

# 凯 原 法 讯

第 1 期 (2010 年 11 月)

1	近期法制资讯.....	2
1.1	一批法规规章及规范性文件 11 月 1 日起实施.....	2
1.2	我国民事司法解释中首次明确对消费者个人信息保护.....	3
1.3	社会保险法 3 年 4 审终获通过.....	4
2	学科发展热点.....	5
2.1	涉外民事关系法律适用法展十大亮点.....	5
2.2	刑法学专家谈刘晓波案与言论自由.....	7
2.3	侵犯商标权成知识产权犯罪重灾区, 最高法正在起草相关司法解释.....	8
2.4	我国首个《电子商务信用认证规则》解读.....	8
2.5	法治指数: 可以量化的正义.....	11
2.6	解读社会保险法草案五大“改点”.....	17
3	学科资料优选.....	19
3.1	朱苏力: 中国法理学需要回答具体问题.....	19
3.2	蔡定剑: 从公众参与走向政府善治.....	20
3.3	中国法治的三种话语.....	22
3.4	季卫东: “程序共和国”宣言.....	24
3.5	《浪潮》——一部不可不看的影片.....	26
3.6	“公平法”的三段论.....	32
3.7	台湾司法中的细节.....	34

## 1 近期法制资讯

### 1.1 一批法规规章及规范性文件 11 月 1 日起实施

#### 处置重大突发事件国家可以实施无线电管制

为了保障无线电管制的有效措施,维护国家安全和社会公共利益,国务院、中央军委公布了《中华人民共和国无线电管制规定》。规定明确指出:根据维护国家安全、保障国家重大任务、处置重大突发事件等需要,国家可以实施无线电管制。

规定要求,实施无线电管制期间,无线电管制区域内拥有、使用或者管理无线电台(站)、无线电发射设备和辐射无线电波的非无线电设备的单位或者个人,应当服从无线电管制命令和无线电管制指令;有关地方人民政府,交通运输、铁路、广播电视、气象、渔业、通信、电力等部门和单位,军队、武装警察部队的有关单位,应当协助国家无线电管理机构和军队电磁频谱管理机构或者省、自治区、直辖市无线电管理机构和军区电磁频谱管理机构实施无线电管制。根据规定,违反无线电管制命令和无线电管制指令的,由国家无线电管理机构或者省、自治区、直辖市无线电管理机构责令改正;拒不改正的,可以关闭、查封、暂扣或者拆除相关设备;情节严重的,吊销无线电台(站)执照和无线电频率使用许可证书;违反治安管理规定的,由公安机关依法给予处罚。

#### 武器装备研制、生产单位应当建立不合格产品处置制度

《武器装备质量管理条例》11月1日起施行,将为加强对武器装备质量的监督管理,提高武器装备质量水平提供法制保障。条例规定,武器装备研制、生产单位应当建立不合格产品处置制度。

条例要求,武器装备论证、研制、生产、试验和维修单位应当建立健全质量管理体系,对其承担的武器装备论证、研制、生产、试验和维修任务实行有效的质量管理,确保武器装备质量符合要求。国家鼓励采用先进的科学技术和方法提高武器装备质量,并对保证和提高武器装备质量作出突出贡献的单位和个人,给予表彰和奖励。条例同时规定,武器装备研制、生产单位对暂停生产的武器装备图样和技术资料应当按照规定归档并妥善保管,不得擅自销毁。

#### 医疗卫生机构不得违反规定擅自改变幼儿入托的体检项目

卫生部、教育部公布的《托儿所幼儿园卫生保健管理办法》规定,儿童健康检查合格后方可进入托幼机构;医疗卫生机构应当按照规定的体检项目开展健康检查,不得违反规定擅自改变。

办法规定,托幼机构发现儿童患疑似传染病时,应当及时通知孩子的监护人离园诊治。患传染病的患儿治愈后,凭医疗卫生机构出具的健康证明才能够入园。儿童离开托幼机构3个月以上应当进行健康检查后才能够再次入托幼机构。根据办法规定,新设立的托幼机构,招生前应当取得县级以上地方人民政府卫生行政部门指定的医疗卫生机构出具的符合《托儿所幼儿园卫生保健工作规范》的卫生评价报告。托幼机构应当根据规模、接收儿童数量等设立相应的卫生室或者保健室,具体负责卫生保健工作。卫生室应当符合医疗机构基本标准,取得卫生行政部门颁发的《医疗机构执业许可证》。保健室不得开展诊疗活动,其配置应当符合保健室设置基本要求。

#### 新上固定资产投资项项目不符合节能标准的将被前置否决

国家发展改革委公布的《固定资产投资项目节能评估和审查暂行办法》规定，从今年 11 月 1 日起，新上固定资产投资项目必须进行节能评估和节能审查；节能将作为项目审批、核准以及开工建设的前置条件，对不符合节能标准的项目实行前置否决。

根据暂行办法，节能评估是由第三方机构根据节能法规、标准，对新上项目的能源利用是否科学合理进行分析评估。节能审查是由政府有关部门对项目节能评估文件进行审查或实行登记备案。暂行办法规定，节能评估按照项目建成投产后年能源消费量实行分类管理，其中年耗能 3000 吨标准煤以上的项目编制节能评估报告书，年耗能 1000—3000 吨标准煤的项目编制节能评估报告表，其他低能耗项目填报节能登记表。节能审查按照各级政府项目管理权限实行分级管理。暂行办法还对固定资产投资项目节能评估和审查的实施、监管和处罚等作了规定。

### 境外卡在境内 ATM 提取人民币现钞每笔不得超过 3000 元

为完善银行外币卡管理，便于社会公众理解银行外币卡相关管理政策，国家外汇管理局日前发布《关于规范银行外币卡管理的通知》，自 11 月 1 日起实施。根据近年工作实践，通知对境外卡在境内通过自动柜员机提取人民币现钞调整了限额管理要求，即每笔不得超过 3000 元人民币。

通知将原有 4 个有关银行外币卡的外汇管理法规整合为 1 个，并明确了银行卡外汇业务管理的基本原则：一是坚持经常项目可兑换，居民和非居民持银行卡可以用于跨境的旅游、服务等消费项目；二是境内银行卡境外使用应遵守商户类别码管理，境外提现应限制在规定的金额内，并由发卡金融机构或负责信息转接的银行卡组织落实；三是保证银行卡交易记录可查，有效监测、跟踪异常交易，及时查处有关违法违规行。

来源：新华网.2010-11-01

[http://www.court.gov.cn/xwzx/yw/201011/t20101101\\_10610.htm](http://www.court.gov.cn/xwzx/yw/201011/t20101101_10610.htm)

## 1.2 我国民事司法解释中首次明确对消费者个人信息保护

1 日开始施行的最高人民法院制定的《关于旅游纠纷案件适用法律若干问题的规定》中规定，旅游经营者、旅游辅助服务者泄露旅游者个人信息或者未经旅游者同意公开其个人信息，旅游者请求其承担相应责任的，人民法院应予支持。

最高人民法院新闻发言人孙军工介绍，这是我国民事司法解释中首次明确了对消费者个人信息的保护。这个司法解释还对旅游消费者权益进行了比较全面的保护性规定，体现了司法保护的人文关怀。

司法解释规定，旅游者在自行安排活动期间遭受人身损害、财产损失，旅游经营者未尽到必要的提示义务、救助义务，旅游者请求旅游经营者承担相应责任的，人民法院应予支持。前款规定的自行安排活动期间，包括旅游经营者安排的在旅游行程中独立的自由活动期间、旅游者不参加旅游行程的活动期间以及旅游者经导游或者领队同意暂时离队的个人活动期间等。

同时，司法解释还对消费者提起精神损害赔偿作出了规定，“旅游者提起违约之诉，主张精神损害赔偿的，人民法院应告知其变更为侵权之诉；旅游者仍坚持提起违约之诉的，对于其精神损害赔偿的主张，人民法院不予支持。”

司法解释也指出,旅游者在旅游行程中未经导游或者领队许可,故意脱离团队,遭受人身损害、财产损失,请求旅游经营者赔偿损失的,人民法院不予支持。

来源: 中国法院网.2010-11-02

<http://www.chinacourt.org/html/article/201011/02/434122.shtml>

### 1.3 社会保险法 3 年 4 审终获通过

社会保险法从 2007 年开始审议,历经 3 年 4 审,昨日终获通过,该法自 2011 年 7 月 1 日起施行。社会保险法规定,国家建立基本养老保险、基本医疗保险、工伤保险、失业保险、生育保险等社会保险制度,保障公民在年老、疾病、工伤、失业、生育等情况下依法从国家和社会获得物质帮助的权利。社会保险制度坚持广覆盖、保基本、多层次、可持续的方针,社会保险水平应当与经济社会发展水平相适应。

#### 养老保险

取消一次性领取养老金

规定:参加基本养老保险的个人,达到法定退休年龄时累计缴费不足 15 年的,可以缴费至满 15 年,按月领取养老金;也可以转入新型农村养老保险或者城镇居民社会养老保险,按照国务院规定享受相应的养老保险待遇。

解读:全国人大法律委员会解释,此前三审稿规定,参加基本养老保险的人,达到法定退休年龄时累计缴费不足 15 年的,可以缴费至满 15 年,按月领取基本养老金;也可以领取一次性养老保险待遇。四审稿中,删去了“领取一次性养老保险待遇”的相关规定。

三审稿的分组审议中,常委会委员、代表提出,养老的目的是保障退休人员的基本生活,一次性领取养老保险待遇起不到养老保障的作用,应当允许按照“多缴多得、少缴少得”的原则享受养老保险待遇。

人力资源和社会保障部经研究后提出,目前我国新型农村社会养老保险正在积极推进,城乡居民社会养老保险也在许多地方开始实施,一些地方(如北京)已经采取这种转移接续办法,效果是好的。

#### 医疗保险

异地就医建立结算制度

规定:社保行政部门和卫生行政部门应当建立异地就医医疗费用结算制度,方便参保人员享受基本医疗保险制度。

解读:全国人大法律委员会解释,审议过程中有常委会委员提出,医疗保险关系的转移接续是社会关注的焦点,目前存在异地就医难的问题,其中一个重要的原因是异地就医报销医疗费难,影响了参保人员享受基本医疗保险待遇,应当予以规范。同时,有关部门正在大力推进基本医疗保险区域统筹,并建立异地协作机制,方便确需异地就医参保人员的医疗费用结算。

## 社保基金

“保命钱”不得挪作他用

规定：社保基金不得违规投资运营，不得用于平衡其他政府预算，不得用于兴建、改建办公场所和支付人员经费。

解读：人大代表刘晓武在分组审议时提出，社保基金是老百姓的“保命钱”，要确保基金的安全和保值增值，必须加强监督，而目前社会保险行政部门集行政监管与投资运营于一身，自己监管自己，这是制度的一个极大隐患。

全国人大法律委员会解释，审议过程中有不少常委会委员提出，目前社保基金累计结算数额较大，又比较分散，为了保障基金安全，应当严格规范，加强监管。

## 释疑

单位不缴或少缴社保费咋办？可申请法院拍卖单位财产抵缴

养老险全国统筹有没有时间表？不是一步到位要逐步完善

养老险为何缴费高保障低？缴费高是因为要承担历史包袱

对公职人员参保是否回避？没有刻意回避任何问题

社保费如何统一征收？将分析不同机构征收利弊

授权条款太多是否回避矛盾？有些过渡性措施难用立法固定

来源：凤凰网.2010-10-29

<http://finance.ifeng.com/news/20101029/2795517.shtml>

## 2 学科发展热点

### 2.1 涉外民事关系法律适用法展十大亮点

第十一届全国人大常委会第十七次会议于10月28日表决通过了《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》，并将自2011年4月1日起施行，新法的颁布与施行将完成我国涉外民事法律关系规则的系统化和现代化。

笔者曾应邀参加了全国人大常委会法工委召开的立法研讨会和专家会。作为参与立法的专家之一，笔者认为该法具有以下十个突出的亮点：

#### 亮点一：完成我国冲突规则的系统化和现代化

所谓冲突规则，是指一个国家指定涉外民事关系应适用何国法的那部分法律规则。我国现行冲突规则主要包含于民法通则第8章(第142条至第150条)和其他一些法律、法规和司法解释。但现行冲突规则不够系统、全面且已部分过时，有些冲突规则甚至相互抵触，法律、法规中的冲突规则

与司法解释中的冲突规则也存在不和谐之处。涉外民事关系法律适用法共计 8 章、52 条，第一次将冲突规则集中规定在同一部单行法律中。在内容上，新的冲突规则更为合理、全面和完善，既总结了改革开放以来的涉外民事审判经验，也顺应了当代国际私法的发展潮流。

#### 亮点二：最密切联系原则占有一席之地

第 2 条第 2 款规定：“本法或者其他法律对涉外民事关系的法律适用没有规定的，适用与该涉外民事关系有最密切联系的法律”。该法没有像奥地利国际私法法典那样将最密切联系原则上升为一般条款，也没有像瑞士国际私法法典那样采取例外条款的形式，而是将该原则作为一项补充性原则。在合同领域，该法以最密切联系原则为仅次于当事人意思自治原则的法律适用准则，并采用了“特征性给付说”。第 41 条规定在当事人没有协议选择合同准据法的情形下，合同“适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律”。

