

北大法学院 2000 届本科生优秀毕业论文集

法 学 魅 力

北京大学法学院 编

北 京 大 学 出 版 社
北 京

图书在版编目(CIP)数据

法学魅力/北京大学法学院编. —北京: 北京大学出版社, 2001.6

ISBN 7-301-04943-9

I .法… II .北… III .法学—文集 IV .D90—53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 21139 号

书 名: 法学魅力

著作责任者: 北京大学法学院 编

责任编辑: 孙战营 李 霞 金娟萍

标准书号: ISBN 7-301-04943-9/D·525

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn>

电 话: 出版部 62752015 发行部 62754140 编辑室 62752027

电子邮箱: zpup@pup.pku.edu.cn

排版者: 兴盛达打字服务社 62549189

印刷者: 北京大学印刷厂印刷

发 行 者: 北京大学出版社

经 销 者: 新华书店

787 毫米×960 毫米 16 开本 54.375 印张 1035 千字

2001 年 6 月第 1 版 2001 年 11 月第 2 次印刷

定 价: 86.00 元

凡购买北京大学出版社图书, 如有缺页、倒页、脱页等质量问题, 请在所购图书销售部门联系调换。

版权所有 侵权必究

序 言

人的一生中创造力最活跃的时期,根据科学家们的分析,除少数大师大器晚成者外,大多数人是在20—40岁的时候。年轻时期的人创造力强,想象力丰富,勇气和胆量都比较大,我们相信这个认识还是符合自然发展规律的。在自然科学领域是这样,在社会科学领域,在法学领域也是这样的。因为新的事物不断出现,新的知识和情况不断出现,经济与社会发展的速度也加快了,这些都更加适合于青年人的发展,我们这些从事法律教学工作者,在教学和科研中越来越深刻地感受到这一点。

我国、日本和欧洲大陆的法学教育,在方法上比较相似,其中一个主要特点是依靠理论教育。而另外一种模式是欧美国家的法学教育,他们的主要特点是依靠经验教育。这可能处于两大法系的特点,前者由于成文法,重视体系和概念。后者由于采用判例法,重视程序和先例。

两类法学教育模式各有利弊,但是,两者之间也一直在互相借鉴,互相沟通。随着信息技术对社会各个领域的影晌,将使大陆法系和欧美法系的法学教育模式在更大程度上互相融合。

我们国内的法学教育是一种专业训练,特点是本科生入学就进行专业训练。我们的本科生从17—18岁开始进入学士学位的专业训练,从22—23岁开始进入硕士研究生专业科研训练,从26—27岁进入博士研究生阶段的更深层的专业研究训练。从学生的年龄段上看,他们都刚好处于创造力活跃、想象力丰富、学习能力强、对新事物敏感的时期。

特别是本科生的创造活动近几年来越来越活跃,他们的创造力主要体现在论文上,特别体现在他们的毕业论文上。我们的研究生的论文和毕业论文可以通过各种渠道发表,而本科生论文和毕业论文中也有非常好的成果,但是较少能够发表出来。

最近几年来,我们的教授们对本科生毕业论文特别关注,因为我们看到本科生论文写得非常好,而且越来越好,其中有一些论文提出的观点和设想,就是我们做老师的也没有想到的。这使我联想起在美国的一件真实的事情:一所大学建筑系的一个纪念碑设计作业,被教授评分是“C”。后来这个学生在华盛顿征集纪念碑设计方案时,参加了投标后竟然获选。现在华盛顿的这个著名

纪念碑采用了这位学生的设计方案。

我在后来随代表团访问华盛顿,曾看过这个纪念碑。我在听解说员讲述纪念碑的上述来历时,心里既感慨,又后怕:“我本人也是教师,我是否也像这位美国教授那样,否定过青年人的富有大胆创造力的作业,或者扼杀过学生的极其富有想象力的论文呢?”

可喜的是,北大法学院的教授们,充分肯定和重视本科学生的创造力和科研成果,他们大力推荐本科生的科研成果在国内各种学术刊物上发表,少数还在国外刊物上发表。教授们看到学生论文后引起的兴奋和赞许,学生们都是不可能想象得到的,因为学生自己都不知道。

为什么教授们对本科生论文会有这种普遍的、赞赏的共识呢?我们认为至少有四种原因,而最主要的原因是学术科研资源配置和研究手段的优势原来在老师方面,现在已经开始在老师和学生之间发生转变。产生资源优势转变可以用八个字来概括:“网络”、“语言”、“交叉”与“报告”。

