

凯 原 法 讯

第 3 期 (2011 年 4 月)

1	近期法制资讯.....	2
1.1	两高出台司法解释严厉打击诈骗犯罪.....	2
1.2	殡葬管理条例修订引争议 是否继续强制火化成焦点.....	2
1.3	一批法律法规 4 月 1 日起施行 跨国婚姻适用居住地法律.....	3
1.4	中国将建立海洋灾害风险评估机制 加强预警能力.....	4
1.5	国务院酝酿修法规范集体土地征收补偿.....	4
1.6	国土部新政支持海南开展无居民海岛土地确权登记.....	6
2	学科发展热点.....	7
2.1	陈兴良等刑法名家再论构成要件论.....	7
2.2	港媒：个税法修订需重税制改革 宜考虑地区差异.....	11
2.3	社会保险法实施在即 专家：相关政策条例亟待跟进.....	12
3	学科资料优选.....	13
3.1	朱学勤：从文化革命到“文化革命”.....	13
3.2	实用型司法：近代中国基层民事审判传统.....	21
3.3	博弈与平衡：劳动合同法诞生记.....	31
3.4	南方日报：农民的利益就应是政府的利益.....	32
3.5	台湾：期盼司法可以对政治说“不”.....	33
3.6	世界科学界的一朵奇葩诞生了！.....	35
3.7	李玫瑾回应质疑称最担心舆论影响药家鑫案判决.....	38
3.8	如何看西方多国对利比亚的军事干预.....	44
3.9	贺卫方：为了法治，为了我们心中的那一份理想——致重庆法律界的一封公开信.....	47

1 近期法制资讯

1.1 两高出台司法解释严厉打击诈骗犯罪

今天,最高人民法院召开新闻发布会,向社会公布《最高人民法院、最高人民检察院关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》。

最高人民法院新闻发言人、办公厅副主任孙军工介绍,这部即将于4月8日起施行的司法解释,在充分关注经济社会发展形势、系统总结司法实践经验、深入研究诈骗犯罪特点规律的基础上,对定罪量刑的标准、犯罪情节的认定,特别是对电信诈骗等新类型犯罪活动追究刑事责任等问题作出了明确规定,将对司法机关依法打击诈骗犯罪活动发挥重要作用。

《解释》首先将诈骗罪最低入罪门槛由原来的两千元提高为三千元,拉大了“数额较大”、“数额巨大”的起点幅度范围,将诈骗“数额特别巨大”的认定标准调整为五十万元,进而明确了诈骗罪的定罪量刑标准。

同时,为有效惩治和预防电信诈骗犯罪活动,《解释》明确了电信诈骗的定罪量刑标准。一方面,《解释》将电信诈骗行为规定为可予酌情从严惩处的情节之一;另一方面,针对电信诈骗行为查处难、取证难,诈骗数额往往难以查清的实际,根据刑法总则有关犯罪未遂的规定,《解释》专门明确规定:对电信诈骗数额难以查证,但发送诈骗信息五千条以上的,拨打诈骗电话五百人次以上的,或者诈骗手段恶劣、危害严重的,即可以诈骗罪(未遂)追究刑事责任。

《解释》还对可予从严惩处的诈骗犯罪的具体情形、可予从宽处罚的诈骗犯罪的具体情形、诈骗款物的依法追缴和善意取得等问题作出了明确规定。

来源: 人民法院报.2011-04-08

http://rmfyt.chinacourt.org/paper/html/2011-04/08/content_25401.htm

1.2 殡葬管理条例修订引争议 是否继续强制火化成焦点

一年一度的清明节即将到来,殡葬管理条例修订又成为近来社会关注热点。记者今天从有关方面获悉,殡葬管理条例修订自2010年从国务院一档立法计划退为二档后,今年又再退为三档。这意味着所涉殡葬问题因争议太大已明显放缓修订进程。

据了解,2011年国务院立法计划共涉及159个项目,分为三档:一档项目为力争年内完成的项目,有34件;二档项目为需要抓紧工作、适时提出的项目,有62件;三档项目为需要积极研究论证的项目,有63件。国务院将在力争完成一档项目、抓紧做好二档项目的前提下,兼顾三档项目。

2006年至2009年,殡葬管理条例修订一直被列入国务院一档立法计划。原因在于1997年7月国务院颁布殡葬管理条例,随着社会的发展遇到了一些亟待解决的新情况新问题。如一些地方殡葬服务垄断经营、牟取暴利;一些单位和个人受利益驱动,擅自兴建公墓、非法占地破坏生态以及非法炒买炒卖墓穴和骨灰存放格等。这不仅损害了群众利益,还相继引发群体性事件,有些丧事活动甚至影响公共秩序、公共安全等。

2007年5月,国务院法制办就《殡葬管理条例(修订草案)》公开征求社会意见。短短20天,国务院法制办就收到社会各界来信来函超过1000件、建议1万余条。许多人认为这一修改草案只是“隔靴搔痒”。草案因保留了原条例“在人口稠密、耕地较少、交通便利的地区,应当实行火葬”的规定,受到广泛质疑,并争议至今。

据介绍,我国火化率长期徘徊在48%左右。就是否应该继续强制火化,来自民间声音与政府部门的看法截然相反。民间呼吁要拥有选择权,政府部门则强调要“逆水行舟”坚持火化。

来源: 中国新闻网. 2011-04-02

<http://www.chinanews.com/fz/2011/04-02/2948233.shtml>

1.3 一批法律法规4月1日起施行 跨国婚姻适用居住地法律

空调不按规定维护清洗将面临最高3万元罚款、房地产经纪人将实行资格认证,并纳入全国专业技术人员职业资格的统一管理……从今天起,一批新规开始实施。

网游公司注册资金至少千万

文化部发布的新版《互联网文化管理暂行规定》从今天开始施行,《规定》要求申请从事网络游戏经营活动的公司应当具备不低于1000万元的注册资金,2003年5月10日发布、2004年7月1日修订的《互联网文化管理暂行规定》同时废止。有业界人士表示,因为山寨产品泛滥,所以想用千万元注册资金将山寨产品清除出局。

北京市《集中空调通风系统卫生管理办法》今日起正式施行。今后,在公共建筑和居住建筑的空调通风系统中,检出嗜肺军团菌等致病微生物的,管理责任方将面临3万至5万不等的罚款。市民若发现卫生问题,可拨打12320举报。

此次办法中规定,未对开放式冷却塔的冷却水进行消毒检测的,将由卫生部门责令改正并可处以1万元以上3万元以下的罚款;对于检出嗜肺军团菌等致病微生物未及时上报未按照有关规定采取防控措施的,可处以3万元以上5万元以下的罚款;管理责任人如未按要求对通风口等设备进行检测和维护清洗的,将被处以1万以上3万以下的罚款。拒不改正者,将处以3万元以上5万元以下的罚款。

房地产经纪人将统一考试

今起实施的《房地产经纪管理办法》重点规定了串通捂盘惜售、炒卖房号等“十大禁止行为”。房地产经纪人将实行职业资格制度,纳入全国专业技术人员执业资格制度统一规划和管理。

《办法》强化了对房地产经纪违法违规行为的处罚和责任追究,为交易当事人规避房屋交易税费等非法目的,《办法》就同一房屋签订“阴阳合同”的,经纪人将被处以1万元罚款并计入信用档案,违规中介将被取消网签资格并处3万元罚款。

《办法》还规定,国家对房地产经纪人实行执业资格制度,纳入全国专业技术人员执业资格制度统一规划和管理,并对房地产经纪人、房地产经纪人协理考试制度作出了规定。

跨国婚姻适用居住地法律

今起实施的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》对“跨国婚姻”中遇到的法律问题予以明确。

发生涉外婚姻家庭、继承、物权等民事争议后，需确定具体适用哪个国家的法律。涉外民事关系法律适用法旨在明确涉外民事关系的法律适用，为解决涉外民事争议，维护当事人合法权益提供依据。该法在制定中，以遵照国际惯例、为民众提供方便为要旨。

来源：中国新闻网. 2011-04-01

<http://www.chinanews.com/fz/2011/04-01/2945452.shtml>

1.4 中国将建立海洋灾害风险评估机制 加强预警能力

记者今天从国家海洋局获悉，目前正在起草的《海洋观测预报条例》预计年内将出台。该条例将规定沿海大型工程、园区在可行性研究阶段，必须开展海洋灾害风险评估，预测海啸和风暴潮等海洋灾害影响。

国家海洋局海洋预报减灾司防灾减灾处负责人表示，从国家法律政策层面看，我国防灾减灾方面的风险评估体系还不健全，更多是以单一灾种的评估制度呈现，如防震减灾法、地质灾害防治条例，缺少层级较高的上位法规范。特别是沿海各地在编制沿海开发规划及建设大型工程项目时，在审批立项阶段涉及的都是环评、安全生产评估、海域使用论证，很少涉及海洋灾害风险评估。

而目前我国沿海地区以不到全国 13%的土地面积，承载着 40%以上的人口，但同时，我国沿海地区又位于环太平洋地震带上，一旦发生强震海啸，后果不堪设想。特别是近年来我国沿海地区经济飞速发展，但在沿海的各类经济社会发展规划布局、围填海、重大基础设施的建设过程中，普遍缺乏海洋灾害风险的评估内容，这带来了很大的安全隐患。

该负责人表示，此次日本强震海啸提醒我们，必须高度重视包括海啸在内的各种海洋灾害可能造成的影响，除了要组织力量对所有已建成的沿海重大基础设施和编制完成的海洋经济开发规划进行灾害风险评估外，在新上的沿海基础设施建设项目和正在编制的沿海产业开发布局规划中，应将海洋灾害风险评估作为项目和规划审查的强制内容，以切实提高沿海地区的海洋灾害防御能力。

下一步，国家海洋局将积极推进海洋灾害风险评估工作，通过出台相关法规政策，建立大型工程海洋灾害风险评估机制，确保新建沿海工程满足防灾减灾的要求。

据了解，除了引入海洋灾害风险评估机制外，为提高沿海地区抗御海洋灾害的能力，国家海洋局还将加强海洋灾害观测预警能力建设。并将敦促沿海地区提高风险意识，做好海洋防灾减灾知识宣传普及工作和海洋灾害突发事件的信息发布工作，及时将各类海洋自然灾害的发生情况和政府所采取的措施等情况在第一时间向社会公众进行发布，以消除公众的恐慌心理。

来源：中国新闻网. 2011-04-07

<http://www.chinanews.com/fz/2011/04-07/2957573.shtml>

1.5 国务院酝酿修法规范集体土地征收补偿

今年年初，《国有土地上房屋征收与补偿条例》公布实施后，农村集体土地征收与房屋拆迁继

而成为人们关注的话题。

据《半月谈内部版》报道，近年来由集体土地征收引发的群体性事件和恶性案件触动社会敏感的神经。有关专家学者表示，我国土地管理法某些法律条文已经不能适应现实情况，无法调整征地各方的利益矛盾，亟待重新大修。据记者了解，国务院有关部门正抓紧对土地管理法有关集体土地征收和补偿的规定作出修改，由国务院尽早向全国人大常委会提出议案。

“拆迁攻防战”向农村转移

随着城镇化、工业化进程的提速，以及高速公路、铁路等基础设施建设步伐的加快，此前时常在城市里上演的拆迁攻防战，如今已经更多地转移到了农村集体土地上，农地和农房往往成为被强征或强拆的主角，触目惊心的恶性事件频频见诸报端。1986年通过的《中华人民共和国土地管理法》在1988年、1998年和2004年进行了三次修改：第一次修改允许土地作为生产要素进入市场；第二次修改确立了土地用途管制制度；第三次修改划分了土地征收和征用的区别。“土地管理法的每一次修改都是经济社会发展阶段的需要。”北京市盛廷律师事务所主任杨在明告诉记者，此前修订的初衷和方向都没有问题，但不能完全适应现实社会发展的要求。现有法律对集体土地征收缺乏有效的制约，行政机关存在执法不严或滥用职权等情况，客观上造成侵害农民合法权益的法律漏洞，必须加快立法或者修订现行法律。

山西大学法学院教授、法学博士陈晋胜说，今年1月21日国务院颁布了《国有土地上房屋征收与补偿条例》，对国有土地上房屋的征收和补偿做出了具体规定。虽然现行的土地管理法对征收农村耕地或其他土地所引发的各种补偿费等做了较为详细的规定，但对于征收集体土地所涉及的农村房屋如何拆迁和补偿问题没有做出明确规定。

集体土地征收四大问题突出

集体土地征地拆迁中突出问题之一是政府的征地范围过宽。中国农业大学教授朱道林说，按照国际惯例，政府只有在公共利益真正需要时才能征地，而在我国许多省市，无论是公益性用途还是商业开发，政府都可征收农民的集体土地。“此外，政府在征地过程中过多使用强制性，导致产权主体失去了产权的制约作用。尽管按照法律规定，集体土地的征收需2/3以上的村民代表同意，但实际上是极少数人，乃至由地方政府决定着征地与否，普通农民根本没有发言权。”朱道林说。

全国政协委员、清华大学政治经济学研究中心主任蔡继明认为，征地补偿过低，对被征地农民的安置力度不够，是当前集体土地征收中普遍存在的又一症结。征地价格很低，出让价格却很高。工业化和城市化带来的土地升值，农民无法分享，完全被一些地方政府和开发商获得。“农民失去了土地，既没有得到就业安置，也没有得到社会保障，导致群众不断上访和群体性事件发生，给社会稳定埋下了隐患。”蔡继明说。

有专家表示，征地程序混乱是集体土地征收中的第三大沉疴。许多征地环节并没有按照法律程序进行，更多的是强征。土地往往在农民不知情的状况下被征用，从而激化社会矛盾。一些基层政府作风粗暴，动辄采取断水、断电、断路等野蛮手段，导致恶性案件不断发生。记者在山西南部某市采访时了解到，个别基层政府在征收集体土地过程中程序不透明，有的甚至与企业签订合同之后，才与农民签订征收合同，村委会、乡镇政府等成了哄骗农民的帮手。陈晋胜说，有不少被征地农户，

很少或几乎没有参与到土地被征收的协商中。

第四大症结是农房拆迁欠法律规范。迄今为止，国家还没有统一的集体土地上房屋拆迁补偿条例或办法，目前只能依照土地管理法补偿，而土地管理法重点对征地作了一些原则性规定，房屋只是作为地上附着物来处理。山东省监察厅副厅长孙继业指出，附着物的补偿标准授权地方政府规定，“在一些地方，房屋最高补偿标准每平方米仅为 400 元，农民一处房屋不如城市一个厕所值钱”。对补偿标准有争议的，只能由政府裁决，法院不予受理。政府既当运动员，又当裁判员，影响政府公信力。而农房拆迁纠纷发生后，农民缺乏司法救济途径。

“公共利益”范围尚无明确规定

2011 年 1 月 21 日，《国有土地上房屋征收与补偿条例》正式施行。国务院法制办、住房和城乡建设部负责人就新条例答记者问时表示，现在很多矛盾的确集中在集体土地征收方面，他们正在着手对土地管理法有关集体土地征收和补偿的规定作出修改。一些专家认为，修订中的土地管理法需要明确“公共利益”的界限，构建合理的土地市场机制。我国宪法及土地管理法明确规定了为“公共利益”才可征收土地，但目前我国对“公共利益”的范围并无明确的规定。“新法需要加大对失地农民的保护，在货币补偿的同时，还要采取社会保障、就业安置等方式进行安置补偿，解决农民的后顾之忧。”杨在明说。孙继业则呼吁，对征用土地仅按原用途补偿是不符合市场法则的，应综合考虑地理位置、人均耕地、升值预期乃至物价涨情等多方面因素，以市场价值为依据实行补偿。对于房屋拆迁，应参照同一区位的市场价格确定补偿标准。“集体土地的补偿应该参照机会成本而不能以农业产值的倍数来计算。如此一来，才可以让农民有均等的机会参与工业化和城镇化进程，分享土地红利，也能促使政府摆脱土地财政依赖，转变发展方式。”蔡继明表示，公共利益涉及全社会，建设成本应该让全社会承担，而不能让农民独自承担。

在制定农村集体土地征收的相关法律过程中，陈晋胜建议，要建立健全农民主张权利的救济制度。国家应在城乡土地征收中坚持同地、同权、同价、同受益的基本原则，让集体土地释放出应有的价值，让农民永久地分享到工业文明和城镇化带来的土地增值、土地红利等土地收益。孙继业建议尽快修改土地管理法，同时制定出台《集体土地房屋征收补偿条例》和《商业性开发房屋拆迁补偿办法》，以规范农村征地拆迁行为，切实保护农民权益。

来源：新华网. 2011-04-11

http://news.xinhuanet.com/legal/2011-04/11/c_121288260.htm

1.6 国土部新政支持海南开展无居民海岛土地确权登记

11 日，国土资源部和海南省人民政府在海口联合召开新闻发布会，宣布国土资源部出台 20 项政策措施，支持海南国际旅游岛建设。政策内容包括支持海南省依法开展西沙群岛和无居民海岛土地确权登记与地籍管理工作等。

据了解，国土资源部此次出台的政策措施，目的是支持海南政策创新，破解征地、集体土地流转、旅游用地管理以及用海用地管理衔接等方面的难题。

一是支持海南积极推进征地制度改革，按同地同价原则完善征地补偿机制，将失地农民纳入城镇社会保障体系，探索留地安置，确保失地农民长远生计有保障。

二是支持海南规范推进农村集体建设用地流转。将海南省作为土地权利立法试点，在海口、三亚、陵水等市县开展全国农村集体土地产权制度改革试点，细化土地权利种类，明晰集体土地产权，保护权益，丰富权能，逐步实现集体土地权益。

三是支持探索新能源产业和旅游业等用地差别化、精细化管理。对符合国际旅游岛建设发展规划纲要、土地利用总体规划及相关专项规划的主题公园等旅游项目用地，按建设用地、农用地或未利用地进行分类管理。对利用石漠地、沙地、石砾地等未利用地，发展太阳能、风能等清洁能源项目的，可合理确定供地方式。探索水面用地管理新模式。

四是支持海南省探索建立用海管理与用地管理相衔接的机制。依法依规开展围填海造地，有序开展利用海洋和滩涂资源。支持海南省依法开展西沙群岛和无居民海岛土地确权登记与地籍管理工作。

海南省省长罗保铭在新闻发布会上表示，《国土资源部贯彻落实<国务院关于推进海南国际旅游岛建设发展的若干意见>政策措施的函》(国土资函[2011]138号)，是国土资源部积极落实国务院区域发展战略决策的重大举措，对于海南加快推进国际旅游岛建设具有重要的现实意义和深远的历史意义。

来源：中国新闻网. 2011-04-11

<http://www.chinanews.com/fz/2011/04-11/2964330.shtml>

2 学科发展热点

2.1 陈兴良等刑法名家再论构成要件论

中国刑法学界普遍认为，犯罪构成理论在现代刑法理论中占有非常重要的地位，对于整个刑法立法和司法都具有十分重大的作用。事实上，犯罪构成理论往往被视为“犯罪论的核心理论，是刑法理论的命脉”（肖中华语），历来受到世界各国刑法学者的高度重视，可以说，现代刑法学者毫无例外地都十分关注犯罪构成理论。当下的中国犯罪构成理论研究受到了前所未有的重视，呈现出十分繁荣的局面。从公开发表的论著看，自二十世纪八十年代末以来已经公开出版相关专题专著（含专题论文集）有二十余部，并且这种统计是十分保守的，其中不包括在其他专著中所展开的相关专题研究成果，也没有将犯罪构成中的某类（个）要件进行专题研究的专著统计在内。尤其是最近几年来，我国刑法学界对于犯罪构成理论的研究和争鸣持续性地成为学术热点问题。对此，学者断言，犯罪论体系将成为中国刑法理论的一个重要的知识增长点（陈兴良语）。

最近几年来，理论界在梳理不同法系不同国度的犯罪构成理论体系及其基本内容的基础上，提出了许多针锋相对的批评意见与改进方案，各种观点往往各执一辞互不相让，颇有让人莫衷一是的感叹。可以说，当下中国犯罪构成理论研究的这种貌似繁荣状况，所隐含的信息却可能恰恰是“繁荣”的反面，有的学者认为中国理论界目前没有理论研究而只有理论混战——是部分人在将中国传统犯罪论说得一无是处而又“在存在诸多争议的德日犯罪成立理论还未彻底弄清前”的理论贫瘠状态下所挑起的“理论混战”（欧锦雄语），这是否表明了中国犯罪构成理论研究已经到了一种“江郎才尽”、无法深入发展的尴尬困境？因此，中国欲摆脱犯罪构成理论研究的这种理论困境，出路就

只有进行理论创新。“有了理论创新，就能够不断地推动我们的制度创新、科技创新、文化创新及其他各方面的全面创新。”（彭健伯：《创新哲学论》，序一（张浩），第1页，人民出版社，2006。）因此，探讨和解决中国犯罪构成理论研究的创新发展之道就显得十分必要而紧迫。

