

TEAHOUSE FOR JURISTS

法学家

第七辑

茶座

刘作翔

江平

郝铁川

何家弘

胡锦光

邓正来

钟华友

温慧卿

杨立新

许崇德

王昭祥

王立民

卢建平

中国正在进步——通过案例的观察、感悟和批驳

中国法治一百年有感

法律人生是什么

对「撞了不白撞」说不

从「某某型法官」称谓说开去

法学理论前沿与中国法学的发展

苍松风骨，云水襟怀——徐学鹿教授访谈录

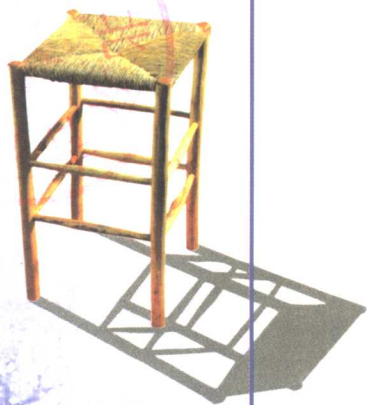
审讯轶事

永不磨灭的印象

一代学人徐静村

「化外人相犯」与领事裁判权

我在法兰西学院听课



山东人民出版社



法学家风采



杨立新，1952年生，祖籍山东蓬莱长山仙岛，生于通化白山绿水之间，幼年读书颇有成绩，之后一路经历国家坎坷，中学“革命”，插队务农，戍边从戎，1975年分到法院专做法官，开始研习法律。在中级法院十五年法官生活中，曾在中央党校、中国政法大学和中国人民大学研读法律，之后在最高人民法院和最高人民检察院任职，2001年调任中国人民大学法学院教授。

自从“触法”，信奉“老老实实办案，清清白白做人”，边办案，边习法，对民法颇有心得，著书数十，著文数百，遂弃官就学，专事民法研究和教学，以带弟子研习民法为乐，孜孜不倦，乐此不疲。又将座右铭改为：

老老实实研法，清清白白育人。



国家新闻出版总署石宗源署长视察山东人民出版社

2004年10月25日下午,国家新闻出版总署署长石宗源在中共山东省委常委、宣传部长朱正昌及省委宣传部常务副部长高挺先、山东省新闻出版局局长车吉心、山东出版集团董事长王兆成等同志的陪同下,视察了山东人民出版社。

石宗源署长一行参观了山东人民出版社出版的部分图书,听取了山东人民出版社金明善社长关于出版、经营情况的汇报。在《茶座》编辑部,石署长特意翻了刚刚出版的第六辑《法学家茶座》,并询问了系列《茶座》图书的出版发行情况,肯定了山东人民出版社坚持正确出版导向,贯彻“三贴近”,面向读者和市场的办社方向。

【图片说明】

石宗源署长(左二)与朱正昌部长(左一)在听取金明善社长(右一)关于《茶座》情况的汇报。



【卷首语】

大红袍与准君子

今年夏天,我到武夷山开会,东道主送我一盒当地特产——大红袍茶叶,并特别声明说,这并不是真正的大红袍。我知道,大红袍乃中国名茶,素有“茶中状元”之称,其特点是叶大如掌、茶汤如胭、馥郁清远、香气冠绝。主人说:大红袍是武夷山岩茶的变种,只在天心岩上有数株茶树,产量极少,为稀世珍品,而今各地卖的都不是真正的大红袍。不过,虽为冒牌货,也是好茶,可以称为“准大红袍”。主人的最后一句话颇有些耐人寻味。