#### 亮点三：赋予了当事人意思自治原则突出地位

第 3 条规定：“当事人依照法律规定可以明示选择涉外民事关系适用的法律。”虽然这只是一条宣示性条款，但它将当事人意思自治原则规定在总则中，体现了该法的开放性和先进性。除了传统的合同领域(第 41 条)外，在委托代理、信托、夫妻财产关系、运输中的动产物权、当事人在侵权行为发生后对一般侵权责任和知识产权侵权责任准据法的选择、不当得利和无因管理、知识产权的转让和许可使用等领域，均准许当事人协议选择准据法。

#### 亮点四：创新性地以经常居所为主要连结点

综观各国的国际私法，大陆法国家一般采国籍国法主义，普通法国家一般采住所地法主义。但第二次世界大战后的国际私法出现了以经常居所为连结点的趋向。海牙国际私法会议自 1956 年以来舍弃了早期的海牙公约所采取的国籍国法主义，转而采用经常居所连结点。该法独树一帜地以经常居所为主要连结点，符合经济全球化背景下国内外自然人、法人民事往来日益频繁的新形势和新情况。

#### 亮点五：注重保护弱方当事人的利益

在没有共同经常居所地的情形下，父母子女关系“适用一方当事人经常居所地法律或者国籍国法律中更有利于保护弱者权益的法律”(第 25 条)；扶养“适用一方当事人经常居所地法律、国籍国法律或者主要财产所在地法律中更有利于保护被扶养人权益的法律”(第 29 条)；监护“适用一方当事人经常居所地法律或者国籍国法律中更有利于保护被监护人权益的法律”(第 30 条)。

此外，第 42 条的“消费者经常居所地法律”、第 43 条的“劳动者工作地法律”、第 45 条和第 46 条的“被侵权人经常居所地法律”通常有利于保护较弱方当事人的权益，因为经常居所地法律往往是他们最熟悉、也最便于他们据以主张其权利的法律。

#### 亮点六：平等地对待国内外法律的开放态度

规定“适用中华人民共和国法律”的只有关于外国法律的适用将导致损害中国社会公共利益的第 5 条和在外国法律不能查明的情形下应适用何国法的第 10 条第 2 款。但它们还称不上冲突规则，因而也不算单边冲突规则。这是立法理念先进的一个例证。



### 亮点七：国际私法总则规定颇具特色

第 8 条规定涉外民事关系的定性“适用法院地法律”，符合大多数国家的实践。第 9 条排除一切反致和转致的做法是合理的，因为该法不以国籍而以经常居所为主要连结点，排除反转和转致反而可以增加准据法确定中的确定性和可预见性。第 5 条公共秩序条款的表述较现行法有所改进。关于查明外国法律的第 10 条以有管辖权的机关依职权查明外国法律为主，以当事人提供外国法律为辅，适合我国国情。

### 亮点八：第一次明确规定某些法律的直接适用

第 4 条规定：“中华人民共和国法律对涉外民事关系有强制性规定的，直接适用该强制性规定。”中国法律的这些强制性规定是因其特殊目的而必须由处理涉外案件的人民法院和行政机关排他地予以适用的、具有强制性的实体法规则。它们有其自己的适用范围，在特定情形下直接适用于涉外民事关系，且因其强制性而优先于冲突规则。例如，外汇管制法、最低劳动工资法、事故保险法、承租人保护法以及消费者保护法都属于“直接适用的法律”。

### 亮点九：部分解决不同冲突规则间的关系问题

第 2 条第 1 款规定：“涉外民事关系适用的法律，依照本法确定。其他法律对涉外民事关系法律适用另有特别规定的，依照其规定。”虽然这一规定符合“特别规定优于一般规定”的原则(立法法第 83 条)，但如果立法者对于现行冲突规则应否继续适用不置可否，则会造成新旧冲突规则并存甚至相互抵触的局面。第 51 条规定：民法通则第 146 条、第 147 条和继承法第 36 条“与本法的规定不一致的，适用本法。”这是可取的。

### 亮点十：条文简约，文字洗练，言简意赅

纵观该法，全文条文简约，言简意赅。涉外民事关系法律适用法无疑有助于中外当事人运用该法来维护自己的合法权益，也有助于人民法院、行政机关和仲裁机构依照该法的冲突规则恰当地确定涉外民事关系的准据法，实现“明确涉外民事关系的法律适用，合理解决涉外民事争议，维护当事人的合法权益”的立法宗旨(第 1 条)，因而是值得称道的。

## 2.2 刑法学专家谈刘晓波案与言论自由

学者戴维·欧文因否认纳粹大屠杀，被奥地利法院判刑。国际司法机构也有相关案例。比如，联合国卢旺达国际刑事法庭判处通过卢旺达电台煽动种族仇恨和暴力的比利时记者乔治·鲁久因等人有罪。此外，由于文化背景、社会生活条件和法律体系的区别，各国在对言辞行为认定犯罪的审判实践中把握着不同的标准。英美国家通常以“明显且现实的危险原则(THE CLEAR AND PRESENT DANGER TEST)”作为定罪标准。这一原则是依据美国霍姆斯大法官在申克寄发反征兵邮件案(SCHENCK v. UNITED STATES)中的意见而确立的。“一切行为的性质应由行为时的环境来确定。对言论自由所作最严格的保护，也不会容忍一个人在戏院中妄呼起火，引起恐慌。禁令所禁止的一切可造成暴力后果的言论也不受保护。一切有关言论的案件，其问题在于所发表的言论在当时所处的环境及其性质下，是否能造成明显而现实的危险，产生实际祸害。如果有这种危险，国会就有权阻止。”很有意思的是，美国大法官举出的“在剧院中妄呼起火”的案例，如果没有造成人员伤亡或者其他严重扰乱社会秩序后果的话，在中国公众的心目中，充其量只是个治安案件，但

在美国却属于刑事犯罪。

最后，高铭暄教授认为，美国法院就限制言论自由问题提出的具体认定标准，对于我们来说是有启发意义的：一是言论自由是一种可以根据危害结果来衡量的可以限制的权利；二是言论自由的限制与否之标准，是根据在一定环境下的言论给现实秩序造成的危险的性质和程度来确定的。据此，对具体的、极易引起社会动乱的煽动言论，国家必须加以限制。即使用这个美国的标准去衡量刘晓波案，北京市两级法院的判决也不存在可质疑之处。

来源：法制网.2010-11-02

[http://www.legaldaily.com.cn/international/content/2010-11/02/content\\_2335894.htm?node=22628](http://www.legaldaily.com.cn/international/content/2010-11/02/content_2335894.htm?node=22628)

### 2.3 侵犯商标权成知识产权犯罪重灾区，最高法正在起草相关司法解释

侵犯商标权犯罪，正成为侵犯知识产权犯罪的“重灾区”。来自最高人民法院的信息显示，当前侵犯知识产权犯罪类型高度集中。在今年前6个月全国地方法院判处的500件侵犯知识产权案件中，近九成案件为侵犯商标权类犯罪。

“随着社会经济、技术竞争日益加剧，注册商标作为企业无形的知识产权，其法律保护尤为重要。”最高人民法院刑二庭副庭长苗有水表示，人民法院依法严惩侵犯知识产权犯罪，充分发挥了刑事审判惩治和震慑侵犯知识产权犯罪的功能。然而，由于相关法律规定的比较原则，法律适用疑难问题较多。

有基层法官表示，刑法对于侵犯商标权犯罪的三个罪名规定相同的刑罚幅度，有悖于罪责刑相适应原则的要求，不利于不同犯罪之间罪刑的平衡和协调。建议调整侵犯商标权犯罪的刑罚设置，加大罚金刑的适用。

还有法官认为，法律对于粘贴假冒注册商标标识行为的定性不明确，并建议，原则上可以将粘贴行为认定为假冒注册商标罪中的使用行为，即行为人先后购进假冒的注册商标标识及侵权产品，在侵权产品上粘贴假冒注册商标标识后进行销售的行为，构成假冒注册商标罪。

也有法官建议，行为人以不正当手段低价获得他人未包装的产品，并以他人注册商标进行包装销售的擅自贴牌行为，属于“未经注册商标所有人许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标”的情形，构成假冒注册商标罪。

对此，苗有水坦言：“当前知识产权刑事审判实践中存在诸多重大疑难复杂问题。”

据悉，最高人民法院刑二庭正在起草《关于审理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》。这份意见的内容具有很强的针对性，对于各级法院今后审理有关知识产权犯罪案件，确保办案质量极具指导意义。

苗有水称，意见将直接解决知识产权刑事案件法律适用中的重大疑难复杂问题。

来源：中国普法网.2010-11-02

[http://www.legalinfo.gov.cn/index/content/2010-11/03/content\\_2337811.htm?node=7863](http://www.legalinfo.gov.cn/index/content/2010-11/03/content_2337811.htm?node=7863)

### 2.4 我国首个《电子商务信用认证规则》解读

---

上海交通大学图书馆 IC<sup>2</sup> 创新支持计划凯原法学院基地

读者服务总部文学部法学学科馆员：袁晔 邮箱：yyuan@lib.sjtu.edu.cn



10月29日中国国际电子商务中心发布了我国首个《电子商务信用认证规则》，发布会信用认证专家对《规则》进行了详细解读。

### 1、为什么要开展电子商务信用认证工作？

答：一、信用问题是阻碍整个电子商务发展的瓶颈。我国电子商务市场特别是网络购物正处于快速增长的阶段，信用认证缺失带来网络购物纠纷不断，由于缺乏对网络购物从业主体的能力与条件的审核，缺乏服务与交易标准，容易引发消费争议，也给消费者维权带来严重困难。消费者亟需知情消费、理性消费、安全消费。

二、通过信用认证来保护消费者权益，树立网络购物信心。信用状况好坏是影响未来整个网络购物市场和网民购物信心的关键因素，决定电子商务市场特别是网络购物能否健康可持续发展。

三、通过信用认证来实现对购物网站的分类监管，净化网络购物环境，引导市场优胜劣汰。

### 2、关于认证机构及其权威性？

《电子商务信用认证规则》约定了认证机构是中国国际电子商务中心（以下简称“中心”）。由第三方信用机构来进行电子商务信用认证，确保其权威性、中立性。

电子商务市场信用建设尚不健全的问题已经引起国家商务部等管理部门的关注。商务部蒋耀平副部长近日在《求是》杂志上的署名文章明确指出，商务部将支持网络购物，加快发展新型流通模式，到“十二五”（2011至2015年）期末，力争网络购物交易额占中国社会消费品零售总额的比重提高到5%以上。目前，我国尚未建立一套完整的电子商务交易的信用记录、评价、管理和共享机制，对企业不能进行有效记录、评价和公布，没有形成有效的社会成员信用信息资源共享机制。这就使第三方信用平台的推出迫在眉睫。

中国国际商务电子中心作为商务部的直属事业机构，也是商务部商务领域信用体系建设领导小组成员单位，肩负着国家级电子商务公共服务平台的建设、国际电子商务的合作与交流，促进和规范电子商务市场发展的重要使命。中心拥有在商贸管理领域权威的经贸信息数据库、信用管理数据信息库，可以为电子商务信用认证提供有力的数据支持。

信用评估工作具体委托国富泰企业征信有限公司执行。国富泰是一家国家级的信用专业机构，国富泰公司现为商务部信用工作办公室成员单位，是中国机电产品进出口商会、中国纺织品进出口商会、中国五矿化工进出口商会和中国中小企业协会等50多家国家一级商协会行业企业信用评级指定的独家服务单位，是国家商务领域信用建设工作的主要承担机构，也是商务部和科技部多项信用课题的承接机构。

### 3、为什么首批通过的只有20多家？

我们开展电子商务信用认证工作还处于探索阶段，国内没有现成的模式可以借鉴，需要根据国内电子商务发展的实际情况，分步稳妥实施。由中国国际电子商务中心制定的首个《电子商务信用认证规则》尚处于试行阶段。在试行阶段，我们会采取更稳妥的方式，选择一批有代表性的网站作为试点。通过认证试点来发现问题、总结经验、完善规则。

#### 4、信用认证结果分为几个等级？根据什么标准或指标？

认证结果由信用等级和信用额度两部分组成,其中信用等级分为 5 个等级,分别为优秀、良好、合格、不良、损失五个等级。信用额度是反映团购网站偿付能力的主要指标,由团购网站的资产状况和信用分值确定,采用“××万元”的形式出现在网站显著位置。信用认证中的评估工作主要涉及四个方面。第一是网站规模,包括访问量、用户数、经营年限等。第二是经营实体的状况,包括资金、员工人数等。第三是商务成熟度,包括网站客服能力,产品分类、管理能力、投诉处理能力、消费者权益保护措施等。第四是信用记录,包括行政部门对实体企业的处罚、消费者的投诉等。

#### 5、信用认证有无处罚措施？

只要通过信用认证的网站,就会接受第三方的信用监督。我们对认证网站每年例行两次巡查,对认证网站进行动态监督。如果网站在巡查的过程中连续两次都被评为“损失”,将取消信用认证资格,列入信用认证黑名单,并在商务部中国反商业欺诈网公示。

#### 6、这个进入门槛是强制性的吗？不获得认证的网站是不是就不能进入网络购物市场？

目前的信用认证属于行业规范性工作和商务信用标准建设性工作,是国家促进和规范电子商务市场发展的众多措施之一。我们坚持“政府主导、第三方机构执行、企业自愿”的原则来开展这项工作,按照经济手段来规范网络购物市场,促进公平竞争,引导优胜劣汰,而不是采用行政强制手段。

#### 7、首批认证工作的具体情况？

根据《规则》处于试运行阶段,首批认证工作选择了一些有代表性网站作为试点。首批认证网站总计 29 家。其中经营企业资产超过亿元有 2 家;资产超过千万的有 9 家。获得初始信用等级为优良的有 17 家。

