

法学家眼中的和谐社会

【编者按】从现有权威性文献看,“和谐社会”是执政党要追求的一种社会状态,更是一种涉及面极其广泛的治国方略。在这个过程中,法律、法学和法学家的作用举足轻重。面对如此重大议题,法学家应当表达观点、提出诉求、发挥专业功能。基于这种考虑,本刊特邀部分中青年法学家进行了笔谈,希望他们的文章能引起讨论,促进法律界、法学界形成一些基本共识。

何勤华(华东政法学院教授):

从法治社会到和谐社会

寻求自然秩序的和谐,建立一个大同社会,不仅仅是从古代孔子、孟子,到近代康有为、孙中山和毛泽东等中国人的理想,也是西方历代思想家的追求以及统治阶级的实践。

早在公元前6世纪,古希腊哲学家毕达哥拉斯(Pythagoras,约公元前580~前500年)就提出了和谐的学说,他认为和谐的内涵包含着对立与统一的关系;赫拉克利特(Herakleitos,约公元前540~前480年)进一步批判发展了毕达哥拉斯的和谐说,指出“看不见的和谐比看得见的和谐更好”,即通过事物内部的对立斗争,就产生了矛盾的各种因素或者说各方力量的均衡,从而诞生了统一而又稳定的和谐。

至柏拉图(Plato,公元前427~347年)和亚里士多德(Aristotle,公元前384~前322年)时代,和谐的理论进一步演变成为思想家的制度设计和政治实践。在《理想国》与《法律篇》中,无论是“人治”还是“法治”,我们就已经看到柏拉图的“整个国家将得到非常和谐的发展,各个阶级将得到自然赋予他们的那一份幸福”的和谐状态的描述。而在《政治学》中,亚里士多德更是把“法治应包含两重意义:已成立的法律获得普遍的服从,而大家所服从的法律又应该本身是制订得良好的法律”这一在法治状态下的和谐社会,作为自己毕生追求的实践目标。

在古代希腊和罗马法治实践(实验)的基础上,至近代,经过格老秀斯、洛克、孟德斯鸠、贝卡利亚、卢梭等资产阶级启蒙思想家的鼓吹,经过科克、边沁、华盛顿、杰佛逊、汉密尔顿、麦迪逊、罗伯斯比尔、拿破仑等资产阶级革命家的实践,在西方确立了以法治为基础的社会。这一法治社会,经过两次世界大战的洗礼,经过第二次世界大战以后技术革命的推动,以及长期经济高速发展的生产力的积累,达到了比较巩固、稳定的状态。其表现就是国家制定的法律基本上符合自然世界发展和社会各个群体和谐的规律,而这些法律基本上又都得到了较好的执行。

那么,法治社会是否等于和谐社会?从西方的实践来看,回答应是否定的。即和谐社会必须以法治为基础,但法治社会本身并不等于已经建成了和谐社会,和谐社会应是法治社会的升华,

是法治社会的更高发展阶段。这当中的原因是和谐社会的构建除了法律之外,还需要其他的一些要素。

如果把“和谐”一词的内涵理解为是一种秩序,或是在此基础之上的“大治”,那么,从人类社会的历史发展来看,某一时期,某一地区社会的和谐,离不开三种要素,即宗教、道德和法律。一般而言,在近代之前,社会的大治,主要是靠宗教和道德,如古代印度、中世纪伊斯兰国家和基督教会国家和中国等。至近代,西方国家普遍建立起了以法律为主要形式进行统治的社会秩序,但是还不能说已经非常好地处理了这三种要素互相之间的关系,达到了社会的和谐。比如,困扰人类数千年之久的贫富差别问题,男女之间的平等问题,涉及健康人与残疾人的形式正义与实质正义问题,人们的物质生活和精神生活协调问题,人与自然环境和谐相处的问题,等等,都还没有得到很好的解决。

因此,从法治社会到和谐社会,是已经进入到 21 世纪的人类的又一个理想,是东西方人们的共同追求。中国政府适时地提出了这一问题,将它作为全中国人民今后数十年的奋斗目标,这是非常有远见的。只是我们应该清楚意识到的是,与西方发达国家相比,在中国,我们尚未建立起法治社会,我们在建设和谐社会的同时,还要做法治建设的“补课工作”,任重而道远。这大概就是近代以来“后进国家加速度发展规律”在当代中国的又一次体现吧。

葛洪义(华南理工大学法学院教授):

法律与“和谐社会”

近一个时期以来,“和谐社会”已经成为全国范围内的流行用语。“和谐”意味着安宁有序,蕴涵着富足安康,是数千年积淀起来的中国文化的精髓,也是普通平民百姓的最深层的内心诉求。特别是经历了“文化大革命”以及形式多样、花样翻新的政治运动的中国人,对和谐自然有着一种他样的感受。相当长一个时期,凡是以和谐、平安为主题的文艺作品,例如歌曲《祝你平安》、《常回家看看》等,都能被广泛传播和传唱,就是明证。在这个意义上,“和谐社会”这个词组代表着一个时代的中国人的共识和美好期待。

真正需要考虑的问题是:如何才能实现祖辈们孜孜以求的“和谐”?历朝历代的政府和百姓,鲜有不希望“和谐”的;而千百年的历史则又告诉我们,“和谐社会”并非唾手可得。数年前,我们还经常可以听到类似“要珍惜来之不易的安定团结的大好局面”的话。为了和谐,中国人付出了血的代价。和谐是一种融洽团结的生活秩序,它是实实在在的,来不得半点虚假。团结是一种现实的团结,真诚的团结,只有如此,才可能形成真正的和谐。所以,我个人以为,诸多情况表明,“和谐社会”在中国在几乎所有人眼里,都不是一个是否需要的问题,而是一个如何实现的问题;我们需要由和谐的理想转化为和谐的现实;需要从和谐的口号变为和谐的生活。而如何才能转化呢?

现实的东西总是需要借助一种现实的力量才能实现。

我们的祖辈在追求和谐的历史过程中留给了我们一份宝贵的精神遗产,即和谐社会是不可能建立在道德说教的基础上的。鲁迅先生对封建礼教的批评并没有过时。在漫长的封建时期,“和谐”是以社会不公和奴役为内容的,是建立在不平等基础上的表面上的和谐,所以,没有真正

的和谐。更何况现实社会是一个利益严重分化的社会。与我们的祖先相比,现代中国人面对的社会是一个以市场为资源配置基础的社会,个体利益受到了空前的尊重和保护。改革开放以来的最大成效之一,就在于我们开始承认个体谋求自身利益的行为有助于社会的进步与和谐。由于个体谋求自身利益的行为必然导致贫富差距和利益多元,进而产生明显的道德分歧,因此,我们面对的“和谐社会”问题必然是一个现实中的多维利益冲突和道德冲突基础上的和谐问题,这远比单一利益背景和单一价值观的社会存在更为复杂的和谐问题。这当然不是说“和谐社会”在这种社会条件下是不可求的,事实上,正如法国社会学家涂尔干所描述和分析的,现代社会是建立在一种新型的以广泛的社会分工为基础的社会团结背景下;我希望强调的是,现代社会的“和谐”需要我们立足于现实。在一个利益严重分化的社会,必须由一种可以主导和控制利益对立关系的力量来推动,维系与保障和谐。这就是法律,且只能是法律。

社会和谐的基本标准就是行为的和谐,即人们之间可以保留思想上的多样性,但是在基本行为方面必须符合统一的行为规范。“社会”是一个群体的存在,群体之间的和谐自然以行为的和谐为前提。当然,更进一步,则是人们不仅必须在行动上服从统一的法律,而且必须在思想上发自内心地认同统一的法律。能达到这种意义上的和谐,应该是我们努力的目标。但是,我们必须保证首先做到行为上的统一。然而,多元社会中行为的统一需要建立在对不同利益的充分考量和衡量的基础上,需要政治权力至少能够在形式上中立的立场上行使,需要不同的利益主体都能够参与到行为规范的制定与实施的过程中,这就需要我们根据和谐社会的发展要求,加强政权建设。依法执政的提出,显然是把加强法治国家建设作为政权建设的一个重要措施,作为推进社会主义和谐社会的一个重大举措。其中的原因就在于:法律是一个以多元利益并存为基础的社会调整机制,是市场机制下国家权力调节经济社会的重要形式。只有运用法律手段,才能够充分保护市场主体追逐自身利益的权利,才能够平衡社会矛盾,也才能够激励市场主体创造出更多的社会财富,进而从根本上消灭社会不和谐的根源——贫困。

法律作为现代“和谐社会”基础的另外一个原因则在于,和谐的社会需要人们真诚地交流和沟通,特别是在政治领域,只有理性的交流,才可能达致交流的目的,即形成最大限度的共识。封闭时代,短暂的和谐几乎都是与愚昧不可分离的,建立在对政治权力的盲从的基础上。现代社会中,人们已经摆脱了盲从心理,开始普遍依靠自己的理性思考来解决问题。这是理性时代的特征,是不可逆转的,人们需要自己思考和解决问题,需要在文明的政治机制中通过话语的形式参与政治事务,因此,需要通过法律建立和完善民主政治制度并且在这个制度中充分表达意见。上个世纪70年代末以来,中共中央提出加强社会主义民主的同时,又要求健全社会主义法制,不是偶然的。

综上所述,在我国当代历史条件下,“和谐社会”不是脱离法治的和谐,而是依靠法治的和谐;只有积极推动法治国家建设,才能从根本上建立和谐社会。

王利明(中国人民大学教授):

和谐社会应当是法治社会

和谐社会是人们长久以来的向往。在古代哲人的眼中,理想中的社会应该是一个田园牧歌

式的社会,路不拾遗,夜不闭户,在这样一个熟人社会的理想社会图景中,人治的手段足以达到和谐社会的目标。然而进入近代社会以来,随着大工业的勃兴、市场经济的发展,人在社会中的独立性和自主性得到增强,社会的流动性也加剧,由此导致的一个直接结果是熟人社会的解体,也使得传统的人治手段难以奏效。而现代和谐社会的构建必须厉行法治,因此从这个意义上说,现代和谐社会应当是一个法治的社会。