当今世上,物有假,人亦有假。当然,我这里说的不是假人,而是说人也有假的一面,或者说伪装的一面。假的东西未必都是坏东西,人的伪装也未必都是坏事。一般而言,人在社会生活中的伪装都是朝向好的方面,即伪装成好人,譬如“伪君子”。伪君子不是真正高尚的人,其内心深处还是小人,但行为举止却表现得像个君子。倘若世人皆为真君子,则人类社会定然美好无比,但这是绝对不可能的,因为这需要按照君子的标准塑造人的灵魂,改造人的思想。古往今来,各种宗教与道德的力量,各种理想和精神的追求,都试图实现这个目标,但都只能在部分人身上取得成效。换言之,任何社会都无法将所有甚至多数成员教化成真正的君子。不过,法律可以将那些无法教化成真君子的人改造成“伪君子”。法律并不管人的灵魂和思想,只去约束人的行为。无论一个人的灵魂多么肮脏丑恶,只要其行为不违法,法律就不去管他。一个人满脑子私心杂念,甚至满脑子男盗女娼,但只要他不表现出来,不去言行,法律就不会限制和处罚。这种守法的人当然属于伪君子,但这样的伪君子多一些,对社会还是大有好处的。而且,伪君子做久了,养成了守法的行为习惯,就会变成“准君子”。倘若在一个社会中,绝大多数人都是遵纪守法的“准君子”,那也就是法治之大成了。

何家弘

于北京世纪城痾醒斋

主编 官本欣

特邀执行主编 何家弘

责任编辑 李岱岩 学术助理 廖 明

出版发行 山东人民出版社

网址 <http://www.sd-book.com.cn>

社址 济南市胜利大街39号 邮政编码 250001

编辑部电话 (0531) 2098901 E-mail vb2k@21cn.com

发行部电话 (0531) 2098027 2098028 2098029

目 录

- 【卷首语】何家弘 大红袍与准君子/1
- 【法治漫谈】刘作翔 中国正在进步
——通过案例的观察、感悟和批驳/4
- 江 平 中国法治一百年有感/11
- 车丕照 漫议政府与国家/13
- 赵晓耕 三思而不行：质疑制定《农民权益保护法》/17
- 乔新生 明星村的发展与中国乡村治理结构/21
- 【法苑随笔】郝铁川 法律人生是什么/30
- 何家弘 对“撞了不白撞”说不/32
- 李 琦 转型中国·电视辩论·共和精神/39
- 胡锦涛 从“某某型法官”称谓说开去/43
- 刘凯湘 低工资制的危害/48
- 【法学札记】邓正来 法学理论前沿与中国法学的发展/52
- 王 丽 我的教育情结/57
- 吕岩峰 感觉“治学”/60
- 孟勤国 点燃中国物权法学的希望/64
- 尹伊君 敕、例与司法解释/67

- 【专家访谈】 钟华友 温慧卿 苍松风骨,云水襟怀
——徐学鹿教授访谈录/72
- 【身边法事】 马克昌 一件往事/82
江国华 宪法与穿衣/84
浦志强 胜负之间的失落
——余秋雨诉肖夏林案后记/89
汤啸天 为性别变更手术浇一瓢凉水/92
刘京华 “电脑量刑”别议/97
杨立新 审讯轶事/101
齐树洁 北大日记/110
- 【名师剪影】 王昭祥 一代学人徐静村/117
- 【法林逸事】 许崇德 永不磨灭的印象/127
王立民 “化外人相犯”与领事裁判权/131
- 【域外法制】 卢建平 我在法兰西学院听课/137
朱伟一 LSAT
——科举在美国的翻版/140
- 【茶客论剑】 陈兴良 “法无明文规定不为罪”之“法”的理解/147
李克杰 也说动物福利/149
王兴杰 对“置贿赂者于囚徒困境”的几点补充/154
- 【书城夜话】 张 扬 法制报道与文化修养/157
- 【何博士信箱】 读者来信五封/158
-

图书在版编目(CIP)数据

法学家茶座.第7辑/宫本欣主编

济南:山东人民出版社,2005.1

ISBN 7-209-03598-2

I.法... II.宫... III.法学-文集 IV.D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 137778 号