#### 8、提出“信用追溯”这一概念的意义是什么？

信用追溯是针对消费者在网络购物维权时找不到实体企业这一问题而设置的机制。消费者在购物时,将建立一条“消费者—商品—网站—实体经营者”的链条。这个机制将网络虚拟交易还原成实体交易,大大降低了消费者的交易风险。

#### 9、信用认证费用如何收取？费用标准是多少？

信用认证工作将遵照“三公开”的原则,即认证程序公开、认证结果公开、费用标准公开的原则,接受社会和媒体监督。网站认证的费用标准是 6000 元/年,网店(会员)认证的费用标准是 450 元/年。根据网站的认证年限不同、认证网店(会员)的数量的不同,认证网站缴纳费用的总额是不同的。

#### 10、如何保障认证企业的注册资金、净资产等信息不被泄露？

我们将严格按照商务部出台的《商务领域信用信息管理办法》来使用这些信息,保证企业信息的安全。根据认证需要,可以签署保密协议。

来源: 中华人民共和国国务院新闻办公室

<http://www.scio.gov.cn/wlcb/hzlhb/201011/t793956.htm>

## 2.5 法治指数：可以量化的正义

编者按：法治（Rule of Law）是经常被提及的话题，但一直以来，缺乏一种可以量化的方法来判断一个国家的“法治”程度。有鉴于此，美国律师协会联合国际律师协会、泛美律师协会、泛太平洋律师协会等律师组织，发起了“世界正义工程”（the World Justice Project），并分别于2008年7月2日至5日和2009年11月11日至14日在奥地利维也纳先后举办了二届“世界正义论坛”（the World Justice Forum），号召各国政府和非政府机构做出长期承诺，一同促进“法治”在世界范围内的不断发展、促进公平正义的早日实现。其中，“世界正义工程”的重要贡献之一就是提出并不断完善“法治指数”（the Rule of Law Index）这一评估体系，作为衡量一国法治状况的重要“量化”标准。

“世界正义工程”经过与100多个国家的17个专业领域的领导、专家、学者、普通工作人员的长期考察研讨，规范了为各国普遍接受的“法治”工作定义的4项基本原则，即政府及其官员均受法律约束；法律应当明确、公开、稳定、公正，并保护包括人身和财产安全在内的各项基本权利；法律的颁布、管理和执行程序应公开、公平、高效；司法职业担纲者应由德才兼备、独立自主的法官、律师和司法人员组成，这些人员应数量充足、资源充沛并具有一定代表性。同时，根据这4项基本原则并经过广泛调研与试点，总结出具有世界代表性的评估一国法治状况的“法治指数”。该指数体系共分为4组，共计16个一级指数和68个二级指数。第一组指数强调了法治的宪法化和制度化，以此来保证执政权力受到约束；第二组指数侧重于法治是以公正、公开和稳定的立法体系为依托；第三组指数重点是法治在不偏不倚的司法过程中的公开、公平与高效性；第四组指数则突出了法治需以独立自主、德才兼备的法律人群体为保障。此外，“法治指数”主要利用两大数据来源对法治状况进行分析评估。首先采用“普通人口抽查（GPP）”方式，由资深的专业公司对每个国家中3个城市的1000名受访者进行抽样调查，每3年进行一次；其次采用“专家型受访者问卷（QRQ）”方式，每年进行一次，受访者包括民商法、刑事司法、劳工法和公共健康等各领域的专家学者。

值得一提的是，为了能在全世界推广统一的法治指数，世界正义工程在设计和发展“法治指数”时，注意扩展了评价的范围，并使衡量尺度更富于弹性。不仅考察书面上的法律法规，也关注实际中的执行情况；把相关的非正式制度也纳入对正式的法律系统进行审查的射程之中；从现存的国际标准和准则中，采纳今后可以用以衡量各国法律系统的指标；最大限度增强对法治进行评价尺度的国际兼容性，力求搭建起描绘法治关键功能的框架。

“法治指数”评估体系不仅可以衡量法治建设的进度与制度化基础、立法与法律法规的执行和管理细节，而且可以有效地规范政治运行、推进社会改革与进步，更重要的是可以发现和防止倒退情况的发生，因此具有引导功能、评价功能、预测功能，同时还可以作为国家间相互借鉴的蓝本，为彼此所用。

中国自“十五大”提出“依法治国，建设社会主义法治国家”的治国方略后，十多年来，对法治的追求从未间断，而法治建设的成败得失正是当下社会转型的关键。“法治指数”是对一个地区法治水平的评价，法治被“量化”的背后，既在一定程度上反映了民意，也为社会治理提供了可供参照的标准。因此，为进一步推进法治建设和文明进步，推动中国跻身于世界之林，在经济蓬勃发

展的今天，让“法治指数”这一可量化的正义更客观地成为测量政府行为与法治运行的检验标准和价值参照则显得意义非凡。

以下详细描述法治指数的结构，其中包含 16 个一级指数和 68 个二级指数。

原则一：政府及其官员均受法律约束

原则一包含五项指数，均为限制政府权力的宪法机制和政府机构之间关系方面的制度。政府及其官员应当对法律负责，其权力应当受到法律约束。政府是否完全依法办事是衡量法治水平的重要标准。

指数 1

1 政府及其官员的权力通过宪法或其他基本法加以界定和限制。

1.1 政府的权力通过成文宪法、不成文宪法或其他基本法加以界定和限制。

1.2 基本法的修改只能依据该基本法中规定的规则与程序进行。

1.3 基本法所保障的权利与特权只能依据该基本法中规定的规则与程序加以中止。

指数 2

2 政府及其官员的权力通过政府机构之间的制衡与非政府力量的制约受到限制。

2.1 基本法在政府各部门之间适当分配职权，以保证相互制衡。

2.2 政府建立对各部门进行独立审计与评查的正式程序。

2.3 立法与司法机关履行职责时可要求行政机关向其提供最新、准确的信息。如确有必要，行政机关对于敏感信息可不予提供。

2.4 政府向公众与媒体提供及时而准确的信息。法律规定的不提供信息的例外情况应当严格限制，而且要有正当理由。

2.5 政府官员、媒体工作者和渎职行为检举人得到应有保护以免受打击报复。

指数 3

3 政府官员严格依法办事，承担相应的法律责任。

3.1 政府官员对其不当行为承担法律责任，包括滥用职权谋取私利、超越职权范围和侵犯他人基本权利。

3.2 政府官员可被强制履行法定职责，并不得从事任何违反法律的行为。

3.3 政府建立审查其官员相关行为的正式程序，并对不当行为采取有效的制裁手段，包括通过公开的程序罢免高级官员。

指数 4

4 军队、警察和监狱的工作人员严格依法办事，并承担相应的法律责任。

4.1 基本法规定由文职政府控制警察和军队。

4.2 军队、警察和监狱的工作人员对其不当行为承担法律责任，包括滥用职权谋取私利、超越职权范围和侵犯他人基本权利。

4.3 军队、警察和监狱的工作人员可被强制履行法定职责，并不得从事任何违反法律的行为。

4.4 政府建立审查军队、警察和监狱的工作人员相关行为的正式程序，并对不当行为进行有效制裁。

指数 5

5 政府受其缔结的国际协定与习惯国际法的约束。

5.1 政府对其管辖范围内的人员履行国际法上的义务。

5.2 政府根据其缔结的国际协定与习惯国际法处理与外国政府和国民之间的关系，并寻求解决国际争端。

原则二：法律应当明确、公开、稳定、公正，并保护包括人身和财产安全在内的各项基本权利

原则二包含指数 6-9，阐述了法律所应具备的明确、公开、稳定、公正等要素，以及维护法治发展所必须保护的几项基本权利，包括人身安全和财产安全。

指数 6

6 法律应明确、公开、稳定。

6.1 法律应为公众所理解。

6.2 法律法规应使用各种官方语言及时公布、定期更新，并应方便残疾人获取和使用。

6.3 法律应足够稳定，以使公众明确判断法律所允许和禁止的行为范围，法律不应以秘密方式或通过行政法令修改或规避。

指数 7

7 法律是公正的，并保护人们的基本权利。

7.1 法律禁止基于经济与社会地位的任何歧视，包括种族、肤色、民族、社会出身、社会等级、国籍、外侨身份、宗教、语言、政治见解与派别、性别、婚姻状况、性取向、性别认同、年龄、健康状况等。

7.2 法律保护个人迁徙自由、意志自由，保护隐私权、言论自由、集会自由、结社自由和劳资谈判之权利。

7.3 法律保护思想自由、良知和宗教自由，不要求非宗教信徒服从宗教法律。



- 7.4 法律禁止强制劳役与童工。
- 7.5 法律保障刑事被告的权利并禁止刑法溯及既往。
- 7.6 法律保护因基本权利受到侵犯而向有管辖权的法庭寻求有效救济的权利。

指数 8

- 8 法律保护人身安全。
- 8.1 法律保护公民免受政府的不公正待遇或处罚，包括酷刑、任意逮捕、拘禁和流放。
- 8.2 法律禁止并惩罚侵害人身安全的犯罪。

指数 9

- 9 法律保护财产安全及从事私人经济活动之权利。
- 9.1 法律保护拥有、转让、租赁或许可财产的权利（包括不动产、个人财产和知识产权）。
- 9.2 法律禁止任意剥夺财产之行为，包括政府未作正当补偿而征用财产。
- 9.3 法律禁止并惩罚侵犯财产的犯罪。
- 9.4 法律保护从事合理监管下的私人经济活动之权利。

原则三：法律的颁布、实施和执行程序应当开放、公平、高效

原则三包含指数 10、11，阐述了法律颁布、实施和执行程序的开放性、公平性和高效性。

指数 10

- 10 法律的颁布、实施和执行程序应当对公众开放。
- 10.1 立法与行政程序的进行应当事先及时发布通知并向公众开放。
- 10.2 立法过程应当允许参与者各抒己见并充分考虑各种不同观点。
- 10.3 行政过程应当允许参与者各抒己见并充分考虑各种不同观点，建立利害关系人出席机制。
- 10.4 正式的法律草案与立法和行政活动的会议纪录应当及时向公众提供。
- 10.5 行政决定和司法裁判应当及时公布并广泛印发。



10.6 公众可以方便地获得警方的帮助。

指数 11

11 法律的实施和执行应当公正、高效。

11.1 法律应当得到有效执行。

11.2 适用和执行法律不得武断专横、有失公平，不得谋求特定的政治利益，不得对合法言行进行打击报复。

11.3 法律的实施和执行不得受到公职人员或私人团体的不当干预。

11.4 实施和执行法律的国家公职人员不得向个人和团体收取过高或不当费用，不得以及时履行职责为由向个人和团体收受财物，法律有明文规定的除外。

11.5 不得无故拖延行政程序，且应及时执行行政裁决。

11.6 警察队伍应当训练有素、数量充足、装备精良且具有广泛的社会代表性。

11.7 矫正机构应当具有良好的条件。

原则四：法官、律师和司法工作者应当称职、独立，具备职业道德，而且数量充足、装备精良并具有一定社会代表性

原则四包含指数 12 至 16，着重阐述了建立一支公正、负责的司法队伍以及高效、开放、有效的司法制度的必要性。本原则还涉及到替代性纠纷解决机制、传统纠纷解决机制、社区纠纷解决机制与宗教纠纷解决机制在提供独立、公正的司法救济方面能够发挥的作用。

指数 12

12 法官、检察官和其他司法工作者应当中立、负责。

12.1 司法程序和司法判决应当摒除偏见，排除公职人员或私人团体的不当影响。

12.2 检察官、法官和其他司法工作者应当严格遵守高标准的司法人员行为准则，如有不当行为应当受到惩戒。

12.3 检察官、法官和其他司法工作者的选任、晋升、派遣、薪酬、经费保障、免职、惩戒，应当符合促进司法独立、培养司法责任的目的，而且这些人员应当具有广泛的社会代表性。

指数 13



13 司法制度应当高效、开放、有效。

13.1 检察官、法官和司法工作者应当德才兼备、训练有素，并且数量充足、装备精良。

13.2 不应无故延误司法程序与判决执行。

13.3 法律应当对违法行为造成的后果提供及时、有效的救济，从而进一步防止违法行为的发生。

13.4 法院应当具备良好的办公条件，并设置在交通便利、安全可靠的地区。

13.5 检察官、法官或其他司法工作者不应向寻求司法救济的当事人收取过高费用或其他不当财物。

13.6 不应对司法救济的诉求设置不当障碍。

13.7 身体或智力有残障的刑事被告人应当获得必要的法律援助、辅导服务及其他帮助，以方便其更充分地参与刑事辩护。

13.8 法庭应当为有需求的刑事被告人提供准确的翻译服务，以方便其与法庭之间能够准确地互相理解。

指数 14

14 诉讼当事人应当由合格且独立的律师或代理人向其提供法律咨询或代理服务。

14.1 被控违法而可能受到刑事处罚的人有权在各个重要的诉讼阶段获得合格的律师或代理人的代理服务。法院有义务为无支付能力的被告提供合格的代理服务。

14.2 建立非盈利性的或政府资助的法律服务机构，以确保全体公民无论经济或社会地位如何，在民事和刑事案件中均有权获得合格的法律咨询或代理服务。

14.3 律师或代理人独立于政府，遵守高标准的职业道德准则，如有不当行为应当受到惩戒。

14.4 律师或代理人应当德才兼备、训练有素并且数量充足。

指数 15

15 替代性纠纷解决机制提供独立、中立、公平、高效的司法救济。

15.1 调解员与仲裁员应当中立、独立，不受政府控制。

15.2 调解员与仲裁员应当遵守高标准的职业道德准则并为其不当行为接受惩戒。

15.3 调解员与仲裁员应当德才兼备、训练有素并且数量充足。



15.4 替代性纠纷解决机制提供高效的司法救济。

15.5 除非当事人同意，替代性纠纷解决的结果不具有拘束力，但法律有明文规定或法院强制要求的除外。

指数 16

16 传统的、社区的及宗教的纠纷解决机制均应当提供独立、公平、公正的司法救济。

16.1 传统纠纷解决机制、社区纠纷解决机制与宗教纠纷解决机制的裁判者应当独立公正、遵守高标准的职业道德准则并为其不当行为接受惩戒。

16.2 传统纠纷解决机制、社区纠纷解决机制与宗教纠纷解决机制应当尊重和保障个人的基本权利。

16.3 除非当事人同意，传统纠纷解决机制、社区纠纷解决机制与宗教纠纷解决机制的结果不具有拘束力。

来源：中华人民共和国最高人民法院. 2010-10-11

[http://www.court.gov.cn/spyw/sfgg/201010/t20101011\\_9937.htm](http://www.court.gov.cn/spyw/sfgg/201010/t20101011_9937.htm)

