

**International Symposium on  
Social Governance and the Development of  
Rule-of-Law**

**社会治理与法治发展国际学术研讨会**

**Conference Proceedings**

**会议论文集**

Nanjing Normal University, School of Law

**南京师范大学法学院**

Nanjing Normal University Institute for Chinese Legal Modernization Studies

**中国法治现代化研究院**

Jiangsu Collaborative Innovation Center for Development of Regional Rule of Law

**江苏高校区域法治发展协同创新中心**

Jiangsu Rule-of-Law Development Research Institute of Nanjing Normal University

**江苏法治发展研究院**

**November 9, 2019, Nanjing**

**2019年11月9日**



English Part I.....	1
The Rule-of-law and the status of football players: Federation Internationale de Football Association (FIFA) and Court of Arbitration for Sport (CAS) legal conclusions.....	Ilia A. Vasilyev /2
Behavioral aggression of juvenile based on psychoanalytic pedagogy& .....	Y. N. Kuznetsova /7
The development of the supremacy of the law in the formation of the legal culture of the future law teachers in Russia .....	G.A.Valeeva /13
Rule of law in criminal proceedings and ensuring of the rights of participants in criminal justice.....	Nataliia A. Sidorova /31
Japanese Style of Rule of Law in the Field of the Death Penalty Occidental Appearance and Japanese Practice.....	Mikio KAWA/13
Access to Justice in the Process of Social Governance .....	Ning HAN /36
Procedural justice and persons with mental illness who offended .....	Tom Vander Beken, Ciska Wittouck/49
Historical reflections on rule of law. Zuzana Budiská, Dominika Kubošiová/57	
Psychological Aspects of Judges' Decision-making in the Countries of Rule of Law .....	Róbert Jáger, Michal Turošík/65
The dilemma of social governance and solution path under the vision of the rule of law .....	FAN Guanfeng/77
On the methods and carriers of integrating socialist core values into rural justice .....	Han Zhenwen, Wei Dandan/78
The Social Mechanism of Urban Comprehensive Law Enforcement Recognition—— .....	Hu Jingyang /79
The promotion of the new era of grid social governance and the construction of the rule of Law Society .....	Jian Congjin/80
Practice Development and Mechanism Innovation of Intelligent Courts in China .....	Li Bingshuo/81
Improvement of Public Participation System in Environmental Protection from the Perspective of Social License to Operate(SLO) .....	Li Fei/82

Construction of a society based on the rule of law by the grid social governance .....	Pang Zheng, Li Fei/83
The exploration and practice of the participation of rural elites in the reconstruction of agricultural management in western Guangdong ..	Li Xiang/84
The Significance of the Subsidiarity Principle to the Modernization of China's Governance .....	Li Xudong/85
Reconstruction of Comprehensive Administrative Law Enforcement Paradigm: A Perspective of "Technical Empowerment" .....	Li Xuesong/86
On the Innovative Methods and Paths of Government Social Governance .....	Liu Tongjun/87
The Implementation and Effect of Special Governance .....	Bo Lu/88
The theoretical orientation and correlation of the society under the rule of law and social governance .....	Pang Zheng/89
Analysis on the legal mechanism of "trust" in social governance .....	Ren Guozhen/90
The Effective Response and Action of the Government to the Public Interest legal Service .....	Shi Wenlong/91
Comparison of education between Slovakia and China: the significance of the systematization of "the Bologna process" .....	Wang Chi/92
The Evolution Logic of Urban and Rural Governance over the Past 70 Years in China: the Perspective of Symbiosis Theory .....	WU Xiaolong/93
The Legal Bewilderment of Intelligent Internet and Appropriate Advancement of Its Legislation .....	XING Hongfei, LV Handong/94
Sports Law Enforcement from the Perspective of Residual Control Rights .....	Yang Li/95
The Culture of the Rule of Law as a Political Concept: Inherent Tension and Normative Appeals.....	Yang Jian /96
Legal System with Virtue in Legal Governance of Risk Society	Yang Zhiwen/97
The Course, Logic and Experience of Crime Governance in Grass-roots Society (1949-2019).....	Zhang Jian/98

Community "Big Party Committee" building a new pattern of urban community governance .....	Zheng Junjie/99
The Alienation Risk and Prevention of Governance at the Source of Litigation .....	Zhou Suxiang/100
Reconstruction of grassroots social governance based on "Fengqiao Experience" in the new era .....	Zhu Huandong/101
Review and Prospect of Macao's judicial system in the past 20 years .....	Zhao Linlin/102
 Russia Part .....	 103
ПОВЕДЕНЧЕСКАЯ АГРЕССИЯ НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИХ С ПОЗИЦИИ ПСИХОАНАЛИТИЧЕСКОЙ ПЕДАГОГИКИ .....	Ю.Н.Кузнецова/104
Развитие верховенства закона при формировании правовой культуры будущих учителей права в России.....	Г.А.Валеева/114
 Chinese Part .....	 129
乡镇执法权的配置：现状与改革.....	陈柏峰/130
法治视野下的社会治理困境与解决路径研究.....	范冠峰/148
走向乡村善治.....	高其才/160
论社会主义核心价值观融入乡村司法的方法与载体....	韩振文、魏丹丹/186
长三角营商环境协调立法的理论阐释与制度实践.....	韩业斌/197
城市综合执法认同的社会机理.....	胡敬阳/207
社会治理背景下“广州街坊”实践创新研究 .....	黄明涛/224
网格化社会治理的新时代提升与法治社会建设.....	菅从进/233
社会治理视域下我国基层智慧法院建设的实践发展与机制创新	李炳烁/245
社会许可视角下环境保护公众参与制度的完善.....	李飞/263
在网格化社会治理中推进法治社会建设.....	李飞/278
批判调解让步的批判.....	李伟迪/292
粤西地区在外乡贤介入农业经营再造的探索与实践.....	李祥/302

辅助性原则对中国治理现代化的意义.....	李旭东/314
法治社会概念的历史演绎及文化意蕴.....	李瑜青/332
论新时代政府社会治理创新的方法与路径.....	刘同君/343
行政裁决制度的重构及其嵌入.....	刘小冰,宋萌萌/359
专项治理的实施与效果.....	卢博/371
法治社会和社会治理范畴的理论定位与关系厘清.....	庞正/394
组织与权威：人民调解的兴衰、重振和未来发展逻辑.....	钱大军/409
政府对公益法律服务的有效应对与作为.....	石文龙/424
乡村治理进程中黑恶势力衍生的社会机理及根治路径.....	王建国,郝洁 435
农村基层治理的轨迹变迁及法治化构建.....	王勇/448
新中国城乡治理 70 年的演进逻辑：共生理论的视角.....	武小龙/463
论智能互联网的法律困惑及其立法的适度超前性.....	邢鸿飞, 吕汉东/478
剩余控制权视域下的运动式执法.....	阳李/490
德性法制与风险社会的法治化治理.....	杨知文/512
基层社会犯罪治理的历程、逻辑与经验（1949-2019）.....	张健/532
社区“大党委”：打造城市社区治理新格局.....	郑俊杰/547
法院诉源治理的异化风险与预防.....	周苏湘/557
新时代枫桥经验下基层社会治理的重构.....	朱焕东/571
“富二代”治村：富人治村的新发展.....	朱政/582
社会治理过程中的诉诸司法.....	韩宁/58284
澳门司法制度二十年之回顾与展望.....	赵琳琳/603
日本在死刑领域中的法治状况.....	河合干雄/616
对比斯洛伐克与中国教育体系：“博洛尼亚进程”制度化的借鉴意义 .....	汪驰,Zuzana Budiska /624
集体诉讼：对公司治理局限性的昂贵回应.....	乔治·坦诺斯/635
法治与足球运动员的地位：国际足球联合会（FIFA）和体育仲裁法院（CAS） 的法律结论.....	伊利亚·瓦西里耶夫/646
刑事诉讼程序中的法治与保障刑事司法参与人的权利 .....	娜塔莉娅·西多洛娃/649
俄罗斯未来法律教师的法律文化形成过程中法治的发展	

..... 古泽尔·安瓦罗夫纳·瓦列耶娃/653	
Human Trafficking as a Global Issue 作为全球问题的人口贩卖	
..... Wendy Stickle/657	
程序正义与有刑事违法行为的精神病人	
..... Tom Vander Beken, Ciska Wittouck /665	
心理分析教育学角度解析未成年人的行为反应性敌意	
..... 朱莉娅·尼古拉耶夫娜·库兹涅佐娃/671	
法治国家中法官决策的心理层面研究.... Robert Jager , Michal Turosik /675	
对法治的历史反思..... ZuzanaBudiská, DominikaKubošiová/683	
二次投票与区块链治理 .....	赖特/676

English Part II

Quadratic Voting - DC Wright - Final.....	Del Wright Jr./693
Human Trafficking as a Global Issue.....	Wendy Stickle/714
Class Action Lawsuits Costly Responses to Corporate Governance Limitations.....	George Tannous/726



## **English Part I**

**The Rule-of-law and the status of football players: Federation Internationale de Football Association (FIFA) and Court of Arbitration for Sport (CAS) legal conclusions**

Ilia A. Vasilyev\*

The International Football Federation (hereinafter - FIFA) as an organization that has taken on the mission of developing football on a global scale, is developing common approaches to regulating the status and order of transitions (transfers) of athletes, registration and fulfillment of the mutual rights and obligations of clubs and football players. Thus, the FIFA Regulations on Status and Transfer of Players<sup>①</sup> (hereinafter referred to as the Regulations) defined approaches to regulation (for example, that a football player can be either a professional or an amateur player), principles of regulation (two criteria that distinguish between a professional player and an amateur), scope Rulemaking of National Associations and FIFA Member Confederations.

The provisions of Art. 2 of the Regulation indicate two criteria for distinguishing a professional football player from an amateur football player, without detailing their content. Firstly, the professional player entered into a written agreement with the club. Secondly, such a player must receive payment for his services, which does not constitute compensation for the expenses incurred in connection with the football activity for the club.

At the same time, the Regulation does not name any other criteria, which does not prevent, however, clubs and football players, when resolving disputes, erroneously refer to the opposite<sup>②</sup>. This shows the flip side of the FIFA approach, leaving a considerable margin of appreciation. The presence of a wide “territory of understanding the situation”<sup>③</sup>, that is, the specifics of the regulation of sports relations by subjects in each case, creates the temptation for clubs and athletes to completely abandon the approaches and principles of FIFA or, at least, to ignore them.

---

\* PhD, Associate Professor, Saint Petersburg State University, E-mail: i.vasilev@spbu.ru , ORCID: 0000-0002-3381-5359.

<sup>①</sup> Regulations on the Status and Transfer of Players. URL: <https://www.fifa.com/about-fifa/official-documents/law-regulations/index.html>.

<sup>②</sup> Arbitration CAS 2006/A/1177 Aston Villa FC v. B.93 Copenhagen, award of 28 May 2007. URL: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/1177.pdf>; Arbitration CAS 2014/A/3659 & 3660 & 3661 KSV Cercle Brugge v. Clube Linda-A-Velha & Club Uniao Desportiva e Recreativa de Alges & Sport Club Praiense, award of 11 May 2015. URL: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/3659,%203660,%203661.pdf>.

<sup>③</sup> Arbitration CAS 2005/C/976 and 986 Fédération Internationale de Football Association (FIFA) & World Antidoping Agency (WADA), 21 April 2006. URL: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/976,%20986.pdf> .

This mistake, of course, could not find understanding in the law enforcement practice of sports. Therefore, the Sports Arbitration Court (hereinafter - CAS) as a specialized sports arbitration needed to build its practice of qualifying the status of players based on the assessment of each specific agreement between the player and the club, by the principle of “case-by-case basis”.

First of all, we will be interested in the influence of different types of agreements between the club and the player on determining the status of an athlete. In the practice of sports contracts, as the arbitration decisions summarized by us demonstrate, there are often “student agreements”, “contracts for the preparation of an athlete” and other similar legal constructions, which, in the opinion of the clubs, are used to design exclusively “amateur relations” and, as a result, prevent recognition of the professional status of a football player. When choosing various options for contractual relations, clubs can refer to national regulation, the practice of their association, and corporate customs. Sometimes arguments are also brought up related to the position of the player himself, who drew up a letter of his status, or who declared it verbally.

In dispute CAS 2006 / A / 1177 Aston Villa FC v. B.93 Copenhagen<sup>①</sup>, there was no labor relationship between him and the player, since the athletes who signed the “student agreement” are not employees in the sense of English law and regulation of the Football Association of England. However, this interpretation was not reasonably accepted by the arbitration tribunal, which emphasized that the existence of an employment contract is not a criterion for determining the status of a football player. Moreover, as CAS noted in this decision: “... there are a sufficient number of examples where payment for the services of a football player is not based on an employment contract, but as a result of another agreement with the club”<sup>②</sup>. Therefore, it is logical that the classification carried out in the legislation of a particular state and (or) the law of the national sports association cannot contradict the regulation of FIFA. At the same time, the Regulation transfers the right to initially determine the status to national associations, since it is they who register players for clubs after transfers. However, associations are required to implement the regulation of FIFA in their acts, and the jurisdictional bodies of the federation and CAS make legally relevant decisions on determining the status of a football player, based solely on the provisions of the Rules. Thus, the fact of the existence of a contract between the club and the player in writing forms the first sign for the professional status of a football player. Moreover, the agreement

---

<sup>①</sup> Arbitration CAS 2006/A/1177 Aston Villa FC v. B.93 Copenhagen, award of 28 May 2007. URL: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/1177.pdf>.

<sup>②</sup> Arbitration CAS 2006/A/1177, para. 26.

concluded by the parties does not have to have a labor-legal nature and constitute an employment contract. For example, in CAS 2006 / A / 1027 Blackpool F.C. v. Club Topp Oss<sup>①</sup>, the arbitration indicated that the name of the contract or its formal focus does not matter, but the costs incurred by the club for the execution of such an agreement are important: the club's financial obligations to the player, exceeding the amount of compensation to the player for the actual expenses incurred in connection with football activities for the club.

Therefore, you should turn to the second qualification criterion for player status, namely, an analysis of the financial conditions of agreements between the club: are the players compensated exclusively for the expenses incurred or their services are paid. Fulfillment by the club of such financial conditions allows you to be both within the amateur status of the player, and move into the status of a professional. Moreover, the orientation of the parties to the agreement to determine the status of a football player does not have legal significance, since the result is important: the player receives a reward, that is, a larger amount than compensation for his incurred expenses in connection with the implementation of activities for the club. However, how important is the amount of payment that a club assigns to a player based on an agreement, is it possible to find in practice an indication of the amount that is the boundary between professional and amateur players? To answer this question, we turn to CAS 2015 / A / 4148 & 4149 & 4150 Sheffield Wednesday FC v. Louletano Desportos Clube & Internacional Clube de Almancil & Associação Académica de Coimbra<sup>②</sup>. In this dispute, the arbitration indicated that there is no need to calculate the amount that is the excess of the costs incurred by the player. A distinctive feature of a professional player specified in the provisions of Art. 2 of the Rules - when there is payment, that is, remuneration greater than the costs incurred as a result of his football activities in the interests of the club. Therefore, we can agree with CAS, who emphasized: it does not matter how much more: "much" or "slightly" exceed the expenses incurred since the Regulation does not indicate the minimum amount of payment for the services of a professional football player<sup>③</sup>. This means that the player will be considered as a professional, even if he signed an agreement with a small fee (payment for services). This approach has a second meaning: if the club and the player conceal the actual payment for the services of the latter in the provisions of the agreement, the FIFA or CAS jurisdictional body has the

---

<sup>①</sup> Arbitration CAS 2006/A/1027 Blackpool F.C. v. Club Topp Oss, award of 13 July 2006. URL: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/1027.pdf>.

<sup>②</sup> Arbitration CAS 2015/A/4148 & 4149 & 4150 Sheffield Wednesday FC v. Louletano Desportos Clube & Internacional Clube de Almancil & Associação Académica de Coimbra, award of 17 February 2016. URL: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/4148,%204149,%204150.pdf>.

<sup>③</sup> Arbitration CAS 2015/A/4148 & 4149 & 4150, para. 4.

right to conduct an examination of the amount of financial obligations to the player, taking into account the level of remuneration of such workers in a particular state. A similar solution is presented in the practice of CAS<sup>①</sup>.

### **Conclusions.**

1. It should be borne in mind that FIFA regulation is distinguished by a qualified gap when the degree of regulatory detail is minimal - specific approaches are created in the process of law enforcement practice of jurisdictional bodies and, above all, CAS. This thesis is fully confirmed in disputes about determining the status of a football player.

2. As a result of familiarization with CAS practice, it can be concluded that the search for new criteria by clubs to prove the amateur status of a player is either due to transfer strategies, or is a consequence of the club's insufficient knowledge of the actual status of the player, or was carried out due to insufficient knowledge of the provisions of Art. 2 Regulations.

3. CAS in the process of resolving disputes on the status of a football player, based on the content of the agreement concluded by the club and the player, clarifies the content of the provisions of the Rules. This effect extends to the regulatory acts of national sports associations, which are obliged to build their regulation subordinate based on acts of FIFA. Nevertheless, the specifics of the law of individual national associations may still erroneously demonstrate disproportion in the criteria for determining the status of a football player.

4. CAS does not give rise to doubt that the provisions of Art. 2 of the Rules, only two statuses of a football player are presented: professional and amateur. Consequently, there are no intermediate or mixed statuses, which means that a position cannot be adopted on the need to allocate a new status for a person who is engaged in sports activities, but at the same time is "prepared" in the status of a student or other similar status on the basis of some kind of agreement. As follows from CAS practice, even if such players "... cannot be called a full-fledged professional or amateur in sports", the third player status does not arise.

5. CAS requires a written contract for a professional player without restricting its legal nature to an "employment contract" only. The conclusion by the club and the footballer of any agreement ("amateur civil contract", "preliminary contract before the conclusion of the labor agreement", etc.)

---

<sup>①</sup> Arbitration CAS 2014/A/3659 & 3660 & 3661 KSV Cercle Brugge v. Clube Linda-A-Velha & Club Uniao Desportiva e Recreativa de Alges & Sport Club Praiense, award of 11 May 2015. URL: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/3659,%203660,%203661.pdf>.

does not predetermine the status of the footballer. The influence is provided by the written form of the contract, as well as the actual content - payment for the player's services, which serve as two criteria. Therefore, the name of the contract and its legal nature do not have legal significance in determining the professional or amateur status of a football player.

#### References.

1. Arbitration CAS 2005/C/976 and 986 Fédération Internationale de Football Association (FIFA) & World Antidoping Agency (WADA), 21 April 2006. URL: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/976,%20986.pdf>.
2. Arbitration CAS 2006/A/1027 Blackpool F.C. v. Club Topp Oss, award of 13 July 2006. URL: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/1027.pdf>.
3. Arbitration CAS 2006/A/1177 Aston Villa FC v. B.93 Copenhagen, award of 28 May 2007. URL: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/1177.pdf>.
4. Arbitration CAS 2014/A/3659 & 3660 & 3661 KSV Cercle Brugge v. Clube Linda-A-Velha & Club Uniao Desportiva e Recreativa de Alges & Sport Club Praiense, award of 11 May 2015. URL: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/3659,%203660,%203661.pdf>.
5. Arbitration CAS 2015/A/4148 & 4149 & 4150 Sheffield Wednesday FC v. Louletano Desportos Clube & Internacional Clube de Almancil & Associação Académica de Coimbra, award of 17 February 2016. URL: <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/4148,%204149,%204150.pdf>.
6. Regulations on the Status and Transfer of Players. URL: <https://www.fifa.com/about-fifa/official-documents/law-regulations/index.html>.

## **Behavioral aggression of juvenile based on psychoanalytic pedagogy &**

Y. N. Kuznetsova\*

*Abstract* :Today, when it is necessary to recognize that our society lives in an aggressive environment, and adolescents often do not realize and cannot realize that the models of behaviour that lead to the manifestation of power and violence settled in their minds. Teachers whose work consists in transforming modern society into a society free from aggression and violence, face the problems of limited pedagogical opportunities in the sphere of influence on children. In this situation of society social development, no matter how paradoxical this may sound, we must "socialize" the personality of a teenager to a safe life in a world full of violence.

There is no need to look for any preventive means of getting rid of aggression. Aggression is only a response to the teenager's environment. It is necessary to work with the etiology of aggression, with the causes of fear or violence. This understanding changes the attitude towards a difficult child, the role of the teacher becomes a Director in the relationship with a teenager with whom they overcome the difficulties of the relationship.

This psychoanalytically oriented approach will have an effective preventive means of aggressive manifestations in minors. It is the awareness of the possibility and ability to transform aggressive manifestations into constructive activities and contributes to the gradual elimination of destructive aggression.

**Keywords:** Legal culture, teacher of law, the content of education, the design of the content of education.

### **1. Introduction**

In modern society, when there is an active introduction of various educational technologies aimed at legal training and education of the individual involved in its activities in the political, economic, social, cultural, educational sphere of interaction, the problem of choosing the most effective modern technologies in education remains insufficiently developed. It is necessary to direct attention to the

---

\* Kazan Federal University, 18 Kremlyovskaya str, Kazan, Russian Federation, knopjul@mail.ru, 89172204081

process of formation of respect for the law, the statement in the consciousness of the individual importance of the law as a necessary social value; development of the necessary character qualities in the person, contributing to the development of intransigence to the violation of the law. Educational and training measures will help to form the consciousness of the individual, and eventually the legal culture of society as a whole.

## **2. Problem Statement**

All social relations in modern society are permeated with aggression and, if we suppress aggressive manifestations among adolescents, there is the probability of educating a person who is not able to survive and socialize in modern society. Accordingly, in this situation, teachers need to learn new technologies of upbringing the younger generation.

Pedagogy is on the verge of opportunities in those cases when it comes up against the direct manifestation of aggression in children. So, the teacher is often forced to realize his own debility before aggressive children, to regulate their helplessness before childish fear. Wanting to educate without violence, he cannot overcome the contradiction between his goals and the goals of society.

There is no need to look for any preventive means of getting rid of aggression. Aggression is only a response of the adolescent to the environment. It is necessary to work with the etiology of aggression, with the causes of fears or violence. This understanding changes the attitude towards a difficult child, the role of the teacher becomes a director in the relationship with the adolescent with whom they overcome the difficulties of the relationship together (Figdor, 1982).

This psychoanalytically oriented approach will have an effective preventive tool for aggressive manifestations in minors. It is the awareness of the ability and the ability to transform aggressive manifestations into constructive activities and contributes to the gradual elimination of destructive aggression (Rozhkov, 2010).

## **3. Research Questions**

To understand the nature of unconscious motives of aggressive behaviour of a person, to reveal his needs and motives, redirecting them to the path of social and cultural self-expression; to increase the

level of professional competence of teachers through their mastery of accessible methods of psychoanalytic pedagogy.

#### **4. Purpose of the Study**

The aim of the research is to include a psychoanalytically oriented approach to upbringing, as a preventive measure against aggressive manifestations in minors.

#### **5. Research Methods**

Analysis, synthesis, modelling, abstraction, transfer, analogy, generalization, dialectical cognition method and system approach.

#### **6. Findings**

The source of human behavior is the character of a person, as an empirically known, constant and unchanging nature of the given individual will. Character as a manifestation of will forms the basis of a person's value choice, because the reasonable and vicious can perfectly coexist together, and the irrational and high-minded can combine with each other. To grasp your character, to determine its value orientation, and, ultimately, to know yourself, a person will be able to, only through activity. In other words, a person does what he is.

Hence it follows that person's actions are always necessary, that is, in any action of man, the will is given with a certain character, to which all of its actions must correspond, so that they will necessarily be just such, and not others.

However, values are relative in nature and depend on one's own desire and man's desire, from the measure of awareness of one's needs. Values are wrongly regarded as separate entities "on their own". Values always occupy a certain place in the relations of people who accept these values as the ultimate bases of their thoughts and actions. Values are understood as the basis for the goals of human action. Human efforts to find order and meaning in life are determined by values. For the formation and growth of life it is required that everyone finds "his virtue", "his categorical imperative." The system of values of the individual only then will have persistence and stability, when the values that make up him become an internal necessity, the result of a deep conscious personal choice.

Man does not have the capacity for the original "natural" discrimination of right and wrong . Often, wrong is desirable and enjoyable. Since initially, one's own inner feeling does not lead one to a path that determines what is good and refers to positive values, and what is evil and, accordingly, refers to values negative, it is necessary, Freud believes that, some "outside influence" that does not allow a person to get off the right track. Consequently, the process of the formation of personal values occurs, on the one hand, under the influence of norms and rules of social life, which are formed on the basis of interpersonal relations, and on the other hand, under the influence of the inner strength of character on the basis of a conscious relationship of "himself to himself." Thus, human behaviour is determined by, on the one hand, its natural attractions, on the other hand, by the social and moral requirements of the environment, i.e. internal and external stimuli (Freud, 1999).

The function of choosing values is also performed by the person's character. The character chooses the value system of orientation, thereby consolidating the already established character. Before the implementation of this choice, in fact, one's own character is not known to the person himself. Values in this case do not appear as something necessary, general, but as stimulating motives of character. Nature makes a person want to do what he must do. (Kuznetsova & Ibragimov, 2016)

Man is free to choose his own values, directing his actions and deeds. However, there is a gap between what a person considers his values, and the real values with which he is guided, but which are not realized. The discrepancy between conscious and unconscious values can lead to devastation of the individual. This is a kind of "value dichotomy."

Values are a form of reflection the parameters in the people's minds and phenomena of life, which reveals their possibilities for satisfying their needs and interests, which underlie the activity and orientation of the individual. Each person is characterized by a unique combination of needs, which, however, do not have the same value. The social value of the personality is largely determined by the needs that prevail for it, for which the person lives and acts (Valeeva & Suleymanov, 2016).

Personality values should be taken into account, first of all, when studying the features of the formation and formation of a person's personality. The formation of a system of values takes place in

the process of personal self-realization and on the basis of the exercise of a person's free choice. If values are attached to the personal meaning of the standard that determines the choice of purpose, motive, action, then one can speak of the assimilation of values at the highest level - in the role of persuasion. The personal meaning attached to values learned at the level of beliefs can be actually valuable. The value system forms the inner core of culture, predetermines and influences the structure of needs and interests.

Realizing the value of this or that object, a person is also getting to know himself. Each thing, combined with its significance and semantic content, becomes a sort of "social symbol" of intersubject relations, which the person, figuratively speaking, comprehends as a message about himself. In the same way, all values, including spiritual ones, fulfill a "practical" function, for example, acting as reference points for human activity.

In addition, the value orientations of the individual have a complex character. Firstly, they are formed as a result of the development of culture, society, the results of which are assimilated by a separate person or social group; secondly, the value orientations of the individual or social group are a social factor that shapes the behavior of a person or a group of people in society; thirdly, cultural and social value orientations are formed and exist in the consciousness of the individual, which determines their personal character.

Value orientations of the individual, the dominancy of one of the levels of values over another determine the type of attitude of a person to the world, to other people, to himself, constitute the essence of the type of personality. Here, we note that human activities, as a rule, are aimed at establishing a harmonious relationship with the world, with other people and with oneself, i.e. it is a process of actualization of values. At the same time, values are not only an actual form of life activity, but also its potential basis, one of the sources and a condition for further development. The more "actualized" values will include the life of the individual, the brighter and more saturated it will be, the wider the range of life manifestations, the more valuable will life itself be. On the one hand, values, expressing the quality of life, its culture, ensure its authenticity, value, contribute to the "absolute fullness" of its manifestations;

on the other hand, life is a condition for the existence of values and is their carrier (Kuznetsova, 2015).

## **7. Conclusion**

Psychoanalytic theories correspond to the current trends in the development of education and upbringing of the younger generation, since humanistic priorities occupy a central place in it.

Values fulfil the "practical" function, for example, acting as reference points of human activity.

The task of preventing aggressive manifestations in minors, starting from psychoanalytic theories, is to reveal the nature of deep, unconscious motives for the behavior of a person, to reveal his selfish motives and guide them into the mainstream of socio-cultural self-expression.

## **References**

Figdor, H. (1982). *Oberlegungen zueinempadagogischem Begriff von 'Animation'*. Wien, Austria: Mitteilungen des Institute fur Wissenschaft und Kunst 34/4.

Freud, S. (1999). *Introduction to psychoanalysis. Lectures*. Saint Petersburg, Russia: Aleteyya.

Kuznetsova, Y. N. (2015). Influence of the person's value orientations on her social behavior in society. *Modern problems of science and education*, 2(2), 527.

Kuznetsova, Y. N. & Ibragimov A. G. (2016). Correlation between the psychological features of the personality with the structure of the values. *Journal of Organizational Culture, Communications and Conflict*, (2), 59-64.

Rozhkov, N. T. (2010). Psychoanalysis and neopedagogics. *Kazan Pedagogical Journal*, (3), 156.

Valeeva, G. A., & Suleymanov, M. R. (2016). European Social Quality Theory and the Life Quality

## **Occidental Appearance and Japanese Practice**

Mikio KAWAI\*

### **Introduction**

In the Meiji Restoration of 1868, Japan suddenly adopted Western law as a rule system. Before that, Japan had introduced a Chinese legal codes system and had arranged it in Japanese style. Actually, Western law was not introduced to the Japanese society nicely. Both the dynasty and ordinary people have been troubled by how they can adapt themselves to the international situation where Western law cannot be jettisoned. A period of 150 years has passed; however, the way of the Western law has not been integrated yet into Japanese traditional law. I am not interested in history; however, I am interested in what will happen in the future. In this report, I want to use capital punishment to arrive at the answer because this domain is a domain where the Japanese way of thinking and the Westerner's way of thinking do not seem to merge so easily.

First, as a premise of the arguments, I will summarize the capital punishment system, its history, and its actual operation. I would like to clarify that while being outwardly Western law, actually, Japanese-style use of the law is accomplished. In addition, I would like to consider how difficult it is to halt that idea.

### **The situation of capital punishment**

Currently, in Japan, capital punishment is executed based on laws and ordinances of 1881 passed just after the Meiji Restoration. In imitation of the continental law, we confine the definitely condemned criminals in detention facilities after the criminal trial of the third trial system. In addition, we execute them by hanging that the British system introduced. Several death sentences are passed each year, and there are several executions each year; however, currently, there are approximately 110 condemned criminals in detention facilities waiting to be executed. According to Article 475 of the Criminal Procedure Code, the execution is prescribed, the Minister of Justice gives an order for it, and a political decision is required for the death sentence to be executed. Actually, the execution of a death

---

\* Professor of faculty of law and vice-president of Toin University of Yokohama.

sentence depends on the Minister of Justice; there is huge variability in the number of executions.

According to Article 475(2) of the Criminal Procedure Code, a person sentenced to death must be executed within six months after the final decision is handed down by the courts; however, the sentences of many condemned criminals are not executed for years. Some of them lived or live for more than 30 years because it was strongly suspected that, in some cases, the condemned criminals had been falsely accused, especially in four cases in which the death penalty was handed down in the 1950s. The gallant interpretation of the law that judgment was not considered definite yet was done when a retrial request was started to evade execution for a while. Consequently, the gallant interpretation of the law was enlarged at the execution time of criminals condemned to death in four cases, and finally in the 1980s, four retrial acquittals were given. Therefore, to avoid a quick execution, a retrial request was started in cases where there was no suspicion of a false accusation. Therefore, many people sentenced to death are confined in prison for a long term without being executed.

It is a good example of one characteristic of a Japanese style of law application that permits us to create more options by gallant interpretation without revising the law.

### **False accusation**

I would like to explain briefly a false accusation case in which the death penalty was handed down here because it is an example clarifying an important characteristic about the politics, the administration, and the judiciary in Japan, that is, the law.

There is no such legal term as false accusation. False accusation is a concept for which there is no definition, but it is used in the papers frequently. It becomes “false accusation” when I translate it from Japanese into English, but becomes “misjudgment” if I translate it from English into Japanese. The Japanese concept of false accusation includes the wrongful decision to investigate an innocent person, including the suspect stage by the police to wrong conviction. Actually, a pattern for a false accusation case in which the death penalty is handed down to occur exists. A ferocious case victimized an ordinary citizen, and the starting point was that the police could not arrest a criminal. Therefore, the media accused the police of incompetence. It was expected that 100% of brutal cases would be solved in Japan. However, there was inability to identify the criminal. Consequently, this situation pushed the police to make a delinquent nearby who had repeated an evil deed as the criminal, arrested him, and let him confess. A Public Prosecutors Office prosecutes him, and a judge hands the criminal the death

sentence. Four false accusation cases in which the death penalty was handed down were very similar.

For some reason, people began to realize that the criminal was not the true criminal when they thought calmly after the uproar that followed the case had settled. However, the police, the prosecution, and the judges, would all be wrong if a retrial found the criminal innocent. Generally, until the famous Matsukawa case of 1965, in Japan, once a person was pronounced guilty, the pronouncement of guilt was not overturned. It was still called “Okami”, the governors for wind in the Edo era, but the public institution was considered infallible because the government that the public institution represented was considered infallible. We cannot understand the reason why we needed 30 years for a false accusation case in which the death penalty was handed down to come to retrial and for the criminal to be found innocent unless we understand this characteristic of infallibility of public institutions.

Consequently, some condemned criminals have escaped execution for 30 years due to a retrial request.

### **Public opinion and academicians**

Public opinion is in support of the death penalty. Support for the death penalty once dropped to a little under 60% in the 1960s, but, from the 1990s, a tendency to toughen the penalty appeared, and the government announced that support for the death penalty support was more than 80% (cf. figure 1). However, the public opinion survey conducted by The Cabinet Office counted the choice “The death penalty is unavoidable in some cases, too” as support for death penalty, and it is criticized because they make arbitrary supporters the majority. According to these important attitude surveys, no more than 40% of the population supports the death penalty, while the death penalty abolitionists are approximately 8%. The rest are undecided. It is a characteristic of the Japanese that they do not have a clear opinion even if an opinion is requested. However, the Ministry of Justice justifies the policy to maintain capital punishment because public opinion strongly supports capital punishment.

Since they have learned the thoughts and judicial systems of the Western types, most Japanese scholars belonging to the Criminal Law Society do not express a definite support for the death penalty. However, a few passive supporters who support the death penalty do so not out of logic but by emotion.

Regarding my own opinion, I am against the abolition of capital punishment, but wish to reduce the number of executions as much as possible. In other words, I prefer that the judicial branch make a final decision on the death penalty by examining an individual treatment case than to let the

legislature decide.

**Figure1 Opinion Survey conducted by The Cabinet Office**

Conducted year	Maintain%	Abolish%	Don't know%
1956 April	65	18	17
1967 June	70.5	16	13.5
1975 Mai	56.9	20.7	22.5
1980 June	62.3	14.3	23.4
1989 June	66.5	15.7	17.8
1994 September	73.8	13.6	12.6
1999 September	89.3	8.8	11.9
2004 December	81.4	6	12.5
2009 December	85.6	5.7	8.6
2014 November	80.3	9.7	9.9

### **Ambiguity in a good sense**

In the tradition of European and American thought, the question about death penalty tends to be considered alternatively under a presupposition as if there is a unique right answer: whether we must be for or against capital punishment. I have argued following this method. However, we cannot understand the Japanese policy on capital punishment. Though less than five or so condemned criminals are executed each year, according to an abolitionist debater in Japan, Japan is a death penalty retaining country. However, in my opinion, Japan must say that it is very reluctant to execute and try to decrease the number of executions as much as possible, observing that there are extremely few executions every year though we have hundreds of murder cases. Actually, the policy of the Ministry of Justice is that we must not abolish capital punishment, but at the same time, we must not execute it a lot. One must not place this situation of the abolition of capital punishment or retaining it in dualism thinking. Like many citizens, the Japanese Government should accept that it is not convinced about whether the death penalty is right or not.

In Japan, it can be generalized that when objection is expected for either decision, it is seen frequently to take neither one but rather a vague one. To enable this, it requires that a rule is not fixed in detail. The main codes of Japan can be contained in one book although they are long codes. It is a so-called compendium of laws. In contrast, one carton box would be required for the French main codes if we gather all of them. Those of the United States would require one truck to include the differences in the laws of every state if we were to collect all of them. The Japanese law on the death penalty is an extremity in briefness. The law has no details.

I would like to remark here that in France they say they appreciate clarity, and they have declared that France has abolished the death penalty, but police officers shoot some suspects dead at the time of arrest. To me, they always have justification, but it does not appear that human rights in France are more protected than human rights in Japan are.

### **History of Capital punishment in Japan: the medieval era**

If we adopt the European and American single line theory of evolution or modern sense of history, awareness of human rights would increase with the times, and the death penalty would be abolished. In the case of Japan, old Japanese people have already experienced the times when the government prohibited the death penalty for 300 years in the medieval ages. The influence of the teaching in Buddhism that forbids the taking of human life played a role in this, but we do not know the further thing. Of course, I cannot imagine there was no act that was almost like the death penalty. Afterwards, we had the cruel types of death penalties such as burning to death, the gibbet until the end of the Middle Ages, the Edo era. In the late 19th century, European and American influence arrived suddenly in Japan. Our current law was created in this period. Because it is an important period, I will give a brief explanation below of what happened in the Meiji Restoration.

### **History of Capital punishment in Japan: transformation to modern era**

The Edo era that was a feudal era had ended, and Japan largely changed its direction adopting western-style institutions to modernize and especially to industrialize its society. This is a summary often given to describe the Meiji Restoration. The Meiji government, while using the Emperor system of Japan as a core system, made the national assembly and courts as well as the legislation in sequence. The Meiji government surely formed Japan into the form of the Western modern nation. The Great

Japanese Imperial Constitution was created in 1889, the criminal law in 1908, and the Criminal Procedure Act equal to the Criminal Procedure Code was created in 1880.

However, the truth is that the Japanese Government was trying to be at par with Western countries. The Japanese Government had no real intention to govern Japan by a law. Its real purpose was to be counted as one of the Great Powers, and to cancel the unequal treaty. Because they did not have the equivalent code in Japan in those days, the first Japanese Civil Code was a literal translation of the French Civil Code. The translator invented new words from classical Chinese characters to translate the concepts that did not exist in Japanese. A vocabulary Minpou civil law is the result. There is a famous episode in which the translator of the French Civil Code into Japanese, Mitsukuri Rinsho, was told when the prime minister Ito Hirobumi sped up the legislation of the Civil Code: "Hurry up you can make some mistakes in translation. It is OK."

Regarding the criminal law, because there were rules in the Edo era, the government faced more difficulties. In 1868, they promulgated the Karikeiritu a code "temporary penalty regulations". They promulgated the ShinritsuKoryo a code "new law general plan" in 1871, and in 1873, they promulgated the kaiteiRitsurei a code "revision statute and ordinance". However, none of them attained the perfection to be called a penal code in the view of modern European and American law. Finally, the Grand Council of State established capital punishment in 1881 in Article 36 of the so-called old Penal Code, Proclamation, or Decree. A group that studied and appreciated German law have reviewed the French style Penal Code and Civil Code that was drafted under the direction of the French jurist Boissonade. Finally, the current criminal law and the criminal procedure law of Japan refer to German law.

### **History of Capital punishment in Japan: after modernization**

Thanks to the later modernization, the Japanese society has accomplished some big changes, like introduction of universal suffrage in 1925 by the Taisho democracy, militarism, occupation by the American GHQ, and the postwar constitution created after World War II. Regarding the Penal Code and the Criminal Procedure Code, revision has been done many times. Particularly, the Criminal Procedure Code has been revised many times. In 1890, the so-called old previous Criminal Procedure Code was promulgated. In 1922, the so-called old Criminal Procedure Code was promulgated, and in 1949 the current Criminal Procedure Code was promulgated. However, the Proclamation or Decree by the Grand Council of State in 1881 about the execution method of the death penalty remains.

My understanding is that the government has been avoiding a debate on subjects that people have not reached a consensus on such as the death penalty. First, there was no detail in the law concerning the execution of the death penalty, and strong secretiveness has been taken about how it had been managed. Indeed, some information disclosure has been accomplished, but the public argument does not mean the law will be revised. Actually, the impression is that the death penalty will be abolished even tomorrow if a strong demand goes out of the United States. I am not the only one with this impression; this impression is shared widely. I estimate that capital punishment is not considered very important, and it is thought that people can live without it.

### **Transition of the number of death sentences and the execution**

I would like to indicate by year the changes over time in the number of confirmed and executed death sentence the execution before rushing to a conclusion. We can observe that there are several fluctuations. Sometimes there are many executions, and sometimes there are no executions.

<b>Year</b>	<b>First Trial</b>	<b>Second Trial</b>	<b>Supreme Court</b>	<b>Definite</b>	<b>Executions</b>	<b>Inmates</b>	<b>notes</b>
1945				不明	7?	不明	(注 1)
1946				17	11	不明	(注 2)
1947	105			38	12	不明	Individual amnesty 1
1948	116			41	33	不明	
1949	55			77	33	82	Individual amnesty 3+1
1950	62			25	32	73	Individual amnesty 1 Death 1
1951	44			32	24	81	
1952	37			40	18	92	pardon by Cabinet Order 11
1953	22			25	24	93	
1954	20			21	30	80	pardon by Cabinet Order 2
							Individual amnesty 2
1955	34			15	32	63	
1956	24			24	11	76	

1957	35			27	39	63	Death 1
1958	25			20	7	76	
1959	28			14	30	59	Death 1
1960	12			33	39	53	
1961	29			22	6	69	
1962	12			13	26	56	
1963	12			17	12	61	
1964	12			9	0	70	
1965	16			7	4	72	Death 1
1966	14			13	4	81	
1967	7			14	23	71	Death 1
1968	15			11	0	82	
1969	9			11	18	72	Individual amnesty 1 Death 2
1970	9			14	26	59	Individual amnesty 1
1971	4			6	17	48	
1972	4			8	7	48	Death 1
1973	4			4	3	49	
1974	6			2	4	46	Death 1
1975	5			3	17	29	Individual amnesty 1 Suicide 2
1976	4			1	12	18	
1977	9			3	4	16	Suicide 1
1978	6			4	3	17	

Year	First Trial	Second Trial	Supreme Court	Definite	Executions	Inmates	notes
1979	7	1	4	4	1	20	
1980	9	2	4	7	1	26	

1981	2	1	3	3	1	28	
1982	11	8	0	1	1	28	
1983	5	4	0	1	1	27	non guilty 1
1984	6	5	3	3	1	27	non guilty 2
1985	9	5	1	2	3	26	
1986	5	7	0	0	2	24	
1987	6	8	6	8	2	29	Death 1
1988	10	4	7	11	2	38	
1989	2	5	5	5	1	40	non guilty 1
							Death 1
1990	2	2	7	6	0	46	
1991	3	4	4	5	0	51	
1992	1	4	4	5	0	56	
1993	4	1	5	7	7	56	
1994	8	4	2	3	2	57	
1995	11	4	3	3	6	54	
1996	1	3	4	3	6	52	
1997	3	2	4	4	4	51	
1998	7	7	5	7	6	52	
1999	8	4	4	4	5	50	Suicide 1
2000	14	6	3	6	3	52	
2001	10	16	4	5	2	56	
2002	18	4	2	3	2	57	
2003	13	17	0	2	1	56	Death 2
2004	14	15	13	14	2	67	Death 1
2005	13	15	10	11	1	77	
2006	13	16	16	21	4	94	Death 1
2007	14	14	18	23	9	107	
2008	5	14	8	10	15	100	Death 2

2009	9	9	16	17	7	106	Death 4
2010	4	3	7	9	2	111	Death 2
2011	10	2	22	22	0	130	Death 3
2012	3	5	9	10	7	133	Death 3
2013	5	3	6	8	8	130	
2014	2	8	6	7	3	129	Death 5
2015	3	0	2	2	3	127	Death 1
2016				7	3	129	Death 2
2017				2	4	123	Death 4
2018				2	15	110	
2019				4	2	112	

## Conclusion

From the dualism perspective, Japan is a death penalty retaining country, but does not have the intention to oppose advocacy of the abolition of capital punishment. It is thought that Japan should avoid the death penalty as much as possible. The Japanese avoid debating it aggressively while it is expected that people do not agree. However, this is not based on some thought, but it is based on manners and customs. Consequently, they do not revise the law on the death penalty. Super flexibility in the interpretation of the law and lack of clear, detailed legislation are necessary to be able to run it. Regarding rulers, they consider the situation that they change, without law revision, the way of the on-site use by the time to be a constitutional state, a country governed by law. And the people accept it.

That is why nothing has changed in the Japanese society after the introduction of Western law.

Reference :

Kawai Mikio, *The Death Penalty in Japan*. nippon.com 2012/02/13

[https://www.nippon.com/en/currents/d00025/the-death-penalty-in-japan.html?cx\\_recs\\_click=true](https://www.nippon.com/en/currents/d00025/the-death-penalty-in-japan.html?cx_recs_click=true)

translated from 「日本の死刑制度には民主主義の前提が欠如している」 nippon.com 2012年2月13日 <https://www.nippon.com/ja/currents/d00025/>

中国語訳 [https://www.nippon.com/cn/currents/d00025/?cx\\_recs\\_click=true](https://www.nippon.com/cn/currents/d00025/?cx_recs_click=true)

## **The development of the supremacy of the law in the formation of the legal culture of the future law teachers in Russia**

G.A.Valeeva\*

**Annotation:** The relevance of working with documents for the formation of the students' legal culture is conditioned by the processes of integration and modernization occurring in modern society and education. Ideas of the importance of law, the formation of a legal culture and the ability to freely navigate and make right decisions based on the letter of the law are not only relevant for students, but also formulated in the National Doctrine of the Development of Education of the Russian Federation until 2025.

The basis of students' legal culture consists of many aspects. The experience of forming the legal culture of future teachers of law which we are considering is based on the results of students' pedagogical practice. On the example of the system of lessons on working with legal documents, we determine their influence on the formation of the legal culture of students. In parallel, the experience of the students is analyzed.

The system of teaching itself was based on the use of work with legal documents, with the formation of a legal theoretical basis.

The stages of the experiment were singled out. 1. Diagnostic stage. Before starting the experiment, it is necessary to analyze the results of the work of the individual teacher, the leader or the entire teaching staff. Thus, this type of diagnosis is influenced by the way students think, their attitude and interest, or their lack of lessons and learning. 2. Prognostic stage. This stage of the experiment represents finding ways to solve the identified problems, namely, forecasting a plan in which the goals, tasks, hypotheses, and results of the pedagogical experiment will be determined. 3. Organizational and preparatory stage. When conducting a pedagogical experiment, it is necessary to determine the exact control object of the study in such a way that the result coincides with the prognostic stage of the experiment. 4. Practical stage. The practical stage is that the object in this stage of the pedagogical experiment is a group of 10A class students who are "placed" in an experimental setting. Thus, under the influence of certain research factors, the main task of the researcher will be to trace and analyze the

---

\* Ph.D., Associate Professor, Kazan Federal University, Russia

direction of changes in the characteristics of interest to him. 5. Generalizing stage. If the plan of the above-mentioned practical stage of the pedagogical experiment is chosen correctly, the result should be the moment of achieving a definitely high level of the educational process.

Experimental methods: observation; questioning; express survey; conversation.

The results of this study will be useful for teachers, teachers of higher education, students.

**Key words:** legal culture, legal document, pedagogical experiment, legal education, teacher of law.

**Problem.** A purposeful formation of the legal culture of students is a necessary condition for his personal safety, and the child must know his rights and duties in order to be able to use them in any life situation where this is necessary. Technology of education of legal culture includes target points, conceptual positions, meaningful, organizationally-effective and effective components, ensuring the effectiveness of involving students in the legal values and norms of society.

In legal education, the teacher, through certain methods and techniques, must form the ability to work with legal documents: to teach to read, analyze, systematize the main legal sources, to instill the necessary skills of the correct drawing up of official papers that do not require special legal education, to form the students' ability to independently understand the content legal documents. In the standard curriculum, trainees relate to this in social studies classes, and in addition - only on class hours and electives. A student with a clear knowledge of the legal culture should: know all the laws concerning his rights; be able to apply them in different life situations; defend the rights: their own and others.

To form these qualities, a variety of forms is necessary: not only lectures and conversations, but also workshops where the teacher offers students to analyze various legal situations [2, p.30].

The using of documents can be carried out in the process of studying the topic to confirm the thought, showing how the legal norm operates. Students become more interested in the topic if they learn to read a document, evaluate its meaning. The teacher can quote the document. Work with sources of law should gradually become more complicated. The document used in the lesson should be accessible to the learner in terms of content and scope. It should be interesting from the standpoint of cognition of law, informative, and also typical, common in practice [1, p.25].

Particular importance of work with legal documents is acquired at the level of studying the law course. The training of law ensures the development of the skills of independent search, analysis and

use of legal information, forms critical thinking, through the use of legal sources. It also creates a basis for the development of legal competence, contributes to the development of the information culture of students. Ability to work with legal documents is improved in the course of conducting lectures, seminars, practical and laboratory classes. These forms of training sessions contribute to the development of analytical skills, practical skills of working with sources of law [3].

**The purpose of the research** is to determine experimentally the peculiarities of working with legal documents as a means of forming a legal culture.

**The source-proof evidence base** of this topic is substantiated in the studies of a number of Russian scientists and researchers on the problems of the formation of legal culture.

**The conceptual bases** of the research are the following: use of legal documents in legal education promotes the growth of students' legal culture; allows to develop civil competence, acquire the basis of legal knowledge, participate in school and classroom self-government. And also gives a positive dynamics in training: the quality of knowledge and the level of training in the subject are increased.

**Main results of the study.** The need for studying is determined by the following factors: the importance of studying the subject of law for the development of legal culture; the need to establish and maintain cognitive activity; the problem of learning motivation and interest in actively obtaining legal knowledge.

During the pedagogical experiment there are the following stages: diagnostic, prognostic, organizational-preparatory, practical and generalizing.

I stage of pedagogical experiment combines diagnostic, prognostic, organizational and preparatory stages. At this stage, students developed a diagnostic apparatus and determined the level of legal culture of students.

The students developed a questionnaire containing 20 questions, the first block of which (questions 1-6) assesses the cognitive component (knowledge and skills), the legal culture of pupils.

The emotional-value component (attitudes, assessments, attitudes), legal culture is assessed by the second set of questions (questions 7-13).

The behavioral component (real and potential behavior) of students' legal culture is assessed by the third set of questions (questions 14-20).

In the course of the experimental work, a repeated diagnosis was made of the level of

development of the legal culture of students using the diagnostic stage techniques.

So, initially it was established that adolescents have insufficiently formed legal knowledge. The number of questions was less difficult 12 (What is your attitude to the fact that every child has rights besides duties and rights?), 11 (What is your attitude to law enforcement agencies?), 17 (Can you independently draft the statement, power of attorney etc.?), 1 (Do you know your rights and obligations as a schoolboy well?), which indicates that the school conducts legal education of students. However, more than half of the questions caused difficulties for children. The most difficult questions are: number 2 (What laws on the rights of the child did you read or at least know about them from the stories of others?), 3 (How does the Convention on the Rights of the Child ensure the right of children to freedom of association?), 9 (What do you think? , is it ok that the commission for minors can intervene in the private life of the family in case there is a suspicion of violation of the rights of the child in the family?).

When analyzing the components of the legal culture, it was revealed that adolescents have the most complete knowledge related to the emotional and value component of legal culture (10.7%) and the least - related to the cognitive component of the legal culture (8.67%).

Twenty teenagers, 10th grade students, aged 16-17 years, participated in the experimental work. Among them - 8 girls and 12 boys.

Based on the originally received data, the pedagogical experiment itself was constructed, the purpose of which is to increase the legal culture of students.

The second stage of the experiment included testing in practice the developed methodological materials. Basic theoretical knowledge was obtained by using legal documents in law lessons.

Student trainees conducted and analyzed eight lessons: topic 1. "We study the Constitution of the Russian Federation"; theme 2. "Civil law as a branch of Russian law"; theme 3. "Labor Code"; theme 4. "Family law"; theme 5. "Criminal Process"; theme 6. "Legal boundaries of adolescence"; theme 7. "Features of the criminal liability of minors"; topic 8. "Protection of consumers' rights".

After the completion of the formative program, a re-evaluation of the effectiveness of the legal education of students was conducted. Based on the results of this study, it was established that the level of legal knowledge has significantly increased in comparison with the initial study.

The questions practically did not cause difficulties for students. 12 to 18 correct answers were received for all questions.

The fewest difficulties arose in answering questions: 12 (What is your attitude to the fact that

every child has rights besides rights?), 13 (What is your attitude to the "children's law" ("the law is 22 h. 00 min. ")?), 17 (Can you independently compose the text of the application, power of attorney, etc.?).

Certain difficulties were identified when answering questions: 19 (Seeing how the rights of another minor are violated, will you stand up for him / will you provide all possible assistance?), 20 (Do you participate in the work of school self-government?).

If we analyze the comparisons of the components of legal culture, we get the following picture.

On all components of the legal culture there was growth. The greatest increase was detected by the cognitive component. The smallest increase was revealed in the emotional-value component. However, it is the emotional-value component that has the maximum significance of the expression at the control stage.

The third stage of the experiment is generalizing. This is the process of comparing previously obtained primary pedagogical observations with the findings obtained using such logical operations as analysis, synthesis, induction, deduction. It is this stage of the experiment that makes it possible to establish links between the influences carried out in the experiment and the results achieved, and also to formulate recommendations for the passage of pedagogical practice in similar educational institutions.

Legal education is integrative, so students gave students the opportunity to use the knowledge gained in history, literature, social science classes, and conducting joint discussions, discussions, and dialogues, involve students in finding answers and questions posed by life.

The methodology of the legal education program provides the theoretical basis for developing, personality-oriented learning. And this requires the teacher to search for forms and methods of approach to each student, the creative application and development of new teaching technologies, methodical techniques in the development of critical thinking of students, the formation of value orientations of the individual.

By and large, when using the method of working with legal documents in these classes, no one teaches anyone. Each of them, including the teacher, learns to reflect on them. Thinking about life, about one's own life experience, about one's own peculiarities, possibilities, interests, successes, tasks, about their relations with other people, the value orientations corresponding to the transition of the state to a new stage-the legal state of civil society-are being comprehended.

It is important for the teacher at the lessons not only to listen to everyone himself, but the main thing is to teach the children to listen and hear each other, communicate with each other, come to a

common opinion, take it into account in their behavior.

Important role in the lessons of law in the use of work with legal documents is occupied by business games, which helps to unite the group, identify leaders, etc. A variety of creative tasks serve the maintenance of a comfortable and productive atmosphere in the lessons. These were schemes, drawings, collages, mini-compositions and sufficiently detailed written works.

Participation of high school students in the conducted work contributes to the formation of an active civic position, civil competence of the individual, socialization of pupils of educational institutions.

Working with legal documents in law lessons is a vivid example of public policy, and therefore, manifestations of elements of civil society.

### **Conclusions and recommendations.**

1. The use of the legal documents in the process of teaching contributes to the students' mastery of the foundations of critical thinking, which is necessary for the formation of skills to analyze texts of legal content, use excerpts from the text of the document when answering to illustrate theoretical provisions, read normative legal acts and extract the required legal knowledge, to assess the situation from the point of view of the norms of law and morality.

2. The effectiveness of the formation of legal culture on the basis of working with the legal document of students in the senior school allows to build up the relationship between the teacher and students in the educational process in a new way, to apply active forms and types of educational and educational work. To intensify and intensify the activities of students, to develop their cognitive and creative abilities, students used information and communication technologies, problem and game learning, focused on the socialization of the individual. They allow to fully reveal and develop the creative abilities and individual inclinations of students.

3. The success of using the work with legal documents at school depends on many factors, the most important of which are: voluntary participation in the program; effective allocation of responsibilities among program participants; correct position of the teacher; support of the program by the school administration; interest in the results of the activities of government bodies.

4. This method of organizing legal education and education of high school students allows for development of both sides: to schoolchildren - to develop civic competence, to acquire the foundations of legal knowledge, to participate in school and class self-government. To students - gives understanding

and positive dynamics in training: the quality of knowledge and the level of training in the subject are increased. And all together, it contributes to the growth of legal culture.

### **Literature**

1. Basik N.U. Pedagogical possibilities of working with documents in the school course of social studies / N.Ya.Basik // Social Studies in School. - 2012. - №4.
2. Zavyalova M.S. From the experience of work on the formation of the legal culture of students / MSZavyalova // Modern technologies of education: a collection of scientific works of the 5th interregional correspondence scientific-practical conference. - Krasnoyarsk: KSU, 2016.
3. See, for example, Bogolyubov L.N., Lazebnikova A.U. General methodology of teaching social studies in school / L.N. Bogolyubov, A.U.Lazebnikova. - M.: Drofa, 2008. - 606 p.

## **Rule of law in criminal proceedings and ensuring of the rights of participants in criminal justice**

Nataliia A. Sidorova\*

**Summary:** The article analyzes the main problems of ensuring the rights of the victim in criminal proceedings. The comparative analysis of the legislation of the RF and international acts is given. Judicial statistics are analyzed. The current legislation does not fully enable the victim to obtain compensation for the damage caused by the crime, especially in cases where the perpetrator has not been identified.

**Key words:** victim, property damage, physical damage, compensation for damage, civil action in a criminal case

Any crime committed entails negative consequences both for the state as a whole and for specific victims of the criminal act. Restoration of the violated rights of victims is positioned as one of the most important tasks of criminal proceedings. If we talk about the current criminal procedure legislation, we should pay attention to article 6 of the Criminal Procedure code (CPC). The article 6 CPC radically changed the emphasis on the purpose of Russian criminal proceedings and singled out the protection of the rights and legitimate interests of victims as a priority purpose of criminal proceedings. Proclaiming the priority of protecting the rights of the victim in criminal cases, the legislator did not resolve many issues that arise in law enforcement practice. Art.42 of the CPC distinguishes two aspects in defining the concept of victim. This is due to the fact that under Russian law, victims can be both citizens and legal entities. Thus, the victim is a natural person to whom the crime caused physical, property, moral harm. A legal entity may be recognized as a victim if damage is caused to its property or business reputation. In each case, the investigator, the inquirer or the court decides to recognize the person as a victim or not. A person acquires the status of a victim only after the relevant decision on the recognition of the victim. In order to ensure the rights of victims, the legislator has established that the decision on recognition of the victim is made immediately from the moment of initiation of criminal proceedings. If there is no information about the victim at this time, the decision to recognize the person as a victim is taken immediately after its

---

\* Ph. D, Lecture of St. Petersburg State University.

establishment. In order to make an appropriate decision, the very fact of causing harm is enough.

In international law, the Declaration of basic principles of justice for victims of crime and abuse of power [2] refers to victims "who have suffered individually or collectively harm, including bodily or moral injury, emotional suffering, material damage or substantial impairment of their fundamental rights, as a result of an act or omission in violation of the applicable national criminal laws of member States, including laws prohibiting the criminal abuse of power.» According to the Declaration, a person may be considered a "victim" regardless of whether the offender has been identified, arrested, tried or convicted, and regardless of the relationship between the offender and the victim. Basic principles and guidelines on the right to a remedy and reparation for victims of gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law, [2] call upon States to ensure that national legislation complies with their international legal obligations.

The international community believes that it is appropriate to introduce legal procedures that can realistically and effectively guarantee the realization of the right to access to justice under fair conditions, to provide effective remedies, including the introduction of compensatory mechanisms that can provide real compensation for the damage caused by the crime.

The task of national legislation can be formulated as the creation and provision of a certain level of protection of the rights of participants in criminal proceedings, to whom illegal actions caused material, physical, moral damage (victim, civil plaintiff).

Each legal system defines in its own way the concept of a person who has suffered from a criminal act committed, national criminal procedure legislation determines the procedural status of such persons on the basis of legal traditions, judicial practice, international obligations of the States concerned. However, the right to certain compensation, the sources and methods of which are established by national law, is an immutable right of the subjects in question. Within the EU, the protection of victims ' rights has been the subject of regulation in a number of acts. Special attention should be paid to European Convention on compensation for victims of violent crimes (Strasbourg, 24 November 1983) ETS No. 116. Art.2 of it provides that in cases where "compensation for damages cannot be secured from other sources, the state

must take it upon itself, for example, when serious harm is caused to the health of the victim.

In Analytical report "Victims of crime: the right to protection"(2015) it was noted that "for a short time, the problem of victims of crime has evolved at the international level of the narrowly scientific in General social..." [5, p. 36]. And here it is advisable to turn to official statistics. In January-August 2019, the damage from crimes amounted to 438, 6 mlrd rubles [5]. Russian legislation contains norms to provide victims with the necessary set of rights that would enable them to fully exercise their procedural status in criminal proceedings. These include, in particular, the right to access to justice, to full compensation for the damage caused by the crime, and respect for honor and dignity. In this case, the state is obliged to recognize, respect and protect human and civil rights and freedoms, observe the principle of equality before the law and the courts, and prevent any illegal encroachments.

The Russian Constitution in Art. 52 proclaims that " the rights of victims of crimes and abuses of power are protected by law. The state shall provide victims with access to justice and compensation for damages." Protecting victims ' rights was considered by the Constitutional Court of the Russian Federation , which came to the conclusion that the existing criminal-procedural mechanisms should be possible to "contribute to the prevention and suppression of crimes to prevent their negative consequences for the rights and lawful interests of citizens, and to facilitate victims access to justice with the aim of restoring their rights; constitutional it is important that the access of the victim to justice was real and provided him with an effective remedy" [8]. Acquiring the status of a victim, a person becomes a proper participant in criminal procedure with the relevant rights and obligations, has its own interests. [9]. Article 42 CPC gives the victim a number of rights, in particular the right to compensation. In accordance with the current legislation, the way to exercise the right to compensation for damage is, in particular, the institution of civil action in criminal proceedings. Due to the comprehensive regulation of the institution of civil action, it can be resolved simultaneously with the criminal case or in certain cases in the framework of civil proceedings (p. 2 art. 309 CPC). So according to the Judicial Department at the Supreme Court of the Russian Federation for 2018 it was considered 105506 civil action, 65032of them were satisfied fully (44866498868 rub) [10].

There is a tendency to some increasing of the scope of victim's rights, by creating additional guarantees. But to say that the interests of the victim are protected to the same extent as the interests of the accused is very premature. This thesis is also true with regard to the compensatory interests of the victim. Analysis of law enforcement practice leads to the conclusion that the interests of victims are not fully satisfied. The issue of the rights of victims is particularly relevant when the perpetrators of a criminal act have not been identified or they lack property that can be subject to a penalty to ensure compensation.

In 2012, the Investigative Committee of RF prepared a draft Federal Law "About victims of crimes" [11]. A whole Chapter was devoted to the problem of compensation for harm to the victim. However, the draft law was not introduced to the legislature organ. Many research works were devoted to the relevance of the problem under consideration, which analyzes both the doctrine and law enforcement practice, should agree with the authors who Express some concern about the lack of legal regulation of the above issues, propose to amend the regulations. [12,13,14,15,16,17,18,7]

#### Bibliography

1. The Constitution of the Russian Federation
2. [https://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/declarations/power.shtml](https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/power.shtml)
3. <https://www.un.org/ru/documents>
4. [http://soprotivlenie.org/wp-content/uploads/2016/02/soprotivlenie\\_doklad\\_2015.pdf](http://soprotivlenie.org/wp-content/uploads/2016/02/soprotivlenie_doklad_2015.pdf)
5. <https://мвд.рф/reports/item/18401476/>
6. <http://www.cdep.ru/index.php?id=79&item=4891>.
7. Sinenko S. Ensuring the rights and legitimate interests of the victim in criminal proceedings: theoretical, legislative and law enforcement problems: Dis. ... dr. law Moscow, 2014
8. Resolution Constitutional Court 16.10.2012 N 22-П
9. Determination Constitutional Court 11.07.2006 N 300-О
10. <http://www.cdep.ru/index.php?id=79&item=4891>.
11. Draft Federal Law on victims of crime», СПС КОНСУЛЬТАНТ-ПЛЮС

12. Compensation of material damage to victims. Comparative legal research: scientific and practical guide / M.: Institute of legislation and comparative law under the Government RF, 2016. — 304 p.
13. Dubrovin V. Compensation of harm from crimes in criminal proceedings (domestic, foreign, international experience of legal regulation). M., 2011
14. Mitin M. International legal regulation of compensation to victims of criminal offences: Dis. PhD St. Petersburg, 2012. P. 20 – 21
15. Legal protection of victims in foreign countries.: monograph / resp. edited Kubanchev. C. M., 2018 -304.p
16. Sidorova, N. Some aspects of the rights of victims in Russian criminal proceedings // Prosecution and defense in criminal cases: historical experience and modernity: (St. Petersburg, June 28-29, 2014, pp. 176-185
17. Sidorova, N. Problems of protection of the rights of the victim in criminal proceedings: comparative legal aspects/2019, Chinese-Russian comparative law Forum. Kaifong, China: Henan University, 63-76.
18. Sidorova N. Problems of ensuring the rights of a person affected by a crime at the stage of initiation of a criminal case// Interaction of public authorities in the investigation of crimes of corruption: problems and solutions. Academy of the Investigative Committee, p. 315-317.

# Japanese Style of Rule of Law in the Field of the Death Penalty

## Access to Justice in the Process of Social Governance

Ning HAN<sup>\*</sup>

### 1. Introduction

Access to justice is an important approach to realizing the rule of law, and the universalization of access to justice reflects the development level of the rule of law in a country. The declaration of the United Nations High-level Meeting on the Rule of Law states that “the rule of law and development are strongly interrelated and mutually reinforcing. The advancement of the rule of law at the national and international levels is essential for sustained and inclusive economic growth, sustainable development, the eradication of poverty and hunger and the full realization of all human rights and fundamental freedoms.”<sup>①</sup> In order for the rule of law to further sustainable development outcomes, it must ensure protection for all human rights. While “rule by law” may provide a legal framework and dispute resolution mechanisms that support economic development and social governance, it is only the rule of law, consistent with international human rights, which can provide development that is also inclusive and sustainable.

Legal empowerment goes beyond the provision of legal remedies and supporting better economic opportunities. The rule of law optimizes social governance and fosters social development through strengthening the voices of individuals and communities, by providing access to justice, ensuring due process, and establishing remedies for the violation of rights. As highlighted by the United Nations Special Rapporteur on the promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence, recent experience demonstrates that narrow developmental efforts that exclude justice and rights considerations fail to achieve sustainable human development<sup>②</sup>. Therefore, The General Assembly has highlighted the importance of access to justice for all, and in this regard, encouraged the strengthening and improvement of the administration of justice, and emphasized the respect for the rule of law and property rights, as well as the pursuit of appropriate policy and regulatory frameworks.

---

<sup>①</sup> See <https://www.un.org/ruleoflaw/rule-of-law-and-development/> .

<sup>②</sup> General Assembly “Report of the Special Rapporteur on the promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence”, see <https://undocs.org/A/68/345>

This article will illustrate the important role of access to justice in social governance by reviewing the progress of world-wide access to justice and introducing the development situation of access to justice in Japan. It will emphasize that only when access to justice for all is universally realized, can the ability and level of citizens' participation in social governance be improved and social governance be optimized.

## **2. Social governance structure**

Governance is the action of interested parties or third parties to coordinate their interests in various ways. When most people think about governance, terms such as compliance, security and control come to mind. Actually, governance may take many forms, driven by many different motivations, and with many different results. Generally speaking, there are three basic structures of governance: public governance, market governance, and social governance.

Social governance refers to the process in which government, social organizations, enterprises, institutions, communities and individuals, through equal cooperation, dialogue, consultation and communication, participate in and manage social affairs and social life, ultimately maximizing democratic autonomy. It is a governance model that leads to the ideal society and economic effects of citizens. From the operational point of view, "social governance" actually refers to "governing society", that is, the management of society, implemented by specific governing subjects.

Unlike public governance or market governance, social governance focuses on areas where citizens are the central actors. According to the Japanese scholar Kanda, social governance is a kind of associated democracy in which independent individuals cooperate voluntarily and participate in the formation of society.<sup>①</sup> Social governance aims to realize the various values of citizens through various strategies. This is in sharp contrast to public governance, which aims at public interests and must adopt a unified policy. The characteristics of social governance are participatory governance and collaborative governance, which are imaged as "co-operation", and the means of implementation are mainly participation, suggestion and support.

Social governance actors include the third sector, NPOs, NGOs, associations, and cooperatives.

---

<sup>①</sup> See Naohiko Sinno & Yashio Sawai, SOCIAL GOVERNANCE-NEW DECENTRALIZED CIVIL SOCIETY COMPOSITION,(TOYO KEIZAI INC,1996) at 15.

However, there are currently very few organizations that play a full role in the field of social governance. In the future, if social governance is to continue to play its role, it is necessary to establish more social governance organizations and give them corresponding power and legitimacy. This requires not only the financial and legal support from the state, but also human support of the public.

In the future, if social governance is to play its full role, it must establish more social governance organizations and give social governance organizations corresponding power and legitimacy. This requires not only the state's financial and legal support, but also the human support of the public.

Currently, the areas in which social governance is required are increasing. It is even expanding to areas that cannot be covered by public governance or market governance. Therefore, we can say that in the 21st century, with the development of civil society, citizen-centered social governance will become a creative, democratic and autonomous mode of social management.

### **3. The process of access to justice**

Access to justice is a basic human right as well as an indispensable means to combat poverty, prevent and resolve conflicts. There are strong links between establishing democratic governance, reducing poverty and securing access to justice. Democratic governance is undermined where access to justice for all citizens (irrespective of gender, race, religion, age, class or creed) is absent. Access to justice is also closely linked to poverty reduction, since being poor and marginalized means being deprived of choices, opportunities, access to basic resources and a voice in decision-making. Lack of access to justice limits the effectiveness of poverty reduction and democratic governance measures by limiting participation, transparency, and accountability. Access to justice is, therefore, much more than improving an individual's access to courts, or guaranteeing legal representation; it must be defined in terms of ensuring that legal and judicial outcomes are just and equitable.

The process of access to justice can be divided into several stages:

#### **(1) Establishment of a sound legal system and judicial system**

The establishment of a legal system and judicial system is the prerequisite for citizens to have access to justice. Law is a kind of social norm, which is formulated by the state and guaranteed by the compulsory forces of the state. The law of modern society should reflect the common will of all citizens.

A Congress composed of elected representatives makes laws, so as to ensure their universal representation. In addition, in the process of enacting the law, it will be better for citizens to participate in the legislative process if they can put forward opinions and suggestions on the draft law through various channels.

The establishment of a sound legal system can ensure that citizens have laws to abide by. Furthermore, another characteristic of a country ruled by law is to ensure that laws are strictly enforced and observed. All state organizations and public servants must perform their duties and carry out social management in accordance with the law. All citizens must abide by the law, not infringe upon the rights and interests of others, and jointly safeguard social order. In addition, when peoples' rights and interests are violated, they can be protected through judicial mechanisms.

Modern countries should have an independent judicial system, free from administrative interference. The state should not only guarantee the number of judicial practitioners such as judges, prosecutors and lawyers, but also take measures to improve their professional level and moral quality. This is the premise of guaranteeing citizens' effective access to justice.

## **(2) The first wave in the access-to-justice movement<sup>①</sup>——Judicial relief for the poor**

Empowering the poor and disadvantaged to seek remedies for injustice can provide access to justice for those who would otherwise be excluded. It requires little argument today that any country that concerns itself with access to justice must establish a system for providing those who cannot afford to pay for lawyers a form of subsidized legal services paid for out of public funds. Every citizen has the right to access justice and accept the judgment. Many countries have explicitly incorporated this right into their constitutions. In order to guarantee the implementation of this right, it is necessary to remove the economic obstacles to exercise this right, and provide economic assistance to the poor. Generally speaking, legal aid can be divided into civil legal aid and criminal legal aid. Civil legal aid refers to the financial assistance provided by the state or social organizations to the poor who are unable to afford the relevant litigation costs in the process of civil litigation. Criminal legal aid means that in criminal proceedings, the state can appoint free public welfare lawyers to defend defendants who do not have the

---

<sup>①</sup> According to the study of Professor Cappelletti and Professor Garth, the process of access to justice began in 1965 and started in western countries. The first wave is the judicial relief for the poor, the second wave is the protection of diffuse and fragmented interests, and the third wave is the establishment of a comprehensive system of justice. On the theory of three waves of in the access-to-justice movement, See Mauro Cappelletti & Bryant Garth, ACCESS TO JUSTICE Vol.IIBook I, at Chapters 3(DOTT. A. GIUFFRE-MILAND SIJTHOFF AND NOORDHOFF-ALPHEN,1978)

money to hire lawyers.

The specific form and amount of legal aid varies from country to country. The degree of aid depends mainly on the economic level of each country, the financial situation of the government, and the attitudes towards legal aid. In addition, some countries have also formulated corresponding reduction and exemption systems for litigation costs. In Japan, Germany and other developed countries, in order to reduce the high burden of litigation costs in the future, a lawyer fee insurance system has also been established. People can usually pay a certain amount of insurance premium, then once involved in litigation, lawyer fees can be borne by the insurance company.

### **(3) The second wave in the access-to-justice movement——The protection of diffuse and fragmented interests**

With the development of modern society, there are more and more lawsuits brought by private parties to safeguard public interests. The characteristic of such litigation is that the plaintiff's attempt not only to vindicate his own rights, which often are minor, but also to redress injuries to the "diffuse and fragmented interests" of a broad class of persons similarly situated—injuries which might be quite extensive when viewed collectively. In the other words, the subject matter of the lawsuit is no longer a dispute between private individuals about private rights, but a grievance about the operation of public policy.

In such lawsuits, when only relying on the power of the individual, the party whose rights are infringed often encounters difficulties in seeking judicial remedies. For instance, the damage may be of a type which affects the interests of many people simultaneously, but the individual damage is so small that there is no point in seeking redress. Or, the damage involves those who are unable to pay litigation costs but are above the standard of poverty and do not qualify for legal aid. Even in cases where legal aid and legal advice are available, the persons affected may belong to groups who lack the linguistic and other skills required to make use of the existing procedures. In other cases, potential plaintiffs will be discouraged from instituting litigation because the injury involves immensely complex facts and intricate laws, for which redress is likely to involve an expense totally disproportionate to the size of the individual's claim. It is also possible that, in some cases, the defendant's litigation interests may be much greater than the individual litigation interests of each plaintiff. The result is that in many fields, the reliance placed on the function of private litigation is unjustified because modern society increasingly exposes its citizens to group injuries for which they are at a disadvantage in their access to

justice as individuals.

Therefore, it is a very important issue for the modern well-being of a country to relieve the group infringement, and protect the interests of dispersed groups. Various countries have established different public interest litigation systems according to their own national conditions. These representative cases include class action, shareholders' derivative suit in the United States, relator action in the United Kingdom, Suit by Association in France and Germany, etc.

There are two kinds of representative public interest litigation in the United States. One is called class action. It is a kind of action brought by the plaintiff not only on behalf of himself, but also on behalf of all other class members in a similar situation. The plaintiff in a class action is a member of a class of persons all of whom are in a similar position: they have all been affected or are about to be affected in a similar manner by conduct of the defendant. The judgment in this action, whether favorable or not, binds all members of the class if the representation by the plaintiff was fair and adequate and if notice was given. Another kind of litigation with public interest characteristics is a shareholders' derivative suit. The derivative suit permits a shareholder to sue as a representative of the corporation for the purpose of maintaining the action when the regular corporate functionaries do not act, either because they themselves are the wrongdoers or because the majority in control of the corporate affairs does not want them to act. Allowing a minority stockholder to litigate on behalf of a large number of other minority stockholders, often small investors, can vindicate rights of the corporation against its management and others. If the action is successful and damages have accordingly been paid or assets been restored to the corporation, all stockholders will be benefitted thereby.<sup>①</sup>

In England, only the Attorney-General may bring an action on behalf of the public. When a private individual has suffered or will suffer special damage peculiar to himself as a result of the public wrong, he may draw the matter to the attention of the Attorney-General. If the Attorney-General refuses to act on his authority, the individual can ask him to consent the individual to conduct the action himself. If that consent is given, such a lawsuit, called relator action, can be carried out. In the relator action, the Attorney-General is the nominal plaintiff, however, the actual conduct of the proceedings is entirely in the hands of the relator, who will also be liable to pay the costs if the relator action fails.<sup>②</sup>

In France and Germany, some associations can initiate public interest litigation, called suit by

---

<sup>①</sup> See Hein Kütz, Public Interest Litigation: A Comparative Survey by Movement. In Mauro Cappelletti, ACCESS TO JUSTICE AND THE WELFARE STATE (BADIA FIESOLANA-FIRENZE,1981), at 96-100.

<sup>②</sup> See Hein Kütz, supra note 5, at 102-103.

association. When it appears that actions brought by individuals are not a sufficiently effective means of protecting the public against the illegal conduct of private parties or governmental agencies, the law grants the plaintiff status to certain organizations. According to relevant laws, in some specific legal areas, trade unions, temperance leagues, family associations, consumer protection associations and other organizations will be conferred the right to sue for injunctive relief.<sup>①</sup>

#### **(4) The third wave in the access-to-justice movement—Construction of a comprehensive dispute resolution mechanism**

There are always various kinds of conflicts in human society. Something is occurring somewhere, from family inheritance legacy fighting to patent infringement disputes among companies, or even crime and national warfare. Therefore, how to resolve conflicts arising in such human communities peacefully and ultimately is important for maintaining social order and harmonizing human relations. As a method for resolving conflicts, a trial that is justice-based on the law may be borne in mind first. Indeed, the establishment of the judicial system plays an important role in safeguarding fairness and justice, resolving disputes, guaranteeing the realization of civil rights, and achieving social harmony. However, due to the limited human and material resources of the courts, the legal disputes held by citizens cannot be completely settled through litigation, nor can they all be handled by the courts. In addition, litigation will consume a lot of time and money, which will bring great burden to the parties. Therefore, we should establish a diversified and comprehensive dispute resolution mechanism to meet the needs of the parties.

In reality, non-trial procedures, namely alternative dispute resolution (ADR), have contributed greatly to dispute settlement. Commonly used alternative dispute resolution methods are negotiation, mediation, conciliation, arbitration and so on. In dealing with family disputes, traffic accidents, environmental pollution disputes and consumer protection cases, the use of ADR can achieve a more satisfactory solution. Compared with litigation, the ADR method can provide more convenience to parties involved in disputes because of its diversified and flexible procedures. ADR makes it possible to solve disputes simply, quickly, and cheaply. In addition, because it does not need to be carried out in accordance with the doctrine of publicity, privacy and business secrets of the parties can also be fully protected. Furthermore, the parties concerned may actively participate in the settlement of disputes, and it is possible to formulate reasonable relief contents according to the actual situation of the case, without being bound by substantive law. Therefore, in addition to the judicial system, the extensive use of

---

<sup>①</sup> See Hein Kötz, *supra* note 5, at 104-107.

alternative dispute resolution methods has become a global trend in recent years.<sup>①</sup>

#### **4. The situation of access to Justice in Japan**

##### **(1) Improvement of the Judicial System**

The establishment of Japan's modern legal system began in the Meiji period. Its core is to refer to the Continental Law and compile modern codes. It mainly refers to German law. In the field of civil law, French law is partially referred to. This comprehensive introduction of Western law has enabled Japan to establish a relatively sound legal system.

After World War II, Japan re-enacted its constitution with the goal of building a democratic country, and under the influence of the United States, it carried out judicial reforms in many fields. In the judicial system, the Supreme Court has been established and given the power to determine the constitutionality of a law. In terms of its administrative system, Japan imitated the United States and established an independent administrative committee system. In the aspect of criminal judgment, a criminal procedure system based on the adversary system has been established. In terms of civil law, it emphasized personal dignity and equality between the sexes, and comprehensively reformed family law. In commercial law, the authorized capital system was introduced and the company was required to set up a board of directors. Article 32 of the current Japanese Constitution clearly stipulates that citizens have the right of access to the courts, which is the highest legal guarantee of access to justice for citizens.

At present, Japan has a population of 120 million. In 2001, there were 2,243 judges, 2,443 prosecutors and 18,243 lawyers. In order to increase the number of legal professionals, a law school system was established in 2002. Furthermore, the judicial examination law was revised in 2014. By 2018, there were 2,944 judges, 1,877 prosecutors, and 35,045 lawyers in Japan. <sup>②</sup>The number of legal professionals has increased greatly over time.

##### **(2) Judicial Relief for the Poor**

In order to provide judicial relief for the poor, Japan has established a court-appointed defense counsel system and a civil legal aid system. The court-appointed defense counsel system is a criminal procedure in which the state appoints lawyers to defend suspects and defendants in order to protect their rights if they cannot employ private lawyers because of poverty and other reasons. Article 37, paragraph 3, of the Japanese Constitution stipulates that at all times, the accused shall have the assistance of competent counsel, who shall, if the accused is unable to secure the same by his own efforts, be assigned to their

---

<sup>①</sup> See Takeshi Kojima, ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION AND RULE OF LAW (Yorikaku, 2000), at 3-38.

<sup>②</sup> See Japan Federation of Bar Associations, Bar White Paper (2018), at 62.

use by the state. Articles 36, 37, and 289 of Japan's Criminal Procedure Law also stipulate that when the defendant or criminal suspect is unable to employ a lawyer for poverty or other reasons, the court may appoint a defense lawyer for the defendant or criminal suspect at his request or according to the functions and powers of the court. In Japan, when the case is punishable with the death penalty, life imprisonment, or imprisonment with or without work for more than three years, has been placed into a pretrial arrangement proceeding or an inter-trial arrangement proceeding, or is tried in accordance with the speedy trial procedure, the trial may not be convened without the attendance of counsel (Article 289(1), Article 316-29, Article 350-9 of Japan's Criminal Procedure Law). The remuneration and expenses of court-appointed defense counsels belong to the litigation costs of criminal proceedings. According to Article 181 (1) of the Criminal Procedure Law, when the court renders punishment, it shall have the accused bear all or part of the court costs; provided, however, that this shall not apply when it is clear that the accused cannot afford the court costs because of indigence. <sup>①</sup>

On the other hand, the civil legal aid system is also an important measure of judicial relief for the poor. It refers to a system in which the state or other public institutions can pay or advance the fees of lawyers and other legal experts in civil disputes if citizens are unable to pay the fees due to economic difficulties or other reasons. In Japan, according to the Comprehensive Legal Support Act, civil legal aid is implemented by the Japan Legal Support Center. The content of civil legal aid includes three aspects. First is legal advisory assistance. Legal advisory assistance shall be provided by a lawyer or a certified judicial scrivener. The service is free of charge. Second is assistance in preparing legal instruments. Entrusted lawyers or certified judicial scriveners prepare legal documents for civil trials and other procedures, and the Legal Support Center can advance their remuneration and actual expenses incurred in preparing these documents. Third is agency assistance. In order to prepare and conduct civil proceedings and other procedures, lawyers or certified judicial scrivener are entrusted to act as agents. The Legal Support Center can advance the remuneration and actual expenses of these agent. Only when the income of the parties is under a certain standard and the case has the possibility of winning the lawsuit, can the advance payment system be used. Advances need to be refunded, but no interest is required. In principle, after receiving legal aid, the parties should pay back the advance fees in the amount of 5,000 to 10,000 yen per month. <sup>②</sup>

---

<sup>①</sup> See Yoshinori Okada, Comprehensive Legal Support Act / Court-Appointed Contract Attorney / Staff Lawyer (Legal Aid Research, No.10, 2004), at 49-61.

<sup>②</sup> See Manabu Wagatsuma, Civil Legal Aid System (1) Outline of Civil Legal Aid—Focusing on the Legal Legal Aid (Monthly Judicial Scriveners, No.343, 2000) at 12-16.

In addition, in order to ensure that ordinary citizens can afford lawyers' fees in the future, Japan has also established a lawyer expense insurance system. This refers to a system in which the insurance company pays the lawyer's fee when you employ a lawyer in case of damage, if you join automobile insurance, damage liability insurance or fire insurance, and also adds the special agreement of lawyer's expense attached to the contract. Furthermore, if you join an insurance or mutual assistance agreement with an insurance company or a mutual aid cooperative that has signed an agreement with Japan Federation of Bar Associations, Japan Federation of Bar Associations can introduce you to a lawyer even if you do not have a familiar one. Japan Federation of Bar Associations has set up a Legal Access Center to coordinate with other federation of lawyers throughout the country on the implementation of the lawyer expense insurance system, and to consult and cooperate with mutual aid cooperatives and insurance companies.<sup>①</sup>

### **(3) Judicial Protection of Diffuse and Fragmented Interests**

In terms of protecting diffuse and fragmented interest groups, there are three types of lawsuits in Japan: class action, consumer group litigation, and stockholders' representative action.

Class action in Japan refers to the civil action brought by the majority of the parties who have common interests in the same case, and at the same time as the plaintiff. The cases of class action include, in particular, cases of protection of consumers' rights and interests caused by product defects, as well as cases of workers' organized dismissal, drug hazards, environmental pollution, and investment failure of large-scale investment groups. The specific forms of class action are joint litigation and appointed party lawsuit. The legal effect of the result of appointed party lawsuit in Japan only affects the person who authorizes the appointed party, which is much narrower than the group action without authorization in the United States.<sup>②</sup>

In 2006, Japan established a consumer group litigation system. This refers to a system in which a consumer group that meets certain requirements and is granted qualifications can bring a lawsuit on behalf of the victim in cases where the amount of personal damage is small but the number of victims is large. After approval, eligible non-profit organizations and public interest legal persons may become parties to the consumer group litigation and request that violations of Consumer Contract Law and Act

---

<sup>①</sup> See Takeshi Kojima, Justice Reform and Rights Protection Insurance (Freedom and Justice Vol. 52, No. 12, 2001) at 56-69.

<sup>②</sup> See <https://ja.wikipedia.org/wiki/集団訴訟>

on Specified Commercial Transactions be stopped and damages be compensated.<sup>①</sup>

In addition, Japan has set up shareholder derivative actions according to the American model. In Japanese corporations, shareholders can sue directors, supervisors and other executives on behalf of the company's interests. Usually, in a company, the board of directors makes decisions and supervises the directors. However, due to the special friendship between directors, in some cases the company will not pursue the legal liability of directors. In addition, if a company investigates the director's liability through litigation, the law stipulates that the supervisor can act on behalf of the company, but the supervisor is also a person within the company, so it is possible to give the wrongdoer a way out because of their personal relationship with the director. Therefore, Article 847 of Japan's Company Law stipulates that shareholders can take the place of the company to bring a lawsuit to investigate the director's liability. In Japan, the defendants of shareholder derivative action include the founder of the company, the directors and supervisors at the time of establishment, the current directors, supervisors, participating accountants, executive directors, accounting supervisors, and liquidators. Moreover, in the shareholder derivative action, even if the plaintiff wins the lawsuit, the court accepts the shareholder's claim for damages to the directors, however it is the company that accepts the compensation, not the shareholder, because the shareholder brings the lawsuit on behalf of the company. Shareholders can only benefit indirectly through the recovery of the company's interests. <sup>②</sup>

#### **(4) Establishment of a Comprehensive System for Dispute Settlement**

In order to realize the diversification of access to justice, in the field of dispute resolution, besides traditional litigation means, Japan has paid more and more attention to the promotion of ADR in recent years. In 2001, recommendations of the Justice System Reform Council clearly indicated that ADR should be continuously promoted and perfected as a glamorous option and provided to the people together with the litigation system.<sup>③</sup> At the legislative level, in 2003, Japan formulated a new arbitration law referring to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. Moreover, in 2004, Act on Promotion of Use of Alternative Dispute Resolution was enacted and a certification system for non-governmental ADR institutions was established.

---

<sup>①</sup> See Hiroyuki Nishiguchi, Consumer Group Litigation and Japanese Class Action (International Finance Journal, No. 1297, 2017) at 64-68.

<sup>②</sup> See Hideki Matsui, Recent Trends and Problems of Shareholder derivative actions (Accounting and Auditing Journal Vol. 30, No. 7, 2018), at 96-100.

<sup>③</sup> See Justice System Reform Council, Recommendations of the Justice System Reform Council-For a Justice System to Support Japan in the 21st Century -. [https://japan.kantei.go.jp/policy/sihou/singikai/990612\\_e.html](https://japan.kantei.go.jp/policy/sihou/singikai/990612_e.html)

At present, there are several ways of ADR in Japan:

①Judicial settlement. In the process of civil litigation, at the joint petition of the parties, the judge may mediate and set the appropriate terms of settlement to the parties for resolving the case. A record of settlement has the same legal effect as a final and binding judgment.

②Arbitration. This refers to a dispute resolution method that the parties agree to submit the dispute to a recognized third party, and the third party judges and makes a decision on the dispute as right and wrong. The parties can submit to arbitration only if they have signed an arbitration agreement before or after the dispute. Arbitration shall be conducted by an arbitration tribunal composed of Arbitrators of an arbitration institution, and the final award system shall be adopted. The arbitral award has the same legal effect as the court's decision, and the parties may apply for enforcement according to the arbitral award.

③Conciliation. When a civil dispute or family dispute arises, a party may file a petition for conciliation with a court. The conciliation is a way of resolving disputes based on mutual concessions between the parties in accordance with reason and the circumstances of the disputes. It is carried out by a committee affiliated with the court. The conciliation committee shall be composed of a chief conciliator and two or more civil conciliation commissioners. When an agreement is reached between the parties during conciliation and it is entered in a record, the conciliation is deemed successful, and such entry shall have the same effect as a judicial settlement. In Japan, mediation is divided into civil conciliation and family conciliation. Family conciliation is a necessary procedure in dealing with divorce cases.<sup>①</sup>

④Mediation. This is a means by which a civil dispute settlement agency, at the request of both parties to a civil dispute for which settlement is sought, arranges settlement under a contract with the parties to dispute. In Japan, mediation agencies are divided into ordinary mediation agencies and mediation agencies certified by the Minister of Justice. The mediation agreement reached between the parties is not enforceable and depends on the voluntary performance of the parties.

At the same time, Japan is constantly improving the trial system itself. In order to improve the efficiency and convenience of trials, Japan established a Small Claims Action system in 1998, in which the judgment can be made after one trial. After that, the Civil Procedure Law was amended several times. In addition, in order to promote the democratization of the judiciary, Japan introduced a jury system,

---

<sup>①</sup> See Ning Han, THE MEDIATION SYSTEM IN CHINA—COMPARISON WITH JAPANESE AND AMERICAN LAW (SHINZANSHA PUBLISHER, 2008), at 86-104.

called *Saiban-in* system, in 2004, in which the judge hears the case together with the jurors selected from citizens on criminal trials. This series of measures aims to expand the total amount of social justice and develop various channels for citizens to access justice by perfecting the litigation system itself, promoting ADR, and establishing a comprehensive dispute resolution system.

## **5. Conclusion**

Since 2001, Japan has undertaken comprehensive judicial reform and established three basic guidelines.<sup>①</sup> The first is to create a “justice system that meets public expectations” that is easier to use, easier to understand and more reliable. The second is to reform “the legal profession supporting the justice system” and ensure that both the quality and quantity of the legal profession will continue to improve. The third is to establish a “popular basis” and enhance the public’s trust in the justice system by introducing a system in which the people participate in legal proceedings and through other measures. The purpose of this reform is to give full play to the role of justice system and build a free and fair society. The various measures of access to justice introduced in this article are the results of this judicial reform.

In the process of building a free and equal civil society, on the one hand, Japan gives full play to the subjectivity of the citizens and expands social governance; on the other hand, it builds a comprehensive rule of law system and gradually realizes the real access to justice, to provide a judicial guarantee for the optimization of social governance.

Our social development is going through a process of “a society ruled by man” to “a society ruled by law” and then to “an autonomous society”. It can be said that social governance and access to justice are just like the two wheels of the wagon of civil society, supporting the whole to move towards a democratic, free and just society. At present, human beings are awakening, and their individual subjective consciousness, rights awareness and social participation consciousness are constantly improving. It is necessary for every country to guarantee the maximum realization of human rights by expanding citizens’ access to justice. Only in this way can we build the whole planet into a highly autonomous civil society with freedom, equality, democracy and peace.

---

<sup>①</sup> See supra note 16, Recommendations of the Justice System Reform Council.

## Procedural justice and persons with mental illness who offended

Tom Vander Beken<sup>①</sup> & Ciska Wittouck<sup>②</sup>

Institute for International Research on Criminal Policy

Faculty of Law and Criminology

Ghent University (Belgium)

### 1. Introduction

Over a period of five years (2014-2019), Ghent University funded a large multidisciplinary research project “*Developing multidisciplinary strengths-based strategies for mentally ill offenders*” (BOF14/GOA/006) in which six professors and five PhD students from different departments (i.e. criminology, special education and psychiatry) have collaborated. The main objective of this multidisciplinary study was to develop strengths-based alternatives – in relation to the dominant risk-oriented approach – towards persons with mental illness who offended (PMIO). The study was explicitly grounded in a strengths-based approach focusing on capacities, capabilities and strengths of PMIO and their families, rather than on their shortcomings. The study had five research tracks with a central place for the experience of PMIO and their family. Overall, not less than 319 different individuals (286 PMIO and 33 family members) participated in focus groups and in-depth interviews, organised in a diversity of living and treatment contexts (Aga et al. 2019).

This paper discusses the results of a research track of the project that focused on procedural justice as experienced by PMIO (Wittouck, 2019). The law and judicial procedures and measures affect the (psychological) well-being of those involved (i.e. therapeutic jurisprudence). One of the aspects that has an important role is the interaction between professionals and persons involved in judicial procedures and measures (Wexler, 2016; Winick & Wexler, 2015). According to the theory of procedural justice,

---

<sup>①</sup> Senior full professor at the Department of Criminology, Criminal Law and Social Law of the Faculty of Law and Criminology of Ghent University and Director of the Institute for International Research on Criminal Policy (IRCP).

<sup>②</sup> Postdoctoral researcher and guest professor at the Department of Criminology, Criminal Law and Social Law of the Faculty of Law and Criminology of Ghent University and Member of the Institute for International Research on Criminal Policy (IRCP).

which specifically deals with interactions between power holders and citizens, the way in which these interactions come about (i.e., the decision-making process) is at least as important as the outcome of the interaction (i.e., the decision) (Blader & Tyler, 2015). In our study, we aimed at gaining insight into how PMIO experience interactions with professionals that are involved in the effectuation of an internment measure (i.e. court-mandated treatment with judicial supervision following not criminally responsible adjudications in Belgium), and what they consider to be important in relation to these interactions.

## **2. State of the art**

PMIO are highly prevalent in the criminal justice system. One way of responding to PMIO is subjecting them to court-mandated treatment which is typically combined with ongoing judicial supervision. Examples of court-mandated treatment are drug or mental health courts, treatment in forensic psychiatric hospitals, not criminally responsible adjudications, and (community) jail or prison diversion programs (Hiday & Burns, 2010). Court-mandated treatment aims reducing recidivism and improving mental health outcomes in PMIO, and succeeds to a certain extent in this goal. However, relatively little is known regarding *how* court-mandated treatment works (Polaschek, 2019).

Previous research has shown that the working alliance, a collaborative relationship between an individual and a professional aiming at overcoming the individual's difficulties, plays a pivotal role in the process and outcomes of court-mandated treatment and/or judicial supervision. The importance of this working relationship has also been acknowledged by PMIO themselves (Coffey, 2006; Serran & Marshall, 2010; Skeem, Loudon, Polaschek, & Camp, 2007). However, the development and maintenance of the working alliance is challenged in the context of court-mandated treatment due to a tension between care and control which is related to the different roles and goals of the mental health system and the criminal justice system respectively (Ward, 2013). Guiding principles are necessary to further develop forensic and correctional rehabilitation models with respect to how mental health and/or criminal justice professionals can take both care and control into account while working with PMIO during court-mandated treatment. Targeted research is necessary to develop such guidelines (Barnao, Ward, & Casey, 2015; Epperson, Thompson, Lurigio, & Kim, 2017).

Only a few empirical studies have *directly* addressed the tension inherently present in working alliances between PMIO and mental health and/or criminal justice professionals during court-mandated treatment. In these studies, relational fairness has been suggested as a means to reconcile the tension between care and control in these alliances (see for instance Epperson et al., 2017; Skeem et al., 2007). Relation fairness can be related to procedural justice theory. Procedural justice theory is a relational model specifically addressing interactions between power holders and their public and posits that people attach major importance to the process ('how') next to the outcome(s) of interactions with power holders ('what'). Indeed, in the context of court-mandated treatment, professionals from the criminal justice system as well as professionals from the mental health system are holding power towards PMIO. An interaction with a power holder will be perceived as procedurally just, even when the outcome of the interaction (such as a decision) is unfavourable, when the interaction is characterized by the following dimensions: 1) '*neutrality*', experiencing the power holder as objective and unbiased, 2) '*voice*', being given the opportunity to express one's view, 3) '*respect*', experiencing to be treated with dignity and respect, 4) '*trustworthiness*', experiencing to be treated with genuine concern and consideration, 5) '*information*', experiencing to receive sufficient information and clarification regarding the interaction and decisions, and 6) '*performance*', experiencing the power holder to deliver good work and doing a good job (Tyler, 2013; De Mesmaecker, 2014; Lind et al., 1990). Experiencing procedural justice or injustice during an interaction with a power holder affects attitudes, emotions, and behaviour of the person involved towards the interaction and the subsequent outcome(s), such as satisfaction regarding the interaction, acceptance of the decision, feelings of self-worth and social acceptance, motivation and cooperation. Procedural justice theory has hitherto mostly been applied to law enforcement and court settings. According to procedural justice theory, experiencing procedural justice during interactions with power holders involved with court-mandated treatment programs can facilitate the therapeutic process (Blader & Tyler, 2015). Previous research showed that interactions resembling procedural justice in the framework of judicially supervised treatment can influence its process and outcomes – e.g., in regard to mental health and recovery, and in regard to recidivism and desistance (see Wittouck & Vander Beken, 2019).

### **3. The study**

In the study, we have focused on the potential role of procedural justice theory as a normative framework for power holders working with PMIO as a means to develop and maintain working alliances with PMIO. The main research question was: How do PMIO experience their interactions with power holders from the criminal justice system and the mental health system during court-mandated treatment, and how do these experiences relate to the theoretical dimensions of procedural justice theory?

A qualitative inductive empirical study was carried out in which the lived experiences of persons subjected to an interment measure (PSIM) regarding their interactions with power holders during court-mandated treatment are put at centrepiece. Semi-structured interviews were administered of a heterogeneous sample of PSIM in Flanders. Of these interviews, 35 were analysed to address the present research question.

#### **4. Results**

All dimensions of procedural justice were identified in the accounts of PMIO regarding their interactions with power holders during court-mandated treatment. Evidence was found for the importance of the traditional procedural justice dimensions of respect, trustworthiness, voice and neutrality, as for the dimensions of information and performance that were recently proposed to extend procedural justice theory. In line with previous research (Skeem et al., 2007), an additional dimension of procedural justice is proposed in the context of court-mandated treatment: “authoritativeness”. The dimension of authoritativeness relates to the difficulties concerning the presence of both care and control during interactions between PMIO and power holders in the context of ongoing court-mandated treatment. An authoritative approach consists of making compromises or shared decision making, being firm but fair, and employing positive pressures to motivate compliance. Thereby a power holder can approach care and control as requirements of each other, align the recovery and desistance paradigm with court-mandated treatment programs, and develop and maintain beneficial working alliances with PMIO.

In essence, it is important for PMIO to be treated as human beings. Such an approach includes the following aspects: power holders should 1) employ a friendly, polite and calm approach, 2) recognize and acknowledge their strengths, difficulties and needs, 3) work towards solutions and re-integration instead of merely aiming punishment, 4) actively involve PMIO in ongoing decision-making processes,

5) provide information and explanation regarding the purpose, content, and goal of every treatment and judicial aspect of court-mandated treatment and regarding expectations of PMIO, 6) perform their jobs in a professional and consistent manner,7) and be authoritative instead of authoritarian.

## 5. Conclusion

Our study shows the potential of a procedurally just approach that reconciles the tension between care and control in the development and maintenance in working alliances between PMIO and power holders in the context of court-mandated treatment.

The aspects of a humane approach as formulated by PMIO should be further elaborated on –by a conjunction of PMIO, power holders and scholars–, and integrated in forensic and correctional rehabilitation models with respect to attitudes and behaviour of mental health and/or criminal justice professionals towards PMIO (Barnao et al., 2015). Doing so, power holders can be reminded of how their (verbal and non-verbal) behaviour can influence change processes and (compliance) behaviour in P(MI)O (De Mesmaecker, 2014; Winick & Wexler, 2015). The development and maintenance of beneficial working alliances between PMIO and power holders should be regarded as equally important as the administration of strategies and techniques (Ward & Brown, 2004). Wexler (2016) states *“procedural justice is so basic that it ought to be part of all courts at all times”*. Actually, our findings point out that procedural justice is so basic that it should be part of every interaction in the criminal justice system and the mental health system, especially in the context of court-mandated treatment, at all times.

Congruent with a compliance-based approach, procedural justice could be exploited as a mere means to empower power holders (Tyler, 2013). In this case, resistance can be a way to ensure agency (Rubin, 2017; Tew, 2006). However, procedural justice can also be approached from a strengths-based human rights perspective, with its emphasis on human dignity, social recognition, autonomy, and effective participation (Ward & Syversen, 2009), congruent with a legitimacy-based approach based on voice, neutrality, trust and respect (Tyler, 2013) In the context of coercion, procedural justice can reconcile care and control as it balances the rights of the individual and the community in the context of coercion (Skeem et al., 2007). Therefore, and when considering a human rights perspective, coercive

interventions and measures, should always be a last resort, also within court-mandated treatment. Formal social control and coercion may keep people from offending but it does not support them in developing prosocial behaviour (Bottoms, 2001; Tyler, 2013). In the context of a legitimacy-based approach, compliance instead of resistance can become a way agency to ensure agency. Procedural justice thus becomes a means to empower PMIO too (Tew, 2006).

## **References**

- Aga, N., Audenaert, K., Nollet, L., Rowaert, S., Schipaanboord, E., Vander Beken, T., Vander Laenen, F., Vanderplasschen, W., Vandevelde, S., Van Roeyen, S. & Wittouck, C. (2019). *Sterke verhalen. Internering anders belicht / The internment measure in a different light*. Oud Turnhout: Gompel & Svacina.
- Barnao, M., Ward, T., & Casey, S. (2015). Looking Beyond the Illness: Forensic Service Users' Perceptions of Rehabilitation. *Journal of Interpersonal Violence, 30*(6), 1025-1045.
- Blader, S. L., & Tyler, T. R. (2015). Relational Models of Procedural Justice. In R. Cropanzano & M. L. Ambrose (Eds.), *The Oxford handbook of justice in the workplace* (pp. 351-369). Oxford: Oxford University Press.
- Bottoms, A. (2001). Compliance and community penalties. In A. Bottoms, L. Gelsthorpe, & S. Rex (Eds.), *Community Penalties: Change and Challenges* (pp. 87-116). Cullompton, Devon: Willan Publishing.
- Coffey, M. (2006). Researching service user views in forensic mental health: A literature review. *The Journal of Forensic Psychiatry & Psychology, 17*(1), 73-107.
- De Mesmaecker, V. (2014). *Perceptions of Criminal Justice*. Oxford: Routledge.
- Epperson, M. W., Thompson, J. G., Lurigio, A. J., & Kim, S. (2017). Unpacking the relationship between probationers with serious mental illnesses and probation officers: A mixed-methods examination. *Journal of Offender Rehabilitation, 56*(3), 188-216.
- Hiday, V. A., & Burns, P. J. (2010). Mental Illness and the Criminal Justice System. In T. L. Scheid, & T. N. Brown (Eds.), *A Handbook for the Study of Mental Health. Social Contexts, Theories, and Systems* (pp. 478-498). Cambridge: Cambridge University Press.

- Lind, E. A., Kanfer, R., & Earley, P. C. (1990). Voice, Control, and Procedural Justice - Instrumental and Noninstrumental Concerns in Fairness Judgments. *Journal of Personality and Social Psychology*, 59(5), 952-959.
- Polaschek, D. L. L. (2019). Treatment outcome evaluations: How do we know what works? In D. L. L. Polaschek, A. Day, & C. R. Hollin (Eds.), *The Wiley International Handbook of Correctional Psychology* 1st Edition. Chichester: Wiley.
- Rapp, C. A., & Sullivan, W. P. (2014). The Strengths Model: Birth to Toddlerhood. *Advances in Social Work*, 15(1), 129-142.
- Rubin, A. T. (2017). Resistance as Agency? Incorporating the Structural Determinants of Prisoner Behaviour. *British Journal of Criminology*, 57(3), 644-663.
- Serran, G. A., & Marshall, W. (2010). Therapeutic process in the treatment of sexual offenders: A review article. *British Journal of Forensic Practice*, 12(3), 4-16.
- Skeem, J. L., Louden, J. E., Polaschek, D., & Camp, J. (2007). Assessing relationship quality in mandated community treatment: Blending care with control. *Psychological Assessment*, 19(4), 397-410.
- Tew, J. (2006). Understanding power and powerlessness: Towards a framework for emancipatory practice in social work. *Journal of Social Work*, 6(1), 33-51.
- Tyler, T. R. (2013). Legitimacy and compliance: The virtues of self-regulation. In A. Crawford & A. Hucklesby (Eds.), *Legitimacy and Compliance in Criminal Justice* (pp. 8-28). London: Routledge.
- Ward, T. (2013). Addressing the dual relationship problem in forensic and correctional practice. *Aggression and Violent Behavior*, 18(1), 92-100.
- Ward, T., & Brown, M. (2004). The good lives model and conceptual issues in offender rehabilitation. *Psychology Crime & Law*, 10(3), 243-257.
- Ward, T., & Syversen, K. (2009). Human dignity and vulnerable agency: An ethical framework for forensic practice. *Aggression and Violent Behavior*, 14(2), 94-105.
- Wexler, D. B. (2016). Guiding Court Conversation Along Pathways Conducive to Rehabilitation: Integrating Procedural Justice and Therapeutic Jurisprudence. *The International Journal of Therapeutic Jurisprudence*, 1(1), 367-372.

- Winick, B. J., & Wexler, D. B. (2015). Drug Treatment Court: Therapeutic Jurisprudence Applied. *Touro Law Review*, 18(3).
- Wittouck, C. (2019). *Persons with mental illness who offended and procedural justice : giving voice to persons subjected to an internment measure about their interactions with power holders*. Doctoral dissertation. Ghent: Ghent University.
- Wittouck, C., & Vander Beken, T. (2019). Recovery, desistance, and the role of procedural justice in working alliances with mentally ill offenders: A critical review. *Addiction Research & Theory*, 27(1), 16-28.

## Historical reflections on rule of law

Zuzana Budiská\*, Dominika Kubošiová\*\*

KEYWORDS : Rule of Law; Slovak Republic; Historical Reflections

### Actual understanding the concept of rule of law in Slovak national law.

The legal theory of the Slovak Republic does not unify the practice of using the term Rule of law, because it is sometimes referred as a principle, sometimes as a concept, and sometimes everything that involves good.<sup>①</sup> Lord Bingham, devoted to Rule of Law under Anglo-American law, classifies Rule of Law as an existing constitutional principle, which divides it into eight sub-rules. We could say that the basis of Rule of Law is the binding of everyone, not just the individual, but also the state authorities by law. It is a concept that reflects the concept of the rule of law. It is used as a synonym for constitutional or legal government.<sup>②</sup>

The emergence and evolution of Rule of Law is related to the bourgeois revolutions and the building of democratic constitutionalism. As early as 1608, an English lawyer, Sir Eduard Cook, in dispute with the King of England, argued that the law protects the king and not the king's right, that is to say, society should govern the law and not the people. In the constitutional form, however, the English Bill of Rights means a breach of the then-existing principle of Princeps legis solutus contained in Ulpian's Digests<sup>③</sup>, which allowed the arbitrary will of the sovereign, its position above the law. The Charter of Rights thus determined the legal limits of the sovereign's jurisdiction. The development of ideas about the rule of law influenced both developments in Anglo-American and continental law. The concept of rule of law originates from the Anglo-American legal system, where it developed within the ongoing struggle between the ruler and the parliament, in the formation of ideas about the division of

---

\* PhD. student of Law school at Nanjing Normal University, PhD. student of Political Science and International Relations Faculty at Matej Bel University.

\*\* PhD. student of Law Faculty at Matej Bel University.

① TAMANAHA, B.Z.: The History and Elements of the Rule of Law: Available on: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2012845](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2012845).

② BROSTL, A.: Právny štát. Košice: Medes s.r.o., 1995, s. 11.

③ MOMMSEN, T.: The Digest of Justinian, vol. I.- IV. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1985.

power and the right to a fair trial. In continental law, the development of the ideas of the rule of law is connected with the development in Germany, which uses the term Rechtsstaat (rule of law), developed by Kant. It was created as an opposite of the police state, and this concept of the rule of law also influenced developments in the conditions of the Slovak Republic.<sup>①</sup> According to Kant, the unifying element of people in the state is the common interest of all to be in the legal state. The state is thus the unification of free beings under the rule of law, the legal community. The supreme principle is the harmony of individual freedom under general law. A social contract is a necessary ideological basis of life in the state. On this basis, he understands the legal freedom afforded by the rule of law as the right of nationals not to have to comply with any law other than that to which they gave their consent.<sup>②</sup>

### Conceptions of rule of law according to historical development

Although the ideas and institutions that came together in the concepts of the rule of law (under the Rechtsstaat concept) and the rule of law (under the Rule of Law concept) were developed rather than phrases referring to these concepts, can help to understand the very concept of Rule of Law.<sup>③</sup>

Rule of Law concepts can be distinguished according to the historical evolution of Rule of Law within different legal systems, to Rule of Law as an Anglo-American concept, and Rechtsstaat as a continual (German) concept, and according to the content of Rule of Law for material and formal concept.

When examining Rule of Law on the basis of the historical evolution of the legal systems in which Rule of Law has been developed, we have to consider in particular two concepts, the Anglo-American Rule of Law concept developed in the common law system and the Rechtsstaat concept developed in continental law. system, on the basis of which the other concepts of the continental legal system, such as the Stato di Diritto, the État de Droit or the Slovak Rule of Law, were further developed.

### Anglo-American Rule of law

Rule of Law, as an ideal of Anglo-American legal culture, is linked to the ideas of rule of law and order, as opposed to anarchy. As opposed to Rule of Men, Rule of Law appears in the thoughts of Henry

---

<sup>①</sup> BROSTL, A.: Právny štát. Košice: Medes s.r.o., 1995, s. 11.

<sup>②</sup> OTTOVÁ, E.: Teória práva, 3. vydanie. Šamorín: Heuréka, 2010, s. 71.

<sup>③</sup> BARÁNY, E.: Viazanosť štátu vlastným právom. In: Právny obzor, 96, 2013, s. 567.

de Bracton, who speaks about the submission of the king, that the king should not be subordinate to man but to God and the law.<sup>①</sup> The notion of Rule of Law itself appears in Dicey's ideas, which described it as a feature of political institutions in England understood in two different ways. First of all, it is understood that no person is punished or lawfully suffered on the body or property, except for a material breach of the law recognized in due legal proceedings before the ordinary courts of the country. The second is understood by Rule of Law as the fact that every person, whatever his status or condition, is subject to the ordinary law of the kingdom and subject to the jurisdiction of the ordinary courts.<sup>②</sup>

Despite the fact the continental rule of law, the Rule of Law as an Anglo-American concept bears the important role of the judiciary and the judiciary as a counterpart to the centralization and absolutization of state power. It is an expression not only of the formal principle that any interference by state authorities in the lives of citizens and society can only take place in accordance with the law (the rule of law), but also the requirements of a democratic way of government and a certain material content of law. With his precedents as sources of law, he is closer to the notion of rule of law that is over the state and to which he is bound. Precedents, although the result of the activities of state authorities, arise in the process of individual decision-making by independent courts and not as a general expression of the will of the authorities embodying state sovereignty. Since its inception, it has been closely linked to emphasizing the role of an independent judge. Individual freedom was not based on a civil rights catalogue as in the continental legal system, but it was based on the principle of individual freedom, and the rule of law became a means of defending that freedom and not a means of enforcing it. The judge not only provides protection of rights, imposes obligations and imposes legal sanctions, but also participates in law-making and examines the legality of legal authorities' action. It is an important procedural feature of the Anglo-American legal system, which found expression in the Due Process of Law, the doctrine of the right to a fair or due process.<sup>③</sup> According to Brörtl, the concept of Rule of Law is also used in the sense of the concept of justice, i.e. as a term related to the Due Process of Law. The historical roots of the right to due process can be found in Art. 39 of Magna Charta, using the term rather a fair trial. As part of the common law, the United States Constitution states in its fifth appendix that no one shall be deprived of life, freedom or property without due process. It is the basis of constitutional law, which guarantees the non-use of state power against an individual other than under

---

<sup>①</sup> BARÁNY, E.: Viazanosť štátu vlastným právom. In: Právny obzor, 96, 2013, s. 567.

<sup>②</sup> DICEY, A.V.: Introduction to the Study of the Law of the Constitution. London: Macmillan, 1889, s. 175-176.

<sup>③</sup> HARVÁNEK, J. a kol.: Právní teorie. Plzeň: Aleš Čeněk 2013, s. 123.

the law.<sup>①</sup> According to Harvnek, Due Process of Law cannot be understood as a compulsory respect for the procedural aspect of the trial but also as a guarantee of protection consisting in arbitrary actions by the state authorities.<sup>②</sup> Dworkin's concept of Rule of Law as a rule of liberal principles is a significant attempt to free legal theory from positivism. It justifies its importance in particular by the fact that positivists are in a position to admit that the Rule of Law is not only the Rule of Rules, but also the Rule of Principles. According to Dworkin, the principles play a central role in hard case cases, cases where there is a justified disagreement over what the law requires.<sup>③</sup>

### Continental Rechtsstaat

In fact, the Rule of Law is not the same concept as the Rechtsstaat. The main idea of a legally bound state emerges more clearly in the institutional model of the Rechtsstaat, which develops its identity as a new form of state to replace the police state, Polizeistaat. He was entitled to apply any discretionary decision on the citizen's life in order to determine his well-being. Unlike the police state, the Rechtsstaat only reached out to its entities on the basis of law and rules.<sup>④</sup>

Rechtsstaat originated in monarchist Germany, where the monarch had absolute veto power over regulations, laws. According to the concept of Rechtsstaat, developed by Stahl, this new state should act according to precise and firm mechanisms and predetermined rules, thus self-limiting its own power by law. At the same time, he achieved the public or social tasks of the state without interfering with the personal sphere. So, after the Enlightenment absolutism, it looked like the transition from the law of power to the power of the law.

As an institutional and ideological concept of the state, the Rechtsstaat remains as a metaphysical personality: it is a willing entity, maintaining its preference over society. Rechtsstaat means that law is the structure of the state, not its external constraint. His voice becomes the rationality and strict legality of an administrative act, and his superiority over ordinary citizens has been granted to him while recognizing the rights and independence of individuals. Freedom is a consequence and not a real precondition of law. The power of this conservative aristocratic state protected civil liberties as a certain service offered by the state.

The idea of the Rechtsstaat in European notion involves, in its institutional set-up, the division of

---

<sup>①</sup> BROSTL, A.: Právny štt. Koice: Medes s.r.o., 1995, s. 163.

<sup>②</sup> HARVÁNEK, J. a kol.: Prvn teorie. Plze: Ale Cenk 2013, s. 124.

<sup>③</sup> DYZENHAUS, D.: The Rule of Law as the Rule of Liberal. London: Macmillan, 1889, s. 175-176.

<sup>④</sup> PALOMBELLA, G.: The Rule of Law as Institutional Idea. In: Comparative Sociology, 9/2010, s. 13.

power, as well as the principle of legality, which calls for the absence of power that was not created and confirmed by law. By Otto Mayer's definition, it is a state in which she is public, executive and is a product of parliaments. Formally guarantee individual rights as well as condition them. The independent role of the judiciary in it is strictly credible in respecting the legislative will. Law proves to be the authentic voice of the state by which it expresses its own will: it is not a restriction, but rather a form of state will.<sup>①</sup>

The important position of legislation was also the product of the process of codification of law, which began in continental Europe in the 18th century. The codification has overcome the peculiarity, arbitrariness and uncertainty of feudal privileges within a fragmented system of law in Europe, where common law, Roman law, natural law and custom law have been applied to each other. There was no higher institution after the successful codification process, with the exception of legislation, no control over the law. By its clarity and consistency, it has laid the foundation for legal certainty. No right or law is considered to be genuine unless it is contained in legislation. The battle between rights and public power can only be "resolved" by legislation.<sup>②</sup>

The ideological foundations of the Rechtsstaat concept were laid by Immanuel Kant when he defined the state and law and their relationship. Its categorical imperative<sup>63</sup>, like the Rule of Law, provides one rule that must comply with the rules in order to be fair, emphasizing the necessity of the general and abstract nature of all rules.<sup>③</sup>

Four stages can be distinguished in the process of developing the Rechtsstaat concept. The first is the liberal Rechtsstaat bound by the Enlightenment and theories of natural law, the second is the formal concept of the Rechtsstaat elaborated by the late school of German constitutionalism during the last decades of the 19th century. The third stage is characterized by the material concept of the Rechtsstaat, adopted by the early German school of constitutionalism during the first half of the 19th century, and the fourth is the democratic Rechtsstaat. Interesting is the classic definition of Rechtsstaat, offered by Stahl, mentioned above: "the state is to be Rechtsstaat; it is intended to precisely identify and secure paths and restrictions for its activities, as well as the sphere of freedom of its citizens in the way of law, and not, directly through the state, to ensure moral ideas more than is appropriate in the legal sphere, ie no more than basic constraints. Thus, the Rechtsstaat is not a State which simply manages the legal

---

<sup>①</sup> PALOMBELLA, G.: The Rule of Law as Institutional Idea. In: *Comparative Sociology*, 9/2010, s. 14.

<sup>②</sup> PALOMBELLA, G.: The Rule of Law as Institutional Idea. In: *Comparative Sociology*, 9/2010, s. 14.

<sup>③</sup> HAYEK, F.A.: *The Constituion of Liberty*. Chicago: University od Chicago Press, 1960, s. 197.

system without an objective or fully protects only the rights of individuals. It does not represent the aim and substance of the state, but only the way of their realization.<sup>①</sup>

The formal Rechtsstaat was no longer the embodiment of a new political principle. It has become a formal brand that ensures control over political decision-making on power. Thus, the principle of the legality of the executive power became the main task of the Rechtsstaat. The formal concept of the Rechtsstaat lasted until the Weimar era. While the idea of the Rechtsstaat before World War I emphasized the guarantee of freedom, after the The World War II. has evolved towards guarantees of equality and the realization of democracy. Within the ideas of the Democratic Rechtsstaat, there was a fundamental link between the material Rechtsstaat and the democratic principle through procedural fairness and the exercise of fundamental rights. The idea of a democratic Rechtsstaat is based on the procedural principle of legitimacy. It is characterized by the existence of an active and independent civil society.<sup>②</sup>

In this period, Gerloch speaks of a material conception of the rule of law, which develops a system of guarantees of legitimacy in the procedures of public authorities and complements it with other criteria of legitimacy. The basic principles (signs) of the material conception of the rule of law include the state's binding by law, human rights, the division of power and the democratic character of the state in terms of exercising the sovereignty of the will of the people. In his view, a non-democratic state is not a rule of law.<sup>③</sup>

In the middle of the 19th century, the ideas of Rechtsstaat, the rule of law in continental Europe, the liberal-minded German lawyers Robert von Mohl, Friedrich J. Stahl, Rudolf von Gneist etc. The idea was that state power and its exercise must be strictly bound by law (the principle of legality) and that interference with the state in the life of an individual can only take place in accordance with the constitution and laws. Their concept emphasized the lawfulness of power as opposed to the progress of the feudal state in its absolute form. This liberal accent, however, met with criticism especially in France, where the development was based more on the centralization of the state apparatus and the increase in administration. The main source of law in the continental rule of law was the law, so it was built on the sovereignty of law, a law that manifested the will of the supreme legislature elected by the people, and

---

<sup>①</sup> FERNANDEZ ESTEBAN, M.: *The Rule of Law in the European Constituion*. London: University od Chicago Press, 1960, s. 197.

<sup>②</sup> FERNANDEZ ESTEBAN, M.: *The Rule of Law in the European Constituion*. London: University od Chicago Press, 1960, s. 86.

<sup>③</sup> GERLOCH, A.: *Teorie práva*. 5. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 199.

thus an expression of the sovereignty of the people.<sup>①</sup>

After World War II, many European states became a constitutional states, in which the fundamental principle of constitutional rule is, and this influence has brought to the continent a new concept of the role of judges and general legal principles. It has evolved from a pure Rechtsstaat governed by law towards a type of state that provides legal protection (Rechtsschutzstaat). German model of Rechtsaat after World War II ended with movement from a liberalist rule of law to the German rule of law, the concept of the rule of law.<sup>②</sup> The post-war period is also characterized by an increased emphasis on the democratic nature of the state, respect for human rights and the redrafting of mechanisms to protect them. It is from this period that we can increasingly see efforts to define and strengthen the concept of international Rule of Law.<sup>③</sup>

### Conclusion

The beginnings of reflection on Rule of Law are associated with the struggle for power between the monarch and the people. Initially, the Rule of Law was mainly related to the law governing the relations between the subjects of national law, that is to say the State and the individual, operating on the basis of the principles of superiority and subordination, which are subject to control by the judiciary. In the 20th century, due to the phenomenon of globalization, there was an increased need to regulate relations between subjects of international law and states that operate on the basis of equality, in which case, there is no control by a judiciary without self-will subordinate. Indeed, there is no judicial authority enjoying mandatory jurisdiction at international level.

The lack of possibilities for enforcing rights and obligations, whether lack of legal certainty or equilibrium of powers at the level of international law thus contributed to the reflection on the existence, functioning and strength of the Rule of Law at the level of international law. Although national law and international law work differently, the two systems cannot be separated because they are interconnected. This interconnection also makes it impossible to separate the Rule of Law, respectively. its functioning at both levels of law. This is also evidenced by the increasing tendency to strengthen the subjectivity of the individual, in particular through the development of standards of international law governing relations between the state and the individual, which remain relations between the superior (the state)

---

<sup>①</sup> HARVÁNEK, J. a kol.: Právní teorie. Plzeň: Aleš Čeněk 2013, s. 122.

<sup>②</sup> BROSTL, A.: Právní stát. Košice: Medes s.r.o., 1995, s. 56.

<sup>③</sup> GERLOCH, A.: Teorie práva. 5. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 193.

and the subordinate (the individual). In favour of which the State has renounced part of its sovereignty and thus complied with its decisions. It can be stated, simply, that where there is a gap in national law, it can be filled with international law, and vice versa, where there is a gap in international law, it can be filled with national law, as in the case of war crimes punishment. It can be concluded from this that strengthening the Rule of Law at national level strengthens the Rule of Law at the level of international law, and vice versa.

#### LITERATURE

- 1、 BARÁNY, E.: Viazanosť štátu vlastným právom. In: Právny obzor, 96, 2013.
- 2、 BROSTL, A.: Právny štát. Košice: Medes s.r.o., 1995.
- 3、 GERLOCH, A.: Teorie práva. 5. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009.
- 4、 DICEY, A.V.: Introduction to the Study of the Law of the Constitution. London: Macmillan, 1889.
- 5、 DYZENHAUS, D.: The Rule of Law as the Rule of Liberal. London: Macmillan, 1889.
- 6、 HARVÁNEK, J. a kol.: Právní teorie. Plzeň: Aleš Čeněk 2013.
- 7、 HAYEK, F.A.: The Constituion of Liberty. Chicago: University od Chicago Press, 1960.
- 8、 FERNANDEZ ESTEBAN, M.: The Rule of Law in the European Constituion. London: University od Chicago Press, 1960.
- 9、 OTTOVÁ, E.: Teória práva, 3. vydanie. Šamorín: Heuréka, 2010.
- 10、 PALOMBELLA, G.: The Rule of Law as Institutional Idea. In: Comparative Sociology, 9/2010.

## Psychological Aspects of Judges' Decision-making in the Countries of Rule of Law

Róbert Jáger, Michal Turošík\*

**Abstract:** JÁGER, Róbert – TUROŠÍK, Michal: *Psychological Aspects of Judges' Decision-making in the Countries of Rule of Law*. The study describes the role of judges' decision-making in the countries applying the rule of law. Judicial decision-making is an essential part of the existence and application of rule of law in modern democratic countries. The fact that judges, although they may try to maximize the objectivity of their decision-making, are not machines and do not have to be infallible, is being forgotten. Modern cognitive science points out the pitfalls of judges' decision-making, which can have a large impact on accuracy and justice in specific situations, which in turn distort the practical implementation of the rule of law in the country.

**Key Words:** rule of law, legal state, judges' decision-making, cognitive science

The term rule of law (used in the Slovak Republic as the legal state principle<sup>①</sup>) is a principle known and applied in the long term. In the legal theory, the practice of using the term rule of law has not been unified as it is sometimes referred to as a principle, sometimes as a concept, and sometimes as everything involving good.<sup>②</sup> Rule of law is a term that reflects the concept of the legal state. It is used as a synonym for constitutional or legal government, the rule of law.

Already Aristotle calls not to let to rule the man, but the law, because man rules for his own benefit and becomes a tyrant.<sup>③</sup> Plato expresses his ideas towards the rule of law in the context of a reflection on state (specifically in the work *Constitution*), in which the law itself is an unlimited lord of rulers and rulers are merely obedient subjects in the service of the law. Both understood the rule of law as a form of common good.<sup>④</sup>

The emergence and development of rule of law is related to bourgeois revolutions and the

---

\* Doc. JUDr. PhDr. Róbert Jáger, PhD. Doc. Dr. iur. JUDr. Ing. Michal Turošík, PhD. Department of the theory of state and law of the Faculty of Law of the Matej Bel University in Banská Bystrica.

① For more on the foundational constitutional principles and constitutional design in the broader Central European region see BARAN Ā, K.: Why Have Constitutional Courts Been so Important for Democracy in Central Europe (...And So Hated by Those in Power)? In: *Juridiskā zinātne*, No. 11, 2018, p. 77-93.

② TAMANAHA, B. Z.: *The History and Elements of the Rule of Law*. Washington University in St. Louis Legal Studies Research Paper No. 12-02-07.

③ ARISTOTELES: *Etika Nikomachova*. Praha : REZEK, 2009.

④ PIRY, M.: Verejný záujem in. *Finančné právo, daňové právo a správne právo v európskom priestore. Zborník vedeckých štúdií*. Banská Bystrica: Belianum, 2019

building of democratic constitutionalism. As early as in 1608, an English lawyer, Sir Eduard Cook, in dispute with the King of England, argued that the law protects the king and not the king protects the law, that is to say, society should be governed by the law and not by the people. In constitutional form, however, only the Bill of Rights meant a breakthrough of the hitherto valid principle of *Princeps legis solutus* (sovereign is not bound by law), originally contained in the Roman Digest by Ulpian, which allowed the arbitrary will of the ruler and his standing above the law. The Bill of Rights thus determined the legal limits of the sovereign's competence.<sup>①</sup>

So the evolution thus influenced of development of ideas about the rule of law. The term rule of law comes from the Anglo-American legal system, where it developed in the struggle between the monarch and parliament. Subsequently, it reflected in the creation of ideas about the division of power and the right to a fair trial. In continental law, the development of the ideas of the rule of law is connected with the development in Germany, where the term *Rechtsstaat* (legal state) is used, developed, for example, by Kant in the form of state based on state or a constitutional state. It arose as opposed to the police state (this concept of the rule of law also influenced the development in the conditions of the Slovak Republic). Recently, even in continental Europe, the term legal state (in the sense of the *Rechtsstaat* concept) has been less used and is pushed out by the rule of law. However, B á r á n y claims that this is more or less just a change of name, without a deeper content change. He also points to the increasing role of precedent as an almost independent source of law, to which international judicial authorities contribute. For the continental legal system, which considers court decisions as ancillary sources of law, the increasing role of the precedents is a major change.<sup>②</sup>

Legal order of any country where the rule of law system exists (along with morality and religion) forms the basic normative system of a country which regulates human behaviour. An essential part of the functioning of the legal order in each country is the activity of the courts, which in conflict situations decide whether there has been a violation of law and who is responsible for such violation, or what consequences of such violation will follow. The legal order (in our case the legal order of the Slovak Republic) generally regulates how judges should proceed in their decision-making activities. Although the basic legislation includes a definition of the independence and impartiality of judges in their decision-making, our legal order does not take sufficient account of the psychological aspects of judges' decision-making.

---

<sup>①</sup> ELBERT, L.: *Rule of Law a medzinárodné právo*. Košice : UPJŠ, 2015.

<sup>②</sup> BARÁNY, E.: Viazanosť štátu vlastným právom. In: *Právny obzor*, No. 96, 2013/6, p.571.

The purpose of this work is therefore to point out the legislation dealing with judges' decision-making and to point out the basic psychological aspects associated with this activity. The work also points out some differences of decision-making activity of judges in our legal environment and in the USA. The work is divided into two parts, the first part deals with the legal aspects of judges' decision-making, the second part deals with the psychological aspects of judges' decision-making.

### **Legal aspects of judges' decision-making**

The framework legislation related to judges' decision-making is contained both in the Constitution of the Slovak Republic and in several laws regulating the activities of judges and courts.<sup>①</sup> The basic law of the State, the Constitution of the Slovak Republic stipulates that in the Slovak Republic "the judiciary is executed by independent and impartial courts"<sup>②</sup>. The following provision states that "judges shall be independent in the performance of their duties and shall be bound by the constitution, the constitutional law, the international treaty when making their decisions".<sup>③</sup> It is clear from the articles of the Constitution that the judiciary and the individual judges are independent and impartial in their decisions. However, what can we mean by "independence" and "impartiality"?

The **independence** of a judge means that other state authorities are not authorized to issue orders that could in any way affect the outcome of the judges' decision-making activity. The independence of the judiciary can be defined to include decision-making without legal and factual effects on the exercise of the jurisdiction of judges, but also the exclusion of their subordination in the exercise of jurisdiction to anyone else. However, the constitutional principles of the independence of the courts and judges cannot be separated because the independence of the judiciary must be regarded as a basic prerequisite for the independence of the judges themselves. An independent judiciary cannot exist without independent judges. The economic presumption of independence of judges rests on their material security.

The independence of the judge must also be seen as their independence from the components of the political system, but also as independence within the judiciary itself; it is also independence from public opinion or media. Only such an understanding of independence is a prerequisite for the

---

<sup>①</sup> Act no. 757/2004 Coll. on Courts and on amendments to certain acts, as amended, Act no. 371/2004 Coll. on the Seats and Circuits of Courts of the Slovak Republic and on the amendment of Act No. 99/1963 Coll. Civil Procedure Code, as amended, Act no. 185/2002 Coll. on the Judicial Council of the Slovak Republic and on amendments to certain acts, as amended, Act No. 385/2000 Coll. on Judges and Associate Judges, as amended.

<sup>②</sup> Article no.141 (1) of Act no.460/1992 Coll. on the Constitution of the Slovak Republic.

<sup>③</sup> Article no.144 of Act no.460/1992 Coll. on the Constitution of the Slovak Republic.

impartiality of judges, which must not be jeopardized by anyone.<sup>①</sup>

The **impartiality** of judges is defined in particular as the absence of prejudice (in the sense of bias) and is regarded as a broader term than independence. The impartiality of the judge must be at the heart of his function, while his independence is merely to allow him to do so. Judicial independence and impartiality also means the independence and impartiality of each individual judge.<sup>②</sup>

Other legislation sets out in detail how judges are to decide in specific cases: the issue of fault is dealt with in detail, in which the objective side of the criminal offence is considered, but also the subjective side, i.e., the person of the offender himself, his motives and the "wanting" of fault itself.<sup>③</sup> However, the assessment and consideration of psychological aspects (in this case the offense) relates solely to the offender. The judge should therefore consider the mental condition, the ability to control himself, the ability to recognize the danger of his conduct to society only in the person of the offender (or the mental condition, psychological characteristics of the witness, etc.). Thus, the legal order of the Slovak Republic regulates in detail the forms of the psychological side of the fault of a person against which the prosecution is aimed or against a participant, but decision-making of a judge is defined only marginally and very generally. Already in the 90s of the twentieth century, this gap was also in our country sought to be filled by the ethics, which in modern and cultural society constitutes an essential complement to law.

Ethics of law is an area to fill the gaps in law. Gaps in law are a natural fact, they arise because the character is (and should be) universal. Law cannot regulate the behaviour of people to the smallest detail, and it is precisely the universality of law due to which situations arise in the application practice that are not regulated by law. Her, ethics can help judges. The codes of conduct have several fundamental

---

<sup>①</sup> Resolution of the Supreme Court of the SR of 23 May 2012, file ref. 1 Nc 30/2012.

<sup>②</sup> Resolution of the Supreme Court of the SR of 23 May 2012, file ref. 1 Nc 30/2012.

<sup>③</sup> The Criminal Act recognizes intentional fault and negligent fault. The intentional fault may take the form of a direct or indirect intention, and the negligence may be conscious or unconscious. Direct intention (*dolus directus*) - the offender wanted to violate or jeopardize the interest protected by the Criminal Act (CA). According to the Criminal Act, the offender wanted to violate or jeopardize the interest protected by this Act in the manner specified in this Act. Indirect intention (*dolus indirectus*) - the offender knew that by his / her actions he could cause such a violation or threat, and if he did, he was aware of it. Conscious negligence (*culpa luxuria*) - the offender knew that he could violate or threaten the interest protected by the Criminal Act, but without reasonable reasons, he believed not to cause such violation or threat. Unconscious negligence (*culpa negligentia*) - the offender did not know that by his actions he could cause such a violation or threat, although he should and could have known about it due to circumstances and personal situation.

Such a division of forms of fault exists in almost all developed countries, and this division is not new; it already existed in Roman law and from there was adopted e.g. into the legal order of Great Moravia. On this issue see in more detail JÁGER, R.: *Nomokánon – právnohistorická analýza a transkript*. Banská Bystrica: Belianum, 2017. JÁGER, R.: *Dejiny štátu a práva na území Slovenska do roku 1848*. Banská Bystrica: Belianum, 2019.

advantages: in the field of the judiciary, codes (but also the principles of judicial ethics) help judges resolve professional ethics issues, giving them autonomy in their decision making and guaranteeing their independence from other authorities. They inform the public of the standards of behaviour that the public can reasonably expect from judges. They contribute to reassuring the public that the judiciary is administered independently and impartially.<sup>①</sup>

On the one hand, ethics creates generally applicable principles that can be applied to every situation and thus allows judges to make decisions in situations that are not covered by law. Also in the Slovak Republic, the Code of Ethics of the judge has been adopted, which can support the decision-making process. However, given the deceitful view of lawyers (not excluding judges) on ethics as on something inferior, it can be assumed that only a minority of judges follow the principles of ethics in their decision-making practice. In our environment, the issue of the legal binding effect of the Judge's Code of Ethics, or the possibility of sanctioning the judge in individual cases of its violation, is not even resolved. In spite of the obvious advantages of a possible practical application of ethical principles in judges' decision-making, judges do not apply it or apply it only to a limited extent.<sup>②</sup>

### **Psychological aspects of judges' decision-making**

To describe the psychological determinants of judges' decision-making, it is necessary to describe the basic psychological features of lawyers' decision-making in general. This issue has not been dealt with in our environment so far by a specific scientific monograph, the authors of this work, who have been lawyers with more than 15 years of legal practice, draw on their experience as well as the academic practice of law school teachers.

The decisive factor for the formation of legal thinking and decision-making is first of all the study of law itself. In our academic environment, teaching law is (unfortunately) dominated by legal normativism,<sup>③</sup> which means that the education of future lawyers is primarily focused on memorizing

---

<sup>①</sup> Opinion no. 3 of the Advisory Council of European Judges (CCJE) to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the principles and rules regulating professional judicial conduct, in particular in the areas of ethics, incompatibility and impartiality. On-line document available on 15.1.2018 from <https://rm.coe.int/168074822f>.

<sup>②</sup> SCHNEIDEROVÁ, A. - JÁGER, R.: Terminologické aspekty pomenovania a obsahovo vyjadrovania v etickom kódexe sudcu. In: *Štát a právo*. Banská Bystrica: Belianum: 2018. 5, No. 1-2 (2018), pp. 85-92. BRIX, B.: Súdna etika, globálny pohľad, diskusia v Nemecku. In *Prístup k spravodlivosti – Bariéry a východiská 9 – „Zodpovednosť sudcu: Sudcovská etika a disciplinárna zodpovednosť“*. Pezinok: Via Iuris – Centrum pre práva občana, 2011, p.11. KRŠKOVÁ, A.: Peripetie okolo sudcovskej etiky na Slovensku. In *Výzvy slovenského súdnictva a možnosti zlepšenia existujúceho stavu*. Bratislava: Transparency international, 2012, p.30. KRČOVÁ, E.: O etických problémoch sudcov. In *Právny obzor*. 73, No. 4 (1990), pp. 350-356. KLUČKA, J.: Etické pravidlá medzinárodných súdnych orgánov a tribunálov. In *Právny obzor*. 100, No. 2 (2017), pp. 289-305. KERECMAN, P.: Sudcovia a advokáti, alebo o etických aspektoch vzťahov profesií. In *Justičná revue*. 61, no. 8-9 (2009), pp. 929- 957.

<sup>③</sup> The opposite of legal normativism is the natural law concept, which emphasizes not the observance of the letter of the law, but the observance of “higher principles”. This direction emphasizes respect for justice and goodness, not just

texts of legal norms and their interpretation. The basic problem of this direction is that the students acquire the notion that such conduct is just which is lawful, and unfair (that is, worthy of condemnation) is such conduct which is contrary to law. However, in particular, the history of the 20th century shows that in practice there may be many situations in which human conduct, although lawful, is at odds with the natural perception of good and justice. (As an elementary example, crimes against humanity perpetrated against the civilian population during World War II may be shown, whereas these crimes were in accordance with Germany's law at that time.)<sup>①</sup>

Thus, in future lawyers studying in our territory, no “feeling” or “sense” for understanding of “higher good” or “natural justice” is created. They remain only at the basic level of perception of justice in the sense of: *lawful is everything which is in compliance with law (the so-called legal perception of justice)*. Unfortunately, such perceptions of justice is seen by the authors of this work in almost all lawyers in legal practice, and in discussions with them they see that they do not even understand that the perception of justice may be at a different level than the above-mentioned legal level. Regarding this, academic colleagues are much better off. At least they can admit the existence of natural law principles in law.

Another typical feature of members of the legal profession is the apparent 'controversy' of the activities they carry out. Lawyers working in almost all legal positions enter into litigation with a counterparty. In a dispute, there are major or minor collision situations where the lawyer fundamentally defends the views and interests of his client, and vice versa, refutes the claims and views of the counterparty. But legal disputes do not involve an academic debate aimed at finding an 'objective truth' but (again unfortunately), only promoting the interests of their clients at the expense of the counterparty. In practice, this is done in particular by the fact that the lawyer advocates at all costs the claims of his client and refutes the claims of the counterparty, without the lawyer inwardly believing in the truth of the claims of his client or the false opinion of the counterparty.

---

compliance with the letter of the law. For more on the issue of legal normativism and the concept of natural law, see for example: KRŠKOVÁ, A.: *Dejiny politickej a právnej filozofie*. Bratislava, 2011, p. 188.

<sup>①</sup> It was just after World War II that there was a conflict between proponents of natural and positivist concepts. The contradiction lies mainly in the dispute over the priority between 'natural law' and 'positive law'. Perhaps most acceptably, this contradiction was solved by the German legal philosopher and criminal law theorist Gustav Radbruch (author of a thesis later called "Radbruch formula"). This formula is based on the thesis, (to put it simply), that priority has a positive right, even if it is unfair or ineffective in content. The only exception is a situation where the contradiction between positive law (we can speak in a particular case of law) and justice exceeds a bearable level. Thus, if a law exceeds a bearable level, such a law as an "inadequate law" must give way to justice.

This essential characteristic of the legal profession (we can call it the adversarial nature of their thinking) over time also grows into the personality of a lawyer. Even in personal life, many lawyers tend to refute anyone's claims. Although private and friendly communication with a lawyer often has the elements that a lawyer tends to automatically refute his or her family members' claims, even without even thinking about the truth of his statement.

Although the role of a judge in the current judicial process is not primarily to rebut the arguments of persons involved in the trial, the vast majority of judges initially held other legal positions. It is not possible for a graduate of law studies to become directly a judge; he must have an age and legal practice. And that is why many judges acted as lawyers, commercial lawyers, notaries or prosecutors for some time and became judges only after some time. However, the adversarial nature of their thinking remains. A judge may be influenced in his decision-making by the distortion he carries with him from the exercise of his previous profession.

Another important psychological determinant affecting the work of the judge is the conviction of self-independence and impartiality. Since the Slovak legal order in describing the decision-making activities of a judge repeatedly states that judges are independent and impartial, judges acting for a longer period of time accepted this wording to the extent that they are internally convinced that they are indeed independent and impartial. Even in private communication with friends and colleagues who carry out the activities of a judge, it can be observed that the judges are irritated when they are even asked a question about the possible subjective nature of their decision-making. They also regard the question as to whether their decision-making is really objective and does not contain subjective elements as an 'attack' on their personal integrity, impinging on their 'independence and impartiality'.<sup>①</sup>

Not an insignificant determinant of the decision-making activity of every person (not just a judge) are their own moods or physiological states. We are able to observe the moods at best (we are aware of our current moods or emotions) and subject our decisions to it. Personally, if I feel 'I am not in a good mood', I leave the correction of essays for later. If in this state I have to test students on a specific date that I cannot change, before testing I will at least knowingly say that "I am not in a good mood, but students are not responsible for it, I will try to objectively assess their knowledge". Although I cannot plausibly determine the extent to which my pursuit of objective evaluation is truly successful, I at least try to exclude subjective evaluation because of my own emotions. The question is whether such efforts

---

<sup>①</sup> Cf.: HOLLÄENDER, P.: Nezávislosť sudcov – nekonečný príbeh. In: *Výzvy slovensk ého súdnictva a možnosti zlepšenia existujú éeho stavu*. Bratislava: Transparency International, 2010, pp.20-29.

to eliminate the negative effects of their own moods and emotions are also being carried out by my colleagues and judges who are inherently convinced of their independence and impartiality.

Like our own emotions, we are also affected by physiological processes that we are less aware of. US statistics have shown that convicts who have applied for parole have had a significantly higher chance of being released if their case was dealt with after lunch. The justification is simple, after the judge made his decision after having lunch, he was calmer and his decision was more conciliatory.<sup>①</sup>

Another psychological determinant that is characteristic of almost all people in their decision-making activities is 'subjectivity'. It is a common phenomenon that in decision-making people are subjective: it is manifested mainly by individual sympathy or antipathy towards the person we decide about. Although people are unaware of this, the physical appearance of the person is very closely related to the person's sympathy, and consequently we tend to make a more favorable decision regarding the person we decide about. It is the investigations of the courts in the US that show a more favorable tendency in guilt and innocence decisions towards persons who are "obviously sympathetic" than those who do not have this physical advantage.<sup>②</sup> Since in the United States the decision-making power of guilt and innocence has a jury consisting of lay people, it is easier to follow their tendency in decision-making regarding guilt and innocence based on the physical characteristics of the person they decide about. Statistics from this decision-making process show that persons who are physically more attractive and able to communicate verbally well have a significantly higher chance of being judged innocent by the jury (as opposed to those who do not have these "assumptions").

There is also evident racialism (or xenophobia) of the jury members in the decision-making activities of the US jury courts. If the accused standing before the jury is of a Afro-American or Latin-American origin, the probability of finding him guilty is significantly higher. However, there are also explanations that it is the members of these ethnic groups commit more crime, so the probability of their conviction is higher.

---

<sup>①</sup> EGGLEMAN, D.: *Cesta do hlubin mozgu (the Brain with Dr. David Eagleman)*. Londýn, New York: BBC, 2015. (Video-document)

<sup>②</sup> Although such subjectivity in decision-making can also be presumed in judges working in courts in the Slovak Republic, statistics that would prove such proceedings are not publicly available. The absence of such statistics may be due to the fact that the publication of such data could be considered as an attack on the "independence and impartiality" of judges, to which members of the judiciary are very sensitive. Similarly, the prominent Czech legal theoretician Pavel Hlaender commented on the independence of courts: "*The independence of courts and judges is considered one of the key conditions for the quality and unencumbered performance of the judicial profession and for fair and transparent decision-making of courts. On the other hand, it is the principle of the independence of the courts that can become a fetish behind which there may be errors or insufficient performance of the courts.*" HOLAENDER, P.: *Nezávislost soudců – nekonečný příběh*. In: *Výzvy slovenského súdnictva a možnosti zlepšenia existujúceho stavu*. Bratislava: Transparency International, 2010, pp.20-29.

In order to prevent such apparent distortions in the decision-making process of US jury members in legal proceedings, jury members receive brief training before taking up the role of juror, alerting them not to take into account skin colour, ethnic origin or sympathy and antipathy towards accused persons. However, it is questionable how effective such training is (usually done only by projecting an instructional video to the jury members) and whether it can change the behavioural and decision-making patterns of jury members in a relatively short time.

An interesting attempt to eliminate subjective predispositions in the decision-making of jury members in the US is also a series of procedural acts designed to prevent the irrational accusation of the accused in court before the trial itself begins. These include, for example, the fact that the accused cannot be brought before the jury in the handcuffs. It is believed that if jury members see the accused in handcuffs, they would tend to consider him guilty. In practice, this is done by bringing the accused with the handcuffs in the courtroom, then putting the handcuffs off, and then bringing the members of the jury. At the same time, if it is necessary for security reasons for the accused to be handcuffed, he is handcuffed only on his feet, with his hands free, and sitting behind a table where jurors do not see his handcuffed legs. Although in this case we may have doubts as to whether these measures are effective, we can at least appreciate the effort to eliminate or reduce subjective determinants in the decision-making of jury members in the US.<sup>①</sup>

Another typical feature of US courts' decision-making is that the jury decides on the suspect's guilt or innocence. Such a system of judicial decision-making is not new. Already in ancient Athens, guilt and innocence were decided at public gatherings of single adult men who decided on guilt and innocence by secret ballot.<sup>②</sup> (Even the judicial decision-making of our Slavic ancestors in pre-Christian society is believed to have taken place at meetings of several men carrying out "jury decision-making".) A similar system in which competence has been left to the collective has been applied in many countries as part of historical development at different times, and in some countries it still exists today. The original idea of leaving the judicial decision-making to a collective based on the idea that the collective will decide on the guilt or innocence more objectively (it is more difficult to manipulate more than one individual) appears at first sight to be logical and rational. However, not everything that may

---

<sup>①</sup> The possibilities of applying a similar principle, in which laymen (as in the US) will be involved in the arbitration activities of courts is dealt with by Miroslav Beblavý. BEBLAVÝ, M.: Vstup verejnosti do rozhodovania súdov. Prezentácia možností. In: *Vývy slovenského súdnictva a možnosti zlepšenia existujúceho stavu*. Bratislava: Transparency International, 2010, pp. 86-92.

<sup>②</sup> Also Socrates was convicted by such jury court.

at first glance appear "logical" or "rational" is ultimately what it is. Jury decision-making (in which unanimity is necessary in the US judicial system) is a form of collective decision-making.

On collective decision-making in which it is necessary to achieve unanimity Koukolík states that "collective stupidity" is being applied. This is a way of thinking that people fall into if the pursuit of unanimity prevails over the motivation to materially (vecněmu hodnotení) evaluate the possibility of acting differently. Such action is manifested, inter alia, by the rationalization of erroneous decisions, belief in the moral justification of the existence of the group and its decisions, self-censorship and illusion of unanimity associated with pressure on non-conformist group members, protection of awareness against negative information, sharing of thinking stereotypes and stereotyping of individual groups.<sup>①</sup>

Elsewhere, Koukolík points out the conformity of the members of the decision-making team (in our case, the arbitration tribunal in the USA). "Let us imagine a jury deciding on the guilt or innocence. The undecided jury member discovers that two other jury members are convinced of guilt, six of innocence, the remaining four, including our undecided member, are silent. The probability that the undecided jury member joins a group that is convinced of innocence, is in this case greater than 75 percent. There is talk of bias arising from conformity."<sup>②</sup> Although the above example has a positive outcome from the legal point of view (the defendant has been acquitted), and the legal principle is applied that in doubt about guilt or innocence, we should incline to the defendant's innocence. If the situation was reversed (six members of the jury believe in guilt and two in innocence), the outcome would be unfavourable to the accused: there would be a 75% probability that undecided members would be inclined to believe he was guilty. The most important thing is that the result of the jury's decision-making is not the result of rational and logical reasoning, but of something as simple (and irrational and illogical) as simple conformity.

Since jury decision-making (not only in the US, but in all countries where such a system is implemented) is a collective decision-making process with the requirement of unanimity, we are faced with a serious problem in the light of the above. Decision making, which we have previously described as generally accepted as 'logical' and 'rational', is not such. Such decision-making is not only irrational, but vice versa, an irrational decision is moreover given a "label" of rationality, and the "collectivity" of decision-making not only for the jurors themselves but also for the wider public creates the

---

<sup>①</sup> KOUKOLÍK, F. *Rozhodování* v Praze: Univerzita Karlova v Praze, Nakladatelství Karolinum, 2016. p. 32.

<sup>②</sup> KOUKOLÍK, F. *Rozhodování* v Praze: Univerzita Karlova v Praze, Nakladatelství Karolinum, 2016. p. 36.

misconception that such adopted decision is even more correct as if adopted by the individual.

Based on the above description of the implementation of decision-making in the conditions of the judiciary of the Slovak Republic and the USA, it would appear that the authors of this work do not incline to the US judicial system. Although the Slovak judicial system also has obvious disadvantages, the subjectivism of the decision-making of the US jury courts is significantly higher than that prevailing in the countries of the old continent, in the so-called continental legal system, which also includes the Slovak Republic. In particular, the arguments of US attorneys are based purely on evoking positive or negative emotions in the jury members. The argumentation in the US is rational or legal in nature only to a small extent. The attorney does not seek to explain the arguments in terms of the interpretation of the law. These arguments are largely difficult to understand for laymen, and therefore attorneys in the United States tend to seek emotional arguments that show their client as a pious, honest and hardworking person, or show the opposing party as a "non-church going" person or "leading an immoral life" which causes sensation in the jurors, and they decide on the simple equation: "*He does not go to church, has no God in his heart, he is a bad man, he is guilty*".

Thus, although the system of court decision-making in the Slovak Republic has obvious gaps and possibilities for improvement, the authors of this work consider it (at least a little) better. This statement is based primarily on the fact that, although our judges are subject to a certain degree of subjectivism in their decision-making, at least there is an effort for rational and legal argumentation. However, here too it is possible that the authors of this work consider "our system of court decision-making to be better only because it is subjectively determined by the fact that what is intrinsic to our culture is automatically considered to be better". Perhaps the authors of this work did not avoid subjectivism in deciding which decision-making system is better.

## Literature

- ARISTOTELES: *Etika Nikomachova*. Praha : REZEK, 2009.
- BARÁNY, Eduard: Viazanosť štátu vlastným právom. In: *Právny obzor*, No. 96, 2013/6, p.571.
- BEBLAVÝ, Miroslav: Vstup verejnosti do rozhodovania súdov. Prezentácia možností. In *Vývy slovenského súdnictva a možnosti zlepšenia existujúceho stavu*. Bratislava: Transparency International, 2010, pp. 86-92.
- BRIX, Barbora: Súdna etika, globálny pohľad, diskusia v Nemecku. In: *Prístup k spravodlivosti – Bariéry a východiská 9 – „Zodpovednosť sudcu: Sudcovská etika a disciplinárna zodpovednosť“*. Pezinok: Via Iuris – Centrum pre práva občana, 2011, p.11.
- ELBERT, Ľudmila: *Rule of Law a medzinárodné právo*. Košice : UPJŠ, 2015.
- EGLEMAN, David: *Cesta do hlubin mozgu (the Brain with Dr. David Eagleman)*. Londýn, New York: BBC, 2015. (Videodokument).
- GÁLIKOVÁ, Silvia: *Psyché – od animálnych duchov k neurotransmiterom*. Bratislava: Veda, 2007.
- GANDŽALOVÁ, Daniela: Slušnosť, morálka a dobré mravy v práve. In: *Acta Oeconomica* No 18:

- etika v ekonomickom prostredí III. Banská Bystrica: Univerzita Mateja Bela, 2005.
- HOLLAENDER, Pavel: Nezávislosť sudcov – nekonečný príbeh. In: *Výzvy slovenského súdnictva a možnosti zlepšenia existujúceho stavu*. Bratislava: Transparency International, 2010, pp.20-29.
- JÁGER, Róbert: *Nomokánon – právohistorická analýza a transkript*. Banská Bystrica: Belianum, 2017.
- JÁGER, Róbert: *Dejiny štátu a práva na území Slovenska do roku 1848*. Banská Bystrica: Belianum, 2019.
- KERECMAN, Peter: Sudcovia a advokáti, alebo o etických aspektoch vzťahov profesií. In *Justičná revue*. 61, No. 8-9 (2009), pp. 929- 957.
- KOUKOLÍK, František: *Rozhodováním* Praha: Univerzita Karlova v Praze, Nakladatelství Karolinum, 2016.
- KOŠČ, Marián: *Základy psychológie*. Bratislava: SPN, 1998.
- KLUČKA, Ján: Etické pravidlá medzinárodných súdnych orgánov a tribunálov. In *Právny obzor*. 100, No. 2 (2017), pp. 289-305.
- KRSKOVÁ, Alexandra: Peripetie okolo sudcovskej etiky na Slovensku. In *Výzvy slovenského súdnictva a možnosti zlepšenia existujúceho stavu*. Bratislava: Transparency international, 2012, p.30.
- KRČOVÁ, Erika: O etických problémoch sudcov. In *Právny obzor*. 73, 4 (1990), pp. 350-356.
- NOVOSÁD, František – SMREKOVÁ, Dagmar: *Dejiny sociálneho a politického myslenia*. Bratislava, 2013.
- PIRY, Martin : Verejný záujem in. Finančné právo, daňové právo a správne právo v európskom priestore. Zborník vedeckých štúdií. Banská Bystrica: Belianum, 2019.
- VALEŠ, Lukáš: *Dejiny politických teórií*, Plzeň, 2007.
- VALENT, Tomáš – CHOVANCOVÁ, Jarmila: *Texty z právnej filozofie*, Bratislava, 2014.
- WEEKS, Marcus: *Psychológia*. Bratislava: Ikar, 2015.
- ŠARKAN, Martin: Zásada vnemu alebo „Something Nearly Enough“. In: *Studia Aloisiana*, roč. 9 (2018) No.2.
- SCHNEIDEROVÁ, Anna - JÁGER, Róbert: Terminologické aspekty pomenovania a obsahového vyjadrovania v etickom kódexe sudcu . In *Štát a právo*. Banská Bystrica: Belianum, 2018, 5, No. 1-2 (2018), pp. 85-92.
- TAMANAH, Brian, Z.: *The History and Elements of the Rule of Law*. Washington University in St. Louis Legal Studies Research Paper No. 12-02-07.

## **The dilemma of social governance and solution path under the vision of the rule of law**

FAN Guanfeng

(Law school, Shandong Jiaotong University, Shandong Jinan,250357,China)

**Abstract:** Socialism with Chinese characteristics has entered a new era and put forward higher requirements for social governance. However, there are some predicaments in social governance in China. The citizens' consciousness of law has not been improved despite the popularity of legal knowledge, in the meantime, pragmatism exceeds the thinking of the rule of law; The bonds of trust and loyalty have been loosed between governments, between men; No distinction between right and wrong, baseline of morality regress again and again. The root of the problem lies in the rule of man overpowers the rule of law, the relationship between judicial powers and administrative power is in a state of chaos and dislocation. Facing these problems, it is important to faithful enforcement of constitution and building up the constitution authority, in order to advance the modernization of the national governance system and governance capability. On the other hand, it is necessary to strengthen civic awareness education, At the same time, we should strengthen the cultivation of social organizations. only in this way can we dissolve these problems gradually.

**Key words:**rule of law; social governance; dilemma; Solution path

## **On the methods and carriers of integrating socialist core values into rural justice**

Han Zhenwen Wei Dandan

**Abstract:** How to respond to the mainstream values is a problem that needs to be solved carefully in judicial practice in order to speed up the construction of rural governance system and to improve the modernization of the governance capacity. There have been many heated discussions in the academic circles. The main point of view is that the socialist core values should be written into the law by legislation at the national level, but this will inevitably cause the judicial judges to apply law mechanically, have formative judgment reasons, abuse political language and even make unjust judgments. In order to avoid this kind of phenomenon, we should focus on grass-roots courts. At present, a large number of cases involving the integration of core values occur in grass-roots courts (or dispatched tribunals). Therefore, the implementation of specific legal methods from the grass-roots level is the right way to integrate the socialist core values into the rural justice. Second, in the face of the problem of decision-formatting existing in a large number of rural justice practices, it is necessary to strengthen the decision-making reason as the specific application carrier to further obtain the acceptance of the public opinion on judge's decision.

**Key words:** Rural Justice; Socialist Core Values; Rural Revitalization; Legal Methods; Argument Carrier

## **The Social Mechanism of Urban Comprehensive Law Enforcement Recognition——**

**Based on the Social Investigation of the G Street Law Enforcement Team of the Southern S City**

Hu Jingyang

**Abstract:** The city's comprehensive law enforcement system based on the system of “relatively centralized administrative punishment” is at the end of urban governance, and it bears the most difficult part of the government's law enforcement function, and it is also the comprehensive focus of social contradictions. Urban comprehensive law enforcement is not recognized, stemming from the structural constraints of diversified interests, the institutional constraints of government decision-making risk focus, and the daily practical constraints of street political confrontation. Based on the practice investigation of the G street law enforcement team in the southern S city, this paper proposes a social identification mechanism for urban comprehensive law enforcement in the four aspects of system construction, rule of law orbit, field conversion and value shaping, and explores the city that fits the law of urbanization in China. The road to governance, with a view to providing solutions to the city's comprehensive law enforcement dilemma.

**Key words:** Urban comprehensive law enforcement; social identity mechanism

## **The promotion of the new era of grid social governance and the construction of the rule of Law Society**

Jian Congjin

**Abstract:** Grid social governance is an institutional innovation that meets the objective needs of contemporary Chinese social governance at grassroots levels. In the new era of grid social governance, it is necessary to change the command-and-control thought in community governance, transform the traditional social management model---the government as the single management subject---, into the pluralistic governance mode--- that is, a good interactivity between the top-down administrative control and management, and the down-top self-governance by the society. And the core goal is to achieve socialization and rule of law in grassroots social governance. The basic instrument is the effective construction of a society ruled by law. As such, it requires to reform the command-and-control thought, further strengthen the legitimacy and standardization of government governance, fully respect and protect the basic rights of the people, and truly ensure the people and their social organizations as important subjects in carrying out social governance. At the same time, attention should be paid to the coverage of the law, strengthening its social internality, building a synergy mechanism between social norms and laws such as civil statutes, ensuring the functions of social subjects in terms of abiding laws and respecting regulations, and enhancing the social pressure mechanism of the laws.

**Keywords:** Gridded, Social Governance, A Rule-by-law Society

## **Practice Development and Mechanism Innovation of Intelligent Courts in China**

### **From the Perspective of Social Governance**

Li Bingshuo

( Jiangsu University Law School Jiangsu Zhenjiang 212013)

**Abstract:** It has become an important content of judicial reform to promote the modernization of judicial capacity through the deep integration of judicial trial and Internet technology. The construction of intelligent court is of great significance in improving the quality and efficiency of trial, effectively coping with the increasing litigation pressure, and promoting the modernization of national governance system and governance capacity. However, it still needs further analysis on such issues as the effective application of judicial big data, the reasonable boundary of AI in judicial practice, and the subject of the audience of judicial publicity. Moreover, the construction of grassroots intelligent courts in China needs to adjust measures to local conditions, constantly optimize the environment of information construction, improve the ability of collecting and applying judicial big data, and strengthen the construction of judicial publicity and litigation service platform centering on the public.

**Key Words:** Social governance; Intellectual courts; Judicial big data; Artificial intelligence; Judicial public

## **Improvement of Public Participation System in Environmental Protection from the Perspective of Social License to Operate(SLO)**

Li Fei

(Law school, Nankai University Tianjin Nankai 300350 China )

**Abstract:** At present, public participation in environmental is highly formalized, and it is difficult to achieve its due role. The concept of SLO can provide some reference for public participation in environmental protection, such as attaching importance to the substantive value of public participation in environmental protection, emphasizing the sustainability of public participation, and clarifying the decision-making power of public participation. On this basis, relevant suggestions are put forward, to establish a "dual" dialogue mechanism for public participation in environmental protection, to create new forms of public participation in environmental protection, and to improve relevant supporting systems, so as to better the system of public participation in environmental protection.

**Key words:** Social License to Operate(SLO); Public Participation; Environmental Protection

## **Construction of a society based on the rule of law by the grid social governance**

Pang Zheng, Li Fei

**Abstract:** Grid social governance effectively integrates government resources and social forces and sinks into the process of grid based grass-roots social governance, which has its unique advantages and is an important innovative way of social governance. There are many overlaps in practice subject, institution dependence, operation mechanism and practice target between grid social governance and construction of a society based on the rule of law. Grid community can become the main field of construction practice of a society based on the rule of law. To this end, it is necessary to incorporate social multi—subject into the grid social governance platform, and use the platform to carry out propaganda and education on the rule of law, promote political and social interaction, provide public legal services, resolve social conflicts and disputes, and cultivate grass—roots democratic politics, so as to promote the construction of a society based on the rule of law.

**Key words:** grid social governance, construction of a society based on the rule of law, grid community, social organization

## **The exploration and practice of the participation of rural elites in the reconstruction of agricultural management in western Guangdong**

Li Xiang

(school of management, guangdong ocean university, zhanjiang 524088, China)

**Abstract:** With the loss of elite talents in rural areas, agricultural management is facing a crisis with no successors, being placed in jeopardy. In recent years, the project of "returning to Outside Village Talented Persons " has sprung up all over the country, which is an exploration of rural development with traditional local characteristics. Outside village talented persons, with good words, deeds and moral sentiments, are deeply recognized and convinced, which has the distinct characteristics of the times of the development for agricultural modernization. Being the "root" of the local characteristics, the outside village talented persons can reshape the centripetal force of the countryside, reconstruct the rural imagination and promote the deepening of agricultural management. Taking Wencun in Wuchuan, Guangdong as an example, the practical exploration between outside village talented persons getting involved and agricultural management reengineering is clarified. Their remarkable effect for Wencun Practice couldn't be separated from the empowerment and financial support of the local government, the centripetal cohesion of rural areas brought by the personalized charm of the sages in the countryside, and the market-oriented thinking and professional operation ability. Therefore, we should be good at cultivating and discovering the local sages, optimizing the reform of rural work system, promoting agricultural business reengineering and building beautiful countryside. Therefore, we should be good at cultivating and discovering the local village talented persons, optimizing the reform of rural work system, promoting agricultural management reengineering and building beautiful countryside.

**Key Words:** Outside Village Talented Persons; Distinct characteristics of the times; Agricultural Management Reengineering; Wencun Practice

## **The Significance of the Subsidiarity Principle to the Modernization of China's Governance**

Li Xudong

(South China University of Technology, Law School, Guangzhou University City, Guangdong 510006)

**Abstract:** Modernization of state governance requires innovation in governance theory. As an emerging theory of governance, the principle of subsidiarity is gradually politicized and legalized from a social philosophy in our times, and it plays an increasingly important role in governance. China should pay attention to this emerging governance theory and comprehensively understand its basic connotation: it is conducive to guaranteeing "Subordinate rights" and consolidating grassroots and local governance; it is conducive to regulate superiors' intervention in lower-level affairs, and contributing to power in the vertical dimension as a whole. It also attaches importance to the balance of power and rights in the horizontal dimension, and helps to build a system of cooperation and governance between the state and society. It focuses on regional and global governance and on the construction of international and global governance systems. It transcends the traditional single identity of citizens, faces the complex and complex reality of contemporary identity, and is forward-looking towards the development of future governance theory. As a modern type of governance theory, the Subsidiarity principle has many aspects for the development of governance theory in China.

**Keywords:** Subsidiarity principle; governance theory; central-local government's relationship; decentralization; global governance

## **Reconstruction of Comprehensive Administrative Law Enforcement Paradigm: A Perspective of "Technical Empowerment"**

——Based on the practice case of “Smart City Management” in L City of H Province

Li Xuesong

(School of Political Science and Public Administration, Center for State Governance and Public Policy Research, Wuhan University, Wuhan, Hubei, 430072)

**Abstract:** At present, the fourth industrial revolution, represented by emerging information technology, has rapidly unfolded, triggering a systematic change in the field of comprehensive administrative law enforcement reform. Technological change is a new driving force for the reconstruction of the comprehensive administrative law enforcement paradigm. From the "structural collision" to the "system interaction" operational logic and the research framework from "technical empowerment" to "smart governance", in the implementation of technology shaping, H The “Smart City Management” model of L City in the province provides empirical evidence for the reconstruction of the comprehensive administrative law enforcement paradigm. Studies have shown that this kind of reconstruction promotes the integration of law enforcement teams, the sinking of law enforcement forces, and the coordination of law enforcement structures. However, at the same time, it faces insufficient resource pooling and information sharing, insufficient application and promotion, lack of informationized talents, technical paradoxes, etc. In reality, this requires strengthening the design of a smart city management system, expanding the sharing of information and data resources, expanding the content of the comprehensive administrative law enforcement platform, and improving the comprehensive administrative law enforcement system.

**Key words:** Comprehensive administrative law enforcement; paradigm reconstruction; technical governance; smart city management; deepening reform

## **On the Innovative Methods and Paths of Government Social Governance**

### **in the New Era——Based on the Perspective of Government Rule of Law**

Liu Tongjun

(Jiangsu University Law School Zhenjiang 212013)

**Abstract:** Adhering to and improving the social governance system that is a new path that effectively responds to the people's demand for democracy, rule of law, equity, justice, security and environment. Promoting the innovation of government social governance is the logical necessity to realize the modernization of national governance system and governance capacity. The theory of government rule by law provides theoretical tools and value support for the innovation of government social governance in the new era. Good governance is the value pursuit and fundamental basis of government social governance innovation. Good governance in accordance with the law is the method choice of government social governance innovation in the new era. In the process of comprehensively governing the country by law, the government by law is the inevitable path of the government's social governance innovation. Adhering to the leadership of the party, promoting the construction of government under the rule of law and promoting institutional innovation are the core, substance and key issues of the legalization of the government.

**Key words:** The theory of government by law; Social governance innovation; Good governance by law; Under the rule of law

## The Implementation and Effect of Special Governance

-- An Empirical Investigation of Poverty Alleviation Action in Anzhen

Bo Lu

**Abstract:** Winning the fight against poverty is a key part of China's goal of building a moderately prosperous society in an all-round way as scheduled. It is an important grasp and carrier for promoting the harmonious development of our society. However, in the course of concrete practice, grassroots governments often fail to match policy objectives with policy tools because of their shallow insight into the characteristics of the two major policy tools, insufficient empirical background analysis, and insufficient dialectical detailed views and innovation application capabilities. Policy tools are difficult to cope with the complex application environment of grassroots society, resulting in unsatisfactory governance. Based on the above problems and difficulties, this paper takes Anzhen's action to fight poverty as the research object, analyzes the theory and practice logic of the two major policy tools in depth, and grasps the gear characteristics and ultimate orientation of the scientific revolution. Based on this, the paper analyzes the tool selection, operation process and implementation effect of special governance for poverty alleviation. As an important paradigm in the scientific revolution, traditional special governance plays a positive role in building the environment, integrating resources, driving interests, producing power, and comprehensively governing poverty eradication. At the same time, there are also limitations such as "target replacement", "elite capture", and "temporary response". Therefore, we try to put forward an ideal model for the establishment of a new conventional science in order to continuously innovate and improve the system and mechanisms for poverty alleviation with Chinese characteristics.

**Key words:** special governance; conventional governance; Poverty alleviation ; Scientific revolution

## **The theoretical orientation and correlation of the society under the rule of law and social governance**

Pang Zheng

**Abstract:** To a large extent, an overlap between the realms of social governance and society under the rule of law exists both in theory and practice, whereas these two realms have different functional orientations as independent analysis tools. The society under the rule of law refers to a social state in which a good order is created by national laws and self-generated social rules. The basic feature of its existence and operation is the social autonomy with social organizations as the main subject. The category of social governance describes a management approach which is government-led and society-involved. Under the current social economic and social structural conditions in China, social governance is not suitable for being positioned in a social centralism paradigm. These two concepts have differences in research domain, problem orientation, concept function, practice subject, and practice content. At the same time, there are many consistencies in social structure conditions, operational mechanism, institutional dependence, and value orientation between these two concepts.

**Key words:** the society under the rule of law; social governance; orientation; correlation

## **Analysis on the legal mechanism of "trust" in social governance**

Ren Guozhen

**Abstract:** As the basic mode of governance in the new era, the rule of law not only plays a fundamental role in promoting the modernization of national governance capacity and governance system, but also plays an irreplaceable role in social governance. Rule of law mechanism has basic position and safeguard value in social governance. In order to further promote the research on social governance and the development of the rule of law, to display the internal logic of social governance and the development of the rule of law more richly, and to broaden the research horizon of social governance and the development of the rule of law, it is necessary to deeply study the legal mechanism of trust. It is the "trust imperfection" in social governance in the process of economic operation that gives birth to the necessity of "system" construction in social governance, and the "system" in social governance, as a "meta" condition against uncertainty, also presents the "incompleteness". Therefore, the relationship between trust and power rent-seeking in social governance is not completely opposite, but has a complex evolutionary path.

[key words] Social governance; Trust; Mechanism of rule of law

## **The Effective Response and Action of the Government to the Public Interest legal Service**

Shi Wenlong

College of philosophy, Law and Political Science, Shanghai Normal University

**Abstract:** Public interest legal service is a widely used term in recent years, and has received much attention from the government and judicial administrative departments. Public interest legal services are related and differentiated from public legal services and social legal services. We expand the interpretation of public interest legal services, and divide the public interest legal services into broad explanations and narrow interpretations. The extraterritorial experience of government supported public legal services in Britain, the United States, France, New Zealand and Hongkong, Taiwan is worth learning from. When promoting the public interest legal service, our government should innovate the judicial administrative work with a prudent attitude. When promoting the public welfare interest service, the government's position should be the guidance and guidance.

**Key words:** Government, Public Interest Legal Service, Response and Action

**Comparison of education between Slovakia and China: the significance of the systematization of  
“the Bologna process”**

Wang Chi

**Abstract:** Comparison of education between Slovakia and China can analyze how to develop the educational cooperation between Slovakia and China. ‘The Bologna Process’ has the significance of the systematization on Slovak higher education development. This has reference to the development of Chinese education. Through this study, we study the advantages of ‘the Bologna Process’ on education integration and rule of law development in Slovakia’s higher education. This paper also analyzes the shortcomings of Slovak international education development, and finds the complementary of educational cooperation between China and Slovakia. This paper proposes the hypothesis of promoting the development of education in Slovakia in the end.

**Key words:** Education, the Bologna Process, Rule of law, Economy, Chinese market

**The Evolution Logic of Urban and Rural Governance over the Past 70 Years in China: the  
Perspective of Symbiosis Theory**

WU Xiaolong

(College of Humanities and Social Sciences, Nanjing University of Aeronautics and Astronautics,  
Nanjing 211106, China)

**Abstract:** The framework of "symbiotic governance" includes four elements: symbiotic unit, symbiotic environment, symbiotic interface and symbiotic mode. It is great practical significance to explain the evolution logic of urban-rural relations of China from the theoretical framework of "symbiotic governance" over the past 70 years. The research finds that the governance of urban and rural areas has undergone three important transitions in China. It mainly includes "parasitic governance" from 1949 to 1978, "commensalism symbiosis governance" from 1978 to 2002, "asymmetric mutualism governance" from 2002 to 2017, and "symmetrical mutualism governance after 2017. The structural relationship between urban and rural areas reflects the overall changes of Chinese society. So essentially, symbiotic governance between urban and rural areas follows a gradualist reform plan and reflects the reconstruction of the relationship between the state and farmers in the construction of state power. The ultimate goal is to achieve spatial justice of urban and rural communities in symmetrical mutualism governance.

**Key words:** Rural Revitalization; Symbiotic Governance; Parasitic governance; Commensalism Symbiosis Governance; Symmetrical Mutualism Governance

## **The Legal Bewilderment of Intelligent Internet and Appropriate Advancement of Its Legislation**

XING Hongfei, LV Handong

(Law School, Hohai University, Nanjing 211100, China)

**Abstract:** The rapid development and application of the intelligent internet has brought about many changes. The application rules of virtual society, human-computer interaction, algorithm, makes the current legal system faces a series of challenges: traditional legal justice is hard to measure some choices, both legal norms cannot cover and adjust some new rights, judicial system encounter obstacles in their application, etc. The crux of these challenges lies in the excessive lag of laws. In addition to the natural lag of laws, conservative legislative principles and complicated legislative procedures are also important factors. Therefore, it is necessary to establish the moderately advanced principle of network legislation, explore the legalization of network technology standards, promote the intellectualization of network legislation, formulate the "basic law" of network, and establish the network legal system suitable for the intelligent Internet era.

**Keywords:** Internet; Risk society; Network legislation; Moderately advanced

## **Sports Law Enforcement from the Perspective of Residual Control Rights**

Yang Li

**Abstract:** Sports law enforcement has become a weapon of governance that cannot be ignored in the field of administrative law enforcement. Different subjects have drawn different research conclusions from different paths and methods, generally speaking, the evaluation of sports law enforcement in the academic circles has completely negated in three different stages. However, the academic community lacks a profound analysis and consistent interpretation of the operational logic of sports law enforcement, making the perception of sports law enforcement often in a state of mind. Based on the principal premise of principal-agent, residual control and rational expectation, this paper proposes an model of sports law enforcement by constructing an economic model of administrative law enforcement agencies, local governments and social benefits, make an interpretation of sports law enforcement. The study also shows that when law-specific conditions are met, sport law enforcement may achieve “institutionalization”.

**Keywords:** Sports law enforcement; principal-agent theory; residual control rights; institutionalization trend

## **The Culture of the Rule of Law as a Political Concept: Inherent Tension and Normative Appeals**

Yang Jian\*

**Abstract:** The current studies on the culture of the rule of law are dominated by what might be called a structuralist framework. This paper argues that this structuralist framework miss the question of whether or not the culture of the rule of law as an independent academic concept has inherent tensions. Yet this is a question of great theoretical importance. This paper also proves that the existing two main approaches denied the inherent tensions exemplified by the Suli approach and the Neo-Legalist approach, is doomed to fail. A more promising approach is to treat the culture of the rule of law as a political concept, which manifests the commitment the CCP and government make to all citizens that the state is determined to make the rule of law an integral part of our ways of the life and common values. Given the very nature of normative concept, the culture of the rule of law as a political concept implies that the CCP accept three theses in constructing the project of the rule of law: the necessity of political legitimacy, the possibility of the realization of the rule of law, and the cultural constraints on constructing the rule of law.

**Key Words:** the Culture of the Rule of Law; Inherent Tension; Legitimacy; Normative Appeals

---

\* Associate professor of Legal Philosophy , Nanjing Normal University Law School. [qinren.yang@gmail.com](mailto:qinren.yang@gmail.com)

## Legal System with Virtue in Legal Governance of Risk Society

Yang Zhiwen

**Abstract:** The frequent manifestations and characteristics of risks in the period of social transformation indicate that China now has the characteristics of a risk society and needs to promote the rule of law. The logical form of the evolution of rule of law shows that modern rule of law is a social governance mode based on the richer virtue elements of human legal system. Risk society promotes the further transformation of the operation form of modern rule of law. It not only makes the quality and value concept of the law accept the corresponding “forging”, but also makes the implementation mechanism of the legal system change, and social governance relies more on the virtue of legal system in operation. The rule of law as a governance of risk society reveals the more demands of modern risk governance for legal system with virtue. Risk social governance needs to constantly improve or remould the virtue of legal system. The governance of risk society in current China must attach importance to the relevant construction of legal system with virtue. It should not only pay attention to the renewal and expansion of legal virtue in order to govern risk society by modern rule of law, but also focus on the realistic characteristics and specific scenarios of Chinese society to solve the difficult problems.

**Key words:** Risk Society; Governance by Law; Legal System with Virtue; Modern Rule of Law; Legal System

## **The Course, Logic and Experience of Crime Governance in Grass-roots Society (1949-2019)**

**Zhang Jian**

**Abstract:** 70 years since the founding of new China, crime governance has undergone three stages, namely, 30 years before reform and opening up, the initial stage of reform and opening up, and the new era. The three stages of governance model show different characteristics because of the differences of governance subject, governance content and governance mode. Although there are great differences in the governance modes of these stages, they follow the inherent logic of succession in the deep level. With the deepening of reform, the mode of state governance has undergone profound changes. In view of the challenges faced by grass-roots social crime governance, state-led multi-subject participation in governance provides a direction for reform.

**Key words:** crime governance; governance model; grassroots society; Longquan

**Community "Big Party Committee" building a new pattern of urban community governance—  
—Take F district of hangzhou for an example**

Zheng Junjie

**Abstract:** Urban community governance is the foundation and an important part of social governance. During the period of social transformation and comprehensive deepening of reform, the concept, mode and means of governance need to be constantly innovated. To improve the overall level of social governance depends on the community as a small unit of urban social governance and effectiveness promotes the refinement of social governance. On the basis of the practice of community co-construction and co-governance for many years, F district of Hangzhou actively explores the innovation of urban community governance under the system of "big party committee" in the community, which provides useful experience for strengthening the party building at the grass-roots level in the new era, improving the system and mechanism of community governance, and realizing the practical direction of modernization of urban community governance.

**Key words:** Community Party Committee; Community Governance; Grass-roots Party Building

## The Alienation Risk and Prevention of Governance at the Source of Litigation

### —From the perspective of functionalism

Zhou Suxiang

**Abstract:** As an innovative practice of "FengQiao Experience", Governance at the source of litigation is an important reform direction for the current local courts to manage disputes at the source. From the perspective of functionalism, the reform program is justified. However, taking Q city as the object of investigation, it is found that the existing practice has the ethical risk of impairing the judge's "neutral" role, exceeding the limits of active judicial, legal risk of the registration system for over-the-counter filing, Obscuring the boundary between mediation and reconciliation, and the division of functions of state organs, and the technical risk of insubstantial mitigation of the problem of inducing disputes and shortage of staff. To curb the risk of governance at the source of litigation, It is necessary to use the dialectical interpretation of "judicial for the people" as a logical premise, and emphasize the non-central status of the court and the judicial referee function at the subjective level. On the objective level, on the basis of court's resource dichotomy and differential performance appraisal, it emphasizes the integration of governance concepts in judicial trials and the embedding of judicial social work in grid governance.

**Keywords:** governance at the source of litigation; dispute source governance; Court; functionalism; risk

## **Reconstruction of grassroots social governance based on "Fengqiao Experience" in the new era**

**Zhu Huandong**

**Abstract:** With the proliferation of motor vehicles, The road traffic accident dispute presents the continuous growth trend for many years. Social governance also lacks a standardized and effective dispute resolution mechanism, Such cases flood into the courts, Keep the judges busy. Under the impact of the Internet wave, All over the country try to reform the traditional traffic accident dispute resolution mechanism, with yuhang experience model as the most typical one, which has achieved good legal and social effects. Considering the differences in social conditions and public opinions in various parts of China, especially the unoptimistic legal environment at the grassroots level, the reform of integrated operation of road transportation has encountered great resistance in some areas. In the process of work, the author reviewed 3,000 legal documents concerning liability disputes in road traffic accidents, and asked 200 people, including lawyers, judges, mediators and appraisers of judicial appraisal, to reconstruct the mode of disputes in road traffic accidents from the perspective of judges. Hope through this article, summed up the experience of Fengqiao, in the context of Internet governance to the grassroots road traffic disputes to solve the diversity of contributions.

**Keywords:** new era "Fengqiao Experience" road traffic dispute resolution diversification solution

## **Review and Prospect of Macao's judicial system in the past 20 years**

**Zhao Linlin**

**Abstract:** Since the return of Macao to the motherland, the judicial field has made remarkable achievements. The SAR court exercises independent judicial power and final adjudication power according to Macao Basic Law. Macao established the SAR Procuratorate after the reunification according to its own characteristics. The number of judicial officers and lawyers has increased significantly, and local legal talents have played an increasingly important role in the rule of law in the SAR. At the same time, we should also see some problems in the judicial practice of Macao. For example, the efficiency of litigation is not high, and the alternative dispute resolution method is not popular enough. It should be reformed and improved in time.

**Keywords:** judicial system; lawyer system; SAR rule of law; judicial reform

---

## **Russia Part**

*Ю.Н.Кузнецова, к.психол.н., доцент*  
*Казанский (Приволжский) федеральный университет,*  
*г. Казань, Россия*

## **ПОВЕДЕНЧЕСКАЯ АГРЕССИЯ НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИХ С ПОЗИЦИИ ПСИХОАНАЛИТИЧЕСКОЙ ПЕДАГОГИКИ**

**Аннотация.** На сегодняшний день, когда необходимо признать, что наше общество живет в агрессивной среде, а подростки зачастую не осознают и не могут осознать, что в их сознании закрепились модели поведения, которые ведут к проявлению власти и насилия. Педагоги, чья работа, состоит в том, чтобы трансформировать современное общество в общество свободное от агрессии и насилия, сталкиваются с проблемами ограниченности педагогических возможностей в сфере влияния на детей. В данной ситуации социального развития общества, как бы не парадоксально это не звучало, мы должны «социализировать» личность подростка к безопасной жизни в мире, полном насилия.

**Ключевые слова:** психоанализ, агрессия, деструктивная агрессия, психоаналитическая педагогика.

**Проблема исследования.** Все социальные отношения в современном обществе пронизаны агрессией и, если подавлять агрессивные проявления у подростков, есть вероятность воспитать личность не способную выжить и социализироваться в современном обществе. Соответственно, в данной ситуации педагогам необходимо осваивать новые технологии воспитания подрастающего поколения.

Педагогика оказывается на грани возможностей в тех случаях, когда вплотную сталкивается с непосредственным проявлением агрессии у детей. Так, педагог нередко бывает вынужден осознавать свое собственное бессилие перед агрессивными детьми, переживать свою беспомощность перед детским страхом. Желая воспитывать без насилия, он не может преодолеть противоречия между своими целями и целями общества. [1]

Нет необходимости искать какие-либо профилактические средства избавления от агрессии. Агрессия выступает лишь ответной реакцией подростка на окружающую среду. Необходимо работать с этиологией агрессии, с причинами возникновения страхов или насилия. Такое

понимание изменяет установку по отношению к трудному ребенку, роль педагога становится режиссёрской во взаимоотношениях с подростком с которым они вместе преодолевают трудности взаимоотношений [6].

Этот психоаналитически ориентированный подход и будет иметь действенное профилактическое средство агрессивных проявлений у несовершеннолетних. Именно осознание возможности и умения трансформировать агрессивные проявления в конструктивную деятельность и способствует к постепенному избавлению от деструктивной агрессии [3].

**Цель исследования** – включение психоаналитически ориентированного подхода в воспитание, как профилактического средства против агрессивных проявлений у несовершеннолетних.

**Источниковедческая доказательная база:** научная литература в области психоаналитической педагогики и психологии, ценностная детерминация причин агрессивного поведения.

**Концептуальными основами** исследования выступают следующие положения: желая искоренить агрессию у подростков, педагог не может преодолеть противоречия между своими целями и целями общества; агрессия выступает лишь ответной реакцией подростка на окружающую среду, поэтому необходимо работать с причинами агрессии, с причинами возникновения страхов или насилия; осознание возможности и умения трансформировать агрессивные проявления в конструктивную деятельность и способствует к постепенному избавлению от деструктивной агрессии; психоаналитические теории концентрируют своё основное внимание на личности подростка, на особенностях развития личности в онтогенезе, на использовании гуманистического подхода в процессе обучения и воспитания.

**Основные результаты исследования.** Источник поведения человека заключается в характере человека, как эмпирически познанной, постоянной и неизменной природы данной индивидуальной воли. Характер как проявление воли составляет основу ценностного выбора человека, ибо разумное и порочное прекрасно могут ужиться вместе, а неразумное и благородное совмещаться друг с другом. Постичь свой характер, определить его ценностную направленность, и, в конечном итоге, познать самого себя, человек сможет, только через деятельность. Иными словами – человек делает то, каков он есть.

Отсюда следует, что поступки человека всегда бывают необходимыми, т.е. в любом действии человека воля дается с определенным характером, которому должны соответствовать все ее деяния, так что они с необходимостью будут именно такими, а не другими.

Однако, ценности носят относительный характер и зависят от собственного хотения и желания человека, от меры осознанности своих потребностей. Ценности неправомерно рассматривать как отдельные сущности «сами по себе». Ценности всегда занимают определенное место в отношениях людей, принимающих эти ценности в качестве предельных оснований своих мыслей и действий. Ценности понимаются нами как основание целей человеческих действий. Усилия человека найти порядок и смысл в жизни определяются ценностями. Для становления и роста жизни требуется, чтобы каждый находил «свою добродетель», «свой категорический императив». Система ценностей личности только тогда будет обладать постоянством и устойчивостью, когда ценности, составляющие ее, станут внутренней необходимостью, результатом глубокого осознанного личностного выбора.

Человек не обладает способностью к изначальному «естественному» различению добра и зла. Часто зло бывает желанным и приносящим удовольствие. Поскольку первоначально собственное внутреннее чувство не приводит человека к пути, определяющему, что является проявлением добра и относится к положительным ценностям, а что злом и, соответственно относится к ценностям отрицательным, необходимо, полагает Фрейд, некое «стороннее влияние», которое не дает человеку сбиться с правильного пути. Следовательно, процесс формирования ценностей личности происходит, с одной стороны, под воздействием норм и правил общественной жизни, складывающихся на основе межличностных отношений, а с другой стороны, под влиянием внутренней силы характера на основе осознанного отношения «самого к себе». Тем самым, поведение человека оказывается детерминировано, с одной стороны, его естественными влечениями, с другой стороны, социально-нравственными требованиями окружения, т.е. внутренними и внешними стимулами [4].

Функцию выбора ценностей выполняет так же характер человека. Характер выбирает ценностную систему ориентации, закрепляя тем самым уже сложившийся характер. До осуществления этого выбора фактически собственный характер не известен самому человеку. Ценности при этом выступают не как нечто необходимое, общее, а как побудительные мотивы характера. Характер заставляет человека хотеть делать то, что он должен делать [5].

Человек свободен в выборе собственных ценностных установок, направляющих его дела и поступки. Однако существует разрыв между тем, что человек считает своими ценностями, и действительными ценностями, которыми он руководствуется, но которые не осознаются им.

Расхождение между осознанным и неосознаваемыми ценностями может привести к опустошению личности. Это своего рода «ценностная дихотомия».

Ценности представляют собой такую форму отражения в сознании человека параметров и явлений жизни, которая раскрывает их возможности для удовлетворения его потребностей и интересов, лежащих в основе активности и направленности личности. Каждого человека характеризует неповторимое сочетание потребностей, имеющих, однако, не одинаковую ценность. Общественная ценность личности во многом и определяется тем, какие потребности у нее преобладают, ради чего живет и действует человек.

Ценности личности следует учитывать, прежде всего, при изучении особенностей становления и формирования личности человека. Формирование системы ценностей происходит в процессе личностной самореализации и на основе осуществления личностью свободного выбора. Если ценности придает личностный смысл эталона, определяющего выбор цели, мотива, поступка, то можно говорить об усвоении ценностей на высшем уровне – в роли убеждения. Личностный смысл, придаваемый ценностям, усвоенным на уровне убеждений, может быть собственно ценностным. Система ценностей образует внутренний стержень культуры, предопределяет и влияет на структуру потребностей и интересов.

Осознавая ценность того или иного предмета, человек познает и самого себя. Каждая вещь в сочетании со своей значимостью и смысловым содержанием становится своего рода «социальным символом» межсубъектных отношений, который личность, образно говоря, постигает как сообщение о самом себе. Точно так же все ценности, в том числе и духовные, выполняют «практическую» функцию, например, выступая ориентирами деятельности человека. Кроме этого, ценностные ориентации личности имеют комплексный характер. Во-первых, они формируются в результате развития культуры, общества, результаты которого усваиваются отдельной личностью или социальной группой; во-вторых, ценностные ориентации личности или социальной группы являются социальным фактором, структурирующим поведение человека или группы людей в обществе; в-третьих, культурные и социальные ценностные ориентации формируются и существуют в сознании отдельной личности, что обуславливает их личностный характер.

Ценностные ориентации личности, доминантность одного из уровней ценностей над другим определяют тип отношения человека к миру, к другим людям, к самому себе, составляют суть

типа личности. Здесь же отметим, что деятельность человека, как правило, направлена на установление гармоничного отношения с миром, с другими людьми и с самим собой, т.е. представляет собой процесс актуализации ценностей. При этом ценности являются не только актуальной формой жизнедеятельности, но и ее потенциальной основой, одним из источников и условием дальнейшего развития. Чем больше «актуализированных» ценностей будет включать в себя жизнь личности, тем ярче и насыщенной она будет, тем шире диапазон жизненных проявлений, тем большую ценность будет представлять сама жизнь. С одной стороны, ценности, выражая качество жизни, ее культуру, обеспечивают ее подлинность, ценность, способствуют «абсолютной полноте» ее проявлений; с другой стороны, жизнь выступает условием существования ценностей и является их носителем [1].

### **Выводы и рекомендации.**

Психоаналитические теории соответствуют современным тенденциям развития образования и воспитания подрастающего поколения, так как центральное место в ней занимают гуманистические приоритеты.

Ценности выполняют «практическую» функцию, например, выступая ориентирами деятельности человека.

Задача профилактики агрессивных проявлений у несовершеннолетних, исходя из психоаналитических теорий, заключается в том, чтобы выявить природу глубинных бессознательных мотивов поведения личности, вскрыть его эгоистические побуждения и направить их в русло социокультурного самовыражения.

### **Литература**

1. Валеева Г.А. Формирование правосознания студентов юридических специальностей / Г.А.Валеева // XIII Международная научно-практическая конференция «Державинские чтения». Сборник статей. - М.: ВГУЮ, 2018. - С. 39-40.
2. Кузнецова Ю.Н. Влияние ценностных ориентаций личности на ее социальное поведение в обществе // Современные проблемы науки и образования. 2015. № 2-2. С. 527.
3. Рожков Н.Т. Психоанализ и неопедагогика //Казанский педагогический журнал. 2010. №3. С.156
4. Фрейд. Введение в психоанализ. Лекции. - СПб., Алетейя, 1999, т. II, с. 484.
5. J. N. Kuznetsova, A. G. Ibragimov Correlation between the psychological features of the

personality with the structure of the values // Journal of Organizational Culture, Communications and Conflict. - 2016. - № 2. - С. 59 -64.

6. Figdor H. Oberlegungen zu einem padagogischem Begriff von «Animation»// Mitteilungen des Institute fur Wissenschaft und Kunst 34/4. Wien, 1982.

Г.А.Валеева, к.и.н., доцент  
Казанский (Приволжский)  
федеральный  
университет, Россия

### **Развитие верховенства закона при формировании правовой культуры будущих учителей права в России.**

**Аннотация.** Рассматриваемый нами опыт формирования правовой культуры будущих учителей права основывается на результатах педагогической практики студентов. На примере системы уроков по работе с юридическими документами определяем их влияние на формирование правовой культуры обучающихся. Параллельно анализируется опыт самих студентов.

Сама система преподавания строилась на основе использования работы с юридическими документами, с формированием правовой теоретической базы.

Были выделены этапы проведения эксперимента. 1. Диагностический этап. Анализ результатов работы отдельного учителя или педагогического коллектива.. 2. Прогностический этап. Нахождение путей решения выявленных проблем, а именно прогнозирование плана, в котором будут определены цели, задачи, гипотезы, итоги данного педагогического эксперимента. 3. Организационно-подготовительный этап. При проведении педагогического эксперимента необходимо определить точный контрольный объект исследования таким образом, чтобы результат совпадал с прогностическим этапом проведения эксперимента. 4. Практический этап. Объектом в данном этапе педагогического эксперимента выступает группа учащихся 10А класса, которые «помещаются» в экспериментальную обстановку. Таким образом, под влиянием определенных факторов исследования, основная задача исследователя будет заключаться в том, чтобы проследить и проанализировать направление изменений интересующих его характеристик. 5. Обобщающий этап. Если план вышеуказанного практического этапа педагогического эксперимента выбран верно, то в результате должен наступить момент достижения определенно-высокого уровня учебно-воспитательного процесса.

Результаты данного исследования будут полезны учителям, педагогам высшей школы, студентам.

**Ключевые слова:** правовая культура, юридический документ, педагогический эксперимент, правовое образование, учитель права.

Введение. Актуальность работы обусловлена практической значимостью темы исследования и полученных результатов. Значимость работы с юридическими документами для формирования правовой культуры обучающихся обусловлена процессами интеграции и модернизации, происходящими в современном обществе и образовании. Идеи значимости права, формирования правовой культуры и умения свободно ориентироваться и принимать правильные решения исходя из буквы закона, не только актуальны для обучающихся, но и сформулированы в Национальной доктрине развития образования РФ до 2025 года.

Практической работе с юридическими документами на уроках права времени практически не уделяется. Около 60% учителей используют нормативно-правовые акты время от времени, при том 40% применяют их в основном в качестве иллюстрации. Таким образом, работа с юридическими документами не осознается учителем как обязательная. Но при таком подходе он теряет одну из ведущих целей правового обучения – подготовка учащихся к жизни в современном гражданском обществе. Школьникам важно осознать практическую значимость умения работать с юридическими документами, научить их этому, что даст сформировать опыт решения проблем в гражданской практике, возможность полноправно, осознанно и ответственно участвовать в гражданских правоотношениях, в которые включен каждый член общества. Умение пользоваться источниками права в любой правовой ситуации расширяет возможности его правомерного поведения.

Проблема. Целенаправленное формирование правовой культуры обучающихся - необходимое условие его личной безопасности, и ребенок должен знать свои права и обязанности, чтобы уметь пользоваться ими в любой жизненной ситуации, где это необходимо. Технология воспитания правовой культуры включает целевые ориентиры, концептуальные позиции, содержательный, организационно-деятельностный и результативный компоненты, обеспечивающие эффективность приобщения учащихся к правовым ценностям и нормам общества.

В правовом обучении учитель посредством определенных методов, приемов должен сформировать умение по работе с юридическими документами: научить читать, анализировать, систематизировать основные юридические источники, привить необходимые навыки

правильного составления официальных бумаг, не требующих специального юридического образования, сформировать у учащихся умение самостоятельно разбираться в содержании юридических документов. В стандартной программе обучения обучающиеся касаются этого на уроках обществознания, а кроме того – только на классных часах и факультативах. Ученик, имеющий четкие знания правовой культуры должен: знать все законы, касающиеся его прав; уметь применять их в различных жизненных ситуациях; отстаивать права: свои и других.

Для формирования этих качеств необходимо разнообразие форм: не только лекций и бесед, но и практикумов, на которых учитель предлагает ученикам разобрать различные правовые ситуации [2, ст.30].

Использование документов может осуществляться в процессе изучения темы для подтверждения мысли, показа того, как действует юридическая норма. У учеников активизируется интерес к теме, если они учатся читать документ, оценивать его значение. Учитель может цитировать документ. Работа с источниками права должна постепенно усложняться. Документ, который используется на уроке, должен быть доступен обучаемым по содержанию и объему. Он должен быть интересным с позиции познания права, информативным, а также типичным, распространенным в практике [1, с.25].

Особое значение работы с юридическими документами приобретают на уровне изучения курса права. Обучение праву обеспечивает развитие умений самостоятельного поиска, анализа и использования правовой информации, формирует критическое мышление, благодаря использованию юридических источников. Также создает основу для становления правовой компетентности, способствует развитию информационной культуры учащихся. Умение работать с юридическими документами совершенствуется в ходе проведения лекций, семинаров, практических и лабораторных занятий. Данные формы учебных занятий способствуют развитию аналитических умений, практических навыков работы с источниками права [3].

Цель исследования - экспериментально определить особенности работы с юридическими документами как средства формирования правовой культуры.

Задачи исследования: 1) представить юридический документ как основа правового государства; 2) охарактеризовать значимость работы с юридическими документами для формирования правовой культуры; 3) проанализировать результаты педагогического эксперимента.

Источниковедческая доказательная база данной темы обоснована в исследованиях целого ряда российских ученых и исследователей по проблемам формирования правовой культуры.

Концептуальными основами исследования выступают следующие положения: использование в правовом воспитании работы с юридическими документами способствуют росту правовой культуры учащихся; позволяет развивать гражданскую компетентность, приобретать основы правовых знаний, участвовать в школьном и классном самоуправлении. А также даёт положительную динамику в обучении: повышается качество знаний и уровень обученности по предмету.

Методы исследования. Анализ и синтез научно-педагогической литературы; изучение нормативно-правовой базы образования; моделирование; наблюдение и анкетирование; сравнительный и математический анализ.

Основные результаты исследования. Необходимость изучения определяется следующими факторами: важностью изучения предмета права для развития правовой культуры; необходимостью установления и поддержания познавательной активности; проблемой мотивации обучения и заинтересованности в активном получении правовых знаний.

При проведении педагогического эксперимента были предусмотрены следующие этапы: диагностический, прогностический, организационно-подготовительный, практический и обобщающий.

I этап педагогического эксперимента объединяет в себя диагностический, прогностический, организационно-подготовительный этапы. На данном этапе студенты разработали диагностический аппарат и определили уровень правовой культуры учащихся.

Студентами был разработан опросник, содержащий 20 вопросов, первый блок которого (вопросы 1—6) оценивает когнитивный компонент (знания и умения), правовой культуры воспитанников.

Эмоционально-ценностный компонент (установки, оценки, отношения), правовой культуры оценивается вторым блоком вопросов (вопросы 7—13).

Поведенческий компонент (реальное и потенциальное поведение) правовой культуры учащихся оценивается третьим блоком вопросов (вопросы 14—20).

В ходе опытной работы была проведена повторная диагностика уровня развития правовой культуры учащихся при использовании методик диагностического этапа.

Итак, первоначально было установлено, что подростки имеют недостаточно сформированные правовые знания. Менее всего затруднений вызвали вопросы номер: 12 (Как Вы относитесь к тому, что у каждого ребенка помимо прав есть еще и обязанности?), 11 (Каково Ваше отношение к правоохранительным органам?), 17 (Сможете ли Вы самостоятельно составить текст заявления, доверенности и т. п.), 1 (Хорошо ли Вы знаете свои права и обязанности как школьника?), что свидетельствует о том, что в школе ведется правовое воспитание учащихся. Однако более половины вопросов вызвали у детей затруднения. К наиболее сложным можно отнести вопросы номер: 2 (Какие законы о правах ребенка Вы читали или хотя бы знаете о них из рассказов других?), 3 (Как обеспечивает право детей на свободу ассоциаций Конвенция о правах ребёнка?), 9 (Как Вы думаете, нормально ли то, что комиссия по делам несовершеннолетних может вмешаться в частную жизнь семьи в случае, если есть подозрение на нарушение прав ребенка в семье?).

При анализе компонентов правовой культуры выявилось, что подростки имеют наиболее полные знания, связанные с эмоционально-ценностным компонентом правовой культуры (10,7%) и наименее - связанные с когнитивным компонентом правовой культуры (8,67%).

В опытной работе принимали участие 20 подростков, учащихся 10 класса, в возрасте 16 - 17 лет. Среди них - 8 девушек и 12 юношей.

На основании первоначально-полученных данных был построен сам педагогический эксперимент, цель которого повышение правовой культуры обучающихся.

Второй этап эксперимента включал в себя проверку на практике разработанных методических материалов. Базовые теоретические знания были получены при использовании юридических документов на уроках права.

Студенты - практиканты провели и проанализировали восемь уроков: тема 1. «Изучаем Конституцию РФ»; тема 2. «Гражданское право как отрасль российского права»; тема 3. «Трудовой кодекс»; тема 4. «Семейное право»; тема 5. «Уголовный процесс»; тема 6. «Юридические границы подросткового возраста»; тема 7. «Особенности уголовной ответственности несовершеннолетних»; тема 8. «Защита прав потребителей».

По окончании формирующей программы была проведена повторная оценка эффективности правового воспитания учащихся. По результатам которого было установлено, что уровень правовых знаний значительно увеличился по сравнению с первоначальным исследованием.

Вопросы практически не вызвали затруднений у учащихся. На все вопросы были получены от 12 до 18 правильных ответов.

Меньше всего сложностей возникло при ответе на вопросы номер: 12 (Как Вы относитесь к тому, что у каждого ребенка помимо прав есть еще и обязанности?), 13 (Как Вы относитесь к “детскому закону” (“закон 22 ч. 00 мин.”)?), 17 (Сможете ли Вы самостоятельно составить текст заявления, доверенности и т. п.?).

Определенные сложности были выявлены при ответе на вопросы номер: 19 (Видя, как нарушаются права другого несовершеннолетнего, вступите ли Вы за него/окажете ли посильную помощь?), 20 (Участвуете ли Вы в работе школьного самоуправления?).

Если проанализировать сравнения компонентов правовой культуры, то получится следующая картина.

По всем компонентам правовой культуры произошел рост. Наибольший прирост был выявлен по когнитивному компоненту. Наименьший прирост выявлен по эмоционально-ценностному компоненту. Однако именно эмоционально-ценностный компонент имеет на контрольном этапе максимальное значение выраженности.

Третий этап эксперимента - обобщающий. Это процесс сопоставления ранее полученных первичных педагогических наблюдений с полученными выводами с использованием таких логических операций, как анализ, синтез, индукция, дедукция. Именно этот этап эксперимента дает возможность установить связи между проведенными в эксперименте воздействиями и достигнутыми результатами, а также сформировать рекомендации по прохождению педагогической практики в аналогичных учебных заведениях.

Правовое образование носит интегративный характер, поэтому студенты давали возможность учащимся использовать знания, полученные на уроках истории, литературы, обществоведческих дисциплин, а проведение совместных обсуждений, дискуссий, Диалогов, вовлекают учащихся в поиск ответов, на поставленные жизнью вопросы.

Методика программы правового образования предусматривает теоретические основы развивающего, личностно-ориентированного обучения. А это требует от учителя поиска форм и методов подхода к каждому ученику, творческому применению и разработке новых обучающих технологий, методических приемов в развитии критического мышления учащихся, формированию ценностных ориентиров личности.

По большому счету, при использовании метода работы с юридическими документами на таких занятиях никто никого не учит. На них каждый - и учитель в том числе, - учится размышлять. Размышляя о жизни, о своем собственном жизненном опыте, о своих особенностях, возможностях, интересах, успехах, задачах, о своих отношениях с другими людьми идет осмысление ценностных ориентиров соответствующих переходу государства в новую стадию - правовое государство гражданского общества[4,ст. ].

Учителю важно на уроках не только самому выслушивать каждого, но главное научить детей слушать и слышать друг друга, общаться друг с другом, приходить к общему мнению, учитывать его в своем поведении.

Важное место на уроках права при использовании работы с юридическими документами занимают деловые игры, что способствует сплочению группы, выявлению лидеров и т.д. Поддержанию комфортной и продуктивной атмосферы на уроках служат разнообразные творческие задания. Это были схемы, рисунки, коллажи, мини-сочинения и достаточно развернутые письменные работы.

Участие учащихся старшей школы в проведенной работе способствует формированию активной гражданской позиции, гражданской компетентности личности, социализации учащихся образовательных учреждений.

Работа с юридическими документами на уроках права является ярким примером проведения общественной политики, а значит и проявления элементов гражданского общества.

#### **Выводы и рекомендации.**

1. Использование в процессе обучения праву юридических документов способствует овладению учащимися основ критического мышления, которое необходимо для формирования умений анализировать тексты правового содержания, использовать выдержки из текста документа при ответе для иллюстрации теоретических положений, читать нормативно-правовые акты и извлекать из него требуемые правовые знания, давать оценку ситуации с точки зрения норм права и морали.

2. Эффективность формирования правовой культуры на основе работы с юридическим документом учащихся старшей школы позволяет по-новому выстраивать взаимоотношения педагога и учащихся в образовательном процессе, применить активные формы и виды учебной и воспитательной работы. Для активизации и интенсификации деятельности учащихся, развития

у них познавательных и творческих способностей студентами использовались информационно – коммуникационные технологии, проблемного и игрового обучения, ориентированные на социализацию личности. Они позволяют полнее раскрыть и развить творческие способности и индивидуальные наклонности учащихся.

3. Успешность использования работы с юридическими документами в школе зависят от многих факторов, важнейшими из которых являются: добровольность участия в программе; эффективное распределение обязанностей между участниками программы; корректная позиция педагога; поддержка программы администрацией школы; заинтересованность в результатах деятельности органов власти.

4. Данный метод организации правового образования и воспитания учащихся старшей школы позволяет развиваться обеим сторонам: школьникам - развивать гражданскую компетентность, приобретать основы правовых знаний, участвовать в школьном и классном самоуправлении. Студентам - даёт понимание и положительную динамику в обучении: повышается качество знаний и уровень обученности по предмету. А все вместе, способствует росту правовой культуры.

### **Литература**

1. Басик Н.Ю. Педагогические возможности работы с документами в школьном курсе обществознания / Н.Ю.Басик // Обществознание в школе. – 1999. - №4.
2. Завьялова М.С. Из опыта работы по формированию правовой культуры учащихся / М.С.Завьялова // Современные технологии образования: сборник научных трудов 5-й межрегиональной заочно научно-практической конференции. – Красноярск: КГУ, 2006.
3. См., например, Боголюбов Л.Н., Лазебникова А.Ю. Общая методика преподавания обществознания в школе / Л.Н.Боголюбов, А.Ю.Лазебникова. - М.: Дрофа, 2008. - 606с.
4. Кузнецова Ю.Н. Влияние ценностных ориентаций личности на ее социальное поведение в обществе / Ю.Н.Кузнецова // Современные проблемы науки и образования. – 2015. - №2-2. – С.

## **Chinese Part**

## 乡镇执法权的配置：现状与改革

陈柏峰\*

**摘要：**提高基层执法成效的关键之一是科学合理的配置乡镇执法权，这需要从实践中理解乡镇执法权运行的问题，汲取执法改革实验的经验和教训。当前，乡镇执法权的配置呈现出纵向“重心过高”，横向“分布过散”的特征，这导致乡镇执法权在运行中出现渗透力不强、综合性不足、乡镇政府“权小责大”等问题。为了应对乡镇执法中存在的问题，各地纷纷开展执法体制改革实验，其中既有值得推广的成功经验，又有不容忽视的不足。立足于执法实践和改革实践的经验，乡镇执法体制改革的重点应是合理“下放”执法权，强化综合执法部门的内部管理，适当减轻乡镇政府的“属地管理”责任。

**关键词：**乡镇执法；基层执法；执法权；执法体制改革

### 一、引言

推进国家治理体系和治理能力现代化是全面深化改革的总目标之一，依法治国是实现国家治理体系和治理能力现代化的必然要求。与国家治理体系和治理能力现代化的目标相比，基层法治建设还存在许多不适应、不匹配、不完善之处。在乡镇执法领域，执法权的配置与运行问题尤为突出，既有的制度设计并不能合理分配执法权，致使乡镇执法面临诸多困难。国家治理能力与治理体系现代化需要高水平的基层执法，重新配置乡镇执法权有相当的必要性。乡镇执法权的配置是一个实践性较强的问题，深入了解乡镇的执法经验，是讨论“乡镇执法权配置”的重要前提。过去数年来，笔者及其所属的研究团队一直致力于执法的经验研究，在全国多个地区的乡镇、街道调研执法问题。在此基础上，形成了理解乡镇执法的三种进路：

第一，国家治理视角下的乡镇执法。乡镇执法是国家治理体系的重要组成部分，是国家治理能力末梢，乡镇执法的效度是国家治理能力的表征。当前，特定领域内的国家能力不足、<sup>①</sup>基层政府治理能力匮乏，<sup>②</sup>是执法频繁陷入困境的重要原因。在此情况下，基层执法部门只能通过议价、暴力再生产等方式开展执法，形成了充满策略行为和暴力契机的基层秩序。<sup>③</sup>强化国家治理能力以化解执法困境，既需要规范体系的建立和推行，又需要执法部门的组织建设和有效运

---

\* 中南财经政法大学法学院教授、青年长江学者。国家社会科学基金重大项目“新型城镇化建设的法治保障研究”（16ZDA062）、国家“万人计划”青年拔尖人才支持计划项目。

<sup>①</sup> 参见陈柏峰：《城镇规划区违建执法困境及其解释——国家能力的视角》，《法学研究》2015年第1期。

<sup>②</sup> 参见徐凯：《乡村食品安全监管执法困境及其解释》，《法律和社会科学》2017年第1期。

<sup>③</sup> 参见于龙刚：《法治与治理之间——基层社会警察“解纷息争”机制分析》，《华中科技大学学报（社会科学版）》2016年第3期。

转。<sup>①</sup>

第二，乡镇执法的模式与机制研究。乡镇执法受到基层社会和执法体制的深刻影响，紧扣基层社会特点、符合政府运行规律的执法模式，有助于法律的实施。基层社会的复杂利益矛盾、多元利益诉求能够影响执法者的行为选择，<sup>②</sup>调节利益冲突、重塑利益格局成为了执法的重要目标。<sup>③</sup>强调基层执法的群众工作属性，重视执法的政治功能和社会治理功能，<sup>④</sup>遵循“执法吸纳政治”的逻辑，<sup>⑤</sup>有助于执法者优化法律实效、平衡多元利益。科层体制是执法得以开展的组织基础，但其保守、僵化的弊端制约了执法成效，实践中，“党政体制”能够有效克服合作难、动员难的问题；<sup>⑥</sup>执法的“双轨制”模式有助于执法者理顺“法治”和“治理”之间的关系；<sup>⑦</sup>而被广泛采用的专项行动不仅能有效提升执法能力，而且还弥补了常规执法机制的不足，<sup>⑧</sup>并且逐步具备了正规化、规范化和制度化的特征。<sup>⑨</sup>

第三，“嵌入”乡村社会的乡镇执法。法律的实践受制于社会性质、社会结构、行动者等因素，系统考察乡村各种社会因素对于执法的约束，可以明晰执法工作在当下面临的挑战，发现可资完善执法的契机。例如，执法者与执法对象的互动模式受到乡土空间特性的影响，<sup>⑩</sup>乡村社会关系能够形塑基层执法的实践形态，<sup>11</sup>整合社会力量参与、<sup>12</sup>寻求合作治理<sup>13</sup>有助于基层执法工作的调试与完善，等等。

本文在一定程度上是上述研究的继续。文章的重心在于从制度上思考乡镇执法权的配置，以更有利于乡镇执法。乡镇是典型的基层社会，是国家法律实施的“一线阵地”，思考乡镇执法权的配置，就需要充分了解基层执法实践，理解乡镇执法权的配置面临的问题，汲取相关执法权运行改革实验的经验教训，从而最终科学的配置乡镇执法权。本文写作的田野材料和经验感受来源于笔者及其团队的实地调研。2014 年至今，我们对基层执法问题抱有深刻的学术关切，

---

<sup>①</sup> 参见陈柏峰、刘杨：《基层基本公共卫生服务和卫生监督执法的实践及解释》，《湖北社会科学》2016 年第 8 期。

<sup>②</sup> 参见陈柏峰：《基层社会的弹性执法及其后果》，《法制与社会发展》2015 年第 5 期。

<sup>③</sup> 参见刘磊：《街头政治的形成：城管执法困境之分析》，《法学家》2015 年第 4 期；参见刘磊、王会：《谋利空间的形成：对城管违建执法的分析》，《华中科技大学学报（社会科学版）》，2015 年第 4 期。

<sup>④</sup> 参见刘杨：《基层执法专业化的实践困境及其解释》，《华中科技大学学报（社会科学版）》2016 年第 5 期。

<sup>⑤</sup> 参见刘磊：《执法吸纳政治：对城管执法的一个解释框架》，《政治学研究》2015 年第 6 期。

<sup>⑥</sup> 参见陈柏峰：《党政体制如何塑造基层执法》，《法学研究》2017 年第 4 期。

<sup>⑦</sup> 参见陈柏峰、刘磊：《基层执法的“双轨制”模式》，《华中科技大学学报（社会科学版）》2017 年第 1 期。

<sup>⑧</sup> 参见刘杨：《执法能力的损耗与重建》，《法学研究》2019 年第 1 期；于龙刚：《基层执法中的专项行动：原因、实践及后果——以公安专项行动为例》，《湖北社会科学》2016 年第 8 期。

<sup>⑨</sup> 参见刘杨：《“专项治理”科层化的实践机制与制度前景》，《法商研究》2017 年第 1 期。

<sup>⑩</sup> 参见于龙刚：《乡村社会警察执法“合作与冲突”二元格局及其解释》，《环球法律评论》2015 年第 5 期。

<sup>11</sup> 参见印子：《乡村土地执法中的共谋与竞争》，《法律和社会科学》2017 年第 1 期。

<sup>12</sup> 参见王裕根：《法治融入乡村治理的现实困境与展望》，《理论导刊》2018 年第 6 期。

<sup>13</sup> 参见李梦侠：《半专业化群众组织与合作治理——以 S 镇林业管理工作为中心的考察》，《湖北社会科学》2016 年第 8 期。

调研足迹遍布滇、渝、鄂、豫、苏、鲁等多省。通过与乡镇干部、执法人员、执法对象、普通居民和村民等的质性访谈，我们掌握了大量的执法素材，积累了相关经验感受。本文在此基础上展开写作。

## 二、乡镇执法权配置的现状

从当前的制度设计和基层执法的实践来看，普遍存在于乡镇基层的执法事务大致上可以区分为：公共安全管理类事务、人口环境资源监管类事务和乡村市场监管类事务。相应执法机构主要有三类：乡镇政府、县级政府部门、县级政府部门的基层站所。不同类型事务的执法权分配情况如下：

表 1：公共安全管理类事务

执法权	执法主体	是否有派出机构	内部权限划分	负责具体执法业务的机构
安全生产执法权	县级安全生产管理部门	否	无	设在县级部门内的执法监察大队
道路安全执法权	交警大队	是	适用简易程序的违法行为由交警中队进行执法, 适用一般程序的违法行为由交警大队负责执法	设在县级的交警大队; 设在乡镇的交警中队
社会治安与消防执法权	县级公安行政管理部门	是	县级部门负责警告以上和五百元以上罚款的治安处罚决定以及行政拘留; 派出机构有权作出警告和五百元以下罚款	县级公安局; 乡镇的公安派出所
水政执法权	县级水利行政管理部门	是	县级部门能够作出执法决定; 派出机构能够开展监督检查工作, 但是不能独立作出执法决定	设在县级部门内的水政监察大队

在公共安全管理领域的执法权配置当中, 我国对大多数的执法权采取了县乡两级配置的模式。县级执法部门是主要的执法主体, 拥有更高的执法权限和决策能力; 而在乡镇一级, 主要由县级部门在乡镇的派出机构进行执法, 负责一些简单、常规化的事务, 比如小额的罚款或日常的监督检查。此外, 在乡镇的派出机构虽然有执法权限, 但往往不能够做出权限较高的执法决定。这样, 公共安全管理类事务的执法权就呈现出了明显的“层级配置”及“查处分离”的特征。

表 2：人口环境资源监管类事务

执法权	执法主体	是否有派出机构	内部权限划分	负责具体执法业务的机构
城镇、村镇规划执法权	乡镇政府	否	无	乡镇综合执法队
人口与计生执法权	乡镇政府	否	无	乡镇计生办
殡葬行政执法权	县级民政管理部门	否	无	设在县级部门内的殡葬执法大队
国土行政执法权	县级国土资源管理部门	是	县级部门能够作出执法决定；派出机构能够开展监督检查工作，但是不能独立作出执法决定	设在县级部门内的国土执法监察大队
林业行政执法权	县级林业行政管理部门	是	县级部门能够作出执法决定；派出机构能够开展监督检查工作，但是不能独立作出执法决定	设在县级部门内的林政稽查大队
环境行政执法权	县级环保行政管理部门	否	无	设在县级部门内的环境监察大队

在人口环境资源监管领域的执法权配置当中，大多数执法权集中在县级，乡镇只在计生、城镇规划等领域拥有部分执法权，覆盖面小，同时执法权限也比较低。而在其他执法领域，虽然乡镇层面没有太多的执法权，乡镇部门却担负着大量与执法、监管相关的工作，比如林业行政执法当中，林业站要负责日常的林业监督；殡葬行政执法当中，乡镇民政办要负责政策的积极落实等。这样，在人口环境资源监管领域，乡镇既担负着大量的工作，却只拥有很少的执法权限，执法权呈现出“层级配置”和“重心较高”的特征。

表 3：乡村市场监管类事务

执法权	执法主体	是否有派出机构	内部权限划分	负责具体执法业务的机构
医疗卫生监管执法权	县级卫生行政管理部门	否	无	设在县级部门内的执法局
食品药品监管执法权	县级市场监督管理部门	是	县级部门能够作出执法决定；派出机构能够开展监督检查工作，但是不能独立作出执法决定	设在县级部门内的市场监督管理执法大队
农资监管执法权	县级农业行政管理部门	否	无	设在县级部门内的农业综合执法大队
动植物检验检疫监管执法权	县级农业行政管理部门	否	无	设在县级部门内的农业综合执法大队
质量技术监督执法权	县级市场监督管理部门	是	县级部门能够作出执法决定；派出机构能够开展监督检查工作，但是不能独立作出执法决定	设在县级部门内的市场监督管理执法大队

在乡村市场监督管理领域的执法权配置当中，绝大多数的执法权集中在县级，由各部门的行政执法大队负责。这一领域的事务关系到人民群众的衣食住行、吃穿用度，同时诸如医疗卫生、质量技术监督等事务又具有极强的专业性，这就要求该领域的执法工作一方面要贴近基层，另一方面又要能够应对专业问题，对执法权配置与运行的要求较高。但就当前而言，该领域的执法权集中在县级，同时又分散在各个部门之间，很难形成合力来达到较好的执法效果。因此，上述领域是综合执法改革的主要“试验田”。

根据执法权在上述三个领域的配置情况可知，我国乡镇执法权配置主要呈现出纵向上县乡

两级分配，横向上多部门散布的结构。而在执法权配置的权重上，则表现出了纵向上“重心过高”，横向上“分布过散”的特征。这虽然能够让基层执法照顾到更多的领域、方便高层决策的做出，但容易生成不同执法领域之间的缝隙，不规则的事务无法有效纳入到执法体系当中；同时，乡镇一级的权力配置远远跟不上需求，从而为乡镇执法实践中出现的各种不足与问题提供了“温床”。

### 三、乡镇执法权运行的主要问题

#### （一）执法缺乏渗透力

执法缺乏向基层社会渗透的能力，基层社会仍旧存有法律“留白”。如果法律不能在基层社会得到落实，法治将成为空谈。然而，基层社会存在着法律触及不到的角落，基层的群众、社会组织并不能完全遵守法律。换言之，当前的执法工作缺乏渗透能力，执法权不能有效地“贯穿”社会。执法缺乏渗透力的原因是多方面的，其中既有制度层面的因素，又有社会层面的因素。

第一，执法主体“以县为主”，执法难以及时有效地深入基层社会。从执法权的既有配置来看，多数的执法权配置在县级政府部门。县级政府部门有其基层组织，在“县局机关-派出机构”的体制中，设立在乡镇的站所、分局是执法的“窗口”，是执法的“一线”，但是机构设立在乡镇，并不代表着国家权力就能深入基层。从治理单元的角度来看，我国存在着县、乡、村治理单元和将三者串联起来的国家治理基本体制框架。派出机构通常设立在乡镇政府驻地，执法行为能够辐射到城镇及其周边，但是难以完全深入到所有的村庄层面。另一方面，“查处分离”的权限分配方式极大地束缚了派出机构的行动。县级政府部门享有执法主体资格，但是不具备信息优势；派出机构直面执法事务，了解基层群众在特定领域内的法治需求，却不能及时做出回应，何时执法、如何开展执法，均受到县局机关的控制。总结而言，执法主体“以县为主”，较高的执法层级阻碍了执法权向基层社会的渗透。

第二，执法资源集中在县级政府部门，派出机构缺乏相应的执法资源。城镇、村庄、集镇等人口集聚区是人民群众生产生活的主要场所，该类地区容纳了高密度的社会关系和高频次的经济往来，因而是执法的主要区域。此外，有不少法律需要在人口集聚区之外得到执行，其中的典型是自然资源管理类法律。自然资源广泛分布在人群集聚较少的地区，针对自然资源的违法行为很难被及时发现，违法事实一旦形成，往往就会给自然资源的保护带来难以估计的困难。当前，现代技术的大量运用虽然提升了执法部门发现违法事实的效率，但是其对于执法的帮助依旧有限，例如，遥感技术被广泛运用于森林火灾的监测当中，通过技术手段，执法部门能够

及时掌握火情，但是从防火的角度来看，遥感技术的作用不大，野外用火的监管工作依旧需要基层执法部门的不断巡查，然而，由于乡镇基层的执法资源有限，巡查的频次和范围受到限制。类似的困难在国土资源监管等领域同样存在。执法资源在县乡两级的不合理分配，反映了当前的制度设计在执法资源配置方面的局限。自然资源监管有县级政府部门负责，过多的人、财、物集中在县级层面，派出机构缺乏必要的资源支持，其执法能力因此受到限制。

第三，乡镇政府同基层社会的关系日渐疏离，致使执法工作缺乏乡土资源。作为最基层的政权，乡镇政府不仅要代表国家对基层社会进行组织领导，还要解决基层群众在生产生活中遇到的实际问题，并将群众的呼声和诉求反映给上级政府。乡镇与村庄之间的紧密联系，让国家权力获得了深入基层的渠道，以此为基础，非正式权威、情面、亲缘关系等乡土资源进入国家权力的视野，乡镇执法获得了更多的依仗。例如，在计划生育执法最为严苛的二十世纪九十年代初，亲属邻里间的连带责任模式大行其道，来自乡土社会的计生“积极分子”成为计划生育执法的重要助力。<sup>①</sup>事实上，不只是乡镇政府自身的执法事务，不少县级政府部门的执法，都需要“借用”乡镇政府所享有的乡土资源。乡镇政府的强渗透力立足于国家和农民的紧密联系，但随着这一关系的变迁，乡镇政府原本所具有的强渗透力有所弱化。农村税费改革后，国家与农民的关系由“汲取型”转变为“服务型”，乡镇政府和农民脱离了旧有联系，变成了表面上看上去无关紧要、可有可无的一级政府组织，国家政权也日渐“悬浮”在农村之上。<sup>②</sup>国家与农民关系的转变，弱化了乡镇政府与基层社会的联系，乡镇政府可以利用的资源日渐减少，执法的渗透能力也在逐渐降低。

执法缺乏渗透能力，提高了国家贯彻其意志的难度。在执法领域，国家能力表现在两个方面，一是国家对社会需求的回应，二是国家对社会变革的推动。乡镇执法作为输出国家意志的“窗口”，如果无法深入到基层社会，那回应社会需求、推动社会变革就无从谈起。从执法权配置的角度来看，层级过高的权力配置阻碍了执法向基层的深入，降低了国家同社会互动的强度。赋予乡镇执法部门以必要的执法权，是国家掌握基层动态、回应基层需求，进而推动社会变革的重要前提。

## （二）执法缺乏综合性

执法工作缺乏综合性，执法部门在常规的执法活动中容易陷入“孤立无援”的境地。综合性不足是一个普遍存在的问题，常见于城市管理、农业执法、市场监管、安全生产、环境保护

---

<sup>①</sup> 参见陈柏峰：刘磊：《基层执法的“双轨制”模式——以计划生育执法为例》，《华中科技大学学报（社会科学版）》2017年第1期。

<sup>②</sup> 参见周飞舟：《从汲取型政权到“悬浮型”政权——税费改革对国家与农民关系之影响》，《社会学研究》2006年第3期。

等领域，本人及团队对此有具体调研体会。在文化执法领域也是如此。<sup>①</sup>行政职能部门虽然从事专业对口的管理工作，但是它们所掌握的执法权只能涉及执法任务的一部分，或者一个环节，缺乏其他部门的配合，执法的成效有限。乡镇政府负责乡镇的全面工作，但是如果没有县级政府部门参与，只依靠乡镇政府本身，也难以开展治理。可以说，无论是乡镇政府，还是县级的政府部门，在执法中都需要配合与协助。然而，两方面的原因加大了部门合作的难度，弱化了执法的综合性。

第一，法律对于生活系统的分类过于简化，难以反映生活系统的综合性与复杂性。法律是一套解决问题的分类体系，立法者依照其心目中的理想秩序，通过立法对法律部门、社会关系、法律主体、管辖范围等进行了划分，这套分类体系具有理性建构的特征，是精英知识的产物，其目的在于使复杂的世界变得可预期和把握。<sup>②</sup>然而，立法者的知识结构存在局限，他们并不能完全洞悉社会生活的复杂性和多样性，<sup>③</sup>致使法律对生活系统的分类过于简化。乡镇层面的执法“深嵌”在复杂的生活系统中，单纯地依照法律对执法任务进行简单理解，无助于法律的实施。事实上，“社会领域的问题很多是综合性的，是多种不同性质法律问题的交汇，以传统部门法为基础的法学理论和法律架构，已不能适应对很多社会问题的认识和治理。”<sup>④</sup>例如，畜禽养殖是农村的主要污染源，只依靠环保部门，很难对其进行治理。相比较之下，其余部门的行政手段更为有效，比如国土部门通过设施农用地审批和国土执法，能够控制养殖设施的规模；畜牧部门减少对养殖户的政策补贴，可以抑制养殖户的投资冲动，等等。依据现行规定，养殖污染属于环境事务，由环保部门统一监督管理，<sup>⑤</sup>但是治理的关键却在国土、畜牧等部门，这就意味着，养殖污染不是单纯的环境问题，它是土地、农业、环境等多领域交织的产物。缺乏部门合作与综合性的行政措施，污染很难得到治理。从调研经验不难发现，法律虽然明确了执法权的归属，但是执法任务本身却是性质模糊的、不规则的，僵化地依照法律所确定的分类体系去“裁剪”执法任务，不仅容易造成认识上的偏差，而且还无助于问题的解决。因此，综合性的思维和手段对于执法而言尤为重要。

第二，科层体制内部存在部门“壁垒”。现代国家通过科层制来治理社会，科层制所具有的分工结构，能够让不断发展、变化的公共事务得到高效、专业的处理；然而，刚性的分工结构让执法部门之间产生了“壁垒”，加大了部门合作的难度。首先，执法部门具有不同的目标，在

---

<sup>①</sup> 钱宁峰：《大文化管理体制的组织法构建》，《求索》2018年第3期。

<sup>②</sup> 参见王启梁：《法律是什么？——一个安排秩序的分类体系》，《现代法学》2004年第4期。

<sup>③</sup> 参见王启梁：《法学研究的“田野”——兼对法律理论有效性与实践性的反思》，《法制与社会发展》2017年第2期。

<sup>④</sup> 陈柏峰：《中国法治社会的结构及其运行机制》，《中国社会科学》2019年第1期。

<sup>⑤</sup> 参见《畜禽规模养殖污染防治条例》第五条。

常规的执法当中，部门之间难以就特定的任务形成共同目标。机构之间的有效合作，互相配合是提升执法综合性的重要方式，绝大多数的执法活动需要部门合作，但是在科层制的分工结构中，执法目标是分散的，很难形成整体，整体任务观念的缺失，增加了执法部门协调、配合的难度。举个简单的例子，针对烟花爆竹的监管采用“分段管理”的方式：生产环节由安监部门执法，运输环节由公安部门执法，销售环节则由市场监管部门执法（市场监管体制未实行“三合一”的地区，烟花爆竹的质量由质监部门执法）。“分段管理”能够保障各监管环节所需要的专业性，但是“段”与“段”之间很难步调一致。安监、公安、市场监督等部门都享有多项执法权，监管烟花爆竹只是众多执法任务中的一项，甚至不是重点任务，因此这些执法部门很难将注意力和执法资源同时集中到烟花爆竹的监管中。“分段管理”在实践中变成了“各行其是”，各部门自主执法、缺乏配合，监管很难同时覆盖烟花爆竹的整条“产业链”，监管的效果也因此受到影响。

其次，执法部门之间的“壁垒”强化了部门的“领地”意识，进一步加大了执法合作的难度。从部门的行政级别来看，乡镇政府与县级政府部门之间、县级政府部门与县级政府部门之间是平级关系；从部门领导的职级来看，除了少数人事高配的部门外，乡镇政府、县级政府部门的领导也是平级关系。平级关系意味着执法部门之间不存在“命令-服从”的互动模式，部门之间难以自发地形成联合。另一方面，执法需要投入资源，并且要承担相应的法律责任，其背后还包含了执法部门对政绩，甚至是部门成员利益的预期。涉及到利益的获得与风险的承担，执法部门就不会积极主动地去参与其他领域的执法，也不会轻易允许其他部门介入到自己的业务领域。

法律和科层体制虽然降低了国家治理社会的难度，但是它们在运行过程中产生了不容忽视的弊端，在执法领域，对既有制度进行调试，适度集中执法权有助于提高执法的综合性。执法部门之间的“合作难”普遍存在，地方政府不得不通过专项行动、联合执法来“重塑科层组织内部的条块关系，以适应社会治理的需求。”<sup>①</sup>然而，前述具有“运动式”特征的模式带来了“执法摇摆”的意外后果：执法能够应对“集中”、“冒头”的典型问题，却难以应对日常的轻微违法，“摇摆不定”的执法效果阻滞了执法威慑力的持续输出，降低了基层群众、社会组织对法律规范的重视程度。集中执法权的目的在于提升执法的综合性，破解执法中普遍存在的“孤岛”困局，以集中执法权为“抓手”，分散在各部门的执法资源能够得到整合，多部门之间的协调关系能够转变为单一部门内的命令关系，有助于提升常规执法的效度，降低执法部门对于“运动式”执法模式的依赖。

---

<sup>①</sup> 于龙刚：《基层执法中的专项行动：原因、实践及后果》，《湖北社会科学》2016年第8期。

### （三）乡镇政府“权小责大”

乡镇政府承担了较重的责任，但缺乏足够的执法权来履行责任。乡镇政府在治理实践中负有“属地管理”的责任，也就是说，乡镇政府需要对其辖区内的事务负总责。然而，现行的执法权配置状况并不能够为“属地管理”责任的落实提供保障，除了规划、人口计生等少数领域之外，乡镇政府基本上都面临着“有责任、无权力”的尴尬处境。为了能够尽可能地履行责任，乡镇政府需要发挥主观能动性来实现执法权“缺失”领域的治理，由此产生了三方面的后果。

一方面，乡镇政府对策略行为形成路径依赖，大量非正式、非规范的治理技术被运用到实践中。例如“综治维稳”工作，相关的执法行为表现出“强治理性、低法律性和强协作性”的特点，<sup>①</sup>“包保责任”、情感治理、人情面子，甚至暴力手段充斥其间，这无疑淡化了执法本应具有的法治色彩。另一方面，选择性执法进一步被强化。“党政同责”、“一票否决”等考评问责方式迫使乡镇政府在执法中区分“一线法律”和“二线法律”，<sup>②</sup>生产安全、食品安全等容易被问责的“一线法律”得到优先执行，不被上级政府所重视的“二线法律”则难以得到乡镇政府的亲睐，其执行容易流于形式。再一方面，村级组织承担了不必要的治理负担，村民自治的空间受到挤压。“上面千条线，下面一根针”是村级组织日常工作的真实写照，乡镇政府所承担的繁冗事务下行至乡村和社区，无论是执法中的协助，还是文书台账的制作，都占用了村社干部的大量精力，村级组织行政化、村社干部官僚化的倾向进一步加深。从调研的情况来看，村级组织几乎已经成为乡镇政府的“附庸”，其工作重点在于协助乡镇行政，而非组织村民开展自治。

乡镇政府“权小责大”的现象，源于压力型体制和执政党所秉承的政治伦理。第一，压力型体制是乡镇政府“权小责大”的基础。在压力型体制中，自上而下的政治压力和行政压力确保了国家意志能够得到贯彻，指标化的任务分配方式和物质化的评价机制成为了政府执行法律 and 政策的惯常手段。在执法实践中，分配任务往往是硬性的，而是否能够完成，采取何种手段完成，耗费何种资源去完成，分配任务的机构常常不管，它们只需要对下级的执法结果进行考核，并实施奖惩即可。换言之，压力型体制是一种“重结果、轻过程”的工作机制，“摆平理顺就是本事”的实用主义思维贯穿了法律和政策的执行过程。从这一角度来看，乡镇政府“权大责小”的现象就具备了不同的意义：对于乡镇政府而言，“权小责大”意味着压力和负担，但是对于上级政府而言，乡镇政府“权小责大”有助于解决问题、完成任务。

第二，执政党所秉承的政治伦理要求乡镇政府必须承担广泛的责任。“作为群众工作的一个环节，执法不仅要致力于实现法律，还应当致力于获得群众认可、信任和支持，从而导致其实

<sup>①</sup> 参见王裕根：《论乡村社会的内在秩序及其生产机制——以乡镇综治工作为例》，《求实》2017年第8期。

<sup>②</sup> 参见陈柏峰：《基层政权与涉农法律的执行实效》，《环球法律评论》2010年第5期。

质上承担了无限责任。”<sup>①</sup>行政法的一般法理认为，行政行为的作出需以“法律授权”为前提，结合执法权的配置情况来看，乡镇政府的执法工作是有边界的，其所承担的法律责任也是有限的。然而，群众工作遵循的是政治的逻辑，而非法治的逻辑。这就意味着，政府执法需要超越法治的逻辑，在法律所授予的权限范围之外，积极回应基层群众的需求。对于乡镇政府而言，这种回应尤为必要。基于在国家政权中的基础性地位，乡镇政府要接触更为繁杂的社会事务，县级政府部门虽然具有专业性的优势，但是缺乏回应基层群众复杂、多样诉求的能力，特别是在生产安全、食品安全等同群众切身利益、社会稳定息息相关的领域，乡镇政府需要更多地秉承“为人民服务”的宗旨来开展基层工作，以确保基层群众对于国家法律的认同和对政府工作的信任。因此，乡镇政府更强调政治责任，而不仅仅是法律责任。

法治是国家治理体系和治理能力现代化的重要标志，然而，在既有制度中，乡镇政府的执法并非完全“有法可依”，其所承担的责任过多，政府运行的负担较大，这与国家治理所要求的法治方向不符。重新配置执法权、平衡乡镇政府的权力和责任，有助于乡镇政府的法治建设和基层社会治理的法治化。

#### 四、改革实验的经验与不足

党的十八届三中全会通过了《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》（下文称《决定》），《决定》提出了整合执法主体、相对集中执法权、推进综合执法、减少行政执法层级的要求，纵向上的权力“下放”和横向上的权力集中成为了未来执法体制改革的主要方向。事实上，在顶层设计出台之前，不少地方就针对乡镇执法所暴露出的问题进行改革，其中既有可供借鉴和推广的宝贵经验，又有值得反思和重视的不足。

##### （一）改革实验中的有益经验

第一，“放权”于乡镇政府，能够有效地提升乡镇政府的治理能力。通过权力委托的方式将全力下放给乡镇，是提升乡镇执法能力的重要举措。以我们调研的鄂中新镇为例，依托于“经济发达镇行政管理体制改革试点”的政策优势，当地县政府向新镇“下放”了45项社会经济管理权限，其中有20项权限通过委托的形式由县级政府部门“下放”到乡镇政府，内容涉及安全生产监管、市政建设、环境保护等多个领域的执法。当地“下放”的是“社会经济管理权限”，其中包括了审批权和执法权，这也就意味着当地的体制改革秉承了“谁审批、谁监管”的权力运行原则。大量权限的“下放”让乡镇政府能够更为便捷地回应基层社会的需求，例如生猪屠宰厂（场）设置审定的权限由乡镇政府享有，基层群众可以不用到县级部门申请，即可在乡镇

---

<sup>①</sup> 参见陈柏峰：《党政体制如何塑造基层执法》，《法学研究》2017年第4期。

办理，相对应的，乡镇获得了规制屠宰场地的执法权，在农村常见的乱屠宰、随地屠宰等问题，有了切实可行的治理依据。可以说，“放权”于乡镇政府，既能够方便群众生活，又有利于乡镇的治理。

第二，将“边缘权力”集中到乡镇政府，能够促进城市管理领域的执法水平。城市管理领域存在着大量的“边缘权力”，法律虽然对这些权力的归属作出了规定，但是由于执法内容琐碎复杂、缺乏“寻租”空间，因而很少被执法部门行使。例如环保部门对于噪音污染、烧烤油烟污染的执法权，等等。将“边缘权力”集中委托给乡镇政府，能够使分散、琐碎的权力有效运行起来。在我们所调研的苏南湖镇，城管部门就集中了七项“边缘权力”，分别是：市容整顿的执法权；市政管理的执法权；规划执法权；园林、绿化监督执法权；针对无证无照商贩的执法权；违法乱倒工业、生活垃圾、烧烤摊油污以及噪音污染的执法权；违章停车的执法权。这些权力中，除了市容整顿之外，其余的执法权均来自于县级政府部门的委托，委托部门包括了住建、工商、环境和公安部门。

“边缘权力”集中到乡镇政府之后，产生了两方面的积极后果。一方面，社会需求得到回应。“边缘权力”在原有部门不被重视，但是却同基层群众的生产生活息息相关，这些权力集中到乡镇政府之后，其运行有了统一的组织基础，相应的工作也能得到顺利开展。另一方面，“边缘权力”的工作内容基本上都是典型的“街头执法”，执法不仅受到特定诉求的推动，还受到社会压力的挤压，工作难度大，执法风险高，是社会矛盾的多发场域。乡镇政府集中专门队伍开展执法，有助于锻炼执法队伍。

## （二）改革实验中的不足

第一，“放权”不到位的现象普遍存在。执法权委托是县级政府部门“放权”的常用手段，采用委托的方式来“放权”，既能够实现权力的转移，又能够不触及现有法律法规关于执法主体的规定。然而，实践中执法权委托的效果有限，这在县级政府部门和派出机构的委托关系中尤为明显。县级政府部门将执法权，或者部分执法权委托给分局、站所，从表面上来看，分局、站所获得了执法权，“查处分离”的弊端能够得到治理，但事实上，派出机构行使权力仍然受到制约。

一方面，主体不适格制约了派出机构的执法。派出机构接受委托开展执法，其执法决定需要以县级政府部门的名义作出，相应的法律后果也要由县级政府部门承担，这在事实上造成了权力行使主体同责任承担主体的分离：执法权由派驻乡镇的站所、分局行使，但是责任却由整个县局来承担。县级政府部门往往会出于规避不利后果的目的，而限制派出机构的行动。执法流程中的一些关键细节就体现了这种限制，例如，派出机构的执法人员对违法行为进行立案和

调查，案件最后的处理决定需要县级政府部门分管领导的签字同意，案件的具体承办人员能够对执法决定的形成提出意见和建议，但是否采纳，采纳多少依赖于分管领导的判断。县级政府部门只需要通过内部管理行为，就可以对派出机构的执法作出影响，被委托的执法权实际上仍然掌控在县级政府部门的手中。

另一方面，执法资源制约了派出机构的行动。派出机构的人员、经费都依赖于县级政府部门的输入，而执法权委托很少涉及资源问题，这从物质层面限制了派出机构的行动能力。从财政的角度来看，派出机构的工作预算来源于县级政府部门的拨款，包括人员薪资待遇、部门运行经费，以及必要的执法经费，除了上级拨款，派出机构再无筹资渠道。从人员的角度来看，无论是公务员、还是行政事业人员，抑或是通过合同聘用的辅助人员，派出机构都无权自行组织、任用执法人员。“缺钱”、“缺人”是派出机构普遍存在的问题，随着基层社会的不断发展，执法任务的规模和体量也日益增加，这进一步降低了派出机构的执法能力。

县级政府部门通过执法权委托的方式来“放权”，并不能够让其派出机构获得执法主体的资格，也不会让派出机构的执法资源实现增量，站所和分局依旧只能“查”，不能“处”，“查处分离”并没有随着执法权委托的采用而有所改变，执法的重心仍旧在县级，而非乡镇。

第二，“放权”意外地强化了“属地管理”责任，增加了乡镇政府的负担。县级政府部门无论将执法权委托给派出机构，还是委托给乡镇政府，都会在不同程度上增加乡镇政府的负担。派出机构缺乏足够的执法资源来运行被“下放”的权力，寻求乡镇政府的帮助成为了派出机构开展执法的主要策略。例如，我们调研的滇中散镇，林业站享有执法权，但是全站只有三名工作人员，难以对其辖区内的十万亩山林进行监管，寻求乡镇政府的支持，成为了林业站为数不多的选择。和站所、分局相比，乡镇政府在执法资源上具有优势地位，特别是在人员组织方面，乡镇不仅可以灵活调用工作人员，还能够组织村社干部参与到工作中。基于此，林业站不得不“借用”乡镇政府的各种资源来开展森林防火、林木保护、野生动物保护等本职工作。

资源方面的优势，是派出机构对乡镇政府形成依赖的重要原因，如果这种优势得到进一步强化，那派出机构就会越发依赖乡镇政府。鄂中新镇的“试点”既有成效，但也出现了负担过重的问题。为了能够让乡镇政府顺利行使执法权，新镇组建了一支人员规模为 15 人的城管队伍。城管队伍提升了乡镇政府的执法能力，在完成本职工作之余，该执法队还经常性地参与到乡镇政府的其余工作当中。与乡镇政府相比，县级政府部门的派出机构在行动能力上有着明显的不足，例如新镇国土所就很难对其辖区内的违法用地行为作出处理。通常情况下，国土所需要将违法信息上报到县国土局，再由国土局会同乡镇开展执法。从形式上来看，处理土地违法行为适用的法律、采取的措施均归属于国土部门，但事实上，乡镇政府所具有的威慑力，以及

可动用的资源，才是国土执法得以成功的关键，而这些因素在案件的卷宗、台账里很难得到反映。这在当地是一个具有共性的问题，县级政府部门、派出机构的执法能够收获成效，乡镇政府是“隐秘”的关键因素。

多数的情况下，乡镇政府都会应派出机构的请求予以协助，这是因为“属地管理”责任要求乡镇政府要对其辖区内的事务负总责，其中就包括了政府部门及其派出机构所负责的治理事务。乡镇政府如果不对其他部门的执法事务进行“兜底”，那它将有可能面对来自上级的问责，以及来自基层社会的治理风险。县级政府部门向乡镇“放权”，有着良好的出发点和政策预期，但是并没有充分考虑到执法资源对于执法权的重要意义，因此具备了资源优势的乡镇政府“被迫”成为了基层治理的核心与主力。换言之，乡镇政府“替代”县级政府部门的派出机构完成了大量本应由派出机构完成的任务。

第三，新组建的综合执法部门缺乏内部整合。目前的综合执法体制改革过于注重机构合并与人员加总，新组建部门的内部运行未受重视。一方面，执法人员的专业技能更新不够，新组建部门的战斗力受到影响。专业的执法活动，通常以“彻底的专业训练为前提”，<sup>①</sup>执法人员需要经历系统的技能培训和长期的经验积累。换言之，长期从事执法工作的基层人员是其工作领域内的“专家”，他们不仅熟悉自身的业务技能，而且还对执法对象有深入的认识。综合执法体制改革改变了原有部门的人员配置，具备专业技能的执法人员需要进入陌生领域开展工作，如果他们不更新知识技能、不重新积累经验，那“专业化”将再次成为执法的障碍。以苏南湖镇为例，市场监督管理分局是当地重要的执法部门，在新组建的部门中，原工商部门的执法人员数量较多，其余两个部门的人员数量较少。这一人员结构能够有效维护市场秩序，但是难以应对质监工作。当地工业发达，特种设备数量较多，专业执法人员数量不足，让质监工作成为了市场监督管理分局的“短板”。在编制紧缺，难以招录新执法人员的情况下，市场监督管理分局只能依靠内部挖潜来强化执法能力。然而，坚固的专业壁垒是难以逾越的，原工商、食药监的人员很难快速上手质监工作，执法部门的“短板”在短期内很难得到补强。

另一方面，旧部门的人事格局、工作思路延续到新组建的部门中，新部门的管理难度增加。例如，鲁西北的沙镇，当地的市场监管在实行部门合并后，设市场监督管理中队来负责乡镇的日常工作，然而，原食药监、质监和工商的工作人员没有建立新的工作联系。他们仍旧凭着旧有的工作方式、方法进行执法，各自行使各自原有的职权，致使整支队伍很难步调一致。此外，执法人员对工商、食药监、质监等领域的执法任务缺乏整体性的考虑，在什么情况下应当合作、如何合作缺乏概念，遇到应当合作执行的任务，往往会出现配合过度，或配合不到位的情况，

---

<sup>①</sup> [德] 马克斯·韦伯：《支配社会学》，康乐、简惠美译，广西师范大学出版社2010年版，第23页。

不能完全发挥出部门整体的优势，导致一支执法队伍看起来就是三支队伍。

综合执法体制改革不是简单地部门合并，权力、资源等要素在实现集中之后，需要进一步地调试与磨合，否则会有可能形成部门内部的“孤岛现象”。<sup>①</sup>当前综合执法体制改革暴露出明显不足，即新组建部门的内部关系没有理顺，执法人员的专业技能需要进一步更新。如何攻克这一系列问题，需要执法部门，及其管理者在实践中进行更为深入地探索。

## 五、乡镇执法权配置的完善

当前的乡镇执法存在着渗透力不足、综合性不强、乡镇政府“权小责大”等问题，造成问题的原因是多方面的，既有制度层面的因素，也有体制层面的因素，还有社会层面的因素。为了应对前述问题所带来的治理弊端，国家需要有能力供给相应的制度，以制度化的方式来克服乡镇执法中存在的不足。近年来，各地纷纷开展了执法体制的改革，乡镇执法权的配置是其中的重点，对此，我们既要看到有益的经验，也要认识到其中的不足。从笔者调研的经验来看，完善执法权的配置，需要合理“下放”执法权，强化综合执法部门的内部管理，并且要适当减轻乡镇政府的负担。

**第一，减少执法层级，合理“下放”执法权。**从改革实验的经验不难发现，减少执法层级确有必要，但是不能盲目地改革，应充分考虑乡镇的部门是否有能力承接权力。乡镇政府在国家治理当中具有重要地位，其本身也在一定程度上具备回应基层诉求的能力，因而，适当地“放权”于乡镇政府，有助于提升执法的成效。由于乡镇政府具备相对充足的执法资源，同基层组织又有密切的联系，因此，应当将同群众生活、农业生产有密切联系的执法权“下放”给乡镇政府。例如殡葬执法、乡村道路监管等事项，应由更贴近基层社会的乡镇政府来执法。

县级政府部门向其派出机构“放权”，需要注意匹配相应的执法资源。缺乏必要的资源配套，政府部门的派出机构难以具备行使权力的基础条件。从当前的改革实验来看，派出机构虽然具备了执法权，但是并不能有效运行执法权，减少执法层级、及时回应群众诉求的目的没有能够实现。因此，县级政府部门向下“放权”的同时，也应输入执法资源，特别是人员和经费，必要时，应该通过法律、法规授权的方式来“下放”执法权。相应地，县级政府部门的执法职能应该淡化，其工作重心应转变为监督其派出机构执法。

**第二，强化内部管理，提升综合执法部门的执法能力。**综合执法部门应该更为强调其内部管理，主要的目标在于理顺内部关系，并依据实际情况更新、提升执法的专业化水平。综合执法体制改革所存在的最大问题是缺乏以制度化的方式融合职能、强化互助，以及工作流程的重

---

<sup>①</sup> 参见马伊里：《合作困境的组织社会学分析》，上海人民出版社 2008 年版，第 2 页。

新设计。综合执法改革应有两方面的目标：一方面，要将分布在不同执法部门的执法权集中在同一个部门来行使；另一方面，要在新的部门之内将这些权力以一种稳定的方式形成互助关系，从而提供执法合力，解决复杂问题。这就需要提炼出能够有效促进职能融合、行动同步的工作流程架构，尽可能的将各类执法权捏合成一个整体。为此，进一步的改革应该注重以下关键：

一是应当通过制度规定，明确执法人员进行综合执法时，是选择各专业人员共同参与，各自发挥专业执法能力的模式，还是所有执法人员均拥有不同领域的执法能力，能够单独进行综合执法的模式。只有确定了这一点，才能够建立起整个综合执法模式的基本结构。二是应当明确不同专业执法领域之间的合作模式，何时应当专业执法，何时应当综合执法；如果要综合执法，在某一领域应当由哪几个部门做出反应，如何配合。只有这样，才能在面对复杂棘手问题时，迅速做出反应，形成综合性执法力量来进行高效执法。三是应当磨合工作方式与流程，形成一个执法人员与执法事项能够互相适应的工作模式，使执法人员更容易进行工作流程上的对接、使执法工作的配合更加顺畅。

**第三，适当松动“属地管理”责任，减少乡镇政府负担。**乡镇政府在基层工作中具有重要地位，但是这并不代表乡镇政府有责任“替代”其他执法部门履行法定职责。从各地的改革经验不难发现，无论是实验前，还是实验后，乡镇政府的负担丝毫没有减轻，这说明，当前的改革并没有触及到较深的层次，乡镇政府“权小责大”的问题仍旧没有得到解决。

“属地管理”责任是乡镇政府负担过重的主要原因。为了能够降低乡镇政府的运行负担，提升乡镇政府的治理效率，进一步的改革应该主动触及“属地管理”责任，通过责任的再分配来实现乡镇政府的松绑：首先，改变县级政府对于乡镇政府的考评方式，除了需要集中权力、资源治理的“一票否决”项，县级政府不再对乡镇政府法定职权范围之外的工作进行考评，相应地，县级政府应强化对县级政府部门的考核，并由县级政府部门将考评压力传导给其派出机构。其次，强化县级政府部门及其派出机构的责任承担能力，该措施同强化县级政府部门、派出机构的执法能力，是一个问题的两个面，只有县级政府部门、派出机构有能力开展执法、承担责任，乡镇政府才能祛除不必要的负担。

无论乡镇执法权如何配置，执法模式如何调整，其最为核心的目的都在于，使权力的配置、运行契合当代中国基层社会的快速变迁，解决在该过程当中出现的治理问题，实现国家治理能力与治理体系的现代化。毕竟，改革不是单纯套用所谓成功的模式或者理论就能够进行下去的。只有能够解决在发展当中出现的问题，改革才能够拥有其正当性，并发挥出效果。改革的推动者们必须看到，如今乡镇执法面临的不再是传统农村事务，不再是传统的行政管理事务，而是快速变迁的现代生活所造就的各类新现象、新诉求和新问题。新事物之间、新旧事务之间相互

交织纠缠，形成了极其复杂的执法“场域”和前所未见的治理问题。这就要求乡镇执法必须摆脱就有模式和僵化思维，以问题意识为导向，经由持续深入的改革来提升自身的执法水平，应对愈发专业化、综合化、动态化的治理事务，从而回应问题，满足人民群众的现实需要。

在上述过程中，乡镇执法权的配置占据着基础性的位置。国家治理能力与治理体系的现代化依赖于权力配置的优化，但显然，面对着不断变化的社会和幅员辽阔的治理疆域，对权力进行再分配，并产生普遍性的良好效果绝非易事，惟有在一个较长的实践过程当中不断地调试、试错，权力的配置才能够在相对意义上取得效果，才能够应对基层社会发展当中产生的新问题与新需要。

因此，对乡镇执法的体制进行深入改革，需要改革的领导者与建言者秉持历史的视角与“实践出真知”的态度，在清晰认识执法权配置的现状、运行实况的基础上，充分信任、吸纳基层的经验与智慧，在执法实践中检验改革效果，并不断地对体制进行修正、优化，从而更加合理地配置执法权。而面对改革引发的各类问题，人民群众一方面要积极建言献策，提出诚恳的批评建议；另一方面，也需要对国家的改革保持一定的耐心，使改革者有足够的时间和空间来对执法权的配置进行优化和调整。只有这样，乡镇的执法权配置改革才能够，“沉得下来”、“走得下去”，也只有如此，乡镇执法才能够适应不断变化的基层社会，解决基层治理当中出现的新问题，满足人民群众的新需求。

## 法治视野下的社会治理困境与解决路径研究

范冠峰\*

**摘要：**中国特色社会主义进入新时代，对社会治理提出更高要求。然而，当前社会治理中存在的问题依然突出：公民的法治意识并未因法律知识的普及而有明显改善，法治思维不敌实用主义；上下级政府之间、人与人之间缺乏应有的信任；部分民众是非观念淡薄，道德底线不断后退等。究其因，在于人治思维的惯性依然存在，司法权和行政权的关系在某种程度上仍不理顺等。惟有切实树立宪法权威，依法治国，实现国家治理体系和治理能力的现代化，并辅之以公民意识教化，同时加大社会组织的培植力度，问题将会逐步得以化解。

**关键词：**法治 社会治理 困境 解决路径

中国特色社会主义步入新时代，在政治、经济、文化、生态等方面均取得了长足进步：党和政府反腐败力度加大，执政能力进一步加强，政治文明程度大幅提升；经济快速增长，总量稳居世界第二，物质文明成果举世瞩目；文化事业繁荣发展，社会主义核心价值观深入人心；生态文明建设稳步推进，人民群众的生存环境日益优化。与此同时，更应清醒认识到，国家在前进的过程中仍然存在许多问题，面临的发展形势依然严峻，这是由我国社会主义初级阶段的基本国情决定的。综观经济社会诸多领域，不难发现体制机制不理顺、社会治理能力和治理水平较低依然是制约国家向高水平迈进的重要因素。

### 一、社会治理法治化是新时代的必然要求

当前，我国社会的主要矛盾已经转化为人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾。这一矛盾的化解较之先前解决“落后社会生产力和人民群众日益增长的物质文化需要”之间的矛盾难度增大，也充满了挑战和不确定性。这一方面是因为我国改革已进入深水期，贫富差距加大，社会矛盾多发，人们在解决温饱问题之后对美好生活的追求更高，也更不均衡；另一方面是因为随着互联网的飞速发展和智能手机的普及，整个社会进入全媒体时代，人们在个性化表达自己诉求的同时，也会提升对社会热点问题的关注度，甚至引发舆情，影响社会稳定。

对此，党的十九大报告明确提出：“打造共建共治共享的社会治理格局”。在此之前的2013年，十八届三中全会在《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》中已经提出“加快

---

\* 范冠峰，男，山东交通学院法学院教授，院长，山东省法学会学术委员会委员，山东省交通法治文化研究基地主任。本文刚发表于《齐鲁学刊》2019年第4期。

形成科学有效的社会治理体制”，此后的十八届四中、五中全会都曾对“社会治理”做过更为详尽的表述。

何谓社会治理？总体而言，社会治理与国家治理、政府治理在本质上具有一致性，这就是中国共产党领导人民进行的治国理政。在以往政府对于社会的直接行政管理中，是行政权力机制在发挥作用，而社会治理则更多的依托国家治理和政府治理主导下的公民自我管理机制。[1] 具体来看，社会治理是指政府、市场、社会组织、公民在形成合作性关系的基础上，运用法、理、情三种社会控制手段解决社会问题，以达到化解社会矛盾、实现社会公正、激发社会活力、促进社会和谐发展目的的一种协调性社会活动。[2] 社会治理的一个重要内容是构建政府与社会协作平台，使社会组织在治理中获得合法性、生存资源及活动空间，同步推动国家能力特别是服务能力获得建设性增长，并促进国家权力与社会自治保持“有机团结”。[3] 但无论是从何种角度看待社会治理，都必须在法治的框架下进行，只有以法治统领社会治理，才能顺应新时代的发展方向，才能有效化解和解决社会主要矛盾。比如，政府和社会的边界如何划分、社会自治与行政管理的各自范围、行政与司法的冲突和衔接等问题，都需要法律加以规范和厘清。

我国国家治理方式正经历着从以行政命令为主的自上而下的管理模式向以全方位依法治理为主的社会治理模式转变，虽然从“管理”到“治理”仅仅一字之差，但反映出的却是治国理念和治国方式的飞跃，多方参与的协同共治取代政府高高在上的一元化主导，是党和国家以民为本、人民主权理念在新时代的进一步彰显。

## 二、我国当前社会治理中呈现的某些乱象透视

### （一）人治观念与法律工具主义仍有市场，法治思维与功利主义的冲突在一定范围内依然存在

经过多年普法宣传，中国基层民众对法律知识有了更多了解，法盲几乎绝迹。然而，公民的法治意识和法治思维并未因此而有较大改观，法律知识的普及并未使公民真正树立起依法办事的法治理念。相反，对法律知识的掌握反而成为某些人钻法律空子的助推剂，甚至成为某些人用以投机的“工具”。在现实生活中，某些人把法律、规则当作可有可无的摆设：当法成为其获益障碍时，就“弃之如敝履”；当自认为法律能保护其利益时，就以法律为“挡箭牌”。

市场经济带来巨大物质财富的同时，也从某种程度上激发了某些人内心深处的贪欲和私利，他们一旦无法获取想象中的个人利益，便会恼羞成怒，穷尽一切办法进行所谓的“维权”，比如举报、上访等等。遇事不以法律为衡量标准，而以自己的利益为标杆，这就是当下众多中国百姓的真实心理。对有些人而言，常常将法律挂在嘴边，内心深处却盘算着自己的“小九九”，一旦无法遂愿，便弃法律而走他途。如此“实用”，最终极大弱化了法律的权威，与法律至上的

法治思维背道而驰。

对大多数基层政府和基层官员而言，一般都能在法律法规框架内履职尽责，做好自己的分内工作。但也有一部分政府官员仅将“依法治国”贴在墙上，写在文件里，当解决某些具体问题时，法治就成为中看不中用的“花架子”，甚至被丢弃一旁。处理日常政务本应以法律法规的明文规定为依据，但却以“是否管用”为标准。这一现象在信访领域表现的较为突出：只要能达到阻止群众越级上访的目的，无所不用其极。尤其对进京上访，更为各基层政府所不容，因为“进京上访”的数量和规模是评价地方官员政绩的重要指标。对基层官员而言，如果辖区人员进京“告御状”，很可能会影响到他们的升迁，后果十分严重。对某些基层政府官员而言，只要达到阻止上访的目的，手段合不合法治倒在其次。上访在某种程度上已非简单的法律问题，而是一个严重的政治问题。

此种以法治之名行人治之实的理念与做法在当下的中国仍然有着较大的市场，从政府到民间都有其生长的基础和土壤。究其实质，“为达目的不择手段”的功利主义思想和“法乃治国之器”的法律工具主义观念当为造成这一现象的主要原因。

## **（二）上下级政府之间、人与人之间缺乏应有的互信，猜疑、提防、欺骗之心使得治理成本增加**

多年前坊间就流传这样的民谣：“村骗乡，乡骗县，一级一级往上骗”。当下这种“报喜不报忧”、一级欺骗一级的状况依然没有得以根本改观。比如领导视察过程中原本要看基层工作中存在的问题，但经过“精心安排”，看到的都是成绩；各地每年都要统计各种经济指标，但报送的数字总与老百姓的感受相左……下级哄骗上级，上级不信任下级，在有些地区已成为官场通病。尽管从我们党的执政宗旨到宪法法律规定的政府职责等方面来看，各级政府的利益和追求应该是一致的，“权为民所赋，权为民所用”是天经地义的，但在现实中却存在着因升迁思想、地方保护主义等所带来的基层政府之间、上下级官员之间的欺瞒和哄骗。

自古以来，我们国家就存在着“以吏为师”的传统，政府层面的某些不良风气无可避免的传递到社会各个层面，使得不信任感在整个社会弥漫。最典型的表现就是社会互害现象的出现。所谓社会互害就是指在社会交往和互动中，处于某一社会生态链条中的各种社会主体利用自身优势，有意无意对其他社会主体进行侵害，使得社会呈现出交互循环互害的一种状态。[4]各个行业的从业者在实现自身利益的同时，毫不顾忌对他人的危害后果，甚至通过坑蒙拐骗的手段故意把危害后果传递给“下家”，这种互害往往又不同于面对面的直接伤害，而是错综复杂的交互影响，令人防不胜防，一方伤害他人的同时又被看似不相关的第三方伤害。骗人的同时也被人骗，骗来骗去，最终骗到自己头上，最终没有赢家。

信任危机已经成为当今社会一个不容忽视的严峻现实，即便夫妻、朋友之间，基本的信任也令人忧虑。充斥各大媒体的“假离婚”、“假结婚”、“碰瓷”、“骗保”等各种骗局就充分说明道德滑坡的程度已经到了令人无法容忍的地步。一个社会，如果上下级政府之间、政府与民众之间、民众与民众之间缺乏应有的互信，取而代之的是互相提防、互相算计、相互指责，这样的社会就是病态的社会。

### **（三）市场经济条件下对逐利思想的过分张扬，导致部分民众贪婪自私，是非观念淡薄**

先贤们讲求重义轻利，将名誉看得比生命还重，像鸟儿爱护羽毛一样爱护自己的名誉。自古以来，人们以舍生取义为荣，以见利忘义为耻。而当今社会，物欲横流之下，许多人将物质利益放在最突出的位置上，名声和人格被置之脑后，“廉者不受嗟来之食”渐为绝响！更有甚者为逐一己之私利，道德沦丧也在所不惜。利益面前，纯真的友谊、神圣的爱情都会为之让步。某些公职人员亦随波逐流，无视职业道德的约束，要么滥用职权，为所欲为，要么玩忽职守，冷眼旁观。为达到升迁或保住官位等，私下设计用谋，丧失人格。

更值得反思的是，媒体报道的某些人性丑陋的阴暗面并未令观者嗤之以鼻，“老鼠过街，人人喊打”。相反，局外人更多的却是理解，甚至是效法……评判一件事情不以党规国法为标准，而是看自己的利益是否受损，看结果是否符合自己的主观追求。是非标准何在？在法治社会里，法律至上应是毋庸置疑的铁律，法院的终局判决应得到遵守和履行，但在现实生活中，民众看待法院判决公正与否的依据不是法律法规，而是自己目的是否达到，在他们心里，未遂其愿的判决就是不公正的判决。从某些官员的角度来看，明哲保身是第一位的，保住官位便是保住了饭碗，便是保住了翻盘和升迁的资本。保住官位的最好办法不是取悦民众，而是取悦于上级。一旦百姓越级上访，给更上一层级的官员“惹了麻烦”，自己的麻烦也就随之而来，一旦所谓的恶劣影响已经造成，没人去听事后的解释。民众往往抓住了基层官员的这一“软肋”，动辄上访，以造声势。如此以各自利益为核心的官民博弈中，官德民德水准一降再降，底线一再失守。

### **三、问题背后的治理困局**

如果从“依法治国，建设社会主义法治国家”于1999年正式写进宪法修正案算起，依法治国成为我国的治国方略已有20年的时间。然而，真正的依法治理尚未完全实现，我们一直在通往法治的路上苦苦跋涉。对法治的追求，党中央是一以贯之的，2018年3月11日正式通过的新《宪法修正案》，又进一步将“健全社会主义法制”修改为“健全社会主义法治”，彰显我们党和政府对法治的执着追求。

#### **（一）追问底线——是非曲直的终极标准是什么？**

在现代法治社会中，法律应是解决所有矛盾和纠纷的最高和最终标准。如果没有这样的最

高权威和标准，社会就会陷入无休止的恶性循环。而在我们这样一个经历过漫长封建社会、人治传统根深蒂固的国家，虽然经历了较长时期的法治宣传和法治教育，法治观念仍然停留在较低水平，遇到问题和麻烦，首先想到的并非法律，而是关系和熟人。

人治的无处不在和法治的可有可无仍然是当今社会中一个无奈的现实。不仅普通民众，甚至包含一部分公务人员，都未将法律作为处理矛盾与纠纷的最高标准和最终依据。人们做事的底线往往不是法律，而是自身的利益。在影响不到自己切身利益的前提下，法律是神圣的。一旦自身利益收到侵害，法律的地位则要“具体情况具体分析”。在某些人眼里，法律即是工具，碍事时弃如敝履；能为其所用时，便信手拈来。无论是将法律踢开还是拿起，所反映出的都是对法律的轻视。这和现代化的国家治理格格不入，因为在现代的国家治理体系中，任何组织、个人都不能凌驾于法律之上，没有比法律更高的标准存在。

当前，法律的至上性仍未在国家所有领域、所有地区得以有效确立。人治在很大程度上依然是基层官员和普通百姓都倚重的解决纠纷的重要手段，在这样的背景下，信访就承载了官民双方的无限希望。但在某些地方，信访却成为某些官员用手中权力自上而下干预相关事项活动的“抓手”，而这种干预在很大程度上是超越法定职权和法定程序的。因为无论是上级官员超越法定职权做批示，还是某些部门漠视终局裁判横加干预，均有违法治原则。

## **（二）如何避免司法行政化所造成的法院弱势和角色错位？**

“信访不信法”这个一直困扰我们的沉痾痼疾所暴露出的是中国当下地方治理中的无奈现实：对于无法调处的争议，本应通过司法途径解决，因为司法是社会公平正义的最后一道防线，但在现实中当事人却置法院的终局裁判不顾转而求助于更高级别的行政长官，将希望寄托于上级官员的干预，导致司法机关和行政机关之间权力的混沌和角色的错位。

更令人忧虑的是，这种混沌和错位已经被国人普遍接受：民众认为法院和公安局均属“政府部门”，没有本质区别，甚至认为法院系统和公安系统同属政法“一家”，法院院长和公安局局长均应听从市长、县长命令，因为法院院长和县长、市长都有行政级别，而县长、市长级别高于法院院长，低级别官员听从高级别官员的命令不是天经地义吗？不但老百姓持有这样的观点，很多基层官员亦如此认为。从座次安排到新闻报道，官本位思想已深入人心。

除此之外，我国各地的基层法院作为国家机关，往往除了本职工作外还承担多种职能，比如服务地方经济工作大局，承担地方政府交办的社会经济工作。同时，基层法院的人财物等也长期受制于地方政府，基层法院负责人的任命也受制于地方。尽管我国《宪法》第126条规定：“人民法院依照法律规定独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉”，但在现实中真正做到这一点却有着强大的阻力。

地方政府插手司法事务，将法院看成本级政府的一个组成部门，已经由来已久。这种违反宪法规定的做法，之所以没有得到有效制止，是司法行政化的恶果，但其深层原因在于宪法的权威性没有树立起来。按照我国宪法规定，地方人民政府的行政长官、地方人民法院院长、人民检察院检察长都是由同级地方人民代表大会选举产生的。县长和法院院长在宪法地位上是平等的，他们绝非上下级之间的关系，县长无权对法院院长指手画脚。

马克思说：“法官是法律世界的国王，法官除了法律就没有别的主子”，[5]（P181）但是在中国，除了法律之外，更高级别的地方官员事实上成为当地法官的主子。地方政府经常安排法官配合相关政府职能部门参加各项与法官身份不相符的活动，法官成了“多面手”，到处都有他们忙碌的身影。比如房屋拆迁、入户扶贫、抗洪救灾等，甚至有的地方搞招商引资，也给法院分配任务，让法官和企业结对子。法官自己都无法独立，独立审判何从谈起？法院在民众心目中的地位也就可想而知了。

### （三）“信访不信法”的观念如何得以改变？——新时代信访制度的宪法审视和再思考

信访制度最早可以追溯到 1951 年政务院颁布的《关于处理人民来信和接见人民工作的决定》。但“信访”真正进入政治活动中心，源于改革开放之初大量冤假错案的平反。中央专门成立处理上访问题领导小组，先后抽调了约 20 万名干部，处理上访、解决历史遗留问题。[6]当时包括冤假错案等在内的许多问题都是通过信访工作解决的。20 世纪 80 年代以来，随着我国法律制度的相对完备，信访之作用日渐式微，不再像最初设立时那样举足轻重，但信访制度因其贴近底层的特点，作为一项“亲民制度”而延续至今。1995 年的《信访条例》将信访制度从一般工作制度上升到行政法规的层面。十年之后的 2005 年，国务院制定新的《信访条例》，并将信访职能扩大到沟通、调节、监督、救济等方面。

那么，信访制度属不属于我国政治体制体系中的组成部分？宪法对此有无明确规定？

在我国宪法和法律文本中，没有“信访”、“上访”等字眼和规定，但我们却可以从《宪法》相关条文中找到“信访”的相关依据：《宪法》第 41 条的规定：“公民对于任何国家机关和国家工作人员，有提出批评和建议的权利；对于任何国家机关和国家工作人员的违法失职行为，有向有关国家机关提出申诉、控告或者检举的权利，但是不得捏造或者歪曲事实进行诬告陷害。对于公民的申诉、控告或者检举，有关国家机关必须查清事实，负责处理。任何人不得压制和打击报复。”有学者主张将《宪法》第 41 条赋予公民的权利概括为（或从中推定出）“信访权”，[7]但这一观点只是学者一家之言，既缺乏宪法依据，也没有法律规定。如果站在宪法角度来看，宪法并未确认信访制度，更谈不上授予信访机构相应职权。只是从宪法第 41 条的规定推断演绎出“信访制度”：既然公民可以向有关国家机关控告和检举国家机关工作人员的违法失职行为，

那么控告和检举的方式当然包含写信或者上访等方式。就此看来，传统上认为宪法对信访做出制度安排的观点是没有明确依据的。

当然，我们应该承认信访制度的产生和存在有其自身的合理性和生长的土壤，这一制度在一定时期从某种程度上也起到了暂时化解社会矛盾的作用。正如有学者所言：信访制度及其背后的行政体制采用与法院相异的原则对待社会矛盾，践行一套独具特色的矛盾化解机制，能够将法治剩余问题吸纳进入行政体制，激发地方政府积极回应社会矛盾。<sup>[8]</sup>但如果从法治的角度来看，由行政产生的法治问题反过来再进入行政体制，虽对行政机关解决矛盾有一定的督促作用，但并不能从根本上解决问题，甚至会适得其反，削弱法治的权威。

#### 四、解决当前社会治理困境的法治思路

##### （一）落实宪法、法律关于国家权力来源和政府权力分工的顶层设计，树立宪法权威，实现国家治理能力的现代化

习近平同志明确指出：“依法治国首先是依宪治国，依法执政关键是依宪执政。”<sup>[9]</sup>国家与社会治理的基本框架和根本性事项，我国宪法都做出了相应规定。之所以会在治理过程中出现某些问题，关键在于宪法的权威没有树立起来，“宪法至上”在某种程度上仍停留在口号层面，宪法的某些规定还没有落到实处。

首要解决的是落实宪法所规定的行政权和司法权的关系问题，改变行政权的强势和任性，树立并确定宪法赋予司法权的权威地位。行政权的过度干预，对纠纷的处理看似有效，但这种短期凑效的纠纷处理方法，有着严重的负面影响。从根本上来看，这种处理方式仍然是人治手段。人类社会在千百年发展过程中积累的经验教训从正反两方面说明了这样一个道理：人治方式在看似高效解决当下纠纷的同时，又导致更多更复杂的后续问题。如果司法在处理纠纷中不具有最高权威性，定会导致众多案件虽经法院审理后在理论上成为最终裁决，但在现实中却无法得到应有的尊重，对结果不满意的案件当事人便选择“上访”，寻求更高层领导的关注或批示，从而使司法裁决处于不确定状态，有时还会“翻案”，而案件的翻转又会引发新一轮的上访，缠访不已，恶性循环。

另一方面，应完善现有的人民代表大会制度，落实宪法、法律赋予人大代表的职责，充分发挥人大对政府的监督作用，进而将“上访”引入人大的监督范畴。在我国的政治体系中，人民代表大会制度居于核心和根本的地位，它是我国政治体制中其他各项制度的基础，也是国家各级行政机关、司法机关产生的源泉，国家机关及其工作人员的活动都应受到人民代表大会的监督。

宪法虽赋予了人大以监督权，但对于如何落实监督权并未建立相应的机制。我国各级人民

代表大会每年只举行一次会议。在闭会期间，由人大常委会代行其职权。目前我国各级人大常委会中兼职委员的人数大都超过专职委员的人数，这种兼职人员为主的构成结构不改变，就无法落实宪法赋予人大的监督权，因为他们没有足够精力履行宪法赋予的权力。对此，作为执政党的中国共产党早有察觉并在宏观层面多有提及：党的十三大报告首次明确提出，“要加强全国人大特别是它的常委会的组织建设，在逐步实现委员比较年轻化的同时，逐步实现委员的专职化。”；十六大报告强调“优化人大常委会组成人员的结构”；十七大报告进一步提出“加强人大常委会制度建设，优化组成人员知识结构和年龄结构”；十八大报告进一步明确“健全国家权力机关组织制度，优化常委会、专委会组成人员知识和年龄结构，提高专职委员比例，增强依法履职能力。”在新形势下，应将各级人大常委会组成人员结构优化工作提上日程，减少兼职委员的比例，提高专职委员的比例，从而为各级人大行使监督权提供强有力的人员保障。

正如习近平总书记所言：“只要我们切实尊重和有效实施宪法，人民当家作主就有保证，党和国家事业就能顺利发展。反之，如果宪法受到漠视、削弱甚至破坏，人民权利和自由就无法保证，党和国家事业就会遭受挫折。这些从长期实践中得出的宝贵启示，必须倍加珍惜。”<sup>[10]</sup>因此，树立宪法权威，切实落实宪法和法律的各项规定，是解决当前社会治理中存在问题的基本要求。

## （二）重新审视和评价信访制度，将信访纳入法治轨道

据统计，我国每年的上访多达400万—600万人次<sup>[11]</sup>，访民之所以上访，尤其是到首都上访，背后折射出的是对当地政府的极端不信任，在访民心中，只有党中央、国务院才值得信任，只有找到中央领导，他们的权益才会真正得以维护。民众上访除了反映出官民之间的紧张关系和相互之间的极端不信任之外，还反映出对司法权的漠视：按照正常思维，遇到无法协调的纠纷完全可以在法律的框架内解决，通过诉讼化解矛盾，法院一旦作出终审裁决，事件就有了了断。在正常的法治国家里无需上访，也没有人上访，即便有也毫无意义。

信访，尤其是进京上访所带来的后果令人忧虑：大量访民齐聚北京，对首都的安全稳定构成一定程度的威胁，中央政府只得把压力再传递给地方政府，把地方政府辖区内上访人次作为考核当地政绩的一个指标。于是地方政府通过种种途径去拦截上访人员，更进一步激化了访民和地方政府之间的矛盾。同时，由于上访数量和地方政府政绩挂钩，更激发了某些访民上访的动力，他们试图通过上访给地方政府施加更大的压力，以解决自己认为的所谓不公问题。

信访制度的存在和发展，有其历史原因。但随着我国社会主义法律体系的基本建成和进一步完善，绝大多数纠纷都可以通过法律途径加以解决，而信访的负面影响日渐凸显，民间流传的“信访不信法”、“大闹大解决、小闹小解决、不闹不解决”等相关俚语从侧面说明了信访所

带来的不良后果。也有学者认为：“问题不是出在信访制度本身，而是出在对待信访工作的态度和方法上”。[12]笔者以为不然，因为态度和方法固然重要，但属于信访工作中的细节问题，没有站在制度层面考虑信访本身的弊端。从国家层管理面来看，各级政府要花费大量的人力物力在接访、截访方面，虽看似凑效，但不能解决根本问题，而且还会激化矛盾，得不偿失；从维护法治权威方面来看，许多法院作出终审判决的案件，因为逐级上访得到高层关注，从而被改判甚至撤案，严重损害法治权威；从访民角度来看，存在无法破解的困局：如果上访成功，目的达到或部分达到，则会起到示范或鼓动效应，更多的人会效法其中，选择信访解决问题，同时给那些常年缠访的人以希望，坚定他们继续上访的信心；如果没有达到自己的目的，则会引发对政府的不满，甚至会采取极端措施报复社会。许多老百姓已将“上访”看做优于其他行政救济和司法救济的最管用办法和解决问题的最后希望所在。更值得忧虑的是，信访和司法权发生冲突，消解了国家司法机关的权威，甚至动摇了现代国家治理的基础。随着依法治国理念的深入人心，信访中存在的问题如果处理不好，就会越来越成为法治的羁绊。

虽然《信访条例》在2005年已做修改，但仍然存在许多问题。因为这一条例的起草是由国家信访局主导的，其结果是不但没有减弱信访的影响反而从某种程度上强化了信访机构的职权。说到底，信访作为一个与司法功能并行的运行机制，它应是国家在特定时期尤其是在法制不完备、司法体制不健全情况下的特殊产物，一旦建立了比较完备的法律体系，具备了正常运转的司法机关，信访这种半司法化半行政化的体制，是否还有继续存在的必要？

为稳妥起见，应将信访问题引领至法治轨道，本着稳步推进的原则，做好两方面的工作：一方面通过扩大法院受案范围，将更多的信访案件引入司法领域，通过诉讼解决纠纷。因为在法治社会，几乎所有的信访问题都可以归结为法律问题，都可以在司法框架内解决。对此，最高人民法院早在2009年9月就已获中央编委批准成立了涉诉信访立案庭，受理各类依法向最高人民法院提起的申诉和涉诉信访案件。[13]建议凡能通过司法程序解决的案件，如果没有走司法程序而首选上访，则不予处理；另一方面，应建立健全涉法涉诉信访案件依法终结制度。党的十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》明确提出，把涉法涉诉信访纳入法治轨道解决，建立涉法涉诉信访依法终结制度。涉诉信访案件中存在着反复上访、终而不结等方面的问题，令法院疲于应付，不仅使宝贵的司法资源白白耗费，而且给上访人自己也带来了沉重的经济和精神负担。如果不对那些已经基本解决的涉诉信访及时终结，将会造成恶性循环。

凡事必有终结，如果涉法涉诉信访不加约束，没完没了，那么信访者的权利义务关系会一直处于不确定状态，随时会因信访程序的再一次启动而变化不居，不但会使当事人心理长期处

于煎熬之中，也会使法院裁决成为一纸空文，损害司法权威。对此，中共中央办公厅、国务院办公厅 2014 年 3 月印发了《关于依法处理涉法涉诉信访问题的意见》（中办发〔2013〕26 号），指出把解决涉法涉诉信访问题纳入法治轨道，由政法机关依法按程序处理，依法纠正执法差错，依法保障合法权益，依法维护公正结论，保护合法信访、制止违法闹访。达到案结事了、息诉息访的目的。对涉法涉诉信访事项，已经穷尽法律程序的，依法作出的判决、裁定为终局决定。对在申诉时限内反复缠访缠诉，经过案件审查、评查等方式，并经中央或省级政法机关审核，认定所反映问题已经得到公正处理的，原则上依法不再启动复查程序。党的十八届四中全会提出“把信访纳入法治化轨道，保障合理合法诉求依照法律规定和程序就能得到合理合法的结果”。

### **（三）立德树人，德法兼修，将公民道德教育和法治教育、规则教育纳入国民教育体系，提升国民的整体素质。**

党的十八届四中全会提出要坚持系统治理、依法治理、综合治理、源头治理，提高社会治理法治化水平，十八届五中全会进一步提出要加强和创新社会治理。从“管理”到“治理”，一方面是治理主体从一元到多元转变；另一方面治理方式从管制向服务转变。此处“治理”的题中之意是“善治”，善治不仅要求有一个好的政府，要求有善政，而且要求有好的公民，要求在没有政府介入的情况下社会也有良好的治理。[14]（P144）社会治理强调的是全社会的共同参与，强调调动每个公民的积极性。如果说 19 世纪与 20 世纪之交的改革家们倡导建立最大限度的中央控制和高效率的组织结构的话，那么 21 世纪的改革家们则将今天的创新视为一个创建以公民为中心的治理结构的复兴过程。[15]（P10）在这样的背景下，公民的道德教育、规则教育尤显重要。

当前我国公民的整体精神面貌是健康向上的，但也较为普遍地存在着“底层民众有戾气、基层官员有匪气”的情况。改变这种状态，需要从道德教育和法治教育两个方面同时入手，立德树人，以德为先，德法兼修。仅靠道德或仅靠法律都不能从根本上解决问题。

我国历来重视公民的思想道德教育，也投入了大量人力物力，结果却并不理想，原因在于道德说教的“空”和“虚”：为说教而说教，空洞无物，华而不实。如何使道德教育言之有物，言之成理，避免套话空话？一方面应从社会现实出发，并结合生活中的热点问题，使道德教育接地气，有趣味；另一方面应运用各种鲜活的形式，避免枯燥乏味，简单灌输。

与此同时，应加大公民规则教育的力度，将遵纪守法、遵规守矩教育纳入国民教育体系，成为中小学生的必修课。只有早抓实抓，从小树立规则意识，才能成为懂规则守规矩的合格公民。党的十八届四中全会已经明确提出“把法治教育纳入国民教育体系”，可见对法治教育的高度重视。“法治教育不只是传授知识，更在于教导一套值得身体力行的价值观，使其成为学生的

生活方式、思维方式，成为学生每天呼吸的空气、举手投足的修养、个人回转的空间” [16]我们看到的许多成年人尤其是老年人不讲规则，我行我素，引发诸多社会问题，如广场舞扰民、中国式过马路等。于是有人感到困惑：“是老人变坏了，还是坏人变老了？”，稍加思考，就会发现根源在于公民教育的缺失，在于规则意识培养环节的断裂。一个群体如果在最应该接受规则教育的年龄缺少了这个重要的环节，无论成年后如何“补课”，也很难奏效。

在所有的群体中，官员这一特殊群体的道德水准和规则意识更应引起关注。当下社会法治不彰、道德滑坡的现状，与这一群体道德素养不高和规则意识不强关系甚大。官员作为人民公仆，其言行举止本应成为社会的标杆和典范，为普通民众所称道，从而引领社会风尚，所谓“以吏为师”，说的就是此意。然而，现实生活中某些官员所呈现给世人的形象往往充满负能量：贪污腐败、滥用职权、玩忽职守、生活堕落、任人唯亲、打击报复等等不一而足，有些官员知法犯法，为所欲为，有些官员根本就不懂法。在某些地区，官员竟然成为民众仇视的对象。对于如何提升官员的道德素质和规则意识，多年来从中央到地方都进行了积极探索，也起到了一定作用。除了执政党所开展的一系列声势浩大的诸如“八荣八耻”、“保先”等政治教育之外，国家公务员局甚至在2011年10月公布了《公务员职业道德培训大纲》，试图展开系统培训提升公务员的职业道德素养。政治说教和职业培训固然重要，但与其相对应的惩戒措施更应落到实处并成为常态。对于那些违反官员职业道德的人，应及早清除出官员队伍，一方面可以防微杜渐，以免小蛀成大贪；另一方面也可净化官场，避免传染其他官员；还可以对同僚产生警示和威慑作用。更重要的是官员队伍整体素质的提升将会引领社会风气向好发展，从而使得整个社会的道德素养和规则意识得以提升。

除此之外，社会治理还需要在法律允许的范围内做好公民社会组织的培育工作。在现代社会，政府并非万能，不可能包揽所有事务。尤其是在提供公共服务方面，政府参与过多、过深不但精力无法企及，而且会因其专业性不够而降低资源的使用效率。在一个成熟的法治社会，公民社会组织在社会治理中起着重要作用，它们的存在和发展不但有利于创新公共服务的提供方式，使得公共服务供给得以优化，更重要的是，各种不同领域的社会组织对于准确反映社会诉求，化解社会矛盾起到政府部门无法替代的重要作用。当前，我国正处于改革深水期，面临着一系列社会矛盾。作为社会治理的重要主体，社会组织应在其间发挥应有的调节作用。然而，由于我国国情的特殊性，社会组织的成长还处于起步阶段，应加大培育力度。与此同时，在鼓励社会组织成长的过程中，应注意处理好政府和社会组织间的关系，形成良性互动，而非成为对立面。

关于政府与公民社会组织的关系问题，影响较大的理论有三种：一是补充关系论，认为民

间非营利组织的发展是公民社会对政府失灵的一种反应；二是伙伴关系论，强调政府和非营利组织在为社会提供公共产品方面的伙伴关系，或者合约关系，认为政府通过各种形式的资助、竞标和签订合同的手段使非营利组织成为公共服务产品更有效率的提供者；三是对手关系论，认为在政府失灵的地方，非营利组织往往会发动倡导行动，这些行动的压力导致政府提供资源或采取必要措施解决公共服务领域的问题。[17]（P141-142）笔者赞同第一种观点，即政府与社会组织的补充关系论，因为不同民众和群体的需求存在差异性，尽管政府可以在最基本的公共服务领域针对全体国民有所作为，但对于有特殊需求的民众而言，却无法得到满足，公民社会组织便可以在这些特殊领域发挥作用，避免某些群体因自身需求得不到满足而引发矛盾。

社会治理牵涉到国家和社会的方方面面，治理手段和治理措施也呈现出多元化态势。在众多的治理思维和治理模式中，法治思维和依法治理应成为首选。这是由我国当前所处的社会转型期和矛盾多发期的特殊状况决定的，社会治理中存在的某些乱象虽与社会整体环境和人的道德水准有关，但人治思维作祟导致法治不彰应是根本原因，一方面应通过加大法治思维、规则意识教育提升全民的守法观念，另一方面则应切实理顺各种公权力运作的范围和界限，使公权力在社会治理过程中既不缺位，又不越位。如此，则各得其所，各行其是，官民和谐，天下大治。

#### 参考文献：

- [1]王浦劬. 国家治理、政府治理和社会治理的基本含义及其相互关系辨析[J], 社会学评论, 2014(3). [2]杨锡联. 社会治理: 一个概念的社会学考评及其意义[J], 湖南师范大学社会科学学报, 2014(5). [3]杨宝. 政社合作与国家能力建设——基层社会管理创新的实践考察[J], 公共管理学, 2014(2). [4]张善根. 从互害型社会走向互利型社会——中国社会主要矛盾的转化及应对[J], 探索与争鸣, 2018(8). [5]马克思. 马恩全集(第一卷)[M], 北京: 人民出版社, 1995. [6]童之伟. 信访体制与中国宪法[J], 现代法学, 2011(1). [7]刘大生. 上访权的实现与接访压力的化解[J], 中国改革, 2005(5). [8]江必新. 以党的十九大精神为指导加强和创新社会治理[J], 国家行政学院学报, 2018(1). [9]习近平. 习近平在首都各界纪念现行宪法公布施行30周年大会上的讲话[N], 人民日报, 2012-12-5(1). [10]习近平. 习近平在首都各界纪念现行宪法公布施行30周年大会上的讲话[N], 人民日报, 2012-12-5(1). [11]姜峰. 央地关系视角下的司法改革: 动力与挑战[J], 中国法学, 2016(4). [12]胡建淼. 信访制度改革的出路在哪里[N], 学习时报, 2013-5-27(3). [13]白龙. 最高人民法院成立涉诉信访立案庭[N], 人民日报, 2009-9-10(4). [14]俞可平. 偏爱学问[M], 上海: 上海交通大学出版社, 2016. [15][美]理查德·博克斯. 公民治理: 引领21世纪的美国社区[M], 孙柏英译. 北京: 中国人民大学出版社, 2005. [16]周天楠. 把法治教育纳入国民教育体系[N], 光明日报, 2015-7-27(10). [17]徐彤武. 美国公民社会的治理——美国非盈利组织研究[M], 北京: 中国社会科学出版社, 2016.