山东新华印刷厂印刷

880×1230 毫米 32 开本 5 印张 140 千字

2005 年 1 月第 1 版 2005 年 1 月第 1 次印刷

定价:10.00 元



中国正在进步

——通过案例的观察、感悟和批驳

刘作翔*

曾经有一种思潮(这种思潮现仍在持续),即否认“进步”概念的存在,而且煞有介事地举出很多的证据。我不想从理论上来探讨和争论这个问题,只想从我们生活于其中的一些实际事例来谈谈我的一点看法。

2002年,我从报纸上看到一条“俄罗斯一乘客因所乘列车为外国领导人专列让路而误时获赔”的报道,我为这一判决结果感慨不已。该赔偿案案情为:2001年8月,朝鲜领导人金正日乘坐专列对俄罗斯进行了正式访问。为给金正日专列让路,俄罗斯西伯利亚大铁路的列车运行时刻表几乎全被打乱,给一些旅客带来不便。那天,俄西伯利亚彼尔姆市的纳扎罗夫夫妇正好带两个孩子前往俄南部城市索奇度假。由于给金正日的专列让路,他们乘坐的列车晚了11小时。因此,他们未能赶上当天从莫斯科开往索奇的火车,只好在莫斯科过夜。经过这一折腾,纳扎罗夫一家失去了休闲度假的好心情。从度假地回到莫斯科后,纳扎罗夫夫妇就将俄罗斯交通部告上法庭,获得了1.2万卢布的赔偿(见《劳动报》2002年2月15日报道)。看到这条消息报道后,我当时的一个直接反应是:这才使人们体验到了什么是真正的权利保护,以及法律、法庭、法官的功能等等。同时,我不由自主地联想到,如果这样的事情发生在中国,会有一个什么样的结果?法院会受理吗?法官会如何判决……按照我自己对目前中国国情和法律现实的分析和判断,我认为很难会有这样一个结果。

未曾想到,过了约一个星期,我从报纸上就看到了发生在中国的一

* 作者为中国社会科学院法学所研究员。



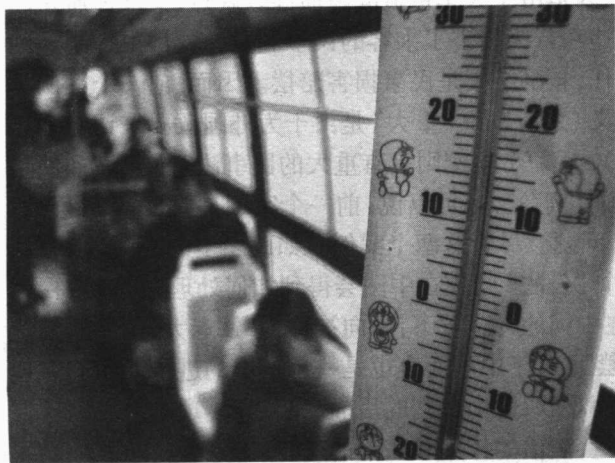
条同样是“由于火车晚点七名旅客获补偿机票”的消息报道。该报道称：2002年2月20日，深圳—广州间7时17分发车的T890次快速列车一到平湖就发生机械故障，9时25分才到东莞，故障又生，经指引换乘T830次于10时15分到达广州。数十名旅客因此错过长途列车和航班，其中，7名乘客所持的7张单价为820元、10时20分前往杭州的机票作废。按照铁路方面的有关规定，误车者可以改签车票；误机者铁路方面只提供前往目的地的火车票。这7人则因商务紧急，坚持只有航班才能确保他们当日抵达杭州。广深铁路公司在留下废机票与车票作为凭证后，为他们购得当日18时的机票。铁路方面称，列车晚点，补偿机票，这在全国可能是首次（见《都市晨报》2002年2月22日报道）。看到这条消息后，我产生的一个直接反应是：中国正在进步。过去认为不可能的事情，现在逐渐变得可能了；过去认为做不到的事情，现在渐渐成为现实。