## 2.6 解读社会保险法草案五大“改点”

10月25日，社会保险法草案提请当日举行的十一届全国人大常委会第十七次会议审议。这是吸引了中国社会各界众多“眼球”的社会保险法草案时隔10个月后，第四次提请中国最高立法机关审议。

全国人大法律委员会副主任委员张柏林向会议作草案审议结果报告时指出，制定社会保险法，对于规范社会保险关系，促进社会保险事业发展，保障全体公民共享发展成果，维护社会和谐稳定，具有十分重要的意义。

据全国人大常委会法工委有关人士介绍，与三次审议稿相比，社会保险法草案四审稿基本沿用了三审稿，同时在完善有关享受养老保险待遇规定、明确应当建立异地就医医疗费用结算制度、强调保障社保基金安全、用人单位和个人的信息安全等5个方面作了修改。

缴满15年可按月领养老金，亦可转入新农保或城保

**【背景】**草案三次审议稿规定，参加基本养老保险的个人，达到法定退休年龄时累计缴费不足15年的，可以缴费至满15年，按月领取基本养老金；也可以领取一次性养老保险待遇。

**【建议】**有些常委委员认为，养老保险的目的是保障退休人员的基本生活，一次性领取养老保险待遇起不到养老保障的作用，也不能体现社会公平，应当允许按照“多缴多得、少缴少得”的原则享受养老保险待遇。

**【修改】**草案四审稿将其修改为：“参加基本养老保险的个人，达到法定退休年龄时累计缴费不足15年的，可以缴费至满15年，按月领取基本养老金；也可以转入新型农村社会养老保险或者城镇居民社会养老保险，按照国务院规定享受相应的养老保险待遇。”

拟建异地就医结算制度，方便民众享受保险待遇

【背景】现实生活中，医疗保险关系的转移接续是社会各界关注的焦点，比如异地就医难的问题给退休后在异地居住的职工带来很多不便，民众迫切希望尽快解决。

【建议】有的常委委员提出，异地就医难的一个重要原因是异地就医报销医疗费难，影响了参保人员享受基本医疗保险待遇。目前，有关部门正在大力推进基本医疗保险区域统筹，并建立异地协作机制，以便于确需异地就医参保人员的医疗费用结算。

【修改】草案四审稿增加规定：“社会保险行政部门和卫生行政部门应当建立异地就医医疗费用结算制度，方便参保人员享受基本医疗保险待遇。”

社保基金不得挪作他用，确保安全保值增值

【背景】社会保险基金是民众的“保命钱”，须确保其安全和保值增值。目前社会保险基金累积结存数额较大，又较分散，亟须严格规范，加强监管，保障基金安全。

【修改】草案四审稿增加规定：“社会保险基金不得违规投资运营，不得用于平衡其他政府预算，不得用于兴建、改建办公场所和支付人员经费、运行费用、管理费用，或者违反法律、行政法规规定挪作其他用途。”

依法严格保密个人信息，泄露参保信息将被追究

【建议】有的常委委员提出，用人单位和个人的信息安全为社会各界普遍关注。社会保险行政部门、社会保险经办机构和社会保险费征收机构及其工作人员掌握用人单位和参保人员大量信息，对此应当保密，不得泄露。

【修改】草案四审稿增加规定：“社会保险行政部门和其他有关行政部门、社会保险经办机构、社会保险费征收机构及其工作人员，应当依法为用人单位和个人的信息保密，不得以任何形式泄露。”“社会保险行政部门和其他有关行政部门、社会保险经办机构、社会保险费征收机构及其工作人员泄露用人单位和个人信息的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分；给用人单位或者个人造成损失的，依法承担赔偿责任。”

在华就业外国人参照本法规定参加社会保险

【建议】近年来，随着对外开放的扩大，外国人在中国境内就业的情况有所增多。有些常委委员、部门提出，应当对在我国境内就业的外国人参加社会保险作出规定，这也是国际上的通常做法。

【修改】草案四审稿增加规定：“外国人在中国境内就业的，参照本法规定参加社会保险。”

此外，审议过程中，有些常委委员提出，社会保险法草案对社会保险的一些重要制度授权较多，操作性不强。考虑到中国社会保险制度正在建立健全过程中，有些制度需要根据经济社会的发展逐步完善，立法要为今后的改革和发展留下空间，草案可以规定得原则一些。

来源：中国人大网. 2010-10-27

[http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/lfgz/2010-10/27/content\\_1601283.htm](http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/lfgz/2010-10/27/content_1601283.htm)

### 3 学科资料优选

#### 3.1 朱苏力：中国法理学需要回答具体问题

我认为，学术研究基本上是个人的事情，是个人的智力活动。扎堆干活，干农活还可以，有人气，情绪高，但就会有搭便车的可能。而一到工厂流水线上就要有分工了；而分工说白了，就是每个人首先把自己的那块事情干好。在学术上，除了工科的大规模项目和社会科学的对策性研究或社会调查必须协调行动外，我认为，基础理论研究，无论是自然科学，社会科学还是人文科学，基本都是个人性的，冷暖自知。安于自己的本分，恪守自己的追求。

但安分守己并不是两耳不闻窗外事，一心只读圣贤书。人都有关切，也必须有关切。我也有。但目光不应盯着法律理论界，盯着法学人，盯着学术的主流或支流、中心或边缘；目光应盯着社会，盯着人。但也不是抽象的社会和人，我主要关切的是今天的中国社会和普通中国人。关注和研究中国的问题、中国人的问题，这不是眼光狭隘，而是我们只能如此。无论我们如何关心国际，如何关心全人类，其实都注定只能从我们周围的社会、周围的人开始。哪怕是想着讨论一般的法律、普世的法律，但也只能从本地的当代的法律问题开始。“老吾老以及人之老”，是我历来主张的研究进路。“法律思考不很容易跨出国界”，即使你追求或自以为是在“为天地立心，为生民立命”。

如果法理学不能回答具体的问题，或者说，中国的法理学甚至连中国的问题都回答不了，解决不了，你怎么可能回答普遍的问题、全人类的问题。因此，我个人认为，中国的法理学必须也只能扎根于当代中国，必须首先努力回答当代中国的问题。

这种回答，不能只是在一般层面，或在形而上层面，在我看来，它必须汲取各个部门法的知识，汲取其他学科的知识；只要可能，还要努力对各个部门法能有些许用处。这不是说要建立某种高于部门法学或实践的法学理论，而是说，基础理论的研究必须能解说部门法的某些问题，促使部门法的理论整合，形成某种融贯的话语。如果法学理论做不到这一点，就不会有人关心所谓的法学理论，所谓理论研究成果就可能成了小圈子里几个人的自娱自乐。

我也不是说一个人不能做某些自娱自乐的研究。个人完全可以。但作为整体的一个民族的法律理论，它必须与部门法和部门法的社会实践有关。而且，当代中国的法学理论还承担了重要的历史使命。随着中国的迅速和平崛起，随着金融危机，中国正在走向世界舞台中央，甚至是被拽进这个舞台中央的，在中国还没有做好足够的准备，没有完备的规划，各方面的实力还不够的条件下，而法学和法律理论是中国国力的一个重大薄弱点。如果中国走上世界舞台，没有或最终形成自己的政治观、法律观，没有自己的国际政治法律观，没有相应的理论，没有相应的建立在对人性、经济、社会和国际政治深刻理解基础上的系统的经验的和实证的理论，显然不行。那就缺乏软实力。

我把政治观放在法律观之前，不是笔误。因为在国际之间，或对普通人来说，不可能理解和把握细致的法律理论，他们能理解和把握的往往只是复杂系统理论中衍生或抽象出来的几个命题，甚至就几个概念。因此在这个意义上，我大胆地、冒失地说一句，所谓法律理论，在社会功能上，就是一种政治意识形态。这就像今天西方主张的人权、民主、自由一样。中国的法理学当然要吸纳这些命题和概念，但还需要我们的贡献，需要中国人的贡献，包括中国的政治意识形态。因为，中国不是一般的大国，而是一个文明的大国。

要实现这种法理学追求，不可能仅仅靠读书，不能仅仅靠读古书或外国人的书。实现这个追求的最坚实的基础就是当代中国社会的实践，中国的经验和教训。注意，还不只是法治实践和经验教训，后者很可能只是前者中很小的一部分。这也就是说，我们的法律理论必定是要基于对中国的研究，包括对中国的政治经济社会历史文化的全面把握和理解，才有可能。

这是一个艰巨的工作，一个需要想象力和创造力的工作；换言之，这是任何前人包括外国前人的经验都不足以应对的工作。但我们必须去做，我们必须有这个雄心壮志，在理解我们的时代和社会的背景下努力。（作者为北京大学法学院院长）

来源：北京日报. 2010-11-01

[http://new.21ccom.net/articles/zgyj/ggzhc/article\\_2010110223453.html](http://new.21ccom.net/articles/zgyj/ggzhc/article_2010110223453.html)

### 3.2 蔡定剑：从公众参与走向政府善治

善治就是政府依据并尊重人民的意志和生活方式，作出决策和实施治理。善治有可能在下两种情况下发生：一是政府是人民选择决定的，它必须尊重人民的意志；二是政府是开明君主，主张以民为本，知道“水可载舟亦可覆舟”的道理，以善政待民。

但是，开明君主的善治是没有制度保障的，可能会滑向恶政。政府恶政，就是政府欺骗、愚弄人民，无视民意，就像一个缺少文明水准、粗鲁的家长，以自己的意志代替子女的意志，并要子女按自己偏好的方式生活，动辄对子女动粗。

公众参与是提高政治合法性和实现政府善治的途径。公众参与理论起源于英国普通法上的“自然公正原则”，即“任何权力必须公正行使，对当事人不利的决定必须听取他们的意见”。

所以，在公共行政层面上，公共参与指的是公共权力行使过程中，要听取利益相关人意见的程序和机制；在政治层面上，公众参与意味着影响和改变公共行为的运作模式——决策由权力（政府或公共机构）机构主导演变为公众参与，与公众互动、协商的过程。

由此，公共参与和选举制度并行，成为现代民主政治的两大支柱。选举使政府权力合法化，公众参与则提高政府善治能力和水平以提高政治合法性。

#### 公众参与的完整链条

规范意义上的公众参与，是指公共权力在立法、制定公共政策、决定公共事务或公共治理时，由公共权力机构通过开放途径，从公众和利害关系人或组织获取信息，听取意见，并通过反馈互动对公共决策和治理行为产生影响的各种行为。它是公众通过直接与政府或其他公共机构互动的方式决定公共事务的过程。

公众参与所强调的是，决策者与受决策影响的利益相关人双向沟通和协商对话，遵循“公开、互动、包容性、尊重民意”等基本原则。因此，公众参与不包括选举，不包括公民或集体单方为个人或群体利益表达意见而采取的行动，如信访、维权行动和集体申诉等，也不包括如游行示威罢工等街头行动。因为这些都不是互动决策的过程。

公众参与在国外呈现出非常多的形式，从理论和实践都进入了精细阶段。它是一个包括信息交

流、咨询、参与讨论、与政府协作、政府与民众共同协商决策的一个完整链条。不同的目的采用不同的公众参与方式。在这个链条中，政府在与民众互动中，求得善治。

信息交流的方式十分多样，可以是信息包、小册子、传单、情况说明书、网站、展览、电视和广播等信息发布方式，让民众知晓信息并发表意见。这是参与的最初阶段。

第二阶段是咨询，就是吸取老百姓对某个特定方案的意见。其方法包括研究、问卷调查、民意调查、公共会议、焦点小组、居民评审团等。

第三阶段是参与，公众不光是被咨询，还要参与具体政策的讨论。参与的方式有互动工作小组、利益相关人对话、焦点小组、居民评审团、公民论坛和辩论等。

第四是协作。真正的参与是合作型的，这点在国外常以地方战略伙伴的形式来表现。所谓地方战略伙伴，就是把地方社区层面上的居民、学校、医院、警察、消防队员、公司等公共部门、私人部门、志愿性组织和社会团体以及当地居民联合在一起，就关涉各方利益的公共事务展开讨论。

