学与技术的范畴，是全面推进依法治国、全面推进国家治理体系和治理能力现代化的一个重要契机。

在科学的指导下，作为良法的基本伦理标准，至少应该包括以下两下原则：第一，坚持生命健康至上原则。生命是人作为生命体的自然前提，是人之尊严的载体，具有至高无上性和不可侵犯性。正因为此，习近平总书记多次强调的要“始终把人民群众的生命安全和身体健康放在第一位”，“尽最大可能挽救更多患者生命”“最大限度提高治愈率、降低病亡率”，“决不能因为费用问题耽误患者救治”等。[38]在疫情防控的全过程和各个环节都要把人的生命健康作为最高目标。第二，坚持基本的人道主义原则。人道主义，就是平等尊重和维护每一个人作为人应该享有的尊严和权利；当每一个人遭遇困境时，都应当给予应有的关怀和帮助，维护其作为一个人应该享有的尊严和权利。在疫情期间， 所有的人，不管其政治地位、 民族差别、 宗教信仰、文化程度、教育水平、职业身份以及财富多寡有何不同，都面临着灾疫的肆虐和侵袭，都面对着生命健康与安全挑战。社会全体成员应该给予患者和疫区的人们应有的尊重、关怀和帮助。

2.疫情防控权力与公民基本权利的平衡

疫情防控是为了保护不特定多数人的生命健康安全，体现了对社会公共利益的保护。虽然，从总体上来说，个人权益和社会公共利益是一致的。但就特定个体而言，个人权益和社会公共利益并不是永远一致，疫情防控具体制度可能会因为社会公共利益而直接侵犯公民的权利。比如说，有很多人没有病毒感染风险的人自由也会受到限制。此外，无论是个人权利的保护，还是公共利益最大化的实现，都依赖于政府权力。而政府的权力天然具有滥用和侵犯个人权利的危险性。由此，在制定疫情防控具体制度和措施时，要充分考虑个人权利与公共利益的动态平衡，对个人权利的干预必须是必要的、合理的，与所要保护公共利益的是相适应的。

由此，疫情防控制度的制定还必须遵循的一个基本原则——权利限制的必要性原则：即疫情防控中对公民基本权利的限制则是必要的，限制公民权利的措施强度适当,其可获得利益大于可预见损失，并尽可能对公民权利造成最少克减或最小损害，因而也可称之为

[37]习近平：在中央政治局常委会会议研究应对新型冠状病毒肺炎疫情工作时的讲话，http://www.gov.cn/xinwen/2020-02/15/content_ 5479271.htm。

[38]《始终把人民群众生命安全和身体健康放在第一位》，中国法院网，https://www.chinacourt.org/article/detail/2020/05/id/5240153.shtml，2020 年 6 月 29 日访问。

比例原则和最小损害原则。这是选择公共卫生强制措施必须遵循的黄金律。比如说疫情严重的时 期，为了限制公共聚集性活动关闭棋牌室是必要的，但禁止家庭成员之间的棋牌等娱乐活动则是没有必要的。

权利限制的必要性原则意味着：疫情防控中，出现了生命健康权与自由权、公众的知情权与患者的个人信息权、言论自由权与社会稳定要求、科研人员的知识产权与信息共享要 求、医疗资源有限与资源的公正分配等方面的冲突时，要尽量保证权力与权利的平衡，只能出于对社会公共利益和某个权利的必要保护，而对其中一个权利作出适当的限制，而不是对另一个权利的任意克减。比如说，为了公众的知情权，有必要对患者的发病前14天的行动轨迹进行公开，但对患者的其他信息就没有必要公开。

权利限制的必要性原则还要求要根据疫情的变化及时调整风险程度，并根据风险程度的高低和必要性要求调整对权利的限制。如根据疫情需要及时确定疫情风险等级，运用高科技手段及时调整对低、中、高不同风险地区的出行限制，尽可能减少或解除对持有健康码的低风险地区的出行限制。

3.完善的疫情防控制度体系

优良的疫情防控制度意味着相关制度的全面、明确、具体、可行，并具有可操作性；不同部门制定的与疫情防控有关的之间制度衔接和谐、逻辑一致；同时还应该包括明确而严格的法律责任的相关规定。2019年12月28日全国人民代表大会常务委员会通过的《基本医疗卫生与健康促进法》，第4条明确规定“国家和社会尊重和保护公民的健康权”,以法律形式规定“各级政府应当把人民健康放在优先发展的战略地位,将健康理念融入各项政策……将公民主要健康指标改善情况纳入政府目标责任考核。”[39]

疫情防控具体制度体系的完善主要包括以下几个方面：首先，应急状态的启动和应急强制措施应该有更明确、更统一的法律依据。根据我国宪法规定：全国人民代表大会常务委员会“决定全国或者个别省、自治区、直辖市进入紧急状态”，国务院“依照法律规定决定 省、自治区、直辖市的范围内部分地区进入紧急状态”，但疫情防控所依据的《突发事件应对法》和《传染病防治法》只规定了地方行政部门运用行政权力处理特定领域和特定区域的突发事件。而对公共卫生事件中的各种防控措施，包括强制隔离等限制人身自由的强制措施的法律依据和性质需要更加明确，并与我国的宪法和立法法的相关规定统一。其次，要进一步完善疫情防控的制度体系。在《基本医疗卫生与健康促进法》的基础上，“强化公共卫生法治保障”,“改革完善疾病预防控制体系”,“改革完善重大疫情防控救治体系”，“健全重大疾病医疗保险和救助制度”和“健全统一的应急物资保障体系”。[40]对此，有学者已经对“公共卫生法体系”“突发传染病事件应急管理机制”进行较为详细的梳理和论

[39]《中华人民共和国基本医疗卫生与健康促进法》，中国政府网，http://www.gov.cn/xinwen/2019-12/29/content_5464861.htm。

[40]习近平:“全面提高依法防控依法治理能力,健全国家公共卫生应急管理体系”,载求是网，http://www.qstheory.cn/dukan/qs/2020-02/29/c_1125641632.htm。

述。[41]再次，修改与疫情防控相关的法律制度时，应注意不同部门法律制度之间的衔接，保证法律制度之间逻辑上的一致性。通过这次疫情防控过程的实践，可以将某些成功有效的具体措施进行梳理，并对《突发事件应对法》和《传染病防治法》中不一致的地方进行修改，既保证法律体系逻辑上的统一，又能明确相关主体的法律责任。最后，根据疫情防控的特殊时期，疫区与非疫区的不同空间，以及患者及高度危险人员、疫情防控参与人员、普通社会公众的不同情况进一步细化疫情防控的具体措施和各个环节的具体程序，明确规定相关主体的权利（权力范围）、义务和法律责任，将疫情防控措施具体化为看得见、可操作的执法行为。

（二）行“善治”之事

优良的法律必须得到实施，以保护社会公众的生命健康安全为目的的疫情防控制度只有通过防控部门的行政权力的有效行使才能真正实现应急状态下的“善治”目标。

1.疫情防控权力的依法行使

疫情防控权力是为应对突发公共卫生事件而的扩大了的行政权力，来自于国家法律的规定或国家机关的授权。它既包括行政机关或授权组织采取各种强制措施对社会公众自由权、财产权、信息权等进行适当限制，也包括对不服从应急强制措施行为的处罚。这种权力的行使虽然是为了保护社会公众的生命健康安全，但一旦权力被具有自然缺陷的人类手里，就会与行使者的特定的情感、心理、意志相链接，就可能产生背离其基本目的，出现“法外权 宜”或权力的滥用。所以，权力的行使者一方面要坚持依法防控、严格执法，防止由于某些“特殊情况”而“过度灵活”；另一方面也要明确疫情防控权力的界限，防止政府公权力的滥用，这样才能提升法律权威和政府公信力，真正保护人民的生命健康安全这一社会共同利益。

疫情防控权力要严格依法行使：首先，实施疫情防控措施的主体要有要获得明确的授权，具有合法的主体资格；其次，对疫情防控权力主体授权范围要明确，被授权的权力主体只能在授权的范围之内实施疫情防控，不能超越职权范围；最后，执法主体要认识到自己权力的边界，根据合法的方式和途径、合法的程序将疫情防控措施落到实处。为此，疫情防控时期，要严格疫情防控主体责任，对于疫情防控中不作为、乱作为、慢作为，严格按照法律的规定问责；对于相关执法主体和参与到疫情防控中的群众组织、自愿者，政府要注意切实提高他们运用法治思维和法治方式的能力，确保在法治轨道上统筹推进各项防控工作。[42]

疫情防控权力主体的严格执法的目的是为了保护社会公共利益，是为了为社会公众的利益提供更好的服务，而不是限制公民的权利。权力主体执法时应该基于责任意识和服务精 神，遇到不理解疫情防控措施的公民则应该控制好自己的情绪耐心解释、文明执法。

---

[41]参见王晨光：《疫情防控法律体系优化的逻辑及展开》，载《中外法学》2020 年第 3 期，第 617-629 页。

[42]赵树坤、伍科霖：《精准治理视角下的依法防控与人权保障》，载《南开学报（哲学社会科学版）》 2020 年第 4 期。

2.对社会公众的情绪接纳和疏导

面对突发的公共卫生事件，社会公众往往会产生各种负面情绪。突然的疫情这一外界刺激，对个体的心理和生理会产生各种不同的主观体验和感受，从而形成各种情绪。虽然从总体上来看，在党和国家的领导下全国人民万众一心，激发出人们团结一致抗击疫情的勇气， 但同时产生了一些负面的情绪。疫情期间，各地病例数字的变化，相应的防控措施对人们生活和行动的自由的限制、生活工作计划安排的变化，都会让人们产生各种负面情绪。这些负面情绪主要表现为：有的人对自己的身心状态过度地敏感和担忧，自我封闭压抑自己，不与外界联系；有的人产生了攻击性的非理性行为，意识和情绪处于失控状态，对管理部门制定的相关政策、措施产生了激烈的排斥、抵触心理。对于这些负面情绪，有的人选择用发脾 气、破坏、暴力等方式表达自己的情绪，如拒绝接受检疫、拒绝隔离、不配合治疗等，甚至出现对抗性言语或行为，将自己的愤怒情绪指向外部，如家人、社区工作人员、医护人员等等，导致人际冲突。这些负面情绪还具有传染性，即在人与人之间互相影响并不断增强，在相互暗示或者自我暗示的影响下，负面的情绪相互影响并不断放大，对社会和疫情防控产生负面影响。

面对疫情期间的负面情绪，在实施限制出行自由、强制隔离、交通管制等措施的同时， 也应该通过各种方式，及时疏导公众的负面情绪。第一，加强疫情及其他信息的交流与沟 通。在面对重大突发疫情时，及时搜集、整理、发布与居民密切相关的疫情信息，帮助人们研判和分辨各种信息，提高信息的辨识能力；准确及时的信息沟通可以凝聚共识、增强信 心、消减负面情绪。第二，及时疏导社会公众的负面情绪。在重大疫情面前，疫情防控人员要平和交流、坦诚沟通，接纳和理解社会公众的负面情绪，引导人们采取温和理性的方式去分析问题，舒缓情绪，将消极、悲观的负面情绪转化为积极、乐观的正面情绪。第三，积极争取各种社会支持。面对突发疫情及政府防控措施时，很多人将要面临各种生活困难：有人可能需要购买防护物资；有人可能面临经济压力；还有人需要生活上的照顾和陪伴。

3.特殊案件的伦理考量

一般情况下，依法防控、严格执法是有效预防和控制的重要途径，但社会生活和人性，特别面临重大公共卫生事件时的社会生活和人性，远远比人们所预想的更丰富、更复杂。无论疫情防控措施的规定多么详细和完善，在其具体的实施过程中，总有找不到对应的规范性法律文件的情况，而且很多时候也需要执法者对现实情况进行判断并与其对规范性文件的理解相结合，实施具体的执法行为。对于一些规范性文件的空白之处或者严格执法会引起严重后果时，需要疫情防控执法者对可能产生的社会后果进行反复斟酌与仔细权衡，最终以社会利益最大化原则进行考量。

一般而言，对于一些故意隐瞒疫区行程，导致疫情传播的严重后果的行为，应该根据相关法律规定进行处罚。但对疫情防控期间一些出行自由的强制性规定和要求，某些个体

的不适应、不舒服而不配合的“抗拒行为”可能只是因为个人情绪的原因而引起的，此时可以尽量通过有效沟通和交流的方式来解决。另外，疫情期间，在社会公众的疫情知情权、疫情信息传递权和社会的和谐秩序等公共利益之间的取舍问题，就需要政府部门进行更加谨慎的伦理考量。在网络极其发达的当代社会，信息传播的速度加快，网络信息对社会的影响力也越来越大。为此，政府一方面要及时传达准确的疫情信息并保证公民自由传递疫情信息的权利；另一方面，也要防止有人恶意捏造谣言、散布虚假信息，蓄意造成社会恐慌而影响社会的稳定。在判断传播的信息是否是虚假或谣言时，疫情防控部门应该从相关信息是否存在、其与真实信息的偏离度、传播信息主体人的主机动机、信息可能对社会造成什么样的影响等多方面进行仔细权衡，作出有利于社会公共利益的决定。政府在限制恶意传播谣言的时候， 应该充分考虑信息传播者主观方面的善意或恶意，尽可能宽容对待信息正常传播过程中可能产生的偏差。对于信息传播中的偏差，政府应该及时纠正；对于恶意捏造的谣言，除了对传播者按照法律的规定进行处罚之外，还可能尽快作出回应以限制其对社会秩序的破坏。

（三）育“精神”之追求

人与动物的区别就在于人类所独有的精神价值，即人在社会实践中对生命意义的追求与探索。面对突然的灾难和疫情，人们都面临着各种压力，都需要精神的支撑和引领。对疫情期间不同类型的人群[43]进行有针对性的价值引领，会成为人类摆脱困境和灾难的重要力量。

1.加强积极的价值引领

人类作为一个生命体的存在，不仅要解决满足于自己的衣食住行的温饱问题，还要追求高层次的精神享受和高出自身需求的自由发展问题。超出物质生命体之外的意义在于通过自己的行为满足他人和社会的需求，为社会和他人创造价值，最终获得自己得以生存和发展的物质条件和精神动力。疫情期间社会公众的社会心态与平时相比，人们更加关注基础性的问题，即安全感成为影响人们社会心态的核心内容。大多数社会公众都体现出对社会安全感的集体性、同质性的心理需求。这种集体的安全感的缺乏可能会产生社会恐慌和社会焦虑等负面心态，过于夸大负面影响的各种传闻和不实信息蔓延很容易加剧社会恐慌和社会危机。此时人们对国家和政府的公正感和信任感需求增加，如果国家和政府能够及时处理公正各种突发性事件，并及时传达真实准确信息，让人们感受到公正和信任则可以缓解、调节这种社会的焦虑和恐慌。[44]在这一特殊时期，由于人们更多关注社会的基本问题——人的生命安全和健康，故这也是建立坚忍不拔、自强不息、团结互助等精神，引领社会民众积极上进的价值追求的机会。一方面，政府应该通过新闻媒体、网络、自媒体等

[43]罗伯特·希斯将危机情境下的社会民众分为三大类：“受害者”（受到灾害直接影响的人）、“参与者”（应对灾害的参与者）、“旁观者”（没有直接受到灾害影响的人）。这三类人的范围会随着危机事态的发展而转化，故每一类人群都是潜在的受害者。 [美]罗伯特·希斯：《危机管理》，王成等译，中信出版社 2001 年版，第 21 页。

[44]参见刘娜：《全媒体网民社会心态分析与意识形态风险治理》，《天津大学学报（社会科学版）》，2020 年第 7 期，第 289 页。

各种途径主动进行积极的价值引领；另一方面，及时对各种夸大的不实信息进行修正，并强化信息传播者尽可能对信息的真实性负责的责任意识。此外，对不同类别的成员，可以通过以上途径进行不同内容的价值引领，如对病毒感染者除了给予必要的治疗、关怀与爱护之外，鼓励和引领他们积极配合治疗，提升人类生命价值；对参与疫情防控人员，除了给予应有的关怀和政策激励之外，还要强化为他人和社会提供服务的价值引领和宣传；对于积极配合抗疫的普通人来说，对他们放弃各种自由和权利、忍受社会隔离等行为的社会价值，除了必要的补偿之外，也要进行充分的肯定、支持与鼓励。

2.提升社会责任意识

社会责任就是个体与他人和社会之间的关系的一种理性认知，以及在基础上形成的自己应该如何做的情感、意志，体现着个体对他人和社会的价值。社会责任意识是一种自我约束的价值取向，是对自己直接利益或需求的克制。作为理性人的个体为了自己长远的发展多数情况下会愿意克制自己，但如果没有明显不利于自己的后果时他们一般不愿意为了他人和社会的利益而克制自己的需求和欲望。从理论上来说，人是社会关系的总和，个体在社会中才能实现自我价值，只有认识到作为人的社会属性的规定性，才能深刻理解承担社会责任对于个体的意义。但随着市场经济的发展，个体意识和功利化倾向进一步增强。很多时候，作为个体的个人和企业为了自己的利益而不顾他人和社会的利益，诚信缺失、权钱交易、生态环境恶化等现象充分反映了个体社会责任意识的缺失。面对突如其来的新冠肺炎疫情，很多人都能够自觉遵守规则，还有人积极参与疫情防控成为自愿者，但还是有些人和企业明显缺乏社会责任意识，如不遵守疫情防控规定、哄抬防疫用品价格、媒体为了流量或点击率的不实报道等。在疫情防控的特殊时期，不特定人面临着生命健康安全的危险，社会的秩序需要更多的人维护，出行限制等隔离措施导致很多的人的生活需要照顾、生活防疫等物资供应会因交通管制而面临短缺。如果每个个体都不愿因他人和社会的需求而克制自己的利益，那么这将给社会造成更大的压力，使社会产生更多的问题。

提升社会责任意识，除了常规的学校、家庭和社会各个层面的教育之外，疫情防控的特殊期间的社会责任意识可以通过以下几个途径：第一，通过建立公共卫生应急管理体制，形成良好的规范，国家和政府通过工作人员良好的示范作用，让民众体验和感受到社会责任意识及其重要性。第二，充分利用网络和其他的自媒体途径加强宣传，让每个人都可以通过自己的方式适当克制自己的需求，努力为他人和社会带来价值和贡献，从而增强自己的社会责任意识。第三，疫情期间，可以拓展政府与民间合作与联动，通过积极招募抗疫自愿者的方式，让他们用自己的“奉献、友爱、互助、进步”的切实行动为他人和社会贡献着自己的“光”和“热”，彰显他们对他人和社会的共同利益的责任意识。

3.培育法治精神

人们普遍认为，现代法治与近代宪制、人权等基本概念联系在一起，至少应该包括以下几个方面的内容：“良法之治”、权力限制、保障人权、正当程序等，其中的“良法”是指

法律的形式和内容都能够体现普遍的自由、平等、正义等基本价值。而“法治精神是法治的思想内核,……是法治思考凝聚而成的思想精华,是法治实践必须奉行的基本原则”[45]，是人们在长期的社会实践过程中,对法治的内涵、基本原则和要求的一种普遍心理认同，体现了人们对法治的本质、精髓等根本方面的主观把握。疫情期间的法治精神与正常社会发展中的法治精神会有所不同，故在疫情防控时的法治精神的培育除了前面所提到的基本价值的认识之外，应该强化规则意识、权力限制、守法精神等基本内容的培育。

疫情防控期间的法治精神的培育具体可以从以下几个方面推进。首先，规则对于可能引起混乱的突发事件具有非常重要的意义。正如没有交通规则任何人就无法享有真正的出行自由权一样，疫情期间如果没有规则，每个人的生命健康安全都无法得到保障。因而，此时的规则可能在一定程度上限制了民众的自由，但却是必须的。无论是新冠肺炎的患者，还是疫情防控的参与者、还是被限制出行的普通民众，都必须遵守规则。其次，对于参与疫情防控的管理人员，应该更加强化其权力限制意识。这是因为权力自身就具有侵略性和扩张性，其侵犯性导致权力最大限度地为膨胀的自我利益服务,并不断扩大权力主体与客体之间的不平等，并尽可能越出已有范围向异质权力扩张。[46]人一旦掌握了权力，就可能会与人性深处支配他人意志的欲望相结合，从而产生控制他人的意识。当管理或执法对象表现出不同的个性特点和情绪反应时，就可能产生压制其个性特点的欲望和侵犯他人权利的行为。这显然就一定程度上违背了疫情防控的基本目的。由此，疫情防控权力的行使必须以对公民基本权利的尊重为界限，并通过法律规定的程序来实现。最后，守法精神是对规则意识的强化，是法律得以实施的必要条件。如果说遵守规则是因为人们认识到规则的必要性不得已而为之，那守法精神体现了每个公民的主体性意识。[47]守法精神体现了个体意志自由之下的自律，是个体自主性的体现，是人类摆脱困境和持续发展的条件。尤其是对于未直接参与抗疫的普通民 众，无论遵守规则是多么的不便，无论是否切实感受到遵守规则对自己的必要性，甚至遵守规则对自己明显的不利，都应该因规则的存在而遵守它。“一群缺少守法精神的国民很可能是一群乌合之众，一个缺少守法精神的民族很可能是一个没有前途的民族……”[48]

[45]卓泽渊:《法制精神是法的价值》,载《法制日报》2007 年 8 月 31 日，第 3 版。
[46]参见后向东：《权力限制哲学——权力限制模式及其作用机制研究》,中国法制出版社 2018 年版，第 50 页。
[47][日]川岛武宜：《现代化与法律》，中国政法大学出版社 1994 年版，第 51 页。
[48]高兆明：《道德失范研究——基于制度正义视角》，商务印书馆 2016 年版，第 293-294 页。

网络餐饮服务第三方平台法律规制的理念创新与体系完善

尚海涛[1]

【摘　要】随着大数据和算法逻辑的发展，第三方平台逐渐成为网络餐饮交易的实际组织者和控制者。在功能主义的指引下，监管部门从自身利益出发，着力构建第三方平台的外部规制，而相对忽视了平台的内部规制和合作规制，由此导致法律规制体系出现风险逃避、义务失衡和治理缺位等问题。第三方平台法律规制体系的重构，既要鼓励技术创新和经济效率，也要做到风险防控和权利保护，因此就需要创新和转换法律规制的理念，坚持包容审慎原则，均衡不同餐饮主体的网络经营资质；坚持精准性和技术性原则，合理设定第三方平台法定义务的边界和限度；坚持有限干预和激励原则，适度规制平台私权力并助推多源数据的开放共享。

【关键词】第三方平台；功能主义；平台私权力；包容审慎；数据共享体系

随着互联网经济的蓬勃发展，网络餐饮平台异军突起，在迎合民众多样化、便捷化需求的同时，也带动了传统餐饮、送餐包装等业务的快速增长，从而成为创新商业模式、推动经济社会发展的新动能。2019 年我国网络餐饮平台用户达 4.6 亿，平台交易额 6536 亿元，线上增长率是线下的 7.3 倍，网络餐饮收入占餐饮业比重升至 12.4%。[2]但餐饮平台隔空交易的经营形式，隐蔽性、虚拟性的交易模式，信息不对称、平台负外部性的固有风险，桎梏了网络餐饮的进一步发展。由此，创新网络餐饮服务第三方平台提供者（以下简称第三方平台） 的制度约束，就成为政府强化网络餐饮安全的关键抓手。自 2015 年起陆续修改并颁布了《食品安全法》、《电子商务法》、《网络食品安全违法行为查处办法》（以下简称《查处办法》）、《网络餐饮服务食品安全监督管理办法》（以下简称《管理办法》）[3]等法律和部门规章， 明确并强化了第三方平台的主体责任和安全保障义务。

尽管已有上述制度规范，但通过各地的执法和司法实践发现，我国网络餐饮安全在整体向好的同时，仍有诸多痼疾亟待解决，如第三方平台还存在算法偏颇、强制独家经营等行为；部分商家仍存在网络经营资质不明、经营行为不规范等问题；而监管部门则

---

[1] 作者简介：尚海涛，男，1982 年，山东淄博人，天津师范大学法学院副教授，社会科学处副处长，法学博士，界史博士后，研究方向为法社会学和网络平台治理。

[2] 相关数据具体参见《中国共享经济发展年度报告（2020）》、《中国外卖产业调查研究报告（2019 年前三季度）》、《第 45 次中国互联网络发展状况统计报告》和《2019 年及2020 年上半年中国外卖产业发展报告》。

[3] 需要说明的是，虽然《查处办法》与《管理办法》皆由国家食品药品监督管理总局所制定，但两者之间是一般法与特别法的关系，即对于网络餐饮服务，一般适用《管理办法》，只有当《管理办法》无相关规定时，方适用《查处办法》。

陷入“回避”和“转嫁”自身监管义务的治理困境。[4]究其原因，网络餐饮安全的当前问题，并非全然因为法律规制不足，而更主要源于现行法律规制理念的偏差，即在功能主义的指引下，监管部门从自身利益出发，着力构建第三方平台的外部规制，而相对忽视了平台的内部规制和合作规制，由此导致法律规制体系出现风险逃避、义务失衡和治理缺位等问题。基于此，本文即在揭示现有问题的基础上，探索构建以包容审慎、精准性和技术性、有限干预和激励性为主导理念的法律规制新体系，既契合强化消费者保护的价值需求，又回应鼓励第三方平台创新发展的政策导向。

一、网络餐饮服务第三方平台的基础属性

随着网络技术和移动智能设备的革新，第三方平台已成为网络餐饮经济最显著的标志。“过去的工业革命以工厂为中心，而当代经济变革则主要围绕网络平台展开”。[5]在早期时， 第三方平台主要是信息汇集的虚拟空间，典型如大众点评网，所提供的主要是餐饮信息和餐饮评价，而对餐饮交易并没有深度介入。其后，随着人工智能技术的发展，第三方平台对餐饮交易的组织和控制越来越强，开始“提供包括支付、物流、认证、技术服务、纠纷解决等在内的经营活动”[6]，实现了平台内部数据流、技术流和资金流的合一，平台亦逐渐发展为新型的经济组织形式。其中，数据流量是基础，没有足够的流量就无法形成平台效应，也就无法摊薄第三方平台的初始成本，并降低平台的边际成本；算法技术是支撑和关键，尤其是能够自主识别和判断的算法技术，在精准匹配网络餐饮海量供需的同时，可以充分挖掘大数据资源的潜在价值，“形成因人而异的服务和自动化推荐，从而打造和生成稳定的连接”[7]； 而平台收入是重要保障，借助交易佣金、网络广告、数字产品所汇聚的收入，第三方平台为自身扩张提供了源源不断的发展资本。与此同时，国家法律亦开始将网络餐饮平台视为独立的经营者，并以“网络餐饮服务第三方平台提供者”予以界定。综合而言，网络餐饮服务第三方平台的基础属性主要体现在三个方面。

一是第三方平台以海量端点、交互空间和通用介质为核心要素，成为新生产力的组织者。首先，作为信息聚合和流散的中心，第三方平台便利了网络餐饮信息的发布、传播和交流， 并凭借大数据和算法技术的信息梳理、供需匹配、撮合交易等优势，有效降低了平台商家和消费者的搜寻匹配成本。其次，作为网络餐饮交易的担保者，第三方平台通过记录和核对平台用户的身份证照、银行账户等信息，有效减少了刷单炒信、违法交易、虚假广告等机会主义行为，为网络订餐提供了可信的交易环境。再次，作为网

[4] 相关问题参见《网络餐饮消费维权舆情数据报告（2018-2019）》；杨皓：《外卖帝国在破败商区的“完美”蜕变》，载《检察风云》2018年第24期，第66-67 页；张涛：《餐饮协会怒怼外卖平台是一封举报信》，载《嘉兴日报》2020 年4 月13 日第2 版；廖海金：《外卖健康证乱象亟需治理》，载《中国质量报》2019 年 6 月 5 日第 4 版等。

[5] Kenney, Martin , and J. Zysman, The Rise of the Platform Economy, Issues in ence and technology 32.3(2016):61-69.

[6] 赵鹏：《平台、信息和个体：共享经济的特征及其法律意涵》，载《环球法律评论》2018 年第 4 期，第 69-86 页。

[7] 胡凌：《平台视角中的人工智能法律责任》，载《交大法学》2019 年第 3 期，第 5-19 页。

络餐饮交易的评价中心，第三方平台通过监测记录、数据评分等技术，实现了网络餐饮交易评价信息的外溢，一定程度上弥合了虚拟世界中的信息鸿沟，并部分解决了“柠檬市场”问题[8]。“真正的个人征信业务也伴随着互联网平台企业的发展而兴起，最终汇总成不同于商业银行体系征信业务的‘信联’”。[9]最后，作为网络餐饮信息技术的主要推手，第三方平台着力深耕大数据和智能算法。大数据既是对真实世界中消费者和平台商家的数字化描摹，也是喂养平台智能算法的核心要素； 而智能算法则是网络餐饮大数据的提取装置，主要以机器学习、深度学习、神经网络和自动化推荐为独特表征。随着大数据的海量扩充和计算能力的基础性跃升，算法成为第三方平台的新兴力量，“算法即权力”开始进入平台规制的视野。

二是第三方平台基于数据控制和平台规则，成为网络餐饮交易的实际控制者。首先，第三方平台通过控制数据传输和数据存储，实现了对网络餐饮交易的事实支配。一方面，第三方平台通过设置用户访问权限，使得每个用户都成为单面向的信息接受者，且相互间只能进行低限度的信息交流，而平台成为唯一的信息全景知情者。另一方面，第三方平台通过对存储介质中数据的补充、修改和删除，从根本上管控网络餐饮交易的数据记录。其次，第三方平台制定了作为内部治理规范的平台规则，实现了对网络餐饮交易的规范控制。平台规则多以用户协议和行为规范的方式呈现，是“平台与所有商家共同达成的一致契约”[10]。平台规则对平台商家和消费者皆具有拘束力，适用于平台内的一切交易活动。基于平台规则，第三方平台履行信息披露、竞争保护、价格管制、质量监控等各项职责，维护和保障了平台用户的基本权益。

三是在网络餐饮安全规制中，逐渐形成了“监管部门-第三方平台-平台商家-消费者”的博弈新格局，四方之间既有协同合作又有竞争对抗。首先，监管部门代表国家公权力，监督和管理平台及商家，并保护消费者的合法权益。其次，第三方平台代表私权力，与平台商家、消费者之间，既是平等的商事契约关系，也是事实上的管理与被管理关系。一方面，第三方平台作为中立第三方，在法律关系和利益格局上独立于平台商家和消费者，并分别与二者达成平台服务合同，依法提供信息匹配、协助缔约、提供虚拟空间等服务。另一方面，第三方平台作为网络餐饮交易的组织者，集规则制定、执行和适用于一身，履行着管控平台内部网络餐饮交易的实际职能，“平台治理具有明显的单方性与强制性”[11]。由此，第三方平台与平台用户虽源于平等的商事契约，但基于第三方平台事实上的组织者角色，已转化为管理与被管理的关系。

---

[8] See Adam Ditherer et al., how the Internet, the Sharing Economy, and Reputational Feedback Mechanisms Solve the ‘Lemons Problem’, University of Miami law Review, Vol.70, no.3(Spring 2016):830-878.

[9] 胡凌：《数字社会权力的来源：评分、算法与规范的再生产》，载《交大法学》2019年第1期，第21-34页。

[10] 参见上海市长宁区人民法院(2017)沪0105民初20204号民事判决书。

[11] 刘权：《网络平台的公共性及其实现——以电商平台的法律规制为视角》，载《法学研究》2020年第2期，第42-56页。

二、第三方平台法律规制的理念和二元规制体系

随着大数据和算法逻辑的发展，第三方平台的资源集成和配置效应日益凸显，在网络餐饮服务链中的权力和责任也逐渐增强；而监管部门囿于执法资源和技术能力的限制，难以对平台内部的违法行为进行全面管控。由此，政府就采取了“以网管网”的实用主义策略，我国网络餐饮法律规制的重点，也从餐饮商家转到第三方平台，并形成了事实上的二元规制体系：一是第三方平台的外部法律规制，表现为政府对第三方平台所设定的法律义务；二是第三方平台的内部规范规制，表现为平台制定的内部治理规则。

（一）功能主义及其进路

第三方平台的崛起改变了线下餐饮的资源组织和信息交换方式，并对既有法律体系提出了新要求。新修订的《食品安全法》规定了第三方平台的信息审查义务，即审查登记、信息公示、发现报告和停止服务，其后的《查处办法》、《管理办法》和《电子商务法》，则在此基础上进一步强化和扩张了第三方平台的义务范围。一是将信息审查义务扩展为安全保障义务，在既有信息审查义务的基础上，将网络餐饮平台安全机制建设义务纳入其中。二是将信息审查义务中的“形式审查”升级为“实质审查”，且规定要及时更新，从而第三方平台需要承担持续性的线上和线下审查义务。三是将发现报告义务中的被动通知转换为主动监测，第三方平台需要对平台商家的经营行为进行抽查和监测，并对涉及食品安全的投诉举报要及时处理。

监管部门之所以强化和扩张第三方平台义务，主要源于三方面的现实考虑：一是监管部门囿于信息技术和执法资源的限制，无法全面有效地监管网络餐饮交易。网络餐饮具有交易风险隐蔽、业态规模各异、金额小但数量大的特色，而我国餐饮监管体制欠账巨大并沉疴已久，从而使得单一监管主体、有限监管资源的政府机关面对线上监管往往力不从心。此时， 将监管对象从数量庞大的平台商家转换为数量有限的网络平台，就成为极具诱惑的监管选 择。二是借助于大数据和算法技术，第三方平台能够全面监测网络餐饮交易。作为信息服务的提供者和网络餐饮交易的控制者，第三方平台拥有良好的信息技术和交易管理经验，在成本收益上比监管部门更有优势，在发现和制止违法行为方面，也远比监管部门更有技术和方法。且“由平台来监控亦避免了在证据调查、事实认定和与被处理当事人交涉过程中的一系列成本。”[12]三是监管部门赋予第三方平台一定的监管职责，还能够鞭策和激励平台更好地管理平台企业，有效避免商业舞弊和监测俘获行为的发生[13]。同时，也可以分散公众因网络餐饮事故频发而对监管部门的不满情绪。

第三方平台法律义务强化和扩张的背后，是政府的功能主义进路。功能主义是马丁·洛克林提出的描述主流风格的理想类型概念，“其主要关注点是法律的规制和便利功

---

[12] 赵鹏：《超越平台责任：网络食品交易规制模式之反思》，载《华东政法大学学报》2017 年第1 期，第60-71页。

[13] 商业舞弊和监测俘获都由第三方平台工作人员的参与，为此饿了么和美团等第三方平台都成立廉政部门， 重点整治内部人员利用职权恶意刷单、上线违规餐厅等行为，并将相关线索向公安机关报案。

能，并因此而注重法律的意图和目标，并采取一种工具主义的社会政策路径。”[14]监管部门的立场之所以是功能主义，在于其出发点并非是考虑第三方平台的基础属性，在网络餐饮交易中的角色，以及对网络餐饮交易的控制力，而是“更多地考量了平台在控制违法行为方面所拥有的便利性”[15]，认为由第三方平台承担义务，担任“守门人”的角色管控网络餐饮交易，是所有网络餐饮治理方式中成本最低且也是最有成效的。

作为与规范主义相对应的理想类型，功能主义主要以第三方义务、命令控制模式为制度特色。一是第三方义务是功能主义的制度化体现。所谓第三方义务，是指由政府指定的私人主体在参与行政过程中执行法律的义务。由于承担义务的主体既不是违法行为的实施者， 如平台商家；也不是制止违法行为的受益者，如消费者，因此称其为第三方主体。首先，第三方义务是被强迫的法律义务，若私人主体不履行该义务，将面临相应的法律责任。其次，第三方义务具有一定的无偿性，“第三方义务主体被强迫去发现不法行为或者确保个人、企业遵从，所以他们均很少得到相应的报酬。”[16]最后，第三方义务需要遵循最低限度标准， 以确保其符合成本收益的要求。二是命令控制模式是功能主义的主导基调。基于“以网管网” 和“谁经营谁负责”的逻辑理念，监管部门强化了对第三方平台的法律规制，所采用的主要是命令控制模式。首先，强调市场监管部门的主导地位，第三方平台只是被“转嫁”部分管控义务，且第三方平台自身也是受规制的对象。其次，第三方平台的法定义务是命令控制模式的主要手段，这些义务主要采取必为性和禁止性的规范模式。平台义务既是对第三方平台的制度约束，又代表着监管部门的“授权”。最后，监管部门强化第三方平台义务，但放任由“转嫁义务”所派生的平台规则，“强化”和“放任”之间既有监管部门与第三方平台的遥相呼应，也有彼此之间的心照不宣。

（二）第三方平台的外部法律规制

第三方平台的外部法律规制主要体现为平台所担负的法定义务和法定责任。平台的法定义务主要包括建设餐饮安全机制的义务和对平台商家的监督管理义务两部分。建设餐饮安全机制的义务具体包括备案义务、网络技术保障义务、建立网络餐饮安全档案和记录的义务、建立网络餐饮安全管理制度的义务。第三方平台通过安全机制建设可以预防潜在侵权行为的发生，由此建设餐饮安全机制就主要是一种防范危险发生的义务。对平台商家的监督管理义务具体包括审查证照的义务、信息公示的义务、抽查监测的义务、违法报告的义务、停止服务的义务和忠实告知的义务。以阶段划分，则审查证照和信息公示属于事前阶段的义务，主要是将潜在的侵权者阻挡于平台之外；抽查监测、违法报告和停止服务属于事中阶段的义务，主要是防止侵权行为的继续发生；而忠实告知则属于事后阶段的义务，主要是让平台及时将关键信息提供给消费者，以方便消费者获得赔

[14] [英]马丁·洛克林：《公法与政治理论》，郑戈译，商务印书馆2013年版，第85页。
[15] 赵鹏：《超越平台责任：网络食品交易规制模式之反思》，载《华东政法大学学报》2017 年第1 期，第60-71 页。
[16] 高秦伟：《论行政法上的第三方义务》，载《华东政法大学学报》2014 年第 1 期，第 38-56 页。

偿。

通过裁判文书网中既有的第三方平台案例，建设餐饮安全机制的义务属于柔性义务，鲜有第三方平台因此而受到行政处罚；而平台商家的监督管理义务则属于硬性义务，尤其是审查登记和信息公示义务，大部分行政处罚和行政诉讼因此发生。如美团在2018年共被处罚64次罚款650余万元，其中有41次是因为平台未审查商家的食品经营许可证，被罚款359万元。[17]“食品经营资质问题仍然是网络餐饮服务第三方平台最常见、最严重的问题。”[18]《食品安全法》第131条规定，第三方平台未尽监督管理义务的，应同时承担民事责任和行政责任，因此对平台商家的监督管理义务既是民事义务，同时也是行政义务。此外，第三方平台还承担一定的约定义务，即第三方平台承诺消费者所应担负的义务，如美团和饿了么所规定的先行赔付，即属于约定义务。

第三方平台的法定责任包括民事和行政两种责任类型。民事责任主要体现为第三方平台应承担的连带责任和不真正连带责任。连带责任是由于第三方平台没有履行审查证照等法定义务，主观上具有故意或过失的可归责性，基于共同侵权行为而需要承担的法定责任。不真正连带责任则是由于第三方平台不能提供商家的真实名称和联系方式等而需要承担的法定责任。在“高超诉上海拉扎斯信息科技有限公司服务合同纠纷案”中，由于饿了么未能提供平台商家的有效联系方式，因此法院判定饿了么向原告高超除返还购物款外，另行支付赔偿金1000元。[19]

行政责任主要是第三方平台违反上述法定义务而担负的行政法上的责任，包括责令改正、没收违法所得、罚款、责令停业、吊销许可证等。在“喜呈电子商务有限公司诉仙居县市场监督管理局处罚案”中，由于第三方平台喜呈电子商务有限公司未审查平台商家的食品经营许可证，被仙居县市场监督管理局处50000元罚款。[20]由以上分析可以看出，以《食品安全法》、《电子商务法》和《管理办法》为基础，我国已经构建起一个以第三方平台为中心的义务责任体系。在这一体系中，监管部门借用第三方平台在审核、公示、监测、发现等方面的信息优势，要求第三方平台积极开展内部治理，有效保障了正常的网络餐饮交易秩序。

（三）第三方平台的内部规范规制

随着第三方平台担负起本应由监管部门承担的部分职责，“平台就具有了自身运营的管理权和政府转加的公法审查权，形成了日益庞大的、具有某种公权特征的私权力。”[21]

一是第三方平台具有制定平台架构和平台规则的私权力。首先，平台架构是平台规则的基础，“考虑到架构所内在的高效率和强制性，隐形的‘架构’是网络平台规制的优

---

[17] 具体参见《网络餐饮消费维权舆情数据报告（2018-2019）》。

[18] 刘柳：《网络餐饮服务第三方平台资质审核义务“履行难”困境及大数据实施对策》，载《法学论坛》2020 年第2期，第24-35页。

[19] 具体参见上海市普陀区人民法院(2017)沪0107民初18804号民事判决书。

[20] 具体参见浙江省仙居县人民法院(2017)浙1024行初29号。

[21] 马长山：《智能互联网时代的法律变革》，载《法学研究》2018 年第 4 期，第 20-38 页。

先选择。”[22]平台架构涵盖的范围较广，既包括微观的代码设计、传感器和摄像头，也包括宏观的传输协议、操作系统和应用程序，而其内核则是数据评分机制，籍由平台用户的行为数据和数据评分实现对平台内多元主体的规制，从而使得基础架构成为能够自我执行且不以平台用户意志为转移的“法律”。其次，平台规则是显性的平台架构，“平台规则也不同于平台架构，是规范性而非技术性的，尽管架构可以被用于实施规则。”[23]无论是美团还是饿了么，都制定了大量的平台规则，这些规则涵盖用户服务协议、隐私政策、点评规则、用户诚信公约、安全管理办法、侵权投诉须知等多方面的内容。一方面，平台规则与国家法律不同，平台主要通过与用户签订协议的方式获得规制依据，且平台用户缺乏实质的参与能力。另一方面， 平台规则包含大量义务性条款，对用户权利进行了多方面的实质限制，有许多措施类似于单方强制性的行政处罚和行政强制。

二是第三方平台具有实施平台规则的私权力。第三方平台既是平台规则的制定者，也是平台规则首当其冲的实施者，“在规则的执行上，平台展现出刚性和理性并存的特征”[24]。首先，第三方平台建立了证照审核、信息公示等机制，从源头上预防高风险商家入驻平台， 从而大量餐饮安全风险在这一环节被阻挡于平台之外。其次，第三方平台充分利用信息技术优势，通过定期抽检、神秘买家等机制对平台商家进行全面监管。第三方平台对用户采取的技术监测方式使得平台规则的实施具有低成本、高效率和高确定性的特征。最后，第三方平台通过主动监测和消费者投诉发现违法事实，从而启动对平台商家的阶梯式处罚。第三方平台通过警告等声誉型处罚实现了对平台商家的社会控制，通过下架违规商品、置休店铺等限制服务型处罚实现了对平台商家的信息控制，通过下线活动、下线店铺等财产型处罚实现了对平台商家的经济控制。

三、第三方平台法律规制体系中的问题及表现

在功能主义的指引下，当前的法律规制体系虽然取得了一定成效，但在运行过程中仍有诸多痼疾亟待解决，这集中表现为法律规制体系中的风险逃避、义务失衡和治理缺位。

（一）第三方平台法律规制体系中的风险逃避

网络餐饮安全凝聚了社会公众的强烈关注，由此在功能主义和压力型体制的影响下，监管部门青睐于风险逃避的策略，这集中体现在处于边缘地带的小餐饮和共享家厨的网络经营资质。风险逃避的策略看似有助于网络餐饮安全，但由于餐饮主体的义务责任尚不清晰，既不利于第三方平台的责任落实，也在一定程度上阻碍了网络餐饮新业态的发展。

---

[22] 许可：《网络平台规制的双重逻辑及其反思》，载《网络信息法学研究》2018 年第1 期，第105-121 页。
[23] 邱遥堃：《论网络平台规则》，载《思想战线》2020 年第 3 期，第 148-158 页。
[24] 姚辉、阙梓冰：《电商平台中的自治与法治——兼议平台治理中的司法态度》，载《求是学刊》2020 年第4 期，第90-102 页。

一是对于小餐饮的网络经营资质避重就轻。《食品安全法》第三十六条和《管理办法》第四十三条均将小餐饮的经营资质授予省级人大和政府，当前全国共有31个省、直辖市、自治区[25]颁布了关于小餐饮的地方性法规和政府规章。一方面，所有的地方性法规和规章对于小餐饮的线下经营皆作出规定，即小餐饮单位在取得营业执照后，需要向所在地的市场监管部门申请登记证、许可证、核准证或者进行备案，取得相应证照后就可以线下经营。另一方面，只有部分地方性法规和规章对于小餐饮的网络经营资质进行了规定，即小餐饮单位在取得登记证、许可证、核准证后，可以进行网络餐饮服务[26]。而其他大部分地方性法规和规章未做新的规定，仍坚持既有标准，如《北京市网络食品经营监督管理办法（暂行）》规定，“未取得食品经营许可的，不得从事网络食品经营活动”；而《山东省网络餐饮服务食品安全监督管理办法（征求意见稿）》规定更为明确，“持食品小餐饮登记证的经营者不得从事网络餐饮服务。”同时，监管部门的执法亦是如此，如广东省“申请执行人江门市新会区市场监督管理局与被执行人梁斌晓非诉执行审查”一案，会城和梁小食店因未获得食品经营许可证而从事餐饮服务，被处责令改正和没收违法所得。[27]坚持食品经营许可的规定，既限制了网络餐饮服务的发展，助推了假证套证、多店一证等问题的出现，又与网络餐饮安全监管所倡导的“线上线下一致”原则相违背。

二是对于共享家厨的网络经营资质避而不谈。得益于庞大的用餐群体与繁荣的外卖市 场，共享家厨应运而生，并创造出巨大的市场份额。所谓共享家厨，是指通过第三方平台将家庭厨房与消费者相结合的一种网络餐饮新模式，影响较大的平台有回家吃饭、小e管饭和觅食等。[28]平台的一端是有闲暇时间和闲置厨房资源的家庭厨师，主要是退休老人和全职妈妈；而另一端是没时间做饭但又想品尝家庭美食的消费者，主要是职场白领。通过第三方平台的链接和协调，实现了社会中家庭厨房资源的优化配置和充分利用。数字地图和大数据技术的应用，不仅使得共享家厨满足了消费者个性化的长尾需求，还扩大了“因餐而识”的社交网络，从而摆脱了过往偶发性、分散化的熟人间的搭伙，而逐渐发展成为稳定的、陌生人之间的大市场，如回家吃饭平台的注册用户高达100多万。作为分享经济在餐饮领域的延伸，“非法兴起”的共享家厨给现行法律提出了挑战。一方面，共享家厨是一种有偿经营行为，依照《食品安全法》的规定，应当取得营业执照和食品经营许可证；另一方面，共享家厨的经营场所是家庭厨房，家庭厨师大多没有健康证，且食材的采购、搭配、制作均无规范化的质量监控，依照现行法律规定，又难以

[25] 其中，28 部地方性法规，3 部政府规章；24 个省市自治区对小餐饮进行了单独立法，7 个省市自治区在地方食品安全条例中加以规定。

[26] 具体参见《安徽省食品安全条例》《浙江省食品小作坊小餐饮店小食杂店和食品摊贩管理规定》《河北省食品小作坊小餐饮小摊点管理条例》《河南省食品小作坊、小经营店和小摊点管理条例》《山西省食品小作坊小经营店小摊点管理条例》《云南省食品生产加工小作坊和食品摊贩管理办法》和《上海市网络餐饮服务监督管理办法》。

[27] 参见广东省江门市江海区人民法院(2019)粤0704行审552号裁定书。

[28] 具体参见李映文：《家庭厨房共享模式艰辛路》，载《互联网经济》2016年第4期，第83页。李文欢：《家庭厨房进入共享时代》，载《互联网经济》2016年Z1期，第40-43页。

获得许可。加之，“让子弹飞一会”的规制理念使得《食品安全法》等法律法规对于共享家厨没有特别规定，因此处于法律的两难状态。如果适用现行法律规定，可能会阻碍其创新发展，但若放宽规定，又有可能打破现有餐饮市场的平衡，引发监管套利的风险。

（二）第三方平台法律规制体系中的义务失衡

在功能主义的指引下，监管部门强化平台义务却回避自身责任的趋势渐趋显露，而其所设置的法律义务与平台内生商业、技术逻辑还存在部分脱节。考虑到第三方平台并不属于公共属性的监管部门或公益团体，本质上它仍是以获利为目的的营利法人，因此法律规制体系就需要权衡第三方平台所担负义务的合理范围及其限度。

一是审核登记公示义务中“线下真实”的确立标准不尽合理。依据《食品安全法》等法律法规，第三方平台负有审核登记公示的义务，即审核平台商家的食品经营许可证，登记和公示商家的名称、地址、法定代表人、量化分级信息等，并保证审核登记公示的信息真实。对于“信息真实”的标准主要有三种解释：一是“合理真实”标准，即第三方平台只要尽到合理注意义务，对平台商家所提供的证照、地址等信息进行了谨慎审查，第三方平台就不应对平台商家因造假欺骗而承担法律责任。[29]二是“线上真实”标准，即第三方平台除了尽到合理注意义务外，还要将商家提供的营业执照、食品经营许可证等信息与监管部门的数据库进行比对，两者一致方能入驻平台。若餐饮商家套用他人许可证，由于许可证本身是真实的， 则第三方平台不需要承担法律责任。三是“线下真实”标准，即第三方平台除了线上比对外， 还需要线下核验，确保线下营业主体、经营场所、经营项目与许可证内容的一致性，否则就要承担法律责任。其中，“合理真实”属于形式真实的范畴，而“线下真实”和“线上真实”则属于实质真实的范畴。

基于功能主义立场，监管部门多支持实质真实的标准，如“李杰明诉上海拉扎斯信息科技有限公司服务合同纠纷”一案，原告李杰明发现涉案商家其经营地址与平台公示的地址不一致，即向普陀区市场监督管理局举报，该局调查后责令被告饿了么对商家下线处理。[30]但是，若全部采纳实质真实的标准，就会过分加重第三方平台的义务负担。一方面，虽然有些地区的监管部门和第三方平台进行了数据库对接，但全国统一的大数据平台尚未建立，且许多地区监管部门的基础数据还存在一定质量问题，无法向第三方平台开放其数据库以协助平台完成资质审核义务。另一方面，第三方平台去商家实体店逐一核验信息，既面临执法权限的障碍，也涉及巨额实施成本的问题。

二是第三方平台的监测-制止义务难以落实。《食品安全法》等法律法规不仅规定了第三方平台的抽查监测义务，还进一步规定平台在发现商家违法时应及时制止，并向所在地的监管部门报告，严重时应停止平台服务，即“监测-发现-制止-报告-停止”的义务。实践中， 第三方平台履行此项义务面临三重困境：首先，第三方平台无法全面抽

---

[29] 参见刘金瑞：《网络食品交易第三方平台责任的理解适用与制度创新》，载《东方法学》2017年第4期，第84-92页。

[30] 具体参见上海市普陀区人民法院(2017)沪0107民初18800号民事判决书，上海市普陀区人民法院(2017)沪0107民初18804号民事判决书。

查监测平台内部的海量经营行为。当前美团和饿了么已占据 99%以上的市场份额，数量庞大的商家和消费者聚集在两个平台，由此产生了海量的经营行为，如美团在 2019 年日活跃用户数量已达6985.86万，日均订单量达 2680 万单[31]。法律要求第三方平台对所有经营行为逐一合法性审查，将使平台不堪重负。其次，当前法律法规对于平台应负何种“发现”义务缺乏明确解释。“发现” 既可以是主动发现，如采取技术措施或人工手段主动监测和排查；也可以是被动发现，如接到监管部门的通知或消费者的举报。采用不同的解释标准，将对第三方平台的运营成本和基础架构有着不同的影响。从实践来看，在功能主义的影响下，监管部门多有强化平台发现义务，要求平台主动进行违法经营行为抽查和监测的倾向。最后，第三方平台无法专业地判断违法行为的标准。一方面，当前法律法规中网络餐饮违法行为的标准比较抽象和模糊，如《管理办法》第十八条规定，发现待加工的食品及原料“感官性状异常的”不得加工使用，由于“感官性状异常”过于抽象和模糊，因此在实践中的适用就存在一定偏差。另一方面，第三方平台并非专业的执法部门，并不掌握法律解释的技能，且只能远程通过线上文字和图片进行判断，缺乏违法判定的专业能力和仪器设备。此外，由于现行法律缺乏清晰的义务履行标准，因此监管部门在实际执法中容易滑向“结果主义”，即以平台商家的违法结果来推定平台未尽到抽查监测义务，这实际上是让第三方平台对平台商家承担严格责任。

（三）第三方平台法律规制体系中的治理缺位

第三方平台的自身利益并不总与法律所追求的消费者权利保护和网络餐饮安全相一致，诸如独家经营、监测合谋、算法偏颇等平台负外部性，就需要国家法律的介入和规制。但在实用主义和功能主义的指引下，监管部门将自己的绝大部分注意力投注于“转嫁”自身责任，而相对忽视和放任了平台内部和平台合作的法律规制，由此造成了第三方平台的治理缺位。

一是第三方平台的私权力未得到有效规制。第三方平台的私权力虽有助于减少平台的负外部性，并弥补监管部门的技术缺陷，但其目的仍是服务于平台自身利益，由此平台私权力就存在被滥用的风险。首先，第三方平台的独家经营协议未得到有效约束。平台经济的双边市场效应，使得网络餐饮市场高度集中于美团和饿了么两大平台，根据DCCI发布的数据，2019年第四季度美团和饿了么的市场占有率分别为67.1%和32.2%。[32]由此，两大平台就利用其市场优势地位，通过提高佣金、限制流量、降低排名等技术方式，强迫平台商家签订独家经营协议[33]。强迫型独家经营协议在剥夺商家选择权的同时，

[31] 《网络外卖服务市场发展研究报告(2019Q4)》。

[32] 具体参见DCCI：《网络外卖服务市场发展研究报告(2019Q4)》，http://www.logclub.com/articleInfo/MTk3MTYtYzc3OTg2ZjA=?dc=hm，2020年8月5日访问。

[33] 参见罗赟：《“群殴”美团》，载《中国经济周刊》2020 年第 8 期，第74-76页；张淳艺：《“餐饮协会怒怼美团”是封举报信》，载《民主与法制时报》2020年4月18日第2版。当前第三方平台的强迫方式具有较强的技术性、隐蔽性和内部性，因此平台商家通常举不出相关证据予以证明。可以参见集安市派乐汉堡店与吉林省星伙餐饮管理有限公司、北京三快在线科技有限公司网络服务合同纠纷二审民事判决书，吉林省通化市中级人民法院(2020)吉05民终247号；钟政与北京三快在线科技有限公司网络服务合同纠纷一审民事判决书，北京互联网法院(2019)京0491民初37401号。

也减损和侵害了被动平台的合法权益，“减少了它们的交易机会，本质上是一种排除、限制竞争的行为”[34]，从而实质上阻碍了网络餐饮市场的业态创新。其次，第三方平台私权力的滥用还体现为算法权力的偏颇。一方面，算法的设计和研发过程具有黑箱性，因此第三方平台可以轻易将自身利益诉求和价值指向内化于算法中，以技术的“中立性”为名实现自己特定的利益诉求，如第三方平台的算法评分“事实上并非对用户在线活动的真实反映，其更多是以自身秩序和用户的商业价值为判断标准。”[35]另一方面，随着机器学习和多层神经网络等算法技术的发展，第三方平台与平台用户之间的信息和权力不对称愈加明显，平台商家和消费者“通过多层次数据标注和计算勾勒而来，个体变成可以被单独量化和进行数据解析的对象”[36]，由此平台用户面临越来越多的信息茧房、算法歧视和大数据杀熟等问题。

二是网络餐饮多源数据的共享未有实质进展。数字经济时代，数据被认为是新型石油，已成为经济社会发展的重要驱动。由此，网络餐饮安全的共同治理，首要也是最为核心的应是多源数据的共享，以降低数据的收集成本，提高数据的利用效率，但在数据共享缺乏规则激励的情况下，网络餐饮安全的多元共治也就更多流于形式，“缺乏核心力量的合作监管反而会相互牵扯，消耗社会成本。”[37]首先，监管部门的数据共享还不完善。政府机关掌握了全社会 80%以上的数据资源，由此政府数据的共享将有力释放数据红利，产生良好的经济社会效益。如通过浙江政务服务网的“食放心药安心”，可以查询商家食品监督抽查的不合格信息。尽管如此，当前网络餐饮的政府基础数据仍存在一定问题。一方面，部分数据由于监管部门的忽视而未得到有效采集，如小餐饮和食品摊贩的许可备案数据。另一方面，被采集的部分数据因真实性和时效性问题而无法直接使用，“食品监管部门数据缺乏整全性、统一性、真实性、时效性，这些基础数据质量问题容易造成‘数据孤岛’”[38]，且有些基础性、关键性数据被监管部门垄断并束之高阁。其次，第三方平台的数据共享也存在一定问题。一方面，与数据共享相比，第三方平台更青睐于数据兼并和数据垄断。第三方平台往往将平台数据视为具有排他使用权和收益权的独有资源，并通过平台架构和平台规则逐步强化其数据垄断者的地位，由此“破坏了政府的数据规划以及相应的规制体系”。另一方面，平台数据是第三方平台的核心资产，关系到平台的核心竞争力，在没有清晰数据共享风险和收益规则下，第三方平台往往以保护用户隐私和商业秘密为由[39]拒绝披露，从而平台和政府之间双向的数据共享往往蜕变为平台单向的数据攫取。最后，监管部门和第三方平台秉持不同的数据共享逻辑。对于监管部门而言，网络餐饮数据关系餐饮食品安全和消费者的权利保护，这就要求监

---

[34] 王晓晔：《论电商平台“二选一”行为的法律规制》，载《现代法学》2020 年第3期，第151-165页。
[35] 刘晗、叶开儒：《平台视角中的社会信用治理及其法律规制》，载《法学论坛》2020 年第2 期，第62-73 页。
[36] 段鹏：《平台经济时代算法权力问题的治理路径探索》，载《东岳论丛》2020 年第5 期，第110-117 页。
[37] 胡凌：《从开放资源到基础服务：平台监管的新视角》，载《学术月刊》2019 年第2 期，第96-108 页。
[38] 刘柳：《破解网络餐饮领域治理难题》，载《东方法学》2019 年第 5 期，第 140-146 页。
[39] Scassa, Teresa, Sharing Data in the Platform Economy: A Public Interest Argument for Access to Platform Data, University of British Columbia law review, 54.4(2017):1017-1071.