当然，粗通法律的人都会看出，虽然这两个案例都是因为火车误点而引起的索赔，但它们之间具有一些不可比性，在事件原因、事件性质、救济渠道、救济结果的性质等方面，都有着较大的差异。俄罗斯的案例原因是由于为外国政要来访专列让路而导致火车误点，案件性质是行政行为侵犯民事权利，救济渠道是通过司法审判，救济结果是司法赔偿；而中国的案例原因是由于火车机械故障而导致晚点，案件性质是广深铁路公司的民事违约行为损害了乘客的民事利益，救济渠道是违约方主动承担违约责任，救济结果是民事损害赔偿。因而，前一个案例具有重大的行政法意义（之所以说“重大”是由于为外国政要来访专列让路而导致火车误点），后一个案例则具有重大的民法意义（诚如铁路方面所说的是“全国首例”）。也可以说，前一个案例是“公法”问题，后一个案例是“私法”问题。尽管这两个案例有如此之多的不同，但我认为，暂且不论前一个“公法”问题在中国会得到如何处理，仅就后一个“私法”问题而言，在中国的“语境”下，一向被称为“铁老大”的铁路系统能够作出首例“补偿”，对于中国而言也是一个不小的进步。我们有理由为这样一个进步而欢欣，因为在它的后面，我认为体现的是中国这二十多年来法治的力量，法治的作用和法治的进步。



还有一个使我感慨的案例：几年前，我在报纸上看到，在德国旅游住宿，如果旅店房间的温度达不到 25°C ，旅客可以据此投诉。当时我想，这在中国是一件难以想像的事情。到了 2004 年，中国则出现了类似的一个案例。报载：2004 年 6 月，北京的李先生坐上 848 路空调车，并按空调车价格购买了 4 元钱车票。然而上车后，李先生却发现空调根本没开，于是他向售票员提出开启空调的要求，车上的司售人员告诉他，不到 26°C 不能开空调。李先生认为，他是按照空调车价格购买车票的，但却没有享受到应有的空调服务，巴士公司不开空调是违约行为，其服务明显存在瑕疵。李先生以违约为由将巴士公司告上法庭，索赔 300 元，并要求返还剩余票款，对方登报致歉。北京通州区法院经过审理，双方最终达成协议，李先生放弃让巴士公司登报致歉的要求，巴士公司赔偿李先生 550 元（见《京华时报》2004 年 7 月 7 日）。这又是一个让人感到惊喜的案例。

也许，有人会认为我这是大惊小怪，会认为这都是一些不足挂齿的“小事情”，或者会认为我对中国的法治现状估价太低。但我不认为这都是一些不起眼的“小事情”。公民的日常生活正是由这许许多多看似不起眼的“小事情”组成，正是由于许许多多看似不起眼的“小事情”，构成了我们丰富的和色彩斑斓的日常生活。每一件“小事情”的后面，反



入冬以后，乘客投诉空调公交车内温度达不到要求的消息屡屡见诸报端，反映了公民权利意识的不断增长。



映的是公民权利意识的不断增长,反映的是法律对公民权利的保护及其法治保障的程度和水平,体现的是公民的权利是否能够得到实现,而这是法律的承诺或法治的承诺。如果无数件“小事情”得不到妥善的处理,会聚集成我们难以应付的大事件,会使公民对我们的法律和法治失去信心,更遑论信仰。同时,恰恰是从这些“小事情”中,我们得以树立起对法律和法治的信任、信心和信仰。

因此,从以上的几个案例乃至更多的案例中,我认为有理由说:中国正在进步。这个进步是一点一点地、一天一天地、渐进地发生着。在我们为那些“大事件”高兴和欢呼的同时,我们决不可小瞧这些看似“不起眼”的“小事情”。无数的“小事情”会汇聚成江海河流,推动着我们这个社会的进步和前进。这才是我们得以理解的“进步”的真正含义。