和谐社会和法治社会,两者的目标是一致的,都旨在追求在规则和秩序范围内的社会和谐与进步。但和谐社会的内涵更为丰富,和谐社会要求物质文明的建设要与精神文明、政治文明的建设协调一致,要求经济的发展、政治的昌明与文化的繁荣与协调一致,要求人际关系和社会秩序以及人与自然的关系都是和谐稳定的,社会发展是全面而又可持续的,所以和谐社会的内容包含了政治、经济、文化、道德、环境等广泛的领域,法治社会从制度层面集中体现了和谐社会的政治、经济领域中的内容,当然所体现的是最重要的方面。所以,和谐社会是一个上位的概念,但和谐社会的建立必须以法治为中心,构建一个秩序井然、公平公正、人民的权利得到充分保障、个人能够安居乐业、和睦相处的社会,可以说和谐社会就是法治社会,具体来说有如下几个原因:

1. 和谐社会应该是一个有秩序的社会。所谓秩序是指一种有规律、可预见、和谐稳定的状态,也就是规则约束下的状态。有秩序的社会表现为:国家的政治制度是健全有序,社会运行健康而有规则,经济的发展稳定并有活力,人民的人身和财产利益能够得到充分的保护,人们安居乐业、和睦相处,社会有一套公正的解决纠纷、缓和社会矛盾的机制。秩序一旦形成,社会自身就具有了一定的自我维持、自我协调、自我发展的能力,从而就能减少、消除各种社会冲突和矛盾,形成符合人们期待的和谐。在秩序的形成过程中,尽管有多种力量可能发生作用,但其形成必须依托于一定的规则,不同类型的规则在秩序的形成过程中所起的作用可能是不同的,但在现代社会,起主导作用的应当是法律规则。当前,为维护良好的秩序,有必要建立法律的权威,使法律能为人们所信仰;建立严格依法办事的机制,尤其是执法机关要依法惩治犯罪,保障公民权利,依法建立公正廉洁的法治政府;此外,还需要培育法治观念,为制度的形成奠定坚实的观念基础。

2. 和谐社会应该是一个公正的社会。社会的和谐必须建立在公平正义的基础上,公正既包括政治层面上的法律地位平等与权利分配的公正,也包括经济领域中利益分配的公正,其所包括的内容非常宽泛。丧失了公正,社会成员就容易产生怨恨情绪,可能引发社会各种矛盾,从而就不能形成和谐稳定的秩序。当前,实现社会公正的一个重要的方面就是要实现司法公正。在现代社会,由于司法不仅具有解决各种冲突和纠纷的权威地位,而且司法裁判乃是解决纠纷的最终手段,法律的公平正义价值在很大程度上需要靠司法的公正而具体体现。司法公正意味着公民法人的合法权益受到平等的、充分的保护,违法犯罪者受到应有的惩罚和制裁,无辜的受害人能够获得应有的救济。如果连作为保障社会公正的最后防线的司法都出现了不公正现象,则不仅立法所追求的正义价值不能实现,而且整个社会的公正和正义也难以维持。罗尔斯曾经指出,“正义是社会制度的首要价值”,因此,司法公正既是司法机关存在的原因和所追求的目的,也是建立法治社会的关键。为此我们需要进一步推进司法改革,增进司法的独立性和公正性,利用公正的司法化解各种社会矛盾,解决各种纠纷。

3. 和谐社会应该是一个以人为本的社会。以人为本,在法律上就是指要充分尊重个人的意

参见纪宝成主编:《转型经济条件下的市场秩序研究》,中国人民大学出版社2003年版,第13页。

[美]罗尔斯:《正义论》,中国社会科学出版社1988年版,第1页。

愿,使其享有人之为人所应享有的基本权利,在法律允许的范围之内,享有广泛的行为自由。国家和社会应当充分保障和实现个人的福祉,促进个人人格的发展,维护个人的人格尊严和自由。以人为本应当作为国家和社会的终极目标,而非作为实现其他目的的手段。现代化的过程是人的全面发展与全面完善的过程,它应始终体现对人的终极关怀,其重要标志之一是对人们人格权利的充分确认和保障。当前,在法律上贯彻以人为本的原则,一方面,需要在立法上充分反映人民的意愿和利益,在具体制度的设计上以有利于保障和实现人们的合法权益为宗旨。另一方面,要协调好个人和社会、个人与国家、个人与集体之间的相互关系,在尽可能地赋予个人行为自由的前提下,又要维护和实现社会公共利益和国家利益。在尽可能地尊重个体的独立性和自主性的基础上,要维护集体的利益。对于私人之间的关系,只要不涉及到国家利益、公共利益,国家原则上不进行干预。只有在当事人出现纠纷之后,国家才以裁判者的身份行使国家权力,解决纠纷。在正确协调好个人、社会与国家的关系的基础上,形成公民社会与政治国家既保护制衡,又相互促进,协调发展的和谐关系。

4. 和谐社会是一个依法保障权利的社会。法治的固有含义就是保障权利、约束公共权力,尤其是要加强对人格权和财产权以及其他民事权利的保护,尊重与维护个人的人格独立与人格尊严,使人成其为人,能够自由、富有尊严地生活。公民的权利不受非法侵犯,不仅意味着其权利不受作为私法主体的第三人的侵犯,而且更为重要的是,它还意味着其权利不受来自国家权力本身的非法侵犯,这正是现代法治的重心之所在。为了充分保障公民的权利,一是要加强民事立法,尽快制订民法典,构建完善的权利体系,形成对公民权利的充分的全面的保障。二是需要完善行政立法,限制政府权力。在我们这个长期实行高度集中的行政管理体制的国家,个人的私权时常显得十分脆弱,因而保护公民权利的前提是要限制和约束公共权力。三是要完善社会立法,建立良好的社会保障机制,全社会都要关注和保护弱势群体。只有建立完善的社会法,才能为构建和谐社会奠定必要的基础。

当前,我国社会正处于向法治社会转型的时期,因而构建和谐社会的根本举措还在于要建设法治社会。当然,法律手段也有其局限性,如过于刚性,则难以全面的兼顾情理。时常出现的情理与法的冲突,恰恰说明了这一点。从这个意义上来说,建设法治社会,还必须充分发挥法律之外的调整方式如道德等的作用,可见,应当将法治社会建设融入和谐社会的创建之中。

王立民(华东政法学院教授):

中国古代大治时期的法制和谐与社会和谐

中国古代是个德治、人治社会,不是法治社会,法制只是一种治国的辅助手段,即“德主刑辅”。即使如此,为了充分利用法制这一手段,中国古代大治时期的一些执政者仍然重视法制建设,以达到法制的和谐,促进社会和谐。这一时期基本都能实现法制和谐与社会和谐的统一,文景、贞观和开元时期出现的“文景之治”、“贞观之治”、“开元之治”就是这样。

这些大治时期的法制都比较和谐,只是表现形式上不尽相同。文景时期是一种轻法的和谐。

叶长茂:《构建公民社会:和谐社会政治发展的路径选择》,《东南学术》2005年第2期。

那时,大量废除酷法,其中包括:“除收弩相坐律”、“除诽谤律”、“除钱律”和“除肉刑及田租税律”等等。另外,这一时期还进行了刑制改革,以笞、徒、死刑取代黥、劓、斩左右趾等肉刑等。至此,汉初高祖刘邦以来的约法省刑过程基本完成,秦时的严刑酷法被轻法所取代,轻法的和谐局面基本形成。贞观时期主要是一种礼法结合的和谐。中国的礼法结合之路从汉武帝开始,经过魏晋南北朝,至隋唐完成,其代表作是现存的唐律。此律有机地把礼法结合起来,具体表现为:礼作为一种指导思想存于律中;法又维护礼的要求。后人对此有精辟的评说,认为它“一准乎礼”。此话是真。开元时期则是成熟法律的和谐。开元已在唐朝中叶,法制经过前期的发展,已达到相当成熟的程度。其中,《唐六典》制订完成,律、令、格、式和典的法律形式首次出现,完善了唐朝的法律形式;唐律的内容作了进一步调整,使其更适合中唐情况;司法机关的职责、运作亦进一步规范等等。可见,中国古代大治时期的法制是不同表现形式的和谐的法制。

大治时期的法制和谐是一种促进社会和谐的重要力量,在促成和谐社会中,发挥了不可替代的作用。这里以贞观时期的法制为例。那时的法制充分体现礼法结合的内容,以致主流的儒家思想独尊地位进一步巩固,影响进一步扩大,意识形态被国家牢牢控制;法律内容明确规定全民的权利与义务,保护他们应有的权益,打击违法犯罪行为,处理各种社会关系有章可循;司法机构互相制约,司法官依法办案,慎刑和恤刑的原则在司法中得到了充分体现,社会公正表现突出等等。这些都为贞观时期的社会和谐创造了有利条件。文景与开元时期的法制也都有类似情况。

当时和谐法律的效果明显,和谐社会的大治景象得到了充分表现。其中包括:犯罪率低、经济发展、社会稳定等等。据《汉书·刑法志》记载,文景时期,治安情况良好,尽管那时“刑罚大省”,但年仅“断狱四百,有刑措之风”;同时,社会安定,经济发展,人口增多,即“吏安其官,民乐其业,畜积岁增,户口浸息。”贞观时期也基本如此。据《贞观政要·政体》记载,那时,“商旅野次,无复盗贼,囹圄皆空,马牛布野,外户不闭。”隋末那种人口稀少、经济凋敝、田地荒芜的情况得到了根本的改变。开元时期的社会仍保持着和谐状态。《旧唐书·刑法志》记载:那时,“号称治平,衣食富足,人罕犯法。是岁刑部所断天下死罪五十八人”。可见,在中国古代,和谐的法制往往与和谐社会相联系,似乎是一双孪生兄弟。

中国古代大治时期的法制、社会和谐,与执政者的较强执政能力密不可分。他们一般都能勤于思考,励精图治,顺应民意,努力执政。这里以文景时期为例。文帝、景帝时,根据汉初的具体情况,继续推行黄老的“无为而治”思想,努力“与民休息”,采取了一系列有利于法律与社会和谐的规定,逐渐形成“文景之治”的局面。汉文帝减轻田租、赋役和刑狱,大力发展社会生产,同时还削弱诸侯王势力,巩固中央政权。汉景帝即位后,进行“削藩”,平定七国之乱后,把诸侯王的任命权收归中央,进一步加强了中央政权等等。这些都显示出文帝、景帝的非凡执政能力,这成为当时能出现法制与社会和谐的一个重要原因。唐贞观和开元时期的唐太宗与唐玄宗也都较强的执政能力。