最后是授权与决策，政府与民众共同协商决策。当然，这会使得权力发生转移，就是原来是政府单方决定的决策行为，变为了由政府、老百姓一起来决策。这是公众参与的高级阶段，即协商民主阶段。

#### 如何做实“公众参与”

中国政府主张以民为本、执政为民，公众参与是达到这一政治理念的有效途径。但是，现实中则对此认识不够，有时甚至把公众参与看成是影响效率和政绩的阻碍。

从当前不断出现的城市拆迁、土地征用、劳资矛盾和罢工抗议、环保争议等社会矛盾和群体性事件来看，根源之一都在于缺少公众参与。如一些被拆迁户之所以采取激烈的抗议行动，就是因为当地政府在城市规划、土地拍卖、颁发土地开发许可证件等程序过程中，缺乏公众参与。对此一无所知的居民，要么乖乖地被开来推土机拆迁的开发商赶走，要么采取上访、“散步”、自焚等反抗行为。

类似的社会矛盾，在国外民主完善的国家，都曾通过公众参与制度得以化解。如果政府在城市规划和发放开发许可的过程中就有公众参与，让作为利益相关方的被拆迁者充分表达意见，参与决策，就不会出现一再上演的“自焚”事件。而无视人民的意志和利益，不断地引发各种社会矛盾，就是典型的恶政。

诚然，改革开放以后，中国实行开明政治，随着上世纪 80 年代公众参与式民主在西方的广泛兴起，中共十六大、十七大把公众参与作为政治体制改革的重要举措提出来。但是，这一重要制度，近年来由于没有得到应有重视和有效的实施，面临被形式化的困境。

例如，公众参与往往被狭隘地理解为公示、听取意见、咨询、听证等很少的方式。听证制度，也被一些地方和政府部门形式化甚至歪曲，陷入了形式主义和物价“逢听必涨”的困境。这说明，要使一项好制度在执行中不变形，必须满足其有效实施的条件。

可以说，有效的公众参与至少需要满足三个条件和八项原则。



三个条件中首先是信息要公开。如果讨论公共汽车要不要涨价、铁路要不要涨价、水要不要涨价时，连核算成本都没有告诉公众，只说亏本，在这样的前提下，参与也是瞎参与，发挥不了应有的效果。

第二是利害相关人的参与。不能只请那些支持政府方案者，还应要请利害相关人，甚至是相关利益对立人，听取他们的意见，以完善方案。

第三是政府要就听证结果作出反馈。反馈就是要把参与人的意见公布出来。公众参与并不是说政府一定要采纳多数的意见，但必须说明政府采纳或不采纳某些意见的理由。如果没有反馈，只是让公众发表意见，其实还是暗箱操作，这样的参与不可能有效。

八项基本原则，首先是包容，政府要能容纳与自己不一致的观点，并吸收其合理处；第二是透明、公开；第三是遵守允诺；第四是可达性，比如，若制定一个有关残疾人利益的决策，就需要采取措施帮助这些残疾人能够参与到政策制定过程。在一些国家，政府有责任支持一些NGO组织帮助这些弱者参与到决策中来。第五是有责任性；第六是有代表性，不同的意见和利益能够交流讨论，相互影响；第七是相互学习性；第八是有效性等。

更重要的是，公众参与应建立多种形式的“利益协商机制”：如涉及企业和劳资关系政策的“三方协商”机制；涉及城市发展和规划的开发商、居民及政府的“三方协商机制”；涉及公共卫生、医疗政策改革的医疗单位、患者民众以及政府部门的“多方利益参与及表达机制”等。

相关利益方的“协商表达机制”，是公众参与制度的重要形式，是解决社会问题和社会矛盾纠纷的重要机制，也是保证改革决策正确性的有效方法。这种制度发展到社会层面就是社会协商对话，这是各国的重要民主形式。在中国，政府机关就一些重要政策法律问题向全民公开征求意见和讨论，也是一种公众参与的重要途径。

在一个民主社会，政治家也好，政府部门也罢，可以作出有违于公众意见的决策，但是，这要冒很大的政治风险。而一个真正的以人为本的善治的政府是什么样的？就是政府与民众能够互相交流、互相讨论，政府能够理解老百姓的观点是什么，老百姓也能够理解政府的困境是什么。（蔡定剑为中国政法大学宪政研究所所长）

来源：《中国改革》2010年第11期

[http://new.21ccom.net/articles/zgyj/xzmj/article\\_2010110123403.html](http://new.21ccom.net/articles/zgyj/xzmj/article_2010110123403.html)

### 3.3 中国法治的三种话语

改革开放以来，中国思想界出现的自由主义、民族主义和“新左派”三种思潮，反映了中国社会发 展进程中的矛盾与困惑，表达了不同社会阶层和群体在大变革时代的感受与愿望。尽管这些思潮各有侧重，但是它们都不拒绝“法治”的可欲性。如同三面方位各异的棱镜，经由不同路径反射的法治话语呈现出多彩 的样态。

概括而言，自由主义立足于市场经济和私有产权，反复强调公民权利的正当和优先；民族主义立足“国族本位”的姿态，对全球化背后的西方化逻辑异常警惕；“新左派”借助批判性的后现代话语，将反思传统社会主义与批评资本主义及西化潮流熔于一炉。



在自由主义法治论者看来，社会秩序也好，国家实体也罢，都是“美好的道德强制”或者“必要之恶”，唯有公民个体的权利与自由才是法治之本，只有在公民合意的状况下才能创生良法。法治应是缓进的过程，不能以建构的方式事先规划。法学家是“权利本位”的蓝图设计师，立法者是“依葫芦画瓢”的体系构建者，法官是“自动售货机”式的居间裁判人。

自由主义的“法治理想国”是近代西方法学的核心原理，其背后有两个潜藏的假定，一是权力必须集中于超然中立的政府，不受各种利益集团的影响；二是集中于政府的权力能够受到“良法”的有效制约，从而最大限度地防止权力的肆意，阻止权力对权利的侵犯。遗憾的是，这两个预设条件最终都被证明为“基本虚假”。现代社会的权力弥散，已然深入各个角落，不平等与受束缚无处不在。政府很难集中权力，尽心尽力保障公益。“良法”本身也是一个美好的神话，从法律的制定到法律的运行，没有哪个环节不受到强势权力的侵扰。

不可否认，自由主义对于中国法治观念的启蒙而言，居功甚伟。但千万不能忘记，法治是正义的实践，而非理念的公平。上世纪40年代，自由主义法治思潮盛极一时，当时的中间党派及自由知识分子，试图通过民主宪政运动，建构议会主导的权力分立政体，最终成为历史的绝唱。对于自由主义法治在中国的悲情，美国学者格里德一语中的：“自由主义所假定应当存在的共同价值标准在中国却不存在，而自由主义又不能提供任何可以产生这类价值准则的手段。”

与自由主义不同，民族主义主张延续中华法系的生命，实现法律传统的创造性转化，生发适合当下的法治本土资源。在他们心中，中国是“文化共同体”，中国传统文化生生不息，整体伦理秩序必然否弃个体法理自由。现代型的民族主义法学话语虽然不直接否定个体权利，但“民族国家”必须成为法律的母体，法治的建构当然要由代表民族根本利益的国家来承担、规划和推进——这势必呼唤政治国家的强大权能，与自由主义的“个人权利”法理也难以兼容。

民族主义法治话语发轫于清末“亡国灭种”的历史想象与政治变革的现实诉求。随着民族国家理论的传播与接受，民族主义法治话语逐步成为强势话语，塑造“新”国民，建构“民族国家”成为公议时尚。1902年，梁启超在《新民说》一文中指出：“欧洲所以发达，世界所以进步，皆由民族主义(Nationalism)所磅礴冲激而成。民族主义者何？各地同种族、同言语、同宗教、同习俗之人，相视如同胞，务独立自主，组织完备之政府，以谋公益而御他族是也。”

这样的民族主义法治观不免褊狭，与社会主义法治理论也存在龃龉。在社会主义国家，一切权力属于人民，“人民”是社会的主体，不是零散的个体叠加，而是组织化的、行动中的团体。人民对国家权能的绝对掌控，体现了社会主义法治理念的核心要义，执政党的合法性根基也在于此。

在“新左派”看来，理想的社会主义法治方向应当坚守。苏式社会主义是严重变形、异化的计划专制。通过对计划经济体制的批判，“新左派”阐发了以保护弱者权益为重心的社会主义法律理念。另一方面，“新左派”并不认同以西方近代自由主义为核心的法治摹本，强调人民民主的重要性。

“新左派”的法治话语具有综合性和模糊性的双重特点。它吸纳了自由主义的权利关怀，与激进左派的暴力崇拜、集权政治体制划清界限。同时，它又极力反对自由主义的资本体制，将资本主义和传统社会主义一道归于另册。在“新左派”的话语体系中，“社会主义”泛指劳动人民的经济民主和政治民主。这种简单以人民主权和全面民主来定义的“社会主义”，很难与现实的法制体系

相容，“大民主”的乌托邦也容易导致“多数人的暴政”。对于如何实现理想的社会主义法治，采取什么样的手段来保证人民主权和全面民主的落实，“新左派”含糊难言。

中国法治的话语远不止三种，但中国法治的成功道路却只有一条。“话语即权力”，福柯之言或许过于绝望，但足以提醒我们，必须认真对待法治进程中的各样思潮。既然没有现成的经验和模式可以搬用，我们只能在实践中辨别法治观念的优劣。前提是，必须宽容对待法治话语的多样性和矛盾性，同时，深化社会主义法治理念的话语体系研究，使之均衡协调，真正成为中国特色社会主义法治道路的“准星”和“罗盘”。（武汉大学法学院副教授 廖奕）

来源：检察日报.2010-10-28

[http://www.fz-china.com.cn/fz-china/law.php?m=newsdetail&news\\_id=23061&frequency\\_id=7](http://www.fz-china.com.cn/fz-china/law.php?m=newsdetail&news_id=23061&frequency_id=7)

### 3.4 季卫东：“程序共和国”宣言

当今的社会结构正在急剧转型，政治生态也随之一变。诉求的多元化（不限于新左派与自由派之争）以及不同利益群体（不限于所谓强势群体与弱势群体之分）之间的张力不断增进，迫使国家管理的思路有所调整，以适当化解各种冲突，以有效防止执政危机。在这样的背景下，制度重构是继续固守既有的核心价值，还是接纳现代文明的普世价值——何去何从的抉择问题日益凸显出来，成为舆论关注的焦点。值得注意的是，此时此地，不管论者采取哪一种立场，实质性价值判断都成为对立双方的前提条件。

不言而喻，价值观是非常重要的。亨廷顿（Samuel P. Huntington）的文明冲突论，其依据就是价值观之间冲突的激化以及在世界地壳变动中的影响力。从1990年代的人权外交，到2000年代的反恐统一战线，作为国际政治对策的“价值同盟”论，其目标也是解决价值观冲突的问题。

然而我们必须清醒地认识到，当国家利益的冲突与价值观的冲突叠加在一起的时候，很容易诱发对某类特定国家说“不”的大合唱，也很容易造成中国关于多极化世界与和谐世界的构想落空。因此，如果在这样的语境还要特别强调实质性价值判断的独善性，外交的结局就是进退维谷。另一方面，在“地方性知识”的语境里，中国有些法学研究者不断主张实质性价值的不可比较和不可沟通。这样的主张如果真的成为主流思想，甚至左右制度设计，势必引起社会的割据和秩序的碎片化，与建构一个充分整合的现代市场和法治国家的目标是背道而驰的。

总之，无论从国际关系还是国内政治的角度来看，寄希望于某种实质价值一统天下，或者只是“躲进小楼成一统”，最终只能导致失望。由此可见，我们必须面对价值观已经多元化并且还在不断多元化的现实，以此为前提重新审视既有的制度安排，使固执某种实质性价值的态度能够适当地相对化（不必放弃），增强反思的理性。

首先让我们重新认识当代宪政所提供的替代性方案。最著名的制度设计是公私两分法，即：在私人领域充分承认价值多元性，但在公共事务领域则通过民主程序作出决定，要求行为统一于法律。在这里，政府不追求特定的“善（good）”，而应该尽量保持价值中立，以保障每个人的平等自由，以防止“勾结型国家”或者“阶级司法”的出现，维护社会的公平正义。也可以说，对价值优先劣后的判断标准是“正（right）”高于“善”。

但是，哈佛大学的桑德尔（Michael J. Sandel）教授对这样的制度设计抱有怀疑，认为作为





法律拟制的抽象“人格”，排除了性别、出身、种族、宗教等属性的差异，结果只能造成“失重的自我”，无法承担公共的、道德的责任和促进社会团结；因此，不能把实质性价值判断与政治和法律区隔开来。实质性价值只能在一定的共同体中陶冶，所以必须重视社群关系和涵意的脉络。

这里需要特别指出，桑德尔教授所理解的共同体还是以自由和多元化为基础的，所以他拒绝被贴上“共同体主义者”的标签。可见他的思想与国家主义无缘，与权威主义也划清了界线，而更接近共和主义的状态。但是，他还没有充分说明在价值多元化的前提下，所期待的那种道德共同体究竟应该如何建构，也没有回答不同的道德共同体之间的互动关系究竟应该如何处理这样的关键问题。另外值得注意的是，这种主张是针对当今美国的问题状况，因此难免或多或少失去适用于其他地域的普遍性。