管部门必须掌握数据共享体系的主导权，而平台更多承担技术提供者的角色。但在第三方平台看来，监管部门对于政府数据的挖掘和利用缺乏效率和深度，无法满足网络餐饮经济发展的现实需求，因此应由第三方平台来主导数据共享体系，而监管部门更多担负数据资源提供者的角色。

四、第三方平台法律规制的新理念与新体系

第三方平台法律规制体系的重构，需要转换法律规制的理念，秉持包容审慎、精准性和技术性、有限干预和激励原则。一者，监管部门需要采取积极措施激励第三方平台的创新，“生产性资源需要进一步开放，允许分享经济向更多领域扩展，深化过去二十年中国互联网兴起的逻辑。”[40]二者，也要顺应社会对网络餐饮风险规制的需求，压实第三方平台的义务和责任，因此就需要监管部门细致衡量创新收益和风险成本。当创新利益大于风险成本时， 就应当包容风险；而当创新利益小于风险成本时，应当抑制风险，避免出现监管套利的不利局面。

（一）坚持包容审慎原则，均衡不同餐饮主体的网络经营资质

作为一种新型的经济组织形式，第三方平台的创新必然引发一定的外部风险，但只要风险在可控范围内，监管部门就理应予以包容，而这正是包容审慎原则的核心指向。

1.坚持包容审慎原则，赋予取得证照的小餐饮网络经营资质。首先，赋予小餐饮网络经营资质有利于促进经济社会发展。小餐饮是餐饮市场的重要参与主体，数量多，覆盖面广，如2019年溧水区共有持证餐饮单位1748家，而小餐饮就有1392家，占79%以上[41]。作为餐饮市场的底层细胞，小餐饮的发展成为餐饮市场活力的晴雨表。一方面，小餐饮是网络餐饮的主要供应主体。根据统计，快餐小吃占网络餐饮服务的 75.8%，而快餐小吃主要由小餐饮单位提供。另一方面，允许小餐饮网络经营有助于增加其营业收入。根据美团研究院调研， 68.6%的平台商家认为餐饮外卖拓宽了营收渠道，86.8%的商家认为开通外卖后营业收入实现增长[42]。由此，赋予小餐饮网络经营资质就有利于激发市场活力，而这也是国务院印发《关于在全国推开“证照分离”改革的通知》目的所在。此外，小餐饮的经营者主要是本地低保人员、外来务工人员和部分残疾人员，在中央提出“六保”的背景下，允许小餐饮网络经营有利于保障和扩大基层就业，还具有重要的民生意义。[43]

其次，赋予小餐饮网络经营资质有利于加速小餐饮的优胜劣汰并提升监管效率。小餐饮单位若想入驻第三方平台，就必须获得登记证，线上商机将倒逼小餐饮规范经营以取得证照，这将为线下监管提供较大便利。而一旦入驻平台，小餐饮就被纳入第三方平

[40] 胡凌：《从开放资源到基础服务：平台监管的新视角》，载《学术月刊》2019 年第2期，第96-108页。
[41] 参见顾学军：《新形势下加强网络餐饮食品安全工作的思考》，载《食品安全导刊》2019年第32期，第44-45页。
[42] 具体参见《网络外卖服务市场发展研究报告(2019Q4)》和《2019年及2020年上半年中国外卖产业发展报告》。
[43] 具体参见赵谦荪：《稳就业发展经济要多“搭台”“建灶”》，载《光明日报》2019年10月29日，第2版。

台的实时监测中，通过平台内部的量化评分机制，经营良好的小餐饮将获得更多的市场份额，而那些餐饮安全无保障的小餐饮将被消费者淘汰，从而助推良币驱逐劣币。此外，没有取得登记证的小餐饮多是卫生安全条件不合格，如就餐区和加工区混同，或者冷藏洗涤设备、餐饮消毒设施欠缺等，因此监管部门和第三方平台要采取多方措施坚严厉禁止其线上经营。

最后，通过建设小餐饮集聚区和共享商厨，政府和市场可以引导部分小餐饮提档升级， 逐步实现规范化经营。小餐饮集聚区是指在校园、商圈、居民区等热点区域打造的优质餐饮示范区，而共享商厨是指为经营餐饮外卖的商家提供营业场地、资质证照和平台对接等资源服务的公司，如熊猫星厨、食云集和吉刻联盟等。小餐饮集聚区和共享商厨既可以满足小餐饮网络经营对于食品经营许可证和实体店场地的法定要求，又可以通过提供标准化的厨房设施和管理服务以提高餐饮安全水平。如佛山市通过建设小餐饮集聚区，实现了餐厨垃圾的统一回收和废水废气的统一处理[44]，而共享商厨则统一安装排风、排烟、上下水等设施，并加装无死角的监控系统。此外，共享商厨还进行食材和餐饮的统一配送，既有效保障了网络餐饮安全，也提高了外卖员取餐配送效率。

2.坚持包容审慎原则，明确共享家厨的网络经营资质。首先，共享家厨兼具经营与分享的二重性。其一，共享家厨的初衷虽是闲置厨房资源的社会共享，但随着其商业发展，当下的家厨已成为一项赚取利润的经营活动，因此有必要予以法律规制。其二，共享家厨还具有一定的社会分享性。在时间和精力允许的情况下，家庭厨师为有需求的消费者提供餐饮服务， 具有传统分享的社会功能。对于家厨，它增加了灵活就业的机会；而对于消费者，它提供了更丰富的餐饮服务和更差异化的价格需求。由此，“规制者应该以谨慎的态度来不断试错， 寻求合理的解决方案”[45]，对共享家厨设置不同于一般餐饮服务经营者的规制路径。

其次，与小餐饮相比，共享家厨更近似于食品摊贩。一是营业目的上，共享家厨主要是为了弥补家庭做饭的支出，实现“人尽其才，物尽其用”，其获得的报酬低于正常餐饮市场的对价，更接近于食品摊贩的微盈利和谋生手段，而区别于小餐饮的经营获利和盈利手段。二是经营场所上，共享家厨主要是普通家庭厨房，既没有专门的餐饮制作空间，冷藏洗涤设备和餐饮消毒设施等又参差不齐，更接近于食品摊贩的摊位，而区别于小餐饮的固定经营场所。三是辐射范围上，共享家厨的兼职性决定了其经营规模和辐射范围较小，这与食品摊贩服务周边群众的宗旨比较接近。

最后，共享家厨的法律规制要均衡且符合比例原则。一是对于共享家厨实行备案制。考虑到共享家厨的经营规模、社会分享、规制成本等因素，法律可以比照食品摊贩设定备案制的合规标准。否则，若设置许可制和登记制等过高的准入门槛，将使共享家厨望

---

[44] 参见吴岳福、郝强：《践行十九大精神 为百姓“舌尖安全”谋福祉——佛山市“人本治理”解决食品“三小”不平衡发展难题》，载《食品安全导刊》2017 年第35 期，第22-25 页。

[45] 高秦伟：《分享经济的创新与政府规制的应对》，载《法学家》2017 年第 4 期，第 17-29 页。

而却步，或将准入成本转嫁于消费者，而这都可能导致共享特性的泯灭，无益于闲置厨房资源的充分利用和社会成本的整体降低。二是对于共享家厨应施加必要限制。考虑到网络餐饮安全的公共风险性，监管部门应当对于共享家厨加以限制，让其聚焦于闲置资源和兼职从业的特性，避免出现黑餐馆或食品摊贩披着共享家厨的外衣而规避监管的不利后果。为此，监管部门可以从接单数量和地域范围两方面加以限制，即共享家厨每天接单量不得超过15单，地域局限于家庭厨房2公里范围内。三是将更多规制权责赋予共享家厨平台。分享经济的不确定性和复杂性，以及第三方平台所具有的技术资源和信息优势，决定了共享家厨的规制应更多采取以信用评价为核心的自我规制。“政府的压力以及规制的不确定性促使第三方平台更多采取自我规制的方式，从而自我规制成为显著的趋势”。[46]一方面，第三方平台可以记录和监控平台用户的行为痕迹，在降低平台用户信用信息收集和传递的基础上，增强了声誉信息的及时性、层次性和稳定性，借助于餐饮评价的声誉反馈机制，引导消费者作出更为合理的市场选择。同时，“鼓励平台与第三方数据库进行合作监管，通过建立用户的市场信用评价体系，或者通过建立担保机制设置平台准入门槛。”[47]另一方面，第三方平台还要通过实地认证、卫生核查、专业培训、拍照试吃、实时监测和违法处罚等措施，不断提升共享家厨的自我规制标准。当然，在自我规制之外，政府监管亦必不可少，政府规制应更多着眼于第三方平台的基本条件和底线要求，如强制平台为消费者购买食品安全责任险等。

（二）坚持精准性和技术性原则，合理设定第三方平台法定义务的边界和限度

精准性和技术性规制，“是市场规制的高级形态，是弥补传统市场规制不足的必然结果，是大数据时代市场规制发展的必然要求”。[48]坚持精准性和技术性原则，监管部门就要考虑法律规制的必要性和可行性，并权衡监管部门、第三方平台、平台商家和消费者各方主体的利益，并进行必要的成本收益分析，不能要求平台以超出其能力范围和承受成本的方式审核监测。

1．坚持精准性和技术性原则，合理确定第三方平台“信息真实”标准。首先，“信息真实”原则上只能是“形式真实”，“实质真实”的制度解释不尽合理。在网络餐饮安全规制体系中，监管部门是主体，第三方平台仅负协助义务，但即便是监管部门也无须承担“实质真实”的义务。最高院的司法解释明确规定，“当申请人提供虚假材料骗取行政许可而对他人产生侵害时，只要行政机关依法定程序尽到审慎合理审查义务，就不需要承担责任。”[49]因此，监管部门要求第三方平台承担比自身更严格的“信息真实”担保，并不符合法理和情理。

---

[46] Frosio, and F. Giancarlo, Why keep a dog and bark yourself? From intermediary liability to responsibility, Social ence Electronic Publishing 26.1(2017):1-33.

[47] 王勇、陈美瑛：《平台经济治理中的私人监管和规制》，载《经济社会体制比较》2020 年第4 期，第62-68 页。

[48] 王永强、管金平：《精准规制：大数据时代市场规制法的新发展——兼论〈中华人民共和国食品安全法(修订草案)〉的完善》，载《法商研究》2014 年第6 期，第55-62 页。

[49] 参见最高人民法院《关于审理行政许可案件若干问题的规定》(法释［2009］20号)第30条。

其次，不同的审核登记公示信息应施以不同的解释标准。一是平台商家的身份识别信息应认定“线下真实”标准，如平台商家的名称、经营场所和联系方式。其一，网络餐饮安全关系消费者的生命健康权，属于政府的重监管领域，平台商家理应向监管部门和第三方平台提供自己真实的身份信息，第三方平台也有义务保证信息的真实有效。若平台未履行义务从而侵害了消费者的权益，应当认定“直接侵权”，由第三方平台与平台商家共同承担侵权责任。其二，对于这些身份信息，第三方平台完全有能力线下核验，且核验成本也在平台的承受范围内。如美团自行制定的《食品安全自查制度》，规定美团市场人员、品控人员和第三方机构等要对平台商家的名称、地址等实地核查。若平台就身份识别信息都无法做到“线下真实”，那等同于放纵潜在的侵权者在平台肆意行事。二是平台商家的证照信息应认定“线上真实”标准，如平台商家的营业执照、食品经营许可证、量化分级信息等。通过与监管部门的信息共享，第三方平台有能力实现平台商家证照的“线上真实”。如美团将自己的食品安全电子档案库与上海市食品经营许可证信息数据库进行对接。对于证照信息，若认定“线下真实”标准，由于平台需要甄别不同餐饮商家，且许多商家还是单纯的线下主体，涉及行政执法权限问题，因此将给第三方平台造成极大压力。三是平台商家的经营行为信息应认定“合理真实”标准，如平台商家所公示的菜品名称、主要原料、主体业态、经营项目等，第三方平台达到合理注意义务即可，即“第三方平台只要尽到一般的谨慎审查义务，就不应对入驻商家因造假骗过审查而承担责任”。[50]在“海淀区市场监督管理局与瑞德佳园餐厅执行裁定书”一案[51]中，因超过许可的经营范围销售，海淀区市场监管局处罚了瑞德佳园餐厅， 但没有处罚百度外卖平台，就在于监管部门认为第三方平台只要尽到合理注意义务即可，并不要求线上线下真实。此外，对于平台商家的经营行为，即便第三方平台具有一定的线下监管能力，监管部门也不应将监管义务“转嫁”于第三方平台，毕竟平台监管并非代替政府监管，而是以更低的成本、更好地技术和信息优势协助政府机关监管。

2.坚持精准性和技术性原则，优化第三方平台监测-制止义务。首先，第三方平台应以合理的技术手段抽查和监测平台商家的经营行为。实施成本是确定第三方平台抽查监测的关键要素，要求第三方平台对海量经营行为逐一人工监测，面临着巨额的实施成本，并不具有可行性。但若以技术性抽查监测为主，人工监测复查为辅，就能将实施成本降至平台可以承受的范围内。当然，要使技术性抽查监测具有可实施性，还必须将其限定于判定标准简单且事实客观清晰的范围。此种限定既可以保证抽查监测在技术上能够实现，也可以避免在判断标准不清晰的情况下强行使用技术逻辑，易造成平台商家权益损害的后果。如第三方平台的敏感词过滤技术，就从源头上防范了违法违禁商品和超范围经营商品进入平台交易。[52]此外，人工监测复查也必不可少，在弱人工智能的当下，

[50] 刘金瑞：《网络食品交易第三方平台责任的理解适用与制度创新》，载《东方法学》2017年第4期，第84-92页。
[51] 参见北京市海淀区人民法院(2020)京0108行审50号。
[52] 如美团外卖对于香烟的自动屏蔽，就在最大限度上阻止了平台内部的烟草交易，具体参见《南京男子点外卖备注“救

需要将人工的审慎分辨与技术的高效便捷有机结合。

其次，根据技术能力、服务方式和引发侵权的可能性，具体确定第三方平台应承担何种“发现义务”。“优化平台责任的设定，其关键在于厘清平台‘发现’和‘判明’违法信息的标准。”[53]一是受实施成本、人员能力限制，不应要求第三方平台承担全面主动发现义务， 尤其是全面的线下抽查监测义务，否则将导致大量模糊性经营行为被严格禁止。如平台商家是否公示菜品名称和主要原料名称等。二是对于侵权的多发领域，且平台事先也能够采取一定控制措施的，第三方平台应承担适度的主动发现义务。如饿了么在严格审核商家入驻申请外，还会组织平台品控人员和第三方食品安全认证机构，对平台商家的实体店主动监测，主要看证照是否在有效期、证照是否与门店信息相匹配、商家是否在经营范围内经营等。[54]三是对于其他经营行为，可要求第三方平台建立符合技术能力的风险筛查和防范机制，从而以较小的成本实现有效率的规制。如美团利用智能识别监测技术，实时收集和分析海量数据， 描摹平台商家画像并进行精准定位，从而判别平台商家的后台登记地址、上传门店和堂食环境照片的一致性。智能识别监测技术的运用可以有效避免监测水平的参差不齐，推动监测朝着标准化方向迈进。三是第三方平台还要承担一定的被动发现义务，这主要根据市场监管部门、消费者协会的要求以及消费者的举报投诉，当认定平台商家存在餐饮安全问题时，将会启动对涉事商家的处理。如美团规定，根据消费者投诉，查实商家存在提供假发票或承诺开发票但未履约等情况的，根据次数分别被置休4小时、1天或3天。

最后，厘清第三方平台违法经营行为的法律标准。一是确立“明显违法”的判断标准。无论是主动监控还是举报投诉，只有当理性人能够直接判断行为的违法性时，第三方平台才负有处理义务，否则“即使穷尽现有技术手段，平台也不可能完全消除网站上的违法内容， 因此，如果严格追究，将陷入所有人均违法的境地。”[55]二是经营行为的违法标准适用“技术安全港”模式。即只要第三方平台采取了合理的技术性监测措施，就意味着其恰当履行了抽查监测义务。“从电子商务行业的长久发展及消费者保护上看，应当理性对待电子商务平台经营者的主动监控义务，不宜要求其承担一般的普遍监控民事侵权行为的义务”。[56]在第三方平台采取了合理的技术监测措施后，即便有违法经营行为未被监测出来，平台也可以提出抗辩从而免于承担法律责任。此外，第三方平台所承担的抽查监测义务是行为义务而非结果义务，只要尽到善良管理人的注意义务即可，不需要对商家的违法经营结果负绝对担保责任。

（三）坚持有限干预和激励原则，适度规制平台私权力并促进多源数据共享

命”民警赶到现场后傻眼》，https://js.qq.com/a/20200629/002338.htm，2020 年8 月5 日访问。

[53] 孔祥稳：《网络平台信息内容规制结构的公法反思》，载《环球法律评论》2020 年第2 期，第133-148 页。

[54] 参见王三虎、贾娅玲：《网络餐饮平台食品安全管理的责任、挑战和对策》，载《食品科学技术学报》2018 年第 5 期，第 13-25 页。

[55] 赵鹏：《私人审查的界限——论网络交易平台对用户内容的行政责任》，载《清华法学》2016 年第6 期，第115-132 页。

[56] 王道发：《电子商务平台经营者安保责任研究》，载《中国法学》2019 年第 6 期，第 282-300 页。

第三方平台将自身利益置于价值中心，并凌驾于消费者权益和网络餐饮安全之上，这必然导致平台私权力的滥用和多源数据共享流于形式，因此就需要监管部门优化价值排序，坚持有限干预和激励原则，用法律义务遏制平台私权力，用激励规范推动多源数据共享。

1.坚持有限干预原则，适度规制第三方平台的私权力。首先，第三方平台的私权力理应得到有效规制。一是对于第三方平台私权力的法律规制，要因时而变以顺应现实国情。在互联网经济发展伊始，国家对第三方平台的扩张保持一定容忍，既有在新一轮国家竞争中取得优势的希望，也有平衡逐渐尖锐的新旧利益冲突的考虑。但网络餐饮经济发展至今，以美团和饿了么为代表的餐饮平台已成长为网络巨头，对其私权力的法律规制不仅不会损及其核心竞争力，反而由于破除可能的商业垄断而再度激发网络餐饮市场的创新活力。二是对于第三方平台私权力的法律规制，还要因地制宜地适应平台治理的新语境。依托于广泛的智能终端和强大的数据处理能力，第三方平台可以全程记录、监控、追踪和评价网络餐饮交易的全过程，从而数字经济时代的第三方平台已不是普通的私主体，其公共基础设施和公共资源属性愈加明显，且平台私权力的行使与网络餐饮安全也密切相关，“平台治理已经越来越具有准公共性质，其内涵延伸到社会治理乃至国家治理层面”[57]，这都赋予法律规制平台私权力以正当性和合法性。

其次，第三方平台行使私权力应符合基本的程序正义和实体正义标准。良好的程序设计和实体价值是防止第三方平台私权力滥用的护波堤。一是第三方平台应遵守最低程度的正当程序原则。“就法治而言，程序是排除权力或个人恣意、保障人们理性选择、公平交往中‘作茧自缚’，并对程序交涉内容在过程中进行整合的一套机制”。[58]这包括平台制定的用户规范应事先公开，规范应清晰明确并易于理解；第三方平台在对平台商家处罚前，应明确告知商家并充分说明理由，同时要听取商家的陈述和申辩。“平台对用户进行处罚，应当履行告知、说明理由、听取陈述申辩等基本程序，这是自然正义的基本要求。”[59]此外，应保障平台用户在规则制定和实施上的参与性，实现第三方平台的过程性规制，“过程性规制是国家为了规避算法社会言论风险，以平台为主要规制对象，对以数据与算法为主要内容的言论表达与传播过程进行的规制”。[60]二是第三方平台还应遵循最低限度的实体价值标准，包括平台私权力的行使要符合比例原则，对平台商家的管制措施要有限度和阶梯性，裁量权的行使应具有合理性；私权力的行使也应符合平等原则，即对平台用户要同等对待，同质事件应相同处理；私权力的行使还要遵循信赖利益保护原则，即平台规则应有一定的稳定性，损害用户利益应予以补偿等。

---

[57] 梁正、余振、宋琦：《人工智能应用背景下的平台治理：核心议题、转型挑战与体系构建》，载《经济社会体制比较》2020 年第 3 期，第 67-75 页。

[58] 谢晖：《论紧急状态中的国家治理》，载《法律科学(西北政法大学学报)》，2020 年第5 期，第31-48 页。

[59] 刘权：《网络平台的公共性及其实现——以电商平台的法律规制为视角》，载《法学研究》2020 年第 2 期，第 42-56 页。

[60] 齐延平、何晓斌：《算法社会言论自由保护中的国家角色》，载《华东政法大学学报》2019 年第 6 期， 第 6-16 页。

最后，要以公权力作为规制第三方平台私权力的重要手段。无论是独家经营还是算法黑箱，都要通过国家公权力确保对平台私权力的可规制性，调整因过度放任导致的失衡关系。一是以行政执法严格限制强迫型独家经营协议。一方面，在法律渊源上，优先适用《反不正当竞争法》。虽然《电子商务法》、《反垄断法》、《合同法》等法律也都有规制独家经营协议的条款，但考虑到《反不正当竞争法》对于独家经营协议的明确指向性，其第十二条适用的便利性和证据证明的简洁性，以及平台承担法律责任的限度等因素，《反不正当竞争法》是处罚强迫型独家经营协议并实现权利救济的最优法源。且在既有的执法案例中，通江县和黔南州的市场监督管理局也都是适用《反不正当竞争法》做出的行政处罚[61]。另一方面，在规制手段上，优先使用行政执法的方式加以规制。行政投诉和司法诉讼都是平台商家寻求权利救济的重要方式，但考虑到监管部门主动调查违法证据的便利性，行政处罚对于证据要求的宽松性，因此在认定平台强制交易的基础上再行提起民事诉讼，就成为平台商家更为便利的救济选择。二是建立平台算法的风险监控和法律审查机制。一则，为缓和算法的黑箱效应， 提高算法的透明度和责任感，监管部门应要求第三方平台对算法做必要披露，并以“适当透明”为标准建构面向平台算法的技术正当程序。同时，还应要求平台注重算法的可解释性， “可解释性是人类与自动化决策系统之间的接口”，应为平台用户作好算法解释，让其了解算法决策的原理和理由。在解释方法上，可以综合适用预建模解释和建模后解释。二则，监管部门应当支持学术组织和非营利机构等第三方专业算法审计人员的适当介入，在事前评估第三方平台算法可能引发的歧视风险，并预判歧视风险的程度和范围；同时，还要建立明确的算法设计者和控制人的监管机制，明确不同场景下算法设计者、控制人的法律义务和责任，“在建立科学的‘尽职免责’、‘避风港’规则的同时，严格避免以算法责任规避算法设计者、控制人责任的情形。”[62]

2.坚持激励原则，构建以监管部门为主导的多源数据共享体系。社会共治是《食品安全法》所确立的基本原则，监管部门、第三方平台、平台商家和消费者都拥有餐饮安全所必需的部分数据，将这些分散化的数据有机整合，就可以形成对不同餐饮商家的安全评级。由此， 网络餐饮多源数据共享体系的构建，就需要发挥不同社会主体的数据优势和技术专长共同治理。

首先，多源数据共享体系的构建需要发挥监管部门和第三方平台的数据和技术优势。一是作为数据共享体系的主导者，监管部门掌握营业执照、食品经营许可证、抽检结果、违法查处、量化分级等重要数据。一方面，监管部门要以元数据标准建立和统一政府数据的格式， “综合考虑包括资源描述、资源管理、资源利用等政府信息生命周期环节上的元数据需求， 在建立统一的标准框架基础上，制定合适的元数据标准。”[63]同时，各

[61] 具体参见通市监管处听告字〔2019〕001 号和黔南市监经听〔2019〕17 号。
[62] 周辉：《算法权力及其规制》，载《法制与社会发展》2019 年第 6 期，第 113-126 页。
[63] 张晓娟、唐长乐：《我国政府信息元数据标准体系框架构建及其应用流程》，载《信息资源管理学报》2018 年

省级政府也要建立政府数据的统一管理机构，统筹和管理农业、工商、卫生、检验检疫等涉及网络餐饮安全的政府数据。另一方面，监管部门还要建立政府数据与平台数据的共享标准，包括监管数据向第三方平台的开放标准和平台数据向监管部门的提交标准，从而有效推进两类数据之间的互 联、对接和共享，并充分利用区块链的加密技术和哈希算法保障数据交流的安全性和真实性。二是作为数据开放共享平台的实施者，第三方平台要着力发挥其技术专长和数据优势。其一， 第三方平台要充分发挥其在数据采集、清洗和处理方面的技术优势，尽可能地开发政府数据的商业价值，“政府并不对数据本身享有独占性权利，任何人都有权通过对这些数据资源的分析和使用，发掘其中蕴含的社会和经济价值”。[64]其二，第三方平台还掌握消费者的餐饮评价和投诉举报等重要数据，可以为多源数据共享体系的运营提供重要支撑。“有效的政府监管需要平台及时报送相关数据，积极配合政府监管和调查职能的开展。”[65]如美团点评与上海市场监管局合作开发了“天眼”系统，在智能检索和分析用户评价后，将负面线索每日提供给监管部门。此外，第三方平台还要充分运用大数据、云计算、人工智能和区块链等技术，不断探索和提升多源数据共享体系的不同功能。

其次，多源数据共享体系的构建也要激励其他社会主体发挥各自信息优势。大数据时代，数据消费与数据生产合一，由此大家都是数据的消费者和生产者。一是建立并完善网络餐饮领域“吹哨人”制度。包括厨师、送餐员在内的网络餐饮从业人员掌握大量餐饮信息，为充分发挥他们在网络餐饮安全监管体系中的信息优势，政府应当建立和完善网络餐饮领域的 “吹哨人”制度。如福州市就颁布了我国第一部《网络餐饮服务从业人员食品安全违法行为举报奖励办法》，依照罚没款的金额计算举报人的奖励，从而有效调动了网络餐饮从业人员举报的积极性。二是政府和第三方平台还应激励平台商家和消费者发挥他们的信息优势。第三方平台应通过流量支持和优惠补贴等形式，鼓励和助力平台商家建立阳光后厨，将后厨视频即时上传至平台，让消费者知晓餐饮的制作过程，从而倒逼平台商家规范餐饮安全操作。同时，第三方平台还要重视消费者的举报信息，如美团在客户端增加“举报商家”功能，可以即时投诉餐厅刷单、商家资质等问题。

最后，多源数据共享体系的构建还要设立适当的政策体系。一是构建正向和负向双重激励工具，助推第三方平台的数据共享。“规制机构与企业之间思维不一致、知识不对等、信息不对称等的差异性造成规制机构规制能力的不足，坚持激励性规制的原则显得尤为必要”[66]。既要对主动参与数据共享体系的平台和商家，给予税收优惠、政策倾斜、费用减免等优惠措施，并按照监管层级确定为较高等级，适当放松监管强度，增强他们参与数据共享体系的意愿。还应建立数据共享体系的惩罚机制，适当加大对单方违

第 3 期，第 25-36 页。

[64] 王利明：《数据共享与个人信息保护》，载《现代法学》2019 年第 1 期，第 45-57 页。

[65] 刘权：《论网络平台的数据报送义务》，载《当代法学》2019 年第 5 期，第 3-12 页。

[66] 殷继国：《论创新友好型规制模式的逻辑意蕴与路径选择》，载《华南师范大学学报（社会科学版）》2019 年第 2 期，第 142-148 页。

约主体的惩罚力度，通过负向激励推动数据共享。二是建立网络餐饮安全信息追溯体系。通过在网络餐饮的各环节建立标识，安全信息追溯体系可以实现“从田间到餐桌”的数据全流程追溯，让消费者明晰网络餐饮生产、检验、流通、消费和食用等环节的全过程。安全信息追溯体系主要聚焦网络餐饮的食材来源，利用区块链的分布式存储、网络协议和共识机制等技术，可以实现食材来源数据的存证共享、追溯查验和信用监管，从而让消费者根据食材的生产基地、农产品是否有机、是否使用化肥农药等信息选择不同的平台商家。

结 语

第三方平台并非是传统餐饮的简单线上化，而是一种新型的经济组织形态，因此其法律规制体系的建构，就必须正视第三方平台的基础属性，并充分理解第三方平台在网络餐饮规制体系中的核心作用。否则，不仅会造成网络餐饮商业创新的失败、社会福利的贬损和用户权益的侵犯，更会阻碍发展出更为有效的法律规制新模式。执法资源的有限性与平台规制的复杂性，迫使监管部门采取了“以网管网”的功能主义进路，我国网络餐饮法律规制的重点， 也从餐饮商家转到第三方平台，藉此形成了外部法律规制和内部规范规制的二元规制体系。在功能主义的指引下，监管部门着力构建第三方平台的外部规制，而相对忽视了平台的内部规制和合作规制，由此导致法律规制体系出现风险规避、义务失衡和治理缺位等问题。第三方平台法律规制理念的的创新，就要打破既有的实用主义策略和功能主义理念进路，秉持包容审慎、精准性和技术性、有限干预和激励原则。一则，监管部门需要采取积极的措施激励第三方平台的创新，促进创新驱动型经济的发展。二则，也需要回应社会大众对餐饮风险规制的需求，压实第三方平台的义务和责任，因此就需要监管部门在创新与风险之间寻求最佳平衡点，细致衡量创新收益和风险成本。第三方平台法律规制体系的完善，应坚持包容审慎原则，赋予取得证照的小餐饮网络经营资质，并明确共享家厨的网络经营资质；应坚持精准性和技术性原则，合理确定第三方平台“信息真实”标准，并优化第三方平台的监测-制止义务；应适度规制第三方平台的私权力，并助推以监管部门为主导的多源数据共享体系。

西方话语体系中的教育权：渊源、演进与内涵

李子谦[1]

【摘　要】教育权作为一个诠释性范畴，存在着相当明显的语境依赖。通过语境还原，教育权在意义上至少应当包括如下方面:（1）教育应当体现为一种根本性的自由;（2）关注弱势群体以及传递重要的社会价值应当是教育权的重要组成部分;（3）教育权的享有者与义务的承担者应当建立良好的沟通渠道和协作机制，力图在个人选择、学校自治、社会需求与国家政策之间找到一个和解性的动态平衡状态;（4）作为实现社会正义的途径和手段，良好的教育制度要求社会资源与教育机遇向所有的人平等开放。

【关键词】教育权；话语体系；教育平等

一、导言

在世界范围内，有很多专门从事教育权研究的学者。他们对于教育权理论的研究很大程度上丰富和完善了人们对于教育权的理解。一般认为，西方学界对于教育权的集中研究始于《经济、社会、文化国际公约》缔结之后，而国内对于教育权的集中研究则开始于 20 世界 80 年代中期[2]。但是由于从事相关研究的学者在文化背景和话语体系存在较大差异，中外学者在教育权领域的研究在研究重点、甚至在许多基本范畴的理解上都存在着巨大的分歧，而这难免使得许多严肃的学术问题沦为某种形式的自说自话。所以，对于教育权，我们首先要解决的是概念问题。由于权利话语本身具有强烈的诠释性特征，这就要求人们对于概念的理解依赖于概念产生的历史渊源、文本与语境。通过语境还原、完成对同一范畴不同理解的描述与类型化塑造，有助于更加全面的理解教育权的内涵。只有这样，据此提出的、旨在充分实现教育权的行动方法才有可能是切实可行和逻辑自洽的。也只有这样，教育权才能真正符合其作为一项基本人权的条件：切实可行、普遍和至关重要的[3]。

二、教育权的历史渊源

在西方话语体系中，教育权被认为一种权利是相当晚的事情。首先，形式化教育长期被视作是贵族、僧侣和社会上层的一种特权[4]。在古希腊、古罗马时期，尽管荷马的

---

[1] 黑龙江工业学院人文与师范学院，法律专业教师。

[2] 杨成铭著:《受教育权的促进和保护》，中国法制出版社，第 1-2 页；在本文中使用的“西方话语体系”一词主要是为了区别“中国话语体系”。换句话说，本文中的“西方话语体系”不仅包括传统意义上以自由主义和资本主义为核心的西方话语体系，还包括在西方语境下形成的其他话语体系，如德国、前苏联的马克思-列宁主义，从而与中国化的马克思-列宁主义、伊斯兰世界以及非洲的话语体系相区隔。

[3] 齐延平等著:《人权观念的演进》，山东大学出版社，第 67 页。

[4] 对于“何谓教育”这个问题，学界中的争议与分歧仍旧相当明显，其中，最广义的教育不仅包括形式化教育（Formal

《伊利亚特》和《奥德赛》为西方的教育传统提供了最早的教材；当时也出现了最早的公共教育实践形式“雅典式教育”和“斯巴达式教育”；诡辩派哲学家、苏格拉底、柏拉图等人，对于许多教育哲学问题进行了较为深入的讨论，但是无论如何这些伟大的哲学家都没有在教育议题上提出任何具有权利意涵的理论与观点。毕竟，在词源上，在古希腊“学校（schole）”一词本身就有悠闲之义，而且在当时教育更多的被悠闲阶层视作为“一种人格的装饰品”，而非人之为人的必要保证[5]。在古罗马时期，确实存在着一些接受过教育的奴隶。例如，尽管杨周翰先生认为“据估计仅罗马一城在屋大维统治时期从事家务、教育、抄写和手工艺的奴隶即达到三十万到九十万之众”[6]，然而需要指出的是：这种观点所依据的史料很有可能出自于古代学者对于罗马繁荣与文明的夸张描述。因为，如果罗马城有接近一百万居民的话，那么根据已探明罗马城的面积来估算，罗马城的人口密集几乎已经接近于当代的香港[7]。因此，国内学界中认为在“古罗马时奴隶已经事实上具有教育权主体资格的判断”[8]，至少是缺乏足够充分的事实基础的。在中世纪，“僧侣们获得了知识教育的垄断地位，使得教育本身也渗透了神学的性质”[9]。在那个时候，限制人民普遍的接受教育的原因不仅包括较为有限的入学渠道，还包括当时企图维护教育垄断性的社会制度。即便的确有少数的穷人子女和孤儿通过得到修道院的收养而得到了一定程度的教育，但从本质上来看，修道院的这种行为只能视作为“赈济”或者被视作是传教的必要保证，并不能在目的上以及在实际效果上促使教育在更广大的范围内得以普及。

事实上，在漫长的中世纪，欧洲国家普通百姓的识字率并不高。以英国为例，有考古学家就认为直到公元 12 世纪的英格兰，每个村庄基本能够保证至少有一个人具有阅读能力，于是他将这种现象称之为“集体识字”。[10] 而且由于当时的绝大多数英格兰贵族的特权来自于血缘，所以他们认为知识与财富、荣誉无关。也正因为如此，在当时英国的统治阶层存在着比较普遍的反智主义倾向[11]。而德国的历史学家则更为坦诚的指出：“1500 年左右的德意志大部分是文盲”[12]。

受限于中世纪的社会结构，在社会中占较大比例的农奴与农夫极少有机会接受正规教育。在某些封建王朝，议会或领主甚至会通过立法形式剥夺平民的受教育权。例如，在 1391 年英国下议院就在议会中向理查二世请愿：“从今以后，农奴和佃农的孩子不应

---

education），还包括朴素的经验、价值与文化的代际传递，而狭义的教育仅包括形式化教育。

[5] 雷通群：《西洋教育通史》，安徽人民出版社，第 18 页。

[6] 杨周翰：《译本序》，转引自奥维德：《变形记》，人民文学出版社。

[7] Glenn R. Storey, 1997, The population of ancient Rome, Antiquit, p.966.

[8] 孙霄兵：《受教育权法理学：一种历史哲学的范式》，教育科学出版社，第 173 页。

[9] 宋文红：《欧洲中世纪大学的演进》，商务印书馆，第 36 页。

[10] Nicola Rogers,2017, Writing and Literacy in the Medieval Period: An Insight Report, York Archaeological Trust for Excavation and Research,p.1.

[11] 杜海燕：《英国近代早期乡绅阶层重视大学教育的原因分析》，载于《中国教育学会教育史分会第十五届学术年会论文集》。

[12] 乌尔夫.迪尔迈尔等：《德意志史》，商务印书馆，第 96 页。

当被送进学校，从而确保他们能够得到神职人员的引导”[13]。即便是对于自由民，家长将其子孙送进学校也需要得到神职人员的首肯，否则做出该决定的家长还会被科以罚金。[14] 不仅如此，1662 年英国颁布的《划一律》还规定：“凡牧师未经许可，不得为小学教师”[15]，从而进一步以法律形式剥夺大多数社会成员接受正规教育的可能性。

在教育实践层面上，尽管在 13 至 16 世纪，欧洲出现一系列的“公学”,例如，英国则在 14 至 16 世纪先后设立了伊顿、哈罗等 6 所公学，但即便时至今日上述公学仍旧是学费高昂且入学困难的贵族学校，缺乏必要的公共属性。

在文艺复兴的后期以及启蒙运动中，当时杰出的思想家拉伯雷、蒙田、卢梭、孟德斯鸠等人的著作的确极大的丰富了人们对于教育本质与教育方法的理解。在 16 至 17 世纪拉伯雷与蒙田分别在《巨人传》、《论学究气》以及《论儿童的教育中》中提出了教育应具有“可接受性”与“可适应性”等观点。例如在《巨人传》中，拉伯雷就认为如果课程讲授的内容不能与被接受教育的人理解能力与需要相适应的话，那么即便“他全部的时间都花在学习上...也并没有得到什么好处...反而变得愚蠢、无知、迷迷糊糊、冥顽不灵”[16]。而蒙田则更为明确的指出应“设法引导儿童懂得有效用的知识，不用道听途说和死记硬背的东西，而用行动的试验来教导他们，不仅用言语和教训，而主要用榜样和工作来生动的陶铸他们”[17]。之后的洛克、卢梭以及泛爱主义教育家在一系列著作中进一步完善和发展了拉伯雷与蒙田的理论主张。在这些哲学家看来，教育的本质在于对于个人天赋的尊重，教育的过程应体现为人的自由发展，教育的内容应当兼顾德育、智育与体育。毫无疑问，这些真知灼见为后续的教育立法提供了相当重要的学理渊源，即便对于现当代中国的教育改革而言，他们的许多理论观点仍具有相当的启发意义。然而在 16 至 18 世纪阶级矛盾尖锐、教育普及程度仍旧较低的欧洲，此类“食不厌精、脍不厌细”的观点难免会被人们视为空谈。换句话，至少在 17 世纪欧洲的大部分，教育仍旧被社会上层人士视为禁脔。

第二，欧洲的一系列社会改革与革命虽然与教育有所关联，但是这些该给与革命之所以提供教育本质上是工具、手段，而非目的。例如，在 16 世纪作为宗教改革领袖的约翰·加尔文就指出导致当时教会腐败的原因在于人民“无知的轻信”，所以，他认为应当用宗教教育的方式加以解决。在他的方案中，施与教育的人应当是“有成就的修士”，即“受过良好教育并相信上帝的人”；而教育的目的无外乎是为了帮助人们加强“对于圣经的理解以及教会遵守教义程度的系统性反思”[18]。加尔文的宗教教育在实践上主要体现为“日内瓦教育系统”的建立。事实证明，加尔文及其日内瓦教育系统的确为欧洲范围

---

[13] John Lawson, 2007, Mediaeval Education and the Reformation, Routledge Press, p.3.
[14] Cambridge University Library MS dd 7 22 “Winslow Court Book” f23v.
[15] 雷通群：《西洋教育通史》，安徽人民出版社，第 204 页。
[16] 浙江大学教育系、华东师范大学教育系选编： 《西方古代教育论著选》，人民教育出版社，第 318 页。
[17] 浙江大学教育系、华东师范大学教育系选编： 《西方古代教育论著选》，人民教育出版社，第 365 页。
[18] Mihai.Androne, 2014, The Influence of the Protestant Reformation on Education, Procedia - Social and Behavioral Sciences,p.81.

内的宗教改革提供了较为充足的师资储备。[19] 在教育规范的制定上，加尔文的影响主要体现为其在“瑞士、荷兰、苏格兰等地纷纷制定法令，设置学校，实行强制入学”[20]。例如，在 1561 年颁布《学校及学院的规则》的苏格兰长老会就是典型的加尔文派的分支。

较之于加尔文的主张，马丁.路德在教育议题上的主张与实践显然更为直接：在思想层面，路德在《致市长和市政官的信》中通过援引《诗篇》第 78 篇第 5 节，即“他在雅各中立法度，在以色列中设律法；是他吩咐我们祖宗要传给子孙的”以及《申命记》第 32 篇第 7 节，即“当你追想上古之日，思念历代之年；问你的父亲，他必指示你；问你的长者，他必告诉你”，认为父母首先对年轻一代负有教育责任，而且明确指出父母这种教育责任应当从教他们的孩子“十诫”开始。[21] 但是，由于当时德国社会中很低的识字率严重影响了这种宗教责任的履行，于是路德认为应当投入相当的社会资源从而保证更多的人获得受教育的机会。在《致市长和市政官员的信》中，路德向当时的德意志官僚质问道：“如果我们为了使我们的城市获得暂时和平与安逸，请愿每年花费大量金钱购置枪炮，修筑公路、桥梁、堤坝，那么我们为什么不能花同样多的钱来拯救我们可怜而被忽视的青年，使我们可以有几个熟练精干的教师呢？”[22]；在实践层面，路德不仅直接的设立了许多学校，从而促进了教育的普遍化，而且能够在实践中不断反思，确立了许多重要的教育原则。1524 年，路德应曼斯菲尔德公爵的邀请在其领地开办了两所学校。在办学过程中，路德基于教学反馈，修改了由菲利普·梅兰希通制定的“萨克森学校计划”。在修改意见中，路德提出：（1）基督教教育的语言应当尽量用德语（母语）；（2）教材应当尽量统一和简化；（3）教学应当分年级进行。[23] 更为重要的是，随着路德新教思想的扩散，能够照顾到“每个人”的公立学校大量涌现。[24] 尽管在新教改革中，人民事实上更多的获得了接受教育的机会，使得德国北部的人民拥有了较高的识字率[25]，然而路德和他的挚友以及门徒梅兰希通、特罗曾多夫、安尼德等人的努力仍有可能是新教各派系争夺话语权或者排除异己的重要手段。因为，几乎每个新教的教派都认为只有自己才能够正确的理解上帝，“而不仅包括犹太教、天主教、异教徒还包括基督教的其他教派...都是恶魔的代言人”[26]。

在之后的普鲁士崛起以及德国统一的进程中同样也出现了许多颇具历史意义的理论观点[27]。例如，德意志教育学家拉特克[28]就曾指出“儿童有受教育的权利是为了他们自

---

[19] Zabilka, Ivan , 2015, Calvin's Contribution to Universal Education, The Asbury Theological Journal: Vol. 44: No. 1, p. 77.
[20] 劳凯生主编：《变革社会中的教育权与受教育权：教育法学基本问题研究》，教育科学出版社，第 6 页。
[21] Mihai.Androne, 2014, The Influence of the Protestant Reformation on Education, Procedia - Social and Behavioral Sciences,p.82.
[22] 浙江大学教育系、华东师范大学教育系选编： 《西方古代教育论著选》，人民教育出版社，第 179 页。
[23] F.V.N.Painter ,1889, Luther on Education: Including a Historical Introduction, and a Translation of the Reformer's Two Most Important Educational Treatises, St. Louis, Mo, Concordia publishing house, p.27.
[24] F.V.N.Painter, 1889, Luther on Education: Including a Historical Introduction, and a Translation of the Reformer's Two Most Important Educational Treatises, St. Louis, Mo, Concordia publishing house, p.28.
[25] Gerald L. Gutek, 2015, A History of the Western Educational Experience 2nd Edition, Waveland Press, Inc, p.388.
[26] Murray N. Rothbard (1999) Education : Free & Compulsory, Ludwig von Mises Institute, p.21.
[27] 国内学界在介绍教育权的渊源、发生与演进时常常会出现思维逻辑上的断裂，一方面是高扬民主、自由的启蒙思

己的世俗和精神上的福利...年龄和性别都不足以成为阻止任何人享受教育好处的理由”[29]。除此之外，拉特克还主张更加普遍的建立与大学教育相匹配的初等教育与中等教育并提出了使用类似于逻辑学的方法保证专业与学科教育与教学目标、教学手段之间的匹配等观点。

拉特克的上述观点在德意志各公国的教育实践上产生了相当深远的影响。雷通群先生认为“1624 年，哥达公爵爱论斯达一世颁布《学校令》以及义务教育制度，此由拉特克派的教育家怂恿之故”[30]。拉特克的理论学说还通过间接影响虔敬派教育学家弗兰克等人，最终促成了“普鲁士教育制度”的建立。

然而，尽管腓特烈.威廉一世和二世分别在 1736 年与 1763 年颁布的《一般学校令》和《一般地方学校令》在世界义务教育史中具有举足轻重的地位，但是当时及其后续的统治阶层之所以促进教育立法的动机则更多的是为了实现权力集中以及富国强兵的目标。

在腓特烈-威廉一世之前“牧师完全依赖乡绅们的赞助，牧师的收入来自乡绅们的恩赐”[31]。换句话说，在当时的德意志各公国的领主与乡绅可以通过建立与神职人员的人身依附关系实现对于地方的控制，当然这种现象在当时的欧洲并不普遍；而腓特烈-威廉一世之所以改革“武士学院”（Ritter-Akademien）的目的亦是通过将乡绅子弟培养成军官的方式，从而限制容克乡绅对于地方的控制；其次，他授权制定的《一般学校令》虽然极大地提高了普鲁士臣民的入学率，但是无论是拉特克“教育应具有普遍性”还是虔敬派所推崇的“勤勉”、“守纪”等主张之所以能够得到腓特烈-威廉一世支持和大力推动的根本原因也无外乎是为了培养大量、忠诚、能够用于巩固王权的士兵。在那个年代，体罚似乎已经成为了常态，学生常常被强制完成循规蹈矩的任务，目的就为了让孩子们养成服从的习惯。为了加强军队对于教育的控制，腓特烈-威廉一世的继任者腓特烈大帝甚至任命退役士兵成为学校的管理者[32]。普鲁士教育体系与行政体系的高度重叠使得教师群体出现了比较浓烈的学阀气息，过分政策性的教学计划和评估体系也使得普鲁士的教育无法提供满足学生个性化需求。

在腓特烈大帝之后，霍亨索伦王朝的继任者们还试图通过立法手段继续维持对于教育的垄断[33]。例如，1794 年的《普鲁士邦法》就明文将学校视作是国家机关；1872 年

想家与他们的真知灼见，另一方面是以严格、严谨著称的普鲁士教育立法，而它们之间似乎没有直接的关系，这难免是令人困惑的。在笔者看来，研究拉特克与普鲁士教育立法之间关系有助于上述问题的解决。当然，我之所以特别强调的原因在于：在研究方法上，对拉特克影响最为直接的哲学家是培根而非卢梭或者洛克，这或许也是普鲁士教育立法在权利属性上更加偏向于社会权而非公民权的原因之一。换句话说，在教育普及化这个议题上，启蒙思想家的实际影响显然是间接的。

[28] Walmsley, John Brian, 1990, Wolfgang Ratke(Ratichius) and his educational writings, Durham theses, Durham University. Available at E-theses online:http://ethese,dur.ac.uk/6048, p.1.

[29] Walmsley, John Brian, 1990, Wolfgang Ratke(Ratichius) and his educational writings, Durham theses, Durham University. Available at E-theses online:http://ethese,dur.ac.uk/6048, pp.120-122.

[30] 雷通群：《西洋教育通史》，安徽人民出版社，第 201 页。

[31] Friedrich Paulsen (1908) German Education:Past and Present, Charles Scribner’s Sons, p.100.

[32] Friedrich Paulsen, 1908, German Education:Past and Present, Charles Scribner’s Sons, p.142.

[33] Marjorie Lamberti,1989, State, Society,and the Elementary School in Imperial Germany, Oxford University

由俾斯麦推行的《学校监督法》则试图通过向新教学校和天主教学校派遣监督员的方式，一方面旨在限制罗马教廷对于德国社会的影响，另一方面则试图通过控制学校从而限制当时蓬勃涌现的社会主义运动与思潮。

第三，教育权作为一种法定权利的历史极为短暂。即便是在启蒙运动之后的资产阶级革命时期，在英、美、法等主要西方国家的宪法性文件中，教育权都没有被明确认定为是一种法定的基本权利。事实上，真正以宪法形式部分的确定教育权基本权利属性的法律文件是 1849 年的《德意志帝国宪法》（又称《保罗教堂宪法》）。该法第 152 条至 158 条先后确立了“科学与教学自由”（152 条）、“政教分离”（153 条）、“办学自由”（154 条）以及“学习自由”（158 条）等理念[34]；当然，这些先进理念的出现也与 1848 年欧洲革命密切相关。然而，即便如此，由于受到当时受到大多数德国城邦的拒绝，这个在理念上具有积极意义的宪法从来没有产生过实际效果。

在世界范围内，教育在实质上成为宪法性文件的中的重要组成部分，则只能回溯到德国 1919 年颁布的《魏玛宪法》[35]。然而，即便《魏玛宪法》第二编的第四章（第 142 条至 150 条）有涉及教育的内容，但依照该宪法，受教育实质上更多的是一种公民义务，而非公民权利[36]。换句话说，即便在西方资产阶级近二百年风起云涌的革命斗争中，教育权并未得到西方社会精英阶层普遍且足够的尊重。

对于为何“教育权很晚才被认为是一项基本权利”这一问题，西方学界给出的理由主要包括：（1）认为教育权的人权属性与当时的自由放任思想相悖。有学者认为在那个时候“国家被视作是对个人自由的潜在威胁，因此应当尽量不干涉公民社会”[37]。毕竟，在当时社会中普遍存在的对于中世纪以及教会许多晦暗的历史记忆，使得精英阶层对于“人格独立”产生了近乎于偏执的渴望。（2）在西方传统中，父母在很长一段时间内被视为是教育义务的最主要承担者，路德甚至认为忽视或不履行对于子女的教育义务本身就是一种严重的罪孽[38]。也正因为如此，1919 年的德国《魏玛宪法》第 120 条明确规定“养育子女，使其在身体上、精神上及社会关系上良好，为父母之最高义务及自然权利”；在盎格鲁-撒克逊的话语体系中，密尔在之其著作《论自由》中亦提出过类似主张。至于父母为何需要承担这样的义务，除了宗教原因外，道义责任论也是非常具有说服力的理由。例如，英国法学家布莱克斯通就认为家长提供教育这一义务本质上是其生育行为

Press,pp.215-217.

[34] 《德意志帝国宪法》第 158 条规定：“每个人都可以选择自己的职业，接受一个他想要的训练”。

[35] 杨成铭著：《受教育权的促进和保护》，中国法制出版社，第 35 页。

[36] 对于此观点学界存在不同的观点，例如有观点认为在魏玛宪法规定了国家的积极义务，所以可以视作为“教育权”在宪法性文件中第一次实质性的展现。但是必须强调的是这种理论观点至少从笔者已经掌握的外文文献上看未必是通说，而且，从法律规范的全面性和进步性上，《魏玛宪法》也存在一定程度上退步：至少在“学习自由”这个方面，《魏玛宪法》关于教育权的表述是缺乏核心价值与目标的；而认为《魏玛宪法》存在“教育权利”表述的观点，也是值得商榷的，因为在《魏玛宪法》的英文译本中只出现了“educational power”，即“教育权力”一词，很显然“教育权力”与“教育权利”存在着本质上的不同。

[37] Klaus.Beiter, The Protection of the Right to Education by International Law: including a systematic analysis of Article 13 of the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights, Martinus Nijhoff Publishers,p.22.

[38] Mihai.Androne, 2014, The Influence of the Protestant Reformation on Education, Procedia - Social and Behavioral Sciences,p.83.