可是,不可否认,中国古代的大治时期同样是专制君主统治时期,受到历史局限性的影响很大,在法律、社会方面,本身就留有缺陷或隐患,不和谐的因素不可避免的存在。这里以唐的贞观、开元时期为例。在贞观时期,唐太宗尽管广纳谏言,勤于朝政,重视治吏,但其喜怒哀乐仍对法律造成过不和谐的影响,他自己就错杀过张蕴古、卢祖尚等大臣,造成历史冤案。贞观时期没有建立制约人治的机制,导致以后武则天执政时期更多冤案的产生,酷吏周兴、来俊臣等人滥用酷刑、横行霸道,法律遭到破坏。开元天宝之际,贫富两极分化严重,富者朱门酒肉臭,贫者则路有冻死骨,社会矛盾进一步激化。另外,执政方面的不足还给安禄山、史思明等人以可乘之机,发

动叛乱,酿成“安史之乱”,最终国家迅速由强变弱,和谐不复存在,社会陷入灾难。这些都给后人以警示,在建立和谐法制和社会的同时,要不断克服不和谐因素,实现和谐的可持续发展。否则,这种和谐均会同昙花一现,无法长久,最终造成社会和人民的不幸。

范忠信(中南财经政法大学教授):

亲情伦理是和谐社会的第一纽带

这虽然是一句再平淡不过的话,却是一个痛定思痛的结论。

自“五四运动”以来,中国发生的激进的反传统革命的重要特征之一就是竭力摧毁儒家倡导的亲情伦理。这种革命,以挑动人们克服伦理亲情竞相效忠国家为特征,以划分阶级区分“敌我友”造就歧视为特征。革命的目的不外让人民作两件事:一是亲国家机器、亲政治领导者;此即所谓“亲不亲,阶级分”,“天大地大不如党的恩情大,爹亲娘亲不如毛主席亲”。二是歧视政治异己并加以斗争,所谓“八亿人口,不斗行吗?”、“与人奋斗,其乐无穷”。长期盛行的这种过分张扬国家主义和斗争主义的“教化”,已经在相当程度上改造了我们的社会:使社会暴戾之气上升,和谐之氛减少。所以,我们当今的领导集体发现:迫切需要重建和谐社会。

我们很多人常常不忍心再回忆那种社会。那种在卧房之内都有国家义探监视的社会,那种为了国家而父子反目、夫妻成仇、兄弟阋墙的社会,很多人容易以为那仅仅是“极左”路线(全面专政)在特殊时段猖獗的结果,现在已经一去不复返了。其实不然。经过“五四”运动以来数十年运动的深刻“教化”和“改造”,我们的社会里已经种下了许多特殊的“因”,再结出那种特殊的“果”并非不可能。

我们已经种下了哪些特殊的“因”?简单地说,就是种下了蔑视人类基本亲情伦理的“因”。佛家说“往世因,今世果;今世因,来世果”,又说“欲观往世因,今之受者是;欲知来世果,今之作者是”。我们今天所遭受的社会和谐严重缺乏之“果”,正是我们从前种下的蔑视亲情伦理之“因”所致。我们所受的并不是“隔世报”,而是“现世报”。

过去数十年里,我们过分倾向于“作内政而寄军令”、“令民为什伍”的“国家——社会”一体化模式,过分强调国家自上而下的行政编组机制对社会成员的控制和动员作用,过分排斥亲情伦理作为社会组织纽带的作用。就社会组织而言,法律将亲情伦理的正当性仅仅限制在很小很近的亲属关系范围(如夫妻、父母子女、祖孙、兄弟姐妹)内,将亲情伦理的作用仅仅限制于抚养、扶养、赡养、教育等带有“社会公益”性质的问题上,立法宗旨似乎就在于使每个家庭或个人承担起保证“人人有饭吃”、保证没有人成为政府的包袱、为国家培养合格接班人的政治责任。除此之外,一切过去中国社会组织模式中的亲属关系、亲情伦理的运用以及相关原则,都被看成是阻碍社会发展的因素,都被简单批判和否定。

在这样的社会组织思路下,我们的亲属关系设计大多含有政治属性。在夫妻关系上,一贯张扬绝对的男女平等,以为夫妻间采取何种财产制、子女从谁姓、家内事务谁决策等等就是妇女解放乃至人类进步大业不可分离的一部分。实际上,这是以国家政策法律过多干预本来属于情感的、亲情的、伦理的自治领域,给了人们更多的家内纷争的法律口实,有时等于随时唤醒人们注意“不平等”的事实而展开纷争。在亲子关系上,也不给亲情亲伦自然形成的道德权威留下法律空

间,以双亲对未成年子女的任何人身强制和道德监视为非理。对未成年子女小有惩痛或通讯检查,动辄纠之以法律。似乎在亲子关系中国家利益或追求无论何时何地都高于私人利益和追求。

在这样的思路下,我们的法律不再承认“核心家庭”以外的家庭、家族的任何正当作用,以为那样的家庭或家族必定是封建宗法势力残余,必定有害于社会进步。在涉及私权或某些公权方面,我们甚至只承认自然人(或公民)个人意思自治,绝对否定任何形式的家庭(包括核心家庭)或家族的意思自治,绝对不承认家庭或家族可能被视为某种意义上的公民团体或私法人,不承认家庭能作为一个法定集体能在家长(我们的法律甚至不承认有“家长”这一概念!)的代表下表达私权意见或公权意见,更不用说承认家庭、家族或亲属圈有道德、经济、文化、宗教、习俗等方面的某种自治权,不承认亲属圈内的伦理权威(个人或组织)有调解仲裁内部争纷、决定内部事务的权力(那当然被视为“私设公堂”、封建宗法制度残余)。德国、日本和民国时期的民法都规定了亲属会议及其监督亲权行使、监督监护人、监督扶养、监督遗产继承等等职权,我们自中央苏区法制起就抛弃干净。

以这样的思路立法创制,可评议可反省之处很多很多。

首先,我们绝对不承认亲情关系有高于国家利益的可能性,绝对排斥“亲亲相隐”,立法强迫“所有知道案件情况的人都有作证的义务”。在这样的法制下,我们的公安机关、检察机关随时可以“拒不履行法定义务”为由对犯罪嫌疑人的亲属施加刑事强制措施,随时可以包庇、窝藏、伪证等罪嫌逮捕或处罚在情感支配下情不自禁地庇护了亲属的人,可以随时造成实际上的“一人有罪全家连坐”。我们在中央电视台2003年12月11日中午《今日说法》栏目中报导的黑龙江肇东县隋洪刚、隋洪建兄弟“杀人”冤案中看到的正是如此(其父母、叔侄等亲属14人被拘捕关押数月),在最近报导的湖北余祥林“杀妻”冤案中看到的也是如此(其父母、兄弟、亲戚、邻居等6人先后被拘捕拷打)。我们的法律这时奉行的原则正是商鞅的原则:“至治,夫妻交友不能相为弃恶盖非,民人不能相为隐”。这不只是执法者个人素质低下、政德败坏、滥用力量的问题,这是体制或制度造就的问题。是法制蔑视人类最基本的亲情伦理造就的问题。

其次,我们不承认亲属间的特殊关系或者特定伦理格局需要有特别的保护。国外刑法普遍存在的杀、伤尊亲属(特别是直系血亲尊亲属)、卑亲属从重或加重处刑的规定,我们的刑法没有。我们的刑法理念是,直系血亲尊卑亲属对每个人而言没有什么特殊性,没有需要特别保护的关系或道义,在刑法面前“视若路人”是正当的。关于亲属间发生强奸或通奸(不管是否严重乱伦),德、法、意等国刑法常有加重处罚的规定,我们的刑法也没有。因为没有通奸罪,所以我们甚至对亲属间的严重乱伦行为不以为罪、不加处罚。我们似乎在“性解放”方面比西方国家走得更远,我们的法律似乎不认为这些行为对人类基本伦理秩序有多大的破坏(或者说,国家所关心的似乎只是:只要不危害国家利益就不必追究)。再如亲属相盗,国外普遍规定应当减轻或者免除刑罚,多少与我们中国古代的“亲属共财”理念相通,但我们现行的刑法也没有这种规定。这多少也是鼓励人们从财产方面将亲属视为“陌生人”、“路人”。还有,国外和民国时期的婚姻法规范有许多禁止有亲属关系或曾经有亲属关系的人相互结婚的规定(比如,直系姻亲、八亲等以内的旁系血亲、五亲等以内旁系姻亲辈分不同者、收养形成的亲子之间不得结婚,曾经有此关系者也不得结婚),我们的法律就没有当回事,仅仅规定直系血亲和三代以内的旁系血亲不得结婚,把其它一切亲属关系视为可以结婚的关系,甚至以公公和儿媳、岳母与女婿、养父母与养子女、堂叔与侄女结婚为合法。这是从另一个角度把本来有特殊伦理关系的亲属视为路人,把已有的亲属关系及应有伦理视为虚无。

再次,我们对财产在亲属间的符合传统伦理的自然传承似乎也不以为然。我们的继承法规定的遗产继承人顺序,几乎是全世界民法中最少的(大陆法系国家一般为三到四个顺序,我们只有两个),继承人范围也是比较窄的(比如《法国民法典》有所谓旁系继承,我国则无)。这实际上使私人财产更容易成为“无继承人”之物而收归国库。关于这一点,最为典型的是我国的遗嘱继承和遗赠制度。由于我国民法没有国外普遍存在的“特留份”制度(该制度旨在限制遗嘱继承或遗赠时处分全部财产,以保证遗产在亲属之间合乎伦理的传承即法定继承),所以任何人可以通过遗嘱把遗产全部给予多个有继承权的亲属中的一人,也可以通过遗嘱将全部遗产赠与外人(前些年杭州那个获得了百万遗产遗赠的小保姆就是一例)而实际剥夺无法定过错的子女(如此案中死者的两个女儿)的继承权。这种法律规定,对于恶化亲属间的亲情关系而言,可谓“功高盖世”。尤其值得注意的是:我国《继承法》第16条规定:公民可以立遗嘱将个人财产赠给国家、集体或者法定继承人以外的个人。我们注意:该法首先关心的似乎是国家和集体得到私人遗产的遗赠!是公民的遗产更容易流向国家或集体的公库!