尽管如此，我们还是不能忽视桑德尔理论在美国风行的后果以及对其他国家发展进程的正反两方面的影响。关于亚里士多德的正义论，桑德尔特别强调的是“目的”以及值得人们赞扬和酬报的“美德”。这意味着从目的、手段以及最终结果的角度进行价值判断，没有充分注意过程的重要性，也没有提供对个人的、集体的、国家的目的之间的关系进行判断和调节的标准。实际上，亚里士多德更注重的并非“道德上的正当性”，而是复数当事人之间的正确关系以及通过部分正义的配分和矫正而达到整体正义的协调过程，因而在他的理论里，一种“中立的正义原理”是呼之欲出的，与桑德尔的选择式解读所得出的结论并不一致。

另外，罗尔斯的正义论也并不能仅仅归结为契约主义，因而不能从契约局限性的角度简单地进行批判。的确，罗尔斯有重新建构社会契约论的旨趣，并且倾向于从个人就社会制度的基本规则进行互相承认的角度来理解正义，但着眼点却在于如何排除力量对比关系对缔约条件的影响，以及通过反复试错达成关于价值判断的合意。他提出的两条正义原理——平等的自由原理以及注重最不利者和机会平等的有限调整原理——强调的并不是合意本身，而是达成合意的条件和手段以及强制的正当性根据。显而易见，桑德尔只论结果，以契约的局限性为根据来置疑罗尔斯，难免以偏概全之讥。真要从契约局限性的视点来观察正义，那就更应该合乎逻辑地得出程序公正当然优先于道德共识的结论，否则正好落入契约局限性的陷阱，或者就很容易把现实存在的习惯和传统当成正义的标准。

桑德尔注意到，当美国原总统约翰·肯尼迪在1960年9月12日讲演中把个人的宗教信仰与对公共事务的责任加以区别时，他是要把当代宪政的公私两分法作为处理价值冲突的基本手段。但是，现任总统奥巴马则认为即使在一个多元社会，个人的价值观和信仰也应该在政治中发挥重要的作用，而那些主张不应该把个人的道德引进公共政策领域的人们是脱离现实的；美国的法律甚至可以被理解为基于犹太教和基督教传统的道德的法典化。在这两种迥异的宗教观中，桑德尔教授的立场更接近后者，就是要强调宗教在政治和法律中的作用，把道德价值的认同作为正义的基础。然而他没有解答在合众国里“一与多”的关系应该按照什么标准来处理、共同体之间的理解和尊重应该如何实现之类的不可回避的问题，这就很容易诱发价值的冲突或强迫。

面对价值多元化的现实，与其强调特定价值的意义，毋宁通过价值中立的程序性规则和沟通行为寻求罗尔斯所说的“重叠共识”，化解宗教性的“诸神之争”。只有当公正程序具有相对于目的和手段的优势时，价值的独善性才不至于膨胀到不容许社会进行自由选择 and 更加合理化选择的地步，真正的共和国才能实现。就转型社会的法治而言，尤其需要在没有共识的地方寻找出可以达成共识

的途径，然后循此形成某种具有正当性的强制执行机制。这条途径就是公正的程序，或者说程序民主，也就是通过法律程序的正当化去克服执政危机。

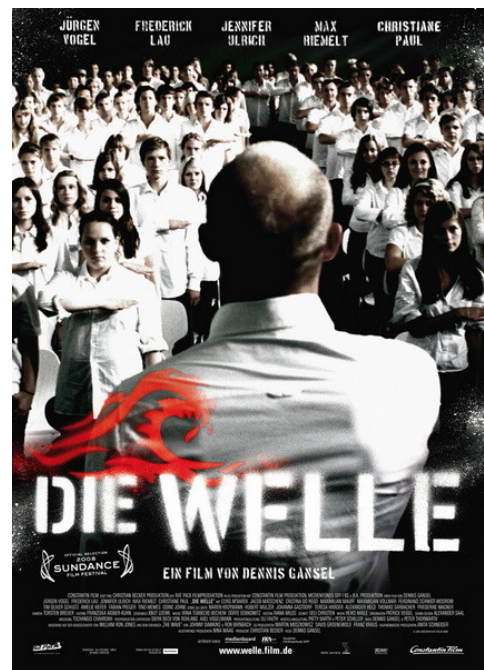
公正程序的设计固然也是以某种价值判断为前提的，但这类程序性共识却不必受限于特定的价值或目的，往往表现为人类的常识或公理，因而比较容易达成。在这个意义上，当今中国进行制度重构的参照物、评价标准或者设计方案应该是“程序共和国”，而不是“道德共同体”。换言之，通过价值中立化的程序实现不同价值的和平共处，通过基于反思理性的沟通防止或适当解决相持不下的宗教性“诸神之争”，这才是我们所应该接纳的普世价值，这也是建设真正意义上的“和谐社会”的制度性基础。

来源：《中国改革》2010年第11期

[http://new.21ccom.net/articles/zgyj/xzmj/article\\_2010110323553.html](http://new.21ccom.net/articles/zgyj/xzmj/article_2010110323553.html)

### 3.5 《浪潮》——一部不可不看影片

《浪潮》的故事改编自发生在美国的真实事件，1967年4月，加州帕洛阿尔托市库柏莱高中的历史老师罗恩·琼斯为了让学生们亲身体会到纳粹极权运动的恐怖，他大胆的设计了一个实验，让学生们模仿纳粹党徒，在班里发起了一个微型的极权运动，没想到几天之后，就有越来越多的学生加入其中，大家逐渐陷入一种难以自拔的极权狂热中，琼斯的班级简直成了一个微型的纳粹“飞地”，直到最后琼斯给学生们播放记录纳粹暴行的图片，惊愕的学生们才戛然而止。这个别具一格的社会学实验惊世骇俗的证实了极权主义与普通人生活之间的某种必然关系，2008年，年轻的德国导演丹尼斯·甘赛尔将其改编成电影《浪潮》搬上了银幕，除了把地点从美国换到德国以外，基本上保持了整个事件的真实性（当然结尾与真实情形大相径庭）。此片一出，立即受到无数影迷追捧。甘赛尔素来以探讨政治体制与个人之间的关系为长，2004年他就推出过《希特勒的男孩》，此番重操熟悉的题材，在表现力上也是更上一层楼。



《浪潮》一片在六天内讲述了一场名为“浪潮”的微型极权主义运动从游戏般的开场、到野火般迅速蔓延、再到不可名状的狂热、直到最后死的死、抓的抓，落得惨淡收场的全过程——好在这只是一个德国高中里的课程教改实验，使得观众们得以较为从容的全盘审视之。不过管中窥豹也能以小见大，整个《浪潮》的过程其实就是一个缩微样本，生动的说明了极权主义运动的渊薮及其特性。

#### 一、意识形态特性

《浪潮》有一个百无聊赖的发端：老师文格尔教了不想教的课，学生们听得乏味，老师教得更沉闷，于是文格尔才想出了这么个点子来激发学生的学习积极性。当故事刚刚开始的时候，“浪潮”

运动还未成型，谈不上什么像样的理念甚至纲领，但是随着运动的发展，学生们越来越沉迷其中，而那种对普通学生的吸引力，已经越来越具有极权主义意识形态的特点。当然，《浪潮》中的主人公只是中学生，当他们谈论为何会加入“浪潮”运动时，往往会把与家庭的疏离、对现实生活的厌倦联系起来——关于后者，观众们不难注意到有一场在酒吧里谈话的戏，当学生们聊到“谷歌上被搜索最多的是帕丽思·希尔顿”时，他们对整个当代社会的“堕落”和不满溢于言表。

于是乎，“浪潮”成为孩子们的庇护所。其实从哲学上讲，绝大多数人都有拒斥偶然、追求某种终极万能解释规律的倾向。因为人们往往无法独力面对这个黑暗、荒诞的世界，所以，对于普通人来说，“他们生来倾向于各种意识形态，因为他们将事实解释为只是一般规律的一个具体例子，否定事物的巧合，发明了一种适应一切的万能解释，假设它是一切偶然事物的根本。”【1】孩子们或许没有意识到这一点，但他们的表现却生动的说明了他们对于万能意识形态的趋向——这简直是生物本能式的反应。当然，“浪潮”毕竟不是一个完整的极权主义运动，所以内中的意识形态特性还处于原始的萌芽阶段，但这种萌芽阶段的极权主义意识形态已然爆发出对个中成员洗脑式全方位操控的致命能量。

学生们对于“浪潮”的反应并不相同，有人不屑，有人退出，有人加入，有人反对，也有人死心塌地的为“浪潮”迷狂。以蒂姆为例，这为可怜的男孩最后坦诚“浪潮”就是他的生命（他也为此搭上了性命）。片中对蒂姆的背景未多做交待，我们倒是可以看出他的家庭不是很幸福——当他在饭桌上高谈“浪潮”的“伟大魅力”时，他的父母甚至都没打算认真听下去（不幸的是，这似乎是当今家庭中代际交流的常态）。当然通过同学们的对话我们可以推测出蒂姆有些精神不稳定：偷拍女生照片、私藏枪支、谎称与别人的家人关系等等，而他通宵在文格尔老师家门外守候，更是令人有些不寒而栗。其实这些戏分就表明了蒂姆的弱势处境，如果把全班看成一个小社会的话，蒂姆无疑处于最底层，他的生活中缺少最基本的关爱（例如经常被小混混欺侮）。由是，我们就不难理解蒂姆最后的疯狂了，那些在观众眼里侮辱常识的无稽之谈，在蒂姆心中却是金科玉律——蒂姆没办法，只有在这种（被他想象出的）极权主义意识形态神话中，他才能找到起码的自尊，而他最后的虚妄“牺牲”也成就了他对这种意识形态的完美臣服——对蒂姆来说，常识已经失效了。如果将“浪潮”镜像般放大对照于整个社会，蒂姆无疑是那些遭受社会不公、个人基本权益无法伸张的弱势群体/群众的缩影，对于这些弱势群体/群众来说，“他们在精神上和社会上无家可归的情况下，就无法以一定的尺度来深刻洞悉任意性与计划性、偶然性与必然性之间相互依存的关系……或者面对混乱的发展和完全任意性的衰落，或者服从于最严格的、异想天开的意识形态虚构的一致性，群众可能永远只会选择后者，随时以牺牲个人来作为代价——这并不因为他们愚蠢或邪恶，而是因为总体的灾难中，这种逃避至少给予他们一种最低限度的自尊。”【2】也就是说，人性中本来就有对意识形态的趋向，在蒂姆这又被他所遭遇的种种不幸给放大了，二者相结合，便有了蒂姆对极权主义“浪潮”的迷狂。

值得注意的是，蒂姆在“浪潮”实验中只是极少数，但在一个整体不公、而且这种不公还在日益扩大的社会里，蒂姆代表的就是千千万万的普通群众了。

## 二、组织特性

短短一个星期内，“浪潮”当然不可能发展成完整的极权主义组织，不过从影片的内容来看，“浪潮”已然呈现出某些明显的极权主义组织特性。总的来说，“浪潮”还不是极权主义运动的核

心政党类组织（精英组织），而是类似于某种“先锋组织”（例如纳粹的冲锋队和希特勒青年团）的类型。如果我们把文格尔老师看作是“浪潮”运动的极权主义独裁领袖，蒂姆、或许还有最后揪着马尔科上台的那几位同学可以算是运动的核心成员，那绝大多数“浪潮”的参与者其实都只是同情“浪潮”或者被其神秘魅力吸引的“先锋组织”的成员。

孩子们其实都是以很私人的理由加入“浪潮”的，有些女孩可能是为了看帅哥，而卡萝的弟弟则是为了耍酷——当他守在门口阻止非“浪潮”成员进入时，他显得那么的趾高气扬。不过我们不能小看这些先锋组织成员的作用，“先锋组织环围着运动成员，像一堵保护墙，将他们和外部的正常世界隔开；同时，它们又组成一道返回正常状态的桥梁，若非如此，运动成员在掌权之前的阶段就会觉得，他们的信仰和那些普通人之间、自己的虚构谎言和正常世界之间，差异太大。”【3】所以说，正是“浪潮”突出的先锋组织特性，蒂姆这些核心成员才会在极权主义的温室里茁壮成长——蒂姆们建立了“浪潮”，然后又被“浪潮”裹挟并被与外部正常世界隔离开来（事实证明，互联网并不是总能起到有效沟通作用的）。当然，对于极权主义运动来说，一个独裁的领袖不可或缺，“领袖处于运动的中心，是使整个运动运行不息的发动机。”【4】但是在片中我们可以看到，作为“浪潮”的发起者和领袖，文格尔老师其实有点游离于运动之外——他一开始纯粹把这看成了一场课堂教学游戏，没有太过认真，只是后来发现事有蹊跷，才现身制止。不过从某种意义上说，文格尔的态度客观上也符合了他作为“浪潮”的神秘领袖的气质——极权主义的独裁领袖总是神龙见首不见尾，笼罩在神秘主义的光环中。而蒂姆主动找到文格尔要做他的保镖，更是凸现了领袖处于运动中心的重要性——我们完全可以想像出这样一个众星拱月式的极权主义组织层级，不过我们也得庆幸文格尔一言九鼎的独裁权力，若不是他的正常，整个“浪潮”不知要疯狂到何时为止。