产生的道义责任[39]。对于该观点，西方的教育学界给出了相当充分的论证，具体表现为：（1）工业革命带来的生产力的发展和社会分工的细化，导致大量核心家庭的产生，从而避免传统型家庭对于个人理性选择的干扰；（2）女性大量进入社会劳动，从而是家庭的内部关系进一步摆脱作为父权衍生品的夫权的影响；（3）人类在避孕技术和器材上的革新也大大减少了新生儿的数量，从而使得父母基于生育而产生的代际行为更趋于理性[40]。倘若能够证明父母的生育行是出于理性的，那么人们对其理性行为承担责任就显然是责无旁贷的。据此，在艾德等人编写的教材中，曼弗雷德·诺瓦克教授明确的指出在教育权议题上"自由主义的人权概念着重于父母提供教育的义务"[41]。当然需要指出的是：尽管上述观点及论述具有相当的理论自洽性与说服力，但是至少在现代化的社会与国家，希冀家庭单独完成教育任务的方案并不具有可行性。（3）天主教对于欧美国家的影响力仍然相当巨大。甚至在某些宗教人士看来，教廷及其神职人员较之于国家而言更有可能提供合理或可接受的教育。例如，1887 年在波士顿举行的一场讲座中，作为教廷代表的麦卡锡牧师就明确的指出："国家没有权利去教，也没有权利去教育。当国家介入并承担教师的工作时，就会侵犯个人权利，国民权利，教会权利以及神的权利"[42]；1929 年罗马教皇庇护十一世在天主正式文件《圣徒的教育》（Divini Illius Magistri）中强调"教育是一个社会行为...每个人都可以在整个政治社会的不同层次的团体或社区中发展和运用自己的能力"[43]。毫不讳言，即便在现当代，天主教团体依然在很多国家是影响力最为巨大的社会团体之一。"宗教组织不仅举办正规教育，而且也把教育活动推进到社区教育和成人教育中去...渗透到行业教育和家庭教育之中"[44]。正因为如此，西方国家在教育立法和政策制定过程中就难免要受到来自于宗教的影响。（4）资产阶级革命的局限性使然。马克思曾先后在《论犹太人问题》、《共产党宣言》以及《神圣家族》等著作中对于资产阶级自私与虚伪的本质进行了深刻的揭露。在《犹太人问题》一文中马克思就一针见血的指出："任何一种所谓的人权都没有超出利己的人，即没有超出封闭于自身、封闭于自己的私人利益和自己任意行为、脱离共同体的个体"[45]。 也就是说，当时德国资产阶级所坚持的宗教信仰、政治革命以及法律制度只不过是特定阶层维护或争取本阶级利益的一种手段。也正因为如此，马克思在《神圣家族》中明确的指出"现代国家承认人权和古代国家承认奴隶制具有同样的意义"[46]。对于马克思的批评，西方主流的意识形态给予了相应的回应，但是即便如此，他们也不得不承认无论是在追求社会正义还是在追求劳工权利、教育权利等方面，现有经济、社会、文化权利架构的建立主要得益

---

[39] William Blackstone,1829, Commentaries on the Laws of England, Clarendon Press p.435.
[40] 布赖恩.克里腾登：《国家、父母与教育权》，秦惠民、张东辉、张卫国译，教育科学出版社，第 12-60 页。
[41] Asbjorn Eide, Catarina Krause, Allan Rosas, 2001, Ecomomic, Social and Cultrual Rights: A Textbook Second Revised Edition, Martinus Nijhoff Publishers, p.247.
[42] F.V.N.Painter, 1889, Luther on Education: Including a Historical Introduction, and a Translation of the Reformer's Two Most Important Educational Treatises, St. Louis, Mo., Concordia publishing house, pp.21.-pp.22.
[43] 布赖恩.克里腾登：《国家、父母与教育权》，秦惠民、张东辉、张卫国译，教育科学出版社，第127 页。
[44] 孙霄兵：《受教育权法理学：一种历史哲学的范式》，教育科学出版社，第 245 页。
[45] 马克思：《马克思恩格斯文集》，人民出版社，第 42 页。
[46] 马克思：《马克思恩格斯文集》，人民出版社，第 312 页。

于共产主义运动的不懈努力。[47] 毕竟，“如果没有苏联革命...的推动，对经济和社会权利的承认和认可无疑需要几十年的时间”[48]。

三、教育权的发生与演进

在国家层面对于教育权的承认或认可最早出现于苏联的教育立法和相关政策文件中。1918 年 10 月 16 日，依照全俄中央执行委员会颁布了《俄罗斯社会主义联邦苏维埃共和国统一劳动学校规程》[49]。

作为人类历史中第一部社会主义教育法规，《规程》中关于教育和教育权的论述，即便在现在都是相当进步和全面的。首先，《规程》主张推行全民义务教育。《规程》第三条、第四条明确规定苏俄公民享有免费接受（包含初等教育和中等教育在内的）九年义务教育的权利；其次，《规程》充分的贯彻了男女平等原则，《规程》第五条要求在招生时应做到男女兼收；第三，为了保证教学质量，《规程》对于教师资格以及师生比等方面都有着明确的规定；第四，在《规程》中体现了教育的“可适应性”特征。例如，《规程》的第十二条就明确的指出：生产劳动在教育上的目的不在于“支付学生的生活费用”、抑或“仅仅是教学方法”而在于“使学生认识全部周围生活”[50]。第五，主张培养学生的自主与自律精神、因而禁止布置必须在家庭完成的作业，反对任何形式的体罚（强制性他律）；强调美育与德育的重要意义，主张尊重学生的个体差异和个性自由发展，因而禁止所有形式的考试。因为在当时立法者看来，“集体生产劳动及全部学校生活的组织都应当培养未来的社会主义共和国的公民”[51]，所以教师给予学生的应当是尊重、爱护与激励而非他律式的惩罚与约束。第六，不仅主张学校自治，而且还对学校自治的责任机关“学校委员会”的人员构成做出了具体的规定。

1919 年在俄共（布）八大的决议中，俄共还在其党章中增加了由列宁制定的教育条款，史称《俄共（布）国民教育纲领》。在该纲领中增加了建立学前教育机构的主张。在克鲁普斯卡娅等人的不懈努力下学前教育在苏联逐渐成为现实[52]。为了保证俄国公民能够承担得起接受教育所要支出的各种费用。《纲领》还要求苏俄政府向学生免费提供食物、衣服、鞋子和教育设备。

在 1923 以后，随着新的学校教育大纲的制定，许多在现在看来仍很先进的教学与课程理论，如开放课堂、跨学科教学、小组教学和渐进评估等逐步得以运用。在这些教学实践活动中，以综合技术教育为载体，以人为本作为教育目的核心价值得以充分体现。需要强调的是，列宁等人之所以要全力推行综合技术教育、反对单一的职业技能培训主

---

[47] Micheline Ishay, 2004, What are human rights? Six historical controversies, Journal of Human Rights, pp.359-371.
[48] Franois Louis,1968, The right to education: From proclaim to achievement 1948-1968, UNESCO, p.18.
[49] 后一律简称为“规程”。
[50] 任钟印译：《俄罗斯社会主义联邦苏维埃共和国统一劳动学校规程 1 9 1 8、10、16 全俄中央执行委员会指令》，《教育研究与实验》 1983 年 01 期，第 82 页。
[51] 任钟印译：《俄罗斯社会主义联邦苏维埃共和国统一劳动学校规程 1 9 1 8、10、16 全俄中央执行委员会指令》，《教育研究与实验》 1983 年 01 期，第 83 页。
[52] Joseph I. Zajd, 1980 , Education in the USSR. ,Pergamon Press, p.17.

要源自于他们对资本主义生产分工的忧虑。在他们看来，过早的向学生传授的单一的技能，不仅会抑制学生潜能的展现，而且也在某种程度上剥夺了学生对学习内容的自主选择权。所以，在列宁等人看来，推行那样的教育必然会导致人的异化而非人本质的实现。毕竟，在许多经典作家看来“小学、中学和高等学校都有一个共同的目的：培养全面发展的人”[53]。

当然，由于受到特定国情与历史背景的限制，苏联在教育立法和政策上过度超前的现象确实存在。首先，当时苏联教育在中小学教育在知识讲授上的一个突入问题就是缺乏系统性和连续性。换句话说，在小学和初中阶段，苏联教育主管部门完全采用“问题导向”过分排斥体系化教学的政策至少在科学性上是存在问题的。由于许多基础知识和概念缺乏足够次数的记忆强化，导致教学效果难以得到保障。例如，有的苏联学者就指出在当时“你走进一所学校，拿起老师的日记，第一眼看到的就是根据教学大纲制定课程计划，这个学期学校似乎在研究复杂的教学计划。从第二学期下半学期开始，通常会有一个休息时间:他们正在“指导”学生们熟悉旧的学科体系。为什么?因为他们在正式技能方面严重落后”[54]。其次，在当时苏联也无法为贯彻教育立法与相关政策提供足够且胜任的师资队伍。毕竟对于一个在 1916 年公民识字率只有 34%的国家，苏联想要在短时间内完成任何形式的教育改革或者革命都是相当困难的。不仅如此，对于当时占绝大多数仅接受过文法学校等旧式教育的教师而言，他们不仅在主观情感上存在一定的抵触情绪，而且他们的知识结构和知识储备也不能够满足既定教学目标的需求。第三，列宁等人提出的关于“综合技术教育”的主张，由于在短时间内并不能够产生直接的实际效果，很难得到学生家长的理解与支持。例如，当时农民们就常常抱怨说：“学校没有履行其教孩子们读书、写字和数数的基本职能；农民们认为，类似于种菜和养兔子之类的事情是他们自己能教给孩子们的事情，与学校无关”[55]。但是不管怎样，苏联在上世纪二十年代在推行的教育立法与教育改革过程中虽然存着许多不足之处，但这些问题更多的集中在策略和社会资源的准备上，苏联的教育立法至少在法律价值或法律原则层面上的进步意义仍就是有目共睹的。

然而，令人遗憾的是随着列宁的逝世，苏联推行的若干教育改革都没能很好的体现和延续上文提及的法律原则与法律价值。首先，在课程设计和教学论层面，苏联的改革明显存在着矫枉过正的问题。1931 年苏共中央颁布了《中小学教育条例》，该条例全面废除了苏共在上世纪二十年代推行的以开放课堂、跨学科教学、小组教学和渐进评估为基本教学模式的课程；在 1934 年以统一课程、统一考试、考试奖励制度为特征的应试教育制度得以全面建立[56]。尽管上述改革能够保证知识传授的系统性与全面性，具有一定的现实意义。但这样的改革也同样使得苏联的教育制度趋于僵化，也使得作为核心价

[53] 卫嘉译：《克鲁普斯卡雅教育文选》，人民教育出版社 1959 年版，第 257 页。
[54] Shela Fitzpatrick,Education and Social Mobility in the Soviet Union 1921-1934, Cambridge University Press 1979,p.34.
[55] Shela Fitzpatrick, Education and Social Mobility in the Soviet Union 1921-1934, Cambridge University Press 1979,p.34.
[56] Joseph I. Zajda ,1980 , Education in the USSR, Pergamon Press,pp.23-27.

值的“以人为本”很难在后续的教育立法和教育政策中得到充分体现；其次，由于受到当时特定历史环境的影响，公民享有的言论、出版、集会、结社等政治权利不再被视为必要的权利。对此，苏联法学家鲍里斯．契奇科就通过援引斯大林的观点指出“西方的许多政治权利，特别是结社权只不过是统治阶级内部斗争与冲突的工具，而且只存在于有阶级社会。而苏联是一个无阶级社会，阶级矛盾并不存在，所以诸如言论自由、思想自由直至结社自由都不是不可或缺的”[57]。而这也使得教育权的许多应有之义，如学术自由、学校自治等亦不复存在。在当时的苏联，甚至在当时作为心理学和教育学的结合体的“儿童学”，都被斥为是反马克思主义的[58]。

因此，即便 1936 年的《苏联宪法》第一次将教育权以基本权利的形式写入宪法，其在法律史的重要性也难免大打折扣。随着 1937 年由斯大林主导的大清洗，“由全苏苏维埃大会通过的《宪法》没过几天就成了一张废纸”[59]。

二战结束以后，在教育权的演进上出现了一个在人类历史上前所未有的状况：西方话语体系通过掌握强势话语权开始以国际法的形式擘画教育权的理想图景、阐释教育权的意义，并通过国际法的规范性和相关机制影响大多数发展中国家的教育立法[60]。

在国际法层面，教育权作为一项基本权利以国际习惯法形式得到广泛尊重则只需要回溯到 1948 年公布的《世界人权宣言》第 26 条[61]。作为第一部载明教育权内容的国际法，《世界人权宣言》在起草过程中，汉弗莱等人充分的借鉴了 1936 年《苏联宪法》关于教育权的相关规定[62]，具体体现为：（1）草案与 1936 年《苏联宪法》均认为教育权应当是一种被权利主体普遍享有的权利；（2）草案与 1936 年《苏联宪法》均主张在初等教育阶段推行义务教育；（3）草案与 1936 年《苏联宪法》均认为教育免费是保证教育权得以实现的重要保证；（4）草案与 1936 年《苏联宪法》均主张推行职业技能训练。

当然，《宣言》也在某种程度上弥补了 1936 年《苏联宪法》中教育权在政治权利、公民权利以及文化权利的尊重、保护上存在的不足。首先，《宣言》指出教育的首要目的是促进人格的全面发展。在这一点上，《宣言》补充的内容事实上与苏联列宁时期教育立法的基本原则与价值大体相同；其次，《宣言》强调人权教育与和平教育应当是教育的应有之义。早在起草《联合国宪章》时，犹太人代表人就认为魏玛共和国“组织良好，但又同时被一种导致盲目服从和种族仇恨腐蚀”的教育制度是引发战争与人类浩劫的重要原因[63]；在《宣言》的起草过程中，菲律宾代表阿基诺还指出开明和消息灵通的

---

[57] Spring, Joel H, 2000, The Universal Right to Education : Justification, Definition, and Guidelines, Lawrence Erlbaum Associates, Inc, pp.11-12.

[58] Joseph I. Zajda ,1980 , Education in the USSR, Pergamon Press,p.26.

[59] 龚刃韧：建立法治国家必须尊重宪法权威-基于对“苏联模式”的反思，《法学》，2015 年底 5 期，第 132 页。

[60] 其实类似观点事实上在民国时期就已然存在，并体现于吴经熊、蔡枢衡等法学家的著作中。在上世纪末、本世纪初国内学者又在“法律全球化”、“法制现代化”、“法治与社会发展”、“民间法”等不同理论背景下对于这个问题进行过讨论，限于主题和篇幅，本文不予详述。

[61] 后一律简称为“宣言”。

[62] Mary Ann Glendon, 2002, A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights，Random House, p.62.

[63] Klaus.Beiter, The Protection of the Right to Education by International Law: including a systematic analysis of Article 13

公众是民主和进步的最佳捍卫者，因此对于教育权的表述不应当仅仅是一些指标[64]。故而，《宣言》第 26 条特别强调：教育的另外一个重要目的在于“加强对人权和基本自由的尊重”；第三，《宣言》赋予了对于未成年人学习内容的“家长选择权”。与之相比，前苏联在教育立法以及 1936 年《宪法》上对于家庭教育的重视则明显不足。第四，《宣言》认为在教育中应当以宽容的态度对待文化、价值、种族、宗教等议题，从而保证和促进国际社会的发展与稳定。这部分内容由于其具有的强烈的文化权利属性，逐渐成为了后续国际法以及区域性法律规范中教育权内涵的核心要素。

然而，由于缺乏必要的法律约束力，《世界人权宣言》规定的上述权利，充其量只能被视为是道德权利或应然权利。而且，由于各国在意识形态、宗教信仰、文化传统、经济社会发展水平上存在巨大的差异，故而《宣言》中关于教育权的规定在世界范围内的实际影响力是存疑的。

首先，在许多以基督教为文化背景的资本主义国家，人们依然倾向于将家庭作为教育的主要提供者，而好学校则是家庭“最宝贵的帮手”[65]；与之相比，社会主义国家则主张将教育的主要义务转移给了国家[66]。这也就意味着在很多国家，任何旨在增加国家积极义务的主张都必然会因为违背社会大多数人的意愿而遭受质疑与拒绝。例如，在制定《联合国宪章》时，美国就明确的拒绝了拉美国家代表提出的《联合国宪章》应包含设立教育、文化和人权特别委员会条款的建议[67]。至少到上世纪的八十年代，美国联邦最高法院都拒绝将教育权视作是一项基本权利[68]。与此同时，欧盟委员会与欧洲人权法院也同样认为国家没有提供建筑物或其他基础设施，从而保证教育资源充足的积极义务[69]。其次，《宣言》要求各国政府承担的积极义务也可能因为超出其能力范围，无法得到有效的尊重、保护与实现。例如，在《宣言》起草过程中，土耳其代表库拉尔尽管认同“所有的教育都应当是免费的”这一主张，但是这样的主张在许多国家，包括他所在的国家，不可能在所有的地方立即实现。因此，他建议将《宣言》关于国家承担提供义务教育范围的表述改为“至少小学教育应该是免费的”[70]。然而，时至今日很多贫穷的发展中国家仍然无法充足的提供用以普及小学教育的基础设施、师资队伍或教材。

较之于《世界人权宣言》，1966 年制定的《经济、社会、文化权利国际公约》进一

---

of the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights, Martinus Nijhoff Publishers,p.463.

[64] Robin Ramcharan, Bertrand Ramcharan,2019, Asia and the drafting of the Universal Declaration of Human Rights,Singapore : Palgrave Macmillan,p.54.

[65] Franois Louis,1968, The right to education: From proclaim to achievement 1948-1968, UNESCO, p.9.

[66] Asbjorn Eide, Catarina Krause, Allan Rosas, 2001, Ecomomic, Social and Cultrual Rights: A Textbook Second Revised Edition, Martinus Nijhoff Publishers, p.248.

[67] Mary Ann Glendon, 2002, A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights，Random House, p.62.

[68] Klaus.Beiter, The Protection of the Right to Education by International Law: including a systematic analysis of Article 13 of the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights, Martinus Nijhoff Publishers,p.23.

[69] Asbjorn Eide, Catarina Krause, Allan Rosas, 2001, Ecomomic, Social and Cultrual Rights: A Textbook Second Revised Edition, Martinus Nijhoff Publishers, p.254.

[70] Robin Ramcharan, Bertrand Ramcharan, 2019, Asia and the drafting of the Universal Declaration of Human Rights,Singapore : Palgrave Macmillan,p.55.

步丰富了教育权的内涵[71]。首先，《公约》在教育权的价值方面增加了保障“尊严”的内容。较之于强调个体性的“人格”，所谓“尊严”是指建立在个体对于道德、社会规范以及其他内在价值服从的基础上对于自身命运的掌控。基于此概念，人类得以与兽类相区隔，从而得到特定社会成员的普遍尊重[72]，人们对于《公约》中提及的“自由社会”的参与才有可能真正实现。不可否认，“尊严”这个重要范畴的加入具有一定的意义和影响。第一，这一范畴进入国际法律规范体系的确有利于避免在教育中由于过于强调尊重学生的个性，从而培养出一批极端利己、忽视、甚至是故意违背、践踏社会道德与社会规范的学生；第二，这个范畴的引入也不可避免的为种类众多的意识形态、宗教、文化观念进入教育领域打开了方便之门。第三，“尊严”在语义上的开放属性，也给予了后来的法律解释者、社会团体相当大的空间。

其次，《公约》还增加了个人、团体、社会组织享有“建立和管理教育机构的自由”这一意涵，并进一步明确和限定了“家长选择权”的范围，即“符合国家规定或批准的最低教育标准”。其实，无论是“建立和管理教育机构的自由”还是“家长选择权”本质上都是“尊严”这个范畴通过赋权产生的衍生品,从而与《政治权利与公民权利国际公约》第18条遥相呼应。依照《政治权利与公民权利国际公约》第18条第3款的规定，国家对于家长选择权以及建立和管理教育机构自由的限制须以法律明文规定为限，且为保护公共安全、秩序、健康或道德或他人的基本权利和自由所必需；这就意味着即便《公约》对于国家应当承担积极义务的范围进行了进一步阐明，并为各缔约国履行积极义务设定了两年的最后期限，许多资本主义国家会以尊重家长选择权或尊重公民建立和管理教育机构的自由”为借口拖延或不当的履行国家的积极义务。例如，在2012年普遍定期审议第13次会议中，“印度教育联盟”和“世界展望”在其提交的报告中指出印度政府以公私合营的方式建立6000个旨在盈利的“示范校”缺乏足够的适当性。因为即便在2012年，印度初级教育的辍学率仍高达34%，只有44%的学校能够为女生提供单独的厕所设施；为了保障义务教育能够得到初步的实现，印度政府甚至仍需要雇佣上百万缺乏足够训练的乡村教师（paraeducator）...[73] 换句话说，倘若是在一个经济发展极端不平衡，大部分公民仍严重缺乏基础性教育的社会，过度强调尊重家长选择权与建立和管理教育机构自由本身就可能存在较为严重的道德疑点与瑕疵，因为在很多国家或某些特定的场域中所谓的“最低标准”是不存在或者不重要的。

除了《世界人权宣言》和《经济、社会、文化权利国际公约》，在联合国框架下与教育权相关的国际公约还包括一系列以特定弱势群体为保护对象的国际公约。如1960年制定的《取缔教育歧视公约》、1965年制定的《消除一切形式种族歧视国际公约》、

---

[71] 后一律简称为“公约”

[72] Christopher McCrudden, 2008,Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights,The European Journal of International Law Vol. 19 no. 4, pp.655-724.

[73] Rama Kant Rai and Reni K Jacob, 2012, Joint Report on India - Submission by National Coalition for Education and World Vision India For Universal Periodic Review, 13th session,：The Right to Education.

1979 年制定的《消除对妇女一切形式歧视公约》、1989 年制定的《儿童权利公约》、2006 年制定的《残疾人权利国际公约》[74]。除此之外，联合国教科文组织、联合国儿童基金会、国际劳工组织、以及欧洲区域性组织也分别以撰写和公布若干重要国际文件的形式对于教育权的内涵作出了部分程度的补充、修正与解释，具体表现为：

《取缔教育歧视公约》第 3 条认为在教育领域人们可能遭受到的歧视主要来自于政府不当的具体行政行为（直接性歧视）、政策与立法（制度性歧视），因此《取缔教育歧视公约》不仅要求缔约国停止任何涉及教育歧视的行政行为，还要求缔约国不得以立法或制定教育政策的方式，为特定群体在入学条件、奖助学金等方面给予特别的优待；《取缔教育歧视公约》第 2 条与第 5 条还在《世界人权宣言》第 26 条第 2 款的基础上，完善了教育权概念中关于少数族裔语言和文化权利的表述。依照《取缔教育歧视公约》第 2 条与第 5 条之规定，政府在制定教育政策时应当充分考虑到少数族裔在语言和文化方面的特殊需求；少数族裔团体或个人也可以基于文化或语言设立学校。但是，《取缔教育歧视公约》并没有规定缔约国需履行任何形式的积极义务，故而有学者认为“完全让少数这自己为其教育体系提供经费支持可能会削弱《取缔教育歧视公约》全篇倡导的平等精神”[75]。

《消除对妇女一切形式歧视公约》第 10 条则对于女性在教育领域遭受到的歧视作出了进一步的分类与解释。具体表现为：在《消除对妇女一切形式歧视公约》中，歧视在形式上不仅包括《取缔教育歧视公约》第 3 条中涉及的直接性歧视与制度性歧视，还包括许多更为隐晦但影响巨大的“文化性歧视”。即便在制度性歧视层面，《消除对妇女一切形式歧视公约》也将女性遭受到的歧视细分为“路径与机遇”和“社会资源分配”两个方面[76]。在“机遇与路径”方面，女性在入学、学习成绩评估、获得相关证书及奖学金、参与体育教育、获得用以确保个人健康和家庭良好状态的相关信息上的路径与机遇可能会因为性别歧视而遭到剥夺或减损；而在社会资源的分配上，在很多国家，女性在学习过程中享有的师资、教材与配套基础设施也通常与男性存在较大差异；在文化性歧视层面，《消除对妇女一切形式歧视公约》特别强调应当消除男性与女性在社会角色上的刻板印象，因为只有在消灭性别歧视的文化土壤的前提下，在人类社会中对于女性各种形式的歧视才有可能得到有效的遏制。

不仅如此，《消除对妇女一切形式歧视公约》还首次将“学前教育”以及“继续教育”以文字形式体现在国际法规范之中，从而试图改变人们诸如“教育只属于男性、儿童或

---

[74] 需要强调的是：“残疾人”这种表达方式无论是在语言表达上，还是在与国际法规范以及我国宪法的衔接上都存在相当严重的问题，更为适当的表达方式应该是“身心障碍人士”。由于“残疾人”为通用表达方式，所以在正文中笔者仅在涉及国际法或国际文件名称时仍使用“残疾人”一词。

[75] 道格拉斯.霍奇森著：《受教育人权》，申素平译，教育科学出版社，第 71 页。

[76] 讨论“平等”或“反歧视”议题，就必然会涉及到分配。需要的强调的是，作为分配的对象“机遇”、“路径”与“社会资源”在语义上存在着相当明显的差异，“机遇”与“路径”是表征程序意义的范畴，两者最为显著的差别在于“机遇”是或然性范畴，而“路径”是客观性范畴；而“社会资源”则是表征实质意义的范畴。由于分配对象不同，所依据的理论和方法也必然会存在较大差异，故而在此加以明确区分。

学生”之类的刻板印象，并为后来“终身学习”理念的形成奠定了基础。

在 1990 年召开的第一届“世界全民教育大会”中通过了以个在教育领域举足轻重的宣言，《世界全民教育宣言》（又称宗滴恩宣言）。《世界全民教育宣言》的历史意义具体体现为：（1）引入了“基本教育”的概念。所谓基本教育是指人类为了保证生存、发展、有尊严的生活、工作所未必完成的学习过程。在学习的内容上，基本教育要求人们不仅要具备必要的工具性的学习能力，如阅读能力、写作能力、口头表达能力、计算能力与问题解决能力，还应当对一些基本的学习内容，如知识、技能、价值、观念有所掌握；（2）引入了社会资源的另外一种表现形式，信息。支持此类观点的学者认为现代通讯技术的提高，有助于向更广泛的人提供关系到其生存和基本福利的信息。人们通过自主学习就可以在很大程度上完成自我教育、从而进一步降低教育成本。这一观点的提出，在某种程度上可以视作是教育权的“学习权转向”；（3）开始着手身心障碍人士教育权问题的研究与讨论。《世界全民教育宣言》第 3 条第 5 款明确指出:“身心障碍人士的学习需要特别关注。作为教育系统的一个组成部分，需要采取特殊照顾措施，为每一类身心障碍人士提供平等的教育机会”。

对于如何实现《世界全民教育宣言》第 3 条第 5 款设定的目标，1993 年通过的《残疾人机会均等标准规则》给出了一个比较详细的执行标准。《残疾人机会均等标准规则》鼓励联合国的成员国积极调动家庭、社区以及国家参与特殊教育的积极性，努力为身心障碍人士，特别是妇女和儿童提供与非身心障碍人士同样多的教育资源。不仅如此，《残疾人机会均等标准规则》还对于许多重要的概念加以重新界定。在《残疾人机会均等标准规则》中，“残疾（disability）”被解释为“世界各国任何人口出现的许许多多的各种功能上的限制”，而障碍（handicap）被解释为“机会的丧失或受到限制，无法与其他人在同等基础上参与社会生活”。在此基础上，《萨拉曼卡声明和特殊需要教育行动框架》首次在世界范围内提出了“全纳教育”的理念。所谓“全纳”在语义上与“隔离”相对应，以身心障碍人士的受教育权为例，有学者认为在世界范围内普遍内存在的、近似于医疗隔离式的特殊教育与种族隔离相比并没有本质上的差异，都是一种由社会组织导致的社会压迫形式[77]，而全纳教育的根本目的与精神实质就在于通过运用各种反对歧视手段、补充用以满足身心障碍人士特定需求的社会资源从而消除那些阻碍身心障碍人士充分享有教育权的各种障碍，促进和实现所有人在教育领域的平等。

在《残疾人权利国际公约》的第 24 条，“全纳教育”与“终身学习”的理念在国际法得以确立。至此，人类社会初步实现了对于导致歧视原因在理解上的主客观统一，即从具体行政行为、政策与立法、文化因素到诸多客观障碍的逐层演进。

通过梳理上述历史文献、国际法与国际文件，教育权不仅在意义上得到了充分展现，在历时性上，教育权制度在演变动向上的部分特征也更加清晰的呈现出来：

[77] De Beco, G. 2017. The right to inclusive education: why is there so much opposition to its implementation?. International Journal of Law in Context, 14(3), pp.398-403.

首先，在《经济、社会、文化权利国际公约》公约之后，相关国际公约和国际性文件在教育权的规定的各个方面削减了缔约国的积极义务。在《消除对妇女一切形式歧视公约》的 10 条中，国家需要履行的积极义务只包括“减少女性学生的辍学率以及为已经辍学的女童或妇女提供替代性课程”这一项；在《儿童权利公约》的第 28 条、29 条中，规定的国家积极义务实质上也只有 28 条的第一款，即“使得初等教育为义务教育，并向所有人免费提供”，向公民提供中等教育和职业教育则正式从国家的积极义务降格为一种道德义务或理想。在积极义务的履行上，至于学前教育，则根本没有提及；在《世界全民教育宣言》中，之所以对于“基本教育”与“初等教育”加以区分的理由，当然可以看作是为了尊重人类社会多样性而进行的去标准化操作。例如，有学者认为，基本教育与《世界人权宣言》中规定的“初等教育”不同，基本教育“可能因社会不同而不同，基本教育的概念最好由各国来界定”[78]。但这种问题解决方案也无疑将国家应当承担的积极义务降到了最低点。

即便在教育权国际立法以及教育权的实现方式上，类似的退步也同样明显。例如，较之于《经济、社会、文化权利国际公约》,《儿童权利公约》在法律语言的选择和使用上就更为保守。有学者就指出在《儿童权利公约》第 28 条第一款中使用的法律词汇“使得”（make），较之于《经济、社会、文化权利国际公约》中的“充分实现”(fully realize)，明显缺乏强制性与严格性[79] ，而且《儿童权利公约》的第 28 条也没有像《经济、社会、文化权利国际公约》一样要求缔约国提供详细的、保证其积极履行义务的行动计划。

当然，在教育权的实现路径上，人们还可能通过方法论革新的方式规避国家的积极义务。例如，在《世界全民教育宣言》中国际社会就试图通过提出一些“阿玛蒂亚森式”的问题解决方案，解决教育资源不足的问题。但如果仅从近三十年全球范围内教育权的保护与实现的效果上看，高速发展的信息与通讯技术在教育领域上的影响仍远未达到人们的预期。事实上，在世界范围内更容易获得教育信息的国家是那些教育资源原本就比较充分的国家。换句话说，现代信息技术在教育领域的影响，在发达国家更多的体现为是一种资源的外溢。对于欠发达国家教育资源紧缺的现象仍然非常严重。

其次，在教育权的内涵中的社会正义观念逐渐从实质正义转向为形式正义。在 1979 年以后，几乎所有的国际法与国际文件中在讨论教育公平或教育正义问题时采用的语言表述都是“建立在机会均等为基础上”而非以前的“建立在平等的基础上”。在这个问题上，罗尔斯等人的学说虽然在政治哲学领域颇具理论价值，但是那些理论在政策与执行层面的表现，与其说是平等保障的真义，倒不如说是对于现实的妥协。

在语用层面，“机会均等”这种表达方式最早出现于十九世纪后期，“当时自由派人士试图表明自己与社会主义者有何不同。亨利·布罗德赫斯特(Henry Broadhurst)解释了

[78] 道格拉斯.霍奇森著：《受教育人权》，申素平译，教育科学出版社，第 30 页。
[79] Fons Coomans, 2004, Exploring The Normative Content Of The Right To Education As A Human Right :Recent Approaches,Persona y Derecho,p.71.

‘真正的自由主义’的含义:‘自由主义并不追求人人平等’[80]，而这样的主张必然会与颇具社会主义特征的经济、社会、文化权利及其运动存在不可调和的矛盾。在上世纪末，伴随着东欧的衰落、剧变以及苏联的解体，许多欧美国家都取消了原有的社会福利政策，这必然会引发较大的社会反弹，尽管在某些国家工人运动都已经被法律明文禁止，但尖锐的社会矛盾并未得到有效缓解。在不危及资本主义国家根本利益和核心价值的前提下，西方亟需引入一种不同于社会主义的正义话语，从而有效的缓解社会矛盾。也正因为如此，系统化的机会均等理论世界范围内的提出才显得是如此的恰逢其时。

在理论层面，机会均等理论缺乏足够科学的逻辑起点。当代认知科学的许多科研成果都证明外在环境与儿童大脑发育之间存在直接的因果关系。例如，有学者就指出：“儿童出生时所处的贫困对他们的大脑有直接的、有意义的和持久的(但不是不可逆转的)影响，在没有专家介入的情况下，这种影响会削弱他们在学业上取得成功的能力”[81]，而这样的论断事实上已经撼动了“机会均等”的理论预设。

在制度实践层面，无论在欧美国家发生的反歧视诉讼是多么的意义重大，法律在解决歧视问题上的效果终究是有限的。正如冲突理论基本常识告诉我们的那样，如果社会矛盾与冲突是一座冰山，我们能够看到的或许仅仅是水面上的一角。在水面以下，具体来说就是对于众多的具有特定事项决定权的主体（如行政机关、学校等）而言，通过设置较为复杂的制度或设置隐含性的条件从而将弱势群体排除在外其实并不困难。

而且，人类社会即便在法律诉讼和制度设置上都达到预期的效果，这样的问题解决机制同样是存在隐患的。因为学校以及社会成员竞争的加剧，必然产生更为严重的不平等。例如，有学者就指出在上世纪八十年代以后，以后，随着美国政府对于大学教育投入的减少，“许多原来可以提供大学教育的公立大学都出现了社会地位下降以及财政困难等情况...现在大学生的好机会比过去少了...有色人种和低收入家庭的学生即便有机会机会进入大学，他们也主要集中在美国资源和地位最低的学校”[82]。

结论

通过对于历史背景下不同文本中教育权的描述，教育权至少应当包含如下意涵：（1）作为权利，教育权存在的目的是为了在终极意义上实现人类本质的自由，即人本质的实现。明确了这一点，教育与人类社会才不会被狭隘的民族主义与急功近利的实用主义绑架，民族、国家以及世界范围内的可持续发展和永久和平才能够真正得以实现。当然，由于具体的人必然会在天赋、喜好上存在明显的差异，所以所谓“人的全面发展”事实上是在强调教育资源供给与个人选择的全面性。当然，依照社会主义价值以及科学唯物主

[80] James Heartfield, 2017 ,The Equal Opportunities Revolution, Repeater Books, p.11.
[81] Ian Gilbert, 2018, The Working Class: Poverty, Education and Alternative Voices, Independent Thinking Press, p.21.
[82] Barrett J. Taylor and Brendan Cantwel 2019 ,Unequal Higher Education:Wealth, Status, and Student Opportunity, Rutgers University Press, p.12.

义的要求，个人的自主选择至少不应当包括自害行为，且在学习内容上也应当兼顾学习主体的自主性与知识结构的系统性.在理想状态下，教育权的义务承担者应当竭尽所能，从而帮助每个人完成自我实现；（2）作为教育的权利，关注弱势群体以及传递重要的社会价值应当是教育权的重要组成部分。只有这样，教育才不会沦为单纯的知识与技术的灌输。人作为教育权主体的道德性与社会性才能够得到充分保证。我们应该时刻谨记：对于教育而言，培养健全、善良、和平、理性、守法的公民远比单纯追求考试成绩或个人成功更为重要。这正因为如此，教育权不应当被狭义的解释为是一种仅仅为了获取文凭或各种证书的权利；（3）作为教育权的享有者与义务的承担者，学生、家长、学校、社会团体与国家应当建立良好的沟通渠道和协作机制，力图在个人选择、学校自治、社会需求与国家政策之间找到一个和解性的动态平衡状态。在现实的世界中，矛盾本就是普遍存在的，而权利之所以能够产生，本来就是人们为了实现合理诉求、通过斗争而逐步实现的和解；（4）作为实现社会正义的途径和手段，良好的教育制度要求社会资源与教育机遇向所有的人平等开放。在这里需要强调的是，教育资源与教育机遇之间存在着相对独立、相互依存的辩证统一关系，因此无论是过分强调社会资源供给与教育规划的前苏联模式，还是过分强调自主性、差异性的西方资本主义的自由主义模式都不可能为人类教育权的实现提供足够充分的保证。在这个问题上，后续的研究应该集中在如何找一个具有可行性的法律与政策上的平衡点，并在此基础上总结出一种崭新的且更具有积极意义的正义理论，只有这样教育权才能真正的成为一项可以被逐渐实现的权利。

不管怎样，认真、系统的讨论西方话语体系中教育权的渊源与演进对于全面理解教育权的意义而言都是极其重要的，因为只有这样人们才能够真正了解“什么是教育权”、进而完成“什么是教育权的核心价值”这个重要的价值判断，在此基础上，许多发生在教育领域的重要的问题，才有可能找到正确、可接受且更将切实可行的行动方案。

全球视野下新冠肺炎疫情的治理逻辑与出路

吴梓源[1]

【摘　要】新型冠状病毒肺炎爆发以来，国际组织和各国政府纷纷采取治理措施予以应对。放眼全球，在抗疫前期，中国政府的“全面管控”与英国政府的“无为而治”大体构成了两种韦伯意义上的“理想类型”。追本溯源，这两种模式背后都有其治理逻辑与存在合理性，身体规训与安全配置是两者的政治逻辑，权力配置的比例区分与权利边界的可否限缩是两者的权力（权利）逻辑，无限担责与绝对理性是两者的功利逻辑。随着国内疫情趋于平缓加之国外疫情迅速蔓延，西方世界的疫情治理格局开始出现分野，部分国家借鉴中国经验逐渐由消极宽松的放任转向积极严格的管控，但仍有一些国家不仅未采取严格的治理措施，还将这场本该属于公共卫生领域的医学事件上升为一场政治斗争，着眼于“污名化”“阴谋论”的制造、责任的推诿，致使面对这场全球性的灾难，整个国际社会至今仍未形成“世界抗疫统一战线”，全球疫情治理也未展现出其应有的力量。在价值多元的今天，面对不同治理模式的选择，全球疫情治理是否应遵循统一路径？答案是否定的，但是多元也并非意味着无序，恰恰相反，多元状态更需要秩序的建立。我们不能任由治理模式之间的政治化与相互攻讦，朝着撕裂的两极发展，要尽量的消除隔阂加强合作，在对话与共识中重拾信任，为应对全球疫情治理的常态化寻找出路。

【关键词】新型冠状病毒肺炎；身体规训；安全配置；权利边界；功利主义；信任

一、引言

2020 年一场突如其来的新型冠状病毒肺炎（简称“NCP”）席卷中华大地并日益影响海外波及全球，截止到 8 月 8 日下午 16 时，全球累计确诊病例超 613 万，死亡病例超 72 万，[2]不出意外这两个数字在未来一段时间内还会呈现持续增长。据路透社报道，当地时间 7 月 31 日，世卫组织总干事谭德塞在评估新冠肺炎疫情形势致辞中表示，新冠肺炎大流行是百年一遇的健康危机，其影响将持续几十年。[3]面对来势汹汹的 NCP 疫情及其引发的种种次生灾害，国际组织和各国政府纷纷采取治理措施予以应对。放眼全球，在抗疫前期，中国政府的“全面管控”与英国政府的“无为而治”大体构成了两种韦伯意义上的“理想类型”。从近邻的日本、韩国、新加坡到远处的意大利、德国、法国、西班牙，可以说全球视野下的疫情治理策略基本上都是中国模式与英国模式的变型或组合。

---

[1] 作者简介：吴梓源，1993—，内蒙古自治区赤峰市人，男，东北师范大学政法学院讲师，瑞典斯德哥尔摩大学访问学者。主要研究方向：法政治学。

[2] 《新型冠状病毒肺炎疫情实时大数据报告》，https://voice.baidu.com/act/newpneumonia/newpneumonia/?from=osari_pc_3，最后访问日期为：2020 年 8 月 8 日。

[3] 《世卫组织：新冠肺炎的影响将持续数十年》，https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_8555565，最后访问日期为：2020 年 8 月 8 日。

[4]后期随着国外疫情的加剧蔓延，虽然除美国为代表的部分国家外，其他国家开始借鉴中国进行治理模式的转型，但遗憾的是，面对这场全球性的灾难，至今为止，整个国际社会仍未形成“世界抗疫统一战线”，反而陷入了越来越多相互责怪和转嫁责任的局面，甚至有人惊呼全球化逆转和整个世界秩序的坍塌。[5]毫无疑问，作为一场医疗卫生领域的公共事件，新型冠状肺炎疫情必将在历史的年轮中成为过去，但由于疫情冲击所暴露的问题却会引人深思。比如：在前期各国是基于何种逻辑选择了不同的疫情治理模式？后期部分国家又为何会放弃原有立场进行治理模式的转型？全球的抗疫合作为何步履阑珊？后疫情时代，国际关系的发展又将走向何处等等。而这些问题的解决，需要我们重新审视整个抗疫的全程，才能一步步找到答案。

虽然这场疫情的起因还有存疑，但不可否认的是中国武汉确实在某种意义上成为了前期抗击疫情的主战场。2020 年 1 月 20 日，耿爽在主持外交部例行记者会时提到，疫情发生以来，中方本着严肃认真专业的态度予以积极处置，采取了最严格、最彻底的防控举措，制定严密的防控方案，做好密切接触者管理，深入开展流行病学调查，对外及时发布疫情防治有关信息，并积极开展防疫知识宣传。[6]具体而言，1 月 23 日，武汉市新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控指挥部 1 号通告，自 2020 年 1 月 23 日 10 时起武汉封城。从 2 月 2 日开始，武汉大力推动对“四类人员”的集中收治和隔离：对于确诊患者，无条件集中收治，有效控制传染源。对于疑似患者实行集中隔离治疗，配备必要的生活物资和医疗器械，建立完备的检测管理网络，对发热患者和密切接触者实行集中隔离观察，做好后期生活保障。[7]2 月 4 日和 6 日，有专用送食送药通道、配备 5G 远程会诊平台、污染区和洁净区严格划分的火神山、雷神山两座医院以及数十家方舱医院在短时间内拔地而起开始收治病人。经过两个多月的一方有难、八方支援的集体主义治理，统筹安排的全局性治理以及高效硬核的刚性治理，截止 3 月 31 日，中央指导组成员、国家卫健委主任马晓伟在国新办举行的新闻发布会上介绍“以武汉为主战场的全国本土疫情传播已基本阻断，疫情防控取得阶段性重要成效。”[8]

随着病毒在世界范围内的蔓延，我们也通过网络了解了日本、新加坡、英国、德国等国家的疫情防控举措。日本政府虽然采取了迅速的行动，但是其通过向社会提出自肃要求的方式并不具备法的约束力，尚属行政指导的范畴，社会主体的行为也是依据自身境遇进行自我判定，具有很强的随意性和自主性。另外，日本政府也未下达官方限令，禁止任何形式的聚集活动，这也就导致在日本承认本土疫情扩散的当晚，冈山市依然举

---

[4] 程金华：《英国人脑子进水了吗？：中、英两种疫情防控模式下的政策算计》，载于《中国法律评论》公众号，最后访问日期 2020 年 5 月 31 日。

[5] 赵可金：《疫情冲击下全球治理困境及其根源》，载于《东北亚论坛》2020 年第 4 期，第 28 页。

[6] 《中国采取了哪些举措应对新型冠状病毒肺炎疫情？外交部回应》，https://baijiahao.baidu.com/s?id=1656245981700277475&wfr=spider&for=pc，最后访问日期为：2020 年 5 月 20 日。

[7] 《抗击疫情，看看武汉这些新举措！》，https://baijiahao.baidu.com/s?id=1657751922851596531&wfr=spider&for=pc，最后访问日期为：2020 年 5 月 20 日。

[8] 《全国本土疫情传播已基本阻断》，https://baijiahao.baidu.com/s?id=1662725670111187872&wfr=spider&for=pc，最后访问日期为：2020 年 5 月 1 日。

行了由 1 万名男性参与的传统节日祭典，场面壮观且悚然。[9]新加坡卫生部长提出 NCP 病毒传染主要是通过接触，而不是空气，因此在 1 月底其卫生部门关于新冠病毒防治的官方建议中主张只有生病的人需要戴口罩，身体健康的人没必要戴口罩，戴口罩不是最好的防护措施，保持视角距离，多洗手、减少公共场所的表面接触更为重要。由于坚持认为“面对疫情勤洗手比戴口罩更重要”，新加坡的防疫政策曾一度被网友群嘲为“佛系”，社交网络里有关新加坡“放弃治疗”的言论此起彼伏。[10]英国政府 3 月 12 日提出宣布疫情防控从“遏制”进入“延缓”阶段，替代严格的隔离政策其主张“群体免疫（Herd immunity）”，即计划以最低的成本，拖到 60%或者以上的人口具有免疫力。[11]此论一出，全球哗然，仿佛一夜间，我们才发现英国政府才是“佛系”本宗，还带有浓厚的“道家”“无为而治”的风格。不仅如此，德国总理默克尔也提出要做好德国总人口 60—70%被感染的准备。

由于疫情在国内的基本阻断、在国外的迅速蔓延，加之海外回国人员引起的疫情倒灌，国内社会媒体上关于其他国家抗疫情况的报道讨论越来越多，看起来有点东方发亮、西方沦陷的趋势。“为什么不采取更为强硬的手段扼制疫情？‘开卷考试’都要抄错吗？面对举办奥运会这一关乎国运的压力，日本政府难道就不想强力干预吗？”、“英国所谓的‘群体免疫’，是在拿上近 300 万人命掩盖政府无能”、“德国人要被打脸了”、“重磅！柏林沦陷了”等标语纷纷登上新闻头条。但实质上真的是这样吗？其实，全球视野下的疫情防治恰恰展现出了两种模式，即中国模式与英国模式，这两种模式都有其背后的治理逻辑和存在合理性，身体规训与安全配置是两种疫情治理模式的政治逻辑，权力配置的比例区分与权利边界的可否限缩是两者的权力（权利）逻辑，无限担责与绝对理性是两种疫情治理模式的功利逻辑。在疫情尚未完全结束的今天，虽然部分国家在逐步放弃最初宽松放任的治理立场对疫情转向严格的管控，但我们仍不能片面的认为某一种模式绝对正确，相应的另一种模式绝对错误。我们无法忍受的是现在仍有一些国家非但未采取严格的治理措施，竟将这场本该属于公共卫生领域的医学事件上升为一场政治斗争，着眼于“污名化”“阴谋论”的制造、责任的推诿。在价值多元的今天，面对不同治理模式的选择，全球疫情治理是否应该判定孰优孰劣遵循统一路径？答案是否定的，但是多元也并非意味着无序，恰恰相反，多元状态更需要秩序的建立。我们不能任由治理模式之间的政治化与相互攻讦，朝着撕裂的两极发展，要尽量的消除隔阂加强合作，在对话与共识中重拾信任，为全球疫情治理的常态化寻找出路。

---

[9] 《确诊飙升至 414 人！日本政府承认“情况有变，病毒已在日本扩散”》，https://www.sohu.com/a/373524519_354284，最后访问日期为：2020 年 5 月 2 日。

[10] 《新加坡“佛系”抗疫的背后》，https://baijiahao.baidu.com/s?id=1661298701585329872&wfr=spider&for=pc，最后访问日期为：2020 年 5 月 2 日。

[11] 《英国“群体免疫”令世界哗然 弱势人群感到被抛弃》，http://finance.sina.com.cn/world/gjcj/2020-03-16/doc-iimxyqwa0766964.shtml，最后访问日期为：2020 年 5 月 2 日。

二、“身体规训”与“安全配置”：两种疫情治理模式的政治逻辑

从两种模式对疫情的治理措施上看，确实展现了两种完全不同的逻辑理路。福柯在《安全、领土与人口》中研究欧洲流行病防疫时，区分了这两种不同的治理思路，即规训和安全配置，而这两种思路恰恰与此次疫情的两种治理模式相对应。本文并不在于比较优劣，而是试图考察规训和安全配置来展现全球视野下两种疫情治理模式的政治逻辑。

规训所展现的是一种肯定性的思维，它通过行为的肯定式列举来规范社会主体的为与不为，其功能在于阻止一切。在进行疫情防治的过程中，其要求政府担负全责治病救人，既要诊疗病患，又要将其与健康人群相隔离，以防交叉感染。规训思路在于设定目标、制定义务、执行规范，为了阻却病毒，将其看起来，管起来，治疗起来，并全方位的控制下来。面对来势汹汹的 NCP 肺炎，中国政府第一时间采取了多项防疫措施，从整体上演绎着规训的生命政治学逻辑。它将人口整体分割成普通的适合治理的个体和作为例外的特殊个体。对于特殊个体，国家治理将其赤裸生命化，暂时限制其权利和自由，并将其隔离在展现为全景敞视主义权力关系运作模式的医院，及时对其救治并予以监管。而对于普通个体，国家通过日常生活监控的形式理性介入对其进行公共管理，一方面扩大着对人的控制权，增强国家力量，另一方面又维持着国家良好的秩序，在国家内部秩序和国家力量增长之间，建立一种动态但又稳定可控的平衡。

福柯在《安全、领土、人口》中曾主张生命政治学关注的目标是整体性的人口，而非个人。[12]但这并不意味着其不关注个体，而恰恰相反，为了实现人口整体的稳定和发展，它需要对个体予以充分的掌控，尤其是当整体中出现了并不是那么和谐的特殊存在。生命政治学将个体分为普通个体和特殊个体，前者无区别地构成了总体的人口，成为与整体不可单独析离的一部分，它所展现的是具有正常生活形式的生活，这种生活方式并非纯粹的自然生活状态，而是一种符合规训，接受生产监控，与整体机制相协调，并由共同体加以保障的具有普遍性的标准生活。[13]而后者，则是一些例外的、存在一定缺陷的或者是异常的个体，他们的存在会对整体人口产生威胁。[14]为了人口整体的安全，公权力会对附着在其生活之上的保护层加以褫夺，比如说暂时的限定其某方面的权利和自由，普通整体安全保障的获得在某方面讲恰恰是建立在对特殊个体的包含性排斥的基础之上的。[15]对于特殊个体，生命政治学需要建立相关的救济机构，这些机构它们既可以帮助赤裸生命，也可以将那些难以矫正的个体予以隔离，以防止人口整体免受侵害和

---

[12] 1977-1978 年的法兰西学院讲座《安全、领土、人口》中，福柯进一步强调说，生命政治学的“最终标标是人口。人口是适合作为目标的，而个人，一系列的个人，成群的个人，是不适合作为目标的，而仅仅作为用来在人口层面上获得的某种东西的工具、替代或者条件来说才是适合的。”参见福柯：《安全、领土、人口》，钱翰、陈晓径译，上海人民出版社 2010 年版，第 33 页。

[13] 蓝江：《赤裸生命与被生产的肉身：生命政治学的理论发凡》，载于《南京社会科学》2016 年第 2 期，第 51 页.

[14] 参见蓝江：《赤裸生命与被生产的肉身：生命政治学的理论发凡》，载于《南京社会科学》2016 年第 2 期，第 50 页。

[15] Giorgio Agamben，Homo Sacer：Sovereign Power and Bare Life，trans. Daniel Heller-Roazen. Stanford：Stanford University Press，1998，p.4.

威胁。[16]自新型冠状病毒肺炎疫情发生以来，中国政府组织精干的研究团队，利用国家实验室优势资源，紧急启动新型冠状病毒疫苗和检测技术的研究工作，紧锣密鼓的研发病毒检测试纸产品，与此同时加强对发烧伴肺炎患者的筛选和排查工作，目的是将疑似患者和确诊患者与普通民众尽快确认、区分。并在《新型冠状病毒感染的肺炎诊疗方案》中明确对疑似病例的流行病学史、临床表现，[17]确认病例的病原学证据、临床表现予以规定，[18]并对确诊病例进行临床分型，即轻型、普通型、重型、危重型。上述措施的举措就是面对肺炎首先将人口整体进行内部区分，其中一类是特殊个体，即新型冠状病毒肺炎的确诊患者、疑似患者、确诊患者的密切接触者和有发烧发热症状的患者，而另一类则是普通民众。

对于肺炎的治理，人口类型的内部区分是第一步，接下来就是针对不同的人群采取不同的治理措施以更好的实现人口整体的福祉。在本次肺炎疫情中，中国政府采取的最重要的治理措施主要有两种，即患者的集中收治隔离和日常生活的干预监管。集中收治隔离主要是针对新型冠状病毒肺炎的确诊、疑似患者及密切接触者或者有发烧发热病症的人群，他们是肺炎期间类似于“伤寒玛丽”[19]的特殊群体，需要予以特殊对待。在疫情当下，为了保障总体人口的安全，对诸如“伤寒玛丽”之类的肺炎病毒携带者或者是疑似携带者的处理方式，在社会层面，最为恰当的方法就是将其隔离，即暂时剥夺他们个体的自由和权利，而剥夺他们自由和权利的根本原因，是为了保障更大层面上的总体人口的安全。在福柯看来，现代生命政治学的根本含义，正是将具体的人转换为一种人口并加以治理的方式。疫情发生以来，武汉市共有 50 多家定点医院在收治新型冠状病毒感染的肺炎确诊病例，新建火神山、雷神山两座医院也提供 2600 张左右的床位。另外，武汉正改造一批体育馆、会展中心等为方舱医院，增至万余张床位为救治肺炎患者提供机动医疗场所。这些地点，将肺炎疫情的特殊个体集中收治，有效的控制传染源，对疫情防控是极大利好的。

集中隔离收治是面对肺炎疫情的重大举措，而隔离收治的场所——医院的设置更是满含规训的生命政治学逻辑。在福柯看来，医院是介于个体与国家之间政治权力运作的

---

[16] 参见蓝江：《赤裸生命与被生产的肉身：生命政治学的理论发凡》，载于《南京社会科学》2016 年第 2 期，第 50 页。

[17] 疑似病例：1.流行病学史：（1）发病前 14 天内有武汉市及周边地区，或其他有病例报告社区的旅行史或居住史；（2）发病前 14 天内与新型冠状病毒感染者（核酸检测阳性者）有接触史；（3）发病前 14 天内曾接触过来自武汉市及周边地区，或来自有病例报告社区的发热或有呼吸道症状的患者；
（4）聚集性发病；2. 临床表现：（1）发热和/或呼吸道症状；（2）具有上述新型冠状病毒肺炎影像学特征；（3）发病早期白细胞总数正常或降低，淋巴细胞计数减少。有流行病学史中的任何一条，且符合临床表现中任意 2 条。无明确流行病学史的，符合临床表现中的 3 条。

[18] 确诊病例：疑似病例，具备以下病原学证据之一者：1.实时荧光 RT-PCR 检测新型冠状病毒核酸阳性；2.病毒基因测序，与已知的新型冠状病毒高度同源。

[19] 早在 1907 年，美国医生乔治·A.索泼在《美国医学学会会刊》6 月号上发表了一篇名为“慢性伤寒病菌传播者”的文章，里面涉及到一个著名的案例，后来历史上称之为“伤寒玛丽”事件。一名名为玛丽·玛尔伦的爱尔兰移民，在纽约长岛的一个富裕家庭里担任厨娘，感染了这种带有传染性的慢性伤寒病菌。当索泼告知玛尔伦染上了这种罕见的传染病时，玛尔伦的选择不是接受治疗，而是选择逃离。这样，按照索泼的说法，本来病菌的扩散范围可以局限在玛丽·玛尔伦所工作的房子里，结果，由于玛尔伦的逃逸，让这种“慢性伤寒病菌”在纽约城区扩散开来。

主要场所，权力都是经由这些特殊空间得以施加在个体上。[20]医院所展示的是一种全景敞视主义的权力关系运作模式。这是“一种把肉体安置在空间中，把个人分配在相互关系之中，按等级组织人员，布局权力中心和渠道，确定权力的干预手段和方式的类型”。[21]医院的主要功能所展现的就是一种规训，它将病人锁定在一种可控的特定空间环境，为其标号使之个体化，实时监控和记录病人的身体状况，定时定量提供药物和饮食，以利于患者的医治。[22]医院的空间布局、医生的医学活动和患者的膳食制度和共同构成了一种治疗手段和权力运作方式。以本次收治确认病例的火神山雷神山为例，火神山共设置 19 个病区单元，开设重症监护病区、重症病区、普通病区。[23]雷神山医院整体参照战地医院形式，采用模块化设计，主要包括医疗用房区、医护保障区、医疗辅助区。每个病房都有一个单独的玻璃窗，方便医护人员拿取物品。病房里配备通风设施、消毒设备以及独立的卫生间。[24] 这样的医疗空间设置能够保持通风和空气流通，避免接触、传染和堆积，同时细分空间，开启空间，通过仔细分隔开受到监视的个体来确保一种既是全方位又是个体化的监视。[25]另外，两所医院将实施首诊负责制、一二三线值班及总值班制，[26]组织建立一个持久的并且尽可能完整的记录系统，确切记录个体的行为、病症的表现、病情的发展、应对的处方、改善乃至治愈的程度等。这样的制度会设置一座监视的金字塔结构来稳定地、持久地、全方位地监视个体病人的一切，以确保没有任何细节能逃过连续不断的严密监视。 “通过检查，个体性对权力实施来说就成了一个要素。”[27]实际上，医院不仅是治疗机构，它更是一个获取知识的场所。医生有义务通过比较自己的试验和记录来确定具体的乃至最佳的治疗方案，进而将个体的治疗与人口整体的预防相关联。医院空间中运作的规训系统不仅要观察大量个体，也要观察整体人口，不仅使医院在进行医学实践时能形成医学知识，还把同作为对象的个体与人口联系在一起，作为治疗住院病人的手段，医院凭借临床教学和高品质的医学知识而有助于提升人口健康的层次。[28]

而对于普通个体来讲，国家通过理性介入对其进行公共管理，主要是对日常生活进行监管。首先，政府部门明确规定将遭遇疫情的城市严格地划分多个街道和区域，街道之间相隔离，每一个街道都有专门的负责人、监督人和检察员，他们将该区域的人员信息记录在案并输入系统进行实时监控，并且指定人们的出行时间、出行次数、出行方式

---

[20] 莫伟民：《福柯论“医院空间”的政治权力运作》，载于《学术月刊》2019 年第 5 期，第 16 页。
[21] Michel Foucault，Surveiller et punir，Editions Gallimard，Paris，1975，p.241.
[22] Michel Foucault L’incorporation de l’hôpital dans la technologie moderne Paris Gallimard 1994 p. 518.
[23]《探访火神山病房内部，感受令人惊叹的中国速度！》，
https://baijiahao.baidu.com/s?id=1657517307874716519&wfr=spider&for=pc，最后访问日期：2020 年 6 月 22 日。
[24]《探访火神山病房内部，感受令人惊叹的中国速度！》，
https://baijiahao.baidu.com/s?id=1657517307874716519&wfr=spider&for=pc，最后访问日期：2020 年 6 月 22 日。
[25] Michel Foucault，L’œil du pouvoir，Paris：Gallimard，1994，p. 190.
[26] 《武汉雷神山医院交付内部图曝光 首批医疗队员进驻》，http://www.wanxian.net/redian/202002/358224.html，最后访问日期：2020 年 6 月 22 日。
[27] Michel Foucault L’incorporation de l’hôpital dans la technologie moderne Paris Gallimard 1994 p. 518.
[28] 莫伟民：《福柯论“医院空间”的政治权力运作》，载于《学术月刊》2019 年第 5 期，第 19 页。

和区域，建议人们在家里做些什么，吃什么，禁止与什么人接触。政府政策将衣食住行都考虑到，通过理性化的规定保障民众免受疫情的侵害。实际上，这些条例还展示公共管理的运作范式，即公共管理并非直接对人口进行干预，而是对所有能够对人口产生影响的外部因素加以治理。起初人们还会觉得繁琐，但久而久之，为了防范肺炎疫情，人们执行政策的心理已经不是出于对政府的简单服从，而是一种依靠个人的自我指导复制政府所要贯彻的生活方式，在这样的互动关系中，政府扩大着对人的控制权，在疫情中保持了城市的整体秩序。这样对人的行为加以干预的公共管理既能增强国家力量，又能维持国家良好的秩序，能在国家内部秩序和国家力量增长之间，建立一种动态的，但仍然稳定和可以控制的关系。[29]

而与中国规训模式的治理逻辑相比，以英国为首的一些国家则展现的是一种安全配置（apparatuses of security）的政治逻辑。福柯指出生命权力在根本上由两种基本模式构成，即对个体的身体规训和对人口的调节控制，[30]后者又被称为“安全配置”。与规训机制对于个体身体所处的空间规划不同，它侧重于“对开放序列的治理，只能在概率估算意义上进行控制”。[31]福柯将安全配置描述为这样一种样态“让我们远离危险，同时让我们远离任何可能贬低或让我们屈从的情景”“它打开一条通道，使我们之间、我们与他人之间建立起一种更加丰富、更加多样的关系，同时又确保我们每个人都能享有真正的自主”。[32]安全配置是自由主义治理术中最为核心的治理技术，自由是其成功运行的发动机。因此，在安全配置的逻辑中，并不会像规训一样对社会主体的行为进行肯定式的列举或者是否定性规则的禁止，虽然有时会回应现实，基于消除或控制危险的考量借助法律和规训的力量。但其真正的姿态还是对社会主体行为不加以强制干预，将自身后退到足够的距离，在这个点上产生一些东西，合乎愿望或者不遂人意。基于此，我们也不难理解在疫情扩散的初期，以英国为首的国家并未像中国一样第一时间封城、封路，集中检测并对病患进行强制隔离，他们主张通过社会性距离（Social distancing）鼓励和建议公众自我居家隔离、尽量避免外出；官方并不强制取消集体性的聚集活动；不进行大规模的核酸检测；不管无症轻症患者，将有限的医疗资源啊主要集中于重症患者的救治等。

难道安全配置真的是彻底的“无为而治”吗？答案是否定的。安全配置的疫情治理逻辑也需要动力维持其运转，而这一动力便是自由，抑或说是欲望。安全配置之所以正常运转在于满足人们的欲望，给予其迁徙和流通的自由。它展现出的是一种新的治理观念：既然我们无法去改变人的恶习和欲望，或者对其改变会付出巨大的成本，那么我们干脆

---

[29] Michel Foucault，Security，Territory，Population：Lectures at the College France，1977-1978，New York：Palgrave Macmillan，p.408.

