



公共政策论丛

学者自选集

执行主编 余晖

季卫东 著

法制的 转轨

当今中国，正处于创造性混沌的漩涡里。

社会中的那些腐朽结构逐步分崩离析，固然造成了层出不穷的空白、错位、矛盾、混乱、失范、冲突以及不可预测性，但是，就在混沌一片的边缘，你可以欣喜地发现，新秩序的构成因素也在渐次形成和壮大。法律人则不断致力于对一些偶然出现的事物进行非随机化处理和技术加工，使之转写到制度设计的方案之中，促成社会的进化。



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社



公共政策论丛

学者自选集

执行主编 余晖

法制的 转轨

季卫东 著

图书在版编目 (CIP) 数据

法制的转轨/季卫东著. —杭州: 浙江大学出版社,
2009. 1

(公共政策论丛)

ISBN 978 - 7 - 308 - 06520 - 7

I. 法… II. 季… III. 社会主义法制 - 中国 - 文集
IV. D920. 0 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 006115 号

法制的转轨

季卫东 著

策划编辑 王志毅

责任编辑 钱济平

装帧设计 高海云

出版发行 浙江大学出版社

(杭州天目山路 148 号 邮政编码 310028)

(E-mail: zupress@mail. hz. zj. cn)

(网址: <http://www.zjupress.com>)

排 版 北京京鲁创业科贸有限公司

印 刷 杭州杭新印务有限公司

开 本 710mm × 1000mm 1/16

印 张 17

字 数 262 千字

版 次 2009 年 4 月第 1 版 2009 年 4 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 308 - 06520 - 7

定 价 32.00 元

公共政策论丛总序

中国的改革开放政策，已经实施了30年，但基本是以经济领域效率导向的改革和开放为主线，社会、文化领域的改革明显落后。这不仅导致经济领域的深化改革和进一步开放步履维艰，而且阻碍了中国特色社会主义和社会主义市场经济体制的建设进程。未来的中国应该是与世界先进文明高度接轨的更加开放，更加民主、平等和自由的中国。显然，当下和未来中国的公共政策的形成和实施过程将会面临更加复杂的选择，其难度也可想而知。我们开始进入一个航向尚不完全明确的深海区域。如果说河里有石头可摸，海里则布满了暗礁！全面配套的转轨改革将更加艰辛。

在此背景下，中国经济体制改革研究会几年前专门成立了公共政策研究部，陆续聘请了生活和工作在国内外的众多中国学者作为高级研究员。这些优秀的学者跨越经济、法律、政治、社会、文化诸学科，并长期从事公共政策的理论和咨询研究。从2008年起，我们更以“公共政策研究报告”、“公共政策论丛·专著”和“公共政策论丛·学者自选集”三个系列为组合，推出这套公共政策论丛，并将其作为一项连续出版的计划。其目的就是要在更加广泛的领域介绍他们的研究成果，从而使国内公共政策的研究和讨论在理论和实际操作层面更深入地展开，并推动公共政策研究的本土化；同时着重培养决策者和公众的公共政策意识，吸引公众更为理性地关注和参与公共政

策的制订和执行，并为各级政府决策机构在制订和执行公共政策时提供可能的帮助。

其中，“公共政策研究报告”系列展示的是公共政策研究部分年度完成的公共政策研究和咨询报告，这些报告有来自该部自立的课题，也有来自政府部门和国内外民间机构委托的课题；“公共政策论丛·专著”展示的是该部高级研究员有关某一公共政策领域的理论研究成果；“公共政策论丛·学者自选集”展示的则是该部高级研究员以发表或未发表的有关公共政策的论文、评论和研究报告组成的个人成果。当然，文集也可能是针对某一公共政策话题所收集的该部高级研究员的特约文章。

在宪政制度比较发达的国家，公共政策的提出、制订、执行、监督和评价是一个由公共政府主导，但同时高度开放、相关利益团体高度参与的制度过程。这个过程中当然也不乏各类研究咨询机构的参与。这必然是中国公共政策过程的方向。希望本论丛的出版能够为这一过程的逐步完善作出贡献。

作为公共政策研究部的现职主任和本论丛的轮值执行主编，我衷心感谢公共政策研究部高级研究员团队慷慨而有力的支持。

余 晖

2008年5月14日

前言

当今中国，正处于创造性混沌的漩涡里。

社会中的那些腐朽结构逐步分崩离析，固然造成了层出不穷的空白、错位、矛盾、混乱、失范、冲突以及不可预测性，但是就在浑沌一片的边缘，你会欣喜地发现，新秩序的构成因素也渐次形成和壮大。法律人则不断致力于对一些偶然出现的事物进行非随机化处理和技术加工，使之转写到制度设计的方案之中，促成社会的进化。

