

# S 东南法学

## SOUTHEAST LAW REVIEW

东南大学法学院主办  
主编 周佑勇

2010·1 (总第3辑)

周叶中：关于中国特色社会主义宪政的几点认识

吴玉章：公民结社的现象分析

张千帆：走向世界的中国宪政

张马林：论工程法的调整对象

李 川：工程重大安全事故罪的问题与对策

【日】大村敦志著 夏芸译：

民法及实体法中的生命与身体

——为思考“生不生孩子的权利”



东南大学出版社  
Southeast University Press

# 东南法学

## SOUTHEAST LAW REVIEW

2010·1(总第3辑)

---

东南大学法学院主办  
主编 周佑勇

---



东南大学出版社  
Southeast University Press

东南大学法学院主办

**东南法学**  
SOUTHEAST LAW  
REVIEW 2010·1(总第3辑)

## 编委会名单

学术顾问:(以姓氏笔画为序)

王利明 张文显 沈四宝

陈兴良 应松年 韩大元

编委会主任:李步云

主 编:周佑勇

副 主 编:汪进元(常务)

编 委:孟鸿志 刘艳红 龚向和 施建辉

孟 红 胡朝阳 戴庆康

本期编辑:欧阳本祺

### 图书在版编目(CIP)数据

东南法学.第3辑/周佑勇主编.--南京:东南大学出版社,2010.4

ISBN 978-7-5641-2150-1

I. ①东… II. ①周… III. ①法学—文集  
IV. ①D90-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第053673号

出版发行 东南大学出版社

出版人 江 汉

社 址 南京四牌楼2号

邮 编 210096

经 销 江苏省新华书店

印 刷 南京玉河印刷厂

开 本 787mm×1092mm 1/16

印 张 11.25

字 数 280千字

版 印 次 2010年4月第1版第1次印刷

书 号 ISBN 978-7-5641-2150-1

定 价 24.00元

# 目 录

**S 东南法学**  
SOUTHEAST LAW REVIEW

## 东南法学讲坛

|                            |    |
|----------------------------|----|
| 周叶中：关于中国特色社会主义宪政之路的几点认识    | 1  |
| 吴玉章：公民结社的现象分析              | 7  |
| 张千帆：走向世界的中国宪政<br>——百年回眸与展望 | 14 |

## 工程法专论

|                                             |    |
|---------------------------------------------|----|
| 张马林：论工程法的调整对象                               | 20 |
| 李 川：工程重大安全事故罪的问题与对策<br>——以德国法为借鉴            | 29 |
| 程 宏：违反强制性规定的建设工程合同效力<br>——以最高人民法院司法解释为视角    | 35 |
| 黄 喆 陈宝锋：工程上民法实务问题研究<br>——第一届海峡两岸工程法学研讨会会议综述 | 43 |

## 医事法专论

|                                             |     |
|---------------------------------------------|-----|
| 大村敦志著 夏 芸译：民法等实体法中的生命、身体<br>——为思考“生不生孩子的权利” | 49  |
| 陈玉玲：药品缺陷损害赔偿的归责原则                           | 57  |
| 赵银仁 夏 芸：浅析医务人员收受回扣的法律责任                     | 64  |
| 杨志琼：试论医疗领域中的商业贿赂犯罪                          | 71  |
| 胡潇潇：论药品专利的 Bolar 例外                         | 77  |
| 丁冬冬：拒签手术同意书法律问题研究                           | 90  |
| 郑 娜：代孕相关法律问题研究                              | 102 |

## 各科分论

|                                         |     |
|-----------------------------------------|-----|
| 汪进元：地方自治比较研究                            | 113 |
| 张雪莲：南非社会权司法保护的程度                        | 122 |
| 李煜兴：协商民主视角下政治协商的法治功能研究                  | 129 |
| 张 蓉：未成年人犯罪刑事政策与基本刑事政策的互动关系              | 135 |
| 刘 刚：德国犯罪竞合理论研究<br>——兼谈中国罪数理论研究的困境与出路    | 143 |
| 朱长宝：论创新在实施知识产权战略中的作用                    | 153 |
| 李 可：汉藏佛教力量在森林营护中的作用及意义<br>——一个跨民族跨地域的比较 | 160 |
| 王孔祥：信息战时代的区分原则                          | 166 |

# 关于中国特色社会主义宪政之路的 几点认识

周叶中<sup>\*</sup>

新中国成立六十年并改革开放三十年以来,中国取得举世瞩目的成就,由一个建国之初积贫积弱的国家一跃成为世界大国。这种大国不再仅指人口众多、地大物博,而且也指综合国力意义上的大国。究其原因,可以归结为中国人民的勤劳、党领导的坚强有力、独具特色的社会主义市场经济体制等等。与之相连,中国的政治发展道路一直为政治家、理论家和观察家所关注,其看法不完全一样:有的说,中国特色的社会主义建设一直在发展、推进,但重心在经济建设,在政治建设方面、在理论和实践上都没有太大突破。另一种观点认为,长期关注经济建设,当发展到一定历史阶段各种矛盾逐渐暴露,要求通过制度安排予以调整。还有一种观点认为,政治发展没有很特别的东西,中国在政治上的发展也要像在经济领域引进市场经济机制一样,走西方多党制和分权制衡的道路。这些观点很值得商榷。目前,我们在政治环节上的确需要进行理论探索和制度探索。从法学的角度,就是走中国特色的社会主义宪政之路。只有这样一种方向、这样一条道路,才能够既体现人类政治文明发展的规律,又切合中国的实际情况,还能应付我们在发展过程中可能会遇到的挑战。发展中国特色的社会主义宪政之路,不是空谈概念、理论,是当前中国发展的现实,是当前发展不得不解决的问题。