[30] [法]米歇尔·福柯：《必须保卫社会》，钱翰译，上海人民出版社 2010 年版，第 238 页。

[31] Michel Foucault，Security，Territory，Population：Lectures at the College France，1977-1978，New York：Palgrave Macmillan，p.30.

[32] 汪民安：《自我技术：福柯文选 III》，北京大学出版社 2015 年版，第 195 页。

不去改变，而是想其所想，考虑其利益。“自由主义的游戏：让人们自己去做，有东西通过，东西移动，任其自由，放任不管。”这意味着，让现实自我发展和前进，根据其自身规律在它自己的道路上前进。权力仅仅是一种调节，它只能通过每个人的自由才能运转。[33]主张安全配置模式的政治家更相信“助推”（Nudge）而不是“强迫”（Force）是推广任何一项政策的最佳方式。[34]

以英国为代表的一系列国家在进行新冠肺炎防控时便是如此，他们从经济学的角度，以人口整体为出发点进行数学和概率学的统计，而非关注个体的诊疗和防控。因此，他们并不会对人口整体进行强制区分，通过隔离和日常监管等方式分别管控，它将目标设定在全部人口的未来，在人口整体中观察可能的致病率和死亡系数是多少，通过概率学和统计学的计算来寻找一个合适的比例进而预估在全部人口中，因疾病而死亡的人数正常情况下是多少。更进一步，基于对肺炎疫情的分布区域、易感人群、死亡率的数据分析，绘制图表，得出正常曲线，在此基础上压低不正常的曲线，如努力压低婴儿或者老人的治病率和死亡率，使它们达到平均的致病率和死亡率水平，从而降低整体致病率和死亡率。也正是基于这种通过掌握相关概率来确认人工整体安全的绝对理性的考量，英国政府提出了群体免疫的政策。[35]他们认为既然现阶段阻止的成本过高，或者说即使组织也阻止不了，甚至还会导致医疗资源的挤兑和短缺，影响经济的发展，那还不如转换工作中心，改变治理策略，着眼于未来和人口整体，对“人口”这个政治主体的致病率、死亡率展开风险计算以及测定不同类型的人口的危险。拖延一段时间期待特效药和疫苗的研发，或者是在一段时间后建构一道群体免疫屏障。安全配置的治理模式不关注个体，着眼于死亡率曲线。简言之，它们不能彻底被消除，所以人们致力于概率，这相当理性，当然就相当无情。但有意思的事是包括德国在内的不少西欧和北欧国家也采取了和英国

---

[33] 《规训与安全配置：两种流行病的治理机制》，https://mp.weixin.qq.com/s/nDt2Gd50cfS7EsQGaUOhaA，最后访问日期为：2020 年 5 月 3 日。

[34] 这个思想来自于美国经济学家理查德·泰勒（Richard Thaler）和美国政治学家卡斯·桑斯坦（Cass Sunstein）于 2009 年出版的《助推》，两人在书中列举了大量真实案例，试图证明只有通过设计精巧的诱导和貌似积极正面的鼓励，才能让老百姓发自内心地做出行为改变。

[35] 当一个人感染病毒，在一段时间内这个被感染的人就变成了传染源，负责帮助病原体找到下一个宿主。一个感染者传染其他人的能力可以用“基本传染数”（R0）来衡量，如果 R0 值大于 1 的话，只要假以时日，这个病一定会传遍整个群体。想象一个封闭的小规模人类社群，当某个病原体传遍所有人之后，它就只剩下一条路可走了，那就是灭绝。但由于人口数量大，城市里每时每刻都有婴儿出生加之人口的流动，这就相当于为病原体提供了源源不断的新宿主，病原体们终于看到了永生的希望。那么在这种情况下，我们将如何采取措施保护人的生存呢？答案就是“群体免疫”，这个概念本质上就是“最低免疫率”。群体免疫的核心思想就是保护老弱病残。作为一名身体健康的成年人，你必须意识到你自己不但有可能成为一名传染病的受害者，更有可能成为一名传染病的传播者，后者才是你所能扮演的最危险的角色。实际上，英国政府的防疫政策绝不是鲍里斯一个人拍脑门想出来的，而是基于现有的病毒学知识而做出的科学调整。那么，英国科学家们有哪些和别人不一样的发现呢？第一，根据英国科学家的估算，英国已经有 5000-10000 名感染者了。这个数字之所以远高于已公布的确诊病例数，只是因为检测技术跟不上而已；第二，英国科学家相信这个病的主要受害者是老年人，以及患有其他严重慢性疾病的中老年患者。对于广大身体健康的中青年人来说，这个病的致死率不到 1%，处于可以接受的范围之内；第三，英国科学家相信这个病毒的传播力远大于非典，大多数传染者都是没有症状或者症状轻微的前期感染者，这就给防控带来了巨大的困难。也正是基于以上数据的考量，英国科学家相信这个病毒不会像非典那样从地球上彻底消失，而是会像流感那样持续地卷土重来。如果真是这样的话，那么强迫老百姓长时间在家隔离是不现实的，早晚有一天会引起强烈的反弹，最终导致局面失控。既然如此，那还不如不做限制，改用其他较为温和的方式劝说老百姓主动做出合理的防疫行为，以此来延缓病毒扩散的速度。正因为如此，英国科学家们给出了和我们完全相反的防控建议。

类似的策略，原因应该也是相似的。

一、“权力集中、权利限缩”与“权力下沉、权利至上”：两种疫情治理模式的权力（权利）逻辑

各国疫情治理模式不仅展现了不同的政治逻辑，他们之间的区别与张力还根源于人类社会在进行公共管理时的权力配置和权利选择。从权利配置上看，与风险社会的日常治理和“救灾时刻”的危机管理紧密关联的权力有三对，它们分别是：“政府权力与社会权利”、“中央权力与地方权力”、“行政权力与其他立法与司法权力”。[36]如果我们分别赋予三对权力关系左右主体不同比例的权重，其结果便恰恰会导致本次疫情治理的两种模式产出。赋予左侧主体无上的权力，其结果会产生一个相对集权的中央政府，他会在需要的时刻尽一切可能调配全国资源去应对灾难，进行高效、有力、有序的治理，这便是疫情防控的中国模式。

疫情发生以来，中国政府采取了空前全面、严格、彻底的措施，向世界展现了中国速度。在全国范围内，包括武汉在内的大中小城市封城，省道、国道先后采取紧急管制、封锁交通，进行人口逐一排查、实时数据播报，强制人员隔离、禁止一切聚众的集体性活动，关闭商场、电影院等一些娱乐场所，进行事无巨细的日常生活监管。对于疫情最严重的武汉，国家紧急调配医务人员驰援。从除夕之夜第一批医疗队到达武汉到现在为止，各地派到武汉和湖北的医疗队已经达到了 4.26 万人，从医疗机构接到指令到医疗队组建完成，一般不超过 2 个小时，从医疗队集结到抵达武汉，一般不超过 24 小时。[37]面对隔离场所和床位的短缺，中央发布紧急命令，设计研究院在 78 分钟内将 17 年前的小汤山图纸全部整理完毕，24 小时之内出设计图纸，60 小时内敲定施工图稿，国家电网 260 多名员工不眠不休 24 小时连续工作完成 8000 米电力电缆的铺设，华为等前后方企业紧密配合，在 36 小时之内完成 5G 信号覆盖交付云资源并建成远程会诊系统，7500 名工人在 5 万平方米的土地上 10 天建造了一所 1000 张床位的救命医院，这不得不说是一个中国奇迹。面对医疗物资生活物资的匮乏，2 月 11 日，国家发改委迅速组建生活物资保障组投入战斗、加强协调调度确保急需物资调用，为疫区群众保障基本的生活条件。[38]另外，经中央军委批准，由 130 辆军用卡车、260 多名官兵组成的的驻鄂部队抗击疫情运力支援队 2 月 2 日正式成立，开始承担武汉市民生活物资配送供应任务对缓解物质和保障起到了定海神针的作用，[39]截止到目前为止，已经有上百亿的物资投入到此

---

[36] 程金华：《风险社会、“救灾时刻”与权力配置难题》，http://www.shzgh.org/shmg2011/xwdt/mtgz/u1ai1926122.html，最后访问日期为：2020 年 6 月 3 日。

[37] 《卫健委：346 支医疗队 4.26 万名医护人员驰援武汉和湖北 女性占 2/3》http://news.sina.com.cn/o/2020-03-08/doc-iimxxstf7381395.shtml，最后访问日期为：2020 年 6 月 3 日。

[38] 《国家发展改革委运行局党支部：全力做好应对新冠肺炎疫情生活物资保障工作》，https://baijiahao.baidu.com/s?id=1658231932474114188&wfr=spider&for=pc，最后访问日期为：2020 年 5 月 20 日。

[39] 《驻鄂部队抗击疫情运力支援队为武汉市民配送生活物资》，http://mil.news.sina.com.cn/2020-02-07/doc-iimxxste9490845.shtml，最后访问日期为：2020 年 5 月 20 日。

抗疫之中。一方有难，八方支援，中国政府采取的果断、及时、有力的措施，最大程度地最大效率的保护了中国人民的生命安全和身体健康，也为阻止疫情在世界的蔓延争取了宝贵的时间。包括英国美国在内的一系列专家也在国际权威期刊上《Science》上发布联合科研报告，认为中国的防控举措成功的打破了病毒的传播链，为其他国家采取措施争取了时间。柳叶刀杂志主编在 BBC 上接受采访时说到中国在此次疫情中已经尽了最大的努力。

中国采取的迅速有效的治理方式虽然得到了普通民众以及国际社会的广泛关注，但也出现了一些负面评价。认为中国模式会导致公权力的扩张甚至是滥用，进而侵犯到包括人身自由、财产权经营自主权等一系列个体权利，还会引发社会权利不发达。实质上，公权力与个体权利、社会权利张力的背后展现的是一种权力配置悖论，即公权力既不能太多，也不能太少，这以悖论在经济学上早有著述。著名政治经济学家巴里·温加斯特（Barry Weingast）就曾经提出了一个著名的命题，即“经济系统里的最根本政治悖论”（the fundamental dilemma of an economic system）：“一个足够强大而有能力保护产权和执行合约的政府，也往往是足够恣意去侵犯公民财产的政府”。[40]在《变革中国：市场经济的中国之路》中，科斯和王宁也认为：“国家面对的困境非常微妙。一方面它能促进变革的进程，通过政治支持和强制手段让其生效。而另一方面，当制度本身违背了人们的意志时，国家这只曾经的援助之手又会很容易变成高压政治的铁拳挥向人民。”[41]确实，在疫情治理的过程中公权力的过度扩张会在一定程度上导致社会自救乏力和个体权利的“千疮百孔”。对于前者，中央政府权利的过度集中，平时缺乏自主权力的各种力量会慢慢蜕化成形态各异的“政治妈妈宝”，并形成对“政治家长”的过度依赖，而丧失自主判断、自我担责、自我救助的基本能力。[42]这也就导致，在此次疫情救助的过程中一些非官方的社会团体、群众组织并没有开展有效的社会救助，不仅如此，还一直想着如何转移责任。

对于后者，确实此次的“硬核”治理导致了一些个体权利边界的限缩，比如而为阻断病毒传播，封村断路防堵人员进入限制了部分人的行动自由，曝光湖北和武汉返乡人员的个人信息侵犯的个人隐私，商场等营业场所关闭影响了经营自主等，但是否因为影响就要否定政府防疫政策的正当性呢？答案是否定的，在看待这一问题时，我们要明确认识到，无论是生命健康和行动自由、隐私保护都是人权的一部分。进而所有的权利的运行都有它的成本，不可能同时、无限地实现。基于这样的认知，中国政府为了确保人们的生命健康权，在一定程度上克减了行动自由的权利，这是一种价值排序和选择，符合

---

[40] Barry R. Weingast, “The Economic Role of Political Institutions: Market-Preserving Federalism and Economic Development,” Journal of Law, Economics, & Organization, Vol. 11, No. 1, 1995, pp. 1-31. 类似的观点也见之于经济学家诺斯、科斯和政治思想家福山等人的著作，以及世界银行在 1997 年关于国家角色的年度报告。

[41] 参见罗纳德·科斯、王宁著：《变革中国：市场经济的中国之路》，徐尧、李哲民译，中信出版社，2013 年，第 78 页。

[42] 程金华：《风险社会、“救灾时刻”与权力配置难题》，http://www.shzgh.org/shmg2011/xwdt/mtgz/u1ai1926122.html，最后访问日期为：2020 年 6 月 3 日。

社会治理的伦理标准，也符合中国文化的传统。因此，个体虽然平等地享有基本权利，但其权利却会因国家利益、公共利益和他人权利的保护需要而受到限制，在特定情形例如突发公共卫生事件发生时甚至受到削减和限缩，这一点放在任何宪法文化之下都能获得理解。[43]但即使在民族大义的背景下，基于疫情防控社会目的，公权力对个体权利的限制也并不是毫无边界，在这种紧急状态下公权力也要严格依法行使，限权措施受到法律保留、比例原则的限制，这些限制将人性尊严的保障作为终极的目标。只有在法律规定的框架内行驶，将人性尊严视为个体权利收缩的边界抗疫工作才能够在法治的框架下有序进行，确保了个体权利受到限缩的同时不致演变为对其权利的彻底排除和掏空。[44]

接下来我们将目光转向三对权利关系的右侧主体，如果赋予其无上的权力，治理的格局就会呈现出截然相反的样态，这便是包括英、美、德、日在内的采取英国模式的一些国家在疫情治理过程中的逻辑理路。这种模式在面临小型的或者紧急性不是很强的灾害时，地方政府能够作出迅速的反应，展现出相对较强的社会自救能力，将灾害扼杀于襁褓、化解于无形。但是，由于病理、技术或者经济文化交流等原因，当小型灾害没有得到及时防控演化成全国抑或是全球性灾难时，这种权力配置因强有力的集权政府的缺乏会变得手足无措，其导致的结果就是各种权力力量各行其是、各自为政，造成整个国家治理的“四肢发达、头脑简单”。[45]

而西方国家之所以热衷于这种权力的配置方式，其原因在于西方对于公民社会、个体权利责任以及民主的强调。包括英国、德国在内的国家基本上都是发达的公民社会，他们善于利用并在某种程度上依赖于社会资源。名义上，联邦政府在进行整个国家的治理，但实际上他们的治理是官方与民间社会的共同经营，联邦政府占有的资源和权利是有限的。联邦制就意味着权力的下放和分散，当权力下放到最后一级便是个人，作为一级权力主体的个人与联邦政府一样，在享有政治权利的同时也要承担政治责任。因此，在联邦社会契约中一直强调和倡导公“政府不是万能的”“提倡公民社会，人人有责”“社会凝聚力”“开启民智，唤醒群众的理智”“以合作型为导向”等。公民社会如若想日益发展和强大，其关注的重心便是何以使个体权利得以维护，个体责任得以有效的承担。也正因此，这些国家在抗击疫情时是不会以牺牲个体权利为代价的，这与我国在疫情防控过程中出于对国家和集体利益的考量而限缩个人权利边界的举措是不同的。我们可以在此举一个细节：在国内抗击疫情的前期，由于医疗防护服的暂时缺乏，武汉医院医生居然穿雨衣走向抗疫前线，虽然一时间国内民众都被其打动，然则细思恐极。我们都知道，新冠病毒的基本传染系数 R0 可高达 5，相较于禽流感 R0 在 0.6 到 1.2，MERS 病毒 R0

---

[43] 我国《宪法》第 51 条同样规定，“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候，不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民合法的自由和权利”。这一条款作为公民基本权的概括性限制条款，同样授权国家机关可因国家利益、社会利益、集体利益及他人利益的保护需要而限制公民的自由。参见赵宏：《疫情防控下个人的权利限缩与边界》，载于《比较法研究》2020 年第 2 期，第 11 页。

[44] 参见赵宏：《赵宏：疫情防控下个人的权利限缩与边界》，载于《比较法研究》2020 年第 2 期，第 11 页。

[45] 程金华：《风险社会、“救灾时刻”与权力配置难题》，http://www.shzgh.org/shmg2011/xwdt/mtgz/u1ai1926122.html，最后访问日期为：2020 年 6 月 3 日。

在 0.3 到 0.8 之间，其病毒传染性要强得多，尤其是在抗疫一线每天与病毒打交道，更容易被传染威胁生命安全。而与之相反，德国重灾区 Heinsberg 某家医院第一时间让 14 名医护人员隔离。事后，Charité医院也立马让 10 位跟患者有密切接触的医护人员接受 14 天隔离。德国不会让医生冒着被传染的风险去照顾一位病毒患者，因为从个体层面，医护人员的安危跟患者一样重要。[46]

另外，个人权利的保护及个人责任承担导致的结果是西方民主体制的“最大优点”，即体制无需为结果负责。西方民主，把体制和决策完全分开。政治家是民众选的，错误的结果由民众自己承担，对核心体制并不会产生影响，只不过是在重新选择政治家而已，在全民公决的情况下甚至连政治家都不需要承担责任。而中国不同，中国政府承担的是无限责任，中国的强政治体制要求其别无选择，只能对结果负责，这就好比一个割草机型父母养孩子，既然孩子把自由让渡给父母，换来的是，父母随时跑在孩子前面，像清除杂草一样提前帮孩子扫清前进道路上可能面临的所有障碍。[47]而英国模式的权力配置，更少直接展现权力强势的一面，其结果是让大家自己选择，国家保障你选择的权利与自由，进而将责任转移到个人，如此一来，与政府相比，个人要对其选择的结果责任，即使后续防疫结果并不乐观。这展现的是是自由主义的认命世界观，认命世界观作为一种自我归责机制，它依赖于个体内心的信仰和道德确信来维持，一旦产生便根深蒂固，十分有力。

四、“无限担责”与“绝对理性”：两种疫情治理模式的功利逻辑

功利主义以成本和效用为分析工具，对其而言，正效用最大化和负效用最小化才是最重要的，正确的行为就是识别并采用任何看起来能使得正效用最大化而负效用最小化的选项。[48]无论是中国模式，还是英国模式，疫情防控措施的选择都是在立即于本国的实然国情，考量防控所需成本及政府干预所产出的收益，在多方利弊权衡计算成本效用后所作出的艰难选择。于中国政府，其最担心的是巨大人口基数与春运的人员流动而引发的疫情快速蔓延和全面爆发，进而导致的医疗物资短缺、挤兑以及有可能造成的高死亡率和系统性的社会奔溃，由于时间、场域等各种因素的汇集，面对武汉悲剧，实际上国家和政府并没有太多考虑的时间和选择的机会，其只能着眼于眼前急需解决的问题，所采取的行动就是第一时间尽全力的平息疫情、采取一切措施防止其扩散和蔓延。这实际上是一种高代价的治理策略。封城封路、空间的冻结，对人民进行监控会产生繁重的政治任务，行政要承担保持那个地方全部安康的责任，即使仅仅是在容易理解的自我利

---

[46]《疫情下的德国: 公民与巨婴》，http://global.sina.cn/szzx/article/20200306/065358b288851000.html?wm=3049_0016&from=qudao，最后访问日期为：2020 年 6 月 3 日。

[47] 《规训与安全配置：两种流行病的治理机制》，https://mp.weixin.qq.com/s/nDt2Gd50cfS7EsQGaUOhaA，最后访问日期为：2020 年 6 月 3 日。

[48] 吴梓源、游钟豪：《缺失的一角：“生命伦理三角”中的尊严之维》，载于《福建师范大学学报（哲学社会科学版）》2019 年第 4 期，第 105 页。

益和对自己的责任的名义下，它还意味着他们对那个地方负有义务。[49]面对九门通衢的武汉这样一个千万级别的特大城市，封城所造成的“行政任务”以及对居民安全的保证是很难承受的，如果没有来自全国各地人员物资的调配和支援，仅仅利用武汉或者湖北的力量来承担几乎是不现实的。甚至，即使有全国的力量支撑，这次抗疫至少也是一项异常艰巨的任务。但正如前文所述，这是中国在当时的情况下经过利弊权衡后所不得不选择的结果。

而对于除中国以外的其他国家而言，中国的紧急、严格、全面的防控措施为他们在疫情防治上至少赢得了一个半月的时间，面对不那么紧急的疫情，他们可以着眼于长远目标或者可以说是终极目标进行绝对理性的成本收益分析，并制定分阶段的防控方案。因此，以英国为代表的一系列国家的疫情防控思路是有限责任政府绝对理性计算的结果，他们从经济学、统计学、概率学的角度处理问题，将防控重心置于人口整体安全和市场秩序稳定的基础之上，在某种意义上讲是更“现代化的治理”，显然更值得资本信任。与此同时，他们也认识到用类似于封城封路等措施来维持社会秩序必然会带来不堪重负的后果，因此他们拒绝在任何程序上设限，拒绝建立秩序，因此他们选择的措施是溜走、取消和避开。[50]这也就是疫情爆发后包括新加坡、德国、日本、英国在内的国家不愿意采用封城或者迟迟不进行空间冻结的原因所在，他们计算风险而不试图浪费财力物力阻止危险。

简言之，各国都是在进行成本效用分析，但到底是哪一种治理模式更能实现功利的最大化还无从知晓。因为到目前为止，这两种模式的选择还仅仅是实然的成本和效用预算，并没有得到全面的实证的证明或证伪。中国在疫情治理上先行了一步。庆幸的是，经过万众一心、众志成城的两个月得奋战，疫情的传染链条在国内已经基本阻断，但在我们庆幸已经躲过最艰难时刻的同时还要保持高度的警惕。到目前为止，我们还并未实现全国范围内的复业、复产、复工、复学，我们需要考虑得是在全国恢复生产、生活、学习工作的过程中是否会出现疫情的“第二波”？当然笔者也不希望如此，但是我们还要保留这种情况出现的可能性，如果真的如此，我们是否还可以回到全面管控的道路？笔者对此并不表示乐观。转眼英国模式的治理，如果说在未来一段时间内包括英国或者德国在内的一些国家没有出现确诊患者的极速增长或者是疫苗能够很快问世，那么在没有消耗巨大经济成本情况下采取拖延战术是成功的。但是，由于病毒可能的突变，疫苗研制时间长短因素的不确定，他们的成本和收益也是未知的，他们现在只做了一个实然的“数学模型”，还没有用任何的经验数据来证明，因此其未来该何去何从也上有巨大的不确定性，对于两种模式的功利效果，只能以观后效。

---

[49] [英]齐格蒙特·鲍曼：《流动的现代性》，欧阳景根译，中国人民大学出版社 2018 年版，第 15 页。
[50] 参见[英]齐格蒙特·鲍曼：《流动的现代性》，欧阳景根译，中国人民大学出版社 2018 年版，第 17 页。

五、两种模式的成效对比与西方疫情治理模式格局的后期分野

虽然各国国内政治、权力（权利）和功利的不同运行逻辑决定了疫情治理模式的最初选择，但是通过对抗疫过程动态数据的对比分析，我们不难发现中国模式在疫情治理过程中的优势，也因此，部分国家在后期开始借鉴中国经验从对疫情消极宽松的放任转向积极严格的管控。2020 年 1 月 30 日，世界卫生组织宣布新冠肺炎疫情构成“国际关注的突发公共卫生事件”（PHEIC）。彼时中国国内疫情正处在急速上升期，但境外疫情尚只波及 18 个国家（82 例确诊病例）。截至 2 月 28 日，全球 52 个国家已出现确诊病例，世界卫生组织进一步将新冠肺炎疫情全球风险级别上调为“非常高”。[51]但在这一个月中，全国人民万众一心、众志成城，武汉疫情阻击战于 2 月下旬扭转局面，3 月 10 日，习近平总书记亲临武汉考察，提出“初步实现了稳定局势、扭转局面的目标”。[52]随后，全国在逐步复产复工，武汉解封，医生凯旋。虽然后续在牡丹江、吉林市、北京市以及乌鲁木齐市、大连市仍出现了疫情的局部反弹，但都在短时间内得到了有要的控制，而且国家已经熟练的掌握了一套包括对病人紧急救治，对密切接触者严格追踪、管理，必要时封城，保障物资供应、医务人员健康，多方主体协同治理，分级分区有序复产复工在内的疫情治理路径，[53]为应对疫情常态化提供了明确的程序指引和方案，目前，中国病患总数以稳定在 84000 的数值点上，正处于严防境外输入、境内反弹和收尾阶段，总体来说，我国基本完成了这次疫情狙击战的胜利。

然而，就在中国疫情防控形势好转之际，西方各国疫情在 3 月中下旬开始急剧恶化，不但未能倚仗其先进医疗资源防患于未然，反而先后变成“重灾区”。美、英、法、德以及意大利、西班牙、加拿大等主要西方发达国家在新冠肺炎疫情中无一幸免，尽数“沦陷”。意大利首当其冲，3 月中下旬疫情几近失控。英国政府在采取“群体免疫”方针后收效甚微，连英国首相约翰逊本人也确诊感染新冠病毒，并于 4 月 5 日起入院治疗 20 余天。[54]在接下来的几个月时间里，疫情在国外进行爆炸式增长，大规模感染者、医院病患成群等待检测，口罩等医疗物资匮乏，导致感染者数百万人。面对中国疫情趋于平缓而西方疫情的大爆发，西方社会的部分国家不得不开始重新审视原有的疫情治理模式，积极探索符合自己国情的“中国式”治理路径，进行治理模式的转型。意大利、俄罗斯、法国、伊朗、塞尔维亚在内的一些国家积极寻求中国援助、邀请中国防疫专家、借鉴甚至是照搬中国经验、建立方舱医院、隔离患病人员，也正是因为转换疫情治理策略，意大利等国家很快出现了疫情的拐点，疫情得到了有效的控制。

现阶段，虽然部分西方国家在向抗疫的中国模式靠拢，确实也实现了一定的成效，但在疫情还没有最终结束前，我们无法对各国的疫情防控措施进行终极的对错评判，而

---

[51] 汪卫华：《疫情之下国家治理与全球治理的再审视》，载于《国际政治研究》2020 年第 3 期，第 33 页。
[52] 习近平：《在湖北省考察新冠肺炎疫情防控工作时的讲话》，载于《求是》2020 年第 7 期，第 4 页。
[53] 靳永翥、赵远跃：《疫情防控的治理效能：国际表现、中国镜鉴与制度补益》，载于《太平洋学报》2020 年第 6 期，第 99 页。
[54] 汪卫华：《疫情之下国家治理与全球治理的再审视》，载于《国际政治研究》2020 年第 3 期，第 34 页。

实际上对疫情进行二元的价值评判，本身就进入了一元主义的思想误区，一元主义的核心假设是，在政治和道德方面，存在唯一的答案且最优解只有一个。而这种思维方式恰恰是违反直觉的，疫情防控和治理不仅仅是一个物质层面的问题，不同于其它科学技术领域的问题存在唯一正确的结论，它是一种不能与本土文化传统或具体历史语境相隔绝的知识领域，它涉及到人们对生命的理解, 对价值的认同等更根源性问题，它们与人们对人性、尊严、公正、权利的理解感知息息相关。[55]现代社会是一个多元化的社会，人们分属于不同的道德共同体，不同的道德共同体的成员即使面临同一问题也会给出不同的解决策略，即使在两种针锋相对的立场中难以评估对错，因为他们所处的道德共同体是平行的、平等的，每一种立场选择都应当受到平等对待。然而，现阶段在疫情防控的过程中却出现了诸多不和谐的音符，这其中以美国尤甚。

区别于前述的西方国家的治理模式的转型，美国至今仍未采取严格的疫情管控措施，致使美国民众遭受了严重的生命财产损失。截止到 2020 年 8 月 8 日下午 16 点，CDC 官网显示的数据，美国现在已经累计确诊 4920369 人，累计死亡 160220 人，累计确诊人数是中国的 58.1 倍，死亡人数是中国的 34.6 倍，由此造成的财产损失更不可计数。面对这样的情形，美国政府不致力于疫情的全面防控，却仍耗费心思致力于世界政治社会的撕裂，推诿责任、攻讦中国。华春莹在外交部发言中指出："在现阶段，美国的疫情十分严重，我们也能理解其造锅甩锅的心理，我们也不想与其进行无意义的争论，但是对于对于其无道德底线的造谣、污蔑行为，我们只能再次发生强烈谴责。"实际上，美国对中国的"污名化"，对疫情的"政治化"贯穿于疫情防控的始终。在疫情爆发的早期，美国政府"隔岸观火"，口头支持中国抗疫但并未采取任何实质行动，反而却带头撤侨，在世界范围内制造恐慌，另外还通过"涉藏法案"无端干涉中国内政。当疫情在美国全面爆发后，美国政府在虚假包装自己抗疫能力的同时贬低中国的抗疫措施，认为"集权国家"制造疫病，即便能够亡羊补牢，也要付出巨大代价并影响到其他国家。另外，他们认为在疫情期间中国积极帮助"一带一路"国家以及其他欧盟成员国实际上是中国想趁机构建全球两极化世界甚至实现全球政治霸主的野心表现，完全妖魔化、政治化中国的人道主义援助动机。与此同时，他们主动屏蔽世界卫生组织和公共卫生领域专家的意见；不会考虑中国防疫模的好处和可借鉴之处；选择性忽略中国为世界赢得的 4—6 周缓冲时间，甚至提出中国的瞒报使得其无法及时应对病毒。总之，责任全在中国。美国政府即便有责任，也是少部分责任，他们费尽心思的打压中国、遏制中国、妖魔化中国，并在民主党和共和党中难得出现了高度的统一。他们为自己的防疫不当寻找了一个方便的出口，即抱怨中国。[56]另外，原本以"团结抗疫"为主要议题的 G7 会议上，美国国务卿蓬佩奥主动开了"地图炮"，将新冠病毒称作"武汉病毒"。在会后的新闻发布会在讲话结

[55] 蒋艳艳：《"南京国际生命伦理学高峰会议暨中国第二届老年生命伦理与科学会议"综述》，载于《哲学动态》2015 年第 11 期，第 111-112 页。

[56]《美国民众对中国抗疫的真实想法》，http://m.thejie.com/writing/6618，最后访问日期为：2020 年 6 月 4 日.

尾，蓬佩奥还表露了“秋后算账”的意思。[57]

可以说因新冠肺炎疫情的暴发，美国对于中国大陆掀起了不同性质、不同程度的猎巫暴力。“新冠病毒”被加上许多有政治、族群、文化偏见的联想，包括美国在内的一些政治社会体制与中国有别的国家，皆发生华人被排斥、辱骂或遭肢体暴力的替罪羔羊现象。我们承认国与国之间在制度、社会环境、价值选择上存在差异，采取的疫情治理思路和模式会存在不同，作为对人民负责的政府，所有的国家都应当按照自己的社会文化环境来规划和实施应对新冠肺炎的治理模式。但是，某些国家不能自以为是，置中国的牺牲和贡献于不顾，否定中国的治理模式，甚至认为中国犯了错误。这样的行为不仅会严重毒害中美两国的双边关系，也会为国际抗疫合作人为的制造麻烦。尽管中国领导人、外交官员及有关媒体持续呼吁各国秉持人类命运共同体理念、加强国际合作并采取切实地行动，但美国政府刻意制造的追责论调不但严重掣肘国际抗疫合作，恶化中国的外部环境，也进一步动摇了各国政府之间、民众之间在公共卫生全球治理领域本就脆弱的互信基础。[58]

虽然在经济全球化的今天也不可否认政治、道德、文化的多元性，但是，“多元”并不意味着“无序”。恰恰相反，多元状态更需要秩序的建立，道德共同体只是在政策选择的价值取向上存在区别，但绝对不会构成地理上或政治上的疆界。全人类需要共同的生活，人类已经生活在一个“地球村”之中，不同共同体之间的交往在每一时刻频繁发生。在冲突和磨合的过程中各个共同体逐渐走向均衡态势。[59]我们反对用文明冲突论来解决问题，将我们与他们进行决然的二元对立，这极易引发严重的全球政治冲突。在疫情防控的过程中，污蔑、抹黑、甩锅、推责弥补不了逝去的时间，继续撒谎也只会浪费更多的时间，造成更多的生命损失。此时此刻，作为政治家，应该把人民的生命安全置于政治之上，利用人民的生命安全进行政治操弄是极其不道德和人性的，是要遭到谴责的。希望他们能够调整工作重点和方向，把全部的心思和精力放在抗击疫情抢救人民的生命上。

对于疫情防控模式的选择，应当说，任何一种方案也都有它的成功之处和不足。我们不能囿于自身，而是要寻其他国家的成功经验，实现不同模式之间的彼此宽容体谅、相互理解，甚至在必要的时候彼此借鉴；没有任何必要进行相互攻击、相互指责。虽然，我们不能由此而得出中国治理方案的绝对优越性，但是我们可以发现合作而非对立，对话而独白、共识而非分歧、信任而非猜忌才能更好的在全球疫情过程中维护生命的安全。而如何实现这一目的，加强国家之间的对话与共识，彼此之间建立信任应该是一条可供选择的出路。

---

[57] 《除了继续用“武汉病毒”，蓬佩奥还威胁对中国秋后算账》，https://baijiahao.baidu.com/s?id=1662221409514980634&wfr=spider&for=pc，最后访问日期为：2020 年 6 月 1 日。

[58] 汪卫华：《疫情之下国家治理与全球治理的再审视》，载于《国际政治研究》2020 年第 3 期，第 34 页。

[59] 李斌玉：《生命伦理学的元伦理分析》，吉林大学 2005 年博士学位论文，第 13-14 页。

六、在对话与共识中建构信任：全球疫情治理常态化的未来出路

世卫组织总干事谭德塞在 7 月 31 日评估新冠肺炎疫情形势致辞中表示，新冠肺炎大流行是百年一遇的健康危机，其影响将持续几十年。面对疫情防控的常态化，全球治理模式该走向何处是首先需要解决的问题。笔者认为，全球疫情治理常态化的未来走向应该以通过交往行动获得共识为理论支点。哈贝马斯曾指出，相互作用式的语言运用方式，其对应着“合法人际关系之建立”的语言功能。[60]它不仅适用于人与人之间，也适用于国家与国家之间。通过道德对话可以建立规范的普遍性和统一性，但是普遍性和统一性的基础不是形而上学的本体论和人性论，而是共识。“共识是交往、交流、对话、协商、讨论、谈判的结果。”“这种共识不是超验的，而是经验的，不是必然的，而是选择的，不是命定的，而是开放的。”[61]通过对话建立起来的普遍有效性不同于康德所理解普遍有效性，哈贝马斯对普遍化原则的表述中利益的概念占据中心地位，对于一种规范的有效性，要求“在满足任何一个个人（推测的）利益时，由于对它的普遍的遵循而产生的后果和副作用，能够为所有有关人员所接受。”[62]但是共识何以成立？共识的前提是平等对话，而平等对话的前提是建立主体间的信任。

当今人类面临的严重危机并非是冠状病毒本身，还因为人类之间缺乏信任。在面对疫情时，人类需要严守边界，但这个边界并非人与人、国与国的边界，而是人类整体与病毒的边界。如果一场疫情所带来的是人类整体内部的相互猜忌、攻击，进而引发严重的不团结和不信任，那才是病毒最大的胜利。人的精力是有限的，在相互指责的同时，政府对疫情的反应和响应措施的速度就会明显滞后，而这种“慢”，会使得疫情的扩散被“加速”，在这种降速与加速之间，病毒会最终战胜人类。而与此项相反，如果疫情带来的国家之间的信任和精诚合作，密切沟通与对话达成共识，那不只是抗击此次疫情的胜利，还是抗击所有未来所有病原体的胜利。因此，为了阻止全球灾难，我们需要重获失去的信任，加强科学信息、治理经验的共享与全球团结，在力所能及的范围内对其他国家伸出援手，而不是排斥。很庆幸的是，中国在面对疫情时做到了这一点。

现阶段，即使中国还没有取得抗疫的完全胜利，也面临外防输入，内防反弹的风险，但中国在过去的半年内仍然向近百个国家提供紧急援助并付诸实际行动，此次援助是自建国以来援助时间最集中、涉及范围最广的紧急人道主义行动。巴基斯坦总统专程访华表达对中国的谢意；塞尔维亚总统亲吻中国国旗，称危难之中帮助他们的只有中国；意大利外长说加入“一带一路”这份友情关键时刻可以救命。中国在积极开展对外援助的同时，暖心的富有中国文化特色的标语也随着捐赠物资飞向世界各地：“相知无远近、万里尚未邻”“岂曰无衣，与子同裳”“投我以木桃，报之以琼瑶”“青山一道、共担风雨”“肝

[60] 哈贝马斯：《交往与社会进化》，张博树译，重庆出版社 1989 年版，第 70 页。
[61] 姚大志：《现代之后——20 世纪晚期西方哲学》，东方出版社 2000 年版，第 438 页。
[62] 库尔特·拜尔茨：《基因伦理学》，马怀琪译，华夏出版社 2000 年版，第 254 页。

胆每相照，冰壶映寒月”“云海浩荡日，春色任天涯”“千里同好，坚于金石”这是多么温暖有长情的告白。俄罗斯总统普京此前提到中国向遭受疫情的国家即使伸出援助之手为国际社会树立了良好典范，中国的行为是对个别国家挑衅和污名化中国的响亮回答。

面对此次或者是未来的灾难，也许只有密切合作构建人类命运共同体，增强彼此的信任，加强彼此的对话与共识才能更好更有效地应对各种各样的全球性挑战。当然，正如前文所述，共识并不是要求所有国家遵从同一种解决方案，而是在充分掌握自身历史、文化、社会制度、国情的基础上通过理性的成本效用分析寻找属于自己的治理模式，但与此同时积极进言献策，分享经验，加强与其他国家的沟通和成功经验的借鉴，在力所能及的情况下进行彼此援助，未来世界的格局需要的是在对话中寻找共识，在多元中建构信任。也希望在疫情中，国际社会能够进行必要的反思，推动国际关系格局向更加成熟的方向发展。

用人单位“末位淘汰”之正当性辨析

刘强[1]

【摘　要】末位淘汰是一种逆向激励的管理模式，用人单位采用这种管理模式管理劳动者并不当然具有正当性。从法理的角度看，末位淘汰违反了基本的归责原理，它让行为人为其意志无法控制的因素导致后果负责；末位淘汰也漠视了劳动者的尊严，其作为一种筛选程序，没有体现公正程序内在的尊严要求，而是在劳动者之间形成了一种无法形成自然法的自然状态，破坏了劳动者的团结，是一种变相的强迫劳动；而且，自主管理权不能证明末位淘汰为正当，自主管理权作为具有当然意义的理由乃是针对公权力的不当干预而言的，而劳动者保护对企业产生的影响并不等同于公权力对企业的干涉，二者并非同一层级的问题；末位淘汰的本质是资本权力的滥用，对此，应从社会法的理念出发予以规制，要形成驾驭资本、体面劳动的劳动关系治理模式。

【关键词】末位淘汰；资本权力；体面劳动；社会法

一、指导案例与参阅案例引发的讨论

用人单位通过末位淘汰的方式对员工管理进而追求利润最大化是其内部治理策略的体现，然而，这一私法主体的内部行为并非应是任意的、不受法律调整的。相反，鉴于法律保护弱者的本性以及劳动者在劳资结构中实际上处于相对弱势地位，用人单位的内部管理行为并非是法外之地，该行为应当受到约束。然而，两则关于末位淘汰的案例则进一步催问了更为根本的问题：末位淘汰是因为手段的恶而被禁止还是因为结果的恶而被禁止，法律究竟应当如何面对用人单位实行的末位淘汰这种管理方式。

第一个案例是最高人民法院审判委员会讨论通过并于 2013 年 11 月 8 日发布的第 18 号指导案例，标题为“中兴通讯（杭州）有限责任公司诉王鹏劳动合同纠纷案”。该案中，王某从事销售工作，中兴通讯依据员工守则对劳动者进行考核，王某销售业绩不佳，被考核为 C2 级别（最低级别），中兴通讯认为其不能胜任工作遂解除合同。王某不服起诉企业解除违法并主张经济赔偿金。法院支持了王某请求，并认为虽然王某考核结果为 C2，但是 C2 等级并不完全等同于“不能胜任工作”，中兴通讯仅凭该限定考核等级比例的考核结果，不能证明劳动者不能胜任工作，不符合据此单方解除劳动合同的法定条件。该指导案例的裁判要点则进一步凝练为：劳动者在用人单位等级考核中居于末位等次，不等同于“不能胜任工作”，不符合单方解除劳动合同的法定条件，用人单位不能据此单方解除劳动合同。

第二个案例是江苏省高级人民法院审判委员会讨论通过的（2018）第 27 号参阅案

[1] 作者信息：刘强，江苏大学法学院讲师，法学博士。

例，题目为“戴为军因用人单位依据末位淘汰调整其工作岗位要求支付差额工资被判驳回案”，该案例发表在 2018 年第 4 期的《江苏省高级人民法院公报》中。该案中戴为军原为单位包装股课长，岗位为操作工，因其绩效考核属于后 10%的行列，单位依据《员工工作规则》将戴为军的职务由课长调整为班长，待遇也随之降低。戴为军不服提起劳动仲裁并诉至法院，但一、二审法院均驳回戴为军的诉讼请求。一审法院认为，对戴为军是否符合课长职务的末位淘汰属于企业管理自主权范围；二审法院认为，末位淘汰制并非当然违法，它可以激发劳动者的工作积极性，用人单位依据末位淘汰制调整劳动者工作岗位在一定条件下应予支持。该参阅案例裁判摘要则进一步强调，用人单位依据末位淘汰制对员工实行奖优惩劣，是企业经营自主权的重要内容，只要该调岗调薪行为是基于企业生产经营管理的合理需要，且不违反法律规定和单位依法制定的规章制度则该行为就是合法的。

然而，以上两个案例之间却存在张力，它将末位淘汰涉及的更深层次的问题催逼了出来。限于案例这种个殊化表达方式的局限，第 18 号指导案例从表面上看并未确立末位淘汰为非法，其只是指出考核排名居于末次不能等同于不能胜任工作而解除劳动合同。概言之，即末位不能淘汰。而这个实然判断是否也具有应然的意义，该案例没有明确，从逻辑推理上看存在两种情况，一种是末位不能淘汰是在认可末位不应淘汰的大前提基础上推演出来的；另一种则是末位不能淘汰是因为能够末位淘汰的前提条件没有满足，所以不能淘汰。所以，究竟哪一种原则才是该指导案例所要标榜的法治精神确实不是很明朗。而第 27 号参阅案例则触及了这个隐而未宣的问题，该案例是从第二种逻辑出发，即末位淘汰并不是从应然层面禁止的，而是可以在一定条件下适用，所以指导案例对该案没有指导效力，因为两件案件从性质上并不相同，关键之处在于参阅案例满足了末位淘汰的条件，而指导案例的情况没有满足。然而，这就相当于否决了指导案例包含的第一种可能，即末位淘汰从应然层面就是禁止的。那么，这种否决是否正当，如何从法理的角度评判末位淘汰的正当性，这乃是本文所要分析的问题。

二、末位淘汰违反归责原理

如果说启蒙时期，一切教条、信仰都要在理性面前接受审判的话，那么在法治时代，一切涉及他人利益的规则都要经受合法性的衡量。末位淘汰意味着排名最次则会被淘汰出局，这是一种管理学中逆向激励的方法，逆向激励与正向激励不同，正向激励是指奖优，逆向机制是指惩劣，排名其实是一种激励机制，给与排名靠前的劳动者更多的物质奖励属于正向激励，这种情况下，奖优是用人单位拿出一部分利润分给劳动者，这其中没有损害的发生，只要不涉及歧视，法律一般不予调整。但淘汰排名靠后的劳动者的这种逆向激励则涉及到了他人利益损失的问题，这种情况下，虽然从效率的角度讲，末位淘汰会提升总体的功利，但这种手段并不能自证其成，它还需接受正当性的衡量。从法

理的角度看，末位淘汰意味着对行为的归责，它的法律图示就是劳动者排名末位被视为对用人单位本应得到的预期可得利益的损失，因此要通过淘汰的方式让劳动者来为此负责。此命题成立至少需要两个环节，即末位可以视为劳动者给用人单位造成的损失和劳动者对此存在过错或应当不考虑其过错。然而，这两个前提均无法满足。

一方面，用人单位并没有遭受预期利益的损失。法律意义上的预期利益成立的一个前提就是对方存在一系列可以使人能够确定如果不发生意外，其依据当时条件必然会得到的利益。预期利益保护问题主要集中在合同领域，保护预期损失的目的是让一方恢复到合约被履行情况下将会得到的利益。[2]另在 WTO 规则中，GATT1994 第 23 条第 1 款以及 DSU 第 26 条也对预期利益的保护做出详细规定，强调如果缔约一方不履行协定义务或采取其他行为会导致缔约另一方丧失根据现有条件采取行动而能够获得利益，缔约另一方则可以提起非违法之诉。根据上述理论，预期利益成立的前提必须是一方已经先行做出了可以被明确预测的行为，这些行为构成了另一方得以根据双方交往的境况采取进一步措施的条件，而依据这些条件，另一方必然会得到某些利益。如果在这种情况下由于一方突然改变其行为导致另一方无法获得如果一方不改变行为而能得到的利益，另一方才存在预期损失。而这些条件无法适用于用人单位与劳动者关系之间，更无法证成末位淘汰。在现有的劳动法律框架下，在描述意义上劳动者向用人单位出卖了劳动力，用人单位能否利用这些劳动力在市场竞争中获胜与劳动者无关，劳动者只要按照约定付出劳动即可，至于劳动应当能产生多大的效用，这并不是劳动力本身所涵盖的。市场经济中，任何主体都没有注定应获得的利益，用人单位是否获利乃是由市场竞争决定的，这种获利高低的经营风险的承担是与用人单位通过资本投资获利的行为密不可分的。劳动者与用人单位是一般的雇佣关系。经营风险应由用人单位承担，劳动者作为劳动的付出者仅对其劳动行为是否符合劳动合同约定负责。市场竞争机制这种看不见的手并非劳动者能掌握的。也就是说，劳动者付出的劳动力并不应作为用人单位直接计算预期获利的条件。另外，排名靠后亦不意味着劳动者改变了劳动合同约定的劳动行为。劳动合同约定的劳动者工作岗位只是表明该岗位客观上应包括哪些条件，并不包含该岗位必须创造多少利润，这也正是劳动关系与合作关系的区别。只要劳动者工作中符合工作岗位所要求的一般条件，用人单位即应当按约定支付报酬，劳动者在单位内部排名靠后一方面并不意味着用人单位受到了损害，因为排名这种方式仅仅是在劳动者内部的相对比较，它无法反映用人单位总体是否获利。

另一方面，劳动者也不存在过错。从法理角度分析，责任分为两种，一种为过错责任；另一种为无过错责任。就前者而言，对一个人进行的处罚的正当性在于他对其违法行为存在过错；就后者而言，无过错责任的正当性乃是基于对社会利益的保护，而这亦有严格的适用边界。但无论哪一种责任，末位淘汰均违反了各自的归责理论。

[2] 参见杨良宜："预期利益损失与信赖利益损失"载《中国海商法年刊》2011 年第 1 期，第 8 页。

仅凭劳动者排名末位的事实能否证明或推定劳动者主观上存在过错呢，笔者认为这是不能的。第一，排名末位并不能证明劳动者存在过错。末位是排名的结果，排名是在对象固定但内容开放的前提下，在某一时间点通过数据量化的方式就某一向度的情形做出的序列化标识。这种标识的高低先后并不是行为者独自能够决定的。一方面是因为内容开放的事实超出了个体劳动者所能掌控的范围，因为排名末位既有可能是因为其他人做的更好导致的，也有可能是环境运气导致的，还有可能是其他原因，但无论怎样，这都不是当事人可以完全凭自己意志能决定的。另一方面，序列化标识是按照数字排序的，这种排序先后是数字内在特性决定的，它与其标识的对象仅仅是一种外在性的偶然关联。也就是说，数列中数字大小仅仅具有描述功能，并不具有评价功能。评价功能并不是数字先验带有的，它是后验的，是人类赋予的，那么，这种后验行为是否具有正当性并没有通过数字大小获得先验的证明。这中间存在着一个逻辑上的断裂，据此，排名末位这种描述并不当然具有评价的功能。那么，末位也就无法证明劳动者存在过错，进而应要承担被淘汰的责任。正所谓法不强人之所难，法谚亦有云“任何人不受不可能事项的约束”“极度困难即视为不可能”[3]“无法完成的事没有约束力。不能要求人们做不可能的事”。[4]而且，排名末位是在某一时间点必然会出现的结果，谁也无法摆脱排名末位的情况出现，这完全超出了“极度困难”的限度，以此归责于劳动者亦缺乏正当性。综上，排名末位本身并不必然意味着当事人对这种事实的出现主观上存在过错，所以，末位并不能证明劳动者主观上存在过错。第二，排名末位亦不能推定劳动者存在过错。过错推定是20世纪初为了解决由于现代化导致风险逐渐增加而产生社会问题的一种法律手段，其勃兴的现实需求是为了解决因经济发展而出现的工业事故和交通事故的损害赔偿纠纷。[5]鉴于该原则实质是把事实当作证据，如果被告没有证明其存在过错则应当负责，这是过错责任的特殊形式，其适用的情形必须由法律明确规定。但我国现行劳动法律体系中并没有对劳动者要实行过错推定的相关规定，而且这种解决工业化等现代技术带来困境的法律技术并不应适合用于劳动者逆向激励。因为过错推定的目的在于从法律的角度处理好新科学技术产生风险的分担问题，而末位淘汰恰恰是现代化背景下，以效率目标为导向的激励手段正当性问题。二者并非处于同一逻辑层面上，末位的事实能否成为证据来指控劳动者恰恰需要评判，而不是循环论证，排名末位的事实本身并不构成任何意义上的风险，因为从形式上看，风险具有可能性而非必然性，而序列化的排名最后一位是一种必然结果不符合风险的特征；从内容上看，风险是一种潜在的自然或人为的危险，而劳动者排名情况并不构成对用人单位的危险，因为正如上文分析，排名结果没有证明劳动者给用人单位造成了损失。

那么，末位淘汰能否适用无过错责任呢，答案也是否定的。因为雇主的私人经济行

---

[3] 孙笑侠：《西方法谚精选：法、权利和司法》，法律出版社2005年版，第52、53页。
[4] [意]雷立柏：《拉-英-德-汉法律格言词典》，宗教文化出版社2008年版，第87页。
[5] 参见方恩升：“过错推定：风险社会中保护个人法益的一个利器”载《学海》2007年第3期，第189页。