所谓“网络”是指,由于信息技术对法学研究资料 and 手段的影响,本科生们在网络技术应用上超过我们老师。同样道理,在家里孩子教父母如何使用网络的最新软件。最新资料在数量和质量方面在网络上发展很快,多上网的学生在此方面正在超越我们老师对资料的掌握。本科生在网络资料方面的优势正在表现出来,研究资料的优势正在转移到学生。

所谓“语言”是指,由于学生们外国语言方面的优势,本科生在外语资料阅读和整理方面的优势也很快表现出来。原来语言优势也在我们老师,现在本科生正在帮助老师做翻译了。学生们花在外语方面的时间也比我们老师多,而且学生们也从公共外语转向专业外语,学生们直接用外文资料进行研究,本科生中的少数人,已经直接用外文写毕业论文。原来我们还从“学术的语言主权”和“民族与国粹”等方面讨论接受与否用外文写毕业论文,但是,学术委员会的教授们认为为什么不可以?我们教授不是还鼓励在外国学术杂志上用外文发表论文吗?而且大学晋升职称的论文评分,上了 SSCI 的外文论文分数更高。

所谓“交叉”是指,在跨学科的交流方面,在北大和全国这样的文理医综合性的大学,各个院系本科生之间的交流,往往比各院系教授之间的交流更多。本科生们年轻、敏感和好学,使他们有利于从相关学科吸取知识与方法,在此方面本科生的优势也在表现出来。

所谓“报告”是指,本科生参加课余时间的专家报告会(俗称“北大的第二课堂”)的时间也比教授多。本科生们从来自于国家机关、国内外大企业、国内外学术机构等方面的专家报告中,吸取知识和经验成果的优势也显现出来。

虽然学生们在上述方面产生了优势转换,但是,我们的老师与学生相比,老

师还具有经验和社会全方位的认识,这是从事社会科学研究的优势。而这些经验和认识来自生活积累和工作历练,需要较长的时间和深厚的积累,所以,教授毕竟还是教授。

“教授毕竟还是教授”的含义,还表现在教授们发现了学生们新的优势,并且,极力推动将学生们有代表性的论文发表出来贡献给社会。于是,北大法学院学术委员会的教授们作出了一个决议,每年出版本科生的论文选集。

这就是我们现在看到的这本集子的来历。本科生的部分论文发表了,它预示着信息社会真正来到法学教育和科研领域了,它还预示着理论科研年龄段的提前,预示着师生优势的变化和关系的转变。在我国对老师是尊重的。对老师最高的奖赏,可以用自古以来流传的一句话来表达:“千里马常有,而伯乐不常有”。

而在信息的社会里,对于掌握信息的人将给予更多的偏爱,社会科学的科研与创造也将更加偏爱于学生。我们教授将给予学生的研究成果以更多的关注,对于学生的科研工作给予更大支持,因为,法学院的科研成果不仅仅依靠老师们单独来完成的,而是依靠老师与学生们共同完成的。

在讨论决定出版这本文集的时候,北大法学院学术委员会还作出了下列决定:

每年出版一本北大法学院本科生毕业论文选集;
每本论文选集的序言轮流请一位学术委员会委员代表大家来执笔;
这本文集的名字,选定为《法学魅力》;
文集请北大出版社出版。

最后,委员会的老师们委托我来写 2000 年选集的序言,我感到非常荣幸,同时,也感到好似学生被老师们考试一般的压力,于是,在这种压力之下,写了以上的文字。

北京大学法学院

吴志攀 谨致

二〇〇一年六月二十六日

目 录

序言	吴志攀(1)
1. 权力知识和技术——微观村民自治	杨海峰(1)
2. 公民投票制度初步比较研究	朱利江(10)
3. 个案监督刍议	丁莹(43)
4. 从居港权案件看香港基本法的解释权和司法审查权	张辉(58)
5. 洗钱犯罪的惩治与预防	于洋(69)
6. 正当防卫成立条件的研究	陈球(82)
7. 浅析洗钱及我国反洗钱法律与制度完善	黄报春(98)
8. 农用土地:国家所有? 集体所有? 个人所有?	刘亚玲(125)
9. 论动产抵押权的效力	孙宇政(142)
10. 论物权请求权应当缓行	武欣(159)
11. 论第三人利益合同中第三人权利的保护	丁春艳(173)
12. 论第三人侵害债权	张颖(197)
13. 浅谈个人隐私权的法律保护	顾契妮(208)
14. 非洲收养法律制度简析	阿曼多·埃兰(220)
15. INTERNET 网上的不正当竞争行为研究	黎运智(232)
16. 网络服务商版权责任初探	李鹏越(240)
17. 知识产权平行进口问题探析	苏艳红(251)
18. 商标侵权归责原则及损害赔偿研究	贾月(263)
19. 试论网络时代的计算机软件的专利保护	卢海鹰(277)
20. 转让定价税制改革研究	高珊(300)
21. 关于中国转让定价规则的思考	刘扬(318)
22. 对我国二板市场的法律设计	李望知(327)
23. 债转股中的股权研究	张冉(378)
24. 论基金管理人治理模式中的监督问题	王瑛(392)
25. 增值税问题研究	张江莉(405)
26. 对恢复征收居民储蓄存款利息税的辩证思考	赵玲(423)
27. 对非法收入征收所得税的探讨	黄军辉(438)
28. 中国电信的重组及反垄断立法	曾彦(457)