但并非所有的人都认同这一点。对于中国公民不断增长着的权利意识和权利诉求,有一些人有不同的看法。有些人将此现象称之为“权利泛化”。有一位作者写了篇评论文章发表在《中国青年报》上,将中国近几年出现的许多权利诉求案件称之为“造权运动”。文章讲到:如果稍微留意一下媒体,我们就可以清楚地看到一场浩大的“造权运动”正在轰轰烈烈地展开。从“亲吻权”、“哺乳权”、“追悼权”纠纷到眼下武汉发生的对老人“赡养权”和“探视权”的诉讼、新疆发生的子女向父母索要“恋爱权”的诉讼,五花八门。作者谓之曰:这真有点“人有多大胆,法有多大产”的味道。作者评论道:乍看,这种人们权利意识觉醒、法治观念勃兴的大好局面,不正是我们梦寐以求的吗?深入思考一下,恐怕不能如此乐观。他认为,“造权运动”的勃兴,并不意味着法治的进步,至多只是权利意识的表面启蒙和法治的泡沫而已。“造权运动”过多地表现为当事人自己组装、自己安个权利名,然后到法院确认一下。但是,近代以来的法律制度,是将社会成员的要求上升并确立为权利和义务,再以此对可能解决的纠纷做出对应的设计,而非社会成员直白地将基于日常道德意识形成的要求定为规则。他认为,当下蓬勃发展的“造权运动”其实质是“权利大跃进”。它在短时间内造成社会生活过度法律化,权利意识过分膨胀而盲目;同时,还忽略了法治所必不可少的法理观念和所需要的法律技术,如权利本质、权利等级及权利的可补救性



等。这实在不是法治的福音(见《中国青年报》2002年5月6日)。

此类的说法不绝于耳。我后来在《人民日报》上也看到过类似的评论,内容基本上同上文。2004年第7期的《人大研究》上有学者撰文说,“要正视‘权利泛化’的负面影响”。文章讲到:在近年来的民事诉讼中,陆续出现了诸如“亲吻权”、“初夜权”、“小便权”、“良好心情权”、“祭奠权”、“悼念权”、“安宁权”、“同居权”、“容貌权”、“养狗权”、“相思权”、“视角卫生权”、“眺望权”等等名词。文章说,这些既在国内现行法律规范中检索不到,而且在法学理论界也属鲜为人知的名词,却成为一些当事人在诉讼中请求法院维护的“权利”。他认为这就是一些学者所说的“权利泛化”现象。他认为,“权利泛化”背后有其经济、政治等深层次原因,但对社会生活也带来了 many 负面影响。他说,首先,戏剧化的“权利”诉求的泛滥,有贬损法律严肃性与权威性的危险。其次,滥诉的大量出现,形成司法不经济。

上述议论是对我国近年来出现的一些权利诉求现象的一个否定性评价。固然,在我们今天的社会生活中,许多人由于对法律的不了解和不熟悉,提出了一些在“法律人”看来缺乏依据的权利诉求。但如何看待这样一种社会现象,我认为是一个立场问题(虽然在通常情况下我不主张也不愿意将问题提到这样的高度)。中国经过了20多年的法治启蒙(且这种启蒙还在继续中),人们的权利意识在增长,好不容易进入了一个被一些学者称之为“走向权利”的时代,其中表现之一就是公民的权利意识在增长,权利的诉求在增加。当然,在这些诉求中,也存在着一些在目前的法律框架内难以获得法律支持的诉求(但难保以后不会得到法律的确认),或者由于当事人对法律的无知和误解而不可能得到法律支持的诉求,这在任何一个社会中都是很正常的现象。将这样一种现象称之为“造权运动”或“权利泛化”,实则是对当今中国法治进程中真正缺乏什么和真正需要什么缺少一个准确的判断。我倒认为,这种现象恰恰是中国公民权利意识增长的反映和表现。中国公民的权利诉求不是多了,而是少了;如果每一个公民都能有如此强烈的权利意识,那对中国的法治进程是一个非常有利的促进。权利意识对任何一个社会尤其对中国社会来讲,从来不会存在一个所谓的