为带来的利益并不等同于公共利益。末位淘汰虽然从管理学角度看可以提升效率，将管理目标的实现强制内嵌于被管理者头脑之中，但这种思维忽视了人类世界独特的价值维度。仅仅从社会功能等外在性视角评价措施并不充分，德国法学家考夫曼认为“法享用不了功能主义的果实”。[6]因为人类社会并不仅仅是对自身利益能够精打细算的个人集合体，人与人之间也不完全是一种异在性的关系。社会是一种联合体，既因人的超越于自利的感情所产生，也因人的群居本性而产生,社会本身乃是一种首要的道德化力量，通过一种并非私立的真正联系所产生。[7]也就是说，不可以被经济动机所解构的人类道德依然存在，人类的历史就是一部逐渐摆脱生存斗争的历史。赫胥黎甚至认为，最适应环境从而生存下来的可能是越来越低等的动物，生物的进化特别是人类的进步必须考虑价值的因素，人类社会否定格斗的生存理论。[8]社会的进步不只是生物进化的过程，更是一个伦理化的过程，非伦理的人与伦理的人的区别就是前者像别的动物一样为生存殊死斗争，后者则尽可能限制这种斗争。而伦理化的社会则是一个注重人格的社会，它不仅仅是一个生存的共同体，而更是一个文明的共同体，这种“文明”康德曾将其解读为体现实践理性的先验的权利命题。[9]人与人之间不是肉体的集合，而是精神的契合，这种精神的进一步表现就是人格，人格是一种带有自我意识的自由意志，人应该是什么，不应从他的本能获知，而应从他必须努力成为自身应该所是来获得，也就是“成为一个人，并尊敬他人为人”。[10]所以，优胜劣不汰才是人类竞争规则的道德底线。[11]而末位淘汰这种追求整体外在效率的手段恰恰忽视了人类社会的价值维度，那么，末位淘汰也就不能适用无过错责任，因为它在经济层面所产生出的功利并不能成为人类社会构建所单向度地追求的目标。另外，管理学中的彼得原理认为“在任何一个职务等级体系中，每一个职员都趋于达到自己不能胜任的更高级职位”。[12]也就是说，职务等级体系本身即存在一定问题，这种体系下的末位所暗含的所谓能力不匹配的问题实质是管理手段本身所导致的排名异化，这不应由劳动者承担责任，而是改进管理方式。

综上，末位的事实不应能成为淘汰的正当性事由，这是违背归责原理的，因为其中既不存在用人单位的预期可得利益损失，劳动者对末位的事实也不预示着其存在过错或应当不考虑其过错。

三、末位淘汰漠视劳动者尊严

末位淘汰作为一种筛选劳动者能力的程序，其没有体现维护尊严的要求。政治学家

[6] [德]阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔：《当代法哲学和法律理论导论》，郑永流译，法律出版社 2001 年版，第 189 页

[7] 参见[美]乔治·萨拜因：《政治学说史·民族国家》（上），邓正来译，上海人民出版社 2015 年版，第 343 页。

[8] 参见[英]赫胥黎：《进化论与伦理学》，《进化论与伦理学》翻译组译，科学出版社 1971 年版，第 57-58 页。

[9] 参见[德]康德：《法的形而上学原理》，沈叔平译，商务印书馆 2005 年版，第 59 页。

[10] [德]黑格尔：《法哲学原理》，邓安庆译，人民出版社 2016 年版，第 85 页。

[11] 参见周安平：“优胜劣汰与优胜劣不汰——人类社会生存竞争规则的道德底线”，载《法商研究》2007 年第 3 期，第 55-56 页。

[12] [美]劳伦斯·彼得、雷蒙·赫尔：《职务升迁的奥秘——彼得原理》，林平译，中国文联出版公司 1989 年版，第 6 页。

米勒认为，一种公正的程序除了程序内在的平等、准确、公开三个要求外，还要加上尊严的要求，这个要求属于与前面三个要求不同的范畴，它是对程序的一种约束，一种公平程序是这样一种程序，它并不要求人们以一种有损尊严的方式行动。[13]而末位淘汰这种管理手段从性质上就忽视了劳动者的尊严，这主要体现在以下三个方面：

首先，末位淘汰导致了一种无法形成自然法的自然状态。末位淘汰在劳动者之间制造了曾经是假想的、充满斗争的自然状态并将劳动者置于其中。从近代资本主义兴起后，自然状态成为理论家阐释社会的一种构想，在霍布斯的构想中自然状态是人与人之间处于零合博弈的战争状态，人们为了从野蛮走向文明，彼此在签订了社会契约。然而末位淘汰不但没有使劳动者走向文明，反而将一个本是构想的境况变成了现实。排名本身就是一种相对尺度，对每个劳动者的成果序列化的编排不可避免地形成零合关系，因为一个人排名上升一位，必然有一个人排名下降一位。据此淘汰末位人为地为劳动者制造了一种零合博弈的自然状态。虽然正如康德所强调的那样，自然状态虽然也可能有社会，但这中社会却没有文明的社会结构，并不适宜人类生活，人类应当生活在与“自然状态”相对的“文明状态”之中。[14]文明社会的结构就是一个能为人的实践理性创造可能的目的性秩序，这种秩序中人与人之间不能只是手段性关系。虽然把一个人当作目的的定言命令与外界质料性因素没有必然联系，但如果从客观角度评价一个组织制度的好坏，该制度是否有助于促成人们之间的合作可以作为重要的评价指标。这种合作不是因为能够产生丰富的物质产品而得以称道，而是在合作中，人们之间能够彼此视为目的，个人的人格和精神能够被认为具有无限的绝对价值。黑格尔曾讲到在东方只有一个人是自由的，在希腊和罗马只有少数人是自由的，在基督教里，每个人都是自由的，都是神恩的目标。[15]虽然宗教并不是人类得以真正解放的场所，但黑格尔提出的人类进步就包含着精神自由的命题依然具有意义。而末位淘汰则将劳动者置于了伦理性焦虑之中。即便在较严苛的霍布斯式的自然状态理论中，一个强制力量的化身利维坦还得以建立，进而结束充满战争的自然状态，而末位淘汰却不但不会结束这种状态，还会使它永恒化。由于“末位”这个结果实际发生前是高度不确定的，也是无法由人的意志控制的，为了不至于被考核为末位，劳动者势必会不断与其他同事竞争。这种竞争乃是一种恶性竞争，一方面因为末位是相对尺度而非绝对尺度，无论一个人有多努力，在群体竞争排名之中都有处于末位的人；另一方面因为这种恶性竞争会使人时时处于恐惧、焦虑之中。因为劳动者彼此之间无法协商，彼此都只能始终猜忌着对方，防范着对方，以免自己因对方的劳动成果优秀而被淘汰，因而这是一种永无休止的、斗争不休的自然状态。从总体上说，这种相对化的、缺乏客观标准的评价方式虽然从客观上可以促进效率的提升，但它却是以对人的催逼、控制、压抑等损害尊严的方式进行的。

---

[13] 参见[英]戴维•米勒：《社会正义原则》，应奇译，江苏人民出版社 2001 年版，第 111 页。
[14] 参见[德]康德：《法的形而上学原理》，沈叔平译，商务印书馆 2005 年版，第 51 页。
[15] 参见[德]黑格尔：《哲学史讲演录》（第三卷），贺麟、王太庆等译，商务印书馆 1959 年版，第 269 页。

其次，末位淘汰破坏了劳动者的团结。劳工团结一方面是人类合作本性的体现，另一方面是劳动者抵御资本侵蚀的重要手段。就前者而言，合作是人类谋求共同发展的途径，当然团结合作不是反对竞争，适度的竞争有助于更有效率的合作，但异化的恶性竞争则会破坏合作；就后者而言，市场经济中资本的逐利本性会不断压榨劳动的剩余价值，劳动者的权利也会被逐渐形骸化，也是正因如此，德国、日本等国都赋予劳动者基于团结而采取集体行动的权利，然而，团结权作为劳动者的基本权利不应仅仅狭隘地理解为劳动者组建工会、集体协商、罢工等具体的制度性权利。在伦理学意义上，团结首先是一种行动的品质，即对"共同利益有共同认识，并选择以同样的行为实现其共同的意见"。[16]那么，与此相关的团结权就是劳动者彼此能共同行动维护自身利益的权利，它的理论预设是劳动者之间应当能够形成一个抵抗资本剥削的不可分割的整体，而且具有采取行动的可能。团结权在社会主义市场经济建设中的意义就是劳动者能够具有抵御损害其根本利益行为的品质，而不仅仅局限于具象化了的次级权利。当然，劳动者之间的团结不是劳动分工体系下被动性的压制团结而是存在论视角下主动性的有机团结，劳动者彼此之间不应作为相互利用的手段，而是要视为目的，团结合作。正是在这个意义上马克思曾强调"一切破坏团结的法律都是反动的"。[17]然而，末位淘汰将这种管理制度虽然可能提高生产效率，但是它是以破坏劳动者之间的团结为基础的，因为无论劳动者如何协商，总会有末位的出现。这也就从源头上阻止了团结的可能，破坏了劳动者共同行动的能力，因为这是一种一切劳动者反对一切劳动者的斗争，劳动者彼此都不想成为最后一名而被淘汰，但这一结果总会发生，这种制度就会促使人性的恶发挥出来，劳动者彼此之间成为了敌人，而在相互猜忌的环境里是不能培养出团结感的。正如哲学家阿维纳瑞深刻地指出，这种特殊主义的出现造成一个人反对另一个人，"使基本的人际关系变成一种对立性而不是互助性。"[18]从本质上看，用人单位与劳动者之间的关系并非是同一层面的关系：雇员与雇员之间是伙伴型关系，而冲突型关系则应属于雇主与雇主之间，雇主与雇员则是契约型关系。[19]这三种不同类型的社会关系不应错置。更不应将本属于企业的风险与劳动者捆绑在了一起并据此破坏了劳动者之间的团结。

最后，末位淘汰是变相的强迫劳动。强迫劳动是侵犯人权的一种方式，国际劳工组织早在上世纪就制定了禁止强迫劳动的公约，分别为《强迫劳动公约》（29 号）和《取消强迫劳动公约》（105 号）。虽然我国没有加入这两个公约，但我国是劳工组织的缔约国，劳动组织本着维护劳动者权益制定的公约在最低限度的道义上还是对成员国有约束力的，而且我国是社会主义国家，禁止强迫劳动亦是理所当然，例如我国《劳动法》第九十六条就明确禁止以"暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动"。据此，1997

[16] [古希腊]亚里士多德：《尼各马可伦理学》，廖申白译，商务印书馆 2003 年版，第 271 页。
[17]《马克思恩格斯全集》（第 1 卷），人民出版社 1956 年版，第 17 页。
[18] [以]阿维纳瑞：《马克思的社会与政治思想》，张东辉译，知识产权出版社 2016 年版，第 318 页。
[19] 参见[英]彼得•斯坦、约翰•香德：《西方社会的法律价值》，王献平译，中国法制出版社 2004 年版，第 33-39 页。

年施行的《刑法》还设立了“强迫职工劳动罪”，即对以暴力、威胁或者限制人身自由的方法强迫他人劳动的行为给予刑事制裁，2011 年 5 月 1 日施行的《刑法修正案（八）》又将该罪名修改为“强迫劳动罪”。但语言的含义并不是固定不变的，维特根斯坦的“语言游戏说”理论揭示了语言的多样性、易变形，但究其根本，语言及词语含义是与人类社会生活的发展变化密不可分。“强迫”这一词语的内涵也随着社会经济生活的变迁逐渐丰富，除了该词语较为直接包含的通过强力违反劳动者意志驱使其劳动的意义外，也有其他含义。其中，欧洲人权法院的司法实践就对此做了探讨，该人权法院法官认为，除了“有关工作或服务是由有关工人违背其意愿加以从事的”外，如果“有关工作或服务本身涉及到不可避免的艰巨性”[20]也可以构成强迫劳动的一个要素。这与传统的精神恐吓+物理隔离的强迫方式不同，它从工作内容的实质合理性的角度拓展了强迫的含义。因为当今社会，尤其在欧美等发达国家，随着法治的不断健全，传统的精神恐吓+物理隔离的强迫方式已非常少见，但这并不意味着强迫劳动即将被消灭，在高科技时代，强迫会以更为隐蔽的形式出现。麦克卢汉曾提出电力时代是一个“内爆”的时代，由于技术革新导致的媒介升级，人类社会会逆转为一种内向爆炸，其中的社会生活会更加复杂、更加纠缠、更加令人焦虑。[21]在新的科学技术、新的管理方式、新的经济组织结构等因素的共同作用下，强迫劳动依旧会以不同的面貌出现。末位淘汰这种管理方式与传统的方式相比最大的不同点是，它是一种形式自愿但实质强制的自我管理，从表面上看，它是对人的行为的调控，但实质上它乃是对人的情感层面的强制，因为排名末位是一个相对尺度，当每个人都不想排名末位时，他们就会无休止地努力工作。从另一个角度看，在一个封闭的群体中，避免排名末位出现从逻辑上就是不可能的，要完成逻辑上不可能的事件的难度要远甚于逻辑上可能但现实条件不足的难度。所以，末位淘汰这种管理方式让劳动者为了一件不可能完成的事情而努力工作本身就是一种变相的强迫劳动。

综上，末位淘汰虽然客观上可能会在一定限度内促进经济效率的提升，但这种手段却漠视了人的尊严，而一个法治社会是不应该鼓励或者纵容这种管理手段作为一种企业对劳动者进行处分的正当手段。

四、自主管理权不能证成末位淘汰

参阅案例证成末位淘汰正当性的主要论据就是企业有自主管理权。但企业自主管理权能否作为一种可资证成的依据呢，其范围是无限制的吗？如果不是，那么，参阅案例就有可能将应当加以证明的东西当作了结论，其推论也就难免有误。

所谓自主管理权的关键在于“自主”，这个词在我国现实中有特殊的含义，可以说是一个具有中国特色的词汇。在我国，自主管理权本质上是针对计划经济时期乃至经济转

[20] [英]克莱尔·奥维、罗宾·怀特：《欧洲人权法·原则与判例》（第三版），何志鹏、孙璐译，北京大学出版社 2006 年版，第 126 页。

[21] 参见[加]马歇尔·麦克卢汉：《理解媒介：论人的延伸》，何道宽译，译林出版社 2019 年版，第 54 页。

型时期公权力不当扩张而提出的。建国初期，我国效仿苏联要建立高度集中的计划经济体制，为了减少冲击，首先实行对私营经济的社会主义改造，在这种背景下，经济主体对于自身事务是没有完全决定权的。企业原则上是不允许随意招聘和解雇工人，而其中的原因主要是政治因素的考量，即社会主义国家不能有失业现象存在，而且工人阶级是领导阶级，这就是当时实行的集中领导同分级管理体制。[22]社会主义改造结束后，全国消灭了私营经济，确立了高度集中的计划经济体制，虽然这种体制也在一定时期强调赋予企业一定自主权。[23]但在计划经济体制的运行下，企业内部的生产、员工的招工、内部管理等事项很大程度上仍要受到国家控制。[24]正是计划经济下公权力对经济领域的全面控制，导致了资源分配的低效率，人民生活水平在地位徘徊。后来新一届国家领导层也认识到了这个问题，并承认“在某种意义上说，只搞计划经济会束缚生产力的发展。”[25]所以，为了解放生产力，我国决定实行改革开放，经济体制由计划经济逐步转变为社会主义市场经济体制，因为国家认识到了市场在资源配置中的积极作用，国家对经济生活不应再统包统揽，而是让企业自主地在竞争的环境中决定如何生产，通过市场经济制度来激发活力。对于生产力提升来说，计划经济的手段是计划上的统包统揽和生产上的政治动员，市场经济则是依靠自由竞争，政治动员需要的是强大的公权力，但其效果难以长久持续；自由竞争则需要的是各经济主体的自主权，而且市场经济“看不见的手”会持续推动经济发展。所以，推行市场经济要解决的一大问题就是摆脱以政治动员为动力、以统包统揽为模式的计划经济中公权力独大的局面，行政权力要与企业管理权的脱离，当然由于长期以来形成的思维定势，这一认知的落实并不十分顺畅，这一过程并非一蹴而就。从计划经济体制转向市场经济体制面临的最突出问题之一就是政府的不当干预，即行政权力在某些领域依旧干预着市场主体的自主运行。这也是我国历次改革都提及的目标，无论从建立产权清晰、权责明确的现代企业制度改革，还是到简政放权、放管结合、优化服务的“放管服”改革都旨在防止行政权力对市场的不当干预，十八届四中全会决定提出要“使市场在资源配置中起决定性作用”。正是在上述层面上，企业自主管理权才具有证成的功能。可见，企业自主管理权作为具有当然意义的理由是针对行政权力或公权力的不当干预而言的。市场经济的优势就在于通过市场实现资源的有效配置进而满足人们的生活需求，而非公权力的计划、指令。在汲取历史经验的基础上，市场经济体制也成为了我国社会主义建设的重要手段。那么，市场经济活动的市场主体也就是企业就需要自主权，无论是企业的内部人事管理还是外部决策，都应当由企业自身依据其对

---

[22] 这个原则在第二届全国人民代表大会第一次会议关于政府工作报告 1959 年国民经济计划 1958 年国家决算和 1959 年国家预算的决议中提出。

[23] 如 1957 年国务院为了适当地扩大地方政府在工业管理方面的权限和企业主管人员对企业内部的管理权限，制定了《关于改进工业管理体制的规定》要适当扩大企事业主管人员对企业内部的管理权限。

[24] 如 1957 年的《国务院关于各单位从农村中招用临时工的暂行规定》第七条就明确规定，各单位一律不得私自从农村中招工和私自录用盲目流入城市的农民。农业社和农村中的机关、团体也不得私自介绍农民到城市和工矿区找工作。

[25]《邓小平文选》（第 3 卷），人民出版社 1993 年版，第 148-149 页。

市场的判断来自主做出决定，而不是由公权力代劳。正是从这个意义上讲，自主管理权具有当然性意义，这里企业的经营管理应当由其自己决定，而非行政权力干涉，所以，这种当然性是针对以行政权为代表的公权力直接干预企业经营而言的。那么，企业自主管理权如果作为证成结论的论据来使用，其适用范围是防范公权力的不当干预这个层面。也就是说，企业自身在管理、经营等方面应当享有更多的自主权，不应受到外部权力的干涉，这是市场经济本身的性质所决定的，只有在这个意义上，也就是相对于公权力过度干预的层面上，自主管理可以作为一个当然性的论据。

但本文涉及的两个案例间存在的张力是企业应如何管理劳动者的问题，这是与控制公权力干预完全不同的层面。因为国家基于社会整体利益制定的保护弱者的法律并不构成对企业自主管理权的干预，二者并非具有对等性。用人单位对劳动者的管理并不应以企业自主管理权作为当然性理由来证成其管理措施。用人单位如何管理劳动者与劳动者如何在企业劳动是相同层级的问题，管理权并不当然地超越劳动权进而获得一种作为理由证成的地位。用人单位的管理不应对劳动者形成一种专制。将劳动者化为劳动力的使用是管理学、经济学视角的问题，但这些视角并不具有独占性，从法理学的角度看，以人为主体的法哲学理论依然可以作为纠正以效率为目标的管理学、经济学理论的理由。恰如黑格尔所言“作为人而言，不是他有什么，而是他是什么”。[26]人权项下的经济和社会权利并不意味着劳动者要屈从于用人单位的管理进而以相对自由的方式获得进入市场的资格并获得工资，劳动者作为人所享有的人格尊严等权益仍具有现实的法律意义。所以，参阅案例以企业自主管理权作为理由证成末位淘汰则是不充分的，究其根本，因为它没有也无法进一步说明在劳动者和企业身份平等的情况下，为何以牺牲劳动者的利益换取经济效率最大化即为正当的。正如利奥塔批评那样，后工业社会里系统论视角下系统程序的性能不能代替规范的性质而作为评价标准，那种以高效和低效与否为判断标准的技术性系统其实并不具有真正的精确性，它其实强制性地忽略了现实中的许多因素后构建的虚假的精确性。[27]也就是说，企业自主管理权在这种情况下仅仅是一种意见，而不能成为理由来证明末位淘汰为正当性。参阅案例把本应加以证明的东西当作了论据使用来证明末位淘汰，这种证明性是不充分的。

五、末位淘汰的本质是资本权力的滥用

马克思主义的一个重要论断就是经济现象并不是自然现象，而是一种社会现象，这种社会现象背后隐藏着深刻的矛盾。末位淘汰并不是科学规律，其实质是资本权力滥用的表现。它不正当地压制了人们的精神，影响了人格的独立。

法治的目标在于保障人类的自由，而自由所遭受的侵犯并不局限于公权或私权领域。

---

[26] [美]阿拉斯代尔·麦金太尔：《伦理学简史》，龚群译，商务印书馆 2003 年版，第 278 页。

[27] 参见[法]让-弗朗索瓦·利奥塔尔：《后现代状态》，车瑾山译，南京大学出版社 2011 年版，第 158-159 页，第 196 页。

学界曾从公、私法领域将法律对自由的保护概括为在公法领域中，法无授权不可为；在私法领域中，法不禁止即可为。然而，资本不仅仅是经济学中的一个概念，它也是权力的一种化身。防止这种权力对人类自由的侵犯也是法律追寻的目标之一，恰如哲学家波兰尼所指出，“如果允许市场机制成为人的命运、人的自然环境，乃至他的购买力的数量和用途的唯一指导，那么它就会导致社会的毁灭……市场体系在处置人的劳动力量时，也同时在处置附在这个标识上的生理层面、心理层面和道德层面的实体‘人’”。[28]传统的公、私法领域中的各项法律原理并不足以保障人的自由，经济现象并不是单纯的自然现象，它背后承载着资本权力的运作，如何确保这种权力的运行不致侵犯弱者的自由，乃是社会法的要旨。与公法领域的政治权力不同，社会法所规制的资本权力不是直接表现为对行为的外在刚性约束，相对而言，它更是对人类意志的一种隐性操控。人类的自由不仅需要防范外在性的政治权力、其他私人权利的侵犯，也需要防范内在性的资本权力的侵犯。正如马克思所批判的那样，人分为公人和私人的二重化并没有实现真正的、解放的自由，那仍然是脱离了人的本质和共同体的形式上的、浅薄的自由。[29]也就是说，公法域与私法域二者是相反关系，它们并没有穷尽法域内涵，社会法也是一个独立的法域，其目标就是规则资本权力。在这一法域中，劳动法就是其中一个重要的法律部门。早在劳动法产生之初，拉德布鲁赫就曾指出劳动法不同于民法的特征就在于其背后负载着重大的经济上的权力斗争，据此，拉德布鲁赫在他那个时代提出了劳动法不是停留在劳动从物权到人身权再到相对自由的债权就已终结的层面上，而是要跃升一个新层次，即从保护劳动者的人权层面出发来思考劳动法，将劳动关系作为人身权利的关系来设立。[30]拉德布鲁赫所处的时代的经济形态与当下世界经济形态大不相同，但他提出的对劳动关系中的人权保护命题依然具有指导意义，随着经济的发展，劳动关系的内容也随之发生变化，其中一个显著的变化就是对劳动者精神层面构境般的操控。资本权力对自由侵犯方式之一就是对意识、情感、精神的压制或塑造。随着高科技助力的经济形态的变化发展，这一结论更加明显。

法律史专家认为“社会变革的要求，都是作为法律意识形态表达出来的”，[31]早期自由资本主义时期，为了获得资本发展所必须的充足的劳动力，其时代特点是通过法律将人们原子化，从原有封建桎梏中解放出来，而形成自由竞争所必需的要素，推动经济的发展。这在某种程度上来说推动了人类自由的进步，行为成为了法律约束的对象，只要调整好人们的行为，使行为可以预期，社会就会不断进步。可随着资本权力的不断膨胀，仅仅调整行为已经不能满足经济发展要求了。首先，精神层面的管理越来越成为企业发展的推动因素；在大机器生产时代，企业提高效率，只需要监工就足够了，因为那时的

[28] [美]大卫•哈维：《新自由主义简史》，王钦译，上海译文出版社 2010 年版，第 192 页。
[29] 参见《马克思恩格斯全集》（第 1 卷），人民出版社 1956 年版，第 430-437 页。
[30] 参见[德]拉德布鲁赫：《法学导论》，米健、朱林译，中国大百科全书出版社 1997 年版，第 81-82 页。
[31] [美]泰格、利维：《法律与资本主义的兴起》，纪琨译，学林出版社 1996 年版，第 277 页。

劳动者是被“捆绑”在生产线上的，只要控制好机器转数，就可以保证产量。但在数字化时代，情况要复杂得多，劳动过程发生了深刻变化，情感劳动、个性化劳动等日渐重要。正如美国社会学家米尔斯所讲“人类的个体才能，从体格特征到心理倾向，都成了管理者的职能化理性核算的单位”。[32]对此，对劳动者进行超越于行为层面的管理显得越来越重要。其次，消费领域在经济发展中逐渐起引领作用。资本周转的过程是从生产到消费，随着人们基本需求得到满足，刺激新的消费欲望便成为了生产的动力。正是在这个意义上，哲学家鲍德里亚批评到人们把应该满足需要的物异化为了可以突出自身的符号，“消费系统并非建立在对需求和享受的迫切需要之上，而是建立在某种符号和区分的编码之上”。[33]那么，这些培育消费意识的工作也成为了雇员所必须掌握的技能，劳动者不应在“傻大黑粗”般地干，而是应“巧舌如簧”般地推销，“当白领们获得自己的工作时，他们出卖的不仅是时间和精力，还包括他们的人格。他们以周或月为单位出卖自己的微笑和友好姿态”。[34]最后，脑力劳动日渐重要。随着生产方式的变革，脑力劳动日渐重要，而与体力劳动不同，脑力劳动不具有即时可感知性，所以对这种劳动形式的监督从效率最大化角度看，就是以最终结果作为评判依据，从而倒逼劳动者真正“用脑用心”地工作。由此可见，经济形态的变化使得企业必须控制劳动者的情感才能更有效地获得更大的利润，在这种情况下，劳动者虽然不必像封建专制时期那样生活在恐惧之中，但是焦虑代替了恐惧，工作中时时产生的焦虑感攫住了心灵的驰骋。恰如韦伯指出那样“庞大的现代资本主义企业本身就是无可比拟的彻底官僚化的组织。其业务操作完全是以日益提高的准确性、持续性和速度为基础”。[35]而资本的本性就是不断扩张，不断膨胀，不断地追求剩余价值。为了在新的经济环境中实现利润的最大化，用人单位的管理方式也随之改变，从注重行为转向注重人的精神，从浅表化、外在化的控制到深层次、内在化的操控。末位淘汰就是这种管理方式的一个代表。

末位淘汰作为一种管理手段，它与一般的规则最大区别就是末位淘汰是以相对标准为判断依据，而一般的规则则是以绝对标准为判断依据，虽然这种绝对不是完全绝对，但它可以为一般理性人行为提供确切的指引。末位淘汰这种以相对标准为评价依据的制度，却无法对行为提供明确的指引，它使人无措手足，只知道不断劳动，但劳动的结果评价又是不确定的，以至于无法确知明确的行为，这实际上就相当于不确定的规则或者根本不是一个规则，只是一项命令，它实质上就是恶法的变种而已，因为“清晰性是合法性的一项最基本的要素”。[36]另外，“末位”这种不确定性与诸如诚信、适当等一般性要求不同，因为后者这些标准是基于普通生活所形成的常识性因素构成，一般理性人都会对其有所了解，而末位却不一样，虽然它形式上可以理解，但实际上却无法具体遵从，

[32] [美]C.莱特•米尔斯：《白领：美国的中产阶级》，周晓虹译，南京大学出版社 2016 年版，第 217 页。
[33] [法]让•鲍德里亚：《消费社会》，刘成富、全志刚译，南京大学出版社 2014 年版，第 61 页。
[34] [美]C.莱特•米尔斯：《白领：美国的中产阶级》，周晓虹译，南京大学出版社 2016 年版，第 9 页。
[35] [德]马克斯•韦伯：《论经济与社会中的法律》，张乃根译，中国大百科全书出版社 1998 年版，第 352 页。
[36] [美]富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆 2005 年版，第 75 页。

因为这不是一个人的意志所能凭借任何常识或标准所能决定的。它面向劳动者展开的是一种恶的无限性，只有通过自身不断的劳动付出才有可能免遭淘汰，但谁也无法事先确认该如何行动。这非常类似于基督教的末日审判，在末日审判前谁能得到救赎都不确定，人们必须一生都要勤勉地工作、侍奉上帝，直到末日审判那一天的来临才能见分晓，末位淘汰就是资方对劳方的“末日审判”，如果不想被淘汰出局就忘我地，努力地工作吧，只有超过别人，你才有可能得到救赎，而这里的上帝不过就是雇主。其实这就混淆了雇主与雇员的根本角色，经营风险应当由雇主承担，而非应转移给雇员。虽然为了降低经营风险，雇主可以对雇员进行管理，但这种管理也是有限度的，它要受到伦理、法律的约束，而不能放任效率至上的原则优先，正如经济学家阿马蒂亚·森所强调的那样，发展经济的各种手段绝非仅仅在于提高效率，经济学这种偏离自由聚焦效用的思维导致了对市场机制全面作用理解的欠缺，市场经济乃至能够提高效率的手段之所以值得追求乃是因为它促进了人类的自由。[37]

综上，面对资本权力对人类自由的侵犯，相关规则的制定不能仅从公、私二分的角度来认识，而是应当从社会法的角度对资本权力的运行进行规制。在这一视角下，劳动并非仅仅是谋生的手段，也是人的全面发展的手段；并非资本支配劳动，而是劳动驾驭资本；要从形式上的充分就业走向实质上的体面劳动。所以，对劳动者的末位淘汰当止。

[37] 参见[印]阿马蒂亚·森：《以自由看待发展》，任赜、于真译，中国人民大学出版社 2002 年版，第 20-21 页。

我国应急法律体系的冲突与弥合
——以“紧急状态”的多重逻辑为切入点

金晓伟[1]

【摘要】在疫情防控等重大突发事件应对情境中，社会状态的切换与否，影响公权力与私权利（自由）之间的动态结构，关系政府应急行为和应急措施的合法性判断。结合制度、实践和理论维度审视，“紧急状态”的多重逻辑是社会状态不确定性的根源，不利于公权力与私权利（自由）的动态平衡，反映了我国应急法律的体系性冲突。弥合冲突的基本立场是消解“紧急状态”的多重逻辑张力，统一全社会关于疫情防控等重大突发事件应对的法律共识，明确不同社会状态下政府应急行为和应急措施的合法性判断标准，最终使我国应急法律体系达致一个逻辑自洽、内部协调的理想状态。在具体思路上，在持续发挥法律解释作用的基础上，应以疫情防控法律体系建设为契机，撬动紧急状态法律制度构建，弥补既有法律规范的功能缺陷。在条款设计上，可按照常规和非常规社会状态的类型和层次分级分类配置应急权力，为政府的各类应急活动提供规范指引。

【关键词】疫情防控；应急法律；紧急状态；突发事件；合法性

一、问题的提出：应急法治范畴下的应急法律体系

面对 2020 年初爆发的新冠肺炎疫情大考，以习近平总书记为核心的党中央高度重视疫情防控工作，团结带领全国各族人民“战疫”，以超常规手段取得了疫情防控的重大成效，在世界范围内展示了中国的治理能力和制度优势。肯定疫情防控工作成绩的同时，也要认识到，在人们耳目所见的一系列疫情防控措施背后，尚有一个重大而又现实的课题亟待解决，即如何进一步加强应急法治建设，确保国家和社会在非常规社会状态下的各项活动始终在法治的轨道上运行。

回溯历史，“枪炮作响法无声”的观点曾经一度影响了应急法治的基本立场。至少从公元前五百多年直至十九世纪后期，紧急权力的自由模式所强调的“危机之下法律沉默”的观念与通过法制（治）化的方式来应对危机的观念形成了强烈的反差。[2]如今，随着理论逻辑的历史变迁和国家治理的现实要求，作为后继者的“枪炮作响法有声”之说不仅能够将法律对战争的限制程度与一个时代的文明程度相提并论，[3]更彰显了应急法治建

---

[1] 作者简介：金晓伟，男，法学博士，中共浙江省委党校（浙江行政学院）法学教研部讲师，华东政法大学博士后研究人员。
基金项目：国家社科基金一般项目“维稳和人权保障背景下规范警察使用武力问题研究”（17BFX176）；
公安部公安理论与软科学研究计划项目“突发公共卫生事件应对背景下警察执法协同机制研究”（2020LLYJSCST082）

[2] 戚建刚：《紧急状态的自由模式之演进》，载《中国法学》2005 年第 4 期。
[3] 傅达林：《枪炮作响法有声》，载 2017 年 12 月 13 日《检察日报》第 7 版。

设在国家整体法治进程中的重要性。实际上，早在疫情防控最吃紧的时期，针对一些地方防控措施朝令夕改和一部分危害疫情防控的违法犯罪行为，中央即已传递出加强应急法治建设的信号。习近平总书记在中央全面依法治国委员会第三次会议上强调，“各级党委和政府要全面依法履行职责，坚持运用法治思维和法治方式开展疫情防控工作，在处置重大突发事件中推进法治政府建设，提高依法执政、依法行政水平”。[4]在后来的统筹推进新冠肺炎疫情防控和经济社会发展工作部署会议上，习近平总书记更加明确地指出，“要构建系统完备、科学规范、运行有效的疫情防控法律体系，全面加强和完善公共卫生领域相关法律法规建设，强化公共卫生法治保障”。[5]在此背景下，应急法治范畴之下的诸多子课题迫切需要展开。

欲实现应急法治，应急法律体系的建设是首当其冲的基础性工程。完善的应急法律体系能够为国家（政府）、社会和公民的应急行为活动提供清晰明确的制度规则，确保公共秩序的安全和稳定。问题在于，在权力与权利（自由）的理论框架下，公权力与私权利（自由）之间是一个动态结构，两者的关系随着不同的社会状态而不断变动。正如在疫情防控的具体情境中，社会状态的切换与否，影响国家（政府）应急权力与危害疫情防控行为背后隐含的公民权利（自由）之间的动态结构，关系危害疫情防控行为的界定和疫情防控具体措施的合法性判断。换言之，同样的应急行为（措施）在不同的社会状态下讨论，会形成不同的合法性判断结论。假使在应急法律体系的建设过程中不注重结合社会状态予以分类设计，势必导致法律体系自身的冲突。只有以适配的社会状态为前提，方能确定政府应急权力的界限，为政府开展疫情防控等重大突发事件应对活动提供明确的规范性指引，实现公权力与私权利（自由）的动态平衡。这既是应急法律体系建设的具体目标，也是应急法治的应有之义。

二、冲突的前提：我国应急法律体系的建设及其发展瓶颈

（一）我国应急法律体系的建设：历时性与共时性的叠加

从历时性的维度来看，自 2003 年“非典”疫情结束之后，为了回应应急管理领域制度建设的迫切需求，我国迅速启动了相关立法、修法工作，逐步形成了以“一案三制”（预案和体制、机制、法制）为内容框架的应急管理体系。其中，“法制”在静态上系指法律和制度的总称，[6]约等于应急法律体系的概念。2007 年，被誉为应急管理领域基本法的《中华人民共和国突发事件应对法》（以下简称《突发事件应对法》）颁布实施，标志着我国应急法律体系框架的初步形成。[7]在此框架下，根据《突发事件应对法》第 3 条第 1 款对于突发事件类型的划分，自然灾害类型、事故灾难类型、公共卫生事件类型、

[4] 习近平：《全面提高依法防控依法治理能力 健全国家公共卫生应急管理体系》，载《求是》2020 年第 5 期。
[5] 人民日报评论员：《提高应对突发重大公共卫生事件的能力和水平》，载 2020 年 3 月 1 日《人民日报》第 1 版。
[6] 钟开斌：《一案三制：中国应急管理体系建设的基本框架》，载《南京社会科学》2009 年第 11 期。
[7] 莫纪宏：《〈突发事件应对法〉及其完善的相关思考》，载《理论视野》2009 年第 4 期。

社会安全事件类型四个方面的一系列法律法规构成了我国应急法律体系的主要内容。[8]

从共时性的维度来看，重大突发事件应对的制度需求催生了“大灾之后必修法”[9]的逻辑。这一逻辑要求立法机关直面既有应急法律体系在现实情境下暴露出来的缺陷与不足，并通过及时高效的立法活动为相关法律法规打上了补丁。审视当下，自新冠肺炎疫情爆发以后，在解决历史遗留问题和疫情防控工作经验总结的双重因素驱动下，激发了应急管理领域的新一轮立法、修法热潮。特别是在疫情防控的关键时期，为了尽快回应社会各界广泛关注的滥食野生动物导致公共卫生安全巨大隐患的突出问题，十三届全国人大常委会第十六次会议表决通过全国人大常委会关于全面禁止非法野生动物交易、革除滥食野生动物陋习、切实保障人民群众生命健康安全的决定，为打赢疫情阻击战，保障人民群众生命健康安全提供有力的立法保障。从该决定开始，食用野生动物、从事非法野生动物交易等即可界定为危害疫情防控行为，而立法机关在《野生动物保护法》全面修订之前通过一个专门的决定明确全面禁止食用野生动物，严厉打击非法野生动物交易，是完善应急法律体系既有框架的一次有益尝试。随后，审议《生物安全法》草案，审议全国人大农业与农村委员会《关于提请审议〈动物防疫法〉修订草案的议案》，修改《传染病防治法》《野生动物保护法》《国境卫生检疫法》和应急领域基本法《突发事件应对法》等活动也纷纷启动或提上议程。[10]与此同时，由于法律的相对稳定性，应激式立法的作用仍然滞后于重大突发事件应对的紧迫需求，一系列规范执法和司法活动的司法解释、司法解释性质文件和其他规范性文件也为应急法律体系的建设提供了共时性的资源。最具代表性的就是最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合印发的《关于依法惩治妨害新型冠状病毒感染肺炎疫情防控违法犯罪的意见》。[11]

（二）我国应急法律体系建设发展的瓶颈

经历了十多年的建设发展，以《突发事件应对法》为基本框架和四类突发事件应对法律规范为主要内容的应急法律体系，在我国历次应对重大突发事件的过程中发挥了重要作用，同时也在实践的检验下暴露出不少缺陷和不足。就这一点，学界是有共识的。以新冠肺炎疫情防控实践为例，有学者对《突发事件应对法》作全面考察，指出该法存在立法理念中的底线思维不足、制度架构中的统筹性和综合协调性不足、法律实施中的实效性不足等问题；[12]也有学者比较分析了《突发事件应对法》和《传染病防治法》关于疫情信息发布权限的不同规定，以局部的冲突为切入点，提出我国应急领域立法理念

---

[8] 截至 2019 年 9 月，中国已经有 70 多部专门性的应急管理法律法规，详细列举可参考孟涛的统计。孟涛：《中国应急法律的发展和未来》，载《中国领导科学》2020 年第 3 期。

[9] 此观点为林鸿潮所提。林鸿潮、赵丽、郑小芹：《“大灾之后必修法”应成为一种常态》，载 2015 年 5 月 9 日《法制日报》第 4 版。

[10] 林鸿潮、赵艺绚：《应急管理领域新一轮修法的基本思路和重点》，载《新疆师范大学学报（哲学社会科学版）》2020 年第 6 期。

[11] 除此之外，还有最高人民法院、司法部、文化和旅游部《关于依法妥善处理涉疫情旅游合同纠纷有关问题的通知》、《长春市公安局关于依法严厉打击危害疫情防控 12 类违法犯罪行为的通知》、《杭州市公安局关于依法严厉打击疫情防控期间违法犯罪“十个一律”的通告》等。

[12] 钟雯彬：《<突发事件应对法>面临的新挑战与修改着力点》，载《理论与改革》2020 年第 4 期。

存在冲突，未能妥善解决政府综合协调和部门专业应对之间的矛盾问题；[13]等等。

不止于上述问题，观察显示，无论是在疫情防控的关键时期，抑或是目前的常态化疫情防控阶段，各级政府大多采取了分区分级分类精准防控的策略，以应对疫情防控等重大突发事件在风险上的不确定性和特殊性。可以说，在分区分级分类精准防控的策略背后，反映出应急法律体系建设的情境化需求。理论上，情境（社会状态）的多样性和法律规范的缺陷催生了综合功能主义和规范主义的情境化规范进路，有助于在特定背景下更好地理解与规范权力运作，实现合法律性与合目的性的动态平衡。[14]因此，要将情境化的规范进路嵌入应急法律体系的建设中，对社会状态和具体情境作细致的区分，进而针对性设计不同层次的规范性指引。遗憾的是，审视既有应急法律体系，关于社会状态和具体情境切换的规定并不明确，大量规范性指引难以与相适应的社会状态和具体情境对接，部分条款因社会状态和具体情境的不确定性而发生体系冲突。这或许是应急法律体系能否在未来实现系统性升级的瓶颈问题。在更深层次的意义上，如何透过应急法律体系在实践中暴露的诸多缺陷与不足，挖掘影响其体系冲突的内部根源性机理，方能对症下药，破解应急法律体系建设发展的瓶颈。

三、冲突的机理："紧急状态"的三重逻辑

前述提及，公权力与私权利（自由）的关系是随着社会状态和具体情境而变动的。换言之，确定社会状态和具体情境是分析的前提和基础，特别是在新冠肺炎疫情等重大突发公共事件爆发时期，尽可能消除关于社会状态和具体情境的不确定性，方能确定公权力行使的范围及其限度，使之与私权利（自由）之间形成动态平衡。然而，受制度逻辑、实践逻辑和理论逻辑不同程度的影响，有关"紧急状态"的理解与适用存在明显的张力，致使应急法律体系内部发生冲突，不利于公权力与私权利（自由）的动态平衡和应急法治的实现。

（一）"紧急状态"的制度逻辑

"紧急状态"的制度逻辑，即我国实定法上关于"紧急状态"的规范立场和制度安排。纵观我国现行法律体系上，有关"紧急状态"的明确规定散见于《宪法》《戒严法》《反恐怖主义法》《国家安全法》《突发事件应对法》《治安管理处罚法》等多部法律之中。经过细致分析可以发现，我国关于"紧急状态"的制度逻辑存在法律状态和事实状态的分野。

从法律状态上看，我国实定法上关于"紧急状态"的基本立场确立了紧急状态制度。具体而言，2004 年通过的宪法修正案以"紧急状态"的规定替代了过去的戒严规定，同时明确了"进入紧急状态"的法定条件，即全国人民代表大会常务委员会决定全国或者个别省、自治区、直辖市进入紧急状态；中华人民共和国主席根据全国人民代表大会的决定和全国人民代表大会常务委员会的决定，宣布进入紧急状态，宣布战争状态，发布动

[13] 林鸿潮：《在疫情中检验完善应急法律体系》，载《中国应急管理》2020 年第 2 期。
[14] 金晓伟、化国宇：《从合法律性到情境合理性——警察用枪规范进路的重塑》，载《行政法学研究》2017 年第 6 期。

员令；国务院依照法律规定决定省、自治区、直辖市的范围内部分地区进入紧急状态。很显然，紧急状态制度具有宪制属性，一旦有权机关宣布进入紧急状态，意味着国家或某一地区发生宪法秩序的切换。除了宪法上的规定，《反恐怖主义法》《国家安全法》《突发事件应对法》以及港澳基本法、港澳驻军法都做出了类似的配套性规定。上述规范内容构成了我国紧急状态法律制度的基本框架。在此意义上，“紧急状态”应是一个严谨的法律术语，应当在明确的条件下规范使用。[15]

从事实状态上看，我国实定法上关于“紧急状态”的规定主要用于描述一种紧急、紧张或紧迫的情境，通常可以为“紧急情况”“紧急状况”“非常情况”等其他事实状态的描述所替代，不具有紧急状态制度意义。最为典型的就是《治安管理处罚法》第 50 条第 1 款关于“拒不执行人民政府在紧急状态情况下发布的决定、命令的”的规定。较为常见的还有关于“在国家出现紧急状态或者非常情况时”的规范叙述。[16]除此之外，用于描述事实状态的“紧急状态”在表述上或许还可以为“重大突发事件响应状态”替代。具体而言，《突发事件应对法》第 3 条第 2 款以社会危害程度、影响范围等因素为标准，将自然灾害、事故灾难、公共卫生事件划分为特别重大（I 级）、重大（II 级）、较大（III 级）和一般（IV 级）四级。据此，在新冠肺炎疫情防控的关键时期，各省、自治区、直辖市相继启动重大突发公共卫生事件 I 级响应。实践观察显示，在 I 级响应状态下，社会状态的具体情境与用于描述事实状态的“紧急状态”高度相似，即使在 II 级、III 级等响应状态下，两者也存在部分交叉。总体而言，将“紧急状态”作为事实状态使用的情形在法律上较为少见，对紧急状态的制度逻辑冲击不大。

（二）“紧急状态”的实践逻辑

虽然将“紧急状态”作为事实状态使用的情形在法律上较为少见，并未对紧急状态的制度逻辑造成强烈的冲击，却为“紧急状态”的实践逻辑生成埋下了伏笔。经梳理，作为描述事实状态的“紧急状态”主要出现在司法解释和司法解释性质文件、其他规范性文件以及各类应急预案之中。

在司法解释和司法解释性质文件中，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部在新冠肺炎疫情爆发之后联合印发的《关于依法惩治妨害新型冠状病毒感染肺炎疫情防控违法犯罪的意见》可谓是呈现“紧急状态”实践逻辑的代表性文本。根据该意见，新型冠状病毒肺炎疫情期间可适用《治安管理处罚法》第 50 条第 1 款规定之“拒不执行人民政府在紧急状态情况下发布的决定、命令的”。鉴于我国并未依照宪法宣布进入紧急状态，由此可推导出，执法、司法机关实质上突破了“紧急状态”的制度逻辑，将《治

[15] 王逸涛：《公安机关涉疫案件法律适用问题浅析》，载《山西警察学院学报》2020 年第 2 期。

[16] 例如，《专利法》第四十九条规定，在国家出现紧急状态或者非常情况时，或者为了公共利益的目的，国务院专利行政部门可以给予实施发明专利或者实用新型专利的强制许可；《集成电路布图设计保护条例》第二十五条规定，在国家出现紧急状态或者非常情况时，或者为了公共利益的目的，或者经人民法院、不正当竞争行为监督检查部门依法认定布图设计权利人有不正当竞争行为而需要给予补救时，国务院知识产权行政部门可以给予使用其布图设计的非自愿许可。

安管理处罚法》中的紧急状态理解适用为事实上的紧急状态，而非宪法上具有法律制度意义的紧急状态。[17]

在其他规范性文件和各类应急预案中，“紧急状态”或直接被概括定义，或被用于描述一种超常规的事实状态，其实践逻辑得到进一步扩张。简单列举几例：《广播电视安全播出管理规定》中关于“紧急状态，指发生安全播出特大、重大安全播出突发事件，需要立即启动应急预案尽快恢复播出或者消除外部威胁对安全播出的影响时的状态”之规定；《武汉市防洪管理规定》中关于“武汉关水位临近保证水位时，全市防汛工作进入全面紧急状态，实现紧急总动员”之规定；《南京市有轨电车交通管理办法》中关于“除紧急状态不得在站台以外上下客”之规定；《国家核应急预案》中关于“需要立即采取某些超出正常工作程序的行动，以避免事故发生或减轻事故后果的状态，有时也称为紧急状态；同时也泛指立即采取超出正常工作程序的行动”之规定；《黑河市环境污染和生态破坏突发事件应急预案》中关于“针对可能或已发生的突发环境事件需要立即采取某些超出正常工作程序的行动，以避免事件发生或减轻事件后果的状态，也称为紧急状态”之规定；《重庆潼南区粮食突发事件应急预案》中关于“在粮食市场呈现紧张、紧急状态时”之规定；等等。

可以说，尽管大量较低位阶的规范性文件特别是应急预案本质上是各种应急法律规范的具体执行方案，但有学者认为，“目前的国家和省级预案创制、补充了大量的法律规范用于弥补立法缺陷，事实上已使预案本身异化为应急法律体系的一部分”。[18]换言之，某些高位阶的预案未来可能会迎来法律化的升级过程，而随着大量有关“紧急状态”的规范表达在实践中不断接近事实状态，“紧急状态”的实践逻辑与制度逻辑之间的张力很可能会进一步增大。

（三）“紧急状态”的理论逻辑

如何界定“紧急状态”，理论上众说纷纭。界定“紧急状态”的核心问题，是要解决社会状态和具体情境的转换问题，从而适当地通过对危害疫情防控行为的法律规制实现权力与权利（自由）的动态平衡，满足应急法治的要求。归结起来，不外乎不同的划分观点，包括“二分法”、“三分法”和“四分法”。共通的一点是，这些划分都将常规社会状态（也称常态、常规状态、平常状态）作为基本参照系。[19]

“二分法”就是将社会状态以常态与否作简单切分，进而把紧急状态等同于非常规状态；同时，将突发事件应急状态视为紧急状态的重要组成部分而不再区分。[20]赞同“二分法”的学者认为，社会发展带来的种种风险可能触发危机，突如其来的危机会将国民

---

[17] 张楠、宋丹：《应急警察权及其法制研究》，载《中国人民公安大学学报（社会科学版）》2020 年第 3 期。

[18] 林鸿潮：《论应急预案的性质和效力》，载《法学家》2009 年第 2 期。

[19] 国外学者也认为，“紧急事件”是一个弹性概念，无法对其内涵进行精确界定，只能从其相对于“平常事件”的不同点出发，做出对比性界定。See Oren Gross and Fionnuala NíAoláin. Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice. New York: Cambridge University Press, 2006. 5-6. 转引自孟涛：《中国应急法律的发展和未来》，载《中国领导科学》2020 年第 3 期，第 62 页。

[20] 上官丕亮：《论紧急状态下公民基本权利的限制》，载《江苏警官学院学报》2020 年第 5 期。

抛入一种不同于日常生活的紧急状态中；紧急状态，就是因为突然发生的紧急事件造成一系列难以预见的、急迫的、具有破坏性的后果而使社会所陷入的一种区域性或全域性非常规生产生活状态，与通常《宪法》《戒严法》研究中作为政府行使超法律的紧急权力理由的紧急状态并非同一谱系。[21]还有部分学者直接忽略了“紧急状态”的划分，在叙述“紧急状态下的执法行为发生异化”[22]以及使用“在重大突发性疫情所致的紧急状态之下”、“突发公共卫生紧急状态”[23]等表述将应急状态与紧急状态合二为一，在某种意义上也可以归入“二分法”的立场。

“三分法”就是对基于“二分法”的“紧急状态”再细化，将社会状态分为平常状态、应急状态和紧急状态。赞同此种观点的学者认为，突发事件只是部分等同于紧急状态。[24]本质上，疫情防控期间属于应急状态，不属于紧急状态。《宪法》规定的紧急状态是应对最高程度的社会危险和威胁时采取的特别手段。应急状态下的危险程度没有紧急状态那么高，因而应急状态下的防疫应更加强调法治，常态下的诸如《刑法》《行政处罚法》《行政强制法》《治安管理处罚法》等许多法律规范不仅没有因为防疫工作而被停止执行，反而应被更加严格地执行。[25]

“四分法”对“紧急状态”的界定更趋精致，提出在平常状态之外，依照危险和紧迫程度的不同，可以将紧急状态划分为一般紧急状态、特殊紧急状态以及战争状态。[26]

还有学者综合了上述划分观点，提出“紧急状态”是一个多层级和多形式的应急制度，既可以将所有关于非常态意义上的突发事件制度都归于紧急状态，也可以分为不同的层次和种类，只是将某一层次设定为紧急状态。[27]

四、冲突的弥合：我国应急法律体系的完善思路

“紧急状态”的多重逻辑是社会状态不确定性的根源。由于前提性逻辑的含混，抑制了公权力与私权利（自由）的理论框架作用，导致国家（政府）的应急权力和公民权利（自由）之间的动态平衡关系难以把握，引发应急法律体系的内部冲突，不符合应急法治建设的要求。“‘一级响应’、‘紧急状态’、‘战时状态’等多种状态的随意使用，让人无所适从，也让具体的防疫举措在寻找各种法律依据中相互冲突”，[28]这种担忧不无道理。弥合冲突的基本立场是消解“紧急状态”的多重逻辑张力，统一全社会关于疫情防控等重大突发事件应对的法律共识，明确不同社会状态下政府应急行为和应急措施的合法性判

---

[21] 张晓笑、陈林林：《紧急状态下的守法难题——以决策心理为视角》，载《浙江工商大学学报》2020 年第 3 期。
[22] 肖宇喆：《突发事件中的网络谣言治理》，载《中国刑警学院学报》2020 年第 3 期。
[23] 刘龙芳、陶涛、王邦宇：《新冠肺炎疫情中的公民隐私权利保障研究》，载《医学与法学》2020 年第 3 期。
[24] 张帆：《论紧急状态下限权原则的建构思路与价值基础——以我国<突发事件应对法>为分析对象》，载《政治与法律》2020 年第 1 期。
[25] 王磊：《疫情防控期间行政执法的特点与对策》，载《中国司法》2020 年第 3 期。
[26] 常璇、杨成梁：《“紧急状态”、“战争状态”概念及辨析》，载《当代法学》2005 年第 2 期。
[27] 于安：《论国家应急基本法的结构调整——以<发事件应对法>的修订为起点》，载《行政法学研究》2020 年第 3 期。
[28] 韩轶：《我国紧急时期法律体系的完善》，载“中国刑法学研究会”微信公众号，2020 年 2 月 18 日。

断标准，最终使我国应急法律体系达致一个逻辑自洽、内部协调的理想状态。

（一）解释“紧急状态”：在法律与事实之间

尽管“紧急状态”的逻辑张力导致了我国应急法律体系的冲突，但从解释论的角度来说，体系性的冲突存在内部调和的可能。基于这一立场，有学者认为，“现在应急管理领域的个别法律规范看似不够清晰，但真正存在法律规范冲突的情况较少，许多问题通过法律解释即可加以明确、及时解决，可给基层执行机构和工作人员带来执法司法工作便利”。[29]譬如，针对《治安管理处罚法》第 50 条第 1 款第 1 项中有关“拒不执行人民政府在紧急状态情况下发布的决定、命令的”规定，有学者就运用历史解释、学理考察、体系解释等方法，将“紧急状态情况”界定为“突发事件响应状态”，平衡了应急法治要求和疫情防控实际需要。[30]还有学者认为紧急状态和行政应急状态（突发公共卫生事件）之间的理论基础是相通的，可以将紧急状态法治置于突发公共卫生事件特别是重大突发公共卫生事件场景下思考。[31]从本质上说，该观点系将紧急状态的制度逻辑解释运用于基于实践逻辑的紧急事实状态。

（二）构建完善的紧急状态法律制度：在分立与整合之间

解释“紧急状态”的努力虽然可以暂时缓解“紧急状态”在法律制度和事实状态上的张力，调适既有应急法律体系，但不足以在根本上解决问题，甚至有可能加剧社会对于“紧急状态”的认识分歧。实际上，我国现行法律关于紧急状态制度的立场是十分鲜明的，其与（行政）应急状态有着截然不同的制度安排。正如《突发事件应对法》附则部分明确规定，采取本法和其他有关法律、法规、规章规定的应急处置措施不能消除或者有效控制、减轻其严重社会危害，需要进入紧急状态的，由全国人民代表大会常务委员会或者国务院依照宪法和其他有关法律规定的权限和程序决定。因此，有学者指出，“《突发事件应对法》基于常规突发事件应对的情景假设，其规定的发布预警、启动应急预案、设立应急指挥机构等措施，只能作为一般行政管理秩序切换的标识，远不足以成为社会秩序整体切换的符号”。[32]所以，重大突发公共卫生应急事件在法律意义上不属于紧急状态，在疫情防控等情境下机械适用紧急状态的制度规则将面临法治的拷问。实践中，不对紧急状态和（行政）应急状态加以辨析，任由“紧急状态”不断事实状态化，既不利于在具体情境下平衡权力与权利（自由）的关系，又难以实现应急法律体系的逻辑自洽。久而久之，更会消解“紧急状态”的制度共识。

当务之急，要尽快制定、修订相关法律，为社会状态和具体情境切换下平衡权力与权利（自由）的关系提供清晰合理的规则框架，从根本上解决我国应急法律体系的内部

---

[29] 莫于川、莫菲：《行政应急法治理念分析与制度创新——以新冠肺炎疫情防控中的行政应急行为争议为例》，载《四川大学学报（哲学社会科学版）》2020 年第 4 期。

[30] 高争志、孙萍：《论拒绝疫情防控措施行为的治安管理处罚——围绕“紧急状态情况”的争论展开》，载《上海公安学院学报》2020 年第 1 期。

[31] 王奇才：《应对突发公共卫生事件的法治原则与法理思维》，载《法制与社会发展》2020 年第 3 期。

[32] 林鸿潮、赵艺绚：《应急管理领域新一轮修法的基本思路和重点》，载《新疆师范大学学报（哲学社会科学版）》2020 年第 6 期。

冲突问题。梳理既有制度资源，宪法上的“紧急状态”条款是紧急状态法律制度的根本规定。在宪法之下，《突发事件应对法》本应发挥“紧急状态”基础规范的作用，但囿于该法的功能性缺陷，不足以为社会状态和具体情况的切换提供全面的制度框架。对此，要立足于现行《突发事件应对法》，推进紧急状态立法，在整体上构建完善的紧急状态法律制度。

具体而言，可以采取“分立”和“整合”两种不同的完善路径。“分立”，即在《突发事件应对法》之外，另行制定一部《紧急状态法》。有学者建议，将《突发事件应对法》拆分为《应急管理法》和《紧急状态法》，前者聚焦于解决常规社会状态下的突发事件应对问题，对应的是行政管理秩序的切换；后者聚焦于解决非常规社会状态下的突发事件应对问题，确立非常规突发事件应对中的特殊法律秩序，对应的是宪法秩序的切换。[33]当然，也有学者对“分立”的路径提出了异议，认为将《突发事件应对法》与《紧急状态法》分隔开来的制度设计，使前者逐渐弱化为一个缺乏上层制度全面支持的中间制度，势必影响其应有的现实生命力。相反，应当采取“整合”的路径，将紧急状态立法摆在构建完善国家应急基本法的高度，进而将《突发事件应对法》的修订与《紧急状态法》的制定融合起来，在《突发事件应对法》的基础上制定统一的《紧急状态法》，使《突发事件应对法》的规范性内容包含于《紧急状态法》之中。[34]

“分立”和“整合”的两种路径看似存在观点上的分歧，但本质上都以社会状态和具体情境的界定为前提，提倡在法律上对“紧急状态”予以细致的划分（至少作紧急状态和行政应急状态的二分，分别对应非常规与常规社会状态），故而具有相同的逻辑进路。实际上，有学者就表达了两可的态度，一方面提出用《应急管理法》取代现行《突发事件应对法》，并使之与拟建议制定的《紧急状态法》分工协作；[35]另一方面，又在讨论《突发事件应对法》的不足时，认为《紧急状态法》或者“紧急状态”专章的缺失，使我国宪法确立的紧急状态制度难以实质性落地。[36]因此，在操作层面，究竟是采取《应急管理法》和《紧急状态法》二分的形式，还是将《突发事件应对法》全面纳入《紧急状态法》，更多是一个在立法技术层面考虑的问题。在设计具体条款时，应采取情境化的规范进路，按照非常规社会状态的类型和层次进行分级分类配置应急权力，逐一确定应急权力行使的范围及其限度，为界定、规制危害疫情防控行为等一系列应急权力活动提供明确的合法性支撑，以弥合应急法律体系的内部冲突，实现公权力与私权利（自由）的动态平衡，最终达致应急法治的理想状态。

---

[33] 林鸿潮、赵艺绚：《应急管理领域新一轮修法的基本思路和重点》，载《新疆师范大学学报（哲学社会科学版）》2020 年第 6 期。

[34] 于安：《论国家应急基本法的结构调整——以<发事件应对法>的修订为起点》，载《行政法学研究》2020 年第 3 期。

[35] 钟雯彬：《优化升级应急管理法律体系系统》，载《中国应急管理》2020 年第 5 期。

[36] 钟雯彬：《<突发事件应对法>面临的新挑战与修改着力点》，载《理论与改革》2020 年第 4 期。

五、余论

随着疫情防控总体步入常态化，各地重大突发公共卫生事件的响应等级普遍下调，标志着国家（政府）的应急权力经历扩张之后的部分收缩。然而，疫情防控的常态化并不意味着社会状态完全恢复到新冠肺炎疫情爆发之前的“常态”。事实上，除了封城、封路、封业、封校等极端性防控措施的逐步解除，诸如乘坐公共交通佩带口罩、进入公共场所接受体温检查、高风险地区人员隔离等疫情防控措施依旧持续。除此之外，危害疫情防控违法犯罪行为的法律规制也从未放松，只是由于社会状态和具体情境的切换，法律规制的内容和对象需要作相应的调整。可见，当前疫情防控的实践仍然在源源不断地为应急法治理论研究提供现实素材。

因此，我们不能因一些风险的暂时性化解就认为可以高枕无忧，选择性忽视应急法制建设过程中暴露出来的根本性问题。相反，要将新冠肺炎疫情的爆发及其防控过程视为一次推动应急法治进程的历史机遇，以问题为导向，实现更多更好的研究成果转化。具体可以形成“两步走”的研究策略：第一步，以为消解“紧急状态”的逻辑张力为切入点，解决应急法律体系中相应的内部冲突问题，统一全社会关于疫情防控等重大突发事件应对的法律共识，重塑国家（政府）应急权力的合法性基础；第二步，全面梳理既有应急法律法规，直面其中问题最多、矛盾最复杂、冲突最明显的部分，通过未来可期的系统性立法、修改工作构建一个逻辑自洽、内部协调的应急法律体系，为应急法治状态的实现奠定坚实的制度基础。

“一园一法”模式下祁连山国家公园发展中法律问题与对策——基于青海片区试点为例

王腾茜[1]

【摘　要】青海片区作为祁连山国家公园的重要组成部分，随着改革的推进，片区内的法治建设和治理能力显著提升。但是对“一园一法”模式下立法的误读，即跟随着各地区的普遍做法，在立法实践中制定内容上无实质差别的地方性法规，导致一系列法律问题存在：形式意义的“一园一法”模式下青海片区法治建设矛盾突出；自然资源产权制度供给不足；多元主体环境治理体系未形成。因此，需要“一园一法”的应然转向，摒弃简单拿来主义和经验主义的思维惯性，补足“一园一法”的协调性和契合性障碍，坚持中央立法推动为主导，协同地方立法，突出立法的本土性、精准性与差异性，完善青海片区法律制度体系，优化自然资源产权制度以及创新国家公园管理结构。

【关键词】“一园一法”模式；祁连山国家公园；青海片区；法治化路径

一、序言

国家公园体制改革作为党的十九大报告中自然保护地体系建设的重要内容和生态文明建设的重要举措，对自然生态资本保育以及绿色和谐中国建设具有重要意义。经过数年的发展，国家公园体制改革已从理论研究阶段转入实践探索阶段，并取得较好的改革成果，而在这其中，青海片区祁连山国家公园体制改革是其建设和发展的重要一环。随着 2019 年 2 月《祁连山国家公园总体规划（征求意见稿）》出炉后，青海片区的祁连山国家公园改革进程加快，生态综合治理工程基本完成，自然资源资产基本实现统一确认登记，综合执法工作能力和水平显著增强，管护能力大大提升。[2]2020 年 1 月青海省召开国家公园推进会指出，2020 年正式推进园区设立。这意味着以祁连山国家公园为代表的跨区域型国家公园体制试点改革工作进入新的历史时期，对于协调区域间、省际间自然资源配置，化解跨区域间生态治理的冲突矛盾，实现自然资源利益共享；对控制性开发背景下，区域间自然系统与社会系统、经济系统和谐发展与法治建设具有重要意义。

法治建设是片区试点发展的核心内容，创新和完善青海片区试点的法治化路径是祁连山国家公园建设的重要内容。当前关于国家公园法治建设模式选择的讨论层出不穷，但是基于我国立法现状和目前国家公园法治发展状况，“一园一法”模式得到学界和实务界的青睐。“一园一法”模式是指，针对区域环境发展的特殊性与差异性，在国家公园

---

[1] 中共青海省委学校讲师

[2] 参见张蕴.祁连山国家公园今年正式设立 [EB/OL].http://www.stdaily.com/02/qinhaisheng/2020-01/10/content_852579.shtml,2020-1-10.