中国传统文化最重视亲情伦理,它常常把亲情伦理看成是高于国家政治伦理的东西,看成是和谐社会的第一基础。除了战乱和末世,国家不敢以法律蔑视或否认亲情伦理的作用,相反是百般迁就亲情伦理。在正常时候,除了“谋反”、“谋叛”、“谋大逆”等三种最严重的犯罪情形强迫百姓不顾亲情伦理加以举报之外,其它一切出于自然亲情而有害于国家利益的情形,国家都概加优容,不加追究。儒家的认识是:“君子之道,肇端乎夫妇;及其至也,察乎天地”,夫妇间的亲情伦理视为一切伦理的基础。同时,“仁者,仁也,亲亲为大”;“亲亲,仁也”;“爱亲之谓仁”。只有承认人类的这些最基本的亲情伦理的正当性,一切政治伦理才可以展开,国家社会才有和谐和稳定:“人人亲其亲、长其长,而天下平”,“一家仁,一国兴仁;一家让,一国兴让”,“亲亲而仁民,仁民而爱物”,“老吾老以及人之老,幼吾幼以及人之幼”。总之“亲亲之爱”为核心的亲情伦理有天然的优越性、正当性,不可以为国家利益至上而蔑视抛弃之。

两千年前的一位封建帝王(汉宣帝)对这一道理似乎看得比我们今天的很多人透彻。他在制定“亲亲得相首匿”之法时,谈了他的立法理由:“父子之亲,夫妇之道,天性也;虽有祸患,犹蒙死而存(救)之。诚爱结于心,仁厚之至也,岂能违之哉!”他看清了这样一个道理:不尊重人民的亲情伦理,就无法“仁孝治天下”,无法建设“和谐社会”。亲情伦理是和谐社会的第一纽带。

在政治法律蔑视亲情伦理之际,要追求和谐社会,无异于缘木求鱼、南辕北辙。

童之伟(本刊代总编):

构建和谐社会的宪法着力点

一个政党,在自己没掌权、没执政前鼓动斗争是有必要的,因为斗争乱的是自己的政治对手的社会秩序。但如在自己执政当家之后还提倡斗争,那就太不聪明了,因为此时再斗争乱的是自己的社会秩序。如此看来,以阶级斗争为纲真是一个令亲者痛仇者快的口号、方针和国策。现在中国共产党提出构建和谐社会的战略性社会建设目标,这正是它从革命党向执政党彻底转变、已经成熟起来的重要理论标志。和谐社会一词有多方面的意蕴,既可用来说应然的社会追求、实然的社会状态,也可以表述一种社会建设的方略。我站在宪法学工作者的立场,仅从社会建设方

略的维度谈谈我对构建和谐社会的理解。

作为一种社会治理方略,从宪法角度看构建和谐社会从宏观到微观依次应该有以下六个着力点。

一曰落实民主

社会公共事务根据多数人而不是少数人的意见决定,同时多数人又尊重和保护少数人的利益。这可概括为多数统治,保护少数。这是形成和谐社会的基础。当然,在中国这样的大国,多数人主要只能通过其代表而不是亲自来决定社会事务、国家事务,对此相信人们不会有多少异议。所有问题的关键不在于公民个个亲自参与决定社会公共事务还是由他们的代表受托替他们参与决定社会公共事务,而在于一个个代表是不是真正代表被代表者的意志和利益、向被代表者负责。让代表者负责,得有体制保证,其中不可缺少的因素之一是竞争性的选举制度。在社会主义民主的历史上,曾有和现在仍有不少促使代议机关代表只向事实上决定其提名和当选的组织负责、脱离选民、不须去花力气竞争的机制,这些机制对于无助于实行民主,因而从根本上无助于社会和谐,相反很容易在平静的外表下积累社会冲突的能量。

保护少数是对民主原则中多数统治的必要补充。对少数人的意愿和利益给予合理程度的满足,是民主的本义之一,不能理解为多数人对他们的恩赐,因而也需要有制度保证,其中最主要的是确保少数人对多数人决定的政策、方针和措施有批评和表达反对意见的权利。在这里,民主表现为一个相互质疑、争论、协商、妥协的过程,其中可能有火爆的场面,似乎很不和谐,但这是以小的、局部的不和谐为代价换取大的、全局性和谐的过程。若不能容忍这些小的、局部的不和谐,则社会中势必在平静的表面下积累能量,达到一定程度难免爆发激烈社会冲突。

与多数统治几乎同样重要,民主还包含一个重要的原理或原则,即国家权力受限制,资本主义民主制下称之为受限制的政府。这里“政府”一词是广义的,等同于“国家机关”。公民委托给国家机关的权力是有限的,通常以宪法、法律列举的为限,没委托给国家机关的权利自然由他们自己保留,无须法律列举,即使列举,其作用也仅仅限于表示强调。所以,个人可以做法律不禁止的任何事情,而国家及其代理人只能在法律列举的权限范围内活动。国家机关和官员超出法定范围行使权力是对民主的冒犯和否定,因而也是对社会和谐的威胁。

二曰厉行法治

对什么是法治,人们众说纷纭,但将法治要求概括为以下三点,应该是没有疑问的。首先,法治之法必须是公民亲自和通过其代表制定的法,立法须进一步民主化。这一点说起来容易做起来难。在我国,制定法律、地方性法规、自治条例、单行条例的民主程度较高,但制定行政法规、部委规章、地方政府规章的公民或其代表参与程度就低得多了,至于地方政府的局委办发布的一些规范性文件即所谓抽象行政行为,它们在学理上虽不在法的范畴,但实际上是比法律更现实、更能得到实施的“法”,但很多地方制定这些规范性文件时基本上谈不上公民的直接或间接参与,即使有,其程度也非常低。在我国,很多社会冲突是因地方政府规章和比其位阶更低的一些规范性文件制定过程不民主造成的。

其次,法治要求法律在社会全部行为规范体系中具有最高的效力。社会规范很多,除法律外,常见的还有习惯、道德、政策、纪律、领导人的讲话,等等。在这些行为规范中,法律和其他行为规范有时是不一致、相互抵触、冲突的,出现这种情况怎么办?法治的要求是依法律办而不是

按其他行为规范办。是不是真能做到这一点,是对法治状态是否存在的一种检验。真正做到这一点是不容易的,例如在婚姻法与各地婚姻登记政策的抵触中,前者在过去20余年中似乎从来就不是上位规范。又如,对所谓“二奶”权利的处置,实践上用道德判断和道德标准凌驾于法律之上的情况也时有所闻。

再次,法治要求国家以宪法为基础形成统一的法制。做到这一点需要建成行之有效的违宪审查制度和行政法规、地方性法规、自治条例、单行条例以及各种行政性规章等规范性法文件的合法性审查制度。

三曰进一步尊重和保障人权

在这方面我国是缺少传统的。从现实情况看,通过尊重和保障人权来促进社会和谐,我们很多紧迫的事情要做。我们过去坚持说只有具体的人没有抽象的人,否定人权口号,不怎么懂得尊重和保障人权。我国长期将公民区分为人民和敌人,将“敌人”在法律和事实上都排斥在保护的范畴之外,加之受计划经济体制影响,上上下下缺乏受限制的政府或有限政府的观念,以致迄今我们社会因人权保障不到位造成的不和谐仍然显而易见:刑讯逼供造成的冤案层出不穷,公民被错杀或错判重刑的报道时有所闻;假公共利益需要之名搞动迁、拆迁,侵犯公民人身权利、财产权利的事一度也是突出现象,如此等等。当然,因贫困、社会保障制度不健全使得总人口中相对大比例的一部分人的生存权没有保证,那是另一种性质的问题。

四曰实现和扩大自由

我国宪法确认了公民较广泛的自由,但有一个充分实现的问题。突出的问题有言论出版自由和相应地获得信息的自由。如出于稳定的考虑过度压缩言论自由的空间,可能反而不利于稳定,自由较充分的地方看似不稳定实际上稳定程度往往很高。有些自由,虽然按理我们应该有,但实际上仍无充分的法律保障,如迁徙自由、罢工的自由等,保障这部分权利或自由是市场经济体制和多种经济成分并存的现实对法律提出的要求。

十多年来,公民缺乏迁徙自由带来的社会不平等问题日益突出。近些年来的一些引人注目的事件(如孙志刚案)实际上是这种状态的集中反映。这类问题有待解决。

五曰下功夫促进法律面前的平等

法律面前人人平等,是宪法规定的,也是人与人关系发展的一种历史性趋势。平等不同于平均,平均主义不受欢迎。法律面前的平等是一种资格平等,不是事实平等。法律面前人人平等是与反歧视相联系的。当今我国社会影响和谐的法律面前不平等的因素仍然很多:这些不平等相应地表现为歧视,如户籍歧视、地域歧视、年龄歧视、性别歧视、身高体重歧视、健康状况歧视、身份歧视、甚至还有相貌歧视。要改变这种状况,立法、司法方面有很多事要做。

六曰倡导博爱

博爱就是广泛的爱,它尚不是我国宪法所包容的口号和理想,但我认为它应该成为我国宪法所包容的口号和理想。博爱原本是法国大革命时期率先提出的口号,后来才作为一种法的精神和宪政理想由宪法加以肯定。博爱的政治色彩比起自由、平等来更为淡薄,但是在阶级斗争为纲的年头,社会的主事者最怕某种湮灭斗争的学说,所以把博爱抹黑成了一个比自由、平等更丑恶

的词语,似乎是万恶之源。只到我写此短文时,还有好心的朋友说博爱一词太敏感,劝我别用这个词语,可见这个被严重妖魔化的美好名词在学术界还没有得到平反昭雪。其实,任何一个社会团体掌握政权,为了建立稳定社会秩序和巩固自己的统治,都应当提倡某种内容的爱。所以,即使在我国的封建社会,也有“仁民爱物”、“兼爱”的思想,也提倡人“不独亲其亲,不独子其子”。后来资产阶级又进一步提出博爱口号。这些社会提倡爱都是为了稳定他们取得政权后的社会关系、建立有利于他们的和谐的社会秩序。为了建设社会主义和谐社会,我们今天应当大胆提倡博爱。当然,在社会主义历史条件下提倡的博爱,其内容应该比过去更丰富、更真实。这种博爱至少涉及到以下几个方面:家庭内部的,如夫妻父母子女兄弟姐妹之间的爱;对朋友、邻人、同事、同胞乃至一切人的爱;对飞禽走兽及一切无害于人类、尤其是有益于人类的异类的最低限度的仁慈,对我们生活于其中的大自然的呵护,等等。

博爱的精神应该体现在各个部门法中,体现在立法、司法和执法的全过程中,应当成为公民自觉遵奉的行为准则。

从宪法工作者角度看,建设和谐社会主要应从以上六个方面下功夫,其他都是次要的。

马怀德(中国政法大学教授):