29. 论美国对华反倾销中非市场经济问题	连 曦(476)
30. 试论对外资实行国民待遇	魏 妹(496)
31. WTO 体制和加入 WTO 以后中国的发展变化及对策	林润定(509)
32. 美国反倾销法律制度的若干问题——兼探我国对策	吴伟静(546)
33. 论 GATS 框架下中国法律服务业的开放与发展	汤叶霞(564)
34. 国际货物买卖中的风险转移	周 靖(580)
35. 电子商务安全问题的法律探讨——美国立法实践带来的启示	孙 晔(591)
36. 电子商务与跨国营业所得税收问题	陈亚丽(612)
37. 信用证制度下的欺诈例外	张 璐(628)
38. SELF-DETERMINATION AND PLEBISCITE IN THE UNITED NATIONS LEGAL SYSTEM	高云龙(639)
39. 生物安全问题与《卡特赫纳议定书》初探	马志华(677)
40. “京都机制”及其对中国削减碳排放的潜在影响(英文)	李 丹(691)
41. 皮诺切特案及相关法律问题	于 凡(753)
42. 对审前羁押的司法控制问题的研究	熊江宁(791)
43. 中国侦查阶段犯罪嫌疑人权利的保障——从刑诉中国家权力与公民权利的对抗、人权保护角度	刘科科(809)
44. 刑事诉讼与司法审查辨正	唐 亮(822)
45. 论无独立请求权第三人的诉讼地位及权利保护	吕 艳(840)

权力知识和技术——微观村民自治

杨海峰*

【内容提要】 本文着眼于村民自治这一微观层面的基层农村制度,运用当代较为流行的一些社会理论,对于制度形成过程中权力、知识及技术三者之间的关系作了一定程度的深入剖析,是一次可贵的尝试。

【关键词】 权力 知识 技术 村民自治

村民自治是否应当推行,在学者和政府内部都存在着一些不同的看法。争议的焦点在于村民自治是不是民主的突破口,村委会是否比官僚化的村级政权更有效率。

全面地衡量村民自治具有什么样的意义,从而作出肯定或否定的判断,是非常综合的认识过程。本文则是 1999 年 2 月,我在陕西省西安市灞桥区,未央区农村为期十天的调查引发的一些思考。本文从村民与现代化国家政府之间的关系入手,微观地考察社区力量和国家权力之间的互动,查看村民自治制度具有什么样的效果和可能带来什么样的变迁。从一个方面提供一种看待村民自治的思路和视角。

近现代以来,国家权力不断地试图加强对农村社区的控制,国家权力不断向下渗透。^① 在这个过程中,国家权力和农村社区居民的关系变得异常接近,冲突也非常激烈。在经济财政逐渐以社会化生产的方式运作的背景下,正是通过两种力量的互动,国家权力不断地征服着农村社区的居民。在村民自治这样一种基层治理方式下,社区居民们不断地熟悉着现代政治运作的规律,政治作为一种文化形态,不断地沉淀在社区居民的生活中,社区居民也越来越多地被纳入国家权力机器中。这种纳入是通过 Anthony Giddens 所称的控制辩证法(dialectic of

* 北京大学法学院 96 级本科生。

① 苏力:《为什么“送法上门”》,《社会学研究》,1998 年第二期。

control)的模式来完成的。^②

村民自治的功绩就在于使农村社区的居民将自己作为整体而非仅仅单独的个体放进国家权力的运作逻辑里予以考虑,把自己作为权力运作过程中的主体而不是客体。

苏力深刻地洞悉到,近现代化以来,国家权力一直在试图深入农村,建立现代国家,同时也发现“即使国家权力以法治的名义或方法进入乡土社会也是困难的”。^③如果这个结论是正确的话,那么,村民自治就不得不被看做是国家权力一种非常有勇气的努力。