同时，你还会看到新陈代谢的阻滞，有局部性的，也有全面性的。亿万张蛛网般的人际关系纵横交错，使许多改革举措纠缠其中，最后像被粘住的蜻蜓，飞不了，走不动，最后只留下被抽空精髓、分享营养之后的残骸。

面对这尊变脸伊阿诺般的掌门神，面对这个复杂系统的多重的、渐进的演变过程，任何人都难免或深或浅地陷入“鬼打墙”或者“盲人摸象”之类的认识困境。要突围，要打破理论的窠臼，最好的办法就是尽量全面、深入地观察和分析不同事物的来龙去脉，反复推敲各种构成因素的功能、含义，以及潜在可能性。

近几年我经常回国，进行田园调查，参加学术研讨会，应邀讲演或座谈，以及接受报刊杂志的采访和约稿。这一切既迫使我更进一步关注中国的法与社会的现象和境况变迁，也为我提供了整理和叙述各种观感以及主张的机会，结果在不经意间催生了

这本杂文集。虽然发言落笔的契机不一，时空跨度很大，但在立场（促进制度创新）、方法（从个案和具体问题透视整体结构）以及切入口（在无序与有序的夹缝里推敲公共政策的想法）上具有显著的连贯性，并聚焦于网络、权力以及法治之间复杂的互动关系。

该书收入的评论、随笔以及访谈涉及立宪主义、法律系统、审判权、行政、经济以及社会文化等不同断面，也许更适合呈献给法律界以外的读者，特别是公共政策研究者和实践者。在某种意义上可以说，这些急就章点点滴滴真实地记录了笔者对当下各种纠纷和规范的观察、问题意识以及思考实验的轨迹，也构成笔者法学理论作业的某些草图或素描。

要把长短不齐的稿件进行严格的分类和体系化是比较困难的。这里大致整理成四辑，各自形成松散的、包含多样性的统合。第一辑题为“制度转动的万花筒”，侧重于考察和讨论那些导致既有结构解体或新秩序生成的不同因素、推力以及机制；第二辑把视角对准民间财产秩序和话语空间，通过具体实例观察私人之间关系重组或生成的不同位相；第三辑主要涉及刑事案件，通过对生杀予夺现象的判断来确认强制力的本质和边界，探究国家统治的正当性根据；第四辑试图为民主法治的构思和建设提供一些最基本的线索以及切实可行的方案。

余晖教授发出热忱的邀请，在编辑方针上给予特别的通融，并允许我把基于忧患精神的谏言以及针对个别案例的尖锐批评也都完整地保留在文集里，在这里谨致谢意。另外，还要借此机会向那些慷慨地提供信息、建言或各种帮助的学界、新闻业以及实务部门的朋友们表示感激之情，恕我不逐一列举姓名。

就在搁笔之际，电视新闻节目开始播放台湾2008年“大选”的结果，海峡两岸和平发展、互相促进的前景开始明朗化。可以预期，中国的公共秩序转型和制度创新即将展开一个更加绚丽多姿的局面。

季卫东

于日本神户，2008年3月22日晚

目 录

C O N T E N T S

前言	1
----	---

第一部分 制度转动的万花筒

纠错机制的失灵	3
募捐的两难	6
2008 年的凤凰涅槃	9
“问责”与行政过程透明化	12
政协理应问责	15
为企业合规性投石问路	18
加强劳工的谈判地位	21
什么是真正的立法改革	24
解放“奴工”之路（附访谈记录）	27
“牙防组”事件公益私诉启示	37
制度反省重于贪官忏悔	40
法贵于行	42
“人治”与“狗患”	45
作为护身符的艾滋病隐私权	48

“引咎辞职”面面观	51
不可寄望“环境风暴”	54
国家私营化的“怪味豆”	57
问责与制度环境	60
城市本该飘逸平等自由的空气	63
被漠视与被扭曲的	66
法院误判的国家赔偿责任	69

第二部分 合意、权利以及正义

爱国，何不守法？	75
异化的“患者同意权”	78
彭宇案的公平悖论	81
制定新闻出版法当其时	84
能否死于安乐？	87
“打假”还是“护黑”？	90
判决书“市场化”忧思	93
失守的底线	96
“汉芯一号”炼金术	99
“南门立信”应有时	102
“馒头血案”引发的法治困境	105
对峙中的言论与权力	108
保护知识产权的攻守易形	111
掩耳盗铃可成真？	114
网络空间也需维权	116
“护民官”的威信	
——关于重构信访制度的初步考察	118
法理推敲“南都案”	122