构建和谐社会的法治方式

一、法治领域中的不和谐因素

造成社会不和谐或者冲突的因素是众多而复杂的。就法治领域而言,至少有以下因素:首先,社会公众尤其是公务人员的个人素质,特别是他们的法律素质是影响社会冲突的关键因素。应当承认,目前社会公众特别是公务人员的法治意识和规则意识仍然比较淡薄。尽管政府自上个世纪八十年代以来进行了比较广泛的法律普及工作,但是,普法并不平衡。表现为三个方面,即有些公众权利意识强,规则意识弱;公务员权力意识强,责任意识弱;上级政府法治观念强,下级政府法治意识弱。

影响社会和谐的另外一个重要因素是公权力因素。从当今引发社会冲突的原因看,多数都是由于对政府和其他公权力的约束机制尚不健全,政府和司法机关超越职权、滥用职权、不作为造成的。公权力行使不当是导致社会冲突频发,官民情绪对立的主要原因。尤其需要注意的是,政府在处理社会矛盾中不当行使裁决权引发的新争议也在不断增加,无形中加剧了社会冲突。

面对大量的社会冲突,能否建立起有效的民间和行政纠纷解决机制也直接影响社会的和谐。必须看到,目前我国的民间与行政纠纷解决机制并不健全,缺乏权威畅通的冲突解决渠道。地方政府在处理各类冲突时,习惯于将矛盾上交中央,给上级政府造成压力。加之公众青天意识浓厚,对信访等非法律申诉方式过度迷信,造成本来就不很畅通的纠纷解决渠道越发不畅通。

另外,司法缺乏独立性,难以发挥最终解决纠纷的关键作用。当今社会众多矛盾都汇集到司法机关,但是,作为最终裁判者的法院并不能有效处理所有纠纷,不得不将大量的争议推出法院,最终演化成社会矛盾。

影响社会和谐的最根本原因是社会矛盾冲突的总量在增加,而这些矛盾又是经济与社会发展,城乡发展不平衡造成的。无论是经济社会发展的不平衡,还是城乡发展不平衡,都与政府长

期以来施行的法律政策有关,惟有逐渐修改法律,改变不合理的政策,才能从根本上消除不和谐的因素。

二、解决不和谐问题与预防社会问题的法治途径

历史经验表明,社会的和谐程度既与政治、经济、文化有密切的联系,也与法治的健全与发展同步。预防和减少社会冲突,实现全面和谐必须在法治的框架内进行。具体而言,首先要实现立法与决策的民主化,切实反映民意,顺应民心。立法公开透明与公众参与尤其重要,重点要解决立法中的部门利益与行业利益问题,将起草权交给更为中立和公正的人大与社会民众。加紧修改制定新的历史条件下与和谐社会相适应的法律法规,注重法律的人性化,从根本上消除歧视与不平等,为构建和谐社会奠定制度基础。

其次要严格执法,保证法律的有效实施。仅有制定良好的法律是不够的,如果法律不能有效实施,就难以发挥定分止争、监督政府、保障权利的作用。所以,严格实施法律,防止人为因素影响执法与法律实施的效果十分必要。应当重点规范政府公权力,提高执法人员的法律素质,健全执法程序,减少和预防可能发生的官民冲突。

再次,必须尽快健全民间和行政的纠纷解决机制,消解各类矛盾,疏通现有纠纷解决渠道,减轻信访压力,减少越级行政干预,将冲突化解于地方。要适度发挥政策与非法律化纠纷解决机制的作用,逐步过渡到完全的法律纠纷解决机制。同时要重点解决司法独立与公正问题,树立司法权威,使之成为解决纠纷的最终途径。

最后,还要进一步完善法律普及与法律教育制度,重点做好权利与义务、权力与责任、上级与下级的均衡普法,鼓励公务人员通过实践掌握与运用法律。提高公众的素质,减少和抑制纠纷,鼓励公众通过合法正当的渠道解决争议。

徐国栋(厦门大学法学院教授):

和谐社会与民法

2005年2月19日,胡锦涛在中共中央举办的省部级主要领导干部提高构建社会主义和谐社会能力专题研讨班上提出了建设和谐社会的发展战略。按照他的说法:“和谐社会应该是民主法治、公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处的社会”。在中共的历史上,这是首次以“和谐”取代“斗争”作为行动路线,前者以中国儒家的“和为贵”思想为渊源;后者以唯物辩证法的矛盾学说为渊源。多年的斗争哲学之奉行让我国付出了惨重的代价,现在我们终于看到了重返传统的必要。

在我看来,胡锦涛提出的和谐社会观念包含人与人的和谐与人与自然的和谐两个方面。它们的达成需要一定的工具,民法是实现它们的最佳工具之一。

就人与人之间的和谐而言,民法通过调整阶级关系达成目的。现代社会分裂为生产者阶级和消费者阶级,与传统的泾渭分明的阶级不同,生产者阶级和消费者阶级是你中有我,我中有你,因为社会成员都以生产者的面目存在,对于他们自己的产品而言,他们是生产者;对于他人的产品而言,他们是消费者。在消费者与生产者的关系中,前者属于弱者;后者属于强者。现代民法

中的产品责任法部门通过在归责原则、举证责任、起诉方式等事项上作有利于消费者的安排,达到扶弱抑强,促成两个阶级和谐共处的目的。

诚信是和谐社会的运作原则。所谓诚信,是“要求民事主体在民事活动中维持双方的利益平衡以及当事人利益与社会利益平衡的立法者意志”,上述三方的利益平衡的实现意味着社会的和谐。正是出于建立一个和谐社会的目的,民法把诚信奉为至高的原则,使其居“帝王条款”之尊,一切具体民法规定都受制于诚信原则,在这个意义上,不妨把民法说成是建立和谐社会的法。在正面倡扬诚信之余,民法对有违诚信的行为,诸如诈欺、胁迫的行为、显失公平的行为,还加以遏制,使其无效或可撤销,从另一个方面达成和谐社会之目的。

和谐社会必定是一个幼有所恃、老有所养的社会,民法设立了监护制度、保佐制度、收养制度和扶养制度来解决老幼问题(同时还解决精神病人的照管问题以保证社会的安定团结)。监护制度使未成年人的人身和财产得到保护。保佐制度我国民法尚未采用,但老龄化社会中的老年人不能都自我保护的问题鼓励我们引入这一制度从而实行老年人保佐(在日本已实行这一制度,称为“后见”),使他们的意志薄弱不至于被人利用为攫取他们财产的途径。收养制度一方面解决了孤儿的养育问题,另一方面满足了缺儿少女者老有所养的问题,实在是一条双赢的道路。扶养制度使一定亲等的亲属间互负经济扶助义务,发挥家庭的互助功能,不至于把困难都推给国家承担。当然,在扶养制度不能解决问题之处,社会保障制度登台,这一制度就在民法的范围之外了。

和谐社会是一个仁爱的社会,它有赖于慈善事业的发达,民法规定的赠与合同、信托、基金会法人是促进这一事业的手段。前者是一次性的,中者和后者是持久性的,它们都能解救需求者的急难。

合同已成为现代社会活动的基本组织形式,其社会功能正得到日益加强的重视。由此,合同不再被理解为一个双方当事人斗心眼的舞台,而是一个合作的空间。它不再被理解为主要满足较量的胜者利益的工具,而是双赢的工具。

人与自然的和谐就是节约资源、保护环境、爱护动物,保证人类的可持续生存。就这一方面而言,民法也大有可为。过去人们普遍认为民法只调整人与人之间的关系,按照这种认识,民法无法干预人与自然的和谐并达成此等关系的和谐。但随着物权关系二元说——认为这种关系有积极的方面,即人与物的关系,也有消极的方面,即人与人之间的关系——取代一元说成为通说;随着环境法学者对民法调整人与物之间关系的现实的揭示,民法也调整人与物的关系成为一种被日益增多的人接受的观点。

那么,民法怎样实现人与自然的和谐呢?我认为通过以下途径:第一,把节约资源、保护环境设定为民法的基本原则(所谓的“绿色原则”)并设定为所有权本身所附的义务,这点我主编的《绿色民法典草案》做到了(序编第9条,第五分编第30条);第二,保护动物的权利。自从修订后的《德国民法典》第90a条规定动物不是物之后,动物主体化的势头十分强劲。经绿党的努力,澳大利亚的宪法已承认类人猿(包括黑猩猩、大猩猩、猩猩)具有与人一样的地位,实现了部分高

徐国栋:《民法基本原则解释》(增订本),中国政法大学出版社2001年版,第79页。

参见梁慧星:《是制定“物权法”还是制定“财产法”?——郑成思教授的建议引发的思考》, <http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=7696>, 2005年4月20日访问。

蔡守秋:《调整论——对主流法理学的反思和补充》,高教出版社2003年版,第599页。社科文献出版社2004年版。

See Andreas Wacke, Protection of the Environment in Roman Law? In Roman Legal Tradition, 1, 2002, p. 2.

级动物的主体化。做不到这一步的国家都开始重视动物福利问题。就我们的《绿色民法典草案》而言,其序编第33条把动物分为畜养的食用动物和非畜养和食用的动物,把后者确定为“处于人与物之间的生灵,享有一定的由动物保护机构代为行使的权利”,并规定“民事主体负有仁慈对待上述两类动物的义务”。实际上是要逐渐把后一种动物从客体的范畴内排除。另外在第四分编关于“对动物所作的遗嘱处分”的第166条,承认了以动物为受益“人”的遗嘱处分的有效性,朝动物的主体化迈进了一小步。对于不能作为准主体的动物,第五分编第19条也规定:“对动物适用关于物的一般规定,但法律有不同规定的除外。在对具有生态价值的物行使权利时,应注意维护其此等价值,并遵守环境资源法等特别法的规定”,为维护它们的生态价值提供了立法依据。第三,遵循美国、澳大利亚、新西兰的先例,把空气、海洋渔业资源确定为国民财产,排污者、捕鱼者必须购买配额,以此增加他们的行为成本,由此减少对环境资源的破坏。第四,对于破坏环境的行为者课加重罚,让他们感到这样做划不来。在这一方面,民法中的侵权法提供了各种各样的手段。

民法对于建立和谐社会的功用包括但并不限于上述者。总而言之,民法是建设和谐社会的有效工具,遗憾的是,我国尚未制定出民法典,由制定于不同时代、体现不同时代精神、甚至有大块缺漏的众多民事单行法承担建设和谐社会的功能,难免力不从心。工欲善其事,必先利其器,在建设和谐社会之前,不妨先尽快制定出体现当代生态哲学、内容详备、内部协调统一的民法典作为利器。谁制定出了这样的民法典,谁就能成为时代伟人。现在是考验当局者的历史眼光的时候了,呵呵!