## 一、什么叫中国特色社会主义宪政

什么是中国特色社会主义宪政?这一概念由宪法、宪政、社会主义宪政、中国特色社会主义宪政几个要素层层递进,及各个含义之间的内在关联结合而成。

### (一) 宪法

宪法是根本大法,其根本性从内容、效力以及制定和修改的特殊机关及程序方面体现。对宪法的认识除基本法之外,还应该拓展到如下四个方面:

\* 周叶中,武汉大学法学院教授、博士生导师,兼任武汉大学研究生院常务副院长、第六届国务院学位委员会学科评议组成员(法学组)、教育部高等学校法学学科教学指导委员会委员、法律硕士专业学位教育指导委员会委员、中国法学会理事、中国人权研究会理事等。本文系作者2009年10月19日在东南大学法学院所作主题演讲的内容。

第一,宪法是人类政治文明发展的产物。人类文明包括物质文明、精神文明和政治文明三个方面。政治文明是国家政治生活进步的状况,有人说政治文明是近代历史发展的结果。政治文明古已有之,古希腊思想家纷纷办学,对建立良好的政治制度和人与人之间和谐的秩序,就是对政治文明的追求。但古代政治文明和近现代的政治文明不一样,近现代政治文明最基本的特征是将国家所有政治事务纳入宪法规范,宪政文明是近现代政治文明的核心。当人类社会发展到一定的历史时期,统治者希望把一切国家生活涉及的问题通过宪法进行规范和调整的时候,宪法也就应运而生。宪法作为人类政治文明发展的产物,具有重要意义。十六大强调要建设政治文明,如何能够了解政治文明的核心是宪政文明?宪政建设要推进,也就必须切实保障宪法的实施,切实保障宪法的权威。

第二,宪法是人权的根本保障书。人权既是抽象的也是具体的,人权既具有普遍性也具有特殊性。宪法之于人权,法国1789年的《人权宣言》指出:凡权利无保障,分权未确立的社会,就没有宪法。列宁说宪法是一张写着人民权利的纸。由此可见,宪法和人权之间的密切关系。将宪法是人权的保障书的含义加以强调,高高举起,是具有重要意义的。我们现在提出的科学发展观,其核心就是以人为本,而以人为本就是通过保障人权去体现、去实现。以人为本最初是哲学命题,后来发展成为政治管理的理念,但不管哲学命题还是管理理念都停留在一种抽象的说法,最终要表现为保障人权。我们国家当前要表现为切实保障民生,满足老百姓最基本的需要。因此,将宪法是人权保障书的内涵加以强调,与科学发展观是完全一致的。

第三,宪法是依法治权之法。依法治国的核心是依法治权,即由宪法规范限定和制约权力行使。在探寻依法治国的核心的时候,有人说是依法治官,也有人说是依法治民。即拿法律来对付老百姓,这些看法都是错误的。依法治国就是法治,法治就是实行法的统治,法的统治就是法律支配权力、权力服从法律。从人类历史发展过程来看,统治者在治国理政的过程中所走过的道路是从人治到法治,也就是从权力支配法律到法律支配权力。权力支配法律,就是人治。法律支配权力,所有的权力来源于法律,对法律负责,以法律为根本的依据,以法律为判断行为的根本准则,这就是法治。所以思想家潘恩说:在专制国家中,国王就是法律,在自由的国家中,法律就是国王。依法治国作为一种治国方略,它所涉及的核心就是依法治权,国家权力由国家机构承担、组织和行使,而国家机构由宪法设定,并由宪法赋予权力,规定行使的程序和方式,所以宪法是依法治权之法。公权力行使者能够理解和明确宪法与权力的关系,规范权力行使,对切实推行法治非常重要。

第四,宪法是公民的生活规范。一般认为宪法与生活没有关系,是高高挂在空中之法。其实,宪法无时不在、无处不在,时时处处体现在人民的生活之中,宪法是公民的生活规范。宪法规定的权利和自由与人民的生活息息相关,如上班劳动权、下班休息权、对有关问题发表看法的言论出版自由权、精神寄托的宗教信仰自由权,等等。另一方面,宪法的基本制度、基本原则、基本国策一运行、一落实,就是公民的生活,因此,要把高高挂在空中的宪法拉回地面,走向人民生活。宪法不仅是根本法,还是人类政治文明的产物,是人民权利的保障书,是依法治权之法,是公民的生活规范。宪法是上述四个方面的高度统一,这是中国特色社会主义宪政含义中应该包含的新认识。

## (二) 宪政

宪政以宪法为前提,以民主政治为核心,以法治为基石,以人权保障为目的的政治过程

或政治形态。宪政包括宪法、民主政治、法治、人权保障四个要素。宪法是前提,没有宪法就没有宪政,但是有了宪法不一定有宪政,而有了宪政就必然有宪法。宪政是宪法的实施,是实现宪法价值追求和取向的过程,是宪法设立的政权机制动起来的过程。所以说,如果宪法是静态的宪政,宪政就是动态的宪法。民主政治、法治、人权是宪法所包含的基本价值,如果宪政能够动起来,也就是宪法能够得到很好的实施,那么这些基本价值也就能够在宪法的实施中开展,得到很好的体现。