立法工作中开展不同国家公园适用不同的法律法规，以此达到管理的精准性，实践中各个园区都形成了属地性治理文件或法规。“一园一法”模式对我国自然保护地实施差异性管理提供了保障，也是国家公园管理制度发展创新以及依法治园的必然之路。但是面对改革压力，简单的拿来主义以及未考虑到“一园一法”模式自身的限制性因素，使现有模式下国家公园法治建设工作出现偏差、异化，偏离了“一园一法”模式的初衷。这种误读也直接传导在祁连山国家公园青海片区和甘肃片区试点的法治建设工作中，法律法规冲突与缺位、自然资源产权制度不完善，多重属性产权共存，权利边界不够清晰、权责不明以及管理体系纵横交错、管理多头等一系列共性法律问题普遍存在。这是我国国家公园“一园一法”模式过渡时期存在的现象，从发展的眼光来看，“一园一法”模式必然要从现有实践中分散化、无差别化的简单地方立法的形式意义模式走向中央体系化集中立法主导下，精准化、差异化、本土化的地方立法的实质意义模式。因此，需要以“一园一法”模式实质性转向为基础，突破“一园一法”模式的限制性障碍，实现统一领导下的差异性精准治理与法治体系建设，对祁连山国家公园以及全国国家公园试点工作提供经验与借鉴。

二、“一园一法”模式下青海片区试点法律问题检视

目前国家公园的法治建设实践模式为坚持“一园一法”的政策指引，每一个国家公园制定一项或多项地方性法规，实现依法治园的大格局。2017 年《建立国家公园体制总体方案》和 2019 年《关于建立以国家公园为主体的自然保护地体系指导意见》都明确提出国家公园立法，2019 年国家林草局将国家公园立法作为重点工作来推进。在此背景下，各园区都加快了立法进程，按照“一园一法”模式纷纷出台各地区国家公园的管理条例。祁连山国家公园也不例外，在三江源国家公园颁布《三江源国家公园条例》后，青海片区祁连山国家公园对标三江源做法，着手制订《祁连山国家公园管理条例》。颁布条例成为各地区试点改革的‘必答题’，国家公园立法工作走上了形式意义上的快车道。[3]而这种形式意义上的法律供给并无效率，分散化的‘快’缺乏中央体系化统筹，导致各管理条例内容大同小异，背离了“一园一法”的差异化本质，法律法规冲突与缺位的二重并存、管理机关的“九龙治水”问题仍普遍存在于我国国家公园试点工作中。形式意义的“一园一法”模式下法律法规冲突与缺失加之跨区域性的地域特征，导致正处于起步阶段的祁连山国家公园法律法规供给异常缺位，自然资源权属制度改革缓慢，环境治理和生态保护主体冲突抑或缺失，在目前的法律体系之下推进工作步履艰难。

（一）青海片区法律法规缺乏科学供给

青海片区积极顺应国家公园体制建设中“一园一法”发展模式，将园区立法工作作为改革的中心任务，加强本区域内法律法规、管理文件的立改废。面对推进过程中部分法律法规需突破与暂停，青海片区采取多种方式，通过进行审批授权、探索有效法律法规

[3] 参见秦天宝,刘彤彤.国家公园立法中“一园一法”模式之迷思与化解[J].中国地质大学学报(社会科学版),2019,19(06):1-12.

清单制度等措施,取得一定成效。然而，青海片区现有的“一园一法”模式仍属于形式意义上的立法建设，改革更倾向于以完成中央下达的立法任务为目标，实质性法治化建设进程缓慢，立法内容更多流于形式，立法深度不够，系统性法律法规供给仍存在不足。在法律法规供给方面，青海片区试点相较于甘肃片区起步较晚，除了零星出台《祁连山生态环境保护与管理工作方案》等一些政策，法律法规数量远达不到甘肃省自然保护区平均供给量，法治体系建设基本面尚未形成。2019 年，青海片区虽积极参与《祁连山国家公园管理条例》起草工作，出台祁园青管办[2019]1 号文件，[4]推进草案实施。但是，一方面，此条例迟迟未出台，试点地区管理、区域内违法违规问题处理等法律法规依据仍然缺失；另一方面，草案内容更多是浮于表面的原则性规定,相较于同属于中央直管的东北虎豹国家公园以国家公园管理条例为中心，协同国有自然资源资产、有偿使用以及特许经营等九项管理条例立法的模式，青海片区单一推动《祁连山国家公园管理条例》起草工作缺乏具有区域特征的专项型、针对性、协同性体系化立法建设，这也严重限制试点改革推进的深度。

（二）青海片区自然资源权属交叉重叠，配套政策改革缓慢

差异化管理是“一园一法”模式最重要特征，也是“一园一法”模式在国家公园改革中最终目标和任务。青海片区保护地范围囊括了全省 13.2%的建设用地、13.3%的耕地和 43.9%草原，而现有制度缺乏根据功能和分区的不同要求，科学合理规范自然资源权属，创新性构建特许经营等配套制度，未实现“一园一法”模式差异化管理要求。实践中发现体制创新并未改变试点区域内自然资源多部门、多主体管理引发的“一地多证”的问题，即一块土地具有多重属性和政策，由农牧、林业等部门共同管辖，造成自然资源资产整体性被忽视、产权权利边界不够清晰、权责不明等问题。[5]同时，作为基础性权属的自然资源所有权不明确滞缓了特许经营等创新性配套制度的发展速度。在构建特许经营等创新性配套制度上，青海省另一个国家公园试点地区三江源国家公园起步较早，其在改革中提出在稳定原有的承包制基础上，探索草原承包经营渐进性转化为特许经营，明确经营性项目特许经营，实现可持续发展。[6]相比较下，祁连山国家公园在《祁连山国家公园体制试点方案》出台前并没有提出特许经营的概念。而且即便三江源等园区特许经营改革起步较早，其特许经营试点整体仍处于低水平阶段，试点中不难发现由于缺少国家公园特许经营法律法规的规制，垄断、特许经营程序公正等潜在问题现实存在，进而引发国家公园自然资源的国家所有权虚化抑或主导性丧失。

（三）青海片区环境治理和生态保护主体冲突或缺位

“一园一法”模式在青海片区应用中最突出特点是对管理体制的创新性探索，但是由于祁连山国家公园体制试点跨区域性，其管理体系更加复杂。形式意义上的一园一法”模式协调不足加之内容设计上没有很好解决中央与地方之间、区域之间、部门之间具体

[4] 参见祁连山国家公园青海省管理局办公室关于上报《祁连山国家公园管理条例（草案）》的报告
[5] 参见刘超.自然资源产权制度改革的地方实践与制度创新[J].改革,2018(11):77-87.
[6] 参见《三江源国家公园公报(2018)》。

的人、事、财三权冲突以及性质、地位等管理问题，管理体制创新仍未突破原有框架，环境治理和生态保护主体冲突或缺位，“九龙治水”式管理问题仍旧明显。比如 2019 年《祁连山国家公园条例》草案笼统的规定相关部门的执法权，执法机构与权限表述不清，执法授权不明确，形成职责配置真空，引发推脱风险，加大执法难度。另外，青海片区管理体制改革探索忽视多元环境治理主体参与。青海片区自古以来就是少数民族聚居地，牧民、家畜和野生动物长期同生共存，各民族利用自然优势，形成牧业为生的民俗文化习惯以及草原独特完整的生态系统。依据《指导意见》的实施方案[7]，纳入青海省整合优化范围的共计 11 种类型，130 处自然保护地，保护地内现有常住居民 13.63 万户，人口 51.87 万人，然而目前传统的生活方式与国家公园体制试点中生态环境保护存在一定冲突，居民对生态环境保护主动参与力量欠缺。比如在祁连县调查发现，当地居民多数认为野生动物严重威胁人身和财产安全安全，需要加以控制等。[8]

三、“一园一法”模式下青海片区试点法律问题成因

青海片区试点的法律问题源于“一园一法”形式意义模式转向实质意义模式过渡阶段其自身的局限性。迫于改革中要求地方立法的现实压力，过度追求效率以及对国外和先例经验的依赖，导致青海片区法治建设中异化“一园一法”模式，立法资源分配不均衡、立法水平偏低，忽视了国家公园差异化管理。同时，“一园一法”模式存在联系与协调、契合性不足的先天缺陷，特别是在面对祁连山国家公园这种跨区域性、综合性试点改革地区立法时尤其明显，带来地方国家公园立法的现实难题。

（一）“一园一法”异化，法治建设矛盾突出

“一园一法”模式源于美国的法律制度体系和管理体制，是较为先进的现代化立法范式。我国立法模式发展正处于初级探索阶段，自下而上的改革实践国情以及立法的渐进性决定了“一园一法”模式是我国国家公园体制改革和法治建设的必经之路。[9]青海片区试点法律法规发展滞后、矛盾突出并不是个例，而是包括三江源、东北虎豹、大熊猫在内全国所有国家公园普遍存在的问题。究其原因是过度依赖国外“一园一法”模式的简单拿来主义思维，导致国家层面基本法立法缺失，国家公园制度层级不高，“宏中微”观法律体系尚未形成。因此，实践中相关立法冲突明显,地方立法存在瓶颈障碍。比如行政主导的立法模式下，各自然资源管理部门依据自身的管理职能以及利益竞争出发考虑自然资源立法, 导致各资源立法目的不一致，甚至存在冲突，无法实现国家公园保护目标。另外，过多依赖国内先例，偏离了“一园一法”模式差异化管理初衷。十九大以来，依法治国理念深入发展，在此背景下，青海片区为了发展国家公园，效仿其他地区强化立法先行，积极参与草拟《祁连山国家公园管理条例》，但通过对比可以发现，其基本在三江源、神农架以及武夷山等国家公园管理条例上进行部分修改，比如三江源园区管理条

[7] 参见《关于建立以国家公园为主体的自然保护地体系的指导意见》的实施方案。
[8] 参见程一凡等.祁连山国家公园青海片区人兽冲突现状与牧民态度认知研究[J].生态学报,2019,39(04).
[9] 参见秦天宝.论我国国家公园立法的几个维度[J].环境保护,2018,46(01):41-44.

例与草案的第十六条（生态管护）、第四十八条（禁止清单）等内容完全一致，草案第四十六条（生态环境诉讼）、第四十七条（检察机关公益诉讼）几乎照搬诉讼法相关规定，立法内容简单重复，未针对自身特点和具体问题进行深入的规定，很大程度浪费了我国有限的立法资源，可以预测其未来实施效果也会大打折扣。

（二）“一园一法”联系与协调障碍，自然资源产权制度供给不足

国家公园自然资源产权制度问题是国家公园制度建设中无法回避的问题。目前，民法对国家公园自然资源产权问题规定较为粗略，实践中又忽视国家公园自然资源产权制度标准和界定，无法实现国家公园自然资源产权的科学使用和有效调控。青海片区亦未摆脱制度改革中缺乏自然资源产权制度构建的现状，并没有针对自然资源产权制度的主要任务、规则体系与保障措施进行具体法规化设计，也未结合本地区特色与自然资源的特殊性在用益物权制度上实现创新。虽然 2019 年园区条例草案第五十四条规定了自然资源资产的流转，但其所有权和承包权二元思维的行文模式，远远滞后于中央“三权分置”改革的精神，缺乏立法的前瞻性；第五十七条规制特许经营行为，但特许经营性质、范围与类型、授权与责权关系以及准入退出机制制度规定缺乏。[10]同时，“一园一法”模式的自身缺陷，导致立法联系性与协调性被割裂。自然资源产权制度建设所涉及的事项较大部分超越了地方的立法权限，青海片区在相关制度设计上存在邯郸学步抑或搁置冲突，遇事仅仅通过原则性规定加以限制，无法解决根本问题。但是，地方如果突破限制，进行实质性创新，又存在越权违法之嫌。[11]如何科学走过“一园一法”的渐进性阶段，补足“一园一法”模式缺陷，在实现国家公园建设与管理合法性规制的同时，强化国家层面的协调与控制，完善自然资源以及与之相关的市场化机制等意义重大。

（三）“一园一法”契合性障碍，多元主体治理发展受限

“一园一法”模式下立法与跨区域性管理实践契合度不足，甚至阻碍管理体制理顺和管理机构职责划分的进程。因此，需要较高的文化认同感和更深进一步的协同合作与沟通，才能趋利避害，建立一套完整的祁连山国家公园发展共建共享机制。青海片区 2019 年设立了祁连山国家公园青海管理局办公室，并提出祁连山国家公园管理局三级划分，出台《祁连山生态环境保护与管理工作方案》，为祁连山国家公园管理体系提出新的目标和思路。但是，总的看来，现有管理政策更依赖于单打独斗。祁连山国家公园管理仍以甘肃片区为主导，青海片区发展长期受到忽视，区域间发展差异明显，对国家公园管理缺乏联动和协作。相比之下，东北虎豹园区由于历史和地理因素，两省文化认同感较高，区域合作频繁，工作效率提升较快，很好地解决了范围界线、矢量数据不全等问题。另外，基础管理关系尚未理顺导致建设中政府的力量过于强大，社会主体参与力量弱小，多元主体治理模式尚未形成。《祁连山国家公园管理条例》草案中设有“社会参与”一章，明确了多方参与、信息公开以及知情权等内容，但是从内容上看，仍然是采取政府单级

[10] 参见张海霞,吴俊.国家公园特许经营制度变迁的多重逻辑[J].南京林业大学学报(人文社会科学版),2019,19(03):48-56+69.

[11] 参见李将辉.从国家公园，到公园国家———对话全国政协委员、国家林业和草原局局长张建龙[N].人民政协报，2019-3-10(9).

的决策与管理模式，并未提及本地居民，特别是少数民族地区居民的公民决策权的赋予。2020 年青海片区创新工作，提出“村两委+”的治理模式，然而，细究此种模式会发现，其与国家试点精神中的管经分离存在较大差距。社区与村两委最大区别是相较于基层政府主导的村两委，社区职能表现为行政职能与经济职能分离，治理主体多元，更能表达社区居民利益，居民参与意识强。需要从社区入手，建立青海片区祁连山国家公园管理利益代表、表达、参与和共享机制。[12]

四、“一园一法”实质转向，青海片区法治体系建设的对策

青海片区法治化发展要基于“一园一法”立法模式的实质性转向，摒弃简单拿来主义和经验主义的思维惯性，突出立法的本土性、精准性与差异性，补足“一园一法”立法模式中协调与契合上的障碍，倒逼国家顶层设计协同和控制，形成综合立法引导下的差异化立法的实质转向。

（一）突出渐进性与差异化，推进立法体系完善

青海片区立法体系完善的应然路径是国家完善自然保护地体系建设的顶层立法，力求以“顶层设计配合着试点示范的模式，形成基础法（宪法和自然保护地基本法）+专项法（国家公园法等）+技术标准（规划等）的立法体系”。[13]但是面对国家公园“先行先试”的阶段时期，顶层立法滞后抑或空白，单纯依靠自上而下国家法律供给难度大，周期长，进而阻碍地方层面立法发展。因此，青海片区在实然层面需强化立法的渐进性和差异化，逐步推进从地方到中央国家公园法律体系完善。一是，及时完善相关内容，加快推进管理条例的落地实施，即在现有的管理制度草案基础上，优化相关条文，具体细化管理体制、管理权限、职责范围，财务管理以及相关利益群体的权责等内容，突出解决产权、体制和人地关系问题，强化差异性和本土性。[14]二是，参照东北虎豹园区立法模式，加强以管理条例基本制度为核心，自然资源产权、特许经营、社会参与等专项制度、具体制度[15]为重点的三级制度体系建设。三是，由于祁连山国家公园实行中央与省共同管理的模式，在立法工作中，不能单纯依靠一己之力，要突出中央协调作用，强化与中央合作。可以学习东北虎豹和大熊猫等跨区域性中央直管或中央与省共建的国家公园立法工作机制，强化中央与地方沟通与合作，地方处理不了的问题及时上报中央，通过中央协调。比如，2018 年国家公园管理局针对东北虎豹园区试点中有关的法律冲突和问题发布第 3017 号文，[16]实现立法的自下而上与自上而下的协调互动，上下衔接，突破区域性立法障碍。

（二）以“三权分置”为切入，完善自然资源产权制度

青海片区祁连山国家公园改革基础是明晰区域内自然资源产权关系和法律属性，建

[12] 参见黄锡生,郭甜.论国家公园的公益性彰显及其制度构建[J].中国特色社会主义研究,2019(03):95-102+2.
[13] 参见吕忠梅.以国家公园为主体的自然保护地体系立法思考[J].生物多样性,2019,27(02):128-136.
[14] 参见温煜华.祁连山国家公园发展路径探析[J].西北民族大学学报(哲学社会科学版),2019(05):12-19.
[15] 参见具体制度是指支撑或细化基本或专项制度的操作性、程序性要求而制定的从属性制度文件。
[16] 参见关于协调解决东北虎豹国家公园试点建设有关问题的建议”复文（2018 年第 3017 号）

立不同类型的创新型自然资源产权制度，妥善处理国家公园中自然资源确权问题以及协调所有权、用益物权、发展权、环境权等诸多权利之间的关系。一是，青海片区可以借鉴“农村三权分置改革”做法，[17]兼顾协同与跨区域性的地方特征，在试点地区暂停相关法律法规的应用，并根据试点情况理顺自然资源产权制度中的法律法规，重新整合修订原有制度间重叠内容，废止矛盾的内容，以此达到制度间协同，实现与国家公园法律协同对接。二是，依据中央三权分置的改革精神，即探索“所有权、承包权、经营权”分离，基于草原资源占青海片区基础地位的特征，开展以园区内草原资源为核心的三权分置试点，并补充完善《祁连山国家公园管理条例》草案第五十四条（资产流动）内容，规定确权、分置以及流转制度，以强化所有权和稳定承包权为根基，细化经营权，明确确权方式，经营主体与经营形式等。三是，在放活草原资源产权制度以及严格保护原则基础上，开展特许经营权试点工作，健全自然资源有偿使用制度。通过特许经营权试点，综合区域差异性，细化《祁连山国家公园管理条例》草案第五十七条祁连山国家公园管理特许经营制度，明确经营范围、期限以及招投标机制，即在已有的青海片区祁连山国家公园的土地划分类型和最严格保护原则下，结合不同分区内资源利用及开发强度，根据土地保护等级，结合市场竞争要素，建立自然资源权利交易市场，科学细化特许经营中招投标项目的门槛，构建绿色发展与经济建设以及社会效益共进的市场化机制。另外，规范特许经营合同签订与管理，加强特许经营的严格审查与管控，对青海片区祁连山国家公园造成负面影响的，要及时进行清退，并对其进行惩罚和经营限制。

（三）强化公益性本质，创新片区内管理制度创新

一是，主动强化管理上沟通协作，形成协同的工作机制。转变单打独斗的思维惯性，参照东北虎豹园区经营，面对“九龙治水”问题，坚持“不等不靠”的原则，采取多种方式强化省际间以及部门之间的合作沟通，特别是编制和国土部门，尽快制定明确各部门所有者职责清单，明晰权利、权力和职责；同时，加强与司法部门合作，突出检察职能中监督和公益诉讼的专门与专业性，积极探索检察职能保障园区建设的服务转向，有效解决跨区域性、跨部门的自然资源保护。二是，摒弃行政化思维，突出公益性，构建青海片区祁连山国家公园共建共享的多元治理机制。首先，强化依法行政，制定祁连山国家公园行政治理的权力清单，把执法者职责范围、执法权限、执法程序等放在权力清单的笼子里，防止职权滥用，侵害其他主体的合法权益。其次，明确祁连山国家公园建设的公益性定位，在制度设计时要充分权衡环境保护与居民生存权、发展权关系，优化生态补偿制度；并建议在现有的《祁连山国家公园管理条例》草案三级管理机构设计基础上建立多元主体参与的基层管理机构，以社区治理为载体，作为民主决策和管理机构，充分发挥地方居民等主体知情权和决策权，强化社区内少数民族群众参与保护与社会监督作用，实现区域内利益共享，青山绿水与生活富裕共赢。

[17] 参见 2015 年国务院下发的《关于开展农村承办土地的经营权和农村住房财产权抵押贷款试点的指导意见》指出：“坚持依法有序的原则，在遵守相关法律法规和政策要求下，试点范围内涉及被突破的相关法律条款，应提前全国人大常委会在试点地区暂停执行”。

小女当嫁？——印度童婚制度及其现代法变革研究

赵彩凤[1]

引言

据联合国妇女儿童基金会 2020 年最新统计，全球约有 21%的妇女在 18 岁以前结婚——缔结童婚；其中南亚次大陆印度妇女的童婚比例在近十年虽呈下降趋势，但仍高达 30%。[2]2006 年印度议会已立法禁止童婚，然而每年的阿卡提节（Akshaya Tritiya），[3]各地仍常有为儿童举行婚礼甚至是集体童婚的场面出现，当地婆罗门祭司主持婚礼，有时地方官员也公然出席。根据印度国家犯罪统计局的最新数据，近年来警方依《禁止童婚法》立案侦查的违法童婚案件数量呈逐年递增趋势，如 2016 年 326 起、2017 年 395 起、2018 年 501 起；[4]另有大量涉及童婚的纠纷被归入了一般民事纠纷，不在该统计之列。

童婚与嫁妆、[5]寡妇殉葬（萨蒂）[6]并称为现代印度婚姻领域的三大“社会罪恶”，被认为是印度女性地位低下的重要体现、原因和结果。所谓童婚，意指结婚的一方或双方（主要聚焦于女孩）在结婚时尚未达到法定婚龄或者性成熟年龄的婚姻。世界上其他一些国家或地区虽也有童婚现象，但都没有像印度的童婚那么长期普遍化和制度化。[7]各文明在迈向法律现代化的过程中，婚姻法不同程度地提高了结婚年龄，使婚姻从家庭联姻以实现社会继替的公共安排逐渐转变为由涉事个体自主决定的私人事务。自 19 世纪后期伊始，英国殖民政府以及嗣后的印度民族独立政府在取缔童婚方面相继做了不懈的努力，然而童婚事件为何迄今频频发生？有人认为童婚是印度现代婚姻法改革的瓶颈之一，亦是印度女性地位难以提高的重大障碍之一，是否果真如此？这些问题值得深思。尽管现代印度童婚的法律规制不限于印度教属人法（Hindu law）的范畴，它属于一般印度法（Indian law）所应对的问题，相关法令对印度全民普遍适用；但学界主流认为，印度教法是童婚的制度性根源，了解印度教文本和实践的相关教义是理解印度童婚的关

---

1 赵彩凤，广西桂林电子科技大学法学院讲师，法学博士。本文得到了教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“印度法系及其与中华法系的比较研究”（项目批准号：14JJD820018）的资助，是该项目成果的一部分。感谢业师高鸿钧教授的悉心指导和鼓励。文责作者自负。

2 https://www.unicef.org/stories/child-marriage-around-world，最后访问时间：2020-9-2，16：29。

3 阿卡提节是毗湿奴之子“斧神”（Parasurama）的生日，也是《摩诃婆罗多》开始写作之日。据说这一天是吉日，象征长久与好运的开始。

4 https://ncrb.gov.in/en/crime-india-2018，最后访问时间：2020-7-14，12：04。

5 关于印度的现代嫁妆制度，参见赵彩凤：《从祝福到“诅咒”？——印度现代嫁妆制度的变异》，118~140 页，载《清华法治论衡》第 26 辑，北京，清华大学出版社，2018。

6 关于印度寡妇殉葬制度，笔者另有专文论述《萨蒂：不能承受的“殉情达摩”》（即将刊出）。

7 Samuel Scott, et al., “How Has Early Marriage, a Critical Social Determinant of Child Stunting and Wasting, Changed Over a Decade in South Asia? Trends, Inequities and Drivers, 2005 to 2018,” *Current Developments in Nutrition*, 4 (2020), p. 1484.

键。本文拟考察印度教童婚的历史演化，分析其社会影响，思考其存续根源，评析其现代化法律变革，并期望在此基础上对其发展趋势做出一定的合理预测。

一、演化：印度童婚的文本与实践

古代印度教婚姻法并无结婚年龄的严格规定。不过男子一般结婚较晚，因为须先完成梵行期学习，然后才能进入家居期生活，结婚生子并履行家户达摩。梵行期的开始从8岁、11岁、12岁不等。梵行修习的时间长短也无统一限定，有9年、18年的，甚至还有36年的。现代梵行期时间大大缩短，变为象征性的数天甚或数小时。当然，梵修达摩是再生人的特权和责任；首陀罗以及“不可接触”的贱民种姓既无梵行期的规定，也无结婚年龄的限制。

主流学者认为，吠陀时期可能有早婚实践，但童婚不是普遍现象。吠陀时代的婚姻赞美诗反映，当时强调结婚旨在生养强壮的儿子，缔结婚姻的双方一般为成年男女，有能力追求爱和接受爱，有能力做出同意亲密关系的意思表示和选择，足以成熟到可以为人夫妇、为人父母。在一些宗教文本中，保留着赞许成年男女结合的印记：将适婚女子比作成熟的黄瓜，结满籽粒，有待从藤上摘下。[8]

法论时期，圣传经典籍共同反映出一种变化，即婚姻的理想类型变为早婚模式。但这并不意味该理想模型已成为主流实践，毋宁是代表一股新的潮流。随着经典文本对实践的影响增强，童婚才逐渐被接受，并成为主要的婚姻模式。至公元前500年左右，印度开始出现婚姻低龄化的倾向。约从公元后200年开始，女孩青春期前结婚成为风俗。法论一般鼓励女孩在青春期前结婚。如根据《摩奴法论》，新郎的年龄应该大于新娘，比如30岁男子应娶12岁女孩，24岁男子当娶8岁女孩。[9]但事实上当时早婚并不是强制规则，理想的婚姻仍是适婚年龄的女孩嫁给般配新郎，而不是早早益善。法论对婚龄的解说更多是指导示例；从前后语境看，《摩奴法论》的立意毋宁是：早婚或许可取，但家长为女儿择取佳婿才是比女孩结婚年龄更为重要的考虑因素。在现实生活中，结婚年龄可能逐渐产生了分流，有的仍沿袭成年后结婚的习惯，女孩进入青春期以后才嫁人，有的则倾向实行早婚，在女孩进入青春期前就将其嫁出。与圣传经时代印度教法的分散、多元样态相适应，婚龄方面不存在所有印度教徒统一适用的规则。

各法论作者意在各自著书立说，为缺乏整合的社会生活提供可资借鉴的理想蓝图。但这些学说逐渐对实践产生影响，具有了法学家法的权威。这些学说蓝图经年积淀下来，为后世集合陈列了一幅早婚几乎普遍存在的画面。由于早期历史缺乏信史纪录，随着这些文本的流传，印度古代婚姻存在多样性的事实便被遗忘或忽略，后人逐渐把宗教经典早婚的蓝图倡议当成了普遍实践。这种文本设定的婚姻图式在穆斯林统治时期终于成为

8 Bhandari, Bhagwat, *Tribal Marriages and Sex Relation*. Udaipur: Himanshu, 1989, cited in Werner Menski, *Hindu Law: Beyond Tradition and Modernity*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 328.

9 参见《摩奴法论》第九章94节，蒋忠新译，185页，北京，中国社会科学出版社，2007，简称“《摩》九：94”，以下同。

现实。一位 11 世纪的阿拉伯旅行者报道称，当时婆罗门禁止娶 12 岁以上的女子。16 世纪以后，印度教女子的婚龄继续下降，如婆罗门女孩结婚年龄一般为 8-10 岁。至迟自 19 世纪末起，童婚已成为高种姓和低种姓族群共同遵循的规则。女孩普遍实行童婚，男孩也加入早婚乃至童婚之列。倘若成年女子仍待字闺中，会被看成是娘家的耻辱。[10]

二、原因：印度童婚的存续基础

童婚在印度之所以长期普遍存在，端赖很多因素。经济的贫困、父权制的加强、外族的入侵、宗教意识形态的泛化、功利理性的计算以及公权力控制的疲弱等组合的印度情境，共同促成了童婚现象的经久存续。

第一，村社式分散的农业耕作方式和联合家庭财产制度是印度童婚的经济基础。[11]与大多数传统社会一样，印度历史上长期以农业为主要生产方式，但其种姓制度与村社共同体结合的熟人社会较之其他文明更缺乏身份阶序和职业阶层之间的流动性。农业生产作业单一而效率低下；手工业和商业等在其他社会积累财富相对较快的行业则固化为低贱种姓或宗教异端族群的职业，为社会主流所不齿。故总体上传统印度社会经济不发达，广大农村地区尤其是大量低种姓族群累世处于贫困状态。人们认为，经济贫困是孕育童婚的沃土。[12]

第二，男尊女卑的父权家长制是童婚的政治根源。[13]自法论时代起，随着父权家长制逐步上升为政治制度及其意识形态，社会建制和观念诸层面产生了对童婚的广泛需求。在父权制下，印度婚姻对男女地位的安排与传统中国及其他古代文明相似，均以男尊女卑为基础，“三从”（在家从父、出嫁从夫、夫死从子）为女性的人生指导纲要。[14]除了少数入赘婚的情况以外，女子出嫁后主要生活模式为从夫居，即同丈夫及其联合家庭成员共同居住和生活。结婚是女子由父亲权力支配转向夫主权力控制的扳道器。这一转轨越早风险越低，童婚可以避免或减少女子对权力支配模式的反思质疑，使她较容易顺从丈夫及其家长权威的规训。

第三，童婚是印度社会为抗御外族、保护女性贞洁所付出的制度性代价。与父权制相伴随的是对女子身体与性的控制。法论以降，人们对女性贞洁的顾虑开始胜过对生养健壮子嗣的关注。这与印度历史上人口的频繁流动和社会动荡有很大关系。迨至德里苏丹、莫卧儿时期，穆斯林的入侵统治使这一考虑在现实中变得尤为切需。印度教徒为防范穆斯林（尤其统治阶层）抢娶印度教女子，广泛践行童婚。[15]而当时的评注家以及后

10 Werner Menski, *Hindu Law: Beyond Tradition and Modernity*, pp. 326~334.
11 See B. H. Baden-Powell, M. A., C. I. E., *Origin and Growth of Village Communities in India.* London: Swan Sonnenschein & Co., Lim., 1899; John D. Mayne, *A Treatise on Hindu Law & Usage.* 9th. Madras: Higginbotham, 1922, pp. 343~400.
12 Paul Pintu, “Effects of Education and Poverty on the Prevalence of Girl Child Marriage in India: A District-Level Analysis,” *Children & Youth Services Review*, 100 (2019), pp. 16~21.
13 Rajeev Seth, et al., “Social Determinants of Child Marriage in Rural India,” *The Ochsner journal*, 18 (2018), pp. 390~394.
14 参见《摩》六：146。
15 Werner Menski, *Hindu Law: Beyond Tradition and Modernity*, pp. 331~332.

世的梵学者在注解印度教经典文本时，大约试图为现实寻求宗教上的合理性，也倾向于将古老的文本解释为支持童婚。

第四，泛宗教化的文化意识形态为童婚的广普流行推波助澜。法论时期，童婚已被纳入印度教经典文本，藉此附会了宗教上的正当性。童婚最初大约主要在婆罗门种姓实行，他们试图以这种方式保护女性的贞洁，从而维护本种姓血统的纯正和阶序特权的稳固。后来低种姓（其中一方面）缘于提高身份地位的需求，也增加了对女性贞洁的关注，将女性婚前贞洁视为族群受尊敬的标识、精英的象征和高种姓的索引，便纷纷效法婆罗门的早婚实践。[16]于是其他种姓对婆罗门种姓的“梵化”模仿，成为各个种姓阶层普遍实践童婚的重要动力。

第五，童婚是婚姻市场经济利益计算的理性选择。印度教婚姻市场的选择主动权一直在男性一方。女孩及其父母自她出生起，或多或少存在着愁嫁、忙嫁的焦虑，“嫁人要趁早”成为女子的首要人生哲学。一般来说，童婚对于结婚双方，在经济上均是较为有利的实践。对女方而言，在其他条件类似的情况下，女子结婚年龄越低，须支付的嫁妆越少，可为女方娘家联合家庭节约开支。从印度司法实践来看，缔结童婚的女性因嫁妆问题遭受家庭暴力的可能性更高，婆家借口嫁妆不足虐待童媳，进而向其娘家索要财物，是嫁妆类案例常见的情形。[17]对男方来说，若举行童婚，则完全依从父母之命或媒妁之言，父母对儿子的婚姻具有绝对的掌控权，可以按照对联合家庭最为有利的方式选择联姻家庭和举办结婚仪式——因为结婚是男子分家析产的理由之一，未成年人婚姻不仅被允许，而且是联合家庭花费的正当事由；男孩的监护人有权决定其婚姻的花销，并通过开支约束之。此外，童婚缔结后很长一段时间内，新娘可能仍在娘家居住，其抚养开支也由女方父母承担。由此双方均可先得了婚姻的好处，却不必马上承担或者少担负相应的责任。

第六，印度没有全国统一的强制婚姻登记制度，也是童婚屡限不止的重要因素。古代印度婚姻和生育虽是受宗教劝勉的家户达摩，但完全属于私人领域的事务，历代政府一般不进行干预。直至 1947 年以前，印度几乎没有官方婚姻登记规定，无法有效防范童婚的发生。印度民族独立后，虽然中央和地方层面立法纳入了现代民政婚姻登记制度，但婚姻登记仍非全民的强制性规范，只是部分族群、地区甚或个体自愿选择适用的规则，且各地区对婚姻的行政干预分散而缺乏协调，[18]故无法有效掌握和控制全国的婚姻情况。

三、影响：童婚对现代印度的制约

童婚在现代被认为是印度社会的祸患，它扭曲了婚姻作为社会制度的旨意，加重了

16 Kapadia K. M., *Marriage and Family in India*. 3rd. Calcutta: Oxford University Press, p. 140, cited in Werner Menski, *Hindu Law: Beyond Tradition and Modernity*, p. 332.

17 参见 https://indiankanoon.org/，最后访问时间：2020-7-16，10：43。

18 Venkatraman Chandra-Mouli, et al., “How Can Collective Action between Government Sectors to Prevent Child Marriage Be Operationalized? Evidence from a Post-hoc Evaluation of an Intervention in Jamui, Bihar and Sawai Madhopur, Rajasthan in India,” *Reproductive Health*, 15 (2018), pp. 118~127.

对女性的压迫，对儿童尤其女童的身心健康与个人发展形成了制度性的障碍，也阻塞了印度社会现代化的道路。

首先，童婚扭曲了婚姻制度的本意，使婚姻无论在功能论或意义论上的价值均大大贬低。在其社会功能上，婚姻的生育、代际传承功能得不到有效的满足。早婚的童男和童女结婚年龄与生育年龄严重不匹配，要生育子嗣往往须等上婚后若干年；大量年龄悬殊的老夫少妻（实质为童养媳）组合更成问题，待女孩成熟具备生育能力时，男子则可能已错过了最佳生育时期，因此婚姻生育质量往往不高。在其社会意义上，童婚一般都是家长包办婚姻，与现代社会倡导的以爱情为基础的伴侣婚姻大异其趣。幼小的新郎新娘基本上没有爱情和深度的精神交流可言。而童养媳式的组合由于年龄差异过大，缺乏有效的感情沟通，夫妻生活往往也不和谐，更难成为平等的爱侣式婚姻。于是夫妻之间的忠诚问题成为一个广泛的难题；印度立法与司法中有一项特殊的权利救济“恢复同居权之诉”使用频率极高，与此不无关系。

其次，童婚加剧了女性在婚姻家庭和社会中地位的低下性。其一，童婚会对儿童特别是女孩身心造成巨大的摧残。人们认为童婚实质是以制度的方式将奸淫幼女合法化。虽然按照惯例童婚一般不应立即圆房，但印度教文本并无这方面的明确限制，具体实践纯粹属于个体化的自由行为。尽管印度教提倡禁欲式的梵修，但一些娶了幼女的男子未必专注禁欲修行，往往漠视童妻的健康，急于寻欢。过早的性行为对于女子身心都是一种摧残，她们实际沦为男子逞欲的工具。童媳被丈夫蹂躏致死的惨剧，自英国殖民时期以来屡屡见诸媒体。其二，童婚往往伴随早孕，过早生育给女性带来又一重健康损害和精神上的负累。大量早婚、早孕的女性属于多孕、流产乃至过早绝育人群，同时亦是“瘦弱”、贫血和营养不良等健康问题的高比例发生群体。[19]印度少妇的高死亡率与童婚及早孕也有重大关系。[20]其三，童婚使女孩过早进入封闭式的婚姻家庭生活，阻碍了其接受社会教育、从事社交和就业的机会；且自幼接受父权家长式的婆家规训，使妇女逆来顺受以致失去反抗能力，长期甘居卑下地位。进一步说，童婚剥夺了女性追求独立自主、有尊严生活的权利，加剧了女性遭受的家庭及社会歧视，侵犯了女性的生存权、平等权、自主选择婚姻组建家庭权、自由权、安全权、发展权等基本人权。[21]

再次，童婚增加了印度人口控制的难度，降低了生育质量。若干研究表明，当代缔结童婚的印度女性多次怀孕、非计划怀孕的比例非常高。由于早孕母亲自身尚未完全发育成熟，大大增加了婴儿先天智力障碍、身体残疾和营养不足的风险。曾有调查分析称，在《禁止童婚法》实施三年后，高达 95%的童婚女性在生第一个孩子前没有采取避孕

19 Goli, S. A., et al., “The Effect of Early Marriages and Early Childbearing on Women’s Nutritional Status in India,” *Maternal and Child Health Journal*, 19 (2015), pp. 1864~1880.

20 Akanksha A Marphatia, et al., “Women’s Marriage Age Matters for Public Health: A Review of the Broader Health and Social Implications in South Asia,” *Frontiers in Public Health*, 5 (2017), p. 269.

21 Jaya Sagade, *Child Marriage in India: Socio-legal and Human Rights Dimensions*. Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 132~166; Rajeev Seth, et al., “Social Determinants of Child Marriage in Rural India,” *The Ochsner journal*, 18 (2018), pp. 390~394.

措施；大多生育三个（或以上）孩子；大量少妇头胎分娩后不到两年又再次怀孕。[22]印度第四次家庭健康调查（2015-2016）仍旧显示，大多数的童婚都会导致少女早孕和非计划生育；如在 15 至 19 岁的女性抽样调查中，31.5%的女孩已婚，其中约有四分之一的少妇生育了至少一个孩子。[23]近年有学者对印度某地区 5 岁以下的儿童调查亦发现，早婚妇女所生育的孩子和他们的母亲一样，普遍存在营养不良和贫血等健康问题，而且也属于高发病率、高死亡率群体。[24]

复次，童婚刺激了另外两大“社会罪恶”——嫁妆和寡妇萨蒂风气的增长。一方面，嫁妆与童婚在立法和社会实践中均形成了勾连。2006 年《禁止童婚法》包含了有关嫁妆的条款，所规定的无效童婚应返还结婚时赠送的礼物主要体现为嫁妆的返还。现实生活中嫁妆与童婚一直是互为因果的互动因素。可以说，现代嫁妆是促使童婚增多的直接原因之一；反过来童婚也纵容了现代嫁妆的膨胀以及索要嫁妆的发生。由于幼年时期劳动能力有限，女孩嫁出去越早，对夫家的经济依赖越久。为使女儿在婆家得到善待，女方家庭在力所能及的情况下，一般倾向于多给嫁妆；男方也将多收嫁妆视为理所当然。而且女孩越年轻、心智越不成熟，越容易顺从或屈从于丈夫及其亲属的意志，忍受其索要嫁妆乃至虐待的行为，这在很大程度上为双方家庭之间的单向剥削减少了博弈成本，从而激发了剥削方对嫁妆财富要价的积极性。另一方面，童婚经常加剧“寡妇问题”。若干老夫少妻的结合数年后往往产生了大批年轻寡妇，这些未获得足够教育、没有多少独立生存能力的遗孀不仅造成了丈夫联合家庭的经济负担，也给传统社会的控制机制带来了某些挑战。寡妇的贞操历来被视为一个社会问题，宗教和社会对此的管控在控制与失控之间来回摆荡。于是作为寡妇的女性地位更加低下，也刺激了古老的寡妇殉葬制度——萨蒂——的绵续不绝。

最后，童婚不仅对女孩有害，对男孩也不利。因为童婚往往打断男孩的受教育过程，致其毁弃“远大前程”，更无能力突破家规，营建以夫妻平等为基础的现代婚姻生活。由是，童婚最终对各种姓、各族群所有践行的男男女女及其家庭均造成了终生伤害和捆绑，也制约了整个社会的经济、政治、文化和卫生等方方面面的发展，成为阻碍印度社会现代化进程的一大绊脚石。

四、变法：印度童婚的现代化法律改革

（一）殖民时期的立法改革

印度社会反对童婚的变革运动，自 19 世纪中期由孟加拉地区开始兴起。一些妇女组织及其他社会运动人士率先倡导抵制童婚，并敦促英国殖民政府实施法律等方面的变革。受社会力量的推动，英殖民统治者陆续采取了一些限制童婚的立法步骤。1860 年

22 Anita Raj. et al., “Prevalence of Child Carriage and Its Effect on Fertility and Fertility-Control Outcomes of Young Women in India: a Cross-Sectional, Observational Study,” *The Lancet*, 373 (2009), p. 1883.

23 http://rchiips.org/nfhs/，最后访问时间：2020-7-16，11：09。

24 Paul, P., et al., “Impact of Child Marriage on Nutritional Status and Anaemia of Children under 5 Years of Age: Empirical Evidence from India,” *Public Healt*, 177 (2019), pp. 95~101.

通过的《印度刑法典》设立了一项对童婚有所限制的条款，规定最低同居年龄为 10 岁，违反此条视同强奸罪论处，后果严重者可判处终生流放。此后 1872 年的《特别婚姻法》规定了最低结婚年龄为 14 岁，这部世俗婚姻法是控制结婚年龄的第一个相关立法。但这些立法对抑制童婚的作用有限；英殖民政府对童婚问题真正采取重大行动，始于 1891 年。

1891 年发生的一起童婚致死案，点燃了立法抵制童婚的导火索。该案作为新郎的成年男子与新婚幼妻圆房后，致使女孩内伤死亡，该男子被判决监禁 1 年，但却免于处罚而释放。[25]此事件引起社会的巨大反响，英国殖民者遂于当年通过了《同意年龄法》（Age of Consent Act, 1891，意为同意发生性关系的年龄），将最低结婚年龄由 10 岁提高到 12 岁。同年《印度刑法典》相应做了修改，将与 12 岁以下的女孩发生性关系的行为定为强奸罪。翌年通过了限制童婚的法令，但法令形同虚设，对违法举行童婚的行为只是予以处罚，并非使童婚归于无效；且童婚案件不可提起公诉，也难于强制执行。此后的二十余年立法改革反对童婚的主导力量不再是英殖民政府，而是印度土邦王公政府，若干土邦通过了限制最低结婚年龄的法令。英殖民政府直到 1925 年才再次有所行动，修订了《同意年龄法》，将同意年龄提高到 13 岁。

英殖民政府关于童婚立法改革的代表成果是 1929 通过的《童婚限制法》（Child Marriage Restraint Act, 1929），又称《萨尔达法》（Sarda Act, 1929）。这部法令总共只有 8 条，主要内容是进一步提高了结婚年龄，规定凡男子不满 18 岁、女子不满 14 岁结婚的均属于违法童婚；违法者处罚监禁 15 天或/并处 1000 以下卢比的罚金。其管辖范围为英属印度境内全体公民，不限种姓、宗教和族群。《萨尔达法》是英殖民政府倡导印度婚姻法变革的重要文件。这一立法活动虽实施效果仍不明显，但在当时具有积极的宣示性政治改革意义。其后《萨尔达法》历经数次修订，一直沿用到 21 世纪初。

（二）民族独立后的立法变革

《萨尔达法》自实施以降，很长一段时间内未能有效抑制童婚。直至 1947 年印度独立后，童婚现象仍司空见惯，法律几乎是一纸空文。于是印度民族政府在童婚问题、结婚年龄事宜上推行了一系列新的立法改革措施。

首先，印度议会多次修订《萨尔达法》。1949、1963、1978 和 1994 年，该法令先后进行了四次修订，总体趋势是逐步提高了结婚年龄，加大了违法处罚力度，童婚案由私人自诉变为公诉案件。但已缔结的童婚仍为有效婚姻；且结婚依旧不须实行强制登记，官方实际难以真正遏制童婚的发生。

其次，《萨尔达法》在历次修订中，与各属人婚姻法、世俗婚姻法的改革形成了互动。一方面，一般婚姻法对童婚予以很大程度的容忍。1955 年《印度教婚姻法》尽管规定了法定婚龄，但对童婚的有效性保持默认态度，未将其列入无效婚姻，也无任何取

25 Queen Empress v. Huree Mohun Mythee (1891) 18 Cal 49.

缔童婚的明文强制措施。[26]另一方面，一般婚姻法条款是《萨尔达法》修订案的重要内容来源。如 1955 年《印度教婚姻法》关于印度教徒结婚年龄和处罚规则的条款，为《萨尔达法》1963 年的修订案所吸纳。属人婚姻法对童婚的妥协反映了童婚改革所面临的巨大难度。

最后，《禁止童婚法》姗姗来迟。21 世纪以降，童婚在印度继续广泛盛行。童婚对女孩的身心伤害引起国际妇女儿童保护组织的极大关注。在国际舆论压力下，印度政府加大了童婚查处的执法力度；在一些阿卡提节的集体童婚婚礼现场频频发生警方与民众的冲突事件。2005 年发生的一起案件中，一名 16 岁的高中女生与相爱的男子私奔并结婚生子，这引发了重大的社会影响。在该案的司法审理期间，一批女高中生的父母举行了一场反对“失控婚”的集会请愿，要求法院和政府以绑架或强奸罪严惩与未成年少女缔结童婚的男子。[27]在此情势下，2006 年印度议会终于通过《禁止童婚法》（The Prohibition of Child Marriage Act, 2006），废止了 1929 年的《童婚限制法》。

《禁止童婚法》（2006）保留了《萨尔达法》及其历次修订成果的大部分内容。其主要革新之处在于：其一，童婚可根据当事人的选择予以撤销或者归于无效。其二，判决无效的童婚，双方应返还结婚时赠送的现金、首饰及其它贵重礼品。其三，关于童婚中的女性抚/扶养，新法令授权法院可判决缔结童婚的成年男子对未成年“妻子”负有经济供养和提供住所的义务；如男子为未成年人，抚/扶养义务由其父母或监护人代为履行。其四，童婚所生的子女为合法子女，其监护及抚养问题由法院本着最有利于孩子成长的精神予以判决。其五，法定无效的童婚包含三种情形：（1）未成年人在脱离其合法监护人的监护之所缔结婚姻；（2）以胁迫、欺诈等手段促使儿童缔结婚姻；（3）旨在为不道德目的买卖或利用未成年人的婚姻。其五，强化了政府检举和指控童婚违法行为的职责，规定：（1）凡发现有举行童婚嫌疑的行为或迹象，童婚当事人、其他人以及非政府组织均可举报；（2）像阿卡提节等特定日期举行的集体童婚，地区治安官作为童婚禁止官有权根据本法予以制止。此外非常关键的是，这部法律具有溯及力，除了新法实施时已进入司法程序的案件依据先前《童婚限制法》等处理以外，其它在新法实施前缔结的童婚均可适用该法。从《童婚限制法》（1929）到《禁止童婚法》（2006）——时隔 77 年后，童婚这一顽疾终于由法律上的部分否定（先前违法但有效）变为彻底否定（违法且无效），作为一种制度在文本层面寿终正寝。

（三）司法效果与社会评价

殖民时代限制童婚的立法改革效果，人们大多认为远远不够理想。1921 年曾有调查显示，印度 5 岁以下结婚的女孩为 104，850 人，15 岁以下的已婚少妇为 8，451，744 人。1929 年《萨尔达法》通过期间，成千上万的童婚典礼予以举行。有人统计分析，

26 1954 年《特别婚姻法》在改革进程上提前迈了一步，规定童婚无效。但选择适用该法者主要是非印度教民众，或印度教徒中世俗化程度较高、受过高等教育、缔结民事婚姻的城市居民，原本即已很少实践童婚的群体。

27 Manish Singh v. State Govt. of NCT. And Ors. 2006 (1) HLR 303.

立法后一段时期内，童婚问题一度更加严重。[28]自《萨尔达法》实施起至 20 世纪 70 年代以前，印度各高等法院在四十余年里总共才审理了约一百起童婚类案件；那些提交到法院的涉童婚纠纷，法官大多承认童婚有效，对当事人很少予以处罚。例如第一起涉及童婚效力的司法案件发生于 1933 年，法院判决支持童婚有效；[29]在 1936 年一起著名的案例中，不满 18 岁的新郎和刚满 14 岁的新娘由父母包办结婚，双方父亲被英殖民政府指控违法而逮捕，但法院将其无罪释放。[30]不过 20 世纪 30、40 年代，童婚问题一度趋于缓解。有学者称 1921 年有 39%的女孩在 10 岁以下结婚，1941 年 14 岁以下结婚女孩的比率已下降至 17%，下降速度超出改革者的预期。[31]不过观察者分析，《萨尔达法》对此可能只起到了微不足道的作用，更主要的因素在于当时经济环境的变化以及社会教育的提高。变法效果或许与殖民者的改革心态有很大关联。英殖民者在印度实施立法改革时，一般坚持两条原则：其一，尽量避免干预宗教事务；其二，尽量不批准不能强制执行的法律。殖民当局与印度地方政府均确信，提高（女孩）法定婚龄的法律不会被印度民众接受。于是在童婚法律变革中，殖民者及土邦政府对童婚的干预采取了一种改良主义的立场，不追求完全废除早婚，仅仅对既存弊病予以一定程度的矫治。故童婚立法使用的主题词是“限制”而非“禁止”。这种半心半意的态度决定了《童婚限制法》实效的有限性。

印度民族独立后，法律改革者仍采取了灵活务实的渐进变革方式：立法上多次、多方位进行限制童婚的努力；司法上集中关注童婚受害妇女儿童的切实利益和切急风险。但直至 20 世纪 90 年代中期，法院仍很少受理专门的童婚诉讼。进入 21 世纪以后，经官方报道的童婚事件明显增多，不过以“童婚”为案由进入司法程序的纠纷依然稀少。2006 年《禁止童婚法》在立法层面是一个巨大的进步；但其法律效果褒贬不一，公允的评价可能需参考多方数据和相关分析。其一，印度官方机构根据 2011 年人口普查以及 2015-2016 年第四次全国家庭健康调查等的统计数据称，与 2005-2006 年第三次家庭健康调查相比，童婚数量有实质性下降，由 47%下降为 26%，主要集中在农村地区；但童婚的绝对数目仍很大，如 2011 年人口普查显示，未到法定婚龄结婚的少男少女约有 1200 多万。[32]第四次家庭健康调查只有比率数据、未列出缔结童婚的具体人数；不过一位印度最高法院的大法官据此调查报告指出，10-14 岁结婚的男童约有 110 万、女童则多达 180 万。[33]其二，如前所述，依据《禁止童婚法》侦查起诉的童婚案件虽一直呈上升趋势，但每年几百起的基数远远小于童婚的实际发生数，也大大小于进入司法系统的涉童婚诉讼数量——印度法院系统的案例显示，大量离婚、析产、继承、抚养和扶养类家事纠纷的当事人有要求确认缔结童婚无效或有效的诉求，然而这些纠纷基本未列

28 Werner Menski, *Hindu Law: Beyond Tradition and Modernity*, p. 339.
29 Mt. Jalsi Kuar & others v. Emperor, AIR 1933 Patna 471.
30 Munshiram v. Emperor AIR 1936 Ali 11.
31 Werner Menski, *Hindu Law: Beyond Tradition and Modernity*, p. 344.
32 http://rchiips.org/nfhs/，最后访问时间：2020-7-16，11：09。
33 https://www.ncpcr.gov.in/，最后访问时间：2020-7-14，14：14。

入“童婚”类目的案件统计。[34]其三，一些学者的看法比官方更为悲观，认为童婚并未得到有效的遏制。[35]由这些文献我们可以合理推论：一方面，不可否认的是，《禁止童婚法》对于减少童婚现象、推迟婚龄起到了一定的作用；但另一方面，目前印度童婚现象远未全面根除，尤其在广大农村地区，童婚仍为主要的婚姻缔结方式，不过童婚现象的地域分布逐渐出现不均衡性，在一些发达城市童婚甚至已非常罕见。

总体上，对于童婚类案件的司法，法官的态度自始至终比立法者更为保守。法官大约考虑到裁决婚姻效力对妇女、儿童的不利影响，通常肯定童婚有效；法官的司法目的主要不是惩罚，而是旨在阻止个人尤其男子以童婚无效为借口逃避对婚姻家庭的责任甚至从解除婚姻中牟利。与激情澎湃的改革家和勾画理想生活的学者不同，法官更多扮演着实现个体正义、维系社会秩序稳定的角色，因此他们试图超越传统与现代的两分立场，在利益权衡的考量中稳步前行，既拒斥容忍或美化童婚的保守立场，主张童婚乃社会陋习，有必要进行改革；也反对激进的现代主义立场，认为改革须循序渐进，以一纸国家制定法的简单变革方式并不能废除一项根深蒂固的社会惯习。简而言之，自殖民时代至21 世纪的印度童婚法多步走式的现代变革，是一场冗长而不彻底的法律改革。

五、结语

童婚是人类早期历史上广泛出现过的一种反常现象，与父权制文化有着密切联系，对女性造成了深重的压迫和痛苦。印度社会的特殊宗教文化与历史情境，促成并支持了童婚的长期存续。童婚在古代印度社会逐渐被印度教民众普遍接受，是宗教文本引领社会实践的一个典型例证。其间宗教与父权合谋，为控制女性的身体和意志创造出一套贞洁光荣的价值观以及相应的童婚制度样式，几经宣教、唱诵和推行，原本建议性、选择性的文本学说变成了实践的主流模式，原本为高种姓量身定制的模板成为各种姓自动套用的规范，甚至广普化为印度境内各族群的普遍惯习。

肇启于外来殖民统治、兴盛于民族独立后的印度现代化法律变革缓慢地推动童婚这一古老的制度走向了坟墓。童婚变法如履薄冰、趔趄缓行，立法从最初的低度限制到最终的彻底禁止经历了将近八十年，这充分体现了童婚问题的根深蒂固和法律改革的艰辛。由童婚问题的法律变革我们可以看到，印度社会及其法律现代化的过程存在着多重张力：殖民者与被殖民者的对抗，印度内部保守派与激进派的分歧，习惯法与制定法的龃龉，现代城市文化与传统村落文化的冲突等等。正是在这些矛盾的交织中，童婚与导致印度女性地位低下的另外两大问题——现代嫁妆和寡妇殉葬——串联了起来。此三类“社会罪恶”在国家制度层面均已寿终正寝；但在实践中仍以习惯法的面目继续畅行无碍，制约着印度民众尤其女性的婚姻家庭和社会生活。这再度证明，印度婚姻家庭法的现代化

34 http://judis.nic.in/supremecourt/chejudis.asp，最后访问时间：2017-5-19，16：49；https://indiankanoon.org/，最后访问时间：2020-7-16，10：43。

35 For example, see Paul Pintu, “Effects of Education and Poverty on the Prevalence of Girl Child Marriage in India: A District-Level Analysis,” pp. 16~21.