近十年来，有关以“犯罪构成论（构成要件论）”为主题的各种层次和规模的学术报告会（或者研讨会）无法准确统计，估算下来应该在一百场次以上。仅在2010年11月和12月，博主就分别主持了一场“犯罪构成论的学术考察”学术研讨会（冯亚东教授和胡东飞副教授在四川大学法学院主讲）、主讲了一场“犯罪构成论的体系性考察”（博主在四川宜宾学院法学院主讲），这两场学术报告会（研讨会）的简况均在本博客上予以介绍。现在，陈兴良教授、张明楷教授、周光权教授、梁根林教授、王世洲教授、车浩博士、曲新久教授、倪业群教授、刘明祥教授、谢望原教授、田宏杰教授、冯军教授、王莹博士等刑法学者又在博主母校中国人民大学法学院以“当代刑法思潮论坛”平台形式展开规模宏大的专题学术研讨，观点争锋，深刻尖锐，盛况喜人。以下转贴，供各位博友鉴赏。

陈兴良教授主讲“构成要件论：从贝林到特拉伊宁”

——“当代刑法思潮论坛”第二讲成功在人大法学院举办

详见中国刑事法律网：《陈兴良教授主讲“犯罪构成要件论：从贝林到特拉伊宁”》，

来源：<http://www.criminallaw.com.cn/article/default.asp?id=6971>，访问时间：2011年4月8日。

2011年4月7日晚，“当代刑法思潮论坛”第二讲在中国人民大学明德法学楼0501教室成功举办。本次讲座由中国人民大学法学院、北京大学法学院、清华大学法学院、中国政法大学刑事司法学院联合主办，受杨春洗法学教育与研究基金会特别资助。担任本次论坛主讲人的是北京大学法学院陈兴良教授，陈教授以“构成要件论：从贝林到特拉伊宁”为题为到场师生作了一场精彩的讲演。

出席本次论坛的评论人和嘉宾有：清华大学法学院张明楷教授、周光权教授；北京大学法学院梁根林教授、王世洲教授、车浩博士；中国政法大学刑事司法学院曲新久教授；广西师范大学法学院倪业群教授；中国人民大学刑事法律科学研究中心刘明祥教授、谢望原教授、田宏杰教授、冯军教授、王莹博士。本次论坛由中国人民大学刑事法律科学研究中心执行主任刘明祥教授支持，刘教授在主题讲演之前，简要介绍了本次论坛活动的目的和论坛主办方的有关情况，强调“当代刑法思潮论坛”的纯学术性，提倡学术争鸣，对陈兴良教授的学术贡献给予了高度赞誉。

接下来，陈兴良教授开始以“构成要件论：从贝林到特拉伊宁”为题做主题讲演。陈教授一开始就抛出了概念区分：构成要件论不同于犯罪构成论。构成要件论是由1906年德国著名刑法学家贝林在其著作《犯罪论》中首先提出，陈教授认为刑法的当代史应当从贝林开始，贝林之前都应该称为刑法前史。而犯罪构成的概念是由苏联著名刑法学家特拉伊宁在其1947年出版的著作《犯罪构成的一般学说》提出。在稍后的讲演中，陈教授一再强调贝林的构成要件论不同于特拉伊宁的犯罪构成论。

陈教授首先介绍了贝林的构成要件论，强调了构成要件论的定型化机能和人权保障机能。认为



贝林的构成要件论是由刑法分则罪状中规定的客观要件，而不是由总则描述。并以盗窃罪为例，认为具有定型化功能的那些要件，才能称之为构成要件，构成要件是犯罪的外在轮廓。构成要件与其他要件之间是骨架与血肉的关系，构成要件是骨架，血肉依附于骨架，先有骨架后有血肉，构成要件对犯罪具有定型化机能。陈教授通过对罪刑法定原则的论述，认为从贝卡利亚到费尔巴哈这段时间都是罪刑法定原则思想理念阶段，罪刑法定只有到了贝林时期才真正在构成要件论中加以实现，构成要件论是这一原则的物质载体。而我国目前的犯罪构成论与贝林的构成要件论相比，已经丧失了定型化、人权保障机能，所以主张回到贝林。

第二部分，陈教授对特拉伊宁的犯罪构成论进行了述说和批判。将贝林的构成要件论和特拉伊宁的犯罪构成论进行比较，认为犯罪构成论强调一切主观和客观要件的总和，是将总则和分则所有犯罪要件集合到一起，不同于贝林当初形成的构成要件论。特拉伊宁对贝林的批判是建立在对贝林理论的误解之上的。陈教授认为刑法分则条文中主要规定了罪的客观方面，仅有少部分主观因素，应该还原构成要件的本来含义，即只做客观的、形式的判断。指出特拉伊宁在其犯罪四要件理论体系中相互矛盾的地方：责任能力是不是犯罪构成因素，一般主体是否属于犯罪构成要素，社会危害性是否属于犯罪构成要素，正当防卫、紧急避险正当化事由的体系地位等。陈教授认为特拉伊宁之所以将上述问题搞混淆，是因为其混淆了犯罪构成和构成要件的概念，将构成要件替换成犯罪构成，从而使其变成了一个大筐，消解了构成要件论具有的定型化、人权保障两个大机能。提出特拉伊宁的3版《犯罪构成的一般学说》的不断演变过程就是不断背离贝林构成要件论，不断形成目前苏俄的犯罪构成要件论歧路的过程。

最后，陈教授谈到了当下中国的选择问题。主张要回到贝林的构成要件论，回归真实的构成要件中，回到问题的出发点，回到构成要件的童年时代，重新上路，重新摸索。当然陈教授也提到了西原春夫关于现代构成要件论的发展史也就是其不断崩溃史，构成要件不断附加了违法性认识，价值评价内容，不再客观的评价，认为随着新近的发展，贝林的构成要件论也已经经历了许多改变，从纯客观性、纯事实性的也开始加入实质判断，加入主观认识因素。构成要件越来越实质化，膨胀了很多，陈教授也担心这种膨胀会导致构成要件丧失其人权保障机能。提倡判断构成要件时应当遵循形式判断先于实质判断，客观判断先于主观判断。

陈老师主题发言结束后，在刘明祥教授的主持下，论坛进入现场提问和嘉宾评论环节。首先出场评论的是来自清华大学法学院的张明楷教授，张教授先对陈兴良教授的主题演讲做了一番总结，认为陈教授演讲主体内容是对贝林构成要件论梳理，对特拉伊宁犯罪构成论批判，强调了构成要件的定型化、人权保障机能，主张回到贝林的构成要件论。同时风趣的纠正了陈教授讲演中的几处瑕疵，认为可能不是特拉伊宁混淆了贝林的构成要件，或许是翻译的问题。认为陈教授没有讲清“回到贝林”是什么意思，怎么“回到过去”也没有明晰。稍后张教授抛出了自己的一些观点：首先提及四要件体系本身问题，认为其不区分违法和责任，违法性判断是分裂的，将违法和责任要素放在一起，没有责任的体系地位，犯罪客体是一个没有要素的要件，无法认定。同时针对陈兴良教授反复强调的构成要件论的两大机能，张教授认为这两大机能在构成要件中贯彻的并不彻底。定型化机能是条文本身还是自己解释理解后才能定型？张教授以故意杀人、过失致人死亡为例，认为构成要件并不能做到真正定型。对于人权保障机能，张教授认为也难以由构成要件独自承担，其并不能完全实现罪刑法定功能。同时还提到了构成要件的其他机能也不彻底，如类型化机能，违法性推定机能，故意的认识机能都不能很好的贯彻。

第二位发表评论的是北京大学法学院王世洲教授，他一上场就提出，他以为陈老师讲“构成要件论：从贝林到特拉伊宁”会将构成要件论从贝林开始梳理，直到特拉伊宁结束，中间的所有关于犯罪论体系的发展内容都会讲一遍，没料想陈教授只讲了这两个人。王教授风趣的调侃到题目应该改为“构成要件论：贝林和特拉伊宁”。王教授对特拉伊宁的理解不同于陈教授，王教授认为特拉伊宁是一位值得尊敬的悲剧人物。他提到自费尔巴哈明晰罪刑法定原则之后，苏俄的塔甘采夫受其影响，将罪刑法定引入苏俄，后特拉伊宁受塔甘采夫影响，但当时那个时代背景下，在全盘否定西方资产阶级自由化东西的意识形态下，特拉伊宁的犯罪构成论恰恰是努力向贝林靠拢，在事实中实现罪刑法定。最后，王教授结合德国新近关于犯罪论的发展，认为中国可以实现跨越式发展，实现后来居上，不必回到贝林，毕竟贝林有些东西在现在看来已经不合时宜了。

中国政法大学刑事司法学院曲新久教授，也同意王教授的看法。认为贝林的构成要件论其实在某些方面已经背离了费尔巴哈的罪刑法定思想，而塔甘采夫、特拉伊宁等人还是沿着费尔巴哈的老路走下去的，只不过是绕了一个大弯。既然贝林和特拉伊宁都拐了一个弯，何不直接回到费尔巴哈呢？曲教授还主张，我们要更加注意研究个罪罪状的科学、精细描述，不能太抽象，理论太抽象总会遇到适用问题。

第四位出场评论的是中国人民大学刑事法律科学研究中心谢望原教授，谢老师对陈兴良教授的主题演讲表达了谢意，认为贝林的理论值的肯定，但对特拉伊宁的批判谢教授不太同意。谢教授基本观点是中国四要件的犯罪构成论虽然存在问题，但可以不断完善，不必推倒重来。至于陈教授提到了目前四要件体系“潜藏着沦为政治奴婢的危险”观点，谢老师认为有待商榷，并提出是否沦为政治奴婢不是仅仅犯罪论体系说了算，其与国家政治对法治的态度有关。至于在构成要件之外讨论正当防卫、紧急避险等问题，谢教授认为也是可以的。最后，谢教授主张致力于建立中国特色的刑法理论体系，抛弃学术自卑感，不要认为国外理论都是好的。

在四位评论人发言之后，陈教授对有关内容做了简短回应：认为从贝林到特拉伊宁中间确实经历了犯罪论体系不断发展，尤其是威尔泽尔的目的行为论提出之后，构成要件从客观事实，开始向规范论转变。同意一分为二的看特拉伊宁，肯定其在当时情况下对罪刑法定所作的坚持，同时其也犯下了很多混淆概念的低级错误，从而导致了目前混乱。对于谢教授提出的中国特色犯罪论体系，陈教授认为构成要件论和犯罪构成论是方法论工具问题，不同意去创造工具和方法，现成的方法只要经过精心选择加以利用就好，建立中国特色的犯罪论体系既无可能也无必要。

在同学提问环节，参会同学积极提问，陈老师也都做了一一回应。当有同学提到“社会危害性”的体系地位问题时，陈老师认为社会危害性是四要件之外的东西，可能挤压四要件判断的空间，造成对罪刑法定的冲击。构成要件最先要实现排除功能，将不符合构成要件的行为排除出去，不能使社会危害性成为随意出入人罪的借口。

在短暂学生提问环节之后，主持人刘明祥教授对各位评论人发言进行了适当总结，并请出第二阶段的首位评论人，北京大学的梁根林教授对本次论坛主题内容进行评论。梁教授认为犯罪论体系经历了一个“从一到三，再从三回到一”的过程，“三”不见得好，“一”也不见的差。“一”开始指费尔巴哈体系，他强调构成要件的总和，可谓一；李斯特是违法和有责的体系，是“二”；“三”是指贝林三阶层体系，从此构成要件具有了独立性；而后的发展将构成要件和违法统称为“不法”，而出现了不法和有责的“二”的体系；到雅克布斯，其认为“没有无责任的不法”，似乎又回到了“一”。到底“一”

和“三”谁代表进步，梁教授认为不好判断。当今中国对特拉伊宁体系坚决拒绝，应当是“回望”贝林体系，而不是“回到”，梁教授也强调发挥后发优势，找到出发点后要超越贝林。针对陈兴良教授关于将社会危害性逐出犯罪论体系的提法，梁教授认为社会危害性也没有那么恶，要善待“社会危害性”概念。犯罪构成的概念也没必要完全废除，可以改变其内涵，采用旧瓶装新酒的办法，将犯罪构成置换成三阶层体系，从而实现历史延续性。

周光权教授认为现在是回不到贝林体系去的，提出将贝林和特拉伊宁放在一起比较会犯方法论上的错误，中国自己的犯罪论体系是通过改造完成的。周教授十分强调构成要件和违法性的关系，认为二者关系在犯罪论体系中十分重要。并以赌石为例，说明犯罪是无价值行为的判断需要经历两个阶段，首先要按照一定标准挑选一个石头，然后切割后才能具体判定石头有没有价值。而构成要件是挑石头的过程中需要的判断。具体切割，还得看具体罪状构成要素等内容和法官的判断。周教授还表达了对张明楷教授提倡的违法+有责二阶层理论的一些看法。

最后出场评论的是冯军教授，冯老师十分认同陈兴良教授提到的构成要件的定型化功能，指出其是罪刑法定原则的基石。并着重从归责理论、风险社会、规范论方面提到了对构成要件的改造和发展。主张要从规范的角度来理解构成要件。

在几位嘉宾评论结论之后，陈教授指出构成要件不仅仅是自身问题，要放在犯罪论体系中加以考虑才是全面的，今天只讨论的是该当性问题，构成要件只是犯罪三阶层体系的起点。

最后，主持人刘明祥教授对本次论坛讲演和发言做了精彩总结陈述，认为陈兴良教授的主张值得思考，几位嘉宾的点评也相当到位。同时，预告“当代刑法思潮论坛”第三讲将于中国政法大学举办，由清华大学周光权教授主讲，具体时间地点另行通知。

来源：法律博客.2011-04-08

<http://weidong1111.fyfz.cn/art/962014.htm>

2.2 港媒：个税法修订需重税制改革 宜考虑地区差异

香港中通社 6 日刊出特稿说，备受外界关注的新的个税法修订已进入最后阶段，其中，个人税收起征点如何设置最受普通百姓关注。中国个税改革的关注点不要仅仅局限在起征点的问题上，而且还要关注制度上的改革。有专家建议，个税征收应考虑地区差异。无论是个税起征点，还是税率，都应考虑地区差异。

文章摘编如下：

备受外界关注的《中华人民共和国个人所得税法修正案(草案)》，即将于近日报全国人大常委会审议。个税起征点调到多少，以及税制改革等将成最大看点。

目前实行的《中华人民共和国个人所得税法》从 1980 年第一次制订以来，已修订了五次，此次修订是第六次修改。这期间中国的经济形势、人民收入状况都发生了巨大的变化。数据显示，1994 年，中国个人所得税仅 73 亿元人民币，到 2010 年全国个人所得税收入总额约 4800 亿元。虽然个人所得税是中国第四大税种，但个税收入在中国财政总收入中所占比重并不大。以 2010 年为例，中国税收总额约 7.3 万亿元，其中个税收入只占 6.5% 左右。

据悉，此次新的个税法修订已进入最后阶段，其中，个人税收起征点如何设置最受普通百姓关注。对此，坊间有多种传言。有认为 2500 元的，也有主张 3000 元的。不久前全国“两会”上，多位代表呼吁调为 5000 元，引起社会不小反响。此前中国个人所得税起征点曾两次调整，第一次是 2006 年，免征额从 800 元提高到 1600 元。第二次是 2008 年，由 1600 元调为 2000 元。有专家预测，此次调整的起征点可能不会太高，估计会在 2500 元至 3000 元之间。

此次税法修正案的另一个看点是税制改革。据报道，中国央行货币政策委员会委员李稻葵最近对外界称，中国个税改革的关注点不要仅仅局限在起征点的问题上，而且要关注制度上的改革。个税改革要考虑劳动收入、资本增值、分红，同时也考虑其它各种综合收入和家庭的负担。

目前，中国个税改革，起征点不是关键，关键是税制。中国现有税制实行“一刀切”的办法，掩盖了大量的问题。

中国社会科学院财贸经济研究所何振一教授认为，提高个税起征点对于扩大内需有好处，但很难从根本上解决收入分配问题。对于那些收入较低的工薪阶层，目前 2000 元的起征点已足够，再提高个税起征点对他们起不到作用。

由于在征收标准上实行“一刀切”，不能充分反映纳税人的纳税能力，中国个税征收在调节贫富上作用有限。一些专家的观点认为，个税征收应考虑地区差异。无论是个税起征点，还是税率，都应考虑地区差异。因此，新一轮的改革需要更多地让地方去尝试，去创新。

来源：中国新闻网. 2011-04-07

<http://www.chinanews.com/hb/2011/04-07/2955839.shtml>

2.3 社会保险法实施在即 专家：相关政策条例亟待跟进

“《社会保险法》是原则性、发展性的规范，将于 7 月 1 日开始实施，如没有相应的配套法律法规或者规章政策，这部法律的实施将大打折扣。”中国人民大学教授郑功成日前在“中国社会保障 30 人论坛暨全国社会保障教研学术峰会”上表示。

郑功成表示，《社会保险法》实施在即，相关政策条例亟须完善和跟进。一方面，各地需全面检查目前地方制度实践中与《社会保险法》相冲突的制度安排和措施，并依照法律的规定予以纠正。另一方面，授权性的条款迫切需要相应的法规进行规范，且原则性的规范亟待细化，否则法律的实施效果将大打折扣。

“理性审视《社会保险法》，发现它是授权条款最多的法律。”武汉大学教授王保真表示，其中不少条例均明确了“由国务院另行规定”，这表明某些条款还存在着一些不甚明确或有争议的地方，尤其是各项社会保险制度的具体模式、各项社保待遇的计算办法等具体事项，还需要通过行政法规或者法律解释，进一步明确细化或作规定。

在此基础上，也有专家提出应健全社会保险基金管理。清华大学就业与社会保障研究中心主任杨燕绥认为应制定《社会保险基金管理条例》，建立国家个人账户养老金管理委员会，并借鉴企业年金经验，完善个人账户委托制度和受托人制度。

此外，业内专家还建议加强法律规范本身的强制性，建立相关的法律责任制度，规定社会保险

争议的解决程序，制定具体的问责举措等。

据悉，本次由华东师范大学公共管理学院主办的论坛还聚焦了中国老年保障制度的完善与公职人员养老保险改革等社保领域的焦点话题。

来源：新华网. 2011-04-09

http://news.xinhuanet.com/legal/2011-04/09/c_121285088.htm

3 学科资料优选

3.1 朱学勤：从文化革命到“文化革命”

主持人：问渠哪得清如许为有源头活水来。这里是《世纪大讲堂》我是王鲁湘，大家好。我们都熟悉两个名词，一个叫文化，一个叫革命，那么什么是文化，什么是革命，我们其实并不很了解，尤其是当把文化和革命这两个词捏到一起成为一个词组的时候，叫做文化革命这个词我们大家就更熟悉了，特别对于我们这一代人和我们的父兄辈的这一代人来说它不仅是一个名词，而且是一段惨痛的记忆和一段生活经历。那么从文化革命再到带引号的“文化革命”到底是怎么一回事，今天我们请来了中国的思想家朱学勤教授，来给我们谈一谈这个话题，现在让我们来认识一下朱学勤教授。

朱学勤：1952年生于上海，初中毕业后赴河南兰考县插队落户，恢复高考之后相继在陕西师大取得历史系硕士，复旦大学历史系博士。

现为上海大学教授、博士生导师，是中国学界和评论界的一位重量级的人物，被与誉为当代中国自由主义思潮的代表人物。

已有著作：《道德理想国的覆灭--从卢梭到罗伯斯比尔》、《风声雨声读书声》、《书斋里的革命》等，其中《中国与欧洲文化交流志》获1999年中国国家图书荣誉奖。

主持人：请坐，请坐。朱先生您说你特别服膺梁漱溟先生的一句话，就是梁漱溟对学者做了两种划分。一种是学术中人，一种是问题中人，你说你非常敬佩前一种人，但是您好像命中注定只能做后一种人。就说您是一个问题意识很强的学者，那么我想这种问题意识的出现一定和你的经历有关，就是和文化革命的那一段时期，和文化革命这件事情一定有很密切的关系。

朱学勤：当我说我是问题中人的时候，显然是内心是有问题的。我的问题是：二十多年的学术生活加上进入学术生活以前作为一个“文革”中毕业中学生，在插队生活中那种热烈的业余的思想辩论，这两者贯通聚焦于一点，我一直想回答的一个问题，就是过去的一百年，二十世纪的中国为什么多灾多难，灾难最后推到顶峰为什么会是文化革命这样的产物会出现，如果你要问我，我这一生就是想追求什么，其实我并不追求学术上的一些既有的那些比如说称谓呀，比如说地位呀，我觉得那个东西不重要，重要的是我想通过我自己的学术生活，能够解开从青少年时期就酝酿在心里的这个问题，中国怎么了，怎么会走到那样惨烈的一步。这就是我的问题。

主持人：那么也就是说，这实际上是一直到现在还一直缠绕着您的一个大问题。

朱学勤：不能说到现在我已经把这个问题彻底解决了，但是我至少看清了，能够回答这个问

题的一个思路，思路何在？我的思路就在于我学了法国革命的历史，我的硕士、博士论文都是围绕着法国革命来的，当时选择这个法国革命作为我自己的专业方向其实内心就有一个问题推动。我在“文革”当中就开始感觉到，中国的文化革命实际上是经过俄国革命这个中转站，上面的源头跟法国革命是联系在一起的。如果不把法国革命解剖清楚的话，局限在中国(革命)的范围里面讲这场文化革命的起因的话是说不清楚的。所以到现在为止我觉得，那根思路呢逐渐清晰，就是我们在世界近代历史上看到有两种类型的革命，一种类型的革命就从法国革命，俄国革命到中国革命，还有一种类型的革命就是英国革命到美国革命，这两种类型的革命，在文化问题上，他们的态度是截然相反的，导致的社会后果，民族命运也是截然相反的。

