



凯 原 法 讯

第 2 期 (2011 年 1 月)

1	近期法制资讯.....	2
1.1	新《工伤保险条例》元旦起实施.....	2
1.2	国家工商总局出台《工商行政管理机关禁止垄断协议行为的规定》等三个反垄断法配套实体规章.....	4
1.3	最高人民法院出台司法解释明确非法集资法律界定及适用.....	4
1.4	中央三部门发文明确网络传播侵权作品行为定罪标准.....	5
1.5	我国再出“十六条”意见严打侵犯知识产权犯罪.....	6
2	学科发展热点.....	8
2.1	专家：廉政法或将纳入中国立法规划.....	8
2.2	刑事诉讼法和民法修改已启动全国人大法律委建议列入常委会今年立法工作计划.....	11
2.3	恶意欠薪应否入罪引热议 “有钱不给”面临取证难.....	11
3	学科资料优选.....	14
3.1	光明日报：2010 年度中国十大学术热点.....	14
3.2	媒体评 2010 年法院十大典型案件：文强涉黑案居首.....	19
3.3	以新道统论构建中国法哲学：谢晖和魏敦友对话.....	22
3.4	田飞龙：超越形式法治论：中国行政法治路径新探.....	25
3.5	法律不强制人类情感：软法理论视野下的精神赡养问题.....	29
3.6	中华法系的特有内涵：民族法史.....	31
3.7	乐清事件：信任比真相更稀缺.....	34
3.8	新拆迁条例，进退失据.....	37



1 近期法制资讯

1.1 新《工伤保险条例》元旦起实施

国务院发布新修改通过的《工伤保险条例》即将于下月 1 日起实施。昨日，市人社局解读相关政策时称，因工死亡一次性补助金标准大幅提高了，有望达到 34 万余元，并实现全国“同命同价”。而对市民关心的“上下班途中遇车祸算不算工伤”、“应酬陪酒出事算不算工伤”等问题，新《工伤保险条例》也给出了明确答案。此次条例修改的我市参保职工受惠者达 260 万。

因工死亡全国“同命同价”

旧规：按当地平均工资算

新规：按全国城镇居民人均可支配收入算

在原来的规定中，因工死亡补助金为统筹地区上年度职工月平均工资，按照 48 个月至 60 个月计算补助。由于各地平均工资差距大，由此带来的因工死亡补助金差额也大。

而修改后，因工死亡一次性补助金大幅度提高，调整为上一年度全国城镇居民人均可支配收入的 20 倍，且打破了地区限制，实现全国“同命同价”。

根据国家统计局公布的数据，2009 年度城镇居民人均可支配收入为 17175 元，按此计算，条例修改后因工死亡一次性补助金有望达 34.35 万。市人社局副局长王安石介绍，目前我市一次性工亡补助金上限为 15.8 万，按照新条例我市的工亡补助金有望提高 120%。

一次性伤残补助金也有所提高，按照伤残级别增加 1 至 3 个月不等的职工本人工资补助。

上下班工伤认定还要看责任

旧规：受机动车事故伤害可认定工伤

新规：非本人主要责任才算工伤

对于社会关注的“上下班途中伤亡算不算工伤”的问题，新条例也做出明确规定：“在上下班途中，受到非本人主要责任的交通事故或者城市轨道交通、客运轮渡、火车事故伤害的，属于工伤。”

“这一规定在扩大了上下班途中的工伤认定范围的同时，也强调了事故责任的认定。”市人社局提醒市民注意，只有“非本人主要责任”的交通事故才可以认定为工伤，而如果本人在事故中负有主要责任，如无证驾驶、酒后驾车等行为造成本人伤亡的，即使有伤亡也不能算工伤。

醉酒伤亡不算工伤

旧规：“酒烈士”算不算工伤存争议

新规：明确规定不算

3 年前，南京某中学一名会计因陪劳动部门领导喝酒后猝死，学校打算为猝死会计申请工伤的

事件，在社会上引起了巨大反响。

在此次修改中，这一问题也有了明确答案。条例第十六条规定：有下列情形之一的，不得认定为工伤或者视同工伤：(一)故意犯罪的；(二)醉酒或者吸毒的；(三)自残或者自杀的。

每天“报销”8元住院伙食费

旧规：住院伙食费、外地就医交通食宿费用由用人单位支付

新规：由工伤保险基金统一支付

新条例规定，过去由用人单位支付的工伤职工“住院伙食补助费”、“统筹地区以外就医的交通食宿费”等将由工伤保险基金统一支付，既减轻用人单位负担，也可保证工伤职工待遇的及时、足额发放。

针对这项调整，我市相关政策正在研究之中。在相关配套文件出台前，从下月1日起采取临时过渡办法：工伤职工住院治疗工伤的伙食补助费按照每天8元的标准由工伤保险基金进行垫付。此外，经工伤定点医院出具证明，报市工伤保险经办机构同意，到市外就医所发生的交通费用也可垫付，其中途中伙食费按照每天50元标准，住宿费每天100元标准。

需要注意的是，市外就医的交通费用有所限制，包括火车、动车组硬卧，普通客轮三等舱，客运汽车。

看看这些情况算不算工伤

因工受伤，但单位未办工伤保险 解答：算，费用由单位支付

条例第六十二条规定：应当参加工伤保险而未参加工伤保险的用人单位职工发生工伤的，由该用人单位按照本条例规定的工伤保险待遇项目和标准支付费用。

工作时突发疾病死亡 解答：算

条例第十五条第一款规定：“在工作时间和工作岗位，突发疾病死亡或者在48小时之内经抢救无效死亡的”视同工伤。

抢险救灾中伤亡 解答：算

条例第十五条第二款规定：“在抢险救灾等维护国家利益、公共利益活动中受到伤害的”视同工伤。

有雇工的个体户需参加工伤保险

市人社局特别提醒用人单位，新《工伤保险条例》扩大了工伤保险的适用范围，将不参照公务员法管理的事业单位、社会团体，以及民办非企业单位、基金会、律师事务所、会计师事务所等组织也纳入了工伤保险适用范围。这样在2011年1月1日新条例施行后，企业、事业单位、社会团体、民办非企业单位、基金会、律师事务所、会计师事务所等组织和有雇工的个体工商户都需参加工伤保险。

来源：法制网.2010-12-30

http://www.legaldaily.com.cn/rdlf/content/2010-12/30/content_2423116.htm?node=20968

1.2 国家工商总局出台《工商行政管理机关禁止垄断协议行为的规定》等三个反垄断法配套实体规章

2010年12月31日，国家工商总局公布了《工商行政管理机关禁止垄断协议行为的规定》、《工商行政管理机关禁止滥用市场支配地位行为的规定》、《工商行政管理机关制止滥用行政权力排除、限制竞争行为的规定》三个《反垄断法》配套实体规章。

反垄断法是市场经济重要的基础性法律。《反垄断法》的有效实施，对维护市场公平竞争，增强我国经济活力和竞争力，保护消费者的利益和社会公共利益，促进社会主义市场经济健康发展，具有十分重要的意义。国家工商总局作为国务院反垄断执法机关之一，制定反垄断法配套规章，是确保《反垄断法》顺利实施的必然要求，也是建立法治工商的重要内容。三个实体规章是国家工商总局继去年制定发布两个《反垄断法》配套程序规章后制定的，这三个规章进一步完善了工商行政管理机关反垄断执法的依据。工商行政管理机关将以此为契机，进一步积极稳妥有序地深化反垄断执法工作。

三个规章在我国《反垄断法》框架内，立足工商行政管理机关反垄断职能，对垄断协议行为、滥用市场支配地位行为和滥用行政权力排除、限制竞争的行为进行了细化和明确，提高了工商行政管理机关反垄断执法的可操作性。三个规章在制定过程中，广泛征求了国内外各方意见，并通过网上向社会公开征求意见，增强了立法的透明度，充分体现了立法的民主性和科学性。

《工商行政管理机关禁止垄断协议行为的规定》对垄断协议的概念和表现形式作了细化规定，对行业协会组织本行业的经营者达成垄断协议的方式作了细化规定，并明确规定由国家工商总局负责依法认定除价格垄断协议之外的其它横向垄断协议和纵向垄断协议。同时，对垄断协议宽大制度中重要证据的含义和范围、工商行政管理机关实施减轻或者免除处罚应把握的原则以及实施减轻或者免除处罚的具体办法等都作了细化规定。对有关决定垄断协议豁免的机关作了明确规定。

《工商行政管理机关禁止滥用市场支配地位行为的规定》对市场支配地位的概念、如何认定市场支配地位以及市场支配地位的推定与反证制度作了细化规定。对滥用市场支配地位的具体表现形式作了细化规定，对认定正当理由需要考虑的因素予以明确。

《工商行政管理机关制止滥用行政权力排除、限制竞争行为的规定》对行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力，实施的排除、限制竞争行为的表现形式作了细化规定。对经营者以行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织的行政强制或者变相强制为由，实施垄断行为的具体表现作了列举式规定。明确规定了国家工商行政管理总局和省、自治区、直辖市工商行政管理局可以就行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力排除、限制竞争的行为表现及其后果，向其有关上级机关提出依法处理的建议。

来源：人民日报.2011-1-11

http://www.saic.gov.cn/ywdt/gsyw/zjyw/xxb/201101/t20110107_103374.html

1.3 最高人民法院出台司法解释明确非法集资法律界定及适用

上海交通大学图书馆 IC² 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

1月4日,最高人民法院召开新闻发布会,公布了新出台的《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》,全文见四版),最高人民法院新闻发言人王少南介绍了有关情况,最高人民法院刑二庭、处置非法集资部际联席会议办公室以及公安部经侦局有关负责人回答了记者的提问。

据介绍,近年来,非法集资犯罪活动猖獗,案件数量居高不下,据统计,2005年至2010年6月,非法集资类案件超过1万起,涉案金额1000多亿元,每年约以2000起、集资额200亿元的规模快速增加。新闻发言人表示,对于形形色色的非法集资犯罪活动,实践中普遍反映非法集资相关法律规定不够明确、具体,政策法律界限不易把握,法律适用疑难问题较多。因此,最高人民法院经深入细致调研,广泛听取最高人民法院、公安部等有关单位以及专家学者的意见,制定出台了本司法解释。

《解释》分九条,共规定了八个方面的问题。《解释》从法律要件和实体要件两个方面对非法集资进行了定义,即非法集资是违反国家金融管理法律规定,向社会公众(包括单位和个人)吸收资金的行为,《解释》同时明确,非法吸收公众存款罪是非法集资犯罪的基础罪名,并对非法集资的具体特征要件予以细化,列举了10种应以非法吸收公众存款罪定罪处罚的具体情形,但同时明确,未向社会公开宣传,在亲友或者单位内部针对特定对象吸收资金的,不属于刑法规定中的非法吸收或者变相吸收公众存款。

针对实践中对于非法吸收公众存款罪的定罪和量刑情节认定标准掌握不统一的问题,《解释》区分个人犯罪和单位犯罪,分别从吸收公众存款数额、吸收公众存款的人数以及经济损失数额三个方面对此作出了具体规定。同时,为依法贯彻宽严相济刑事政策,《解释》规定,非法吸收或者变相吸收公众存款,主要用于正常的生产经营活动,能够及时清退所吸收资金,可以免于刑事处罚,情节显著轻微的,不作为犯罪处理。

针对实践中存在大量以转让股权的形式进行非法集资的情形,《解释》明确,未经国家有关主管部门批准,向社会不特定对象发行、以转让股权等方式变相发行股票或者公司、企业债券,或者向特定对象发行、变相发行股票或者公司、企业债券累计超过200人的,均应当认定为擅自发行股票、公司、企业债券行为,构成犯罪的,以擅自发行股票、公司、企业债券罪定罪处罚。

虚假广告在非法集资犯罪活动中起着重要的推波助澜作用,《解释》对非法集资犯罪活动中的虚假广告行为的定罪标准以及共犯处理作出了明确规定,广告经营者、广告发布者利用广告为非法集资活动相关的商品或者服务作虚假宣传,具有违法所得数额在10万元以上、二年内利用广告作虚假宣传受过行政处罚二次以上等四种情形的,应以虚假广告罪定罪处罚。

来源:最高人民法院网站.2011-1-05

http://www.court.gov.cn/xwzx/yw/201101/t20110105_12761.htm

1.4 中央三部门发文明确网络传播侵权作品行为定罪标准

最高人民法院、最高人民检察院、公安部11日联合发布了《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》(以下简称《意见》)。《意见》从非法经营数额、传播他人作品数量、作品被点击的次数、注册会员人数等方面进一步明确了通过信息网络传播侵权作品行为的定罪处罚标准。

《意见》共十六条,主要针对近年来公安机关、人民检察院、人民法院在办理侵犯知识产权刑

事案件中遇到的新情况、新问题。

《意见》进一步明确了侵犯知识产权刑事案件的管辖问题，对犯罪地的认定、管辖争议、并案管辖等作了明确规定。其中犯罪地包括侵权产品制造地、储存地、运输地、销售地、传播侵权作品、销售侵权产品的网站服务器所在地、网络接入地、网站建立者或者管理者所在地，侵权作品上传者所在地，权利人受到实际侵害的犯罪结果发生地。

《意见》进一步明确了在办理侵犯知识产权刑事案件中行政执法部门收集、调取证据的效力问题。规定“行政执法部门依法收集、调取、制作的物证、书证、视听资料、检验报告、鉴定结论、勘验笔录、现场笔录，经公安机关、人民检察院审查，人民法院庭审质证确认，可以作为刑事证据使用。行政执法部门制作的证人证言、当事人陈述等调查笔录，公安机关认为有必要作为刑事证据使用的，应当依法重新收集、制作。”

《意见》明确除了销售外，有四种情形认定为“以营利为目的”。包括“以在他人作品中刊登收费广告、捆绑第三方作品等方式直接或者间接收取费用的”；“通过信息网络传播他人作品，或者利用他人上传的侵权作品，在网站或者网页上提供刊登收集广告服务，直接或者间接收取费用的”；还包括“以会员制方式通过信息网络传播他人作品，收取会员注册费或者其他费用的”。

此外，《意见》还对商标犯罪中“同一种商品”、“与其注册商标相同的商标”的认定问题，非法经营数额的计算问题，犯罪未遂的认定问题等定罪量刑问题，多次实施侵犯知识产权行为累计计算数额问题、共犯问题、犯罪竞合问题等作了进一步规定。中央三部门发文明确网络传播侵权作品定罪处罚标准。

来源：中国人民法制网.2011-1-12

http://www.fz-china.com.cn/fz-china/law.php?m=newsdetail&news_id=30822&frequency_id=3

1.5 我国再出“十六条”意见严打侵犯知识产权犯罪

最高人民法院、最高人民检察院和公安部 1 1 日联合公布了一个打击侵犯知识产权犯罪的“[十六条](#)”意见，再次彰显了打击此类违法犯罪的决心和力度。

近年来，在打击侵犯知识产权犯罪方面，中国出台了多部司法解释、规范性文件，明确了有关知识产权犯罪的定罪量刑标准，并下大力气查处了一些大案要案，遏制了群体性侵权行为。

但对目前中国盗版、制售假冒伪劣产品的现状，最高人民法院副院长熊选国 1 1 日在国务院新闻办举行的新闻发布会上坦言：“在一些地区和领域还比较严重，侵犯知识产权犯罪活动还比较猖狂。”

据公安部经济犯罪侦查局副局长高峰介绍，在公安机关开展的打击侵权“亮剑”行动中，已破获侵犯知识产权犯罪案件 2 0 0 0 多起，抓获了犯罪嫌疑人 4 0 0 0 多人，涉案总金额价值 2 3 亿人民币。均为上一年同期的 3 倍以上。