## 走向乡村善治

### ——健全自治、法治、德治相结合乡村治理体系研究

高其才\*

**摘要：**健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系，是在总结我国乡村治理实践基础上提出的，是我国乡村社会治理从政策管理式到依法自治式再到自治、法治、德治“三治”结合式发展的结果。这是完善乡村治理体系、巩固党在农村的执政基础、满足村民美好生活需要、实现乡村全面振兴、推进乡村社会进步、实现国家均衡发展的内在要求；应当从治理体系、治理方式、治理功能、治理体制、治理重点、治理目标等方面理解和把握其构成要素。这一乡村治理体系具有自治型治理、融合式治理、整体型治理、转型态治理、合作型治理、本土化治理、嵌入性治理、发展式治理、协商性治理、共识型治理等特点。这一乡村治理体系面临乡村治理组织不完善、乡村治理能力比较弱、乡村治理体系欠健全等现实挑战；需要正确处理村民自治与法治的关系，发挥乡村治理的内生动力与外在力量的双重作用，重视城乡人口双向流动治理问题。需要重视乡村治理制度建设，特别是加强乡村治理领域法律的制定和完善、规范村党组织书记兼任村民委员会主任、规范以村民小组或自然村为基本单元的村民自治试点、完善村规民约的备案制度等。在实践路径方面，应当总结村组治理实践经验、适度推行乡村治理试点、吸纳乡村固有治理资源、重视乡村社会智慧治理、注重乡村治理共识凝聚、发挥乡村人才积极作用、大力发展乡村社会组织等，以走向乡村善治。

**关键词：**乡村 善治 自治 法治 德治

乡村治理是我国国家治理、社会治理、基层治理的重要组成部分，是发展农业、稳定农村、保护农民权利、维护乡村秩序、推进乡村发展的保障。中华人民共和国成立后特别是改革开放40多年来，我国在长期实践的基础上逐渐形成了一条适合我国国情的中国特色乡村治理体制，

---

\* 清华大学法学院教授，法学博士。本文是研究阐释党的十九大精神国家社科基金专项课题“健全自治、法治、德治相结合的乡村治理体系研究”（批准号：18VSI064，首席专家：高其才）的阶段成果。

探索了党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系，为走向乡村善治奠定了坚实的基础。

我国第一次提出“法治、德治、自治融合”议题的是中共中央、国务院于2017年6月12日印发并实施的《关于加强和完善城乡社区治理的意见》。这一意见指出城乡社区是社会治理的基本单元，为了促进城乡社区治理体系和治理能力现代化，必须注重发挥基层群众性自治组织基础作用，充分发挥自治章程、村规民约、居民公约在城乡社区治理中的积极作用，弘扬公序良俗，促进法治、德治、自治有机融合。

党的十九大报告则明确提出了“健全自治、法治、德治相结合的乡村治理体系”。2017年10月18日，习近平总书记在代表第十八届中央委员会向大会作的报告《决胜全面建成小康社会夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利》中旗帜鲜明地提出实施乡村振兴战略，创造性地提出“加强农村基层基础工作，健全自治、法治、德治相结合的乡村治理体系”。这是中国特色乡村治理体制理论创新和实践创新的结果，标志着中国特色乡村治理体制的形成。

而中共中央、国务院《关于实施乡村振兴战略的意见》（2018年1月2日公布并实施）更指出：“乡村振兴，治理有效是基础。必须把夯实基层基础作为固本之策，建立健全党委领导、政府负责、社会协同、公众参与、法治保障的现代乡村社会治理体制，坚持自治、法治、德治相结合，确保乡村社会充满活力、和谐有序。”这进一步强调了乡村治理的“坚持自治、法治、德治相结合”。

2019年6月，中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《关于加强和改进乡村治理的指导意见》进行了进一步的完善：“坚持把治理体系和治理能力建设作为主攻方向，坚持把保障和改善农村民生、促进农村和谐稳定作为根本目的，建立健全党委领导、政府负责、社会协同、公众参与、法治保障、科技支撑的现代乡村社会治理体制，以自治增活力、以法治强保障、以德治扬正气，健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系，构建共建共治共享的社会治理格局，走中国特色社会主义乡村善治之路，建设充满活力、和谐有序的乡村社会。”

本文主要从走向乡村善治角度，总结健全党组织领导的自治、法治、德治相结合乡村治理体系的提出历程，讨论健全党组织领导的自治、法治、德治相结合乡村治理体系的重要价值目标，探讨健全党组织领导的自治、法治、德治相结合乡村治理体系的构成要素，分析健全党组织领导的自治、法治、德治相结合乡村治理体系的内在特质，提出健全党组织领导的自治、法治、德治相结合乡村治理体系的现实挑战，把握健全党组织领导的自治、法治、德治相结合乡村治理体系的关键议题，思考健全党组织领导的自治、法治、德治相结合乡村治理体系的制度完善，探究健全党组织领导的自治、法治、德治相结合乡村治理体系的实践路径，从总体上理解

健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系，把握当代中国乡村融洽的乡村治理体制，走向中国乡村的善治之路。

### 一、健全自治、法治、德治相结合乡村治理体系的提出历程

健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系，是在总结我国乡村治理实践基础上提出的，有着深刻的历史、社会、政治、法律因素，是我国乡村社会治理从政策管理式到依法自治式再到自治、法治、德治“三治”结合式发展的结果，是走向乡村善治的必要途径。

中国固有社会是一个有着独特治理结构的社会，<sup>①</sup>国家的治理结构由皇权为中心自上而下的正式官僚组织体系和以地方士绅、宗族族首为中心的民间权威系统等两种权威和力量维系。在这一由“绅权和皇权主导的乡村治理格局中，乡村社会有自身的治理规则、治理领域和治理逻辑，是一个完全意义上的乡村政治系统。”<sup>②</sup>国家官僚体系的统治力量没有完全沉入乡村社会，“正式的皇权统辖只施行于都市地区和次都市地区……出来城墙之外，统辖权威的有效性便大大地减弱，乃至消失。”<sup>③</sup>乡村社会的治理与秩序主要依靠乡绅、宗族等民间权威进行自治，这些“地方权威并不经由官方授权，其所依赖的支持系统主要来自于地方社会，由一系列相互配套的地方性制度保证。”<sup>④</sup>

清末民初开始了近代中国的乡村治理变革。清末民初，在富国强兵目标的指引下，国家力图建立一整套全新的组织系统来进行乡村治理，以乡地保甲、区乡行政、地方自治为主要内容的新政运动使固有的乡村治理体系受到了根本性的冲击和改变。现代国家的逐步建构和全面深入乡村，其面对的是一个传承已久的乡村治理体系和乡村秩序。因此，国家为了完成政治整合、资源汲取、社会动员、身份认同等宣示国家在场的建构任务，必将通过建制化的政治手段重建国家权威的组织及制度在乡村的嵌入。<sup>⑤</sup>“国家政权建设是指国家通过官僚机构的下沉，加强对基层社会的渗透和控制从而将分散、多中心的、割据性的权威体系，逐步转变为一个以现代国家组织为中心的权威结构的过程。”<sup>⑥</sup>随之，我国的乡村治理出现了全新的样态。

1949年中华人民共和国成立后，乡村治理进入了政策管理式的崭新历史阶段。新中国建国

---

<sup>①</sup> 对中国固有的乡村社会，有的论者指为“吏民社会”，参见秦晖《传统中华帝国的乡村基层控制：汉唐间的乡村组织》，载黄宗智主编《中国乡村研究》第1辑，商务印书馆2003年，第2-39页；有的论者指为“官督绅办”社会，参见项继权：《中国乡村治理的层级及其变迁——兼论当前乡村体制的改革》，载《开放时代》2008年第3期，第77-87页。

<sup>②</sup> 徐勇：《中国农村村民自治(增订版)》，三联书店2018年，第279页。

<sup>③</sup> [德]马克思·韦伯著，洪天富译：《儒教与道教》，江苏人民出版社2000年，第93页。

<sup>④</sup> 张静：《基层政权：乡村制度诸问题》浙江人民出版社2000年，第26页。

<sup>⑤</sup> 高成军：“国家的空间再造与社会边界：乡村治理中的基层政权建设”，载《贵州大学学报(社会科学版)》2019年第4期，第98页。

<sup>⑥</sup> 张静：《基层政权：乡村制度诸问题》浙江人民出版社2000年，第44页。

初期,在农村地区主要根据党和国家的政策进行土地改革,其后主要进行合作化的探索和实践,经历了一个从互助组到初级农业生产合作社、高级农业生产合作社,再到人民公社的历史演变过程。<sup>①</sup>乡村治理可以概括为“政社合一”的模式,治理结构体现为人民公社—生产大队—生产队,是“以乡为单位的农村集体经济组织,与乡政府的合一,实际上就是乡政府行使管理农村经营活动的权力”。<sup>②</sup>人民公社体制的形成是新中国社会主义建设探索的一部分。中共中央于1958年8月颁布的《关于在农村建立人民公社问题的决议》形成了“政社合一”的乡村治理模式,其措施为小社并大、转为人民公社,要求“组织军事化、行动战斗化、生活集体化成为群众性的行动”。<sup>③</sup>根据这一决议,全国各地很快就建立了人民公社。从1958年到1978年,我国乡村治理以人民公社体制为核心,以“一大二公”为特征,<sup>④</sup>

1978年党的十一届三中全会开启了农村围绕经济体制的改革,确立和推行家庭联产承包责任制、统分结合的双层经营体制。从经济改革开始的乡村改革也事实上改变了原有的“政社合一”乡村体制。

1982年我国的乡村治理进入了一个新的依法治国的历史阶段。1982年12月4日《宪法》修订后所确立的基层群众自治制度,明确以“村民自治”的形式将乡村“政社分设”的探索予以宪法化、规范化和制度化。自此,村民自治成为“政社分设”后的乡村治理模式。扩大农村基层民主,实行村民自治,是中国共产党领导亿万农民建设有中国特色社会主义民主政治的伟大创造。<sup>⑤</sup>

为具体落实宪法关于村民自治的规定,1987年11月24日第六届全国人民代表大会常务委员会第二十三次会议通过并于1988年6月1日起试行《村民委员会组织法(试行)》,这为乡村治理的村民依法自治提供了直接的法律保障。该法明确规定农村村民实行自治,由村民群众依法办理群众自己的事情;村民委员是村民自我管理、自我教育、自我服务的基层群众性自治组织,办理本村的公共事务和公益事业,调解民间纠纷,协助维护社会治安,向人民政府反映村民的意见、要求和提出建议。在全面总结改革开放20年来乡村治理的实践经验和《村民委员会组织法(试行)》实施10年来的村民自治实践经验的基础上,第九届全国人民代表大会常务委员会第五次会议于1998年11月4日修订通过并于公布之日起实施了《村民委员会组织法》。该法强调村民委员会实行民主选举、民主决策、民主管理、民主监督。此后,以推进村民自治为

---

<sup>①</sup> 高其才、池建华:“改革开放40年来中国特色乡村治理体制:历程 特质 展望”,载《学术交流》2018年第11期,第67页。

<sup>②</sup> 陈锡文等:《中国农村制度变迁60年》,人民出版社2009年版,第17页。

<sup>③</sup> 《中共中央关于在农村建立人民公社问题的决议》(1958年8月29日)。

<sup>④</sup> “一大二公”是指人民公社第一规模大、第二公有化程度高。

<sup>⑤</sup> 关于改革开放40年来中国特色乡村治理体制,详可参见高其才、池建华:“改革开放40年来中国特色乡村治理体制:历程 特质 展望”,载《学术交流》2018年第11期,第64-76页。

目标，全国各地根据实际情况制定了《村民委员会组织法》的实施办法，也专门制定了村民委员会的选举办法。进入新世纪后，乡村社会发生了较大的变化，为此，第十一届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议于2010年10月28日对《村民委员会组织法》进行了修订。修订后的《村民委员会组织法》对乡村治理进行了进一步的完善。《村民委员会组织法》对于发展农村基层民主、维护村民的合法权益具有重要意义，从法律上为我国乡村治理提供了保障。

此后，我国不断探索乡村依法治国的进一步完善。2012年11月，党的十八大报告再一次明确指出乡村治理的目标是“健全基层党组织领导的充满活力的基层群众自治机制”，2013年的《中共中央 国务院关于加快发展现代农业 进一步增强农村发展活力的若干意见》（2012年12月31日公布）进一步明确为“建立健全符合国情、规范有序、充满活力的乡村治理机制”，从而为我国乡村治理进一步指明了完善的方向。

针对乡村的发展变化，浙江省桐乡市于2013年率先提出了推进社会管理“德治、法治、自治”建设，并于**2014年推向了浙江全省**。<sup>①</sup>从2015年开始，中央有关农村的文件在重视“自治”的基础上，更加强调“法治”、“德治”在乡村治理中的积极作用。2015年的《关于加大改革创新力度加快农业现代化建设的若干意见》在“围绕做好‘三农’工作，加强农村法治建设”部分专门强调推进农村法治建设。2016年的《关于落实发展新理念加快农业现代化实现全面小康目标的若干意见》更是明确将“法治”与“自治”结合起来，必须“依法开展村民自治实践，探索村党组织领导的村民自治有效实现形式。深化农村社区建设试点工作，完善多元共治的农村社区治理结构”，积极发挥村规民约在乡村治理中的积极作用。此外，这一规范性文件还明确提出了加强“德治”在乡村治理中的功能和作用。由此，我国的乡村治理进入了自治、法治、德治“三治”结合式的新阶段。

2017年6月12日，中共中央、国务院发布的《关于加强和完善城乡社区治理的意见》进一步强调了法治、德治、自治的有机融合。这一意见指出城乡社区是社会治理的基本单元，为了促进城乡社区治理体系和治理能力现代化，必须注重发挥基层群众性自治组织基础作用，充分发挥自治章程、村规民约、居民公约在城乡社区治理中的积极作用，弘扬公序良俗，促进法治、德治、自治有机融合。

适应中国特色社会主义进入新时代，解决我国社会主要矛盾已经转化为人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间矛盾的需要，2017年10月党的十九大报告创造性地提出“加强农村基层基础工作，健全自治、法治、德治相结合的乡村治理体系”，<sup>②</sup>这是中国特色

---

<sup>①</sup> 参见桐委发〔2013〕42号《中共桐乡市委 桐乡市人民政府关于推进社会管理“德治、法治、自治”建设的实施意见》（2013年9月30日）。

<sup>②</sup> 关于健全自治、法治、德治相结合的乡村治理体系研究，看参阅李亚冬的《新时代乡村治理的探索：实践和

乡村治理体制理论创新和实践创新的结果,标志着中国特色乡村治理体制的形成。在此基础上,中共中央办公厅、国务院办公厅于2019年6月印发的《关于加强和改进乡村治理的指导意见》又进一步完善为“健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系”。

中华人民共和国成立特别是改革开放以来,我国实事求是,从农村实际情况出发,不断总结乡村治理的实践经验,在依法治国的背景下,尊重农民的主体地位,强化乡村制度建设,注重提升村民道德素养,逐渐探索、形成了党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体制并不断予以健全,为乡村振兴、乡村社会发展、走向乡村善治提供坚实的制度保障和体制保障。

## 二、健全自治、法治、德治相结合乡村治理体系的价值目标

农业农村农民问题是关系国计民生的根本性问题。近年来,我国在推进乡村治理体系和治理能力现代化方面成效显著,以党组织为核心的农村基层组织建设进一步加强,乡村治理的体系进一步完善,乡村治理的手段不断创新,乡村治理的内容逐步充实。不过,当今我国乡村社会结构在变动、乡村利益格局在调整,发展不平衡不充分问题在乡村最为突出,乡村治理存在体制机制不完善、村民参与不足问题,<sup>①</sup>乡村治理的理念、乡村治理的方式等都需要变革、创新、完善,乡村治理体系和治理能力亟待强化。

健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系,是构建共建共治共享的社会治理格局,走中国特色社会主义乡村善治之路的必然途径。这是一种以全面实施乡村振兴战略为方向,以聚焦农业农村农民问题为导向,以实现“产业兴旺、生态宜居、乡风文明、治理有效、生活富裕”为总要求的现代乡村治理体系。这是完善乡村治理体系、巩固党在农村的执政基础、满足村民美好生活需要、实现乡村全面振兴的内在要求,具有十分重要的意义;在提升乡村治理水平、提高村民生活水准、推进乡村社会进步、实现国家均衡发展等方面具有积极价值,是实现乡村善治的重要目标。

健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系是完善乡村治理体系、构建共建共治共享的乡村社会治理格局的创新实践。在国家治理体系与治理能力现代化中,乡村治理体系现代化是基础,也是短板。针对我国乡村社会的特点,总结近70年来我国乡村治理的实践,吸取乡村治理的经验教训,从抓住关键、打好基础、补齐短板出发,我国创新性的提出健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系,这就明确了乡村治理的核心目标,明晰

---

理论——健全自治、法治、德治相结合的乡村治理体系研究综述》(《学术交流》2018年第12期)一文。

<sup>①</sup> 魏后凯:“乡村善治决定乡村振兴的成败”,载《群众》2018年第4期,第9页。

了乡村治理的主要难点，融合了乡村治理的各种方式，指明了乡村治理的基本途径。自治、法治、德治相结合的乡村治理体系，既坚持了村民自治这一基本制度，强调了乡村治理的民主化，又体现了乡村治理方式的法治化，表现出乡村治理结构的开放性，并突出对我国乡村治理的良善传统的弘扬和承继。健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系，建立健全党委领导、政府负责、村民主体、社会协同、法治保障的现代乡村社会治理体制，这强化了村民自治制度，加强和创新了乡村社会治理，适应了现代乡村发展的要求，符合我国社会整体发展的趋势，在新时代，<sup>①</sup>进一步完善了我国的乡村治理体系，从而加快推进我国乡村治理体系和治理能力的现代化，走中国特色社会主义乡村善治之路。

健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系是巩固党在农村执政基础的内在要求。农业、农村、农民问题，一直是党和国家重点解决的重大问题。党通过有效的乡村治理发展农村经济，提高农村生产力，提高农民的生活水平，保障和改善农村民生，保护农民的权益，得到广大村民的支持和拥护，这是巩固党在农村的执政基础的根本。健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系，切实加强了对乡村干部的组织领导和监督管理，扩大了选任渠道，优化了队伍结构，建立完善了激励保障机制，把那些守信念、讲奉献、重品行，尤其是观念新、能力强、懂经营、会管理、有本领且能够带领村民致富的优秀党员、村民选拔到乡村工作岗位上来，并发挥党员在乡村治理中的先锋模范作用，保持了党同村民的密切联系，使乡村组织从单一性到多元化发展，乡村组织体系得以完善，政权组织和村民自治组织得以加强，这就提高了党在乡村的执政能力，巩固了党在农村执政的政治基础。党以建设充满活力、和谐有序的乡村社会为目标，不断增强广大农民的获得感、幸福感、安全感，这表明党从代表和实现最广大村民的根本利益出发，从农民和农村发展的实际需要出发，这就夯实了党在农村执政的合法性基础，巩固了党在乡村的执政地位。

健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系是满足村民对美好生活需要、实现村民幸福生活的重要保障。党的十九大报告指出，新时代我国社会主要矛盾已经转化为人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾。传统的乡村治理模式导致出现了乡村的公共产品供给不足、村民参与乡村治理的意愿不高等问题，难以适应乡村社会开放流动背景下的发展。随着乡村社会经济政治的不断发展，村民在解决脱贫致富、满足温饱生活并对物质生活提出更高要求的基础上，对平等、民主、公平、正义、安全、法治、环境等方面的需求也在不断增长，村民对美好生活的向往呈现全方位的样态，更突出的希望决定乡村公共事

---

<sup>①</sup> 何显明：“以自治、法治和德治的深度 融合推进乡村治理体系创新”，载《治理研究》2018年第6期，第10页。

务、参与乡村社会治理、保障自身合法权益、满足精神心理需要等方面。健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系，构建共建共治共享的社会治理格局，广大村民在党的领导和政府指导之下共同参与乡村社会建设和社会治理，共同分享社会建设和乡村社会治理的成果，能够满足村民在平等、民主、法治等方面的现实需求，努力回应时代诉求，解决村民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分发展之间的矛盾，保障村民对幸福生活的追求，满足村民在新时代的多元化需求，<sup>①</sup>建设充满活力、和谐有序的乡村社会。

健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系是实现乡村全面振兴的主要途径。治理有效是乡村振兴的基础，乡村振兴离不开和谐稳定的社会环境。乡村治理是国家治理、社会治理、基层治理的重要组成部分。实施乡村振兴战略，是决胜全面建成小康社会、全面建设社会主义现代化国家的重大历史任务，需要把乡村善治作为固本之策，产业兴旺、生态宜居、乡风文明、生活富裕等乡村振兴的要求都需要以乡村治理有效为前提，通过有效的乡村治理实现乡村的产业兴旺、生态宜居、乡风文明、生活富裕，通过乡村治理推动农业全面升级、农村全面进步、农民全面发展，全面实现乡村振兴。同时，健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系也有助于建立健全城乡融合发展体制机制和政策法律体系，缩小城乡差别，建立健全城乡基本公共服务均等化的体制机制，促进城乡的双向流动和一体化发展，加快形成工农互促、城乡互补、全面融合、共同繁荣的新型工农城乡关系，推进乡村的全面发展和振兴，走向乡村善治。

### 三、健全自治、法治、德治相结合乡村治理体系的构成要素

关于健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系具体构成要素的表述，有一个逐步完善的过程。中共中央、国务院于2017年6月12日印发的《关于加强和完善城乡社区治理的意见》中为“促进法治、德治、自治有机融合”，2017年10月18日中国共产党第十九次代表大会报告中为“健全自治、法治、德治相结合的乡村治理体系”，中共中央办公厅、国务院办公厅于2019年6月23日印发的《关于加强和改进乡村治理的指导意见》中为“健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系”。从“法治、德治、自治有机融合”到“自治、法治、德治相结合”，从“健全自治、法治、德治相结合的乡村治理体系”到“健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系”，这是对当代中国乡村治理体系认识不断深化的结果。

---

<sup>①</sup> 裘有度：“‘三治结合’乡村治理体系：内涵、意义与建设路径”，载《西昌学院学报(社会科学版)》2019年第1期，第27页。

据此，我们认为应当从治理体系、治理方式、治理功能、治理体制、治理重点、治理目标等方面理解和把握“健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系”的构成要素。

①

1. 治理体系方面，乡村治理体系包含自治、法治、德治三方面内容，为自治、法治、德治的结合和自治、法治、德治的融合。自治是属于村民的范畴，法治是属于国家的范畴，德治是属于社会的范畴，这三种实现乡村善治的不同治理方式是互为补充、互相衔接、相辅相成、缺一不可的。<sup>②</sup>

2. 治理方式方面，乡村治理体系须以自治为基、法治为本、德治为先。健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系以自治为基础，以法治为根本，以德治为引领。健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系须坚持村民自治制度。村民自治已经成为我国乡村治理体系中的基础性制度，对维护村民的民主权益、保持农村社会和谐稳定、巩固党在农村的执政基础发挥了重要作用。在依法治国、建设社会主义法治国家、法治社会的当代中国，乡村治理需要遵循法治原则，在法律的调整、规范、保障之下，依法保障村民的合法权益，依法调整涉农的社会关系，通过法律推进乡村发展。乡村治理以德治为引领，需要重视德化的作用，德润人心，深入挖掘熟人社会中治理的伦理资源、道德力量，加强社会公德、职业道德、家庭美德和个人品德教育，培育文明乡风、良好家风、淳朴民风，充分发挥道德在凝聚人心、教化村民、淳化民风中的重要作用。

3. 治理功能方面，乡村治理以自治增活力、以法治强保障、以德治扬正气。乡村治理以自治增活力。从健全完善村民自治的有效实现形式入手，进一步健全农村基层民主选举、民主决策、民主管理、民主监督机制；要强化农民的主人翁意识，提高农民主动参与村庄公共事务的积极性。乡村治理以法治强保障。乡村有效治理，法治是前提、是基础、是核心、是保障；要提高法治意识、树立法治思维，要全面依法治国，必须把政府各项涉农工作纳入法治化轨道，依法办事；强化法律在维护农民权益、规范市场运行、农业支持保护、生态环境治理、化解农村社会矛盾等方面的权威地位；加强农村法治宣传教育，完善农村法律服务，引导干部群众遵法、学法、守法、用法，依法表达诉求、解决纠纷、维护权益，建设法治乡村。乡村治理以德治扬正气。要重视中国固有的良善的道德力量，德、法、礼并用，通过制定村规民约、村民道德

---

① 我们认为从通常逻辑上讲，“自治、法治、德治”并非并列关系，而有一定的相互包容关系，自治与他治相对，法治与人治相对；德治严格而言属于人治之一具体类型，一般从教化角度而非治理角度进行理解，表述为“德化”可能更合适一些。当然，本课题的讨论遵从一般用法，仍然按照官方表述，一律使用“自治、法治、德治相结合”。

② 韩俊语，参见“国新办举行乡村治理工作新闻发布会图文实录”，<http://www.scio.gov.cn/xwfbh/xwfbh/wqfbh/39595/40784/wz40786/Document/1657683/1657683.htm>，2019年10月22日最后访问。

公约等自律规范，弘扬中华优秀传统文化，教育引导农民爱党爱国、向上向善、孝老爱亲、重义守信、勤俭持家，增强乡村发展的软实力。<sup>①</sup>

4. 治理体制方面，健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系，是要建立健全党委领导、政府负责、村民主体、社会协同、法治保障、科技支撑的现代乡村社会治理体制。<sup>②</sup>村党组织领导乡村治理，村级重要事项、重大问题由村党组织研究讨论；县乡党委负农村基层党组织建设和乡村治理的主体责任。乡镇党委负乡村治理的直接责任。村民为乡村治理的主体，增强村民自治组织能力，健全党组织领导的村民自治机制，完善村民（代表）会议制度，推进民主选举、民主协商、民主决策、民主管理、民主监督实践。支持并发挥多方社会主体参与乡村治理，加强妇联、团支部等组织建设，积极发挥服务性、公益性、互助性社区社会组织作用。以法治思维指导乡村治理，通过法律规范乡村治理，将政府涉农事项纳入法治化轨道。重视科学技术手段在乡村治理中的积极作用，加大乡村治理中信息化、智能化、数字化的力度。

5. 治理重点方面，健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系重点在明确乡镇政府与村民自治组织的关系；明晰党组织领导自治、法治、德治相结合的路径；健全共建共治共享的治理机制；完善乡村治理的组织体系；建立现代乡村治理手段；丰富乡村治理的方式；强化村级权力监督机制；创新村民议事协商形式；形成乡村治理与经济社会协同发展的机制等方面。<sup>③</sup>健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系核心是融合乡村治理方式，完善乡村治理体系，提升乡村治理能力，提高乡村治理水平。

6. 治理目标方面，现代乡村治理通过构建共建共治共享的社会治理格局，走中国特色社会主义乡村善治之路，建设充满活力、和谐有序的乡村社会。健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系，应当制定和完善涉及农村、农业、农民的良好规范，乡村法制建设努力做到科学立法、严格执法、公正司法、全民守法；积极搭建多方参与乡村治理的平台和渠道，发挥村民主体作用和社会各方力量的积极性，鼓励引导社会和公众共商共建共治共享，推动政府治理、社会参与、基层群众自治实现良性互动。

健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系，目标为实现中国特色社会主

---

<sup>①</sup> 参见《关于加强和改进乡村治理的指导意见》（中共中央办公厅、国务院办公厅，2019年6月23日）和《中共中央 国务院关于实施乡村振兴战略的意见》（2018年1月2日）有关内容。

<sup>②</sup> 中共中央办公厅、国务院办公厅于2019年6月印发的《关于加强和改进乡村治理的指导意见》的提法为“建立健全党委领导、政府负责、社会协同、公众参与、法治保障、科技支撑的现代乡村社会治理体制”。我们认为村民不仅仅作为公众参与乡村治理，应该是乡村治理的主体，因此提出“建立健全党委领导、政府负责、村民主体、社会协同、法治保障、科技支撑的现代乡村社会治理体制”。

<sup>③</sup> 参见《中央农村工作领导小组办公室、农业农村部、中央组织部、中央宣传部、民政部、司法部关于开展乡村治理体系建设试点示范工作的通知》（中农发〔2019〕5号）有关内容。

义乡村善治。乡村善治主要包括党组织领导的乡村治理有力、法治理念深入村民人心、村民自治依法规范、文化道德形成乡村新风、乡村发展充满活力、乡村社会安定有序、村民生活富足幸福等内容。<sup>①</sup>

#### 四、健全自治、法治、德治相结合乡村治理体系的内在特质

乡村治理问题是当代中国社会治理的一个有机组成部分和一个重要构成方面，我们应当从国家治理现代化进程、法治国家建设视角认识和把握乡村治理，理解健全党组织领导的自治、法治、德治相结合乡村治理体系的内在特质，走向乡村善治之路。

从一般意义上分析，乡村治理具有治理本性的内在性、治理主体的民众性、治理组织的多样性、治理规范的多元性、治理方式的广泛性、治理手段的多种性、治理目标的民生性等特性。健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系需要尊重乡村治理的这些特点。

不过，异于其他治理和以往的乡村治理，健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系具有自治型治理、融合式治理、整体型治理、转型态治理、合作型治理、本土化治理、嵌入性治理、发展式治理、协商性治理、共识型治理等特点。

1. 自治型治理。根据《宪法》和法律的规定，我国农村基层实行村民自治制度，农村村民实行自治，由村民依法办理自己的事情，村民通过村民委员会进行自我管理、自我教育、自我服务，实行民主选举、民主决策、民主管理、民主监督。因此，我国的乡村治理为自治型治理。健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系须以此为基础和根本。

2. 融合式治理。我们认为，健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系强调“自治、法治、德治相结合”，这也就意味着乡村治理不再单独依靠某一方面的治理资源，而是在“三治结合”、“三治融合”思路指导下整合优化多种治理资源、治理方式，和融一体共治合力进行乡村治理。国家法律、执政党政策、政府规范、村规民约、地方习惯等相融相洽，合力推进乡村治理。法治与德化并行，自治与他治共存，共同服务乡村治理，以实现乡村善治。

3. 整体型治理。健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系应当确立整体性思维、树立整体型治理观念，从主体、规范和运行三个方面进行整体把握。健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系主要包括“谁来治理”、“依何治理”以及“如何治

---

<sup>①</sup> 中共中央办公厅、国务院办公厅于2019年6月23日印发的《关于加强和改进乡村治理的指导意见》提出的总体目标为：到2020年，现代乡村治理的制度框架和政策体系基本形成，农村基层党组织更好发挥战斗堡垒作用，以党组织为领导的农村基层组织建设明显加强，村民自治实践进一步深化，村级议事协商制度进一步健全，乡村治理体系进一步完善。到2035年，乡村公共服务、公共管理、公共安全保障水平显著提高，党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系更加完善，乡村社会治理有效、充满活力、和谐有序，乡村治理体系和治理能力基本实现现代化。

理”三个方面，其中“谁来治理”指向主体维度、“依何治理”指向规范维度、“如何治理”指向运行维度。我们应从主体、规范和运行三个维度入手健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系。主体是健全党组织领导的自治、法治、德治相结合乡村治理体系的根本，规范是健全党组织领导的自治、法治、德治相结合乡村治理体系的基础，运行是健全党组织领导的自治、法治、德治相结合乡村治理体系的关键。<sup>①</sup>

4. 转型态治理。当代中国的乡村治理面临转型社会治理与常态社会治理双重治理问题，且转型社会治理更为突出。乡村面临实现由传统社会向现代社会的转变，乡村治理需要由传统治理向现代治理的发展。现代乡村治理呈现治理主体的多元化、治理客体的立体化、治理手段的文明化、治理方式的规范化、治理能力的现代化、治理目标的人本化。乡村治理体系应当符合治理发展的客观规律，顺应治理的总体趋势。

5. 合作型治理。由于乡村治理的复杂性，健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系需要各方力量互动协同，通力合作。参与乡村治理的政府力量与民间力量、外来力量与乡村力量、村党组织与村民委员会、村务监督委员会、村各种经济组织和社会组织、村民宜统筹协调、共同参与、共同建设，按照各自职责发挥积极作用，做到协同配合、齐心合力进行乡村治理。当代乡村社会治理要发挥内部型主体与外部型主体在乡村治理中各自的积极性、能动性，内生规范与外来规则、村规民约与国家法律紧密配合、相辅相成，共同调整、规范乡村各项事务，推进乡村善治。

6. 本土化治理。当代中国的乡村治理莫基于中国传统，生长于具体国情，立足于乡村实际，服务于广大村民，健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系是一种本土化的治理，具有浓郁的中国特色、鲜明的地方特点、显著的时代特征。乡村治理需要尊重我国村民的心理和需要，针对乡村的发展阶段，顺应我国农村现代化和治理现代化的趋势。

7. 嵌入性治理。健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系要求将现代法治观念、思维、规则等融入到乡村治理的全过程，这实际上是将作为外来规则的国家法律嵌入到乡村治理中，将法治嵌入乡村自组织的方式及过程中，固有乡土社会融贯外来规则，消除外来规则与内生规则之间的混乱。当代中国的乡村治理是通过行动嵌入和规则嵌入的嵌入性治理。

②

8. 发展式治理。当代中国乡村的核心问题为发展，因而健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系为一种以发展为中心的乡村治理模式，围绕乡村的经济发展、政治发

---

<sup>①</sup> 高其才：“健全自治法治德治相结合的乡村治理体系”，载《光明日报》2019年2月26日16版。

<sup>②</sup> 关于嵌入性治理，更多的讨论可参阅陈寒非的“嵌入式法治：基于自组织的乡村治理”（《中国农业大学学报》2019年第1期）一文。

展、法制发展、社会发展、文化发展、生态发展进行治理，通过治理提升乡村村民的发展能力。这是建立在全面发展、科学发展基础上的发展式治理。通过治理，推进乡村的可持续发展、城乡的共同发展。

9. 协商性治理。健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系要求保障村民和村民委员会的主体地位，强化村民的主人翁意识，为村民主动参与村组公共事务提供平台和途径，让村民自己“说事、议事、主事、定事”，村组的事让农民协商着办、商量着办，凸显村民在乡村治理中的主体地位。现代中国的乡村治理应当体现协商性治理的特点。

10. 共识型治理。健全党组织领导的自治、法治、德治相结合乡村治理体系的目标为形成共同体的共识，塑造乡村的有机共同体，为村民提供丰富的公共品。村民在乡村治理中共同生活、共同行动、共同感受，逐渐形成共识，通过治理使乡村成为利益共同体、观念共同体、规范共同体、命运共同体，实现乡村善治。

## 五、健全自治、法治、德治相结合乡村治理体系的现实挑战

观察我国的乡村治理实践，健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系还存在着诸多的现实问题，在走向乡村善治的过程中需要认真分析和逐步解决面临的现实挑战。

近年来，我国在推进乡村治理体系和治理能力现代化方面成效显著，以党组织为核心的农村基层党组织建设进一步加强，乡村治理内容逐步充实，乡村治理手段不断创新，乡村治理体系进一步完善，农村基本公共服务显著改善，农村社会和谐稳定，广大农民的获得感、幸福感、安全感不断增强。但是，我国乡村治理体系和治理能力现代化水平还不高，治理理念、治理方式、治理手段还存在着许多不适应的地方，乡村治理需要解决的具体问题还不少。<sup>①</sup>**中共中央、国务院于2018年1月2日发布实施的《关于实施乡村振兴战略的意见》更明确指出农村基层党建存在薄弱环节，乡村治理体系和治理能力亟待强化。**

总体上观察，健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系面临乡村治理组织不完善、乡村治理能力比较弱、乡村治理体系欠健全等现实挑战。

1. 乡村治理组织不完善。在一些乡村，党组织处于软弱涣散状态，个别党组织存在青黄不接、后继无人的状况；有的村的乡村治理组织比较单一，除了村党组织、村民委员会之外没有其他组织；有的村的村民会议和村民代表会议制度不够完善；有的村的村务监督组织流于形式，没有正常工作；有的村的集体经济组织和农民合作组织没有发挥其应有的作用；一些村的

---

<sup>①</sup> “推进乡村治理体系和治理能力现代化取得新成效——中央农办副主任、农业农村部副部长韩俊解读《关于加强和改进乡村治理的指导意见》并答记者问”，<http://www.scio.gov.cn/xwfbh/xwfbh/wqfbh/39595/40784/index.htm>，2019年6月25日最后访问。

服务性、公益性、互助性等其他经济社会组织较为缺乏，有的没有建立红白理事会、村民议事会、道德评议会等组织；有的村的村民委员会和村民小组在履行基层群众性自治组织功能方面存在缺陷；有的村的村民自治组织成员不全，村民担任村民自治组织成员的意愿不大；一些乡村组织的规章制度不够健全，活动不多；有的村的各种乡村组织之间的关系没有理顺，没有建立既分工又合作的工作机制。

2. 乡村治理能力比较弱。面对新的乡村发展状况，不少乡村表现出治理能力不够强的现象，如有的村的党组织和村民自治组织的增强村民自我管理、自我教育、自我服务能力有限；有的乡村组织的规范化建设有待加强；有的村党员年龄普遍偏大，适应乡村发展变化的能力较弱；有的村干部工作积极性不高，得过且过，消极敷衍；有的村干部民主意识淡漠，独断专行；有的村干部运用现代科技手段进行乡村治理的能力不强；有的村干部有关减少乡村不和谐因素、维护乡村社会安定的办法不多；有的乡村党员在思想意识、党性修养、为民宗旨上出现动摇，先锋模范作用没有发挥出来；有的村干部作风不实，漠视群众，弄虚作假，优亲厚友，造成干群党群关系紧张；有的村干部把权力当成“摇钱树”，搞“微腐败”、雁过拔毛，“小官巨贪”时有发生；<sup>①</sup>有的村民干扰破坏村“两委”换届选举，利用宗族势力左右选举，甚至成为“村霸”和形成黑恶势力，违反国家法律违反村规民约，危害乡村社会秩序；有的乡村消除黑恶势力活动的办法有限，效果不佳。

3. 乡村治理体系欠健全。一些乡村在治理中将自治、法治、德治相结合有待深入；有的地区实施村民自治制度不到位，乡镇政府往往以行政命令方式要求村民自治组织承担有关行政性事务，对村级组织检查评比事项过多，有的甚至干预村民自治组织自治范围内的事务；有的政府工作人员依法办事的观念和能力需要提高，法治思维需要进一步树立；政府各项涉农工作纳入法治化轨道还需要努力；乡村的法治建设有待进一步推进；有的村存在讲排场、比阔气等不良风气；需要进一步重视弘扬崇德向善、扶危济困、扶弱助残、向上向善、孝老爱亲、重义守信、勤俭持家等传统美德，加强淳朴民风的培育；通过村规民约等规范弘扬中华优秀传统文化存在一些不足；有的村乡贤的道德教化功能、先进榜样作用的发挥还有欠缺。

就当前我国乡村而言，不少乡村存在班子软、产业弱、村庄乱、民心散的问题；就我国乡村治理而言，面临乡村治理组织软弱且单一、行政方式在乡村治理中突出、传统治理手段失灵、乡村治理人才缺乏等问题。不少政府官员的观念认识还没有真正转到治理方面，仍然为“管治”观念、“控制”思维；现代乡村治理体制尚没有真正建立。

---

<sup>①</sup> “推进乡村治理体系和治理能力现代化取得新成效——中央农办副主任、农业农村部副部长韩俊解读《关于加强和改进乡村治理的指导意见》并答记者问”，<http://www.scio.gov.cn/xwfbh/xwfbh/wqfbh/39595/40784/index.htm>，2019年6月25日最后访问。

乡村治理需要应对当今乡村生产方式变动、乡村人口数量持续减少、乡村社会流动性加大、乡村组织弱化、乡村共同体减弱、固有规范失灵、乡村人际关系疏离、村民安全感缺乏等情态的全面挑战。健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系并走向乡村善治还面临着艰巨的任务，需要进行长期的努力。

## 六、健全自治、法治、德治相结合乡村治理体系的关键议题

走向乡村善治，需要探讨若干关键的议题，理顺乡村治理中涉及根本性的关系。健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系需要正确处理村民自治与法治的关系，发挥乡村治理的内生动力与外在力量的双重作用，重视城乡人口双向流动治理问题。

### 1. 正确处理村民自治与法治的关系

我国宪法和法律规定农村村民实行自治，由村民依法办理自己的事情；村民委员会是村民自我管理、自我教育、自我服务的基层群众性自治组织。我国《村民委员会组织法》第9条规定村民委员会应当宣传宪法、法律、法规和国家的政策，教育和推动村民履行法律规定的义务、爱护公共财产，维护村民的合法权益；第10条规定村民委员会及其成员应当遵守宪法、法律、法规和国家的政策；第8条规定村民委员会应当支持和组织村民依法发展各种形式的合作经济和其他经济，村民委员会依照法律规定，管理本村属于村农民集体所有的土地和其他财产；第27条第二款规定村民自治章程、村规民约以及村民会议或者村民代表会议的决定不得与宪法、法律、法规和国家的政策相抵触。因此，村民自治是依法进行自治，是法治之下的自治，是法律规范和保障的自治。

同时，《村民委员会组织法》第36条又规定了对村民自治的某种监督和制约：“村民委员会或者村民委员会成员作出的决定侵害村民合法权益的，受侵害的村民可以申请人民法院予以撤销，责任人依法承担法律责任。村民委员会不依照法律、法规的规定履行法定义务的，由乡、民族乡、镇的人民政府责令改正。乡、民族乡、镇的人民政府干预依法属于村民自治范围事项的，由上一级人民政府责令改正。”

在实践中，哪些属于村民自治范围的事项并不十分清楚，自治与非自治的界限较为模糊。特别在准确理解和把握《村民委员会组织法》第5条“乡、民族乡、镇的人民政府对村民委员会的工作给予指导、支持和帮助，但是不得干预依法属于村民自治范围内的事项。村民委员会协助乡、民族乡、镇的人民政府开展工作”具体内涵的认识上可能存在差异。政府依法“指导”村民自治，村民委员会依法“协助”政府的工作，这需要在总结村民自治实践的基础上进一步形成共识，依法确立合理、适当、可行的范围。

在依法治国、建设社会主义法治国家的当代中国，我们要将完善村民自治作为法治建设的重要组成部分，用法治理念和法治思维实行村民自治，通过法律规范和保障村民自治制度，运用法律保障村民的自治权，并依法监督村民自治，纠正村民自治中与宪法、法律、法规和国家的政策相抵触的行为，但是不能以法律的名义限制、剥夺和变相限制、剥夺村民的自治权，通过所谓的“法治”消解村民自治制度。应当通过法治保障村民自治制度、完善村民自治制度、促进村民自治，而非消解村民自治、抑制村民自治、限制村民自治，防止以法治影响自治、消解自治。

从本质上看，村民自治与法治是一致的，不存在矛盾和冲突，但是具体实践中，由于理解和执行的问题，自治与法治可能存在某种不一致。因此，正确处理村民自治与法治的关系、坚定不移的遵循村民自治制度、尊重村民的自治权和自主发展权便成为健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系的关键议题之一。国家运用法律通过间接的方式从外部提供引导调整村组内部的自我治理，同时通过道德规范等非正式规则在内部协助实现其自我治理，最终达成乡村治理的有效运转与乡村社会的善治。<sup>①</sup>

## 2. 发挥乡村治理的内生动力与外在力量的双重作用

健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系应以村民自治为基本，发挥村党组织、村民委员会、村务监督委员会、村民小组、村民等内生主体的能动作用，依靠内生动力实现乡村善治。

同时，国家、政府、社会也通过各种形式健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系。<sup>②</sup>特别是实施脱贫攻坚、扶贫开发政策以来，坚持县级统筹、全面覆盖，县级党委和政府统筹整合各方面驻村工作力量，根据派出单位帮扶资源和驻村干部综合能力科学组建驻村工作队，实现建档立卡贫困村一村一队。<sup>③</sup>同时以政治任务安排的方式动员地方部门、国有企业，以政策倾斜的方式调动民营企业，以荣誉奖励和物质奖励等手段动员特定人群，从而利用资源丰富者的资源，动员被扶贫地区的人口，形成全社会参与的格局。<sup>④</sup>扶贫工作队等乡村外在

---

<sup>①</sup> 目前在村民自治与法治关系的研究上主要有“有限自治说”、“法律介入说”和“协调与互动关系说”等观点。参见汪鑫、李渡：“反思法视角下乡村治理的自治与法治之维”，载《江西财经大学学报》2019年第1期，第133—134页、136页。

<sup>②</sup> 高成军认为国家通过组织嵌入及围绕组织运作的制度加持，实现了国家在乡村社会的空间再造及合法性叙事。但是这一实践过程始终面临着国家与社会、官治与民治、集权与分权、自上而下与自下而上等紧张关系与矛盾纠结。参见高成军：“国家的空间再造与社会边界：乡村治理中的基层政权建设”，载《贵州大学学报（社会科学版）》2019年第4期，第96—105页。

<sup>③</sup> 《关于加强贫困村驻村工作队选派管理工作的指导意见》（中共中央办公厅、国务院办公厅，2017年12月24日）

<sup>④</sup> 李亚冬：“治理贫困的乡村治理——以‘脱贫攻坚’相关的规范性文件为分析对象”，载《贵州大学学报（社会科学版）》2019年第3期，第49页。

力量基于扶贫参与乡村治理，在解决贫困问题的同时提升内生主体的乡村治理能力，促进乡村治理现代化。

我国各地探索从各级机关优秀年轻干部、后备干部，国有企业、事业单位的优秀人员和以往因年龄原因从领导岗位上调整下来、尚未退休的干部中选派到村（一般为软弱涣散村和贫困村）作为第一书记担任党组织负责人。第一书记在乡镇党委领导和指导下，依靠村党组织、带领村“两委”成员开展工作，主要职责、任务是帮助建强乡村基层组织、推动精准扶贫、为民办事服务、提升乡村治理水平。<sup>①</sup>作为乡村治理的外在力量，第一书记推进了乡村善治。

从2008年开始，我国选聘高校毕业生到村任职工作，<sup>②</sup>即大学生村官，主要目的是培养一大批社会主义新农村建设骨干人才、党政干部队伍后备人才、各行各业优秀人才。大学生村官主要履行宣传落实国家政策、促进乡村经济发展、联系服务村民、推广科技文化、参与村务管理、加强乡村基层组织等职责。大学生村官有利于优化乡村干部队伍结构，提高乡村干部队伍整体素质，增强农村基层党组织的凝聚力、战斗力、创造力。大学生村官为乡村治理输送了年轻有活力的新鲜血液。

此外，有的地方如山东省还组织了“万名干部下基层”服务队等，下乡为村民服务。

### ③

这些扶贫工作队、第一书记、大学生村官等乡村治理的外来力量有助于弥补乡村特别是弱散软乡村的治理力量，有其积极意义。不过，乡村治理的外来力量也可能包办、代替乡村内生主体，使乡村治理内生主体产生依赖感、养成惰性，影响乡村治理内生主体正常功能的发挥。

因此，乡村治理的外来力量应当明确定位，消除追求短期效应、临时任务观念，避免喧宾夺主、桃代李僵现象发生，与内生主体相互尊重、紧密配合，在服务乡村过程中促进乡村治理内生主体的成长、成熟，帮助乡村治理内生主体提高治理能力，扶助乡村治理内生主体提升治理水平，既输血更造血，重在培育乡村治理内生主体，大力培养乡村治理内生主体的年轻力量，使乡村治理有扎实的组织基础和人才基础，确保乡村治理的连续性、持续性。

健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系需要摆脱村民自治对国家权力的过分依赖，真正确立村组、村民的主体性地位，乡村在自主发展中实现善治。

### 3. 重视城乡人口双向流动治理问题

---

<sup>①</sup> 《关于做好选派机关优秀干部到村任第一书记工作的通知》（中组部中农办国务院扶贫办，组通字【2015】24号）

<sup>②</sup> 2008年4月10日，中共中央组织部、教育部、财政部、人力资源和社会保障部发布了《关于印发〈关于选聘高校毕业生到村任职工作的意见（试行）〉的通知》。

<sup>③</sup> 山东省委决定，在2018年“千名干部下基层”和选派“第一书记”的基础上，再从省市县三级增派9557名优秀干部，开展“万名干部下基层”。李子路、张国栋：“山东省‘万名干部下基层’工作动员部署会议召开”，载《大众日报》2019年7月12日第1版。

由于市场经济的发展，我国的乡村治理出现了许多新的问题，其中城乡人口的流动问题为一突出的问题。一方面，大量的农村劳动力流动到城市工作、居住，给传统的乡村治理带来了挑战；同时，也有部分外村外乡、城市的人口到农村生活、居住、就业，使乡村治理出现了新的情况。<sup>①</sup>

这些在乡村长期生活、劳动的人士，通常没有本乡村户籍，他们中有的的是资本下乡、投资乡村产业的人士，有的是因入伍、上学、经商等而将户口迁离乡村现退休回乡的原籍人士，有的是喜欢乡村生活方式、乐于田园生活的年轻人士。他们是否为“本村村民”、具有村民的资格、享有村民的权利，这是直接影响乡村治理和乡村发展的重要问题。<sup>②</sup>

根据《村民委员会组织法》第13条第二款第三项的规定，户籍不在本村，在本村居住一年以上，本人申请参加选举，并且经村民会议或者村民代表会议同意参加选举的公民应当登记并列入参加村民委员会选举的村民名单。这一规定虽然没有明确“户籍不在本村但在本村居住一年以上的公民”为“本村村民”，但就参加村民委员会选举而言，似可推定为“本村村民”。

不过，这些户籍不在本村但在本村居住一年以上的公民可以享有村民委员会的选举权和被选举权，前提为经村民会议或者村民代表会议同意参加选举。如果经村民会议或者村民代表会议不同意参加选举，这些在乡村长期生活、劳动的人士就不具有选举权和被选举权，而且法律没有规定对这不同意决定的异议、申诉途径。

实践中户籍不在本村且在本村居住一年以上的公民真正提出申请参加选举的并不多，这对流动到乡村人员权益保障产生了消极影响，也限制了城市户籍人口流动到乡村、外村户籍人口流动到本村的积极性，不利于实施乡村振兴战略和乡村保持持久活力，在一定程度上影响自治、法治、德治相结合乡村治理体系的健全。

因此，健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系需要打破城乡二元结构，从法律上消除城乡壁垒，实现城乡人口的双向流动，保障在乡村居住、生活、工作的公民的合法权益，进一步推进乡村善治。

## 七、健全自治、法治、德治相结合乡村治理体系的制度完善

---

<sup>①</sup> 黎红梅、文杰认为，在农村到城市、城市向农村的人口迁移现实中，农村人口因受转移后的生活成本与土地羁绊双重限制而难以融入城市；城市人口因受现行农地政策不足而缺乏有效土地供给以致难以融入农村。参见黎红梅、文杰：“基于农地视角的城乡人口双向融合阻碍及影响机制分析”，载《西北人口》2019年第3期，第2页。

<sup>②</sup> 《村民委员会组织法》第38条规定：“驻在农村的机关、团体、部队、国有及国有控股企业、事业单位及其人员不参加村民委员会组织，但应当通过多种形式参与农村社区建设，并遵守有关村规民约。村民委员会、村民会议或者村民代表会议讨论决定与前款规定的单位有关的事项，应当与其协商。”但是这条规定没有明确这些在乡村的组织及其人员的村民资格问题、具体的法律地位。

健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系需要重视乡村治理制度建设，把行之有效的乡村治理政策法定化，完善相关的乡村治理法律制度，特别是加强乡村治理领域法律的制定和完善、规范村党组织书记兼任村民委员会主任、规范以村民小组或自然村为基本单元的村民自治试点、完善村规民约的备案制度等，为走向乡村善治提供法律保障。

#### 1. 加强乡村治理领域法律的制定和完善

健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系需要加强乡村治理领域法律的制定和完善，强化乡村治理的法治保障。我国目前主要通过执政党政策来规范乡村治理、调整乡村治理关系，中央没有专门规范乡村治理的规范性法律文件，我国的《村民委员会组织法》仅调整乡村治理的部分社会关系。2017年12月的中央农村工作会议提出要制定“乡村振兴法”，中共中央、国务院于2018年1月2日发布实施的《关于实施乡村振兴的意见》更明确提出“抓紧研究制定乡村振兴法的有关工作，把行之有效的乡村振兴政策法定化，充分发挥立法在乡村振兴中的保障和推动作用”。2018年7月，全国人大常委会牵头启动了乡村振兴促进法的立法相关程序，预计到2020年前有望正式发布。“治理有效”作为乡村振兴的内容之一将在“乡村振兴促进法”中有所体现。我们认为在制定《乡村振兴促进法》的同时及时修改和废止不适应的法律法规，特别是应当重视《村民委员会组织法》的修改，从健全自治、法治、德治相结合的乡村治理体系角度修改、补充、完善《村民委员会组织法》的相关内容，使乡村治理有法可依。十三届全国人大立法规划中将《村民委员会组织法》的修改列为重点领域立法，需要加快速度，着力研究修改中的重点难点问题，争取尽快完成修改工作。

《关于实施乡村振兴的意见》明确提出各地可以从本地乡村发展实际需要出发，制定促进乡村振兴的地方性法规、地方政府规章。各地结合实际情况，制定了一些涉及乡村治理的法规。如浙江省《湖州市美丽乡村建设条例》（2018年12月）、《广西壮族自治区乡村规划建设管理条例》（2018年11月）、云南省《大理白族自治州乡村清洁条例》（2017年3月）、《河北省乡村环境保护和治理条例》（2016年7月）、《黑龙江省乡村建设管理办法（2006年10月修改）》等。

尤其值得注意的是，新疆维吾尔自治区昌吉回族自治州制定了全国第一部乡村治理地方性法规。《昌吉回族自治州乡村治理促进条例（试行）》（2019年1月10日昌吉回族自治州第十五届人民代表大会第三次会议通过，2019年3月28日新疆维吾尔自治区第十三届人民代表大会常务委员会第九次会议批准，自2019年5月1日起施行）共七章50条，除总则、法律责任、附则外，规范了和谐稳定、乡风文明、人居环境、治理保障等乡村治理促进的内容。这部乡村治理的地方性法规强调乡村治理以村民为主体，明确了昌吉回族自治州促进乡村治理的宗旨和依据、适用范围、治理方式和目标、体制机制、职责等。《昌吉回族自治州乡村治理促进条例

（试行）》规定了村规民约、诚信黑名单等村民自治内容，也规定建立乡村干部小微权力清单制度、政务公开等规范村级权力的内容，还规定了行政村法律顾问制度，充分体现出昌吉特色，对于依法促进乡村治理工作具有针对性和可操作性，<sup>①</sup>在依法推进乡村治理将产生积极作用。

其他地区宜总结当地的乡村治理实践和经验，通过地方性法规、地方政府规章等形式就乡村治理进行全面的或者专门的规定，进一步完善和健全乡村治理的法律制度。

## 2. 规范村党组织书记兼任村民委员会主任

村党组织在乡村治理中具有领导地位，《村民委员会组织法》第4条明确规定了党组织的领导核心作用，领导和支持村民委员会行使职权，支持和保障村民开展自治活动。为更好的加强村党组织对乡村治理的领导，2002年中共中央办公厅、国务院发布的《关于进一步做好村民委员会换届选举工作的通知》中就提倡村党支部领导班子按照规定程序推选为村民委员会成员候选人，通过选举兼任村民委员会成员；《关于实施乡村振兴的意见》提出“推动村党组织书记通过选举担任村委会主任”；中共中央办公厅、国务院办公厅于2019年6月23日印发的《关于加强和改进乡村治理的指导意见》中更明确提出“村党组织书记应当通过法定程序担任村民委员会主任和村级集体经济组织、合作经济组织负责人”。

村党组织书记兼任村民委员会主任在提高乡村治理效率、减少成本、应对人才危机等方面有一定的积极效果，也能够解决党组织领导权和村委会的自治权之间的某种对立和冲突，避免某些村庄的分裂现象。但是，村党组织书记兼任村民委员会主任也可能不符合村民自治的基本原则，与民主所要求的分权和制衡相背离，导致乡村治理的民主决策和民主监督流于形式；同时，也增加了村党组织书记的工作负担和工作压力，影响了他们为村民服务的积极性。

因此，我们认为健全自治、法治、德治相结合的乡村治理体系，需要坚持因地制宜原则进行村党组织书记兼任村民委员会主任工作。在某些软弱涣散村、空心村等，可以积极推动村党组织书记通过法定程序担任村委会主任。而在某些正常发展的村庄，尊重村民自治制度的本质，遵循村民自治的规律，尊重村民意愿，不一定推动村党组织书记通过法定程序担任村委会主任。

即便推动村党组织书记应当通过法定程序担任村民委员会主任，也应运用法治思维，对村党组织在领导村民自治中的角色、职能和责任进行制度化、规范化，正确规范党组织与村民自治组织的关系，防止乡村治理权力的集中对乡村民主法治、对健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系的不良影响。同时，要重视将执政党的规范性文件的某些内容吸纳为国家法律规范，使之法定化。

---

<sup>①</sup> 张璇：“《昌吉回族自治州乡村治理促进条例(试行)》解读”，<http://www.cj.gov.cn/zcjd/zyfzrjd/868764.htm>，2019年10月22日最后访问。

### 3. 规范以村民小组或自然村为基本单元的村民自治试点

我国《村民委员会组织法》规定以村民委员会为村民自治基本单元，村民委员会根据村民居住状况、人口多少，按照便于群众自治，有利于经济发展和社会管理的原则设立。同时，村民委员会可以根据村民居住状况、集体土地所有权关系等分设若干村民小组；属于村民小组的集体所有的土地、企业和其他财产的经营管理以及公益事项的办理，由村民小组会议依照有关法律的规定讨论决定。这表明村民小组具有有限的自治权。

由于一些村民委员会人口过多、居住范围较广，村民利益有异，导致村民参与村民自治较为困难。<sup>①</sup>有的地区就自发探索以村民小组或自然村为基本单元的村民自治，赋予村民小组或自然村完整的村民自治权，取得了较好的社会效果。因此，《关于实施乡村振兴的意见》提出“继续开展以村民小组或自然村为基本单元的村民自治试点工作”。<sup>②</sup>

进行以村民小组或自然村为基本单元的村民自治试点，使村民自治的基本单元多样化、多类型，这能够激活村民小组或自然村的自治能力，提升乡村治理的具体效果，是符合健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系的基本要求，有助于根据乡村具体情况实施乡村治理。<sup>③</sup>

在具体试点时，需要因地制宜，避免“一刀切”，以村民参与的方便性和合作解决公共事务的能力两者之间进行平衡为基本考量，根据村民居住、历史传统、经济利益等因素确定。<sup>④</sup>同时，在保持以村民委员会为村民自治基本单元的基础上，需要通过立法为村民小组或自然村作为自治基本单元提供制度依据。应当通过法律规定申请、批准、审核、异议等程序。宜规定由村民小组或自然村提出申请，经村民会议讨论同意，报县级人民政府审核。试点推向全国时，需要对《村民委员会组织法》的有关条款进行修改与补充。<sup>⑤</sup>

---

<sup>①</sup> 王中华、黄杰认为，以自然村、农村社区、村民小组为基本自治单元，以多层次多类型的村民理事会为组织载体，具有很大的包容性、灵活性和适应性，满足了全国各地不同地区乡村治理复杂性的需求。参见王中华、黄杰：“论村民自治有效实现的基本单元和组织载体”，载《山西农业大学学报（社会科学版）》2018年第4期，第19页。

<sup>②</sup> 如四川省宜宾市叙州区柏溪镇少峨村以全国村民小组自治试点为契机，建立起小组代表会提议、小组理事会协商、小组会决策、监事会监管、股东会经营“五会一体”新型乡村治理机制，商讨制定了《村民小组自治章程》、《组规民约》、《村民小组理事会章程》、《村民小组监事会章程》、《村民小组协商制度》等基本制度。参见“叙州区柏溪镇少峨村”，载 <http://www.ybxww.com/ybly/html/2019/0506/368270.shtml>，2019年8月2日最后访问。

<sup>③</sup> 项继权、王明为认为广东清远以村民小组或自然村为单元进行村民自治试点具有探索性，但是此项改革不仅自身存在组织、制度、财政以及人力资源等方面的困难，也与当前农村集体经济产权改革、农村社会日益开放和流动、农村治理单元的扩大化以及基层治理的精简与效能的发展方向相违背。参见项继权、王明为：“村民小组自治的实践及其限度——对广东清远村民自治下沉的调查与思考”，载《江汉论坛》2019年第3期，第42-44页。

<sup>④</sup> 有文章指出，地域相近与规模适度、利益相关与体系等同是在村民小组（自然村）一级实现自治的基本条件。参见农业农村部软科学课题组：“以村民小组或自然村为单元开展村民自治试点改革经验总结和跟踪研究”，载《农村经济文稿》（内部资料）2018年第6期，第65页。

<sup>⑤</sup> 李亚冬认为，《村民委员会组织法》的完善和修改应当坚持法治理念，坚持部分修改和分类处理的原则。即坚持村民自治的基本立场，力图在行政与自治之间保持平衡，通过落实村务监督机制、促成基层协商格局等手段

#### 4. 完善村规民约的备案制度

村规民约是乡村民众为了办理公共事务和公益事业、维护社会治安、调解民间纠纷、保障村民利益、实现村民自治，民主议定和修改并共同遵守的社会规范。<sup>①</sup>健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系，村规民约具有重要的地位和作用。《村民委员会组织法》第27条规定：“村民会议可以制定和修改村民自治章程、村规民约，并报乡、民族乡、镇的人民政府备案。村民自治章程、村规民约以及村民会议或者村民代表会议的决定不得与宪法、法律、法规和国家的政策相抵触，不得有侵犯村民的人身权利、民主权利和合法财产权利的内容。村民自治章程、村规民约以及村民会议或者村民代表会议的决定违反前款规定的，由乡、民族乡、镇的人民政府责令改正。”据此规定，村规民约应报乡、民族乡、镇的人民政府备案。但是，如何备案却没有具体规定。

实践中，主要由民政部门、司法行政部门、乡镇人民政府对村规民约的制定、修订、实施进行指导，由法院在审判过程中对涉案的村规民约进行司法审查。在指导中，不少地方推荐了示范性村规民约供村使用；在村规民约的制定和修订的指导中干预过多，致使村规民约制定和修订中充满的意志体现不多，村规民约的地方性、独特性越来越不突出，村规民约的内容空泛，使村规民约在乡村治理中的积极作用越来越小。

为做好村规民约的指导工作、完善村规民约的备案制度，民政部、中央组织部、中央政法委、中央文明办、司法部、农业农村部、全国妇联于2019年12月4日发布实施了《关于做好村规民约和居民公约工作的指导意见》，从总体要求、主要内容、制定程序、监督落实和组织领导等五个方面对村规民约指导工作提出要求。其中关于村规民约制定程序包括征集民意、拟定草案、提请审核、审议表决、备案公布等环节。这一指导意见对村规民约的制定进行了一定的规范，但是乡镇党委、政府的干预色彩过浓，如村党组织、村民委员会根据有关意见修改完善后，报乡镇党委、政府审核把关；未根据审核意见改正的村规民约不应提交村民会议审议表决；将村规民约报乡镇党委、政府备案，经乡镇党委、政府严格把关后予以公布。

我们认为应当在尊重村民自治制度的基础上完善村规民约的备案制度，强调村规民约制定、修订和实施过程中村民意志的核心性，乡镇党委、政府和法院宜谨慎且必要时进行一定的指导和提出修改意见，不能过于积极的、主动的参与甚至干预村规民约的制定和实施。乡镇人民政府不得主动审查村规民约，必须经村民建议方可审查。乡镇人民政府不可直接撤销或改变

---

完善村民内部自治格局，通过增强自治权利保障和救济制度、理顺乡村关系等途径以限制外部行政影响，顺应社会发展。详情请参见李亚冬：《村民委员会组织法》的完善与修改》，载《甘肃政法学院学报》2019年第3期，第46—55页。

<sup>①</sup> 陈寒非、高其才：“乡规民约在乡村治理中的积极作用实证研究”，载《清华法学》2018年第1期，第63页。

村规民约，必须重新组织重开村民会议，并经村民会议表决修改，保证村民自治不受过多行政干预。<sup>①</sup>绝不应将法律规定的“备案”扩张化。

完善村规民约的备案制度应从发挥村规民约在社会治理中的积极作用出发，坚持发扬民主，集中村民意见，最大限度体现全体村民意愿；坚持因地制宜，充分考虑当地乡村风俗习惯、历史文化等因素。乡镇党委、政府不能通过行政命令强制性的以备案名义进行干预，对村规民约内容不得违背宪法和法律精神也宜全面的、历史的、情境的进行分析和对待。

## 八、健全自治、法治、德治相结合乡村治理体系的实践路径

乡村治理是一项目长期的、复杂的社会治理工作，健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系要防止自治缺位、政府越位、认识错位，保障制度到位、法律就位；要避免运动式、命令式、“一刀切”、“一窝蜂”、“一阵风”等现象的发生。

在具体治理实践方面，健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系需要总结村组治理实践经验、适度推行乡村治理试点、吸纳乡村固有治理资源、重视乡村社会智慧治理、注重乡村治理共识凝聚、发挥乡村人才积极作用、大力发展乡村社会组织等。

### 1. 总结村组治理实践经验

健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系必须立足中国的国情村情，实事求是，从实际出发，认真总结各地村组的乡村治理实践经验，提炼具有共同性、普遍性和规律性的内容，有针对性地进行借鉴吸收推广。

当代中国的乡村善治之路需要尊重村民的积极探索、大胆实践、勇于创新，建基于村民内生性的适合本地的乡村治理机制。应当坚持因地制宜、循序渐进的原则，科学把握乡村的差异性和发展走势分化特征，扎实推进乡村治理。

在依法治国、建设社会主义法治国家的进程中，乡村治理需要坚持法治原则，重视制度建设，注重乡村治理的规范化、制度化建构。乡村治理需要形成“靠制度管人、用制度管权、按制度办事”的长效机制，形成稳定的、连续的治理状态，避免主观随意、率性任为现象的出现。

在全面把握乡村治理实践经验的基础上，从社会治理现代化、全面推进法治国家法治政府法治社会角度进行理论思考，形成中国特色的乡村治理理论，为全球的乡村治理贡献中国智慧。

### 2. 适度推行乡村治理试点

2019年中央一号文件明确提出开展乡村治理试点示范和乡村治理示范村镇创建，中共中央

---

<sup>①</sup> 孟钢杰：“村规民约备案审查机制重述——基于诸暨市的实证考察”，载《南开大法律评论》2019年第十三辑，中国检察出版社2019年，第102—103页。

办公厅、国务院办公厅于 2019 年 6 月 23 日印发的《关于加强和改进乡村治理的指导意见》中也提出“开展乡村治理试点示范”，“组织开展乡村治理示范村镇创建活动”。为此中央农办、农业农村部、中央宣传部、民政部、司法部等五个部门将在地方创建的基础上，在全国联合认定要选择 100 个县（市、区）乡村治理体系建设的试点单位、100 个示范乡镇和 1000 个示范村，以培育和树立一批乡村治理的先进典型，发挥其引领示范和辐射带动作用，推动中央关于乡村治理的政策在基层落地生根。

适度推行乡村治理试点、通过典型引路，对于推进党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系的健全是有积极意义的，有助于鼓励试点地区探索形成一批可复制、可推广的“三治结合”的新路径、新模式，加快在面上推广；通过选树宣传乡村治理的各类先进典型以营造良好的舆论氛围。

当然，适度推行乡村治理试点需要尊重客观规律，把握基本尺度。试点是基于对乡村治理某些事项的探索，并不一定成熟和可全面推广，需要允许失败和不成功。试点也非纯为树样板，通过政策、资源、人才等的倾斜投入而人为的将试点乡村“高大上”。乡村治理的试点只是扶助、引导，不能揠苗助长，过分强调政治效应、成为政绩工程。

### 3. 吸纳乡村固有治理资源

健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系需要重视吸纳乡村固有治理资源，传承和弘扬固有的优秀治理理念和治理规范。

我国具有历史悠久的农耕文明，中华文明根植于农耕文化，乡村是中华文明的基本载体。健全自治、法治、德治相结合的乡村治理体系，深入挖掘固有乡村社会的优秀治理制度，传承固有乡村社会的优秀治理观念，弘扬固有乡村社会的优秀治理规范，进一步实现当今的乡村善治。

推进乡村实现善治，应当深入挖掘乡村熟人社会蕴含的治理规范，弘扬重义守信、乡邻互助、和谐融洽等传统乡村治理的独特价值，建立乡村自我激励约束机制，强化优秀固有道德的教化作用，延续乡村文化血脉。

### 4. 重视乡村社会智慧治理

健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系的实践推进需要重视乡村社会智慧治理。党的十九大报告提出要健全自治、法治、德治相结合的乡村治理体系，并首次提出“智慧社会”的概念，强调要提高社会治理智能化水平。中共中央办公厅、国务院办公厅于 2019 年 5 月印发的《数字乡村发展战略纲要》强调立足新时代国情农情，要将数字乡村作为数字中国建设的重要方面，注重建立灵敏高效的现代乡村社会治理体系；着力发挥信息化在推进乡村

治理体系和治理能力现代化中的基础支撑作用，构建乡村数字治理新体系；并明确提出到 2025 年，乡村数字治理体系日趋完善。

乡村智慧治理立基于当今科技手段和技术条件，先进的智能设备为乡村社会治理中智慧治理创造了技术基础，网络时代的到来为乡村智慧治理、乡村数字治理体系的实现奠定了时代基础。观察浙江省龙游县的“村情通”、上海郊区的“农民一点通”等各地乡村智慧治理的实践，乡村社会治理中的智慧治理源于村务公开的需要，用创新的思路、运用新的办法解决存在的村务公开、村民参与难题，推进乡村善治。

乡村社会治理中智慧治理的内容主要体现在智慧沟通、智慧参与、智慧监督、智慧服务等方面，具有开放、便捷、互动、合力等特点。乡村社会治理中的智慧治理体现了多元的乡村治理主体、协同的乡村治理机制、精细的乡村治理方式、规范的乡村治理手段、高效的乡村治理过程。<sup>①</sup>这一智慧治理形态是乡村社会治理的发展方向，有助于乡村社会治理水平的提升，并进一步填平城乡社区之间的数字化鸿沟。

乡村社会治理中的智慧治理需要重塑治理格局、构建参与平台、完善共治设施、建立通用标准、推进数据融合。在全面总结智慧治理实践的基础上，切实改变一些乡村干部和村民思想不重视、能力有欠缺、使用推广不平衡等状况，进一步提高认识、转变观念、创造条件，完善、推进乡村社会治理中的智慧治理。<sup>②</sup>

#### 5. 注重乡村治理共识凝聚

实现乡村善治，核心是凝聚乡村治理的共识，健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系建立在政府与村民在乡村治理体制、治理手段、治理形式等认识一致的基础上。

乡村治理需要重建乡村、重建乡村共同体，培育乡村的公共性，<sup>③</sup>增强乡村的凝聚力，使村民养成浓郁的家园意识、强烈的主体意识。面对村民流动带来的乡村新变化，面对村落共同体的某种离散，工作、居住在村内村外的村民需要就乡村建设、法治目标等加强交流、增进了解、广泛沟通，以凝聚人心、形成合力。政府与村民需要平等协商，对乡村发展、乡村问题、乡村治理等形成基本共识。

应当注重沟通平台的建设，通过微信群等途径交流信息、说事议事，进行民主决策、民主管理、民主监督，积极、广泛的参与乡村治理，推进党组织领导的自治、法治、德治相结合的

---

<sup>①</sup> 高其才：“以智慧治理助推乡村‘善治’目标实现”，人民论坛杂志社《国家治理》周刊 2019 年第 19 期，第 30—32 页。

<sup>②</sup> 高其才：“以智慧治理助推乡村‘善治’目标实现”，人民论坛杂志社《国家治理》周刊 2019 年第 19 期，第 33 页。

<sup>③</sup> 黄方认为乡村公共性的培育，有利于村民形塑集体意识与合作精神，有利于整合乡村分化利益与多元规则，组织乡村集体行动，构建乡村秩序与激发活力。参见黄方：“乡村治理视阈下乡村公共性困境与重构逻辑”，载《决策探索》2019 年第 9 期下，第 37 页。

乡村治理体系的健全。

#### 6. 发挥乡村人才积极作用

乡村治理关键靠人特别是村组主要干部。健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系必须重视乡村各类人才的作用，十分重视和充分发挥乡村人才在乡村治理中的重要作用，推进乡村善治。

国家和政府要关心、爱护村干部，尊重他们的奉献和付出，支持他们的工作，关注他们的发展。政府、社会一方面要留住乡村现有村组干部，另一方面要吸引农村致富能手、外出务工经商人员、高校毕业生、退役军人等回村担任村组干部，为乡村治理做出贡献。既要精神上尊重村组干部，也要物质上尽量不亏待村组干部，保障村组干部的基本报酬。激励村组干部在乡村治理中积极担当、大胆作为，为村干部撑腰打气；大力支持村组主要干部的依法自治的履职行为，对不同意见要宽容、厚待；不能让村组感到寒心。

重视村老、寨老、族老等传统权威人士在乡村治理中的重要作用，<sup>①</sup>通过他们进行道德教化，传承和弘扬中华民族的优秀规范，弘扬崇德向善、扶危济困、扶弱助残等传统美德，培育淳朴民风，建设文明乡风，维护乡村良善秩序。

在乡村治理中要聚合各类人才资源。强化农民的主人翁意识，保障村民的主体地位，提高农民主动参与村庄公共事务的积极性。引导教育工作者、文化工作者、科普工作者、退休人员、企业家、志愿者等各类村外人士投身乡村建设、乡村治理之中。

#### 7. 大力发乡村社会组织

健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的乡村治理体系需要大力发展乡村社会组织，推进多元治理载体培育，发挥各类组织在走向乡村善治中的积极作用。

村组的服务性、公益性、互助性社会组织能够满足村民的生活需求，组织多种形式的团体活动和公共交往，促进乡村的公共设施建设，维系乡村的公共生活，配合、补充和监督村党组织和村民委员会的工作，强化村民之间的联系和信任，增进共同体意识和村组认同观念，凝聚村民人心，有助于走向乡村善治。

---

<sup>①</sup> 王丽惠认为出任新乡村领袖，应兼具公共性、引导性、先进性三方面的素质。乡村领袖应产自那些关注社区利益、有公德心、对社区有归属感的群体，且应是能够领导和引导村民参与群众自治，建设现代乡村的能人。参见王丽惠：“乡村建设中的‘乡土法杰’角色与功能分析”，载《贵州大学学报（社会科学版）》2019年第4期，第109—111页。

## 论社会主义核心价值观融入乡村司法的方法与载体

韩振文、魏丹丹\*

**摘要：**司法如何回应主流价值观是当前加快推进乡村治理体系建设与提高治理能力现代化需要审慎解决的问题。为此学界有很多热议，其主要观点是在国家层面上通过立法将核心价值观写入法条，但这不免会造成司法上法官机械地运用法条，出现判决理由格式化、政治语言泛滥，甚至不公正判决等问题。为了避免此类现象的发生，应该重点从基层法院着手。目前大量涉及核心价值观融入司法的案件，大部分发生在基层法院（或派出法庭）。因此，首先从基层开始落实具体的法律方法，来使核心价值观融入乡村司法才是正确之道。其次，面对大量乡村司法中存在的判决格式化问题，需要加强判决理由作为载体形式的具体适用，才可以进一步获取公众舆论对法官裁判的认可接受。

**关键词：**乡村司法；社会主义核心价值观；乡村振兴；法律方法；论证载体

实现乡村有效治理是乡村振兴的重要内容。将社会主义核心价值观纳入乡村司法，关系到乡村治理制度的发展和治理能力现代化的推进，以及乡村振兴基层基础的巩固。为了为全国各族人民的团结奋斗奠定共同的思想道德基础，中共中央在 2018 年印发了《社会主义核心价值观融入法治建设立法修法规划》。同时，为切实落实核心价值观在法治建设中的应用，中共中央办公厅和国务院办公厅发布了《关于进一步把社会主义核心价值观融入法治建设的指导意见》，希望可以运用具体明确的法律法规，使社会公众可以树立正确的价值观，并且通过将社会主义核心价值观融入我国法治建设，从而进一步弘扬司法核心价值观，促进司法系统更加完善公正。从本质上说，乡村司法作为乡村治理体系之司法构架中最基层的部分，承担着地基的作用，只有使农民群众树立好价值取向，才能对司法判决有共同的认同点，才能发挥其基底作用。从微观视角观察，核心价值观融入乡村司法是法治实施的必要环节，是法治建设贯彻核心价值观的具体体现。本文将借一些典型案例分析探讨核心价值观融入乡村司法有哪些局限缺陷、如何融入以及借助怎样的载体形式，从而强化社会公众的价值取向、践行乡村振兴战略的实施、推进深化司法改革的伟大目标。

---

\* 韩振文，山东理工大学法学院副教授、硕士生导师，元华庭审研究中心主任，法学博士后；魏丹丹，山东理工大学法学院硕士研究生。本文系山东省社会科学规划审判研究专项“乡村振兴战略实施核心价值观融入司法的路径研究”（项目编号：18CSPJ10）的阶段性研究成果。

## 一、核心价值观融入乡村司法的既有缺陷

党的十九大召开后，国家越来越重视乡村振兴建设，并为此出台了一系列的政策，如中央一号文件《关于实施乡村振兴战略的意见》的发布、最高人民法院下发的《关于认真学习宣传贯彻党的十九大精神的通知》等。而司法作为维护社会公平正义的最后一道防线，要想平衡好司法和道德之间的关系，获得公众对于乡村司法的认同，必须践行将核心价值观融入乡村司法的合理举措。但目前国家在践行此举措的同时，也面临着相应的问题，比如法官在实施过程中对于法条使用的盲目性、表面化；核心价值观在融入乡村司法过程中格式化、政治性话语过强等。因此，如何将核心价值观融入乡村司法，笔者认为必须落实于法律方法与思维规则的适用上，正如廖永安、王聪指出，从实践来看，基层法院有意识地将核心价值观融入司法过程，但司法裁判在核心价值观的融入层次上存在表面化、在融入方法上存在盲目性等问题，机械法律教条主义和庸俗法律实用主义阻碍核心价值观的融入。<sup>[1]</sup>下面笔者就融入过程中面临的方法限度与既有缺陷问题，概括为以下三点：

### （一）核心价值观融入乡村司法的方式过于表面化

截止至 2019 年 5 月，“中国裁判文书网”上已收录的案件涉及核心价值观的有 2521 件，而在这些收录的案件中，一些裁判文书的内容实在让公众无法认同，一些法官只是泛泛的提及到核心价值观，对其如何体现、在何地方体现出来避而不谈，甚至只是将核心价值观这一概念引入文书中，流于形式。例如：“村民房小华与王维新的生命权等纠纷民事判决书”中，法院做出了如下判决：“本案中，原被告系同一村民，都享受着国家的粮补待遇，理应与时俱进，努力践行习总书记提出的‘富强、民主、文明、和谐等’社会主义核心价值观，不应因一点皮毛之事发生口角，产生矛盾继而失去了对生活的理智和做人的标准乃至发生肢体冲突、导致原告身体利益受到损害。”<sup>[2]</sup>

而从此案件中我们不难看出对于核心价值观的引用，法官仅仅就判决书中写明“24 字价值观”作为论据，却未详细对该案件中哪里应该适用核心价值观做出解释。这必然会造成公众对于法官裁判思维的质疑，同时笔者认为正是因为有大量类似于此类案件中法官所做的裁判文书的存留，从而使得裁判文书的说理论证表面化，无法获得公众的认可。而且这也与社会主义核心价值观相脱节，毫无逻辑可言，并且案件当事人很难在裁判文书中了解到社会主义核心价值观与法律适用的内在联系。

<sup>[1]</sup> 参见廖永安、王聪：《路径与目标：社会主义核心价值观如何融入司法——基于 352 份裁判文书的实证分析》，《新疆师范大学学报(哲学社会科学版)》，2019 年第 1 期，第 33 页。

<sup>[2]</sup> 黑龙江省肇州县人民法院（2017）黑 0621 民初 1591 号民事判决书。

那么解决这一问题就不得不完善法官在运用核心价值观时方法的具体适用，比如上述案件中法官可以就“友善”这一价值观进行如下阐述：“原被告系同一村民，应努力践行‘友善’的核心价值观，不应因一点皮毛之事发生口角，产生矛盾继而失去了生活的理智和做人的标准乃至发生肢体冲突、原告受伤。”

## （二）引发法律教条主义与社会主义核心价值观的冲突

当代中国法官在处理案件时，常常会面临到法律与情理之间的冲突。法官作为一名中立者，在法庭上，可以说是肩负着两大重任：一是程序正义；二是情理正义。我们深知法官在处理案件时依法判案是最基本的原则，但是这样做也会使得法官盲目机械的遵循法律，从而导致法律教条主义的出现。从目前的趋势来看，灵活司法一直是各国努力奋斗的目标。然而在实践中，一些法官往往忽视对当事人合法权益的保护，在司法过程中“照本宣科”，无法参透法条的内部价值，从而使核心价值观融入司法的过程中充满曲折，引发各种冲突。

比如，2003年“山东淄博某老太太诉四受益人”一案。此案中老太太的丈夫在一次归家途中救了四名落水儿童，但是自己却牺牲了。而在老太太丈夫去世的十几年中，这四名儿童从未向救他们的好心人的家属表示过感谢，由于家庭主力支撑的去世，这些年老太太一直没有生活来源，所以基于生活的压力以及心理上无法承受的痛苦，老太太将四名受益人起诉到当地基层法院，要求四被告给付一定的金钱。但是最终法院以超过诉讼期限为由，驳回了其诉讼请求。

笔者认为法院的做法是不太合理的，之所以这样说是因为：首先，如果依据我国法条规定的二十年最长诉讼保护期限，此案被法院驳回可以说是正解，然而了解本案可知，原告在这十几年内一直生活窘迫，但由于被告不同意调解，法院盲目固守法条，并没有积极的促成双方调解，导致原本可以通过调解圆满解决的案件，就在严格的法条下被否定了。其次，笔者认为虽然本案中法院严格按照程序办事，但是这也严重地影响了社会公众对“见义勇为”的正确理解。法律不仅讲求合法性更要讲究合理性。对于一件无法获得社会公众认可的判决，不管其形式看起来是多么的正当，但是无法获得有认可度的判决结果，无疑会让人们对法律产生怀疑，挫伤人们对于高尚道德的追求，同时也会阻碍社会的进步。最后，笔者认为正确的做法是法官在判案时能够灵活的将核心价值观融入到乡村司法中，无论是从法律原则，还是立法目的角度，都可以解决道德与法律之间的冲突，在更高层次上实现法律效果与社会效果的有机统一，从而维护社会公平正义。

## （三）核心价值观在基层法院的运用中过于格式化

从司法实践中可以看出，大部分关于家事纠纷、邻里关系等事实较为清楚的，法律关系比

较简单的案件中都或多或少的会涉及到核心价值观的内容。但是，在分析这些案件中，笔者发现大量关于乡村离婚纠纷的案件中，其判决书都有一个相似的问题，即对于核心价值观的引用出现千篇一律的格式化文本现象。这对于基层法院在适用核心价值观的援引说理上，无疑是一重击。

比如，在“周某甲诉秦某乙离婚纠纷案一审判决”中，法院判决书中引用“为了弘扬社会主义核心价值观和中华民族传统美德，传递正能量，促进家风建设，维护和谐、美满的家庭关系，故法院不支持原告离婚”；在“原告黄某某诉被告人罗某某的离婚纠纷案”一审判决中，法院的判决引用“为了弘扬社会主义核心价值观和中华民族传统美德，传递正能量，促进家风建设，维护和谐、美满的家庭关系，故对原告要求离婚的请求，本院不予支持”等等，这些都是千篇一律的格式化，甚至不曾有任何字词的改变。<sup>[3]</sup>

综上所述，笔者认为在上述判决书中，法官应该详细说明适用哪项具体的社会主义核心价值观，例如“和谐”。因为核心价值观大都体现在道德层面，所以也经常适用在基层法院的婚姻家庭纠纷中。如果法官在判决书中生硬地套用核心价值观，其适用可以说是“事倍功半”，法官的说理论证也变得不堪一击，造成社会公众对于裁判文书的认同感减弱，严重危害社会公共秩序。

## 二、核心价值观融入乡村司法的具体方法

为了解决核心价值观融入乡村司法过程中的表面化、弥补法律教条主义的不足以及解决基层法院在引用核心价值观过程中存在的格式化问题，笔者尝试将运用具体的法律方法（法律解释、原则裁判、利益衡量、后果权衡等）对僵化的司法进行矫正。对此，笔者主要借助典型案例，详细分析核心价值观融入乡村司法的正确之道。

### （一）通过“法律解释”融入乡村司法

法律解释是指特定的解释主体在法律法规规定的范围内，按照一定的标准和原则，对法律进行解释的过程。按照其解释方法的不同，法律解释又可分为文义解释、体系解释、目的解释等。笔者认为利用体系解释可以为核心价值观融入乡村司法提供一个合法的依据。一方面，体系解释是在整体性角度（包括立法的目的、本意等）解释法律，这使得核心价值观的融入能够起到协调法律内部的作用。<sup>[4]</sup>另一方面，体系解释有其开放性的特点，也为核心价值观的融入提供了依据。陈金钊先生指出，体系解释由于其整体性的特征，所以很容易在各种规范中达成一致，而价值作为社会规范中的一员，不可避免需要利用体系解释融入社会。<sup>[5]</sup>

<sup>[3]</sup> 湖南省宁乡县人民法院（2016）湘 0124 民初 887 号、3471 号、2800 号、960 号、1529 号民事判决书等。

<sup>[4]</sup> 参见潘观春：《法律解释方法在指导性案例中的运用及其完善》，《区域治理》，2018 年第 19 期，第 247 页。

<sup>[5]</sup> 参见陈金钊：《“社会主义核心价值观融入法治建设”的方法论诠释》，《当代世界与社会主义》，2017 年第 4 期，

以“李彬诉陆仙芹、陆选凤、朱海泉人身损害赔偿纠纷案”为例，此案中原告李彬到被告陆选凤、朱海泉经营的西风饮食店就餐，在这期间，有数个不明身份的第三人闯入店中挑衅，并打伤了被告朱海泉之子，原告见此情景，忙离开店中，在离店过程中，原告被第三人用酒瓶划伤脸。基于该事实，原告将被告诉至法院，要求被告赔偿其相应的损失。但追溯其过程可知，法院最终判决驳回其诉讼请求。

对于此结果，笔者分析法院在认定《消费者权益保护法》第七条时，综合考虑了《消费者权益保护法》其他法条的规定，认定此条第一款“消费者在购买、使用商品和接受服务时享有人身、财产安全不受损害的权利”中的消费者人身、财产不受损害是指由于经营者提供的服务直接造成时，经营者才可能承担赔偿责任。同时，在本案中，也正是因为法院合理的运用体系解释，从整体的角度衡量《消费者权益保护法》第七条在整部法中的意义，而不是简单的就第七条进行文义解释，从而促使“诚信”这一核心价值观被合法化体现。

在实践中，随着国家越来越重视核心价值观融入乡村司法，核心价值观如何融入乡村司法也成为我们不断探究的问题，而上述案例中，法官利用“体系解释”合法地将核心价值观融入到法官的裁决中，并且通过体系解释合法有据的将“诚信”融入其中，成功得到了公众的认可。因此，笔者认为法官利用“体系解释”将核心价值观融入乡村司法，可以增强社会主义核心价值观司法适用的效果，提高适用说理的合理性，有助于统一裁判标准和尺度。

## （二）利用“原则裁判”融入乡村司法

原则裁判是指在法律规则无法适用时，由于道德和法律产生冲突，法官可以使用的判案依据。诚然，此种方法适用的前提是在规则无法适用的情况下，即原则性裁判的典型模式是在法律规则存在漏洞的前提下运用法律原则。<sup>[6]</sup>法律规则由于具有明确性，因此它在给人们带来指引的同时，有时也会因为自身内部之间无法调和的冲突而无法适用。面对这种情况，我们必须依靠规则外部规范的引导才能发挥其正常的指引功能。比如，法条中存在的原则作为指引法官判案的依据。众所周知，这种原则是抽象的，但正是这种抽象性一定程度上消解了规则具体但僵硬的局限性，更能够让判决变得既合法又合理。例如，“公序良俗”原则（和谐、文明、友善）在乡村司法中的运用。

以“北燕云依诉某派出所拒绝办理户口登记案”为例，本案中，原告两夫妻在为女儿申请户口登记时，决定将女儿名字取为“北燕云依”，却遭到被告某派出所的拒绝，由

---

第 26 页。

<sup>[6]</sup> 参见向淼：《公序良俗原则司法适用的模式与类型——基于对 243 个案件的统计分析》，《复旦学报》，2015 年第 5 期，第 157 页。

此原告向法院提起行政诉讼，认为被告某派出所的行政行为侵犯了其女儿的姓名权。<sup>[7]</sup> 人民法院经审理认为：“根据全国人大常委会关于《民法通则》第九十九条第一款的规定和《婚姻法》第二十二条的解释，公民有行使其姓名权的权利，但是其行使权利的前提是在尊重社会公德，不损害社会公共利益的情况下。如果在父母姓氏之外想要选取其他的姓氏，前提是不违反公序良俗。而本案原告‘北燕云依’很显然并不符合上述规定的情形，因此判决驳回其诉讼请求。”

从判决中我们可以看出，在本案中公民对于姓名权的行使产生了争议，进而引发了法律与道德之间的冲突。而在解决这一冲突时，法院很好的运用了“原则裁判”将核心价值观融入到司法中，法院认为“公民有行使姓名权的权利，但是其权利的行使前提是不可以违反法律规定，不得损害公序良俗。本案中原告的父母在为其办理户口登记时，取名‘北燕云依’，既不随父姓也不随母姓，并且没有其他正当理由。”如果一味的坚持规则裁判，很容易造成社会的不和谐。

而在中国的司法实践中，核心价值观大多也是以原则的形式存在于法条中。因此，在法律规则缺乏时，法官更多地使用原则裁判也成为了关键的判案方法。利用原则裁判将核心价值观融入到乡村司法中，势必也会使法官在处理道德和法律矛盾时拥有更多的选择权。

### （三）利用“利益衡量”融入乡村司法

陈金钊先生指出，为了寻求一种比较妥当合理的判决结论，法官应该在法律规定范围内，对当时的社会环境、经济、人们的价值观念等各种涉及到不同利益的情况，进行合理的比较，从而使判决理由更加合理正当，即“利益衡量”。<sup>[8]</sup>简而言之，笔者认为利益衡量指法官在判案时，对各种利益（价值、观念、环境等）进行比较，在法律允许的范围内，得到正当化的结论。徐昕教授认为所有的司法裁判背后，都蕴含着法官对于各种利益的衡量和选择。<sup>[9]</sup>而要想将核心价值观合法的融入到乡村司法中，不可避免的就需利用利益衡量为其找到合法的依据。

以“华波与王士波、王希全生命权纠纷执行案”为例，本案中，村民华波与丈夫徐子民被另一村民王士波醉酒找事，在此过程中，徐子民与被告王士波发生争吵，村民徐子民被王士波用锄头打伤，在将其送往医院后，徐子民在住院两天后不治身亡。于是，原告村民华波到法院提起诉讼，要求王士波及其监护人王希全承担民事赔偿责任。案件结束时，法院也是同意判决被告王士波及监护人王希全赔偿村民华波全部损失。

通过了解此案，可以知道此案的结果是原告胜诉，只要被告按判决书赔偿原告损失，本案

<sup>[7]</sup> 《最高人民法院关于弘扬社会主义核心价值观典型案例》，《人民法院报》，2016年3月8日，第3版。

<sup>[8]</sup> 参见陈金钊：《法律方法论》，北京大学出版社2013年版，第181页。

<sup>[9]</sup> 参见徐昕：《司法过程的性质》，《清华法学》，2010年第2期，第103—104页。

就算是圆满地终结了。但是在深入了解本案的后续进程后，笔者发现本案的难点并不是在于判决是否有问题，而是在执行上。本案判决书虽然生效了，但是被告王希全由于没有可执行财产，所以此项执行一直处于中止状态，使得原告的损失也无法得到赔偿。因此，在面对这种法院已经在法律上给予当事人公正判决，而当事人利益仍然无法实现时，法院又应如何解决此困难呢？通过查阅本案有关卷宗，笔者了解到本案中法院通过司法救助为原告申请了救济金，并在和当地民政部门沟通下，为原告办理了最低生活保障救助金，以此来缓解原告的生活压力。

在实践中，很多基层法院也会遇到执行难的案件，也会产生很多“老赖”，但是，法院如果以另一方当事人没有可用于执行的财产中止执行，放任事件的停滞，就很难做到案结事了，也无法提高司法的公信力。面对这种情况，笔者认为上述法院的做法是值得其他基层法院学习的，上述法院在充分考虑了申请人的生活困难以及必须予以赔偿的情况下，利用“利益衡量”，充分将社会主义核心价值观中的“友善互助”融入到乡村司法之中。同时，此举也为十九大习近平总书记提倡的要将核心价值观融入到司法之中提供了一块敲门砖，为乡村振兴战略的实施贡献了一份力量。

#### （四）通过“后果权衡”融入乡村司法

后果权衡意味着法官可以在没有规则和原则适用案情的情况下，通过考虑和平衡各种价值观和各种竞争利益，根据司法机构做出判决可能产生的影响而做出合法合理的选择。司法中，法官总会遇到通过法条、法律规则、原则等都无法解决冲突的情形，但是对于每一个案件来说，都会有一些因素凸显出来，成为主导或支配裁判的决定性因素。<sup>[10]</sup>比如良知、常识等。而在后果权衡中最常见的是利益权衡。利益权衡不仅包括经济上的还包括伦理上的（比如民主、自由、友善、和谐等），这正好与核心价值观的内容相应。因此，通过“后果权衡”将核心价值观以合法的方式渗透到司法裁判中，从而达到将案件审判置于天理、国法、人情之中综合考量的效果。<sup>[11]</sup>

以“武智慧与沈强名誉权纠纷案”为例，本案中，由于武智慧借钱不还，而被告沈强在没有通过法律途径解决的前提下，自行在其朋友圈中发布一些涉及原告身份性的信息。于是双方引发名誉权纠纷。但是在对本案的了解过程中，笔者发现法律有时并非能够完全的解决社会中各种事情，有时需要价值来平衡社会矛盾。在此案中法院驳回了原告的诉讼请求，同时法院也指出，作为一名公民，在正常的网络社交中应合法、文明、礼貌，这是践行社会主义核心价值观

<sup>[10]</sup> 参见唐丰鹤：《司法裁决的后果衡量》，《浙江社会科学》，2015年第3期，第48页。

<sup>[11]</sup> 参见周继业、王成：《把社会主义核心价值观融入新时代法治建设的实践路径》，《法治现代化研究》，2019年第2期，第7页。

观的具体体现，也是构建和谐社会对每个公民的要求。在本案中，每个公民都有言论自由权，但是在正常的社交中，友善交往，也是践行社会主义核心价值观的具体要求。分析本案可知，法院驳回原告诉求，但是也为原告的利益受损做了一定的安慰。原告虽然没有得到一定的经济补偿，但是法院也没有冷漠地直接驳回，而是在利用“利益权衡”，分析了社会影响的前提下，积极地响应了国家的号召，将核心价值观以合法的方式融入到其判案之中，为原告增加了一些心理上的安慰。

以“劝阻在电梯里吸烟案”为例，段某在社区电梯内吸烟，被杨某劝阻，二人由此发生争吵，之后段某猝死。段某的妻子田某在河南省郑州市金水区法院对杨某提出诉讼。法院在受理此案后认为，劝阻电梯内吸烟的行为符合法律规定，具有正当性，符合公序良俗，是公民自觉维护社会公共利益的行为。根据常识判断电梯内是禁止吸烟的，虽然法律没有规定，但是对于在电梯内吸烟是严重危害公共利益。最终法院不支持原告的诉讼请求。分析本案，可以了解到此案中原告的个人利益与公共利益之间产生了冲突，那么法官在判案时是否要衡量两种利益呢？本案给了我们答案，在本案中，法官如果不考虑公共利益对杨某做出处罚，那么公民的公共意识就会产生偏差，而在公共利益与个人利益产生冲突时，法官首先应维护公共利益，以防引起社会的不安。同时，司法判决对说服劝烟行为及其相应后果的明确反应，也极大地鼓励了公众维护社会的公共利益。

通过对上述两个案例的分析，笔者认为法官运用“后果权衡”，综合考虑社会的整体利益，更好地显示了为增强司法的权威性，目前法院正在积极地将核心价值观融入司法之中。同时也展现了法院正在试图通过核心价值观来衡量社会不同利益之间的冲突，特别是对于一些法律无法解决的道德问题。因此，笔者认为为核心价值观融入乡村司法找到合适的方法，已经成为我们不得不面对的问题，而上述案例中法官通过“后果权衡”把核心价值观融入到乡村司法中，未尝不是一个可取之道。

### 三、核心价值观融入乡村司法的论证载体

从司法角度来说，核心价值观融入乡村司法的载体形式就是裁判文书。核心价值观作为裁判文书中判决理由的一部分，应该尽量起到道德教育宣示的作用，在融入核心价值观时，能够对判决理由补强证成，体现裁判的定纷止争和价值引领作用。因此在将核心价值观融入裁判文书中时应注意以下几点：

#### （一）杜绝格式化运用以及减少政治话语的滥用

在司法实践中，核心价值观的融入太过于表面化。一些法院过于追求含糊其辞的能动司法，力求判决理由的运用无懈可击，从而造成了大量法律论证无法从裁判文书中显现出来，具

体适用何种社会主义核心价值观也无法得到法官具体的阐述，并且几乎很多裁判文书都整篇充斥着宏大的道德话语和政治话语，使得裁判说理不但沦为道德说教，而且也无法获得公众对其的认可。例如，在“周某甲诉秦某乙离婚纠纷一案一审判决”中，法院判决书中引用“为了弘扬社会主义核心价值观和中华民族传统美德，传递正能量，促进家风建设，维护和谐、美满的家庭关系，故对原告要求离婚的请求，本院不予支持”。而在“原告黄某某诉被告罗某某离婚纠纷一案一审判决”中，法官的引用内容是完全一样的。这样的裁判很难让公众相信有任何核心价值观融入司法的存在，公众看到的不过是政治话语的泛滥。

相反，在“侯小雅与浙川县力强水泥有限公司劳动争议案”中，法院在裁判文书上指出：“早退、旷工、请假，最后不辞而走……此种行为是劳动过程懈怠的体现，不符合‘敬业’的社会主义核心价值观”。此判决书中很明确的写出什么情形适用什么样的价值观，使判决理由更加具有说服力，核心价值观融入乡村司法变得更有意义，裁判结论更加具有正当性和可接受性。

因此，具体的核心价值观在判决理由中的运用，需要法官真正地理解核心价值观的内容，才可能发挥核心价值观对判决理由的辅助作用，裁判文书才能具备价值导向意义。

## （二）利用价值推理来增强判决理由的说服力

法律推理一直是法官用于审判过程中必不可少的成分，而法官在将法律规范运用到某个具体的案件时，不仅仅是一个运用逻辑推理的过程，同时法官作为个体，其在审理案件时，必然掺杂着个人对案件的主观价值的选择，因此就产生了“价值推理”。价值推理是类似于法律推理的，比如“徐某某与张某某共有物分割纠纷案”中，法院认为“做法事”是一种封建迷信，违反了社会主义核心价值观，因此不列入合理的费用范围。

法官在判案时认为，本案中大前提是：当事人一方按农村风俗进行所谓“做法事”的迷信活动所需要的支出，根据《民法通则》第五十八条所规定的无效民事行为类型，属于无效民事行为，迷信活动与社会主义核心价值观相悖；小前提是：当事人一方进行了这项迷信活动；结论则是：“做法事”支出费用属无效行为，违反社会主义核心价值观，不应属于共同分担部分。而笔者认为此推理中大前提的说理有些许粗糙，在根据法律规定什么样的行为属于无效行为的前提下，法院将“做法事”直接认定为无效的情形显然不符合法律程序。而且我们在深究法条时，上述行为是没有在法条中具体写明的，那么法院又如何能够明确确认社会主义核心价值观认定此行为是无效的。所以笔者认为，法院必须在上述裁判文书中对“做法事”属于何种活动、此活动又是如何违背法律与道德的进行阐述，

才可以合理说明司法适用价值的推理过程，就比如此案中出现“做法事”这种情况，法官可以从其违背公序良俗原则方面推理，因为其行为是违背公序良俗原则的，根据我国法律规定违背公序良俗原则的行为属于无效法律行为，因此“做法事”行为属于无效法律行为。

笔者认为司法的公信力取决于司法的道德能力。它内在包含法官的道德认知和把握能力，道德维护和促进能力以及道德引导和塑造能力。<sup>[12]</sup>在国家的法治建设中，核心价值观的融入让法治充盈道德的底蕴。然而，在将核心价值观融入乡村司法的过程中，只有运用好价值推理才可为司法适用价值提供正当的程序，使其更具补强证成的效果。同时只有逻辑严密的价值推理才能增加判决理由的说服力，使得裁判文书中涉及核心价值观的表达更加有理有据，更好的解决法律与道德之间的冲突。

### （三）价值冲突时进行合理的价值选择

在上文中研究了法律与道德之间产生冲突如何解决后，我们又面临当核心价值观内部产生冲突时，应该如何做出价值选择这一突出问题。任何事物之间都或多或少存在矛盾与冲突，当然价值之间也不可避免，当难以调和的价值冲突出现，我们往往需要通过司法手段来选择适用何种价值。我们深知社会主义核心价值观并非单独一个，那么如何协调与统合这些价值之间可能出现的矛盾，从而更好地选择具体哪一种核心价值观更适合当前案件，是当前必须要解决的问题。例如在“杨某某与龙某某离婚纠纷案”中，二审法院在考虑到离婚对子女的影响下，认为夫妻双方离婚于情理不符，不予判决双方离婚。

在上述案件中，笔者对法院的判决理由产生疑问：一是核心价值观倡导“自由”，那么法官是用什么价值来推导上述价值的呢？二是依法离婚的条件是丈夫和妻子之间的关系被打破，那么法官又是依据哪一个具体的条文认为哪一核心价值能够超越“法治”，从而以子女作为理由驳回其离婚请求呢？对于这两个疑问，笔者认为，如果无法在裁判理由中将其具体说明，会影响判决理由的公信力，并且笔者在实践中也发现有些法院是以法治优先的立场处理社会主义核心价值观的。就比如说在“叶远检犯盗窃罪案”中，当事人是为了尽孝才盗窃，而尽孝又体现了“友善”这一核心价值观，但盗窃又与“法治”相违背，在这两者之间法院选择了“法治”。

从上面两个案件中可以得知，法院对于价值的选择很大程度是取决于法官的认知与选择。因此，这就使得法官必须懂得时势，要对其所处的时代及其道德价值取向有基本

---

<sup>[12]</sup> 参见江国华：《论司法的道德能力》，《武汉大学学报（哲学社会科学版）》，2019年第3期，第127页。

的认知和把握，做好价值优先性选择，才可以让核心价值观的融入发挥其最大的作用。基层法院法官在面对价值冲突的乡村案件中，更稳妥地评估案情、选择法律规范，这样就可超越价值多元带来的无序分歧状态，推导出一个有相对位序的司法价值序列，进而增强农民群众对核心价值观的感情认同，强化农民的规则意识、诚信意识、社会责任意识与主人翁意识。

## 结语

实施乡村振兴战略，是我们党在深刻认识城乡关系和社会发展规律的基础上提出的一项重大战略。将社会主流意识从理论转入实践生活中，离不开对核心价值观的培养。<sup>[13]</sup>实施乡村振兴战略，是对新时期“三农”工作的总体把握，而农村社会主义核心价值观的传播，是最有效实施乡村振兴战略的重要支撑。从本质上讲，乡村司法活动是国家权力在乡村社会进行技术治理的重要表现形式，基层法院承担着国家权威向乡村社会有效渗透、重塑国家权威基础和整全驯服乡村微观权力形态等政治任务，因此要善于把司法意识形态的价值取向，通过司法技术转化为具体个案中的权利义务配置方案，维护好、实现好、发展好涉农案件当事人的合法权益，从而增强农民群众对社会主义核心价值观的实践认同、感情认同和理论认同，最终达到对法治的价值信仰。<sup>[14]</sup>在乡村振兴战略实施背景下，核心价值观具有价值导向、社会整合、凝聚共识、主体建构等多元功能，必然会在个体层面规范农民的行为方式，在国家层面形塑司法意识形态，为法律解释与法律适用提供相应指南。而培育和践行核心价值观离不开对其的传播，只有践行好核心价值观才能满足乡村振兴战略的价值诉求。<sup>[15]</sup>当然在利用法律解释、原则裁判、利益衡量、后果权衡等法律方法将核心价值观融入乡村司法上，我们还有很长的路要走。只有找到最适合的路径方式，才能在司法适用中将核心价值观的作用发挥得更好。同时，我国也要从立法上制定更加明确的制度，来共同推动司法改革目标的实现，进而促进乡村振兴战略的实施。

---

<sup>[13]</sup> 参见卢岚：《现代化进程中思想政治教育若干问题研究》，《安徽师范大学学报（人文社会科学版）》，2016年第4期，第414页。

<sup>[14]</sup> 参见郑智航：《乡村司法与国家治理——以乡村微观权力的整合为线索》，载《法学研究》2016年第1期，第78-86页。

<sup>[15]</sup> 参见刘丽莉：《乡村振兴战略背景下社会主义核心价值观传播的困境与路径》，《南通大学学报 社会科学版》2018年第4期，第130页。

## 长三角营商环境协调立法的理论阐释与制度实践

韩业斌\*

**摘要：**优化营商环境是长三角区域的共同使命，区域经济一体化呼吁长三角营商环境协调发展，区域协调立法是协调推进营商环境改善的重要形式。虽然目前区域协调立法面临着合法性困境和动力不足难题，但在法律没有修改和全国人大没有授权的情况下，开展区域协调立法仍不失为一项重要的路径选择。通过长三角区域省级人大常委会之间共同协调制定地方性法规和省级政府之间共同协调制定地方政府规章，统一区域内制度性改革举措、市场环境标准以及政务环境，推动长三角区域营商环境的整体提升。同时，在协调立法过程中还要广泛吸取区域内广大民众和企业的意见，以提高长三角营商环境协调立法的科学性和民主性。

**关键词：**区域经济一体化 营商环境 区域协调立法 合法性困境

营商环境是一个国家和地区软实力的重要体现。长期以来，长三角三省一市的营商环境走在全国前列，但是长三角区域营商环境仍然呈现出不均衡状态，随着长三角区域的不断扩容，区域内各省域的营商环境有很大差异，同一省域内跨越于次级行政区划的次区域营商环境也存在较大差异。如何以有效方式推动长三角区域营商环境的协调发展，为全国范围内区域协调发展树立典范，已成为理论界亟待探索的重要课题。有学者呼吁，通过区域协调立法的形式推进长三角区域营商环境的整体优化。“没有高效的法律协调机制，区域经济一体化的格局就会受到各种行政束缚。”<sup>[1]</sup>但是，上述成果仅仅是一种呼吁和建议，对于构建长三角区域营商环境协调立法机制的内在机理、实现路径等方面尚需要深入的研究。本文就长三角营商环境协调立法的必要性、合法性、已有探索以及重点领域发表一些浅见，以求教于学界。

### 一、长三角营商环境协调立法的必要性分析

(一) 长三角营商环境协调立法的重要意义。一个地区营商环境的优劣，决定着该地区的招商引资的成败，对一个地区的经济发展、财政税收、社会就业都会产生重要的影响。长三角是我国区域一体化发展起步最早、区域经济实力最为强劲的地区，同时长三角区域营商环境也一直走在全国前列。2017年发布的中国城市营商环境指数排名中，前十名的城市长三角共占有四席，分别是上海、杭州、南京、宁波。2018年发布的中国城市营商环境排名中，省会城市前十名长三角占有三席，分别为杭州、上海、南京，显示出营商环境强劲趋势。但是在长三角区域，营商环境发展也呈现出不均衡现象，存在一定的市场壁垒和地方保护主义倾向，阻碍了区域经济一体化进程。地方保护主义是一种短期性对策行为，虽然一时有利于所在地域的企业和政府财政收入，但是从长远角度看，却等于保护本地企业和行业的落后，损害统一市场的形成。<sup>[2]</sup>另外，随着长三角区域的扩充，长三角城市之间的营商环境差距不断增大，改善长三角区域整体营商环境的需求更加迫切，需要加强区域协调。2019年2月由国脉研究所和清华大学联合举办的首届长三角营商环境评估与评选结果在上海发布，报告显示长三角26市的营商环境水平总体上在全国处于领先地位，从省级层面来看，浙江排名最高，上海第二，江苏第三，安徽第四；从城市得分情况来看，上海、杭州、南京、嘉兴具有领先地位，从一级指标的

\* 韩业斌，法学博士，盐城师范学院政法学院副教授，浙江大学光华法学院博士后研究人员。本文系江苏高校哲学社会科学重点研究项目“法治化营商环境的区域差异与协调机制研究”（2018SJZDI041）和中国博士后科学基金面上资助项目“招商引资制度建构与地方法治发展”（2017M621899）的阶段性成果。

[1] 黄群慧等：《长三角区域一体化发展战略研究》，社会科学文献出版社2017年版，第183页。

[2] 参见冯兴元：《地方政府竞争：理论范式、分析框架与实证研究》，译林出版社2010年版，第135页。

得分率来看，营商环境满意度、支撑力、便捷度和吸引力分数有诸多差距，这说明长三角地区应该重点加强区域协调和体制完善。<sup>[3]</sup>

因此，有学者呼吁，推动三省一市营商环境的整体提升是长三角一体化进程的关键。为此，应该坚持跨行政区发展导向，消除阻碍生产要素自由流动的行政壁垒和体制机制障碍。<sup>[4]</sup>推动长三角区域营商环境整体改善必须加强区域协调立法，统一制定营商环境的各项标准。有学者建议制定一体化政策法规，构建平等、统一、规范的营商制度体系，设立长三角区域经济一体化立法及政策研究办公室，加快制定能覆盖知识产权各领域的综合性区域法规，制定《长三角区域经济一体化诚信建设条例》。<sup>[5]</sup>还有企业负责人建议，可由上海牵头成立长三角区域法治环境建设小组，负责各地区立法、司法和执法的协调，从而推动长三角营商环境一体化。<sup>[6]</sup>

(二) 区域经济一体化呼吁区域协调立法。长三角区域地缘相近，人缘相亲，区域经济发展实力雄厚。但是长三角区域也出现所谓“诸侯经济”、“行政区经济”的现象，这一理论概括“强调了中国经济运行背后行政力量的存在以及行政割据对经济运行的影响”。<sup>[7]</sup>区域内相邻省市之间产业结构雷同，招商引资、人才引进等政策之间相互竞争，这些都是行政力量也就是相邻区域政府官员之间的相互竞争导致的。在长三角区域不同城市之间，有的地区得益于国家优惠政策、区位优势、工业传统等因素经济得以飞速发展，而有些地区仍然以农业为主导，正处在工业化发展初级阶段，面临人口大量输出的发展压力。还有从城乡发展角度看，长三角区域城市的营商环境较好，在乡村地区，由于基础设施建设不到位，政府的服务型理念不够，法律服务水平不足等因素存在，营商环境有待进一步改进。从区域发展水平看，各区域内部，由于紧靠区域中心城市，营商环境较好，而行政区划相邻部分，由于处于各地交界区域，地理位置偏僻，各地政府对该地区的管理较为松散，生产要素投入不足，企业活力不足，当地营商环境较差。法治状态对于提升区域营商环境，推动区域社会经济发展起到非常重要的作用。习近平总书记在2019年年初提出了“法治是最好的营商环境”的重要论断。在基础设施建设、个别性特殊政策扶持等技术手段逐渐耗尽的情况下，当前和今后很长一个时期内，法治可能成为提升地方竞争的根本手段。<sup>[8]</sup>作为投资者的企业对于当地的法治状况感知最为明显，“在同等条件下，投资者显然会选择法治状况和投资环境最佳的地方，因为在那里他的资金和利润将受到最大限度的保证。”<sup>[9]</sup>立法是法治发展的基础性和前提性条件，随着区域社会经济一体化的发展，为了实现区域内部人才、技术、资金能够顺利流通，就需要区域内部法制保持同一性，而不能出现差距过大，如果要消除这些差距，最好的办法是通过区域协调立法的形式予以确认。从法律上确立区域内部各种市场主体的权利、义务、责任等内容，构筑一体化的区域法律体，助推区域一体化进程。可以说，区域经济一体化在客观上必然要求法律一体化，区域法律合作机制的产生也正好为区域经济发展创造良好的法治环境提供了制度保障。<sup>[10]</sup>

(三) 区域间竞争与协作关系的处理。区域之间只有竞争才能保持活力，张五常先生认为，区域竞争尤其是县域之间的竞争是改革开放四十年来中国经济突飞猛进的关键性因素。<sup>[11]</sup>在市场经济体制之下，企业是市场的当然主体，是社会财富的主要创造者，区域之间的竞争说

<sup>[3]</sup> 参见国脉研究院数字经济研究所：《长三角城市营商环境大比拼》，《决策》2019年第4期。

<sup>[4]</sup> 参见张兆安：《优化营商环境：长三角一体化的共同使命》，《文汇报》2018年5月30日第2版。

<sup>[5]</sup> 参见黄铮：《优化营商环境 推动长三角一体化发展——“上海民建浦江论坛”发言选粹》，《联合时报》2018年5月29日第6版。

<sup>[6]</sup> 参见陈慧娟：《推进长三角营商环境一体化》，《光明日报》2019年3月10日第8版。

<sup>[7]</sup> 周黎安：《转型中的地方政府：官员激励与治理》，格致出版社·上海三联出版社·上海人民出版社2017年版，第254页。

<sup>[8]</sup> 参见周尚君：《地方法治试验的动力机制与制度前景》，《中国法学》2014年第2期。

<sup>[9]</sup> 张千帆等：《宪政、法治与经济发展》，北京大学出版社2004年版，第2页。

<sup>[10]</sup> 参见刘星星：《东北区域法律合作机制的发展与完善途径》，载公丕祥主编：《区域法治发展研究》（第1卷），法律出版社2016年版，第193页。

<sup>[11]</sup> 参见张五常：《中国的经济制度》，中信出版社2017年版，第160页。

到底是区域内企业的竞争，“地区竞争主要还是地区间企业的竞争，这是因为生产要素只有通过企业才能整合在一起形成生产力。”<sup>[12]</sup>如果要保证区域之内的企业在同其他同种类的企业竞争过程中保持优势，本地营商环境的改善至关重要，本地企业在办理行政审批、项目许可过程中时间精力会大幅度缩小，制度性成本减轻，从而使得企业能够投入更多的时间和精力用于提高产品质量，提高产品核心竞争力。同时区域竞争也会带来诸多负面作用，同一行政区域内部得到快速发展，而不同行政区域交界处的交通等基础设施并没有得到发展，主要是基于地方官员考虑到加强相邻区域的基础设施建设往往会惠及到邻近区域，使得邻近区域的经济得到发展，从而会威胁到本区域的竞争优势，这主要从官员晋升激励的角度而言，上级政府主要以下一级行政区域各项发展指标来考核提拔官员的，从而对官员形成一种晋升激励，晋升激励又主要是由于经济指标决定的，因而会产生重复建设、产业雷同、恶性竞争等问题。也就是区域之间的竞争主要是一级行政区域为单位的，而不是以一个相对宏观的地理区域或者经济区域为标准的，这也是区域经济一体化进程中，有些官员的积极性不高的主要原因，即使在同一经济区域，由于各个行政区之间存在竞争关系，各个行政区之间的官员晋升存在一定的竞争关系，许多官员考虑的问题是使自己管辖下的行政区经济得到增长，同时又不能惠及到其他相邻行政区，从而不会对自己的职务晋升产生威胁。“如果竞争对手的获益甚至超过自己的得益，那还反而变成了‘赔本’的买卖，对自己不利。这就是为什么处于政治锦标赛的政府官员不愿意合作却愿意进行‘恶性’竞争的根本原因。”<sup>[13]</sup>对于区域经济一体化、营商环境一体化、法治一体化，许多企业家、律师、学者呼吁声音很高，主政官员的积极性并不是很高，即使主政官员也定期召开联席会议，展开不同形式的磋商，商讨区域经济一体化事宜，呼吁要严格落实习近平总书记对长三角区域经济一体化的重要批示精神，但是真正协调的积极性并不高，因而，如何解决长三角区域的主政官员激励的问题，提高各个省级行政区官员的协调发展的积极性，是推动区域协调立法的重要内容。

但是上述理论并不能涵盖区域关系的全部内容，区域之间也有相互合作的一面，一方面中央呼吁区域协调发展，如长三角一体化上升为国家战略，另一方面长三角三省一市之间加强合作，提升区域经济总体实力，可以增加相对于珠三角、京津冀区域的竞争优势。长三角区域合作主要体现在，长三角四省市交通运输厅签订《长三角地区打通省际断头路合作框架协议》，实施打通省域交界处断头路项目，开通跨省公交，加快实施区域交通一体化，<sup>[14]</sup>上海地铁跨省修到昆山，长三角城市地铁联票，长三角医院开展异地结算、异地报销，确实解决一些民众的痛处。上海在安徽和江苏拥有多块“飞地”，如果要推动飞地区域经济的快速发展，打造“飞地经济”，沪苏、沪皖省市之间就必须进行通力合作。<sup>[15]</sup>还有宁淮铁路一直在规划之中，但是需要途径安徽天长市，使得本来是省域内部的交通线路变成必须通过邻省配合才能实现。由于省域之间的阻隔，在征地拆迁、线路规划方面多有冲突，使得这一项目一直未能开工，一定程度上阻滞苏北地区的交通发展，也影响了苏北地区融入长三角区域经济一体化的进程。但是现在宁淮铁路已经开工了，而且还途径邻省，并且可以带动邻省途径地区的交通发展。<sup>[16]</sup>这说明区域之间不仅仅有竞争还有相互合作的一面。应该说，区域之间既有竞争也有合作这是区域关系的常态，关键问题是寻找到一种既能够使得本地地区的利益获得最大化，同时又能使整个区域利益最大化的原则和方法，甚至采取区域补偿的办法，才能处理区域之间竞争与合作的关系。

同样而言，区域之间的法治不仅仅存在竞争关系，也存在一定的合作空间。近年来许多地方把法治看出区域发展的核心竞争力之一，同时把法治看成推动社会经济发展的重要制度性举措，在招商引资、城市规划、营商环境方面，大力提高政府工作效率，提升服务质量，改善

<sup>[12]</sup> 崔卫国：《地方政府经济学》，中国财政经济出版社2018年版，第34页。

<sup>[13]</sup> 周黎安：《转型中的地方政府：官员激励与治理》，格致出版社·上海三联出版社·上海人民出版社2017年版，第257页。

<sup>[14]</sup> 参见郝洪等：《长三角 打通断头路》，《人民日报》2018年12月7日第16版。

<sup>[15]</sup> 参见姚尚建：《制度嵌入与价值冲突——“飞地”治理中的利益与正义》，《苏州大学学报》2012年第6期。

<sup>[16]</sup> 参见黄伟：《加快推进江苏高铁建设暨宁淮城际铁路建设开工动员会召开》，《新华日报》2019年9月21日第1版。

司法环境,使得区域之间的法治形成了一种竞争状况,许多学者称之为地方法治竞争。地方法治竞争可以促使官员尽量约束自己的权力,保护企业家的产权,完善行政审批制度,从而推动地方法治水平的提高。<sup>[17]</sup>但是我们也应该看到,区域法治之间不仅仅存在竞争关系,也存在合作关系一面的,也就是合则两赢,分则两伤。比如有些企业跨省域经营,注册地、经营地在不同地区,如果各地企业登记注册、开工许可证、不动产登记、合同执行存在重要的差异,就会影响企业的生产经营情况,使得企业的制度性交易成本居高不下,甚至会使该企业搬离该区域,从而对该区域税收造成重大损失。还有环境保护方面,比如区域河流污染治理,2018年8月淮河流域濉河上游突发洪水,致使工业污水排入洪泽湖,导致湖区螃蟹养殖损失惨重。如果上游开闸泄洪能够提前通知下游地区,如果上游工业污染能够得到有效治理,不至于排入濉河,就不会导致养殖户的重大损失。由于濉河流域涉及苏皖二省,濉河发源于江苏,途径安徽,再流入洪泽湖。如果两省环保部门能够通力合作,则可使损失降到最小。<sup>[18]</sup>

也就是说同一区域的不同行政区之间、同一行政区内次行政区之间既存在竞争关系,也存在合作关系,简言之,合作中有竞争,竞争中有合作,竞争是绝对的,合作只是相对的,关键看该行政区的利益和整个经济区域的利益能否兼容。由于区域经济发展的不均衡,也就是在区域协调立法过程中,既要保证发达地区利益得到最大化,同时保证不发达区域利益也能得到利益最大化,只有各地利益都兼顾到位,才能调动各个行政区官员开展协调立法的积极性。

## 二、长三角营商环境协调立法的合法性困境与动力不足问题

(一) 营商环境区域协调立法的合法性困境。关于区域协调立法,目前面临的最主要问题就是合法性问题,一部分学者主张,区域协调立法没有法律依据,缺乏合法性支持,另一部分学者认为,区域协调立法并不违反法律,具有合法性依据。

支持论者认为,第一,虽然《宪法》和《立法法》都没有直接规定区域协调立法的内容。但是宪法序言部分增加了科学发展观和新发展理念,科学发展观和新发展理念都要求践行可持续发展的、协调的发展理念,协调发展自然也包括区域社会经济的协调发展、区域法治的协调发展,而立法为是法治发展的基础性工程,是实现良法善治的前提条件。<sup>[19]</sup>既然我国现行法律没有规定,但不能就此否认其合法性。从宪法所确立的发展社会主义市场经济,坚持改革开放的要求而言,地方基于区域共同发展的利益共同需求进行区域协调立法,也是符合上述宪法精神的。<sup>[20]</sup>第二,《立法法》规定,省、自治区、直辖市的人大及其常委会可以根据本地区具体情况和实际需要,在不同宪法、法律、行政法规相抵触的情况下,制定地方性法规。那么区域经济一体化发展,区域协调发展,也是地方的实际需要,因而,省级区域人大及其常委会也就可以联合起来共同制定统一的地方性法规,只要不同宪法、法律和行政法规相抵触就可以了。<sup>[21]</sup>第三,虽然《宪法》、《立法法》没有规定区域协调立法,但是中央文件和全国人大法工委的同志已经同意地方联合立法。2008年9月7日国务院印发《关于进一步推进长江三角洲地区改革开放和经济社会发展的指导意见》,该《指导意见》指出,加强区域立法工作的合作与协调,形成区域相对统一的法制环境。还有国家发改委2016年8月16日印发《关于贯彻落实区域发展战略促进区域协调发展的指导意见》指出,逐步推进促进区域协调发展立法进程,实现以法律形式规范区域协调发展的目标原则、战略重点、责任分工、体制机制等,增强约束性和权威性。另外,据有关官员透露,全国人大法工委领导已经同意部分省市先行先试,探索跨省区域性立法。长三角、东三省等部分省份提出开展区域立法合作,全国人大法工委已同意地方可以先行先试。<sup>[22]</sup>虽然国务院和国家发改委的文件不是正式的法律渊源,没有法律效力,全国

<sup>[17]</sup> 参见万江:《中国的地方法治建设竞争》,《中外法学》2013年第4期。

<sup>[18]</sup> 参见孙旭辉:《初步调查 洪泽湖污水来自安徽 苏皖两省环保厅联手追查“真凶”》,《现代快报》2018年8月31日第封16版。

<sup>[19]</sup> 参见刘松山:《区域协同立法的宪法法律问题》,《中国法律评论》2019年第4期。

<sup>[20]</sup> 参见华国庆:《我国区域立法协调研究》,《学术界》2009年第2期。

<sup>[21]</sup> 参见王腊生:《地方立法协作若干重大问题探讨》,载史德保主编:《长三角法学论坛——长三角区域法制协调中的地方立法》,上海人民出版社2008年版,第14页。

<sup>[22]</sup> 参见陈竹沁、金可镡:《各省市可试点跨省区域立法》,《南方都市报》2013年6月30日第AA09版。

人大法工委也没有立法权，但是上述文件和人大法工委的表态也在一定程度上支持地方联合立法，为区域协调立法取得合法性地位奠定了一定的基础。

反对论者认为，既然《宪法》和《立法法》都没有直接规定区域协同立法问题，也就是既没有禁止，也没有授权，再根据公权力的行使原则是法无授权即为禁止原则，就可以推定区域协同立法是违反法律规定的。例如，宋方青教授认为，“在我国《宪法》与《立法法》的规定中我们无从看到关于区域立法协作的规定。显然，在我国，各区域行政立法协作是缺乏法的依据的。”<sup>[23]</sup>

支持论者的论证思路是根据宪法的序言所反映的法律精神，以及《立法法》规定的，地方可以具体情况实际需要制定地方性法规间接推导出区域协调立法具有合法性，笔者认为，从现有法律中得出区域协调立法具有合法性的结论是比较勉强的。反对论者的论证思路是《宪法》和《立法法》没有规定，因而，区域协调立法就没有合法性依据。但是要求每一项制度和公权力行为都具有合法性也是不现实的。区域协调立法的合法性困境实质上反映的是形式法治和实质法治的矛盾问题，如何解决区域协调立法的合法性困境，笔者认为，有《宪法》和《立法法》修改，或者由全国人大常委会授权自然是最好的，这是获得合法性最重要的途径，但是自从区域协调立法提出以来，最早从2006年《东北三省政府立法协作框架协议》签订以来，我们就期望《立法法》予以授权或者全国人大常委会予以授权，一直没有得到实现。十八届四中全会强调，“实现立法和改革决策相衔接，做到重大改革于法有据、立法主动适应改革和经济社会发展需要。”这里面重大改革于法有据和立法主动适应改革和社会经济发展需要是两种平行的手段，共同实现立法和改革相衔接的目的，我们不能一味强调改革于法有据，实在没有法律依据的情况，我们也要强调立法主动适应改革和社会发展的需要，也就是为了满足改革和社会发展的需要，需要积极立法或者修改法律，以达到于法有据和适应社会经济发展的目的。因而，我们一方面期望中央能够尽快立法，赋予区域协调立法以合法性，从而以立法促进改革，引领改革，保障区域社会经济发展的需要；另一方面，在没有中央立法依据的情况下，我们也不能坐等法律修改或者中央授权，错失区域社会经济发展的良机，应该在法律没有修改和中央授权的情况下，开始地方法制探索，以地方法制探索推动国家法治发展也不失为一个重要路径，待时机成熟再提请法律修改或中央授权。

（二）营商环境区域协调立法的动力不足问题。区域协调立法不仅面临着合法性不足的困境，同时还面临着动力不足的境况。有学者指出，区域地方立法协调的应然动力并没有充分而有效地转化为实然动力，区域地方立法协调实践运转却显得动力不足。<sup>[24]</sup>对于区域协调立法存在着动力不足的问题，笔者认为，主要原因有以下几点：第一，区域社会经济发展仍然有待加强，虽然官方和学界一再认为，长三角地区是我国区域经济发展最为迅速、实力最为强劲的地区，然而区域经济一体化发展仍然没有超出人们的预期，区域经济发展仍然有大量的提升空间，即使在同一区域内，城乡之间、不同省域、市域之间，区域相邻处与区域内部之间的发展仍然不够均衡，我们一再强调经济基础决定上层建筑，发展逻辑与立法逻辑存在着一定的紧张关系，再加上长三角区域扩充以来，新加入的地区经济发展水平并非居于领先地位，因而长三角区域经济一体化仍有巨大上升空间，当区域经济一体化的发展到一定程度之时，我们相信一定会有区域协调立法的时机到来，这是最根本的决定因素。只有区域经济发展到一定程度，区域内企业和民众强烈要求冲破行政壁垒和地方保护主义，实现区域市场经济的一体化，才能带动区域社会经济发展，从而以社会的力量推动区域协调立法的实现。哈耶克说，“立法者的任

<sup>[23]</sup> 宋方青、朱志昊：《论我国区域立法合作》，《政治与法律》2009年第11期。

<sup>[24]</sup> 参见陈光：《“大立法”思维下区域地方立法协调的困境与反思》，载公丕祥主编：《区域法治发展研究》（第2卷），法律出版社2018年版，第66页。

务并不是建立某种特定的秩序，而只是创造一些条件，在这些条件下，一个有序的安排得以自生自发地型构起来并得以不断地重构。”<sup>[25]</sup>区域协调立法是在创造条件，推动区域一体化进程，只有在区域经济发展达到一定程度的时候，区域协调立法的动力才能逐渐变得强劲起来。第二，各个立法主体参与区域协调立法的积极性不高。由于三省一市立法机关处于平等地位，各个立法主体之间仍处于相互观望状态，这种情况只能由三省一市中经济实力龙头地位的上海市领头进行协调，每年定期举行省长、市长、人大常委会主任联席会议，进行磋商。后发地区都期待龙头地位经济迅速发展，从而带动后发地区，而龙头区域还期望通过从邻近地区获得更多的人力资源、生产原料等生产要素，而对于邻近地区发展扶持则不予考虑，也就是虽然同处于长三角区域，但是区域内部三省一市之间仍然有不同的利益需求，在不同的利益需求之下，又没有建立适当的利益补偿机制，这就是使得三省一市的领导表明上是在合作，在协调，但是真实达成的成果并不多，执行的效果并不理想，群众和企业对于区域协调立法的获得感并不是很强。第三，诚如有学者所言，我国区域协调立法的理论相对滞后，一方面理论研究的不足，不能为实践提供理论指导；<sup>[26]</sup>另一不方面国家立法的不认可，导致区域协调立法时刻面临着合法性困境，同时还导致区域协调立法的制度化、规范性程度较低。

如何解决地方官员在区域协调立法过程中的动力不足问题呢？改变地方官员的考核机制是十分重要的改革路径。只要对地方官员的考核以GDP为主要考核指标，在区域一体化进程中，区域内各级官员对于区域协调立法就不会有太高的积极性。“倘若地方发展为了追求区域一盘棋而影响乃至减损本地GDP增长时，那么区域一体化发展通常要让位于本地地方保护主义的发展，而区域内地方立法协调的开展就要取决于当地领导对此是否足够重视。”<sup>[27]</sup>目前中央文件对此态度有所改变，2018年11月中共中央国务院印发的《关于建立更加有效的区域协调发展新机制的意见》，该《意见》指出，明确地方政府在推进区域协调发展中的责任和义务。相比于政策而言，法律规定的责任和义务更为明确，更具有执行力，因而规定地方政府在区域协调发展中的责任和义务，最好的办法仍然是制定法律，以法律的形式确定主政官员在区域协调发展中的责任和义务，并将其纳入到官员考核任免之中，成为官员考核提拔的重要标准，才能真正解决主政官员推动区域协调发展的动力和激励问题。

就长三角营商环境协调立法而言，也存在合法性困境和动力不足问题，营商环境区域协调立法更多地是理论界和企业界的一种呼吁和建议，但是具体应当如何操作，笔者认为，仍然采取一种渐进主义模式，在法律没有修改和中央明确授权的情况下，可以先进行一些尝试，在营商环境比较发达长三角区域可以先进行一些探索，待积累一定经验之后再争取法律支持。以“证照分离”改革为例，“证照分离”改革首先是从上海浦东新区开始进行试点，上海的改革方案得到国务院的批准同意，同时国务院作出暂时中止相关行政法规和政府文件的适用，<sup>[28]</sup>但是“证照分离”改革也面临着合法性困境，包括告知承诺制、审批改备案、缩短法定审批时限三分之一等改革举措也面临着合法性不足的困境，现在经国务院文件批准，“证照分离”改革已经向全国推开。虽然合法性困境仍然没有得到解决，但是广大群众和企业从“证照分离”改革中所获得满意度是显而易见。

### 三、长三角营商环境协调立法的实践探索

<sup>[25]</sup> [英]哈耶克：《自由秩序原理》（上），邓正来译，生活·读书·新知三联书店1997年版，第201页。

<sup>[26]</sup> 参见刘松山：《区域协同立法的宪法法律问题》，《中国法律评论》2019年第4期。

<sup>[27]</sup> 陈俊：《区域一体化进程中的地方立法协调机制研究》，法律出版社2013年版，第147页。

<sup>[28]</sup> 参见《国务院关于上海市开展“证照分离”改革试点总体方案的批复》（国函〔2015〕222号）；《国务院关于在上海市浦东新区暂时调整有关行政法规和国务院文件规定的行政审批等事项的决定》（国发〔2016〕24号）。

（一）区域协调立法的基本形式。开展营商环境区域协调立法研究，不能仅仅停留在理论层面，停留在合理性、必要性、合法性的论证上，还要研究立法实践过程中的具体问题。区域协调立法面临的最基本现实是，随着《立法法》修改，长三角三省一市都有立法权，区域内所有地级市也都获取了相应的立法权，三省一市之间是一种平行关系，互不隶属，三省一市辖区内的地级市之间也是一种平行关系，互不隶属，如何进行共同立法呢？只有通过协调，需要立法主体之间通过平等自愿原则进行沟通、协商、协调。营商环境立法也是如此，必须让长三角区域三省一市立法主体明确认识到通过营商环境协调立法，整个区域营商环境得以改善，营商环境所包含的市场环境、政务环境、法治环境得到提高，不仅能够使得本省域的利益得到最大化实现，同时也能够使整个长三角区域利益得到最大化实现。

关于长三角区域协调立法的形式，有学者认为，由于政府之间的协调立法具有灵活性和便捷性，因而通过行政协议，也就是行政契约的形式比较可取。“在现行行政区划和地方权限的基础上，目前的行政契约制度和磋商沟通制度，是长三角经济一体化和法制协调的明智选择。”<sup>[29]</sup>也有学者主张由区域内有行政立法权的政府的负责人组成专门区域行政立法委员会，作为区域行政立法机构，专门协调行政立法。<sup>[30]</sup>还有学者主张，通过全国人大授权成立区域合作立法办公室。<sup>[31]</sup>笔者认为，就营商环境协调立法而言，通过省级人大协调制定地方性法规以及通过省级政府协调制定地方政府规章，两种途径都是可行的，没有不可逾越的鸿沟，至于采用哪一种协调立法形式，需要视具体情况而定。属于对执行中央立法过程中进行细化的可以采用地方性规范的形式，如果属于对中央政府行政法规的执行过程进行细化的，则可以通过政府协调立法的形式予以统一。在地方性法规和规章的名称上，不宜冠之以“长三角”“长江三角洲”之类的名称，仍然使用所在省市的，如江苏省××条例、浙江省××条例等等。在法律草案的起草过程中，三省一市有关机关需要充分地沟通协商，在取得一致意见后，才能提交各自的立法主体审议通过，使之让人们感觉仍然是各省市的单独地方性立法。<sup>[32]</sup>

（二）长三角区域协调立法的已有实践。长三角区域协调立法不是仅停留在理论层面，而是已经开展了协调立法实践。长三角区域协调立法实践最早源于2014年上海、浙江、安徽、江苏四地在大气污染防治方面展开的联合立法行动。三省一市成立长三角区域大气污染防治协作小组，并由四地的省级人大常委会组成联席会议，经过沟通、协调、交流，最终在三省一市人大常委会通过的《大气污染防治实施条例》中均增加区域大气污染防治协作一章。由于大气污染防治，涉及到长三角区域各省份，由于各省市均无跨行政区立法权，各省市在条例中更多地使用协调、沟通、协商等较为宽泛而缺乏约束力的立法语言，呼吁区域内各政府各环保部门联系起来，共同防治大气污染。尽管“宽泛制订的法律往往不能改变行为主体的行为，进而其宗旨也无法得到实现”，<sup>[33]</sup>但是毕竟已经开启了区域协调立法的重要一步，可以说，这是目前全国唯一一个已经成功实施的区域协调立法项目。

---

<sup>[29]</sup> 叶必丰：《长三角经济一体化背景下的法制协调》，《上海交通大学学报》（哲学社会科学版）2004年第6期。

<sup>[30]</sup> 参见王春业：《长三角经济一体化中法制协调模式的选择——论区域行政立法模式及其构建》，《天津市政法管理干部学院学报》2007年第4期。

<sup>[31]</sup> 参见宋方青、朱志昊：《论我国区域立法合作》，《政治与法律》2009年第11期。

<sup>[32]</sup> 参见王腊生：《地方立法协作若干重大问题探讨》，载史德保主编：《长三角法学论坛——长三角区域法制协调中的地方立法》，上海人民出版社2008年版，第20页。

<sup>[33]</sup> [美]安·塞德曼、罗伯特·塞德曼：《发展进程中的国家与法律》，冯玉军、俞飞译，法律出版社2006年版，序言第5页。

近年来长三角区域不断召开法治协调会议，进一步商议协调立法情况，并取得了一系列成果，为后续协调立法奠定了坚实的基础。近两年来长三角三省一市人大常委会多次共同召开会议，包括2018年6月在上海召开的长三角地区立法工作协同座谈会，2018年7月在杭州召开的长三角地区人大常委会主任会议，2019年4月在宜兴召开的长三角地区省市人大常委会秘书长座谈会，2019年5月在上海召开的长三角一体化建设法治协作座谈会，2019年6月在南京召开的长三角地区四省市人大常委会主任座谈会，2019年9月在苏州召开的长三角地区三省一市人大代表工作协作交流会等。在短短一年多时间内长三角三省一市人大常委会频繁座谈、交流、商讨长三角一体化事宜，为历年最多。其中长三角地区立法工作协同座谈会确定了长三角地区立法协同的重点领域主要分为发展规划、生态环境、市场秩序、产业发展、公共服务等五大领域。<sup>[34]</sup>长三角地区人大常委会主任会议签署了《关于深化长三角地区人大工作协作机制的协议》等文件，会议认为，立法工作协同是大有可为的合作领域，要加强法规制度供给，推动构筑长三角良好的区域法制环境。长三角一体化建设法治协作座谈会决定成立立法协作机制，由各省（市）全面依法治省（市）委员会立法协调小组牵头，会同法治调研部门，研究确定合作项目；同时，加强信息化运用，提高立法合作效能。<sup>[35]</sup>

#### 四、长三角营商环境协调立法的重点领域

（一）制度性改革举措的协调立法。长三角三省一市为了改善区域营商环境，进行了一系列制度性改革，包括上海倡导的“一网通办”，推行“证照分离”改革，大力推广告知承诺制；浙江大力推行的“最多跑一次”，并且制定了《政务办事“最多跑一次”工作规范》，习近平总书记主持中央全面深化改革领导小组会议，专门审议通过《浙江省“最多跑一次”改革调研报告》，指出浙江省推动实施“最多跑一次”改革，取得积极成效；江苏全面推行的“不见面审批”改革，借助于该项改革，江苏的“开办企业”、“不动产登记”、“投资项目报建审批”三项营商环境指标排名，居于全国首位。中共中央办公厅、国务院办公厅联合发布文件，要求向全国推广江苏“不见面审批”改革的经验做法。中国法学会王其江副会长在第十三届“东北法治论坛”上指出，从全国各地看，各省市区纷纷发力，掀起了优化营商环境的热潮，形成了浙江经验、上海经验、江苏经验、深圳经验等一大批好的经验做法。王会长列举了四个地区的优化营商环境经验做法，其中三个地区位于长三角区域。但是长三角区域优化营商环境的制度举措尚缺乏有效的协调机制。为此，三省一市人大常委会应该尽快启动协调立法机制，共同协商制定长三角区域统一的营商环境标准，将上述优化营商环境的成功经验尽快上升为法律条文，以便在整个长三角区域推广复制。

其中2018年9月上海市人民政府颁布《上海市公共数据和一网通办管理办法》，说明“一网通办”已经上升为地方政府规章。“最多跑一次”改革和“不见面审批”仍然是以所在省份的政府文件形式予以推开的，苏浙两省也应该尽快将政府文件上升为地方政府规章。其他省域复制推广上述举措需要通过区域立法协调的形式，一方面已经实施取得成绩的省份要主动公开上述举措取得的成功经验，另一方面其他省份也有本着积极学习的精神，借鉴学习其他省份的先进举措，政府之间通过相互协调学习的形式，推动长三角营商环境共同改善。落实习近平总书记提出的长三角一体化国家战略，不能仅仅停留在口号上，更要在具体行动予以体现。要打破区域竞争的模式，推动区域之间展开真诚合作。有些三省一市都有的规定，但是存在相

<sup>[34]</sup> 参见胥会云：《长三角完善区域立法协同 环保、社会信用等五大领域是重点》，《第一财经日报》2018年6月19日第A02版。

<sup>[35]</sup> 参见黄安琪、兰天鸣：《长三角法治协作将建立五大机制 努力建设国家法治示范区》，载新华网：[http://www.sh.xinhuanet.com/2019-05/11/c\\_138049703.htm](http://www.sh.xinhuanet.com/2019-05/11/c_138049703.htm)，最后访问日期：2019年5月11日。

互冲突和抵触的地方，需要省级层面的政府或者人大进行协调，促使长三角区域内部保持一致。

（二）统一市场标准的协调立法。区域协调立法应当选择影响统一市场形成、影响区域统筹发展的事项和立法中共同关心的问题。区域协调立法应协调统一各地区的市场标准，打破区域市场的地方障碍，加速和促进区域内生产要素的流动。<sup>[36]</sup>从目前影响长三角经济一体化的因素来看，纳入立法协调的事项应当是对统一市场、促进区域经济一体化发展已经产生或者将要产生重要影响，如果处理不好，必将影响三省市长远利益的事项，例如资源配置、市场流通、市场准入、资讯共用、旅游衔接等问题。<sup>[37]</sup>上海市人大常委会主任殷一璀表示，进一步明确长三角区域立法协同重点领域。重点围绕长三角地区更高质量一体化发展中的市场统一、产业协同发展、基本公共服务、营商环境优化等领域开展。<sup>[38]</sup>另外安徽省人大常委会专门通过《关于支持和保障长三角地区更高质量一体化发展的决定》，该《决定》指出，积极推动长三角地区建立统一的市场标准体系，营造规则统一开放、标准互认、要素自由流动的市场环境，清除行政壁垒，及时修改或者废止有碍市场统一的有关规定。<sup>[39]</sup>

世界银行营商环境指标体系所要求的开办企业、产权登记、办理施工许可以及合同执行等指标恰恰是影响区域市场经济运行的重要因素。以企业登记注册为例，根据世界银行的统计，营商环境在世界排名 30 名左右的国家，如法国、荷兰等，企业登记完成时间为 4 天。<sup>[40]</sup>按照按照《公司法》、《公司登记管理条例》的要求，在长三角三省一市统一公司登记注册时间，包括营业执照颁发、银行开户、印章刻制、税收登记代码取得等事项在规定时间内办理完成，不能像有些地区提出公司登记在 3 天内即可办理完成，而有些地区公司登记又要求在 5 天内登记完成，为了统一公司登记标准，三省一市人大不妨通过立法协调的形式，统一规定公司登记 4 天完成时间，各地工商、银行、公安、税务等部门予以协调配合，营造均等化、无差异的市场环境，从而优化长三角区域整个营商环境，提高当地民众和企业的获得感。

（三）政务环境的协调立法。区域内各级人民政府是营商环境的责任主体，各级政府在招商引资、项目招投标、与社会资本合作过程中诚实守信十分关键，政务诚信对整个社会诚信可以起到引领作用。政务诚信直接关系到政府的形象，不仅是诚信体系建设的重要组成部分，而且居于关键定位。<sup>[41]</sup>有学者指出，只有政府守法，十几亿人民才会跟着守法，只要政府把社会责任承担起来了，政府真正守法了，信法了，护法了，我们的企业就会有更好的市场环境。近年来，有些政府负责人以区域规划调整、领导人换届、“新官不理旧账”等原因撕毁合同，不遵守承诺，破坏政务诚信的情况屡有出现。在营商环境较好长三角区域也有类似问题，比如有媒体报道，某地一招商局副局长负责招商引资，从浙江引进了总投入 1.5 亿元和 10.8 亿元的两个民营项目，按照当地政府公布的奖励政策应该得到 110 万元的奖励，然而当地政府的奖励承诺无法兑现，导致招商引资负责人起诉到法院的情况，还有媒体报道一些基层政府为了完成上级“分解”下来的任务，与港澳等地中介机构勾结，不惜通过动用本地财政资金购买外资

<sup>[36]</sup> 参见孙久文主编：《区域经济学》，首都经济贸易大学出版社 2017 年版，第 237 页。

<sup>[37]</sup> 参见刘伟东、吴振贵：《关于加强长江三角洲区域立法协调的几个问题》，载史德保主编：《长三角法学论坛——长三角区域法制协调中的地方立法》，上海人民出版社 2008 年版，第 26-27 页。

<sup>[38]</sup> 参见殷一璀：《坚持“一体化”“高质量”推动长三角地区立法协同与时俱进》，《人大研究》2019 年第 19 期。

<sup>[39]</sup> 参见《安徽省人民代表大会常务委员会关于支持和保障长三角地区更高质量一体化发展的决定》，《安徽日报》2018 年 11 月 27 日第 3 版。

<sup>[40]</sup> 参见李军鹏：《基于“互联网+”的放管服改革研究——以江苏省“不见面审批（服务）”与江苏政务服务网建设为例》，《电子政务》2018 年第 6 期。

<sup>[41]</sup> 参见王伟国：《诚信体系建设法治保障的探索与构想》，《中国法学》2012 年第 5 期。

的方式，来实现招商引资指标，彰显招商引资实绩。李克强总理一再强调，政府守信对于营商环境改善至关重要，坚决治理“新官不理旧账”，决不能把合同当废纸。最高人民法院也出台文件要求，妥善认定政府与企业签订的合同效力，对有关政府违反承诺，特别是仅因政府换届、领导人员更替等原因违约、毁约的，依法支持企业的合理诉求。在长三角营商环境区域协调立法过程中，建议对政府违背契约精神，擅自撕毁合同，“新官不理旧账”等情况纳入到立法之中，采用法律措施予以联合惩戒。三省一市的人大常委会可以就此问题展开协调立法，以落实中央文件和国家领导人讲话精神为契机，对于长三角区域内各级政府及其负责人违反契约精神，损害法治化营商环境的情况予以联合惩治，以提升区域的营商环境整体状况，从而保护民营企业利益。

## 五、结语

我国的法治化营商环境的一个重要特点就是区域不均衡问题，在长三角区域同样也存在着不均衡问题。“区域法治发展的不平衡和不均衡作为一个客观存在，既是中国法治发展的基本特征，也是影响法治道路选择的重要变量。”<sup>[42]</sup>长三角区域经济一体化要求区域营商环境的协调发展。区域协调立法是推动营商环境协调发展的重要途径，同时也是打造法治化营商环境的前提条件。长三角营商环境区域协调立法存在着合法性困境和动力不足问题，在法律没有修改和中央立法没有授权的情况，可以采取地方先行先试的模式，予以探索实践，待实践成熟以后，再争取中央立法的合法性，同时将地方政府尤其主政官员在区域协调发展过程中责任和义务纳入政绩考核过程中，以解决主政官员在区域协调立法过程中动力不足的问题。长三角区域协调立法可以采用联合制定地方性法规和政府规章的形式，对于制度性改革举措、市场环境标准以及政务环境等内容，展开协调立法，消除地区间行政壁垒和地方保护主义。最后，还要扩大民众参与，“良善的地方法制建设，要求在法律制度的需求者和供给者之间形成良性的互动”，<sup>[43]</sup>营商环境区域区域协调立法同样属于地方法制范畴。在营商环境协调立法过程中，长三角区域内的民众和企业最有发言权，对当地营商环境的改善感受最为明显，因而在协调立法过程中，应当采取座谈会、论证会的形式，尽可能听取广大民众和企业的意见，以提高区域协调立法的科学性和民主性。

---

<sup>[42]</sup> 王敬波：《我国法治政府建设地区差异的定量分析》，《法学研究》2017年第5期。

<sup>[43]</sup> 葛洪义等：《我国地方法制建设理论与实践研究》，经济科学出版社2012年版，第420页。

## 城市综合执法认同的社会机理——基于南方S市G街道执法队的社会考察

胡敬阳\*

**摘要：**建立在“相对集中行政处罚权”制度之上的城市综合执法体制处于城市治理的末端，承担的是政府执法职能中最艰难的部分，也是社会矛盾的综合聚焦点。城市综合执法不被认同，源于利益矛盾多元化的结构性约束、政府决策风险聚焦的制度性约束和街头政治对抗性关系的日常实践性约束。本文通过对南方S市G街道执法队的实践考察，提出在制度构建、法治轨道、场域转换、价值塑造四个方面形塑城市综合执法的社会认同机制，探索契合中国城市化发展规律的城市治理之路，以期对解决城市综合执法困境提供方案。

**关键词：**城市综合执法；社会认同机制

### 一、问题与进路

随着我国城市化进程的快速推进<sup>①</sup>，中国逐步由“乡土社会”走向“城市社会”，中国已经是名副其实的现代城市国家，对城市的方方面面进行有效的管理是世界各国城市化进程中不可避免的一项专门活动。亨廷顿有句名言：“现代性孕育着稳定，而现代化过程却滋生着动乱”<sup>②</sup>，中国的城市现代化相比西方更加迅猛，中国经历的是全世界规模最大的城市化运动<sup>③</sup>，这种变化引发的社会关系和秩序的变化给中国的城市管理特别是城市综合执法不断带来挑战，为此我国逐渐探索出了城市管理综合行政执法体制。这一体制是建立在名为“相对集中行政处罚权”的制度之上。1997年，北京市宣武区在中国率先开展了城市管理综合执法试点工作；到2010年5月，全国开展相对集中行政处罚权的城市包括4个直辖市、15个副省级城市、26个省会城市、12个国务院批准的“较大的市”、169个地级以上的城市以及806个县。<sup>④</sup>但是，这一体制实施以来，其合法性、正当性一直饱受质疑，因为相对集中行政处罚权由国务院法制局（办）根据《行政处罚法》的有关规定<sup>⑤</sup>，通过给各个城市政府复函的方式授权试点，将原

---

\* 西南政法大学行政法学院法学理论博士研究生，研究方向：城市治理和基层执法。本文系国家社科基金重大项目“社会主义核心价值观融入基层社会治理”（17VHJ006）的阶段性成果。

<sup>①</sup> 2018年底我国城镇化率已经达到59%，预计到2030年将达到70%。

<sup>②</sup> 塞缪尔·P·亨廷顿：《变化社会中的政治秩序》，三联书店1989年版，第38页。

<sup>③</sup> 从联合国1975-2000年的统计资料看，中国这期间的城市化率增长幅度（18.80%），不仅远远超过同期的发达国家（6.50%）和世界平均水平（9.30%），也超过了发展中国家的平均水平（13.90%），从而成为世界上城市化进程最快的国家之一。

<sup>④</sup> 江陵、张永梅：《相对集中行政处罚权：发展历程、实施情况与基本经验》，第五届全国城市管理执法论坛暨城市管理行政执法工作现场会，长沙市，2010年5月，第15页。

<sup>⑤</sup> 《行政处罚法》第十六条规定：“国务院或者经国务院授权的省、自治区、直辖市人民政府可以决定一个行政机关行使有关行政机关的行政处罚权，但限制人身自由的行政处罚权只能由公安机关行使。”

本来自几部法律法规和属于几个中央部门的行政执法权集中到一个部门中，势必在法律上会与非授权制度或部门产生冲突。<sup>①</sup>此外，在实际运行中，城市综合执法的负面评价也已无需赘述，“城管甚至成为政府与公民矛盾最为集中的焦点之一”<sup>②</sup>，其背后反映了社会公众在心理上、情理上、法理上缺乏对城市综合执法体制的认同，按照李普塞特的观点，就是人民还没有产生和坚持对这一体制是当前有效管理中国城市最适宜制度的信仰的能力。<sup>③</sup>本文以此出发，尝试分析城市综合执法不被认同的原因及其背后逻辑，并以笔者在南方 S 市 G 街道执法队的社会调研为个案分析，探讨如何建构城市综合执法的社会认同机制。

党的十九大提出，“加强社区治理体系建设，推动社会治理重心向基层下移”。目前，按照《中共中央国务院关于深入推进城市执法体制改革改进城市管理工作的指导意见》要求，各城市积极推动执法事项属地化管理，下移执法重心。可以说，“我国的城市管理执法体制目前已经进入到以重心下移为特征的深入推进改革与创新阶段”<sup>④</sup>。当前各城市纷纷将城市管理的事权重心下移到街道办或者社区，取得了一些积极的成效，也出现了一些困境<sup>⑤</sup>，但这都是我们探索符合中国城市化发展规律的城市治理之路所必须经历的。

笔者在 2019 年暑期的实地调研中，除了查阅政府公文、汇报材料、统计资料外，还跟随街道执法队和社区城管网格员一同执法，并对一线队员、街道执法队各科室主要领导、社区主要领导进行日常追踪观察及访谈。笔者认为南方 S 市 G 街道执法队所在的辖区已经初步形成了良性的城市综合执法认同机制，特别是执法力量下沉到社区以后，取得了良好的社会治理效果，省内外相关单位纷纷前来参观学习。“个案本身是个别的，但通过个案揭示出的事物运行机制却带有相当程度的普遍性。”<sup>⑥</sup>

## 二、城市综合执法不被认同的差异化表现

### 1、城市综合执法的组织机制混乱

城市管理综合行政执法改革最早起步于 1996 年《行政处罚法》颁布实施后进行的“相对集中行政处罚权”试点工作，至今已有 23 年的时间，但其组织机制依然较为混乱，主要表现在以下几个方面：

---

<sup>①</sup> 参见李振：《制度建设中的试验机制：以相对集中行政处罚权制度为案例研究》，中国社会科学出版社 2019 年版，第 167 页。

<sup>②</sup> 刘福元：《城管事权的法理构筑——从相对集中处罚权到大城管立法》，《法学论坛》2017 年第 5 期。

<sup>③</sup> 参见[美]西摩·马丁·李普塞特：《政治人——政治的社会基础》，张绍宗译，上海人民出版社 1997 年版，第 55 页。

<sup>④</sup> 曹海军：《人员下沉、事权下移、就近管理——以天津市城市管理执法体制改革为例》，《行政论坛》2016 年第 5 期，第 80 页。

<sup>⑤</sup> 据调查，很多“下派”到街道办的城管执法人员工作量非常大，什么工作都做，但一般只有大概 30% 的精力在从事与城市管理相关的工作，而 70% 的精力投入到了其他方面的工作，例如，进行扶贫、信访、维稳和拆迁等。

<sup>⑥</sup> 陈柏峰：《基层社会的弹性执法及其后果》，《法制与社会发展》2015 年第 5 期，第 156 页。

第一，各地执法体制差异较大。在执法机构的名称上，各地叫法不一，由国务院直接批复设置机构的 82 个城市中，城管执法机构的名称就有 8 类，如重庆市叫“重庆市城市管理局”，北京市叫“北京市城市管理综合行政执法局”，笔者调研的 S 市叫“S 市城市管理和综合执法局”，G 街道执法队同时挂“S 市 G 街道执法队”和“S 市 G 街道城市管理办公室”两块牌子，全国并没有统一的名称，不像公安部门都称为“某市（或某县、某镇）公安局（或派出所）”；在组织架构上，有的地方是市、区双重领导，有的是区、街双重领导，有的是市级垂直领导<sup>①</sup>；在执法机构性质定位上也各不相同，有的是单设的政府工作部门，有的是政府部门的下设机构，而绝大多数地方城管执法机构是事业单位，这不符合《行政处罚法》要求履行执法职能的部门必须是行政机关的规定。目前全国 2900 多个县级以上城管部门中，确定为行政机关的占比不到 20%。<sup>②</sup>

第二，多部门联动机制不完善。国家是一个庞大的由不同层级、不同部门的机构组成的科层组织体系，法律依赖于科层体系的执行，大多数执法活动需要不同机构和部门之间的合作，“没有哪项政策（和法律）是一个单一的组织独自制定和执行的”<sup>③</sup>。不同机构的合作恰恰需要模糊国家所试图建立的明确的机构职能边界，而科层体系内不同层级、不同部门的目标总是存在不一致，因此面对特定执法目标时就难以形成合力。<sup>④</sup>城管部门在执法中需要与多个部门发生联系，但城管综合执法与其他行政机关存在职能交叉、范围不清的现象，很容易出现重复执法、多头执法和执法空白。同时，由于综合执法机构的行政层级较低，往往也难以协调其他部门的行动。<sup>⑤</sup>城管执法组织架构长期面临着“中央无部委、省里无厅局”的局面。由于“上面没人替你说话”，城管执法部门往往面临着与其他部门大为不同的组织生态环境。在中央层面，“负责对全国城市管理工作指导”的住房和城乡建设部在顶层设计上协调其他部门执法权限的权威性并不充分；在地方上，近年来一些城市成立专门的指挥机构，对城管和各部门行使指挥权、督察权和赏罚权等权力，例如，武汉是“武汉综合管理委员会”，南京是“城市治理委员会”。<sup>⑥</sup>在实际运作中，地方政府的所有探索也并非都能建立起符合当地需要的制度。在笔者调研的 S 市 G 街道执法队

<sup>①</sup> 参见张布峰：《城市管理综合行政执法的现状、问题及对策》，《中国行政管理》2014 年第 7 期，第 40 页。

<sup>②</sup> 王满传、孙文营、安森东：《地方城市管理执法机构存在的问题和改革建议》，《中国行政管理》2017 年第 2 期，第 143 页。

<sup>③</sup> [美]盖伊·彼得斯：《美国的公共政策——承诺与执行》，顾丽梅、姚建华译，复旦大学出版社 2008 年版，第 144 页。

<sup>④</sup> 参见陈柏峰：《城镇规划区违建执法困境及其解释——国家能力的视角》，《法学研究》2015 年第 1 期，第 26 页。

<sup>⑤</sup> 参见张布峰：《城市管理综合行政执法的现状、问题及对策》，《中国行政管理》2014 年第 7 期，第 41 页。

<sup>⑥</sup> 参见刘福元：《城管事权的法理构筑——从相对集中处罚权到大城管立法》，《法学论坛》2013 年第 3 期，第 57～58 页。

也出现了和公安部门之间联动机制不成熟的现象，城管部门很难协调公安部门的配合。S市G街道执法队规划土地监察科科长的话很能说明这一点：

为什么我们政府和公安之间的协同没有那么默契？首先没抓手。为什么叫民警来他不来，打110才来？因为有抓手，因为110报警必须要你去，这就是有抓手的，有机制做保证。我们现在，说白了，做个什么事，靠私人关系。还有一个就是，地方公安他整个的年度考核，政府是不参与的。我们街道是不参与的，我们也参与不了，人家是自成体系的，人家上有分局、上有市局。（访谈资料，GYS2019080601）

进一步说，我国科层行政体制呈现出某种压力型特征<sup>①</sup>和“条块结构”<sup>②</sup>的关系，行政部门的行动逻辑不但受“政治伦理”<sup>③</sup>的支配，还要受到绩效和升迁考核的约束。由于公安部门是以条为主、以块为辅的条块结构，城管部门是以块为主、以条为辅的条块结构，并且在基层尤为明显，也就导致了难以形成“两法合一”的联动机制。<sup>④</sup>

## 2、城市综合执法的事权与人力资源不匹配

在城管的具体职责上，根据2002年颁布的《国务院关于进一步推进相对集中行政处罚权工作的决定》第2条第1款的规定，城管事权由7类确定的执法领域（市容卫生、城市规划、园林绿化、市政管理、环境保护、工商管理、公安交通）和一个兜底条款所构成，俗称“7+X”。而2015年的《指导意见》则再次强调了其中的“X”，即“上述范围以外需要集中行使的具体行政处罚权及相应的行政强制权，由市、县政府报所在省、自治区政府审批，直辖市政府可以自行确定。”也就是说，城管部门的职责范围在上位法上是无限的。<sup>⑤</sup>由于不少城市的城管执法人员编制数量仍然是在试点阶段确立的，并未随着近年来快速的城市化进程而增加，只能大量招

---

<sup>①</sup> 参见徐娜、李雪萍：《共谋：压力型体制下基层政府的策略性回应》，《社会科学论坛》2017年第5期，第218页。

<sup>②</sup> 所谓“条”，指从中央到地方各级政府中上下对应设置地职能部门；所谓“块”，指由不同职能部门组合而成的各个层级的政府。一般而言，“条”上的管理强调政令的上下一致和通畅，“块”上的管理强调一级政府的独立与完整，以及内部各部门相互之间的协调与配合。

<sup>③</sup> 政治伦理在执法领域的话语主要是“执法为民”，强调将实现、维护和发展广大人民群众的根本利益作为实施法律的出发点和落脚点。参见陈柏峰：《党政体制如何塑造综合执法》，《法学研究》2017年第4期，第203页。

<sup>④</sup> 在调研中，经常感受到公安部门的工作人员看不起城管的情况，比如一个公安部门的办事员因车辆违法占用绿地到执法队接受处罚，看到我们来调研，就表现出这样对城管的态度，“城管这边有什么法律好学的，我们公安这边才是各种各样法律应用，比较丰富，要看应该到我们那里看一看。”（调研材料，ZFD2017073101）

<sup>⑤</sup> 参见刘福元：《城管事权的法理构筑——从相对集中处罚权到大城管立法》，《法学论坛》2013年第3期，第54页。

聘不具备执法资格的协管员。2015年12月出台的《中共中央 国务院关于深入推进城市执法体制改革 改进城市管理工作的指导意见》中规定，“协管人员数量不得超过在编人员，并应当随城市管理执法体制改革逐步减少。协管人员只能配合执法人员从事教育、宣传、巡查、信息收集、违法行为劝阻等辅助性事务，不得从事具体行政执法工作”。但在短期内，协管人员还是辅助开展城市管理执法的重要力量，人员编制数量与工作任务的失衡依然难以解决。<sup>①</sup>

在笔者调研的S市G街道执法队，有统一配发的《S市L区城市管理和综合执法局常用执法指引》（2019年版）<sup>②</sup>，上面就梳理了执法依据的法律、法规、规章目录共52部，执法事项共358项，涉及城市管理、道路管理、户外广告管理、环境保护管理、畜禽屠宰管理、户外广告管理等方方面面。该街道执法队共有人员500多人，其中289名执法队员下沉到社区一线，但正式编制的公务员只有21人，有执法证的公务员只有3人，其他都是政府购买的临聘人员（也就是我们俗称的“临时工”）<sup>③</sup>。这在全国来说已经是一个规模十分庞大的执法力量，但依然感觉人不够用。而大量的综合执法人员需要面对纷繁复杂的城市管理事务，但是没有执法权，不可能像公安部门那样施行强制措施。即使是有执法权的公务员来了，也只能对当事人进行行政执法立案，如果遇到蛮不讲理的当事人，没有公安部门的配合，不但很难处理，也难以保证自身安全。<sup>④</sup>对此，S市G街道执法队执法科科长无奈地说道：

编制有六个，但是有执法证的在岗就三个，所有案件要求执法人员在现场，录音录像，做笔录，录入系统，要检查，但我们几乎做不到。有时候开会的开会，休假的休假，就没办法做。我们也经常向街道、区、市里反映，但一直没解决。有时候领导开会，干活的就一两个人。要解决问题，还要增加人手。（访谈资料，GYS2019080601）

造成这种现象的原因是我国对城管执法队伍的战略定位一直是很模糊的，这就导致城管队伍的人力资源管理缺乏明确的导向性，造成对这支队伍提出的事实上的要求和这支队伍实际所能够承担的职责和所能够达成的绩效之间出现不匹配的状况。<sup>⑤</sup>

### 3、城市综合执法的“污名化”

随着网络技术的发展，新闻传播由过去的单一口径传播转变为现在人人都是自媒体的时代。城管执法越来越多地被曝光在公众视野当中，相关的负面新闻不断出现在媒体之上，尤其

---

<sup>①</sup> 参见李振：《制度建设中的试验机制：以相对集中行政处罚权制度为案例研究》，中国社会科学出版社2019年版，第180-181页。

<sup>②</sup> G街道是L区的下辖街道。

<sup>③</sup> 这种现象在全国各地的城管部门十分普遍，由于编制有限，只能另外聘用人员来完成一些辅助性的工作。

<sup>④</sup> S市G街道的社区城管网格员，平时工作都是以劝导为主，最多只有权向当事人发出《纠正市容违法告知书》。

<sup>⑤</sup> 参见刘昕、刘颖、董克用：《破解“城管困境”战略性人力资源管理视角——基于对北京城市管理综合执法队伍的调查研究》，《公共管理学报》2010年第2期。第40页。

是城管暴力执法及其引发冲突和抵制的新闻。个别负面新闻通过媒体的反复炒作，导致在公众意识中将一些负面标签与整个城市综合执法连接，完成了对城管的“污名”<sup>①</sup>。

案例一：7月2日，一段河南泌阳城管打人的视频引发社会关注。目击者称，事发时城管治理私搭乱建，商贩与城管发生冲突后，持刀追砍城管队员，最后被控制，并遭到城管踢打。对此，泌阳市城管局通报称，将从严追究相关人员。

案例二：江西瑞金市城市管理局回应网传“城管打人”事件相关情况。27日晚21时分许，执法人员发现廖某某在人行道售卖仙米冻等饮品，决定收缴和扣押三轮车，廖某某脾气暴躁、情绪失控，用三轮车推打执法人员，随后其被执法人员及时制服。

由此可见，城管在网络上的公共形象相当负面，这种片面污名化城管的新闻因能迅速吸引眼球而被不断生产，使得社会公众将城管与暴力执法、扰民、欺压弱势群体和素质低联系起来<sup>②</sup>，对城管的态度多是戏谑、嘲笑、怨恨和讽刺，进而导致城管愈发不被社会认同，而这种对城管的认识是社会公众通过片面的新闻报道而“想象”出来的。人们在批判城管的同时却没有认真对待这个问题，大多数批判只是停留在表面进行情绪性的表达。这种污名化的传媒表达，对受众产生了不可小觑的影响。那些对城管工作不了解、缺乏社会经验的人，在看了这些描述之后，很容易对城管心生憎恶，而不会去考虑城管执法的社会需求。更有对社会心生怨恨的人，往往借此煽风点火，发泄情绪，进一步造成城市综合执法在舆论上的被动。<sup>③</sup>

事实上，很多媒体的报道基本没有做任何深入的调查，也没有跟随城管队员一同执法的经历，对城市综合执法的社会情境和机制并不了解，仅仅根据被不断爆料的个别暴力执法就对城管作总体判断，但对城管执法的风险、困难和摊贩的暴力抗法，却常常视而不见，或意识不到，对城管被打甚至被杀缺乏基本的同情。作为有自己独立利益诉求的传媒团体，传媒对城管的污名化，有多方面的原因，它既与极端观点容易引起关注的传媒介入特性有关，也与传媒追求商业利益的倾向有关，还与作为各种力量斗争平台的传媒特性有关。<sup>④</sup>

### 三、城市综合执法不被认同的原因

#### 1、利益矛盾多元化——不被认同的结构约束

改革开放以来，单位制解体、户籍制松动以及住房商品化改变了我国城市基层的治理秩序。<sup>⑤</sup>“现代性是一个破坏传统的力量，它以经济理性和社会流动的力量冲击传统社会中普遍存

<sup>①</sup> 参见[美]欧文·戈夫曼：《污名：受损身份管理札记》，宋立宏译，商务印书馆2009年版，第3~5页。

<sup>②</sup> 参见陈柏峰：《城管执法冲突的社会情境——以〈城管来了〉为文本展开》，《法学家》2013年第6期，第16页。

<sup>③</sup> 参见陈柏峰：《城管执法冲突的社会情境——以〈城管来了〉为文本展开》，《法学家》2013年第6期，第27页。

<sup>④</sup> 参见陈柏峰：《城镇规划区违建执法困境及其解释》，《法学研究》2015年第1期，第24页。

<sup>⑤</sup> 参见孙小逸：《城市社区治理：上海的经验》，上海人民出版社2017年版，第1页。

在的共同体意识和情感性联系，并造成颠覆性后果。”<sup>①</sup>作为这种“颠覆性后果”的城市，是受现代化影响较深的社会形态。而相比西方，中国的城市化进程太快，城乡社会发生剧烈变动和分裂，那些市场中的弄潮儿迅速积累了巨额经济资本，继而获得社会资本并积极争取政治资本，形成社会总体性精英，虽然人数很少，但对社会决策的影响力很大<sup>②</sup>，贫富差距也日益拉大，两极分化的现象日益突出，以穷人政治<sup>③</sup>面目出现的底层抗争行为日益凸显。研究还表明，在许多发展中国家的城市化过程中，很大一部分农村剩余劳动力并没有从农村传统部门直接进入现代部门，而是进入官方统计以外的非正规部门实现就业。<sup>④</sup>

近年来，地方政府出台了大量的法规政策，试图按照理想模式进行社会治理。社会治理政策的调整涉及社会群体利益格局的变换，往往难以自动弥合民众多元的利益诉求。很多法规政策符合现实需要和发展潮流，却减少了一些民众的既得利益。<sup>⑤</sup>总之，多种因素导致在中国过快的城市化进程中，良性的利益分配格局还未形成<sup>⑥</sup>，各种矛盾纠纷都有其背后深层的政治、经济、历史、文化等结构性因素，很难通过一时一地的城市综合执法活动得到彻底解决，形成了其不被认同的结构性约束。

## 2、政府决策风险聚焦——不被认同的制度性约束

在压力型体制下，地方政府以追求跨越式经济增长作为主要施政目标，形成了一种以经济增长为基础的“政治锦标赛”<sup>⑦</sup>。各地经常开展“卫生城市”、“文明城市”、“历史文化名城”等创建活动，这些活动尽管对提升城市整体品质、城市竞争力和城市形象有帮助，但不排除有的主政官员为了自身政绩，盲目上马面子工程，罔顾基层社会现实，不顾实际地做出像“坚决取缔无证经营街头摊贩”、“为环保取缔所有临河店铺”这样没有经过充分调研论证的“一刀切”式的决策。不顾地方实际的赶超式的“城市美化运动”，扩展了某些群体的利益和生活空间，却压缩了另一些群体的利益和生存空间<sup>⑧</sup>，“使得各种形式的隔离成为可能，各种社会力量无情地

---

<sup>①</sup> 王思斌：《体制改革中的城市社区建设的理论分析》，《北京大学学报》（哲学社会科学版）2000年第5期，第10页。

<sup>②</sup> 参见孙立平：《总体性资本与转型期精英形成》，《浙江学刊》2002年第3期，第104页。

<sup>③</sup> 参见汪晖：《两种新穷人及其未来——阶级政治的衰落、再形成与新穷人的尊严政治》，《开放时代》2014年第6期。

<sup>④</sup> 黄耿志：《城市摊贩的社会经济根源与空间政治》，商务印书馆2015年版，前言。

<sup>⑤</sup> 参见陈柏峰：《基层社会弹性执法及其后果》，《法制与社会发展》2015年第5期，第163页。

<sup>⑥</sup> 在调研中，S市G街道执法队大队长谈到：“我们看到的周围的建筑，大部分都是违建，没有任何手续的。本地居民建个楼起来，就靠这个收取租金。一个月收十几万租金。我们那边旧改，他们都是农民房，拆完产生了120多个亿万富翁。”（访谈资料，ZFD2019072601）由此可见，这么大的经济利益，普通人不可能不在意，短时间内难以形成良性的利益分配格局。

<sup>⑦</sup> 余绪鹏：《官员晋升锦标赛：经济增长的政治逻辑——基于相关文献的梳理与分析》，《华东经济管理》2016年第6期，第88页。

<sup>⑧</sup> 刘磊：《执法吸纳政治：对城管执法的一个解释框架》，《政治学研究》2015年第6期，第116页。

将人们在空间中分割开来”<sup>①</sup>。上级领导不变的高目标和矛盾的严要求在各种行政目标高压下，各区各街道城市管理标准竞相升级，对城市环境卫生和社会秩序要求不断提高，而且还要在此之下设定城市综合执法的高标准：既要完成任务，又要群众满意度达到百分百，坚决“不出事”，还要文明执法，人性执法。<sup>②</sup>在很多地方，城管部门成了“垃圾桶”，其他部门不愿管、管不了、管不好的繁杂事务都“扔”给了城管部门。一些地方政府把城管执法部门视为“机动队”，无论是否属于其职责范围，无论是否应由政府管理的事务，甚至无论是否合法，都调用城管执法力量，城管部门不得不承担大量执法范围之外的维稳、征地拆迁等事务。<sup>③</sup>

政府分配给城市综合执法部门的事权不但种类庞杂、事无巨细，要求尽善尽美，而且因行使的都是处罚性职权而承担了绝大部分的基层矛盾，使得城市综合执法成为了国家力量和社会力量相互斗争和塑造的“竞技场”<sup>④</sup>，地方政府也越来越习惯于将城市管理中的复杂难办事务交给城管部门，城管越来越成为地方政府改革的“断后”力量，很大程度上承担了政府决策不科学的风险和后果。在这个意义上，城管执法吸纳了社会矛盾以及多元利益需要所产生的紧张关系，成为其不被认同的制度性约束。

### 3、街头政治的对抗性关系——不被认同的日常实践约束

城市综合执法人员和公安、工商、食药监督等部门的一线行政人员一样，是政府意志在政策末端的执行者，是国家与社会的相会点，更贴切地说，我们可以借用李普斯基的术语，他们是“街头官僚”<sup>⑤</sup>，他们不仅执行政策，同时也通过执行过程进行自由裁量，在这个意义上他们也是政策的制定者之一，因此，民众的福祉很大程度上取决于街头官僚的自由裁量结果。<sup>⑥</sup>但城市综合执法人员相比公安机关拥有合法使用暴力和限制人身自由的权力，仅仅有“证据先行登记保存”<sup>⑦</sup>的权限，但普通民众和媒体却常常以“扣押”等词语代替这一法律用语的表达。同时，城市综合执法人员的执法空间主要在街头，街头空间兼具流动性和陌生性，喧嚣而杂乱的环境蕴藏着种种风险，城管往往对此缺乏足够的控制力。街头空间是一个无主的空间，街头的秩序

<sup>①</sup> [法]亨利·列斐伏尔：《空间与政治》，李春译，上海人民出版社2015年第2版，第54页。

<sup>②</sup> 参见史明萍：《“策略行政”与“底线目标”：城管执法的日常实践逻辑》，《云南行政学院学报》2016年第1期，第35页。

<sup>③</sup> 参见王满传、孙文营、安森东：《地方城市管理执法机构存在的问题和改革建议》，《中国行政管理》2017年第2期，第144页。

<sup>④</sup> 参见[美]米格代尔：《社会中的国家》，李杨、郭一聪译，江苏人民出版社2013年版，第111页。

<sup>⑤</sup> 1969年，李普斯基在美国政治学年会论文中首次提出街头官僚理论。此后，学者们不断发展和修正这一理论。街头官僚主要指处于最基层和具体工作最前线的政府工作人员，它们直接与民众打交道，享有广泛的执法裁量权，可以在诸多方面“制定政策”，直接影响民众的生活状况和社会福利。

<sup>⑥</sup> 陈那波、卢施羽：《场域转换中的默契互动——中国“城管”的自由裁量行为及其逻辑》，《管理世界》2013年第10期，第62页。

<sup>⑦</sup> 根据《行政处罚法》第三十七条的规定：“行政机关在收集证据时……在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，经行政机关负责人批准，可以先行登记保存。”

或混乱常常不因个人意志而改变。国家权力在向社会基层渗透、控制的过程中，常会与各阶层民众在街头空间中展开互动。国家权力与在街头谋生的底层民众之间的张力，在街头空间中表现得尤为明显。<sup>①</sup>另一方面，城市综合执法的对象往往是不情愿和被动的，而执法受益者是“沉默的大多数”，这种关系模式就蕴含了潜在的对立和冲突。<sup>②</sup>为此，城市综合执法人员在日常工作中必须保持足够的敏感和警惕，具备清醒的头脑和良好的素养，根据具体情势执法，合理审慎运用选择执法的对象、依据、强度、方式等方面的自由裁量权。城市综合执法人员的工作场域和日常实践不但蕴含着街头政治的对抗性的因素，并据此建立了支配/反抗等街头政治议题<sup>③</sup>，塑造了日常话语实践中“城管打人”镜像<sup>④</sup>，而且其“自由裁量权的运用不仅受相关法条及比例原则的约束，同时也受一线执法者经验、知识乃至意识形态的影响”<sup>⑤</sup>，这种执法过程的复杂性和非确定性，构成了城市综合执法不被认同的日常实践约束。

#### 四、南方S市G街道执法队的成功实践——建构城市综合执法的社会认同机制

##### 1、“三化”“四有”——城市综合执法的制度构建

一个国家建立起良好且行之有效的制度对于经济和社会发展至关重要。道格拉斯·C. 诺思等对西方世界崛起的研究认为，制度在社会中具有更为基础性的作用，它们是决定长期经济绩效的根本原因。<sup>⑥</sup>更有学者认为，对所有转型国家来说，要实现政治发展，就必须完成制度化建设的重任。<sup>⑦</sup>搭建良好的制度要获得高效平稳的运行，不但需要不同层次的组织作为载体，更重要的是全社会对它的认可和信任。“任何政治系统的稳固，都必须以民众的认同和支持为基础”<sup>⑧</sup>，制度认同即公民个体基于对政治、经济、社会等制度的信任，由此产生的政治情感上的归属与承认。<sup>⑨</sup>按照戴维·伊斯顿的政治系统论，政治输入与政治输出双向机制的构建是制度认同的关键，也是推进法理型政治认同的内在需要，政治输入即“公众对政治体系的要求与支持”，政治输出则是“系统内当局履行的决策和行为”。<sup>⑩</sup>城市综合执法部门应该通过自身的制度构建

<sup>①</sup> 参见刘磊：《街头政治的形成：城管执法困境之分析》，《法学家》2015年第4期，第35页。

<sup>②</sup> 参见陈柏峰：《基层社会的弹性执法及其后果》，《法制与社会发展》2015年第5期，第156页。

<sup>③</sup> 参见何兵：《城管追逐与摊贩抵抗：摊贩管理中的利益冲突与法律调整》，《中国法学》2018年第5期，第159～169页。

<sup>④</sup> 参见闫岩、毛鑫：《失真的镜像：对优酷视频中城管摊贩冲突的内容分析》，《新闻与传播研究》2015年第2期，第71～88页。

<sup>⑤</sup> 吕德文：《作为法律隐喻的“猫鼠游戏”：城管执法的另一种观察视角》，《中外法学》2019年第2期，第373页。

<sup>⑥</sup> Douglass C. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, p.107.

<sup>⑦</sup> Samuel P. Huntington, “Political Development and Political Decay.” *World Politics*, Vol.17, No.3, 1965, pp.386-430.

<sup>⑧</sup> 龙太江、王邦佐：《经济增长与合法性的“政绩困局”》，《复旦学报》2005年第3期，第170页。

<sup>⑨</sup> 曾楠：《政治认同论——基于国家与社会的关系论域》，江西人民出版社2017年版，第180页。

<sup>⑩</sup> [美]戴维·伊斯顿：《政治生活的系统分析》，北京：华夏出版社1999年版，第276页。

进行“政治输出”，以回应“公众基于自己的利益而向政治体系提出的各种希望”<sup>①</sup>，缩短民众的要求与政策制定间的差距，以不断增强公众对政治体系的支持和认同。南方 S 市 G 街道执法队创新性地提出“三化”（规范化、智慧化、标准化）、“四有”（人有精神、事有规范、权有约束、责有担当）作为队伍建设和执法业务的两个核心，展示政治形象，通过制度建设确立“象征性正义”<sup>②</sup>，在尊重公民权利的基础上凝聚全社会对执法认同的共识，夯实城市综合执法认同的制度基础。

### （1）规范化

德国思想家韦伯指出：“每一项职业都有其‘内在的准则’，并应据此执行，在履行其工作职责时，一个人应当全力以赴，排除任何与之不严格合适的行为——尤其是他自己的好恶”<sup>③</sup>。城市综合执法规范化建设的根本目的就是确定其职业的“内在准则”，职业的内在准则就是有客观、公正的统一标准，要求执法人员严格依照法定授权行使职权、履行职责，遵从职业伦理，以实现其执法目的。城市综合执法规范化是现代民主法治社会对于国家执法权力行为的必然要求，最终寻求城市社会良好运行的理性秩序。

根据住房和城乡建设部《城市管理执法行为规范》和 S 市城管局《城管执法人员十不准》的规定，S 市 G 街道执法队用法治思维不断完善规章制度，建立和完善了机构职责、岗位职责、组织建设、日常管理、内务管理和业务管理 6 大类 52 项规章制度，形成了《G 街道执法队“三化四有”规章制度汇编》，成为执法队的工作准绳。在一线城管网格员的执法过程中，不但奉行“三告”原则（劝告、警告、报告），体现人性化执法<sup>④</sup>，同时严格遵照规定程序处理问题。社会公众在每一个规范化的文明执法过程中，就感受到了正义的国家权威形象，激发对城市执法活动的认同感，实现了国家权威与社会自主相互互动的构建<sup>⑤</sup>。没有服从的权威即是专制，没有秩序的社会即是散沙，正如恩格斯在《论权威》中所言，政治体系的运转“一方面是一定的权威，不管它是怎样形成的，另一方面是一定的服从，这两者都是我们所必须的”<sup>⑥</sup>。

### （2）智慧化

随着信息技术与城市模式和形态的不断发展，智慧城市已成为数字中国的重要内容、智慧社会的发展基础和引领城市发展的新航标。“智慧城管”强调通过移动互联技术，将城市管理元素全

<sup>①</sup> [美]阿尔德蒙：《比较政治学——体系、过程和政策》，北京：东方出版社 2007 年版，第 9 页。

<sup>②</sup> “正义是社会制度的首要价值，正像真理是思想体系的首要价值一样。”参见[美]约翰·罗尔斯：《正义论》，何怀宏、何包钢、廖申白译，北京：中国社会科学出版社 1988 年版，第 3 页。

<sup>③</sup> [德]马克思·韦伯：《社会科学方法论》，北京：华夏出版社 1999 年版，第 104 页。

<sup>④</sup> 剧笔者调研，S 市 G 街道大量基层纠纷都通过劝告解决，真正进入行政处罚案件程序的很少，一个月就 40 多个，实现了“70%服务，20%劝告，10%处罚”，体现了“半正规行政”的特点。

<sup>⑤</sup> 曾楠：《政治认同论——基于国家与社会的关系论域》，江西人民出版社 2017 年版，第 189 页。

<sup>⑥</sup> 马克思恩格斯选集，北京：人民出版社 1995 年版，第 226 页。

部上网、互联互通。借助发达的物联网技术，实现对城市状态的全面感知和预测。与此同时，激发企业和群众的参与活力、汇聚众智，实现人民城市人人参与的多元城市治理模式。S市G街道执法队充分引入大数据、云计算、物联网、人工智能等新手段，不断为城市治理提供新工具和新手段。比如新建了设置有150寸高清激光屏幕的智慧城管智慧中心，接入了280个公安一类监控接口，实现了对辖区内主要道路和重点区域的全时全景高清监控，并引进了“千寻管理系统”，对摄像头采集的数据进行后台智能分析，自动识别乱摆卖、超门线等9类市容违法行为，并将信息发送给一线巡查队员进行处置，实现了对市容秩序的“及时发现、即时调度、实时处置、动态监管”的智慧执法机制。同时，在日常执法中，充分借助“网格通”app<sup>①</sup>、各种微信群（如市容巡查群、G街道城管网格群、基层网格联络群、视频执法巡视群、投诉群等）<sup>②</sup>等现代技术平台将各种执法元素和信息全部上网、互联互通，实现了对城市状态的全面实时感知，极大地提升了执法效率。

### （3）标准化

执法标准化，就是用程序法规范执法行为，用细化的标准压缩自由裁量权的“弹性空间”，带动整个工作体系从传统的行政管理模式向真正意义上的法治化模式回归。<sup>③</sup>S市G街道执法队推动形成了三个标准化：第一，视觉系统（VIS）标准化。建立完善了图书室、洗衣房、理发室、健身房、多媒体会议室、执法装备仓库、档案室等场所，给每位队员配备统一的“一桌一椅一柜一电脑一床一被一杯一饭卡”。“空间是一种在全世界都被使用的政治工具……空间既是意识形态性的（因为是政治的），又是知识性的（因为它包含了种种精心设计的表现）”<sup>④</sup>，这样标准化的空间设计，包含了设计者对于执法运行标准化的理想，在这种标准化的空间中工作有利于形成标准化执法的思维观念；第二，执法行为（BIS）标准化。对于执法车辆和执法队员统一喷涂、统一着装，每个巡查班组均配置装备有执法平板电脑、红外线测距尺、相机和执法文书在内的“城管执法巡查包和无人机，每一个队员均配备GPS定位对讲机和执法记录仪。这种标准化的“执法形象”，就是城市综合执法部门通过“客观化或具体化的形式去积累资本”<sup>⑤</sup>，不断积累的资本有利于促成对综合执法的社会认同；执法理念（MIS）标准化。S市G街道执法队坚持“为人民管好城市”工作理念，努力践行“721”（70%服务，20%劝告，10%处罚）工作法<sup>⑥</sup>，变被

<sup>①</sup> 巡查队员采集各类安全隐患和违法现象，上报平台，由对应辖区的专业网格员（安监、消安、城管、综治维稳）前去处理。

<sup>②</sup> 在跟随G街道执法队外出执法时，小队长说：“我们就日常在辖区内巡逻，发现违法行为拍照，然后发到网格员群里，由社区网格员处理，然后他们把处理好的情况再拍照发到群里，我们看了就行了。如果网格员处理不好，再上报街道，由有执法证的队员立案处理”。（访谈材料，ZFC2019072901）

<sup>③</sup> 参见杨小军、彭涛：《用“标准化”破解城管执法困局》，《团结》2011年第3期，第36页。

<sup>④</sup> [法]亨利·列斐伏尔：《空间与政治》，李春译，上海人民出版社2015年版，第24页。

<sup>⑤</sup> [法]布尔迪厄：《文化资本与社会炼金术》，包亚明译，上海人民出版社1997年版，第190页。

<sup>⑥</sup> 在跟随社区城管网格员巡查中，一个网格员小队长说：“我们工作都是以劝导为主，处罚不是目的。劝导一直

动管理为主动服务，这就体现了城市治理模式的转变，契合了社会治理法治化方向发展的内在需求。

## 2、律师驻队——城市综合执法的法治轨道

城市综合执法可以看成是国家与社会相互塑造和影响的过程，每一次执法活动（不管是协商、妥协、达成共识还是冲突、对抗、不被认同）都可以看成是国家和社会力量在无数竞技场之中的交锋。按照米格代尔的看法，发生于国家成分与社会力量接合点上的斗争和调解产生了三种理想化的结果类型：完全转型（国家的渗透导致地方社会力量的消亡或顺从，从而建立起国家的统治）、国家对现存社会力量的吸纳、现存社会力量对国家的吸纳。<sup>①</sup>但是，事实上，很少有实际案例接近这几种理想化类型，国家和社会力量都不能建立起绝对性的霸权，不仅国家和其他社会力量互相改变，它们也有可能通过渗入另一方而使得彼此的完整性受到影响。而在国家和社会这种冲突和竞争之中，需要存在一个规范性的共识，这一共识代表了主流道德和社会秩序，这只能通过法治轨道来实现。城市综合执法的法治轨道，一方面要求符合形式法治的要求，执法过程的运行必须符合法定程序；一方面要求符合实质法治的要求，不能损害弱势群体的人权，最终追求的是美好正义的城市生活秩序。<sup>②</sup>

S市G街道实施的“律师驻队”模式，通过购买服务方式引入第三方专业律师常驻城管执法队，就是要把城市综合执法纳入法治轨道，通过实时、精准、专业的法律服务破解城市综合执法难题。这一模式主要采取的做法是：一是发挥“法制员”作用，随队执法规范执法行为。随队律师不定期随队现场执法，指导执法人员依法取证执法，避免因执法行为不当而引发争议；二是发挥“审查员”作用，评审把关完善程序。驻队律师每月根据不同案由随机抽查已办结归档的案件，进一步规范执法办案行为；三是发挥“智囊团”作用，对内提供信息支援保障。驻队律师组织开展执法业务培训，及时解答执法队在日常工作中遇到的法律问题；四是发挥“缓冲带”作用，对外普法释法化解矛盾。一方面，驻队律师在执法现场发挥第三方法律专业人士的作用，对行政相对人进行释法说理教育，化解抵抗对抗情绪，提高行政相对人法律意识。另一方面，对前来办理业务、接受行政处罚的行政相对人，由驻队律师先行接待，对行政相对人的行为进行法律分析和解释，进而消除行政相对人对执法人员的误解，化解执法矛盾。

## 3、从“街头”到“社区”——城市综合执法的场域转换

在法国思想家布迪厄看来，高度分化的社会里，社会世界是由具有相对自主性的社会小世

---

不该，最后只能立案。我们的工作老百姓都很配合，得到了居民的认可，大家也都想有一个干净的市容环境。”（访谈材料，ZKJ2019080201）

<sup>①</sup> 参见[美]米格代尔：《社会中的国家》，李杨、郭一聪译，江苏人民出版社2013年版，第130~131页。

<sup>②</sup> 参见吕德文：《作为法律隐喻的“猫鼠游戏”——城管执法的另一种观察视角》，《中外法学》2019年第2期，第388页。

界构成的，这些社会小世界就是具有自身逻辑和必然性的客观关系的空间，而这些小世界自身特有的逻辑和必然性也不可化约成支配其他场域运作的那些逻辑和必然性。<sup>①</sup>这些社会小世界就是各种不同的场域。在城市综合执法的场域中，有学者从对抗性的角度解释，将城管与行政相对人的关系简化为“支配”与“反抗”的街头政治话题<sup>②</sup>；也有学者从默契互动的视角出发，借鉴利普斯基的街头官僚理论，分析了中国当前的一线行政执法人员的自由裁量行为的面向和制约要素<sup>③</sup>，其他学者更具体地展开，提出城管可以在“策略行政”和“底线目标”的策略主义思维下，维持街头治理力量的长期均衡。<sup>④</sup>在空间实践意义上，城管和小贩可以通过共享“违规空间”、“试错空间”和“灰色空间”而事实上和平共处<sup>⑤</sup>；更有学者将城市综合执法隐喻为“猫鼠游戏”，认为城管和小贩是在特定的时空约束下即兴创作的过程，执法过程既非机械而具有确定性，亦非杂乱无章、被动适应的，而是经由沟通行动而达成的临时妥协。<sup>⑥</sup>

可以发现，过去理解城市综合执法都是基于一个无主的街头空间。由于街头空间的特质，很难形成确定的利益划分规则，容易形成冲突的“街头政治的舞台”<sup>⑦</sup>。而现在进行的执法力量下沉，比如S市G街道就把289名执法力量下沉到街道各社区一线，变被动管理为主动服务，变末端执法为源头治理，就是要改变在街头场域中，“一线行政人员和行政受众之间的互动缺乏产生共识的平台与制度，正式规则与执法情境的明显冲突在不同的执法部门之中普遍存在”<sup>⑧</sup>的困境。城市综合执法的场域由“街头”转换到“社区”后，执法队员固定地属于某一社区，每天固定的和本社区的居民打交道，就从一个“无主”的不确定的空间变成了“有主”的确定的空间。S市G街道的社区综合执法就形成了规范性的执法流程（见下表）和固定的正式规则<sup>⑨</sup>，促使一线行政人员与行政受众产生共识。同时，执法队员固定在社区执法后，与安监、消安、

---

<sup>①</sup> 参见[法]皮埃尔·布尔迪厄：《科学的社会用途——写给科学场的临场社会学》，刘成富、张艳译，南京：南京大学出版社2005年版，第134页。

<sup>②</sup> 参见何兵：《城管追逐与摊贩抵抗：摊贩管理中的利益冲突与法律调整》，《中国法学》2008年第5期，第159～169页。

<sup>③</sup> 参见陈那波、卢施羽：《场域转换中的默契互动：中国“城管”自由裁量行为及其逻辑》，《管理世界》2013年第10期，第63页。

<sup>④</sup> 参见史明萍：《“策略行政”与“底线目标”：城管执法的日常实践逻辑》，《云南行政学院学报》2016年第1期，第33～38页。

<sup>⑤</sup> 参见陈映芳：《“违规”的空间》，《社会学研究》2013年第3期，第162～182页；吕德文：《灰色治理与城市暴力再生产：鲁磨路“城管”实践的机制分析》，《开放时代》2015年第5期，第157～182页；刘超：《试错空间的形成：城管与摊贩博弈下的空间规训机制》，《云南行政学院学报》2016年第1期，第28～32页。

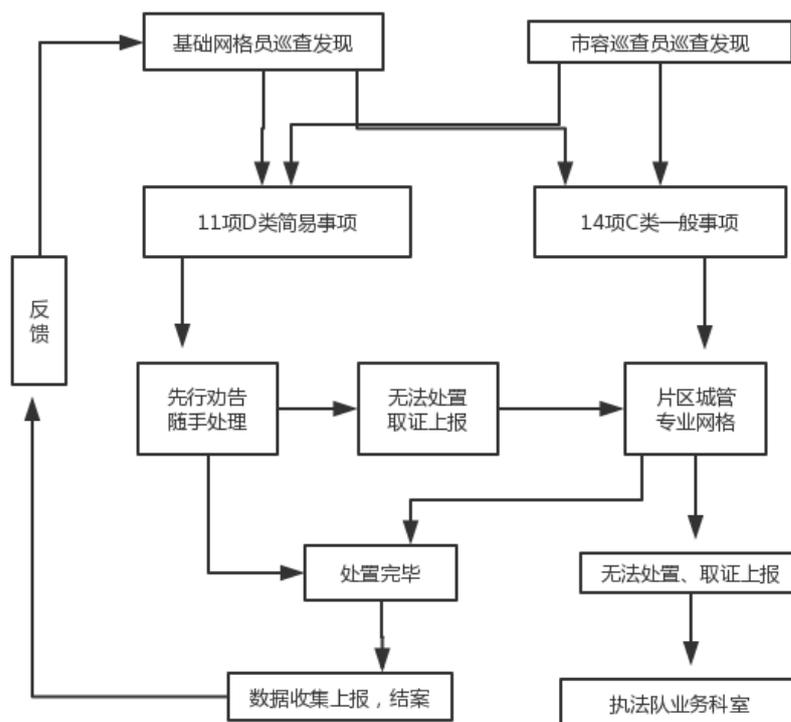
<sup>⑥</sup> 参见吕德文：《作为法律隐喻的“猫鼠游戏”：城管执法的另一种观察视角》，《中外法学》2019年第2期，第373页。

<sup>⑦</sup> 参见王迪：《街头文化——成都公共空间、下层民众与地方政治，1870～1930》，李德英、谢继华、邓丽译，中国人民大学出版社2006年版，第304页。

<sup>⑧</sup> 参见陈那波、卢施羽：《场域转换中的默契互动：中国“城管”自由裁量行为及其逻辑》，《管理世界》2013年第10期，第77页。

<sup>⑨</sup> 比如治理店铺超门线经营，会提前半年与辖区内每家商铺签署《门前三包告知书》（门前卫生整治、无超门线经营、无乱堆放）

基础、综治维稳等其他网格形成了多层次、专业性的社区管理网格模式，并且与民政、养老、参军入伍、计生、妇女工作、家庭工作、法律服务等基层政府服务整合在一起，就容易和社区居民形成一个伦理共同体，契合目前城镇化进程中“半熟人社会”<sup>①</sup>的内在需求<sup>②</sup>。半熟人社会是由熟人社会向生人社会转变过渡的过程，核心在于成员的主体性价值下降和社会服务型功能衰退，新旧社会生活秩序和价值规范体系相互冲击，社会成员内心道德律令及社会状态左右摇摆以致杂乱无章。<sup>③</sup>将城市综合执法融入到社区服务人民群众和塑造家园意识的伦理共同体建构之中，内化为社区居民的生活秩序和价值规范体系，从而最终获得社会支持和认同。



S市G街道城市管理网格员工作流程图

<sup>①</sup> “半熟人社会”是相对于传统中国的以血缘联系为纽带、生于斯长于斯的“乡土社会”，呈现出流动性、法治化、理性化的特征，社区中人与人之间由相互熟识变为仅仅认识，不知根知底，不再有过去的伦理和知识权威。  
<sup>②</sup> 在跟随执法队员执法中，小队长就说：“我们都是先劝告，不会直接拿，这样不易有冲突。和他们居民最好就是似熟似不熟，太熟不好，别人反而拿关系说事。”（访谈资料，CSC2019072901）  
<sup>③</sup> 参见李晓南：《“半熟人社会”背景下中国乡村治理存在的问题及对策》，《农村工作研究》2012年第5期，第44页。

#### 4、“以人民为中心”——城市综合执法的价值塑造

在马文·哈里斯那里，“文化是社会成员通过学习从社会上获得的传统和生活方式，包括已成模式的重复的思想方法、感情和动作（即行为）”<sup>①</sup>。人们如何进行认同活动，隐藏在背后的是一定的政治文化，它是界定政治行为发生的环境的经验信息、政治态度、情感、表征符合和价值的系统。<sup>②</sup>城市综合执法作为一种政治活动，要想获得认同，必须要有一定的价值塑造和文化基础，正如法国学者马尔丹提出，“文化特质对认同的重构，表明认同与文化有着不可分割的联系”<sup>③</sup>。

S市G街道坚持党建引领执法工作，采取“常规党课+指尖党课”学习模式，每月由队领导带头给全体党员上党课，筑牢思想根基。在执法力量下沉执法的各个社区，包括城市综合执法的各种社区服务管理活动<sup>④</sup>，都是以“某某社区党群服务中心”的牌子开展工作，贯彻“以人民为中心”的价值理念，塑造“家园意识”，正如调研中GC社区党支部书记的说法：

参与积极性上本地人好一点，有一个归属感，社区还是外来务工人员比较多，缺少一点家园意识。所以我们也是一直做一个社区融合度的工作，来提高所有居民的家园意识。社区工作站的工作一个是服务，一个是管理，跟社区群众我们还是以服务为主，各个部门像工青妇啊团委啊都有有针对性的服务群体，每年都有针对性的活动增加与居民的沟通，但也是双向的，我们社区10万人，社区工作人员才200多人，200多人服务10万人，也有工作做得不到位的地方，大家都在努力。居民你自己也要主动跟我们贴近，你才能享受到我们的一些服务，一些优惠的政策”。（调研材料，GC2019080501）

这种“以人民为中心”的价值塑造，其实也是群众路线的政治伦理嵌入到包括城市综合执法在内的基层治理当中，涉及党与群众的鱼水关系和血肉联系，强调政权的人民性，一切工作的最终目的是为了人民利益，是把实现、维护、发展好广大人民群众的根本利益作为实施法律的出发点和落脚点。<sup>⑤</sup>这种价值伦理的塑造，就是为了获得广大人民群众的认可、理解和信任，从而获得城市管理服务工作的正当性和合法性。

#### 五、总结与讨论

城市综合执法体制实施以来，改变了过去分散的执法体制，形成了以综合为特征的新型执

① [美]马文·哈里斯：《文化人类学》，李培荣、高地译，东方出版社1988年版，第6~7页。

② 参见方旭光：《政治认同的逻辑》，中国社会科学出版社2018年版，第106页。

③ Denis-Constant Martin, *The Choice of Identity*, *Sociology*, Vol.1, No.1, 1995, pp.6-13.

④ 社区已经形成了类似“小政府”那样的职能配置，除了各个网格办公室，还有行政服务大厅、应急三防办公室、社区警务室、信访调解办公室、党代表工作室、人大代表社区联络站、统战和社会事务办公室、卫生和计划生育办公室、综合事务办公室、社区妇联办公室等。

⑤ 参见陈柏峰：《党政体制如何塑造基层执法》，《法学研究》2017年第4期，第203~204页。

法体制。<sup>①</sup>“它的确立是地方政府部门间的一次大规模的行政职能的横向调整，也是中央与地方政府之间明确权力划分的一次尝试”<sup>②</sup>，基本上契合了我国城市化发展进程中探索有中国特色的城市治理之路的内在逻辑，取得了不少有益的经验。在快速发展并且矛盾复杂多元的城市社会，这种综合执法体制显示出“维护城市秩序、人居环境以及制止和惩罚违法违规行方面的重要功用”<sup>③</sup>，并且在精简机构、改变多头执法问题、明确行政执法主体资格、规范行政处罚程序等方面都表现出了它的有效性，一定程度上维持了中国城市社会和政治秩序的高度稳定<sup>④</sup>，为中国经济的发展创造了良好的社会条件。但所出现的问题尤其是不被认同的尴尬处境，甚至成为政府与公民矛盾最为集中的焦点之一，也是不容忽视的。这其中有制度上、法律上、历史上、文化上、经济上等多方面的因素。寻求城市综合执法认同的社会机理，也不可能仅仅是文中提出的制度构建、法治轨道、场域转换和价值塑造几个方面，背后还涉及我们城市建设和治理的理念，仅凭城市综合执法部门也难以较好地平衡城市内诸多不同群体的利益诉求。特别是现在已经进入到了经济全球化、智能化和价值多元化的时代，各种新技术和新思潮对包括城市综合执法在内的城市管理工作带来更大的挑战，面临诸多治理风险。寻求城市综合执法的认同，探索有中国特色的城市治理模式，都是一个长期的制度试验和经验积累的过程，但根本上一定要走法治化发展道路，一定要从中国进步和城市发展的实际情况出发，也一定要把实现中国人民对美好生活的需求作为一切工作的出发点和落脚点，并在不断改革发展中加以完善。

---

<sup>①</sup> 参见曾峻：《相对集中行政处罚权与中国行政执法体制的改革：以城市管理为例》，《政治学研究》2003年第4期，第85页。

<sup>②</sup> 李振：《制度建设中的试验机制：以相对集中行政处罚权制度为案例研究》，中国社会科学出版社2019年版，第6页。

<sup>③</sup> 刘福元：《城管事权的法理构筑——从相对集中处罚权到大城管立法》，《法学论坛》2017年第5期，第51页。

<sup>④</sup> 参见吕德文：《街头治理现代化：路劲与挑战》，《政治学研究》2018年第5期，第10页。

## 社会治理背景下“广州街坊”实践创新研究

黄明涛\*

**摘要：**“广州街坊”是广州市委政法委创新城市社会治理工作的重要载体，“广州街坊”群防共治平台的实践创新体现在五个方面：一是广州市委政法委作为总协调机构，在各行政层级设立平安建设促进会。二是在队伍建设上，广泛动员社会力量参与，凝聚各类社会组织和自愿组织。三是做好宣传，树立品牌，培育典型。四是充分运用现代科技手段，打造“广州街坊”网络平台，强化数据支撑。五是对“广州街坊”平台各类力量进行规范管理和创新工作机制。

“广州街坊”群防共治体现了四重逻辑，一是开放包容的广州街坊文化为广州群防共治提供了基础。二是柔性动员有效激发广州街坊主体性的发挥。三是组织赋权和资源注入为“广州街坊”提供动能。四是广大街坊对社会治安环境的共同需求。

**关键词：**社会治理；群防共治；广州市委政法委；广州街坊

2018年3月7日，习近平总书记对广东提出了“四个走在全国前列”的明确要求，其中之一就是要求广东“在营造共建共治共享社会治理格局上走在全国前列。”广州作为广东省的政治、经济和文化的中心，在“四个走在全国前列”中扮演着至关重要的角色。为此，广州市制定了《营造共建共治共享社会治理格局走在全国前列三年行动方案》，方案提出完善党委领导、政府负责、社会协同、公众参与、法治保障的社会治理体制。2018年5月，中共广州市委政法委、广州市平安建设促进会和广州市见义勇为基金会共同打造“广州街坊”平台，发动广大群众积极参与基层自治、群防共治志愿服务。截至2019年8月初，“广州街坊”已聚合逾110万人参与。“广州街坊”旨在建立多渠道城市治理协作机制，增强群防共治的动员力，创造新时代的广州“枫桥经验”，确保社会在深刻变革中既生机勃勃又井然有序。“广州街坊”是营造共建共治共享社会治理格局的重要创新，本课题的研究具有十分重要的理论和现实意义。

### 一、既有城市社会治安模式辨析

二十一世纪，全球范围内的城市化进程不断加快，千万级人口的超大型城市不断增长，联合国《2016年世界城市状况报告》显示，1995年全球共有千万人口的超大型城市22个，2015年则增加至29个，这些城市主要位于发展中国家。<sup>[1]</sup>根据国务院2014年发布的《关于调整城

---

\* 黄明涛（1984—）广东始兴人，中共广州市委党校（广州行政学院）政治学与法学教研部讲师，法学博士，主要从事法理学和社会法治研究。2019年度中共广州市委党校新型智库建设一般课题“社会治理背景下‘广州街坊’实践创新研究”（课题编号：DXZK1910C）。17817889199，电子邮箱：hmt007@126.com，657308042@qq.com。

市规模划分标准的通知》，我国有北京、上海、广州、深圳、重庆、天津 6 个人口超过 1000 万人口的超大型城市。超大型城市人口数量庞大，社会构成复杂，治理难度大，给城市管理者带来诸多挑战。传统的城市管理，以政府为主体，政府各部门各司其职，但是部门间缺乏协同，有学者指出，政府部门业务分割，导致职能、责任和权力不匹配，形成治理的碎片化。<sup>[2]</sup>过去，我国城市治理主要依靠政府，政府是“全能选手”，包揽城市治理的方方面面，社会个体、社会组织和团体缺乏参与治理的机制和平台。近年来，我国城市治理，特别是在城市治安领域出现了不少创新，越来越多的个人和组织参与到城市治理实践中，有几种治理模式具有代表性。

### （一）“朝阳群众”模式

北京市朝阳区是首都新城区，是全国著名的 CBD，商业发达，很多外国驻华使领馆亦聚集于此。近年来，多起明星涉毒案、嫖娼案、诈骗案被“朝阳群众”举报而遭警方查处。“朝阳群众”配合警方做好社会治理，提前消除社会安全隐患，她们在城市治安中发挥的独特作用被人们所熟知。朝阳群众是服务于朝阳区社区治理、社会治安、环境建设、民生服务等领域社会志愿者的总称。<sup>[3]</sup>其特点表现在，一是组织化，在重大活动中与警方紧密配合，在全区多个执勤点巡逻站岗，保障活动万无一失。二是按照常住人口比例发展治安志愿者，构建三级管理体制。三是制定“朝阳群众”志愿者上岗基本规范和培训办法，提升群防共治队伍素质。

### （二）“西城大妈”模式

“西城大妈”与“朝阳群众”齐名，是北京市西城区一支维护城市社会稳定，推动首都平安建设的重要力量。“西城大妈”经过几十年的发展，现在不仅仅只是“大妈”，更是一个志愿者联盟，囊括了西城区的各类平安志愿者和志愿组织，人数超过五万人，他们为维护城市社区治安环境贡献着自己的一份力量。“西城大妈”作为一种群防共治模式，其特点主要体现为，一是坚守“红墙意识”，为城市社会治安夯实根基；二是注重与互联网结合，打造“三微一端”平台，拓展治理资源；三是灵活运用好大妈朋友圈，最大限度调动周围的人力资源，发挥人民群众的主体作用。

### （三）“枫桥经验”模式

“枫桥经验”发端于 20 世纪 60 年代初，浙江省诸暨县枫桥镇干部群众摸索出一条“发动和依靠群众，坚持矛盾不上交，就地解决。实现捕人少，治安好”的社会治理模式，这一模式也被称为“枫桥经验”。1963 年，毛泽东就枫桥的创新性做法亲笔批示，“要各地仿效，经过试点，推广去做”。在新时代，“枫桥经验”被注入了新的活力，形成了“党政动手、依靠群众、源头预防、依法治理、减少矛盾、促进和谐”的新经验。<sup>[4]</sup>新时期的“枫桥经验”在城市

社会治理中发挥着重要作用，<sup>[5]</sup>其主要内容包括“五个坚持”，即坚持党建引领，坚持人民主体，坚持“三治融合”，坚持“四防并举”，坚持共建共享。<sup>[6]</sup>

#### （四）“三社联动”模式

三社是指社区、社会工作者和社会组织，“三社联动”，即指城市社会治理的三者联合，实现平台、人才和资源的有效对接。传统的城市社会治理，仅依靠政府或者社区的工作模式，存在人财物力不足，未能产生良好的社会效益。三社联动，运用市场方式，将社会组织和社会力量吸纳到城市社会治理体系，多环节多过程参与，建立服务的市场化运营机制，社会组织培育机制，城市社区建设投入的资本化运作机制，实现政府、市场与社会的三元治理。这一模式有效调动了社会组织的积极性。社会组织服务社区，可以吸引更多的群众参与，提高社会治理的参与度，社会工作者的专业精神，可以有效促进社区和谐，“三社联动”有效弥补了政府职能的不足，强化了政府与个人和社会组织之间的沟通，形成互联互通的社会治理新格局。

以上四种模式是我国城市社会治理和城市群防共治的典型代表，“朝阳群众”与“西城大妈”两种模式具有相似性，即凝聚个人和社会组织，建立志愿者同盟，将个人和社会团体等组织化，汇聚为社会治安的“哨兵”和“侦察兵”。“枫桥经验”由农村工作经验发展而来，逐渐成为城市社会治理和城市治安的新方法。“三社联动”，注重社区的和谐与维护，在基层治理的重要路径和方法。这几种模式各有不同的侧重点，各具特色，是我国城市社会治理和群防共治的良好典范。但是，也应该看到，这几种模式存在不足之处。第一，从群防共治角度上看，参与主体的年龄结构不甚合理，“朝阳模式”和“西城大妈”主要依靠的是退休的老年人群体，能力和精力有限。第二，激励机制不健全，未能通过有效的激励机制，凝聚更多的社会公众参与其中。第三，未能建立整体化的城市的群防共治网络。

### 二、广州市群防共治的实践创新：“广州街坊”

广州是广东省省会，属于副省级城市，也是国务院批复确定的中国重要的中心城市、国际商贸中心和综合交通枢纽。截至2018年底，广州市下辖11个区，总面积7434平方公里，建成区面积1249.11平方千米，常住人口1490.44万人，城镇人口1287.44万人。<sup>[7]</sup>作为我国重要的中心城市，广州市每年有各类大型活动三千余场次，地铁交通网日均客流量超过800万人次，高峰时甚至超千万人次，作为华南最大的商贸中心，年均快递业务量超39亿件，人流、物流、车流、资金流、信息流高度密集，带来了人员构成多样、城乡发展不平衡、局部治安状况复杂、传统方式动员群众效率不高等问题。<sup>[8]</sup>广州作为超大型城市，社会治安面临严峻挑战，在这种情况下，广州市委政法委等部门从市情、社情和民情出发，紧扣新时代城市社会治理的理念和要求，制定了一揽子工作方案，出台了《广州市深化新时代群防共治工作三年建设方案（2018-2020

年)》，并将其纳入《广州市营造共建共治共享社会治理三年行动方案》的重点项目。此外，不断创新工作方式，坚持以人民为中心，不断完善“党委领导、政府负责、社会协同、公众参与、法治保障”的社会治理格局，形成社会治理人人参与、人人尽责的良好局面，形成具有时代特色、广州特点的社会治理体系，为广州“在营造共建共治共享社会治理格局上走在全国前列”奠定了良好的基础。

### **(一) 广州市委政法委作为总协调机构，在各行政层级设立平安建设促进会**

“党委领导，政府负责”是我国行政体制的重要特征。在“广州街坊”平台的创建和运行上，广州市委政法委和广州市公安局扮演了十分重要的角色。广州市委政法委和广州市公安局（市群防群治办公室）成立广州市深化群防共治工作专责小组，负责“广州街坊”业务指导和督导检查。各区根据要求，积极打造新平台，建立平安促进会，架设党委政府与社区居民之间的桥梁。各级平安促进会发挥平台作用，凝聚社区居民，发挥平安促进会会员来自群众、与群众联系紧密的优势，畅通党政组织与群众之间的沟通渠道。在重大事项、重点工作的决策与实施上，特别是事关群众切身利益的工作，平安促进会及时提供意见和建议供党委政府参考。党委和政府决策部门要充分听取平安促进会的意见建议，认真分析研究可能带来的社会稳定风险，进一步完善决策方案。街（镇）一级的平安促进会要积极协助党委和政府，做好对群众的宣传发动、思想疏导和说服教育工作，确保各项决策顺利实施。

强化各级平安促进会运作的政治引领，以党风政风转变带动社风民风转变。2017年，广州市各街镇组建了平安促进会，由街镇副书记指导或联系街镇平安促进会，推动党建工作与社会组织发展深度融合，发挥街镇平安促进会枢纽型社会组织作用。通过平安促进会这一平台，聚合辖内社会组织，通过购买服务、公益创投、基金扶持等方式注入资源与活力。此外，不断推动街镇平安促进会与社区社会组织联合会整合对接，提升群防共治工作的组织化、体系化。市属各区党委政法委和各区民政局结合区情、区势、区位，指导各街镇平安促进会（社区社会组织联合会）培育、引导、资助辖内社会组织开展邻里互助、居民融入、纠纷调解、平安创建等公益活动，激发群众参与社区公共事务和公益事业，形成人人参与、人人尽责的基层社会治理格局。

### **(二) 在队伍建设上，广泛动员社会力量参与，凝聚各类专业、半专业、行业性组织和自愿组织**

“广州街坊”是一个凝聚多种社会力量的庞大平台，主要包含以下四个方面的力量：一是专业力量：全市政法干部和其他行政执法部门的专业人员。二是半专业力量：辅警、治安联防队员、治保会成员、群防队员、巡防队员、保安员、出租屋管理员、网格员、党政机关和企事

业单位的专职保卫干部等。三是行业性社会力量：公交车、出租车司机，环卫工人、快递员和外卖人员等企事业单位人员。四是志愿力量：热心平安建设的广大市民群众。把党的优良传统和新技术手段结合起来，探索“理念公益化、动员社会化、工作平台化、队伍组织化、项目品牌化”群众工作新机制。以“地缘”“业缘”“趣缘”为纽带组建“广州街坊”群防共治队伍，成为聚合百万人的基层社会治理重要力量。近年来，涌现出“荔湾如意平安骑队”“从化清峰侠”“花都秀全大妈”“海珠平安使者”“黄埔无人机巡防队”等近百个各具特色基层治理子品牌。

“广州街坊”群防共治平台，建立了多元化的组织力量，平安促进会紧紧围绕“平安守护”的目标，大力发动和建设基层平安志愿者队伍。平安志愿者队伍由热心社区事务、关心社区发展、关注社区安全、社会评价好的居民群众组成，主要分为社区类和行业类两大类。社区类平安志愿者主要包括辖内居民、退休党员或老干部、楼栋长、物业小区物管人员、商铺店员、酒店前台服务员、辖内机关事业单位干部等，每个社区应有不少于30人的平安守护志愿者。行业类平安志愿者主要包括辖内“吃、住、行、消、乐”密切相关的重点行业、重点场所从业人员组成，包含快递员、送餐员、出租车驾驶员、加油站工作人员、娱乐场所服务员、保险业务员、网站网吧管理员、清洁工、送奶工、维修工等。

在建立志愿者队伍的同时，充分发挥好平安志愿者的“四员”作用：一是发挥治安信息员作用。通过发动“广州街坊”广泛收集周边信息，特别是涉及社会治安和安全稳定的信息，及时上报。通过了解掌握社情民意，获取和上报公共安全、治安隐患、矛盾纠纷等社情信息和违法犯罪现象的线索。二是发挥矛盾纠纷调解员作用，通过形成多层次、全方位的群防共治工作网络，及时掌握矛盾纠纷苗头，及时参与调解，及时妥善处置，将矛盾纠纷处置在基层、防止矛盾激化升级，化解在萌芽。三是发挥治安巡防员作用，通过发动“广州街坊”开展警治联勤、联户联防、联村联防、保安巡逻、防火检查、网络巡查、看楼护院、邻里守望等多种形式的“平安守护”行动，震慑、防范、协助打击各类违法犯罪活动。四是发挥宣传员作用，参与平安法治宣传。通过各种群众喜闻乐见的方式，开展对广大群众的平安法治宣传，不断提升群众安全感和平安创建知晓率。

### **（三）做好宣传，树立品牌，培育典型**

广州市委政法委与中山大学传播学院建立了战略合作关系，组织多轮头脑风暴，制定“广州街坊”的品牌发展战略。引入专业力量，制作“广州街坊”LOGO及标识体系，拍摄“广州街坊”公益宣传片，注册“广州街坊”群防共治微信公众号，开发上线用于“广州街坊”管理的微信小程序及其后台系统，为全面推进队伍组建工作做好相应的准备。全市群防共治队伍对外统称“广州街坊”，通过一系列宣传活动，制定了系统、梯次宣传发动方案，深度挖掘“广州街

坊”好典型、好故事、好例子，提炼总结广州经验，推出广州品牌。此外，还充分利用电视、广播、网站、电子公告栏、微博、微信、新闻客户端等新媒体平台，采取文艺、新闻、公益广告、电视字幕等喜闻乐见的方式，将“广州街坊”群防共治品牌融入到群众日常生活中去，“广州街坊”现已成为家喻户晓、人人皆知的品牌。全市各区依托“广州街坊”平台，因地制宜，大胆创新，进行二级品牌的创建工作，积极探索并形成了一大批适应辖区实际、有鲜明地方特点的二级品牌，如“如意平安骑队”“海珠平安使者”“白云快递小哥”“增城群防”等团队。各区采取多种方式，培育典型、示范引领，推动“广州街坊”品牌在广州扎根成长。

#### **（四）充分运用现代科技手段，打造“广州街坊”网络平台，强化数据支撑**

现代科技，特别是互联网科技的发展，给城市治理带来了革命性的变化。广州市委政法委和广州市公安局等部门，将互联网信息技术与传统的群防共治工作相结合，全面提升“广州街坊”的信息化、智能化水平，开发“广州街坊”APP平台，将大量信息汇聚手机软件平台，在手机上实现“广州街坊”群防共治队伍管理、信息采集、宣传发动、线索举报等功能，以信息技术支撑宣传发动、及时响应、精准打击，形成互联网+“广州街坊”的群防共治格局。目前运行的“广州街坊”群防共治微信小程序及其后台系统有着强大的功能，通过这一微信小程序，可以实现专群互动、资源聚合、公益服务和任务协同等多种功能。各种以地缘、业缘、志缘、趣缘为纽带形成的群团，可以通过这个平台广泛参与城市社会的治理，也可以吸引群众利用碎片化时间参加兴趣活动。平台以移动互联网技术为基础，让群众活动的发动者和参与者打破了地域空间的限制，也打破了组织的界限和时间的限制，实现了实时呼应、及时匹配。平台自2018年5月9日上线以来，已吸纳了超过110万群众加入“广州街坊”。

#### **（五）对“广州街坊”平台各类力量进行规范管理和创新工作机制**

完善“广州街坊”平台各种群防共治力量的分类管理、分级管理、分片管理机制，对应不同类型、不同层级、不同地域的群防共治力量分别落实相应的管理机制。完善重大活动期间社会面防控等级响应机制，实现“广州街坊”中的巡防力量等级化投入。完善重点部位巡防机制，丰富多形式的“平安守护”行动，构筑对重点部位和场所的巡逻网络防线，组织“广州街坊”开展警民联防、自主防控、企地联防、区域联防、整体防控等立体防控，震慑、防范、协助打击各类违法犯罪活动。完善精准预警巡防机制，以警情引导“广州街坊”有针对性地开展各项巡逻防控任务。

在建立平台、创建品牌的同时，“广州街坊”在工作机制上也有所创新。首先，建立了战平切换机制。在平时，群防群治力量聚拢在各种社区社会组织之中，自行开展多种多样的公益活动，在特别时期，按照传统的专群结合方法，由公安机关带领群防群治力量进行防控。在战平

切换机制下，既增强了群防群治力量的日常凝聚力，又实现了战时召之即来、来之能战的目标。其次，建立了动力机制。在推动“广州街坊”群防共治工作中，以公益理念和志愿精神凝聚街坊，有效激发街坊的主动性和积极性。第三，不断完善动员机制。以往发动群防群治力量主要依靠行政力量，而“广州街坊”则通过行业力量、志愿力量，以社会企业、社会组织等多元主体，聚合广大市民的力量；同时也充分发挥平安促进会的枢纽作用，联合、发动辖内的社区社会组织，持续发动各街镇、各社区的群众广泛参与社会治理，不断提升群防共治工作的组织化、体系化程度。

### **三、“广州街坊”群防共治平台的实践逻辑**

#### **（一）开放包容的广州街坊文化为广州群防共治提供了强大的社会和文化基础**

广州是一座千年商都，是一座有着深厚文化气息而又充满生机与活力的城市。在广州，市民互称自己为“街坊”，“街坊”一词充满着温暖，代表着古老城市的文化传承，是广州人的一个独一无二的标志。广州的“街坊”是一个充满着生活气息的符号，广州“街坊”对广州充满着热爱与执着，他们以自己是广州人为自豪。千百年来，广州作为中国的南大门和国际贸易中心，其开放性是其他国内城市难以比拟的，开放性即意味着包容性，两者相伴相随。上个世纪七八十年代以来，广州作为改革开放的前沿，吸引了来自五湖四海的建设者，不同元素汇聚于一炉。可以说，无论你来自何方，无论你属于哪个阶层，无论你处于何种年龄，无论你从事何种职业，你在广州都能找到自己的容身之所，都能找到自己表演的舞台。在这座城市生活和工作的人们，不论你是土生土长的广州人，或者成长于广州，或者在广州工作，她对你都是包容的。汇聚在广州的人们，彼此友爱与互助，用自己的行动感染着身边的每一个人。广州的人文环境、社会环境和法治环境，开放包容的街坊文化，为“广州街坊”群防共治平台提供强大的基础。

#### **（二）柔性动员有效激发广州街坊主体性的发挥**

众多的“街坊”在这座城市生活和工作，意味着对广州的热爱与支持，愿意为城市的繁荣、发展和稳定奉献自己的一份力量。问题是，这种意愿能否转化为具体的实践，能否将如此庞大的街坊力量凝聚在一起并富有持续性，这就要求有特定主体进行引导和规范，广州市委政法委以及各级平安促进会承担了这一角色。广州市委政法委通过动员社会化，改变以往群防群治主要以行政力量推动的组织形式，鼓励和引导企事业单位、社会组织、专业机构和市民群众等多元主体多形式参与，指导 170 个街（镇）成立平安促进会（社区社会组织联合会），充分发挥联系沟通党委政府、凝聚各类社区社会组织服务社区居民群众等方面的作用，聚合基层各类力量参与群防共治。发挥广州市见义勇为基金会作用，安排专项资金支持开展群防共治公益创投活

动、为实名注册“广州街坊”购买人身意外险。引入广州市社会组织联合会承办“广州街坊”群防共治专项公益创投活动，规范项目管理。发挥全市188个社工服务站（家综）社会工作者的专业优势，开展群防共治工作理念、活动策划、资源链接、服务技巧等方面的能力培训。通过柔性动员，将各类组织和个人凝聚在“广州街坊”平台，调动各方积极性，有效激发了广州街坊们主体性的发挥。

### **（三）组织赋权和资源注入为“广州街坊”提供动能**

广州是“街坊”的广州，“街坊”是参与广州治安环境建设的最重要主体。广大街坊自发性参与只是碎片化和原子化的参与，无法实现常态化。城市的群防共治要以街坊为基础，“广州街坊”平台的运行，党委和政府部门的赋权具有重要作用。如广州市委政法委和各级政府，要求各街（镇）组建成立平安促进会，工作范围覆盖辖内社区（村）。街（镇）平安促进会是“平安创建，共治共享”为宗旨的公益性社会组织，由各区党委政法委作为业务主管单位，按规定在当地民政部门登记成立，并事先按干部管理权限审批后推荐各街（镇）党工委（党委）副书记兼任会长或主管该组织，会员由所辖区域内社会组织、重要企事业单位、重点行业、场所负责人和本辖区热心公益的居民组成。会员的具体组成比例由各街（镇）根据实际情况确定。在职能上，平安促进会可承办各类政府购买服务项目，积极参与治安防控、矛盾纠纷调解等方面工作。各区、各街（镇）将社会治安防控、矛盾纠纷调解等方面的工作任务，以政府购买服务的方式，编列年度部门预算，并按财政管理规定，由平安促进会等社会组织予以承办。平安促进会是一支维护城市基层社会治安和社会稳定的重要力量，纳入街（镇）综治信访维稳中心工作体系，逐步形成综治信访维稳中心与平安促进会等社会力量互补互动的社会治理格局，确保群众积极参与社会事务的决策、管理和监督。

### **（四）对社会治安环境的共同需求**

广州作为一个超大型城市，也是一个不断发展的城市，每年吸引大量外来人口，很多人居住于城中村和城乡结合部，人群组成复杂，社会结构复杂，多种因素交织在一起，导致社会治安面临严峻考验。但是，不管社会环境如何复杂，人们对安全、稳定、和谐社会治安的追求是一致的，这是对社会治安环境的共同需求基础。社会治安属于公共产品，政府有义务为社会公众提供公共安全服务，但是政府不是万能的，人们主动参与社会的群防共治，可以弥补政府职能的不足，也可以有效提高城市治安管理的效能。通过“广州街坊”平台，广大街坊可以提供各种信息，及时上报发生在身边的治安事件。各种“广州街坊”特色品牌的志愿者组织，提供组织化服务，如白云区“快递小哥”，荔湾区“如意骑行队”和上下九“十铺联防”，越秀区“左邻右里”，黄埔区在无人机爱好者中建立一支平安守护力量，花都区在外来人员聚居区建立治安

力量。“饿了么”公司主动与“广州街坊”合作，计划发动全市一万多名外卖骑手加入“广州街坊”队伍。截至7月16日，全市通过“广州街坊”群防共治微信小程序发起活动311场次，吸纳超过29.57万余名群众加入“广州街坊”。社会治安防控作为一种公共事业，需要广大市民一起参与，更需要增强人民群众主动参与的积极性，为维护良好的社会治安环境奉献力量。

## 五、结语

超大城市人口众多，人员构成复杂，社会治安面临严峻考验，如何发动广大公众、社会团体和社会组织形成城市群防共治的合力，是实现共建共治共享社会治理格局的关键。本文以超大城市广州的群防共治实践为例，通过梳理广州市委政法委打造的“广州街坊”群防共治的具体做法，探讨这一模式的实践创新和实践逻辑。“广州街坊”群防共治模式，聚合了个人、社会团体、社会组织、企业、党委、政府等多种力量，也是多种力量互动与建构的过程，展示了一张绵密的超大城市群防共治之网，这一创新模式具有理论和实践意义。

## 参考文献：

- [1]UN HABITAT. (2016). World Cities Report 2016: Urbanization and development. Emerging futures[P]. Nairobi, Kenya: UN HABITAT, p7.
- [2]李祥，孙淑秋.从碎片化到整体性：我国特大城市社会治理现代化之路[J].湖北社会科学，2018（1）：59-66.
- [3]张宝生，王春发，关通，单洁.活跃在首都治理工作中的四支队伍[J].前线，2018.（5）：89-94.
- [4]李振贤.“枫桥经验”与当代中国基层治理模式[J].云南社会科学，2019（2）：47-54.
- [5]张应立.“枫桥经验”与群防群治[J].北京警察学院学报，2014（1）：43-48.
- [6]郭声琨在“枫桥经验”纪念大会上强调坚持发展新时代“枫桥经验”[EB/OL][http://zjnews.zjol.com.cn/gaoceng\\_developments/201811/t20181112\\_8728767.shtml](http://zjnews.zjol.com.cn/gaoceng_developments/201811/t20181112_8728767.shtml), 2018-11-12.
- [7]广州市统计局，国家统计局广州调查队.2018年广州市国民经济和社会发展统计公报[EB/OL].<http://www.gz.gov.cn/gzgov/s2885/201904/49957c36f9f84cdc95978e3aa5caf2d6.shtml>, 2019-04-02.
- [8]谢晓丹.创新群众组织动员机制，推动“广州街坊”群防共治[J].长安，2018（11）：33-34.