主持人：那么今天就让我们以热烈的掌声欢迎朱学勤教授，讲一讲他终身缠绕的一个大问题，文化革命。他今天演讲的题目是《从文化革命到带引号的“文化革命”》欢迎。

朱学勤：谢谢鲁湘对我的一个介绍，我今天讲题目就是两个文化革命之间的关系。第一个文化革命就是不打引号的文化革命，这个文化革命呢是从二十世纪初梁启超、胡适到鲁迅“新文化运动”一直到“五四”，那个一、二十年代里面，结派而成的文化革命的理想。第二个文化革命就是打引号的“文化革命”，恰恰是我们最熟悉的那个“文化革命”，所谓 1966 年开始 1976 年结束这个“文化革命”。到目前为止我们看到的就是中国对后一个“文化革命”的否定，无非就是两个层面，一个是政治上的层面，有那个历史决议。还有一个就是知识界普遍的否定。知识界普遍的否定呢我觉得是必要的，甚至于到目前为止还是远远不够的，但是这个知识界的否定呢，它局限在后一个“文化革命”的本身，而没有打开这个“文化革命”的历史纵深，就是这个文化革命打引号的“文化革命”和知识界，二十世纪以来世世代代追求的那个文化革命的理想有没有内在的联系。

我们首先看在 1640 年以后的世界近代历史上有两种类型的革命，一种类型的革命就是英美革命，那么英美的革命呢我们可以称它为是小革命的模式。为什么说小革命呢？英国呢有政治革命，杀了一个国王，再迎回一个国王，这个国王复辟再把它赶走，把这个国王的女婿和他的女儿请回来，这就长达四十八年的英国革命的这个内容，最后终结在 1688 年的“光荣革命”，就是光荣妥协了。那么它是革命，杀了国王，它触动了当时的政治制度，甚至于触动了当时的经济领域里面的财产关系，但是呢它是在 1688 年以后，马上就是用国家立法的形式确定下来，无论是国王还是政府乃至革命以后成立的新政府，他们的手不能够摸向就是臣民的信仰领域。就政府权利是不可以进入文化领域的。

那么它是在 1688 年“光荣革命”以后的第二年，用立法的形式通过了一个《容忍法》，就是国王要容忍自己治下臣民保持与他不同的宗教信仰。那么在十七世纪的时候人们的精神生活大部分都是什么，宗教生活的时候允许不同的宗教信仰，实际上就允许不同的精神选择。所以 1688 年以后经过这场革命他们马上制止革命的野马撞倒拦绳，撞倒栅栏冲向文化领域。就是革命迫不得已政治领域发生波及到社会领域，但是不能进入到第三阶段进入到文化领域。

美国革命呢也是这个样子，我们知道美国革命它最意味深长的是什么？它不是在思想领域里发生，它不是在社会财产关系领域里发生，它仅仅是一场政治上的变动。政治上的变动非常深刻，以至于在那个时候出现的人类近代历史上第一个什么？共和国，第一个以成文宪法建立的宪政秩序。但是美国革命在 1787 年宪法以后的第一个宪法修正案就规定：议会无权制定干预公民精神信仰的法律。那美国革命几乎是 0.5 场的革命，它比英国革命来说它只有政治革命它连社会革命都没有，

更无须谈文化革命。英美的革命它们内在有不同的地方，但如果找他们共同的特征就是，只能有政治革命不能有文化革命，而且是以立法的形式肯定下来，文化不能碰。

那么法国革命呢，俄国革命就不一样了，法国革命我们知道教科书告诉我们三阶段。1789年到1790年第一阶段，所谓大资产阶级执掌革命领导权的阶段，充满妥协，不彻底。第二阶段那么比如说就是吉仑特派这个阶段，也是不彻底，也是妥协。最彻底最富有革命的不妥协精神的是1793年执政的雅各宾专政，雅各宾专政到1794年嘎然结束，整整一年。这一年雅各宾党人称自己比前两个阶段激进、彻底的地方在哪里呢？就在于他把革命的手伸向了人们的灵魂，伸向了人们的精神王国，所以雅各宾党人称自己这一年有一个最好的说法，他们称自己执政的这个阶段叫共和二年的文化革命。

你看在中国人搞“文化革命”前的二百多年，法国人已经搞过文化革命了。甚至于有些文化革命的性质和我们1966年“文化革命”的这个性质非常接近，比如说要强迫人民改变宗教信仰，那么革命所到之处老百姓开始改自己的名字。我们这个“文化革命”的时候大家改名字，改名字啊，张为东，李为青，毛为彪，他们那边也改成革命性的名字。路名改了，把比如说东郊民巷要改成反帝路啊，反修路啊，他们也改路名，改地名啊。扑克牌上的四个老人头，我们“文化革命”的时候也改啊，改成革命的符号。二百年前法国人就做过，也改过。那么法国人那个时候认为自己为什么是大革命不是小革命？大就大在什么，它把革命从政治进入到社会，从社会引进到文化。他们认为没有社会革命无以保障政治革命的胜利成果，没有文化领域里的灵魂革命无以保障社会领域里面取得的成果，这是法国革命。

俄国革命也是啊，俄国革命我们现在只记得的是打东宫政治领域，实际上俄国人到后来就是搞得天翻地覆也是文化革命。那么这场“文化革命”留在我们政治文化里面的一个残余的符号，我们今天学校里面的老师们习焉不察还是用的，我认为这个符号是最反动的一个符号，就是天天年年都要说的教师是人类灵魂的工程师。我认为没有一个职业是可以做人类灵魂的工程师的，除了中世纪的教士，把中世纪色彩如此浓厚的一个口号，延伸到俄国革命来，这本身就证明俄国革命误入歧途了。

那么这两场革命它们根本的区别在什么地方呢？这两类型的革命，前一个英美类型的革命，是走出中世纪的革命。走出中世纪的革命它要求的是政教分离，政治归政治，文化归文化，政教分离，这个是中世纪和现代两个社会发展阶段根本的差别之一。那么法国革命，俄国革命以及我后面讲到的中国革命，它一个误区在哪里呢？它是与与传统决裂的形式，最大规模的复制，它要为之决裂的那个传统当中最不好的部分。最不好的部分是什么，政教合一。以革命的手段，现代化的面貌，来恢复中世纪的政教合一，这就是法国革命，俄国革命乃至我们中国从“五四”以后，几代知识分子梦寐以求的文化革命理想的核心。

那么我讲清楚世界近代史上两种类型的革命以后现在回过头来看中国，中国的选择。我认为中国从1840年“鸦片战争”到1898年“戊戌变法”这个将近六十年的时间里，中国的知识分子是以英美为师，那么逐渐地朝我们器艺不如人，船坚炮利不如人，逐步地认识到，所有的差别关键是制度的差别，这样才有“戊戌变法”这样一个惊天动地的事情出来。那么“戊戌变法”变的什么，就直指制度本身了。那么这场变法失败，失败并不说明什么，此前追求方向的错误。我认为从1840年到1898年这个将近六十年，一个甲子，里面知识界的追求是正确的。后来是怎么走向岔路的呢？



一，梁启超逃亡海外总结“戊戌变法”的失败，他不是就是把这一场失败，就是指向比如说康、梁集团的，政策上的、政治上的一些幼稚、操切、失误，而是大而化之这些，把它归结为是整个民族国民气质的差别。就把一场具体的政治体制改革的失败，实际上是人谋不臧，归结为整个民族都要一起负责的是什么文化问题。梁启超的作品到今天我都非常欣赏，但是我最不能同意的就是这一点，他是“戊戌变法”之后，用文化原因总结一场具体的制度创新失败的第一人。梁启超之后那么就有胡适，他从美国留学回来，他在横滨渡船的时候看到 1917 年 7 月张勋复辟的这个消息捶胸顿足说，这次回去看来，中国根本的问题不是一个制度问题，而是人的素质，文化观念问题。回来以后二十年不谈政治，只谈就是用文艺重新塑造国民的灵魂，这样才有“新文化运动”。“新文化运动”当中涌现的就是一个闯将就是鲁迅。鲁迅从日本回来，以后他一辈子就是信守他在“新文化运动”当中提出的信仰，他认为中国的根本问题是国民性问题，要改造国民性。那么围绕着改造国民性周围呢，逐渐的形成了一些左翼的青年，这一辈子都是信仰鲁迅提出来的这样的一个信条，中国的问题不是制度问题而是文化问题，文化问题关键就是在老百姓的国民性格。所以你看“新文化运动”到“五四”运动，“五四”运动是一个急剧的转向，它转向转在哪里呢，结束了此前八十年中国知识分子以英美为师的这种制度选择，以俄为师的一个文化改造。这个文化改造呼唤了一代又一代的知识分子，无论是“一二九”一代，还是此后就是内战时期参加革命的这一代，乃至 1949 年以后，五十年代参加革命的这一代，这些知识青年当中的非常优秀的成员，之所以参加革命，之所以拥护革命，关键的一条，这场革命有改造文化，改造灵魂的一种魅人的美学光芒。

这样一来呢，所以到了 1966 年毛泽东就是悍然决定发动“文革”，除了当时具体的政治原因，他认为大权旁落，要把落到刘、邓手里的政治权力拿回来之外，这当然是应该否定的，除此之外你不能否定的就是，毛泽东实际上他内心深处一直有一个长达六十多年的文化理想在发酵，毛泽东是“五四青年”啊，他“五四”那代饱吸着从胡适到鲁迅这些文化大师灌输给他们的这样的一个观念，一个国家的兴盛不在于制度，而在于国民的文化，国民的性格，所谓的国民性。所以在这个意义上说，我认为毛泽东并不是因为背叛了“五四”的理想才发动了“文革”，恰恰是他太忠诚“五四”的文化理想才发动了“文革”。现在我们知识界来否定“文革”是有必要的，但是在否定当中切断毛泽东的这个思想脉络，我认为这个是不符合历史事实的，而且是妨碍了我们对“文化革命”这场惨祸的历史深思的。

你们想想毛泽东总结自己一生，他居然就把发动“文革”这一件事情和打倒蒋介石这件千难万难的事情并举，而且他明白打倒蒋介石这件事情是拥护的人多反对的人少，而后面的这件事恰好相反，拥护的人少反对的人多。他为什么这样念兹在兹，看中自己的“文革”呢，他认为这才是他一生追求的最终理想。

跟着我爬雪山过草地的这些老干部们，你们只有政治目标，你们要夺江山打天下，你们不知道我带你们爬雪山走草地之前“五四”时代已经形成的文化理想。过了这个雪山，爬了这个草地，得了这个天下干什么，要在六亿中国人的灵魂深处爆发革命，用我的政治权力来发动“文化革命”，要彻底改造中国的文化面貌。所以我认为，今天就是知识界否定“文革”还没有到位，没有到位到什么地方，就是没有把毛泽东发动“文革”的有历史深度的那个动机挖掘出来。你只有挖到这一步才能够有效避免在二十一世纪中国避免这样的惨祸再次发生，再次发生。所以我的看法跟知识界的大部分人看法不一样，我认为中国的打引号的“文化革命”之所以发生，不是毛泽东一个人的罪孽，也不是一个加四个所谓加“四人帮”的罪孽，不是一场政治阴谋的罪孽，它由来有自，它至少可以追溯到“五

四”此后几代左翼知识分子的文化理想，几代人都是不满足于政治革命，要把政治革命这个滔天的洪水，越过文化精神信仰的栅栏，引到文化领域这个里面来。胡适也罢，鲁迅也罢，矛盾也罢，郭沫若也罢，巴金也罢，你去看看我们在大学中文系里面现当代文学的教科书里面，你们找到的这几代左翼知识分子的理想，理想核心什么，都是在追求那个文化理想啊，都是在追求在中国的土地上要引爆文化革命啊。

等到 1966 年“文化革命”来了，这才惊呼你不仅仅是触及我的皮肉，还要触及我的灵魂，这是人类历史上最野蛮的大革命。这话错了没有？没错，是这样。对了没有，也没对。就是今天触及你们灵魂触及你们皮肉的这场革命，恰恰是你们几代人不断呼唤的结果。后一场打引号的“文化革命”和前面的这个文化革命的联系，对知识分子命运的关系是什么呢？是“木匠造枷夹自家”。只是这个木枷，几代人你一锤我一炼的把它锻造成功，最后套上脖子，啪嗒一声锁扣上时候你喊了起来了，不对，毛泽东你搞错了。殊不知毛泽东是饱读你们的文学作品，你们的文化理想才走到这一步的。所以毛泽东到晚年他感到内心孤独，感到不被人理解，我觉得都是正常的。

到 1978 年“文革”终于在政治上结束了，结束以后我们知识界出现的是什么呢，“文革”结束了，文化热大讨论开始了。你看“文化革命”、文化讨论，那么文化讨论的这个命题所向也是在说，中华民族之所以落后，有可能被开除球籍，千错万错，错在我们是黄河文明，我们错在此前有个孔子，有个孟子。孔子、孟子创造了儒家文化，文化束缚了我们。我想文化热的讨论是在“文革”结束的背景底下展开的，但是文化热讨论的这个逻辑指向和“文革”的指向在否定之中有肯定，从某种意义上说，文化热的讨论是以否定“文革”的方式延续了“文革”的一个精神内核：文化决定论。文化决定论从“五四”走到“文革”政治上破产了，那么“文革”结束以后知识界又有一场几乎延续十年的文化热大讨论，那么这个文化热大讨论，实际上是以否定的方式继续延续那个文化决定论，模糊人们对制度创新，制度选择的这个认识。

我想当初推出文化热讨论的时候，始作俑者是明白的。因为当时刚刚结束“文革”，整个形势还不如现在宽松，现在我们已经把制度创新，政治文明写进党的决议，甚至于政治文明已经写进我们的宪法了。那么七十年代末八十年代初的时候，这个问题是一个忌讳，所以文化热讨论的少部分始作俑者心里面是明白的，是没办法正面讨论制度选择，只能抚其后背，讨论制度和文化之间的软联系。那悲剧就在那里，始作俑者是一个话语策略，跟进的人不明白啊，跟进的人慢慢慢慢就弄假成真，真认为可以讨论的是惟一正确的内容。真认为我们民族的落后，现代化的障碍是要由孔子、孟子、儒家文化负责的。这个文化论讨论就滑稽了，走到后来就出现了一场“荆柯刺秦王”，不是刺秦王，而是荆柯刺孔孟的闹剧。没有勇气刺秦王，而有勇气刺孔孟，其孔孟于九泉之下他也要大呼冤枉的。三千年前的两个思想家，怎么能够为三千年以后的不孝子孙落后于世界来负责任呢？这当中有多少次制度选择的三岔路口你们走错了路。无独有偶，当国内有一部分朋友迷恋文化决定论的时候，海外新儒家这个时候他们学术也进来，只是呢他们把这次文化决定论的几个论证的方向和国内的文化决定论调了一个个。国内的文化决定论是认为中国要现代化吗？中国要现代化就必须彻底地否定自己的文化传统，只有否定传统的文化，才能够在文化的废墟上建立我们的现代化。那么海外新儒家呢是倒过来说，你们要建设现代化吗这个现代化只能从儒家的文化典籍里面从内向外开“内圣开外王”，从文化里面开出一个现代化。所以两边是以相反的论证，论证同一个谬论。同一个谬论是什么，文化是决定的，文化决定了一个民族现代化成败的关键。所以两边吵得一塌糊涂，他们共享的逻辑前提确是一致的，同一个文化决定论。而这个文化决定论从“五四”到“文革”已经在中

国大地上展示过它的逻辑后果，只是不明白。“文革”否定了，“文革”的灵魂在文化热讨论当中延续下来，文化热结束了，但是文化热还可以在海外新儒家否定中国文化热的这个方向当中，继续延续下来。所以走到今天我始终认为，妨碍中国认识现代化症结所在的人，不是农民，不是工人，不是商人，农民、工人、商人，他们是有具体的利益选择的。因不同的利益选择，而结出的结结实实的制度性障碍。

最近就是全国人大，北京大学全国人大研究中心主任蔡定剑有一个报告，他到农村去做了一个报告，发在南方周末整版上。他的这个报告告诉大家是什么？就是农民是否有民主的热情，不取决于他们的文化程度，不取决于他们是阿 Q，还是赵老太爷，而是取决于他们什么？他们的利益觉醒。阿 Q 就要自己明白，他最要命的那一亩三分地不能被人无情的、无偿的圈占，他就自然而然的产生民主要求。用不着去读鲁迅改造国民性写下的这个《阿 Q 正传》，他自然就会成为一个参政民主的积极分子。那么蔡定剑的这个报告就非常重要，他用非常实证的社会调查，实际上是否定了几代知识分子共享的文化决定论。工人也是如此，商人就不用谈了对不对。真正就是让知识分子自己糊涂起来的呢，就是他天天在书斋里打交道的这个观念呀、精神呀、符号呀、文化呀，他把自己书桌上的这一摊看成是决定自己所参与其中的中华民族现代化的一个决定性的前提了。历史不是这样展开的，历史是在知识分子观念视野的背后展开的。

我有有限的几次出国的经历，这些经历也告诉我，一个国家的现代化，它的文化传统，它的经济模式的选择，它的政治制度模式的选择，这三者是可以有相对的独立性，并行不悖的。也就是说，当一个国家，它的文化并不发生翻天覆地的革命的时候，或者一个地区，并不发生没有发生过文化革命长达六十几年的这种动荡的时候，旧有的传统文化跟最新的这种宪政民主，他们之间是可以并行不悖，可以嫁接在一起。我举一个最简单的例子说我们中国，两句话。我说上帝就是无心让中国人在一百年里面，饱尝世界上其他任何民族没有受过的这些苦难。

但是第二句话就是上帝也有眼哪，它在同一块无文化土壤上，它放了三个制度模式，让中国人就是哪一天明白过来看一看，文化是不是决定的。第一个模块在中国大陆，经历过从“五四”以来几次文化革命，传统文化破坏的就是差不多了，你看看它的制度选择，你看看它的宪政民主，你看看它的政治文明程度，是不是就是传统文化破坏得越厉害，宪政民主就越扎实，政治文明就是越进步呢？我们看到的不是这个样子。我们看香港，香港没有发生过文化革命，香港没有政治民主，在英国人的殖民统治底下，但是它自由经济，它有传统文化。我到香港去几次我发现，香港市民文化上的传统色彩远远超过我们内地老百姓，但是香港在 1949 年到 1997 年这个期间取得的经济成就和社会文明是让我们中国人自叹不如的。大陆人自叹不如的。正是因为有香港走到我们前面的这个刺激，所以邓小平第一次所谓到中国的南部圈一个圈，设一个特区，一定要设在香港的对面，深圳。这是他的一个原因所在。

看台湾，我 1997 年到台湾去，我举一个例子。我有一个亲戚就是多少年来往了，听说我到中央研究院访问，他们开着车接我回去。回去到他家，就是一家老小三代吃一个团圆饭，大陆来人了嘛，四十年不来往，我们家从大陆这边来一个学者他们很高兴，吃饭。吃饭以前是政治生活，什么政治生活呢，看电视啊。那时候就是台湾的几个党派候选人刚刚发表过竞选演说，然后就是老百姓做自己的政治参与的选择，四个中年人，三男一女，四个不同的投票方向，而且在吃饭以前，当着我在大陆来的亲人的面，吵，骂，骂得入耳。

主持人：跟“文革”中间一家分成几派一样的。

朱学勤：跟我熟悉的“文革”当中就是一家分成几派，夫妻吃不成一桌饭一模一样。那个骂，你个就是，你那个李登辉是个什么东西。那边骂你那个陈水扁是个流氓。第三个又骂谁谁谁谁。我想这顿饭我还吃得下去吃不下去啊。你们因为引进西方的民主，一家兄弟亲情伦理关系全破坏了，哎，饭做好了，老太太说上桌吧。一上桌完全是中国传统的东西，老大坐当中，右手是大陆来的客人，这边是老大，这边是老二，老三、老四长幼有序。酒杯一端必须先敬老太，第二杯敬大陆来的亲人，其乐融融。半个小时以前是西式民主，半个小时以后是中国传统。那次我感触良深，就这一桌饭就使我看到了，传统文化跟西式民主之间它是不必破坏，也不必往外面开，它自然而然就可以发生一个嫁接作用了。我想那桌饭一个小时，前半小时加后半小时胜过我在大陆读十年书。十年文化讨论的书。所以我今天讲到现在千言万语只是想告诉大家一个常识性的道理，这常识性的道理是什么呢？“文化是重要的，文化不是决定性的，决定性的是制度选择。”我先讲到这里为止，接下来欢迎你们提出各种各样的意见乃至尖锐的反驳，我们在讨论当再展开这个话题的纵深好不好？