变革所面临的问题盘根错节，非单项立法、单一法律措施所能解决。

在人类命运共同体情境的今天，我们对印度童婚制度及其法律变革的探讨，有助于思考印度女性地位低下问题的社会根源并体察印度人民法律现代化改革的复杂艰深，从而广角审观我国置身其中的全球法律现代化转型的一般趋势与特殊问题。

执法监督对公安执法权力运行制约作用探析

刘增辉[1]

【摘　要】我国进入社会转型关键时期，民警违法乱纪现象对公安队伍建设和执法公信力提升造成了极大危害。本文通过分析民警违法违纪滋生的主要领域和类型，结合案例从执法监督角度对公安执法权力运行监督不力原因入手，提出强化法制部门对执法权力运行监督的对策。

【关键词】公安执法 权力运行 执法监督 问题对策

习近平总书记指出，权力是一把双刃剑，在法治轨道上行驶可以造福人民，在法律之外行驶则必然祸害国家和人民，不受监督的权力必然导致腐败。近年来，我国进入社会转型关键阶段，经济快速发展引发的社会矛盾和社会风险凸增，各种社会思潮也猛烈冲击着公安民警的人生观和价值观，尽管公安机关在预防和惩治腐败方面作了不懈努力,但民警违法乱纪现象仍时有发生,对公安队伍建设和执法公信力提升造成了极大危害，对人民群众安全感、满意度持续增强产生不良影响。当前，全国公安机关“坚持政治建警全面从严治警”教育整顿活动正在稳步推进中，新时代公安机关如何将权力制约的笼子扎的更紧是锻造高素质过硬公安铁军是一项重要课题。对此，我从法制部门执法监督角度对公安执法权力运行进行监督制约作如下粗浅探索:

一、执法环节违法违纪案件滋生的主要领域及案件类型

近年来，宣城市公安局扎实开展纪律作风教育整顿活动，尤其是近一年来，宣城市公安局先后制定了《全市公安机关强化整治“七不一乱”重点执法问题专项活动实施方案》，对执法不廉洁、不公正，不严格、不规范，不文明、不适当以及执法不作为、乱作为等“七不一乱”突出问题进行排查整改查究追责。下发了《宣城市公安机关关于深入推进“不忘初心、牢记使命”主题教育全力打造过硬公安队伍工作方案》等通知，其中，对执法办案突出问题进行专项整治，对一些执法存在突出问题的民警并进行追责处理。2016 年至今，X市公安机关先后被查处了一批违法违纪案件，该市本级公安机关在执法过程中因违法违纪受到党纪政纪处分的民警共 33 人，其中因涉嫌职务犯罪被开除公职的民警有 19 人，具体分析如下：

（一）违法违纪案件存在的主要领域

经统计，上述的 33 名违法违纪民警中，在交警部门履职期

间违法违纪的民警共 17 人，占比 52%；在派出所履职期间违法违纪民警数共 13

[1] 刘增辉，工作单位：安徽省宣城市公安局，联系方式：18365370251。

人，占比 39%；在禁毒部门履职期间违法违纪民警数共 3 人，占比 9%。可见，因在执法环节发生违法违纪案件的重点领域主要为交警、派出所、禁毒这类警种部门。这类警种部门存在管理权限范围广、权力行使相对独立等特点，执法过程中易形成专断独权、脱离管控的状况，存在执法突出问题的可能性更大。

（二）违法违纪案件存在的案件类型

据统计，上述的 33 名违法违纪民警中，涉及因违规办理驾驶证考试、违规办理车辆号牌违法违纪的民警共 17 人，占比 52%；涉及处理赌博案件违法违纪的民警共 11 人，占比 33%；涉及处理毒品案件违法违纪的民警共 4 人，占比 12%；涉及处理卖淫嫖娼案件违法违纪的民警共 1 人，占比 3%，反映了公安机关在办理涉牌、涉证、涉黄、涉赌、涉毒类违法犯罪案件中易存在谋取私利、滥徇私情而违规执法办案问题，这类案件中涉及利益大，违法犯罪行为人与民警进行利益勾结，对这类案件听之任之、失职失责甚至包庇纵、充当“保护伞”问题。

这些案件中有X市公安局原四级高级警长X某某制作篡改案卷材料为贩毒分子充当“保护伞”,有交警支队原民警X某某收受贿赂帮助“黄牛”违规办理驾驶证，有某分局派出所原民警X某为强迫卖淫的犯罪分子通风报信帮助逃避处罚，有某分局派出所原教导员X某为开设赌场犯罪分子降格处理，有某分局派出所副所长充当黑恶势力“保护伞”等。综合这些数据与案例来看，民警在重点领域、重点案件的执法办案过程中，易出现不依法登记警情、擅自处理案源、不按规定程序受立案和撤案等情况，导致案源流失；伪造证据导致未依法查处违法犯罪嫌疑人；随意改变案件定性，滥用自由裁量权降格处理；擅自截留、挪用、私分罚没财物等有法不依、执法不严、违法不究、有案不立、压案不查，办人情案、关系案、金钱案等突出违法违纪问题。

二、从执法监督角度分析执法突出问题存在的原因

（一）执法源头难控，监督触角难及

目前，公安机关接到的警情绝大部分是 110 警情，由 110 指挥调度系统流转到协同办案系统、执法办案全流程管控系统，能够有效监控案件是否依法依规办理。但仍有部分警情是民警在日常管理及巡逻防控中发现、当事人直接到公安机关或向民警口头报案，这类案件警情如果接警民警不录入接处警等系统，办案单位、法制部门无法做到充分监督。如某地派出所在执行疫情防控任务时，接到村干部口头报称有人违反管控规定，肆意破坏隔离设施私自进出管控区域，接警民警仅会同村干部对隔离设施进行维修加固后，未将该涉嫌故意损毁财物等违法行为的警情录入系统，也未作为案件进行查办。这类案件类警情极大考验基层民警的职业责任感和廉洁自律性，一旦理想信念弱化、工作态度偏离，就会出现抓住监管漏洞将应当接受查处的案件推诿不是公安职责或当民事纠纷进行调解、私下收受当事人好处对违法犯罪行为视而未见、未落实罚缴分离规定将罚没款中饱私囊等在监督触角难以企及处实施违法违纪行为。

（二）体外循环办理，监督死角难查

根据案件办理单轨制要求，行政、刑事案件通过协同办案系统严格按照时间节点、审批流程进行办理，系统留痕难以随意对证据材料及办案程序进行变动，大大减少了人为因素对案件办理的干预。但仍存在部分办案单位、办案民警对少数案件体外循环办理的情况，如在执法监督中发现的关键证据不上传、部分上传，超过办案期限补办审批手续作附件上传，对未现场制作的笔录材料冒充签名补充上传，对行政处罚套打法律文书线上线下处罚幅度不一致等情形；更有甚者，对除涉密案件外的警情以不录入 110 警情指挥调度系统、案件不流转至协同办案系统、不依法进行审核审批程序的方式逃离监管视野，擅自处置案件和违法犯罪嫌疑人。过去，经侦、禁毒部门体外循环办理案件的情况较多，基层派出所在办理赌博案件过程中，为私设小金库甚至私分赌资，也存在体外循环办理的情况，如某地派出所在办理一起赌博案件时，对接处警情况不录入系统，办案系统外办理，不经法制部门及公安机关负责人的审批审核，私自作出处理决定，并对收缴的赌资和罚款由办案民警进行私分。

（三）案件书面审查，监督真伪难辨

法制部门对行政、刑事案件办理的法律实体、程序及法律适用等问题负有审查职责，但通常以书面审查为主，通过办案人员提供的案卷材料或者协同办案系统上传的证据材料及听取办案人员的报告对案件进行全方位审查。但法制民警并不参与具体案件的调查取证工作，一旦办案民警为他人谋私利想要大案化小、小案化了，精心伪造物证、书证、言辞证据等证据材料，制作“阴阳卷宗”，做到卷宗材料逻辑合理，一份全方位虚构的案件事实和伪造的证据材料摆在面前，业务再精干的法制民警也难以察觉其中端倪，更难发现案卷背后存在的违法违纪情况。正如 X 市公安局原四级高级警长 X 某某为贩毒案件犯罪嫌疑人逃脱罪责指使下属制作虚假笔录、篡改笔录，和嫌疑人同谋编撰了一份嫌疑人无罪或罪轻的供述，将查获得毒品私自全部或部分隐藏，法制部门通过书面审核及民警汇报的方式无法查验出证据材料的真伪，X 某某等人以此逃避了法制部门审查，致使 2 起重大贩毒案件的犯罪嫌疑人逃脱了刑事责任。

（四）特定手段不明，监督权限难堪

法制部门作为执法监督部门，级别不高于其他办案部门，“平视监督”“仰视监督”的现状致使法制部门说话分量不足，容易形成管不了、不能管的尴尬局面，监督力度大大折扣。尤其是对办案部门的特殊手段不能有效监督，如禁毒部门的特情人员管理，对特情人员是否按规定报批、特情人员的行为是否经批准可以豁免等特定情况，送审的案卷材料中，只有毒品案件的《立案决定书》，而无特情侦查审批决定书，难以辨别特情侦查是否经批准，另外出于对特情人员的人身安全考虑，使用举报人身份掩饰特情身份，在监督过程中，难以辨别举报人究竟是群众身份还是公安特勤身份[2]，致使对特殊案件

1 冯兴吾：“诱惑侦查在毒品犯罪侦查中的法律风险及防控”，内部文献

的特殊当事人监督不到位，容易导致办案部门内部暗箱操作或者进行权力寻租。同样，在 X 市公安局原四级高级警长 X 某某职务犯罪案中，其在担任禁毒支队长领导职务时期，将一些与其有利益瓜葛的涉毒人员安排成禁毒支队的“特勤人员”，这些人打着协助禁毒或破案的幌子，私下干着吸毒、贩毒等违法犯罪勾当，一旦被抓获，就会被 X 某某以“特勤人员”名义，对其免于或者从轻处理。其中，经常贿赂 X 某某的涉毒人员 X 某长期肆无忌惮的以贩养吸，就是因为怀揣“特勤人员”免死金牌，尽管多次被抓获，但都能免于处理。可见对“特勤人员”的管理存在严重漏洞，审核审批不到位，让办案人员有可趁之机，与违法犯罪分子沆瀣一气，损害国家和人民利益。

（五）执法监督能力不足，监督质效难现

法制部门职级不高，往往等同或低于监督对象，形成“平视监督太软”、“仰视监督太难”的状况，监督力度大打折扣，无法形成有效震慑力；法制民警人数较少，除常规工作外，一般还需承担信访、专案、配合投诉案件调查等牵涉警力工作，投入到执法监督工作的精力不足，造成执法监督力量有所欠缺，易出现“漏网之鱼”；少数法制民警业务能力欠缺、监督原则性不强、监督底气不足，对存在问题不能及时发现、对发现的问题不敏感，甚至存在老好人思想，不愿深挖背后可能存在的违法违纪情况;监督处理不力，少数单位的领导担心个别民警违法违纪问题被查处，影响本单位的集体荣誉，存在大事化小、小事化了的心态，该严肃追究责任的不予追究，避重就轻，助长了民警违法违纪案件的发生。如2019年3月，X市公安局法制支队在日常案件巡查过程中发现，X分局派出所办理的一起赌博案件材料中存在诸多矛盾之处，经追溯办案场所视频和执法记录仪视频录像，发现该案存在降格处理嫌疑，而该分局未发现问题并审核同意承办单位降格处理的意见，经法制支队进一步调查，该案办案民警同时还存在扣留查获的赌资，用于补贴民辅警值班费问题。

（六）监督职能分散，监督合力难聚

现行的公安绩效考核体系也基本上采用“指标制”，各办案部门都把注意力重点放在立案数、破案率、刑事拘留数、逮捕数、起诉数和行政拘留数等指标数据完成上，而法制部门的监督往往被办案单位视为“设障碍”、“出难题”，执法主体层面存在抵触执法监督情绪，造成监督规定和措施难以全面落实，无法将公安执法的全部环节纳入监督控制视野之内。法制、督察、纪检、审计等监督部门又各自独立，配合协作机制不健全，存在“单对多”现象，难以形成强而有力的监督合力，发挥全面监督制约作用。不同的监督部门往往由不同的机关领导分管，造成监督部门职能分散、权限模糊、职责交叉，难以协调、互补，无法有效整合，产生“重复监督”、“监督空白”现象，监督部门权力有限，存在“管人的不管事，管事的不管人”执法管理与队伍管理“两张皮”现象，监督功能必然弱化，监督效果必然钝化。[3]如群众通过12389等举报平台投诉，法制部门只有通过倒查

2 张立刚：“公安内部执法监督机构的产生、发展与改革”，《辽宁警察学院学报》，2020 年 1 月第 1 期，第 1 页

才能发现，鲍某某通过12389平台投诉，2015年8月，其发现银行卡上的钱被第三方转走后，到X县公安局刑侦大队报案，该大队接受报案的人员未依法依规制作笔录并接受案件，直到2020年6月13日，鲍某某自己了解到其银行卡内资金系被他人使用支付宝转走后，X县公安局刑侦大队才对该案件予以立案。该案经市局督察支队和法制支队调查，投诉人反映情况属实，直到市局督办才进行整改。

三、关于强化法制对执法权力运行监督的思考

执法监督要抓早抓小抓苗头、抓住“牛鼻子”，将监督触角直抵执法流程的“神经末梢”，集中精力盯紧违法违纪行为的“发源地”，集中火力出击违法违纪案件的“重灾区”，力争对执法过程 360 度无死角监控，最大限度的将执法风险隐患扼杀在各个环节的萌芽阶段。

（一）强化源头权力管理制约，紧抓执法权力运行风险的苗头隐患

案件有案不受、有案不立问题一直是我们执法巡查的重点，也是我们执法监督的盲区。一是要紧抓警情流转环节，在今年 8 月 27 日公安部召开的“执法监督管理体制电视电话会议”中，赵克志部长要求，要深化受立案制度改革，解决报案不受、受案不立等突出问题。在日常监督工作中，对难以监控到的警情，要加强基层所队案管室的登记和日清管理,督促落实 “三个当场”的要求，即群众上门报案当场受案登记、当场接收证据材料、当场出具回执，确保警情不漏管；要强化外部监督，畅通群众警情查询渠道，群众以网络或者电话查询方式通过统一的警情查询端口查询案件办理进度，防止案件未依法办理的情况出现；要通过随机抽取警情进行比对和电话回访报案人的方式及检察机关立案监督和刑事复议复核程序，发现并遏制行政、刑事案件未依法受立案的情况发生。二是要紧抓执法音视频管理，要按照基层一线民警人手 1 个、部门 1 台的标准，全部配发执法记录仪和数据终端，对现场开展的执法活动必须做到自到达执法现场至执法活动结束全程记录，记录的内容应当清晰、连续、完整，杜绝选择性地录制或剪接、删改、损毁视频，让“执勤必带、执法必用、资料必存”成为民警自觉，使公安所有执法记录仪中的音像资料，当日下载上传至公安单警执法视音频管理系统、及时进行分类归档保存，确保执勤执法音像资料在任何情况下均可靠有效、安全完整。同时还要加强对执法音视频的定期随机抽查，及时发现民警是否存在执法不作为、乱作为问题。三是要紧抓涉案财物及案卷管理，规范涉案财物移交、保管、调用等管理工作，切实做到保管与办案相分离，杜绝由办案人员自行保管涉案财物，截留、坐支、私分、挪用、贪污、调换、损毁或者擅自处理涉案财物私设“小金库”；紧抓案件卷宗管理，实行一案一码、集中统一保管、存取使用留痕，办案民警只能调阅自己手中正在办理的案子，卷宗在民警手中不能过夜，杜绝“抽屉案”“口袋案”“隐匿案”。四是要加强执法主体建设。进一步提升民警的证据和程序意识、群众工作能力和规范执法水平，切实提高广大民警的依法履职能力，更好适应新时代的执法要求。突出加强现场执法能力建设，引导广大民警习惯和善于在

“聚光灯”下执法办案，解决好执法态度问题，学会用群众的语言和易于接受的方式，进行沟通交流，推行执法说理制度，办案过程中，主动向当事人宣讲法律，解释处理依据，防止形成执法对立；解决好执法尺度问题，坚持依法适度原则，统筹考虑现场各种情况，采取最合理的措施，争取最好的效果。

（二）加大重点领域监查力度，紧控执法权力运行风险高发区

民警违法违纪案件多出现在涉牌涉证涉酒、涉黄赌毒这类极易形成利益链的案件当中，对这类重点案件要严格防控执法不公、执法不严的隐患苗头。一是要通过“八小时以外”的活动监督和落实办案民警回避制度，发现并遏制办案民警私自接触案件当事人的苗头，严格落实常态化家访联系沟通机制，构建家庭促廉防线，宣城市公安局建立民警家属微信群机制，畅通与家属交流沟通方式，节假日发送廉政提醒，实时通报民警加值班、学习培训、受表彰奖励情况，开展常态化家访活动，进家门、拉家常，重点了解民警的“生活圈、社交圈”，延伸 8 小时之外的监督管理，提高民警家属廉洁自律意识的同时，也能通过家属对民警起到有效的督促防范监督作用；严格执行查询、打探案件信息记录制度，发现并遏制非办案民警违反“三个规定”过问案件的苗头。二是要通过细化裁量基准、严把处罚审核关，紧紧围绕现场接处警、执法办案、涉案财物管理等关键环节，紧紧抓住一线执法实践中遇到的突出问题和容易发生问题的主要环节，抓紧研究制定基层急需、民警急盼的执法标准和操作规程，尽快形成一整套覆盖全警、简明管用的标准体系，切实为一线民警执法实战提供精确的指引，发现并遏制乱用行政处罚自由裁量权的苗头，要通过收集投诉举报线索和网络舆情信息，发现并遏制趋向性、选择性执法的苗头，最大限度地减少和杜绝执法不作为、乱作为等问题的发生。三是要紧扣审批环节，对特情使用、驾证免记分等涉及责任豁免的特定事项，都要以“度”这一红线为利剑，扎紧利益交换的口袋，对特情资格和使用要严格审查审批手续，并记录存档，可设置专案民警，专职特情审查和监督工作；要紧抓案件审批环节，尤其是对涉及案件嫌疑人“另案处理”、“移送管辖”等，要严把证据规格和移送程序，确保案件不蒸发。四是要紧抓行政处罚执行环节，对行政拘留不执行、暂缓执行和涉刑强制隔离戒毒剩余期限执行等，加强与拘留所、看守所、监狱及戒毒所的无缝对接，尤其是新冠肺炎疫情期间，因防疫需要拘留所暂停收拘，大量违法行为人行政拘留尚未执行，如某市公安机关在疫情期间共做出行政拘留处罚 3172 余人，截止 8 月底仍有 3080 人次未执行。在现阶段面临执行收押难度大的情况下，要加强与监管部门、拘留所会商研判工作，对执行情况进行跟踪督导，在充分考虑拘留所收拘能力的基础上确保对暂未执行行政拘留人员依法收押，确保人员不失管。

（三）推进法制执法监督信息化应用，助推执法权力深度规范运行

在积极推进公安大数据智能化建设和应用，在全力打造“智慧法治”背景下，要充分借助智能化科技信息平台提升执法规范化水平，严厉打击执法不作为、乱作为行为。一是借力刑事案件智能辅助办案系统（简称“206”系统），“206”系统是顺应以审判为中心

的诉讼制度改革的新举措，实现了案件在个公检法机关之间互联互通、信息共享，通过人工智能系统保证了对案件审查的客观、准确、高效。宣城市公安局大力推进落实206系统的规范应用，将“206”系统运用与案管中心日常监督有机结合，通过对处警、受立案日清巡查的同时，对所有刑事案件“三统一”范围内的案件进行全面掌控，实现对警情、案件、场所、人员、物品、卷宗等要素的动态监管，通过系统进行刑事案件证据的审查判断及办理流转，确保刑事诉讼全程可视、全程留痕、全程监督。二是依托全流程管控系统，赵克志部长在“执法监督管理体制电视电话会议”中强调，要大力推行网上执法监管，实现办案规范留痕、监督即时精准，加强对执法办案流程的智能化监管。为打造全面覆盖、有机衔接、闭环管理的执法记录链条，实现执法活动全过程留痕、可回溯管理，有效规范执法活动，保障民警依法履职，宣城市公安局研发了执法办案全流程管控系统，实现对执法活动从接处警、受立案、案件管理、涉案财物、办案场所、积分管理、拘留执行等执法环节、执法要素的全程管控，适时梳理到期未裁决行政案件和未移送审查起诉刑事案件，发现并遏制久拖不决、保而不侦、压案不诉的情况发生。三是通过执法信息系统数据定期分析研判，纵横向比对同一时期、同一行为在110警情系统、执法办案系统和对外法律文书上的异常，发现并遏制定性偷梁换柱、处罚一案多裁的苗头，有效规范执法活动、保障民警依法履职。宣城市公安局在通过信息系统进行日常检查的过程中，发现一些派出所存在如在接到盗窃警情时未依法受案办理或接到扒窃警情时未依法立案的执法过错等情形，根据《公安机关人民警察执法过错责任追究规定》，对相关责任民警追究执法过错责任并在全局范围内予以通报，保障了公安机关及人民警察依法正确履行职责。四是加快办案管理中心建设，赵克志部长在会议上要求加快推进执法办案管理中心建设，全面推行执法办案、监督管理、服务保障一体化执法运行模式。执法办案管理中心不仅是深化执法规范化建设的重要抓手，也是推进公安机关“四项建设”的紧密结合点和连接点。[4]通过将信息化应用于执法办案中心、涉案财物管理中心、案件管理中心、合成作战中心，实现案件集中办理、警种合成作战、同步审核监督，全要素、全流程管理的“一站式”执法办案模式，根据工作职责设置相应席位，汇聚整合公安网数据资源，运用视频监控、智能定位等技术，智能预警单人讯问、无人看管、羁押超时等异常行为，实时记录进出办案区人员行为轨迹，视频轨迹数据自动汇集，连接同步刻录设备实现一键刻录储存，有效降低了执法问题发生率，将监督视角延伸到办案前段，提升执法办案效能同时倒逼民警规范执法。

（四）落实法制随警作战机制，确保执法权力运行全程无缝督导

习近平总书记在8月26日的人民警察授旗仪式上对警察队伍在执法公正方面提出重要指示精神，总书记要求要严格监督管理，规范权力运行，把严格规范公正文明执法落到实处，不断提高执法司法公信力，努力让人民群众在每一起案件办理、每一件事情处

3 华列兵：“完善公安执法权力运行机制深入推进首都公安执法规范化建设”，《北京警察学院学报》，2017 年 11 月

理中都能感受到公平正义。落实法制随警作战机制能有效规范权力运行，实现执法全程不间断监督。法制随警作战机制即对涉黑涉恶案件、重大疑难复杂案件、存在重大执法风险案件，自案件立案之日起，法制部门同步上案，派员随警作战，随案指导，对案件管辖、调查取证、强制措施、涉案财物保管处置、定性处理等法律问题，及时提供法律意见，同步全程进行执法监督，全力当好执法办案“守门员”，紧扣审批“一支笔”，对特情使用等涉及责任豁免的特定事项，都要以“度”这一红线为利剑，严禁大开权力寻租之门，扎紧利益交换的口袋，不搞权力共享,严把事实关、证据关、程序关、法律适用关，在为办案民警提供坚强的法律保障的同时，全程无缝隙监督案件依法办理，将事后监督转变为同步监督、动态监督、连续监督，及时发现和纠正可能发生的违法违纪行为。法制随警作战机制既能优化法制部门指导服务实战职能，也能有效监督办案民警依法依规执法办案，提升公安民警依法履职能力。

（五）不断提升法制执法监督能力，为规范执法权力运行卯足监督底气

公安执法监督是公安机关法制部门的主要职责之一，法制部门只有不断提升自身监督能力，才能对有力打击执法过程中不依法履职的情况。一是要提升法制部门职级，实现“俯视监督”，确保监督强而有力，不要让“平视”、“仰视”监督束缚住监督者手脚，造成发现问题不敢指出，指出问题不被重视的尴尬局面。并尽可能的增加法制部门民警编制人数，解决人少事多的现状，让民警有更多的精力投入到执法权力运行监督工作上。二是抬高门槛，着力提升法制专业水平，把法制部门作为执法工作“高地”精心打造，硬性要求法制部门民警必须全部具有法律职业资格或高级执法资格，将不具备相应资格的法制民警调出法制部门，让专业的人做专业的事。三是以比武竞赛为抓手，不断提升法制民警自身素质，为不断提升执法规范化水平和法制民警执法监督能力及服务基层水平，宣城市公安局每年举办一次全市公安机关执法技能竞赛活动，对竞赛取得个人一等奖选手授予宣城市“五一”劳动奖章荣誉，积极调动了法制民警自学积极性，促进了执法监督能力水平的提升。四是紧扣审核“一根筋”，对行政执法、刑事侦查等案件办理，都要以“审”这一关口为阀门，严把办案程序、实体证据的法制审核，不搞权衡变通。要深度应用执法办案全流程管控系统，实时开展案件检查评查，推动执法监督重点由事后查处，向事前提示、事中制约、事后研判转变，及时发现执法突出问题，实现全部执法活动有据可查，做到可回溯式管理、“闭环式”管理，把案件从群众报警到案件办结的每个流程、每个环节置于监督管理下，确保案件办理的公开公平。五是建立疑难复杂案件集体研究讨论机制，要紧扣结论“一张纸”，对重大疑难复杂案件、行政拘留不执行，以及刑事案件不予立案、撤销案件、转行政处罚等情形，严肃集体议案、法制研究程序，不搞拍脑袋决策，采取“以会代训，以训促学”的培训模式，促进法制民警业务能力的快速提升，定期、不定期组织法制民警对疑难案件，从案件实体证据和相关材料等方面存在的主要问题进行分析，分别对案件定性、证据收集、法律适用等问题进行研讨，交流分享执法监督经验。

（六）加强与纪检监察、督察、审计部门通力协作，构建新时代公安大监督格局

公安内部执法监督是以各级公安机关行政首长、各业务部门负责人作为内部执法监督责任人，各级公安机关法制部门作为内部执法监督工作主管部门，政工、纪检、督察、审计、信访等职能部门分享不同监督职能的多元主体并立的监督体制。[5]要从法制部门单打独斗“抓全局”向警种部门齐心协力“全局抓”转变，法制部门突出牵头组织协调作用，通过成立由法制、纪检监察、督察、审计部门组成执法监督管理委员会，协调对执法重点问题的研究会商，切实加强对警种部门和基层所队执法质量的总体掌控。纪检、督察等部门强化案件纠正受理、执法过错追究管控机制，通过严肃问责倒逼行为规范对发现的执法问题不遮丑、不护短；各警种条线深入查纠本条线隐蔽性、苗头性、突出性的执法问题，发挥好主体监督指导职能，从源头上强化本警种执法管理工作。执法监督管理委员会要通过日常督察和专项督察的方式，对各单位执法工作质态开展常态化督查，本着“坚持问题导向、提醒警示为主、倒查问责为辅、推进提质增效 ”的原则，按照存在问题的严重程度，分别采取提醒整改、警示扣分和倒查问责的递进式督查方式。宣城市公安局在加强监督部门通力合作方面作了一些积极探索和创新尝试，如在全局范围内建立了覆盖全体民警、辅警及家属的“家属微信群”，密切与民警家属的联络，实现双向掌握民警工作、生活动态，并及时向民警及其家属进行党风廉政宣传教育，能有效从思想源头规范执法权力运行，并拓宽民警执法隐患苗头发现渠道；通过组织基层党组织纪检委员理论测试，切实提高基层党组织纪检委员理论水平和业务能力，发挥好基层党组织纪检委员纪律监督“前哨”的作用，对民警工作及其自身存在的不良倾向，做到早发现、早提醒、早纠正；通过落实谈心谈话常态化制度，结合主题教育活动，对存在苗头性倾向性问题的民警，开展经常性谈话提醒，疏导情绪、转变作风，在发现可能存在的问题的同时也能及时打上一剂强力防腐“预防针”，这些举措有力推进了执法权力运行监督、规范工作的开展，得到了上级公安机关的充分肯定和广大民警的普遍认可。

公安机关是执法机关，监督的重点工作是执法活动。法制执法监督要把经常性的执法检查作为一项重要工作，及时纠正和发现执法活动中出现的滥用权力和滋生腐败的问题，强化对执法过程中容易发生问题的部位和环节的检查，加大事前、事中的检查力度，及时发现和纠正带有普遍性、倾向性和苗头性以及深层次的问题，建立起各项行之有效、落地有声的执法监督制度，确保执法环节全流程不脱管，内部监督力量要形成权责明确、相互配合、制约有效的监督制约机制，编织起严密的执法监督“网络”，确保严格、公正、文明执法，维护法律的公平和正义。

[5]张立刚：“公安内部执法监督机构的产生、发展与改革”，《辽宁警察学院学报》，2020 年 1 月第 1 期，第 1 页

社会主义中国语境下的专政与紧急状态：何以区别？如何实践？

杨海舟[1]

【摘　要】专政和紧急状态是一对形似且纠缠不清的词汇，前者多用于政治性的话语体系之下，后者则多限定于法律语境当中。但政治和法律的密不可分，使得二者在某种程度上有了交汇和交融的余地，也为它们的比较创造了理论上的空间。本文以寻找两者在当今政治社会生活中的合理定位，以期充分发挥各自的现实作用为要旨，明晰了它们在社会主义中国的语境之下，学理概念上的区别和实践操作中的差异。专政在语义上由政治所生发，其主体是人民，处理的目标对象是敌对分子，专政也多游离于法律之外且会克制基本权利，同时它的状态持续时间较长。紧急状态这一词汇则经法律而规制，其主体是国家，解决的目标对象是紧急事件，紧急状态亦备受法制之约束更不可侵犯基本权利，另外其状态持续时间也较专政更为短暂。

【关键词】社会主义；专政；紧急状态；语义分析

一、引言

专政既是一个具有悠久历史意蕴的词汇，亦是我国宪法中的现实概念，对于专政的解读，人们首先联想到的便是压迫、斗争[2]，之所以如此，是因为专政一词从产生到近现代，经历了由褒义到中性再到贬义的历史过程[3]，这也使得其与另一个紧密相关的语词，即法律上的紧急状态，出现瓜葛不清的情形，这一情形导致了实际中的诸多问题。按照我国宪法的设定，当今的中国，整个国家的性质依旧限定在人民民主专政的社会主义范畴之中，专政乃是社会的基本形式和惯常状态，而根据《中华人民共和国突发事件应对法》的叙述[4]，紧急状态则是例外情状，但正如前文所提及的情形那样，法律上的规定并未使民众对两者的区分了然于心，专政与紧急状态的天然相似之处，以及我国对专政的强调，往往造成一些不明就里的人们生发出这样的困惑甚至误解，那就是中国是否仍旧处于某种紧张的环境之下，此外，国家的中心工作是否依然放置于阶级斗争之上。故此对于专政和紧急状态关系厘定的工作，就显得尤为重要。

这一工作具有理论和实践的双重意义。在理论上，通过这两个词汇的比较分析，为

---

[1] 杨海舟，男，1993 年生，武汉大学法学院博士研究生。

[2] 即便如此，美国学者罗斯托也仍然认为，专政（dictatorship）一词不应该让人感到惶恐，因为，专政的历史含义完全是宪法性的。参见[美]罗斯托：《宪法专政：现代民主国家中的危机政府》，华夏出版社 2005 年版第 18 页。故而专政的实施完全可以与我国的依法治国、依宪治国有相统一与融合之处，这也为本文的讨论留有了余地。

[3] 关于专政一词的历史流变，郑成良教授曾作了详细的分析，参见郑成良：《专政的源流及其与法治国家的关系》，载《交大法学》2014 年第 4 期。

[4] 参见《中华人民共和国突发事件应对法》总则。

我们从不同视角中去观察与考证二者明确的内涵，提供了相应的场景。而概念是观念的表述，同时又会去反向审视观念，因此对概念的澄清，一方面有助于人们在语词上更加清晰地区分专政及紧急状态，防止思想上的混淆和曲解；另一方面还可以让当前的社会观念发生一定的转变，去正视专政的存在，而非因其中所含有的暴力因素，便选择规避对它的讨论，使宪法的理论预设成为具文。

在实践上，专政和紧急状态标志着两种不同的社会状况，对它们词义的梳理，可以为不同情态中社会运行的具体操作模式订立框架。其一有助于保持社会的稳定，其二是能够在面对迥异的社会状态时，采取对应合适的策略，避免因社会状态的判断不清，处断方法不恰当，而陷入到混乱的境地当中。二是深入揭示其主体、对象、实践方式等相关内容的基础上，明确两种状态在学理上的分工，各司其职，充分应对复杂的现实环境。

二、语义分析

对于专政和紧急状态关系的厘清，必然要先从其基本语义出发，因为一切概念的立体结构和现实运转都是根植于其原初定义的。本部分将从它们各自语词的界说、形式等方面着手开展研究，从而为下文对二者结构上的深入研讨作出铺垫。

（一）社会主义维度[5]中的专政意旨

专政一词起源于古罗马时期，刚开始时代表者享有独裁专断权力的执政官，后来进入到马克思的学术话语体系之中，被他用在了对于阶级斗争的表述之上，并随着新文化运动的兴起和马克思主义传入中国，为中国共产党人所继受过来。在西语当中，专政所对应的词汇是 dictatorship，其具体含义有两种，一种是“The office or dignityof a dictator”[6]，表征着掌权者（独裁者）的办公处或其尊严；另一种则是“Absolute authority in any sphere”[7]，这一层面上的词义更加接近于政治法律生活中专政的意义，亦即在某一领域中绝对的权力和权威，从这一词项中可以看出，专政象征一种权威、标准、标杆，在该领域中的任何事物都要以其为基础，服从于它，同时，它还是绝对的，不容置疑的[8]，这种权力纵使发生了错误，也应当保持遵守，以捍卫其权威性。

社会主义语境中的专政指涉的则主要是无产阶级专政[9]或者人民民主专政，所谓的无产阶级专政，是“马克思主义中的传统术语，其中暗含着这样的意思：将由人民的多数建立起一种专政。对于马克思来说，所有的统治都是阶级统治。资本主义统治时期是‘资本家的专政’，无产阶级的统治是‘无产阶级专政’而与以往专政形式的不同之处在于，无产阶级的统治是第一次由大多数人实行的专政，因此也被马克思称为‘正在赢得民主

[5]本文指称的“社会主义”及其所属问题均是在社会主义中国的框架范围内予以探讨。
[6]*The Oxford English Dictionary*,VolumeIV,Oxford:Clarendon Press,1989,p.625.
[7]同上。
[8]可见于这一用法，*DRYDEN(J),*This is thatperpetual dictatorship which is exercised by Lucretius,though ofen in wrong.参见同上。
[9]在统治与被统治视野中的专政，可以被用作为一种阶级斗争的工具。参见[美]罗斯托：《宪法专政：现代民主国家中的危机政府》，华夏出版社 2005 年版第 36 页。

的胜利'。"[10]但马克思本人并未对专政给出较为详尽的解释，倒是列宁对此作出了相对准确的诠释，"专政是直接凭借暴力而不受任何法律约束的政权。无产阶级的革命专政是由无产阶级对资产阶级采用暴力手段来获得和维持的政权，是不受任何法律约束的政权。"[11]另外对于相同语境下的人民民主专政，毛泽东同志则在《论人民民主专政》中进行了这样的阐述，"中国人民在几十年中积累起来的一切经验，都叫我们实行人民民主专政，或曰人民民主独裁，总之是一样，就是剥夺反动派的发言权，只让人民有发言权。"[12]根据以上论述可以得出，由一般的定义出发，专政意味着独断、专行，而马克思主义理论家门一以贯之地沿用了这种普遍性的内涵，并进一步推动了社会主义中专政概念的发展，但在这里必然会遇到两方面的问题，一是民主与专政交融并存的问题，二是人民作为一个集体性概念，如何与"独裁"相勾连。关于第一个问题，在人民民主专政这一语词结构中，实际上是有两个指向性的，民主专政并不是一个独立的复合词组，而是"人民民主"、"人民专政"，也就是说在人民内部实践民主，对人民的外部（敌对势力）实行专政，并非民主与专政同时指向于同一事物；针对第二个问题，列宁早已讲述得非常清楚，正如他在《无产阶级革命和叛徒考茨基》中所提到的，考茨基"说了明明不符合历史真相的谎话，说专政意味着个人独裁。这在语法上也是不正确的，因为实行专政的可能是一小群人，也可能是寡头，也可能是一个阶级等等。"[13]因此人民作为多数群体的"独裁"在理据上是可行的。

概括起来，专政应当具备以下几个特征：暴力性。专政一词在某种程度上，表达着暴力的要求，因为强制和压迫的匮乏，会导致专政无法施行下去。但这样的暴力不是通俗意义上无端的暴力，特别是社会主义的专政，往往是因循人民的正当性诉求，毛泽东同志曾明确表示，对"地主阶级和官僚资产阶级以及代表这些阶级的国民党反动派及其帮凶们实行专政，实行独裁，压迫这些人，只允许他们规规矩矩，不许他们乱说乱动，如要乱说乱动，立即予以取缔，予以制裁。"[14]由之可见，专政必然伴随着暴力性的强制，但社会主义专政的暴力，乃是为了防止敌对势力的破坏，保障全体人民的福祉；不受法律约束。这一特征包含有两层逻辑，第一层逻辑上的不受法律约束，是指它本身游离在既定法律之外，可以自行创设和废除法律。第二层逻辑上的意思是，在需要使用专政处理的问题上，不是从法权的视角中去审视和对待另一方（敌对势力），不受自己当前制定法的约束，也不将另一方纳入到法律调整的范围内，而是运用更加直接和粗暴的方法调控对方的行为；独断性。专政标志着独断、专断的权力与资格。这种独断主要体现在对外部的态度上，自身的事务由自己作主，外部势力不得干涉本国内政；多数人统治。社会主义的专政一定是内含着多数人统治这一准则的，它追求的是一国之内大多数

[10]参见邓正来（中文版）主编：《布莱克维尔政治学百科全书》，中国政法大学出版社 2002 年 12 月版第 214 页。
[11]列宁：《无产阶级革命和叛徒考茨基》，人民出版社 1964 年第 3 版第 9 页。
[12]毛泽东：《论人民民主专政》，人民出版社 1960 年 10 月版第 9 页。
[13]列宁：《无产阶级革命和叛徒考茨基》，人民出版社 1964 年第 3 版第 8 页。
[14]毛泽东：《论人民民主专政》，人民出版社 1960 年 10 月版第 9 页。

良善民众的幸福生活，并将多数人的意愿上升为国家意志、国家行为，这点也使得社会主义的专政与资本主义专政明显区分开来，资产阶级专政只能代表少数资本家的呼声，而无产阶级专政是国内占大多数的民众在实行统治。

经由上述内容总结归纳，社会主义中的专政反映了无产阶级掌权下的国家状态，是国家和社会的一项治理手段与机制，并通过该手段的实施去凸显人民的主体性及社会主义的国家性质。

（二）紧急状态的概念解析

紧急状态在一般的政治社会意义上所指称的，是“国家依法宣布的一种非常的政治状态。在全国或部分地区的安全或社会秩序因面临战争、动乱或自然灾害而受到严重威胁或破坏时，可以宣布处于紧急状态。通常由国家元首按照宪法的规定宣布。”[15]我国并没有出台专门的《紧急状态法》，因此政治法律意义上的紧急状态内涵可以参照《中华人民共和国突发事件应对法》，其中的突发事件与紧急状态所指称的内容大体相同，该法规定，“突发事件，是指突然发生，造成或者可能造成严重社会危害，需要采取应急处置措施予以应对的自然灾害、事故灾难、公共卫生事件和社会安全事件。”[16]

就紧急状态而言，它在现实中主要体现有四个要素：

1.面对的是“安全事件”。紧急状态所要处理和应对的对象，在性质上是涉及“安全”的，包括对人民生命、财产可能造成的威胁，而不是指一般性的重大事件。这些事件的产生，来源于自然的不可抗力（例如山洪、水涝），人为的事故（例如大范围的交通障碍等）和其他恶性行为（例如恐怖主义行为）。

2.牵涉的是“公共”安全。紧急状态的发生，一定是立基于具有公共性的安全事件，而不是某一个体的安危，对个人的侵害，无论其严重程度以及受侵害人的身份职位，都不能被称作是公共安全事件，这就是要该类事件在影响范围上达到一定的广度，或是波及到相当数量的人群。

3.紧迫性和严重性。紧急状态的开启必须是确有严重的后果发生，同时也难以弥补；或者具备可能发生严重后果的紧迫性。这种紧迫的程度要求政府部门立刻作出回应[17]，否则便会产生极为糟糕的结果与损失，这些后果通常伴有对人数众多的群众生命安全的侵害，或者数额较大的财产损失。“如果通过日常手段或者说通过普通对抗措施就可以恢复社会秩序，则不能称为紧急状态”[18]。

4.紧急事件发生的可能性。紧急状态所面对的事件，既可以是已经发生的严重事件，也涵盖了可能发生的类似事件，亦即“紧急状态的诱因的存在，不论是来自刑事犯罪行

[15]辞海编辑委员会主编：《辞海》，上海辞书出版社 2010 年版第 1959 页。
[16]《中华人民共和国突发事件应对法》第三条。
[17]突发事件发生后，《中华人民共和国突发事件应对法》第七条规定，发生地县级人民政府应当立即采取措施控制事态发展。其中的“立即”展现了事态的紧迫程度。
[18]参见莫纪宏、徐高：《紧急状态法学》，中国人民公安大学出版社 1992 年 4 月版第 87 页。

为，还是出于不可抗力的意外事件”[19]。譬如在人群密集的区域发现炸弹，虽然还未造成民众的现实伤亡，但同样允许被纳入到紧急状态的范畴之内。

结合上文可以发现，紧急状态这一概念的意义，被寓于了相关法律文件当中它反映了一种危急的社会状态，并且被设置成国家用来处理危害社会安全重大事件的一个媒介，只有经由这种状态的宣布，国家才能采取非常的手段和措施加以应对。因此本文认为，在政治法律架构中的紧急状态，超越了一般意义上的社会状态，而是由法律所设定的，经过法律调整的，被法律化了的社会治理机制，国家通过这一机制去处理关乎社会安危的紧急事宜。

与专政的基本语义相比较，二者有着不少共通之处，比如它们面临的都是非常紧急的社会情况，或者危害较大的反动势力，都会带有激进式处断的色彩，但二者也只是“形似”，究其本质的形态结构（主体、对象、实践方式），则是完全不一样的，文章将在以下部分着重予以剖析。

三、关涉主体

专政和紧急状态的关涉主体，既是二者各自机制的主要实施者，还规定着作为一种现实社会状态的的专政与紧急状态的根本性质，同时也主导着这两种状态的走向和具体发展情况，正是关涉主体的差异造成了它们在本质上的分流。

（一）社会主义制度下的专政

1.从无产阶级专政到人民民主专政

“人民民主专政是中国特色的无产阶级专政。”[20]言下之意，人民民主专政是中国的共产党人领导人民群众开辟的一条符合中国国情、具有中国特色的专政道路，使中国的专政不囿于马克思主义的书本教条当中，能够结合中国的现实加以良好地运用。与此同时，它又是无产阶级专政的一种形式，因而其虽然是新颖的，被“中国化”了的，但并没有脱离社会主义的基本立场。

由无产阶级专政到人民民主专政，经历了一段较长的过程。在苏区时期，《中华苏维埃共和国宪法大纲》就曾明确表述，“中国（华）苏维埃共和国根本法（宪法）的任务，在于保证苏维埃区域工农民主专政的政权和达到它在全中国的胜利。”[21]这里提及了工人和农民的民主专政，第一次在法律文件中将民主与专政置于一处进行使用，比普遍意义上的无产阶级专政更进了一步。而后毛泽东同志所作《论人人民主专政》的发表，则标志着人民民主专政的成熟化和理论化[22]。

“无产阶级专政是建立在消灭了阶级对阶级的压迫基础上的，阶级矛盾和阶级斗争

[19]莫纪宏、徐高：《紧急状态法学》，中国人民公安大学出版社 1992 年 4 月版第 95 页。
[20]王伟光：《谈谈民主、国家、阶级和专政》，社会科学文献出版社 2014 年 11 月版第 94 页。
[21]中央档案馆编：《中共中央文件选集》第七册，中共中央党校出版社 1991 年 3 月版第 772 页。
[22]具体详见靳书君、李永杰：《“无产阶级专政”概念中国化考证与疏义》，载《党史研究与教学》2019 年第 2 期。

不是主要矛盾的社会主义制度条件下的新型国家。”[23]我国正处在这样的历史阶段之中，社会上早已不存在一个剥削阶级，故而也就没有了剥削与被剥削的关系，民众之间的差异不再是阶级差异，只是社会分工不同，与之对应的必然是历史上那种激烈的阶级矛盾和阶级对抗的消亡。同时，国家早就将中心工作转移到经济建设上来，我们的所有党政工作都是为了提高人民生活水平、改善民生。在这样的形势之下，虽然无产阶级专政和人民民主专政都可以表达出社会主义的意蕴，但很显然人民民主专政的直接使用显得更为适恰，一是充分彰显了中国特色，二是淡化了阶级斗争的色彩，能很好地反映我国当下的现实国情（紧抓经济建设，构建和谐社会）。

2.缘何是人民

人民民主专政的运用，实质上就已经确立了专政的主体，从中可以明显地看出，专政的主体是人民，但如果继续深究，为何要将无产阶级进一步表述为人民，而不是其它，则会变成一个值得思考的问题。笔者认为，人民主体地位的明确是基于两方面的因素，一是马克思主义的传统和立场，二是国家建设的目标。

我国一切工作的指导思想是马克思主义，而马克思主义者所努力奋斗的任务乃是建立这样一种社会，“社会的每一个成员都能完全自由地发展和发挥它的全部力量，并且不会因此而损害这个社会的基本条件。”[24]也就是说，作为马克思主义追随者的共产党人，所要建立的社会是为社会当中所有人服务的，而人民一词具有相当程度的广泛性，正是这一传统的生动表现。但除了指导思想，人民作为主体，更重要的是有着现实物质性的要求，即我们国家建设的目标是社会主义国家，鉴于这一目标的设立，就必须将人民置于首要地位，主体决定性质，只有人民成为主体才表征着无产阶级的掌权，并昭示着社会主义的国家性质，同时与代表少数人利益的资产阶级专政，抑或其它形式的专政相区分开来。另外，一个国家的执政党，是不是领导人民，是不是服务人民，也是政权性质更深层次的体现。在这点上，作为中国唯一和长期的执政党的中国共产党，表现出了足够的诚意，首先是在中共的领导下，国家的一切权力属于人民被写入了宪法条文[25]，不过共产党人的脚步并不仅限于此，因为在资产阶级专政的国家，类似全体人民掌握国家权力的内容，同样被规定进了相关的政治或法律文件中[26]，为了防止《宪法》耽于纸面之上，在中国共产党的推动之下，建构了人民代表大会这样一套制度设计，充分保障了全体人民可以通过切实途径去行使国家权力。可以说，只要中国坚持社会主义，就要坚持以人民为主体的专政，脱离了人民的专政，是失去社会主义底色的专政，是无法行得通的。

（二）国家统辖下的应急管理

[23]王伟光：《谈谈民主、国家、阶级和专政》，社会科学文献出版社 2014 年 11 月版第 93 页。
[24]中共中央马克思恩格斯列宁斯大林编译局编译：《共产党宣言》附录，人民出版社 2018 年 3 月版第 69 页。
[25]参见《中华人民共和国宪法》第二条。
[26]例如法国《人权宣言》就声称，每一个公民皆有权亲自或由其代表去参与法律的制定。参见《人权宣言》第六条。资本主义国家往往会通过语词的游戏来掩盖其虚假民主的本质。

1.国家决定紧急状态的起止

紧急状态这一机制的实施主体是国家，这首先体现在由国家最高行政机关对紧急状态作出界定和划分，《突发事件应对法》里明确规定，“按照社会危害程度、影响范围等因素，自然灾害、事故灾难、公共卫生事件分为特别重大、重大、较大和一般四级。法律、行政法规或者国务院另有规定的，从其规定。”[27]

这一法律规定包含有两层意义，一是国家掌握有宣布紧急状态的权力，即确定当前的社会状态是否可以被认定为紧急状态，二是国家政府部门需要对此时的社会状态达致何种程度的危险作出具体划分。就第一点而言，表明了国家在紧急状态的发生过程中，始终处于着主导地位，既可以决定这一状态的开始，又控制着何时让它终止的权力。而从第二点来看，国家不仅享有决定紧急状态是否发生和结束的权力，对于紧急状态级别的划分，更是暗含着国家与政府对于紧急状态的具体过程同样具有管控效力，进一步说，就是国家对紧急状态的权力不是局限于宣告，而是在这一状态中，要将国家的“触角”延伸到每一个细节的治理，从始至终都有着主导性的权力，因此它不是一个形式主体，而是一个具备全方位掌控力的真实主体。

2.国家统一领导下的紧急状态

紧急状态里的一切事务需要由国家统一领导，这种领导囊括了事前和事中的阶段，事前的领导主要体现在，“国家建立重大突发事件风险评估体系，对可能发生的突发事件进行综合性评估，减少重大突发事件的发生，最大限度地减轻重大突发事件的影响。”[28]这就要求国家在紧急事件发生之前就做好预防工作和布置好一系列的应对措施，以避免紧急事件发生时猝不及防，造成严重损失。事中的领导又包含有两方面的内容，一是国家（中央部门）统一安排和调动，二是在国家内部的分级、分区域领导，国家的整体领导主要是由“国家建立有效的社会动员机制，增强全民的公共安全和防范风险的意识，提高全社会的避险救助能力。”[29]同时，“国务院在总理领导下研究、决定和部署特别重大突发事件的应对工作；根据实际需要，设立国家突发事件应急指挥机构，负责突发事件应对工作；必要时，国务院可以派出工作组指导有关工作。”[30]分级、分区域领导则是出于紧急状态的地域性考量，“县级人民政府对本行政区域内突发事件的应对工作负责；涉及两个以上行政区域的，由有关行政区域共同的上一级人民政府负责，或者由各有关行政区域的上一级人民政府共同负责。突发事件发生后，发生地县级人民政府应当立即采取措施控制事态发展，组织开展应急救援和处置工作，并立即向上一级人民政府报告，必要时可以越级上报。突发事件发生地县级人民政府不能消除或者不能有效控制突发事件引起的严重社会危害的，应当及时向上级人民政府报告。上级人民政府应当及