## 网格化社会治理的新时代提升与法治社会建设

菅从进\*

**摘要：**网格化社会治理是符合当代中国基层社会治理客观需求的制度性创新。新时代的网格化社会治理，必须改变社区治理的行政化倾向，实现从以政府为单一管理主体、以管控为主要目标的传统社会管理模式，向自上而下的政府管理与自下而上社会自治的良性互动、管理与服务相融合的多元治理模式转变，其核心目标实现基层社会治理的社会化、法治化，其基本着力点是法治社会的有效构建。它要求必须摆脱管控本位思维，进一步强化政府治理行为的合法性、规范性，充分尊重保护民众的基本权利，真正确立民众及其社会组织的重要治理主体地位。同时，应重视法律的覆盖率，强化其社会内在性，构建民间规约等社会规范与法律的协同机制，充分发挥社会主体用法施规的功能，增强法律的社会压力机制。

**关键词：**网格化 社会治理 法治社会

“网格”概念在我国最早出现在 20 世纪 90 年代中期，作为一种网格技术应用在计算机领域中，将互联网上的资源通过多种媒介融合在了一个资源共享平台。将网格理念植入社会治理领域，是中国基层社会治理创新之举。一般认为，网格化社会治理，作为中国各省市着力打造的现代社会治理体系的基本模式，发端于本世纪 10 年代中期的北京市、上海市、浙江省等城市基层社区网格化管理的成功经验。2004 年，北京东城区以创新思路将网格化管理运用于社会治理领域；上海市自 2005 年开始城市网格化管理探索试点；2007 年，浙江省舟山市普陀区探索“网格化管理、组团式服务”基层社会治理的新模式。2011 年，浙江省在全省范围内加以推广。十八大之后，全国政法综治系统全面推进县（市、区、旗）、乡镇（街道）、村（社区）综治中心建设，提出创新网格化服务管理，完善基层治安防控网，夯实社会治理基础。迄今，全国大多数省、直辖市、自治区在城乡地区广泛推行网格化治理，形成了覆盖全域的网格化治理体系。网格化社会治理作为国家着力推进的当代中国基层社会治理的模式，已经成为中国基层社会治理体系和治理能力现代化的基本抓手或路径，具有出场学<sup>①</sup>意义上的历史必然性。而新时代对网格化社会治理的提升提出了一系列新要求，在这些新要求中，社会化、法治化无疑是最为关键的两大要素。但如何有效构建网格化社会治理的社会化、法治化要素，让两者一体实现，在基层网格化社会治理呈现社会化转型过程中，真正发挥法治构建、引导、保障、规制、协调作用，以保证网格化治理现代化因素的全面落地，是值得认真思考的重要问题。

### 一、网格化社会治理在我国的历史性出场

历经十年的探索和发展，从个别城市创新试点性的网格化管理，到全国各省市普遍推开的基层社会网格化治理，已经成为中国一种具有强大生命力的社会治理新模式，它并不是个别机构和领导心血来潮、强令推进的结果，而是符合中国当代中国基层社会治理客观需求的制度性创新，是党和人民在把握社会发展规律基础上所作出的历史性选择。

20-21 世纪之交的中国，改革开放促进了深刻的社会变革，确立了社会主义市场经济体制，更恰赶第四次工业革命即信息革命的浪潮，经济高速发展，传统的城乡二元体制被整体突破，城镇化快速推进，人口流动快速增加，人民生活水平整体提高，经济和社会交往日益复杂丰富。但社会结构迅速全面的转型和分化，也带来了复杂多变的社会问题。主要包括：

---

\* 菅从进（1965-），男，江苏丰县人，江苏师范大学法学院教授、院长、硕士生导师，中国法治现代化研究院特邀研究员。本文系江苏师范大学苏北农村治理创新研究基地重点项目“苏北地区网格化社会治理法治化创新研究”的阶段性研究成果。

① 指社会现象、制度、要素及论证其现实性、合法性的理论，因体现时代的基本要求和精神，应对、解决社会现实问题，适时出现，体现了历史的必然性。

(1) 社会阶层及其利益格局多元化, 社会矛盾、冲突大量增加, 诱使违法犯罪的社会条件和机会丰富化, 社会治安秩序面临严峻挑战。

(2) 城镇化的快速推进和流动人口的空前增加, 形成了大量新型城镇社区和外来人口的集中居住区, 大大增加了城市社区治理的复杂性和难度, 传统单位制和街居制管理体制已难以适应时代变化的需求。

(3) 社会经济的快速发展, 社会生活水平的迅速提高和方式的快速转变, 消耗了大量自然资源, 制造了大量工业废弃物和生活垃圾, 生态环境污染和破坏严重, 民众的生命健康权益受到严重威胁。

(4) 虽然社会成员都从经济发展中受益, 但受益程度存在着较大差异, 造成了社会阶层与群体的分化。许多利益分化并不是通过正当途径产生的, 而是在不公平的环境下造成的。不同阶层和群体之间的矛盾和纠纷, 往往采取特殊的动员与表现方式, 以常规性程序和手段难以解决。<sup>①</sup>

(5) 部分企事业单位尤其是私营企业, 单纯追求经济效益的最大化, 忽视生产安全, 缺乏及时有效的监管, 不时造成人民生命财产损失的安全事故。甚至还有个别企业严重违法犯罪, 不惜掺假使假, 生产、销售假冒伪劣的食品、药品等产品, 严重威胁人民群众的生命健康。

(6) 虽然整体上国家治理能力和法治化的水平不断提高, 但整体上滞后于社会的发展, 尤其是基层干群关系紧张, 群众不满基层组织及其干部所作所为的群体事件多发, 人民群众的权利意识大大强化, 但“信访”不“信法”, “群访”“闹访”“缠访”“越级上访”等违法或不当信访行为多发。

(7) 部分党政部门及其一些工作人员, 擅长从社会汲取资源、支配资源, 热衷于权力支配和管理, 不善于社会服务, 官僚主义风气严重, 不作为、乱作为, 甚至大搞腐败、以权谋私、执法犯法, 更容易引起各种强烈不满和愤怒, 人为制造和激化矛盾。

(8) 改革开放带来的经济发展成效的分配、享有不均衡, 教育、医疗、福利发展不充分, 公共服务不发达, 导致低收入家庭、特殊群体的基本生活和社会福利水平不高乃至缺失, 消除民困、保障和改善民生的任务异常艰巨。

(9) 广大乡村中青年流入城市打工或定居成为一种大潮, 乡村社区人口和经济条件空心化, 一些基层组织涣散无力, 缺乏应有的动员、组织和管理能力, 广大乡村地区的现代化转型和发展缺乏充足的内生动力。

(10) 尽管国家行政管理力量较多地从县区级下沉到乡镇和街道, 形成由“七站八所”构成的人员众多的行政管理和社会服务队伍, 但却难以与城乡基层社区及其居民有效对接, 管理和服务都存在严重不到位之处, 干群或官民关系存在较大的区隔空间。

(11) 国家行政管理和社会服务体系条块分割严重, 各部门职权和责任划分却要么过于僵化单一, 要么相互交叉重叠, 既缺乏应有的统一性, 又缺乏明确的责任性, 形成社会管理和服务中诸多相互推诿或扯皮现象。

(12) 相对于权利意识的提高, 广大城乡民众的社会规则意识和法治意识却没有明显的提高, 对法律等社会规范缺乏足够的内在认同。传统道德规范受到冲击, 与市场经济相适应的道德规范却没有有效建立, 出现了道德滑坡现象。官僚主义和腐败现象的消极影响, 使各种社会潜规则盛行。随意挤占公共资源, 如乱搭乱建、破墙开店、私占公共空间和资源、随意堆放倾倒垃圾等行为, 形成“从众效应”, 致使不少民众产生“违法违规者占便宜, 守规守法者吃亏”不健康心态, 导致社会治理难度增大。

总之, 改革开放和经济快速发展引发了我国社会结构的全面快速分化期, 发达国家经历长达数百年的经济社会发展而引发和应对的社会问题, 在我国这样的快速发展的后发达国家被高度压缩和汇集在较短时间内, 形成了社会变迁的“非稳定状态”频发阶段, 从而对我国的国家治理和社会治理提出了严峻的挑战。一方面, 我们正处在社会结构大变革大调整时代, 大量“单位人”变为“社会人”“流动人”, 社会风险比以往任何时候都要高, 传统安全与非传统安全

<sup>①</sup> 参见顾培东:《试论我国社会中非常规性纠纷的解决机制》,《中国法学》2007年第3期。

威胁相互交织，安全问题的内涵和外延都在进一步拓展，对一些隐患还难以见底；另一方面，人民群众美好生活需要日益广泛，不仅对物质文化生活提出了更高要求，特别在民主、法治、公平、正义、安全、环境等方面的要求日益增长。对城乡基层社会治理而言，快速改变传统治理模式，以构建和提升现代治理体系和治理能力现代化为目标的各种制度创新和实践探索必然应运而生，并根据现实有效性需要不断予以调整、发展、完善和总结。

例如，为应对社会治安、严重违法犯罪、非法信访和各种突发性群体事件，构建了以保障社会安全稳定即维稳为主业的综合管理体系；为应对乱占城市公共空间、乱搭乱建、妨害城市外观的标识、广告行为，构建了系统化的、人员庞大的城管体系。其他如人口管理、环境治理和保护、安全生产检查、社会福利和服务保障、城乡建设规划的治理体系和能力也不断强化。

这些探索，固然在一定程度上强化了政府的治理体系和能力，但另一方面，管理主体的增设，管理权限的强化、扩大和专业化，以及特定技术手段的支持，并不能从根本上解决诸多长期困扰性的问题。例如，管理体系过于条块化，重管理轻服务，过于凸显行政强制的刚性手段而社会主体参与配合不足，政府治理和社会自我调节、居民自治良性互动不足，事后惩治和救济为主而预防不足，权责不一致，工作流于表面化或效率不高，信息不畅，法治思维和法治方式不强，管理模式缺乏灵活性、精准对应性，等等。

因此，必须进一步探索从根本上解决基层社会治理长期困扰的新路径。必须明确的是，这种由社会需要强力推动的社会治理体制改革，经过 10 余年的不断探索和创新发展，积累了丰富的经验，已日渐形成了明确的理论和实践共识。即当代中国的社会治理创新，其战略定位是必须纳入国家治理体系和治理能力现代化建设的伟大工程中，走中国特色社会主义社会治理之路，形成具有中国特色社会主义治理体系和具有中国特色的城乡治理体制。其基本目标，是必须着眼于维护最广大人民根本利益，最大限度增加和谐因素，增强社会发展活力，提高社会治理水平，维护国家安全，确保人民安居乐业、社会安定有序。其基本治理方式，是必须坚持系统治理，加强党组织领导，发挥政府主责作用，鼓励和支持公众参与，实现政府治理和社会自我调节、居民自治良性互动，实行自治法治德治统一推进，打造共建共治共享的社会治理格局<sup>①</sup>。在优化政府专业治理能力的基础上，强化政府综合执法和联合执法能力，进一步强化社会治安综合治理；坚持依法治理，加强法治保障，运用法治思维和法治方式化解社会矛盾；坚持协同治理，强化道德、民间规约等社会规范约束，规范社会行为，有效利用社会用法施规力量，调节利益关系，协调社会关系，化解社会纠纷，解决社会问题；坚持源头治理，标本兼治、重在治本，借助现代信息技术，以网格化管理、社会化服务为方向，健全基层综合服务管理平台，及时反映和协调人民群众各方面各层次利益诉求，实现治理的精细化；加强社区治理体系建设，推动治理重心向基层下移，推进社区社会共同体的有机构建，推动基层政府由管理型向服务型的转变，构建社区中各种政治权力与社会权力、权利之间形成有机互动的结构性治理机制，以政府发挥主导、协调作用，社会组织和个人积极参与、推动的网格化服务为重心，构建基层社会良性政社关系，形成共建共治共享的社会治理格局。其基本治理模式，是将社会治理的基本单位网格化，通过社会治理的智能化、综合化、精准化、专业化、社会化<sup>②</sup>、法治化，真正实现社会治理体系和治理能力现代化的系统性总目标。这种共识不断上升为党和国家的重大决策和指示，成为国家战略。

在一定意义上，这种网格化社会治理模式，也是现代治理理念和现代信息技术嵌入社会治理领域的结果。现代信息技术以互联网、地理信息跟踪系统、有线和无线影像技术、通信技术和电子设备等数字化手段为基本支撑，可将无数个信息收集途径汇聚在一个统一的信息技术平台上，运用云计算数据技术便捷地进行信息的整理分拨，发布信息指令并追踪执行情况和及时

<sup>①</sup> 党的十九大报告的经典表述是：“要打造共建共享共治的社会治理格局，加强社会治理建设，完善党委领导、政府负责、社会协同、公众参与、法治保障的社会治理体制。”

<sup>②</sup> 包括治理目标的社会服务本位、治理主体的民众及其社会组织的广泛参与、治理内容及过程的社会力量和社会规范的广泛协同等丰富内涵。

得到信息反馈。它可以将社会服务对象进行空间上的区划格分，作为信息收集、上传和承受信息指令、影响的基本单元格，并通过统一网络平台进行信息汇集、处理、分拨、指令、追踪和反馈。网格化的社会治理，将网络技术、数字化手段成功运用于社会治理领域，将社会治理区域进行空间、信息的网格化。一方面，通过全面整合多个政府职能部门的信息资源，调动和协调各职能部门的相应人力物力资源，构建起统一的区域性的数字化城乡管理、社会综合服务的平台系统，主要包括基础数据平台、统计分析平台、社情民意平台、督办督查服务办事平台、考核评比平台、指挥中心平台、系统管理平台、百姓互动平台等；另一方面，通过社区共同体的建设，动员社会组织和个人参与社会服务，并通过电话、计算机互联网、手机短信平台、移动手持终端手段，向平台系统反应自身的需求、社情民意，对政府部门及其工作人员形成有效监督，同时相互之间也形成必要的社会压力和监督约束。由此，它构建出了一个由“天上有线”（云计算中心）“地上有格”（社会治理网格）“中间有网”（互联网）的信息化系统支撑的社会治理运行体制。

综上，网格化社会治理模式在当代中国的出场，具有中国社会发展历史阶段所决定的必然性，符合中国社会治理现代化转型的内在需求。

## 二、网格化社会治理的新时代性提升及其重心、难点

历时 10 余年的网格化管理创新经验，在取得一些预期成效的同时，也带了新的社会问题。一方面，主要在城市社区实践的网格化管理，构建了管理空间的网格化、信息的网格化和管事务的网格化，强化了行政权力的下沉和对社会的“管控”能力。以“管理下沉、资源整合、块状细分”的方式大大提升了管理的精细化程度和及时响应程度，改变了基层社会的组织方式关系模式，实现了城市空间基层权力的再分配与利益格局的再调整，提升了基层政权的社会管理业绩；另一方面，也带来了城市社区行政化倾向不断增强的问题，基于管理理念的自动化控制和信息管理模式，使得其对居民的管控度、对政府各部门资源的调动度以及各级政府对其的重视和投入程度，都表现出浓厚的“科层制”意识与“泰罗制”的科学管理色彩。即在网格化管理实践中，行政关系网络化的进一步整合和下沉，与科层制的城市管理意识相结合，在一定程度上导致出现了社区治理行政化倾向不断增强的问题。<sup>①</sup>

党的十八大以来，中央文件的表述由“社会管理”变为“社会治理”，这是社会治理基本理念与实践的重大转变，它根源于传统社会管理方式具有相对社会治理实际需求的滞后性。网格化管理通过互联网技术手段强化了管理和控制，虽然在一定程度上实现了社会管理的智能化，但如果忽略了管理主体与社会主体的互动，忽略社区与居民的内在性、个性化需求，其不能充分动员民众参与治理，发挥社区的自治功能，建构起良性的政社关系，形成多元主体共建共治共享的格局。网格化管理在一定程度上诞生于这种针对社会的单向控制逻辑，并仍然存在这种色彩。<sup>②</sup>

党的十九大报告提出，中国特色社会主义进入新时代，我国社会主要矛盾已经转化为人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾。我国总体上实现小康，不久将全面建成小康社会，人民美好生活需要日益广泛，不仅对物质文化生活提出了更高要求，而且在民主、法治、公平、正义、安全、环境等方面的要求日益增长。同时，我国社会生产力水平总体上显著提高，社会生产能力在很多方面进入世界前列，更加突出的问题是发展不平衡不充分，这已经成为满足人民日益增长的美好生活需要的主要制约因素。在社会治理领域，人民在民主、法治、公平、正义、安全、环境等方面的要求，与社会治理体制内政府力量与社会力量互动合作的不平衡、不充分，同样形成必须认真解决的问题。因此，十九大报告提出要打造共建共治

<sup>①</sup> 参见吴青熹：《基层社会治理中的政社关系构建与演化逻辑——从网格化管理到网络化服务》，载《南京大学学报》2017年第6期。

<sup>②</sup> 秦上人、郁建兴：《从网格化管理到网络化治理——走向基层社会治理的新形态》，载《南京社会科学》2017年第1期。

共享的社会治理格局。加强社会治理制度建设，完善党委领导、政府负责、社会协同、公众参与、法治保障的社会治理体制，提高社会治理社会化、法治化、智能化、专业化水平。加强社区治理体系建设，推动社会治理重心向基层下移，发挥社会组织作用，实现政府治理和社会调节、居民自治良性互动。<sup>①</sup>因此，十九大报告虽然没有明确提出网格化治理这个概念，但其推动网格化管理向社会治理转型的决策是十分明显的。报告通过对新时代社会主要矛盾的科学阐释和对社会治理体制、格局的新要求，对网格化社会治理工作的基本目标进行了新的定位。

新时代我国网格化社会治理的实质，是从以政府为单一管理主体、以管控为主要目标的传统社会管理模式，向以党委领导、自上而下的政府管理与自下而上社会自治的良性互动、管理与服务相融合的多元治理模式转变。即充分利用现代信息技术，通过划小划细基本治理单元，有效实现资源下倾、权力下放、力量下沉，由“管控为主”转向“服务为主”，寓管理于服务，以服务促管理，主动回应和满足群众最关心、最直接、最现实的利益诉求。在行政管理权力下沉的同时变管理本位为服务本位，进一步丰富社会治理的服务内容，有效建设社区共同体和社会组织，强化社区自治功能，明确社区网格化治理的基础是自治，注重培养社区自治氛围和能力，拓宽社会公众参与治理的途径与渠道，有效落实公众的参与权、知情权与监督权。它将基层行政管理的智能化、精细化、综合化、专业化提升为基层社会治理的智能化、精细化、综合化<sup>②</sup>、专业化，并真正具有社会化、法治化的属性。

基层社会治理的智能化，既是现代信息社会网络智能已经是人们社会生活的重要物质基础、重要内容和重要空间的内在要求，也是基层社会治理必须运用的科学的、便捷的手段。

基层社会治理的精细化、综合化、专业化，则是现代社会关系错综复杂、多元发展的内在要求。它首先求公共治理主体精细而专业化的职能设置、工作机制和流程，及时有效的信息收集、汇集、分拨和反馈机制，精准有效的治理措施及政策的响应、测评、纠错机制，更要求多元治理主体的职能整合、协同和系统性联动，而精细的网格化的治理单元划分，大数据、云计算与人工智能科技等信息网络技术，可以为它们提供坚实有力的支持。

基层社会治理的社会化，首先也是现代社会的复杂性、多元性、系统性的内在需求。由单向的行政控制，向与社会多元参与互动、合作共治的转型，是因为现代社会的复杂性、多元性、系统性决定，任何单一的力量都无法以一己之力应对复杂多样的公共事务问题，必须在明确政府权力主体职责与社会主体权责良性互动的基础上，走向合作共治。可以说，网格化管理为社会治理所替代，放弃的是国家权力对基层社会的单向侵蚀与控制的传统行政逻辑。更重要的是，社会治理的社会化，也是中国特色社会主义社会的本质要求。人民群众是社会治理的根本主体，也是社会治理服务的中心，它要求基层社会治理必须坚持以民众为中心，以社会为本位。一方面，国家公共权力的治理必须真正确立为人民服务的治理宗旨，以社会服务为根本，寓管理于服务之中，做好社会治理的引导者和“支持者”，加强对社会参与治理的引导，维护社会治理的良好秩序；另一方面，强化基层社会的自治能力，强化社会治理的有序参与，支持各类社会主体自我约束、自我管理，让全社会来治理全社会，建设具有高度包容性的社会治理体系，充分发挥公民与社会组织在社会治理中的能动作用。

基层社会治理的法治化首先也是社会主义社会的本质要求。法治是社会主义核心价值观的重要内容，社会主义社会相对于其他社会制度的公平正义性，都必须体现为法律制度化保障的正义性，从经济基础到上层建筑概莫能外，而法治化建设的基础在基层，重点也在基层。其次，中国特色社会主义的基层社会治理关系从根本上要依托法治原则构建、运行和保障，体现现代社会治理的规范性、正当性、文明性。这种社会治理必须从根本上远离政治压迫和高压管控，远离治理权力的任性和滥用，远离社会无序、弱肉强食、恃强凌弱，远离暴力、特权、丛林法则。它基本目标追求应是：公权力以社会服务为本位进行依法治理和管理，公权力“被关进笼子”依法依规行使，受到人民群众和公权力主体相互之间的有效监督制约；要确立让社会主体成为社会治理的根本主体的包容性社会治理体系，通过基层自治和广泛的民主参与渠道，依

① 习近平：《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》，《人民日报》，2017年10月18日。

② 这里的综合不仅是指职能的综合性，更包含社会服务管理的多元性、系统性、整体性、协同性。

托具有发达的自我管理能力的社会组织参与社会治理，形成民主治理、协同治理的主要力量；法律要具有丰厚的社会内在性，与尊重和重述国家法律正义的内生性民间规约形成有机统一的规范体系，有效规范社会主体的行为，形成法律与道德、政党法规纪律、民间规约、社会组织规范等社会规范有效协同互补的行为规范体系。其三，网格化治理是社会治理创新，这种社会治理的创新不仅要遵循法律的底线，体现现代法治所根本要求的尊重和保障人权，而且必须构建法律制度化的治理体系和机制，保障所有治理行为的有序进行。

在网格化社会治理的智能化、专业化，都是相对比较容易实现的目标。因为，现代信息网络、大数据和云计算等现代信息技术，为构建网格化治理的多层级的信息中心和联动指挥平台提供了坚实而又便宜的技术支撑，只要资金、设备和人员配置到位，智能化就可以迅速实现；同样，依托现代信息技术手段，基层治理单元网格化划分的精细化、全覆盖，专业网格人员和高素质兼职人员的配备，多级联动指挥中心（分中心）统一的信息聚集、整合、分拨的功能配备，多部门职能的有机整合、联合执法机制和综合执法机构的搭建等行政举措，可整体上实现寓精细化、综合化于其中的现代社会治理的专业化。

相对而言，网格化社会治理的社会化和法治化，却是难度较大的目标。他们的建设内容具有更大的广泛性、分散性、复杂性和更难的操作性。可以说，网格化社会治理所要求的智能化、专业化，主要是治理的技术路径的提升，而其社会化、法治化则是根本方式、基本属性的提升或转型。基层治理单元的网格化、信息化、行政执法能力的强化，使行政权力成功下沉，社会管控能力进一步强化，这种管控能力的强化，尽管很大程度上为社会发展所需要，但却并不能直接催生网格化社会治理的社会化、法治化，甚至会在治理理念、路径、方式、内容方面对它们形成一定的阻力或对抗。因此，社会化、法治化兼具网格化社会治理新时代提升之要点和难点的属性。

### 三、法治社会建设：新时代网格化社会治理提升的基本着力点

新时代网格化社会治理的社会化、法治化提升，是内涵丰富的系统化工程。在当代中国，基层党建的引领作用，须由重点对体制内权力组织的政治引领扩展为对社会组织的政治性、服务性有效引领；政府职能须由管理本位到社会服务本位的转变；基层社会自身的存在空间和自我管理、服务能力弱小状态根本改变；政府与社会之间的关系过于单一尚不具备现代社会治理所要求的多元化关系；政府权力运行制度化、规范化、程序化程度不足；基层民众的基本权利和社会组织的自治或自主空间缺乏应用的尊重和保护，社会组织自治、自管和服务功能缺乏有效制度性保障、作用有限；社会成员自我约束的法治化程度不足；社会成员之间关系的法治化程度不足；等等，都是相互关联的社会治理难题。虽然它们涉及到强化基层党建和法治政府构建问题，但更多的需要社会及其法治化建设，即现代法治社会的建设。这决定，新时代网格化社会治理提升的基本着力点，实际上就在于法治社会的建设，即必须将法治社会的建设作为网格化社会治理作为主要聚焦点和重要抓手，实现中国基层社会治理体系和治理能力的现代化，打造共建共治共享的新格局。在网格划分全覆盖、人员配备整体到位、多层级信息平台 and 指挥联动平台有效建立运行、政府职能整合和综合执法机关设置总体完成后，各地基层社会网格化治理必须进一步聚焦、落实的工作重心，必须是法治社会的建设。否则，新时代的网格化社会治理建设，也整体上难以突破片面强化行政管控主导的网格化社会管理的水平，实现真正的提升。

基于网格化社会治理新时代发展的趋势和法治社会建设的内在逻辑，笔者认为应围绕基层法治社会建设，重点解决如下几个方面的问题。

**第一，必须摆脱管控本位思维，明确网格化社会治理下沉行政权力的根本目的，是进一步实现行政职能的转型、构建共建共治共享的新格局，而不是进一步重点强化行政管控。**

网格化社会治理进一步拉近了政府与社会的距离，它在直观上就表现为国家行政权力的进一步下沉。这种行政权力的下沉具有现实的必然性，是加强社区治理体系建设，推动社会治理重心向基层下移的必然结果。其一，现代社会关系和事务的复杂性需要社会治理和执法精细化，需要以问题导向校准治理重心，变粗放管理为精细治理。通过问题矛盾的早发现早化解、风险

隐患的早排查早处置，变事后处置为事前预防，将更多的社会隐患或不稳定因素化解在萌发阶段，强化政府的预知预测预警能力，减少社会秩序、公共利益和人民生命财产受到破坏的重大事件及其消极影响。这同时也意味着，行政权力必须下沉，其对社会的管控能力也确实得到了进一步强化。其二，强化政府的服务职能，变管理本位为服务本位，将管理寓于服务当中，同样需要行政权力的下沉。这就要求行政机关及其工作人员必须改变官僚主义、形式主义作风，勤走基层，倾听群众呼声和合理诉求，了解社情民意。同时，要通过现代信息技术手段，最大限度地为群众提供公共服务，及时为民众排忧解难。这种行政权力的下沉，并不意味着管控的强化，而是增强亲民性。其三，现代行政服务管理必须与社会自我服务管理高度对接、合作，这种对接、合作也需要行政权力的下沉。行政权力需要一方面推动社会的自治，为其提供必要的财政支持、服务和保障，如动员组织、资金和场所的支持等，另一方面，要让社会组织发挥自治功能，独立处理城乡社区一些具体社会治理事务、轻微的违法行为，化解日常的矛盾纠纷，或者作为相对独立的第三方，与政府部门分工合作，有效解决一些矛盾纠纷。这要求政府提供更多的制度保障和空间，在合适的领域进一步向社会放权，得到一些功能性社会组织主体在社会治理中的合作配合。它既减轻行政管理的压力，又提高社会治理的内生性、自为性，发挥社会成员的主体地位，形成国家公共权力、社会权力与民众权利义务的良性互动，构造出多元主体共建共治共享的现代社会治理格局。这重意义上的行政权力下沉，也不意味着国家行政权力管控的强化，而是让一些行政管理间接化或社会运行化，成为社会自身的内部协调、管理和服务事务。因此，网格化社会治理的建设，确实意味着行政权力的下沉，也意味着行政管控的必要强化，但却不能以行政管控的强化为根本或主要目的，而是在强化必要行政管控的同时，更要以强化行政权力服务性功能、加强对社会组织的培育、强化社会力量参与、增进社会自治性氛围和能力为主要目的，真正形成社会本位的基层社会治理体系和能力的现代化。行政权力下沉与行政管控强化的复杂关系可以概括为下表：

行政权力下沉的原因	强化行政管控的必要性	基本目的
需要社会治理和执法精细化，以问题导向校准治理重心，变粗放管理为精细治理。	一定程度需要	强化政府的预知预测预警能力
强化政府的服务职能，变管理本位为服务本位，将管理寓于服务当中。	不需要	增强亲民性
现代行政服务管理必须与社会自我服务管理高度对接、合作。	不需要	让一些行政管理间接化或社会运行化

这也要求，政府人员应进一步强化网格化社会治理的以人为本、服务优先的价值理念。应真正坚持以人为本，进一步倡导由管控主导意识转变为服务主导意识，进一步强化认同、尊重城乡基层社会自治地位和功能的意识，明确网格化社会治理的目标不应当仅仅局限于社会稳定，还要提供更加符合公众需求的社会公共服务。为此，政府不应再把社会组织和个人公民完全视为治理对象，而是使之成为共同参与治理的主体，是不可替代的社会自治的主体，是政府服务和保障的社会主人，必须突出更加人性化的服务理念，才能真正把社会管理与公共服务有机结合起来。这种社会治理追求的是动态平衡或动态稳定的秩序。因为从社会管理转向社会治理，关键是主体的变化，要求社会组织、企业组织、公民个体等不同主体的介入与合作。各主体之间要以平等地位、通过协商互动来形成社会治理的整体合力，在这个合作中充分发挥各方主体的优势。关键的问题是，政府要给社会组织主体更多的参与治理的制度空间，找准社会组织可以发挥重要功能的领域。必须明确，城乡社区工作应以向居民提供优质服务、解决群众生活中的实际问题为工作重点，必须彻底转变以往由上至下的行政化管理模式，将“以人为本”

理念落实到社区医疗卫生、教育事业、公共服务、便民生活等方面，充分调动各个参与主体的积极性，持续提升服务水平与服务质量，满足社区居民诉求。同时，推动社区网格化管理服务团队向多元化、专业化发展，社区居民、非政府组织、企业等社会力量开始作为新主体共同参与社会治理，强化综合履职能力，有重点、有区别的为居民提供服务，填补传统管理中服务供给不足的空缺。<sup>①</sup>

## **第二，要进一步强化公权主体治理行为的合法性、规范性，强化其法治思维，充分尊重广大社会主体的基本权利。**

政府职能转变与改革，社会治理模式的成功转型，在结合实践发展形势的同时，还必须坚持依法推进，实现立法、执法和政府职能转变相衔接。“要发挥法治对转变政府职能的引导和规范作用，既要重视通过制定新的法律法规来固定转变政府职能已经取得的成果……又要重视通过修改或废止不合适的现行法律法规为转变政府职能扫除障碍。”<sup>②</sup>网格化社会治理是政府社会管理职能转变的重要内容，也必须实现法治化推进。

必须进一步强化公权主体治理社会的法治思维。要言之，法治思维就是将法治的诸种要求运用于认识、分析、处理问题的思维方式，是一种以法律规范为基准的逻辑化的理性思考方式。其根本点是将法律作为判断是非和处理事务的准绳，它要求崇尚法治、尊重法律，善于运用法律手段解决问题和推进工作。其核心内容是恪守法律这一高级社会规则思维，包括规则思维、程序思维、权利思维、权力清单思维、义务思维、责任思维、理性思维、救济思维。法治思维的提出，标志着我国社会主义法治建设进入更高的发展阶段，我国全面依法治国迈向新征程。习近平总书记强调的“办事依法、遇事找法、解决问题用法、化解矛盾靠法”，其实是告诫我们要尊崇法律，把法律作为判断、处理问题的基本依据和准绳，形成法治思维，养成法治习惯。

目前，各地网格化社会治理多把维稳管控、安全隐患排除、环境整治等作为治理主责主业。<sup>③</sup>“一刀切”运动式执法还是惯用的管理模式，追求各项所谓治理指标的快速实现，方法简单粗暴，经常会出现严重侵犯公民的财产权、人格权、知情权、监督权、救济权的情况，形成政策性偏差，造成长期的不良后果。<sup>④</sup>因此，通过进一步完善行政执法的法律规范、法律程序、法律救济制度，强化政府执法行为的合法性，是基层社会网格化治理必须认真面对的问题。这尽管主要是法治政府建设的任务，但实际上也是法治社会建设的重要依托和必须一并成就的同构体。

## **第三，通过法律制度的构建、保障功能，真正确立民众及其社会组织的重要治理主体地位，依法保障其发挥重要功能。**

其一，要引导公众有效参与社会治理。基层社会治理是政府、社会组织、社区、企事业单位以及个人等多种主体对社会生活、社会进步的不同领域、不同环节进行组织、协调、引导、促进、规范、控制的过程。现代社会治理，越来越强调社会公众的参与，强调发挥社会公众及其社会组织的积极性。公众参与社会治理，意味着在公共事务的决策、管理、执行和监督过程中，公众能够以社会主体的身份自由地表达立场、意见和建议，能够发挥自己的影响或作用，合法地采取旨在维护个人利益和社会公共利益的行为，而不仅仅是受动者。公众与社会治理者

<sup>①</sup> 参见甘露、韩隽：《城市社区为何热衷于网格化管理》，载《人民论坛》2018年第13期。

<sup>②</sup> 中共中央文献研究室编：《习近平关于全面深化改革论述摘编》，北京：中央文献出版社2014年版，第73-74页。

<sup>③</sup> 从2018年江苏出台的网格化社会治理达标率指标内涵看，基本评价指标是网格创建“五统一标准”，不涉及社会服务内容。而且其“五无”否定标准，全部是以平安维稳管控为内容，即当年网格内没有发生重点人员漏管失控、民转刑命案、连续性侵财案件、违法犯罪活动聚集场所、公共安全事故。其扣分标准也整体上如此。

<sup>④</sup> 例如，2019年8月29日，生态环境部调查人员在山东省临沂市明查暗访时发现，临沂市兰山区辖区部分街镇餐饮企业大面积停业，400多家板材企业被迫集中停产，25家货运停车场除1家兼顾公交车停放而正常运营外，其余全部停业整顿。严重影响当地人民群众生产生活，社会影响恶劣，群众反映强烈。9月4日，生态环境部公开通报了此事，并认为像临沂这样大搞环保“一刀切”严重侵犯了企业的合法权益，损害了法治维护的营商环境，也与全面依法治国的要求背道而驰。参见《环保一刀切的病根是法治思维缺失》，载《法制日报》2019年9月5日。

之间存在双向畅通的意见交换过程，公众可以了解社会管理过程中的相关信息，发表自己的意见，合理意见应当被吸纳。社会治理主体应当及时将相关政策制定、方案、实施情况向公众披露，积极征求社会公众的意见，并将意见吸纳进入社会治理过程。这首先需要公权主体改变社会治理须由政府包揽、官本位和权力本位思维突出、缺乏民主观念和社会协同观念等思维定势，重视民众诉求的表达和社会组织的作用。通过充分赋予公众社会参与权利，完善政府信息公开制度、公众参与程序制度以及公众意见反馈制度，让公众获得参与社会治理的有效锻炼和充足经验，提升他们参与社会治理的理念、素质和能力，增强独立而理性的见解能力，改变“他们自身利益牵涉其中时固执己见，自身利益无涉时又疏离于社会充当看客”的利己主义人格。同时，切实搭建公众有序参与社会治理多元的渠道和机制，改变目前参与渠道非法治化的局面：因为公众参与社会治理的渠道还较为缺乏，既有的制度性渠道容易流于形式或被虚置，不得不常常借助于社会舆论、特殊社会关系、不合法途径等非制度性途径参与社会治理，影响社会治理决策，破坏社会治理主体之间的信任关系。应当以法律法规或其他规范形式，建立以各级政府为主导，以各种形式的社会组织为补充的公众参与社会治理的渠道网络体系，打造多样、丰富、畅通的公众参与平台。同时，深入理解公众参与社会治理的运行规律和心理特征，精心设计、完善公众参与的运行机制。<sup>①</sup>尤其是受外部环境制约和自身发展缺陷影响，社会组织发育不成熟，所起到的作用还比较小，对政府转移职能的承接不够，尚未成为民众参与社会治理的重要渠道。

其二，要扩大和保障社会组织的正当行为空间。社会组织是以社会力量为基础，以公共利益为主要目标，以提供公共服务、从事公益活动为内容，实行自我管理与服务，依法自主组成的社会性与自治性组织，在我国主要包括社会团体、基金会和社会服务机构三大类。<sup>②</sup>它是科层体制的政府体系和利润导向的企业之外的第三种力量，是社会作为完整的公共空间必须具有的社会组织形式。只有它们参与到公共服务中，才能弥补“政府失灵”和“市场失灵”，形成一种多元协同治理格局。社会组织不仅是诸多社会公共生活的载体，而且通过提供公共服务来承接政府的部分职能，充当政府和社会的中介，成为民主参与治理、公益服务、社会自治的平台。中国法治社会建设，亟需扩大设置与依法界定、保障社会组织的恰当行为空间，应当坚持政社分开、权责明确、依法自主。<sup>③</sup>应当依据法律的规定，将政府传统的部分事务转移给社会组织，相应的权力、资源也应当同步转移，进一步明确政府与社会组织各自的权力、权利与职责，建构以合作、服务和监管为内容的关系。政府一方面要完善政府社会组织进行监管，另一方面承担大量服务和支持的职责。社会组织一方面对内依据章程等组织规范建立民主的治理机制，另一方面对外依据法定权利活动，并建立高度透明的信息公开制度，增强社会公信力。同时通过法律制度及时防范和矫正社会组织的各种错误行为，例如：以营利为目的的商业倾向；将社会组织用于避税洗钱；偏离国家政治价值，成为危害国家政治安全的工具。在这方面，通过基层大党建，引领社会组织的建设和功能发挥，是必然的选择。目前江苏等地已经有诸多值得推广的经验。如南京市栖霞区通过“136”体系变“社区管理”为“自我服务”的经验；苏州市相城区阳澄湖镇的服装商会，与政府部门合作解决劳资纠纷的社会治理实践。

其三，要优化基本公共服务资源的支配和供求关系。基本公共服务是旨在保障全体公民生存和发展基本需求的公共服务，包括基本生活保障、困难救助帮扶、矛盾纠纷化解服务、基本公共教育、劳动就业服务、基本医疗卫生、基本住房保障、公共文化体育、公共法律服务等。目前，我国初步建成基本公共服务体系，但供给不足、发展不平衡，扶贫进入新阶段、经济进入新常态、人口形成新结构、社会呈现新特征、消费体现新需求、科技孕育新突破，健全基本公共服务体系面临诸多挑战。<sup>④</sup>虽然供给基本公共服务是政府的重要职责之一，但公共服务供给不等于政府直接包办，政府既要投入财政资源和一定的人力，更要动员社会资源和社会力量，

① 陈柏峰：《中国法治社会的结构及其运行机制》，载《中国社会科学》2019年第1期。

② 鲍绍坤：《社会组织及其法制化研究》，《中国法学》2017年第1期。

③ 参见中共中央办公厅、国务院办公厅：《关于改革社会组织管理制度促进社会组织健康有序发展的意见》，《人民日报》2016年8月22日，第1版。

④ 参见《“十三五”推进基本公共服务均等化规划》（国发〔2017〕9号）。

丰富和调适基本公共服务的供求。需要合理构建公共服务资源供给的基本框架和政府职能定位,合理设定政府、社会组织、市场分工协调的供给体制,并按照法治政府的要求科学设定政府职责,明确政府的制度安排责任和监管责任。同时,需要推进市场和社会组织提供公共服务,通过法律规范和政策引导企业和社会组织积极参与基本公共服务供给,组织、开发、动员更多的社会资源,并实现政府对企业和社会组织进行事前、事中、事后的全方位监管。扩大各优化基本公共服务资源的供求,形成法治社会公共服务的良性架构,还需要处理好如下几对关系:一是政府、市场与社会组织的协同。在发挥政府注重公平、市场注重效率的同时,高度重视社会组织的灵活性、亲民性,强化其资源组织和动员能力。二是政府部门之间的协作。打破因政府部门职能、资源、信息、利益等缺乏整合而导致“孤岛现象”。三是民众的合作。通过民众协商制度和制度惯例化,弱化少数人的反对的障碍,克服“一事一议”难题。四是供给与需求的有效对接。重点通过社会组织中介作用和动员直接,实现公共服务供给与需求的对接。如送法下乡与“乡村法杰”、“新乡贤协会”等村民调解组织的对接。

#### **第四,扩大国家法律的覆盖率,强化其社会内在性,构建民间规约、道德等社会规范与法律的协同机制,充分发挥社会主体用法施规的功能,增强法律的社会压力机制。**

其一,应扩大国家法律对社会生活的覆盖率,消除法律调整的空白或模糊地带,增强法律的针对性,让法律真正在基层社会接地气。目前基层社会还存在诸多法律难以或没有调整的灰色或真空地带。如城中村建设和改造,农村宅基地的使用和转让,乡村幼儿教育,互联网和人工智能带来的新生权利保护。这对法治社会的建设构成直接的挑战。仅就基层司法而言,由于缺少明确的法律依据,很多纠纷还进入不了司法程序。司法对一些新类型案件的处理,因缺乏经验而导致处理失当或不统一,从而影响其社会导向作用。<sup>①</sup>

其二,在实施有效实施法律的国家强制性的同时,更应重视法律的社会内在性及其规制作用。所谓法律的社会内在性,就是指法律在具有一定社会现实性的秩序基础上,得到了一定社会主导群体的内在认同,从而被作为规范予以接受和自觉施行并形成社会压力的属性。它是包括法律在内的所有规则或规范得以作为规则存在的根本属性。社会规则的强制力,归根结底来自于规则的社会内在性。即来自于规则立基于其上的社会秩序的现实性和社会主体基于规则确立的行为模式的评判性反应态度,以及这种态度所认可的社会调控力量,其具有规则要求或赋予的正当性。法律的社会内在性的功能,不仅仅在于社会主体的内在认同性形成的自觉遵守法律的规制力,而且包括特定秩序的客观性与这种社会认同性共同形成的社会压力的直接规制力。其中,对自觉认同法律规则的社会成员<sup>②</sup>而言,法律的社会内在性形成自觉守法的规制力;对不具有自觉认同性而意图违规的社会成员而言,法律社会内在性的两个方面的内涵,还首先构成了一种具有威慑性功能的社会压力或强制性,形成社会压力威慑守法的规制力;对因不具有自觉认同性和其他情形而违规的社会成员而言,法律社会内在性的两个方面的内涵,还同样构成了具有矫正功能的社会压力或强制性,形成社会压力矫正违法行为的规制力。因此,法律的社会内在性及其功效的充分化,对法治社会的形成更具有基础意义,在一定意义上,法律的国家强制

<sup>①</sup> 陈柏峰:《中国法治社会的结构及其运行机制》,载《中国社会科学》2019年第1期。

<sup>②</sup> 这种社会成员并不是人格类型化的,而是具体社会情形化的。同一个体,对不同规则的认同通常会为社会情形化的。例如,同一个人可能会无视外部后果如何,而通过认同规则和自责来约束自己对他人的残酷行为;也可能为了避免由税收人员带来的威胁性惩罚,如实申报所得税;同时还可能不顾惩罚性的社会威胁,仍然滥用违禁药物和进行社会禁止的性行为。但在通常情形下,较普遍认同正当规则的社会成员无疑是存在的。

性仅仅是其必不可少的补充。法律的社会内在性的丰厚程度，与法律内容承载的社会公平正义程度、立法过程的民主参与程度、法律基本精神为民众理解和认同程度等因素密切相关。因此，通过强化法律内容的亲民性、亲社会性，立法程序的民主性等手段，增强法律的社会内在性及其规制功能，对建设法治社会，实现新时代网格化社会治理的社会化、法治化的重要途径。

其三，重视民间规约的建设，形成社会规范与法律规范协同规制社会的有效机制。法律是现代社会最重要的、比不可少的、也是最高层级的社会规范，<sup>①</sup>但绝不是唯一的、可以单独有效规制社会关系的规范。任何社会秩序都是多元社会秩序共同规制或作用的结果，其中，天然具有较强社会内在性的民间规约和道德等社会规范，对于规范基本社会秩序，具有不可替代的作用。现代社会具有的自主性、多元性、复杂性，更凸显了这些社会规范的价值；现代法治所依靠的规则，也突破了国家制定法的范畴，承认并重视民间法的制度性构建，发挥这些具有“准法律”性质的社会规约的协同作用，同时也重视道德等社会规范对法律的协同作用。这也是基层社会法治建设必须实行自治法治德治整体推进的内在逻辑所在。应该根据《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》要求，深化基层组织和部门、行业依法治理，支持各类社会主体自我约束、自我管理。发挥市民公约、乡规民约、行业规章、团体章程等社会规约在社会治理中的积极作用。这些社会规约的规范存在，既可以重述国家重要法律的基本精神和原则，增强法律的社会内在性，又可以具体规范民众的日常细故，填补法律难以有效规范的社会空间。至于通过大力弘扬社会主义核心价值观，弘扬中华传统美德，培育社会公德、职业道德、家庭美德、个人品德，重视发挥道德的教化作用，以道德滋养法治精神、强化道德对法治文化的支撑作用，更是法治社会建设的重要内容。

其四，重视社会主体用法施规机制的建设，规范并增强法律等社会规范的社会压力机制。人民群众是法治社会建设的根本主体，社会公众、人民团体和社会组织是重要的用法施规主体。法律等社会规范的社会内在性及其规制力，就是依靠民众及时社会组织内在认同、遵守和施用它们而呈现出来的。这种认同、遵守和施用法律等社会规范的行为或氛围，对违法犯罪等违规行为形成直接、及时、有效的社会压力。这种社会压力的有效存在或运行，不仅以社会威慑力的方式，预防或阻止一些违法犯罪和违规行为，也可以在很大程度上矫正一些违法违规行为，更可以运用多元社会规范的协同性，化解国家公权主体无力化解的大量社会纠纷和矛盾。目前，围绕这一机制，至少应该做如下几个方面的工作：一是发挥基层党组织的引领和基层政府的引

---

<sup>①</sup> 这种最高层级的定位，不是一种道德或价值层面的评判，而是就其具有的规制功能或手段的更加丰富性而言的。可将良好的法律理解为：一种在充分保有、利用规则的社会内在性及其规制力的基础上，又有效增加了国家强制性及其规制力的高级社会规则。

导作用，通过发挥党员干部带头守法守正作用，通过树立守法守正典型的示范作用，通过支持社会组织发挥自我管理、自我约束，引导基层社会用法施规力量的健康发展，促进法律等社会规范的社会压力的良性运行。二是建立健全社会组织参与社会事务、维护公共利益、救助困难群众、帮教特殊人群、预防违法犯罪的机制和制度化渠道，支持行业协会商会类社会组织发挥行业自律和专业服务功能，发挥社会组织对其成员的行为导引、规则约束、权益维护作用，促进社会用法施规主体更加体制化和自觉化。三是加强社会诚信建设，健全公民和组织守法信用记录，完善守法诚信褒奖机制和违法失信行为惩戒机制，使尊法守法、遵规守则社会主体可以对违法违规意图或行为形成更大的社会压力，与法律的国家强制性形成更大的合力，产生更大的社会威慑力。四是有效扶植、组织一批真正接地气、守法守正、可主事邻里的城乡社区“法杰”、“新乡贤”，发挥他们用法施规的作用，并与基层司法工作人员、律师和其他法律职业共同体人员形成有效对接、配合，化解社会纠纷和矛盾。

## 社会治理视域下我国基层智慧法院建设的实践发展与机制创新

李炳烁\*

**摘要** 以信息化建设推动审判能力现代化,促进司法审判与互联网技术的深度融合,已经成为当下司法改革的重要内容。智慧法院建设在提升审判质效和办案效率,有效应对不断增长的诉讼压力、推动国家治理体系与治理能力现代化方面具有重要意义。但仍需要在司法大数据的有效适用、人工智能在司法实践中的合理边界、司法公开的受众主体等问题上进行进一步分析和思考。而我国基层智慧法院建设更是需要因地制宜,不断优化信息化建设的环境,提升司法大数据的采集与应用能力,加强以社会公众为中心的司法公开与诉讼服务平台建设。

**关键词** 社会治理;智慧法院;司法大数据;人工智能;司法公开

当前,以互联网、大数据、移动互联和人工智能为代表的信息技术正在极大地改变着社会生活,互联网已经成为这个时代最具活力和创新力的领域。2016年,国务院发布《国家信息化发展战略纲要》和《“十三五”国家信息化规划》,明确提出将“智慧法院”作为未来国家信息化发展的重要内容。在信息科技新浪潮的推动下,司法改革与互联网的深度融合发展,已经成为本轮司法改革的重要特征。加快信息化建设,以“智慧法院”、“互联网法院”推动司法公开和诉讼便利化,提升审判质效和办案效率,有效应对不断增长的诉讼压力,成为中国司法改革拥抱科技革命的新型发展道路。“信息化建设和司法改革是人民司法事业的车之两轮、鸟之双翼。”<sup>①</sup> 2016年,全国法院系统基本建成以互联互通为主要特征的法院信息化2.0版,<sup>②</sup>在全业务网上办理、全流程依法公开、全方位智能服务等领域取得明显效果,在缓解案多人少矛盾、破解执行难等问题上实现了重要突破,现代信息技术不断融入法院审判工作的各个领域。在司法改革的进程中,面对信息技术的迅猛发展,如何构建网络化、阳光化、智能化的“智慧法院”,更好地维护社会公正,推进审判能力现代化,服务国家治理,是人民法院应当认真思考的重要理论命题,也是司法机制创新需要积极探索的实践领域。本文的内容着眼于此,通过梳理法院信息化的发展历程,在我国智慧法院的整体框架下,思考司法大数据的运用、人工智能在司法审判中的合理边界等关键命题,并对基层智慧法院建设的发展路径进行进一步的探索,以期为信

\* 江苏大学法学院。

<sup>①</sup> 此表述最早源于2015年7月全国高级人民法院院长座谈会最高人民法院院长周强的讲话。在此次会议上,周强提出,力争到2017年底建成全面覆盖、移动互联、跨界融合、深度应用、透明便民、安全可控的人民法院信息化3.0版,把中国法院建设成为“网络法院”、“阳光法院”、“智能法院”。从此次会议开始,中国法院的信息化进程大大加快,法院的信息化建设也提升到与司法改革并列的同等高度。

<sup>②</sup> 李林、田禾主编:《中国法院信息化发展报告(2017)》,社会科学文献出版社2017年版,第3页。

息化背景下基层司法的改革创新做出理论贡献。

## 一、我国基层智慧法院建设的基本构造

科技发展为人民法院的改革创新提供了有力的技术支撑。以信息化建设推动审判能力现代化，促进司法审判与互联网技术的深度融合，已经成为当下司法改革的重要内容。尤其是在人工智能、大数据、云计算等技术的支撑下，司法公开、诉讼服务、审判辅助等领域已经发生了重大变化，建设全面覆盖、移动互联、跨界融合、深度应用、透明便民、安全可控的法院信息化 3.0 版，<sup>①</sup>成为法院应对诉讼增长压力、提升审判能力现代化、服务国家治理的重大课题。

### （一）我国法院信息化的演进历程：从可视化正义到智慧法院

法院信息化是法院适应时代发展要求，利用信息技术，“开发应用各类信息系统，收集、处理、保存、共享、运用审判数据、信息，对外增强司法透明度，落实司法为民宗旨，对内规范司法权力运行，提高法院各项工作质效，以实现提升司法公信力、维护司法公正目的的行为与过程。”<sup>②</sup>从法院信息化的过程来看，早在 1996 年，最高人民法院即召开了全国法院通信及计算机工作会议，以计算机硬件建设和法院网络系统工程为切入点，制定了《全国法院计算机网络系统建设规划》、《全国法院计算机信息网络建设管理暂行规定（试行）》，启动计算机办公系统应用、审判数据电子化和法院内部网络系统建设，开启了法院信息化建设的大门。

进入二十一世纪之后，计算机网络的普及加快了全社会的信息化进程。与整个社会的科技进步浪潮相同步，2002 年，最高人民法院成立了信息化建设领导小组，制定了《人民法院计算机信息网络系统建设管理规定》和《人民法院计算机信息网络系统建设规划》。2003 年，中国审判法律应用支持系统在全国推广使用；2004 年，最高人民法院建设了第一个智能化法庭。2005 年，最高人民法院发布《国家“十一五”规划期间人民法院物质建设规划》，明确提出了人民法院信息化建设的总体目标，特别是对于法院统计数据的电子化、纵向贯通的法院内部网络建设，提出了详细的建设规划，并将此作为推动法院审判管理改革的重要组成部分。2007 年 6 月，最高人民法院又印发《关于全面加强人民法院信息化工作的决定》，对于法院信息网络建设规划、技术规范、实施方案，明确了具体的保障机制。尤其在加大硬件设备投入的同时，更加注重案件管理、司法统计、决策支持、案例管理、法官管理等业务软件的开发与应用，更加注重信息化对于提升司法效率、加强审判管理等方面的作用。

2013 年，随着“互联网+”时代的到来，移动互联网技术、新媒体平台开始大规模在法院系统

---

<sup>①</sup> 最高人民法院：《中国法院的司法改革》，人民法院出版社 2016 年版，第 41 页。

<sup>②</sup> 中国社会科学院法学研究所：《中国法院信息化第三方评估报告》，中国社会科学出版社 2016 年版，第 1 页。

应用，并且在司法公开、审判辅助等领域取得了很大进步。2013年11月28日，最高人民法院发布《关于推进司法公开三大平台建设的若干意见》，在三大领域加大信息网络建设：推进审判流程信息全面公开，积极创新庭审公开方式，以视频、音频、图文、微博等方式及时公开庭审过程；推进裁判文书信息全面公开，各级法院在互联网公布裁判文书要以公开为原则，不公开为例外，明确要求不得在法律和司法解释规定之外对这项工作设置任何障碍；推进执行信息全面公开。以此为契机，2013年11月，最高人民法院官方微博正式上线；2014年1月1日，中国裁判文书网开通；2014年2月28日，最高人民法院开通网上申诉信访平台；2014年8月1日，最高人民法院开通中国审判流程信息公开网；2014年底，最高人民法院开通诉讼服务网。2013年12月27日，人民网舆情监测室联合新浪微博共同发布了《2013年新浪政法微博报告》，对全国政法微博的分布特点、发展模式和趋势进行了总结。《报告》显示，我国有近20个省的法院系统使用微博直播庭审的案例。更有数据显示，浙江全省法院1758个审判法庭全部实现数字化，江苏全省2279个科技审判法庭实现庭审同步录音录像、同步记录、同步显示。据不完全统计，2013年，江苏法院共通过互联网直播庭审近600场次。河南法院自2010年9月实行庭审网络直播以来，到2013年上半年共庭审直播案件33793件，其庭审直播网的累计点击量高达1270万余次。<sup>①</sup>互联网正以惊人的速度与法院工作加速融合。

2014年，移动新媒体的发展和大数据技术进一步加快了法院信息化进程，法院进入了“可视化正义”阶段。信息技术的应用不仅实现了诉讼全过程的线上处理，网上立案、网上审理、网上执行、网上信访、网上阅卷、网上公开，网络司法拍卖方兴未艾，诉讼服务的“扫微信码”全过程信息展示，法院APP日臻完善，杭州等地还出现了电子商务网上法庭、电子法庭，信息化在法院工作中覆盖的深度、广度达到了新的水平。

截至2015年，法院信息化建设的第一阶段已经完成，法院网络应用系统日益成熟、司法数据统计和管理也在不断完善，司法信息公开和网络诉讼服务甚至居于世界领先水平。数据显示，全国3520家法院、9277个法庭和海事派出法庭全部接入法院专网，全国已建成20000余个科技法庭，2160余套远程讯问系统，全国98%的法院建成信息化诉讼服务大厅，在审判流程公开、裁判文书公开、执行信息公开三大平台基础上，又搭建了中国法院网络直播平台、人民法院手

---

<sup>①</sup> 《中国司法公开历程：信息技术推进人民法院迈向信息化 3.0 时代》，<http://finance.sina.com.cn/sf/news/2015-11-27/100311750.html?from=wap>。有研究也显示，虽然2013年最高人民法院、全国31个高级人民法院、150个中级人民法院的微博在新浪微博同时运行，所有的省级高院、90%的中级人民法院、67%的基层人民法院都开通了门户网站，但这一时期还大量存在着整体发展不均衡、内容偏重宣传、转发新闻居多、时效性差等问题。参见黄泓源、陈丽：《法院微博管理困境反思与突围之道：基于31个省会城市中级法院官方微博的实证分析》，载贺荣主编：《司法体制改革与民商事法律适用问题研究》（上），人民法院出版社2015年版，第188页。曲凌刚：《基于层次分析法的法院门户网站评价模型研究：以全国30个高级法院门户网站为分析样本》，载贺荣主编：《司法体制改革与民商事法律适用问题研究》（上），人民法院出版社2015年版，第173页。

机 APP、远程视频接访系统、12368 诉讼服务热线、网上申诉信访平台、律师服务平台、官方微博微信等“互联网+”信息化平台。<sup>①</sup> 总体来看，法院信息化建设的主体框架已经完成，为审判现代化和以大数据分析、智能化为核心的人民法院信息化 3.0 版打下了坚实的基础。

2017 年 5 月，全国法院第四次信息化工作会议提出，信息化和司法改革是法院工作的车之两轮、鸟之双翼，法院信息化的重要性进一步凸显，建设智慧法院和法院信息化 3.0 版成为提升法院审判体系和审判能力现代化的重要内容。最高人民法院同时印发《关于加快建设智慧法院的意见》，明确定位智慧法院是人民法院充分利用先进信息化系统，支持全业务网上办理、全流程依法公开、全方位智能服务，实现公正司法、司法为民的组织、建设和运行形态，其本质在于将现代科技应用和司法审判活动深入结合起来，其特征可以概括为“全面覆盖、移动互联、跨界融合、深度应用、透明便民、安全可控”。<sup>②</sup> 也就是说，智慧法院不仅要做到各级法院司法信息资源的互联互通、资源共享，而且要在移动新媒体领域，探索法院业务向移动终端拓展，为法院和当事人随时随地参与诉讼提供便利；同时，在司法公开三大平台信息公开的基础上，为当事人提供形式更加灵活、人性化的线上线下诉讼服务，实现全方位的信息公开。更重要的是，智慧法院要体现智能化的特点，特别是要引入人工智能和虚拟仿真技术，充分利用海量的司法大数据、案例资源，结合云计算和人工智能技术，开发司法审判辅助系统，为准确研判审判信息、提升司法效率、加强审判辅助决策，提供技术支撑。

2017 年 6 月 26 日，习近平总书记主持召开中央全面深化改革领导小组第三十六次会议，审议通过了《关于设立杭州互联网法院的方案》，成为司法主动适应互联网发展大趋势的又一项重大制度创新。2017 年 8 月 18 日，杭州互联网法院成立，成为全国第一家集中审理涉网案件的试点法院。互联网法院不仅具有智慧法院的技术特点，同时又将互联网技术与审判工作深度融合，通过审理与网络纠纷有关的案件，如电子商务交易纠纷、网络支付纠纷，实现维护网络安全、保障互联网经济的目的。时至今日，法院信息化建设已经成为是司法公开、司法审判、司法管理和司法决策的重要支撑力量，为提升司法效能、司法公信力，促进社会经济发展做出了重要贡献。

## （二）智慧法院建设的功能指向

信息化是法院“深刻的自我变革”<sup>③</sup>，从功能指向上来看，这一变革的动力既来源于科技进步对于社会发展的一种广泛影响，更来自于法院内部改革的需要。信息技术不断融入和影响法院审判工作的各个领域，为提升司法效率，应对不断增长的诉讼压力，缓解案多人少矛盾，加

<sup>①</sup> 最高人民法院：《中国法院的司法改革》，人民法院出版社 2016 年版，第 46 页。

<sup>②</sup> 周强：《加快智慧法院建设 推进审判体系和审判能力现代化》，《人民法院报》2017 年 5 月 11 日第 1 版。

<sup>③</sup> 周强：《充分运用信息手段 加快建设智慧法院》，《人民法院报》2017 年 6 月 9 日第 1 版。

强司法公开、提升司法公信力，实现司法管理的科学化，开辟了新的发展空间。

### 1. 提升审判效率，缓解案多人少矛盾

信息技术的应用，最直观的功能指向是提升司法效率。随着社会转型时期矛盾冲突的增加，经济发展的利益多元化，社会公众权利意识的增强，社会整体的纠纷数量呈现不断增长的趋势。越来越多的矛盾纠纷涌入法院，案多人少成为各级法院不能承受之重。在司法资源有限的情况下，如何优化审判资源配置、提升法院管理水平、加强制度激励，成为法院改革过程中重点考虑的问题。目前司法改革中的员额制、司法责任制、优化审判权力运行机制、繁简分流机制改革、小额诉讼程序改革等，都或多或少指向了这一问题。还有学者提出了创新司法效率评估机制、加强审判流程管理等建议。<sup>①</sup>

智慧法院为提升司法效率，缓解案多人少矛盾提供了一有效途径。数字信息和网络的无空间特性极大缩短了司法程序的时间和空间距离，数字文本的快速传输、便捷查询、客观公正，可以有效地减轻法官的工作负荷，降低人力资源在诉讼档案输入、整理、诉前准备程序、执行程序等环节的投入，可以让法官从事务性工作中脱离出来，更关注事实认定和法律问题。特别是档案电子化流转、电子送达、庭审记录方式改革（语音识别技术）、审判执行流程再造，可以极大地提升法院的工作效率。

譬如，2016年9月12日，最高人民法院发布《关于进一步推进案件繁简分流优化司法资源配置的若干意见》，该意见充分利用了信息化手段，在诉讼程序的各个环节都提出了优化司法资源配置的要求。《意见》第3条规定：“积极运用电子方式送达；当事人同意电子送达的，应当提供并确认传真号、电子信箱、微信号等电子送达地址。充分利用中国审判流程信息公开网，建立全国法院统一的电子送达平台。”《意见》第10条要求：“创新开庭方式。对于适用简易程序审理的民事、刑事案件，经当事人同意，可以采用远程视频方式开庭。证人、鉴定人、被害人可以使用视听传输技术或者同步视频作证室等作证。”这就在时间和空间上大大缩短了审判流程，也有效节约了审判人员的工作时间。同时，该意见还明确要求推行庭审记录方式改革，积极开发利用智能语音识别技术，实现庭审语音同步转化为文字并生成法庭笔录。落实庭审活动全程录音录像的要求，探索使用庭审录音录像简化或者替代书记员法庭记录。<sup>②</sup>浙江和江苏等地的实践表明，庭审语音识别技术（科大讯飞语音系统）、OCR识别技术、庭审视频智能分析系

<sup>①</sup> 黄斌：《司法效率改革的有效途径探索》，中国政法大学出版社2015年版，第21页。

<sup>②</sup> 与上述改革相对应的是，2016年7月28日，最高人民法院印发《关于全面推进人民法院电子卷宗随案同步生成和深度应用的指导意见》，要求“2017年底前，全国法院全面实现电子卷宗随案同步生成和深度应用。各类案件办理过程中收集和产生的诉讼文件能够随时电子化并上传到案件办理系统，经过文档化、数据化、结构化处理，实现案件办理、诉讼服务和司法管理中各类业务应用的自动化、智能化，为全业务网络办理，全流程审判执行要素公开，面向法官、诉讼参与人和政务部门提供全方位智能服务奠定坚实基础。”

统的使用，在实现庭审语音转文字、将纸质材料转化为大数据信息等方面，效率极其显著，<sup>①</sup>能够大大减轻书记员压力，提升庭审笔录的准确性。并且为后续的案件信息共享和无纸化流转、执行信息共享、案件大数据分析提供了基础。

## 2. 强化司法公开，提升司法公信力

司法公开是现代法治的一项共识原则。“正义不仅应当得到实现，而且应当以人们看得见的方式得到实现。”司法公开不仅是保障司法公正的基本条件，也是满足社会公众知情权、参与权、监督权，提升司法公信力的重要条件。司法公开对于司法公信力具有重要作用，司法的透明度在某种意义上决定了司法公信力。<sup>②</sup>司法的信息公开、流程公开、结果公开，将司法权置于阳光下运行，祛除司法过程的神秘主义色彩，有利于公众了解司法程序，从而加强对司法制度的认同、理解和信任；同时也有利于对司法活动的监督，防止司法腐败。

在传统的司法制度结构中，司法公开主要体现为审判公开。由于时空场域的限制，审判公开不可能在扩大到全社会的范围，通常只限定在特定地理和时间区域。司法公开具有很大的限制，也不能满足所有社会大众的知情权。智慧法院的建设，为司法公开突破时间、空间壁垒，扩大到全社会范围，提供了技术上的可能。在法院信息化的背景下，庭审网络视频直播可以使审判公开无限扩大，且可以在任何时间、地点进行回播查看；法院三大信息公开平台，审判流程信息公开、裁判文书公开、执行信息公开，可以使任何社会公众在任何时空节点查看相关信息，尤其是移动终端的融入，已经使任何人都具有了信息的“可接触性”；各级法院的门户网站、微信微博等信息公开渠道，使司法信息的传递更加便捷、及时，大大降低了司法信息不对称的可能性；再如，法院通过使用信息化手段，实现电脑立案、随时分案，电子送达，APP和微信二维码链接审判过程信息，能够更加及时、客观、准确地将案结案信息发送给当事人。这些信息技术的应用，将我国司法公开的整个体系拓展到了前所未有的广度和深度，为提升司法公信力奠定了坚实的基础。

## 3. 辅助司法决策

智慧法院建设的前期重心集中在硬件设施、软件应用系统、网络平台等方面。但信息化并不等于“智慧化”、“智能化”，智慧法院建设后期的重心在于智能化，也就是以人工智能技术(AI)来提升法院的管理水平和法官的审判能力，也就是探索运用司法大数据、云计算、神经网络和机器学习等技术，开发智能审判辅助平台，以海量的数据和智能技术满足法官在司法审判过程

---

<sup>①</sup> 例如，2016年在人民法院系统推广的智慧审判苏州模式，目前已基本形成以“电子卷宗+庭审语音+智能服务”为主要内容，覆盖诉讼全流程的智慧审判一体化集成解决方案。相关统计数据显示，通过运用智慧审判系统，法官事务性工作剥离了约40%，书记员事务性工作减少约50%，案件平均审判效率提高了30%左右。参见《审判如何“智慧”？苏州这样装“科技大脑”》，《人民法院报》2016年12月28日。

<sup>②</sup> 蒋惠岭主编：《司法公开理论问题》，中国法制出版社2012年版，第29页。

中对于法律检索、案例类比、专业知识精准化的需求。

智慧法院和人工智能在辅助司法决策领域的作用方式、效果，目前还有待观察。总体来看，人工智能虽然不可能替代法官办案（具体问题后文将论及），但确实可以在审判过程中起到很好的辅助作用。司法裁判的目标是在证据支撑的基础上，正确适用法律，追求程序公正与实体公正的统一。随着法治建设的不断进步，越来越多的法律、海量的裁判文书和案例、日益复杂的社会现实，都为法官的审判工作带来更大的难度。智慧法院的建设，可以通过司法大数据的分析，以人工智能的手段，从庞大的法律文件、裁判文书、案例中筛选出与待审案件相匹配的数据，进行类型化分析，为法官准确查找法律依据、参阅同类案件提供可靠保证，从而最大限度地减少司法审判过程中的不确定性，促进类案同判、统一裁判尺度。有的智慧法院系统，还开发出了裁判文书智能分析系统，诉讼结果预测和模版类比系统，审判过程智能纠错系统，为司法过程提供了动态管理工具。另外，司法审判过程的全过程网络操作，也使得司法审判的各类信息能够快速集中，以更加直观的方式呈现出来，从而为科学研判审判运行态势，及时调整司法资源配置，提高司法决策的针对性和效能，奠定良好的基础。

以上海的智慧法院建设为例。上海法院建立了大数据信息系统。该系统具有法官办案智能辅助、裁判文书智能分析、移动智能终端办案 APP 等 35 个子系统，在服务审判中发挥了重要作用。如首创 C2J 法官办案智能辅助系统，通过“类案推送”，适时为法官办案推送同类判例，智慧法院审判管理系统会根据每个案件的立案案由，挖掘法院已判案例数据，智能匹配新近类似案件信息，输出与当前承办案件高度相似的已判案例，并将相关裁判文书、指导性案例推送到法官办公系统前端；<sup>①</sup>首创了裁判文书分析系统，运用实时计算、关联挖掘、分析预测等技术，可发现人工不易查出的逻辑错误、遗漏诉讼请求、法律条文引用错误等问题，大大提高了裁判文书的质量。这不仅很大程度上减轻了法官从浩如烟海的法律条文中准确查阅信息的工作量，而且可以轻松地参考、对比相关案例，减少司法裁决过程中的不确定性和主观性，促进法官统一行使裁判尺度，提升司法审判的效率与效能。

## 二、我国基层智慧法院建设的关键命题与实践反思

近年来，法院信息化建设的成果应用于司法审判领域，取得了显著的成绩。各地法院都在积极探索智慧法院建设的路径与方法。可以预见，我国司法系统在信息技术的优化下，未来将呈现一种全新的面貌。但是，需要注意的是，智慧法院的建设，作为自上而下推动的制度改革，顶层设计以最高人民法院的各项政策文件推动，具体规划和实施细则尚待商榷，不同区域之间

---

<sup>①</sup> 《智慧法院给法院插上信息化翅膀》，《法制日报》2016年11月18日。

的发展不均衡、基础设施建设的差异等问题也有待进一步考量。因此，虽然智慧法院已经成为司法改革的热点问题，但以下几个问题尚需要厘清。

### （一）司法大数据的有效适用

海量的大数据和云计算是智慧法院的技术支撑。<sup>①</sup>智慧法院的各项软件系统，尤其是智能审判辅助系统，必须以司法大数据为基础，在海量司法数据的基础进行科学分类、多元检索、智能提取。因此，加强对司法大数据的整合、研究和有效适用，是法院信息化和智慧法院建设的基础性工作。司法大数据的准确提取、有效适用，关系到智慧法院建设的成败。

“大数据”（Big Data）的兴起始于2012年。《纽约时报》称，“大数据”时代已经降临，在商业、经济及其他领域中，决策将日益基于数据和分析，而非基于经验和直觉。<sup>②</sup>联合国在2012年发布了《大数据政务白皮书》，指出随着计算机技术和网络技术的快速发展，人类社会的信息总量、可存储的数据总量，2010-2012年三年的时间即超过了过去400年的总和。大数据对于各国政府来说，都是一个巨大的基础性战略资源，基于社会经济数据的有效分析，将更好地帮助政府管理社会。相应地，对于数据资源的本地存储、利用、控制、管辖等成为网络空间国家主权的必然要求。<sup>③</sup>2015年8月，国务院发布的《促进大数据发展行动纲要》进一步指出：运用大数据推动经济发展、完善社会治理、提升政府服务和监管能力是我国大数据战略的重要内容。<sup>④</sup>

作为拥有世界上网民最多的国家，我国在网络大数据方面具有较大的优势。但目前大数据发展的重心已经从早期的获取更多的数据，发展到如何对数据进行有效提取，去冗分类、去粗取精，从数据中发现和挖掘更多的知识，为公共决策、经济运行提供帮助。近年来网络大数据的急剧增长，主要是网络上传播的各种非结构化或半结构化数据。因此，对于社会科学而言，从法学、经济学、社会学、心理学等不同学科的角度去分析数据的关联性，挖掘这些分散的、模糊的小概率事件背后汇聚的舆情、民意、民智，以此来预测和评估社会发展的基本规律，为立法、执法、司法、公共决策提供技术支持，成为大数据应用的主要途径。

从我国司法大数据的建设情况来看，近年来法院信息化的数据渠道建设工作已经完成。最高人民法院建设的覆盖全国法院的数据集中管理平台，逐步实现与司法统计系统和人事信息系统并轨。目前，该平台已汇聚全国法院9533万案件信息和4745万文书信息，可以实时呈现全国3520个法院每日新收案件情况，数据每5分钟自动更新一次。截至2016年年底，各级法院

<sup>①</sup> 徐骏：《智慧法院的法理审思》，《法学》2017年第3期。

<sup>②</sup> 陈文伟、陈晟：《从数据到决策的大数据时代》，《吉首大学学报（自然科学版）》2014年第3期。

<sup>③</sup> 唐皇凤：《大数据时代的中国国家治理能力建设》，《探索与争鸣》2014年第10期。

<sup>④</sup> 参见《促进大数据发展行动纲要》，[http://www.gov.cn/zhengce/content/2015-09/05/content\\_10137.htm](http://www.gov.cn/zhengce/content/2015-09/05/content_10137.htm)。

公开审判流程信息 27.3 亿项，中国裁判文书网公开裁判文书超过 2600 万篇、访问量突破 49 亿人次，执行信息公开网公布执行信息 4711 万条，互联网直播庭审 43.9 万件、观看量突破 17 亿人次。<sup>①</sup>可以说，我国在司法大数据方面，已经积累了庞大的案件审判数据，为大数据应用、智慧法院建设打下了坚实的基础。

但是，不断增加的海量数据，也为司法大数据的有效适用提出了巨大挑战。

其一，司法大数据的非结构化增加了数据利用的难度。大数据时代不同涌现的数据，多数都是非结构化的。<sup>②</sup>也就是说司法大数据并非是按照特定格式进行整理排列的，数据形式多种多样，包括电子文件（多为 PDF 或 WORD 形式）、视频文件、音频文件、多媒体数据等。这就给数据的输入和存储带来了格式兼容的困难，尤其是给后期的数据分析、多元提取、智能分析带来了障碍，导致司法大数据的分析有时可能无法做到全面性和有效性。

其二，大量低密度、低效的数据增加了司法适用过程中分析和研判的难度。司法大数据的总体规模非常庞大，且不断在增加。这其中，真正具有司法参考价值的数据其实是有限的，大量普通、重复性的案件数据，各地差异不大的地方性法规文件，基于不同风俗文化背景而导致的司法审判的裁量差异，都使得法院信息系统在对数据进行分析 and 甄别时面临不确定性风险。同时，如何准确把握数据与结果之间的因果判断、相关性判断，从而引导数据发挥辅助决策咨询的功能，也是需要从司法规律层面具体把握的分析活动。

其三，司法大数据的孤岛现象仍然严重。“当下智慧政府的建设方兴未艾，制约了法院与其他政府部门的互联互通，智慧法院因此缺失了多样性这一大数据要件。”<sup>③</sup>司法大数据必须基于整个社会宏观政治经济发展的数据基础，才更加具有坚实的基础。目前来看，政府各个部门之间科层制的条块分割，阻碍了数据采集、传递的效率，也客观上造成了整个社会治理体系内部数据共享、交换、集中的缺乏。信息孤岛也体现在法院内部，作为法院量化信息的主要载体，由统计行为衍生的咨询、研究功能和指导审判实践、服务管理决策的目标在实践中未受到足够重视，在某种程度上促使司法统计、数据采集隐现边缘化趋势。<sup>④</sup>一般来说，案件总量数据、审判绩效评估、案件流程管理等相关数据库并不兼容，司法统计的信息表和法综表自成封闭式的工作机制，因此数据也更多呈现出案件数据直接、静态的收集，对审判过程深层的影响要素、各种司法动态数据，缺乏信息整合与加工提炼，数据开发、数据审计、数据安全等方面的机制

---

<sup>①</sup> 参见《中国法院的司法公开（2013-2016）白皮书》，最高人民法院网站 <http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-36952.html>。其中有关数字与《中国法院的司法改革》一书的数据略有差异，笔者发现，不同时期最高人民法院的表述也存在不同。

<sup>②</sup> 唐斯斯、刘叶婷：《以“数据治理”推动政府治理创新》，《中国发展观察》2014 年第 5 期。

<sup>③</sup> 徐骏：《智慧法院的法理审思》，《法学》2017 年第 3 期。

<sup>④</sup> 毛煜焕、金宁：《法院司法统计与绩效管理——从司法统计的边缘化谈起》，《法律适用》2008 年第 10 期。

还亟待完善。

## （二）人工智能在司法实践中的合理边界

人工智能技术的发展是近年来科技领域的重大突破。2017年，计算机 AlphaGo 战胜中国围棋选手柯洁，让 AI 技术再次成为人们热议的话题。许多学者认为，随着人工智能的发展，越来越多的领域会被计算机和网络所代替。因此也引发了有关人工智能在智慧法院建设中，能否取代法官判案的争论，<sup>①</sup>迫使我们思考人工智能在司法实践中的合理边界问题。

人工智能在智慧法院建设中居于重要地位，法院信息化 3.0 版的特征就是深度拥抱智能科技。但是人工智能能否代替法官？解答这一问题，首先必须思考人工智能在法律世界的“能与不能”。

人工智能尚无统一的定义，但基本的共识是，计算机模拟人类思维过程，获取知识并能自动运用知识的技术。在法律领域，人工智能的机器深度学习技术、自然语言处理在语义检索、文件自动生成、案件预测等方面具有很大的优势。例如，世界首个机器人律师的 ROSS 就是基于 IBM 的 Watson 系统的智能检索工具，利用强大的自然语言处理和机器学习技术向律师呈现最相关、最有价值的法律回答，而非像传统法律数据库那样，仅仅呈现一大堆检索结果。<sup>②</sup>另外，计算机的优势在于随着数据的积累，可以深度学习并且不断自我改进，在海量数据的基础上将相关数据连接起来，形成持续改进强大的法律应用数据库。毫无疑问，智能化的法律检索将深刻地影响法律人进行法律研究的方式。这一点，国内律师实务界已经走在了最前沿。笔者近期曾经试用 Icourt 公司研发的 Alpa 律所管理系统，其中的高智能、自动化法律检索，令人叹为观止。同时，随着计算机算法的不断优化，起诉书、备忘录、判决书等高级法律文件的自动生成也已经日渐成为现实。

人工智能的案件预测已经用在了诸多实务领域。比如，Lex Machina 公司提供的服务，通过对成千上万份判决书进行自然语言处理，来预测案件结果。其软件可以确定哪位法官倾向于支持原告，基于对方律师过去处理的案件来形成相应的诉讼策略，针对某个特定法院或者法官形成最有效的法律论证，等等。<sup>③</sup>

在这样的背景下，我们看到，法律人的角色已经被人工智能技术所改变。一些角色可能被计算机取代，比如常规性、重复性、事务性的工作；一些任务可能被增强，比如法律文书写作、案件评估；而对于案件的价值判断，法律人仍然需要扮演核心角色。

从司法的本质上来说，裁判一种基于证据事实的价值判断，法官需要基于自己的知识、理

---

<sup>①</sup> 倪艳：《人工智能代替法官？》，《南方周末》2017年8月3日。

<sup>②</sup> 腾讯研究院：《法律人工智能十大趋势》，[http://www.vccoo.com/v/jx4915\\_2](http://www.vccoo.com/v/jx4915_2)。

<sup>③</sup> 腾讯研究院：《法律人工智能十大趋势》，[http://www.vccoo.com/v/jx4915\\_2](http://www.vccoo.com/v/jx4915_2)。

性、价值观、经验法则，在面对案件证据时，运用自由心证去判断证据是否有证明力、证明力的大小、相互之间的因果关系。这种内心的确信必然是一个专业而复杂的人类思维过程。<sup>①</sup>我国最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第64条也有类似的规定：“审判人员应当依照法定程序，全面、客观地审核证据，依据法律的规定，遵循法官职业道德，运用逻辑推理和日常生活经验，对证据有无证明力和证明力大小独立进行判断，并公开判断的理由和结果。”因此，法官判案在任何时候都不是简单的三段论推理或自动售货机，审判过程必然是包含了法官个体法律知识、理性、价值判断和生活经验，在此基础上的推理，是人类特有的价值判断过程。<sup>②</sup>以人类社会的复杂多变，至少目前，计算机算法尚无法企及，这一点和围棋世界的人机大战不可同日而语。例如，离婚案件中的“夫妻感情破裂”，如何理解“感情破裂”？哪些情形、何种程度可以判定为“感情破裂”？连经验丰富的法官都无法穷尽其情形，对情感世界的变化无常不敢妄下断语，何况是算法固定的机器？

因此，我们认为，智慧法院建设中，人工智能的目标是服务于法官办案，为司法审判提供技术支持、决策辅助，而非直接取代法官办案。无论技术的力量多么强大，在法律世界中，人的价值判断永远居于核心地位。法律世界的精彩变幻、思维碰撞，远非机器算法所能涵盖。网络办案、一键审判固然便捷，但不可能取代法官和当事人面对面对交流，心与心的协调，无法体会到司法实践中的温度与情感。所以，我们在热情拥抱信息技术的同时，也要谨防陷入“技术依赖”的另一个极端。司法程序的运用仍然应该以当事人的纠纷解决为目标，以司法公正为最高原则。作为法律人，在积极学习技术的同时，更要在这个过程中，坚守对法律的信念，防止技术削弱、损害法律共同体所秉持的价值观念，让信息技术促进司法正义，而不是背道而驰、舍本逐末。

### （三）司法公开的现实困境：基于受众视角的反思

#### 1. 以法院为主体的单向输出

司法公开是智慧法院建设的首要任务。从目前的建设情况来看，司法公开三大平台，各级法院诉讼服务中心、网站、微信、APP等系统都基本上都已建设完成。司法公开的硬件设施和技术支撑都达到了较高的水平。但需要注意的一个问题是，所有上述平台的开发、设计、应用，都是由司法系统自身推动完成。在中央和最高人民法院层面力主司法公开、重塑公信力的顶层设计之下，也是为了顺应整个社会信息化的浪潮，各级法院都建立了网站、微博、微信、庭审视频直播等新型平台。但这些平台的设计不可否认仍然沿袭了权力本位的理念，较少从司法公

<sup>①</sup> 吴习或：《司法裁判人工智能化的可能性及问题》，《浙江社会科学》2017年第4期。

<sup>②</sup> 郭富民：《人工智能无法取代法官的审慎艺术》，《人民法院报》2017年5月12日第005版。

开对象，也就是社会公众的角度，考虑上述信息平台是否合理、是否能够吸引公众参与、能否达到以公开提升公信力的目的。换言之，司法公开平台的建设，是以法院为主体的单向输入，缺乏从“用户体验”的角度考虑客体的需求。

以庭审视频直播为例。庭审视频直播网站的开通被视为司法公开在深度上的重大突破，媒体和法院的宣传都认为，庭审视频直播可以“极大”满足社会公众对于庭审参与的要求，“随时随地”看庭审，可以有效提升法院审判的认同感。但经过我们调查发现，事实并非如此。我们统计了z市J区人民法院的100个网络直播案件，其中当庭宣判的仅占12%，当庭调解的有7%，未当庭宣判的有71%，且无论是否当庭结案均无后续报道。我们发现，法院庭审直播案件的类型选取忽略了公众的参与心理。由于庭审需要遵循严格的法律程序，所以通常庭审会非常冗长，且枯燥无味。除了利害关系人之外，少有人问津，观者寥寥。而且法庭直播的形式缺憾也无法满足公众的求新心理，直播中大量或普通琐碎或专业性很强的案件，对于一般的社会大众而言，缺乏吸引力。

而且，在庭审直播中还存在一种现象，法院直播的案件多数较为简单，公众不感兴趣；公众有兴趣的案件，多数较为敏感，法院会选择回避。因此，法庭直播多有完成规定工作任务的倾向。从法官的角度来看，法官也不“欢迎”法庭直播。<sup>①</sup>法官作为纠纷的裁判者，在庭审过程中承担着查明事实、依法审判的任务，过分暴露于公众视野之下，尤其是由于专业知识的壁垒，司法专业化的要求越来越高，社会大众经常缺乏现代程序观念和证据意识，基于朴素正义观，发表各种评论、批评乃至人身攻击，这些也给法官造成了一定的心理压力。

## 2. 形式与内容的失衡

笔者在2014-2015年间，统计了全国所有的高级人民法院、部分中级人民法院和基层人民法院的网站或诉讼服务中心，搜集法院官方微博、12368热线的信息。实际体验后发现，目前最高人民法院以下的各级诉讼服务中心（含微博、微信公众号），同质化非常严重，形式主义色彩明显，尤其是在网站和微信微博的设置上，从栏目格式到内容，千篇一律，缺乏明确的自我定位和特色功能。“部分网站虽然开通，但只有框架，没有内容或内容陈旧，有的法院网站设置的栏目无法打开或无内容。”<sup>②</sup>再以微博为例。尽管大多数法院都开设了官方微博，但是很多法院没有真正给予重视，微博更新量很少，更新数少于1条/天的，占到了总数的32%。甚至出现了很多不再更新的“僵尸微博”。从微博发表数、被转发数、粉丝数量来看，最高人民法院等极少

---

<sup>①</sup> 王海光：《庭审网络直播缘何“遇冷”——基于“使用与满足”理论的视角》，载贺荣主编：《司法体制改革与民商事法律适用问题研究》，人民法院出版社2015年版，第154页。

<sup>②</sup> 曲凌刚：《基于层次分析法的法院门户网站评价模型研究：以全国30个高级人民法院门户网站为分析样本》，载贺荣主编：《司法体制改革与民商事法律适用问题研究》，人民法院出版社2015年版，第173页。

数微博影响力较好，多数表现不佳，有的法院微博粉丝数不足 1000，影响力薄弱。<sup>①</sup>

这一现象很显然与司法公开的整体趋向有所背离。显然，司法机构对于新媒体的重视程度不同。很多法院对微博、微信运行疑虑较大。因为网络传播无边界，潜藏着风险，信息传播不可控，一旦发生意外，会影响法院形象。因此一些法院忌讳微博微信的传播效应，担心表达失当、行为失范、工作失误造成网络舆情压力。在发布时放弃具有广泛关注度及影响力的司法事件报道和评论，只选择宣传性信息或法制新闻，造成内容拘谨，形式单一，缺乏吸引力和阅读价值，丧失了沟通民意、汇聚民智的作用。

### 3. 法院自我评估与社会评价的反差

司法公开作为司法改革的重要内容，一直以来受到了理论界和实务界的高度重视。尤其是被视为司法为民、司法便民、提升司法公信力的重要保障。最高人民法院先后出台《关于司法公开的六项规定》、《司法公开示范法院标准》、《关于推司法公开三大平台建设的若干意见》等文件，不遗余力的推进司法公开工作。在这一宏观背景下，我们看到，各级法院在很短的时间内先后建成了各种信息公开平台。对于上述平台的建成，一般的报道或法院的自我评价是“阳光司法”、“效果显著”、“有效提升司法公信力”。<sup>②</sup> 但是根据笔者在河北、吉林、江苏、福建、四川、新疆、内蒙古等地组织的调研活动发现，在法院信息化不断升级的同时，社会公众对于此类新技术在诉讼中的效果持不同态度。尤其是在很多基层人民法院，网上诉讼平台、庭审直播、微博等平台，少有人问津，加之这些系统设计缺乏人本意识，操作性差，诉讼当事人甚至认为是资源浪费。我们在江苏 C 市的一个区法院曾经见到这样的场景，法院诉讼服务中心有可爱的导诉机器人，能够回答简单的法律问题，引导当事人，但多数时候成为当事人随带儿童的玩伴。矗立在旁边的触摸式立案机器，也无人使用。立案大厅仍然是一片熙熙攘攘的场景，信访大厅人来人往。法院自身对信息化升级建设的效果美化并未引起当事人和社会的共鸣，法院内部评判结果和公众的社会评价之间存在巨大的反差。这一现象实际上反映了智慧法院建设过程中，我们应该更加重视制度建设对象的需求，重视公众意见的表达和回应，强调人本意识，从“受众者”的角度出发来规划智慧法院的体制机制。

---

<sup>①</sup> 黄泓源、陈丽：《法院微博管理困境反思与突围之道——基于 31 个省会城市中级法院官方微博的实证分析》，载贺荣主编：《司法体制改革与民商事法律适用问题研究》，人民法院出版社 2015 年版，第 189 页。同时，我们也实际体验发现，更新的微博、微信通常分为几大类，例如新的法律法律司法解释发布、国内重大法治动态、本院新闻（主要是正面好的报道）、转发某些法治新闻、心灵鸡汤类的文章。甚至有的微博微信，心灵鸡汤类的文章占到了 30% 以上。

<sup>②</sup> 比如任意在网络上搜索“司法公开平台效果”，几乎所有的新闻都是正面的、积极的、成效显著。例如“塑造看得见的公平正义：司法公开变被动为主动”，<http://legal.people.com.cn/n/2015/0921/c188502-27613247.html>；“微博直播庭审对司法公开作用有多大”，《中国青年报》2013 年 9 月 30 日第 8 版；“象山法院司法公开“微博”效果初显”，<http://xs.gxcourt.gov.cn/info/1030/1667.htm>。

### 三、我国基层智慧法院建设的路径探索

法院信息化 3.0 版和智慧法院建设已经成为各级人民法院的重点工作。在《最高人民法院关于加快建设智慧法院的意见》中，智慧法院的要求是以大数据为核心，深度融合网络技术，移动互联拓展、人工智能辅助，构建网络化、阳光化、智能化的人民法院信息化体系。在这一进程中，基层人民法院由于资金、专业人员等硬件设置的限制，以及案件数量、案件性质和社会环境的差异，在智慧法院的建设过程中，体现出若干不同的特点，因此也需要因地制宜，突出重点，建设符合基层人民法院特点、满足基层社会公众需求的智慧法院。

#### （一）基层人民法院信息化建设的环境优化

其一，科学合理、因地制宜地规划建设方案。基层人民法院，尤其是农村和城乡结合部的法庭，每天面对不断增长的诉讼案件，直面复杂的法律问题，协调不同社会主体，还要处理繁杂的事务性工作。时间精力有限，工作压力极大。法院信息化建设和智慧法院在 2015 年以后才进入快车道，主要是由司法高层通过顶层设计的方式自上而下推动。对于基层法院来说，还无法感知到信息化建设对于加快审判方式转变、提高审判质量和效率所具有的重大意义；在具体的工作中，也在逐渐开始学习使用现代化科技手段。加之各地经济发展不均衡，经济好的区域信息化程度较高，经济落后一些的地方对于耗费巨大人力物力，且尚无短期效应的建设项目，缺乏有效的激励机制。这项工作大体呈下热上冷的局面。最高人民法院和省级法院力度较大，成果也较为丰硕。在基层法院层面，一般是量力而行，探索发展。因此，在最高人民法院或上级法院限定的建设时间节点内，要想快速建成法院信息平台，难免会出现缺乏严谨细致的长期规划和长远考虑，缺乏统筹性，信息管理与整个法院管理无法完全对接的情况，没有做到以法院信息化提升整个法院审判管理、司法效率的目的。在这个问题上，既不能懈怠也不能盲目无序的发展。应当在对信息技术特别是其发展方向有一定研究和了解的基础上，有一个全面、协调和可持续发展的总体思路和规划，同时结合本法院一定时期的实际情况，制定一定阶段的发展方案和目标并稳步推进，分步开发具体实用的项目。

其二，基层人民法院信息化的保障工作需要庞大的经费支持。信息化建设是一项高技术、高投入、高效能的现代化基础建设，必须要有足够的建设经费作保证。它所涉及的硬件设备、软件系统都需要大量的资金来购置和开发。根据我们调查，一个六十人左右的基层人民法院（不含二十名辅助人员），建设智慧法院系统，需要的电脑硬件、网络铺设、软件系统采购，建设资金在三百万元以上。而该院全年的所有财政预算才一千万元左右。在某种意义上说，法院的信息化建设程度是与资金的投入直接相关联的。例如，南京市中级人民法院，该院的信息化建设耗资 7000 余万元，建立了法院内网、外网和互联网站，实现内外网物理隔离，实现中院与最高法

院、省高院、基层法院三级联网。广州市中级人民法院投入 300 万元将历史档案全部扫描存储，以实现卷宗的电子化流转。<sup>①</sup> 而智慧法院的苏州模式，采用的科大讯飞庭审语音系统，也是价值不菲。该院将诉讼档案在立案阶段就全部实现电子化，也是将该业务外包给了专业公司，耗资巨大。因此，基层法院的信息化建设，首要的、也是最重要的工作是资金的保障问题。

其三，技术人才短缺是基层法院信息化建设的普遍难题。智慧法院的系统运作、安全维护，必须要有完整的网络管理中心和专业的管理人员。一般的办公室或后勤管理人员还不能胜任庞大信息系统的管理要求。在目前基层人民法院编制紧张的情况下，网络管理人员或是从社会上招聘兼职或委托给专业的网络公司。前者不固定，不了解法院运作和司法工作的特点，后者则需要专项资金的支持。基层人民法院每年招录人员时，也是优先考虑法律专业的审判队伍建设，计算机网络专业技术人员的缺位几乎困扰着所有的基层人民法院。人才的短缺也使得省级法院下放配备的一些价值不菲的软件系统、设备长期处于闲置状态，无法发挥其效用，造成基层人民法院的信息化建设无法实现升级改造。这已经成为制约法院信息化发展的重要因素。在解决此问题的思路，可以参考广州市中级人民法院的做法，广州中院将整个广州市法院系统的信息化建设，以招标的方式整体发包给专业的公司，既增加了议价能力，也方便统一操作规划全市的后期服务工作；同时由中级人民法院成立力量较强的专门信息化机构，指导和协调基层法院的信息化工作，减轻了基层法院的负担。

## （二）提升司法大数据的采集与应用能力

前文已述，司法大数据是法院信息化和智慧法院建设的基础和核心。在互联网时代，每一个案件，其案由、证据、诉求、审理过程、判决结果、执行环节等，都会产生大量的数据。这些数据互相连接，又会呈现出整个法院司法审判的总体状况。这些数据体量巨大、类型多样，深度开发其背后的价值，可以利用到立法决策、执法定位、司法辅助等多个领域。全球知名咨询公司麦肯锡曾表示，“大数据已经逐步蔓延到各行各业，成为一把利剑。只要好好运用这把剑，就会带来新的生机与活力。”<sup>②</sup> 最高人民法院建设的数据管理平台已经实现全国法院全覆盖、案件数据全覆盖以及统计信息全覆盖，涵盖审判执行、司法人事、司法政务、司法研究、信息化管理、外部数据等方面的信息，形成了拥有六大数据体系的数据库资源。智慧法院的有效运作必然建立在全面、详实的司法大数据基础之上。注重司法大数据的采集、研究和应用，认真研判司法数据所呈现的有价值命题，是基层智慧法院建设的另一个重点工作。

其一，司法大数据的采集。基层人民法院位于司法系统的最末端，承担着全国百分之七十

<sup>①</sup> 《法院信息化建设情况的考察报告》，<http://cdfy.chinacourt.org/article/detail/2006/04/id/554876.shtml>。

<sup>②</sup> 李振、鲍宗豪：《“云治理”：大数据时代社会治理的新模式》，《天津社会科学》2015 年第 3 期。

以上案件的审理，也构成了司法大数据最重要的来源。对于基层法院来说，由于人力资源紧张，司法大数据的采集，主要是由司法统计来完成。长期以来，司法统计都承担着记录、搜集、整理、分析、提取、保存法院审判活动所产生和形成的各种数据的功能。<sup>①</sup> 通过动态的数据，为立法决策提供依据，反映法院审判权运行的具体情况，同时对案件信息进行跟踪监测，实现案件的动态监控。目前的司法统计系统，主要由案件信息束、裁判文书、司法统计数据三部分组成。其中案件信息束包含了案件审理过程中各个信息项的集合，比如案由、当事人情况、诉讼标的、立案时间、结案方式等。<sup>②</sup> 而数量庞大的裁判文书是审判活动的结果及反映，也折射出社会经济运行的重要信息。我国目前的司法统计模式仍然沿袭传统的方法，以案件信息为核心，以统计报表（主表、派生表、台帐）为直观呈现方式。1996年以前，法院司法统计工作主要以手工操作为主，需要有专门人员报送。1997以后，最高法院开发了“人民法院案件信息管理与司法统计系统”，统计指标也从单项指标评价发展到综合指数研究，比如案件质量评估指标体系，其科学性进一步增强。

对于司法大数据的采集而言，在如今大数据时代，从大规模数据管理和利用模式平台的视角来看，以往数据显得过于单薄，数据涉及面狭窄、覆盖不够，指标也比较缺乏。尤其是数据主要集中在对案件数量的整理，而非对于司法机关全部审判工作信息的收集。<sup>③</sup> 其次，以往数据采集过于粗放，一般是从大框架的角度进行收集。以精细化确保数据全面具体是司法大数据收集的重点。因此，“在采集内容上，不仅要采集传统的案件信息数据，还要采集案件稳定风险、当事人对判决意见、公众对法院判决认同度、司法热点、不同社会群体司法需求等与审判执行工作相关的数据信息以及经济社会发展数据信息；在采集方法上，不仅要继续深化法院系统内的数据信息采集，还可通过购买方式、委托社会调查咨询机构采集相关司法数据。”<sup>④</sup>

其二，司法大数据的进一步应用。在收集大数据的基础上，更加需要对数据进行加工分析利用。由于思想观念和司法统计机制等原因，基层法院的很多司法数据并没有得到充分利用，致使大量的数据沉睡。<sup>⑤</sup> 因此司法大数据应用下一步要做的就是对数据进行有效的分析利用，深入发掘，把数据中蕴含的内涵，诸如案件审判效率、司法流程服务、公众的反应、案件所引发的社会效果等等有用的信息挖掘出来，拓展司法数据在信息咨询、决策辅助、服务管理等方面的作用。

---

<sup>①</sup> 顾韩君：《司法统计学》，上海社会科学院出版社1991年版，第10页。

<sup>②</sup> 张军主编：《人民法院司法统计理论与实践》，人民法院出版社2012年版，第3页。

<sup>③</sup> 高绍安：《大力加强司法统计工作 服务人民法院科学发展》，《中国审判》2013年第9期。

<sup>④</sup> 张化冰：《加强大数据的司法应用》，《人民法院报》2013年10月9日。

<sup>⑤</sup> 王姗姗：《唤醒沉睡的数据——从统计数据的角度谈司法统计改革与发展》，载张军主编：《人民法院司法统计理论与实践》，人民法院出版社2012年版，第3页。124页。

同时，也要探索建立司法大数据的共享平台，打破信息孤岛桎梏。数据沟通有益于各部门的衔接和交流，这不仅是指司法执法机关内部的沟通，还包括与社会部门、社会组织之间的联系。通过司法大数据的协同分享，建立覆盖面广的信息采集共享系统，这将为迅速发现审判工作中的不足，提升司法效率带来极大便利。譬如，“以法院为中心的执行联动信息平台、政法信息协同共享平台、信用信息自助查询平台，通过融合银行信贷、工商登记、房产信息、破产记录等在内的一站式个人信息化智能查询终端，这些数据平台一旦形成‘云端’的融合共享和智能调取，对于破解法院当下的执行难问题将具有重大意义。”<sup>①</sup>

### （三）以社会公众为中心的司法公开与诉讼服务平台建设

前文已述，法院信息化建设过程中存在法院单向度信息输入，以法院为中心设置信息平台、忽视社会大众需求的倾向，因而也导致某些信息系统的设计或流于形式或实践错位。在基层法院信息化的建设初始，我们就必须树立以社会公众需求为导向的技术开发理念，以社会公众为中心推动司法公开与诉讼服务平台建设。

首先，智慧法院的建设必须以人为本，深入调研、了解大众对于司法系统的信息需求，以符合受众需求习惯和心理特点为前提，注重技术的人性化和便利化。前期法院信息化的目标虽然明确，投入巨大，但是诸如庭审直播、微博微信平台，并没有取得预期效果，很大程度上是因为该系统是从“法院本位”的角度出发来设计的。法院会选择趋利避害的方式回避敏感案件或信息，公众无法从技术创新中获得有效信息和兴趣点。因此，“智慧法院建设必须充分考虑到当事人等诉讼参与人司法活动的机会，谨防出现数字鸿沟问题。同时，应高度重视应用群体的用户体验，按照大众普遍能接受的工作习惯和生活习惯来涉及界面和功能，保证系统功能全面且操作简单。”<sup>②</sup>在智慧法院建设初期就要通过调查，掌握公众的实际需求，以此为标准设计信息化的建设内容，合理定位建设方向，提出切合实际的功能，避免开发一些实用性不强，却投入高、风险大的项目。运行期间可通过网站、微信等定期回访关注用户体验，根据意见及时改进服务细节，做到动态运行管理。

其次，基层人民法院应该转变思维，以积极心态面对新媒体时代的到来。基层法院之所以在信息化建设的某些领域迟迟无法取得进展，与一些思想藩篱有直接关系。譬如我们提到的法院网站栏目无内容、微博不更新、微信原创较少、庭审直播案件普通冗长等现象，与部分法院思想陈旧、顾虑太多有关。在当今社会，数字新媒体时代已经以不可遏制之势到来。新媒体所带来的海量信息、即时分享、无界传播，正在迅速改变着中国社会的政治生态。司法公开与新

<sup>①</sup> 孙振东：《司法大数据助推“智慧法院”建设》，《人民法院报》2016年12月9日第3版。

<sup>②</sup> 潍坊市中级人民法院：《避免陷入剧场化的泥沼：接触型司法在智慧法院建设中的应有考量》，<http://wfzy.sdcourt.gov.cn/wfzy/442541/442474/1646780/index.html>。

媒体的深度融合，借助新媒体为公众提供更好的司法参与平台、表达平台、监督平台，是不可逆转的趋势。担心网络信息不可控性导致负面影响或逾越雷区，以至于畏首畏尾、裹足不前，只能引发公众更大的不理解和不当评价。如果以积极心态面对新媒体时代的到来，在司法公开过程中，以社会公众为中心，明确信息发布规则，厘清责任边界，根据自身发展需要，结合地方特色，找准受众群体，合理定位司法公开平台职能属性，附之以多样化的语言，创新司法公开内容，增加与公众的有效互动，就能够产生良好的效果。

## 社会许可视角下环境保护公众参与制度的完善

李飞\*

**摘要：**环境保护公众参与目前存在高度形式化的问题，难以实现公众参与应有的作用。而社会许可理念能够给环境保护公众参与带来一定的借鉴，如重视环境保护公众参与的实质性价值，强调环境保护公众参与持续性，明确公众参与主体的决策权等。在此基础上提出相关建议，建立“二元”的环境保护公众参与对话机制，创新环境保护公众参与形式，并完善相关配套制度等，从而更好的完善环境保护公众参与制度。

**关键词：**社会许可；公众参与；环境保护

### 一、问题的提出

环境保护的公众参与是指在环境保护领域里，公民有权通过一定的途径参与一切与环境利益相关的活动，使得该项活动符合公众的切身利益<sup>①</sup>。随着环境问题的日益严重，公民对于环境问题的重视以及自身环境权益意识的觉醒，使得公众参与在环境保护领域的作用日益重要。党的十九大报告也指出要构建政府为主导、企业为主体、社会组织和公众共同参与的环境治理体系<sup>②</sup>。我国在环境保护领域已经建立了相关的公众参与制度：《环境保护法》对公众参与做出了原则性的规定，并相继出台了《环境保护公众参与办法》《环境影响评价公众参与办法》等，对公众参与做了进一步的规定。但是目前对于环境保护公众参与的规定过于粗略，并不能有效的指导环境保护公众参与的实践，且普遍存在着参与失灵的现象，即公民在影响社会公共事务方面动力不足，行动能力有限，参与机会很少，对环境保护无法产生有效影响<sup>③</sup>。目前在相当多的环境集体抗争事件中，都是由于在时间发展初期，政府以及涉事企事业单位没有重视公众的意见，没有采取相应的行动。最终导致公众情绪不断高涨，在缺乏规范化诉求表达机制的情

---

\* 李飞（1989~），男，山西高平人，南开大学法学院博士研究生

① 史玉成.论环境保护公众参与的价值目标与制度构建[J].法学家,2005(01):128-133.

[②] 习近平.决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告[R].人民日报,2017-10-28(01)..

[③] 辛方坤,孙荣.环境治理中的公众参与——授权合作的“嘉兴模式”研究[J].上海行政学院学报,2016,17(04):72-80.

况下，往往采取非制度化的行动，引起了群体性事件。有学者指出，相当多的环境群体性事件源起与演变模式大致相同：政府在初始阶段独占决策权，在封闭的行政程序中做出决策——公众施加压力，政府被迫做出回应——公众持续施压，政府更大程度地与公众分享决策权力，承诺如果大多数市民反对，项目将不会动工——直至最终，政府让公众掌握决策权<sup>[①]</sup>。这过程中往往伴随着群体性事件。例如发生在2012年四川什邡的宏达钼铜项目事件，造成该事件的一个重要原因就是项目选址过程中，建设项目环境影响评价的公众参与没有得到充分满足，由此引发了群体性事件。社会许可一般是指社区对于企业在该社区行为的持续的接受和认同。国外对于社会许可的广泛应用，目的在于协调政府、企业与当地居民的关系以有利于当地的可持续发展。之所以从社会许可的角度来完善环境保护公众参与，就是希望利用社会许可体现的相关理念，为环境保护公众参与提供一定的启示和借鉴，以便进一步完善环境保护领域的公众参与制度。

## 二、社会许可的内涵

### 1. 社会许可的定义

Social License to Operate (缩写为SLO)，中文翻译为社会许可或者社会运营许可（下文统称为社会许可）。20世纪90年代，人们对环境问题日益关注，矿产企业面对日益严重的公众质疑，关于反对某矿产公司某些行为的游行时常成为当时新闻的热点。因此，当时担任Placer Dome公司国际与公共事务负责人的Jim Cooney指出，矿产企业除了要获得法律规定的政府许可之外，还要获得社区乃至整个社会的许可，即社会许可（SLO）。以上文中提到的四川什邡宏达钼铜项目事件为例，选址附近的居民由于对项目可能造成的某些消极影响有疑虑，通过一系列的行动对政府造成压力，政府基于各种考量（比如对社会秩序的需求等）做出了停止该项目的决定。在某种程度上，这意味着公众对于该项目行使了某种否决权，表明该项目没有获得社会许可。

目前，学者从不同角度对社会许可进行了定义，比较有代表性的观点包括：①社会许可是指企业与社区之间的关系，表示社区对于企业在当地行为的一种持续的接受或者认同。例如Lucy Mercer-Mapstone等认为社会许可可以被定义为利益相关者的持续的、不稳定的接受程度。社会许可能够在项目周期的任何阶段被废除，这种变化建立在观念的改变上或者反映了被

---

[①] 冯琳,王华,庞玉亭,王铜,陈哲祺.城市垃圾焚烧厂选址邻避冲突的对策探讨[J].环境保护,2018,46(19):49-51.

许可人和利益相关者（即许可人）的关系<sup>[①]</sup>。②社会许可是一种非正式契约，该契约确保只要企业按照利益相关者的要求和期望运行，那么就可以降低可能出现的社会政治风险强度<sup>[②]</sup>。Raphael J. Heffron 等指出，社会许可是企业与社区（或者利益相关者）之间的非正式合同，该合同能够让企业获得法律许可的行为也获得来自社会方面的支持<sup>[③]</sup>。③社会许可是一系列必须遵守的规则。企业和社区通过对话、谈判等一系列互动，建立了相互沟通的方式和利益分配的规则，明确彼此的承诺和需求，确定了冲突的解决方式，由此确立了一系列企业和社区双方都必须遵守的规则。正如 Jason Prno 等指出，社会许可是一系列的规范，用于规范在整个项目期间，许可人和被许可人之间的互动谈判。<sup>[④]</sup>。国外学者对于社会许可的定义主要是围绕企业与利益相关者的角度展开论述。国内的戚建刚教授则拓展了社会许可的内涵，将之拓展到行政法领域，指出社会许可是一套权力体系，可以更简洁的称之为社会性许可权，是指受到项目影响的社会性许可被申请人对作为社会性许可申请人的项目企业以及对项目承担行政许可职责的国家行政机关所享有的某种主张或者资格<sup>[⑤]</sup>。

综上所述，可以将社会许可定义为许可人对被许可人行为的一种持续的接受或者认同的关系。该关系是在许可人与被许可人之间通过沟通，确立了一系列规则的基础上建立的。其中被许可人是希望能够获得社会许可，从而确保自身行为或者项目能够顺利运行的主体，包括企业、政府部门等；而许可人则是指能够给被许可人行为或项目以支持，提高其合法性的主体，包括社区、公民、社会组织等。

## 2. 社会许可的特征

通过上述学者对社会许可的定义进行分析，可知社会许可具有如下特征：

（1）概念的模糊性。目前并没有相关的法律对社会许可做出明确规定，学者对于社会许可

---

[①] Lucy Mercer-Mapstone, Will Rifkina, Winnifred Louis, Kieren Moffat. 'Meaningful dialogue outcomes contribute to laying a foundation for social licence to operate' 2017. *Resources Policy* 53(2017) 347-355.

[②] Claire Richert, Abbie Rogers, Michael Burton. 'Measuring the extent of a Social License to Operate: The influence of marine biodiversity offsets in the oil and gas sector in Western Australia' 2015. *Resources Policy* 43(2015) 121-129.

[③]: Heffron, R.J. 'The emergence of the 'social licence to operate' in the extractive industries?' 2018. *Resources Policy*, <https://doi.org/10.1016/j.resourpol.2018.09.012>.

[④] Jason Prno, D. Scott Slocombe. 'Exploring the origins of 'social license to operate' in the mining sector: Perspectives from governance and sustainability theories' 2012. *Resources Policy* 37(2012) 346-357.

[⑤] 戚建刚. 社会性许可权的行政法建构 J. 武汉大学学报(哲学社会科学版), 2018, 71(04): 126-137.

的概念界定也并不统一。正如有学者指出,社会许可本身不是法律概念,因此在实践中往往难以操作<sup>[①]</sup>。实际上,这个名词本身就有相当大的阐述空间。例如,社会许可中“社会”的范围就很模糊——什么样的主体可以纳入“社会”的范围,确定“社会”的标准是什么。社会许可中“许可”的涵义也很模糊——授予“许可”的标准是什么,被许可人获得“许可”的形式又是什么。诸如以上问题,都困扰着社会许可在实践中的应用。但是,正是由于社会许可概念的模糊性,又让社会许可的应用具有广阔的空间。最开始社会许可只是应用于矿产企业,目的在于减少社会风险。但很快社会许可就被运用到其他行业并被不同的主体运用以便实现自身目的,比如 NGOs, 社区、政府等<sup>[②]</sup>。社会许可往往受到当地的文化背景、法律制度、社会发展阶段、政府管理能力甚至人口代际更换等因素的影响,其表现形式也并不固定。正如张爱荣指出:“……公司总是以已经获得社会许可作为开展项目前提,但是事实上没有任何文件可以证明一个公司或项目获得了社会许可,而民众也通常会默认这一标准……”<sup>[③]</sup>。正是社会许可的模糊性,能够让社会许可这一概念适用于不同的社会背景,人们可以不必关注社会许可的具体细节,而是利用其理念,有效指导人的行为。实际上,只要根据当地的具体情况对社会许可加以明确的制度化就可以让社会许可发挥应有的作用<sup>[④]</sup>。

(2) 动态性。在一个项目周期中,社会许可并不是固定不变的,其标准和实施会根据不同的社会规范、文化背景等因素的变化而变化。首先,社会许可的状态是动态的。被许可人此时获得社会许可,并不意味着其一直能够获得社会许可。被许可人行为的变化、许可人认知和偏好的变化,以及双方关系的变化都能够引起社会许可状态的变化。这意味着,即使被许可人一开始获得社会许可,也可能因为种种原因而失去社会许可。其次,社会许可的内容是动态的。如上文所述,社会许可往往意味着双方达成了某种契约关系。此时,被许可人和许可人各自做出承诺,规定彼此的权利义务关系。但是契约的内容是可以变化的,许可人可能产生新的偏好

---

[①] Martin Brueckner, Marian Eabrasu, 'Pinning down the social license to operate (SLO): The problem of normative complexity' *Resources Policy* (2018), <https://doi.org/10.1016/j.resourpol.2018.07.004>.

[②] Kieren Moffat n, Airong Zhang. 'The paths to social licence to operate: An integrative model explaining community acceptance of mining' 2014. *Resources Policy* 39 (2014) 61-70.

[③] 张爱荣,陈俊芳,匡仪,王晓明,吴小菊,杨舒雯,郑蕊,李纾.环境和生态意识催生的社会许可问题:缘起与应对[J]. *心理科学进展*,2018,26(10):1711-1723.

[④] Chilenye Nwapi. 'Can the Concept of Social Licence to Operate Find Its Way into the Formal Legal System' 2016. *18 Flinders L.J.* (2016)349-375.

和需求，被许可人和许可人之间可能因为新的状况而约定新的权利义务内容。最后，社会许可的程度是动态的。有学者将社会许可划分为四个层次，第一层次是社会许可的拒绝或撤销，这意味着被许可人没有获得社会许可或者是获得后又被撤销了社会许可。第二层次，是对被许可人行为的接受，这意味着许可人并不反对被许可人的行为。第三层次是对被许可人行为的赞同，这意味着许可人不仅不反对被许可人的行为，还会对被许可人的行为予以支持。第四层次是对被许可人的心理认同，此时，许可人与被许可人认为双方有着共同的利益，并形成了伙伴关系<sup>[①]</sup>。被许可人通过对自身行为的调整，或者许可人基于自身认知和偏好的变化，以及双方长期的互动，都有可能造成社会许可在不同层次之间的变化。

(3) 持续性。社会许可是一种持续性的状态。正如 Emma Wilson 指出的，社会许可是许可人与被许可人通过持续的谈判、辩论而建立的一种关系<sup>[②]</sup>。这是因为在现实中，被许可人的项目往往持续很长时间，以矿产项目为例，一个项目往往持续十几年甚至几十年。许可人和被许可人都无法完全预测整个项目周期可能出现的环境问题，而被许可人获得社会许可并不意味着一劳永逸。相反，被许可人在整个项目周期中，都要时刻兑现自身的承诺，并不断与许可人互动，满足其新的需求和偏好。而许可人也要时刻对被许可人进行监督，防止其违反承诺，并与被许可人保持互动，提出新的要求。因此，社会许可是持续的、建立在不间断互动基础上的关系。

(4) 规范的补充性。社会许可作为一系列的行为规范，实际上是对目前正式的，有明文规定之法律规范的一种补充。首先，社会许可可以被视为一种行为规范，社会许可虽然没有法律规定，但是社会许可是由许可人与被许可人双方达成合意而实现的。正如上文所说，社会许可意味着双方达成了一种不成文的契约关系，这种关系对双方有着一定的约束力。此外，政府部门的监管和法律、企业自身的规范和法律以及社区的人共同做出的相关的规范，都可以看作是集体的行为，是为了实现公共利益，因此也就具有一定的权威性。同样的，社会许可之所以具有权威性在于社会许可双方当事人的期望实际上就是集体的期望和规则，也就具有权威性和强

---

[①] Boutilier, R., Thomson, I., 2011. Modelling and Measuring the Social License to Operate: Fruits of a Dialogue between Theory and Practice. <<http://sociallicense.com/publications/Modelling%20and%20Measuring%20the%20SLO.pdf>>(2018/08/21).

[②] Emma Wilson. 'What is the social licence to operate Local perceptions of oil and gas projects in Russia's Komi Republic and Sakhalin Island.'2016. The Extractive Industries and Society 3 (2016)73-81.

制力<sup>[①]</sup>。因此,社会许可是一种行为规范。其次,Sara Bice 等认为,一个项目往往需要取得三种许可。第一种是政治许可。政府部门往往基于赢得选票、促进公共利益或者促进经济发展,以便获得自身的合法性之考虑,而对该项目予以政策上的支持和鼓励。此时,该项目获得政治许可。第二种是法律许可,该项目通过了政府部门按照法律规定之程序进行的检查,符合相应的标准。此时,该项目获得法律许可。第三种就是社会许可,社会许可是对政治许可和法律许可的补充。该项目在满足政府发展需求和法律规定的要求之外,还应该许可人的需求和偏好,才能够获得许可人的支持,保障项目的顺利运行。第三,社会许可作为政治许可和法律许可的补充,三者之间存在着密切的联系。社会许可的内容可能会转化为政治许可和法律许可的内容,而政治许可和法律许可的内容往往是社会许可的前提。<sup>[②]</sup>

(5)内容的公益性。社会许可的内容往往与企业社会责任、可持续发展、环境保护等相关。为了确保项目的顺利运行,被许可人会就做出相关承诺,为许可人提供关于教育、就业、健康卫生、环境保护等服务。许可人也会根据自身的需求和偏好,要求被许可人就以上方面做出承诺,许可人则对被许可人的项目予以接受和支持。可见,社会许可的内容具有公益性。

### 3. 社会许可与公众参与的关系

社会许可与公众参与是不同的概念。社会许可是一种状态,表示的是一种持续的、许可人对于被许可人的一种接受或者支持的关系;而公众参与是手段,目的在于提高行政行为的科学性和民主性。社会许可针对的是企业的行为,目的在于消除企业将来可能遇到的社会风险。而公众参与往往针对的是政府的行政行为,目的则在于提高行政决策的公信力和民主性,公众参与实际上具有健全民主制度、丰富民主形式之作用<sup>[③]</sup>。但是社会许可与公众参与仍然有一定的共通点。首先,充分的公众参与是获得社会许可的重要手段。许可人主动表达自身需求和偏好,与被许可人进行积极主动的互动,才能够让被许可人做出相应的承诺,双方达成合意。其次,社会许可与公众参与具有共同的理念。一方面,两者都是新公共管理理念的体现。不论是社会许可还是公众参与,出现的一个重要背景就是传统的由政府独占行政权力的管理模式已经无法适应新的社会形势,此时政府部门出让部分权利,由非政府部门参与到社会治理中去。另一方

---

[①] Hans Lindahl, One Pillar. 'Legal Authority and a Social License to Operate in a Global Context'2016. 23 Ind. J. Global Legal Stud (2016) 201-224.

[②] Sara Bicea, Martin Bruecknerb, Christof Pforrc. 'Putting social license to operate on the map: A social, actuarial and political risk and licensing model (SAP Model)'2017. Resources Policy 53(2017) 46-55.

[③] 王锡铤. 公众参与:参与式民主的理论想象及制度实践[J]. 政治与法律,2008(06):8-14.

面，社会许可与公众参与体现了协商民主的理念。协商民主理论主张公共政策必须经由公共协商的过程，在自由、平等的公民之间进行讨论、对话和争辩，在此基础上形成决定，从而让公共政策在实质上符合更多公民的利益，而不只是在表面上体现了公民的意志<sup>[①]</sup>。该理论试图通过将理性的公民之间的协商引入民主过程之中，通过参与者之间真诚、理性的讨论，提升民主的质量，使决策不仅仅是“意见的聚合”，而是有质量的、理性的决定<sup>[②]</sup>。社会许可和公众参与的最终目的就在于让最终的决策能够满足公民的真实需求和偏好。而要达到这一目的，就需要当事人进行不断的交流和互动，即协商。对于社会许可来说，对话（dialogue）本身被认为是获得和维持社会许可很重要的一部分，对话是参与者（公众参与、社区参与）的重要步骤，是建立企业和社区关系的重要基础，也是获得和维护社会许可的关键因素。而对公众参与来说，公众参与的形式如问卷调查、座谈会、论证会等方式也是协商的体现。可见，社会许可和公众参与体现了协商民主的理念。最后，社会论证和公众参与都涉及到公共利益的保护。如上文所述，社会许可的内容与公共利益密切相关。被许可人要获得社会许可就必须做出承诺，保护并促进公共利益。许可人之所以授予社会许可也是因为其关注的公共利益得到了保障。而公众参与也是为了促进公共利益的实现。

### 三、社会许可对环境保护公众参与的启示

正是社会许可与公众参与有着一定的共通点，因此社会许可能够给环境保护公众参与提供一定的借鉴，主要包括：

#### 1. 重视环境保护公众参与的实质性价值

当前环境保护领域的法律法规对于公众参与的目的没有明确规定。《环境保护法》只是明确了将公众参与作为环境保护的原则之一。《环境保护公众参与办法》《环境影响评价公众参与办法》都只是对于公众参与的形式、程序等因素进行了必要的规定，但是并没有对公众参与的目的进行明确规定。《环境影响评价公众参与办法》明确规定如果建设项目未充分规定公众意见的，生态环境主管部门应该退回环境影响报告书。这实际上表达了立法者的一种倾向，即更强调公众参与的程序性价值，将环境保护公众参与作为相关单位的强制义务，视公众参与为解决环境问题的一种工具。这种倾向实际上是认为环境保护的客观问题已经明确，公众参与的目的就在

---

[①] 李火林.论协商民主的实质与路径选择[J].中国人民大学学报,2006(04):94-99.

[②] 王锡铤. 公众参与:参与式民主的理论想象及制度实践[J]. 政治与法律,2008(06):8-14.

于如何有效解决这些问题，而解决问题的依据和标准已经确定了<sup>[①]</sup>。这就导致人们更关注公众参与的程序性价值，而忽略了公众参与的实质性价值。政府在做出环境保护决策时往往愿意采用对自己有利的公众参与形式，目的就在于让自身决策满足合法的程序性要求，而不关注该形式是否能够真正实现公众意见的充分表达。在司法实践中，法院对公众参与的审查也主要是形式上的审查。例如在“邵定文不服被告贵州省环境保护厅于2010年11月25日作出的黔环审[2010]245号《关于对毕节市宝黔煤矿15万t/a（新设）项目环境影响报告书的批复》案”中，有学者就认为法院对公众参与的审查忽视了对公众参与的实质性审查<sup>[②]</sup>。正是这种重视公众参与程序性价值，忽视公众参与实质性价值的倾向，导致目前环境保护公众参与存在高度形式化的情况。上文中提到的宏达钼铜项目事件中，宏达公司就钼铜项目发放过《环境影响评价意见表》，通过问卷调查征集意见。然而，问卷设计的内容仅仅限缩在工程科技层面的讨论，并对宏达钼铜项目可能带来的效益作了重点说明，而其中所隐匿的环境风险全无涉及<sup>[③]</sup>。这样的公众参与很显然无法排除公民对于该项目的疑虑。实际上有学者也指出，相比于过程的有效性，公众参与结果的有效性更能促进环境治理满意度的提升<sup>[④]</sup>。

如上文所述，社会许可的特征之一是规范的补充性。即使一个项目获得了政府的政策支持，也符合相关法律规定的标准和程序（包括公众参与程序），但是如果不能满足许可人的偏好和需求，那么该项目就不能够获得社会许可，也就无法消除可能面对的社会风险。从这一角度来讲，社会许可其实意味着项目运行的最终目的就在于实现许可人的权利和利益诉求。同理，对于公众参与来讲，其终极目的在于公众本身，就是要保护公众自身的权利，实现自身的利益诉求。首先，环境保护公众参与本身就是公民享有环境权的内容，充分有效的环境保护公众参与就是公民环境权的实现。其次，环境保护公众参与要解决相关的环境问题。但是解决什么样的问题，如何解决问题，解决问题的标准是什么？很显然，这必然需要公众、政府、市场等主体对以上问题达成共识，而这恰恰是环境保护公众参与的价值所在。“在一定意义上，我们所面对的环境

---

[①] 赵闯,姜昀含.环境决策中公众参与的有效性及其实现[J].大连理工大学学报(社会科学版),2019,40(01):115-122.

[②] 吴宇.建设项目环境影响评价公众参与有效性的法律保障[J].法商研究,2018,35(02):15-24.

[③] 鄢德奎.邻避治理中的结构失衡与因应策略[J/OL].重庆大学学报(社会科学版):1-13[2019-08-21].<http://kns.cnki.net/kcms/detail/50.1023.c.20190116.0901.002.html>.

[④] 陈卫东,杨若愚.政府监管、公众参与和环境治理满意度——基于CGSS2015数据的实证研究[J].软科学,2018,32(11):49-53.

难题，不是科学本身的问题，而是人们在社会层面如何看待和利用科学的问题。与此相似，环境决策所呈现出的复杂性，不仅涉及科学事实层面的不确定性，也涉及利益和价值层面的多样性，环境选择是对科学和技术的选择，也同样是对政治、社会和文化的选择。”<sup>[①]</sup>环境保护公众参与的价值就在于让公众通过彼此的交流、互动，充分表达意见，了解不同群体的诉求和偏好，从而不断修正自身观点，影响别人的看法，最终在环境保护领域上达成共识。最后，环境保护公众参与提倡公众与政府、市场主体之间，不同利益群体之间的理性对话，这种对话本身也是一种学习过程。通过彼此之前的交流、学习，提高了公民个人的环境治理能力，同时也有助于决策者提前识别、解决冲突，有助于防止由于反对和诉讼导致项目实施受到阻碍<sup>[②]</sup>。可见，社会许可对于环境保护公众参与的启示之一，就是要重视环境保护公众参与的实质性价值，提高环境保护公众参与的有效性。

## 2. 强调环境保护公众参与的持续性

目前环境保护领域对公众参与的规定呈现“间断性”的特点。《环境保护法》对公众参与做出了原则性的规定，《环境保护公众参与办法》则在总体上规定了公众参与的范围和形式，《环境影响评价公众参与办法》则对环境影响评价阶段的公众参与进行了更加详尽的规定。这表示除了环境影响评价阶段的公众参与，环境保护其他领域的公众参与的法律规定并不详尽，公众参与的形式、范围等都由政府部门根据具体情况进行自由裁量。这实际上造成了很大的一个问题，就是公众参与呈现“间断性”的特点，即只有在出现具体问题时，政府才会放开公众参与程序，每次公众参与的形式、目的、主体都不相同，公众参与成为一次性的程序。比如在一个项目周期中，环境影响评价行为一旦完成，意味着这一阶段公众参与即告结束。而环境问题往往具有长期性，例如现实中很多涉及到环保的PPP项目，时限长达几年甚至十几年，现在出现的问题往往与之前出现的问题相关联，“间断性”的公众参与很显然不能有效解决这一问题。可见，“间断性”的公众参与已经不能够满足目前环境保护的需求。

社会许可的重要特征就在于社会许可是一个持续的关系状态。被许可人在整个项目周期中，都要时刻兑现自身的承诺，并不断与许可人互动，满足其新的需求和偏好。而许可人也要持续对被许可人进行监督，并与被许可人保持互动，提出新的要求。同理，环境保护公众参与也应

---

[①] 赵闯,姜昀含.环境决策中公众参与的有效性及其实现[J].大连理工大学学报(社会科学版),2019,40(01):115-122.

[②] 涂正革,邓辉,甘天琦.公众参与中国环境治理的逻辑:理论、实践和模式[J].华中师范大学学报(人文社会科学版),2018,57(03):49-61.

该具有持续性。一方面，关于人类环保行为的产生最常见的一种解释是态度—行为理论。人类的行为更多的是依赖于结果的出现，而不是信息或是建议，尤其是环境问题<sup>[①]</sup>。环境保护公众参与的一个目的就在于通过公众参与提高环保决策的科学性和民主性，从而起到规避风险的作用。但是，人们不可能完全预测到未来的环境问题，这就要求政府、企业、公民等主体保持持续的互动，面对新出现的问题及时做出合理科学的应对。另一方面，公众参与的一个价值就在于达成共识。但是“真理不是一种外在于人类生活世界的超经验存在，而是内在于人类经验之中的一种东西。无论是科学真理、道德真理还是政治真理，都是理性的、自由的个人所组成的共同体通过不断探索而终将获得的知识。在这一探索过程中，共同体中的每一位成员都必须参与讨论和对话，从而达成共识，但由于这个探索者的共同体无法超越时间的限制而不断探索下去，所以他们在任何一段时间中达成的共识都是不完备的、暂时的和可更正的。”<sup>[②]</sup>很显然，即使人们面对环境问题达成了共识，该共识也是不完备和可更正的。一旦出现新的问题，或者人们的认知和需求出现了变化，那么就需要通过公众参与达成新的共识。因此，环境保护公众参与的延续性应该具有以下三方面内容：第一，目的的延续性。目前相当多的环境问题往往涉及到一个具体的项目，该项目中不同阶段的公众参与可能解决不同的问题，但是最终的目的都是有助于该项目更好的运行，实现环境保护的目标，因此公众参与的目的具有持续性。第二，内容的持续性。在一个项目中，现在出现的环境问题往往与之前项目中存在的环境问题或者环保决策有因果关系，因此公众参与的内容也具有持续性。第三，形式的持续性。针对一个长期的项目，公众参与的形式应该具有连贯性，有助于参与主体更好的表达意见，达成共识。

### 3. 明确环境保护公众参与的决策权

《环境保护公众参与办法》指出该办法是为了保障公民、法人和其他组织获取环境信息、参与和监督环境保护的权利而制定，《环境影响评价公众参与办法》也指出该办法是为了规范环境影响评价公众参与，保障公众环境保护知情权、参与权、表达权和监督权。很明显，公众的决策权并无明文规定，这实际上也是公众参与不能起到真正作用的重要原因。相对于过程的公平性，公众参与结果的有效性实际上更有助于提高环境治理的满意度。何为公众参与结果的有效性——就是指公众参与能够切实影响环境保护决策，政府对于公众表达的意见进行充分的回应。正如朱谦教授所说，如果没有一种体制性的结构使得公众的诉求得到考虑或者回应，那么

---

[①] 王凤. 公众参与环保行为影响因素的实证研究[J]. 中国人口 资源与环境, 2008, 18(06): 30-35.

[②] 孙施文, 殷悦. 西方城市规划中公众参与的理论基础及其发展[J]. 国外城市规划, 2004(01): 15-20+14.

公众参与就可能符号化<sup>[①]</sup>。目前,除了《环境影响评价公众参与办法》,并没有其他法律法规要求政府对于环境保护公众参与的结果做出回应,环境保护公众参与的虚置化也就难以避免。

而社会许可能够为提高公众参与结果的有效性提供一种思路。如上文所述,社会许可是许可人对被许可人项目的一种接受或者支持。而一旦被许可人失去社会许可,许可人可能会采取行动,通过游行示威、上访等方式,给被许可人造成压力,被许可人基于各种因素的考量,就会停止该项目。从这一个角度讲,我们可以认为许可人行使了某种程度的否决权。由此可见,许可人之所以能够让被许可人重视自身意见,就在于许可人能够影响项目的运行,乃至否决项目的建立或运行。同理,要想提高公众参与结果的有效性,提高政府对公民意见的回应程度,就要让公众参与主体享有一定程度的决策权。按照学者Sherry Arnstein的公民参与阶梯理论,公众参与可以分为三个阶段,非参与、象征性参与和实质性参与。按照我国目前对环境保护公众参与形式的规定,其尚处在象征性参与的阶段。而赋予公众决策权,就能使得我国环境保护公众参与变成实质性参与,由公民与政府共享决策权力,甚至能够自主做出决策。只有公众参与主体享有决策权,才能够提高公众的分量,政府才有动力回应公众的意见。因此,有必要赋予公众必要的决策权,使得环境保护公众参与变为实质性参与。

#### 四、社会许可角度下完善环境保护公众参与的建议

##### 1. 建立“二元”的环境保护公众参与对话机制

公众参与的一个重要方法论基础是交往理论,即人们之间通过交流、对话和沟通,相互理解、宽容,就能够在思想上达成一致,在行动中协调合作<sup>[②]</sup>。因此,对话是公众参与的一个重要内容,参与者之间通过理性的对话,进行信息的交换和说理,了解彼此的诉求和偏好,并不断修正自身的观点和诉求,在理性的基础上达成共识,进而在有共识的前提下协同合作,采取行动。社会许可也很重视对话的作用,认为对话是建立许可人与被许可人的重要基础,是获得和维持社会许可的关键因素。有学者指出,对话作为一种机制,有助于建立许可人与被许可人之间建设性的关系,促进互信,还有助于实现程序公平,而这些是获得社会许可的重要因素<sup>[③]</sup>。Lucy Mercer-Mapstone等将对话分为两个类型:第一种类型是学习型对话。该类型对话没有

---

[①] 朱谦.公众环境行政参与的现实困境及其出路[J].上海交通大学学报(哲学社会科学版),2012,20(01):34-41.

[②] 孙施文,殷悦.西方城市规划中公众参与的理论基础及其发展[J].国外城市规划,2004(01):15-20+14.

[③] Lucy Mercer-Mapstone, Will Rifkina, Winnifred Louis, Kieren Moffat. 'Meaningful dialogue outcomes contribute to laying a foundation for social licence to operate' 2017. Resources Policy 53(2017) 347-355.

特定的目的和程序,主要是在于信息的交流,让许可人与被许可人了解彼此的观点和利益诉求,并在不断地交流中彼此建立互信,调和不同的观点,建立一致行动的基础。第二种类型是策略型对话。该对话有明确的结构、日程、程序和目的(主题),往往是为了达到特定的目的或者是解决特定的问题<sup>[①]</sup>。国内也有学者将社会许可中的对话分为两个阶段:第一阶段是磋商阶段,如果许可人与被许可人通过信息的沟通,充分的交流,能够达到充分的互信,许可人与被许可人之间达成充分的合意,此时就可以认为被许可人获得了社会许可。但如果许可人与被许可人在磋商机制不能达成互信,对于某一具体问题产生严重分歧,导致出现对抗性话语乃至行动时,此时就要进入第二阶段——表决阶段。许可人对具体问题进行讨论,通过表决做出决策<sup>[②]</sup>。因此,可以借鉴社会许可的对话机制,建立“二元”的环境保护公众参与对话机制。

所谓“二元”的环境保护公众参与对话机制,就是建立两种不同的环境保护公众参与对话模式。第一种模式是学习型对话。在该对话模式中,参与对话的政府、企业、公众等主体通过充分的信息交换,了解彼此的观点和利益诉求,并在不断地交流中彼此建立互信,容纳不同的观点,建立一致行动的基础。例如,在某一PPP项目中,政府应该对该项目可能涉及的环境影响、造成的环境问题等信息向公众公开,而公众则主动向政府和项目公司申请获得想了解的信息,并提出自己的看法和建议,表达自身诉求和偏好。在这一阶段,参与主体通过信息的交流和说理,公众对项目的内容有了较多的了解,政府和企业也进一步了解了公众的需求和偏好,进而可以在此基础上做出决策上的修正。通过学习型对话,政府、企业、公众等主体之间加深了对该项目的了解,有助于该项目获得公众的接受和支持。良好的学习型对话,能够让政府、企业、公众达成共识,共同采取行动,更好的推进该项目的进行。第二种类型的对话是策略型对话,该对话往往有特定的目的,有着特定的程序和明确的参与主体,需要对具体问题做出决策。此时,公众通过合理有效的程序和规则对 ([1]) Lucy Mercer-Mapstonea,Will Rifkina,Kieren Moffatb,Winnifred Louisc. 'Conceptualising the role of dialogue in social licence to operate'2017. Resources Policy 54(2017) 137-146. ([2]) 李飞,何红锋.PPP 模式社会许可法权化探究[J].行政论坛,2019,26(01):122-129.

序，选取合适的代表，针对具体问题进行表决，做出决策。该表决结果应该对政府、企业和公众都具有约束力。目前法律规定的公众参与形式如政府征求意见、问卷调查，组织召开座谈会、专家论证会、听证会等都大致属于学习型对话的范畴。不过部分地方实践已经有了关于策略型对话的雏形，比如浙江省嘉兴市出现了由政府官员、市民代表、社区居民代表、等共同组成的项目审批圆桌会，对政策制定、项目论证、规划评审等环境问题进行协商决策。策略型对话针对的是具体的问题，形式、内容都很多样化，因此如何将策略型对话制度化是一个难题。目前来说，可以在环境保护相关法律中明确公众具有决策权，并进一步通过立法，对策略型对话的程序、参与代表的选取等进行原则性的规定，使得策略型对话有法可依。此外，鼓励地方政府积极开张相关实践，以便为相关后续立法积累经验。

## 2. 创新环境保护公众参与形式——社区发展协议（CDAs）

社区发展协议（Community Development Agreements，简称为 CDAs）是指社区居民与项目发起人达成的私人协议，该协议用来确保该项目能够有助于当地的可持续发展<sup>[①]</sup>。社区发展协议可以认为是社区居民与项目发起人建立的一个长期的契约关系，该契约明确规定了彼此间的权利义务关系，并通过该协议明确双方对于该社区的可持续发展具有共同的义务和责任<sup>[②]</sup>。目前，社区发展协议在美国、加拿大、塞拉利昂等国家得到广泛应用，是公众参与的一个重要形式。如上文所述，公众参与具有“间断性”特点，公众参与往往体现为一次性的程序。尤其在一个项目中，只有环境影响评价阶段的公众参与有具体明确的法律规定，而在项目其他阶段的公众参与缺乏明确的法律支撑，这无疑限制了公众的参与权。而社区发展协议有助于解决这一问题。首先，社区发展协议是由项目发起人和当地居民自愿达成的，在这一过程中，当地居民主动表达自身意愿并积极与项目发起人展开谈判，充分实现了参与权。第二，社区发展协议的内容包括项目发起人做出的相关承诺，比如在环境保护、健康卫生等方面采取的措施，也包括明确公众参与的形式、时间节点等，比如信息交流机制，争端解决机制等。将公众参与通过书面形式加以规定，对项目发起人和社区居民都有约束力，这样一来就有效缓解了因缺乏明确法律规定带来的公众参与不足的问题。第三，社区发展协议具有长期性，在整个项目周期中都起着作用，能够指导整个项目周期的公众参与，因此可以有效的保障环境保护公众参与的延续性。

---

[①]Chilenye Nwapi. 'Legal and institutional frameworks for community development agreements in the mining sector in Africa'2017. *The Extractive Industries and Society* 4 (2017) 202–215.

[②] Felix Marco Conteh, Roy Maconachie. 'Spaces for contestation: The politics of community development agreements in Sierra Leone'2019. *Resources Policy* 61(2019) 231-240.

因此，可以在相关法律中对社区发展协议进行明确规定，丰富公众参与的形式。尤其是在面对大型项目时，可以鼓励项目兴起人和当地居民积极开展对话、谈判，并签订社区发展协议。该协议应该对签订双方具有约束力，在该协议的基础上，双方形成了合作的伙伴关系。法律应该对社区发展协议的效力、性质进行明确规定，为社区发展协议这一公众参与形式提供充分的法律依据。

### 3. 完善相关配套制度

第一，建立利益表达组织化机制。在现实中，公众是一个个个体，当公众以分散的主体的形式提出建议和意见、做出决策时，他们提出的主张会非常分散，并可能存在内部的冲突，这会削弱他们追求共同的、根本利益的能力<sup>[①]</sup>。而将分散的利益组织化就是将个体利益诉求等信息在组织内部加以集中提炼，使得相同的利益被叠加，不同的利益被协调，从而提高其表达能力，此外，利益表达组织化也是将分散的资源加以汇集，从而提高其行动能力<sup>[②]</sup>。总之，将分散的作为个体的公众利益组织化，能够提高公众的参与能力。

因此，可以建立相应的利益表达组织化机制。鼓励公民充分利用基层自治组织来进行参与，通过如居民委员会，村民委员会等自治组织，由这些组织利用自身服务基层的优势，对公民意见进行汇总，或者由这些组织代表公民与政府、企业等进行交流互动。应该允许公民自己选取代表、组成团体就环境保护问题进行参与。此外，公民也可以通过聘用或者请求非政府环保组织来获得帮助，利用这些组织的专业知识和行动能力来提高自身的参与能力。

第二，完善环境信息公开制度。按照《环境信息公开办法（试行）》规定，环境信息包括政府环境信息和企业环境信息。公民、法人和其他组织可以向环保部门申请获取政府环境信息。但是《环境信息公开办法（试行）》只规定了政府应该主动公开的环境信息。而《企业事业单位环境信息公开办法》也只是明确了列入重点排污单位名录的企业应该主动公开的信息。但是法定主动公开的信息未必能够覆盖公众关注的环境问题，公众难以根据依法公开的信息，对环境问题做出准确的判断。

因此有必要进一步完善环境信息公开制度。第一，进一步加强公民的知情权。凡是涉及到环境问题的信息，除国家秘密，商业机密等依法不能公开的信息外，公民经申请均应该获得相应信息。公民的申请理由并不一定需要严格的理据，只要公民认为该信息与环境问题有关，即可向政府申请公开该信息。此外，在涉及到具体项目的企业，公民可以通过与企业签订的社区

---

[①] 朱谦.公众环境行政参与的现实困境及其出路[J].上海交通大学学报(哲学社会科学版),2012,20(01):34-41.

[②] 王锡锌.利益组织化、公众参与和个体权利保障[J].东方法学,2008(04):24-44.

发展协议来确定自身的知情权，即公民可以依据社区发展协议的规定向企业申请公开有关该项目涉及到的环境信息。第二，可以建立政府、企业、居民的三方参与的信息交流平台。该建议主要针对某些长期的大型项目，该项目往往具有长期性，并对环境有重大影响。因此，可以建立信息交流平台，政府、企业通过该平台及时公布相关的环境信息，公民通过平台向政府和企业要求公开相关信息，并提出相关建议，政府、企业通过平台对其建议做出回应，并落实到具体行动中。

第三，赋予策略型对话的结果以约束力。如上文所述，策略性对话是通过合理透明的程序，在公民中选取合适的代表，针对具体问题进行表决，做出决策。此时，通过策略型对话做出的决策应该具有强制力，否则策略型对话没有意义。因此可以通过两种方式提高对策略性对话的约束力：第一，通过立法直接对策略性对话结果的效力加以规定，明确一旦通过策略型对话做出决策，该决策对涉及的政府部门、企业、公民等主体都具有法律强制力。第二，可以通过社区发展协议规定策略型对话的结果对各方都有约束力，此时政府或者法院成为仲裁者。比如在项目中企业不遵守策略型对话做出的结果，那么公民可以依据社区发展协议向政府或者法院提出请求，要求政府或法院采取措施，让该企业遵守协议。

## 在网格化社会治理中推进法治社会建设

李飞\*

**摘要：**网格化社会治理将政府资源和社会力量有效整合起来，下沉至以网格为单元的基层社会治理过程中，有其独特的优势，是一种重要的社会治理创新方式。网格化社会治理和法治社会建设在实践主体、制度依赖、运行机理、实践目标上存在诸多交叠之处，网格化社区可以成为法治社会建设实践的主要场域。为此，有必要将多元社会主体吸纳到网格化社会治理平台上来，依托平台开展法治宣传教育、推进政社互动、提供公共法律服务、化解社会矛盾纠纷、培育基层民主政治，从而推动法治社会建设。

**关键词：**网格化社会治理 法治社会建设 网格化社区 社会组织

党的十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》，以规范性文件的形式明确提出了“坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设”和“创新社会治理体制”。自此，法治社会和社会治理作为具有规范意涵的术语正式进入我国的政治话语系统，并迅速成为学术研究领域的热点和实践领域的热词。虽然法治社会与社会治理在学理上分属于不同的学科领域，是两个各自独立的学术范畴，分别具有特定的理论意涵、概念功用和问题意识，但同时二者在内容上存在明显的理论交叠，在价值取向上具有较高程度的一致性。同时在现实生活中，法治社会建设和社会治理创新的实践方式在主体、事项、手段、过程等多方面具有重合性。具体而言，全国各地广泛涌现的社会纠纷多元化解决机制的探索、城乡居民公共法律服务体系的建设、行业协会等社会组织公益功能的发挥、社区群众自治和联防行动的展开等等，很难被单纯地归于法治社会建设的内容抑或社会治理创新的举措。也就是说，法治社会建设和社会治理创新在实践中的相互借力，既具有可能性，也具有必然性。

网格化社会治理是近年来社会治理创新的主要举措之一。党的十八届三中全会提出，要“创新社会治理体制，改进社会治理方式，以网格化管理、社会化服务为方向，健全基层综合服务管理平台。”<sup>①</sup>此后全国各级地方党委和政府纷纷对网格化社会治理这一社会治理创新方式展开了大量探索，并取得了一定成效。笔者认为，网格化社会治理和法治社会建设不仅在实践主体、制度依赖、运行机理、实践目标上存在诸多相通之处，甚至网格化社会治理本身就可以视为新时期法治社会建设的重要抓手，也是法治社会建设极其有效的工作平台。因此，我们应当尽可能

---

\* 李飞，（1990—），男，山东省菏泽市人，南京师范大学法学理论专业博士研究生，研究方向：法学理论。

<sup>①</sup> 《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》，人民出版社 2013 年 11 月版，第 50 页。

地将多元的社会主体吸纳到网格化社会治理平台上来，依托网格化社会治理平台大力推进法治社会建设。

### 一、网格化社会治理的特征和优势

目前，虽然各地在实践中推进网格化社会治理的具体方式和举措不尽相同，但在总体上有若干一致的表现形式，如治理空间的网格化细分、网格内专门治理人员的部署、多元治理力量在网格内的配合联动、运用现代信息技术建立为网格化治理服务的信息平台，等等。有学者对网格化社会治理所做的如下描述是较为细致的：“网格化社会治理是指将治理空间划分为若干网格单元，并利用现代信息技术建立资源和信息共享平台，实现对网格内人、物、事、情的全天候、实时化、动态化、智能化监控，其关键在于下沉治理资源，动员和整合多种力量参与以具体网格为单元的基层社会治理过程，最终形成一个全方位、多维度、高韧性的现代基层社会治理体系。”<sup>①</sup>网格化社会治理作为一种技术创新与制度变革相融合的基层社会治理模式，有其独特的特征和优势。

#### （一）网格化社会治理的基本特征

与传统的社会管理方式相比较，网格化社会治理具有以下基本特征。

第一，精细的治理方式。网格化社会治理通过划分网格、明确职责、信息平台建设、动态巡查，是一种更为精细化的治理方式。首先，网格化社会治理模式的一般做法是在“县（市、区）-街道-社区”三级治理结构之下，根据社区分布、人口数量、居住集散程度、群众生产生活习惯等因素，增加“网格”这一新的治理层级，使得治理单元更为细化、治理空间更为精准。其次，网格化社会治理通过明确网格长、网格员以及其他治理参与人员的岗位和职责，使得工作内容更为清晰、管理责任更为明确。再次，网格化社会治理通过建设网格信息系统平台，对网格内的人口、房屋、基础设施、隐患、突发事件等信息进行全面掌控和共享，提高了治理信息的确定性和清晰度。最后，网格化社会治理通过网格员日常化、流程化的网格内动态巡查，可以更迅速地掌握动态的治理情势，最大程度地满足网格内社会成员的服务需求和管理需求。

第二，协同的治理机制。网格化社会治理旨在改变政府部门因职能交叉、各自为政所导致的重复、低效格局，力图建立协同联动的治理机制，实现“条条联合”“条块协同”。在网格化社会治理中，市场监督管理、公安、环保、环卫、人社、消防、城管、卫计等职能部门的人力、物力、财力等资源被集中整合至网格中，通过网格信息系统平台，各部门之间共享信息资源、

---

<sup>①</sup> 唐皇凤、吴昌杰：《构建网络化治理模式：新时代我国基本公共服务供给机制的优化路径》，《河南社会科学》2018年第9期，第7页。

协同事务合作，实现横向的“条条联合”。同时，网格信息系统平台与政府职能部门的数据实行对接，促进了政府职能部门与街道办事处的信息融合互通，实现了政府职能部门与街道办事处之间的“条块协同”。在网格化社会治理中，面对复杂的治理难题，指挥中心有权通过“条条联合、条块协同”的联动方式，实现跨区域、跨部门的治理协同。

第三，高效的治理过程。网格化社会治理的治理过程是高效的，主要表现在以下几个方面。首先，网格化社会治理以密集而精细的网格为基础，网格内的任何治理问题都能够转化为一条条精确信息，及时传导给网格内相应的治理主体进行处理，改变了过去信息层层上报的低效局面。<sup>①</sup>其次，网格化社会治理将网格信息平台与各类职能部门的信息管理平台对接，实现了基础信息数据库的互联共享，能够依凭大数据的缜密分析做出治理决策，降低了决策成本，提高了治理效率。再次，网格员主动巡查网格，采集信息数据上传至网格信息平台，由指挥中心派遣相应人员及时处理，实现了从“被动接收”向“主动介入”的治理模式转变。最后，网格化社会治理一般有严格的考核制度与之配套，指挥中心通过信息平台下发工作指令、督导问题处理、考核治理成效，使得整个治理过程既透明又高效。

第四，明确的治理责任。在网格化社会治理中，通过网格的划分，政府将治理责任从区、街道、社区层层传导，直到延伸至网格这一层级。此时的网格不仅是精细的治理空间和信息收集的单元，更是清晰划分管理和服务责任的单元。一方面，政府通过制定责任清单，规定网格应承担的管理和服务责任，设定网格管理人员的工作职责，明确网格内部的静态责任划分；另一方面，通过设计治理流程制度，规定网格巡查员须及时上报治理需求，指挥中心核实后将任务派遣给相应的责任网格员，责任网格员必须在规定时间内予以处置并反馈处置结果，从而实现了网格内部的动态责任划分。

第五，多元的治理主体。现代社会治理理论的核心要义，是多元化治理主体的共建、共治。网格化社会治理这一模式突出地呈现了这一治理理念。在网格化社会治理中，参与治理的主体是多元的，既包括由基层党政干部担任的网格长以及由城管、公安、市场监督管理等政府职能部门工作人员组成的网格管理员，也吸纳了由社会组织、小区物业、小区业主委员会、居民活动团体、志愿者、企业、居民等丰富的社会力量。在网格化社会治理中，政府力量和社会力量都应当被视为治理主体，其中政府是社会治理的主导者和责任人，社会成员和社会组织则是政府不可忽视的参与者、协助者。这种由政府力量和社会力量达成的政社互动机制，乃是国家“鼓励和支持社会各方面参与，实现政府治理和社会自我调节、居民自治良性互动”<sup>②</sup>在实践领域的

<sup>①</sup> 参见陈柏峰、吕健俊：《城市基层的网格化管理及其制度逻辑》，《山东大学学报（哲学社会科学版）》2018年第4期，第50页。

<sup>②</sup> 《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》，人民出版社2013年11月版，第49页。

有效落实。

## （二）网格化社会治理的优势

网格化社会治理是符合新时代中国基层社会治理客观需求的制度性创新，它通过将社会治理空间的基本单位网格化，实现治理重心向基层下移，推进社区社会共同体的有机形塑，推动基层政府由管理型向服务型的转变，构建社区中政治权力与社会权力、个体权利之间形成有机互动的结构性治理机制，形成共建共治共享的社会治理格局。这一治理模式具有以下几大制度优势。

第一，有利于实现从“管控思维”向“服务导向”的转变。以往的社会管理模式内涵着“管控思维”的治理理念、“维护社会稳定”的治理目标和“单一单向”的权力运行逻辑，<sup>①</sup>政府强调自身对社会管理的绝对主导地位，深陷于全能型政府的窠臼，事实上无力满足新时代变化多样的社会公共产品和公共服务需求。网格化社会治理的实质，就是从以政府为单一管理主体、以管控为主要目标的传统社会管理模式，向以党委领导、自上而下的政府管理与自下而上社会自治的良性互动、管理与服务相融合的多元治理模式转变。

在网格化社会治理中，网格不是简单的地域划分，而是一个个明确的服务单元，它将所有社会成员纳入到公共服务供给网络之中，为其提供及时有效的公共服务。一方面，网格化社会治理有利于提供精准的公共服务供给。网格化社会治理细化了治理空间，拉近了服务主体与服务对象之间的物理和心理距离，实现对特定需求信息的精确掌握，有效填补了公共服务供给的盲区和空白地带。<sup>②</sup>此外，网格员在常规化巡查中及时发现公众服务需求，通过网格信息平台快速上传至指挥中心，与网格信息系统中的数据资源对接，为指挥中心的决策提供信息支撑，从而提高了服务供给的精准性和效率。另一方面，网格化社会治理有利于满足公众多元化的服务需求。在网格化社会治理中，各种社会力量参与到社会治理中，不仅能够发挥自身的资源优势，为公众提供契合度更高的公共产品和公共服务，而且在政府的统筹协调下，松散的社会资源可以得到有效整合，从而提供更为多元化的服务供给。

第二，有利于实现“共建共治共享”的治理理念。党的十九大报告中提出，“打造共建共治共享的社会治理格局。加强社会治理制度建设，完善党委领导、政府负责、社会协同、公众参与、法治保障的社会治理体制，提高社会治理社会化、法治化、智能化、专业化水平。”<sup>③</sup>如果说“共

---

<sup>①</sup> 参见姜晓萍、焦艳：《从“网格化管理”到“网格化治理”的内涵式提升》，《理论探讨》2015年第6期，第139-140页。

<sup>②</sup> 参见唐皇凤、吴昌杰：《构建网络化治理模式：新时代我国基本公共服务供给机制的优化路径》，《河南社会科学》2018年第9期，第9-10页。

<sup>③</sup> 习近平：《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》，人民出版社2017年10月版，第49页。

建共治共享”是当下我国社会治理领域的指导原则和创新方向，“党委领导、政府负责、社会协同、公众参与、法治保障”便是“共建共治共享的社会治理格局”的基本架构，而“社会治理社会化、法治化、智能化、专业化”则是“共建共治共享”这一理念的实践目标指向。<sup>①</sup>不难看出，网格化社会治理模式通过划小划细基本治理单元，有效实现权力下放、资源下置、力量下沉，十分有利于实现“共建共治共享”的治理理念。

就治理主体而言，网格化社会治理模式要求广泛动员多种社会力量的参与，这些社会力量承担着不同的责任分工并发挥各自独特的功用，实现了社会治理的“社会化”；就治理原则而言，网格化社会治理模式追求法治框架之下的依法治理，它不仅强调服从实体性制度规范，更强调遵循程序性制度规范，以社会治理的“法治化”为基本原则；就治理手段而言，网格化社会治理充分利用现代信息技术建设网格信息系统，并与各地综合信息服务系统和职能部门的信息管理系统对接，实现社会治理的“智能化”；就治理方式而言，网格化社会治理对网格长、网格员以及其他社会力量进行明确的角色分工和职责划分，并通过讲座、培训班等形式对治理队伍进行专业化培训，努力实现社会治理的“专业化”。

第三，有利于落实“以人民为中心”的指导思想。党的十九大报告指出，“以人民为中心的发展思想”就是要“坚持人民主体地位”、“把人民对美好生活的向往作为奋斗目标，依靠人民创造历史伟业。”<sup>②</sup>可以说，网格化社会治理模式，乃是新时代“以人民为中心的发展思想”在社会治理领域的具体实践方式。在这一模式中，“以人民为中心”思想有两个向度的展现。其一，网格化社会治理强调以人民为主体，注重吸纳社会本身的力量融入到社会治理实践中，发挥广大人民群众的主体性、主动性和创造性。其二，网格化社会治理倡导由管控主导意识转变为服务主导意识，它的目标不仅局限于追求社会稳定，更旨在有效提供符合人民需求的社会公共服务，突出以人为本的服务理念，把社会管理与公共服务有机结合起来。

值得注意的是，党的十九大报告提出关于新时代坚持和发展中国特色社会主义的十四条基本方略，在“坚持在发展中保障和改善民生”这一基本方略中出现了“加强和创新社会治理”的表述，这说明“民生”概念不仅涵盖经济生活条件，不仅事关收入、教育、医疗、养老、住房、社会福利等内容，而且以社会公平正义、社会秩序安定、社会和谐安宁为构成要素。<sup>③</sup>也即是说，社会治理水平的创新和提升，是国家长治久安、人民安居乐业的重要保障。网格化社会

---

<sup>①</sup> 参见马海韵：《共建共治共享社会治理格局》的理论内涵——基于社会治理创新的视角》，《北京交通大学学报（社会科学版）》2018年第4期，第137页。

<sup>②</sup> 习近平：《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》，人民出版社2017年10月版，第21页。

<sup>③</sup> 参见习近平：《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》，人民出版社2017年10月版，第23页。

治理模式的出现，因应了切实满足人民日益增长的美好生活需要的要求。

## 二、网格化社会治理与法治社会建设的实践交叠

如前所述，法治社会与社会治理范畴在理论上的通约性同时也意味着二者在实践中必然存在交叠之处。对我国当下而言，法治社会可以被视为社会治理的目标指向和规范化要求，二者的交叠关系体现在党和国家的大政方针之中。举如，党的十八届三中全会在创新社会治理体制问题上提出：“坚持依法治国，加强法治保障，运用法治思维和法治方式化解社会矛盾。”<sup>①</sup>党的十八届四中全会对法治社会建设的基本任务进行了部署，其中第二项内容就是“推进多层次多领域依法治理”，具体表述为“坚持系统治理、依法治理、综合治理、源头治理，提高社会治理法治化水平。”<sup>②</sup>笔者认为，网格化社会治理作为社会治理的创新形式，与法治社会建设在实践主体、制度依赖、运行机理、实践目标上存在诸多共通性。因此，网格化社区可以成为法治社会建设实践的主要场域。

### （一）实践主体

网格化社会治理作为社会治理的一种创新方式，是一种党委领导、政府负责、社会协同、公众参与、法治保障的新型社会治理体制。按照现代治理理论，治理是公共机构与私人机构的交互合作，私人机构可以成为治理的参与主体；治理意味着在公共事务管理和公共物品提供上政府不再是唯一的权力中心；走得更远的人认为，私人机构可以是独立掌握治理权力的主体，甚至提出“无需政府的治理”命题。<sup>③</sup>笔者认为，当下社会治理创新的提出，并不意味着政府的隐退。相反，主张将社会力量纳入治理主体，其实质目的恰恰是旨在强化政府能效。也就是说，在我国现有的社会经济条件和社会结构条件下，网格化社会治理的主导者和责任人只能是政府。同时，在网格化社会治理中，社会基层自治组织（社区、村民委员会）、互益性和公益性社团、公民个人、企业法人和其他经济组织等社会力量也是不可或缺的参与者、协作者，否则就无法实现“政社互动”的社会治理模式。

法治社会是指一种在倚赖法律统治的制度背景下，结合社会自我治理而达致和谐有序的社会状态。法治社会这一概念特别强调社会成员作为法治的主体意义，强调发掘社会潜力、激发社会活力、健全社会组织、发展社会事业。因此，在法治社会建设中，占据主导地位的本应是由多元的社会主体构成的“社会”本身，政府更适于以“有限政府”的定位扮演协助者和扶持

---

<sup>①</sup> 《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》，人民出版社 2013 年 11 月版，第 49 页。

<sup>②</sup> 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，人民出版社 2014 年 10 月版，第 27-28 页。

<sup>③</sup> See R.A.W.Rhodes,“The New Governance: Governing without Government”, *Political Studies*, Vol.44, No.4(September 1996),pp.652-667. 转引自王绍光：《治理研究：正本清源》，《开放时代》2018 年第 2 期。

者的角色。毋庸讳言，在法治社会建设刚刚开始推进的当下，囿于我国社会发育明显不足的客观条件，法治社会建设的实践场域目前还处于政府主导、社会参与的基本格局。但无论如何，公民个体、法人和其他经济组织，特别是担负着社会关系秩序化主要功能的社会基层自治组、公益组织、志愿者团体等等主体，乃是法治社会发展的中坚力量。总之，在网格化社会治理和法治社会建设中，实践主体的组成结构是一致的，即都包括政府和多元化的社会力量。

## （二）制度依赖

网格化社会治理和法治社会建设的制度依赖都是多元化的，既包括有权机关制定并由国家强制力保障实施的国家正式立法，也包括在社会生活中内发形成的软法规范。它们用以调整社会关系、型构社会秩序的规范体系容纳了国家立法、善良风俗、社团章程、乡规民约等多元化的行为规范和多样性的纠纷解决机制，这使国家治理体系获得了必要的、有效的制度补充。在其中，国家法律、政府规章和地方法规等，是网格化社会治理和法治社会建设的高阶规范；市民公约、乡规民约、社团章程、行业规章、民间习俗等，是网格化社会治理和法治社会建设的初阶规范。

由法治社会和社会治理共同强调社会自治和社会参与的特殊实践特征所决定，由那些初阶规范组成的软法体系，更契合法治社会建设和网格化社会治理的有效性需求。首先，从产生过程看，软法规范生发于社会成员交往和社会组织协商，社会成员更有机会以主体性姿态将自身意志融入规范之中，使得这些规范在发挥调整作用时能够获得更多的认同和服从；其次，从效力渊源看，与正式立法以国家强制力为后盾不同，软法的规范效力更多地从密切的社会关系、紧密的社会组织中获得，个人信用、社会舆论、传统习俗等综合力量往往使其具有更明显的实效；再次，从解纷程序看，软法规制下的社会纠纷化解方式一般不以司法裁决为第一选择，而是更多地运用自行协商、民间调解、人民调解、行业调解、行政调解、仲裁等等非官方的多元解纷机制；最后，从价值取向上看，软法在保证相对较小意义上的普遍性的同时，更多地考量特定时空的特殊性和个案的特殊性，最大限度地追求实体正义。由此可知，软法在内容上更加贴近现实的社会法权关系，在产生和实现机制上更加强调社会本身的主体性，在调整功能上更加富有实效性，这些都与法治社会建构和网格化社会治理的理念相契合。

## （三）运行机理

网格化社会治理和法治社会建设在运行机理方面具有较强的可通约性。两者都将社会自治作为实践机制的组成部分，都主张多元社会主体的共同参与，讲求政府和社会的互动合作。

首先，网格化社会治理和法治社会建设都强调政府要向社会让渡权力，给社会自治让出更多的发展空间。社会自治的一个前提性条件和重要标志，就是充满活力、依法自治、权责明确

的社会组织的广泛建立和有效运作。社会组织发达与否，社会组织能否依法自主，社会组织的活力能否充分发挥，既是提升网格化社会治理水平的重要条件，也是衡量法治社会建设成效的重要标准。党的十八大以来，最高决策层十分重视引导社会组织加强自身建设、发挥自治功能、参与社会治理和公共服务。在社会治理方面，十八届三中全会提出要“促进群众在城乡社区治理、基层公共事务和公益事业中依法自我管理、自我服务、自我教育、自我监督”；“激发社会组织活力。正确处理政府和社会关系，加快实施政社分开，推进社会组织明确权责、依法自主、发挥作用。”<sup>①</sup>在法治社会建设方面，十八届四中全会做出了更详尽的部署，提出要“发挥人民团体和社会组织在法治社会建设中的积极作用。建立健全社会组织参与社会事务、维护公共利益、救助困难群众、帮教特殊人群、预防违法犯罪的机制和制度化渠道。支持行业协会商会类社会组织发挥行业自律和专业服务功能。发挥社会组织对其成员的行为导引、规则约束、权益维护作用。”<sup>②</sup>

其次，网格化社会治理和法治社会建设都谋求共建、共治、共享的“政社互动”格局。在当今愈益复杂的社会条件下，无论是“国家主义”的政府管控模式还是“自由主义”的社会自主模式，都无法有效应对动态的风险社会所带来的治理挑战。<sup>③</sup>正因如此，无论在网格化社会治理还是在法治社会建设中，政府和社会都不是“零和思维”模式下的非此即彼关系，而是基于“正和博弈”的良性互动关系。“一方面，强调政府与社会之间通过‘政社分开’厘清各自的边界和领域；另一方面，更强调在‘政社分开’基础上进行良性的‘政社互动’。”<sup>④</sup>政社互动的具体实践过程，就是共建、共治、共享；共建、共治、共享的实践主体，就是政府和社会。在社会这一方，具体表现为充满活力的公民个体、社会组织、经济组织、行业协会等现实主体。共建、共治、共享的政社互动格局，乃是网格化社会治理活动和法治社会建设实践的理想运行状态。

#### （四）实践目标

就实践目标而言，网格化社会治理和法治社会建设也具有高度的一致性。

第一，两者都旨在全面建成小康社会。作为我们国家当前战略布局之一的“全面建成小康社会”，在内涵上意味着经济繁荣、民主健全、文化丰富、社会和谐、环境美好。它既意指社会发展水平的“小康”，更强调社会发展的协调性、平衡性、可持续性的“全面”，即经济、政治、文化、社会、生态文明建设的全面进步的社会。从政治建设成果的角度考量，小康社会与法治

---

<sup>①</sup> 《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》，人民出版社 2013 年 11 月版，第 31、50 页。

<sup>②</sup> 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，人民出版社 2014 年 10 月版，第 28 页。

<sup>③</sup> 参见谭诗赞：《走向社会协商：社会治理进程中的“政社互动”建构》，《治理现代化研究》2018 年第 6 期，第 75 页。

<sup>④</sup> 谭诗赞：《走向社会协商：社会治理进程中的“政社互动”建构》，《治理现代化研究》2018 年第 6 期，第 76 页。

社会是同构的；一个堪称“全面小康”的社会，一定是一个法治社会。因此，在结果的意义上，法治社会与小康社会具有高度的一致性。至于社会治理，乃是小康社会的基本实现手段之一，小康社会必然是一个具有较高社会治理水平的社会，是社会治理实现了现代化、社会化、法治化、专业化的社会，而这正是网格化社会治理的目标指向。

第二，两者都致力于解决新时代社会主要矛盾。党的十九大报告指出，我国当下的社会主要矛盾乃是人民日益增长的美好生活需要与不平衡不充分的发展之间的矛盾，“人民美好生活需要日益广泛，不仅对物质文化生活提出了更高的要求，而且在民主、法治、公平、正义、安全、环境等方面的要求日益增长。”<sup>①</sup>这一清晰的表述，明确厘定了新时代社会主要矛盾的基本面向之一，即物质文明和制度文明都是人民美好生活需要的组成部分，在当前物质文明发展尚不充分的同时，在物质文明和制度文明之间也存在着发展不平衡的问题。毫无疑问，包括法治社会在内的社会主义法治体系建设，和涵盖着网格化社会治理的国家治理体系和治理能力现代化，都是制度文明发展的题中之义，是通过制度文明发展来解决新时代社会主要矛盾的基本手段。也就是说，法治社会建设和网格化社会治理，是应对新时代社会主要矛盾的重要方案。

第三，两者都以发展社会主义民主政治为共同追求。笔者认为，网格化社会治理和法治社会建设本身都可以被视为完善社会主义民主政治的实践方案。首先，网格化社会治理和法治社会建设内在地蕴含着丰富的民主价值和民主观念，是党的十九大关于“发展社会主义民主政治就是要体现人民意志、保障人民权益、激发人民创造活力，用制度体系保证人民当家作主”<sup>②</sup>要求的现实实践形式。其次，网格化社会治理和法治社会建设能够以一系列务实的举措实现人民通过各种途径和形式参与到社会公共事业的管理之中，是推进社会主义民主政治制度化的具体探索。再次，网格化社会治理和法治社会建设都强调多元社会主体广泛持续深入的参与，并与政府形成良好的互动机制，这是强化和保障人民群众的知情权、表达权、参与权、监督权，完善基层民主制度的有效途径。

### 三、依托网格化治理平台建设法治社会

法治社会范畴涵摄价值、秩序、制度和观念四个维度的面向，<sup>③</sup>这决定了法治社会建设任务的复杂性和艰巨性。作为一项整体性、系统性极强的社会工程，法治社会建设不是孤立而行的，必须结合其他相关制度和机制协作发展。既然网格化社会治理和法治社会建设存在实践上诸多

---

<sup>①</sup> 习近平：《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》，人民出版社 2017 年 10 月版，第 11 页。

<sup>②</sup> 习近平：《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》，人民出版社 2017 年 10 月版，第 36 页。

<sup>③</sup> 参见周恒、庞正：《法治社会的四维表征》，《河北法学》2018 年第 1 期，第 2-15 页。

交叠之处，我们就有理由充分依托网格化社会治理平台推进法治社会建设。

### （一）以网格化社区为单位开展法治宣传教育

法治社会在观念层面表现为社会生活领域存在浓厚的法治氛围，信奉法律的普遍观念、清晰的权利意识、自觉守法的行为习惯、理性的思维方式等构成持久的文化风尚。因此，深入开展法治宣传教育，促使社会全体成员树立法治意识，是法治社会建设的基础环节。网格化社区为法治宣传教育提供了便捷有效的组织单元，具体做法可以包括以下几个方面。

首先，以网格化社区为单位，打造专业化的法治宣传队伍。网格员是网格化社会治理的重要主体，打造以网格员为主要力量的法治宣传队伍，能够提升法治宣传教育的力度。因之，可以在每个网格化社区内明确专门的法治宣传网格员，由其负责社区的法治宣传工作；同时，应当对法治宣传网格员定期组织开展专业知识培训，提升法治宣传网格员的法律素养和法治宣传水平，使其成为专业化的法治宣传力量。

其次，利用网格化社区，推动法治宣传教育工作方式的创新。这可以包括以区-街道-社区三级网格化社会治理服务中心为载体，赋予其法治宣传教育功能，实现法治宣传教育的实体化；利用网格化社会治理信息平台（微信群），定期发布关于典型案例和社会热点的法律解读，将其同时建设成为移动互联网普法平台；依托网格信息平台，以“任务分解、组织实施、检查督促、评估反馈”的闭环方式，对社区的法治宣传教育绩效进行考核评估；等等。

再次，吸纳法治宣传社会力量进网格，提升法治宣传质效。在法治社会建设过程中，应当充分发挥能够承担法治宣传功能的社会组织的作用，调动、激发网格化社区内的各种社会力量，推动人民群众自我普法、自我教育。同时，将普法讲师团、公益律师团、普法志愿者队伍等社会力量吸纳进网格化社区，以网格化社区为单位开展法治宣传教育。

### （二）利用网格化平台推进政社互动

“所谓政社互动，就是以实现善治为目标，以政府善政为基础，以社会组织依法民主自治为依托，政府与社会组织对公共事务合作管理的一种社会治理模式。”<sup>①</sup>政社互动以社会自治能力的提升为前提，鼓励社会成员经由基层自治组织（社区、村委会）和各类社会组织依法实行自我管理、自我服务、自我教育、自我监督，从而使社会得以实现自我秩序化。同时，政社互动的理念更在于基层政府与社会要素的有效衔接和良性互动，强调政府管理和基层群众自治相互配合，共同缔造健康而非压制的社会秩序。推进政社互动是法治社会建设的重要径路，而网格化社会治理平台正是推进政社互动的重要载体。

其一，利用网格化平台，推进政府购买服务。从本质上讲，政府以合同、委托等方式向社

---

<sup>①</sup> 龚廷泰、常文华：《政社互动：社会治理的新模式》，《江海学刊》2015年第6期，第156页。

社会组织购买服务，由后者为社区居民提供专业化的公共服务，是基层政府将权力资源下沉的赋权过程。然而在实践中，“复杂的街区权力关系限制了专业社工深度嵌入社区治理，这使得表面光鲜的社会工作在街区权力体系中逐渐式微。”<sup>①</sup>网格化社区的出现，为原有的以行政科层制为条块的权力体系注入了更小规模的社会单元，这有助于社会组织根据自身的能力担负起不同分量的专业化公共服务，有助于政府把适宜由社会组织承担的诸如法律援助、法治宣传、安置帮教、民间调解、社工服务、慈善救济、公益宣传等事项通过更小标的的购买合同下沉至网格化社区中，为社区居民提供切实的公共服务。

其二，利用网格化平台，提高社会组织参与服务和治理的效能。近年来，社会组织提供公共服务的内容日渐丰富，参与社会治理的形式也日益多样化，但总体上社会组织参与公共服务和社会治理的能力仍处于较低水平。所以，提高社会组织参与公共服务和社会治理的效能，是实现有效政社互动的重要条件。<sup>②</sup>对此，我们可以依托网格化社会治理平台，有效整合网格内的各种社会力量和资源，发挥集约优势，推进基层行政主体与社会组织及其他社会力量的交互合作，从而提升社会组织提供公共服务的水平和参与社会治理的能力。

### （三）在网格化社区内提供公共法律服务

法治社会一定是社会成员的正当权益能够获得有效法治保障的社会。提供公共法律服务旨在维护人民群众合法权益，是法治社会的内在要求，也是政府在社会治理中必须担负的责任。2019年7月，中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《关于加快推进公共法律服务体系建设的意见》。依托网格化社区为社会成员提供公共法律服务，是落实这一法治社会建设基本任务的有效方案。

首先，以网格化社会治理服务中心为依托，建设网格化社区公共法律服务平台。当前，乡镇（街道）层级的公共法律服务站作为最基层的公共法律服务实体单位，事实上难以满足人们对专业、精细、高效的公共法律服务供给的需要。为此，可以利用网格化社会治理服务中心及其信息平台，为其增加公共法律服务功能，实现省、市级公共法律服务网络平台与县（区）网格化信息平台的对接，促使县（区）网格化信息平台同时成为公共法律服务载体，实现公共法律服务从线下走到线上，与社区成员“零距离”。

其次，引导社会力量进网格，实现公共法律服务的充分供给。“公共法律服务与国防或外交等政府完全提供的公共物品不同，它涉及包括政府、个人、社会组织、专业机构等多元主体的

---

<sup>①</sup> 朱健刚、陈安娜：《嵌入中的专业社会工作与街区权力关系——对一个政府购买服务项目的个案分析》，《社会学研究》2013年第1期，第43页。

<sup>②</sup> 参见樊鹏：《“政社互动”领跑社会治理创新》，《光明日报》2016年2月22日，第11版。

共同参与。”<sup>①</sup>在法治社会建设中，有必要把提供法律咨询、法律援助、律师代理、公证、司法鉴定、人民调解等公共法律服务的社会力量吸纳进网格化社区，发挥这些社会力量的专业优势，为社区内社会成员提供充分有效的公共法律服务，实现公共法律服务供给主体和供给方式的多元化。

再次，利用网格化社区，促进法律服务实体、热线、网络的全面融合。建设公共法律服务实体平台、热线平台和网络平台，推进三者的全面融合，是推进公共法律服务体系建设的重要内容。<sup>②</sup>因此，应当建立“12348”公共法律服务热线平台与网格化指挥中心的协作制度，建立相应的衔接联动机制。在实践中，可将网格员即时掌握的法律服务需求信息，通过网格化信息平台上传至网格化指挥中心，由指挥中心协调联系法律服务供给主体，促使供需双方通过公共法律服务线上或实体平台完成法律事务，实现公共法律服务实体、热线、网络平台的融合互通。

#### （四）通过网格化多元治理手段化解社会纠纷

随着改革开放的持续推进，我国社会经济生活得到了长足发展，与此同时社会利益诉求也日趋多元化，社会矛盾纠纷呈现出复杂多样的态势。因此，建立健全社会矛盾纠纷预防、化解机制成为法治社会建设的基本任务和重要内容。利用网格化社会治理平台化解社会纠纷，不失为一条切实可行、便捷高效的途径。

第一，以网格化社区为框架，建立社会纠纷化解的责任单元。社会纠纷解决机制的探索既是法治社会建设的内容也是社会治理创新的举措。将网格化社区打造成社会纠纷解决的责任单元，是第一时间在纠纷发生地化解社会矛盾的有效举措。其具体做法是，以面积大小、人口数量、治安情况、居民构成、产业状况等为标准，把行政辖区划分为多个纠纷解决责任网格单元，为每个网格配备专门网格员，负责网格内的纠纷信息和风险信息收集、报送，对网格内的纠纷解决成效负责，从而实现网格内社会矛盾信息及时获取、纠纷解决力量及时到位、纠纷解决职责具体明确、纠纷解决考核标准清晰。

第二，依托网格化社区，建立社会纠纷的动态巡查机制。“当代中国由于社会的巨大转型正步入风险社会，甚至将可能进入高风险社会。”<sup>③</sup>任何社会纠纷如果不能得到及时、有效、公正的解决，都有可能变形、发酵为一定程度的负面舆情甚至社会风险。为应对社会风险，可以利用网格化社会治理的动态巡查机制，提前搜集风险信息和矛盾纠纷信息，对在网格员能力范围内的普通纠纷进行及时调解，对不能调解的专业性强或风险性高的复杂纠纷，则上传至网格化信

<sup>①</sup> 徐尚昆：《推进公共法律服务体系建设的理论探讨》，《中国特色社会主义研究》2014年第5期，第44页。

<sup>②</sup> 参见中共中央办公厅、国务院办公厅《关于加快推进公共法律服务体系建设的意见》，中国网：[http://news.china.com.cn/2019-07/10/content\\_74975400.htm](http://news.china.com.cn/2019-07/10/content_74975400.htm) 最后访问日期：2019年8月9日。

<sup>③</sup> 范如国：《“全球风险社会治理”——复杂性范式与中国参与》，《中国社会科学》2017年第2期，第68页。

息平台,由指挥中心联系指派相应的专业人员或政府职能部门及时介入,把各类矛盾纠纷“网”在格子里,力求实现矛盾纠纷不出“格”。

第三,吸纳多元社会解纷力量进网格。“随着经济社会的发展,矛盾纠纷发生了很多新变化,主要表现在矛盾纠纷主体多元化、类型更加多样、调解难度加大三个方面。”<sup>①</sup>针对社会矛盾纠纷的新变化,除了发挥政府职能部门和司法机关的主要作用之外,还应鼓励和支持社会力量参与,构建多元化的纠纷解决方式。目前,我国许多地方正在培育专业性、行业性调解组织和以“新乡贤”为表现形式的社会解纷力量,如果能够充分发挥这些社会解纷资源的作用,将有效地缓解行政职能部门和司法机关的压力,节约司法资源,提高解纷效率。因之,应当吸纳社会解纷力量进网格化社区,缩短解纷力量与矛盾纠纷的距离,满足网格内社会成员的解纷需求。

### (五) 借助网格化平台发展基层民主政治

法治社会范畴内蕴着强烈的以人民为中心、以人民为主体的理念。民主价值乃是法治社会建设的重要价值目标之一。在现代民主政治语境下,民主制度及其实践远非仅仅意指代议制政体的运行,还包括了政治、经济、文化生活在社会基层的民主化展开。在新时代中国特色社会主义民主政治实践中,更应强调社会基层民主政治的发展,为此党的十九大特别指出:“众人的事情由众人商量,是人民民主的真谛。……加强协商民主制度建设,形成完整的制度程序和参与实践,保证人民在日常政治生活中有广泛持续深入参与的权利。”<sup>②</sup>网格化社会治理平台,正是实现“众人的事情由众人商量”“推动协商民主广泛、多层、制度化发展”的新型制度载体和实践方案。

在法治社会建设中,网格化社会治理平台在民主政治方面能够提供以下助力:一方面,利用网格化平台,进一步完善基层民主选举。在过去一段时间里,基层民主选举过程中出现了上级干预、拉票贿选、暗箱操作等问题,影响了基层民主政治的健康发展。<sup>③</sup>对此,我们可以依托网格化社会治理信息平台,实现报名参选、选举准备、确定候选人、召开选举大会等选举流程和环节的信息化,促使基层民主选举公开透明、高效留痕,引导基层民主选举走上法治化的轨道。另一方面,利用网格化平台,进一步推进基层协商民主。在党的十八届三中全会提出“开展形式多样的基层民主协商,推进基层协商制度化”的要求之后,<sup>④</sup>各地对基层协商民主展开了

<sup>①</sup> 《司法部:新时代社会矛盾纠纷呈现三大变化》,法制网,[http://www.legaldaily.com.cn/judicial/content/2018-04/27/content\\_7531578.htm?node=80533](http://www.legaldaily.com.cn/judicial/content/2018-04/27/content_7531578.htm?node=80533) 最后访问日期:2019年7月11日。

<sup>②</sup> 习近平:《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》,人民出版社2017年10月版,第38页。

<sup>③</sup> 参见苏爱萍:《我国基层民主选举实践:成就、问题与发展走向——以山东省村委会换届选举为样本》,《山东社会科学》2012年第9期,第169页。

<sup>④</sup> 《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》,人民出版社2013年11月版,第31页。

形式多样的实践探索，并取得了一定成效。然而，基层协商民主仍然存在主动参与不足、协商实践流于形式化、社会组织没有充分发挥作用等问题。<sup>①</sup>对此，可以以网格化社会治理服务中心为依托，在网格内针对公共事务以定期召开对话会、听证会的方式，展开广泛讨论，将网格化社区打造成多元主体协商共治的“公共论坛”。此外，对于疑难复杂的公共事务，可以通过网格员在动态巡查中收集公众意见，并通过网格化信息系统进行数据上传，将公众意见转化为客观的数据，为做出合理决策提供数据支撑。

---

<sup>①</sup> 参见陈家刚：《基层协商民主的实践路径与前景》，《河南社会科学》2017年第8期，第4-6页。

## 批判调解让步的批判

李伟迪\*

**摘要：**调解让步有损法律法治，这是对调解最主要的批判。本文通过剖析实例，证明调解让步的实质是当事人及当事人之间多元利益的置换，是救济成本责任的承担。当事人置换利益大于或等于初始请求利益，不会损害第三人利益和社会利益。调解价值包含并且高于判决价值。

**关键词：**调解 让步 利益置换 救济成本责任 和谐价值

欧文·费斯是最早最系统批判调解的学者：司法裁判利用的是公共资源，作出判决的人不是当事人选出的第三人，而是通过公众参与选出的公共官员。这些官员和立法与行政机关的成员一样，他们的权力由公法而非私人间的合意界定并授予他们的任务不是保证当事人双方的利益最大化，也不仅仅是维持和平，而是阐明并适用体现在诸如宪法和法律这些权威性文件中的价值。他们的任务是解释这些价值并依据它们处理具体的案件。如果当事人和解，这一任务就得不到执行。<sup>①</sup>徐国栋认为：调解的本质特征即在于当事人部分地放弃自己的合法权利，付出的代价却是牺牲当事人的合法权利，这就违背了法治的一般要求。<sup>②</sup>

调解消解法律论可以如此概括：而国家设计法院审判或民事诉讼的目的，不仅仅是实现当事人之间双方利益的最大化，还有宣示宪法法律的价值、纠正偏离宪法法律价值的行为、接近宪法法律标示的社会理想。调解的危害性在于，当事人放弃法定权利，达成和解、调解协议，意味着法律权利是很难实现的，是可以“打折”的权利，法律秩序是不可靠的，法律是可以不遵守的，因此调解消解法律法治。

### 一、调解文本举例

甲是家俱行业龙头公司总经理，乙是门店经理，是甲亲妹，因经营理念被甲解雇，但解雇方式简单粗暴，令乙伤心。乙咨询律师丙，可否要求甲支付雇佣合同违约赔偿，丙回答乙诉讼赔偿金不会超过 20 万美元。乙、丙求助调解。调解员征求甲及其律师丁意见，同意调解。乙给甲的索赔信开价 75 万美元，调解会议开始前降为 50 万，依据是乙合同余期 4 年的工资、奖金及精神损害赔偿。丁认为甲解雇乙没有错误，相反乙降到 50 万，应该是抵销了乙经营行为损害

---

\*李伟迪，法学博士，怀化学院法学与公共管理学院教授，调解法学研究所所长，湖南省法理学研究会副会长。

<sup>①</sup>[美]欧文·费斯：《如法所能》，中国政法大学出版社，2008 年，第 133、137 页。

<sup>②</sup>徐国栋：《民法基本原则解释》，中国政法大学出版，1992 年，第 123 页。

甲公司形象的损害赔偿。背靠背调解时，调解员建议乙接受甲道歉，乙不相信甲会道歉，并担心自己今后在业界无法从业。调解员建议，甲给乙不丑化乙行业声誉的书面承诺，乙降低索赔。乙初步同意降到 40 万元。甲很干脆地承诺不丑化妹妹。调解员明确告诉甲丁，其 20 万美元反诉根本不成立。丁甲同意撤销反诉请求，但出于免讼目的只赔乙 5 万美元。调解员抛出让甲为乙提供行业推荐信方案，并询问：“这封推荐信值多少钱？值 10 万美金吗？”丙回答：“一切取决于这封推荐信说些什么，推荐的力度有多强。”调解员试探甲是否愿意为乙写行业推荐信，丁同意，甲坚决反对：“我并不打算用一封推荐信来换取她索要的金钱数额的减少。她要么值得我推荐，要么不值得，这与金钱无关。”此后虽然甲赔偿提到 7.5 万美元，乙索赔降低到 31.5 万美元，但相去甚远，调解僵局。调解员观察到，乙的痛点主要是甲作为兄长的粗暴解雇和自己的业内名誉，于是试探性地让甲向乙道歉，甲反感、反对。调解员分析：您的解雇行为，使妹妹快要崩溃了，如果您用一种温和的方式，也许您们就不会出现这种状况。甲认同调解员的分析。调解员和律师让甲乙约会，甲就解雇方式向乙道歉并得到谅解，同时也明白了乙拓展消费层次的经营理念，能够把解雇纠纷与认可乙经营能力分开处理。调解员趁热打铁，指导丙拟就了推荐信初稿：热诚推荐乙在室内家具行业内出任主管或经理职位。乙在本公司展现了卓越的才能。乙很有抱负并且计划在别的公司继续她的职业发展。尽管乙离开公司一事在行业内已不是秘密，但在公司政策上的分歧决不影响乙所具备的全方位的能力。

甲略作修改后签字。但在讨论赔偿款时，甲坚决不同意增加，也不同意用提供推荐信作为减少赔款的筹码。调解员再次梳理调解线索后想到了新方案：甲为乙银行担保贷款 100 万美元，加上乙自己的储蓄，让乙开一家比甲公司消费群体低一二个层次的家俱公司。这个建议得到了热情回应，短暂谈判后达成了调解协议：甲担保贷款 100 万美元，加上乙自己的储蓄，成立新公司，甲占新公司大股权，乙享有经营权，乙领取固定工资和红利。原诉求全部撤回。

这个纠纷从乙走进丙律师室至达成协议，是 46 天；从进入调解室到达成协议是 16 小时，甲乙分别支付律师费、调解费、会议室费用 7750 美元。基本相同的案子用判决方式，用了 4 年多时间，支付费用 6 万多美元。<sup>①</sup>

## 二、利益放弃的本质是利益置换

乙诉求是 70 万美元劳动合同违约金，甲反诉 20 万美元劳动合同违约金，案由是“劳动合

---

<sup>①</sup>斯蒂芬 B 戈尔德堡、弗兰克 E A 桑德、南茜 H 罗杰斯、赛拉 伦道夫 科尔：《纠纷解决：谈判、调解和其它机制》，蔡彦敏、曾宇、刘晶晶译，中国政法大学出版社，2004 年，第 125-149 页。

同纠纷”，诉讼标的是违约金，法定实体权利是违约金请求权，但乙的这个权利随着调解而变化：第一次转化：减少数额后的违约金请求权、名誉保护请求权；第二次转化：减少数额后的违约金请求权、赔礼道歉请求权、名誉权保证请求权；第三次转化：减少数额后的违约金请求权、赔礼道歉请求权、行业推荐请求权；第四次转化：贷款担保请求权、股东权、公司控制权、工资领取权、红利分配权。

放弃部分违约金，在批判者看来，是法律权利的放弃，但是没有看到增加了名誉保护请求权，这是批判论者的通病。病根在于批判者局限于判决思维，一是判决只审理一个法律关系，本诉只能适用劳动合同纠纷，属于财产纠纷，不可能把名誉权保护纳入本案审理，因此只看到违约金及其多少；二是只看到基于法律规定的诉求主张，没有看到乙内心强烈的名誉权保护诉求，乙热爱家俱经营行业，并希望有所成就，现在被行业龙头公司解雇了，并且解雇的是自己的兄长，这个事实行业内尽人皆知，乙今后很难在家俱行业从业了，相比起违约金来，行业名誉才是她最大的痛苦，但是基于判决模式，只能提出违约金诉求，而不能提起名誉权保护诉求，这就是判决模式中法律诉求与真实诉求、或者表面诉求与潜在诉求的差别。现在乙放弃部分违约金，获得了名誉权保护，这个权利的放弃是否值得？是否损害了乙的利益？是否表示法律权利是可以“打折”？是否损害了法治权威？是否背离了社会理想？

乙法律权利的放弃，不是乙利益的放弃或损失，而是乙权利或利益的置换。乙违约金请求数额不断减少到最后全部放弃，如果仅仅从这个事实来看，从 70 万→50 万→40 万→37.5 万→32.5 万→31.5 万→20 万→0，确实是权利的放弃，包括实体权利和诉权的放弃。但是任何人都不能否认乙在放弃权利的同时，提出了新权利请求，也获得了新权利，从名誉保障请求权→赔礼道歉请求权→行业推荐请求权→贷款担保请求权→股东权、公司控制权、工资领取权、红利分配权。原请求权利的减少，一定伴随着新请求权的增加，这是一个定律。

### 三、申请人承担部分救济成本责任是司法惯例

可能有人说，在一些场合，申请人利益是纯粹的减少，例如 A 出借 100 万元给 B，月息 2 分，借期一年，但 B 届期不还，A 诉之于判决，如果借款合同真实有效、借款事实真实发生，A 肯定能判回本息 124 万元。但调解结案时，A 放弃一半利息以求得达成调解协议。这里 A 就是纯粹的放弃，没有新诉求提出，也没有获得新利益。

这其实是观察者的近视，我想 A 获得了这些新利益：一是诉讼费减半，诉讼经济成本的降低；二是时间成本的减少，包括可能付出的开庭时间、强制执行的时间；三是机会成本降低，迟半年执行到位，A 在半年中会丧失用 124 万元投资获利的机会，调解结案提前半年回笼了 112

万元资金，获取了投资获利的机会。四是降低了风险成本，审理和执行中，可能会发生乙资产因投资、赠予、治病、不可抗力、非法转移导致的减损，如果说赠予、非法转移可以依法请求撤销，目前法律对投资减损没有对策，对不可抗力减损没有任何办法，因此风险是客观存在的，虽然比判决权利少了12万元，但规避了112万元损失的风险。可能批判者会进一步质问：凭什么一定要放弃一半利息？简单说，就是救济成本的承担。

批判论者追问：让渡利息不符合损失填平原则。乙尽管降低了经济成本、时间成本、机会成本、风险成本，但硬是损失了合同预期利益12万元，这个损失让甲承担不合法不公平。这确实是个问题。权利救济必然付出成本。任何权利受损后请求救济，必然付出救济成本，因为请求方需要购买救济资源，这是市场经济的一般规律和规定。

假如合同完美，约定了救济成本包括诉讼费、代理费属于请求权范围，但没有一个国家法律规定当事人的诉讼误工费可以纳入请求权范围，因此损失填平原则在这里就不适用。为什么如此？可以如此理解：其一，请求人对损害发生有过错，分为两类：一类是选择交易相对人过错，申请人对交易相对人的资信没有调查，或者轻信调查结论，或者对市场风险缺少基本防范，或者明知对方资信存在问题仍然与之交易，出现对方违约。二是防范侵权行为过错，交通肇事侵权纠纷中，侵权人驾驶技术存在问题，受害人觉察后，没有采取适当措施规避侵权行为发生，例如受害人在后视镜中发现后有车有追尾危险，如果迅速加速就能避开追尾，但因受害人本来与后车车距较短，又没有加速避险，结果追尾发生。但此两类过错，不是现行法律规定的直接过错，按现行法律，选择不信任的交易对象交易，不承担过错责任，被害人没有及时避险，一般也不承担过错责任，然而请求人如果谨慎选择交易对象，如果谨慎防范侵权行为，则不可能发生违约或侵权，因此请求人存在过错，但是导致纠纷的次级过错，而不是直接导致纠纷的过错，我称之为次级过错，申请人承担权利救济的成本的责任，可称为次级过错救济成本责任。

其二，请求人没有过错，遭遇飞来横祸，例如申请人驾驶车辆没有任何过错，也不可能采取任何即时避险措施，被强烈爆胎的后车撞击，交通肇事纠纷判决中，不可能赔偿原告的开庭时间成本和轻度的心理痛苦成本，当然重度心理痛苦可索赔精神损失。这既无直接过错，也无次级过错的请求人，承担的救济成本，我称之为无过错救济成本责任，立法者和执法者为了免于过分加重违约人或侵权人责任，由守约人、受害人自己承担部分救济成本。这种责任承担，是经过立法者、执法者内心衡量的，并且是很轻的责任。

次级过错救济成本责任和无过错救济成本责任，统称为救济成本责任。这类责任在各国现行法律中没有涉及，但在判决中是普遍存在的司法事实。调解中的权利让步，是放大的救济成本责任。置换利益得当甚至智慧的杰作，救济成本责任趋向于零，或者转化为购买智慧调解

方案的价款，乙承担申请权利救济承担调解费用 7500 元及自己的时间成本，就属于购买智慧调解方案的价款；当事人自身多元利益置换，或者说纯粹放弃的置换，就是放大的救济成本责任，A 放弃一半利息，就属于此类责任。

因此损失填平原则是相对于违约、侵权的直接损失而言的，权利救济中的部分损失需要请求人自担。

#### 四、当事人置换利益大于或等于初始请求利益

批判论者再问：认可乙放弃违约金，获得了名誉保障请求权→赔礼道歉请求权→行业推荐请求权→贷款担保请求权→股东权、公司控制权、工资领取权、红利分配权，但新增权利会不会少于原请求权，用利益表达，放弃的法律利益能不能等于新增请求权的利益？

从本案看，乙的解雇损失，用原在职时的工资及美好心情衡量，律师评估是 70 万，用判决模式评估是 20 万；通过调解，如果按一般规律理解，合资公司成立，且不论公司今后经营较好后红利及经营、控制一家公司的成就感，乙至少重新获得了在职时的工资及美好心情，也就是获得了 70 万，毫无疑问，乙新增权利下的法律利益不会少于放弃初始的请求权利益。

当然有些利益很难象本案这样用数量表达，例如 A 污辱了邻居 B，B 请求判决 A 向自己赔礼道歉。法院依法判决，大概率判决 A 向 B 书面赔礼道歉。经调解达成如下调解协议：A 携礼品到 B 家拜访，B 热情接待。A 提供的向 B 书面赔礼道歉请求的利益，是否约等于 A 带礼品到 B 家赔礼道歉的利益？这里确实无法量化，但从本质来看，是相等的，书面赔礼道歉，目的是否定 A 的辱骂行为，恢复 B 的名誉，而携礼品登门道歉，达到了 A 书面赔礼道歉的效果。如果 A 携礼品登门道歉、B 热情接待出自诚心，意味着 AB 关系修复甚至改善，则调解利益大于判决利益。

这里涉及如何评估放弃利益与新增利益的等量问题。第一，能量化的利益，同类量化比较就可以确定，不同类利益可以折算确定，例如甲乙纠纷中调解员、律师和当事人都讨论过推荐信值 10 万还是 20 万。第二，不能量化的利益标的，如果同类，只要满足权利核心要求即可，例如书面道歉与登门道歉，都满足了否定 A 的辱骂行为、恢复 B 的名誉的核心元素；非同类标的，以请求权的目的为基础，参考习俗、惯例，假如调解协议改为 A 赔偿 B 200 元人民币精神损失费，调解员是如何确认 200 元而不是 500 元？一是让 A 支付 B 赔偿款，达到了明确是非的目的，二是 200 元约等于邻里走动随手礼的价格。第三，不论是可量化还是不能量化的标的，不论是同类还是不同类的标的，最终指向当事人的内心认知。当事人在长期的生产生活中，形成了衡量事物的“心称”，比称量更准确。这就回到了民法的基础理论：当事人是自己利益最大化最明智的选择人。

## 五、调解利益置换不会损害社会利益

调解当事人把自己利益最大化的同时，是否会损害第三人利益或社会利益？第三人利益受损问题在此不论，因为可以通过既有法律解决。是否会损害社会利益或者国家利益？从批判论者看来有以下几类情形：第一，获得让利的人不是合法地至少不是道德地增加了财富或者阻止财产减少，损害社会正当性。AB 借款纠纷中，如何看待 B 获得 12 万元的利息让步？实际上也有一个利益的置换，B 用自己的信誉降低，换取了 12 万，就是说，B 取得 12 万，尽管是 A 主动或者无奈让步的，但按照一般社会评价规则，对 B 的支付能力或者信用是负面的，B 的“无形资产”即信誉下降，在今后的社会生活中，会转化为他创建社会关系的阻力，或许很难借到钱，或者很难与他人建立合作关系，这种潜在力量甚至会波及他的家族成员或关系密切的人，在日后的生活中他付出更多的机会成本。他要恢复之前的信誉，可能付出比 12 万更多的成本。可能有人说，如果 B 是个无赖，根本不考虑日后的信誉，因此不存在什么 B12 万与信誉利益的置换，因此利益置换不成立。我认为，一方面这是极端的例子，制度设计是按一般社会情形设计的，调解制度也一样，何况法律、判决也有无能为力之处；另一方面，无赖即是人格减损，极端无赖即是人格死亡，我也不主张同一个人格死亡的人调解，主张对付人格死亡者用判决。

第二，让不正当获利成为调解条款，变相鼓励拒绝履行法律义务，变相塑造更多无赖。我认为，两利取其重，两害取其轻，是分析这个现象的理论模式。

一方面，通过让步甚至逼迫对方让步，获取让步利益，不仅让获利者变本加厉、利欲熏心，强化他本人的无赖动机和行为模式，而且会在调解协议传播的范围内，激起潜在的无赖成为现实的无赖，久而久之，甚至会毒化社会风气，此是一害。

另一方面，请求人不让利，就可能与无赖无法达成调解协议，但又没有足够的诉讼费起诉，权利未决，法律利益实现不了，此是一害。可能有人说，诉讼费可以申请缓、减、免，诉讼费问题不存在。实务中申请诉讼费司法救济有时不能得到批准，尽管真正需要救济。批判论者会反驳说，不能用偶尔出现的不批准情形作为论证的根据。但是这个统计意义上的个别，对某个具体当事人就是百分之百的无奈，笔者近年办理的几个建筑工程施工合同纠纷就遇到了这种情况，其中一个上亿元工程款，诉讼受理费 60 万，申请司法诉讼费缓交救济，同意缓半，但原告一半也交不起。经律师协调，原告请求自己的债权人筹资，承诺支付高额利息并用胜诉款项优先偿还其债权，筹集到 5 万元，法院网开一面，同意其余一半缓到判决前。判决前用同样的方法再次筹集了 9 万元，法院也没有办法，同意余下部分缓到执行阶段。因双方对一审判决意见很大，被告上诉后，原告被迫上诉，但债权人无论如何也不愿意再筹集上诉费了，原告求助于

诉讼投资公司，放款条件十分苛刻。并且，工程款后面是数百民工、材料商、税金支付问题，以及产房及时交付业主的问题。此二害比较起来，后者更直接、更紧迫，并且后者没有更好的社会救济手段。

并且，前者转化为现实的可能性比较低，原因有这么几个：第一，在社会整体经济、文化水平较高的情况下，主流道德能够有效抑制无赖意识的毒化影响；第二，中国毕竟进入了法治社会，法律、法治的信仰和权威已经初步确立，也能够抑制无赖意识的传播；第三，我国有史无前例的高速度和高标推动诚信体制建设，公民和社会组织的诚信意识有很大提升，无信不立已经成为共识，极个别不诚信的人及其行为，已经很难颠覆社会诚信。当然我们承认对无赖的让步会产生对法律、法治的副作用，但影响有限。同时我们应该承认，司法、调解类似于治病，手术和服药有副作用。对无赖的让利是两害取其轻的结果，是社会承担的必要的恶。

从本篇甲乙调解结果看，是典型的权利、利益置换，既有双方当事人权利利益的置换，也有乙自身多元利益的置换；既可以是财产权利利益的置换，也可以是财产权利利益与身份权利利益的置换；可以是现实权利利益的置换，也可以是未来权利利益的置换。这种利益置换，整体上增加了社会利益国家利益。例如甲乙设立新的合资公司，面对比甲公司低二个层次的群体销售家俱，解决了甲乙纠纷、解决了乙就业、创立了新的经济组织、提供了他人在新公司就业机会、新增了纳税主体，更不用说对家俱上下游经济链的促进作用，本案带来的社会增量利益显而易见。这可能是美国的案例，不足以阐述中国问题，那就回顾一下宋鱼水法官的调解案例：A、B是大学同学，毕业后共同在中关村创建了高新电子企业，发展迅速，可能在高速发展后的企业管理中出现分歧，B离开公司，独自创立与原公司经营范围相近的新公司。A报案说B在职期间帐目不清、侵犯公司商业秘密，B被刑拘半年多，A在海淀法院起诉B，在法庭上双方“仇人相见分外眼红”，差点打起来了。经过宋法官的多次调解，双方达成调解协议，再次合作创立新公司。宋法官接受记者采访时说：如果判决，双方的恩怨可能进一步加深，如果合作，就能消除这个矛盾，并且重新合作、创新公司，对国家经济也是有益的。朴素的语言，阐明了深刻的道理：合则两利。结果不是两利，而是三利。经宋法官调解的类似案例很多。因此我们在研究调解时，要尽可能以正当调解为样本，而不能以不正当的、有瑕疵的调解案例作样本，就像研究判决的功能，不能以违法判决为样本。

## 六、调解价值包含并且高于判决价值

批判论者声称：不管是对无赖的让步还是权利利益的置换，至少形式上看来，是权利“打折”，不利于法律权威的树立和法治信仰巩固。反驳如下：

第一，笔者不相信观察者如此缺少整体意识和综合观察问题的能力。

第二，调解本身是法律规定的，调解制度本身就是法律制度，按调解法律调解纠纷，怎么能说是损害法律？错误在于把判决的法律等同于调解的法律，况且调解并不突破禁止性法律。

第三，如果说有些调解规则不是法律规定的，也不构成损害法律权威。似乎调解与判决站在一起，就会损害判决，其实不然，用批判论者认同的英美法治来说，法院的旁边是教堂，法官出了法院就去教堂，当事人弥撒之后就去法院递交起诉状，没有谁认为，英美的教规和弥撒损害其法律权威，我想欧文·费斯作为美国公民，也许不能回答我的反问吧。众所周知，美国19世纪70年代开始兴起大规模诉讼替代方式，其中调解就是重要方式，但是50年过去了，美国并没有出现法律权威受损、法治信仰削弱的态势。

第四，不能把调解作为法治、判决的附庸对待，如果我们明智地回顾历史，在中国调解与判决是同时生长出来的社会制度，西周铜器铭文有了调解的记载，设有专门负责调解的官员，“调人掌司万民之难而谐和之。凡过而杀伤人者，以民成之。鸟兽亦如之。”<sup>①</sup>调解与判决是两种不同的、各有特殊功能的社会制度，不能因为我国民事诉讼法中规定了调解，就把调解作为判决的附庸或组成部分看待。如果调解与判决的功能相同，说没有必要调解了，就没有必要同时存在两种制度安排了。调解与判决比较有如下主要差别：国家解决与民间解决，国家意志与当事人意志，强制与自愿，对抗与合作，化解矛盾与确定权义，修复与界定，因此想当然地要调解服从判决安排是一种错误。

第五，调解与判决承载的社会价值目标有差别，如果说判决承载的主要是秩序价值而兼顾和谐价值，那么调解主要是和谐价值而兼顾秩序价值。和谐是什么？和谐之名，起于音乐，止于愉悦。“子在齐闻《韶》，三月不知肉味，曰：‘不图为乐之至于斯也。’”<sup>②</sup>“音乐的基础是声音；目的是产生愉悦并唤起我们各种各样的情感。”<sup>③</sup>巧合的是，法律之律，也起源于音乐。

《说文》：律，均布也。律是中国古代审定乐音高低的标准，把声音分为六律（阳律）和六品（阴律），合称“十二律”。传说黄帝所作。黄帝使泠纶自大夏之西，昆仑之阴，取竹之解谷生，其窍厚均者，断两节闲而吹之，以为黄钟之宫，制十二箫以听风之鸣。其雄鸣为六，雌鸣亦六，比黄钟之宫而皆可以生之，是为律本。律之目的当然在于和谐。法律与音乐似乎风马牛不相及，但居然有血缘关系，由此遐想，先辈用法律这个词表达法律现象时，很可能寓寄了和谐情怀。因此，和谐在原初的音乐学语境，可解释为演奏配合得当，发出的悦耳声音或旋律。

---

<sup>①</sup>周礼 地官 调人。

<sup>②</sup>论语 述而。

<sup>③</sup>[法] Rene Descartes, *Compendium of Music*, Translated by Walter Robert, By edited Charles Kent, American Institute of Musicology, 1961, p.11.

从心理学的语境，可解释为得到满足时的舒坦、愉悦。从社会的语境，可解释为制度安排得当，人与人之间相濡以沫、各得其所、其乐融融。从法律的语境，可解释为法律制度安排得当，社会关系融洽，公民心理愉悦的现象或状态。

从笔者理解和谐、价值概念的角度看，法律的和谐价值，指法律具有的合理安排社会制度，化解社会矛盾，融洽社会关系，培育愉悦心理的价值。法律和谐价值的外延包括人际和谐、代际和谐、国际和谐和身心和谐，内涵是心理愉悦。调解就是挖掘法律的和谐价值，修复、创造当事人之间的融洽关系，培育当事人法律生活的愉悦心理。<sup>①</sup>

秩序价值是构建、维护社会秩序的价值。法律正是依赖其确定性和强制性，成为社会秩序强有力的刚性力量，判决是法院根据法律规定和法律事实，强迫当事人接受义务承担责任。如果说要一个判决直接承担和谐价值勉为其难，当然从长期效应看必须承担和谐价值，并应以和谐价值为终极价值。调解虽然兼顾秩序价值，但以和谐价值为直接的主要的价值。调解创造的秩序，是和谐的秩序。

和谐价值位阶高于秩序价值，秩序是社会因素的排列，和谐是社会因素的有机排列；秩序强调整齐划一，和谐强调多元融洽；秩序强调稳定，和谐强调凝聚；秩序强调客观层面，和谐强调主观层面。秩序价值是工具价值，有被立法者转化为专制工具的风险，和谐价值是终极价值，秩序价值需要和谐价值引导，在民主社会才能不至于偏离方向。

第六，法律虽然是刚性的，但其本质是一种标示权义的技术规则，其公正性是相对的。从法律技术层面看，法律似乎是精确的、神圣的、不可逾越的，但是法律是调整利益的技术，法律边界是一种技术拟定，并不是绝对的，例如，年满 18 周岁的规定，就是 18 周岁生日过完最后一秒才能认可是“年满”，这一规定并不意味着，这一秒的时间里，人的心智有质的变化，只不过法律操作需要一个技术边界。根据刑法，年满 18 周岁的可以判处死刑，而未满 18 周岁不能判处死刑，同案中可能出现主犯因未满 18 周岁死刑、从犯年满 18 周岁死刑的判决，这也许并不是那么公正吧，因此法律公正性是相对的，法律的刚性也是相对的。如果说禁止性法律是刚性的，那么可以说权利性法律显然有其柔性，义务法律也有其柔性。那么当事人放弃部分权利就可以理解了，权利置换就更显得合理了。

法律的公正性，主要来源于其同样的问题同等对待，与身份高低、金钱多少、势力大小、族别性别、宗教信仰无关，实质是平等性，是普遍民主在法律领域的反映和要求。法律的公正性与权利边界的设置、权利保护力度的大小没有关系。参加过立法工作的学者更能体会这个权利义务设计的操作了，《民法通则》规定普通诉讼时效为 2 年，《民法总则》规定为 3 年，维持

---

<sup>①</sup> 李伟迪：《法律的和谐价值》，光明日报出版社，2013 年。

派认为，一是现代社会中，信息技术高度发展，个人与组织的身份、资格都很明确，财产变化与流转速度加快，2年的期间已经能够保障权利人实现权利。二是《民法通则》实施30多年来，社会公众对《民法通则》规定的2年普通诉讼时效期间已经比较熟悉，实践中没有发现大的问题。延长派认为，《民法总则》草案一审稿至三审稿均规定普通诉讼时效期间为3年，这一规定具有进步性，但与实际需要相比还是较短。现在社会关系很复杂，诉讼时间太短，比较复杂的法律关系的权利人没有办法切实保护自己的合法权益，也不利于维护社会和谐稳定。中国是熟人社会，实践中老百姓发现权利被侵害，往往不会马上到法院起诉，到决定起诉时，可能已经经过一两年，再请律师准备诉讼材料又需要一段时间，2年的普通诉讼时效期间太短了。诉讼时效期间过短会造成权益人的合法权利得不到充分保护，被义务人或者侵权者钻了法律的空子，不利于人与人之间的相互信任。<sup>①</sup>笔者无意研究诉讼时效设计的合理性问题，只是借此说明技术边界不是绝对的，技术规则设定有其必然性，也有其偶然性，因此法律权利义务规则的合理性也是相对的，法律是神圣的，又是世俗的，顶格请求是合法的，退格请求也是合理的、合法的。如此调解协议中当事人让步、置换就是可以理解的。（本文是《批判调解的批判》节选 未定稿）

---

<sup>①</sup> 阿计：诉讼时效的分歧，《民主与法制》2016年第44期。民主与法制杂志电子版-民主与法制网 [http://e.mzyfz.com/mag/paper\\_13980\\_8077.html](http://e.mzyfz.com/mag/paper_13980_8077.html)。

## 粤西地区在外乡贤介入农业经营再造的探索与实践

### ——以广东吴川稳村番薯产业经营为例

李祥\*

**摘要:**随着乡村精英人才的流失,农业经营面临着后继无人,经营危机岌岌可危。近年来各地兴起的“在外乡贤回归”工程,是一项富有传统乡土特色的乡村发展的探索。在外乡贤,以嘉言懿行和道德善感,深得村民的认同和信服,具有农业现代化发展的时代特质。在外乡贤,是乡土特质之“根子”,能重塑乡村向心力、重构乡村想象和促进农业经营深化。以广东吴川稳村为例,明晰在外乡贤介入与农业经营再造之间的实践探索,其稳村实践成效的显著,离不开当地政府的赋权与财政支持、在外乡贤的人格化魅力带来的乡村向心力凝聚及其市场化思想与专业的运营能力。因而,要善于培育和发觉契合乡土乡情的乡贤,优化乡村工作制度改革,促进农业经营再造,建设美丽乡村。

**关键词:**在外乡贤;时代特质;农业经营再造;稳村实践

#### 一、文献综述与问题提出

农业,自改革开放以来,被视为劳动力投入庞大、劳动任务重和农业经营收益低微的脏、苦、累并存的弱质产业,而农业的耕作主体“农民”,被认为是中国社会等级低下、生存状态卑微且“无能力”“无技术含量”的职业,受到城里人的歧视。<sup>[1](p45-52)</sup>生于20世纪八九十年代的新生代的农民普遍长于改革开放后的丰衣足食的优越的生活环境,对农业没有根子里的情怀,或自身并未从事过农地经营生产,只是将种田看作是没作为、不思进取的表现,倾向于转移到城镇从事比较收益相较农业要高的二三机械化生产产业,使得农村只剩下本身需要照顾需要关怀保障的留守老人、留守妇女为耕作主体的“留守农业”或懒人农业。

新生代农民向城镇转移,并非是农村剩余劳动力转移,而是干活有劲、素质高的强势劳动力和精英人才的流失,致使农地生产经营梯队“老龄化”、“低龄化”,造成农地耕作后劲发力和粮食安全加剧。据国务院发展研究中心农村经济研究部于2014年在全国205个村庄5165

---

\* 李祥(1989-),男,湖南邵阳人,广东海洋大学助教,硕士,研究方向:区域治理研究、公共政策比较分析与评价。邮箱:lixiangsy123@126.com, tel: 18024986714. 2019年度广东海洋大学人文社科项目:粤西地区精准脱贫攻坚与乡村振兴互动融合机理及其协调发展研究——基于广东湛江实地调研的经验证据(C19079)和2019年广东省大学生创新创业训练计划项目:乡村振兴视域下产业扶贫的实践困境、内在机理、模式研究——基于广东湛江实地调研经验(CXXL2019080)的阶段成果。

个农户的直接入户调查报告披露,60%多的家庭有人转移到城镇务工,而这外出务工的家庭平均人口为4.6人,约有2人外出,剩下的2.6人中有1.6人为60岁以上老人,目前种地的平均年龄为47.3岁,至此农村的留守老人、留守妇女和留守儿童分别达到5000万、4100万和6000万,这些人却要承担近86%的农地耕作经营生产任务。因此,农业经营面临着后继无人之主体缺失的危机。

而乡贤,在当前新时代下,主要指有智慧、有道德、有情怀、有能力的愿为长于斯生于斯的农村政治经济建设贡献于斯的贤能人士,<sup>[2] (p20-29+144-145)</sup>同时又区别于旧时的乡绅,从主体结构来看,乡贤从原来的血缘扩展到了地缘和业缘,发展性功能更加突出。<sup>[3] (p118-125)</sup>植根于中国传统特殊乡土结构的乡贤,是对古代“乡绅”传承、延伸和拓展,承继现代乡土自我良性运行之功能,凝聚着五千年乡村基层治理的智慧、经验和价值,历久弥新,是当代乡村建设固本培元的根本大计,在当代乡村发展中有着人文独特的社会经济效益。<sup>[4-6] (p38-42, p78-83, p171-176)</sup>在当代乡村发展中,传承、复兴、重构和发扬中国乡土传统乡贤文化已成共识。需营造有利于乡贤介入以及利于乡村发展的制度环境,重塑乡村文化网络,实现乡贤与乡村产业发展的有机衔接。<sup>[7-9] (p82-87, p21-29, p203-210)</sup>

人才外流严重,农村自治缺乏村民基础和乡村人才,治理水平不能与村干部和农民整体素质提升相互促进等问题,<sup>[10] (p90-93)</sup>而在外乡贤的介入,合乎乡村振兴的现实性需求,也是推进乡村发展深化的内生性基础,<sup>[11] (p130-138)</sup>为实现乡村的“生活富裕”提供了人才的助推力,增强了农村的生计资本,<sup>[12] (p17-21)</sup>有利于农业经营转型升级。现在的农民信任逻辑仍是基于传统信任机制,在农业经营的各种环节中出现了不同主体之间不信任的现象,这也降低了农业的总体利益,<sup>[13] (p59-69+127-128)</sup>在乡村建设推进中起着不可或缺的重要性作用。<sup>[14] (p100-105)</sup>在外乡贤介入的作用在于,凝聚乡邻,以道义整合利益,从而减少农地撂荒导致稀缺农地资源浪费和农业经营粗放等现象的发生。鉴于此,本文从在外乡贤介入的时代特质入手,通过广东吴川稳村的实践,明晰在外乡贤介入推动农业经营再造的内在机理,对促进小农户与现代农业的有效衔接具有重要的深层现实意义。

## 二、生成逻辑:在外乡贤介入、乡土特质与农业经营再造

自1994年分税制改革使得事权下放财权上移,到2005年农业税的废除,村落自治机构面临精英人才不足、集体经济收入不足和管理组织虚化等问题,无法对农地生产经营建设给予科学管理和引导,在空心村公共事务治理中常处在“反公地悲剧”,公共权威式微,村落公共生活日渐衰落和凋敝。长期以来农村集体经济组织与基层管理组织“村社合一”,政经不分,村落集体“生产角色”弱化和村落管理“权威和资源”的双重空心,乡村政权日益“悬浮”,乡

村集体陷入无动力无作为之困境。村落不存，村庄焉振兴附，亟需乡土特质的“载体”嵌入引领，树立村落公共权威。

### （一）乡土的“根”——乡贤

自农村劳动力向城市转移被分解到城镇化的汪洋大海中，原来同族临近、四世同堂、亲缘邻近和邻里和睦关系已被逐步弱化，对乡土已缺乏家乡认同感。乡村因缺乏农民主体而日益解体凋敝，村民公共空间拉家常已不常见，村民聚在不起不是就乡村公共设施建设的“一事一议”，而是开口就“一年挣了多少钱”，其价值观被社会物欲横流和金钱崇拜所占据，日益世俗化，去意识形态化，乡村集体主义价值观几乎丧失。充满乡土浓郁情怀的乡村因农民个体原子化疏离化、自私自利和公共事务意识冷漠走向凋零瓦解，只剩下人和村落、人和家园、人和记忆最后的厮守。

然而，“家文化”和恋土情结在中国传统乡村文化根基尚在，只是少了一个乡亲共同认可的权威中介物质激活。“宗族皆自治，自治靠伦理，伦理造乡绅”，这得依靠于在外乡贤的介入。乡贤根植于乡土社会，契合乡里乡情，紧贴乡土情结。在新时代里，乡贤是现代乡土孕育在各行各业的精英，是古代乡土文化的传承者，他们“生于斯、长于斯”，具备熟练的专业技能、先进的经营理念和开拓创新的时代精神，即使远在他乡，也与乡土社会存在水乳交融、斩不断的情愫，以其善言善行、智慧能力、财富积累推动乡亲建设，把个人追求融入乡村利益追求中，垂范乡邻，服务桑梓；把个人奋斗融入乡村文化建设中，敦风化俗，在乡里乡外拥有较高的社会地位、乡土威望和荣誉，在乡村振兴中起着很好的示范和引领的影响力。因此，乡贤文化滋润着当代乡土社会的精神土壤，振兴乡村，也需要乡贤治理的回归，以其财富和智慧改变乡村物质容貌。

### （二）在外乡贤介入与乡村向心力重塑

随着乡村劳动力向城镇转移，乡村已门可罗雀，仅靠留守在乡村的人难以以其处于弱势地位的劳动力与资源整合到振兴乡村，凝聚乡村的“向心力”，这需要具备一种具有较强的组织行动能力与乡村建设高度吻合又能受到广大乡亲拥戴的权威——在外乡贤介入，将其社会价值意识理念促成振兴乡村目标之大成，提高外出务工人士的“向心力”，调动他们汇聚建设家乡的积极性，最大地化解威胁乡邻团结的新矛盾新风险。并且，在外乡贤，长期在外谋求生计，已形成一定的集政治、经济、社交于一体的组织行动能力和“做人做事”的智慧，其价值观、社会感悟和做事的能力，能被家乡的乡亲所信服、仰慕和崇拜。

因此，在外乡贤的介入，将在乡村形成新的交流域和实践动员，让外出务工的乡里人重回“回不起的乡村”。农村劳动力从乡村转移到城镇，人与空间关系发生了变动，也只是一种物

理空间的流动，自身并没有被城市人给接纳，只是谋求生计让生活更美好，仅是“形”散而“神”在，内心从没与家乡分开过，生活在灯红酒绿都市中的游子的亲近乡土的天性在适当的场景会被唤醒。只要乡贤回归，会促使外出务工的异乡游子汇聚一起，一句乡音、一番乡情，倍感亲切，让曾经在共同村落生活过一段时间、拥有共同宗族血缘和地缘纽带的乡邻彼此相聚彼此由冷漠变熟悉，合作认同营造感增强，乡土的回归将成为越来越多异乡游子的内心选择。

### （三）在外乡贤介入与农业经营再造

在快速的“摊大饼”式城镇化进程中，农村只是一味地向城镇“输血”，在计划生育政策使得农村生育率低落的情形下，依靠代际耕作的小农经济由于本已稀缺的农村劳动力非农转移致使缺乏足够人力质量往农村“造血”，农地因人走了被撂荒或被改变地力结构而大幅度萎缩，农业经营危机大大被加剧。而在外乡贤介入为农业经营再造，创造了机遇。因为在外乡贤，大多数是年少时外出打拼的大浪淘尽的乡土精英，其身份得到村民的广泛认同，其社会网络资源能为乡村农业经营的发展赢得利益；同时，在外乡贤，多是在外打拼的各行各业的成功人士，有着熟练的专业技能、先进的管理经验和敢拼的创新精神，即使身在远方，也与乡村有着割舍不断的情愫。这种情愫的存在，使得在外乡贤是促进小农户与农业产业化经营的重要维系载体，驱动在外乡贤用自己的能力、智慧和财富以不同的方式反哺家乡建设，推进乡村“产业振兴、生活富裕”。

习近平总书记在其博士毕业论文《中国农村市场化研究》中指出，农村市场化的推进，要明晰“钱从哪里来”，乡土精英是“推进农村市场化的基本力量”，和农民在“农村市场化中的基础性主体地位”。<sup>[15]</sup>而在外乡贤，正是这人流和资金流的重要乡土汇聚者，能更好将农户充分调动组织起来，提高农副产品在市场经济中的市场竞争力及其占有率，极大地推进农业产业化经营。同时，学者杜赞奇也曾经把在外乡贤振兴乡村称作是“出于提高社会地位、威望、荣耀”并非“纯追求物质利益”，<sup>[16]</sup>其“嘉言懿行”更能得到村落的内生性认同，相较于外生的社会建设主体，更能促进农业经营再造。在外乡贤，长期在陌生人社会“讨生活”，早已形成集经济、社交、人格于一体的综合体，更能凝聚乡村村民的向心力，重构乡村想象，有着较强的组织能力、敏锐的市场化意识和先进的品牌化理念，更能推进农业经营深化。

## 三、案例解构：在外乡贤介入农业经营再造实践——“稳村模式”

### （一）广东吴川稳村及农业经营基本情况介绍

稳村，位于广东湛江吴川黄坡镇鉴江下游西畔，距离乡镇约3公里，面积约1平方公里，具体位置如图1所示。稳村，是北宋进士鞠杲（吴川历史上第一位进士，祖上为密州高密世家大族，祖上连续五代为北宋大臣，曾名列《宋史》）和明代名医、中国引进番薯第一人林怀兰等

人故乡。村庄内有北宋进士鞠杲古墓，东边为已经修葺的乡贤坊，历史乡贤文化浓厚，家族祠堂、粤西文化尚存。

全村共计 403 户约 1803 人，耕地面积 1028 亩，人均耕地面积不到 1 亩，人多地少。其中 2015 年，村集体经济收入 6000 元，村民人均可支配收入只有 5460 元，由于耕作收入的低下难以支撑日常支出，村民普遍不愿意再种地。与此同时，农业经营资金缺乏是继劳动力匮乏的又一难题。2016 年以前，无正式的金融组织为稳村村民提供贷款。稳村农户在吴川黄坡村镇银行能获得贷款仅占 25%，绝大部分仅能靠亲友借贷，虽有地方 16 个“贫困空心村互助资金”，但仅能为农户提供 5500 元以下的担保借款，却又 77.2% 的农户因害怕承担无法还款的连带责任而不敢担保借款，资金援助不足，让不少农户被迫放弃农地经营。

## （二）在外乡贤介入农业经营再造的措施

自 2012 年党的十八大，吴川市委市政府为了改变乡村“脏乱差”的落后面貌，在 2013 年之际通过“引、赋、放”为主线，创新政策倾斜、产业引导、政治激励、服务优化等制度性安排，给在外乡贤赋权，极力引进在外乡贤介入发展乡村经济。自 2015 年起，稳村的在外乡贤陆续回归家乡，以番薯为主打乡村农产品，嫁接乡土文化情怀，壮大稳村的集体经济，促进农业经营再造。即通过吴川总商会向在广州深圳珠海等地富有乡土情怀的企业家乡贤发出“回乡添砖添彩”行动，推进乡贤回归。乡贤的回归，凝聚资本、技术、劳动力等生产要素，与现代管理组织文化业态、现代管理理念结合，形塑乡村优势农产品文化品牌，走出一条富含稳村文化肌理的在外乡贤介入推动农业经营再造的实践模式，具体如图 1 所示。

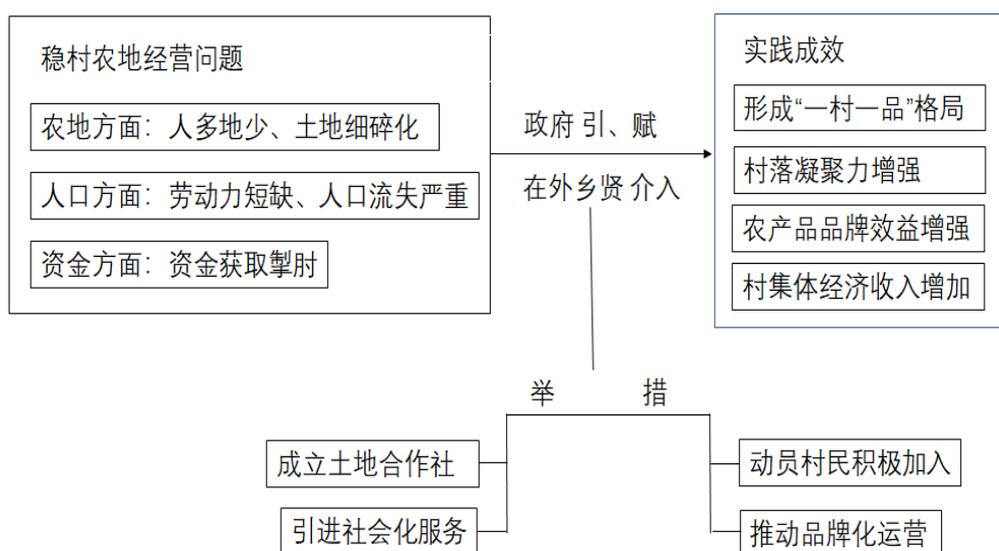


图 1 稳村在外乡贤介入推动农业经营再造的实践模式

### **1. 成立乡贤理事会，动员村民加入乡村建设**

一方面，在外乡贤成立了乡贤理事会，由乡贤理事会推进成立经济合作社，并动员村民积极加入合作社。在得到地方的充分赋权后，秉承“农民受益、乡村兴”的原则，为稳村发展出谋划策，进而成立厉行“入股自愿、收益共享、风险共担、形式自由”机制的经济合作社，在外乡贤联合5个思想觉悟好、德高望重的老农民在社内架起理事会，并动员村民积极加入经济合作社，以此撬动稳村的农地经营再造。

另一方面，在外乡贤以自身人格魅力担保，促进劳力智力回乡、信息回馈和技术回援。农村农业生产经营不能只靠留守老人和妇女，要把一部分青壮年留在稳村，让他们专心务农并且体面务农。在外乡贤动员远乡谋生机的青壮年回流，化个体诉求为公共价值利益，联合具有农业先进生产力的农业企业代为耕作生产，逐步培育回流青壮年的生存种地技能，赋予他们在村落共同经营过程中的知情权、表达权和监督权，提升他们种地生产能力和民主组织水平，整合稳村村落社会系统，进而塑造农业生产经营公共空间。

### **2. 成立土地合作社，创新社内分配制度**

在外乡贤借着自身在外打拼已成的财富积累和网络阶层资源，调配资金资本回流、项目回迁，推进农户农地承包经营权整合确权与集体农地“确权确股确权不确地”制度化和成员享有权负面清单化，动员全村村民将其承包地的经营权以股化形式入股由在外乡贤牵头成立的土地合作社，并赋予村民充分的股权收益剩余索取权。对当地农地施行“分片承包”管理，以纸面契约托管给广东源泰农业企业代为耕作，改变了传统小农户以家庭为单位的小机分散种植模式。

同时，在外乡贤不断完善社内盈余分配制度，严格财务管理制度。将社内财务于每月的20日定期公示，接受农户监督。并且，有两种分红方式可供入股农户选择：一是固定租值，另一是按本期利润的60%进行股权量化分红（其中本期利润的40%作为村社用于乡亲福利服务设施建设的公积金公益金）。若在本社内工作（除管理人员外）的除获得上述分红，还有工资薪酬激励；如果土地入股的股东又是管理人员的，仅能选择第二种股权分配方式，且股权分红与自身绩效挂钩。在土地入股分红基础上，合作社实施“两提”方式用于社内和村集体建设的运作。另外，在外乡贤实行将粮食直补、农业保险保费补贴和良种补贴等政策性补贴落实到种地主体身上，不种地的主体则无此补贴，强化种地主体的再激励制度。

### **3. 推动品牌化经营，提高农产品附加值**

在外乡贤通过由理事会成立的公司，整合村内的土地资源及集体建设资金，将当地特色农产品嫁接乡村文化品牌，推动品牌化经营。基于在外乡贤的合理决策，稳村土地合作社已形成“公司（乡贤理事会）+农业专业合作社+基地+农户+‘双订单’（收购订单、认购订单）”的

农业产业发展模式。即稳村土地合作社与万合隆农牧有限公司签订合作期长达 10 年的以高于市场价的保底价将番薯全部供给公司运营的《稳村番薯经营协议书》，这一协议的签订确保了农户种植稳赚不赔，从长期而言，也有稳定的收入来源。

此外，稳村在瞄准现代市场需求，与农业企业培育农产品良种，调整农产品种植结构，选择较适合实际情况的农地经营规模，实施稻谷番薯轮耕模式，将番薯嫁接乡村文化品牌，延长番薯生产的加工、烘焙、包装等“三合一”产业链，创立“稳村番薯”品牌，在番薯精深加工基础上衍生出薯粉、薯干等熟食品，提高番薯附加值，形成“一村一品”的品牌效应，将产品打入国内中高端食品市场，大大增加销量，进一步提高村民收入。

#### 4. 引进社会化服务，降低农业经营成本

在稳村实践中，乡在外贤以其道德威望声誉和社会资源网络，加强乡村和城市的多样性联系，引资本和劳动力逆流，弥补乡村因要素、资本和文化等资源“失血”过多的松弛，驱“补血”为径把作为传统农业生产载体的农地与乡村文化、旅游结合起来，演变成一个复合型的农业生产空间，并衍生出与本村优势农产品结合的农耕文化区来展销文化品牌农产品，以农业生产过程路演、农家乐体验和节日欢庆活动吸引异地游客参观游玩，壮大农村集体经济收入。

借助作为广东粤西的中心区域交通优势，在外乡贤在村内设立与“稳村番薯”结合的农耕文化产业区，发展供游客观光游玩、体验稳村番薯 400 年传统种植文化的休闲农业。从基本农地种植，到深化农产品加工，再到一二三产业融合，演化成以强调体验和观光的农耕文化区为代表的休闲农业，并在文化区内展销“稳村番薯”“稻谷红”等品牌农作物和种植花卉和果树，让异地游子远离都市喧嚣领略乡土文化风光。并且，整合稳村的鉴江临江土地和附近岛屿资源，逐步拖长农业产业链，打造集水韵景观、临水娱乐游玩和农耕文化体验“三合一”农村休闲旅游胜地。

##### （三）在外乡贤介入农业经营再造的成效

在外乡贤的介入，引劳动力流和资本流回流，盘活土地资源，发掘乡土优势农产品（番薯），以其“妙手”将难登大雅之堂的番薯嫁接文化品牌，打造成畅销国内外的品牌农作物，把寻常无奇的番薯地变为农民的“聚宝盆”，形成“一村一品”的产业格局，拓展精深化农业，延长农业产业链，促一二三产业融合，重构农业生产经营，取得了瞩目的成效。

**第一，农村集体经济收入显著提高。**自在外乡贤介入后，以“稳村番薯”为稳村的特色农产品撬动农业产业发展的支柱，为稳村村集体创造了极大地收入。从 2015 年村集体经济年收入仅有 6000 元，增加到 2017 年的年收入 3.65 万元，再上涨到 2018 年的年收入 17 万，短短两年间，村集体经济收入增长了近 25 倍。2019 年上半年番薯种植产量突破 100 万斤（以 500

亩农地核算), 每斤番薯销价最低 5 元/斤, 以此核算, 预计 2019 年经济合作社收入不菲, 村集体收入会再上一层楼。

**第二, 村落向心力增强。**乡贤回归, 将原本贫困落后主体涣散的空心村, 变为产业兴旺的实心村, 诱发大量外出的劳动力心中乡愁的复苏, 汇聚回流发展乡村, 形塑村落公共生产经营体。农民在村内跟随乡贤组织的经济合作社种地, 一年获得的收入, 算上流动到城镇务工的交易成本, 比在城镇务工就业的比较效益要高, 2017 年农民从合作社领到的土地股权分红至少 4000 元, 最高 2 万元, 一年 2 次分红, 至少可获分红 8000 元。2019 年上半年每个农户可获农地股权分红至少 8000 元, 基本与 2017 年一年的分红持平。在 2018 年, 稳村的番薯种植面积超过 600 亩, 其中 450 亩是由村民自发种植, 150 亩由合作社种植, 总产量达破 100 万斤, 已有 800 多名农户 (全村 1803 人) 参与番薯种植经营。而且, 村内的宗族聚会、各种文化娱乐活动和公共空间绿化覆盖率也相继得到了极大地提升 (见图 2 所示)。

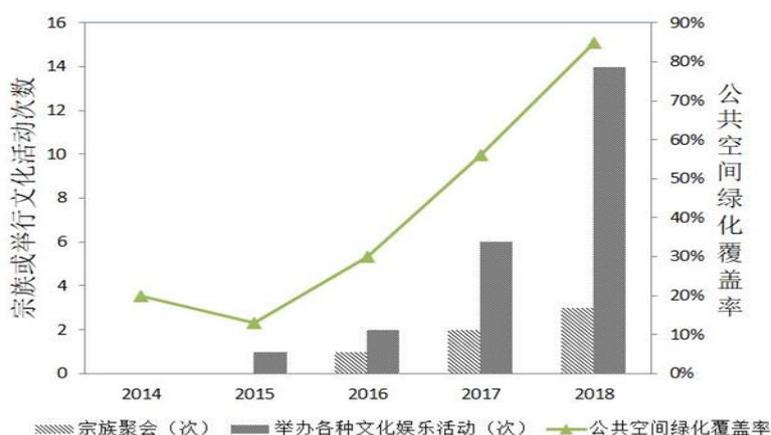


图 2 宗族聚会、举办各种文化娱乐活动和公共空间绿化覆盖率的情况

**第三, 品牌效应增强, 形成“一村一品”产业布局。**在外乡贤, 雇佣中国国家一级作家洪三泰为番薯题诗, 嫁接文化气息, 用 8 个月时间成功创立了以“稳村番薯”为主的国家名优农产品品牌商标, “一村一品”的农业经营产业格局得以形成。原本 3-5 角/斤涨到现在至少 5 元/斤, “身价”上涨了不少, 其中“稳村番薯”中的“南瓜红” 5 元/斤、“冰淇淋” 6 元/斤、“薯王” 7 元/斤。而且, “稳村番薯”供不应求, 在 2017 年 11 月的中国海洋经济博览会、广州年货展览会上进行推广, 销出共计 1 万多斤的 1022 箱番薯, 当天认购 2000 多箱, 还有电商平台上订购的 1000 多箱, 共计 4000 箱左右, 算上湛江各大商会和机关部门的认购, 需求量高达 4 万多斤; 2018 年在京举行湛江驻外商会第七届会长联系会上已成明星产品, 争得 20 多家部门认购, 6 元/斤“薯王”更是抢手。

**第四，农业观光业深化。**在“稳村番薯”的基础上，结合休闲农业旅游一道规划“稻田香庄园”。整合稳村的鉴江临江土地和附近岛屿资源，逐步拖长农业产业链，打造集水韵景观、临水娱乐游玩和农耕文化体验“三合一”农村休闲旅游胜地。临江旁的农耕文化区风光旖旎，作物葱茏，设有“渔歌晚唱”的观光舒心的乡村旅游平台、“稳村番薯”生产空间展示议厅，与传统的稳村农耕文化相映照，于2018年3月吸引2千多名游客前来品尝体验游玩娱乐。

#### 四、分析与讨论：在外乡贤介入农业经营再造“稳村模式”的经验启示

在外乡贤介入，以其乐于助人、乐善好施和造福桑梓的个人魅力赢得农民们的认同、顺服和威望，用其广泛的乡亲基础成功搭建政府与农民之间的桥梁，凝聚乡土向心力，用资源财富整合和智慧学识发展乡村经济贡献于斯，以农村文化品牌嫁接为用、社会化服务为体的促乡村产业兴旺的农业经营再造的乡土特色道路。诚然，稳村的农业经营再造能取得较好的效果，相对于外生的社会建设主体嵌入发展乡村而言，得益在外乡贤介入，取得村内村民的内生性认同。而外乡贤的介入与农业经营再造的运作动力主要如图3所示，故本文将从政府赋权、在外乡贤凝聚村民和在外农村市场化思想三个方面来进行分析讨论。

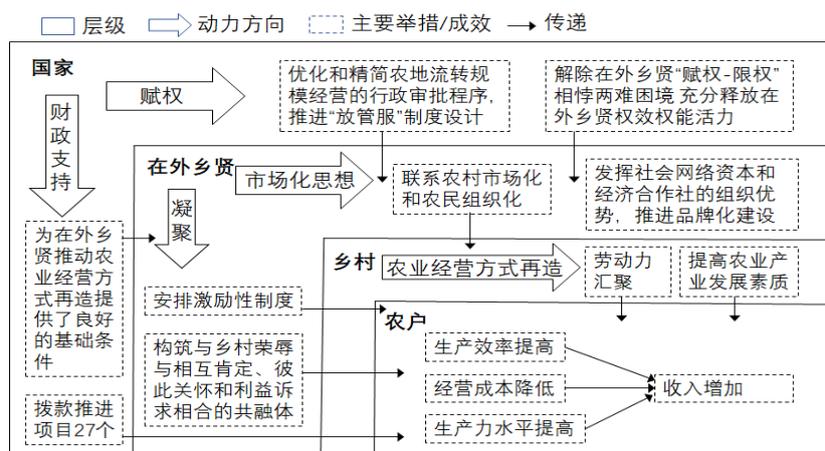


图3 稳村在外乡贤介入农业经营再造的运作走向流程图

##### （一）在外乡贤的人格魅力与村民向心力凝聚是基础

在稳村实践中，在外乡贤以其智慧见识、经验技能和人格化魅力，回流劳动力和资本，构筑了一个与乡村荣辱与相互肯定、彼此关怀和利益诉求相合的共融体。在外乡贤的介入，凝聚异乡游子回流组织生产经营，保证了乡村因有了足够经营行动主体而促进村落系统的正常运行和自发道德秩序的形成，从而带领农民致富，给稳村农业经营注入富有活力的新动能，增强农民对乡村顺服的向心力，增进了农民对乡土的归属感和村落公共利益的认同、担当和维护。

农业经营的再造，不仅需要企业精英的经营能力、社会资本等，还需要占有其他互补性资

源的农民参与，而在外乡贤在这个过程中起举足轻重的作用。只有这个行动共同体有着足够数量的个体，还有着高效的激励性制度安排，系统组织才能长期运营。在外乡贤在引劳动力回流的同时，创新合作社内的分配制度，处理好“做蛋糕”和“分蛋糕”的矛盾，让农户的资源成为稀缺的资产，从而扩大农户在农业经营的经济活动重的分配比例，以资产增值撬动农户脱贫致富，增强外出务工的本村村民回流的向心力；同时又以规约树起行动体遵守规矩的契约精神，防止因个体理性让整个集体陷入无法合作“囚徒困境”而致使行动体间变为“零和博弈”，建立“公司（乡贤理事会）+合作社+特色产业+农户”的发展模式，较好地链接了合作社、村集体和农户之间利益捆绑，让农户在农业经营中从旁观者转化为参与者，增强了农户在农业经营中的主体性地位，充分调动了农户参与农业经营的积极性，为农业经营产业化培育了充实的内生动力。

在稳村中，在外乡贤具有一定奉献胸怀，创新分配制度安排，“土地股权”入社，明确股权分配方式农户选择，对既是股东又是管理人员实行差异化管理，赋予了农户的剩余索取权，保障了在外地务工无法参与社内经营的农户的合法权益，减少行动主体间摩擦，增强了农户组织凝聚力，更好地将乡村行动体联合起来发挥  $1+1+\dots+1>N$  的协同效应，让乡村从松散变为凝聚。

## （二）在外乡贤的农村市场化思想与农业经营深化是动力

在农业经营产业化过程中，要素处于其运转之核心。稳村前期最为缺乏的是组织要素和运营能力要素。农村市场化是和农民组织化联系在一起的，在稳村没有成立合作社之前，村民是一盆散沙，无法发挥他们的劳动力，农业经营深化难以实现。稳村的在外乡贤为了解决这一弊端，成立土地合作社，推进土地产权改革，将村集体的土地和农户的土地以折现骨架的方式入股到土地合作社，做好土地与劳动力在股价上的分配折价机制，在前三年采用保底分红，实质以资产租赁的方式补还给农户，三年后，取消保底分红，与农户之间签订一定比例的分成契约，利润的 30%用于分红，其中 30%中有 50%是分配给农户，这在一定程度上聚合了农户家庭的资源要素，更好地在农业经营过程中实现资源的保值增值，也催生了稳村特色农业产业的发展。

稳村实践中，在外乡贤以其道德威望声誉和社会资源网络，加强乡村和城市的多样性联系，引资本和劳动力逆流，弥补乡村因要素、资本和文化等资源“失血”过多的松弛，驱“补血”为径把作为传统农业生产载体的农地与乡村文化、旅游结合起来，演变成一个复合型的农业生产空间，借现代技术之用，衍生出与本村优势农产品结合的农耕文化区来展销文化品牌农产品，以农业生产过程路演、农家乐体验和节日欢庆活动吸引异地游客参观游玩，壮大农村集体经济收入。因此，稳村实践之所以成效显著，是因为在外乡贤具备了专业化运营能力，发挥社会网络资本和经济合作社的组织优势，将乡村农副产品嫁接乡土文化情怀，提高农副产品的附加值，

推进稳村的农业品牌化建设，走出了一条品牌兴村之路。

### （三）政府的赋权与财政支持是保障

广东吴川稳村实践的成功，还得益于地方政府在此项目推进中治权的充分下放。在不改变农地集体所有制前提下，以农户家庭为基础，做活农地承包权和经营权的一项产权安排设计。一些贫困村（如广东化州大坡村），虽有在外乡贤嵌入却无法兴村，一个关键的原因是地方对村治治权的严格管制或是治权赋予不完全、残缺模糊，导致乡贤陷入“赋权-限权”相悖两难及权效能活力没有得到充分的释放。已有的研究也表明，制度已存乡村制度规范的缺失、组织结构错位与在外乡贤自身的自主性及体制性的摩擦，使得在外乡贤在乡村发展过程中面临乡村治理供需失衡的现实困境。<sup>[1]</sup>地方对在外乡贤介入的治权的放松，优化和精简农地流转规模经营的行政审批程序，推进“放管服”制度设计，出台多项正式制度措施安排给乡贤回归搭平台助政策，如《吴川市投资项目“我来办”手续代办制暂行办法》和《关于充分促进乡村非公有制经济健康发展的十条措施》等，盘活在外乡贤回归的治权，为在外乡贤凭借个人在外打拼所积累的社会网络振兴乡村大展拳脚埋下伏笔。

政府深知资金要素对于农业经营产业化发展的重要性，除了对在外乡贤赋权，也在财政政策方面给予大力的支持。在外乡贤回归之前，稳村的农田水利年久失修、基础设施建设滞后、交通不便、环境卫生状况差，这些基础设施都是制约产业发展的重要因素。2015年政府找准发展瓶颈，强化基地保障，拨款推进包括农田水利、环境治理、公共事业、乡村旅游等项目27个。2016年已完成自来水工程、农田水利硬底化排灌渠等六大项目，初步改善村民生活环境、美化村容村貌，也为在外乡贤推动农业经营再造奠定了优质的基础与保障。

参考文献：

- [1]周祝平. 中国农村人口空心化及其挑战[J]. 人口研究, 2008, (02).
- [2]胡鹏辉, 高继波. 新乡贤: 内涵、作用与偏误规避[J]. 南京农业大学学报(社会科学版), 2017, (01).
- [3]应小丽. 乡村振兴中新乡贤的培育及其整合效应——以浙江省绍兴地区为例[J]. 探索, 2019, (02).
- [4]赵浩. “乡贤”的伦理精神及其向当代“新乡贤”的转变轨迹[J]. 云南社会科学, 2016, (05).
- [5]刘淑兰. 乡村治理中乡贤文化的时代价值及其实现路径[J]. 理论月刊, 2016, (02).
- [6]季中扬, 胡燕. 当代乡村建设中乡贤文化自觉与践行路径[J]. 江苏社会科学, 2016,

(02).

[7]白现军,张长立.乡贤群体参与现代乡村治理的政治逻辑与机制构建[J].南京社会科学,2016,(11).

[8]万涛.权力的文化网络视角下的新乡贤返乡困境及对策——基于H省G村的调查和实验[J].城市规划,2016,(11).

[9]芦恒.农村“草根性”社会工作创新发展——以东北农民志愿者的自助实践为中心[J].社会科学战线,2017,(02).

[10]蒲实,孙文营.实施乡村振兴战略背景下乡村人才建设政策研究[J].中国行政管理,2018,(11).

[11]吴蓉,施国庆,江天河.乡村振兴战略下“新乡贤”治村的现实困境与纾解策略[J].宁夏社会科学,2019,(03).

[12]赵康,廖祖君.以生计资本为核心构建农村社区建设长效机制——以广东省云浮市“乡贤返乡哺农”为例[J].农村经济,2014,(08).

[13]王敬尧,王承禹.农地规模经营中的信任转变[J].政治学研究,2018,(01).

[14]谢开勇,谢寒,张建.新农村建设推进中的乡贤群体建设——基于调研的实证分析[J].农村经济,2016,(08).

[15]陈林.习近平农村市场化与农民组织化理论及其实践——统筹推进农村“三变”和“三位一体”综合合作改革[J].南京农业大学学报(社会科学版),2018,18(02):1-11+157.

[16]杜赞奇[美].文化、权力与国家[M].江苏南京:江苏人民出版社,王福明译,2003.

## 辅助性原则对中国治理现代化的意义

李旭东\*

**摘要：**国家治理现代化需要治理理论的创新。辅助性原则作为新兴的治理理论，在当代世界由一种社会哲学逐步政治化、法律化，在治理方面日益发挥着重要作用，受到广泛关注。我国应当重视这一新兴治理理论，全面认识其基本内涵：它有利于保障“下级权利”，巩固基层与地方治理；它有利于规范上级对下级事务的干预，整体上有助于纵向维度上权力分配的合理化。它也重视横向视域权力与权利的平衡，有助于构建国家与社会的合作共治体系。它关注区域性、全球性治理，对国际性与全球治理体系之建构具有指导意义。它超越了传统的公民单一认同，直面当代复杂的多元认同现实，对未来治理理论之发展具有前瞻性。作为现代类型的治理理论，辅助性原则对当代中国治理理论发展具有多方面的借鉴意义。

**关键词：**辅助性原则；治理理论；央地关系；纵向分权；横向分权；全球治理

### 一、辅助性原则对我国治理现代化具有重要意义

“国家治理体系与治理能力现代化”命题提出之后，受到学界的高度重视。十九大报告指出了当前我国治理面临的现实挑战：“社会矛盾和问题交织叠加，全面依法治国任务依然繁重，国家治理体系和治理能力有待加强”，<sup>①</sup>并强调：“明确全面深化改革总目标是完善和发展中国特色社会主义制度、推进国家治理体系和治理能力现代化。”<sup>②</sup>这些论述对国家治理现代化提出了新要求，治理理论需要大力发展，为我国的治理实践提供有效的理论资源。在此背景下，近些年来风行世界的治理理论——辅助性原则的积极借鉴意义就显得尤为突出。

辅助性原则最初只是天主教会的一种社会学说，但它逐步政治化与法律化，尤其在欧盟的政治统一进程中日益发挥着重要作用，成为当代世界影响广泛的政治原则与法律原则。<sup>③</sup>由于它的实践影响巨大，受到了西方学界的普遍兴注，近三十年来的研究逐步升温。<sup>④</sup>但是，辅助性原则毕竟是个新颖的术语，迟至上世纪九十年代才受到西方学界重视，而且认识也不大一致。例如“最关键的是阐明辅助性意味着一个实质的宪政原则。人们公认对其定义并无共识。对其内

---

\* 李旭东（1970-），男，山西昔阳人，法学博士，华南理工大学法学院副教授、广东地方法制研究中心副主任，从事治理与法治理论研究。

① 习近平：《决胜全面建设小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》，人民出版社 2017 年版，第 9 页。

② 习近平：《决胜全面建设小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》，人民出版社 2017 年版，第 19 页。

③ 笔者对其发展演变过程有过论述，参见李旭东：《辅助性原则及其对我国地方法治的意义》，《哈尔滨工业大学学报》2017 年第 5 期，第 37-44 页。

④ 据考证，该词于 1975 年开始重新出现，1992 年才正式进入官方文件，确实是出现比较晚，发展比较迅速。参见 John W. Bridge, *Constitutions, Powers and the Doctrine of Subsidiarity*, 31 B.L.J. (1999) 51.

容的肤浅定义将狭化其作用范围。”<sup>①</sup>直到1999年仍有人认为，“直到最近，辅助性还不是一个为人熟悉的法律词汇。近年来由于它更多用于就欧盟内部建立何种政治联盟形式之讨论，才最终成为当代宪政与法律话语的一个术语。”<sup>②</sup>由于我国治理与法治理论研究的需要，辅助性（Subsidiarity）原则在中央与地方关系法治化方面的研究已有所讨论。与该原则的重要性相比，我国学界对辅助性原则的研究数量仍然偏少。<sup>③</sup>国内早期的研究者主要是从事欧盟法研究的学者，如王鹤、<sup>④</sup>曾令良、<sup>⑤</sup>回颖等；<sup>⑥</sup>近年来法理学与行政法等领域的学者也开始关注这一领域。这两类学者的研究特点是，前者主要研究欧盟法中的辅助性原则；后者则在央地关系法治化与地方法治研究中讨论辅助性原则的一般理论，<sup>⑦</sup>有的研究者赋予了该原则以较高的地位。<sup>⑧</sup>

从目前研究现状看，国内研究主要以单篇论文为主。研究现状主要表现为：其一，研究力量少，尚未全面铺开相关研究。目前国内学界对国外辅助性原则研究现状的了解尚待深入，除欧盟辅助性原则外，应涉及的内容还有重要遗漏，比如对联邦制国家的辅助性问题、国际治理中的辅助性问题都需要展开；研究的系统性与文献的权威性都值得改进，辅助性原则的术语尚未完全统一：“从属原则”（曾令良）、“辅助原则”、<sup>⑨</sup>“下属权利”、<sup>⑩</sup>“辅助性原则”<sup>11</sup>等提法都有使用；各专门研究领域还有待深入。<sup>12</sup>其二，对辅助性原则的理解不够全面，需要予以修正。目前的研究较普遍地视“下级权利”与“纵向分权”功能为该原则的全部内容，这与我国央、地关系法治化进程刚刚起步的现实密切相关。不过，辅助性原则的内涵非常丰富，我国面临着治理现代化的重要使命，治理理论的发展有着迫切的现实需要，对该原则进行一个较全

<sup>①</sup> Nicholas Emilou, *Taking Subsidiarity Seriously? the View from Britain*, 1 *Eur. Pub. L.* (1995)566.

<sup>②</sup> John W.Bridge, *Constitutions, Powers and the Doctrine of Subsidiarity*, 31 *B.L.J.* (1999) 49.