熊选国认为，当前侵犯知识产权活动日益呈现出新的变化和特点：网络犯罪突出，作案手段多样，组织化、专业化趋势明显，隐蔽性强，查处难度大等。

形形色色的侵犯知识产权犯罪活动，凸显了中国知识产权保护的相关法律及司法解释规定还不够明确具体，政策法律界限不易把握，法律适用疑难问题较多。“这些问题在一定程度上影响了对侵犯知识产权犯罪及时有效的打击。”熊选国说。

为此，最高人民法院会同最高人民检察院、公安部，经过长期调研，广泛听取国家知识产权行政主管部门等有关单位以及专家学者的意见和建议，制定出台了《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》。

据介绍，《意见》共十六条，主要对侵犯知识产权刑事案件的管辖，行政执法部门收集、调取证据的效力，抽样取证和委托鉴定，犯罪构成要件的认定等问题予以了进一步明确。

针对通过信息网络实施侵犯知识产权的犯罪案件不断增多的问题，《意见》作出了明确、具有可操作性的规定。

“由于互联网具有传播速度快、传播范围广、内容存储容量大、侵权作品与非侵权作品共网并存这些特点，一些地方的公安机关、人民检察院、人民法院对于通过信息网络实施侵犯知识产权犯罪行为的定罪量刑标准问题，对于如何把握或者如何认定存在不同的意见和认识。”熊选国说。

对此，《意见》规定：以营利为目的，未经著作权人许可，通过信息网络向公众传播他人文字作品、音乐、电影、电视、美术、摄影、录像作品、录音录像制品、计算机软件及其他作品，具有下列情形之一的，属于刑法第二百一十七条规定的“其他严重情节”：（一）非法经营数额在五万元以上的；（二）传播他人作品的数量合计在五百件（部）以上的；（三）传播他人作品的实际被点击数达到五万次以上的；（四）以会员制方式传播他人作品，注册会员达到一千人以上的；（五）数额或者数量虽未达到第（一）项至第（四）项规定标准，但分别达到其中两项以上标准一半以上的；（六）其他严重情节的情形。

在商标侵权案件中，怎样认定“与其注册商标相同的商标”往往缺乏统一明确的标准。对此，《意见》规定“改变注册商标的字体、字母大小写或者文字横竖排列，与注册商标之间仅有细微差别的；改变注册商标的文字、字母、数字等之间的间距，不影响体现注册商标显著特征的；改变注册商标颜色的；其他与注册商标在视觉上基本无差别、足以对公众产生误导的商标。”都应认定为刑法第二百一十三条规定的“与其注册商标相同的商标”。

是否经过著作权人许可是衡量构成侵权犯罪的一个重要条件。对此，《意见》规定，有证据证明涉案复制品系非法出版、复制发行的，且出版者、复制发行者不能提供获得著作权人许可的相关证明材料的，就可以认定为“未经著作权人许可”。但是，有证据证明权利人放弃权利、涉案作品的著作权不受我国著作权法保护，或者著作权保护期限已经届满的除外。

有关专家认为，《意见》的发布实施，对于充分发挥司法保护知识产权主导作用，提高中国知识产权刑事司法保护水平，维护公平有序的市场环境具有十分重要的意义。

来源：新华网.2011-1-11

http://news.xinhuanet.com/legal/2011-01/11/c_12969834.htm

2 学科发展热点

2.1 专家：廉政法或将纳入中国立法规划

中国“反腐败的形势依然严峻，任务依然繁重”。

2010年12月29日，国务院新闻办发布中国第一部《中国的反腐败和廉政建设》白皮书这样称。

以白皮书形式向国际社会介绍中国的反腐工作情况构想早在5年前就有了。

清华大学廉政与治理研究中心主任任建明告诉《法治周末》记者。当时，他所在的清华大学廉政与治理研究中心就曾受政府委托，提供过白皮书最初的蓝本。

腐败范围正向非权力领域渗透

《法治周末》记者在中国首份反腐败白皮书发布现场注意到，在新闻发布会整个过程中，主席台上的各个反腐主要职能机构的发言人，神情并不轻松。

此前20天，四川省成都市中级人民法院对贵州省政协原主席黄瑶作出一审判决，认定黄瑶犯受贿罪，判处死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身，没收个人全部财产。这是最近中国反腐败的又一成就。

2010年以来，共有王华元、陈绍基等14名省部级高官被判刑，4名省部级官员落马。

“但这里面没有一人被判处极刑。”北京理工大学教授胡星斗表示，这可能是百姓仍存有腐败并未得到有效遏制印象的原因之一。“更为人广泛诟病的是挥霍公款、三公消费的‘广义腐败’。”

据媒体披露，2007年公车消费数字为4085亿元，2006年公款吃喝数字为6000亿元，“这还是几年前的数据了，当时年财政收入也就4至5万亿元左右。行政成本、加上三公消费占财政支出的三分之一以上。”胡星斗表示。

这份反腐败白皮书中称：“当前中国的反腐败和廉政建设已经取得明显成效。”但“由于中国的经济体制、社会结构、利益格局和人们的思想观念正在发生深刻变化”，“各方面体制还不完善”，“反腐败的形势依然严峻，任务依然繁重。”

“一方面，反腐败的力度越来越大，但另一方面腐败范围从政府界、经济界向教育、学术、文化、慈善、寺庙、儿童、少年等领域和群体大幅度渗透，腐败方式不断花样翻新。”胡星斗对《法治周末》记者说。

胡星斗介绍，根据《2009年全球清廉指数》调查报告，在这份包括180个国家和地区的榜单上中国排名79，比上一年下降了7位，得分3.6。10分为高度清廉，0分为极度腐败。

但另一方面，中国的反腐败工作正在逐步走向制度化。

2010年，中央密集出台了一批廉政新规，剑指各类腐败现象，各地方也纷纷出台了地方反腐

政策。

1 月，由中共中央颁布施行的《中国共产党党员领导干部廉洁从政若干准则》，首次明确了 8 个方面“禁止”、52 个“不准”的具体规定，清晰划定了官员廉洁从政的“高压线”。

6 月，中央纪委印发《用公款出国(境)旅游及相关违纪行为适用〈中国共产党纪律处分条例〉若干问题的解释》。规定对于公款出国(境)旅游行为的组织者，给予撤销党内职务或者留党察看处分，情节严重的，给予开除党籍处分。

12 月，中办、国办印发《党政主要领导干部和国有企业领导人员经济责任审计规定》，审计对象涵盖了从乡镇级到省部级的党政领导干部，以及国有企业的法定代表人。

反腐败没有统一法律

在新闻发布会上，《法治周末》记者从中纪委常委、秘书长吴玉良处获悉，2010 年，全国各级纪检监察机关查办的案件与上年同期相比“略有上升”：1 至 11 月，全国各级纪检监察机关共立案 11.9 万件，结案 10.8 万件，给予党纪政纪处分 11.3 万人。

其中，涉嫌违法移送司法机关的 4332 人。中央纪委监察部将于今年 1 月专门发布完整的数据。

“应当说我们目前的反腐力度与以往相比是空前的，但是没有查出的腐败也比较多。”胡星斗介绍说，据他的以往的一个推算，“我们腐败的查处率在 1%左右”。

为什么在这样严密的反腐制度的监控下，仍然无法遏制腐败官员的“前腐后继”？

胡星斗强调，由于目前反腐败工作没有一部统一的纲领性法律，而我国防治腐败的法律法规种类繁多，各种法律、规章制度多达 1200 余件，制度与制度之间互相抵触，缺乏系统性，各反腐机构之间职能重叠，对一些具体法律条款解释不一，严重影响和削弱了法律的严肃性和权威性。

这是我国反腐尚未形成制度化的表现之一。

此外，“在权力监督方面，我国目前的制度设计，虽然也注重权力的制约，但没有形成权力制衡的有效机制。”胡星斗表示。

以审计部门为例，胡星斗坦陈，审计风暴起到了反腐败的作用，但是另一方面，审计署隶属于国务院，属于行政部门，无法有效地行使独立审计，也使有些针对要害权力部门的审计“走了过场”。

“在一些发达国家，审计部门通常是隶属于法院、议会，或者是独立的。”胡星斗说。

官员财产公开制度尚未建立也是胡星斗认为的制度缺憾之一，“虽然我国 1995 年就出台政策要求处级以上干部要申报财产，但是这是向组织部门申报，并不是公开，同时有些地方的官员财产申报可能存在执行问题，会让制度的反腐作用打折扣”。

“反腐败工作千头万绪，涉及到经济、政治、社会制度建设诸方面，是一个系统工程。”胡星斗表示，“通过体制改革和制度创新防治腐败在白皮书中单独成章，强调深化行政审批制度、财政管理体制等方面的改革就是为了推进反腐工作的制度化。”

廉政法已提交至全国人大

此次白皮书提出：“阳光是最好的防腐剂，公开是对权力最好的监督。”

在胡星斗看来，官员的收入申报和公开是反腐败的利器、治本之道。这与反腐败的治本之举——建立现代反腐败制度的理念相吻合。

“另外还要建立阳光公共财政制度。”胡星斗认为，也就是人大必须掌握“钱袋子”，履行严格监督财政支出的作用。财政预算、决算必须由人大决定，而不是官员说了算，这样才能解决公款吃喝、公款购买豪华汽车、公款旅游出国等问题。

“现代反腐制度包括充分发挥新闻媒体和群众的监督作用，发挥人大的监督作用，施行阳光财政和阳光财产。”胡星斗有些激动地说。

胡星斗同时向《法治周末》记者透露，他参与起草的《中华人民共和国廉政法(专家建议稿)》已提交至全国人大，或将要进入立法规划。

清华大学廉政与治理研究中心主任任建明告诉《法治周末》记者，制度反腐是反腐工作的必然趋势，目前我们国家的反腐制度越来越系统、全面，呈现广覆盖的趋势。

值得注意的是，在新闻发布会现场，吴玉良坦然地公开了自己个人收入(每月人民币 5000 元左右)以回应记者的提问。他同时指出，今年重新修订的关于领导干部报告个人有关事项规定中，又把领导干部报告个人的收入，包括房产、投资情况和配偶子女从业等情况作为一项重要的规定提了出来。

在新闻发布会的最后，吴玉良说：“一项制度出台之后要想行得通、办得到，不走形式，一定要有一系列的配套措施。我们感觉到，现在需要加强的，一个是社会信用体系的建设，一个是信息化体系的建设。中国有一句老话叫‘水到渠成’，经过一个过程之后，大家会得到满意的结果。”

反腐白皮书三大亮点

清华大学廉政与治理研究中心主任任建明接受《法治周末》记者采访时表示，反腐白皮书的发布表明中国以更开放的姿态向国际社会介绍中国反腐经验。他进一步向记者详细解读了反腐白皮书的亮点。

任建明认为，除了媒体关注的从“依纪依法”向“依法依规”转变的亮点之外，白皮书的另一大亮点，是将权力制约和监督体系作为专门章节详细介绍。

他透露，为了使权力能够得到有效监督，中纪委曾多次开会讨论，探索加强以权力监督为核心的推进反腐工作的措施、方法。

白皮书第三大亮点，任建明认为是把我国反腐败和廉政建设领导体制与工作机制作了一个系统介绍。

“以往国际社会对中国反腐的机构部门和工作机制并不是特别了解。”任建明表示，这说明我们国家非常重视反腐工作的国际交流与合作。

反腐白皮书的“第一次”

第一次公布了反腐民意调查多年对比权威数据

第一次全面介绍了中国的反腐败职能部门

第一次在官方文件中有了“反腐败和廉政建设法律法规制度体系”的表述

第一次详细阐述中国的权力制约和监督体系，明确了七种监督力量

第一次系统概述防治腐败的体制改革和制度创新的进程及成果

来源：法制网.2011-01-06

http://www.legaldaily.com.cn/index_article/content/2011-01/06/content_2428582.htm?node=5955

2.2 刑事诉讼法和民法修改已启动全国人大法律委建议列入常委会今年立法工作计划

记者近日从全国人大法律委员会获悉，刑事诉讼法、民事诉讼法的修改有可能列入全国人大常委会 2011 年立法工作计划。

现行刑事诉讼法于 1979 年 7 月 1 日在五届全国人大二次会议上获得通过，1996 年以修正案的形式完成了第一次修改。现行刑事诉讼法只有 225 条，但是最高人民法院、最高人民检察院、公安部等部门随后出台的司法解释和相关规定加起来的法条却是它的几倍。近年来，专家、学者以及全国人大代表关于修改刑事诉讼法的呼声很高，有很多代表多年提出相关议案，建议修改完善刑事诉讼基本原则，辩护、证据、强制措施制度，以及立案、侦查、审判和执行程序等方面的内容。

据悉，全国人大常委会法制工作委员会正在着手研究刑事诉讼法的初步修改方案。对代表议案提出的意见，将在研究修改刑事诉讼法的工作中统筹考虑。全国人大法律委员会建议，将修改刑事诉讼法列入全国人大常委会 2011 年立法工作计划。

现行民事诉讼法自 1991 年实施以来已有 20 年时间，除了 2007 年以修正案形式对再审程序和执行程序做过小幅修改之外，再无变动。近年来，有很多全国人大代表提出关于修改民事诉讼法的议案，建议修改完善检察监督、回避、诉讼参加人和证据制度，以及一审程序、特别程序、审判监督程序和执行程序等方面的内容。为规范执行程序，解决执行案问题，保护当事人的合法权益，维护法律权威，也有全国人大代表提出关于制定民事强制执行法的议案。

据了解，全国人大常委会法制工作委员会正在就民事诉讼法的修改问题进行调查研究，广泛征求意见，争取 2011 年提请全国人大常委会审议。全国人大法律委员会建议将修改民事诉讼法列入全国人大常委会 2011 年立法工作计划。关于是否单独制定民事强制执行法的问题，在修改民事诉讼法时一并加以研究。

来源：中国普法网.2011-01-06

http://www.legalinfo.gov.cn/index/content/2011-01/06/content_2428946.htm?node=7863

2.3 恶意欠薪应否入罪引热议 “有钱不给”面临取证难

前不久在京举行的十一届全国人大常委会第十八次会议，再次审议了刑法修正案(八)草案，并拟

在刑法中增加恶意欠薪罪。

草案的具体规定为:以转移财产、逃匿等方法逃避支付劳动者的劳动报酬,或者有能力支付而不支付劳动者的劳动报酬,数额较大或者有其他严重情节的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金;造成严重后果的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金。单位犯前款罪的,对单位处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依照前款的规定处罚。有前两款行为,尚未造成严重后果,在提起公诉前支付劳动者的劳动报酬,并依法承担相应的赔偿责任的,可以不追究刑事责任。

这条规定引起了全国人大常委会与会人员 and 专家的热议。大家争议的问题主要有:恶意欠薪是否该纳入刑法的调整范畴?在程序上,是否规定该罪为自诉类犯罪?能否将“提起公诉前支付的不构成犯罪”改为“开庭审理前支付的不构成犯罪”?