“过度膨胀”和“泛化”的问题。在一个缺少权利意识的社会，我们最需要的是要大力张扬权利意识。上文作者所谈到的一些权利诉求，可能孕育着新的法律生命力，即有些新的权利种类有可能由此而生，比如，“赡养父母”在现代法律体系中是作为公民的一项义务来设定的，但如果一个人出于亲情和自然权利的需求，而这种亲情需求和自然权利却因某种原因受阻不能实现时，它难道不会成为一种法律权利要求吗？因为义务是法律要求你做什么，而权利却是法律允许我能做什么。而当我不能做什么时，我的这个正当需求不能得到满足，我就有理由寻求法律的支持和帮助。而法律如果能将这种正当性需求确定为法律权利，对个人、对社会都是有利和有益的；再如，“探视权”在现代法律体系中是针对离婚父母探视其子女的一项权利，但现代社会就出现了子女要求探视父母而不能的真实事例。法律就不能对这种现象和这种需求熟视无睹，应该作出相应的反应，即扩大原有的“探视权”内涵，或对“探视权”作出相应的法律解释，以解决社会的这种实际需求。法律不就是为满足社会需求和社会需要应运而生的吗！权利的发展历史表明了人类的权利种类和权利体系就是一个随着社会的发展而不断增长的过程。

至于所谓“滥诉”之说，我想这是一个需要专门研究的问题。近几年来，由于有关新闻、出版等方面的名誉权诉讼案件增多，有些人包括一些学者、记者提出“滥诉”一说，提出要制止“滥诉”现象；有些学者认为，从“效益”的角度也不宜提倡“滥诉”；有的法院提出“诉讼风险告知制度”，意即在当事人向法院提出诉讼时，法院向当事人事先告知一旦诉讼可能会面临的种种风险（即不利之可能），使当事人权衡诉讼之利弊，再决定是否提出诉讼。这些措施都源于“滥诉”之说。

实体权存在滥用之可能，作为与实体权相对应的诉权是否也存在滥用之可能？这是一个应该引起我们重视的权利理论问题。从理论上分析，实体权同诉权虽然都是权利，但它们有所不同。其中，最重要的是：诉权是法律规定的一种程序性权利，即它是一种必须通过程序性运作过程才能实现的权利。单靠诉权主体自己是无法实现这一权利的。在这里，“程序性”是一个不能被忽略的重要特征。“程序性”意味着要



经过一定的程序,对于诉权而言,程序性即指诉讼程序,而在现代国家,所有的诉讼程序都掌控在国家设立的司法机关手中,即都要经历司法的程序过程。因此,假如诉权要滥用,那绕不开司法程序,或者说司法程序也参与其中。

因此我认为,在实体权和诉权之间不具有可比性。因此,所谓“滥诉”一说是不能成立的。只要是法律规定的诉讼权利,且符合诉讼条件,就都是合法权利的行使,不存在滥用诉讼权利的问题。有关“滥诉”一说,都是一些似是而非的看法,在权利理论上是缺乏理论依据的。至于有些学者从“效益”的角度出发提出不宜提倡“滥诉”,实际上是和中国传统法律文化中的“无讼、耻讼、厌讼”等传统观念和思维有一种暗合之处。法律规定了我的诉讼权利,而当我认为我的权利受到了侵害时,我运用我的诉讼权利来寻求法律解决,是我的合法且正当的权利。至于法院受不受理,如何判决,法院自会有一系列的受案条件和判决依据。因而,不存在我滥用诉权的问题。

我们也可以做一个反向思维:即“滥诉”一说如果能够成立,可能会牵出以下三个问题。第一,如果“滥诉”一说成立,是否意味着每一个诉讼案的原告一旦诉讼,都必须胜诉?否则,都可能背上“滥诉”的名义。因为“滥诉”意味着原告由于诉讼不当而败诉,而原告败诉,是否就意味着原告的诉讼理由不成立?第二,“滥诉”一说如果成立,那法院是否就成了“滥诉”的同谋?因为只要是“诉”,就离不开法院的参与其中。仅凭原告,没有法院的参与,原告能诉起来吗?第三,“滥诉”一说如果成立,法院的功能如何理解?法院是否就是一个非常被动的角色,不管什么样的诉求,也不进行任何审查,都一律受理?是否意味着法院在受理案件时不作任何法律性审查?