<sup>③</sup> 笔者通过中国知网数据库检索，以“辅助性原则”作为关键词的文科类论文共75篇，这一数量相对是比较少的；其中题目中含“辅助性原则”的仅30篇，检索时间：2019-03-25。

<sup>④</sup> 王鹤：《评欧共体的辅助性原则》，《欧洲研究》1993年第2期。

<sup>⑤</sup> 曾令良：《论欧洲联盟法中的从属原则》，《武汉大学学报》1999年第2期。

<sup>⑥</sup> 回颖：《欧盟法的辅助性原则》，中国人民大学出版社2015年版。

<sup>⑦</sup> 我国中央与地方关系的法治化研究近年来逐渐展开，有的从地方法治或区域法治发展的角度开展研究，如公丕祥、葛洪义、孙笑侠、文正邦等，有的侧重央地关系法治化的一般理论研究，如苏力、熊文钊、辛向阳、吴稼祥、郑永年（新加坡学者）、张千帆等。这里涉及的学者较多，有关著作整理的参考文献目录对上述研究有具体列举，参见李旭东：《地方法制原理引论》，中国民主法制出版社2016年版，第页。

<sup>⑧</sup> 葛洪义：《我国地方法制理论与实践研究》，中国经济科学出版社2011年版。

<sup>⑨</sup> [德]汉斯·沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔：《行政法》（第一卷），高家伟译，商务印书馆2002年版，第5页。

<sup>⑩</sup> 伊恩·库珀：《欧盟的下属权利与自主性》，载[加]刘易斯·波利、威廉·科尔曼：《全球秩序：剧变世界中的机构\制度与自主性》，曹湘荣等译，社会科学文献出版社2009年版，第188页。

<sup>11</sup> 李秋成：《中央与地方治理模式中的辅助性原则》，《地方法制评论》第1辑，法律出版社2014年版，第49-60页。

<sup>12</sup> 李旭东：《地方法制原理引论》，中国民主法制出版社2016年版，第159-186页。

<sup>13</sup> 殷叙彝有专门讨论了该术语的译名，建议译为“辅助性”。参见殷叙彝：“关于‘subsidiarity’一词的译法”，载《马克思主义与现实》，1999年第3期。对该术语的使用状况更全面的介绍，参见回颖：《欧盟法的辅助性原则及其两面性》，《中外法学》2016年第5期，第1618页。

面的研究，很有必要。

## 二、辅助性原则的丰富内涵

辅助性原则本身是一个域外的研究领域，汉语文献相对较少，这在相当程度上束缚了研究者的视野。有的研究者并未使用“辅助性原则”的术语，但同样表达了地道的辅助性治理原理。这种现象表明，治理原理有其共同性，也表明我国学界对辅助性原则的一般原理尚了解不足，因而努力地重新创造了在欧美学界较成熟的学理。研究者认为，辅助性原则有着某种“变色龙”（chameleon-like quality）<sup>①</sup>式的面相，<sup>②</sup>这既是由于各国的治理现实使它呈现不同的面貌，也表明它本身具有丰富的理论内涵与治理功能，对现实具有较强的适应性。为此，本文尽量利用一手文献，结合我国学界的需要，从以下几个方面对辅助性原则之丰富内涵进行一个全面论述。

### （一）强调基层与地方治理权力的“下级权利原则”

辅助性原则最突出的理论诉求是，更强调下级权力具有不受上级权力干预的特点。这一理论诉求重点强调下级与地方权力的相对独立性，避免过多受上级干预，从而更好地发挥其在治理中的积极性。在此意义上，它被视为一个“下级权利”原则。<sup>③</sup>有些论述虽未采取这一表述，实质上也强调了这方面的内涵。

这一意义上的辅助性原则之具体含义包括如下层次：首先，强调基层在治理中的优先性。它主张治理应当从基层开始，基层与地方在治理中具有优先性。如 Fr. Robert Sirico 认为，“辅助性要求，‘诉求应优先由社会中最小的单位开始，这些单位包括：共同体式社群、家庭与个人。这些组织对照看自己的及相关的需要负有首要责任。’如果这些组织不能很好完成职责，那么‘更高层级的社会组织，首先从最相接近的层级起，才被允许临时性地承担起那些功能。’<sup>④</sup>其次，强调保持社会的自治性。它反对国家权力破坏那些自然形成的社会单位之运行秩序。教皇庇护十一世在 *Quadragesimo anno*（四十年通谕）中说：“……一切社会活动，从其功能与本性上说，都应当是为社会成员提供帮助（help），而绝不是毁灭与攫取（destroy of absorb）他们。”<sup>⑤</sup>按照这样的逻辑，辅助性原则对于促进社会整体的善治起着积极的作用。如有的学者所说：“掌权者应当认识到，越是真诚地依赖辅助性原则，维持各种社群中那种阶梯性等级性

---

<sup>①</sup> Alan Bogg, *Subsidiarity or Freedom of Association? A Perspective from Labor Law* [J].61 *Am. J. Juris.* (2016)146.

<sup>②</sup> 伊恩·库珀：《欧盟的下属权利与自主性》，[加]刘易斯·波利、威廉·科尔曼：《全球秩序：剧变世界中的机构\制度与自主性》，曹湘荣等译，社会科学文献出版社 2009 年版，第 188 页。

<sup>③</sup> Michael J. Nader, *Towards Reconciliation and Consensus: Catholic Social Thought and Entitlements*, 11 *Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y* (1997)424.

<sup>④</sup> Joseph A. Komonchak, *Subsidiarity in the Church: the State of the Question*, 48 *Jurist* (1988)299.

秩序，社会权威与社会效能也就越高，共同体的生活也就越是幸福与繁荣。”<sup>①</sup>因此，有的论述直接称辅助性原则为“下级权利原则”。

可见，辅助性原则倾向于优先由基层（在社会领域是由个人、在政府体制内是由基层机关）采取行动。相比之下，它更重视公民个体、基层政府、下级机构、社会领域发挥其作用，而不赞成官方机构、中央机关、上级政府过度能动的越权行为。因为，官僚机构越庞大、越到上级，官僚主义越是严重，越少统治效能。辅助性原则的这种倾向就表现出其明显的优点。<sup>②</sup>

欧盟以辅助性原则作为处理成员国与欧盟之间关系的政治与法律原则，《欧洲共同体宪章》的相关规范的有关表述，典型地表达了辅助性原则的这一内涵：

“在非专属管辖领域内，共同体应当按照辅助性原则行动，即：只有在成员国之行动不能成功实现相应行动的目标，或由于特定行动之规模与影响的原因而由共同体行动能够更好地达成目标时，共同体才会采取行动。”<sup>③</sup>

这一规定明确规定，首先由基层与地方（在欧盟内是成员国）行动，上级（欧盟层面）的行动只能作为辅助与补充，并为其行动设置了相应的条件。上级的行动相对而言居于次要的与“辅助的”地位，这也是该原则被称为辅助性原则的最初含义。因而，我国学者普遍视辅助性原则为一个“下级权利原则”也有其道理，因为这一内涵是辅助性原则最突出的特征。不过，视之为辅助性原则的全部就过犹不及了。

## （二）规范上级权力权力的合理行使

治理事务纷繁复杂，只强调发挥基层与地方（即下级）的积极性显然有失片面，辅助性原则并不绝对排斥上级权力的作用。它希望，首先发挥基层政府的作用，其次也鼓励各级政府渐次发挥作用。辅助性原则本身包含了允许上级介入与干预的内涵，只是对其设置了明确的规则以规范其行动。在此意义上，它对上级权力进行了规范。合“自下而上”与“自上而下”的双向作用，它表现为一个指导权力在纵向等级中的配置原则。学者认为，辅助性原则的要求是：“它要保证谁处于最佳行动地位，就由谁来行动。”<sup>④</sup>

欧盟前述的那条规定以及其他文件中对辅助性原则的表述都较相似。首先，辅助性原则被欧盟作为三大基本的法律原则之一（另外两大原则分别是：授权原则与比例原则），<sup>⑤</sup>在各种具体的法律制度中形成了相应的制度规则。作为辅助性原则，它的贯彻以欧洲法院法官作为最终

<sup>①</sup> Joseph A. Komonchak, *Subsidiarity in the Church: the State of the Question*, 48 *Jurist* (1988)299.

<sup>②</sup> 凡将辅助性译为“下级权利原则”或“从属”原则的，都或多或少地存在这样的倾向。

<sup>③</sup> EC Treaty, supra note 2, art. 3b, ¶2.

<sup>④</sup> Keon Lenaerts, *The Principle of Subsidiarity and Environment in the European Union: Keeping the Balance of Federalism*, 17 *Fordham Int'l L.J.*(1994)859.

<sup>⑤</sup> Francis Conte, *Reinforce Democracy, Sovereignty and Union Efficacy: Supremacy and Subsidiarity in the European Union*, 26 *Dublin U.L.J.*(2004)22.

的保障。“…只有欧洲法院法官（ECJ），才应当是辅助性原则的最终保障。”<sup>①</sup>各类条约不断地肯定辅助性原则的地位。例如，“《阿姆斯特丹条约》提供了辅助性两个不同的维度。其一，欧洲共同体的行动由以下两个选项实现，或通过指令或通过规制。”<sup>②</sup>根据这些法律文件，欧盟辅助性原则的要求包括两个方面：其一，成员国行动具有优先性（即下级权利内涵）；其二，欧盟的介入行动要符合一定标准（此即上级干预要求）。官方文件对欧盟行动设置了严格规则，把行动自由优先留给各成员国；只有当下级层面不能或不宜解决问题时，这时上级才按照辅助性原则之“上级介入”的相关规则为依据开始行动。有学者总结说：“尽管辅助性一般地优先考虑地方层面的行动，但它也可能将决策权提交至更高层级。”<sup>③</sup>

美国的制度与欧洲不同，不过也表现出一些类似的特点，相关研究表明：“辅助性将鼓励联邦政府和州政府双方继续对政策问题提供实际的解决方案。它也能够保障当一方处理与解决政策问题失败之后另一层级的政府将在特定条件下采取行动。”<sup>④</sup>辅助性原则在强调基层与下级的“自治”与“独立”之外，也包括了上级与中央（联邦）的“补位”与“合作”之内涵。“分”权的目的不是为了自己得到权力，而是为了解决问题。它并不只是强调保障下级权利，而是因为下级更有利于问题的解决才如此强调；当问题由上级解决更为合适时，它就会主张上级的干预与介入行动。

因此，应当同时从两个方面理解辅助性原则。其一，自下而上的“下级权利”要素。该要素强调基层与下级的优先性，一般首先由它们来决策与行动。现实问题总是具体的，从信息传递与利益感知的角度，基层更容易接触实际、了解真相。因而，基层治理优先是辅助性原则的第一要求；<sup>⑤</sup>其二，自上而下的“上级干预”要素。当问题更适宜由上级机关解决时，权力就将按照一定程序移交给上级。因而，片面强调辅助性原则之“自下而上”的基层优先要素，并不准确；只有将“自上而下”的上级干预要素也考虑进来，这方面的作用才能相对完整地得到理解。

诚如学者所揭示的，“欧洲一体化创造了双重的辅助性，它‘使得权力运动既可以自上而下也可以自下而上’。”<sup>⑥</sup>欧洲的政治实践否定了把“下级权利”作为辅助性原则之全部内涵的

---

<sup>①</sup> Rudolf Dolzer, *Subsidiarity: Toward A New Balance Among the European Community and the Member States*, 42 *St.Louis U.L.J.* (1998)534.

<sup>②</sup> Rudolf Dolzer, *Subsidiarity: Toward A New Balance Among the European Community and the Member States*, 42 *St.Louis U.L.J.* (1998)535.

<sup>③</sup> Markus Jachtenfuchs, Nico Krisch, *Subsidiarity in Global Governance*, 79 *Law &Contemp. Probs.*(2016)7.

<sup>④</sup> Jared Bayer, *Re-balancing State and Federal Power: Toward A political Principle of Subsidiarity in the United States*, 53 *Am.U.L.Rev.*(2004)1471.

<sup>⑤</sup> 这方面的治理原理，笔者已有专门论述，参见李旭东：《“在地治理原理”对国家治理体系现代化的意义》，《哈尔滨工业大学学报》2019年第1期，第25-33页。

<sup>⑥</sup> Anna Zielinska-Glebocka, *Subsidiarity and Local Government in the European Union*, 7 *Pol.Q.Int'l Aff.*(1998)42.

简单观念。辅助性原则蕴含着“自下而上”与“自上而下”这双向功能，它既能够支持基层与地方治理，也能够支持集中权力与提升治理层级。<sup>①</sup>在实践中，到底由上级与下级哪一方、下级中的哪一具体层级来行使治理权力，则应当视具体情况而定。如论者所说，“辅助性固然首先被视为在不同统治层级之权利配置的原则，但它也可以对如何行使权力提供指导。”<sup>②</sup>它实际上也具有在统治秩序之纵向层级中分配权力的功能。现代社会的复杂性使得不同的治理问题需要交由不同层级的主体来负责，辅助性原则就对各纵向层级间的权力配置与治理责任转移提供了理论指导。

### （三）重视横向领域国家与社会的协同治理

治理现代化命题的提出，源于中国治理现代化面临的巨大挑战。治理不仅是政府方面的事务，更涉及社会领域的自治以及政府与公民、社会领域的广泛合作。治理理论同样应当体现治理现实的这一需要。在此方面，辅助性原则提供了较好的理论视野，它不仅关注体制内部合理的“纵向分权”，也重视国家与社会“横向视域”的合理分工与互相配合，恰当地回应了正式体制与非正式社会在治理方面的分工与合作需要。

首先，辅助性原则的“纵向分权”观念既丰富了传统的分权理论，更提供了观察治理现实的一种横向视野。孟德斯鸠的分权理论与美国宪法更多地强调了“三权分立”模式。辅助性原则视角下的新分权理论将传统分权理论视为“横向（horizontal）分权”，而将中央与地方、上级与下级的权力配置称为“纵向（vertical）分权”。学者认为，“辅助性原则具有两面性（double-edged）。它既可以被用以论证集中化也可以论证加强去集中化。”<sup>③</sup>不仅如此，辅助性原则在指导纵向维度（即政府体制内部）的权力配置之外，更关注着广泛的社会领域。它强调正式的公共权力与非正式的社会权力之间应合理分权、互相合作。国家与社会、国家与教会、国家与其他的社会治理领域，都应当按照治理事务的性质合理分权，同时也注重权力与权利的互相制约与相互合作关系。

其次，辅助性原则鼓励采取国家与社会关系的视角，它特别强调了个人是治理的起点，个人与社会是治理的目的，体现出深厚的价值内涵。辅助性思想源于罗马天主教的社会理论。根据相关文献的概括：“辅助性原则是20世纪天主教社会理论的一个核心规范，它原被用以保护个人与集体，但晚近以来则被用来确定独立的民族国家与世界性公共权威之间的关系。”<sup>④</sup>教会的社会理论视个人为治理的中心与起点，个人是一切权力行使的目的。有学者指出：“教会认

<sup>①</sup> Markus Jachtenfuchs, Nico Krisch, Subsidiarity in Global Governance, 79 Law &Contemp. Probs, (2016)6.

<sup>②</sup> Markus Jachtenfuchs, Nico Krisch, Subsidiarity in Global Governance, 79 Law &Contemp. Probs, (2016)9.

<sup>③</sup> Aurdlian Portuese, THE PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY AS A PRINCIPLE OF ECONOMIC EFFICIENCY [J]. Colum. J. Eur. L., 2011, (17)232.

<sup>④</sup> Michaele Alleopp, Subsidiary, Principle of, The New Dictionary of Catholic Social Thought, the Liturgical Press, (Judith Awdyer ED., (1994)927.

为，辅助性是一个自下而上（bottom-up）的组织原则。自治的个人应当是社会的中心与社会层级制度的起点，（治理秩序）由个人扩展至家庭、地方组织与地方政府，之后才是大公司与国家政府。”<sup>①</sup>个人——家庭——地区——国家，这一渐次远离个人的顺序不能颠倒，公共权力也不能随意介入个人生活。在此理论影响下，产生了相应的政治法律要求与政策建议。德沃金的《认真对待权利》就把拥有权利的个人视为目的，他就认为权利是个人的“王牌”。<sup>②</sup>从教会或社群主义的视角来看，除了个人之外，社会其他组织与社团以及它们所代表的社会共同利益也应当得到尊重。1992年天主教会教义问答（1992 catechism of the catholic church）对“共同善”进行了如下列举：“1. 对人格的尊重；2. 社会福利与集体自身的发展；3. 保障安全与永久的正义秩序。”<sup>③</sup>它认为，“辅助性原则完美地体现着这样的观念：在相当程度上，一个健全的社会支持个人通过其社会性组织与社会性联合的活动共同发挥赋权个人与增强活力的功能。”<sup>④</sup>辅助性原则并不视个人为游离于社会之外的抽象主体，而重视个人所归属的各类具体社会组织之治理作用。它对治理中的价值要素非常重视，不把治理视为单纯的统治，更加注重维护统治正当性，体现了该种理论的现代特征。

最后，辅助性原则强调国家、社会、个人之间的关系应当互相补充、互相合作与相互制约。如有的论点所强调的：“辅助性不仅呼吁社会制度成为抑制国家侵蚀个人私域的堡垒，也呼吁国家自身抑制自由市场侵蚀社会制度的趋势，也对那些已被市场运作边缘化的个人与集体进行赋权。”<sup>⑤</sup>概括起来，辅助性原则既要求社会抵抗国家权力对个人、社会自治领域的侵蚀，也呼吁政府弥补因市场竞争对公益之忽视的弊端。在此意义上，辅助性原则的作用不限于政府体制内部。虽然各级政府享有正式的治理权力，但是社会主体的自我管理则是政府所不能代替与包办的，它们对国家治理具有重要作用。社会领域越是能实现良好自治，国家治理就越是轻松。缺乏包括个人在内的社会领域之自我治理，国家治理再有效，也仍然无法实现整体上的善治。传统的社会主义国家由于存在倾向于由国家掌控全部社会资源的传统，也倾向于由国家承担全部治理责任，因而对个人与社会在治理中的作用容易忽视，个人与社会的自我管理可能缺乏宽松的环境。我国应当更多地注意辅助性原则在此方面的积极功能。

#### （四）关注区域性、全球性治理秩序之建构

中国已经成长为一个全球性大国，治理现代化必然包含着区域性、全球性治理的内涵。辅

---

<sup>①</sup> Jared Bayer, Re-balancing State and Federal Power: Toward A Political Principle of Subsidiarity in the United States, 53 Am.U.L.Rev.(2004)1446.

<sup>②</sup> 德沃金：《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，上海三联书店 2008 年版。

<sup>③</sup> Robert K. Vischer, Subsidiary, As A Principle of Governance: Beyond Devolution, 35 Ind. L.Rev. (2001)114.

<sup>④</sup> Robert K. Vischer, Subsidiary, As A Principle of Governance: Beyond Devolution .35 Ind. L.Rev. (2001) 109-110.

<sup>⑤</sup> Robert K. Vischer, Subsidiary, As A Principle of Governance: Beyond Devolution, 35 Ind. L.Rev. (2001)119.

助性原则在治理方面的功能同样包含了这方面的内涵。当代若干发展趋势导致世界发生巨变，“全球化”、“城市化”与“治理的转型”都对治理现代化提出了严峻挑战。<sup>①</sup>辅助性原则在此领域内同样具有重要的指导意义。

首先，全球化时代的治理挑战需要辅助性原则。一方面，出现了许多需要在区域与全球层面解决的问题，它要求提升治理的层级，形成新的治理权威。国际贸易、跨国犯罪、生态危机等都不是传统的主权国家体制所能解决的新治理课题。另一方面，区域化、全球化造成的新交往秩序，导致出现了许多影响治理的力量。全球化时代的到来使得参与区域性、全球性治理的主体不断增多。无论是传统的民族国家、跨国公司、国际组织，还是新认同单位、新型团体与公民个人，都能够对区域性、全球性治理发生影响。在众多主体的广泛参与之下，“新的世界秩序”不再是由一个新权势者（比如高度集权的世界政府）来治理，未来的全球治理一定体现为一种新的治理方式，即由高度分权、泛化与散在的不同类型的权威来统治，它们时时处处地以其分层级、分领域的权威来实施治理。<sup>②</sup>现实的事务千差万别，这些事务所承认的权威也多种多样，远远超出人们的想像。过去由超级大国负责的全球统治秩序在未来很难再现。面对这种现实与挑战，辅助性原则为区域治理与全球治理提供了丰富的理论想像。论者指出：“辅助性对那种观念高度敏感，即获得承认与赋权的政治单位可以不止两层，不同的活动可以由不同层级的机构实施，或如邻居般那样在地化，或如国际组织式那样集中化。”<sup>③</sup>客观地，已经日益复杂的世界治理格局也只有包容性极强的辅助性原则才能进行规划。

其次，辅助性原则的适应性来自其内在的张力。在全球化时代，辅助性原则的影响扩展到了国际治理领域。学者指出：“（采取辅助性原则的）国际治理的许多领域具有如下特点——‘没有政府的治理’（governance without government），通过柔性工具与多元交往的运作，松动了国内、跨国与国际等多层面的刚性统治。”<sup>④</sup>因此，辅助性原则反对过分刚性的权力式统治，而强调柔性的合作型治理。从欧共体的经验来看，它开始提倡一种“区域化的欧洲”与“合作性区域主义”。<sup>⑤</sup>研究者认为，辅助性原则能够满足如下看似矛盾的治理要求：“中央式制度既要强大到能够代表整个共同体，同时，对共同体大部分行政管辖权力予以限制的政策目标又要能确保可以接受的各层次共同体的政治自治。”<sup>⑥</sup>这就是说，按照辅助性原则的理念，任何的

---

<sup>①</sup> Yishai Blank, *Federalism, Subsidiarity, and the Role of Local Governments in an Age of Global Multilevel Governance*, 37 *Fordham Urb.I.J.* (2010)510.

<sup>②</sup> Yishai Blank, *Federalism, Subsidiarity, and the Role of Local Governments in an Age of Global Multilevel Governance*, 37 *Fordham Urb.I.J.* (2010)520.

<sup>③</sup> Yishai Blank, *Federalism, Subsidiarity, and the Role of Local Governments in an Age of Global Multilevel Governance*, 37 *Fordham Urb.I.J.* (2010)546.

<sup>④</sup> Markus Jachtenfuchs, Nico Krisch, *Subsidiarity in Global Governance*, 79 *Law &Contemp. Probs.*(2016)19.

<sup>⑤</sup> Anna Zielinska-Glebocka, *Subsidiarity and Local Government in the European Union*, 7 *Pol.Q.Int'l Aff.* (1998)32.

<sup>⑥</sup> Nicholas Emiliou, *Taking Subsidiarity Seriously? the View from Britain*, 1 *Eur.Pub.L.* (1995)597.

治理制度或机制，既要集中起足够强大的权力，使其能够承担起相应的政治法律责任；也要容纳自治，以使各不同层级有足够活力，同时还能抑制专横权力。这就更加适宜于作为一种国际治理格局的指导原则。它既强调集中（比如大国对国际安全的集权式统治），也强调自治（各国对自己敏感的主权和特殊事务的保留），更强调集中与分权的合理性与灵活性。在此过程中，辅助性原则以其既强调提升治理层级又重视发挥各层级作用的辩证立场，能够很好地作为指导全球治理的新型理论。在它充满张力的理论潜力作用下，合理的国际与全球治理格局将逐步形成。

#### （五）直面个人认同与归属多元化的现实

全球性社会的出现是一个新现象，而且这一趋势仍在不断加强，将更多的人推入全球性的生活方式之中。这导致传统的公民单一认同开始发生变化。中国由一个内向封闭的社会开始对外开放的历史只有 40 年，既有知识与传统观念都对这一现实反映比较迟缓。辅助性原则对这一现象给予了及时的关注并提出了一些解决方案。辅助性原则所涉及公民个人认同的多元化现象，对中国学术界尚比较陌生。中国的国家认同与爱国主义始终产生着强大的国家凝聚力，不过，随着社会日益丰富与个人生活内容的多样化，个人认同与归属感也逐渐具有了复杂性，传统的国家认同将因生活与交往方式的改变而产生变化。目前欧洲较突出地出现了两种新型认同：超国家层面的“全球认同”与次国家层面的“地方与区域认同”。<sup>①</sup>有的研究对全球治理时代的全球市民社会进行了讨论，对全球化进程中全球市民社会对于解决全球问题的可能性进行了讨论。<sup>②</sup>这是着眼未来的治理理论所应当关注的问题。

欧盟的超国家性使其较早地涉及这一现实。欧盟主动地推动双重认同与归属感的形成，即既尊重原有的成员国国家认同，也倡导对欧盟的认同。“马斯特里赫特条约不仅强调欧盟认同，它也尊重对其成员国的国家认同。”<sup>③</sup>这种的制度安排是以前不曾见过的：一个追求统一的机构不是努力消除与己相竞争的认同，相反还鼓励这种认同。不过，如果以“成员国认同”与“欧盟认同”这“双重认同”（Dual Identity）来概括辅助性原则的实践，仍过于简单。研究表明，在辅助性原则所关注的认同实践，其实比较复杂。它既包括欧洲的区域认同（Regional Identities）（“区域认同在欧洲已经长期存在”），<sup>④</sup>也包括某些更复杂的认同关系，如德国

---

<sup>①</sup> Yishai Blank, *Federalism, Subsidiarity, and the Role of Local Governments in An Age of Global Multilevel Governance*, 37 *Fordham Urb.l. J.* (2010)515.

<sup>②</sup> Vivek Kumar Mishra, *The Role of Global Civil Society in Global Governance*, 3 *Beijing Law Review*, (2012) 206-212.

<sup>③</sup> Rudolf Dolzer, *Subsidiarity: Toward A New Balance Among the European Community and the Member States*, 42 *St.Louis U.L.J.* (1998)530.

<sup>④</sup> Rudolf Dolzer, *Subsidiarity: Toward A New Balance Among the European Community and the Member States*, 42 *St.Louis U.L.J.* (1998)536.

的“三重认同”：“德国总理科尔则追求未来公民的三重取向：家乡—祖国—欧洲。”<sup>①</sup>在此情况下，一个人可以分别归属于家乡、国家及欧洲，而且这种认同还是政治家有意识地推动建构的，意在通过多层次的认同巩固欧盟的团结。德国的实践表明，从欧盟到基层大约可以存在多达6个层级的认同单位。<sup>②</sup>辅助性原则在处理此种新认同格局下的治理秩序，既尊重新的治理现实，也体现出理论的先导作用，具有积极的前瞻意义。

国家认同本来是一种主观的心理现象，它在相当程度上也是建构起来的，也可能随着形势的则消解。<sup>③</sup>目前的复杂认同现象，虽然在欧盟表现得比较突出，但它并不限于欧洲。客观地，经济全球化带来的人员、物资、信息等全方位流动甚至跨境化生存，对民族国家体制的冲击比较明显，中国自身也将日益面临此类挑战。本国公民与外国人跨行政区域、跨国的流动与长期居留，都是传统的管理体制所不熟悉的现象。传统的民族国家管理体制必然需要及时调整，以适应新的治理现实。对于这种新的挑战，有学者分析说：“这将进一步削弱既有的成员国权力，削弱国家主权概念。”<sup>④</sup>人民主观认同逐渐多重性的复杂现实，对传统的国家认同形成了威胁。国家将如何处理这种关系，从而如何保障其合法性与巩固治理权威，都是一个新的挑战。欧盟的辅助性原则实践提供的制度模式，既给予传统的国家认同以地位，又对新产生的全球性、区域性生活方式给予了承认，对新治理秩序的构建具有积极意义。

综上，辅助性原则有着丰富的内涵，可以发挥多方面的功能，从而能够适应复杂的治理需要。从其所具有的理论内涵来看，首先，它表现为一种优先赋予基层与下级治理权力的“下级权利原则”；其次，它表现为在治理问题需要更高层级介入时的“上级干预原理”；合上述两个方面的作用，辅助性原则表现为一个纵向维度上的权力配置原则。第三，它表现为鼓励横向领域的国家、个人与社会在治理上的分工与合作关系。在此意义上它主要体现为一个指导横向视域的权力分工与合作原则。第四，它支持区域化、全球化领域治理体系的建构，这一重意义意在要求提升治理层级，也可以视为纵向维度上的治理权力之生成原理，只是在全球化时代应当更加突出这一作用。第五，它表现为一个承认与组织新的多重多层的认同与归属的治理原则，根据现实的公民与行动主体生活的现实状况与主观认同，从而形成新的治理制度。综合上述各个层面的含义，辅助性原则是配置与调整治理权力之分配与运行的基本原则。在不同的情况下，它将根据现实发挥相应的作用，从而表现出某种“变色龙”式的存在特征。这恰恰是因为该原

---

<sup>①</sup> Rudolf Dolzer, *Subsidiarity: Toward A New Balance Among the European Community and the Member States*, 42 St.Louis U.L.J. (1998)536.

<sup>②</sup> Rudolf Dolzer, *Subsidiarity: Toward A New Balance Among the European Community and the Member States*, 42 St.Louis U.L.J. (1998)537.

<sup>③</sup> [美]本尼迪克特·安德森：《想象的共同体》，吴叡人译，上海人民出版社2011年版。

<sup>④</sup> Rudolf Dolzer, *Subsidiarity: Toward A New Balance Among the European Community and the Member States*, 42 St.Louis U.L.J. (1998)536.

则具有高度的适应性与灵活性。正因为如此，它能够各种环境和条件下都能够从不同的方面发挥其积极作用。

### 三、辅助性原则对中国治理现代化的意义

作为一个现代治理理论，辅助性原则具有丰富的治理功能，应当重视它的研究。就我国的现实来看，它对促进当代中国国家治理体系与治理能力之现代化的作用值得积极借鉴。如何具体地发挥这一新型治理理论对中国治理现代化的积极作用，应当是一个值得投入研究力量的新课题。

#### （一）辅助性原则对中国治理现代化的意义

辅助性原则对当代中国的治理现代化具有的多方面意义，可以从如几方面来认识。

##### 1. 充分赋予基层与地方政府以治理权力

普通人都生活在特定的地方，交往最多的政府机构也是基层政府。一般地，基层与地方政府承担着绝大多数的治理事务，它是治理的基础，也是治理优良与否的最佳检验场所。就我国的情况而言，基层政权与地方政府多从事亲民型治理事务，其言行更不经常地代表着党和政府的形象，对公民权利之实现最具实际影响力。大量的治理事务处于基层，要取得良好的治理效果，就应当赋予基层与地方政府以充分的治理权力，使其发挥积极性与创造性，更好地服务于公民与社会，从而更有效地完成党和政府的治理目标。在这一层面的意义上，辅助性原则就主要表现为一个“在地治理原理”<sup>①</sup>与“下级权利原则”，即，它要求问题所在层级的主体首先行动，尤其是基层与下级更值得重视；它要求尽可能将问题消化在基层，也能最有效地节约行政与政治资源。

我国近些年来的有关改革，也较多地体现出这方面的追求，比如浙江省“最多跑一次”的行政效能改革，就意在推动相应的制度创新。<sup>②</sup>浙江“枫桥经验”的意义也在于，发挥基层社区组织的作用，把问题消化在无形之中。<sup>③</sup>如果能够将问题在其发生的层级直接化解，则高层级政府的治理压力就会小得多，就能够从容地承担更积极的管理职能。理解这一原理相对容易，形成充分赋权基层与下级的制度并且真正使其发挥治理作用则并不容易。中国的治理实践始终存在着基层授权不足的巨大困境。<sup>④</sup>

<sup>①</sup> 李旭东：《在地治理原理及其现实意义》，《哈尔滨工业大学学报》2019年第1期。

<sup>②</sup> 参见“2018年浙江省政府工作报告”，浙江省人民政府官网，[http://www.zj.gov.cn/art/2018/2/7/art\\_1551339\\_30066465.html](http://www.zj.gov.cn/art/2018/2/7/art_1551339_30066465.html)，2019-04-09访问。

<sup>③</sup> 汪世荣：“‘枫桥经验’视野下的基层社会治理制度供给研究”，载《中国法学》2018年第6期。

<sup>④</sup> 中共中央办公厅2019年3月下发了《关于解决形式主义突出问题为基层减负的通知》的文件，要求解决工作中的形式主义问题，就反映了目前治理上存在的客观困难。如果要地方各级承担起治理责任，就必须充分授权各级地方，如果缺乏足够授权，上级不断越权指挥，地方就会无所适从，从而使行政机构只能空转，必然形成形式主义。解决这一问题，辅助性原则的相关原理是有其积极意义的。

## 2. 规范上级的干预与介入权力

各个社会层级都有治理的需要，有的问题发生在更高层级，就需要更高层级的治理力量来解决，这就不能一味强调基层与下级的治理责任，而必须由上级与中央层级来承担责任。因此，辅助性原则虽然更重视发挥下级机关的积极性，但并不是只重视下级；当问题需要由上级解决时，根据辅助性原则，上级就要发挥其作用。具体何时何层级行使权力，则需要通过具体的规则与制度予以确定。欧盟为平衡共同体与成员国的权力形成了相关制度，也受到了其他国家与国际组织的重视。只是这一原则的表现比较复杂，学者对其有如下判断：“辅助性是一把双刃剑，它既赋予成员国在小型事务上行动的权利，也要求欧盟无视各国的意愿在大型事务上采取行动。”<sup>①</sup>

辅助性原则在妥善配置中央与地方权力、处理国内各治理单元之间的关系、处理各不同层级地方权力的关系方面，有着丰富的理论讨论与多样化的制度实践。其中比较突出的其实是上级权力的行使如何规范。我国党政机关实行民主集中制原则，中央与上级的权力在中国具有强大的优势，在有利于维护统一的统治秩序与实现高度的行政效率方面有其积极意义。然而，如果上级权力过度随意、过于频繁地干预下级与基层的工作内容，就使既有的权力分工与行政层级界限遭到了破坏，这并不利于实现优良治理。从其实质来看，“辅助性向我们强调的是在不同行动层次上管辖权力分配的规则。”<sup>②</sup>据此原理，应当明确地提出改变从中央到地方各层级政府的职权同构问题，使不同层级的政府分别承担起自己的职能，实现纵向层级的有效分工；<sup>③</sup>应当明确地承认各该级政府在治理事务上的自主性与独立责任，避免多级政府对同一事务重复投入治理资源；应当对上级的干预与介入行动设置相应的规范机制，适当控制对下级与基层的随意干预和侵扰，尤其不能随意侵占基层的治理资源。<sup>④</sup>

如前所述，第一、第二两个含义分别体现了辅助性原则之“自下而上”与“自上而下”两种不同的作用方向，二者结合起来就较完整地体现了它在纵向维度上所具有的配置治理权力的作用。

## 3. 鼓励政府与社会之间的合作治理

辅助性原则不仅重视权力统治之运作，同样重视多元的社会治理主体之合作。现代社会是

---

<sup>①</sup> Jared Bayer, Re-Balancing State and Federal Power: Toward a Political Principle of Subsidiarity in United States, 53 American University Law Review (2004) 1455.

<sup>②</sup> Franz-Xaver Kaufmann, The Principle of Subsidiarity Viewed by the Sociology of Organizations, 48 Jurist, (1988) 284.

<sup>③</sup> 周振超、张金城：《职责同构下的层层加码——形式主义长期存在的一个解释框架》，《理论探讨》2018年第4期。

<sup>④</sup> 比较有意思的是，这样一个现实中比较普遍的现象理论界却并无多少研究。中国知网以“上级干预”为主题检索得10条记录，试举一例：黄彦伟；陈启本：《如何对待上级的不当干预》，《党政干部学刊》2002年第3期。

一个多元社会，具有丰富与复杂的结构，在治理问题上同样体现出其复杂性。辅助性原则既在纵向维度上考虑到了治理层级之间的复杂问题，在横向视域上也同样对复杂的治理状态有深入的理解。它同时关注横向视域与纵向维度，既重视中央与地方层面的详细分权，也着眼横向视域中不同社会主体的权力划分与运行。因而，虽然它更突出的作用表现在纵向维度上，但其视野并不局限于公共权力的狭窄范围内。天主教会的社会哲学认为，社会是一个有机系统，要重视发挥社会各方面因素的积极性、主动性，它视社会为一个纵横交错、自治与治理的复杂系统，这就提示了一个纵横交错的丰富的权力与权利作用网络。

对中国来说，在国家治理现代化进程中同样需要加强社会治理。<sup>①</sup>国家治理需要花费较多成本，政府的活动由于不必过度计较代价，相应的浪费也是比较大的。为保证国家发展维持持续的动力，国家不宜占有过多的社会资源，必须将政府的规模控制在合理的限度内。<sup>②</sup>这就需要注重发挥社会领域的治理功能。在中国，国家治理可能发挥主要作用，但必须承认社会领域的治理有其不可缺少的意义。在辅助性原则的视野下，如何承认、尊重各社会主体的独立和积极的存在与贡献，并通过相应的制度保障与确认它们所能发挥的治理作用？如何赋予个人、家庭、社区、基层组织等不同层次和规模的社会单位以其合理的活动空间与能力，使其发挥相应作用？在它还比较幼稚、弱小之时，如何培养与鼓励社会的发育与成长？如何鼓励社会主体接过国家承担过多的责任与负担，减弱社会问题对国家体制合法性的冲击？面对治理现代化的诸多挑战，辅助性原则在此方面具有积极的启示意义。

在辅助性原则的视角下，纵向与横向的权力划分将得到同等重视。学者强调，“民主国家归属于国家的权力，在横向上将国家当局划分为立法、行政与司法三部分，在纵向上则划分为地方政府、州或中央政府。”<sup>③</sup>十九大报告也对这一方面提出了要求，“转变政府职能，深化简政放权……建设人民满意的服务型政府。赋予省级及以下政府更多自主权。”<sup>④</sup>这一要求也体现了某种辅助性原则的要求。在辅助性原则的视角下，我们能够以更为积极的态度和更为宽广的视野来看待社会治理对国家治理的补充作用，既保障与尊重社会领域的自治能力，又积极支持

---

<sup>①</sup> 十九大报告对此也有明确的部署与要求：“（六）打造共建共治共享的社会治理格局。加强社会治理制度建设，完善党委领导、政府负责、社会协同、公众参与、法治保障的社会治理体制，提高社会治理社会化、法治化、智能化、专业化水平。”参见习近平：《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》，人民出版社 2017 年版，第 49 页。

<sup>②</sup> 政府规模一个衡量方法是以财政收入占 GDP 的比例来衡量，中国政府规模对经济社会发展的影响争议较大。有的研究认为政府规模的作用并不积极。“实证分析表明，中国较大的政府规模在任何阶段和区域，要么对经济增长没有显著影响，要么有着显著的负面影响。”参见张勇、古明明：《政府规模究竟该多大？——中国政府规模与经济增长关系的研究》，载《中国人民大学学报》2014 年第 6 期，第 96 页。

<sup>③</sup> Nicholas Aroney, *Subsidiarity: European Lessons for Australia's Federal Balance*, 39 Fed. L. Rev. (2011) 213

<sup>④</sup> Nicholas Emilou, *Taking Subsidiarity Seriously? the View from Britain*, 1 Eur. Pub. L. (1995)596.

<sup>⑤</sup> 习近平：《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》，人民出版社 2017 年版，第 39 页。

它们对国家治理发挥的积极作用。

按照前述的理解，辅助性原则在这一意义上的作用主要是体现在横向视域之中，主要表现为支持与尊重社会领域的自治、促进社会治理与国家治理的有机结合与互相合作。根据马克思主义的社会认识论，国家自身是来自于社会且凌驾于社会之上的产物，它自身不能独立存在，而必须立足于浓厚而广阔的社会基础之上。辅助性原则视社会为更为基础的存在，将个人与社会作为治理的目的，同样符合马克思主义的社会认识论。

#### 4. 提升我国对区域性、全球性治理机制的影响

全球化时代的到来，既在经济上也在治理上带来了新挑战。中国自身日益对世界经济产生影响，也开始展现出对世界强大的塑造能力。借鉴辅助性原则，对于提升中国参与国际治理秩序之塑造的能力有着重要意义。中国长期表现为一个内向型国家，既无意愿也无能力影响世界。但目前崛起的中国已经是重返世界舞台的大国，需要注意自己对周边与全球的影响，而且善用此种影响力来更好地维护国家权利与民族利益。如何准确理解相关国家的观点，理解目前世界各国普遍接受与使用的观念与话语、制度与机制，是中国能够发挥其大国影响的基本前提，进而才能参与并主导国际治理新秩序的形成。理解他人的思想才能更好地和他人对话。除了传统的“以我为主”式的对外宣传之外，尊重并理解他人是大国应当具有的认知能力，同时要逐步习惯开展平等互利的国际交往，在此方面辅助性原则有着重要的功能。

在此意义上，辅助性原则不仅是一个一般的治理理论，它在实践中已发展为一个内容丰富的治理体系。各国普遍重视该项原则，欧盟治理以它为核心发展出了许多具体的规范、规则、判例。<sup>①</sup>欧盟之外的其他国家与国际组织也有其自身的相应制度，美国的联邦制、<sup>②</sup>英国的国内治理结构都受到辅助性原则的较大影响。<sup>③</sup>它在促进区域性与全球性治理方面的积极功能尤其值得中国学界认真思考。例如，我国在上海合作组织、一带一路战略、金砖国家组织、中日韩自由贸易区以及与东盟、湄公河流域等相关的区域性合作与治理组织与机制的建立与发展方面，可以从其中吸取更多积极因素；它对于中国参与与影响全球治理秩序与规则的有借鉴意义。<sup>④</sup>应当深入理解辅助性原则在相关国家与机构中的政治法律含义，更多地运用该原则的积极功能，推进我国关注的相关政治法律议程顺利进行。同时，跨国性与全球性的个人、国家、社会之间

---

<sup>①</sup> Reimer von Borries, Implementing the Subsidiarity Principle, 5 Colum. J. Eur. L. (1999): 387-388.

<sup>②</sup> George A. Bermann, Subsidiarity as a Principle of U.S. Constitutional Law, 42 Am. J. Comp. L. Supp. (1994) 555.

<sup>③</sup> Nicholas Emiliou, Taking Subsidiarity Seriously? The View From Britain 1 Eur. Pub. L. (1995): 564.

<sup>④</sup> Yishai Blank, Federalism, Subsidiarity, and the Role of Local Governments in an Age of Global Multilevel Governance, 37 Fordham Urb. L.J. (2010) 509.

的关系，将成为走向世界的大国必须面对的问题，中国也不例外。<sup>①</sup>

如何构建相应的全球治理机制、解决跨国性问题，辅助性原则的建设性功能颇为丰富。它不仅在欧盟的政治一体化进程中发挥了作用，能够为促进央地关系法治化所借鉴，而且对于不同类型的国家、区域性与全球治理体系之创建也有其积极作用，同样值得我国学界认真研究。

#### 5. 指导与规范多元的个人认同

个人的多元认同与多元归属，在现代民族国家成为国际社会基本单位之前曾经存在过。比如中世纪时欧洲同时存在多个法域，如学者所说：“……在法庭上以及在交易中，每一个集团中每一个成员在理论上都有权援引自己的法律，亦即本集团的法律：罗马法、勃艮第法、西哥德法等等。”<sup>②</sup>民族国家体制确立之后，国家成为国际关系的首要甚至唯一主体，上述历史几乎被人遗忘。当代的多元认同与多元归属则建立在新的社会交往方式与社会联系基础上，绝对的国家主权遭到质疑，跨国性问题与全球问题的出现也使得国家主权相对弱化，国家治理体系在新的时代问题面前处处漏风跑气，难以胜任治理任务。

首先，公民个人在当代与国家的关系开始发生变化，国家面临着民主化与合法性的挑战。如亨廷顿所说：“在过去，传统、宗教、君权神授和社会依附为非民主的统治提供了合法性。在民智日开、社会流动增加和文化水平提高的年代，这些威权主义的传统理论基础已失去了它们的效力。”<sup>③</sup>传统的体制需要不断增强其合法性。个人生活经验与情感体验的全球化，尤其是欧盟这样的政治实体单位的持续推进带来的示范，使得超国家、次国家的新型认同与归属开始重新出现，要求治理体系及时回应。旧的权威正在解体，新的权威尚不明确。辅助性原则在此暧昧不明的过渡时期就恰当地起到了建设性的作用。

其次，公民的多重认同使传统的管理体制应对不足。从目前来看，全球化带来的全球性生存，使得传统的认同与管理体制需要更新。公民个人现在可能会在国家认同之外，同时还具有超国家层面的全球认同、区域认同与次国家层面的地方认同。这一现象使得公民已经不再绝对地仅仅是国家的成员。从欧盟的实践来看，它也有意识地对此现实给予足够尊重。辅助性原则不仅强调个人作为国家公民的身份，而且重视个人同时归属于多个伦理或政治单位的多元认同，更多地关照到个人现实的多维需要；这一明显陌生的变化对相关国家带来的挑战是值得重视的，如此的个人认同现实显然要求对传统体制进行修补和调整。

---

<sup>①</sup> Robert A. Destro, Review Essay: Global Perspectives on Subsidiarity: On the Relationship of Faith to Citizenship, Culture, and the Structure of the Public Sphere, 39 Austl. J. Leg. Phil. (2014)142.

<sup>②</sup> 泰格、利维著：《法律与资本主义的兴起》，纪琨译，学林出版社 1996 年，第 24 页。

<sup>③</sup> [美]亨廷顿著：《第三波——20 世纪后期民主化浪潮》，刘军宁译，上海三联书店 1998 年版，第 55 页。

第三，中国治理理论应当对此类未来的治理问题具有预见性。对中国这样一个长期内向且高度重视国家主权的国家，这一挑战是非常新颖的。“超国家认同”是中国人较缺乏的生活经验，相关的政治法律实践更为贫乏。“次国家认同”并不受鼓励，“地方保护主义”、“地方主义”在中国都属于负面词汇，因为担心它会冲淡与削弱国家认同。目前这一理解是可以原谅的。但从近年国内民族宗教问题的上升、全球化精英阶层崛起、国际商务科技教育往来导致的国际移民增加的现实来看，随着全球化程度的加深，未来将更加频繁面对超越传统经验的个人多重身份与多重认同现象，它们对国家治理方面的挑战将日益明晰、日益增多。辅助性原则在此方面具有较强的适应性与解释力，外域的制度实践也提供了一些可参考的规则模式。现实只有在被注意到之后才能成为制度处理的对象，辅助性原则提供了这种认识视野，能够提示人们注意正在到来的现实。欧盟的辅助性实践也提供了一些可参考的制度模式，对我国未来解决相关问题也有着积极的借鉴意义。

## （二）重视辅助性原则对中国治理现代化的意义

辅助性原则之所以具有如此丰富的理论意义，根本还在于它并不被限制在某一具体内涵上。在此意义上，辅助性原则对当代中国可能具有丰富的贡献。

### 1. 辅助性原则是现代类型的治理理论，应当重视对它的研究。

辅助性原则本质上是一种现代类型的治理理论，与较为传统的那些理论有明显不同。如研究者所指出的：“为什么这样一个基本的原则没有更早出现？原因在于，我们之所以能够接受它的视角，可理解的原因是，它是对现代社会发展特点的反应，即辅助性理念的问题不可能在传统社会中提出。”<sup>①</sup>既然如此，辅助性原则的这些丰富内涵与理论意义就应当得到重视，可以设想，在对其进行专门研究之后，它应当能够成为推进“国家治理体系与治理能力现代化”、“全面依法治国”实践的理论资源。新的时代问题需要新类型的治理理论之指导，它对于提升中国对世界的认知能力与沟通能力、增强与完善国内治理制度机制、提升中国参与国际治理的能力，都有着重要的借鉴意义。

诚然，辅助性原则主要源于欧洲传统，属于西方的文化资源，但其影响已扩展到整个世界。当代政治法律制度某些共性的制度模式与运作机制，未必都要事事自己发明，完全可以合理借鉴。这能够大大减少制度试错的代价。欧洲被认为人类政治制度的“实验室”，这虽然不是它们主动追求的效果，但我国应认真对待欧洲人民付出巨大代价换来的政治文明成果。要达到上述目的，辅助性原则从理论到实践的各项具体内容的研究，就需要全面展开。

### 2. 辅助性原则的实践功能值得借鉴。

---

<sup>①</sup> Franz-Xaver Kaufmann, *The Principle of Subsidiarity Viewd by the Sociology of Organizations*, 48 *Jurist*, (1988)279.

与一般的理论与原则不同，辅助性原则不仅是一个抽象的治理理论与“抽象原则”，它已经发展出了丰富的、可操作的规则性内容，尤其是欧盟的政治实践发展了各种具体规则与法律制度。在此基础上，借鉴辅助性原则就不仅是一个抽象理论课题，而可以考虑具体治理领域的规则与制度之改革。

首先，辅助性原则作为欧盟三大法律原则之一，对欧盟法发展具有基础性作用。学界肯定：“辅助性原则的目标是，规范权力的行使与在特定案例中使其运用正当化。”<sup>①</sup>在立法方面，欧盟的政治法律实践已经论述较多，可参看相关文献。<sup>②</sup>比较突出的是波兰的宪法，“波兰明确地将社会性的辅助性作为其宪法的组织原则”<sup>③</sup>各国和各国际组织在肯定其法律地位的同时所发展的各种具体规则与制度，都为我国的治理现代化实践提供了丰富的理论资源。

其次，辅助性原则形成的相应制度与立法、判例，成为辅助性原则适用的规范依据。这方面的内容可以直接借鉴。欧盟在若干相关领域已经根据辅助性原则形成了一些具有可操作性的制度、立法与判例。研究者认为《单一欧洲法》（SEA）在如下领域促进了辅助性原则的实施：如环境保护领域、劳工健康与安全、区域发展与研究与技术领域等等。<sup>④</sup>德国宪法第 30 条和美国宪法第 10 修正案，分别是德国和美国实施辅助性原则的规范依据。<sup>⑤</sup>欧盟内部对辅助性原则的实施则表现为四种方式：一是，具有法律约束力的辅助性原则议定书，它提供了欧盟行动的依据；二是欧盟委员会的年度报告，它也提供了一种实践方式；三是从辅助性角度产生的绿皮书与白皮书，也提供了相应的规范支持；四是大量的执行事务由成员国进行具体实践。<sup>⑥</sup>

最后，辅助性原则的制度化、规则化影响遍及世界各地。有的研究认为，辅助性“在美国治理中扮演了明显的角色”，是“美国联邦主义的指导性原则”，“辅助性原则代表了‘原始的美国联邦主义的一个方面，即认为州政府应当比联邦政府对公共意志承担更多责任，对地方事务有更多了解。”<sup>⑦</sup>美国的司法实践也提供了实施辅助性的相关经验，“辅助性是一个定义宽泛的原则，但美国法院同样将该宽泛的原则转化为可以适用的司法审查规则。”<sup>⑧</sup>辅助性原则刚开始出现之时也确实只是一个抽象“原则”，但欧盟与其他国家、国际组织的司法实践赋予了它扎实的规则内容与制度框架。作为现代类型的治理理论，辅助性原则取得的制度化与规则化

---

<sup>①</sup> Keon Lenaerts, The Principle of Subsidiarity and Environment in the European Union: Keeping the balance of Federalism, 17 Fordham Int'l L.J. (1994)893.

<sup>②</sup> Reimer Von Borries & Malte Hauschild, Implementing the Subsidiarity Principle, 5 Colum.J.Eur.L. (1999) 369.

<sup>③</sup> Jared Bayer, Re-balancing State and Federal Power: Toward A Political Principle of Subsidiarity in the United States, 53 Am.U.L.Rev.(2004)1449.

<sup>④</sup> W. Gary Vause, The Subsidiary Principle in Europe Union Law-American Federal Compared, 27 Case W.Res.J.Int'l L.(1995)61.

<sup>⑤</sup> Colin Crawford, Subsidiarity, Local Government and Privatization of Services, 18 Holdsworth L.Rev. (1997)5.

<sup>⑥</sup> Reimer von Borries, Implementing the Subsidiarity Principle, 5 Colum.J.Eur.L.(1999)387-388.

<sup>⑦</sup> Robert K. Vischer, Subsidiary, As A Principle of Governance: Beyond Devolution, 35 Ind. L.Rev. (2001)123.

<sup>⑧</sup> Jared Bayer, Re-balancing State and Federal Power: Toward A Political Principle of Subsidiarity in the United States, 53 Am.U.L.Rev.(2004)1465.

成就，为他国进行制度借鉴与法律移植提供了使得条件。当然，具体的借鉴内容应当由各领域专家专门研究之后提出。

总之，作为一种出现较晚的现代治理理论，辅助性原则以其丰富的理论内涵与扎实的制度实践，在现代治理中具有较强的适应性，深刻影响着世界各国和各主要的区域性、全球性国际组织的治理实践。欧盟的实践最为突出，但不只是欧盟，世界各主要国家与地区都普遍重视辅助性原则的治理作用，它对中国治理现代化有着丰富的借鉴意义。我国应当重视这一治理理论的重要性，及时对它所涉及的各方面问题展开研究，促进我国的治理现代化，推动中国优良治理的形成。

## 法治社会概念的历史演绎及文化意蕴

李瑜青\*

**摘要:** 本文认为,当代中国法治社会概念的形成,从学术发展的角度经历从社会自主性概念、和谐社会概念的历史演绎过程,作者就这个历史演绎过程做了论证,并指出通过分析这个历史的演绎可以看到,中国在法治建设上所内涵的文化意蕴:法治社会建设是中国法治的发展和深化;法治社会建设体现了在目标上的中国智慧;解决过去法治实践难题,构建中国法治所要求的意识形态。

**关键词:** 法治社会 历史演绎 文化意蕴

### 一、研究问题的提出

20世纪90年代,当我们明确把建设社会主义法治国家作为国家发展战略时,就法治国家所涉及的大量学理问题还缺乏深入研究。一个重要的原因,法治作为国家的一种治理方式在当代中国最初的发生,是由上而下的过程,社会系统并没有一个良好的基础。也正是这样,当时法治社会这样的概念很少出现,就是出现,也与我们现在所理解的有很大区别。可以说2014年召开的党的十八届四中其意义非凡,学者们是在这次会议之后,就法治国家、法治政府、法治社会诸概念展开了深入及全面探讨,明确所谓法治国家是包括整个国家权力的法治化以及运用,涉及如国家的立法权、国家的监督权、国家的重大问题决定权、国家的行政权、国家的司法权等等这些权力的法治化问题。而法治政府仅指国家的行政权行使的法治化,从这个意义上法治政府是法治国家权力在行政系统的体现,法治政府是法治国家重要组成部分之一。而法治社会仅指相关的法律法规在涉及民生和社会治理实践中权力和权利的相关问题<sup>①</sup>。但笔者在这里要指出,我们有必要就法治社会这个概念在当代中国演绎过程做一分析,从而来认识这个概念在中国的实践所内涵的文化意蕴的特殊性问题。

### 二、法治社会概念的历史演绎

笔者认为当代中国法治社会概念与社会自主性、和谐社会这两个概念存在历史的演绎关系,分析这二个概念在当时的内涵和所要解决的问题,有助于我们了解法治社会这个概念在中国特有的文化意蕴。

---

\* 李瑜青,男,浙江宁波人,华东理工大学法学院教授,博士生导师,中国法社会学研究会副会长,上海市法哲学研究会会长。本文为2018李瑜青主持国家社科基金项目《司法公正的社会认同及其机制问题研究》部分研究成果

<sup>①</sup> 参见李瑜青《法治社会理论与实践探讨》上海人民出版社2016年版第8-9页

首先是社会自主性概念。这个概念大约是2002年左右由学界在讨论“市民社会”问题时提出<sup>①</sup>。我们有必要分析当时对社会自主性概念释义在逻辑上的确证。认为市民社会问题、社会自主性概念等实际反映了一种文明模式的变化，即由过去行政一体化的社会模式转型为国家与社会多元并社会相对自主、独立发展的模式。中国的哲学界、社会学界的学者首先拉开对这个问题讨论的序幕，后法学界、政治学界等也进入这个领域的讨论。从中国古代情况上看，国家与社会几乎一直处于胶合的状态，对社会自主性的概念很陌生。在汉语中“国家”一词原由两个概念合成，即所谓“国谓诸侯之国，家谓卿大夫之家也”。孟子也说：“人有恒言，皆曰天下国家。”“天下之本在国，国之本在家。”形成这一胶合状态的原因是多方面的，但最为关键的是中国的小农经济及宗法制度的作用。当时的中国，这种分散的小农经济多如繁星，它与宗法制度相联系，形成人的存在对宗法制度的依赖。家族是宗法制度最基本的单位，每个成员都被置于一个高度系统化的等级名分体系中，并由此形成所谓权利义务关系。父家长的权威性不可置疑。他通过已的宗祠，记载下来由祖宗认可的习惯法等，安排、处置族人间的相關事务等，这种家族体系的运行方式还渗透到国家政治生活之中，专制国家乃是宗族主义家族的放大，皇帝被渲染成父亲般的人物，总揽国家最高权力，官吏和绅士对他和他的家系必须竭尽忠诚之职。国家生活围绕皇帝而旋转。<sup>②</sup>黑格尔对中国古代这个特点作了较为深刻的说明：“中国政府就完全建立在这种伦理关系上。客观的家族孝敬是国家的标志。中国人认为自己既属于他们的家庭，同时又是国家的儿子，在家庭内部，他们不具有特性，因为他们所在的实体单位是血缘和自然的单位。在国家内部，他们同样缺少特性，因为国家内部占统治地位的是家长制。政府的任务仅仅是落实皇帝预先制定的措施。皇帝像父亲一样掌管一切。”<sup>③</sup>马克思也指出：“虽然皇帝占有政府的法律，居高于国家政府的顶峰，可是他以父亲对待孩子的方式行使权力。他是家长，集全国的敬畏于一身。”<sup>④</sup>很显然，根深蒂固的宗法度不仅构成了古代中国的社会结构的基本特征，同时使整个社会生活形成家国一体的框架，置于一个高度系统化的等级名分体系之中。人不被看作是独立的个体，人与人之间有着依赖，天子、诸侯、卿大夫之间既是政治上的君臣关系，又是血缘上大宗小宗关系。社会组织、经济结构、政治设施等也都无一不与宗法血缘关系紧密结合在一起。国家的治理主要是通过宗法关系来实现的，以血缘为纽带的家庭等级制度放大到社会就是社会上的等级制度，而等级制度在政治上的表现又只能是专制制度。

---

<sup>①</sup> 参见李瑜青《论市民社会的理念与现代法制观念的转换》上海大学出版社2002版《大学法学评论》第1-14页

<sup>②</sup> 参见李瑜青著《法治社会理论与实践探索》上海人民出版社2016年版第12页

<sup>③</sup> 黑格尔《东方世界》，载于《德国思想家论中国》，江苏人民出版社1989年版第118-120页

<sup>④</sup> 黑格尔《东方世界》，载于《德国思想家论中国》，江苏人民出版社1989年版第118-120页。

新中国的建立，中国这个国家在政治、经济及社会生活各方面都发生深刻变化，但当时工业化基础过于薄弱，国家或政府不得不扮演直接的经济组织和管理者的角色，通过直接的计划和行政指令最大限度地集中资源并进行资源配置，以推进工业化进程。但在完成了社会主义改造并建立了社会主义公有制经济基础之后，由于历史的惯性和受原苏联经济模式的影响，形成了以指令计划为主的经济体制。中国形成的这种高度集中统一的以行政直接控制和调节为根本特征的计划经济体制。这种体制下，国家享有至高无上的权力和几乎无所不包的渗透力量，在社会中行政控制力量占据了主导地位，形成了使国家与社会处于同构状态，造成整个经济生活的过度行政化特征。它的直接后果是，作为社会生活基础的企业或个人都成为国家计划的一部分，行政指令安排一切，社会的自主性、独立性缺失，社会生活单一并没有了自身的活力，更不存在所谓社会可以有效地对国家权力进行监督。而中国的改革开放，社会主义市场经济的建设，开始了学界就市民社会问题的研究，使人们意识到社会自主性发展的价值。但这不是一个理论问题，更为重要的是实践问题。这种社会自主性强调社会本身应有的独立地位的价值，经济及社会生活的多样性、自主性、主动性，公民的自由及选择以及对行政权力的社会有效监督等的运作方式上的创新和意义。我们看到，当代中国在市场经济发展中使诸多系统自觉或不自觉地推进了社会自主性的发展<sup>①</sup>。

笔者以经济和政治的两个方面就社会自主性发展略作分析。实现是经济体制上的转换问题。所谓经济体制转换，指的是从计划经济体制向市场经济体制的转变。在经历了一个比较曲折的过程之后，市场经济终于被写入国家根本大法，得到制度上的确认，市场经济对社会自主性发展的意义，我们可以从市场经济运作的特点作出分析。一般说，市场经济是以市场作为资源配置的基础方式和主要手段的经济，它在运作特点上突出了围绕市场这个轴心点展开，这其中社会的生产分工是它的前提，满足不同人们之间的需求是它的目的，市场交换是它的表现方式。这样市场经济的主体就不再只是国家或政府了，一切自然人和法人都是作为主体活跃于市场经济中。人们在经济活动中，以平等主体的方式交换。经济组织的方式也有了多样性，除国有企业外，还有许多其他的经济组织形式，独立地活跃于社会舞台上。经济是基础，市场经济的发展，促进了社会自主性的发展。随着市场经济的发展和市场经济体制的建立，逐步改变了现行政治体制，从而也促进了社会自主性的发展。我们可以看到，经济体制的深入发展，已经使我们的所有制结构从单一公有制转变到以公有制为主体、多种经济形式并存；公有制的实现形式由工厂制度变到公司制；经济运行方式从行政命令，计划配额转变到市场竞争自主选择；政企关系从企业是政府的附属物转变到企业是独立法人，国家政府的权力也要求以法律为依据，权

---

<sup>①</sup> 李瑜青《法治社会理论与实践探索》上海人民出版社 2016 年版第 17-20 页。

力与权利应受到有效的制约。从国家与社会的角度看，经济市场化是政治民主化的必要基础，而政治民主化又有力促进经济市场化的发展，并使行政的体制转型，政府的角色转换，管理的一部分职能社会化，主要起到监督和调控的作用，从而社会自主性发展的特点得到支持。当然，我们还可以从社会自主性的现时态表现做分析，如人由“单位人”变成了“社会人”，社区及其社会组织在现实生活中具有了重要意义，人们结合方式的契约化特征等都是社会自主性的重要表现。社会自主性概念的研究为法治社会概念的形成起到重要推进作用。

其次是和谐社会概念。可以说，法治社会概念还有一个从和谐社会概念转换的过程。一般说，当代中国的法治建设肇始于改革开放。重视法治建设，是当代中国改革开放表现的重要特点。但资料表明，1978年的12月，邓小平同志在彭真同志提出的“有法可依、有法必依”的八字法治建设方针上，提出了“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”十六字方针，这十六字方针提出之后，为党的十一届三中全会所确认，其引领中国社会主义建设开始进入一个新的历史时期。随着当代中国改革开放的深入，社会主义市场经济的发展以及政治体制改革的推进，经党的十二大、十三大、十四大等直到十四届的四中全会，党中央首次提出了“依法治国，建设社会主义法治国家”的治国纲领，并在党的十五大首次从党的报告中获得相应篇章的地位，纳入政治体制改革和民主法治建设篇章进行了全面系统的阐述。而1999年的宪法修正案明确将“中华人民共和国实行依法治国，建设社会主义法治国家”，作为《宪法》第五条第一款写入《中华人民共和国宪法》，依法治国建设社会主义法治国家的政治纲领由此被上升为国家的宪法原则和全国人民的奋斗目标。

但法治的概念在当代中国的语境有时却被做另外的使用。其典型的表现是，依法治国在有的地方被创造性地细化为碎片化的政治口号<sup>①</sup>，如依法治省、依法治市、依法治县、依法治区、依法治镇、依法治村、依法治居，如此等等，实际它已被曲解与管人、控制相联系，使得中国改革开放在有的地方造成社会的关系紧张。这在学界、实务界有不少讨论，并引起党中央的高度重视，由此提出了社会建设、和谐社会建设等概念。法治概念最初作为对和谐社会、小康社会保驾护航的概念，以后又转化为一个独立的法治建设领域的概念。我们可以看到，2002年，党的十六大在提出全面建设小康社会的长远目标时，首次提出要使社会变得更加和谐。2004年中国共产党十六届四中全会明确提出了建设社会主义和谐社会的目标。2006年的十六届六中全会通过了《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》，第一次提出“社会和谐是中国特色社会主义的本质属性。”2007年，党的十七大报告将社会建设单辟一节，与经济、政治、文化建设并列，强调要加强以民生为重点的社会建设。2010年，党的十七届五中全会通过

---

<sup>①</sup> 参见李林《构建和谐社会的法治基础》社会科学文献出版社2013、7月版第8页

的“十二五”规划建议第八章“加强社会建设，建立健全基本公共服务体系”，从促进就业、调整收入分配、建立社会保障体系、卫生事业改革、人口工作、加强和创新社会管理六个方面全面阐述了社会建设任务。2012年，党的十八大报告进一步将社会建设与经济建设、政治建设、文化建设、生态文明建设一起确立为“五位一体”总体格局。正是基于对社会建设的高度重视，党中央强调法治要为和谐社会建设、小康社会建设保驾护航。党的十六届六中全会文件就明确指出，到2020年构建社会主义和谐社会的目标和主要任务是：社会主义民主法制更加完善，依法治国基本方略得到全面落实，人民的权益得到切实尊重和保障。城乡、区域发展差距扩大的趋势逐步扭转，合理有序的收入分配格局基本形成，家庭财产普遍增加，人民过上更加富足的生活，社会就业比较充分，覆盖城乡居民的保障体系基本建成，基本公共服务体系更加完备，政府管理和服务水平有较大提高，全民族的思想道德素质、科学文化素质和健康素质明显提高，良好道德风尚，和谐人际关系进一步形成；全社会创造活力显著增强，创新型国家基本形成，社会管理体制更加完善；社会秩序良好；资源利用效率显著提高；生态环境明显好转；实现全面建设惠及十几亿人口的更高水平的小康社会的目标，努力形成全体人民各尽其能、各得其所而又和谐相处的局面。

而把社会建设作为法治国家建设、法治政府建设相关联的独立的重要组成部分，主张存在三位一体的法治建设目标，主要反映在党的十八大以来的相关文件中。党的十八大报告将“依法治国基本方略全面落实，法治政府基本形成，司法公信力不断提高，人权得到切实尊重和保障”作为建成小康社会的目标之一，但明确提出：“加快建设社会主义法治国家”，“加快推进社会主义民主政治制度化、规范化、程序化”要求。2012年12月24日，在首都各界纪念现行宪法颁布实施三十周年的会议上，习近平同志代表党中央提出了“坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进，坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设”的三个共同推进、三个一体建设要求。<sup>①</sup>2013年元月，习近平同志在全国政法工作会议上提出“全力推进平安中国、法治中国建设”，进一步彰显了党中央在法治建设中对社会建设法治化的重视。党的十八届二中全会通过的《全面深化改革若干重大问题的决定》专列《推进法治中国建设》一篇，全面系统阐述法治中国建设的战略目标、主要任务，明确法治社会建设作为法治国家、法治政府建设的重要组成部分，使依法治国、建设社会主义法治国家的方略在一个新的层面得到升级。而党的十八届四中全会更明确法治社会建设的领域、特点和任务，指出：法律的权威源自人民的内心拥护和真诚信仰。人民权益要靠法律保障，法律权威要靠人民维护。必须弘扬社会主义法治精神，建设社会主义法治文化，增强全社会厉行法治的积极性和主动性，形成守法光荣、违法可耻的社

---

<sup>①</sup> 参见李林《法治中国建设的宏伟蓝图》，《中国司法》2014年第1期第12页

会氛围，使全体人民都成为社会主义法治的忠实崇尚者、自觉遵守者、坚定捍卫者。我们必须推进多层次多领域依法进行社会治理。由对社会建设概念、和谐社会概念研究的深入，并结合社会自主性概念的思考，逐使得法治社会概念作为一个独立的概念为学界、实务界接受，得到广泛的使用。

### 三、法治社会概念的文化意蕴

通过上述就法治社会概念历史演绎的分析，法治社会建设在当代中国的发展内涵了其独特文化意蕴，笔者主要从三个方面做出说明。

#### （一）法治社会建设意蕴在于中国法治的发展、深化

一个国家要实行法治，取代原来的治理模式，这不是一撮而就的过程，它的实现要经历相当的历史发展阶段。在这个发展过程中，西方有西方的发动方式，而中国有中国的发动方式。就中国的发动方式而言，法治在中国的推进，其社会的基础并没有很好地建立起来，当时的中国刚刚从计划经济向市场经济转型，法治所要求的经济结构或条件并不完整，但作为上层建筑的法治建设在党和政府的推动下已展开。有学者认为，从中国法治进程推进过程而言，最初是基于公权力的运用，笔者认为正是从这个意义上所论述的。<sup>①</sup>

笔者在 20 世纪 90 年代初期曾对中国的改革开放及法制的现代化运动做过分析，认为这是在中国共产党的领导下中国民众把中国的历史汇入世界史的过程。<sup>②</sup>虽然中国在进行法治实践时，社会法治条件并没有充分发育，但当时中国共产党主要领导人和广大民众已表现了一种历史的自觉。其实任何国家都是世界的一部分，因而自然地都融于世界史之中，但并不是所有的国家的发展和世界主流的发展相一致。中国进行经济体制的改革，明确把市场经济作为当代中国的经济体制，并根据经济、政治发展，又把建设法治国家作为纲领，这些都是与世界的主流发展相一致。任何事物有生命力的发展都要与其自身事物的发展规律相一致，而中国改革开放以来在经济体制上的市场经济改革和在政治体制上的法治国家建设等，都是其事物内部的客观规律所要求的，这个过程反映出中国共产党人和中国民众在理论上的自觉和理论上的自信。而经过四十年多的改革开放实践，在法治方面我们主要所做的是使法治在整体上的框架搭建完成：社会主义法律体系的基本构建，法律共同体的基本建设，立法、执法、司法、法律监督、守法体系的完备建设，法院、检察院等工作系统的完备建设等，法治在中国运作的显形系统在实践中已获得验证。<sup>③</sup>

但法治社会建设的深刻意蕴在于，法治社会建设相比较于法治国家的建设，具有更为根本的

<sup>①</sup> 李瑜青著《法治社会理论与实践探索》，上海人民出版社 2016 年版第 28 页

<sup>②</sup> 参见李瑜青《邓小平理论历史主题与当代中国社会科学特点》上海人民出版社 1995 年版

<sup>③</sup> 参见李瑜青《中国传统法治隐型系统功能与价值》学术界 2013 年第 5 期

性质，正如有学者<sup>①</sup>所引用的马克思的话语：社会是国家的母体和原生体，而法治社会的变迁直接决定了国家政治、经济、文化诸方面的变迁。因此，法治社会的建设具有根本性和基础性。法治国家必须以社会的法治状态作为其基础性的支撑，而从中国法治进程推进过程而言，现在最要着力的实际还是回到了法治所要求的原点。即当下法治建设的重心要由过去的主要是由公权力推动的完成法治国家基本框架为主的建设，而转向主要解决民生事业为主的建设。这种民生事业的发展，既是为法治建设做好底部的地基工作，又开始了法治向更高阶段的推进。一个要明确说明的观点在于，如果一个国家在法治建设中，其运行的社会基础没有根本改变，却是建立在传统家长制或权贵制模式下，不可能有所谓实际的法治建设，有的只是空洞喊口号的法治建设。而以习近平为代表的党中央在反腐败所取得的重大成就，也证明没有深度的法治社会建设为基础，把人民大众推到法治建设主体的地位，所谓的法治建设就有可能变形，会成为少数人控制的绣花装饰，变得对社会进步毫无意义。

## （二）法治社会建设的意蕴还在于体现法治的中国智慧，以社会和谐为法治建设目标。

和谐一词可能在日常的话语中，我们更多感受它是中国的政治话语的意义。就社会而言，社会是由各种相互联系、相互作用的诸要素所构成，包括如经济要素、政治要素、文化要素、环境要素、人口要素等，以及不同的社会规范如道德规范、法律规范、宗教规范等，在这个复杂的体系中，其中任何一个社会要素发生变化都或多或少会对社会整体中的其他要素带来影响和变化。而就社会治理而言，其手段也很丰富，如道德手段、宗教手段、政治手段、经济手段、法律手段等等，而法治社会的提出实际就是强调以法治作为主导在分配社会利益，规范社会行为，解决社会矛盾，构建社会秩序，实现社会公平等问题中要起基础性的作用。正是在这个意义上，我们看到党中央的相关文件把和谐社会建设与法治的社会治理相结合，把法治作为社会和谐建设的基础来进行论述。党的十六届六中全会文件就明确指出，到2020年构建社会主义和谐社会的目标和主要任务是：社会主义民主法制更加完善，依法治国基本方略得到全面落实，人民的权益得到切实尊重和保障。城乡、区域发展差距扩大的趋势逐步扭转，合理有序的收入分配格局基本形成，家庭财产普遍增加，人民过上更加富足的生活，社会就业比较充分，覆盖城乡居民的保障体系基本建成，基本公共服务体系更加完备，政府管理和服务水平有较大提高，全民族的思想道德素质、科学文化素质和健康素质明显提高，良好道德风尚，和谐人际关系进一步形成；全社会创造活力显著增强，创新型国家基本形成，社会管理体制更加完善；社会秩序良好；资源利用效率显著提高；生态环境明显好转；实现全面建设惠及十几亿人口的更高水平的小康社会的目标，努力形成全体人民各尽其能、各得其所而又和谐相处的局面。

---

<sup>①</sup> 参见江必新、王红霞《法治社会论纲》中国社会科学2014年第一期

和谐社会与小康社会是相通的。同样，用法治社会建设来保证小康社会建设的实现。为此，党的十八大报告中指出，2020年全面建成小康社会，必须以更大的政治勇气和智慧，不失时机深化重要领域改革，坚决破除一切妨碍科学发展的思想观念和法治机制弊端，构建系统完备、科学规范、运行有效的制度体系，使各方面制度更加成熟，更加定型。要加快完善社会主义市场经济体制，完善公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度，完善按劳分配为主体、多种分配方式并存的分配制度，更大程度更广范围发挥市场在资源配置中的基础性作用，完善宏观调控体系，完善开放型经济体系，推动经济更有效率、更加公平、更可持续发展。加快社会主义民主政治制度化、规范化、程序化，从各层次、各领域扩大公民有序政治参与，实现国家各项工作法治化。加快完善文化管理体制和文化生产经营机制，基本建立现代文化市场体制，健全国有文化资产管理体制，形成有利于创新、创造的文化发展环境。加快形成科学有效的社会管理体制，完善社会保障体制，健全基层公共服务和社会管理网络，建立确保社会既充满活力又和谐有序的体制机制。加快建立生态文明制度，健全国土空间开发、资源节约、生态环境保护的体制机制，推动形成人与自然和谐发展现代化建设新格局。

但如把上述的问题从学术话语来分析，其实这里体现有深刻的中国智慧。其实，依法治国是一个中性词，类似的提法在历史上已有人提过，如中国古代的管仲就主张“以法治国”。德国纳粹当道时，也主张“国家依照法律统治”。因此，要分析具体的情况。依法治国应当是良法治国，这是法治文明在西方法治实践对人类的重要贡献。历史上古希腊思想大师亚里士多德就提出过法治和良法结合的观点，他说：法治应当包含两重意义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家服从的法律又应该本身是制定得良好的法律……就服从良法而言，还得分别为两类：或乐于服从最好而又可能定立的法律，或宁愿服从绝对良好的法律。<sup>①</sup>后来的学者对良法有了更明确的解释或分析，如提出良法就是人民利益所需而又清晰明确的法律，<sup>②</sup>这样的法治理念对法治的发展起了很积极的推动作用。

但随着中国进行法治建设，中国的智慧对当代法治发展的影响开始积极的发酵，其中人们可以关注传统儒学以天人合一、和谐至上为基础的正义思想对法治文明的积极意义<sup>③</sup>。毫无疑问，在前述的法治所要求的依法治国的基本方略，是以维护社会秩序、保障社会长治久安为其基本的价值追求。但秩序其实只有以正义、人权为基础才能得以维护；离开社会正义的长治久安实际上是不坚固的。强权不是真理，任何违背人民利益的秩序总是不长久的。<sup>④</sup>依法治国与良法的

<sup>①</sup>亚里士多德《政治学》商务印书馆1965年版第199页

<sup>②</sup>霍布斯《利维坦》商务印书馆1995年版，第271页

<sup>③</sup>参见李瑜青《中国传统法律文化中的正义理念及其价值思考》，《法律社会学评论》第二卷，上海大学出版社2015年版第1-15页

<sup>④</sup>李龙《良法论》武大出版社第6页

结合，其中还应内涵治理的基本价值取向，即要追求一个社会的和谐，要建构起和谐之法。而传统儒学以天人合一、和谐至上为基础的正义思想，正是在这个意义上提升了法治的思想境界，即法治以社会和谐为最高目标。当然，传统儒学的思想在当时古代形成有其时代的局限性，但抽象其中作为思想方法的内容，可以看到所包含的“和”的观念极为丰富。孔子说过：“和无寡”（《论语·季氏》），一个国家的强弱，决定性的因素不是人口的多少，而是君臣，军民关系的协和。有学者指出，“和”既有天道观的意义，也有人道观的内涵。<sup>①</sup>从人道的意义上，“和”表现为人们交往的伦理原则或价值观念；从消极的方面看，“和”要求通过主体之间的相互理解、沟通，以化解紧张，抑制冲突；从积极的方面看，“和”则意味着主体之间同心同德，协力合作。<sup>②</sup>在以上关系上，特别值得注意的是“和”在已有的制度层面运作的意义。“礼之用，和为贵”是传统儒学的名言，这里礼本来涉及的是制度层面如仪式、政令、相处方式等的运作，但儒学却将这种制度的运作与“和”这样的伦理原则相联系，强调礼的作用过程，贵在遵循、体现“和”的原则，换句话说这里指出在体制、组织背后人与人之间关系的意义，以“和”的原则达到彼此的相互理解与沟通，从而消除冲突、同心协力。<sup>③</sup>

这样思考问题，对法治社会建设就提出太多的值得我们讨论的问题。如从“和”的境界来看法治建设，如何处理发展与稳定的关系，依法办事与促进良好的社会人际关系的形成的关系，书面的法与行动的法的关系、诉讼与非讼的关系等。从现实社会发展来说，比如我们改革开放40多年的发展中，法治的建设虽取得不少成就，但一个不争的事实是社会不平衡的加剧，不和谐的现象越发严重：城乡差距拉开，国家与社会二元分离严重。法治的建设不能流离于社会现实所存在的矛盾，法治的运作最为重要的是要促进社会的和谐发展。中国传统儒学“和”的思想，使我们必须站在一个新的历史的高度来思考法治所要求的境界。

### （三）解决过去法治实践难题，构建中国法治所要求的意识形态

当我们重视法治社会建设时，法治社会所涉及政治、经济、文化等社会要素与法治的结合度问题自然地突出出来，逼迫我们去思考和批判在过去法治实践中所存在的问题。应当说，中国自改革开放以来，积极进行了国家和社会依法治理的实践，并取得了不少成就。但实践中存在问题不少。就法治实践自身问题而言，有学者概括为两个方面<sup>④</sup>，即认为主要是不当的立法带来的对法治的侵害，依法对公权力控制上缺乏力度。但笔者认为至少还有第三个方面特别要予

<sup>①</sup>杨国荣《儒学“和”的观念及其内蕴》，《儒学文化与和谐社会》上海人民出版社2005年版第82项

<sup>②</sup>杨国荣《儒学“和”的观念及其内蕴》，《儒学文化与和谐社会》论文集上海人民出版社2005年版第83项

<sup>③</sup>参见杨国荣《儒学“和”的观念及其内蕴》，《儒学文化与和谐社会》论文集上海人民出版社2005年版第83项

<sup>④</sup>参见江必新、王红霞《法治社会论纲》中国社会科学2014年第一期，即认为主要是不当的立法带来的对法治的侵害，依法对公权力控制上缺乏力度。

以重视。

就法治实践自身存在的问题，笔者在这里要指出，首先是依法对公权力控制上缺乏力度。公权力被滥用的情形严重，使党和政府的形象受到很大的损害，这种损害又由于互联网技术的发展被不断地夸大，直接在消解法治的权威性和人民对法治的信赖性。<sup>①</sup>其二，不当的立法带来的对法治的侵害。在法律体系中，涉及大量规制行政权的法律，但在法律实践中存在有的行政部门为了保护其一己的特权，以立法的方式把自身的特权以新的形式保护起来，出现了所谓的立法为私的这种特别严重违反法治精神的现象。当然也存在立法过度问题，所立的法律与现实的生活存在严重的脱节。通过法治社会建设，我们必须对过去法治实践中存在的这些问题进行重新的审视，使法治建设与现实中国社会发展相一致。法治社会的建设要能支撑起使法治在整个社会中良性的运行。其三，法治隐形系统建设重视不够。其实社会很丰富，社会中存在错综复杂的人情网络，如亲情关系、友情关系、同乡关系、同学关系、同事关系、师生关系等，这些关系在中国传统社会以亲情的血缘关系为基础而展开，渗透于国家或社会治理各个领域，虽然中国传统有影响的学说或理论很重视对这些诸多关系进行研究，提出了一些有见解的观点，比如要做君子不要做小人这样的强调个体的主体自觉性观点，但在农耕社会以血缘关系作为基础条件下，已形成的人情之上的思维方式和习惯，却使得人治成为这个社会的主要方式，正是由于如此，法治社会建设实际上要改变过去人们的思维习惯和思维方式。而这一系统是作为法治的隐形系统而存在的。法治的隐形系统以其思想传统的观念作为基础，它的改变不像显形系统那样会比较迅速，而且其改变还有自身特殊的规律性。这些都是我们所需要研究的。法治隐形系统不能积极进行建设，所谓法治就只是表面上飘着的浮影<sup>②</sup>。

但笔者认为，我们还更要关注法治建设所要求的意识形态问题。法治既涉及制度，又涉及思想、理念，但任何的制度都是依照一定的思想、观念构造的。因此，马克思曾指出，如果从观念上来考察，那么一定意识形态的解体，足以使整个时代毁灭。中国法治的建设正处于全球化的进程中进行的，我们一定要真正识别全球化进程中的话语交融、话语冲突、话语交锋内涵的实质。<sup>③</sup>在这一进程中，中国作为世界上最大的发展中国家，必须要以开放自信的胸怀向西方发达国家学习，学习其先进的经验、理论、科技、文化及其在市场经济、民主政治等建设中的先进知识，但我们还必须认识到在全球化进程中这个学习，同时又是在话语“冲突”或“交锋”中进行的。所谓的“统一”是在“对立”中存在的，这种对立性突出的就是意识形态意义上的。有学者做这样的概括，比如中国特色社会主义与新自由主义的冲突；集体主义价值形态与个人

<sup>①</sup>参见江必新、王红霞《法治社会论纲》中国社会科学 2014 年第一期

<sup>②</sup> 参见李瑜青《中国传统法治隐型系统功能与价值》学术界 2013 年第 5 期

<sup>③</sup> 参见韩庆祥《全球化背景下中国话语体系建设与中国话语权》中共中央党校学报 2014、5

主义价值观的冲突，如此等等。这种冲突或交锋有时会表现得异常激烈，用邓小平的话是，这是某些西方发达国家有意识、有组织地对中国在“打一场没有硝烟的战争”。美国前总统尼克松在其著作《1999 不战而胜》曾认为，这种文化渗透、文化征服，它的逻辑是，要中国人崇拜西方标准，又习惯于用西方标准裁判中国的一切，对中国历史、中国文化、中国传统采取历史虚无主义的态度予以否定！如果这样，一个可怕后果就可能产生，而这个可怕后果在其他社会主义国家已经发生了，即当中国的改革没有达到预期的结果，或由于在社会发展中某种矛盾没有及时化解，有人就可能借助创造所谓的自由民主来冲击我们的政党，国家和社会，冲击中国理论、中国制度。法治社会建设必须从全方位思考中国法治发展目标，与中国政治、经济、文化、社会诸要素有机结合，推进社会主义事业发展。法治社会建设，使得法治作为一个时代命题真正在中国全面展开。

## 论新时代政府社会治理创新的方法与路径

### —基于政府法治论的视角

刘同君\*

**摘要：**“坚持和完善共建共治共享的社会治理制度”是有效回应人民群众对民主、法治、公平、正义、安全、环境等方面需求的新路径。推进政府社会治理创新是实现国家治理体系和治理能力现代化的逻辑必然。“政府法治论”为新时代政府社会治理创新提供了理论工具与价值支撑。善治是政府社会治理创新的价值追求与根本依循，“依法律善治”是新时代政府社会治理创新的方法选择。在全面依法治国进程中，政府法治化是政府社会治理创新的必然路径。坚持党的领导、推进法治政府建设与推动制度创新，是政府法治化的核心问题、实质问题与关键问题。

**关键词：**政府法治论 社会治理创新 依法律善治 法治化

在党的十八大提出“创新社会治理体制”的基础上，党的十九大提出了“要建立共建共治共享的社会治理格局”，党的十九届四中全会又进一步明确了“坚持和完善共建共治共享的社会治理制度”，“加强和创新社会治理，完善党委领导、政府负责、民主协商、社会协同、公众参与、法治保障、科技支撑的社会治理体系”，以有效回应人民群众对民主、法治、公平、正义、安全、环境等方面广泛而又深刻的新需要。“社会治理在现代化进程中所彰显的优势与民主、权利、平等、自由等政治文明的经典要素高度吻合，可以说，社会治理的发展对国家治理现代化的程度和水平有着重要的影响”<sup>①</sup>。由于政府承担着“负责”社会治理的重要角色，因此，推动政府社会治理创新是实现国家治理体系与治理能力现代化的逻辑必然。

在社会治理理论方面，我国政府社会治理借鉴与应用了赛亚·伯林、约翰·杜威、尔根·哈贝马斯等学者提出的“参与式社会治理”、“多元社会治理”、“复杂科学治理”、“服务型社会治理”、“合作主义治理”<sup>②</sup>等治理模式，并促进社会治理的空间逐步拓展、主体趋向多元、方式迈向法治。但“当下我国行政法治实际或多或少存在职权法定不清晰、立法科学性不足、依法行政尚未常态化、依法裁判制度公信力不强等一系列问题，而且这些与法治政府的治理目标相距甚远的内容在当下治理图景中频繁出现，”<sup>③</sup>致使我国政府社会治理在一定程度上存在选择化、

---

\* 江苏大学法学院院长，教授。

① 鹿斌 金太军：《国家治理现代化进程中的社会治理创新》，《天津社会科学》2016年第2期，79-83页。

② 参见张红 王世柱：《通过法治的社会治理》，《中国高校社会科学》2016年第2期，78-88页。

③ 杨海坤 樊响：《法治政府：一个概念的简明史》，《法律科学》2016年第1期，28-34页。

碎片化、行政化等非法治化治理现象。因而，实现以有限行政与政府法治化为核心要素的政府社会治理工程，依然任重道远。

随着中国社会主要矛盾的新变化与法治社会建设的渐次深入及，人民群众的公平意识、民主意识、权利意识不断增强，公平正义在社会治理中的核心地位也逐渐突显。因此，政府社会治理创新必须遵循“国家治理制度和治理能力的现代化，是治理制度和治理能力作为现代政治要素，不断地、连续地发生由低级到高级的突破性变革的过程”<sup>①</sup>这一内在逻辑，并以法治思维与法治方法逐步推进政府社会治理创新。本文以政府法治论为视角，分析与阐释政府社会治理创新的价值目标与法治化路径，以期助益于我国社会治理体系与治理能力现代化的创新发展。

### 一、政府法治论：政府社会治理创新的理论工具

任何学术研究的展开都是建立在一定的理论方法基础之上。就政府社会治理而言，行政法学的理论基础是构建行政法学体系及其实践应用体系的基石。罗豪才、应松年、杨海坤、孙笑侠等法学学者提出的“控权论”、“管理论”、“平衡论”、“服务论”、“政府法治论”等诸多行政法学理论观点，从不同侧面揭示了政府权力行使的理论渊源与方法论。“如果说行政法的理论基础是一个立体的物，那么不论是控权论、管理论还是平衡论他们都只看到了物体的某一侧面”<sup>②</sup>，而“政府法治论”从一开始就主张“行政法的一切问题都可以从‘我们为什么需要政府’以及‘我们需要一个什么样的政府’中推演出来”<sup>③</sup>，其学术命题与理论视点均定位于政府行政实践。可以说，“‘政府法治论’以其浓郁的本土特色和强烈的时代气息而凸显出较为明显的理论优势”，“整个理论体系贯穿着保障民权的主题思想，政府与法律的关系实质上揭示了政府与人民的关系，体现了我国人民当家作主的基本国情”<sup>④</sup>，同时充分体现了“理论高度、理论广度、理论深度、理论密度”<sup>⑤</sup>的综合性标准，是颇具特色的行政法学基础理论学说与理论工具。

“政府法治论”是杨海坤教授在“人民政府论”观点的基础上逐步积累、修正与完善的理论成果。“人民政府论”认为，“政府由人民产生，政府由人民控制，政府为人民服务，政府对人民负责，政府与公民之间关系逐步实现平等化”<sup>⑥</sup>。完善后的“政府法治论”认为，政府的活动是一个完整的过程，每个具体环节均有不同的法律要求，现代政府应当是“民主型政府、有限

<sup>①</sup> 胡鞍钢：《中国国家治理现代化的特征与方向》，《国家行政学院学报》2014年第3期，4-10页。

<sup>②</sup> 陈宏光 梁亮：《政府法治理论的创新思维——评〈中国特色政府法治论研究〉》，《安徽大学法律评论》2010年第1辑，第301页。

<sup>③</sup> 杨海坤：《行政法哲学的核心问题：政府存在和运行的正当性——兼论“政府法治论”的精髓和优势》，《上海师范大学学报（哲学社会科学版）》2007年第6期，55-63页。

<sup>④</sup> 黄学贤 杨红：《“政府法治论”的时代价值》，《法学论坛》2017年第2期，22-29页。

<sup>⑤</sup> 周佑勇：《行政法理论基础诸说的反思、整合与定位》，《法律科学》1999年第2期，39-47页。

<sup>⑥</sup> 杨海坤：《论我国行政法学的理论基础》，《北京社会科学》1989年第1期，139-147页。

型政府、善治型政府、责任型政府、平权型政府”<sup>①</sup>。与之相适应，政府依法律产生、政府由法律控制、政府依法律善治、政府对法律负责、政府与公民关系平等化等内容，必然成为法治政府的核心要义。杨海坤教授指出，“按照政府必须由法律产生、政府必须由法律来控制、政府必须依法律来治理社会、政府必须对法律负责、政府与公民法律地位平等化这样的思路，政府建设的目标必然是一个‘法治’的政府。这种理论把‘平衡论’、‘控权论’、‘公共利益本位论’等理论的精华都吸收进来，使整个政府活动全过程都贯穿法治精神，形成政府与法治之间牢不可破、共生共长的

紧密关系”<sup>②</sup>。实践证明，伴随着我国法治政府建设的历史进程，“政府法治论”以“人民政府论”为逻辑基点，其内涵渐次拓展与深化，内在性契合与切实回应了我国政府行政实践中的焦点与难点问题，是与时俱进的理论学说。在“政府法治论”理论的指导下，我们仍应“进一步总结中国本土行政法治经验、提炼中国原创性的行政法学原理，推出更具中国特色、中国智慧的法治政府理论”<sup>③</sup>，为新时代政府社会治理实践植入厚重的行政法学理论根基。因此，“政府法治论”对于新时代政府社会治理的价值定位、路径构建，进而推进我国社会治理的现代转型与发展，具有积极的借鉴与方法论意义。

其一，“政府法治论”能够为政府社会治理的具体实践提供理论基础。社会治理创新不仅仅是在理念、制度与机制方面的变革，更需要科学的理论指导。社会的本质与人的本质的原理、社会管理性质的原理、社会管理职能的原理、社会管理途径及手段的原理、社会管理实施机制的原理、法律以社会为基础的原理以及法律的社会作用的原理<sup>④</sup>，均是社会治理创新理论渊源。但在所有关于政府活动的理论体系中，行政法学的理论基础无疑“是一国行政法学术及制度实践的最根本的理论支柱。”<sup>⑤</sup>“‘政府法治论’将‘政府’作为‘人民’的‘产物’或‘工具’，将‘法律’作为‘人民控制政府’的手段，从而赋予法律以‘治权之法’、‘治官之法’的优良秉性，在为‘法治’提供了‘良法’的同时，从理论和制度保障上完成了‘人民’和‘法律’对政府的监督与控制，确保了政府始终‘为人民服务’”<sup>⑥</sup>。“法治政府论”能够深度嵌入新时代关于社会治理的人民主体地位、共建共治共享的思想理论体系之中，且具有鲜明的问题意识与实践品性，“使得行政法理论基础的学说能够贴近中国的现实生活，解决当下中国的实际难题，进而

<sup>①</sup> 杨海坤 章志远：《中国特色政府法治论研究》，法律出版 2008 年版，第 137 页。

<sup>②</sup> 杨海坤 樊响：《法治政府：一个概念的简明史》，《法律科学》2016 年第 1 期，28-34 页。

<sup>③</sup> 杨海坤：《走向法治政府：历史回顾、现实反思、未来展望——写在中国行政法研究会成立三十周年之际》，《山东大学学报（哲学社会科学版）》2015 年第 5 期，44-57 页。

<sup>④</sup> 参见徐汉明 邵登辉：《习近平社会治理法治思想及其研究》，《中南民族大学学报（人文社会科学版）》2018 年第 1 期，1-6 页。

<sup>⑤</sup> 杨海坤，章志远：《中国特色政府法治论研究》，法律出版 2008 年版，第 110 页。

<sup>⑥</sup> 柳砚涛：《政府法治论的行政制度实践价值》，《山东大学学报（哲学社会科学版）》2017 年第 3 期，18-26 页。

对中国行政法的制度建设起到应有的指导作用”<sup>①</sup>。从而政府社会治理作为国家治理体系与治理能力现代化进程中的创新性实践活动，其制度变革与实践运行机制可以在“政府法治论”的指导下获得充分的整合与提升。因此，“政府法治论”能够承担回应新时代政府社会治理过程中的行政权力分散化与社会化、社会结构复杂化与多元化等现实问题的学术使命，能够成为深度阐释政府社会治理创新的一种理论工具。

其二，“政府法治论”能够为政府社会治理的合理化提供价值支撑。国家治理体系与治理能力现代化是新时代中国特色社会主义制度的新命题，也是中国社会转型发展的内生性逻辑。习近平总书记指出，“我国今天的国家治理体系，是在我国历史传承、文化传统、经济社会发展的基础上长期发展、渐进改进、内生性演化的结果”<sup>②</sup>。党的十八届三中、四中全会先后提出了“国家治理”与“善治”的概念；党的十九大进一步提出了“以良法促进发展、保障善治”的要求。

“良法与善治作为一对范畴内置于依法治国和国家治理之中，这既是国家治理的深刻革命，也是国家制度自我完善和发展的战略规范”，“国家治理体系是价值理性与工具理性的统一，国家治理与善治是一体两面的有机整体，国家治理本身就蕴含善治的价值理念”<sup>③</sup>。因此，新时代政府社会治理必须深刻体现民主、公平、公开、透明等实质性与程序性的“善治”要素，善治是政府社会治理的目标追求与根本依循，更是其合法性、合理性的价值根基。“政府法治论”认为，政府社会的一切活动必须受法律控制，依法行政是政府行为具备正当性的起点。具体到社会治理领域，政府社会治理必须以善治为目标，亦即“依法律善治”是“政府法治论”对政府社会治理的理论期许与实践展望。为此，“政府法治论”的“民主性”、“有限性”、“善治性”、“责任性”、“平权性”等内涵式要素，可以充分彰显新时代政府社会治理的价值维度，并为其奠定坚实的价值基础。

其三，“政府法治论”能够为政府社会治理的路径引入法治化逻辑。政府社会治理的目的“是在各种不同的制度关系中运用权力去引导、控制和规范公民的各种活动，以最大限度地增进公共利益”<sup>④</sup>，政府社会治理的本质“是构建与现代经济、政治、文化和社会发展相适应的中国特色的现代社会管理体系，实现社会管理从‘为民作主’向‘人民民主’的根本转变；从管制型社会管理向服务型社会管理的根本转变；从单纯政府管理向多元社会主体协同治理的根本转变；从主要依靠政策管理向依法治理和综合施策的根本转变。”<sup>⑤</sup>因此，国家治理体系与治理能力现

<sup>①</sup> 杨韩龙 吕 诚：《走向自主行政法——评〈中国特色政府法治论研究〉》，《行政法学研究》2009年第2期，140-144页。

<sup>②</sup> 《习近平谈治国理政（第2卷）》，外文出版社2017年版，第105页。

<sup>③</sup> 池忠军：《习近平新时代国家治理的善治路径》，《河南师范大学学报（哲学社会科学版）》，2018年第5期，9-14页。

<sup>④</sup> 俞可平：《治理和善治引论》，《马克思主义与现实》1999年第5期，37-41页。

<sup>⑤</sup> 刘旺洪：《社会管理创新与社会治理的法治化》，《法学》2011年第10期，42-46页。

代化必然是涉及各类社会力量与制度体系的一项系统工程，包括诸如“民主治理、依法治理、社会共治、贤能治理、礼法合治”<sup>①</sup>等内容结构。在国家治理的制度体系中，“法治体系是国家治理体系的骨干工程”<sup>②</sup>，善治必须以良法为前提，即“法律是治国之重器，良法是善治之前提”<sup>③</sup>。顺应这一治理逻辑，社会治理必然纳入法治之轨道，法治化是政府进行社会治理创新的应然选择，实践展开自然也应以法治化为基本趋向。“政府法治论”认为，政府依法律产生，政府的权力源于必须具有合法性与正当性；政府应由法律控制，政府是受制于法律之下的有限的政府；政府依法律善治，单向度的政治权威不符合现代化治理的要求；政府对法律负责，政府社会治理必须承担否定性法律后果；政府角色平等化，政府社会治理必须与公民及社会组织实现有效互动与良性合作。由此可见，“法治政府论”“秉承了‘法律保留’精神”，展现了“法生主体”和“法生权”<sup>④</sup>的逻辑关系，充分彰显了“人民是一切事物的原因和结果，凡事皆取之人民，并用于人民”<sup>⑤</sup>的法治为民理念。完全可以说，“法治政府论”不仅增强了政府依法行政的理论证明力，而且高度契合了新时代政府社会治理路径的法治化逻辑。

## 二、依法律善治：政府社会治理创新的方法选择

总体来说，历史上的社会治理模式分为权力型、管理型、法治型三个类型，也代表了人类关于社会治理的三个发展阶段。虽然这三个类型的治理方法不是截然分开的，但其价值取向却存在显著差异。“权力型”治理模式主要是为了维护统治或特权阶层的利益；“管理型”治理模式强调政府管理社会，主要以政府的职责与管理效益为出发点；“法治型”治理模式则强调治理主体的多元性、协同性、参与性，以及治理效益的优化性、共享性，即通过“政府与社会各力量共同参与社会治理，采取积极与消极、提供与购买有机协调的治理手段，实现社会治理的价值目标。”<sup>⑥</sup>在“法治型”治理模式下，即使各个国家或区域法治政府建设的模式与路径存在差异，“但民生福祉目的及其权力控制的本质是共同的。同时，社会治理这一共同事务的处理，既要服从善治理念抑或更好生活的需要，也要遵循包括法治在内的各种公共事务的属性和规律。”<sup>⑦</sup>无疑，我国社会治理历程同样经历了以上三种治理类型的发展阶段，其实践活动是在传统转向现代、愚昧转向文明、集权转向法治的历史画卷中渐次展开的。

<sup>①</sup> 王利明：《法治：良法与善治》，《中国人民大学学报》2015年第2期，114-121页。

<sup>②</sup> 《习近平谈治国理政（第2卷）》，外文出版社2017年版，第119页。

<sup>③</sup> 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，人民日报，2014-10-29。

<sup>④</sup> 柳砚涛：《政府法治论的行政制度实践价值》，《山东大学学报（哲学社会科学版）》2017年第3期，18-26页。

<sup>⑤</sup> 【美】托克维尔：《论美国的民主》（上卷），董果良译，商务印书馆，1997年版，第64页。

<sup>⑥</sup> 刘雪松 宁虹超：《社会治理与社会治理法治化》，《学习与探索》2015年第10期，69-73页。

<sup>⑦</sup> 周建军 刘明宇：《迈向新时代的社会治理法治化》，《云南民族大学学报（哲学社会科学版）》2019年第1期，42-48页。

改革开放后，尤其是伴随着中国特色社会主义法治体系的建立与逐步完善，我国社会治理模式已迈向“法治型”社会治理。特别是新世纪以来，党的历次代表大会均在社会治理方面明确新的要求，且治理理念循序断创新。党的十六届三中、六中全会分别提出“统筹社会建设和管理”与“完善社会管理，推动社会管理体制的改革与创新”；党的十七大要求“健全党委领导、政府负责、社会协同、公众参与的社会管理格局”；党的十八大进一步提出“建立法制保障的社会管理体制”，并进而在党的十八届三中、四中、五中全会上先后提出“创新社会治理体制”、“提高社会治理法治化水平”与“构建全面共建共享的社会治理格局”；党的十九大更是开创性地提出了“打造共建共治共享的社会治理格局”，同时“要完善党委领导、政府负责、社会协同、公众参与、法治保障的社会治理体制。”由此，开启了新时代中国特色的国家治理体系与治理能力现代化的新征程。

但在社会治理方法的选择定位方面，则学术观点纷呈有异。如，“和谐社会论”者认为，推进社会治理创新，在某种意义上就是一套用来从社会结构、社会管理体制方面解决市场经济发展到一定阶段时所引发的经济、社会问题的主要措施和基本办法。<sup>①</sup>但就社会治理的有效性而言，“和谐社会”的符号意义大于实际效果，因为社会和谐的本质是一个相对主观的概念，主要是从社会关系协调状态的理想状态出发的，难以成为社会治理价值评判的事实标准；“善治论”者认为，社会治理的价值目标是达至公共利益最大化，因为“善治的本质特征，在于它是政府与非政府组织对公共生活的合作管理，是政治国家与非政府组织社会的一种新颖关系，是两者的最佳结合。善治的目的是通过改善政府管理和倡导社会参与，推动经济发展和社会进步。”<sup>②</sup>固然，法治政府的民主特质决定了善治目标在政府社会治理实践中具有相当程度的合理性，也是社会治理的价值追求。然而，就社会治理的评价标准而言，当人们对社会治理方法提出合法性质疑时，同样不能给出充分的、具有可操作性的评判标准；“法治化论”者认为，社会治理属于社会现代化的范畴，“其本质是社会治理模式的重构，其价值目标是实现社会治理的民主化和法治化。”<sup>③</sup>，但仅仅从狭义层面将法治作为社会治理的方法，也有着不足之处。一般而言，狭义层面的社会治理法治化，就是“严格依照法律的统治”，<sup>④</sup>而社会治理所依之法，也未必就是完善的，毕竟社会治理的价值目标还需要德治等其他要素的补充。等等。诚然，以上诸多关于社会治理价值目标的学术观点，均从不同侧面助推或深化了“法治型”社会治理进程，并具有一定的启迪作用。但在全面依法治国背景下，单独就某一层面去认识或论证社会治理的方法都难

---

<sup>①</sup> 谢庆奎：《政治 政府 社会》，北京大学出版社 2013 年版，第 237 页。

<sup>②</sup> 吴爱明：《公共管理理论与实践》，山西人民出版社 2004 年版，第 598 页。

<sup>③</sup> 刘旺洪：《社会管理创新与社会治理的法治化》，《法学》2011 年第 10 期，42-46 页。

<sup>④</sup> 张千帆：《宪法学导论》，北京：法律出版社 2004 年版，第 6 页。

免失之偏颇，更需要在综合性和涵盖性的理论视野下去考察社会治理方法的丰富内涵与价值需求。

笔者认为，“政府法治论”主张的“依法律善治”观点，创新性地借鉴与吸纳了以上学术贡献，为新时代政府社会治理创新提供了新的方法定位。因为“法治型”社会治理应然性蕴含善治的价值内涵，即使善治目标内在地“隐含着一个政治进程，即在众多不同利益共同发挥作用的领域建立一致或取得认同，以便实施某项计划”<sup>①</sup>，但善治的方法与路径必须符合法治的内在要求，并遵循其运行规律。同时，在政府社会治理创新的价值评判方面，“依法律善治”不仅可以充分体现“法律是治国之重器，良法是善治之前提”的基本精神，而且可以实现政府社会治理创新的预期价值追求。

其一，法治政府是“依法律善治”的基本要求。党的十九大明确将“坚持全面依法治国”作为新时代坚持和发展中国特色社会主义的基本方略之一，并提出了“建设法治政府，推进依法行政，严格规范公正文明执法”的新要求。由于“法治政府建设是现代国家政治文明的重要标志，是实现治理体系、治理能力现代化的必由之路”<sup>②</sup>，因而，在全面依法治国进程中，法治政府承担着关键的角色，没有法治政府就难以落实依法治国的诸项要求，更难以实现国家治理体系与治理能力现代化的战略目标。

“政府法治论”视域下的现代政府是“有限政府”，政府的职权与职责都必须来自法律授权，“政府各项权力都必须在法治轨道上运行，即政府权力来自法律授权，政府行使权力的方式、顺序、时限等必须遵循法律规定，政府违法行使权力，给公民法人和社会组织造成危害，必须承担法律责任。”<sup>③</sup>因此，在政府社会治理创新过程中，政府行使相关权力必须受到法律的有效制约，将政府调整社会关系的行为纳入规范化的法律架构之中，从而使人们能够建立起对政府行为的稳定预期。唯此，政府的社会治理行为才能承载最大民意，并扎牢其正当性根基，否则须承担否定性的社会效果与法律后果。

其二，实现善治是“依法律善治”的价值目标。什么是善治？联合国亚太经济社会委员会在其发布的《什么是善治？》中，对于善治提出了八项标准，分别为共同参与(Participation)、厉行法治(Rule of law)、决策透明(Transparency)、及时回应(Responsiveness)、达成共识(Consensus Ori-ented)、平等和包容(Equity and inclusiveness)、实效和效率(Effectiveness and efficiency)、问责(Accountability)。<sup>④</sup>目前，我国学者关于善治理论

<sup>①</sup> 俞可平：《治理与善治》，社会科学文献出版社，2000年版，第10页。

<sup>②</sup> 刘惠：《建设法治政府须突出重点和特色》，《中央党政干部论坛》2019年第3期，88-90页。

<sup>③</sup> 吴传毅：《法治政府建设的多维审视》，《行政论坛》2019年第3期，111-116页。

<sup>④</sup> United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific. "What Is Good Governance?". <http://www.unescap.org/resources/what-good-governance>.

的代表性观点主要是从国家与公民互动关系视角进行阐释的，认为善治是“政府与公民对公共生活的合作管理，是政治国家与公民社会的一种新型关系，是两者的最佳状态”，并“使公共利益最大化的社会管理过程和管理活动。”<sup>①</sup>因此，善治既兼具“良善之治”的实质价值和“善于治理”的工具价值<sup>②</sup>，同时也表征着社会治理的“一种秩序、一种状态、一种结果”，其“关键是实现全体公民共同参与国家和社会的治理，而在现实社会中，民主是此种参与的最佳方式。”<sup>③</sup>可见，善治的内容已包含法治，同时，善治也是建立于法治基础上的一种治理模式。法治是国家通过法律治理社会的方式，而善治则更强调社会治理过程中政府与社会的互动与耦合。

为此，新时代政府社会治理创新，只有将政府的权力纳入法治化运作框架之中，同时吸纳合法性、透明性、责任性、回应性、有效性等善治要素，充分发挥包括政府、社会组织、公民等在内的多元化治理主体的积极作用，才能深刻体现党的十九大报告提出的“全面依法治国是国家治理的一场深刻革命”与“以良法促进发展、保障善治”的总体精神与具体要求。同时，只有实现政府社会治理理念由“命令式的纵向维度”向“协商式的横向维度”的转变，并在实际操作层面“通过制度化和规范化的权力运行来保障人民当家作主的地位，维护良好的社会秩序，最终实现善治”<sup>④</sup>，才能达至社会治理效益最大化的目标要求，真正体现“有事好商量，众人的事情由众人商量，是人民民主的真谛”及“实现政府治理和社会调节、居民自治良性互动”<sup>⑤</sup>的社会治理效果。

其三，良法善治是“依法律善治”的有效途径。何为良法？在西方法律思想上，古希腊思想家亚里士多德率先提出了“法治应当优于一人之治”的法治思想，并阐释了良法的实质标准与形式标准。他认为，“法治应包括两重意义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律本身应该是制定得良好的法律。”<sup>⑥</sup>中外法律发展史证明，亚里士多德关于的“法治”定义，已成为人们认知法治内涵的经典定律。

事实上，关于法律与道德的关系已是中外法学史上恒久的话题，并形成恶法亦法、恶法非法的学派之争。自然法学派大多主张“恶法非法”，注重道德在法律运行中的正当性功能；而分析法学则大多主张“恶法亦法”，认为“法律是什么是一回事，法律的好坏是另一回事”<sup>⑦</sup>，片面强调规则之治。在中国法律思想史上，“法与时转则治，治与世宜则有功”（《韩非子·五蠹》），

<sup>①</sup> 俞可平：《论国家治理的现代化》，社会科学文献出版社 2014 年版，第 59 页。

<sup>②</sup> 参见李龙 郑华：《善治新论》，《河北法学》，2016 年第 11 期，2-11 页。

<sup>③</sup> 王利明：《法治：良法与善治》，《中国人民大学学报》，2015 年第 2 期，114-121 页。

<sup>④</sup> 王建国 刘小萌：《善治视域下公民参与的实践逻辑》，《河南师范大学学报（哲学社会科学版）》2019 年第 2 期，22-29 页。

<sup>⑤</sup> 习近平：《决胜全面建成小康社会，夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利》，人民出版社 2017 年版，第 38 页、49 页。

<sup>⑥</sup> 【古希腊】亚里士多德：《政治学（中译本）》，商务印书馆，1965 年版，第 199 页。

<sup>⑦</sup> John Austin. *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.184-185.

“立善法于天下，则天下治；立善法于一国，则一国治”（《王安石文集·周公》），以及“法平如水”、“法不阿贵”等关于法治内涵的表述，均是“良法”思想的深刻体现。因此，良好的法律在具有普遍性、平等性、稳定性、权威性的基础上，还应具备自由、平等、正义等道德价值要素，否则，法律就失去了正义与善德的正当性基础，也就不是真正意义上的法律。

善治是法治之目标，良法是善治之前提。“治民无常，唯法为治”（《韩非子·心度》），“法令者，民之命也，为治之本也”（《商君书·修权》）。法治所追求的价值目标不仅仅是丰富与吸纳正面的道德价值，以彰显其“良”的标准，关键是通过“良”的效应向社会释放“善”的能量，即以良法促善治、以良法保善治。“法治是经人类社会历史证明最为有效的社会治理方式，要避免有法无治，应当将良法与善治结合起来。”<sup>①</sup>只有良法才能实现政府社会治理效益的最大化，从而最大限度地发挥法治的规范化功能。因此，良法善治是新时代政府社会治理创新的基本原则与根本遵循，良法与善治应当相辅相成、相互促进。“政府法治论”视域下的“依法律善治”内在地包含着“良法善治”价值目标。同时，立足于良法善治的“依法律善治”，也必将突破形式主义法治的桎梏，推进政府公共治理模式的实质革命，并最终将和谐精神导入中国社会公共治理的实践创新之中。<sup>②</sup>

### 三、政府法治化：政府社会治理创新的必然路径

人类社会发史证明，政府始终处于社会治理的核心地位，法治政府是现代国家政治文明与法治化水平的重要标志。正如习近平同志所指出：“法治和人治问题是人类政治文明史上的一个基本问题，也是各国在实现现代化过程中必须面对和解决的一个重大问题。综观世界近现代史，凡是顺利实现现代化的国家，没有一个不是较好解决了法治和人治问题的。”<sup>③</sup>在法治国家、法治政府、法治社会一体建设背景下，“政府作为代表国家进行政治统治和社会管理的实施者，是依法治国主体，政府法治化是建设法治国家的实践前沿，是建设法治国家与法治社会的突破口。”<sup>④</sup>因此，政府法治化是社会治理创新的题中之意，也是必由路径。

政府法治化的核心问题是如何实现与政党制度的高度契合，因为“作为现代政治体制重要组成部分的政府，其法治化进程自然也脱离不了政治体制的束缚，而只能在合同制的框架内推

<sup>①</sup> 王利明：《法治：良法与善治》，《中国人民大学学报》，2015年第2期，114-121页。

<sup>②</sup> 张文显：《和谐精神的导入与中国法治的转型——从以法而治到良法善治》，《吉林大学社会科学学报》，2010年第3期，5-14页。

<sup>③</sup> 中共中央文献研究室编：《习近平关于全面依法治国论述摘编》，中央文献出版社2015年版，第12页。

<sup>④</sup> 申来津等：《论政治文明视域下的政府法治化路径》，《社会主义研究》2013年第1期，74-78页。

进法治化。”<sup>①</sup>政府法治化的实质问题是如何加强法治政府建设，因为“建设法治政府是全面依法治国的关键环节，没有法治政府，就无法落实依法治国各项要求，也不可能建成法治国家和法治社会，更谈不上国家治理体系和治理能力现代化。”<sup>②</sup>政府法治化的关键问题是如何推动政府制度创新，因为制度创新是“对制度安排的正向性修正、变动或更替。制度创新是对‘供给障碍、实施困境以及变迁问题’等制度缺陷作出的反思与回应，因而成为地方政府治理创新的目标和实践路径。”<sup>③</sup>为此，笔者认为，坚持党的领导、法治政府建设、政府制度创新等，是新时代政府社会治理创新所必须面对的几个主要问题。

其一，坚持党的领导是政府法治化的核心问题。法治文明是政治文明的核心内容，政府法治化亦必然镶嵌于政党制度之中。因为“如果没有有效的政治秩序，任何国家的政治生活都必定处于不稳定状态”<sup>④</sup>，“社会就会无力界定和实现其共同利益”<sup>⑤</sup>。中国共产党领导的多党合作和政治协商制度，是根植于本国历史文化土壤而创建的具有鲜明中国特色的一种“新型政党制度”<sup>⑥</sup>。它是在马克思、恩格斯关于无产阶级政党学说的指引下，经过多年的探索与实践而逐渐形成的且符合中国国情的政党理论、制度与方法。中国共产党的领导是新型政党制度的灵魂，是新型政党制度区别于中国旧式政党制度及西方多党制度的根本特点，也是坚持和发展新型政党制度的根本政治保证。党的十九大报告明确指出：“中国特色社会主义最本质的特征是中国共产党领导，中国特色社会主义制度的最大优势是中国共产党领导”，“党政军民学，东西南北中，党是领导一切的。”党的十九届四中全会进一步强调指出，“坚持和完善党的领导制度体系”，“把党的领导落实到国家治理各领域各方面各环节。”

特别是党的十八大以来，党中央在全面推进依法治国的战略背景下，逐步推进法治政府建设，并形成了中国特色社会主义法治政府理论。“回顾历史，我们可以清楚地看到，如果党和法治的关系处理得好，则法治兴；处理得不好，则法治衰。这个问题，不仅事关法治建设的兴衰成败，甚至决定着整个社会主义事业的前途命运。”<sup>⑦</sup>党的十八届四中全会指出，“只有在党的领导下依法治国、厉行法治，人民当家作主才能充分实现，国家和社会生活法治化才能有序推进。”同时强调要完善以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系，加快建设法治政府。党的十九大报告进一步指出：“全面依法治国是中国特色社会主义的本质要求和重要保障。必须把党的领导

<sup>①</sup> 王蓓蓓：《政府法治化的路径选择及转向》，《江汉论坛》2018年第8期，41-45页。

<sup>②</sup> 马怀德：《新时代法治政府建设的意义与要求》，《中国高校社会科学》2018年第5期，5-18页。

<sup>③</sup> 钟哲：《地方政府社会治理创新可持续性提升的路径选择——以制度伦理为视角》，《东北师大学报》（哲学社会科学版）2015年第2期，11-16页。

<sup>④</sup> 吕嘉：《政治稳定问题与中国政治秩序的基本性质》，《中共天津市委党校学报》2003年第4期，48-52页。

<sup>⑤</sup> 【美】塞缪尔·亨廷顿：《变化社会中的政治秩序》，王冠华等译，上海人民出版社2008年版，第226页。

<sup>⑥</sup> 习近平同志在2018年“两会”上首次提出了中国“新型政党制度”的概念，系统深刻地概括了新型政党制度的鲜明特色和独特优势。

<sup>⑦</sup> “法治热点面对面③”：《法治兴衰的核心问题——怎样理解党和法治的关系》，人民网-人民日报，2015-02-04。

贯彻落实到依法治国全过程和各方面。”在我国，“党的领导和社会主义法治是一致的，社会主义法治必须坚持党的领导，党的领导必须依靠社会主义法治。”<sup>①</sup>因此，党的领导是全面依法治国最本质的特征，是社会主义法治最根本的保证，政府法治化必须坚持党的领导。

毋庸置疑，政府法治化必须贯穿于科学立法、严格执法、公正司法、全民守法的整体进程之中，同时要满足人民对民主、法治、公平、正义、安全、环境等“基本公共产品”的法治需求。在我国，虽然政府法治化涉及政治文明、法治文明、道德文明等综合因素，且是一项复杂的系统工程，但其最本质的要求是坚持党的“人民立场”。离开党的“人民立场”谈政府法治化，必然偏离中国特色社会主义法治道路，必然游离于中国特色社会主义法治体系，也必然不具备政府法治化的孵化基础与合法性根基。我国新型政党制度的确立与形成，是一党训政制和多党制被历史与实践淘汰后的必然选择，是在争取民族独立、追求民主进步过程中渐近式改进与内生性演化的结果。中国共产党除了工人阶级和最广大人民群众的利益，没有自己特殊的利益。“人民立场”是中国共产党的根本立场，是立党之基、发展之基、执政之基。党的十八届四中全会明确提出，法治建设要以保障人民根本权益为出发点和落脚点，保证人民依法享有广泛的权利和自由、承担应尽的义务，维护社会公平正义；党的十九大报告进一步指出，“坚持以人民为中心”。因此，政府法治化必须恪守法治为民的核心理念，“把以人民为中心作为推进新时代法治现代化建设的切入点、着力点、突破点、增长点。”<sup>②</sup>

党的“人民立场”与中国特色社会主义法治精神高度一致，具有法定的宪制根基。我国宪法明确规定，国家的一切权力属于人民，人民是权力行使的主体。政府的权力不是原生的，而是源于立法机关的授权，是由人民赋予的。因此，政府法治化必须以“建设人民满意的服务型政府”<sup>③</sup>为根本遵循。构建服务型政府，既是法治政府建设的目标内容，也是政府权力运行的基本要求。政府机构、职能、权限、程序、责任等要素的法定化，必须以造福人民、维护人民利益为基本要求。在行政立法方面，要提高科学化与民主化水平，进一步“完善立法工作机制和程序，扩大公众有序参与，充分听取各方面意见，使法律准确反映经济社会发展要求，更好协调利益关系，发挥立法的引领和推动作用。”<sup>④</sup>行政法规和行政规章不得设置减损公民基本权利的事项，涉及人民重大利益的事项，必须坚持法律保留原则，行政行为必须依法律行使，保证公民的基本权利不会因行政权的扩张而受到损害。由此，政府法治化只有深刻体现党的“人民立场”，只有坚持人民的主体地位，才能真正维护人民权益、增进人民福祉，让人民拥有正义的

<sup>①</sup> 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定辅导读本》，人民出版社 2014 年版，第 5 页。

<sup>②</sup> 吴兢：《开启中国法治现代化建设新时代》，《人民论坛》2018 年第 33 期，44-46 页。

<sup>③</sup> 习近平：《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》，人民出版社 2017 年版，第 39 页。

<sup>④</sup> 中共中央文献研究室编：《习近平关于全面依法治国论述摘编》，中央文献出版社 2015 年版，第 43-44 页。

获得感。

其二，推进法治政府建设是政府法治化的实质问题。法治是人类制度文明的共同财富，但不同国家或区域的政府法治化在交流互鉴的过程中形成各具特色运行机制。多年来，我国法治政府建设从中国问题出发，吸收世界法治文明经验与成果，取得了历史性成就。改革开放后，尤其是自1982年《中华人民共和国宪法》颁行以来，伴随着法治国家建设理念的渐次突显，我国法治政府建设的内涵与质量亦逐步彰显，直至新时代实施全面依法治国战略后，法治政府建设取得了突破性进展。党的十一届三中全会后，邓小平同志提出了“实现社会主义民主的制度化、法律化”，“有法必依，违法必究，执法必严，在法律面前人人平等”<sup>①</sup>的法治建设总体要求，1989年《中华人民共和国行政诉讼法》的颁布实施，是将政府行为纳入法治化轨道的新开端；1997年中共十五大首次明确提出“依法治国，建设社会主义法治国家”的基本方略，并随后入宪；2002年党的十六大提出要“进一步转变政府职能，改进管理方式，形成行为规范、运转协调、公正透明、廉洁高效的行政管理体制”；2004年国务院颁布实施《全面推进依法行政实施纲要》，以推进政府信息公开为基本要求，提出了法治政府建设的若干具体目标；2010年国务院出台的《关于加强法治政府建设的意见》，全面规定了法治政府建设内容与实现路径，自此，中国特色社会主义法治政府建设的基本框架已形成。

党的十八大把基本建成法治政府确立为全面建成小康社会的重要目标之一，开启了全面推进依法治国的新征程。党的十八届三中全会提出了法治国家、法治政府、法治社会一体建设理论，党的十八届四中全会进一步明确了法治政府建设的原则、目标和任务要求；2015年中共中央国务院颁布实施《法治政府建设实施纲要（2015 - 2020年）》，从任务、举措、机制等方面，全方位落实法治政府建设的目标要求，进一步巩固、深化与拓展了法治政府建设的前期经验与成果；党的十九大明确将“坚持全面依法治国”作为新时代坚持和发展中国特色社会主义的基本方略之一。同时作出了“坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设”、“转变政府职能，深化简政放权，创新监管方式，增强政府公信力和执行力，建设人民满意的服务型政府”<sup>②</sup>的顶层设计，为法治政府赋予了新的时代内涵。

由此可见，我国法治政府建设的理念提升、内涵深化与模式构建，是中国特色社会主义法治发展的逻辑必然，基本遵循了法治文明的本质内涵与法治政府建设的运行规律。但同时我们也必须认识到，法治政府建设是一个循序渐进的建构过程，即“法治政府建设是一个自我完善

---

<sup>①</sup> 中共中央文献编辑委员会：《邓小平文选第二卷》，人民出版社1994年版，第146、163页。

<sup>②</sup> 习近平：《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利》，人民出版社2017年版，第39页。

和自我修复的过程，新时代法治政府必然处于创新和变革之中。”<sup>①</sup>在当下社会治理模式下，党委是领导主体，政府是责任主体，社会是协同主体，公民是参与主体，且以上治理主体的权力运行与作用发挥必须纳入法治化轨道。从“治理主体”、“权责边界”，“运行机制”来看，政府在承担“元治理角色”的同时，还必须承担“制度设计”、“机制构建”、“共同协商”，以及“共同构建多元主体参与的治理机制”<sup>②</sup>等责任功能。

因此，我国法治政府建设必须在“自我完善”和“自我修复”过程中，逐步实现《法治政府建设实施纲要（2015—2020）》确定的“基本建成职能科学、权责法定、执法严明、公开公正、廉洁高效、守法诚信的法治政府”的总体目标，以及党的十九大报告在这一目标基础上所提出的关于法治政府建设的若干具体要求。在推进政府社会治理法治化进程中，政府应该做到：（1）行政立法科学化。坚持法律优先原则、法律保留原则、程序合法原则，以及立法监督与救济原则；（2）行政决策制度化。坚持决策权限、决策程序合法化，建立与完善合法性审查、专家论证、风险评估等决策机制；（3）行政执法规范化。坚持行政执法严格规范文明的基本要求，完善执法程序、减少执法层级、整合执法主体、加强执法监督，公平、公正行使自由裁量权，最大程度保证相对人的合法权益；（4）政府信息公开化。坚持依公民、社会组织申请公开，以及除法律限制公开以外的政府主动公开机制，充分体现现代法治政府的信息透明原则；（5）权力行使权责相统一。坚持行政权力运行的监督和问责机制，“必须把权力关进制度的笼子里，坚持用制度管权管事管人”<sup>③</sup>；（6）行政争议解决机制多样化。坚持“行政裁决、行政调解、行政仲裁等行政系统内行政争议解决机制的法治化”，同时“要保障行政诉讼制度的有效运行，贯彻司法最终裁决原则。”<sup>④</sup>等等。唯此，才能将现代法治精神贯穿于法治政府建设的全过程，并从实际运行层面与程序保障层面实现政府法治化。

其三，推动制度创新是政府法治化的关键问题。美国新制度经济学的代表人物道格拉斯·C·诺斯认为，“制度是一系列被制定出来的规则、守法程序和行为的道德伦理规范”，它“提供了人类相互影响的框架，它们建立了构成一个社会，或更确切地说一种经济秩序的合作与竞争关系。”<sup>⑤</sup>而制度创新(Institutional Innovation)则是“指制度的变迁过程，是制度创新主体为获得潜在收益而进行的制度安排”<sup>⑥</sup>，通过对制度要素的传承、优化与重组，将“一套制度

---

<sup>①</sup> 关保英：《新时代法治政府精神研究》，《西南民族大学学报》（人文社会科学版）2019年第8期，96-104页。

<sup>②</sup> 参见李睿莹 张希：《元治理视角下地方政府社会治理主体结构及多元主体角色定位研究》，《领导科学》2019年第4期，32-35页。

<sup>③</sup> 中共中央宣传部编：《习近平总书记系列重要讲话读本》，学习出版社、人民出版社2014年版，第85页。

<sup>④</sup> 马怀德：《法治政府建设的基本要求》，《中国司法》2018年第5期，18-20页。

<sup>⑤</sup> 【美】道格拉斯·C·诺斯著，陈郁等译：《经济史中的结构与变迁》，上海三联书店、上海人民出版社1994年新1版，第225-226页。

<sup>⑥</sup> 陈天祥：《中国地方政府与制度创新》，《中山大学学报》（社会科学版）2000年第6期，120-127页。

要素进行重新组合，并形成新的制度性解决方案，通过这种重组产生的制度，不同于旧的制度但类似于旧的制度”。<sup>①</sup>可见，制度创新是人们通过创设新的、更有效的行为规则与制度体系来促进社会创新性变革的一种动力机制。

制度创新主体既包括个人、团体，也包括政府，且“在社会所有制度安排中，政府是最重要的一个”<sup>②</sup>，因为从新制度主义角度来看，制度创新“有助于我们分析地方政府如何对既有制度环境中的旧制度要素进行创造性组合或者将其与新制度要素进行融合”<sup>③</sup>，以获得一种新的制度架构。因此，制度创新机制对于政府社会治理法治化具有重要启迪意义与借鉴价值。

长期以来，我国地方治理的制度供给障碍、制度实施困境、制度变迁问题<sup>④</sup>是政府社会治理所面临的主要制度困境。其“根本原因在于，从传统行政向公共行政的转变过程中存在比较严重的制度短缺和制度失效问题”<sup>⑤</sup>。党的十八大以来，突出了政府制度建设的重要性，把“提供一整套更完备、更稳定、更管用的制度体系”作为制度创新的核心任务。并逐渐从制度的系统完备与科学规范要求，趋向制度体系与制度定型的有效运行。其实，我国政府社会治理体制机制的完善过程是与政府改革进程同步进行的，“也正是通过政府的制度创新实践来推动的”，地方政府已“成为制度创新最活跃的主体”<sup>⑥</sup>。“中国政府的改革过程，实质上就是中国各级政府推动制度创新的过程，是旧制度安排被取代的过程”<sup>⑦</sup>。

改革开放 40 多年来，我国社会结构正逐步由“身份人”组成的“总体性社会（totalitarian society）”结构，逐步演变成“社会人”组成的“多元化社会”体系，并在阶层结构方面表现出了某种“分化”与“断裂”的特征<sup>⑧</sup>。在社会结构深刻变动过程中，市场经济体制逐步确立与完善，利益格局深刻调整与变化。相应地，我国社会治理体制也顺应社会发展趋势，由“运动式治理传统使得地方政府在‘刚性稳定’的思维中不断寻求单一的社会治理方式”<sup>⑨</sup>，渐次转向多元主体参与的、动态的，且在具体实践中不断充实完善的社会治理创新机制。

我国社会治理的体制机制从“管理体制”转向“治理体制”，“法制保障”趋向“法治保障”，

---

①【美】坎贝尔：《制度变迁与全球化》，姚伟译，上海人民出版社 2010 年版，第 68 页。

② 林毅夫：《关于制度变迁的经济学理论：诱致性变迁与强制性变迁》，《财产权利与制度变迁——产权学派与新制度学派文集》，上海三联书店、上海人民出版社 1994 年新 1 版，第 271 页。

③ 向静林 田 凯：《坎贝尔制度变迁理论及其对我国地方政府制度创新研究的启示》，《中共浙江省委党校学报》2015 年第 1 期，88-95 页。

④ 方 雷主编：《地方政府学概论》，中国人民大学出版社 2010 年版，第 365-371 页。

⑤ 路 阳 庄虔友：《参与式治理视角下的地方政府制度创新》，《云南社会科学》2011 年第 3 期，14-18 页。

⑥ 张玉磊：《地方政府制度创新何以持续——基于制度演化理论的解析》，《中共南京市委党校学报》2015 年第 1 期，51-56 页。

⑦ 郭小聪：《中国地方政府制度创新的理论：作用与地位》，《政治学研究》2000 年第 1 期，67-73 页。

⑧ 参见文 军：《创设耦合型大城市社会治理新模式》，《中国社会科学学报》，2013-10-21。

⑨ 黄 毅 文 军：《从“总体-支配型”到“技术-治理型”：地方政府社会治理创新的逻辑》，《新疆师范大学学报》（哲学社会科学版）2014 年第 2 期，35-44 页。

“政府统治”迈向“良法善治”，以及从“基层自治”、“共建共享”导向“自治、德治、法治”、“共建共治共享”等治理理念与政策的变化，深刻折射了我国社会治理体制的演化路径与实践图景。习近平同志深刻指出：“加强和创新社会治理，关键在体制创新”，“治理和管理一字之差，体现的是系统治理、依法治理、源头治理、综合施策。”社会治理的共建共治理念，为多元化主体共同推进政府社会治理法治化提供了路径指引；社会治理的共享理念，为推进政府社会治理法治化的正当性提供了价值支撑。

在政府社会治理法治化过程中，依法行政是政府行为的法治底线，“考察行政行为是否与法相合，以及法律、规章与制度等政治秩序是否符合良善的道德要求一即‘法的精神’”<sup>①</sup>是衡量政府行为的实践标准。伴随着社会变迁发展，政府的相关制度亦必然趋之创新。政府社会治理的基本职能是构建社会保障制度，充分彰显法治的社会公平与社会正义价值；政府社会治理的基本目标是实现社会和谐发展，追求政府法治化效益的最大公约数，解决广大人民群众，尤其是基层公民的利益诉求；政府社会治理的基本方法是化解社会矛盾，构建矛盾化解的预警机制、调处机制、考评机制，确保矛盾化解在法治化轨道上运行。因此，政府制度创新“是推进社会治理能力现代化的关键一环，推进社会治理能力现代化，必须加强制度建设，注重制度创新。当前，主要是要创新社会保障制度、利益诉求表达机制和社会矛盾调处机制。”<sup>②</sup>很显然，制度是政府社会治理的法治化载体，政府社会治理法治化的关键问题就是制度不断更新变迁的过程。同时，制度创新的演化轨迹也必然印证着政府社会治理法治化的逻辑路线。因而，“地方政府社会治理问题很显然需要从制度视角去解读”<sup>③</sup>，并证明政府社会治理法治化的“价值目标同意欲达到这些目标所采取的制度化合法手段之间”<sup>④</sup>的内在契合性。

“政府法治论”认为，政府与社会组织是平等化的法律关系。政府社会治理法治化必须实现由单纯的权力控制模式向多元共治模式转化。在“政府负责”的前提下，政府只有向社会让渡部分权力并与社会力量形成合力，才能迈向“依法律善治”的规范化轨道。由于政府行政体制关涉政府权力的宏观配置，涉及政府权力和社会权力之间的关系设计，政府权力的让渡或社会权力的回归必然依赖于精细化的制度设计，否则，有限政府、服务政府、法治政府的建设目标就难以实现。因此，制度创新是政府社会治理实践的逻辑原点，“政府制度创新的实质就是寻求一种新的制度安排，以获取现有制度下不能获取的收益。”<sup>⑤</sup>只有将制度创新置于政府社会治

---

<sup>①</sup> 任中平 李睿：《论政治合法性与法律合法性的关系及其调适》，《政治与法律》2007年第6期，64-71页。

<sup>②</sup> 席超波 廖欢：《制度创新与推进社会治理能力现代化》，光明日报，2015-11-25，第13版。

<sup>③</sup> 范逢春：《地方政府社会治理：正式制度与非正式制度》，《甘肃社会科学》2015年第3期，178-181页。

<sup>④</sup> 管爱华：《社会转型期的道德价值冲突及其认同危机》，《河海大学学报》（哲学社会科学版），2014年第3期，37-41页。

<sup>⑤</sup> 王伟：《政府改革与制度创新—以北京市为例》，郑州大学出版社2007年版，第5页。

理的变迁发展过程之中，才能充分激活社会组织的活力及公民参与的积极性，从而增强多元化社会治理的有效性。也只有“依赖政府制度创新的不断推进”<sup>①</sup>，才能实现“完善和发展中国特色社会主义制度，推进国家治理体系和治理能力现代化”<sup>②</sup>的全面深化改革总目标。

## 结 语

国家治理体系与治理能力现代化是满足新时代人民对美好生活向往的战略举措。在“党委领导、政府负责、民主协商、社会协同、公众参与、法治保障、科技支撑的社会治理体系”中，政府治理是重要的组成部分，并承担着“负责”社会治理创新的职责功能。“政府法治论”的理论观点及其内涵要素对于新时代政府社会治理创新具有借鉴价值与方法论意义。“政府法治论”的“依法律善治”理论是在“和谐论”、“善治论”、“法治论”等观点基础上提出的“法治与善治辩证统一”的创新性方法，内在性契合了政府社会治理创新的发展进程，并为其提供价值支撑。“政府法治论”的“政府依法律产生”、“政府受法律控制”、“政府对法律负责”、“政府与公民关系平等化”等理论，深刻揭示了“法生权”、“法控权”的法治与政府之间的等次规律。由此，政府社会治理创新必然纳入法治化轨道。只有推进政府法治化，才能实现政府社会治理创新的有序化、制度化、法定化。坚持党的“人民立场”是政府法治化的政治原点，推进法治政府建设是政府法治化的基本要求，推动制度创新是政府法治化的动力机制。唯此，才能逐步实现党的十九届四中全会所提出的“构建系统完备、科学规范、运行有效的制度体系，加强系统治理、依法治理、综合治理、源头治理，把我国制度优势更好转化为国家治理效能”的社会治理目标。

---

<sup>①</sup> 姚 东：《政府治理能力现代化视阈中的政府制度创新》，《云南社会科学》2015年第2期，12-17页。

<sup>②</sup> 《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》，《人民日报》2013年11月16日，第1版。

## 行政裁决制度的重构及其嵌入

### ——结合环保行政裁决的分析

刘小冰 宋萌萌\*

**摘要：**1990年《行政诉讼法》实施后，行政裁决基本呈现制度消亡状态。现在，有必要重构行政裁决，并应将其嵌入多元化纠纷解决机制之中。这就需要树立行政裁决根源于政府的固有功能、与其他解纷机制拥有共同的利益基础等正确认识。而行政裁决转化为当下制度安排的必然性，乃基于以下原因：多元化纠纷解决机制的建立为行政裁决提供了功能基础；司法权对行政权的尊重为行政裁决提供了法律空间。同时，环境纠纷自身的特点也为行政裁决提供了现实需要。需要强调的是，我国行政裁决制度的回归与嵌入需要进行全面的体系性重构：内设独立的集中行政裁决机构；细化行政裁决的运行机制；完善行政裁决的救济方法。为解决国家缺少对行政裁决整体理论构想的现实问题，并进行有效的制度整合和制度设计，全国人大常委会应适时制定《中华人民共和国行政裁决法》。

**关键词：**行政裁决 多元化纠纷解决机制 环保行政裁决

1990年《行政诉讼法》实施后，行政裁决基本呈现制度消亡状态。<sup>①</sup>但“就中国路径来说，强大的是行政权而非司法权”。<sup>②</sup>简单地限缩乃至取消行政裁决制度、指望以司法来强力裁判民事纠纷，不仅使案件数量激增，且导致执行效果存疑。因此，有必要重构行政裁决，并应将其嵌入多元化纠纷解决机制之中。

#### 一、行政裁决能否嵌入多元化纠纷解决机制

“行政裁决设定领域范围的退缩，主观上也许是行政主体为了避免行政诉讼，但客观上却适应了避免公权过度干预私权领域、行政权过度挤压司法空间的发展趋势，与从计划经济向市

---

\* 刘小冰，男，南京工业大学法学院教授，江苏法治建设研究基地首席专家；宋萌萌，女，江苏法治建设研究基地特邀研究人员。

① 例如，1989年原《环境保护法》规定：环境污染中，“赔偿责任和赔偿金额的纠纷，可以根据当事人的请求，由环境保护行政主管部门或者其他依照本法律规定行使环境监督管理权的部门处理”。这里的“处理”，包括环保行政裁决和环保行政调解。此后，环保主管部门运用环保行政裁决权裁决了大量环境民事赔偿案件。1990年《行政诉讼法》实施后，环保行政裁决被认定为具体行政行为，当事人对环保行政裁决不服提起的诉讼被列为行政案件而不再作为民事案件，环保主管部门变成行政诉讼的被告，这引起了环保部门的强烈反应。同年11月，国家环境保护局请示全国人大常委会法制工作委员会，建议将“处理”限缩解释为“调解处理”，即将容易引发行政诉讼的环保行政裁决权排除。全国人大常委会法工委1992年的答复对此完全同意，规定对环保行政裁决提起的诉讼“法院不作为行政案件受理。”2014年修订的现行《环境保护法》则彻底废除了环保行政裁决制度。

② 耿宝建：《行政复议修改的几个基本问题》，《山东法官培训学院学报》2018年第5期，第2页。

场经济的转型、变革相一致。”<sup>①</sup>笔者认为，这些“客观”看法值得商榷。因此，要回答行政裁决能否嵌入多元化纠纷解决机制的问题，必须破除其中存在的认识误区。

### （一）行政裁决根源于政府的固有功能

行政裁决真的是全能政府的产物、<sup>②</sup>在市场经济条件下的“小政府、大社会”中难以发挥作用吗？确实，在全能政府的理念和制度下，行政裁决数量众多、作用巨大。但这不等于说，在中国已经确立市场经济并据此逐步改造了上层建筑相应制度生态的情况下，行政裁决就不能嵌入多元化纠纷解决机制之中。

笔者认为，作为对计划经济时期“强政府、弱社会”“大政府、小社会”的反思，在一定时期提出“小政府、大社会”的理念有其正当性。但必须看到，这一主张虽然肯定了社会力量对国家治理的重要价值，但也可能导致政府因缺乏必要的资源配置和纠纷解决能力而缺位失位。因此，政府与社会的基本关系不应该是一种简单的大小比例关系。我们既需要一个在法治约束下的服务型、高效型、法治型的“好政府”，也需要一个参与型、自治型、法治型的“好社会”。“好政府、好社会”是一种建立在法治基础上的良性互动过程并能够相互提供动能，其最终目标形态是推进国家治理体系和治理能力现代化，建设法治中国。

在此基础上，应充分认识到，在国家管理领域，行政机关都“必须摒弃消极的立场转而积极的通过自己的公权力行为进行直接的干预”。<sup>③</sup>任何时候，只要有政府，就会有规制行政。即使政府必须向社会转移其部分管理权力，也不意味着这部分权力的可有可无，而只是表明其拥有更为合适的行权主体。因此，就国内外的比较、就改革开放前后的比较而言，规制行政实际上更多地表现为规制的基础、数量、方法、态度、范围、依据、责任等方面的区别。就其本质特征即实现秩序国家而言，并没有根本区别。“由法律授权的行政机关对特定的民事纠纷进行裁决，是当今世界许多国家普遍存在的一个事实，也是现代行政表现出的一个显著特点。行政裁决的产生和发展适应和满足了社会经济发展的需要，是对国家职能分工的调整和完善，也是历史发展的一种趋势。”<sup>④</sup>也就是说，行政裁决是建立在政府的固有功能基础上的，这与实行计划经济还是市场经济并无必然联系。

在环境保护领域，也必须充分发挥政府的解纷功能。环保行政裁决“以个别的纠纷处理为起点，通过自己的管理权限进一步发掘问题并谋求更具一般性的根本解决，正是行政性纠纷处

---

<sup>①</sup> 叶必丰、徐键、虞青松：《行政裁决：地方政府的制度推力》，《上海交通大学学报（哲学社会科学版）》2012年第2期，第8页。

<sup>②</sup> 参见范愉：《非诉讼纠纷解决机制研究》，中国人民大学出版社2000年版，第459页。

<sup>③</sup> 陆伟明：《服务型政府的行政裁决职能及其规制》，《西南政法大学学报》2009年第2期，第25页。

<sup>④</sup> 罗豪才：《行政法学》，北京大学出版社2000年第三版，第219页。

理机关的最大优势。”<sup>①</sup>当然，行政裁决并非是对计划经济时期的简单回归，而应对其进行适应市场经济、法治政府等要求的必要改造：在将行政裁决嵌入市场经济基础及其所形成的整体制度生态时，需要对其在计划经济基础上形成的一些制度内容加以修正而不是全盘否定。例如，应当鼓励环境纠纷当事人的积极参与，而不是有权行政机关传统上的片面决定；行政裁决需要开庭裁决而不仅仅是形式上的书面裁决；为保证自然正义，需要对行政裁决设计适度的权力制约；应实行集中行政裁决权，而不是各行其是。只有这样，行政裁决才能成为“好政府、好社会”之中的逻辑组成部分，并发挥其特有的解纷功能。

## （二）行政裁决与其他解纷机制拥有共同的利益基础

在我国行政法理论中，通说乃将行政裁决视为特定行政机关解决特定民事争议的制度。<sup>②</sup>这是否意味着作为“民事利益”解纷机制的行政裁决难以嵌入那些带有强烈“公共利益”色彩的解纷机制呢？

要回答这一问题，需要明确行政裁决所要保护的“利益”到底是什么。形式上看，民事利益表现为特定主体的利益，公共利益表现为不特定主体的利益。这是两者具有冲突性的现实基础，并由此构成其不同制度安排的法律基础。但就其本质而言，不管何种利益，都具有对立统一性。“维护私人利益也是合乎公共利益的。如果不然的话，私法的适用也不至于托付国家机关。”<sup>③</sup>反之亦然，“共同利益就是自私利益的交换，一般利益就是各种自私利益的一般性。”“共同利益恰恰只存在于双方、多方以及存在于各方的独立之中。”<sup>④</sup>也就是说，不论何种“利益”，在内容上和对象上都具有重合性。

所谓利益，是指为了满足主体生存和发展而产生的对于一定对象的各种物质的和精神的客观需求。在现实中，大多数物质利益可能因法律具有“定分”的基本功能而相对容易加以区分，但某些物质利益和精神利益相互之间却具有高度的依存性。例如，清洁空气属于公共利益，但因其为每个个体生存所必须，因而在利益的内容上也就具有重合性。再如，臭氧层受到破坏后，全民均分享了氟化物的制冷效益，也都对紫外线过度辐射的恶果“负有原罪”，因而生态环境损害便成为一种致害人和受害人数量均不特定的“泛化主体”损害类型。<sup>⑤</sup>在这一特定情形下，区分民事利益与公共利益已经没有多少实际意义。

<sup>①</sup>（日）棚濑孝雄：《纠纷的解决与审判制度》，王亚新译，中国政法大学出版社1994年版，第87页。

<sup>②</sup> 参见应松年主编：《行政法与行政诉讼法》，法律出版社2005年版，第265页；姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》，北京大学出版社2005年第2版，第288页；罗豪才：《行政法学》，北京大学出版社2000年第3版，第219页。

<sup>③</sup>（奥）凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版，第232页。

<sup>④</sup> 《马克思恩格斯全集》（第46卷），人民出版社1979年版，第197页。

<sup>⑤</sup> 参见徐祥民、吕霞：《环境责任“原罪”说——关于环境无过错归责原则合理性的再思考》，《法学论坛》2004年第6期，第16-21页。

与此相类似的是，两种利益在对象上也具有重合性。公共利益的不特定主体乃是学理上高度抽象化的结果，其在现实中总是表现为具体的个体，也即个体的抽象化就是群体，群体的具体化就是个体。如果将个体排除在不特定主体之外，则所谓不特定的主体也就毫无法律意义。

同时，有相当一部分环境利益本身就属于民事利益。且作为“新现代公共利益”，环境利益不再直接否定个人利益，<sup>①</sup>而是经常与其结合在一起。这就部分阐释了环境利益的特殊性，并打通了其民事利益的特殊通道。

因此，必须对“利益”进行对立统一的分析，而不是简单地将某一种利益视为“本位”。<sup>②</sup>这种对立统一观下的“利益”为行政裁决嵌入现有的多元化纠纷解决机制奠定了相应的基础，即行政裁决虽然发源于保护民事利益的需要，但在环境纠纷等公共利益的保护中同样有其重要作用。

## 二、行政裁决应否嵌入多元化纠纷解决机制

行政裁决的上述可能性能否转化为当下制度安排的必然性，这是需要阐述的另一个重要问题。虽然在较长的一段时间内，行政裁决基本处于“退群”状态。但目前，行政裁决作为化解多种纠纷“分流阀”的作用日益明显。

### （一）多元化纠纷解决机制的建立为行政裁决提供了功能基础

后工业社会时代的现代特征就是我们正在进入“风险社会”，<sup>③</sup>这是建立多元化纠纷解决机制的现实基础。《法治政府建设实施纲要（2015-2020年）》明确要求：“有关行政机关要依法开展行政调解、行政裁决工作，及时有效化解矛盾纠纷。”2018年12月31日，中办、国办印发《关于健全行政裁决制度加强行政裁决工作的意见》，提出健全行政裁决制度、加强行政裁决工作的指导思想、基本原则和主要目标，进一步规划了行政裁决的制度体系。这些规范性非法律文件<sup>④</sup>发出了一个明确的信号：必须重视包括行政裁决在内的多元化纠纷解决机制的构建，发挥行政机关所具有的在行使行政权力的同时先行处理社会纠纷的天然优势，注重司法与行政在保持各自权力运作特征的同时进行一定程度的交叉与融合。<sup>⑤</sup>

---

<sup>①</sup> Jean-Francois Calmette, *Le droit de l'environnement: un exemple de conciliation de l'intérêt général et des intérêts économiques particuliers*, in *Revue Juridique de l'Environnement*, n. 3, 2008, p. 268. 转引自王法学：《论生态文明入宪后环境条款的整体性诠释》，《政治与法律》2018年第9期，第74页。

<sup>②</sup> 公共利益与个人权利关系上有三种理论主张：对立统一论、个人权利本位论和公共利益本位论。参见余少祥：《论公共利益与个人权利的冲突与协调》，《清华法学》2008年第2期，第142-149页。

<sup>③</sup> 参见（德）乌尔希里·贝克：《风险社会》，何博闻译，译林出版社2004年版，第3页。

<sup>④</sup> 规范性文件既包括法律、法规、规章等规范性法律文件，还包括政策、司法解释等规范性非法律文件。部分规范性非法律文件已经成为司法审查的标准，如在“张恩琪诉天津市人力资源和社会保障局、天津市社会保险基金管理中心行政不作为案”中，法院最后判决的依据就是天津市人力资源和社会保障局发布的《关于社会保险举报投诉案件受理查处职责分工的通知》。

<sup>⑤</sup> 参见齐树洁：《纠纷解决与和谐社会》，厦门大学出版社2010年版，第260-261页。

在环境纠纷中，多种多样的解纷程序体系和动态调整系统能以各自的特定功能，相互协调地共同存在，以实现相互补充且能满足纠纷主体的多样性需求。因此，在环境纠纷日益复杂、增长迅速的当下，多元化纠纷解决机制具有特别重要的意义。而行政裁决是其中的重要组成部分，并为环境争议的解决提供了一条区别于司法救济的公力救济途径。通过诉讼解决环境争议虽然在一定程度上能够满足当事人和社会主体对于正义的需求，但同时也需要付出相当大的诉讼成本。许多非诉解决争议的方式就是为弥补环境诉讼的缺陷而得以产生和发展的。简言之，无论从社会效益还是从当事人自身的实际利益来看，建立环境多元化纠纷解决机制都是一种更为合理且经济的选择。<sup>①</sup>

## （二）司法权对行政权的尊重为行政裁决提供了法律空间

行政裁决权属于行政权，或者说是行政权中的“准司法权”。<sup>②</sup>而“行使行政权的决定、行使行政权的时间以及如何行使行政权的方式，这些判断的作出原则上都是行政权的首要责任。”<sup>③</sup>要明确司法权在这类问题上的界限，首先应当由行政主体对行政案件中的法律关系进行判断，作出具体行政行为，然后才能进行法院的合法性审查。<sup>④</sup>在行政权与司法权关系的总体架构中，这种尊重行政的首次判断权主张在任何体制下都具有一致性。“对于法院来说，避免审查行政争议的一个相当简单的方法就是实行优先管辖权原则。优先管辖权原则认为，通常应当允许行政机构首先解决影响行政机构的纠纷。”<sup>⑤</sup>

现代环境公共事务十分复杂，因而必须充分发挥行政权的专业性和司法权的监督作用，避免司法权对行政判断权及其自由裁量权造成不当干涉。从行政法治发展的一般经验来看，在“夜警国家模式”到“福利国家模式”再到“风险社会模式”的过程中，行政权不断扩张以实现公共利益的保护，而司法权则关注对行政权的有效控制，确保其不偏离维护公共利益的轨道，即司法权与行政权的互动关系致力于遵守两个原则：一是相互尊重专长。行政机关在专业性、灵活性和有效性等方面具有明显优势，在法律事实的判断上往往更加注重便利和准确，而司法机关则擅长于解决法律适用问题，两者相互尊重各自的优势。司法权对行政权的监管究竟能够渗透到什么范围和程度，通常取决于司法和行政的专长比较。二是行政权优先。无论是进行环保公共决策和监管，还是确保公众参与和环境利益权衡，首先应当在行政权的权限范围内来解决，只有在行政机关滥用职权或者不履行法定职责时，司法机关才可介入，以确保行政机

<sup>①</sup> 参见范愉主编：《ADR 原理与实务》，厦门大学出版社 2002 年版，第 730 页。

<sup>②</sup> 严格来说，行政裁决与其固有的行政管理权不同，更多地表现为一种行政判断行为。参见陶品竹：《完善行政裁决制度应当思考的几个问题》，《人民法治》2018 年 17 期，第 35 页。

<sup>③</sup> 杨颐嘉：《论我国环境行政诉讼司法审查标准——从司法尊重行政角度出发》，《湖南科技学院学报》2017 年第 7 期，第 89-90 页。

<sup>④</sup> 参见杨建顺：《行政规制与权利保障》，中国人民大学出版社 2007 年版，第 677 页。

<sup>⑤</sup> （美）肯尼斯 F 沃伦：《政治体制中的行政法》，王从虎等译，中国人民大学出版社 2005 年版，第 463 页。

关能够纠正其行政行为或者履行其环保职责。司法机关原则上不能直接越过行政机关介入相应的公共事务，不能逾越、取代行政机关直接作出相关决定。<sup>①</sup>

### （三）环境纠纷自身的特点为行政裁决提供了现实需要

除了上述共同的必然性要求外，行政裁决在环境多元化纠纷解决机制中的存在还有其特殊性，即环境纠纷自身的特点为其提供了现实需要。

环境纠纷的基本特点体现在：一是环境纠纷具有必然性。基于生存的需要，人类一方面利用自然资源，享受阳光、空气和水，另一方面又向环境排放垃圾和污染。因此，部分环境污染及其纠纷具有形式上的正当性，根本无法彻底消除。二是环境污染纠纷双方当事人实力不均衡。环境污染一般在企业的生产过程中产生，其作为侵害主体往往具有一定规模、资金实力和技术手段，而受害方往往是不特定的个人。虽有时人数较多但缺乏组织，经济实力较弱，亦无防止环境污染的专门技术手段，往往是被动接受环境污染行为带来的不利后果。三是环境污染纠纷产生的原因具有复杂性。环境纠纷的解决以确定环境污染受害人所遭受的损害与污染人的污染行为之间存在因果关系为前提，而因果关系的确定往往牵扯到环境科学技术知识的运用等复杂因素。

相对于司法权的中立、被动以及事后救济而言，环保行政裁决在处理环境纠纷上更为主动。“国民就公害的解决所更多地期待于行政的并不是依靠类似于裁判严格程序的救济，而是期待它能在纠纷形成以前的阶段上结束公害问题，希望行政机关将公害发生源尽早地彻底控制住”。<sup>②</sup>行政机关承担着环境行政管理职能，具有丰富的管理经验，同时便于组成专业化的裁决队伍。由其对环境争议进行裁决，有利于查明案件真相、维护当事人的合法权益、维护环境行政执法秩序，避免因司法程序的漫长而扩大受害人的损害或可能产生的次生灾害。

因此，环保解纷机制必须实现立法、执法、司法的综合协调。“对环境利益的有效保障应得到整个法律体系有效分工合作来实现”，<sup>③</sup>这一结论似乎与环保解纷机制的综合性存在悖论。但这一貌似悖论其实有着合理的解释：生态环境的法律保护并非单一的一部立法所能胜任，因而需要法律体系的分工合作。而这种法律体系是按照社会管理的对象划分的，社会管理的日益精细化导致立法及其所形成的法律体系的日益精细化。但法律实施仍然依赖行政机关和司法机关及其相互协调所形成的合力，这一格局在近现代以来基本没有变化。因此，生态环境的法律

<sup>①</sup> 参见王明远：《论我国环境公益诉讼的发展方向：基于行政权与司法权关系理论的分析》，《中国法学》2016年第3期，第49-68页。

<sup>②</sup> （日）原田尚彦：《环境法》，丁敏译，法律出版社1999年版，第234页。

<sup>③</sup> 何佩佩、邹雄：《论生态文明视野下环境利益的法律保障》，《南京师大学报（社会科学版）》2015年第2期，第72页。

保护并非单一的一种法律实施手段所能胜任，必然是现有各种解纷机制的综合应用。<sup>①</sup>这就导致现代生态环境法律治理呈现出立法上的精细分工和执法、司法上的综合联动的特点，并为行政裁决机制的嵌入奠定了现实基础。

### 三、行政裁决如何嵌入多元化纠纷解决机制

只有制度的约束才是最有效的约束，只有通过制度结构的改革才能改变行为的非理想化。

<sup>②</sup>我国行政裁决制度的回归与嵌入同样需要进行全面的体系性重构。

#### （一）内设独立的集中行政裁决机构

这里所谓的“内设”，是指行政裁决机构仍应属于政府系列，而不能处于政府之外；所谓的“独立”，是指行政裁决权必须是独立的，只能忠于事实和法律，不受行政机关、社会组织 and 个人的非法干扰，<sup>③</sup>其机构必须从层级制行政体系中单列出来，并构成一个整体性制度，不再隶属于政府各部门，而是以本级政府的名义统一行使行政裁决权；<sup>④</sup>所谓的“集中”，是指取消同级政府各部门的行政裁决权，以免“裁出多门，尺度不一”；一级政府只有一个行政裁决机构，并实现集中行政裁决。在此基础上，行政裁决机构的设定应明确以下几点：

1. 机构的设立。为保持必要的独立性，一级政府只设一个行政裁决机构（即“一个窗口对外”）。为节省编制，考虑到各级司法行政部门与政府法制部门的职责整合已经完成，开始承担“统筹推进法治政府建设的责任”，因而可在各级司法行政部门加挂行政裁决机构牌子，并以本级政府的名义独立行使行政裁决权。该行政裁决权必须是集中行政裁决权，即将原先由各部门分别行使的行政裁决权集中由该机构行使。为保持必要的专业性，可在行政裁决案件较多的政府部门实行巡回裁决，或设立该级政府行政裁决机构的分支机构，如在生态环境主管部门设立“行政裁决分局”，在土地主管部门设立“土地行政裁决分局”。行政裁决机构与分支机构实行垂直领导，并遵循必要性原则。为保证行政裁决机构的独立性，在内设专司机构时应使其在人事、财务上不受行政主管部门的约束：裁决机构的人事管理、经费薪酬独立于行政机关，非经任机关评议不得降职、免职、调离；各级政府的行政裁决机构相互之间也是独立的。

2. 裁决的范围。各级政府有权集中裁决与其行政管理业务有关私法上的争议（环境行政裁决可就其涉及公共利益的争议进行裁决），其重点在于做好自然资源权属争议、知识产权侵权纠纷和补偿争议、政府采购活动争议等方面的工作。就环保行政裁决范围来说，应主要负责环境

<sup>①</sup> 生态环境司法中的“三审合一”、集中管辖、流域与地域司法等都是这一综合性的司法表现。

<sup>②</sup> 参见段忠桥主编：《当代国外社会思潮》，中国人民大学出版社2004年第2版，第70-71页。

<sup>③</sup> 行政裁决必须保障作为第三方的行政机关行使职权时的独立性和中立性，这是各国的普遍经验。参见龚祥瑞：《比较宪法与行政法》，法律出版社1995年版，第175页以下；宋宗宇：《环境纠纷行政处理机制研究》，《科学法制与政策研究》2006年第5期，第23页；（日）原田尚彦：《环境法》，丁敏译，法律出版社1999年版，第39-39页；齐树洁：论我国环境纠纷解决机制之重构》，《法学适用》2006年第9期，26-30页。

<sup>④</sup> 我国目前的行政裁决一般由主管行政机关裁决，如土地权属争议由土地行政主管部门负责。

污染纠纷的调解、责任认定和赔偿数额的确定等。需要明确的是，环保行政裁决的范围可尝试进行变革和创新：借鉴美国等国家的做法，<sup>①</sup>将原本属于环境行政审批、环境行政处罚、环境行政许可、环境行政确认等方式调控的部分行政事项，转变为通过行政裁决的方式调整。如在环保部公开的30项行政审批事项中，对于容易引起民众不满、存在较大环境污染几率、需要参考多方意见的审批项目，如“民用核设施选址、建造、装料、运行、退役等活动审批”“可能造成跨省界环境影响的放射性同位素野外示踪试验审批”“国家级自然保护区的建立、范围调整审核”“对地方制定严于国家排放标准的机动车船大气污染物排放标准、规定对在用机动车实行新的污染物排放标准并对其进行改造的审核”等审批项目，可由行政审批转为行政裁决。

3. 人员的组成。鉴于各国行政裁决人员的设置情况，<sup>②</sup>为促进行政裁决制度的长远发展，必须在各行政区域内以“行政裁决员专家库”的形式统一组建一支专业化、职业化的行政裁决工作队伍，主要包括两部分人员：一是由司法行政主管部门从各行政机关按照规定程序从具备法律知识和行政管理经验的行政机关工作人员中产生；二是由司法行政主管部门从法律、行政管理、专业技术等相关领域的专家学者中产生。行政裁决案件应组成行政裁决庭进行公开裁决，一般由三人至五人组成，其中一人须为行政机关工作人员并担任首席裁决员。

## （二）细化行政裁决的运行机制

浙江等地近年来对行政复议制度进行了结构性改革。<sup>③</sup>重构行政裁决制度可以借鉴其有益经验，建立“先行告知、分别接收、分别审查、统一受理、先行调解、统一裁决、统一执行、统一应诉”的行政裁决运行机制。

1. 先行告知。行政裁决属于依申请的行政行为，当事人（环境行政裁决中的当事人还包括特定环境纠纷当事人如公益组织等）应当向有管辖权的行政裁决机构提出书面申请。对于当事人来说，提起诉讼和申请行政裁决是其拥有的自由选择权利，但由于司法程序是当事人申请救济的最后一种途径，因此，根据司法终局原则，对于能够通过行政裁决解决纠纷的，法院在登记立案前应当告知当事人有权通过行政裁决化解纠纷。各行政机关、人民调解委员会、律师、

---

<sup>①</sup> 参见（美）弗兰克·J·古德诺：《政治与行政》，王元译，华夏出版社1987年版，第10页；王小红：《行政裁决制度研究》，知识产权出版社2011年版，第43页。

<sup>②</sup> 美国的行政裁决人员的地位独立，通过职业功绩选拔制度由各行政机关通过法定程序从文管委员会的注册名单中任命，具备法律知识和行政管理经验。英国各裁判所的人员组成常见的形式是三人裁判所，即由一名独立的主席和两名成员组成。在这类裁判所中，主席通常是由懂法律的人士担任，两名成员从行政部门以外的、作为代表两种不同的利益的人员名单中挑选。日本的公害调整委员会由委员长以及6名委员（其中3人为非专职委员）构成。参见李娟：《美国行政法官独立化进程评述》，《中外法学》1996年第5期，第74-76页；王名扬：《英国行政法》，中国政法大学出版社1987年版，第135页；（日）小島武司、伊藤真：《诉讼外纠纷解决法》，丁婕译，中国政法大学出版社2005年版，第82-83页。

<sup>③</sup> 2016年7月8日起，浙江省政府颁布实施《集中承办省级部门行政复议案件工作办法（试行）》，浙江省行政复议局成立，集中承办省级部门作为行政复议机关的行政复议案件。

基层法律服务组织等参与纠纷化解时，应当告知行政裁决渠道以供当事人自由选择。

2. 分别接收。各政府部门应安排相关人员或机构负责接收当事人的行政裁决申请，并及时以工作交接单形式移送各集中行政裁决机构。有条件的地方应尽可能实现无纸化接收和移送。

3. 分别审查。各政府部门在收到当事人的申请后，应当对申请内容（包括对有关事实和证据）进行初步审查。对符合申请条件的，决定予以受理；对不符合申请条件的，决定不予受理，并及时通知当事人并说明理由；对申请材料不齐的，可以责令申请人限期补交材料，逾期不补的不予受理。行政裁决申请审查处理过程中，发现属于信访处理范围或投诉举报的，行政裁决机构在作出不予受理或驳回行政裁决申请决定的同时，函告同级有关部门做好后续工作。<sup>①</sup>

4. 统一受理。集中行政裁决机构各自统一受理同级行政部门移交的行政裁决申请并进行登记，再次审查是否符合行政裁决受理条件，并以自己的名义决定是否受理或作出补正材料等相应处理。

5. 先行调解。正式受理后，行政裁决机构应从“行政裁决员专家库”中组成行政裁决庭。当事人对裁决员提出回避申请的，应当说明理由，在裁决前提出。回避事由在裁决后知道的，可以在裁决终结前提出。对裁决员的回避申请由首席裁决员决定，对首席裁决员的回避申请由行政裁决机构决定。通过审查对争议事件有一定了解后，应征求争议双方当事人的意见进行调解。相关当事人接受调解的，则据此产生的调解协议发生法律效力，其效力等同于裁判上和解的效力。如当事人拒绝调解或调解后无法达成调解协议的，调解程序终止。调解应贯穿于整个行政裁决过程之中，以保证当事人可以充分表达自己的意见，并促使裁决机关在参考当事人意见的基础上依其意志作出裁断结果。

6. 统一裁决。行政裁决系一种“准司法”行为，故应较多地像司法一样根据申请裁决的双方当事人的举证质证而公开开庭进行裁决，行政裁决机构自身的职权调查义务应当被大幅度弱化。法律因赋予当事人聘请律师代理其裁决的权利。裁决员在对行政裁决申请进行认真审查后，提出具体裁决意见，由裁决庭根据其议事规则与程序按照少数服从多数的原则作出“行政裁决书”；行政裁决书应公布裁决庭不同意见，这有助于健全行政裁决机构的内部监督制约、推进裁决文书释法说理、完善裁决员业绩评价机制和退出机制；行政裁决不应纳入行政复议范畴，其目的在于防止裁决当事人中的强势方滥用诉权导致弱势方权利救济不及时。同时，行政裁决机构可处理相关附带审查等事项；行政裁决期间，有关通知被申请人答复、调查、听证、申请人和被申请人查阅裁决材料、延长裁决期限、中止裁决、调解、和解、终止裁决等事项以及行政

---

<sup>①</sup> 在环境污染民事争议中，由于受害方一般是普通民众，其遭受环境污染侵害时，倾向于到信访局进行信访，因而信访局与环保行政裁决机构及时进行交流，可以起到事先预防的作用。

裁决决定，均由各行政裁决机构以同级政府名义办理或作出并送达（统一加盖本级政府行政裁决专用章）。行政裁决决定文本以及电子文档应同时送各接收行政裁决申请的行政部门。行政裁决决定作出前，各行政裁决机构视情征求各行政主管部门的意见。行政裁决中发现相关行政行为为违法或需要做好善后工作的，由行政裁决机构制发行政裁决建议书。

7. 统一执行。行政裁决具有执行力，当事人拒不履行行政裁决决定的，由行政裁决机构依法督促、限期履行。当事人拒不履行行政裁决决定又不依法提起诉讼的，须依法由作出行政裁决的机构或相关权利人在法定期间内申请法院强制执行。<sup>①</sup>此时，法院在裁决过程中应仅就法律适用问题以及裁决程序对行政裁决进行审查，尊重裁决机构对事实的判断。

8. 统一应诉。当事人履行或法院强制执行行政裁决决定的，或当事人不服行政裁决决定提起诉讼的，行政裁决全案终结。当事人提起民事诉讼的，裁决机构作为第三人代表行政机关统一应诉。

### （三）完善行政裁决的救济方法

对行政行为现行所有的监督方法对行政裁决同样有效。同时，在行政裁决制度重构中，为克服其救济方法的“无序化和复杂化”，<sup>②</sup>以下救济方法尤为重要：

1. 行政裁决的司法审查。这是行政裁决最主要的救济方法。因不服行政裁决而提起的诉讼路径目前主要有行政诉讼和民事诉讼。笔者认为，由于各种类型的行政裁决性质都是相同的，因此行政裁决的诉讼路径也应当相同，否则不但会造成制度的不统一，而且还会造成行政权与司法权之间的关系紊乱。针对行政裁决不同于一般行政行为的特殊性，学者们对行政裁决诉讼的路径选择提出了不同的方案，如建立行政附带民事诉讼制度、<sup>③</sup>对不服行政裁决的案件通过民事诉讼制度救济、赋予法院对行政诉讼中行政裁决案件的司法变更权、<sup>④</sup>以有权的社会机构裁决替代行政裁决、<sup>⑤</sup>借鉴日本的做法在行政诉讼制度中建立当事人诉讼制度等。<sup>⑥</sup>笔者赞同我国确立当事人诉讼制度来解决行政裁决争议的主张：此种诉讼的被告一般不是作出裁决的行政机关，

---

<sup>①</sup> 最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第九十八条规定，行政裁决涉及的民事纠纷当事人在法定期限内既不起诉又不履行行政裁决，而做出裁决的行政机关未申请法院强制执行时，生效具体行政行为确定的权利人或其继承人、权利承受人可以申请人民法院强制执行。

<sup>②</sup> 尤春媛：《论行政裁决之法律救济》，《山西大学学报（哲学社会科学版）》2004年第5期，第77页。

<sup>③</sup> 参见李华菊、侯慧娟：《试论行政裁决的司法审查程序——兼谈行政附带民事诉讼案件的审理》，《行政论坛》2002年第2期，第45-46页。

<sup>④</sup> 参见刘柏恒、陆国东：《法院对行政裁决享有有限司法变更权的思考》，《法律适用》2001年第1期，第44-45页；谢卫华：《论赋予法院对行政裁决司法变更权的必要性》，《行政法学研究》2003年第3期，第18-22页。

<sup>⑤</sup> 参见陈锦波：《我国行政裁决制度之批判——兼论以有权社会机构裁决替代行政裁决》，《行政法学研究》2015年第6期，第86-98页。

<sup>⑥</sup> 参见（日）和田英夫：《现代行政法》，潘世圣译，中国广播电视出版社1993年版，第214页；杨建顺：《日本行政法通论》，中国法制出版社1998年版，第734页；江必新：《论环境区域治理中的若干司法问题》，《人民司法》2016年第19期，第4-10页；薛刚凌：《行政诉权研究》，华文出版社1999年版，第164页。

而是与原告有争议的另一方当事人；法院在审理时，使用民事诉讼程序，可以作出给付、确认或变更判决；行政裁决机构以第三人的特殊身份参加诉讼，法院的判决对其有拘束力，行政裁决机构必须服从。这既能保障司法最终原则、尊重当事人的诉权，也能兼顾行政裁决诉讼的特殊性。在实践中，这可能也是阻力最小的一种改革方案。<sup>①</sup>

2. 行政裁决轻微瑕疵的治愈。由于行政法是公法，对违法的行政行为不能追究实施者的惩戒性法律责任，而只能追究其补救性法律责任。常见的撤销、无效等补救方式既是对行政行为本身的补救，也是对行政行为已产生违法结果的补救。这类补救方式因其事后性以及启动机制的复杂性，耗费资源较大，使其对于某些轻微瑕疵行政行为并不能发挥很好的作用。如果部分行政裁决存在个别表述不当、个别程序不法等轻微瑕疵，但该行为的意思表示本身合法、公正，法律依据充足，轻微瑕疵并没有影响行政裁决行为本身的公正性，那么对于这种行政裁决予以撤销或者宣告无效，并不符合保护相对人合法权益、及时解决社会纠纷等目的。此时，用追认、补正、转换等方法<sup>②</sup>对行政裁决的轻微瑕疵进行治愈，而不采用撤销、宣告无效等形式，既是对行政裁决的救济方式，也是实质法治的必然要求。

3. 行政裁决的备案规定。实行行政裁决备案工作既可以加强对行政裁决的监督，保证裁决的合法性，又有助于行政机关了解裁决信息，以便为相应的行政活动提供进一步的支撑。行政裁决的备案工作应由同级司法行政部门内的相关机构具体负责，重大行政裁决决定向一级司法行政部门备案。不按规定报送行政裁决备案的，由备案部门责令限期报送；拒不报送的，给予通报批评，并建议有行政处分权的机关对主要负责人和直接责任人员视情节给予行政处分。

4. 行政裁决书上网公开。司法行政部门应建立统一的“中国行政裁决文书网”，这既是对行政裁决制度进行社会监督的基本方法，也是实现信息公开、进行业内交流的需要。同时，这也为建立行政裁决案例指导制度创造条件。

5. 责任追究制度。应该实行行政裁决终身责任追究制度；集中承办行政裁决案件中发现的违法或不当行为，应予追责。

#### 四、结语：制定《中华人民共和国行政裁决法》

目前，行政裁决（其名称也不统一，如“调处”“处理”“决定”“裁决”等）的各项规定仍只是散见于个别的规范性法律文件和规范性非法律文件中。为解决国家缺少对行政裁决整体理论构想的现实问题，并进行有效的制度整合和制度设计，全国人大常委会应适时制定《中华人民共和国行政裁决法》。

<sup>①</sup> 行政机关实施行政裁决反而引发行政诉讼，被认为是“引火烧身”（参见陆伟明：《服务型政府的行政裁决职能及其规制》，《西南政法大学学报》2009年第2期，第25页。），这是行政裁决被立法限缩的主要原因。

<sup>②</sup> 参见张峰振：《违法行为治愈论》，中国社会科学出版社2015年版，第2页。

在立法层次上，有学者建议可以考虑由行政程序法统一规定行政裁决的设立方式、基本原则、一般程序及救济方法，再结合实际情况细化不同类型行政裁决的具体程序、证据标准等。<sup>①</sup>笔者认为，这种体系既确保了程序的相对统一，又有助于实现操作的简便灵活，但我国没有统一的行政程序法，因而统一立法仍然是最为经济的做法，且该法在制度设计中须吸收中立、被动、公开等司法裁判原则，兼顾实体与程序，并实现该法与其他各位阶法律之间的圆融自洽。

---

<sup>①</sup> 在英国，各行政裁判所适用的基本程序规则由《裁判所与调查法》《裁判所程序示范规则》统一规定或示范，而具体程序规则则通过《工业裁判所条例》等单行法律加以规范。参见齐树洁、丁启明：《完善我国裁决制度的思考》，《河南财经政法大学学报》2015年第6期，第11页。

## 专项治理的实施与效果

### ——基于安镇脱贫攻坚行动的实证考察

卢博\*

**摘要：**打赢脱贫攻坚战为我国如期实现全面建成小康社会目标的关键一环，是助推我国社会和谐发展的重要抓手和载体。然在具体实践过程中，基层政府因对两大政策工具的特性洞鉴尚浅，实证背景研判不足，辩证详观与创新运用能力不够，常出现政策目标与政策工具不匹配，政策工具难以应对基层社会复杂应用环境的情况，导致治理效果不理想。本文即基于以上问题及困境，以安镇脱贫攻坚行动为研究对象，在深度剖析两大政策工具之理论及实践逻辑基础上，全局把握科学革命的齿轮状特点与终极导向，并据此分析实施脱贫攻坚专项治理的工具选择、运行过程以及实施效果。传统专项治理作为科学革命的重要范式，在脱贫攻坚战中发挥着营造环境、整合资源、利益驱动、权力生产、全面治理等正向作用，同时也存在“目标置换”、“精英俘获”、“临时应对”等局限性一面，因此尝试性提出新的常规科学之建立的理想模型，以期不断创新与完善中国特色扶贫体制机制。

**关键词：**专项治理；常规治理；脱贫攻坚；科学革命

## 一、引言

2016年3月17日，“十三五”规划规定脱贫攻坚的目标是要“切实提高扶贫实效，稳定实现农村贫困人口不愁吃、不愁穿，义务教育、基本医疗和住房安全有保障”；“增强造血能力，实现贫困地区农民人均可支配收入增长幅度高于全国平均水平，基本公共服务主要领域指标接近全国平均水平。”<sup>①</sup>2017年10月18日，习近平总书记在十九大报告中指出，动员全党、全国、全社会力量，坚持精准扶贫、精准脱贫，坚决打赢脱贫攻坚战。<sup>②</sup>2018年10月17日在第五个国家扶贫日到来之际，习近平总书记再次对脱贫攻坚工作作出重要指示：“只要各地区各部门切实担起责任、真抓实干，只要贫困地区广大干部群众继续奋发进取、埋头苦干，只要全党全国各族人民万众一心、咬定目标加油干，就一定能如期打赢脱贫攻坚这场硬仗。”脱贫攻坚专项治理彰显了中国共产党对中华民族千百年来存在的绝对贫困问题进行全面性、系统性、综合性、

---

\* 卢博（1990-），男，河南林州人，西南政法大学法学理论专业2018级博士研究生，法社会学研究方向。本文系国家社会科学基金重大项目“社会主义核心价值观融入基层社会治理研究”（17VHJ006）的阶段性成果。

① 中华人民共和国国民经济和社会发展第十三个五年计划规划纲要[M].北京:人民出版社.2016:136-137.

② 习近平.决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利[M].北京:人民出版社.2017:47.

历史性观察、认识和解决。<sup>[1]</sup>在脱贫攻坚政策实施过程中，政策目标与政策工具选择往往面临两难困境。一方面，基于农村贫困问题给实现全面建成小康社会目标造成的阻碍，打赢脱贫攻坚战需要采用合理、有效的政策工具；另一方面，政策工具的选择可能不仅面临选择失败的风险，在实践中还可能付出高昂的交易成本，偏离国家实现基层社会振兴的目标。在政策目标与政策工具选择之间，如何才能实现依法治理与有效治理之间的平衡，找到治理工具与法治现代化之间的结合点，成为学界争讼不断的热点议题。本文基于对安镇脱贫攻坚行动的考察，以脱贫攻坚战所提供的政策分析契机为认识背景。从理论与实践二元切入，分析并总结为达成政策目标之两大政策工具（专项治理、常规治理）选用过程中的个体特性、交互式运用的正反经验，探寻优势互补之新常规科学模式，启开现代国家法治化、科学化、稳态化新征程。

## 二、两大政策工具之研究综述

专项治理是我国治理体系的重要组成部分，是实现国家政策目标的治理工具之一。它和常规治理一样，依托科层体制运行，符合社会主义法治要求。但相较于具有分工明确、各司其职特点的常规治理而言，<sup>[3]</sup>专项治理机制以超常规的紧急动员过程、突破已有组织结构得以启动和运转，具有短暂性、高效性等特点。

**从政策工具的研究路径来看**，一种观点认为专项治理是一种与常规治理、法治秩序相悖的治理工具，是一种非常规、非制度化、非专业化的治理工具，难以纳入常规化、制度化的轨道。它是革命时代的政治运作方式在后革命时代的延续，是权威体制下对传统革命动员逻辑的路径依赖。<sup>[4]</sup>另一种观点认为专项治理是常规治理失败后的补充工具，是建立和完善更为有效的治理机制的基本工具，是常规化治理失效后的一种补充工具和纠偏机制，是制度建设过程不可分割的重要组成部分。<sup>[5]</sup>**从政策工具的内在机理角度来看**，中国是革命教化政体，该政体自带组织和合法性基础。<sup>[6]</sup>当政体面临强大绩效合法性压力时，政府在常规制度中无法实现以有效性积累合法性的治理目标，只能依靠非常规化的专项治理形式来完成以有效性积累合法性的任务。<sup>[7]</sup>常规科层体制给予官员持续的压力，塑造了官僚的基本行为定式，同时也为制度之牢所禁锢。<sup>[8]</sup>借助政治运动矫正常规治理的积习惰性与偏离轨道的机制，由此常规治理机制自身就成为被纠正的运动对象。<sup>[9]</sup>当政府在常规制度中无法实现以有效性积累合法性的治理目标时，只能依靠非常规化的专项治理形式来完成以有效性积累合法性的任务。<sup>[10]</sup>专项治理是常规治理资源匮乏的理性选择，暂时叫停科层制的常规运作，以自上而下的政治动员过程代替之，以超越常规治理组织的失败，达到调动资源、集中力量 and 精力完成特定任务。<sup>[11]</sup>**从政策工具的“范式转换”角度**，专项治理与常规治理是共存共生且相互作用的治理机制，两者既相互矛盾，又相互依赖，一定条件下互相转化，是中国国家治理的双重过程和有机组成部分。<sup>[12]</sup>例如某县开展计划生育

运动，当政策目标和常规治理能力不匹配时，通过运动式的专项治理实现国家治理目标与基层治理能力相匹配，解决计划生育政策实施的有效性和合法性问题。基层政府对专项治理工具的路径依赖和制度惰性减损了转向常规治理的内源性动力，只能依靠国家顶层的外生逻辑实现“范式转换”。<sup>[13]</sup>专项治理在政治官僚制的背景下被科层制所消解，缺失了内源性发展动力，最终专项治理逐步走向“内卷化”。<sup>[14]</sup>而常规治理一时无法取代专项治理，呈现出专项治理常规化，常规治理运动化的现象。<sup>[15]</sup>这样非常规、非制度化、非专业化的专项治理就通过常规化、制度化路径表现出来，并长期存在，这是一种“制度化运动悖论”。<sup>[16]</sup>**从政策工具的有效性角度来看**，政府面对国家政权建设滞后而无法通过制度化、常规化、专业化路径实现社会改造目标时，不得不启用专项治理作为政策工具，不时的打破制度、常规和专业分际，强力动员国家所需要的社会资源，开展专项治理活动，对官僚体制进行整顿。<sup>[17]</sup>尤其是对一些重大的突发事件或一些影响恶劣、积重难返式的社会问题开展迅疾的专项治理，其主要目的在于维护社会稳定、树立政府形象、强化国家权威，从而不断重复合法性宣誓。<sup>[18]</sup>例如中国的反贫困战略，运动式治理常常使中国农村反贫困战略陷入困境。实现中国农村反贫困战略由运动式治理向制度性治理的转向，是农村反贫困行动走出困境和实现农村治理能力现代化的最佳选择。<sup>[19]</sup>因此，专项治理和常规治理都是实现国家治理目标的备选政策工具，专项治理是资源约束与压力型体制下有效的治理工具选择，有效弥补和纠正常规治理的不足；常规治理则以其稳定的、可预测的、高效率的组织结构有效控制专项治理可能造成的失控局面，把国家治理接转至日常轨道。

既有研究对常规治理和专项治理的特征、内在机理、“范式转换”以及工具有效性已经形成了较为深刻的认识，但上述研究对常规治理的组织失败和专项治理带来的问题和危机缺乏更优应对机制。虽然有些学者对中国的反贫困战略进行了考察，但也仅停留在专项治理向制度性治理的浅表转向层面，并未就具体的政策与现实背景来深度剖析专项治理向新型常规治理科学渐进，稳中有变的长效实践逻辑。今日之脱贫攻坚战，置身于习近平新时代中国特色社会主义思想理论指导下，与往日之反贫困战略大相径庭。过去反贫困工作简单粗放、短效治标；处置扶贫资源实行“广撒网”、“大水漫灌式”；对待扶贫对象实行“一刀切”、“机械化”扶持。而脱贫攻坚战的以精准为核心之要，长效治本；对扶贫资源实行精确化配置；对扶贫对象实行精细化管理、精准化扶持，确保扶贫资源真正用在扶贫对象上、真正用在扶贫地区。由此，本文立足于当今脱贫攻坚战的实证背景，论述专项治理工具在对应施用中的有效性和局限性，于“专一常”联动互补间探寻创新式常规治理的科学范式，为现代法治建设增效提能。

### 三、脱贫攻坚行动之实证背景

党中央为实现全面建成小康社会的奋斗目标，强化各级党委政府领导责任，在全国范围内

开展脱贫攻坚战，加快补齐全面建成小康社会中这块突出短板。习近平同志在中央扶贫开发工作会议上指出：“党的十八届五中全会从实现全面建成小康社会奋斗目标出发，明确到2020年我国现行标准下农村贫困人口实现脱贫，贫困县全部摘帽，解决区域性整体贫困。”<sup>①</sup>脱贫攻坚战不是简单延续过去反贫困战略的翻版，也不是教条主义套用过去扶贫经验的模版，而是立足于精准，找准路子、因人因地施策、对症下药、精准滴灌、靶向根治。国家解决如此庞大人口群体的贫困问题，既要有全面系统的解决方案，也要做出持久艰苦的努力。面对全面建成小康社会的宏伟奋斗目标，党、国家、人民一方面下定决心齐心协力打赢脱贫攻坚战的决心，另一方面正视完成脱贫攻坚政策目标需要克服的困难。脱贫攻坚战所面临的困境意味着政策工具所需应对的应用环境，根据不同的应用环境切换适宜的政策工具，这样才能在脱贫攻坚战中做到“识真贫”、“精扶贫”、“真脱贫”。本文资料来源于笔者与所在的研究团队于2018年7—8月期间在贵州省的安镇开展基层治理调研活动，期间对安镇及其下设8个村庄的基层治理状况进行了深入了解，并对其脱贫攻坚专项工作进行了具体调查。除查阅基层文件、统计资料等纸质文献资料外，还对镇、村领导干部进行了深度访谈，且进入村内对村民进行现场走访，从而获得大量珍贵的第一手研究材料，保证了研究的顺利进行。通过对安镇脱贫攻坚行动的实证考察发现，在基层社会中存在以下问题：

首先，基层党组织的弱化。习近平总书记在兰州调研时指出：“基层工作很重要，基础不牢，地动山摇。”<sup>②</sup>中国共产党是从人民群众中获得的国家政权，在建设新政权时就建立了“革命教化政体”，对改造社会具有强烈的使命感。<sup>[20]</sup>基层党组织是中国共产党扎在人民群众中的根，是基层社会治理的根本力量和治理体系的中心，是落实脱贫攻坚政策的根本保障。在我国宪法和法律中也明确规定了基层党组织的地位和职责，在党章中规定党的组织原则和规章制度，要求基层党组织带领基层人民群众依法开展各项工作和活动。可见，基层党组织是党凝聚民心、发动群众、落实党的目标任务、推进基层治理的中坚力量。<sup>[21]</sup>改革开放四十年来，国家以经济建设为中心，大力发展城市建设，大批的农村居民流入城市，在从农村出现“空心化”现象，农村基层党组织也受城市化进程的冲击面临一系列的挑战。如存在作用“边缘化”的危险、出现“山头林立”、组织和工作覆盖“缺位”、党员干部老龄化、后继乏人、党员近亲化、党组织纪律涣散缺乏权威性基层官僚体制中组织失败现象。

安镇的镇党委书记谈到：“党组织过去都是近亲繁殖，发展党员都是家族性的比较多，党支部要开展工作，或者换届搞选举的时候，其他人都插不进去。（YZ20180730）<sup>③</sup>”

① 2015年11月28日，习近平在中央扶贫开发工作会议上的重要讲话。

② 中共中央文献研究室编.习近平关于全面从严治党论述摘要[M].北京:中央文献出版社.2016.

③ 访谈资料来源于2018年7—8月期间对贵州省安镇的田野调查，以下没有标明出处的编号内容皆为访谈资

在该镇所辖村的村支两委领导干部访谈中也印证了基层党组织存在的上述问题。随着基层社会中党组织领导力和组织力的弱化，许多农村出现公共秩序混乱、经济发展滞后、文化缺乏弘扬等失序现象。人民群众失去党组织这唯一依靠，生活缺乏安全感，基层社会民怨沸腾，对执政党和政府的政治合法性构成了挑战。

其次，行政体制中政策信息上下流通不畅，政策目标执行“走形”。中国行政体制的核心不同于韦伯科层体制的规章制度中心论，它是以上级负责制为核心。在这种行政体制中官员行为和行为结果不是依靠客观的规章制度进行约束和保护，而是以上级官员的主观判断来评判下级官员的行为和结果。这种体制下就会形成下级官员向上级官员表达忠诚，上级官员对下级官员进行庇护的行为模式。在这种行为模式的导向下，中国行政体制里产生两种现象：其一，做事层面以“报喜不报忧”为原则。上下级存在信息不对称，官员们为了规避行事风险，日常工作中小心翼翼，避重就轻。上级官员把问题下压于下级官员，下级官员为了向上级官员展示自己行事能力，政绩上报，问题隐瞒；第二，做人层面以强化非正式社会关系为准则。在以上级负责制为核心的官僚体制下，对于下级官员而言，获得上级官员的认可、赏识是其获得政治晋升的主要资本。因此，下级官员揣摩上级官员的好恶，积极跟进，向上释放忠诚的信号，唯上马首是瞻。并通过积极投资上下级间私人关系，争取上级官员庇护，力图降低行为结果风险。<sup>[22]</sup>在这种行政体制下，下级“避重就轻”地向上级汇报问题，上级对于下级的一些问题“睁一只眼，闭一只眼”，盘根错节的人际关系为降低风险、疏通关节起到了重要作用。

中国行政体制等级制度和分工结构的庞大规模而被放大，阻隔了组织上下信息流通渠道，使政府组织运行矛盾重重。尤其地方政府在执行中央政策时存在差异性，差异性容易诱发政策目标执行“走形”。庞大的组织规模带来的信息流通不畅，监管难度大，运作成本高，加剧了常规治理机制在组织上的低效。

在LK村村支书反映了这样一种情况，一户村民违反计划生育制度生育有4、5个子女，因生育子女过多而导致该户人均年收入未达3335元的脱贫线，因此该户被认定为贫困户。

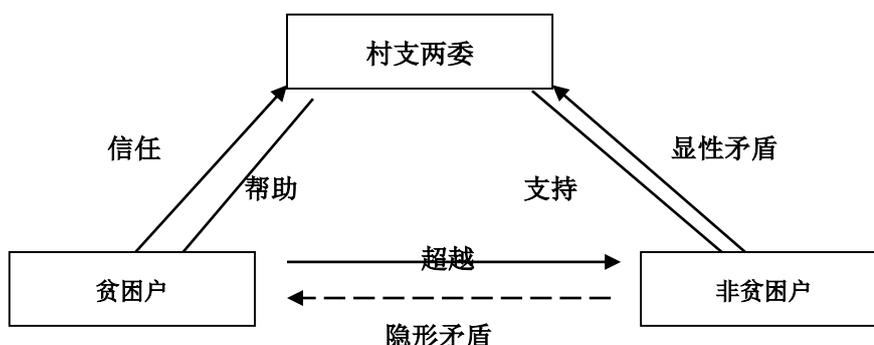
这种情况反映出政策执行的偏差问题。遵守计划生育制度的村民没有获得国家脱贫政策照顾，反而违反计划生育制度的村民获得了政府的脱贫政策帮助。这种政策执行失效的行为进一步影响基层社会关系变化：贫困户与村支两委的关系是一种支持和互相认可的关系；非贫困户与村支两委的关系是一种显性矛盾关系，对基层自治组织政策执行结果的不认可；贫困户与非贫困户之间是一种隐形矛盾（虚线），非贫困户对贫困户获得的脱贫收益表示不服（如图一）。可见，常规压力型体制的考核指标与脱贫攻坚的治理目标之间的转化存在不确定性，增加了实

---

料。

现精准扶贫预期目标的难度。如果基层政府处理不好与贫困人口和非贫困人口之间的关系，很容易引发基层社会矛盾，影响基层社会稳定。

脱贫攻坚战中基层社会关系 图一



最后，基层制度供给不足，阻碍基层社会治理能力的现代化。我国在政治体制改革过程中把发展民主法制与完善基层群众自治制度和改善民生结合起来，以逐步放权的形式赋予私人领域以成长的空间，从而倒逼公共领域的透明化。在基层制度修正与公共领域透明化过程中，基层社会问题以党组织“瘫痪”、村支两委腐败、暴力反抗等病态现象予以呈现。<sup>[23]</sup> 当基层制度供给不足时，脱贫攻坚政策成为推动基层社会全面治理的有力抓手。

安镇党委书记谈到：“脱贫攻坚统揽一切，围绕脱贫攻坚统揽经济社会发展全局。基层社会治理的方方面面都是脱贫攻坚，包括了环境卫生、村容村貌、老百姓住房、子女教育、家庭矛盾化解、信访历史遗留问题的化解、农业产业发展等。(YZ20180730)”

在 SH 村访谈中了解到：“第一书记的任务就是一宣六帮。宣传党的政策，帮助加强基层治理，帮助村居的和谐稳定，帮助发展产业等，当前脱贫攻坚是最大的政治任务。(SH20180724)”

乡村脱贫工作具有复杂性和综合性，其内容不只是脱贫。按照中央文件规定，以第一书记为首的驻村组还需要做好“基层组织建设”、“推动精准扶贫”、“为民办事服务”以及“提升治理水平”等多个方面的工作。具体到调研个体行政村中，驻村组需要履行带领贫困户脱贫致富、进村入户服务、农村矛盾纠纷调解、基层组织建设等四个方面的职责。透过驻村组的职责和任务可以发现脱贫攻坚专项治理不再是单一带领村民脱贫致富，还包含了基层党组织建设、乡村社会稳定、农民收入增长、农业发展等方面的全面治理。因此，脱贫攻坚战不单是一道如何消除贫困、提升基层群众生活水平的考题，更是一套加强基层党组织建设、完善基层产业结构、实现基层全面治理的综合性试卷。答好这张试卷，不仅需要政策目标的引导，更需要恰当的政策工具来执行。正确的政策工具可以发挥条块之间相互配合、上下级之间协同并进、多部门资源互补的优势，建立符合法治要求的现代治理体系，提升基层社会的治理能力，让中央政策渗透

入基层社会的每个角落。而选择政策工具失当不仅可能造成基层治理无功而返，还可能使国家付出沉重的代价。

#### 四、国家治理中的科学革命

库恩在其《科学革命的结构》一书中谈及“前科学——常规科学——反常——危机——科学革命——新的常规科学”的科学革命结构模式，将此模式嫁接至社会场域中，常规科学即对应常规治理，是政策制定者及执行者在现有范式（科层制）规定下的知识积累时期，是前治理模式的拓展以及为新的突破奠定基础的时期；反常是指出现了与范式预期不相符合的现象，危机则是反常累加所致之极值点，从而引发了科学革命（治理模式转变），它是知识积累、渐进过程的中断，是范式的转换，最终于成效达成后升华为新的常规科学（常规治理）。整体模式形成一个齿轮状循环体，固态化的圆形外结构，突出体现常规变化的继承性和连续性，其发展演化是建立在政策保持基本方向或目标的前提下，故渐进稳定；微观齿轮状凹凸形变，则表现出政策连续过程中的中断或飞跃，新政策取代旧政策，故激进变幻，二者交错互补，共同导向科学进步（政策优化）。

脱贫攻坚战需完成农村贫困人口如期脱贫、贫困县全部摘帽、解决区域性整体贫困等繁重任务，其任务设置部分已超越常规治理工具的效用范围，导致与范式预期不相符合的“反常”现象极易出现，且在工具运用过程中，基层社会的党组织弱化、政策执行偏离主线、目标替代等一系列问题，更将“反常”现象劣化为“危机”，阻碍对基层社会的全面性整治。具体可从以下几个角度进行分析：

首先，从执行组织角度来看，政府在机构设置上存在“职责同构”现象，限制了基层政府的治理能力。我国政府机构设置一般遵循机构职能上下对应、机构数目和规模逐层次递减的原则，按机构职能“合并同类项”，减少机构人员编制，到了基层政府一般都是一两名正式工作人员对应上级的专职机构。<sup>[30]</sup>脱贫工作需要工作人员深入农村了解贫困人口和贫困村的具体情况，根据不同的贫困类型采用不同的脱贫策略，因而就出现了脱贫干部与脱贫任务之间配比不科学现象，仅仅单靠扶贫部门的专职人员难以完成上级下发的脱贫任务；

其次，从政策目标角度来看，基层政府开展脱贫攻坚受制于治理资源紧张，治理能力与治理目标不匹配，出现“目标替代”现象。脱贫工作任务范围涉及党建、产业、文化、教育等基层社会各个方面，基层政府的扶贫部门人员难以应对“隔行如隔山”的专业差距。同时扶贫部门与同级其他部门之间不存在权威关系，无法命令其他部门协助执行任务。为了按时完成自上而下的脱贫攻坚任务和服务于地方政府经济发展目标，基层政府的扶贫部门只能通过暂时的利益交换和目标替代以解燃眉之急；

再次，从目标团体角度来看，目标团体内生动力不足，是脱贫攻坚战工作要解决的重点，也是难点。内生动力是贫困群众摆脱贫困不可或缺的重要因素，是脱贫效果可持续的基本保障。目标团体缺乏参与扶贫项目和扶贫相关活动的意识，未能形成自救脱贫的乡村气氛，甚至部分人员依赖外力扶持不愿脱贫。精准扶贫不仅需要外部力量找到“贫根”、对症下药、靶向治疗，而且更需要培育目标团体的内生活力，形成合力不断提高扶贫措施的针对性和实效性；

最后，从其他工具角度来看，基层社会制度性建设不健全，制约了基层政府通过常规治理工具执行脱贫攻坚政策的能力。常规政策工具就是建立在分工明确、各司其职的组织结构之上，依靠稳定的官僚体制和常规程序执行各种政策任务。改革开放以来国家以经济建设为中心，社会制度方面的建设相对滞后，尤其是基层社会法律制度运行不彻底。法律制度不仅使政府的行为规范化，而且为基层社会群体生活、工作、建设等各个方面提供制度保障。制度性保障不足常使农村脱贫工作的开展举步维艰，受脱贫政策照顾的脱贫人口一旦遭遇外在因素的干预，极易再次陷入贫困状态。基层社会恶“劣”的制度环境对常规政策工具的应用产生负面作用，限制了常规治理落实脱贫攻坚政策的有效性。

基于以上现象及问题，科学革命（治理模式转变）应势而生。

为化解原有政策理论下隐性负面因子干扰和解决‘例外’能力不够而造成的“危机”，政府将专项治理工具嵌入官僚体制中，采用自上而下政治动员的方式打断、叫停官僚体制按部就班的常规治理工具，调动各级政府资源、集中力量和精力打赢脱贫攻坚战，达成既定的政策目标。

### （一）社会动员机制：营造政策环境，联系目标团体

在脱贫攻坚行动中，政府建立与社会间的特殊对话机制，通过宣传和社会动员，改变目标团体的自我意志并形成“认同聚合”。<sup>[31]</sup>习总书记在深度贫困地区脱贫攻坚座谈会上指出：“党的十八大以来，党中央把贫困人口脱贫作为全面建成小康社会的底线任务和标志性指标，在全国范围全面打响了脱贫攻坚战。脱贫攻坚力度之大、规模之广、影响之深，前所未有。”<sup>①</sup>脱贫攻坚作为一项政治任务，其发动主体是各级党组织和党员干部，上级党组织通过党委会议对所辖党组织和党员干部进行政治动员，调动基层干部的积极性。<sup>[32]</sup>他们采用专项治理工具能够打破旧有的条块分割体制局限，客观上能够避免组织衰退和纠正官僚制组织常规治理偏差，并且可以在短时间内动员全社会资源解决社会重大问题。<sup>[33]</sup>

安镇党委书记谈到：“在搞脱贫攻坚过程中，当我们做的每件事情都与老百姓息息相关时，你再组织他们开会，围绕这个做宣传，就可以把老百姓凝聚起来。（YZ20180730）”

从基层政权层面来看，上级党委下达的指示、批示、决定等是政治任务的权威性输出，基

---

① 2017年6月23日习近平在深度贫困地区脱贫攻坚座谈会上的讲话。

层政府需要服从上级党委的统一领导，并希望通过对上级指令的有效回应，来表示其执行上级命令的决心。这种政治动员在各级党组织和政府内部率先形成一种自上而下的势不可挡的脱贫攻坚政治氛围，进而通过基层党组织对所辖地区的目标团体进行政治动员，提高目标团体参与脱贫攻坚战的积极性。安镇为了提升基层群众参与脱贫攻坚战的积极性，营造动员公务干部、企事业单位人员、人民群众等参与的大环境。乡镇党委书记通过动员班子成员、各部门工作人员、村支两委党员干部以及其他工作人员在基层社会大造舆论进行宣传动员，对脱贫攻坚政策进行造势，形成一种势不可挡的氛围。

从村民自治组织层面来看，上级政府下派驻村工作组入住各村大队，强化村党支部组织领导力。驻村组通过脱贫攻坚行动历练村党支部人员思想、专业、文化素质，实现国家权力对基层党组织的重塑。村内动员主要是组织村支两委干部学习中央脱贫攻坚文件精神，在目标团体中间宣传脱贫攻坚政策的内容，在村内各宣传栏粘贴脱贫攻坚的政策内容，在村口、高塔、山坡等处悬挂脱贫攻坚的标语口号。在镇、村里面设立讲习所，定期定点的为目标团体发放政策文件、宣传资料，讲解最新的国家脱贫政策。在安镇实施的驻村五人组制度，以区党委组织部下派的驻村第一书记为主导，带领村支两委开展村内的脱贫攻坚工作。驻村第一书记带领村支两委在群众中宣传、讲解脱贫政策，向村民表明党和国家始终与人民站在一起，加强了党与人民群众的血肉联系。<sup>[34]</sup>为村民对美好生活的追求，驻村组和村支两委人员带领村民兴办企业，鼓动村民积极参与到脱贫攻坚中来。驻村组在村中开展脱贫攻坚工作，不仅为村基层组织带来了先进的管理制度，而且是把域外经济引入到村内，发展村中产业，增加村民收入。

安镇党委书记谈到：“农村基层治理，不采取一些手段，而是政府大包揽，一厢情愿的唱独角戏，是不行的。必须要和老百姓互动，老百姓一定要参与进来，才能达到效果。(YZ20180730)”

从目标团体层面来看，基层资源配置并非局限于政府与基层自治组织两个主体，挖掘基层群众潜力，增强基层群众社会参与意识也是专项治理的一大重点任务。<sup>[35]</sup>2014年5月，国务院扶贫开发领导小组办公室会同中央农办等7部门，印发《建立精准脱贫工作机制实施方案》，要求根据每个贫困户贫困村的具体情况，制定特别的和有针对性的帮扶计划，调动各种资源加以扶持。专项治理的精要在于“运动”，动员基层社会群众积极的参与到精准脱贫任务中来，提升社会治理的绩效。在这种自上而下的脱贫攻坚大环境下，基层政府通过宣传国家脱贫政策、发展乡村经济、增加村民的获得感等手段调动了基层群众的参与积极性，增强了国家政策在执行中的合法性。

## **(二) 资源整合机制：打破边界，集中力量**

在执行组织层面上，党务系统在组织上打破行政边界、整合各个部门的力量和资源，集中

精力打赢脱贫攻坚战。各级党委统领各方，打通官僚边界壁垒，克服政府部门因条块关系而产生的互相推诿现象，强化了政策的执行力和有效性。<sup>[36]</sup>政府要保持动员的高效率和应急能力，就必须突破按部就班的科层理性，以政治逻辑代替行政逻辑。<sup>[37]</sup>

安镇党委书记谈到：“我们开发区有个创新，设立了脱贫主任职位，在全国都有一定的影响。这是体制机制倒逼我们创新，因为编制少、干部少，临时聘用人员的工资只有一两千，留不住大学生。后来区里创新搞面向社会公开招考脱贫主任，全部都是大学生，工资与副科级差不多。通过这种雇员制形式聘用，首先需要保证工资待遇，吃住工作都在村里，条件比较艰苦，不通过经济待遇上弥补，难以安心干活。事实证明，在基层治理上，通过突破体制机制障碍，采取这种方式效果非常好。脱贫主任发挥的作用非常大，电脑操作好，做事兢兢业业。(YZ20180730)”

基层组织层面，安镇所在区政府给各行政村配备专职干部组成的驻村组，利用条块关系，激活村支两委，实现国家权力与基层社会的对接。利用条条关系打破块块结构是基层治理过程中一种反官僚的专项治理工作方法。<sup>[38]</sup>条块结合初期脱贫攻坚工作以条管块为主，这一时期驻村组的首要任务就是强化基层党组织的主导作用。党的基层组织是党在社会基层组织中的战斗堡垒，是执行脱贫攻坚政策的中坚力量。以驻村第一书记为例，其作为上级政府下派驻村干部接受原单位和镇党委的双重领导，工作上受到原单位和镇党委的强力支持，引入外部力量强化乡村党支部的主导力。

BJ村驻村第一书记谈到：“党建方面，2016年3月来到村里，首先是与村支两委交换意见确定了办公地点，然后我把镇里的领导都请来了的，开一次党员会议，当时他们都好多年没有开党员会议了。我们学校的领导也来了的，上一次党课；基础设施方面，当时村内还没有通网，打印资料都没有，党员名单都是手抄的。后来我们学校为村里配置了电脑，连通互联网。扶贫主任带来了组织和社会力量的帮助，这些硬件资源就慢慢好了；经济方面，当第一书记等驻村组成员和村支书等村领导确定后，我就带领村内干部到市、区、镇的部门申请帮扶资金。经过不懈努力我们申请到30万的帮扶资金，使得合作社建立了起来，村内路灯安装了120盏，村内也安装了垃圾箱。现在我们准备以‘公司+基地+农户’模式推进经济的发展，先准备成立一个村级企业公司，公司的董事长是村副主任；制度方面，为了调动领导干部的工作积极性，我们建立了考勤制度和派单制度。组织部来考察时特别重视我们这两个制度，要把这两种制度推广到别的村。(BJ20180725)”

在目标团体层面上，专项治理以政治动员方式贯彻党中央的扶贫政策，调动社会资源来增强国家治理能力。在脱贫攻坚行动中，安镇党委通过党委会议把镇域范围内的行政业务转变为政治任务，动员各部门、各层级的党政人员，集中力量最大限度地调配和整合人力、物力、财

力等公共资源在短时间内完成政治任务。<sup>[39]</sup>

人力方面，“脱贫攻坚最大的作用是把人心凝聚了。村支两委班子通过脱贫攻坚行动变得团结了，都是实实在在的去干活了，老百姓看见了，也对村组织更加拥护了。（YZ20180730）”“第一书记大部分都是原单位业务骨干、老干部等，负责组织管理村内事务。虽然他们是上级派来的钦差大臣，但是必须接受镇党委的领导。（YZ20180730）”经济方面，“过去开展基层工作务虚的居多，做多修路打井，现在中央财政资金往基层倾斜，搞脱贫攻坚后，修水、电、路、房，样样与老百姓相关的，还有产业。（YZ20180730）”物力方面，“乡村振兴必须要依靠产业，第一产业农业是基础，还要有第三产业文化产业，我们在这里搞了一个文化基地。（YZ20180730）”

因此，整合基层政府、乡村党组、基层社会资源不仅有利于提升基层社会常规治理能力，而且有利于提升执政党和政府在人民群众中的权威形象。

### （三）压力疏导机制：工具整合，双向激励

政治官僚制下的经济资本激励。2016年以前，脱贫任务仅作为常规任务时，为使任务能准确的到达基层工作人员手中，上级政府会采用目标管理责任制和项目制等科层化的治理手段向他们的下级政府施压，使这些指标任务层层下达。<sup>[40]</sup>沿着自上而下的管理链条层级传递的过程中，官僚组织的执行力逐渐衰减，尤其是这种压力型体制下单一部门产生的治理能力与治理目标不匹配导致乡村治理绩效低下。基层组织在脱贫攻坚行动中出现“目标置换”、政策执行偏差拉大等现象，引发常规治理失灵、基层组织衰退的风险。为了应对常规治理失效的情况，上级政府采用“经济发展激励”、“政治锦标赛”等数字化、指标化的激励手段来增强基层干部的执行力，积极提升基层治理的绩效，重新激活基层组织的活力。在对村集体的激励方面，

安镇党委书记谈到：“我们区和镇政府都在探索这些治理路径，要保持脱贫攻坚、乡村振兴高速推进，仅仅依靠强制管理是不行的，还要有一定的激励措施。区里面出了一个政策，每年拿出一千万，奖励在各个方面发展突出的村子。桃李村，针对考上大学人数比较多的村，给予该村子两百万的奖励；和谐村，针对没有信访矛盾、不搞大操大办、综合考核过关的村子，奖励该村两百万；发展村，针对产业发展的好、有主导产业的村子；还有美丽村，针对不存滥砍滥伐林木、乱排乱倒污水、生态环境保护比较好的村子。评选结果已经公布，马上就要兑现相应的两百万。（YZ20180730）”在对村民的激励方面，安镇党委书记谈到：“自2015年脱贫攻坚启动以后，产业作为增加农业收入的一个主要方式，我们就有意识地进行规模化的经营和管理。从2015年我们就出台政策，改变农业结构，改变传统的种植方式。我们鼓励每个村成立合作社，只要开展合作社集约化种植的村民，就给予300块钱的补助。（YZ20180730）”

脱贫攻坚领导小组这种矩阵形式超越漫长管理链条上的层级设置，有利于增强脱贫攻坚的

精准度，减少脱贫任务在层级传递过程的执行偏差。<sup>[41]</sup>在安镇调研中发现，该镇所在的开发区创新出的脱贫主任制度，有利于突破体制障碍，保证扶贫工作的精准。在村级设置第一书记制度，下派第一书记到村内带领村支两委开展脱贫攻坚行动。驻村组创新政策执行方法，采用“派单制”、“一村七改”<sup>①</sup>等方式落实精准扶贫政策。安镇党委书记谈及第一书记制度时讲到：“基层治理这部分，除了体制机制，还需要比较有可操作性的措施，这样才有可能起到规范和约束作用，否则乡镇党委政府再怎么急也没法落实。仅仅靠基层党组织不行，选拔的第一书记十分重要。各个单位选拔的第一书记，素质很高、能力很强、很能吃苦。搞脱贫攻坚是要真刀真枪看到成效，派来的人都非常棒。还有驻村工作队，这对基层组织又是一个很大的补充。”

政治体制中的政治资本激励。行政体制改革后，地方政府对人事管理从“下管两级”变为“下管一级”，上级政府直接决定了下级官员的乌纱帽。在脱贫攻坚专项治理过程中，上级干部把政治体制中的内部行政权力作为驱动专项治理的动力，层层向下发放治理任务。下级政府在接到上级的治理任务后，往往会放下常规治理中的任务，汇集本级政府的人力、财力、物力等一切可以调动的资源服务于上级的专项治理任务。在安镇调研中发现，在过去的几年里镇政府和村支两委都是把脱贫攻坚任务摆在工作首位的，围绕脱贫攻坚开展日常工作。（表二）在这种压力体制下，下级的活动一切为上级服务，集中全力完成上级布置的任务，间接向上级领导释放自己忠诚、信任的信号，从而赢得晋升的政治资本。

基层组织任务分布表 表二

基层组织	第一任务	第二任务	第三任务
安镇	脱贫攻坚	乡村振兴	产业发展
SH村	脱贫攻坚	征地拆迁	产业发展
BJ村	基层组织建设	产业发展	村民思想建设
CZ村	脱贫攻坚	非贫困户发展	基层党建
LK村	脱贫攻坚	产业结构调整	文化娱乐
DS村	基层党建	脱贫攻坚	产业发展
YC村	基础设置建设	产业发展	基层党建
PZ村	脱贫攻坚	产业发展	基础设施建设
CX村	脱贫攻坚	产业发展	土地流转

#### （四）基础权力的再生产机制：制度建设，队伍建设

从其他工具层面来看，专项治理不是孤立地发挥作用的，还会对其他政策工具产生积极地

① 一村七改：改房、改厕、改厨、改路、改水、改电、改圈。

影响。专项治理突出“快”，强调运动性、短期性、高效性；常规治理突出“稳”，强调制度性、程序性、专业性。专项治理与常规治理似乎是一对非此即彼的反义词，实际上这是一个误解。这两种治理形式是我国治理体系的重要组成部分，两者互为补充。专项治理并非仅仅“短而快”的实现治理任务，还要为常规治理更新制度设施和培育专职人员，使常规治理的权力运行网络设施在脱贫攻坚战中获得完善和提升。中共中央和国务院开展的脱贫攻坚战，是国家权力在基层社会进行再生产的一种典型表现形式。福柯认为现代权力是弥散的，浸透在社会生活的各个方面，存在于经济、知识、性等各种关系中，并直接发生影响。<sup>[42]</sup>相较于以国家机器来行使权力的传统权力，现代权力是以普遍化监视为基础，在应用过程中持续不断地增强和扩充自己的力量，对整个社会构造进行组织，构筑一种可对社会秩序进行控制的常规治理体系。<sup>[43]</sup>我国还处在实现治理体系和治理能力现代化的路上，现代权力与传统权力并存的现象十分常见。中共中央和国务院发起的脱贫攻坚战为国家权力从传统权力向现代权力转换提供了一个平台，是基层社会国家权力再生产链条上的重要一环。

现代权力内在于现代社会关系的再生产链条之中，其目的不仅仅在于维持简单的延续，而且力图在具体的运作过程中实现对固化权力洗牌和自身再生产。<sup>[44]</sup>面对基层治理的困境，人们不能仅仅指望使用专项治理工具集中突击基层社会中的“硬骨头”，还需要建构基层社会秩序的制度规则，扩充基层社会的专职队伍。制度的本质是传统权力向现代权力转化以应对现实中的困境，是国家权力对基层社会传输与渗透的表现，是保障基层社会治理在法治轨道上运行的制度化规范。激活基层组织和充实专职队伍是实现治理能力现代化的条件。专项治理工具虽然采用集中突击等非制度化的运作方式，参与治理人员的工作方式往往带有以任务目标为导向的任意性。<sup>[45]</sup>但是它使国家权力在脱贫攻坚战中不断向基层社会延伸扩展，建构了一系列的制度设施和培养了大批专职型人员。如在安镇实施的村居事物管理“七个一”的考核制度，且在每个部门中基于这个制度又延伸出了文书制度、财务制度等。

安镇党政办主任谈到：“我包过一个村，与第一书记打过交道。第一，第一书记来自于上一级，能带来比较好的项目和资源。有些第一书记是来自于住建局、民政局、财政局、税务局等，他们本身有项目资金；第二，第一书记带来专业的管理方法，规范了村里的管理。我包的那个村，第一书记在区里面管的是后勤、办公室，他给我们教了很多办法，就带领我们规范档案、工作方法、账目管理、规范档案。（YZ20180730）”

在脱贫攻坚行动中，国家权力对基层社会渗透的加强，国家正式组织机构不断下沉，标准化、程序化、规范化的治理技术代替灵活的、非正式的、乡土化的治理技术，实现从以代理人监控为核心内容的间接治理向对贫困户的 direct 治理的转变。<sup>[46]</sup>制度建设减少了工作方式的

随意性以及随意所带来的不确定性，把以任务目标为导向的工作方式逐渐的拉入到规范化管理中来。2020年以第一书记为代表的驻村组完成他们的脱贫攻坚的工作任务后，这些兼职干部将离开基层组织回归到自己的原有岗位上去，其他部门也将很少乃至不再介入脱贫工作。他们在脱贫攻坚过程中为基层社会治理培养的大批专职型人员将全面取代兼职队伍，成为开展基层社会治理的主力军。

#### （五）全面治理机制：夯实基础、筑牢保障

从政策目标层面来看，政府以脱贫攻坚政策为抓手实现基层社会的全面治理。打赢脱贫攻坚战需要以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，摆脱过去分散化的单边治理方式，开辟基层社会全面治理的新路径。过去单边治理方式常常无法处理好整体目标与局部目标之间的关系，导致治理效果不理想。而现在全面治理方式的价值就在于承认多元目标的正当性，并在多元目标的共同价值下整合公共目标。<sup>[47]</sup>专项治理的价值正在于以脱贫攻坚政策为抓手促成公共目标的实现，而不是违背这一目标。

在基层党建方面，基层党员干部培养由后继乏人、近亲繁殖转向有序发展、科学选任、严格监督。（表三）

安镇党委书记谈到：“村党组织过去都是近亲繁殖，发展党员涉及家族性问题比较多。村党支部要开展工作，如换届选举时，其他人都插不进去。现在我们的做法是，如果这个支部选不出来，也培养不出好的党员，我们就从镇里下派下来。如去年我们处理一个村的村主任，就把他停职，当时这村没有村支书，我们杨书记就兼任这村的村支书，开展支部工作。我们以宁缺毋滥为标准，决不能随便凑数来完成组织交办的任务。现在农村的工作非常繁重，和五年前是完全不同的，尤其是开展脱贫攻坚期间。像本地征地拆迁，又处于城乡结合部，各种各样的利益交织，工作开展的难度特别大。如果基层组织不是一个强有力的组织，尤其是没有好的支部，一切都免谈。（YZ20180730）”

在环境治理方面，基层组织打造生态宜居环境为目标，落实常态化环境保护工作。

BJ村的第一书记谈到：“初到村里时，村内连个垃圾箱都没有，垃圾堆积成山，后面就找联系人员、车子把垃圾清理走了，也安装了垃圾箱。事后我们看到垃圾就会去捡垃圾，现在村民看到我们捡垃圾就不乱丢垃圾了。对村民慢慢做工作，村民的环保意识提高了。（BJ20180725）”

CZ村的第一书记谈到：“我们村存在一个人畜混居问题，不仅影响村民自己家的卫生状况，而且影响整个村子的环境卫生。很多村民所养的牛、马都是家里的命根子，为了防止它们被偷，村民就把它牵到自己的家里，造成家里面和街道上的卫生状况比较糟糕。这个问题很棘手但又必须尽快解决，我就带头去帮村民挑牛粪、收拾房屋，说服他们把牛赶到村里集中圈养的地

方。(CZ20180726)”

在脱贫人数方面，基层组织抓住本区域特色，创新脱贫举措，调动各方资源形成合力，集中力量完成脱贫任务。安镇的SH村原有15户54人为贫困户，经精准脱贫专项治理后，已有11户40人脱贫；BJ村在2016年以前脱贫人数为0，2016年到现在已有160多人脱贫；CZ村原有38户162人为贫困户，经过政府投入大量资金实施“一村七改”、发展乡村产业等脱贫措施后，34户贫困人口脱贫，还有4户未脱贫；CX村从2016年到现在已脱贫了27户，有7户15人未脱贫，今年拟脱贫一户。

在产业发展方面，基层组织立足本土创新脱贫“造血”机制，实现基层百姓脱贫致富。YC村在2014年贫困人口发生率是8%，贫困人口的人均年收入只有2000元。2016年开始进行土地流转，实施土地规模化经营，建设了莲藕生产基地和荷叶观赏基地，发展到了2017年贫困人口人均年收入8380元，全村人均年收入为9300元；CX村有8个自然村组成，分为15个村民组和971户，共有4183人，属于非贫困村，村内有34户贫困户。该村从2015年成立合作社村支两委开始带领村民搞乡村产业发展，经过几年发展已经形成了以聚福菌和猴头菇为特色的菇类生产、农副产品种植基地等产业链，为该村村民提供了数百个就业岗位，并且支持村民资产入股由农民变为股。在2016年后的精准脱贫行动高潮中，安镇在脱贫人数、村民收入、产业建设等方面取得了突出的成就，反映出专项治理工具具有权威性、有效性、运动性、动员性等特点，治理绩效在短期内显著超过常规治理工具，可以在既定计划内完成政治任务。基层社会的全面治理不仅是“坚决打赢脱贫攻坚战，确保到2020年所有贫困地区和贫困人口一道迈入全面小康社会。”<sup>①</sup>而且是“实施乡村振兴战略，是解决新时代我国社会主要矛盾，实现‘两个一百年’奋斗目标和中华民族伟大复兴中国梦的必然要求。”<sup>②</sup>

基层党员发展情况 表三

村集体	党员人数	近5年发展人数	备注
SH村	32个	1个	发展对象年龄40岁
BJ村	33个	2个	两位入党积极分子年龄分别是50岁、32岁
CZ村	47个	争取每年一个	村内党员干部年龄大部分在50岁以上
LK村	38个	2个	发展对象年龄一个六

① 2015年11月28日，习近平在中央扶贫开发工作会议上的重要讲话。

② 中共中央国务院关于实施乡村振兴战略的意见[M].北京:人民出版社.2018:4.

DS 村		2 个	十岁，一个三十岁 6 位申请入党，2 位确 定为积极分子，年龄 都在 40 岁左右
YC 村	48 个	5 个	这是 2014-2018 年间 发展的人数
PZ 村	43 个	4 个	三个积极分子，一个 预备党员，年龄都在 三十岁左右

然在实施脱贫攻坚政策过程中，政府虽然采用专项治理政策工具以求超越科层体制的组织失败，对基层社会的组织、产业、文化、基础设施等方面进行全面建设，提升基层社会的治理能力，即以科学革命（治理模式转变）的方式，于激进创新的政策变化，全面协调的优势整合下，革除和弥补了常规治理体制下的弊端和漏洞，实现了一定程度上的科学进步（政策优化），但随着政策工具选择背景的变化，专项治理局限性的一面在治理过程中逐渐地暴露出来。可表现为以下几点：

#### （一）政策目标异化——目标置换

专项治理进程严重依赖国家官僚或普通群众，难以摆脱“目标置换”的困扰，从而陷入没有实质内容的形式主义。<sup>[48]</sup>脱贫攻坚政策目标是通过公共产品的供给实现贫困人口脱贫、贫困村摘帽，完成全面建设小康社会的底线任务。专项治理依靠科层体制以量化指标方式逐级向下施加高强度压力，一定程度上激励了下级参与脱贫攻坚战的积极性，同时也埋下了以脱贫线指标代替脱贫攻坚专项治理目标的风险。博取政治晋升资本是基层政府贯彻国家政策的基本动力。在唯上负责制前提下，基层政府参与脱贫攻坚战的目的只有一个，就是在政绩竞赛中获胜，以求博得晋升资本。即使该政策不一定能促进当地的经济的发展，甚至损害各个村集体的长远利益，他们也要按照上面要求想方设法、费尽心机的把政治任务完成。在脱贫攻坚行动中，基层政府与其下设村集体完成脱贫攻坚任务之间存在着利害关系，要求下级至少在形式上完成脱贫攻坚这项政治任务，在必要时会为下级提供一定程度的庇护和帮助。村集体是否真正脱贫与基层政府不存在实质性利害关系，这常导致自下而上的贫困人员需求表达与自上而下的国家资源供给无法有机结合，使脱贫攻坚专项治理成为了常规治理即可完成的“数字游戏”并失去其应有效果。<sup>[49]</sup>在安镇调研中发现脱贫攻坚任务被分解为贫困人口人均年收入过 3335 元脱贫线、村内发展产业提高村内人均年收入等数量指标，基层政府通过这些量化指标动员、激励和控制村集体，

使村集体对其管理的扶贫事务充分重视。在科层体制下，村集体对基层政府下达的治理任务一般都会积极的回应，以显著的治理绩效向上级政府展现自己的治理能力和忠诚度。但有些村集体受限于基层干部的治理能力和治理资源的匮乏无法真正的完成上级下发的治理任务，只能以“凑指标”、“造数据”等方式来应对上级的考核。这些治理资源匮乏的村无法在上级政府的激励和政策推动下实现基层社会的全面治理，它们在脱贫攻坚战中的治理绩效被指标化、数字化的考核手段所消解，仅仅在统计数据上显示这些村集体已经在专项治理中完成了该村的精准扶贫、产业结构调整等任务。因此，乡村集体组织在脱贫攻坚中对国家政策目标的逐步偏离，是自身治理能力和治理资源的表达以及基层政府自上而下监督缺失的结果。

## （二）目标团体异化——精英俘获

专项治理突破常规、整合资源、集中注意力的特点为不同群体借此追求利益和诉求提供了契机，成为他们谋取利益的有效手段。脱贫攻坚专项治理作为一种自上而下的资源分配方式，决定了越是处于上层，资源、利益分配的权力和空间也就越大。在国家扶贫资源在输入基层过程中，基层政府、村支两委以及乡村精英拥有相较于其他利益主体更多的资源分配权。基层政府分配资源、村支两委争取资源、乡村精英谋取资源成为这些利益主体投入脱贫攻坚战的基本动力。休谟就人性的自利性在其著作中写到：“我们所选为统治者的那些人们也并不因为他们有了较高的权力和权威，而在本性方面立刻变得高处于其余的人类。”<sup>[50]</sup>基层社会的管理者们并不因为人民赋予其较高的权力而可以规避人性的弱点，完全具有滥用权力的可能。在扶贫资源争夺这一结构性背景下，由于基层社会中利益主体的谋利冲动，脱贫攻坚战成为基层精英追逐利益的“角斗场”。基层社会在被上层扶贫资源惠及的同时，不得不承担由此而来的一系列后果。<sup>[51]</sup>尤其是在脱贫攻坚专项治理中人为因素直接影响乡村脱贫攻坚的绩效结果，对此人们应该始终保持警惕。如第一书记作为上级下派驻村的领导干部，其能力、背后单位的实力等因素直接可以影响所在村脱贫建设的效果。一旦在脱贫攻坚行动中出现官员、村干部、基层能人、产业商人等基层精英与民争利的现象，将阻碍基层社会治理能力的展现，影响脱贫攻坚战的战果。在SH村访谈中也了解到该村是安镇的贫困村，国家重点工程和基础设施建设为该村脱贫和产业发展带来了巨大机遇。该村主任以前是做客车运输和工程设备租赁，在产业发展方面有一定经济能力和经验，2016年进入村委会搞产业发展和脱贫任务，其个人产业现由其家族人员负责管理。这类现象在对安镇的镇党委书记访谈中也得到了印证，

镇党委书记谈到：“无论是现在的海选还是过去的选举。一般来说，竞选主任一般是有几种目的：第一个目的，尤其是在城乡结合部比较明显，地方的一些项目可以增加拆迁，他会包揽工程。第二个就是家族的荣耀，比如说，别人并不知道你在外面挣了多少钱，但是通过选举成

为村主任，会有一种成就感。我们镇开宝马、奔驰的村主任多得很，这主要是一种荣誉感。（YZ20180730）”

脱贫攻坚行动过程中，精英俘获现象的存在导致国家扶贫资源利用效率低下，扶贫资源的公共利益诉求并没有得到满足，国家资源输入反而不断侵蚀地方社会公共利益。因此，专项治理这一政策工具一旦控制不好，易引发失控的危险，不仅可能付出高昂的交易成本，还可能偏离国家利用运动实现基层社会治理的初衷。

### （三）执行组织异化——临时应对

专项治理具有短期性特点，基层干部面对接踵而来的脱贫任务采用临时的应对策略，关注短期目标。国家政策具有统一性，它与地方实际条件存在一定的差异，需要在政策执行过程中因条件变化而不断调整策略。脱贫攻坚政策一方面与其他政策一样，具有统一性、指导全局性的特点；另一方面又有别于以往的扶贫政策，其在指导实践上告别狭隘的经验论，要求因地制宜、高倍精准、对症下药回应真需求、研究真问题。政策的执行过程是政策制定过程的延续，国家政策在具体的执行过程中可能被注入不同的解释、使用不同的执行方式，这些行为结果都是政策执行灵活性的表现。但是政策执行的灵活性在一定条件下可能异化为为追求短期目标而临时应对，其结果常常与决策的初衷大相径庭。<sup>[52]</sup>村集体开展脱贫攻坚行动必须与所处环境交换资源而得以获取成效，不同的村集体因可利用资源不同而所需要面对的脱贫任务不一样。有些村集体底子薄，可利用资源少，脱贫任务重；有些村集体底子好，可利用资源多，脱贫任务轻；有些村集体人力资源丰富，村支两委人员有干劲，脱贫绩效显著；有些村子劳动力短缺，村支两委缺少得力干部，脱贫效果甚微。不同村集体不是机械的执行上级脱贫攻坚命令，而是要把自己的认知、思想、利益带入执行过程，根据所处的环境采取相应的举措。在脱贫攻坚战中基层干部的选用至关重要，用对一个干部可以“振奋军心”；用错一个干部可能会“万马齐喑”。在安镇调研中发现，CZ村属于该镇的贫困村，村内可利用资源贫瘠，但是村支两委和驻村工作组人力资源丰富。该村在驻村第一书记、村支书的带领下瞄准贫困原因，把有限的扶贫资金更有效率地用在产业发展上，激发村集体的内生动力。而YC村也属于该镇的贫困村，村内可以利用资源要相对丰富一些，如交通便利、观赏性景观、农产品丰富等，但是该村的人力资源要贫瘠一些。人力资源贫瘠，一方面体现在村支两委、驻村组人员队伍的数量，另一方面则体现在人员队伍的素质。如该村的驻村第一书记是一位退居二线的领导，可能缺少政治、经济资源的激励，也可能是受过去扶贫经验的影响，没有放下过去机械执行、干了就行的工作思维，把扶贫法门放在“精准”上。整个村子仅仅是为了临时应付专项治理的短期任务，并没有积极参与到脱贫攻坚行动中来，缺少开展精准扶贫的内生动力。基层政府与村集体之间可能存在某种利

益连带关系，促成了干部之间利用非正式社会关系降低政治风险的合作和依赖，使得这些“为官不为”的干部问题没有被暴露出来。在脱贫攻坚战中存在的这种形式主义问题，如摆花架子、讲究排场、不直面村内贫困症结等，或许正是一些贫困村经济长期不起色的根源。

由此可得，科学革命（治理模式转变）的成效显现并不意味着科学进步（政策优化）的终极告捷，还需在科学革命后新的常规科学之生成，方能完成齿轮状完整循环的首尾接续。

### 五、关系调整与优化——新的常规科学

社会政治治理之目的即是在于通过政策手段的灵活运用，解决社会生活中各类疑难杂症，保障国家机体的健康稳定，政治生态的序动和谐，政策制定者对政策对象进行非常态化政治治理的过程相类于用药者对施药对象开药疗病的过程。一般情况下，“常规治理”长久潜扎在国家大小政治机体内，是为保障其免受一般病毒侵扰的免疫屏障，具有极强的稳态性，在某些方面对于机体病变有可预测性，且具备体内自生白细胞吞噬病毒的高效率性，但只关注已有科层体制下的常规科学（常规治理）的强化，将导致组织趋于结构钢化，边界高筑，国家政治机体易陷入惰性应对的生理及心理困境中，而当面对机体受之外界影响的突发病变，机体内部难以觉察且于后期发展为严重劣变的毒瘤时，原有的免疫系统便失去抵抗力，出现“反常”甚至“危机”性机体状况，则此时将“常规治理”及时调整为“专项治理”模式，切病“用药”成为扭转态势，恢复健康的至关重要之举，而就“用药”而言，需综合考虑“药品特性”，“病灶特征”两大影响因素，药品特性再可分为药效、药量、药价、用药时长等。首先，就药效而言，需要针对用药处的病灶特征，选对正确的对症药。如果盲目“惯性用药”，不仅治疗效果不理想，而且可能损害其他机体组织的正常运行；其次，在药价与药量层面，需精准核算在整个疗病过程中的各种用药开支，即对应“专项治理”中人力、物力、财力等机会成本的预判，尽可能实现“资源零浪费，成效卓涌现”；再次，应严格控制用药时长，切不可长期甚至永久性用药，使用药对象产生强烈抗药性，不利于再运用，甚至完全取代政治机体的常规性免疫体系，从而极度削弱了官僚体制的稳定性和效率；最后，在现有药品（专项治理手段）无法解决重病病症（问题）时，应注重“新药开发”，即持续跟进“专项治理”方法探索，以应对新型政治机体的可然问题。

综之，在国家政治机体运行出现不稳定或病理状态时，专项治理应作为常规治理（普通机体免疫系统）效力不足情况下，“不得不用”之“药”，在取得预估成效后，需及时进行模式切换，并充分调动机体的自愈机制，形成新的常规科学，促进机体免疫系统的更新，于更优层级稳定高效运转。

就新的常规科学建立而言，其脱胎于科学革命（治理模式转换），则需继承其专项治理手段运用之优势，即能动聚合各主体职能行使和特性功用优势，集中力量克难制胜，但亦需控制其

激进活性，尽可能规避其劣势呈现，并以制度化体系化的固态规定性形式，使其趋于可控化，并导入到长期稳态实施的理想轨道上来。而就后者之目标达成，需借鉴常规治理中“科层”制组织结构形式与工作活动经验。具体而言，科层制要求对各职能运行系统及相关人员，实行制度化管理与专业化分工。其以具有强力规范性的机构制度实现部门体系、层级关系、运转模式由传统“运动化”向现代“制度化”转变，且在制度框架内，“专项治理”运动式色彩部分褪去，其相关工作需依循法治规范与相应程序性要求，逐步趋向规范化。专职机构内各部门系统独立运作，使得“专项治理”始终在组织层级严密的专业化机构部门内运行，大幅提高治理效能，并于完备的策划、执行、考核、监督的科层系统中稳控固效。各部门内专业性人员对本部门日常所派任务在自有职能范围内进行再分工，累积办事经验，协调共力，各司其职。

综上，新的常规科学体现于传统“专项治理”的质性变迁与现代“专项治理”的生成，由“运动式治理”的外现型综合全面向“新常规科学”的内涵型规范精备演进，由临时特殊动员机制向常规工作制度转变。

## 六、结论

本文以安镇脱贫攻坚行动为实践背景，以库恩的科学革命为理论构架，尝试在基层法治建设过程中，用全局性眼光完整审视专项治理的产生逻辑与发展变迁，启辩证之思洞彻治理工具间优劣俱存的深度律理。具体而言，每一种工具都有其固有属性、适用范围、应用环境以及针对问题，由此，随着政策目标和应用环境的转变，政策工具也在发生着动态变化。在脱贫攻坚战中专项治理代替常规治理解决了基层治理的有效性和合法性问题。<sup>[53]</sup>专项治理于前期“救急”应用阶段解“围”创“新”，化“危”为“安”，颇具成效。然观之当下，因2020年国家将全面建成小康社会，脱贫攻坚战的目标即将完成。基层社会治理环境之巨变将现，传统专项治理则逐渐式微，新的常规科学将以更优替代性机制出现。而要实现专项治理向常规治理的转换，仅仅解决治理能力与治理目标相匹配问题是不够的，还需要克服基层组织对专项治理的路径依赖。基层政府对常规治理的系统性治理能力建设并非仅靠底层力量进行建构，还需要上级政府自上而下的外源性压力输入，实现国家权力在基层社会的再生产和再扩充。通过在基层构筑现代权力体系，与基层政府内源性动力形成合力共同促成基层社会由专项治理转向新的常规科学。

新的常规科学反映出脱贫攻坚专项治理与基层制度之间存在的巨大张力，只有当基层组织结构与资源供给都符合专业化、制度化、规范化的改革要求后，这种结构性的内部张力才会得到缓解。在当前脱贫攻坚行为背景下，新的常规科学为基层法治化建设提供了可参考性的思路和可利用的资源。虽然当前的脱贫攻坚专项治理仍然存在着失控危机和无法根本解决常规治理

的组织失败问题，但新的常规科学的实践机制和改革趋向表明，在传统专项治理中继承并发扬“高能动员”，“精准着力”等“专业化”优势，以“常规化”制度组织调缮固形，重塑高效运行，长效应对的稳态化新型治理模式。在此基础上，基层治理的法治化转型才能在制度和实践中获得保障。

### 参考文献

- [1] 周尚君, 曹庭. 总体国家安全观视角下的权利限制——从反恐怖主义角度切入[J]. 法制与社会发展. 2018(03):40-56.
- [2] 陈振明. 公共政策学——政策分析的理论、方法和技术[M]. 北京:中国人民大学出版社. 2004版. 第268页.
- [3] Weber, Max. 1946. From Max Weber: Essays in Sociology Translated, Edited, and with an Introduction by H. H. Gerth and C. Wright Mills. New York: Oxford University Press.
- [4] 曹龙虎. 国家范式中的”路径依赖”与”范式转化”. 运动式治理的再认识[J]. 学海. 2014(03):81-87.
- [5] 任欣星, 余嘉俊, 施祖麟. 制度建设中的运动式治理——对运动式治理的再思考[J]. 公共管理评论. 2015(02):75-85.
- [6] 冯仕政. 中国国家运动的形成与变异:基于政体的整体性解释[J]. 开放时代. 2011(01):75-97.
- [7] 蔡禾. 国家治理的有效性与合法性——对周雪光、冯仕政二文的在思考[J]. 开放时代. 2012(02):135-143.
- [8] Merton, Robert K., ed. 1952. Reader in Bureaucracy. Glencoe, Ill: Free Press.
- [9] 周雪光. 基层政府间的“共谋现象”——一个政府行为的制度逻辑[J]. 开放时代. 2009(12):40-55.
- [10] 蔡禾. 国家治理的有效性与合法性——对周雪光、冯仕政二文的在思考[J]. 开放时代. 2012(02):135-143.
- [11] Yang, Dali L. 1996. Calamity and Reform in China. Palo Alto: Stanford University Press.
- [12] 周雪光. 运动型治理机制:中国国家治理的制度逻辑再思考[J]. 开放时代. 2012(09):105-125.
- [13] 陈恩. 常规治理何以替代运动式治理——基于一个县计划生育史的考察[J]. 社会学评论. 2015(09):63-77.
- [14] Wilson, James Q. 1989. Bureaucracy: What Government Agencies Do and Why They Do It. New York: Basic Books.
- [15] 倪星, 原超. 地方政府的运动式治理是如何走向“常规化”的? ——基于S市市监局“清无”专项行动的分析[J]. 公共行政评论. 2014(02):70-96, 171-172.

- [16] 王连伟,刘太刚.中国运动式治理缘何发生?何以持续?——基于相关文献的述评[J].上海行政学院学报.2015(03):106-111.
- [17] Whyte, Martin King.1973."Bureaucracy and Modernization in China: The Maoist Critique." *American Sociological Review* 38(2):149-163.
- [18] 杨志军.运动式治理模式研究:基于三项内容的考察[J].厦门特区党校学报.2013(02):30-37.
- [19] 何绍辉.从“运动式治理”到“制度性治理”——中国农村反贫困战略的范式转换[J].湖南科技学院学报.2012(07):95-99.
- [20] 冯仕政.中国国家运动的形成与变异:基于政体的整体性解释[J].开放时代.2011(01):75-97.
- [21] 蔡文成.基层党组织与乡村治理现代化:基于乡村振兴战略的分析[J].理论与改革.2018(03):62-71.
- [22] 周雪光.中国国家治理的制度逻辑——一个组织学研究[M].北京:生活·读书·新知三联书店.2016版,第141页.
- [23] 姚尚建.全面治理中的制度修复[J].甘肃社会科学.2013,(3):52-55.
- [24] 陈振明.公共政策学——政策分析的理论、方法和技术[M].北京:中国人民大学出版社.2004版.第260页.
- [25] 陈振明.公共政策学——政策分析的理论、方法和技术[M].北京:中国人民大学出版社.2004版.第268页.
- [26] Michael Howlett, M.Ramesh, *Studying Public Policy: Policy Cycles and Policy Subsystems*, Oxford: Oxford University press, 1995, pp. 82-85.
- [27] 王婷.政策工具的权变主义研究——基于农村社会养老保险政策的考察分析[J].社会科学.2018(2):37-48.
- [28] [美]B·盖伊·彼得斯, 弗兰斯·K·M·冯尼斯潘编.公共政策工具——对公共管理工具的评价[M].顾建光译.北京:中国人民大学出版社.2006年版.第75页.
- [29] 王婷.政策工具的权变主义研究——基于农村社会养老保险政策的考察分析[J].社会科学.2018(2):37-48.
- [30] 周振超.打破职责同构:条块关系变革的路径选择[J].中国行政管理.2005(09):103-106.
- [31] 孔繁斌.政治动员的行动逻辑——一个概念模型及其应用[J].江苏行政学院学报,2006,(5):79-84.
- [32] 杨华,袁松.行政包干制:县域治理的逻辑与机制——基于华中某省D县的考察[J].开放时代.2017(05):182-198.
- [33] 倪星,原超.地方政府的运动式治理是如何走向“常规化”的?——基于S市市监局“清无”专项行动的分析[J].公共行政评论,2014,(2):70-96.
- [34] 欧阳静.乡村驻村制与基层治理方式变迁[J].中国农业大学学报(社会科学版),2012,(1):111-115.
- [35] 李辉.“运动式治理”缘何长期存在?——一个本性分析[J].行政论坛,2017,(5):138-144.
- [36] 曹龙虎.国家范式中的“路径依赖”与“范式转化”.运动式治理的再认识[J].学海.2014(03):81-87.
- [37] 周雪光.运动型治理机制:中国国家治理的制度逻辑再思[J].开放时代,2012,(9):105-125.
- [38] 欧阳静.乡村驻村制与基层治理方式变迁[J].中国农业大学学报(社会科学版),2012,(1):111-115.
- [39] 李元珍.领导联系点的组织运作机制——基于运动式治理与科层制的协同视角[J].甘肃行政

学院学报, 2016, (5): 59-68.

[40] 陈槟城. 论压力型体制下的乡政困境[J]. 四川行政学院学报. 2005(6): 22-25.

[41] 文宏, 崔铁. 矩阵式结构、网格化管理与多机制保障——运动式治理中的纵向府际合作实现[J]. 四川大学学报(哲学社会科学版). 2015(03): 121-128.

[42] [法]米歇尔·福柯. 规训与惩罚[M]. 刘北成, 杨远婴译. 北京: 生活·读书·新知三联书店. 2012. 9.

[43] 方刚. 传统权力向现代权力的转型: 私人性行为视角的观察——福柯权力理论的应用与扩展[J]. 学习与探索. 2003(06): 53-54.

[44] 唐皇凤. 常态社会与运动式治理——中国社会治安治理中的“严打”政策研究[J]. 开放时

代. 2007(03): 115-129. [45] 陈恩. 常规治理何以替代运动式治理——基于一个县计划生育史的考察[J]. 社会学评论. 2015(05): 63-77.

[46] 田先红. 治理基层中国——桥镇信访博弈的叙事, 1995-2009[M]. 北京: 社会科学文献出版社. 2012 版. [47] 姚尚建. 全面治理中的制度修复[J]. 甘肃社会科学. 2013, (3): 52-55.

[48] 冯仕政. 中国国家运动的形成与变异: 基于政体的整体性解释[J]. 开放时代. 2011(01): 75-97.

[49] Zhou, Xueguang. 2012. "The Road to Collective Debt in Rural China: Bureaucracies, Social Institutions and Public Goods Provision." *Modern China* 38(3): 271-307.

[50] [英]休谟: 人性论(下)[N], 北京: 商务印书馆, 1980 年版, 第 592-593 页.

[51] 李祖佩. “新代理人”: 项目进村中的村治主体研究[J]. 社会. 2016(3): 167-192.

[52] Zhou, Xueguang, Hong Lian, Leonard Ortolano and Yinyu Ye. 2013. "A Behavioral Model of Muddling through in the Chinese Bureaucracy." *The China Journal* (70 July 2013): 120-147.

[53] 蔡禾. 国家治理的有效性与合法性——对周雪光、冯仕政二文的再思考[J]. 开放时代. 2012(02): 135-145.