主要解决有钱不给问题

全国人大常委会委员金硕仁赞成将恶意欠薪行为纳入刑法调整的范畴。他说,此类问题在有的地方比较突出,尤其是到了每年年底的时候。恶意欠薪行为严重影响社会稳定。草案增加本罪,目的是要确保被欠薪人拿到劳动报酬。所以在适用时一定要慎重,要严格掌握罪与非罪的界限。

“民事与刑事有一定的界限,但很多刑事犯罪同时也是民事侵权。因此,国家可根据实际情况,将某些民事责任划归刑法管辖。”中国社科院法学研究所研究员邓子滨说。

邓子滨解释,此次将恶意欠薪规定为犯罪,并不会妨碍公民通过民事途径去解决此类问题。刑法主要还是解决那些民事上解决不了的问题。而且,草案对此规定得很清楚,恶意欠薪才是犯罪,即有钱不给。这比较容易证明。

有意见认为入罪需慎重

也有人提出,对恶意欠薪入罪应当持谨慎态度。

西藏自治区人大常委会副主任张跃平提出,不宜将恶意欠薪纳入到刑法规定中,因为刑法是最严厉、最终的救济方式,而恶意欠薪是经济中普遍存在的问题,如果将恶意欠薪纳入到刑法规范内,势必会分散刑事审判力量,并造成民事与刑事审判资源重复使用和浪费。对恶意欠薪这种情况,应尽快出台民事执行方面的法律法规,加以规范。

“刑法具有最后性和严厉性,因此‘手’不能伸得太长,如果行政和民事调整手段能取得比较好的效果,老百姓满意的话,就没有必要用刑法来调整。”中国政法大学刑事司法学院教授徐久生在接受《法制日报》记者采访时说。

徐久生分析,这几年的实践表明,在欠薪这一问题上,行政和民事调整手段效果不是很好,影响了社会秩序,也影响了政府形象。因此,解决欠薪问题,特别是解决拖欠农民工工资问题是目前比较重要的一件事情。

“但关键问题还是何为恶意欠薪,应当由最高人民法院作出司法解释,这样才能避免刑事手段过度介入民事领域。”徐久生强调。



“草案规定的转移财产、逃匿等方法就是有能力支付而不支付的具体行为方式,将有能力支付而不支付这样一个实质内涵与转移财产、逃匿这样的具体方法作并列性表述,逻辑上显得混乱。”北京大学法学院博士生导师、刑法学教授梁根林提出。

至于恶意欠薪要不要入罪,梁根林认为涉及以下几个方面的问题:

首先,如把恶意欠薪入罪,如何证明是恶意还是善意?恶意与善意的认定都是主观判断,这种主观判断需要控方去证明。立法确立此罪名,首先就要想到控方承担的证明责任能否在个案中有效完成。如何认定有能力支付而不支付,有很多实际操作上的障碍。

其次,在设置恶意欠薪罪的时候,还要考虑现有的法律能不能解决这类问题。刑法没有必要干预社会生活的方方面面,有些能通过民事诉讼、行政手段解决的问题,就没有必要动用刑罚的手段去解决。

最后,对于情节恶劣、后果严重、影响广泛的恶意欠薪行为,并非不能动用刑罚手段予以惩治。但是不是必须要增设一个恶意欠薪罪才能解决问题?除非穷尽了现行刑法规定的可能空间,才有必要研究单独设置恶意欠薪罪。

建议可规定为自诉案件

“对于恶意欠薪行为,在刑法立法上要有一个思路,就是将其规定为自诉案件,要在条文中明确规定本罪告诉的才处理。”金硕仁提出,这样可以保留刑法追究的可能性,是一种折中方案。

全国人大代表秦希燕是湖南秦希燕联合律师事务所的主任。他也建议增加本条为自诉案件,只有受到暴力威胁等情况下才为公诉案件。

“把提起诉讼的权利给讨债者也未尝不可。”徐久生认为,可将恶意欠薪规定为自诉案件。

邓子滨也认为,此类犯罪的启动实际上是“自诉”的,国家不可能直接到企业去问谁欠薪了。

“法条中之所以不按自诉来规定,主要是考虑被定为恶意欠薪罪的人,绝不会是只欠了一个员工的钱,而是欠了一群人的钱。”邓子滨认为,如果是一群人的话,自诉罪在程序上就产生了困难,必须有一个代理人,而代理人的推选又很复杂;如果都去自诉,又有其他方面的困难,也浪费司法资源。

邓子滨举例说,某老板欠了一万个人的钱,一千个人去自诉,那剩下的没有自诉的是不是就不归还呢?如果是自诉,不诉就不审,因此不规定为自诉,还是考虑到多数人的诉讼可能性。

应当如何设定免责条件

草案规定,恶意欠薪尚未造成严重后果,在提起公诉前支付劳动者的劳动报酬,并依法承担相应的赔偿责任的,可以不追究刑事责任。

“这是一个很好、很具体化的规定。”徐久生认为,这恰恰对何为恶意设定了一个范围,不管是在公诉前还是开庭审理前归还,都是判断恶意与否的一个时间点。之所以提出这样的建议,主要还是因为恶意欠薪难以认定,法条中规定这样一个时间点,就相对好把握了,具有相当的可操作性。但具体是适用哪个时间点,虽不涉及原则性的问题,但立法者还需斟酌。

而邓子滨认为,无论是公诉前支付还是开庭审理前支付都是不可行的。

“如果这样规定,那些欠薪者将会和司法部门兜圈子。反正知道只要在公诉前或者开庭审理前支付就定不了罪,因此就拖着,直到公诉或者开庭再给。这就使得欠薪者更有恃无恐,不利于问题的解决。”邓子滨说。

来源: 中国新闻网.2011-1-12

<http://www.chinanews.com/fz/2011/01-12/2781262.shtml>

3 学科资料优选

3.1 光明日报: 2010 年度中国十大学术热点

2010 年是“十一五”规划结束之年,也是哲学社会科学承上启下、继续深入发展的一年。探索和记录在新的历史条件下中国哲学社会科学繁荣发展之路,关注和梳理在把握社会主义实践规律的过程中提出的理论观点和学术思想,从而为改革开放和中国特色社会主义现代化事业提供理论和智力支持,无疑具有重大意义。继 2006、2007 年成功举办年度中国十大学术热点评选活动后,本报理论部与《学术月刊》编辑部在规范程序、不断提高评选活动权威性的基础上,经过读者调查、学者推荐、专家评议、投票确定等程序,评选出。学术版今日刊出,以飨读者。

热点一:当代中国马克思主义大众化的实现路径

入选理由:2010 年,学术界对当代中国马克思主义大众化的研究掀起高潮,从不同层面、不同视角对当代中国马克思主义大众化的实现路径进行了深入探讨,主要体现在四个方面:第一,在系统研究马克思主义经典文本的同时,结合时代特征,对当代中国马克思主义作出符合时代要求的新阐释,不断赋予当代中国马克思主义大众化鲜明的时代特征。第二,深入研究马克思主义的语言艺术特点,保持优良学风和文风,实现理论术语和政治话语向大众话语的转化,力求表达形式大众化、通俗化。第三,人民群众的主体地位要求在推动当代中国马克思主义大众化时应充分注重人民群众的实践诉求,从民众最关心、最实际的问题入手,运用马克思主义中国化的最新成果来解决问题,使民众信服马克思主义。第四,重视载体的多样化、现代化。在充分发挥报刊、图书、广播、电视等传统媒体的宣传作用的同时,重视互联网、手机等新兴媒体,不断探索运用新媒体开展理论学习、理论宣传和理论教育的方式与途径,建立全方位、立体式的理论宣传普及体系。

相关链接:①余金成:《论马克思主义大众化的政治实现与社会实现》,载《理论探讨》,2010(1);②陶德麟:《关于马克思主义大众化问题》,载《红旗文稿》,2010(2);③王伟光、韩庆祥、郭建宁、吴秉元、郝立新、倪德刚:《架起科学理论与人民群众的桥梁,推进马克思主义中国化、时代化、大众化——理论界专家学者谈当代中国马克思主义大众化新途径》,载《光明日报》,2010-04-08;④徐光春:《进一步丰富和发展马克思主义的重大课题——论推进马克思主义中国化、时代化、大众化》,载《人民日报》,2010-04-19;⑤吴毅君:《网络文化与马克思主义中国化、时代化、大众化》,载《马克思主义与现实》,2010(4)。

热点二:中国社会建设理论与实践的深化

入选理由:在中央及各级政府大力推进社会建设的背景下,2010年,中国社会学界主要从五个方面对社会建设的理论与实践开展了深入研究:其一,深入思考社会建设的重大理论问题,对社会建设的概念构架、理论观点和学术流派作了总结分析,认为应当立足本土实际,构建具有高度理论自觉的中国社会建设理论。其二,深入分析了近年群体事件和突发事件的发生原因、演化过程和化解机制,强调当前社会建设的重点在于化解社会矛盾。其三,以充分的社会事实为根据,把解决社会公正问题视为社会建设的当务之急。其四,配合中央关于社会建设应当以解决民生问题为重点的战略部署,从教育改革、扩大就业、调整分配、医疗保障和社区服务等方面建言献策。其五,把社会建设与保护资源环境紧密联系起来,认为保护环境、爱护资源、节约能源是构建“两型社会”、低碳社会的出发点和落脚点。从十分活跃的学术活动和大量学术成果可以看出:由于社会建设的任务十分艰巨、涉及的问题异常复杂,所以必须从理论和实践的紧密结合中开展更深入的研究,才能明确回答近几年在社会建设实践中呈现的各种问题,进而有效引导社会建设健康发展。

相关链接:①洪大用:《中国低碳社会建设初论》,载《中国人民大学学报》,2010(2);②李培林:《完善社会建设 增进民生福祉》,载《前线》,2010(3);③刘少杰:《改革社会管理体制化解风险型社会矛盾》,载《科学社会主义》,2010(3);④吴忠民:《中国现阶段社会矛盾特征分析》,载《教学与研究》,2010(3);⑤李友梅:《城市转型发展与社会建设新视野》,载《文汇报》,2010-09-30。

热点三:收入分配改革与社会公平

入选理由:随着中国经济社会的深入发展,在国家财富增加的同时,居民收入占国民收入比重偏低、劳动报酬在初次分配中的比重偏低,以及再分配补偿不足造成的收入分配结构失衡等所带来的分配不公问题日益成为影响中国经济社会可持续发展的大问题。因此,改革收入分配制度,实现社会公正,就成为2010年理论界和各级政府部门关注的热点。学者们普遍认为,实现公平与可持续发展,客观上必然要求加快推进收入分配体制改革,调整国民收入分配格局。但是,如何改革收入分配制度以体现社会公平,学术界则存在着两种截然不同的观点:一种观点认为,改革收入分配制度,绝不仅仅是一个经济领域的问题,必须加大政府在国民收入分配领域中的介入力度,加大政府对低收入群体保障和公共服务投入,尽快建立健全社会保障和改善民生的长效机制。另一种观点则认为,中国正处于体制转型和工业化的特殊阶段,对于由于收入分配机会不公平所引起的收入差距,必须通过深化市场体制改革,用市场这只“无形”之手进行调节方能见效,国家干预应该尽量减少,特别是通过再分配的方式进行干预应当受到严格的限制。可以预见,学术界关于公平与效率的争论仍将持续。

相关链接:①龚刚、杨光:《从功能性收入看中国收入分配的不平等》,载《中国社会科学》,2010(2);②余甫功:《结构失衡的根源在于收入分配失调》,载《学术研究》,2010(4);③程世勇:《缓解当前收入差距不能仅靠社会保障》,载《光明日报》,2010-04-19;④李秉勤:《社会公正的理论与英国的实践分析》,载《南开学报(哲学社会科学版)》,2010(4);⑤张车伟、张士斌:《中国初次收入分配格局的变动与问题——以劳动报酬占GDP份额为视角》,载《中国人口科学》,2010(5)。

热点四:政治文化——中国政治发展深层原因的探究

入选理由:政治文化是一定社会中各利益群体对国家权力配置各方利益问题的主观反映。作为民主政治制度正常运行的关键条件之一,它在体系、过程和政策等多个层面制约着一个社会的政治

发展。党的十七大报告明确要求“加强公民意识教育,树立社会主义民主法治、自由平等、公平正义理念”,学术界对此连续多年高度关注。2010年度,相关研究主要有这样几个突出特点:一是成果多,以政治文化、公民意识、政治心理、政治意识等为关键词在相关网站搜索,显示出的年度研究成果超过千条。二是追问更加严谨和深化,对政治文化、政治意识、公民文化等基本概念做了政治哲学意义上更为规范的研究。三是从某个特殊角度研究政治文化对相关利益群体政治行为的影响,揭示政治文化与政治系统运行的密切关联。上述研究在理论上深化了对中国政治发展的认识,在实践上有助于人们自觉建构与中国社会主义民主政治制度运行相适应的隐性结构,进而保证中国政治发展的健康有序进行。

相关链接:①李艳霞:《社会转型期中国公民意识的良性构建——以社会生活各领域关系为视角的研究》,载《社会主义研究》,2010(1)。②蔡冬菁:《政治文化与当代中国政党制度的发展》,载《广东省社会主义学院学报》,2010(2);③崔翔:《网络对中国政治文化传播的影响》,载《社科纵横》,2010(3);④戴长征:《意识形态话语结构:当代中国基层运作的符号空间》,载《中国人民大学学报》,2010(4);⑤郝丽:《改革开放以来中国公民政治心理的演进》,载《中国行政管理》2010(6)。

热点五:转型社会中的法治推进路径

入选理由:在社会分配矛盾凸显、经济发展不平衡时期,集中力量推进法治建设显得尤为迫切和艰巨。2010年,法学界围绕转型社会中的法治建设发表了一大批有分量的论著。相关的研究主要集中在五个方面:一是深化了和谐法治研究。“和谐”是法治的应有之义。实现人与自然的和谐、社会和谐是法的重要价值,这一重要价值的导入将引领中国法治迈向以良法善治为表征的和谐法治。二是扩展了劳动者权益维护研究。法学界从前几年集中关注《劳动合同法》转向对《劳动法》各项制度的研究,“富士康事件”更是引发了大量的研究和改革建议。三是社会保障制度研究促进立法完善。《社会保险法》出台前后,法学界致力于社会保险权、立法宗旨、立法体例和具体制度的研究,为法律制定提出了不少颇有裨益的建议。四是公平分配制度研究走向深入。分配制度的改革必须走上法治轨道,以民主、公平为价值引领。财税改革务必坚守财税法定原则,应推行民主立法,避免部门立法下的利益固化。五是社会治理研究日趋系统化。社会治理要兼用软法与硬法,应平衡公益与私益,对上访、拆迁、“扫黄”、“打黑”等问题必须注重公共利益、公平补偿、正当程序、知情权保障、证据规则等方面的制度构建。

相关链接:①喜佳:《二元结构下“农民工”劳动权之一元法律保护:从身份到契约》,载《中国法学》,2010(2);②朱大旗:《金融危机背景下的中国财税法制改革思考》,载《法学论坛》,2010(2);③张文显:《和谐精神的导入与中国法治的转型——从以法而治到良法善治》,载《吉林大学社会科学学报》,2010(3);④许建宇:《社会保险法应以保障社会保险权为核心理念》,载《中国劳动》,2010(3);⑤赵红梅:《从“富士康事件”看我国劳动者权益保护机制的缺陷》,载《法学》,2010(8)。

热点六:后危机时代的中国经济发展

入选理由:金融危机在2008年的爆发,使世界经济经受了大萧条以来最为严峻的挑战。虽然中国为应对危机而实施的一揽子计划取得了积极成效,但学者们在2010年仍然围绕后危机时代的中国经济发展进行了重点讨论,认为进入后危机时代后,中国经济发展还不能过于乐观,不稳定不确定

因素还很多,积极谋划和加快经济发展是后危机时代中国经济发展重要而紧迫的任务,这主要表现在:第一,大力开发国内市场和扩大内需在经济增长中的重要作用,逐步从主要依靠出口和投资增长转变为依靠扩大内部需求尤其是消费需求为主兼顾贸易增长的发展模式。第二,促进区域经济协调发展,推动产业结构优化升级。培育战略性新兴产业,不断提高中国在全球价值链和全球分工体系中的地位。第三,发展低碳经济和低碳金融,在国际竞争中掌握主动权,转变生产方式、消费方式和生活方式。第四,加强金融市场和监管力度,加快服务业支撑体系建设。第五,调整收入分配结构,促进社会和谐发展。第六,提高对外开放的能力和水平,充分发挥大型企业在“走出去”中的主力军作用,在双赢和共赢中谋求科学发展。