### (三) 社会主义宪政

社会主义宪政是社会主义与宪政的结合。其最大的特点或者称最本质的特征是人民性,这也是社会主义宪政与资本主义宪政的本质区别。人民性通过如下方式表现:在经济上,表现为生产资料的社会主义公有制和最终走向共同富裕,生产资料公有制和共同富裕是社会主义的最根本的要求和原则。在政治上,人民是国家的主人,人民当家做主。在思想上,文化是人民的、大众的,社会主义精神文明是绝大多数人民探索取得的成果。

### (四) 中国特色社会主义宪政

中国特色社会主义宪政主要是一个分析方法的问题。理论界对宪政的概念有分歧,有人认为,宪政是资本主义的用语。其实,宪政与市场经济一样,资本主义和社会主义都可以用,关键在于实施的是什么样的宪政。

认为宪政只是资本主义才有的概念,是因为论者把宪政与宪政模式、宪政价值与宪政价值实现的方式混同。在对待普适价值的问题上,有的认为存在,有的认为不存在,事实上这都犯了一个严重的方法论错误,把价值与价值的实现方式混同。民主、法治、人权是人类历史上形成的共同价值,哪个国家的人都追求民主、法治、人权,资本主义可以用,社会主义也可以用。但不同的国家在实现这些价值的过程中选择什么样的途径、模式和形式,必须根据自己本国的实际情况,采取与自己国情相适合的形式和途径。所以,价值和价值的实现模式不能等同起来。同样在对待宪政问题上,也要将宪政与宪政模式和宪政价值的实现方式相区分,不能等同。而立足中国具体国情,形成的就是中国特色社会主义的宪政。

应该以开放的胸怀,面对一切文明成果,但在分析框架中,我们应明确价值与价值模式、人权与人权模式、民主与民主模式、法治和法治模式,应立足于中国的现实和国情,建立中国特色的民主模式、法治模式、人权模式,也就必然有中国特色社会主义宪政。世界上没有最好的制度,只有最合适的制度,合适的就是最好的。以美国为例,多党制、联邦制、分权制衡适合美国的实际,对他们来说是最好的,但这些制度跟中国国情不相吻合,没有支撑基础,就不是最好的。因此,要有科学的立场和方法。一种很流行的观点认为,发展民主政治,建设政治文明,其核心是多党制,若不推行多党制,则是假的民主政治,假的政治文明,这同样也是犯了方法论错误。民主政治的核心是权力制约,不管是两党制还是多党制都只是为了实现权力制衡的制度和形式,只是两种具体的形式,而不是唯一的形式,我们同样能够探索出其他的机制和形式来实现权力制约。

在中国特色社会主义宪政建设上,我们要理解社会主义宪政的一般规律,结合社会主义本质,立足中国国情,根据自身情况探索出适合中国现状的宪政模式、宪政途径和形式,最终构成中国特色社会主义宪政。



## 二、中国特色社会主义宪政的发展历程

中国特色社会主义宪政的发展之路,经历了三个重大的历史转变:从人治到法治,从依法治国到依法治国,从依法治国到依法执政。

### (一) 从人治到法治

中国几千年的封建社会,实施的就是人治。新中国成立后,尽管在刚开始党和国家重视民主政治,但从1956年后治国战略的认识发生了变化,当时的最高领导人在广西南宁的会议和北戴河会议上,明确提出要人治不要法治。文化大革命期间,法治更是被破坏殆尽。正因如此,粉碎“四人帮”之后,总结民主法制建设的经验,明确提出坚持社会主义民主、健全社会主义法制。从此中国的法治之路走向了健康发展的道路,所以从人治到法治的实现是质的飞跃。

### (二) 从依法治国到依法治国

从依法治国到依法治国,事实上是从工具主义法律观到把法治作为一种价值取向的转变。依法治国所表现出来的只是把法律作为一种手段、一种工具,是拿法律来治理国家,而依法治国是依据法律来治理国家,宪法、法律是最高准则,是一切组织、社会团体和个人在进行相关国家管理、社会治理、个人活动时最根本的、最高的准则。所以,这一个方面又是一个重大的转变。

### (三) 从依法治国到依法执政

从依法治国到依法执政,也是发展过程中的一大飞跃。依法治国是党领导人民治理国家的基本方略,但长期以来,中国共产党和宪法、法律之间的关系处理得并不理想。比如,强调宪法、法律至高无上,有人因此质疑党的权威,甚至有人说是拿宪法、法律的权威来对抗党的领导,这种认识在党的干部中有一定市场。另外,从宪政道路的发展过程看,党的领导和宪法、法律的关系的处理是一大难点,这个关系处理好了,中国特色的民主政治就能很好地发展,否则就很难推进。然而,党章规定党必须在宪法、法律范围内活动,宪法也有明确规定,一切国家机关、武装力量、人民团体、个人都必须以宪法为根本的活动准则。法治如何展开、能不能实现,执政党能不能做到依法执政尤其关键。

因此,当党的十六大明确提出共产党坚持依法执政的时候,就标志着中国特色社会主义宪政之路又步入了新的阶段,如果说1997年江泽民同志在中国法学会召开的大会上所做的依法治国的一番论述,给了法律工作者极大的精神鼓舞的话,那么党的十六大依法执政的提出,则使法治建设、宪政发展到了一个更高的层次。从依法治国到依法执政,也是我们党在自己的历史方位认识深化的结果,也就是我们的党在自己的定位上由过去的革命党转变成执政党。从革命党到执政党的区别:一、革命党的目的是打天下,执政党是以守天下为己任;二、革命党的哲学是斗争哲学,执政党的哲学是发展哲学;三、革命党相信枪杆子里出政权,热衷于群众运动,执政党要求国家管理的有序性,社会秩序的稳定性的,坚持依法治国。这三点说明共产党从过去的革命党理念、思维发展到执政党的历史方位,希望通过执政的理论和