## 法治社会和社会治理范畴的理论定位与关系厘清

庞正\*

**摘要：**法治社会建设和社会治理活动在实践中确实存在很大程度的交集，但法治社会和社会治理作为彼此独立的理论范畴各有不同的分析功能，不可混同使用。法治社会是指一种由国家法律和社会自生规则共同缔造良好秩序的社会状态，以社会组织为主要主体的社会自治是其存在和运行的基本特征。社会治理范畴描述了一种政府主导、社会参与的公共事务管理方式，在我国目前的社会经济和社会结构条件下，社会治理尚不宜被定位于社会中心主义的实践范式。法治社会和社会治理在研究论域、问题导向、概念功用、实践主体、实践内容上都存在差异，同时在社会结构条件、运行机理、制度依赖、价值取向等方面也多有一致性。

**关键词：**法治社会 社会治理 定位 关系

### 一、问题的提出

作为两个专门术语，法治社会和社会治理进入我国政治话语系统的时间并不长。如果以最高层级的政策文件为标志，二者都可以从党的十八届三中全会起算，即《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》明确提出了“坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设”和“创新社会治理体制”。<sup>①</sup>自此，“法治社会”和“社会治理”不但成为学术研究的热点，也成为法治建设实践和公共事务管理活动中的高频使用词汇。

无论是以法治社会和社会治理为核心范畴的理论研究的兴起，还是现实生活中法治社会建设和社会治理创新的实践展开，都是当今中国国家发展和社会进步的历史必然性之体现，是我国改革开放四十年来不断总结经验、探索路径的结果。正如有学者所揭示的那样，“在中国，总体上正是一个社会不断从国家中释放出来的过程，并且，在释放出来的社会与国家之间建立何种互动关系，面临着怎样的风险和机遇，则成为中国改革发展和法治建设中的核心议题。”<sup>②</sup>从法治的角度来看，由法治国家、法治政府和法治社会三个层面一体建设中国特色社会主义法治

---

\* 庞正，南京师范大学法学院教授，博士研究生导师，中国法治现代化研究院、江苏高校区域法治发展协同创新中心研究人员。

① 确切地说，自党的十八大以来，“法治社会”就作为一个区别于法治国家、法治政府的特定术语被官方话语系统所采纳。2012年12月，习近平在纪念现行宪法公布施行30周年大会上首次明确提出“法治国家、法治政府、法治社会一体建设”的命题；2013年2月，习近平在中共中央政治局进行集体学习时再次强调要坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进，坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设。（参见刘旭东、庞正：《“法治社会”命题的理论澄清》，载《甘肃政法学院学报》2017年第4期。）

② 马长山：《法治社会研究的现状与前景——基于国家与社会关系视角的考察》，载《法治现代化研究》2017年第1期。

体系，在今天被确立为全面推进依法治国的总目标，是对四十年来我们的政府推进型法治模式深刻反思的结果。众所周知，与整个国家的现代化一样，我们走上政府推进型的法治发展道路是由我国社会发展进程中特定的客观历史条件决定的，既具有历史逻辑的必然性，也具有实践方案的合理性。<sup>①</sup>但是，这种政府推进型的法治模式过分依赖国家（政府）单方面的努力，存在着先天的动力单一的缺陷，暗含着某种法治的悖论，同时也容易导致“法治共识不足、法律工具主义、制度认同乏力、司法公信缺失等困境”。<sup>②</sup>法治社会命题的提出，有效地将国家从法治的主体与客体之复合中分离出来，克服了把法治动力完全寄托于国家的单一性弊端，并且有助于现实的法治实践更加贴近法治的核心要义。

在社会治理方面，也是缘于同样的成因。伴随着改革开放的进程，中国社会已然深度嵌入了世界经济结构，全球化的生产和贸易体系带动整个中国社会的基本结构形态发生了质的变化，其外部表现包括大规模的人口流动、城市化的迅猛发展、社会交往的深度复杂化、生活方式的根本改变等等。由此有学者认为，“目前我国已经进入超大规模陌生人群治理的新阶段和新常态”，这是理解和分析当代中国社会治理的现象基础。<sup>③</sup>由这一现象基础所决定，国家决策层提出社会治理水平的提升和社会治理创新问题，乃是中国社会发展到新阶段的必然要求。从党的十八届三中全会提出“推进国家治理体系和治理能力现代化”，到十八届五中全会提出“构建全民共建共享的社会治理格局”，再到十九大提出“打造共建共治共享的社会治理格局”，都是对这种必然要求的回应。

值得注意的是，无论是法学领域的“法治社会”，还是政治学、公共管理学领域的“社会治理”，都没有在相关学科中取得作为基本范畴和分析工具应有的较高程度的概念共识，至于二者间的理论关联则更鲜有讨论。在法学界，学者们注意到了“国家治理体系和治理能力现代化”议题与法治国家建设之间的密切关系，但没有充分关注社会治理与法治社会这两个范畴作为分析工具的差异，甚至存在将两个概念不加区分地使用的情況。这种理论上的混同具体表现为三种类型：

其一，等同关系。有的学者由于认识到社会治理创新与法治社会建设存在高度的内容重叠，于是认为二者“几乎就是同一个问题的两个方面”；<sup>④</sup>有的学者认为法治社会命题要解决的就是社会领域的法治治理问题，主张多元治理模式实质上就是法治社会建设，提出“与法治社会相

---

<sup>①</sup> 参见庞正：《法治的社会之维——社会组织的法治功能研究》，法律出版社2015年9月版，第35-41页。

<sup>②</sup> 参见马长山：《法治社会研究的现状与前景——基于国家与社会关系视角的考察》，载《法治现代化研究》2017年第1期。

<sup>③</sup> 参见泮伟江：《超大规模陌生人社会治理：中国社会法治化治理的基本语境》，载《民主与科学》2018年第2期。

<sup>④</sup> 参见葛洪义：《社会治理与法治社会》，载《现代法学研究》2016年第1期。

对应的是社会管理体制的创新以及社会治理体制的完善。”<sup>①</sup>

其二，种属关系。有学者倾向于把社会治理理解为法治社会建设的组成部分，并且视之为法治社会建设的核心任务，称法治社会建设的“核心乃在于深入开展多层次多形式法治创建活动，深化基层组织和部门、行业依法治理，支持各类社会主体自我约束、自我管理。”<sup>②</sup>

其三，交融关系。有些学者认为法治社会建设既是社会治理的基本方式，也是社会治理的重要保障条件；同时主张社会治理也是法治社会建设的重要内容，法治社会建设离不开社会治理创新的过程。<sup>③</sup>这种叙述似乎试图表达社会治理与法治社会的相互关系，但其缺乏具体分析的巨大叙事方式恰恰混沌了二者的理论边界，反而不如上述两种认识的观点清晰。

在笔者看来，法治社会和社会治理是当下我国政治话语系统中两个十分的重要术语，它们各自特定的概念内涵和分析功用，必然会延伸出不同的理论命题乃至理论体系。因此，它们理应作为富含学理性的基本范畴，在不同的问题意识引领下、在不同研究论域中分别充当关键分析工具。<sup>④</sup>尽管如本文也将分析的那样，法治社会建设和社会治理创新在具体实践活动中确实存在运行机理、制度依赖、价值取向等诸多方面的一致性，但无论如何，这两个范畴及其理论指向所覆盖的实践主体、实践内容、实践方式、实践目标都存在差异。如果我们不在理论上对这两个范畴进行必要的规范化处理，区分二者的内涵和功用，厘清二者的理论关系，不但会影响到它们各自衍生的理论体系的成长，而且会影响它们在现实实践中意识形态功效的发挥。<sup>⑤</sup>促发本文研究的更深层意义在于，倘若我们从观念到理论、到实践，简单地将法治社会与社会治理相等同，甚至更多地把法治社会建设视为服务于社会治理的工具，视为一套“社会治理术”、一种“迂回而节省的治理技术”时，<sup>⑥</sup>法治社会作为法治“一体建设”组成部分之重要地位可能会有弱化之风险，法治社会建设对于全面推进依法治国总目标的基础性意义将被削弱；在实践领域，无论是法治社会建设还是社会治理创新，指导思想和行动方案都有可能偏离各自的应有目标，甚至在整体上会导致国家法治建设踟蹰于政府推进型法治模式的困顿，无以实现法治社会建设目标的真正意图。

---

<sup>①</sup> 参见陈金钊、宋保振：《法治国家、法治政府与法治社会的意义阐释》，载《社会科学研究》2015年第5期。

<sup>②</sup> 马长山：《法治社会研究的现状与前景——基于国家与社会关系视角的考察》，载《法治现代化研究》2017年第1期。

<sup>③</sup> 参见武小川：《论公众参与社会治理的法治化》，武汉大学2014年博士学位论文，第125页；赵萍：《风险社会理论视域下中国社会治理创新的困境与出路研究》，山东大学2014年博士学位论文，第116页。

<sup>④</sup> 这一说法并不意味着“法治社会”和“社会治理”不可同时出现在某一研究论题中，只是旨在强调不同的论题决定了我们必须选择其一作为关键的分析工具，因为它们各自具有特定的内涵和分析效能。

<sup>⑤</sup> 事实上我们在近年来基层实践部门及其工作人员的观念和行动中不难看到，法治社会建设活动与社会治理行动是不被区分的，在指导思想、行动计划、具体举措、评价指标、成效总结等方面二者往往都被混为一谈。

<sup>⑥</sup> 参见强世功：《“法治中国”的道路选择——从法律帝国到多元主义法治共和国》，载《文化纵横》2014年第4期。

## 二、法治社会范畴的认识框架

法治社会范畴成为主流意识形态中的正式用语，有着渐次明朗的轨迹。2012年11月，党的十八大提出，要更加注重发挥法治在国家治理和社会管理中的重要作用；2013年11月，党的十八届三中全会通过《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》提出了“坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进，坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设”；<sup>①</sup>2014年10月，党的十八届四中全会通过了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，从法治体系（总纲）、法律体系、法治政府、公正司法、法治社会、法治队伍、党的领导等七个方面对社会主义法治建设的总体布局做出了安排；2015年10月，党的十八届五中全会在“十三五”规划的建议中提出“加快建设法治经济和法治社会，把经济社会发展纳入法治轨道”；2017年10月，党的十九大再次明确“全面推进依法治国总目标是建设中国特色社会主义法治体系、建设社会主义法治国家”。<sup>②</sup>“坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设”，是全面推进依法治国总目标的具体表达，也是社会主义法治体系的三个层面。笔者认为，这一总目标的确立是我们的执政党在改革开放以来、特别是上个世纪90年代以来对法治理论和法治实践在认识上的重大进步，也是国家宪法确立的“依法治国、建设社会主义法治国家”基本治国方略的科学展开。“一体建设”目标的提出，为法治建设提供了立体化的方案，使法治由单一的政府推进模式转变为体系化的推进模式，在全面领会法治范畴的多重面向的基础上把握了权力制约的核心要义，为法治建设引入了不可或缺的社会之维。

法治社会建设对于依法治国总目标的实现具有基础意义，而展开法治社会建设的首要前提，则是要准确理解“法治社会”这一概念及其所衍生的命题，确立法治社会的正确理念。从语词结构来看，“法治社会”是一个偏正短语，是指某一种类的社会形态，即法治化了的社会、由法律缔造和治理的社会。因此，“法治社会”范畴并不意在表达某一主体以法律为手段来统治、控制社会。很多学者对法治社会的阐释都指明了这一要义，他们认为法治社会是“按照法律规范协调社会关系、化解社会纠纷、处理社会矛盾和决定社会公共事务的一种良性有序的社会状态”，<sup>③</sup>“是指社会的民主化、法治化、自治化”，<sup>④</sup>其外部基本特征表现为“社会组织依据法律和章程

---

<sup>①</sup> 《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》，人民出版社2013年11月版，第31页。

<sup>②</sup> 习近平：《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》，人民出版社2017年10月版，第19页。

<sup>③</sup> 龚廷泰、常文华：《政社互动：社会治理的新模式》，载《江海学刊》2015年第6期。

<sup>④</sup> 郭道晖：《法治新思维：法治中国与法治社会》，载《社会科学战线》2014年第6期。

等组织规则的自治”。<sup>①</sup>笔者认为，要准确把握法治社会范畴的意涵，树立正确的法治社会观念，应当以下述几个维度作为必要的认识框架。

第一，要从历史唯物主义法哲学的立场出发，在社会必然性的层面深刻理解法治社会。无论何种社会形态，都天然地存在着组织化、秩序化的需要。法治作为一种社会政治实践方式，是人类文明发展至今总结出的最安全、最有效的组织化、秩序化手段。归根结底，法治最终的功能指向乃是满足人类社会有序、稳定、健康运转的需要，它甚至本身就可以被视为一种社会关系的缔结方式和社会秩序的存在方式。它生发于社会并回馈于社会，社会是法治的真正母体。这就是说，法治必然地内蕴着社会的面向，没有理由被任何主体武断地据为己有，当作统治社会的工具或方式。马克思说：“社会不是以法律为基础的。那是法学家们的幻想。相反地，法律应该以社会为基础。”<sup>②</sup> 正确地把握法治的社会本体意义，才是符合历史唯物主义的，也才能真正理解法治社会的理论逻辑。

第二，要在“法治国家、法治政府、法治社会一体建设”的命题中理解法治社会。在法治社会与法治国家、法治政府的甄别中认识法治社会，有益于我们准确把握法治社会的特殊规定性。关于法治国家、法治政府和法治社会三者之间的关系，学术界有不同的理解。<sup>③</sup> 笔者认为，“法治国家”是对一个以法治为基本政治实践方式的政治共同体的抽象描述，它指明了法治是一个国家的经济生活、政治生活、文化生活等各个领域的基本存在样态。<sup>④</sup> 法治政府和法治社会则是“法治国家”这一抽象术语的具体展开。法治国家是一个上位概念，法治政府和法治社会则是法治国家之下的两个属概念。法治政府和法治社会作为法治国家的两翼，是法治在一个国家的公域和私域的分别体现。相比较而言，法治政府的内涵比较明确而具体，它更多的是指国家公权力机关在法律设定的制度框架内运行，具备有效的权力制约和监督机制；法治社会的

---

<sup>①</sup> 陈金钊、宋保振：《法治国家、法治政府与法治社会的意义阐释》，载《社会科学研究》2015年第5期。

<sup>②</sup> 《马克思恩格斯全集》第6卷，人民出版社1961年8月版，第291-292页。

<sup>③</sup> 有的学者认为，法治国家是指整个国家公权力的法治化，法治政府主要指国家行政权行使的法治化，法治社会则主要指政党和其他社会共同体行使社会公权力的法治化。（参见姜明安：《论法治国家、法治政府、法治社会建设的相互关系》，载《法学杂志》2013年第6期。）也有的学者认为，法治国家主要是解决执政党依法执政的问题，法治政府主要是解决政府与市场、社会组织行为的法治化问题，法治社会主要是在法律对社会组织与公民、政府之间的权力进行明确划分的情况下，实现社会管理体制现代化的问题。（参见陈金钊、宋保振：《法治国家、法治政府与法治社会的意义阐释》，载《社会科学研究》2015年第5期。）还有的学者认为，法治国家主要是在国家主权意义上而言的，是指全部国家机器、国家权力的民主化、法治化；法治政府一般特指行政权力运行的法治化；法治社会则属于社会权力范畴，它是相对于法治国家并与之互补互动，实行社会自治自律的独立实体。（参见郭道晖：《法治新思维：法治中国与法治社会》，载《社会科学战线》2014年第6期。）

<sup>④</sup> 法治国家的基本特征包括：具有完善的民主政治体制和运行机制；宪法和法律至上，任何国家机关、政党、社会组织和个人都没有超越法律的特权；全部国家公权力都在法律设定的权限和程序下运行，具备有效的权力制约机制；人权和公民各项法定权利能够得到有效保障和救济；司法权能够独立行使，为社会矛盾的解决和违法行为的纠偏提供公正的司法裁决；信赖法律、遵守法律是社会成员普遍的价值观念和行为方式，整个社会具有法治氛围和法治风尚，社会秩序井然有序。

内涵则更为丰富，有着多种指向的外部表征。虽然法治政府和法治社会都具有观念和制度两方面的要素，但法治社会相对更加以文化风尚的外观呈现于世。信奉法律的普遍观念、自觉守法的行为习惯、明确的权利意识、理性的思维方式等等构成的法治氛围，为法律制度与社会行为之间的传导提供了必要的场域，法治社会往往是这一场域的抽象表达。因此，对法治社会的观察和评价需要重点考量文化和观念的因素。

第三，要在实现法治国家的前提条件的意义上理解法治社会。法治的核心要义，在于国家权力的法治化，在于任何一种公权力类型都受到有效的监督和制约。权力制约的机制除了包括权力体系内部权力类型之间的相互制约，也包括来自外部的社会制约。后者具体是指公民、法人和其他社会组织对公权力的监督和制约，即所谓“以权利制约权力”。这种对权力的外部制约弥补了单纯“以权力制约权力”的制度不足。“现代法治的第一个前提就是它必须是以社会自治作为其基本社会构造的”，<sup>①</sup>为此，营造一个客观实在的法治社会场域，对于依法治国总目标的实现具有社会条件的意义。实践证明，对权力最有效的外部制约来自于社会组织。因为与公民个人和企业相比，各类社会组织往往拥有更加有效的组织力和更为强大的社会影响力，拥有更加广阔的信息来源，拥有更加多元且持久的监督、批评渠道，它们的公益和互益性质促使它们自觉地对权力的不当行为予以揭示与批评，从而使权力得以在阳光下运行。因此，法治社会的存在及其社会组织的发达，是实现法治国家的前提性条件。

第四，要将社会作为法治的主体来理解法治社会。法治社会是指一个依赖法律缔造秩序的社会，一个法治观念普及、法治氛围浓厚的社会，一个经由社会自我治理而达致和谐的社会。虽然国家的立法活动和法律实施活动是型构法治社会不可或缺的因素，但法治社会绝不可以片面地理解为国家或政府自上而下地运用法律统治社会。反之，法治社会内含着社会依凭国家法律和自生规范进行自治，以及社会自下而上地治理国家、监督政府的特定意蕴。因此，法治社会概念强调社会成员作为法治的主体意义，强调发掘社会潜力、激发社会活力、健全社会组织、发展社会事业。在法治社会的实践场域，“社会”这一抽象主体的具体组成，是公民、法人、其他经济组织，特别是担负着社会关系组织化、秩序化主要功能的社会基层自治组织（社区、村民委员会）、人民团体、公益组织、非营利组织等等。这些现实主体，乃是法治社会发展的中坚力量。

总之，在描述的意义上，法治社会是指一种由国家法律和社会自生规则共同缔造良好秩序的社会状态，以社会组织为主要主体的社会自治是其存在和运行的主要机理。在规范的意义上，

---

<sup>①</sup> 姚建宗编著：《法理学：一般法律科学》，中国政法大学出版社 2006 年 1 月版，第 388 页。

法治社会范畴涵摄价值、秩序、制度和观念四个维度的面向，<sup>①</sup>其中价值之维意味着法治社会是以自由、平等、公正、民主、尊严等价值理想为鹄的的社会，它承认并追求社会成员关于幸福生活的共同主张；秩序之维体现着法治社会的有序运行状态，它特别强调社会本身经由自治而实现的自我秩序化能力；制度之维反映着法治社会容纳了国家立法、善良风俗、社团章程、乡规民约等多元化的行为规范和多样性的纠纷解决机制，这使国家法律体系获得了必要的、有效的制度补充；观念之维呈现着法治社会中社会成员普遍具有较高的法治意识，丰厚的法治文化在社会行为与法律制度之间提供了必要的观念场域。法治社会的四维面向，共同构成了法治社会范畴的规范属性和基本特征。

### 三、社会治理范畴的中国语境

随着党的十八届三中全会提出“推进国家治理体系和治理能力现代化”命题，社会治理创新和提升社会治理水平迅速成为党和政府工作任务的重要着力点，“社会治理”也随即成为我国经济、政治、社会生活中的一个热词。事实上，“治理（governance）”作为一个特定的学术概念以及由之而生的理论范式，已经在中外学术界被使用、研究、争论了二十多年。确切地说，无论在中文还是英文世界，原本使用率非常低的“治理（governance）”一词从上世纪九十年代初开始爆发式地出现在国际学术研究领域，成为政治学、公共管理学、行政管理学、经济学、管理学、法学等学科共享的分析工具和理论热点，并很快波及我国。<sup>②</sup>概言之，治理概念及其理论在全球范围的兴起，根本原因在于人们普遍认识到日益复杂、交融、流动的现代社会已经无法由国家（政府）单独承担管理任务，政府必须对自己的角色、职能和行为方式做出调整；治理概念及其理论旨在将政府之外的主体和力量吸纳进来，形成一种新型的公共管理范式，在这一范式中，政府与经济组织、非政府组织、民众个体之间存在相互依赖的合作关系。

但是，治理理论在学术界的勃兴并没有很好地表现出治理概念作为分析工具的科学性和有效性。这主要体现在两个方面。其一，治理范畴的内涵和外延缺乏必要的规定性，这导致了“治理”一词在不同学科之间、学科与实践领域之间各取所用、各说各话，本应具有的特定内涵被任意拉伸的外延所摊薄，于是出现了“城市治理”、“乡村治理”、“学校治理”、“公司治理”、“分层治理”、“全球治理”等等溢出治理理论的提法，使“治理”停留于原本的日常语义，甚至只

<sup>①</sup> 参见周恒、庞正：《法治社会的四维表征》，载《河北法学》2018年第1期。

<sup>②</sup> 关于治理范畴及其理论极为细致的谱系研究，可参见王绍光：《治理研究：正本清源》，载《开放时代》2018年第2期。在学术界，“治理（governance）”一词作为专门的学术术语被设定，用意在于和“统治、管理（government）”相区别，旨在强调一种并非完全出自国家（政府）的、甚至与国家（政府）无涉的管理活动。比如在20世纪60-70年代，governance开始在城市管理和教育机构管理领域被使用，80年代以后，governance被经济学、管理学广泛用于公司治理话题，“直到20世纪80年代末，在政府管理领域、公共领域还很少有人使用‘governance’。”（王绍光：《治理研究：正本清源》，载《开放时代》2018年第2期。）

不过是“管理”的替代用语而已。其二，即使在治理理论的大本营——政治学和公共管理学领域，也没有对治理范畴的工具意义形成必要的理论共识，即治理范畴究竟是一个承载价值诉求的规范性概念还是一个偏重实证分析的描述性概念？如果是前者，治理范畴的规范性意涵应包括哪些内容？

在学术界，治理范畴的厘定和治理理论的构建总是在以之与“统治”的比较中展开的。大多数研究者认为，“治理（governance）”与“统治（government）”的最根本区别在于，统治的主体只是国家公共机构即政府，而治理是公共机构与私人机构的交互合作，私人机构可以成为治理的参与主体；<sup>①</sup>治理是国家与社会的合作、政府组织与社会组织的合作、公共机构与私人机构的合作、强制与自愿的合作。治理意味着在社会公共事务管理和公共物品提供上政府不再是唯一的权力中心，各种社会的和私人的机构亦可成为具体运作环节和不同层面上的权力中心；治理意味着现代政府正在把原先独自承担的职能向社会转移，进而导致国家与社会之间、公共部门与私人部门之间的界限和功能变得模糊；治理意味着在参与集体行动的各种组织机构之间存在权力的相互依赖，它们必须通过交换资源和共同磋商来达致共同目标。<sup>②</sup>从“统治”（government）到“治理”（governance）的模式转变，被人们称为“治道变革”或“公共管理的范式转换”。

由此可见，在政治学、公共管理学、行政管理学和法学等与社会管理密切相关的学科领域，治理范畴已被赋予了特定的规范性意涵，不是泛指所有一般意义上的公共事务管理行为。<sup>③</sup>治理范畴规定了一个国家（政府）治国理政的特定方式，即在传统的公共事务管理中加入了非政府的合作者，强调政府机构与社会力量的良性互动。但是笔者认为，治理范畴的规范性也仅限于此，不能再添付更多的带有价值诉求的理想尺度，否则就无法与“善治”、“良治”（good governance）等规范意涵更强的术语相区分。<sup>④</sup>更重要的是，对治理范畴赋予过多的民主性等意识形态，势必导致远离甚至抛弃治理一词的本义，最终使治理更接近于“自治”，那就完全失去了一个概念作为分析工具的特定语义和语用。无论如何，治理的核心主体是国家（政府），治理

---

<sup>①</sup> 走得远的人认为，私人机构可以是独立掌握治理权力的主体，甚至提出“无需政府的治理”命题。See R.A.W.Rhodes, “The New Governance: Governing without Government”, *Political Studies*, Vol.44, No.4(September 1996), pp.652-667. 转引自王绍光：《治理研究：正本清源》，载《开放时代》2018年第2期。

<sup>②</sup> 参见俞可平主编：《治理与善治》，社会科学文献出版社2000年9月版，引论第3-6页。

<sup>③</sup> 当然，也有学者坚决反对这种规范性的治理概念，认为它只不过是一个“空洞的能指”；所谓从统治到治理的“范式转换”乃是“一厢情愿的幻影”。（参见王绍光：《治理研究：正本清源》，载《开放时代》2018年第2期。）

<sup>④</sup> 有学者主张，“治理”不仅仅是一种工具性、技术性的政治行为，还是一种具有价值品性的政治行为，它内含以人为本的价值取向，应始终围绕保障和改进民生，促进人民的自由、幸福和全面发展。（参见江必新、王红霞：《社会治理的法治依赖及法治的回应》，载《法制与社会发展》2014年第4期。）

范畴并不意味着政府的隐退。<sup>①</sup>治理理论主张社会力量成为治国理政的参与主体，从表面上看似乎淡化了政府机构的地位和功能，其实质目的恰恰是旨在强化政府能效。因此，在笔者看来，治理范畴定义了一种国家（政府）主导、社会参与的公共管理方式，是一个偏重于描述的概念；至少在我国目前的社会经济条件和社会结构条件下，治理范畴尚不宜被定位于社会中心主义的实践范式。<sup>②</sup>

让治理范畴回归其描述功能，有助于我们正确理解当下中国政治话语系统中的“国家治理体系”、“治理能力”、“社会治理”等语汇所指向的政策意图和价值目标。毫无疑问，社会治理是与人类社会共生共存的实践活动，任何社会都天然地具有组织化、秩序化的基本需要，都离不开社会治理。今天我们重提社会治理，特别是在创新的意义上谈社会治理，一方面意在将社科研究成果融入国家政治实践，强调现代社会的公共管理特征，即政府与社会的共治；另一方面更是基于治理体系、治理能力的现状，用“现代化”“社会化”“法治化”“专业化”等表达方式区分了社会治理的传统与现代、实然与应然两个面向。如果我们不把治理范畴定位于规范意义较薄的描述性概念，就无法对“社会治理创新”、“提升社会治理水平”等议题展开讨论。

如前所述，我国社会结构的基本样态正在发生着根本性的变化，社会结构和社会关系的复杂程度决定了国家治理体系和治理能力必须相应升级，以应对社会治理的客观要求。所以，社会治理这一概念在当下中国成为热词，有其深刻的政治实践背景和特殊的中国意义，应当被放置在执政党坚持推进全面深化改革的背景下来理解，是“完善和发展中国特色社会主义制度，推进国家治理体系和治理能力现代化”这一全面深化改革总目标的题中之义。所谓国家治理体系，包含了一个国家经济、政治、社会、文化、生态等各个领域的管理制度与机制，而“政府治理、市场治理和社会治理是现代国家治理体系中三个最重要的次级体系。”<sup>③</sup>因此，社会治理与“国家治理体系和治理能力现代化”这一命题密切相关，是国家治理体系的有机组成部分，是治理能力现代化的水平指标，也是激发社会活力的具体方式。笔者认为，在当下中国的政治实践语境下，社会治理一词指称的是在执政党的领导下，由地方各级政府主导并负责，社会成员和社会组织等多种主体协同参与，共同管理社会公共事务、供给公共服务产品、维护社会秩序、化解社会矛盾和纠纷、满足社会公共利益需要的活动。

党的十九大报告用专章强调了社会治理议题，值得注意的是，一方面，报告将社会治理与

---

<sup>①</sup> 日本有学者将 *governance* 译为“协治”，笔者认为这一译法更准确地反映了对治理主体的理解。参见罗豪才、宋功德：《公域之治的转型——对公共治理与公法互动关系的一种透视》，载《中国法学》2005年第5期。

<sup>②</sup> 西方治理理论尽管流派众多，但主张弱化政府权力，实现多主体、多中心的治理多元化格局是其基本底色，强调政府与社会多元共治、社会的多元自我治理，甚至去除政府权威，都是从社会中心主义立场出发的政治主张。参见王浦劬：《国家治理、政府治理和社会治理的基本含义及其相互关系辨析》，载《社会学评论》2014年第3期。

<sup>③</sup> 俞可平：《推进国家治理体系和治理能力现代化》，载《前线》2014年第1期。

民生问题对接，以“提高保障和改善民生水平、加强和创新社会治理”的标题统领全章；另一方面，报告又用专门的段落讨论“打造共建共治共享的社会治理格局”，以之与其他民生话题相并列。<sup>①</sup>笔者认为，这一逻辑安排的背后，隐含着广义的社会治理（政府治理）与狭义的社会治理的区分问题。广义的社会治理就是指政府治理社会，<sup>②</sup>其内容主要是政府对社会公共事务的全面管理和服。在这里，治理的主体是政府，治理的内容是与民众生活（民生）休戚相关的事务，治理的合法性根据是现代政府的公共事务管理义务。正是在这个意义上，十九大报告通过社会治理一章在教育、就业、收入、社保、扶贫、医疗卫生、国家安全等事务上对政府提出了全面的要求。狭义的社会治理，乃是特指政府与社会的“共治”，亦即“共建共治共享的社会治理格局”。在这里，政府、公众、社会组织都是社会治理的主体，它强调“社会治理重心向基层下移，发挥社会组织作用，实现政府治理和社会调节、居民自治良性互动”，是一种“党委领导、政府负责、社会协同、公众参与、法治保障的社会治理体制”。<sup>③</sup>本文正是在这个意义上使用并讨论社会治理范畴的。

#### 四、法治社会和社会治理的关系辨析

严格地说，法治社会和社会治理存在于两个不同的话语系统中，以不尽相同的语义发挥不同的语用。法治社会主要解决的是一个社会的秩序由谁来缔造，以及该种社会秩序的形成、运行机理问题，它表征的是一种理想化的社会状态，即“法治化的社会”。社会治理解决的是一个国家（政府）如何进行公共事务管理、提供公共产品和服务、满足社会普遍利益需求的问题，它描述的是一种管理社会事务的活动和方式，即“对社会的治理”。然而，在学理上，法治社会和社会治理这两个范畴存在很大程度的理论内容交集，同时作为彼此独立的分析工具又常常互相借力发挥作用；在现实中，法治社会建设和社会治理活动的实践方式在主体、事项、手段、过程等多方面的外观上也多有重合之处。<sup>④</sup>因此，在理论上廓清二者的区别和联系，有助于法治社会建设和社会治理创新在指导思想保持正确，在行动方案上具备科学性、合理性和有效性。

---

<sup>①</sup> 参见习近平：《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》，人民出版社 2017 年 10 月版，第 44-50 页。

<sup>②</sup> 有学者认为，政府治理的内容包括三个方面：一是对政府自身的内部管理，当前我国政府自身的治理优化表现为建设法治政府和服务型政府；二是通过宏观调控维护市场经济的健康运行、通过法律手段规制经济交往活动；三是社会公共事务进行管理和服。参见王浦劬：《国家治理、政府治理和社会治理的基本含义及其相互关系辨析》，载《社会学评论》2014 年第 3 期。

<sup>③</sup> 参见习近平：《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》，人民出版社 2017 年 10 月版，第 49 页。

<sup>④</sup> 近年来，全国各地纷纷出现的社会纠纷多元化解决机制探索、城乡居民的公共法律服务体系建设、行业协会等社会组织公益和互益功能的发挥、社区群众的自治和联防行动等等，很难被简单地归于法治社会建设的内容抑或社会治理创新的举措。

如前所述,法治社会和社会治理这两个概念在学术研究和现实实践中常常没有被谨慎地区分使用,甚至有人在讨论法治社会的实践问题时直接将视野限定在社会治理的界域,在潜意识里把法治社会与社会治理相等同。笔者认为,法治社会与社会治理是分属于不同问题意识下的分析工具,各有其特定的意涵和功用,二者的区别具体包括以下几个方面。

第一,二者是分属不同科学研究领域的基本范畴,是不同论域下的概念工具。法治社会是法学研究领域特别是法治理论研究领域的基本范畴,是法治议题的具体化;社会治理是政治学、公共管理学和行政管理学领域的基本概念,是国家履行社会管理职能从政府本位到社会本位转变的言说方式。尽管必须承认,法治社会建设是近年来政治学领域开始关注的议题之一,法学研究无论在基础理论还是在某些部门法学领域也都不可避免地涉及社会治理,但是,这种学科间的自然交融并不否定基本分析工具的归属,毕竟相对独立的学科体系正是各自以一系列专门化的概念为纽结搭建而成的。

第二,二者作为独立概念的特殊性是由不同的问题意识决定的,它们的工具意义也正是旨在解决不同的问题。可以说,法治社会范畴衍生的所有问题都围绕“法”而展开,它的核心关切在于法律是否是社会秩序的缔造者,法治是否是这一社会类型的基本特征和评价标准,同时法治之“法”的正义性是法治社会范畴不可舍弃的价值要素。相对而言,虽然社会治理也讲求法治化进路,但社会治理范畴背后的所有问题都是以“治”为核心的,治理手段的正当性、合理性和有效性是其关注重心,社会公共利益的普遍满足是社会治理的目的所在,法治方式的选择也是为了更好地满足“治”的目的。

第三,二者作为特定的术语有着不同的概念功用。法治社会是一个富有价值取向意蕴的概念,它以社会成员和社会组织的独立、自愿、自治、商谈为基本交往方式,以整个社会法治观念的普及和法治氛围的存在为文化条件,以自由、平等、公正、人权、秩序等价值目标为理想愿景。这些价值标准,决定了法治社会范畴具有较强的规范性、评价性语用。反之,社会治理是一个偏于描述性的概念,它仅限于对某种特定的公共事务管理方式的描述,尽管其中的“治理”部分已被赋予了特定的规范性意涵,即强调政府与社会的良性互动、多元共治,但仍然属于规范意义较薄的描述性概念,在目标上基本只限于公共事务管理的实现和社会秩序的达成。

①

---

① 相比于“社会治理”,政治学领域的“善治”概念显然与法治社会范畴有着更大的理论交集,因为“善治”是一种被赋予了强烈价值诉求的社会治理。正如有学者描述的那样,“善治是以人为本、以人为本的治理,它是一个在坚持人权、民主、法治的制度环境下,为达到公平和可持续发展,而对人、自然、经济和财政资源进行的透明且负责任的管理。因此,善治是在尊重人权、崇尚民主和法治、安全和分权以及公民的社会参与基础上,所建立的一种政治和制度环境。善治的本质特征是:它是政府与公民对公共生活的合作管理,是国家与社会的一种新颖关系,是两者的最佳状态,即以民众为中心的治理。”(参见龚廷泰、常文华:《政社互动:社会治理的新模式》,载《江海学刊》2015年第6期。)善治实际上是“国家的权力向社会的回归,善治的过程就是一个

第四，二者在实践中占据主导地位的主体是不同的。就法治社会而言，活跃其中并占主导地位的一定是社会成员本身，社会成员发挥自身主体作用的基本方式，是通过自愿缔结各种社会组织实现社会生活领域的广泛自治。法治社会虽然不排除政府运用国家立法对社会关系进行调整，但这一范畴的根本要义在于社会组织的发达和以社会组织为主体的自治。相比之下，社会治理虽然从社会本位的观念出发强调社会成员和社会组织对公共事务管理的参与，但无论如何，政府仍然是社会治理的主导者和责任人，<sup>①</sup>其他社会成员和社会组织只是政府不可忽视的参与者、协助者。所以笔者同意这样的观点：“社会治理呈现出三种基本状态，即政府对于社会的治理、政府与社会组织和公民的合作共同治理、社会自治。在这其中，政府对于社会的治理，实则是社会治理的主体形态和主要内容。”<sup>②</sup>

第五，二者的不同内涵决定了在实践中有着各自不同的目标和任务。相较而言，法治社会范畴更为抽象和丰富的内涵，决定了法治社会建设的任务十分宽泛。它包括以法治为载体的自由、平等、公正、民主、人权等价值观念的弘扬，国家法律体系和社会民间规则相结合的社会规范系统的完善，社会组织良性运作和依法自治的秩序化状态的实现，崇法、守法、用法的法治氛围和法治文化的形成等等。社会治理这一范畴，与社会公共事务管理的政府义务密切相关，它以人民获得感、惠民措施、脱贫攻坚、教育事业、就业状况、居民收入、社会保障等民生事业为具体内容，以人民生活水平的不断提高为目标。这些内容在党的十九大报告中都有所表达，<sup>③</sup>是以人民为中心的发展思想的直接体现。这一指导思想是否确立，直接关系到社会治理的实践方向是否正确。

当然，法治社会与社会治理这两个概念在理论上具有高度的可通约性，在实践上也有着许多共同面对的问题，譬如它们都以社会的安宁有序为目标，都主张以法律为基本手段对社会关系进行调整，都强调社会主体在社会公共事务中的高度参与，都主张政府与社会的共治是社会运行的理想状态，都接受多元化的社会规范和矛盾纠纷解决机制，都提倡公民意识和公民精神，都重视政治参与和社会监督，都追求社会权力在公共领域的有效实现，等等。关于法治社会与社会治理范畴的理论复合之处，主要有以下几个方面。

首先，法治社会和社会治理都以存在一个和谐有序、充满活力的社会为前提，以多元化的

---

还政于民的过程。善治的基础与其说是在政府或国家，还不如说是在公民或民间社会”。（参见俞可平：《治理与善治》，社会科学文献出版社2000年9月版，第11页。）

<sup>①</sup> 笔者认为，我们现在讲的社会治理创新、提升社会治理水平，都是党中央对各级政府提出的要求；党的十八届三中全会围绕创新社会治理体制提出的改进社会治理方式、激发社会组织活力、创新有效预防和化解社会矛盾机制、健全公共安全体系等具体内容，都是以政府为主体对象的任务部署。

<sup>②</sup> 王浦劬：《国家治理、政府治理和社会治理的基本含义及其相互关系辨析》，载《社会学评论》2014年第3期。

<sup>③</sup> 参见习近平：《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》，人民出版社2017年10月版，第5页。

社会结构格局为条件。一个相对自在的社会领域的存在，不但是法治社会概念成立的基础，甚至也是法治国家能否实现的基础。确如有学者所说，“一个以市场为中心的平等、自由和协商的社会领域，始终是法治国家的根基所在。”<sup>①</sup>从我国的现实状况来看，“法治社会在目前还是法治国家和法治政府的衍生物。法治社会的范围有多大，在很大程度上取决于权力退出的领域有多大。”<sup>②</sup>因此我国法治社会建设最重要的指导思想乃是正确处理政府与社会的关系，实现政社分开，为社会让出自主发展的空间。就社会治理而言，多元共治的社会治理本身就意味着新型的“国家-社会”关系模式的出现，没有一个相对独立的社会领域，社会治理也就无从谈起。在从统治到治理的“治道变革”时代，社会公共事务的管理和社会公益的实现不再是政府单方面的使命，而是全社会的共同任务。治理的基本特征就是社会对社会公共事务的自我管理或与政府的合作管理，没有健全的社会就不可能有治理。反之，社会及其组织机构的发展也必然带来社会公共事务和社会公益事业从统治到治理的变迁。

其次，法治社会和社会治理所依赖的运行机理具有极大的相通之处。具体而言，法治社会和社会治理都强调社会自治的机制，都主张通过社会成员的自治以及社会与政府的共治来达致社会目标。无论在法治社会建设还是在社会治理实践中，社会组织的广泛建立和有效运作都是社会自治机制的实现方式。社会组织是否发达，社会组织的活力是否充分发挥，是社会治理水平得以提升的前提条件，也是判断法治社会成熟度的直观标准。<sup>③</sup>为此，当下我国法治社会建设和社会治理的重点任务，就是尽快实现社会组织的去行政化。这既包括去除社会组织外部不必要的行政干预和约束，也包括去除社会组织内部的官僚化积弊。只有实现去行政化，才能使社会组织回归其本来属性，发挥其应有功能，从而激发出社会组织的最大活力，使其成为法治社会建设和社会治理的主要力量。

再次，法治社会和社会治理有着同样的多元化的制度依赖，它们都不仅以国家正式立法为规范依凭，也以非正式的民间规范为调整手段。“实行法治并不意味着奉行法律中心主义，真正有效的经验是把法律与其他社会控制资源结合起来，根据特定的社会条件，综合、协调地发挥

---

<sup>①</sup> 张文显：《法哲学通论》，辽宁人民出版社 2009 年 12 月版，第 373 页。

<sup>②</sup> 陈金钊、宋保振：《法治国家、法治政府与法治社会的意义阐释》，载《社会科学研究》2015 年第 5 期。

<sup>③</sup> 党的十八大以来，最高决策层十分重视引导社会组织加强自身建设、参与社会治理和公共服务，发挥法治功能。在社会治理方面，十八届三中全会提出要“促进群众在城乡社区治理、基层公共事务和公益事业中依法自我管理、自我服务、自我教育、自我监督”；“鼓励和支持社会各方面参与，实现政府治理和社会自我调节、居民自治良性互动”；“激发社会组织活力。正确处理政府和社会关系，加快实施政社分开，推进社会组织明确权责、依法自治、发挥作用。”（《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》，人民出版社 2013 年 11 月版，第 31、49、50 页。）在法治社会建设方面，十八届四中全会做出了更详尽的部署，提出要“发挥人民团体和社会组织在法治社会建设中的积极作用。建立健全社会组织参与社会事务、维护公共利益、救助困难群众、帮教特殊人群、预防违法犯罪的机制和制度化渠道。支持行业协会商会类社会组织发挥行业自律和专业服务功能。发挥社会组织对其成员的行为导引、规则约束、权益维护作用。”（《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，人民出版社 2014 年 10 月版，第 28 页。）

其作用。”<sup>①</sup>应当说，法治社会建设正是这种法治理念在实践中的真实展开。在笔者看来，法治社会的调整手段包括两个层面的规范，一是市民公约、乡规民约、行业规章、社团章程、善良风俗等，这是法治社会中的初阶规范；二是国家法律、政府规章和地方法规等，这是法治社会中的高阶规范。<sup>②</sup>同样，这两个层面的规范也是社会治理实践中的制度依赖。甚至可以认为，那些生发于社会成员交往和社会组织行动、与法治原则和正式法律制度相匹配的种种非官方规范，能够更有效地满足社会自治和社会治理的需要。

最后，法治社会和社会治理以民主价值为共同追求，是加强人民当家作主、完善社会主义民主政治的实践方案。相较于法治国家和国家治理，法治社会和社会治理所共有的“社会”一词，更为直观地彰显了民主观念、民主价值、民主制度和民主实践。党的十九大报告指出：“发展社会主义民主政治就是要体现人民意志、保障人民权益、激发人民创造活力，用制度体系保证人民当家作主。”<sup>③</sup>这里的制度体系，应当包含法治社会和社会治理的制度内容。法治社会建设和社会治理创新，都是积极稳妥推进政治体制改革的有效手段，是保证人民通过各种途径和形式管理国家事务、经济文化事业和社会事务的基本方式，都有益于实现社会主义民主政治的制度化、规范化和程序化。具体而言，法治社会建设和社会治理创新的实践方案，都体现了对社会成员知情权、表达权、参与权、监督权的强化和保障，是完善基层民主制度的直接举措。尤其在发挥协商民主的制度作用上，法治社会和社会治理有着鲜明的共同理念，完全符合党的十九大所提出的“要推动协商民主广泛、多层、制度化发展，……形成完整的制度程序和参与实践，保证人民在日常政治生活中有广泛持续深入参与的权利”的要求。<sup>④</sup>

由上可见，法治社会与社会治理范畴在理论上的通约性决定了实践上的交叠。对我国当下而言，社会治理可以被视为法治社会建设的实践组成部分，法治社会是社会治理的目标指向和规范化要求。为此，二者的交叠关系也体现在了党和国家的大政方针之中。例如，党的十八届三中全会在创新社会治理体制问题上提出：“坚持依法治国，加强法治保障，运用法治思维和法治方式化解社会矛盾。”<sup>⑤</sup>党的十八届四中全会对法治社会建设的基本任务进行了部署，其中第二项内容就是“推进多层次多领域依法治理”，具体表述为“坚持系统治理、依法治理、综合治理、源头治理，提高社会治理法治化水平。”<sup>⑥</sup>

---

<sup>①</sup> 顾培东：《中国法治的自主型进路》，载《法学研究》2010年第1期。

<sup>②</sup> 参见庞正、杨建：《法治社会的理论内涵与实践意义》，载《金陵法律评论》2015年秋季卷。

<sup>③</sup> 习近平：《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》，人民出版社2017年10月版，第36页。

<sup>④</sup> 习近平：《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》，人民出版社2017年10月版，第38页。

<sup>⑤</sup> 《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》，人民出版社2013年11月版，第49页。

<sup>⑥</sup> 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，人民出版社2014年10月版，第27-28页。

综上所述，在我国全面深化改革、完善和发展中国特色社会主义制度的实践过程中，法治国家与国家治理、法治社会与社会治理之间存在着紧密的逻辑关系。党的十九大报告指出：“全面依法治国是国家治理的一场深刻革命”。<sup>①</sup>在笔者看来，这是一个关乎依法治国与国家治理之关系的判断：依法治国是国家治理诸多方式中的一种理想方案，是国家治理体系和治理能力的质变性提升；同时，全面推进依法治国，是实现国家治理体系和治理能力现代化的科学进路，法治化是国家治理现代化的基本走向。同理，作为全面依法治国一体建设总目标的结构要素，法治社会也具有规范意涵，是一种社会状态的应然图景设定；相较而言，社会治理作为国家治理的组成部分，则更多地用于表达政府机构与社会力量共同管理社会公共事务的事实状态，它应当以法治社会的实现作为理想目标。单纯从政府这个主体的角度看，法治社会建设往往意味着各级政府要运用法治思维和法治方式提高社会治理水平，推进社会治理的法治化、社会化、专业化，同时大力扶持社会组织健康成长，发掘社会潜力、激发社会活力。因此，在地方各级政府的实践过程中，法治社会建设和社会治理创新不可避免地在行动方式上呈现出较高程度的复合性，但我们要注意不可在思想认识上混同这两个范畴。

---

<sup>①</sup> 习近平：《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》，人民出版社 2017 年 10 月版，第 38 页。

## 组织与权威：人民调解的兴衰、重振和未来发展逻辑

钱大军\*

**摘要：**新中国成立后，人民调解经历了兴盛、衰落与重振的过程。要想重振人民调解，必须探查其兴盛与衰落的逻辑，否则很可能无法实现对它的功能预期。人民调解之所以能够发挥其所承载的功能，原因在于，其所依赖的组织结构与权力网络能够提供权威。当其所依赖的组织结构随着市场经济体制的建立而逐渐消解后，人民调解也就逐渐失去了有效性。虽然人民调解的重振也遵循了组织机构建设与权威赋予的逻辑，但是，由于组织结构等多重原因，这种努力最终收效甚微。曾经为人民调解提供了权威的组织结构，在当下，却可能因为压制自愿、扭曲合意而成为阻碍调解权威产生的因素。脱离社会结构宰制的“互联网+人民调解”恰因为中立性、程序的公正性等特性而自我生产出获得当事人信任的权威，并由此可能成为人民调解未来的发展方向。

**关键词：**人民调解；组织；权威；“互联网+”

### 引言：问题的提出

新中国成立后至上个世纪九十年代末期，兼具传统中国调解与社会主义政法新传统<sup>①</sup>两种因素、被誉为“东方经验”的人民调解在代表国家对社会进行统合与管制的同时，在纠纷解决方面也发挥了重要的作用，成为解决社会矛盾冲突的重要途径，并承载了繁杂的社会功能。在学者们看来，此时的人民调解已经成为调和制定法和与之疏离的社会、发展制定法以及使制定法融入社会的途径。<sup>②</sup>“人民调解从创设到法律制度规范，都融合了基层社会治理、传统文化传承、纠纷预防和解决等独特的社会功能和政治功能。”<sup>③</sup>但是，发挥如此多功能的人民调解在进入新世纪后却逐渐失去了往日的光辉。这一时期，人民调解无法再承担基层治理与发展法律的功能，甚至其所承担的让世人瞩目的纠纷解决功能也被以国家面貌出现的诉讼、仲裁与行政调解所蚕

---

\*吉林大学法学院教授、博士生导师，吉林大学司法数据应用研究中心研究员。本文系国家社会科学基金重点项目“医患纠纷人民调解模式研究”（14AZD149）、教育部高校人文社会科学重点研究基地重大项目“以中国实践为基础的法律体系理论研究”（17JJD820003）、国家 2011 计划司法文明协同创新研究中心资助的阶段性成果。

<sup>①</sup>参见强世功：《权力的组织网络与法律的治理化——马锡五审判方式与中国法律的新传统》，载强世功编：《调解、法制与现代性：中国调解制度研究》，中国法制出版社 2005 年版，第 204 页。

<sup>②</sup>参见季卫东：《调解制度的法律发展机制》，载强世功编：《调解、法制与现代性：中国调解制度研究》，中国法制出版社 2005 年版，第 65-77 页。

<sup>③</sup>范愉：《非诉讼程序(ADR)教程》，中国人民大学出版社 2012 年版，第 180-181 页。

食和替代。<sup>①</sup>虽然有学者认为,以“人民调解组织与其调解纠纷的数量之比来证明其作用的降低”<sup>②</sup>存在逻辑上的断裂,但是,人民调解日渐衰落已经成为共识。

进入新世纪后,随着社会矛盾纠纷的激增、诉讼化社会的到来,出于缓和社会治理矛盾、化解信访危机和缓解法院裁判压力等需要,党和国家开始推动包括人民调解在内的调解制度的复兴,以构建多元的纠纷解决机制,这就是人民调解的否定之否定过程,<sup>③</sup>也即人民调解的回归。<sup>④</sup>从本世纪初开始,社会治理中出现的矛盾越来越多,这些矛盾通常较难解决,有的甚至会牵动或冲击整个国家政治体制。为了解决这些问题,2000年中央社会治安综合治理委员会下发《关于进一步加强矛盾纠纷排查调处工作的意见》,以重振人民调解。之后,最高人民法院提出多元化纠纷解决机制“三步走”改革步骤——“法院做好诉调对接、中央出台相关政策、改革成果转化为立法”。在这一改革步骤获中央认可后,多元化纠纷解决机制改革试验便正式开始。2010年十一届全国人大常委会审议通过了《人民调解法》,“党委领导、政府支持、多方参与、司法推动”的多元纠纷解决机制逐渐形成。经过上述的系列政治推进与立法操作,人民调解在“体制”与“制度”上得到了充分的支持、实现了一定程度的回归。在实效上,人民调解也有了一定的恢复。但是,曾在历史上发挥过卓越的纠纷化解功能的人民调解的理想原型并没有在社会治理转型与多元化纠纷解决机制的建构过程中得到恢复。

要想正确理解党和国家的决策、破解人民调解兴衰的密码,就必须回答以下问题。首先,为什么经过改造的人民调解能够在历史上发挥社会治理、纠纷解决的功能?如果人民调解的核心与权威相关,那么权威源于何处?在社会发展过程中,什么导致了人民调解的功能被消解?其次,为什么人民调解的回归并没有使其充分实现纠纷调解等功能?对人民调解的重振,为什么没有激发设置在村民委员会、居民委员会以及企事业单位中的人民调解委员会的活性?这些失败是调解组织失去活性造成的还是缺少权威造成的?最后,理想的、以自愿与合意为核心的人民调解能否被振兴?作为社会结构组成部分的人民调解要想重新承载纠纷解决的功能,应该将人民调解组织设置在何处?人民调解的权威来源于何处?

如果只是为了祛除信访对政治与行政所造成的威胁、缓解司法机构的信任危机和减轻法院的案件审理压力而盲目地重振人民调解,却不对上述问题给予回答,那么,以“民间”、“自治”

---

<sup>①</sup>“人民调解纠纷呈现逐年下降的趋势,1981年人民调解的数量是法院民事一审结案数量的8.72倍,到了2011年仅为1.19倍,下降了86.4%,年均下降率2.8%”。参见朱景文主编:《中国法律发展报告2012中国法律工作者的职业化》,中国人民大学出版社2013年版,第10、11页。

<sup>②</sup>范愉通过调解数量的下降与诉讼的增加或调解本身的失效之间的关系、基层人民调解的社会功能量化标准、调解的作用、多元解纷机制四方面的研究论证“不应仅以调解数量作为衡量调解效果的唯一标准。”范愉:《〈中华人民共和国人民调解法〉评析》,载《法学家》2011年第2期,第11页。

<sup>③</sup>参见范愉:《〈中华人民共和国人民调解法〉评析》,载《法学家》2011年第2期,第1页。

<sup>④</sup>参见洪冬英:《论大调解格局下的人民调解制度定位》,载《河南财经政法大学学报》2013年第4期,第79页。

与“合议”为标签的理想型人民调解只会离我们越来越远。因此，本文的旨趣就在于对上述问题进行分析，在此基础上尝试给出一个说明性的回答。

### 一、组织与权威：人民调解的发达与衰落逻辑

在纠纷的诸多解决方式中，除了协商与和解外，调解（包括司法调解、行政调解和人民调解等）与诉讼审判都需要居间的主持者，而且，主持者并非是罗伯特议事规则中的主持者，不能只承担主持工作，还需要对纠纷进行分析与评判。“尽管调解是一种在充分尊重当事人个人意愿的前提下进行的纠纷解决方式，但纠纷的有效解决必须有权威的介入。”<sup>①</sup>在新中国历史上大放异彩的人民调解为什么具有让人“信服”的权威，其权威源于何处？一般认为，人民调解所具有的令人信服的权威，依赖于主持者的身份及调解所依赖的准则等因素<sup>②</sup>。除此之外，主持者“动用了强有力的政治、经济、社会和道德上的压力，并施加于一方或双方当事人身上，使他们最终保留小的争议但达成‘自愿的’一致意见。”<sup>③</sup>政治、经济、社会和道德上的压力主要源于主持者所执行的制度及其载体的权威。制度所具有的权威，其一，取决于制度本身是否能够得到人民信任，例如制度是否符合公正和效率的价值；其二，取决于制度运转所依赖的外在环境系统是否支持制度的运转，或者说，制度运转所依赖的外在环境系统能否将其本身的权威传递给制度，传递的方式则包括外在环境系统对制度的运行给予全力支持或提供足够的物质与精神资源等；其三，取决于制度能否进行权威的自我生产，即制度及制度的载体能否自生权威。在制度获取权威的过程中，制度运行载体是制度获取外在权威和自生内部权威的重要途径，因此，从制度运行载体出发，可以窥见人民调解的兴衰逻辑。

在学者们的论著<sup>④</sup>中，依据风俗习惯、乡规民约等非国家性规范进行居间自治调处只是人民调解在被改造之前的映像。经过革命改造，人民调解的载体变为人民调解委员会。“组织的结构与组织的功能是密切相关的，一定的组织结构，只有具有一定功能才有意义；而一定的功能，又必然依赖于一定的组织结构才能产生。”<sup>⑤</sup>既然功能的实现取决于组织的结构，那么，对于人民调解而言，其之所以能够承担纠纷解决的功能，原因就在于，人民调解的组织结构设计满足其所承载的功能。

#### （一）人民调解兴盛的组织基础及其权威

---

<sup>①</sup>陈柏峰：《乡村司法》，陕西人民出版社2012年版，第205页。

<sup>②</sup>范愉：《〈中华人民共和国人民调解法〉评析》，载《法学家》2011年第2期，第11页。

<sup>③</sup>[美]柯恩：《现代化前夕的中国调解》，载强世功编：《调解、法制与现代性：中国调解制度研究》，中国法制出版社2005年版，第88-89页。

<sup>④</sup>参见范愉：《〈中华人民共和国人民调解法〉评析》，载《法学家》2011年第2期，第11页。

<sup>⑤</sup>刘祖云：《组织社会学》，中国审计出版社、中国社会科学出版社2002年版，第251页。

建国后，原有的纠纷解决机制丧失了旧日的活力，新的体制及意识形态要求新社会采用新式的纠纷解决机制，人民内部的矛盾要以人民内部的方式——人民调解机制解决。1954年，政务院通过了《人民调解委员会暂行组织通则》，“到1955年底，全国70%的乡村、街道建立了人民调解委员会，总数达到17万多个，共有调解人员100万人，成功调解了大量的民间纠纷”。

<sup>①</sup>人民调解委员会一方面因按照外部系统运作而得到了外部系统的支持，进而继受了外部系统的权威；另一方面因掌握了大量国家配置的资源且是社会个体获取资源的唯一途径，而成为个人信服、信任、甚至畏惧的对象，进而在内部自我生成了权威。

首先，在外部系统层面，人民调解委员会产生于权威的政治系统，并接受拥有权威的政治系统和司法系统的支持、指导和帮助。1954年的《人民调解委员会暂行组织通则》明确规定，调解委员会在基层人民政府及基层人民法院指导、监督和帮助下工作。1982年《宪法》明确将人民调解委员会设立在居民委员会、村民委员会。乘着机构改革之机，司法部和各级司法行政机关都建立了相应的管理人民调解工作的职能部门。虽然《宪法》、《民事诉讼法（试行）》都在原则上规定了人民调解委员会是调解民间纠纷的群众性组织，但是，1989年的《人民调解委员会组织条例》仍然延续了1954年的规定：人民调解委员会“在基层人民政府和基层人民法院指导下进行工作”；基层人民政府有权力对调解达成的协议予以支持或者纠正。

然而，一方面，按照政治运作的常识，如果调解协议只是轻微地违反了法律和政策，那么，出于赋予人民调解委员会权威以解纠纷的目的，基层人民政府不会对这类调解协议予以纠正。另一方面，人民调解委员会虽然在法律上是自治的组织，但是在实践中，作为具体纠纷解决事务的执行者，其一般被看成是政府的代表，至少被认为会得到基层人民政府和人民法院的支持。由此，基层人民政府和人民法院就成为人民调解委员会的权威的一个来源，即学者在总结人民调解建设误区时所言的人民调解行政化和司法化倾向。<sup>②</sup>需要注意的是，人民调解的行政化与司法化倾向是客观事实，并不是人们对人民调解的误解，反而在一定程度上是制度制定之本意。也就是说，人民调解委员会天然就具有政治性。这种政治性是共产党群众路线的实践产物，也是后来被称为社会主义新传统的单位制的必然特征。

其次，在内部组织载体上，人民调解委员会的权威源于设置于其中的组织机构所拥有的配置资源的权力，而且经由此种权力配置给个体的资源是人们获得资源的唯一途径。“新中国成立之后，中国社会的组织体制在国家的强力干预下进行了巨大的改组，形成了独特的城市单位体制和农村公社体制。”<sup>③</sup>城市的单位和农村的公社，再加上1954年出现的居民委员会，三者共同

---

<sup>①</sup>程凯：《党史视野中人民调解工作的历史演进》，载《福建党史月刊》2015年第7期，第58页。

<sup>②</sup>参见范愉：《〈中华人民共和国人民调解法〉评析》，载《法学家》2011年第2期，第1页。

<sup>③</sup>高勇、吴莹：《国家与社会：“强国”与“新民”的重奏》，中国社会科学出版社2014年版，第33页。

构成了社会中新的蜂窝型社会结构。新的蜂窝型社会结构取代了传统的由家庭、宗族、村社所构成的旧的蜂窝型社会结构，<sup>①</sup>所有的人都必然属于这个新的蜂窝结构，离开了这个蜂窝结构，其根本无法获取资源生存。

以前文述及的单位的权威之生成与维系为例，作为“国家对社会进行直接行政管理的组织手段和基本环节”，<sup>②</sup>单位制及其具体的单位组织在承载经济生产、政治动员等诸多功能的同时，也成为国家配置资源以及一切福利的基本管道。由于“各种政治组织（如党组织）与单位相重叠，因此单位成员必须在政治上依附于单位”。<sup>③</sup>“国家和政府的社会控制主要是通过单位实现的，而单位在单位成员中贯彻国家整合和控制的意志则主要是基于单位成员对单位的全面依赖性，通过单位办社会、单位自身功能多元化的过程来实现的。因为在任何相互依赖的社会情境中，人们只有以服从为代价才能换取资源，进而获取在社会上行为的身份、自由和权利。”<sup>④</sup>如此一来，对于其成员而言，单位组织就具有了一种绝对的权威。即使在改革开放后、明确进行社会主义市场经济体制改革之前，也是如此。

依照上述逻辑，即使不设置调解委员会，单位由于承担了“办社会”的所有功能，也必然要对成员之间的纠纷予以解决。只要调解“协议”没有突破法律、道德和单位内部规则的底线，“单位人”根据理性权衡，就都得接受调解结果，甚至“乐于”接受调解结果。唯有如此，“单位人”才能在分配其所需利益的唯一途径中获得生存、发展所必需的资源、机会和空间。支配与强制能够产生权威，单位对其成员的绝对支配当然能够产生出单位内部调解所必须具备的权威。

居民委员会、人民公社及后续的村民委员会的权威与单位的权威具有同构性。居民委员会也承担了大致与单位制相同的诸多资源配置的工作。以证明文件为例，几乎所有的关于日常生活的证明都出自居民委员会。“从生到死，从吃到用，从办婚事到办丧事，从申报户口到减免医疗费用，从调换房屋到购买车船票，从处理一只死猪到购买猪药，差不多涉及人民日常的问题都要里弄（上海市的居民委员会别称）证明。”<sup>⑤</sup>与城市中的以控制资源为手段来获得权威的单位和居民委员会一样，新中国土地改革之后建立的农村人民公社及后续的村民委员会，不仅因其社会治理机构的身份而占有国家赋予和传送的外在权威，而且因具有资源分配权而自我产生了内在权威。所以，设置于居民委员会、村民委员会的人民调解委员会所主持的调解对居民、

---

<sup>①</sup>参见高勇、吴莹：《国家与社会：“强国”与“新民”的重奏》，中国社会科学出版社2014年版，第33页。

<sup>②</sup>路风：《单位：一种特殊的社会组织形式》，《中国社会科学》1989年第1期，第72页。

<sup>③</sup>高勇、吴莹：《国家与社会：“强国”与“新民”的重奏》，中国社会科学出版社2014年版，第36页。

<sup>④</sup>李汉林：《中国单位社会：议论、思考与研究》，上海人民出版社2004年版，第6页。

<sup>⑤</sup>郭圣莉、高民政：《1952-1957：上海市居民委员会调整与完善的历史考察》，《上海行政学院学报》2002年第2期，第58-59页。

村民当然具有权威性。

当然，除了人民调解委员会所具有的外部权威和内生权威外，本文并不排除因为调解合理考虑了双方利益而被人们信服。但是在特定的历史社会环境中，人民调解委员会所主持的调解之所以能够得到人们的较为普遍的信服，绝不会没有人民调解委员会的权威这个原因。

## （二）组织载体及其权威的消解与人民调解的衰落

自从十四大明确提出社会主义市场经济体制建设的目标以来，社会主义市场经济撬动了既有的社会组织结构，改变了社会的治理方式。这种改变集中表现为：单位组织所承载的功能由政治、经济等多重功能转变为以经济功能为主，村民委员会所承载的功能也逐渐减少；资源获取途径的多元化导致人们的生存空间不再局限于单位和村庄，个人成为不再依附于单位等组织才能生存的社会人。由于一方面，法律定位的变化使得设置调解委员会的组织被迫斩断或减少了对外部权威的继受，另一方面，资源获取途径的多元化使得这些组织的内生权威被逐渐消解，因此，人们降低了对组织及设置在组织内部的人民调解委员会的信服程度。如此一来，原来以调解为解决矛盾的主要方式的人们，现在能够选择更多的途径、方来解决纠纷，而不需要再局限于这种和稀泥式的可能并不公平的解决方式。所以，进入 21 世纪后，人民调解开始快速衰落。可以说，人民调解的衰落是市场经济引发的社会组织变动的衍生物。

在外部系统层面，虽然 1989 年的《人民调解委员会组织条例》仍然有效，也即人民调解委员会还是产生于权威的政治系统，并接受拥有权威的政治系统和司法系统的支持、指导和帮助，但是，单位的破产和转轨以及单位功能的单一化、居民委员会和村民委员会的自治组织地位的实质化，使得外在系统的权威进入组织系统的管道被斩断或者阻塞。同时，组织的内部结构变化和自身功能定位的变化导致组织无法或者不愿意接受政府赋予的功能与权威。例如，企业在社会中的主要定位就是以获取利润为根本目的，其往往不愿意承担纠纷解决的功能。《人民调解法》出台时关于是否在企业内设立调解委员会的争论就体现了这一点。“工会系统始终认为无需在企业内部设立人民调解组织，理由是企業不应承担过多社会功能，而解决企业内部纠纷可以工会为主。”<sup>①</sup>

在内部组织载体层面，单位、村民委员会、居民委员会因为掌握资源而内生的权威随着资源优势的丧失而减弱，甚至趋于消解。仍以单位为例，随着市场经济体制的建立，由政府鼓励和引导的、不具有单位组织特质的私营企业、个体工商户等在社会中迅速出现，而原有的单位组织则因为经营不善而破产或者转轨，数量急剧减少。同时，单位的员工为了追求经济利益或者不同的人生，也离开体制而投身经济大潮，即流行一时的“下海”。此外，以营利为目的的企

---

<sup>①</sup>范愉：《〈中华人民共和国人民调解法〉评析》，载《法学家》2011年第2期，第2页。

业也不愿意继续承担政治和基层社会治理的功能。这些因素共同促使受制于单位的“单位人”转变为“社会人”。理性的“社会人”不会选择缺少权威的纠纷解决机制去解决纠纷，企事业单位内部的人民调解委员会逐渐如日暮西山。与此同时，由于住房、教育、养老等功能改由市场和专有的机构来承载，居民委员会与单位组织一样失去了资源控制能力，在履职时转化为纯粹的服务机构，失去了让居民信服的力量。在广大农村，由于控制资源的减少、基层自治组织的定位和外部监督机制的缺乏，村民委员会的权威亦日益减弱。随着村民的流动以及眼界的开阔，村民对原有规则和调解权威逐渐产生了质疑，再加上村庄空心化导致的纠纷减少、法院纠纷解决能力的增强，农村的人民调解不但在数量越来越少，而且在协议的履行上也出现越来越多的问题。

概言之，随着市场经济体制的确立，资源多为个人自己掌控，人们的生存空间不再局限于所属的组织。组织权威的丧失使得人民调解失去了人们的信任。在这个过程中，组织功能的单一化也免除了其纠纷解决的责任；立法和司法制度的完善导致司法等正规的纠纷解决方式有能力替代原有的机制进行纠纷解决。同时，内部规则、乡规民约、传统道德等非法律规范也逐渐受到人们的质疑，失去了人们的信任。人民调解在市场经济大潮中逐渐失去光芒。

## 二、法律权威的输送与再组织化的人民调解

进入新世纪后，面对纠纷解决无法终结所导致的信访问题和法院案多人少的困境，决策者在寻找对策和反思既有纠纷解决方式时，将人民调解重新纳入视野，人民调解由此成为了社会治理和司法体制改革的关注点。如引言所述，国家试图通过大量的法规政策来恢复人民调解。但是从目前的实效来看，收效并没有达到预期，没能重现当年的“东方之花”的效果。

人民调解的重构为什么没有实现其功能预期？一如前述，重构人民调解必须考察人民调解的兴盛与衰落逻辑，否则这一努力只能是事倍功半。人民调解之所以能发挥案结事了纠纷解决功能，主要是因为当时负有纠纷解决功能的组织结构具有从外部继受和内部自我生成的绝对权威，而人们又生存于不流动的组织结构中，在外部纠纷解决机制贫乏的条件下，人们只能选择人民调解这种纠纷解决机制并接受其结果。随着市场经济对整个社会结构的撬动，人民调解因造成其兴盛的上述条件消失殆尽而走向衰落。在上述诸多条件中，人民调解以外的纠纷解决机制的缺乏和组织的封闭性都是不可重构的因素，调解组织的机构设置及其权威是其重建所能依凭的基本手段。决策者的重构实践也正基于此。

### （一）人民调解的重构方式

#### 1、将法律权威输送给调解协议

虽然学者们对人民调解的行政化、司法化持反对意见，但是面对人民调解协议无法实现的困境，用法律给调解协议背书也是迫不得已的选择。

#### （1）大调解及其后的调解联动机制

一般认为，“大调解是指在党委政府的统一领导下，由政法综治部门牵头协调，司法行政部门业务指导，调处中心具体运作，职能部门共同参与，整合各种调解资源，对社会矛盾纠纷的协调处理。大调解大致是指人民调解、行政调解（协调）和司法调解的整合和联动”。<sup>①</sup>“大调解”机制既整合了既有的调解，又倡导了专业调解等新的调解模式，更为重要的是，其整合了所有能参与调解的机构和组织力量。2011年中央综治办、最高人民法院等会签的《关于深化推进矛盾纠纷大调解工作的指导意见》就充分体现了这种全方位解纷机制对权威力量的整合和应用。大调解及其后的调解联动机制为缺少权威的人民调解注入了司法与行政权威，并试图借此提高人们对调解及其协议的信服。

#### （2）调解协议的法律效果赋予

赋予调解协议以法律效果的制度集中表现了将司法权威注入到人民调解中的重构人民调解之权威的方式。在符合条件的情况下，当事人可以依据具有了法律效果的调解协议，向申请法院强制执行，这可以有效改变调解协议达成后无法履行的现状。根据此种思路，最高人民法院在2002年发布了《关于审理人民调解协议的民事案件的若干规定》，《规定》明确规定，“经人民调解委员会调解达成的、有民事权利义务内容，并由双方当事人签字或者盖章的调解协议，具有民事合同性质”。《人民调解法》、《民事诉讼法》和最高人民法院公布的《关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》等规范性文件也都规定了调解协议具有民事合同效力。不仅如此，上述法律文件还规定了在符合条件的情况下，当事人可以依据调解协议向法院申请支付令和强制执行。<sup>②</sup>此种赋予调解协议以法律效果的制度，解决了以往人民调解协议在法律上地位不明的问题，以法律保障的方式为人民调解工作注入了活力。

为了将法律确认调解协议地位的实体性规定落到实处，国家还创设了司法确认制度。经过2004年《最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》、2009年《关于建立诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》、2010年《人民调解法》的制定与地方实践，司法确认制度最终在2013年修订的《民事诉讼法》中定型。该制度的主要内容包括人民法院对调解协议的管辖权的确认的程序性规范，以及人民法院对调解协议具有强制执行力所需要的条件、程序以及执行力的确认的程序性规范等。实体性规定及保证实体性规定得以实现的程序性

<sup>①</sup>洪冬英：《论大调解格局下的人民调解制度定位》，载《河南财经政法大学学报》2013年第4期，第78页。

<sup>②</sup>参见《关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》第12、13条规定。

规范共同构成了一个具有可操作性的制度。

## 2、重构具有权威的调解组织

由于调解组织是否具有权威，直接决定了调解协议是否能够达成、是否能被自愿履行，因此，在重构调解组织时，必须以增强人民调解组织的权威为标准。这也是解决我国社会问题的既有逻辑——依靠组织改革进行社会治理。“中国社会尚处在‘组织化调控’的阶段，国家更多地依靠具体的组织（及组织技术），而不是抽象的制度对社会进行治理，每当遇到新的问题或挑战，国家就成立相应的组织或组织协调机制来加以回应。”<sup>①</sup>决策者采取的措施包括两个方面。

### （1）权威机构吸纳人民调解组织

为了使既有的人民调解委员会改善其缺乏权威、协议难以达成或者难以实现的困境，决策者构造了将权威组织与人民调解联结的制度。乡镇人民调解委员会之所以能够发挥调解功能，原因就在于，其与司法所是一而二、二而一的关系。此种联结正是人民调解组织改革的逻辑。第一，人民法院不但要支持人民调解组织的调解工作，还要依法进行监督。第二，委托调解、委派调解、建立特邀调解组织和特邀调解员名册，甚至法院可以选择、邀请调解组织或者调解人员参与司法调解，这些实质上就是把人民调解组织附着于司法机构之上，也就是学界所称的“调解社会化”<sup>②</sup>。上述方法以司法为中心和原点来统筹、吸纳、联结人民调解，以司法的力量弥补人民调解所缺少的权威。

实际上，人民调解和司法调解均属于中国共产党的革命化社会治理与纠纷解决的手段。在改革开放后，两者都经历了兴衰的过程，且两者之间界限不清，既有共生，又有竞争甚或相互转化。例如司法调解对人民调解的统合，人民调解对司法调解的依附。由于司法调解的负面评价和功能不彰，司法将本应由司法调解进行调解的事项以委托等方式转移给设置在法院内部或者得到法院认可的人民调解。尽管司法调解和人民调解的这种统合、依附和转化有规避与推卸责任的嫌疑，但更为重要的是，在此过程中，存在权威的赋予与转让。也就是说，人民调解被统合到司法调解之中或者主动依附于司法调解，是为了获得法院以及法律的强制性权威；而司法机构为了减少案件压力和规避风险，将司法（调解）转移给人民调解，在这一过程中也不可避免地将法院以及法律的强制性权威输送给了人民调解。

### （2）赋予权威组织以人民调解功能

除了通过权威机构吸纳人民调解组织的方式对人民调解进行组织化调控外，决策者还通过在社会中选择具有权威的组织并在其中设立调解组织以实现人民调解进行组织化重构的任务。

---

<sup>①</sup>熊易寒：《人民调解的社会化与再组织——对上海市杨伯寿工作室的个案分析》，载《社会》2006年第6期，第111页。

<sup>②</sup>参见曾令健：《法院调解社会化研究》，载《学术论坛》2017年第5期。

具体的方式是要求法院“支持在纠纷易发多发领域创新发展行业性、专业性人民调解组织”、“积极推动具备条件的商会、行业协会、调解协会、民办非企业单位、商事仲裁机构等设立商事调解组织、行业调解组织”，“支持工会、妇联、共青团、法学会等组织参与纠纷解决”，“支持律师加入各类调解组织担任调解员，或者在律师事务所设置律师调解员”等。

这种将人民调解联结权威机构或者赋予权威组织以人民调解功能的方式，被学者称为人民调解的“再组织化”，即将“职业化和专业化的人民调解工作室或街道调委会‘焊接’到既有的调解网络当中”，或者在专业化的权威组织中设立调解组织，“并通过一系列制度安排与国家的组织网络相联结，在盘活国家治理资源的同时提高人民调解的效能”。<sup>①</sup>

## （二）人民调解重构的二重悖反

采用将法律权威输送给调解协议和重构具有权威的调解组织两种方式来重振人民调解，仿佛遵循了当年人民调解兴盛的逻辑——构建具有权威的调解组织。但是有两个问题需要注意。第一，重构后的人民调解组织不具备自主性。当年的人民调解组织的权威有内外两个方面，其中内在的自生权威更为重要。重构后的调解组织的权威是完全衍生于外部系统环境的法律权威，也即人民调解所具有的内生权威完全被置换为外在的权威。虽然重构后的人民调解组织具有了权威性，但是其在一定程度上已经牺牲了自主性，成为了司法等组织的附庸。此种调解社会化的逻辑实际上是让人民调解在一定程度上替代司法调解，或者让人民调解的“合议”为司法的纠纷解决方式的“强制”背书。第二，重构后的人民调解组织的权威低于司法组织。重构后的人民调解组织的权威都是来自于外在而非自身，其所获得的权威始终比不上赋予其权威的司法等外在权威。基于以上两点，人民调解在权威性上不具有竞争优势。在交通便捷、法院机构设置的密度增加的情况下，司法的纠纷解决方式的可获得性极大提高。既然调解协议需要得到司法确认才有强制执行的可能，那么，为了避免因调解不成而可能增加的纠纷解决的时间等成本，只要是有理性思考能力的人，肯定会优先选择司法的纠纷解决方式而不是人民调解。因此，人民调解在效率上也不具有竞争优势。以外在权威补充人民调解所丧失的权威来对其进行重构，非但没有复兴人民调解，反而在某种程度上终结了人民调解。这是人民调解复兴的一重悖反。

更为重要的是，通过多重努力而勉强复兴并进而发挥效力的“人民调解”已经不是最初意义的人民调解。早在对《人民调解法》进行修订时，司法行政系统就主张“将人民调解改造为一种司法化、专业化的纠纷解决机构”。也就是说，复兴后的人民调解主要不是村民委员会、居民委员会、单位中的人民调解组织的恢复，而是另外一些调解组织的成长。这便导致本来就已

---

<sup>①</sup>熊易寒：《人民调解的社会化与再组织——对上海市杨伯寿工作室的个案分析》，载《社会》2006年第6期，第112页。

经衰落的人民调解委员会所主持的调解更加被虚置了，“人民调解反而离社会更远了，离国家更近了”。<sup>①</sup>这就是人民调解复兴的二重悖反。

以外在权威补充缺失的内在权威和调解组织重构的方式来重振人民调解，一方面，表达了国家进行基层社会治理的努力，但也强化了国家对基层社会的控制；另一方面，顺应了在原有的人民调解失去权威后基于人民纠纷解决的需要所产生的法律需求。“迎法下乡”现象即为一明例。“迎法下乡的原因是社会变迁使得传统的地方性规范和内生权威力量式微，根本无法应对新出现的混乱状态，乡村社会内生出了对国家力量和法律的需求。”<sup>②</sup>但是以外在权威补充缺失的内在权威，恰恰又消解了人民调解所残存的内在权威，彻底葬送了人民调解复兴的可能。

### 三、权威的再寻：脱离结构的“互联网+人民调解”

如前文所析，尽管重构后的人民调解获得了行政权威、司法权威的支撑，但是，这种支撑却未必能保证人民调解所获得的权威足以让当事人信服。如果不能让当事人信服，那么，人民调解未来可能的方向在哪里？

#### （一）重构后的人民调解是否具有权威

人民调解是社会自治的纠纷解决方式，这是对人民调解性质、功能的基本判断，也是人们的共识性判断。但此种社会自治也是有权威支撑的，除了调解主持者的身份所产生的权威或者乡规民约等调解依据所具有的权威外，还包括组织载体所具有的权威。把人民调解视为一种最为理想、公平、自治的群众纠纷解决方式的想法，如果不是对人民调解的想当然印象，就是一种传统的发明。实际上，虽然人民调解是一种群众自治的方式，但是其调解协议却并不一定是公正的，或者不一定完全是由自愿达成的，而可能是主持者在权衡当事人双方的力量之后达成的产物。传统的人民调解之所以能够被尊重、调解协议之所以能够被“信服”，其原因不仅在于调解所具有的公正性，还在于调解协议契合了当时独特的新的蜂窝型社会结构以及人民调解具有权威性。

当人民调解所依赖的新的蜂窝型社会结构消解后，设置在居民委员会、村民委员会和单位中的人民调解也就开始衰落。那么就需要考虑，现行的附着于行政权威或者司法权威的人民调解是否仍然具有此种结构？此种结构是否稳固到足以保证调解一定会得到当事人的认可或者“信服”？俞中所著的《乡村中国的司法图景》一书在总结作为驻村干部的乡政府公务员彭长安的调解经验时，直接描述了调解所依赖的社会结构与权威。“他（彭长安）能够成功地解决这

<sup>①</sup>熊易寒：《人民调解的社会化与再组织——对上海市杨伯寿工作室的个案分析》，载《社会》2006年第6期，第112页。

<sup>②</sup>陈柏峰：《乡村司法》，陕西人民出版社2012年版，第191页。

么多的纠纷与矛盾的根本原因在于他是乡政府的干部,或者说,在村民眼里,他就代表政府……”

①当然,彭长安的权威是国家权威与乡村结构的结合。但是,在社会转型后,此种社会结构变得并不稳固。有时即使具有权威的调解者作出了与社会结构相容的调解协议,一旦当事人认为自己的利益受损,国家权威在此也可能失去作用。例如,当彭长安在一案中偏袒了村长的儿子时,虽然最初也达成了协议,但是利益受损的一方随后就反悔了。②

不仅附着于行政权威的人民调解如此,附着于司法权威的人民调解也是一样。既然人民调解存在于社会中,那么,其必然要受制于案件所处的社会结构③。这从目前对案件所处的社会结构与判决是否具有关联的研究中就可以看出。“在相似的案例中,当事人或者法官的社会结构不同,判罚的尺度确实存在差异。”④如果连必须遵守严格诉讼程序的判决都受到了案件所处的社会结构的影响,那么,一方面,当事人会动用一切“案件的社会结构”因素去寻求利益最大化的调解方案;另一方面,附着于法院的人民调解肯定也要寻求社会结构的支持,至少不能违背社会结构的要求,否则,调解就无法达成,或者即使达成也无法履行。在目前的情况下,同司法判决一样,人民调解也要在合法性和合理性(合乎社会结构)之间作出抉择。可以由于当下的社会结构已经丧失了绝对的权威性,当事人会根据自己的利益需求决定服从或者不服从调解协议,社会结构也不能给附着于法院的人民调解带来权威性。同时在当下的中国,法院也没有树立起足以支撑司法裁判的权威,法律与法院输送给人民调解的权威也不足以使人民调解获得当事人的认可。

## (二) 人民调解未来的可能方向

能够获得人们信服的人民调解的未来发展方向在哪里?无论是曾经的人民调解的兴盛与衰落,还是近20年的人民调解的重构,都遵循了组织建设与权威提升的路径。但是,目前重振人民调解所采用的方式由于一方面注入的外在权威不能独立支撑调解的运行,另一方面调解组织所寄身的社会结构不能为其提供权威,因此无法确保人民调解组织获取足够的权威。那么,去哪里寻找能够获得人们信服的调解组织?

---

①俞中:《乡村中国的司法图景》,中国法制出版社2007年版,第15页。

② 参见俞中:《乡村中国的司法图景》,中国法制出版社2007年版,第21页。

③ 此处的(案件)社会结构与前文所言的社会结构相关,虽然不完全一致,但实际上都强调了当事人在社会中的地位与关系等因素。此处的(案件)社会结构是美国法学家布莱克所提出的“案件社会学”中的“案件的社会结构”。其核心的观点为:每个案件都具有社会地位与社会关系的复杂结构,主要包括当事人是谁?谁是审理者?谁与案件有关。主要包括一个人的社会地位、宗教信仰、教育水平、经济地位、性别、年龄、家庭出身等。这些因素都会对案件审理及其结果产生影响。参见[美]布莱克:《社会学视野中的司法》,郭星华等译,法律出版社2002年版,第5-6页;胡昌明:《社会结构对法官裁判的影响——以1060个刑事判决为样本》,社会科学文献出版社2015年版,第4-7页。

④胡昌明:《社会结构对法官裁判的影响——以1060个刑事判决为样本》,社会科学文献出版社2015年版,第115页。

当年独特的社会结构可以为人民调解生产权威，而现在的社会结构却会消解人民调解的权威。所以，未来人民调解组织的建构可以尝试独立于案件的社会结构。如果有一种调解组织脱离了双方当事人所在的社会结构，且能够根据双方选定的调解依据和调解程序进行调解，那么，调解的权威性就基本能够得到保证。此种权威产生于调解组织的独立性、中立性和调解程序的公正性之中。而且，根据程序的“作茧自缚”原理，双方当事人都应该遵守调解所达成的“协议”。这实际上就是在线纠纷解决机制 ODR (Online Dispute Resolution, Online Alternative Dispute Resolution) 的逻辑。

ODR 是 ADR 的网络版本，最初是为了解决网络民事纠纷而创设的纠纷解决方式，<sup>①</sup>其因具备便捷等特性而逐渐受到线下民事纠纷的青睐。ODR “是一种将计算机信息处理功能与便利的通信网络相结合的诉讼外争议解决模式，是替代性纠纷解决方式 (ADR) 在网络空间的运用”。<sup>②</sup>“互联网技术的应用影响着人们的思维方式、消费方式和生活方式，中国社会呈现出革命性、颠覆性的发展趋势”，<sup>③</sup>互联网技术甚至推动了社会结构、尤其是权力结构的变迁。<sup>④</sup>因此，作为 ADR 类型之一的在线调解，其价值不仅仅在于其便捷的特性，更在于其在一定程度上脱离了社会结构，改变了社会的权力结构与意义网络，避免了社会结构对纠纷解决的钳制。这无疑制造了一种最为理想的纠纷解决情景：在与案件没有利害关系的、中立调解者的主持下，当事人享有充分的权利，说服、协商替代了强制，自愿履行替代了强制执行。

在线调解虽然存在于虚拟的网络社会中，但却并不是虚无缥缈的存在，而是具有明确的社会基础。它以社会纠纷的存在和当事人的同意为前提，以社会中的规则为调解依据。当事人双方可以选择和约定脱离案件所处的社会结构的在线调解组织，可以自行选择调解依据，如法律、道德、技术规则或乡规民约等，可以自行选择调解的程序，如完全司法化、近司法化或去司法化，可以自行约定调解协议的效力，甚至可以选择和约定调解协议的执行机构。换句话说，在线调解只不过是人民调解的在线形式，但是却有效避免了案件所处的社会结构对调解组织和调解运行的影响。

在线调解虽然存在于网络社会中，但是却因为符合现代社会信任产生的逻辑而可以获得人们的信任。虽然在线调解没有完全符合自愿的设想，但是在逻辑上是，其是以当事人的自愿与合意为基础的，也就是以契约为基础的。“ODR 的运行主要依靠契约来完成，从当事人使用 ODR

---

<sup>①</sup>参见郑世保：《在线纠纷解决机制 (ODR) 研究》，法律出版社 2012 年版，第 34 页。

<sup>②</sup>范筱静：《电子商务中在线纠纷解决机制初探——以信息技术应用和消费者保护为视角》，载《科技与法律》2012 年第 4 期，第 7 页。

<sup>③</sup>龙飞：《中国在线纠纷解决机制的发展现状及未来前景》，《法律适用》2016 年第 10 期，第 4 页。

<sup>④</sup>参见刘少杰：《网络化时代的权力结构变迁》，《江淮论坛》2011 年第 5 期，第 16-18 页。

达成协议直至履行 ODR 裁决，都主要依靠契约来约束当事人双方、来运行 ODR 程序。”<sup>①</sup>契约与法律是现代关系的基础，也是社会信任产生的基础。信任可以产生公信力和权威。除此之外，当事人的同意、组织的独立性、调解依据的权威性以及程序的公正性与协商性等因素都可以为调解组织增添权威。

在线调解具有制度基础，其是建构我国多元化纠纷解决机制所要求的一种制度创新形式。2015 年最高人民法院公布的《最高人民法院关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》明确提出：“根据‘互联网+’战略要求，推广现代信息技术在多元化纠纷解决机制中的运用。推动建立在线调解、在线立案、在线司法确认、在线审判、电子督促程序、电子送达等为一体的信息平台，实现纠纷解决的案件预判、信息共享、资源整合、数据分析等功能，促进多元化纠纷解决机制的信息化发展。”最高人民法院是基于便捷性而倡导建构在线调解等在线解决机制的，但它们却因蕴含了组织的独立与权威——这是作为“东方之花”的人民调解发挥纠纷解决功能的最为重要的属性和最为理想的形象，而具有广阔的前景，它们完全符合“人民调解是人民自我管理的自治性机构，而不是国家机器。它的工作是调解而不是强制执行。他的权威只来源于调解的合法性和公平性以及争执者的合意”<sup>②</sup>这一关于人民调解的定性。

#### 四、从强制性到自愿的权威

建国后到当下，人民调解的兴衰、重振都遵循了组织与权威的逻辑。如同权威是政治系统的基础一样，权威是人民调解等其他社会系统存在的基础和特征。<sup>③</sup>“权威指的是支配力（权力）和自愿服从的统一，是由内在外在两方面内容构成，内在的是一种信服的力量，外在的是一种强制力，这里的强制力指的是一种支配力（权力）。外在内容必须以内在内容为依托，否则这种权威不长久。”<sup>④</sup>社会系统中的权威都是由内外两个方面构成，但哪个方面为主却随着社会系统的结构转换而不断变化。也就是说，人民调解的权威或是主要源于强制，或主要源于人们的自觉信任，或是两者的结合。如前所述，建国后人民调解的权威以强制性面目出现。“一是该权威系统内权力的影响比较明显，权威的实现常常伴随权力的作用，从而使得权威服从者不能出于自愿；二是由于该权威系统内的权威体现者掌握了一定的资源，这些资源为人们所必需但又难以为所有人所拥有，而且它与人们自身的利害相关联，在这种情况下，人们不得不被迫地去

<sup>①</sup>郑世保：《在线纠纷解决机制（ODR）研究》，法律出版社 2012 年版，第 35 页。

<sup>②</sup>张友渔：《谈谈人民调解工作的机构几个问题》，载《法学研究》1987 年第 2 期，第 71 页。

<sup>③</sup>“权威或者与它同类的制度现象，不仅仅在其政治方面是社会的特征，而且还是所有社会系统的特征”。[美]帕森斯：《现代社会的结构与过程》，梁向阳译，光明日报出版社 1988 年版，第 157 页。也可参见[德]马克斯·韦伯：《经济与社会》，林荣远译，商务印书馆 1998 年版，第 238—239 页。

<sup>④</sup>孙发：《司法权威研究》，吉林大学 2003 年博士学位论文，第 22 页。

服从资源拥有者的意志。”<sup>①</sup> 建国后的人民调解之所以能够承载纠纷解决的功能，原因就在于，人民调解委员会所寄身的组织结构具有权威性。当市场经济撬动、消解与改造了人民调解所依赖的组织结构后，人民调解逐渐被拥有权威的行政与司法的纠纷解决方式所取代。

重振人民调解就必须确立其让人信服的权威。在重构人民调解的组织结构时，其将人民调解机构附着于司法机关、行政机构或者律师事务所、行业等组织中，以保证调解组织的权威；在重构人民调解的权威时，其以法律确认调解协议和将人民调解附着于司法等方式，来提高人民调解的权威性。但是这些重构人民调解的努力不但是造成了人民调解的悖反，更为重要的是重构的人民调解“权威”无法成为真正的权威，其既不具有不可避免的强制性，又不能引起人们内心的信服。

那么，人民调解如何发挥其纠纷解决功能？人民调解在何处才能获得权威？在我国目前人民调解强制性权威缺失或者强制性权威功能不彰的情况下，人民调解可以尝试去探寻脱离强制性的权威，完全建立在服从者内心信服基础上的权威。这是理想形态的权威，其核心是权威意志服从者对权威意志施加者的选择、认可和接受——权威生产的最为重要的因素。“权威意志的服从者，之所以自愿听从权威意志施加者的支配，不仅由于权威本身存在着一定的影响力、作用力，更是由于双方对权威表征的价值即权威的必须性达成一致，形成共识。”<sup>②</sup>选择、认可与接受实际上是以价值共识为基础。“权威系各成员间达到意志和价值标准的一致，权威受体自觉地服从权威主体的意志，认同权威主体的价值体系。”<sup>③</sup>当然，建立在服从者内心信服和价值共识基础上的权威也具有强制性，一种弱的强制性——共识对权威意志服从者也会产生影响力和作用力。在组织结构和法律制度强制性功能不彰的前提下，以共识重塑权威性与组织性的在线调解因为脱离了社会结构而可能成为人民调解未来的发展方向，虽然不是唯一的方向。

---

<sup>①</sup> 薛广洲：《权威类型的哲学论证》，《中国人民大学学报》2001年第1期，第37页。

<sup>②</sup> 孙发：《司法权威研究》，吉林大学2003年博士学位论文，第26页。

<sup>③</sup> 薛广洲：《权威类型的哲学论证》，《中国人民大学学报》2001年第1期，第38页。

## 政府对公益法律服务的有效应对与作为

石文龙\*

**摘要：**公益法律服务是近年来使用得比较广的词汇，受到了政府与司法行政部门的高度关注。公益法律服务与公共法律服务、社会法律服务有联系与区别。我们在此对公益法律服务做扩大解释，并将公益法律服务区分为广义的解释与狭义的解释。英国、美国、法国、新西兰以及香港、台湾地区政府扶持公益法律服务的域外经验值得借鉴。我国政府在推进公益法律服务时，应以审慎的态度进行司法行政工作的创新，在推动“公益法律服务”时，政府的定位应为引导与指导。

**关键词：**政府 公益法律服务 应对与作为

公益法律服务是近年来使用得比较广的词汇，受到了司法行政部门的高度关注。在我国由政府牵头引导的公益法律服务时间并不长。2008年广东省司法厅较早地出台了《关于律师参与公益性法律服务活动的意见》（粤司[2008]170号），2016年上海市司法局在《关于建立司法行政综合法律服务窗口的指导意见》中，提出要提供行政审批、法律援助、公益法律服务等三大类“一门式、一条龙、一号通”的司法行政综合法律服务。考虑到政府类“公益法律服务”无论在理论界还是在司法实践中还是比较新的领域，特别是政府与法律服务市场，政府与社会之间存在着一定的边界，那么政府如何在理念上与制度上有效地应对“公益法律服务”值得我们探讨。

### 一、“公益法律服务”提出的背景与理论难点

#### 1、“公益法律服务”提出的背景

公益法律服务这一概念“最早由一名美国律师在1969年提出，其本质特征就是给弱势群体施加一部分责任，保障社会困难群体，实现二者在法律面前的相对公正”<sup>①</sup>。在我国，公益法律服务最初主要的含义就是指法律专业服务人员接受法人、公益组织或者自然人委托，为其提供非盈利性的法律服务。2001年11月26日，中华全国律师协会在《律师职业道德和执业纪律规范》（修订）中规定：“律师应当积极参加社会公益活动”、“提倡、鼓励律师、律师事务所参

---

\* 石文龙，上海师范大学哲学与法政学院教授，法学博士，英国牛津大学访问学者。研究方向：宪法学、法理学、当代中国法治建设研究。

<sup>①</sup> 潘卫群：《首都公益法律服务体系构建方略——北京市司法局吴玉华局长访谈》，《中国律师》2008年第2期，第16页。

加社会公益活动”的内容。<sup>①</sup>2011年11月9日,《律师执业行为规范》也有相关的规定,如第10条规定了“律师协会倡导律师关注、支持、积极参加社会公益事业”,第20条、第101条也有相关规定<sup>②</sup>。在以往的实践中,律师、公证员等法律服务人员在诸领域已经进行着一定的公益活动。近年来,随着服务型政府理论的提出,政府的社会服务功能凸显成为了国家治理的重要内容。我党在《中共中央关于完善社会主义市场经济体制若干问题的决定》中首次在党的文件中提出服务型政府建设的明确要求,强调要建设服务型政府,强化社会管理和社会服务职能<sup>③</sup>。

在政府职能从“全能型”转向“服务型”的背景下,公共法律服务体系建设成为政府开始关注的问题。几乎是与此同时,各地方司法行政部门也对公益法律服务体系建设进行了积极的探索,代表性的地方主要有北京市司法局与广东省司法厅。2006年6月北京市司法局提出在未来的5年内,争取构建一个相对完善的公益法律服务体系。2013年10月30日,北京市律师协会成立公益法律服务中心,该中心是通过整合业内公益服务机构,在北京律协公益法律咨询中心的基础上组建而成的。公益法律服务中心是北京律协为社会提供专业法律服务的公益性志愿服务机构,有专业律师近600名<sup>④</sup>。2009年2月9日,广东省司法厅制定了《关于深入开展公益法律服务活动的意见》,探索建立广东公益法律服务体系,以充分发挥律师在服务经济社会发展、服务民生的职能作用。

2014年2月18日,司法部为加强公共服务体系建设,贯彻落实《国务院关于印发国家基本公共服务体系“十二五”规划的通知》(国发〔2012〕29号)精神,出台了《关于推进公共法律服务体系建设的意见》,就推进公共法律服务体系建设提出意见。该文件对公共法律服务作了专门的界定,值得注意的是司法部在该份文件中同时提出了公益法律服务的概念。

目前,对于公益法律服务的界定国际社会还没有形成被普遍认同的定义,有些国家界定了大致的范围,如《美国律师协会职业行为指引》第6.1条(ABA Model Rule of Professional Conduct 6.1)的表述为:每个律师都有向没能力付费的人提供法律服务的职业责任。一个律师每年至少提供50小时的无偿法律服务。在履行这一职责时,律师应当在1.50个小时中的绝大部分用于向下列人士提供免费或没有收费期待的法律服务:其一,财力有限的人;其二,主要工作目的是为了满足财力有限的人的需求的慈善、宗教、公民、社会、政府和教育组织。澳

---

<sup>①</sup> 《律师职业道德和执业纪律规范》第12条规定:“律师应当积极参加社会公益活动”,第43条第2款规定:“提倡、鼓励律师、律师事务所参加社会公益活动”。

<sup>②</sup> 《律师执业行为规范》第20条规定有“律师可以以自己或者其任职的律师事务所名义参加各种社会公益活动”,第101条规定了“律师应当积极参加律师协会组织的律师业务研究活动,完成律师协会布置的业务研究任务,参加律师协会组织的公益活动”。

<sup>③</sup> 2012年8月19日,十六届三中全会发布《中共中央关于完善社会主义市场经济体制若干问题的决定》,提出:“增强政府服务职能,首要的是深化行政审批制度改革,政府职能从‘全能型’转向‘服务型’,政府决策建设突出规范化,增强透明度和公众参与度”。

<sup>④</sup> 周斌:《记者探访北京市律师协会公益法律服务中心》,《法制日报》2014年1月27日。

大利亚等国家均对公益法律服务包含的内容划定了各自的范围。

## 2、政府“公益法律服务”研究中的难点问题

单独性地理解与解释“公益法律服务”并无困难，作为律师或者律师事务所作为个体进行公益法律服务也是容易理解的，如所谓公益法律服务是具备公益性的法律服务活动，即指法律专业服务人员接受法人、公益组织或者自然人委托，为其提供非盈利性的法律服务<sup>①</sup>。但是如果与政府机关相联系，与其他相关概念进行辨析等情况下，就会出现研究上的困难成为研究中的难点问题，这些难点问题主要是：

第一，什么是公益法律服务？公益法律服务与公共法律服务、社会法律服务之间的区别与联系，中外学术界对公共服务、公益法律服务等基本概念的解释。

第二，公益法律服务的主体？由于各国的政治体制、司法体制的不同，各国进行公益法律服务的主体不同。在我国，政府推进公益法律服务的主体主要是司法行政部门，但是否仅仅局限于司法行政部门，例如在我国各级法院减免诉讼费用是否属具有公益性等等，我们认为这一主体不应仅仅局限于司法行政部门。同时，我国政府在公益法律服务中如何定位与理念等同样值得思考。

第三，作为司法行政机关如何面对与介入公益法律服务？在公益法律服务中作为政府的司法行政机关其活动的合理边界在哪里？这一问题涉及到政府、市场、社会三者的关系这一重大理论问题。

第四，法律援助属于公共法律服务还是公益法律服务？

第五，国外政府在公益法律服务的经验、具体做法，这些做法对我们有什么启示？

## 二、公益法律服务的概念界定以及与相关概念的辨析

随着司法行政部门以及政府对公共法律服务与公益法律服务介入，公益法律服务的内容也逐渐有了发展，那么，在这一背景下我国应如何界定公益法律服务呢？为准确把握公益法律服务，也需要对公益法律服务等相关概念进行辨析。

### 1、公共服务与公益服务

一方面，公益法律服务概念源之于公共法律服务与社会法律服务，因此对公益法律服务概念的认识离不开公共服务、公益服务、社会服务这组基础性概念；另一方面，这些概念之间的区别又是很大的，因为法律服务不同于其他服务，例如在法律服务领域上不存在“顾客是上帝”的说法，其中律师服务强调的是“律师应当维护当事人合法权益，维护法律正确实施，维护社会公

---

<sup>①</sup>王超莹、蔡俊敏：《公益法律服务体系构建》，《中国司法》2009年1期，第30页。

平和正义”<sup>①</sup>，不是一味地迎合多少人。

公共服务这一概念源自于西方，我国自1992年10月党的十四大提出建立社会主义市场经济体制之后，关于政府职能的定位问题成为政府与学界一直在已经探索重要力量问题与形式问题。目前，公共服务已经成为21世纪公共行政和政府改革的核心理念，“公共服务这一措词已被相当广泛地使用，但是，对什么是公共服务，却有不同的见解，在很多情况下是含糊不清的，而概念上的混乱又助长了实践中的混乱”<sup>②</sup>。

2011年，党中央、国务院制定的《中共中央国务院关于事业单位分类改革的指导意见》明确要求到2020年“形成中国特色公益服务体系”。其中，中国特色的“公益服务”概念的英语翻译一般用social service、public service，即社会服务、公共服务。在相关政策、法规与理论研讨中公益服务与社会服务、公共服务三个概念常常交叉使用，权威工具书《辞海》也未收录上述三个词条。迄今相关立法与政策未对公益服务进行定义，有学者提出：“目前现有学术研究成果中还没有对公益服务进行明确界定”<sup>③</sup>。

值得注意的是，公共服务等概念的内涵本身也在变化中。公共服务等概念的内涵本身也是发展的，例如公共服务的主体就呈现出多元化的趋势。“在传统意义上，无论在理论上还是实践上公共服务，政府是公共服务的主体，甚至是唯一的主体……但是，随着经济和社会的发展，政府作为公共服务的唯一主体的地位和合法性受到了前所未有的挑战，公共服务主体出现了多元化趋势。除了政府之外，私人企业、社区、社会第三部门和国际组织也参与到了公共服务活动中，成为公共服务的重要主体”<sup>④</sup>。

因此，无论是公益服务、社会服务、公共服务，还是对公益法律服务、社会法律服务、公共法律服务的界定与区分都具有一定的难度，相互之间存在一定的模糊性。这一难度源自于对政府对市场，政府与社会两者之间合理边界的划分，当然也部分反映了中外学者对这一问题的充分注意与审慎态度。此外，在“公共服务”概念的基础上，增加任何词汇，该词汇就是一个全新的领域，如我们所探讨的公共法律服务，该词汇还可以增加词汇形成基本公共法律服务、公共法律服务业、公共法律服务体系等等词条。

## 2、公共法律服务

从国内现有的资料来看，什么是公共法律服务存在多种解释。例如《公共法律服务体系建设的理论与实践》将其解释为：“政府或者法律公益性组织、政府组织的法律服务人员提供的

---

<sup>①</sup> 《中华人民共和国律师法》第2条第2款。

<sup>②</sup> 赵黎青：《什么是公共服务》，《学习时报》2008年7月17日。

<sup>③</sup> 张海、范斌：《我国政府购买公益服务偏好问题分析》，《华东理工大学学报》（社会科学版）2014年第1期。

<sup>④</sup> 王语哲：《公共服务》，中国人事出版社2006年3月出版，第11页。

为全体公民或者符合一定条件的公民提供的免费或者廉价的法律服务”<sup>①</sup>。这里我们认为司法部的解释更具合理性。司法部在《关于推进公共法律服务体系建设的意见》中，对公共法律服务作了专门的界定，这一解释具有一定的指导意义以及相应的权威性。该《意见》提出公共法律服务是“由司法行政机关统筹提供的，旨在保障公民基本权利，维护人民群众合法权益，实现社会公平正义和保障人民安居乐业所必需的法律服务。在内容上具体包括：为全民提供法律知识普及教育和法治文化活动；为经济困难和特殊案件当事人提供法律援助；开展公益性法律顾问、法律咨询、辩护、代理、公证、司法鉴定等法律服务；预防和化解民间纠纷的人民调解活动等”<sup>②</sup>。

## 2、公益法律服务

根据上述情况以及制度建设的实际需要，我们建议对公益法律服务做扩大解释。为此，我们将公益法律服务分为广义的解释与狭义的解释。

在广义上，公益性法律服务或者公益性的法律服务，任何带有公益性的法律服务均为公益性的法律服务，在这一语境下，公益性的法律服务基本可以囊括公共法律服务与公益法律服务，等同于社会法律服务<sup>③</sup>。这样的解读并不是想当然，事实上司法部《关于推进公共法律服务体系建设的意见》就是这样使用的。该份文件中指出：“要引导广大律师、公证员和基层法律服务工作者积极参与**公益性法律服务**，引导律师积极参与信访、调解、群体性案（事）件处置和社区工作等**公益法律服务**；进一步放宽法律援助经济困难标准，积极推动地方政府将就业、就医、就学、社会保障等与民生问题紧密相关的事项，纳入法律援助补充事项范围；拓展司法鉴定业务范围和服务领域，及时将与保障和服务民生密切相关的鉴定事项纳入统一登记管理的范围，积极为交通事故、保险理赔、医疗损害、职工工伤、房屋拆迁等争议解决提供公益性司法鉴定服务”。该文件大量地使用了公益性法律服务的概念，而且也几乎在同一的意义上使用公益法律服务与公益性法律服务。我们注意到出台了制度建设广东省，其使用的名称也是公益性法律服务，即《广东关于律师参与公益性法律服务活动的意见》。

狭义上的公益法律服务即是指公益性的法律服务活动，即指法律专业服务人员接受法人、公益组织或者自然人委托，为其提供非盈利性的法律服务。特别需要注意的是公益法律服务与公益性法律服务之间的关系，一字之差，大相径庭。事实上，很多人是在公益性法律服务的意义上使用公益法律服务。

---

<sup>①</sup>许同禄、刘旺洪：《公共法律服务体系建设的理论与实践》，江苏人民出版社2014年8月出版，第11页。

<sup>②</sup>司法部《关于推进公共法律服务体系建设的意见》，2014年2月18日印发。

<sup>③</sup>潘文群：《首都公益法律服务体系构建方略——访北京市司法局局长吴玉华》，《中关村》2008年第9期。

同时，还有一个概念公益事业，我们认为可以用公益事业来替代公益法律服务或者公益性法律服务。

### 3、公共法律服务与公益法律服务两者的区别

第一，在传统意义上，公共法律服务主要由政府统筹提供的，狭义上的公益法律服务主要由私人或者私人组织提供。

第二，我们提出公共法律服务是硬性任务，是不能放弃的政府的责任，而公益法律服务是软性的任务，政府可以根据自身的能力、实力选择性的承担。因此，成立行政服务中心虽然具有公益性，但其仍然属于公共法律服务，而不是公益法律服务。

第三，尽管如此，司法行政机关可以利用其特有的资源与平台，推进公益法律服务，发展国家的公益事业。

### 4、社会法律服务

社会法律服务的内涵可以从服务社会来解读，即服务于社会的法律服务。因此，社会法律服务包括公共法律服务与公益法律服务。

此外，在该领域还存在有其他相关概念的解读。如法律志愿者、律师志愿者的使用。除了司法行政机关外，红十字会、公会、妇联等部门可以就法律服务建立召集法律志愿者、律师志愿者，包括组织法律志愿者、律师志愿者队伍。近年来，也有不少地方的司法行政机关组织律师法律服务志愿团的律师深入社区和各行业，广泛开展志愿活动。

## 三、政府扶持公益法律服务的域外经验与启示

今世界许多国家都积极扶持专事公益法律服务的组织，并形成了各个国家特殊的制度。英国与新西兰的“公民咨询局”、法国的“司法和法律之家”等都属于这类机构。在美国，有制定强制性公益法律的立法趋势，发达国家的制度建设值得我们予以关注。

### 1、英国：在社区设立公民咨询局

二战时，英国为了协助民众找寻失散的亲友以及帮助民众了解战争期间的法令和规定，这些法令和规定也属于非常时期的特别法，为此目的设立了公民咨询局(Citizens Advice Bureau, 简称 CAB)。二战结束后，公民咨询局转型为帮助民众熟悉和平时日益繁复的法令和了解自身权益的民间服务机构。公民咨询局属于是由政府免费提供法律咨询的机构，其人员构成具有知识的专业性与人员的广泛性的特点，公民咨询局的工作人员大多是具有专业知识的志愿者，他们来自于社会的各个不同领域。而且公民咨询局本身与政府、议会等各方面联系密切，因此能保证咨询局提供的咨询具有一定的权威性。对于民众而言，通过公民咨询局，能够更直接地找到有关部门，这一举措提高了民众与有关部门的沟通效率，扩大知情权。可见，公民咨询局对

维护社区和谐、社会稳定起到了积极的作用。

## 2、美国：强制性公益法律

在美国，有很多律师在为当事人提供免费的法律服务。有时这是出于良知而作出的决定，律师将自己的时间奉献于公益（pro bono publico）工作。较大的律师事务所通常会建立正式机制，接受公益案件并分配给本所律师。经过数十年的发展，公益法律服务（Pro Bono）已成为美国法律行业最珍视及认同的核心价值观之一。例如，许多顶级律师事务所指派律师为各个公益组织中的临时工人、移民、低收入租房者、残障人士等弱势群体长期免费提供法律咨询及诉讼代理服务，以保障他们的合法权益。2012年9月，纽约州首席大法官 Jonathan Lippman 裁定，自2015年起，首次申请在纽约州执业的律师必须在申请前完成50个小时的无偿公益法律服务。该裁定进一步将行业价值观塑造为具有强制力的法律规定，在美国历史上是第一次<sup>①</sup>。

公益性法律援助已经成为美国法学教育的组成部分之一。2012年纽约州律师协会通过了提案，规定将50小时的公益性法律服务作为法律毕业生考取律师资格的硬性条件。该规定于2015年正式实施。此后，美国的各州纷纷相继效仿<sup>②</sup>。同时，公益援助成法学院必修课。在美国的法学教育中，公益性法律援助作为重要组成部分。在一些学校，提供公益性法律服务已经成为学生取得学位的要求之一。<sup>③</sup>《美国律师协会关于法学院的批准标准》中明文规定，法学院应鼓励学生参加、并提供减免收费的公益性法律服务活动，同时还要为学生完成这种服务创造条件。

## 3、法国：司法与法律之家

法国的公益法律服务具有自己的特点，有关亲民司法的主题今天已成为法国司法现代化讨论的中心。1995年1月6日，为矫正传统司法的正式、繁琐、冷漠等问题，有关司法的法律草案报告中首次明确“亲民司法”理念。“亲民司法的出现是调和法官和法院资源的有效利用以适应案件繁简分流的需求”，简而言之，“亲民司法”就是亲近于人民的司法<sup>④</sup>。2002年9月9日，经议会批准正式通过了创设亲民法院的法律。其后，又通过一些法律和法令，确立了亲民司法的法官任命制度、组织制度及亲民法院的职能范围等。如从市民中选近民法官等。

在这种背景下，出现了以城市为单位的司法政策，其具体体现就是“司法与法律之家”（la

---

<sup>①</sup> 《美国劳动法专家访问君泽君交流公益法律服务及劳动法问题》，网址：

<http://www.junzejun.com/cn/news.asp?id=220>。最后登录时间：2017年7月1日。

<sup>②</sup> 参见吴琼：《美国法学院或推强制性公益法律援助》，《法制日报》2013年9月3日。

<sup>③</sup> 如哥伦比亚大学法学院规定，每个学生都应在毕业前完成40个小时的公益性法律服务；已经完成40小时要求的学生，则被校方鼓励继续提供志愿性的减免费法律服务。在宾西法尼亚大学法学院，学生若想顺利毕业，则需完成70个小时的减免费法律服务。转自吴琼：《美国法学院或推强制性公益法律援助》，《法制日报》2013年9月3日。

<sup>④</sup> 周建华：《法国民事司法改革论纲》，《北京理工大学学报》2013年第6期，第124页。

Maison de justice et du droit, 以下简称为 MJD)<sup>①</sup>。第一批 MJD 早在 20 世纪 90 年代初就开始向民众开放, 它最早是由共和国检察官所创立。MJD 的使命与性质大体上可以定义为一种亲民司法机构, 这种机构是为了便于权利的实现, 和发展一种由书记官负责管理并处于法院院长权威领导下的可选择性的纠纷解决途径<sup>②</sup>

因此, MJD 是一种同样以“和谐司法”为理念的亲民司法机构。它一般由一个书记官管理, 并设有一个接待处, 接待并引导人们转向合适的办事机构。它的职能主要有两个主轴: 一方面, 在这里, 检察官代表会组织开展一些可选择性的刑事纠纷解决途径, 如调解、诉讼等; 另一方面, MJD 是一些律师、执行人员、公证员等司法辅助人员进行活动的场所。同时它也是一些专业权利组织, 如有关居住权、妇女及家庭权益的组织等进行活动场所, 此外, 还有弱势群体帮助、民事调解, 尤其是家庭纠纷方面等方面的职能, 等等。

MJD 的职能主要集中于权利救济和民事行为的常设机构。2005 年, 近 80% 的人曾经接受过 MJD 相关人员的服务, 其中 4.5% 是由律师服务、7% 接受的是专业性权利组织的服务, 还有 4% 是受到了司法调解员的接待。有关刑事方面的工作大部分是由法院来完成的, 这就是为什么在 2005 年, 有关刑事调节与矫正方面的工作只占到了 MJD 工作量的 3.5%<sup>③</sup>。

#### 4、新西兰的公民咨询局

新西兰借鉴了英国的经验, 设立了公民咨询局(简称 CAB), 这一制度在新西兰得到了进一步的发挥。该机构的基本理念是: “作为公民, 你有权利知道一切你应该享受的义务和权利是什么”<sup>④</sup>。CAB 是一个民间的非营利组织, 无偿从事咨询服务。自 1970 年在 Grey Lynn 地区成立了新西兰第一间公民咨询局以来, 现在已经发展到遍布全国的 91 个分局为民众服务。全国分为四个大区, 分别是: North, Waikato-Bay of Plenty, Central 和 South, 仅负责联络辖下的分局但并无隶属关系。“公民咨询局以助人为乐的精神提供多元信息免费服务全国大众, 其多元语言信息服务中心以华语、粤语、台语及二十多种他国语言, 对所有移民、持有工作签证者、难民及国际留学生, 提供免费且保密的资讯服务”<sup>⑤</sup>。

---

<sup>①</sup>Aude Lejeune *Justice institutionnelle, Justice d'énocratie. Clercs et profanes: Maison de Justice et du droit comme révélateur de tensions entre des modèles politiques de justice*, Droit et Société 2007, n°66, pp361-381.

<sup>②</sup> 奥德 勒热内著, 杨帆译: 《制度化司法与民主化司法——“司法与法律之家”所揭示的不同司法政治模式之间的矛盾: 内行与外行》, 《司法》第 8 辑(2013), 12 月 30 日出版, 第 35 页。

<sup>③</sup> 奥德 勒热内著, 杨帆译: 《制度化司法与民主化司法——“司法与法律之家”所揭示的不同司法政治模式之间的矛盾: 内行与外行》, 《司法》第 8 辑(2013), 12 月 30 日出版, 第 51 页。

<sup>④</sup> 带你了解新西兰公民咨询局, 网址: <http://www.niugebbs.com/gstx1314/704191.html>, 最后登陆时间: 2019 年 10 月 3 日。

<sup>⑤</sup> 《带你了解新西兰公民咨询局》, 天维网, 网址: <http://d.skykiwi.com/wiki/view/101162>。最后登录时间: 2019 年 7 月 1 日。

与英国的情况不同，新西兰公民咨询局业务更加广泛，涉及签证、入籍、政府福利、就业、学习英文、公共卫生系统、社团、人权、地方政府、消费者权益及纠纷等问题。咨询局设有专门电话向公民咨询局咨询，咨询局一般都坐落在每个社区的图书馆旁边，为社区居民提供免费和保密的咨询服务。同时，公民咨询局还为社区内的居民提供一个十分重要的服务项目，这一项目是为各类证书或文件（如护照、签证、学位证书、毕业证书、雅思成绩单等）做公证。公证后的复印件与原件具有同等法律效力。在新西兰这些公证人员被称为 JP（Justice of the Peace），汉语为非常中国化的“太平绅士”。CAB 的下一步计划是开设在线聊天室，以便于咨询者与工作人员直接对话<sup>①</sup>。

#### 5、香港与台湾的相关做法

香港政府有律政司，相当于内地司法部和检察院的结合体。香港政府有法律援助计划，通过政府购买的方式，为无力支付律师费用的当事人，包括刑事案被告安排律师提供律师服务。大律师公会有当值律师（Duty Lawyer）服务，大律师每年有一定的公共法律服务时间要求，事务律师没有此要求。也有律师自愿帮助当事人进行诉讼或提供法律意见。法院没有提供公益法律援助的义务，但是有相关部门指引当事人获得政府的法律援助。法律援助只提供给刑事案件被告和极少数民事案件当事人（有收入限制），主要就是为其安排律师。

台湾主要有一个政府资金支持的法律扶助基金会，属于政府投资的非营利性财团法人。当事人若符合条件，可免费接受律师服务，包括委任律师出庭，这些律师都是有律师执业证的合格律师。其中刑案犯法定刑 3 年以上的罪，在台湾属于律师强制辩护案件，一定要有合格律师代为到庭辩护，否则程序就不合法。民事案件，如为低收入户，亦可免费申请这类服务。当事人可免费请法律扶助基金会代为聘请适合的受任律师，也可以自己选择适合的律师，由国家付费给律师。虽是由国家付费，律师亦独立办案，不受任何其他个人或机构的指挥监督。

上述国家和地区的实践给予我们较多的启示，这些启示主要表现在如下几个方面：

第一，政府在公益法律服务中有其应有的地位与作用。在该领域，政府不仅仅局限于司法行政机关，包括其他相关组织。国外的司法体制不同于我国，即使是美国司法部也不同于我国的司法部。但是，政府的多方参与对于推进公益法律服务具有积极的意义。

第二，域外的公益法律服务经验告诉我们公益法律服务与公共法律服务可以相互促进的。政府可以通过扶持公益法律服务的方式推进和完善公共法律服务，补充公共法律服务之不足，使得两者相互促进，共同发展。不仅如此，在公共服务领域有一个常用词汇是“优化”，如已有

---

<sup>①</sup> 《公民咨询局上线了！新网站周点击率过万 将开设在线聊天室》天维网，网址：<http://news.skykiwi.com/na/zh/2010-12-21/114094.shtml>。最后登录时间：2019 年 7 月 1 日。

学者出版名为《社会管理创新与公共服务优化》<sup>①</sup>的专著等等，以公益服务优化公共法律服务也是重要的方法之一。

第三，政府发展与推升公益法律服务的形式多种多样。上述国家采取了多种形式推进公益服务，这些形式也是基于该国家或地区的历史、文化等多种因素。我国如何开拓适合自己的形式值得我们深入思考。

#### 四、政府在推进公益法律服务时应该注意的问题

##### 1、以审慎的态度进行司法行政工作的创新

传统意义上而言，司法行政机关所提供的服务属于典型的公共法律服务，虽然近年来服务型政府的提出以及社会发展促进了司法行政工作同步发展，但是司法行政机关作为为社会提供公共服务的政府职责不能放弃，对司法行政机关而言，提供公共法律服务也是政府的重要职能之一。况且目前我国司法行政工作还有很多改进的空间以促进公共法律服务体系建设。如梳理法律权威，大力塑造公民对法律的信仰等。

##### 2、法律援助是公共法律服务还是公益法律服务？

对司法行政机关而言，需要明确的是法律援助是不是公益法律服务？我们认为从狭义而言，法律援助属于社会救济，不是公益法律服务。对司法行政机关而言，提供公共法律服务也是政府的重要职能之一。因此，法律援助对政府而言是公共法律服务，而不是单纯意义上的公益法律服务，因为发展与完善法律援助事业是政府的责任，同样也是律师的义务，正如学者所言：“在法律援助的实践中，政府和律师基于不同的根据承担法律援助的责任和义务。对律师提供法律援助义务的强制性规定有可能导致政府责任虚化或为政府转嫁其责任提供根据。倡导律师的职业伦理，建立人权律师制度，有助于强化律师法律援助的义务。”<sup>②</sup>但是从广义上而言，法律援助是公益性的法律服务，在这一意义上可以说是“公益法律服务”。我们注意到司法部的文件中对法律援助与公益法律服务是作了区分的。关于司法行政机关所提供的司法行政综合法律服务窗口等内容同样属于政府提供的公共法律服务。

##### 3、政府在公益法律服务中的定位：引导与指导。

作为政府的司法行政机关具有制定法律服务人员进行公益法律服务的政策，整合、发动公益法律服务平台，故司法行政机关具有引导公益法律服务的发展。所谓“搭平台、整资源、强辐射”的思路，以克服公益法律服务散兵游勇、单兵作战的不足。因此，司法行政机关能够对公益法律服务进行有效的组织与引导。我们注意到司法部的文件《推进公共法律服务体系建

---

<sup>①</sup> 郑德涛、欧真志：《社会管理创新与公共服务优化》，中山大学出版社 2012 年出版。

<sup>②</sup> 贺海仁：《法律援助：政府责任与律师义务》，《环球法律评论》2005 年第 6 期第 665 页。

设》中也大量使用了“引导”一词，如“引导广大律师、公证员和基层法律服务工作者积极参与公益性法律服务，积极探索建立乡村（社区）法律顾问制度，深化政府法律顾问工作，引导律师积极参与信访、调解、群体性案（事）件处置和社区工作等公益法律服务。”广东省司法厅《关于律师参与公益性法律服务活动的意见》中使用的是“主导”，提出按照“司法行政部门主导、律师行业实施、社会支持参与、个人志愿奉献”指导思想。我们认为使用“引导”比使用“主导”要好，因为企业有自己的经营自主权，政府与市场、政府与企业无论在理论上还是实践中都客观地存在着合理的边界。

就现代行政法而言，政府具有行政指导的职能。当前中国政府的职能面临着转变，这一转变的方向包括有引导型政府职能模式的兴起，对此我国已有相关专著予以专门论述<sup>①</sup>。

总之，我们应本着审慎而积极的态度面对公益法律服务，以公益法律服务为抓手，以“搭平台、整资源、强辐射”的举措发展政府的公益事业。一方面，公益法律服务对转变政府职能、提升政府形象，打造政府的公信力等均具有极好的社会效果。另一方面，应该注意到其中的难度，表现为政府与法律服务市场，政府与社会之间存在着合理的边界，这一边界比较难以把握的，所以，我们应当在综合平衡之中把握公益法律服务。

---

<sup>①</sup>参见郑家昊：《引导型政府职能模式的兴起》，中国社会科学出版社 2013 年 4 月出版。

## 乡村治理进程中黑恶势力衍生的社会机理及根治路径

王建国、郝洁\*

**摘要：**在全面建设法治中国进程中，乡村法治建设是我国法治发展的有机组成部分。自改革开放以来，随着城镇化进程的不断加快，乡村黑恶势力持续滋长蔓延，严重损害村民合法权益。因此，为有效遏制黑恶势力扩张应不断加强农村基层治理体系，统筹城乡发展、预防弱势群体黑恶化，推进乡村平安建设，加大打黑除恶力度，预防农村未成年人涉黑涉恶，以保障乡村治理与自治现代化的发展进程。

**关键词：**乡村治理；黑恶势力；根治路径

当前中国正处于转型期，城镇化进程符合历史客观发展规律。随着当代中国社会转型与变革进程的深入展开，乡村社会结构发生了深刻变化，推进乡村社会治理现代化的任务日益繁重艰巨<sup>[1]</sup>。城镇化进程不断加快，乡村经济迅速发展，村容村貌逐步改善。但同时，农村承包地“三权”分置制度改革和农村基层民主建设的深入推进，在增进乡村社会发展活力的同时，亦不可避免地催生乡村社会利益主体日趋多元化格局，乡村社会各阶层和各类组织的活动与诉求显著增多<sup>[2]</sup>。基于此，乡村黑恶势力的迅速扩张及渗透成为当下农村法治治理体系中尤为突出的严峻问题。积极探索有效治理农村黑恶势力及其违法犯罪活动的法权方法，有利于维护乡村社会治安稳定、保证人民群众安居乐业和加快乡村振兴战略步伐，对加强巩固党的执政基础，具有重要的法治和政治双重意义。

### 一、乡村黑恶势力滋生演变的历史进程

我国乡村黑恶势力产生之初并不具有规范属性，黑社会性质组织是黑恶势力团伙发展的高级阶段，二者前后相续，生长轨迹呈线性方程式图谱，黑社会性质组织与恶势力的生成机制是统一的<sup>[3]</sup>。随着乡村政治经济等政策方面的不断更迭，黑恶势力也由其滋生的土壤背景不同而不断变化重组，根据黑恶势力演进轨迹大致可分为以下几个阶段：

第一阶段，基本空白期（1949年至1978年）

我国广义上黑恶势力的起源可以追溯到清朝的帮会活动。在旧中国的特殊历史条件下，以帮会为代表的黑社会势力发展非常迅速，遍及全国各地，这些帮会组织与反动政权相互勾结，

---

\* 王建国（1968-），男，河南商水人，郑州大学法学学科特聘教授，博士生导师，法学博士、博士后，主要从事法学理论、司法制度研究。郝洁（1991-），女，河北保定人，郑州大学宪法行政法研究中心研究人员，郑州大学法学院访问学生，硕士研究生，主要从事法学理论、司法制度研究。

彼此之间结成一种盘根错节的复杂关系。反动政权、黑社会势力与邪恶经济结合为一体，形成了统治旧中国的“黑金政治”<sup>[4]</sup>。解放之初，鉴于民国时期的黑社会组织“青帮”和“洪帮”的反动性、破坏性和落后性，新兴的中国政府采取了严厉的措施，以镇压和取缔包括黑社会在内的会道门组织<sup>[5]</sup>。在新中国成立之初，在全国城市及农村范围内开展毁灭式肃清活动。1955年8月，为了打击从城市转到农村活动的会道门，以彻底清除会道门的影响，全国公安机关再次统一行动，坚决取缔了进行复辟活动的反动会道门<sup>[6]</sup>。直至70年代末，学者普遍认为在此期间黑社会性质犯罪作为一种社会现象并没有出现<sup>[7]</sup>。新中国成立以来，国内矛盾重重，在当时特定历史背景下，乡村黑恶势力难以找到生存的土壤的原因可以归结为以下三个方面：

其一，国家建立统一中央人民政府，实行高度集中的统一管理。中华人民共和国成立之初，国家尚未把基层乡村自治制度之法治化建构摆上重要议程<sup>[8]</sup>。与之相反的是，政府为保持强有力的集中控制，无论在城市农村成立系统庞大的党团组织及合作社等等。在农村建立“政社合一”的人民公社体制，把广大农民组织在一个严格控制的体系之中（组织军事化、行动战斗化、生活集体化），再加上连绵不断的、全国性的、有计划发动和组织的政治斗争和阶级斗争，使专政和控制达到了前所未有的强度，这种无所不在的、强大有力的专制和控制，确实有效地抑制了犯罪的发生，并使黑社会（性质）组织的产生几乎成为不可能<sup>[9]</sup>

其二，我国建成并长期严格实行计划经济体制。该体制下国家对价格严格管理和对资源的政府强制分配到户使得经济发展止步不前。贫困和物资匮乏在客观上和主观上遏制了以攫取非法利益为目的的犯罪，在普遍贫困的基础上的平均主义，缩小了人们之间财富和社会地位的差距，从而也在很大程度上弱化和消除了处在底层的人们结成犯罪帮派谋取非法利益的动因<sup>[10]</sup>。

其三，新中国成立特别是1952年土地改革后，仍余留一些与人民及人民为敌的封建势力、反动地主和富农等。农村地区的广大农民主要任务是解决这些反动派恶霸分子的残余势力，坚决打击资产阶级思想。

#### 第二阶段，逐渐雏形期（改革开放后至1992年）

随着1978年12月中共十一届三中全会召开改革开放正式实施，经济逐步发展，曾一度在中国大地上销声匿迹的黑恶势力又卷土重来，出现在二十世纪八十年代的深圳、珠海等沿海地区，系境外黑社会组织向境内渗透的结果，具有外源性特征<sup>[11]</sup>。1981年深圳政府发现香港黑社会组织成员以拉拢或暴力手段，将附近沿海城市的边民吸纳到黑社会组织，并不断在大陆发展扩张。这一时期内境内外人财物大流动，但与此同时社会制度有待健全、法律法规有待完善、社会控制力相应减弱，刑事犯罪数量出现较大增幅<sup>[12]</sup>。

这时期，我国乡村黑恶势力开始滋生的时代背景是由于改革开放由此发生的失业率上升，

导致大量无业者开始走向犯罪道路，旧有的社会政治体制的解体而新的社会政治体制尚未建构成熟。回溯我国农村改革开放的历史轨迹，自1979年始，撤销政社合一的人民公社体制，建构乡政村治体制，则成为改革开放初期创新基层乡村社会治理与自治体制、重塑国家与乡村之间关系格局的一个重大举措<sup>[13]</sup>。1982年12月4日颁布的《中华人民共和国宪法》（以下简称1982年《宪法》）明确规定“乡、民族乡、镇设立人民代表大会和人民政府”（第95条第1款）；“农村人民公社、农业生产合作社和其他生产、供销、信用、消费等各种形式的合作经济，是社会主义劳动群众集体所有制经济”（第8条第1款），这标志着人民公社在国家规范制度的终结，构建了乡镇基层政权体制；1983年中共中央、国务院联合发布《关于实行政社分开建立乡政府的通知》要求在1984年底以前落实1982年宪法明确的任务，这一通知加速了撤社建乡的进程，人民公社这一严重不适应农村社会生产力发展要求的控制体制彻底告别历史舞台。但同时，伴随着国家力量后撤、基层政权被削弱，基层社会呈现出弱秩序乃至无秩序景象<sup>[14]</sup>，这种缺乏社会控制力很大程度成为乡村黑恶势力开始萌芽滋生的温床。

#### 第三阶段，加速期（1992年至2013年）

这时期农村地区黑恶势力违法犯罪活动开始猖獗并逐步向经济领域渗透。除政治体制原因外，主要由于我国经济迅速发展且城乡发展失衡。1992年党的十四大确立了社会主义市场经济体制。随着计划经济体制向商品经济、市场经济体制的转轨，经济市场体系中主体多元化不断加深，国家逐步对城市经济的管制放松。但在城市经济市场在呈现活力的同时，农民收入虽也明显增加，但由于农业生产基础设施落后、劳动生产率低下、农业生产成本攀升导致农业产值比重却持续下降，城乡收入差距开始扩大，明显落后于城市。正是这种与城市出现巨大经济落差的现实原因，通过合法手段已不能满足其日益膨胀的物质需求，致使低收入甚至无收入农民走向犯罪道路。乡村黑恶势力暴力性手段仍构成主要威胁，但也逐渐向市场经营领域倾斜。乡村黑恶势力在初始资金积累基本完成后自己开办公企业或投入其他金融领域，以合法经营形式掩盖其霸占市场、强买强卖等大量非法攫取钱财等犯罪行为。

#### 第四阶段，成熟期（2013年至今）

乡村黑恶势力违法犯罪活动数量持续飙升，与此同时黑恶势力自身也日趋成熟化，特别是某些地区甚至典型化，这种犯罪趋势居高不下的原因具体可以归纳为以下几个方面：

第一、缺乏基层民主基础。中共十八大以来，当代中国的基层乡村治理与自治开启了新的历史征程，我国农村发展进入全新时期。但是不可避免的在农村农业快速发展过程中，党的基层自治政权遇到新问题：在村民自治管理农村事务、民主公开选举村干部等事务村民参与意识普遍不高。村委会几乎包揽了本村议事、决策、执行甚至监督的所有权能，从而造成了村委会

实际架空了村民会议、村民代表会议的局面<sup>[15]</sup>，乡村的基层民主基础的监督、指导沦为—纸空谈。诚如有学者指出，当下存在的“村官大贪”和不少农村群体性事件事实上是国家管控不力和社会参与不足的共同产物<sup>[16]</sup>。

第二、农村“空心化”现象愈发严重。伴随城乡一体化进程的发展，农村大量青壮年劳动力不断涌入发达省市并定居，带来了以弱势群体“三留守”（留守儿童、留守妇女、留守老人）为主体的乡村人口结构，现如今乡村整体力量分布不均，力量分散，农村基层组织主体大量缺失导致治理的真空，部分乡村甚至领导班子老龄化日益严重。在乡村“空心化”的背景下，使得乡村黑恶势力趁虚而入，村民为保全自己利益往往选择不予制止。黑恶势力得不到有效控制，反而助长了农村黑恶势力的蔓延生长。

第三、村民法治意识淡薄，宗族意识浓厚。大量农民缺乏对于国家立法的现状认知、对于浩如烟海法律无所适从、对自身的法定权利认识不足。同时，我国农村深受传统文化洗礼，民间文化或是宗族理念在农村乡间处于主导地位，黑恶势力逐步通过宗族血缘向村委会渗透。往往黑恶势力成立初期人员就与村干部或村委会人员存在某种家族或血亲关系。在较为贫困乡村，由于信息闭塞交通不便，这些群体既无与罪恶势力团伙斗争的资本同时也不知如何用法律的武器维护自己的权益。在通常在罪恶势力团伙没有正面侵犯到其利益的时候，都会采取事不关己高高挂起的态度，并不会主动的去寻求司法的帮助。这种侧面也助长了罪恶团伙的嚣张气焰使得基层黑恶势力治理更加难以根除。

## 二、乡村黑恶势力发展的现实样态考察

自改革开放以来，我国社会主义市场经济建设取得了一定成效，乡村经济也一度有所发展但最终由于竞争的激烈而改观不甚显著，农村市场经济的发展仍旧处于相对受到限制的境地。在逐步实现城乡一体化进程中，城乡二元化的社会仍然束缚和制约着农村现代化和法治化的发展，使得我国农村经济与城市经济的飞速发展形成了一种鲜明的对比，由此导致城市与乡村出现的黑恶势力性质截然不同。不可否认的是，当下学界关注更多地集中于城市层面，对于相对落后乡村地区涉黑涉恶问题往往得不到应有的重视。诚然，农村治理法治化建设的研究以及制度设计与城市法治建设整齐划一的对待，但农村法治建设缺乏地方性的法治策略的应对。乡村社会治理是国家治理的基础，也是国家治理的重点领域。为从根本上解决乡村治理问题，中共十九大在深刻总结中华人民共和国成立以来乡村治理与自治实践经验的基础上，面向新时代中国国家治理与法治现代化的宏伟愿景，基于事实乡村振兴战略的现实与长远的考量，强调要“加强农村基层基础工作，健全自治、法治、德治相结合的乡村治理体系”<sup>[17]</sup>。同时，在严厉打击乡村黑恶势力方面，2017年1月党中央一号文件《中共中央国务院关于实施乡村振兴战略的意

见》、2018年1月党中央、国务院发布的《关于开展扫黑除恶专项斗争的通知》(以下简称通知),决定在全国开展为期三年的“扫黑除恶”专项斗争,这些重磅举措不仅充分表明了中央对于治理黑恶势力的鲜明态度和坚定决心,更是对乡村治理与实施乡村振兴战略计划的空前支持。

乡村黑恶势力,一般是指在农村地区以暴力、威胁为手段,称霸一方、为非作恶,欺压残害群众,破坏社会经济和人民生活秩序的违法犯罪群体<sup>[18]</sup>。但随着我国城乡一体化的发展,乡村黑恶势力呈现以下鲜明特点:

第一,具有地域性。农村特定区域内的黑恶势力中人员以本地农民、“村霸”为主。在中国历史上,一直都是皇权不下县,乡村百姓一直都由当地有威望的乡绅进行管理,在农村流行一句话“天高皇帝远”,确实是国家权力在乡村地区的形象写照<sup>[19]</sup>。在社会生活相对封闭、人际关系相对简单的村落里,其内部成员之间往往存在着一定的宗族血缘关系,彼此熟悉。在这种熟人社会下,出现了以宗族血缘或拟制的血缘关系为纽带最终依附于权力基础的宗族式犯罪组织。这类犯罪组织有其可供生长的温床:在宗族势力具有天然压倒性优势的当下乡村生活中,乡镇干部往往会尽量安排自己家族亲属选任村干部,进而控制基层选举工作。他们既是农村公共事务资源的管理人,同时也成为了为宗族家庭谋私利的代表的双重角色。在这种闭塞且有权力配置有限利益环境下,导致“村霸”的出现。本文提到的“村霸”与通常观念的不同,通常来讲,“村霸”多指在村子里或一定区域内恃强凌弱、仗势欺人、经常制造事端,严重扰乱农村社会治安秩序的人<sup>[20]</sup>。而本文所提“村霸”是指寄生于有权力有威望的宗族恶势力之上,横行乡里、欺压百姓、吃拿卡要的基层村官。在农村当地,这些村官戴着“官帽子”,将称谓做其“遮羞布”,一方面勾结当地黑恶势力,为其所依附的宗族势力谋取利益;另一方面欺上瞒下,利用职务之便贪污腐败。

第二,行为由硬暴力向软暴力发展。软暴力是指虽形式上为非暴力犯罪,暴力、威胁的色彩不明显,但实际通过软暴力形式实施,并以组织的势力、影响和犯罪能力为依托,以暴力、威胁的现实可能性为基础,足以使他人产生恐惧、恐慌进而形成心理强制或者足以影响、限制人身自由、危及人身财产安全或者影响正常生产、工作、生活的犯罪<sup>[21]</sup>。近年来乡村的黑恶势力的犯罪行为逐渐由抢劫强奸、打架斗殴等暴力手段转变为利恐吓、威胁及“谈判协商”的软暴力方式刻意降低组织的违法犯罪色彩。有组织的大量实施暴力性违法犯罪活动以获取强势地位,往往是黑社会性质组织发展初期的明显特征,而构建非法秩序也大多是在这个阶段完成的。当其发展到比较成熟的阶段之后,由于凭借前期积累的恶名和影响力便可维持非法控制的状态,行为方式中的暴力性特点会逐渐趋于隐蔽,违法犯罪活动的数量也会相应减少<sup>[22]</sup>。可以说,软暴力逐渐取代暴力性违法手段成为新型暴力形式。与传统暴力行为相比,软暴力本质在于以强

硬的态度、威胁的言语攻克被害人心理防线，引起恐慌、害怕导致不敢反抗。更有甚者为了获取更大的利益，而涉足于当今的金融与网络等新兴产业，采取软暴力的模式放高利贷或套路贷，其具体模式是通过被害人精神上的摧残，以此形成一种心理上的强制，使其经济利益最大化。

第三，攫取利益具有排他性与对抗性。黑恶势力攫取不法利益具有排他性与对抗性，这种排他性与对抗性是根底性的。首先，乡村黑恶势力的违法行为就是对农村有限的公、私利益赤裸裸地肆意侵占，有着强烈的不容他人干涉的排他性和占有的对抗性。宗族势力、邪教势力、黑恶势力以及刺头地痞势力无一不具有这种对抗性、排他性意识，而对抗性和排他性的利益追求方式本身就隐含着聚合起来的黑恶势力与其他群体冲突的行为<sup>[23]</sup>；其次，排他性、对抗性成为农村利益分配中的一种潜在文化。黑恶势力在短时期内通过对抗性、排他性的暴力迅速积累起巨大财富，富甲一方；最后，由于当前农村公共资源尚未完全市场化，产权不明晰是农村公共资源的既存事实，为实现自身利益最大化，这势必加强黑恶势力间排他性与对抗性的增强。

### 三、乡村黑恶势力犯罪立法（制度）沿革

黑恶势力是当前我国刑法的打击重点，这里的黑恶势力中的“黑”指黑社会性质组织，“恶”指恶势力<sup>[24]</sup>。本文分别从两个角度分别对其制度沿革进行阐述。

#### （一）乡村黑社会性质组织犯罪立法沿革

##### 1、探索期（1979年至1996年）

改革开放后1979年《中华人民共和国刑法》未将“黑社会犯罪”等相关犯罪活动纳入刑法体系。“黑社会组织”一词最早出现在我国规范性文件中的是1982年9月深圳市政府为打击香港拉拢边民加入黑社会组织而颁布的《关于取缔黑社会组织的通告》。1983年中央提出“严打”发布动员文件【1983】31号文件，使得“黑社会”一词第一次在全国范围内使用：“这些流氓团伙分子，是新的历史条件下产生的新的社会渣滓、黑社会分子。”1992年10月公安部召开的打击团伙犯罪研讨会上第一次提出黑社会性质的组织的六个特征<sup>①[25]</sup>，此后，很多地方政府报告文件中，反复出现相关概念。在这一时期中，学界对于黑社会组织的构成条件、特征等仍处于探索阶段。

##### 2、逐步完善期（1997年至2010年）

1997年3月14日颁布的《中华人民共和国刑法》经第八届全国人民代表大会第五次会议修改通过，在其分则的第六章第一节“扰乱公共秩序罪”第294条首次明确规定了黑社会性质组织犯罪，具体包括三个罪名：组织、领导、参加黑社会性质组织罪，入境发展黑社会组织罪

---

<sup>①</sup>（1）在当地已形成一股恶势力，有一定势力范围；（2）犯罪职业化，较长期从事一种或几种犯罪；（3）人数一般较多且相对固定；（4）反社会性特别强，作恶多端，残害群众；（5）往往有一定的经济实力，有的甚至控制了部分经济实体和地盘；（6）千方百计拉拢腐蚀公安、司法和党政干部，寻求保护。

以及包庇、纵容黑社会性质组织罪。这是我国部门法首次对黑社会犯罪进行定义，对打击黑社会犯罪在规范层面进行有效规制。随后经司法实践后为提高审判效率，2000年12月10日最高人民法院发布《关于审理黑社会性质组织犯罪的案件具体适用法律若干问题的解释》（以下简称《2000解释》），对黑社会犯罪进一步细化<sup>①</sup>。对于《2000解释》中关于“保护伞”是否为构成黑社会性质组织要件引发业界争议，故2002年4月28日全国人大常委会做出立法解释，将《2000解释》中的犯罪特征进行修改，进而提升打击力度。2009年底，公安部、最高人民法院、最高人民检察院联合下发了《办理黑社会性质组织犯罪案件座谈会纪要》，对黑社会性质组织犯罪的“四个特征”制定了更具体规定，实践操作性更强。

### 3、立法成熟期（2011年至今）

随着我国的发展进入现代化，现有法律法规已无法适应层出不穷的犯罪新样态，2011年2月25日，《刑法修正案（八）》正式通过，其中在第43条对1997年《刑法》第294条关于黑社会性质组织犯罪进行大修改，并且此次修订严格贯彻了宽严相济的刑事政策要求。至此，我国针对黑社会性质组织犯罪的立法工作基本完成，立法体系构建成熟。

#### （二）乡村恶势力犯罪制度沿革

我国对于黑社会性质组织犯罪已有一系列成熟完备的法律规定及配套立法、司法解释。但是，与黑社会性质组织犯罪具有明确的立法规定不同，恶势力犯罪仅规定在具有司法解释性质的文件中，在规范明确性、可操作性、效力层级等方面均有所不足，由此产生了一定的司法风险<sup>[26]</sup>。恶势力是一个具有中国特色的概念，其产生之初并不具有规范属性。但随着近些年在全国范围内开展的“扫黑除恶”专项斗争的不断深化改革，针对恶势力犯罪的有关规定正趋于制度化，主要经以下几个阶段：

#### 1、概念形成期（1997年至2008年）

1997年《刑法》将黑社会性质犯罪纳入刑法体系，恶势力犯罪虽没有正式进入立法规范层面，但1999年10月27日，最高人民法院《全国法院维护农村稳定刑事审判座谈会纪要》（以下简称《1999纪要》）第（三）条内容是关于农村恶势力犯罪案件的处理<sup>②</sup>，根据《1999纪

---

<sup>①</sup>（1）组织结构比较紧密，人数众多，有比较明显的组织者、领导者、骨干成员基本固定，有较为严格的纪律；（2）通过违法犯罪活动或者其他手段获取经济利益，具有一定的经济实力；（3）通过贿赂、威胁等手段，引诱，逼迫国家工作人员参加黑社会性质组织活动，或者为其提供非法保护；（4）在一定区域或者行业范围内，以暴力、胁迫、滋扰等手段，大肆进行敲诈勒索，欺行霸市、聚众斗殴、寻衅滋事、故意伤害等违法犯罪活动，严重破坏经济社会、生活秩序

<sup>②</sup>《1999纪要》第（三）条：（三）关于农村恶势力犯罪案件 修订后的刑法将原“流氓罪”分解为若干罪名，分别规定了相应的刑罚，更有利于打击此类犯罪，也便于实践中操作。对实施多种原刑法规定的“流氓”行为，构成犯罪的，应按照修订后刑法的罪名分别定罪量刑，按数罪并罚原则处理。对于团伙成员相对固定，以暴力、威胁手段称霸一方，欺压百姓，采取收取“保护费”、代人强行收债、违规强行承包等手段，公然与政府对抗的，应按照黑社会性质组织犯罪处理；其中，又有故意杀人、故意伤害等犯罪行为的，按数罪并罚的规定处

要》规定，恶势力犯罪是依附于黑社会性质组织罪之上，不作单独处理。2000年12月11日，全国范围内首次进行为期一年的打黑除恶专项斗争行动，虽然此次“打黑”与“除恶”同时进行，但对于恶势力仍无具体定义。

### 2、概念发展期（2009年至2017年）

为总结2006年在全国范围内的第二次“打黑除恶”专项斗争，2009年12月9日最高人民法院、最高人民检察院和公安部联合出台的《办理黑社会性质组织犯罪案件座谈会纪要》（以下简称《2009纪要》），首次在司法解释中规定了恶势力概念，初步将恶势力引入规范领域。同时，《2009纪要》还首次阐明了黑社会性质组织与恶势力的关系，认为恶势力是黑社会性质组织的雏形<sup>[27]</sup>。《2009纪要》对恶势力所下的定义，是以全国打黑除恶协调小组办公室制定的《恶势力战果统计标准》为基础，根据实践情况总结、归纳而来的，目的是给办案单位正确区分“黑”与“恶”提供参考<sup>[28]</sup>，但对于恶势力犯罪的刑罚后果并无规定。《2009纪要》第（1）条第4款<sup>①</sup>中明确规定对于干扰、破坏村委会工作秩序属于黑恶势力打击的范畴。

### 3、概念规范期（2018年至今）

2018年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部颁布的《关于办理黑恶势力犯罪案件若干问题的指导意见》（以下简称《2018指导意见》）将恶势力定性为犯罪组织或者犯罪集团，进而可依据我国《刑法》有关犯罪集团的规定认定犯罪。其中第2、11（6）、24条都充分体现国家对于农村地区利用家族、宗族势力横行乡里、称霸一方、欺压残害百姓的“村霸”的坚决打击决心。

2019年4月四单位又联合发布了《关于办理恶势力刑事案件若干问题的意见》（以下简称《2019意见》），对办理恶势力案件的实体和程序问题做了更为具体的规定，成为办理恶势力案件的主要法律根据<sup>[29]</sup>。

## 四、乡村黑恶势力表现形式的法理结构描述

由于我国没有将“黑恶势力”一词纳入刑法，但为破解乡村自治进程中治理黑恶势力的现实困境，坚决打击黑恶势力的蔓延生长，根据上文司法解释的相关规定及现实特点，结合社会学与犯罪学理论，对其表现形式进行概括总结，大体为三种主要表现形式，即具有较固定成员且组织形态严密、以违法手段获取一定的经济利益，以及通过干预地方政府的行为为自己的违

---

罚。

<sup>①</sup>《2009纪要》第（1）条第4款：通过实施违法犯罪活动，或者利用国家工作人员的包庇、纵容，称霸一方，并具有以下情形之一的，可认定为“在一定区域或者行业内，形成非法控制或者重大影响，严重破坏经济、社会生活秩序：多次干扰、破坏国家机关、行业管理部门以及村委会、居委会等基层群众自治组织的工作秩序，或者致使上述单位、组织的职能不能正常行使的；利用组织的势力、影响，使组织成员获取政治地位，或者在党政机关、基层群众自治组织中担任一定职务的；其他形成非法控制或者重大影响，严重破坏经济、社会生活秩序的情形。

法活动加盖一层保护伞。

其一，成员固定且组织严密。恶势力犯罪具有共同犯罪的属性，它首先是共同犯罪中的结伙形式。《2019年意见》明确将“经常纠集在一起”作为恶势力犯罪的首要特征，就是强调了恶势力犯罪的这种共同犯罪性质<sup>[30]</sup>。从社会学的视角看，这种表现形式与农村的伦理纲常等旧的传统社会控制体系下黑恶势力滋生内因的微观现实背景高度契合。

首先，从乡村黑恶势力的组织形态来看，因其乡村区域的限制性，虽未构成有较大组织且结构严谨的形态，但却具有明确的组织者与领导者，且成员具有一定的固定性，如果人数较多则其核心成员具有一定的固定性<sup>[31]</sup>。我国基层农村最初的黑恶势力团伙是由地痞无赖以及两劳人员、刑满释放人员组成的团体，当时具体的表现通常为寻衅滋事，小打小闹，强拿强要等一系列违法行为。但在利益驱使下，罪恶势力的团伙也由上面地痞，无赖，流氓等开始加入了一些利欲熏心的群众。而且其组织形式也逐渐从小打小闹开始转变为有组织有规划的实施的犯罪种类也逐渐由小打小闹寻衅滋事等开始逐渐演变为更为严重的暴力行为抑或发展至软暴力，从而助长其个人利益的侵占。这使得其破坏性越来越强。最终演变为作恶多端的基层农村黑恶势力团伙。

其次，在组织规模上，个别区域的乡村黑恶势力虽规模较小，但纠集者相对固定，但须注意的是，人数至少为3人以上。这些人员构成多源于其黑恶势力的家族势力、无业游民、以及一些社会闲散人士等，其人员特点多是受教育程度较低或具有违法犯罪前科等情形。

最后，在组织分工上，每个乡村黑恶势力成员都由其明确的分工及重要程度。这里的分工是指从事黑恶势力犯罪活动中，存在首要分子、骨干分子和积极参加者这样不同的角色。根据《2019年意见》的规定，存在三种角色分工：第一是恶势力的纠集者，是指在恶势力实施的违法犯罪活动中起组织、策划、指挥作用的犯罪分子<sup>①</sup>，可以说纠集者是整个黑恶势力的主心骨，对其从事的违法犯罪行为发挥了关键作用；第二是恶势力犯罪的重要成员，他们多次参加黑恶势力的违法犯罪行为并承担主要角色；第三是恶势力犯罪的其他成员，是指知道或应当与他人经常纠集在一起时为了共同实施违法犯罪，仍按照纠集者的组织、策划、指挥参与犯罪活动的违法犯罪分子。

其二，违法犯罪活动多样化。因城乡经济发展的不平衡，乡村黑恶势力更易被高额钱财、土地等不动产等非法利益的驱使，再加上监管部门工作不到位，乡村黑恶势力所涉领域甚至比

---

<sup>①</sup> 《2019年意见》第6条：恶势力一般为3人以上，纠集者相对固定。纠集者，是指在恶势力实施的违法犯罪活动中起组织、策划、指挥作用的违法犯罪分子。成员较为固定且符合恶势力其他认定条件，但多次实施违法犯罪活动是由不同的成员组织、策划、指挥，也可以认定为恶势力，有前述行为的成员均可以认定为纠集者。

城市层面更为广泛。诚然，攫取非法经济利益是所有黑恶势力最根本所需，乡村黑恶势力犯罪团伙亦是如此。现如今大多数的乡村黑恶势力也学会利用各种手段对自己进行包装，为自己虚拟一层合法的外套，以此掩盖自己非法的目的实施违法行为，例如强权交易、以商养黑、以黑护商等模式。除此之外，因近些年在实现乡村振兴战略进程中，国家对农村地区的惠农惠民政策也逐步放宽，乡村黑恶势力为谋取非法利益，通过暴力与软暴力相结合方式，对村民实施贿赂笼络、暴力威胁从而破坏选举程序，使黑恶势力首要分子自身或宗族内部成员或能为之所用之人当选村干部，严重破坏村民自治，阻碍乡村治理与自治进程。

其三、干预基层自治组织的运作机制。而在这特定的区域范围内，乡村黑恶势力为了能够称霸于一方区域，他们往往会通过扩大自身所在区域的影响力，以此获得更大的利益，其最主要的形式包括将其爪牙伸入进基层的政权之中。其主要表现形式有：

第一，寻求当地政府部门为其保护伞。通过贿赂、威胁等手段引诱意志力相对较薄弱的工作人员为其所用，且为其提供一定的非法保护。第二，干涉地方基层选举工作。通过采取贿赂、暴力、欺骗、威胁等手段干扰基层换届选举工作、操纵破坏基层换届选举，严重影响基层政权的稳定等情形。即有学者所说的，从村政权组织与黑恶势力相勾结的形态中的“由红变黑型”和“由黑变红型”两种<sup>[32]</sup>。在我国仅 2017 年，查处涉村委会、居委会换届选举案件 400 余起。由此不难看出基层黑恶势力的渗透无非是两种途径，一是村官的黑恶化。二是黑恶势力的村官化。村官的黑恶化就是村官通过其任职期间，通过其权力为自己谋取大量的各方面的优惠，从而累积大量的财富。而黑恶势力的村官化，则是其黑恶势力团伙通过其团伙不法行为，累积了大量财富之后，通过恐吓威胁村民，干预基层选举，从而使自己赢得基层干部身份，以方便其在后期更迅速扩大其权力，扩大其影响寻求保护伞。在现实中我们看到过不少这样的例子，黑恶势力的团伙明目张胆的被选为人大代表参与组织建设，从而形成了“以红养黑-以黑养红”的恶性循环。

### 五、基于国家治理能力现代化乡村黑恶势力的根治路径

农村安则天下安，农村治则天下治。扫黑除恶专项斗争必须依法进行，这既是对以往打黑除恶专项斗争经验教训的汲取，也是新时代全面推进依法治国、建设社会主义法治国家的必然要求<sup>[33]</sup>。为有效防制当前乡村地区黑恶势力，巩固扫黑除恶专项斗争的成果，要建立打击黑恶势力犯罪的长效机制<sup>[34]</sup>，通过修改《刑法》、《刑事诉讼法》等法律法规增加涉黑犯罪罪名、提高法定刑、完善与职务犯罪、国家监察的立法衔接和扩大剥夺政治权利的适用，但同时要严格遵守法治原则，去“运动化”。乡村黑恶势力源于我国早期社会转型时期，是国家与社会关系间的一面镜子。因此，对乡村自治背景下的乡村黑恶势力进行根除必须统筹兼顾，以大局观的姿

态全面治理。从根本上全面贯彻落实中央的基本要求，大力推进城乡建设一体化的要求，推进乡村治理能力现代化的需求并提高其乡村治理的新体系。其具体根除对策如下：

其一，不断加强农村基层治理体系。首先应在根本上深化农村党员的先进性教育，加强基层党组织的管理建设，以此为整顿乡村黑恶势力提供政治层面上的保障。其次，完善信息公开制度，加强乡村村民自治制度，为打击乡村黑恶势力提供制度上的保障，扩大村民的政治参与途径与方式，使其具有公开透明性，达到创新乡村治理体系现代化的基本需求。最后，应积极构建村级两委关系，以创新的方式科学处理其关系，规范基层组织的运行机制，以此达到在根本上解决乡村黑恶势力的根本目的。

其二、统筹城乡发展，预防弱势群体黑恶化。因乡村居民普遍受教育程度相对较低，因此应防治此类弱势群体被黑恶势力同化洗脑，这也是肃清乡村黑恶势力最有效的途径之一。为解决此类问题，我们应统筹城乡区域化的法治发展，为其普法，扩大就业，发展经济，加强对乡民的思想教育，提高其意识防范，以此才能从经济和思想上，断绝乡村黑恶势力的人员构成与扩大，形成乡村全体成员各尽所能、各得其所、和谐相处的社会氛围。

其三、推进乡村平安建设，加大打黑除恶力度。在我国当前区域法治化的背景下，乡村黑恶势力的违法犯罪情形屡见不鲜。因此，在司法上应加强我国司法机关对“打黑除恶”犯罪行为的打击力度，以司法的手段惩治其违法犯罪的行为。遵循主动打击、除恶务尽的积极态度。执法上，应做到公安机关的全面部署战略，加强乡村社会综合治安体系建设，构建以受黑恶势力危害严重的乡镇、街道、社区、乡村及农村行政区域相交地区为重点部位的社会治安联动防范体系和分级联动机制，健全矛盾纠纷联动调处体系，完善县、乡（街道）、村三级矛盾排查调处网络，巩固打黑除恶的群众基础，完善打黑除恶的行动机制和工作体系<sup>[35]</sup>。以此达到推进我国区域化的平安建设能力，并做到严肃处理黑恶势力的范围与增长。

其四、预防农村未成年人涉黑涉恶。二十世纪二三十年代，芝加哥大学社会学系克利福德·肖（Clifford R. Shaw）和亨利·麦凯（Henry D. McKay）对当时处于工业化、城市化过程中的芝加哥市的犯罪生态及与犯罪生态相关的青少年帮伙进行了调查研究。肖和麦凯在《少年犯罪与城市区域》中指出，城市中存在一些少年犯罪率高发的区域（delinquency area），这些区域是工业区或商业区与工人居住区之间的流动人口率高的过渡区。原因是这些区域人口不断变化、外来文化遭到瓦解和社会环境遭到破坏的结果<sup>[36]</sup>。由于在农村抑或是城乡结合部，大多数儿童是留守儿童，他们从小缺少父母的关爱与教育，随着互联网、手机的广泛应用，无法得到正确引导，由于缺少正面管教易于让他们沾染不良风气进而走上犯罪道路。因此，在处于转型期的当代农村，一方面学校必须加强对特别是留守儿童的教育与管制，避免其寻求不良社

会关系；另一方面家长与学校应建立联动机制，提高对未成年人不良行为的洞察力，及时割裂未成年人与黑恶势力的联系。

### 参考文献

- [1][2][8][13][17]公丕祥. 新时代 70 年进程中的乡村治理与自治[J]. 社会科学战线, 2019(04).
- [3][11]王永浩. 论惩治黑恶势力的路径转向: 由“打”到“治”——兼谈基层组织建设在“扫黑除恶”中的地位[J]. 犯罪研究, 2019(01).
- [4][9][10]何秉松. 中国大陆黑社会(性质)犯罪的演变过程、规律及其发展趋势[J]. 政法论坛, 2001(01).
- [5][6]邱格屏. 媒体视角下的黑社会组织六十年[J]. 南京大学法律评论, 2010(09).
- [7]何秉松. 中国有组织犯罪研究[M]. 北京: 群众出版社, 2009.
- [12]李蕤, 于群, 樊丽. 法治视野下黑社会性质组织犯罪的发展演变与侦查模式[J]. 北京警察学院学报, 2013(04).
- [14]马华, 王红卓. 从礼俗到法治: 基层政治生态运行的秩序变迁[J]. 求实, 2018(01).
- [15]彭新林, 张靓. 农村黑恶势力的现状、成因及对策[J]. 知与行, 2018(05).
- [16]徐勇, 赵德健. 找回自治: 对村民自治有效实现形式的探索 [J]. 华中师范大学学报(人文社会科学版), 2014(04).
- [18]汪力. 黑恶势力犯罪问题研究[M]. 重庆: 西南师范大学出版社, 2003.
- [19]龙立. 村民自治背景下的村霸治理[J]. 西南民族大学学报(人文社会科学版), 2012(04).
- [20]冀承阳. 村官变“村霸”现象暴露乡村治理困境[J]. 人民法治, 2017(02).
- [21][22]卢建平. 软暴力犯罪的现象、特征与惩治对策[J]. 中国刑事法杂志, 2018(03).
- [23]欧三任, 张文军. 农村灰黑势力及其对农村群体性事件的影响[J]. 湖南农业大学学报(人文社会科学版), 2010(12).
- [24][28][29][30][31]陈兴良. 恶势力犯罪研究[J]. 中国刑事法杂志, 2019(04).
- [25]何秉松. 黑社会组织(有组织犯罪集团)的概念与特征. [J]. 中国社会科学, 2001(04).
- [26][27]刘仁文, 刘文钊. 恶势力的概念流变及其司法认定[J]. 国家检察官学院学报, 2018(11).
- [32]陈磊. 中国农村政权组织涉黑化倾向及其遏制[J]. 政法论坛, 2014(02).
- [33]彭新林. 扫黑除恶的时代意义和法治内涵[J]. 紫光阁, 2018(03).
- [34]潘国清. 深化打黑除恶斗争的思考. 江苏警官学院学报, 2005(04).

[35]康民,朱彩萍,张振.农村基层民主自治的社会环境[M].兰州:甘肃民族出版社,2009.

[36]靳高风,赵伟.当前我国未成年人涉黑涉恶犯罪特征与模式研究[J].青少年犯罪问题,2011(09).

## 农村基层治理的轨迹变迁及法治化构建

王 勇\*

**摘要：**改革开放以来，我国农村基层治理结构发生了深刻变迁，这一变迁过程与国家治理在农村的功能设置变动紧密相关。无论汲取农业剩余的年代，通过“汲取型政权”确立的总体性支配的治理格局，还是农业税废除后基于“悬浮型政权”而导致的治理空余，反映了农村基层治理绩效疲弱的现实，反映了国家与农民之间关系的疏离，反映了治理体系的法治化缺失。基层治理法治化和乡村振兴战略的实施为农村治理现代化提供了契机，通过法治供给，完善基层自治制度，激活“乡政村治”的治理效能，打造共建共治共享的农村治理法治新格局。

**关键词：**基层治理 村民自治 乡村振兴 治理法治化

### 一、问题与背景

古语讲“郡县治，天下安”，基层问题“牵一发、动全身”，一国的国家权力、民众利益、公共产品以及发展愿景等因素在基层交织、发酵后外显为或者舒缓或者剧烈的底层行动，成为影响基层社会治理状态的基础性因素。近年来，尽管在人口比例和经济贡献值方面，农民和农业的比重已经显著下降，但从人口数量、土地资源、利益结构、利益辐射面等方面看，“三农问题”仍属事关我国经济与社会发展的基础性和结构性问题，仍将在很长一段时间内继续保有战略性意义。

回顾历史，改革开放走过了四十年的里程。我国的全面改革始于农村，始于农民的原创性探索，农村改革掀起了我国经济与社会全面变革的历史大幕。经过四十余年的探索，农村改革取得了令人瞩目的成绩，但也凸显出一系列亟待解决的问题。基于此，党的十九大提出了“实施乡村振兴战略”的重大决策部署。可以预期，乡村振兴战略的实施，特别是乡村治理能力和治理体系现代化目标提出必将为新一轮的农村全面改革提供全新的引擎和动力。在上述宏观背景下，分析我国农村基层治理的变迁轨迹，剖析基本问题，整理问题的发生脉络和主导性原因，从而构建法治化的治理模式以为实现农村基层治理规范化和绩优化提供解决之道，无疑具有一

---

\*王勇，法学博士、政治学博士后，教授、博士生导师，大连海事大学科研处副处长。本文为未刊稿，仍需大幅修改，请不要引用。论文是国家社会科学基金项目“国家治理中的农村基层治理法治化问题研究”的阶段性成果。

定的理论意义和实践价值。

准确认知当前农村基层治理的基本状况，首先要整体性地把握一个宏观背景，这一背景构成了我们理解农村基层治理轨迹变迁的基本线索——自 20 世纪中期开始一直延续至本世纪初的国家权力下沉趋势。这一趋势的结果表现为作为国家基层政权的乡镇政权开始全面地以建制化的方式植入农村基层社会，并以行政吸纳的方式确立起一种整体主义的支配性治理格局<sup>①</sup>，而在废除农业税之后，这种整体主义的治理又旋即从积极转向消极，行政依附转为治理“悬浮”，农村基层治理因为国家权力存在方式的变化而陷于另一种困境。作为一种法律社会学的分析，本文的主要任务是分析农村基层治理的轨迹变迁及法治化治理模式的实现路径。具体分解为三个问题：（1）梳理共和国七十年，尤其是改革开放四十年来农村基层治理的纵线沿革，分析其变迁轨迹。（2）分析蛰伏于变迁表象背后的治理逻辑（整全性的输入型治理），将其与当前农村基层治理的痼疾表现（权威稀释与制度阙如。前者导致基层治理难以形成有效治理，后者导致难以形成依法治理）综合讨论。（3）设计农村基层治理的法治构架。以村民自治为基点，从结构和功能方面分析“乡政”与“村治”的重新配置——从“乡政”一翼延伸至国家治理的理念与制度创新，从“村治”一翼覆盖农民、基层党组织、村民自治组织、农村其他组织之间的关系处理。本文的基本结论是，通过强化农村基层治理的整体性规范设计，强化基层自治制度的法治供给，重构国家与农民的良序关系，激活“乡政村治”模式下基层治理的效能，打造共建共治共享的法治化农村治理新格局。

## 二、当代农村基层的治理逻辑与待决问题

改革开放至今，随着宏观经济环境的周期性变化，农村基层治理实践发生了巨大的变化。温铁军教授等指出，至 2008 年前后的三十年间，农村基层治理先后发生了三轮治理危机。<sup>②</sup> 本文把这一系列的危机及调适置于“国家政权建设”和“市场经济建设”双重旋律和背景的演变之中，对其进行重新梳理和论证，并接续描述和分析第四轮（即 2006 年至今）治理危机及其调适的内在机理。

第一轮危机发生在 20 世纪 80 年代。家庭联产承包责任制的实施，推动了农村经济与社会利益的巨大变迁，也带动了治理结构的变化。解放了生产力，激活了农民的生产积极性。但滞后的治理结构无法有效回应经济利益的变动，由此引发了首次危机。本轮危机具体表现于，实行家庭联产承包责任制之后，人民公社不再具有农业生产的规划和组织功能，作为经济组织的

<sup>①</sup> 参见渠敬东、周飞舟、应星：《从总体支配到技术治理：基于中国 30 年来改革经验的社会学分析》，载《中国社会科学》2009 年第 6 期。马骏：《经济、社会变迁与国家重建：改革以来的中国》，载《公共行政评论》2010 年第 1 期。

<sup>②</sup> 参见董筱丹、温铁军：《宏观经济波动与农村治理危机：关于改革以来“三农”与“三治”问题相关性的实证分析》，载《管理世界》2008 年第 9 期。

人民公社陷于空转状态，同时也使行政管理和社会治理功能陷于空转。1983年中共中央和国务院发布《关于实行政社分开建立乡政府的通知》，恢复乡镇政权建制，实行经济组织和政权组织的功能性分离。此后，国家通过“签字权”（控制土地承包合同），“调整权”（集体土地机动调整）和“生育权”（人口生产），通过专项控制形成总体支配的治理格局。这里出现一个悖论性的现象，1980年代中央密集下发了恢复乡镇政权的文件，但行政管理和社会治理效能并未因此得到显著改善，落后的行政治理体制之间难以适应具有解放生产力功能的家庭承包制的发展，这一矛盾成为村民自治制度产生的一个主要动因。

第二轮治理危机发生在1990年代。危机仍旧根源于农村基层治理体制与经济基础之间的关系失衡。在替国家征税并解决人员臃肿这两个主要任务的驱动下，基层政权与农民处于高度紧张状态之中，“划分收支、分级包干”的财政管理体制改革催生了“谋利型政权经营者”，<sup>①</sup>在高度行政依附的“乡政”压倒“村治”的治理状况下，农村基层治理陷于疲弱，农民抵抗行为大规模出现。温铁军教授等指出，“乡级财政要解决规模增加了的人员的基本开支，只能依靠‘加强征收’（这既是指对小农经济剩余索取的相对程度增加，也意味着征收手段的加强甚至非正常化），农村干群关系逐渐恶化，20世纪90年代初出现了村民暴力反抗税费征收的事件，标志着大包干以来的第二轮乡村治理危机爆发”。<sup>②</sup>

第三轮危机发生在90年代末到2006年前后。90年代中期分税制改革之后，“财权上收，事权下移”的权责分配方式把难以市场化供给的农村基础设施建设、义务教育支出等项目的资金筹措责任施加给乡镇政权。经过层层转嫁，这些负担最终落到农民身上。通过缴纳高额的农业税费，农民成为自身公共产品的主要供给主体，加之农村基层政权的内卷化，“乡村基层工作人员部分出现了‘劣绅化’趋势，并与地方政府形成‘劣绅+精英’结盟；进一步形成乡村治理中的‘精英俘获’，和‘扈从关系’”。<sup>③</sup>导致农村基层干群关系非常紧张，干群冲突事件大量发生，这种情况一直到2006年国家废除农业税之后才得到有效改观。但农业税的废除却又形成了一个非意图性的结果——作为国家与农民关系的一个侧面体现，干群关系由废除农业税之前的密集性接触迅速转为全面性疏离，不再承担征税职能的乡镇政权立即显现空转化和“悬浮化”的倾向，导致农村基层治理的第四次危机的爆发。

---

<sup>①</sup> “谋利型政权经营者”的概念由杨善华和苏红两位学者提出，是指1980年代“划分收支、分级包干”的财政管理体制改革后，得到重建的乡镇政府为增加本级财政收入而发生的积极立场转变，它所针对的是计划经济时代的乡镇政权对财政收入的消极立场。参见杨善华、苏红：《从“代理型政权经营者”到“谋利型政权经营者”：向市场经济转型背景下的乡镇政权》，载《社会学研究》2002年第1期。

<sup>②</sup> 参见董筱丹、温铁军：《宏观经济波动与农村治理危机：关于改革以来“三农”与“三治”问题相关性的实证分析》，载《管理世界》2008年第9期。

<sup>③</sup> 参见董筱丹、温铁军：《宏观经济波动与农村治理危机：关于改革以来“三农”与“三治”问题相关性的实证分析》，载《管理世界》2008年第9期。

第四轮危机发生在 2006 年前后，并延续至今。农业税的废除深刻地改变了国家与农民之间关系的经济基础，改变了国家与农民之间的取予关系，由此对传统的总体性治理模式产生了结构性冲击。国家不再通过税收从农业汲取资源，相反，公共财政对农村社会的逐渐覆盖，实现了取予关系的逆转，最大限度地消解了农民与国家对抗的经济根源，这对农村基层政权的功能设置提出了转型要求。但是，陷于“悬浮”的乡镇政府以及缺乏自治能力的村委会未能及时有效地完成功能性转型，从而引发一系列治理实践问题，笔者将这些问题类型化地概括为“权威稀释”和“制度阙如”两个方面，并且这两方面的治理错位又导致本文谓之的“悬浮型农民”的产生。

首先，乡镇政府从“汲取型”政权转变为与农民关系更为松散的“悬浮型”政权，农村社会公共产品供给能力进一步严重弱化，基层政权和国家的公共性权威被极度稀释。废除农业税和公共财政基本覆盖农村之后，“过去一直依靠从农村收取税费维持运转的基层政府正在变为依靠上级转移支付。在这个转变过程中，基层政府的行为模式也在发生改变，总的趋势是由过去的‘要钱’‘要粮’变为‘跑钱’和借债，基层政权从过去的汲取型变为与农民关系更为松散的‘悬浮型’”。<sup>①</sup> 税费改革虽然减轻了农民负担，却并未完成国家与农民之间由“汲取型”关系向“服务型”关系转变。<sup>②</sup> 反倒产生了两个非意图性后果。第一个是制造了“悬浮型政府”。取消农业税客观上减少了乡镇政府与农民的接触频率，同时剥夺了截留税款的“权力”，客观上导致在农民与乡镇政府的关系格局中乡镇政权的组织和动员能力被大幅削弱。另一方面，21 世纪初以来“项目制”专项治理模式的实施又从县级以上政府与乡镇政府的关系格局中再次削弱了乡镇基层政权的组织权威和动员能力。两侧能力的削弱导致乡镇一级政府的公共产品供给能力几乎丧失，组织权威和动员能力陷于崩溃。由此通过乡镇政府与农民之间关系表现出来的国家与农民之间的关系处于一种新的疏离状态之中。<sup>③</sup>

第二，村庄自我生产能力贫弱，农民的主体意识和家园归属感日渐稀薄。废除农业税产生的第二个非意图性后果是催生了“悬浮型农民”。“农业税的取消，以及粮价走低引发的土地劳动收益预期递减，致使农民在被动间失去了集体指标，同时也失去了作为农村之结构要素的集体意识。农村从一个具有向心力和组织力的生产和生活单位变成了一个仅有时间维度的驿站”。

---

<sup>①</sup> 周飞舟：《从汲取型政权到“悬浮型”政权：税费改革对国家与农民关系之影响》，载《社会学研究》2006 年第 3 期。

<sup>②</sup> 参见应星：《农户、集体与国家：国家与农民关系的六十年变迁》，北京：中国社会科学出版社 2014 年版，第 137 页。

<sup>③</sup> 关于项目制治理，可参阅折晓叶、陈婴婴：《项目制的分级运作机制和治理逻辑》，载《中国社会科学》2011 年第 4 期；渠敬东：《项目制：一种新的国家治理体制》，载《中国社会科学》2012 年第 5 期；周雪光：《项目制：一个“控权论”理论视角》，载《开放时代》2015 年第 2 期；李祖佩、钟涨宝：《项目制实践与基层治理结构》，载《中国农村经济》2016 年第 8 期等。

① 农业税解放了农民，极大摆脱了农民对土地的人身依附和经济依附。同时，在先已规模化的城市生活和市场经济的“邀请”下，大量青壮年农民逃离土地，卷入城市。因为缺乏对经营土地的自然认同，又无法立即融入城市社会，使得这些人成为游走于村庄与城市边缘的双重“剩余人”。② “农村社会日益多元化、异质化，地方性共识逐步丧失加速了村庄内生秩序能力的丧失，村民对村庄的主体感日益稀薄，农民对农村失去了利益关联、情感眷恋和价值归属”，③ 如贺雪峰教授所指出的，在“国家与农民关系”、“农村基础结构”和“农民价值”等方面引发了农村社会的基础性巨变。④

第三，既有制度体系效能低下，规范性治理机制缺失。农村基层治理的根本问题在于理顺国家与农民之间的关系，这种关系的核心内容是经济自主与基层民主。对于前者，尽管对“三权分置”引发了多种担忧，但家庭承包制的稳定实施和城乡资源配置关系的反转从根本上为国家与农民之间经济关系的良序化提供了坚实基础。但对于后者，即基层社会治理，则凸显了应对机制的滞后与无力。

20世纪80年代，在完成国家权力在农村基层的建制之后，村民自治制度也开始全面实施。乡镇政权的社会行政管理与村民自治相结合形成了“乡政村治”的治理模式。这种富有中国特色基层治理模式一度被认为是“新的历史时期我们找到的农村最好的治理模式，最好的组织形式”。⑤ 从制度设计上，“乡政村治”模式为构建良序的国家与农民关系提供了制度设计。但在实践中，为学者所概括和推崇的“乡政村治”模式下的“村治”过于依附乡镇政府，“实际运行中的村治与乡政，主要表现为合流与冲突的关系，并且村治与乡政的合流最终占据主导地位，使村民自治正在逐渐丧失其本有的自治意义，在很大程度上衰变为‘乡政’的统治”，⑥ 以村民自治为一翼的农村基层治理远未产生令人期待的治理效应。⑦

1949年以降的国家权力下沉趋势虽在1988年村民自治制度确立时基本终止，但在农业税废除之前，在某种程度上，村委会俨然成了乡镇政府的代理人，“谋利型政权经营者”的乡镇政府对村民自治施加了强烈的行政干预。农业税废除之后，“谋利型政权”迅速蜕化为“悬浮型政权”，“乡政”迅速抛弃“村治”，而此时的“村治”无法自主性地成为塑造新农村和凝聚新农民的制度机制，自然也就无力为专业合作社、村民理事会、互助组等农村“双新”组织提供制度

---

① 王勇：《农村治理中的农民与国家》，载《读书》2017年第12期。

② 参见王勇：《村民自治40年：基层治理法治化变迁的学理分析》，载《社会科学战线》2018年第9期。

③ 王勇：《村民自治40年：基层治理法治化变迁的学理分析》，载《社会科学战线》2018年第9期。

④ 贺雪峰：《新乡土中国》，北京：北京大学出版社2013年版，第9页，第III页。

⑤ 张厚安：《乡政村治：中国特色的农村政治模式》，载《政策》1996年第8期。

⑥ 蔺雪春：《当代中国村民自治以来的乡村治理模式研究述评》，载《中国农村观察》2006年第1期。

⑦ 参见吴理财：《中国农村社会治理40年：从“乡政村治”到“村社协同”》，载《华中师范大学学报》（人文社科版）2018年第4期。姚锐敏：《“乡政村治”行政体制的利弊分析与改革出路》，载《行政论坛》2012年第5期。

示范和规范性支撑，无法实现自我治理的绩效，“制度阙如”成为农村基层治理走向规范化和绩效优化的一个瓶颈。

需要指出的是，不同于前三次危机的产生动因，第四次治理“危机”并非是一种积极性的危机，而是一种附带产生的结果。它是在国家与农民取予关系发生根本性变化的背景下产生的。它产生于治理空间剩余，而不是此前的治理空间挤压。同时，本次治理危机及其调适，是对前三次危机，甚至是建国以来所积累的治理失序问题的整体性回应，是在农村被重新解释其战略意义的基础上的整体回应。正如景跃进教授所言，“由资源汲取向资源输入的转型，意味着国家权力以一种全新的方式切入乡村社会，意味着乡村治理革命的到来。在新的模式下，乡村不再是实现国家现代化的（阶段性手段），而是发展目标本身”。<sup>①</sup>在这种背景下，如何理解前三次治理危机与调适，其间是否有着稳定的内在逻辑，这种逻辑是否会以消极的方式干扰统筹城乡经济社会发展和乡村振兴战略的实施等等，这是构建常态化和绩效优化的农村基层治理模式的关键所在。由此，我们需要去描述贯穿共和国七十年农村基层治理变迁的密钥——基层治理逻辑。

关于当代中国农村基层治理变迁，学术界大体上形成了两种解析路径。基于描述便利的考虑，笔者选取代表性论述，分别将其概括为“政治社会学”路径和“政治经济学”路径。

第一个解释路径即政治社会学解释路径。这一路径尝试从“行政国家”或者说国家政权建设的思路来解释农村基层治理的内在逻辑。<sup>②</sup>这一解释的基本思路在于，它把当代中国农村基层治理实践纳入到20世纪中期以来国家权力下沉的总体历史背景中解释，特别关注国家建构对农村社会权力结构的影响。<sup>③</sup>新中国成立之后，为了恢复社会秩序，确立新生政权的政治认同，获取工业化建设的原始资本，以建立乡镇政府为主要形式，国家行政建制迅速下沉到农村基层，成为主导农村基层社会的核心力量甚至是唯一力量，由此形成的总体性控制模式主导了农村基层社会的变迁。

笔者认同上述判断，并且认为，国家行政建制下沉的趋势，从外观形式上虽然保持到1980年代中期村民自治制度的产生，但其实际影响力一直延伸到2006年农业税废除前后。而在这之

---

<sup>①</sup> 景跃进：《中国农村基层治理的逻辑转换：国家与乡村社会关系的再思考》，载《治理研究》2018年第1期。

<sup>②</sup> 相关论述及介绍性文献可参见景跃进：《中国农村基层治理的逻辑转换：国家与乡村社会关系的再思考》，载《治理研究》2018年第1期；贺雪峰：《试论二十世纪中国乡村治理的逻辑》，载《中国乡村研究》，福建教育出版社2007年版；沈延生：《中国乡治的回顾与展望》，载《战略与管理》2003年第1期；吴理财：《中国农村治理60年：国家的视角》，载《探索与争鸣》2009年第10期；折晓叶、艾云：《城乡关系演变的制度逻辑和实践过程》，中国社会科学出版社2014年版等。

<sup>③</sup> 吴理财教授以“集体化和政治一体化”来概括国家政权组织体系在农村的建构，说明其实质是组成一个“国家覆盖社会”或政治一体化的体系。参见吴理财：《中国农村治理60年：国家的视角》，载《探索与争鸣》2009年第10期。

后，这种已经撤离的“总体性控制”逻辑又非意图性地制造了新的问题，继续成为农村基层治理乱象的一个发生源。废除农业税之后，农村不再是国家财政的汲取对象，基于减少财政支出成本而大规模进行的撤乡并镇运动对于正处转型时期的村民自治制度构成了较大的冲击，缺乏自治能力培育的缓冲期，致使其无法立即递补国家行政力量的实质性撤出所空余出来的治理空间，形成了乡镇基层政权“空转化”与村民自治制度“空心化”并存的情形。国家行政力量的规模性撤退，表面上化解了此前业界对村民自治中“行政化”弊病的批评，但事实上强化了问题——村民自治制度“空心化”与农民的“悬浮”。

第二种解释路径是从政治经济学，或者说从经济基础和上层建筑之间关系的视角来解释，笔者谓之政治经济学路径。<sup>①</sup>温铁军教授等人认为，农村基层治理陷入困局的根本性原因在于国家在解决涉农经济基础和上层建筑之间关系时出现了位置错置。涉农经济基础表现为农业、农村和农民的“三农”问题，涉农上层建筑表现为村治、乡治和县治的“三治”问题。按照温铁军的论述，当代中国农村基层治理结构及其主要问题，根本上仍旧受制于一种错位的“路径依赖”——“因极大地得益于通过农业集体化为组织载体的集中体制向‘三农’转移国家工业化的制度成本，而导致了人民公社解体之后几无组织载体为条件却仍然向‘三农’转移工业化成本的‘路径依赖’”。<sup>②</sup>这种“路径依赖”事实上根源于国家在处理经济基础和上层建筑之间关系时所表现出来的错位。从建国伊始到改革开放的前30年，国家通过汲取农业剩余，获得了工业化建设所必需的原始资本，同时“农业集体化作为农产品统购统销和财政统收统支等国家积累制度的组织载体，与服务于政府集中进行工业化建设的一整套制度中的其他重要方面相互依存”，<sup>③</sup>农村成为国家工业发展的资源库。如应星教授所指出的，“国家正是以对资源的全面垄断为基础，建立起对社会进行深入动员和全面控制的总体性社会。总体性社会的基本特征是将国家与社会的三层结构变成为国家与社会的两层结构，而单位和人民公社则构成总体性社会的基本组成单元”。<sup>④</sup>

上述两种路径提供了关于农村基层治理变迁的不同解释，但在本文看来，这两种解释虽有不同，但主要论据内在关联，论证过程遥相呼应，最后结论也是殊途同归，它们共同指向了农

---

<sup>①</sup> 相关论述及介绍性的文献可参见董筱丹、温铁军：《宏观经济波动与农村治理危机：关于改革以来“三农”与“三治”问题相关性的实证分析》，载《管理世界》，2008年第9期；项继权：《农村税费改革与乡村治理的制度变迁》，载《中国社会科学评论》2003年第2期；陈锡文：《从农村改革四十年看乡村振兴战略的提出》，载《行政管理改革》2018年第4期；应星：《农户、集体与国家：国家与农民关系的六十年变迁》，中国社会科学出版社2014年版。

<sup>②</sup> 董筱丹、温铁军：《宏观经济波动与农村治理危机：关于改革以来“三农”与“三治”问题相关性的实证分析》，载《管理世界》2008年第9期。

<sup>③</sup> 董筱丹、温铁军：《宏观经济波动与农村治理危机：关于改革以来“三农”与“三治”问题相关性的实证分析》，载《管理世界》2008年第9期。

<sup>④</sup> 应星：《农户、集体与国家：国家与农民关系的六十年变迁》，中国社会科学出版社2014年版，第11页。

村基层治理中的核心问题——国家与农民之间的关系的建构，并遥相呼应地诠释了此间的农村基层治理乃是以经济与政治互相嵌入的方式形成了总体控制的治理逻辑。

在实践中，基层治理的总体性控制逻辑被具象为国家政权系统内部的权力—权力关系，权力—责任关系。<sup>①</sup>在国家与农民之间则表现为权力/权利—责任/义务关系。但是，由于缺乏稳定的法律制度及其运行机制，基层治理无序且绩效低下，其情形表现如周雪光教授描述的，“一系列稳定重复的重大现象——集权与放权的交替往复，整顿治理的运动型机制，绵延不断但收效甚微的政治教化活动，举步维艰的科层政府理性化和法制建设发展，政策执行中的变通和共谋行为等等”。<sup>②</sup>

### 三、“乡政村治”模式下的国家与农民关系

前文指出，农村基层治理的根本在于理顺国家与农民之间的关系。在分析了导致两者关系疏离的国家一侧的原因之后，本文继续分析这种疏离在农民身上的表现，从而为下文以重塑村民自治制度的方式理顺两者关系做一个铺垫。

在农业生产和农村社会生活中，农民有着特定的价值观和生活理想。在历史变迁中，这种理想和价值虽不断变化，但大体上仍旧有其稳定的发展轨迹。新中国建立之后，大规模的社会改造运动为农民的命运和生活轨迹的改变提供了外在动力。革命教化运动既重置了农民的理想和价值，也重塑了国家与农民之间的关系。改革开放以后，作为一个全新的要素，“市场经济”更是极大地改变了农民的行动逻辑，农民被卷入市场，从而形成了全新的农民与市场之间关系，这种关系是又是农民与国家关系的一个具体表现。但需要分析的是，在城市与乡村两端，市场经济是以不同的方式展开的。对农业、农村和农民而言，市场经济是一种“非均质性”的存在，其基本表现为：第一，与城市相比，市场经济的价值理念、基本规则和经济红利并未在农村基层社会中同步落地。为城市属性的市场经济所吸引，加之前述村庄自我再生产能力的丧失，导致了农民在财富、职场、家庭、规则、理想价值等方面陷于错位与失衡。第二，在“三农”要素的市场化过程中，市场化范围和幅度是不均匀的，农民被以劳动力的方式率先市场化，这一方面改变了作为未来农民群体组成部分的青壮年农民的生活设计，另一方面，也让利益实现模式已显固化的土地失去了吸引力。<sup>③</sup>在这种“非均质性”渗入的市场经济的冲击下，农民与农村陷于空心化、碎片化和低组织化，而隐藏在经济发展状况背后的根本问题则是“国家”在农村

---

<sup>①</sup> 由此形成的独特的科层治理结构，参见曹正汉：《中国上下分治的治理结构及其稳定机制》，载《社会学研究》，2011年第1期；周雪光：《权威体制与有效治理：当代中国国家治理的制度逻辑》，载《开放时代》2011年第10期；周黎安：《中国地方官员的晋升锦标赛模式研究》，载《经济研究》2007年第7期等。

<sup>②</sup> 周雪光：《权威体制与有效治理：当代中国国家治理的制度逻辑》，载《开放时代》2011年第10期。

<sup>③</sup> 在这层意义上，土地三权分置制度改革的要义是通过释放土地权利的经济与社会效益重新赢得农民，为重建未来乡村提供经济制度支撑。

社会中的位置安放问题，更是农民和农村在国家中的位置安放问题。

需要指出的是，这种位置变化一开始表现为市场经济对农村的结构性冲击，近年来又表现为“撤乡并镇”等国家行政力量的规模性退出。减缩农村基层政权规模，除了降低财政支出成本的考虑之外，从外观上仿佛也应和了业界关于国家干预退出，社会自治介入的呼声。但实际上，农村基层问题的严重程度远比表象复杂。本文认为，在农村基层治理领域，“国退民进”并不具有太大的解释力和可行性。这涉及到国家、社会、市场与农民作为利益主体的行动逻辑问题，也涉及上述行动逻辑所凭借的秩序结构或权力结构。

国家的在场，并不必然导致行政依附和总体性控制。美国农民政治学家詹姆斯·斯科特对各种形式的国家干预有过反思。在他看来，由国家垄断性实施的社会改造工程来自四个倾向性因素的组合，即追求清晰化和简单化的“自然和社会管理制度”，对现代和进步意识“强烈而固执的自信”，“有愿望而且也有能力使用它所具有的强制权力”，以及缺少抗衡能力的公民社会。<sup>①</sup>这四个要素支持了国家对社会的强力介入，伴随国家介入的则是其对自生秩序的破坏。需要注意的是，斯科特对政府介入的警惕并不适用于当代中国的农村基层治理。斯科特所反思的是一一国家对社会自然转型的强力干扰。对按照社会自生秩序演化而言，这种提示具有一定的提示意义，但是对当代中国的农村基层治理实践来说，自建国以来，农村基层社会的变迁始终就是整体性的国家政权建设和社会改造运动的重要组成部分（甚至是核心部分），在既往的农村基层治理实践中，“国家”是持续在场的，不存在后期介入的问题，“这里真实的问题，不是国家的介入，更不是国家的退出，而是国家位置感和功能观的重新组织。”<sup>②</sup>

就当前而言，缺乏有效的替代性治理机制，传统治理模式所腾退的空间，没有实质性地得到有效填充，农村基层治理面对的真实问题在于一一农村的低组织化，农民的悬浮化和疏离化，以及国家组织的空转化和悬浮化。新中国建立之后的历次社会改造运动改变了农村社会的基本结构，对国家与农民关系产生了深刻的影响。大体而言，其表现为国家对农村治理的目标设定，深刻地影响了农村基础社会结构，改变了农民对自身的价值定位及对国家的期待。

首先是国家与农民关系的变化。市场经济在农村的“非均质性”发展和农村基层政权组织的结构性和功能性变迁，主导了国家与农民关系从紧张的“汲取型”到疏松的“悬浮型”的变化。但无论是“汲取型”还是“悬浮型”，都表现了两长期处于疏离状态的事实。其次，在前述城市属性的市场经济的外在示范下，在村庄自我生产能力贫瘠的背景下，农村社会的基础结构产生巨大变化，其表现为一组互为促进的对向流动。一个是由市场所催生的“现代意识”传

<sup>①</sup> [美]詹姆斯·斯科特：《国家的视角：那些试图改善人类状况的项目是如何失败的》，王晓毅译，社会科学文献出版社2017年版，第3-5页（导言）。

<sup>②</sup> 王勇：《农村治理中的农民与国家》，载《读书》2017年第12期。

入农村，另一个是为内在困窘和外在吸引而推动的农民离开农村。这一对向流动持续地推动着农村内生结构的变迁，“农村从一个具有向心力和组织力的生产和生活单位变成了一个仅有时间维度的驿站。对务工农民来说，这里是一个春节时临时聚居的‘房子’，‘家’的味道与年的味道一起变得稀薄。对留守农民而言，传统的生活价值也已经稀释，现世和‘现代’的生活体验在潜移默化间成为主流和常态追求”。<sup>①</sup> 第三，农民价值观的变化。由前述两个因素所主导，农民特别是青年农村对农村、农业和自身身份的认知发生了改变，对土地，对祖宗和后代的观念发生了深刻变化，追求现实生活成为一种集体共识。村庄对“利益关联”、“情感眷恋”和“价值归属”（费孝通先生语）的承载能力迅速消失。农村社会中的民俗、道德、共识等规范瓦解，现代法律又与农村有着不小的隔阂，调整农村社会社会的手段疲乏无力。

从一般意义上说，如上三种相互关联的变化，在变迁轨迹方面与国家在农村的选择性退出有着紧密的相关关系。废除农业税释放了基层政权对农民和村庄的控制，“撤乡并镇”减少了财政负担，但改革举措所空余的治理空间，并无合适的组织迅速填充。在前述非均质性市场经济以及“悬浮型农民”日益增多的背景下，作为治理主体的政府力量的规模性退出，非但没有为村民自治制度的自主性成长提供空间。相反，在农村中各种社会组织有待规范的背景下，公共权威和公共产品的有效供给就处于阙如状态之中。本文认为，在当前农村治理的现实形势下，应该审慎评估国家及其行政组织的规模性退出。基于改革开放四十年来农村基层治理的轨迹变迁及其法治状况，基于中共中央、国务院在《关于实施乡村振兴战略的意见》总体要求中提出的“建立健全城乡融合发展体制机制和政策体系，统筹推进农村经济建设、政治建设、文化建设、社会建设、生态文明建设和党的建设，加快推进乡村治理体系和治理能力现代化”的要求，应该重新反思国家在农村的组织设置和功能存在。“国家的视角”非但不是消极的，反倒是需要强调的，“强国家”导致“弱社会”的一般性描述，在农村基层治理中并不完全适用。就目前状况而言，“国家”的隐退，非但无法孕育一个正常的社会，反而有走向治理混乱的可能。由此，农村基层治理的规范性和绩优化要求国家的在场，要求以重建国家与农民关系为核心目的实现农村基层治理方式变革，这需要重新评估国家与农民的关系状况，重建农民对农村和国家的信心。国家在农村角色的重要性，国家与农民关系的重要性，无论从现实问题状况方面分析，还是从建国以来农村治理的历史轨迹方面分析，都能够得到说明。

目前，中央已经采取多种措施应对这一危机，但这种应对还没有产生制度机制和稳定效果，这也是中央实施乡村振兴战略的一个内在驱动力。<sup>②</sup> “如果说当年实行村民自治，国家权力开始

---

<sup>①</sup> 王勇：《农村治理中的农民与国家》，载《读书》2017年第12期。

<sup>②</sup> 参见陈锡文：《从农村改革四十年看乡村振兴战略的提出》，载《行政管理改革》2018年第4期。

从乡村社会的全面撤退，那是一种历史的无奈，那么当国家从资源汲取转向资源反哺时，改造乡村社会的动力机制，又变得十分强劲”。<sup>①</sup> 折晓叶教授在分析新出现的项目制治理模式时指出，“国家财政转移支付项目进村，或许可以被看作是国家权力回归、村社区与国家 and 地方政府发生新的关联的一个标志性事项”。<sup>②</sup> 那么，避免新一轮治理危机的改变之道在于激发多元主体的积极性，激活治理机制的制度效能，以法治化的治理模式为构建国家与农民之间的良序关系提供稳定的制度和机制。

#### 四、治理的变量因素与基层治理法治化

与财政、监察、司法等国家治理的其他专项领域不同，农村是一个自成系统的治理领域。农村基层治理意义上的“农村”具有丰富意涵。作为一个地域性的概念，农村是一个地理场所，用以区别城市。作为一个组织性概念，农村表征了一种经济生产和社会生活方式。在社会结构上，作为城乡二元结构的一元，“农村”构成了城市的相对面甚至剩余物。“农村”是一类地理场所，是一种组织单位，是一种生活方式，是一个价值世界，是一个开放的功能体。正是如此，应星教授指出，“三农”问题内含了三个相互关联的问题，“土地构成农业问题的核心问题，治理构成农村问题的实质问题，而民情构成农民问题的基础问题”。<sup>③</sup> 当“国家”以资源供给和制度供给等方式介入农村基层治理的时候，其间的利益变量就需要得到格外的重视。

第一，农村基层治理中的政治属性与经济功能。区别于城市社区治理，无论是组织性的农村，还是原子化的农民，在加之于其上的各种行为和制度中，经济属性和政治属性是紧密结合在一起的。农村基层治理中的制度设计，在经济发展、民主政治和社会保障等方面具有内在关联和相互支撑的功能。关于农村基本单元即村庄的政治功能和经济功能之间的关系，目前有两种主张。一种主张采取分离策略，把农村中两委组织与村级集体经济组织的功能区分开来，即在区分农民社会成员身份和经济成员身份的基础上，鼓励乡村各种资源的自由流动，把村庄转化为一个城乡人口自由对流的开放社区，把村民自治转化为更具包容性的社区居民自治。<sup>④</sup> 与之相反的另一更为普遍的主张则坚持维持村庄政治组织与经济组织的结合，保持村庄的封闭性和相对稳定性。

第二，“两委”与乡镇政府之间的关系。过往，村民自治制度广受诟病的一点集中于乡镇政

<sup>①</sup> 景跃进：《中国农村基层治理的逻辑转换：国家与乡村社会关系的再思考》，载《治理研究》2018年第1期。

<sup>②</sup> 折晓叶、艾云：《城乡关系演变的制度逻辑和实践过程》，中国社会科学出版社2014年版，第394页。

<sup>③</sup> 应星：《农户、集体与国家——国家与农民关系的六十年变迁》，中国社会科学出版社2016年版，第6页。

<sup>④</sup> 参见吴理财、杨恒：《城镇化时代城乡基层治理体系重建》，载《华中师范大学学报》（人文社科版）2012年第6期；项继权、李增元：《经社分开，城乡一体与社区融合：温州的社区重建与社会管理创新》，载《华中师范大学学报》（人文社科版）2012年第6期；李增元：《社区化治理：我国农村基层治理的现代转型》，载《人文杂志》2014年第8期。

权的“行政依附”过度挤占了村民自治的空间，村委会成了乡镇政府的村级代理人。<sup>①</sup>而进入后农业税时代之后，缺乏组织能力和资源调度能力的村委会与乡镇政府却又一起陷于“悬浮”状态。这里凸显了基层党组织、基层自治组织和基层政权组织之间的复杂关系。《村民委员会组织法》规定，“中国共产党在农村的基层组织，按照中国共产党章程进行工作，发挥领导核心作用，领导和支持村民委员会行使职权；依照宪法和法律，支持和保障村民开展自治活动、直接行使民主权利”。同时规定，“乡、民族乡、镇的人民政府对村民委员会的工作给予指导、支持和帮助，但是不得干预依法属于村民自治范围内的事项。”作为国家基层政权的乡镇政府与作为自治组织的村委会是“指导”关系，而作为党的基层组织的党支部与村委会是“领导”关系。从权力结构上，乡镇政权可以运用乡镇党委对村级党组织的领导关系对村委会施加影响。由此导致“两委”与乡镇政府在村民自治实践中的关系异化，“两委”矛盾转化为“管治”矛盾。<sup>②</sup>

第三，村民自治中的行政村与自然村。2012年广东省清远市以自然村为单元试点实施村民自治得到中央肯定，从2014年到2018年，中央一号文件连续五年对此给予强调。<sup>③</sup>此前，以行政村为基础的村民自治遭遇困难和障碍，对此成因，徐勇教授总结为三点，第一，“行政抑制自治”。基层政府大量的行政任务要通过建制村的村民委员会加以落实，由此导致村民委员会的“行政化”。村民自治事务难以通过村民委员会这一组织加以处理。第二，“体制不利自治”。自治属于直接参与行为。规模过大、人口过多不便于自治的展开，“合村并组”更加大了开会和落实工作的困难。第三，“外力制约自治”。外部性的政府主导力量和开放性的市场经济削弱了农村内生的自我治理能力。<sup>④</sup>由此，探索自然村层面的村民自治是对既存弊端的一个矫正。

需要指出的是，徐勇教授指出的三点制约性因素，主要情形发生在“汲取型”乡镇政府时期，在城乡资源配置关系逆转的后农业税时代，需要重新评估这些外在因素的影响力。但是，从村民自治制度的内在结构分析，处理自然村一级的村民自治是完善农村基层自治制度的一个重要课题，它从属于更为系统的一类关系变量——行政村以下农村社会组织之间的关系。

第四，村委会和其他农村社会组织之间的关系。《村委会组织法》规定，村委会可以根据需要设人民调解、治安保卫、公共卫生与计划生育等委员会。除了妇代会、团支部等传统组织之外，农村还有专业合作社、互助组、村民理事会等“两新”组织。以比较稳定的形式存在的农村社会组织，因其内部较为统一的行动步调，会对村民自治产生很大的影响力，它既可能凝聚

<sup>①</sup> 参见赵树凯：《乡镇治理与政府制度化》，商务印书馆2010年版，第191页。

<sup>②</sup> 参见李晓鹏：《双重授权逻辑冲突中的乡政村治：国家建构视角下村民自治的阐释》，载《求实》2015年第4期。

<sup>③</sup> 2018年的“中央一号”文件《关于实施乡村振兴战略的意见》指出，“继续开展以村民小组或自然村为基本单元的村民自治试点工作”。

<sup>④</sup> 参见徐勇、赵德健：《找回自治：对村民自治有效实现形式的探索》，载《华中师范大学学报》（人文社科版）2014年第4期。

和创造集体智慧和行动效应，也可能对健康的村民自治产生负面的冲击。如何明确多重社会网络之间的关系，处理农村各类组织之间的关系，<sup>①</sup> 需要通过完善农村基层自治制度加以明确。<sup>②</sup>

基于上述分析，治理主体的结构性错位，治理绩效的缺失根本上源于规范性治理体系的缺失，关系疏离、权威稀释与制度阙如之间构成了恶性循环，破解农村基层治理困局要诉诸法治化治理模式的构建。这种构建将力图实现五个转变：法治化的治理模式将实现治理主体从单一治理向多元治理转化；治理理念从单向治理向互动治理转化；治理策略从运动式向规范化转化；治理手段从管制型向技术型转化；治理结构从碎片化治理向整体性治理转化；治理效果从随机性向稳定性转化。就法治化的农村基层治理模式的构建，有如下问题需要给予关注。

首次，突出法治理念对依法治理和构建共建共治共享的社会治理格局的支撑作用。现代“治理”意义上的基层治理，强调多元主体共同治理。<sup>③</sup> 党的十八大以来，中央提出“社会管理”到“社会治理”，从提出“加快构建共建共享的社会治理体制”到提出“打造共建共治共享的社会治理格局”，“反映出党和国家鼓励民众创造精神、提升人民在国家政治生活中的话语权、动员社会力量来共同构建的深化改革战略，从而增加国家构建的开放性、民主性、包容性和互动性，执政基础进一步扩大、吸纳能力进一步增强，从而为深化改革注入了新的动力”。<sup>④</sup> 共建共治共享治理思想的提出，对构建良序的国家与农民关系提供了理念层面的支持。《关于实施乡村振兴战略的意见》强调指出“建设法治乡村。坚持法治为本，树立依法治理理念”。治理现代化是治理法治化价值要求和方向引领，治理法治化是治理现代化的实现途径和有效保障，<sup>⑤</sup> 构建现代法治与国家治理现代化之间融贯的内在逻辑关联，强调良法善治理念，强调高效回应能力的“回应型法治”理念，强调治理目标的权威性、法律秩序的包容性、解决机制的稳定性。<sup>⑥</sup>

其次，加强农村基层治理法治化的整体设计，完善涉农法律规范体系。中央在乡村振兴战略实施意见中指出，“要建立健全党委领导、政府负责、社会协同、公众参与、法治保障的现代乡村社会治理体制，坚持自治、法治、德治相结合，确保乡村社会充满活力、和谐有序”，就治

---

<sup>①</sup> 参见徐林、宋程成、王诗宗：《农村基层治理中的多重社会网络》，载《中国社会科学》2017年第1期。

<sup>②</sup> 有学者对村民自治制度的发展做出了三个趋势总结，一是“向上生长论”，从村民自治走向“乡镇自治”。二是“横向扩展论”，通过构建一个多元化的自治体系，充分吸纳经济与政治领域的自治功能提升村民自治的质量。三是“自治重心下沉论”，通过把自治领域下沉到自然村，解决目前村民自治中的行政依附倾向。参见朱敏杰、胡平江：《两级自治：村民自治的有效实现形式》，载《社会主义研究》2014年第5期。基于对治理体量与治理绩效之间关系的考虑，笔者赞同第三种取向。

<sup>③</sup> 参见[英]格里·斯托克：《作为理论的治理：五个论点》，华夏风译，载《国际社会科学杂志》1999年第1期。

<sup>④</sup> 马长山：《法治中国建设的“共建共享”路径与策略》，载《中国法学》2016年第6期。

<sup>⑤</sup> 参见张文显：《法治与国家治理现代化》，载《中国法学》2014年第4期。

<sup>⑥</sup> 参见[美]诺内特，[美]塞尔兹尼克：《转变中的法律与社会：迈向回应型法》，中国政法大学出版社2004年版，第87，105，112，116页。

理主体、治理策略和治理目标等方面提出了现代乡村社会治理体制的整体性要求，其包括如下四个方面。其一，发挥多元治理主体的积极性，强化国家在农村基层治理中的领导和引领作用。正如前文所述，农村基层治理变革和实施乡村振兴战略，要以构建良序的国家与农民关系为核心目的实现农村基层治理方式变革，这需要实现多元治理主体的协同参与，充分发挥农村基层党组织和基层政权、村民自治机制以及农村各类组织的职能优势，实现有效治理与合法治理的统一。其二，调研基层自治法的立法必要性与可行性，完善农村基层治理法律体系的整体设计。现行《村民委员会组织法》的主要调整对象是村民自治组织，内容限于村委会的产生、职责、活动方式与监督等，对政府、基层党组织、农村“两新”等各类组织与村委会之间关系的规定过于抽象和原则，缺乏操作性。农村基层治理结构中存在着多重的权力网络和利益主体，有必要适时制定农村基层自治法（或城乡基层自治法），其主要功能在于规范多元治理主体之间的权利/权力—义务/责任关系，形成责权利明晰的规范运行体系和监督体系。通过整体性的基层治理法律体系，完成总体控制治理逻辑和运动式治理逻辑向法治化治理模式的转变，明确共建共治共享的工作机制与程序，通过法治思维和法律程序实现治理的规范化和绩优化。其三，完善村民自治制度，优化村民自治的内部组织机制，激活村民自治的内生动力和治理效能。村民自治制度与家庭承包责任制是我国农村改革的两项标志性成绩。如果说家庭联产承包制，是农民基于经济利益而进行的创造性探索，那么村民自治制度的萌生，则代表了农村民主政治与法治发展的一项卓越成绩。村民自治制度是一项包容了经济、政治、社会和文化等内容和要素的制度创造，是国家、社会和农民多方利益主体的组织衔接机制。作为农村改革的一项创造性成就，村民自治制度为处理国家与农民之间的良序关系提供了制度管道。但是在行政依附和汲取农业剩余的总体控制时期，村民自治机制遭遇了严重的功能异化。在后农业税时期，随着乡镇政府从“汲取型”政权转向“悬浮型”政权，从“谋利型政权经营者”转向了笔者谓之的“无为型政权持有者”，缺乏组织能力和资源调动能力的基层自治组织普遍陷于空转状态。究其原因，关键在于内生性自治主体的缺位。<sup>①</sup> 现行《村民委员会组织法》制定于1998年，共计六章四十一条，最近的一次修改是2010年。客观上要求对其部分规定再进行具体明确，比如村委会与其他农村组织间的关系、村委会委员选举及其配套制度、村务公开制度、村务监督制度、村民议事制度、村务管理绩效评估制度等。有些基于形势的变化需要增加，比如关于自然村作为村民自治单位

---

<sup>①</sup> 参见孙敏：《乡贤理事会的组织特征及其治理机制》，载《湖南农业大学学报》（社会科学版）2016年第6期。孙敏博士将这种“空壳化”表现概括为三个方面：一是自治单元过大，带来“无社会”的自治。《村民委员会组织法》把村民自治设置在行政村一级，难以摆脱行政化等问题，造成自治困难；二是基层组织弱化引发“无组织”的自治，缺乏权威和资源整合能力的基层组织既无权力也无资源来实现对村民的组织 and 动员；三是村民需求的表达困境带来“无主体”的自治，缺乏有效组织的村民，对外不能有效表达自身需求，对内则难以整合分化的利益，从而无法达成集体行动。

的规则设计，明确农村社区自我管理在村民自治中的位置，增加符合特定条件的村外人员的权利条款设计，对“三权分置”改革后的土地权益和重大涉农权益事项的民主决策程序等。这些问题需要以增容和赋权的方式，通过修订村组法加以明确，从而激发和保护村民参与的积极性，激活和保持村民自治的内生动力。其四，建立健全城乡融合发展体制机制和政策体系，完善农村基层治理配套体系建设。农村基层治理法治化的实现是一个系统工程，它需要统筹推进农村经济建设、政治建设、文化建设、社会建设、生态文明建设和党的建设，完善信息化建设，健全农村公共法律服务体系，加强对农民的法律教育与援助，加强农村社会保障体系建设，加快实现城乡基本公共服务均等化。

### 结语与启示

梳理我国农村基层治理实践的纵向展开，在很大程度上，它是在“国家政权建设”和“市场经济建设”的双重旋律中实现的。两个“建设”构成了基层治理展开的背景，同时也构成了治理遭遇困局的原因。从国家政权建设的视角看，作为农村基层治理主体的乡镇政府，发生了由“汲取型政权”向“悬浮型政权”的转变。这期间，无论基于征税与行政管理而形成行政依附，还是废除农业税后的国家行政力量的“规模性撤退”，都对基层治理产生了深刻的影响。从经济发展的视角看，“非均质性”市场经济对农村基层社会的冲击，不仅仅产生了“悬浮型农民”，还深刻地改变了农村的社会结构，在价值观塑造和制造未来农民等方面对村庄的内在生长轨迹产生了深远影响。就此而言，农业税的废除，城乡资源配置关系的逆转，基层治理法治化和乡村振兴战略的实施，为农村基层治理变革带来了契机。在实施乡村振兴战略的背景下，农村基层治理的根本性变革，一方面要走出“经济发展主义”的窠臼，重构农村社会的基础性结构，重塑农民的主体意识和价值归属。另一方面，要完善农村基层自治的法律设计，构建具有高效回应能力的法治化治理机制，激活“乡政村治”模式的治理效能，打造共建共治共享的法治化治理新格局，重构国家与农民的良好关系，实现农村基层治理在合法治理与有效治理上的统一。

## 新中国城乡治理 70 年的演进逻辑：共生理论的视角

武小龙\*

**摘要：**“共生治理”框架包括共生单元、共生环境、共生界面与共生模式四大元素。城市与乡村作为一个既有差异又存在互补的共生系统，从“共生治理”的理论框架解释新中国城乡关系 70 年的演进逻辑有重要的现实意义。研究发现，新中国城乡治理主要经历了三次重要转型：1949-1978 年的“寄生型”治理、1978-2002 年的“偏利共生型”治理、2002-2017 年的“非对称互惠共生型”治理、2017 年之后城乡“对称互惠共生治理”理念的提出。本质上看，城市与乡村之间的结构关系折射的是中国社会的整体性变迁，城乡共生型治理遵循的是一种渐进主义的改革方案，反映的是国家政权建设中国家与农民关系的重构，最终目标是为了在对称互惠共生治理中实现城乡社区的空间正义。

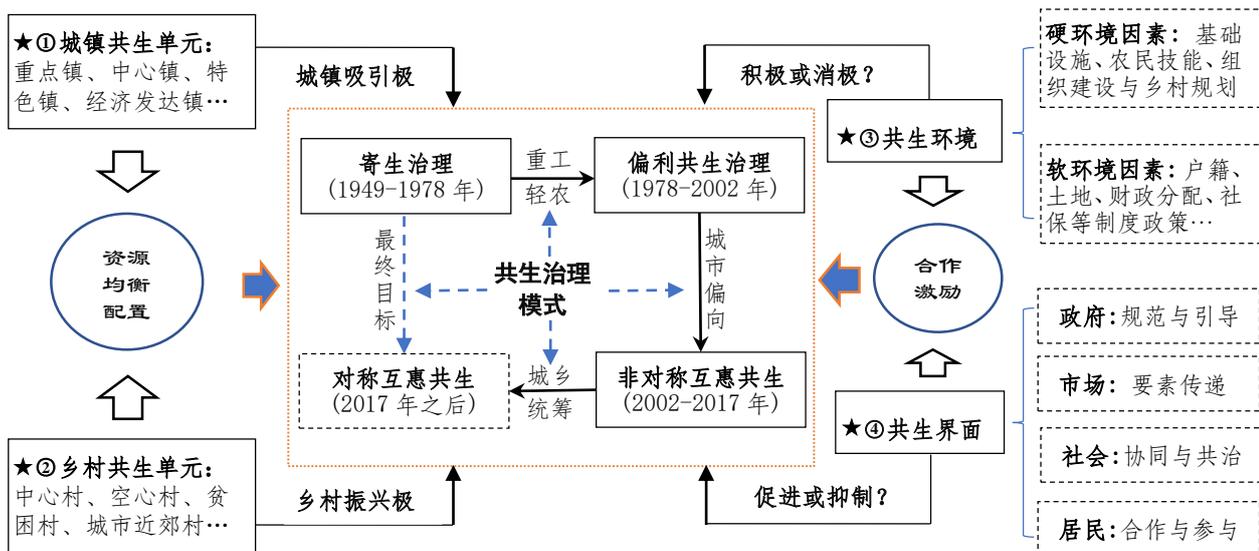
**关键词：**乡村振兴；共生型治理；寄生治理；偏利共生治理；对称互惠共生

### 一、问题提出：城乡社会治理的“非平衡性”

乡村是“城—乡”的重要一极，是与城市既有差异又存在互补的共生系统<sup>[1]</sup>。在城乡共生系统的演进中，城市与乡村之间的结构关系是一个不断振兴乡村以及调整工农关系的治理过程，研究焦点集中于两方面：一是，如何发展农业，在多地少的背景下，实现中国的粮食自给与工业化初期的资金积累；二是，如何平衡以工农业为核心的城乡关系，促进城乡共同发展<sup>[2]</sup>。当下，城乡发展不平衡与乡村发展不充分成为现阶段社会治理最突出的结构性矛盾，长期以来重城轻乡的发展战略、偏向于城市的产业结构与分配制度，造成了乡村劳动力、土地、技术、资金等生产要素向城市大量流失，制约了城乡治理机制的有效转变。比如，过热过快的城镇化引发了住房、交通拥挤、公共卫生、就业等“城市病”问题，农业转移人口城市融入困难、劳动力被剥削与工人超时超额工作等社会性问题普遍性存在。再如，城市偏向的体制安排亦使得“乡村病”问题日益加剧，逐渐暴露出农业要素非农化、农村主体老弱化、村庄用地空废化、农村环境污损化、乡村地区贫困化等深层次难题，从而致使城乡关系陷入严重失衡的境地。基于城乡治理中的弊端与问题，党和政府在新世纪开启了城乡统筹与振兴乡村的实践探索，旨在通过对乡村的赋权、让利、反哺与支持，推进城市与乡村的平衡发展，在人口、资源、经济、社会、

---

\*武小龙（1989—），男，汉族，江苏东台人，博士，南京航空航天大学副教授，硕士生导师，从事区域公共治理研究。



文化、生态等方面形成对称互惠共治的形态。对此，本文拟从共生理论的视角切入，运用历史制度主义的分析方法，通过对不同阶段城乡经济社会发展战略的有效把握和变革临界点的准确判定，试图揭示新中国城乡治理 70 年的演变规律、治理模式与内在逻辑，从而为新时代中国乡村振兴与城乡融合发展提供一定的理论指导。

## 二、共生型治理：城乡关系的一个分析框架

生态学中的共生理论指出，共生系统的进化是多元主体相互联系、共同发展与协同演化的逻辑过程。城市和乡村作为一个空间镶嵌、结构互补、功能耦合、符合共生规律的复杂地域系统<sup>[3]</sup>，从“共生治理”的角度探究城乡社会转型与变迁，对促进乡村振兴与城乡融合有重要的现实意义。简言之，“共生型治理”指的是不同性质但又相互紧密联系的治理主体，在一定环境中按某种共生模式或机制形成的关系网络和治理形态，目的是达致一种合作共治与协同发展的状态<sup>[4]</sup>。在城乡共生系统中，治理单元是否明确、治理要素是否有序、治理环境是否积极、治理界面是否规范，对构建动态均衡与互惠共生的城乡共生治理模式尤为关键。这一治理框架主要包括四大元素：共生单元、共生环境、共生界面与共生模式。理论框架如图 1 所示。

图 1 城乡“共生型治理”的理论框架

首先，共生单元是共生系统资源交换的基本单位。城乡共生型治理的核心是要推进城乡区域资源的共享化与均衡配置，以形成“城镇吸引极”与“乡村振兴极”的共建、共享与共治。根据地域系统学，城乡共生系统是由“城市集成体—城镇有机体—乡村综合体”融合而成的区域多体系统，其中具体的区域单位即是城乡共生系统的主要治理单元，具体包括大城市、中小

城市、中心镇、中心社区、城郊村以及村落区域（中心村/空心村/贫困村/自然村）等。其次，共生环境是指影响共生系统发展的变量和条件因素。在城乡共生治理体系中，影响城乡融合的环境因素主要包括“硬环境”与“软环境”两大类。“硬环境”包括农业发展、农民技能、基础设施、乡村组织建设、城镇布局规划等；“软环境”主要指城乡宏观的制度体系与市场体系，包括财政分配、社会保障、就业、户籍、土地等政策制度，以及城乡市场发育程度与市场供求关系，只有营造具备正面激励的积极共生环境，才能真正推进城乡融合与乡村社区的可持续性发展。再次，共生界面是共生单元之间利益交换和资源传输的平台与载体。在城乡共生治理中，共生界面是决策、组织、管理、参与和监督等各种制度与机制的集合体<sup>[5]</sup>，主要包括：政府、市场、公众与社会组织，发挥着城市与村镇各个单元之间物资交换、信息传输与能量传导的组织与治理功能。最后，共生模式，也即共生关系，反映的是共生单元之间的利益关系与作用方式。从行为方式上看，主要包括四种形态：寄生、偏利共生、非对称互惠共生和对称互惠共生，其中，“对称互惠共生”是共生系统演化的理想形态与总方向。在城乡共生治理要素中，共生模式最为关键，这可揭示不同阶段城乡关系的本质形态。自新中国成立以来，中国的城乡关系即主要经历了从“寄生型治理”向“对称互惠共生治理”的跨越式变迁。

### 三、新中国城乡治理的四大“共生模式”

从“共生治理”理论框架来解释新中国城乡关系 70 年的演进逻辑，可以发现，中国城乡治理主要经历了三次重要转型：一是，1949-1978 年的城乡“寄生型”治理；二是，1978-2002 年的城乡“偏利共生型”治理；三是，2002-2017 年的城乡“非对称互惠共生型”治理；四是，2017 年乡村振兴战略提出后，城乡“对称互惠共生”治理理念的萌发<sup>[6]</sup>。四阶段的主要特征对比见表 1。

表 1 新中国城乡治理四大“共生模式”对比

共生模式	寄生治理 (1949-1978 年)	偏利共生治理 (1978-2002 年)	非对称互惠共生治理 (2002-2017 年)	对称互惠共生治理 (2017 年之后)
共生单元特征	①重工轻农政策 ②排斥乡村单元发展 ③城市（寄生者）寄生于乡村（寄主）之中	①小城镇兴起 ②乡镇企业发展 ③协调乡村单元发展与改革	①“新农村社区—新型城镇化”双轴单元治理 ②一村一品、一镇一业	①注重乡村单元可持续性发展 ②“村庄空间—中心社区—城镇地域”的网格化治理
共生环境	①消极因素：一个体	①积极因素：家庭承	①积极因素：统筹城乡	①乡村振兴战略

特征	制、三套马车 ②计划经济体制 ③统购统销制度 ④人民公社制度 ⑤户籍管理制度	包制、农产品价格上调、农业税部分减免、户籍制度松动 ②消极因素：城市偏向的劳动力、土地与财税政策	发展、城市反哺农村、全面废除农业税、强农惠农框架初步建立 ②消极因素：农村资金要素流向城市依然存在、城乡二元体制尚未破除	②城乡融合发展体制 ③进入城乡积极治理的高级阶段 ④公共服务并轨、要素双向流动
共生界面特征	①治理主体单一 ②政府是城乡治理的唯一主体 ③全能型政府 ④城乡互动效应较低	①政府不是唯一的治理主体 ②市场经济体制确立 ③有限政府与市场调节	①政府对农业农村的服务与支持得到强化 ②农产品市场和城乡劳动力市场机制建立 ③社会支持功能得到发育	①市场和社会组织在乡村事务中发挥重要作用 ②“党委—政府—市场—社会组织—居民”合作共治
共生形态	城乡经济社会差异扩大	城乡差异持续扩大引发三农问题	城乡差异逐步减小发展非同步	城乡差异持续减小趋向平衡发展

### (一) 1949—1978年：城乡“寄生型”治理

#### 1. 共生单元：重工轻农的历史必然性

新中国成立初期，在政治孤立、经济封锁、军事威胁的国际形势以及国内百废待举的情境下，为实现从落后农业国向现代化工业强国的转变，中国选择了后发外生的“依附型现代化”发展道路，即以重工业优先发展为核心，通过“农村支持城市、农业支持工业”的路径建立起现代化的军事工业与重工业，以维护国家政权稳定与社会秩序均衡。本质上看，此阶段的城乡治理是党和政府对工业与农业关系的梳理，是以城市单元为主，忽视和排斥乡村单元的一种治理形态。这种发展思路有其历史必然性，但也从一开始便框定了中国城市与乡村的关系只能在城乡分裂的空间结构中展开，发生于城市社会中的现代化建设，与农村基层社会产生了巨大脱节<sup>[7]</sup>。据统计，在1952—1977年间，中国重工业和轻工业总产值分别增加了23倍和7.7倍，而农业总产值只提高了1.1倍<sup>[8]</sup>，并且农业总产值占社会总产值的比例从45.4%下降到20.4%<sup>[9]</sup>。

#### 2. 共生环境：一个体制、三套马车

由于新中国缺乏工业化建设的原始资本积累，要完成重工业发展的赶超任务，只能将分散在农村中的资金和资源集中起来，用以支持城市工业建设。因此，国家通过制定“一个体制、三套马车”的方式以实现对农业剩余的合法性提取与转移，这构成了此阶段城乡共生治理的主

要消极因素。

首先，农产品统购统销与“剪刀差”。1953年，国家出台粮食的统购统销政策，这是一项由政府垄断、统一收购和配售农产品的制度。仅在一五期间（1953-1957年），国家向农民低价征收的粮食就有2592亿斤，占粮食总产量的16.6%<sup>[10]</sup>。在1953-1981年29年间，国家通过剪刀差的计划配售方式，从农民手中提取的农业剩余高达8000多亿元，相当于此阶段国家对农业投资总额的十倍左右<sup>[11]</sup>。对农民资源的隐蔽性剥削，也致使农村发展与农民收入几乎停滞不前。

其次，农业集体经济制度与人民公社。为促进农业大发展以及确保农业生产能合法纳入统购统销政策体系，1953年政府推动了农业的集体化经营，通过“互助组—初级合作社—高级合作社”，发展成为1958年的人民公社制度，旨在通过生产与组织方式的改变，获取更大的农业规模化效益，从而为城市工业化发展积累更多的农业剩余资金。但这种“大锅饭”形式的集体经营制度，却极大压抑了农民农业生产的积极性，这也成为后来1978年之后家庭承包制改革的主要推动力。

最后，城乡分割的户籍管理制度。为确保重工业的顺利发展并维护城市集团的利益，1958年政府又建立起严格的城乡二元户籍管理制度。这不仅是限制农民进城的一个简单的政策规定，而是将户口管理与居民就业、粮食供应、住房教育、社会福利等相关联，城乡发展的二重性得到彻底固化，由此引发了工农关系的不对称与结构性失衡。1955-1978年，城镇化率只从13.48%上升至17.92%；而农村贫困人口在1978年却高达2.5亿人，贫困比例占30.7%，农民平均年收入只有133.6元<sup>①</sup>。农业发展和城镇化建设严重滞后于工业化。

### 3. 共生界面：全能型政府的职能与历史定位

在计划经济体制期间，政府是城乡治理的唯一合法主体，全能型的政府通过统一计划和组织生产，将全部经济社会活动纳入政府设计的框架之中，以实现对社会有限资源的管理和配置，这一方面有利于重工业优先发展政令的贯彻，另一方面则有助于实现对社会的稳定控制。因此，计划经济体制下的全能型政府集中了政治、经济、社会、文化、思想等各个层面的职能，通过对社会各个领域的全面管控，使得政府成为社会发展的唯一推动力<sup>[12]</sup>。正如金太军教授所言，“对于一个极其贫穷落后的大国而言，在没有国防工业和重工业作基本支撑点时，采取高度集中统一和带有非经济强制手段的计划经济管理模式，有其历史必然甚至可能是最佳的选择<sup>[13]</sup>。”故而，在政府全面干预体制下，城乡市场和社会组织的有机性被严重破坏，城乡要素市场遭到制度性分割，市场配置资源的作用无法发挥，城乡生产分配关系发生了根本性错位，城乡之间的经济社会差距也就被逐步放大。

---

<sup>①</sup> 注：如无特别引用，本文数据均通过历年中国统计年鉴整理计算而得。

#### 4. 共生模式：城市寄生于乡村之中

“寄生”是一种特殊的共生治理形态，是指寄生者通过单向吸纳寄主的能量和资源获得发展，寄主的进化则由此遭到限制。1949—1978年的城乡关系，总体上即是城市（寄生者）寄生于乡村（寄主）之中的治理模式，这种治理方式虽然在促进现代化工业体系的建立上发挥了积极效用，但却不利于城乡结构互动关系的塑造。包括三大基本特征：一是工业发展以侵占农业为代价。1978年之前，乡村的功能被定位于为城市工业提供积累资金，并且在工商型财政结构的配置下，农业所获得的资金支持始终远低于工业建设。在1953—1985年之间，工业基本建设投资占51.2%，农林水利只占8.9%<sup>[14]</sup>。二是对农村实行严格的全面控制。为降低工业化成本，在集体化组织体系中，农民缺乏自由的表达权、选择权、经营权与迁徙权，粮食的生产销售以及农民的自留份额都被严格规定，农业生产成为仅有的行为活动。三是实行以户籍制度为核心的城乡“双标”治理政策。为保护城市福利，政府不仅严格控制农村劳动力要素向城市转移，还鼓励集中农村资金要素支持城市发展，城乡要素的“双标”配置，导致农民在付出资源的同时却享受不到与城市居民对等的福利保障。在1953—1979年之间，通过农村信用社吸收的净流入城市的资金高达1412亿元，超过总存款的70%之多<sup>[15]</sup>。

#### （二）1978—2002年：城乡“偏利共生型”治理

##### 1. 共生单元：乡镇企业与小城镇的兴起

进入改革开放时代，农村经济体制改革和城乡壁垒的略微松动，激起了乡村沉寂已久的积极性，乡镇企业的兴起为20世纪90年代前后城镇化的发展注入新活力，城乡治理不再仅仅围绕城市工业单元展开，协调乡村单元的发展与改革成为了一个新的阶段性任务。此阶段，“乡村—工业”的新形态和小城镇的不断建立成为一个新的增长极，这也成为改革时期带动乡村发展、平衡城乡关系的核心治理单元。在1985—1991年之间，江苏、浙江等东部沿海地区出现了大量的新兴小城镇，其中，苏南模式、温州模式、珠江模式在促进区域发展、提升生产效率和激发个体活力上产生了重要影响力，“小城镇—农民”的发展打破了原先“乡村—农民”和“城市—市民”的二维框架，“离土不离乡”（80年代）与“离土又离乡”（90年代后）的发展路径在促进乡村单元振兴上发挥了关键的效用<sup>[16]</sup>。据统计，1978—2002年的25年间，中国的城镇化率从17.92%提高至39.09%，年均提高0.85个百分点。特别是进入90年代中期后，中小城镇的扩张建设已成为经济发展的主导因素。

##### 2. 共生环境：城市偏向的劳动力、土地与财税政策

改革开放最初的五年，农业发展与乡村建设是中国经济体制改革关注的焦点，虽然某种程度上降低了农业剩余要素向城市的流出效应，但在1984年改革重心转向城镇后，农业支持工业

的性质依然没有出现质的改观，这主要是通过设立城市偏向的政策，挤压与排斥乡村经济的发展，城市对乡村资源的汲取从工农产品“剪刀差”转变为对乡村廉价劳动力、土地要素和财税资金的吸纳。

其一，城市偏向的劳动力政策。为支持城镇化建设，改革开放后限制农民流动的户籍制度略有松动，这为乡村大量的富余劳动力转移城市提供了合法化空间。进城务工农民数量从1983年的200万人迅猛增加至2002年的1亿人左右，20年约增长了50倍。但农民工却始终处于就业的末端，他们遭受到“工资低、工时长、工作累”的多重不平等对待。粗略计算，截止2002年底，全国农民工的年平均工资为7908元，这仅相当于同期城镇职工收入的57%；如果将工资差额和社保差异等考虑在内，自1978年以来，农民工为城镇经济发展积累建设资金高达11.6万亿元<sup>[17]</sup>。

其二，城市偏向的土地政策。1994年分税制改革后，土地财政逐渐成为新时期汲取乡村资金的重要渠道，城市通过占用农业耕地和地价“剪刀差”的方式为城镇提供大量资本积累。在1987-2001年间，全国非农业建设占用农业耕地合计3394.6万亩，农业耕地从1996年的19.51亿亩减少到2002年的18.89亿亩<sup>[18]</sup>（刘铮，2009）。另外，“同地不同价”的土地政策，导致农民在土地征收出让中只能获得极低的补偿费用，而政府获得的土地增值收益却是几十倍甚至上百倍，巨大的地价“剪刀差”为城市化建设节约了大量成本。陈锡文指出，1978-2001年之间，国家一共征地2834.25万亩，通过地价“剪刀差”的形式至少为城市吸纳了2万亿元的建设资金<sup>[19]</sup>。

其三，城市偏向的财税政策。1978-2002年之间，政府对农业农村的财政支持始终严重偏向于城市，除改革开放最初的几年外，25年内政府对农业的财政支出一直低于10%，从1978年的13.43%降低至2002年的7.17%；城乡社会固定资产投资差距则从1985年的1586.4亿元增加至2002年的27477.7亿元，扩大了17.32倍。与此同时，乡村却承担着较重的农业税、农村费与乡镇企业税，若除去对农业的实际财政支出，1978-2002年之间，在农村财政总收入中有将近53888.05亿元的资金净流向城市，年均净流出2155.52亿元，占总税收的42.44%。其中，在1992-2001年之间是农村资金流出量较为严重的阶段，年流出资金占农村总税收比超过50%，1994年甚至高达71.32%<sup>[20]</sup>。

### 3. 共生界面：有限型政府与市场化改革

改革开放后，伴随着人民公社体制的瓦解，政府已不再是城乡治理的唯一主体，农村经济体制的系列变革导致市场越来越发挥其应有的作用，特别在1992年确立市场经济体制后，逐步形成“有限政府—市场调节”的互补共生治理局面。按照最好的政府是权力受限、遵从民意、

多提供服务的“有限政府论”思想，以1981年家庭承包制为起点，我国开启了不断赋权农民的渐进式市场化改革之路，农民逐步从原先计划经济体制中得以释放，农村社区的自主权获得加强，国家对农民、农业、农村的全能控制被进一步弱化。在具体做法上，从1981年开始，政府逐步放开粮食市场，用合同收购和市场收购取代统一收购任务，并且通过提高收购价格的方式对农民形成让利与激励。由此，工农产品剪刀差得到相当程度的缓解，在1994年市场经济制度逐步完善后，农产品价格、生产资料价格、工业品价格等完全放开，均由市场通过供需调节，工农产品剪刀差相对量从1993年后一直持续下降至1997年的2.2%<sup>[20]</sup>，至20世纪末剪刀差在抽取农村资金上的效应已变得微不足道。总之，此阶段，城市与乡村的市场化因素日趋增多，工农产品的交换以及农村剩余劳动力在“乡—城”间的转移成为必然。

#### 4. 共生模式：偏向城市的治理形态及其后果

“偏利共生”是共生治理的中间状态，特点在于共生系统产生的新能量更多倾向于向某一方流动，以致共生单元之间产生巨大鸿沟。1978年后，城市偏向非价格政策的制定成为农村支持城市的新增长点，并由此形成一种城乡“偏利共生型”的治理模式。此阶段，政府主要通过制定有利于城市发展的投资、税收和价格政策，在公共服务支出、固定资产投资、基础设施建设等方面严重排斥乡村。城市偏向制度体系的建立，是在社会资源有限的特定时期，政府出于对社会利益最大化考虑的一个政治结果，因为把资源集中使用于某一区域或某一特殊群体，是由当时的社会背景以及经济社会发展基础而定，这也成为这一政策出台的合法性基础<sup>[21]</sup>。除此之外，城市偏向治理模式的形成与城乡之间谈判地位和游说机制的不平衡亦有很大关联，农村集团的“数量悖论”导致乡村居民在政策制定、资源配置、机会共享上的话语明显弱于城市利益集团，处于博弈下风的乡村社会，在收入、就业、福利和权利等方面也就与城市产生了巨大的差距。因此，众多研究均表明，城市偏向型经济政策是造成城乡差距扩大的主要原因，城乡收入差距从1978年的2.57倍扩大至2002年的3.03倍，如果将社保福利等计算在内，这一差距可能高达7倍<sup>[22]</sup>。

#### （三）2002—2017年：城乡“非对称互惠共生型”治理

##### 1. 共生单元：“新农村—新型城镇化”的双轴治理

针对长期以来乡村要素对城市的单向支持以及城乡差距的日趋加深，城乡统筹治理成为新世纪城乡关系的核心理念，并逐步形成了“新农村社区—新型城镇化”双轴单元治理的新格局。一方面，自2005年提出社会主义新农村建设战略以来，政府在农业资金的支持上连续增长，从2005年的2450.31亿元增长至2017年的19088.99亿元，年均增长1279.90亿元。并且，政府在2006年后进一步整合资金渠道，通过扶贫资金、支农资金和其他引导性专项资金的设立，在

2007-2012年五年内累计支出4.47万亿元的三农经费，年均增长率高达23.5%<sup>[23]</sup>。乡村区域单元也因此“生产、生活、乡风、村容”的治理上获得了根本性的进步。另一方面，城镇化也进入快速发展期，城镇化率从2002年的39.09%提高至2017年的58.52%，其中，在2011年首次突破50%，不过户籍城镇化率依然较低，2012年仅为35.3%，与常住人口城镇化率相差17.3%。因此，2012年中共十八大再次提出以人口城镇化为核心的新型城镇化战略，旨在通过大中小城市和小城镇的协调，促进城镇化与新农村的双轴推进。并且，遵循“城乡有别、因地制宜、突出特色”的建设规律，又重点推出“重点镇、特色小镇、经济发达镇”的培育和建设，试图通过“一村一品、一镇一业”的打造，与“一般镇、乡集镇、新农村社区”形成多单元治理的共生格局。

## 2. 共生环境：开启“城乡统筹”与“反哺农村”的序幕

此阶段，是统筹城乡经济社会发展制度框架搭建的历史性时期，城乡差距持续扩大的态势得到一定程度的控制，城乡统筹、两个趋向、新农村建设、精准扶贫、新型城镇化、美丽乡村等实践战略的陆续提出，为城乡一体化发展营造了积极的共生治理环境。

一方面，2002-2012年，是建立城乡统筹与城市反哺农村机制的初步阶段。为解决三农问题、调整城乡关系，2002年中共十六大首次创新性地提出统筹城乡经济社会发展战略，2003年确定“多予、少取、放活”的总方针，2004年提出“两个趋向”的重要论断，即我国总体上已进入工业反哺农业、城市支持农村的发展阶段。以此为指导，2005年随即建立“社会主义新农村建设”的战略框架，并于2006年正式废除了长达两千多年农业税费政策，由此农民负担大幅减轻，极大减少了农村要素向城市流入的渠道。2007年中共十七大上更进一步明确以工促农、以城带乡的城乡一体化体制机制，至此，城乡关系进入“新拐点”，城乡发展一体化的新型框架基本确立。在此期间，政府还全面建立起了财政补农的初步框架，包括退耕还林、两补一免、新农合、新农保、农业四补贴，其中，在2002-2012年十年间，农业四项补贴从2002年的1亿元增长至2012年的1653亿元，补贴资金累计7631亿元<sup>[24]</sup>。

另一方面，2012-2017年，是建立强农富农惠农框架的深化阶段。此阶段，“新型城镇化、美丽乡村、农村集体产权制度改革、农业供给侧改革”等成为理解城乡社会治理的新关键词。一是，城乡户籍制度改革加快推进。2014年《关于进一步推进户籍制度改革的意见》确立了城乡统一的居民户口登记制度，城乡之间居民流动的制度性障碍得到进一步消解，户籍人口城镇化率从2012年的35.3%提高到2017年的42.35%。二是，精准扶贫策略颇具成效。自2015年精准扶贫提出以来，“行政主导型的扶贫治理模式<sup>[25]</sup>”促进了农村经济的快速提升，按2010年的标准计算，农村贫困人口总量从2005年的28662万人降低到2017年的3046万人，年均减贫接

近 2000 万人, 贫困发生率则从 30.2% 降低到 3.1%, 各省的农村贫困发生率普遍减少到 10% 以下。三是, 农业农村得到有效整合。农业支持保护的结构体系初步建立, 包括农民直补、农业生产、灾害救助、农业生态保护、价格支持等各类项目, 2017 年农业生产和农业生态保护资金分别投入 1900 多亿元和 200 多亿元<sup>[26]</sup>, 农业的产业竞争力得到显著提高。

### 3. 共生界面: 政府服务、市场优化与社会支持

新世纪后, 随着政府职能的转变和市场改革的深入, 城乡治理逐步彰显出“政府—市场—社会”三元主体互动的共生治理态势。一是, 公共服务型政府的建立为农业农村的发展提供了更多支持。相对于管制政府和发展型政府而言, 新时期的政府主要是通过建立有效的市场监管、经济调节、社会管理和公共服务的体制机制, 与市场和社会一起, 为城乡居民提供更加高效高质的公共物品<sup>[27]</sup>。比如, 新农村建设中公共产品的提供, 是通过“一事一议”以及村民和乡村组织共同参与的形式, 实现对乡村的有效自治。二是, 农产品市场和城乡劳动力市场机制基本建立。粮食市场的开放和农业供给侧结构性改革, 促使农业生产要素市场化效应得到加强; 新型城镇化的推进加深了户籍制度改革步伐, 城乡劳动力市场被进一步打开, 农民工总量已从 2002 年的 1.05 亿人增加到 2017 年的 2.86 亿人, 其中, 2017 年外出农民工 1.72 亿, 占 60.14%。有研究甚至指出, 城乡劳动力的实际工资在 2013 年已基本实现了趋同, 劳动力市场一体化水平显著增强<sup>[28]</sup>。三是, 社会支持功能得到发育。由于“第三方治理主体”在调动和利用社会资源的动力和技术上更具备效力, 近年来越来越多的基层政府通过项目制的形式购买公共服务进而完成对社区和街道的有效治理, 或者, 通过技术创新、流程再造、力量整合的渠道, 实现“街道—社区—社会协管”多元力量的“大联动”治理<sup>[29]</sup>。

### 4. 共生模式: 非同步、非均等与非平衡

“非对称互惠共生”的特点是共生单元之间共同产生大量新能量, 但能量的分配依然是非均等的、发展速率是非同步的、发展状态是非平衡的。此阶段, 由于体制性障碍尚未得到根本性的消除, 城乡之间依然存在一定的经济社会差距, 并由此形成一种“非对称互惠共生”的城乡治理模式。一是, 依然存在农村资金要素的大量流失。虽然此阶段农村资金流出速率明显降低, 但在 2002-2012 年之间, 通过金融机构吸取的农村净流出资金依然高达 41608.4 亿元, 年均流出 3782.58 亿元<sup>[20]</sup>。二是, 对农业的反哺尚不能实现大量补贴。比如, 农业保护效应和财政增长速率不相匹配, 影响整体效能发挥; 土地增值收益分配机制尚未根本完善, 失地农民的生活还不能做到长久保障。三是, 城乡一体化水平提升相对缓慢。虽然农民增收速度加快, 城乡收入比从 2003 年的 3.23 倍下降到 2017 年的 2.71 倍, 但和 1985 年的 1.86 倍相比, 城乡差距依然凸显; 并且, 乡村社会发展仍旧滞后于城镇化进程, 城乡二元对比系数从 2002 年的 0.159

增加至 2011 年的 0.190，但和发展中国家的最低值 0.310 仍存在差距。

#### **（四）2017 年至今：城乡“对称互惠共生型”治理的提出**

##### **1. 共生单元：“村庄空间—中心社区—城镇地域”的网格化治理**

2017 年十九大报告指出，城乡发展不平衡与乡村发展不充分已成为社会发展的主要矛盾，城乡社会治理由此进入城乡融合的新时代。作为新时代城乡治理的行动指南，城乡融合的对象是一个地域多体系统，在治理单元上，是通过“乡村发展区—村镇空间场—城乡基础网”网格化框架的构建<sup>[30]</sup>，在治理结构整合与治理资源协同的基础上，实现对“村庄空间—中心社区—城镇地域”单元的清晰化与精准化治理。对于乡村发展区而言，治理单元主要是县域内的村镇集合，包括集镇、中心村、贫困村、空心村等区域，当下重点是为了促进“集聚提升类村庄、城郊融合类村庄、特色保护类村庄、搬迁撤并类村庄”四类村庄单元的综合振兴。对于村镇空间场而言，核心治理单元则是由重点镇、中心镇、中心社区等构成，这是城乡连接的桥梁和枢纽，呈现以市镇为主体形态的区域治理格局。对于城乡基础网来说，这是城乡融合的根本，主要是由大城市与中小城市两类网格单元组成，基本呈现出以都市区为主体形态的城乡地域格局，通过基础设施的构建、公共资源的均衡配置、现代技术的应用，将“大城市、中小城镇、村庄”实现有效融合与贯通。

##### **2. 共生环境：乡村振兴与城乡融合发展**

2017 年 10 月中共十九大提出了具有划时代意义的乡村振兴战略与城乡融合新理念，这成为新时期城乡关系调整的新定位与风向标。从“城乡统筹、新农村建设、新型城镇化、城乡发展一体化”到“乡村振兴与城乡融合”的政策转变，也意味着城乡社会转型进入到积极治理的高级阶段。

其一，乡村振兴战略以解决城乡发展不平衡为根本目的。作为新阶段的核心战略，“产业兴旺、生态宜居、乡风文明、治理有效、生活富裕”二十字总要求规定了新时代三农工作的总方向，在 2018 年出台的《中共中央国务院关于实施乡村振兴战略的意见》和《国家乡村振兴战略规划（2018-2022 年）》中，更形成了近期（2018-2020）、中期（2020-2035 年）、长期（2035-2050 年）阶段化的推进方案。对于乡村振兴的实践路径，需要将“兴产业、兴人才、兴文化、兴生态、兴组织”作为主攻方向，一方面，需要激活乡村社会的自然禀赋、风俗文化、乡贤力量等内生资源，通过包容性制度的建立和资源的优化配置，共同促进乡村善治；另一方面，乡村振兴是一个长期的过程，深化产权制度改革、推进精准扶贫、建立统一的城乡要素市场，是乡村振兴的根本方向<sup>[31]</sup>。

其二，城乡融合明确了城乡关系重塑的变革方向。城乡融合重点以资源要素自由流动为前

提，通过建立平等开放的政策环境，推动城乡之间生产生活、生态环境、公共服务等方面协同发展。即城乡关系不再是乡村单向支持甚至从属于城市，而是城乡之间的双向交融，具体包括要素融合、基础设施融合、文化交融、生态空间共融。其中，要素融合最为关键，包括劳动力、资金、土地等，需要建立城乡要素自由流动的互惠互利机制，以实现城乡的平行发展。2017年底，中国的城镇化率已高达58.52%，按这一趋势，2020年基本可以实现超越60%的目标；并且，城乡居民恩格尔系数在2017年降低到30%以下，按国际标准，城乡居民生活水平也基本进入富足阶段。

### 3. 共生界面：“党委—政府—市场—社会组织—居民”合作共治

乡村振兴与城乡融合的落脚点在于乡村，需要通过建立党委领导、政府负责、社会协同、公众参与、法治保障的现代乡村治理体系，确保城乡有序融合。因此，“党委—政府—市场—社会组织—居民”成为新时期城乡治理的共生载体，城乡融合目标的实现需要明确各个载体的职能、领域与优势空间。首先，政府是城乡共生治理中的“规范面”与“引导面”，是城乡制度设计的核心媒介与载体。通过政府制定城乡治理的战略规划、政策框架与制度规则，规范乡村振兴的行动策略与利益资源的分配方式，决定城乡发展的总方向。其次，市场是城乡共生治理中的“传递面”，是决定城乡要素资源流动的主要媒介与载体。城乡市场发育是否健全、信息是否对称、供求关系是否完善、阻碍因素是否能及时消解，都会对城乡融合产生影响。再次，社区组织是城乡共生治理中的“协同面”，是优化乡村治理的主要载体，社区组织的发育程度将直接影响乡村振兴的发展模式与形态。最后，社区积极分子与社区居民是城乡共生治理中“参与面”，是协调乡村治理的重要载体，建立社区参与、自治、法治、德治的治理体系，可确保城乡融合与治理有效。

### 4. 共生模式：双向、并轨与平衡

“对称互惠共生”的治理模式是在平等公正与互惠合作的基础上，实现城市与乡村的共同优化，特点是共生能量在城乡间均等分配、同步进化与平衡发展。2017年是乡村振兴战略的元年，城乡关系正逐步从“非对称互惠共生”向“对称互惠共生”治理模式过渡，城乡社会治理呈现出越来越多的平衡发展迹象。一是，户籍制度进一步深化改革。2019年提出要逐步形成“II型城市取消落户限制、I型大城市要开放宽落户条件、超大特大城市完善积分落户政策”的推进方案，户籍制度对于城乡劳动力流动的限制已日渐微弱。二是，城乡公共服务逐步并轨。在义务教育上，2017年底达到城乡义务教育均衡发展水平评估的县已达2379个，占全国总数的81%；在社会保障上，2017年也已基本实现“老农保—新农保—城乡居民养老保险”的统筹，并建立起了比较完善的大病保险制度目标，此外，城乡居民医疗保险制度也在全国范围内完成接

续，并实现了省内异地就医直接报销制度，报销比例达 60%以上，大大降低了农村居民因病致贫的发生率。三是，城乡要素双向流动效应明显提高。比如，城市资本下乡幅度显著增强，农村地区的资本投资和事业兴办的规模得到扩大，城市先进技术的引进极大弥补了城乡之间的巨大鸿沟。此外，返乡人员可以享受项目、资金、技术、场地等多项国家扶持，乡村精英的加入为农业农村的振兴注入了新活力，据《2017 年农民工监测调查报告》显示，2017 年全国各类返乡创业人数超过 700 万人，其中，农民工接近 500 万，占 68.5%。

#### 四、结论与讨论

城乡关系不仅是一个理论命题，更是一国发展中的实践问题，城市与乡村之间的结构关系折射的是中国社会的整体性变迁。新中国城乡治理 70 年的演进规律表明，城乡关系主要表达为“共生型治理”的内在逻辑，是逐步从“寄生”向“对称互惠共生”的治理转型。本质上看，城乡共生型治理是一种渐进主义的改革方案，反映的是国家政权建设中国家与农民关系的重构，最终目标是为了实现城乡社区治理的空间正义。

一是，城乡共生治理中的“渐进主义”。中国的社会治理是一个以政府为主要内生变量的渐进式改革过程，在“稳定”与“发展”的话语下，社会的变革势必要满足低风险、可逆性、渐次性与有效性的基本特征，这也是创造中国经济增长奇迹的根本。城乡中国的变革作为理解中国社会转型的主流视角，城乡共生治理中的渐进主义，即是一个不断从“寄生”向“对称互惠共生”的渐次转型过程，体现在制度安排上，主要是党和政府谨慎且渐次地制定“计划经济体制—城市工业优先”、“市场经济体制—城乡统筹发展”的策略方案，在新中国资本有限的困境下，确保中国通过“城市工业化—新农村建设与新型城镇化—乡村振兴”的渐次流变道路而得以最终实现城乡融合的治理目标，这使得中国仅用 40 年的时间即走完了西方社会近 200 年的城镇化路程。不过，渐进主义的变革也意味着一定程度的保守，而保守的最大牺牲者只能是乡村社会的底层阶层<sup>[32]</sup>，这也是城乡两极分化与城乡失衡的本源所在。因此，继续加大加深“次第推开、循序渐进”的渐进改革逻辑，通过对乡村的深化反哺与赋权，从而实现乡村的有序治理与城乡互惠融合。

二是，城乡共生治理中的“国家—农民”关系。城乡社会治理是一个国家整合乡土社会的演进过程，实质上是国家与农民关系的调整与变迁。城乡寄生治理时期（1949—1978 年）国家对乡村资源的提取，反映的是国家与农民之间“汲取—服从”的控制关系；城乡偏利共生治理时期（1978—2002 年）分田到户的变革，国家与农民的对接转变为“资源汲取—反对抗争”的紧张关系，农业增长乏力、农村税费难收、农民负担沉重等问题日益突显；城乡非对称互惠共生治

理时期（2002-2017年）农业税的全面废除，国家与农民则陷入了“悬浮—分离”的松散关系，乡村治权被弱化和架空；进入新时代（2017年之后），城乡对称互惠共生治理的提出，使得农民的主体性地位日渐提高，国家与农民则转变成了“资源输送—服务引导”的新型合作关系。从“资源汲取”到“资源输送”、从“控制服从”到“引导参与”，意味着城乡治理形态正出现新的转型。如何向农村更加有效输送资源要素，实现资源下乡与村民需求的有效对接，是新时代乡村振兴与城乡融合的优化方向。

三是，城乡共生治理中的“空间正义”。从“制度—空间”的结构关系来看，制度供给的同步性是空间正义形成的前提基础<sup>[33]</sup>。城乡共生治理中的空间正义，是要在城乡空间要素分配、资源占有、公共服务上同步供给，在优势互补中消解城乡两极分化，实现城乡居民对空间资源的平等占用和分享。不过，任何新空间关系均是从国家、金融资本和土地利益的结盟中创造出来的，不同利益主体间的抗争和博弈会引发不平衡经济治理结构的产生，甚至偏离空间正义的初衷<sup>[34]</sup>。因此，新世纪之前，“有限资本—偏向制度安排”的运行逻辑（寄生治理和偏利治理）只能创造出城乡有别的差异性空间，乡村居民的权利被剥夺、资源被挤占、空间被侵犯。为避免陷入“唯城市化”发展的误区，新世纪后，城乡统筹发展、以工促农、以人为本的新型城镇化、乡村振兴战略的提出，便开始逐步从国家层面上强调城乡空间正义的重要性。继续推动“城镇化—城乡化”的双轴治理，增强城市对乡村的扩散效应，从而真正缩小城乡差距，在“对称互惠共生”治理中实现城乡空间正义。

### 参考文献

- [1] 汤爽爽，孙莹，冯建喜. 城乡关系视角下乡村政策的演进：基于中国改革开放40年和法国光辉30年的解读[J]. 现代城市研究，2018(4)：17-22.
- [2] 武力. 1949—2006年城乡关系演变的历史分析[J]. 中国经济史研究，2007(1)：23-31.
- [3] 张富刚，刘彦随. 中国区域农村发展动力机制及其发展模式[J]. 地理学报，2008，63(2)：115-122. [4] 姜方炳，李颖. “共生型治理”：城市街区治理体系再造及运作逻辑——以杭州市凯旋街道为例[J]. 中共天津市委党校学报，2018，20(6)：79-87.
- [5] 李宁，王芳. 共生理论视角下农村环境治理：挑战与创新[J]. 现代经济探讨，2019(3)：86~92. [6] 武小龙. 城乡对称互惠共生发展：一种新型城乡关系的解释框架[J]. 农业经济问题，2018(4)：14-22. [7] 赵泉民. 从“无差别的统一”到“对抗性”形成——基于新式教育兴起看20世纪初期中国城乡关系演变[J]. 江苏社会科学，2007(3)：155-160. [8] 严瑞珍，龚道广，周志祥等. 中国工农业产品价格剪刀差的现状、发展趋势及对策[J]. 经济研究，1990(2)：64-70. [9] 韩俊. 中国城乡关系演变60年：回顾与展望[J]. 改革，2009(11)：5-14. [10] 中华人民共和国国家统计局关于发展国民经济的第一个五年(1953年到1957年)计划

执行结果的公报（1959年4月13日）[J]. 计划与统计, 1959(7): 3-7. [11] 陈国庆. 统购统销政策的产生及其影响[J]. 学习与探索, 2006(2): 207-209. [12] 胡杨, 唐丽娜. 从全能政府到有限政府——市场经济对政府机构改革的必然选择[J]. 西北大学学报(哲学社会科学版), 2001(1): 58-62. [13] 金太军. 政府职能梳理与重构[M]. 广州: 广东人民出版社, 2002: 77. [14] 董志凯. 工业化初期的固定资产投资与城乡关系——对1950—1980年代工业建设的反思[J]. 中国经济史研究, 2007(1): 12-22. [15] 王雪磊, 郭兴平, 张亮. 建国以来农村金融的发展历程及其评述[J]. 农村金融研究, 2012(7): 66-70. [16] 武小龙, 谭清美. 新苏南模式: 乡村振兴的一个解释框架[J]. 华中农业大学学报(社会科学版), 2019(2): 18-26. [17] 孔祥智, 何安华. 新中国成立60年来农民对国家建设的贡献分析[J]. 教学与研究, 2009(9): 5-13. [18] 刘铮. 改革开放30年中国农业贡献的经济学分析[J]. 福建论坛(人文社会科学版), 2009(2): 37-41. [19] 陈锡文. 资源配置与中国农村发展[J]. 中国农村经济, 2004(1): 4-9. [20] 周振, 伍振军, 孔祥智. 中国农村资金净流出的机理、规模与趋势: 1978~2012年[J]. 管理世界, 2015(1): 63-74. [21] 武立永. 城乡阶层结构、政府的合法性与城市偏向制度[J]. 经济体制改革, 2014(3): 75-79. [22] 夏永祥. 改革开放30年来我国城乡关系的演变与思考[J]. 苏州大学学报(哲学社会科学版), 2008, 29(6): 18-20. [23] 邢祖礼, 陈杨林, 邓朝春. 新中国70年城乡关系演变及其启示[J]. 改革, 2019(6): 20-31. [24] 张海鹏. 中国城乡关系演变70年: 从分割到融合[J]. 中国农村经济, 2019(3): 2-18. [25] 许汉泽, 李小云. “行政治理扶贫”与反贫困的中国方案——回应吴新叶教授[J]. 探索与争鸣, 2019(3): 58-66. [26] 汤敏. 中国农业补贴政策调整优化问题研究[J]. 农业经济问题, 2017, 38(12): 17-21. [27] 郁建兴, 徐越倩. 从发展型政府到公共服务型政府——以浙江省为个案[J]. 马克思主义与现实, 2004(5): 65-74. [28] 都阳. 论劳动力市场改革的两个目标[J]. 中共中央党校学报, 2016, 20(5): 102-107. [29] 陈慧荣, 张煜. 基层社会协同治理的技术与制度: 以上海市A区城市综合治理“大联动”为例[J]. 公共行政评论, 2015(1): 100-116. [30] 刘彦随. 中国新时代城乡融合与乡村振兴[J]. 地理学报, 2018, 73(4): 637-650. [31] 张海鹏, 郜亮亮, 闫坤. 乡村振兴战略思想的理论渊源、主要创新和实现路径[J]. 中国农村经济, 2018(11): 2-16. [32] 杨友国, 刘志民. 中国利益集团的发展阶段及其特征分析——基于渐进主义改革的背景审视[J]. 求实, 2009(1): 44-49. [33] 张玉, 朱博宇. 论空间正义形成中的城乡社区治理路径[J]. 社会科学, 2018(5): 13-20. [34] 周立斌, 韩满玲, 王希艳, 杨林. 新马克思主义的区域经济理论研究[M]. 北京: 经济科学出版社, 2017: 145.

## 论智能互联网的法律困惑及其立法的适度超前性

邢鸿飞, 吕汉东\*

**摘要:** 智能互联网技术的快速发展和应用带来了诸多变革, 虚拟社会、人机互动、算法规则, 使得现行法律制度面临一系列挑战: 传统法律正义观难以衡量一些抉择, 既有法律规范无法涵盖和调整一些新权益, 司法制度在适用时遭遇障碍等等。出现这些挑战的症结在于法律的过度滞后, 除了法律天然的滞后性, 保守的立法原则和繁复的立法程序也是重要影响因素。因此, 有必要确立网络立法的适度超前原则, 探索网络技术标准法律化, 促进网络立法智能化, 制定网络“基本法”, 建立适合智能互联网时代的网络法律体系。

**关键词:** 智能互联网 风险社会 网络立法 适度超前性

不论你是否已经做好准备, 一个全新的时代——智能互联网时代早已悄然来临。以互联网、大数据、人工智能为核心的智能互联网技术渗透进了人类生活的每个角落, 凭借其众多的创新性颠覆, 深刻地改造、重塑着当今社会, 推动了生产方式、生活方式、社会关系、价值观念的全面变革。技术从来都是把双刃剑, 智能互联网技术也不例外, 在给人类带来进步与福利的同时, 也带来了风险与挑战。正像依恩·C·巴隆(Ian C. Ballon)所说: 互联网不仅已经改变了我们的生活方式、商业行为和娱乐方式, 还改变并在继续改变着我们所实践的法律和我们实践法律的方式。<sup>①</sup>从法学角度看这场变革, 传统的法律制度和体系也面临着一场前所未有的挑战。智能互联网时代传统法律的滞后性凸显是其受到挑战的症结, 挑战亦是机遇, 针对这种挑战而提出的适度超前立法的应对之策, 不仅仅是对传统法律制度的反思和升级, 对时代命题的回应, 更是对未来法治状态的一种有益探索。

### 一、时代命题: 智能互联网技术对传统法律的挑战

“这是最好的时代, 也是最坏的时代”,<sup>②</sup>用这句话来形容智能互联网时代再合适不过了。智能互联网是基于物联网技术和智能平台等载体, 在人、智能终端、云平台之间进行信息采集、处理、分析、应用的智能化网络, 具有高速传输、大数据分析和挖掘、智能感应与应用的综合

---

\* 邢鸿飞(1963-), 男, 江苏南京人, 河海大学法学教授, 博士生导师, 管理学博士, 主要从事行政法学、公用事业法研究; 吕汉东(1995-), 男, 安徽六安人, 河海大学法学院硕士研究生, 主要从事行政法学、网络法研究。

① 参见[美]依恩·C·巴隆著:《电子商务与互联网法》, 张平总编译, 中国方正出版社2005年版, 第1页。

② [英]查尔斯·狄更斯:《双城记》, 石永礼等译, 人民文学出版社2004年版, 序言。

能力。<sup>①</sup>一方面，它无疑给我们带来了一个更美好的社会，它是智能的、精细化和人性化的“最好时代”。在云计算、大数据、深度学习技术的催化下，人工智能可以学习人类智慧、模拟人类行为，并以超过人类的工作效率，协助人类解决各种各样的问题，人类智慧的创造力与人工智能的工作效率实现了完美的结合。智能互联网对传统产业也进了一系列变革，大量新兴产业和细分行业相继出现，创造了巨大的经济价值和社会财富。渗透进生活每个角落的智能互联网正在带给人类“万物皆互联，无处不计算”的精准生活。但另一方面，智能互联网也带了风险和挑战，也许我们正处在一个社会问题丛生和安全隐患不断的“最坏时代”。首先，智能互联网打破了时空的限制，通过网络将无数个终端点相互连接构成了虚拟的网络社会。然而，这个虚拟社会并不独立，它与现实世界相互交织、难以区分，给社会交往和社会秩序带来了一系列问题。其次，随着人工智能技术应用的快速推广，智能机器人逐渐步入人们的现实生活。人与机器人的关系不再是单纯的“使用”与“被使用”的关系，集合人类智慧的机器人使人机关系变得复杂，这必然会引发关于权利义务关系、法律责任，甚至主体身份等方面的重大法律变革与秩序重建。最后，以算法和数据为核心的智能互联网在给人类带来信息化、数据化、智能化的便利生活的同时，也迫使人类接受了它所制定的一套规则，重构人类社会秩序，但是这套规则是否公正却要打一个大大的问号。

毋庸置疑，智能互联网时代是一个风险社会的时代，风险度高、风险丛生、风险叠加是其显著特征。自1986年德国社会学家乌尔里希·贝克(Ulrich Beck)出版专著《风险社会：新型现代的未来出路》(*Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*)以来，“风险”便成为诠释社会变迁绕不开的一个概念，“风险社会”随之也成为一种理解世界的全新范式。智能互联网时代，人类面临的风险，不仅仅是大自然带来的风险，更有现代的、人为的风险，其中最主要的是智能互联网技术带来的风险。<sup>②</sup>智能互联网技术带来的风险实际上是作为工具的技术与人的关系的异化以及由此带来现代性危机。风险社会最大的特点是人为制造的不确定性，它会解构甚至撕裂当前的社会关系、社会秩序和社会制度。智能互联网技术对原有社会关系和社会秩序的冲击在所难免，这必然也会冲击着传统法律制度和法律秩序，法学观念、法律制度以及司法体系正面临前所未有的法律困惑，给智能互联网立法带来巨大挑战。

### (一) 传统正义观遭遇困境

正义，是人类最古老的话题之一。提到正义，最容易让人联想到的是伦理学家菲利帕·福特(Philippa Foot)在1967年率先提出的著名的“有轨电车难题(Trolley Problem)”。<sup>③</sup>面对

<sup>①</sup> 参见史忠植等：《智能互联网》，载《计算机科学》2003年第9期。

<sup>②</sup> 参见刘志强，方琨：《论人工智能行为法律因果关系认定》，载《学术界》2018年第12期。

<sup>③</sup> 又译为“电车难题”，其大致内容是：你站在天桥上，看到有一台刹车损坏的电车。在轨道前方，有五个正

这类道德两难问题(moral dilemma),不外乎两种选择,一种是道义主义选择,不推胖子;一种是功利主义选择,将胖子推下去,用1个人的牺牲换取5个人的生命。在功利主义者看来“正义是为了实现最大多数人的最大幸福”,<sup>①</sup>但在实践中,法律逐渐倾向了道义主义,最典型的例子莫过于德国联邦宪法法院在2006年对于《航空安全法》作出的判决。判决主要涉及以下问题:是否允许击落一架被恐怖分子挟持作为大规模杀伤性武器欲撞向城市中心的飞机?法院对此持否定意见。其判决主要依据飞机上无辜乘客的人性尊严,从而排除了轻易将他们的生命与其他人生命“计量”的可能。

“正义只有通过良好的法律才能实现”、“法是善良和正义的艺术”,这些古老的法学格言和法的定义表明,法是或应当是实现正义的手段,法律最重要的价值在于实现正义。<sup>②</sup>在智能互联网时代,传统法律正义必将遭受困境。在自动驾驶汽车上,“有轨电车难题”会演绎出现代版本,系统该如何预设在这两难情形下的选择:保护车内的乘客,还是保护路上的行人?保护年轻人,还是保护老年人?保护多数人,还是保护少数人?或许,按照传统的法律正义观,系统可以设定选择保护没有陷入危险的人。但如果双方均处于危险共同体中,从传统法律正义观“生命禁止量化比较”的逻辑出发,不论程序员如何编写代码都是“不正义”的。

代码是预设的,这种预设实际上确定了后面的所有规则。“代码就是法律”,<sup>③</sup>代码决定了什么样的人可以接入什么样的网络,并规制着网络中人与人之间的关系。智能互联网时代法律正义某种程度上需依赖于代码正义去实现。代码可以被控制是因为代码的设计者可以被控制。因此,规制代码编写的价值偏好和代码的恶意控制是保障代码正义的重要途径,但前提是必须通过法律正义为代码正义提供依据,为程序员编写代码的行为提供规范。如何克服传统正义观的困境是智能网络时代亟待解决的问题。个人可以选择“逃避自由”,<sup>④</sup>法学研究可以不进行价值判断,但法律必须定分止争,为人们预测自己的行为后果提供依据。针对自动驾驶的“电车难题”,不论是理论上,德国学者埃里克·希尔根多夫(Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf)提出的“不法分级”,<sup>⑤</sup>还是实践中,英国保险公司Adrian Flux尝试的自动驾驶保险责任制度等,

---

在工作的人,他们不知道电车向他们冲来。一个体重很重的路人,正站在你身边,你发现他的巨大体形与重量,正好可以挡住电车,让电车出轨,不致于撞上那五个工人。你是否应该动手,把这个很胖的路人从天桥上推落,以拯救那五个工人,还是应该坐视电车撞上那五个工人?参见[美]托马斯·卡思卡特:《电车难题:该不该把胖子推下桥》,朱沉之译,北京大学出版社2014年7月版,第3—4页。

① Bentham, Codification proposal, in: The Works of Jeremy Bentham, Bd. IV, New York 1962, S. 535 ff.

② 张文显主编:《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社2011年版,第273页。

③ [美]劳伦斯·莱斯格:《代码2.0:网络空间中的法律》,李旭、沈伟伟译,清华大学出版社2009年版,第6页。

④ “逃避自由”的概念由社会心理学家艾瑞克·弗洛姆提出,主要是指现代人获得自由后,却又不断发生异化、逃离自由决策的心理。参见庄友刚主编:《马克国主义原著选读》(第2版),苏州大学出版社2014年版,第368页。又见叶浩生主编:《20世纪心理学名著导读》,陕西人民出版社2012年版,第232页。

⑤ 不法分级是指根据行为人是否履行降低损害原则,对其不法程度进行分级,这意味着尽可能少的危及或者夺

均需要在立法中予以认可。

## （二）新权益难以涵盖

数据和算法是智能互联网技术的核心，智能互联网的发展离不开大数据。从人工智能的技术原理来看，大数据分析系统是其核心技术，拥有数据的多少很大程度上决定了人工智能功能的强弱，人工智能的发展需要大量来自不同主体的数据作为支撑，数据的抓取和利用在人工智能技术发展过程中无时不在。<sup>①</sup>围绕着“大数据”至少能够产生三类新型权益。

其一是诸如访问权、被遗忘权、免受自动化决策等人格类权利。大数据不仅记载了过去和现在我们所做的一切，并能够在分析这些数据的基础上准确地预测我们的未来。生活在现代社会的人无时无刻不在“裸奔”，我们的一切都有可能被别人“监视”，“淘宝监视着我们的购物习惯，百度监视着我们的网页浏览习惯，而微博、微信似乎什么都知道，不仅窃听到了我们心中的‘TA’，还有我们的社交关系网”。<sup>②</sup>智能互联网不仅收集个人数据，还对这些数据进行分析、处理，并在此基础上开发出各种产品。伴随着大数据技术的高速发展和应用，诸如访问权、被遗忘权、免受自动化决策等人格类权利急速迸发，但现有法律却无法将其涵盖或完全涵盖，由此引发的新型社会关系也难以调整。

其二是数据产权。产权明晰是市场经济的基本要求之一，然而智能互联网使得这一传统命题迎来了新挑战。数据在智能互联网技术开发中的应用价值越来越高，数据的开发和利用都需要明晰数据的产权主体及其权利属性，规范数据的移转和利用。因此，智能互联网的发展需要解决财产法面临的新问题。人工智能利用的数据主要有三类，分别是个人所有的数据、私人企业和组织所有的数据以及公共机构管理的数据。有观点认为：数据财产权的基本原则是谁的数据归谁所有，没有任何主体指向的数据是一种公共资源。<sup>③</sup>但实质上，作为数据的“所有者”，往往会因为无法掌握作为基础的信息技术，实际上无法掌控信息且无法施加影响。与此同时，数据是没有实体的，占有和转移占有均是无形的，同时也缺乏有效的权属凭证。将数据产权当做传统的财产权、物权或者债权保护显然是不切实际的。

其三是衍生的“知识产权”。智能互联网不仅会储存收集原始数据，而且可以对收集的各种数据进行处理，产生衍生数据。一方面，人工智能利用大数据创作音乐、诗歌、绘画等。例如，微软公司的人工智能产品“小冰”出版的人工智能诗集《阳光失了玻璃窗》，日本东京大学研发的自动作曲系统 Orpheus 创作的歌曲等。如果这些图画、稿件和诗歌等由人工智能生成的事实

---

走无辜者的生命的导向。

① 参见王利明：《人工智能时代对民法学的新挑战》，载《东方法学》2018年第3期。

② [英]维克托·迈尔—舍恩伯格：《大数据时代》，盛杨燕等译，浙江人民出版社2012年版，第193页。

③ 参见吴晓灵：《大数据应用不能牺牲个人数据所有权》，载《清华金融评论》2016年第10期。

没有被披露，人们往往会不会怀疑其不是由人类所创作。<sup>①</sup>这就带来一系列问题：人工智能生成的内容是否可被认定为受知识产权保护的作品？如果受保护的话，知识产权的所有者是谁？是人工智能的发明者、所有者，还是人工智能本身？另一方面，人工智能进行创作是一个利用大数据深度学习的过程，收集、储存的这些数据本身就包含大量的知识产权，在创作过程中就有可能侵犯他人的知识产权。但侵权的结果由谁负责、如何负责又成了难题。上述两个难题如果深究下去，可能又会带来人工智能是否具有法律上的主体资格等一系列问题。

面对这些新生事物、新生关系、新生法益，既有的法律概念、规则和原则难以对其予以有效涵盖，也难以对其做出及时有效的规制调整。即便通过修改法律条款、扩张性解释或者类比适用，也会遭遇捉襟见肘的困境。

### （三）司法适用面临障碍

智能互联网时代对司法制度的冲击主要体现在两个方面：

一是法律的真空，使得司法活动因失去法律依据而难以开展。以网络抢票软件为例，抢票软件本质上和传统的倒卖车票行为没有区别，只不过是其利用了互联网手段而已。抢票软件确实造成了购票秩序的混乱，这就好比正常购票队伍中突然有人插队加塞，严重损害了购票的公平性，损害了公众的利益，并且抢票软件还损害了车票分配的公平、公正。铁路部门规定，不具备代办铁路客票资格的单位和个人，为他人代办铁路客票并非法加价牟利的，个人以营利为目的变相加价、从中渔利的，属于倒卖铁路客票的违法犯罪行为，由公安机关依法给予治安管理处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。但网络抢票软件因缺少法律的规制成了一个灰色地带，执法和司法活动也因缺少依据而显得无能为力。

二是传统的司法制度难以适用于智能互联网时代的新情况。一方面，一些建立在互联网络上的行为难以用传统的罪名对其进行评价。2017年6月20日，杭州市余杭区人民法院审理了我国首例刷单炒信案件，<sup>②</sup>以非法经营罪判处被告李某有期徒刑5年6个月。判决结果一出便引起了热议，以非法经营罪评价李某的刷单炒信是否合适成为焦点。另一方面，智能互联网的信息化、数据化等特性也导致了行为表现、因果关系、证据链条、管辖范围的复杂化。例如，人工智能行为法律因果关系的认定。如果将人工智能视为人的工具和手段，人工智能系统的指令、机器人的行为依附于人类的意志，那将人工智能的行为归因、归责于生产者 and 使用者无可厚非。但通过深度学习，而导致人工智能行为产生变化很可能是人工智能开发者自己也无法预测和控

<sup>①</sup> 参见王迁：《如何研究新技术对法律制度提出的问题？——以研究人工智能对知识产权制度的影响为例》，载《东方法学》2019年第4期。

<sup>②</sup> 参见浙江省杭州市余杭区人民法院（2016）浙0110刑初726号刑事判决书。

制的,人工智能具有独立的自由意志不是科幻小说家的想象。<sup>①</sup>智能机器人的行为不完全依赖系统的代码设计和人的指令,行为后果也就与生产者 and 使用者没有直接因果关系,此时就会陷入将人工智能侵权结果归责于个人不妥,归责于机器显然没有说服力的两难境地。又如,传统的地域管辖和级别管辖在针对网络空间的大数据犯罪时就无法形成有效的管辖。在智能互联网中,划分区域的标准是 IP 地址和相应的域名,地域疆界已经被互联网应用打破,只要软件和硬件技术允许,互联网用户就可以在世界各地登录任何一个国家的网站。<sup>②</sup>实践中,利用智能互联网跨境犯罪已经呈现出一种常态化。相当一部分的犯罪嫌疑人隐匿境外,涉案的证据大多甚至全部是电子证据,分散存储在境内外的计算机服务器中,导致案件取证、侦破难度大,犯罪嫌疑人难以抓捕归案,最终能够进入司法程序的案件数量有限。<sup>③</sup>

智能互联网时代带给法律的挑战是空前的,尽管稳定是法律本身固有的本分,但面对瞬息万变、颠覆创新的智能互联网技术发展、变革,容不得我们守成待毙。<sup>④</sup>正视并积极应对智能互联网技术给现行法律带来的挑战和风险是我们的唯一选择,正如霍姆斯所言:“在法律的故纸堆里皓首穷经之人或许眼下大行其道,运用统计学之人以及经济学的行家里手则能引领未来。”<sup>⑤</sup>

## 二、制度症结:智能互联网时代凸显的法律滞后性

与高速发展的智能互联网相比,传统法律的滞后性显得尤为突出,这也是智能互联网时代传统法律制度面临挑战的症结。

首先,不可回避的是法律具有天然的滞后性。在马克思主义法学看来,法的本质是由特定的社会物质条件决定的,法是特定社会关系的调节器。“从一般意义上讲,社会变化要比法律变化快的多。”<sup>⑥</sup>所以法律只能伴随着社会的发展而发展,滞后性由此决定。汉斯·摩根索(Hans Morgenthau)曾指出,“经由法律制度规定的某种特定的现状会得到稳定和永存”,而且由于法院是制度的主要工具,所以“他们一定是作为这种现状的代理人行事的。”<sup>⑦</sup>尽管

---

① 参见季卫东:《人工智能开发的理念、法律以及政策》,《东方法学》, <https://doi.org/10.19404/j.cnki.dffx.20190808.005>。例如,微软曾推出的人工智能聊天机器人 Tay 在没有系统事先设定和人类行为指令的情况下,通过深度学习,不到 24 小时便爆出大量反犹太人、性别歧视、种族歧视的言论,迫使微软不得不将其暂时下线。

② 参见张平:《互联网法律规制的若干问题探讨》,载《知识产权》2012 年第 8 期。

③ 参见皮勇:《论新型网络犯罪立法及其适用》,载《中国社会科学》2018 年第 10 期。

④ 参见马长山:《智能互联网时代的法律变革》,载《法学研究》2018 年第 4 期。

⑤ [美]霍姆斯:《法律之道》,姚远译,载《厦门大学法律评论》第 26 辑,厦门大学出版社 2015 年版,第 166 页。

⑥ Hary W. Jones,“The Greative Power and Function of Law in Historical Perspective”,17 *Vanderbilt Law Review* 135,at 139 (1963).