相关链接:①唐未兵、彭涛:《后危机时代中国经济发展的路径选择》,载《经济学动态》,2010(3);②厉无畏:《后危机时代的经济结构调整》,载《毛泽东邓小平理论研究》,2010(3);③简新华、李延东:《中国经济发展方式根本转变的目标模式、困境和途径》,载《学术月刊》,2010(8);④孙早、张敏、刘文璨:《后危机时代的大国产业战略与新兴战略产业的发展》,载《经济学家》,2010(9);⑤中国经济增长与宏观稳定课题组:《后危机时代的中国宏观调控》,载《经济研究》,2010(11)。

热点七:生态问题的人文反思和中国关注

入选理由:生态哲学、生态人文研究现已成为世界性的学术话题,并且拓展为生态社会学、生态美学、生态政治学、生态文艺学、生态经济学、生态城市学等多学科的分支研究或综合性的跨学科研究。2010年,学术界对生态问题进行哲学反思以及以人文社会科学范式进行探究超过了以往:第一,先后在北京、贵州、山东、江苏等省市举办了多场有广泛影响的生态文明论坛或学术研讨会。第二,生态哲学、生态人文研究硕果累累:首先,涉及的人物研究、流派研究、比较研究、思想史梳理、核心概念争辩、马克思主义生态学深掘等进路都有新的成果。其次,长期相对偏弱的生态美学得到明显加强。这既反映在北京召开的第十八届世界美学大会中进行了生态美学专题研讨,也反映在国内学术界就生态美学的基本内涵和对象、生态美学与环境美学的关系、生态美学的元问题等重大焦点问题形成许多共识。再次,以生态文明、生态伦理、生态美学研究为主题,囊括主要内涵、基本关系、思想溯源、现实问题及解决思路的整合性、框架性体系研究得到强化,其重要性得以凸显。可以预见,随着世界生态问题的日益突出,生态人文研究将会迎来更大挑战。

相关链接:①余谋昌:《生态文明论》,北京,中央编译出版社,2010;②曾繁仁:《生态美学导论》,北京,商务印书馆,2010;③张锐:《生态伦理学的若干前沿问题》,载《人民日报》,2010-01-15;④陈志尚:《论生态文明、全球化与人的发展》,载《北京大学学报》,2010(1);⑤杨通进:《探寻重新理解自然的哲学框架——当代西方环境哲学研究概况》,载《世界哲学》,2010(4);⑥陈望衡:《环境美学的当代使命》,载《学术月刊》,2010(7)。

热点八:马克思与恩格斯哲学思想之关系

入选理由:2010年是恩格斯诞辰190周年,学术界以此为契机,开展了一系列研讨活动。其中,马克思与恩格斯的哲学思想关系问题成为系列研讨活动的热点。这主要体现在以下几个方面:一是摆脱以往单纯从意识形态角度批判西方马克思学所持的“马恩对立论”立场,着重从学术角度梳理马克思与恩格斯哲学思想的关系。二是从方法论角度对这个问题的研究进行了反思。三是从文本个

案解读入手,具体地阐明马克思和恩格斯在同一时期哲学思想的异同;或者从特定的专题入手,深入辨析他们在相同问题上的观点分歧。通过以上几个方面的工作,学术界对马克思与恩格斯关系的理解突破了简单化和概念化的藩篱,朝着学术化和精细化的方向扎实推进。马克思与恩格斯哲学思想的关系问题,是一个同对马克思哲学变革实质的理解及马克思主义哲学的体系建构,同对苏联哲学和西方马克思主义的评价等密切相关的问题。鉴于恩格斯在马克思主义哲学传播史和解释史上的重要地位,恩格斯对马克思哲学的解释极大地影响着后人的理解,因此,这一问题的研究既有助于回归马克思哲学“原本”的理解,也有助于推进马克思主义哲学形态史的深入研究。

相关链接:①魏小萍:《探求马克思——〈德意志意识形态〉原文文本的解读与分析》,北京,人民出版社,2010;②杨学功:《超越哲学同质性神化——马克思哲学革命的当代阐释》,北京大学出版社,2010;③梁树发:《马克思恩格斯关系研究方法辨析》,载《江西社会科学》,2010(2);④何丽野:《从文本考证看马克思和恩格斯关于社会意识的思想——与魏小萍研究员商榷》,载《哲学动态》2010(10)。

热点九:大学行政管理体制改革的理性审视

入选理由:伴随着教育部《国家中长期教育改革与发展规划纲要(2010-2020年)》(征求意见稿)中“要探索建立符合学校特点的管理制度和配套政策,逐步取消实际存在的行政级别和行政化管理模式”的提出,高校行政管理体制改革即所谓“去行政化”遂成为学术界热议的话题。学者们对此进行了多角度多层面的讨论,普遍认为,所谓高校“行政化”,一方面是指管理部门对大学的行政干预过多,另一方面是指大学内部行政权力在管理中被泛化和滥用;所谓“去行政化”,并非不要行政管理部门,而是指大学应回归学术本位,减少或者排除非学术因素的影响,厘清学术权力与行政权力各自的权责边界,充分尊重学术组织在学科建设、学术评价、学术发展、学术决策、学术管理等学术事务中的作用,推进政校分开、管办分离,建设依法办学、自主管理、民主监督、社会参与的现代学校制度,并且可以在部分学校进行试点改革。也有一些学者对弱化大学中的行政管理提出质疑,认为在全社会都崇尚行政级别的背景下,让大学取消行政级别无疑是贬低教育,因而“去行政化”在目前不合时宜,应该慎行。

相关链接:①纪宝成、胡娟:《关于高等学校学术权力的几点思考》,载《中国高教研究》,2010(1);②杨克瑞:《中国高校的权力结构与监督模式》,载《清华大学教育研究》,2010(2);③袁贵仁:《现代学校制度——逐步取消行政级别和行政化管理模式》,载《中国教育报》,2010-03-01;④陈运超:《大学“行政化”是个问题》,载《复旦教育论坛》,2010(3);⑤杨德广、韩建华、叶志坚、王长乐、毛成等:《高校“去行政化”研究》(专题讨论),载《教育发展研究》,2010(9)。

热点十:中国古代历史发展道路的讨论

入选理由:近年来,史学界对宏观问题再度重视;相应地,中国古代历史发展道路的讨论在2010年也成为亮点,主要围绕如下三个方面展开:第一,从秦王朝到清王朝的中国社会形态问题。这个问题的价值在于如何指称这个时段的社会,直接关系到对这一社会的整体理解、描述和分析,关系到如何从全球文明史的高度来重新把握和复原中国文化的独特发展之路。学者们讨论的内容从以前被强调的经济关系和阶级关系扩展到国家权力和文化,在此基础上提出了一些新的认识,并用新的概念

定义这个历史时期。第二,关于专制主义的讨论。由于受到国学热、“后殖民”理论的影响,近年来有的研究者对中国古代专制主义的通行观点提出质疑,认为皇权和专制没有必然联系,中国古代存在“专制主义”是西方学者的偏见。这个观点引起了热烈讨论,范围涉及民主和专制的性质、对专制主义和中央集权的认识、儒家文化和专制主义的关系等。第三,关于“唐宋变革论”的讨论。“唐宋变革论”是日本学者提出的观点,意指中国唐宋时期出现的商业革命和市民社会。国内相关领域的研究者对这个概念进行了重新审视,推动了对唐宋社会发展因素的认识。史学界关于中国古代历史发展道路的讨论,对于中国史学工作者提出原创性的解释模式和概念有着积极意义。

相关链接:①谷川道雄、冯天瑜:《关于中国前近代社会“非封建”的对话》,载《史学月刊》,2010(1);②宁欣、陈涛:《“中世纪城市革命”论说的提出和意义——基于“唐宋变革论”的考察》,《史学理论研究》,2010(1);③王瑞来:《皇权再论》,载《史学集刊》,2010(1);④许苏民:《“专制”问题讨论中的误区——如何看待西方学者的“东方专制主义”理论》,载《天津社会科学》,2010(6);⑤何怀宏:《“选举社会”的概念——秦至晚清社会形态命名初探》,载《文史哲》,2010(6)。

来源: 光明网.2011-1-11

http://theory.gmw.cn/2011-01/11/content_1535202.htm

3.2 媒体评 2010 年法院十大典型案件: 文强涉黑案居首

① 重庆市司法局原局长文强涉黑案

2010年2月2日至6日,重庆市第五中级人民法院公开开庭审理了重庆市司法局原局长文强涉黑案。4月14日,法院作出一审判决,认定文强犯受贿罪,判处死刑,剥夺政治权利终身,没收个人全部财产;犯包庇、纵容黑社会性质组织罪,判处有期徒刑十年;犯巨额财产来源不明罪,判处有期徒刑八年;犯强奸罪,判处有期徒刑四年,决定执行死刑,剥夺政治权利终身,并处没收个人全部财产。一审宣判后,文强提出上诉。5月13日至14日,重庆市高级人民法院公开开庭二审文强案,并于5月21日作出刑事裁定,驳回文强上诉,维持原判。7月7日,最高人民法院依法核准重庆高院维持原判的刑事裁定,并下达了执行死刑命令,文强被依法注射执行死刑。

② 律师李庄伪造证据妨害作证案

北京律师李庄在担任重庆涉黑团伙主犯龚刚模的辩护人期间,被龚检举,称李庄教唆他编造“被刑讯逼供”的虚假口供。此后,李庄因涉嫌辩护人伪造证据、妨害作证罪被起诉。2010年1月8日,重庆市江北区人民法院一审公开宣判,认定李庄教唆龚刚模作被刑讯逼供的虚假供述,引诱、指使证人作伪证,指使他人购买警察作伪证,其行为妨害了司法机关正常的诉讼秩序,已构成辩护人伪造证据、妨害作证罪,判处李庄有期徒刑二年零六个月。李庄不服,提出上诉。重庆市第一中级人民法院二审庭审期间,李庄撤回上诉理由,当庭认罪。二审判决维持了一审判决的定罪部分,撤销了一审判决的量刑部分,以李庄犯辩护人伪造证据、妨害作证罪,判处其有期徒刑一年零六个月。

③ 南京副教授聚众淫乱案

南京某高校副教授马尧海建立了倡导“同好游戏”的QQ群,组织了数次所谓的“同好游戏”。

22 名被告人通过马尧海建立的 QQ 群结识，结伙进行聚众淫乱活动。2010 年 5 月 20 日，江苏省南京市秦淮区人民法院一审认定 22 名被告人均犯有聚众淫乱罪。其中，马尧海被判处有期徒刑三年零六个月，其余 21 名被告人分别被判处有期徒刑二年零六个月以下不等的有期徒刑，或免于刑事处罚。马尧海对公诉机关指控其聚众淫乱的基本事实不持异议，但他对这种成年人之间自愿参加的性聚会是否构成犯罪，持有异议。一审判决后马尧海提出上诉，江苏省高级人民法院经审理作出二审裁定，依法维持原判。

④ 河南平顶山 9·8 矿难案

河南省平顶山市新华区四矿原矿长李新军等 4 被告人为谋取非法暴利，拒不执行监管部门严禁该矿组织生产、责令停工整改等规定，在明知矿井存在重大安全隐患，随时可能发生瓦斯爆炸等重大事故的情况下，反而指使他人破坏瓦斯传感器，强令工人下井作业，致 76 人死亡、15 人受伤。

2010 年 11 月 16 日，河南省平顶山市中级人民法院一审公开宣判，以以危险方法危害公共安全罪、伪造事业单位印章罪数罪并罚，决定执行李新军死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身；以以危险方法危害公共安全罪判处韩二军死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身，判处侯民无期徒刑，剥夺政治权利终身，判处邓树军有期徒刑十五年，剥夺政治权利五年。

⑤ 谢晋遗孀诉宋祖德侵害名誉权案

著名导演谢晋遗孀徐大雯老人诉宋祖德、刘信达侵害名誉权，案件经上海市静安区人民法院审理，一审判决：被告宋祖德、刘信达立即停止对谢晋的名誉侵害；在判决书生效 10 日内，在 4 家门户网站首页及全国 6 家报纸醒目位置刊登向徐大雯公开赔礼道歉的声明；赔偿原告经济损失、精神损害抚慰金总计 28 万余元。二被告不服，提起上诉。2010 年 2 月 1 日，上海市第二中级人民法院驳回上诉，维持原判。面对法院生效判决，二被告置若罔闻，拒不执行。5 月 19 日，静安区法院在媒体刊登执行公告，责令宋祖德在 5 月 24 日下午 1 时到法院报到，履行义务，否则将依法强制执行。当日，宋祖德迫于法制权威和舆论压力，到法院交纳了执行款并向原告道歉。

⑥ 广东省政协原主席陈绍基受贿案

1992 年 2 月至 2009 年 4 月，陈绍基利用担任广东省公安厅厅长、中共广东省委常委、广东省政法委书记、广东省委副书记、广东省政协主席的职务便利，为他人谋取利益，单独或者伙同其子陈子翊、情妇李泳(均另案处理)索取及收受他人给予的财物，共计折合人民币 2959.5 万余元。2010 年 7 月 23 日，重庆市第一中级人民法院一审以受贿罪判决陈绍基死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身，没收个人全部财产。宣判后，陈绍基未提出上诉。

⑦ 广东中谷糖业破产重组案

受全球金融危机影响，号称“广东糖王”的广东省湛江市龙头企业中谷糖业集团，因资金链断裂而不能清偿到期的巨额债务，集团法定代表人坠楼身亡，广州、北京、山东等地的债权人蜂拥追债。湛江市中级人民法院考虑到 30 多万蔗农的利益，提出只要不损害其他债权人的利益，将拖欠蔗农的 2454 万多元甘蔗款不列入可供分配资产中进行分配，由投资人另行出资全额清偿。这一方案最终赢得投资人恒福糖业集团的认同，并在债权人会议上一致通过。中谷糖业集团破产重整债权清偿会议于 2010 年 9 月 15 日在湛江举行。按照《破产重整项目投资合同》的约定，恒福糖业集团

将第一笔投资款 4.065 亿元和 2454 万多元蔗农甘蔗款打入管理人指定账户。第一次清偿的款项，包括全额受偿的 1142 余万元工人工资，国家 1615 万余元税费足额上缴；抵押债权 100% 受偿，普通债权受偿率达 28.3%，均先领取一半。其余款项将在第二次清偿中支付。至此，涉及粤桂两省 30 余万蔗农、2260 名糖厂职工、410 户债权人，确认债权额 19 亿多元的中谷集团及其下属公司整体破产重整案初步画上句号。

⑧ 罗彩霞维权案成功和解

2004 年 9 月，在时任湖南省隆回县公安局政委王峥嵘的操作下，他当年高考成绩为 335 分的女儿王佳俊，冒用湖南省邵东县一中高中毕业生罗彩霞之名，被贵州师范大学思想政治教育专业录取。2009 年 3 月，罗彩霞在申办开通网上银行业务时被拒，随后确认为高中同班同学盗用自己身份证信息。此后，罗彩霞以姓名权、受教育权受到侵害为由，将王佳俊、王峥嵘、杨荣华、邵东一中、县教育局、贵州师大、贵阳市教育局、唐昆雄等 8 被告告上法庭。

去年 8 月 13 日，罗彩霞被冒名上大学案在湖南省长沙市中级人民法院开庭，案件由天津市西青区人民法院合议庭人员异地在长沙审理。4 个多小时后，罗彩霞与各方达成和解协议，被告王峥嵘一次性给付罗彩霞赔偿金 4.5 万元，原告放弃对各被告的其他诉讼请求。