读者不要以为我这里是在鼓励诉讼。我只是对“滥诉”这一说法提出一些反驳意见。我也希望别人来反驳我的观点。以上这些问题,都需要我们从权利理论和实践上作出思考和回答。



· 法治漫谈 ·

中国法治一百年有感

江 平*

中国法治一百年，始终与威权联系在一起。一百年的政治权力可以分为三个时期：清朝末年的君主威权；军阀战乱以及孙中山先生提倡“三民主义”军政时期的军事威权；共产党取得政权后的专政威权。为什么用“威权”二字，因为它是一个中性词，既没有“专政”那种内容含混不清，也没有“专制”那种明显包含的贬义。这是一种现象，现今台湾有的学者将台湾两蒋执政时期称为“威权时代”。所以，借用“威权”二字我以为是说得过去的。

我们的宪法上仍然写着“无产阶级专政”几个大字。就是在使用“人民民主专政”一词时，仍然写上：人民民主专政即无产阶级专政。按照马克思列宁主义的经典理解，无产阶级专政一是指阶级专政，即无产阶级对资产阶级的专政；二是指暴力专政，即以暴力取得政权，并以暴力剥夺和镇压敌对阶级的反抗；三是指“不与他人分享”的专政，即政权只能归属无产阶级而不能归属其他任何阶级。在社会主义苏联的早期，曾有人提出共产党专政的口号，但列宁批判了这个口号，认为不能用共产党专政来代替无产阶级专政。可是，事实上无产阶级专政就成了共产党专政。因为只有共产党才是无产阶级的惟一政党，任何其他党都不能代表无产阶级。而列宁又说过，阶级是要由政党来代表的。那么理所当然，无产阶级专政就是要由共产党来实现这个专政，也只能由共产党来实现这一专政。因此，说现在是共产党的威权一点也不过分。

威权与法治并不绝对矛盾。满清末年搞君主立宪，就是威权与法治结合的尝试。早期的君主立宪国家无不如此。日本明治维新就是靠

* 作者为中国政法大学终身教授。



法治来实现日本天皇的威权，康梁变法也是走这条道路。孙中山先生提出“三步走”的想法也是从军政到训政再到宪政，也就是从军事权威过渡到宪法权威。

在威权政治下法治是有限度的。当康梁的法治维新威胁到满清威权自身存在时，康梁的百日维新也就终止了。但是，1904年满清政府仍然可以再搞符合他自己利益的新的法制改革，起草一整套新的法律，我们终究不能说，百年前开始的这项法律革新运动是不好的。

记得在改革开放初期，提出的口号是计划经济下的市场自由。人们把它叫做“鸟笼经济”，这确实比完全计划经济下把鸟捆得死死的要自由多了，鸟有了一定的飞翔空间，虽然还有一个鸟笼。如果没有鸟笼的话，鸟也就没有了，确切点说，不是鸟没有了，而是鸟就不是属于你的了。威权下的法治也是这个道理，我不妨把它叫做“鸟笼法治”。法治也有其限度，或称有限的法治，其界限就是威权给你的限度。一百年的法治概括为一句话，就是：把鸟笼做大些。经济学家不是有个口号叫“把蛋糕做大些”吗？这一百年来法治建设的努力无非就是力争“把鸟笼变大些”，今天的努力也无非是要“把鸟笼做大些”。那些想打破鸟笼的人或者折翼垂翅，或者冲出天外，而鸟笼修补依旧。人们深深懂得：一旦鸟笼没有了，威权也就不存在。威权和鸟笼的命运更是紧密捆绑在一起了！