张明楷(清华大学法学院教授):

警惕借构建和谐社会之名滥施刑罚

构建和谐社会,为全社会共同关注,被老百姓广泛认同。和谐社会,应该是民主法治、公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处的社会。法律人必然强调法律在构建和谐社会过程中的重要作用。这是因为,虽然和谐社会的内涵比法治社会的内涵更为丰富,但法治社会是和谐社会的基础,促使和谐社会机制的启动与保障和谐社会机制正常运行的最明确、最有力、最具体的手段是法律。

刑法一直在为社会和谐发挥着机能:古代刑法为传统和谐社会发挥机能,现代刑法为现代和谐社会发挥机能。毫无疑问,在当下,刑法理所当然为构建社会主义和谐社会发挥机能。但是,这并不意味着,只有更加扩大刑法适用范围,更为严厉打击社会中的不和谐现象,才能构建和谐社会。相反,应当特别警惕以构建和谐社会之名滥用刑法、滥施刑罚。提出这一主张是基于以下考虑:

首先,我国具有将刑法作为实现一切理想、达成一切目的的传统与思维惯性,人们在寻找实现理想、达成目的的手段时,往往首先想到的就是刑法。刑法一直被作为维持社会秩序的工具,

See Carol M. Rose, The Public Domain: Romans, Roads, and Romantic Creators: Traditions of Public Property in the Information Age, In Law and Contemporary Problems, 66, 2003.

行为人(犯罪嫌疑人、被告人、犯罪人)的人权没有得到应有保障。这种忽视刑法自由保障机能的理念与做法所造成的消极后果已十分严重,媒体最近披露的令国人惊讶、愤慨的冤案,就充分证明了这一点。如果突出刑法在构建和谐社会的中的作用,就必然片面强调刑法维持社会秩序的机能,因为维持社会秩序是构建和谐社会的的前提。可是,片面强调刑法维持社会秩序的机能,就必然轻视刑法的自由保障机能、漠视行为人的人权,不仅会造成不堪设想的消极后果,而且与尊重和保障人权的宪法相冲突。

其次,我国的刑法理论一直将缺乏具体内涵的社会危害性作为犯罪的本质特征、刑罚的适用根据,司法机关将某种行为以犯罪论处时,使用频率最高的一句话便是“该行为具有严重的社会危害性”。可是,人们并不分析行为如何危害和危害什么。于是,在大力构建和谐社会的当下,一切不和谐的现象,与和谐社会相违背的现象,都可能被认为具有社会危害性,因而具备犯罪的本质特征。不仅如此,“和谐社会”是一个动态的概念,不一定有准确的定义。一年来,对和谐社会的理解就存在不同观点:有人言,和谐社会是指社会系统中的各个部分、各种要素处于一种相互协调的状态。有人道,和谐社会是指全体人民各尽其能、各得其所而又和谐相处的社会。有人曰,和谐社会是一种有层次的和谐,其核心层是人与人之间关系的和谐,即人与人的和睦相处;其保证层是社会的政治、经济和文化协调发展。有人讲,广义的和谐社会主要是指,社会同一切与自身相关的事情保持着一种协调的状态,包括社会与自然环境、经济、政治、文化之间的协调,等等。狭义的和谐社会主要是指社会层面本身的协调,是科学发展观所关注的一个相对单项的问题。将没有具体化的社会危害性作为犯罪的本质特征,对和谐社会理解的不统一性,以及和谐社会与社会危害性之间的关联性,决定了刑法处于被滥用的危险。例如,近年来,男女性别比例失调现象比较严重,笔者特别担心立法机关因为男女比例失调影响社会和谐而将鉴定胎儿性别的行为规定为犯罪。再如,近年来,群众上访越来越多,笔者特别担心有的机关将上访行为视为不和谐的现象,从而寻找各种理由将上访行为认定为犯罪。同样,本文也特别担心有的机关借构建和谐社会之名,恣意扩大非法集会、游行、示威罪的处罚范围。

再次,与上一点相联系,一般人都会认为,犯罪是社会的“不和谐”因素,甚至会认为犯罪是社会“最不和谐”的因素。于是,人们会想当然地认为,刑法肩负着构建和谐社会的特殊使命;只有严厉打击犯罪,充分发挥刑法的惩罚功能,才能减少和消灭不和谐因素,建成和谐社会。而且,近些年来,人们特别注重法律效果与社会效果的统一;在构建和谐社会的当下,司法机关极易形成如下观念:犯罪是社会的“不和谐”因素,越严厉打击犯罪,越有利于构建和谐社会,越具有社会效果。可是,这种观念一旦形成,就必然导致滥用刑法、滥施刑罚。

最后,虽然刑法规定了罪刑法定原则,但司法实践中却存在两种极端现象:一是缺乏解释能力并机械地理解罪刑法定原则,导致刑法规定的犯罪不能受到刑事追诉;二是无视罪刑法定原则,类推思维根深蒂固,通过歪曲事实、曲解法律等手段,以维持社会秩序等名义,对明显缺乏明文规定的行为定罪处刑。后一种现象的存在,是因为一些司法工作人员以及可以左右刑事审判的非司法工作人员,缺乏法治理念,缺乏法律限制权力的观念。在缺乏法治理念的情况下,一旦强化以刑法构建和谐社会的观念,必然导致罪刑法定原则荡然无存,导致刑法处罚范围漫无边际。

青连斌:《一年来理论学术界关于“和谐社会”研究综述》, <http://www.southcn.com/nlr/llzhuanti/hexie/hxlw/200503150324.htm>, 2005年4月10日访问。

构建和谐社会,需要经济基础、社会基础、政治基础、思想基础、法治基础。经济落后的社会,社会严重分化、两极非常对立的社会,缺乏调节利益冲突机制的社会,缺乏人人平等、相互尊重观念的社会,缺乏公正、没有法治的社会,都不可能成为和谐社会。刑法在构建和谐社会过程中,并不负有所谓特殊使命;相反,我们应当充分意识到刑法的局限性、刑罚的消极性,认识到发挥刑法的自由保障机能对构建和谐社会的重要意义。

古今中外的表现,社会越发达、越和谐,对弱者的保护越周全,对少数人的保护越周到。所以,构建和谐社会并不意味着恣意侵害弱者、少数人的法益,相反要注重保护弱者、少数人的法益。相对于国家机关而言,犯罪嫌疑人、被告人无疑是弱者,如果不注重保护他们的权利,就容易形成冤案。而一个冤案的形成及其判决的维持,必然需要多起冤案来掩盖。换言之,任何一个冤案的背后,都会隐藏多起冤案。这不仅损害了民主法治、公平正义,而且直接妨害了和谐社会的构建。所以,只有充分保障行为人的自由,才有利于构建和谐社会。

从刑法目的与犯罪本质的角度来说,无论如何理解和谐社会,刑法理论与刑事司法实践都应当明确以下两点:其一,刑法的目的是保护法益,与此相对应,犯罪的本质是严重侵犯法益。所以,即使属于不和谐的现象,但只要没有侵犯法益或者侵犯程度并不严重的行为,就不具备犯罪本质,不能借构建和谐社会之名定罪科刑。其二,和谐社会的内涵比法治社会的内涵更为丰富,和谐社会并非仅仅依赖刑法便可以构建而成;相反,刑法在构建和谐社会过程中的作用具有局限性。因为民主法治、公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处,主要有赖于良好的制度构建,需要调整社会关系的民法、行政法等规范发挥作用,如此等等。

诚然,在某些意义上说,犯罪是社会不和谐的因素。但是,使社会不和谐、使人们陷入安全困境的,并不是犯罪本身(再和谐的社会也存在犯罪),更多地是缺乏预防犯罪的机能、缺乏适应现实需要的全面应对各种犯罪的司法体系。刑罚也并非预防犯罪的最有效手段。例如,近年来,煤矿事故令人震惊,每次事故发生后,总是有一些人受到了刑罚处罚,可是,煤矿事故不仅没有得到遏制,甚至越来越严重。与重视事后的刑罚处罚相比,事前的严格审批、严格管理具有更为重要的意义。又如,每年交通事故剥夺了10万人的生命,每次事故发生后,也会有人受到刑罚处罚,但效果并不理想。因为整备交通道路、改善交通照明、严格控制发放驾驶执照、提高驾驶人员的技术水平、培养行人的交通规范意识等等,对于防止交通事故能够起到更好的作用。再如,与刑罚相比,良好的社会保障体系、男女平等关系,更有利于实现男女比例均衡。所以,构建和谐社会并不意味着必须扩大刑法适用范围和严厉打击犯罪行为。

和谐社会首先必须是法治社会,法治的核心内容是限制国家机关权力。法治在刑法领域表现为罪刑法定原则,这一原则不仅限制司法权力,而且限制立法权力。罪刑法定原则的核心内容在于保障人权。“支撑着对人权的现代理解的基本观念是这样一种认识:有必要提醒其遵守人权的义务的正是政府。人权标明了国家权力的边界,对立法机关的权力设置一种限制,要求政府尊重人的尊严,即使这样做使政府不高兴。”刑事司法程序中对犯罪嫌疑人、被告人的自由保障状况以及监狱的人权保障状况,是衡量一个国家人权状况好坏的重要标志之一,同样也是衡量一个国家是否严厉推行依法治国的重要标志之一。法治不是工具,相反,法治本身是一种利益;而且,不管是对国家、对社会还是对个人,法治都是具有特别重大价值的利益。不可能也不应当通

[日]平野龙一:《现代における刑法の机能》,平野龙一编:《现代法11—现代法与刑罚》,岩波书店1965年版,第21页。

[瑞士]托马斯·弗莱纳:《人权是什么》,谢鹏程译,中国社会科学出版社2000年版,第2~3页。

过牺牲法治这一利益来实现社会秩序的维持与和谐社会的构建;为构建和谐社会而牺牲法治与罪刑法定原则,必然得不偿失。

姜明安(北京大学法学院教授):

完善行政救济机制与构建和谐社会

完善行政救济机制是建立和谐社会的基本条件之一。

我国现行行政救济机制主要由行政复议、行政诉讼、行政赔偿、信访以及集会、游行、示威五大制度组成。其中尤以行政复议、行政诉讼和信访制度应用率最高,此三者为行政救济机制的基本制度。

我国现行行政救济机制运行的情况怎样呢?它对于建立和谐社会究竟发挥了多大的功效和作用呢?