⑨ 山西蒲县原煤炭局长敛财数亿案

“山西蒲县原煤炭局长家财数亿，有 35 处房”的主角郝鹏俊出资成立的蒲县成南岭煤业有限公司，在与蒲县远中洗煤厂等 22 家企业业务往来中，销售原煤直接收取差价而不进行申报，逃税 1871 万余元，逃税额最高占到应纳税额的 82%。2006 年 8 月至 2008 年 1 月，采用虚构、夸大、骗取等手段，两次超限额购买炸药共 63.5 吨、雷管 19 万多枚。

2010 年 4 月 15 日，山西省蒲县人民法院对该县成南岭煤业有限公司逃税案一审判决：被告单位成南岭煤业有限公司因犯逃税罪、非法买卖爆炸物罪被处罚金 9860 万元；公司实际控制人、蒲县煤炭局原党总支书记郝鹏俊因犯逃税罪、非法买卖爆炸物罪、挪用公款罪、贪污罪，数罪并罚，被决定执行有期徒刑二十年。郝鹏俊之妻、蒲县民政局原副局长于香婷因犯逃税罪、非法买卖爆炸物罪被决定执行有期徒刑十三年。两被告人各处罚金 8500 万元；于香婷之弟、成南岭煤业有限公司法定代表人于小红因犯逃税罪、非法买卖爆炸物罪，被决定执行有期徒刑十三年，并处罚金 5600 万元；追缴被告单位逃税款 1871 万余元和郝鹏俊赃款 48 万元上缴国库。

⑩ 上海泰梦公司非法获取公民个人信息案

2005 年 2 月，30 岁的武汉人周娟注册了上海泰梦信息技术有限公司，雇用了亲戚李之召、张伟等人，通过互联网买卖企业信息、公民个人信息，大肆在网上公开“叫卖”他人的身份证号、手机号、账号、住址等“私密”信息，内容涉及房产、汽车、金融、娱乐、IT 等行业，受害者遍及男女老幼，甚至连刚出生的婴儿也没能幸免，公民的个人信息被随意掌握和交易高达 3000 余万条。周娟事后在公安机关交代，自 2005 年至案发时止，她个人获利高达 100 万元。

8 月 5 日，上海市浦东新区人民法院对涉嫌非法获取公民个人信息罪的李之召等 10 名被告人进行开庭审理。法庭作出了一审判决，10 名被告人均犯非法获取公民个人信息罪，其中 9 名被分别判处有期徒刑二年至拘役六个月，缓刑六个月不等，罚金 4 万元至 1 万元不等，另有 1 名被告人被

免于刑事处罚。

来源：新华网.2010-01-06

http://news.xinhuanet.com/legal/2011-01/06/c_13678803.htm

3.3 以新道统论构建中国法哲学：谢晖和魏敦友对话

魏敦友：新道统论为现代中国法学奠基

魏敦友：《新道统论为现代中国法学奠基》，载《检察日报》2011年1月6日第3版。

一百多年前，梁启超先生讲过一段意味深长的话：“今日非发明法律之学，不足以自存矣。”这段话对我们理解现代中国法学极其重要，甚至于我认为从某种意义上讲，它是我们深入理解现代中国法学的“梁启超之门”。进不了这个“门”，就不可能理解现代中国法学的三个维度，即何以法学？何以现代？何以中国？

在我看来，梁启超先生这段话首先意味着，对于中国数千年思想史而言，从知识论上讲，作为一种知识类型，法学知识是一种全新的知识。人们试图用今天的法学知识眼光去挖掘中国传统知识中的“法学成分”，并将法学知识视之为中国古已有之的知识类型，这种做法除了满足一种狭隘的民族自尊心外不会带来更多的东西。法学知识是中国从古典时代进入现代的知识建构。更确切地说，法学知识是中国遭遇西方的一个知识建构。换句话说，中国古典时代不需要法学，或者说，即使有可能被我们今天称之为法学的东西，也不能叫做法学，因为它并没有独立存在的价值。这一点可以用清朝乾隆时期编修《四库全书》时的知识状态来证明。《四库全书》是中国古典时代最高的知识总结，而在这个最高总结中法学知识基本上是没有地位的，虽然其中也收入了零星的“法学著作”，但如纪晓岚所说的，法律著作作为盛世所不取，也为盛世所不弃。这标明，法学知识在中国古典时代是可有可无的东西。但自晚清以来，中国人由于遭遇西方而进入现代全球化时代，中国思想自然也被拖进一个新的时代。从知识论上看，这既是一个后《四库全书》的知识时代，也是一个法学的时代。判断一个后《四库全书》时代是一个法学时代的基本依据是，晚清以来的两百多年里，在中国思想场域越来越多地生产出异质于古典时代之理学知识的法学知识，除了大规模译介外国的法律著作之外，中国人也在着手写出自己的法律著作。在今天，法学知识甚至逐步占居了中国现代思想的核心。

其次，梁启超先生的话同时还意味着，现代中国人要想在一个法学时代真正安身立命，不能仅仅满足于移植别国法律制度与法学知识，而必须以中国为依据进行法律制度与法学知识的自觉创造。在经过了长达两百年的“知识引进运动”之后，今天的中国人逐步意识到法学知识并不是一种中立的、绝对的、客观的知识，它不仅仅是描述事实的知识，还是社会控制的知识，而且更是社会秩序正当化的知识。对法学知识的这一认知，自然会使得某种看似强势的法学知识霸权脱去其神秘面纱。而作为一个博大深厚的文化意义体，中国必须在创造出自己的现代社会秩序的同时创造出自己的法学知识来。这实际上意味着，始自晚清的从西方大规模的引进法学知识的运动，正在走向自己的逻辑终点。

正是在这样的知识语境中，我提出了新道统论作为一种法哲学的主张，其内在旨趣在于为现代中国法学作奠基。作为一种法哲学的理论，它不仅要回答现代性问题，而且要回答中国性问题。何

以中国？这是根植在两百多年来中国“知识引进运动”中的最深刻的问题，然而却是被遮蔽、被掩盖、甚至被遗忘的问题。法学家们很少关心这个问题，规范及其相关问题是法学家们研究的中心。然而，如果不对中国问题进行通透的思考，我们决不可能建构起现代中国法学及与之相应的现代中国法制来。

我结合金岳霖、钱穆、余英时、季卫东等学人的研究成果，从比较文化史的角度将中国看成是一个意义独特的文化体，其基本范型为道论，它区别于西方思想如希腊理念论之处在于，如果说理念论作为一种西方思维是一种二分思维，总是将世界看成是二元对立从而形成非历史的思维的话，那么道论思维作为中国思维，它有四个特点，第一为历史性，第二为世俗性，第三为循环性，第四为整体性。道论思维是中国在所谓轴心时代形成的，是中国思想的第一次突破，形成了中国思想的基本特点。此后中国思想经历了经学阶段（秦汉至宋）、理学阶段（宋至晚清），当下正在经历它的法学阶段，它是中国思想从晚清以来的又一次巨大的知识变迁。这就是我体悟到的中国思想中的道之三变，首变为经，次变为理，再变为法。

道统论分成两个方面，其一是道，其二是统。道指的是作为一种思想的特质具有相对稳定性，上述四个特点也可以看成四大原则是道的内在规定性，而统指的是思想的延续性。如果我们这样来看中国的思想历史，那么我们看到的是，虽然中国思想经历了巨大的变迁，但中国思想依然是中国思想，在其根本点有着自身的同一性，其根本之处就在于中国思想始终在道论的延长线上。有人将道仅仅看成是儒家之道，或者是道家之道，然而，儒家也好，道家也好，都是片面的，实际上它们和中国其他思想派别一样，都不过是道论思维之树上的文化果实而已。因为只有道论才体现着中国文化之树的全体。因此我们不能简单地将道统视为儒家之道，虽然道统一词主要是由儒家从唐代开始提出并由宋明理学加以阐明的。从道统论的视野看，宋明理学在当时相对于经学而言是一种新道统，因它提出了以理学知识为中心的世界观，然而从今天的视野看，宋明理学已经或正在成为一种旧道统，它正在被一种以法学知识为中心的世界观所取代。然而必须指出的是，道统这个词从一开始就被滥用着，一直到今天。从韩愈开始就将道统混同于学统与政统，到了当下所谓新儒家如牟宗三等人那里，也是道统与学统不分。我之所谓新道统论其最大区别于宋明理学之处就在于彻底将三者严格区分开来，道统的归道统，政统的归政统，学统的归学统。

如果说宋明理学作为一种道统论主要针对的是经学，那么我之所谓新道统论则主要针对是宋明理学。如果说，宋明理学是中国思想在应对印度佛学而发展出一种有别于经学的新知识，建构起以理学知识为中心的世界观，那么新道统论则是在应对基督教背景的西学而产生的新的有别于理学的法学知识。法学知识与理学知识最大的区别或许在于，理学将事物之理归于物，而法学将事物之理归之于人，人为自然立法，同时人也为自己立法。所以从新道统论的观点看，从理变法是近两百年最令人感兴趣的思想事件。有意思的是，作为宋明理学之新阶段的新儒家试图内圣开外王，从儒学内部开出科学、民主乃至法治这样一些从西方传来的新价值。然而，从新道统论的观点看，试图从儒学内部开出科学、民主乃至法治这样一些从西方传来的新观念完全是多此一举，如果科学、民主和法治这样一些观念真能融入中国思想之中，则充分敞开中国思想即可，让科学、民主和法治这样一些价值进入中国思想，中国思想必将获得新的特质。新道统论与新儒家有一共同之处，在于科学、民主和法治这样一些价值必将成为中国思想的一部分，然而两者却有根本的不同之处，新儒家试图从儒学内部去开掘出这些价值，而新道统论则志在平整中国思想的场地，重新开启中国思想在新的历史条件下的可能性，让这些新价值更方便地进入，并进一步对这些价值进行系统的批



判，从而为一个新的法学知识时代的到来做准备。从新道统论的观点来看，新儒家从根本上从属于一种以理学知识为中心的知识体系，但它是理学知识的最后一抹夕阳，或是理学知识的最后余波。

一个新的法学时代正在到来。新道统论正是为这样一个中国历史上从未有过新的知识时代的到来进行奠基的一种法哲学，其内在目标正是为了促进现代中国法学的建立。另一方面，现代中国法学的真正建立，作为对宋明理学的超越，则是中国新道统形成的根本标志。

谢晖：法学知识能否承担新道统建构的重任

谢晖：《法学知识能否承担新道统建构的重任》，载《检察日报》2011年1月6日第3版。

魏敦友老师曾就他的观点在“中国社会科学走向世界”学术研讨会上做了宣讲，尽管没有展开。在他宣讲过程中，有一位学者在我跟前多次笑言：“这位老师怎么这么逗呢？”我想，他所谓的“逗”，主要是说魏老师这种观点不可能站得住脚。我因为此前对魏老师的观点有所了解，所以，也能够在逻辑上理解他所讲的由法学承担新道统的使命究竟是什么意思。所以，在一定意义上，我赞同魏老师所讲的以法学作为新道统的知识基础的说法。尽管我也相信，魏老师所讲的法学，可能是从更广泛的意义上讲的。

如果说法学能够承担新道统的知识基础这样的使命，那么，在我看来，主要是法学迎合了我们时代主体交往的社会结构要求，或者说和这个时代的主体交往结构是相吻合的。法学向来是以权利和义务为核心的一种知识体系。从过程看，权利和权力的关系主体是相互开放的，被管理者和管理者的身份也是相互开放的。这和古典社会龙生龙、凤生凤、老鼠生儿会打洞的情形形成明显的对比。所以，如果法学能够作为新道统和国民交往之精神建构的知识基础，就在于法学是根据现代社会结构的需要，论述给现代社会结构中所有交往和参与者如何公平地分配权利、同时配置义务的学科。秉持社会公平和正义，是法学自来的理念。这和我强调的现代社会的交往结构需要新道统，需要通过表达平等结构的知识体系来建立新道统的观点是有明显的内在勾连的。

如果能进一步分析法学为什么会承担新道统的原因，可能会更好地论述新道统建设的可能性。如果说法律权利和义务的分配表达了一种主体平等地交往的相互性，从而也表达了主体相互性交往的规范结构的话，那么，它也同时提供了交往中的主体能够对自己的交往行为在规范领域准确预知的前提和基础——只要有这一前提和基础，人们就可以有基本的预期，并对自己的行为负责。

所以，如果说传统的经学、理学主要是王道教化的学问，从而以它们为学问基础所建立的道统是王道教化的道统的话，那么，以法学这种主体的权利义务之学为知识基础所建立的新道统，就应当表达的是主体平等和自治的道统。这样，法学本身的内容和目的，就和现代社会结构的特征——高度的主体自治、主体平等之间产生了内在勾连与吻合，甚至在一定意义上讲，法学就是这一社会结构形态的必需的、不可或缺的精神构成内容。这或许就是法学为什么可能成为新道统建设的学问基础的基本原因吧。

新道统这个词汇，确实很具有中国特色。魏敦友老师本意或许是要寻求在未来的世界结构中，中国人以参与者、或者以结构主体的身份，在这个世界结构中做出自己的贡献。但是，现代的以权利与义务为核心和基础理念的法学，却是一个典型的舶来品，是我们从西方进口来的学问。这可能会导致新道统不但没有承接既有的传统，而且是对“道统精神”本身的阻断。这就有必要进一步论

证我国固有的文化传统对以法学为知识基础的新道统有没有、或者能不能做出贡献的问题。

但恰恰是这个问题，魏敦友老师没有做出说明。这是一个很大的问题，绝非三言两语可以说清楚的。我个人在这方面的看法，如果大家感兴趣，可以看看我的《价值重建与规范选择》、《法治讲演录》这两本书的一些章节。在那里，我对法制现代化进程中中国传统的可能贡献曾提出过自己的原则看法。

我的原则主张是，第一，中国作为传统文化大国，作为主体生活方式和交往方式具有明显独特性的大国，理应全球化进程中，以参与者的姿态和身份寻求对话，而不是以被裹挟着的身份被动地卷入全球体系中；第二，中国的参与和对话，事实上是一个中国传统与外域文明互动的过程，因此对外域文明不是排斥，而是学习、吸收和借鉴的过程。与此同时，对固有文明，不是抛弃，而是扬弃、拓展甚至开新的过程；第三，要特别关注在这一参与过程中，当代中国人自身的创造，不论这种创造是成熟的、不成熟的，都要予以特别关注，切忌面对当代中国的创造，嗤之以鼻，不屑一顾的态度。这或许是一个更为重要的、也更值得关注的维度；第四，对中国秩序结构、交往行为方式以及纠纷解决机制中独特的因素，应当做出“创造性转换”，成为新道统得以建立的知识基础。

来源：法律博客.2011-1-6

<http://weidong1111.fyfc.cn/art/880606.htm>

3.4 田飞龙：超越形式法治论：中国行政法治路径新探

细数改革开放三十余年以来的法治建设成就，行政法治领域可圈可点。自1989年颁布《行政诉讼法》以来，以“司法审查原则”为核心的中国行政法学及中国行政诉讼法制日益成熟。随后以《行政处罚法》、《行政复议法》和《行政许可法》等单行部门法为代表的行政行为法体系获得强势建构。行政行为类型化的发展又进一步支撑了行政诉讼裁判技术的完善。行政法总论部分以引自德国的“依法行政原则”为核心建构起一套严格的行政法治规范框架。建立在司法审查和依法行政这两大原则基础之上的中国行政法的“形式法治论”初具体系，得到国内行政法教科书、行政法学主要研究力量以及学术组织的肯认。然而，这一“形式法治论”是以西方严格的宪法分权框架以及消极行政权预设为前提的，此论在普及行政法一般理论并初步支撑中国行政法制度的基础性建构方面功勋卓著，但却与世界范围内公共行政的开放性与民主性的趋势以及中国自身的宪法结构渐显隔膜，日益难以合理解释并引导中国行政体制改革的实践进程。