【法治漫谈】

漫议政府与国家

车丕照*

人们经常会用“政府”来代替“国家”。当人们谈到国家有权如何、国家可以如何的时候,其实是想说政府具有某种权力。尽管国家与政府经常重叠在一起,但这却是需要加以区别的两个概念。国家是由领土、居民、政权组织和主权所构成的一个集合体,而政府只是国家的一部分,是国家的代表机构。广义的政府应包括一国的立法机关、行政机关和司法机关,而狭义的政府仅指一国的行政机关。

在立法、行政与司法三个国家机关中,谁最有权代表国家呢?应该是立法机关。因为国家的本质特征在于其拥有主权,而在民主社会中,“主权在民”是一个根本性的原则。人民享有主权和行使主权的基本方式是选举代表组成立法机关,由立法机关以制定宪法和法律的方式就国家的

重大问题做出决策。在我国,“中华人民共和国的一切权力属于人民。人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会”(宪法第2条);“中华人民共和国全国人民代表大会是最高国家权力机关”(宪法第57条)。显然,我国的最高立法机关最能代表国家。行政机关在各类国家机关中是最为活跃的机关,也许正因为如此,人们通常将国家行政机关作为国家的代表。但事实上,行政机关只有经过立法机关的授权(通常通过立法的方式),才可以代表国家。即使是最高行政机关的首脑,在没有授权的情况下,也只能代表政府(行政机关)而不是国家。司法机关是国家机器中的重要组成部分,是国家强制力的主要体现者。但司法机关的基本功能在于保证宪法和法律的实施,而很少有机会

* 作者为清华大学法学院教授。



在其他场合下代表国家。

尽管行政机关并不总能代表国家，但我们的立法有时却会将两者等同起来。例如，2004年4月6日经由第十届全国人民代表大会常务委员会第八次会议修订通过的《中华人民共和国对外贸易法》在第八章中一连气用了七八个“国家”：“国家根据对外贸易调查结果，可以采取适当的对外贸易救济措施”（第40条）；“国家可以采取反倾销措施”（第41条）；“国家可以采取反补贴措施”（第43条）；“国家可以采取必要的保障措施”（第44条）；“国家可以采取必要的救济措施”（第45条）；“国家对规避本法规定的对外贸易救济措施的行为，可以采取必要的反规避措施”（第50条）等等。我们知道，实际采取反倾销、反补贴和保障措施等贸易救济措施的其实是我国的行政机关，即该法所规定的“国务院”、“国务院对外贸易主管部门”和“国务院其他有关部门”。尽管国家行政机关实施上述贸易救济措施是基于国家最高立法机关的授权，因此该行为具有国家行为的属性，但将行政机关实施行为直接表述为国家实施行为仍然是不够严谨

的。更为清楚的表述应该是“国务院/国务院对外贸易主管部门可依据法律规定采取……”相比之下，外贸法第三章中有关“国家”的表述则是可取的。该章的第16条规定：国家基于维护国家安全等原因，可以限制或者禁止有关货物、技术的进口或者出口；随后即在第18条规定：国务院对外贸易主管部门可会同国务院其他有关部门，依照本法第16条的规定，制定、调整并公布限制或者禁止进出口的货物、技术目录。

由于国家职权太多地给了行政机关，因此最能代表国家的立法机关的地位有时反倒模糊起来。以我国“入世”为例，我国与世界贸易组织所签署的“入世议定书”是重要的国际条约。按照我国宪法，“决定同外国缔结的条约和重要协定的批准和废除”是全国人大常委会的权力。《中华人民共和国缔结条约程序法》更为明确地规定：“中华人民共和国国务院，即中央人民政府，同外国缔结条约和协定。中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会决定同外国缔结的条约和重要协定的批准和废除。中华人民共和国主席根据全国人民代表大会常