主持人：刚才朱教授的这个精彩演讲啊，我想大家可能都听得已经入了迷了，那么现在是进入讨论阶段。下面我想请这个，把话题交给现场的观众。

提问：感谢朱教授给我们做了这么一个精彩的演讲，我的问题是，听了朱教授的讲座之后，对于制度的选择到底是由少数人的选择，还是我们大多数人的决定产生的这样一个制度的变迁，而在社会的进程中，是少数的精英还是广大的人民群众才是社会进程的主导推动者。我的问题完了，谢谢朱教授。

主持人：谢谢这位同学。

朱学勤：他提了一个非常尖锐的问题，这个问题我在其他学校讲演的时候也多次遭遇，那么在这个问题上我的思考是这样：我想一个制度的方向正确与否它确实是和千百万人的利益推动息息相关，那么在这一意义上说，一个正确的制度它首先确实来自于什么？千百万人的利益觉醒和利益推动。但是它们之间又不是简单的一个逻辑锁定的关系，不，在这两者之间有一个中间层面，就是有权力参与制度选择驳议的那些政治家，他们是有可能既阻拦一个民族大多数人的利益趋势所要求的那个方向，也可能把这个方向强行拨向和千百万人的利益正好反对的那个方向。这个时候政治家的责任，成与败的责任，几乎是一个重大问题。我们看到凡是制度选择正确的地区、民族、国家，那么政治家的选择基本上跟底下这个东西是一个正相关关系。所以这样的一种制度选择，一旦选择了以后，它就源源不断地得到来自于千百万民众的这种支持更新。而另外一个方向上的选择，我们也是经常看见，时时常常在世界历史上出现的，但是我们接着看到的第二页就是，每当出现这种选择的时候，它就把一时的成功归结为是什么少数人的英明，把长久的失败归咎于多数人的愚昧。我想你们是能够在我们的历史教科书里面，不费劲就能看到这样两种不同的说法同时存在的。所以我在这里想讲的就是民众、少数政治精英和制度选择之间，这三个层面，在中间这个层面是会发生种种让人意外的变化的，当发生意外的变化的时候，选正确了你也应该承认这就是少数人的英明，选错了你也就应当承担少数人的错。比如说 1787 年美国宪法的制定，就是那五十五个人，在一个叫费城独立厅的地方关起窗帘秘密讨论了三个多月，如果这次宪政选择是错误的，没有理由归结为当时二百万美国人民，就是你五十五个人的错误。你今天正确了，事后宪法草案出来，经过十三州公民的投票同意，投到第九州就成功了，成功了到现在人们还是铭记着那五十五个开国英雄的功劳，

历史就是这个样子。所以我不反对一个正确的制度选择和千百万人们利益之间的正相关，我反对的是什么，做对了说自己的英明，做错了是多数人的愚昧，这样的一种教科书的解释。

主持人：在这点上我可以插一句，因为使我想起萨特说起的一句话，萨特经常讨论这个欧洲知识分子对历史的责任问题，所以萨特有一句话说得是很极端的，作为知识分子，应该对过去历史上发生的一切不可挽回的事情负全部责任。

朱学勤：所以在这个意义上我非常感谢你的这一段插话，我作为中华民族知识界的一员，我觉得应该和整个知识界为二十世纪中国的苦难历史承担自己应有的责任，而不是仅仅局限在控诉、咒骂。我是受害者，不，在你被受害以前，你的理想你的追求是参与了导致迫害你的这一场人间地狱的制作的。你的文化革命不打引号的理想，是参与了打引号的“文化革命”这个洪流的来临的。所以在这个意义上说，我一直反对过去的那个历史学界的讨论，到底是奴隶创造历史，还是英雄创造历史。我认为是奴隶和英雄同时创造历史，是英雄的责任不要推到奴隶头上去。我不知道说清楚没有？

主持人：还有哪一位好？

提问：谢谢朱老师，你的讲话给我们带来一种很不同的观点，然后我想从你的开始从“五四”开始讲的是，你说“五四”之后它有个文化决定论，就是要改造人的思想，然后朱老师提到是从法国起源，然后俄国中转，不知道是不是因为有另外一个原因，是不是因为太小了而朱老师没提到，中国本身历史上的原因，就说比如说汉武帝时候的那种独尊儒术其实已经开始对国民精神方面开始控制了，然后一直到很久，不知道什么原因朱老师没有提到，我想问一下。然后第二个问题也说“五四”，我理解“五四”最核心的精神就是民主与科学，然后一直以来我也觉得它是对思想一种解放，它引入了一些东西，它是对思想解放而不是一种思想控制，这两点不是很了解，也希望朱老师给我们一个回答，谢谢。

朱学勤：我尽量简短地来回答这两个非常深刻的问题。

主持人：有可能造成对你讲演的误解的问题。

朱学勤：没有，这个汉武帝这个罢黜百家我为什么没有提，因为历史学界有不同的看法，除了从中学教科书一直到大学教科书的说法之外，还有另外一个说法，这个说法认为董仲舒数提出罢黜百家就是独尊儒术不是来压制民生，压制民权，更多的是用来限制君权，限制汉武帝。

主持人：恐吓皇帝。

朱学勤：恐吓皇帝，吓唬他，这个问题我们就简单的回答到这里，你可以找到那些资料。第二个呢你说“五四”是鼓吹的个性解放，思想解放呀，不错，完全对，正是这样。但是我想说的是什么呢？法国，俄国式的思想解放恰恰就是什么？观念的个性解放，观念的个性解放，而不是什么利益诉求加法制规范，英美这边你去看，在它们早期革命的时候，并不是奔腾的个性解放，而是什么？具体的利益诉求、追究，就是制度选择的保护。这个差别很大。你去看我们的“五四”型的思想家，大部分都是因为反对旧式婚姻，追究个性解放然后投身新文化的运动的洪流，他们的民主，更多的是什么？个性解放的民主。个性解放的民主下一步就是鲁迅已经说的，鲁迅说的我骨子里，我想深处是个人的无治主义，无治主义在“五四”时期就是安那基主义，安那基主义就是无政府主义。那么

从个性解放无政府主义，无政府主义到不需要现代社会的法制束缚的这样一种无法无天，你说毛泽东的青年性格，一直到他“文革”发动就是所谓，我是和尚打伞无法无天的那种做法，这个之间是能够找到“五四”型思想解放的偏颇以及后果的。

主持人：我做过一个材料统计就是“五四”的思潮中间，引进的西方各种思潮中间，其实是以非理性思潮为主，而不是英国传统的理性思潮为主，这是第一。第二个的话呢就是“五四”时期大部分的青年知识分子信奉的是无政府主义。

朱学勤：没有无政府主义的铺垫，他不会接受马克思主义的。毛泽东那句话没说错，十月革命一声炮响给我们送来了马克思主义。这句话之前还应该说，在十月革命一声炮响以前中国的“五四”型，“新文化运动”型知识分子大部分都已经在信奉无政府主义，无政府主义是让他们接受马克思主义的走廊。而英美这边你看一看，无论革命前的所谓思想家，根本没有提出过无政府主义，如果有基本上就不是主流，还是革命当中的领袖人物。无法设想无政府主义底下的一个乌托邦社会是个什么社会啊，无政府主义从来没有成为英美知识界，知识生活的一个主要市场，而恰恰是这个东西成为了我们“五四”型解放思潮的一个主干，这是需要我们反思的东西。所以我认为把毛泽东发动“文革”理解为跟“五四”的正相关关系，能够比目前知识界流行的把它想象成一个负相关关系，能打开更多的精神视野和历史纵深，能够促使我们思索得更多更久远。

主持人：非常感谢朱学勤教授今天的精彩演讲和在座的中国农业大学的学生，以及电视机前的观众，欢迎下周同一时间收看大红鹰·世纪大讲堂，再见。

本文摘自《世纪大讲堂》第8辑出版社：辽宁人民出版社

来源：共识网. 2011-03-22

http://new.21ccom.net/articles/ljld/ljld/article_2011032232044.html

3.2 实用型司法：近代中国基层民事审判传统

摘要：传统中国基层民事审判是在不同于西方法官体制的背景下，由全权掌管地方事务的父母官进行的以尽快平息讼争为目的的纠纷解决方式。民国时期，由于西方法文化尚未完全渗透到中国基层，民事司法仍然保存着传统儒家政治文化的实用型特征。这种司法模式以地方官员的全能型权力为基础，以最有效的纠纷解决为目标，以不违背官僚追责和道德操守为限，在基层社会有效地维持着地方关系的运行和熟人社会的人际关系。这样一种围绕纠纷解决而非法律适用的实用型基层民事司法可视为近代中国一以贯之的特点。

关键词：实用型司法 近代中国 基层民事审判无讼

刘昕杰,男,重庆石柱县人,博士,四川大学法学院副教授。研究方向:法史学、法理学

一、既有论争与问题

诚如日本著名学者岸本美绪所言,近来学界关于支撑传统中国司法的核心价值观问题已逐渐摆脱过去那种“法乎?情乎?”简单化约的二元对立分析模式,而倾向于对当时审判官员复杂抉择的心理过程进行更具体的描述和分析。[i]她进而主张清代地方县官最主要是藉由“权衡”以达成社会和谐,比起参照法律的规定,官员的裁断更受“保护弱者并惩罚恶徒”这种要求所引导。[ii]她的

观点同其他日本学者类似，都强调法律外因素的作用。已逝著名中国法律史学学者滋贺秀三将传统中国审判定义为“教谕式调解”，[iii]他认为，“在判语中所引用的国法，大体上仅限于《大清律例》这唯一的一部法典；决不是所有或大多数案件中都引用国法，且引用国法也未必意味着法官严格受到法律条文的拘束”，[iv]因此，“所有判断都必须根据对国法的解释才能作出”这种思想方法，从根本上是不存在的。[v]其弟子寺田浩明则进一步指出，传统中国的民事审判，是以使当事人“合乎情理的解决（纷争）”为执行的目的，在情理的名义下实际进行的情形。不可能存在得以导出其解决方式的一贯性原则，故而，针对每次的个案，具体上该如何处理方合乎情理，必须在每个问题被提出的当下，由裁判者一一相出，再行论断。[vi]黄宗智则根据淡新、宝坻、巴县等地档案材料分析得出截然不同的观点。他认为，清代的“民事裁判”是以法律为依据的，“有大量的当事人，包括农民和普通城镇居民，为申辩和保护他们的权利而告到法庭”，而“县官们事实上是按照法律在审判案件”，[vii]清代的纠纷“要么让庭外的社区和亲族调解解决，要么就是法官听讼断案，依法办事”[viii]。国内学者对此也论述颇多。明清时期特别是清代基层民事司法的情境如何，乃至如何对这样一种司法模式进行基本的概括，所引发的争论以其相关问题的讨论，逐渐上升到对传统中国司法文化的整体认识问题上来。若将张伟仁、贺卫方、高鸿钧等人的讨论也视作这样一种争论的扩展，[ix]那么这场争论不仅反映出法律史学界对于中国传统司法文化乃至法文化的认识，也折射出不同学者研究此问题的不同进路和方法。在我看来，这样的讨论至少在两个方面是值得进一步探讨的。

在论证材料方面，大多数学者在讨论传统司法问题时，所援引的论据多是律例、经典文献、判牍汇编、官箴等模范材料，这些论据要么是传统法律文化中描绘的“理想图景”，要么是中央官厅希冀树立的“模范图景”，要么是经过当事人加工后希望流传于世的“加工图景”，却鲜有去发掘整理占据传统法律实践最大多数的基层司法档案所反映出来的传统中国司法的真实面貌。试想，如果有着相同的研究材料，进而在这些司法档案的基础上进行直接的讨论，而不是以“法律文化的名义”“悬空踏虚，泛泛而谈”，[x]我们对传统中国司法的认识可能会更加清晰，而争论也会更有所指。新近一些学者根据清代档案发现在细事类案件审理中州县官并非完全依律而判，与黄宗智的研究相对比，就显得更具讨论的意义。[xi]不仅如此，既有的研究对传统中国基层审判者的角色定位，并由此产生的对传统司法与当下司法的区别重视不够，更多的是将司法行为从其整体性职掌中抽离出来分析，从而或多或少的产生后入为主的体会。虽然在方法论上不可避免，但少有学者全面地系统地传统基层司法官的整体角色中考察其司法行为，毕竟在“靡所不综”[xii]的地方治理活动中，基层州县为平息纠纷维护地方治理的“狱讼”与西方话语下以法律适用为基础的“司法”有着极大的区别，而一旦脱离这样的一个背景来讨论传统中国的司法特点则很难“据了解而同情”的触及司法官员的实际状况。

二、近代中国司法模式的连续性

从清代到民国再到新中国长达数百年的社会变革之中，社会政治大背景发生了巨大的变化，从帝制中国到西方民主形式再到苏联式和后改革时代。政治变革所带来的法制变革也如疾风骤雨般进行，从传统中国的法律制度，到清末修律引入西方法律制度，再到民初共和肇始移植六法全书，再到废除旧法统，推崇法律虚无和法律工具论，再到改革开放再次学习西方，大规模进行西方式立法，各式各样的法律形态都在近代中国轮番上演。然而这样一种历史大巨变到底在多大程度影响到基层社会老百姓的日常生活，到底在多大范围影响到不同民族不同风俗不同社会经济条件的基层司法实

践，学界许多大而化之的结论似也并未能描述出一个较为清晰的形象。

因此，在这样的一个对传统中国司法争议的学术评说下，我却并非要去独立阐释传统中国的司法模式到底如何，而是希望借助一种“历史连续性”的考察方式，将近代中国的基层司法作为一个整体性的研究对象，并据以描绘新中国之前在西方法制大规模的引入下，从清到民国基层司法所体现出的一以贯之的特征。这种对基层司法的考察在我看来，可能会藉由清代与民国不同时期的司法档案来相互印证出更清晰的基层司法面貌，而在民国时期所保留的传统司法因素也能增加对传统中国司法特征的理解。我借助四川南部县清代档案和新繁县民国档案得出的结论是：近代中国基层民事审判中体现出来的，既不单纯是滋贺秀三所称的教谕式调停，也不仅仅是黄宗智所认为的依法审理，而是一种基于中国特有基层社会背景下的实用型司法模式。[xiii]

如果从清代到民国的基层法官的民事审判中的确存在着一种历史的连续性，而这种连续性并未在根本上受到国家政治大环境的影响，传统中国司法中一些元素直到民国末年仍然存在，但这种连续性的重点并不在于所谓“依法”或“不依法”的审判依据，也不仅仅是清代与民国在维护当事人权利方面有着一致性。[xiv]因为判决中展现的审判依据毕竟只是案件的最终结果和官方认定，并不能以此来涵盖纠纷处理的整个过程，正如寺田浩明所说，“讨论传统中国法与审判之际，与西洋的法和审判进行对比是必要而且有益的，然而，若是拘泥于‘依法/不依法’这种具有局限性、表面性的现象，又将传统中国的审判求证于得以用‘依法/不依法’来说明的事实，这个讨论就会显得太过狭隘了”。[xv]因此，我所探寻的近代中国基层民事审判的连续性是在纠纷解决的过程之中，司法官以何种姿态参与，以何种方式解决，以及相关当事人对这种纠纷处理的认同感源于何处的司法过程中所体现出来的连续性。

要说明这个问题，首先必须重新审视地方司法官所处的场景。与中央政府的立法者和司法者的高高在上不同，地方司法官直接面对着基层的百姓，直接参与到地方社会关系之中，虽然从清代开始就有籍贯回避的规定，但地方熟人社会秩序的维系使得即使是数年任职的地方司法官不可能完全脱离于地方社会关系，也就不可能超然于社会纠纷之外来进行法律的严格适用。除此之外，在近代中国的大部分时间里，地方司法官员的职责都不是单一的，清代司法官的“决讼断辟，劝农赈贫，讨猾除奸，兴养立教。凡贡士、读法、养老、祀神，靡所不综”[xvi]。到民国的行政兼理司法，甚至到新中国基层社会的党政司法一元化，地方司法官所要承担的，绝不仅仅是一个法官的职责，他需要考量的是，作为地方社会治理背景下的纠纷如何能够得以尽快的解决。清代司法官对纠纷的审断实则为其地方政务的一部分。[xvii]民国基层社会在行政兼理司法的政策及其不可能实现司法独立的地方权力结构下，地方司法官也自然没能摆脱这样一种情境。因此，在司法官所处的环境、身份和承担的职责上，近代中国的基层社会不可能出现类似于西方社会那种具有独立司法权的法官适用法律来界定当事人权利义务归属的民事审判模式。

不仅如此，清代和民国的司法官都面临类似的法律适用难题，清代的法律延续中国历代法典的特点，并不对属于“细事”的民事制度进行详尽的规定，而民国法律虽然有着细致的民事权利规则，但如前所述，这些规则或多或少的与传统地方社会的习惯有着概念和规范上的冲突。因此，民国基层司法官至少面临着两个层面的问题，第一是如何在中西概念不对称的法律规则下，实现对西方民法概念和规则的适用；第二是如何在尚维持着熟人社会传统关系的地方社会实现西方式民法制度的定纷止争。[xviii]前述可见，这两个问题的解决所依靠的都不主要是法律的力量，而恰恰是法律外

的因素发挥着效力，如司法官对概念误用的默认、对既有习惯的尊重、对不符合法律但得到地方社会认同行为的放任等。在司法过程中，司法官更讲求一种纠纷解决的实效，即只要是有利于纠纷解决的，无论是强调调解、还是运用批词、仰仗法律抑或是习惯，司法官在既有的程序规则下，只要在表面上维持一种貌似合法性，在实际处理中则更多的运用个人的智慧和官位的权威对纠纷进行个案处理。在这个意义上，“实用”无疑是司法过程的最佳解释。

三、基层地方官的全权与全责

清人谓“万事胚胎，皆由州县”，[xix]汪辉祖也说：“自州县而上，至督抚大吏，为国家布治者，职孔庶矣。然亲民之治，实惟州县，州县而上，皆以整饬州县之治为治而已”。[xx]传统中国政治体制中，基层州县处于一个十分重要的位置，而县官就是国家政治权力在基层的集中表象，也似为中央官厅和皇帝本人在基层的分身，因此在制度设计上，中央层级和地方层级有着共同的权力集中的制度设计，如果以今日权力分离理论来看，地方县官集行政和司法权于一身，全权处理地方事务，而“国家首要目标是确保社会治安的维持和国家的财政需求得以满足。只要能满足这些要求，国家就感觉并无必要去干涉地方治理的运作”。[xxi]因此，基层地方官往往被称作父母官，辖区百姓均是其子民，县官对百姓，如同父母对孩子，自家孩子事无巨细，都在父母官的管理范围，而父母官对子民的管理则可采取其认为最为合理有效的手段，他人并无权干涉指责。

一县除县官外，尚有属官、胥吏、衙役和幕友等，由于各人等因其身份差异而与州县官的关系亲疏不一，如属官位列州县之下，却并非州县任命，可谓同朝为官；胥吏和差役在衙门中人数众多且职能广泛，均不属于职官之列，全由州县任用，其虽为州县官政务实施之必需，但因其作为常有谄衙门和州县之清誉，多受州县官的严格管制；幕友及长随为州县官私人聘请，多受州县官的重视，因此在州县事务方面往往发挥其它属官力所不逮的作用。宋元之后，特别是明清以来，由于律例并未成为地方官员的铨选考核内容，“读书不读律”造成科举制度下地方官员律例知识的缺乏，而法律职业群体的主体也逐渐从“明法科”的仕途之士，转变为以辅佐地方官员进行案件审理的幕友和帮助百姓呈控的讼师。许多研究业已表明，在清代社会，虽不作为朝廷的正式官员，刑名幕友在地方诉讼中仍发挥着极大的作用，他们操持着具体案件的法律技艺，甚至在很多情况下替州县官待拟案件判词，在实际上影响着案件的审断结果。但按照清律，如果属官受理词讼，将会被贬官，县官如果指派幕僚审理案件，自己也会被免职。[xxii]故而非正印官对案件处理的影响只能是制度外的，而且完全取决于州县官的意志。毕竟，在清代基层政府机构的制度规则中，只有县官才能受理诉讼，即“官非正印者，不得受民词”[xxiii]。因此只有州县官才是一个地方诉讼纠纷的唯一裁决者，或者是唯一的官方裁判者。县官还承担着县衙的财政收支以及非正式官员的俸禄，县衙的开销也即是县官个人的开销，在掌握着人事和财政的基础上，县官在地方政府中当然享有着说一不二的权威。这样一种被瞿同祖曾形象地将清代的县政府称之为“一人政府”，[xxiv]县官的下属们只扮演着无关紧要的角色。

在民国初年的基层政权中，1914年开始实施的县知事兼理司法及其之后的各种行政兼理司法机制，实际上是传统中国知县刑名职责的延续。1917年颁行的《县知事公署组织章程》中有关审判独立的条文也因实践过程中的阻力而被修改。1927年8月，《修正县知事兼理司法事务暂行条例》规定“县知事在承审员助理下完成司法事务”实际上是再一次从制度上赋予了县知事对司法事务拥有绝对权力。法权调查委员会曾描述，“县知事衙门之设，由来已久，垂数百年”，“中国最

大部分之讼事，仍在县知事衙门之手”。[xxv]1936年，南京政府颁布《县司法组织条例》规定在县政府内附设司法处，虽然也强调“审判官独立审判案件”，但条例明确由县长与审判员共同掌理司法事务，县长依然控制着地方的司法审判。法令尚且如此，实际情况就更为明显。根据三十年代李景汉所作的定县调查，定县承审处是民国十七年八月成立的：