首先,我想有必要讨论一下自治与其他相关制度的联系。自治的出现是在农村实行联产承包责任制之后,根据白益华的研究,中国第一个村民委员会出现在广西壮族自治区宜山县三岔公社。^④它是伴随着人民公社解体导致的基层权力瘫痪而出现的。它的产生可以说是国家权力上缩的结果,保障它的则是目前仍在实行的土地制度。当主要生产资料不直接由国家经营时,随着村干部组织生产职能的消灭,他们的权威迅速衰落,以至于在这种突然的变革下连社区公共事务也不能承担得起来。此时,相对于国家行政权力的社会自治权迅速补充,并且吸收了人民公社时期的民主成分。(村民自治至少在形式上与帝国时期的绅士村政模式不同,它的民主形式是对人民公社时期社员大会的继承)。^⑤一种制度的萌生从来都有着它深厚的社会经济背景作为支撑。“自治”也不可能例外。对于联产承包责任制的推行,有比较一致的肯定。即在这样的土地、税收制度下,这些农村社区比较自然地选择了这样的组织方式。其中的逻辑,本文不作过多的探讨,本文主要关注在这样的制度安排下,国家权力在基层的效率问题,也即它需要下延到什么程度,在什么样的层次和农村社区力量进行博弈,才符合国家的最大效益。

从某种意义上讲,权力是一种动员能力。国家权力向农村社区的延伸实际就是对农村社区动员能力的强化。也正是从这种意义上讲,权力的社会形态不仅仅包括了结构性的权力,即国家的官僚机关所操纵的行政性权力,还包括了文化性的权力,即社区居民对国家权力运作的心理认同。建国后的一段时间,面临着现代化的紧迫任务,中国共产党将基层政权建立到行政村,从而保证了对广大农村的强大动员能力,在短时期内实现了工业化,在很长的一段时期内,农村社

② 安东尼·吉登斯:《民族—国家与暴力》,三联出版社1998年版,第11页。

③ 苏力:《为什么“送法上门”》,《社会学研究》,1998年第二期,第55页。

④ 白益华:《中国基层政权的改革与探索》上册,中国社会出版社1995年版,第283页。转引自沈延生:《村政的兴衰与重建》,《战略与管理》,1998年第六期,第12页。

⑤ 徐勇:《中国农村村民自治》,华中师范大学出版社1997年版,第24页。

区的居民保持了对这种运作逻辑的认同。从动员能力的角度考虑,权力的实施同样具有经济学的基础。权力的实施是需要成本的,这一点在税收问题上表现得异常充分。从国家一方考虑,税收大体上可以和生产活动相类比:支付征税的行政费用,收取税款。国家权力运作需要相应的成本,在社会的基层,权力的价值最明显的表现为它可以动员多少资源。精明的权力不断地计算着自己需要动员的资源,从而决定自己需要在其中投入多少。投入的多少则直接影响到权力的强弱。权力投入的效率是影响其收益的另一个因素,但它并不能改变投入和收益的正比例关系。韦伯的研究表明,权力具有层级特点,并且层级越多,控制力就越弱。控制力当然包含了对权力的监督。这就是说,动员基层社会需要更大的成本。通过以上的分析,我们看到,影响权力主体愿意在多大程度上使用权力的因素有两个,一个是需要动员的资源总量,另一个则是权力的效率。权力效率的直接决定因素是实现权力的技术条件。技术条件低的状况下,同样的收益,可能要花费更多的成本。技术条件既包括了物质的条件,也包括了统治的经验等非物质的条件。这样我们或许就可以为中华帝国时期国家的直接控制大体只到县级这种现象找到一个解释的原因:作更深入的直接动员需要支付过多的成本,包括行政人员的报酬、物质条件落后造成的困难、与社区权力博弈的困难程度、维持对破坏税收制度的基层居民制裁的成本、以及对基层行政人员监督所要花费的成本等等。

此外,我们还应该看到,权力同知识一样,同样具有不均衡性。毋庸置疑,在一个有秩序的社会里,权力的强弱有着客观的界定。但权力的不均衡性或辩证性表明,即使在一个经过严格整合的权力统一体中,仍然存在着不同的权力源(事实上,如果不存在不同的权力源,就谈不到整合,如国家就是整合的一种形式),并且在特定的状况之下,弱势的权力源可以造成对强势权力源的相对优势。正是凭着对这一点的深刻领悟,人类在其斗争史上留下了一朵朵叹为观止的智慧之花。毛泽东的游击战术、工农武装割据战略正是对这一规律的巧妙运用。苏力也谈到了自然空间和人文空间在这种转换中的作用,并且以一个收贷案为样本,细致入微地阐述了自然空间与人文空间改变权力强弱对比的细节。^⑥ 依照这样的思路,我们似乎可以认为,一种政治制度的设计,很重要的功能就是如何调整各个层次的权力源的关系,保证其相互间的协调,而现代民族国家则力图规制出一幅可以预期、有着自身运作逻辑的权力配置的图景,它的最突出之处就是承认权力源之间的互动,并且承认和保障这种互动有它自身的逻辑。