[27]《中华人民共和国突发事件应对法》，第三条。
[28]同上，第五条。
[29]同上，第六条。
[30]同上，第八条。

时采取措施，统一领导应急处置工作。”[31]

紧急状态的主体与专政的主体相比，有一定的共通之处，例如二者都是实质主体，而非一个仅仅对某种状态行使宣告权的“虚位”主体。不过它们之间更多的还是差异，专政的主体指称的是一群“人”，二紧急状态的主体不是独立的人，而是国家（机构）；同时专政的主体是由国家建立的目标所确定的，并决定着国家的性质，紧急状态的主体则是通过国家的法律文件所规定，来源和根植于现行法律之内；最重要的是，专政是一经相关主体掌权便已开始进入到这样的状态中，无需专门程序予以宣告，但紧急状态必须由主体按法定程序宣告方可启动。

四、目标对象

目标对象是引发某种社会状态的人或事件，也是有关社会治理机制需要应对和处理的问题及其制造者，因而也是该状态中主体的行为或权力施加的目标。专政和紧急状态作为两种不同性质的社会状态与治理形式所要面临的具体问题，自然也是不尽相同的。

（一）破坏社会主义建设的敌对分子

关于社会主义的专政要求打击的对象，毛泽东同志在《论人民民主专政》中已然给出了清晰的回答，“对于人民内部，则实行民主制度，人民有言论、集会结社等项的自由权。选举权，只给人民，不给反动派。这两方面，对人民内部的民主方面和对反动派的专政方面。互相结合起来，就是人民民主专政。”[32]简言之，专政的对象可以统一概括为反动派，但随之而来的问题是，毛泽东的《论人民民主专政》创作于新民主主义革命时期，新中国成立的前夕，在历经岁月的变迁之后，其对象是否发生了变化。实际上，邓小平早在上世纪 70 年代末的时候，就俨然注意到了这一问题，他强调“我们必须看到，在社会主义社会。仍然有反革命分子，有敌特分子，有各种破坏社会主义秩序的刑事犯罪分子和其他坏分子，有贪污盗窃、投机倒把的新剥削分子，并且这种现象在长时期内不可能完全消灭。同他们的斗争不同于过去历史上阶级对阶级的斗争（他们不可能形成一个公开的完整的阶级），但仍然是一种特殊形式的阶级斗争，或者说是历史上的阶级斗争在社会主义条件下的特殊形式的遗留。对于这一切反社会主义的分子仍然必须实行专政。”[33]这一论断在现在仍具有现实意义，也就是说，在改革开放后，在以经济建设为中心的今天，依旧不可避免的存在反动势力、破坏社会主义建设的敌对分子，是为专政要处理的对象。不过笔者认为，就一般的犯罪分子和反动分子之间，还是需要进行一定的区分，不能将普通的犯罪分子也一概扩大为专政对象。从“破坏社会主义建设的敌对分子”这一语词结构中能够看出，只有满足了三个条件才可以成为专政对象。

首先，要有严重的破坏行为。任何人或组织，必须要有“破坏”行动才能变成专政的

[31]同上，第七条。
[32]毛泽东：《论人民民主专政》，人民出版社 1960 年 10 月版第 9 页。
[33]邓小平：《邓小平文选》第二卷，人民出版社 1994 年 10 月第 2 版第 169 页。

对象。“它们明确威胁着国家的存在和民主的存在，政府因此有正当理由诉诸专政性的制度和权力”[34]。这类行为的行为包含了两面内容，语言行为以及身体行为，在当今的中国，不乏通过网络媒介，大肆散布颠覆性的、歪曲客观事实的某些煽动性言论，借此丑化，攻击党和政府的坏分子，同时，还有不少人并不止步于言语上的恣意抹黑，某些动乱分子，“身体力行”地做着各种打砸抢的举动，公然挑衅国家的基本国策，他们“以暴力反叛的形式抵制法律执行，或者执意非法地攫取该权威，或者甚至完全破坏它”[35]，这些人都属于应当予以专政打击的对象。

其次，要有强烈的目的性。必须以破坏“社会主义”建设为 目标的人，才会是专政对象。在新时代的中国，和谐与发展是党和政府的主要命题，虽然有敌对势力的存在，但整体形势是向好，严格把控专政对象的范围，讲通常的犯罪和破坏社会主义的行为相区别，可以防止专政的“扩大化”，造成不必要的紧张局面。普通的犯罪虽然对社会主义建设有着客观的破坏性，但大多是出于私利，为了自己的欲求（属于人民内部矛盾），而敌对分子是单纯地想要推翻社会主义制度，否定党的领导，出发点的不同决定了只能对后者实施专政制裁。

最后，专政对象是敌对“分子”，亦即一系列意图的实行和操作，必须是由具体的人或者组织完成的，专政所面对的对象，一定是“人”。重大自然灾害或其它非人为灾害，即使确对社会主义建设造成了阻碍，但都属于不可抗力的影响，不能成为专政的对象。

（二）突发事件或紧急事件

触发紧急状态机制的，一般而言来自于突发事件或者紧急事件，二者大体相同，这些事件既可能是人为因素造成的，也可能是自然因素造成的。紧急事件是指“突然发生、具有不确定性、需要响应主体立即做出反应并得到有效控制的危害性事件。”[36]而突发事件的定义，上文已经给出，此处不再赘述[37],虽然它们在概念上有一定的差别，但在构成要素上是相同的，都需要具备以下几个要件。

第一，事件发生的突然性。突发或紧急的事件在发生节点上一定是突然的，换言之，是人们很难准确预测到的，因此也难以作出较好的防备。就自然灾害类事件来看，其爆发肯定是随机的和无法控制的，即便在事发前监测到些许征兆，也不能认定它是否必然发生，更不可能通过人为干预去阻值它的发生。另外，纵使是有意图、有预谋的人为事件，其发起者往往也是进行突然袭击，从而造成一种群体性的恐惧效应，破坏社会安全感，以达到制造混乱的目的。

第二，事件的社会危害性。它们“威胁到人民生命财产之安全；阻止了国家权力机关之正常运作；影响人们之间依法活动；必须采取特殊的对抗措施才能恢复秩序”[38]。

---

[34][美]罗斯托：《宪法专政：现代民主国家中的危机政府》，华夏出版社 2005 年版第 19 页。
[35]同上。
[36]朱力：《突发事件的概念、要素与类型》，载《南京社会科学》2007 年第 11 期。
[37]参见《中华人民共和国突发事件应对法》第二条。
[38]莫纪宏、徐高：《紧急状态法学》，中国人民公安大学出版社 1992 年 4 月版第 88 页。

这其中又涉及两层含义，一种是说该类事件在发生之后，会产生极大的危害，是“具有负面性质的事件，而不是中性的事件。在宏观上会给社会，中观上会给社区、组织，微观上会给家庭、个人带来一定程度的损失，这种损失包括物质层面的人力、物力、财力甚至生命的损失，精神层面会给社会秩序与人们心理造成伤害。”[39]另一种是指这些恶性事件的爆发被扼杀在了可能性的萌芽状态，但为了阻止它的进一步扩散，调动了大量资源进行排查，并且导致了民众的恐慌情绪，这对社会的安定来讲，同样是具有危害性的。

第三，事件制造者的不确定性。此处的不确定性不是指事件发生之后，难以确定其制造者，而是在事前很难明确，这一点也是与突然性要件相联系的。在自然灾害方面，例如地震、海啸等自然现象，虽然人类科技已经能够对它们做出监测，但在准确预测时间、地点等内容上还是存在很大困难的，只能是尽量在房屋抗震指数的增强、群众防震意识的提高上做好相应的工作。而在人为事件方面，也较难确认什么人会进行破坏行动，虽说可以列出重点关注的潜在犯罪人群，但这之中依然存在极大的不确定因素，唯一可以采取的防范措施就是加强治安戒备。

由此可见，在目标对象上，专政和紧急状态有着极为巨大的差别，专政所要制裁的是一群人，紧急状态则既会处理由人引起的事件，也会牵涉由自然现象引起造成的灾祸，并且引发专政机制运行的人都具有强烈的破坏性图谋，而紧急状态中除了部分行为人有相关的意思表示之外，那些自然的灾难都是无关乎主观性的。此外，在时间上紧急状态要求及时应对相关状况，立即采取措施解决，以便迅速恢复到正常的社会秩序当中，并且可以短期见效。专政与之有所迥异，在对敌对势力的斗争上，许多时候会呈现出长期性和复杂性的特点，很少能够毕其功于一役。

五、实践方式

除了静态结构方面的差分辨，专政和紧急状态在实践维度上，也彰显出了不同的实践架构，这主要体现在它们与法律的关系、对基本权利的限制以及持续时间上的不同。

（一）专政及紧急状态与法律的关系

专政和紧急状态在对法律之关系上是大相径庭的。社会主义的专政作为一种无产阶级掌权的现实状态，不是产生于当前法律的要求，这一状态自无产阶级推翻资产阶级统治，掌握国家政权时便已开始，因此是一种事实状态，而非规范状态。与此同时，在达致这一社会状态后，还要创设属于无产阶级的法律，并促成一种真正意义上的民主，列宁强调“只有无产阶级专政才能使人类摆脱资本的压迫，彻底认清资产阶级民主这种**富人的**民主是谎言、欺骗和伪善，才能实行**穷人的**民主，也就是使工人和贫苦农民**事实上**享受到民主的好处，而现在（甚至在最民主的**—资产阶级的—**共和制度下）大多数劳动

[39]朱力：《突发事件的概念、要素与类型》，载《南京社会科学》2007 年第 11 期。

者**事实上**是享受不到民主的这些好处的。”[40]在这里，专政是起点（在法律之前），法律是媒介，并最终实现普惠全民的、实质意义上的民主。另外，当专政作为一种具体的社会治理机制时。也是可以超脱自身所订立的法律，去对破坏社会主义的敌对分子进行惩戒的。

紧急状态的来源及实施扎根于法律之中，它的发生和界定都要根据法律而行。这主要体现在一是紧急状态由法律加以确认，二是在其实践过程中，依旧需要遵循一些最基本的法律原则。在第一点上，紧急状态在有些国家会被规定在宪法当中[41]，在其它部分国家则有紧急状态类法律进行明确，可以说如果没有法律的明文规定，便不存在紧急状态这样一种法律化的社会治理机制。同时，在确立紧急状态这一机制后，即使允许采用一些较为极端的紧急措施，这种行动也是在事先就得到法律的授权的，并未超越法律的范围。在第二点上，紧急措施的实行应当以某些法律原则为界，“虽然紧急状态发生之后，无法通过常规的法律进行应对，但这不能成为紧急权力恣意妄为的理由，更不能成为在应对紧急状态的过程中规避法律甚至违背法律精神和原则的理由”[42]，例如对人权的尊重，“在紧急状态下无论情势多么危急，采取克减人权的措施也不能触及人的尊严的基本标准，这是人之为人的最后防线。”[43]

（二）对基本权利的限制

在专政这一处理机制的运作上，往往是不考虑目标对象的基本权利的，列宁在《国家消亡的经济基础》中论述道，“无产阶级专政，即被压迫者先锋队组织成为统治阶级来镇压压迫者，不能仅仅只是扩大民主。**除了**把民主制度大规模地扩大，使它**第一次**成为穷人的、人民的而不是富人的民主制度之外，无产阶级专政还要对压迫者、剥削者、资本家采取一系列剥夺自由的措施。为了使人类从雇佣奴隶制下面解放出来，我们必须镇压这些人，必须用强力粉碎他们的反抗，—显然，凡是实行镇压和使用暴力的地方，也就没有自由，没有民主。”[44]很明显，专政的实践操作是通过暴力压迫来剥夺剥削者的自由，虽然今日的中国已没有独立的剥削阶级，但在对待敌对分子的方式上，仍旧是一样，由“剥夺自由”可以解读出，在敌对势力的处理上，要彻底剥夺他们的基本法律权利，不能同他们讲民主、谈自由，对这些人是一种全面的压迫，而不是予以简单的法律制裁，从法律上取缔他们的自由权[45]。

---

[40]中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局编译：《列宁全集》第三十五卷，人民出版社 1985 年 10 月第 2 版第 385 页。

[41]有关国外具体立法内容可参见徐高、莫纪宏编：《外国紧急状态法律制度》第二部分《外国紧急状态立法事例》，法律出版社 1994 年版第 233—302 页。

[42]参见王安鹏：《我国宪法上的紧急状态条款研究》，北京大学出版社 2014 年 3 月版第 178 页。

[43]李卫海：《紧急状态下的人权克减研究》，中国法制出版社 2007 年 7 月版第 122 页。

[44]中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局编译：《列宁全集》第三十五卷，人民出版社 1985 年 10 月第 2 版第 84—85 页。

[45]甚至在以民主自由标榜的美国，其宪法专政所针对的也是公民自由和经济自由的缩减，政府认为有必要限制公民的自由言论权、和平集会权、住宅不可侵犯权、免服兵役权甚至还包括罢免公民代表的权利。参见[美]罗斯托：《宪法专政：现代民主国家中的危机政府》，华夏出版社 2005 年版第 318 页。这也是专政的一种本质体现。

反观紧急状态，则与专政大不一样，要时刻提防对公民基本权利的侵害，尽量避免对基本权利的限制。台湾学者黄俊杰认为，“纵然在紧急状态中，也应对人民之基本权利予以尊重，若为达到防卫措施之目的，亦仅得对人民之基本权利依宪法所明定者予以暂时之限制，并且，必须注意到比例原则之适用，也就是，不可以恣意及过度限制人民之基本权利。”[46]他的观点表达出了两层要义，一是在紧急状态之中，可以对公民基本权利进行一定的限制，为了实现消除紧急情势的目标，恢复正常社会秩序，这是由其正当性和现实必要性的。二是这样的限制必须是有法律依据的，不是随意的和任性的，其“实施强度应当与紧急状态所表现出的总体危害程度或态势相适应，不能为了单纯应对紧急状态而过度损害公民的基本权利或其他正常的社会秩序、公共利益或其他利益主体的利益”[47]。且值得注意的是，紧急状态下对基本权利的介入，在程度上页仅仅只能是囿于“限制”，而不能直接剥夺。

（三）持续时间

作为紧急状态而存在的专政和紧急状态，在在持续时间上也是略显不同的。从持续时间来看，专政可以划分为三种类型，“（1）作为应急性措施的专政。仅仅是在国家非常时期化解危机的临时性举措。（2）过渡性专政。一般出现在社会基本制度开始转型的大革命时期。（3）常态性的体制化专政。它是一种完全固化了的体制化专政。”[48]社会主义的专政，尤其是我国的人民民主专政，应当属于第三种形态，即一种长时间持续的专政状态。不过需要明晰的是，虽然历史上一些法西斯国家也会展现出第三种类型的专政状态，但因为其主体不是人民，也不会与民主相搭配，在人民内部实行民主，因此这样的专政只是在时间的表现形式上与社会主义的专政有些许相似之处，但在本质上却是截然不同的。人民民主专政早已被写进宪法，这也意味着其不仅是限于一种事实状态，同时也具备了法律的某些规范属性，并且将长时期延续下去。

紧急状态与专政相异，它始终是正常社会状态之外的一种“例外”，通常不会成为社会的普遍形式[49]。参考相关立法目的，以《中华人民共和国突发事件应对法》为例，其条文就明确指出，“为了预防和减少突发事件的发生，控制、减轻和消除突发事件引起的严重社会危害，规范突发事件应对活动，保护人民生命财产安全，维护国家安全、公共安全、环境安全和社会秩序，制定本法。”[50]从中可以看出，国家必须尽量避免这种状况的发生，即使万不得已出现了类似情势，也要及时加以控制，迅速消除这样的紧急状态，因此整个状态的持续时间就不会太长。

---

[46]黄俊杰：《法治国家之国家紧急权》，元照出版有限公司 2001 年 3 月版第 146 页。
[47]王安鹏：《我国宪法上的紧急状态条款研究》，北京大学出版社 2014 年 3 月版第 180 页。
[48]参见郑成良：《专政的源流及其与法治国家的关系》，载《交大法学》2014 年第 4 期。
[49]虽然上世纪 80 年，曾有多个国家，例如阿根廷、哥伦比亚均宣称本国是长期处于紧急状态，然而本文认为，这只是一种政治名义上的宣告，并非是严格和典型意义上的法律设计。相关调查资料转引自孟涛：《紧急权力法及其理论的演变》，《法学研究》2012 年第 1 期。
[50]《中华人民共和国突发事件应对法》，第一条。

六、结语

本文对专政与紧急状态做了语义的平面化梳理和自身结构的立体化对照，力求全方位地对二者进行比较，其中可以发现，专政及紧急状态既有相似与重叠之处，更有布局和功能上的差异，故而对它们的理解与使用不可随意混淆，应该依据现实社会情态加以区分和运用。

另外，经过全文的讨论，主要可以起到以下三个方面的作用。

第一，明确专政与紧急状态的主体不一样，专政的主体是人民，不是国家，所以在专政实施过程中，人民是占据主导地位的，由人民对敌对分子进行镇压，而不是国家和政府自上到下地管理人民，同时，中国的大多数民众都是拥护社会主义的人民一分子，故此自己就是专政主体的一部分，进而无需恐惧于专政中具有的压迫性，这有助于缓解普通民众对专政这一语词天然的紧张情绪，转变“谈专政变色”的社会情形。

第二，专政和紧急状态各有千秋，在国家和社会生活中都有自己需要扮演的角色与完成的任务（一个负责与外部敌对势力的矛盾，一个负责人民内部矛盾），因此既不能耽于专政之名，直接架空法律，而要坚持全面依法治国不改变，更不能由于法治的践行便放弃专政。

第三，最重要的是，在坚持专政的基础上，还要使专政的实行更有方向感，即专政的存在是为了呵护人民的民主，邓小平指出，“没有民主就没有社会主义，就没有社会主义的现代化。”[51]同时，“没有无产阶级专政，我们就不可能保卫从而也不可能建设社会主义。”[52]对于某些存在不稳定因素的地区，一旦产生非紧急状态所能描述和掌控的情况，就务必要采用专政的手段予以遏制，例如剥夺那些破坏分子的选举和言论等权利，因为这不是将其纳入法律范畴之内加以约束，就会使问题得到解决的。民主的逻辑实际上已经包含在了整个专政的逻辑当中，没有专政，人民的民主便无从保障，只会造成动乱。因而坚持人民民主专政，我们要抱有理直气壮的态度。

综上所述，对专政和紧急状态的细致辨析，具有非常深刻的意义和现实的指导作用，不过二者的关系是深邃而复杂的，亦仍有颇多值得挖掘之处，故而依旧需要我们在日后的工作中继续加深相关研究。

---

[51]邓小平：《邓小平文选》第二卷，人民出版社 1994 年 10 月第 2 版第 168 页。
[52]同上书，第 169 页。

《民法典》居住权的社会功能解析

付承为[1]

【摘　要】作为《民法典》的一项新设制度，对居住权制度的社会功能进行解析，既是对居住权制度设立必要性的确证，又是对居住权制度社会价值的发掘，亦是对居住权制度隐含问题的透析。在民法系统内，居住权相较其他制度具有不可替代的功能优势且起到良好的体系协调功能。居住权的社会功能可从正、负两方面考察，居住权的正功能主要体现在社会保障、经济促进和伦理价值稳固三个方面，其中，既包含因居住权的立法目的和制度设计而具备的直接功能，亦涵盖其与其他制度对接而可以衍生的间接功能。居住权制度的负功能风险表现在道德风险、养老积极性降低和居住权人生活不便等方面，这些潜在的风险如果发生，将会在一定程度上减损居住权的制度价值，影响居住权制度的适用广度和深度。

【关键词】民法典；居住权；社会功能；正功能；负功能

社会是一个整体性的系统，它包含着价值、经济、政治、法律等子系统，法律系统在社会中起到社会整合的作用。[2]法律系统社会功能的发挥表现在通过社会互动而与其他系统产生“输入——输出”的交换关系，[3]从而产生法律意欲的社会效果。居住权作为一项具体的法律制度，它首先具备法律系统内部不可替代的制度功能，同时又在社会保障、经济发展和伦理价值等方面发挥作用，而在具体运行中，又可能发生一些立法目的涵射范围外的潜在负功能。在学界当前的研究中，缺乏对居住权制度社会功能的全面系统梳理，对居住权正负两方面功能的清单式呈现，将使我们更加明确居住权制度的立法定位和社会价值，对居住权的制度前景和实施效果拥有更加清晰的洞见。

一、居住权的权利属性

居住权可以理解为广义和狭义两个层面，广义的“居住权”属人权的基本范畴，狭义的居住权仅是《民法典》用益物权之一类。本文讲的是狭义的居住权，广义“居住权”的分析有助于我们从基本权利层面解析居住权的基本属性，为狭义居住权提供价值性指引。

（一）作为基本权利的广义“居住权”

《经济、社会及文化权利国际公约》第 11 条第 1 款规定:“本公约缔约各国承认人人有权为他自己和家庭获得相当的生活水准，包括足够的食物 、衣着和住房，并能不断改进生活条件 。”住房是居住的载体，是实现正常生活居住的前提。一定水准的居住

[1] 作者简介：付承为，1992 年生，男，河南林州人，西南政法大学法学理论专业博士研究生。
[2] 参见[美]柯林斯：《发现社会》，李霞译，商务印书馆 2014 年版，第 335 页。
[3] 参见刘润忠：《试析结构功能主义及其社会理论》，载《天津社会科学》2005 年第 3 期。

条件是人类生存生活的当然需求和保障前提，“居住权”是人权的基本要求和当然生发，是基于人的生活本质必须享有的基本权利。居住的语义是“较长时期地住在一个地方”[4]，长期稳定是居住的应有之意和核心要求。我国《宪法》第 39 条规定了“中华人民共和国公民的住宅不受侵犯”的基本权利，核心目的就是保障公民居住生活的安定性。可见，广义的“居住权”应上升为人人享有的基本人权，稳定性、安定性是“居住权”的基本属性。狭义的居住权仅是这种权利实现过程中针对专门群体的一种具体的保障性权利，必须依循广义“居住权”的基本属性定位和价值要求。

（二）作为用益物权的狭义居住权

1.居住权的制度源起与流变

居住权的适用范围和功能定位随着社会变迁逐渐扩宽。一般认为，居住权制度由罗马皇帝优士丁尼于公元 6 世纪[5] 通过颁布敕令正式创立，它是一种以古罗马的等级式家长制为制度基础，突出保障功能且主体限定的人役权。[6]其功能是解决家长死后无夫权婚姻中的女性以及解放奴隶的生活居住问题。[7]居住权权利期限是居住权人终身，设立方式为遗嘱设立，权利范围限于使用权，权利不得转让、继承或赠与。近现代以来，大陆法系国家普遍采纳了居住权制度，并将其功能范围逐渐扩展。1804 年《法国民法典》基于契约自由原则放宽了居住权的限制性要求，“居住权制度不再形式单一，其权利、义务之内容和权利存续期限均可以由权利设定当事人约定。”[8]1900 年《德国民法典》追随罗马法传统设立了严格的居住权制度，[9]但德国在 20 世纪通过制定《用益权及限制的人役权让与法》《住宅所有权及长期居住权法》《分时段居住法》等法律，扩展了居住权的适用范围和权利边界，允许居住权人转让、继承、出租居住权以获得收益。[10]目前为止，欧陆主要国家，美洲、非洲部分国家以及亚洲少数国家和地区（尤其我国澳门）都广泛且明确规定了居住权制度。[11]

2. 我国居住权的规范含义

在论述居住权的功能之前，必须先对《民法典》居住权的法律规定进行规范解析，否则对其功能的分析只是“空中楼阁”。我国的居住权是为满足生活居住需要，按照合同约定对他人住宅享有占有、使用的用益物权。居住权人仅限自然人，[12]居住权的客体是“他

---

[4] 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》（第 7 版），商务印书馆 2016 年版，第 703 页。

[5] 具体年份，一说 533 年，参见肖俊：《“居住”如何成为一种物权——从罗马法传统到当代中国居住权立法》，载《法律科学(西北政法大学学报)》2019 年第 3 期；一说 530 年，参见汪洋：《从用益权到居住权：罗马法人役权的流变史》，载《学术月刊》2019 年第 7 期。

[6] 参见鲁晓明：《“居住权”之定位与规则设计》，载《中国法学》2019 年第 3 期。

[7] 周枏:《罗马法原论》(上册)，北京：商务印书馆 1994 年版，第 361 页。

[8] 陶钟太朗,杨环：《论居住权制度在近现代的发展——以西欧主流民法国家为考察对象》，载《西南农业大学学报(社会科学版)》2011 年第 7 期。

[9] 参见陶钟太朗,杨环：《论居住权制度在近现代的发展——以西欧主流民法国家为考察对象》，载《西南农业大学学报(社会科学版)》2011 年第 7 期。

[10] 参见鲁晓明：《“居住权”之定位与规则设计》，载《中国法学》2019 年第 3 期。

[11] 参见申卫星：《从“居住有其屋”到“住有所居”——我国民法典分则创设居住权制度的立法构想》，载《现代法学》2018 年第 2 期。

[12] 参见钱明星：《关于在我国物权法中设置居住权的几个问题》，载《中国法学》2001 年第 5 期。

人的住宅”，所有权和居住权相分离，且限于居住用房，排除商业、工业等其他类型房屋，表征生活居住属性。居住权人对住宅享有占有、使用权能，不得转让、继承，所有权人除另有约定外不得出租该住宅。居住权的设立方式是合同或遗嘱，充分尊重民间习惯和当事人意思自治。居住权原则上无偿设立，但并未排除有偿设立，既突出保障性又兼顾经济性。居住权的成立采用登记生效主义，彰显不动产物权的公示对抗属性。居住权期限届满和居住权人死亡的，居住权消灭，注销登记起公示作用。居住权属于用益物权的一种，当然适用用益物权和物权的一般规定，设立上当然适用合同或遗嘱的相关规定。居住权的制度设计直接决定了其社会功能的范围和实现程度。

二、居住权的法律系统内功能

（一）居住权功能的不可替代性

作为一项新的法律制度，居住权设立的必要性，首先在于出现社会新问题而产生立法需求，从功能角度讲，要有制度发挥功能的社会条件，否则只能沦为“屠龙术”；其次现有的法律制度无法有效解决该社会问题，而居住权制度因其功能的不可替代性而引入到立法中。

《物权法》立法过程中，2002 年《物权法（征求意见稿）》首次规定了居住权，2005 年《物权法（草案）》第十五章第 180-191 条对居住权进行了更加详细的规定。但是因为理论界和实务界争议较多，全国人大法律委员会认为居住权适用面较为狭窄，主要是保护养老、离婚、丧偶、保姆等弱势群体的利益。基于家庭关系的居住权问题可以通过赡养、抚养规则调整，租赁关系居住权则可以通过合同法调整，没有单独立法的必要性，因而建议删除有关居住权的规定。[13]亦即一方面没有居住权制度发挥功能的社会实践需求，以《物权法》生效的 2007 年为例，中国裁判文书网关于居住权的案件仅有 17 件，[14]可见，当时即便居住权入法，有极大的可能性也仅产生非功能，“即与我们所考察之体系无关的后果”，[15]既无积极作用，亦无消极后果，从而流于“具文”。另一方面，当时的观点认为，居住权的功能能够被其他制度发挥，居住权在法律体系内没有独立的功能价值，因而毋须立法。

随着社会发展，居住权功能发挥的社会条件逐渐具备，居住权功能的不可替代性也逐渐被认识到。我国已经进入高离婚率和老龄化时代，相比《物权法》颁布的 2007 年，全国离婚对数由 209.8 万增至 2018 年的 446.1 万对，2007 年全国 60 岁及以上老人占全国总人口的 11.6％，2018 年增至 17.9%。[16]因居住权而引起的纠纷也暴增，截止 2019

---

[13] 参见全国人大常委会法工委民法室编著：《物权法立法背景与观点全集》，法律出版社 2007 年版，第 49 页。

[14] 在中国裁判文书网以民事案件、居住权为关键词进行全文检索，2007 年 1 月 1 日-12 月 31 日共有 17 件法律文书。中国裁判文书网，网址 http://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html?pageId=4a9e783e60fca04a6558b3ee09b11c0b&s8=03，2020 年 6 月 2 日访问。

[15] [美]默顿：《论理论社会学》，何凡兴等译，华夏出版社 1990 年版，第 120 页。

[16] 数据来源：《2007 年民政事业发展统计报告》《2018 年民政事业发展统计公报》，中华人民共和国民政部官方网站，

年中国裁判文书网关于居住权的案件增至 7790 起。[17]居住权发挥功能的社会需求日益强烈、社会条件已然具备。另外，越来越多的学者认识到，现有制度并不能有效替代居住权制度的功能，租赁合同、遗嘱、遗赠等债权性质的保护无法有效对抗第三人和保证居住的稳定性，家庭成员间的抚养、赡养、扶助义务违反的后果是给付抚养费、赡养费，也没有居住保障内容，现有的保障性住房制度限于城镇且覆盖面较窄且实践中问题百出，无法给予“夹心层”当事人充分保护。[18]居住权具有独立的功能定位，居住权的物权属性保证了权利的稳定性，通过合同、遗嘱设立的方式充分尊重当事人的意思自治，保证了权利的灵活性。居住权功能的不可替代性随着社会变迁逐渐凸显，学界和实务界对于居住权设立的支持意见逐渐占据主导地位。

（二）居住权的民法体系协调功能

居住权作为一种用益物权，它的制度设计主要意在保护婚姻、养老、丧偶等家庭关系中的居住问题，能够起到很好的连接所有权制度与婚姻家庭制度的制度协调功能。

在反对设立居住权的意见中，有一种意见认为居住权与现代社会经济效益的基本观念不符，有碍经济之流通。[19]物权制度是市场经济的基础性制度之一，主要功能定位是确认财产归属，保证财产安全，降低交易成本，从而充分发挥财产效用，促进经济发展；理顺财产关系和其背后的社会利益关系，减少财产纠纷，降低管理成本，保证经济秩序。[20]而传统的居住权，则是为保障婚姻家庭弱势群体利益所设，这种功能定位突出的是保障性的功能属性，居住权一经设立，所有权人的权利减损，不利于财产流通，从而与物权的功能定位发生抵牾，故而认为居住权作为一种物权是不合理的。亦即，传统居住权的物权属性与婚姻家庭弱势群体居住保障属性之间存在功能冲突。

基于此，我国居住权立法对此进行了回应，《民法典》第 368 条规定“居住权无偿设立，但是当事人另有约定的除外。”无偿设立原则充分表征了居住权保障亲属居住权益的功能定位，但书则充分体现了意思自治，保证了财产自主权，使得居住权既能充分发挥其保障功能，又能发挥其经济功能。婚姻家庭制度的核心功能是建立和维护健康的婚姻家庭秩序，[21]通过物权性权利来有效保护婚姻家庭中弱势群体的居住权益，更有助于实现婚姻家庭制度的社会功能。可以说，居住权制度有效连接了所有权制度和婚姻家庭制度，促进了民法体系的协调。如前《婚姻法》规定的离婚之后对困难一方住房帮助的义务，《民法典》修改为“有负担能力的另一方应当给予适当帮助”（《民法典》第 1090

---

http://www.mca.gov.cn/article/sj/tjgb/，最后访问时间 2020 年 6 月 8 日。

[17] 在中国裁判文书网以民事案件、居住权为关键词进行全文检索，2019 年 2007 年 1 月 1 日-12 月 31 日共有 7790 件法律文书，中国裁判文书网，网址 http://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html?pageId=4a9e783e60fca04a6558b3ee09b11c0b&s8=03，最后访问时间 2020 年 6 月 2 日。

[18] 参见单平基：《<民法典>草案之居住权规范的检讨和完善》，载《当代法学》2019 年第 1 期。

[19] 参见郑玉波:《民法物权》,三民书局 1992 年版，第 181 页。

[20] 参见王家国：《所有权的拟制属性与社会功能——兼论“公的所有权”及其实现路径》，载《法制与社会发展》2015 年第 4 期。

[21] 参见屈茂辉、粟瑜：《论民法的社会功能》，载《湖南师范大学社会科学学报》2006 年第 5 期。

条），便不再强调离婚后的住房帮助义务，因为居住权制度足以提供更好的保护。

三、居住权的正功能解析

（一）社会保障功能

居住权产生之初，就是一种保障性权利。基于居住权的制度设计，居住权可以实现离婚、丧偶、养老、保姆等社会弱势群体居住保障的直接功能。同时，居住权制度为我国保障性住房政策改革提供了新的思路，能够发挥更大空间的间接功能。

1.直接保障功能

在法律体系中，社会保障功能一般由社会法承担。民法的核心功能定位是平等地确认和保障私权，[22]私领域是民法的功能空间，初次分配是民法功能实现的分配环节，形式正义是其价值导向。社会法的基本功能定位在于对弱者与贫者提供法律上稳定的补给、救助与支援[23]，社会公共领域是社会法的功能空间，二次分配是社会法功能实现的分配环节，实质公平是其价值坚守。两者的价值指向、功能定位和功能发挥空间与环节均存在差异。作为民法一部的居住权，其首要的功能定位是保护离婚、丧偶、养老、保姆等弱势群体的生活居住问题，这种社会保障功能的定位是否有“越俎代庖”“牝鸡司晨”之嫌？

梁慧星教授以 20 世纪为界，将民法分为近代民法和现代民法。近代民法发端于 17、18 世纪，成熟于 19 世纪的法典化运动，[24]自由资本主义是其生成的社会经济基础，私权利本位是其奉行的核心原则，形式正义是其基本价值理念。进入 20 世纪以来，自由放任经济带来的两极分化、贫富悬殊、劳资冲突等问题日益严重，社会弱势群体的利益难以得到保护而且其弱势地位被逐渐固化。基于此，近代以来形式正义的私权民法，开始向实质正义和注重社会公共利益方向倾斜，“民法社会化之思想应运而生，并成为现代民法的一个发展趋势。”[25]利用民法来改善弱势群体不利地位，保护社会公共利益，促进社会整合，维护社会秩序的稳定，成为现代社会的一大趋势。因此，居住权虽作为民法制度，它的社会保障功能与民法的核心功能并不存在冲突，而是对民法社会化潮流的顺应。

居住权入法之前，司法实践中已经出现了通过完全所有权、共同共有、物权居住权、善意取得、恶意串通损害第三人利益合同无效、公序良俗等多元化法律解释方式处理居住权纠纷的多种做法，[26]从而保护弱势群体利益的尝试。但是司法维权的经济和时间成本以及败诉风险，司法判决调整对象的个案性、调整介入的事后性和效力范围的相对性，使得其无法普遍高效满足居住权人稳定的居住秩序诉求。居住权入法后情况将大大改观，

---

[22] 参见屈茂辉、粟瑜：《论民法的社会功能》，载《湖南师范大学社会科学学报》2006 年第 5 期。
[23] 参见单飞跃：《社会整合:经济法与社会法的功能配合》，载《法学》2004 年第 4 期。
[24] 参见梁慧星：《从近代民法到现代民法——二十世纪民法回顾》，载《中外法学》1997 年第 2 期。
[25] 参见陈平东、刘宇：《民法社会化与中国民法的法典化》，载《兰州学刊》2005 年第 3 期。
[26] 参见肖俊：《“居住”如何成为一种物权——从罗马法传统到当代中国居住权立法》，载《法律科学(西北政法大学学报)》2019 年第 3 期。

居住权作为用益物权具有对世性，居住权人对住宅具有较强的支配力和使用自由，能够有效规避所有权人和第三人侵犯居住权人合法权益的风险；同时居住权的权利周期较长，一般为居住权人终生，能够有效避免租赁居住权的不稳定性。[27]居住权制度保障了居住权人生活居住的可预测性和稳定性，保障其生活安宁，更能取得良好的社会保障效果。

2.间接保障功能：住房保障体系的完善

《国务院关于进一步深化城镇住房制度改革加快住房建设的通知》（国发〔1998〕23 号），正式提出“建立和完善以经济适用住房为主的多层次城镇住房供应体系”，我国的城镇保障性住房制度正式起步。2007 年党的十七大报告正式提出“住有所居”理念，要求健全廉租房制度，解决城市低收入家庭住房困难。[28]同年，《国务院关于解决城市低收入家庭住房困难的若干意见》（国发〔2007〕24 号），部署廉租制度和经济适用房健全落实工作。进入新时代，党的十九大进一步提出“加快建立多主体供给、多渠道保障、租购并举的住房制度，让全体人民住有所居。”[29]十九届四中全会，更是将“住有所居”列入国家基本公共服务制度体系。[30]目前我国已经形成了以经济适用房、限价房等所有权住房保障和公租房、廉租房等债权住房保障为主的房屋保障体系。

现有的住房保障制度存在一些制度设计缺陷和实践问题。经济适用房、限价房等所有权保障住房，由于适用人群较窄、政府资金投入不足、土地放量较少等原因，[31]保障范围未达到政策预定目标。随着房价高企，经济适用房的投机行为屡禁不止。原则上经济适用房 5 年内不得上市交易[32]，实践中某些中介公司通过虚构债权向法院申请强制执行来实现所有权转移，低价购入再以市场价格卖出的行为大量存在，[33]违背了经济适用房的设立初衷。公租房和廉租房同样面对低收入群体，实践中出现了许多“租不到、买不起”的“夹心层”家庭，他们的住房需求难以保障。这类债权性住房保障不能有效保证居住的长期稳定性，一方面易受政府相关政策浮动的影响，另一方面在对抗对第三人、保障合法权益上存在欠缺，“导致居住者缺乏稳定感，间接导致居住者的获得感不强”[34]。

居住权制度可以弥补现行住房保障制度的缺陷，改善“或租或买”的两难选择，构建租、居、购并举的多元住房保障体系。目前的住房保障制度限于城市，居住权制度可以将保障范围扩及农村。居住权原则上无偿设立，也可以约定有偿，政府既可以选择面对

---

[27] 参见王利明：《论民法典物权编中居住权的若干问题》，载《学术月刊》2019 年第 7 期。

[28] 参见胡锦涛：《高举新时代中国特色社会主义伟大旗帜，为夺取全面建设小康社会新胜利而奋斗——在中国共产党第十七次全国代表大会上的报告》（2007 年 10 月 15 日），载《胡锦涛文选》（第二卷），人民出版社 2016 年版，第 642-644 页。

[29] 习近平：《决胜全面建成小康社会　夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》（2017 年 10 月 18 日），载《中国共产党第十九次全国代表大会文件汇编》，人民出版社 2017 年版，第 38 页。

[30] 《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度 推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》，人民出版社 2019 年版，第 25 页。

[31] 参见张占录：《我国保障性住房建设存在问题、发展障碍与制度建设》，载《理论与改革》2011 年第 3 期。

[32] 参见《国务院关于解决城市低收入家庭住房困难的若干意见》（国发〔2007〕24 号）

[33] 参见申卫星：《从“居住有其屋”到“住有所居”——我国民法典分则创设居住权制度的立法构想》，载《现代法学》2018 年第 2 期。

[34] 王利明：《论民法典物权编中居住权的若干问题》，载《学术月刊》2019 年第 7 期。

低收入、困难群体的无偿或低价居住权，也可以选择面对中低收入群体的限价居住权，甚至可以选择面对中等收入群体的低价、平价居住权，扩大住房保障群体范围，解决“夹心层”问题。由政府享有房屋所有权，居住权人仅享有居住权，一方面，可以为居住权人提供物权性质的保护，保证居住的稳定性和获得感；另一方面，政府持有所有权，能够有效避免“炒房”行为，而且居住权不可转让、继承，能够抑制投机者的投入积极性，真正实现住房保障制度的设立目标。

（二）经济功能

居住权的客体是住宅房屋，居住权与所有权的分离，直接提高了房屋的利用效率。间接来讲，居住权对以房养老、小产权房等易发争议的社会问题提供了新的解决方案。

1.直接经济功能

居住权丰富了用益物权的客体类型，提高房屋的利用效率。在居住权入法之前，我国的用益物权针对的客体都是土地，土地在我国属于国家和集体所有，不具有流转功能，用益物权充当的是土地市场化的制度中介。[35]然而随着城市扩张，建筑用地资源日益紧缺，在保证耕地面积和粮食安全的前提下，建筑用地的稀缺性更加凸显。居住权则直接以住宅房屋作为客体，不会增加土地负担，且丰富了用益物权的客体类型。2009 年以来，我国房价持续走高，通过购房来满足居住需要对很多中低收入家庭来说极不现实，然而我国却仍有大量的空置住房。以 2017 年为例，我国家庭住房自有率高达 85%，城镇家庭多套住房拥有率 22.1%，空置率 21.4%。[36]居住权的设计使得房屋物权独立与土地物权、房屋的所有权和使用权相分离，既能缓解中低收入家庭无力购房的困境，也有利于降低空置住房的比例，提高房屋的使用效率。

我国的居住权制度为投资性居住权预留了制度空间。[37]投资性居住权可以从两个层面理解，一方面居住权设立上可以约定有偿设立，这意味着居住权本身可以作为交易对象，即居住权人可以单独购买居住权而不是所有权，减轻资金压力；另一方面，居住权本身不可转让、继承，因而居住权的投资性主要在所有权人，所有权人可以就居住权单独出卖，也可以在保留居住权的同时将所有权转卖给他人，充分实现房屋所有权的流通价值。实践中，可以有更加灵活的操作，如在合作建房的情形下，基于投资目的出资较多一方享有所有权，而出资较少一方享有居住权，既保证投资效益，又保证居住稳定，同时又解决单独出资无力建房的困境，从而实现投资者和居住人双赢的局面。[38]

2.间接经济功能

以房养老，资金融通。当前我国实践中，以房养老主要有三种模式：养老按揭、售

---

[35] 参见高富平：《土地使用权的物权法定位——<物权法>规定之评析》，载《北方法学》2010 年第 4 期。

[36] 参见甘犁.2017 中国城镇住房空置分析.西南财经大学中国家庭金融调查与研究中心官方网站，网址 https://chfs.swufe.edu.cn/thinktank/resultsreport.html?id=1664?id=1664，最后访问时间 2020 年 5 月 27 日。

[37] 根据《民法典》第 368 条的规定，“居住权无偿设立，但是当事人另有约定的除外。”可见当事人也可以约定有偿居住权。

[38] 参见陈华彬：《设立居住权可以更好地保护弱势群体利益》，《检察日报》2004 年 2 月 9 日，第 3 版。

房返租、以租换养。[39]养老按揭[40]和售房返租[41]的方式，将房屋的所有权转让，不符合中国人的“为子孙留遗产”的传统观念，老年人售房后只能获得债权，承担了较大风险，[42]且老年人得到的房屋价款大幅低于市场价格，[43]施行以来效果不佳，并未起到资金融通以养老的功能。以租换养违背了老年人不愿离开原居住场所和社区的生活习惯需求，实践中多遭抵触。居住权的制度建立之后，老年人可以在自己的房屋之上为自己设置居住权，[44]而将房屋所有权转让给子女或其他意定买受人。一方面，为老年人提供物权性保护，保证老年人不离开原有居住环境，保证居住生活质量，尊重其生活习惯；另一方面，所有权出卖的价金可以作为养老资金，而且老人可以自由选择房屋买受人，实际上是提前实现房屋作为遗产的所有权分配，尊重老年人的传统观念。

小产权房的合法流转。小产权房一般是指在农村宅基地、集体建设用地甚至农业用地上建造的住宅用房。小产权房面临法律定位上的困境，小产权房的交易双方意图将房屋所有权作为交易对象，但是由于土地使用权的限制，在现行制度下，小产权房没有办理房屋登记的合法资格。在法律属性上，只承认其债权相对效力，司法实践中一般认定此类交易合同无效，不发生物权变更效力。[45]小产权房相比正式商品房交易价位较低，受到中低收入群体尤其农村入城群体青睐，其价值毋庸置疑。居住权能够没解决小产权房问题提供新的解决思路，即将小产权房作为居住权买卖合同来处理，补交登记手续，纳入到居住权制度中来，既保证权属的物权性，又满足房屋的流转性需求。

（三）家庭伦理稳固功能

居住权制度与孝道文化和家庭伦理的功能并不冲突，法律更能保证道德的功能实现。在反对我国居住权入法的意见中，有一种观点认为，相比欧美，儒家文化圈注重孝道和家庭伦理，养老、婚姻居住问题，道德习惯和伦理价值足以实现居住权制度的相应功能，日本、我国台湾地区均未设置居住权，[46]我国亦无必要。实则恰恰相反，“没有法律的保障和维护，再好的道德也难以得到提倡和发扬。”[47]我国自古以来之所以孝道盛行，恰恰是因为法律本身对不孝作出了严格刑事规范，如《唐律疏议》将“不孝”列为十恶第七，并规定“诸子孙违犯教令及供养有缺者，徒二年。”[48]相比之下我国现行法律只有发生虐

---

[39] 参见陈鹏军：《我国“以房养老”发展瓶颈及其模式选择》，载《经济纵横》2013 年第 10 期。

[40] 老年人将房屋售出售给银行，由银行分期付款，款项结清房屋归银行所有。

[41] 上海 2007 年开始试行售房返租，做法是老年人将房屋出售给上海公积金中心，中心给付房款，并按市场价格将原房屋出租给卖房一方。参见傅鸿源，孔利娟：《“以房养老”模式的现状与分析》，载《城市问题》2008 年第 9 期。

[42] 参见苏永钦：《从以房养老看物权的自由化——再谈民法作为自治与管制的工具》，龙卫球、王文杰主编：《两岸民商法前沿》第 3 辑， 北京：中国法制出版社，2015 年，第 19 页。

[43] 如中信银行 2011 年发行的养老按揭业务，仅按房屋估价的 60%分期给付老年人。参见陈鹏军：《我国“以房养老”发展瓶颈及其模式选择》，载《经济纵横》2013 年第 10 期。

[44] 居住权的客体是他人的住宅，表面上不允许也无必要在自己房屋上设立居住权，实则从居住权生效起，房屋已经变为他人所属，其实还是在所有权人的房屋上设置居住权，该情形只是表征一个过程阶段，并不违反法律规定。

[45] 参见陈耀东、吴彬：《“小产权”房及其买卖的法律困境与解决》，载《法学论坛》2010 年第 1 期。

[46] 参见王泽鉴：《用益物权·占有》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 73 页。

[47] 龙大轩：《新时代“德法合治”方略的哲学思考》，载《中国法学》2019 年第 1 期。

[48] 《唐律疏议》，刘俊文点校，法律出版社 1998 年版，第 12 页、472 页。

待、遗弃老人等严重罪行时才有刑事责任规定，相比古代，法律对孝道的要求已经远远削弱，现代中国人的孝道标准也就相应地低于古代人。

我国的孝道和家庭伦理继受于传统文化，并凝聚为全社会的共识，具体到个人则成为家庭角色定位，要实现家庭成员遵守角色定位，则需要法律作出标准性的规范，道德仅提倡愿望性要求，并通过社会化过程，将角色定位内化为个人动机，本身的拘束力较弱，仍需要法律的相应保障。具体到居住问题，目前的民间习惯常常诱发纠纷，不利于家庭伦理和秩序的维系。以养老为例，我国农村地区普遍做法是“养老腾宅”[49]，老人选定子女某家居住奉养，老人去世后，老人的旧宅归其所有，但老人故去后子女常常因房屋归属发生纠纷，不利于家庭和谐。而且根据我国婚姻家庭相关法律的规定，违反家庭成员间赡养、抚养、扶养义务的后果，主要是给付相关费用，缺乏居住保障功能，法律对居住问题未能提供标准性的规范示范。

居住权制度的设立，鼓励家庭成员通过为弱势一方设立居住权，来保证其稳定的居住条件和环境。尤其是养老和婚姻领域，这本身就是对中华传统孝道和婚姻家庭伦理价值的一种法律确认，是文化价值系统对法律系统的功能“输入”，饱含着对孝道和家庭伦理价值的弘扬和规范化功能。伦理价值作为观念层面的存在，不能直接转化为社会现实。作为制度的居住权，使得传统的家庭伦理价值在实践中更加具有操作性，成为价值到现实之间的连接工具，使伦理价值转化为现实行动更加有依可循。居住权的设立，使得相关权属在法律上有了明确的定位，能够有效避免因居住而导致的家庭财产纠纷，保持家庭和睦，稳固家庭秩序。

四、居住权的负功能风险

（一）潜在的道德风险

道德风险本是经济学上的概念，普遍运用于保险领域研究，意指“从事经济活动的人在最大限度增进自身效益时作出不利于他人的行动”。[50]收益增加或成本降低带来的经济诱惑、信息不对称所带来的信息优势、制度约束不足使得违法成本较低等因素，是道德风险诱发的主要条件。[51]如在人身保险领域，受益人杀害被保险人以获取保险赔偿金的行为时有发生，其发生机制的核心就是被害人的生命与加害人的利益联系在一起从而激发了行为动机。且作为被保险人的受害一方通常与作为受益人的加害一方关系私密多为家庭人员，更使得这类罪行较难被发现，无形中降低了违法成本。此类事件每每发生，就会给社会带来巨大得到的冲击感，相比普通经济案件更撕裂公众的道德神经。

在住宅上设立居住权，所有权人的权利减损为空虚所有权，房屋使用价值掏空。若所有权人在居住权期限内想要转让房屋，那么因为居住权的存在，必然会是房屋价值带

[49] 参见申卫星：《视野拓展与功能转换:我国设立居住权必要性的多重视角》，载《中国法学》2005 年第 5 期。
[50] [英]伊特韦尔等编：《新帕尔格雷夫经济学大辞典》（第 3 卷），经济科学出版社 1996 年版，第 588 页。
[51] 参见黎民：《社会保障领域的道德风险及其规避》，载《社会科学研究》2005 年第 5 期。

来减损。[52]而随着房价的不断攀升，房屋的财产价值越来越大，所有权人基于利益诱惑就容易诱发清除财产贬值障碍的动机。若居住权仅仅是规定了固定期限，那么这种动机可以被有效抑制，因为所有权人对未来拥有明确的预期性。而当居住权的期限约定为居住权人死亡时，那么居住权人的生死就直接关乎所有权人权利的完满性和财产的利益最大化，居住权人就成为所有权人实现利益变现的障碍，那么就可能诱发杀害居住权人或有病不理而加速居住权人死亡的情形，尤其亲属之间，案件被发现的概率相对较低，有病不理或延误治疗等消极行为则更难以认定，证据难以获取。这类事件如果发生在亲属间，甚至亲子间，将会造成巨大的社会道德危机，居住权制度的合理性或将因此减损。因此，在将居住权权利期限设定为居住权人终生时需要慎重考量，对于对对方当事人的道德品行应该进行充分的考察。

（二）子女养老积极性减损的风险

传统中国家庭内部实行父权家长制，父祖是家庭的最高权威，经济权、法律权、宗教权均集中在家长手中，其中经济权的掌控是家长权极为重大的支持力量，子孙也被认为是家长的财产，可以典质和出卖。[53]在强大的家长体系控制下，孝成为子女的家庭生活准则，子女获取家庭资源的多寡与其尊老、养老的程度成正比，整个体系都对养老的积极性起到强烈的正激励功能。相比之下，现代中国家庭内部倡导人人平等，传统的家父权收归国家，宗教权变更为信仰自由而隶属个人，财产的家长所有制变为个人所有制，“经济权力”也限缩为于“财产权利”，不再具有对子女的支配性功能。除了情感伦理因素，家庭内部对养老积极性的激励之一亦体现在财产之上，即父母故去后财产分配的期待利益上，子女寄希望于通过积极的奉养行为以期在将来获得更多的遗产。

居住权提前确立了房屋的所有权归属，虽然避免了老人故去后的房屋遗产争议，但是也可能带来一定的消极影响。随着近年来我国房价走高，房屋成为很多中低收入家庭的主要财产，也成为很多老年人遗产的主要部分。老人提前将房屋设定给某个子女，没有获得房屋所有权的其他子女，因为丧失了房屋遗产的期待利益，赡养老人的积极性就会相应降低。相应之下，已经获得房屋所有权的子女，因为房屋作为遗产的期待利益已经实现，房屋被视为其所有物，他（她）的奉养行为与期待利益之间的因果关系被居住权的提前设定而阻断，也可能带来其养老积极性的减弱。当然，以上情形主要限于老年人将自有房屋设定居住权而将所有权转移给子女的情形，事件中可能发生的概率并不高，但是这一风险的分析仍然具有一定的警示意义。因而在子女较多且冲突易发的家庭，居住权的设立应充分考虑子女的赡养义务如何充分实现，防止子女养老积极性降低的风险发生。

---

[52] 参见肖俊：《“居住”如何成为一种物权——从罗马法传统到当代中国居住权立法》，载《法律科学(西北政法大学学报)》2019 年第 3 期。

[53] 参见瞿同祖：《中国法律与中国社会》，商务印书馆 2010 年版，第 6 页、第 18 页。

（三）居住权人生活不便的风险

我国居住权客体限定为住宅，学界则基于日常生活需要的理由，普遍将居住权的客体定位为房屋的全部或部分及房屋的附属设施。[54]住宅只是房屋的一种，住宅并不包含附属设施。房屋在法律上定性为“是指土地上的房屋等建筑物及构筑物”（《城市房地产管理法》第 2 条），是不包括电梯、家具、电器、水电暖等附属设施的。《民法典》关于宅基地使用权的规定则包含了住宅和附属设施两项（《民法典》第 362 条），也将这两者区分开来。对于保障性居住权人尤其老年人而言，居住权这种客体类型的限制，违背了居住生活的基本条件要求，必然给居住权人的正常生活带来巨大的不便。

居住权人对住宅的使用权利理应扩展至“建筑物区分所有权中的房屋专有权衍生的共有权（如小区绿地、道路使用权）、相邻关系等”[55]，同时也应当享有部分业主共同管理权，参与社区日常管理，这是实现正常生活居住的基本条件。相邻关系的处理原则之一就是“方便生活”（《民法典》第 288 条），它的权利主体是相邻权利人，不仅含盖了所有权人，也包含了使用权人，居住权人享有相邻关系方面的权利没有争议。至于房屋专有部分以外共有部分的共有物使用权和共同管理权，法律没有明确的规定。依据当然解释，法律对居住权的客体仅规定住宅，不及于附属设施，相比之下共有物使用权和共同管理权则属于更加外围的权利，居住权人理应不享有相应权利，这对居住权人的生活必然会带来诸多不便。总之，这一制度风险主要源于居住权制度本身设计的不合理，《民法典》已然公布，已注定这一风险难以避免。

结语

居住权制度作为《民法典》的一项新设制度，它的功能是否能够有效实现，在一定程度上关系到《民法典》的社会声誉，关系到公众对《民法典》的社会认同度。居住权制度本身是一项移植制度，其能否在中国有效施行仍需实践的进一步检验和反馈。居住权的正功能是否能够有效实现、负功能风险是否能够有效规避，不仅取决于居住权的制度设计和法律条文，也需要居住权双方当事人在设定权利时充分考量，认识到居住权制度的价值和风险，并采取适当的风险规避策略。同时，司法实务对于居住权制度运行过程中产生的纠纷进行处理时，也应对居住权制度本身存在的风险有清醒的认识，通过法律解释等方式，有效保障居住权双方当事人的合法权益，并充分考量其社会效果，实现居住权制度的设计初衷，保障其正功能的充分实现。只有这样，才能充分保障居住权制度的顺利高效运行，为早日实现“住有所居”的新时代住房制度改革目标提供坚实保障和强大推力

[54] 参见周珂、梁文婷：《新时期居住权制度研究》，载《政治与法律》2008 年第 2 期。
[55] 单平基：《<民法典>草案之居住权规范的检讨和完善》，载《当代法学》2019 年第 1 期。