我国现行行政救济机制是在上世纪八、九十年代才逐步建立和形成的(其中信访制度则有较悠久的历史)。应该说,这个机制自建立和形成以来,其运行情况总的来说是顺畅的,它对于监督行政机关依法行政,防止其滥用权力,保护公民、法人和其他组织的合法权益,解决社会矛盾,维护社会稳定,建立和谐社会是发挥了重要作用的。

但是,无庸讳言,这个机制由于建立和形成的时间较短,以及中国当下正处于转型时期,受各种主观和客观条件的限制,它还很不完善,还有很多缺陷,其体系、结构、内部各种制度及其相互关系的设计还有很多不合理处,其作用和功能远不能适应控制公权力滥用和保障公权力相对人权益的需要。

我国现行行政救济机制的缺陷和其作用的不如人意之处通过以下三个案例可见一般:

案例一:福建省莆田市城厢区龙桥街道办事处外延寿村农民对政府征用他们的土地给予其补偿的标准过低(政府规定每亩补偿9,000元,他们认为根据《土地管理法》等相关法律的规定,每亩补偿费应为30,000元以上)不服,向市政府提出异议,市政府不予理会。之后,农民们依据《行政复议法》向市政府正式申请复议,市政府告知农民:依据《土地管理法实施条例》第25条的规定,相对人对征用土地补偿有异议,应向批准征用土地的人民政府申请复议,请求批准征用土地的人民政府裁决。外延寿村农民们土地征用是由福建省人民政府批准的,故应向福建省人民政府申请复议裁决。于是,农民们向福建省人民政府提出了复议申请,但福建省人民政府以其批准行为属“内部行为”而不予受理。具体理由是:“省政府对莆田市政府2003年度第五批次征地的闽政地[2003]159号批复文件不过是针对莆田市政府关于征地请示所作的内部批复,不直接发生法律效力”。复议不被受理,农民们怎么办呢?根据《行政复议法》的规定,农民们有两个选择,一是直接向法院提起行政诉讼;二是请求复议机关的上级行政机关责令其受理或由上级行政机关直接受理。于是,农民们同时“两条腿走路”:一方面通过国务院法制办请求国务院撤销福建省政府“不予受理”的决定和责令福建省政府受理;另一方面向福建省中级人民法院提起行政诉讼。但是,“两条腿走路”没有一条走通了:国务院法制办那边一直没有回复;福建省中级人民法院则拒绝受理,既不立案,也不作出裁定。法院不作为,农民们怎么办?根据最高人民法院关于《行政诉讼法》的司法解释,受诉法院既不立案,也不作出裁定,起诉人可以向上一级法院申诉或者起

诉,上一级法院认为符合受理条件的,应予受理;受理后可移交或指定下级法院受理,也可自行审理。于是,农民们向福建省高级人民法院起诉。但福建省高级人民法院也拒绝受理;最后,农民们向最高人民法院起诉,最高人民法院立案庭的法官则建议农民们去信访。于是农民们找到全国人大常委会信访办,全国人大常委会信访办接待了他们,介绍他们到福建省人大常委会办公厅“接谈处理”。就这样,农民们折腾了近两年,吃了多少苦不说,但问题仍没有得到解决。这说明了什么?说明了我们的现行行政救济机制还有问题,还有缺陷,还不“灵”。

案例二:河北省三河市民政局于1995年经河北省民政厅批准兴办一经营性公墓:“灵泉福园公墓”。1997年其与北京市天宝福园房地产有限公司合作,成立股份有限公司,1998年天宝福园房地产有限公司将其股份转让给北京市灵泉福园房地产咨询有限公司,新的合作公司更名为“三河灵泉灵塔公墓”(三河市民政局原局长孟宪华自1999年任法人代表和董事长)。公墓自1997年至2001年9月,以炒卖方式销售骨灰格位45,000个,收款2.1亿元,购买者约11,000人。公墓出售骨灰格位时,曾向购买者承诺,购买者可随时退回格位,公墓可以以远高出原购进价(且每年递增)的价格回收。但是,此后公墓根本不履行承诺,拒绝高价收回和退款(所收款项一部分被原合作公司天宝福园房地产有限公司负责人携出国外,一部分去向不明)。购买者发觉上当后,自2001年开始群体上访:先是民政部,后是国家信访局,再后是“京冀联合工作组”,所有这些部门均未能找到解决上访群众问题的方案。之后,国务院办公厅介入,2003年6月,国务院秘书局召集协调会,要求三河公墓还款。三河公墓终于制定出还款方案,承诺对购买4个格位以上者分三年还清其购买款:第一年还35%,第二年还35%,第三年全部还清。但此方案不为大多数上访群众接受,他们开始抗议、示威,甚至变相游行。在这种情况下,中央领导同志指示有关部门妥善处理此事。2004年5月,有关部门召开协调会,会上,大家方认识到上访群众的问题不能只依靠上访和政府协调解决,还应该通过法治途径为群众提供救济。于是,政府部门开始从第一线退下来,转而鼓励群众依法诉讼。但现在诉讼能解决问题吗?是走民事诉讼、刑事诉讼,还是行政诉讼的途径,或者是三管齐下?如走行政诉讼的途径,是以主管的民政机关、或是负有领导监督之责的政府、还是以违法批准销售的物价机关为被告,或者是将所有对之负有责任的行政机关为共同被告?目前有关部门和当事人正在对此进行论证。此案自2001年开始群众上访到现在,将近4个年头,这么长时间问题得不到解决。这说明了什么呢?说明了我们的现行行政救济机制肯定存在问题,肯定有缺陷,肯定有不“灵”之处。

案例三:辽宁省普兰店市公安局交警韩振玺因为工作和生活上的有关问题,自1977年以来多次找所在公安局及普兰店市委、市政府上访,但问题始终得不到解决,有关部门甚至将其拒之于上访门外,韩感到愤怒,一次在公安局的墙上挂上草包,以示不满。公安局对韩的行为予以了严厉的批评,并委托大连市公安局精神病司法鉴定组对韩作出医学鉴定。该鉴定组作出的鉴定结论是:韩振玺多年来频繁上访,言行偏激,其妨碍公务行为与疾病有直接因果关系,对其行为已丧失辩认及控制能力,故评定为无责任能力,因目前其正处于发病期,建议对其采取监护性措施。普兰店市公安局据此将韩送往大连市安康医院进行精神病监护,9个后方将其放出。韩出来后,于2000年向法院提起行政诉讼,状告普兰店市公安局。法院经审理认为,司法鉴定组未经鉴定委员会授权,对无卷宗、案由、案号的案件当事人作出无鉴定人签章的医学鉴定,是无效法律效力的;被告在未向原告宣布的情况下,依据无效法律效力的医学鉴定将原告送往精神病医院进行监护治疗是违法的;被告行为所依据的《大连市监护治疗管理肇事肇祸精神病人条例》违反《中华人民共和国行政处罚法》的规定“限制人身自由的行政处罚只能由法律规定”,是无效的,从

而被告的行为是违法的;此外,原告即使是精神病人,被告未征得原告监护人的同意,将原告送精神病院监护治疗也是违法的。然而,尽管法院数落了被告行为这么一大堆违法和不是,但是,法院最后认定被告的行为是“内部行为”,判决予以维持,诉讼费由原告负担。法院作出这样的判决真有点不可思议:如此判决还能认为是对原告的救济吗?看来,我们的行政法律救济机制肯定存在问题,靠这样的救济机制去构建和谐社会显然是难以胜任的。

反思以上三个案例,我们也许可以初步感觉到我国行政法律救济机制的问题所在。这些问题主要表现在三个方面:一是机制结构方面的问题;二是作为机制构成要素的各种制度的设计问题;三是机制运作的外部环境问题。

机制结构方面的问题主要表现在:其一,各种救济制度比重失调。法治化高的救济环节过窄,法治化低的救济环节过宽。根据现行法律规定,越是法治化高的环节,人为设置的障碍越多,越是不畅,复议比信访的门槛高,限制多,诉讼比复议的门槛高,限制多,这样,就使绝大多数行政被侵权人进不了复议机关之门,更进不了法院,只能被迫去信访。例如,就行政诉讼而言,首先在受案范围上将大部分行政行为(抽象行为,内部行为,涉及政治、文化和其他非人身权、财产权的行为等)排除在救济范围之外;其次,原告资格(法律规定只有被侵权人本人才享有原告资格,除非本人死亡,其近亲属才能获得原告资格)又将许多被侵权人,如被拐卖者、下落不明者、被行政机关收容走失的人等,排斥在诉讼门外,因为被拐卖者、下落不明者、被行政机关收容走失的人自己本人怎么亲自起诉,怎么委托他人起诉;再者,严格的时效制度(复议时效为2个月,诉讼时效为3个月)更是使许多案件进不了法院的门。这样,大量的各种各样的争议、纠纷的当事人就都被迫踏上了信访之途。而当事人一旦被踏上信访之途,往往是不仅问题解决不了,其在信访路上还下不来。因为其往往错误认为,只要坚持信访下去,似乎总会有解决问题的希望(事实上也确实有通过信访解决问题,甚至解决得比复议、诉讼还好的先例),以致使信访队伍越来越大,上访者越来越多;其二,整个机制缺乏整体设计,各种制度、各个环节之间相互协调和相互衔接不够。例如,信访与复议、信访与诉讼如何协调和衔接,有时是复议、诉讼完了又信访,信访完了又复议、诉讼,有时是复议、诉讼不受理去信访,信访不受理又去复议、诉讼;其三,在整个解纷、救济机制中,有些环节没有建立或运作起来,或者没有发挥应该发挥的作用,例如,人民代表,全国各级人民代表恐怕有几十万,他们如果能够真正发挥听取民声、反映民意和监督政府的作用,信访案件的大部分问题有可能通过这一渠道得以解决。