承审处可以说是掌管司法的，不应当附属在现政府系统之内，可是司法还没有完全与内政分开。承审官由县长任用的，但是多半是由高等法院委派的。就是县长任用，也得呈请高等法院批准委用。看起来，司法好像是独立的，但是承审官判决一件案子，自己单独盖章不行，必得通过县长，县长通过盖章以后，才能实行。虽然提倡了多少年司法独立，但是，总也未能完全实现。[xxvi]

晏阳初在批评民国县政时也说：“（民国）县政机构只有两种作用：一是‘催科’，管人民的纳粮上税，县政府成了收税机关；二是‘听讼’为人民判案折狱，县政府成了司法机关。”[xxvii]与传统中国的州县官类似，司法事务依然是县长的大权，这与民国时期社会对县长的认知和期待是息息相关的，县长作为一县之长，对地方事务有着统筹一体的管理之责，而司法审判从传统中国到民国时期，都是县长用以“惩奸除恶”、“定纷止争”并教育百姓的重要方式。如果剥夺了县长对司法审判的控制，则“县长一方面丧失了劝惩的工具，得不到人民的父母之爱，而另一方面凡关于筹集经费增加人民负担的命令，又都要他负责去执行，于是县长变成了民间怨恨的对象。信仰日低，威信日减，行政权力不易发挥”。[xxviii]

同清代一样，民国的县长仍然有着靡所不综的职责，清代乾隆时名臣陈宏谋将知县职掌罗列近30项，[xxix]王奇生据湖北省档案统计，民国县长的具体职责更是巨细靡遗，其中民政31大项，财政28大项，建设48大项，教育17大项，卫生27大项，司法21大项，林林总总计172大项，每一大项中又分许多小项。[xxx]民国内政部编订的《县长须知》中，规定县长在民政方面，要接近民众，宣传政令，防治匪患，严禁烟赌，预防灾害，办理救济，改良恶习，编查户口；在财政方面，整顿税收，清查官产，办理公债；在建设方面，保护农工，筹办工厂，维持商业，兴修水利，修筑道路。此外，还要求县长在教育、卫生、司法等方面齐头并举，不可偏废。[xxxi]故而时称“县长力量可抵一万兵”[xxxi]。

这样一种地方权力结构的设计或运行，致使由清至民的近代中基层社会中，一县之长成为一个地方州县的大家长，虽然国家权力影响日益加深，但在位于远离政治中心的最基层，却有着更贴近社会生活稳定性的实际需求。

四、无讼追求与解纷的灵活性

无讼常被视为儒家理想的社会场景，孔子曾言，“听讼，吾犹人也，必也使无讼乎”，[xxxiii]但“我们的知识分子更多地倚重于儒家提供的图景，而这一图景与中国传统社会中朝廷与民间社会的远距离，是有密切关系的”。[xxxiv]有学者已经通过整理司法档案和地方志等材料，对息讼的理想图景进行了反驳，认为事实上在帝制中国的基层社会并没有因为息讼的教化降低诉至官府的纠纷数量。徐忠明认为，尽管传统中国社会存在着“无讼与教化的社会”理想，却面临着“好讼与健讼的社会”现实。[xxxv]“即使州县衙门以‘息讼’为理由拒绝受理案件，也非仅仅出于道德与无讼方面的考量，更有可能是因为司法资源的匮乏，乃至司法官员的懈怠”。[xxxvi]

民国的许多著名地方人物依然提倡无讼和息讼，作为民国乡村建设“村本政治”[xxxvii]模范

的山西省省长阎锡山，他在告诫全省基层百姓的《山西省息讼会办法》中开门见山的说“世上吃亏的事情，没有比打官司更厉害的”，所以“人民遇事自己和解，万不要轻易进衙门”。[xxxviii]然而以新繁县的司法档案来看，纠纷讼至官府似乎已成为百姓的习惯性行为，在1935到1940年的六年间，仅民事案件便达到了近千件，每个月平均有14件案件，考虑一个10万余人的县[xxxix]的其他刑事和行政案件，而且女性诉讼的增加（集中于婚姻类），无讼和息讼的儒家理想离基层司法的现实似乎更加遥远。

当然，息讼和无讼的观念在民国（乃至今天）仍得以重视，而且息讼不仅仅包括没有诉讼，更意味着一旦产生诉讼，就要尽快的结束。这表现在诉讼开始之后，司法官仍会在法定的诉讼程序之外，劝喻双方和解，要求亲族介入调解等以非诉讼程序终止诉讼。因而在司法程序的过程中，并不拘泥于既有规则的约束，而是将司法程序始终看做是对实体问题解决的一种过程，诉讼程序本身不具有独立的价值，而是附着于实体问题的最终解决之中。在实体问题的解决中，也并不拘泥于判决依据的问题，而是将所有的能够解决纠纷的方法都作为可以选择的手段。当然这样的一种应用，并不如清代州县官的随心所欲，而是受到了法律形式的约束，但在规范性的判决书之外，细观诉状、批词、庭审记录，所有诉讼参与主体均是以纠纷的解决为中心话语，极少有人正确并真心地应用法律。从清至民的这样一种以最有效的纠纷解决为目标而非正当适用法律规则的司法程序仍然存在。

李怀印将这种“与近代西方以合理化和法治程序为基础的正式行政体制对非正式因素和非标准做法的排斥有所不同”的治理模式称之为“实体治理”，[x]将此论述嫁接到对司法模式之中，从清至民的中国近代基层民事司法，也许正是在以“纠纷解决”而非法律适用的这样一种实用型司法模式下得以延续。

清代基层审判当事人诉诸于天理人情，希望青天解决“冤抑”，州县便以情理审判，而遇重责的案件，即以“愚民贫民不可遽责以圣贤之道”的理由从轻处置，秉承“不可细拘文法，当有法外之精义”。[xli]民国初年，近代输入西学最力的严复还认为，通晓律法是法官和律师的事，一般“编户齐民，固不必深谙科律。使得舞文相通，或缘法作奸，以为利己损人之事”。那些“风俗敦庞之国，其民以离法甚远之故，于法律每不分明”。若老百姓成了“锥刀堂争之民，其国恒难治，其民德亦必不厚”。[xlii]曾任民国大总统的徐世昌在《将吏法言》倡导地方官不可拘泥于法令，而应尽快平息纠纷结案：

今制司法独立，狱讼固非知事专责。特以各省限于经费，各县审检两厅多未完全成立，知事仍多兼理。……今刑律虽新，而各处旧习亦未尽洗涤大约，狱讼办法不能尽同。重大者宜详为研鞠，疑难者宜格外矜慎。至于寻常词讼仍以旧制速讯速结为主。今制又分民事、刑事。……民事内如债务等则又往往以传证不齐彼此翻诉，延而不结，徒为奸宄之利，而貽良善之害，是非良有司之明察善断不为功。总之，早结一案即民减少一分痛苦，又或有拘泥法令致讼者有所忿激，以轻事而化重案，以细故而成巨狱，此又非准酌法意、审习惯、权事理、平情以处之，毋使因结讼而生讼，又不可不知者也。……民间讼事，宜随到随讯，随讯随结，即偶失断不平，民亦不至受无期之累。[xliii]

他认为“官贤则讼者多，亦惟官贤则讼者少”，因为“贤则求直者相踵而来，无情者闻风而去”，“一县之人只有此数，无情者既不敢讼，而求直者到则必讯，讯则必结，久之则讼无可讼。虽处繁剧之区，亦可鸣琴而治矣”。[xliv]居庙堂之高的国家总统对县治尚如此评论，何论更加在乎所辖区域安居乐业的地方官员了。



五、自主的界限

灵活并非意味着县级司法官可以想当然的审判，准确地说，近代中国基层民事司法有的界限依然是存在的，只是并非严格地存在于今日所谓实体法或程序法概念的律例规定之中，而更多的是法外因素作用的结果。赵妮妮博士曾形象地借用余英时“盘之走丸”一词来描述清代州县婚姻案件的审理。^[xlv]此处不妨再将此语推用至民事司法，即虽然审判的灵活度较大，而且轨迹看似并无规律，却有实际存在的边沿控制着审判的基本范围和走向，或者说审判的灵活性不可能完全脱离原则性而存在。

传统中国的基层司法官并没有经过严格的法律训练，科举虽曾有明法科，但重要性远远不及儒家经义，对基层官员审判能力的考察一般都包含在儒家经义的考试之中。这种背景下，研究法律具体应用的律学也自然成为经学的一个部分，更不可能发展出类似西方法学研究法与正义的独立学科。但也正是如此，儒家经义成为“大经大法”贯彻于官员的知识结构之中。清末变法开始的西方法律文化输入，更多地集中于学界和中央司法部门，现代法学教育机制的建立和现代法学人才的培养并未完全地深入到基层司法系统之中。^[xlvi]清末修律至民国六法形成总计 50 来年，知识结构并未能实现彻底地更新换代，传统道合一的儒家政治思想仍主动或被动的存留在近代基层司法官知识结构之中。这既是传统知识结构对司法官自主性的支持，也是对其自主性的约束。传统政治文化中为政以德、德教为先都强调官员要“有所本”，修身、齐家为儒家官员实施政治抱负的前提，在彼时，圣君、贤相、清官的政治理想图景中仍对每一个司法官都有着内心深处有着或多或少的触动。如果将类似“为官一任、造福一方”的思想视为近代基层司法官作为“读书人”的政治信仰，那么这种政治信仰在更高层次指导着司法官的政治活动和纠纷解决，自主的民事审断也自然不得逾越以“天理”、“国法”、“人情”共同构成的听讼的基本依据。司法官虽不一定在制定法范围内处理纠纷，却不能超出情理的范围，一旦逾矩，其面临的不光是官僚制结构下上级对其的评价，更重要的是失去地方社会的支持，而这一支持是基层司法官能够实现其地方治理的基础。如果地方社会对其纠纷解决的方式和结果不认同，就必然影响其官誉权威从而对其地方治理产生负面影响。

六、小结

综上，本文所谓的近代中国基层民事审判的“实用型司法”，源于传统中国基层官僚型司法官的职责和处境，其以地方官员的全能型权力为基础，以最有效的纠纷解决为目标，以不违背官僚追责和道德操守为限，在远离国家政治权力的基层政府有效的维持着地方社会关系的运行和恢复熟人社会的人际关系。在近代中国的地方基层司法中，这样一种围绕纠纷解决而非法律适用的实用型司法模式可能才是从清到民甚至到当下的中国基层一以贯之的司法核心。

主导传统中国的儒家政治文化，实际上也即是一种实践智慧，^[xlvii]在大而化之的理想政治图景之下，它更讲求政治管理的具体成效。其反映到传统中国的法律文化之中，纠纷处理的结果和目的远比手段和方法重要得多。借用谢晖教授的论述，这种实用性的实现具体地体现为，以“情理交融”来实现不可言说的良心判决；借“实用理性”来寻求法律解释的可接受性；通过“妥协意向”追求法律解释中的实践互动。^[xlviii]因此，在模糊化和工具论的传统中国政治法律术语中寻求中西概念的互通进而以西方法律术语解释中国传统法文化势必会出现“桔逾淮而北为枳”的情况。例如我们以西方“司法”一词谓传统中国的纠纷审判，然而所司之“法”为何，确受限于中西之间时间和空间的不同。近代中国（在一定程度上也可指整个帝制中国）司法之法，远不止于国家成文法律，

广而言之，是纠纷解决之法，但凡儒家经典、成文律例、风俗习惯、人情世故，只要有利纠纷的尽快解决，都是基层司法官运用的对象，而这种司法模式和运行方式，远不是格式化的几页判决书或是官方发布的标准司法模本可以完全展现的。这种司法呈现于从纠纷开始直至纠纷结束的整个过程而不受限于法定的程序。司法官的作用，也不仅体现在判决的文字表面，更体现于整个纠纷的解决过程之中。因此，没有概括的描述，就无法认知中国法律文化的整体特征，而没有细致的描述，也就无法探寻中国司法文化和法律文化的多元面貌。因此，我的学术旨趣在于一方面去发掘一些法律文化的细节，包括基于县级司法档案所作的法律实践的地方性片段，[xlix]一方面也希望藉由这些片段去描绘抑或是想象一个较为合理的近代法律文化的整体性图景。[1]我主张应推进中国法律史，特别是近代法律史研究的细致化和连续性，细致化意味着我们研究对象应当进一步面向基层，面向法律实践的具体形态，运用的研究素材也应当进一步拓展，进一步贴近法律实践的真实面貌。连续性要求我们能够能够在浩繁的个体研究中寻求到法律文化的一些核心价值，这些核心价值支撑着中国近代法律文化的在急剧的社会变迁不至于基因突变，维系着基层社会在渐进性变革中的稳定性。当然，细致化不意味着“无所指”的简单还原历史细节，连续性也不是要忽略各时代的特殊意义。中国法律史特别是近代法律史给予我们的，不仅仅是一种法律文化的历史溯源，更是理解当下中国的必要背景。就基层民事司法的社会结构和权力设计来看，近代以来的情况并未随着数次革命与改革而发生根本性的改变，而这样一种实用性的司法取向，也在可预见的未来主导着基层民事司法，i[li][li]承认这样一种历史的现实，才能够让我们更清晰的去认识、理解乃至改变作为历史与当下中国真实面的以纠纷解决而非法律适用为核心的基层民事司法。

[i] 岸本美绪.导言[A].邱澎生、陈熙远编.明清法律运作中的权利与文化[C].台北:中央研究院、联经出版公司,2009.

[ii] 邱澎生、陈熙远编.明清法律运作中的权利与文化[C].台北:中央研究院、联经出版公司,2009:388.

[iii] 滋贺秀三.清代诉讼制度之民事法源的概括性考察[A].王亚新编.明清时期的民事审判和民间契约[C].北京:法律出版社,1998:21.

[iv] 滋贺秀三.清代诉讼制度之民事法源的概括性考察[A].王亚新编.明清时期的民事审判和民间契约[C].北京:法律出版社,1998:25-26.

[v] 滋贺秀三.清代诉讼制度之民事法源的概括性考察[A].王亚新编.明清时期的民事审判和民间契约[C].北京:法律出版社,1998:29.

[vi] 寺田浩明.试探传统中国法之总体像[J].法制史研究(第9期).台北:中国法制史学会、中央研究院史语所,2006:225.

[vii] 黄宗智.清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践[M].上海:上海书店出版社,2001:90、189.

[viii] 黄宗智.清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践[M].上海:上海书店出版社,2001:序言.

[ix] 张伟仁.中国传统的司法和法学[J].现代法学.2006(5).高鸿钧.无话可说与有话可说之间[J].

政法论坛,2006(5).

[x] 尤陈俊.“新法律史”如何可能[A].黄宗智、尤陈俊主编.从诉讼档案出发:中国的法律、社会和文化[C].北京:法律出版社,2009:503-504.

[xi] 苏成捷与黄宗智的观点不尽相同,他将基层司法一分为二,认为在类似民事审判的细事部分,审判的决定性因素是特定案件引发呈控的具体原因,在这类决定里官员为了解决实际问题表现的很有弹性与权宜性。参见苏成捷.清代县衙的卖妻案件审判:以 272 件巴县、南部与宝坻县案子为例证[A].邱澎生、陈熙远编.明清法律运作中的权利与文化[C]台北:中央研究院、联经出版公司,2009:391.另见赵妮妮.晚清知县对婚姻讼案之审断——晚清四川南部县档案与《樊山政书》的互考[J].中国法学,2007(6).

赵尔巽.清史稿[Z].卷一一六.职官三.北京:中华书局,2003:3357.

[xii]

[xiii] 作者依据清代与民国基层司法档案的实证分析得出的某些个案性的结论可参见刘昕杰.“引情入法”:清代诉讼中习惯如何影响审断.山东大学学报,2009(1);刘昕杰.民国民法中的佃:传统制度的现代法律实践[J].南京大学法律评论,2010(春).刘昕杰.民国民法离婚权利的司法实践[J].北方法学,2010(3);刘昕杰.法律与习惯的并存:民国财产继承与分家承嗣的法律实践[J].民间法,2010(总第9卷).

[xiv] 寺田浩明曾批评黄宗智黄宗智的立论基础在于,清代社会已经存在着接受西洋法律制度的土壤,才使得清末民初引进西洋法成为可能。而寺田自己也承认在财产法领域的实际操作方面,民国与清代有着明显的连续性,对于民事纠纷的处理只是改变了使用的概念,而实际上无多大区别。寺田浩明.清代民事审判:性质及意义——日美两国学者之间的争论[J].北大法律评论,1998(2);寺田浩明.关于清代听讼制度所见“自相矛盾”现象的理解——对黄宗智教授的“表达与实践”理论的评判[J].私法,2004(8)

[xv] 寺田浩明.试探传统中国法之总体像[J].法制史研究(第9期).台北:中国法制史学会、中央研究院史语所,2006:227.

[xvi] 赵尔巽.清史稿[Z].卷一一六.职官三.北京:中华书局,2003:3357.

[xvii] 里赞.司法或政务:清代州县诉讼中的审断问题[J].法学研究,2009(5).

[xviii] 刘昕杰.民国民法中的佃:传统制度的现代法律实践[J].南京大学法律评论,2010(春).

[xix] 王又槐.办案要略·论详案[A].官箴书集成[Z].第4卷.合肥:黄山书社,1997:772.

[xx] 汪辉祖.学治臆说·自序[A].官箴书集成[Z].第5卷.合肥:黄山书社,1997:267.

[xxi] 李怀印.传统中国的“实体治理”——以获鹿县的田赋征收为例[A].黄宗智、尤陈俊主编.从诉讼档案出发:中国的法律、社会与文化[C].北京:法律出版社,2009:207-208.

[xxii] 吏部则例[Z].卷四十二;六部处分则例[Z].卷四十七.对清代州县父母官审判与其人事与经

费的关联性，可参见里赞. 远离中心的开放：晚清州县审断自主性研究[M]. 成都：四川大学出版社，2008.

[xxiii] 刘鹏九等. 清代县官制度述论[J]. 清史研究, 1995(3).

[xxiv] 瞿同祖. 清代地方政府[M], 北京: 法律出版社, 2003: 334.

[xxv] 调查法权委员会. 法权会议报告书[A]. 东方杂志, 1927(2). 该调查报告也曾刊载在 1926 年的《法律评论》，但二者对新式法院和兼理法院的统计不完全一致。刘昕杰. 政治选择与实践回应：民国县级行政兼理司法制度述评[J]. 西南民族大学学报, 2009(4).

[xxvi] 李景汉. 定县社会概况调查[M]. 北京: 中华平民教育促进会, 1933: 81.

[xxvii] 晏阳初. 晏阳初农村建设要义[A]. 晏阳初全集(第 2 卷) [M]. 长沙: 湖南教育出版社, 1992: 49.

[xxviii] 浙江地方政治之同顾与前瞻[A]. 浙江民政, 1935(5): 1.

[xxix] 陈宏谋. 咨询民情土俗论[A]. 清经世文编[Z]. 卷一六.

[xxx] 王奇生. 民国时期县长的群体构成和人事嬗递——以 1927-1949 长江流域省份为中心[J]. 历史研究, 1999(2).

[xxxi] 蔡鸿源编. 民国法规集成[Z]. 第 39 册，合肥: 黄山书社, 1999: 103-144.

[xxxii] 申报[N]. 1932.7.14

[xxxiii] 论语·颜渊[Z].

[xxxiv] 王铭铭. “法”与民间权威[A]. 走在乡土上[C]. 北京: 中国人民大学出版社, 2009: 170.

[xxxv] 徐忠明. 明清诉讼：官方的态度与民间的策略[J]. 社会科学论坛, 2004(10)

[xxxvi] 徐忠明. 娱乐与讽刺：明清时期法律意识的另类叙事——以《笑林广记》为中心的考察[J]. 法制与社会发展, 2006(5)

[xxxvii] 柳诒徵. 中国文化史[M]. 上海: 三联书店, 2007: 830.

[xxxviii] 陈刚总主编. 民诉百年(民国初期第一卷)[C]. 北京: 中国法制出版社, 2009: 177.

[xxxix] 新繁县人口据曹树基统计 1953 年为 12 万左右，计入战乱后的人口增长，估计三十年代为 10 万人左右，进一步数据待查。参见曹树基. 清代中期四川分府人口[J]. 中国经济史研究, 2003(1)

[xl] 李怀印. 传统中国的“实体治理”——以获鹿先的田赋征收为例[A]. 黄宗智、尤陈俊主编. 从诉讼档案出发：中国的法律、社会与文化[C]. 北京: 法律出版社, 2009: 207-208.

[xli] 郑端撰. 政学录. 卷五. “奸情”条[Z]. 上海: 商务印书馆, 1936.

[xlii] 严复. “民可使由之不可使知之”讲义(1913 年)[A]. 王栻主编. 严复集[C]. 北京: 中华书局, 1986: 326-329.

[xliii] 徐世昌.将吏法言.知事三.狱讼.论狱讼[Z].台北:文海出版社有限公司,1975.

[xliv] 徐世昌.将吏法言.知事三.狱讼.使无讼[Z].

[xlv] 赵妮妮.晚清知县对婚姻讼案之审断——晚清四川南部县档案与《樊山政书》的互考[J].中国法学,2007(6).