直面法律摩擦	125
--------------	-----

第三部分 社会变迁中的罪与罚

作为隐喻的 ATM 犯罪	131
生死博弈与刑法改革	134
作为象征的县长“灭门”案	137
“私器公用”与“公器私化”	140
电脑量刑的是与非	143
司法与民意	147
舆情的裂变与操纵	150
一个“法自上而犯之”的活标本	153
王斌余的罪与罚	155
如何应对“经济恐怖主义”	159
晋京警察命案面面观	162
法辩“教授嫖娼案”	165
经济危机中的司法责任	168

第四部分 吹响新世纪的“法螺”

“铁腕”执政功与过	173
法学理论创新与中国的软实力	
——对法律与社会研究的重新定位	176
以法治指数为鉴	191
以个案评价机制防止司法腐败	194
中国律师事务所的经济基础和社会作用	
——对 2007 年问卷调查数据的初步分析以及中日比较	197
杂谈“有产政府”思路对税制的影响	210

税制改革的点与面 _ _ _ _ _	218
社会治理机制多头重构 _ _ _ _ _	221
从农村的法律话语场看中国宪政的合意论基础及其缺陷 _ _ _ _ _	224
宪政之路	
——与公法学和政治学界同仁的对话 _ _ _ _ _	228
中国宪政实践的制度通道 _ _ _ _ _	243
私权伸张 与民更始 _ _ _ _ _	250
改革就是建立新的公共性	
——接受《21 世纪经济报道》采访的对话记录稿 _ _ _ _ _	254

第一部分

制度转动的万花筒

纠错机制的失灵

“华南虎照片”这样一起稚拙的诈骗案，居然能拖延八个多月，真可以去申报吉尼斯世界纪录了。

众所周知，几乎在陕西省林业厅公布镇坪县“华南虎”照片、颁发周正龙奖金的同时，就有很多网民质疑其真实性，并指出了破绽所在。2007 年底的舆论调查，提前半年就得出了与姗姗来迟的官方处理报告相吻合的结论。因此，如果有关机构打算要查明真相、纠正错误，本来是易如反掌的。

但“纸老虎”却反咬一口，居然还能吓退很多有责任、也有能力追究真相的人们。以致像中国科学院植物研究所的傅德志这样的身在象牙塔里的专家也悻悻然，不得不与那个图利造假的刁民同样打赌发誓，以自己的脑袋来担保实话实说的可信度。

可以说，那台佳能相机拍摄出来的，远不只是一种与《战国策》里庞恭对魏国君主讲述的“三人成虎”寓言相类似的社会怪象。

也就是说，在当今中国的某些地方，通过专业机构和技术手段识别真伪、校对正斜的机制已经在相当程度上失灵了。如此条件、如此背景，哪怕纠正一桩很小的错误，也不得不付出极大的代价，不得不等待某位上峰的拍板决断。只要组织的内部手续不启动，无论多么正确的主张也难以成立。

在虎照疑点暴露后，国家林业主管部门不仅没有主动承担调查处理的责任，相反，还与陕西地方林业主管部门把更大的财力和物力投入到更不着边际的寻找真老虎的事务上。最近宣布的对 13 名当地涉案干部的行政处分，不仅制裁很轻微，其理由也很奇妙。例如前陕西省林业厅信息宣传中心主任被免职的原因居然不是“护假”，而是所谓“违反组织纪律，开设个人博客，参与争论”，简直匪夷所思。

“打虎”派法律学者郝劲松接二连三启动外部问责程序，要求依法公开有关信息，指陈当地有关部门以其他名义拘留周正龙的根据和期间存在正当性瑕疵。即使在按照组织手续宣告处理结果的2008年6月29日，警方发言人也特意强调“虎照造假事件系周一人所为，没有发现公职人员和其他村民参与造假的事实”，竭力把追究法律责任的范围仅仅限定在周正龙一个人身上。

当各种制度化纠错的可能性都被大打折扣的时候，理应受到广泛尊重的权威就会分崩离析，因而社会的诚信度也会大幅度下降，风险则会大幅度增加。在这样的境况里，抵抗无序化的力量只能到制度之外去寻找，到人民当中去寻找。这次“虎照事件”表明，网民的相互作用和集体作用构成了发现和追踪违法行径的主要动力，网络舆论构成了一种非正式的、至关重要的民主监督机制。该事件的处理尽管已经延宕大半年，但并没有不了了之，应该归功于互联网。