作为机制构成要素的各种制度的设计问题则更为突出。就原《信访条例》确立的信访制度来说,首先,信访的机构过于分散,立法机关、司法机关、政府以及政府的各个部门大多都设有信访机构,但整个系统缺乏统一协调的机制,甚至缺乏统一的计算机联网,信访人一个问题可能同时找几个机构,得到的答复和解决方案可能不一样,甚至相互矛盾;其次,由于信访机构分散,每个机构的工作人员非常有限,有的几个人,有的十几个人,面对大量的信访案件,不要说件件亲自处理,就是件件亲自过问处理结果,在很多时候都是不可能的;第三,信访机构没有独立处理问题的权限,一般实体问题(甚至某些程序问题)的解决均需请示行政首长,而行政首长的工作又是那么忙,一百个案件也许难以批示一二;第四,法律对信访案件的处理没有严格的程序规范,有的信访机构对同一案件反复批转下级机关或其他有关部门处理,下级机关或其他有关部门往往拖着不办(有的甚至藉此惩治信访人),信访人即没完没了的反复信访;第五,法律对信访案件的处理大多没有规定严格的实体标准,而行政首长对个案的批示、处理有时又太过随意,以致调起了其他信访人或非信访人过高的“胃口”,导致领导人解决了一个旧的案件,却引发出十个、百个新的案

件,有时还误导一些人弃复议、诉讼等法律途径而找领导人批示,但这些人往往是折腾一年半载,领导人批示却下不来(领导人自然不可能对所有信访人有求必应),到时他们想再走复议、诉讼途径,但复议、诉讼时效已过,只得又回来再信访,如此往复。

作为行政救济机制构成要素的其他制度,如行政复议制度、行政诉讼制度、行政赔偿制度,虽然没有信访制度的问题多,但设计上同样存在很多不合理之处。例如,行政赔偿,其设计的标准那么低,被害人通过申诉、复议、诉讼等重重关隘寻求救济,所获得的赔偿款往往不及其为寻求救济所花费的开支(律师费、交通费、鉴定费,等等)的十之一二(如著名的“麻旦旦案”)。这样,许多被害人往往只得无奈放弃救济。

至于行政救济机制运作的外部环境,其所存在的问题恐怕也是多方面的。首先,司法独立没有充分的保障。这一点我们从最近全民关注的“余祥林”案可以看得很清楚:政法委的干预无疑是导致冤案的众多原因之一。刑事诉讼如此,行政诉讼何尝又没有这种情况。至于行政复议,复议机构则更连起码的相对独立性都难以保障。其次,行政救济机构工作人员的法律意识和法律素质有待提高。这一点我们从前面第一个和第三个案例中可以强烈地感觉到:那些案件中相对人的问题从法律上讲是完全可以复议、诉讼的(从而不是制度设计的问题),但那些当事人就是被我们这些复议官和法官硬撵出复议和诉讼的门外。第三,违宪审查制度没有建立。从而,相对人对具体行政行为不服寻求救济时,如果相应具体行政行为所依据的法规、规章违法或法律违宪,救济往往就难以再进行下去。第四,党依法执政,党行使公权力行为如何纳入法治轨道的问题目前尚未完全解决。这样,在党的组织、党的机关行使公权力行为违法侵权时,相对人既难通过人民代表机关质询,追究责任人的政治责任,也难通过行政诉讼追究责任机关的法律责任,从而难以使相对人获得相应的法律救济。第五,整个国民现时的法律意识和法律素质有待提高。这一点我们可以从前面介绍的第二个案例中感觉到:公墓企业违法运作,行政机关违法行政,这么多相对人受骗,这么长的时间,没有人想到复议、诉讼,导致当事人几年上访没有解决任何问题。

由此可见,我们的现行行政救济机制确实存在缺陷,确实有诸多不完善之处。这个机制与构建和谐社会的需要显然是不相适应的。因此,要构建和谐社会,就必须适当改造这个机制,尽可能地消除这个机制存在的缺陷,完善这个机制。

那么,我们应该怎么改造和完善现行行政救济机制呢?为此要做的工作自然是多方面的。但我认为最重要的工作有三个:一是加大改革力度;二是加快立法步伐;三是提高整个国民素质,改善行政救济机制运行的环境。

改革不仅仅是指法律制度的改革,还应该包括政治体制和社会运行机制的改革。就政治体制改革而言,必须健全和完善整个国家公权力的监督和制约机制,没有这样的机制,法律救济机制再完善也会受到干预,难以发挥有效的作用。就社会运行机制而言,必须健全和完善国家公权力以外的社会公权力监督和约束机制,例如各种行业协会、社会团体、基层自治组织、高等学校等,它们虽然不是行政机关,但它们行使着社会自治权力,它们和它们的相对人之间也会因社会自治权力的行使发生各种争议、纠纷。如果没有对它们的侵权行为的救济机制,构建和谐社会的任务仍然不可能完成的。

立法不仅仅是指制定新法律,而且指修订完善现有法律,甚至后者比前者更为重要。例如,不修改现行《行政复议法》和《行政诉讼法》,不降低行政法律救济的门槛,仅仅指望畅通信访渠道,大量的法律纠纷不可能得到有效的和公正的解决;不修改《国家赔偿法》,不扩大赔偿范围和提高赔偿标准,因行政侵权(即使侵权后给被害人平反、恢复名誉和赔礼道歉了)产生的民怨也不

可能完全消除。当然,制定新法也是非常必要和重要的,如《行政程序法》、《政务信息公开法》、《申诉法》、《监督法》、《行政裁决法》、《信访法》等,都是行政救济或与行政救济有关的重要法律,都需要逐步制定和完善。没有这些法律,行政救济机制自然是有缺陷的。

至于提高整个国民素质,改善行政救济机制运行环境,则是完善行政救济机制,提高行政救济效能的长远的和根本性的措施。为此,我们一方面要加强对全体国民的法制教育和对从事法律救济的工作人员的法律培训,提高他们的法治意识和法律素养;另一方面我们应通过完善各种法律制度,在法律制度的长期运作中使国民意识受到法治的不断熏陶。国民的法律素质的提高与法律制度(当然包括法律救济制度)的完善和顺畅运作是相互促进,相辅相成的,二者的良性循环是构建法治社会与和谐社会的基本条件。

桑玉成(复旦大学政治学教授):

政治和谐是社会和谐的基础

胡锦涛最近在谈到和谐社会的问题时指出,根据新世纪新阶段我国经济社会发展的新要求和我国社会出现的新趋势、新特点,我们所要建设的社会主义和谐社会,应该是民主法治、公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处的社会。

在这里我们注意到,在胡锦涛所指明的关于和谐社会的一般要素中,政治的要素是其基本的要素,同时也是最为核心的要素。由此甚至我们可以认为,政治和谐是社会和谐的基础。

从宏观意义上说,所谓和谐社会,在其本质上是指实现了人际和谐和人与自然的和谐的社会。根据马克思主义的观点,一个社会不外乎存在两种基本的关系,即人与自然的关系到人与人的关系。人为了生存,其首先需要从自然界获得基本的生存条件;而为了从自然界获得生存条件,人与人之间就必然要发生一定的社会关系。这两种关系是密不可分的。

可以认为,在上述两种基本的关系中,人与人的关系具有决定性的意义。特别是在现代社会条件下,由于政治组织和社会组织的充分发育,使得人与自然的关系到很大程度受到人与人的关系的制约和支配。而从社会层面上来理解人与人的关系,其核心的问题就是政治关系,其他所有的关系都是受到政治关系支配和制约。因此,构建一个和谐社会,首先需要着力构筑和谐社会的政治基础。

毫无疑问,在任何一个时代以及任何一个社会,由于人的差异、社会分工、利益分化、资源分配等方面的原因,使得社会成员在其生存方式、生存条件和社会地位等方面,都程度不同地存在着差别,如有的人为官,有的人为民,有的人富有,有的人贫穷,诸如此类。这些差别是社会不和谐的基础,甚至也是社会矛盾和社会冲突的根源。但是,千百年来,人类通过政治价值观的探寻以及有效的政治设计,使人类的不和谐以及矛盾和冲突得到了有效的抑制,使人类社会的秩序得以越来越完善。人们注意到,在所有导致社会不和谐、社会矛盾以及社会冲突的根源中,为官为民、为富为贫,几乎已是一个无法消除的客观事实。因此可以使社会达成和谐的,不是绝对地铲除官民以及贫富的分野,而是努力构筑一种公正合理的社会环境特别是政治环境,使这种分野能够符合人类理性原则从而能够最大限度地达成广泛的社会认同和理解。就是说,人类通过和谐社会之政治基础的构筑,已经基本上实现了在人的差异和分化基础上的和谐相处、各得其所和共

存共荣。

在人类的政治智慧和政治经验中,对于促进社会和谐的政治基础包含了极其丰富的内容,但是主要的方面包括:

一是民主政治。历史经验表明,民主政治的价值正是在于通过人民对于政府和国家的广泛认同以及对于政治权力的直接、间接的控制和意志的表达,而形成有效解决社会矛盾和冲突的机制并由此营造一种和谐的政治环境。当年邓小平曾指出,没有民主就没有社会主义,就没有社会主义的现代化。这个精辟论述当然包含着这样的意思,即没有民主也就没有社会主义的和谐社会。

二是社会公正。大致说来,人与人的差异,人与人的不平等,正如有思想家指出的,主要有两类,一类是自然的,一类是社会的。而所有自然的差异甚至也有一部分社会的差异由于其具有客观的特征,能够得到社会成员的理解和认同,因而不是造成社会不和谐的根本原因。造成社会不和谐的,主要是一些人为的社会差异和不平等,如一些人对于公共权力和其他公共资源的垄断等等。因此很显然,社会公正始终与社会和谐相联系,甚至是社会和谐的前提和基础。孔子曾有“不患寡而患不均”的说法,这里固然有那种我们至今仍然需要反对的平均主义的倾向,但是孔子的“不均”其实也有不公正的涵义,因此我们在反对平均主义的同时,千万不能忽视社会公正对于构筑和谐社会的意义。

三是利益协调。在社会和谐的政治基础中,利益协调是其核心性的问题。人的利益关系是社会关系中的最为本质的关系,所有社会矛盾和社会冲突的根源均存在于人们的利益关系之中。正是由于这样的缘故,所以作为社会公共权力主体的政府最为重要的职责,就是通过其权威性的力量,协调不同的社会利益,将人们的利益分化和利益差别限制在一个恰当的范围,以促成社会成员的各得其所、和睦相处。譬如说,政府可以通过税收政策、社会保障和社会救济等一系列管理制度和手段,来抑制利益的过度分化,实现社会成员之间利益的相对平衡。

(责任编辑:童之伟)