接下来,本文开始描述我在调查中发现的农村社区层面上国家权力和社区

^⑥ 安东尼·吉登斯:《民族—国家与暴力》,三联出版社1998年版,第11页。

居民之间的关系。在调查中,我感到了权力和知识间的密切联系,由于知识间的无法交流,造成了国家权力的无法下延,亦即权力缺乏文化性支持,最终造成了国家权力和社区权力在各自的逻辑中运作。更确切一点,本文所讨论的知识并非普遍意义上的知识,而是在国家权力和农村社区力量接触时所折射出来的特定知识和特定权力间的密切关系,它更大程度上可以被理解为经验和技能。在进一步的讨论前,我先叙述调查中遇到的一件纠纷的展开状况。

在调查的第一天,纠纷的一方甲就向我询问解决办法。纠纷是这样的:甲一年前建房时因宅基地问题与乙不和。今年1月的一天,乙私移甲新房院里的砖垛,甲妻发现后,二人发生口角,乙殴打甲妻,致使甲妻卧床一周。后经村干部调解,已答应赔偿甲妻的医疗费,但后来在支付400余元后,拖欠了200元,甲即到乡派出所报案,并在当时表示其弟弟有一个同学在区分局。民警的态度很强硬,说这种事你不要找人,找人也没有用。此后,甲就不再到派出所交涉,而是不断地找关系。甲以他自己对国家权力的理解,来设想国家权力是如何运作的,来设想执行权力的行政人员又是如何运作权力的。交谈中,甲几次表示从民警冷淡的态度,推断对方已经“给了民警什么好处”。他认为,“现在的世道,塞点钱什么事都办了”。从这个普遍流传的说法,他坚定的相信行贿受贿的事已经发生了。他既不了解乡镇派出所对处理这些日常纠纷的厌烦心理,也并不估量纠纷的对方是否有能力和有理由行贿。他更不了解派出所将会以怎么样的程序来处理这种纠纷,所以也不知道应该向民警强调哪些情况,而当民警了解了基本情况之后,他也无法断言在派出所看来“自己是有理还是没理”。所以他只相信交情,相信只有人情才能保证自己的事得到公正的处理(在他看来,道理上讲,打伤人看病是应该的,但他却丝毫不能肯定派出所将会怎样评判。这个担心,他曾清楚地向我表露过),而并非想“枉法”。他还认为,弟弟的同学在分局工作,派出所的所长一定要听他的话。在他看来,“当官的一句话就解决问题”。后来,他的姐姐(经商)批评他说,弟弟的同学又不是所长的顶头上司,“照样要欠人情或送东西”。这起纠纷就这样偏离了正式的制度所规定的程序。偏离的原因当然很复杂,本文要着力讨论的是其中的一个。纠纷的展开过程展示了社区居民对权力运作的陌生,展示了同一地域空间中的不同文化空间,国家权力和社区居民有着各自的逻辑,社区居民从自己的文化空间里以他们的生活经验来理解国家权力,把日常生活里熟悉的私人交往规则应用于自己和国家权力的交锋。赵旭东的研究认为,乡土社会中人际关系的互惠被认为是公正,被当作重要的规范遵循。^⑦

^⑦ 赵旭东:《个人、国家与互惠的公平》,博士论文,引自“中国乡村社会的法律”学术研讨会资料汇编。

但这里问题的关键不在于互惠原则的被承认,而在于乡土社会中的居民把个人交往规则应用于与国家权力的交锋时,国家权力作为一种有着严格运作规范的权力消失了,他们的视野里只剩下了执行国家权力的人。国家权力按层级设立的职位和任职的官员被截然分开,职位由于陌生而被忽视,权力完全被个体的官员所享有。所以依照这样的习惯,官僚体制精心设置的职位被作为感性化的个人纳入了居民的头脑。对现代化国家权力运作过程的陌生使得他们很难预期一件事会是什么结果,这种陌生造成的恐惧则使他们自然地远离国家权力。