思维从而与时俱进地来执掌国家政权,这种重大转变不能小看。所以说从依法治国到依法执政也是质的飞跃。

#### (四) 从依法治国和依法行政到依宪治国和依宪行政

2004年9月15日,在首都各界人士纪念全国人民代表大会成立50周年的大会上,胡锦涛总书记说,依法治国和依法执政是党治国理政的基本方法,而依法治国和依法执政首先要依宪治国和依宪执政。依宪治国和依宪执政集中表现为建设有中国特色的社会主义宪政。中国特色的社会主义宪政之路尽管还存在各种不如意、各种问题,但是从其历史发展轨迹来看,确实在一步步推进,一步步发展。

### 三、新时期中国特色社会主义宪政之路的几个问题

#### (一) 观念与理论层面

中国特色社会主义宪政建设的观念和理论层面,即是新时期在建设中国特色社会主义宪政的过程中有关观念变革、理论研究,如何具体开展的问题。

首先,要正确认识宪政。正如前面所说,宪政是人类文明的结晶,资本主义可以用,社会主义也可以用。宪政的用法也不使用其他提法替代,比如宪政与宪法秩序不能等同,宪法秩序主要是宪法贯彻实施的后果状态,很大程度上处于静态的,而宪政是动、静的统一,最主要的特征是动态的,因此主张用宪法秩序替代宪政的提法是值得商榷的。其实,新中国成立初期,宪政的概念就已经广泛运用,毛主席将宪政概括为民主政治,很多法学家和国家领导人都有关于宪政的论述。

其次,从理论研究角度要深入分析,努力建构具有中国特色的社会主义宪政理论的体系。宪政作为人类政治发展比较成熟的一条道路,形成了一些基本范畴、基本概念,以及概念与概念之间的逻辑联系,也就是从范畴到范畴之间的联系,构建一个完整的知识体系是完全有可能的。当前,党还没有一套非常好的、成熟的理论系统,毛泽东思想、邓小平理论、“三个代表”的重要思想以及科学发展观是马克思主义中国化的重要理论成果,但毕竟没有就治国理政的问题形成一套系统。能不能形成有中国特色的社会主义宪政体系,是党能否在现代政治建设领域与经济建设领域一样充满自信的关键。建构具有中国特色的社会主义宪政体系,不是简单的概括,也不是翻版西方的论述,有待对中国具体国情的深入分析研究。

#### (二) 制度与机制层面

在制度与机制层面,关键的是必须坚持和完善人民代表大会制度。建构有中国特色的社会主义宪政或者称民主政治,在很大程度上是一种抽象概念。这种抽象的概念、理念和原则不具体物化为制度,只不过是空谈而已。所以,制度机制是从理论、观念转化为具体政治现实的至关重要的中介。人民代表大会制度就是这样的一个中间环节。

我们习惯于将人民代表大会制度称之为我国的根本政治制度,在新时期我们应当在此基础上增加两项新认识:其一,人民代表大会制度是中国特色社会主义民主政治的根本制度载体;其二,人民代表大会制度是党治国理政的根本途径。从制度载体角度看,无论作为

抽象原则还是理论系统的民主政治都需要一定的制度框架来表现、运行,人民代表大会制度就是这一制度框架、制度载体。从根本途径角度看,长期以来,党和国家政治制度之间的关系并不理想,把全国人民代表大会界定为在党的领导之下的最高权力机关,使党习惯于在政权之上和政权之外进行领导。事实上,作为执政党的中国共产党应该进入政权,在政权中去掌权。而党怎样进入到政权之中、以什么样的途径和方式进入国家机关?这种途径就是人民代表大会制度。因此,推进人民代表大会制度的建设对推进民主政治具有重要意义。

### (三) 操作与运行层面

在操作运行层面,主要强调政治行为、政治活动应该基于宪政的价值和宪法的准则展开。与此同时,针对中国特色社会主义宪政建设之路,本文提出如下三项基本要求:

一定要有宪政理想。宪政理想是法治国家的目标和动力,宪政中国应该成为每一法律学人的理想。建设宪政中国的理想不能只是停留在口号上,而要落实在行动上,做实实在在的事情

一定要立足于中国国情。宪政的理想脱离了国情,就是空想,就是幻想。只有立足于中国的实际、中国的现状,对于中国的问题能够给予自己的分析和判断并提出解决的办法,才能切切实实解决中国问题。什么是最合适的?只有同中国实际最合适的才是。但当对中国的实际不了解,就无从知道那些真正合适。所以,有些学者通过翻译外国的理论的方式做学问是不够的。提出观点不为哗众取宠,而应基于自己的责任,立足于国情。

一定要有建设性心态。面对中国特色社会主义宪政之路,在具体运行层面一定要有建设性的心态。因为,单纯地批判是不够的,看到问题只是第一步,重要的是要为党和国家解决问题提供办法。仅提出问题是不可行的,一味地指责更是不行。