从这个角度来看，我们也就可以反过来看清楚对关克给予免职处分的那个葫芦里究竟卖的是什么药了。把开设个人博客参与争论界定为“违反组织纪律”并给予免职处分，其实或多或少也流露出些许对网络舆论的报复心理，或有意或无意为将来压缩电子言论空间预留了伏笔。

但是，倘若“虎照门”这样丑陋的闹剧，最后居然还能进一步演变成这样的结局，那就不难想象，所有的纠错机制很可能都将毁于一旦。于是乎，“权力定真假”的流弊势必愈演愈烈，直到引起诚信危机。

然而，迄今为止，我们还是由保持审慎的乐观态度。实际上，“打虎”派的胜利已经向整个社会昭显这样的道理：自由的、公开的信息流通可以减少个人诈骗以及有组织的操纵等不正当行为的成功概率。网络空间里有一个无所不在的“虚拟陪审团”，可以极大地减少事实认定方面的误差和法律推理方面的盲点。在网络舆论与法律程序之间进行持续性互动的场合，滥用裁量权的机会势必短缺，已经失灵的纠错机制比较容易复原，再颠预而蛮横的强权也将逐步现出纸老虎的原形。

另外，围绕“三人成虎”的大辩论其实在不经意间打造出了一个全国性的虚拟公共领域。在一定程度上，“打虎”派的胜利已经证实了这样的事实：理性的网络舆论如果善用，可以帮规章制度长出“牙齿”来，可以通过监督和表达这两种方式去影响决策，可以采取众志成城的方式防止社会诚信度的下降，可以加强秩序赖以维持的问责系统。

在制度创新的层面观察和思考虎照事件演变的全过程，一定会注意到，数码信息技术和互联网为中国社会带来的最大变化是，透明度的增大、关系距离的缩短使得各级政府都具有了可问责性，并且明显地提高了沟通和协作的效率以及确定性。这样设定的情境能够充分限制欺骗和武断的余地，也会在相当程度上阻遏结构性腐败的蔓延，还有利于克服猜忌、犬儒主义以及逆反心理，促进人与人之间达成互信和共识。

只有当自发的诚信和制度化的信赖恢复和发展到一定程度时，“有法必依”和“有错必纠”才会成为天经地义，赵高指鹿为马的陈年旧事和庞恭“三人成虎”的规讽寓言才会逐步淡出视听，不再构成现实中的近忧、远虑以及荒诞剧。

载《财经》总第215期

募捐的两难

慈善（Philanthropy）作为一种精神是人类博爱的流露，作为一种行动则表现为利他的奉献。俗话说“有力的出力，有钱的出钱”，意味着基于慈善的奉献行动可以采取不同的方式，但主要有两种：出力的就是志愿者工作，出钱的就是募集净财。换个说法，一个为自由时间的捐赠，另一个为交换价值的捐赠。

由此可见，募捐与志愿是一枚硬币的两面，在本质上是完全相同的：都是发自仁义怜悯之心，都是当事人自发的和主动的利他义举，都与外部的强制或组织化的压力无缘。因此所谓捐款，就是志愿捐款；任何逼捐或者变相逼捐的现象均不属于慈善事业的范畴，实际上只能理解为一种特别的征税或者强制性摊派。

正是根据慈善的本意，我国《公益事业捐赠法》（1999年6月28日公布）第4条明确规定：“捐赠应当是自愿和无偿的，禁止强行摊派或者变相摊派，不得以捐赠为名从事营利活动。”这就揭示了捐赠的逻辑势必通往非政府性的 NGO 和非营利性的 NPO，劝募这样的事情还是让民间团体去推动为妥。

然而在实践过程中，募捐也包含着某些两难困境：

首先，捐赠理应很个人化的行为，但作为救灾的一环，为了有效地动员社会的救援力量，不能不成立募集财物的组织，不能不大张旗鼓地进行劝募宣传活动。在组织和宣传活动中，个人行为的自愿性是很容易在不同程度上受到外部影响的。可以说，这里存在着“劝募的两难”。

其次，捐款是民间的自发奉献，但捐款的管理和分配却离不开制度设计以及有关政府部门的参与或者主导。也就是说，在以聚沙成塔的方式形成的民间捐款汇集在一起的那个瞬间，私人的善意就被溶解到公益的原则里，由国家统筹兼顾的逻辑就会起