“浪潮”的另一个特点则是与黑社会的趋同，事实上，极权主义运动曾被称为“光天化日之下建立的秘密会社”【5】。而在片中也多次出现了“浪潮”与黑帮对峙的场面：一开始是蒂姆被小流氓欺侮，“浪潮”成员前去解救，到了后来黑帮份子前来寻仇，“浪潮”却已经有了异乎寻常的凝聚力——当蒂姆拿出仿真枪时，曾经不可一世的黑帮落荒而逃——此时的“浪潮”在黑帮的眼里已经幻化成另一个新近成立的狂热到不可理喻的黑社会组织了。而另一个有趣的细节是，黑帮们往往黑衣黑裤，身上雕龙画凤；而“浪潮”则是以白衬衣为制服，而且没有纹身的要求——这种看起来清爽无害的外型却成为了比黑帮更恐怖的温床。

极权主义秘密会社丧心病狂的敌视它的外部世界，“政党和一般的公开社团只认为那些公开反对它们的人是敌人，而秘密会社的原则一向是‘凡是不公开表明归属的人都应排除在外’。”【6】所以，我们看到片中的锡南半开玩笑的说买来的冰淇淋只给“浪潮”的成员吃时，其实就暗合了这种组织特性。同时，影片也清晰的描述了“浪潮”树立“敌人”的发展过程：当文格尔老师的“浪潮”动议一开始效果不佳时，他号召全班同学一起踏步，并声称“要楼下学习无政府主义课程的班级吃灰”时，得到了学生们最热烈的一致欢呼——显然，文格尔巧妙的树立起了一个“敌人”，正是这个“敌人”的存在给“浪潮”运动结结实实的打了一针鸡血。而随着运动的发展，“敌人”的范围迅速扩展，越来越符合极权主义运动普遍敌视外界的特点。

“浪潮”的标志也成了片中的另外一场重头戏，当孩子们满大街涂鸦“浪潮”标志时，他们获得了极大的快感，殊不知，这也是极权主义运动的典型特征之一。一方面，极权主义和黑帮一样都是非常重视仪式的，“秘密会社与极权主义运动之间最吸引人的相同点是仪式的作用。在这一方面，

莫斯科红场上的游行在性质上与纽伦堡的庆祝政党生日的盛大礼节完全一样。在纳粹仪式的中心是一面所谓‘鲜血的旗帜’，布尔什维克仪式的中心是列宁的遗体，两者都在仪式中注入崇拜偶像这一强有力的因素。”【7】由此我们就不难理解，“浪潮”的挥手礼构成了这场微型极权主义运动仪式化重要的组成部分，当“浪潮”的成员们山呼海啸着一同将右手在胸前摆出柔和曲线时，传达出的意味却是沾染着血腥气的强硬。不过“浪潮”的偶像总是缺席——好男人文格尔老师一下班就迫不及待的回家陪老婆，于是，另一个规律起作用了——“‘偶像’只是一种组织手段，在秘密会社中常用，也常用于以可怕的、令人恐惧的象征物来威吓其成员保守秘密。”【8】——当“浪潮”需要一个作为偶像替身的象征物时，蒂姆设计那个的抽象标记就起到了这个作用。明白了这一点，我们也就不难理解为什么蒂姆冒着生命危险要把“浪潮”的标志涂抹到一栋未完工的大楼外部（虽然从生活逻辑上讲这有点不合常理）——此举标志着“浪潮”的象征物威吓作用达到了顶点。而另一个有趣的细节是，虽然蒂姆总是在“浪潮”的标志旁加上一两把手枪，但真正被“浪潮”成员广泛接受并传播的标志却只是一个抽象的海浪图形，看来，这种“象征物的威吓”无须直观的图形联想即可达成作用。

### 三、策略特性

“浪潮”是一场实验（幸亏这只是一场实验），整个过程基本上处在文格尔老师的全面控制下（虽然为了增强戏剧性甘赛尔修改了结尾），不肖说，这个实验的结果就是使得善良天真的同学们一步步迈入邪恶的深渊，当蒂姆举枪自杀、马尔科被众人揪斗的一幕出现时，“浪潮”的邪恶被渲染到了最高潮。于是，观众们似乎看到了一场经过精心设计的诱人作恶的骗局、一个被看似毫无危险的小游戏包裹起来的陷阱——在这场骗局中，某种巧妙的策略被顺利的实施，然后将孩子们一个个“请”入了圈套。

诱善人作恶需要高明的策略，在总结关于权威服从的心理学实验时，社会心理学家津巴多指出，权威（极权主义）引诱普通人作恶需要以下十个特点或者条件：

- （1）营造束缚性的契约关系。在现实世界中，契约形式便是入组织的宣誓、保证服从上级，等等；
- （2）设计“有意义”的角色。通常这一角色具有某种先入为主的正面价值和自然行为模式；
- （3）制定保证服从的基本规则：试验规则或者组织纪律；
- （4）装饰起冠冕堂皇的说辞；
- （5）预留推卸责任的后路。在现实世界里，上级说了算，群众紧跟就是正确；
- （6）诱人步步陷入；
- （7）加害程度逐渐加强，不知不觉地一点一点增加；
- （8）悄悄从“正”转“邪”；
- （9）高筑有进无退的门槛，不让参与者有退出的机会；
- （10）强调宏大的高尚理想。【9】

对照津巴多总结，我们不难发现，整个“浪潮”运动完全符合以上的策略特性。津巴多先生提的这十条略有一些重复，我们合并一下同类项，(6)(7)(8)全是“温水煮青蛙”式的蚕食策略；(1)(3)(9)是营造刚性的退出障碍；(2)(4)(5)(10)则都是在心理\意识形态的层面打开极权主义的缺口。这三大特性无疑也在“浪潮”中体现得淋漓尽致。当然有一些特性是通过别的方式呈现的：例如(9)本是不存在的，但是某些成员却臆想出了这种门槛——蒂姆之死是最好的明证；(2)(5)则是由文格尔老师的天然身份所承担起来；(10)无疑是被学生们对家庭的疏离和对社会的厌恶所建构的。但不管怎么说，津巴多总结的这十条策略切切实实的贯穿于“浪潮”中，文格尔无意间也成了经由这些策略一手导致校园惨案的罪魁祸首。

#### 四、个体特性

一个个普通的德国萝莉和正太，怎么好好的就成了极权主义的恶魔？这个问题直指极权主义研究的中心环节。针对这类问题，社会心理学家斯泰纳曾经提出过一个“沉睡者”的概念，来指代正常情况下蛰伏，但有时却被唤醒的残酷的潜能。斯泰纳进一步指出：“在某种程度上，所有的人都是沉睡者，以至于他们都有一种在特殊条件下能被触发的暴力潜能。”【10】基于此我们可以做出判断：文格尔的班级里全是一群“沉睡者”，他们的暴力潜能被“浪潮”所唤醒，导致他们一步步滑入恶的深渊（好在最后有“领袖”的悬崖勒马）。

这个概念或许会令我们有些沮丧，不过面对人性中本来的“邪恶”就是面对这个荒诞、无常的世界的一部分。唐僧西天取经后在河里打翻了经书，后来放于大石头上晒干后取下，结果发现经书破损，唐僧一时心急如焚，不过孙悟空却转转眼晴告诉师傅：天地原本残缺不全，这记载天地真义的经书，自然也应是残缺不全的。听闻这话，唐僧很快转怒为喜。孙猴子这话看似简单，却说出了存在主义哲学家们皓首穷经一辈子才悟出的道理。不过说来容易做起来难，当我们在现实中一次次伤心失望以致有些绝望的时候，殊不知已经在心中给“恶”留下了一席之地。一旦社会动荡，有野心家利用之，极权主义的灾难很快就会席卷而来。人是“沉睡者”，但这并不意味着我们无能为力，事实上，即使在最黑暗的极权主义作恶之时，总有一些人，他们身体中被唤醒的不是恶，而是善——正是有这些独力面对黑暗极权，勇敢而又清醒的抵抗的人们的出现，“沉睡者”这个概念才有意义——如果人人都是“沉睡者”，都是极权主义罪恶的天然同盟，那“沉睡者”这个概念也就泛化到没有特殊指代可言了（从这个意义上讲，超验的道德似乎成了极权主义社会中正义之士唯一可以依靠的基石，也正因为此，雅斯贝尔斯才会说“纳粹统治下的德国是一座监牢……牢门一旦关闭，从内部打破监牢便不再可能”【11】）。

《浪潮》中的卡萝就是一个“抵抗者”的代表，当周围的同学、甚至自己的弟弟都逐渐被“浪潮”卷入其中时，卡萝始终保持着难得的清醒——当然卡萝也要过小孩子脾气，譬如她对舞台剧排练的旷工。不过卡萝始终没有放弃，她开始个人印制反“浪潮”的传单在校园里散发（看到卡萝一个人的身影在漆黑的校园里小心翼翼的穿梭时，我们很容易联想起“白玫瑰小组”）。卡萝的努力不是没有作用的，她起码让自己的男友马尔科意识到了事情的荒谬与严重性，而清醒的马尔科找到文格尔老师，才促使文格尔下决心结束这一切——当然，不得不指出另一个令我们有些沮丧的事实：如果不是有个正常的“领袖”，“抵抗者”们的努力基本上是徒劳的。不过当极权主义的幽灵还没有翻云覆雨时，“沉睡者”概念却可以时时刻刻的提醒我们：为自由民主之善——尽管它看起来有那么多缺点，切莫为极权主义之恶——尽管它表面看起来如此的辉煌美好。

必须让我们体内的“沉睡者”永远沉睡下去，这样我们永远不会知道我们体内被唤醒的究竟是善还是恶，而这种无知却是我们的大幸。

## 五、文化特性

极权主义“浪潮”的文化特性就是：没有文化特性——这是针对“文化决定论”（特殊的文化造就了特殊的极权主义运动）来说的。《浪潮》的故事原型本就是对“文化决定论”最有力的反诘——很多人原本以为只有反犹传统深厚（事实上德国并不是欧洲反犹最激烈的国度）而且饱蘸着容克军国主义氛围的德国才会酝酿出纳粹的极权主义暴行，但琼斯的实验却让我们目瞪口呆——一旦制度允许，再加上有人鼓动，极权主义运动会在每一个地方迅速成型。而甘赛尔在影片里也有意无意的凸现了对“文化决定论”的反驳：《浪潮》一再渲染的是文格尔班级里孩子们的普通生活，他们泡妞、听摇滚乐、泡吧，跟一般的当代城市年轻人没什么区别；而且这些孩子们总在讨论“全球化”概念（这一概念也成了“浪潮”升温的催化剂），实际上观众们也可以得到暗示：这是一群在全球化时代长大的孩子，他们没有特殊性，也并没有特殊的文化造就特殊的他们——事实上，在全球化日隆的今天，全球青年亚文化的同质性也益发明显，一个柏林的高中生和一个上海的高中生可能从穿着到喜好上都如出一辙：牛仔裤、T恤衫、可口可乐、互联网、奥斯卡、MTV、NBA……再没有比用“特殊文化”来硬性的区分时下的年轻人更荒谬的事了。

所以，当蒂姆烧掉自己的阿迪达斯运动衫时，他不是告别某种“德国文化”或者“西方文化”，而是向正常的社会告别——甘赛尔从隆隆火焰后拍摄蒂姆的迷离眼神，不禁使人想起纳粹的焚书事件。当然我不是说没有地域文化的区别，只是这种区别微弱到不足以构成造成极权主义的决定性因素——即使有不同的文化，美国的实验和德国的历史其实已经证明了整个西方世界都有这种极权主义的危险（东方还需要证明吗？），所以“文化决定论”实际上已经失效了。

此外，“文化决定论”还不得不面对一个时间性上的尴尬悖论：如果要证明陷入极权主义狂热的某一代人是被特殊的文化所造就的，从逻辑上还必须得证明这一代人的文化与他们的上一代和下一代都截然不同，而对绵延存续的人类文化来说，这显然不可能。

至于所谓的“国情论”，其实也是“文化决定论”的另一种翻版。不过对中国（大陆）知识界而言，“文化决定论”似乎从上世纪90年代到现在一直在包治百病。一方面有言说空间的问题，知识分子扎堆到“文化”里头讲话比较安全；另一方面，这也与中国（大陆）人文知识分子的知识结构有关：“文人的思维特征是瞧不起工匠式的技术思维，有问题喜欢向上走，走向云端，引出一个统摄一切的本源，然后再俯瞰下来，向下作哲学的批判或文学的抒情……文人传统过甚，又喜欢追寻万物同源，这个‘同源’定位在文人所熟悉的事物上，总得与‘文’有缘，这样就容易把他们从大学中文系学得的文化评论（多半是文艺评论），以及由此形成的抒情训练就统统派上了用场”【12】。也就是说，一旦谈到“文化评论”，凡事都变得比较好忽悠了——尽管这种忽悠除了制造廉价的口水文字和批发职称与学位以外毫无用处（不过我也由此得出一个有点可怖的结论：抛开这帮文人与权力间“皮之不存，毛将焉附”的先天从属关系不谈，单单按照前述关于极权主义意识形态的特性分析，他们已经似乎是极权主义意识形态的天然吹鼓手，因为文人们身上那种“发明了一种适应一切的万能解释”的倾向几乎是为极权主义运动度身定制的——这也能部分的解释海德格尔与纳粹间的心有灵犀吧——当然文人们有意无意推波助澜的极权主义运动往往也会悲剧性的把他们自己吞噬掉）。

毫无疑问的是，抒情和文艺腔在面对极权主义浪潮时彻底阳痿了，极权主义之恶是个板上钉钉的血淋淋事实，我们必须以实证性的态度来接纳它——这里没有什么“文化”的关系，我们应该像扫除害虫一样先扫除那帮无聊文人，然后以坦然的、真诚的姿态面对这个世界，面对这个世界的恶。