⑦ See *Politics Among Nations*, 4<sup>th</sup> ed(New York,1967),p.418.

汉斯·摩根索的观点忽视了法律与社会之间的互动关系，但却揭示了一个重要的道理，法律是一种不可朝令夕改的规则，滞后性深植于法律的本性之中。

其次，立法观念的保守导致智能互联网时代法律的滞后。虽然我们不可否认法律天然的滞后性，但是也不得不承认智能互联网时代法律滞后性凸显离不开人为因素的影响。法社会学家尼克拉斯·卢曼（Niklas Luhmann）在研究应对风险社会带来的挑战时，认为“法律使规范性期望稳定化的功能远远超出了调解冲突概念所能把握的内涵”，<sup>①</sup>也就是说，法律的功能不仅仅在于调整矛盾纠纷，更在于应对风险。从我国立法实践来看，过去我国立法时侧重于强调法律解决纠纷的功能，总是亦步亦趋，针对已经发生的问题进行立法。虽然这样更具有针对性，但法律一般不能溯及既往，难免陷入被动的局面。于志刚教授曾指出，在几乎所有的法学学科之中，关于网络法学的研究基本上都是由青年学者，甚至是青年学子完成的，导致此种现象的根本原因，是两代学人之间对于技术和网络的接纳程度的差异，<sup>②</sup>这一原因也影响着立法活动。除了对技术接纳程度的差异之外，强调立法可操作性的“成熟一部，制定一部”的传统立法原则，也是导致法律滞后性凸显的重要因素。我国有学者极力推崇将这一原则适用于网络立法领域，主张：“网络法律制度应当具有可操作性，不可以只是宣言性的，不仅要对权利和义务关系进行确认，还要设定具体可行的救济措施与途径。如果不这样，就会丧失法律的规范性、可操作性价值，演变为空谈和口号，甚至会损害法律的尊严。因此，在网络这一技术运行平台上，凡是技术手段暂未实现的，就不要急于制定法律规范。”<sup>③</sup>然而，技术的发展和更迭往往会超过人类的想象，网络法律规范的立法时机何时到来难以衡量。如果网络立法依然固守传统思维，等风险转变为现实危险后才考虑立法问题，就会陷入“不成熟不立法，不立法更不成熟”的困境。

再次，立法程序的繁复与智能互联网时代法律的滞后密不可分。与法治相对发达的西方国家相比，我国的立法程序并不算繁复，其合理性应予以肯定，但在智能互联网时代，这种即便不过于繁复的立法程序，也变成了一种妨碍法治进步的桎梏，造成了网络立法的严重滞后。按照全国人大常委会现有的立法程序，一部法律要想通过颁行，至少需要3次上会审议，现有记录中最快的立法周期是2年，通常都需要3—5年才能获得通过。如《公司法》从起草到颁布先后经过了15年，《商业银行法》通过用了10年。<sup>④</sup>根据“摩尔定律”，智能互联网等高科技技术的更新周期是2年，技术2年就换代了，以这样的立法程序进行网络立法，结局只能是，新的法律规则的生效就意味着其实质意义上的过时。在网络犯罪立法中类似的情况频频出现，经过

① [德] 尼克拉斯·卢曼：《社会的法律》郑伊倩译，人民出版社2009年版，第70页。

② 参见于志刚：《信息时代和中国法律、中国法学的转型》，载《法学论坛》2011年第2期。

③ 参见张楚：《关于网络法基本问题的阐释》，载《法律科学》2003年第6期。

④ 参见吴志攀：《“互联网+”的兴起与法律的滞后性》，载《国家行政学院学报》2015年第3期。

复杂冗长的立法程序，好不容易可以对某种网络行为进行法律规制时，却发现该种行为在网络上早已销声匿迹了，取而代之的是某种新型的、法律尚未关注的行为。虽然相较于立法，我国的政策性文件、行政命令出台的速度快很多，但如果没有法律，单纯依靠这些零散的行政命令，显然会给网络法律制度带来危害。

法律天然的滞后性是不可消弭的，但面对智能互联网时代法律滞后性凸显的问题，我们却可以通过减少人为因素的影响来尽量克减这种滞后性。在智能互联网时代，提出适度超前的网络立法设想是必要且切合实际的。适度超前性应该作为智能互联网立法的一项原则，贯穿网络立法始终。

### 三、应对之策：适度超前性原则指引下的智能互联网立法

事实上，智能互联网立法的适度超前原则在“网络法”诞生之初就已经被间接的提出。1996年发生在美国芝加哥大学的“马法之议”，在激烈的讨论网络法的地位时，实际上已经提出了“网络法的超前性”的理念。“马法之议”在当时叫“网络空间法研讨会”，尽管与会的大多数法律专家学者尚不知道“网络是何物”、“网络有法无法”，却济济一堂共谋网络法的百年大计。虽然时任美国联邦上诉法院法官的弗兰克·伊斯特布鲁克（Frank Easterbrook）否认了网络法的独立地位，抛出了“马法非法”<sup>①</sup>的爆炸性发言。毋庸讳言，关于网络法是否能够独立的争议，在世界各国并没有因“马法非法”的断言而平息，相反“马法之议”所带来的网络法的超前性对智能互联网立法却有重要的指导意义。应对智能互联网立法的过度滞后性给传统法律带来的挑战，适度超前立法可能不是最好的方法，但应该是最有效的举措。在试图寻找最佳方案之前，我们更应该直面现实和未来，思考如何在适度超前性原则的指引下进行智能互联网立法。

#### （一）探索技术标准法律化

建立在代码设计基础上的网络形成了一套属于自己的架构，内嵌于代码中的技术规则实质上控制着接入互联网中的个体的行为。网络社会技术治理已经成为成为客观现实，这就促进了网络绝对主权思想和网络无政府主义的兴起。在网络无政府主义者看来，“网络是不需要法律的”。约翰·P·巴洛（John P. Barlow）在《网络空间独立宣言》（*A Declaration of Independence of Cyberspace*）中宣称：“你们不了解我们的文化和我们的伦理，或者我们不成文的法典（编

---

<sup>①</sup> See Frank H. Easterbrook, “Cyberspace and the law of the Horse”, 1996 U. Chi. Legal F. 207.

码)——与你们的任何强制性法律相比,它们能够使我们的社会更加有序。”<sup>①</sup>虽然约翰·P·巴洛认为网络不需要法律,但必须承认网络空间应受规则的约束。“网络空间(Cyberspace)”一词本意是指控制,而非指自由。<sup>②</sup>技术标准是网络空间无法回避的人为规则。网络技术标准是保证网络顺利运行的标准化协议,适用于所有与因特网相连接的网络。从来源上看,网络技术标准并非是由某一个国家的政府或政府间国际组织制定的。1986年,在拉里·罗伯茨(Larry Roberts)、罗伯特·卡恩(Robert Kahn)、文特·瑟夫(Vint Cerf)、约翰·波斯特尔(John Postel)和大卫·克拉克(David Clark)等互联网工程先驱们的不懈努力之下,负责制定互联网技术标准的机构——国际互联网工程任务组(Internet Engineering Task Force,简称IETF)正式成立,这标志着网络技术治理模式的正式确立。<sup>③</sup>随后,万维网联盟(W3C)、国际标准化组织(ISO)、国际电讯联盟(ITU)、美国电器和电子工程师协会(IEEE)等组织的参与使得网络技术标准更加全面,技术治理模式更加成熟。<sup>④</sup>网络技术标准具有很强的实际执行力,因为不遵守这些规则,就有可能无法进入网络世界。相较于法律治理,技术治理在网络社会中更具有优越性。

显而易见,技术治理并不能取代法律治理发挥作用。技术治理遵循的是自我偏好的逻辑,法律治理遵循的是社会共识的逻辑;技术治理遵循的是分权逻辑,法律治理遵循的是集权逻辑;技术治理遵循的是效率的逻辑,法律治理遵循的是权利的逻辑;技术治理遵循自律的逻辑,法律治理遵循他律的逻辑。<sup>⑤</sup>单纯依靠技术治理,不仅会因缺少国家强制力作为保障,使得技术规则难以推行,而且很难防止设计者、开发商为了追求自身利益,凭借技术优势将自我偏好和利益带入网络技术治理之中。但是,将法律治理和技术治理相结合,让网络技术标准与法律进行良性的互动就能达到完美的效果。一方面,利用法律蕴含的价值导向和法律治理的相关手段可以对技术治理进行归化,防止技术治理助力以技术优势垄断信息权力;另一方面,技术治理能够促进法律治理的结构、边界和治理手段的调整,为其提供不竭的动力和持续的约束力。从“代码即法律”转向“法律即代码”,不仅解决了网络技术标准的弊端,而且减少了网络立法的滞后性。

## (二) 促进网络立法的智能化

---

① [美] 约翰·P·巴洛:《网络独立宣言》,李旭、李小武译,载《清华法治论衡》,第4辑,清华大学出版社2004年版,第509-511页。

② [美] 劳伦斯·莱斯格:《代码2.0:网络空间中的法律》,李旭、沈伟伟译,清华大学出版社2009年版,第4页。

③ See Jack Goldsmith&Tim Wu, *Who Controls the Internet? Illusions of Borderless World*, Oxford University Press, 2006, p.23.

④ 刘品新:《网络法学》,中国人民大学出版社2015年版,第4页。

⑤ 参见郑智航:《网络社会法律治理与技术治理的二元共治》,载《中国法学》2018年第2期。

智能互联网时代立法面临着变革，这些变革反过来又要求立法工作与智能互联网技术深度融合，利用智能互联网实现科学立法、民主立法，适度超前立法。

一是利用大数据分析发现需要通过立法解决的问题，避免法律真空。智能互联网时代，“无处不计算”，从发现问题，到提出相应的解决方案，再到预测以后将要发生的结果，都有可能借助智能互联网技术来实现。<sup>①</sup>立法是一项发现问题、分析问题、制定规则应对问题、达到有效治理目标的一项工作。如何发现真正的问题、把握问题的实质是立法者们面临的难题。在智能互联网时代，这些难题可以由智能互联网解决。立法可以被计算，问题可以通过大数据分析被发现，部分立法决策也可以由智能互联网作出。利用智能互联网和大数据分析技术可以及时发现问题、预测未来，在此基础上进行适度超前立法，能够最大程度地规避立法滞后性，提高网络法律的针对性和实效性。

二是通过大数据提高立法的精细化、民主化程度，减少法律的滞后性。通过大数据和算法可以针对差异化的权益关系进行精细化立法，立法者可以最大限度的将权利与义务在法律条文中写清楚，增强法律的可操作性和可执行性，让守法成本和执法成本尽可能的降低。利用大数据进行立法还可以发挥“众智”的力量，让大众解决自己的问题。在智能互联网时代，只要立法者有这个意愿，几乎所有人都可以参与到立法、修改和完善法律的过程中来，公民可以通过网络表达立法诉求，针对法律运行中出现的问题提出自己的意见和建议。立法者在采集、分析、处理这些“众智”成果的基础上再进行立法、修法，完善法律，以此来减少法律的滞后性和不适应性。

### （三）制定智能互联网的“基本法”

适度超前立法面临一个难题：如何把握“度”？应对这一问题最好的办法就是制定一部网络“基本法”。

作为网络“基本法”，一方面，它需要吸收一定的伦理规范。伦理规范对人工智能社会关系的调整具有一种先导性的作用。相较于以现实生活为基础生成的、制定过程繁复、处于滞后境地的法律规范，伦理规范可以先知和预设，及时对已经产生变化或者可能变化的社会关系作出反映。<sup>②</sup>纵观全球，对智能互联网的伦理研究一般早于立法研究，如欧洲机器人研究网络(EURON)发布的《机器人伦理学路线图》，韩国工商能源部颁布了《机器人伦理宪章》，一些国家的人工智能研究机构内部设立了伦理委员会，来自不同机构和学科的专家基于共同的理念结成人工智能伦理专题社群，智能互联网相关公司在产业界发起并联合成立了道德委员会，提出了智能互

<sup>①</sup> 参见江必新，郑礼华：《互联网、大数据、人工智能与科学立法》，载《法学杂志》2018年第5期。

<sup>②</sup> 参见吴汉东：《人工智能时代的制度安排与法律规制》，载《法律科学》2017年第5期。

联网开发和应用的的一系列原则、信条和伦理标准。我国 2017 年颁布施行的《新一代人工智能发展规划》也明确提出，要围绕人工智能展开行为科学和伦理等相关问题的研究，推进人工智能产品研发设计人员道德规范和行为守则的制定，逐步建立伦理道德多层次判断结构及人机协作的伦理框架。实践证明，伦理规范可转以化为法律规范，实现道德的法律化，同时可以为后续法治建设提供重要法律渊源，实现立法的超前性。

另一方面，网络“基本法”应当是框架性法规范（Rahmenordnung），其条文多是宣示性的。网络“基本法”的目的不在于针对具体问题的可操作性，而在于为网络立法提供宏观的指引。相较于我国，美国的网络立法汗牛充栋，从联邦——州统一法、联邦法到州法，从成文法到判例法，涵盖了网络交易、网络电子签名与认证、网络隐私、网络知识产权、网络信息安全、网络犯罪实体和程序法等各个领域，美国似乎已织就了一套密集的网络法律体系。但实际上美国网络法的适用性不强，大部分网络法律并不会被使用。正如富勒（Lon Fuller）所说“制定模糊不清、支离破碎的法律，也是危害法治的”。<sup>①</sup>那种针对已经发生的问题采取“兵来将挡，水来土掩”的立法理念势必会造成立法内容的碎片化。缺乏全局性、整体性和关联性的立法，导致立法新增和修改的内容只能解决个别问题或某一类特定的问题，无法解决一些具有共性的问题和潜在性的问题。<sup>②</sup>没有基本法统领的碎片化立法，往往在造成法律规定重合交叉，增加司法适用难度，导致部分法律被弃用的同时，也会因没有基本原则的统领而导致法律漏洞难以填补。缺少一部宣示性的基本法作为统领而造成的立法碎片化是导致美国网络法陷入窘境的主要原因。宣示性的好处还在于能够为后续的立法提供原则和指引，避免过度超前或者达不到实际效果，这一点在我国《网络安全法》中已经得到了一定程度的运用。我国《网络安全法》通过一些宣示性条款为后续的网络立法、自主规制、行业标准的制定提供了原则和指引。例如根据《网络安全法》第 33 条第一款<sup>③</sup>的规定，国家对关键信息基础设施实行重点保护，但对于关键信息基础设施的具体范围以及如何对其进行保护则需要国务院出台相关的规定。

“法律必须把它的一部分归于过去、归于现在，并且要预见将来。”<sup>④</sup>智能互联网方兴未艾，相关技术和产业还有很大的发展空间，需要对其进行一定的激励和引导，同时也要避免过度规制打压研究者、企业的积极性和能动性，阻碍智能互联网的发展。因此，必须为智能互联网发

① 参见 [美] 富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆 2005 年版，第 75—77 页

② 参见王燕玲：《中国网络犯罪立法检讨与发展前瞻》，载《华南师范大学学报（社会科学版）》2018 年第 4 期。

③ 《网络安全法》第三十一条第一款：国家对公共通信和信息服务、能源、交通、水利、金融、公共服务、电子政务等重要行业和领域，以及其他一旦遭到破坏、丧失功能或者数据泄露，可能严重危害国家安全、国计民生、公共利益的关键信息基础设施，在网络安全等级保护制度的基础上，实行重点保护。关键信息基础设施的具体范围和安全保护办法由国务院制定。

④ Nobles, Richard, and D.Schiff, “Luhmann:Law, Justice, and Time”, *International Journal for theSemiotics of Law-Revue internationale de Sémiotique juridique*, 27.2(2014), pp.325-340.

展预留法律空间，允许其存在错误并及时纠正错误。吸收伦理规范和具有框架性特点的网络基本法，具有最大的弹性，能够针对智能互联网的发展实际做出相应的调整，硬法、软法兼施，治理手段多模态化，为智能互联网发展提供充足的法律空间和制度安排。

## 结语

智能互联网的迅猛发展带来了众多的变革，也对传统的法律制度产生了空前的冲击，既有的法学观念、法律制度和司法体系正面临着前所未有的挑战。传统的法律正义观在自动驾驶技术面前遭遇困境，大数据技术的应用产生了一系列新的权益，法律的真空使得司法活动失去依据，传统司法制度难以适应新情况，出现这一系列挑战的症结在于智能互联网时代法律所凸显的滞后性。虽然法律天然具有滞后性，但人为的因素却导致了滞后性的加剧，传统的立法观念和原则以及繁复的立法程序在智能互联网时代已经显得捉襟见肘。应对凸显的滞后性，倡导适度超前立法势在必行。只有制定网络基本法，探索网络技术标准法律化，利用大数据和算法促进立法的智能化，才能更好地应对挑战。智能互联网技术打破了时空限制，实现了跨越国界的互联互通。一方面，国家主权在网络上得以延伸，超出了原有的物理空间，即领土的限制，相应的，一国的法律必须向其主权范围扩展。另一方面，智能互联网发展带来的相关利益、风险和不确定性也会产生跨越国界的连锁反应。因此，智能互联网社会的治理应该是全球性的，不可能仅仅局限于某一国的范围内。我国《新一代人工智能发展规划》特别指出，要积极参与人工智能全球治理，深化有关法律法规、国际规则等方面的国际合作，共同应对全球性挑战。挑战亦是机遇，适度超前的网络立法不仅能为生活在智能互联网时代的公民提供行为准则，更能进行法律输出，主导智能互联网时代的国际规则，抢占未来法治的先机。

## 剩余控制权视域下的运动式执法

阳李\*

**摘要：**运动式执法已经成为行政执法领域中无法忽视的治理利器。不同学科从不同路径和方法切入得到大相径庭的研究结论，大体而言，学界对运动式执法的评价历经早期完全否定——逐步理性认知——当下有限肯定三个不同阶段。然而，学界对运动式执法的运作逻辑缺乏深刻的分析和一以贯之的解读，使得对运动式执法的认知时常处于朦胧意境之中。以委托—代理、剩余控制权和理性预期为理论前提，通过构建行政执法机关、地方政府以及社会收益的理论模型，提出运动式执法的逻辑解读，认为运动式执法实质是地方政府与行政执法机关因不同情势而产生的剩余控制权之相机分配，并通过现实案例予以检验。研究同时表明，在满足特定条件时，运动式执法可能实现“制度化走向”。

**关键词：**运动式执法；委托代理理论；剩余控制权；制度化走向

### 一、运动式执法的研究变迁

运动式执法是我国各级政府及行政执法机关在社会治理中惯常使用的治理方式。在具体的行政执法实践中，运动式执法大多以“专项行动”、“专项治理”、“综合督查”等作为执法代号，要求特定行政执法机关针对某一类或某几类特定的执法相对人或违法现象做出具体行政执法行为。目前，运动式执法被运用于绝大多数行政执法机关的执法实践，如工商领域“红盾春雷行动”、安全生产领域“打非治违专项行动”、公安领域“三打击一整治专项行动”、教育领域“切实减轻中小学生课外负担专项行动”、卫生和计生领域“严厉打击非法医疗美容专项行动”、质量检疫领域“质检利剑行动”等，不一而足。随着影响力的不断壮大与扩散，运动式执法已经成为行政执法领域中无法忽视的治理利器。基于此，学界开展了大量关于运动式执法的专门研究。

#### （一）运动式执法的文献综述

早期的研究进路从公平、平等以及法治的稳定性等规范化视角出发，相应的研究结论以否定性或消极性评价居多。朱晓燕对运动式执法的消极性分析具有一定代表性，认为运动式执法损害法律尊严，与法治精神背道而驰；助长行政执法的随意性和形式主义，影响政府的信用和

---

\* 阳李，1989—，男，四川资阳人，首都经济贸易大学法学院博士研究生。本文曾在第十七届（2019年度）中国法经济学论坛、安徽大学第十六届博明论坛、云南大学“理解中国”学术论坛、浙江理工大学法政学院、广东财经大学法学院报告，得到诸多启发性评论，在此一并致谢。当然，文责自负。

形象；助长违法者的投机心理，使违法行为屡禁不止；过分强调效率，忽视执法的公正性。<sup>①</sup>程琥从司法规制与政府治理有效性的角度出发，认为运动式执法与法治精神完全相悖，会直接冲击正常的法治秩序，应及时引入司法审查机制，把运动式执法控制在有限范围内。<sup>②</sup>随着学科际研究的逐步增多，相应的成果逐步丰硕。冯仕政从社会治理的理路切入，将运动式执法和政治运动视为一个整体即“国家运动”<sup>③</sup>作为分析对象，认为新中国系革命教化政体，国家能够不时形成国家运动，其基本特征是非制度化、非常规化和非专业化。<sup>④</sup>以官僚制的常规机制为基础，周雪光指出，常规机制与运动机制相互矛盾又相辅相成，在现代社会中，运动机制的合法性基础和组织基础都受到极大挑战，呼唤着新的组织治理模式。<sup>⑤</sup>吴元元对引发运动式执法的诱导性机制进行系统梳理，从法律经济学的双重博弈结构加以考察，认为应着手改革以确保运动式执法回复到法治轨道上来。<sup>⑥</sup>胡伟强以供需理论为分析工具，使用市场价格形成机制理论对运动式执法的社会效果做出考察和评估，认为运动式执法造成的不良后果可能多于要解决的问题，还会因为其不可持续的特性而日益变得得不偿失甚至难以为继。<sup>⑦</sup>运动式执法的弊端一直是学界关注与批判的焦点，相应的否定性文献存在较大共性。杨志军将运动式执法的否定性声音进行梳理，得出四个方面的结论：运动式执法不法，运动式治国误国，运动式维稳不稳，运动式管理缺理。<sup>⑧</sup>大多数学者对运动式执法的缺陷分析亦从这几个方面切入，例如冯志峰<sup>⑨</sup>、赵华军<sup>⑩</sup>、罗许生<sup>11</sup>等。早期对运动式执法的彻底否定态度立基于法治国家的走向与目标，并将其作为常规式执法的对立面加以考察，以尽快引起学术界、实务界等社会治理主体对此加以关注并进行法治化改造的现实化需要。

随着运动式执法相关研究的逐步推进，压倒性批判态势的浓烈学术氛围有所松动，客观认

---

<sup>①</sup> 朱晓燕,王怀章.对运动式行政执法的反思——从劣质奶粉事件说起[J].青海社会科学,2005(01):135-138.

<sup>②</sup> 程琥.运动式执法的司法规制与政府有效治理[J].行政法学研究,2015(01):75-81+128.

<sup>③</sup> 二者虽然存在牵连但并非同一概念。已有学者意识到二者的差别，并对其进行细致的比较。参见叶敏.从政治运动到运动式治理——改革前后的动员政治及其理论解读[J].华中科技大学学报(社会科学版),2013,27(02):75-81.

<sup>④</sup> 冯仕政认为，由于目标置换、政治凌驾专业和异化等因素的制约，国家运动不可能永续发展，而只能与常规社会治理方式交替发生。最终，随着国家卡理斯玛权威的常规化，国家运动在总体趋势上会越来越温和，发生频率越来越低，直至消亡。参见冯仕政.中国国家运动的形成与变异：基于政体的整体性解释[J].开放时代,2011(01):73-97.

<sup>⑤</sup> 周雪光.运动型治理机制：中国国家治理的制度逻辑再思考[J].开放时代,2012(09):105-125.

<sup>⑥</sup> 就其机理而言，吴元元认为运动式执法异化现象的制度根源在于行政科层对主政官员形成强激励、辖区公众对其形成弱激励，且二者的激励内容互不兼容。双重博弈下的运动式执法导致一系列违反法治的不良效应。参见吴元元.双重博弈结构中的激励效应与运动式执法——以法律经济学为解释视角[J].法商研究,2015,32(01):54-61.

<sup>⑦</sup> 胡伟强.运动式执法的社会效果[J].法律和社会科学,2017(01):252-274.

<sup>⑧</sup> 杨志军,彭勃.有限否定与类型化承认：评判运动式治理的价值取向[J].社会科学,2013(03):15-24.

<sup>⑨</sup> 冯志峰.中国运动式治理的定义及其特征[J].中共银川市委党校学报,2007(02):29-32.

<sup>⑩</sup> 赵华军.关于运动式行政执法的综合思考——从某市整治“黑车”说起[J].人大研究,2007(04):24-27.

<sup>11</sup> 罗许生.从运动式执法到制度性执法[J].重庆社会科学,2005(07):89-92.

知逐步涌现。李辉以制度或治理功能的实现程度为基准对运动式执法的有效性做出评价,认为运动式执法存在不易被察觉和直观衡量的间接、长期绩效。<sup>①</sup>唐贤兴亦有类似观点。<sup>②</sup>李元珍认为运动式治理并非常规的官僚机制失效后的一种可替代机制,实际上存在着运动式治理和常规科层制行政双轨协同的运作机制。<sup>③</sup>张新文指出,地方政府运动式治理经历了多个阶段的治理转变模式,运动式执法具备较强的合理性。<sup>④</sup>即便是以构建法治国家为目标的法学界内部亦有新的视点和反思。郑春燕即认为,运动式执法实际是执法机关结合特定情景履行法律职权的系列活动,是一种联系社会实际的行政裁量。<sup>⑤</sup>赖诗攀以我国压力型体制为讨论背景,对中国科层制下各级政府组织任务的分配与完成方式进行研究,认为常规式任务模式无法取得应有效果时,突破传统科层结构的运动式治理等非常规模式就会被启动以完成任务。<sup>⑥</sup>任星欣等从组织理论的视角出发,对我国土地领域制度建设中的四次运动式清理(1986、1992、1997、2004)展开实证性研究,认为合理的运用运动式治理方式适时调整常规式治理机制,可以为常规式治理机制的调整、转换和完善创造条件,在原有常规治理机制失效的前提下,应该对运动式治理予以肯定。

---

<sup>①</sup> 具体包括:1、累计效应。虽然一些运动式执法行动结束后,相关问题的二次反弹现象比较突出,这也是学界批评的焦点;不过运动式执法多次反复和产生效应可以不断积累,客观上对相应社会治理问题的解决仍然有所贡献;2、试验效应。通过运动式执法将试点工作自上而下的推行,尤其是局部的运动式执法可以视为宏观治理的试验。3、警示效应。运动式执法的动员范围广、执行标准严、行动速度快、惩罚力度重,会对“潜在违规者”产生较强的威慑作用,从而减少违规或违法事件的发生。4、示范效应。运动式执法的试验效应和警示效应必然产生示范效应,为后来者类似问题的处理与解决提供借鉴。参见李辉.“运动式治理”缘何长期存在?——一个本性分析[J].行政论坛,2017,24(05):138-144.

<sup>②</sup> 唐贤兴认为,对运动式执法的反思应当建立在特定的环境上。当今社会,中国各类组织面临的环境充满着复杂性和不确定性,组织系统必须建立更具适应性的反应系统,以随时应对环境的各种变化。不过,中国当下的组织系统尚未实现在治理过程中的这种性质和功能,所以采用运动式执法的治理模式是对外在客观环境变化的不得已的回应手段。另外,各类政策能否进入政府决策议程,存在轻重缓急的优先次序排列问题,运动式执法之所以诞生,在于相应的社会矛盾和冲突严重性加剧,从而进入政府议程,这是运动式执法所需的客观状态。此外,政府决策存在模糊性和不确定性,俗称“有组织的无政府状态”,意味着决策者的偏好可能随着不同利益、价值的冲突力量的变化而变化。运动式执法成为政策工具和治理模式乃至范式存在积极的作用。参见唐贤兴,余亚梅.运动式执法与中国治理的困境[J].新疆大学学报(哲学人文社会科学版),2009,37(02):43-49.

<sup>③</sup> 李元珍.领导联系点的组织运作机制——基于运动式治理与科层制的协同视角[J].甘肃行政学院学报,2016(05):59-68+126.

<sup>④</sup> 张新文认为地方政府的运动式治理实践分为典型治理和项目治理,典型治理时代从20世纪50年代持续至90年代初期,是指在地方政府主导下,通过树立典型案例,发挥示范作用,带动并激励其他地区纷纷效仿,以实现地方的有效治理;项目治理时代从20世纪90年代中期持续至今,项目治理实际上将科层制体系下的资源重新优化配置,使资源的分配带有一定的指向性,项目的制度安排与实际运行共同构成了比较完善的项目制生成过程与运行体系。参见张新文.典型治理与项目治理:地方政府运动式治理模式探究[J].社会科学,2015(12):13-21.

<sup>⑤</sup> 法律概念并无固定化、格式化的定义,容易随着特定时期关注重点的不同而发生变化。因此,行政执法机关除了追根溯源,从立法者原意的角度或者运用法律解释方法等思路去理解法律概念的定义之外,更应将法律概念置于执法者所处的特定社会环境和结构之中,以动态的视角和功能主义的方法解读法律概念和法律规范。运动式执法的依据通常是作为导火线的“红头文件”,实践中,上级机关根据统计数据、民众意见、专家建议等各方面反馈的信息,结合机关职权发布的“红头文件”就成了行政执法人员分析社会形势、厘清轻重缓急,判断规制环境与规制结构的重要依据。参见郑春燕.行政裁量中的政策考量——以“运动式”执法为例[J].法商研究,2008(02):62-67.

<sup>⑥</sup> 赖诗攀.中国科层组织如何完成任务:一个研究述评[J].甘肃行政学院学报,2015(02):15-30+125.

①吴克昌引入街头官僚理论,以广州市街道流动摊贩问题治理中城管人员的日常执法和专项整治行动作为素材,发现运动式执法能够实现治理目标。<sup>②</sup>

## (二) 简要述评与研究进路

运动式执法能够打破我国条块分割的固有体制格局,在较短时间内集中执法资源解决紧迫而复杂的重大社会问题,具有事前组织动员性、主体权威性、运作时效性以及事后反弹性等典型特征。我国政府上下级之间的压力型和授权型体制、广阔的执法疆域以及尤为复杂的社会现状形塑了运动式执法频频发生的客观环境,虽然不可避免带有政治运动的色彩,但运动式执法更多表现为现有资源和体制束缚下的理性化治理工具选择,并已经成为同常规式执法机制并存的有效补充机制。如果试图对运动式执法的系列研究做一个阶段化、概括化的归纳,大致可从三个方面为之。首先,就运动式执法的认识而言,学界研究从早期的整体轮廓化到局部清晰化,呈现出从整体到局部的逐步完善和清晰视域;其次,就运动式执法的研究切入点而言,学界从法学学科的专项化研究到经济学、社会学、政治学等多学科的复合化研究,运动式执法的多重背景和多因素运作机制逐步被揭开;最后,就学界对运动式执法的态度而言,从早期的感性化认知已过渡至目前的理性化探索,学界的评价从完全否定逐步过渡至理性认知再到当下的有限肯定。

然而,既有研究亦存在不足之处。现有分析大多聚焦于运动式执法的约束条件、执法主体及其他参与者的策略性选择和执法成效(弊端),对运动式执法的常态化趋向,以及其中的制度法理和运作逻辑缺乏深刻的分析和一以贯之的解读,使得对运动式执法的认知时常处于“犹抱琵琶半遮面”的朦胧意境之中,例如学界对运动式执法大多持否定性态度与实务界对运动式执法的应用日趋增多之间的悖论,以及运动式执法由“被动型”逐步转变为“主动型”的深刻原因等。运动式执法的形成是各种外在因素和内在逻辑共同影响、交互作用的结果。从外在表现来看,运动式执法是典型的法律执行过程,是一个专业的法律性问题;但在很大程度上,运动式执法是特定时空环境下的政治、经济、社会等因素相互交织的综合性现象,涉及到大量法律内外的因素。正如孟德斯鸠对法律与国家自然状态之间的紧密联系所做的精辟论述一样。<sup>③</sup>

如果行政执法机关不尊重法律条文,那么其行政行为经不起法律的检验;但如果行政执法机关的眼里只有法律条文,看不到条文之外的外在因素,那么其行政行为可能经不起现实的检

① 任星欣,余嘉俊,施祖麟.制度建设中的运动式治理——对运动式治理的再思考[J].公共管理评论,2015,19(02):75-85.

② 吴克昌发现运动式执法能够发挥动员机制的强大作用,通过把亟需解决的重要问题带入政策议程,进而凝聚政府机关、领导干部以及基层执法人员的注意力,并聚焦社会问题的治理目标,充分整合和利用政府和社会治理资源,以实现治理目标。参见吴克昌,关飞洲.街头官僚运动式执法的动员机制——基于广州市A街道流动摊贩治理问题的探讨[J].湘潭大学学报(哲学社会科学版),2018,42(02):25-32.

③ 孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆1961年版,第7页。

验。学术研究应当站在“宽阔之处”，<sup>①</sup>通过法律分析、经济分析等社会科学方法，可能有助于加深对运动式执法的深刻理解，有助于揭示其本来面目或真实处境。本文试图拓展现有研究，通过建立经济学模型，讨论运动式执法的内在逻辑，解释运动式执法的产生、运行及社会效果，并通过实践案例予以检验，以期探寻行政执法法治化进程的障碍，为行政执法改革提供参考。

## 二、运动式执法的逻辑——一个分析框架

运动式执法既属于法学学科的关注区间，亦是经济学学科的研究对象；在管理学、政治学等学科的视域下，运动式执法也时常成为研究热点。与既有研究相异，本文立足于一个中观且动态的法律经济学之交叉研究视角，试图对运动式执法的运作逻辑构造一个一以贯之的分析框架。

### （一）理论预设

#### 1. 委托—代理理论与剩余控制权

委托—代理理论（Principal-agent Theory）诞生于公司治理范畴企业所有者兼任经营者的弊端研究之中，后逐步发展为关于委托人与代理人之间的关系及其行为规则的制度经济学理论，最早由美国经济学家罗斯（Stephen A. Ros）提出，后经维克里（William Vickrey）和斯蒂格利茨（Joseph Engene Stiglitz）等经济学家进一步发展和完善。委托—代理关系指委托人制定明示或默示的契约规定，委托代理人从事相应的代理行为，委托人根据代理人的绩效完成情况支付相应对价的权利义务关系。行政执法机关与地方政府的关系可被视为委托代理关系，地方政府属委托人，行政执法机关属代理人；行政执法机关完成地方政府规定的各类任务，地方政府给付相应的利益。理想状态的委托—代理关系，是一种类似于巴纳德所谓的诱因和贡献的平衡关系。<sup>②</sup>地方政府付出的诱因（亦即行政执法机关所得）与行政执法机关做出的贡献（亦即地方政府所得）相等。因此，地方政府与行政执法机关通过分工与交换从而获得整体收益的最大化。

理想状态的委托—代理关系在地方政府与行政执法机关的实际运行过程中往往难以实现。委托—代理理论视域下的标准化经济处理方式中，补偿制度具有分配风险和奖励生产性工作的双重功能。当代理人厌恶风险时，这两种功能之间会产生紧张关系，因为为代理人提供有效的工作激励通常会迫使他承担不必要的风险。<sup>③</sup>具体而言，委托人的目标存在复合化和差异化的特

<sup>①</sup> 喻中：《法学方法论》，法律出版社2014年版，第83页。

<sup>②</sup> 张璋：《基于央地关系分析大国治理的制度逻辑》，《中国人民大学学报》，2017（4）：89-98。

<sup>③</sup> Holmstrom, Bengt and Paul Milgrom, "Multitask principal - agent analyses: Incentive contracts, asset ownership, and job design", *Journal of Law, Economics & Organization*, Vol. 7, No. 7 (1991), p. 24.

质，将其划分为容易衡量和难以衡量的目标，倘若以容易衡量的目标作为代理人的考核指标，难以衡量的目标必然被代理人忽视；如果将难以衡量的目标作为代理人的考核指标，那么委托人可能选择低激励或者直接放弃对代理人的激励性制度安排。行政执法机关的目标具有相对单一性，以有关法律法规之条文为依据对具体案件做出具体行政法律行为即可。与之相较，地方政府的目标具有复合化、差异化的多样化特质。显然，基于目标的差异化指向，行政执法机关与地方政府存在发生冲突的极大可能性。不过，在我国现行法律和行政体制下，行政执法机关是地方政府的组成部门或直属机构，执法人员作为公务员听命于行政上级，执法机关负责人直接接受地方政府的领导。易言之，地方政府对行政执法机关拥有理论上的完全支配力和影响力。

正式控制权的拥有者并不一定是实际控制权的拥有者。<sup>①</sup>在权力的实际运行过程中，一手信息往往掌握在代理人手中，代理人实施对信息的筛选、加工与传递；虽然没有正式控制权，但通过信息的掌控，代理人可能成为实际控制人，委托人虽然拥有正式控制权，却基于信息劣势往往退居幕后，可能成为颇具象征意义的橡皮图章。<sup>②</sup>如果地方政府拥有实际的、完整的正式控制权，行政执法机关即完全丧失自主性，那么行政执法机关缺乏厘清案件事实、法律适用和潜在社会影响力的充足激励，只需被动听命于地方政府、机械的执行行政指令即可。面对纷繁复杂的社会事务，地方政府既不具备逐一厘清案件信息的充分资源，也不具备行政执法机关的专业化能力，所以，地方政府的正式控制权实质是一种有限控制权。此外，如果地方政府完全介入具体案件的处理流程，那么执法相对人在选择具体的抗辩策略时，将倾向于把注意力从寻求有利于自身的案件事实和法律依据转向政治化造势，力图扩大网络媒体和社会公众的关注以对地方政府施压。因此，政府拥有并使用完全控制权反而可能形成对自身利益相悖的趋向。

剩余控制权（Residual Rights of Control）理论的引入可能有利于消解行政执法机关与地方政府的差异化目标指向。剩余控制权最早由奥利弗·哈特（Oliver Hart）等人在不完全合约理论中提出，系合同中没有明确规定的对资产所有方面控制的权利。现代产权理论把剩余控制权看作产权的本质，它是在契约中事先没有明确规定的那份控制权的权力，相对于合同条款已作明确规定的特定控制权来说，未予明确的就成了剩余控制权。<sup>③</sup>对于行政执法机关和地方政府的权力分配而言，法律已经做出明确规定的权力由行政执法机关享有，法律没有做出规定的空间则由地方政府支配，这是《立法法》和《各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》大致划定的控制权分配原则。然而如前所述，行政执法机关的相对单一性目标和地方政府的多

---

<sup>①</sup> Aghion, Philippe and Jean Tirole, "Formal and real authority in organizations", *Journal of Political Economy*, Vol. 105, No. 1 (1997), p. 1-29.

<sup>②</sup> 戴治勇. 多任务司法裁判与相机控制权分配[J]. 法制与社会发展, 2016, 22(05): 34-42.

<sup>③</sup> Sanford J. Grossman, Oliver D. Hart. The costs and the benefits of ownership: a theory of vertical and lateral integration[J]. *Journal of Political Economy*, 1986, 94 (4) : 691-719.

样化目标可能存在冲突，在地方政府控制实际政治权力的现实背景下，法定的控制权分配往往面临着实际的不可行，存在控制权二次分配的操作空间。如果行政执法行为与地方政府的目标相悖，地方政府既有干预的充分激励，亦有干预的实际能力，常规式行政执法之外就可能产生本文讨论的运动式执法。

## 2. 理性预期

理性预期(Rational Expectations),也称合理预期(Rational Expectation Hypothesis),最初由美国经济学家穆思(J·F·Muth)在《合理预期和价格变动理论》(Rational Expectations and Price Change Theory)(1961年)一文针对适应性预期(Adaptive expectations)中的非最优特性提出,当时主要被用于金融市场的经济分析。上世纪七十年代由芝加哥大学的卢卡斯(R·E·Lucas)和明尼苏达大学的萨金特(Thomas·J·Sargent)等人做出进一步发展,并逐渐形成理性预期学派。大体而言,理性预期的前提在于信息的充分利用。以此为基础,长此以往,经济主体可做出与经济理论和经济模型相符,同时也与现实相一致的预期。理性预期的预设有三:首先,经济主体的理性化,且其目标在于最大利益的追求。其次,对于与预期有关的所有信息的全力搜寻。在经济学的视域下,这意味着经济主体在有关经济理论的指引下对经济模型的选择,对经济变量的有效确定以及经济变量之间因果关系的系统了解。最后,基于前述两项预设之前提,经济主体在做出预期选择与行为时不会犯系统性的错误。经济主体会随时随地根据得到的信息来修正预期值的错误,从而尽可能避免做出高估或低估的错误决定。因此,以整体性和系统性的视点观之,经济主体对某一特定经济变量的未来预期值与未来的实际值会一致。<sup>①</sup>在诞生初期,对于理性预期学派所持的人们将充分利用既有信息准确预期未来或者接近于准确预期未来的见解,现实中出现怀疑或难以理解的态度,颇具典型性和代表性的质疑观点表现为:普通人如何能做到经济学家试图通过构建复杂计量经济学预测模型也难以做到的事?对此,理性预期学派的通俗回应是:鸟没有学过复杂的空气动力学,仍能完美飞行。<sup>②</sup>同时,理性预期学派时常援引西方的一句俗语:“你在一段时期内可以欺骗所有的人,或在长时期中欺骗一部分人,但绝不能在长时期中欺骗所有人。”

### (二) 运动式执法的经济学模型

运动式执法背后的权力分配实质是地方政府剩余控制权的相机分配,亦即相机控制权。<sup>③</sup>在私法领域,职业经理人和企业所有者之间的目标并非完全一致,职业经理人的目标系在现有约

<sup>①</sup> 高鸿业主编:《西方经济学(宏观部分)第六版》,北京:中国人民大学出版社2015年版,第662—663页。

<sup>②</sup> 高鸿业主编:《西方经济学(宏观部分)第六版》,北京:中国人民大学出版社2015年版,第663页。

<sup>③</sup> 当然,地方政府并非相机分配剩余控制权的唯一主体,有能力启动运动式执法的各类机关(如国务院、国务院各部委、省级政府,省级行政执法机关)均可能成为剩余控制权的分配主体。在运动式执法的实务指向中,绝大多数情况下地方政府是剩余控制权的分配主体,因而下文统一以地方政府作为主体展开分析。

束条件下实现在职消费和约定薪酬之外的非货币收益最大化，企业所有者则是全力追求货币收益的最大化。从最大化职业经理人和企业所有者之总收益的角度进行分析，如果职业经理人的非货币收益和总收益具有相同的目标指向，那么职业经理人获得企业控制权是最优选择；反之，如果企业所有者的货币收益与总收益具有相同的目标指向，那么企业所有者取得企业控制权系最优选择。<sup>①</sup>运动式执法的逻辑亦是相机控制权的外在体现，当行政执法机关的利益同地方政府一致时，由行政执法机关依法执法即最优选择；反之，如果行政执法机关的利益同地方政府相悖，那么地方政府即有充分的介入激励。

一言以蔽之，地方政府与行政执法机关的实践运作理路为相机控制权引领下的绩效监控与分配。地方政府与行政执法机关具有相异的目标函数：前者着眼于地区的全局性事务，其积极性目标在于促进地区经济稳定增长、提升本区域人民的福祉、降低失业率等，消极性目标往往在于维护地区政治稳定、社会长治久安等；如前所述，行政执法机关并无如此多元的目标。在信息掌控方面，地方政府行使总体决策权，但无力完全掌握繁琐而具体的行政执法信息，行政执法机关更为接近执法一线，具有显著的信息优势。作为代理人，行政执法机关可能屏蔽对地方政府有利但对自身不利的案件信息，作为委托人的地方政府利益亦可能面临相应的不确定性。

### 1. 行政执法机关的经济学模型

以  $Q$  表示行政执法机关的执法数量， $R(Q)$  表示执法收益。为简化分析，我们假定行政执法机关的单次执法收益相同且均为  $\beta$ ，随着执法数量的逐步上升，执法机关所能获得的收益也将逐步上升，二者之间呈线性的正比关系；此外，法律颁布并正式生效后，凭借国家后盾所带来的潜在制裁力和威慑力，即便不开展行政执法，仍可能获得特定的守法效果，谓之执法数量为零时获取的固定收益，以固定常数  $\alpha$  表示之。行政执法机关的收益函数为：

$$R(Q) = \alpha + \beta Q;$$

以  $C(Q)$  表示行政执法机关的执法成本，同理，我们假定单次执法成本相同且均为  $\gamma$ ，随着执法数量  $Q$  的提升，执法成本也将随之上升，二者之间同样呈线性的正比关系；除可变成本外，执法成本还包括固定成本，也称不变成本，系指在短期内不随执法数量变化而变化的不变要素的成本，划拨执法人员编制、招录执法公务员、采购执法装备、租用办公场所以及公务员的工资和福利支出等均为固定成本，以固定常数  $\varepsilon$  表示。行政执法机关的成本函数为：

$$C(Q) = \varepsilon + \gamma Q;$$

行政执法机关的收益函数与成本函数之差为利润函数，利润函数为：

---

<sup>①</sup> Aghion, Philippe and Patrick Bolton, "An incomplete contracts approach to financial contracting", *The Review of Economic Studies*, Vol.59, No. 3 (1992), pp. 473-494.

$$\pi(Q)=R(Q)-C(Q)=\alpha+\beta Q-(\varepsilon+\gamma Q)=\alpha-\varepsilon+(\beta-\gamma)Q;$$

## 2. 地方政府的经济学模型

以  $GR(Q, \theta)$  表示地方政府收益, 地方政府的收益不仅与行政执法机关的执法收益  $R(Q)$  密切相关, 还受到外生随机因素  $\theta$  的影响。所谓外生随机因素, 系指在行政执法系统中受外部因素影响, 而非由行政执法系统内部构成要件所决定的影响因子, 外生随机因素可以对行政执法产生直接或间接的影响, 但本身并不受行政执法所影响。一般而言, 经济水平、技术水平、习俗惯例甚至风土人情等都可能成为特定的外生随机因素。在具体的行政执法实践中, 外生随机因素通常是指由地方政府衡量并控制的政策性因素, 以之作为政府实现特定目标的考量。 $\theta$  包括事前难以预期的情势变化, 如行政执法所致的群体性事件带来的影响。具体而言, 情势变化可能直接影响地方政府对执法收益  $R(Q)$  的评估, 可用  $\theta \cdot R(Q)$  予以表示; 此外, 情势变化本身可能直接影响政府收益的大小, 用  $\psi(\theta)$  表示之。<sup>①</sup> 地方政府的收益函数为:

$$GR(Q, \theta)=\theta \cdot R(Q)+\psi(\theta)-C(Q)=\theta(\alpha+\beta Q)+\psi(\theta)-C(Q);$$

对于地方政府而言, 行政执法机关可能产生的成本往往已由事先确定的预算决定, 因而  $C(Q)$  可用一个常数  $C$  予以表示, 地方政府的收益函数可进一步简化为:

$$GR(Q, \theta)=\theta \cdot R(Q)+\psi(\theta)-C(Q)=\theta(\alpha+\beta Q)+\psi(\theta)-C;$$

当  $\theta \geq 0$  时, 地方政府的收益函数  $GR(Q, \theta)$  与行政执法机关的收益函数  $R(Q)$  具有完全相同的收益指向。行政执法机关决定具体的行政执法行为无碍于地方政府, 基于信息优势, 行政执法机关享有执法权是最优选择, 地方政府不会介入其中。当  $\theta < 0$  时, 地方政府的收益函数  $GR(Q, \theta)$  与行政执法机关的收益函数  $R(Q)$  具有相反的收益指向, 此时, 为促使收益最大化, 地方政府产生充分的介入行政执法事务的激励, 将采取措施使得  $R(Q)$  等于零或者趋向于零, 以减轻情势可能产生的负面影响。在具体的行政执法方面, 可能出台加大或减轻行政执法力度与广度的行政举措。

## 3. 社会收益函数的经济学模型

不难看出, 社会收益函数  $SR(Q, \theta)$  即行政执法机关与地方政府收益之和。

$$SR(Q, \theta)=R(Q)+GR(Q, \theta)=(1+\theta) \cdot (\alpha+\beta Q)+\psi(\theta)-C;$$

$$SR(Q, \theta)=\beta(1+\theta) \cdot Q+\alpha(1+\theta)+\psi(\theta)-C;$$

社会收益的可能趋向可以通过参数  $(1+\theta)$  予以明晰。当  $1+\theta \geq 0$  即  $\theta \geq -1$  时, 社会收益函数与行政执法机关收益函数具有完全相同的指向, 行政执法机关行使执法权即可充分实现社会

<sup>①</sup> 在此, 我们假定  $\theta$  与  $\Psi(\theta)$  具有相同的收益趋向, 即: 外生随机因素  $\theta$  为正 (积极的情势变化) 时,  $\Psi(\theta)$  为正; 外生随机因素  $\theta$  为负 (消极的情势变化) 时,  $\Psi(\theta)$  也为负。

收益，地方政府的介入动力有限。当 $1+\theta < 0$  即 $\theta < -1$  时，社会收益函数与行政执法机关收益函数具有完全相反的指向，此时，地方政府产生了分配执法权的激励动机，由地方政府支配执法权才是最优选择。

透过上述经济学模型及分析可以得知，地方政府对运动式执法的剩余控制权之分配取决于外生随机因素 $\theta$ 的影响度：

(1)  $\theta \in [0, +\infty)$ 时，地方政府与行政执法机关对行政执法具有相同的评价，具体的行政执法事务由行政执法机关决定是最优选择；

(2)  $\theta \in [-1, 0)$ 时，地方政府与行政执法机关对行政执法具有相反的评价，行政执法机关的行为已经构成对地方政府收益的侵害，因而地方政府具有一定的激励以介入具体的行政执法事务；

(3)  $\theta \in (-\infty, -1)$ 时，行政执法机关的行政执法行为不仅会损害地方政府的收益，更为重要的是将造成整个社会收益的减少。此时，地方政府必将全面介入行政执法行为，取得并小心权衡行政执法权的行使方式。（外生随机因素、介入激励等相关汇总信息见表一）

表一

序号	外生随机因素 $\theta$ 所在区间	地方政府对行政执 法的 介入激励	行政执法的 适用视域	相机控制权的 适用主体	行政执法的 最优决定机关
1	$[0, +\infty)$	较弱	微观	行政执法机关	行政执法机关
2	$[-1, 0)$	一般	中观	地方政府	地方政府
3	$(-\infty, -1)$	较强	宏观	地方政府	地方政府

### 三、案例分析——以 S 省工商部门的执法实践为样本

模型建立的理论基础来源于实践经验的总结与凝炼，属于理性主义与经验主义有机结合而生成的产物，良好的理论模型应当能够有效抓取事物的本质。如果一个理论模型与一般性、常识性的观察相契合，也能通过实证研究的印证，那么这个理论模型就具备较强的解释力。更为重要的是，理论模型对事物本质的把握应当为实践所需进而使实践取得新发展，从而为未来的优化举措提供理论支撑和政策指导。

#### (一) 理论模型的经验性检验

自 2011 年 10 月至 2018 年 6 月，我们曾对 S 省工商系统（包括省、市、县、乡四级工商部门）的行政执法展开长期调研，具体的调研方式包括浏览工商部门的官方网站，实地观摩具体

执法过程，查阅执法卷宗等，并对工商部门的行政执法工作人员、各类执法相对人、利益关联者以及消费者进行访谈，形成较为直观的感性认识，并积累了较为丰富和全面的行政执法文本资料。

大体而言，工商部门的工作任务可划分为两类，一类是作为行政执法机关的执法任务，主要包括市场主体准入、市场行为监管、流通领域商品质量监管、消费者权益保护等等，执法任务通过常规式执法或运动式执法予以完成（详见表二）；另一类是作为行政管理机关的各类内部或外部行政管理事务，例如执法人员培训、执法宣传、对外联络等等。

表二

序号	行政执法机关	行政执法职责	行政执法方式
1	S省工商系统 (包括省、市、县、乡四级工商部门)	市场主体监管；市场交易监管；流通领域商品质量监管；消费维权；违法直销和传销行为监管；垄断行为监管；不正当竞争、商业贿赂、走私贩私等经济违法行为监管；广告业监管；商标管理等	常规式执法/ 运动式执法

### 1. 基于信息优势的常规式执法

行政执法机关履行常规式执法职责时，往往具有清晰的、计划的执法指向。一般而言，行政执法机关在年初时根据上级部门和本级政府的总体部署，结合区域特点确定宏观性的总体任务。在总体任务的指引下，执法机关结合现有执法资源配置情况、执法相对人数量等实际形势草拟全年执法工作计划，并在计划中明晰具体的执法工作目标和任务分解。大体而言，执法工作计划通常包括被检查企业数量、检查具体事项、检查方式、检查重点和时间等（执法工作计划的要素归纳详见表三）。除上述事项外，为加强可操作性，执法工作计划通常还包括详细的执法检查次数、检查科室（人员）及企业名称。执法工作计划得到上级部门和（或）地方政府的正式批复后，即成为行政执法机关的正式工作计划，在全年中严格实施。执法计划的最终拍板大多由地方政府决定，因而地方政府享有修改甚至否决执法工作计划的法定权力，但在绝大多数情况下，地方政府对行政执法机关草拟的执法工作计划表示全面认可，在上文构建的经济学模型中，此类常规式执法实际归于  $\theta \in [0, +\infty)$  的场合。

表三

序号	1	2	3	4	5	6
----	---	---	---	---	---	---

执法工作计划要素	指导思想	目标任务	基本原则	执法对象和时间安排	执法检查内容	执法程序
具体要求	结合当年国家宏观要求和地方具体规划制定	分为积极性任务（如执法数量、执法率等）和消极性任务（如避免因行政执法产生的行政复议、行政诉讼，确保行政复议、行政诉讼“零败诉”等）	依法行政、统筹兼顾、实事求是、齐抓共管等	分为重点执法对象、一般执法对象、日常执法对象等，根据春节、两会、五一、国庆等执法时段往往有进一步的细分	根据法律、法规结合地区实际现状确定，通常与地方要求相关	由《行政处罚法》及工商部门规范性文件等确定

## 2. 应对突发情况的运动式执法

在常规式执法之外，尤其是岁末年初、国庆等特定时段，运动式执法时常不期而遇。以 2010 年末至 2011 年初时段为限，S 省工商部门即开展了一系列运动式执法。2010 年 10 月 27 日，针对侵犯知识产权、制售假冒伪劣商品日趋严重的社会现象，国务院办公厅印发“打击侵犯知识产权和制售假冒伪劣商品专项行动”方案，试图通过专项行动强力打击侵犯知识产权的各类违法行为，营造保护知识产权的良好环境。工商总局随之制定配套专项行动方案，决定集中开展为期半年的配套专项行动，并作了任务的阶段化分解：（一）动员部署阶段（2010 年 11 月初）；（二）组织实施阶段（2010 年 11 月至 2011 年 2 月）；（三）总结验收阶段（2011 年 3 月）。2011 年 12 月 31 日，为营造规范诚信的广告市场环境，维护公平竞争秩序，工商总局发布《关于持续做好含有“特供”、“专供”等内容广告日常监管工作的通知》，重点针对酒类、食用油、乳制品、饮料、茶等日用消费品开展法律法规宣传教育，综合运用行政指导的各种方式，指导生产经营者规范商品包装标识中的广告宣传内容，提高其守法经营意识，自觉维护公平竞争的市场秩序。此外，2011 年 2 月 10 日，针对制售假劣农资坑农害农等违法行为，工商总局开展“2011 红盾护农行动”。为了切实保障“2011 红盾护农行动”的顺利开展，工商总局又提出“红盾护农保春耕”、“红盾护农保夏播”、“红盾护农保秋种”三次专项执法子行动。

上文所述的三次专项执法运动，就其执法依据与执法内容而言，均属工商部门的法定职责。易言之，它们归于  $\theta \in [0, +\infty)$  的执法区间，工商部门只需提升执法数量  $Q$  即可获得执法收益

$R(Q)$ 的提升。然而,特定时期的特定情势,仅凭行政执法机关一己之力虽然可能提高自身局部收益,但却可能形成对政府收益 $GR(Q, \theta)$ 乃至整个社会收益 $SR(Q, \theta)$ 的极大损害,产生相应的“蝴蝶效应”。在论证“打击侵犯知识产权和制售假冒伪劣商品专项行动”之正当性时,国务院办公厅认为侵犯知识产权、制售假冒伪劣商品的现象不仅形成对国内正常市场经济秩序的广泛干扰,可能大幅降低企业竞争力和创新积极性的激励,甚至会对我国的国际形象造成损害,因而有必要在全国集中开展此次专项行动。<sup>①</sup>“特供”、“专供”违法广告标识固然存在欺骗和误导广大消费者并破坏市场公平竞争环境的事实,但属于较为特定和狭小的执法领域,按照一般的逻辑推演,由工商部门加大执法查处力度即可,属于“纯粹”的行政执法领域。然而,基于“一些经营者使用含有‘国家机关专供’、‘国家机关特供’的包装及标签,严重损害国家机关形象”之认知,<sup>②</sup>因而有必要持续做好含有“特供”、“专供”等内容广告的日常监管工作,暗含运动式执法制度化、稳定化的趋向。“2011红盾护农行动”的责任感和紧迫感则是立足于当年的紧迫形势:2011年是实施“十二五”规划的开篇布局之年,具有强烈的政治性色彩,打好开头第一枪无疑有利于优良政治资本的形成;同时,2011年全国存在气候不宜的不良外观环境,南方低温和北方干旱共同形成农业发展形势异常严峻、情况异常复杂的不利因素,开展此次红盾护农行动就显得尤为必要。<sup>③</sup>正是地方政府(乃至中央政府)对特定情势的典型判断,认为上述执法事宜已经归于 $\theta \in (-\infty, -1)$ 时的政府所及领域,因而有必要介入具体的行政执法事务,启动颇具规模和影响的运动式执法。

应当强调的是,此类运动式执法并非个案,类似的运动式执法案例极为普遍。为便于直观化和形象化理解,现将2012-2018年的运动式执法个案列于表四(每年择取1-2起,并列出动式执法个案的名称、启动主体、启动原因及执法目标等基本要素)。不难看出,运动式执法的执法范围非常广泛,属于工商部门法定职责的事务被囊括至不同的执法运动中,甚至并非完全属于工商部门职责的事务(如治“五乱”、维系市场整洁)也被纳入执法运动之中。就时间维度纵向观之,运动式执法的发生节点遍布全年,从年初、年中乃至年末,均可能发动运动式执法。运动式执法的启动主体除S省工商部门之外,主要包括同级政府(S省政府)、上级部门(工商总局、市场监管总局、商务部等),部分影响力较大的运动式执法甚至由国务院启动。尽管执法属于履行法定职责的法律行为,但运动式执法的启动往往系有权主体对特定情势的典型判断,

---

<sup>①</sup> 《国务院办公厅关于印发打击侵犯知识产权和制售假冒伪劣商品专项行动方案的通知》(国办发〔2010〕50号)。

<sup>②</sup> 国家工商总局《关于开展清理整顿部分商品滥用“特供”、“专供”标识专项行动的通知》(工商广字〔2011〕182号)、国家工商总局《关于持续做好含有“特供”、“专供”等内容广告日常监管工作的通知》(工商广字〔2011〕271号)。

<sup>③</sup> 国家工商总局《关于深入开展2011红盾护农行动的通知》(工商市字〔2011〕25号)。

认为已经归于  $\theta \in (-\infty, -1)$  时的所及领域，仅由行政执法部门做出行为可能导致整个社会收益的减少。具体而言，其中既有宏观目标的指引，如“诚信兴商宣传月”活动系为贯彻落实十八大提出的加强商务诚信、社会诚信建设的要求；也有紧迫形势的需求，如“打击制售假冒伪劣商品违法行为”系因社会舆论热议“拼多多”购物平台涉嫌销售侵权假冒商品。

表四

序号	名称	持续时间	启动主体	启动原因	执法目标
1	“持续治‘五乱’、整洁迎五一”活动	2012年4月20日—5月20日	S省治理办（S省政府）	贯彻落实2012年4月6日“全省2011年度环境优美示范城镇乡村命名大会”和“全省城乡环境综合治理工作会议精神”，迎接“五一”国际劳动节和省第十次党代会胜利召开	城乡环境综合治理“清洁化、秩序化、优美化、制度化”
2	“诚信兴商宣传月”活动	2013年8月-9月	国家商务部等17部门	贯彻落实党的十八大报告提出的加强政务诚信、商务诚信、社会诚信和司法公信建设的要求	提高全社会守法诚信意识，促进经济又好又快发展
3	打击利用互联网销售假冒伪劣农资行为专项行动	2014年4月-年底	工商总局	经监测发现及有关部门反映，利用互联网销售假冒伪劣农资行为比较突出，严重损害了广大农民的合法权益	规范网络市场秩序，维护消费者的合法权益
4	2014红盾网剑专项行动	2014年7月-11月	工商总局	网络销售假冒伪劣商品等违法行为仍时有发生，一些商品的网络售假行为还比较猖獗	加强网络商品交易行为监管，净化网络购物环境，维护消费者、经营者合法权益

5	国庆期间消费维权工作	2015年国庆期间	工商总局, S省政府	特定节日期间消费维权工作的重要性	维护节日期间市场秩序, 为人民群众度过一个欢乐祥和的节日创造良好的市场消费环境
6	查处网络传销工作	2016年7月-长期	工商总局	贯彻落实2016网络市场监管专项行动视频会议精神	惩治网络传销违法犯罪活动
7	钢材市场“拉网行动”	2017年1月16日-6月30日	S省政府	总理、省委书记、省长、副省长对S省钢铁去产能和打击违法“地条钢”工作的重要批示精神	查处销售不合格钢材违法行为, 加大对侵犯钢铁产品商标专用权的查处力度, 及时曝光违法经营行为
8	打击传销专项行动	2017年6月1日-10月31日	S省工商局	严厉打击传销违法犯罪活动, 有效遏制传销行为的蔓延势头, 切实维护经济社会稳定和群众合法权益	减少传销活动, 遏制新型网络传销, 控制重点地区传销活动, 杜绝经常性、规模化传销活动, 提高群众识别、防范传销能力, 完善防范和打击传销活动长效机制
9	打击制售假冒伪劣商品违法行为	2018年8月-长期	国家市场监督管理总局	社会舆论热议拼多多购物平台上涉嫌销售侵权假冒商品	有效保护消费者和商标权利人的合法权益, 维护公平竞争的市场秩序和安全放心的消费环境

(二) 运动式执法的“制度化走向”

如果地方政府可以获得充分的信息，有能力对形成  $\theta \in (-\infty, -1)$  的可能情势进行准确估计与判断，那么地方政府可以采取精确的介入措施，即地方政府可以准确的启动运动式执法；同时，假使此类情势具有大致清晰和有规律可循的时机和时间，那么地方政府即有充足的激励使之制度化。

自 2012 年末起，S 省工商系统正式启动“红盾春雷行动”。概言之，“红盾春雷行动”系 S 省工商系统于岁末年初定期开展的运动式执法，通过特定期间集中、整合执法资源以全力整治扰乱市场的突出问题，从而达致保障市场经济秩序稳定、消费者合法权益得到有效保护的目标。

“红盾春雷行动”启动之缘由，在于执法机关认为该时期的执法事务属于  $\theta \in (-\infty, -1)$  的情势认知。事实上，岁末年初即春节前后，我国人民的思想信仰、理想愿望、生活娱乐和文化心理在此期间得到集中化的体现，同时也是祈福、饮食、采购、娱乐活动的狂欢式展示期间，市场交易和消费活动在此期间进入全年鼎盛时期。对于工商部门而言，岁末年初亦是制售假冒伪劣产品交易多发期，市场监管和消费维权往往面临着巨大考验。

首次“红盾春雷行动”以“打假治劣惠民生，消费维权扩内需”为主题，并集中开展“质量安全”、“消费维权”、“诚信广告”、“春耕护农”四个专项行动，执法运动持续至 2013 年 4 月上旬，为期大约 100 天。<sup>①</sup>首次“红盾春雷行动”取得良好成效。<sup>②</sup>随后，“红盾春雷行动”成为 S 省工商系统定期开展的执法运动。直至以“净市场、护民生、促发展”为主题的“红盾春雷行动 2018”，一共开展六次执法运动（相关信息详见表五），“红盾春雷行动”进行的轰轰烈烈，工商总局、省政府领导都给予肯定性批示（历年红盾春雷行动的立案查处案件数、查处案件案值见表六）。经过六年运行，“红盾春雷行动”已经成为 S 省工商系统着力塑造、并已取得较大影响力的执法品牌。

表五 S 省工商系统历次“红盾春雷行动”概况

序号	执法名称	执法时限	执法主题	是否开展地方自选行动	是否开展联合执法

<sup>①</sup> 参见 [http://www.scaic.gov.cn/zwgk/xwdt/tpxw/201301/t20130104\\_541.html](http://www.scaic.gov.cn/zwgk/xwdt/tpxw/201301/t20130104_541.html)，访问时间：2019 年 4 月 28 日。

<sup>②</sup> S 省工商局公开的文件表明，“红盾春雷行动”使得“民生安全得到有力保障，消费者权益得到有力保护，消费信心得到有力提振，市场秩序得到有力规范，经济发展得到有力促进。获得了地方党委、政府的肯定，赢得了人民群众的认可，提升了工商机关社会形象”，并表彰了 30 个先进集体和 70 个先进个人。参见 [http://www.scaic.gov.cn/zwgk/xzjc/sjwj/201310/t20131014\\_7198.html](http://www.scaic.gov.cn/zwgk/xzjc/sjwj/201310/t20131014_7198.html)，访问时间：2019 年 4 月 28 日。

1	红盾春雷行动	2012年12月下旬至2013年4月上旬	打假治劣惠民 生，消费维权扩 内需	否	否
2	红盾春雷行动2014	2013年12月20日至2014年2月20日	维护市场竞争秩 序、保护消费者 合法权益	否	否
3	红盾春雷行动2015	2014年12月23日至2015年3月31日	执法维权、红盾 为民	是	否
4	红盾春雷行动2016	2015年12月15日至2016年3月31日	治虚假、强维权	是	是
5	红盾春雷行动2017	2016年12月16日至2017年3月25日	净市场、促公 平、助发展	是	是
6	红盾春雷行动2018	2017年12月12日至2018年3月31日	净市场、护民 生、促发展	是	是

表六 S省工商系统历次“红盾春雷行动”信息统计表

序号	名称	查处案件案值（万元）	立案查处案件数（件）
1	红盾春雷行动	12000	6051
2	红盾春雷行动 2014	9133.97	5508
3	红盾春雷行动 2015	11000	6568
4	红盾春雷行动 2016	25047.89	14559
5	红盾春雷行动 2017	26398.94	22446
6	红盾春雷行动 2018	40100	27060

透过 S 省工商系统“红盾春雷行动”可以发现，传统意义的运动式执法特征在“红盾春雷

行动”中有所体现，例如组织动员性；与此同时，运动式执法在实践中展现出典型的“制度化走向”。

### 1. 执法运动的主动性

传统意义的运动式执法大多是被动式执法，运动式执法的启动往往受到外界某种消极性事件的强烈刺激，例如有震惊社会的重大恶性事件发生，<sup>①</sup>或由于某一社会问题的严峻形势为群众或政府所关注，出现集中整治的必要性；<sup>②</sup>具体而言，运动式执法的客体特征可概括为“紧迫性”“积弊性”“高不确定性”和“高复杂性”。<sup>③</sup>不过，“红盾春雷行动”的启动并不具备上述特征。首先，执法运动序幕的拉开往往以宏观、中心目标的实现作为纲领性指引，消极性事件的强烈刺激尚未出现。<sup>④</sup>其次，就具体进路而言，所有“红盾春雷行动”均为计划性和主动性的安排，具有明确而具体的现实性目标。<sup>⑤</sup>因而，虽然存在外部环境的客观化需求和局部性刺激，但并非“红盾春雷行动”的唯一诱发因子，真正使得“红盾春雷行动”得以启动并延续的原因在于执法主体尤其是S省政府、S省工商局的主观性统筹安排。也就是说，执法运动具有主动性。

### 2. 执法运动的导向性

“红盾春雷行动”的平均持续时间大约100天，为了避免执法运动结束后，后续执法疲软及缺乏针对性的现象，自2014年伊始，S省工商局每年从全省各地开展的“红盾春雷行动”中选取若干典型案例，定期公布“红盾春雷运动十大典型案例”，以此对后续执法做出指引和规范。根据已公布的典型案例，除工商部门常规执法范围内的不正当竞争、侵犯注册商标专用权等案例之外，其他典型案例大致可以体现如下特征：第一，案件影响力大、涉及面广；<sup>⑥</sup>第二，案件

---

<sup>①</sup> 罗许生.从运动式执法到制度性执法[J].重庆社会科学,2005(07):89-92.

<sup>②</sup> 赵华军.关于运动式行政执法的综合思考——从某市整治“黑车”说起[J].人大研究,2007(04):24-27.

<sup>③</sup> 李辉,皇甫鑫,孙艳伟.运动式治理研究:核心议题与学术论争[J].天津行政学院学报,2017,19(04):61-66.

<sup>④</sup> 例如2013年“红盾春雷行动”开展之目的系为贯彻落实党的十八大、中央经济工作会议精神以及全国工商行政管理工作会议要求，“红盾春雷行动2018”系党的十九大精神之指引，这是我国政府乃至行政执法机关的常规性导向思路。

<sup>⑤</sup> 例如“红盾春雷行动2014”提出“围绕S省工商局257战略总布局”，所有“红盾春雷行动”都有类似于“净化市场环境，规范竞争秩序，助推经济发展，确保人民群众度过欢乐祥和的元旦、春节”等可视化目标。

<sup>⑥</sup> “红盾春雷行动2014”发布的房地产虚假广告系列案件，成都信蓉投资有限公司、成都金科房地产开发有限公司、四川园丁房地产开发有限公司、成都南兴银基房地产开发有限公司等22家房地产企业利用报刊、公交站台、电梯轿厢等场所发布广告，对其开发的房地产项目进行虚假、夸大广告宣传，将消费者取得使用权的面积宣称为赠送面积，混淆法定产权面积；将其计算的价格宣称为实得单价，混淆真实购房价，严重误导并损害了消费者合法权益。参见 <http://www.sc.gov.cn/10462/10464/10594/10597/2014/5/23/10302694.shtml>，访问时间：2019年4月28日。

具有典型代表性、行业普遍性；<sup>①</sup>第三，因技术发展或社会新生事物诞生所致的全新案例；<sup>②</sup>此外还有日常生活中常见的以会销模式向中老年人进行虚假宣传从而推销自身商品、网络商品销售中以虚构交易形式提升自身商业信誉（如淘宝刷信誉）等新型案件。历年发布的“十大典型案例”不仅是“红盾春雷行动”的执法浓缩与执法收益，同时具有对下级尤其是基层执法机关的约束力及指导性。执法运动结束后，工商部门常规性执法的工作重点及执法方向得到明确的指引。

### 3. 执法运动的专业性

在开展早期，“红盾春雷行动”系工商部门的系统内执法运动，相关执法事务均属工商机关法定职责，具体执法工作完全依靠系统内执法资源。虽属学理意义上的运动式执法，实践中开展的亦轰轰烈烈，运动性色彩颇为浓厚，但执法工作的法律性和专业性并未因此淡化，执法主体、执法内容、执法流程、执法技术具有法律性，样品抽样、送样、检测、评估、复检等流程具备专业性。<sup>③</sup>随着执法运动影响力的逐步扩大，自2015年开始，以“红盾春雷行动”为核心、汇集多个执法机关的联合执法运动逐步开展，“红盾春雷行动”亦由工商机关独立发起发展为由地方政府共同发起。<sup>④</sup>执法机关间的联合行动次数有所增加，尤其是存在职责交叉和关联的工商、质检、食药等执法机关间的联合执法增幅明显。不过，在具体的执法个案中，执法工作仍然是由单一的执法机关推进和执行，除“联合造势”可能产生对相对人的精神强制之外，各执法机关均遵循既有的法定职责分工，按照各自的执法流程，独立完成执法工作，使得“红盾春雷行动”既具备轰轰烈烈的组织动员性，却不失执法专业性。

---

<sup>①</sup> “红盾春雷行动2015”公布的宜宾市南溪区天然气有限公司限制竞争一案中，该天然气公司从2010年以来，对新安装天然气从事经营的用户，根据天然气的使用数量收取保证金，同时还向当事人收取新申请安装天然气用户每户5元的工本费及收取变更用户姓名每户50元的更名费，上述保证金、工本费及更名费等费用均未获得主管机关的批准，构成滥收费用的限制竞争行为。参见

[http://www.scaic.gov.cn/zwgk/xxgk/gsgg/201505/t20150526\\_5748.html](http://www.scaic.gov.cn/zwgk/xxgk/gsgg/201505/t20150526_5748.html)，访问时间：2019年4月28日。

<sup>②</sup> “红盾春雷行动2016”公布的利用微信公众号组织策划网络传销一案中，绵阳某通讯设备有限公司“绿力通讯”app手机软件，以“某通讯经典成功模式”在互联网及微信公众号、朋友圈大肆宣传，发展“某通讯”会员，要求被发展会员以现金或支付宝转账的方式交纳398元人民币认购“某通讯”会员资格，以取得发展其他人员加入的资格，同时以能获得共计七个等级的提成及最高91万元的公司奖励等巨额回报为诱饵，要求被发展会员发展其他人员加入，形成上下线关系，并依据下线会员的业绩以所谓的提成、公司奖励等名义计算和给付报酬。上述行为系随时代发展而诞生的传销新形式。参见<http://sc.people.com.cn/n2/2016/0520/c345509-28372170.html>，访问时间：2019年4月28日。

<sup>③</sup> “红盾春雷行动2014”公布的L市中区城南加油站销售不合格成品油一案中，执法过程可提炼为消费者举报——工商机关现场调查——固定证据——工商机关立案——成品油检验及复检——行政处罚告知——下达行政处罚，是一次典型且严谨的行政执法流程，在我们的走访调查中，其他个案也表现出类似特征。

<sup>④</sup> 自2016年起，“红盾春雷行动”扩张趋势明显，相应的“红盾春雷行动”方案逐渐由地方政府统一印发，如《德阳市人民政府办公室关于开展“红盾春雷行动2016”市场专项整治工作的通知》（德办函〔2016〕86号）、《蓬安县人民政府办公室关于印发蓬安县“红盾春雷行动2017”实施方案的通知》（蓬安府办发〔2016〕106号）、《简阳市人民政府办公室关于印发简阳市“红盾春雷行动2017”工作方案的通知》（简府办〔2017〕4号）、《旺苍县人民政府办公室关于印发“红盾春雷行动2018”实施方案的通知》（旺府办函〔2017〕344号）、《茂县人民政府办公室关于印发茂县开展“红盾春雷行动2018”实施方案的通知》（茂府办发〔2018〕1号）。

历次红盾春雷行动的立案查处案件数和查处案件案值均稳步上升，表明其取得良好的执法绩效，具有正当的执法契机。同时，外在环境亦为历次红盾春雷行动的开展提供了良好的执法土壤。自2013年起，S省的市场交易和消费活动日益频繁，社会消费品零售总额持续攀升（S省历次红盾春雷行动期间社会消费品零售总额走势图见图一），与执法运动所完成的执法绩效具有高度吻合的趋向。综合上述分析可以预测，在现有条件下，“红盾春雷行动”的“制度化走向”可能会继续维系。

图一



#### 四、代结语：型塑运动式执法的相对理性主义构想

运动式执法在早期研究中被界定为一种与常态化治理相悖的非制度化、非常规化和非专业化的治理状态。在相应的针对性建议中，学界认为应该摒弃其运行逻辑，建立理性化、制度化、专业化的常规治理机制，此种观点的引领生成了一个研究群体，产出了批量文献。<sup>①</sup>毋庸置疑，理性化、制度化、专业化的常规执法机制是典型的全面执法机制，是一种完美的执法状态同时亦是行政执法机关应当努力达致的执法模式，意味着执法机关的全部执法活动受到预先确立并加以公布的规则的制约，这也是法治的精神之所在。然而，运动式执法作为地方政府和行政执法机关在社会治理中广泛使用的典型治理工具，其长期存在并持续扩张的一个重要原因在于可以获得良好的执法绩效，此种绩效不仅获得国家治理体系中各级政府的认可和接受，也获得社会公众的理解和支持。

<sup>①</sup> 刘开君.运动式治理的历史、现状与转型:一个研究综述[J].山西农业大学学报(社会科学版),2017,16(03):57-64.

本土法治的审视与检验大多以西方法治之现有状态为参照系。实际上,法治作为西方发达资本主义国家的舶来品,亦并非从诞生之日起即迅速达到此种相对圆满的运行状态。西方发达国家的法治化进程并非一蹴而就,而是秉持渐进的、单一的思路以处理不同时期、不同阶段涌现的特定法律问题,通过对不同时期专门的个案或具有普遍性问题的处理,以有效降低法治化的社会阻力和推进难度,与之相对应的法律知识亦是局部性、零散性和实效性的知识,具有典型的区域性和时效性等特征。<sup>①</sup>例如美国行政法历经近 250 年的发展历程,行政法体系就曾呈现多种不同的面貌。<sup>②</sup>任何社会目标的实现均有赖于相关社会条件的成熟。倘若既有条件远远无法支撑理想的目标,则意味着某一目的近似“乌托邦”。

“历史的经验已经反复地证明,理论上很完美的制度并不一定可以付诸实施,而行之有效的制度却未必是事先设计好的。<sup>③</sup>理想化的执法形态可能伴随着极高的社会成本,甚至不具备现实可操作性。<sup>④</sup>在全面执法的理想化法治道路之外,更具可行性的理路可能是局部性的、分步分阶段的执法方案。当然,这是一种权宜之策,但相较而言,它能够避免全面执法可能导致的短期高成本和可能造成的社会剧烈动荡,既强调时间的紧迫性,又在特定期间内动员几乎全部资源力图达到相应的执法成效和社会成效,同时为后续的执法指明方向,是一条居中的、具有理论可行性和现实可操作性的道路。我国的运动式执法大多为政府推进型执法,借助于行政高层的指令推进执法,通过精密的、相对周全的、具备可操作性的全局性安排和操作进程,以期突出执法过程中的重点领域并克服动力不足的问题,藉此可以节约时间,在短期内较好的完成执法任务并取得良好成效。从执法主体、执法依据以及执法方式等因素言之,运动式执法的未来趋势在一定程度上可能会走向“治一综治”取向的中国法治模式。<sup>⑤</sup>

特定时期的运动式执法具有强大的执法力度、显著的执法收益,产生连带的规模效应。尤

---

<sup>①</sup> 尽管如此,阶段性法治推进的社会代价仍然巨大且剧烈,例如十八至十九世纪法国五部宪法及宪法背后的革命与复辟的反复,十九世纪初英国镇压和限制工人运动的立法等等。

<sup>②</sup> 在建国初期(1789—1801),联邦制度、机构尚未完全根据客观情势建立,未能体系化和成熟化,财政部成立初期发挥着大而全的重要功能,联邦政府的大多数具体职能由财政部承担,一些后期成立的专门规制机构(如邮政部、内务部、劳工部、交通部等)在早期时其功能亦大多由财政部承担,此时的美国行政法呈全面性与单一性;随着经济和社会形势的进一步发展,在民主共和党时代(1801—1829),依赖于行政机构的土地行政裁决体系逐步形成,颇具专业性的行政法体系也逐步形成。纵观美国行政法的发展历程,实用性、针对性及目的性充斥于整个行政法发展史,几乎每一个时期的行政法都为解决特定问题而发展出全新的模式。参见阳李,吴应甲.美国行政法演化路径探析——一个法律史的视角[J].北华大学学报(社会科学版),2017,18(06):82-89.

<sup>③</sup> 龙宗智.论司法改革中的相对合理主义[J].中国社会科学,1999(02):130-140.

<sup>④</sup> 二十一世纪初期,大量国企因体制性和结构性等多重因素的影响,生产经营状况陷入困境,不仅无法盈利,反而陷入资不抵债的两难境地,大批国企纷纷陷入改革的浪潮中。倘若依照 2007 年《破产法》,要求“不能清偿到期债务,并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的”国企破产,在法治的角度而言,相应的债权债务等权利义务关系可以在法律上被清晰界定并随之终结;但是,在社会保障机制建立之初,市场就业体系尚未完全健全的时代背景下,高额失业保障金的缺失、数千万国企工人的失业可能导致严重的社会管理危机,甚至可能引发剧烈的社会动荡。

<sup>⑤</sup> 喻中.论“治-综治”取向的中国法治模式[J].法商研究,2011,28(03):10-18.

为重要的是，运动式执法通过一定期限内大规模执法资源的调集体现了我国行政治理体系的动员能力和超高效率。然而，如科尔奈所言“每一种体制都能够在制度内部修正其有巨大危害的体制特征，但是它们无法完全克服并彻底消除这些体制特征，因为这些特征深深植根于制度自身，并且具有自我复制的倾向”。<sup>①</sup>运动式执法的短期规模效应产生的收益远大于建立常规式执法的刺激，进而产生执法过程中的“棘轮效应”（ratchet effects）。同时，作为政府行政管理体制下的动员执法，运动式执法的成效在长期运作过程中可能会被科层制逐步消解，发展的内在动力逐步弱化，逐步呈现出运动式执法的常规化。基于此，运动式执法的治理效果可能逐步下滑，甚至呈“内卷化”，成为制度化常规执法的障碍。因此，实现运动式执法的法治化转型，有赖于国家宏观层面的顶层设计，亦有赖于学界的进一步深入研究。

---

<sup>①</sup> 倪星,原超.地方政府的运动式治理是如何走向“常规化”的?——基于 S 市市监局“清无”专项行动的分析[J].公共行政评论,2014,7(02):70-96+171-172.

## 德性法制与风险社会的法治化治理

杨知文\*

**摘要：**社会转型期风险的常发表现及其特征说明中国当下具有了风险社会的特质，需要推进法治化的治理。法治演进的逻辑形态表明，现代法治是建立在人类法制具备更为丰富的德性要素基础上的社会治理方式。风险社会促进了现代法治运营形态的进一步转换，其不仅使法律的自身品质与价值理念接受着相应的“锻造”，也使法律制度的实施机制一改故辙，社会治理更加倚仗法制运行的德性。作为风险社会治理的法治揭示了现代风险治理对德性法制的更多诉求，风险社会治理需要不断有针对性地提升或重塑法制的德性。当下中国的风险社会治理必须重视相关的德性法制建设，既要注重现代法治因应风险社会对法制德性的更新和拓展，也要聚焦于中国社会的现实特性及具体场景解决其中的难点问题。

**关键词：**德性法制；风险社会；法治化治理；现代法治；法律制度

当下中国无疑仍处于社会转型和向现代化迈进的时期。中国社会的转型发展与现代性变迁既给人们提供了繁荣进步的生活条件，也催生了诸多社会问题的产生。就现实来看，伴随着经济增长和社会结构的变化，近年来，我们遭遇着生产和交通事故频发、生态破坏加剧、突发性公共卫生和食品安全事件增多、金融风暴反复、网络病毒蔓延等一系列的灾难，甚至基因编辑技术的运用也引发了人们对人类伦理问题的质疑和恐慌。这些现实问题把人们的社会生活推入了一种布满风险的场域，当然也给国家和政府的社会治理带来了重大难题。

面对现代社会的种种灾难或危机，为了从整体上刻画处于此种现代化情境中的社会发展阶段或形态，分析其特征和成因并探索相应的应对之道，社会学领域发展出了一种颇具影响、已被多学科用来解释社会现代性问题的理论，即风险社会理论。风险社会理论把现代风险作为核心，以对风险社会概念的界定为基础，常被用来讨论现代社会作为风险社会的运作逻辑和价值诉求，以及在防控和降低风险问题上可能的社会管控办法或治理机制。可以说，随着现代化与全球化进程的持续加快及各种现代性危机的加重产生，风险社会的到来逐渐成为人们的一个共识，也引起了各国政府和学界的热切关注。在这种背景下，借助风险社会的理论和方法来解读、审视中国社会发展中的现实危机问题，并以之思考中国风险社会的法治化治理及其制度建构等

---

\* 华东政法大学科学研究院副教授，法学博士、博士后。本文为国家社会科学基金专项课题“新时代共建共治共享的社会治理法治化机制研究”（项目编号：18VSI033）成果之一。

事宜，<sup>①</sup>显然具有重要的法学理论意义和法治实践价值。

本文的研究旨趣是法理学层面的，并在论述上基于学理线索的分析而展开，所提出的对策也是一种有别于具体措施的理念性思考。在内容框架上，本文首先对风险社会的形成及其法治化治理问题在整体上进行理论梳理和分析，然后从讨论人类法治演进的逻辑形态切入，分析和揭示现代法治与法律制度德性之间的内在关系，接下来从风险社会治理的要求出发，提出作为风险社会治理的法治概念和与之相关的德性法制要义，并详细地论证风险社会法治化治理对法律制度的德性发展诉求，最后从基本理念和现实难点角度就中国风险社会治理中的德性法制建设问题给出专门性建议。

## 一、风险社会的形成及其法治化治理

### （一）现代风险社会的形成和特征

#### 1. 风险与风险社会

从理论上讲，要理解风险社会及其深刻性问题，必须先要理解风险作为关键词所具有的内涵和特性。在德国社会学家贝克以风险社会为名的著作中，风险被定义为以系统的方式应对由现代化自身引发的危险和不安，与传统的危险不同，它是现代化的威胁力量和令人怀疑的全球化所引发的后果。<sup>②</sup>为了更好地把握风险概念的含义，按照贝克的观点和做法，需要对风险概念进行历史分类，并应该区分风险与危险的不同。风险不同于自然灾害等带来的危险，如果种种威胁不是人力造成的，不取决于人的决定，是由纯属自然灾害造成的不可改变的威胁，那么就是危险，而危险存在于任何时代。风险概念似乎诞生于人类航海时代的到来，在欧洲商船航行时期，风险被用来指称冒险，在航行中可能遭遇的商船沉没的危险被定义为某一群体可能遇到的共同经历，于是保险的概念也相伴产生了：人们把钱存入一个共同的银行，如果发生了沉船事件，就可以从银行获得赔偿。在这种背景下，人们把某种损失描述为风险，同时描述为可以集体解决的问题，所以，风险依赖于人为的决定，并能够被人们试图用一些制度化的原则予以控制。<sup>③</sup>

进入工业社会以来，风险已经是工业时代的特征，然而，人类社会跃进发展中的风险问题

---

<sup>①</sup> 近年来的法学类论文，如姜涛：《社会风险的刑法调控及其模式改造》，《中国社会科学》2019年第7期；何渊：《智能社会的治理与风险行政法的建构与证成》，《东方法学》2019年第1期；黄泽萱：《现代风险治理框架下的民意困局及其出路探讨》，《清华法学》2018年第5期；张青波：《自我规制的规制：应对科技风险的法理与法制》，《华东政法大学学报》2018年第1期；宋亚辉：《风险控制的部门法思路及其超越》，《中国社会科学》2017年第10期；劳东燕：《风险社会与功能主义的刑法立法观》，《法学评论》2017年第6期；杨彪：《侵权禁令与执法替代：风险社会公共治理的新思路》，《法制与社会发展》2017年第4期等。

<sup>②</sup> 参见[德]乌尔里希·贝克：《风险社会：新的现代性之路》，张文杰、何博闻译，译林出版社2018年版，第7页。

<sup>③</sup> 参见[德]乌尔里希·贝克、约翰内斯·威尔姆斯：《自由与资本主义——与著名社会学家乌尔里希·贝克对话》，路国林译，浙江人民出版社2001年版，第119-120页。

却不断走向与自反性现代化概念密不可分。换言之，当今的风险和危害在本质上正是其现代性。随着人类社会现代化的不断持续，以古典现代化为要义的工业社会发展模式出现了解体，代之以自反性的现代化阶段的形成和演进。在工业社会时期，科技的运用和生产力的发达给人类带来了充足的物质财富，社会发展也成功达到了现代化的一种形态，同时，工业化也加剧了社会财富分配的两极分化，引发了资源、环境等方面的一系列危机，给人类社会造成了无法抗拒的威胁。在这种情势下，科学理性的进一步过度张扬和把工业化危害作为现代化“副作用”合法化的做法，使得人们试图从控制思维寻求治理办法的努力归于失败。而面对各类不确定风险的迅速增多，政府和市场中各类主体积极采取的各种所谓措施反过来又形成了新的风险。自反性现代化由此展开：现代化进程变得具有“自反性”，日益成为其自身的问题。在自反性现代化下，风险也不再是卫生与科技的供应不足，而是现代化的风险，“其起因是现代特有的”，并将随工业化的进一步发展而系统地增加。<sup>①</sup>

从以上可知，相较于危险，风险具有人为性、现代性、内生性、不确定性和系统性等特性。不仅如此，现代风险突破了地域和族群边界，在空间上超越了地理与文化的限制，直至成为全世界都面临的全球性危害，例如上世纪 80 年代发生的切尔诺贝利核电站事故所引发的问题震惊世界各国，使人们不得不恐慌于这种危及全人类生命的风险。同时，与人类早期的危险相比，现代社会的风险所指的也不再是个体风险，更是一种具有全局性的威胁，它使所有的生命形态（人类、动物和植物等）都处于被威胁或损害关联之中。特别是近些年来，生态环境风险和高科技风险等开始出现新样态，现代化风险的不可控制性与不可计算性已明显增强。更甚者，现代风险具有“建构本性”，它既是受概率和后果严重程度影响的一种客观实在，也是社会建构的产物，与文化感知和定义密切相关。<sup>②</sup>毫无疑问，现代风险不仅危害人们的健康和生命，也不断损伤财富生产和企业利润，也威胁社会运作的正当性，其影响范围和紧迫性程度也会随着利益和价值的多元化而波动。

在风险不断增多的过程中，工业社会的现代化就产生了某种非连续性，进入自反现代化阶段的工业社会在由其自身系统制造出的风险拉动之下，不可避免地转变为了风险社会，风险社会就此形成。由于现代性具有扩张性和趋利性的内在特质，在现代性的影响下，风险传播范围不断扩大、风险强度持续升级、外部世界发展的不确定性大大增强、风险变得愈加复杂化和普遍化，人类正全面迈进风险社会。<sup>③</sup>总体来看，风险社会的突出问题就在于，“在发达现代性中，

---

<sup>①</sup> 参见[德]乌尔里希·贝克：《风险社会：新的现代性之路》，第 7 页。

<sup>②</sup> 参见劳东燕：《风险社会中的刑法：社会转型与刑法理论的变迁》，北京大学出版社 2015 年版，第 18 页。

<sup>③</sup> 参见黄炬、刘同舫：《从风险社会到命运共同体：基于现代性理论的审视》，《学术界》2018 年第 3 期，第 58 页。

财富的社会化生产与风险的社会化生产系统相伴。相应地，稀缺社会的分配问题和分配冲突，也同科技引发的风险在生产、界定及分配过程中产生的问题和冲突叠合在一起。”<sup>①</sup>风险社会的到来无疑给人们的社会生活和社会秩序带来了严峻挑战。“当一个社会具有‘风险导向’时，势必伴随着作出有风险性的决定的人们与承受风险影响的人们之间乖离的现象，同时也经常发生起因于对风险程度的不同评估的纠纷”<sup>②</sup>。在风险社会下，各类层出不穷的风险事件，构成了人们社会生活环境的组成部分，它们与人们的工作生产活动和衣食住行等日常生活紧密相伴却又往往突然而至，使人们不断经受着不确定的心理紧张。

## 2. 中国的风险社会判断

风险社会理论不断扩大了现代风险概念的适用范围，使之与反思的现代性理论联系在一起，从而抽象为一个具有普遍意义的概念，以揭示现代性对人类产生的影响。<sup>③</sup>在中国经济增长和社会变革加快的现实条件下，中国的社会转型持续深入，不仅表现为从传统社会向现代社会的嬗变，也表现出从农业社会、工业社会向更为发达的后工业社会运行的趋势，伴之而来的也是各类风险和危机的不断增多。特别是在全球化浪潮的袭卷之下，世界各地的风险影响被普遍化了，我们已生活在“风险文化”之中，各种变革引发的问题与各类威胁的不确定发生迫使我们越来越多地从风险角度考虑问题。在这种氛围下，关于中国是否已进入风险社会的判断业已突显出来。

一般来说，社会转型和现代化过程当然会催生诸多不同于以往的威胁和风险，正是这些有别于传统的威胁和风险推动了风险社会的形成。基于社会转型和现代化与社会风险、风险社会之间的逻辑关联，对中国的风险社会判断就是要紧扣并展现中国的社会转型、现代化变迁与社会风险、风险社会的关系问题。从时代背景上看，中国的社会转型和现代化演进总体上构成了中国风险社会判断的现实语境，中国的社会转型和现代化为分析中国社会不断出现的各类重大风险展示了复杂的条件，也影响着人们对作为其中重要内容的社会风险的定性。

就此来说，在中国由计划经济向市场经济、农耕文明向工商文明转型过程中，传统的单位模式消解，社会组织在结构和功能上保持分化，社会转型既是社会发展的过程，更是一个产生与酝酿社会风险的过程，对未来的不确定性预期与危机感以及生活压力令社会风险层出不穷：从风险的时代特征看，当代中国既面临着传统风险问题，也不乏反思现代性风险，前者如社会中一直存在的战争、天灾之类的风险，后者包括全球化时代下人类所共同面对的现代性风险亦

<sup>①</sup> [德] 乌尔里希·贝克：《风险社会：新的现代性之路》，第7页。

<sup>②</sup> 季卫东：《风险社会的法治》，《中国法律》2009年第1期，第16页。

<sup>③</sup> 参见倪斐：《风险社会中的宏观调控及其法律规制》，《江海学刊》2011年第2期，第228页。

或反思现代性风险。<sup>①</sup>因此，社会风险的频现为风险社会在中国登场提供了强大的动力支撑，中国的风险社会就在很大程度上为了回应不断显现的社会风险而生成。

中国社会转型期风险的常发表现及其特征已经说明，中国当下社会正处于现代性的风险环境之中，具有了风险社会的特质。风险社会是公共危机常态化的一种表述形式，而社会转型则是中国公共危机常现的重要背景和直接动力，因为中国社会长期积蓄的矛盾、危机都可能在转型时期找到突破点而爆发出来，并转化为伤害或灾难。<sup>②</sup>“在这样一个转型时期，不仅几乎所有风险社会理论所讨论到的、源于现代性的社会风险都在或明或暗地显现出来，而且这种风险可能与社会转型产生的社会风险相叠加、相互渲染，呈现出高度的风险状态。”<sup>③</sup>就现实而言，中国已进入风险社会也是一个具有直观属性的事实，日常生活中高频的衣食住行医服务等方面的各类风险事件使人们凭常识就能判断和感受到生活已陷入风险旋涡，人们通常的生产与生活又在制造着新的风险，这都会让人们具有充分的经验感受性。对此，关注中国的社会现实及其社会转型过程中的治理等问题，就必须关注中国进入风险社会的基本现实。

## （二）风险社会的法治化治理

风险社会需要我们积极地应对和治理。风险社会理论所揭示出来的现代性问题，已为人们预设了面对和解决现实风险无法回避的社会语境，为国家和政府的社会治理勾勒了从事制度建构与改革的重要背景。分析来看，对社会风险的应对可区分为两个层面，一是个体层面，个人会针对所感知的风险采取个体化的处理方法，二是集体层面，通过集体决策或制度性的措施来解决风险的分配与控制问题，虽然这两个层面的努力在社会焦虑感之下均有所增多，但是后者面临着更大的压力。<sup>④</sup>从国家职能角度来说，通过国家和政府圆满履行对社会治理的责任来从集体层面积极回应风险社会的降临，并据此寻求合理可行的风险社会治理之道，更是解决问题的一种必由之路。就此而言，这亟需国家和政府从集体层面上建构和运行具有理性规约能力的社会控制机制来满足风险社会的治理需求。

在制度建构方面，虽然风险社会的治理需要借助多元的社会控制机制，但是现代风险条件下社会安全的保障和社会秩序的维护更多地还是仰仗于法治化的治理，这对中国而言就更为如此。风险不能被消极地对待，风险也是一个充满活力和创新的社会中最积极的因素，只有在对风险加以认真分析和思考的基础之上，妥善地找出解决的方案，才能最大限度的克减风险给人

---

<sup>①</sup> 参见杨春福：《风险社会的法理解读》，《法制与社会发展》2011年第6期，第108-109页。

<sup>②</sup> 参见刘晓亮、孔凡河：《中国公共危机常态管理的多理论视角解析》，《东南学术》2010年第1期，第60页。

<sup>③</sup> 参见吴英姿：《风险时代的秩序重建与法治信念》，《法学论坛》2011年第1期，第30页。

<sup>④</sup> 参见赵鹏：《风险社会的行政法回应：以健康、环境风险规制为中心》，中国政法大学出版社2018年版，第28页。

类带来的不利和负面影响，对此，有效应对风险社会的较为合理的媒介与方式正是通过法律的社会控制，因为与传统社会模式不同，风险社会中最为稀缺的价值需求就是对于确定性的追求，法律作为一种确定性的价值在风险社会的运作中充当着最佳的调控模式，我们应当通过法律化解风险，通过法律吸纳风险，在此基础上将风险社会寓于法治社会的背景之中。<sup>①</sup>

法治是以法律制度为主导的社会调控方式，是一种以普遍法律规范为基本行为尺度和生活准则的国家-社会治理模式。预防、规避和消除风险是现代社会中法治的基本功能，在风险社会下，人们对法治具有较高的关注度和期待值，风险应对与社会秩序的维护和重建更多地依靠法律体系的健全及有效实施。特别是，除了一般意义上的风险，“现代社会不断把固有的危险转换成人的风险，并对这种风险进行制度化处理”<sup>②</sup>，基于法律制度的治理与解决更是自不待言。在风险治理方面，“法律体系的价值和意义就在于规范和追寻技术上可以管理的哪怕是可能性很小或影响范围很小的风险和灾难的每一个细节”<sup>③</sup>。在法治成为主要运行机制与秩序形态的现代社会，法治既是协调利益关系和维持社会稳定的有效途径，也是实现和创新社会治理的基本方式，法治对于防范和化解社会风险、恢复并重整社会秩序发挥着无可替代的作用。

实际上，国家在形成之后对社会的管控大体上历经了三个主要阶段，即军事阶段、建设阶段和管理阶段，其中在最后一个阶段，当国家的管理发展成熟到一定程度就转化为“治理”形态，而社会治理作为社会管理的高级形态和高级形式，与一般社会管理之间的最大区别就在于法治思维和法治方式被真正确立，这也是国家治理实现现代化的关键所在。<sup>④</sup>从中国当代社会近几十年以来的发展历程上看，中国的社会治理逐步走上了法治化运作的道路，社会管理法化成为社会治理的基本路径和渠道，包含法治要义的社会“治理”趋向明显加强。可以说，从当下中国的社会治理现实状况出发，以积极应对风险社会的现代性问题为觉醒，有意识地针对各类社会风险做出回应，从根本上建立社会治理与法治的密切链接和有机勾连，进一步把社会治理纳入法治化的运行轨道，变单纯的社会管理为社会治理并实现社会治理机制的现代化提升，是中国的风险社会治理要着力完成的目标性任务。

诚然，一种良善的社会治理机制应当是由私人自主、社会自治和公共规制相结合而构成的多层次、多元化的社会治理体系。其实，在现代社会的语境下，无论私人自主、社会自治还是公共规制都显然已统一到法治化的治理路径之下，都成为法治得以稳定和发达的重要依赖因素。

---

<sup>①</sup> 参见杨春福：《风险社会的法理解读》，《法制与社会发展》2011年第6期，第109页。

<sup>②</sup> 季卫东：《风险社会的法治》，《中国法律》2009年第1期，第16页。

<sup>③</sup> [德]乌尔里希·贝克：《从工业社会到风险社会（上篇）——关于人类生存、社会结构和生态启蒙等问题的思考》，王武龙编译，载《马克思主义与现实》2003年第3期，第39页。

<sup>④</sup> 参见胡建淼：《国家治理现代化的关键在于法治化》，载俞可平主编：《国家底线：公平正义与依法治国》，中央编译出版社2014年版，第180-181页。

在现代社会结构多元化分解的指向下，利益的普遍分化与私人领域的兴盛使得社会中的自我管理与自律获得确立和发展；同时，多样性社会组织出现和繁荣促进了权力的多中心化与分散化，各类社会组织以其拥有的各种资源和专业性等也形成了群体化的民间自治性机制。现代社会中的这些自主化发展和自治性追求正是法治发达运行的社会基础，完善的社会治理机制倾向于把这些要素与公共规制一起纳入法治化治理的框架。为了社会风险的有效预防和解决，对于把现代性风险业已作为一种社会形态而进行整体性治理的集体应对来说，人们在很大程度上更期待通过优良的法律制度和具有强制力的国家规制进行社会控制，并以之统合社会中基于个人自主和社会自治的调整，在此意义上，法治化的社会治理制度就是风险社会场域中的必然设置。

因此，风险社会的治理需要现代法治。现代法治在本质上是以制约政府权力和保障公民权利为核心、以法律的一般性和至上权威性等为准则的一套制度设计及其秩序状态。“作为最低标准，法治要求建立一个使政府和人民都平等地受到法律的有效约束的体制。在这种体制中，法律是根据预先确定的制度制定的并且是普遍的和公开的。”<sup>①</sup>现代法治与国家的民主政治生活和公民的自由权利保障紧密相连，更与社会的福利分配和秩序安全密切相关，正是现代法治所具有的一系列内在规定性要素，为社会治理提供了有效的规范基础和正当机制，也为现代社会的风险治理储备了制度及其操作上的可能性和可行性。

## 二、作为风险社会治理的现代法治

从法理学上看，完善的法律体系及制度是法治运行的前提条件，但是法治并非就等同于法制，有了法制并不等于就能实现法治。这种法理在现代法治实践中具有丰富的蕴含，对风险社会的法治化治理来说也尤为重要。在现代社会，随着法律调整人们行为和社会关系的广度与深度不断扩展，法律体系及制度的不断发达成为一种趋势，于是，现代法治的操作就应当更加鲜明地聚焦于法律制度自身的价值品质和运行特性。就此来说，风险社会的治理要重视对现代法治的贯彻和实践，更需要在准则层面保持对法制德性问题的持续性回应。

### （一）现代法治是一种高级形态的德性法制

概括而言，法治是一种德性法制，是法律制度具备了一定德性之后的状态。法治是法制的一种目标或深化，法治与法制最根本的区别就在于法治是在法制德性基础上的运作，而现代法治就是一种以发达的法律制度为基础，具有更多德性要求的国家管理方式和社会治理机制。为了说明这一点，我们可以从人类法治演进的逻辑形态<sup>②</sup>和现代法治的本质特征上获得认识。

<sup>①</sup> [澳]切丽尔·桑德斯：《普遍性和法治：全球化的挑战》，毕小青译，载夏勇、李林、[瑞士]丽狄娅·芭斯塔·弗莱纳主编：《法治与21世纪》，社会科学文献出版社2004年版，第273页。

<sup>②</sup> 张志铭教授提出了法治的逻辑形态理论，他认为，从逻辑角度分析，不同时期的法治观念和实践大致呈现出

一般来说，重视法律的权威和作用，把法律作为国家管理和社会控制的主要手段，以通过法律的调整形成国家和社会生活的基本秩序，这就是人类社会最原初的法治形态。这种形态的法治强调以法律来管理，建立依靠法律的社会秩序，只要有法律制度的确立和运行，就可以形成此种意义上的法治，其可被称为作为法秩序的法治。在中国古代法家的主张中，法律被作为管理国家和社会的最基本的手段和工具，“垂法而治”“治民无常，唯以法治”的思想所体现的就是这种形态的法治。作为一种社会规范，法律通过规范人的行为实现调整社会关系的目的，具有一般适用性、国家意志性和强制性等特征，处于任何历史阶段的国家都会把法律作为统治和管理的重要工具，这使得作为法秩序的法治形态在人类法制的历史上能够普遍存在。这诚然不是现代意义上的法治，人类最原初的法治形态并不具备现代法治所蕴含的法律至上、权力制约、权利保障和良法之治等德性内涵。

人类近现代的法治形态正是在作为治理手段的法律制度及其运行获得更多的德性条件下而逐渐形成的。首先，法律作为国家和社会治理的重要手段获得了至高的权威性地位，尤其是法律要约束权力，一切权力都要被置于法律的控制之下，整个社会形成了“法律的统治”。这是近现代法治的关键，也是近现代法治的基本特征和标志。当法律的权威和作用在国家和社会的生活秩序中被抬举到最高或“至上”之位置时，作为“法的统治”的法治形态就脱颖而出，这种形态的法治最大限度地信奉法律的权威和作用，而不是以君王权威、道德教化或神的旨意作为政治统治的圭臬。<sup>①</sup>作为“法的统治”的法治正是体现了现代法治与一般法制之间的重要区别，它肯定了法律在国家管理和社会生活中具有至高无上的地位，特别强调法律对政府权力的规范和限制，要求一切权力都必须服从法律，而仅仅有法制却不一定有这样的要求。<sup>②</sup>

其次，随着人们对“法律的统治”所应当具有的价值内涵的不断追求，法律自身及其运行的品质更加受到重视，这促使法律自身的良好成为现代法治的一个重要内容。法律自身的良好催发了现代法治对法律品质寻求的进一步展开：更完备的法治就不仅是“法律的统治”，而且应该是良好的法律的统治，即良法之治。这无疑是一种更为高级的法治形态，它意味着法律在形式意义上具有良好的品质，且在实质意义上符合更多的美好价值，也在实践中能够得以良善地运行。在作为“良法之治”的法治形态下，不仅国家和社会生活要依法而治，而且法律制度自身和运行过程获得了更多的德性：法律体现了公共意志，包含了权力制约与权利保护的精神；法律至上原则得到确认和贯彻；法律的规范和制度体系健全完备；法律具有明确性、普遍性、

---

作为法秩序的法治、作为“法的统治”的法治和作为“良法之治”的法治三种不同的形态。参见张志铭：《中国法治实践的法理展开》，人民出版社2018年版，第212-214页。

<sup>①</sup> 参见张志铭：《中国法治实践的法理展开》，人民出版社2018年版，第213页。

<sup>②</sup> 参见张文显主编：《法理学（第五版）》，高等教育出版社2018年版，第370页。

公开性等特征，并在实质上符合社会正义标准；法律的制定和实施遵循合理的准则，且法律程序是一种正当程序；执法和司法活动公正、严明而有效率，法律救济途径畅通便民等。

人类法治演进的逻辑形态表明，法治是一种随着法律制度的德性发展而不断上升的社会治理方式。据此，现代法治是建立在法律制度具备更为丰富的德性要素之基础上的一种法治形态。现代法治是比较高级的德性法制，归结来说，此中“德性”强调的正是法律制度自身所应具有的良好品质与保障法律良善运行的理念和原则，其诉求的是国家和社会秩序法治化建构中法律自身合法性与正当性的统一。所以，现代法治不仅是一种法制完备的状态，也不仅是一种依法办事的原则，同时也是一种包含了对作为“法的统治”前提的法律及其运行之品质要求的国家管理模式。这种具有系统性的治国方略和社会治理机制，蕴含着对法律制度自身及其运作过程品质的建设和维护，更注重“法的统治”所应具有德性，也正是这些德性因素使现代法治在其内在意义上区别于一般法制、人治等国家和社会治理方式。

对现代法治是一种德性法制的认识，也可以从许多法学家的论述中获得启示。富勒把法律看作是使人们的行为服从规则治理的事业，并提出了法律的道德性问题，他关于法律道德性的要求其实也就是法律制度的德性要素，这些德性要素已被奉为法治的基本原则。富勒认为，追求合法性之完美境界的愿望就是一套规则系统可以致力于追求八种法律上的卓越品质，即法律的“内在道德”的八个要素：（1）法律的一般性；（2）法律必须向民众颁布；（3）法律不溯及既往；（4）法律的清晰性；（5）法律中不能有矛盾；（6）法律不能要求不可能之事；（7）法律的连续性；（8）官方行动与公布的规则之间的一致性。<sup>①</sup>拉兹也曾列举了法治的八项原则，这些原则既包含了对法律自身德性的要求，也包含着法律制度运行过程中应当遵循的德性准则：（1）所有法律都应当可预期、公开且明确；（2）法律应当相对稳定；（3）特别法（尤其是法律指令）应受到公开、稳定、明确和一般规则的指导；（4）司法独立应予保证；（5）自然正义的原则必须遵守；（6）法院应对其他原则的实施有审查权；（7）法庭应当是易被人接近的；（8）不应容许预防犯罪的机构利用自由裁量权歪曲法律。<sup>②</sup>

除了以上列举式地提出法治所必须的法制德性要素之外，美国学者塔玛纳哈以递增式的方法概括了迄今为止各种版本的法治观念，他的这种概括正是体现了不同形态的法治观念在法制德性方面从比较薄弱到不断浓厚的变化过程。在他看来，人们的形式法治和实质法治观念可以总结为六个版本：（1）以法而治；（2）形式合法性，包括法律的普遍、面向未来、明晰、确定；（3）民主+合法性，即合意决定法律的内容；（4）个人权利，包括财产、隐私、自治；（5）尊严

<sup>①</sup> 参见[美]朗·富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆2014年版，第46-107页。

<sup>②</sup> 参见[英]约瑟夫·拉兹：《法律的权威：法律与道德论文集》，朱峰译，法律出版社2005年版，第187-190页。

权和/或正义；(6) 社会福利，包括实质平等、福利、社群的存续。<sup>①</sup>其中，前三个版本属于形式法治，后三个版本属于实质法治，同时，六个版本之间存在一种在内容上依次增加的关系，即前一类型蕴含在后一类型之中，后一类型在前一类型之外增添了新的内容。<sup>②</sup>

其实，可以说，各种版本法治观念之间的差异并不在于对法律制度重要性的认识不同，而恰在于它们从形式或实质层面上所强调的法律自身及其运行德性的区别。所以，这其中还蕴含着理解现代法治的一种启示性意义：在依法而治的观念下，法治被等同于一种特定的国家治理方式，这是在任何存在法律的社会都可能存在的法治类型，而其他版本的法治类型则是在“依法而治”之外附加了一些更严格的条件，<sup>③</sup>而这些条件即体现了人们对法制德性的不断追加和提升，促使着法治不断具有更为丰富的内涵，现代法治也应运而生。随着当今世界现代价值的不断传播，法治在现代社会语境下已成为一种更具融合观念的治国原则和社会生活方式，虽然受制于政治、经济、历史、文化等不同的社会生活条件，但是现代各国已然开启了以“良法善治”为目标的法治化治理道路。

## （二）德性法制与风险社会的法治形态

在风险社会下，对社会风险的回应和解决必然影响到社会治理的针对性甚至基本目标的设定，社会治理法治化的实施和演绎也势必更加注重现代法治的风险治理基调，现代法治的价值回归和功能主义定位也会再度流行。在此背景下，社会转型与风险社会的治理需求在很大程度上促进了法治运营形态的进一步转换，其必然影响着从法律体系建构到法律实施的各个环节或组成部分的变化，从而使现代法治更加注重法律制度本身及其运行中的德性。风险社会的治理需要现代法治，而风险社会下的法治建设需要重新宣示现代法治的实质和特性，并对现代法治的自身构造与运作机理进行更具风险时代价值倾向性的彰显。

所以，风险社会的法治化治理应以现代法治的德性法制为基础，寻求能够在社会秩序生成意义上有效预防和化解社会风险的法律制度建构和更新，重申能够保障法律有效发挥作用的美好品质与原则理念。由此也可以说，面对风险社会的特点及其治理需求，法治化的治理路径也要符合风险社会对法律制度的变迁要求，既包括法律制定过程中价值选择的侧重，也包括法律实施场合的理念更新、方法转变和制度创新。例如，立法是法律创制的主要途径，是法律制度运行的起点，也是以法治方式来实现社会治理的前提，而风险社会下的立法活动就应当倾向于有意地贯彻风险防范与化解的原则，倾向于构建适应社会风险管控的法律体系。有研究就认为，

---

<sup>①</sup> 参见[美]布雷恩·Z·塔玛纳哈：《论法治：历史、政治和理论》，李桂林译，武汉大学出版社2010年版，第117-118页。

<sup>②</sup> 参见雷磊：《法教义学与法治：法教义学的治理意义》，《法学研究》2018年第5期，第64页。

<sup>③</sup> 参见雷磊：《法教义学与法治：法教义学的治理意义》，《法学研究》2018年第5期，第64页。

风险社会中的立法应当尽可能多地吸纳福利立法的思想，以有助于快速地对即时出现的风险做出反应，应当充分地体现预防原则，以有助于从源头上减少风险的来源，应当体现开放性和包容性的原则，以有助于应对风险的偶然性给法律带来的不确定性冲击。<sup>①</sup>

据此而论，风险社会的法治化治理更强调德性法制，且其对现代法治的法制德性提出了更高、更完善的要求，现代法治需要在法制德性的更多层面上有所提升、发展和创新，以能够科学合理地回应风险社会的治理需求。“风险社会与工业社会具有不同的逻辑，相应地，法律及其发挥的功用也应当适当地予以调整。”<sup>②</sup>与传统法治或现代法治的一般要义有所不同，风险社会下的现代法治显然更针对或聚焦于风险社会的特性，追求能够有利于防范和治理社会风险的德性法制。风险社会的治理需要完备的法制与法治体系，而通过有效发挥法律制度的功能去应对社会风险给人们带来的不利因素甚或灾难，是现代法治必须致力于实现的目标与任务。就风险社会的法治化治理而言，确有必要对法律制度及其德性进行一种更为合理化和正当化的建构与更新。如此来说，伴随着风险社会的形成与纵深推进，现代法治已然转换为一种新的法治形态，即作为风险社会治理的法治。

作为风险社会治理的法治将现代法治的要素与风险社会治理的观念相结合，是一种把普遍主义的现代法治价值诉求与风险社会的特殊应对原理相契合的人类法治形态。作为风险社会治理的法治必然要以能够回应和治理现代风险为导向。例如，面对现代科技的过度运用与张扬所产生的副作用（科技风险），贝克就认为，过去决策的非政治化领域通过对风险的感知转向了政治化，并且应当向公众监督和论辩敞开；诸如公司的经济决定、科学研究议程以及新技术的开发与部署计划等都应该向一般化的商讨过程开放，而且必须为其民主正当性建立一种法律和制度框架。<sup>③</sup>这也告诉我们，在风险社会环境下，法治建设应当及时变更对法律制度德性的追求，积极寻求切合风险治理的法律制度及其运转机制。从法治改革的视角看，这其实也是一种使法律适应社会生活、与社会变迁同步的必要的制度创新，也是整体意义上的法律制度在法律的时代精神、法律的运作体制与框架、具体法律制度等方面的自我更新和完善。<sup>④</sup>

不要忘记，“风险社会的中心论题是：各种后果都是现代化、技术化和经济化进程的极端化不断加剧所造成的后果，这些后果无可置疑地让那种通过制度使副作用变得可以预测的做法受到挑战，并使它成了问题。”<sup>⑤</sup>审视现代风险的固有特性，可以说，这正是以往的法律制度设计

---

<sup>①</sup> 参见杨春福：《风险社会的法理解读》，《法制与社会发展》2011年第6期，第111-112页。

<sup>②</sup> 王贵松：《风险社会与作为学习过程的法》，《交大法学》2013年第4期，第173页。

<sup>③</sup> See Ulrich Beck, "Politics of Risk Society", in Jane Franklin (ed.), *The Politics of Risk Society*, Cambridge: Polity Press, 1998, p.21.

<sup>④</sup> 参见张文显主编：《法理学（第五版）》，高等教育出版社2018年版，第204-205页。

<sup>⑤</sup> 参见[德]乌尔里希·贝克、约翰内斯·威尔姆斯：《自由与资本主义——与著名社会学家乌尔里希·贝克对话》，路国林译，浙江人民出版社2001年版，第118页。

或法治形态不再能够被成功用来规制风险的主要原因。举例来说，以往的法律制度设计一般是把风险作为现代化和科技化等过程带来的副产品加以对待，对风险采取量化计算和控制的思维模式，并没有深层次地发掘和回应风险社会的实质，因而也没有围绕风险的不确定性、系统性和社会性等问题进行相应的法律变革和思维转换。风险社会的法治化治理就需要改变法律对传统确定性、稳定性和合法性的观念，建立一种对公共安全或主体权利具有灵活性和裁量性的保护机制。如果固执于传统的法治目标和价值理念，就不能胜任或适应风险社会的治理。作为风险社会治理的法治就是把能够预防和化解现代风险的法律及其原则作为制度建设、改革和运行的基础与理念，在风险预测、应急、处理、解决与救济等方面不断发展和完善相关的法制德性。

### 三、面向风险社会法治化治理的德性法制

面对风险社会的到来和重大风险问题的频现，法律制度及其运行过程应当为法治化的社会治理提供怎样的品质保障，确实是一个需要认真探讨的重要课题。法律是法治的制度基础，而法律制度拥有卓越品质并能够实现良善运行，在一定意义上构成了现代法治的真正机制。就此而言，专门针对风险社会的实质和特性，健全法律制度发挥功能所必需的准则和规范，建立起有益于社会风险规制的德性法制，为法治化治理提供良善的制度支持，是一种重要的思路。承接本文前述内容来说，因应社会风险治理的需要，风险社会的法治化治理应该在坚守现代法治一般要义的基础上，密切关注法律制度与现代风险规制之间的有机联系，注重从内在（自身）与外在（运行）角度厘定风险治理对法律制度的品质要求和理念诉求。

#### （一）风险社会治理对法律自身德性的“锻造”

现代社会的风险危机既改变了人们的生存条件和生活境遇，也势必在很大程度上改变着人类的法律制度，要沿用法治化的治理路径解决现代风险问题，法律制度也就不得不接受相应的“锻造”，法律的自身品质、价值理念乃至法制的结构与原则等因此也必然要发生一系列的变化。当然，风险社会及其治理对法律自身德性的“锻造”正是与现代风险的实质特性密切相关的，在风险社会条件下，包括风险本身在内的诸多有别于传统社会的要素结成了复杂而多样的相互关系，这都使得风险的应对和治理要求法律制度自身能够适应。

首先，风险社会治理要求法律在确定性、稳定性与开放性、灵活性之间保持平衡。

从风险社会治理的现实来说，制定具有灵活性和弹性化的法律规范可能给重大风险的应急和处理带来更为可期的良好效果。例如，在根据传统的实体法原理对某些重大事项进行正式立法之前，可以先进行弹性化与暂时性处理，诸如制定暂时性规范、附变更保留的规范、赋予观察义务等，<sup>①</sup>也可以借助法律解释等活动所形成的阶段性规范配置相应主体的权利与义务。不仅

---

<sup>①</sup> 参见[德]施密特 阿斯曼：《秩序理念下的行政法体系建构》，林明锵等译，北京大学出版社 2012 年版，第

如此，在应对现代社会复杂多面的各种风险过程中，重视法律中的软法或促进型法的兴起也是搭建法律整体的确定性和灵活性之间桥梁的重要方式。国家法律层面的软法或促进型法本身就具有开放性、号召性、激励性、指导性、宣示性等特点，不同类型的软法或促进型法的创制方式也有所差别，因而能够比较快速、灵敏地回应实践的需求，再加上国家法律如果能够自觉地通过一定机制吸纳或安置包括公共政策、行业规范、专业标准等在内的软法渊源，可以很好地应对风险社会中随时涌现的法律风险，有利于满足风险社会法律秩序的多样性要求。<sup>①</sup>

其次，风险社会治理需要法律能够在规则明晰性基础上迈向更多的原则指引性。

在现代社会，法律应当具有明晰性、一致性，而不是相互矛盾或含混不清，这是法律制度在规范上或逻辑上的重要价值。然而，在风险社会尤其是社会转型的矛盾多发期，社会利益结构和社会关系的复杂使得法律的明晰性价值不能对社会治理保持较好的适应性。对此，改变对法律明晰性的单一坐标要求，增强法律的原则指引性，成为一种可取的法律制度构建理念。基于法律明晰性的规则之治和基于法律指引性的原则之治能够相机适用，不仅可以使法律适应社会发展情况而跟进不断涌现的新形态危险，也可以促使法律在现代风险的多重属性面前保持与外界的资源沟通，维护法律调整的整体意义。例如，针对互联网金融风险的社会特性，先进的互联网金融监管就应包含规则监管与原则监管相机适用的理念，以实现优势互补：对于规则监管而言，监管对象的行为模式明确清晰，哪些行为该为或不该为均是确定无疑的，但它缺乏激励机制，反而限制了监管对象的创新行为，而原则监管具有足够的灵活性，还为受监管对象提供了生存和成长的空间，有利于监管对象的发展壮大。<sup>②</sup>

再次，风险社会治理促使法律在公平、秩序、自由和效率等价值之间具有选择倾向性。

在现代风险规制过程中，法律的内容或调整方式难免会出现价值选择上的竞合情况，其中最常见就是在公平与效率、秩序与自由之间的竞合，这就需要具有倾向性的设定。风险社会治理促使法律制度的价值选择更具钟摆式的变化，尤其是在某特定领域的风险规制方面表现明显。例如，在针对重大交通或生产事故风险进行法律规制时，基于对侵权法的经济学分析会要求法律活动考虑相关的成本与效益问题，以效率而不是严格公平的价值倾向性来设定预防事故的激励机制，在实际的案件处理时，法律就倾向于根据效率标准把其活动最能影响到事故发生的当事人作为事故伤害成本的最后承担人。所以，法律自身固然要兼顾多种美好价值的实现，但是在某些场合因为法律调整目标的改变，需要在一定范围内对某种价值及其方法进行有所提升的运用，风险社会中法律出现价值之间的有限摆动正体现了针对和回应风险的目的。把法律

---

154 页。

<sup>①</sup> 参见俞世峰：《风险社会中的法律评估、困境及出路》，《学术探索》2015年第8期，第53-54页。

<sup>②</sup> 参见许多奇：《互联网金融风险的社会特性与监管创新》，《法学研究》2018年第5期，第30页。

这种在价值选择上的有意倾向性用于风险的治理，能够让法律的调整具有针对性、反思性和适时性，同时面向社会变化保持着修正的可能性。

最后，风险社会治理要求法律责任的分配与承担具有更多的事先预防性。

随着工业社会向风险社会的转型，法律责任的分配与承担也必然发生较大的变化。以污染损害风险为例，为了着力填补风险的制造者与受害者之间的信息鸿沟，举证责任需要把放任原则(没有证明是危险的就是安全的)调整为有意预防原则(没有证明是安全的就是危险的)，证明负担分配也实现由受害者原则向污染者原则转变，这就是要迫使风险制造者时刻保持观察义务，确保其生产经营与学问智慧、技术发展水准同步，以减轻自身的论证负担和可能的经济损失。<sup>①</sup>贝克更是指出，我们还在继续采用所谓的“污染者付费原则”作为识别和清除风险的渠道，而现代化风险因受其结构限制不可能基于这一原则在总体上得到充分解释，单一的污染者通常并不存在，且常常与某些并不明确的疾病存在关联，在这种情况下，如果还有人坚持严格的因果证据，他便扩大了对工业污染和文明疾病的否认，而减少了对它们的识别。<sup>②</sup>所以，正如工业社会让无过错责任成为过错责任的重要补充一样，风险社会让法律责任的分配和承担也应该有相应的调整或转向，这也是法律德性的生长。

## (二) 风险社会的法治化治理倚仗法制运行的德性

与前风险社会不同，现代风险社会的特殊性使得社会治理更多地要应对和解决社会风险带来的各种难题，作为法治化治理基础的法律体系也不得不在传统的规范作用之外增加更多的社会作用，法律制度改革和改革也由此变得更为复杂。在风险社会下，风险治理和社会秩序重塑对法律制度提出了更高的要求，不仅显著地影响着法律自身特性和理念的转换，也使法律制度的实施机制无可回避地一改故辙，走向回应现代风险治理的变更之路。作为风险社会治理的法治也是在法律相应品质之上对法制运行德性的进一步希求和获取。法律制度实施机制的变更就立足于风险治理所必需的法制运行德性，就此而言，风险社会的法治化治理必然也要倚仗法制运行的德性。

### 1. 立法的科学性与针对性

风险社会治理的主要关注就在于如何通过认识现代社会风险的本质和客观性，来有效地应对和解决其给人们生产和生活带来的各种灾难，而法治化治理的主要关注就在于如何通过法律的调控来实现这种目标，并以之确立风险社会的良好秩序，维护人们的正当权益。这就要求立法必然要以科学性为根本的目标性准则，并在对立法科学性的寻求上力求尊重和体现风险规制

<sup>①</sup> 参见王贵松：《风险社会与作为学习过程的法》，《交大法学》2013年第4期，第175页。

<sup>②</sup> 参见[德]乌尔里希·贝克：《风险社会：新的现代性之路》，第67页。

的客观规律。马克思曾指出，社会不是以法律为基础的，相反地，法律应该以社会为基础，法律应该是社会共同的、有一定物质生产方式所产生的利益和需要的表现。<sup>①</sup>在社会转型和现代化变革的过程中，正是由于各类风险的层出不穷和突发性，风险社会成为了一种社会形态，人们对生产和日常生活之确定性与可预期性的期求超过了以往任何时期，而社会风险的防范与处理又必须借助国家和社会的整体力量，这就使得作为社会控制主要手段的法律在科学性方面更具针对性。从立法策略和技术上看，法律必须针对风险的发生与防治及时作出反应，立基于风险控制的规律要求实现立法的连续性和适时变动性，在分清轻重缓急的同时注重立法的全面性、融贯性和系统性。

## 2. 立法的过程性与民主性

现代社会的立法是一种具有过程性的活动，且必须坚持民主性的原则。立法的过程性和民主性之基本意义就在于，它为通过立法形成公共意志以调整 and 解决社会问题设置了一种合理的方案，特别是其中的公众参与机制提供了社会公众参与立法决策的渠道，推动了公众与国家之间进行商讨的可能性。风险社会治理应当重视立法的过程性与民主性，究其原因，一方面，现代社会的高度科技化和科学理性的过度张扬使政治机构加强了决策的科学论证，过多的工具理性被用于政治决策中又容易产生更多新的社会风险；另一方面，现代风险曾长期被当作经济或科技的“副作用”加以合法化，对风险的陈述与界定也往往被利益化，人们对可接受的和不可接受的风险也常常无法获得可预期的共识。<sup>②</sup>“在面对风险社会带来的种种风险之际，合理地运用民主理念，吸纳更多的民众参与期间，有助于从整体上为抵抗风险社会提供多元的渠道和途径。”<sup>③</sup>所以，社会治理要重视对立法过程的开发，不断拓展民主立法的实现路径，尤其是要保障社会公众参与立法活动的有效性和充分性，使事关重大风险问题的法律决策建立在具有开放性和包容性的立法机制之上。

## 3. 执法的合法性、合理性与应急性

在风险社会下，政府及其执法活动是对社会风险最具能动性的处断组织和程序，风险社会的治理也已然使政府的行政管理在严格依法而为的基础上朝着更具合理性和应急性的方向发展。当然，这并不意味着行政合法性原则意义的消解，在风险社会的治理过程中，行政合法性作为基础性准则反而应予强化，越是在风险社会的境遇中，建立有限政府的法治原则越需要得到维护，<sup>④</sup>它决定了法律作为社会调控方式的基本性质。在合法性原则之外，行政合理性和应急性原

<sup>①</sup> 参见《马克思恩格斯全集（第六卷）》，人民出版社1961年版，第291-292页。

<sup>②</sup> 参见王贵松：《风险社会与作为学习过程的法》，《交大法学》2013年第4期，第169页。

<sup>③</sup> 杨春福：《风险社会的法理解读》，《法制与社会发展》2011年第6期，第110页。

<sup>④</sup> 参见徐显明：《风险社会中的法律变迁》，《法制资讯》2010年第6-7期，第36页。

则与应对现代风险的需求甚为契合,<sup>①</sup>它们能够保障行政权的行使对社会风险控制与处理的效能,为政府在风险社会中圆满履行社会管理和公共服务职能提供积极有效的指引。特别是行政应急性原则的运用,“就是要在非常态的情况下,也建立一种法治秩序,行政机关可能采用一种非常态手段应急,但是这种非常态手段的运用,虽然不是‘规定动作’,却仍然是在法治框架内的‘允许动作’。”<sup>②</sup>所以,坚持行政合理性和应急性原则为风险社会背景下公共应急法制体系的建设凝聚了相应的价值基础,也是在危机管理中奉行实质法治主义的要求。

#### 4. 司法的规律性与积极性

在风险社会下,司法被赋予了通过案件审理与纠纷解决来处理社会风险的功能。“如果说社会冲突或纠纷是风险的神经末梢,那么社会解纷机制就是感知风险的触角,司法是其中制度化最高的风险探测器。”<sup>③</sup>司法通过提供裁决这种公共产品来实现对社会的控制,并以此在社会风险的法律处置过程中起到核心作用。在这其中,司法在人们的社会生活中获得了更多的期待,当风险出现带来纠纷时,社会公众越来越倾向于向法院寻求纠纷的解决办法。由此,风险社会的司法活动也不断走向对积极性司法的追求。积极性司法是对社会转型时期社会纠纷剧增背景下司法之功能和运作形态的一种定位,<sup>④</sup>也可以在风险社会中用来表述法院和法官充分发挥主观能动性、积极应对经济与社会领域不断涌现的各类风险问题而应有的作为或功能。风险社会的治理显然需要积极性司法,尤其是需要法院和法官积极运用法治思维、法律思维和法律方法,有效应对和处理各类纠纷中的社会风险问题。这就要求司法活动在恪守司法规律的前提下完满承担司法职责,增强法院案件审理对社会风险的处断和消解作用,为风险社会的法治化治理提供强有力的司法保障。

### 四、中国风险社会治理中的德性法制建设

#### (一) 基本理念的再度厘定

从以上论述可知,风险社会的治理需要现代法治,并在本质上需要一种以具有卓越德性的法制为支撑的现代法治,而作为风险社会治理的法治就是专门针对现代风险的特性,以风险社会的良善治理需求为指向的法治形态。在风险社会下,社会风险的应对和控制必然要与法律制度发生联系,要防范和治理现代风险给人类带来的不利后果和危机,包括法律在内的制度创新必不可少。作为风险社会的法治揭示了现代风险治理对法制德性的更多要求或更新,风险社会

---

<sup>①</sup> 作为对合法性原则的突破,行政应急性是指在面临重大突发事件等紧急情况下,行政机关为保障公共利益和公民根本利益,可以采取没有明确法律依据甚至与法律规定相违背的行动和措施。参见莫于川:《公共危机管理的行政法治现实课题》,《法学家》2003年第4期,第120-121页。

<sup>②</sup> 刘莘:《行政应急性原则的基础理念》,《法学杂志》2012年第9期,第8页。

<sup>③</sup> 吴英姿:《风险时代的秩序重建与法治信念》,《法学论坛》2011年第1期,第36页。

<sup>④</sup> 参见张志铭:《中国司法的功能形态:能动司法还是积极司法?》,《中国人民大学学报》2009年第6期,第40页。

的法治化治理就是要在认识风险社会本质的过程中不断有针对性地提升或重塑法制德性。这是本文论述的一个基本结论，其对中国风险社会治理带来了重要启示，即中国风险社会的法治化治理必须重视相应的德性法制建设。就此来说，通过德性法制建设为风险社会的法治化治理提供制度指引和保障，正是中国风险社会治理中法治建设的重点和倾向性所在，这对中国的风险社会治理至关重要。

所以，风险社会的治理需要以现代法治的德性法制建设为要旨，中国的风险社会治理尤为如此。风险社会的降临和现代风险的多发不断给人类法律制度的革新提出了警示或要求，甚至在科技和经济高度发展的背景下，由于法律制度自身缺漏和被破坏也导致了所谓的制度风险，都促使法律制度要进行不断的变革与完善。例如，环境法的兴起正是在人类生态危机加剧局面下产生的一种法律制度革新：传统的法律制度以人为视角思考问题并提供法律解决方案，在规制环境问题上也本着人类中心主义的思维方式，但随着人们环境观念的转变，人类应当停止对自然的肆意掠夺、相信动物与人类一样具有“平等的生命权”等理念不断得到承认，以维护生态平衡、尊重动物生命等为价值导向变革传统的法律制度，或建立专门的环境法律制度就成了很多国家的选择。<sup>①</sup>目前中国的环境法发展和生态文明法制建设可以说也正体现着这种嬗变。

要应对和控制现代社会风险，就要进行相应的法律制度建构或创新，而法律制度的建构或创新应当重视对法制基本德性的建设。职是之故，中国风险社会的治理需要立法者、执法者和司法者等有意识地把对社会风险的防范、处理和化解，落实到风险治理所要求的法治思维、原则运用和技术操作层面，从中国社会治理和法治实践的现实出发，通过提升或重塑法律制度的德性要素，为实现风险社会的良善治理提供可靠的法治化路径。这是中国风险社会的法治化治理应当秉持的一种理念：融贯地推进法制德性建设，理性地推进法律制度的改革和创新，使风险社会治理的总体法治化规划和各项具体法律的运营在德性法制的统摄下相互配合地适当。这种理念构成了中国风险社会法治化治理的价值信仰和精神要件。

## （二）当下中国风险治理中的德性法制建设难点

中国的风险社会既有现代风险社会的特质，又伴随着社会从传统到现代的剧烈且不平衡的转型，传统风险、现代性风险以及社会转型本身带来的风险叠合存在。在当下中国的风险社会治理过程中，法治化路径的实施既要寄托于现代法治因应风险社会对法制德性的创新和拓展，按照现代风险的治理要求推进中国的德性法制建设，更要聚焦于中国风险社会生成的时代特征和具体场景，认真解决德性法制建设领域的难点问题。就后者而言，结合现代法治原理与中国社会的现实特性，本文认为特别需要注意以下四个方面的建设。

---

<sup>①</sup> 参见侯佳儒：《环境法兴起及其法学意义：三个隐喻》，《江海学刊》2009年第5期，第146-148页。

第一，加强法律调整的一致性和可预期性。在中国当前的社会背景下，法律调整的一致性和对社会风险的预防功能亟需被抬高。面对中国社会的日益复杂化、差别化和风险化，法律对社会治理的重要作用就在于要为民众提供公共行动与集体判断的统一标准，帮助人们消除社会生活中的不确定性，增强人们参与社会生活的预见性。在社会转型与重大风险不断加剧民众焦虑感的现实语境中，形式主义的法治仍然是中国社会治理应当迈向的目标，人们对法律一致性和可预期性的寄望无疑超过了以往任何时候，它们成为中国法治建设与社会治理最应该珍视和维护的有关法律的品质。<sup>①</sup>风险社会必须消除法律的随意性，法律调整就要强调从一般性的规范出发，特别是在治理社会广泛关注的疑难复杂问题时，即便是关于法律的解释内容也应以法律的一致性和可预期性追求为导向，构建同等情形同等对待的法律效果与社会效果，使法律活动符合形式正义的普遍性要求。

第二，增强法律体系建构的开放性和社会性。经过多年的积极建构，一个门类齐全、结构完整的当代法律体系在中国已经基本形成。中国当代法律体系的建构大致可以称之为是以立法为中心、以立法机关为主要载体的立法建构，这是一种经过事先的立法努力而达成自足圆满的法律体系的理性主义建设思路，在这其中国家机构充分扮演着法律规范制定的主导角色，并以各级立法机关的立法和行政立法为主要形式。<sup>②</sup>跟随社会演进，法律体系也处于不断的完善与发展之中，为应对社会转型和现代风险的治理，中国当代法律体系显然需要增强开放性和社会性。在社会转型与风险社会的影响下，社会主体的作用及其活动空间明显增大，公权力运作系统之外的社会生活的法治化建设变得十分重要。<sup>③</sup>在社会治理领域，既有法律体系的完善就要以覆盖更多的社会空间为指向，而只依靠法律的国家创制就难以自足。增强法律体系建构的开放性和社会性，正是要铺开社会规则的国家认可途径，形成法律体系对社会自治规则的接洽或延伸机制，使法律体系在应对社会转型和现代风险复杂变化的过程中能够获得自我生长的弥散功能。

第三，注重法治政府建设的多维性。无论是从传统到现代的社会嬗变还是风险社会的形成，都对政府的社会管理职能带来了深刻的冲击与挑战，社会转型要求政府的社会管理方式也要随之转型，对此，当代中国已把法治政府建设作为重要的目标推进。法治政府是在政府的组织和管理活动中贯彻法治原则的政府，也是在社会转型过程中奉行治理理念的政府。法治政府重塑了政府和社会的新型治理关系，社会转型治理的复杂性、风险规制的适时性和能动性也要求，风险社会的法治实施需要把法治政府建设的多维性价值充分发掘出来。在此方面，注重法治政

---

<sup>①</sup> 参见杨知文：《社会学解释方法的司法运用及其限度》，《法商研究》2017年第3期，第57页。

<sup>②</sup> 参见张志铭：《转型中国的法律体系建构》，《中国法学》2009年第2期，第141-150页。

<sup>③</sup> 有关法治社会及其建设问题的专门研究，参见陈柏峰：《中国法治社会的结构及其运行机制》，《中国社会科学》2019年第1期，第65-88页。

府建设的多维性也成为当下中国风险社会治理的应有之义。由此，把依法行政作为政府行为的基本准则，守法政府、有限政府、廉洁政府和责任政府就是法治政府的基本品质；同时，还需要形成和确立科学化、民主化和规范化的行政决策机制，保障行政决策的程序正当和过程公开，建立健全权威高效的执法体制，政府为社会提供准确、及时和全面的信息，政府政策和决定保持相对稳定，<sup>①</sup>这都蕴含着法治政府也诚然是理性政府、民主政府、透明政府、效能政府、服务政府和诚信政府。

第四，维护司法处断案件的终局性。在当下中国，社会矛盾的增多与风险问题的频发必然要依赖多元的纠纷解决机制。然而，多元化的纠纷解决必须维护司法处断案件的终局性。司法解决纠纷的原理就是“通过程序实现正义”，“判决不被随意推翻，是审判权威最基本和最本质的内容，司法的终局性作为审级制度的核心内涵，它以司法的统一性、正确性和正当性为基础，又反过来决定着司法的正当性和统一性。”<sup>②</sup>没有司法的终局性作为后盾，纠纷解决的渠道越多反而越会导致纠纷的不能解决。在风险社会下，以恢复或重建社会秩序为使命的司法活动更应当有意识地以裁判的终局性为圭臬，防止风险性矛盾的肆意扩散和无从解决，这对中国风险社会的治理来说也是难点。从现实来看，当下中国司法处断案件的终局性受到了很大挑战，不仅各种非正式的解纷办法消解着司法裁决的效力和权威，而且大量已发生裁决效力的案件藉由再审频繁启动，也不断破坏着裁判的终局性对司法审级制度的意义。这就确实需要把维护司法的终局性作为新时期法治建设的重要目标，以克减司法终局性不足对风险社会治理产生的负面影响。

## 五、结语

现代社会创造着越来越发达的文明，却也使我们开始“生活在文明的火山上”。<sup>③</sup>风险社会的到来，让我们身不由己地陷入了各种现代性危机之中。风险社会需要积极面对，而风险社会的治理确需现代法治。从逻辑形态上看，法治是一种跟随法律制度的德性发展而不断上升的社会治理方式，风险社会的法治化治理就是要因应现代风险的特性及其治理需求，在法律制度的德性方面实现更多的提升和更新。对当下中国来说，无论是法律自身的德性还是法制运行的德性都要能够适应或满足风险社会法治化治理的期求和挑战，塑建作为风险社会治理的法治已成为中国法治现代化发展的重要方向。目前，实现各领域的现代化仍是中国社会发展的基本目标，社会治理在很大程度上面临着如何衡平经济、社会及制度的现代化与现代性风险防范之间的关

---

<sup>①</sup> 参见《中共中央国务院印发〈法治政府建设实施纲要（2015—2020年）〉》，《人民日报》2015年12月28日，第1、2版。

<sup>②</sup> 参见傅郁林：《民事司法制度的功能与结构》，北京大学出版社2006年版，第17页。

<sup>③</sup> 参见[德]乌尔里希·贝克：《风险社会：新的现代性之路》，第1页。

系问题。就此而论，当下中国社会的法治化治理就应以风险时代的到来为契机，以现代法治的运营规律和社会演进的现实要求为观察坐标，把法治实践中的法制德性建设作为要义，推动法治理念与法律制度在总体和具体层面上更新或变革。

## 基层社会犯罪治理的历程、逻辑与经验（1949-2019）

### ——以浙江龙泉为例

张健\*

**摘要：**新中国成立 70 年以来，犯罪治理经历了改革开放前 30 年、改革开放初期、新时期三个阶段。三个阶段的治理模式因为治理主体、治理内容与方式的区别而呈现出不同特征。尽管这几个阶段治理模式存在巨大差别，但在深层次上却遵循了一脉相承的内在逻辑。随着改革的深入，国家治理模式发生了深刻变化。针对基层社会犯罪治理面临的挑战，国家主导的多元主体参与治理为改革提供了方向。

**关键词：**犯罪治理；治理模式；基层社会；龙泉

在国家治理的诸多领域中，犯罪治理是分析与观察国家治理变迁的重要切入点。在中国这个疆域辽阔、历史悠久的超大型国家治理结构中，犯罪治理具有基础性地位。本文以浙江省龙泉市为例，利用龙泉司法档案<sup>①</sup>将犯罪治理放在国家政权建设的历史进程中考察，将犯罪治理模式的变迁归结为国家为了实现其治理目标而推动治理方式转变的过程。<sup>②</sup>在此研究视角之下，本文试图关注两个问题：第一，国家治理转型的过程中，随着国家治理方略的改变，犯罪治理的模式与力量发生了哪些变化？第二，从国家政权建设的角度出发，建国 70 年来，在基层，犯罪治理模式演变的动因何在？遵循了哪些规律与逻辑？由此，文章也试图同时描述国家治理转型过程中犯罪治理方式的历史变迁图景。

传统中国的基层社会是秉承了“皇权不下县”的“县政村治”。在基层，家族与宗族是主要的组织，以亲属与血缘关系构成人际关系网络，借助族长、族规、族谱等对社会进行治理。

---

\* 张健，（1986-），男，汉族，山东省临邑县人，江苏大学法学院副教授，硕士生导师，吉林大学法学院博士后。本文系笔者主持的中国博士后科学基金第 65 批面上资助项目（2019M651224）的阶段性成果之一。

<sup>①</sup>2007 年，浙江大学地方文书研究团队无意中在龙泉市发现一大批晚清民国司法档案，引发了海内外史学界与法学界的强烈关注。龙泉司法档案时间自咸丰八年（1858）始，是目前所知民国时期保存最为完整、数量最大的地方司法档案。2015 年入选中国档案文献遗产。2019 年 9 月，《龙泉司法档案选编》第四、第五辑出版。文章使用的司法档案则包括晚清民国以及新中国成立后两部分。

<sup>②</sup>当然，这些模式并非泾渭分明，而是存在一定程度的交叉与重叠。不过，理想类型的研究方法可以使我们更好地把握 70 年来犯罪治理的变迁轨迹。

除了家族、宗族等主导治理的自发秩序，基层社会的治理还依赖国家与乡村之间的乡绅精英。这些非正式制度对基层治理起决定作用。正如清代龙泉司法档案里显示的，轻微与一般的刑事案件在州县官员看来属于民间细故，大都以调解结案，这表明帝制时期的龙泉地方司法实践相当一部分案件依赖民间调解与官批民调的方式结案了。<sup>①</sup>这一利用民间力量与准官员解决纠纷，进行犯罪治理的策略被黄宗智先生称为国家治理的“简约主义”。<sup>②</sup>20世纪初，中国开启了现代化进程，国家权力开始下沉，国民党政府时期试图对基层社会作出改革以实现国家对基层社会更严密的控制，但这一进程并未取得成功。1949年，中国共产党取得政权后，对基层社会的治理结构做出改变，形了国家对基层社会的全面控制。

### 一、全能主义治理模式

新中国成立以后，共产党通过土地改革、合作化、集体化等运动，发动群众摧毁了基层社会的宗族家族势力，取缔了士绅乡绅与土豪劣绅在社会治理中的地位，基层社会的自治功能消亡。国家权力以前所未有的规模与深度全面深入基层，管控了社会各个领域。国社一体的体制初步完成了国家政权建设任务，进而形成了以苏联为样本的全能主义国家。全能主义国家特点是国家与社会的一体性、政治中心的一元性、政治动员的广泛性、意识形态的工具性以及国家封闭性。<sup>③</sup>高度集中的计划经济体制与政治体制，形成超级“利维坦”。在“全能主义”治理模式的运作中，国家是治理命令的唯一发布者，政社合一、高度管控的社会治理系统按照国家的意志将社会的每一个人固定于特定位置，确保了社会整体运行稳定。可以说，建国以后的国社一体的社会结构以及高度统一的意识形态为犯罪治理提供了基础性的支撑。此一时期，龙泉地方的政治结构、经济运行、社会意识形态等发生了本质的改变。长期处于国家政治边缘的基层社会被推到历史的台前。接踵而至的“大跃进”、“人民公社化”将基层社会原本松散的草根力量强制纳入到国家体制之中。

#### （一）“两类矛盾”下的斗争与改造

刑事司法模式往往是适应某一特定时期意识形态的副产品。不同国家的刑事诉讼模式，主要是各自社会占据主流意识形态的结果。<sup>④</sup>改革开放前30年，国家权力下沉到基层，国家至上的价值观传输到刑事诉讼领域，打上了深刻的烙印。进入1949年之后，“革命时期大规模的急

---

<sup>①</sup>张健：《晚清民国刑事和解的第三领域——基于龙泉司法档案刑事案件官批民调制度的考察》，《中国刑事法杂志》2013年第4期。

<sup>②</sup>黄宗智：《重新思考“第三领域”：中国古今国家与社会的二元合一》，《开放时代》2019年第3期。

<sup>③</sup>聂伟迅：《论20世纪中国全能主义政治及其成因》，《江汉论坛》2007年第9期。

<sup>④</sup>左卫民、周长军：《刑事诉讼的理念》，北京大学出版社2014年版，第17页。

风暴雨式的群众阶级斗争基本结束，但是阶级斗争还没有完全结束”。<sup>①</sup>以保卫革命胜利果实为主要任务的人民民主专政，对人民司法工作也提出了一整套全新的要求。随着 1952 年司法改革的结束，原有司法机关中旧有的司法人员在划分政治身份与阶级话语以后已经被悉数清除。与此同时，由革命斗争相联系的退伍军人进入法院并占据主导地位，而人民法庭的建设则将国家的权力渗透到边远的基层社会。基层社会人民法庭成了国家意志在基层社会中的物化表现。它强化了群众对国家权威的认同和忠诚，巩固了国家政权的合法性基础。

“谁是我们的敌人，谁是我们的朋友？这个问题是革命的首要问题。”<sup>②</sup>新政权是建立在一个阶级推翻另一个阶级的基础之上，为了巩固革命秩序和革命成果，建国初期的刑事司法以阶级分析作为基本支撑。与国家本位相适应，诞生了集权型的刑事诉讼制度。这一诉讼模式的目的在于高效率地打击犯罪。在国家本位的刑事诉讼体制中，打击乃至消灭犯罪是国家刑事诉讼最主要的职能。整个犯罪治理程序，从侦查、逮捕、起诉再到审判，如同流水作业一般，尽可能确保对被告人有罪判决。集权型的诉讼模式表现为权力的集中性、程序的反理性、程序的工具性。在改革开放前 30 年相当长的时间内，公安机关主导了犯罪治理模式的运作，这不仅表现在 1949 至 1955 年，公安机关垄断了侦查与起诉职能，而且在 1957 年之后，主导了公检法三机关的运作。为了最大限度地打击犯罪，诉讼程序被工具化。在这里，国家机关权力集中且权能混淆。权力高度集中于侦控机关手中，缺乏有效的制约与平衡。犯罪治理模式重实体，轻程序，审判机关的审判依据是国家政策，诉讼程序带有明显的工具主义的色彩，诉讼程序的独立性与自治性不足。侦控机关往往被视为正义的化身，而被控诉的个人则成为邪恶的代表，辩护制度被批判。

“人是可以改造的”构成了无产阶级罪犯改造观的理论体系。在改革开放前 30 年，司法的一项重要的政治功能就是改造社会与政治动员。对于轻微的刑事案件，适用调解。建国初期，龙泉法院的工作主要集中在打击地主、恶霸地主、反革命等方面，对于一般群众的刑事案件，采取调解方式结案。1957 年以后，“两类矛盾”的提出深深地影响了此后龙泉法院 20 年的审判工作。“政法机关斗争的锋芒始终指向革命事业的最凶恶的敌人……在对人民内部级少数人实行法律制裁时，应力求做到恰如其分，绝对不可以简单从事，否则既达不到教育本人的目的，也达不到教育群众的目的。”<sup>③</sup>自 1957 年开始，分清两种矛盾、采取不同的处理方式就成了县法院

---

<sup>①</sup>毛泽东：《关于正确处理人民内部矛盾的问题》，《人民日报》1959 年 6 月 19 日第 1 版。

<sup>②</sup>毛泽东：《中国社会各阶级的分析》，载《毛泽东选集（第一卷）》，人民出版社 1991 年版，第 4 页。

<sup>③</sup>郝晋卿、吴建璠：《在政法工作中如何严格区分两类矛盾和两种处理矛盾的方法》《政法研究》1964 年第 2 期。

工作报告中经常提到的内容。人民内部矛盾的提出本来是为了提倡通过说服教育方式处理矛盾，以区别于对敌专政方式。面对这样的现实政治任务，司法机关必须正确区分人民内部矛盾与敌我矛盾，并根据不同性质的矛盾采取不同的处理策略。比如翁宝金、赵仪云打架一案的悔过书。

#### 悔过书

我于本年四月间与赵仪云打架事件，因思想落后侵犯人权。现经政府教育，认识以前错误，保证今后不敢再犯，愿受政府依法严厉制裁。特此悔过。

具保证人：翁宝金<sup>①</sup>

在此案中，我们看到龙泉法院对翁宝金采取了批评教育的态度，然后赔礼道歉，赔偿医药费。不过，此一时期的和解与其说是当事人之间的和解倒不如说是对当事人的“挽救与改造”，所以，本案中，被告人翁宝金也因为“思想落后侵犯人权”而受到教育。类似案件属于人民内部矛盾，所以采取了“团结—批评—团结”的民主方式，通过惩罚达到教育的目的，以维护社会秩序和增强人民内部的团结。并且，从案件类型上来说，法院通过批评教育方式处理的这些案件大多都是轻微的刑事案件或者一些简易纠纷。显然，这些案件往往难以与党的中心工作挂钩。所以，对于这些案件或纠纷，由法院出面批评教育即可。

#### （二）群众动员与政治运动

改革开放前 30 年，犯罪治理的一个重要特征就是“官僚体制与群众运动双重并用，互为钳制”。<sup>②</sup>詹姆斯·R·汤森、布兰特利·沃马克认为：“反复出现的群众运动是中共政治自 1933 年以来的一个特征，也是中华人民共和国自成立以来政府运作的一种主要方式。”<sup>③</sup>在一定意义上说，改革开放前 30 年的犯罪治理的历史几乎就是一部群众运动的历史。反映到龙泉地方，政治运动是建国初期法制建设的典型特征。作为配合党开展中心工作的“刀把子”，政治运动往往会使司法活动产生变异。审判中发动群众就是在审判中进行群众动员与法纪宣教。群众路线构成了改革开放前 30 年刑事诉讼的基本特征。一起普通的犯罪案件的开启往往是群众、人民公社与区村的揭发、检举与控诉。刑事证据的主要来源也是群众诉苦过程中的言说与控告，群众意见也相当大程度上左右了法院的裁判。“大跃进”运动开展以后，群众运动参与司法审判，公审公判的威力进一步增强。基层社会也形成了“一般审判→宣传式审判→公审公判大会”这样一个从弱到强的审判模式。接连不断的群众运动使常规的犯罪治理地位日益边缘化。

“人民法院对敌人实行专政，惩治犯罪，必然依靠群众，充分发挥广大群众的智慧和力量，才能完成它的任务。真正成为敌人害怕，群众欢迎的人民司法机关。”<sup>④</sup>改革开放前 30 年的刑事司法通过发动群众大鸣大放辩论，彼此之间互相揭发、批斗与教育，一定程度上取代了司法机关。这一时期的司法机关、人民公社、生产队、单位都是惩罚组织，惩罚开始弥散到基层社会的方方面面。刑事诉讼群众运动带来的最大弊端就是阶级斗争扩大化，国家主义空前膨胀。

<sup>①</sup>《翁宝金、赵仪云打架案》，卷宗号：（1957）龙道刑字第 00111 号，龙泉市人民法院藏。

<sup>②</sup>周雪光：《国家治理逻辑与中国官僚体制：一个韦伯理论视角》，《开放时代》2013 年第 3 期。

<sup>③</sup>[美]詹姆斯 R 汤森、布兰特利沃马克：《中国政治》，顾速、董方译，江苏人民出版社 2007 版，第 116 页。

<sup>④</sup>王云生：《审判工作怎样贯彻群众路线》，《政法研究》1959 年第 6 期。

并且，一旦广泛发动群众的政治运动脱离了正式体制的有效钳制，就往往会“陷入派性斗争的泥沼”。<sup>①</sup>而群众运动又难以常规化运作。在后期，伴随着阶级斗争的扩大化，政治运动冲击了国家正常的政治经济秩序，造成冤假错案，使得龙泉法院的刑事案件呈现出明显的“革命与运动”的特征。

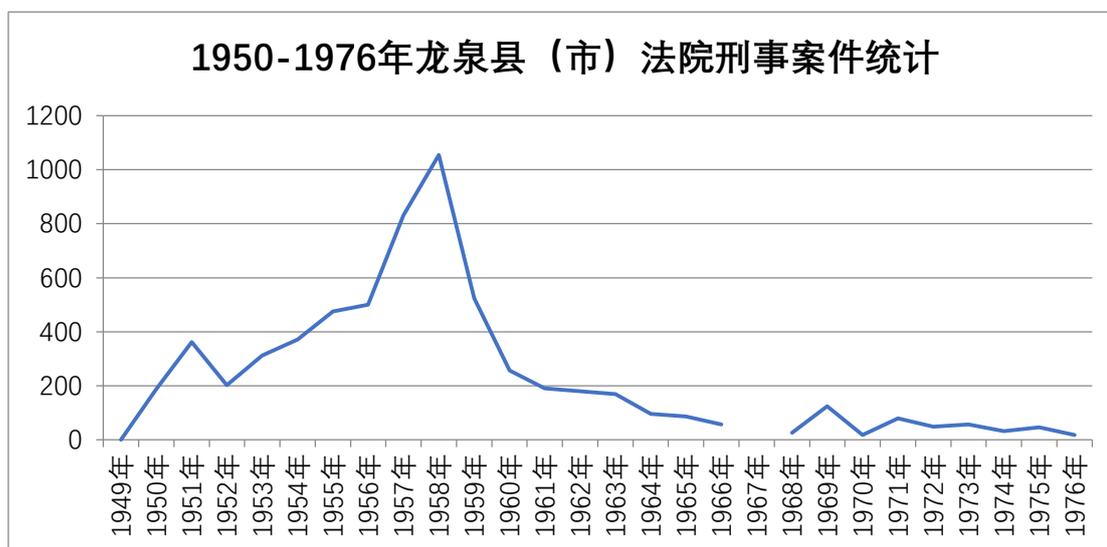


图 1：改革开放前 30 年龙泉刑事案件数量变化图

正如图表 1 显示的，在改革开放前 30 年，龙泉法院刑事案件数量波动明显，在 1958 年达到顶峰，其余每一次波动起伏的背后都有一些特殊的社会历史背景。建国初期，建立和巩固新政权必须要坚决打击各种抵抗力量。1951 年，龙泉发动“土地改革”与“镇反”运动中，被判处死刑，立即枪决执行的有 50 人，审结刑事案件 346 起。1952 年，龙泉县开展“三反”“五反”运动，县法院共审结案件 202 件。此后，刑事案件受案数一直居高不下。1957 年，受到“左”倾思想影响、“反右派”扩大化，以及“大跃进”运动影响，刑事审判工作一度出现偏差，扩大了打击范围，1958 年审结刑事案件 1040 件，这是龙泉县法院成立以来，刑事案件审结最多的一年。1958 年之所以出现犯罪高峰，原因一方面是“三年自然灾害时期”，人们迫于生存，被迫越轨，侵财性犯罪，特别是盗窃罪明显增多，另一方面，特殊时期为了维护社会秩序，司法机关降低了刑事立案标准，加强了打击力度，而后者的作用可能更大。“文化大革命”开始以后，法院处于瘫痪状态，审结案件极少，并且由于数据存在缺失，真正的犯罪案件可能并未列入犯罪统计。由此可见，改革开放前 30 年的犯罪形势变化深受历次政治运动，如“镇压反革命”“三反五反”“反右”“四清”“文革”等运动影响，社会政策和刑事政策，如“上山下乡”“知青回

<sup>①</sup>[美]R. 麦克法夸尔、费正清主编：《剑桥中华人民共和国史》（下卷），谢亮生等译，中国社会科学出版社 2007 年版，第 202 页。

城”等影响也很大。

总之，改革开放前30年，中国自晚清以来第一次实现了社会的整体安定。在基层，在犯罪治理资源薄弱的情况下，国家依靠庞大群众动员实现了社会秩序的稳定。不过，同时看到，由于全能主义治理模式的社会秩序是被人为规划的，社会治理的规模与复杂性都被严格控制，社会被整合起来，整个社会的生活呈现出政治化的特征。全能主义治理模式的弊端还在于其对个性的抑制，个性被消解，抹煞了社会的多元性与复杂性，整个社会表现出活力不足，社会流动困难，结构僵硬。同时，由于全能主义治理模式是自上而下的、命令与控制为特征的治理，所以，社会运行出现的问题很难有效在体系中得到回应与解决。加上政治运动具有盲目性、破坏性与非理性等弊端，以至于冲击了正规的政法体系建设。

## 二、综合治理模式

作为一种新型的治理方式，综合治理酝酿于上个世纪80年代。90年代初期正式成为我国犯罪治理的基本方略。治理综合治理模式诞生于改革开放初期，它是以国家为主导，通过党委领导，以公安等政法系统为主体，依靠政府组织或者政府附属组织推进，侧重严厉打击违法犯罪的犯罪治理综合治理模式。这种治理模式在一定程度上与计划经济时代的治理模式相匹配，以应对转型期基层犯罪治理面临的诸多挑战。它是在各级党委与政府的统一协调领导下，协调各部门、齐抓共管，依靠人民群众，运用政治、法律等多种策略，强化犯罪治理，打击与预防犯罪，保障社会稳定，从而为经济建设与改革开放创造稳定的社会环境。<sup>①</sup>

### （一）常规治理重建与运动式治理兴起

1978年，第八次全国人民司法工作会议上，时任最高人民法院院长的江华驳斥了“文革”中“砸烂公、检、法”提法的荒谬，法院得以正名。<sup>②</sup>此后不久，堆积如山的冤假错案复查工作拉开序幕，司法制度建设开辟新篇章。1979年，《刑事诉讼法》、《刑法》等法律的陆续颁布，这不仅使人民生活与司法机关运作“有法可依”成了可能，更构成了法治建设的新起点。<sup>③</sup>新法律的出台颁布与大规模的平反冤假错案使司法机关开始从幕后走到台前，司法系统得以迅速重建。这一时期，龙泉公检法机关迅速健全，司法人员大幅增编。尽管这一时期的司法机关被称作“专政机关”，但随着国家依法治国方略的推进，龙泉基层司法机关开始以专业化面目呈现出来。

改革开放之后，政治运动退出了历史舞台，但运动式治理却得到保留，不过与政治运动相比，运动式治理明显已经被剔除了意识形态与泛政治性，其范围、广度与深度已大不如前者，

---

<sup>①</sup>浩如：《略论综合治理》，《法学研究》1982年第3期。

<sup>②</sup>江华：《江华司法文集》，人民法院出版社1989年版，第11-15页。

<sup>③</sup>蔡定剑：《走向有法可依》，《太平洋学报》2008年第12期。

更多强调在体制内的动员，是前者的“扬弃”。当常规的治理资源不足以应对高发的社会矛盾，而维稳又成为国家的中心任务时，各种“严打”“集中整治”与“专项行动”等行动就会出现。它表现为大会战、专项治理、集中整治等形式，国家在短期内集中投入大量的司法资源与社会资源对违法犯罪行为进行高强度、高效率的打击。它存在于日常化的治理逻辑之外，强调短期内从严从重，严惩违法犯罪分子，争取犯罪治理的根本性好转。运动式治理历来饱受诟病。<sup>①</sup>在改革开放以后依旧被反复使用，这里面既有国家治理手段的路径依赖，也反映了现有情况下综合治理模式对权威政治的严重依赖。基于国家制度化建设不足、社会资源匮乏的现实背景以及特有的政治文化结构，国家需要间歇性地采取运动式治理来弥补权威性资源流失，于是运动式治理也具有了一定的现实意义。<sup>②</sup>

在1983年，国家为遏制犯罪率的急速增长开始严打。“严打”时期的“从严从重”要求司法机关一味从重从快，这必然导致重刑主义泛滥。在龙泉法院的实践中，“严打”时期刑事案件的“从严从重”主要反映在流氓罪与强奸罪的定罪量刑上，甚至对于涉及道德评价的案件，某些平时可能不构成犯罪的行为，在“严打”期间，也被视为犯罪严厉惩治。这一时期的案件大都反映出定罪量刑的过重倾向。比如周XX流氓罪一案，此案被告人提起上诉

在双方自愿的情况下，哪里来的危害程度？更没有造成任何危害后果……对于我的行为，只认为是思想不健康的生活作风腐败状况，是由于对性生活好奇的幼稚认识而导致的过错行为。我只认为难道男女双方自愿的性行为就必定是流氓范围行为的标准，我所犯的实施情况根本不符合“流氓罪具有主要特征”的第二条解释。根绝“刑法概论学”的逻辑推理，我的这些婚前所在生活上偶然碰到的女性解除中，发生了不正当的量刑关系，实属一般的违法和道德方面的问题……被告人认为：我的行为不能构成流氓罪，只属于一般的道德生活作风问题，在社会上只能收到公众的道德谴责，并不是罪行定性的标准，只是行政处罚范围而已。<sup>③</sup>

在本案中，被告人认为自己的行为属于“一般违法行为和道德方面的问题”，并不属于犯罪，进而提出上诉，但是此案二审裁定认为“……借上诉之际妄图推翻全部犯罪事实，这是徒劳的。只有认罪伏法，早日改造成成为新人，才是唯一的出路”。流氓罪这一“口袋罪”的表述极为模糊导致其内涵外延与边界难以把握，这加剧了司法的惰性与随意性。“口袋罪”为避免漏罪，保障综合治理，打击犯罪等起到重要作用，但也存在显著的弊端，如与罪刑法定相冲突，容易扩

---

<sup>①</sup>叶敏：《从政治运动到运动式治理——改革前后的动员政治及其理论解读》，《华中科技大学学报(社会科学版)》2013年第2期。

<sup>②</sup>单勇，侯银萍：《中国犯罪治理模式的文化研究——运动式治罪的式微与日常性治理的兴起》，《吉林大学社会科学学报》2009年第2期。

<sup>③</sup>《周XX流氓罪案》，案号：(1984)龙刑字第00012号，龙泉市人民法院藏。

大打击边界,侵犯人权等,另外,在司法操作上也极具难度和障碍。其实,纵观改革开放几十年的历程,龙泉法院关于适用10年以上有期徒刑的案件就主要集中在80年代。的确,“严打”在短期内一定程度上抑制了高发的犯罪率,稳定了犯罪治理。但短暂安宁之后,龙泉出现了更多更严重的犯罪,因为盲目采用重打轻防的运动战方式来治理犯罪,片面化、极端化将只能导致阶段化的惩治效果,起不到除根的作用。

## (二) 党委领导、齐抓共管与高压维稳

综合治理模式意味着犯罪治理是一项高度复杂的社会系统工程,需要充分依靠执政党的权威,整合全社会力量进行齐抓共管。所以,它在治理主体上具有一定的广泛性从而实现体制内资源的有效动员。同时,面对改革开放以来体制外资源日益发展的现实,国家也把新生的市场和社会资源纳入体系中,在旧的治理体系引入市场、法制等要素,拓宽治理空间,形成了庞大的综合治理体系,形成了以党委领导,以公安、政法系统为主体,社会各部门齐抓共管综合解决治理问题的治理模式。

综合治理模式体现了其对社会秩序稳定的追求。“维稳”一词基本上与我国社会转型同步出现,是我国改革开放初期的一项政治要务。它最大特征在于其政治性,以党政首脑为核心,综合领导各级政府力量,全面参与,把稳定视为政治任务并上升为国家战略,通过政治、法律、行政等多种手段与方式加以解决。维稳是中国转型时期应对社会矛盾的一种治理样态,它是国家回应民众抗争、化解社会矛盾、维护社会秩序稳定运行的系统总称。在综合治理模式中,依旧延续了自上而下的运作体制,形成了“压力维控型”的模式,表现为自上而下的、指令性的工作机制。

在综合犯罪治理模式中,其支撑性力量表现为“自上而下”的行政力量,其体系表现为常规治理与运动式治理相结合。公民参与只是一种外在的,由政府发动的被动配合式的参与。在综合犯罪治理模式中,各级党委和政府统一调度,要求群防群控、齐抓共管,共同承担治理责任。这种模式具体表现为:在领导层面,从中央到地方形成了以各级政法委为节点的垂直领导体制,尤其是在地方,由政法委员会牵头,联合公安、检察院、法院、工商、税务等政府职能部门以及共青团、妇联等社团组织再加上社会力量形成“群防群控”的严密治理体系。在责任制度层面,基于管理的便利实施领导责任追究制度,即“谁主管,谁负责”,同时,实施“一票否决权制”。“一票否决权制”是犯罪治理综合治理目标责任制的一项重要内容,与相关单位的荣誉称号、主要领导、治理责任人评先、评优、受奖、晋级工作同步进行,目的在于建立一种奖惩结合、赏罚分明的激励和制约机制,以形成上下一心,齐抓共管的治理格局。

综合治理模式是转型期中国“稳定压倒一切”的时代产物,它一方面保证了改革开放初期

社会的基本稳定，但另一方面其弊病也日益显露，陷入“越维稳越不稳”的怪圈之中，综合治理模式之下，群体性事件仍有发生，社会问题并没有彻底解决，它只是外力强压下暂时被遮掩。这样的稳定有时是以牺牲公民权益为代价实现的。探寻社会稳定有序运转的新模式已成为中国长治久安的必然要求。

### 三、迈向合作式治理模式

随着改革开放的逐渐深入，尤其是党的十四大确立市场经济体制以后，进入新世纪，原有的社会问题逐步解决，中国也发生了两个重大变化，第一是市场化带来了一定程度的自由，第二是民主政治，尤其是基层民主迈出了重要步伐。在市场化改革中，基于私人领域的社会组织得以发展，公民个人还可以通过社会组织、社区等途径参与公共事务治理。这在相当程度上已表明国家基于自身能力与目的的考虑，需要也必须容忍社会力量具备一定的自主性，并让社会力量与政府开展广泛合作。实践也证明，国家与市场、社会组织有效合作共同治理公共事务，能大幅提高治理绩效。与传统的犯罪治理模式相区别，合作式犯罪治理模式打破了以国家为中心的自上而下行政命令、单向管制的指令模式，建立了国家与社会互动合作关系。

#### （一）国家本位刑事司法观念的改造

在人本主义观念的冲击下，国家本位的刑事司法观念与制度安排得到革新。国家本位主义观念下，国家是刑事司法的价值主体。今天，个人的权利，即不特定的、个体的、现实的人才构成了刑事司法的主体。人权保障观念的提出对刑事诉讼的目的提出了革新。为了保障个人的权利与自由不受侵犯，就必须对国家权力进行制约。不受制约的权力必然有被滥用的危险，个人权利的保护必然要求在刑事诉讼程序中严格限制国家的权力。

在龙泉的司法实践中，对国家本位淡化的努力主要体现在刑事诉讼构造的转型，尤其是“侦查中心主义”向“审判中心主义”、“案卷笔录中心主义”向“庭审中心主义”的转型。<sup>①</sup>就龙泉地方司法实践来看，这些转型表现为，落实《刑事诉讼法》修改的理念，在辩护制度方面，辩护与律师制度的发展，犯罪嫌疑人和被告人的辩护权以及刑事辩护律师的地位明显加强；证据上，《刑事诉讼法》的修改、“两个证据规定”等国家立法以及司法实践中对刑讯逼供现象的遏制，对口供中心主义的消解，对证人出庭质证的努力，亲属作证豁免权从过去的正当性论证转向司法实践等等。这些努力都是为了消除超职权主义诉讼模式所带来庭审形式化带来的弊端，进而确立犯罪嫌疑人、被告人诉讼主体地位，保障其诉讼权利，以实现以审判为中心的诉讼改革。

---

<sup>①</sup>胡铭：《审判中心、庭审实质化与刑事司法改革——基于庭审实录和裁判文书的实证研究》，《法学家》2016年第4期。

## （二）社会力量的复兴

20 世纪 80 年代以后，伴随着国家在一定程度上从基层社会中的退出，基层社会自治性力量开始有所恢复，民间自发调解力量复兴。20 世纪 80 年代以后，龙泉地方宗族、家族势力开始复兴，民间协会等民间组织开始出现，尽管民间社会纠纷调解功能已经不如以往，但是他们也在调解中发挥了重要的作用。2012 年《刑事诉讼法》修改，当事人和解的公诉案件诉讼程序写入立法。我们调研发现，龙泉地方民间调解的主体大多是拥有一定社会、政治或者经济资源的人。他们要么有一定的威望，要么对国家政策有一定的了解，拥有比较广的人际交往网络，也有不少是当地村落年轻的“能人”，他们可能是当地的首富，热心于村落的公益事业，在调解中往往有一定公信力。轻微的刑事案件，比如盗窃、轻微伤害、交通事故以及未成年人之间的打架斗殴等纠纷发生以后，民间力量往往会第一时间介入。在下面图表中，我们将社会力量参与司法与传统刑事司法进行比较可以得知社会力量参与犯罪治理所发挥的作用。

表 1：社会力量参与司法与传统刑事司法的比较

	传统司法	社会力量参与司法
司法模式	惩罚：国家—犯罪人	恢复：犯罪人—受害人
犯罪观	对国家的侵害	对被害人及社区的侵害
策略	警察等国家力量垄断	国家主导，社区、民众参与；当事人协商
责任	自由刑、生命刑等刑罚措施	赔礼道歉、社区服务、社会关系修复
社区民众地位	被动参与	作为重要力量参与其中
被害人地位	边缘化	作为核心，得到尊重
刑事后果	以刑罚惩戒为主	有利犯罪人回归社会、恢复社区秩序

当前基层社会犯罪治理实践中出现的诸如治安承包、社区警务、社区矫正等社会参与新样态表明新时期社会力量的成长，它们已具有一定的能力参与犯罪治理，同时也表明新时期国家因应犯罪治理的复杂形势，对社会力量参与社会公共安全事务采取了认可与支持的态度。合作式治理作为一种新型的犯罪治理模式，不仅能够及时有效地回应社会的治理需求，而且对于促进传统国家治理转型具有重要作用。传统的那种强政府、弱社会，国家单独主导治理的局面已经难以解决日益复杂的犯罪治理问题。晚近三十余年的发展，基层社会发生了巨大变化，一定程度上实现了国家与社会的两分，尽管这种分野仍不明显，但是，国家干预的力量日益缩小，基层社会从封闭走向开放，依赖社会自我治理，自我调整特征越发明显。国家犯罪治理模式的

单一治理开始向多元共治模式迈进。

#### 四、新中国 70 年犯罪治理变迁的主要路线与经验

##### （一）70 年犯罪治理的变迁

建国 70 年以来的犯罪治理模式变迁本身就是国家治理现代化转型的产物。犯罪治理处于特定的环境之中，不同历史时期，犯罪治理实践也差异巨大。70 年来的犯罪治理实践是在中国特色社会主义制度框架内进行的，它是中国特色社会主义制度实践的一部分。70 年来犯罪治理变迁轨迹主要表现在以下几个方面。

##### 第一，治理目标：从“秩序为本”到“以人为本”

新中国成立 70 年犯罪治理的从“秩序为本”转为“以人为本”。新中国成立后，全能主义国家治理坚持“阶级斗争为纲”，强调对犯罪分子等被统治阶级专政的政治秩序。综合治理模式中，稳定在国家治理中至关重要的地位，维稳因此也就成为了颇具中国特色的概念，其实质就是追求社会秩序的稳定。在多元治理模式中，国家治理的目标发生变化，从追求“稳定”转向追求“有序”，倡导“以人为本”，注重激发社会活力，促进社会公平正义，突出人的价值，彰显了开放性、包容性和广泛的社会参与性等特征。这就要求国家摆正位置，保护私人尤其是犯罪嫌疑人与被告人的权利，并对公权力的有效监督与制约，消除特权思想与特权行为。这不仅需要完备的法律制度加以规范，更需要细化措施加以落实。<sup>①</sup>

##### 第二，治理主体：从单一到多元

在治理主体上，犯罪治理模式经历了从单一主体到多元主体的变迁过程。70 年来，我国的犯罪治理模式由原来的党和国家单一主体治理的全能主义发展为将公民、市场与社会组织纳入到治理主体的架构中，实现了“多元主体”的治理。在改革开放前 30 年，全能主义的国家治理模式下，个人依附于国家，党与国家作为唯一的治理主体拥有绝对的话语权。改革开放后，国家与市场、社会出现了结构性分离，社会组织大量涌现，政府、社区、市场、居民等力量参与多元共治构成了目前犯罪治理的显著特征。不过需要指出的是，70 年来，“国家始终在场”是犯罪治理的主基调，国家依然是目前最主要的犯罪治理主体。在犯罪治理体系中，国家依旧具有主导地位，这不仅是因为国家拥有强大的技术能力与资源做支撑，而且，犯罪治理与社会秩序的公共属性决定了国家必须占据最重要的位置。

##### 第三，治理方式：“统治”、“管理”再到“治理”

建国 70 年来，中国的犯罪治理模式经历了由“统治”、“管理”再到“治理”演变的三个阶段。改革开放前 30 年，犯罪治理主要依靠国家权力，制度化程度比较低，依靠国社一体的社会

---

<sup>①</sup>王岩，魏崇辉：《协商治理的中国逻辑》，《中国社会科学》2016 年第 7 期。

机构、一元化的意识形态与高强度的群众运动实现，突出群众动员与阶级斗争，在全能主义国家的语境下，犯罪治理是以政权与暴力资源为依托，对社会秩序进行支配与管控。改革开放之后，从“阶级斗争”转向“经济建设”，综合治理模式尽管强调常规性治理与制度建设，依靠科层官僚体制与法治建设实现犯罪治理，但依旧呈现出政策主导的格局，延续运动式治理，政策也因具有灵活性、权威性等优势成为治理的有力工具。此后，“法治”话语逐渐兴起并成为社会秩序重建的强大话语，在“加强社会主义法制建设”的号召下，犯罪治理模式致力于推进构建法治秩序，实现治理的现代化与法治化，限制公权力，保障私人权利。<sup>①</sup>犯罪治理制度是以法律化的面目呈现出来的。

#### 第四，治理内容：从政治运动转向犯罪本身

总体上，建国70年来犯罪治理的重心逐渐从政治运动转向犯罪本身。在建国初期30年一元体制的社会里，长期对“斗争哲学”与“革命理想”的强调对犯罪治理产生了极为深远的影响。打击与消灭犯罪就是对阶级敌人进行斗争，它是在一种你死我活、疾风骤雨式的阶级斗争氛围中开展的。依靠群众斗争来消灭犯罪主导了改革开放前30年来刑事司法的运作，犯罪治理的政治色彩浓烈。政治运动主导犯罪治理。伴随着国家治理模式的转型，犯罪的社会性呈现出来。强调犯罪是对健康人际关系的冲突与破坏，是人们日常生活中发生的强烈纠纷与矛盾。传统的“国家—犯罪人”刑事法律关系二元结构转变为“四元结构”，即犯罪人、被害人、社区构成三角关系，而国家则处于这个三角关系之外。<sup>②</sup>在这一结构中，公民可以通过理性沟通、协商等方式解决纠纷，迈入更为有效的治理轨迹之中。

#### 第五，治理理念：由“自上而下”向“上下互动”转型

自上而下的、命令与控制为特征的治理模式强调秩序与稳定，却往往忽视了大众的权利诉求与社会的有效回应。70年来，犯罪治理模式由权威服从向民主协商转型，逐步从压制型治理转换成为回应型治理。国家行动不单独依赖于等级化的治理，而是因地制宜、因时制宜地引入市场治理与社群治理，而如何激活社会，增进市场力量，促进多元化治理的发展，这正是国家治理体系创新的核心所在。

### （二）中国特色的犯罪治理经验

在70年的基层社会犯罪治理实践中，尽管治理模式几经变化，但一些独特的治理机制却延续下来，至今仍发挥着重要作用。这些机制都是在实践经验中得以遵循的策略，成为了一种可以预见的规律。大体来说，这些治理机制是在党政统合制和基层社会共同作用下的结果，是中

<sup>①</sup>葛洪义：《多中心时代的“地方”与法治》，《法律科学(西北政法大学学报)》2016年第5期。

<sup>②</sup>杜宇：《犯罪观的“交锋”：“刑事和解”与传统犯罪理论》，《浙江大学学报(人文社会科学版)》2010年第2期。

国特色社会主义制度的重要部分。基层社会犯罪治理中比较成熟的治理机制主要包括三个。

### 1. 国家主导

建国 70 年改变了中国上千年一直占据主导地位在基层社会清静无为、保境安民的政治理想。“国家主导”是当代中国犯罪治理的最重要特征。70 年基层社会犯罪治理模式的形成与演进主要依赖于国家治理的变革。基层社会犯罪治理的主要演进动力是国家政权主导的现代化进程，所以，它呈现出较为明显的国家主义取向，伴随着国家治理变化呈现出不同的特征。晚清，近现代国家主义观念产生。国家主义成为一种巨大话语，并在很大程度上主导了近现代中国社会与犯罪治理的走向。晚近百年来，国家力量不断扩张，国家对基层社会的控制从晚清开始逐步强化至建国后完全统合、再到改革开放后，国家有限地退出基层社会的变化过程。相应地，犯罪治理的民间力量也呈现出膨胀—萎缩—复苏的演变过程。

“国家主导”是对当代中国犯罪治理发展形态和发展阶段的描述与概括。国家在社会治理中的角色变革构成了基层社会犯罪治理的主要驱动力。这表现在以下三个方面：首先，国家主导，从根本上讲是强调国家在制度供应中的优先地位，及其在犯罪治理中的基础性作用。与民间社会相比，国家在治理犯罪方面有其独有的优势，国家有强大的技术能力做支撑，这是民间社会所难以企及的。同时，治理犯罪的公共产品属性决定了国家必须在犯罪治理占据主导地位。其次，“国家主导”优势在于以国家权力为主导力量推进社会转型，积极稳妥地推进现代国家制度建设，依赖国家权力创造出权威与活力的社会秩序，社会力量的成长提供空间。第三，国家适应社会发展，追求变革，主动做出政治制度变革。社会力量的发展壮大除了依赖于国家角色的转变，更依赖于国家提供社会治理发展所需要的宏观制度安排，为培育社会力量提供相应的制度支持。<sup>①</sup>国家主导地位并非一朝一夕能够改变。我们应该承认国家主导在历史与当下犯罪治理中的积极作用，向国家统治、社会自治、个人自主三者的协同发展关系努力，最终迈向“良法善治”。

### 2. 正式制度与非正式制度的综合运用

在国家治理的框架中，正式制度是国家正式规定的制度，非正式制度是社会自发形成的制度。可以说，正式制度是指国家为了建构某种秩序或者实现某一目标，采取的制度措施；非正式制度的产生则是与自下而上的经验理性有关，它要么来源于传统，要么来源于人们日常生活中的博弈演化。在晚近百年的国家政权建设的过程中，国家利用诸多手段与策略，诉诸其可资利用的资源，以达到实现治理犯罪的目的，这些策略与手段包括了正式制度与非正式制度。

---

<sup>①</sup>关爽，郁建兴：《国家主导的社会治理：当代中国社会治理的发展模式》，《上海行政学院学报》2016年第2期。

<sup>①</sup>其中非正式制度包括了宗族家族士绅等非正式官僚体系、发动群众、社会组织以及基层群众自治组织等。正式制度与非正式制度之间既相互对抗也相互依存。所以，非正式制度并非总是对抗国家正式制度，它有时也会被国家所利用，成为犯罪治理的手段。

基层社会的犯罪治理既具有长期由非正式制度主导的传统，也经历过国家主导的近乎脱胎换骨的正式制度的变革。无论是70年来犯罪治理与社会秩序的变迁，还是当下还是未来犯罪治理路径选择，都深深地受到两种制度与秩序的影响：一个是数千年来乡土社会积累下来的规则与秩序，另一个是中国共产党改造社会所创设的制度与秩序结构。非正式制度与正式制度在不同时期对基层社会的社会秩序影响不一，不同制度之间力量的变化以及导致了其治理方式的变革，并型塑出了不同时期的秩序结构。

传统中国，基层社会的犯罪治理主要依靠非正式制度，自发秩序强于国家秩序，非正式制度在基层社会的秩序中占据主导地位。改革开放前30年，全能主义治理模式建立，非正式制度被消灭，国家在面临常规治理资源短缺的背景下，借助国社一体的体制，通过强有力的政治动员，发动群众，这既增加了群众对政治系统的合法性的认可，也在提升了治安治理的绩效，然而，政治运动的不可控性不符合常态治理的要求，强控制秩序的成本上升，收益下降。改革开放后，政治运动式微，常规化治理手段得以重建，如何在严峻的治安形势与资源有限的前提下，完成治理任务？国家采取了综合治理模式，强调党委与政府领导下协调各部门、齐抓共管。伴随着改革开放的深入，国家开始尝试将权力下放到社会与市场，引导市场与社会力量参与治理，缓解国家面临的治理压力。这其中，尽管国家依旧担任领导角色，然而社会与市场力量等非正式制度参与其中，实现了体制内外力量的合作。

### 3. 常规治理与运动式治理并存

既有的研究认为运动式治理与常规化治理之间是一种相互替代的关系。运动式治理更是被认为“头痛医头、脚痛医脚”，尽管运动式治理存在于日常化的治理逻辑之外，强调短期从严从重，容易矫枉过正，对公民权利造成误伤，最终难免沦为低效甚至无效的窠臼。<sup>②</sup>然而，反观70年犯罪治理实践，两种治理模式之间并非严格的相互替代关系，正如周雪光认为的，运动式治理在中国历史上反复出现并非偶然，而是国家治理制度逻辑的重要组成部分。<sup>③</sup>两者可以互动，产生协同。常规治理与运动式治理存在显著区别。在对待规则的态度上，常规治理主张柔性的策略主义，运动式治理则采取刚性的政治意识；在具体运作中，常规的犯罪治理的运行主体是政法系统，一般采取了正式和半正式治理等手段，在“不出事”的前提下完成目标任务；而运

<sup>①</sup>周雪光：《从“黄宗羲定律”到帝国的逻辑：中国国家治理逻辑的历史线索》，《开放时代》2014年第4期。

<sup>②</sup>曹龙虎：《国家治理中的“路径依赖”与“范式转换”：运动式治理再认识》，《学海》2014年第3期。

<sup>③</sup>李辉：《“运动式治理”缘何长期存在？——一个本源性分析》，《行政论坛》2017年第5期。

动式治理的执行者则通常是政治化了的官僚，他们执行政策，一般采取“一刀切”式的方式，要求上命下从，执行政策不能产生任何变形。<sup>①</sup>一般情况下，中国超大型国家治理依赖于庞大而又多层次的常规型治理机制，然而，因为存在信息不对称、监管成本高等缺陷往往会导致治理失效，而运动式治理的作用在于暂时叫停常规治理的运行程序，从而达到纠偏、规范边界的目的。所以，运动式治理旨在打断常规治理，防止常规治理过程中出现惰性与失控。这说明，运动式治理恰恰是常规治理失败的重要应对机制。

在犯罪治理方面，常规犯罪治理属于国家进行治理犯罪的一般性方案。它在国家正式司法与社会规范的体制内进行。常规性的犯罪治理机制主导了基层社会的犯罪治理与秩序，而运动式治理则是常规犯罪治理模式失灵的有效补充。常规性犯罪治理的缺陷决定了运动式治理存在的必要性。一方面，转型期，基层社会复杂的矛盾冲突激增，治安犯罪形势严峻，时常冲破日常治理的限度，而支撑常规治理的资源仍旧比较单薄。运动式治理是我国社会转型时期采取的非常规手段，短期内打击犯罪，恢复社会秩序，有较强的公众基础。另一方面，常规犯罪治理机制中，公权力滥用导致犯罪治理绩效底下，遭到公众的质疑。常规性的犯罪治理出现部分失灵时，就需要运动式治理作为补充。它体现了国家治理的实用理性，适应了中央动员性政府对基层社会强控制的治理方式。所以，我们应采取相对平和的态度承认运动式治理存在的合理性与客观性，并进一步拓展研究空间。

## 五、结语

基层社会犯罪治理是一个历史范畴。不同的历史阶段，犯罪治理模式所处的环境与承担历史使命存在区分，导致其主体、对象与策略也不尽相同。新中国70年来的犯罪治理构成了中国特色社会主义制度实践不可分割的一部分。基层社会有着悠久的犯罪治理传统，当前又面临诸多挑战。总结基层社会犯罪治理经验，对实现国家治理现代化的改革总目标具有重要意义。在当代中国，建立国家主导下的社会治理共同体具有紧迫性，而这一关键在于国家与社会的共同转变，进而创新社会治理，推动社会建设，促进社会转型，从而积累社会治理的积极变量，推动犯罪治理的良性运行。

---

<sup>①</sup>魏程琳，赵晓峰：《常规治理、运动式治理与中国扶贫实践》，《中国农业大学学报(社会科学版)》2018年第5期。

## 社区“大党委”：打造城市社区治理新格局

### ——以杭州市 F 区为例

郑俊杰

**摘要：**城市社区治理是社会治理的基础和重要组成部分，在社会转型以及全面深化改革时期，治理理念、治理模式和治理手段都需要不断创新，要实现社会治理整体水平的提高有赖于通过社区这一城市社会治理的微小单元的有效性来促进社会治理的精细化。杭州市 F 区在多年社区共建共治实践基础上，积极探索社区“大党委”制下城市社区治理创新，为加强新时代城市基层党建，完善社区治理体系和机制，实现城市社区治理现代化的实践指向提供了有益经验。

**关键词：**社区大党委；社区治理；基层党建

近年来社会领域的建设与改革备受党委政府的高度关注，国家治理能力和治理体系现代化更被提到一个前所未有的高度。党的十八届三中全会提出了“创新社会治理体制，提高社会治理水平”的重要思想，十八届五中全会进一步提出“推进社会治理精细化”，十九大则提出“完善党委领导、政府负责、社会协同、公众参与、法治保障的社会治理体制，提高社会治理的社会化、法治化、智能化、专业化水平”。F 区自 2014 年 12 月撤市设区以来，作为杭州最年轻的第九区，紧紧围绕区第一次党代会提出“全力建设富裕阳光的大都市新型城区”目标，在加强新时代城市基层党建的背景下，F 区通过创新社区党组织领导下的社区“大党委”协商工作机制，着力构建“服务、有为、和谐”的大都市新型城区社区治理模式，取得了一定的治理效果，但还存在认识不够深入、工作机制不够完善、治理方式不够合理、治理手段不够科学等问题，如何破解这些影响社区治理效果发挥的问题成为本文研究和探讨的重要内容。

#### 一、背景与起因

F 区位于杭州市主城区西南面，辖区总面积为 1821 平方公里，人口近 70 万，城区所在地为富春街道，街道总面积 103.95 平方公里，现有城市社区 50 个。城市社区不仅是城市居民日常工作、生活的主要场所，而且也是城市各种社会矛盾纠纷、利益纷争的聚焦点，作为城市的基本单元和细胞，在整个社会治理体制中，社区治理处于特殊重要的地位，是整个城市社会治理的基础和突破口，其治理水平、治理能力、治理效果等直接影响整个城市的社会治理水平。F 区作为杭州市第 9 区，在杭州加快“世界一流城市”建设进程中，F 全面融入杭州主城区的步伐不断加快、城市有机更新速度也不断推进，也扮演着吸纳大量城市人口的重要角色。传统的社区治理水平和治理能力与大都市新型城区建设的要求之间不适应、不匹配的矛盾日益凸显，主

要表现为以下三个方面：

**1. 社区设置数量不够合理。**由于区级政府层面未对城市社区建设、规划进行顶层设计和通盘考虑，未出台相关的建设实施方案，随着F区城区面积的不断扩大，城市化建设步伐的加快，部分社区出现了管理人口规模偏多、区域管理面积过大等现实问题，直接影响社区治理的效果。比如户籍人口最多的是盘龙山社区（9885人），外来流动人口最多的是巨利社区（10000人）。城郊型社区面积在0.5—1.5平方公里之间，“撤村改社”型社区面积均在1.5平方公里以上。

**2. 社区治理结构不够完善。**部分社区党组织存在领导核心作用发挥不够突出，以党建工作引领社区治理的能力和水平不强，部分社区的个别封闭式小区存在社区、业主会、物业公司之间多年矛盾积累的问题，如2017年银湖街道金都富春山居小区因业主委员会和物业公司之间利益矛盾导致重复、越级上访的情况达57起<sup>①</sup>，严重影响小区居民生活质量，降低了居民对社区的归属感和认同感。

**3. 社区服务水平不够专业。**部分社区人员力量配置不足，富春街道后周社区10余名社工服务4万余群众；牌子多、事务多、盖章多“三多”清理有所反弹，未经许可进入社区的行政事务多达177个<sup>②</sup>；阵地配套不够到位，存在跨区域办公、一楼无办公场所等情况，距离实现精细化服务群众的要求还存在一定差距。

## 二、F区“大党委”制下社区治理实践

近年来F区根据中央、省委和市委关于加强新时代城市基层党建工作的重要部署，及时出台了《中共杭州市F区委关于加强新时代城市基层党建工作的实施意见》（F区委[2018]17号），为进一步发挥党建引领社会治理作用，促进城市基层党组织领导下的基层治理体系和治理能力更加现代化，根据2018年F区社区机构调整、人事变动和社区办公场所变更情况，2019年初F区加强新时代城市基层党建共建领导小组下发了《关于完善社区“大党委”制深入推进高水平社会治理工作的实施意见》（F区域党建发[2019]2号）、《关于深化区级机关事业单位党员干部进社区志愿服务活动的通知》（F区域党建发[2019]3号）、《关于组织开展党建助推高水平社会治理“百日解百难”专项行动的通知（F区域党建发[2019]4号）》等“1+2”文件体系，紧紧围绕推进高水平社会治理的目标，积极探索高水平社区治理机制建设。下面就F区在社区“大党委”制下开展城市社区治理方面的具体做法加以介绍。

### （一）优化“大党委”架构：共建社区治理平台

---

<sup>①</sup> <sup>②</sup> F区委组织部：《浙江杭州市F区：推行“一定四议”协商机制 提升党建引领城市基层治理工作水平》，<http://www.cpcnews.cn>

F区早在1997年就开展《关于在F城区共建文明卫生街道、居民区（村）活动（富委[1997]94号）》为背景的社区多方合作治理的实践尝试，2004年F区出台《F区社区共建、资源共享实施意见（F委办[2004]101号）》深入开展社区共建活动，形成共驻、共建、共享社区资源的良好态势。随着经济社会的快速发展，大量农村人口和外来人口涌入城区给传统的社区管理带来很大的压力，迫切需要在社区层面搭建一个高效、稳定、持续的治理平台。

为更好的发挥社区党组织在城市社区治理体系中的领导核心作用，加强党建引领提升城市社区治理服务水平。2018年F区以50个城市社区党组织为核心，综合考虑区领导联系点、单位驻地和整体平衡等因素，每个社区建立由1名区级领导联系1个社区+1个区级机关作为党建共建牵头单位+其他若干企事业单位参加的社区党建共建联系结对体制，构建以党建共建联系结对为载体的社区“大党委”治理平台。每个社区“大党委”人员构成架构：书记1名（社区党组织书记担任）+副书记1名（社区牵头共建的区级机关单位党组织负责人或分管党建工作班子成员）+委员若干名（辖区内机关、事业单位、行政村、两新组织、外地驻F单位、国有企业等联系结对单位党组织负责人）组成，各社区党组织结合“大党委”成员合理提出社区党组织兼职委员人选名单，报街道党工委审核后下文聘任，同时在社区建立党建共建办公室作为“大党委”日常联系点。

## （二）组织党员服务社区：增强社区居民获得感

F区历来高度重视机关事业单位党员干部进社区工作，连续多年开展的雷锋角、文明劝导等党员志愿服务活动，不仅形成了常态化，同时还探索形成了在省市范围内有一定影响力的工作模式。F区委组织部明确规定每名在职机关事业单位党员每年进社区参与志愿服务活动不少于2次，党员先锋分积分不少于10分，区管领导干部要带头进社区参与服务。采取开放式活动模式，在F区党员“红芯汇”APP平台上发布活动项目，要求每个社区每月至少组织一次活动，允许全区党员志愿报名参加，活动时间原则上安排在双休日和工作日的中午、晚上等非工作时间，社区根据党员干部参与志愿服务活动个人表现情况，如实登记并赋予其相应的党员先锋分积分。

一方面，开展“贴近社会民生”志愿服务活动，社区党组织围绕封闭式小区治理、垃圾分类、背街小巷政治等工作设计载体，采取支部共建、项目认领方式开展活动，重点推动法官、检察官、律师、医生、教师发挥特长，参与社区治理，组织开展服务民生、服务弱势群体、服务公益事业方面的志愿服务活动。另一方面，开展“点亮微心愿”志愿服务活动，针对社区生活困难党员群众、空巢老人、残障人士、留守儿童、外来务工人员等群体，通过社区公告栏、微信号、上门走访等各种方式广泛征集微心愿，组织党员干部进行认领和办理。这些活动的开

展既发挥了党员干部的先锋模范作用，也解决了部分弱势群体生活困难的实际，增强了社区居民对社区的幸福感、认同感和归属感。

### **(三) 打造红色物业管理：拓展社区党建领域**

随着城市化进程的快速推进，大量商品房封闭式小区成为城市社区的主要人口聚集地，封闭式小区居住对象来自“五湖四海”、成员复杂，缺少传统熟人社会的交往联系，对小区和社区的归属感普遍比较低。业主、小区业主委员会、物业管理公司之间矛盾纠纷较多，有些问题长期积累导致多方关系紧张，严重影响居民对小区生活环境的幸福指数。如何建强社区党组织这一基本单元，把党建引领贯穿到封闭式小区治理中，成为一项重要的工作和课题。F区在探索封闭式小区治理中，充分重视以社区党建为引领，构建社区、业主委员会、物业服务公司等多方参与协同配合的治理模式，通过封闭式小区治理向社区和谐治理延伸。

一方面，提高封闭式小区业主委员会中党员干部比例。加强业主委员会筹建和换届过程中候选人资格条件把关，突出把政治标准放在首位，明确提出业主委员会候选人“五不能十不宜”具体情形。2018年6月—7月，根据《关于加强和改进党组织领导下的业主委员会选举工作的实施意见》，在6个新建封闭式小区业主委员会筹建过程中开展试点，有效引导17名机关党员干部进入新建小区业主委员会任职。2018年9月F区委组织部进一步推进全区291个封闭式老旧小区、开放式小区业主委员会新建、换届工作，积极开展机关党员干部、退二线干部和退休干部进社区亮身份、进业主委员会任职“双进”活动，将业主委员会中党员干部比例由17%提升至38%，所有新建、换届的37个业主委员会均实现了党员比例50%<sup>①</sup>以上指标要求。另一方面，积极搭建社区、业主委员会、物业管理公司三方议事协商平台。根据社区“大党委”制的工作要求，每月由社区党组织牵头，召集业主委员会、物业公司和群团组织等，按照社区党组织定方向，居民群众提议、多方会议商议、社区两委会审议、业主委员会决议的“一定四议”<sup>②</sup>流程，做好小区治理中的具体实事。比如富春街道东山社区、鹿山街道东吴社区、银湖街道如意社区等7个相对复杂社区，通过三方联合协商机制，有效解决了东山社区中光花园小区二次供水改造、东吴社区山水御园小区装修垃圾清运、如意社区紫云山庄环卫一体化等50余个遗留问题，达到了议事解决实际问题的效果。

### **(四) 推动党建共建联动：提高社区治理效果**

根据社区“大党委”制要求，积极推动社区党组织与各共建单位开展以“精神文明联创、综合治理联抓、城市管理联搞、服务难题联解”为载体的四联活动，实现“条块结合、资源共

---

<sup>①</sup> F区委组织部：《浙江杭州市F区：推行“一定四议”协商机制 提升党建引领城市基层治理工作水平》，<http://www.cpcnews.cn>

<sup>②</sup> “一定四议”指社区党组织定方向、社区居民提议、多方会议商议、社区两委会审议、业主委员会决议。

享、优势互补、共驻共建”的社区“大党委”格局，推进社区党建引领高水平社区治理工作。首先，文明创建联做。党建引领文明小区建设，结合社区党建共建单位资源，建立1支以上社区文明创建志愿者队伍，抓好讲文明树新风为主要内容的群众性文明实践活动，如垃圾分类、文明出行等。比如富春街道春南社区利用社区“最美家庭”、“最美邻居”、“最美楼道长”评选载体，树立一批先进典型，构建“人和、家和、楼和、社区和”的文明和谐社区。其次，综合治理联抓。依托党员进社区服务载体，组建一支由社区党建共建单位在职党员干部为主体的平安巡防队伍开展社区夜巡，大力开展社区公共安全的防范和宣传工作，提高社区居民的安全感。

再次，城市管理联搞。根据社区环境洁化、序化、绿化、亮化、美化的目标，组织党建共建单位党员干部经常性开展社区环境卫生集中整治活动，积极引导党员干部带头参与生活垃圾分类、文明养犬、防违控违等工作。比如富春街道城西社区针对陈家弄马路市场“脏乱差”问题，城西社区协商敲定方案后，由共建单位党员干部组成服务团队，通过堵疏结合、多方沟通，最终让马路市场退市还路。最后，服务难题联解。根据社区工作实际，社区“大党委”牵头，相关共建单位配合，合力推动服务社区，共同开展解危帮困等活动。比如富春街道太平桥社区针对贫困家庭孩子课外辅导难问题，联系党建共建单位“大学士教育”，为这些孩子免费提供课外作业辅导，减轻了贫困家庭的经济负担。

### 三、“大党委”制下城市社区治理中存在的问题

#### （一）社区治理制度政策设计不够

从F区的情况看，党委政府主要通过发挥社区“大党委”下的党建引领工作来推进城市社会治理，从已有的“大党委”制系列文件中一方面可以看出城市社区治理被放在社会治理的重要位置，另一方面又把社区治理基本等同于社会治理，未对“大党委”制下社区治理的机构设置、运行体制等作出顶层设计，主要表现在以下两方面：

第一，未设置区级城市社区治理统筹协调机构。从《关于完善社区“大党委”制深入推进高水平社会治理工作的实施意见》《关于深化区级机关事业单位党员干部进社区志愿服务活动的通知》、《关于组织开展党建助推高水平社会治理“百日解百难”专项行动的通知》等已有的系列文件看，“大党委”制下的社区治理中一些带有普遍性的治理难题通过一般的党建共建联席会议制度未必有良好的效果，需要由区级层面社区治理协调机构进行统筹、协调相关职能部门落实。

第二，未明确社区党建共建工作运行机制。一方面，党建共建联席会议制度作为社区“大党委”制下社区治理的主要依托平台，承担着共建项目落实、社区治理难题解决等多方面的工作事项，联席会议制度就会议时间、与会主体作出了明确的规定，但未对其中的协商议事机制

程序作出详细的规定。另一方面，党建共建联席结对中社区之间存在结对单位统筹分配不平衡的现象。

## （二）社会协同的治理机制尚未建立

F区“大党委”制下社会治理经过近2年探索初步建立了“党建+社区治理”的运转模式，但在社会协同参与社区治理方面还是一块短板，在解决社区治理难题上主要依靠党委政府的力量来实现，社会协同的社区治理机制尚未建立，主要表现在以下三个方面：

第一，社区社会组织的培育和发展程度不够。现有的社区社会组织主要以开展文化体育、科普宣传、治安巡逻、慈善救助等活动为主，一般通过社区牵头配合社区工作来开展活动。一方面，未能很好的发现和培养其中的精英人物，缺乏对维护公民权益、引导社会政策、解决社区问题等社会治理领域的社会组织的培育。另一方面，缺乏对其的经费投入和激励管理。

第二，志愿服务的长效机制有待进一步探索。F区社区内各类志愿服务组织以向社区居民提供各类便民利民服务为主，这些组织的参与主体以社区在职机关事业单位党员为主，由于在职党员由于考核的要求均能完成每年2次的社区志愿活动，但是在如何推动扩大非党员群体参与社区志愿服务、使志愿服务形成“我为人人，人人为我”的长效机制等上面尚未有突破。

第三，在解决治理难题上未建立有效的协商机制。在调查中发现，社区在面对社区治理中的疑难问题处理时，绝大部分社区在行动选择上以向自己的主管上级即街道办汇报请示进行解决，自行研究解决问题只占很小一部分。第一想到的是求助于街道办、政府职能部门，而不是社会组织，更不会通过政府、社区、社会组织等各方协商、合作共同解决管理中的问题。

## （三）社区居民参与社区治理程度不高

由于社区居民普遍没有把自己当作是“社区人”，而只是住在本社区的“居民”，参与社区治理的意识不强、热情不高，一般以被动的方式参与为主，导致在社区治理上缺乏来自社区居民的内在动力支持，主要表现在以下三个方面：

第一，参与的内容主要集中在各类文化体育活动。参与层次和程度停留在社区管理的一般层面上，各社区中参与最广泛的活动主要集中在“中老年人排舞”活动上面，参与有关本社区居民利益的公共事务的决策和管理活动的还不多见。

第二，参与的群体结构不够合理。当前社区活动的主要群体是社区中的网格（片）长、居民代表、热心社区事务人员、退休人员、社区在职党员，人数在60-70人之间、年龄上一般以社区中老年人为主。在职的中青年人员对参与社区活动的积极性不高，很难发挥他们在社区治理中的中坚力量和重要作用。

第三，参与的有效性缺乏相关制度保障。从相关社区走访来看，经常参与社区活动的人数占整个社区人口数比例是比较低的，同时参与人员对活动具有按兴趣选择的情况，参与上表现出较大的随意性，社区在开展活动时往往成为社区自身的“自导自演”，活动开展的有效性和针对性大打折扣。

#### **（四）社区工作者的专业素质和能力不足**

与国内其他大城市相比，F区社区工作者工作的专业化、职业化程度有明显差距，尚存在一些不能满足当前城市社区治理的短板。

第一，社区社会工作者的专业化程度不高。F区社区工作人员组成来源比较复杂，工作人员的素质和能力上参差不齐。即使是以公开招聘方式进入，在正式公开招聘中，对招聘的专业很少作限制，不少新进人员普遍缺乏相关的社会工作的专业背景，缺乏相关的社会工作知识和技术。

第二，社区工作者队伍的稳定性不强。目前F区社区社会工作者的薪酬待遇一般在每年4万元左右，与机关事业单位中同类人员相比，在社会地位、经济待遇、职业发展上存在较大差距，严重影响社区工作者的工作积极性。每年有不少年轻的社区工作者通过考公务员和事业单位离开社区工作岗位，年轻人员流失严重导致一些社区的工作开展存在困难。

第三，社区工作者工作职责的定位上模糊。在走访调研中发现，随着管理信息化推进，社区工作人员每天在各种平台上的信息维护、台账建设等都要花大量时间，很少有时间和精力去走访了解居民需求，更好地社区提供服务。由于政府是社区各项经费的主要来源，社区只能被动的接受来自政府部门的各项工作，导致为社区居民提供主动服务的精力和时间变得有限。

### **四、完善“大党委”制下城市社区治理的建议**

#### **（一）统筹制定区级层面社区治理制度**

第一，建立区委领导下城市社区治理工作机制。一方面，设置区委领导下的区社区治理工作委员会，工作委员会由区委组织部牵头、各党建共建联系结对单位、各城市社区等相关党组织负责人组成，作为区级层面城市社区治理的最高统筹协调机构，工作委员会办公室作为常设机构，建议将办公室设在区委组织部，便于工作协调和统筹。另一方面，建立社区治理工作的联席协商机制。建议由区委副书记担任联席会议的召集人，参加联席会议的成员单位应该包括组织部、政法委、民政、街道办、社区、社保、公安、城管、群团组织等，联席会议由社区治理工作委员会办公室负责通知，至少每季度召开一次，召集相关成员单位的负责人参加，统筹研究解决社区治理中的突出问题。

第二，完善社区党建共建工作运行机制。一方面，要明确政府各职能部门社区治理中的职

责和分工，将社区党建共建工作作为一项常规工作纳入区委对职能部门党建工作年度考核中，考核结果与职能部门年度目标考核挂钩。另一方面，要根据“最多跑一次”改革的要求，清理政府职能部门中涉及社区治理的权力事项，制定社区治理中的权力清单。同时，积极探索“一定四议”的党建共建工作议事协商程序，构建科学规范有效的党建共建联席会议制度，高质量高效率解决社区治理中突出问题，提高社区居民获得感。

## **（二）积极探索多元协同的社区治理格局**

第一，大力培育和发展各类社区社会组织。一方面要简化社区社会组织的登记备案程序，鼓励社区发现和培养适合本社区实际的社会组织，鼓励和支持其开展活动。另一方面，通过政府购买、经费资助、考核奖励等多种形式加大对社区社会组织的扶持力度，健全社区社会组织诚信自律和分类监管制度，形成组织自律与社会监督相结合的社区社会组织运行模式。

第二，积极推进社区社会工作制度。首先，要加大对社区工作者的教育培训力度。区政府应出台相关的扶持政策，鼓励社区工作者参加社会工作专业化培训，发展壮大社会工作者队伍。其次，鼓励专业社工团体积极承担政府购买服务项目，以及通过政府在社区开发设立的社工岗位，为社区居民提供专业服务。最后，要加快形成“三社联动”的工作机制，形成三方在资源共享、优势互补、相互促进的工作局面，最大限度地满足社区居民需求，促进社区和谐稳定。

第三，加大社区志愿服务体系建设。首先，在“党员进社区”参与志愿服务活动中，积极打造各社区特色的“党员志愿服务”团队，形成社区“大党委”下新的党建品牌。其次，在政策、资金上加大对社区志愿服务的支持力度。要在制度上不断创新，大力吸收社区居民和社区社会组织参与社区志愿服务，建立社区志愿服务的激励机制。从根本上满足社区居民多样的公共服务需求，不断拉近社区与居民的联系和感情。

第四，不断完善社区党建共建合作机制。首先，完善社区共建联席会议制度建设。社区党组织要利用好社区共建的平台和机制，在社区治理中要积极与共建单位加强沟通和联系，取得共建单位对社区治理工作的理解和支持。其次，党建共建工作要做到年初有计划，每季度有总结，定期开好党建共建联席会议，通过联席会议的平台，共同探讨解决社区治理中的新情况、新问题。最后，探索社区共驻共建中活动中多赢局面。共建单位要结合单位资源和专业特长，积极配合社区开展的各项活动，社区要不断创新调动共建单位积极性的做法，促使共建单位在共建中找到自己的地位和角色，努力实现“共建、共享、共赢”的共建新局面。

## **（三）加大社区居民参与意识的培养**

第一，注重培养居民的参与意识。社区应为居民提供多层次、多种类的便利服务，努力解决好涉及居民切身利益的重点问题和热点问题，通过多种途径的宣传教育，让广大社区居民知

晓社区管理和建设的各项活动，促使社区居民理解和关心社区的发展；同时通过制度化的各种活动，使社区居民获得社区参与的能力和素质，注重发挥党员干部在社区参与中的示范带头作用。

第二，拓宽社区参与的渠道和途径。积极拓宽和创新便于参与社区治理的多种渠道和途径，努力调动社区居民广泛参与到社区治理中来，真正使社区居民成为社区治理的中坚力量。要积极培育和发展社区各类非营利性组织，激发其参与的热情，调动其社区参与的积极性。要注意发现和培养社区参与中的骨干和精英分子，提高社区参与的层次，引导其对涉及社区重大利益相关的发展和建设方面的参与。

第三，加强社区参与的制度建设。首先，要积极完善相关的政策制度，明确社区参与中居民的各项权利义务、渠道和机制，以保证社区参与的可持续性。其次，要完善社区志愿服务制度。可探索建立县域内志愿服务银行，通过参加志愿服务兑换相应的社区服务项目，以保证社区志愿服务能长久地开展下去。最后，在志愿服务活动中注重培养社区居民志愿服务精神，提高局面的社区参与热情。

第四，加强社区居民参与社区治理的机制建设。一方面，从健全和完善社区自治规章制度落手。大力推进社区“三务公开”制度，开好面向全体社区居民的民情恳谈会、工作成效评议会，规范涉及社区重大公共事务的民主决策程序。另一方面，积极运用信息技术推动社区居民参与社区治理。充分运用社区微博、社区微信、社区热线等畅通社情民意诉求沟通的新渠道和新形式，吸引社区居民的广泛参与，大力培养社区居民的社区意识。

#### **（四）加强社区社会工作者队伍建设**

第一，加强社区社会工作者的专业化建设。首先，把好人员招牌入口关。在公开招聘中逐渐提高招聘的层次和专业背景要求，从源头上保证社区社工作者的专业素质和能力。其次，加强专业化培训力度。可以委托相关高校、社区学院等进行系统化的专业培训，重视其工作实践能力的提高。最后，积极鼓励学历提升和职称晋升。对于达到规定学历文化程度和获得相应职业水平考试资格证书的人员，给予相应的学费补助和职业资格津贴。

第二，减轻社区社会工作者的行政工作负荷。作为街道办和上级政府，要逐步减少行政事务的下放，减少社区行政色彩过浓的局面。同时，注意社区社会组织的培育，通过各种优惠政策、激励保障机制，让社会力量也广泛参与到社区社区治理工作中来，减轻社区工作者的行政工作负担。

第三，完善社区社会工作者的激励保障机制。首先，在经济待遇上应逐步提高工资收入水平。根据本地区的经济发展水平和财政状况，逐步提高其收入水平，从而调动其工作积极性。

其次，在政治待遇上给予一定的倾斜。一方面，在担任各级党代表、人大代表、政协委员的名额上，要为基层社区的党政主要负责人留出一定的名额和比例。另一方面，对服务社区工作达到一定年限的社区社会工作者，在机关事业单位招考和干部提拔上给以一定的照顾。最后，在职业发展上，要规范社区社会工作者的职务聘任和晋升制度。将社区社会工作按照专业技术岗位进行设置和管理，根据相关条件进行职务聘任和晋升。

第四，加强对社区社会工作者的培训力度。一方面，要将参加培训作为社区社会工作者继续教育的范畴，作为年度考核的一个指标。建议由组织部门牵头，民政部门配合，将社区社会工作者的管理培训纳入年度的干部培训计划中，培训所需的经费纳入政府财政预算中，以党校、行政学院、社区学院等培训机构为主体，培训中注重实务能力的提高，增强其解决实际问题的能力。

#### 参考文献

- [1] 宋雄伟. 社会组织参与城市社区治理的制度环境与行动策略[J]. 江苏社会科学, 2019(02):155-164.
- [2] 孙锋, 王峰. 城市社区治理能力:分析框架与产生过程[J]. 中国行政管理, 2019(02):53-59.
- [3] 张艳国, 李非. “党建+”在城市社区治理中的独特功能和实现形式[J]. 江汉论坛, 2018(12):125-130.
- [4] 黄建. 城市社区治理体制的运行困境与创新之道——基于党建统合的分析视角[J]. 探索, 2018(06):102-108.
- [5] 叶本乾, 万芹. 新时代党建引领城市社区治理的逻辑契合和路径选择[J]. 党政研究, 2018(06):39-45.
- [6] 吴子靖, 顾爱华. 共同体视域下中国城市社区治理的功能整合[J]. 行政论坛, 2018, 25(04):100-105.
- [7] 王海荣, 闫辰. 党建引领城市社区治理创新:问题与发展[J]. 中共福建省委党校学报, 2018(02):46-55.
- [8] 黄玮. 以党建助推城市社区治理创新[J]. 人民论坛, 2018(05):92-93.
- [9] 王佳. 构建更好的城市社区治理协调机制[J]. 人民论坛, 2018(02):62-63.
- [10] 褚松燕. 城市社区治理中的关系与逻辑及其整合[J]. 探索与争鸣, 2017(04):89-96.
- [11] 陈燕, 郭彩琴. 中国城市社区治理:困境、成因及对策[J]. 苏州大学学报(哲学社会科学版), 2016, 37(06):36-41.

## 法院诉源治理的异化风险与预防

### ——基于功能主义的研究视域

周苏湘\*

**摘要：**作为“枫桥经验”的创新实践，“诉源治理”是当前地方法院源头治理纠纷的重要改革方向。从功能主义视角分析，该改革方案具备正当性。然而，以Q市为考察对象，发现既有的实践存在有损法官“中立”角色、超出能动司法界限的伦理风险，架空立案登记制、模糊诉中调解与和解的界限、冲击国家机关职能分工的法治风险，以及诱发纠纷非实质性化解、人案矛盾非实质性缓解的技术风险。遏制地方法院诉源治理失范趋势，需要以对“司法为民”辩证解释为逻辑前提，在主观层面强调法院的非中心地位和司法裁判功能为先；在客观层面，在法院资源二分与差别化绩效考核的基础上，强调治理理念在司法裁判中的融入，司法社会工作在网格化治理中的嵌入。

**关键词：**诉源治理；源头治理；法院；功能主义；风险

#### 引言

为缓解司法系统的人案矛盾，多元化解社会纠纷，2016年四川成都市法院在吸收“枫桥经验”的基础上创新探索出“诉源治理”改革方案，取得较好的治理效果，并获得中共中央和最高院的认可。所谓诉源治理，就是将诉讼案件从源头上化解，包括诉讼外部的化解和诉讼内部的化解。其主要通过三个层次的部署加以实现：一是在基层治理上避免减少纠纷的发生；二是避免已出现的纠纷形成诉讼；三是通过诉非衔接渠道化解已经形成诉讼的纠纷。<sup>〔1〕</sup>2019年7月，为“依法保障胜诉当事人及时实现权益”等，中央下发《关于政法领域全面深化改革的实施意见》。基于“诉源治理”改革方案对人案矛盾的缓解作用以及中央肯定的立场，由此，该制度成为当下众多地方法院纷纷探索的改革方向，“诉源治理”成为当下不少法院文件、工作报告的热词。然而，由于对该改革方案的误解，以致地方法院在具体实践中采取了频繁主动出击，为地方经济安全、秩序保驾护航等举措。改革实践似乎与法院的传统定位存在冲突，由此引发一系列疑问：法院诉源治理是否具备正当性基础？当下法院诉源治理的实践是否存在风险？更进一步提问，如果存在风险，其产生原因是什么？法院又该如何化解该风险，以促进自我功用的实现？

\* 周苏湘（1993-），女，江苏扬州人，东南大学法学博士研究生，研究方向：行政法学。

参考文献

〔1〕晨迪.化纠纷于诉外 止纠纷于诉内 成都“诉源治理”走向全国[N].成都日报,2018-12-27.

遗憾的是，囿于诉源治理尚处于改革试点阶段，目前鲜有学术智识给予其一定的关注，而实务人员多从政策角度对其一味褒扬，尚未对其正当性基础和已有实践的潜在风险进行深入思考。基于此，笔者以Q市中院及其下辖的7个基层法院诉源治理改革试点工作为研究对象，以其诉源治理的实践及成效数据样本为基础，围绕上述问题展开论述与回应。

## 一、追本溯源：法院诉源治理的正当性基础

在理性与科学备受推崇的时代，正当性是决定制度能否有效存续的关键。一项改革会因其缺乏正当性基础而沦为一个伪命题，由此后续诸如风险及其控制等相关问题便无可探讨空间，因此，法院诉源治理的正当性证成是基础性问题。

### （一）分析视角的选取

实证主义创始人孔德、进化论法哲学学者斯宾塞等人认为人类社会和生物机体一样是由各要素组成，各要素之间相互配合，协调一致而又各司其职，形成“普遍的和谐”状态，维持社会有机体的发展。<sup>①</sup>上述观点构成了原始的结构功能理论，也是功能主义的滥觞，随后经英国学者马林诺夫斯基、美国学者帕森斯等人发展与修正，形成今日应用于众多社会学领域的重要分析工具——功能主义。在功能主义看来，功能假设、功能角度在阐述和分析某个社会行为过程中是不可缺少的，<sup>②</sup>这也决定了功能主义视角具有明显的问题导向思维特征。由于社会是各要素内部分工、相互依赖联结而成的整体，不同要素满足不同的社会需要、发挥功能，进而维持社会的稳定，因此，功能分析离不开对部分以及部分对整体的作用分析。结构功能主义代表人物帕森斯认为，社会系统的存在与维持必须满足四种功能条件——适应功能、目标达成功能、整合功能和潜在模式维持功能，四个功能又对应不同的子系统，包括为经济系统、政治系统、社会共同体系统和文化模式托管系统，不同系统之间不断交互影响，共同促进社会系统的平衡与稳定。<sup>③</sup>诸多系统的再分和变量分析使得功能主义呈现出复杂、精细的特征，但从上述内容可以看出其核心观点主要是围绕着功能、系统以及整合展开，分析视野则是从个体到群体再到社会逐渐扩大。司法改革是政治制度的重要组成部分，其改革发展与效果既受限于社会背景，也会影响社会，因此，有关司法改革的命题分析不宜立足于严格规则主义，从是否存在明确的法律依据来断定改革正当与否，而宜以功能主义为视角立足于社会系统的平衡稳定来观察、分析，避免因割裂、局部地看待事物而造成的误判与武断，尤其在在建构层面，问题导向的思维特征能避免改革走向形式主义和虚无主义。

---

<sup>①</sup>参见倪正茂：《法哲学经纬》，上海社会科学院出版社1996年版，第197-200页。冯波编：《西方古典社会学理论》，中国传媒大学出版社2016年版，第28-34页。

<sup>②</sup>A.R.拉德克利夫-布朗著.原始社会结构与功能[M].南昌：江西教育出版社.2014.167.

<sup>③</sup>[美]约翰逊著；南开大学社会学系译.社会学理论[M].北京：国际文化出版公司.1988.530-543.

## （二）功能主义下法院诉源治理的正当性证成

立足于我国当下社会形势,伴随着我国权利话语地位的提高和民权意识的发展,“息诉无讼”的传统思想逐渐被公民抛弃,寻求第三方解决矛盾的意愿日益高涨,大量纠纷也因此涌入信访、法院等国家职能机构。无论是个体纠纷,还是群体纠纷,抑或是公民与政府之间的纠纷,都会给个体、社会和谐埋下不稳定因素,而其中绝大多数的纠纷是可以通过非诉途径加以化解,因此,如何从源头化解、治理纠纷是当前我国社会发展的主要需求之一。社会需求的变迁也给社会系统提出新的要求,否则社会系统的稳定难以为继。作为社会系统的重要组成部分,也是社会纠纷重要化解途径之一,司法结构的完善影响着其功能发挥,也影响着社会其它组成部分,进而在整合的基础上对社会功能产生巨大影响。审视法院诉源治理,“从源头化解纠纷”这一目标可以看出该改革方案的功能定位迎合了社会系统的发展需求。

前已述及,子系统以及组成部分的交互依赖也影响着某一组成结构的功能发挥。从整合的角度看,一项司法改革能否有效实现受制于其相应的社会资源的分配与调控,以及社会形势赋予的角色期待。需提及的是,角色是指“处于一定社会地位的个体,依据社会客观期望与规范,借助自己的主观能力适应社会环境所表现出来的特定行为模式。”<sup>[①]</sup>如果资源调度跟不上改革的需求,如果角色期待与其实际承担的角色相冲突,必然会有碍于改革功能实现,甚至沦为威权压制下的竞逐功利的工具。就资源调度而言,近几年的法院系统财政改革、人员编制扩大、经费保障等措施为法院诉源治理提供了一定的物质支撑。就角色而言,在以往多项司法改革中,法院的角色被定为政策服务者,与法院传统角色定位相冲突,法院角色定位的迷失不仅造成司法国家化与地方化的冲突,也导致法院的基本构成因子——法官的角色迷失,进而导致司法公信力的流失和权威的矮化。反观此次法院诉源治理改革,从上述三层部署看,该改革方案赋予法院的角色期待是纠纷化解者,而非政策服务者,与其实际角色相一致,符合司法规律。综合上述内容,可以看出,法院诉源治理的目标追求以及以三层部署为内容的改革框架符合法院既往的角色定位,迎合了民众在新社会形势下对法院的新要求,具备正当性基础。

值得注意的是,关于从司法能动主义出发,为该司法改革寻求正当性基础的观点。对此,笔者并不赞同。从西方舶来的司法能动主义与司法克制主义相对应。司法克制主义是指“案件应当尽可能以最狭窄的依据来裁判,而毋需解决不必要的问题,尤其是政治性或社会性争执的学说。”<sup>[②]</sup>相应的,司法能动主义的本源意义是指“法官不囿于先例或者成文法的约束,而是根据社会公共政策、实质正义等要求对立法权或者行政权进行约束,从而为社会不公提供司法救济的

---

[①]王亚新等著.法律程序运作的实证分析[M].北京:法律出版社.2005.428.

[②]王荔著.当代中华司法民主问题研究[M].北京:中国政法大学出版社.2016.83.

法律方法。”<sup>〔1〕</sup>从二者的原旨教义可以看出其围绕着法官法律适用过程而展开。匪夷所思的是，司法能动主义自引入我国后便不断添附新的内容，以致以讹传讹，到了完全脱离其原意的地步。诚然，有学者认为政体的不同决定了我国司法能动主义的诠释不同于美国模式，需要法院承担维护社会稳定职能，最大程度的实现社会价值、政治价值等。<sup>〔2〕</sup>然而，从西方舶来的司法能动主义原是以权力分立为基点，如果严重脱离于其原旨，不仅会引发法学理论的认识混乱，还会给刑法、行政法等部门法的交流徒增壁垒。同时，抛却观点内核而其进行“修正”也会使移植与比较的意义大打折扣。从诉源治理的三层部署可以看出其主要内容是通过多种手段化解纠纷，并不针对法官裁判。试图以司法能动主义支撑法院诉源治理，其实际是对司法能动主义的误读。

## 二、返观内视：当下法院诉源治理的“异化”风险

法院诉源治理能对社会系统的维持发挥着较好的正功能，然而，上述正功能仅是从该改革的目标及框架推演而出，是应然层面的功能，其实际功能发挥几何还有赖于该改革的内部具体构建。令人惋惜的是，由于这项自下而上、由点及面生成的司法改革的顶层设计、具体构建尚付之阙如，地方法院在落实该改革方案时无所适从，以致已有的实践彰显着法院诉源治理大有失范的趋势，存在诸多“异化”风险：

### （一）伦理风险

实践中，在政绩竞赛的刺激下，部分地方法院剑走偏锋，过于强调其在诉源治理第一层部署中的积极作用，甚至贪求社会纠纷化解的主导、中心地位，已有的实践虽有助于避免很多纠纷的发生，但在伦理层面存在两大潜在的风险：

第一，有损法官“中立”的角色。传统的法官角色是维护法律权威的裁判者，中立是其基本特点。鉴于法官也是社会生活的自然人，同样具有个人偏好和情感倾向等。同时，在现实生活中，法官的角色定位受到民众期望值的高低、法官生活的时代与所处的法律文化氛围等因素的影响。<sup>〔3〕</sup>当下对法官“中立”的要求不是消极机械的中立，而是强调在职权主义诉讼模式下积极发挥法官知识的积极中立。然而，当下Q市已有的实践提倡基层法官对于诸如涉及黑恶势力案件、传销借贷等案件主动展开调查，甚至对已结案件进行全面梳理排查，寻找不稳定因素进行提前介入、解决等等。上述举动俨然已经超出了积极中立的界限，将法官的角色由“中立”的裁判者拉向了本属于行政官员的“维稳者”、社会治理者的角色。“法院是法律帝国的首都，

〔1〕宋远升.司法能动主义与克制主义的边界与抉择[J].东岳论丛,2017,38(12):147.

〔2〕凌捷.司法能动主义的改革方向[N].法制日报,2010-03-17.

〔3〕白彦.司法公信力流失问题研究——以基层法官角色定位为视角[J].暨南学报(哲学社会科学版),2016,38(01):42.

法官是帝国的王侯。”<sup>[①]</sup>“法官是司法权的主体，是司法系统中最具有法力的构成因子。”<sup>[②]</sup>如果法官的角色发生嬗变，必然会导致司法权行使的混乱。

第二，超出能动司法的界限。“从性质上来说，司法权自身不是主动的。要想它行动，就得推动它。向它告发一个犯罪案件，它就惩罚犯罪的人……但是它不能自己去追捕罪犯、调查非法和纠察事实。”<sup>[③]</sup>秉持“不告不理”原则的“被动”是司法权区别于行政权的主要特征。诚然，在强调能动司法的社会环境下，司法“必须分担一定的治理国家和社会的政治责任”，<sup>[④]</sup>但这种司法能动以司法“被动”为基点的能动，是以司法基本规律为建立基础的“能动”，即司法是本体，能动是新的社会形势对司法的新要求，能动的需求不能以破坏司法的基本价值取向为代价。正如有法官所言，“我们所说的能动司法，只是法院努力履行审判职能意义上的能动，体现的都是司法的积极作为、‘有为才有位’的含义。”<sup>[⑤]</sup>通过将从事司法裁判业务的员额法官分散出去，直接主动排查、介入社会“不稳定”因子，抑或是指定专门人员投身到区域治理“前线”中，以实现“化纠纷于外”，是只强调“能动”而忽视其本体是“司法机关”，不仅超越了能动司法的界限，也还是司法工具主义的死灰复燃。

## （二）法治风险

“改革本身也就是司法的合法化过程。”<sup>[⑥]</sup>经调研，Q市下辖的7个基层法院在2019年上半年里，就一审民事案件收案数量平均同比降低了15.51%，其中有个别基层法院一审民事案件收案数量同比降低了27%。收案数量急剧下降直观地展现了实践中诉源治理在缓解法院工作压力方面所发挥的作用，然而，进一步审思该现象产生的原因，不难发现这一可观的“成绩”取得背后隐藏着巨大的法治风险，主要在以下三个方面得以彰显：

第一，架空立案登记制。囿于立案审查制所造成的“立案难”问题，2015年法院推行立案登记制，化实质审查要件为形式审查要件。该制度一方面更好地保障公民诉权，符合时代潮流，另一方面也直接导致法院收案数量剧增，加剧司法系统内部的人案矛盾。诉源治理的目标之一便是通过对多元纠纷解决机制的利用，实现部分矛盾纠纷在诉前化解，从而减少法院的收案数量。然而，经调研，个别地方法院立案庭工作人员为“做好”诉源治理工作，避免纠纷形成诉讼，在改革名义下强行推行调解，诱导当事人调解，以致很多矛盾纠纷在诉前出现久调不结的问题。而处在调解状态中的案件不能被立案登记，这无疑间接地减损了当事人的诉权，架空了

[①][美]R.德沃金著；李常青译.法律帝国[M].北京：中国大百科全书出版社.1996.361.

[②]汪习根主编.司法权论[M].武汉：武汉大学出版社.2006.22.

[③][法]托克维尔著，董果良译.论美国的民主(上卷)[M].北京：商务印书馆.1993.110.

[④]苏力.关于能动司法与大调解[J].中国法学,2010(01):7.

[⑤]董治良.贯彻能动司法理念，实现社会公平正义[A].卓泽渊.司法行为科学化[C].北京：中国法制出版社.2011年.34.

[⑥]何永著.政法传统与司法理性[M].北京：中国政法大学出版社.2014.74.

立案登记制。上述现象尤以在民事案件领域中的家庭、婚姻纠纷和行政案件领域中的拆迁纠纷中尤为泛滥。

第二，模糊诉中调解与和解的界限。诉中调解与诉中和解是两个相区别的概念，前者需要由审判人员作为中立的第三方，最终形成的协议有强制执行力，而后者不需要，且最终形成的协议需经法院认可后方才具备上述影响力。通过引入社会力量积极促进当事人之间达成和解已是当前法院采取较为普遍的做法。然而，个别地方法院一方面欲赋予和解协议强制执行力，实现纠纷的“彻底”解决，一方面又忧于相关社会力量法治水平不足，法院认可可能会导致其为“诱导型和解”、“欺骗型和解”<sup>①</sup>买单。基于此，便由社会力量负责矛盾双方的具体调解工作，审判人员形式出现，最终出具冠以调解之名的文书。这种情况下出具的调解书由于具体的调解过程是非审判人员主导，从而法律效力存在很大的瑕疵。

第三，冲击国家机关职能分工。过于强调法院在基层治理中的治理作用，除有违其传统的伦理价值外，还直接干涉了其它行政机关职责范围内的事物，如调查涉黑涉暴案件之于公安机关等。法院越俎代庖会直接造成专业性不足导致对其它事务的干涉见效甚微。值得注意的是，越俎代庖与协同合作是不同的概念，前者是超越了其本应坚守的职责界限，后者则强调在职能分工的基础上进行合作。“司法改革的终极目标是通过制度变革塑造良法秩序的法治国家。”<sup>②</sup>违背现行法律规定推行的司法改革，不仅有损法律的权威，动摇了法治的根基，<sup>③</sup>也与司法改革的目标背道而驰。

### （三）技术风险

法院参与诉源治理，其功利目的是缓解当下法院系统的人案矛盾，最终目的则是在新社会形势下积极促进社会纠纷化解，为实现“善治”提供助力。经调研，在诉前化解和民事可调解撤率上，在2019年上半年Q市下辖的7个基层法院全部在85%左右，有个别基层法院诉前化解和民事可调解撤率高达90%以上；在自动履行率上，尽管个别基层法院在这一方面成效不理想，但有4个基层法院自动履行率超过40%，其中最高可达55%。数据直观地展现了在过去半年里诉源治理对涌入法院的纠纷化解的积极作用。然而，基于Q市基层法院诉源治理的实证考察，不难发现目前已有的实践存在明显的技术风险，以致法院参与该项司法改革的目标能否实现有待疑问：

第一，机械的绩效评估催生出纠纷非实质性化解现象。为更好的督促工作人员投入多元纠纷化解中，经调研的基层法院建立起以纠纷化解量为核心的绩效评估体系，强调尽量阻止纠纷

---

<sup>①</sup>“诱导型和解”、“欺骗型和解”是当前和解领域中较为常见的情形，有社会工作人员为促进和解，通过曲解法律、曲解社会责任抑或是不能兑现的允诺诱惑、欺骗当事人之间达成和解。

[②]谢佑平.中国司法改革的合法性危机[J].政治与法律,2002(06):4.

[③]谢佑平,万毅.法律权威与司法创新:中国司法改革的合法性危机[J].法制与社会发展,2003(01):3.

进入立案阶段。不可否认,试图通过绩效评估来避免“搭便车”行为是基层法院司法改革的一大进步,然而,注重纠纷“形式”化解导致一种畸形的现象发生,即工作人员诱导当事人选择调解,但鉴于法官人员限制,对当事人的纠纷始终不进行调解,或以无理由超过调解期限而不调解。部分当事人会因忍受不了等待而选择撤诉或放弃向法院寻求救济,从而也间接提升了撤诉率和自动履行率等,但实际上相关纠纷并没有得到真正的化解。由此法院的公信力和权威有所下降是必然结果。

第二,过于强调法院的主动出击无助于人案矛盾的有效缓解。在政策宣传下,实务人员往往过于理想地看到法院参与诉源治理有助于减少社会纠纷的总量,从而缓解人案矛盾。然而,“国家对其财政、人力、物力的投入并非是毫无节制的,这就决定了司法资源的有限性。”<sup>①</sup>尽管近几年法院系统的人力、物力保障程度有所提升,但过于强调法院在诉讼外部的治理作用,法院系统会因将过多精力投入诉讼外诉源治理导致人手不足的问题愈演愈烈。目前Q市基层法院立案庭中原本只负责对立案材料进行形式审查工作人员,由于兼负着纠纷诉前化解的责任,不得不对材料进行内容详细审核以寻找纠纷化解突破口,从而导致相应的工作量和难度急剧增加,人手不足的问题比过去更为严重。同样,为深化基层社会治理,减少纠纷的形成,“巡回审判进乡镇”、“巡回法治宣讲”等频率明显大幅提升,部分员额法官的非审判工作量加剧,尤以民庭最为严重。<sup>②</sup>在此境况下,2019年刚入职的相关司法工作人员逃离工作“一线”的欲望比较普遍。如此一来必然会影响在司法裁判方面的物力与人力投入,从而间接影响法院的司法裁判职能发挥以及司法公信力。

诸多“异化”风险使得法院诉源治理所追求的目标及功用能否有效实现尚存疑问,基于此,正视并及时预防上述风险是当前将这项司法改革推向全国的重要任务。

### 三、正本清源:“司法为民”的辩证解释

#### (一)“司法为民”重解的必要性

分析行为主体行动背后的助推因素是功能主义一直关注的问题。在功能主义看来,“价值的一致性”是促使在结构中行动者的行动一致的重要原因。<sup>③</sup>价值取向往往影响行为主体的立场,进而影响其目标、功能定位和行动措施。审视当前法院诉源治理的争议措施,其产生的本源原因在于相关价值取向发生偏差。2003年提出的“司法为民”是我国法院工作的指导方针与根本

①江必新著.辩证司法观及其应用[M].北京:中国法制出版社.2014.75.

②“巡回审判进乡镇”是要求法官走进基层对纠纷案件进行审判,尽管其围绕着司法裁判而展开,但在现实中,该业务更多的是强调通过案例起到“普法”作用、“亲民”效应,即“巡回审判进乡镇”在实践中更多的是划入司法社会工作业务,而非司法审判业务。

③刘薇,梁方锋.司法改革理论分析的新面向——帕森斯结构功能主义的视角[J].吉首大学学报(社会科学版),2019,40(S1):76.

宗旨，是社会主义‘人民司法’的人民性本质的充分体现，<sup>[①]</sup>法院诉源治理无疑是以“司法为民”为逻辑前提，并在其指导下展开相应的工作。然而，传统观点认为“司法为民”包含司法公正、司法服务、司法便民、司法亲民、司法文明等价值观。<sup>[②]</sup>诸多并列的价值内涵给法院择其偏好践行司法工作提供了充足的理由和契机。当前个别地方法院以“司法为民”为由，在司法服务、司法便民、司法亲民的掩护下做出上述诸如为地方经济保驾护航、频繁下派员额法官普法等争议措施，为法院诉源治理蒙上一层阴影。笔者认为此举无疑是基于概念表面文意而对“司法为民”作出的浅层次解释，是片面武断的。为促进法院系统各内部要素的有效整合和个体的行动一致，以及避免后续的功能定位、行动采取发生偏差，有必要对“司法为民”这一工作指导方针作出合理解释。

## （二）“司法为民”的双重语涵及其辩证关系

前已述及，“司法为民”的传统解读包含着众多价值内涵，毫无疑问，上述价值内涵在立场上是正确的，然而其更多的是从政策角度加以理解，并没有很好地结合“司法为民”这一概念本身。因此，上述理解更趋向于一种宽泛笼统的理解，尤其是没有优先顺序的价值内涵无法避免在实践工作中所遇到的价值冲突。这也导致“司法为民”很容易成为在何种情况下都能自圆其说、似是而非的衡量标准，进而为实务人员所懈怠。基于此，对“司法为民”的合理解释有必要从其术语表达切入，作出符合司法规律的理解。笔者认为，就法院而言，“司法为民”中的司法，既可以指司法系统，即由人力、物力等司法资源组构而成的结构，也可以是指司法裁判。

“为民”可理解为以人为本，在一定环境下可直观表现为为民服务。基于此，笔者认为“司法为民”具备双重意义，一是司法系统为民，二是司法裁判为民。前者强调的是司法资源为民服务，后者则强调司法裁判权的应用应以人为本。其中，就司法裁判为民而言，具体包括在实体层面法官在司法裁判过程中应融入人类所遵循的基本价值，在考察法理与现实的基础上注重裁判的法律效果与社会效果的相统一，慎重对待人情与法理的抵牾；在程序层面则尽量适用减轻当事人诉讼负担的司法程序等。

法院是司法裁判的生产者。<sup>[③]</sup>毋庸置疑，法院的本源目的是通过法官裁判解决纠纷。尽管我国曾在历史上对其有所否认，认为其应将功能定位为政策服务，但经历拨乱反正后，尤其是十八届四中全会提出的“推进以审判为中心的诉讼制度改革”措施，已彰显了当下我国对法院基本功能的合理认知。而作为由物力、人力等司法资源构成的司法系统无疑是司法裁判的载体，是保障司法裁判的功能实现以及权能权威化的基础。反之，脱离于司法系统的司法裁判与宗亲

[①]何青洲著：“人民司法”在中国的实践路线 政治正义的司法实现[M].北京：中国政法大学出版社.2016.110.

[②]何剑著：司法为民思与行[M].西宁：青海人民出版社.2006.10-11.

[③]宋远升.法院论[M].北京：中国政法大学出版社.2016.60.

文化下族长的“主持公道”并无二异。值得注意的是，司法系统是一个庞大组织结构。就一般法院而言，法院除内设不同类型案件审判庭外，还有纪检组、机关党委、政治部、研究室等众多职能部门，其工作人员除法官，近年来法官助理、司法警察等职位受到国家重视，其编制日益扩大。可以看出，法院系统内不同类型的人力、物力等资源的属性决定了其并非完全付诸于司法裁判，现有的实践也无不说明我国法院真正负责裁判工作的工作人员只占法院人力资源的一部分。综上，可以明确司法系统是司法裁判的载体，而司法裁判是司法系统的主要指向对象，而非唯一指向对象。司法系统与司法裁判之间的关系决定了“司法系统为民”与“司法审判为民”二者之间存在着辩证的关系，即“司法系统为民”主要围绕着“司法审判为民”展开。这也意味着“司法审判为民”是衡量“司法为民”的主要标准、首要指标，只有在做到司法审判以人为本的前提下，才能考虑到其它诸如便民、亲民等为民服务内容的考量。申言之，尽管“司法为民”具体内涵比较丰富，但司法本质和司法规律决定了不同的价值内涵有优先序位之分。

#### 四、批郤导窾：法院功用的有序实现

功能主义的价值不仅仅在于作为分析、阐述问题的认知工具，更在于作为具备方法意义的建构工具，尤其是站在整体的角度去完善相应的制度。鉴于前述的诸多风险，欲使法院诉源治理成为带有中国特色且能经时间考量的司法改革经验，除坚持上述逻辑前提外，有必要从功能主义出发，对该改革方案的具体内容作出一定的型塑：

##### （一）主观层面

##### 1. 诉源治理中法院功能的合理定位

“功能概念在功能主义的理论体系中居于核心的位置，”<sup>[①]</sup>明确结构要素的功能是功能主义建构、完善制度的初始步骤。前已述及，在诉源治理中法院的角色定位为纠纷化解者，然而，纠纷化解在实践中可通过多种途径实现，由此引发法院功能定位的争议——司法即审判的命题是否能应用于我国。笔者认为，在马克思主义法哲学与国家观的统摄下，我国法院的功能定位自建国以来便有别于西方传统观念，承载着维护国家秩序的功能需求。同时，基于对“司法为民”的辩证理解，可以看出我国法院一直承载着多元功能，即通过适用法律解决纠纷的司法裁判功能和应对民众需求的其它社会功能。易言之，强调司法即审判的观点不符合我国客观事实。在正视我国法院承载多元功能这一现实的基础上，回归“司法为民”双重语涵的辩证关系，“司法审判为民”是“司法为民”的主要标准、首要指标，决定了法院的多元功能之间的优先序位不同，其首要功能是司法裁判，而其它功能则必须建立在司法裁判功能业已实现的基础上。

有待疑问的是，诉源治理的三层部署并没有强调法院的裁判功能，甚至从表面文意可以看

---

[①]钱卿,周佑勇.论行政裁量规制系统的建构——基于功能主义的范式[J].湖北社会科学,2012(11):153.

出其带有“排斥”诉讼之意。也正是基于该疑问，实践中地方法院部分领导以响应党中央政策为由，要求法院优先保障司法社会工作，落实其它社会功能。笔者认为，该观点无疑是将司法审判与“源头治理”相对立，是对中央政策理念的误解。解读诉源治理的三层部署和其它政法工作会议内容，不难发现从源头化解纠纷是诉源治理的主线。司法审判也是解决矛盾、化解纠纷的途径，诚然，就其启动成本与过程看，其显然不属于源头治理。然而，立足于审判的长远影响，法院通过司法审判，尤其是典型案例的裁判，将法律适用、裁量参考因素等加以释明，从而能为其它社会纠纷化解渠道提供可复制的经验，为“理性人”决定是否选择诉讼救济以及如何展开私力救济提供一定的指引，进而起到防微杜渐，源头化解纠纷的作用。可以说司法审判与“源头治理”并不冲突。易言之，尽管诉源治理并没有明确强调法院的首要功能是保障司法裁判，但从基本法理以及司法裁判的影响可以推断出，法院在其中的功能定位应以司法裁判为先。

## 2. 诉源治理中法院地位的合理定位

在功能主义看来，和角色、功能定位一样，行动者的地位影响着其行动措施。围绕着法院在诉源治理中的地位，已有的实践多倾向法院在其中居于中心地位、主导地位。对此笔者并不赞同，尽管诉源治理方案及概念是由法院提出，但从其内涵和部署看，该改革方案本质是站在法院角度、有关法院如何应对“源头治理”的方案，切入视角是问题研究的契机，并不意味着其当然能成为问题中心或突破口。

从现实角度考量，高昂的救济成本和紧张的司法资源决定了法院不可能成为诉源治理的中心。司法机关之所以是维护社会公平正义的最后一道防线，其原因不仅仅在于司法机关的中立性与权威性，还在于对当事人而言，一旦寻求司法渠道解决纠纷、寻求权利救济，意味着必然要付出不菲的成本，包括金钱成本、时间成本等，因此司法途径从理论上往往是民众“迫于无奈”的最后选择。尽管我国一直推进便民服务，但对于民众而言，司法救济成本并没有得以很大地降低是不争的事实。此外，如果强调以法院为中心的诉源治理格局，必然会加剧当下通过法院解决纠纷的路径依赖，从而促使大量非诉矛盾聚集在法院。诚然，近几年国家对法院系统的物质、人力投入为其诉源治理提供了一定的物质保障，但需正视的是，已有的投入与部分实务人员所提倡的诉源治理的中心、主导地位不相匹配。在司法资源有限的境况下，纠纷的涌入不仅无助于纠纷化解，还容易加剧“诉累”之痛，对法院秩序产生冲击，甚至无助于“诉访分离”机制和“社会调解优先，法院诉讼断后”治理体系的健全与发展。从理论角度考量，当矛盾纠纷的对抗程度到了协商都不能解决的时候，当事人方将其“付诸于公堂”，可见法院化解纠纷是典型的“末梢治理”，而诉源治理的主线是从源头化解矛盾，其实现很大程度上得依赖社会

多元纠纷化解力量，尤其是党政的主导与行政部门的干预，因此，在理论上法院不可能成为诉源治理的主导者。

值得注意的是，尽管当下诉源治理仍以法院治理为中心，但该格局并非应然层面的追求，相反，其正是我国长期过度依赖法院，其它纠纷解决机制不健全的真实写照。中央下发的有关文件，对发展多元纠纷化解机制三令五申，正是有意识地去修正上述畸形现象。正是基于上述因素，有学者呼吁，“制度设计者必须站在打造社会治理新格局的高位上，加强人民调解制度建设……实现人民调解预防和化解社会矛盾的前哨功能，逐步减少诉讼调解……”<sup>①</sup>

## （二）客观层面

### 1. 法院资源的二分与差别化的绩效考核

法院系统的多元功能是客观存在的，强调司法裁判功能为先既符合司法规律和司法本质，也兼顾到我国的客观事实。梳理我国近年来针对纠纷化解作出的司法改革轨迹，无论是“马锡五审判方式”的推崇到批判，还是“大调解”时代的火热到否定，司法改革措施似乎陷入了初衷美好，实践却背离司法规律的怪圈里。基于此，在承认法院系统多元功能的基础上，如何防止法院为竞逐“政绩”而偏废司法裁判功能，陷入上述怪圈是法院在诉源治理过程中不可避免的问题。审视当前因员额法官高频率进入基层“普法”、积极参与诉前纠纷调解工作等措施从而导致裁判功能有所懈怠，人案矛盾有所加剧的现象，其产生原因固然有部分法院领导功利的因素，但更多的是法院资源的分配混同所致。易言之，当前部分地方法院为提高源头治理的“成绩”和舆论关注度，将本应负责司法裁判业务的员额法官及其助理分散到司法社会工作中，不可替代的人力资源去从事可替代的事务，从而影响司法裁判业务。基于此，围绕着诉源治理，笔者认为可将法院资源进行二分，在员额制的基础上让相关法官及工作人员专注于司法裁判，而法院系统内负责政法工作的法官和相关工作人员，支持其参与司法社会工作，甚至在纠纷应接不暇、法院引入的社会力量法治水平不足的情况下以非庭审法官的身份作为人民调解员，促进纠纷在诉前化解、诉中和解。

在功能主义看来，制度往往通过对个体行为的导向与规范，影响其行动措施。分析当前诉源治理的“异化”风险，仅强调司法资源的二分是不够的。架空立案登记制、模糊诉中调解与和解等现象的产生，其原因还在于不科学的绩效考核机制催动。将诉源治理的绩效考核完全付诸于看似精细的“量”化考核，<sup>②</sup>就个体而言，不同领域的纠纷难易度不同，该考核机制在某种

---

[①]李瑞昌.论社会治理新格局站位下的人民调解制度建设方略[J].湘潭大学学报(哲学社会科学版),2018,42(02):20.