在此背景下，部分行政法学者逐步悬搁“形式法治论”的简单规范诉求，认真对待“民主”对公共行政领域以及行政诉讼领域的价值渗透和制度影响，产生了“新行政法”和“实质法治论”两种主要的回应模式。“新行政法”以行政程序法为核心展开制度建构，通过公共行政开放性和民主性的扩展，实现行政过程的自我合法化，追求政府和公众在行政治理中的再分权与合作效果，代表性著作是北京大学法学院王锡锌教授的《公众参与和行政过程》。“实质法治论”以行政诉讼法为核心展开制度建构，通过司法过程的开放性与公众意见的多元参与寻找“法律共同体”的在先共识，以“共识”支撑行政判决的合法性，代表性著作是清华大学法学院何海波教授的《实质法治》。笔者认为，此两论以中国当下的行政法治的现实处境为出发点，对“民主”进入行政与司法过程的理论正当性与制度妥当性进行了初步的论证和建构，构成了对中国行政法的“形式法治论”的有力挑战，在一定程度上丰富和发展了关于行政法治的结构理解，推动了中国行政法治新路径的探索，如理论更加精细、实

践更加得当，或可实现中国行政法治的“包容性增长”并为世界行政法治的最新发展提供有益的中国经验。

形式法治论的魅力与虚幻

行政法的形式法治论来自于西方规范的法治国家理论。在该理论下，作为现代国家绝对性标志的主权被“科学”地划分为三种权力：立法权、行政权和司法权。孟德斯鸠在《论法的精神》中从权力本性和限权思维的角度对此做出了经典化的论证，康德随之又对分权进行了逻辑证明，认为这一划分方案符合形式逻辑上的三段论，即立法权提供判断的大前提，行政权的初步裁定提供了判断的小前提，作为终局程序的司法权则得出最后的结论。在这一严格的分权框架之下，“行政权”与“司法权”都只具有执行的性质，因而属于消极权力。“无法律则无行政”一时成为时代精神。在严格的分权框架和消极行政权的预设之下，规范化的行政法治流程被美国行政法学家斯图尔特教授形象地描述为“传送带模式”，其要点在于：（1）立法权负责提供全部行政活动的明确规则；（2）行政权负责实施法律，没有明确的法律根据则不得作出任何行政行为；（3）司法权负责对行政活动与议会法律的一致性进行审查。这样一来，在涉及行政活动的合法性评价方面，行政权和司法权均无自主意志，议会法律被设定为唯一的准据。这样一种理想化的法治框架在西方也从未完全实现过，它表达的不过是人类经过启蒙运动与资产阶级革命之后对于权力秩序理性化的一种理想性诉求。

理想话语掩盖不了权力实践。即使是在最接近这一严格的“形式法治论”框架的 19 世纪上半叶，行政领域的立法与决策活动伴随着社会冲突的加剧开始日益活跃，“司法造法”及司法裁量权在英美法系国家则是更加久远的传统和实践。随着垄断资本主义阶段的来临、国内矛盾的加剧与国际竞争的激烈化，国家发展的政策需求与国内秩序维持的正当性需求日益高涨，传统的议会立法无法及时有效地加以回应，不得不频繁地通过授权法案将初次立法权和决策权赋予行政机关。至罗斯福新政时代，行政权的权能发生了结构性变迁，不再是单纯执行议会法律，而是日益自主地根据社会管理与社会发展的实际需要进行行政立法、行政决策乃至行政司法；行政活动的规范依据也出现了新的发展，除了传统的议会立法之外，还增加了行政自主制定的若干种规范；对行政权的“授权控制”日益形式化和表面化，而所谓的司法审查也不得不在经历一场“总统包装法院”的宪法斗争之后转入程序领域。以 1946 年的《美国联邦行政程序法》为标志，美国行政法 60 余年的发展为我们呈现了一幅行政法领域“程序转向”和“民主回归”的制度变迁图景。

理想性构成了“形式法治论”的魅力所在，同时也是虚幻与局限所在。行政权的变化以及以美国为代表的世界行政法的转向则是行政法治新路径探索的最为重要的外部经验。

“民主”进入执行过程：中国学者的回应

中国行政法治在改革时代的学术与制度历程似乎在重演西方行政法的传统故事，只是进程被大大压缩。以王名扬的“外国行政法三部曲”作为学术基础，中国行政法开始了规范化的基础性建构，其基本框架即为“形式法治论”。然而，这种预设了宪法前提的行政法治框架并不能直接嵌入中国的政治法律结构。首先，中国的宪政体制不是规范意义上的“三权分立”，而是一种“党的领导、人大主权和行政主导”相互配合、纵向分工的一种协作体系，行政权的权能结构以及司法审查的实际能力均不符合“形式法治论”的预设。其次，中国素有“行政主导”的政治文化传统，加之党政伦理对行政权的伦理性建构，中国行政权负有引导改革与整合社会的“政治化”功能。再次，作为中国政治现

代化基础性环节的“民主化”难以在现有的立法过程中获得制度空间和公民参与机会，行政民主更适合作为民主转型的可控场域和模式。同时，依赖严格的议会法律和专业化的法律解释的司法过程也难以单独支撑行政判决的合法性，引发行政权监督机制本身的合法性危机。在此背景下，“新行政法”和“实质法治论”以挑战性的姿态出现并日益展现出强势的学术与制度影响。

“新行政法”以王锡铎教授 2007 年出版的专著《公众参与和行政过程》为代表。该书一改以往讨论行政法治的传统进路，从行政程序（公共行政过程）的开放性和民主性的角度出发，提出了现代行政法治的“公众参与模式”作为“新行政法”的核心。作者认为行政法在本质上是一种关于行政活动合法性的解释框架，必须面对真实的行政与生活世界。作者提出的“公众参与模式”是一个整合性的行政法治框架，其既包含了传统行政法治诉求的议会法律控制和司法审查，同时又增加建构了以行政程序（行政过程）为中心的民主性制度体系，且以后者为核心与特色。相对于传统的“形式法治论”，“新行政法”实现了一系列的创新与突破：（1）在行政法的核心价值上增加了“民主”，并与“法治”并举；（2）在行政法的制度结构上，以行政过程为中心建构了一系列的行政公开与行政参与制度；（3）在行政法的制度功能上，不仅寻求行政法个案决定的合法化，而且寻求包括行政立法、行政决策、行政执行和行政司法在内的整体行政权的合法化，同时为不同利益距离上的公众提供民主讨论和表达的正式制度平台，将行政法治过程建构为有限但有效的“民主分论坛”以化解现代行政的“民主赤字”难题；（4）在行政法的主体图式上，淡化“行政主体-行政相对人”的区分，以“程序参与人”的新概念统合行政活动中的不同主体角色，在一定意义上通过行政程序法的包容性建构实现了行政过程中社会公众的内化，为合作行政和公民参与奠定了一种“主体间性”的伦理基础；（5）强化行政法的“程序思维”，引导立法与司法权力在行政监督上的“程序转向”，建构一种适合现代行政权适度自主性的权力间法律关系；（6）理性识别并结构化处理了中国政治系统关于行政决策科学化的要求，将“专家、大众与政府”纳入了一个理性化的、面向具体行政目标与任务的、进行适当的知识与权力分工的决策体系之中，有利于探索一种不仅适合于中国，同时也适合于世界的现代行政决策理想图景。当然，这还只是一个初步的以行政程序法为核心的重构框架，如何做好与现有行政法制度的衔接，如何设计并推动政府信息公开与行政民主参与的科学而理性的制度体系与实践，如何将行政决策中的其他本土要素（比如党委、人大、政协等）进行规范转化，如何合理地配合中国政治民主与司法审查的发展进程，如何有效利用互联网平台促进公开和参与等等，都是该路径需要细致打磨处理的结构性问题。在一定意义上，作为王锡铎教授同事的沈岿教授所提出的“开放反思的形式法治论”中的“开放”与“反思”的诉求与“新行政法”的核心旨趣之间也渐显呼应关系。“海纳百川，有容乃大”，任何真切关注中国行政法治进程的学者都不可能对中国大地上生动活泼的行政法治实践无动于衷，也不可能对世界行政法最新发展所体现出来的制度理性视而不见，“新行政法”正是开放的时代心胸的学术体现。近年来湖南省围绕“行政程序”展开的省域法治建设在很大程度上已经在探索和试验“新行政法”的若干制度要点，对此我们有理由保持进一步的关注与期待。

与对行政程序法的钟情和推进不同，也有学者从司法民主的角度提出了中国行政法的“实质法治论”，这以何海波教授的 2009 年出版的专著《实质法治》为代表。“实质法治”作为“形式法治”的对称，并不是在传统法治理论下的“司法审查”领域之外另辟蹊径（如“新行政法”），而是将民主价值引入司法过程，提出了一个同时容纳法治与民主要素的行政诉讼法重构框架。何海波教授提出“实质法治”的基本问题意识与他自身长期以来对中国行政法治实践中的案件关注有关。他通过大量的案件追踪，发现法律的规则表达和法官的专业化解释并不能够为行政判决的合法性提供充分的理

据，过分强调基于“专业理性”的法律人之治既不利于司法树立权威，也不利于法律与社会的沟通以及法律本身的发展。“实质法治论”据此提出了对于法律渊源和司法过程的新的理解，要点如下：（1）法律不仅仅是议会的制定法和法官自造的法，其最根本的渊源或合法性基础在于“法律共同体”的共识；（2）“法律共同体”不仅仅是法律人的集合，而是所有政治社会共同体成员的集合；（3）司法有必要在过程开放和公众讨论的基础上发现法律共同体普遍存在的共识，并将这一共识作为判决合法性的支撑要素；（4）在一个开放的司法过程中，“专家、公众和领导”具有不同的角色和责任。这一“实质法治论”的建构最初源于作者的博士论文，但随着这一学术思路的进展，已经日益超出行政法治的范畴，成为一种面向普遍司法过程的“实质司法论”。结合当下关于司法职业化/司法大众化的争论以及最高院的“人民司法”重建运动，笔者以为何海波教授的这样一种源出于行政法治关怀、渐然抵达对一般司法理论的探讨的思考路径具有明显的现实针对性和理论价值。不过，有些问题作者还未能展开更加系统深入的思考与建构，比如（1）共识的性质与范围：“共识”到底是事实还是规范，是哪一种性质的规范，其司法适用是否需要时空的“地方性要素”的限制，在先共识之外是否可能形成经过商谈产生的“新共识”，如何对待二者之关系；（2）对行政法治的完整观察与提炼：作者仅仅局限于行政诉讼的重构，但由于司法权的地位以及行政诉讼受案范围的实际限制，进入法院的行政活动类型与数量相当有限，大量的行政活动终结于行政过程内部，仅仅讨论如何通过司法民主发现“共识”来支撑行政判决（从而也是行政活动）的合法性，显得非常单薄；（3）角色规范化与功能制度化：作者提出了司法过程的“专家、公众和领导”，但仅对于各个角色进行了初步的描述与功能区分，没有落实到具体的制度层面，特别是没有和实践中已经存在的英美的陪审团制度、欧陆的参审制度、中国的人民陪审员制度等进行比较研究和制度可能性的探讨；（4）对于共通性的决策伦理与决策结构的理论整合：其实司法决策和行政决策具有决策伦理和决策结构上的许多共性，尤其是在中国政法场景下被“人民性”普遍渗透，已经具有了一定规模的实践经验，作者之理论视野尚未从整合性的角度对此进行描述和建构；（5）新的司法理论缺乏政治理论的有力支撑：作者通过对既有司法理论的批判来建构新的司法理论，后者严格而言已经是一种司法民主理论，如果没有相对应的政治理论尤其是民主理论的支撑，在理论上很容易根基不牢。当然，作者最大的意图还是明确提出了对于法律实证主义和司法自主性的质疑，提醒法官在职业化司法的过程中以开放的态度容纳并理解公众意见所根植的“法律共同体”的共识，并提示这样一种开放司法哲学有利于建立司法权威的社会根基。作者从行政判决合法性的部门法困惑一步步走向对于中国司法权乃至普遍性的司法哲学的关怀，心智敏锐然而前路还多坎坷。不过，尽管作者在“实质法治论”上日益偏离专业的行政法领域而进入一般法理学或司法哲学的领域，然而其结晶的任何理论成果仍将直接影响到中国行政法治的制度进程--因为即使是“新行政法”也不敢断言行政程序的民主建构可以终结行政权的合法性命题并完全消解司法审查的必要性。

共和化、再分权与中国行政法治的“包容性增长”

行政法领域的“新行政法”和“实质法治论”的理论探讨确实构成了对传统的“形式法治论”所立基的“依法行政原则”和“司法审查原则”的有力挑战，通过将“民主”接纳入现代行政过程和司法过程，共同提出了行政法治的“民主化”命题，这就提供了中国行政法治“包容性增长”的可能性。在笔者看来，此二论具有更加宏观的理论及制度意义，要者有二。首先是行政法的“共和化”取向。开放参与的行政法思想来自于共和主义的理论传统，来自于共和主义关于公民德性与责任的规范性论述。二位作者在进行基础性的理论论证时所援引的卢梭、密尔、哈贝马斯以及 20 世纪 60 年代以来的其他

协商民主理论家的政治理论，在本质上属于共和主义的理论脉络。行政法“共和化”取向将意味着行政法基本过程的民主化建构，并通过这一建构实现公民的德性培养和能力提升。其次是“再分权”的结构化思想。传统分权局限于公共领域的“三权分立”及通过宪法对这一分权框架的严格守护，在国家与社会的分权主题上则通过公共领域/私人领域的区分来完成，公民参与政治的制度通道被局限于选举，整个国家政治通过精英化的代表机制展开。而“再分权”突破了这一经典理解，主要体现在两个方面：一是内部分权上承认分权结构的实际变化，并提供基于程序合理性的规范性辩护；二是在国家与社会分权上突破与公共领域/私人领域的简单对应，在行政权/司法权领域重新思考国家与社会的合作可能性及其制度机制。这样的行政法治探索尽管面对的是行政法的内部问题，但日益具有宪法上的价值与意义。

“包容性增长”是最新的政治性提法，主要集中于经济和社会领域。事实上作为与经济/社会领域频繁互动的法治领域，这一提法也具有合理性与真切性。包容的逻辑前提是开放和承认，这是对原有的规范紧缩性的结构化修正。中国行政法治“包容性增长”的基本前景就是“新行政法”和“实质法治论”为我们展示的新结构与新路径，尽管还存在诸多的理论逻辑与制度安排上的缺陷。

主要评论书目：

王锡锌：《公众参与和行政过程--一个理念与制度分析的框架》，中国民主法制出版社 2007 年版

何海波：《实质法治：寻求行政判决的合法性》，法律出版社 2009 年版

来源：中国民商法律网.2011-1-3

<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=51755>

3.5 法律不强制人类情感：软法理论视野下的精神赡养问题

最近，老年法草案中规定晚辈对长辈老人要“常回家看看”，否则老人可以诉讼到法院。消息报道后，一时间，种种争论开始出现在各种媒体上。对这一规定，有人赞成，也有人反对，各种意见纷纭。

其实，这一规定并非什么新生事物。早在 1996 年制定的、现在依然有效的《老年人权益保障法》就有对老年人进行精神赡养的软法规定，该法第十条规定：“老年人养老主要依靠家庭，家庭成员应当关心和照料老年人。”第十一条又规定“赡养人应当履行对老年人经济上供养、生活上照料和精神上慰藉的义务，照顾老年人的特殊需要。”2008 年 10 月 1 日起施行的《辽宁省老年人权益保障条例》第三十一条明确规定，赡养人应当履行对老年人的精神慰藉义务，与老年人不在一起居住的，应当经常问候、看望。这是全国范围内首次将对老人的精神慰藉作为赡养人的一项义务写入地方法规。