关于清末民国的法学教育情况,可参见王健.中国近代的法学教育[M].北京:中国政法大学出版社,2001.一个地方性描述参见里赞、刘昕杰.四川法政学校——中国近代法学专门教育的地方实践(1906-1926)[J].华东政法大学学报,2009(1).

[xlvi]

[xlvii] 关于儒家文化的实用性或实践性论述较多,可参见李泽厚.实用理性与乐感文化[C].北京:生活读书新知三联书店,2005.李泽厚.论语今读[M].天津:天津社会科学院出版社,2007.

[xlviii] 谢晖.中国古典法律解释中的目的智慧——追求法律的实用性[J].法学论坛,2005(4).

[xlix] 里赞、刘昕杰等.民国基层社会纠纷及其裁断——以新繁档案为依据[M].成都:四川大学出版社,2009.

[l] 刘昕杰.中国法的历史还是西方法在中国的历史[J].社会科学研究,2009(4).

[li] 近年来,法学界和司法实务部门对中国司法改革的认识也发生了变化,从一致倾向于引进国外模式逐渐转变到开始认真思考司法改革中的“中国因素”。如在司法理论上从立论到方法都更注重对中国司法实际状况的进一步认识,在司法实践中推进以“大调解”、“能动司法”为代表的传统中国纠纷解决机制。

来源:法律博客.2011-04-07

<http://liuxinjie.fvz.cn/art/960196.htm>

3.3 博弈与平衡:劳动合同法诞生记

劳动合同法是继劳动法之后又一部调整劳动关系的重要法律。这部具有里程碑意义的法律,从起草到审议、从通过到实施都备受关注。尤其是在这部法律颁布实施之际就遇到了席卷全球的金融危机,更是将这部法律推到了风口浪尖。

在劳动合同法颁布以前,我国调整劳动关系的法律主要是劳动法,该法颁布于1994年我国实行社会主义市场经济体制的初期,法律条文规定较为原则,有些内容过于简单,已不能完全适应新形势下对劳动关系法律调整的需求。2003年12月十届全国人大常委会将劳动合同法列入了立法规划,开启了劳动合同法立法进程。

2005年1月,原劳动和社会保障部将劳动合同法草案报请国务院审议,同年10月28日,国务院110次常务会议讨论通过该法案并报请全国人大常委会审议。与此同时,全国人大常委会在全国范围内展开了劳动法执法大检查。执法检查报告提出,劳动法在实施中存在劳动合同签订率低、拖欠工资、超时加班、社会保险覆盖率低等现象,建议加快制定相关的劳动立法。

从 2005 年 11 月至 2007 年 6 月，劳动合同法草案在全国人大常委会历经了四次审议，期间于 2006 年 3 月 20 日向全社会公布草案征求意见，仅一个月就收到了社会各界意见 19 万多条，创下了法律草案向社会征求意见得到反馈数之最。

劳动合同法的立法过程是一个博弈的过程，在四次审议中，各方展开了激烈的争辩。在一审稿讨论时，争论的焦点主要集中在立法宗旨是表述为“双保护”还是“单保护”，即保护劳动关系双方当事人的利益还是劳动者的合法权益；我国的劳动标准是高了还是低了；企业制定规章制度是否要经过职工大会或职工代表大会讨论通过等。二审稿讨论时，争论的焦点集中在劳务派遣、终止劳动合同的经济补偿和无固定期限劳动合同等问题上。三审稿增加了第五章“特别规定”，新增了集体合同、劳务派遣、非全日制用工的内容，争论的焦点是试用期、服务期、竞业限制等问题。由于各方意见存在很大分歧，劳动合同法草案又进行了第四次审议。就在第四次审议之前，媒体揭露了山西黑砖窑事件，引起了社会舆论的强烈关注，加强对劳动者的立法保护已刻不容缓。最终，劳动合同法草案经过第四次审议后，于 2007 年 6 月 29 日提交十届全国人大常委会第二十八次会议表决。这部关乎劳动者和企业利益、受到全社会高度关注的法律以高票通过。

劳动合同法是一部以保护劳动者的合法权益、维持稳定和谐劳动关系为宗旨的法律。但该法颁布后，恰逢金融危机在世界范围内全面爆发。受金融危机的影响，一些企业出现了破产倒闭、停工裁员的风潮，劳动合同法由此受到了来自企业界、经济界的质疑，有人甚至认为企业面临的困难是劳动合同法之过。面对这些质疑，立法机构明确表态，劳动合同法的立法宗旨不能动摇。为了更好地实施劳动合同法，国务院于 2008 年 9 月 18 日出台了劳动合同法实施条例，对法律实施中的一些具体问题作了更加细化的规定。

劳动合同法是我国社会法的重要组成部分，其颁布实施，对于建立规范的劳动合同关系，保护劳动者的合法权益，促进社会和谐具有重要的意义。

来源：光明网. 2011-04-07

http://legal.gmw.cn/2011-04/07/content_1797773.htm

3.4 南方日报：农民的利益就应是政府的利益

近日，南方农村报记者在汕尾陆丰市调查发现，由于陆丰市行政新区建设将一条主要的灌溉水渠拦腰截断，周边上千亩水稻栽种出现困难。新建的政府机关大楼个个漂亮堂皇，成为陆丰新的城市名片，陆丰的城市形象得到了提升。然而，一方面是城市建设质量的提升，一方面却出现了农民种田难以及失地农民问题，不能不说是一大遗憾。应当追问，当地在兴建机关大楼的时候，有没有想到如何解决农民因此而产生的实际困难，究竟是在帮助农民增产增收，还是在与农民争夺本属于农民的利益？

城市要发展，城市的面貌必须得到改变，城市的质量必须得到提升，这样的施政思路也是可以理解的，但是，如果出现政府机关像欧洲、乡村贫瘠如非洲的情况，以城市发展辐射农村发展的思路是不是出现了一些偏差？是不是城乡统筹变成了城市化优先发展？存在疑问是正常的。众所周知，2011 年中央一号文件的主题是水利建设，因为水利搞得好不好，直接关系到农民种田的得失问题。陆丰为了修建机关大楼而贸然截断十分重要的一条灌溉水渠，导致部分农民不得不打井取水灌溉田地，这是在为农民利益着想还是在给农民添堵？不言自明。在陆丰市宣传文化网上，有一条

关于陆丰水利工程建设顺利推进的文章，其中涉及的内容主要都是水库的维修与建设。可是光有水库没有水渠，这样的水库还有意义吗？水渠虽小，却关乎到千亩良田的收成，这是农民的生命线啊！

搞城市建设很难，征地拆迁，赔偿移民，条条款款，都会让基层干部忙不胜忙，这些我们都理解。但问题在于，我们必须搞清楚，所有的政策都应当符合人民群众的根本利益。既然动用公共财政提高了行政机关办公人员的工作环境，为什么不提高农民的种地环境呢？中央一再提出，公共财政的阳光要普照每一个角落，尤其要普照农村，让农民获益。在这种情况下，我们做任何事情，都应当想一想这样做是对农民有利还是对农民不利，想一想群众究竟需要什么，我们应当为他们而不是为自己做些什么？我们学习杨善洲精神是学习什么？是学习他一心一意为群众、无私奉献的精神，是为当地群众做实事的精神。能够花大力气解决行政新区的建设问题，那么能不能花大力气解决失地农民和种地难的问题？应当说，我们还是应当对陆丰寄予希望，要相信他们能够通过积极地回应帮助当地农民解决一些实际困难。

农民的利益就是政府的利益。只要农民的利益符合公共利益的标准，符合公共财政阳光普照的方向，就必须给予这个利益以制度保障、财政保障。这些年来，各地都在打造城市名片，以此提高城市的竞争力，推动地方经济的又好又快发展，可是，城市竞争力的提高归根结底是靠什么？不是靠机关大楼的富丽堂皇，而是靠工业、商业、农业等各方面产业的兴旺发达。机关大楼再漂亮也无法提升实际的经济指标，老百姓的房子漂亮才是真的漂亮，工厂的厂房宽敞才是真的宽敞。

但城市要发展，又不能不征地，这是现实矛盾。能不能解决这个矛盾？很多地方的实践已经证明，这并非世界难题。只要愿意与市民、农民分享城市发展的成果，分享土地增值的收益，征地真的就那么难吗？敢不敢做，愿不愿意分利而已。一个地方值得人们尊重，不是因为政府机关的大楼鳞次栉比，而是企业在此能够享受公平的待遇，农民在此能够获得经济发展的收益，市民可以在此感受勤奋工作带来的荣光，也就是说，是在乎这个政府是不是已经转型为公共服务型政府，这些内容才是真正内在的现代政府的风骨。

让农民的合法利益得到保障，这是政府的职责。一定能办到。

来源：凤凰网. 2011-04-08

http://news.ifeng.com/opinion/politics/detail_2011_04/08/5614452_0.shtml

3.5 台湾：期盼司法可以对政治说“不”

在我进入台湾司法界之前，朋友曾劝告我：“不要考司法官，司法界很黑暗，很难说真话。”但我坚定地说：“我们在学校学到的就是一个好的司法人应当依据法律和良心独立审判。我不能决定别人应当怎么做，但可以决定自己要依照良心独立审判。”所以我还是毅然决然地参加司法考试，成功地踏入了司法界。我在台湾当了 11 年法官，回首自己的历程，感到很欣慰，我兑现了对自己的承诺——每一个案件都尽量本着良心认真地办，自觉没有愧对任何案件和任何当事人。跳出我个人，这其中有一个问题对理解台湾的司法非常重要，就是为什么我及与我有相同理念的台湾司法人得以坚守“独立审判”的承诺？因为台湾的司法制度能让一个好的司法人“活”得下去。

司法制度最重要的是要让好的司法人“活”下去

现在台湾适用的法律，其基本大法——民法，刑法，民、刑事诉讼法等都是 1928~1929 年间

于国民政府创立初期在大陆制订，由大陆移植至台湾继续实行，虽经多次修订，但其基本主体仍然保留，并实行至今的（2003年刑事诉讼法曾作较大幅修正，采修正之当事人主义，使得辩护人与检查官在法庭上攻防的地位略为平等）。台湾司法人员（包含法官、检察官）选拔很严格，首先要通过司法特考（相当于高考层级，高考是台湾高级公务人员选拔考试，极难通过），通过考试再经过一年半到两年的司法官培训，培训及格后才能分配到各个法院或检察署，由基层法官、检察官开始磨练，约十年升一级，到担任院长、检察长或最高法院法官时，一般应有二三十年以上司法实务经验。司法考试的录取率很低，而且司法人员不可能由其他工作转任，几乎杜绝了考试之外的途径，基本上保证了司法人员的高素质。

台湾实行五权宪法，政府机构由“五院”即“行政院、立法院、司法院、监察院、考试院”组成。检察系统的检察官属于“行政院”下的“法务部”，在行政上受“法务部”管理，但在办案上则依照检察一体的原则，由检察总长和检察系统的长官指挥；而各级法院在司法行政上由“司法院”统一管理，但是在审判上法律规定应由各个法官依据法律独立审判，因此，原则上法官和检察官都具有相当的独立性。陈水扁案的侦办就体现了这一特征——检察官可以不听命于“总统”和“法务部”，但需听从检察总长和检察系统长官的命令。台湾的法院系统是三级三审制（大陆是四级二审制）——地方法院、高等法院和最高法院。地方法院和高等法院都是事实审，即主要是对案件进行事实调查和法律审判，而最高法院则是就下级法院查得的事实去审查下级法院法律适用是否正确。由于实行三级三审制，多数案件都可经过三个层级多名法官的审查，所以审判错误的情况较能被纠正。

台湾亦曾经历过威权政治，因此涉及政治的案件还是难以得到完全公正的处理。但台湾的司法基本上一直在进步，现在一般的案件基本能得到较公正的判决，法官拥有比较大的空间。

我刚进入司法体系时，当然也看到朋友所说的“黑暗”，但情况比想象的好。因为台湾实行“法官终身制”，对法官和检察官的身分有相当的保障，除非司法官自身有刑事犯罪或被惩戒（因行政上的错误被弹劾、纠举）、被禁治产（丧失意识能力），否则不能迫令司法官辞职。这个保障最大的好处是只要司法官不在意升迁、考绩和调动，就可以依据良心处理案件。因此，“要依照良心审判”在司法界还是可以做到的，即使得罪当权者，最多被调到偏远地区办案或只能审理一些小案件，但其法官或检察官的身份仍然存在。因此，纵然有人认为100个法官中有99个不好，但只要有一个好的法官、检察官能本着良心独立办案，他就能影响第二个、第三个人……因此，我确信，只要制度上能让一个好的司法官有生存的空间，他就能发挥好的、善的影响力。

“所有权力都易腐化，绝对的权力则绝对地腐化”。（阿克顿勋爵语，《通往奴役之路》，哈耶克著，中国社会科学出版社1997年版）有权力的人总希望利用掌控司法，进一步巩固他的权力。因此，在制度设计上就要将司法权独立于行政权之外，并以法律保障司法官的独立审判权。在李登辉、陈水扁执政时期，他们比威权时代更变本加厉地在“司法院”、“监察院”、检调系统等各个首长职位及重要关键位置上安插心腹、小人，以掩护他们所涉的各种重大弊案。但值得庆幸的是，因为宪法中对司法官保障的规定，使得台湾坚持原则的司法官存活下来，等到天蓝之日可以继续发挥作用。

在台湾，一般案件原则上不会受到干涉，但涉及政治的案件常会遭受一定压力。我刚任法官时审理过一个案件，是政府机关与员工的诉讼。当时的法院院长指导初任法官的我说：“行政机关是不能败诉的。”我回答说：“如果行政机关行为不合法，就应该判它败诉。司法不可以违法保护行政

机关，否则行政机关永远不知应当守法，也永远不会修正自己的错误。”最后院长接受了我的意见，高等法院、最高法院也维持我所判“行政机关败诉”的结果。该行政机关最后接受法院的判决，并重新修正了办事原则。

说“不”的法官检察官是怎么培养出来的

台湾的司法改革历经多次转折，而 1989 年在新竹法院、新竹地检署发生的“吴苏案”则是第一个重要的里程碑。当年我也参与见证了这个事件。“吴苏案”是指当时“司法院”掌管司法风纪的第四厅厅长吴天惠及其配偶苏冈律师，在苏冈代理的案件中，夫妻二人一再共同利用吴的厅长身份，长期向法官检察官行贿，并从中获取极大利益。他们几乎无往不利，但在新竹法院和地检署碰到了大钉子。以高新武为首的检察官们决定主动侦办吴苏二人。这个由基层检察官主动侦办司法高官，并由法官、检察官挺身作为告发人、证人的案件，在台湾司法界是首例。虽然在司法行政系统遭遇很大的阻力，但却深获民心。1989 年 1 月 11 日“司法节”当天，吴天惠和苏冈二人被高新武检察官主动拘提审讯，全台湾震惊，台湾的司法也从这天开始逐渐获得人民的信任。“吴苏案”在司法界最重要的作用在于对年轻司法人的鼓舞与影响。虽然最后吴天惠被判无罪，只有苏冈被判有罪并服刑坐牢，但这个划时代的案件，无论在台湾社会还是在司法界，都树立了一个榜样、一个典范。这个案件结束后，当时参与其事的法官、检察官有一个共同约定：“决不以参与这个案件得到的声名，作为资源去从政或谋取其他利益。”案件结束后，大多数人都选择辞职离开，高新武检察官也辞职了，离职前他对我说了番很重要的话：“深受司法界不良习气影响的现职司法人员已经-很难改变，但我们可以寄希望于未来的司法人，他们现在可能还在学校就读，或者刚进入司法系统，还没有被‘污染’，我们现在所做的就是树立一个典范，让他们知道一个好的司法官应该怎么做。我们正在播撒种子，六七年后我们会看到第一批司法新苗出现，二三十年后就会逐渐成林。”事后证明，高检察官是对的，这个案件结束后六七年，当李登辉开始把政治的手伸进司法时，第一批向李登辉大声说“不”的司法官，其中领头者就有“吴苏案”侦办时在我们身边学习的实习司法官。今天当陈水扁为所欲为，犯下这么多贪渎案件时，台湾也出现了一群不畏权势挺身而出对抗行政强权的法官、检察官。当年播下的种子已经-成林，这让我们感到欣慰。

并不是有了好的司法就没有人犯罪，就像即使有了好的医院也还是会有人生病、死亡。一个好的司法并不能保证官员不贪污、民众不犯罪，但只要司法能把贪污的人、犯罪的人绳之以法，就会对犯罪者、对社会产生惩戒、警示的效果。今天，因为台湾的司法尚能独立并发挥功效，才能于领导人陈水扁还在任内就开始侦办他及他的家属的贪渎弊案，而不是作为一种政治斗争的工具使用司法。幸好台湾在 20 年前逐渐构建了一个不被政治全面操控的司法，才能在二度政权轮替中，保障它还有一片不被政治操控的空间。台湾的司法会朝更好的方向发展，因为 20 年前我们播下了良性的种子。

来源：学术中华. 2009-10-30

<http://www.xschina.org/show.php?id=13470>

3.6 世界科学界的一朵奇葩诞生了！

“我在晶体学这一领域的研究已超过 40 年，这一系列事件的发生让我感到，这个时代的变化太大了。”最早揭露井冈山大学两名讲师论文造假事件的荷兰教授斯派克这样感叹。

这确实难为了洋教授，他们实在无法理解，世界上居然冒出这样一群“科学家”，搞科学研究既不为探求新知，也不为专利等商业目的，更不为万古流芳，甚至不为了获得同行认可，而纯粹就为了在 SCI 刊物上发论文，用来拿奖金、评职称。为此他们或者造假，或者钻空子，投机取巧。

衡量一个科学成果的价值，是一项很复杂的工作，需要多个标准综合评价。但如果学术行政化了，就必须将这些不能简单量化的东西强行量化，依照这些量化的结果从上至下分配学术资源。这样一来，一切学术活动的价值，既不由社会来评价，也不由历史来评价，更不由教授同行来评价，一切只为这些量化的东西，只为搞出政绩让领导满意。荒唐事随之而来。

在自然科学领域，SCI 标准是学术行政化体系下最时髦的一个标准，因此，在中国，一群一切为了 SCI，一切围绕 SCI 的“科学家”群体诞生了，堪称世界科学界的一朵奇葩。甚至有人把他们称为外星物种，近年来强势入侵世界科学界，改变了一直稳定的生态。

（SCI《科学引文索引》，英文全称为 Science Citation Index 是美国科学情报研究所出版的一部世界著名的期刊文献检索工具，收录的文献能全面覆盖全世界最重要和最有影响力的研究成果。作者注）

井冈山大学的 SCI 英雄们

2009 年 12 月 19 日，国际学术期刊《晶体学报》E 分卷（被 SCI 收录）在其网站上公布，中国井冈山大学化学化工学院的讲师钟华、工学院讲师刘涛，两年内在该刊物发表的 70 篇文章存在造假，一次性予以撤销，并将该校列入黑名单。文章还表示，调查工作仍在继续，问题论文数量可能继续攀升。一次撤销 70 篇论文，在国际科技期刊历史上可谓空前绝后。

造假是硬伤，铁板钉钉，被抓住了也无话可说，然而，由井冈山大学事件而暴露出的另外一些为发 SCI 文章而钻空子、投机取巧的做法也同样值得关注。

此次被揭露论文造假的讲师刘涛，原本专业是工科，为什么去化学期刊上发表文章呢？原因很简单，就是投机取巧，这样搞很容易发论文，而且算 SCI 成果，在中国的学术行政化体系中，这可以用来赚奖金，评职称。

据方舟子介绍，即使不造假，这样的文章也很容易弄。《晶体学报》E 分卷其实只是一个小分子晶体数据库，在那里发的“论文”一篇只有一页，只是一篇实验记录，一般提交两三周后就能发表，门槛很低。斯派克教授证实：“目前，研究者完全有可能在一天之内完成收集衍射数据、解析并细化晶体结构，然后将相关数据发给《晶体学报》E 分卷发表。”测一个新的小分子晶体结构也就是几个小时的事，只是到后来，井冈山大学的两位讲师连这几个小时都懒得花了，直接造假。

虽然这份期刊是属于 SCI 收录的范围，但影响力微乎其微，2008 年它的影响因子只有 0.367。（化学类平均影响因子在 9 左右，如果以影响因子来衡量，平均水平的一篇 SCI 论文就相当于 250 篇这种文章）。

很显然，这样的论文即使我们不说它是垃圾，其科学意义也微乎其微，别国的科学家并不愿意去做这样的工作。但是对于学术行政化的中国“科学家”而言，这却是一条财路，因为很多学校规定，发一篇 SCI，算科研成果，有高额奖励。井冈山大学规定的是一篇奖励 5 千元，2007 年，井冈山大学

学一共发表 SCI 论文 144 篇，其中 116 篇是出于这个《晶体学报》E 分卷，其化工学院的教师几乎人人都在上面发表过论文。该杂志成了他们的一条财路。

投机的比造假的更可恶

想出这样的财路并不是井冈山大学的 SCI 英雄们的专利，早在 2005 年，宁波大学理学院院长郑岳青就被人发现用类似方式狂发 SCI 论文。他的简历显示其发表的 SCI 论文高达 130 多篇。郑院长发论文的方式，大多是通过同一模式给不同的金属测序，测出一个，便可作为一个成果发表。而这些文章，多发在国外一些“影响因子”很低的刊物上，行内称之为“郑岳青现象”。