# 公民结社的现象分析

吴玉章

近几年来,我一直比较关注公民结社的现象,同时荷兰给了我们法学所一笔资助,做中国社会团体的法律问题,这个资助大概是有那么三期,已经有七八年了,借着这个资助我们组织了几个人对结社现象或者说是公民的结社权利做了一些分析。当然坦率地说即使是没有外国的资助,作为中国的学者对中国问题的关注也是责无旁贷的事情。

## 一、研究路径与研究意义

对中国的这个结社问题,社会团体的问题,从学术界来说关注已经是一个大概有十多年这样一个过程。在这样一个将近十多年的过程当中,围绕着公民的这个结社问题出现了几种不同的研究路径。一种是社会学的研究思路,研究社会组织的兴起、发展,它的内部结构,它的这个管理问题,等等,这是一种研究路径。比如说清华大学有一个 NGO 研究中心,他们这个中心基本上是一种社会学的思路展开对结社问题的研究。再有一个思路就是政治学的思路,研究社会势力、社会集团在社会的变革和转型当中发生什么样的作用,这样一种社会势力、社会集团怎样相互博弈,怎样共同推动整个中国社会的向前发展。那么,从法学的角度,说到底我们关注的是一个我们国家公民基本权利的问题。在 1982 年的《中华人民共和国宪法》第 35 条关于结社自由已经有明确规定。

如果从一种权利的角度出发,对结社问题做一个研究,我觉得有以下几个方面重要的意义:第一,通过对结社自由权利的分析,我们能够深化、细化对一般权利理论的认识。大家知道改革开放以来,我们的法学围绕权利问题已展开了比较深入的广泛的研究,但是我们国家目前的这些研究大多停留在权利的一般理论:权利怎样发生、发展?国外的权利大致是怎么回事?按照权利的理论,权利本身是一个权利束,它不是一种权利,它是一捆权利,如果我们对每一种权利,比如说结社权,比如说选举权、言论自由的权利,有一种深入的了解,我想我们会对一般的权利理论有一个更深刻的认识。我们原来都是比较表面的现象化的论述权利,但是在中国社会特别是改革开放以来,特别是最近 30 年以来,中国公民的权利有没有?有的话,它大概遵循一个什么样的发展过程。我想,通过细细的分析结社权利,对深入了解权利理论会有一个很大的帮助。这是我们所说的第一个方面。

第二个方面,深入地研究这个结社权利,实际上也是就目前国际上我们国家签署、批准的国际公约的一种积极的行动。大家知道我们国家签署了《联合国宪章》、《世界人权宣言》

· 吴玉章,中国社会科学院法学研究所研究员,中国西方法律思想史研究会会长,博士生导师。该文是作者 2009 年 10 月 23 日在东南大学法学院所做讲座的内容,由洪良友根据录音整理而成。

还有联合国的《经济、社会和文化权利国际公约》。联合国《公民权利和政治权利国际公约》我们国家签署了,好像还没有批准。从签署到现在已经有七八年了,我们国家为什么没有对这个权利做出批准呢?当然原因有很多,但是我觉得,一个重要的原因就是我们的执政党对这种权利,特别是对政治权利公约所规定的结社自由的权利,还没有一个成形的认识和对策,我们还不知道怎么样应对这样一种结社自由;我们也不知道,在中国这样一个建设中国特色社会主义的大的框架里面,结社权利应该放在一个什么样的位置。由于有这样的种种的社会关系,所以我们一直对这样一些具体的权利采取一种敬而远之的办法。但是敬而远之的办法过去可以,现在越来越不行了,因为签署这个公约之后,每一段时间要到联合国那个公约讲去,去对这个公约做一个在你们国家的实践过程的报告。我们国家在以前的实践就是先讲一番理论,然后再讲讲新中国怎么生存权更重要,最后拿香港、澳门的这个权利实践往上一摆,就算对付完了。但是实际上越来越多的国际社会开始关注中国社会当中公民具体权利的状况,你们这个国家的公民权利到底怎么回事。所以我想,如果我们深入的研究公民的结社权利,我们可以为我们国家在这方面的基本政策作为一个学者献计献策。因为从现代来讲,纯粹理论的研究实际上已经做得不少了,但是我们的学者除了在理论上要喊“权利至上”,权利的核心是公民的自由。除了这个之外,我觉得作为学者我们可能还需要具体的路线图,一种权利怎样从书本上走向社会实践当中,他除了一些社会的大环境、国家的政策之外,我们还要有一种大致设想的路线图。没有这样一个路线图的话,政府的领导心里也没有谱,老百姓也没有谱,执法官员也没有谱。那就给权利的实践造成很大的障碍。这是我说的第二个方面的意义,就是回应国际上的一些关注。

第三个方面的意义,我刚才已经提到了,深入地分析公民的每一种权利,每一种权利在中国社会展开的实际的运作过程,有一个特别重要的方面,那就是了解在我们这样的一个国家,权利怎么样从书本当中走到社会生活当中的。实际上,在任何一个国家,即使在西方,在美国、在英国,这样一些权利意识高度发展的一些国家,公民的权利维护的比较好的一些国家,也都有一个权利怎样从书本当中走向社会生活的问题,如果我们这个问题不解决,那么我们所讲的权利的故事也就刚刚讲了一半。国家在法律上明确规定了公民的权利,这固然是好事,是一个国家法治文明程度的一个重要标志。但是仅仅做了规定,还没有结束,它只是权利运行过程其中的一个阶段。这个阶段之后呢,就是权利怎么样成为公民日常生活当中的重要保障。我想,了解结社权、选举权、言论自由权这样一个实际展开的一个过程,可能有利于认识在当前中国的社会里面,权利特别是结社权怎样从书本当中走向社会生活实践。所以我认为做这个结社权的研究大致有以上三个方面的积极意义。