2006 年，我在研究软法的过程中就注意到这一条款的软法属性，在我研究的领域中，这种法律条款被划归到“法规型软法”的分类中。按照软法理论研究者的看法，这种法规型软法其实只是一种唯心主义的、纯粹主观态度的宣示，这种态度宣示本身代表立法者（国家）对某种社会世俗事务的态度、看法和号召，但是其本身并不具有可以强制执行的规范属性与法律效力。

实际上，这种以宣示立法者的主观态度和看法为内容的“法规型软法”在宪法、婚姻家庭法领域中是比较常见的。举例来说，宪法中关于政治协商制度的规定就是一种政治态度宣示，在这种主



观态度宣示之下，政协组织的任何意见和建议对其他国家机关都是没有任何法律效力的。再例如，婚姻法中规定夫妻互负忠实义务的条款，也是一种典型的“法规型软法”，其主要原因在于：法律上的任何义务性规定都必须具有明确、具体和可操作的衡量标准与尺度，以便衡量义务主体是否达到法律所要求的义务标准。但是，“忠实”这个概念，压根就无法确定一个明确、具体和可操作的衡量标准与尺度。

那么，为什么说我们无法为“忠实”和“精神赡养”这样的义务确定一个明确、具体和可操作的衡量标准与尺度呢？这是一个很有趣的问题，值得我们仔细和认真的加以研究和回答。

一个比较简单的解释是：“忠实”也罢，“精神赡养”也罢，都属于人类的情感问题，它们既无法从外部通过客观证据进行观察和测量的，也是法律的强制力无法深入的领地。

首先，“忠实”也罢，“精神赡养”也罢，如果被规定为法定义务，那么，对任何违反此种义务的违法者，要进行归责，都必须以客观的、可获得的证据为基础，在通常情况下，由于个人的隐私行为没有见证人或者受害人（比如婚外恋、一夜情等等），很难搜集到有关证据，因而很难干预和控制。

其次，就更本质的意义而言，很显然，法律对人的强制是外在的，它是从人的思想和情感之外约束人的行为的一种异己的力量。在这种异己的、外部力量的威慑、压制只能指向人的外部行动，却无法指向人的内在情感和意志。因为从心理学的角度而言，情感是一种主观体验、主观态度或主观反映，属于主观意识范畴，而不属于客观存在范畴。而法律只能强制客观存在的、人的外部行动，却无法、也无力强制人的主观意识领域中的爱情、亲情、友情等主观意识、动机和思想。因为人的主观意识、动机和思想都产生和运行在人的大脑之中，而法律的强制力却只是人的大脑外部的一种物理力量。比如，法庭审判中的传唤、法警强制执行都是存在于案件当事人大脑之外的物理力量，这种外部力量可以堵住一个人的嘴巴不让她或者他说话、捆住一个人的肢体不让她或者他行动、甚至可以砍下一个人的头颅不让她或者他存活。但是，这种异己的、外部的物理力量却无法强制一个人如何思考或者不思考，更不可能直接使人产生情感或者消灭情感。这是法的一种天然的、不可克服的局限性。

在张文显先生主编的《法理学》教科书中，对法的上述局限性是这样解释的：法律通常只能有效的控制公开的、外显的、可观察的社会行为，而很难控制个人隐秘的隐私行为，更难控制人们内心的思想、情感、信仰。那些试图控制人的私生活、思想的法律，如控制婚外性行为的法律，强制信仰某一思想的法律，从来不可能取得真正的成功。这是由法的属性和特征所决定的。

所以，**法律可以强制人类的行为，却不可以强制人类的情感**，这是一个完全符合人类心理科学的、正确的法理学命题。在这个命题之下，我们就可以解释那种“夫妻互负忠实义务”以及我们这里所探讨的“精神赡养”等宣示型软法的效力问题了：这种宣示型法律的存在本身或许是合理的，但是事实上是不可能产生任何实际的法律效力的，尤其是不可能产生法的实际效力。理由很简单，法律无法强迫一个人爱她或者他的父母长辈。人类的爱，纯属一种主观的情感体验，是法律不能强制的情感。固然，法律可以强迫一个不孝子孙给被赡养人经济赡养和物质赡养，但是，任何物质和金钱都不能取代人类的情感。从本质上讲，人类情感需求和欲望的满足只能来源于伦理道德的促进和推动，而不能来源于法律的强迫与强制。因此，任何法律虽然有可能对发自情感的外部行为有效，

但是不可能对人类内在于其大脑中的情感本身有效。

总之，鉴于法律不可以、也不可能强制人类情感的基本原理，老年法不应该将“精神赡养”这种宣示型软法“变硬”，更不应该规定可以向法院提起诉讼，并动用法警“押送”子女去对父母进行“精神赡养”。法律唯一能做到的只能是：为“空巢老人”的情感需求和欲望的满足提供外部条件和机会。比如，法律可以将探亲假、带薪休假和春节假期合并起来，便于外地工作的子女春节期间“常回家看看”。法律甚至也可以规定凡是打给父母老人的电话一律免费、春节期间探望父母老人的路费一律报销，为子女“常回家看看”创造外部经济条件等等。换一句话说，按照利导的原理而不是按照强制与威慑的原理，用软法机制引导“精神赡养”而不是动用国家暴力强迫“精神赡养”，这才是正确的、符合现代软法理论原理的优良制度设计。

来源：法律博客.2011-1-8

<http://lawyer1964.fyfz.cn/art/883151.htm>

3.6 中华法系的特有内涵：民族法史

中国是法制文明的古国，早在公元前2世纪秦并六国便形成了统一多民族国家，由此，中国的疆域、中国的物质文明和精神文明，便由中华各族共同开发、共同创造，其中也包括中华法制文明的创制。

中华法系是集各族法律智慧共同缔造的

为世界所公认的中华法系，便是集各族法律智慧共同缔造的。虽然古代中国曾经有过华夏文化中心论的华夷之辨和“非我族类，其心必异”的狭隘的民族观，也有过按民族划分社会等级的民族等级观，但并没有妨碍自秦汉以来中华民族便已形成为稳定的共同体，正像浩瀚长江发源于巴颜喀拉山下的涓涓细流一样，中华各族文化也都发源于一个共同的文化传统，尽管血缘上有异，地域上有别，但没有严格对立的民族隔阂与阻断交流的壁垒。

数千年来，各民族经过不断的迁徙、杂居、通婚、互市，在文化上互相学习，在血统上互相融合，你中有我，我中有你，民族畛域逐渐消弭，统一的民族精神则日益凸现，这个民族精神，早已超越了一族一地的界限。清朝开国前，其杰出首领努尔哈赤就说过：“天降大国之君，宜为天下共主，岂独吾一身之主？”正是这种超越一族一地的磅礴之气，以及各民族在文化同源背景下的多样性发展，才形成了绚烂多彩的中华文明，凝聚成厚重的“中华魂”。法律作为中华文化的一部分，也有其源与流、干与支的相互关系及内在联系，并形成了多样性的统一体。这是我们在探究中华法系的内涵时不能不注意到的。

自古以来，在中国的大地上孕育生长的少数民族，都不同程度地对中国的法制文明的发展作出过贡献。有的民族如蒙古族和满族，还主导了一个时代的全国性的法制建设。中华法系也如同中华民族发展历史一样，由众多支流汇聚而成。

据古书记载，中华法制文明起源于苗民，所谓“苗民弗用灵，制以刑……爰始淫为劓、刵、椽、黥，越兹利刑并制，罔差有辞”。其后黄帝族灭其族而用其刑，使苗民的刑制发展成为整个夏商周三代通行的奴隶制五刑：墨、劓、刵、宫、辟，并沿用至汉初。

由战国末期至秦汉，北方逐渐兴盛的匈奴族，基于调整游牧民族内部生活与秩序的需要，开始设范立制。史书说：“其法，拔刃尺者死，坐盗者没入其家；有罪小者轧，大者死。狱久者不过十日，一国之囚不过数人。”

自秦汉至南北朝，在中华民族的大家庭中，又融入匈奴、鲜卑、氐、羌、羯等诸民族。从西晋末年开始的“五胡内迁”，到东晋时期与江南东晋政权抗衡的北方十六国，再到南北朝时期的北方五朝，少数民族相继在广大的中原地区建立了政权。同时根据统治广大中原地区的需要，结合本民族的习惯，制定了适用范围不同的法律，丰富了中华法文化的内容，甚至创造了为隋唐所直接取法的法律范本。例如，鲜卑族统治的北魏时期，自道武帝拓跋珪至孝文帝拓跋宏，都较为注重法制建设，经历了从习惯法过渡到成文法，再发展到引礼入法的几个阶段。在儒家思想的引导下，并经过汉族律学家的具体帮助，以“齐之以法，示之以礼”为指导思想，终于在太和五年（481）颁布了著名的《泰和律》。这部律典既融汇了汉魏晋以来法制建设的成果，同时也保留了某些元魏旧制，可以说是这个时期游牧文化与农耕文化大融合的产物。从程树德先生辑录的魏律遗文中可以看出儒家入本主义对魏律的影响，例如，“世祖定律，妇人当刑而孕，产后百日乃决。”至于鲜卑后裔建立的北齐王朝，其在法制上的贡献具有承前启后的历史地位。《北齐律》开创的新体例与隋唐律的传承关系十分明晰：“盖唐律与齐律，篇目虽有分合，而沿其十二篇之旧；刑名虽有增损，而沿其五等之旧；十恶名称，虽有歧出，而沿其重罪十条之旧。”

由于各民族坚持不懈地进行法制的创造和法文化的交流，才有隋唐时期中华法系的定型，卓尔不群地矗立于世界法系之林，成为五大法系之一。尽管不同的民族在不同的时代由于文化、经济、政治发展的差别而处于不同的历史地位，对于缔造中华法系所起的作用也有所不同，但历史雄辩地说明了中华法系是以汉族为主体，各族共同缔造的，是各族法律智慧的结晶，也是各族法律文化与法制经验相互交流与吸收的结果。

隋唐时期，建立在祖国边陲的吐蕃、突厥、南诏等地方民族政权，各自有着一套行之有效的法律体系。尽管这些法律带有浓厚的地域色彩，并杂有民族习俗和宗教规条，但是都不同程度地接受汉族法文化的影响，成为中华大法苑中的重要组成部分，都体现了当时少数民族对法制的思考和贡献。

唐朝统治者对少数民族的法律和习俗也持认同态度，《唐律疏议》在处理化外人相犯时便提出这样的原则：“诸化外人，同类相犯者，各依本俗法，异类相犯者，以法律论。”在此条的疏议解释说：“化外人”谓蕃夷之国，别立长君者，各有风俗，制法不同。其有同类自相犯者，须问本国之制，依其俗法断之。”由此开创了在统一多民族国家中，不同的民族在特定条件下可以适用本民族法律的先河。这条规定也从一个侧面反映了各族法律的发展状况，以及在互相交流中不断地得到演进的历史进程。

宋朝是面对民族问题较多的朝代。在宋朝统治期间，契丹族、党项族、女真族先后崛起，建立了辽、西夏、金等国，分别制定了既吸收中原地区传统法律文化，又具有各民族特色的辽《重熙新定条例》、金《泰和律义》、西夏《天盛改旧新定律令》等。辽金律已佚，只有西夏国天盛年间制定的“改旧新定律令”保存完好。《天盛改旧新定律令》是中国历史上第一部用少数民族文字印行的法典，其详细程度为现存中古法律之最，内容包括刑法、诉讼法、民法、经济法、军事法，多方面地反映了西夏社会生活与政治生活。

至元代，在蒙古族的统治下，天下又合而为一。元朝统治的疆域空前辽阔，其法制的创造性更加明显，譬如独具特色的刑罚制度、平反门的创立、民事诉讼的程序化、行政法律规范的细化等等，都反映了法制的民族性与创新性。

隋唐以来各民族的融合与文化上的交流，为封建后期法律体系的趋于完备和法律制度的不断完善创造了条件。

清朝建立以后，采取了各种措施，进一步强化了民族间的融合，使得羌、藏、回、苗、维吾尔、瑶、壮等分散的民族彻底地凝聚到中华民族这个整体中。就法制而言，清朝统治者根据辽阔疆域内多民族的复杂情况，采取因族因俗而治政策，形成了稳固的统一多民族的专制主义中央集权的法律体系和司法制度。

发源于白山黑水的满洲族早在关外开国肇基时期，便形成了“参汉酌金”的立法路线，创造了民族特色鲜明而又迅速封建化的关外法制。入关以后，更将“参汉酌金”的立法路线推向全国。在清朝统治期间形成了以《大清律例》为核心的包括许多部门法的完整的法律体系。尤以民族立法最为杰出，制定了《蒙古律例》、《理藩院则例》、《回疆则例》、《青海蕃夷成例》、《西藏章程》以及适用于苗疆地区的苗族立法。可以说是中国古代民族立法之集大成，为中华法系添写了重要的一章。

少数民族习惯法、民间法最能反映中华法系本土特征

在悠久的历史长河中，建立独立政权的少数民族毕竟是少数，而建立全国性政权的少数民族也仅有元清两朝而已。绝大部分的少数民族依然固守在世代生活的一隅之地。在政治、经济和文化发展不平衡的统一多民族的古代中国，这种状况是较为普遍的。

长期以来，这些民族的生产和生活如何维持，相互间的矛盾与纠纷如何解决，对财产的侵犯与人身的伤害如何制裁等，都需要依靠约定俗成的规则。这些规则有些是成文的习惯法，有些是不成文的习俗。虽然简陋，但却具有很高的权威性与共同的约束力，发挥着对该族内部生活与行为的调整作用。事实上，在国家大法难以完全渗透到的角落，家族法、习惯法、民间法，或者其他风俗习惯都对建立与维持一定的秩序起了重要的乃至主要的作用。

因此，需要探究在该民族地区起实际作用的法源，需要了解在该民族生活秩序中，法与情、法与理、法与俗是如何统一的，尤其是需要掌握具有共同性的法律意识的生成、发展及其作用。这对于丰富中华法系的内涵，增强对于中华法系的全面认识是非常必要的。毕竟一部法典的生命力是有限的，而内蕴在少数民族心里的法律意识是世代相沿的，尤其是在相对闭塞的角落中更是如此。

少数民族习惯法和民间法的数量众多，形式多种多样，历史悠久，特色鲜明，密切联系社会生活，服务社会生活，具有深厚的群众基础，在该族中起着相当有效的调整作用。它们的存在有其必要性与合理性，不仅需要以理性的态度对待，而且值得认真加以研究总结，因为它们最能反映中华法系本土性的特征。

秦汉以降在统一多民族的中国，各个民族大小不同、强弱不同、语言不同、居住环境不同、经济类型不同、文化和社会发展程度不同，这些都必然反映在各族实际生活和族际关系中，由此形成了不同民族的法观念和立法特点，它们在共同性中又存在着明显的差异性。其不同的发展趋向都是

有规律可循的。

在历史上,某些少数民族,如鲜卑族在取得政权以后,法制建设出现了跳跃式的发展,从简单、落后的习惯法跃进到封建性的成文法典,《北齐律》即为典型的一例。这不是偶然的,是适应先进的汉族生产方式与社会生活以及“礼乐典章”的需要,同时也和法文化的交流融合分不开,其中也有某种必然性。恩格斯说:“文明较低的征服者,在最绝大多数的场合上,也不得不和那个国度被征服以后所保有的较高的经济情况相适应;他们为被征服的人民所同化,而且大部分甚至还采用了他们的语言。”法文化的发展也是如此,中华民族内部法文化的交流与相互吸收从未停止过,成为少数民族法文化提升的重要途径。

历代中央政府在统一集中的政策主导下,从少数民族政治、经济、文化的差异性以及与内地发展水平的实际差距出发,对少数民族采取一定的因族因俗制宜的自治方式和立法原则。但与此同时,强调中央政权的行政管辖与司法管辖,坚持法律的统一适用,从而形成了中国各民族多元一体的法律发展格局。这两者结合,是中国古代依法治理少数民族地区的成功经验。