当然，还有更勤奋的。2004 年~2009 年这 5 年间，黑龙江大学教授高山在《晶体学报》系列期刊上发表了 279 篇文章，平均不到一周就发一篇 SCI 文章，可谓神人！

高山教授自己认为，他没有造假，这些论文完全是他辛苦得来的。也有人为高山辩护：“如果高山教授一没有伪造数据，二没有剽窃文章，三没有一稿多投，那么，高山教授就没有错误。”

是的，高山教授确实没有留下造假之类的硬伤，但是，我们要问，如果发这样的文章没有学校的奖金、不能用来评职称，高山教授们还会这么干吗？他们这么干的动力难道真的是为了给科学做一些查漏补缺的工作吗？

如今，《晶体学报》这类国际杂志几乎成了中国人的天下，就在发表撤稿说明的这一期上，共有 290 篇论文，其中有 134 篇来自中国大陆，几乎占了一半。为什么中国学者如此热衷在这样的刊物上发论文，其中原因，不言自明。

论文大国含金量几何

据国家公布的数据：2007 年中国发表被 Ei 检索的论文超过美国雄踞世界第一；ISTP 检索论文位居世界第二；SCI 检索论文仅次于美国和英国，位居世界第三。到了 2008 年，中国 SCI 论文数首次突破 10 万篇，总数为 11.67 万篇，较 2007 年增加 2 万多篇，位列世界第二，仅次于美国。

从论文数量上来看，中国已经是无可争议的论文大国，科技大国，但论文质量呢？很遗憾，据统计，2008 年，我国论文中只有约 10% 的论文被引次数高于世界平均值，也就是说，10 篇中只有 1 篇超过世界平均被引用数。从 1999 年到 2008 年，来自中国的累计被引用次数超过 200 次的国际高影响论文只有 106 篇。

而且，我们很容易看到，在论文数量排前几位的科技大国中，中国是唯一一个与诺贝尔奖无缘的国家。论文数量排在中国之后的英国、德国、日本等国家，反而都是诺贝尔奖的常客。

近十年来，在《科学》、《自然》等国际顶级的学术期刊上也能见到中国科学家的名字了，在次顶级的刊物上，中国科学家更是频繁露面。但为什么我们总是拿不下一个诺贝尔奖呢？

这是一个古老的问题，我们很难给出一个准确的答案。但香港浸会大学理学院的一位教授向笔者道出了其中一个可能的原因：很多中国的大型课题和科研成果，也存在投机取巧之嫌，你可以说这些成果是国际前沿，也能在一流的学术期刊上发表，但其实际科学意义却相当有限。

打个比方，国外科学家首次合成了牛胰岛素，这是真正划时代的大发现，中国这边马上就跟着

做一些附属产品，合成牛胰岛素结晶，或者别的什么衍生产品。人家克隆羊了，咱们就跟着克隆猪、克隆狗，把相关一些分支做烂做透。由于中国的高校在这些年都流行“集中优势兵力打歼灭战”，资金人员都向少数大实验室倾斜，只要投入大，发扬人海战术，跟在国际热点成果后面搞出点附属产品，并非难事。虽然说这样的成果也有一定的科学意义，但显然意义已经大打折扣了。再多的小舢板捆起来也不是航空母舰，论文数世界第二的中国，拿不下一个诺贝尔奖也就在情理之中。

学术行政化是罪魁祸首

为何会有这样一群“科学家”，搞科学研究既不为探求新知，也不为专利等商业目的，更不为万古流芳，甚至不为了获得同行认可，而纯粹就为发论文而发论文。归根到底，都是激励机制使然，是学术行政化的评价机制使然。

可以说，国外的科学家不像我们这样做，也是他们的激励机制使然。以美国为例，两百多年来，美国大学的学术一直是独立的，自己为自己负责。一所大学办得好不好，由社会评价决定。大学的主事者们，只会在乎社会声誉、同行的评价、历史的评价、以及市场的反映。

在美国，对于教授的评价和待遇，也由各个学校自己决定。学校是独立的，自然不会在这个问题上乱来，这和私人企业不会请一个庸才当工程师是一样的道理。谁有资格当教授，一般由学校的学术委员会独立决定，标准只有一个，就是看有没有真才实学，绝不唯发论文和课题数量来定。

以二十世纪最伟大的哲学家约翰·罗尔斯为例，他用了 20 多年，在他 50 岁的时候才发布了代表作《正义论》，之前十几年，他发表的论文数量屈指可数，但很早他就是教授了。

另一位大哲学家海德格尔，他在 1925 年申请马尔堡教授职位的成果只是一篇还没有发表的讲课稿件（《存在与时间》的雏形）。大学的学术委员会觉得这篇讲稿水平足够，就愿意聘请他做教授。而在目前中国的学术体制下，罗尔斯和海德格尔可能还要在讲师职位上煎熬多年，直到他们在核心刊物上发表足够数量的论文为止。

美国的大学是向下负责，也就是向社会声誉、向学生市场负责，其利益也来自于下面。而中国的大学不同，主要是向上负责，大学办得好不好，得到多少资源分配也由上面说了算。教授们的职称、待遇、收入，这几年都日益课题化，而课题，多半都是自上而下分配的资源。这就是学术行政化，行政化就要考核政绩，就自然会搞出一些量化的指标。

和奥运会金牌战略一样，现在大学实行的是“SCI 战略”、“国家课题战略”，君不见，这些年各大学大会小会讲的都是这个，经常进行 SCI 论文和课题大动员，定期表扬重奖课题大户、论文大户。这些量化的指标，作为政绩层层上报，乌纱帽和钱袋子，都系于此。

在此机制之下，井冈山大学的 SCI 英雄们诞生了，世界科学界的一朵奇葩诞生了。

来源：学术中华. 2010-01-19

<http://www.xschina.org/show.php?id=13579>

3.7 李玫瑾回应质疑称最担心舆论影响药家鑫案判决

因“弹琴强迫杀人法”被骂犯罪心理学专家李玫瑾：我不能说不杀药家鑫不足以平民愤



贺卫方：莫以群众狂欢的方式处死一个人

王忠武：公众只会接受与自己相近的观点

他拿刀扎向这个女孩的时候，我认为他的动作是在他心里有委屈，在他有痛苦，在他有不甘的时候，却被摁在钢琴跟前弹琴的一个同样的动作。

——李玫瑾评药家鑫

马加爵的杀人行为，与贫穷无关、与歧视无关，应该对此血案负责的，不是社会而是马加爵本人。而现行的法律，也没有任何条文规定，在犯下此种罪行后，仅仅因为贫穷就可以减轻处罚。

——李玫瑾评马加爵

做出犯罪行为不一定需要巨大的冤屈，也不一定需要合理的理由，很多犯罪就是很愚蠢的。

——李玫瑾评杨佳

百度百科里，犯罪心理学专家、中国人民公安大学犯罪心理学教授李玫瑾的个人简介，一度被修改成“著名犯罪漂白家，对于犯罪漂白有相当经验”。祸起3月23日，西安音乐学院学生药家鑫杀人案开庭，当晚，李玫瑾在央视点评称，药之所以会在瞬间完成连扎6刀的动作，和他长期以来的钢琴训练有关。旋即，李的说法被网友称为“钢琴强迫杀人法”，是在为药开脱罪行。李本人亦陷入漫天口水之中。

近日，李玫瑾接受本报专访。

记者 陈学超 实习生 姜雪

谈“网骂”

“他们戴有色眼镜和情绪攻击我”

记者（下简称“记”）：现在网上对你骂声很多，如何看待？

李玫瑾（下简称“李”）：确实特别出乎我的意外，因为我认为这是一个很正常的点评。但我个人也在反省为什么会给大家造成这样的错觉。

记：你认为原因在哪里？

李：我感到最早网上有一篇转载很多、名叫《教授，请勿在亡者的伤口上撒盐》的博文，正是这篇博文给我概括了什么所谓的“弹钢琴强迫杀人法”。这个说法一提出来，很多没看过视频，甚至根本不知道前后过程的网友，就认为他的概括是对的，因此开始骂我。

如果大家直接去看视频，会有各种各样的说法，但现在大家统一用的都是“弹钢琴强迫杀人法”。

记：如果不是药家鑫被传有军方背景，还会不会有现在的情况？

李：马加爵案、邱兴华案和杨佳案，公众都倾向犯罪人，因为前几个人在公众眼里都属于弱者，唯独药家鑫不是。但事实上看药的材料，他没有复杂的背景，中国有成千上万这样的家庭。

谈底线

“我绝不能说不杀药家鑫不足平民愤”

记：有媒体认为你的点评没有考虑到“技术话语与法治语境的适宜性”，是导致这次风波的原因之一。你在博客里对这一观点表示认可。

李：语境很重要，我当时没有分析“药家鑫该被判何刑”，而是直接分析他“动作的由来”，给人造成“替他找理由”的错觉——专家视角与大众视角的差别导致了这种错觉。

记：你认为网民最希望你在节目里表达什么观点？

李：我现在明白了，他们让我谈的就是药家鑫罪大恶极，不杀不足以平民愤。他们要的是这句话，但作为专家我绝对不能说这句话。

记：怎么解释？

李：我必须理性。他该不该杀是法庭作出决定。我没有审查案件，不能做出那样的评判。如果要做出那样的评判可以找刑法学家。我是犯罪心理学家。我不能在那个地方说他该杀还是不该杀。那叫民意审判，我作为专家，我不可能做民意审判。

在央视另外一个栏目里，我们有一个专家评论说“不杀不足以平民愤”，下来以后我们有多少人讨伐他啊。你怎么能在那个地方说那样的话，你还是法律教授。我们自己都在讨伐这样的教授，我怎么能在那个场合说那样的话，所以我在央视连药是不是自首都没有回答。因为我没听评审，不能做判断。

谈初衷

“我重点分析他扎人的心理背景”

记：你认为央视希望你做什么样的解读？

李：犯罪动机还要我说吗？他自己都说“我撞伤不如撞死，我就是怕麻烦”。我到那（央视）告诉观众这是一起故意杀人案，那我的点评也太滑稽了。

我认为央视所关注的，是这样一个受过良好教育的人，为什么会在完全没有预谋的情况下，瞬间扎了被害人这么多刀，做出这么可怕的事情。我们要从案件行为中看出他的背景，更重要的是预防什么。我认为它需要的是这个答案，那我当然要解释的是这个问题。

记：但公众似乎并不理解对这个瞬间动作的点评和要寻求的答案有什么联系。

李：人通常在愤怒背景下才有多发动作行为，甚至大家愤怒骂我时，往往也不是一句话就能解恨的。那么，药在案发当晚，在他平生第一次举刀杀人时，他是恐惧多呢还是愤怒多？我的判断是：他应该恐惧多，他应该扎了一两刀就想跑，甚至可能因为意外和恐惧而出现无法自控的颤抖。

但他在瞬间连扎了这么多刀，他为什么没有顾虑，他为什么不停？这才是问题的关键。所以，我才重点分析了他扎人动作的心理背景：长期的机械动作、长期与人隔离、长期被迫练琴等形成的

心理问题——有艺术而缺乏人性。因此我认为这跟他弹钢琴有关，这有什么不对？

记：你的目的在于，通过分析反常行为产生的原因，来避免出现更多的“药”。

李：我想反省他的问题的由来在哪——就是只有技能，没有情感。我曾问他喜欢哪个音乐家，他回答是肖邦，是浪漫的。可我们都知道，要考级的话你要练的是技术性的曲子。说句实话，十个指头倒来倒去，考到十级他得练多少曲子？因此，他经历的是什麼，我不知道有多少人理解这个过程。而我们现在有多少家长都希望自己的孩子成为朗朗，我们也正在重蹈着这条路，这才是让我反省的。所有技能、艺术、知识都要使孩子具有人性的时候，才有价值。你说我这些话怎么就没有人听得懂？包括这些大学教授，什么北大的、清华的。

谈专家

“你在别人专业领域中太自负”

记：如你所说，不少社会知名人士包括清华大学美学教授肖鹰先生，也对你的观点有不同看法。

李：我说“弹琴导致药杀人”，你不能反过来说，他“杀人是在弹钢琴”。我说“地湿了是因为天下雨”，你不能说我说“地湿就等于天下雨”，这是逻辑上的错误。很多（指责我的）专家即使不是干这个专业的，这种理解的、逻辑上的错误也是不应有的。现在这些不是我说的话，成了我说的话。然后他来批斗你，且不容你申辩。

记：除了发表博客回应肖鹰，和他还有什么交流？

李：我很客气地找到肖鹰教授的博客，给他留了一句话：肖教授咱俩最大的差别，是你在别人的专业领域当中太自负。

我认为这话稍有学术素养的人就应明白了，就别说了。要是说的话你也得说到点上。你要不就问问身边的心理学的专业人员，我的话有没有道理可言。但我觉得他不明白，这就是后来我为什么不再理他了。

谈心声

“理解，不是渴望就能拥有的”

记：你渴望被理解？

李：我不渴望，有些东西不是渴望就有用的，而且我也不是第一次经历这种事情。从马加爵案到邱兴华案，我都没少挨骂，包括杨佳的案子。面对这一切我很坦然，我并不急于解释。

我觉得这就是社会分歧所在。你作为专家从一个角度去研究问题，不是所有人能理解你。

我不跟他们吵架。但我觉得最不可思议的是我们有些教授，我这么平和的给他讲道理他听不懂，他甚至在攻击我的为人、人格，你跟我接触过吗，你了解我的专业吗，什么叫专家强迫性人格？我觉得这是我们的悲哀，名牌大学怎么出这样的教授，而且还好意思一而再再而三的指责我。

记：你对此非常失望？



李：我们现在大学老师的浮躁以及网民的暴躁，是我们当今中国社会转型时期的一个整体的温度计的体现。我不愤怒，我觉得这就是现实，慢慢面对。但是我希望，若干年之后回过头来看这个案件，人们会想，李老师这个分析让我们明白了艺术教育的哪些问题特别危险。

不做专业分析，如何避免出现下一个“药家鑫”？

李玫瑾：“发现问题不说就是失职！”

商报济南消息（记者 陈学超 实习生 姜雪）因为在央视《新闻 1+1》栏目中，对药家鑫案作出的点评，中国人民公安大学犯罪心理学教授李玫瑾饱受争议，她曾因此一度产生过不再对公众案件进行点评的念头。

但这也只是闪念。“如果没有人去观察分析药家鑫心理得病的原因，那么即使杀了这个药家鑫，仍然不能解决同类问题：我们走在大街上，保不齐接着被人撞，然后再被人碾压、再被砖头砸死、再用扎刀扎死。”李玫瑾说，她的研究应该受到尊重，可以让很多人受益，包括攻击谩骂她的网友和他们亲人。

“发现问题不告诫就是失职”

记：对于药家鑫的案子，你现在最担心什么？

李：特别担心社会舆论对药案的“判决”。我估计法官都不敢轻易地拍板。

我昨天做节目，有一个嘉宾对律师说了很多话，我没好意思阻止他。我认为律师就是干这行的，他就是说错了也是应该的，不要攻击他。我不同意激情犯罪，因为案件构不成激情犯罪：没有双方的言语和动作冲突，所以不存在激情。但是我从来不会因为这个去攻击律师，我认为他的辩护、他的所谓的辩护都是应该的。他吃的这碗饭，干的这个活，就应该替药家鑫说话。法律惩罚的是具体的行为，你杀人就得为杀人付出代价，但是不等于你这个人就可以被侮辱、被辱骂，我觉得这是两码事。

记：以后你还会对公众点评案件吗？

李：有人染了疯牛病倒下后，在不明原因的情况下，很快就有第二个、第三个人倒下。如果没有人去观察分析药家鑫心理得病的原因，那么即使杀了这个药家鑫，仍然不能解决同类问题：我们走在大街上，保不齐接着被人撞，然后再被人碾压、再被砖头砸死、再用扎刀扎死。

我在此次点评药案后引起如此大的争议，尤其是恶毒谩骂，我真的有过这个念头：以后再也不要对公众点评任何案件。可是，我的研究和我的职业操守告诉我，当我发现案件背后的原因和问题时，不告诉社会，不告诫大家，就是失职。因为这种情形很快就会再现！

我认为，我的研究可以让很多人受益，包括攻击谩骂我的网友和他们的亲人。我的研究应该受到尊重，不是为我，是为我们这个社会。

“我想我还是有知音的”

记：你的同行对您的这次点评肯定也有关注。

李：我没有看到文字的，但在我们大学的教研室，几乎所有见我面的同行都说：网上的事我们都看到了，你别理他，他们根本不懂。我说“谢谢你们，到底我们是同行。”

记：除了同行，专业领域以外有没有对你表示支持的？

李：我这些日子接到那么多向来很少联系的朋友，发来短信说：我们看了你的全部视频，我们同意你的观点，你是正确的，你不要怕。我看到这些真的很感动，觉得生活当中还有很多并不需要你讨去讨好，就认可你的人。我还是有知音的。

其实很多记者，包括张泉灵我都没有见过面，只是电话连线——黄勇的案件我跟她连过线。这些记者我们真的就属于声音之交，没有见过面，但是在这次的评论当中他们都在鼓励我，说李老师你要坚强，我说你们放心。

当今中国最有良知的是我们的记者群。感激是很轻的一句话，这些东西我都记在心里。我觉得我们有共同的感受，就是我们对社会有责任。

网友为何会嘲讽专家？王忠武：公众只选与己立场相近观点

药家鑫案引发众多关注，包括北大法学院教授贺卫方，南开大学副教授、著名青年学者熊培云（微博），山东大学社会学教授王忠武在内，通过微博、接受采访等多种形式表达了自己的看法。

贺卫方：“株连九族”言论令我震惊

针对最新一期《南都周刊》刊发的专栏文章《要以公众狂欢的形式处死一个人吗？》，贺卫方教授在个人微博中表示：“拙文已明确说，如果披露的信息都属实，依据今天的刑法和司法实践，药若不判死刑，难说是一个公平的判决。”

贺卫方同时表明，专栏文章的批评主要针对孔庆东教授，“他的‘株连九族’之类的言辞令我震惊。”

“你若有兴趣，可以在网上检索视频，看看我这位同事的全部评论。虽然充满了对于杀人者的全部义愤，但我不得不说，他的话语不仅经常充满自行矛盾，而且本身也洋溢着暴戾之气。网友的跟帖也大多是叫好欢呼。我们当然可以依法判决一个人死刑，但是否可以不要以群众狂欢的方式处死我们的同类？”贺卫方说。

熊培云：潜在的报复是在比坏

在《重新发现社会》、《自由在何处》等著作中，青年学者熊培云多处倡言废除死刑。药家鑫案，熊培云再次在微博中论及死刑存废。就此发表的10条微博中，熊培云表示：“你们（主张杀药者）以为既然杨佳可杀，那么药家鑫同样可杀。而我认为杀了药家鑫同样救不了下一个杨佳被法庭所杀。这种潜在的报复实际上是在比坏。”

在熊看来，更为负责的做法是促成张药两家和解，不让张家活在仇恨的伤痛里。“你们说杀药是还张家以正义，我却说此正义是‘嗜血的正义’。当一个孩子失去妈妈，另一位母亲又失去儿子，两家永无和解之日。而你们满足了想要的正义感，什么也未失去。”

王忠武：公众为何会嘲讽专家

山东大学社会学教授王忠武在接受记者采访时，着重分析了公众嘲笑专家为何会蔚然成风。

这需要从两方面看待。一是公众不能苛求专家，所谓专家是指在某一领域有专长的人。“姚明只能打篮球，聂卫平只能下围棋。你不能要求姚明的围棋下得和聂卫平一样好，同样不能要求聂卫平的篮球打得像姚明一样棒。”公众需要树立科学的专家观。

同时，王忠武指出，目前社会上确实有一部分专家过于从众媚俗，社会参与感太强，与自己无关的专业领域也要参与也要讲，结果暴露了自己的知识局限性，一旦公众受过类似专家的害，吃过专家的亏，便会产生对专家的极大不信任。“没有无缘无故的恨。”王忠武说。

具体到公安大学教授李玫瑾遭“围殴”，王忠武分析，公众只会有选择性地接受与自己的阶层、立场相近的观点，一旦专家观点与上述条件不符，就会自然而然地站到相反一方，这很容易造成网络暴力。另外，网络传播的属性决定了网民不需要对自己参与其中造成的网络暴力负责，这也加剧了类似情况的出现。

韩洪刚：多方语境错位

《时代周报》评论员韩洪刚在评论文章中指出，李玫瑾的表达、药家鑫杀人案、公众的理解之间发生了语境错位，以致出现了李玫瑾遭“围殴”现象的发生。

文章认为，李玫瑾对药杀人行为的解释在学理上并非无稽之谈，但在尚未做符合学术规范的系统研究之前，仅凭一个电视台提供的视频，就即兴做出分析，显然失之严谨。另外，李玫瑾还没有考虑到其技术话语与法制语境的适宜性。公众对李玫瑾的解释看作是为药脱罪，同样失之过当。这种误解主要来自一种长期以来形成的心理定势，即司法又是由于受到权力的左右而丧失公正，专家却常常为司法不公做“合理化”辩解。另外，李所使用的“强迫行为”这一解释性概念，与药的辩护律师使用的“激情杀人”这一辩护性概念，在字面意义上很容易被混为一谈，在人们的头脑中“并置”，成为通通是为药家鑫的罪行做辩护。