## 二、公民结社在我国的发展

那么下面我想简单的跟大家介绍一下在中国的这个结社的大致情况。截止到2008年的统计,我们国家的社会团体的总数已经突破了40万。那么,在我们国家里面,我们所说的社会团体,实际上包括了三类组织。一类就是社团,公民为一个共同目的按照法律规定自愿组织起来的一个不追求利润的机构。比如90年代在北京出现的“自然之友”,它是由我们国家著名的大学者梁启超先生的孙子梁从诫先生组织成立的一个机构。它在全国推动了关于环保的许许多多的工作。第二类呢,在我们国家叫做民办非企业单位。这个从称谓上来看

是一个很不成功的名词。因为从各种各样的行为主体来看,民办非企业单位这么一个“非”字在其中,实际上并没有概括出这一类社会团体的基本特性,只是把它与企业做了划分。这类组织主要是一些民办的,比如说教育机构、科研机构啊,比如天津有一个叫做“鹤童”照顾老年人的机构等等。社会团体和民办非企业单位在我们国家每一类大概有20多万,所以总数将近41万。还有一些在我们国家叫做基金会。基金会现在大约有1500到1600多家。比如说现在的基金会规模越来越大,过去是几百万组成的一个基金会,现在5亿人民币基金会已经马上就要出现了,10亿人民币的基金会也在逐渐出现。实际上民间有很大的财力,这些财力除了直接投资生产扩大再生产之外,有些人已经开始考虑把它用在公共的事业上,推动某一类公共目标的实现。所以说这是一类非常重要的组织。那么,我们现在所说的将近41万的社会团体也好、民间组织也好,有些什么特点?我想,下面我给大家简单地介绍一下。

在新中国成立以后,也有一些所谓的社会团体。比如说“中国国际贸易促进会”,红十字会,宋庆龄基金会等等。但是它们更多的是起到了一个“二政府”的一个作用,替政府上传下达,替政府回应老百姓的一些需求。那么改革开放以来,特别是最近三十年来所形成的这样一些社会团体、民间组织,和过去的那些所谓的社会团体有很大的区别,那么区别在哪呢?第一,改革开放以后出现的社会团体,它的领导人发生了很大的变化。过去的那些所谓的社会团体的领导人主要是一些退休下来的政府老领导、老干部,六十岁了,还要做事,还想再继续的管点人,然后用点钱,打着好听的旗号为社会作贡献,现在有的协会到目前为止老同志还在。但是改革开放以来形成的社会团体的领导人都是一些具有公共知识分子形象的领导。也就是说这些知识分子和过去退休的那些领导人很不一样,他们的宗旨,他们的活动目标,他们的使命,绝不同于过去那些退休下来的领导(维护政府的声誉什么的)。这是第一个变化。第二个变化在我看来,新旧社会团体之间的宗旨有了根本的不同。过去社会团体,无论是国际贸易促进会也好,还是其他的一些组织也好,就是为了要完成政府的使命,政府的目标,这是它们的唯一的使命。但是改革开放以来新的社会团体的使命已经呈现出多方面。固然还有一些满足政府的需要,回答政府的要求,但是更多的社会团体开始有了目标多样化的选择。比如说有的社会团体所要追求的只是公共利益,环境保护,有的社会团体所要追求的只是在押犯子女的利益的保护,它的目标出现了多样化,和过去不一样了。第三个新旧社会团体的不同在于,筹款方式发生了很大的变化。过去的社会团体,每年的经费可能就从上级政府机关要个一万、两万,打几个电话,制造一些表格,完事。新的社会团体筹款的渠道方式都有了很大变化,比如说有的社会团体它可以从政府那里获得一部分的资源,也可以从国外的投资人那里获得一部分资源,也可以从公共的募捐那里获得资源,也可以从特定的不愿意透露姓名的人那里获得资源。所以现在新的社会团体的资金来源已经发生了很大的变化。这些资金来源的多样化对于社会团体具有很重要的意义。它的意义在于评价社会团体的标准、尺度也多样化。由于新旧社会团体这样两个方面出现的一个重大差别,那么人们对新社会团体的评价已经开始目标多元化。评价一个社会团体、民间组织它的工作究竟做得怎么样,现在人们的标准可以多样化了。可以有来自政府方面的评价,同时可以有来自社会公众方面的评价,也可以有国外投资人的评价。第四个方面就是社会团体内部组成成员对这个团体的评价。所以从这样几个方面来看,新旧社会团体发生了很大的变化。而评价尺度多元化给我们一个非常有震撼力的启示就是:任何一个方面的评价都不构成对一个民间

组织的生死攸关的评价标准。对于一个民间组织来说,单纯政府认为你不行,但是如果社会大众认为你好,这类组织也可以存在,展开活动。所以说评价标准给每一个社会团体的生存开辟了很大的空间。过去完全把自己命运寄托在政府身上的那种做法,那种标准,行不通了。现在每一个社会组织都要考虑多方面的要求,而且,每一个评价标准都不能说自己是绝对正确的。所以这是我觉得新旧团体的一些重大变化,当然还有一些其他方面的变化。大家如果关心的话,还可总结其他一些方面的问题。