为了充实中华法系特有的关于民族法史的内涵,还需要深入挖掘整理民族法文化的遗产,收集散失在民间的珍稀法律史料,由今及古复原出少数民族最真实的法制发展进程中的图景,使原先隐藏在历史烟尘中的明珠能够在世界法制舞台上熠熠生辉,并为建设中国特色社会主义法制提供民族法文化的支持。(作者:张晋藩,系中国政法大学终身教授)

来源:中国社会科学院.2010-11-25

<http://www.cass.cn/file/20101125287784.html>

3.7 乐清事件:信任比真相更稀缺

一位倒在轮下的男人,眼睛永远地闭上,血从他半张的嘴里流出,巨大的车轮下是他伸向外面的胳膊,和与身体几乎分离的头颅。53岁的钱云会一定不会知道,自己死后这张照片会在一个下午疯传整个网络,几天内成千上万人持续关注,不仅政府出面处理此事,还有人组成公民调查团进行调查,而网上的围观一直未散。

一切都源于对真相的争议:公众认为钱云会是被谋杀的;地方政府称这只是一起普通的交通事故。政府所公布的信息不被信任,那么公众需要的真相是什么?其实真相到底是什么也许永远也不知道,公众只能选择相信或者不相信。乐清事件所反映出的,是信任远比真相稀缺的现实。[

公众“什么都不信”的时代

从“全信”到“全不信”的时代

在网络还未全面进入公众生活,媒体也没有那么发达的时代,政府的行为是没有人或者很少有人质疑的,公众认为政府的一切行为理所应当,政府得到了几乎全民的信任;在网络和媒体越来越发达的今天,却走向了另一个极端,政府变成了完全不可信的,所做的一切也都是错的。从“邓玉娇案”到此次的“钱云会案”,无论政府拿出多么翔实的证据来佐证官方的调查结果,公众给出的

答案只有一个：不相信。

当然，造成这种“不相信”的结果，政府有很大的责任。面对这种突发事件，政府在通常的情况下不是去调查事件的本身，给公众一个答复，却总想着危机公关、掩盖事件、控制媒体对事件的报道。这就导致了公众对政府的满意度和信任度越来越低，直到发展成现在“无论政府说什么都不信”、“无论政府做什么”都是错的这样的地步。

“不分对错，只有立场”的时代

2009年末，韩寒在接受《亚洲周刊》专访时曾经说出：我没有立场只分对错，中国人有一个很大的问题就是不分对错只有立场。而这确实也是中国现在面临的一个巨大的问题。公众在面对诸如强拆这样的事件时，不加考虑的站在弱势者的一方。而此次的“钱云会案”中，从最开始在BBS上的爆料，到微博上的热炒以及各种各样的分析，几乎都是先站在死者的立场上再来分析问题。而对于官方给出的调查结果，公众也没有更多的思考，只是一味的“不相信”。

造成“不分对错，只有立场”的根源就在于公众在面临这类“群情激奋”的事件时，被热血屏蔽了理性的思考，或者说公众本身就缺少理性思考。没有对事件本身的来龙去脉进行分析。

“什么都不信就会相信一切” 符合逻辑的谣言风行时代

当一个人什么都不相信的时候，却会导致一个令人匪夷所思的结果：无论多么骇人听闻的事情都会被相信，并被口口相传。谣言源自恐惧，恐惧源自无知，无知在于无法、无力判断。相信什么基于人的独立理性，这能让人在面对复杂的情况时作出符合常识的判断，而不是随波逐流。但是一旦社会的基本信任丧失，在巨大的不安全感下，常识和理性都会被抛弃。

公众还相信什么？

不信地方政府，寄希望于更高级别的政府

乐清事件受到关注之后，民众便要求上级政府展开调查。当地政府作为嫌疑人，确有回避的必要。但是在温州警方公布调查结果后，公众还是不相信。这时候，有人开始呼吁更高级别的调查。此类事件中，对更高级别的调查期待和信任是一种常见逻辑。这同“访民逻辑”有共通之处：寄希望于更高级别的人插手，即用更高级别的权力限制权力，结果依然是权力的膨胀。

不信官方，信“为民说话”的媒体

在某报纸的报道中，找到了一名目击证人——李海燕，报道中写道：“李海燕称，被掐住脖子后，钱云会有点昏迷。她曾上前好心劝阻，却被人一把推开，她只好怯怯地缓步离去。但当她回望之际，‘一辆停在五六米远的卡车慢慢地开过来，三个人推着他背过去的双手，将脖子推向车轮下’。”这篇报道没有遵循媒体报道所需要的三个消息来源同时指向一点的原则，仅仅根据一个消息来源便

对事实做了判断。但是这篇不严谨的报道却在网络上流传甚广，大部分是对这篇报道的赞扬，认为媒体终于出来说了实话。

媒体在中国一直处境尴尬。随着媒体逐渐走上商业化道路，盈利成了首要任务。在商人眼中顾客都是上帝，迎合消费者的需求是准则，于是新闻这种特殊的商品也成了迎合大众心理的东西。同时，在制度监督缺位的情况下，舆论监督得以上位。所谓的“上访不如上网”，一个事件媒体化之后便不一样了。公众对这种监督抱有极大的期待，但今天的媒体是否已经专业到承受这种期待？或者说，这种期待是否是媒体可以承受的？

相信独立的民间调查：躲猫猫事件“网友调查团”之后的“公民调查团”

2009年，青年李荞明在看守所突然死亡，警方公布其是因玩“躲猫猫”游戏而致死。中国第一个网友调查团赴看守所探寻事件真相，却铩羽而归，真相并未大白。更想不到的是，网民们将争议矛头对准了调查团这些质疑案件的网民代表，反成遭质疑的对象。

此次乐清事件中，组成了“公民调查团”。据称，有三组公民独立调查团前往乐清，第一组由于建嵘领衔，包括笑蜀和赵晓等，第二组由王小山带领众多网友，第三组是法学博士项宏峰律师和屠夫等人。有人对此事发出质疑：“所谓‘独立调查’是很难实现的。来自官方的调查是为了平息事端，来自媒体的调查是为了写文章卖钱，基于网络的‘独立调查’是为了满足预设立场的网络民意，三方都很难做到真正的独立。换句话说，福尔摩斯是柯南道尔编出来的人物，现实生活中很难找到。”但是，在现有情况下，这确是一种制衡权力的手段，只是在“网友调查团”失败的前车之鉴下，不知能走多远

问题总要解决，信任危机如何化解？

流言止于智者：用独立理性取代偏听偏信

乐清事件中，自打照片第一次出现在网络上，舆论便一边倒。拆迁、上访、农民、惨烈的死状，和极具煽动性的描述，同情和愤怒迅速占领大脑，这是一个人的正常反应，也是应有的感情。但是，接下来却需要用常识来想想这件事。如果按照最初的帖子而言，五个人按住钱云会并让车压过，这种高难度动作实现的可能性有多大？再用常识想想，如果你想杀死一个人，需要用这种最笨的方式吗？但绝大多数人还是一口咬定钱云会是被谋杀的。因为在大众的潜意识中，强势者对于弱势者，什么事都干得出来。

“不分是非，只分立场”，这是很多人容易犯下的错误，同时是一种懒惰。只需选择一方，便无条件相信这一方，世界变得如此简单。但世界是复杂的，不是非黑即白，也没有绝对的善和恶。不相信没错，但不能没有独立审慎的态度。微博上，当很多人一次又一次点下“转发”按钮的时候，潘石屹的话引人深思：“从@洪晃 ilook 的微博上看到那张‘钱云会’死在车轮下的照片时起，我就一直关注着钱云会案件，半夜起来都要看看。但我不知道哪些微博该转发？”

信任源于公开：政府应证明自己的清白取信于民

“谋杀论”的深层根源，其实远不在这些疑点或反常，而在不少民众早已倾向于认为，这个敢于对抗政府且拥有很高民意支持的前村长是很可能被谋杀的。这样的逻辑推理，才合乎一些民众对于当下维权生态的“了然”。这两三年来，让我们“了然”的维权人命运包括：有人因维权被劳教，有人因维权被判刑，有人因维权被活埋，有人因维权被精神病，更多人因维权而被逼自焚或自残……这是民众对政府的了解。

如果政府的确是清白的，便需要通过信息公开来证明自己的清白。在一件事发生时，应该让媒体自由报道，而不是封锁消息；应该主动公开信息，而不是捂住不放。一个事情的信息越少，越显得神秘，谣言也越有市场。这在 SARS 事件中已经得到了最好的佐证。一个透明的政府才是可信任的政府，而不是躲在帷幕背后的黑影重重。

社会需要共同的信仰：用法律输送正义

公平和正义是法律的精神和目的，更因为完备的程序设计，使得这里成为纠纷和争议的最终解决场所。因此，对司法的信仰尤其重要。“法律必须被信仰，否则将形同虚设”。在今天的中国，司法现状不容乐观。行政干预司法的情况屡屡出现，公众也渐渐失去对司法的信心。问题总需要解决，行政手段往往最直接最高效，但追求公平正义不是它的本能。民间协商也往往因为争议过大而相持不下，不可或缺的最终管道还是法律。

律师陈有西说：“法治的进步不能靠恩赐，也不能靠机遇，它是深思熟虑的行动和顽强不息的奋争，推动法治建设的是一次次理性负责的公民运动。”

结束语

北岛在《回答》中写道：“告诉你吧，世界/我--不--相--信！/纵使你脚下有一千名挑战者/那就把我算作第一千零一名。”这是那个时代所需要的声音，然而每个时代都有不同的使命。龙应台说，“现在大陆的危机是从不信任走向虚无，需要的是寻找信任。”我们总要相信点什么，如果什么都不信，将会什么都信。谣言正起源于此，历史的悲剧也从此开始。

来源：凤凰网.2010-12-30

<http://news.ifeng.com/opinion/special/yueqingqianyunhui/>

3.8 新拆迁条例，进退失据

新拆迁条例草案第二稿公开，舆论难掩失望之色。公共利益界定不明晰，危旧房改造居民决定权被剥夺。新条例（草案）之下，个人与政府的议价空间拓展仍然有限，相对于第一稿，甚至大大缩减。可以想象立法者的艰难：进，无法进入土地财政的禁区；退，无法直面自焚频发的社会处境。结果，两面不讨好。

平心而论，在规划法、土地管理法面前，拆迁条例亦有无处安放的尴尬。进退维谷、进退失据、

进退两难，你在成语词典上看到的词，现在,你在新拆迁条例身上，看到活的了。

退无可退，再退就不如不改

退步之一：取消“危旧房改造需经 90%以上被征收人同意”

姜明安还认为把第一稿中的“因危旧房改造需要征收房屋的，须事先进行民意征询，经 90%以上被征收人同意，政府方可作出房屋征收决定”的规定取消是个退步。“现在第二稿修改成‘保障性安居工程建设和旧城区改建应当纳入市、县级国民经济和社会发展规划，经市、县级人民代表大会审议通过’。也就是说，原居民没有发言权了，还是政府有发言权，我觉得不合适。还应该让居民有发言权，让居民说改造还是不改造。”。

退步之二：公共利益界定过于宽泛

《征收与拆迁补偿条例》（第二稿）中第八条将公共利益表述为“为了保障国家安全、促进国民经济和社会发展”。“公共利益的界定是个退步。”12月14日被国务院法制办邀请参加《征收与拆迁补偿条例》（第二稿）论证会的大成律师事务所律师马光远直言。“什么叫促进国民经济和社会发展？”马光远指出，如此行文，对公共利益的规定过于泛泛。

退步之三：增加的“违法建筑不补偿”条款不合实际

增加的条款是第二十一条：对征收范围内的违法建筑和超过批准期限的临时建筑，不予补偿；对未超过批准期限的临时建筑，应当给予补偿。市、县级人民政府在作出房屋征收决定前，应当组织有关部门依照法律、法规对征收范围内未经依法登记的建筑予以认定、处理。

实际上，这两年就有打着拆除违建的名义进行的强拆。违建不违建到底由谁说了算？公民是否应该有最后的救济渠道？

一些违法建筑有长期的历史渊源，或者属城中村，或者属地方政府招商引资，最终地价上升前期协议一赖了之。

进如何进，亮点有限执行困难

进步一，“行政强拆”改“法院强拆”——可惜司法难独立

理论上而言，把强拆的裁决权从行政权力中剥离，确实有利于抑制和约束行政强拆的冲动。但是，强拆裁决权收归司法部门，就真的能够破除行政强拆给公民权利制造梦魇吗？如果审视当前的司法环境，即便是取消了行政拆迁，情况恐怕没有理想中的那么乐观。强拆裁决权收归司法，并不意味着强拆的裁决就远离了行政权力。行政权力干预司法，影响司法公正已然不是新鲜的话题。

进步二，拆迁补偿规定不能低于市价——但市价难定

“关于拆迁补偿，虽然它规定了不能低于市场价格，但就是说价格要由评估机构评估产生。”王才亮说。在他看来，现实中，评估机构和政府捆绑得很紧，很难说有独立性，能做出公允的评估。天津的做法被王才亮一再提起。天津新修订的《天津市城市房屋拆迁管理规定》于2007年5月1日起施行。它的补偿标准，按被拆迁房屋所处区位的新建普通商品房市场价格评估确定。王才亮说，有了当地新建商品房做标准，补偿价格一般都比较合理。

进步三，房地产评估机构由被征收人选定——但具体办法由政府定

玩弄花巧的地方在于房地产评估机构由被征收人选定，但被征收人选定机构的具体办法则由市、县级人民政府规定。地方政府本就是一级土地市场的最大获益者，如此循环的结果不过是在盘剥的外表上遮盖一层温情与市场的外衣，利益结构并未打散，期间逻辑含糊不清。拆迁刀鞘重回地方政府手中

进退失据，新拆迁条例难以承受之重

界定公共利益本不是拆迁条例的事 但拆迁条例事实上承担了这一责任

最近，国务院法制办就《国有土地上房屋征收和补偿条例》(征求意见稿)公开向社会征求意见，引起社会的热烈讨论。应该说，该征求意见稿与原拆迁条例相比，在保护公民财产权方面有重大进步。但是，现征求意见稿忽视了两个根本性的重大问题，涉及该条例制定本身的合法性和合理性问题，如果在公开征求意见中这些意见没有得到表达，那也是法律学界的失职。如果我们废除了一个恶法，又制定一个不合乎宪法的法规，那将是一个严重错误。

这种在开发时再由政府确定土地公用还是私用，这正是过去我们很多地方政府无视规划随意决定或改变土地及空间使用性质的实际做法。我们再把这种做法写进法律，就会与规划法相矛盾。规划与开发征收是源流关系，确定公共利益应该前移，而不是到开发征收的时候确定。

恶性拆迁事件最严重的在农村 但拆迁条例管不着

据悉，在今年年初的新拆迁条例第一次征求意见稿中，条例的适用范围只包括国有土地，农村集体土地被排除在外。然而从2007年以来，80%的暴力拆迁都发生在农村集体土地上，这才是迫切需要规范的领域。然而，在第二次征求意见稿中仍未将其纳入进来。

对此王建文解释说，国务院颁布行政法规需按照现行法律体系作为依据，集体土地的征收、补偿或者他的再利用开发等相关的问题都要放在《中华人民共和国土地管理法》里面界定它。而目前土地法正在修改，因此目前并没有明确的法律依据赋权给国务院制定集体补偿征收办法，所以条例里显然无法提到集体土地的内容。



上海交通大学图书馆
Shanghai Jiao Tong University Library

来源：凤凰网.2010-12-17

<http://news.ifeng.com/opinion/special/xinchaiqiantiaoli/>

上海交通大学图书馆 IC² 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