由于这样的状况在乡土社会中延续得如此之长,所以这种理解不见得会对当事人造成多大的不便,但是对一个逐步走向民主化、法治化的权力而言,这却是一个不小的妨害。

在这里,统治技术和反统治技术在同一个文化背景里相背离。传统治理方式下,社区居民与包括基层权力执行者在内的官僚系统保持着无法逾越的距离,而且背离出现得如此自然,因为统治与被统治的角色在这种体制下被区分得如此鲜明,体制的设计就在于将被治理者排斥于治理技术之外,社区居民作为治理的客体时,治理技术的垄断成为原本应有之义。随之而来的就是一种制度性的心理对立,无法沟通使得被治理方对治理方的可信赖程度产生了普遍的怀疑。前不久黄宗智先生在北京大学法律系的一次讨论中提到,通过他对清代诉讼档案的研究,他认为一般认为的清代普遍司法腐败是不存在的。清代诉讼案件一般是严格依照程序办理的,清代对讼案的处理其实存在着一些较为严格的程序保障。他区分了“官员认为正当的收入”和“真正的腐败”。很巧合的是,我在今年的调查中,也发现社区居民对于基层的干部们(调查地村民自治推行得并不好,村干部更多带有行政意味)有一种普遍的怀疑情绪,通过调查,我发现这种怀疑有相当多是没有根据的,只是习惯性的。

如果说在基层官员能够完全掌握社区的物质资源时,这种体制能够发生说一不二的动员能力的话,那么在联产承包责任制下缺乏这种垄断时,这种治理方式自然带来的对立和缺乏缓解对立的渠道的状况,则使权力本身的动员能力大打折扣,所以在我们的许多村民自治推行得并不顺利的村庄里,乡一级政权不得不借助地方性的权威来重新获得国家对于社区居民的动员能力,结果造成了一种非常类似于绅治的村政格局。这种动员方式是比较落后的,因为它的负面效应比较大,去年的一次调查中,我就听到这样一种说法,村干部只有两种人当得好,一类是特别有钱的,另一类是“不要命”的。这实际上是自然聚集权威的两种方式。在一个乡里,我了解了六个村的情况,结果发现两个村的村长(这种称呼本身就很耐人寻味)或握有实权的副村长有过服刑的经历,两个村的实权人物拥有本村居民中几乎最雄厚的财力,并且依靠其财力形成了一股私人的势力。

有的解释认为基层干部出现问题的原因在于儒家思想对其内心的约束解除了,这种说法固然不错,但究其制度设计上的原因,则是因为基层政权为了保持必要的动员能力,而承认了这种有悖于现代法治的权力。这一点在这一件事里表现的非常充分。在被调查乡的一个村里,新任村长刚刚刑满释放不久,并且他和本村一批有劣迹的人保持着相当密切的联系。我的一个受访者向我叙述了村长到她的家里催收公粮的经过。下午的时候,村长来到她家里收公粮,她回答说由于一些理由暂时不能交,村长便声称晚上再来,当晚村长带着七八个闲人再次来到她家,命令拿出杂货铺里的食物来款待手下,并说当晚不交就不走了。我的受访者巧妙地把争执地点转移到了门口,招来了许多围观者,才缓解了当晚的紧张局势。这样的权威,在被选择为动员力量后,就获得了来自政权的支持,而它们本身具有极强烈的专断性,缺乏监督的渠道,其职能又照显地倾向于动员,所以在基层政权和社区居民间造成了相当大的对立。居民对于乡村基层政治留下了相当失望的印象。

在分析了国家权力向农村社区渗透时的特征后,我们再来考察自治制度在这种背景下能发挥什么样的作用。

苏力认为,中国近代以来民族国家虽已建成,但在许多局部地区尚未实现,造成了法制不能在农村实行,从而得出了要“送法下乡”的结论。^⑧ 这一分析具有相当的启发性。本文打算从问题的另一个方面展开分析。本文的前一部分已经指出,由于知识上的不均衡,国家权力和农村社区力量的交流存在着很大的障碍。这一障碍导致了国家权力无法下延至农村社区,对社区居民无法进行强有力的约束。在这种障碍的影响下,社区居民以自己的规则处理社区范围内的事务,而不愿也无法进入国家权力运行的轨道。送法下乡是国家权力试图渗透的表现,但我们可以发现,它仍然是以向社区权力逻辑妥协作为代价的,它不得不动用村长这样的“更大程度属于社区”的人物,也正因为如此,在依法收贷的案件中,苏力发现实际上变成了村长作为调解人来调解法庭、原告和被告之间的关系。^⑨ 也许我们可以这样认为,这种国家权力不能渗透到基层的状况不仅是结构性的,更大程度上是文化性的。中国在计划经济的年代,将权力末梢下延至村,通过垄断社区资源,实现了对社区居民强有力的控制,最大限度动员了农村社区的资源,促成了中国的工业化,但是在治理模式上,并没有逃脱统治与被统治相背离的轨道,并且对意识形态有着极大的依赖。而且这种模式也没有能够避免低效的弊端。最终的解决途径是联产承包责任制。这个制度之下,依靠垄