### 三、公民结社现象的法律意义

第一个意义在于我国改革开放以来公民行使自己的公法意义上的权利究竟怎么样才成为可能。就是这样一种结社权利有哪些条件使它行使成为一种可能。换句话说,公民的结社权利是怎么样从书本上走向现实生活的第一步。为什么过去,在改革开放之前,我们国家对公民的结社权利行使不仅不提倡甚至打压。为什么改革开放以后的今天,结社自由权成为一个公民广泛关注的问题,政府在自己的文件、党的报告和政府的工作报告当中也一再提出要积极发展,积极培育呢?这里面有一种什么样的变化呢?为什么会出现这样一种变化呢?我想进一步跟大家简单归纳一下这方面的情况。

我觉得权利特别是结社权利的发展过程当中有以下几个方面的因素起了非常重要的作用:第一个就是我们国家公法自身的一个变化。我认为公法上的权利成为可能,公法本身的变化是一个重要的方面。那么公法变化体现在哪呢?公法变化第一步体现在公民权利的重要性日益在法律上得到了承认,不同的公法在自己的条文当中开始对公民的结社权利有了明确的规定。公法的这种变化,使公民的权利日益得到突出。另一方面,在1982年宪法中,公民的权利一章在国家的机关之前,在宪法的第二章规定了公民的权利义务,实际上多少有一点承认公民的权利是高于国家机关的,所以我觉得公法权利的变化是一个非常重要的东西。法律上的变化,朱景文教授在《中国法律发展报告》里面就提到,从1979年到2004年我们国家制定了727件法律,3809件行政法规,51554件部委规章和91334件地方性法规,其中公法的东西占了很大的部分,对公民各个方面的实际权利做了很多规定。同时律师、法官的数量也有了很大的增加。公法权利可能性的第二点在于私法权利实践对公法权利行使的一个重大的启示。在我国,大量的私法冲突需要法律的不断干预,而人们主张在私法上的利益也获得了相当的满足。在私法领域当中维护公民的私法意义上的权利对公民行使公法意义上的权利有极大的促进作用。人们大致了解了要通过法律来解决这样的问题的一个过程、指导思想、程序,所以对广大公民来说行使公法权利不是一个不知道的、不可以模仿的一个过程,他有现实的完全可以依据的一个经验。所以私法意义上的实践对公民公法意义上的权利行使有极大的促进作用。公民行使公法上权利的可能性的第三点在于我们国家思想文化观念所发生的一系列的重大变化。民主、法治、自由、权利这样的一些名词和术语从过去不被提倡、被认为是资产阶级的专利品,变成我们党和政府的报告当中公开提倡的一些东西。从这个角度上看,整个社会思想的变化有一个极大的推动作用。

但是,我觉得我们仅仅谈到了公法的变化、私法实践的刺激、整个社会思想观念的变化,这些内容仅仅提供了一些公民行使权利的理论上的可能。在我看来,我们还要继续地分析有哪些内在的动力去推动公民行使自己的结社权利。推动我们国家公民行使自己结社权利

的真正、最根本的变化在精神风貌上的变化,过去大家的座右铭都是“谨谨慎慎”“小心翼翼”“不做出格的事”,那么改革开放以来我们社会的主导观念开始推动公民去做一些以前没有做过的一些事情,大胆地创新。这点对公民行使权利有一个重大的推动作用。它告诉人们这些尝试如果按照法律来做是不会承担法律责任的。这是我说的第一点。第二点,就是最近有一个事情,就是在今年法兰克福书展当中,德国的主办方未经和中国同行的协商,就把一些持不同政见者推到台上,让他们做报告批评中国政府的人权政策。后来中国的学者提出抗议,对于这样的一个会议,既没有对中国学者表示欢迎,也没有对日程的突然变化做出通知,就做这样一个事情。中国的代表要在法兰克福集体退场,如果要让我们不退场,主席必须亲自到大会上道歉。中国代表团说,比如新闻自由,你们德国的持不同政见的人可以说中国没有新闻自由,但是按照中国学者的话,如果你们的人稍微懂得一点中文,你去看看中国的大报小报,你们就会知道所谓的新闻不自由是怎么一回事,会看到中国的新闻自由已经达到了一种什么样的程度。那么同样在关于结社自由的问题上,按照西方的观点来说,同样会认为中国没有结社自由。那么,这样又怎么来解释中国这将近41万家依法登记的社会团体,又怎么来解释有超过41万家十倍的未经合法登记的社会团体、民间组织。根据我国学者的研究,在中国,除了有这41万家在民政局依法登记的社会团体外,还有将近400万家未经登记的社会团体。按照社会团体管理条例,未经登记的都是非法的社会团体。但是在我们的国家,由于社会情况的复杂性,由于在我们国家合法性的多种不同含义,按照北京大学一位教授的说法,合法性包括法律合法性(完全符合法律的)、政治合法性(没有经过登记,但是由于满足了一定的政治需要,也能存在)、社会合法性(类似北方农村的庙会、龙头会,未经过法律的登记,但是符合社会的需要)。在法治社会后两种合法性都应该依附于法律的合法性,以法律合法性作为最高标准,但是,在中国这种社会差距巨大的情况下,我们还不能做到完全依法办事。在某些特定的情况下,也许政治的、社会的合法性就是它的最高合法性。所以,这给我们一个很大的启示,就是观察中国的问题,我们一定要逐渐的在自己的头脑中,将西方人所说的关于权利发生、发展的过程尽量的稀释淡化掉。我们要抓住它的基本精神,深入捕捉在中国社会权利走向、权利发展的大致路径,而这个路径本身就体现了当下中国权利发展的一个特殊轨迹。