②经调研，实践中部分地方法院所强调的“量”化考核只是单纯的以纠纷化解数量为考核内容，这种考核机制忽视考核指标体系的建立，是形式上的量化，而非真正意义上的量化考核。

程度上是不公平的；就法院系统而言，该考核机制会潜移默化地助长唯数据、讲政绩的行政思维，重量不重质不仅无助于纠纷的实质性化解，还会有损于法院工作人员对司法工作的职业归属感。基于此，笔者认为，在司法资源二分的基础上可适当引进差别化分类考核，以预防前述风险，尤其是该改革方案第二层、第三层的法治风险与技术风险。该考核机制有三个层面的意义：第一，对于从事裁判业务和非裁判业务的人员适用不同的评估机制，尤其是评估参考因素，实现岗位的差别化评估；第二，对于不同领域的纠纷化解评估适用不同的评估因素和计量单位，实现矛盾种类的差别评估；第三，就同一类型的矛盾纠纷，已经在诉讼中的矛盾纠纷和在立案阶段徘徊的纠纷，以及潜在纠纷，由于当事人之间的对抗程度不同，其化解难度也有所不同，所以不同阶段的纠纷化解适用不同的评估计量单位，以实现不同阶段纠纷的差别评估。通过对不同岗位纠纷化解的定性评估，鼓励相关法官及工作人员关注裁判业务，保障法院资源的二分；通过对不同领域矛盾的定性，实现纠纷化解的质与量的并重；通过对不同阶段纠纷的定位，激励工作人员积极参与诉中阶段纠纷的化解，减少其为绩效而阻止纠纷进入诉讼等现象。需提及的是，诉源治理追求的是纠纷实质性化解，而不是久调不结下当事人自愿放弃的形式化解，因此，纳入考核的“绩效”必须是已实质性化解的纠纷，这就需要矛盾双方当事人自主的及时反馈，以表明纠纷是实质性化解。

## 2. 治理理念与司法裁判的融合

在法院资源二分的前提下，司法裁判如何分担国家治理任务？司法裁判与“源头治理”在应然层面的不冲突如何在实然层面实现？前已述及，法官主动调查案件、摸排不稳定因素等行为存在着违反司法本质的伦理风险，因此，司法裁判对国家治理任务的分担必须在坚守法律和司法本质的基础上，在司法规律的统摄下。笔者认为，可将治理理念与司法裁判相融合，实现司法规律与治理需求的统一。治理理念与司法裁判的融合并不是伪命题，具备足够的合理性。前已述及，从功能主义出发，为维系社会系统的平衡与稳定，作为其组成结构，法院必然承载着新社会形势赋予其的新任务，以及新时代对其提出的新命题，基于此，作为法院的首要功能体现，也是该“生产机构”主要“产品”，司法裁判不可避免带有时代的烙印。在治理需求高涨的时代下，法官情不自禁地将治理需求融入司法裁判中是客观事实，也是维系社会系统稳定和和谐的必要之举。存在疑问的是，强调治理理念融入司法裁判是否会使其走向司法工具主义或结果主义。笔者认为，该问题的回应可通过司法理念如何与司法裁判融合来解答。马克思·韦伯认为，司法裁判是严格适用三段论逻辑推理过程，法官在其中只需要充当“法律的自动售货机”即可，<sup>①</sup>然而，法律适用对象的普遍性决定了绝大多数法律是抽象的，内容是不明确的，浩如烟

---

<sup>①</sup>“现代的法官是自动售货机，投进去的是诉状和诉讼费，吐出来的是判决和从法典上抄下的理由。”[德]马克思·韦

海的法律条文也决定了具体条文确定的难度等，因此所谓的“自动售货机”在绝大多数情况下是不存在的。无论是案件事实甄选，还是法律条文的确定与解释，抑或是法律效果的确定，都存在大量法官裁量的空间，强调治理理念融入司法裁判就是在上述空间内引入治理理念。当然，该过程须遵循着一般裁判推理过程的顺序，包括归入法、关系分析法等，而不是先预设治理目标，再以治理目标强行倒推案件事实的甄选、法律条文的选择与解释等，以预防前文所提及的伦理风险。

### 3. 司法社会工作的网格化嵌入

司法社会工作是诉源治理第一层部署能否真正实现的关键。诚然，融合治理理念的司法裁判能为现实中其它矛盾纠纷化解提供尺度与参考标准，从而促进潜在纠纷源头治理，但这一作用发挥是间接的。需正视的是，原有的“上山下乡”、“审判进入乡村”等司法社会工作在实践中往往是由法院抽取某个法官或工作人员选择某个时期在某个地域展开。上述工作的进行因没有明确的针对对象、没有固定的周期，导致群众面对司法社会工作更多的是迷茫与不解，司法社会工作的形象意义远大于实际纠纷化解作用。在这种境况下，即使提高上述司法社会工作的量与频率，也无法应对当前喷发的社会矛盾，还会造成法院系统人力、物力的无谓浪费。基于此，在司法资源二分的前提下，很有必要探讨非裁判业务人员如何高效、有针对性的展开司法社会工作。

笔者认为，鉴于原有的司法社会工作因针对性不强、责任不到位等问题而导致效用有限，可吸收行政管理的经验以克服上述局限，即将司法社会工作嵌入网格化治理中。易言之，需要在原有的行政部门地域网格化划分的基础上，由固定、明确的非司法裁判工作人员负责该网格地域的定期司法社会工作。固定、明确的责任主体有助于加深对该区域的了解，加强与群众的联系，从而有助于司法社会工作的聚焦，同时也能促进发挥相关个体的主观能动性与创造性。更为关键的是，鉴于很多纠纷需要借助社会力量和行政部门的积极干预，以及当前我国社会基层人民调解员法治能力不足，将司法社会工作嵌入网格化治理中，有助于相关责任个体与该网格的行政部门、社会机构的责任个体加强联系，更好地发挥协助作用，以及诸如互联网等技术设施的建设，从而有效调动社会诸多力量共同治理纠纷，逐渐发挥多元纠纷解决机制的作用，促进协同治理的发展。值得注意的是，基于法院在诉源治理的非中心地位，社会矛盾纠纷更多的是依赖政府及其它社会力量去解决，因此，司法社会工作的网格化嵌入并非下派固定的法院工作人员入驻在网格区域里专门解决纠纷，而是通过针对性较强的司法社会工作和与相关人员的联系，协助有关力量化解纠纷。易言之，在司法社会工作网格化嵌入中，也要强调法院系统

---

伯：《论经济与社会中的法律》，张乃根译，中国大百科全书出版社 1998 年版，第 62 页。

人员在化解纠纷方面的最后防线位置和协助作用，而不是让其成为纠纷治理的第一选择和主导者。

### **结语**

在正视法院承载着社会治理任务的基础上，如何避免司法改革背离司法本质和规律是当下法院诉源治理不可回避的问题。归于平静审思目前已有的改革方案和实践，不难发现不以科学的绩效评估、合理的角色与功能定位等为内容的诉源治理是承载着太多群体美好企盼的词汇，其实际功用还有待疑问。基于此，对于推进诉源治理改革而言，对其具体内容加以建构、完善的意义与重要性不言而喻。而笔者所作的分析与建构建议仅是从功能主义切入，不可避免的存在着研究视角狭隘、过于强调现实功用等局限，因此，法院诉源治理的进一步完善与建构有待更多的智识贡献加以助推。

## 新时代枫桥经验下基层社会治理的重构

### ——以道路交通事故纠纷解决为例

朱焕东\*

**摘要：**随着机动车保有量激增，道路交通事故纠纷连续多年呈现持续增长趋势，社会治理又缺乏规范有效纠纷解决机制，使得此类案件如潮水般涌入法院，让法官疲于应付。互联网浪潮的冲击下，各地都尝试对传统交通事故纠纷解决机制进行革新，以余杭模式最为典型，获得了良好的法律效果和社会效果。考虑中国各地社情民意差异，尤其基层法治环境的不乐观，道路交通一体化运作改革在部分地区遇到极大的阻力。笔者因工作之际，调阅了3000份道路交通事故责任纠纷法律文书，询问了当事人、律师、法官、调解员及司法鉴定评估师等200人，以新时代枫桥新时代经验为指南，从法官的视角出发对道路交通事故纠纷模式重构有了初步想法。希望通过此文，总结枫桥经验，在互联网治理的大环境下对基层道路交通纠纷多元化解决有所贡献。

**关键词：**新时代枫桥经验 道路交通纠纷解决 多元化解决

“把‘枫桥经验’坚持好、发展好，把党的群众路线坚持好、贯彻好<sup>①</sup>。”

#### 一、道路交通事故纠纷解决之难

##### （一）案多人少，法院不堪重负

根据公安部统计，2017年底我国机动车保有量达3.10亿辆，机动车驾驶人达3.85亿人，其中汽车保有量达2.17亿辆。车辆的迅猛增加，交通事故纠纷也大幅上升，仅2016年全国法院审结一审民事案件673.8万件，其中道路交通纠纷达92.2万件，是第三大类民事案件。交通事故责任纠纷案件涉及人身与财产双重权益，法律关系复杂，社会关注度高，处理难度大，处理这些需要耗费大量人力、物力和财力，而基层法院长期处于“案多人少”困境<sup>②</sup>。以江苏启东法院为例，2016年受理道路交通纠纷1891件，进入司法鉴定程序的246件；2017年受理道路交通纠纷1462件，进入司法鉴定程序的215件；截止2018年4月受理道路交通纠纷379件，进入司法鉴定程序的86件。启东法院主要从事道路交通事故纠纷审理的法官只有3人，从事道

\* 朱焕东，江苏省启东市人民法院立案庭助理审判员，启东市扫黑办组员，华中科技大学法律硕士毕业

<sup>①</sup>习近平于2013年10月11日对枫桥经验’的批示。

<sup>②</sup> 参见祝铭山：《交通事故损害赔偿纠纷》，中国法制出版社2004年8月版，第296—297页。

路交通司法鉴定工作的只有 1 人，法官承担的压力可想而知。中国自古就是一个农业大国，人民几千年习惯束缚在农田上，社会发展基本上处于一种自然状态。改革开放以后，人员流动加速，“熟人社会”的传统行为方式和行为社会不复存在，人与人之间互不信任，彼此提防，从而无形之中提高了市场交易和人际交往的成本，整个社会的道德风险加大，矛盾日益凸显。社会原有组织不复存在的情况下，各个利益群体利益表达渠道受阻，社会诚信机制的整体缺位不可避免<sup>①</sup>。这里我们将传统社会中的“传统”分为两个部分，一个是中国社会几千年沿袭下来的思想、价值观念、道德、风俗等，不妨将其称之为“大传统”；另一个就是新中国成立以来所形成的社会结构、价值观念和行为方式，我们不妨将其称之为“小传统”<sup>②</sup>。我国传统文化深受儒家思想的影响，孔子的‘礼之用，和为贵’，让百姓几千年一直追求‘耻讼’、‘厌讼’和‘无讼’。小传统”社会中维系社会秩序的“单位制”已经解体，也失去了约束、指导人们社会行为的效力<sup>③</sup>。道路交通事故纠纷大量涌入法院，百姓起诉的逼不得已，法官对审判流程繁琐的无可奈何，一定程度上是道路交通过解决机制不健全造成的。笔者认为“枫桥经验”最大的优势就是传承和发展中国儒家无诉文化，借鉴西方 ADR，探索本土环境下重构道路交通过解决机制已经迫在眉睫。大力推进多元化纠纷解决机制和现代化诉讼服务体系建设，实现一站式纠纷解决、一站式诉讼服务，切实提升新时代人民法院化解矛盾纠纷和服务人民群众的能力水平，是时代的需要，人民的愿望，是人民法院的重要职责，是国家治理体系和治理能力现代化的重要组成部分<sup>④</sup>。

## （二）道路交通事故纠纷解决现状

汽车文明发源于西方，使中国交通事故纠纷解决机制长期受西方鉴定理论影响，直至 20 世纪 90 年代，中国法学实务界才抛弃以“鉴定”替代解决，推行交通事故责任认定规则。实际上，无论是道路设计、施工存在缺陷还是机动车本身存在缺陷，都是专业性、技术性非常强的领域，赔偿权利人作为自然人无论是基于自己的专业知识还是基于自己的取证能力，事实上都无法证明道路设计缺陷或机动车缺陷与损害后果之间的因果联系，更无法证明缺陷与损害后果之间的原因力比例<sup>⑤</sup>。鉴于司法鉴定对交通事故处理结果有着巨大的影响，司法鉴定也必然成为部分疑难纠纷解决的关键。笔者认为，进入法院申请的鉴定数目，在

---

<sup>①</sup>朱焕东：《法治视角下诚信体系的重构》，载于《唯实》杂志 2016 年第 10 期。

<sup>②</sup>郭星华：《新时期社会秩序重建的困境》，人民论坛 2019 年 8 月上第 109 页。

<sup>③</sup>郭星华：《新时期社会秩序重建的困境》，人民论坛 2019 年 8 月上第 110 页。

<sup>④</sup>周强：《坚持以人民为中心的发展思想大力推进多元化纠纷解决机制和现代化诉讼服务体系建设》，《中国审判》2019 年第 17 期。

<sup>⑤</sup>赵万一：《道路交通事故的损害赔偿应体现公平原则》，载《中国审判》2012 年第 5 期 35 页。

一定程度可以折射司法应对纠纷的处境。2017年3月20日以来,尽管启东市交通事故一体化处理中心正式运作成功分流部分案件,但实际情况并不乐观,并没有达到设立初衷。这与法院、人民调解、保险机构、公安机关对侵权损害赔偿标准不统一、保险机构赔偿规则不透明、纠纷化解程序繁琐、侵权人逃避纠纷处理、当事人对行业调解不信任等密切相关,而且在纠纷化解中,各部门重复的数据核算也产生重复劳动,当事人需要“多点多线”地奔波于公安、鉴定机构、保险公司、法院等部门之间<sup>①</sup>。

### (三) 诉前保险公估鉴定问题凸显

鉴于此类纠纷复杂性、繁琐性和周期长,黄牛中介应运而生,与法律工作者、汽修厂老板、评估机构工作者等勾结形成了一个庞大的利益链条。司法诉讼的胜负取决于证据,而司法鉴定的结论以其科学性和公信力而被誉为“证据之王”。在保险合同纠纷中,司法鉴定的结论也正发挥着越来越大的证据作用<sup>②</sup>。2018年1至4月份,启东法院受理该类鉴定共计40件,与2017年相比略有上升,达到2015年全年的总量。此类鉴定以保险公司申请重新鉴定为主,以推翻初次车损鉴定为目的,基本以判决结案,诉讼周期较长,浪费大量司法资源。主要原因:一是部分法律工作者利益驱动。部分法律工作者勾结汽车维修机构,形成专业诉讼团队,包揽初次车损评估鉴定,肆意虚开维修费用,借保险事故牟取暴利。二是部分当事人观念扭曲。部分当事人出于无责任,甚至获得意外之财等目的,乐意将案件包揽给部分法律工作者,从保险公司获取非法利益。三是汽车估价、维修市场秩序混乱。部分汽车维修机构为招揽生意,与保险公司业务员等人建立不正当关系,第一时间赶到事故现场,通过出具车损初步评估报告,帮助当事人从保险公司牟取非法利益,妄图垄断车损维修市场。四是部分保险公司业绩观念偏差。实践中,部分保险公司理赔员因未能降低赔偿数额,即使是合理的评估价格,其也要通过重新鉴定延长审判周期,拖延赔付,最大限度为保险公司资金周转节省利息。

## 二、乡土法治环境下的交通一体化建设之困

### (一) 道路交通事故纠纷解决历史变迁

建国后,道路交通事故纠纷一直由公安机关主导,直到1986年《民法通则》规定了道路交通事故的归责原则和赔偿标准,才真正赋予法院处理该类纠纷的法律权力。这也形成了纠纷解决以行政处理为主,民事诉讼为辅的一种复合机制。现行交通事故纠纷处理程序的核心价值是效率,一切程序设计与技术运作几乎都以能否促进纠纷迅速、及时解决作为评判依据。为此,交

<sup>①</sup>参见浙江省高院民一庭副庭长叶向阳:在2017年12月在清华大学举办迈向数据法学研讨会的讲话稿。

<sup>②</sup>杨瑾、杨德齐:《保险司法鉴定问题研究—兼论保险公估的角色定位》,载于《保险理论与实践》2017年4月30日。

通事故纠纷解决的行政机制中,国家权力分配倾向于行政机关,从而使交通行政管理权力与事故纠纷裁判权力合为一体。作为代价,交通事故纠纷解决程序存在严重的程序不公,不仅损害了当事人的合法的实体利益和程序利益,而且直接危及交管部门作为国家权力机关而存在的合法性基础<sup>①</sup>。随着交通事故纠纷的剧增,公安民警在事故处理很难兼顾效率和公平,又加上行政调解需要征求当事人同意,在现有法律鼓励诉讼的模式下,法院承担着事故处理的终极地位。这也加大了事故当事人的维权成本、时间成本,让宝贵的司法资源日益窘迫。法官不堪重负般机械化办案,对于交通事故认定书只能形式审查,也增加了纠纷解决难度。我国法治建设经历了共和国初期的法律实用主义、“文化大革命”时期的法律虚无主义、改革年代的法律经验主义,以及我们要奋斗的法律理念主义。所谓法律理念主义,就是把法律从工具、从制度变成治国的理念<sup>②</sup>。与此同时,枫桥经验也经历了从“凭人治理”走向“依法治理”<sup>③</sup>,十九大提出了“共建共治共享”的理念,新时代枫桥经验也应该赋予人人参与共治的法治理念。

## (二) 启东模式探索

2017年3月,以启东政法委牵头,由人民法院、人民调解服务中心、公安局、司法局、保险公司等部门共同参与,服务范围以轻微交通事故快速和人伤事故调诉赔一站式服务,处理全面实现“窗口化运作、快速化处理、一站式调处、一体化服务”,形成集保险理赔、矛盾调解、立案审理、法律服务、财损评估、社会救助于一体的交通事故调处联动机制,打造具有启东特色的交通事故处理新模式。该平台试运营第一个月以来,该中心处理轻微交通事故397起,受理人伤事故12起,其中成功调解10起。截止运行第三个月,共登记案件230件,成功调解57件,而交通事故一体化处理中心巡回法庭受理交通事故案130件,调撤率仅为13%。交通一体化纠纷解决平台运行成效明显,但从纠纷解决情况来看并不乐观。笔者认为,纠纷解决机制的创新需要深入了解启东乡土实际情况,对涌入法院案件原因进行探析,找到解决问题的关键才是最重要的。

## (三) 受阻原因

主要原因有:一是黄牛诉讼经济不可撼动。启东司法局统计,截止2017年底,启东全市有律师事务所7个,注册执业律师75人,法律服务所21个,注册基层法律服务工作者85人。经

---

<sup>①</sup> 左卫民、马静:《交通事故纠纷解决的行政机制研究》,载于《四川大学学报》(哲学社会科学版),2005年第四期。

<sup>②</sup> 季卫东:《通往法治的道路:社会的多元化与权威体系》,江平:法治兴,则中国兴——“法治中国”丛书总序,法律出版社2014年10月版。

<sup>③</sup> 卢芳霞:《从“社会管理”走向“社会治理”——浙江“枫桥经验”十年回顾与展望》,中共浙江省委党校学报,2015年第六期。

统计，专门代理交通事故的律师或法律工作者共有五人，四人为法律工作者，人均每年代理此类案件数不低于 200 件，其中一个法律工作者代理数达到了 300 件以上。这些法律工作者年龄在五十岁左右，基本都是镇乡法律服务所出来的，在乡土气息较浓的镇乡长期扎根，自然成为村民最信赖的，也是熟人社会的法律商贩。交通事故发生后，受害者权衡纠纷解决周期过长急于获得赔偿，黄牛看到了赔偿的商机，提前垫付大部分赔偿款，买断案源转包给法律工作者。法律服务者依靠超低价招揽案源，使得前往交通处理中心办理案件的几乎都是由代理人（黄牛）。代理人（黄牛）为了获取出庭费用，不认可调解结果，造成了交通事故的处理情况在中心无法有效处理。二、保险公司不作为。除启东人寿保险公司积极参与调解，调解率较高，而其余保险公司调解情况不乐观。大部分保险公司理赔标准明显不符合当前法律规定，在非医保用药、减少误工费等设置调解障碍，拖延诉讼周期，造成了诉讼资源的无形浪费。另外部分保险公司将理赔方面外包于律所或律师，而律所和律师好多又是其他交通事故纠纷肇事者或受害人的代理人，为了获取隐形的更大诉讼利益，一般不同意调解。三、诚信监督建设缺乏有力保证。当前，人民调解缺乏制度支撑，对当事人没有强制力，造成调解流于形式。诚信建设在启东刚刚起步，黄牛中介挂牌泛滥，大包大揽，甚至勾结评估机构肆意造假，给启东司法诚信建设带来了极大的挑战。在实践中，一些评估机构为了追求高额回报，不顾评估的基本原则和法律常识，诉前出的评估报告竟然违背基本生活常识。比如一辆汽车，原价 30 万，经过 9 年使用后，还能评估出 18 万元的行业笑话。对于评估行业违规缺乏必要的责任追究机制，对于黄牛违法行为打击不力，对于部分法律工作者不择手段的治理缺位，让交通事故纠纷传统解决机制失灵，越来越多的案件涌到法院，加剧了宝贵司法资源的紧张。

### 三、互联网时代枫桥经验给交通事故纠纷解决的契机

#### （一）互联网时代的余杭枫桥经验模式

当今世界，以互联网为代表的信息技术日新月异，引领了社会生产新变革，深刻改变了人们的思维方式、生产方式和生活方式，创造了人类生活新空间，拓展了国家治理新领域，极大提高了人类认识世界、改造世界的能力<sup>①</sup>。“互联网+”给经济社会转型的社会治理带来了更多的机遇和挑战。2015 年 3 月 5 日，李克强总理在十二届全国人大三次会议上的政府工作报告中提出“互联网+”行动计划，这开启了互联网治理的全国示范。随后广东、浙江两省率先开展了“互联网+社会治理”的尝试，其中以浙江余杭法院道交纠纷“网上数据一体化处理”最有成效。余杭模式依托互联网技术平台，打破数据壁垒的束缚，构建余杭法院、余杭司法局、余杭保险行业自律协调小组，推进保险诉前调解和司法鉴定前置，提升鉴定质效。赋予在线司法确认权

---

<sup>①</sup> 习近平主席于 2015 年 12 月 16 日在第二届世界互联网大会的开幕式演讲。

威，对接保险公司理赔系统，实现一键理赔”。余杭模式打破信息壁垒、数据鸿沟，有利高效化解交通事故纠纷，提升了司法公信力，提升群众的认同感。2017年12月，中共中央政治局委员、中央政法委书记郭声琨视察浙江指出，为了群众、依靠群众，是“枫桥经验”的核心要义，也是“枫桥经验”50多年来历久弥新的关键所在。新时代，要把握好“枫桥经验”的精髓，传承好“枫桥经验”，同时，适应社会主要矛盾变化，顺应人民日益增长的美好生活需要，推动“枫桥经验”与时俱进，不断焕发新的生机活力<sup>①</sup>。2019年3月5日，国务院总理李克强在第十三届全国人民代表大会第二次会议上作政府工作报告强调，加强和创新社会治理。推动社会治理重心向基层下移，推广促进社会和谐的“枫桥经验”，构建城乡社区治理新格局。

## （二）枫桥经验的时代创新

“枫桥经验”诞生于上世纪60年代的浙江省诸暨市枫桥镇，指的是一种以社会治安综合治理为手段，依靠群众广泛参与的，化解基层矛盾，维护农村稳定的基层治理经验<sup>②</sup>。“枫桥经验”实质就是坚持群众路线，发动群众力量，提前发现矛盾纠纷，尽快就地解决，促进社会和谐稳定。经过五十多年的发展，时代赋予了枫桥经验更多的内涵，礼法融合下的社会共建共享，尤其互联时代下的网格化治理，推动社会诚信体系建设，利用最小的司法资源实现人民美好生活的理想状态。道路交通事故纠纷处理不仅占据了大量的司法资源，更关乎人民群众切身利益，时刻考验着司法容忍度。互联网新时代背景下考虑枫桥经验在道路交通事故处理上的创新，具有巨大的时代意义，更是对基层社会治理创新的一次伟大尝试，有力提高人民群众的获得感，彰显枫桥经验的价值体现。笔者认为，枫桥经验在道路交通纠纷处理上的创新，可以让线上纠纷解决机制与多元纠纷机制的完美结合，构建法院主导下，利用人民调解员、评估鉴定师、社会乡土精英等诉前介入纠纷，借助社会诚信体制，利用最小的司法资源，让道路纠纷尽快解决，及早修复社会关系，避免司法资源的浪费。“枫桥经验”引入道路纠纷解决机制中，应该注意互联网、大数据、智能网的大结合，积极发动群众参加纠纷处理，坚持以人为本，预防纠纷激化，适度扩张司法权，让纠纷解决在理性化、法治化、人性化轨道运作。在道路交通纠纷处理中，需要处理好权力与权利、公平与效率、权利与义务、国家与社会等关系。新时代枫桥经验参与治理的核心，就在于多元参与、协商调解与共建共享。互联网浪潮的推动下，共建共享共治成为时代的潮流。党的十九大作出了中国特色社会主义进入新时代，我国社会主要矛盾已经转化为人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾的重大论断。新时代社会主要矛盾变化反映到基层社会，突出表现为人民群众对美好生活的需要不仅仅是丰衣足食、

<sup>①</sup> 郭声琨：《开创政法综治工作新局面》，人民网 <http://cpc.people.com.cn/n1/2017/12/12/c64094-29702356.html>，最后访问时间：2018年5月15日。

<sup>②</sup> 汪世荣：《枫桥经验—基层社会治理实践》，法律出版社，2008年版。

矛盾化解、安定有序，而且也包括民主参与、依法维权、社会和谐、风尚良好，共享建设改革发展成果。要准确把握新时代基层社会矛盾的深刻变化，坚持党建引领，坚持人民主体地位，坚持自治、法治、德治相结合，坚持科学化、现代化治理，积极推动“枫桥经验”转型升级<sup>①</sup>。“枫桥经验”已经写入了《中国共产党农村基层组织工作条例》、2019年中央1号文件《中共中央国务院关于坚持农业农村优先发展做好“三农”工作的若干意见》以及2019年国务院政府工作报告。这标志着“枫桥经验”已经由基层社会治理的样本，上升为党和国家制定政策、做出决策的重要依据和基本经验<sup>②</sup>。

### （三）在线纠纷解决机制发展

在线纠纷解决机制指利用包括电子信息传输系统、在线视频软件、在线音频软件在内的多种互联网信息技术在线解决当事人之间的纠纷。在线纠纷解决机制发端于美国，随着互联网的普及，由电子商务纠纷解决逐渐成为多元纠纷解决的重要方式<sup>③</sup>。2016年6月29日，最高人民法院发布的《关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的若干意见》第15条规定了“创新在线纠纷解决方式”。这是根据“互联网+”战略要求，推广现代信息技术在多元化纠纷解决机制中的运用。笔者认为，在线纠纷解决机制的出现，可以让我国道路交通纠纷解决机制以法院为主导，建立标准化模式，构建法官主导下的多元纠纷解决机制。法院提前介入纠纷解决调解机制，构建交通民警、人民调解员、保险公司、诉讼当事人、司法鉴定机构、代理人网络一体化的模式，让交通事故纠纷处理提前按照司法体制思维运作，建立纠纷处理的评级机制，激发人民调解员和公安民警办案积极性，对接诚信信用平台，监督评估机构公正评估，全程留痕公开透明，这样可以让纠纷提前解决，最大限度实现司法公平和正义。构建大数据时代法治社会，我们应该注重运用大数据和区块链技术，明确在线纠纷处理的边界，运用枫桥经验打造中国本土在线纠纷处理平台，用智慧方式推动地方善治，强调以人为本，吸收西方法治经验，用传统文化推动枫桥在线纠纷机制创新和发展。

### （四）枫桥经验下纠纷解决的制度重构

经过多年制度积累，我国已形成了道路交通事故纠纷解决的基本模式与制度，且行之有

---

<sup>①</sup>王乐泉在十三届法学青年论坛上的讲话，

[https://www.chinalaw.org.cn/Column/Column\\_View.aspx?ColumnID=922&InfoID=28405](https://www.chinalaw.org.cn/Column/Column_View.aspx?ColumnID=922&InfoID=28405)，访问时期2018年7月9日。

<sup>②</sup>胡诚浩、周梦琪《推广促进社会和谐的“枫桥经验”——“枫桥经验”首次写入国务院政府工作报告》，载于《绍兴日报》2019年3月6日第6版。

<sup>③</sup> MILI ER—MOORE D. ODR at the AAA: online dispute resolution in practice. University of Toledo Law Review, 2006, 38(2): 395—402.

效，但需要进一步的改善<sup>①</sup>。构建道路纠纷解决机制，不能一味追求司法效率，必须兼顾公平正义，尤其要借助互联网新兴技术，提高纠纷处理的有效性。2018年2月28日，在启东市全市政法会议上，启东提出互联网时代交通事故纠纷处理的再升级，依托启东市交通事故处理一体化中心，探索建立交通事故“网上数据一体化处理”机制，统一调解和审判尺度，公开裁判标准和处理流程，推进在线理赔、在线鉴定调解、在线司法确认，做到一网办理、快速处理。积极探索“网络政法窗口”建设，打破数据壁垒，形成建设集约、服务集聚、数据集中、管理集成的智能化公共服务平台。依托微信等新兴媒体，交通事故发生之时，交通事故当事人直接通过微警务报警，上传事故照片，当场直接对接道路交通处理一体化平台。2018年9月19日，最高人民法院、公安部、司法部、中国银行保险监督管理委员会联合以四部门办公厅名义下发《道路交通事故损害赔偿纠纷“网上数据一体化处理”工作规范（试行）》，为进一步规范道路交通事故损害赔偿纠纷“网上数据一体化处理”工作提供了规范指南。

互联网可以打破壁垒和封闭，但乡土社会更需要制度重构。为了切断黄牛诉讼经济，必须加强对乡土律师的管理。当前，江苏法院全省推行的通达海办公系统，该系统的查询功能只限于当事人和案号，应该增加代理人案件的统计，有利于对案件代理人的监管，这样可以及时启动追查机制。道路交通事故纠纷案源的垄断，一定程度形成了部分不法分子利益攫取利益的途径。司法机关有必要可以推动综合执法，及时分析研判诉讼形势，铲除危害法治健康发展的毒瘤。十九大报告提出，坚持完善基层群众自治制度，健全自治、法治德治相结合的乡村治理体系。笔者认为，构建乡贤辅助调解机制非常有必要，可以动员知识型、道德型及宗法型乡贤，参与到道路交通纠纷调解工作，提高人民群众参与调解的积极性，最大限度整合社会正能量，坚持党的领导下，破除基层治理的死角，积极监督土律师行为，服务乡村振兴战略。基层开展乡村振兴和美丽乡村建设过程中，可以依托村综合服务中心，通过网格员、党员代表、村干部、乡贤等积极开展调解和法治宣传工作，打造村史馆、文化亭和法治文化广场，弘扬社会主义法治文化和提升群众的道德水平，促进矛盾纠纷的和谐化解。

对于诉前鉴定评估的乱象，各地应该及早建立评估报告公开平台，对于评估报告出现的问题，涉及职业道德不端的，应该坚决惩处及曝光。构建评估报告公示平台，推进诚信体系建设，对于评估问题突出的机构要集中整治。对于诉讼过程鉴定机构出现的渎职和违法的，要列入行业黑名单，涉及犯罪的移交司法机关。以整治为契机让评估鉴定实现行业自律。在实践中，部分公安交警家属在保险公司任职现象比较普遍，民警能公平处理交通事故值得商榷。保险公司凭借自身优势，利用时间成本迫使事故受害方让步也屡见不鲜。建议对家属在保险公司工作

---

<sup>①</sup> 余凌云：《改进道路交通事故纠纷的解决机制》，载于《清华法学》，2017年第一期。

的民警，应该推行回避制度，防止不必要的诉讼正义纷争。南通因未建立保监分局，而由保险协会行业监督保险行业发展，保监行业协会只是由几家国有大保险公司牵头的，缺乏法律制度执行力，难以对保险行业规范和引导。这就造成了南通保险市场的混乱和不统一。今年，保监局和银监局的合并，对于南通保险市场监督和规范是一个契机。强化与保监局的业务沟通，打破部门数据的壁垒，邀请监督部门参加纠纷解决，建立一个绩效考核机制，督促南通地区保险公司积极参加道路交通纠纷解决，让一体化解决机制能够落地开花。“枫桥经验”是建国后发展起来的基层治理经验，不同于封建时期的“皇权不下县”的基层治理模式，更与西方社会推崇的“公民社会”有很大区别。“枫桥经验”强调自治、德治、法治相统一，就是要求无论是执法者，还是第三方评估机构都要坚持公正公平公开的原则，要经得起时代、历史和人民的考验，积极主动参与社会治理，要有责任心、公德心和事业心，本着让人民有获得感的态度，参与社会纠纷的治理。“枫桥经验”是一个群众路线实践的样本，贯彻司法民主原则，尊重群众利益多元要求，发挥群众聪明才智，主动接受群众监督，让公权力、第三方权力与私权利互动中，促进纠纷解决机制创新融合发展。

在线纠纷解决推行的势在必行，给交通纠纷解决提供了契机。民事送达一直沿用邮寄送达的老办法，邮寄送达费每年随着案件数而剧增，电子送达在基层法院的适用不到百分之一。人民法院信息化3.0版的显著特征之一就是运用互联网技术提升纠纷解决的智能化水平，“逐步实现从传统法院的‘纸流、物流’向‘智慧法院’的‘数据流、通讯流’的转型”<sup>①</sup>。考虑道路交通事故涉及的保险公司和代理人相对比较集中，笔者认为在数据一体平台上可以增加保险公司和代理人的专门邮箱，便于纠纷解决的快捷和方便。构建一个在线纠纷解决的平台，也必须有一个规范纠纷解决规则，统一规范适用成为了关键，不然很难让社会信服。实践中，行人因部分过错被汽车撞伤，造成了汽车的财产损失，行人需要赔偿肇事人的财产损失吗？这一个简单案件，在各地裁判都不同。即使省高院由规范判决，基层法院部分老法官依然沿用过错责任让行人承担赔偿责任。笔者认为，交通事故纠纷解决需要一个细化标准的规范准则。对道路交通纠纷解决，欧美奉行诉讼中心主义，而日本推行标准化的管理模式。结合中国国情，笔者比较倾向于日本模式，这样可以减轻法官负担压力，压缩司法权力寻租的空间，最大限度化解矛盾纠纷，促进社会和谐稳定。这符合枫桥精神，增强纠纷处理的预见性，推动社会治理的规范化，健全诉求表达机制，有利于利益协商机制构建。“枫桥经验”内涵要求“就地解决矛盾”、“矛盾不上交”，这对于纠纷处理标准提出了新要求，要让司法不是矛盾化解的第一道

---

<sup>①</sup>刘婧：《打造“智慧法院”提升司法质效——人民法院全面推进依法治国工作亮点巡礼》，载《人民法院报》2016年8月22日第一版。

防线，而是矛盾化解的最后一道防线，增加纠纷化解自治的标准，可以避免因法律适用带来的误解，也减少了因诉讼可获利的机会主义投机。

互联网时代下中国医疗救助体制的创新。黄牛诉讼经济盛行的一个重要原因，就是医疗看病依然是先缴费后看病。高昂的医疗费用对交通事故受害者来说，特别没有稳定收入的是无法承担。黄牛通过购买案源参加诉讼，这种牟利运作的模式，很难不触及司法正义，对基层法治危害巨大，破坏了社会公平正义的基础，容易滋生腐败和犯罪。《道路交通事故社会救助基金管理试行办法》实行以来，江苏率先设立道路交通事故社会救助基金，截至今年3月底，南通路救基金累计垫付资金突破亿元，七年共救助3500余名交通事故重伤员<sup>①</sup>。尽管道路交通事故救助基金帮助了部分弱势群体，但全市仅2017年就发生一般以上交通事故1246起，死亡423人，伤1051人，直接经济损失303.3万元<sup>②</sup>。笔者认为，尽管各地都建立了道路交通事故救助基金，但面对日益高昂的医疗费用，实际运用资金依然属于杯水车薪。新西兰于1972年制定了《意外事故补偿法》，被誉为“人类文化上史无前例的法律制度之创举”，抛弃了以侵权行为法律制度解决交通事故损害赔偿问题的传统做法，而新创了社会安全保障制度<sup>③</sup>。笔者认为，考虑我国依然是发展中国家，各地经济社会发展极不平衡，构建社会主义中国特色道路救助体系，可以依托互联网平台，凭借五十五年的枫桥经验，“打造新时代共建共治共享的社会治理格局”。2014年6月，国务院通过《社会信用体系建设规划纲要（2014—2020年）》，对社会信用体系建设要按照“政府推动，社会共建；健全法制，规范发展；统筹规划，分步实施；重点突破，强化应用”的原则有序推进<sup>④</sup>。当前社会信用体系构建中，应该借助互联网平台，给予互联网运营企业一定的政策优惠，对事故受害的困难群众设定一定的信用治疗借贷额度，可以帮助弱势群体度过难关，让黄牛诉讼在基层没有存在的空间和土壤。我们的法治建设要从一元建构向三元建构迈进<sup>⑤</sup>。三元社会的政治形态：国家统治，社会自治，个体自主。枫桥经验下的社会治理，应该是三维一体下的社会共建共治共享。坚持以人民为中心，重塑儒家民本思想，实现自治、法治、德治并举，发动群众参加，培育成熟社会组织，促进人民生活的更有获得感。

---

<sup>①</sup>人民网：“南通路救基金7年救助3500余人垫付超亿元”，<http://mini.eastday.com/bdmip/180420115901772.html>，最后访问时间：2018年5月23日。

<sup>②</sup>南通市统计局：《2017年南通市国民经济和社会发展统计公报》，[http://xxgk.nantong.gov.cn/govdiropen/jcms\\_files/jcms1/web30/site/art/2018/4/10/art\\_8061\\_515547.html](http://xxgk.nantong.gov.cn/govdiropen/jcms_files/jcms1/web30/site/art/2018/4/10/art_8061_515547.html)，最后访问时间：2018年5月23日。

<sup>③</sup>左卫民、马静：《交通事故纠纷解决的行政机制研究》，载于《四川大学学报》（哲学社会科学版），2005年第四期。

<sup>④</sup>朱焕东：《法治视角下诚信体系的重构》，唯实杂志2016年第10期69-70页。

<sup>⑤</sup>张志铭：《三维法治观：中国法治建设的主体建构》，2018年5月20日在六届社会建设与法治中国论坛讲话。

基层司法法治环境不乐观。交通事故纠纷处理门槛比较低，已经成为部分不法分子牟利的途径。虚报或制造交通事故骗取保险金屡见不鲜，公安局机关治理的独木难支，法院在奉行被动司法原则的无能为力，保险公估机构在利益驱使下的睁眼瞎，部分保险公司代理人的同流合污，黄牛诉讼客的推波助澜，已经让基层交通事故治理不能单纯停留在互联网治理的设想上。笔者认为，在推进交通事故纠纷在线纠纷的契机下，法院、公安局、保监局、保险行业协会、司法局、检察院等部门要成立整治联合领导小组，在当前社会信用建设平台基础上，增加相关中介、律师、维修厂以及先关人群的信用考核，建立黑名单机制，对于违法犯罪的坚决打击，维护社会的公平正义，让群众能够感受法治的关怀。2018年扫黑除恶专项斗争开展以来，基层社会治理情况明显好转，一定程度减少了法院工作的压力，促进了道路纠纷的有效化解，但构建道路交通多元纠纷解决的长效机制依然很难。

#### 四、结语

道路交通纠纷解决机制重构的漫长等待，考验司法智慧和宽容，更是衡量中国法治发展的试金石。传统以交通民警为主导的纠纷解决机制已经不适用时代的发展，诉讼纠纷的爆炸已经证明了中国法治文明的进步，更要求传统纠纷机制的革新。构建以法院为主导，制定统一规范标准的细则，推动在线纠纷的多元化解，是适应互联网时代发展趋势的。构建一体化纠纷解决平台，不能单纯依靠科技技术创新，需要法院、公安、司法局、律师、评估机构共同努力，总结枫桥经验的基础上，坚持为人民服务中心思想，改变司法需求供给的单一性，发挥政府力量与民间力量，从社会深层次的土壤出发，对症下药，让纠纷及早有效解决，真正实现司法正义的价值。

## “富二代”治村：富人治村的新发展

### ——基于江苏无锡调查的讨论

朱 政\*

**摘要：**在当下中国乡村，富人治村是一个普遍性的现象。近年来，乡村富二代逐渐进入村两委任职，成为富人治村的一种新发展。通过考察乡村富二代的类型，以及富二代治村的结构性质前提，可以将其核心机制概括为基层政府与乡村富人的相互承认与结盟，形成规则化的权力与利益的分享格局。在国家与社会关系的理论视角下，富二代治村表征基层政府利用科层官僚体制对乡村精英的吸纳与统合；构成一种国家与社会“行政一体化”的关系形态。面对市场经济背景下乡村社会的富人政治，应重视挖掘社会主义传统下党政体制资源，抑制其负面效应。

**关键词：**富人治村；富二代；国家与社会

#### 一、前传：富人治村

自上世纪90年代以来，在中国乡村的基层组织中，富人担任村干部已经是一个普遍性的现象，学术界称之为富人治村。近两年，笔者所在研究团队的田野调查发现富人治村有了一些新的发展，即富人的子代逐渐进入村两委任职，或者作为村支书、村主任的接班人，或者将村干部当作职业，或者作为进入家族企业前的过渡阶段。这种“富二代”治村的现象，在苏南地区表现得较为突出，值得引起关注。

##### （一）文献回顾

富人治村是富二代接班的前提。因此，有必要简单梳理富人治村的既有研究，建立进一步讨论的基础。文献回顾的意义，还在于扩宽理论视野和明确问题意识。第一，富人治村的类型研究。贺雪峰教授指出，“在中国农村，事实上可能存在着三种不同的经济分化状况，或三种不同的农村富人状况，一是发达地区农村，有着规模较大的富人群体；二是在一般农业型农村，有着人数虽少却可能具有不对称影响力的富人；三是具有资源农村因为特殊政策所产生出来的富人，最典型的是山西煤老板。这三种地区农村的富人，其数量、性质及相对影响力是相当不同的。”<sup>①</sup>陈柏峰教授将富人治村分为经营致富型、资源垄断型、项目分肥型、回馈家乡型等四

---

\* 论文尚未定稿，未经许可，请勿传播。朱政（1980-），男，湖北民族大学法学院副教授，中南财经政法大学基层法治研究所研究人员。国家社会科学西部项目“全面依法治国背景下基层政法委的体制机制创新研究”（18XFX002）。

<sup>①</sup>贺雪峰. 论富人治村——以浙江奉化调查为讨论基础[J]. 社会科学研究, 2011(2).

种类型<sup>[2]</sup>，其背后的分类依据可以纳入贺雪峰教授区域比较的研究范式。类型研究指出全国范围内普遍存在的富人治村，存在不同的发生逻辑，应当展开更为细致的机制分析。另一方面，这也让笔者意识到本文基于江苏无锡地区的讨论，可能具有区域性的特征，主要适用于沿海发达地区依托产业经营出现的乡村富人群体。同时，这与苏南地区所处的社会经济环境、地方政府的治理模式等因素也有内在关联。因而，研究富二代治村的机制、逻辑、后果和结构性成因，不仅具有一种村治模式“理想类型”的意义，也可以作为未来研究其他地区的参照系。

第二，富人治村的运作逻辑与实践效果研究。学术界较早关注富人治村的，如卢福营教授通过浙江私营老板的研究认为，富人治村具有深厚的社会基础，是国家赋予新兴经济精英的重要责任，“已经形成了高度的社会认同，取得了合法性”<sup>[3]</sup>。孙琼欢认为在乡村社会高度分化的当下，派系精英主导村庄政治及其民主化进程<sup>[4]</sup>，派系竞争孕育了民主协商的机制<sup>[5]</sup>。以贺雪峰教授为代表的一批学者，通过深入地田野调查，提出富人治村的微观机制——包括公私不分<sup>[6]</sup>、政治排斥<sup>[7]</sup>、派性结盟<sup>[8]</sup>、精英俘获<sup>[2]</sup>等，进而质疑富人治村不仅难以普遍带领农村集体致富，而且严重地消解了村庄权力的公共属性。虽然，诸学者之间的研究结论和立场多有不同，但这一类研究的共同点是深入揭示了富人治村的原理，构成了本文研究的重要前提。

第三，以富人治村切入，深入探讨相关基层治理问题。这方面的研究主要集中在基层政权与村庄的关系<sup>[9]</sup>、乡村社会分层<sup>[10]</sup>、基层民主<sup>[11]</sup>和村庄政治<sup>[12]</sup>等方面。乡村生活是整体性的，富人治村由基层的政治生态、制度环境和社会结构共同塑造，必然牵一发而动全身。因而，在社会学、人类学的研究传统中，特别容易以“个案延展”的方式激发学者的“想象力”，借以讨论其他相关问题。

## （二）问题意识与研究进路

既有研究堪称深入细致、富有洞见，已经初步形成了研究传统。或许正因为如此，关于富人治村的研究很大程度被限制在对村级治理效果和评价的争论之中，缺乏与宏观理论的对话。

---

[2] 陈柏峰. 富人治村的类型与机制研究[J].北京社会科学, 2016(9).

[3] 卢福营. 治理村庄:农村新兴经济精英的社会责任[J].社会科学, 2008(12).

[4] 孙琼欢.村落社会派系化背景下派系精英之于村庄治理的效用[J].领导科学, 2014(17).

[5] 孙琼欢.村落社会派系化背景下村级治理的协商民主[J].中共宁波市委党校学报, 2013(4).

[6] 余彪.公私不分:富人治村的实践逻辑[J].南京农业大学学报(社会科学版), 2014(4).

[7] 欧阳静.富人治村:机制与绩效研究[J].广东社会科学, 2011(5).

[8] 刘锐.富人治村的逻辑与后果[J].华南农业大学学报(社会科学版), 2015(4).

[9] 仇叶.富人治村的类型与基层民主实践机制研究[J].中国农村观察, 2017(1).

[10] 杨华.阶层分化、资源动员与村级贿选现象——以东部地区G镇调查为基础[J].南京农业大学学报(社会科学版), 2018(2).

[11] 冷波.形式化民主:富人治村的民主性质再认识——以浙东A村为例[J].华中农业大学学报(社会科学版), 2018(1).

[12] 桂华.富人治村的困境与政治后果[J].文化纵横, 2011(2).

在笔者看来，之所以如此，一是，社会学、人类学田野调查，主张问题意识的“在地化”，对于经验意外较为敏感，而不会主动面向理论展开讨论；二是，质性研究特别重视在经验现象之间建立联系，强调解释的经验性融贯，讨论问题上的“跳跃”，容易引发“理论切割实践”的批评。因此，经验研究的问题意识、论证和结论，往往呈现碎片化，亦即对一时一地具有很强解释力，但难以有效整合、提炼，参与理论对话。

就笔者而言，在田野调查中接触到富人治村和富二代接班的经验现象，首先联想到的是这属于“国家与社会”关系的问题域，可能构成国家与社会在基层社会互动、融合的某种类型；其次，才是深入经验现象内部，探寻背后的机制与机理。当然，笔者也意识到，调查研究在接触经验素材之初就遭遇“现成的”理论分析工具，的确容易陷入先入为主的理论预设之中。需要警惕。但另一方面，人类认识世界必然受到理论工具的影响甚至是支配，例如牛顿的经典物理学之于物体的运动。对于研究者来说，理论更是构成伽达默尔所言的“前见”，无法回避。在笔者看来，经验研究不仅可以作为面向事物进行质性判断的探索工具——“真的经验研究要从经验中分析事物的内在联系，分析现象或要素之间的关联和作用机制”<sup>[13]</sup>，还可能用于阐述理论的细节，验证或创新理论。

基于此，本文将在富人治村既有研究的基础上，继续探索富二代接班的发生逻辑，完善机制分析。我们将发现，富二代接班既是富人治村的自然代际更替，构成乡村富人政治的一种延续；同时，富二代治村又具有不同于其父代的某些特殊性和时代性，深嵌于当下基层社会转型的宏大图景之中。换句话说，富二代接班将富人治村的“故事”拉长，由聚焦的画面转入“长镜头”，从而使得论题透出一丝历史感。最后，依托富二代治村的经验性解释，进一步拓展视野，投入“国家与社会”关系的讨论，考察基层社会的变迁，以及丰富国家与社会互动的类型研究。

## 二、接班：富二代治村

### （一）“富二代”的类型

在富裕家庭中成长起来的二十岁出头的年轻人，甘愿拿着三、五万元的年收入，进入村两委操持“婆婆妈妈”的村务工作。这个现象本身似乎就让人难以理解。事实上，这些富二代的家庭状况，以及他们进入村组织的意图和长远人生规划是相当不同的。通过深入访谈进行归纳，大致可以分为三个基本类型。

第一，将村委工作视为人生的过渡性阶段。这一类富二代多数最终要回到乡村家族企业中接父辈的班。在父代尚处在五十岁上下的企业家壮年时期，他们被安排进基层村组织进行历练。

---

<sup>[13]</sup> 陈柏峰. 法律经验研究的机制分析方法[J].法商研究, 2016(2).

用 G 村刘某的话说，“家里让他进村委，就是为了磨性子，另外就是熟悉乡镇、村里的人（基层干部）和事”。一般来说，这一类富二代的家庭企业至少是中等规模以上，年收入在五十万元至数百万元不等，属于村庄第二层次的富裕家庭。这一类富二代在村委，交朋友重于干工作。

第二，作为村书记、主任培养的后备干部。这一类富二代进入村两委的目标明确，希望通过长期工作，得到职务晋升，日后主持村庄工作。他们是未来富二代治村的主体力量。H 镇 H 街道陈某即是一例。他出生于 1983 年，已在村委工作近十年，上上下下将其视为下一届村主任的热门人选。概括而言，这一类富二代及其父代，在村庄中属于第二或第三层次的富裕家庭，一般是中、小企业业主，或者有其他产业，或者通过征地拆迁、出租房屋积累了相当财富，父子两代的大家庭年收入在 30 至 100 万元不等。他们愿意当村干部，一是为了获得政策信息、产业发展上的好处。二是，通过主持村委工作，有利于与村庄最上层的富裕阶层交好，建立高质量的社会关系。三是，争取体制身份。无锡地区为优秀村干部开通了进入体制内的通道，即面向有一定学历、长期工作的主要村干部组织考试，录用进事业单位编制，甚至可能晋升为乡镇干部。

第三，作为职业选择。这一类富二代，一般属于村庄中等偏上收入阶层，大家庭年收入约为 30 至 50 万元，家族产业普遍处在衰落期，或者家族企业转型失败、后继无人，父代创业获利后逐渐进入退休生活。例如，被严格的环保政策逐渐淘汰的手工业中小型企业的企业主。这些富二代，因父代积累了相当财富，年纪轻轻即购房买车、娶妻生子，人生早早进入稳定和安逸的阶段，普遍丧失了上进心；当然，也是因为人才市场上难以觅得更好的职业机会，或者不愿吃苦二次创业。在他们看来，如果不能进入公务员队伍，在村委“混混日子”也是不错的，或许还能在村集体经济中多多少少获得一点额外的利益。这一类人，可能不是村庄里典型的富二代，但他们比普通家庭子弟还是明显富裕，与村庄的富人集团联系紧密，也更有能力谋得村委聘用制的工作岗位。

笔者将上述三类富二代，简单定义为过渡型、接班型、职业型。显而易见，他们的家庭在村庄中分属于不同阶层，对村干部职业具有不同的预期，在村务工作中的表现往往也不尽相同。

（参见图表 1）当然，这里描述的是一种经验性的规律或者分布趋势，并非严格的一一对应关系；更不能认为，乡村富人及其子代垄断了村干部岗位。

图表 1：富二代的类型

	村庄社会分层	家庭（个人）预期	工作态度
过渡型“富二代”	上层富裕家庭	缺乏长远预期，主要目的在于个人历练、积累人脉	交朋友重于干工作

接班型“富二代”	中、上层富裕家庭	具有长远预期，希望未来主持村庄工作	积极投入主动承担责任
职业型“富二代”	中层富裕家庭	具有长远预期，为了谋得稳定职业	能够认真履职

## (二)“富二代”进入村组的结构性前提

从我们的调研来看，在无锡地区的村两委中，除了大学生村官和市、区两级选任的少部分编制内干部，相当比例的乡镇招考和聘用制村干部是富人子弟。此外，还有一部分与村庄富人阶层和地方精英有着千丝万缕联系的来自非富裕家庭的年轻人，占据着聘用制联防队员、协警等更外围一些的工作岗位。从整体上看，一定范围内的乡村富人阶层子弟与基层干部乃至更外围的聘用工作岗位，具有相当程度的同构性。质言之，家庭经济条件、社会关系（社会资本）是成为村干部的有利条件。并且，经济能力和社会资本越强的，往往占据中心位置；弱一点的，随之向边缘扩展。其中，例外的是村庄最富裕阶层家庭的子弟，并不一定有意愿进入村两委。

“中心—边缘”的村庄权力位置与富二代的类型分化具有某种分布趋势的同构性，这可能不是巧合。事实上，之所以不同类型的富二代进入村两委，并占据不同位置，背后具有乡村社会结构、制度环境和基层政府治理策略等多重结构性因素。第一，村庄阶层分化与富人政治。一如前述，富二代治村的重要前提是已经形成的富人治村格局，亦即村庄阶层分化与富人政治。既有研究很好地解释了，富人如何利用经济优势和社会资本，甚至是灰色势力、贿选手段，将中下层农民排斥在村庄权力核心之外的。<sup>[14]</sup>更一般地说，富人能够通过“花私人的钱办公家的事”建立权力支配的合法性，一是，为自上而下的项目输入提供配套资源，最典型的是“一事一议”的乡村公共事业建设；二是，帮助基层政府“摆平”钉子户、上访户一类的麻烦；三是，为村集体经济提供资金，或者争取到外来的发展机会。此外，在村庄生活中，富人阶层通过不断提高婚丧嫁娶、走人情的规格——最常见的是人情往来的礼金、办酒席的档次和规模，逐渐与一般农户拉开距离，形成“小圈子”的阶层驱隔，使得后者在村庄生活中“办不起事”——退出人情交往，进而在富人面前“说不起话”、“做不起人”，便更无心参与村庄公共生活。总之，近几年农民越发加大的阶层分化和稳固的乡村富人政治，为富二代的出场提供了条件。（我们调研的H镇农户社会分层的情况，可参见图2）

图2：H镇村庄阶层分化

社会分层	经济分化	政治分化	职业分化	占总户数	户年收入
------	------	------	------	------	------

<sup>[14]</sup> 袁松.富人治村——浙中吴镇的权力实践（1996-2011）[D].华中科技大学博士论文，2012.

					(万元)
富裕阶层	富豪农民 (第一阶 层)	区县政协委 员等	企业家	1~2%	≥200
	富裕农民 (第二阶 层)	乡镇干部、 主要村干部	中小型企业 主	10%	≥50
中间阶层	中等富裕 (第三阶 层)	村干部	小型企业 主、个体工 商户、技术 管理者	30%	≥20
下层农民	普通农民 (第四阶 层)	无	打工者	50%	5~20
	贫困农户 (第五阶层)	无	纯农业户、老 弱病残家庭	5~10%	≤5

第二，基层政府选人与用人的策略。很多学者都注意到，富人治村的兴起背后有“双带工程”政策导向的因素，即要求村干部、党员带头致富和带领群众致富。这充分说明，基层政府选人用人的思路对基层村组织有实质性的影响。经过这些年的实践和观察，对于富人治村产生的效应，不论是积极的或消极的，全国范围内的基层政府其实已经心里有数了。因此，基层政府在选人用人和为村民民主选举把关的策略上，是有一些微妙变化的。一方面，在富人治村已然成为现实的情况下，很多地方很难重新洗牌，掉过头来再吸引普通村民担任主要村干部。因为，村庄阶层结构不可逆转，经济分化导致的政治分化已初步形成。或者说，重新洗牌的成成本太高。并且，富人治村确实也有正面效应，客观上提高了村庄公共品建设的水平，以及富人村干部能够协助乡镇政府解决很多治理难题。因而，在全国很多地方，每每村两委换届，乡镇政府往往会确定一个大致的比例，保证乡村富人、其他乡村精英（如村医村教）担任一定数量和岗位的村干部。另一方面，为了减低富人治村产生的某些恶劣影响，例如基层选举中大面积的贿选、恶性的派性斗争，基层政府从倾向于选择富人中的“能人”和“大本事人”，逐渐变成更青睐“规矩人”和“小本事人”。也就是说，最佳的村干部人选是既有一定能力，乡镇政府又能

够节制的那一类富人。总之，凭借资本优势的“脱缰野马”，不再受到欢迎。从这个意义上说，基层政府选人与用人的策略，是富二代接班的结构性的前提。这也能够解释为什么村庄中等富裕家庭子弟，在村两委是较稳定的中坚力量。

第三，基层政府和组织的科层体制与官僚化。与父代相比较，富二代进入村两委，最显著的不同在于，后者的预期更多地面向体制内。对于接班型富二代和职业型富二代，家族产业的经济收益虽然也重要，但往往不会强求；相反，他们倾向于将自己视为“准公务员”，更重视体制内身份和利益。过渡型富二代，虽然对村委工作不具有长远的预期，但并非试图通过村干部身份攫取短期经济利益的投机主义者。在笔者看来，这与苏南地区基层政府的制度环境和政治生态直接相关。苏南地区的基层政府，科层体制的运作层级分明、权责清晰。在村级组织的层面，村级治理“行政化”<sup>[15]</sup>的样态显著。换句话说，乡镇政府与村两委是高度一体化的；村干部与乡镇干部从薪酬待遇到行为模式，都趋向于职业化官僚。从更宏观的角度看，在全面推进依法治国的大背景下，苏南地区的“区域法治”水平相对较高，基层政府的治理框架将乡村社会体制内精英和体制外精英，通过科层官僚制的规则体系高度整合在一起。

### （三）“富二代”治村的机制

通过上文对富二代的类型描述与结构性分析，或许可以将富二代治村的机制概括为基层政府与乡村富人的相互承认与结盟，形成规则化的权力与利益的分享格局。具体地说，第一，基层政府认可乡村富人在乡村社会的“领导地位”，默认某种程度的富人政治。既有研究已经表明，富人治村蕴含着政治排斥的机制，亦即普通村民被排斥在村庄公共事务之外。富二代接班，是乡村富人政治走向固化的表征；也可以说，一定程度上得到了基层政府的默认。事实上，上世纪80年代苏南地区乡镇企业兴盛时期，各类乡村精英往往就身兼体制内身份。当时，乡镇企业的管理层，大多就是有技术、敢于闯市场的乡镇干部、村干部。到了上世纪90年代乡镇企业改制，承包集体企业的主要还是这一批人。他们之中的成功者，即是现在拥有家族产业的富豪农民或富裕农民，位于村庄阶层的顶端。换句话说，村庄的富豪农民或富裕农民——富二代的父辈，很多都曾有过体制内担任基层干部的经历，或在原乡镇集体企业中担任过领导、技术骨干。基层政府对村庄中的富人及其子代，既熟悉，也比较信任。因此，相比严格的公务员、事业单位招考，富二代凭借父代的能力和乡镇政府的认同，比较容易通过村干部选举和聘用进入村两委。同时，富二代村干部借助家族力量，一般也能较好的配合基层政府完成各项工作，相较于普通村民，显得更为胜任村干部。总之，在这种条件下，“形式化”<sup>[11]</sup>的村民民主选举，不仅没有打破乡村富人政治；相反，还为其提供了合法性程序。

---

<sup>[15]</sup> 朱政,徐铜柱. 村级治理的“行政化”与村级治理体系的重建[J].社会主义研究, 2018(1).

第二，乡村富人接受基层政府的领导，在法治原则和科层体制的规则内行动，配合地方治理。富二代以“准公务员”的心态对村组工作抱有长远预期，说明这一代乡村富人能够主动适应基层政府制度环境和政治生态的变迁，深谙官僚科层制的运作规则，尤其懂得依法行政的重要性。从这个意义上说，基层政府与乡村富人的相互承认与结盟，是有制度性前提的，是在现代法治国家的治理框架下展开的。这使得其与赤裸裸的公权力寻租和乡村野蛮派性斗争而形成恶性的“分利秩序”<sup>[16]</sup>格局，明显的区别开来。

第三，基层政府与乡村富人有规则地分享权力与体制利益。乡村富二代的父辈，在改革开放初期市场经济大潮中获得成功，并积累财富。时至今日，市场竞争的环境更加残酷，乡村中小型企业普遍面临巨大的生存压力和转型困境。更重要的是，中国乡村进入后税费时代以来，国家资源大量投入乡村，包括村干部的专职化以及待遇的大幅度提高，极大地增加了体制利益的总量和稳定的持续增量。在此大背景下，部分乡村富人从汹涌的市场大潮中抽身而出，转而寻求体制内利益，或者依托体制资源兼顾家族产业，就很容易理解了。归结起来，富二代治村的核心机制是，在国家治理框架之下，乡村富人阶层打通体制内外之间的界限，依循制度环境和阶层分化暗含地规则，有节制地分享权力和体制利益。

### 三、讨论与启示：一个国家与社会关系的视角

#### （一）国家与乡村社会的遭遇与调试

一如文初所述，在笔者进入田野接触到富二代治村的经验现象之初，“国家与社会”关系的参照系便挥之不去。一方面，对于认识社会，理论工具本身是无可回避的；另一方面，诚如英国社会学家吉登斯所言，成功的社会理论，“它们参与构成我们今天所置身的世界”，“它们是对社会实在的反映，与此同时，这些理论实际上既促进了这种社会实在的构成，又与我们注目的社会世界保持着一种若即若离的关系”<sup>[17]</sup><sup>56</sup>。换句话说，社会科学理论以及人们据此产生的认识和信念，对于社会实在是构成性的。作为研究者，或许应当感到一丝坦然。

自上个世纪90年代，西方国家与社会关系理论以及市民社会理论引入国内学界，经过短暂的讨论，“国家与社会的二元论”，即市民社会对抗国家的探索，很快就被否定了。在中国，它既无法解释现实，更难以参与到真正意义上的社会实践之中。之后，学者们开始关注以米格代尔、埃文斯为代表的“国家在社会中”（State in Society）<sup>[18]</sup>、“国家与社会共治”（State-

<sup>[16]</sup> 陈锋. 分利秩序与基层治理内卷化——资源输入背景下的乡村治理逻辑[J]. 社会, 2015(3).

<sup>[17]</sup> [英]吉登斯(Anthony Giddens)著, 李康、李猛译. 社会的构成: 结构化理论大纲[M]. 北京: 生活·读书·新知三联书店, 1998.

<sup>[18]</sup> [美]米格代尔(Joel S. Migdal)著, 李杨、郭一聪译. 社会中的国家: 国家与社会如何相互改变与相互构成[M]. 南京: 江苏人民出版社, 2013.

Society Synergy)<sup>[19]</sup>的理论立场,主张国家与社会良性互动,并形成了一批中观或微观的理论命题,例如“地方法团主义”<sup>[20]</sup>、“行政吸纳社会”<sup>[21]</sup>、“分类控制”<sup>[22]</sup>、“控制与支持”<sup>[23]</sup>、“行政吸纳服务”<sup>[24]</sup>等。总而言之,在当下中国社会正经历剧烈转型的背景下,研究者和社会大众逐渐认识到,在现实生活的不同领域,国家与社会的互动关系既是复杂的,也处在不断变化之中,难以以某种脸谱化的方式简单勾勒。

在笔者看来,近年来乡村社会普遍的富人治村,以及富二代接班,已然构成某种新型的国家与社会关系形态。是的,是一种由乡村社会结构、基层政治生态和制度环境变迁(“富二代”进入村组的结构性前提)引发的国家与社会的新的结合(“富二代”治村的机制)。对于如此这般的变化,不但身在其中的乡村富人和普通群众皆有清晰的认识,基层政府也懂得权衡富人治村的利弊得失。质言之,或许不可言明,或许一言难尽,但并不妨碍诸方行动者依据对国家与乡村社会互动关系的认知与信念,选择各自的行动策略。某种意义上说,蕴含在各方的行动之中,国家与乡村社会不断得以遭遇和调试,在一段时期内呈现出某种相对稳定的结构关系形态。

## (二) 国家与社会的“行政一体化”及其变迁

如前所述,笔者将富二代治村的机制归结为基层政府与乡村富人的相互承认与结盟,形成规则化的权力与利益的分享格局。在国家与社会的关系视角下,它表现为科层官僚体制对乡村精英的吸纳与统合,亦即将社会作为国家的延展,使得两者具有某种一体化特征。作为“理想类型”的描述与概括,姑且将这种国家与社会的关系形态称之为“行政一体化”。

阐发国家与社会“行政一体化”的意涵,值得花一点篇幅。第一,类型学视野下的比较。对于中国广大的乡村,如果将中国传统社会“皇权不下县”的乡贤之治、新中国初期“革命-社会主义”传统下的人民公社和上世纪80年代后公社时代的“村民自治”作为参照系,不难察觉到当下富人治村以及富二代接班呈现出的国家与社会的关系颇有意味。其一,国家对乡村社会依然具有很强的控制力,延续了一定程度的国家“全能主义”<sup>[25]</sup>特征,尤其应考虑到当下工业反哺农业,大量资源下乡的背景因素。其二,在现有村民自治制度的前提下,再度启用乡村富人精英作为“代理人”——当下常常又被成为“新乡贤”,一定程度上说明国家对乡村精英的承认与利用,甚至是倚重。其三,默认乡村精英有限度地分享体制内利益,并对其诉诸制度性

[19] Peter B. Evans ed., *State-Society Synergy: Government and Social Capital in Development*[M]. Berkeley: University of California, 1997.

[20] Jean C. Oi. *The Role of the Local State in China's Transitional Economy*[J]. *The China Quarterly*, 1995(4).

[21] 康晓光、韩恒. 行政吸纳社会——当前中国大陆国家与社会关系再研究[J]. *中国社会科学(英文版)*, 2007(2).

[22] 康晓光、韩恒. 分类控制:当前中国大陆国家与社会关系研究[J]. *社会学研究*, 2005(6).

[23] 陶传进. 控制与支持: 国家与社会间的两种独立关系研究[J]. *管理世界*, 2008(2).

[24] 唐文玉. 行政吸纳服务——中国大陆国家与社会关系的一种新诠释[J]. *公共管理学报*, 2010(1).

[25] 邹党. *二十世纪中国政治*[M]. 香港: 牛津大学出版社, 1994.

的规训，尤其是法治规训（依法行政）。总之，在上述参照系的映衬下，当下国家与社会的互动与链接是以国家治理体系为框架的，高度依赖科层官僚体制的统合和延展。这是否也可以纳入党中央反复强调的“国家治理能力现代化”之中理解呢？！

第二，社会治理意义上的重要功能。在笔者看来，国家与社会“行政一体化”的关系形态是应对后税费时代乡村治理新型“内卷化”危机的重要机制。根据杜赞奇的研究，国家从乡村社会高强度的提取资源，乡村富人精英可能扮演“盈利型经纪人”的角色，从中谋取私利，造成乡村治理的“内卷化”<sup>[27]66</sup>。民国时期如此，上世纪末的“三农问题”也是如此。税费改革以后，资源流动的方向调了个头，工业反哺农业，国家向乡村社会不断“输血”。此一时期，乡村富人精英依托基层组织，参与乡村公共事业建设，以项目分肥等方式截留部分国家资源；更重要的是，资源下乡假手于乡村精英，往往无法准确反映当地农民的需要和偏好，很大程度上降低了国家资源的有效利用率。这显然是一种新型乡村治理的“内卷化”。从这个角度切入，不难体察基层政府利用科层官僚体制吸纳、规训乡村富人精英的“良苦用心”。对于乡村富人精英，既要利用，发挥其积极作用；又不可放任，防止他们“挖社会主义墙角”。因此，将参与乡村富人政治的经济精英定位为体制内的“准公务员”，允许这个群体有限度的分享体制权力与利益，也为他们套上科层官僚制通用的制度缰绳。

第三，历史变迁的考察。美国学者魏昂德曾指出，“新的研究不再局限于描述国家与社会关系以及与其他国家的政治对比，而是描述在国家与社会关系中那些新的复杂的变化以及外生原因如何导致了这些变化。”<sup>[26]71</sup> 本文对富二代治村的研究，注意到了引发国家与社会关系变迁的各种外在约束条件，包括：(1)中国工业化进程中的产业关系（主要是农业与工业的关系），(2)乡村的社会结构变迁（市场经济条件下的乡村社会阶层分化以及富裕农民内部的分化），(3)近年来体制内资源和体制利益的持续增加，(4)基层政府科层体制的制度环境和政治生态的潜在变化。当然，限于主题和篇幅，这些内容不可能更加详尽的展开论述。

之所以认为国家与社会“行政一体化”的关系形态是重要的，恰恰是因为上述这些影响国家与乡村社会之间互动的因素具有全国范围内的普遍性或者发展趋势。因而，国家与社会的“行政一体化”，有可能成为未来一段时期乡村社会相对稳定的结构形态。当然，本文的讨论建立在苏南地区经验素材的基础上，初步的结论还需要接受后续研究的不断检验。

### （三）被遮蔽的党政体制

全球范围的民主政治和官僚科层制，都有被精英俘获的潜在风险，进而可能产生包括社会

---

<sup>[26]</sup> [美]杜赞奇(Prasenjit Duara)著，王福明译. 文化、权力与国家[M].南京：江苏人民出版社，1996.

<sup>[27]</sup> 涂肇庆、林益民编. 改革开放与中国社会——西方社会学文献评述[M].香港：牛津大学出版社，1999.

财富分配不公在内的一系列的危害后果。这既是常识，也是很多国家的客观现实。正如王绍光教授不失幽默地调侃道：“在选举中，人们往往很少关心选举人代表的党派和他们的立场，而是问：‘这是谁家的孩子’？”<sup>[28]</sup><sup>58</sup> 在中国乡村富人治村的语境中，一种普遍的批评是中国基层政治面临“去道义化”<sup>[29]</sup>的风险；而本文基于富二代治村提出的国家与社会“行政一体化”关系形态，似乎强化了这样一种负面印象。是的，富人治村呈现出普遍的政治排斥，而富二代接班不仅在固化村庄权力结构，而且分享体制资源和利益。然而，笔者却并不过分悲观；因为，我国的社会主义传统，可能恰恰是抵御精英政治、富人式民主的重要力量和资源。

事实上，国家与乡村社会关系的研究，往往将国家化约为基层政府，重视对于基层政府行为的考察。本文关于富二代治村的研究，同样也有这样一个隐含的设定。这可能恰恰忽略了极具中国特色的党政体制在国家与社会之间的重要位置。在笔者看来，在乡村基层社会，党政体制以及执政党的政党伦理，很大程度上能够抑制乡村富人政治以及富人阶层分享体制内资源和利益所产生的负面效应。第一，在中国“国家—政党”体制中，执政党的政治权力是根本核心。党的十八大以来，党国体制、党法规范已经在国家治理体系中得以明确确立。如强世功教授所言，“国家—政党”体制的新发展是“单一政党宪政国”，“这就意味着党与国家机器的高度融合，党成为国家机器运作中的关键组成部分”<sup>[30]</sup>。从纵向的国家治理结构看，中央、省级党委政府负责制定政策方针和法律，基层党委政府主要负责因地制宜地贯彻落实；而在基层，国家权力的中心又在基层党委，基层政府掌握行政执行的权力。当下乡村普遍的富人治村，主要是基层官僚科层体制向乡村社会的延伸，处于国家权力的末梢。只要杜绝大面积的权力寻租，乡村富人就不可能染指基层党委政府的核心权力。说到底，富人治村以及富二代治村，是在基层党委政府默许下产生的，在行政执行中有限度的分享体制利益。至少在经验层面上，没有证据证明乡村富人政治对执政党构成挑战。

第二，在中国共产党的政治传统中，并不主要倚靠行政系统沟通国家与社会，也不仅仅倚靠村民自治的基层民主。执政党本身构成重要的组织动员机制。正如潘维教授所言：“党是做什么的？党的任务是扎根基层组织社会。什么是执政权？组织基层社会的能力、权力就是执政权。”<sup>[31]</sup>序言<sup>7</sup> 具体地说，在乡村社会微观权力关系方面，党的群众路线、信访制度、司法诉讼等民众参与的制度安排，对于普通民众享受社会福利和保障基本权利异常重要，也都承担着沟通国家与

<sup>[28]</sup> 王绍光. 民主四讲[M].北京：生活·读书·新知三联书店，2018.

<sup>[29]</sup> 魏程琳、徐嘉鸿、王会. 富人治村：探索中国基层政治的变迁逻辑[J].南京农业大学学报（社会科学版），2014(3).

<sup>[30]</sup> 强世功. 中国宪制模式？[J].中外法学，2012(5).

<sup>[31]</sup> 潘维. 信仰人民[M].北京：中国人民大学出版社，2017.

社会的重要功能。尤其是群众路线，“是中式代表型民主的核心所在。”<sup>[32]198</sup> 在中国共产党的传统中，对于官僚科层制退化为特权阶层和精英政治的风险，始终是保持警惕的。从建国初多次反官僚主义运动，到党的十八大以来对党员干部的党性教育，都可以在这个层面上予以理解。质言之，对于政府科层官僚体制，既有党的组织和政治权力嵌其中；同时又被注入执政党的思想路线、工作作风和道德伦理的先进性。正如美国学者白轲（Larry Catá Backer）所言，“党既要作为先锋队的理想，又要党卷入到国家治理中”。<sup>[33]</sup>

对于本文研究的富二代治村，国家与社会的互动，或者说国家与社会的共治，立基于基层政府与乡村精英之间权力与利益的分享与结盟，的确衍生出诸多负面影响，例如乡村富人政治与村庄权力结构的固结。但在笔者看来，这是果，非因。改革开放以来，这一代的乡村精英及其子代，本质上是经济精英，而非传统伦理道德意义上的“乡贤”，更非社会主义传统中的“先进分子”。他们总是要利用经济优势，占据乡村社会的显著位置。这或许也可以理解为，市场经济对乡村社会进行赋权。作为国家代表的基层政府，不得不面对这一现实。国家与社会“行政一体化”的关系形态，本质上是基层政府利用规则化的科层官僚体制吸纳乡村经济精英，将市场经济赋予乡村社会的“社会权力”导入与国家合作的轨道。这是否是最优方案，当然可以质疑；但它毕竟也是一种方案，而且已然成为现实。更重要的是，应当意识到，“政党是连接国家与社会的政治性组织”<sup>[34]2</sup>，国家与乡村社会互动的制度框架是中国特色的党政体制；而执政党的基层组织及其政党伦理是抵御乡村富人政治、富人民主的基石。当然，社会主义传统下党政体制优势的发挥，尚需考虑到诸多主客观条件；但归根到底，还是系于执政党一身，要求执政党保持人民性与先进性，保持与人民群众的血肉联系。一言以蔽之，在市场经济的大背景下，认真对待社会主义传统，显得至为重要。

---

<sup>[32]</sup> 王绍光. 中国·政道[M]. 北京：中国人民大学出版社，2014.

<sup>[33]</sup> Larry Catá Backer. The Party as Polity, The Communist Party, and the Chinese Constitutional State: A Theory of state-Party Constitutionalism[J]. Journal of Chinese and Comparative Law, 2009(1).

<sup>[34]</sup> [意]萨托利(Giovanni Sartori)著，王明进译. 政党与政党体制[M].北京：商务印书馆，2006.

## 社会治理过程中的诉诸司法

韩宁\*

### 一、引言

诉诸司法是实现法治的重要途径，诉诸司法的普遍化程度也反映了一个国家法治的发展水平。联合国法治问题高级别会议的宣言指出，“法治与发展是密切相关和相辅相成的。在国家及国际的层面上推进法治，对于持续包容的经济增长、可持续发展、消除贫穷和饥饿以及充分实现所有人权和基本自由至关重要。”<sup>①</sup>为了法治进一步实现可持续发展成果，必须切实保护所有人权。虽然“依法治国”可以提供支持经济发展和社会治理的法律框架和争端解决机制，但只有与国际人权相一致的法治才能提供兼容并包和可持续的发展。

赋予法律权力不仅仅是提供法律救济，而且还为更好的经济机会的获得提供支撑。法治通过加强个人和社区的呼声、提供诉诸司法的途径、确保程序公正和建立健全权利救济体系来优化社会治理，促进社会发展。正如联合国关于推进真理、正义、赔偿和确保问题不再度发生的特别报告员所强调的那样，最近的经验表明，缺乏正义和权利考量的狭隘的促进发展手段无法实现可持续的人类发展。<sup>②</sup>因此，联合国大会强调人人有机会诉诸司法的重要性，并在这方面鼓励加强和改进司法，并强调尊重法治和财产权以及奉行适当的政策监管框架。

本文将通过考察世界性的诉诸司法的推进进程及介绍日本诉诸司法的发展状况，来说明诉诸司法在社会治理中的重要作用，并强调只有诉诸司法普遍得以实现，才能够提高国民参与社会治理的能力和水平，优化社会治理。

### 二、社会治理的结构

治理是利益相关者或第三方以各种方式协调其利益的行为。当大多数人想到治理时，都会联想到诸如遵从性、安全性和控制之类的术语。事实上，治理可以采取多种形式，由许多不同的动机驱动，并产生许多不同的结果。一般来说，治理有三种基本结构：公共治理、市场治理和社会治理。

社会治理是指政府、社会组织、企事业单位、社区以及个人等多种主体通过平等的合作、对话、协商、沟通等方式，对社会事务和社会生活进行参与和管理，最终实现民主自治最大化的过程。它是一种实现公民理想的社会和经济效果的治理模式。从运行意义上讲，“社会治理”

---

\* 桐荫横滨大学法学院教授

<sup>①</sup> 参见 <https://www.un.org/ruleoflaw/rule-of-law-and-development/>

<sup>②</sup> 参见 General Assembly “Report of the Special Rapporteur on the promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence”, <https://undocs.org/A/68/345>

实际是指“治理社会”，即特定的治理主体对于社会所实施的管理。

与公共治理和市场治理不同，在社会治理的领域里公民是中心行动者，日本学者神野直彦认为，社会治理是一种连带民主，在其中独立的个人自愿合作并参与社会的构建。<sup>①</sup>社会治理的目的是通过各种方策来实现公民的各种价值。这就与以公共利益为目标，必须采取统一的政策公共治理形成鲜明的对比。社会治理的特点是参与式治理和协作式治理，这两种治理被形象地描述为“合作”，实施手段则主要是参与，建议和支持。

社会治理的主体包括第三部门、非营利组织、非政府组织、协会和协同组合。但是，目前在社会治理这一领域充分发挥作用的组织尚且很少。今后，社会治理要继续发挥作用，就必须建立更多的社会治理组织，并赋予这些组织相应的权力和合法性，这不但需要国家的财力和法律支持，还需要社会公众的人力支持。

目前，需要社会治理的领域正在增加。它甚至正在扩展到公共治理或市场治理无法涵盖的领域。因此，我们可以说，在二十一世纪随着公民社会的发展，以公民为中心的社会治理将成为一种具有创造性的民主自治的社会管理模式。

### 三、诉诸司法的进程

诉诸司法是一项基本人权，也是消除贫困、预防和解决冲突的不可或缺的手段。在建立民主治理、减少贫穷和确保公民平等地诉诸司法之间有着密切的联系。如果并不是所有公民都能得到诉诸司法的机会，民主治理就会受到破坏。诉诸司法也与减贫密切相关，因为贫穷和边缘化意味着被剥夺选择、机会、无法获得基本资源和决策权。缺乏诉诸司法的机会意味着限制了参与、透明度和问责制，从而限制了减贫和民主治理措施的效力。因此，诉诸司法的机会远不止是改善个人诉诸法院的机会，或保障法律代表权。必须从确保法律和司法结果公正和公平的角度来界定。

诉诸司法的进程可以分为以下几个阶段：

#### (1) 完善的法律制度和司法体系的建立

法律制度和司法体系的确立是公民诉诸司法的前提。法是社会规范的一种，它由国家制定，并由国家强制力来保证实施。现代社会的法，应该反映全体国民的共同意志。由民选代表组成的国会来制定法律，这样可以保障法律的全民代表性。此外，在法律制定过程中，让国民可以通过多种渠道来对法律草案提出意见和建议，会更好实现国民对立法过程的参与。

建立完善的法律体系，才可以做到有法可依。此外，法治国家的另一个特征是有法必依。

---

<sup>①</sup> 神野直彦·澤井安勇著「ソーシャルガバナンス—新しい分権市民社会の構図」(東洋経済新報社 2004年) 15頁

所有国家机关和国家公务人员，必须依照法律履行自己的职责，进行社会管理。所有的国民，必须遵守法律，不侵犯他人权益，共同维护社会秩序。此外，当人们的权益受到侵犯，可以通过司法机制得到保护。

现代国家应当有独立的司法制度，不受行政干预。国家不仅应该保障法官、检察官和律师等司法从业人员的数量，而且要采取措施提高他们的业务水平和道德素质。这是保障公民能够有效地诉诸司法的前提。

### **(2) 诉诸司法进程<sup>①</sup>的第一波——对贫困阶层的法律援助**

授权穷人和弱势群体寻求对于不公正的补救办法，可以为那些本来被排斥在外的人提供诉诸司法的机会。今天，任何关注诉诸司法的国家都必须建立一种制度，为那些无力支付律师费用的人提供一种用公共资金支付的有补贴的法律服务，这一点几乎不需要争论。每个公民都有接近司法，接受裁判的权利。许多国家把这项权利明确地写入宪法。为了保障公民平等地享受这项权利，就需要消除该权利行使的经济上的障碍，给贫困阶层的人以经济上的援助。一般情况下，法律援助可分为民事法律援助和刑事法律援助。民事法律援助就是在民事诉讼的过程中，对于没有经济能力支付相关诉讼费用的贫困阶层，由国家或社会团体提供资金上的援助。刑事法律援助就是在刑事诉讼中，对于没有钱请律师的被告，国家可以指定专门的律师免费为他辩护。

法律援助的具体形式和资金额度，各国的做法有一些差别。支援多少主要取决于各个国家的经济水平，政府的财务状况和对法律援助的重视态度。此外，对于诉讼费本身，一些国家也制定了相应的减免制度。在日本、德国等一些发达国家，为了减少日后高额的诉讼费用负担，还设立了律师费用保险制度。平时缴纳一定金额的保险费，一旦涉诉，律师费用可以由保险公司来负担。

### **(3) 诉诸司法进程的第二波——分散利益群体的保护**

随着现代社会的发展，个人为了维护公共利益所提起的诉讼在不断的增加。这类诉讼的特点是，原告的目的不仅是为了维护自己的权利（这些权利往往是很小的），而且是为了对处于类似地位的许多人的“分散利益”之损害进行纠正——这些损害在集体看来可能相当广泛。诉讼标的不再是个人之间的私权纠纷，而是对公共政策运行的不满。

---

<sup>①</sup> 根据卡佩莱蒂教授和加思教授的研究，诉诸司法的进程于 1965 年前后，从西方国家开始发起，之后顺次推进。第一波是对贫困阶层的司法救济，第二波是对分散利益群体的保护，第三波是正义的综合体系的建立。关于诉诸司法的三个波的理论，参见 Mauro Cappelletti & Bryant Garth, ACCESS TO JUSTICE Vol.II Book I, at Chapters 3(DOTT. A. GIUFFRÉ-MILAND SIJTHOFF AND NOORDHOFF-ALPHEN,1978)

在这类诉讼中，如果仅仅依靠个人的力量，权利被侵害的一方在寻求司法救济时，往往会遇到困难。比如，损害可能是同时影响许多人利益的一种类型，但个人损害很小，因此没有必要寻求补救。或者损害涉及到那些无力支付诉讼费用，但又高于贫穷的标准，不符合获得法律援助资格的人。即使在提供法律援助和法律咨询的情况下，受影响的人也可能属于缺乏使用现有程序所需的语言和其他技能的群体。在有些情况下，受害人可能被劝阻提起诉讼，因为损害涉及极其复杂的事实和错综复杂的法律，而补救可能涉及与个人索赔规模完全不相称的费用。也有可能，在某些情况下，被告的诉讼利益可能远远大于每个原告的个人诉讼利益。其结果是，在许多领域，由于现代社会越来越多地使其公民遭受群体性伤害，而他们往往作为个人在诉诸司法方面处于不利地位，因此不能对个体诉讼的作用过分依赖。

所以，对集团侵害进行救济，保护分散群体的利益是现代福祉国家的非常最重要的课题。各国根据自己的国情，建立了不同的公益诉讼制度。具有代表性的有美国的集团诉讼、股东代位诉讼，英国的告发人诉讼，法德的团体诉讼等。

在美国有两种代表性的公益诉讼。一种叫做集团诉讼。它是一种原告不仅代表他本人，而且也代表相似处境的所有其他群体成员提起的诉讼。集团诉讼中的原告是一类人中的一员，他们都处于类似的地位：他们都受到被告行为的影响，或即将受到被告行为的类似影响。本诉讼中的判决，不论是否有利，只要原告的陈述是公平和充分的，并且发出了通知，对该类所有成员均有约束力。另一种具有公益特征的诉讼是股东代位诉讼。股东代位诉讼允许股东在正式公司工作人员自己不作为或控制公司事务的大多数人不希望他们采取行动而不作为的情况下，以公司代表的身份提起诉讼。允许少数股东代表大量其他少数股东（通常是小投资者）进行诉讼，可以更好维护公司对其管理层和其他人的权利。如果诉讼成功并相应地支付了损害赔偿金或恢复了公司的资产，所有股东都将因此受益。<sup>①</sup>

在英国只有总检察长可以代表公众提起诉讼。当个人在由于公共错误而遭受或将遭受损害时，他可以提请总检察长代诉，如果总检察长拒绝依职权行事，该人则可以要求他同意由个人亲自采取行动。如获同意，这种叫做告发人诉讼的诉讼就可以进行了。在告发人诉讼中，总检察长是诉讼的名义原告，然而，在现实中，诉讼的实际进行完全掌握在“告发人”手中，如果“告发人诉讼”失败，告发人将承担诉讼费用。<sup>②</sup>

在法国和德国，有一些社会团体可以提起公益诉讼，这类诉讼被称为团体诉讼。当个人提起诉讼似乎不是保护公众免受个人或政府机构非法行为侵害的十分有效的手段时，法律规定可

---

<sup>①</sup> 参见 Hein Kötz, *Public Interest Litigation: A Comparative Survey by Movement*. In Mauro Cappelletti, *ACCESS TO JUSTICE AND THE WELFARE STATE (BADIA FIESOLANA-FIRENZE,1981)*, 96-100 页。

<sup>②</sup> 参见 Hein Kötz 前注 5、102-103 页。

赋予某些组织以原告的地位。根据相关法律，在某些特定法律领域，工会、禁酒同盟、家庭协会、消费者保护协会等组织，会被赋予起诉请求禁令救济的权利。<sup>①</sup>

#### **(4) 诉诸司法进程的第三波——综合的纠纷解决机制的构建**

人类社会总是存在着各种各样的冲突。一些冲突正在某处发生，从家族遗产争夺到公司之间的专利侵权纠纷，甚至犯罪和国家战争。因此，如何和平并最终解决这类人类社会中的冲突，对于维护社会秩序、协调人际关系具有重要意义。作为解决冲突的一种方法，可以首先考虑到基于法律的公正审判。的确，审判制度的建立对维护公平和正义，解决纠纷，保障公民权力的实现，实现社会的和谐有着举足轻重的作用。但是，由于法院的人力物力有限，公民所持有的法律纠纷无法全部通过诉讼解决，也无法全部由法院处理。再加上，诉讼会消耗大量的时间和金钱，会给当事人带来很大的负担。所以我们应该建立多样化的、综合的纠纷解决机制来满足当事人的各种需要。

在现实中，非审判程序，即替代性纠纷解决程序（ADR）对纠纷的解决做出了巨大的贡献。常用的替代性的纠纷解决方法有交涉、斡旋、调解、仲裁等等。在处理家事纠纷、交通事故、环境污染纠纷及消费者保护案件，利用 ADR 更能得到圆满的解决。与诉讼相比，采用 ADR 的方法时，程序多样、灵活，可以给纠纷当事人提供更大的便捷。ADR 使得简单、快捷、廉价的纠纷解决成为可能。此外，由于它通常可以采取非公开的形式进行，当事人的隐私和商业秘密也可以得到充分的保护。而且，当事人可以积极参与纠纷的解决，可以根据案件的实际情况制定合理的救济内容，不受实体法的约束。因此，在审判制度之外，广泛地使用各种代替性的纠纷解决手段已成为近年来全球的一种趋势。<sup>②</sup>

### **四、日本诉诸司法的状况**

#### **(1) 司法体系的完善**

日本现代法律体系的建立，是从明治时期开始的。其核心是参考大陆法，进行现代化的法典编纂。主要参考了德国法。在民法的领域，部分地参考了法国法。这次全面的西洋法的引进，使日本建立了比较完善的法律体系。

战后，日本以建立民主国家为目标，重新制定了宪法，并在在美国的影响下，在很多领域进行了司法改革。在司法制度方面，设立最高裁判所，并赋予其违宪立法审查权。在行政制度方面，模仿美国，设立独立行政委员会制度。在刑事裁判方面，建立了以当事人主义的对审构造为基础的刑事诉讼制度。在民事法方面，强调个人尊严和男女平等，全面改革家事法。在商

---

<sup>①</sup> 参见 Hein Kötz 前注 5、104-107 页。

<sup>②</sup> 参见小島武司著『裁判外紛争処理と法の支配』（有斐閣 2000 年）3-38 頁。

法方面，导入授权资本制度，并要求公司设置董事会。现行日本宪法第 32 条明确规定了国民有接受裁判的权利，这是对国民诉诸司法的最高的法律保障。

目前，日本有 1.2 亿人口。2001 年，法官人数为 2,243 人，检察官人数为 2,443 人，律师人数为 18,243 人。为了增加法曹人数，日本于 2002 年设立法科大学院制度。并于 2014 年，改革了司法考试法。2018 年，法官人数为 2,944 人，检察官人数为 1,877 人，律师人数 35,045 人。<sup>①</sup>法曹人数比以前有了大幅的增加。

## (2) 对贫困阶层的司法救济

为了对贫困者进行司法救济，日本设立了国选辩护人制度和民事法律扶助制度。国选辩护人制度是指如果犯罪嫌疑人、被告人因贫困等原因不能聘请私人律师，为了保障犯罪嫌疑人或被告人的权利，国家利用国费为他们指定律师进行辩护的刑事诉讼程序。日本宪法第 37 条第 3 款规定，刑事被告人在任何情况下都可以聘请有资格的辩护律师，如果被告人自身无法聘请，国家应为他们指定。日本刑事诉讼法第 36 条，37 条，289 条也规定，当被告人或犯罪嫌疑人因贫困或其他原因无法聘请律师时，法院可以根据被告人或犯罪嫌疑人的请求或依职权，为其指定辩护律师。在日本，法定刑为死刑、无期徒刑、三年以上有期徒刑或监禁的案件，需经过公判前整理程序或庭审期间整理程序的案件，采用即决审判程序的案件，如果没有辩护人，不能开庭审理（日本刑事诉讼法第 289 条第 1 款，第 316 条 29，第 350 条 9）。国选辩护律师的报酬、费用等属于刑事诉讼的诉讼费用。根据刑事诉讼法 181 条 1 款的规定，刑罚宣告后，诉讼费用的全部或一部分由被告人承担，但如果被告人因经济困难无法承担的，可以免除。<sup>②</sup>

另一方面，民事法律扶助制度也是对贫困者进行司法救济的一项重要措施。它是指在民事纠纷中，如果公民因经济困难等原因无法支付律师等法律专家费用，国家或其他公共机构可以支付或垫付费用的一种制度。在日本，根据综合法律支援法，这一业务由日本司法支援中心来实施。民事法律援助的内容包括三个方面。一，法律咨询援助。由律师或经认可的司法代书实施法律咨询援助。该项服务是免费的。二，制作法律文书援助。委托制作民事审判等程序所需要的法律文书，并垫付代写法律文书的报酬及制作所需的实际费用。三，代理援助。为了准备及进行民事诉讼等程序委托律师或经认可的司法代书进行代理。司法支援中心垫付代理人的报酬和实际支出的费用。此外，当事人的收入需要在一定标准之下，并且案件有胜诉的可能性，才可以利用该垫付制度。垫付的费用需要返还，但不需要支付利息。原则上，接受法律援助之

<sup>①</sup> 参见日本弁護士連合会『弁護士白書』（2018 年） 62 頁。

<sup>②</sup> 参见岡田悦典「総合法律支援法・国選辩护人契約弁護士・スタッフ弁護士」（リ-ガル・エイド研究 10 号 2004）49-61 頁。

后，当事人应该以每月五千到一万日元的金额来返还垫付的费用。<sup>①</sup>

此外，为了保障普通市民日后能负担得起律师费用，日本还设立了律师费用保险制度。律师费用保险制度是指，如果你在加入汽车保险、损害责任保险或火灾保险时，同时加入了该合同所附带的律师费特别条款，那么当你在发生损害等情况下聘请律师时，律师的费用由保险公司来支付的一种制度。此外，如果你加入了与日本律师联合会有协议协议的保险公司或互助合作组合的保险或互助协议，你即使没有熟悉的律师，日本律师联合会也可以给你介绍律师。日本律师协会联合会设立了诉诸司法中心，就律师费用保险制度的实施，与全国的律师联合会协调，并与互助合作社和保险公司协商合作。<sup>②</sup>

### (3) 对分散利益群体的司法保护

在保护分散利益群体方面，日本有集团诉讼、消费者团体诉讼和股东代表诉讼三种诉讼类型。

日本的集团诉讼是指对于同一案件有共同利害关系的多数的当事人同时作为原告所提起的民事诉讼。采取集团诉讼的案件，具体来说，有“因产品缺陷引发的消费者权益保护案件”、“劳动者下岗案件”、“药品危害案”、“环境污染案”、“大规模投资群体的投资失败案”等。具体的诉讼形式有共同诉讼和选定当事者诉讼。日本的选定当事者诉讼其诉讼结果的法律效力只波及到对选定当事人进行授权的人，比起美国的不需授权的集团诉讼范围要窄的多。<sup>③</sup>

2006年，日本设立了消费者团体诉讼制度。消费者团体诉讼制度是指在个人的损害金额较少但被害人数众多的损害消费者权益的案件中，符合一定要件并被赋予资格的消费者团体，可以代表被害人提起诉讼的制度。符合条件的非营利组织和公益法人可以经批准成为消费者团体诉讼的当事人，对违反消费者契约法和特定商业行为法的行为提出停止侵害并赔偿损失的请求。<sup>④</sup>

此外，日本也参照美国的模式，设立了股东代表诉讼。在日本的株式会社，股东可以为了公司的利益代表公司对董事、监事等公司高管提起诉讼。通常，在公司里，由董事会进行公司的决策，并监督董事。但是，由于董事之间的特殊交情，有些情况下公司不会追究董事的责任。另外，公司如果通过诉讼追究董事的责任时，法律规定监事可以代表公司进行诉讼，但监事也是公司内部的人，因此也有可能因为和董事个人的关系而网开一面。因此，日本公司法第

---

<sup>①</sup> 参见我妻学「民事法律扶助制度(1)民事法律扶助の概要--民事法律扶助法を中心に」(月報司法書 343号 2000) 12-16頁。

<sup>②</sup> 参见小島武司「司法改革と権利保護保険」(自由と正義 52卷 12号 2001年) 56-69頁

<sup>③</sup> 参见 <https://ja.wikipedia.org/wiki/集團訴訟>

<sup>④</sup> 西口博之「消費者団体訴訟と日本版クラスアクション」(国際金融 1297号 2017年) 64-68頁。

847 条规定，股东可以代替公司提起追究董事责任的诉讼。在日本，股东代表诉讼的被告包括公司创始人、公司成立时的董事和监事、现任的董事、监事、参与会计、执行董事、会计监察人、清算人。并且，在股东代表诉讼中，即便原告胜诉，法院认可了股东对董事等的损害赔偿请求，但接受赔偿金的是公司而不是股东，因为股东是代表公司提起诉讼的。股东只能通过公司利益的恢复，而间接受益。<sup>①</sup>

#### （4）纠纷处理的综合体系的建立

为了实现诉诸司法途径的多元化，在纠纷解决的领域，除了传统的诉讼手段以外，近年来日本越来越重视 ADR 的推广。2001 年，司法制度改革审议会意见书明确表明，要不断推广并完善 ADR，将它作为一种有魅力的选项，和诉讼制度一起一并提供给国民。<sup>②</sup>在立法的层面上，2003 年，日本参考联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法，制定了新的仲裁法。并且，在 2004 年，制定了裁判外纠纷解决程序利用促进法，设立了对民间的 ADR 机构的认证制度。

目前在日本，ADR 的方式有以下几种：

① 诉讼上的和解。在民事诉讼的过程中，在当事人共同提出和解申请的前提下，法官可以进行调解并向当事人提出和解方案来解决纠纷。和解协议与确定判决具有同样的法律效力。

② 仲裁。它是指由双方当事人协议将争议提交具有公认地位的第三方，由该第三方对争议的是非曲直进行评判并作出裁决的一种解决争议的方法。当事人在纠纷发生之前或之后签订了仲裁协议的情况下，才能提交仲裁。仲裁由仲裁机构的仲裁员组成的仲裁庭来进行，实行一裁终局制。仲裁裁决与法院的判决有同等的法律效力，当事人可以依据仲裁裁决申请强制执行。

③ 调停。当发生民事纠纷和家事纠纷时，当事人可以向法院申请调停。调停是一种基于当事人之间的互让，根据纠纷发生的原因和实际情况来解决争端的方式。它由隶属于法院的调停委员会来进行。调停委员会由一名调停主任和两名以上的调停委员组成。当事人达成协议调停成功时，其调停协议与判决具有同等的法律效力。在日本，调停分为民事调停和家事调停。处理离婚案件时，家事调停是必经的程序。<sup>③</sup>

④ 民间调解。它是民间的纠纷处理机构对于有可能通过和解来处理的民事纠纷，依当事人的申请，以调解的方式来解决纠纷的一种手段。在日本，调解机构分为普通的调解机构和经法务大臣认证的调解机构。当事人之间达成的调解协议不具有执行力，要依赖于当事人的自觉履行。

---

<sup>①</sup> 松井秀樹「株主代表訴訟の最近の動向と諸問題」（会計・監査ジャーナル 30 卷 7 号 2018 年）96-100 頁。

<sup>②</sup> 参见司法制度改革審議会『司法制度改革審議会意見書—21 世紀の日本を支える司法制度—』（<https://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/report/ikensyo/index.html>）

<sup>③</sup> 参见韓寧『中国の調停制度—日本・米国との比較—』（信山社 2008 年）86-104 頁。

同时，日本也在不断完善审判制度本身。为了提高审判的效率性和便捷性，1998年日本设立了经一次庭审就做出判决的小额诉讼制度。之后，又对民事诉讼法进行了多次修改。此外，为了推进司法的民主化，日本在2004年在刑事裁判中引入了市民和法官一起进行审理的裁判员制度。这一系列的举措，旨在通过完善诉讼制度本身和推行ADR，建立一个综合的纠纷处理体系，来扩大社会正义的总量，发展国民诉诸司法的各种途径。

## 五、结语

从2001年起，日本开始进行全面的司法改革并确立了三项基本方针。<sup>①</sup>第一是要建立一个更易于使用、更易于理解、更值得信赖的“符合国民期待的司法体系”。第二是要改革“支撑司法制度的法曹体系”，保障该体系的质与量并重。第三是要建立“群众基础”，通过设立国民参与诉讼程序等制度，增强国民对司法的信任。本次改革的目的是为了充分发挥司法的作用，构建一个自由公正的社会。本文所介绍的有关诉诸司法的各项举措，都是此次司法改革的成果。

在构筑自由平等的市民社会过程中，日本一方面充分发挥市民的主体性，扩展社会治理；另一方面，构建综合的法治体系，逐步实现真正意义上的公民诉诸司法，为社会治理的优化提供司法保障。

我们的社会发展正在经历一个从“人治社会”到“法治社会”再到“自治社会”的发展过程。可以说，社会治理和诉诸司法就像是公民社会这辆马车的两个轮子，支撑着整个社会向民主、自由、正义的社会迈进。目前，人类在觉醒，个人的主体意识、权利意识和社会参与意识都在不断地提高。每个国家都有必要通过扩大公民诉诸司法的各种途径，来保障人权的最大化的实现。这样，我们才能将整个地球建立成一个自由、平等、民主、和平的高度自治的公民社会。

---

<sup>①</sup> 参见前注16『司法制度改革審議会意見書』

## 澳门司法制度二十年之回顾与展望

赵琳琳\*

**摘要：**澳门回归祖国二十年以来，司法领域取得了显著成绩。特区法院依法行使独立的审判权和终审权。澳门根据自身特点在回归后成立了特区检察院。司法官和律师的数量明显增加，本地法律人才在特区法治建设中发挥了越来越大的作用。与此同时，也应看到澳门司法实践中存在的一些问题，比如，诉讼效率不高、替代纠纷解决方式还不够普及等，应及时加以改革和完善。

**关键词：**司法体制；律师制度；特区法治；司法改革

1999年12月20日，中国对澳门恢复行使主权，目前，澳门特区司法制度的主要法律基础是《澳门特别行政区基本法》（以下简称《澳门基本法》）、《司法组织纲要法》、《法官通则》等。其中，第9/1999号法律《司法组织纲要法》生效至今接近20年，期间历经三次修改，最后一次修改距今也已超过九年。2018年，特区政府经咨询法官委员会、检察官委员会及律师公会的意见后，建议再次检讨现行制度，以循序渐进及稳健的方式进行修改，以更新法制，进一步完善司法机关的运作，提高司法效率和诉讼快捷性，因而制订了《修改第9/1999号法律〈司法组织纲要法〉》的法律草案；并于2019年通过第4/2019号法律修改第9/1999号法律《司法组织纲要法》。

### 一、澳门司法体制之演变

1993年全国人大通过《澳门基本法》，授权澳门行使独立的司法权和终审权。回归后，立法会根据《澳门基本法》第71条的规定于1999年12月20日通过《司法组织纲要法》，确立司法机关的财政权独立，规定在检察院、法院内分别设立检察长办公室和终审法院院长办公室，赋予两个办公室行政和财政的自治权。<sup>①</sup>

#### （一）法院体系

1999年5月，经葡萄牙授权，澳门高等法院正式获得终审权。回归后的《司法组织纲要法》主要规范了司法机构的组成、管辖、职权、责任等内容，其中第10条规定了澳门法院的组织体系及构成：“一、设有第一审法院、中级法院及终审法院。二、第一审法院包括初级法院和行

---

\* 赵琳琳，法学博士，澳门科技大学法学院副教授。

<sup>①</sup> 赵奕：《澳门检察院的组织管理制度》，《人民检察》2009年第2期。

政法院。”该法第 27 条规定：“一、下列者属第一审法院：（一）初级法院；（二）行政法院。二、初级法院由民事法庭、刑事起诉法庭、轻微民事案件法庭、刑事法庭、劳动法庭、家庭及未成年人法庭组成。”2013 年，行政长官根据《澳门基本法》第 50 条及《司法组织纲要法》的相关规定，经征询行政会的意见，制定了第 23/2013 号行政法规《初级法院设立劳动法庭和家庭及未成年人法庭》作为补充；两个专门法庭已于 2013 年 10 月 16 日正式运作。目前，第一审法院内共有 13 个专门管辖法庭。此外，澳门回归前还设有审计法院，审计法院在澳门法律秩序范围内有审判权及财政控制权力，不过，回归以后取消了审计法院的设置。

## （二）检察院体系

检察制度源于法国，推广于欧洲，继而在世界其他地区实行。检察制度是现代司法制度的重要组成部分，与一个地区的历史及文化传统有着密切联系。回归之前，澳门没有独立的检察机关，当时行使检察权的部门称为“检察官公署”，附设于法院之内，隶属于葡国总检察长，不具备司法机关的地位，也没有独立的人事和财政管理机制。如今，澳门特区的司法机关包括法院和检察院。作为澳门特区唯一行使法定检察职能的司法机关，检察院独立行使权限，不受任何干涉，在预防及检控刑事犯罪、代表社会公益、保障合法权益等方面履行法律守护者的法定职能<sup>①</sup>。由于澳门地域狭小、人口不多，在结合《澳门基本法》原则的基础上，澳门积极探索，创立了一个符合本地实际情况、不同于法院的检察组织架构模式，即“一院建制、三级派任”。其中，“一院建制”是指检察院的机构设置不效仿法院的三级建制，而是采用单一的组织结构，只设立一个检察院，以精简机构及人员，提高检察院的整体工作效率。与此同时，为了和三级法院的工作相对接，澳门检察院还采取了“三级派任”的方式。根据澳门法律规定，检察院司法官包括检察长、助理检察长、检察官，他们分别在三级法院担任检察院的代表，参与诉讼，依法履行职责。检察院还在各法院设立了办事处，并配置了司法辅助人员。具体而言，检察院在终审法院设立了驻终审法院办事处，由检察长代表检察院，必要时由助理检察长协助检察长工作；在中级法院设立了驻中级法院办事处，由助理检察长代表检察院；在第一审法院分别设立了驻初级法院办事处、驻行政法院办事处，由检察官代表检察院，当案情严重、复杂或涉及重大公共利益时，也可由助理检察长在第一审法院代表检察院。

## 二、澳门司法官制度之演变

澳门回归前后，司法官的组成发生了巨大变化。回归以前，司法官是葡萄牙人，《澳门组织章程》规定：“属本地编制之司法官职位，得由共和国编制的司法官以定期委任制度填补”。

---

<sup>①</sup> 澳门特别行政区检察院网站：[https://www.mp.gov.mo/zh\\_tw/standard/welcome.html](https://www.mp.gov.mo/zh_tw/standard/welcome.html)，最后访问时间 2019 年 10 月 20 日。

1996年，第一批华人法官和检察官产生。如今，司法官绝大多数是中国籍的华人，其任免条件、权利义务、考核奖惩、职业培训等在《司法官通则》中作出了相应的规定。

### （一）任免条件

根据《司法官通则》第14条第2款和第16条第1款，只有同时符合如下三个要件的人士，才可获得确定委任而出任司法官：在澳门居住至少3年；熟悉中、葡文；就读“培训课程及实习”且成绩及格。未就读“培训课程及实习”的人士只可例外性获得确定委任，对此，《司法官通则》第16条第4款规定的要件包括：在澳门居住至少7年；熟悉中、葡文；已实际从事须具有法律学士学位方可从事的职业至少5年。澳门法官的职级如下：第一审法院法官、中级法院法官、终审法院法官。为了确保法官的高素质，澳门法官的任免程序亦十分严格，根据《澳门基本法》第87条的规定，各级法院的法官必须先经一个独立委员会的推荐，再由行政长官任命。推荐法官的独立委员会由行政长官任命的7名当地人士组成；其中澳门编制的法官1名，律师1名，其他方面的知名人士5名。独立委员会根据《推荐法官的独立委员会内部规章》履行职责，除了向行政长官推荐法官人选外，还分别向行政长官推荐法官委员会及检察官委员会的两名社会人士。

### （二）权利和义务

为了使法官安心审判，不受外界各种干扰或诱惑，澳门法律为其设置了周全的保障制度。不具备法定事由、未经法定程序，任何机构或个人都不得剥夺法官从事审判职业的权利。法官对其审判职责范围内的行为无须负责。仅在法律规定的情况下，方可就法官因履行职务所作的行为而追究其民事、刑事或纪律责任；且民事责任仅可通过由行政当局针对有关司法官提起的求偿之诉予以追究，但有关行为构成犯罪者除外。法官不得在被起诉前或指定听证日前被拘留或羁押，但属可处以最高限度超逾3年徒刑犯罪的现行犯除外。法官一经被拘留，须立即提交予有权限的法官。法官受羁押及服剥夺自由的刑罚时，须将之与其他人分开囚禁。法官依法独立审判，不听从任何命令或指示。此外，法官还享有自由通行权：无需执照或知会而持有、使用、携带、免费申报自卫枪械并取得弹药；免费获得政府公报及立法会会刊；基于由法官委员会及行政长官确认的应予考虑的安全理由，要求治安警察局特别保护其本人、亲属及财产；免费查阅公共图书馆数据及公共数据数据库。根据《司法组织纲要法》，司法年度自每年9月1日开始；8月1日至8月31日为司法假期。

在享受权利的同时，法官也必须承担相应的义务，依法公正地审判案件。法官不得以法律无规定、条文含糊或多义为理由，或在出现应由法律解决的争议问题时，以该问题有不可解决的疑问为理由，拒绝审判；法官亦不得以无合适诉讼手段或缺乏证据为理由，拒绝审判。为了

保障法官的客观中立，其不得担任其他公私职务，但属教授法律、法律培训或法律学术研究的职务，立法、司法见解或学说上研究及分析的职务，以及自愿仲裁或必要仲裁方面的仲裁员职务，不在此限。此外，法官也不得从事任何政治活动或在政治团体中担任职务。法官须保持高尚品行，谨言慎行。法官不得作出与案件有关的言论或评论，为维护名誉、使其他权利或正当利益得以实现的除外，但有关言论不得违反司法保密或职业上的保密，且须预先获得法官委员会的许可。除了关于回避的法律规定以外，法官亦不得介入或参与和其有婚姻、事实婚、任何亲等的直系血亲或姻亲，又或二亲等内旁系血亲或姻亲关系的诉讼程序。不过，法官可在其本身、配偶、未成年或无能力的直系血亲卑亲属，又或直系血亲尊亲属的案件中担任律师职务。

### （三）考核与奖惩

为了提高法官的工作积极性，更好地对其审判工作进行监督，澳门制定了法官的考核与奖惩机制。法官委员会是法官和司法辅助人员的管理及纪律机关，根据《司法官通则》设立，并按照《法官委员会内部规章》履行职责。评核基本上以查核报告书、法官的响应及查核员的随后报告作为根据。评核须考虑法官的工作量及复杂性、工作条件、技术能力、发表的法律著作、公民品德、个人履历纪录及有关纪律的纪录，最终给予“优”、“佳”、“良”、“可”、“次”的评核。其中，“次”的评核导致法官立即停止职务，且须因其不胜任工作而对其提起纪律程序。法官评核每两年一次，且对随后工作的评核使对先前工作的评核不产生效力。

### （四）职业培训

司法官的培训制度现在主要由第 10/1999 号法律、第 5/2001 号行政法规、第 13/2001 号法律和第 17/2001 号行政法规来规范。“法律及司法培训中心”培训的事项包括：司法官的专业培训；登记局局长及公证员的专业培训；私人公证员的专业培训；司法人员的专业培训；登记暨公证文员的专业培训；少年感化院教育人员的专业培训；举办再培训课程及进修课程；为公共行政当局的其他工作人员筹办法律领域的培训课程。每一期培训和实习开办之前，“法律及司法培训中心”必须进行录用招考。需要特别指出的是，只有在正规高等教育机构就读四年制本科的人士，才被视为具有法律学士学位。培训课程及实习的录取试包括法律知识考试、语言能力考试和心理素质测验。

## 三、澳门律师制度之演变

澳门律师制度主要体现在《律师通则》、《律师入职规章》、《律师从业规则》、《律师公会章程》、《律师职业道德守则》、《律师纪律守则》等几部规范中。其中，《律师通则》堪称“对澳门执业律师第一次本地全面立法，标志着澳门本身律师制度的诞生”<sup>①</sup>。澳门律师制度的

<sup>①</sup> 姚秀兰：《澳门与香港特别行政区律师制度之比较》，《现代法学》，1999 年第 1 期。

特色鲜明，律师独立自由执业，内部没有等级之分，不受制于任何公共行政部门或实体，对促进司法公正起到了不可或缺的作用。在很长一段时间内，澳门本土律师业一直由葡萄牙人和葡萄牙后裔居民从事，不过，近年来华人律师的数量增长明显。根据 2017-2018 司法年度开幕典礼上律师公会主席公开的数据：目前在澳门律师公会注册的律师 356 位、实习律师 125 位，分布于 88 间律师事务所中，还有 70 位实习律师正准备参加最后总评核试。

### （一）历史沿革

1992 年 11 月 19 日，律师公会根据《律师通则》规定的职责，制订及公布《求取律师业规章》，以规范律师执业资格的取得。1999 年 11 月 22 日，律师公会又修改了《求取律师业规章》，更名为《律师入职规章》。此外，澳门曾有大律师和律师之分，大律师是正式意义上的律师，而所谓律师，其实是“法律代办”。大律师可以为当事人在上级法院出庭代理和辩护，律师却只能在下级法院执行有关职务及处理非诉讼案件。不过，第 55/99/M 号法令核准《民事诉讼法典》并于 1999 年 11 月 1 日生效，自此不再接纳“法律代办”职业。

### （二）入职资格

根据《律师通则》第 19 条，报名为律师的条件是：澳门之大学之法学士或受本地区认可之任何其他法学士，完成律师业实习；非澳门之大学之法学士可根据澳门律师公会规定完成为其适应澳门法律体系的先修课程；澳门律师公会有权对求取律师职业及其实习予以规范，并可规定必要的录取考试。适应澳门法律体系先修课程的时间根据具体情况确定，一般应在 12 至 15 个月之间；设有以下六个科目：澳门法律体系概论、国际私法、行政法、民法、商法、刑法。律师公会例外地可将适应性先修课程的修读缩减至最少 3 个月及最少两个科目，但仅以具有与澳门类似法律体系国家大学毕业的法学士为限，其中澳门法律体系概论是必修科目。为获录取实习，非于澳门的大学毕业的法学士均须接受测试，但不影响与其他法律体系同类实体互惠协议的适用；测试的性质及内容由律师公会订定。获得录取后，即可参与实习。

实习旨在通过学习及渐进式实习专业的技术及道德准则，为实习者晋身律师行业作准备；在实习期间，法学士被称为实习律师；律师公会理事会有权制定实习的一般方针。1993 年 5 月，律师公会举办第一届律师实习课程。此外，下列人士豁免实习：a) 具有硕士学位或高于硕士学位，并曾于澳门的大学担任教学人员职务 2 个学年以上的澳门法律教师；b) 曾在澳门出任法院法官、检察院法官、登记局长及公证员等职务，且最后获的服务评核为“优”者；c) 具有本地区所认可的学士学位，且已完成律师公会所认可的实习资格的法学士。实习期最少 18 个月，且应采取无间断的方式，除非出现中止、延长及除消的情形。实习分为上课部分及实务部分。实习律师可从事下列职务：a) 涉及其本人、配偶、直系尊亲属及直系卑亲属的案件中，执

行律师职业的专有行为；b) 经依职权委任时，在任何诉讼上执行律师业务；c) 在独任法官职权范围内的刑事诉讼上执行律师业务；d) 在不接纳一般上诉的非刑事诉讼上执行律师业务；e) 在利益值不逾第一审法院的法定利益限额的执行程序上执行律师业务，但仅限于对抗禁制或以宣告之诉进行的其他程序，以及不逾第二审法院法定利益限额案件的情况；f) 提供法律咨询。实习期内，实习律师应严格遵守导师事务所的规则、尊重及效忠导师、协助导师及保密等。

### (三) 执业范围及限制

根据《律师通则》第 1 条的规定，澳门律师业从事的范围包括诉讼委任、法律咨询活动及意定代理。诉讼委任包括在民事、刑事、行政、劳动诉讼案件中的代理，包括一般诉讼代理和特别诉讼代理。法律咨询活动是指向客户或委托人提供特定法律问题的口头、书面专业意见及其解决方法。意定代理与法定代理相对应，其范围取决于客户、委托人的意愿及拟代理事务的需要，包括法律或非法律性质的代理，可涉及民事、刑事、行政、劳动及商业事务的一般或特别管理权力。此外，意定代理中的部分事宜也可授予一般人代理，但鉴于律师具有法律专业知识和经验，客户仍然可能选择律师提供服务。

### (四) 权利与义务

律师的权利是其捍卫自身尊严、维护当事人合法权益的需要，律师权利的大小也是衡量一个地区法治水平的重要方面。澳门《刑事诉讼法典》第 52 条规定，辩护人行使法律承认嫌犯所享有的权利。为了切实保障嫌犯等当事人的合法权益，澳门律师依法享有比较周全的权利保障。

《律师通则》第 12 条第 1 款规定：任何审判机关、当局、公共或私人实体均要接受诸如为了维护权利、在有争议法律关系上进行代理、排解利益冲突、参与即使是行政、依职权或其他任何性质的单纯简易调查程序等方面的诉讼委任、律师代理及援助，而其不得受到阻碍。当然，律师还有相应的物质保障。律师公会根据第 31/91/M 号法令所核准的《律师通则》第 31 条 c 项规定，核准《专门意见规章》如下：律师公会理事会有权作出有关服务费的专门意见。提供律师专业服务的回报称为服务费。此外，律师为了向客户或委托人提供有针对性的法律服务，就必须了解案情，与客户或委托人进行充分沟通，因此，律师必须享有通讯权。律师了解案情的途径还来自阅卷，阅卷权在《律师通则》第 15 条、《民事诉讼法典》第 117 条等条文中亦有明确的规定。为了保护律师的职业秘密，防止其工作和工作场所受到不当影响，《律师通则》第 16 条还规定了搜索及扣押文件的特别程序。

律师在执业活动中也必须遵守法定义务及职业道德准则。《律师职业道德守则》第 1 条开宗明义：“律师在从事业务或非从事业务时，应自视系为正义及法律服务之人，因此，其行为表现应与律师固有之名誉及责任相称。律师在从事业务时，应经常在任何情况下，尽量保持独

立性及公正无私，且不应利用所受之诉讼委任以达成非纯属职业上之目的。律师应确切及审慎履行本守则所规定之义务；并应确切及审慎履行一切由法律、习惯、风俗及传统使其对司法官、其他律师、顾客、任何公共或私人实体所承担之义务。”接着，《律师职业道德守则》又规定了如下具体义务：拒绝在法院作不合理代理；从事职业时应有礼与第三人交往；在法庭作言词辩论时须穿着款式由律师公会理事会所订定的宽外袍；职业保密；禁止律师以传单、启事、社会传播媒介或其他直接、间接与律师职业有关的方式作任何类型广告；禁止律师本人或透过他人招徕顾客；在求诸法律上的协助；在司法上的协助；人权的维护；律师对律师公会的义务；诉讼委任或劳动提供的拒绝等。《律师通则》第 20 条、第 21 条还规定了不得兼任的义务；第 22 条规定了回避义务。为了确保律师业的正当有序竞争，《律师职业道德守则》第 9 条、第 10 条规定了禁止广告和招揽客户的义务。律师同行在其相互关系中，应以最正确及有礼的态度交往，不应作任何人身攻击或令人难受的嘲讽。律师应以最大忠诚从事职业，不应为其诉讼委托人或顾客寻求不正当或不应有利益。律师亦有义务协助律师公会宗旨的达成，并热切维持律师公会及律师职业的威望等。律师在从事业务时因作为、不作为或不履行义务而导致第三人财产受损害时，须承担赔偿责任。倘若有关损害行为触犯《刑法典》第 334 条的规定，则可能承担律师渎职罪的刑事责任。在民事责任方面，自 2004 年 1 月 1 日起，澳门每名律师必须依法购买律师职业民事责任强制保险。

### （五）律师事务所

律师执业必须具备一定的组织和场所，这对律师从事相关业务、交流工作经验、保护自身合法权益均十分重要。澳门律师事务所早期一般采取个人设立的方式，后来随着社会的发展，法律和经济的关系日趋专业化和复杂化，对律师的法律知识和专业经验的需求也愈来愈高。于是，一部分律师事务所逐渐采用合作方式设立，由数个律师合伙经营或联合经营。合伙律师事务所是由两个或两个以上律师根据民法上关于合伙的规定而成立的律师执业机构，合伙人共同经营、共同承担风险，资产共有，合伙律师事务所亦是西方国家律师开业的主要形式之一<sup>①</sup>。根据《律师通则》第 24 条的规定，经听取律师业高等委员会及律师公会的意见后，以特别法规范律师合伙的设立及运作。然而，目前公开可查阅的规范是有关律师事务所的名称，即律师公会制定的《对于由律师使用的姓名及律师事务所的名称之接受作定义标准》。至于律所的设立方式等，仍缺乏具体明确的法律规范。经营律所的法律关系涉及多个层面，有必要尽快公布规范律师执业机构的规章，以便社会监督，也可以使律师经营机构走向制度化和规范化。

### （六）律师公会

---

<sup>①</sup> 宋英辉、郭成伟主编：《当代司法体制研究》，北京：中国政法大学出版社，2002 年，第 348 页。

澳门律师业主要由律师公会进行管理。1991年5月6日澳门政府公报刊登第31/91/M号《律师通则》的法令，确立由澳门律师公会认可律师执业资格的制度，规定“唯在澳门律师公会有效注册之律师和实习律师”方可在澳门执业；并改变原澳门大律师协会的性质，使其从私法人团体变为公法人团体，对外代表在澳执业的律师。回归后，律师公会仍作为澳门律师的行业性公共团体组织，享有公法人的法律地位，乃自由及自治的社团，不服从任何其他公法人的指引权，不可设立本职业的其他职业公共团体，其依照法律法规管理在澳门从事律师业的法学士。为了满足履行职责的需要，律师公会可依法从下列管道获得收入：成员交纳的会费；罚款；在本地区缴付的诉讼费用和司法税收的分享额；公证署及登记局征收的手续费收入的分享额。律师必须向律师公会缴纳会费及其他费用，接受公会委任的职务，及时申报任何可能违反不得兼任义务的情况等。每个机关均由公会成员亲自以自由、直接及秘密、差额方式选举产生。各机关成员及其负责人的任期不得超过2年。律师公会的职责权限延伸至在其注册的律师及实习律师在澳门以外从事有关职业的活动。

#### 四、澳门司法制度发展之新路径

回归二十年以来，澳门司法工作取得了显著成绩：特区法院依照《澳门基本法》享有独立的司法权和终审权；法院审判的中文化程度明显提高，大多数裁判文书提供中文版或者中葡双语版；培养了一大批本地法律人才。经过各方多年的努力，法官人数由回归初期的23名，增加到现在的48名；司法文员由100人增加到216人，基本上解决了法院人力资源短缺的问题<sup>①</sup>。当然澳门司法改革中也存在一些问题，需要进一步完善。

##### （一）尝试参审制

陪审制度可以说是民众直接参与并监督司法的最典型方式，但具体的陪审形式各有不同，比如，英美法系多采用陪审团，大陆法系多采用参审制（非职业法官参与法庭审判）。尽管这类制度的运行成本高，不少国家和地区仍然加以保留，甚至有的国家在废除后又重新启用，如日本。《香港基本法》第86条也规定：“原在香港实行的陪审制度的原则予以保留。”陪审制度天然具备疏通民意的作用，有利于防止司法专断和法官擅断。不过，澳门特区并没有建立这项制度。从大陆法系某些国家的经验来看，参审制还能起到提高诉讼效率的作用。如，非职业法官的设置是德国法院的办案效率远远高于英美法系国家的原因之一<sup>②</sup>。其实，葡萄牙也设有陪审制，其陪审团仅参与审理特别严重的犯罪——危害和平犯罪、违反人道罪和妨害国家安全罪，及可处8年以上徒刑的犯罪。鉴于陪审制度的作用和澳门的实际情况，将来条件成熟的时候，

<sup>①</sup> 《法院人资短缺基本解决》，《澳门日报》，2019年10月19日，第A02版。

<sup>②</sup> 参见朗本：《德国的非职业法官：与美国陪审团的比较》，宋冰编：《读本：美国与德国的司法制度及司法程序》，北京：中国政法大学出版社，1998年，第169-170页。

可以建立这一制度。考虑到澳门特区的大陆法系传统，具体可采用参审制的形式。

## （二）诉讼简易化和电子化

目前，澳门社会处于高速发展时期，案件绝对数量迅速增长，如何用有限的司法资源解决案件不断增加带来的诉讼拖延问题，是澳门社会亟待化解的矛盾之一。日本的司法改革曾提出：“在诉讼案件中，为了让当事人获得适当、迅速、有效的救济，应当充实审判内容，以把现在的审理期间大致缩短一半为目标。”<sup>①</sup>基于澳门法院现在的办案压力，确立一个合理目标可以使相关努力更有方向。同时，澳门法院及有关部门应切实着手司法改革工作，以提高诉讼效率。

### 1、加强程序分流

新修订的澳门《刑事诉讼法典》于2014年1月1日起生效，此次修订完善了简易程序和最简易程序，并增设了简捷程序，旨在加快刑事诉讼流程；《民事诉讼法典》也已列入修法计划。目前《民事诉讼法典》第371条规定的简易程序范围不够合理：“对于须按普通诉讼程序进行之宣告之诉，如其利益值不超过初级法院之法定上诉利益限额，则以简易形式进行；在其他情况下，以通常形式进行。”可见，该程序与轻微案件诉讼程序均处理利益值5万元以下的案件，两者的区分不明显，难以充分发挥程序分流的作用。对此，比较简便的一个改革方法是提高简易程序利益额的上限，并与轻微民事案件法庭相区别。此外，简易宣告程序也可适当简化，双方当事人分歧不大的，在征求双方意见后可不开庭。如，日本的简易判决程序，只要案件在实质性事实问题上不存在争点，一方当事人可提出动议，由书记官或法官根据书面审查作出实体判决，从而避免了不必要的开庭审理，节省了时间。此外，强制代理的规定也有必要检讨。根据澳门现行法律规定，只有利益值低于5万元的案件可以不聘请律师，其他案件都必须聘请律师。这一规定固然有利于保障人权，实现司法公正，但未免过于机械，且加重了当事人的诉讼负担。聘请律师本来就是当事人的权利，可以自主选择，尤其是在民事案件中，立法不应过多干涉。因此，如果目标额上限提高之后，在简易程序中，不应强制律师代理。

### 2、强化审判管理

审判活动涉及多个环节，若想提高效率，还必须优化法院组织结构、强化审判管理。优化法院组织结构可提升法院应付案件危机的能力，优化方向是减少合议庭审案的比重，大多数案件交由独任庭审理。整理争点和促成和解是案件管理制度的主要目标。一些案多人少的国家和地区非常重视对案件审判的动态跟踪管理<sup>②</sup>。1970年代，美国联邦在各区的司法会议开始设置法院管理师。法院管理师由司法会议任命，对会议负责，其主要工作是帮助会议主席，即各巡

<sup>①</sup> 日本司法制度改革审议会：《日本司法制度改革审议会意见书》（中译本），孙谦、郑成良主编：《司法改革报告——有关国家司法改革的理念与经验》，北京：法律出版社，2002年，第88页。

<sup>②</sup> 曹士兵：《案多人少的韩国法院》，《人民司法》，2009年第1期。

回法院院长处理行政工作，包括安排法院评议会议、司法会议的议程乃至许多委员会的开会，还包括法院设施的扩充改善、自动化、概算草拟等<sup>①</sup>。在德国，为了节省法官的时间，提高审判效率，不论民事判决或刑事判决，法官均将判决内容口述录音后，再交由配置于各庭的秘书处行政人员打字完稿，法官均不自行缮打判决书<sup>②</sup>。

### 3、普及中文

澳门终审法院目前基本实现双语审判，如果诉讼主体全部是中国人或葡萄牙人，则使用一种语言。在此基础上，特区三级法院仍应进一步落实中文在法院系统的使用。无论是诉讼文书的制作，还是法庭语言的使用，在可能的条件下，应当尽量使用中文。尤其是裁判文书，必须制作中文版本，并放置于法院的官方网站，供当事人和大众查阅和监督。

### 4、评估司法效率

为了确保改革的实效，还需要定期或不定期地进行追踪，观察司法效率的现状，以发现和解决出现的各类问题。在这个方面，澳门尚缺乏稳定的长效机制，可向域外学习和借鉴。如今，欧美国家普遍建立了司法效率的评估机制。如，根据欧洲委员会下属的部长委员会 2002 年第 808 次会议通过的第 12 号改革案，成立了欧洲司法效率委员会，其宗旨是促进各成员国公民在其国内有效实现其法律权利，从而增进对司法的信任，并促进欧洲委员会有关司法效率与公正的各项规定的实施<sup>③</sup>。

### 5、推动诉讼电子化

21 世纪已然进入互联网时代，澳门司法机关应更积极地通过电子化手段提升司法公正和效率，加快程序处理流程和加大司法透明度。当然，这些均有赖于相关技术手段的配合，比如，建立和完善电子签章系统、远程立案系统等，从起诉到审判的各个环节为当事人和其他诉讼参与人提供便利，减少其往返办案机关的时间。这一点对澳门来说特别有意义，因为许多诉讼参与人来自境外，在澳门逗留时间有限，电子方式可方便司法机关听取境外诉讼参与人的陈述，同时也有利于保护证人、被害人的人身安全。法院可采取网上立案、电邮通知、电子数据交换、电子签章、庭审录音、视频会议等方式，以避免程序的拖延。对于简单轻微、双方没有争议的案件，甚至可以口头裁判。当然，有的方式会对传统诉讼原则造成冲击，如视频作证，在某种程度上违反了直接言词原则，案件的一些细节或讯息可能在视频过程中流失，甚至影响法官的心证，但不能因此而排斥电子方式的运用，可以通过制度和规则的完善来降低其负面影响。

## （三）落实专业认证制度

<sup>①</sup> 参见苏永钦：《案件负担与审判迟延》，《司法改革的再改革》，台北：月旦出版社，1998 年。

<sup>②</sup> 董武全：《法官的德国考察惊艳之旅》，《司法改革杂志》，第 94 期。

<sup>③</sup> 肖宏：《欧洲司法效率评估方法及特点》，《法制信息》，2012 年第 12 期。

专业认证制度具有引领性的作用与功能。《澳门基本法》第 92 条规定：“澳门政府可参照原在澳门实行的办法，作出有关当地和外来的律师在澳门执业的规定。”《澳门基本法》第 129 条规定：“澳门特别行政区政府自行确定专业制度，根据公平合理的原则，制定有关评审和颁授各种专业和执业资格的办法。在澳门特别行政区成立以前已经取得专业资格和执业资格者，根据澳门特别行政区的有关规定可保留原有的资格。澳门特别行政区政府根据有关规定承认在澳门特别行政区成立以前已被承认的专业和专业团体，并可根据社会发展需要，经咨询有关方面的意见，承认新的专业和专业团体。”全国人民代表大会常务委员会根据《澳门基本法》第 145 条赋予的权限，就专业资格制度已作出决定：“凡体现因葡萄牙对澳门的管治而引致的不公平的原有有关专业、执业资格规定，在澳门特别行政区对其作出修改前，可作为过渡性安排，依照《澳门基本法》第 129 条的规定参照适用。”<sup>①</sup>如今，澳门回归祖国已有近 20 年的时间，原来律师制度中与《澳门基本法》相抵触的部分应作出修改。无论如何，面对法律人才匮乏的现状，澳门应扩大人才的选拔面，将所有的法律职业向社会公开，并通过公平、透明的程序选拔适合的优秀人才。

#### （四）提高法律服务质量

律师是一种重要的法律职业，职业是指“一群人从事一种有学问修养的艺术，共同发挥替公众服务的精神——虽然附带地以它谋生，但仍不失其替公众服务的宗旨”<sup>②</sup>。法律服务业正越来越呈现出全球化、规模化和精品化三个趋势，在“一带一路”和粤港澳大湾区的国家战略之下，澳门律师业还可以进一步提高服务质量。从内部来看，律师事务所的管理不能完全适应律师业迅猛发展的需要。一般来讲，公司化的运作便于人财物的集中与优化配置，提高服务质量，获得更稳定的客户。澳门特区应该通过公开而明确的规范选择适合本地传统和现实的管理模式，除了个人、合伙等形式以外，澳门也可探索新的经营模式，如公司化等，为律师提供更广阔的发展空间，提高律师事务所的管理水平和服务质量。从外部关系来看，澳门律师业目前整体相对封闭，将来应加大开放程度，和境外律师同行展开竞争与协作。如香港特区，截至 2017 年 12 月 31 日，香港共有 84 间注册外地律师行，其中 38 间已登记成为本地/外地律师行联营；1433 名注册外地律师当中，有 1018 名受雇于香港律师行。<sup>③</sup>只要符合规定条件的外国律师事务所于备齐资料、填写申请表格后，均可向香港律师会申请注册。新加坡律师事务所的经营类型非常多元，包含 LLP、合伙、有限公司等。国际事务所来自世界各地，有其原本的经营模式，维持其

<sup>①</sup> 全国人民代表大会常务委员会关于根据《澳门基本法》第 145 条处理澳门原有法律的决定，1999 年 10 月 31 日第九届全国人民代表大会常务委员会第十二次会议通过，第 6 条。

<sup>②</sup> [美]哈罗德·伯尔曼：《美国法律讲话》，陈若桓译，北京：三联书店，1988 年，第 208 页。

<sup>③</sup> 参见香港律师会网站 [http://www.hklawsoc.org.hk/pub\\_c/about/#foreign](http://www.hklawsoc.org.hk/pub_c/about/#foreign)，最后访问时间 2019 年 10 月 20 日。

经营型态有利于吸引投资，引进技术。目前律师公会为澳门唯一有权颁授资格认证的公法人专业团体，这一管理体制偏重于行业自我管理，有利于律师自主开展业务，但相对封闭，缺乏外部行政管理及监督。在德国，州司法行政机关对律师协会实行国家监督，监督范围限于律师协会遵守法律和章程的情况，尤其是履行职责的情况<sup>①</sup>。在匈牙利，各司法部有权撤销律师协会作出的错误决定，律师协会会长需向司法部长报告工作<sup>②</sup>。

### （五）尝试统一司法考试

如今，澳门社会发展已进入一个新的阶段，必须适时调整思路，采取有效措施，为社会培养和输送更多的法律人才，为澳门法治的进一步发展提供动力源泉。因此，可以尝试建立统一司法考试制度，实现法律职业者之间在教育背景、法律语言、思维方式、法律信仰和法律理念上的同一性，即形成法律职业共同体，进而推动法学教育方式和内容的改革，提高法律职业者的专业化水平。为此，首先要修改《法官通则》、《律师通则》、《公证法典》等，明确取得法官或律师资格、公证员资格必须通过统一的司法考试。该考试需要一个专门机构来统筹安排，建议在法务局下成立统一司法考试委员会或者中心，具体承办司法考试事宜和考务工作，由法务局负责决策和实施；而法务局可以会同法院、检察院、律师公会等就司法考试的重大事项进行协商。考试中心应当制定相应的工作规则和操作规范，并接受社会监督。报考资格应作正当、合理的限制，具有澳门居民身份、具有完全行为能力、高等院校法律专业本科毕业、品行良好的人均可报名参加考试；但是，因故意犯罪受过刑事处罚、被开除公职、被吊销职业证的，则没有资格报名司法考试。对于应试人员有严重违反考试纪律行为的，可处罚其在一定时间内不得再次报名或终身禁考；如果其已经取得法律职业资格证书，澳门法务局有权加以撤销。司法考试可每年或者每两年举行一次，具体时间由法务局提前向社会公布，考试可采用闭卷笔试加面试的方式。司法考试实行统一命题，笔试试题的命题人员可以由法务局邀请熟悉澳门法律的教育者、研究者、司法实务人员等。法务局应制定并公布《澳门特区司法考试大纲》，命题范围以此为准。司法考试的通过比例及合格分数线，由法务局和法院、检察院、律师公会商议后公布，通过率宜低不宜高，以保证合格人员的高素质 and 精英化。达到合格分数的应试人员，并符合相关条件的，由法务局统一颁发法律职业资格证书。对于相关部门的职权行为，当事人有权异议，社会各界有权监督。

### （六）加强法律职业间的内部流动

在统一司法考试的基础上，还可以适当加强法律职业间的流动。目前，澳门法律职业之间

<sup>①</sup> 陈光中主编：《律师学》，北京：中国法制出版社，2004年，第261页。

<sup>②</sup> 阎志明主编：《中外律师制度》，北京：中国人民公安大学出版社，1998年，第257页。

流动不易。在内地，全国律协探索建立优秀律师通过考核转任中高级法官、检察官制度，以及培养、选拔优秀律师转任公务员制度<sup>①</sup>。根据台湾地区的法官法，法律学者及律师依法有机会转任法官。曾任律师或法律学者且执行职务或任教达一定年限以上者，得遴选为法官；如律师或学者执业年限不足，但通过考试院的资格考后，经法官遴选委员会三分之二以上委员出席、过半数同意后，也可担任法官。这一制度设计不仅扩大了法官任用的来源，也可以让社会经验丰富、人情练达的专业人士有机会和法官公平竞争。此外，台湾地区2012年《法官检察官互调办法》乃依照《司法人员人事条例》第17条订定：由于法官检察官并重，其任用资格相同，服务年资并计，法官可与检察官互调任职；各级法院兼任庭长的法官，可与同级检察机关主任检察官互调任职；高等法院或其分院法官、高等法院或其分院检察署检察官出缺，应就实任法官及检察官合计在2年以上，成绩优良者优先遴调之。为了促进法律职业整体的发展，澳门也应当尝试建立这种流动机制，如招揽具法律工作经验的律师、法律教授等专业人士投身司法官行列。司法官或律师公会也可以根据律师的平时表现，举荐具有丰富法律知识和诉讼经验的律师，经过适当培训后成为司法官。

---

<sup>①</sup> 《全国律协：探索建律师转任法官检察官制》，《法制日报》，2013年12月18日。

# 日本在死刑领域中的法治状况

## ——法制西洋化的实践

河合干雄\*

韩宁译\*\*

### 一、引言

1868年，正值明治维新时期，日本开始全面引进西方法律，作为其治理国家的基本制度。总所周知，在此之前，日本采用的是中国的律令制度，并在实践中以适合日本人的方式加以活用。其实，西方法律并不适合当时的日本社会。但在不得不采纳西方法律的国际局势下，日本不得已而为之，所以，无论是统治阶层还是普通百姓都对此感到担忧。现今150年过去了，日本也仍然没有彻底地放弃传统，完全地融入西方的模式。说实话，对之前的历史，我没有太大的兴趣。我所感兴趣的是，未来的发展趋势会是怎样。为了寻求答案，在本报告中，我将对日本的死刑制度进行一些探讨。因为在这个领域，日本人的思考模式无法简单地与西方人的思考模式融为一体。

首先，我想总结一下日本死刑制度的概要、历史和实际的运用，将其作为讨论的前提。因为，这一制度表面上虽然类同于西方，但在实践的过程中，却有着日本式的运作。其次，我想说明一下日本是如何将这一制度进行本土化运作的。最后，我想阐明这种本土化的运作方式，日本也不会轻易地放弃。

### 二、死刑制度的现状

日本现行的死刑制度是按照明治维新后1881年的法令来执行的。在经由模仿大陆法的三审制刑事审判后，被判处死刑的囚犯被收押在刑事设施中，并以绞刑的形式来处决，这种做法参考了英国。日本的法院每年都会做出几个死刑判决。目前死刑犯的人数大约有110名左右。每年都有几个死刑犯被执行死刑。《刑事诉讼法》第475条规定，死刑的执行命令由法务大臣下达，必须经这一司法行政程序。并且，每年死刑的执行件数也因法务大臣的不同而有所变化。

虽然《刑事诉讼法》第475条第2款明确规定死刑必须在确定后的半年内执行，但仍有许多长期没有被执行死刑的犯人。最长的时间，是超过了30年还没被执行。原因在于，上个世纪50年代，在确定死刑的案件中，有四起都被怀疑是冤案。为了避开执行，当时规定了只要犯人提出了再审理求，判决就不能最终生效的强行司法解释。结果，这四起案件的执行时间一直被

---

\*日本桐荫横滨大学副校长、法学院教授。

\*\*日本桐荫横滨大学法学院教授。

延后，最终在 1980 年代，这四起案件的再审都做出了无罪的判决。当然，这一司法解释也有其副作用，那就是在实务上，一些看起来不太像是冤案的案件，也因被告提起再审而避免了死刑的立即执行。所以，很多死刑犯长期收监没有被处决。

日本式法律适用的特征之一就是它可以无需修改法律仅仅是通过强化司法解释便可扩展法律适用的范围。

### 三、冤案的处理

在这里我想谈一谈关于冤案。因为冤案揭示了日本政治、行政、司法即国家治理体系的重要特征。

“冤案”一词并非严格的法律术语，也无非常明确之定义，却在报纸上频繁地被使用。如果翻成英文一般使用“false accusation”这个词。这个词如直译成日语可翻成“误判”。而日语中的冤案，包括从犯罪嫌疑阶段警察局对无辜者进行错误地调查取证到法院作出错误的有罪判决的整个过程。实际上，过去死刑的冤案都有其固定的模式。那就是，发生了普通市民遇害的性质极其恶劣的暴力刑事案件，但警察却无法找出凶犯。日本的老百姓期待这类案件能 100% 得到解决。于是媒体就抨击警察无能。由于嫌犯无法确定，警察便捏造事实，将当地经常干坏事的不良分子作为嫌犯逮捕，逼其认罪。后经检察官提起公诉，由法官判处死刑。四起死刑案件都是这种情形。

如果大家在案件的风波消退后冷静地思考，就会觉察到这些人不是真正的罪犯。但是，如果再审无罪，那就说明警察、检察官和法官全都是错误的。1965 年著名的松川案件之前，日本是一旦做出有罪判决原则上不会改判无罪的。尽管现在大家也会效仿江户时代的风俗称呼“圣上”，但所谓“圣上无过”的无缪性，却要求国家机关也必须做到。如果不了解在日本，国家机关无过错的这一特征，就无法理解死刑的冤案竟然花了 30 年的时间才经再审改判无罪。

由于这些原因，在死刑没有被执行的 30 年间，这个犯人一直是以死刑犯的身份，处于申请重审的状态。

### 四、舆论和学术界的看法

公众对死刑的态度，赞成的占大多数。根据政府所公布的数据，在 1960 年代，赞成率下降到了不到 6 成，但从 1990 年代开始，政府有严惩的趋势，死刑的支持率超过了 80%（见图 1）。但是，内阁府在民意调查中将“根据情况不得不判处死刑”作为与“反对死刑”相对的选项，所以，大家批评其有意增加支持者的数量。如果不玩弄技巧的情况下进行民意调查，则毫不犹豫地同意死刑的人最多占人口的 40%，而死刑废除派则约为 8%。其余的人都是犹豫不定。日本人的特点，是即使被问到他的意见，他也没有明确的意见。但是，法务省却以舆论对死刑

大力支持为根据，正当化了其维持死刑的方针。

刑法协会的学者很少有人明确同意死刑，因为他们了解西方刑事司法的思维方式。但是，有少数人属于消极的赞成者，没有什么理由只是在情感上支持死刑。

我个人的看法是，反对废除死刑制度，但希望尽可能地减少死刑的执行。换句话说，不应由立法机关做出一概而论的规定，而应由司法机关根据每个案件的情况最终决定该案是否判处死刑。

图 1 内阁府的舆论调查

实行年份	保留死刑%	废除死刑%	不知道%
1956年4月	65	18	17
1967年6月	70.5	16	13.5
1975年5月	56.9	20.7	22.5
1980年6月	62.3	14.3	23.4
1989年6月	66.5	15.7	17.8
1994年9月	73.8	13.6	12.6
1999年9月	89.3	8.8	11.9
2004年12月	81.4	6	12.5
2009年12月	85.6	5.7	8.6
2014年11月	80.3	9.7	9.9

## 五、摸棱两可之处

按照西方传统的思想，死刑制度的存废是一个二选一的问题。人们不禁要问，问题的答案是否只有一个正确的呢？我也是站在西方理论基础上进行思考的，所以对日本的政策很不能理解。从死刑废除论的角度来看，虽然数量非常少，但只要日本存在死刑执行案件，就属于死刑存留国。不过，在日本，杀人既遂案件有上百起，死刑执行每年却只有少数几件。不得不说日本非常努力地尽量避免死刑。实际上可以这么说，法务省的方针是，既不能废除死刑又不能过多地执行死刑。这种状况是无法用死刑或废除或存置的二元论来考量的。我们可以这样认为，日本政府与大多数国民一样，对死刑制度本身是否正确还有着犹豫不决的态度。

通常，像这样如果决定二选一时，有可能遭致反对的情况，我们经常看到日本会采取一种模棱两可的态度。为了留有回旋余地，尽量不制定太过详细的规则。日本的主要法律可以收录在厚厚的一本书中，这就是所谓的六法全书。可是，法国的主要法典如果汇集起来需要一个纸壳箱来装。而美国因为各州法律不同，如果把主要的法律汇集起来大概会装一卡车。在日本，关于死刑的法律规定极为简略，许多细节问题都没有规定。

值得注意的是，在法国，人们更崇尚明确性。法国已宣布废除死刑。但实际上，一些嫌犯在被捕时，却被警察开枪打死了。尽管法国通过完善的理论使死刑的废除合法化，但我并不认为他们对人权的保护优于日本。

## 六、日本死刑的历史

### (1) 日本死刑的历史：中世纪

如果以欧美单线进化论的近代史观来看，人权意识将伴随着时代的发展不断提高，死刑最终会被废除。其实在日本，中世纪时期有 300 年间是废除死刑的。据说是，因为受佛教禁止杀生的教义所影响。是否还存在其他理由就无从考证了。当然，我们也可以设想那时也许会有一些近似于死刑的行为。后来，在中世纪末期的江户时代，开始实行了诸如火刑、暴尸等非常残酷的死刑刑罚。在 19 世纪后期，死刑制度开始受西方思想的影响。也正是那时，制定了现行的法律。这一阶段非常重要。下面，让我们概观一下明治维新时期的刑事诉讼制度。

### (2) 日本死刑的历史：向近代的转型期

众所周知，实行封建制的江户时代结束以后，日本开始采用西方制度，并向近代化尤其是工业化转型。的确，明治政府组建了议会和法院，接着又相继立法，形成了以天皇制为核心的类似于近代西方国家的国家体制。1889 年颁布《大日本帝国宪法》，1908 年《刑法》实施，1880 年相当于刑事诉讼法《治罪法》实施。

但事实上，日本政府并不是真正打算依法治国，而是为了消除不平等条约，建立与西方国家同样的体制，并行成为列强之一。日本当时并没有自己的民法典，所以就把法国民法典逐字翻译过来。翻译时，对于没有的概念，就利用汉字创造新的习惯用语。民法这一词汇本身也是当时造语的成果。最有名的小插曲，就是当时的首相伊藤博文因急于制定民法典，告诉翻译箕作麟祥说，要尽可能的快，翻译不十分精确也没有关系。

至于刑法，由于江户时代有刑法法典，所以费了很大功夫。1868 年，明治元年，它被改称为《暂行刑律》。1871 年，颁布了《新律纲领》，1873 年，颁布了《改定律例》。这些在欧美的眼中都称不上是近代的刑法。1881 年《太政官布告》第 36 条（也称为旧刑法）规定了死刑制度。后来，在法国法学家布瓦索纳德指导下制定的法国式的刑法典和民法典，被主张采用德国

制度的当权集团重新修改。现在的日本刑法和刑事诉讼法中的制度都与德国相近。

### (3) 日本死刑的历史：近代以后

伴随着向近代化的推进，日本社会发生了重大的改变。根据大正时期的民主政治，日本于1925年开始实行普选。之后，日本又经历了军国主义，第二次世界大战，以及以美国为首的联合国军总司令部的占领，最后终于制定了战后的《宪法》。同时，《刑法》和《刑事诉讼法》也多次被修改。特别是《刑事诉讼法》，经历了1890年的《旧旧刑事诉讼法》，1922年的《旧刑事诉讼法》和1949年的《刑事诉讼法》等多次重大修改。不过，死刑的执行依然维持了《太政官布告》中的规定。

依我的理解，像死刑这种众意纷纭的问题，政府是有意避开舆论的。说起来，日本并没有关于死刑执行的详细规定，而且对于它在实务中是如何实行的，国家也采取了高度保密的态度。虽然现在，已经公开了一定数量的信息，但是还没有对此进行公开讨论或法律修改的迹象。但是，如果美国有强烈要求的话，我猜日本明天就会废除死刑。其实抱有这种观点的不仅仅是我一个人。我觉得，维持死刑不是因为死刑有多重要。其实，人们普遍认为，即便没有死刑对社会也没有多大的影响。

## 七、死刑判决和执行件数的变化

在本文的结论之前，我们来看一下历年来日本的死刑终审判决件数和死刑执行件数的趋势。从中，我们可以看到有很多小的波动。而且，件数也是有时多，有时少，有时无。

年	一审	控诉审 (二审)	最高法院的上 告审	死刑判 决件数	执行件数	死刑犯 人数	注
1945				不明	7 ?	不明	(注 1)
1946				17	11	不明	(注 2)
1947	105			38	12	不明	特赦 1
1948	116			41	33	不明	
1949	55			77	33	82	特赦 3+1
1950	62			25	32	73	特赦 1 死亡 1
1951	44			32	24	81	
1952	37			40	18	92	内阁令赦免 11 人

1953	22			25	24	93	
1954	20			21	30	80	内阁令赦免 2 人
							特赦 2 人
1955	34			15	32	63	
1956	24			24	11	76	
1957	35			27	39	63	死亡 1 人
1958	25			20	7	76	
1959	28			14	30	59	死亡 1 人
1960	12			33	39	53	
1961	29			22	6	69	
1962	12			13	26	56	
1963	12			17	12	61	
1964	12			9	0	70	
1965	16			7	4	72	死亡 1 人
1966	14			13	4	81	
1967	7			14	23	71	死亡 1 人
1968	15			11	0	82	
1969	9			11	18	72	特赦 1 死亡 2 人
1970	9			14	26	59	特赦 1 人
1971	4			6	17	48	
1972	4			8	7	48	死亡 1 人
1973	4			4	3	49	
1974	6			2	4	46	死亡 1 人
1975	5			3	17	29	特赦 1 人 自杀 2 人
1976	4			1	12	18	
1977	9			3	4	16	自杀 1 人
1978	6			4	3	17	

1979	7	1	4	4	1	20	
1980	9	2	4	7	1	26	
1981	2	1	3	3	1	28	
1982	11	8	0	1	1	28	
1983	5	4	0	1	1	27	无罪释放 1 人
1984	6	5	3	3	1	27	无罪释放 2 人
1985	9	5	1	2	3	26	
1986	5	7	0	0	2	24	
1987	6	8	6	8	2	29	死亡 1 人
1988	10	4	7	11	2	38	
1989	2	5	5	5	1	40	无罪释放 1 人
							死亡 1 人
1990	2	2	7	6	0	46	
1991	3	4	4	5	0	51	
1992	1	4	4	5	0	56	
1993	4	1	5	7	7	56	
1994	8	4	2	3	2	57	
1995	11	4	3	3	6	54	
1996	1	3	4	3	6	52	
1997	3	2	4	4	4	51	
1998	7	7	5	7	6	52	
1999	8	4	4	4	5	50	自杀 1 人
2000	14	6	3	6	3	52	
2001	10	16	4	5	2	56	
2002	18	4	2	3	2	57	
2003	13	17	0	2	1	56	死亡 2 人
2004	14	15	13	14	2	67	死亡 1 人
2005	13	15	10	11	1	77	
2006	13	16	16	21	4	94	

2007	14	14	18	23	9	107	死亡 1 人
2008	5	14	8	10	15	100	死亡 2 人
2009	9	9	16	17	7	106	死亡 4 人
2010	4	3	7	9	2	111	死亡 2 人
2011	10	2	22	22	0	130	死亡 3 人
2012	3	5	9	10	7	133	死亡 3 人
2013	5	3	6	8	8	130	
2014	2	8	6	7	3	129	死亡 5 人
2015	3	0	2	2	3	127	死亡 1 人
2016				7	3	129	死亡 2 人
2017				2	4	123	死亡 4 人
2018				2	15	110	
2019				4	2	112	

## 八、结论

从二元论来看，日本虽为死刑存留国，但无意与死刑废除论相对抗。日本社会普遍认为，应尽可能避免死刑。人们对死刑的态度无法达到一致，这一点是显而易见的。那么最好就避免针对这一问题进行讨论。这并不是因为思想上的有意回避，而是单纯的一种日本式的处理问题方法。所以，关于死刑也一直没有进行相关法律的修改。既然不做明确的详细的立法上的修订，为了死刑制度能够跟好地运作，那就有必要进行灵活的司法解释。统治者觉得，随着时代的变化，相应地调整实务上的运作方式，即便没有修改法律，也可视为法治国家。并且，普通民众也能接受这种做法。

这就是日本社会虽然采纳了西方法律，却没有根本改变的原因。

参考文献：

[「日本の死刑制度には民主主義の前提が欠如している」nippon.com 2012年2月13日](https://www.nippon.com/ja/currents/d00025/)

<https://www.nippon.com/ja/currents/d00025/>

中文翻译 [https://www.nippon.com/cn/currents/d00025/?cx\\_recs\\_click=true](https://www.nippon.com/cn/currents/d00025/?cx_recs_click=true)

## 对比斯洛伐克与中国教育体系：“博洛尼亚进程”制度化的借鉴意义

汪驰、Zuzana Budiska\*

**摘要：**对比斯洛伐克与中国的教育体系可以帮助分析如何促进斯洛伐克与中国的教育合作。“博洛尼亚进程”对斯洛伐克的高等教育有着制度化发展的意义，对斯洛伐克与中国的教育合作也有借鉴之处。通过本文的研究分析“博洛尼亚进程”对斯洛伐克高等教育中教育一体化与制度及法治发展的影响。同时，本文也将分析斯洛伐克在国际教育合作发展中的不足并论述斯洛伐克与中国教育合作所存在的互补性。本文将在最后提出促进中、斯教育合作的设想。

**关键词：**教育、“博洛尼亚进程”，法治发展，经济，中国市场

本文将分析和比较斯洛伐克与中国教育体系之间的差异，并分析“博洛尼亚进程”的制度化意义，同时找到斯洛伐克高等教育的发展对推进中、斯教育合作的借鉴之处。通过分析，我们可以发现“博洛尼亚进程”对斯洛伐克国际教育的发展所存在的不足，从而认识到中、斯教育合作中存在的互补性。共同提升两国高等教育方面的合作。随着斯洛伐克与中国在外交，经济，贸易，教育和文化领域的广泛交流与合作，斯洛伐克的高等教育对中国学生市场具有巨大的潜力。高性价比的学费和低廉的生活成本是吸引国际学生的另一个因素。本文的最后将为中国与斯洛伐克高等教育合作的发展提出假设。

### 一、“博洛尼亚进程”的历史与发展

“博洛尼亚进程”于1999年在意大利博洛尼亚大学由欧洲29国举行会议并正式启动了“博洛尼亚进程”。“博洛尼亚进程”对欧盟教育一体化与教育现代化的发展有着重大的意义。其目标是通过该计划整合欧盟高等教育资源，实现“博洛尼亚进程”签约国的大学毕业的毕业证书和成绩均能获得其他签约国的认可。通过提升各签约国的高等教育水平达到高等教育人才在欧盟的无障碍求学与就业，实现欧洲高等教育与人才发展的一体化。今年是“博洛尼亚进程”启动的第20年，回顾“博洛尼亚进程”的发展，《里斯本公约》、《索邦宣言》两个协定在“博

---

\* 汪驰，硕士毕业于土耳其法提赫大学国际关系专业，博士就读于斯洛伐克马提亚贝尔大学。研究方向为国际关系与斯洛伐克对外经贸关系；Zuzana Budiska，南京师范大学法学院博士生。硕士毕业于斯洛伐克泛欧大学法学院，斯洛伐克马提亚贝尔大学国际关系专业博士。研究领域包括欧盟法律，斯洛伐克投资法。

洛尼亚进程”启动前对该进程有重要的法律意义。在1997年4月8日，欧洲理事会与联合国教科文组织在葡萄牙首都里斯召开会议并推出《欧洲地区高等教育资格承认公约》（简称《里斯本公约》）。《里斯本公约》是欧洲地区唯一的涉及欧洲地区高等教育的具有约束力的文书，也是奠定“博洛尼亚进程”的基础文件。其中《里斯本公约》的相关内容为“博洛尼亚简称”签约国的教育法治化的发展起到了积极作用。在《里斯本公约》里有如下几个内容：持有一个国家的学历资格可以在另外一个国家得到相应承认；签约国不得在任何情况下对学历资格申请人的性别、种族、肤色、缺陷、语言、宗教、政治意向、国籍、民族和籍贯抱有歧视；签约国的评价机关要对提供的学历证明负责；签约国在没有特别的理由时应该承认其他签约国出具的学历证明。<sup>①</sup>但是，如果两个国家的学制有明显的区别时例外。这几个内容对后来的非欧盟签约国（如：土耳其）的大学生申请其他签约国的大学提供了重要的合法化与制度化的依据。

《博洛尼亚宣言》标志着博洛尼亚进程的全面启动。1999年，欧洲29个国家在意大利博洛尼亚举行会议，会议的目标是：消除欧洲内国家之间学生流动的障碍；提高欧洲高等教育在全世界范围内的吸引力；确定欧洲范围内的高等教育系统的共同框架，并在这个框架之内建立本科和研究生两个阶段的高等教育结构。这次会议签署了博洛尼亚宣言，确定了到2010年建立“欧洲高等教育区”（European Higher Education Area）的发展目标，博洛尼亚进程（Bologna Process）正式启动。

斯洛伐克作为“博洛尼亚进程”的签约国，其高等教育在20年的发展中在大学教育质量、学术科研成果、国际学生发展的方面取得有很大的进步。斯洛伐克的大学在“博洛尼亚进程”的框架下推动了国际学术的交流与合作，在教师培养方面斯洛伐克大学开展了国际人才的招聘工作。为了提高国际教育合作，斯洛伐克大学不仅与“博洛尼亚进程”的签约国大学开展学生交换项目，同时也与中国大学积极开展交换生、学历学习的等国际合作项目。近年来，在“博洛尼亚进程”制度化的构架下斯洛伐克高等教育的质量与国际化得到了有效的发展。

## 二、斯洛伐克与中国教育制度的对比

---

<sup>①</sup> Peter Drozd, Andrea Frkanova(Mrianova), Katarina Kubovicova, Immigration of International Students to Slovakia, National Contact Point of the European Migration Network in Slovak Republic, 2012.

国际教育促进一个国家经济发展的因素之一。每年都有越来越多的中国家庭选择让子女出国学习。斯洛伐克是“博洛尼亚进程”签约国，“博洛尼亚进程”对斯洛伐克的高等教育的发展与高等教育法治化的发展起到了关键的促进作用。

全球化和中国教育资源的不均衡决定了一些中国学生选择出国留学。美国，英国，加拿大，澳大利亚等国是中国学生留学的热门国家，随中国与中东欧国家之间的合作与交流的加深，像斯洛伐克这样的发达国家已逐渐成为中国留学生的选择之一。“博洛尼亚进程”对促进斯洛伐克的高等教育有何积极意义，如何借鉴“博洛尼亚进程”制度化与法治化的优点去找到中国与斯洛伐克高等教育的合作潜力是本文要研究的问题。

## 1. 斯洛伐克与中国的教育制度的差异

### 小学教育

斯洛伐克和中国的小学教育制度有所不同。首先，学制时间不同。斯洛伐克的初等教育为期9年，是义务性的。它分为四年和五年的两个阶段。儿童上小学的入学年龄是6岁。毕业年龄是15岁。中国的小学是义务教育，持续6年。儿童在六岁（某些地区七岁）上小学。其次，教学语言不同。斯洛伐克学校的主要教学语言是斯洛伐克。在中国的小学中，普通话是第一语言。但主要招收少数民族学生或国际学校的小学除外。在学年制度方面相似，斯洛伐克与中国的小学常规的学年包括两个学期，从九月到六月。学生从周一到周五上课，周末没有课。第三，斯洛伐克与中国的成绩评估系统是不同的。斯洛伐克小学的学生获得1-5分，满分为1分，最差为5分。<sup>①</sup>他们在每个学期末收到学校报告。在中国，小学教育目前包括九门必修课程，其中包括语文，数学，社会学，自然，体育，思想与道德，音乐，美术和劳动。外语通常作为选修课提供。为了毕业，所有学生都必须通过语文和数学学科的毕业考试。考试通常由学校在地方的教育当局的指导下设计和管理。百分评估系统是中国小学的主要方法。考试的最低及格分数是100分中的60分。

### 中等教育

初等（初中）教育在小学毕业后持续三年。为了使学生获得毕业证书，学生必须通过毕业考试并达到最低体育标准。毕业考试由各学校根据省教育厅或地方教育部门制定的指导原则设计

---

<sup>①</sup> <https://www.scholaro.com/pro/Countries/china/Grading-System>

和管理。通常，学生会在以下学科中接受考试以进行毕业：汉语，数学，化学，物理，外语和政治。初中（低级）教育的完成也标志着9年制（6 + 3）义务教育计划的结束。<sup>①</sup>

### 中学教育

斯洛伐克有几种类型的中学。

1. 语法学校：4-8年；提供普通中学教育，并为在大学和其他高等教育机构的学习做准备。
2. 专科中学：4-5年；提供专业教育，通常会为学生做好在高等教育机构进修的准备。
3. 音乐学院：4-5年；特殊类型的专业学校，提供音乐，唱歌，舞蹈和戏剧艺术等领域的专业。
4. 职业学校：2-4年；使学生为从事手动或实际工作的职业做好准备。

Table1: Comparison of Chinese and Slovak education system

Education	School/Level	Grades	Age	Years	Grading System	Grade	Scale	Grade Description
Primary	China Primary School	1-6	6-12	6	China Grading System	A	90-100	Excellent
	Slovakia Primary School	1-9	6-15	9		B	80-89	Good
Secondary	China Junior School	7-9	12-15	3		C	70-79	Satisfactory
						D	60-69	Pass

<sup>①</sup> <https://www.scholaro.com/pro/Countries/china/Grading-System>

						F	0-59	Fail
	China Senior School	10-12	15-18	3	Slovakia Grading System	A	1.00- 1.99	Excellent
	Slovakia Secondary School	10-14	15-19	4		B	2.00- 2.99	Very good
						C	3.00- 3.99	Good
Tertiary	China Bachelor's Degrees	13-16	18-22	4		D	4.00- 4.99	Sufficient
	Slovakia Bachelor's Degrees	15-17	19-22	3		FX	5.00	Insufficient
Tertiary	China Master's Degrees	17-18	22-24	2-3				
	Slovakia Master's Degrees	18-19	22-24	2				
Tertiary	China Doctoral Degrees	19-21	24-27	3				
	Slovakia Doctoral Degrees	20-22	24-27	3				

参 考 资 料 : <https://www.scholaro.com/pro/Countries/china/Grading-System>  
<https://www.scholaro.com/pro/Countries/Slovak-Republic/Grading-Syst>

### 三、中国留学市场的现状与趋势

在过去的五年中,是中国国际人才领域飞速发展的五年了。出国留学的人数继续迅速增长。越来越多的海外学生毕业后选择返回中国。同时,在“一带一路”倡议下,中国学生也选择到“一带一路”国家留学。随着出国留学人才数量的增加,国际人才正在成为中国实现“两百年”目标,实现中华民族伟大复兴的重要力量,为实现“一带一路”的发展提供智力支持。作为全球最大的国际学生生源国,2017年中国出国留学也出现了一些新的变化和趋势。首先是中国学生出国留学的总体趋。2017年,中国出国留学人数首次突破60万,达到60.84万,比去年同期增长11.74%,继续保持着全球最大国际学生来源国的地位。改革开放40年来,出国留学人员达519.49万人,目前在国外相关阶段的研究与学习人数为145.41万人。2017年,中国留学生的目的地仍相对集中。他们大多数去欧美发达国家和地区学习,“一带一路”国家已成为新的增长点。2017年继续保持出国留学热。2017年出国留学人数中,自费留学生54.13万人次,占出国留学总数的88.97%。<sup>①</sup>2017年,中国留学回国学生规模翻了一番,与国家战略和行业需求的合作程度不断提高,发展趋势持续改善。其次,出国留学更加理性。它已从实用主义出国留学逐渐转变为综合性出国留学。中国学生年轻化的趋势非常明显。在世界主要英语国家中,中国基础教育阶段的国际学生比例在该阶段的国际学生中排名第一。从出国读大学到在一线城市留学已成为一种趋势,低年龄段的国际学生人数正在增长。总体而言,高等教育阶段的学生仍是出国留学的主体,占出国留学总数的80-85%<sup>②</sup>。出国留学的比例与研究生的比例几乎相同。基础教育阶段主要是高中,增长率最高。但是,在国际学生总数中的比例并不高,接近10%。总体增长放缓。对出国留学感兴趣的人们更加关注内部自我完善的动力,这主要体现在渴望通过出国留学来拓展国际视野和丰富生活经验的渴望。同时,出国留学的相对功利性因素呈下降趋势。从侧面看,表明出国留学比较合理。此外,在选择学校和专业方面时,尽管诸如兴趣和适当性之类的情感因素仍然是主要关注的问题,但他们对教师实力,职业发展,录取率和课程难度水平的关注正在增加。第三,学校的综合排名是留学生选择学校的重要考虑因素。经济合作与发展组织(OECD)发布的“2016年教育概览”报告指出,留学生课程的质量受

---

<sup>①</sup> <http://www.cosdf.org.cn/funs/liuxueshiyebu/2018/0926/6469.html>, China Oversea-Educated Scholars Development Foundation, 28, 9, 2018.

<sup>②</sup> [http://www.xinhuanet.com/2019-03/27/c\\_1124291948.htm](http://www.xinhuanet.com/2019-03/27/c_1124291948.htm)

到国际学生的高度关注，尤其是留学学校的综合排名。许多国际大学还将提高学校排名，以吸引国际学生。此外，学院的学术声望也对学生的选择产生一定的影响。<sup>①</sup>

2017年，480,000名国际学生返回中国。值得注意的是，近年来，高层次人才的趋势已显着回归，越来越多的中国学生选择返回中国。2017年，留学生回国人数达480,900人，比上年增长11.19%。其中，具有硕士学位和博士学位的毕业生人数为22.74万人，增长14.90%。从1978年至2017年底中国出国留学数据，不难发现留学回国人数稳步增长，高层次人才回国趋势明显。在各类出国留学人员中，共有332.02万名留学归国人员选择回国，占已完成留学生总数的83.73%。<sup>②</sup>

新一轮的回国浪潮出现，中国的经济和社会发展迅速发展。各行业发展前景广阔，各城市生活水平不断提高。许多外国学生更加决心返回中国。

斯洛伐克与中国的教育合作与交流呈现上升趋势，中、斯两国不仅签署了互认学历的协议，而且中国已在斯洛伐克设有三所孔子学院。斯洛伐克以其高质量的教育资源与稳定的社会与中国广大的学生市场形成了良性的互补关系。其中吸引中国留学生的一个重要因素是斯洛伐克的高等教育质量与评价体系适用于欧盟各个成员国。在斯洛伐克的国际教育发展中不得不提到“博洛尼亚进程”对斯洛伐克高等教育制度化与标准化的积极影响。根据不完全统计，赴斯留学的中国学生人数每年成上升趋势。

### 3. 斯洛伐克国际学生市场教育产业的机遇与挑战

#### 机遇

##### 1) 欧盟成员国

斯洛伐克是欧洲联盟的成员，也是申根国家。斯洛伐克位于欧洲的的心脏地带。斯洛伐克与奥地利，捷克共和国和匈牙利等国接壤。欧盟成员国是斯洛伐克发展中国学生市场的重要优势。斯洛伐克作为“博洛尼亚进程”的签约国国际学生招生的法制化对国际学生申请斯洛伐克大学起到重要作用。

##### 2) 经济

---

<sup>①</sup> <http://www.cosdf.org.cn/funs/liuxueshiyebu/2018/0926/6469.html>, China Oversea-Educated Scholars Development Foundation, 28, 9, 2018.

<sup>②</sup> <http://www.cosdf.org.cn/funs/liuxueshiyebu/2018/0926/6469.html>, China Oversea-Educated Scholars Development Foundation, 28, 9, 2018.

斯洛伐克是欧元国家。斯洛伐克的学费和生活费用低于其他发达国家。适合中等收入家庭的孩子在斯洛伐克学习。同时，斯洛伐克是欧盟增长最快的经济体之一，也是欧盟工业化程度最高的国家之一。汽车制造业，制药业，信息技术业和服务业是斯洛伐克的重要产业。这些专业也是斯洛伐克大学的著名学科。这也是吸引中国学生一个因素。

### 3) 斯洛伐克与中国的协议

随着中斯两国在教育领域的交流与合作。中、斯两国已互认学历。对于中国学生来说，这是非常重要的有利消息。

## 挑战

### 1) 语言

在斯洛伐克促进国际教育方面存在一些问题。斯洛伐克大学的英语学位课程需要进一步加强。通过调查发现，斯洛伐克大学存在一些专业是非英语授课。对于中国学生来说，英语课程是选择出国留学的重要因素。

### 2) 市场推广

与其他欧盟国家相比，斯洛伐克在中国市场的推广程度较低。许多中国学生不了解斯洛伐克的教育。

需要注意的另一个因素是，其他欧盟国家在中国市场的国际教育推广方面的表现要好于斯洛伐克。匈牙利在中国推广匈牙利的教育，文化和语言。匈牙利文化中心于2013年11月13日在北京成立。<sup>①</sup> 波兰旅游局在北京设有办事处和中文推广媒体。<sup>②</sup> 捷克共和国在中国也设有中文教育推广网络媒体。2018年7月，中国教育涉外监管网发布了捷克教育与青年体育部认证的所有捷克大学的名单，这受到中国和捷克社会特别是教育部门的广泛关注。近年来，为捷克学者提供的奖学金数量创历史新高，平均每年超过90个。目前，捷克共和国在中国大约有400名国际学生，捷克有1000名中国学生，还有600多名中国学生学习学位课程。<sup>③</sup>

因此，斯洛伐克的教育产业在中国市场上还没有足够的推广。这就是为什么斯洛伐克在中国市场知名度不高的原因。

### 3) 国际合作与教育

改善国际学生教育产业需要多方面的合作与协调。这里不仅涉及斯洛伐克大学。也设计到与

---

<sup>①</sup> <http://www.hungarianculture.cn/about.html>

<sup>②</sup> <https://www.bolan.travel/zh>

<sup>③</sup> <http://www.chinaembassy.cz/chn/jylx/jygx/2012122018>

海外大学的常态化合作与交流。只有各方面的积极有效合作才能促进国际教育产业的进步。

#### 4) 专业人才

斯洛伐克与中国之间的经贸、文化、教育交流与合作继续专业性的人才。中、斯双方不仅在语言性人才的培养上加深合作，也在专业性人才培养方面共同努力。随着中、斯经贸合作的加深，对于专业的法律、技术人才的需求很大。

### 四、“博洛尼亚进程”对斯洛伐克与中国的高等教育合作的制度化借鉴意义

“博洛尼亚进程”对斯洛伐克与中国的高等教育合作有以下几方面借鉴意义。

#### 1. 高等教育资格框架的建立

“博洛尼亚进程”鼓励签约国发展高等教育资格框架，以研究各国不同教育体系颁发的教育资格的相似性与差异。2005年的卑尔根会议提出并通过了欧洲高等教育区总体资格框架（欧洲框架），并提出2010年签约国要实施国家教育资格框架。<sup>①</sup>在国家教育资格框架以外，也鼓励与非欧盟国家的教育合作。斯洛伐克与中国在教育合作方面可借鉴“欧洲框架”，由中斯两国建立高等教育资格框架，两国大学生在学分转化等方面提供依据。

#### 2. 建立高等教育质量保障制度

2000年欧洲建立了“欧洲高等教育质量保障协会”（ENQA），很多质量评估机构成为ENQA的会员。2005年在卑尔根会议上通过了“欧洲质量标准和指导方针”并提出了欧洲高等教育区的内外部质量保障基本原则。“欧洲质量标准和指导方针”不仅对“博洛尼亚进程”的签约国的大学起到缩小教育质量差异，加强教育质量标准化的积极意义，同时对非签约国的大学在国家教育合作方面起到借鉴意义。通过与“博洛尼亚进程”斯洛伐克大学的合作借鉴学科教育质量标准化的发展，提升大学人才专业研究能力。

斯洛伐克与中国的高等教育合作存在缺乏制度化与规范性的不足，尤其存在在双方大学合作教育质量不均，教育资格不对等的问题。学生入学标准等方面也存在缺少制度化的框架。“博洛尼亚进程”在对不同签约国所存在的上述问题有明确的约束文件内容可以借鉴，如在签约国为非欧盟成员国，该国学生在申请“博洛尼亚进程”任何一个签约国大学时的申请要求标准有明确的法律文件作为依据。这不仅保障了来自不同国家、不同文化、不同语言的学生的同等权利，同时也为各签约国大学建立了制度化与法治化的规范。因此，“博洛尼亚进程”对斯洛伐克与中国高等教育的合作在制度化发展方面有着积极的借鉴意义。

---

<sup>①</sup>李建忠，“博洛尼亚进程：成果目标”，大学（学术版），2009年第11期，p77

## 结语

斯洛伐克与中国的教育体系与高等教育体系有着很大区别。斯洛伐克作为“博洛尼亚进程”签约国。通过 20 年的发展斯洛伐克的高等教育在制度化和教育质量方面有很大的进步，但也存在着与非欧盟国家教育合作交流少的不足。通过对比斯洛伐克与中国的教育体系可以发现斯洛伐克与中国在高等教育方面的合作潜力与空间。并且借鉴“博洛尼亚进程”中的相关内容促进斯洛伐克与中国高等教育在学分互认、教育资格质量框架建立、学生交换等方面的发展。从而对中、斯两国教育合作的制度化发展起到借鉴作用。

## 参考文献：

**Publications** Vašečka, M.: Postoje verejnosti k cudzincom a zahraničnej migrácii v Slovenskej republike. Bratislava, International Organization for Migration 2009 Bulletin SAIA. March 2012. Year XXII, No. 3 European Migration Network Asylum and Migration Glossary 2.0, European Commission, 2012 International Student' s Guide to Slovakia. SAIA n. o., SAAIC. 3rd Edition Study in Slovakia. Bratislava: SAIA, n. o., 2011 **Articles** Fedák, M.: Ako ďalej so slovenským vysokým školstvom? In: Kolektív autorov: EURÓPA 2020 - Inteligentná, udržateľná a inkluzívna Európa, Odporúčania pre Slovensko. European Union, 2011

Peter Drozd, Andrea Frkanova(Mrianova), Katarina Kubovicova, Immigration of International Students to Slovakia, National Contact Point of the European Migration Network in Slovak Republic, 2012.

李建忠，“博洛尼亚进程：成果目标”，大学（学术版），2009 年第 11 期，p77

**Documents** Action Plan for the Migration Policy of the Slovak Republic: Perspective until the Year 2020 for the period 2012-13 Action Plan of the Ministry of Labour, Social Affairs and Family of the Slovak Republic for the Migration Policy 2012 - 13 Annual Report of SAIA, n. o. 2010 Annual Report on Economic Performance of the Comenius University 2011 Annual Reports on the State of Higher Education in the SR 2006 - 10 Conditions for Granting Scholarships by the Government of the Slovak Republic Evaluation of Scholarships Granted by the Government of the SR to International Students under the Aid to Development Countries 2007 - 10 Higher Education System in the SR

## Internet

[http://eacea.ec.europa.eu/erasmus\\_mundus](http://eacea.ec.europa.eu/erasmus_mundus)  
<http://ec.europa.eu/immigration/>  
<http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/eurostat/home/>  
<http://migracia.euroiuris.sk>  
<http://visegradfund.org/scholarships/incoming/>  
[www.bachelorsportal.eu](http://www.bachelorsportal.eu)  
[www.coe.int](http://www.coe.int)  
[www.docnomads.eu](http://www.docnomads.eu)  
[www.emn.sk](http://www.emn.sk)  
[www.enic-naric.ne](http://www.enic-naric.ne)    [www.employment.gov.sk](http://www.employment.gov.sk)    [www.fulbright.sk](http://www.fulbright.sk)    [www.governance.s](http://www.governance.s)  
[www.iom.sk](http://www.iom.sk)    [www.mic.iom.sk](http://www.mic.iom.sk)    [www.minedu.s](http://www.minedu.s)    [www.minv.sk](http://www.minv.sk)    [www.mvro.sk](http://www.mvro.sk)    [www.mzv.sk](http://www.mzv.sk)  
[www.prihlaskavs.sk](http://www.prihlaskavs.sk)    [www.portalvs.sk](http://www.portalvs.sk)    [www.refernet.s](http://www.refernet.s)    [www.saaic.sk](http://www.saaic.sk)    [www.saia.sk](http://www.saia.sk)  
[www.shanghairanking.com](http://www.shanghairanking.com)    [www.cosdf.org.cn/funs/liuxueshiyebu/2018/0926/6469.html](http://www.cosdf.org.cn/funs/liuxueshiyebu/2018/0926/6469.html),  
<http://www.chinaembassy.cz/chn/jylx/jygx/,20,12,2018>  
<http://www.hungarianculture.cn/about.html>  
[http://www.xinhuanet.com/2019-03/27/c\\_1124291948.htm](http://www.xinhuanet.com/2019-03/27/c_1124291948.htm)  
<https://www.bolan.travel/zh>

## 集体诉讼：对公司治理局限性的昂贵回应

乔治·坦诺斯\*

**摘要：**本研究调查了对于证券集体诉讼的解决公告的市场反应。提出市场高估了受欺诈或虚假陈述影响的股东的损失。因此，诉讼开始时高估了诉讼的未来收益。结果，市场对此类诉讼公告的反应导致了过多的负异常收益，超出了诉讼和未来解决所保证的范围。由于这种高估和随后的过度反应，解决公告可能会触发公司股票价格的正异常收益，从而使股票价格与诉讼的真实损失重合。此外，有关诉讼结案的消息结束了因谈判解决或为公司辩护而产生的现金流失。结果似乎表明，平均而言，解决公告后，存在显著的正收益。此外，结果显示，在公告发布之前，出现了显著的正异常收益，表明市场部分预期了解决。这些结果的含义是，集体诉讼是对公司治理程序失败的昂贵救济。

### 1. 简介

证券集体诉讼的概念一直多年来热议的主题。当上市公司的公司治理失败并且公司高管被指控以某种形式违反证券法时，就会发生集体诉讼。股东提起诉讼要求赔偿损失。某些案件中，此过程将导致财富从现有股东转移到不再持有涉案公司股份的索赔人。但是，这种情况很少发生，因为在大多数案件中，最终从解决金中受益的索赔人或其中很大一部分人仍持有标的公司的股份。对于这些股东索赔人而言，为解决诉讼而支付的款项造成了净损失，因为原则上，考虑到与诉讼过程相关的成本，他们将因解决而收到的现金将大量减少其持有股票的价值。如果股东索赔人是解决的唯一受益人并且没有任何成本，那么向剩余股东支付的诉讼费用将是零和博弈，因为股价下跌将以现金形式支付给索赔人。但是，集体诉讼要支付高昂的代理费、律师费和行政管理费，这会对继续持有股票的股东造成重大净损失。许多研究认为，此类成本是必要的，因为集体诉讼对公司治理起到了补充作用，使管理层的利益与股东的利益保持一致。总体而言，关于如何改善诉讼程序以降低成本，提供公正和适当的解决分配，使该程序对公司乃至最终对股东减少麻烦和成本的争论一直在进行。

本文进行了一项事件研究，以调查集体诉讼的解决是否会导致受影响公司的股价出现正异常市场反应。先前的研究表明，宣布提起集体诉讼会对股票价格产生负面影响(Klock, 2015年)。这些研究表明，公告时的股价反应是预期解决金额以及现有股东的诉讼成本的指标。然而，对

---

\* 博士、教授，萨斯喀彻温大学爱德华兹商学院，萨斯卡通，萨斯喀彻温省，S7N5A7，加拿大，电子邮件：[tannous@edwards.usask.ca](mailto:tannous@edwards.usask.ca)，电话：306-966-6695，本文是初稿，仍在整理中。未经作者书面同意，请勿引用。

文献的初步研究表明，没有研究考虑或说明了市场对解决公告如何反应（Tannous 和 Ollis，2018 年）。这项研究的目的是通过发现诉讼解决公告是否会为股东带来正异常回报来填补文献中的空白。先前的研究表明，对损害的最初估计往往被夸大，大多数案件最终只以估计损害的一小部分解决（Bajaj, Mazmumdar 和 Sarin, 2002）。此外，解决的宣布表明释放了一些先前冲销的价值，并标志着谈判和辩护努力的结束，而这对公司而言通常是昂贵的。

这项研究仍在进行中。数据几乎是完整的，并且是从最近解决的证券集体诉讼中手动收集的。到目前为止，使用完备的事件研究方法对一小组（此时的结果可能不可靠）进行了分析，以调查股价对此类解决公告的反应。该样本的结果表明，宣布诉讼解决后出现了明显的积极市场反应。平均而言，在解决公告发布后的 30 天之内，企业看到了显著的正收益。同样，在宣布该声明前存在重大积极反应，表明市场能够部分预期解决。

本文的其余部分计划如下。第 2 节总结了有关证券集体诉讼和《私人证券诉讼改革法案》的最新文献。第三部分讨论了假设。第 4 节总结了本研究使用的数据。第 5 节介绍了事件研究方法。第 6 节总结了结果，第 7 节结论。

## 2 一般信息和文献回顾

Cheng 等人（2010 年）表明，股东诉讼在公司治理中起着重要作用。有三种主要的治理机制：董事会，高管薪酬和外部股权。当三种治理机制的监督工作无法奏效时，诉讼被认为可以使经理人的激励与股东利益保持一致。经理人与股东之间的代理问题可以通过股东提起的诉讼来解决。

但是，有关诉讼的数据表明，诉讼的成本是巨大的，并且消耗了公司和诉讼律师的大量时间和精力。表 1 显示了诉讼行业的规模，图 1 显示了该问题的持续性质。

表 1：1996 年 1 月至 2019 年 9 月的集体诉讼的关键统计数据

解决总美元金额	995 亿美元
被起诉的被告总数（个人和公司）	41, 846
已解决的申请数量	2, 462
被驳回的申请数量	2, 403
正在进行的申请数量	567

最常被起诉的部门	技术部
行业最常被起诉	生物技术与药物
交换最常被起诉的发行人	纳斯达克

注：数据摘自斯坦福大学法学院证券集体诉讼信息交换所

在此处插入图 1

1991 年，Romano 发表了有关股东集体诉讼的第一份全面研究报告。她使用 1966 年至 1987 年发起的 66 起股东诉讼的股价反应，得出了几乎没有证据支持在提起诉讼时会出现重大的价格反应（-0.41%）的结论。

当面临证券诉讼时，公司将承担沉重的负担。他们浪费了律师费资源，损害了公司和经理的声誉。诉讼风险可能来自意料之外的巨额收入落空。已经有一些调查披露与诉讼风险关系的研究。Francis, Philbrick 和 Schipper (1994) 选择了 51 家披露不良收益新闻并受到证券集体诉讼的公司。在 1988 年至 1992 年期间，这些公司来自生物技术、计算机、电子和零售行业。他们确定收入和销售额出现严重下降（至少 20%）的公司为“有风险”的公司。在有风险的公司中，证据表明较早披露不良收益新闻会引起股东诉讼。相反，Lev (1992) 和 Skinner (1994) 都指出，披露收益警告可以减少提起诉讼的可能性。

1995 年《私人证券诉讼改革法案》(PSLRA) 的目的是限制轻率的欺诈性的证券集体诉讼，这将减少公司对诉讼风险的担忧。Field, Lowry 和 Shu (2005) 几乎没有找到证据表明，在 PSLRA 之后，公司变得不太可能使用披露来阻止诉讼。作者还得出结论，企业面临的诉讼风险越高，他们提早披露以降低被起诉风险的可能性就越大。

派生诉讼是股东以公司的名义提起的以其管理层为被告的诉讼。PSLRA 限制了股东提起集体诉讼的能力，但不影响派生诉讼。因此，后 PSLRA 后的几年中，许多股东转向了派生诉讼。在通过普遍需求 (UD) 法律之后，Bourveau, Lou, Wang (2018) 观察到披露的显著增加，这使得提起派生诉讼更加困难。特别是对于面临更高的事前派生诉讼风险和运营不确定性的公司，发行了更多的收益预测和自愿性的 8-k 文件，增加了管理层讨论和分析 (MD&A) 的时间。

## 2.1 PSLRA 之前的证券集体诉讼

亚历山大 (1991) 试图调查证券集体诉讼。她于 1983 年上半年专注于与计算机相关的公司的 IPO，并指出案件的法理并未反映在结果中。Bohn 和 Choi (1996) 研究了 1975 年至 1986 年期间提起的所有集体诉讼。他们认为，轻率的诉讼在有法律依据的诉讼中占主导地位。通过事件研究，作者观察到在提交申请的三天时间内，股价出现了大幅下跌，这与业绩无关。

## 2.2 PSLRA 的改革

PSLRA 的目的是防止原告律师提出轻率的集体诉讼主张，因为此等主张会造成不必要的公司支出。此外，人们普遍认为，机构投资者可以更有效地监督基于绩效的案件，并且不太可能追查轻率的案件。因此，PSLRA 旨在帮助机构投资者控制诉讼。但是，许多法律教授批评 PSLRA 处理不存在的问题，同时又为欺诈的恢复创造了新的障碍（Klock, M. 2015）。

国会认为，通过 PSLRA，可以降低机构监督成本，然后机构投资者将更有可能担任主要原告。那样应该确保只应对有具有法律依据的主张。但是当前的制度面临两个挑战：第一，大型机构投资者缺乏寻求领先集体诉讼的动力；其次，国会倾向于鼓励持有大量股份的机构投资者参与，但是，一些法院认为，将继续持有被告公司股票的原被告与不再持有被告公司股票的原被告分开，才是一种更为公平的解决方案。

Fulop (2007) 提出了一项阻止轻率诉讼的提议。对于证券欺诈案件，董事会预先承诺将解决权移交给股东。因此，轻率案件将受到遏制，同时仍鼓励原告提出具有法律依据的主张。Silver 和 Dinkin(2008)认为可以进行一些调整，以提高吸引机构投资者成为主要原告的效力。更大奖金，例如 30%的解决费，的拍卖，及全权负责谈判和支付律师费，吸引了机构首席原告，同时监督了集体诉讼律师。

### 2.3 PSLRA 之后的证券集体诉讼

Cox 和 Thomas (2006) 发现主要原告条款未能增加在解决中收回的可证明损失的比例。

Grande 和 Lewis (2009) 研究了两种效应：部分预期效应和起诉日效应。部分预期效应是指在诉讼提起日之前将股东亏损资本化，而起诉日效应是指在诉讼提起日计量的股东损失。这项研究使用了 1996 年至 2003 年间在证券集体诉讼信息交换所网站上的 605 份申请来分析在诉讼提交日期前后的股东损失。作者还研究了被起诉的可能性与诉讼相关的股东损失之间的关系。由于此分析需要来自 Compustat 和 First Call 的数据，因此样本量减少到 377 个集体诉讼。他们得出的结论是，一家公司面临诉讼的可能性越大，部分预期效应越大，起诉日效应越小。分析行业内部的溢出效应时，情况也是一样。在同一行业中，当投资者认为一家公司将被起诉时，在起诉日之前市场上会看到更大的反应。

Bajaj, Caswell, Goel, Mazumdar 和 Surana (2014) 使用证券集体诉讼警报 (SCAA) 提供的数据，获得了一个样本，包括 1988 年至 1999 年的 1,203 份联邦案件和 92 份州法院的起诉。从时间趋势看，PSLRA 之后 1996 年，联邦法院提起的案件数量从 1991 件减少到 119 件；但是，州法院的起诉数量是稳定的。这项研究的主要目的是研究解决趋势。作者采用三种方式来衡量解决，即解决金额，使用原告样式模型相对于损害计算的解决及集体诉讼期间公司股票的最大市值损失。解决案件的时间越长，平均和中位数的解决金额就越大，尤其是在后 PSLRA 时期。

通过分析大多数索赔人也是当前股东的案件，作者得出结论，受害人没有获得足够的赔偿，甚至因不成比例的财富破坏而受到伤害。

Klock, M. (2015) 采用了包括“大金融危机”及其随之而来的衰退的样本，该研究发现，在起诉时存在统计上显著的负异常收益。在起诉之前的几周，作者观察到类似的负异常回报。这项研究调查了不同主张对股票价格的影响，发现 10 (b) 主张与股价之间的负相关性比其他任何类型主张的负相关性更大。1934 年《证券交易法》第 10 (b) 条的目的是禁止在证券买卖中任何导致欺诈的作为或不作为。此外，作者认为，市场在一定程度上能够区分轻率案件和具有法律依据的案件。因为轻率诉讼与基于具有法律依据的诉讼相比，降价幅度较小。

#### 2.4 机构投资者参与解决金额

参与费用包括监督原告律师的费用，遭受沉重证据开示义务的可能，公司管理层的不良反应以及对其他集体诉讼成员承担责任的可能。(Fisch 1997)。机构可能担心参与的收益是否足以支付其费用。(Grundfest & Perino 1996)。这说明 PSLRA 在克服搭便车问题方面做得不好。根据**证券交易委员会** (1997) 的调查，在该法案 (PSLRA) 实施后的第一年提起的 105 起案件中，只有 8 家机构原告担任了主要原告。在接下来的几年中情况相同，该法案通过后的前三年，大约有 4.8% 的案件由工会和公共资金担任主要原告。之后，这些年来，公共养老基金的参与有所增加。到 2002 年，有 27.2% 的起诉案件有公共和工会养老基金参与。2002 年至 2005 年，机构在 34.4% 的起诉案件中担任主要原告。(PricewaterhouseCoopers, 2006 年) 后 PSLRA 时期，公共养老基金对证券集体诉讼的参与程度大于该法案通过之前 (Choi 等, 2005 年)。有证据表明公共养老基金在决定是否参与集体诉讼上具有门槛。对于遭受了数百万美元损失的案件，这些基金考虑作主要原告。(Cox & Thomas 2006)。Choi 等 (2005) 指出，机构更喜欢具有明显理据指标的案例。当被告在首次集体诉讼之前宣布会计重述或**证券交易委员会**调查时，他们更有可能作为主要原告。

Cox, Thomas 和 Bai (2008) 研究了 PSLRA 中主要原告条款的有效性。基于具有不同类型的主要原告的 773 个集体诉讼案件，本文得出结论，PSLRA 的主要条款是有效的，因为约 18% 的所选案例中具有机构投资者。Perino (2012) 考虑了针对更大、更高关注度的案件的机构自我选择，并认可机构主要原告的参与有益于其他类型的主要原告的集体诉讼结果。律师费用要求和赔偿裁定额较低，这表明机构投资者有能力降低费用。作者得出结论，公共养老基金应继续作为主要原告。

Klausner, Hegland 和 Goforth (2013) 指出，大多数案件在诉辩过程中因解决或驳回提前结束。他们很少转向第二，第三或综合请求。对于较早解决的案件，他们比较晚解决的案件更

可能获得较低的解决金，因为小公司往往比大公司更早解决。较早解决的案件比较晚解决的案件往往能弥补更大的股东损失。

## 2.5 律师费和费用实例

成功的原告律师不仅将收取律师费，还将获得财务激励。但是可能会发生委托代理问题—律师的激励可能与股东的利益不一致。

分析了 1993 年至 2008 年期间的解决。Eisenberg 和 Miller (2010) 认为，解决规模对赔偿裁定额影响最大。集体律师的费用取决于花费在案件上的时间。Perino (2012) 主张，当机构投资者作为主要原告时，费用要求和赔偿裁定额都降低了。那是因为主要原告可以监督集体诉讼律师。

Baker, Perino 和 Silver (2013) 研究了赔偿裁定额的事前费用协商。通常，潜在的集体诉讼律师和首席原告将通过集体诉讼律师的选择程序就事前费用进行谈判。这项研究发现，加上事前费用，平均费用要求是解决费用的 13.2%。但是，如果没有此费用，则费用要求将增加到解决费用的 25.4%。Baker, Perino 和 Silver (2015) 扩大了他们先前的研究。实证研究表明，PSLRA 因降低了代理成本而获得了成功。但是，法官如何设定费用和赔偿裁定额的过程是一个黑匣子，读者很难知道这种成功是否属于 PSLRA 或其他费用设定机制。作者创建了一个原始数据库，其中包含 2007 年至 2012 年在联邦地方法院宣布的 431 个证券集体诉讼解决。很少有人提到主要原告的费用要求是基于事前收费协议的。作为代替，它可能是基于对费用公平性的事后评估。当前的事后费用设置实践中存在问题，并且此过程无法按照 PLSRA 的计划进行。由于缺乏对确定费用方式的了解。作者提出了确定费用确定系统的建议。

## 2.6 解决资金的分配

通常，集体诉讼证券诉讼的最后一步是收到各方同意的确定解决金额，并分发给适格的受益人。尽管基金的规模和适格的受益人的损失是确定的，但还有其他未知的变量，包括决定不参加解决的潜在受益人的数量以及最终要求赔偿的数量和价值。可能会出现“金发姑娘”的困境—基金对于索赔可能太大或太小，这表明可用资金与资金需求之间不匹配。解决此匹配问题的传统方法是在短缺时使用按比例分配，而在多余时使用柏树。

McGovern (2010) 试图提高当前结算基金分配系统的效率。重点是减少留在基金中的剩余资金。考虑到所主张美元与分配美元之间的不匹配问题，本研究提供了五种提高分配效率和均衡的方法。其他技术包括：识别过多或不足的索赔人类别的调查；集中于真正的积极索赔人的筛选器；用以减少参与负担的更用户友好型的形式；更具选择性的按比例分配技术；二次分配；以及更优推广计划。

Bajaj, Caswell, Goel, Mazumdar 和 Surana (2014) 表示, 解决资金分配系统应将相关的经济损失与解决股份联系起来。在现行制度下, 索赔人没有义务证明其投资决定系受错误陈述影响, 这使得这种解决分配是任意的。

## 2.7 文献结论

通过对证券集体诉讼和 PSLRA 领域现有文献的回顾, 读者可以找到许多共同的结论。共同结论似乎是 PSLRA 已部分改善了效率极低的系统。资本耗失领域的研究似乎支持, 诉讼对股票价格具有重大的负面影响。从这项研究看来, 股票价格的损失远远超过了原告的追偿能力, 尤其是当从总解决金额中扣除律师费时。机构投资者自 PSLRA 以来变得更加活跃, 并且在降低费用激励以及提高解决金额方面做了有效的工作。该研究认为, 尽管关于该法案中主要原告条款对这些原告的吸引程度存在争议, 机构投资者可以改善这一过程。对费用要求和赔偿裁定额的进一步分析发现, 一个不完善的系统并不能反映 PSLRA 对于事前收费谈判中的意图。该过程被描述为“黑匣子”, 基于事后(解决后)谈判, 这似乎是非常任意的赔偿裁定额。在解决资金分配领域进行的极少数研究发现, 根据 PSLRA 的意图, 进一步的效率低下并不能准确、公平地赔偿索赔人。

## 3 假设

目前在股票价格反应和资本耗失方面的研究完全集中在对诉讼的市场反应上。先前的研究, 例如 Klock (2015) 表明, 证券集体诉讼的宣布会导致市场产生负面反应。研究发现, 在此类诉讼中, 被告公司的股票价格在诉讼公告发布之日之前和之日均遭受损失。截至公告日止的损失归因于投资者和市场预期诉讼的能力。该研究还发现, 在公告日期之后, 由于诉讼导致的下降总价值在一天内产生。通常, 由于此种诉讼而导致的股价下跌归因于以下事实: 市场预期这些诉讼导致解决, 这将给公司带来大量现金损失。最终会降低公司价值。这项研究基于以下认定: 市场高估了后续解决, 因此对初始起诉反应过度。这将导致解决时的价格修正(增加)。此外, 宣布解决标志着现金流失的结束以及为诉讼抗辩管理时间的损失。

Bajaj, Caswell, Goel, Mazumdar 和 Surana (2014) 进行了类似的研究, 以比较的方式确定了净损失。他们将诉讼宣布之初的初始股价下跌与投资者的最终收回进行了比较。该研究得出的结论是, 最初的股价下跌远比最终的回升更为重要, 这意味着诉讼导致仍然是股东的当事人遭到永久性地资本耗失。股价下跌与解决金额之间的大部分差异与律师费和诉讼费用有关。在宣布解决后, 价格上涨会至少部分纠正市场上的较大差异。

有人可能会争辩说, 取决于相比与初始价格降低的解决金额的大小, 在宣布解决后市场可能会出现明显的调整。如果解决结果少于预期, 则可能会由于宣布补偿市场过度反应而导致股

价上涨。该理论得到了 Bajaj, Mazmumdar 和 Sarin (2002) 的支持, 他们认为实际解决金额远低于潜在的投资者损失, 后者通常是一种损害赔偿措施。由于这种疏忽, 现有研究可能会忽略了解决公告后的潜在股价调整而高估了此类诉讼的净损失。研究股票价格对解决公告的反应可以揭示由于证券集体诉讼引起的真正资本耗失。这些论点导致以下假设:

假设 1: 证券集体诉讼中解决的宣布对公司价值产生积极影响。

如果假设 1 是正确的, 则在宣布解决之后, 公司的平均实际收益应高于预期收益。换句话说, 异常收益应该是正数。如果假设不正确, 则应观察到实际收益等于或低于预期收益。这将导致异常收益等于零或为负。

#### 4 数据

研究样本始于 55 起最近解决的证券集体诉讼, 公司在诉讼中继续作为一个持续经营企业。在这 55 家公司中, 有 44 家公司在 CRSP 数据库上有可察数据。其中 38 个包含了整个研究期间的所有必要数据。这 38 个案例构成了研究的初始样本 (正在努力将其扩展到大约 100 例)。收集到的有关 38 个已解决案件的信息包括初次提起诉讼的日期, 宣布解决的日期, 建议的解决金额以及被起诉公司的名称。表 2 给出了此信息。如表所示, 平均解决金额约为 1.298 亿美元, 平均解决天数约为 1,683 天 (4 年, 7 个月和 14 天)。最大的一笔解决大约是 16 亿美元。

除了案件的细节外, 本研究还需要公司的股票市场数据。所需数据包括在导致诉讼的首次事件发生之前的一年内以及解决后的一年内的每日股票价格。这些数据可从正在进行的订阅的 CRSP 数据库中获得。

#### 5 研究方法

本研究使用 Fama, Fisher, Jensen 和 Roll (1969) 最初形成的事件研究方法来调查对于宣布证券诉讼解决的市场反应。Brown 和 Warner (1980) 支持了事件研究方法的有效性, 他们进行了蒙特卡洛法模拟以测试该方法正确识别重要事件存在异常回报的能力。许多研究人员证实了事件研究方法的准确性和有效性, 并为它被持续接受做出了贡献。根据 Torchio (2009) 的研究, 事件研究一直被用作法庭上的证据。在涉及证券诉讼的情况下, 此方法已被用来证明经济损失, 损失因果关系和虚假性通货膨胀。最近, Klock (2015) 使用事件研究方法的修改版来调查对于集体诉讼案件的市场反应。使用与 Klock (2015) 相同的模型, 但本研究的目标不同。本研究调查了市场对诉讼解决的反应, 而不是诉讼公告。

事件研究的一般概念是比较特定重要事件之前和之后的普通股业绩。进行此评估的时间段称为事件时间期间。研究的目的是确定某个事件是否导致所审查的业绩发生变化。在本研究的情况下, 目的是确定解决公告事件是否导致解决公司的公司价值和股价上升。

由于单个股票价格的变动通常直接与整个市场的回报有关，因此仅看股价的原始形式的涨跌是不合适的。为了解决这个问题，必须包括某些公司特征以建立正常收益模型。必须从实际收益中减去正常收益，以计算证券的异常收益。

在事件研究中，必须测量相对于事件日期，0（零）日，而言的特定天数。在本研究中，0（零）日是宣布解决的日期。事件日期之前的天数为负数，活动日期之后的天数为正数。例如，将事件发生前十天的日期指定为-10日，事件发生后十天的日期将指定为+10日。

正常收益是通过使用市场模型得出的，该模型考虑了公司特定的风险和正常收益，以计算证券的预期收益。从数学上讲，市场模型可以表示为：对于具有必要数据的公司的每次解决，在t日证券i的正常收益计算如下：

$$(R_{i,t})=R_f+\beta_i(R_{m,t}-R_f)+\varepsilon_{i,t}$$

其中  $\beta_i$  是证券 i 的 beta，它表示公司特定的风险， $R_f$  是根据 90 天国库券收益率确定的无风险利率， $R_{m,t}$  是第 t 天的市场投资组合收益，通常以标准普尔 500 指数（S&P 500）的收益作为衡量市场的指标， $\varepsilon_{i,t}$  是均值为 0 的正态分布随机误差。

从理论上讲，市场模型意味着在假定的一天，有价证券的收益 i 由无风险利率、市场投资组合的收益以及有价证券 i 的 beta 值加上多次随机误差（平均为 0）确定。在短时间内，Beta 被认为是恒定的，并且因为经过许多天的观察均值为 0，随机误差是可以忽略的。因此，必须对大量天数的市场收益和证券收益进行观察以估计证券的 beta。先前的研究，例如 Klock(2015)，使用与-255 至-30 天相关的数据作为 Beta 的估算期。本研究采用相同的方法。通过对 Days = -255, -254, ..., -31, -30 的  $R_{m,t}$  上的  $R_{i,t}$  进行回归，可以估算证券 i 的  $\beta_i$ 。

一旦估算了证券 i 的  $\beta_i$ ，估算的 beta 将用于计算事件期间假定日期的异常收益，如下所示：

$$A_{i,t}=R_{i,t}-E(R_{i,t})=R_{i,t}-R_f-\beta_i(R_{m,t}-R_f)$$

其中  $A_{i,t}$  是第 t 天（t = -30, ..., +30）证券 i 的异常收益， $R_{i,t}$  是第 t 天证券 i 的实际收益， $E(R_{i,t})$  是第 t 天证券 i 在正常情况下（没有事件的情况下）的预期收益， $R_f$  是无风险利率， $\beta_i$  是根据公式（1）计算得出的， $R_{m,t}$  是第 t 天，t = -30, ..., +30，的市场收益。

总之，异常收益只是实际收益与根据市场模型估算的预期收益的差额。

特定证券在假定日期的异常收益非常不稳定，无法单独进行分析。因此，对于事件期间的每一天（-30 至+30），将投资组合中的所有公司合并以计算该日的总异常收益。当合并到投资组合中时，异常收益被认为是更精确的，并且属于正态分布，因此足以得出结论。

每个事件研究均包含两个单独的分析。第一是分析从-30 天到+30 天，整个事件窗口的每日

异常收益。研究的第二部分是计算三个窗口上的累积异常收益：(-30 至-1)；(-1 至 0)；和 (+1 至+30)。通过一个窗口上的累积异常收益，可以在更长的时间内检查市场反应，并可以观察到该事件导致的更普遍的趋势。

## 6 初步分析结果

表 3 报告了事件研究的初步结果。平均日收益是针对事件日附近的 61 天中的每一天计算的。这些收益并不能提供太多的思考，因为在整个观察期间内，正收益和负收益一直是混合的。相反，在整个期间内，累积收益主要为正数。该表显示，第 0 天的收益为负，但接下来的几天收益主要为正，因此累积收益也为正。

此处插入表 3

图 2 显示了在整个 61 天事件期间内的每日平均收益和累积收益的图表。它显示了从第-30 天到第+30 天的累计收益为正。此外，它显示公告日之前的一段时间内的累积收益为正。观察结果表明，有关解决的消息在公告之前就已经泄漏到市场上，这与事件研究的总体结果是一致的。

此处插入图 2

图 3 显示了从事件日（第 0 天）开始的 31 天事件期间的每日平均收益和累积收益的图表。它显示了从第 0 天到第+30 天的累计收益为正。该观察结果表明市场认为解决公告是有利的。

此处插入图 3

表 4 显示了研究中检查的四个收益窗口的累计收益。如假设，可以在事件发生后的 (+1, +30) 窗口中观察到最显著的正收益。导致事件发生的 (-30, -2) 窗口中也出现了较小的正异常收益。事件 (-1, 0) 窗口的回报很小，但为正值。但是，这种回报可能并不显著。

**表4：累积异常收益**

Period	Days	CAAR
1	(-30, -2)	0.96553%
2	(-1, 0)	0.24067%
3	(+1, +30)	3.45396%
4	(-30, +30)	4.66017%

请注意，这些结果并未根据市场走势进行调整。因此，它们不是结论性的，因此不能基于

这些结果得出结论。事件研究方法告诉我们，净收益对市场的影响更具指示性。这项分析已经开始，将在接下来的两周内完成。

如果报告结果在调整了市场收益之后得到确认，则可以得出一些结论。首先，证券集体诉讼的解决能对公司价值产生积极影响。在公告后这段时期内的显着正异常收益表明市场确实认为解决对公司有利。其次，可以得出这样的结论：在公告后，积极的市场反应是逐渐发生的，而不是瞬间发生的，因为事件发生后没有特定哪天显示出特别高的正收益。第三，在公告发布前几天，市场能够部分预期解决。尽管公告前的正异常收益不如之后的收益显著，但足以得出该事件有一定预期的结论。

## 7 基于初步结果的结论

这项研究旨在分析对证券集体诉讼的解决的市场反应，以期更好地理解此类诉讼的累积资本耗失。初步结果（研究仍在进行中）表明，在此类诉讼解决之前和之后，公司都可能获得正回报。对解决的部分预期会导致在解决之前的期间获得正收益。解决公告为被起诉公司的股东带来逐步但显著的正收益。根据这些发现，可以得出结论，先前的研究忽略了证券诉讼解决后的正收益，高估了投资者的净损失。此外，解决的消息结束了由与诉讼相关的费用引起的现金流失，并表明这些费用可能是巨大的。

证券集体诉讼将持续作为争论的焦点。该制度是否真正使投资者受益，这是一个尚待解决的问题。研究表明，从财务角度来看，该过程会给现有股东造成损失。支持该制度的观点为，它补充了公司治理体系，因为诉讼可以阻止证券欺诈，并可以保护投资者免受市场中更为重大和破坏性的虚假陈述的侵害。但是，缺乏支持这种观点的证据，并且可以辩驳，这种治理备用系统的成本非常高昂，并且仅服务于临时股东。也许机构和公司证券的重要持有人最好通过执行良好的公司治理程序来防止诉讼，而不是事后作为主要原告作出回应。研究正在进行中，并试图提供一些答案。

## 法治与足球运动员的地位：国际足球联合会（FIFA）和体育仲裁法院（CAS）的法律结论

伊利亚·瓦西里耶夫\*

国际足球联合会（以下简称 FIFA）作为一个致力于在全球范围内发展足球的组织，正在制定通用的方法来规范运动员的过渡（转会）的状态和顺序，相互注册和实现俱乐部和足球运动员的权利和义务。因此，《FIFA 球员身份和转移条例》（以下简称《条例》）定义了规制途径（例如，足球运动员可以是职业球员或业余球员）、规制原则（区分职业球员和业余球员的不同标准）、国家协会和 FIFA 会员联合会的范围规则制定。

该法规的第 2 条指出了区分职业足球运动员和业余足球运动员两个不同标准，但没有详细说明其内容。首先，职业球员与俱乐部达成书面协议。其次，这样的球员必须为其服务获得报酬，这不构成与俱乐部足球活动有关的费用的补偿。

同时，该法规未提及任何其他标准，但这并不能阻止俱乐部和足球运动员在解决争端时错误地提及相反的标准。这显示了 FIFA 规制的另一面，留下了可观的改进空间。广泛的“了解情况的领域”的存在，即每种情况下受试者对体育关系的规制细节，导致俱乐部和运动员完全放弃，至少是忽略，国际足联国际足联的方法和原则。

当然，在体育执法实践中不存在这一问题。因此，作为专业体育仲裁机构的体育仲裁法院需要根据对球员与俱乐部之间每项具体协议的评估，以“逐案”原则，形成对球员地位进行资格评定的实践。

首先，对俱乐部和球员之间不同类型协议对确定运动员身份的影响而言，在体育合同的实践中，正如我们总结的仲裁决定所表明的那样，俱乐部经常使用“学生协议”“运动员准备合同”和其他类似的法律解释。专门设计“业余关系”，从而阻止承认足球运动员的职业地位。在选择各种合同关系选项时，俱乐部可以参考国家法规，协会惯例和公司风俗。有时也会引起与球员本人的立场有关的争论，后者是写出自己的身份证明书，还是口头声明。

在国际体育仲裁院“Aston Villa FC 诉 B. 93 哥本哈根”一案中，他与球员之间没有劳资关系，因为签署“学生协议”的运动员不是英国法律和法规意义上的雇员英格兰足球协会。但是，仲裁庭没有合理地接受这种解释，它强调雇佣合同的存在不是确定足球运动员地位的标准。此外，正如 CAS 在该决定中指出的那样：“... 有很多例子表明，足球运动员的服务付款不是基于雇佣合同，而是与俱乐部达成的另一项协议”。因此，合乎逻辑的是，在特定州的立法和（或）

---

\* 博士，圣彼得堡国立大学副教授，E-mail: i.vasilev@spbu.ru, ORCID: 0000-0002-3381-5359.

国家体育协会的法律中进行的分类不能与 FIFA 的规定相抵触。同时，该条例将初步确定身份的权利移交给了全国性协会，因为在转让之后，正是这些协会为俱乐部注册了球员。但是，要求协会在其行为中执行 FIFA 的规定，并且联合会和 CAS 的管辖机构仅根据规则的规定就确定足球运动员的身份做出与法律相关的决定。因此，俱乐部和球员之间存在书面合同的事实构成了足球运动员职业地位的第二个标志。而且，双方缔结的协议不必具有劳动法律性质，也不必构成雇用合同。例如，在 CAS 2006 / A / 1027 Blackpool F.C. v. Topp Oss 俱乐部，仲裁表明合同的名称或正式焦点并不重要，但俱乐部为执行此类协议而产生的费用很重要：俱乐部对球员的财务义务，超出了仲裁表明合同的名称或正式焦点并不重要，但俱乐部为执行此类协议而产生的费用很重要：俱乐部对球员的财务义务，超过了对球员的补偿金额支付与俱乐部足球活动有关的实际费用。

因此，应参考球员资格的第二个资格标准，即对俱乐部之间协议财务状况的分析：球员是否仅因所发生的费用或服务的支付而得到补偿。俱乐部对这种财务状况的满足，使当事人既可以处于球员的业余状态，又可以进入职业状态。此外，确定足球运动员身份的协议各方的取向不具有法律意义，因为结果很重要：足球运动员获得的报酬，即比补偿其所产生的相关费用更大的数额。为俱乐部实施活动。但是，俱乐部根据协议分配给球员的付款金额有多重要，在实践中是否有可能找到作为职业球员和业余球员之间界限的金额指示？为了回答这个问题，我们转向 CAS 2015 / A / 4148&4149&4150 Sheffield Tuesday FC 诉 Louletano Desportos Clube&Internacional Clube de Almancil&Associação Académica de Coimbra。在该争端中，仲裁表明没有必要计算超出选手所产生费用的金额。艺术规定中指定的职业选手的鲜明特征。

《规则》第 2 条——当付款时，即报酬高于其为俱乐部利益而进行的足球活动所产生的费用。因此，我们同意 CAS 的观点：“多”或“略”超出所产生的费用没有关系，因为该法规未指明职业足球运动员服务的最低付款额。这意味着即使球员签署了一笔小额费用（服务费）的协议，也将被视为职业球员。此方法具有第二个含义：如果俱乐部和球员在协议规定中隐瞒了后者的服务的实际付款，则 FIFA 或 CAS 管辖机构有权对履行下列义务的财务义务进行审查：考虑到特定州的此类工人的薪酬水平。在 CAS 的实践中提出了类似的解决方案。

## 结论

1. 当监管细节的程度降至最低时，FIFA 监管的特征是有一定的差距——在管辖机构（尤其是 CAS）的执法实践过程中会创建特定的方法。这一论点在有关确定足球运动员身份的争议中得到了充分证实。

2. 总结 CAS 做法，可以得出这样的结论：俱乐部寻求新标准以证明球员的业余状态是由于

转会策略，或者是由于俱乐部对实际情况的了解不足而导致的运动员状态，或由于对规定第 2 条规定的认知不足而进行。

3. CAS 在解决足球运动员身份争议的过程中，根据俱乐部和球员达成的协议内容，阐明了规则的内容。这种影响延伸到国家体育协会，有义务根据国际足联的行为，建立自己的监管下级的监管行为。然而，个别国家协会的法律细节仍可能错误地展现在标准不成比例用于确定足球运动员的状态。

4. CAS 不会引起对规则规定的怀疑。在《规则》第 2 条中，只列出了足球运动员的两种状态：职业和业余。因此，没有中间状态或混合状态，这意味着不能根据需要为从事体育活动的人分配新身份而采用职位，而同时“准备”了该状态。学生或其他类似身份的协议。按照 CAS 的惯例，即使这样的运动员“……不能被称为成熟的运动专业人士或业余运动员”，也不会出现第三名运动员的身份。

5. CAS 要求与职业球员签订书面合同，但其法律性质不应仅限于“雇佣合同”。俱乐部和足球运动员缔结任何协议（“业余民事合同”“劳动协议订立前的初步合同”等）并不能确定足球运动员的地位。影响来自书面合同以及实际规定的内容——运动员的服务所得可成为两个标准。因此，合同的名称和它的法律性质没有确定一个足球运动员的职业或业余身份法律意义。

## 刑事诉讼程序中的法治与保障刑事司法参与人的权利

娜塔莉娅·西多洛娃\*

**摘要：**本文分析了在刑事诉讼程序中保障受害人权利的主要问题，并对俄罗斯联邦的立法和国际法立法进行了比较分析。通过对司法数据的分析发现，在尚未确定犯罪人的案件中，目前的立法还没有完全使受害人能够从犯罪所造成的损害中获得赔偿。

**关键词：**受害人，财产损失，人身损害，损害赔偿，刑事案件中所涉的民事诉讼

任何犯罪的实施都会对整个国家和犯罪行为的特定受害人产生消极的影响。恢复受害人被侵犯的权利被认为是刑事诉讼程序最重要的任务之一。就我国现行刑事诉讼立法而言，应注意《刑事诉讼法典》第6条的规定。它从根本上改变了俄罗斯刑事诉讼程序所强调的刑事诉讼的目的，把保护受害人的权利和合法利益作为刑事诉讼程序的优先目的。立法者在刑事案件中将保护被害人的权利置于优先考虑的地位，但他们没有解决在司法实践中出现的诸多问题。《刑事诉讼法典》第四十二条在定义受害人概念的时候分为两个方面。这是因为根据俄罗斯法律，受害人既可以是公民，也可以是法律实体。因此，受害人是因犯罪造成其人身、财产和精神损害的自然人，如果犯罪造成法律实体财产或者商业声誉受损，也可以将其视为受害人。在每一个案件中，调查员，询问人，或者是法院都有权决定是否将某人认定为受害人。一个人只有在相关认定受害人的决定作出后，才能获得受害人的身份。为了保障受害人的权利，立法者规定，有关认定受害人的决定需要在提起刑事诉讼程序之时立即作出。如果此时没有受害人的相关信息，认定受害人的决定需要在相关信息出现之时立即作出。造成损害的事实本身就足够做出恰当的决定。

在国际法中，《为罪行和滥用权力行为受害人司法公正的基本原则宣言》所定义的受害人是指受到个人或集体伤害的人。包括人身伤害、精神伤害、情感痛苦、物质损失或基本权利的重大损害。这种损害是由触犯会员国现行刑事法律、包括禁止非法滥用权力的法律的作为或不作为行为所造成。根据该宣言，不论罪犯是否被查明、逮捕、审判或被定罪，也不论罪犯和被害人之间的关系如何，都可以认定“受害人”。严重违反国际人权法和国际人道主义法的受害人有获得补救和赔偿的权利，这是一项基本原则和准则，该原则要求各国确保国家立法符合其国际法律义务

国际社会认为，适当的做法是引入法律程序，切实有效的保障在公平条件下诉诸司法的权力的实现，以提供有效的补救措施，包括采用补偿机制，为犯罪造成的损害提供真正的赔偿。

国家立法的任务可以被规划为：为刑事诉讼程序参与人的权利建立和提供一定程度的保护。这

---

\*作者为圣彼得堡国立大学讲师娜塔莉娅·西多洛娃博士，译者为南京师范大学法学院硕士研究生闫鹏、南京师范大学法学院硕士研究生丁诗慧、南京师范大学法学院讲师杨雪博士。

里的刑事诉讼参与人是指因非法行为导致物质、人身、精神上损害的（受害人，民事原告）。

每一种法律制度都以其自己的方式来定义受到犯罪侵害的人的概念。国家刑事诉讼法根据其法律传统，司法惯例和国际义务来确定这种人的在程序上的地位。但是，获得一定赔偿的权利（其来源和方法取决于一国的国内法）是有关主体永恒不变的权利。在欧盟内部，对受害人权利的保护是法规需要考虑的问题。应当特别注意的是，《欧洲暴力犯罪被害人补偿公约》（斯特拉斯堡，1983年12月24日，以下简称《公约》）欧盟条约116号系列。《公约》第二条规定：当损害赔偿没有其他获取来源的时候，国家必须承担起责任，比如在被害人的健康遭受严重损害的情况下，国家应当承担赔偿责任。

在分析报告《犯罪之受害人：权利的保护》（2015）中指出：在很短的时间之内，犯罪受害人的问题已经在国际层面上发展成一般社会的狭义科学问题[5, p. 36]。在此，官方的数据显示，在2019年1月到8月，犯罪造成的损失达到4.386亿卢布（438, 6 mlrd rubles）。俄罗斯法律中的规范为受害人提供了必要的权利，使其在刑事诉讼程序中充分行使其程序性地位。这些权利包括：诉诸司法的权利，从犯罪造成的损失中获得充分赔偿的权利，以及荣誉和尊严受到尊重的权利。在此情形下，国家有义务承认，尊重和保护人权和公民权利及自由，在法律和法院面前遵守平等原则，并阻止任何非法侵犯。

俄罗斯宪法第52条宣称：犯罪和滥用职权受害人的权利受法律保护。国家保证受害人有诉诸于司法活动并得到损害赔偿的机会。俄罗斯联邦宪法法院审议了

保护受害人权利的问题，得出结论：现有的刑事诉讼程序机制应当“有助于预防和制止犯罪，防止对公民权利和合法权益造成不利后果，为受害人诉诸司法提供便利并恢复其权利；在宪法上，最重要的是为被害人提供诉诸司法的途径并为其提供有效的救济措施”。一个人在取得被害人的地位后，可成为具有相关权利义务的刑事诉讼程序适格当事人。《刑事诉讼法典》第42条赋予受害人若干权利，特别是获得赔偿的权利。根据现行法律，行使损害赔偿权的方式主要是在刑事诉讼程序中提起附带民事诉讼。根据民事诉讼制度的全面规定，可以在刑事案件中一并解决对受害人的赔偿问题，或者在民事诉讼程序的框架中解决（刑事诉讼法典第309条第2款）。所以根据俄罗斯联邦最高法院司法部门2018年的数据，民事诉讼案件共有105506起，其中有65032起是完全令人满意的（44866498868卢比）。

有一种趋势是，通过创造额外的保障，使受害人的权利范围有所扩大。但要说被害人的利益得到与被告人的利益同等程度的保护还为时过早。关于受害人的赔偿利益，这一论点也是正确的。通过对执法实践的分析，得出被害人利益不完全得到满足的结论。当尚未查明犯罪行为的肇事者或他们缺乏可以受到惩罚以确保赔偿的财产时，受害人的权利问题就特别重要。

2012年，俄罗斯联邦调查委员会起草了《关于犯罪受害人》的联邦法律草案[11]。整整一章专门讨论了对受害人的损害赔偿问题。但是，该法律草案没有提交立法机关。许多研究工作都致力于研究正在审议的该问题的相关性，并同时分析理论和执法实践。这些研究应与作者一致，对上述问题缺乏法律规范表示关注，提议修改法规。

## 参考文献

- 1、The Constitution of the Russian Federation
- 2、[https://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/declarations/power.shtml](https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/power.shtml)
- 3、<https://www.un.org/ru/documents>
- 4、[http://soprotivlenie.org/wp-content/uploads/2016/02/soprotivlenie\\_doklad\\_2015.pdf](http://soprotivlenie.org/wp-content/uploads/2016/02/soprotivlenie_doklad_2015.pdf)
- 5、<https://мвд.рф/reports/item/18401476/>
- 6、<http://www.cdep.ru/index.php?id=79&item=4891>.
- 7、Sinenko S. Ensuring the rights and legitimate interests of the victim in criminal proceedings: theoretical, legislative and law enforcement problems: Dis. ... dr. law Moscow, 2014
- 8、resolution Constitutional Court 16.10.2012 N 22-II
- 9、Determination Constitutional Court 11.07.2006 N 300-O
- 10、<http://www.cdep.ru/index.php?id=79&item=4891>.
- 11、Draft Federal Law on victims of crime», СПС Консультант-Плюс
- 12、Compensation of material damage to victims. Comparative legal research: scientific and practical guide / M.: Institute of legislation and comparative law under the Government RF, 2016. — 304 p.
- 13、Dubrovin V. Compensation of harm from crimes in criminal proceedings (domestic, foreign, international experience of legal regulation). M., 2011
- 14、Mitin M. International legal regulation of compensation to victims of criminal offences: Dis. PhD St. Petersburg, 2012. P. 20 - 21
- 15、Legal protection of victims in foreign countries.: monograph / resp. edited Kubanchev. C. M., 2018 -304. p
- 16、Sidorova, N. Some aspects of the rights of victims in Russian criminal proceedings / / Prosecution and defense in criminal cases: historical experience and modernity: (St. Petersburg, June 28-29, 2014, pp. 176-185
- 17、Sidorova, N. Problems of protection of the rights of the victim in criminal proceedings: comparative legal aspects/2019, Chinese-Russian comparative law

Forum. Kaifong, China: Henan University, 63-76.

18. Sidorova N. Problems of ensuring the rights of a person affected by a crime at the stage of initiation of a criminal case// Interaction of public authorities in the investigation of crimes of corruption: problems and solutions. Academy of the Investigative Committee, p. 315-317

## 俄罗斯未来法律教师的法律文化形成过程中法治的发展

古泽尔·安瓦罗夫纳·瓦列耶娃\*

**摘要：**我们所研究的未来法律教师的法律文化形成的经验是基于学生的教学实践结果。以使用法律文件的课程体系为例，来确定它们对学生法律文化形成的影响。同时分析学生的自身经验。教学体系本身是基于对法律文件的使用，形成法律理论基础。确定了实验阶段。1. 诊断阶段。个别教师或教学人员的工作结果分析。2. 预测阶段。寻找解决现有问题的方法，即，方案预测，其中将确定该教学实验的目的，任务，假设和结果。3. 组织和筹备阶段。在进行教学实验时，有必要确定确切的研究监控对象，以使结果与实验的预测阶段一致。4. 实践阶段。教学实验的此阶段的对象是一组 10A 年级的学生，将他们安排在实验环境中。因此，在一定的研究因素的影响下，研究者的主要任务将是追踪和分析他感兴趣的特征的变化方向。5. 归纳阶段。如果上述教学实验实践阶段的计划选择正确的话，那么，结果应该会达到教学过程中的绝高水平。这项研究的结果将对中小学教师，高校教师，大学生们均有益处。

**关键词：**法律文化；法律文件；教学实验；法律教育；法律教师

### 引言

研究课题及所获结果的实践意义决定了本研究的现实性。处理法律文件对学生法律文化形成的重要性在于现代社会和教育中发生的一体化和现代化进程。认识法律的重要性，形成法律文化以及能够根据法律条文自由定位并做出正确决定的观念不仅对学生具有现实意义，而且在《2025年前俄罗斯联邦国家教育发展学说》中都有提出。

在法律课中几乎没有开展处理法律文件的实际工作。约有 60% 的教师偶尔会使用法律法规，而 40% 的教师主要将其用作例证。因此，老师不认为法律文件的使用是有必要的。但是，这种方式下他就丢失了法律教育的主要目标之一，即让学生做好适应现代公民社会生活的准备。对于中小学生而言，重要的是要认识到使用法律文件能力的实际意义，教会他们认识到这点，这将使他们有机会形成解决民事实践问题的经验，并有机会充分地，自觉地和负责地参与到涉及社会每个成员的民事法律关系中。在任何法律情况下运用法律渊源的能力会扩大其合法行为的机会。

**问题。**有目的的塑造学生的法律文化，这是他们人身安全的必要条件，孩子必须了解自身的权利和义务，以便能够在生活的任何必要情况下运用它们。法律文化的培养技术包括目标指向，概念立场，有内容的、有组织活动的和有成果的组成要素，以确保有效地向学生介绍法律价值观和社会规范。

在法律教学中，教师应通过某些方法和技巧形成处理法律文件的能力：教导阅读，分析，系统化主要法律渊源，灌输必要技巧以正确编写不要求专业法律教育的正式文件，并培养学生独立理解法律文件内容的能力。在标准的教学大纲中，学生在社会研究课程中会接触到这些，此外-仅在课堂时间和选修课中。有清晰的法律文化知识的学生应该：了解有关其权利的所有法律；能够将它们应用于各种生活状况；捍卫自己和他人的权利。

这些素质的形成需要多种形式：不仅是讲座和会谈，而且还包括实践课，在实践课上教师会让学生了解各种法律情况[2，第 30 条]。

可以在研究主题以确认思想的过程中使用文件，示范法律规范的运用。如果学生学习阅读文件并评估其意义，就会激发他们对该主题的兴趣。老师也可以引用文件。法律渊源的运用应逐渐复杂化。课程中使用的文件应在内容和数量上可供学生使用。从法律知识的角度来看，它应该是有趣的，含有信息量的，且在实践中具有典型性和普遍性。[1，p. 25]。

在研究法学课程层面上法律文件的运用尤为重要。法律培训可以保障独立搜索，分析和使用法律信息技能的发展，通过使用法律渊源形成批判性思维。这也为法律能力的发展奠定了基

---

\* 历史学博士，喀山（伏尔加沿岸）联邦大学副教授。

础，并促进学生信息文化的发展。在讲座，研讨会，实践和实验课程中完善运用法律文件的能力。这些教学形式有助于分析能力以及运用法律渊源的实践技能的发展[3]。

**研究目的** 一 通过实验确定使用法律文件作为形成法律文化的手段特征。

**研究任务：**1) 呈送法律文件是法治国家的基础； 2) 阐明使用法律文件对形成法律文化的重要性； 3) 分析教学实验的结果。

本课题史科学证据基础是一系列俄罗斯学者和研究人员关于法律文化形成问题的研究。

以下几点是本研究的**概念基础**：在法律教育中使用法律文件有助于学生法律文化的发展；帮助发展公民能力，掌握法律的基础知识，参与学校和班级的自治。它还为学习提供了积极的动力：提高知识质量和学科培训水平。

**研究方法。科研教学文献的分析与综合；教育的规范法律基础研究；模拟实验；观察和问卷；比较和数学分析。**

**研究的主要结果。**学习的必要性取决于以下因素：研究法律课题对发展法律文化的重要性；建立和维持认知活动的必要性；激发学习动机和积极获得法律知识的兴趣问题。

在进行教学实验时，提供了以下阶段：诊断，预测，组织筹备，实践和概括。

教学实验的第一阶段结合了诊断，预测，组织和准备阶段。本阶段学生制定了诊断设备并确定了学生的法律文化水平。

学生制定了一个包含 20 个问题的问卷，其中第一个部分（问题 1-6）评估学生的认知成分（知识和技能）以及法律文化。

情感价值组成部分（立场，评价，态度），法律文化由第二组问题（问题 7-13）评估。

学生法律文化的行为反应部分（实际和潜在行为）由第三组问题（问题 14 - 20）评估。

在实验工作过程中，使用诊断阶段的方法对学生的法律文化发展水平进行了重新诊断。

因此，初期确定青少年没有足够的法律知识。造成困难的主要是以下问题：12（您怎样看待每个孩子，除权利以外，还有义务的事实？），11（您对执法机构的态度是怎样的？），17（您能否独立写申请，委托书或其他文件？），1（您很清楚学生的权利和义务吗？），这表明学校正在对学生进行法律教育。但是，超过一半的问题造成了儿童的困难。最困难的问题包括以下问题：2（您阅读了哪些关于儿童权利的法律，或者至少从他人的故事中了解了这些法律？），3（如何确保《儿童权利公约》中的儿童结社自由权？），9（您认为以下这种情况正常吗，如果怀疑家庭中存在涉嫌侵犯儿童权利的情况，青少年事务委员会会干扰家庭的私生活？）。

对法律文化组成成分的分析表明，青少年对法律文化的情感价值成分的了解是最全面的（10.7%），而与法律文化的认知成分有关的知识是最少的（8.67%）。

在实验工作中有 20 名青少年参加，年龄在 16-17 岁的 10 年级学生。其中 8 个女孩和 12 个男孩。

在获得的最初的数据基础上创建了一个教学实验，其目的是提高学生的法律文化。

实验的第二阶段包括对实践中所制定的教学法资料的审核。通过在法律课程中法律文件的使用获取了基本的理论知识。

大学实习生进行并分析了八节课：专题 1. “研究俄罗斯联邦宪法”；专题 2. “民法是俄罗斯法律的一个分支”；主题 3. 《劳动法》；主题 4. “家庭法”；主题 5. “刑事诉讼程序”；专题 6. “未成年人年龄的法律界限”；专题 7. “未成年人的刑事责任特征”；主题 8. “消费者权益保障”。

在计划的最后对学生法律教育的有效性进行了重新评估。根据研究结果，与最初的研究相比，法律知识水平显著提高。

问题几乎没有对学生造成困难。对所有问题的回答中正确的回答能达到 12-18 个。

回答时困难出现较少的问题是：编号 12（您怎么看，每个孩子，除权利外，还有义务？），13（您对“儿童法”的看法如何（“法律 22 小时”）？），17（您可以独立撰写声明，授权书或其他吗？）。

出现一定难度的是在回答问题：19（看到另一未成年人的权利受到侵犯，您会维护他/提供一切可能的帮助吗？），20（您是否参加学生自治活动？）。

如果我们分析比较法律文化的组成部分，将得到以下情况。

法律文化的所有组成部分都在增长。增加最多的是认知成分。增长幅度最小的是情感价值成分。但是，正是情感价值成分在控制阶段具有最大的表达价值。

实验的第三阶段是概括。这是将先前获得的初期教学观察与使用诸如分析，综合，归纳，演绎之类的逻辑运算而获得的结果进行比较的过程。正是在实验的这一阶段，才有可能在实验效果与所取得的结果之间建立联系，并对在类似的教育机构中进行教学实践提出建议。

法律教育具有综合性，因此，学生们为学习者提供了使用历史，文学，社会科学课程中所获知识的机会，并进行共同讨论，辩论和对话，使学生参与寻找生活中问题的答案。

法律教育大纲的教学法为发展个性导向教学提供了理论基础。这就要求教师寻找针对每个学生的教学形式和方法，在发展学生的批判性思维，形成个性的价值取向时，创造性地使用和开发新的教学技术，教学法手段。

大体上，在此类课程中使用法律文件的处理方法时，谁也不会教谁。每个人，包括老师在内，都在学习思考。反思生活，自己的生活经历，自己的特点，能力，兴趣，成功，任务，与他人的关系，人们正在了解与国家向法治公民社会过渡的新阶段相应的价值取向[4]。

对于老师而言，重要的是不仅要倾听每个人，重要的也是要教孩子倾听和彼此倾听，互相交流，形成共识，并在行为上考虑到他。

在法律课程中使用法律文件时，一个重要位置是商务游戏，这有助于团结团队，确定领导者等。各种创造性的任务有助于在教室中保持舒适而富有成效的氛围。这些任务可以是图表，绘图，拼贴画，微型创作和足够全面的书面作品。

高中生参与这项工作有助于形成积极的公民身份，个人公民能力以及教育机构学生的社会化。

在法律课程中使用法律文件是实施公共政策的鲜明示例，是公民社会要素的体现。

#### **结论和建议。**

1. 在法律教学过程中使用法律文件可帮助学生掌握批判性思维的基础，这对于形成分析法律文本，在回答问题时使用文件的文本摘录以例证理论规定，阅读法律法规并从中提取必要的法律知识，用法律和道德标准评估情况的能力来说是必不可少的。

2. 基于高中学生对法律文件的运用而形成法律文化的效果，使我们能够在教育过程中以新的形式建立师生之间的关系，采用积极的教学和培养形式和方式。为了激发和强化学生的活动，发展他们的认知和创造能力，大学生使用了信息和通信技术，进行了侧重于人格社会化的课题和游戏教学。这些可以更充分地开发和发展学生的创造能力和个人喜好。

3. 成功的在学校使用法律文件取决于许多因素，其中最重要的是：自愿参加该计划；在计划参与者之间有效分配职责；教师的正确位置；学校管理机构对计划的支持；领导机构对活动结果的兴趣。

4. 这种组织高中生法律教育和培养的方法使双方得以发展：高中生-发展公民能力，掌握法律基础知识，参与学校和班级的自治。对于大学生-它给予了理解和教学的良好态势：知识质量和学科教学水平得到提高。双方共同促进法律文化的发展。

#### **文献**

1. Basik N. Yu. 在学校的社会研究课程中使用文件教学的可能性//学校社会研究。1999年第4期。

Б а с и к Н. Ю. П е д а г о г и ч е с к и е в о з м о ж н о с т и р а б о т ы с д о к у м е н т а м и в ш к о л ь н о м к у р с е о б щ е с т в о з н а н и я / Н. Ю. Б а с и к // О б щ е с т в о з н а н и е в ш к о л е. - 1999. - №4.

2. Zavyalova M. S. 形成学生法律文化的工作经验 // 现代教育技术：第五届区域间科学实践会议的科研论文集。克拉斯诺亚尔斯克：克拉斯诺亚尔斯克国立大学，2006年。

З а в ь я л о в а М. С. И з о п ы т а р а б о т ы п о ф о р м и р о в а н и ю п р а в о в о й к у л ь т у р ы у ч а щ и х с я /

М. С. Завьялова // Современные технологии образования: сборник научных трудов 5-й межрегиональной заочно научно-практической конференции. - Красноярск: КГУ, 2006 г.

3. 参见 Bogolyubov L. N., Lazebnikova A. Yu. 在学校教授社会学的一般方法。莫斯科市, 2008 年, 606 页。

См., например, Боголюбов Л. Н., Лазебникова А. Ю. Общая методика преподавания обществознания в школе / Л. Н. Боголюбов, А. Ю. Лазебникова. - М.: Дрофа, 2008. - 606 с.

4. Kuznetsova Yu. N. 人格的价值取向对其社会行为的影响 // 科学与教育的现代问题。2015 年, 第 2-2 期。

Кузнецова Ю. Н. Влияние ценностных ориентаций личности на ее социальное поведение в обществе / Ю. Н. Кузнецова // Современные проблемы науки и образования. - 2015. - №2-2. - С.

## Human Trafficking as a Global Issue

### 作为全球问题的人口贩卖

Wendy Stickle 博士

马里兰大学

翻译：杨伊凡、刘涛\*

人口贩卖活动有许多种形式，存在于世界各地。这种犯罪活动能产生巨大的利润，同时又充斥着暴力和非人道的色彩，伴随着打击这种犯罪的势头不断增强，人们也发现了一些重大阻碍。本文初步探讨在全球范围内预防这类犯罪的一些障碍。未来的研究将着眼于经验性地解决每一个障碍，但目前，我仅先介绍它们。这些障碍包括不一致的定义和法律、移民政策、数据限制和跨国犯罪实体。

#### 定义和法律

尽管联合国（UN）为定义人口贩卖提供了广泛的指导，但这是不完善的。此外，并非所有国家都承诺以与联合国相同的方式定义人口贩卖。定义上的差异使得收集有关这种犯罪流程序度的数据很困难。没有一个统一的定义也会导致缺乏关于这种犯罪在全球范围内流程序度的准确信息。联合国的定义是进行统一定义的最佳尝试。在对国际法进行介绍后，本章将探讨超出法律可能规定范围的具体的定义问题。

#### 国际人口贩卖法

2000 年通过并于 2003 年生效的《联合国打击跨国有组织犯罪公约》表明了国际有组织犯罪问题的严重性，该《公约》为鼓励进行国际协作与合作奠定了基础（King, 2008 年；联合国大会，2001 年）。该《公约》为如何界定、预防和起诉人口贩卖犯罪提供了重要的国际指导，并出台了两项相关的议定书，一项是《联合国关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的议定书》（于 2003 年生效），另一项是《联合国打击陆、海、空偷运移民议定书》（于 2004 年通过）。这些协议统被称为巴勒莫协议。批准该《公约》的国家承诺将人口贩卖认定为国内刑事犯罪，制定引渡框架，与执法部门合作，提供培训和技术援助，以提高国内打击有组织犯罪的能力（联合国大会，2001 年）。

《关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的议定书》首次提出了一个全球普遍同意的关于人口贩卖的定义，并打算在国内框架内制定可比较的定义。这一定义意味着在

---

\* 南京师范大学法学院刑法学研究生，南京师范大学法学院讲师。

贩卖人口案件中只要缺乏中间人（中间商），就不能称为是贩卖。这样的规定有着重大意义，因为它明确地区分了贩运和偷运的不同。（King，2008）该定义另一个重要主题是具体阐明贩卖不要求具有直接的暴力或者威胁。简单地说，除了遵守这个定义之外没有其他办法可以来界定人口贩卖的情况。此外，议定书就如何在人权框架内保护和援助人口贩卖犯罪的受害者提供了指导。（联合国大会，2001年）

2004年通过的《反对陆、海、空偷运移民议定书》意识到了日益严重的偷运问题和被偷运者遭受剥削的高风险（联合国大会，2001年）。该《议定书》对偷运做出了具体定义，并鼓励各国合作制止偷运行为以及偷运过程中经常出现的极端剥削形式。下文将进一步讨论偷运和人口贩卖的定义问题。

国际法的出现是减少定义难题的一个主要因素。通过在偷运和贩卖之间做出更明确的区分，并承认贩卖男性以及关于性以外的其他形式的贩卖，这些法律解决了许多与贩卖定义多样化有关的问题（Laczko & Gramegna，2003）。也就是说，并不是所有国家都使用符合议定书的定义，尽管越来越多的国家使用了符合议定书的定义。即使使用一致的定义，细节仍然存在争议。例如，被偷运者在什么情形下会成为人口贩卖的受害者？虽然可以就人口贩运和人口偷运的定义达成一致，但两者之间的灰色地带可能存在争议。与此相关，中间人（中间商）的概念在不同的文化中可能有不同的解释。什么是强迫？什么时候假设一个人没有其他选择是合理的？立法规范只能在界定每一种可能的行为、手段和目的方面考虑得更长远。

### 造成对人口贩卖理解混乱的其他因素

虽然随着参照《联合国人口贩运议定书》的国际法和国内法的出现已在一定程度上缓解了定义问题，但其他问题却加剧了关于人口贩卖的混乱。区分偷运和贩卖以及我们如何界定受害者的问题都加深了对人口贩卖的误解。

一个主要的混乱来自于对人口偷运和人口贩运的定义。上述《巴勒莫议定书》的一个目的是区分偷运和贩卖。议定书将贩卖界定为：

……出于剥削的目的，通过各种非法手段（如威胁，使用暴力，其他形式的胁迫、绑架、欺诈、欺骗，滥用权力，利用对方的弱势地位，或者为取得对另一人有控制权的人的同意而给予或接受报酬或福利）进行招募、运送、转移、窝藏或接收人员。剥削至少应包括强迫他人卖淫或其他形式的性剥削、强迫劳动或服务、奴役或类似奴役的做法或切除器官。……人口贩卖活动中的被害人对意图进行的剥削而表示的同意……这种同意与在已使用上述任何手段的情况下均无关联。招募，运送，转移。……以剥削为目的被贩卖的儿童应被视为“被贩卖的人口”，

即使这不涉及上述任何手段。(Bhabha, 2005 年)

与此相反, 偷运一词指的是想越境的个人与愿意提供越境手段而不遵守适当移民议定书的个人之间的自愿交易。《偷运议定书》(联合国, 2000 年) 将“偷运移民”定义为“一种获利行为, 为直接或间接获得经济或其他物质利益, 使一个非缔约国国民的人非法进入缔约国”(Napier Moore, 2011 年, 第 5 页)。

被偷运的人极易受到贩运者的伤害。但偷运本身并不是贩卖。也就是说, 二者之间其实很难区别, 特别是在没有深入调查的情况下。此外, 一个案件可能以偷运开始, 以贩卖结束。法律以被偷运的人出发或抵达的适当时间作为界定犯罪行为的标志, 这样的规定可能并不明确具体。虽然国家可能更愿意从出发地评价犯罪, 但大多数受害者的辩护律师更喜欢从到达点确定犯罪。他们的观点是, 设想和现实往往不同。虽然被偷运人可能同意非法越境, 但在抵达时, 偷运协定的条件可能已经改变。例如, 偷运者可能会要求被偷运者支付更多的钱, 否则就会强迫被偷运的人进入他或她不同意的工作环境工作, 那么, 被偷运者可能就从共犯变成受害者。此外, 即使在出发点, 协商一致的协议的签订也可能是基于对工作、就学或其他机会的欺诈性承诺。(Bhabha, 2005 年)。

当谈到协议可能是基于欺诈性承诺时, 我们会想到中间人的问题。当试图将某一行为定义为偷运或贩卖时, 决策者(政策制定者?) 必须明确同意和胁迫之间的界限。有些形式的胁迫是明显的绑架、欺骗、欺诈。但有些形式的胁迫更为模糊; 例如, 如果一个家庭完全没有钱, 没有赚钱的手段, 在目前的情况下也没有生存的希望, 此时如果偷运者给他们一个机会, 使得他们能够工作、上学和更好地生活, 那么这个家庭就可能除了冒险信任偷运者之外别无选择。在这种情况下, 政策制定者是将这种行为定义为贩卖还是偷运? 虽然这些被偷运者同意越境, 但在此时他们有什么别的选择吗?

《人口贩运议定书》对“胁迫”的定义中包括以下内容:“滥用权力或利用对方的弱势地位。”因此, 如果偷运者利用自己的地位, 为极其贫困、弱势的个人和家庭提供(上述的) 欺诈性机会, 那么这是贩卖还是偷运? 目前还没有法律来界定这些细微差别, 从而导致在区分贩卖和偷运方面继续存在着混乱和争议。

### 男人和男孩

《联合国人口贩卖议定书》正式命名为《预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为议定书》。这样的命名几乎消除了男性是受害者的可能性。此外, 美国联邦人口贩卖定义在描述美国面临的人口贩卖问题时侧重于妇女和儿童, 因此受到批评(Greve, 2014)。该法第 102 条特别强调, 妇女和儿童在贩卖人口问题是主要的群体。报告指出, “每年至少有 70 万人, 其

中主要是妇女和儿童，在国际边界上或跨越国际边界被贩卖。美国每年大约有 50000 名妇女和儿童被贩卖”（贩卖受害者保护法，2000）。此外，虽然妇女和儿童确实比男子更容易被贩卖，但如果假设男子只能是贩卖人口的犯罪分子而不能成为受害者，这样的假设是不正确的。同样，假设妇女只是受害者而不是犯罪者也是错误的。这里要指出的一点是，对妇女和儿童的高度侧重使得认定男性是受害者变得更具有挑战性。急救人员和服务提供者可能没有得到适当的培训，或者没有最准确的工具来识别和救助男性受害者。越来越多的人认识到男性受害者的存在可能会改变我们对贩卖行为的认识。我们对男性受害者群体的理解仍在不断深入，但随之而来的是评估工具和服务的重新校准，这是满足这一群体特殊需求所必备的。

### 移民政策

与上述讨论的法律所相关的是移民政策。虽然每个国家都有责任实施自己的移民政策，但各国目前的一个趋势是，将民族主义置于全球化之上。这种有关民族主义的压力正在慢慢显现，特别是在美国、英国和整个欧盟。无论是在美国还是在世界各地，贩卖人口活动都在发生。尽管受害者往往是在原籍国遭受伤害，但情况并非总是如此（毒品和犯罪问题办公室，2018 年）。趋势表明，在较富裕的国家（例如西欧和南欧，中东和北美洲的那些国家）中发现了来自非原籍地区的受害者。在这些地区，被确定为人口贩卖的受害者来自世界各地（毒品和犯罪问题办公室，2018 年）。为了强调这一点，毒品和犯罪问题办公室（2018 年）报告中指出，南亚的受害者有 7 种不同的国籍，而西欧和南欧的受害者则来自于 124 个不同的国家。这样的数据支撑起一个令人信服的论点，即每个人都希望拥有更多机遇而倾向于到富裕国家。考虑到他们为了逃离原籍国而不顾一切，他们可能愿意冒更大的风险进入新国家。请参阅上面有关偷运的讨论，以了解偷运（自愿性非法越境）与人口贩卖之间的联系。

国际移民组织（IOM，2018）强调了这一论点。对偷运服务的需求正在日益增加。这种需求来自于对生存的不顾于一切。在 2018 年报告的 2.58 亿国际移民中，6850 万是流离失所者。这种流离失所现象源于迫害、冲突、普遍暴力和/或侵犯人权。国际移民组织指出，这一庞大数字是 1997 年流离失所者人数的两倍。

5000 万移民持有非正常身份，表明他们虽然是善意的移民，但却出于某种无证地位（IOM，2018）。这种地位导致他们获得医疗、就业、住房等机会变得有限。IOM（2018）指出，随着法律和政策的变化，个人的这种非正常地位是不稳定的。换言之，随着移民政策变得越来越严格，移民获得的机遇和基本需求也随之改变。

正如政策分析师所指出的那样（例如，Avendano 和 Fanning，2013 年；Wood，2018 年），人口贩卖政策和移民政策经常相互隔绝。以上讨论表明，移民政策和人口贩卖是紧密联系在一

起的。 移民政策决定了谁会被标记为非法移民。非法移民会增加人口贩卖的可谴责性（Wood，2018）。如果无法获得住房和就业等基本生活需要，剥削往往是不可避免的。

强化的边境安全和更严格的移民政策导致移民被定为犯罪，移民被边缘化，这使得他们获得必需品的机会减少。目前流传于北美和欧洲的反移民言论对减少人口贩卖者数量的作用甚微。事实上，这种言论反而会被人口贩卖者加以利用。关闭边境并不能打消移民迁移的念头（Avendano 和 Fanning，2013 年）。取而代之的是，移民们希望通过其他途径进入更安全的国家。这些选择可能包括更偏远和更危险的路线以及当地人、偷运者和贩卖者的帮助。关闭边界也会对前来寻求庇护的人和难民造成阻碍。关闭边境只是为偷运和贩卖的地下生意提供更多的商机。

尽管需要为人口贩卖的受害者提供保护，但如果我们想减少可能被贩卖的受害者的数量，就必须考虑移民政策。需要将预防步骤与被动措施相结合，来对人口贩卖活动产生有意义的影响。

## 数据与测量

数据和测量方面的问题也在我们对人口贩卖的误解中发挥了作用。如上所述，没有关于人口贩卖的普遍定义。联合国的定义很接近，但不是每个国家都使用。某一行为在美国可能被认为是贩卖但在其他国家可能不是这样。由于缺乏普遍同意的定义，跨国收集数据非常困难，而且鉴于人口贩卖往往会越境，这种限制导致我们对贩卖的普遍理解受到严重障碍（Aroma，2007；Laczko&Gramegna，2003）。许多人认为，我们准确测量人口贩卖的能力很可能是我们消除人口贩卖的最佳机会（Weiner&Hala，2008 年）。必须更注重制定区域和国家一级的定义，以帮助我们更清楚地了解贩卖情况（Aroma，2007 年）。

除了测量方面的欠缺以外，现有数据也很少（Gozdziak&Bump，2008； Scharztz，2017）。关于人口贩卖的高质量的经验文献充其量是有限的。乔治敦大学国际移民研究所完成了对所有有关人口贩卖的文献的综合研究。他们的发现表明，我们对人口贩卖的大多数数据来自政府间报告，非政府组织和联合国。此外，该研究的方法论水平较弱。他们得出结论，我们对人口贩卖的误解是多层次的和复杂的。他们的发现表明，缺乏高质量和可靠的数据会导致：

……对受害者的特征了解有限（包括区分成人和儿童受害者、女孩和男孩、妇女和男子的特殊需要的能力）、他们的生活经历和贩卖轨迹的了解不足；对贩卖者及其网络的作案手法了解不充分；缺乏大量的评估研究工作，内容包括政府反人口贩卖政策的有效性，救援和恢复方案的有效性，以及关于人口贩卖的当前认识状况的其他差距。（Gozdziak&Bump，2008 年，第 4 页）

Gozdiak 和 Bump (2008) 的研究结论是压倒性的, 但与其他研究结果一致 (Kangaspunta, 2010; Laczko 和 Gramegna, 2003; Weiner 和 Hala, 2008)。当我们不知道自己不知道的时候, 理解一些东西是很有挑战性的。我们的理解只能以我们查明的人口贩卖案件为基础。此外, 我们知道, 在人口贩卖问题上, 报告不足尤其成问题。受害者身份认定特别困难, 受到许多因素的阻碍, 包括受害者害怕挺身而出 (由于对政府的不信任、害怕被人贩子报复和害怕被驱逐出境) (Weiner&Hala, 2008 年)。

此外, 一些受害者甚至可能没有认定为受害者 (Neumann, 2015 年)。以美国的性交易为例。一种常见的招募策略是, 一名男性人口贩子充当其潜在受害者的男朋友。他获得了她的信任, 并使她爱上了他。他要求她为了钱而做爱。这个女孩甚至可能没有意识到发生的事情是非常错误的。受害者可能无法认定为受害者的其他原因包括经济需要和家庭压力。

理解人口贩卖面临巨大挑战。虽然法律有所改进, 但它们绝不是完整的。劳工贩卖没有明确规定。男性在法律和服务条款中没有得到充分认可。偷运与贩卖之间的模糊区别在每个大陆上都存在。但是, 对于我们理解人口贩卖而言, 最严峻的挑战可能是缺乏数据和有效的衡量方法。没有数据来比较国家内部和国家之间的人口贩卖, 我们就无法制定有效的对策 (Aroma, 2007; Schartz, 2017)。必须努力量化漏洞。传统基金会已经能够将美国人口贩卖 (TIP) 报告中的排名与经济自由指数进行比较。结果令人震惊, 那些受压抑最严重的国家的 TIP 排名最低。理解经济自由以及贫困可以极大地推动干预措施以减少贩卖 (Schartz, 2017)。

现实情况是, 除非我们有一致的国际定义和法律, 普遍同意的数据收集方法, 复杂的数据以及关于受害者, 人口贩卖报告, 起诉和定罪的可比较的统计数据, 否则即使不会蓬勃发展, 人口贩卖也将继续存在。需要让受害者愿意挺身而出。这意味着法律必须明确规定服务和签证规定以及资源, 以提高人们的意识, 尤其是在弱势人群中。这些建议将增进我们对贩卖人口的数量以及在国内和国际上推动人口贩卖的脆弱性的了解。

### **过渡性犯罪实体**

大家可能会认为, 迄今为止讨论的挑战并不是彼此独立的。人口贩卖的法律定义、移民政策和数据限制都相互作用, 以解释当前形式的人口贩卖。与跨国犯罪, 特别是恐怖主义有关的恐惧, 使我们对控制人口贩卖的理解和能力进一步复杂化。可以说, 移民政策的部分目的是为了各国免受跨国犯罪的侵害。事实上, 一些人可能认为, 恐怖主义与移民政策之间的关系造成了一个重复的难题。虽然人们几乎普遍同意必须采取极端措施防止和减少恐怖主义, 但人们对恐怖主义与人口贩运之间的联系知之甚少。

在最基本的层面上, 人口贩卖是跨国犯罪的一种形式。人口贩卖通过跨越多个国家的有组

织犯罪团伙将各国和各大洲联系起来。然而，人口贩卖不是一种需要国际社会作出反应的犯罪（尽管它应该这样做）。人口贩卖是以个人为代价的。每种犯罪都有目的。造成的痛苦不是犯罪的目的，只是一种后果。其他形式的跨国犯罪，如恐怖主义，其目的只是伤害大众，使人们害怕。恐怖主义要求国际社会作出反应，因为我们都能感受到它的影响。当你仔细想想，除了恐怖分子，没有人能从恐怖主义中获益。但是人口贩卖不能这么说。有人可能会说，全球经济受益于劳动力剥削。

虽然国际社会可能不会受到人口贩卖的负面影响，但证据表明人口贩卖可能与恐怖主义有关（例如，Shantz, 2018）。恐怖分子以贩卖人口和其他形式的有组织犯罪为手段，并为其行动提供资金。联合国已经能够将利比亚、叙利亚、廷巴克图和马里等多个国家的人口贩卖事件与恐怖组织直接联系起来（Huckerby, 2019; Shantz, 2018）。Shantz (2018) 指出，通过传播恐怖和意识形态、对社会进行恐吓和毁灭、将性暴力制度化以及作为招募诱因，人口贩运可以给恐怖分子带来战略优势。毫不奇怪，贩卖人口和其他商品为恐怖组织提供了稳定的收入。

随着人们越来越关注恐怖主义与人口贩卖之间的联系，越来越明显的是，性奴役不是恐怖分子从事贩运活动的唯一形式。有证据表明，ISIS 从事了贩运器官活动（联合国大会，2016）。博科圣地组织使用儿童乞讨进行筹款（FATF-APG, 2018）。Ansar Dine, Al Qauda, ISIL 和 ISIS 已使用强迫婚姻和性剥削（国际特赦组织，2015 年；Gebrekidan, 2016 年；联合国人权理事会，2015 年）。

恐怖主义以及它与人口贩卖的联系，为减少恐怖主义活动设置了特别具有挑战性的障碍。联合国列举了以下主要挑战：

- 不同现象之间的重叠
- 缺乏实质性证据和信息
- 有罪不罚
- 缺乏专业知识，能力和意识
- 缺乏国内机构间的协调
- 对其产生的重要性缺乏了解（Shantz, 2018 年）

恐怖主义带来的障碍是严峻的。如果没有投入资源来更好地理解这种关系，不作出有针对性的努力来遏制这种剥削所创造的收入，恐怖主义将仍然是中东和非洲人口贩卖的主要驱动力。

## 结语

联合国提供了一个在全球范围内减少人口贩卖的框架。联合国的“国际行动框架”描述了该框架，并列出了我们在减少人口贩卖方面面临的具体挑战，包括财政资源不足，知识和研究

受到限制，建设与发展能力受限以及监测和评估受限（毒品和犯罪问题办公室，2009）。这些领域中的任何改进肯定会减少本文讨论的障碍。联合国框架被简称为4P，即预防、保护、起诉与合作，努力增强四者之间的关系，对于消除目前制止人口贩卖的障碍将大有帮助。

预防。预防是打击人口贩卖工作的基础。预防工作包括向社会提供普遍性干预，以及向高风险群体提供有战略针对性干预，以防止受害和再次受害。预防工作可包括提高对贩卖活动的普遍性和本质的认识，以及对贩运者使用的手段的了解。

保护。许多受害者没有被发现，因此没有受到保护。保护工作着重于确定受害者并向受害者提供法律，社会和卫生服务，以帮助他们重建生活。

起诉。许多贩卖者从未受到起诉或惩罚。尽管几乎每个国家都有一些禁止贩卖人口的法律，但很少的国家的法律能全面涵盖《巴勒莫议定书》的所有方面。起诉工作的重点是进一步发展和加强遵守《巴勒莫议定书》的法律框架，在刑事司法系统的每个阶段建立行动者应对人口贩卖的能力，并建立专门机构以查明，起诉和惩治贩卖者。

合作。不同群体之间缺乏协调的努力，协作和沟通，这是打击人口贩卖的主要障碍。合作是指多个参与者的协调，以执行预防，保护和起诉工作。合作可以包括许多团体之间的合作，包括：政府，受害者服务提供者，执法机构，卫生保健人员，金融机构，研究人员和公众。

尽管本文介绍了与减少人口贩卖有关的一些障碍的一般理解，但我们对这些障碍的了解充其量只是表面上的。4P对于解决人口贩卖问题至关重要。但是此外，人口贩卖问题必须成为决策者，经济学家，学者以及整个国际社会所需要考虑的优先事项。没有许多人的共同努力，人口贩卖活动将继续猖獗下去，并将成为这一代人最大的人权问题之一。

## 程序正义与有刑事违法行为的精神病人

Tom Vander Beken, Ciska Wittouck<sup>①</sup>

### 一、引言

近五年来（2014-2019），根特大学赞助了一项名为“从优势入手，为有实质犯罪行为的精神病人建立多学科对策”（BOF14/GOA/006）的多学科研究项目，来自不同院系（即犯罪学，特殊教育，精神病学）的六名教授和五名博士生合作参与了这个项目。相比于主流的风险导向路径，本次研究的主要目的是为有实质犯罪行为的精神病人（PMIO）建立以其自身能力优势为基础的对策方案。本研究直接建立在以发掘行为人自身能力优势为基础（strengths-based）的社会学研究方法之上，聚焦于有实质犯罪行为的精神病人及其家庭的能力、潜力与优势，而非着眼于其劣势。研究分为五条路径，其中最关键的就是有实质犯罪行为的精神病人及其家人的体验。总的来说，有不少于 319 个人（包括 286 名有实质犯罪行为的精神病人和 33 名家庭成员）参与了在多样化生活和治疗环境中进行的焦点小组和深入访谈（Aga et al. 2019）。

本论文探讨了该项目中一条路径的研究结果，该路径聚焦于有刑事违法行为的精神病人所体验到的程序正义（Wittouck, 2019）。法律和司法程序及措施会对行为人的心理健康产生影响（即实证法学派所研究的法的实证效果），其中一个重要的方面就是司法程序和措施中专家与行为人之间的互动（Wexler, 2016; Winick & Wexler, 2015）。程序正义是一个专门研究权力主体与公民之间互动关系的理论，根据该理论，这些互动产生的方式（即决策过程）至少和互动的结果（即决策本身）一样重要（Blader & Tyler, 2015）。在本研究中，我们致力于发现以下内容：在有刑事违法行为的精神病人和参与实施拘留措施（即比利时法院针对无责任能力的刑事违法人的强制治疗）的专家的互动过程中，他们体验如何，以及他们认为有哪些与之相关的重要因素。

### 二、已有研究综述

有刑事违法行为的精神病人在刑事司法系统中非常普遍。应对有刑事违法行为的精神病人的一种方式，使他们接受法院的强制治疗，这种治疗通常与正在进行的司法监督相结合。法院强制治疗的情况包括：毒品法庭、精神卫生法庭、司法精神病医院所涉及的有刑事违法行为

---

<sup>①</sup> Tom Vander Beke，比利时根特大学法学与犯罪学院国际刑事政策研究中心全职教授，Ciska Wittouck，比利时根特大学博士后研究员、客座教授。译者为南京师范大学法学院讲师杨雪、2018 级法律硕士邹学群、2018 级法律硕士陈燕红、2017 级本科生钱凝萱、2017 级本科生黄天恒。

但不具有刑事责任能力的精神病人的治疗，以及(社区)看守所或监狱转处计划中所涉及的精神病人的治疗(Hiday & Burns, 2010)。法院强制治疗的目的是减少再犯和改善有刑事违法行为的精神病人的精神卫生状况，并在一定程度上实现了这一目标。然而，关于法院强制治疗如何起作用，人们仍然知之甚少(Polaschek, 2019)。

以往的研究表明，精神病人和专业人员之间旨在克服其自身困难的合作关系在法院强制治疗和(或)司法监督的过程和结果中起着关键作用。这种工作关系的重要性也得到了有刑事违法行为的精神病人的承认(Coffey, 2006; Serran & Marshall, 2010; Skeem, Loudon, Polaschek, & Camp, 2007)。然而，在法院强制治疗情况下，由于治疗和控制之间的紧张关系，合作关系的发展和维持受到挑战，这与精神卫生体系和刑事司法体系分别有着不同作用和目标有关(Ward, 2013)。为了进一步发展司法和惩教矫正模式，有必要确立相关的指导原则，以指导精神卫生和(或)刑事司法专业人员在法院强制治疗和与有刑事违法行为的精神病人合作时如何兼顾治疗和控制。为了制定这样的指导方针，有必要进行针对性的研究(Barnao, Ward, & Casey, 2015; Epperson, Thompson, Lurigio, & Kim, 2017)。

关于如何直接处理有刑事违法行为的精神病人与精神卫生和(或)刑事司法专业人员在法院强制治疗期间内在的紧张合作关系的实证研究比较少。在这些有限的研究中，有人提出将关系公平(Relation fairness)作为调和合作中治疗和控制之间的紧张关系的一种手段(see for instance Epperson et al., 2017; Skeem et al., 2007)。关系公平可以与程序正义理论相联系。程序正义理论是一种关系模型，专门处理执法者与其公众之间的互动(interaction)，并假定人们非常重视与执法者互动的过程(“什么”)和结果(“如何”)。事实上，在法院强制治疗的情况下，刑事司法体系的专业人员以及精神卫生体系的专业人员都对有刑事违法行为的精神病人持有权力。与执法者的互动将被视为程序公正，即使互动的结果(如决定)是不利的，互动的特征表现为以下维度：1) “中立”，体验作为客观和公正的执法者，2) “表达”，有机会表达自己的观点，3) “尊重”，体验被尊严和尊重对待，4) “信赖”，体验真正的关心和考虑，5) “信息”，体验获得足够的与互动和决定有关的信息和证明，以及6) “执行”，体验执法者优质的服务和做好自己的工作(Tyler, 2013; De Mesmaecker, 2014; Lind et al., 1990)。在与执法者的互动中所感受到的程序上的公正或不公正，会影响当事人对互动及其后续结果的态度、情绪和行为，如对互动的满意、对决定的接受、对自我价值感、社会接受度、社会动力和社会合作的感受。迄今为止，程序正义理论主要应用于司法和执法领域。根据程序正义理论，在与参与法院强制治疗项目的执法者互动时，体验程序正义可以促进治疗(Blader & Tyler, 2015)。之前的研究表明，在司法监督治疗的框架下，类似于程序正义的互

动会影响其过程和结果——例如在矫治精神问题方面以及预防再犯罪方面（See Wittouck & Vander Beken, 2019）。

### 三、有关本研究的概述

在本项研究中，我们着重探讨了程序正义理论作为一个规范性框架的潜在作用。执法者与有刑事违法行为的精神病人在该框架范围内合作，并以此作为发展和维持其合作的一种手段。本文主要研究的问题是：在法院强制治疗过程中，有刑事违法行为的精神病人如何体验其与来自刑事司法体系和精神卫生体系的执法者之间的互动，这些体验与程序正义理论的理论维度有何关联？

本研究采用定性归纳式的实证研究方法，以受拘禁的有刑事违法行为的精神病人在法院强制治疗过程中与执法者互动的实际经验为中心。采用半结构式访谈的方法对佛兰德斯的一个异质性样本进行调查。我们对其中 35 个访谈进行了分析，用以解决目前研究的问题。

### 四、研究结果

考虑到精神病人和执法者在法庭授权治疗（程序性治疗）期间的互动，程序正义理念在有刑事违法行为的精神病人的诉讼中都应被给予格外重视。有证据表明，程序正义中的传统理念，如尊重、信赖、表达与中立，以及近期提出的知情权与履行性等理念，都对其具有重要意义。我们结合先前的研究（Skeem et al., 2007），在法庭授权治疗（程序性治疗）的机制内提出了一个程序正义中的概念：“权威性”。权威性的概念与法庭授权治疗（程序性治疗）期间精神病人与执法者之间存在的治疗与控制下的博弈有关。具备权威性的措施应当具备妥协性与决策参与性，该措施要求严格的同时也主张公正，并且强调以正向激励的手段促进秩序。因此，执法者需要兼顾治疗与控制的观念，并且在法庭授权治疗（程序性治疗）期间兼顾康复与强制，并且结合精神病人诉讼项目进行更可持续发展的的工作。

事实上，坚持人性化对待有刑事违法行为的精神病人具有重要意义。为此应具备如下方面的要求：执法者应当 1) 采取友好、礼貌与平静的态度；2) 认识到受众的长处、困难以及需要；3) 以解决问题与重塑精神病人为导向进行工作，而非仅仅为了惩罚；4) 加强精神病人对决策过程的参与；5) 对有关于工作目的、内容与各个治疗目标以及强制性待遇提供信息公开与合理解释，并且充分考虑精神病人的期望；6) 保证工作过程中的专业性与公平性；7) 以权威性理念代替专制性理念。

## 五、结语

对于调和有刑事违法行为的精神病人和执法者在法院授权的合作中的治疗和控制之间的紧张关系的问题，我们所研究的这种符合程序公正的方法有着广阔的发展前景。

制定人道的司法精神病矫治模型，应整合精神病人、执法者和学者的不同视角，充分考虑精神卫生和刑事司法专业人员对精神病人的态度和表现，(Barnao et al., 2015)。这将提醒执法者，其口头和非口头的行为将影响到有刑事违法行为的精神病人甚至普通犯罪人的矫治和合规 (De Mesmaecker, 2014; Winick & Wexler, 2015)。发展和维持精神病人和执法者之间良好合作关系与构建矫治有刑事违法行为的精神病人的宏观策略和微观技术同样重要 (Ward & Brown, 2004)。Wexler (2016) 指出，“程序正义有着重要的基础意义，它应当始终被所有法院所遵从”。我们的实证研究证明，程序正义在刑事司法和司法精神卫生体系的互动中始终具有重要的基础意义，特别是在法院强制治疗的背景下。

与基于合规的方法一样，程序正义仅是为执法者赋权的方法 (Tyler, 2013)。在这种情况下，不作为成为保障机能的一种方式 (Rubin, 2017; Tew, 2006)。然而，程序正义也可以建立在以发掘行为人自身能力优势的基础上，强调个人尊严、社会认同、意思自治和有效参与 (Ward & Syversen, 2009)。这与强调表达、中立、信任和尊重的基于合法性的方法具有一致性 (Tyler, 2013)。在存在强制力的情况下，程序正义可以平衡个人和社区的权利，进而平衡治疗和控制之间的关系 (Skeem et al., 2007)。因而，从保护人权的视角出发，在法院强制治疗中，强制性的干预措施应始终作为最后的手段。正式的社会控制可以起到威慑作用，但却不能促使人养成合乎社会规范的行为习惯。在基于合法性的方法中，积极的合规行为取代不作为成为保障机能的方式 (Bottoms, 2001; Tyler, 2013)。程序正义因而也可以成为赋权应对有刑事违法行为的精神病人的一种手段 (Tew, 2006)。

## 一、参考文献

- Aga, N., Audenaert, K., Nollet, L., Rowaert, S., Schipaanboord, E., Vander Beken, T., Vander Laenen, F., Vanderplasschen, W., Vandeveldde, S., Van Roeyen, S. & Wittouck, C. (2019). *Sterke verhalen. Internering anders belicht / The internment measure in a different light*. Oud Turnhout: Gompel & Svacina.
- Barnao, M., Ward, T., & Casey, S. (2015). Looking Beyond the Illness: Forensic Service Users' Perceptions of Rehabilitation. *Journal of Interpersonal Violence*, 30(6), 1025-1045.