^⑧ 安东尼·吉登斯:《民族—国家与暴力》,三联出版社1998年版,第11页。

^⑨ 同上。

断资源建立起来的权威迅速衰弱,由于此前的权力基本上是结构性的,社区居民对现代民族——国家权力运作仍然十分陌生。从迷信、宗族的恢复,我们就可以感受到,人民公社对于中国农村社区改变的有限性。这种结构性的权力的欠缺就在于缺乏稳定的心理认同的基础,它的推行,需要极大的行政成本。徐勇作了一个粗略的估计,如果在村级建立政权则一年需要支出 63 亿—175 亿的费用。^⑩

有些研究把村民自治称为绅治,认为是一种倒退。这可能是一种误解。从形式上讲,政权机关上收,是国家的退让。但国家权力运作的现代化,决不等于官僚机构的强化,它还取决于运作的方式;决不仅仅等于动员能力的强化,还取决于动员的效率;决不仅仅等于结构性权力的完善,更取决于文化性权力的心理认同。事实上,村民自治正是对绅治的否定。通过村民自治的形式,农村社区的居民们不断熟悉着现代民族——国家的权力运作方式,农村社区在和国家的不断的讨价还价中,社区居民在和社区权力的不断讨价还价中,不断地熟悉着不被公开的统治技术,不断地积累着影响相对方的经验,不断地改善着被动的地位,同时,也不自觉地被国家权力运作的逻辑所征服。

中华帝国时代,每一次农民运动都会在与封建王朝的斗争和熟悉中再造一个庞大的封建帝国体系。社会的治理是一个技术的过程,也是一个经验的过程。

在我们调查的乡,村民自治推进的情况并不理想,按照徐勇的划分,更倾向于非规范性的村,带有很强的行政色彩。形式上所有村都建立了村民委员会,但事实上乡政权仍然在很大程度上干预村务,村内部的治理也不像自治要求的那样规范。但是乡对村务的干预已经不是从前的行政命令式,而是“宏观调控”式的,通过培植村干部来间接地影响村务。他们之间的这种关系之所以不能称为《村民委员会组织法》里所规定的指导与被指导的关系,关键是自治的内容里比较欠缺村民代表会议的制度,村务一般取决于村委会党支部的意见。这样的自治是极不完善的,民主决策实际上是自治的核心内容,而并非像许多学者所认为的民主选举是核心。因为,不存在一个完整的制度,足以保证只要选定社区领导人,他们就在一套既定的机制下履行他们的职责。相反,在固定的传统下,选举只意味着把权力交给谁。而权力一旦交出,就很少受到制度性约束,社区居民极难有合法途径自行对社区的权力予以制约,惟一可行的就是上访。然后由上级官员对社区精英进行非制度性的裁判。缺乏这一点,就不能彻底改变以往的治理模式。

虽然这个乡的村民自治并不典型,但是由于近几年来,乡政府一直在努力推进一项涉及多个村庄的开发计划,从而使得国家权力和村民之间的关系展现得

^⑩ 安东尼·吉登斯:《民族—国家与暴力》,三联出版社 1998 年版,第 225 页。

很充分,并且在一个不标准的样本里,由于各种关系正处在转变之中,它运作的机理或许可以给我们更大的启发。开发计划涉及到村民的一系列利益,征用耕地、拆除房屋、砍伐树木等等。我所关注的是在这种不标准的自治状况下,乡政府和村民是如何达成妥协的。作比较长期的和规模的规划,政府确实比分户经营的农村居民具有更长远的眼光。但这并不意味着农村居民的合理利益可以被忽视。要使两者达到协调一致,是需要一种程序保障的制度来解决的。“依靠行政手段随心所欲地保持或建立有效的规范结构,已属痴心妄想。”^① 我们考察两个调查中遇到的实例。在一个“商业街”计划中,几十户居民需要拆迁,以建设一条繁华的街道。负责筹建的乡党委副书记面对拆迁户的阻力,要求每五户推选一名代表,产生了一个代表团。副书记告诉我,接着他准备直接和代表团面对面的交涉,他全面地估算了农户的损失和收益,每次对话前都谨慎地把各种问题考虑一遍,然后在三次对话后,他说服了绝大部分代表,最后一次,在掌声中,项目被通过。当然,其中他运用了许多和农民打交道的技巧,这里忽略不论。另外一个娱乐区计划中,农户的近四百亩耕地将被征用 70 年,乡政府为了取得投资方的资金,将征用价格压得很低(乡政府是否有资格签合同本身是值得讨论的),结果两次村民大会,都遇到了激烈反对。于是乡长带领村长逐户征求意见,这种情况下,结果近 200 户农户只有 2 户反对。但是,我调查时村民的反应却远非如此。