那么,在我们国家公民权利特别是结社权的发展过程大致是一个怎么样的过程?我觉得要回答这个问题,首先要对当前中国的社会情况做一个大致的判断。在当前乃至改革开放的中国社会里面,政府的权力是无处不在。前一段时间出现过“大政府小社会”的议论,出现过一些弱化政府的呼声。但是,实际上从最近的发展来看,政府的权力不仅没有减弱,反而极大加强。比如说经济危机以来,国务院四万亿投资,完全由党和国务院决定,而人民代表大会却被排除在一边。所以这些现实告诉我们,中国权力无处不在是我们研究者必须要面对的一个现实,我们不可能去设想一个像英国那样一种中央政府相对软弱的情况。事实上对西方政府权力比较弱这个问题我觉得我们要认真的看待,实际上未必如此。我们国家政府权力的高度集中使得它可以运用社会全部资源去做它要做的事情。这样一种巨大的资源使用,实际上告诉我们,中国政府的权力非常大。在这样一种政府权力高度集中的情况下,公民的结社权利要发展,要产生闪亮的火花,我觉得第一步,在严重依赖政府权力的情况下,开始走出了一条相对独立的道路。也就是我们在看权利与权力这样一个过程,就能够看到权利的发展过程有一种在既受到政府严重管制控制的同时又有一种逐渐摆脱的趋势。如



果我们公民权利不走这样的一条道路,那么它们就发展不起来。在严重的大权独揽的情况下,如果一开始就想走一条独立的道路,那么我们的权利就发展不起来。那么在我们国家这种权利既严重依附又有所摆脱的这样一种权利实践的特点是不是我们国家所唯一的呢?是不是其他国家就没有呢?有些西方学者指出“权利真正的生命就在于对抗政府权力”。但是我推荐给大家一本书,就是英国有个学者叫做汤姆森写了一本书大概叫做《论述英国工人阶级的形成》。他对英国工人阶级早期权利发展的特点做了归纳,发现在早期主张结社自由、主张公民权利的工会,它们在自己的集会活动的规章中规定:任何会员在工会组织的活动中公开的议论政府的领导人或者是哼唱政治性歌曲都要被处罚、开除或者罚款。而且这样的例子还不只在一个地方,实际是早期英国工会发展的一个特点。这说明,即使是在典型的权利至上的国家,它的开端也不是那么美好的,并不像后来所说的那样。我们现实的观察,实际上它的开端也是一种泥泞的过程,是一个先要维持政府的形象,然后走出自己的道路的过程。所以我感觉,无论是观察中国还是国外的现实,最好是看第一手的资料而不是第二手的、美化的资料。这种资料对后发国家有一种误导,使得权利发展一开始就有和政府对抗的意思。实际上在英美国家,公民权利一开始就和政府对抗的情况可能并不真实,一开始完全可能是一种相互妥协容忍的关系。在我看来这是我们国家公民权利大致发展的一个过程。为什么我们还说在这样一个权利发展过程中,公民的结社权利还受到政府的严密控制?实际上我们国家公民结社登记制度充分体现了这一点,我国公民组织社会团体要经过两道关,第一道关要找一个相关的业务主管单位,具有政府职能的主管单位。经过业务主管单位同意之后,拿着相关文件再到县级以上的政府民政部门登记注册。但是今天我国还有将近四百家社会团体没有经过合法登记,原因在于很多的社会团体它找不到自己的业务主管单位。比如说,如果一个社会团体具有的目标、功能是双重的、多重的,它上哪去找一个主管单位去。比如说一个环保的、学术研究型的社会民间团体,是到环保局去登记,还是到社科联去登记?由于我们国家法律规定的这样一种缺陷,同时还有一些比如说人数、资金的限制,实际上都是我们国家的一些草根性质的社会团体,它很难凑足这么多人,这么多的钱。所以从这个角度来看,我们国家的法律缺陷导致很多社会组织得不到法律的认可,但我们又不能完全把它们视为非法的处理掉。所以,我们的这种“双重管理”,完全是1989年六四政治风波的一种担心结果。1989年公民结社条例的修改,不可能不受这个政治风波的影响。那么,为了克服这个影响,立法者不得不公布这样的条例,于是产生了这样的一种“双重管理制度”来控制社会组织的发展。在我看来,从政府部门的角度来控制社会组织是完全没有必要的。从政治上来讲,我们今天的社会组织完全是党改革开放政策的结果,因此从本质上讲绝大多数的组织不可能有反党的思想,毫无疑问它会积极的回应支持党的政策。从法律上来讲,毫无疑问,公民的权利是任何政府的权力所不能非法限制的,我们的机关所要做的是如何保证公民权利更好的实现。从这两个角度上来讲,从法律上设计这样一种复杂制度来限制公民的结社自由行使时,是完全没有必要的。同时由于不一样的组织管理相同的一个社会团体,相互推诿、扯皮,内部矛盾大量存在。这些矛盾,使得废除这种双重管理制度的呼声高涨。民政部民间组织管理局自己也起草了相关草案废除这一制度。但是这些业务主管部门的权力还相当大,比如说人事上控制权、重大活动管理权、社会团体内部机构的设置的管理权。但是,我认为我们这些业务主管部门对社会团体的管理大多是一种漫不经心的管理。为什么呢?因为任何一个国家机构中做这些管理单位的都是该机构中非常边缘的一个处或者