公众把李玫瑾的解释看作是在“为药家鑫脱罪”，也未免失之过当。事实上，李玫瑾的解释指向的是犯罪嫌疑人杀人行为的“可理解性”。她的分析是有价值的，正如李玫瑾所指出，时下家庭教育中缺失“心理抚养”，光培养孩子的能力是不够的，一定要培养人性，以避免下一个药家鑫。但公众却把这种“可理解性”理解成了“可辩护性”。

来源：共识网. 2011-04-11

<http://new.21ccom.net/articles/zgyj/gqmj/2011/0411/33353.html>

3.8 如何看西方多国对利比亚的军事干预

近一段时期以来，在美、法、英等西方多国的军事干预下，利比亚卷入了一场由西方国家主导的战争。是什么原因导致西方多国如此大规模地对利比亚进行军事干预？利比亚战争最终结果如何？当前的利比亚战争与当年的伊拉克战争在性质有什么不同和相同？利比亚战争是否会重蹈伊拉克战争的覆辙？恐怕这一系列问题是各界更为关注和需要找到答案的。

利比亚与西方国家关系的是是非非

在卡扎菲政权执政 40 多年的时间里，利比亚与西方国家关系的是是非非恐怕是当前这场战争的历史根源。先是，利比亚与美国等西方国家的关系多次发生危机，特别是与美国多次剑拔弩张，利比亚不仅多次遭到美国等西方国家的军事打击，而且长期的国际制裁也使利比亚与西方的关系带有严重的敌对性；后是，虽然后期也曾经出现缓和趋势，似乎卡扎菲政权逐渐被西方国家特别是法国等欧洲国家所接受，但随着今年利比亚国内政治局势动荡的加剧，西方国家对卡扎菲政权固有的敌视再度暴露出来。

事实上，西方国家与卡扎菲政权积怨已久。1969 年 9 月 1 日卡扎菲发动政变上台后，不仅在人事安排上对亲西方派进行了彻底清洗，而且与美国等西方国家对抗步步升级。由此，在西方眼中卡扎菲政权是一个“怪胎”，从卡扎菲政权建立的那一天开始，西方国家就将卡扎菲政权视为最“危险”的政府，对西方国家的威胁不仅来自安全方面，而且也来自石油需求控制方面。卡扎菲政权的初期，对西方采取了极为强硬的对抗性外交政策，逐步将一些西方国家在利比亚的石油资源开采权收归国有。同时，1970 年 6 月卡扎菲政权收回了美国在利比亚的惠勒斯空军基地，意味着美国失去了一个在非洲的最大的军事基地，从而使美国在黑海和地中海和非洲、中东的军事存在受到极大削弱。与此同时，卡扎菲政权对西方国家外交政策的示范性作用，在中东和北非引起广泛影响，不仅导致西方国家在中东和非洲的地位和影响不断下降，也使西方国家在这一地区的经济利益受到伤害，石油需求控制权受到削弱，从而惹恼了美国等西方国家，特别是法国由于对利比亚石油需求更为迫切，对卡扎菲政权始终耿耿于怀，因此卡扎菲政权与美、法、英等西方国家的关系长期处在对抗状态。

特别是 1985 年 12 月底在罗马和维也纳机场，发生两起恐怖袭击事件，美国等西方国家认定是利比亚恐怖分子所为，于是时任美国总统的里根派出多艘军舰驶入地中海南部海湾，在利比亚湾附近演习，对利比亚施加军事威胁和进行挑衅。1986 年 4 月 2 日泛美航空公司从意大利罗马飞往希腊雅典的航班发生爆炸，以及 5 日在前西德西柏林拉贝勒舞厅门前的爆炸，美国等西方国家也认定利比亚是制造事端的罪魁祸首，随即美国宣称多年来针对美国的恐怖事件大多都与利比亚有关，不久便与英国联手对利比亚实施了代号为“草原烈火”和“黄金峡谷”的多次空中军事打击。1988 年 12 月 21 日的洛克比空难，被视为美国“9 11”恐怖袭击事件发生前最严重的恐怖事件，经过反复调查和论证又一次将嫌疑锁定了利比亚。为了迫使利比亚交出嫌疑人，联合国安理会曾多次通过决议，对利比亚实施包括空中封锁、武器禁运和外交制裁等一系列国际制裁。在国际社会的压力下，利比亚被迫同意交出两名嫌疑人，并于 2003 年 8 月与美英达成协议，正式承认对洛克比空难负有责任，对洛克比空难遇难者家属支付了总额约 27 亿美元的赔偿，约每人 1000 万美元，创下世界空难史上赔偿金额最高的纪录。1989 年法国联航在尼日利亚发生的空难，在经过长期谈判后利比亚承认对这起空难负有责任，并同意向每位遇难者家属支付 100 万美元的赔偿金。同时，利比亚决定放弃对大规模杀伤性武器的研发，表示愿意与西方国家缓和关系，解除长期存在的敌对状态。

此后，利比亚与西方国家的紧张关系开始有所缓解，2008 年 9 月 12 日联合国安理会以 13 票赞成、2 票弃权的表决结果通过第 1506 号决议，决定解除联合国因 1988 年洛克比空难和 1989 年法国联航空难而对利比亚实施的长达 11 年的制裁。

从 40 多年间卡扎菲政权与西方国家的关系上看，卡扎菲政权与西方关系总是反反复复，错综

复杂。尽管，卡扎菲政权也曾为缓和与西方国家的关系、解除西方的经济制裁和摆脱外交上的孤立，对西方的外交政策由对抗性转向“友善”，西方国家也有限度地给予了相应的对待，看似利比亚与美国等西方国家的关系出现了一定程度的缓和迹象，但是，卡扎菲政权与西方国家关系的缓和依然是短暂而又脆弱的，始终存在着危机隐患。1988年的洛克比和1989年的法国联航空难的阴影并未消除，西方国家对利比亚石油来源的控制仍未得到保障，对利比亚依然存有戒心。由此，西方国家始终没有改变对卡扎菲政权的敌视态度，也没有放弃推翻卡扎菲政权的政治主张。

利比亚战争与伊拉克战争性质对照

随着美、法、英等西方多国对利比亚展开一轮又一轮的空中军事打击，卡扎菲政权同时面临着对外和对内两线作战，风雨飘摇中的利比亚处在一个内外全面战争状态，利比亚战争引起国际社会广泛关注。

2011年伊始，中东和北非地区各国陆续发生的国内政治局势的动荡牵动着西方国家敏感的“神经”。先是苏丹南部地区因公投引发动乱，尔后动乱在周边国家引起连锁反应，紧跟着是突尼斯动乱，然后是埃及、也门、约旦、巴林、阿曼的动荡，再就是利比亚的动荡。中东和北非地区各国一连串的政治局势动荡，既让西方国家始料不及又让西方国家措手不及。对此，西方国家对多数有关国家的动荡采取了相对“消极”或“暧昧”的态度，而对利比亚动荡的反应则截然不同，先是通过联合国在利比亚设立“禁飞区”和“武器禁运”，尔后便是对卡扎菲政权展开的多国军事行动。在利比亚国内政治局势动荡加剧，以及卡扎菲政权政府军与反政府军对利比亚城镇展开激烈争夺之际，西方多国迫不及待地对卡扎菲政权采取军事行动，显然是要以军事颠覆手段改变利比亚的政权，迫使卡扎菲政权下台，在利比亚建立一个让西方国家能够接受的政权。

如果说，当年美国等一些西方国家在中东发动的伊拉克战争是“反恐战争”，以军事手段颠覆萨达姆政权是“反恐的需要”，而从当前的利比亚战争与当年的伊拉克战争相对照，则既有所不同也有所相同。不同的是：当年的伊拉克战争是美国主导的“反恐战争”，是美国全球“反恐战略”的组成部分在中东地区的体现，北约处在相对次要地位，其中法国态度消极，没有随同美国参与伊拉克战争；而当前美、法、英等西方多国对利比亚发动战争则并非“反恐战争”，不是“反恐的需要”，被普遍视为是对利比亚“石油控制需要”发动的战争，北约至少在名义上成为了这场战争的主导者，其中法国在利比亚战争中扮演着重要角色，法国高调对利比亚的军事干预与伊拉克相比判若两人。相同的是：当年美国发动的伊拉克战争，其中一个主要目标是要根除萨达姆政权，改变伊拉克政权性质，在中东拔掉美国一个“眼中钉”；当前美、法、英等西方多国发动的利比亚战争，其中一个主要目标也是要推翻卡扎菲政权，改变利比亚政权的性质，扶持一个令西方国家满意的新政府，在中东和北非地区拔掉西方国家长期存在的一个“肉中刺”。

在当前利比亚政府军与反对派僵持不下的情况下，西方多国对利比亚的军事行动是要给反对派更多的支持，通过外部军事压力和内部动乱并举的两条途径，最终推翻卡扎菲政权，彻底解除在中东和北非长期存在的一个心中隐患。在西方国家迫使卡扎菲下台意图更加坚定的情况下，特别是在多军事打击重压下，利比亚国内力量的此消彼长将卡扎菲政权推上了风口浪尖，最终卡扎菲政权能否化险为夷或是重蹈伊拉克战争覆辙，存在着诸多变数。

从当前的情况看，西方多国的空袭只能暂时影响利比亚的战局，还难以解决利比亚的根本问题，

即使空袭导致利比亚内部力量对比发生变化，但目前反对派还没有足够的力量取得政权，最多是逼迫卡扎菲政权与反对派实现停火，双方形成一个相互制约的局面，或许这一局面是卡扎菲政权化险为夷的最佳选择。与此同时，由于西方国家发动军事打击的初衷是要推翻卡扎菲政权，在一定程度上也使卡扎菲政权化险为夷回旋的余地和可选择的机会越来越少。

来源：中国法制网. 2011-04-07

http://www.fz-china.com.cn/fz-china/law.php?m=newsdetail&news_id=37292&frequency_id=7

3.9 贺卫方：为了法治，为了我们心中的那一份理想——致重庆法律界的一封公开信

尊敬的重庆市法律界各位同仁：

一年多来，我一直想写一封公开信与各位交流一下关于重庆“打黑”的看法。不过考虑到自己在博客等媒体上对于某些事件已经作出过不少评论，担心“说三道四”，饶舌惹厌，也就作罢了。但是，最近重庆的某些走势令人颇感焦虑，如鲠在喉。在我看来，在这座城市里所发生的种种，已经危及法治社会的基本准则，作为一个法律学者尤其是一直参与司法改革的学者，我觉得，公开地把自己的一些困惑和批评意见发表出来已经成为一个紧迫的义务。

促成我写这封公开信的另一个因素是，重庆是我的母校西南政法大学的所在地，是我魂牵梦萦的一座城市。1978年，经历了“八千里路云和月”，在歌乐山下的这座校园里，自己开始了此后的法学生涯。当年上学的时候，我们的老师们也刚刚从“十年浩劫”中备受压制的状态里回到校园，谈起文革期间无法无天、生灵涂炭的一幕幕，一些老师不禁泪洒讲坛。其实，我们这些学生也都是文革的亲历者，所以每个人都是何等地珍惜法学这门专业。我们憧憬着祖国法治建设的前景，盼望着能够早日投身到这桩伟大的事业中，为保障公民权利与自由作出贡献，并下定决心，绝不让文革悲剧在这片土地上重演。

然而，时过三十多年，我们多么熟悉的这座城市里却发生了很多事情，令人恍然有时光倒流、文革重演之感，法治的理想正在沦丧。是的，我指的正是已经持续两年多的“打黑除恶”（当然也包括“唱红”，不过“唱红”这里就暂时不讨论了）。在整个“打黑”行动中，我们看到了运动式执法和司法在轰轰烈烈地开展。在短短八个月的时间里，当局发动社会密告（所谓“群众来信和检举”），抓获“涉黑”人员近五千人。随之而来的是数百个“专案组”突击工作，以“重庆速度”批量化地逮捕、起诉和审判。文强案二审之前出现在最高人民法院官方网站上的王立新法官的日记清楚地表明，公安、检察和法院之间是如何不分彼此、联合办案的。不仅如此，所谓“大三长会议”几乎是公开地登堂入室。对于一些重大案件，法院院长、检察院检察长、公安局局长开会协调，导致案件还没有开审，判决结果就提前决定了。最后的审理过程就是走过场。制度设计中所追求的三机关相互制约机制也就完全失灵了。各位同仁，你们不觉得这种做法完全违反了我国宪法和刑事诉讼法所明确规定的检察权和审判权独立的准则么？

在李庄案的审判过程中，我们分明看到，法庭基本的中立性已经荡然无存。庭审中，李庄及其辩护人请求证人出庭接受质证。我相信主持审判的付鸣剑法官深知这种当面质证的重要性，因为你在西南政法大学的硕士论文研究的主题正是证人出庭作证的必要性。然而合议庭却拒绝了被告方的要求，理由是证人不愿意出庭作证。请各位查一下刑事诉讼法，有没有证人出庭与否取决于他或她的意愿的规则？况且该案的七位关键证人均在重庆执法部门的羁押之下，他们提供的书面证词

很可能出自于刑求或其他威逼利诱，必须通过面对面的核查印证，才能让李庄究竟是否唆使相关人员做伪证等真相大白。然而，江北区法院——这是我当年大学实习的地方——却硬是仅仅凭借这些无法质证的所谓证词作出了有罪判决。

在该案二审时，出现了极其蹊跷的一幕：李庄由一审绝不认罪到二审时突然完全认罪。我们无力深究这戏剧性转变背后的影响因素，不过当法庭宣布由于李庄的认罪，将刑期由两年六个月改为一年六个月时，李庄明显表现出受骗后的屈辱和愤怒，他大声说：“我的认罪是假的。希望法庭不要给我按认罪处理，认罪是在重庆公安机关和检察机关诱导之下进行的”（据“经济观察网”2010年2月9日报道）。李庄的言辞表明，他仍然没有认罪。这样一来，依据他认罪因而减轻处罚的二审判决就被釜底抽薪了。作为一个公正的法庭，必须立即宣布暂缓作出二审判决，查清李庄认罪是在自由意志支配的行为，还是确有背后交易导致以认罪换缓刑。无论如何，既然李庄已经明确地拒绝认罪，二审合议庭需要在这一新情况出现之后作出新的判决。如果法官们确认一审所认定事实无误，那么就应该改为维持原判，而不是减轻处罚。当然，如果存在着警方和检察机关诱骗认罪的情节，法院也需要追究相关人员妨碍司法的罪责。但是，重庆市第一中级人民法院却任由法警将正在怒吼的李庄拖出法庭，对于合议庭依据虚假认罪基础上的判决无动于衷。这又是为什么？

看得出来，围绕着李庄案的审判，重庆方面做足了“功课”。法学界也无法置身事外。庭审现场，有学者应邀旁听。12月30日的庭审持续到凌晨一点多。接近尾声时，在法庭楼上的一间可以通过视频直播看到庭审现场的会议室里，“有关部门”连夜召开法学专家座谈会。“有关部门”是哪个部门？深夜被叫来参加座谈会的西南政法大学教授梅传强告诉《南方周末》，是重庆市政法委召集的。第二天，《重庆日报》便刊出了庭审纪实和学者们力挺这次审判、批驳李庄及其律师在庭审中所提出各项质疑的发言摘要。基层法院的一次审判，直辖市的政法委亲自主导，星夜召集学者座谈，市委机关报第一时间为之造势。面对这一切，若还有人相信这样的审判以及后来重庆第一中级法院的二审有一丝丝审判独立、程序正义的意味，那实在是天真到可笑的程度了。

问题在于，假如没有法律界的配合，这一出司法闹剧又如何可以顺利上演？参与者也许会辩解，在目前的体制下，个人即便内心有疑问甚至抵触，但是你怎么抗拒这种压倒性的支配力量？诚然，这是一件十分纠结的难题。但是，在消极顺从与积极迎逢之间还是有着清晰的界限。某些受过严格法律训练的检察官那种罔顾法律概念，创造性地为一些非法行为背书的行为，实在令人齿寒，也可以说是法律教育失败的象征。

这里还要特别表达对于重庆法学界某些学者的失望之情。如果说实务界由于身份困难而不得不听命于上峰的话，学者们却完全可以保持最低限度的独立性。对于践踏法治准则的行为，也许你不愿意发表直率的批评，但至少还有保持沉默的权利。世界不少国家的法律史表明，在维护法治基本准则方面，法律学界都承担着为实务界提供理论和知识后援的使命，同时也肩负着耶林所谓“为法律而斗争”的神圣义务。面对干预司法独立、违反法律程序、损害公民权利与自由的行为，学术界需要作出清晰而坚定的批评和抵制。但遗憾的是，一些学界同仁不此之图，反而在一审判决尚未作出的时候，就在官方报纸上集体合唱，发表对于五个程序事项一边倒的言论。你们可以看一下随后网络上各方人士如何评论，给学界尤其是西南政法大学带来了怎样的声誉损害。我不明白，促使诸位做这样事情的动机究竟是什么？

最后，我要对重庆公安局王立军局长说几句话。2010年11月，你被西南政法大学聘为兼职博



博士生导师，我恰好也是母校的兼职博导（查简历，还获悉你也是北大法学院刑法研究所的研究员，足见我们的缘分不浅），所以这里不妨做些学者间的交流。虽然只是公安局局长，但由于重庆当局将“打黑”运动作为工作的重点，你的角色就特别凸显，可谓举足轻重。对于你主导的这场雷霆万钧的运动，我颇有一些担心。一是指导思想如果存有净化社会的观念，结果可能是危险的。人性总有某些无从改变的特性，一个健康的社会也许只能对于某些人性的弱点采取容忍的态度。况且秩序与自由有着内在的紧张，过于重视秩序，未免偏于一端，令自由受到减损。

第二，尽管我们都痛恨黑社会，也赞成以法律制裁这类犯罪行为，不过还是要看到，黑社会在重庆能够发展到你们喜欢声称的那种可怕程度，那一定是我们的“白社会”出了严重问题。例如司法不彰，企业界只好依赖法外手段保证交易安全。打黑固然必要，但治本之策却是健全政府依法行政和司法正义的相关制度。

第三，假如政府在惩罚犯罪的过程中使用非法手段，例如刑讯逼供，剥夺嫌疑人的诉讼权利，甚至让那些从事刑事案件辩护的律师提心吊胆，朝不虑夕，势必会带来严重的后患。政府用非法手段打击犯罪令人产生某种不好的感觉，那就是“以黑制黑”，强权即公理。而且，过于严厉的惩罚损害了人们的平等预期，对国家心存怨恨的已决犯亲属以及将来出狱的人们将形成一股可怕的反社会力量。多年来，很多非常恶性的犯罪的作案者都是此前“严打”中受到过于严厉打击的刑满释放者。你从事公安工作多年，对此一定有比我更多的了解。

第四，尽管在现行体制上，公安机关具有超越司法的强势，但是，你作为一个兼职法学博士生导师，我相信一定会理解，法治国家的一个重要标志就是警察权要受制于司法权；公安需要尊重司法权，要接受检察机关独立的监督和审查，要维护法院和法官的独立性。其实，尊重独立司法对于手握大权的人一样重要。文强在炙手可热的时候根本不会意识到这种独立性的价值，但一旦沦为阶下囚，他也许幡然醒悟，深刻地感受到，没有独立的司法，没有一个人是安全的。

各位同仁，我在写这封信的时候，时时会想到死亡这件事。虽然相关数据没有全部公布，不过自从“打黑”以来，文强之外，在重庆还有不少人被判处死刑。人都不免一死，由国家公权力剥夺一个人的生命毕竟是很重大的事情。在网上看到你们的城市组织市民唱“红歌”的图片，真是红旗招展，满目赤色。旗帜的颜色也是血液的颜色。“唱红”与“打黑”两者行为都以同样的颜色铺陈渲染，令人不禁产生复杂的联想。不过，无论是权倾一时者，还是屈辱偷生者，生命注定是朝向死亡的。那些死刑犯不过比活着的人早走一些时日。砍头和枪杀都会留下可怕的伤痕，不过，那却是一种无需治疗的创伤。古希腊伟大的戏剧家索福克勒斯对此看得很清楚，容我把他的诗句作为这封信的结语吧：

等冥王注定的命运一露面，

那时候，没有婚歌、弦乐和舞蹈，

死神终于来到了。

一个人最好不要出生；

一旦出生了，求其次，

是从何处来，尽快回到何处去。

等他度过了荒唐的青年时期，

什么苦难他能避免？

嫉妒、决裂、争吵、战斗、残杀接踵而来。

最后，那可恨的老年时期到了，

衰老病弱，无亲无友。

愿各位幸福，并致法治的敬礼！

2011年4月12日

附注：作者欢迎传统媒体和网络转载本文，尤其欢迎重庆市媒体转载，无需征求同意。

来源：贺卫方的博唠阁. 2011-04-12

http://blog.sina.com.cn/s/blog_4886632001017xtf.html