这次调查中,我发现在与联产承包责任制下的农民打交道时,“代表”的治理技术被广泛地采用。这并非偶然的現象。如果将代表制度严格程序化,本乡的村民自治就可能获得一个实质性的突破。

成为独立的主体之后,利用行政方法大面积动员农民已经不太现实,代表的技术实际上是与此相联系的。通过代表,可以集中分散的意见,在这个意义上,代表不仅是表达意志的方法,也是一种系统动员的技术,从调查的情况看,代表一般要经过推选的过程,所以大部分是“能人”。通过代表,国家权力可以和农村社区居民进行有效率的对话。由于“能人”本身代表了一定的权威性,他们实际上能够起到动员的作用。吴毅的研究发现了村庄里的阶层分化趋势,他发现一部分掌握优势社会资源的村庄精英群体与村庄公共权力形成密切和较为密切的关系。他还承认,村庄精英较高的公共参与率和有效的公共参与和社区参与的制度化渠道通畅有关。^② 通过制度化渠道,社区里的政治能量得以表达。

^① 哈贝马斯:《合法化危机》,转引自王涌:《法律关系的无形式》,《北大法律评论》第 2 期,1999 年,第 585 页。

^② 吴毅:《村治中的政治人》,《战略与管理》,1998 年第 1 期。

而代表们一旦和国家权力达成一致,他们就成为一种可观的动员力量。这是民主有效率的一面。另一方面,代表可以使决定具有合法性,这样的决定至少在程序上被认为包含了双方的意愿。

即使在这种还不规范的自治制度里,农村居民已经开始和国家权力坐在一张桌前谈“所有权”,拒绝国家权力的某些要求(这是我在被调查乡同一个村委会主任的交谈中得知的),他们以代表的方式,逐渐地熟悉了集中自己的意见,把自己组成一个统一体的技术,为了在和官员们的谈判中不吃亏,他们迫切地寻找法律上的规定,他们认识到他们熟悉的生活逻辑可能和法律冲突,不得不努力地掌握另一种逻辑。但是,在掌握国家权力的官员面前,在熟悉治理技巧的官员面前,他们仍显得弱小。广大的农村社区熟悉国家权力是个艰难的过程,需要付出很大的代价,尽管如此,我们仍然看到了农村社区走向法治和程序的一点希望。

影响村民自治制度的因素有很多,本文只是从一个狭窄的角度入手,试图提供一种思路。

公民投票制度初步比较研究

朱利江*

【内容提要】 公民投票制度,作为公民行使直接民主的一种形式,在西方国家拥有相当长的实践经验,有的甚至已上升为法律,制定有公民投票法。本文通过对外国法上公民投票制度的理论及内容的简略而全面的论述,探讨了中国实行公民投票制度的必要性和可行性的问题。文章结论认为,尽管中国现行的宪政体制不允许中国实行公民投票制度,但越来越多的有利因素表明,中国应当实行公民投票制度,以建设高度发达的社会主义民主。

【关键词】 公民投票 全民公决 直接民主

“在主权的一切行为中,仅就投票这一项权利——这是任凭什么都不能剥夺于公民的权利。”

——卢梭:《社会契约论》,商务印书馆,1980年版,第137页。

前言

20世纪末叶,由于公民投票的频繁运用,公民投票制度已引起了人们的广泛关注。1999年9月3日,东帝汶通过公民投票走向独立^①;11月6日,澳大利

* 北京大学法学院96级本科生。

① 1999年5月5日,在联合国秘书长安南的主持下,印度尼西亚和葡萄牙两国外长签署了东帝汶自治方案的协议。协议规定,在联合国的主持和组织下,于8月8日举行公民投票,后因安全方面等原因两度推迟至8月30日举行。在东帝汶45万名登记选民中有98.5%的人参加了投票;9月3日,公民投票结果表明,78.5%的当地居民支持东帝汶独立。吴迎春:《东帝汶走向独立》,载于《人民日报》,1999年9月6日第6版。