## 六、小结

《浪潮》构成了一个饶有趣味的社会学\政治哲学文本，桎梏的大陆“电影学”研究视野在面对《浪潮》时的无能为力一览无余。不过学院里的“电影学”会死，活生生的电影实践却是个永动机。放眼世界，《浪潮》的类似主题其实早就被好莱坞选用过——想想《搏击俱乐部》，是不是改头换面的中产阶级版《浪潮》？而由此我也联想到，比起《活着》和《蓝纸鸢》这类影片来，《阳光灿烂的日子》也许是个内里极为“险恶”的作品，对这个问题，希望有一天那些生活在XXX 宰制中的人们可以开诚布公的讨论它，而不用再忍受封锁、删除、过滤等手段的干扰。

真理越辩越明，如果你们是对的，那你们怕什么呢？

注释：

【1】【2】【3】【4】【5】【6】【7】【8】（美）汉娜·阿伦特《极权主义的起源》，林骧华译，三联书店2008年，第452页、453页、469页、477页、480页、481页、481~482页、482页

【9】【11】转引自徐贲《人以什么理由来记忆》，吉林出版集团有限责任公司2008年，第315~316页、109页

【10】转引自（英）鲍曼《现代性与大屠杀》，译林出版社2002年，第219页

【12】朱学勤《书斋里的革命》，云南人民出版社2006年，第151页

来源：法律博客-华语天下

<http://huayutianxia.fyfz.cn/art/781295.htm>

## 3.6 “公平法”的三段论

罗尔斯，如雷贯耳之名。1971年出版的《正义论》，被誉为当代政治哲学的扛鼎之作，激起了热烈而持久的讨论，被译成28种文字，仅英文版就售出了40万册之多(至今仍保持着哈佛出版社的记录)。三十年后，罗尔斯发表了殿军之作，希望达成两个心愿:一是纠正《正义论》中的许多严重缺点，二是让自己的理论更加融贯、清晰。这部凝聚了罗翁毕生思想精华的著作，就是《作为公平的正义:正义新论》([美]罗尔斯:《作为公平的正义:正义新论》，姚大志译，上海三联书店2002年版)。

在《正义论》中，罗尔斯将“社会公平”视为正义的基本理念，而正义又是社会经济、政治、法律结构的基本原则。在《正义新论》中，他更加明确地指出:正义“最基本的理念是社会作为一个世代相继的公平的社会合作体系的理念”。

在罗尔斯看来，以公平为基础的社会合作至少具有三个本质特征:第一，公平的社会合作不同于单纯的社会协调。社会公平要求人们的行为受普遍性的权威规则和正当程序调节，而不是遵从某些单向的义务性指令。第二，社会合作的理念必然包含了公平合作的法定条款，即每一个参与者都



可以理性地加以接受。社会公平强调互惠性和相互性。第三，社会合作的观念还包含了每一参与者之合理利益或善的观念，即从那些参与合作的人们自己的善的观点看，他们所一直积极寻求正当利益的到底是什么。

在我看来，罗尔斯的社会公平观念有三个重点：个人的善（合理利益）、公众的理性选择和法律的普遍权威。以个人的善为起点，公众的理性选择为中介，法律的普遍权威为归宿，构成了罗尔斯社会公平观念的逻辑主线。

凭何在理性的公众选择与合理的个人利益之间达成“反思均衡”（reflective equilibrium）？罗尔斯最终认定了法律。当然，罗尔斯认定的这种法律，不是一般的实在法，而是具有理想类型特点的“公平法”（罗尔斯称之为“公平条款”）。社会公平正义，就这样被罗尔斯从伦理学、政治哲学中解放出来，成为一个崭新的法理学问题。

“公平法”的三段论，正是罗尔斯《正义新论》的核心。首先，个人利益的合理化阶段，这一阶段的公平法主要体现为“个人权利”的存在；其次，公众选择的理性化阶段，这一阶段主要由社会机构代表完成，“公平法”体现为这些社会机构提供“公共证明”的“公法”。最后，也是最为关键的阶段，即个人权利之间或者合理的个人权利与理性的公众选择之间发生了难以调和的冲突与矛盾，出现了“公平”难决的情况时，“反思均衡”的原理和机制成为法治的理想形态。

第一阶段的“公平法”，我称之为“自生自发社会的个人权利法”。自生自发的社会缺乏大一统的政治权威，盛行原子式个体的利益博弈。由于社会资源的相对均衡（不是过于富足也非过于匮乏），个人在各自的“善”之追求过程中，一般可以找到大致方位，加上传统习惯的，虽然没有普适法令指导，但仍可以维持大体秩序。矛盾的调处，一般也由个人相互之间以和解方式达成，实在无法达成，便诉诸于“彻底消灭”的野蛮方式。

第二阶段的“公平法”，我称之为“民主治理社会的公共意志法”。这是常见的公平法形态。当公众出现，必然会有少数与多数之分。要使所有人对“何为公平”达成完全一致的肯定性意见，并非一个简单的权利博弈的过程。因为，多数人的意见在民主社会中具有一种权力垄断的特性。而权力又有天生的压制权利的倾向和能力，当某些人的权利不得不放弃，多数人的权力意志就会顺理成章地成为法律。这样，“公平”的标尺可以正当确定，集体行动也能相对有效地完成。

上述两种“公平法”，都不是理想的社会公平法律。以捍卫社会公平为己任的良法应当由法律秩序的“理想图景”提供。罗尔斯的哈佛前辈、著名法学家庞德认为，时至 20 世纪，再企望以个人权利法成为达成社会公平的理想图景，已不大适合。而单纯考虑公众意志的法律，又面临“集体暴政”的危险。所以，新的法律理想图景应当均衡合理的个人权利与理性的公共选择，既维护个体自由又保卫公共利益。

现代社会区别于传统社会的关键在于，普适的权威法律成为介于个人利益、公共利益与整体社会利益之间的理性裁断者。法律力求公平，这种公平的本质特性不是个人权利保障，亦非公共意志维护，而是在个人利益与公共利益之间的均衡确证，强调对社会优势者权利（权力）的限制，维护社会整体的有机连带。这与现代社会本身联系日益紧密、彼此休戚相关、风险一体化的特点息息相关。可以说，现代社会的结构特点决定了其法律在“公平”价值的维护上，必须由以前的个人权利本位，或者公共意志至上转变为均衡性的社会化调节。这样的“公平法”，我们不妨称之为“现代风险社

会的连带均衡法”。

如何在个别主体的决断权与公共权力的决策权之间达成法理上的均衡,并进一步整合为法律的“公平条款”,使权利(权力)主体之间的行动与现实法律运行实现理想层面的契合,这是和谐时代的社会公平法理研究迫切需要解答的问题,也是罗尔斯《正义新论》带给我们的最大启示。(武汉大学法学院副教授)

来源: 检察日报

[http://www.legalinfo.gov.cn/index/content/2010-10/13/content\\_2314771.htm?node=7882](http://www.legalinfo.gov.cn/index/content/2010-10/13/content_2314771.htm?node=7882)

### 3.7 台湾司法中的细节

不久前,华东政法大学法律学院的姚岳绒老师在台湾“中央”研究院法律学研究所进行了为期3个月的学术访问。其间参观了台湾的“最高法院”、高等法院与台北地方法院。作者在访学期间,深深感受到司法服务民众不仅仅只是口号,透过细节体现出来的行动才是真正的立根之基。

台湾地区自进行司法改革以来,一直朝着建立一个温暖而富有人性的诉讼环境努力,以保障民众的诉讼权为核心,更希望能够建构一个符合民众期望、更有效率、为社会大众接纳且信任的司法。塑造专业、公正、透明司法的同时,更是把关爱、理解、体恤的理念融入司法过程。这些不仅仅是口号,更有行动,因为透过细节体现出来的行动才是司法为民众的真正立根之基。

#### 法庭席位的细节: 口字型的布置格局

法庭如何排座次?看上去微不足道,实则蕴含着司法之大义。藉于特定的司法理念与制度,通过法庭这个特定空间对各诉讼角色的座次进行设置与安排,再辅以特定仪式化的行头。一方面使审判权得以充分的尊重与体现,另一方面又以其设置与安排中所显示出来的文化与心理上的暗示对审判产生某种影响。

为了给当事人提供温暖人性的法庭环境,落实当事人平等的精神,台湾着手改革法庭席位,首先制订了《高等法院以及各级法院法庭席位布置规则》。据此规则,除少年管训法庭外,法庭以前后栏杆区分为审判席、应讯席、旁听席。将检察官席由原来的法官席左侧下移,与辩护人席分设于法官席左右两端直前20公分处。将检察官席从法官席左侧位置拉下来,这是法庭席位设置中的一次重大改革。审判席离地面50公分,检察官席、辩护人席、书记官席与通译席均设于铺设20公分高的垫板上。检察官席与辩护人席另以木板加高15公分即位于距地面35公分处。而应讯席设置与地面无高度,被告站立于应讯席回答问题。通过席位不同高度的设置,无形中表征的是审判过程中各诉讼角色的地位

席位规则其后历经9次修正,最终以《法庭席位布置规则》确立。修正后的法庭席位的基本架构采取口字型(少年保护法庭除外),即当事人席相对,与法官席垂直等距,法庭以栏杆区分为审判活动区与旁听区,于栏杆中间或两端设活动门,审判活动区设应讯台,供就坐陈述。法官席桌面设置法槌,法柜高度距离地面25至50公分,其余席位均置于地面,无高度。法官席正前右、左两侧下方分置书记官席与通译席,设置旋转座椅,均面向旁听席。学习司法官与学习律师等非诉讼法规定在法庭审判活动之人,其席位设于旁听席前排。

口字型的法庭席位架构中,没有了周围有法警监视的“被告人席”,被告人与辩护人坐在一起,这一方面体现了控诉双方至少在形式上是处于平等的地位,从而缓和被告人的心理压力;另一方面也方便被告人与辩护人之间的沟通,以有利其辩护。台湾在 15 年间对法庭席位进行 9 次修正,改变的不仅仅只是席位高低或方向,真正改变的则是司法理念,通过落实当事人席位平等的原则,最终呈现司法的精神。

### 实务运作中的细节：“与民有约”的活动

为了让民众了解司法制度及相关的实务运作,和民众面对面,缩短法院与人民之间的距离感,并改善民众心中对于司法的严肃刻板印象。作为台湾地区的最高司法机关司法院首次开放供民众参访,并函请所属各级法院同步实施“与民有约”活动。自此,拉开了台湾地区法院“与民有约”活动的序幕。

“与民有约”活动形式多样化,以满足不同层面的各界人士了解司法、理解司法,进而为司法的进步共同努力。这些活动包括:(1)邀请社会各界参访法院。包括各级学校参访、社会民众参访、机关团体参访、民意代表参访。参访行程上包括简介法院、参观法庭、参观为民服务中心、双向沟通及座谈会。(2)邀请社会各界参与司法改革座谈。台湾司法院也邀请各界精英至司法院参与司法改革座谈会。走出司法院,深入各地方,进行司法改革巡回座谈会,以聆听地方人士对司法改革的意见。(3)走入校园,接触学生第一线。从大专院校、高中(职)、国中到小学,除了向学生宣传基础的法律常识,并针对各学龄层在日常生活中可能遇到的法律问题,以案例解说及有奖征答等方式,使师生在寓教于乐的气氛中获得正确而又实用的法律常识。(4)法律教育的媒体宣传。通过电视广告、电视节目、广播节目与短剧以及网络等方式,以生活化贴近民众的方式宣传法律知识。

### 司法信任的细节：当事人合意选法官

台湾地区颁布了《民事诉讼合意选定法官审判暂行条例》。民事诉讼中允许当事人合意选定法官制度,乃台湾地区所独创,被认为是世界司法史上的一大创举。这一规定打破了案件分配上的“法定法官”原则,突破了当事人不得染指审判权传统理论观点,与仲裁制度中当事人可以自由选择仲裁员的规定具有类似性。

按照规定,当事人可以合意选定法官审判的案件,以地方法院的小额诉讼程序、简易程序、普通诉讼程序(含人事诉讼程序)的第一审民事案件为限。原则上须于起诉时或第一次言词辩论期日前,合意选定受诉法院的法官予以审判。若非合议制,则由双方当事人共同合意选定一名法官,若合议制情形下,在当事人未能合意选定三名法官时,亦可以由当事人各选定法官一人,再由被选定的法官共推其他法官一人组成合议庭审判。

台湾地区对于民事双方合意选定法官这一新创举始终持“试行——修正”这一谨慎的态度,从一开始的施行期限为 1 年,后经两次延长,直到 2008 年才结束施行。从适用情况看,适用此制度之事件并不多,但司法院在征询各界意见后,认为此制度用意甚佳,将会持续推行,并加强对当事人、律师及其他团体的宣传以及采取相关的配套措施,以使民众均能享受此制度之益处。

民事诉讼中,于公益无害的前提下,尊重当事人的程序选择权,对其所涉诉讼事件具有选择承办法官的权利,藉此增进民众对裁判的信任,进而达到疏减讼源以及合理分配司法资源的目的。由于合

意选定法官进行审判的制度在世界范围内是一项具有创新性的制度,没有现成的经验可供参考和借鉴,因此,能否取得预想的效果,尚有待于实践的检验。

来源: 法制网. 2010-10-19

[http://www.legaldaily.com.cn/international/content/2010-10/19/content\\_2320456.htm?node=22612](http://www.legaldaily.com.cn/international/content/2010-10/19/content_2320456.htm?node=22612)