- Blader, S. L., & Tyler, T. R. (2015). Relational Models of Procedural Justice. In R. Cropanzano & M. L. Ambrose (Eds.), *The Oxford handbook of justice in the workplace* (pp. 351–369). Oxford: Oxford University Press.
- Bottoms, A. (2001). Compliance and community penalties. In A. Bottoms, L. Gelsthorpe, & S. Rex (Eds.), *Community Penalties: Change and Challenges* (pp. 87–116). Cullompton, Devon: Willan Publishing.
- Coffey, M. (2006). Researching service user views in forensic mental health: A literature review. *The Journal of Forensic Psychiatry & Psychology*, *17*(1), 73–107.
- De Mesmaecker, V. (2014). *Perceptions of Criminal Justice*. Oxford: Routledge.
- Epperson, M. W., Thompson, J. G., Lurigio, A. J., & Kim, S. (2017). Unpacking the relationship between probationers with serious mental illnesses and probation officers: A mixed-methods examination. *Journal of Offender Rehabilitation*, *56*(3), 188–216.
- Hiday, V. A., & Burns, P. J. (2010). Mental Illness and the Criminal Justice System. In T. L. Scheid, & T. N. Brown (Eds.), *A Handbook for the Study of Mental Health. Social Contexts, Theories, and Systems* (pp. 478–498). Cambridge: Cambridge University Press.
- Lind, E. A., Kanfer, R., & Earley, P. C. (1990). Voice, Control, and Procedural Justice - Instrumental and Noninstrumental Concerns in Fairness Judgments. *Journal of Personality and Social Psychology*, *59*(5), 952–959.
- Polaschek, D. L. L. (2019). Treatment outcome evaluations: How do we know what works? In D. L. L. Polaschek, A. Day, & C. R. Hollin (Eds.), *The Wiley International Handbook of Correctional Psychology* 1st Edition. Chichester: Wiley.
- Rapp, C. A., & Sullivan, W. P. (2014). The Strengths Model: Birth to Toddlerhood. *Advances in Social Work*, *15*(1), 129–142.
- Rubin, A. T. (2017). Resistance as Agency? Incorporating the Structural Determinants of Prisoner Behaviour. *British Journal of Criminology*, *57*(3), 644–663.

- Serran, G. A., & Marshall, W. (2010). Therapeutic process in the treatment of sexual offenders: A review article. *British Journal of Forensic Practice*, 12(3), 4-16.
- Skeem, J. L., Louden, J. E., Polaschek, D., & Camp, J. (2007). Assessing relationship quality in mandated community treatment: Blending care with control. *Psychological Assessment*, 19(4), 397-410.
- Tew, J. (2006). Understanding power and powerlessness: Towards a framework for emancipatory practice in social work. *Journal of Social Work*, 6(1), 33-51.
- Tyler, T. R. (2013). Legitimacy and compliance: The virtues of self-regulation. In A. Crawford & A. Hucklesby (Eds.), *Legitimacy and Compliance in Criminal Justice* (pp. 8-28). London: Routledge.
- Ward, T. (2013). Addressing the dual relationship problem in forensic and correctional practice. *Aggression and Violent Behavior*, 18(1), 92-100.
- Ward, T., & Brown, M. (2004). The good lives model and conceptual issues in offender rehabilitation. *Psychology Crime & Law*, 10(3), 243-257.
- Ward, T., & Syversen, K. (2009). Human dignity and vulnerable agency: An ethical framework for forensic practice. *Aggression and Violent Behavior*, 14(2), 94-105.
- Wexler, D. B. (2016). Guiding Court Conversation Along Pathways Conducive to Rehabilitation: Integrating Procedural Justice and Therapeutic Jurisprudence. *The International Journal of Therapeutic Jurisprudence*, 1(1), 367-372.
- Winick, B. J., & Wexler, D. B. (2015). Drug Treatment Court: Therapeutic Jurisprudence Applied. *Touro Law Review*, 18(3).
- Wittouck, C. (2019). *Persons with mental illness who offended and procedural justice : giving voice to persons subjected to an internment measure about their interactions with power holders*. Doctoral dissertation. Ghent: Ghent University.
- Wittouck, C., & Vander Beken, T. (2019). Recovery, desistance, and the role of procedural justice in working alliances with mentally ill offenders: A critical review. *Addiction Research & Theory*, 27(1), 16-28.

## 心理分析教育学角度解析未成年人的行为反应性敌意

朱莉娅·尼古拉耶夫娜·库兹涅佐娃\*

**摘要：**今天我们有必要认识到我们的社会处于一个充满挑衅的环境中，青少年往往没有意识到也无法意识到，他们的意识中已经固化了一种行为模式，进而导致霸权的表现。教师的工作是将现代社会转变为一个没有挑衅和暴力的社会，但在影响儿童方面教师们正面临着教学能力有限的问题。在这种社会发展情况下，无论这听起来有多矛盾，我们都必须将青少年的人格“社会化”，以在充满暴力的世界中过上安全的生活。

**关键词：**心理分析学；挑衅行为；破坏性挑衅；心理分析学教育

**研究问题。**现代社会中的所有社会关系都充满挑衅，如果压制青少年的挑衅表现，就会培养出一个无法在现代社会中生存和交往的人。因此，在这种情况下，教师需要掌握新的教学技术来培养年轻的一代。

当面对儿童们直接的挑衅行为时，教师们会无可奈何。因为，在好斗的孩子面前教师们常常会感到无能为力，在孩子的恐惧面前感到无助。希望没有暴力的教育，却无法克服个人目标与社会目标之间的矛盾。 [1]

无需寻找某种预防手段来摆脱挑衅。挑衅只是青少年对环境的反应。有必要研究挑衅的病因，以及恐惧或暴力产生的原因。这种观点会改变对难管教儿童的态度，在与青少年的关系中，老师的角色转换成导演，并与他们一起克服关系中的困难[6]。

这种以心理分析为导向的方法将有效预防未成年人的挑衅表现。正是这种将挑衅表现转变为建设性活动的的能力意识有助于逐步消除破坏性挑衅[3]。

**研究目标** — 将心理分析导向方法纳入教育中，作为预防未成年人挑衅表现的方法。

**史料学证据基础：**心理分析教育和心理学领域的科学文献，挑衅行为原因的价值鉴定。

**研究的理论基础：**希望消除青少年的挑衅行为，教师无法克服个人目标与社会目标之间的矛盾；挑衅只是青少年对环境的反应，因此有必要研究挑衅，恐惧或暴力产生的原因；将挑衅表现转化为建设性活动的的能力意识有助于逐步消除破坏性挑衅；心理分析理论侧重于青少年个性，个体中个性发展的特征以及在培养和教学过程中人文主义方法的使用。

**研究的主要结果。**人类行为的根源在于人的本性，即个人意志已知的，恒定的和不变的本

---

\*心理学博士，喀山（伏尔加沿岸）联邦大学副教授。

性。个性作为意志的体现，是人价值选择的基础，因为理性和不道德可以完美地融为一体，不理性和高尚可以相互结合。一个人只有通过行为才可以了解自己的个性，确定其价值取向，并最终了解自己。换句话说，什么样的人做什么样的事儿。

由此需要指出的是，人的行为总是必然的，即在任何人类行为中，意志都具有一定的个性，其所有行为都必须与之相对应，因此行为必定就是那样的，而非其他样。

但是，价值观具有相对性，取决于个人的意愿和欲望，取决于对自己需求的了解程度。将价值观视为“独立”的单独实体是不正确的。价值观始终在接受这些价值观作为其思想和行动的最终基础的人们的关系中占据一定位置。我们将价值观理解为人类行为目标的基础。人在生活中寻找秩序和意义的努力取决于价值观。生命的形成和成长要求每个人都找到“个人美德”，“个人的绝对命令”。只有当构成个人价值体系的价值成为内部必要和有深刻意识的个人选择结果时，个人的价值体系才具有恒定性和稳定性。

人没有能力对善与恶进行原始的自然区分。邪恶通常是人们所渴望的并带来愉悦的。由于起初个人的内在感觉并不会引导人去判定什么是善的体现，属于积极的价值，什么是恶，属于消极的价值，弗洛伊德认为，某些不会让人们偏离正确轨道的间接影响是有必要的。因此，个人价值的形成过程一方面是在基于人际关系建立的社会生活规范和规则的影响下发生的，另一方面基于自我意识态度在个性的内在力量影响下发生的。因此，人的行为是确定的，一方面取决于他的自然动力，另一方面取决于周围的社会道德要求，即内部和外部的刺激[4]。

价值观的选择也由人的个性来实现。个性选择一种取向的价值体系，从而加强已形成的个性。在做出选择之前，人并不知道自己的个性。此时价值观并不是必要的，普遍的，而是作为个性的动机。个性使一个人想做他应做的事[5]。

一个人可以自由选择自己的价值观体系来指导自己的活动和行为。但是，一个人所自认为的价值观和实际指导他但未被意识到的真实价值观之间存在差距。有意识和无意识价值观之间的差异会导致个性的毁灭。这是一种“价值二分法”。

价值观是人类意识对生活参数和现象的一种反映形式，它揭示了人们基于个性活动和取向满足自身需求和兴趣的能力。每个人都是不同价值需求的独特组合。一个人的社会价值在很大程度上取决于一个人生活和行为的普遍需求。

在研究个性形成和个性形成的特征时，首先应考虑个人价值观。价值体系的形成发生在个人自我实现的过程中，并在个人自由选择的基础上进行。如果赋予价值决定目标，动机，行动选择标准的个人意思，那么我们可以谈论最高层面上对价值观的吸收——信念的作用。在信念层面吸收的价值观所附加的个人意思可能本身是有价值的。价值体系构成文化的内在核心，决

定并影响需求和利益的结构。

一个人意识到某一物体的价值，就会了解自己。每件事物，连同其自身意义和思想内容，会成为主体间关系的一种“社会符号”，形象上说，是个人的自我认识。同样，所有价值，包括精神价值，都具有“实用”功能，例如，充当人类活动的准则。

另外，个性的价值取向很复杂。首先，它们基于文化，社会发展的结果而形成，其结果被独立的个体或社会团体所吸收；其次，个人或社会群体的价值取向是构成一个人或一个社会群体行为的社会因素；第三，文化和社会价值取向形成并存在于个人的意识中，并决定着他们的个性。

个人的价值取向，一种价值水平相对于另一种水平上的优势，决定着人对世界，对他人，对自己的态度类型，构成了个性类型的本质。这里我们注意到，人类活动通常旨在与世界，与他人以及与自己建立和谐的关系，是价值观更新的过程。而且，价值不仅是生活的现实形式，而且还是其进一步发展的潜在基础，根源之一和条件。一个人的生活包含的“具有现实意义的”价值观越多，生活就会变得越明亮，越丰富，生活的表现形式就越宽泛，生命本身的价值就越大。一方面，表现生活质量及其文化的价值观确保其真实性，价值性，有助于其表现形式的“绝对丰满”；另一方面，生命是价值存在的条件，是价值的载体[1]。

#### **结论和建议。**

心理分析理论与年轻一代的教育和培养发展趋势相适应，因为人文优先占据其核心位置。

价值观履行“实用”功能，例如，人类活动的准则。

根据心理分析理论，预防未成年人挑衅表现的任务是，识别个人行为深层次的无意识动机本质，揭示其利己主义动机，并将其引入社会文化自我表达的轨道上。

#### **参考文献**

7. Valeeva G.A. 法律专业学生法律意识的形成 // 第十三届国际科学与实践会议“杰尔扎温读本”。论文集。莫斯科市：VGUU，2018年，第39-40页。  
В а л е е в а Г . А . Ф о р м и р о в а н и е п р а в о с о з н а н и я  
с т у д е н т о в ю р и д и ч е с к и х с п е ц и а л ь н о с т е й /  
Г . А . В а л е е в а // X I I I М е ж д у н а р о д н а я н а у ч н о -  
п р а к т и ч е с к а я к о н ф е р е н ц и я « Д е р ж а в и н с к и е  
ч т е н и я ». С б о р н и к с т а т е й . - М . : В Г У Ю , 2018. - С . 39-40.
8. Kuznetsova Yu. N. 人格的价值取向对其社会行为的影响 // 现代科学和教育问题。2015年，第2-2期，527页。

Кузнецова Ю. Н. Влияние ценностных ориентаций личности на ее социальное поведение в обществе // Современные проблемы науки и образования. 2015. № 2-2. С. 527.

9. Rozhkov N. T. 心理分析和新教育学//喀山教育杂志。2010年第3号。156页

Рожков Н. Т. Психоанализ и неопедагогика //Казанский педагогический журнал. 2010. №3. С.156

10. 弗洛伊德. 精神分析导论. 讲座. 圣彼得堡大学. Aletheya, 1999年, 第二卷, 484页. Фрейд. Введение в психоанализ. Лекции. - СПб., Алетея, 1999, т. II, с. 484.

11. J. N. Kuznetsova, A. G. Ibragimov Correlation between the psychological features of the personality with the structure of the values // Journal of Organizational Culture, Communications and Conflict. - 2016. - № 2. - С. 59 -64.

12. Figdor H. Oberlegungen zu einem padagogischem Begriff von «Animation» // Mitteilungen des Institute fur Wissenschaft und Kunst 34/4. Wien, 1982.

## 法治国家中法官决策的心理层面研究

Robert Jager , Michal Turosik\*

**摘要：**罗格 (Jóger), 罗伯特 (Róbert) - 图罗什克 (TUROŠÍK), 米哈 (Michal): 法治国家法官决策的心理层面研究。该研究描述了法治国家法官的决策作用。司法决策是现代民主国家法治存在和应用的重要组成部分。法官虽然可以设法最大程度地提高决策的客观性, 但它不是机器, 也不必是绝对可靠的, 这一事实已被人们遗忘。现代认知科学指出了法官决策的陷阱, 这些陷阱可能会在特定情况下对准确性和正义产生重大影响, 从而扭曲了该国法治的实际实施。

**关键词：**法治, 法律状态, 法官的决策, 认知科学

法治一词 (在斯洛伐克共和国用作法律国家原则) 是一项长期已知并应用的原则。在法律理论中, 使用法治一词的实践尚未统一, 因为有时将其称为原则, 有时称为概念, 有时称为涉及善的事物。法治是一个反映法治国家概念的术语。它用作宪法或法治政府 (法治) 的代名词。

亚里士多德已经呼吁不要统治人, 而是要法律, 因为人为自己谋利并成为暴君。柏拉图在反思国家的背景下 (特别是在《工作宪法》中) 表达了他对法治的思想, 在法学中, 法律本身是不受统治者统治的主宰, 而统治者仅仅是服从法律的臣民。双方都将法治理解为一种共同利益的形式。

法治的出现和发展与资产阶级革命和民主宪政的建立有关。早在 1608 年, 一位英国律师爱德华·库克爵士 (Eduard Cook) 便与英格兰国王发生争执, 他主张法律保护国王, 而不是国王保护法律, 也就是说, 社会应受法律管辖, 不是靠人民。但是, 就宪法而言, 只有《人权法案》才意味着对迄今有效的王子制法律原则的突破 (君主不受法律约束), 最初由乌尔皮安在《罗马文摘》中包含, 它允许统治者和他站在法律之上。因此, 人权法案确定了主权者权限的法律限制。

因此, 演变对法治观念的发展产生了影响。法治一词来自英美法律体系, 它是在君主与议会之间的斗争中发展起来的。随后, 它体现在关于权力分立和公正审判权的思想的创造上。在大陆法中, 法治观念的发展与德国的发展有关, 在德国, 例如, 康德 (Kant) 以基于国家或国家的国家形式使用了 Rechtsstaat (法律国家) 一词。宪法国家。它的产生与警察国家相反 (法治的概念也影响了斯洛伐克共和国条件下的发展)。最近, 即使在欧洲大陆, 法治国家一词 (在 Rechtsstaat 概念的意义上) 也得到了较少的使用, 并被法治所淘汰。但是, Bárány 声称这或

---

\* Robert Jager, 斯洛伐克马提亚贝尔大学法学院讲师, Michal Turosik, 斯洛伐克马提亚贝尔大学法学院院长。本文中文翻译仅供会议阅读参考, 印刷出版以英文原稿为主。

多或少只是名称的更改，而没有更深层次的内容更改。他还指出，判例作为一种几乎独立的法律渊源，在国际司法当局的帮助下发挥着越来越大的作用。对于将法院判决作为法律辅助资源的大陆法系，先例的作用日益重要。

存在法治的国家(连同道德和宗教)的法律秩序构成了规范人类行为的国家的基本规范体系。每个国家法律秩序运作的重要组成部分是法院的活动，在冲突情况下，法院的活动决定了是否存在法律违法行为，谁应为这种违法行为负责，或将追究这种违法行为的后果。法律秩序（在我们的情况下是斯洛伐克共和国的法律秩序）通常规范法官在其决策活动中应如何进行。尽管基本立法对法官在决策中的独立性和公正性作出了定义，但我们的法律秩序并未充分考虑法官决策的心理方面。

因此，这项工作的目的是指出有关法官决策的立法，并指出与此活动有关的基本心理方面。该工作还指出，在我们的法律环境和美国，法官的决策活动存在一些差异。工作分为两部分，第一部分处理法官决策的法律方面，第二部分处理法官决策的心理方面

#### 法官决策的法律方面

与法官的决策有关的框架立法既包含在《斯洛伐克共和国宪法》中，也包含在一些规范法官和法院活动的法律中。国家基本法，《斯洛伐克共和国宪法》规定，在斯洛伐克共和国，“司法机关由独立和公正的法院执行”。以下条款规定：“法官在执行职务时应独立，并在作出决定时应受宪法，宪法和国际条约的约束”。从《宪法》的条款中可以明显看出，司法机构和法官个人的决定是独立和公正的。但是，“独立”和“公正”又意味着什么呢？

法官的独立性意味着其他州政府无权发布可能以任何方式影响法官决策活动结果的命令。司法机关的独立性可以被定义为包括对法官行使管辖权没有法律和事实影响的决策，但也包括在服从任何其他人行使管辖权时不包括法官的服从。但是，法院和法官独立的宪法原则不能分开，因为司法独立必须被视为法官独立的基本前提。没有独立的法官，就不可能有独立的司法机构。法官独立性的经济推定取决于他们的物质安全。

法官的独立性也必须被视为法官独立于政治制度各组成部分的独立性，而且还应视为司法机构内部的独立性；它也独立于舆论或媒体。只有对独立性的这种理解才是法官公正的前提，任何人都不得损害公正。

法官的公正性尤其被定义为不存在偏见（在偏见的意义上），并且被认为是比独立性更广泛的术语。法官的公正性必须是其职能的核心，而法官的独立性只是为了允许他这样做。司法独立和公正还意味着每位法官的独立和公正。

其他立法详细规定了法官在特定案件中的裁决方式：过错问题得到详细处理，既考虑了刑事犯罪的客观方面，也考虑了主观方面，即犯罪者他自己，他的动机和过失本身的“希望”。但是，对心理方面（在这种情况下为犯罪）的评估和考虑仅与犯罪者有关。因此，法官应考虑精神状况，控制自己的能力，认识到自己的行为对社会构成危险的能力（仅在犯罪者身上）（或精神状况，证人的心理特征等）。因此，斯洛伐克共和国的法律秩序详细规定了起诉所针对的人或针对参加者的过失的心理方面的形式，但法官的决策仅在边际上非常笼统地界定。早在 20 世纪 90 年代，我国就一直在试图通过伦理来填补这一空白，在现代和文化社会中，伦理已成为法律的重要补充。

法律伦理是填补法律空白的领域。法律上的空白是自然的事实，它们的出现是因为字符是（并且应该是）普遍的。法律无法将人们的行为规范到最小的细节，而正是由于法律的普遍性，导致应用实践中出现的情况不受法律的约束。她的道德操守可以帮助法官。行为守则具有几个基本优点：在司法领域，守则（还有司法道德原则）可帮助法官解决职业道德问题，使其具有决策自主权，并确保其独立于其他机构。他们将公众可以合理预期的法官行为标准告知公众。它们有助于使公众放心，司法机构是独立公正地管理的。

一方面，伦理学创造了适用于所有情况的普遍适用的原则，从而使法官能够在法律未涵盖的情况下做出决定。同样在斯洛伐克共和国，通过了《法官道德守则》，这可以支持决策过程。但是，鉴于律师（不排除法官）对道德的卑鄙见解，可以认为只有少数法官在其决策实践中遵循道德原则。在我们的环境中伦理的法官的代码，或者在制裁违反其个别案件的法官的可能性的法律约束力问题，甚至没有得到解决。尽管在法官决策的伦理原则可能实际应用中的优势明显，法官不应用它，或者它仅适用于一个有限的范围内。

#### 法官决策的心理方面

为了描述法官决策的心理决定因素，有必要从总体上描述律师决策的基本心理特征。迄今为止，在我们的环境中尚未有专门的科学专著来解决这个问题，该工作的作者是从事法律工作超过 15 年的律师，他们的经验和法学院的学术经验都得到了借鉴。教师。

法律思维和决策形成的决定性因素首先是法律本身的研究。在我们的学术环境中，（不幸地）

教学法以法律规范主义为主导，这意味着未来律师的教育主要集中于记忆法律规范及其解释。这个方向的基本问题是，学生获得这样的观念，即这种行为是合法的，而不公平（即值得谴责）的行为是违法的。但是，特别是 20 世纪的历史表明，实际上，在许多情况下，人类的行为虽然合法，但与对善良和正义的自然认识相矛盾。（作为一个基本示例，可以显示第二次世界大战期间针对平民人口的危害人类罪，而这些罪行当时符合德国法律。）

因此，在将来在我们的领土上学习的律师中，不会产生对“更高的好处”或“自然正义”的理解的“感觉”。从某种意义上讲，它们仅停留在基本的正义观上：合法是指一切符合法律的事物（所谓的法律正义观）。不幸的是，这项工作的作者几乎在所有从事法律实践的律师中都看到了这种正义感，在与他们的讨论中，他们甚至不了解正义感可能与上述观点有所不同。提到法律级别。对此，学术界的同事要好得多。至少他们可以承认法律中自然法原则的存在。

法律专业人士的另一个典型特征是他们所从事活动的明显“争议”。几乎所有法律职位的律师都与交易对手进行诉讼。在争端中，存在主要冲突或次要冲突的情况，律师从根本上捍卫其委托人的观点和利益，反之亦然，反驳对方的主张和观点。但是法律纠纷并不涉及旨在寻找“客观事实”的学术辩论，而是（再次不幸地）只是为了促进其客户利益而牺牲了交易对手。在实践中，这样做尤其是因为律师不惜一切代价主张其委托人的主张并反驳对方的主张，而律师并不内心地相信其委托人的主张的真实性或对委托人的错误意见。交易对手。

随着时间的流逝，法律职业的这一基本特征（我们可以称其为思想上的对抗性）也逐渐发展成为律师的个性。即使在个人生活中，许多律师也倾向于驳斥任何人的主张。尽管与律师进行的私人友好的交流通常具有律师倾向于自动驳斥其家庭成员的主张的要素，即使他们甚至没有考虑其陈述的真实性。

尽管法官在当前司法程序中的作用主要不是反驳审判人员的论点，但绝大多数法官起初还担任其他法律职务。法律专业的毕业生不可能直接担任法官；他必须有年龄和法律经验。这就是为什么许多法官担任律师，商业律师，公证人或检察官一段时间后才成为法官的原因。但是，他们的思维具有对抗性。法官可能会因其以前的职业所带来的歪曲而影响其决策。

影响法官工作的另一个重要的心理决定因素是对独立性和公正性的信念。由于斯洛伐克在描述法官的决策活动时所遵循的法律秩序一再声明法官是独立和公正的，因此行事时间较长的法官在内部确信自己确实是独立和公正的范围内接受了该措辞。即使与与执行法官活动的朋友和同事进行私人交流，也可以看出，当法官甚至被问到有关他们决策的可能主观性的问题时，他们也会感到恼怒。他们还认为，他们的决策是否真正客观且不包含主观判断元素是对他们个人品格的“攻击”，影响了他们的“独立和公正”。

不是每个人（不仅仅是法官）的决策活动的决定性因素都是他们自己的情绪或生理状态。我们最多能够观察到情绪（我们知道我们当前的情绪或情绪），并对其做出决定。就我个人而言，如果我感觉“我心情不好”，我会留待论文的更正。如果在这种状态下我必须在无法更改的特定日期对学生进行测试，那么在测试之前，我至少会故意说：“我心情不好，但学生对此不承担任何责任，我将尝试客观评估他们的知识”。尽管我无法合理地确定我对客观评价的追求真正成功的程度，但至少由于我自己的情感，我至少尝试排除主观评价。问题是我的同事和法官是否也正在为消除自己的情绪和情感的负面影响而进行这种努力，他们本来就坚信自己的独立性和公正性。

就像我们自己的情绪一样，我们也受到我们所不了解的生理过程的影响。美国的统计数据表明，如果在午餐后处理案件，则申请假释的罪犯被释放的可能性要高得多。理由很简单，法官在吃完午饭后做出决定后，他变得更加镇定，决定更加和解。

几乎所有人在决策活动中都具有的另一个心理决定因素是“主观性”。在决策过程中人们很主观是一个普遍现象：主要表现为对我们所决定的人的个人同情或反感。尽管人们没有意识到这一点，但是人的外表与人的同情关系密切，因此，我们倾向于对所决定的人做出更有利的决定。美国法院的调查显示，对那些“明显地表示同情”的人，与那些没有这种身体上的好处的人相比，在有罪和无罪的判决中，倾向性更大。由于在美国，有罪和无罪的决策权由陪审团成员组成的陪审团，因此根据他们所决定的人的身体特征，更容易遵循他们对有罪和无罪的决策趋势。决策过程中的统计数据表明，身体上更具吸引力并能够进行口头交流的人被陪审团判定为无罪的可能性要高得多（与没有这些“假设”的人相比）。

在美国陪审团的决策活动中，陪审团成员还明显存在种族主义（或仇外心理）。如果陪审团前的被告人是美国黑人或拉丁美洲人，则认定他有罪的可能性要高得多。但是，也有解释说，正是这些种族的成员犯下了更多的罪行，因此他们被定罪的可能性更高。

为了防止美国陪审团成员在法律程序中的决策过程中出现这种明显的扭曲，陪审团成员在担任陪审员之前应接受短暂的培训，提醒他们不要考虑肤色，种族，同情和反感。对被告人。但是，这样的培训如何有效（通常仅通过向陪审团成员投射教学视频来完成）以及能否在相对较短的时间内改变陪审团成员的行为和决策方式，就令人怀疑。

消除美国陪审团成员决策中的主观倾向的一种有趣尝试是，一系列旨在防止在审判开始之前对被告人进行非理性指控的程序性行为。例如，其中包括不能将被告戴上手铐带到陪审团这一事实。据认为，如果陪审团成员看到被告戴着手铐，他们将倾向于认为他有罪。在实践中，这是通过将被告带着手铐带到法庭上，然后将手铐放下，再由陪审团成员来完成的。同时，如果

出于安全原因有必要将被告戴上手铐，则只能将他的脚上戴上手铐，腾出双手，并坐在陪审员看不到他被戴上手铐的腿的桌子后面。尽管在这种情况下，我们可能对这些措施是否有效存有疑问，但我们至少可以赞赏为消除或减少美国陪审团成员决策中的主观决定因素所做的努力。

美国法院决策的另一个典型特征是陪审团裁定嫌疑人的有罪或无罪。这样的系统司法决策并不新鲜。在古代雅典，内和纯真已经在单身成年男子的公开集会上决定，他们通过无记名投票决定内和纯真。（甚至在基督教徒之前的社会中，斯拉夫祖先的司法决策也被认为是在几名进行“陪审决策”的人的会议上进行的。）一种类似的制度，将权力留给了集体在许多国家/地区都将其作为历史发展的一部分加以应用，并且在某些国家/地区至今仍然存在。最初将司法决策权交给集体的最初想法是基于集体将更客观地决定有罪或无罪（操纵一个以上个体更为困难）的想法，乍看起来似乎是合乎逻辑和理性的。但是，并不是所有乍看起来似乎都是“逻辑”或“理性”的东西最终都是它。陪审团的决策（在美国司法系统中必须一致通过）是一种集体决策的形式。

在必须达成一致意见的集体决策中，库科里克表示正在采用“集体愚蠢”。这是一种思维方式，人们认为如果追求一致同意胜于实质性动机（vecnémuhodnoteniuiu）评估采取不同行动的可能性，那么人们就会陷入困境。除其他外，这种行动体现在以下方面：对错误决定的合理化，对团体及其决定的存在的道义依据的信念，自我审查和对不守规矩的团体成员施加压力所产生的普遍幻想，以及对意识的保护。反对负面信息，分享思维定型观念和个别群体的定型观念。

在其他地方，Koukolík 指出了决策团队成员的合规性（在我们的案例中是美国的仲裁庭）。“让我们想象一个陪审团决定有罪或无罪。犹豫不决的陪审团成员发现另外两名陪审团成员确信有罪，其中六名无罪，其余四名，包括我们未决的成员，均保持沉默。在这种情况下，未决的陪审团成员加入确信无罪的小组的可能性大于 75%。尽管上面的例子从法律的角度来看有积极的结果（被告被判无罪），并且适用法律原则，对有罪或无罪表示怀疑，但我们还是应该倾向于被告人的清白。如果情况发生了逆转（陪审团的六名成员相信有罪，两名无罪），结果将对被告不利：未定成员有 75% 的可能性倾向于认为他有罪。最重要的是，陪审团决策的结果不是理性和逻辑推理的结果，而是简单整合（以及非理性和不合逻辑）的结果。

由于陪审团的决策（不仅在美国，而且在所有实施了这种系统的国家中）都是需要一致同意的集体决策过程，因此，鉴于上述情况，我们面临着严重的问题。我们先前描述为“逻辑”和“理性”的决策制定并非如此。这样的决策不仅是不理性的，而且反之亦然，不合理的决策被赋予了理性的“标签”，决策的“集体性”不仅对陪审员本身而且对于广大公众而言，都会造成误解。这样通过的决定甚至更像是个人采用的那样正确。

根据以上对在斯洛伐克共和国和美国司法机构的情况下实施决策的描述，看来这项工作的作者并不倾向于美国司法系统。尽管斯洛伐克的司法制度也有明显的劣势，但美国陪审团法院决策的主观性大大高于旧大陆国家的现行主观主义，在所谓的大陆法系中也包括斯洛伐克在内。共和国。特别是，美国律师的论证纯粹基于引起陪审团成员积极或消极的情绪。在美国，这种论点本质上是理性的或合法的。律师并不试图以法律解释的方式解释这些论点。外行人很难理解这些论点，因此，美国的律师倾向于寻求情感上的论点，以表明其委托人是虔诚，诚实和勤奋的人，或者表明对方是“非教会人士”或“过不道德的生活”引起陪审团的轰动，他们决定了一个简单的方程式：“他不去教堂，他不信上帝，所以伯特，他是个坏人，他有罪。”

因此，尽管斯洛伐克共和国的法院决策系统存在明显的差距和改进的可能性，但这项工作的作者认为（至少有点）更好。该陈述主要基于以下事实：尽管我们的法官在决策中受到一定程度的主观主义的影响，但至少需要作出合理和法律论证的努力。但是，这本书的作者也有可能认为“我们的法院决策系统仅因其主观判断是基于我们文化固有的本质会自动被认为是更好的事实，因此才是更好的”。也许这项工作的作者在决定哪种决策系统更好时并没有避免主观主义。

## 参考文献

- ARISTOTELES: *Etika Nikomachova*. Praha : REZEK, 2009.
- BARÁNY, Eduard: Viazanosť štátu vlastným právom. In: *Právny obzor*, No. 96, 2013/6, p. 571.
- BEBLAVÝ, Miroslav: Vstup verejnosti do rozhodovania súdov. Prezentácia možností. In *Výzvy slovenského súdnictva a možnosti zlepšenia existujúceho stavu*. Bratislava: Transparency International, 2010, pp. 86–92.
- BRIX, Barbora: Súdna etika, globálny pohľad, diskusia v Nemecku. In: *Prístup k spravodlivosti - Bariéry a východiská 9 - „Zodpovednosť sudcu: Sudcovská etika a disciplinárna zodpovednosť“*. Pezinok: Via Iuris - Centrum pre práva občana, 2011, p. 11.
- ELBERT, Ľudmila: *Rule of Law a medzinárodné právo*. Košice : UPJŠ, 2015.
- EGLEMAN, David: *Cesta do hĺbiny mozgu (the Brain with Dr. David Eagleman)*. Londýn, New York: BBC, 2015. (Videodokument).
- GÁLIKOVÁ, Silvia: *Psyché - od animálnych duchov k neurotransmitterom*. Bratislava: Veda, 2007.
- GANDŽALOVÁ, Daniela: Slušnosť, morálka a dobré mravy v práve. In: *Acta Oeconomica No 18: etika v ekonomickom prostredí III*. Banská Bystrica: Univerzita Mateja Bela, 2005.
- HOLLAENDER, Pavel: Nezávislosť sudcov - nekonečný príbeh. In: *Výzvy slovenského súdnictva a možnosti zlepšenia existujúceho stavu*. Bratislava: Transparency

- International, 2010, pp. 20–29.
- JÁGER, Róbert: *Nomokánon – právnohistorická analýza a transkript*. Banská Bystrica: Belianum, 2017.
- JÁGER, Róbert: *Dejiny štátu a práva na území Slovenska do roku 1848*. Banská Bystrica: Belianum, 2019.
- KERECMAN, Peter: Sudcovia a advokáti, alebo o etických aspektoch vzťahov profesií. In *Justičná revue*. 61, No. 8–9 (2009), pp. 929–957.
- KOUKOLÍK, František: *Rozhodování*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Nakladatelství Karolinum, 2016.
- KOŠČ, Marián: *Základy psychológie*. Bratislava: SPN, 1998.
- KLUČKA, Ján: Etické pravidlá medzinárodných súdnych orgánov a tribunálov. In *Právny obzor*. 100, No. 2 (2017), pp. 289–305.
- KRSKOVÁ, Alexandra: Peripetie okolo sudcovskej etiky na Slovensku. In *Výzvy slovenského súdnictva a možnosti zlepšenia existujúceho stavu*. Bratislava: Transparency international, 2012, p. 30.
- KRČOVÁ, Erika: O etických problémoch sudcov. In *Právny obzor*. 73, 4 (1990), pp. 350–356.
- NOVOSÁD, František – SMREKOVÁ, Dagmar: *Dejiny sociálneho a politického myslenia*. Bratislava, 2013.
- PIRY, Martin : Verejný záujem in. Finančné právo, daňové právo a správne právo v európskom priestore. Zborník vedeckých štúdií. Banská Bystrica: Belianum, 2019.
- VALEŠ, Lukáš: *Dějiny politických teorií*, Plzeň, 2007.
- VALENT, Tomáš – CHOVANCOVÁ, Jarmila: *Texty z právnej filozofie*, Bratislava, 2014.
- WEEKS, Marcus: *Psychológia*. Bratislava: Ikar, 2015.
- ŠARKAN, Martin: Zásada vnemu alebo „Something Nearly Enough“. In: *Studia Aloisiana*, roč. 9 (2018) No.2.
- SCHNEIDEROVÁ, Anna – JÁGER, Róbert: Terminologické aspekty pomenúvania a obsahového vyjadrovania v etickom kódexe sudcu . In *Štát a právo*. Banská Bystrica: Belianum, 2018, 5, No. 1–2 (2018), pp. 85–92.
- TAMANAH, Brian, Z.: *The History and Elements of the Rule of Law*. Washington University in St. Louis Legal Studies Research Paper No. 12–02–07.

## 对法治的历史反思

Zuzana Budiská, Dominika Kubošiová\*

关键词：法律规定；斯洛伐克共和国；历史回顾

实际理解斯洛伐克国家法律中的法治概念。

斯洛伐克共和国的法律理论并未统一使用法治一词的做法，因为它有时被称为一项原则，有时被称为一个概念，有时甚至涉及到涉及善的一切。<sup>①</sup>宾汉勋爵（Lord Bingham）致力于根据英美法律制定法治，将法治归类为现有的宪法原则，将其分为八个子规则。可以说，法治的基础是每个人的约束力，不仅是个人的约束力，而且是法律赋予国家权力的约束力。这是一个反映法治概念的概念。它用作宪法或法治政府的同义词。<sup>②</sup>

法治的出现和演变与资产阶级革命和民主宪政的建立有关。早在 1608 年，一位英国律师爱德华·库克爵士就与英格兰国王发生争执，他主张法律保护国王而不是国王的权利，也就是说，社会应该统治法律而不是人民。然而，以宪法形式，《英国权利法案》意味着违反了《乌尔比昂文摘》中当时存在的普林普斯立法机关的原则，该原则允许主权者享有高于法律的任意意志<sup>③</sup>。因此，《权利宪章》确定了主权管辖权的法律范围。法治观念的发展影响了英美法系和大陆法系的发展。法治的概念起源于英美法律体系，在统治者和议会之间不断的斗争中发展，形成了关于权力分配和公正审判权的思想。在大陆法中，法治观念的发展与德国的发展有关，德国的发展使用了康德（Kant）开发的术语 Rechtsstaat（法治国家）。它被创建为与警察国家的对立面，这种法治概念也影响了斯洛伐克共和国条件下的事态发展。康德认为，国家人民的统一要素是合法国家中所有人的共同利益。因此，国家是法治和法律共同体下自由人的统一。最高原则是一般法律下个人自由的和谐。社会契约是国家生活的必要思想基础。在此基础上，他将法治赋予的法律自由理解为国民的权利，即他们不必同意自己同意的法律以外的任何法律。

根据历史发展的法治观念

---

\* 苏姗（博士生）南京师范大学法学院、马提亚贝尔大学政治学和国际关系学院；Dominika Kubošiová 博士，马提亚贝尔大学法学院。本文中文翻译仅供会议阅读参考，印刷出版以英文原稿为主。

① TAMANAHA, B.Z.: The History and Elements of the Rule of Law: Available on: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2012845](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2012845).

② BROSTL, A.: Právny štát. Košice: Medes s.r.o., 1995, s. 11.

③ MOMMSEN, T.: The Digest of Justinian, vol. I.- IV. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1985.

尽管发展了法治概念（在法治国家 Rechtsstaat 概念下）和法治（在法治概念下）概念中的思想和机构，而不是引用这些概念的短语，但可以帮助您理解法治的概念。

法治概念可以根据不同法律体系中法治的历史演变，英美法治和连续性（德国）概念以及法治的内容加以区分。物质和正式概念的法律。<sup>①</sup>

在根据发展法治的法律体系的历史演变来考察法治时，我们必须特别考虑两个概念，英美法治概念是在普通法体系中发展而来的。Rechtsstaat 概念在大陆法系中得到发展。制度，在此基础上，进一步发展了大陆法系的其他概念，例如 Stato di Diritto, Etat de Droit 或斯洛伐克法治。<sup>②</sup>

## 英美法治

作为英美法律文化的理想，法治与法治和秩序的观念相关，而不是与无政府状态有关。与人治相对，法治出现在亨利·德·布拉克顿（Henry de Bracton）的思想中，他谈到国王的顺服，国王不应该服从人，而应该服从上帝和法律。法治的概念本身出现在狄西的思想中，该思想将其描述为英国政治机构的特征，以两种不同的方式来理解。首先，据了解，除了严重违反该国普通法院在适当法律程序中承认的法律外，没有人受到任何身体或财产的惩罚或合法受害。第二个被法治理解为以下事实：每个人，无论其地位或条件如何，均应遵守王国的普通法，并服从普通法院的管辖权。

尽管存在大陆法治，但作为英美法治概念的法治仍承担着司法机构的重要作用，而司法机构则与国家权力的集中化和绝对化相对应。这不仅表达了正式的原则，即国家当局对公民和社会生活的任何干预都只能根据法律（法治）进行，而且也是政府和政府民主方式的要求。法律的某种物质内容。以他的先例作为法律渊源，他更接近于国家之上并受其约束的法治概念。先例虽然是国家当局活动的结果，但产生于独立法院的个人决策过程中，而不是体现国家主权的当局意愿的一般表达。自成立以来，它与强调独立法官的作用密切相关。个人自由并非像大陆法律体系那样以民权目录为基础，而是以个人自由的原则为基础的，法治成为捍卫这种自由的一种手段，而不是一种实现自由的手段。法官不仅提供权利保护，施加义务和施加法律制裁，而且参与制定法律并审查法律机关采取行动的合法性。这是英美法律体系的重要程序特征，它体现在“正当法律程序”中，即公正或正当程序权的学说。根据布罗斯特尔（Bröstl）的说法，

---

<sup>①</sup> BROSTL, A.: Právny štát. Košice: Medes s.r.o., 1995, s. 11.

<sup>②</sup> OTTOVÁ, E.: Teória práva, 3. vydanie. Šamorín: Heuréka, 2010, s. 71.

法治的概念也用于正义的概念，即与正当法律程序有关的术语。正当程序权的历史根源可以在《艺术》中找到。Magna Charta 的第 39 条，使用术语“公平审判”。作为普通法的一部分，《美国宪法》在其第五个附录中指出，未经正当程序，任何人都不得被剥夺生命，自由或财产。它是宪法的基础，它保证除了法律以外，不对个人使用国家权力。根据 Harvnek 的说法，“正当法律程序”不能被理解为对审判程序性方面的强制性尊重，也不能被理解为国家当局任意行动所提供的保护保障。德沃金将法治作为自由原则的规则的概念是将法律理论从实证主义中解放出来的重大尝试。它的重要性证明了它的重要性，因为实证主义者有能力承认法治不仅是规则，而且也是原则。德沃金认为，这些原则在困难案件中是至关重要的，在案件中对于法律要求存在合理分歧的情况下。<sup>①</sup>

## 大陆法治国家

实际上，法治与法治国家是不同的概念。具有法律约束力的国家的主要思想在法治国家的制度模型中更加清晰地出现，该模型将其身份发展为一种新的国家形式，以取代警察国家 *Polizeistaat*。他有权对公民的生活作出任何酌处权决定，以决定其福祉。与警察国家不同，法治国家仅根据法律和法规接触其实体。<sup>②</sup>

法治国家 (*Rechtsstaat*) 起源于君主制德国，那里的君主拥有对法规和法律的绝对否决权。根据斯塔尔 (*Stahl*) 提出的里希斯塔特 (*Rechsstaat*) 概念，这个新国家应按照精确而坚定的机制和预定的规则行事，从而依法自我限制自己的权力。同时，他在不干涉个人范围的情况下完成了国家的公共或社会任务。因此，在启蒙专制主义之后，它看起来像是从权力定律向法律权力的过渡。

作为国家的制度和意识形态概念，法治国家仍然是形而上的人格：它是一个愿意的实体，保持着对社会的偏好。法律的意思是法律是国家的结构，而不是国家的外部约束。他的声音成为行政行为的合理性和严格合法性，在承认个人的权利和独立性的同时，他的地位也超越了普通公民。自由是结果，而不是法律的真正先决条件。这个保守的贵族国家的权力将公民自由作为国家提供的某种服务加以保护。

欧洲概念中的法治国家概念在其制度设置中涉及权力分工以及合法性原则，该原则要求没有法律所创造和确认的权力。根据奥托·梅耶 (*Otto Mayer*) 的定义，她是一个公众，行政和议会集结的州。正式保障并维护个人权利。司法机关在其中的独立作用在尊重立法意愿方面是绝

---

<sup>①</sup> BARÁNY, E.: *Viazanosť štátu vlastnm právom*. In: *Právny obzor*, 96, 2013, s. 567.

<sup>②</sup> PALOMBELLA, G.: *The Rule of Law as Institutional Idea*. In: *Comparative Sociology*, 9/2010, s. 13.

对可信的。法律被证明是表达自己意志的国家的真实声音：它不是一种限制，而是一种形式的国家意志。<sup>①</sup>

立法的重要地位也是法律编纂过程的产物，该过程始于 18 世纪的欧洲大陆。编纂法在欧洲支离破碎的法律体系中克服了封建特权的特殊性，任意性和不确定性，在该体系中，普通法，罗马法，自然法和习惯法相互适用。成功的编纂过程之后，没有更高的机构，除了立法之外，没有对法律的控制。通过其清晰性和一致性，它为法律确定性奠定了基础。除非法律中包含权利或法律，否则任何权利或法律都不被视为真实。权利与公共权力之间的斗争只能通过立法来“解决”。

伊曼纽尔·康德（Immanuel Kant）在定义国家与法律及其关系时奠定了 Rechtsstaat 概念的意识形态基础。与法治一样，它的绝对必要性<sup>63</sup> 提供了一个必须遵守这些规则才能公平的规则，强调了所有规则的一般性和抽象性的必要性。

发展 Rechtsstaat 概念的过程可以分为四个阶段。第一个是受启蒙运动和自然法理论约束的自由主义 Rechtsstaat，第二个是 19 世纪后半叶德国宪政后期派所阐述的 Rechtsstaat 的正式概念。第三个阶段的特点是 19 世纪上半叶德国早期的宪政派采用的 Rechtsstaat 的物质概念，第四个阶段是民主的 Rechtsstaat。有趣的是上面提到的 Stahl 对 Rechtsstaat 的经典定义：“国家为 Rechtsstaat；它旨在精确地确定和确保对其活动的路径和限制，以及以法律的方式保护其公民的自由领域，而不是直接通过国家，以确保道德观念超出法律上的适当范围。领域，即不超过基本约束。因此，法治国家不是一个简单地没有目标地管理法律制度或仅完全保护个人权利的国家。它不代表国家的目的和实质，而仅代表其实现的方式。”<sup>②</sup>

正式的 Rechtsstaat 不再是新政治原则的体现。它已成为确保对权力政治决策进行控制的正式品牌。因此，行政权合法性原则成为法治国家的主要任务。Rechtsstaat 的正式概念在最后直到魏玛时代。在第一次世界大战之前建立法治国家的想法强调了对自由的保证，而在第二次世界大战之后，已经朝着保障平等和实现民主的方向发展。在民主法治国家的思想范围内，实质性的法治国家与民主原则之间通过程序上的公平性和基本权利的行使之间有着根本的联系。民主法治国家的思想是基于合法性的程序原则。它的特点是存在一个积极和独立的民间社会。

在此期间，格洛赫（Gerloch）谈到了法治的实质性概念，该概念在公共当局的过程中发展了合法性保证体系，并以其他合法性标准作为补充。法治的实质概念的基本原则（标志）包括国家在行使人民意志主权方面的法律约束力，人权，权力分立和国家的民主特征。他认为，非

---

<sup>①</sup> PALOMBELLA, G.: The Rule of Law as Institutional Idea. In: Comparative Sociology, 9/2010, s. 14.

<sup>②</sup> PALOMBELLA, G.: The Rule of Law as Institutional Idea. In: Comparative Sociology, 9/2010, s. 14.

民主国家不是法治。<sup>①</sup>

在 19 世纪中叶，Rechtsstaat 的思想，欧洲大陆的法治，思想开放的德国律师 Robert von Mohl, Friedrich J. Stahl, Rudolf von Gneist 等。该思想是国家权力及其行使必须严格遵守法律（合法性原则），并且只能根据宪法和法律对个人生活中的国家进行干预。他们的观念强调权力的合法性，而不是封建国家以其绝对形式发展。然而，这种自由主义的口音尤其在法国遭到批评，法国的发展更多地基于国家机构的集中化和行政管理的增加。大陆法治的主要法律渊源是法律，因此它是建立在法律主权之上的，该法律体现了人民选举产生的最高立法机关的意愿，从而体现了人民主权。

第二次世界大战后，许多欧洲国家成为宪政国家，宪政统治的基本原则就在其中，这种影响为非洲带来了法官角色和一般法律原则的新概念。它已经从纯粹的受法律管辖的 Rechtsstaat 演变为提供法律保护的国家类型(Rechtsschutzstaat)。第二次世界大战结束后的德国 Rechtsstaat 模式从自由主义的法治转向德国的法治，即法治的概念。战后时期的特点还在于更加强调国家的民主性质，对人权的尊重以及重新起草保护人权的机制。从这一时期开始，我们可以越来越多地看到为定义和加强国际法治概念所作的努力。

## 结论

对法治的反思始于君主与人民之间争取权力的斗争。最初，法治主要与管辖国家法律主体（即国家和个人）之间关系的法律有关，也就是说，国家和个人是根据优越和从属原则运作的，这些原则受制于法治。司法机构。在 20 世纪，由于全球化的现象，越来越需要规范国际法主体与在平等基础上运作的国家之间的关系，在这种情况下，没有自我意志就不会受到司法机构的控制下属。实际上，没有司法机关在国际一级享有强制性管辖权。

因此，无论是在国际法层面上缺乏法律确定性还是在权力均等方面，都缺乏执行权利和义务的可能性，这促使人们在国际法层面上反思法治的存在，职能和实力。尽管国内法和国际法的工作方式不同，但是由于这两个系统是相互联系的，因此无法将它们分开。这种相互联系也使得不可能分别分开法治。它在两个法律层面上都起作用。加强个人主观性的趋势也得到了证明，特别是通过制定管理国家与个人之间关系的国际法标准，这些标准仍然是上级（国家）与下级（国家）之间的关系。个人）。为此，国家放弃了部分主权，并遵守了其决定。可以简单地说，

---

<sup>①</sup> HAYEK, F.A.: The Constituion of Liberty. Chicago: University od Chicago Press, 1960, s. 197.

如果国内法存在空白，可以用国际法来填补；反之亦然，如果国际法存在空白，可以用国家法来填补，如遇战争罪的处罚。由此可以得出结论，在国家一级加强法治将在国际法一级加强法治，反之亦然。

#### 参考文献

- 1、BARÁNY, E. : Viazanosť štátu vlastným právom. In: Právny obzor, 96, 2013.
- 2、BROSTL, A. : Právny štát. Košice: Medes s.r.o., 1995.
- 3、GERLOCH, A. : Teorie práva. 5. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009.
- 4、DICEY, A.V. : Introduction to the Study of the Law of the Constitution. London: Macmillan, 1889.
- 5、DYZENHAUS, D. : The Rule of Law as the Rule of Liberal. London: Macmillan, 1889.
- 6、HARVÁNEK, J. a kol. : Právní teorie. Plzeň: Aleš Čeněk 2013.
- 7、HAYEK, F.A. : The Constituion of Liberty. Chicago: University od Chicago Press, 1960.
- 8、FERNANDEZ ESTEBAN, M. : The Rule of Law in the European Constituion. London: University od Chicago Press, 1960.
  - 9、OTTOVÁ, E. : Teória práva, 3. vydanie. Šamorín: Heuréka, 2010.
  - 10、PALOMBELLA, G. : The Rule of Law as Institutional Idea. In: Comparative Sociology, 9/2010.

## 二次投票与区块链治理\*

赖特\*\* 著 姚远\*\*\* 译

### 一、导言

过去十年的区块链革命已经创造了价值数十亿美元的产业。然而，有效治理机制的缺位已经造就了产业内的软肋，这常常导致部门析分和生产过剩。当下众多区块链采用的现有治理机制并不适合公共区块链——亦即同时服务于公私目的之区块链。<sup>①</sup>二次投票（QV）有潜力“把市场的逻辑”<sup>②</sup>带入区块链治理，并借此让区块链能够更好迎合其利益相关者的需要。

二次投票是一种相对较新的治理工具，它允许参与者表达其偏好某种结果的热切程度，而非以传统的一人一票制（1p1v）简单配给投票。相反，二次投票中投票者可以通过取得额外选票以表达其偏好。若将投票数和二次投票中投票者的偏好强度联系起来，那么额外选票的成本就以获选票数的平方数增长。举例而言，若货币为美元，一票的成本为1美元，两票的成本为4美元，三票的成本为9美元，以此类推。<sup>③</sup>二次投票基于两项前提：（1）投票者越偏好某种结果，就越愿意付出以求达到那一结果；（2）需要某种机制去平衡多数人的弱偏好和少数人的强偏好。<sup>④</sup>二次投票中的二次成本函数正是这样一种机制。

从经验上看，二次投票貌似是对现有治理机制的显著改进，在兼涉公私目的时尤其如此。<sup>⑤</sup>宽泛地说，现有治理机制的建构要么为了市场目的，要么为了国家目的。<sup>⑥</sup>在市场治理中，利润是主要的激励，决策机制的演变主要是为谋求利润最大化。然而，对于具有共担公私目的之

---

\* 【原文题注】本文源于一篇播客，以维塔利克·布特林（Vitalik Buterin，以太坊创始人）等人所作的论文为基础，论及基于二次投票的机制的实施如何能够“在各处创造小型民主制”。该播客参见 <https://unchainedpodcast.com/how-blockchains-can-help-create-little-democracies-everywhere/>。

\*\* 密苏里大学堪萨斯分校法学院教授。

\*\*\* 南京师范大学法学院副教授，中国法治现代化研究院研究员。译者谨对四海法学编译馆诸位学员提供的帮助表示感谢。

<sup>①</sup> Praveen Jayachandran, *Blockchain Explained: The Difference Between Public and Private Blockchain*, IBM: BLOCKCHAIN PULSE (May 31, 2017), <https://www.ibm.com/blogs/blockchain/2017/05/the-difference-between-public-and-private-blockchain/>. (“公共区块链网络是完全开放的，任何人都能加入并参与该网络。该网络通常具有激励机制，鼓励更多参与者加入网络。”)

<sup>②</sup> Eric A. Posner & E. Glen Weyl, *Quadratic Voting and the Public Good: Introduction*, 172 PUB. CHOICE 1, 2 (2017), available at <https://doi.org/10.1007/s11127-017-0404-5>.

<sup>③</sup> *Id.* at 1, 6.

<sup>④</sup> See Steven P. Lalley & E. Glen Weyl, *Quadratic Voting* (Feb. 2015), available at [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2003531](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2003531). 拉利（Lalley）和韦尔（Weyl）写作了众多关于二次投票的奠基性研究论文，他们承认，用投票数的平方（N<sup>2</sup>）作为定价机制或许不能产出最佳结果，但这比起其他机制更易于理解和实施。

<sup>⑤</sup> See *id.*

<sup>⑥</sup> Elinor Ostrom, *Beyond Markets and States: Polycentric Governance of Complex Economic Systems*, 100 AM. ECON. REV. 641, 641 (2010).

诸实体而言，那种激励并不恰如其分。

此类实体常在决策过程中考虑诸如增进“社会福利”<sup>①</sup>之类的其他目标，学者们也在长年累月地研究如何将那些目标纳入治理。这种研究为奥斯特罗姆（Elinor Ostrom）赢得了诺贝尔奖，他的工作在于审视多种公共池塘资源（common-pool resources）——这是一种有利于某群体的公共品，但用得越多提供的利益就越削减<sup>②</sup>——的治理机制。公共牧区就是公共池塘资源的一个例子，其中每个农民由于允许其家畜在土地上吃草取得直接利益，但共同体却由于过度放牧而受到损害。<sup>③</sup>

奥斯特罗姆的工作最近已被扩展到区块链，其中，学者们审视了共同对等生产（commons-based peer production，简称 CBPP）的共同体<sup>④</sup>，这是一种“新兴的社会经济生产方式，其中各组个体在没有传统等级制组织的情况下，互相合作以生产共享资源”。<sup>⑤</sup>这种描述十分切合公共区块链。

治理连续体的另一端是国家治理，其中的政治决策出于政治目的。通常，国家治理游移在民主治理和等级治理之间。<sup>⑥</sup>

“民主制就是两匹狼和一只羊投票决定晚餐吃什么。”<sup>⑦</sup>

民主治理通常采用一人一票制和多数决，将权力交给参与者，由他们直接统治或者通过选举代表来统治。一人一票制的前提是相信所有选民都得到平等对待。<sup>⑧</sup>

通过设计，民主治理具有包容性，因为尽管存在压制选民的问题，<sup>⑨</sup>但所有适格的声音都可

---

<sup>①</sup> 一般认为，社会福利的增长意味着，试图在相关限制条件下增进某些人口或某共同体的幸福。See, e.g., Kenneth J. Arrow, *A Difficulty in the Concept of Social Welfare*, 58 J. POL. ECON. 328, 328 (1950), available at <https://www.jstor.org/stable/1828886>.

<sup>②</sup> ELINOR OSTROM, *GOVERNING THE COMMONS: THE EVOLUTION OF INSTITUTIONS FOR COLLECTIVE ACTION* (Cambridge University Press, 1990).

<sup>③</sup> Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons*, 162 Science 1243, 1244 (1968).

<sup>④</sup> CPBB 一词是指一种新兴的社会经济生产方式，其中各群体在没有传统等级组织的情况下，互相合作以生产共享资源。See Yochai Benkler, *Coase's Penguin, or, Linux and the Nature of the Firm*, 112 YALE L.J. 369, 375 (2002); see also YOCHAI BENKLER, *THE WEALTH OF NETWORKS: HOW SOCIAL PRODUCTION TRANSFORMS MARKETS AND FREEDOM* (Yale U. Press, 2006).

<sup>⑤</sup> David Rozas et al., *When Ostrom Meets Blockchain: Exploring the Potentials of Blockchain for Commons Governance* (July 30, 2018), available at <https://ssrn.com/abstract=3272329> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3272329>.

<sup>⑥</sup> 在极端情况下，那些范式是专政和多数决。See generally Steven P. Lalley & E. Glen Weyl, *Quadratic Voting: How Mechanism Design Can Radicalize Democracy*, 108 AM. ECON. ASSN. PAPERS & PROCEEDINGS 33, 33 (2018), available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2003531> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2003531>.

<sup>⑦</sup> Edwin J. Feulner, *Preventing "The Tyranny of the Majority"*, THE HERITAGE FOUNDATION (Mar. 7, 2018), <https://www.heritage.org/conservatism/commentary/preventing-the-tyranny-the-majority>.

<sup>⑧</sup> See, e.g., JOHN LOCKE, *TWO TREATISES OF GOVERNMENT*, (Peter Laslett ed., Cambridge Univ. Press 1988) (1690).

<sup>⑨</sup> See, e.g., Danny Hakim & Michael Wines, *'They Don't Really Want Us to Vote': How Republicans Made It Harder*, N.Y. TIMES (Nov. 3, 2018), <https://www.nytimes.com/2018/11/03/us/politics/voting-suppression-elections.html>; Kevin Morris & Myrna Pérez, *North Carolina's Election Fiasco Is About Voter Suppression, Not Voter Fraud*, BRENNAN CTR.JUST.: BLOG (Dec. 6, 2018), <https://www.brennancenter.org/blog/north-carolinaselection-fiasco-about-voter-suppression-not-voter-fraud>; Jamil Smith, *Why Republicans Are Suppressing Black Votes*, ROLLING STONE (Oct. 16, 2018, 8:00 AM), <https://www.rollingstone.com/politics/politics-news/republicans-suppressing-black-votes-738059/>.

能被听见。然而，一人一票制在配给投票影响力，设定了公共决策中的最小份额和最大份额，并且不让选民表达“他们在坚持各自政治信念和观点时所怀有的相去甚远的热切程度。”<sup>①</sup>

经济研究者审视了一人一票制，并且追问：

“现有集体决策程序背后的根本问题[是否]在于，它们依赖于配给原则（即每个人在每一政治竞争或议题上被分配一票）而不是依赖于贸易市场原则（即个人可以用所谓次要问题上的影响力来交换所谓相对重要问题上的影响力）”。<sup>②</sup>

二次投票的研究直接针对这个问题。

通过民主治理，参与者做可以针对特定问题作出决定，例如英国脱欧，<sup>③</sup>也可以对决策者作出决定，例如美国总统的选举。然而，这样的民主决策常常导致次优结果，事后看来，这些决策往往不能提供对社会有益的结果。<sup>④</sup>民主投票有时表现不佳，其中一个久为人知的原因是许多选民信息闭塞，他们常常根据积极少数人提供的歪曲信息做出糟糕的投票选择。<sup>⑤</sup>

关于民主治理的另一担忧，是它自然而然朝向多数人暴政发展的趋势，即选民使多数人利益凌驾于少数人利益之上。<sup>⑥</sup>以下思想描绘了多数人暴政的特征：（1）密尔对侵犯个人自由的理解；<sup>⑦</sup>（2）麦迪逊对派系活动的理解，即多数群体所追求的目标有悖于他人的权利或“共同体的永久集合利益”。<sup>⑧</sup>美国民主制创立者提出的一项解决方案，在一定程度上基于那些麦迪逊主义原则，<sup>⑨</sup>即通过可以保护“某些”<sup>⑩</sup>少数人<sup>11</sup>的宪法约束条件来增补多数人的统治。但是，

---

<sup>①</sup> Lalley & Weyl, *supra* note 4 (citing ALBERT O. HIRSCHMAN, *SHIFTING INVOLVEMENTS: PRIVATE INTEREST AND PUBLIC ACTION* (Princeton U. Press, 1982)).

<sup>②</sup> Posner & Weyl, *supra* note 2, at 2.

<sup>③</sup> 2016年6月23日，英国脱欧公投（简称 the Brexit referendum），调查了英国和直布罗陀投票者是否愿意根据2015年《欧盟公投法案》和2000年《政党、选举和公投法案》的规定继续担任欧盟成员。

<sup>④</sup> Eric A. Posner & Alan O. Sykes, *Voting Rules in International Organizations*, 15 *CHI. J. INT'L L.* 195, 224 (2014).

<sup>⑤</sup> See, e.g., ILYA SOMIN, *DEMOCRACY AND POLITICAL IGNORANCE: WHY SMALLER GOVERNMENT IS SMARTER* (Stan. U. Press, 2d ed. 2013).

<sup>⑥</sup> See generally, ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *DEMOCRACY IN AMERICA*, (1835).

<sup>⑦</sup> See Struan Jacobs, *John Stuart Mill on the Tyranny of the Majority*, 28 *AUSTL. J. POL. SCI.* 306, 306-321 (1993); see also JOHN STEWART MILL, *ON LIBERTY* (1859).

<sup>⑧</sup> THE FEDERALIST NO. 10 (James Madison); Eyal Baharad & Shmuel Nitzan, *Ameliorating Majority Decisiveness through Expression of Preference Intensity*, 96 *AM. POL. SCI. REV.* 745 (2002).

<sup>⑨</sup> See THE FEDERALIST PAPER NO. 10 (James Madison). See also Greg Weiner, *After Federalist No. 10*, *NATIONAL AFFAIRS* (Fall 2017), <https://www.nationalaffairs.com/publications/detail/after-federalist-no-10>.

<sup>⑩</sup> <https://www.nationalaffairs.com/publications/detail/after-federalist-no-10> (“《联邦论》第十号文章涉及个人倾向于渴望公共目的，包括公共利益和私人权利。这篇文章认识到这些渴望无法克服，但是它们可以被规制。麦迪逊对党争问题的解决方法——他将解决方法限于多数决的四个部分——是将多数派置于鼓励慎思从而弱化激情的处境中。”)

<sup>11</sup> 这种保护没有扩展到被麦迪逊奴役的人们身上。麦迪逊是为美国建国文件做出贡献的多名奴隶主之一，他认为那些保护措施只应该面向白人。麦迪逊在他的弗吉尼亚种植园拥有一百多个奴隶，他把受奴役的人带去白宫，并最终为了个人收益而将其出售。See Paris Amanda Spies-Gans, *James Madison, PRINCETON & SLAVERY* (accessed July 24, 2019), <https://slavery.princeton.edu/stories/james-madison>.

<sup>11</sup> 麦迪逊试图建立一套宪法秩序，设法为“不公正且利益相关的”多数人设置障碍。See, THE Federalist No. 10 (James Madison).

在实践中，那些约束往往限制了政府效率，且可能允许有权势的少数人操纵体制。<sup>①</sup>

一人一票制的相关难题在于，尽管这类制度可以捕捉偏好，但不能捕捉偏好的强度。于是，一人一票制不考虑选民的偏好强度，倒是倾向于捕捉中位选民而不是平均选民的偏好，<sup>②</sup>而中位选民的偏好可能代表不了民众的熟虑意见。<sup>③</sup>此外，经济学研究已经表明，从效率的角度看，“中位值通常并不近似于平均值”，基于中位选民的决策常会得出次优的公共物品资助、针对少数族群的系统偏见以及派系分化。<sup>④</sup>在过去十年里，理论上已经表明二次投票做出的决策出现此类偏差的可能性更小，并且将会产生“更好的”<sup>⑤</sup>结果，尤其当选民人数增长的时候。<sup>⑥</sup>

另一方面，等级治理将决策交给控制小组（control group），通常说来，这群人同利益相关者一荣俱荣一损俱损。多数企业按照该制度的某种形式来运作，其中，所有者选出董事长或经理，后者代表所有者的利益来制定和实施各项政策。这类制度为控制小组赋予在达成共识方面的自主性和灵活性。然而，一旦委派控制小组来决策，这类决策在本质上也就不是民主决策了。此外，等级制所创设的代理关系使人们面对若干重大风险，包括“由于少数人集权而导致的不透明、腐败、规制俘虏（regulatory capture）、滥用权力甚至蜕变为威权主义”。<sup>⑦</sup>

在整个历史发展中，民主治理和等级治理各有优劣。然而，区块链的需求可能无法完全匹配任何一种治理范式，并且现存治理机制可能无法最好地满足当前和未来区块链应用的需求。

先前的技术革命对治理无甚影响。但有人认为，我们的新技术时代可能催生潜在新兴的“协同共享空间”，其中的社会动力在于协同利益而不非个人所得。<sup>⑧</sup>

---

<sup>①</sup> See Arthur M. Schlesinger Jr., *The Runaway Presidency*, THE ATLANTIC, (Nov. 1973), <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/1973/11/the-runaway-presidency/306211/1973> (“最终，控制总统职位的方法恐怕不在于众多的细微方法，而在于一套宏观方法。最终，正如麦迪逊所言，仍然存在着弹劾这一决定性的机制。当然这是由宪法提供的工具。但它是一种极其唐突的工具。”)。

<sup>②</sup> “中位选民理论”是由布鲁金斯研究所高级研究员唐斯（Anthony Downs）在1957年提出的。See, ANTHONY DOWNS, *AN ECONOMIC THEORY OF DEMOCRACY* (1957).

<sup>③</sup> See, e.g., Grant M. Hayden, *The False Promise of One Person, One Vote*, 102 MICH. L. REV. 213 (2003). 30

<sup>④</sup> See Vitalik Buterin et al., *Liberal Radicalism: Formal Rules for a Society Neutral Among Communities*, (Sept. 17, 2018), available at <https://ssrn.com/abstract=3243656>.

<sup>⑤</sup> 本文就结果而言所说的“更好”，一般是指经济效率更高的决策。在以本文为基础的研究中，这种效率是用帕累托最优和纳什均衡（或贝叶斯-纳什均衡）来描述的。帕累托最优，简单来说是指，再没有其他选择能使一些人处境更好的同时未使任何人处境更坏。贝叶斯-纳什均衡是指一种将预期效用最大化的策略，给定条件是其他博弈者的相续行动和关于那些其他博弈者的信念。纳什均衡是指一套可以自我施行的策略，因为一旦给定其他博弈者正在做的事，任何博弈者都没有激励因素去改变自己的策略。See, e.g., ROBERT AUMANN & SERGIU HART, *HANDBOOK OF GAME THEORY WITH ECONOMIC APPLICATIONS* (North-Holland, 1st ed. 2002); H. SCOTT BIERMAN & LUIS FERNANDEZ, *GAME THEORY WITH ECONOMIC APPLICATIONS* (1997); AVINASH K. DIXIT & BARRY J. NALEBUFF, *THINKING STRATEGICALLY: THE COMPETITIVE EDGE IN BUSINESS, POLITICS, AND EVERYDAY LIFE* (W.W. Norton & Co. 1991); *GAME THEORY* (Eaton et al. eds., 1989); ROBERT GIBBONS, *GAME THEORY FOR APPLIED ECONOMISTS* (Princeton U. Press. 1992).

<sup>⑥</sup> Posner & Weyl, *supra* note 3, at 6.

<sup>⑦</sup> Marcella Atzori, *Blockchain Technology and Decentralized Governance: Is the State Still Necessary?* 6 J. GOVERNANCE & REG., 45, 47 (2017), available at [http://dx.doi.org/10.22495/jgr\\_v6\\_i1\\_p5](http://dx.doi.org/10.22495/jgr_v6_i1_p5).

<sup>⑧</sup> See UK GOV'T CHIEF SCI. ADVISER, *DISTRIBUTED LEDGER TECHNOLOGY: BEYOND BLOCKCHAIN*, [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/492972/gs-16-1-distributed-ledger-technology.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/492972/gs-16-1-distributed-ledger-technology.pdf) (citing JEREMY RIFKIN, *THE ZERO MARGINAL COST SOCIETY: THE*

二次投票对于协同共享空间中的区块链是不是“足够好”<sup>①</sup>，正是本文所要考察的内容。本文首先讨论治理议题，在比较广阔的治理研究语境下解释了那些议题，并且反思了二次投票何以可被用于做出更优决策。本文随后从总体上讨论了分布式治理，分析了现有区块链治理的两大范畴：链上和链下。本文接下来考察二次投票，讨论了它的理论支撑和实施中遇到实际挑战。本文最后讨论了二次投票的有前景的应用，并呼吁推进相关研究。

## 二、治理

作为一个概念，治理的含义可能因人而异。它“难以通过单一定义准确传达”，是“一种高度语境化的概念，其含义无法用某一整体定义来准确传达。因此，可以派上用场的治理过程和治理实践，将视给定应用环境的不同而千差万别”。<sup>②</sup>

公共领域里的一种可行定义是：“治理指这样一种过程，各社会成分在其中施展权力、权威和影响力，……就公共生活和社会进步方面制定政策和（做出）决策。”<sup>③</sup>该定义没有提到治理的目标。

我认为，任何这样的目标都自成一格，至少在一定程度上最终取决于居支配地位的社会成分。尽管多数人同意几乎一切政府都把安全、自由和平等作为目标，但这些目标的相对偏好在全球范围内可谓林林总总。此外，因为“自由和平等不共戴天”，任何目标都必然涉及权衡。<sup>④</sup>

譬如，朝鲜政府和沙特政府的首要目标似乎表现为安全高于自由，<sup>⑤</sup>而以色列政府的首要目标似乎表现为安全高于平等。<sup>⑥</sup>许多欧洲和准社会主义的政府的首要目标似乎在于平等高于自由，而美国政府的首要目标似乎在于自由高于平等。<sup>⑦</sup>且不评论这些目标的优劣，至少在民主国家中，应该建立一套有助于实现这些目标的治理机制。

在私人商业领域，优先目标是股东价值最大化，<sup>⑧</sup>而“[商业]治理是这样一套机制，商业组

---

INTERNET OF THINGS, THE COLLABORATIVE COMMONS, AND THE ECLIPSE OF CAPITALISM (Palgrave Macmillan 2014).

<sup>①</sup> See Vlad Zamfir, *Against On-chain Governance*, MEDIUM (Dec. 1, 2017),

[http://medium.com/@Vlad\\_Zamfir/against-on-chain-governance-a4ceacd040ca](http://medium.com/@Vlad_Zamfir/against-on-chain-governance-a4ceacd040ca).

<sup>②</sup> MUNYAE M. MULINGE ET AL., *THE STATUS OF STUDENT INVOLVEMENT IN UNIVERSITY GOVERNANCE IN KENYA: THE CASE OF PUBLIC AND PRIVATE UNIVERSITIES* 38 (Codesria 2017), available at <http://www.jstor.org/stable/j.ctvh8r378>

<sup>③</sup> THE GLOBAL DEVELOPMENT RESEARCH CENTER, *Understanding the Concept of Governance*, <http://www.gdrc.org/u-gov/governance-understand.html> (accessed on July 24, 2019).

<sup>④</sup> See WILL DURANT & ARIEL DURANT, *THE LESSONS OF HISTORY* (Simon and Shuster 2010).

<sup>⑤</sup> See FREEDOM HOUSE, *Freedom in the World 2014: North Korea*, <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/2014/north-korea#.VKoHQivF-Sp>.

<sup>⑥</sup> 以色列曾颁布一部法律，规定民族自决权为犹太人所专有，并不适用于全体公民。See David M. Halbfinger & Isabel Kershner, *Israel Law Declares the Country the 'Nation-State of the Jewish People'*, N.Y. TIMES, (Jul. 19, 2018), <https://www.nytimes.com/2018/07/19/world/middleeast/israel-law-jews-arabic.html>.

<sup>⑦</sup> Peter H. Schuck, *James Q. Wilson and American Exceptionalism*, Yale L. Sch. Pub. L. Research Paper 310 (2013), available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2330375>.

<sup>⑧</sup> 然而，情况可能正在改变。最近，法国政府部门发布的一份报告挑战了以下观点，即股东价值最大化是企业

织据以监督、执行和维护该组织的不同利益相关者之间一系列复杂的交互协议”。<sup>①</sup>同样，虽然区块链技术的某些参与者追求价值最大化，但其他更具公共意识的目标也扮演着重要的角色。

②

区块链技术的一个典型特征是，它们能够模糊经济/商业问题和社会/社群问题之间的界限，因为区块链的许多应用程序都游走于公共领域和商业领域之间。<sup>③</sup>就极端情况而言，有些应用程序（如 Ripple）主要旨在服务于商业目的，<sup>④</sup>而另一些应用程序（如 Agora）则主要服务于公共目的。<sup>⑤</sup>然而，就作为比特币和以太坊（Ethereum）权利请求对象的广大中间情况而言，目标不单在于盈利，而是像一般的互联网那样，还在于创造一种公共产品。<sup>⑥</sup>

有件事已经越来越明显，即大多数区块链应用程序的核心目标不仅是利润最大化。有人已经做出如下论证：“通过在社会问题的背景下重新定义商业价值，像区块链这样去中心化的技术可以创建新的社会经济，以便资助社会事业，刺激社会创新，并使个人能够借助社会影响力谋生。”<sup>⑦</sup>

比特币的意识形态基础在于，无偿贡献者将免费向世界提供代码，其愿景是利用技术避开人类政治的困局。然而，现有的区块链治理模式复制了许多这样的困局，并导致了硬叉、反控和失序。<sup>⑧</sup>此外，并非所有的利益相关者都持有共同的基石意识形态，而如果没有明确界定的共同意识形态或使命，就所需改进达成共识终究是困难的。

在比特币持有者（加密世界中的“坚定持有者”）<sup>⑨</sup>和矿工来说，首要目标可能是更高的价

---

的唯一目标。相反，他们主张企业应该有单纯的利润最大化之外的“存在理由”，并且应“按照这样的观念进行治理”。这份报告的开篇引用了美国著名管理学顾问德鲁克（Peter Drucker）的言论，即对公司而言“利润不是目的本身”。See NICOLE NOTAT & JEAN-DOMINIQUE SENARD, L'ENTREPRISE, OBJET D'INTERET COLLECTIF 3 (2018), [https://www.entreprises.gouv.fr/files/files/directions\\_services/politique-etenjeux/entrepreneuriat/entreprise-objet-interet-collectif.pdf](https://www.entreprises.gouv.fr/files/files/directions_services/politique-etenjeux/entrepreneuriat/entreprise-objet-interet-collectif.pdf).

<sup>①</sup> Carla L. Reyes et al., *Distributed Governance*, 59 WM. & MARY L. REV. ONLINE 1, 4, 7 (2017).

<sup>②</sup> See ERIC A. POSNER & E. GLEN WEYL, *RADICAL MARKETS, UPROOTING CAPITALISM AND DEMOCRACY FOR A JUST SOCIETY* (Princeton Univ. Press 2018).

<sup>③</sup> David Kish & Danielle Stanko, *How Blockchain Can Accelerate Social Impact*, THE NEXT EVOLUTION (Sept. 6, 2018), <http://www.thenextevolution.com/2018/09/06/how-blockchain-canaccelerate-social-impact/>.

<sup>④</sup> Ripple 是一种实时全球结算系统、货币兑换和汇付网络。See Shawn Gordon, *What is Ripple?*, BITCOIN MAGAZINE (accessed July 24, 2019), <https://bitcoinmagazine.com/guides/what-ripple/>. See also <https://ripple.com/use-cases/>.

<sup>⑤</sup> Agora 是由瑞士洛桑联邦理工学院发起的项目，它所创设的区块链投票平台，致力于确保世界各地选举的透明性和可核查性。See AGORA, <https://www.agora.vote/about>.

<sup>⑥</sup> Matthew Di Ferrante, *Blockchains as a Public Good*, MEDIUM (Sept. 10, 2018), <https://medium.com/@matthewdif/blockchains-as-a-public-good-17764de19b3f>.

<sup>⑦</sup> Kish & Stanko, *supra* note 45.

<sup>⑧</sup> See, e.g., Anton Muehleman, *The Bitcoin Cash Hash War: ABC vs SV*, MEDIUM (Nov. 19, 2018), <https://medium.com/ironchain-capital/the-bitcoin-cash-hash-war-abc-vs-sv-afef73a569dc>; Stephen O'Neal, *ABC vs SV: Assessing the Consequences of the Bitcoin Cash War*, COINTELEGRAPH (Nov. 26, 2018), <https://cointelegraph.com/news/abc-vs-sv-assessing-the-consequences-of-the-bitcoincash-war>; Vitalik Buterin,

*Governance, Part 2: Plutocracy Is Still Bad*, VITALIK (Mar. 28, 2018), <https://vitalik.ca/general/2018/03/28/plutocracy.html>.

<sup>⑨</sup> Hodlers 是指比特币的坚定持有者。HODL 被界定为“hold”的误拼。它已演变为“Hold On for Dear Life”

格；然而，就创始者、开发者和广大公众而言，首要目标可能是增加网络的效用（作为价值存储和交换媒介）和采用。有效的治理系统应该为利益相关者提供选择协议目标的透明标准，允许那些目标随着协议期届满而变动，并激励开发者促进实现那些目标。这样的系统迄今尚未面世。

尽管多数人都认为公共区块链的广泛目标既包括经济层面（利润）也包括社会层面（公共福利），但大多数现有治理机制仍认为经济事务和社会事务“各自为政”。<sup>①</sup>对企业来说，社会目标充其量是辅助性的，在实现股东价值最大化之后，第二目标往往是降低代理成本和防止道德风险，从而使利润流向所有者而不是管理者。<sup>②</sup>被许多人视为比特币重要出场动因的 2008 年按揭危机，<sup>③</sup>是某些商业治理机制未能抵御道德风险的基本事例。在那次危机期间，金融机构、按揭经纪人、房地产代理人和某些购房者孤注一掷，认为制度会牺牲股东和（广而言之）美国纳税人的利益而将财富转移给他们自己手里。<sup>④</sup>

另一方面，各共同体通常追求公共福利的改善。然而，由于公地悲剧，许多客观有益的活动就因为“几乎没有可识别的商业价值”而未能开展。<sup>⑤</sup>另外，由于群体利益与自我利益之间的紧张关系，有关公共产品的决策常常是艰难的。当前关于气候变化的争论就是一个例子，即尽管有大量可靠证据表明全球变暖的危害，但在美国，制定政策以遏制气候变化的大多数尝试都遭到商业团体及其政客的阻挠。然而，必须承认的是，正是那些企业将会承担那些政策的直接成本，而利益由社会共享。

在兼有经济和社会性质的事务上达成共识是一项复杂的任务，在区块链社区中更是如此，那里除了上述事务之外，社区是虚拟的，进入或退出的障碍很少，且会员是匿名的。尽管二次投票没有传达完美的解决方案，但它可能是一种改进。

### 三、分布式治理

去中心化的组织不是由亲自互动并通过法律系统控制财产的一群人来管理的等级结构，而

---

的缩写形式。这个词最初是“hold”的误拼，后来在加密货币的购买者中流行起来。而这样做的人就被称为“Hodler”。See Harsh Agrawal, *What is “HODL” in the Cryptocurrency World?*, COINSUTRA.COM (last updated June 30, 2019), <https://coinsutra.com/hodl-popular-cryptocurrencyterms/>.

<sup>①</sup> See Kish & Stanko, *supra* note 45.

<sup>②</sup> See, e.g., Zohar Goshen & Richard Squire, *Principal Costs: A New Theory for Corporate Law and Governance*, 117 Colum. L. Rev. 767 (2017).

<sup>③</sup> Noogin, *The Financial Crisis and History of Bitcoin*, MEDIUM (May 15, 2018), <https://medium.com/@noogin/the-financial-crisis-and-history-of-bitcoin-27ebdb932b99>.

<sup>④</sup> 根据旧金山联邦储备银行（Federal Reserve Bank of San Francisco）的研究，2008 年按揭危机及其引发的经济衰退，将使美国公民一生平均损失 7 万美元。See Regis Barnichon et al., *The Financial Crisis at 10: Will We Ever Recover?*, FEDERAL RESERVE BANK OF SAN FRANCISCO (Aug. 13, 2018), <https://www.frbsf.org/economic-research/publications/economic-letter/2018/august/financial-crisis-at-10-years-will-we-ever-recover/>.

<sup>⑤</sup> Kish & Stanko, *supra* note 45.

是涉及一群人按照由代码指定并在区块链上执行的协议展开彼此互动。

——以太坊创始人维塔利克·布特林<sup>①</sup>

分布式治理一直被称为“详述那些使得共识形成与决策证立成为可能的可扩展的协调机制的原则与方法”。<sup>②</sup>分布式治理的两大组成部分是决策者及其激励因素。<sup>③</sup>下面以比特币生态系统为例，对这两大组成部分分别进行讨论。

### A. 决策者

比特币的决策者包括开发者、矿工、通证持有者、节点运营商和用户。每一方都通过比特币改进提议（Bitcoin Improvement Proposal，以下简称“BIP”，用于改进比特币协议的机制）参与网络的管理和改进。<sup>④</sup>截至本文发表之日，已有 322 项 BIP。<sup>⑤</sup>

BIP 流程的第一步通常是开发者提交改进提议。若被认为有价值，则该提议（1）成为草案，（2）交由比特币核心开发者<sup>⑥</sup>审查，（3）添加至 BIP 的 GitHub 存储库，以备更大共同体范围内的讨论。<sup>⑦</sup>

提议一旦被接受为草案，则可以（1）由作者推迟或撤回，或者（2）由节点操作员群体拒绝或接受。一旦 BIP 到达“接受”阶段，除非矿工表示出 95% 的支持，否则 BIP 无法最终确定。<sup>⑧</sup>最后，一旦最终确定，节点运营商必须升级到包含 BIP 的协议的新迭代，然后才能将 BIP 完全集成到比特币区块链中。下图描述了该过程：

---

<sup>①</sup> Vitalik Buterin, *DAOs, DACs, DAs and More: An Incomplete Terminology Guide*, ETHEREUM BLOG (May 6, 2014), <https://blog.ethereum.org/2014/05/06/daos-dacs-das-and-more-anincomplete-terminology-guide/>

<sup>②</sup> Max Semenchuk, *What is Distributed Governance?* DGOV BLOG (Oct. 23, 2019), <https://medium.com/dgov/what-is-distributed-governance-3b103eb082c0>.

<sup>③</sup> Brian Curran, *What is Blockchain Governance? Complete Beginner's Guide*, BLOCKONOMI (Sept. 21, 2018), <https://blockonomi.com/blockchain-governance/>.

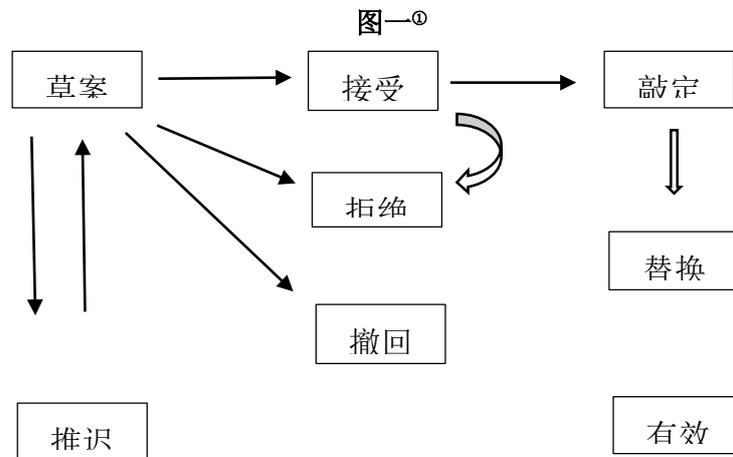
<sup>④</sup> BIP 是用于向比特币引入功能或信息的设计文档。BIP 应该提供该功能的简要技术说明以及该功能的基本原理。这是交流思想的标准方法，因为比特币没有官方结构。See BITCOIN WIKI (last visited July 24, 2019), [https://en.bitcoin.it/wiki/Bitcoin\\_Improvement\\_Proposals](https://en.bitcoin.it/wiki/Bitcoin_Improvement_Proposals).

<sup>⑤</sup> GITHUB, <https://github.com/bitcoin/bips>.

<sup>⑥</sup> BITCOIN WIKI, *supra* note 60. 要获取比特币核心开发者的名单，参见 BITCOINCORE, <https://bitcoin.org/en/development#spec>.

<sup>⑦</sup> Vladimir Ciobica, *What is a BIP? The Most Famous Bitcoin Improvement Proposals*, COINDOO (Nov. 4, 2018), <https://coindoo.com/what-is-a-bip-the-most-famous-bitcoin-improvement-proposals/>.

<sup>⑧</sup> 要使 BIP 被接受并标记为“最终确定”，必须满足以下各项条件：（1）遵循 BIP-1 指定的正确格式；（2）包含对协议的拟议变更的代码实现；（3）在最近的 2016 名矿工中获得 95% 的支持（10 分钟生产的区块需要 14 天左右的采矿时间）。



核心开发者、矿工和节点运营商的多重许可，确保没有哪个坏的参与者或者团体能够做出损害共同体的改变。

### B.激励措施

“向我展示激励因素，我将向你展示成果。”

——查理·芒格<sup>②</sup>

尽管多数人都会同意，网络安全和可扩展性是一切公共区块链的目标，但准确定义这些术语是困难的，并且涉及面对不同利益相关者的权衡。因此，所提议的改变，需要人力投入以及便于利益相关者确定“最佳”解决方案（即治理）的手段。

在比特币社区，利益相关者（矿工、核心开发者、节点运营商）有着截然不同的激励因素。矿工的激励因素是区块奖励，这样他们既保护网络又降低网络不稳定性。许多人认为矿工的激励结构是比特币最重要的创新，因为它发现了“拜占庭将军问题”的一个聪明的博弈论解决方案，即只要他们诚实工作就向将军（这里即矿工）支付薪酬（即区块奖励），但是如果发现他们试图偷奸耍滑就扣发工资。<sup>③</sup>此外，比特币的开源特性“确保一次有组织的攻击难以占得便宜，办法是使利益相关者认识到该攻击并避往其他链”。<sup>④</sup>

比特币同样激励它的开发者，但是以间接的方式。比特币开发者不同于诸如以太坊一类的

<sup>①</sup> See GITHUB, <https://github.com/bitcoin/bips/blob/master/bip-0001/process.png>.

<sup>②</sup> 芒格（Charles Thomas Munger）是一位美国投资家、商人和慈善家。他是巴菲特（Warren Buffett）手下的伯克希尔·哈撒韦公司（Berkshire Hathaway）副总裁。

<sup>③</sup> Elad Verbin, *Behavioral Crypto-Economics: The Challenge and Promise of Blockchain Incentive Design*, MEDIUM (Mar.16, 2018), <https://medium.com/berlin-innovation-ventures/behavioralcrypto-economics-6d8befbf2175>.

<sup>④</sup> *Id.*

其他平台，没有得到直接的资金激励去保护和开发协议。<sup>①</sup>相反，作为开源项目的比特币依靠“那些与比特币的密码朋克气质最具哲学契合度的开发者，他们有动机在自己的空闲时间工作”。<sup>②</sup>比特币开发者尽管可能收不到直接的资金回报，但确实获得了可货币化的经验和证书，尤其是在对于区块链开发者的需求呈指数级增长的情况下。<sup>③</sup>

比特币节点运营商同样得到间接激励，即网络效用和比特币价值的增长。<sup>④</sup>节点运营商的作用是“驾驭那运行用于监管区块链的全覆盖安全协议所需要的日常算力……随着越多的节点接入系统，治理层也就变得越安全，效率得到提升，信任也得到强化”。<sup>⑤</sup>但是，节点运营商没有直接的好处——他们并未分享矿工的区块奖励，也未获得核心开发者因改进而形成的信用。然而，若没有他们的参与，网络将陷入瘫痪。

虽然矿工、核心开发者以及节点运营商都有激励因素，这些激励因素并不一致，这有助于解释 BIPs 为何较少实施（约为 35 项），<sup>⑥</sup>并且其中许多引起激烈争议。<sup>⑦</sup>要取得成功，以上三方须就提议达成高度共识。共识的缺乏是二次投票有望改进的领域，办法是考虑利益相关者中间的偏好强度。

#### 四、区块链治理

人们如何应对代码的变化或者说“数学之上的社会层”的变化，对区块链项目的成功而言越来越重要。<sup>⑧</sup>

区块链治理作为分布式治理的子集，是参与者就一组参数达成一致的过程，这些参数用于更改协议、解决争端、制裁违规者和实施处罚。<sup>⑨</sup>区块链治理分为两类：

---

<sup>①</sup> See SFOX, *Miners, Developers, and Users: The Checks and Balances of Bitcoin*, MEDIUM (Aug. 23, 2018), <https://blog.sfox.com/miners-developers-and-users-the-checks-and-balances-of-bitcoind9fb242ce2fe>.

<sup>②</sup> 为任何区块链开发改进措施和应用程序所需的技能，包括机制设计、密码学、计算机科学、工程学、行为经济学以及公共政策等专业知识。See Verbin, *supra* note 67; see also Hugo Nguyen, *Bitcoin's Incentive Scheme and the Rational Individual*, MEDIUM (Dec. 24, 2018), <https://medium.com/@hugonguyen/bitcoinsincentive-scheme-and-the-rational-individual-dc20effa4715>.

<sup>③</sup> See Johnny Uzan, *Developer Incentives in Bitcoin and the Freerider Problem*, MEDIUM (July 17, 2018), [https://medium.com/@Johnny\\_Uzan/developer-incentives-in-bitcoin-and-the-freeriderproblem-93123a0734bf](https://medium.com/@Johnny_Uzan/developer-incentives-in-bitcoin-and-the-freeriderproblem-93123a0734bf).

<sup>④</sup> 在比特币的早期，节点运营商确实有一套激励结构。2013 年 4 月，一个比特币节点项目启动，其目的是向节点运营商提供奖励，“直到 2015 年或者有 10000 个节点正在运行”。Joel Dalais, *Bitnodes Project Issues First Incentives for Node Operators*, BITCOIN MAGAZINE (Mar. 16, 2015), <https://bitcoinmagazine.com/articles/bitnodesproject-issues-first-incentives-node-operators-1426544155/>.

<sup>⑤</sup> Rob Viglione, *The Benefits of Incentivizing Node Operators in Public Blockchains*, BITCOIN MAGAZINE (May 25, 2018), <https://bitcoinmagazine.com/articles/op-ed-benefits-incentivizing-nodeoperators-public-blockchains/>.

<sup>⑥</sup> See GITHUB (June 13, 2019), <https://github.com/bitcoin/bips/blob/master/README.mediawiki>.

<sup>⑦</sup> See Oscar Williams-Grut & Rob Price, *A Bitcoin Civil War Is Threatening to Tear the Digital Currency in 2—Here's What You Need to Know*, BUSINESS INSIDER (Mar. 26, 2017, 4:55 AM), <https://www.businessinsider.com/bitcoins-hard-fork-bitcoin-unlimited-segregated-witnessexplained-2017-3>.

<sup>⑧</sup> Pool of Stake, *A Short History of Blockchain Governance or How to Deal with Unexpected Conflict*, MEDIUM (May 14, 2018), <https://medium.com/@poolofstake/a-short-history-of-blockchain-governance-or-how-to-deal-with-unexpected-conflict-e727e596d5ed>.

<sup>⑨</sup> See David Yermack, *Corporate Governance and Blockchains*, REVIEW OF FINANCE (Nov. 28, 2016),

- 链下：决策首先在社会层面进行，然后由开发者编码到协议中；
- 链上：决策规则被编码到协议中，并任何获得许可的决策都被自动纳入协议。<sup>①</sup>

这两套机制有相同的目标，即创造“更好的”区块，但它们各以不同的方式运作。

区块链治理究竟是抽象的设计难题，还是应用型的社会难题呢？这是一个未决的问题。一些人主张，区块链治理大概“最好的进路是用治理为问题解决者设定正确的激励因素”。<sup>②</sup>另一些人主张，由于“参与者协作采用任何提议的治理解决方案的能力受到预先存在的限制”，所以区块链治理是“应用型的社会问题……其语境包括现有的治理结构、……当前的信息和激励因素”。<sup>③</sup>因此，鉴于“不可预测的紧急现象，……它[区块链治理]无法完全提前规划，必须保持灵活性以应对计划外的事态”。<sup>④</sup>

### A. 链下治理机制

链下治理反映了大多数私营机构的治理结构。在链下结构中，

受到共同体信任的个人聚集起来组成团体，负责区块链的治理和福祉。该团体的任务是修复缺陷和安全漏洞，增加特性和改进可扩展性，在公共讨论中代表区块，并在用户、公司和矿工之间保持适当的权力平衡。<sup>⑤</sup>

虽然存在很多链下治理机制，但如上所述，一种有用的模式是比特币的 BIP，大概无非是因为它比其他机制存续的时间更长。比特币的 BIP 治理被比作美国政府的权力制衡体系，<sup>⑥</sup>照此观之，开发者就像美国国会那样呈交提议（类似于起草立法），而由其他人——包括核心开发者、矿工和节点运营商（类似于行政机关、司法机关和人民，但没有特定次序）——来决定那些提议的优劣得失。然而，用户（类似于选民）才是最终决策者，因为如果他们对任何变化不满意，他们可以用脚投票，“抗议和替换协议，或出售他们的通证”。<sup>⑦</sup>

---

[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2700475](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2700475).

<sup>①</sup> See Pool of Stake, *Revisiting the On-Chain Governance vs. Off-Chain Governance Discussion*, MEDIUM (May 22, 2018), <https://medium.com/@poolofstake/revisiting-the-on-chain-governance-vs-off-chain-governance-discussion-f68d8c5c606>; Fred Ehrsam, *Blockchain Governance: Programming Our Future*, MEDIUM (Nov. 27, 2017), <https://medium.com/@FEhrsam/blockchaingovernance-programming-our-future-c3bfe30f2d74>; *On-Chain Governance*, DISTRICT0X EDUCATION PORTAL, <https://education.district0x.io/general-topics/what-is-governance/on-chain-governance/>.

<sup>②</sup> Ehrsam, *supra* note 78.

<sup>③</sup> Vlad Zamfir, *Against On-Chain Governance*, MEDIUM (Dec. 1, 2017), [https://medium.com/@Vlad\\_Zamfir/against-on-chain-governance-a4ceacd040ca](https://medium.com/@Vlad_Zamfir/against-on-chain-governance-a4ceacd040ca).

<sup>④</sup> Pool of Stake, *supra* note 78.

<sup>⑤</sup> Hasib Qureshi, *Blockchains Should Not Be Democracies*, HACKERNOON (Apr. 23, 2018), <https://hackernoon.com/blockchains-should-not-be-democracies-14379e0e23ad>.

<sup>⑥</sup> See Brandon Arvanaghi, *Is the U.S. Constitution “Bitcoin in Practice”?*, MEDIUM (Nov. 12, 2018), <https://medium.com/@brandonarvanaghi/is-the-u-s-constitution-bitcoin-in-practice-3fed2d5ab12f>; see also Ryan Selkis, *Bitcoin’s Constitutional Crisis and Why I Support the UASF*, MEDIUM (June 21, 2017), <https://medium.com/tbis-weekly-bits/bitcoins-constitutional-crisis-why-i-support-theuasf-5b0ab325d8b6>.

<sup>⑦</sup> Pool of Stake, *supra* note 78; Ehrsam, *supra* note 78.

链下治理的一大好处是立足于充分信息。“假设有尽职且博学的权威在负责”，决策者将得到“一切相关信息，以做出符合共同体最佳利益的明智决策”。<sup>①</sup>另一好处是降低出错概率。“随着人们更程度的参与和甚少将代码用于决策目的”，“基于代码和数据导入的错误”的风险得以下降。<sup>②</sup>

然而，任何链下治理过程都涉及一定量的集中化，<sup>③</sup>这与区块链的气质相反。<sup>④</sup>在过去的一年中，包括美国监管者在内的许多人已经注意到，比特币网络的集中化是个潜在问题。<sup>⑤</sup>

除了集中化之外，链下治理系统的参与者们通常有着不对称的激励因素。例如，在 BIP 过程中，矿工有直接的资金激励去增加（部分基于区块回报的）未来累积的交易费用，并且他们会致力于那些费用的最大化。另一方面，开发者的资金激励不足，因为他们没有从 BIP 的执行中取得直接资金回报。<sup>⑥</sup>这已导致许多开发者转向基于以太坊协议的开发工作，后者通过以太坊基金会向开发者提供更为明确的资金回报。从长远来看，这种激励结构有损于这项协议。

## B. 链上治理机制

链上治理是在区块链本身上面的一套确定协议变更的正式系统。<sup>⑦</sup>多数链上投票机制将决策过程分配给区块链上的本地通证持有者。这些机制通常立足于“一通证一票”（1t1v）机制<sup>⑧</sup>，或其派生物，或者“基于赌注的治理”系统（据此，一般来说，通证持有者若想参与治理就须将一些通证置于风险中。<sup>⑨</sup>在其中任一情况下，获得许可的决定都自动地被编码到协议中。

Decred 和 Tezos 是两种使用链上治理机制的区块链，简述如下：

---

<sup>①</sup> Willem-Jan Smits, *Blockchain Governance: What Is It, What Types Are There and How Does It Work in Practice?*, WATSON LAW (Oct. 24, 2018), <https://watsonlaw.nl/en/blockchain-governance-what-is-it-what-types-are-there-and-how-does-it-work-in-practice/>.

<sup>②</sup> *Id.*

<sup>③</sup> See Sarah Azouvi et al., *Egalitarian Society or Benevolent Dictatorship: The State of Cryptocurrency Governance*, 22D INT'L CONF. ON FIN. CRYPTOGRAPHY & DATA SECURITY (Mar. 2018), <https://smeiklej.com/files/bitcoin18b.pdf>.

<sup>④</sup> See, e.g., Primavera De Filippi & Benjamin Loveluck, *The Invisible Politics of Bitcoin: Governance of a Decentralised Infrastructure*, 5 INTERNET POLICY REVIEW 1 (2016), available at <https://policyreview.info/articles/analysis/invisible-politics-bitcoin-governance-crisis-decentralised-infrastructure>.

<sup>⑤</sup> See Candice Greaux, *Media Finally Notices that Bitcoin and Ethereum Are Actually VERY Centralized*, MODERN CONSENSUS (Sept. 5, 2018), <https://modernconsensus.com/cryptocurrencies/bitcoin/bitcoin-ethereum-centralized/>; see also James Wang, *The Bitcoin Centralization Narrative with Yassine Elmandjra*, ARK INVEST (Jan. 27, 2019), <https://ark-invest.com/research/podcast/bitcoin-centralization>; Shiva S., *Why Bitcoin Is Becoming Centralized*, BLOCKONOMICS (Sept. 17, 2018), <https://blog.blockonomics.co/why-bitcoin-is-becoming-centralized-41f62cc15e91>.

<sup>⑥</sup> Ehram, *supra* note 78.

<sup>⑦</sup> Richard Red, *What Is On-chain Cryptocurrency Governance? Is it Plutocratic?*, MEDIUM (June 20, 2018), <https://medium.com/@richardred/what-is-on-chain-cryptocurrency-governance-is-it-plutocratic-bfb407ef6f1>.

<sup>⑧</sup> 这些一通证一票制松散地建立在一人一票制系统的基础上，但是，因为没有现行有效的方法在区块链上确定身份，一通证一票制广受认可为次优解决方案。

<sup>⑨</sup> Red, *supra* note 91.

## Decred

Decred 自称为开放的、累进的、自筹资金的加密货币，伴有一套嵌入其区块链的、以共同体为基础的治理系统。<sup>①</sup>在 Decred 那里，通证持有者可对他们的通证进行时间锁定（即下注）以便交换票券，后者允许票券持有者在两种链上治理机制（和一种链下治理机制）中参与治理。链上的部分允许就如下事项投票：（1）支持或反对（支持率要达到 75%）有关改变协议的共识规则的提议；（2）支持矿工的工作，这将允许矿工赢得他们的区块回报。<sup>②</sup>

## Tezos

Tezos 自称为“一个平台，用于创设智能合约和建立去中心化的应用，不受第三方的审查或关停”。<sup>③</sup>在 Tezos 那里，所有利益相关者被允许参与治理，并且协议提供一个选择周期，“为利益相关者提供正式的和体系化的程序，用以在所提议的协议修正案上达成一致”。<sup>④</sup>Tezos 也将一套明确的改进机制引入区块链，为开发者提供了清晰的回报框架，并让通证持有者能够评价提议的优劣并判定该提议是否会改进协议。<sup>⑤</sup>

链上治理遇到的一系列难题已经为人所知。本文不打算对这些难题给出清晰有力的解释，但其中有些难题常常引发人们的议论并且彼此相关[，在这里略作说明]：

（1）财阀制与共谋：财阀制就是富人当政。<sup>⑥</sup>在链上系统中，财阀制意味着由持有大量份额的通证的个人或实体掌权，这使那些个人或实体能够主要出于自身利益展开共谋和行动，从而损害掌握较少资源者的利益。<sup>⑦</sup>

（2）可变性：区块链技术最重要的特点之一，是不能改变那些记录在所谓永久分类帐上的交易。在链上治理系统中，可以通过投票来“取消”一项或多项交易，并且回滚和编辑分类帐的历史。

（3）被排除的利益相关者：在许多的链上治理系统中，非通证持有人不得参与治理。然而，这些人的声音既然被排除，他们对治理的参与就变得“完全没有必要”，并解除了针对通证持有者“权力的一项重要制衡措施”。<sup>⑧</sup>

本文的剩余部分将探讨二次投票，并考察其能否更好地服务于区块链协议的利益。

---

<sup>①</sup> See DECRED DOCUMENTATION, *Introduction to Decred Governance* (2019), <https://docs.decred.org/governance/introduction-to-decred-governance/>.

<sup>②</sup> *Id.*

<sup>③</sup> TEZOS, *Learn More About Tezos* (2019), <https://tezos.com/get-started>.

<sup>④</sup> *Id.*

<sup>⑤</sup> *Id.*; Pool of Stake, *supra* note 78.

<sup>⑥</sup> *Plutocracy*, MERRIAM-WEBSTER DICTIONARY (11th ed. 2003).

<sup>⑦</sup> Qureshi, *supra* note 82.

<sup>⑧</sup> Zamfir, *supra* note 80.

## 五、二次投票

“确立一种社会上可欲的集体决策方式，这或许是社会科学中最古老和最宏大的未决难题。”<sup>①</sup>

二次投票的一般概念起源于1977年发表的经济学研究，在该研究中，二次投票被提议作为一种工具以允许分配“完备信息条件下最佳水平的连续性公共物品”，<sup>②</sup>该工具可靠且避免了其他方法的弱点。<sup>③</sup>在2012年，有人首次提议将二次投票作为解决二元集体决策难题的机制，认为它可能产生更好的决策。<sup>④</sup>后来，二次投票研究被加以扩展，用于解决涉及“经过界定的集体选择组合”的难题。<sup>⑤</sup>

二次投票可提供“一种避免多数人暴政的更优集体决策方式，办法是让人们表达他们对某项事务的感受程度，而不仅仅表达他们到底是赞成还是反对”。<sup>⑥</sup>二次投票实现这一点，是靠着允许投票者通过取得更多选票来表达他们在多大程度上相信某一决策，由此迫使投票者权衡这样做的成本和收益。

一般来说，二次投票允许投票者通过支付票数的平方之和，来按照自己的意愿取得尽可能多的选票。<sup>⑦</sup>在二次投票的某些实施中，为了避免购买选票所固有的难题，该系统被设计成允许从中心权威购买选票，销售选票所积攒的总额按人均或抽奖方式分配给所有投票者。<sup>⑧</sup>在另一些实施中，人造货币被用来削减财富的力量，并致力于确保投票过程的诚实性。<sup>⑨</sup>

在区块链治理领域之外，经济学理论认为二次投票可能会导致更高的帕累托效率。<sup>⑩</sup>研究发现，二次投票不仅可在大规模人口中实现更大范围的福利最大化，而且还达成一种更稳健的机

---

<sup>①</sup> Posner & Weyl, *supra* note 3.

<sup>②</sup> Lalley & Weyl, *supra* note 4, at 2-3 (citing Theodore Groves & John Ledyard, *Optimal Allocation of Public Goods: A Solution to the “Free Rider” Problem*, 45 *ECONOMETRICA* 783 (1977)). See also Theodore Groves, *Incentives in Teams*, 47 *ECONOMETRICA* 617 (1973); Theodore Groves & John O. Ledyard, *Some Limitations of Demand Revealing Processes*, 29 *PUB. CHOICE* 107 (1977).

<sup>③</sup> 要全面理解文中谈到的脆弱性，参见 NASSIM NICHOLAS TALEB, *THE BLACK SWAN: THE IMPACT OF THE HIGHLY IMPROBABLE* (Random House 2007); NASSIM NICHOLAS TALEB, *ANTIFRAGILE: THINGS THAT GAIN FROM DISORDER* (Random House 2014).

<sup>④</sup> E. Glen Weyl, *Quadratic Vote Buying* (2013), <http://goo.gl/8YEO73>.

<sup>⑤</sup> Posner & Weyl, *supra* note 3.

<sup>⑥</sup> See Eximchain, *What Makes Quadratic Voting an Effective Democratic Voting Mechanism*, MEDIUM, (August 17th, 2018), <https://medium.com/eximchain/what-makes-quadratic-voting-an-effective-democratic-voting-mechanism-d7a555de8f6b>.

<sup>⑦</sup> Posner & Weyl, *supra* note 3.

<sup>⑧</sup> Alastair Berg et al., *Crypto Public Choice* (Aug. 30, 2018), available at <https://ssrn.com/abstract=3236025> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3236025>.

<sup>⑨</sup> See Josiah Ober, *Democracy’s Wisdom: An Aristotelian Middle Way for Collective Judgment*, 107 *Am. Pol. Sci. Rev.* 104 (2013); Ben Laurence & Itai Sher, *Ethical Considerations on Quadratic Voting*, 172 *PUB. CHOICE* 195 (2017); Josiah Ober, *Interests/Preferences, Equality/Efficiency. Historical Notes on Quadratic Voting 1 ,9* (April 2016) (未刊稿), available at [https://bfi.uchicago.edu/wp-content/uploads/Ober\\_Historical-notes-on-QV-160321.pdf](https://bfi.uchicago.edu/wp-content/uploads/Ober_Historical-notes-on-QV-160321.pdf).

<sup>⑩</sup> Berg et al., *supra* note 109.

制来解决诸如共谋、投票者利益难题之类的事项。<sup>①</sup>此外，研究还表明随着投票者人数的增加，二次投票将趋于创造出更好的结果。<sup>②</sup>

作为奥斯特罗姆关于公共治理的研究工作的一部分，她确认了某些集体选择安排的好处，那些安排允许那些受规则影响的人以低成本参与规则的修订。<sup>③</sup>其他研究者，将奥斯特罗姆的精神应用于区块链，注意到基于通证的治理机制（如二次投票）能够在 CBPP 共同体中“复测潜在的权力关系”。<sup>④</sup>CBPP 共同体的例子包括维基百科，以及包括区块链在内的许多开源软件平台，这些平台去中心化，使用共享资源，并且经常依赖于非金钱的动机。<sup>⑤</sup>

二次投票使那些 CBPP 共同体能够更好地捕捉利益相关者的偏好，并减少出现多数人暴政和寻租行为的可能性，方法是软化财富和权力在共同体中的影响力。

如果结构合理，采用精致的二次投票机制的区块链，可以充当“一种在天性自私和角逐权力的个人之间施行社会契约的‘加密的利维坦’（crypto-leviathan）”。<sup>⑥</sup>

二次投票的潜力还体现在，它可以应对与传统区块链相关的投票机制中的一些固有问题，例如易受女巫或网络马甲的攻击。<sup>\*</sup>这些攻击试图通过创建具有影响力的匿名身份（“网络马甲”），来颠覆点对点网络（例如区块链）中的信用体系。<sup>⑦</sup>在基于区块链的投票系统中，一次网络马甲攻击可能会被用于伪造超出共同体实际支持或批评水平的民意。在现实世界中，2016 年美国总统大选就涉及网络马甲攻击的因素，因为一批俄罗斯机器人被用于煽动民众激情影响选举，从而有利于最终获选者。<sup>⑧</sup>在区块链的语境中，从网络马甲账户购买过量选票可能导致

---

<sup>①</sup> Lalley & Weyl, *supra* note 4.

<sup>②</sup> Steven P. Lalley & E. Glen Weyl, Quadratic Voting (Dec. 2016), available at [https://csap.yale.edu/sites/default/files/files/qrmw\\_gw\\_2-16-17.pdf](https://csap.yale.edu/sites/default/files/files/qrmw_gw_2-16-17.pdf). [“我们证明，在私人价值环境的任何对称的贝叶斯-纳什均衡中，根据具有有界支持的任何平滑分布独立且相同地估值，二次投票的福利损失以  $N \rightarrow \infty$  的形式收敛到潜在福利的分数 0，在一般值分布参数的比率为  $1/N$ （即，只要价值分布的平均值不等于 0）”].

<sup>③</sup> See Rozas et al., *supra* note 11.

<sup>④</sup> *Id.*

<sup>⑤</sup> See OPEN ACCESS GOVERNMENT, *Distributed Technologies to Bootstrap the Sharing Economy*, (Dec. 19, 2019), <https://www.openaccessgovernment.org/distributed-technologies-sharing-economy/56010/>.

<sup>⑥</sup> See Rozas et al., *supra*, note 11 at 134-51.

<sup>\*</sup> 女巫攻击（Sybil attack）是针对服务器节点的攻击，即通过某种方式，某个恶意节点可以伪装成多个节点，对被攻击节点发出链接请求，达到节点的最大链接请求，导致节点没办法接受其他节点的请求，造成节点拒绝服务。——译者

<sup>⑦</sup> See John R. Douceur, *The Sybil Attack*, MICROSOFT RESEARCH, available at <https://www.freehaven.net/anonbib/cache/sybil.pdf>; see also Matt Demirbas & Youngwhan Song, *An RRSI-based Scheme for Sybil Attack Detection in Wireless Sensor Networks* 564-570 (2006) (conference paper from Advanced Experimental activities ON WIRELESS networks and systems (EXPONWIRELESS) Workshop (as part of WOWMOM)).

<sup>⑧</sup> See, e.g., Adam Badawy et al., *Analyzing the Digital Traces of Political Manipulation: The 2016 Russian Interference Twitter Campaign*, 2018 IEEE/ACM International Conference on Advances in Social Networks Analysis and Mining (ASONAM), available at <https://arxiv.org/pdf/1802.04291.pdf>; Max Boot, *Without the Russians, Trump Wouldn't Have Won*, WASH. POST (July 24, 2018); Scott Shane, *The Fake Americans Russia Created to Influence the Election*, N.Y. TIMES (Sept. 7, 2017); Gabe O'Connor, *How Russian Twitter Bots Pumped Out Fake News During The 2016 Election*, NPR (Apr. 3, 2017), <https://www.npr.org/sections/alltechconsidered/2017/04/03/522503844/how-russian-twitter-bots>

投票系统易受操纵，这会破坏投票程序的诚实性。

乍一看，二次投票似乎加剧了与女巫攻击相关的缺陷，因为富有的政党/当事人可以在二次投票系统之外获得个人选票，据此通过在二次投票系统之外以成本价购买选票的方式（这不同于在系统内以指数级上涨的价格购买选票），共谋“克服二次函数的凸性（the convexity of the quadratic function）”<sup>①</sup>，从而对系统下注。例如，富有的政党/当事人可与他人共谋在二次投票系统之外以 10 美元的价格购买 10 张 1 美元选票，而在二次投票系统内部则要以 385 美元的价格购买 10 张选票。

但是，研究表明，经济力量和社会力量“可对共谋的有效性施以严格限制”。<sup>②</sup>简而言之，这些力量（1）侦测共谋行为，其结果一旦在选民中广而告知，就会激起共同体其余部分的反应从而粉碎共谋；（2）强烈地激励着选票出售方的背叛行为，也激励着人们不按选票购买制度投票。<sup>③</sup>因此，尽管确实存在共谋的可能性，稳健的二次投票系统可以通过经济激励因素来挫败共谋。<sup>④</sup>此外，通过使得“在投票过程中[能够]考虑到选民立场的强度，并确保购买许多选票的成本高到令人难以承受”，二次投票可以制约共谋者对投票结果做出不当影响的能力。<sup>⑤</sup>

作为一种集体决策机制的二次投票已经遭到批评，理由是它的选票购买机制会默认低估穷人“或其他受到预算限制者”的利益。<sup>⑥</sup>因此，富有的少数派能够购买选票并扭曲结果，这样将会瓦解那嵌在民主进程中的平等。<sup>⑦</sup>于是，除非选民的偏好独立于财富，否则二次投票系统的效用会低于一人一票制，并会高估富人的偏好。<sup>⑧</sup>

财富是不是一个棘手问题，这尚不清楚。有人主张，社会是鼓励财富积累的，“尽管由此产生不平等”，因此在一些情况下，不应理所当然地将财富[因素]排除在集体决策之外。<sup>⑨</sup>这一命题的优劣不在本文品评范围之内。但无论如何，人们完全可以对二次投票进行一系列调整，以便削弱财富的力量。例如，依上所述，通过启用分配给选民群体的人工货币，选票的买卖只能借助人工货币进行，这样就限制了流通中的货币总量，从而限制了富人利益的不当影响力。<sup>⑩</sup>此外，二次投票可以“与其他那些将就不够富有者遭受的损失做出补偿的改革举措一并采

---

pumped-out-fake-news-during-the-2016-election.

<sup>①</sup> See Posner & Weyl, *supra* note 2.

<sup>②</sup> See E. Glen Weyl, *The Robustness of Quadratic Voting*, 172 PUB. CHOICE 75 (2017), available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2571012> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2571012>; Philip Daian, *Vote Buying, On-Chain Governance, and Quadratic Plutocracy*, PHIL DOES SECURITY (June 11, 2018), <https://pdaian.com/blog/vote-buying-on-chain-governance-and-quadratic-plutocracy/>.

<sup>③</sup> See Weyl, *supra* note 121.

<sup>④</sup> See Posner & Weyl, *supra* note 2, at 7.

<sup>⑤</sup> Eximchain, *supra* note 107.

<sup>⑥</sup> See Lalley & Weyl, *supra* note 113, at 5.

<sup>⑦</sup> Ostrom, *supra* note 6.

<sup>⑧</sup> See Ben Laurence & Itai Sher, *supra* note 110.

<sup>⑨</sup> See Posner & Weyl, *supra* note 2, at 12.

<sup>⑩</sup> 该想法基于许兰德（Hylland）和泽克豪泽（Zeckhauser）的研究，后来被纳入波斯纳和韦尔的二次投票学术

用”。<sup>①</sup>归根结底，任何二次投票机制都必须根据所要实现的共同体目标而做出调整，并且这种决定权掌握在共同体的手中。

## 六、结论

有鉴于此，关于二次投票在增益公共福利/物品方面的实践承诺，我们当何去何从？<sup>②</sup>

本文旨在描述区块链治理语境下的二次投票，并进一步推动与上文引文相关的研究。以太坊创始人维塔利克·布特林已经指出，基于二次投票的系统可能“（近乎）最优地提供一套去中心化的、自行组织起来的公共物品生态系统”。<sup>③</sup>但是，这种潜力仍处于测试阶段。然而，有着特别前景的一个领域就是资金决策。

许多区块链都有基金会或类似的组织来激励开发者改进技术。那些基金会“从多种渠道获得资金，但往往将那些资金和其他方式的支持引向采用自家技术，以及总体上采用分布式分类帐技术”。<sup>④</sup>然而，尽管总的目标是改进，但因为基金会是由相对少数人控制的，他们“也可以充当强大的利益集团，与那些小规模的通证持有者相比，他们有能力获得集中的利益”。<sup>⑤</sup>

如果没有适当的机制来限制寻租行为，绝大多数人往往会通过满足自身狭隘利益的治理变化来寻租。<sup>⑥</sup>二次投票机制可以帮助限制这种权力，办法是让更广泛的利益相关者拥有选票，且又确保这张投票能够捕捉投票者的偏好强度。迄今为止，研究表明，使用基于二次投票系统的这类投票，<sup>⑦</sup>很可能会“更好”。

---

研究。See Posner & Weyl, *supra* note 2, at 1,5 (citing Anund Hylland & Richard Zeckhauser, A Mechanism for Selecting Public Goods When Preferences Must Be Elicited, Kennedy School of Government Discussion Paper 70D (1980)).

<sup>①</sup> See Posner & Weyl, *supra* note 2, at 12.

<sup>②</sup> See Posner & Weyl, *supra* note 2, at 20.

<sup>③</sup> See Buterin, *supra* note 30, at 1.

<sup>④</sup> See Berg et al., *supra* note 109, at 16.

<sup>⑤</sup> 通过运用资源来影响政治上或行政上分配的特权利益（即所谓“寻租”）而造成的社会损失，是塔洛克（Gordon Tullock, 1922-2014）提出的观点，他是公共选择经济学派的创始人，也是《公共选择》杂志的创办者。按照2014年的一项研究的估算，美国境内寻租行为的年度成本约在1万亿美元到3.5万亿美元之间，这对经济是一种无谓损失。See Arye L. Hillman & Heinrich W. Ursprung, *Rent Seeking: The idea, the reality, and the Ideological Resistance*, Dept. Econ., Int'l Trade and Dev. Seminar (Oct. 7, 2015). See also Anne O. Krueger, *The Political Economy of the Rent-Seeking Society*, 64 Am. Econ. Rev. 291 (1974); Gordon Tullock, *The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies, and Theft*, 5 Western Econ. J. 224 (1967). Berg et al., *supra* note 109; MATTHEW DYLAN MITCHELL, *THE PATHOLOGY OF PRIVILEGE: THE ECONOMIC CONSEQUENCES OF GOVERNMENT FAVORITISM* (Mercatus Center at Geo. Mason 2015).

<sup>⑥</sup> See William J. Baumol, *Entrepreneurship: Productive, Unproductive, and Destructive*, 98 J. POL. ECON. 893 (1990).

<sup>⑦</sup> 拉利和韦尔的结果主要基于二次投票。当有多个议题需要投票表决时，这个结果是否同样适用还需要更深入的研究。

## **English Part II**

# QUADRATIC VOTING AND BLOCKCHAIN GOVERNANCE

Del Wright Jr.\*

## I. INTRODUCTION

The blockchain revolution of the last decade has created a multi-billion-dollar industry. However, the lack of efficient governing mechanisms has created fault lines in the industry, often leading to forks and wasted production. Many current blockchains have adopted extant governance mechanisms ill-suited for public blockchains, i.e., blockchains that serve both a public and private purpose.<sup>1</sup> Quadratic voting (“QV”) has the potential to “bring[] the logic of the market”<sup>2</sup> to blockchain governance and, in so doing, allow blockchain to better meet the needs of their stakeholders.

QV is a relatively new governance tool that allows participants to express how strongly they prefer an outcome rather than simply rationing voting in traditional one-person, one-vote mechanisms (“1p1v”). Instead, QV voters can express their preference by acquiring extra votes. To link the number of votes and the intensity of QV voters’ preferences, the cost of extra votes increases by the square of the number of votes acquired. For example, if the currency is U.S. dollars, the cost of one vote would be \$1, the cost of two votes would be \$4, the cost of three votes would be \$9, and so on.<sup>3</sup> QV is based on two premises: (1) the more voters prefer an outcome, the more willing they will be to pay to try to achieve that outcome, and (2) a mechanism is needed to balance the weak

---

\* Professor Wright joined the UMKC School of Law faculty in 2017, and teaches in the areas of finance, business, securities, venture capital and tax. His current research focuses on the regulation of crypto and decentralized finance. Before joining academia, Prof. Wright served as a trial attorney with the U.S. Department of Justice, prosecuting both tax and organized crime, and as an attorney with law firms, including Skadden Arps, where he worked in both the banking and tax groups. Prof. Wright also worked as an investment banker, most recently with Banc of America Securities, structuring derivatives and other so-called financial weapons of mass destruction. Before starting his career, Prof. Wright earned a Master in Public Policy degree from Harvard’s Kennedy School of Government, focusing on financial policy and regulation, and a Juris Doctor from The Law School at the University of Chicago.

This article originated from a podcast, based on a paper by Vitalik Buterin (the founder of Ethereum) and others, about how implementing QV-based mechanisms could “create little democracies everywhere.” The podcast is available at <https://unchainedpodcast.com/how-blockchains-can-help-create-little-democracies-everywhere/>.

<sup>1</sup> Praveen Jayachandran, *Blockchain Explained: The Difference Between Public and Private Blockchain*, IBM: BLOCKCHAIN PULSE (May 31, 2017), <https://www.ibm.com/blogs/blockchain/2017/05/the-difference-between-public-and-private-blockchain/>. (“A public blockchain network is completely open and anyone can join and participate in the network. The network typically has an incentivizing mechanism to encourage more participants to join the network.”).

<sup>2</sup> Eric A. Posner & E. Glen Weyl, *Quadratic Voting and the Public Good: Introduction*, 172 PUB. CHOICE 1, 2 (2017), available at <https://doi.org/10.1007/s11127-017-0404-5>.

<sup>3</sup> *Id.* at 1, 6.

preferences of a majority with the intense preferences of a minority.<sup>4</sup> The quadratic cost function in QV is just such a mechanism.

Empirically, QV looks to be a significant improvement over existing governance mechanisms, particularly when both a public and a private purpose are involved.<sup>5</sup> Broadly, existing governance mechanisms are structured either for market or state purposes.<sup>6</sup> In market governance, profit serves as the primary incentive, and decision-making mechanisms have evolved mainly to maximize profits. However, that incentive is inadequate for entities with a shared public and private purpose.

For such entities, other goals, such as increasing “social welfare”<sup>7</sup> often factor into the decision-making process, and scholars have been researching how to integrate those goals into governance for years. That research led to a Nobel Prize for Elinor Ostrom, whose work examined diverse governance mechanisms for common-pool resources, a type of public good that benefits a group of people, but provides diminishing benefits the more it is used.<sup>8</sup> A public pasture is an example of a common-pool resource, where every farmer gets an immediate benefit from allowing her animals to graze on the land, but the community suffers from overgrazing.<sup>9</sup>

Ostrom’s work has recently been extended to the blockchain, where scholars have examined commons-based peer production (“CBPP”) communities,<sup>10</sup> an “emergent model of socio-economic production in which a group of individuals cooperate with each other to produce shared resources without a traditional hierarchical organization.”<sup>11</sup> That description fits public blockchains perfectly.

---

<sup>4</sup> See Steven P. Lalley & E. Glen Weyl, *Quadratic Voting* (Feb. 2015), available at [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2003531](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2003531). Lalley and Weyl, authors of many of the foundational research papers on QV, admit that using the square of the number of votes ( $N^2$ ) as a pricing mechanism may not produce the optimal outcome, but that it is simpler to understand and implement than the other mechanisms.

<sup>5</sup> See *id.*

<sup>6</sup> Elinor Ostrom, *Beyond Markets and States: Polycentric Governance of Complex Economic Systems*, 100 AM. ECON. REV. 641, 641 (2010).

<sup>7</sup> An increase in social welfare is generally understood to mean seeking to increase well-being of a population or community subject to relevant constraints. See, e.g., Kenneth J. Arrow, *A Difficulty in the Concept of Social Welfare*, 58 J. POL. ECON. 328, 328 (1950), available at <https://www.jstor.org/stable/1828886>.

<sup>8</sup> ELINOR OSTROM, *GOVERNING THE COMMONS: THE EVOLUTION OF INSTITUTIONS FOR COLLECTIVE ACTION* (Cambridge University Press, 1990).

<sup>9</sup> Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons*, 162 Science 1243, 1244 (1968).

<sup>10</sup> The term CPBB refers to an emergent model of socio-economic production in which groups of individuals cooperate with each other to produce shared resources without a traditional hierarchical organization. See Yochai Benkler, *Coase’s Penguin, or, Linux and the Nature of the Firm*, 112 YALE L.J. 369, 375 (2002); see also YOCHAI BENKLER, *THE WEALTH OF NETWORKS: HOW SOCIAL PRODUCTION TRANSFORMS MARKETS AND FREEDOM* (Yale U. Press, 2006).

<sup>11</sup> David Rozas et al., *When Ostrom Meets Blockchain: Exploring the Potentials of Blockchain for Commons Governance* (July 30, 2018), available at <https://ssrn.com/abstract=3272329> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3272329>.

On the other end of the governance continuum is state governance, in which political decisions are made for political purposes. Generally, state governance operates on a spectrum between democratic or hierarchical.<sup>12</sup>

*“A democracy is two wolves and a sheep voting on what’s for dinner.”*<sup>13</sup>

Democratic governance, typically employing 1p1v and majority rule, rests power in the participants, who rule either directly or through elected representatives. The 1p1v system is premised on the belief that all voters should be treated equally.<sup>14</sup>

By design, democratic governance is inclusive because, notwithstanding voter suppression issues,<sup>15</sup> all eligible voices may be heard. However, 1p1v systems ration voting influence, set a minimum and maximum share in public decision-making, and prevent voters from expressing the “widely different intensities with which they hold their respective political convictions and opinions.”<sup>16</sup>

Economic researchers have examined 1p1v systems and have asked whether

the basic problem underlying existing collective decision procedures is that they rely on the principle of rationing (viz., every individual is rationed a single vote on each political contest or issue) rather than on the market principle of trade (viz., individuals can exchange influence on issues less important to them for influence on those more important to them).<sup>17</sup>

QV research addresses that question directly.

---

<sup>12</sup> At the extremes, those paradigms are dictatorship and majority rule. *See generally* Steven P. Lalley & E. Glen Weyl, *Quadratic Voting: How Mechanism Design Can Radicalize Democracy*, 108 AM. ECON. ASSN. PAPERS & PROCEEDINGS 33, 33 (2018), available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2003531> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2003531>.

<sup>13</sup> Edwin J. Feulner, *Preventing “The Tyranny of the Majority”*, THE HERITAGE FOUNDATION (Mar. 7, 2018), <https://www.heritage.org/conservatism/commentary/preventing-the-tyranny-the-majority>.

<sup>14</sup> *See, e.g.*, JOHN LOCKE, TWO TREATISES OF GOVERNMENT, (Peter Laslett ed., Cambridge Univ. Press 1988) (1690).

<sup>15</sup> *See, e.g.*, Danny Hakim & Michael Wines, ‘They Don’t Really Want Us to Vote’: How Republicans Made It Harder, N.Y. TIMES (Nov. 3, 2018),

<https://www.nytimes.com/2018/11/03/us/politics/voting-suppression-elections.html>; Kevin Morris & Myrna Pérez, *North Carolina’s Election Fiasco Is About Voter Suppression, Not Voter Fraud*, BRENNAN CTR. JUST.: BLOG (Dec. 6, 2018), <https://www.brennancenter.org/blog/north-carolinas-election-fiasco-about-voter-suppression-not-voter-fraud>; Jamil Smith, *Why Republicans Are Suppressing Black Votes*, ROLLING STONE (Oct. 16, 2018, 8:00 AM),

<https://www.rollingstone.com/politics/politics-news/republicans-suppressing-black-votes-738059/>.

<sup>16</sup> Lalley & Weyl, *supra* note 4 (citing ALBERT O. HIRSCHMAN, SHIFTING INVOLVEMENTS: PRIVATE INTEREST AND PUBLIC ACTION (Princeton U. Press, 1982).

<sup>17</sup> Posner & Weyl, *supra* note 2, at 2.

Through democratic governance, participants make decisions either about a specific issue, such as the Brexit,<sup>18</sup> or about the decision makers, such as the election of the U.S. President. However, such democratic decisions often have led to sub-optimal results, and hindsight has shown those decisions often fail to provide socially beneficial outcomes.<sup>19</sup> One long-understood reason for the sometimes poor performance of democratic voting is that many voters are ill-informed, and often make poor voting choices based on distorted information provided by a motivated minority.<sup>20</sup>

An additional concern of democratic governance is the natural tendency toward tyranny by the majority, whereby the electorate places the majority's interests over the minority's.<sup>21</sup> Tyranny by the majority is characterized by (i) the Millian concept of a violation of individual liberty,<sup>22</sup> and (ii) the Madisonian concept of factionalism, that is, a majority group pursuing goals contrary to the rights of others or "the permanent and aggregate interest of the community."<sup>23</sup> One solution, introduced by the creators of the U.S. democracy, based in part on those Madisonian principles,<sup>24</sup> was to augment majority rule with constitutional constraints that protect "certain"<sup>25</sup> minorities.<sup>26</sup> In practice, however, those

---

<sup>18</sup> The June 23, 2016 United Kingdom European Union membership referendum, also known as the Brexit referendum, which polled UK and Gibraltar voters on whether they wanted to remain a member of the European Union (EU) under the provisions of the European Union Referendum Act 2015 and also the Political Parties, Elections and Referendums Act 2000.

<sup>19</sup> Eric A. Posner & Alan O. Sykes, *Voting Rules in International Organizations*, 15 CHI. J. INT'L L. 195, 224 (2014).

<sup>20</sup> See, e.g., ILYA SOMIN, *DEMOCRACY AND POLITICAL IGNORANCE: WHY SMALLER GOVERNMENT IS SMARTER* (Stan. U. Press, 2d ed. 2013).

<sup>21</sup> See generally, ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *DEMOCRACY IN AMERICA*, (1835).

<sup>22</sup> See Struan Jacobs, *John Stuart Mill on the Tyranny of the Majority*, 28 AUSTL. J. POL. SCI. 306, 306-321 (1993); see also JOHN STEWART MILL, *ON LIBERTY* (1859).

<sup>23</sup> THE FEDERALIST NO. 10 (James Madison); Eyal Baharad & Shmuel Nitzan, *Ameliorating Majority Decisiveness through Expression of Preference Intensity*, 96 AM. POL. SCI. REV. 745 (2002).

<sup>24</sup> See THE FEDERALIST PAPER NO. 10 (James Madison). See also Greg Weiner, *After Federalist No. 10*, NATIONAL AFFAIRS (Fall 2017), <https://www.nationalaffairs.com/publications/detail/after-federalist-no-10>. <https://www.nationalaffairs.com/publications/detail/after-federalist-no-10> ("Federalist No. 10 pertains to the orientation of personal appetites toward public ends, which include both the common good and private rights. The essay recognizes that these appetites cannot be conquered, but they can be conditioned. Madison's solution to the problem of faction — a solution he confines to the four corners of majority rule — is to place majorities in circumstances that encourage deliberation and thus defuse passion.").

<sup>25</sup> That protection did not extend to the people Madison enslaved. Madison, one of many slavers to contribute to the founding documents of the country, believed those protections should only be afforded to white men. Madison owned over one hundred slaves on his Virginia plantation, brought enslaved people to the White House, and ultimately sold them for personal profit. See Paris Amanda Spies-Gans, *James Madison, PRINCETON & SLAVERY* (accessed July 24, 2019), <https://slavery.princeton.edu/stories/james-madison>.

<sup>26</sup> Madison sought to create a constitutional order that sought to create obstacles for "unjust and interested" majorities. See, THE FEDERALIST NO. 10 (James Madison).

constraints often limit the efficiency of government, and may allow a powerful minority to tilt the system in its favor.<sup>27</sup>

A related problem with 1p1v systems is, while they may capture preference, they fail to capture the intensity of preference. As a result, without factoring in the intensity of voter preferences, 1p1v systems tend to capture the median instead of the mean voter,<sup>28</sup> and the median voter may not represent the considered opinion of the population.<sup>29</sup> Moreover, economic research has demonstrated that, from an efficiency standpoint, the “median is often a poor approximation of the mean,” and basing decisions on the median voter has often led to sub-optimal funding of public goods, systematic biases against minority groups and communities, and fractionalization.<sup>30</sup> In the last decade, QV research has been theoretically shown to produce decisions that are less likely to suffer from these flaws, and to produce “better”<sup>31</sup> outcomes, particularly as the population of voters grows.<sup>32</sup>

Hierarchical governance, on the other hand, puts the decision making in the hands of a control group, usually comprised of individuals whose interests are aligned with interested stakeholders. Most businesses operate under some form of this system, where owners select directors or managers who set and implement policies on the owners’ behalf. Such systems give the control group both autonomy and flexibility in reaching consensus. However, by delegating decisions to a control group, the decisions are, by nature, undemocratic. Moreover, the agency relationship created in hierarchical systems exposes entities to significant risks,

---

<sup>27</sup> See Arthur M. Schlesinger Jr., *The Runaway Presidency*, THE ATLANTIC, (Nov. 1973), <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/1973/11/the-runaway-presidency/306211/1973> (“In the end, the way to control the presidency may have to be not in many little ways but in one large way. In the end, there remains, as Madison said, the decisive engine of impeachment. This is, of course, the instrument provided by the Constitution. But it is an exceedingly blunt instrument.”).

<sup>28</sup> The “median voter theorem” was coined by Anthony Downs, a senior fellow at the Brookings Institute, in 1957. See, ANTHONY DOWNS, AN ECONOMIC THEORY OF DEMOCRACY (1957).

<sup>29</sup> See, e.g., Grant M. Hayden, *The False Promise of One Person, One Vote*, 102 MICH. L. REV. 213 (2003).

<sup>30</sup> See Vitalik Buterin et al., *Liberal Radicalism: Formal Rules for a Society Neutral Among Communities*, (Sept. 17, 2018), available at <https://ssrn.com/abstract=3243656>.

<sup>31</sup> The use of “better” in this article, with respect to outcomes, generally refers to decisions that are more economically efficient. In the research relied upon in this article, that efficiency has been described using Pareto optimality, and Nash or a Bayes-Nash equilibrium. Pareto-optimality, in simplified form, infers there is no alternative that would make some people better off without making anyone worse off. Bayes-Nash equilibrium is a strategy that maximizes the expected utility given the sequential actions of other players and the beliefs about those other players. Nash equilibrium refers to a set of strategies that can be self-enforcing, in that no player has incentive to change his or her strategy given what the other players are doing. See, e.g., ROBERT AUMANN & SERGIU HART, HANDBOOK OF GAME THEORY WITH ECONOMIC APPLICATIONS (North-Holland, 1st ed. 2002); H. SCOTT BIERMAN & LUIS FERNANDEZ, GAME THEORY WITH ECONOMIC APPLICATIONS (1997); AVINASH K. DIXIT & BARRY J. NALEBUFF, THINKING STRATEGICALLY: THE COMPETITIVE EDGE IN BUSINESS, POLITICS, AND EVERYDAY LIFE (W.W. Norton & Co. 1991); GAME THEORY (Eaton et al. eds., 1989); ROBERT GIBBONS, GAME THEORY FOR APPLIED ECONOMISTS (Princeton U. Press. 1992).

<sup>32</sup> Posner & Weyl, *supra* note 3, at 6.

including “lack of transparency, corruption, regulatory capture, misuse of power and even regression into authoritarianism, due to the concentration of power in the hands of few.”<sup>33</sup>

Both democratic governance and hierarchical governance offer, as they have developed throughout history, advantages and disadvantages. However, the needs of blockchains may not fit well into either paradigm, and existing governance mechanisms may not best serve the needs of current and future blockchain applications.

Previous technological revolutions had little impact on governance. But some suggest that our new technological era enables a potentially-emergent “collaborative commons” in which society is motivated by collaborative interests rather than individual gain.<sup>34</sup>

Whether QV is “good enough”<sup>35</sup> for the blockchain in these collaborative commons is what this article examines. It begins with a discussion of governance issues, explaining those issues in the broader context of governance research, and reflecting on how QV could be used to make better decisions. It then discusses distributed governance generally, analyzing the two broad categories of blockchain governance in existence today: on-chain v. off-chain. The article next examines QV, discussing both its theoretical underpinnings and practical challenges in implementation. The article concludes with a discussion of a promising QV application and a call for further research.

## II. GOVERNANCE

Governance as a concept may mean different things to different people. It is “difficult to capture in a single definition,” and a “highly contextual concept whose meaning cannot be captured using one monolithic definition. As such, the process and practices that will apply will vary significantly given the environment in which they are applied.”<sup>36</sup>

A workable definition in the public sphere is that “governance refers to a process whereby elements in society wield power, authority and influence, . . .

---

<sup>33</sup> Marcella Atzori, *Blockchain Technology and Decentralized Governance: Is the State Still Necessary?* 6 J. GOVERNANCE & REG., 45, 47 (2017), available at [http://dx.doi.org/10.22495/jgr\\_v6\\_i1\\_p5](http://dx.doi.org/10.22495/jgr_v6_i1_p5).

<sup>34</sup> See UK GOV'T CHIEF SCI. ADVISER, DISTRIBUTED LEDGER TECHNOLOGY: BEYOND BLOCKCHAIN, [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/492972/gs-16-1-distributed-ledger-technology.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/492972/gs-16-1-distributed-ledger-technology.pdf) (citing JEREMY RIFKIN, *THE ZERO MARGINAL COST SOCIETY: THE INTERNET OF THINGS, THE COLLABORATIVE COMMONS, AND THE ECLIPSE OF CAPITALISM* (Palgrave Macmillan 2014)).

<sup>35</sup> See Vlad Zamfir, *Against On-chain Governance*, MEDIUM (Dec. 1, 2017), [http://medium.com/@Vlad\\_Zamfir/against-on-chain-governance-a4ceacd040ca](http://medium.com/@Vlad_Zamfir/against-on-chain-governance-a4ceacd040ca).

<sup>36</sup> MUNYAE M. MULINGE ET AL., *THE STATUS OF STUDENT INVOLVEMENT IN UNIVERSITY GOVERNANCE IN KENYA: THE CASE OF PUBLIC AND PRIVATE UNIVERSITIES* 38 (Codesria 2017), available at <http://www.jstor.org/stable/j.ctvh8r378>.

enact policies and [make] decisions concerning public life and social upliftment.”<sup>37</sup> What is missing from that definition is a governance goal.

I posit that any such goal is *sui generis*, and, ultimately, determined at least in part, by a society’s dominant elements. While most would agree that security, freedom and equality are goals of almost any government, the relative preferences of those goals manifest themselves differently across the globe. Moreover, because “freedom and equality are sworn and everlasting enemies,” any goal will necessarily involve tradeoffs.<sup>38</sup>

For example, the North Korean and Saudi governments appear to manifest a primary goal of security over freedom,<sup>39</sup> while the Israeli government appears to manifest a primary goal of security over equality.<sup>40</sup> Many European and quasi-socialist governments appear to manifest a primary goal of equality over freedom, and the U.S. government appears to manifest a primary goal of freedom over equality.<sup>41</sup> Regardless of the merits of those goals, a governance mechanism, at least in democratic states, should be structured to help reach them.

In the private commercial sphere, the primary goal is to maximize shareholder value,<sup>42</sup> and “[business] governance is the mechanism by which business organizations oversee, execute, and maintain a complex series of interacting agreements between the organization’s different stakeholders.”<sup>43</sup> Similarly, although a goal of some participants in blockchain technologies is to maximize value, other more public-minded goals also play a significant role.<sup>44</sup>

One defining characteristic of blockchain technologies is their ability to blur the lines between economic/business issues and social/community issues, based on the fact that many blockchain applications operate in between the public

---

<sup>37</sup> THE GLOBAL DEVELOPMENT RESEARCH CENTER, *Understanding the Concept of Governance*, <http://www.gdrc.org/u-gov/governance-understand.html> (accessed on July 24, 2019).

<sup>38</sup> See WILL DURANT & ARIEL DURANT, *THE LESSONS OF HISTORY* (Simon and Shuster 2010).

<sup>39</sup> See FREEDOM HOUSE, *Freedom in the World 2014: North Korea*, <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/2014/north-korea#.VKoHQivF-Sp>.

<sup>40</sup> Israel enacted a law that the right to national self-determination in Israel is unique to the Jewish people, not all citizens. See David M. Halbfinger & Isabel Kershner, *Israel Law Declares the Country the ‘Nation-State of the Jewish People’*, N.Y. TIMES, (Jul. 19, 2018), <https://www.nytimes.com/2018/07/19/world/middleeast/israel-law-jews-arabic.html>.

<sup>41</sup> Peter H. Schuck, *James Q. Wilson and American Exceptionalism*, Yale L. Sch. Pub. L. Research Paper 310 (2013), available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2330375>.

<sup>42</sup> However, that may be changing. Recently in France, government ministries published a report challenging the view that maximizing shareholder value was the only goal for a business. Rather, they argued, a business enterprise should have a “*raison d’être*” beyond simply profit maximization and should base its “governance on that concept.” That report began with a quote from Peter Drucker, the noted U.S. management consultant, stating that “[P]rofit is not an end in itself” for a company. See NICOLE NOTAT & JEAN-DOMINIQUE SENARD, *L’ENTREPRISE, OBJET D’INTERET COLLECTIF* 3 (2018), [https://www.entreprises.gouv.fr/files/files/directions\\_services/politique-et-enjeux/entrepreneuriat/entreprise-objet-interet-collectif.pdf](https://www.entreprises.gouv.fr/files/files/directions_services/politique-et-enjeux/entrepreneuriat/entreprise-objet-interet-collectif.pdf).

<sup>43</sup> Carla L. Reyes et al., *Distributed Governance*, 59 WM. & MARY L. REV. ONLINE 1, 4, 7 (2017).

<sup>44</sup> See ERIC A. POSNER & E. GLEN WEYL, *RADICAL MARKETS, UPROOTING CAPITALISM AND DEMOCRACY FOR A JUST SOCIETY* (Princeton Univ. Press 2018).

and business spheres.<sup>45</sup> On the extremes, some applications, such as Ripple, aim to serve primarily business purposes,<sup>46</sup> while others, such as Agora, aim to serve primarily public purposes.<sup>47</sup> However, in that vast middle, where Bitcoin and Ethereum have laid their claims, the goals are not simply to make a profit, but, like the internet generally, to create a public good.<sup>48</sup>

One thing that has become clear is that the goal of most blockchain applications is not simply to maximize profits. Some have theorized that “by redefining business value in context of social issues, decentralized technologies like blockchain can create new social economies that fund social causes, stimulate social innovation and enable individuals to make a living through social impact.”<sup>49</sup>

Bitcoin was founded on the ideology that unpaid contributors would offer code to the world free of charge with a vision of using technology to escape from the failures of human politics. However, existing blockchain governance models replicated many of those failures, and led to hard forks, recriminations, and disarray.<sup>50</sup> In addition, not all stakeholders share the founding ideology, and without a clearly defined shared ideology or mission, finding consensus on needed improvements has proven difficult.

For bitcoin holders (“hodlers” in the world of crypto)<sup>51</sup> and miners, the primary goal may be a higher price; however, for founders, developers, and the broader public, the primary goal may be an increase in network utility (as a store of value and medium of exchange) and adoption. An efficient governance system should provide stakeholders transparent criteria for selecting the protocol’s goals,

---

<sup>45</sup> David Kish & Danielle Stanko, *How Blockchain Can Accelerate Social Impact*, THE NEXT EVOLUTION (Sept. 6, 2018), <http://www.thenextevolution.com/2018/09/06/how-blockchain-can-accelerate-social-impact/>.

<sup>46</sup> Ripple is a real-time global settlement system, currency exchange, and remittance network. See Shawn Gordon, *What is Ripple?*, BITCOIN MAGAZINE (accessed July 24, 2019), <https://bitcoinmagazine.com/guides/what-ripple/>. See also <https://ripple.com/use-cases/>.

<sup>47</sup> Agora, a project originating out of the Swiss Federal Institute of Technology Lausanne, has created a blockchain voting platform dedicated to ensuring transparent and verifiable elections around the world. See AGORA, <https://www.agora.vote/about>.

<sup>48</sup> Matthew Di Ferrante, *Blockchains as a Public Good*, MEDIUM (Sept. 10, 2018), <https://medium.com/@matthewdif/blockchains-as-a-public-good-17764de19b3f>.

<sup>49</sup> Kish & Stanko, *supra* note 45.

<sup>50</sup> See, e.g., Anton Muehleman, *The Bitcoin Cash Hash War: ABC vs SV*, MEDIUM (Nov. 19, 2018), <https://medium.com/ironchain-capital/the-bitcoin-cash-hash-war-abc-vs-sv-afef73a569dc>; Stephen O’Neal, *ABC vs SV: Assessing the Consequences of the Bitcoin Cash War*, COINTELEGRAPH (Nov. 26, 2018), <https://cointelegraph.com/news/abc-vs-sv-assessing-the-consequences-of-the-bitcoin-cash-war>; Vitalik Buterin, *Governance, Part 2: Plutocracy Is Still Bad*, VITALIK (Mar. 28, 2018), <https://vitalik.ca/general/2018/03/28/plutocracy.html>.

<sup>51</sup> Hodlers refer to people who hold bitcoins. HODL is defined as a misspelling of “hold.” It has evolved into a shortened form of “Hold On for Dear Life”. The term originated as a misspelling of “hold,” and became a popular term among those who buy cryptocurrencies. A person who does this is known as a “Hodler.” See Harsh Agrawal, *What is “HODL” in the Cryptocurrency World?*, COINSUTRA.COM (last updated June 30, 2019), <https://coinsutra.com/hodl-popular-cryptocurrency-terms/>.

allow changes to those goals as the protocol matures, and incentivize developers to assist in reaching those goals. To date, such a system has not been discovered.

While most would agree that the broad goals of public blockchains are both economic (profit) and social (public welfare), most existing governance mechanisms treat economic and social issues as “separate and distinct.”<sup>52</sup> For businesses, social goals are, at best, ancillary, and after maximizing shareholder value, the second goal is often reducing agency costs and preventing moral hazard so that the profits flow to the owners instead of the managers.<sup>53</sup> The 2008 mortgage crisis, which many believe served as a significant motivation for Bitcoin,<sup>54</sup> is a prime example of the failure of some business governance mechanisms to combat moral hazard. During the crisis, financial institutions, mortgage brokers, real estate agents, and some home buyers gamed the system to transfer wealth to themselves at the expense of their shareholders and, more broadly, U.S. taxpayers.<sup>55</sup>

Communities, on the other hand, generally seek to improve public welfare. However, because of the tragedy of the commons, many objectively beneficial activities are never undertaken because they have “little recognizable business value.”<sup>56</sup> In addition, because of the tensions between group interest and self-interest, decisions on public goods often are difficult. The current debate about climate change is an example, whereby despite overwhelming credible evidence of the harm of global warming, in the U.S., most attempts to enact policies to combat climate change have been thwarted by business groups and the politicians who serve them. Admittedly, however, it is those businesses that will bear the direct cost of those policies, while the benefits will be shared by society.

Reaching consensus on mixed economic and social issues is a complex task, made even more so in a blockchain community where, in addition to the issues above, the community is virtual, there are few barriers to entry or exit, and membership is pseudonymous. Although QV does not herald a perfect solution, it may be an improvement.

### III. DISTRIBUTED GOVERNANCE

*Instead of a hierarchical structure managed by a set of humans interacting in person and controlling property via the legal system, a*

---

<sup>52</sup> See Kish & Stanko, *supra* note 45.

<sup>53</sup> See, e.g., Zohar Goshen & Richard Squire, *Principal Costs: A New Theory for Corporate Law and Governance*, 117 Colum. L. Rev. 767 (2017).

<sup>54</sup> Noogin, *The Financial Crisis and History of Bitcoin*, MEDIUM (May 15, 2018), <https://medium.com/@noogin/the-financial-crisis-and-history-of-bitcoin-27ebdb932b99>.

<sup>55</sup> According to research from the Federal Reserve Bank of San Francisco, the 2008 mortgage crisis, and the recession it triggered, will cost the average U.S. citizen \$70,000 over the course of a lifetime. See Regis Barnichon et al., *The Financial Crisis at 10: Will We Ever Recover?*, FEDERAL RESERVE BANK OF SAN FRANCISCO (Aug. 13, 2018), <https://www.frbsf.org/economic-research/publications/economic-letter/2018/august/financial-crisis-at-10-years-will-we-ever-recover/>.

<sup>56</sup> Kish & Stanko, *supra* note 45.

*decentralized organization involves a set of humans interacting with each other according to a protocol specified in code, and enforced on the blockchain.*

- Vitalik Buterin, *Founder of Ethereum*<sup>57</sup>

Distributed governance has been described as “the specification of principles and methods which enable scalable coordination for forming consensus and to legitimate decisions.”<sup>58</sup> Two primary components in distributed governance are the decision makers and their incentives.<sup>59</sup> Using the Bitcoin ecosystem as an example, each of those components is discussed below.

### A. Decision Makers

The decision makers in Bitcoin are the developers, miners, token holders, node operators, and users. Each plays a part in managing and improving the network through the Bitcoin Improvement Proposal (“BIP”), the mechanism used to improve the Bitcoin protocol.<sup>60</sup> As of the date of this article, there have been 322 BIPs.<sup>61</sup>

The BIP process generally begins with a developer submitting an improvement proposal. If deemed worthy, the proposal (i) becomes a draft, (ii) is sent to the Bitcoin core developers<sup>62</sup> for review, and (iii) is added to the GitHub repository for BIPs, where it is discussed in the greater community.<sup>63</sup>

Once accepted as a draft, the proposal can be either (i) deferred or withdrawn by the author, or (ii) rejected or accepted by the community of node operators. Once a BIP makes it to the “accepted,” stage, it cannot be finalized unless miners show 95% support for it.<sup>64</sup> Lastly, once finalized, the node operators

<sup>57</sup> Vitalik Buterin, *DAOs, DACs, DAs and More: An Incomplete Terminology Guide*, ETHEREUM BLOG (May 6, 2014), <https://blog.ethereum.org/2014/05/06/daos-dacs-das-and-more-anincomplete-terminology-guide/>

<sup>58</sup> Max Semenchuk, *What is Distributed Governance?* DGOV BLOG (Oct. 23, 2019), <https://medium.com/dgov/what-is-distributed-governance-3b103eb082c0>.

<sup>59</sup> Brian Curran, *What is Blockchain Governance? Complete Beginner’s Guide*, BLOCKONOMI (Sept. 21, 2018), <https://blockonomi.com/blockchain-governance/>.

<sup>60</sup> A Bitcoin Improvement Proposal (BIP) is a design document for introducing features or information to Bitcoin. The BIP should provide a concise technical specification of the feature and a rationale for the feature. This is the standard way of communicating ideas since Bitcoin has no formal structure. See BITCOIN WIKI (last visited July 24, 2019), [https://en.bitcoin.it/wiki/Bitcoin\\_Improvement\\_Proposals](https://en.bitcoin.it/wiki/Bitcoin_Improvement_Proposals).

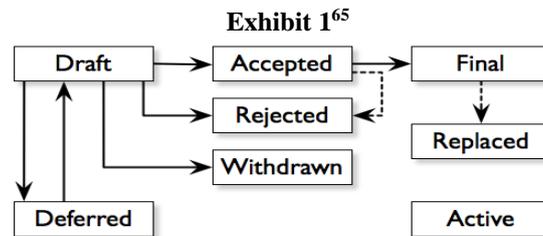
<sup>61</sup> GITHUB, <https://github.com/bitcoin/bips>.

<sup>62</sup> BITCOIN WIKI, *supra* note 60. See BITCOINCORE, <https://bitcoin.org/en/development#spec> for a list of the Bitcoin core developers.

<sup>63</sup> Vladimir Ciobica, *What is a BIP? The Most Famous Bitcoin Improvement Proposals*, COINDOO (Nov. 4, 2018), <https://coindoo.com/what-is-a-bip-the-most-famous-bitcoin-improvement-proposals/>.

<sup>64</sup> In order for a BIP to become accepted and labeled as Final, each of the following conditions must be met: (1) Follows the correct format as specified by BIP-1; (2) Includes code implementations of

must upgrade to the new iteration of the protocol which includes the BIP before the BIP is fully integrated into the Bitcoin blockchain. The chart below describes the process:



The multiple approvals of the core developers, miners and node operators ensure that no one bad actor or group can make changes to the protocol detrimental to the community.

### B. Incentives

*“Show me the incentive, I’ll show you the outcome”*  
*- Charlie Munger.<sup>66</sup>*

While most would agree that network security and scalability are goals of the all public blockchains, precisely defining those terms is difficult and involves tradeoffs for different stakeholders. Thus, proposed changes require human inputs and a means for the stakeholders to determine the “best” solution, i.e., governance.

In the Bitcoin environment, the stakeholders (miners, core developers, and node operators) have vastly different incentives. Miners are incentivized by block rewards to both secure the network and reduce network instability. Many view the miner’s incentive structure as Bitcoin’s most significant innovation, in that it found a clever game-theoretical solution to the classic Byzantine Generals’ Problem, by paying the generals (here, miners) a salary (the block reward) so long as they act honestly, but garnishing that salary if they are caught trying to cheat.<sup>67</sup> Moreover, Bitcoin’s open-source nature “ensures that an organized attack is not very lucrative, by enabling stakeholders to recognize the attack and defect to other chains.”<sup>68</sup>

---

the proposed changes to the protocol; (3) Has 95% support from the last 2,016 miners (~14 days worth of mining with 10 min blocks).

<sup>65</sup> See GITHUB, <https://github.com/bitcoin/bips/blob/master/bip-0001/process.png>.

<sup>66</sup> Charles Thomas Munger is an American investor, businessman and philanthropist. He is vice chairman of Berkshire Hathaway, the conglomerate controlled by Warren Buffett.

<sup>67</sup> Elad Verbin, *Behavioral Crypto-Economics: The Challenge and Promise of Blockchain Incentive Design*, MEDIUM (Mar. 16, 2018), <https://medium.com/berlin-innovation-ventures/behavioral-crypto-economics-6d8befbf2175>.

<sup>68</sup> *Id.*

Bitcoin also incentivizes its developers, but indirectly. Bitcoin developers, unlike other platforms such as Ethereum, do not have a direct financial incentive in the protection and development of the protocol.<sup>69</sup> Instead Bitcoin, as an open-source project, relies on “developers who are most philosophically-aligned with the cypherpunk ethos of Bitcoin, [and] are motivated to work on it on their own free time.”<sup>70</sup> Although Bitcoin developers may not receive direct financial remuneration, they do earn experience and credentials that can be monetized, particularly with the demand for blockchain developers growing exponentially.<sup>71</sup>

Bitcoin node operators are also indirectly incentivized by increases in network utility and the price of bitcoin.<sup>72</sup> The role of a node operators is to “harness the power of everyday computers to run an overlaying security protocol that polices the blockchain. . . . As more nodes enter the system, the more secure the governance layer becomes, increasing efficiencies and fortifying trust.”<sup>73</sup> However, there is no direct benefit to node operators—they do not receive any part of the miners’ block rewards, nor do they receive the credit for improvements made by the core developers. Nevertheless, without their participation, the network would come to a grinding halt.

While miners, core developers, and node operators all have incentives, those incentives are unaligned, which helps to explain why there have been relatively few BIPs implemented (approx. 35),<sup>74</sup> and many have been hotly contested.<sup>75</sup> To be successful, all three parties must achieve a high degree of consensus around any proposal. The lack of consensus is an area in which QV may

---

<sup>69</sup> See SFOX, *Miners, Developers, and Users: The Checks and Balances of Bitcoin*, MEDIUM (Aug. 23, 2018), <https://blog.sfox.com/miners-developers-and-users-the-checks-and-balances-of-bitcoin-d9fb242ce2fe>.

<sup>70</sup> The skills needed to develop improvements or applications for any blockchain include expertise in mechanism design, cryptography, computer science, engineering, behavioral economics and public policy. See Verbin, *supra* note 67; see also Hugo Nguyen, *Bitcoin's Incentive Scheme and the Rational Individual*, MEDIUM (Dec. 24, 2018), <https://medium.com/@hugonguyen/bitcoins-incentive-scheme-and-the-rational-individual-dc20effa4715>.

<sup>71</sup> See Johnny Uzan, *Developer Incentives in Bitcoin and the Freerider Problem*, MEDIUM (July 17, 2018), [https://medium.com/@Johnny\\_Uzan/developer-incentives-in-bitcoin-and-the-freerider-problem-93123a0734bf](https://medium.com/@Johnny_Uzan/developer-incentives-in-bitcoin-and-the-freerider-problem-93123a0734bf).

<sup>72</sup> Node operators did have an incentive structure in the early days of Bitcoin. In April 2013, a Bitnodes Project was launched with a goal of providing incentives to node operators “until 2015 or until 10,000 nodes are running.” Joel Dalais, *Bitnodes Project Issues First Incentives for Node Operators*, BITCOIN MAGAZINE (Mar. 16, 2015), <https://bitcoinmagazine.com/articles/bitnodes-project-issues-first-incentives-node-operators-1426544155/>.

<sup>73</sup> Rob Viglione, *The Benefits of Incentivizing Node Operators in Public Blockchains*, BITCOIN MAGAZINE (May 25, 2018), <https://bitcoinmagazine.com/articles/op-ed-benefits-incentivizing-node-operators-public-blockchains/>.

<sup>74</sup> See GITHUB (June 13, 2019), <https://github.com/bitcoin/bips/blob/master/README.mediawiki>.

<sup>75</sup> See Oscar Williams-Grut & Rob Price, *A Bitcoin Civil War Is Threatening to Tear the Digital Currency in 2—Here's What You Need to Know*, BUSINESS INSIDER (Mar. 26, 2017, 4:55 AM), <https://www.businessinsider.com/bitcoins-hard-fork-bitcoin-unlimited-segregated-witness-explained-2017-3>.

offer an improvement by taking into account the intensity of preferences among the stakeholders.

#### IV. BLOCKCHAIN GOVERNANCE

*How people respond to changes in the code or the “social layer on top of the math” has become increasingly critical for the success of blockchain projects.*<sup>76</sup>

Blockchain governance, as a subset of distributed governance, is the process whereby participants agree on a set of parameters for changing the protocol, resolving disputes, sanctioning rulebreakers and enforcing penalties.<sup>77</sup> Blockchain governance is divided into two camps:

- Off-Chain, in which decision-making takes place first on a social level and is later encoded into the protocol by developers; and
- On-Chain, in which decision-making rules are encoded into the protocol and any decision that is approved is automatically incorporated into the protocol.<sup>78</sup>

Each mechanism shares the same goal: to create a “better” blockchain, but each goes about it in a different way.

Whether blockchain governance is an abstract design problem or an applied social problem is an open question. Some contend that blockchain governance may be “best approached by using governance to set the right incentives for people to solve them.”<sup>79</sup> Others contend that because of “pre-existing constraints on participants’ ability to coordinate to adopt any proposed governance solutions,” blockchain governance is “an applied social problem . . . in the context of [the] existing governance structure, . . . current information and incentives.”<sup>80</sup> Thus, because of “unpredictable and emergent phenomenon . . . it cannot be fully engineered in advance and has to keep the flexibility of unplanned occurrences.”<sup>81</sup>

---

<sup>76</sup> Pool of Stake, *A Short History of Blockchain Governance or How to Deal with Unexpected Conflict*, MEDIUM (May 14, 2018), <https://medium.com/@poolofstake/a-short-history-of-blockchain-governance-or-how-to-deal-with-unexpected-conflict-e727e596d5ed>.

<sup>77</sup> See David Yermack, *Corporate Governance and Blockchains*, REVIEW OF FINANCE (Nov. 28, 2016), [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2700475](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2700475).

<sup>78</sup> See Pool of Stake, *Revisiting the On-Chain Governance vs. Off-Chain Governance Discussion*, MEDIUM (May 22, 2018), <https://medium.com/@poolofstake/revisiting-the-on-chain-governance-vs-off-chain-governance-discussion-f68d8c5c606>; Fred Ehram, *Blockchain Governance: Programming Our Future*, MEDIUM (Nov. 27, 2017), <https://medium.com/@FEhram/blockchain-governance-programming-our-future-c3bfe30f2d74>; *On-Chain Governance*, DISTRICTOX EDUCATION PORTAL, <https://education.district0x.io/general-topics/what-is-governance/on-chain-governance/>.

<sup>79</sup> Ehram, *supra* note 78.

<sup>80</sup> Vlad Zamfir, *Against On-Chain Governance*, MEDIUM (Dec. 1, 2017), [https://medium.com/@Vlad\\_Zamfir/against-on-chain-governance-a4ceacd040ca](https://medium.com/@Vlad_Zamfir/against-on-chain-governance-a4ceacd040ca).

<sup>81</sup> Pool of Stake, *supra* note 78.

### A. Off-Chain Governance Mechanisms

Off-chain governance mirrors the governance structure of most private institutions. In an off-chain structure,

individuals who are trusted by the community come together and form a group, which is responsible for blockchain's governance and well-being. That group is tasked with fixing bugs and security vulnerabilities, adding features and improving scalability, representing the blockchain in public discussions, and maintaining the right balance of power among users, companies, and miners.<sup>82</sup>

While many off-chain governance mechanisms exist, a useful model, as set forth above, is Bitcoin's BIP, if for no other reason than it has existed longer than any other mechanism. Bitcoin's BIP governance has been compared to the system of checks and balances in the U.S. government,<sup>83</sup> whereby the developers, like the U.S. congress, submit proposals (akin to drafting legislation), but others, including the core developers, miners, and node operators (akin, in no particular order, to the executive, the judiciary and the people) play a role in deciding the merit and propriety of those proposals. Ultimately, however, it is the users (akin to voters) who are the ultimate decision-makers, because they can vote with their feet and "revolt and switch protocols or sell their tokens" if they are unhappy with any changes.<sup>84</sup>

One benefit of off-chain governance is informational. "Assuming a responsible and knowledgeable authority is in charge," the decision-makers will have "all relevant information to make informed decisions which serve the community's best interests."<sup>85</sup> Another benefit involves the decrease in the likelihood of errors. "With a higher degree of human involvement and little use of code for decision making purposes," the risk of "code-based and data import mistakes" is reduced.<sup>86</sup>

---

<sup>82</sup> Hasib Qureshi, *Blockchains Should Not Be Democracies*, HACKERNOON (Apr. 23, 2018), <https://hackernoon.com/blockchains-should-not-be-democracies-14379e0e23ad>.

<sup>83</sup> See Brandon Arvanaghi, *Is the U.S. Constitution "Bitcoin in Practice"?*, MEDIUM (Nov. 12, 2018), <https://medium.com/@brandonarvanaghi/is-the-u-s-constitution-bitcoin-in-practice-3fed2d5ab12f>; see also Ryan Selkis, *Bitcoin's Constitutional Crisis and Why I Support the UASF*, MEDIUM (June 21, 2017), <https://medium.com/tbis-weekly-bits/bitcoins-constitutional-crisis-why-i-support-the-uasf-5b0ab325d8b6>.

<sup>84</sup> Pool of Stake, *supra* note 78; Ehrsam, *supra* note 78.

<sup>85</sup> Willem-Jan Smits, *Blockchain Governance: What Is It, What Types Are There and How Does It Work in Practice?*, WATSON LAW (Oct. 24, 2018), <https://watsonlaw.nl/en/blockchain-governance-what-is-it-what-types-are-there-and-how-does-it-work-in-practice/>.

<sup>86</sup> *Id.*

However, any off-chain governance process involves a certain amount of centralization,<sup>87</sup> which is contrary to the ethos of the blockchain.<sup>88</sup> In the last year, many, including U.S. regulators, have identified the centralization of the Bitcoin network as a potential problem.<sup>89</sup>

In addition to centralization, the participants in off-chain governance systems often have asymmetrical incentives. In the BIP process, for example, miners have a direct financial incentive to increase future cumulative transaction fees based, in part, on the block rewards, and their behavior will seek to maximize those fees. Developers, on the other hand, have weak financial incentives, because they do not earn a direct financial reward for BIPs that are implemented.<sup>90</sup> That has led a number of developers to switch to development work on the Ethereum protocol, which provides more clear financial rewards for developers through the Ethereum foundation. Over the long term, that incentive structure could damage the protocol.

### B. On-Chain Governance Mechanisms

On-chain governance is a formal system that determines changes to the protocol on the blockchain itself.<sup>91</sup> Most on-chain voting mechanisms allocate decision-making to holders of native tokens on the blockchain. Those mechanisms are often based on a “one token, one vote” (“1t1v”) mechanism<sup>92</sup> or some derivation thereof, or a “stake-based governance” system whereby, in general, token holders must put some tokens at risk in order to have a role in governance.<sup>93</sup>

---

<sup>87</sup> See Sarah Azouvi et al., *Egalitarian Society or Benevolent Dictatorship: The State of Cryptocurrency Governance*, 22D INT’L CONF. ON FIN. CRYPTOGRAPHY & DATA SECURITY (Mar. 2018), <https://smeiklej.com/files/bitcoin18b.pdf>.

<sup>88</sup> See, e.g., Primavera De Filippi & Benjamin Loveluck, *The Invisible Politics of Bitcoin: Governance of a Decentralised Infrastructure*, 5 INTERNET POLICY REVIEW 1 (2016), available at <https://policyreview.info/articles/analysis/invisible-politics-bitcoin-governance-crisis-decentralised-infrastructure>.

<sup>89</sup> See Candice Greaux, *Media Finally Notices that Bitcoin and Ethereum Are Actually VERY Centralized*, MODERN CONSENSUS (Sept. 5, 2018), <https://modernconsensus.com/cryptocurrencies/bitcoin/bitcoin-ethereum-centralized/>; see also James Wang, *The Bitcoin Centralization Narrative with Yassine Elmandjra*, ARK INVEST (Jan. 27, 2019), <https://ark-invest.com/research/podcast/bitcoin-centralization>; Shiva S., *Why Bitcoin Is Becoming Centralized*, BLOCKONOMICS (Sept. 17, 2018), <https://blog.blockonomics.co/why-bitcoin-is-becoming-centralized-41f62cc15e91>.

<sup>90</sup> Ehram, *supra* note 78.

<sup>91</sup> Richard Red, *What Is On-chain Cryptocurrency Governance? Is it Plutocratic?*, MEDIUM (June 20, 2018), <https://medium.com/@richardred/what-is-on-chain-cryptocurrency-governance-is-it-plutocratic-bfb407ef6f1>.

<sup>92</sup> These 1t1v are loosely-based on 1p1v systems, however, because there is no current viable way to determine identity on the blockchain, 1t1v is broadly regarded as a next-best solution.

<sup>93</sup> Red, *supra* note 91.

In either case, decisions that are approved are automatically encoded into the protocol.

Two blockchains that use on-chain governance mechanisms are Decred and Tezos, and those are described briefly below:

#### **Decred**

Decred describes itself as open, progressive, and self-funding cryptocurrency with a system of community-based governance integrated into its blockchain.<sup>94</sup> In Decred, holders of tokens can time-lock (stake) their tokens in exchange for tickets, that allow ticker holders to participate in governance in two on-chain (and one off-chain), governance mechanisms. The on-chain portion allows votes to (1) approve or reject, with a 75% approval rating, a proposed change to the consensus rules of the protocol, and (2) approve the work of the miners, which will allow the miners to earn their block reward.<sup>95</sup>

#### **Tezos**

Tezos describes itself as a “platform to create smart contracts and build decentralized applications that cannot be censored or shut-down by third parties.”<sup>96</sup> In Tezos, all stakeholders are permitted to participate in governance, and the protocol provides an election cycle that “provides a formal and systematic procedure for stakeholders to reach agreement on proposed protocol amendments.”<sup>97</sup> Tezos also incorporates an explicit improvement mechanism into the blockchain, providing developers with a clear reward framework, and giving token holders the ability to evaluate the merits of a proposal and determine whether the proposal will improve the protocol.<sup>98</sup>

A number of problems with on-chain governance have been identified. A full-throated exploration of those problems is beyond the scope of this article, but some frequently-discussed, and linked, problems are:

- 1) **Plutocracy and Collusion:** A plutocracy is government by the wealthy.<sup>99</sup> In an on-chain system, a plutocracy indicates control by individuals or entities who hold a significant percentage of the tokens, which allows them to collude and act primarily in their own interest, to the detriment of those with fewer resources.<sup>100</sup>
- 2) **Mutability:** One of the most important features of blockchain technologies is the inability to change transactions recorded on what

---

<sup>94</sup> See DECRED DOCUMENTATION, *Introduction to Decred Governance* (2019), <https://docs.decred.org/governance/introduction-to-decred-governance/>.

<sup>95</sup> *Id.*

<sup>96</sup> TEZOS, *Learn More About Tezos* (2019), <https://tezos.com/get-started>.

<sup>97</sup> *Id.*

<sup>98</sup> *Id.*; Pool of Stake, *supra* note 78.

<sup>99</sup> *Plutocracy*, MERRIAM-WEBSTER DICTIONARY (11th ed. 2003).

<sup>100</sup> Qureshi, *supra* note 82.

is supposed to be a permanent ledger. In an on-chain governance system, a vote can be taken to “undo” a transaction or series of transactions, and roll back and edit the history of the ledger.

- 3) Excluded Stakeholders: In many on-chain governance systems, non-token holders are excluded from governance. However, by excluding those voices, their participation in governance becomes “completely unnecessary,” and removes “an important check to balance against the power” of the token holders.<sup>101</sup>

The remainder of this article explores QV and examines whether it may better serve the interests of blockchain protocols.

## V. QUADRATIC VOTING

*“Determining a socially desirable means of making collective decisions is perhaps the oldest and largest open problem in the social sciences.”<sup>102</sup>*

The general concept of QV originated in economic research published in 1977, where it was proposed as a tool to allow for distribution of “the optimal level of continuous public goods under complete information”<sup>103</sup> that would be robust and avoid the fragility of other methods.<sup>104</sup> In 2012, QV was first proposed as a mechanisms to solve binary collective decision-making problems, suggesting it could lead to better decisions.<sup>105</sup> Later, QV research was extended to solve problems involving “defined sets of collective choices.”<sup>106</sup>

QV may offer “a better way to make collective decisions that avoids the tyranny of the majority by allowing people to express how strongly they feel about an issue rather than just whether they are in favor of it or opposed to it.”<sup>107</sup> QV achieves that by allowing voters to express how strongly they believe in a decision by acquiring more votes, thus forcing voters to weigh the cost and benefits of doing so.

---

<sup>101</sup> Zamfir, *supra* note 80.

<sup>102</sup> Posner & Weyl, *supra* note 3.

<sup>103</sup> Lalley & Weyl, *supra* note 4, at 2-3 (citing Theodore Groves & John Ledyard, *Optimal Allocation of Public Goods: A Solution to the “Free Rider” Problem*, 45 *ECONOMETRICA* 783 (1977)). See also Theodore Groves, *Incentives in Teams*, 47 *ECONOMETRICA* 617 (1973); Theodore Groves & John O. Ledyard, *Some Limitations of Demand Revealing Processes*, 29 *PUB. CHOICE* 107 (1977).

<sup>104</sup> For a full exploration of fragility in context see NASSIM NICHOLAS TALEB, *THE BLACK SWAN: THE IMPACT OF THE HIGHLY IMPROBABLE* (Random House 2007); NASSIM NICHOLAS TALEB, *ANTIFRAGILE: THINGS THAT GAIN FROM DISORDER* (Random House 2014).

<sup>105</sup> E. Glen Weyl, *Quadratic Vote Buying* (2013), <http://goo.gl/8YEO73>.

<sup>106</sup> Posner & Weyl, *supra* note 3.

<sup>107</sup> See Eximchain, *What Makes Quadratic Voting an Effective Democratic Voting Mechanism*, *MEDIUM*, (August 17<sup>th</sup>, 2018), <https://medium.com/eximchain/what-makes-quadratic-voting-an-effective-democratic-voting-mechanism-d7a555de8f6b>.

Generally, QV allows voters to acquire as many votes as they wish, by paying the sum of the squares of the number of votes.<sup>108</sup> In some implementations of QV, to avoid the problems inherent in vote buying, the system is designed to allow votes to be purchased from a central authority, with the amount collected from the sale of votes distributed to all voters on a per capita or lottery basis.<sup>109</sup> In others, an artificial currency is used to reduce the power of wealth, and to try to ensure the integrity of the voting process.<sup>110</sup>

Outside of the blockchain governance arena, economic theory suggests QV may lead to greater Pareto efficiency.<sup>111</sup> In research, QV has been shown to achieve not only greater welfare maximization in large populations, but also a more robust mechanism to address concerns such as collusion and voter interest problems.<sup>112</sup> Moreover, the research also suggests that as the population of voters grows, the QV tends to create better outcomes.<sup>113</sup>

As part of Ostrom's work relating to commons governance, she identified the benefits of collective choice arrangements that would allow people who are affected by rules to be able to participate in the modification of those rules at a low cost.<sup>114</sup> Other researchers, in the spirit of Ostrom applied to the blockchain, have observed token-based governance mechanisms like QV have the ability to "readdress latent power relations" in CBPP communities.<sup>115</sup> Examples of CBPP communities include Wikipedia, as well as many open source software platforms, including blockchains, that are decentralized, use shared resources, and often rely on non-money motivations.<sup>116</sup>

QV may enable those CBPP communities to better capture the preferences of stakeholders and reduce the likelihood of tyranny of the majority and rent seeking behaviors by moderating the influence of wealth and power in a

---

<sup>108</sup> Posner & Weyl, *supra* note 3.

<sup>109</sup> Alastair Berg et al., *Crypto Public Choice* (Aug. 30, 2018), available at <https://ssrn.com/abstract=3236025> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3236025>.

<sup>110</sup> See Josiah Ober, *Democracy's Wisdom: An Aristotelian Middle Way for Collective Judgment*, 107 *Am. Pol. Sci. Rev.* 104 (2013); Ben Laurence & Itai Sher, *Ethical Considerations on Quadratic Voting*, 172 *PUB. CHOICE* 195 (2017); Josiah Ober, *Interests/Preferences, Equality/Efficiency. Historical Notes on Quadratic Voting* 1, 9 (April 2016) (unpublished manuscript), available at [https://bfi.uchicago.edu/wp-content/uploads/Ober\\_Historical-notes-on-QV-160321.pdf](https://bfi.uchicago.edu/wp-content/uploads/Ober_Historical-notes-on-QV-160321.pdf).

<sup>111</sup> Berg et al., *supra* note 109.

<sup>112</sup> Lalley & Weyl, *supra* note 4.

<sup>113</sup> Steven P. Lalley & E. Glen Weyl, *Quadratic Voting* (Dec. 2016), available at [https://csap.yale.edu/sites/default/files/files/qrmw\\_gw\\_2-16-17.pdf](https://csap.yale.edu/sites/default/files/files/qrmw_gw_2-16-17.pdf). ("We prove that in any symmetric Bayes-Nash equilibrium of a private values environment where valuations are drawn independently and identically according to any smooth distribution with bounded support, the welfare loss of QV converges as  $N \rightarrow \infty$  to a fraction 0 of potential welfare, at a rate  $1/N$  for generic value distribution parameters (viz. so long as the mean of the value distribution is not equal to 0).")

<sup>114</sup> See Rozas et al., *supra* note 11.

<sup>115</sup> *Id.*

<sup>116</sup> See OPEN ACCESS GOVERNMENT, *Distributed Technologies to Bootstrap the Sharing Economy*, (Dec. 19, 2019), <https://www.openaccessgovernment.org/distributed-technologies-sharing-economy/56010/>.

community. Structured correctly, blockchains employing well-structured QV mechanisms could act as a “‘crypto-leviathan’ enforcing a social contract between inherently selfish and power-seeking individuals.”<sup>117</sup>

QV also has the potential to address problems inherent in traditional blockchain-related voting mechanisms, such as vulnerability to Sybil or sockpuppet attacks. Those attacks attempt to subvert reputation systems in peer-to-peer networks, such as blockchains, by creating pseudonymous identities (“sockpuppets”) to gain influence.<sup>118</sup> In a blockchain-based voting system, a sockpuppet attack may be deployed to fake community support or criticism beyond the actual level of support or criticism in the community. In the real world, the 2016 U.S. Presidential election had elements of a sockpuppet attack, because Russian bots were deployed to inflame passions to influence the election in favor of the eventual winner.<sup>119</sup> In the blockchain context, excessive vote buying from sockpuppet accounts could leave the system vulnerable to manipulation, which could destroy the integrity of the voting process.

At first blush, QV would appear to exacerbate sybil-related vulnerabilities, because wealthy parties could acquire individual votes outside of the QV system, thereby gaming the system by colluding to “overcome the convexity of the quadratic function”<sup>120</sup> by buying votes outside of the QV system at cost versus buying them in the QV system at an exponentially higher price. For example, a wealthy party could collude with others to buy 10 - \$1 votes outside of the QV system for \$10, versus 10 votes inside the QV system for \$385.

However, research suggests that economic and social forces “may impose strong limits on the effectiveness of collusion.”<sup>121</sup> Briefly, those forces are (1) detection of the collusion, which, if broadcast to the population of voters, could provoke a reaction in the rest of the community which would defeat the collusion, and (2) a strong incentive to defect by vote sellers and not vote pursuant to the vote

<sup>117</sup> See Rozas et al., *supra*, note 11 at 134-51.

<sup>118</sup> See John R. Douceur, *The Sybil Attack*, MICROSOFT RESEARCH, available at <https://www.freehaven.net/anonbib/cache/sybil.pdf>; see also Matt Demirbas & Youngwhan Song, *An RRSI-based Scheme for Sybil Attack Detection in Wireless Sensor Networks* 564-570 (2006) (conference paper from Advanced Experimental activities ON WIRELESS networks and systems (EXPONWIRELESS) Workshop (as part of WOWMOM)).

<sup>119</sup> See, e.g., Adam Badawy et al., *Analyzing the Digital Traces of Political Manipulation: The 2016 Russian Interference Twitter Campaign*, 2018 IEEE/ACM International Conference on Advances in Social Networks Analysis and Mining (ASONAM), available at <https://arxiv.org/pdf/1802.04291.pdf>; Max Boot, *Without the Russians, Trump Wouldn't Have Won*, WASH. POST (July 24, 2018); Scott Shane, *The Fake Americans Russia Created to Influence the Election*, N.Y. TIMES (Sept. 7, 2017); Gabe O'Connor, *How Russian Twitter Bots Pumped Out Fake News During The 2016 Election*, NPR (Apr. 3, 2017), <https://www.npr.org/sections/alltechconsidered/2017/04/03/522503844/how-russian-twitter-bots-pumped-out-fake-news-during-the-2016-election>.

<sup>120</sup> See Posner & Weyl, *supra* note 2.

<sup>121</sup> See E. Glen Weyl, *The Robustness of Quadratic Voting*, 172 PUB. CHOICE 75 (2017), available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2571012> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2571012>; Philip Daian, *Vote Buying, On-Chain Governance, and Quadratic Plutocracy*, PHIL DOES SECURITY (June 11, 2018), <https://pdaian.com/blog/vote-buying-on-chain-governance-and-quadratic-plutocracy/>.

buying arrangement.<sup>122</sup> Thus, while there is certainly the possibility of collusion, a robust QV system may be structured with economic incentives to defeat the conspiracy.<sup>123</sup> Moreover, by enabling “the strength of voters’ point of view on a position to be taken into account in the voting process and ensure that the cost of buying many votes is prohibitive,” QV could limit the ability of colluders to disproportionately affect outcomes.<sup>124</sup>

QV has been criticized as a mechanism for collective decisions because its vote buying mechanism, by default, under weighs the interests of the poor “or otherwise budget-constrained.”<sup>125</sup> Thus, a wealthy minority could buy votes and skew the results, which would disintegrate the equity embedded in the democratic process.<sup>126</sup> As a result, unless voter preferences are independent of wealth, QV systems would be less utilitarian than 1p1v systems and overweight the preferences of the wealthy.<sup>127</sup>

Whether wealth is a serious problem is unclear. Some argue that because society rewards the accumulation of wealth “despite the inequality it produces,” there are circumstances in which wealth should not automatically be excluded in collective decisions.<sup>128</sup> The merits of that proposition are beyond the scope of this article. In any case, however, a number of modifications of QV are available to reduce the power of wealth. For example, as noted above, by using an artificial currency distributed to the population of voters, votes could only be bought or sold with the artificial currency, limiting the amount of currency in circulation and thereby limiting the power of wealthy interests to have a disproportionate impact.<sup>129</sup> In addition, QV could be “adopted in conjunction with other reforms that would compensate the less-wealthy for any losses they would incur.”<sup>130</sup> Ultimately, any QV mechanism must be tailored to accomplish the goals of the community it serves, and it will be up to that community to make that determination.

---

<sup>122</sup> See Weyl, *supra* note 121.

<sup>123</sup> See Posner & Weyl, *supra* note 2, at 7.

<sup>124</sup> Eximchain, *supra* note 107.

<sup>125</sup> See Lalley & Weyl, *supra* note 113, at 5.

<sup>126</sup> Ostrom, *supra* note 6.

<sup>127</sup> See Ben Laurence & Itai Sher, *supra* note 110.

<sup>128</sup> See Posner & Weyl, *supra* note 2, at 12.

<sup>129</sup> This idea is based on research by Hylland and Zeckhauser, and later adopted into QV scholarship by Posner and Weyl. See Posner & Weyl, *supra* note 2, at 1,5 (citing Anund Hylland & Richard Zeckhauser, A Mechanism for Selecting Public Goods When Preferences Must Be Elicited, Kennedy School of Government Discussion Paper 70D (1980)).

<sup>130</sup> See Posner & Weyl, *supra* note 2, at 12.

## VI. CONCLUSION

*Where does all of this leave us regarding the practical promise of QV in promoting the public good?*<sup>131</sup>

This article's purpose is to describe QV in the context of blockchain governance, and spur further the research related to the above quote. Vitalik Buterin, the founder of Ethereum, has noted that a QV-based system could "allow (near) optimal provision of a decentralized, self-organizing ecosystem of public goods."<sup>132</sup> But, that potential is still being tested. One area that has special promise, however, is funding decisions.

Many blockchains have foundations or similar organizations that provide incentives for developers to improve the technology. Those foundations "derive their funding from varied sources, but tend to direct those funds and other support to the adoption of their technology, as well as distributed ledger technology in general."<sup>133</sup> However, despite the general goal for improvement, because the foundations are controlled by a relatively small group, they "can also act as powerful interest groups with the ability to derive concentrated benefits in comparison to smaller holders of those tokens."<sup>134</sup>

Without adequate mechanisms in place to limit rent seeking behavior, a concentrated majority will often seek rents through changes in governance to their narrow benefit.<sup>135</sup> A QV mechanism could help limit that power by giving a broader array of stakeholders a vote, yet ensuring that the intensity of preferences is captured by such a vote. To date, the research suggests that such votes, using a QV-based system,<sup>136</sup> will likely be "better."

---

<sup>131</sup> See Posner & Weyl, *supra* note 2, at 20.

<sup>132</sup> See Buterin, *supra* note 30, at 1.

<sup>133</sup> See Berg et al., *supra* note 109, at 16.

<sup>134</sup> Social loss through the use of resources to influence politically or administratively assigned privileged benefit, known as 'rent seeking', is an idea proposed by Gordon Tullock (1922-2014), founder of the public-choice school of economics and of the journal *Public Choice*. In a 2014 study, it was estimated that the annual cost of rent seeking behavior in the U.S. was somewhere between \$1 trillion and \$3.5 trillion dollars, and that represented a deadweight loss to the economy. See Arye L. Hillman & Heinrich W. Ursprung, *Rent Seeking: The idea, the reality, and the Ideological Resistance*, Dept. Econ., Int'l Trade and Dev. Seminar (Oct. 7, 2015). See also Anne O. Krueger, *The Political Economy of the Rent-Seeking Society*, 64 *Am. Econ. Rev.* 291 (1974); Gordon Tullock, *The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies, and Theft*, 5 *Western Econ. J.* 224 (1967). Berg et al., *supra* note 109; MATTHEW DYLAN MITCHELL, *THE PATHOLOGY OF PRIVILEGE: THE ECONOMIC CONSEQUENCES OF GOVERNMENT FAVORITISM* (Mercatus Center at Geo. Mason 2015).

<sup>135</sup> See William J. Baumol, *Entrepreneurship: Productive, Unproductive, and Destructive*, 98 *J. POL. ECON.* 893 (1990).

<sup>136</sup> Lalley & Weyl's results are based primarily on binary votes. Further research is needed on whether the same holds true when multiple issues are up for vote. See Posner & Weyl, *supra* note 2, at 15; Daniel Benjamin et al., *The Relationship Between the Normalized Gradient Addition Mechanism and Quadratic Voting*, 172 *Pub. Choice* 233 (2017), available at <https://doi.org/10.1007/s11127-017-0414-3>.

# Human Trafficking as a Global Issue

Wendy Stickle, Ph.D.  
University of Maryland

Human trafficking takes many forms and can be found on every continent in the world. As momentum grows to curb this violent, inhumane, and immensely profitable crime, significant barriers limit the impact of reduction initiatives. This paper provides a preliminary examination of some of the barriers to ending human trafficking on a global scale. Future research will aim to empirically address each of these barriers but, presently, the barriers will be introduced. These barriers include inconsistent definitions and laws, immigration policies, limitations in data, and transnational criminal entities.

## Definitions and Laws

Although the United Nations (UN) provides extensive guidance on defining human trafficking, it is imperfect. Further, not all countries commit to defining human trafficking in the same way as the UN. Variations in definitions make it difficult to collect data on the prevalence of this crime. Not having a common definition contributes to a lack of accurate information regarding the prevalence of this crime on a global scale. The UN's definition is the best attempt at a global definition. After a description of international law, this section will explore particular definitional issues that go beyond what the law may provide.

### International Laws on Human Trafficking

The UN Convention Against Transnational Organized Crime, adopted in 2000 and entered into force in 2003, signified the seriousness of the issue of international organized crime and provided the groundwork to encourage international collaboration and cooperation (King, 2008; United Nations General Assembly, 2001). The convention provides the main international guidance on how to define, prevent, and prosecute human trafficking through two relevant protocols, the United Nations Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially Women and Children, entered into force in 2003 and the United Nations Protocol Against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, adopted in 2004. These protocols have been coined the Palermo Protocols. States that ratified the convention committed to defining trafficking as a domestic criminal offense, designing frameworks for extradition, cooperating with law enforcement, and promoting training and technical assistance to increase domestic capacity for fighting organized crime (United Nations General Assembly, 2001).

The Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially Women and Children offered the first globally agreed-upon definition of human trafficking and carried the intention of creating comparable definitions within domestic frameworks. This definition implies the absence of human agency in trafficking instances. One cannot choose to be trafficked. Such a specification is important, as it provides a distinction between trafficking and

smuggling (King, 2008). Another central theme of the definition is to specify that trafficking does not require direct force or threat. Simply having no other alternative to compliance is means for labeling a situation human trafficking. Further, the protocol provides guidance on how to protect and assist victims of human trafficking within a human rights framework (United Nations General Assembly, 2001).

The Protocol Against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, adopted in 2004, recognizes the growing issue of smuggling and the high risk for exploitations experienced by those being smuggled (United Nations General Assembly, 2001). The protocol provides a concrete definition of smuggling and encourages states to collaborate to end smuggling and the extreme forms of exploitation often present during the smuggling process. More discussion on the definitions of smuggling and human trafficking are discussed below.

The emergence of international law is a major contributor to reducing definitional issues. By providing a clearer distinction between smuggling and trafficking and acknowledging the trafficking of males as well as forms of trafficking other than sex, these laws have addressed many issues relating to variations in the definition of trafficking (Laczko & Gramegna, 2003). That being said, not all countries use a definition consistent with the protocol, although more and more are. And even when using a consistent definition, challenges can still exist in the minutiae. For example, at what point does a smuggled person become a victim of human trafficking? While the definition of human trafficking and human smuggling may be agreed upon, the gray area between may be disputed. Related, the concept of human agency may be interpreted differently in different cultures. What is considered force? When is it reasonable to assume a person had no alternative options? Legislative specifications can only go so far in defining every possible act, means, and purpose.

### **Additional Factors Causing Confusion in Understanding Human Trafficking**

While definitional issues have been somewhat mitigated with the emergence of international and national laws modeled after the UN's trafficking in persons protocol, additional issues contribute to the confusion surrounding human trafficking. Distinguishing between smuggling and trafficking as well as issues in how we define victims all contribute to the misunderstanding of human trafficking.

**Smuggling** One major source of confusion comes in defining human smuggling versus human trafficking. One purpose of the Palermo protocols, described above, is to distinguish between smuggling and trafficking. The protocols define trafficking as:

. . . the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the

giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation. Exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs. . . . The consent of a victim of trafficking in persons to the intended exploitation . . . shall be irrelevant where any of the means set forth (above) have been used. The recruitment, transportation, transfers . . . of a child for the purpose of exploitation shall be considered “trafficking in persons” even if this does not involve any of the means set forth (above). (Bhabha, 2005)

In contrast, the term smuggling refers to consensual transactions between individuals who want to cross borders and individuals willing to provide means to cross borders without adhering to proper immigration protocols. The smuggling protocol (United Nations, 2000) defines “smuggling of migrants” as “the procurement, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit, of the illegal entry of a person into a State Party of which the person is not a national or a permanent resident” (Napier-Moore, 2011, p. 5).

Those who are smuggled are extremely vulnerable to traffickers. But smuggling on its own is not trafficking. That being said, it can be difficult to tell the difference, especially without in-depth investigation. Further, a case may start out as smuggling and end as trafficking. Laws may not be specific in defining when the appropriate time is to label an act—when the smuggled person departs or at the point of arrival. While the state may prefer assessing the situation from the point of departure, most victim advocates prefer defining the crime from the point of arrival. Their perspective is that intentions and reality are often different. While the smuggled person may have consented to illegally crossing the border, upon arrival, the conditions of the smuggling agreement may have changed. For example, the smuggler may demand more money for release or force the smuggled person into an employment situation he or she did not consent to. The smuggled person may go from criminal to victim status. Further, even at the point of departure, the consensual agreement may be based on fraudulent promises of work, schooling, or other opportunities (Bhabha, 2005).

The possibility of consensual agreements being based on fraudulent promises brings up the issue of human agency. When attempting to define an act as smuggling or trafficking, the decision maker (policy maker?) must assess the line between consent and coercion. Some forms of coercion are clear—kidnapping, blatant lying, and falsehoods. But some forms of coercion are blurrier; for example, if a family has absolutely no money, no means to make money, and no hope for survival in their current situation. If a smuggler comes offering an opportunity for work, schooling, and a generally better life, the family may have no other option than to take the risk

of trusting the smuggler. In a situation such as this, does a policy maker define this as trafficking or smuggling? While the smuggled person consented to crossing the border, what option did they have?

The trafficking in persons protocol includes the following in its definition of coercion—“the abuse of power or of a position of vulnerability.” Thus, if a smuggler takes advantage of his or her position and offers fraudulent opportunities to vulnerable individuals and families living in extreme poverty, is this trafficking or smuggling? There are no laws in place to define these nuances, thus leading to continued confusion and controversy in discriminating between trafficking and smuggling.

**Men and Boys** The UN’s trafficking in persons protocol is formally named the Protocol to Prevent, Suppress, and Punish Trafficking in Persons Especially Women and Children. Such a title nearly eliminates the possibility of male victims. Further, the United State’s (U.S.) federal human trafficking definition has been criticized for its focus on women and children when describing the trafficking issues faced in the United States (Greve, 2014). Section 102 of the law specifically highlights women and children as the primary populations of concern when it comes to trafficking. It states, “At least 700,000 persons annually, primarily women and children, are trafficking within or across international borders. Approximately 50,000 women and children are trafficked in the United States each year” (Trafficking Victims Protection Act, 2000). Moreover, while, it is true that women and children are more likely to be trafficked than men, it is inaccurate to assume that males are only perpetrators of trafficking and cannot be victims. Similarly, it would be false to assume that women are only victims and never traffickers. The point to be made here is that the intense focus on women and children has made the identification of male victims more challenging. First responders and service providers may not be properly trained or have the most accurate tools for identifying and serving male victims. The growing realization that male victims exist may change the way we identify trafficking. Our understanding of the male victim population is still being realized, but with that will come a recalibration of assessment tools and services, which is absolutely needed to meet the unique needs of this population.

## Immigration Policy

Related to the discussion of laws above, is immigration policy. While every country is responsible for implementing their own immigration policies, there is a current trend for countries to prioritize nationalism over globalization. This pressure towards nationalism is being felt, particularly in the U.S., England, and throughout the European Union. Both in the U.S. and across the world, human trafficking occurs. Although most often, the victims experience their victimization in their countries of origin, this is not always the case (UNODC, 2018). Trends indicate that victims from outside their regions of origin are found in wealthier countries such as those in Western and Southern Europe, the Middle East, and North America. In these regions, identified human trafficking victims come from many regions across the world

(UNODC, 2018). To reinforce this point, the UNODC (2018) reported victims in South Asia having 7 different citizenships, while victims in Western and Southern Europe identified from 124 different citizenships. Such numbers support a convincing argument that individuals gravitate towards wealthy countries with more opportunity. Depending on their desperation to escape their countries of origin, they may be willing to take more risk in getting to new countries. Refer to the discussion on smuggling above to understand the link between smuggling (consensual illegal border crossings) and human trafficking.

The International Organization on Migration (IOM, 2018) reinforces this argument. There is an increasing demand for the services of smugglers. This demand comes from desperation for survival. Of the 258 million international migrants reported in 2018, 68.5 million were displaced individuals. This displacement stemmed from persecution, conflict, generalized violence, and/or human rights violations. IOM notes this massive number is double the number of displaced individuals in 1997.

Fifty million migrants hold an irregular status, indicating they are well-intentioned migrants with some sort of undocumented status (IOM, 2018). This status results in limited access to health care, employment, housing, etc. The IOM (2018) notes irregular status is fluid within individuals based on changes in laws and policies. In other words, as immigration policies changes, becoming more or less stringent, migrants access to opportunities and basic needs changes.

As noted by policy analysts (e.g., Avendano and Fanning, 2013; Wood, 2018), so often human trafficking policy and immigration policy are isolated from one another. What the above discussion indicates, is that immigration policy and human trafficking are deeply tied. Immigration policy defines who is labeled as an irregular migrant. Irregular migrations results in an increased vulnerability to trafficking (Wood, 2018). Without access to basic necessities such as housing and employment, exploitation is often inevitable.

Enhanced border security and stricter immigration policies result in the criminalization of migrants, the marginalization of migrants, and limited access to necessities by migrants. The anti-migrant rhetoric that currently spans North America and Europe does little to reduce victimization by human traffickers. In fact, such rhetoric plays directly into the hands of traffickers. Closing borders does not eliminate migrants' efforts to migrate (Avendano and Fanning, 2013). Instead, migrants look to identify alternative ways into more secured countries. Such options may include more remote and dangerous routes and the assistance of coyotes, smugglers, and traffickers. Closing borders also results in barriers to asylum and refugee seekers. Closing borders simply funds the underground businesses of smuggling and trafficking.

Although protections are available for victims of human trafficking, immigration policies must be considered if we want to reduce the supply of victims available to be trafficked. Preventative steps need to be combined with reactive measures to make any meaningful impact on human trafficking.

## Data and Measurement

Issues with data and measurement also play a role in our misunderstanding of human trafficking. As mentioned above, there is no universal definition of human trafficking. The UN comes close, but is not used in every country. What may be considered trafficking in the U.S. may not be so in other countries. A lack of agreed-upon definitions makes collecting data across countries very challenging, and given that human trafficking often results in the crossing of borders, this limitation results in a serious barrier to our

understanding of trafficking in general (Aroma, 2007; Laczko & Gramegna, 2003). Many believe that our ability to accurately measure trafficking is quite possibly our best chance at eliminating it (Weiner & Hala, 2008). More attention must be given to creating regional and country-level definitions that may help us see the trafficking situation more clearly (Aroma, 2007).

In addition to measurement weaknesses, existing data is scarce (Gozdziak & Bump, 2008; Scharztz, 2017). High quality empirical literature on the topic of human trafficking is limited at best. The Institute for Study of International Migration at Georgetown University completed a comprehensive study of all the available literature on human trafficking. Their findings indicated that most of our knowledge on human trafficking comes from intragovernmental reports, NGOs, and the United Nations. Further, the methodological quality of this research is weak. They concluded that our misunderstanding of human trafficking is multilayered and complex. Their findings showed that a lack of high-quality and reliable data results in

. . . limited understanding of the characteristics of victims (including the ability to differentiate between the special needs of adult and child victims, girls and boys, women and men), their life experiences, and their trafficking trajectories; poor understanding of the modus operandi of traffickers and their networks; and lack of evaluation research on the effectiveness of governmental anti-trafficking policies and the efficacy of rescue and restore programs, among other gaps in the current state of knowledge about human trafficking. (Gozdziak & Bump, 2008, p. 4)

The conclusions of Gozdiak and Bump's (2008) research are overwhelming but consistent with the findings of others (Kangaspunta, 2010; Laczko & Gramegna, 2003; Weiner & Hala, 2008). It is challenging to understand something when we may not know what we don't know. Our understanding can only be based on human trafficking cases we have identified. Moreover, we know that underreporting is especially problematic when it comes to human trafficking. Victim identification is particularly difficult, hampered by many factors, including fear of coming forward (due to distrust of government, fear of retribution by the trafficker, and fear of deportation) (Weiner & Hala, 2008).

Further, some victims may not even identify as victims (Neumann, 2015). Take, for example, sex trafficking in the U.S. A common recruitment strategy is for a male trafficker to act as his potential victim's boyfriend. He gains her trust and makes her fall in love with him. He asks her to have sex for money as a favor to him. The girl may not even realize that what is happening is very wrong. Other reasons victims may not identify as victims include financial needs and family pressure.

The challenges to understanding human trafficking are great. While laws have improved, they are by no means complete. Labor trafficking is not well specified. Males are under-acknowledged in laws and service provisions. And the murky distinctions between smuggling and trafficking exist on every continent. But perhaps the most devastating challenge to our understanding of trafficking is a lack of data and valid measurement. Without data to compare trafficking within and across countries, we cannot have an effective counterstrategy (Aroma, 2007; Scharztz, 2017). Efforts must be made to quantify vulnerabilities. The Heritage Foundation has been able to compare the rankings from the United States Trafficking in Persons (TIP) Reports to indices of economic freedom. The results are unsurprising, with

those countries that are the most repressed having the lowest TIP rankings. Understanding economic freedom as well as poverty can hugely aid in driving interventions to reduce trafficking (Schartz, 2017).

The reality is that until we have consistent international definitions and laws, agreed-upon data collection methods, sophisticated data, and comparable statistics on victims, trafficking reports, prosecutions, and convictions, human trafficking will continue to exist, if not flourish. Victims need to feel comfortable coming forward. This means that laws must specify service and visa provisions as well as resources to increase awareness, especially among vulnerable populations. These recommendations will improve our understanding of the magnitude of trafficking as well as the vulnerabilities driving human trafficking domestically and internationally.

## Transitional Criminal Entities

As one may gather, the challenges discussed thus far are not independent of one another. Legal definitions of human trafficking, immigration policy, and data limitations all interact to explain human trafficking in its current form. Fears associated with transnational crime, particularly terrorism, further complicate our understanding and ability to control human trafficking. Immigration policy, arguably, is designed partially in an effort to protect countries from transnational crime. In fact, some may argue that the relationship between terrorism and immigration policy create a tautological conundrum. While there is nearly universal agreement that extreme efforts must be taken to prevent and reduce terrorism, little is understood regarding the link between terrorism and human trafficking.

At the most basic level, human trafficking is a form of transnational crime. Human trafficking links countries and continents through organized crime rings that span multiple countries. However, human trafficking is not a crime that demands an international reaction (although it should). Human trafficking occurs at the expense of individuals. The goal is intrinsic to the offender. The pain and suffering being caused is not the goal of the crime, just a consequence. Other forms of transnational crime, like terrorism, have only the purpose of hurting the masses and making people scared. Terrorism demands international responses as we all can feel its impact. When you really think about it, no one benefits from terrorism except the terrorists. The same can't be said for human trafficking. One might argue the global economy benefits from labor exploitation.

While the global community may not be as negatively impacted by human trafficking, evidence exists to indicate that human trafficking can be linked to terrorism (e.g., Shantz, 2018). Terrorists engage in human trafficking and other forms of organized crime as a tactic and to finance their operations. The UN has been able to directly link instances of human trafficking to terrorist groups in several countries, including Libya, Syria, Timbuktu, and Mali (Huckerby, 2019; Shantz, 2018). Shantz (2018) indicates that human trafficking can give terrorists a strategic advantage through spreading terror and ideology, intimidation and decimation of communities, institutionalization of sexual violence, and as recruitment incentives. Not surprising, trafficking in humans and other commodities offers a steady revenue for terrorist organizations.

As more attention is paid to the link between terrorism and human trafficking, it is becoming apparent that sexual slavery is not the only form of trafficking terrorists engage in. Evidence exists to show that ISIS

has engaged in the trafficking of organs (UN General Assembly, 2016). Boko Haram uses child beggars for fundraising (FATF-APG, 2018). Forced marriages and sexual exploitation have been used by Ansar Dine, Al Qauda, ISIL, and ISIS (Amnesty International, 2015; Gebrekidan, 2016; United Nations Human Rights Council, 2015).

Terrorism, and its link to human trafficking, offers a particularly challenging barrier to reduction initiatives. The UN cites the following as the main challenges:

- Overlap between different phenomena
- Lack of substantial evident and information
- Impunity
- Lack of expertise, capacity, and awareness
- Lack of domestic inter-agency coordination
- Lack of understanding of its significance in generating revenue (Shantz, 2018)

The barrier of terrorism is steep. Without a commitment of resources to better understand this relationship and targeted efforts to curb the revenue created by this exploitation, terrorism will remain a major driver of human trafficking in the Middle East and Africa.

## Conclusions

The United Nations provides a framework for reducing human trafficking on a global scale. The UN's "International Framework for Action", describes this framework and lists specific challenges we face to reduce human trafficking, including insufficient financial resources, limitation in knowledge and research, limitations in capacity building and development, and limitations in monitoring and evaluation (UNODC, 2009). Improvements in any of these areas would certainly reduce the barriers discussed in this paper.

The UN's Framework is informally known as the 4Ps. Enhancing efforts relating to Prevention, Protection, Prosecution, and Partnership will go a long way in bringing down the current barriers to ending human trafficking.

**Prevention.** Prevention is fundamental to anti-trafficking efforts. Prevention efforts include providing general interventions to communities and strategic interventions to high-risk groups to prevent victimization and re-victimization. Prevention efforts may include increasing awareness about the prevalence and nature of trafficking as well as knowledge about the tactics used by traffickers.

**Protection.** Many victims go undetected, and thus unprotected. Protection efforts focus on identifying victims and referring victims to legal, social, and health services that will help them rebuild their lives.

**Prosecution.** Many traffickers are never prosecuted or punished. While nearly every country has some legislation outlawing human trafficking, few have provisions that comprehensively cover all aspects of the Palermo Protocol. Prosecution efforts focus on developing and strengthening legal frameworks to comply with the Palermo protocol, building the capacity of actors at every stage in the criminal justice

system to address human trafficking, and establishing specialized institutions to identify, prosecute, and punish traffickers.

**Partnership.** Lack of coordinated efforts, collaboration, and communication between different groups serves as a primary barrier to combating human trafficking. Partnership refers to the coordination of multiple actors to execute prevention, protection, and prosecution efforts. Partnerships can include collaboration between many groups, including: governments, victim service providers, law enforcement, health care personnel, financial institutions, researchers, and the general public.

Although a general understanding of some of the barriers associated to reducing human trafficking are presented in this paper, our understanding of these barriers are superficial at best. The 4Ps will be critical to solving the issue of human trafficking. But additionally, human trafficking must become a priority among policy makers, economists, academics, and the international community as a whole. Without this combined effort on the part of many, human trafficking will continue and become one of the largest human rights issues of this generation.

## References

- Amnesty International (2015). *'Our job is to shoot, slaughter, and kill': Boko Haram's reign of terror in north-east Nigeria*. Retrieved from <https://www.amnesty.org/download/Documents/AFR4413602015ENGLISH.PDF>.
- Aroma, K. (2007). Trafficking in human beings: Uniform definitions for better measuring and for effective counter-measures. In Savona & Stefanizzi (Eds.), *Measuring human trafficking: Complexities and pitfalls*. New York, NY: Springer. Retrieved from <http://public.eblib.com/choice/publicfullrecord.aspx?p=302152>
- Avendano, A. & Fanning, C. (2013). Immigration policy reform in the United States: Reframing the enforcement discourse to fight human trafficking and promote shared prosperity. *Anti-Trafficking Review*, issue 2, 2013, pp. 97—118, [www.antitraffickingreview.org](http://www.antitraffickingreview.org).
- Bhabha, J. (2005, March 1). Trafficking, smuggling, and human rights [Feature]. Retrieved from <http://www.migrationpolicy.org/article/trafficking-smuggling-and-human-rights>
- FATF - APG (2018), Financial Flows from Human Trafficking, FATF, Paris, France, [www.fatf-gafi.org/publications/methodandtrends/documents/human-trafficking.html](http://www.fatf-gafi.org/publications/methodandtrends/documents/human-trafficking.html)
- Gebrekidan, S. (2016). Special report: Enslaved in Libya: One woman's extraordinary escape from Islamic State. *Reuters Special Report*. Retrieved from <https://www.reuters.com/article/us-europe-migrants-slave-special-report-idUSKCN10T137>.
- Gozdziak, E. M., & Bump, M. N. (2008). *Data and research on human trafficking: Bibliography of research-based literature*. Retrieved from [https://repository.library.georgetown.edu/bitstream/handle/10822/551495/Data\\_research\\_%09trafficking.pdf?sequence=1](https://repository.library.georgetown.edu/bitstream/handle/10822/551495/Data_research_%09trafficking.pdf?sequence=1)
- Greve, A. (2014, September). Human trafficking: What about the men and boys? [Blog post]. Retrieved from <http://humantraffickingcenter.org/men-boys/>
- International Organization for Migration. (2018). *Global migration indicators*. Global Migration Data Analysis Centre. Retrieved from [https://publications.iom.int/system/files/pdf/global\\_migration\\_indicators\\_2018.pdf](https://publications.iom.int/system/files/pdf/global_migration_indicators_2018.pdf).
- Kangaspunta, K. (2010). Measuring the immeasurable. *Criminology and Public Policy*, 9(2), 257–265. doi:10.1111/j.1745-9133.2010.00624.x

- King, L. (2008). International law and human trafficking. *Human Rights and Human Welfare*. Retrieved from <http://www.du.edu/korbel/hrhw/researchdigest/trafficking/InternationalLaw.pdf>
- Laczko, F., & Gramegna, M. A. (2003). Developing better indicators of human trafficking. *Brown Journal of World Affairs*, 10(1), 179.
- Napier-Moore, R. (2011). FAQ2: Smuggling and trafficking intersections. Retrieved from [http://www.gaatw.org/publications/Working\\_Papers\\_Smuggling/FAQ2\\_TraffickingandSmugglingIntersections.pdf](http://www.gaatw.org/publications/Working_Papers_Smuggling/FAQ2_TraffickingandSmugglingIntersections.pdf)
- Neumann, V. (2015). Never mind the metrics: Disrupting human trafficking by other means. *Journal of International Affairs*, 68(2), 39–53.
- Schartz, R. (2017, March). Trafficking in Persons Report: 15 years later. *Harvard Political Review*. Retrieved from <http://harvardpolitics.com/world/trafficking-in-persons-report/>
- Schantz, D. (2018, October). The nexus between human trafficking and terrorism [presentation]. *United Nations Counter Terrorism Committee*. Retrieved from <https://www.un.org/sc/ctc/wp-content/uploads/2018/11/2.-Ms-Delphine-Schantz-CTED.pdf>
- Trafficking Victims Protection Act of 2000, 22 U.S.C. §§ 7101–10 (2000).
- United Nations. (2000). *Protocol against the smuggling of migrants by land, sea and air, supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime*. Retrieved from [https://www.unodc.org/documents/middleeastandnorthafrica/smuggling-migrants/SoM\\_Protocol\\_English.pdf](https://www.unodc.org/documents/middleeastandnorthafrica/smuggling-migrants/SoM_Protocol_English.pdf)
- United Nations General Assembly. (2001, January 8). *United Nations convention against transnational organized crime and the protocols thereto (A/RES/55/25)*. Retrieved from <https://www.unodc.org/unodc/treaties/CTOC/>
- United Nations General Assembly. (2016). *Report of the special rapporteur on trafficking in persons, especially women and children (A/71/303)*. Retrieved from <https://undocs.org/A/71/303>.
- United Nations Human Rights Council. (2016). *Report of the Human Rights Council on its twenty-eighth session*. Retrieved from <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session28/Pages/28RegularSession.aspx>

- United Nations Office on Drugs and Crime. (2009). *International framework for action to implement the trafficking in persons protocol*. Retrieved from [https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Framework for Action TIP.pdf](https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Framework_for_Action_TIP.pdf).
- United Nations Office on Drugs and Crime. (2018). *Global report on trafficking in persons 2018*. Retrieved from [http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GLOTIP\\_2018\\_BOOK\\_web\\_small.pdf](http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GLOTIP_2018_BOOK_web_small.pdf)
- U.S. Department of State. (2019). 2018 Trafficking in Persons Report. Retrieved from <https://www.state.gov/j/tip/rls/tiprpt/>
- Weiner, N. A., & Hala, N. (2008). *Measuring human trafficking: Lessons from New York City* (NCJRS Document No. 224391). Retrieved from <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/224391.pdf>
- Wood, S. (2018). The intersection of human trafficking and immigration [blog]. *Bill of Health*. Retrieved from <http://blog.petrieflom.law.harvard.edu/2018/06/27/the-intersection-of-human-trafficking-and-immigration/>.

**Class Action Lawsuits in the United States:  
Costly Responses to Corporate Governance Limitations**

George Tannous, PhD  
Professor of Finance  
Edwards School of Business  
University of Saskatchewan  
Saskatoon, Saskatchewan, S7N5A7, Canada  
Email: [tannous@edwards.usask.ca](mailto:tannous@edwards.usask.ca)  
phone: 306-966-6695

**Note: This is a preliminary version. Please do not reference or cite without written consent from the author.**

October 31, 2019

## **Class Action Lawsuits: Costly Responses to Corporate Governance Limitations**

### **Abstract**

This study examines the market reactions to the announcements of settlements of securities class action lawsuits. It is proposed that the market over-estimates the damages to shareholders affected by the fraud or misrepresentation. Thus, the future payoffs of lawsuits are overestimated at the onset of the lawsuit. As a result, the market reaction to the announcement of such lawsuits brings about excessive negative abnormal returns that go beyond what is warranted by the lawsuit and future settlement. Due to this over-estimation and subsequent over-reaction, the announcement of the settlement may trigger positive abnormal returns in the stock price of the firm to realign the share price with the true loss from the lawsuit. Furthermore, the news about the conclusion of the lawsuit brings to an end the cash drain resulting from the costs of negotiating the settlement or defending the corporation. The results seem to suggest that, on average, there is a significant positive return following the settlement announcement. In addition, the results show positive abnormal returns leading up to the announcement indicating that the market partially anticipates the settlement. The implications of these results are that class action lawsuits are costly remedies to the failure of corporate governance procedures.

### **1. Introduction**

The subject of class action securities litigation has been the topic of significant debate for years. A class action lawsuit occurs when the corporate governance of a publicly traded company fails and corporate officers are accused of some form of violation of securities laws. Shareholders sue for the damages. In some cases, the process results in a transfer of wealth from existing shareholders to the claimants who no longer hold shares in the company in question. However, this scenario happens rarely as in the majority of cases the claimants, or a large portion of them, who end up beneficiaries from the settlement fund still hold shares in the subject company. For these shareholder-claimants, the payments made to settle the litigation create a net loss because in principle the cash that they will receive due to the settlement would reduce the value of the shares they hold by a larger amount given the costs associated with the litigation process. If the shareholder-claimants are the only beneficiaries from the settlement and there are no costs, the litigation payments made to the remaining shareholders would be a zero-sum game as the reduction in share price would be paid out to the claimant in cash. However, class action lawsuits are subject to high agency costs, legal fees, and administration costs which create significant net losses to continuing shareholders. Many researchers argue that such costs are necessary as class action lawsuits supplement corporate governance to keep the alignment between the interests of management and the

welfare of shareholders (Cheng et al., 2010). Overall, there is an ongoing debate regarding the ways to improve the litigation process to reduce the costs, provide for a fair and appropriate distribution of settlements, and make the process less cumbersome and costly for the corporation and ultimately to shareholders (McGovern, 2010; Eisenberg and Miller, 2010; Perino, 2012; Baker, Perino, and Silver, 2013; Bajaj et al, 2014; Baker, Perino, and Silver, 2015)

This paper conducts an event study to find out whether the settlements of class action lawsuits lead to positive abnormal market reactions in the share prices of the affected companies. Previous studies show that the announcement of initiation of a class action lawsuit leads to negative effects on stock prices (Romano, 1991; Bohn and Choi, 1996; Klock, 2015). The stock price reactions at the time of announcements are indicators of the expected settlement amount and the costs of the litigation to existing shareholders. However, a preliminary study of the literature reveals that no studies consider or account for how the market reacts to the announcement of the settlements (Tannous and Ollis, 2018). The propose of this study is to fill this gap in the literature by finding whether or not the announcement of a lawsuit settlement brings positive abnormal returns to shareholders. Previous studies suggest that the initial estimates of the damages are often inflated and most cases end up settled at a fraction of the estimated damages (Bajaj, Mazmumdar, and Sarin, 2002). Furthermore, the announcement of a settlement indicates freeing some previously written-off value and signals the end of negotiation and defense efforts that are often costly to the corporation.

This study analyzes data collected manually from 37 recently settled securities class action lawsuits.<sup>1</sup> I use the well-established event study methodology to examine stock price reactions to the announcement of settlements. The results from this sample suggest that after the announcement of lawsuit settlements there is a significant positive market reaction. On average, firms saw significant positive returns over the course of a thirty-day window following the settlement announcement. Also, there is a significant positive reaction leading up to the announcement indicating that the market is partially able to anticipate the settlement.

The rest of this paper is planned as follows. Section 2 summarizes the current literature regarding securities class action litigation and the impact of the Private Securities Litigation Reform Act (PSLRA) of 1995. Section 3 discusses the hypothesis. Section 4 summarizes the data used in the study. Section 5 describes the event study methodology. Section 6 summarizes the results and Section 7 concludes.

## **2.0 General Information and Literature Review**

---

<sup>1</sup> The results may not be reliable given the small set of observations. Therefore, work is in progress to expand the data set to at least 100 cases.

The Board of Directors is the ultimate authority over a corporation. The Board of Directors (The Board) is elected by the shareholders to manage the corporation in the best interests of shareholders. The Board delegates its authority to the Chief Executive Officer (CEO) who is responsible for setting and executing the strategic directions of the corporation to maximize the value to shareholders. The Board is expected to monitor the performance of the CEO and management in general to prevent underperformance and to take corrective actions if necessary. When the monitoring efforts of the Board fail, shareholders of large blocks of shares may utilize their voting power to change the Board and pressure the CEO for corrective actions. However, such monitoring and the possible corrective actions that may result may be too late to prevent damages to shareholders. When shareholders suffer damages, litigation is believed to align the incentives of managers with the interests of shareholders. Some authors suggest that a class action lawsuit is a mechanism that reduces the agency problem between managers and shareholders (Cheng et al., 2010).

However, data suggest that the costs of litigations are significant and litigations consume significant time and energy of corporate and litigant lawyers. Table 1 shows the magnitude of the litigation industry and Figure 1 shows the ongoing nature of the problem.

Insert Table 1 About Here

Insert Figure 1 About Here

Romano (1991) is the first comprehensive research on shareholder class action suits. Using the share price reactions to the initiation of 66 shareholder suits from 1966 to 1987, she conclude that significant price reactions (-0.41%) at the initiation of lawsuits can be supported by little evidence.

Firms would bear a heavy burden when facing securities litigation. They waste resources on attorney fees and damage the reputation of the firm and managers. The risk of litigation could come from unexpected large earnings disappointments. Several studies have been done to investigate the relationship between disclosures and litigation risk. Francis, Philbrick, and Schipper (1994) selected 51 firms that disclosed adverse earnings news and were subject to securities class action lawsuits. These firms were from biotech, computer, electronics and retail industries during 1988 -1992. They identified firms that experienced severe (20% or greater) declines in earnings and sales as “at risk”. Among the at-risk firms, there is evidence that early disclosures of adverse earnings news would cause shareholder litigation. In contrast, Lev (1992) and Skinner (1994) both state that disclosing an earnings warning can decrease the possibility of lawsuits.

The intent of the Private Securities Litigation Reform Act (PSLRA) of 1995 is to restrict frivolous securities class action lawsuits, which should decrease firms’ concern about litigation risk. Field, Lowry, and Shu (2005) found little evidence that, after PSLRA, firms became less likely to use

disclosure to deter lawsuits. The authors also concluded that the higher litigation risk firms face, the more likely they disclose early to decrease the risk of being sued.

Derivative lawsuits are lawsuits brought by shareholders in the name of the firm to sue its management. PSLRA limits shareholders' ability to file class action lawsuits but it does not influence derivative lawsuits. Thus, many shareholders turn to derivative lawsuits in the post-PSLRA years. After the adoption of universal demand (UD) laws, Bourveau, Lou, and Wang (2018) observe a significant increase in disclosure that make it more difficult to file derivative lawsuits. More earnings forecasts and voluntary 8-k filings are issued, and the length of management discussion and analysis (MD&A) is increased, especially for the firms facing higher ex ante derivative litigation risk and operating uncertainty.

## 2.1 Securities class actions before the PSLRA

Alexander (1991) attempted to investigate securities class action litigations. She focused on IPOs in computer-related companies during the first half of 1983 and stated that the merits of the cases are not reflected in the outcomes. Bohn and Choi (1996) study class action lawsuits based on all filings during the period 1975 to 1986. They argue that frivolous suits dominate meritorious suits. Through event study, the authors observed a significant stock price drop around a three-day window of the time of filing, which is not related to merit.

## 2.2 Reform to the PSLRA

The aim of PSLRA is to deter plaintiff's attorneys from filing frivolous class action claims since this kind of claims would create unnecessary corporate expenses. In addition, it is widely believed that institutional investors are more effectively monitor for merit-based cases and are less likely to pursue frivolous cases. Thus, the PSLRA was built to help institutional investors to take control of the litigation. However, many law academics criticized the PSLRA for dealing with non-existent problem while creating new obstacles to recovery for fraud. (Klock, 2015).

Congress believed that through PSLRA the agency monitoring costs could be reduced, then institutional investors would more likely to serve as lead plaintiffs. That should ensure only meritorious claims be field. But the current system is facing two challenges: firstly, large institutional investors lack the incentive to seek lead class action; secondly, congress tend to encourage institutional investors with large holdings to participate, however, some courts believed that splitting plaintiffs still holding defendant company stock apart from those no longer holding is a more equitable solution.

Fulop (2007) proposed a proposal to deter frivolous lawsuits. For securities fraud cases, the board pre-commit the transfer of settlement power to the shareholders. Thus, the frivolous cases would be deterred while plaintiffs are still be encouraged to pursue meritorious claims. Silver and Dinkin (2008)

believe that some adjustments could be made to improve the effectiveness in attracting institutional investors to become lead plaintiffs. Auction of larger bonus, for example, 30% of settlement with sole responsibility to negotiate and pay attorney fees, attracts the institutional lead plaintiffs while monitors class counsel.

### 2.3 Securities class action after the PSLRA

Cox and Thomas (2006) found that the lead-plaintiff provision fail in increasing the proportion of provable losses that are recovered in settlement.

Grande and Lewis (2009) investigated two effects: the partial anticipation effect and the filing date effect. The partial anticipation effect refers to shareholder losses capitalized prior to a lawsuit filing date, while the filing date effect means shareholder losses measured on the lawsuit filing date. This research used 605 filings from 1996 to 2003 at the Securities Class Action Clearinghouse Website to analyze shareholder losses around a lawsuit filing date. The authors also studied the relationship between the probability of being sued and lawsuit-related shareholder losses. Because this analysis requires data from Compustat and First Call, the sample size decreases to 377 class action lawsuits. They concluded that the more a firm is likely to face a lawsuit, the larger the partial anticipation effect and the smaller the filing date effect. The story is the same when analyzing the spillover effects within the industry. Within the same industry, when investors believe a firm is going to be sued, a larger reaction is seen in the market before the filing date.

Using data available from the Securities Class Action Alert (SCAA), Bajaj, Caswell, Goel, Mazumdar, and Surana (2014) got a sample including 1,203 federal cases filed and 92 state court filings from 1988 to 1999. From time trends' view, the number of cases filed in federal courts decreased from 1991 to 119 in 1996 following PSLRA; however, the number of filings in state court was stable. The main purpose of this research is to examine the settlements' trend. The authors adopted three ways to measure settlements, the dollar amount of settlement, the settlement relative to damage calculations using the plaintiff style model and the maximum loss in market value of the company stock during the class period. The longer a case takes to settle, the larger mean and median settlement amounts would be, especially during the post-PSLRA period. Through analysing the cases whose most claimants were also the current shareholders, the authors concluded that the victims do not get enough compensation and even be harmed through disproportionate wealth destruction.

Klock, M. (2015) adopted a sample includes the Great Financial Crisis and its ensuing recession, this research found a statistically significant negative abnormal return at the time of filing. In the weeks preceding the filing, the author observes similar negative abnormal returns. This research looked into different claims' impact on stock price, and found that there is a more significant negative correlation between 10(b) claims and share price compare to that of any other type of claim. The purpose of rule

10(b) of the Securities Exchange Act of 1934 is to prohibit any act or omission leading to fraud in purchasing or selling of a security. In addition, the authors believed that the market is somewhat able to distinguish between frivolous and merit-based cases. Since frivolous lawsuits have a less significant price decrease than merit-based suits.

#### 2.4 Institutional investor participation and settlement amounts

The cost of participating includes the costs of monitoring plaintiffs' attorneys, the possibility that they would be subjected to burdensome discovery, the adverse reactions from company management, and the potential for liability to other class members. (Fisch 1997). Institutions might have concerns that if the yield of participation is large enough to cover their cost. (Grundfest & Perino 1996). That indicating the PSLRA wasn't do a good job in overcoming free-rider problems. According to SEC (1997), among 105 cases filed in the first year after the Act (PSLRA), only 8 institutional plaintiffs served as lead plaintiffs. The same story is exhibited in the following years, around 4.8% of the cases filed have union and public funds served as lead plaintiffs in the first three years after passage of the Act. Later, over the years, public pension funds' participation has increased. By 2002, 27.2% of filed cases had public and union pension fund participation. Institutions served as lead plaintiffs in 34.4% of filed cases during 2002 to 2005. (PricewaterhouseCoopers 2006) Post-PSLRA public pension fund participation in securities class actions is greater than it was prior to passage of the Act (Choi et al.2005) There are evidence indicating public pension funds have thresholds to decide whether to participate in class action. For cases they have suffered a multimillion-dollar loss, the funds consider to serve as lead plaintiff. (Cox & Thomas 2006). Choi et al. (2005) pointed that institutions prefer the cases that have obvious indicia of merit. They are more likely to serve as lead plaintiffs when the defendant announced an accounting restatement or SEC investigation before the first class action complaint.

Cox, Thomas, and Bai (2008) examined the effectiveness of the lead plaintiff provision on the PSLRA. Based on 773 class action cases with different types of lead plaintiffs, this paper concluded that the PSLRA's lead provision is effective since around 18% of the selected cases have institutional investors. Perino (2012) took institutional self-selection for potentially larger, more high-profile cases into account and approved that the involvement of institutional lead plaintiffs benefits the results of class action lawsuits with other types of lead plaintiffs. The attorney fee requests and the fee awards are lower that indicates institutional investors' ability to reduce fees. The author concluded that public pensions should continue to serve as lead plaintiffs.

Klausner, Hegland, and Goforth (2013) pointed that most of cases end early in the pleading process because of settlement or dismissal. It is rarely for them to move to second, third or consolidated complaints. For the cases settled earlier, they are more likely to get less settlement amounts compare to

those settled later since small companies tend to settle earlier than large companies. And the cases that settle early tend to settle for a larger fraction of shareholder losses than those that are settled later.

## 2.5 Attorney's fees and fee-setting practices

Successful plaintiff's attorney would not only receive counsel fees, but also be awarded financial incentive. But a principal-agent problem could occur – the attorney's incentives may not be consistent with the shareholders' interest.

Analyzing settlements during 1993 to 2008. Eisenberg and Miller (2010) believed that the size of the settlement had the most significant impact on fee awards. And the cost of class counsel is determined by the hours worked on the case. Perino (2012) claimed that when institutional investors working as lead plaintiffs, both of fee requests and awards become lower. That is because lead plaintiffs could monitor the class counsel.

Baker, Perino, and Silver (2013) investigated the ex-ante fee negotiation of fee awards. Usually potential class counsel and the lead plaintiff would negotiate about ex-ante fee through the class counsel selection process. This study found that the average fee request is 13.2% of the settlement amount with an ex-ante fee. However, without this fee, the fee request would increase to 25.4% of the settlement amount. Baker, Perino, and Silver (2015) expanded on their previous research. Empirical studies indicate that PSLRA has been a success since it reduced agency cost. But the process of how judges set fee and cost awards is a black box, the reader can hardly know whether this success belongs to PSLRA or another fee-setting mechanism. The authors created an original database containing 431 securities class action settlements announced from 2007 to 2012 in the federal district courts. It is rarely mentioned that the statement of the lead plaintiff's fee request is based on an ex-ante fee agreement. Instead, it may be argued that is based on an ex-post evaluation of the fairness of the fee. There are problems within the current practice of ex-post fee setting and this process did not work as the plan of the PLSRA. Because of the lack of understanding of how fees are determined. The authors came up with a proposal to fix the fee determination system.

## 2.6 Distribution of the settlement fund

Usually the last step of class action securities lawsuit is receiving a defined amount of settlement that all the parties agree on and distributing it to eligible beneficiaries. Despite the size of the fund and the losses of eligible beneficiaries are defined, there are other variables that are not known including the number of potential beneficiaries who decide not to participate in the settlement and the number and value of losses eventually claimed. There would be a potential for a "Goldilocks" dilemma – the fund may be too large or too small for the claims, which indicating a mismatch between available funds and funding

needs. The traditional way to solve this match is to use pro-rata when there is a shortage and cypress when there is an excess.

McGovern (2010) tried to improve the efficiencies in current settlement fund distribution system. The focus is to reduce the residual money left in the fund. Considering the mismatch problem between dollars claimed and dollars for distribution, this study provided five ways to improve the efficiency and equitability of distribution. The additional techniques include: surveys to identify excess or insufficient categories of claimants, filters to concentrate on true positive claimants, more user friendly forms to reduce the burden of participation, more selective proration techniques, secondary distributions, and better outreach programs.

Bajaj, Caswell, Goel, Mazumdar, and Surana (2014) stated that the distribution system of settlement funds should link relate economic loss to settlement share. Under the current system, claimants are not responsible to prove their decision of investment was dependent on the misstatement, which make this distribution of settlement arbitrary.

## 2.7 Conclusions from the literature

Through the review of the current literature in the area of class action securities litigations and the PSLRA, the reader can find many common conclusions. The consensus seems to be that the PSLRA has partially improved a highly ineffective system. Research in the area of wealth destruction seems to agree that lawsuits have a significant negative effect on stock prices. It appears from this research that the recoveries of plaintiffs are far outweighed by the losses in stock price, especially when legal fees are deducted from the aggregate settlement amount. Institutional investors have become more active since the PSLRA and have done an effective job of lowering fee awards as well as improving settlement amounts. The research agrees that institutional investors improve the process, although there is some debate about how well the lead plaintiff provision in the act has attracted these sorts of plaintiffs. Further analysis in the area of fee requests and awards uncovered an imperfect system that does not reflect the intention of the PSLRA regarding ex-ante fee negotiation. The process is described as a "black box" with what appear to be very arbitrary fee awards based on ex-post (post-settlement) negotiations. The little research that has been done in the area of settlement fund distribution finds further inefficiencies that do not accurately and fairly compensate claimants based on the intentions of the PSLRA.

## 3.0 Hypothesis

Previous studies considered the market reactions to lawsuit filings. They suggest that announcements of securities class action litigations lead to negative reactions in the market (Romano,

1991; Bohn and Choi, 1996; Klock, 2015). These studies observe that the total drop in value due to the litigation occurs one day following the announcement date. Klock (2015) finds that the stock price of defendant companies suffers losses both before and at the date of the lawsuit announcement. The losses leading up to the announcement date are attributed to the ability of investors and the market to anticipate litigation.

The reduction in share price following litigation announcements may be attributed to the market's expectation that settlements of these lawsuits would bring about large cash losses for the firm. This would ultimately reduce firm value. Bajaj, Mazmumdar, and Sarin (2002) find that the actual settlement amounts are significantly lower than the potential losses to investors. Bajaj, Caswell, Goel, Mazumdar, and Rahul (2014) conduct research to determine the net losses to shareholders. They compared the initial share price reduction at the time of the lawsuit announcement with the amount recovered by investors. Their research concluded that the initial share price reduction was far more significant than the eventual recoveries, meaning that the lawsuit resulted in permanent wealth destruction for litigants who were still shareholders. Much of the discrepancy between share price reduction and the amount of settlement may be associated with attorneys' fees and the cost of litigation.

Generally, the announcement of initiation of a lawsuit raises the expectations that a cash settlement will be paid to the affected shareholders. Therefore, the market reacts negatively as proposed by (Romano, 1991; Bohn and Choi, 1996; Klock, 2015). In the months following the initiation of the lawsuit, the litigants clarify their damages and propose a settlement amount to be considered by the defendants or by the courts if no agreement is reached. Naturally, the litigants will overestimate their losses and the defendant will try to minimize the settlement amount. During the discovery period and the ongoing negotiations or hearings the market formulates its views regarding the final settlement which may be somewhere between the litigants' requested damages and the corporation's proposed settlement amount.

Therefore, the announcement of settlement of a class action lawsuit have two important implications for share price. First, it signals the end of the litigation period. Going forward the corporation will save the cash that was consumed in defending against the lawsuit (the costs of lawyers, courts, and personnel involved in the defense). As a result the market reacts positively to indicate higher value for the corporation as a result of lower administrative costs. Furthermore, the end of the litigation period means that management can now focus on the business of managing the corporation to create value. The expectations are that the firm will perform better in the post settlement period and these expectation lead to higher share prices.

Second, the announcement of a settlement removes the uncertainty regarding the amount that will be paid to affected shareholders. In some cases, the amount of the settlement exceeds the market's

expectation of what the settlement should be. In these cases, the defendant's share price will drop to reflect the additional costs that were not anticipated. In other cases, the amount of the settlement is less than the market's estimate of the settlement. In such cases, the defendant's share price will experience positive abnormal returns to incorporate the value that is released by the announcement. Therefore, the correction in expectations regarding the settlement amount may lead to positive or negative abnormal returns.

Despite the possibility of negative abnormal returns, this study anticipates that on average the market should react positively to the announcement of settlements of class action lawsuits given the cost savings following the announcement. Assuming that the market is equally likely to over- or underestimate the settlement amounts then on average the errors in the estimate should be null while the savings in litigation costs are always positive and significant. Therefore, the market should react positively to correct the heavy discount at the time of the announcement of the litigation.

These arguments lead to the following hypothesis:

Hypothesis 1: Announcement of settlements in securities class action lawsuits have a positive impact on firm value.

If hypothesis 1 is confirmed, it would mean that the stock price of a defendant company should show positive abnormal returns in the days that follow the announcement. The analysis in this paper is designed to examine the direction and size of abnormal returns surrounding the announcement of settlements.

#### **4. The Data**

The research sample started with 55 recently settled securities class action lawsuits where the company continued as a going concern. Of these 55, 43 firms had data observable on the CRSP database but only 37 contained all the necessary data throughout the period of study. These 37 cases formed the initial sample for this study (work is underway to extend this set to approximately 100 cases). Information collected on the 37 settled cases include the date of the initial lawsuit filing, the date the settlement was announced, the proposed settlement amount, and the name of the sued firm. Table 2 presents this information. As the table shows, the average settlement is approximately \$127.98 million and the average number of days for settlement is approximately 1,683 days (4 years, 7 months, and 14 days). The largest settlement was approximately \$1.6 billion.

In addition to the particulars of the case, this study required stock market data on the companies. The data required included daily stock prices for a period that spans 14 months prior to the announcement

date and two months after. This data is available from the CRSP database which is available by virtue of an ongoing subscription.

## **5.0 The methodology**

This research uses the event study methodology, initially developed by Fama, Fisher, Jensen, and Roll (1969), to investigate the market reaction to the announcement of settlements of securities litigations. The validity of the event study methodology was supported by Brown and Warner (1980), who conducted a Monte Carlo simulation to test the ability of the method to correctly identify the presence of abnormal returns surrounding important events. Many researchers confirmed the accuracy and effectiveness of the event study methodology and contributed to its continued acceptance. According to Torchio (2009), event studies have continually been used as evidence in court. In cases involving securities litigation, this method has been used to prove economic loss, loss causation, and artificial inflation. More recently, Klock (2015) used a modified version of the event study methodology to investigate market reactions to class action lawsuit filings. The same model as Klock (2015) is utilized but the objective of this study is different. This study investigates the market reactions to the lawsuit settlements as opposed to lawsuit announcement.

The general concept of an event study is to compare common share performance before and after a specific event of interest. The period of time with which this evaluation is conducted is called the event period. The purpose of such a study is to determine whether a certain event causes a change in the performance being examined. In the case of this research, the purpose is to determine whether the event of settlement announcement results in an increase in firm value and share price of the settling firm.

As the movement of individual share price is often directly related to the return of the overall market, looking simply at share price increases and decreases in their raw form is not appropriate. To account for this, certain firm characteristics must be included to establish a model of normal returns. The normal returns must be subtracted from the actual returns to calculate the abnormal return of the security.

In an event study, particular days are measured relative to the event date, Day 0 (zero). In this study, Day 0 is the day the settlement is announced. Days prior to the event date are labelled with negative and the post announcement days are labelled with positive numbers. As an example, the day which is ten days before the event would be specified as Day -10, and the day which is ten days past the event would be specified as Day +10. This study examines the abnormal returns over days -30 to +30.

Normal returns are derived by using the market model, which accounts for firm-specific risk and the return of the market to calculate the expected return of the security. Mathematically, the market model may be represented as follows: For each settlement involving a company with the necessary data, the normal returns for security  $i$  on day  $t$  are calculated as:

$$E(R_{i,t}) = R_f + \beta_i(R_{m,t} - R_f) + \varepsilon_{i,t} \quad (1)$$

where  $\beta_i$  is the beta of Security  $i$  and it represents the firm-specific risk,  $R_f$  is the risk-free rate determined from the yield of the 90-day treasury bills,  $R_{m,t}$  is the return on the market portfolio during Day  $t$ , normally measured as the return on the Standards & Poors 500 index (S&P 500) as a proxy for the market, and  $\varepsilon_{i,t}$  is a normally distributed random error with mean 0.

Theoretically, the market model implies that on a given day the return of a security  $i$  is determined by the risk-free rate, the return on the market portfolio, and the beta of the security  $i$  plus a random error that will average out to 0 after many occurrences. Beta is considered to be constant over short periods of time and the random error can be ignored as on average it would be 0. Therefore, the observations of the market return and the security return for a significant number of days must be used to estimate the beta of the security. As the estimation period for beta, previous studies seem to agree that at least one year prior to the event period is necessary. For example, Klock (2015) uses data observed over days  $t = -255$  to  $t = -30$ . This study follows a similar approach. The  $\beta_i$  of security  $i$  is estimated by regressing  $R_{i,t}$  on  $R_{m,t}$  for Days  $t = -280, -279, \dots, -31$ .

Once  $\beta_i$  for a Security  $i$  is estimated, the estimated beta is used to calculate the abnormal returns for a given day of the event period as follows:

$$A_{i,t} = R_{i,t} - E(R_{i,t}) = R_{i,t} - R_f - \beta_i(R_{m,t} - R_f) \quad (2)$$

Where  $A_{i,t}$  is the abnormal return for security  $i$  on Day  $t$  ( $t = -30, \dots, +30$ ),  $R_{i,t}$  is the actual return of Security  $i$  on Day  $t$ , and  $E(R_{i,t})$  is the expected return under normal circumstance (in the absence of an event) for Security  $i$  on Day  $t$ ,  $R_f$  is the risk-free rate,  $\beta_i$  is as calculated from Equation (1),  $R_{m,t}$  is the market return on Day  $t$ ,  $t = -30, \dots, +30$ .

In summary, the abnormal return is simply the difference between the actual return and the expected return estimated from the market model.

The abnormal returns of a specific security on a given day are far too volatile to analyze on their own. For this reason, for each day in the event window ( $-30$  to  $+30$ ), all firms in the portfolio are combined to calculate the average abnormal return for that day. When combined into a portfolio, the abnormal returns are considered to be more informative as their distribution can be considered a normal distribution, making it adequate to draw conclusions.

In this study, analysis is conducted on the average daily abnormal returns for every day of the event window, Day  $-30$  to Day  $+30$ . Then, the cumulative average abnormal returns (CAARs) are

examined for 6 different windows, namely (-30, +30), (-30 to -1), (-12, +12), (-1, +1), (0, +12), and (+0, +30) are examined. By accumulating abnormal returns over a window, the market reactions can be observed over a larger period of time and the general trends resulting from the event can be identified.

## 6.0 Empirical Results

This section reports the results of the event study. Table 3 reports the average abnormal returns (AAR) for each day of the event window (-30, +30). The table shows that the AARs are a mixture of positive and negative returns but the days with positive returns outnumber the days with negative returns (39 out of 61 days or 63.93% have positive returns). However, only 9.34% (6/61) of all days in the window have significant positive AARs. These results suggest that information is released frequently during the 60 days surrounding the event day with the positive news outnumbering the negative news. Figure 2 shows the graph of these returns.

Insert Table 3 About Here

Table 4 reports the cumulative average abnormal returns (CAARs) over the (-30, +30) window. The CAARs are positive on Day -13 and the days after suggesting that the positive AARs overcome the negative AARs starting at Day -13 and they continue to dominate until Day +30. Figure 2 shows graphs of the AARs and the CAARs over the window (-30, +30). Figure 2 also indicates that the CAARs start to rise faster after Day 0. Figure 3 is designed to contrast the CAARs over the window (-30, -1) with the CAARs over the window (0, +30). It shows the AARs and the CAARs over the window (0, +30) to focus on the period of the announcement and the 30-days after. The AARs continue to be a mixture of positive and negative returns. However, the CAARs are positive throughout the (0, +30) window and on average the graph of this window has a steeper slope than the graph related to the window (-30, 0). Overall, Figures 2 and 3 confirm that the event signals an increase in the frequency or the magnitude of positive returns or both suggesting that the market receives the news of the announcement as positive.

Insert Table 4 About Here

Insert Figure 2 About Here

Insert Figure 3 About Here

Table 5 reports the frequency of positive returns for every day of the event window (-30, +30). The frequency of positive returns on a given Day  $t$  indicates the number of corporations that experienced positive ARR on Day  $t$  as a percentage of the total number of cases in the study. For example, on Day -1 the frequency of positive ARRs is 35.14%. This means that on Day -1, only 13 companies ( $37 \times 0.3514$ ) had positive average abnormal returns. It is interesting to note that the average frequency of positive AARs before the announcement date is 47.39% while for the period starting with the announcement date

and ending in Day +30 the average frequency is 53.27%. Before the announcement day, the frequency of negative returns is higher than the frequency of positive returns while the opposite is true for the period after the announcement. The difference in frequencies is expected and further indicates the positive implications of the settlement announcements. However, the frequency numbers suggest that for any given day and a given corporation the probability of negative AAR is high. As indicated in the hypothesis section, the announcement of a settlement may lead to a negative adjustment in share price when the settlement amount expected by the market is lower than the amount announced as settlement. The results suggest that the frequency of such situations is not small.

Insert Table 5 About Here

Table 6 shows the cumulative returns for a selected set of windows examined in the study. Over the entire event window (-30, +30), the CAAR is 4.89% and this return is significant at the 1% level. The table shows that most of these returns were accumulated during the time window (0, +30) during which the CARR is 3.82% and the return is significant at the 5% level. This observation confirms the hypothesis that the announcement of settlements of class action lawsuits is a positive development for the defendants. Furthermore, Table 6 indicates that the positive returns during the 30 days post the settlement announcement are accumulated gradually rather than a significant one day jump. For example, the table shows that the CAAR over the window (-1, +1) is positive but insignificant. However, the average abnormal return (AAR) continues to be positive until Day +12 when the CAAR over the window (0, +12) becomes significant at the 1% level. During the other window presented in Table 4, namely (-30, -1) and (-10, +10) the CAARs are positive but insignificant further confirming the positive significance of the announcement of settlements. The CAAR over the window (-10, +10) is large but the dispersion of the returns (standard deviation) is high which reduces the significance of the CAAR. This indicates the high uncertainty preceding the announcement.

Insert Table 6 About Here

It is important to note that these results are adjusted for market movements. The event study methodology tells us that the returns net of the market impact are indicative of a positive adjustment in share price following the announcement of settlements of class action lawsuits.

Several conclusions may be made. First, the settlement of securities class action lawsuits have positive impacts on firm values as shown by the significant positive abnormal return over the period following the announcement. Second, it may be concluded that the positive market reaction happens gradually following the announcement, rather than instantaneously, as no specific day immediately after the event shows a particularly high positive return. Third, the market is able to partially anticipate the settlement in the days leading up to the announcement but the level of uncertainty during these days is high which makes the positive returns insignificant.

## **7.0 Conclusions from the preliminary results**

This study analyzes the market reactions to the settlement of securities class action lawsuits in an effort to better understand the cumulative wealth destruction of such litigations. The preliminary results (the study is still in progress) reveal that firms are likely to experience positive returns both leading up to and following the settlement of such lawsuits. Partial anticipation of the settlement leads to positive returns over the period leading up to the settlement. The announcement of the settlement brings about a gradual, yet significant, positive return for the sued firm's shareholders. Based on these findings, it can be concluded that previous studies that ignored positive returns upon the settlement of securities lawsuits overestimated the net loss to investors. Furthermore, the news of a settlement ends the cash drain resulting from the costs associated with defending against the lawsuit and suggests these costs are significant.

Securities class action lawsuits will continue to be a point of debate. Whether the system truly benefits investors is a question that is yet to be answered. Research has indicated that in a financial sense, the process results in losses to the existing shareholders. The argument in favor of the system is that it complements the corporate governance system because lawsuits serve as a deterrent against securities fraud and protects investors from more significant and damaging misrepresentations in the market. However, the evidence on this view is lacking and it may be argued that the costs of such a governance backup system is very expensive and serves only transient shareholders. Perhaps institutions and significant holders of corporate securities are better off to prevent litigations through enforcing good corporate governance procedures rather than react after the fact to serve as lead plaintiffs. Research is underway attempting to provide some answers.

## References

- Bajaj, M., Caswell, N., Goel, A., Maznumdar, S., & Rahul, S. (2014). Economic Consequences: The Real Costs of U.S. Securities Class Action Litigation. *U.S. Chamber Institute for Legal Reform*.
- Bajaj, M., Mazumdar, S. C., & Sarin, A. (2002). Securities class action settlements. *Santa Clara L. Rev.*, 43, 1001.
- Baker, L. A., Perino, M. A., & Silver, C. (2013). Setting attorneys' fees in securities class actions: an empirical assessment. *Vand. L. Rev.*, 66, 1677.
- Baker, L. A., Perino, M. A., & Silver, C. (2015). Is the Price Right: An Empirical Study of Fee-Setting in Securities Class Actions. *Colum. L. Rev.*, 115, 1371.
- Bourveau, T., Lou, Y., & Wang, R. (2018). Shareholder litigation and corporate disclosure: Evidence from derivative lawsuits. *Journal of Accounting Research*, 56(3), 797-842.
- Brown, S., & Warner, J. (1980). Measuring security price performance. *Journal of Financial Economics*, 8(3), 205-258.
- Cheng, A.; H. Huang; Y. Li; and G. Lobo. (2010), "Institutional Monitoring Through Shareholder Litigation." *Journal of Financial Economics* 95 (2010): 356–83.
- Choi, Stephen J., Jill E. Fisch, & A. C. Pritchard (2005) "Do Institutions Matter? The Impact of the Lead Plaintiff Provision of the Private Securities Litigation Reform Act," 83 *Washington Univ. Law Q.* 869.
- Cox, J. D., & Thomas, R. S. (2006). Does the Plaintiff Matter-An Empirical Analysis of Lead Plaintiffs in Securities Class Actions. *Colum. L. Rev.*, 106, 1587.
- Cox, J. D., Thomas, R. S., & Bai, L. (2008). There Are Plaintiffs and... There Are Plaintiffs: An Empirical Analysis of Securities Class Action Settlements. *Vand. L. Rev.*, 61, 355.
- Eisenberg, T., & Miller, G. P. (2010). Attorney fees and expenses in class action settlements: 1993–2008. *Journal of Empirical Legal Studies*, 7(2), 248-281.
- Fama, E., Fisher, L., Jensen, M., & Roll, R. (1969). The Adjustment of Stock Prices to New Information. *International Economic Review*, 10.
- Field, L., Lowry, M., & Shu, S. (2005). Does disclosure deter or trigger litigation?. *Journal of Accounting and Economics*, 39(3), 487-507.
- Fisch, Jill E. (1997) "Class Action Reform: Lessons from Securities Litigation," 39 *Arizona Law Rev.* 533.— (2002) "Lawyers on the Auction Block," 102 *Columbia Law Rev.* 650.
- Francis, J., Philbrick, D., & Schipper, K. (1994). Shareholder litigation and corporate disclosures. *Journal of accounting research*, 32(2), 137-164.

- Fulop, J. D. (2007). Agency costs and the strike suit: reducing frivolous litigation through empowerment of shareholders. *J. Bus. & Sec. L.*, 7, 213.
- Gande, A., & Lewis, C. M. (2009). Shareholder-initiated class action lawsuits: Shareholder wealth effects and industry spillovers. *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, 44(4), 823-850.
- James Bohn & Stephen Choi, *Fraud in the New-Issues Market: Empirical Evidence on Securities Class Actions*, 144 U. PA. L. REV. 903 (1996).
- Janet Cooper Alexander, *Do the Merits Matter? A Study of Settlements in Securities Class Actions*, 43 STAN. L. REV. 497 (1991).
- Klausner, M., Hegland, J., & Goforth, M. (2013). When Are Securities Class Actions Dismissed, When Do They Settle, and For How Much? An Update. *PLUS Journal*, 26(4).
- Klausner, M., & Hegland, J. (2010). When are securities class actions dismissed, when do they settle, and for how much?. *Plus Journal*, 23(3).
- Klock, M. (2015). Do class action filings affect stock prices? The stock market reaction to securities class actions post PSLRA. *Journal of Business & Securities Law*, 15(2), 109.
- McGovern, F. E. (2009). Distribution of Funds in Class Actions-Claims Administration. *J. Corp. L.*, 35, 123.
- Ollis, Cole, and George Gannous, 2018, *Market Reactions to Settlements of Class Action Securities Lawsuits*. Working Paper, Edwards School of Business, University of Saskatchewan.
- Perino, M., (2012). Institutional activism through litigation: An empirical analysis of public pension fund participation in securities class actions. *Journal of Empirical Legal Studies*, 9(2), 368-392.
- PricewaterhouseCoopers LLP (2006) 2005 Securities Litigation Study.
- Reinganum, J., & Wilde, L. (1986). Settlement, Litigation, and the Allocation of Litigation Costs. *The RAND Journal of Economics*, 17(4), 557.
- Romano, R. (1991). The shareholder suit: Litigation without foundation. *JL Econ. & Org.*, 7, 55.
- Silver, C., & Dinkin, S. (2007). Incentivizing Institutional Investors to Serve as Lead Plaintiffs in Securities Fraud Class Actions. *DePaul L. Rev.*, 57, 471.
- Torchio, F. (2009). Proper Event Study Analysis in Securities Litigation. *The Journal of Corporation Law*, 35(1).

**Table 1: Key statistics on class action lawsuits January 1996 to September 2019**

Total dollar amount of settlements	\$99.5 Billion
Total number of defendants (individual & companies) sued	41,846
Number of filings settled	2,462
Number of filings dismissed	2,403
Number of filings ongoing	567
Sector most frequently sued	Technology
Industry most frequently sued	Biotechnology & Drugs
Exchange of most frequently sued issuers	NASDAQ

**Note:** Data is extracted from the Securities Class Action Clearinghouse, Stanford Law School

**Table 2:** Information related to the sample. The cases are ordered by the settlement date

Obs #	Company Name	Settlement Date	Time to Settlement	Settlement Amount
1	IMAX Corporation	27-Jan-12	5 years 5 months	\$12.00
2	Medtronic Inc.	02-Apr-12	3 years 4 months	\$85.00
3	Citigroup Inc.	27-Aug-12	4 years 4 months	\$25.00
4	Pfizer Inc.	09-Oct-12	8 years 6 months	\$164.00
5	Northwest Pipe Company	23-Oct-12	2 years 11 months	\$12.50
6	Broadwind Energy Inc.	11-Mar-13	2 years 1 month	\$4.00
7	General Electric Company	30-Apr-13	4 years 1 month	\$40.00
8	The Blackstone Group L.P.	29-Aug-13	5 years 4 months	\$85.00
9	Johnson & Johnson	13-Sep-13	3 years	\$23.00
10	American Superconductor Corp.	20-Nov-13	1 year 6 months	\$10.00
11	Ebix Inc.	27-Jan-14	2 years 6 months	\$6.50
12	Monster Beverage Corp.	16-Apr-14	5 years 7 months	\$16.00
13	Anadarko Petroleum Corp.	16-May-14	3 years 11 months	\$12.50
14	American International Group Inc.	04-Aug-14	6 years 3 months	\$960.00
15	Morgan Stanley	08-Sep-14	5 years 9 months	\$95.00
16	Sprint Corp.	30-Mar-15	6 years	\$131.00
17	Celestica Inc.	17-Apr-15	8 years 3 months	\$30.00
18	HP Inc.	09-Jun-15	2 years 7 months	\$100.00
19	CVS Health Corp.	24-Aug-15	5 years 9 months	\$48.00
20	MGM Resorts International	28-Aug-15	6 years	\$75.00
21	Orthofix International N.V.	07-Dec-15	2 years 4 months	\$11.00
22	JPMorgan Chase & Co.	18-Dec-15	2 years 5 months	\$150.00
23	Goldman Sachs Group Inc.	11-Feb-16	5 years 7 months	\$27.00
24	The Medicines Company	19-Feb-16	2 years	\$4.25
25	Barrick Gold Corp.	27-May-16	2 years 11 months	\$140.00
26	Urban Outfitter Inc.	08-Jun-16	2 years 8 months	\$8.50
27	HSBC Holding plc	17-Jun-16	13 years 10 months	\$1,600.00
28	Pfizer Inc.	26-Aug-16	11 years 8 months	\$486.00
29	BP p.l.c.	15-Sep-16	6 years 4 months	\$175.00
30	Altisource Portfolio Solutinos S.A.	08-Feb-17	2 years 5 months	\$32.00
31	L3 Technologies Inc.	22-Feb-17	2 years 6 months	\$34.50
32	KBR Inc.	05-Apr-17	2 years 11 months	\$10.50
33	Rayonier Inc.	12-Apr-17	2 years 5 months	\$73.00
34	JC Penney Company	14-Jun-17	3 years 8 months	\$97.50
35	Genworth Financial Inc.	21-Jun-17	3 years 2 months	\$20.00
36	Ampio Pharmaceuticals Inc.	04-Oct-17	2 years 5 months	\$3.40
37	Arena Pharmaceuticals Inc.	08-Nov-17	8 years 2 months	\$24.00

**Note:** The average number of days to settle is 1,684 days (4 years, 7 months, and 14 days). The average settlement amount is \$130.5716 million

**Table 3:** Average abnormal returns (AARs)

Day	AAR (%)	Day	AAR (%)	Day	AAR (%)
-30	0.70335*	-10	0.07492	11	-0.07805
-29	-0.1682	-9	0.3257	12	0.31697
-28	-0.27264	-8	-0.16982	13	-0.53884
-27	0.03776	-7	0.1667	14	-0.33596
-26	-0.22138	-6	0.22329	15	0.17829
-25	-0.50982	-5	0.49208*	16	0.39402
-24	0.07038	-4	-0.47446	17	-0.22071
-23	-0.26969	-3	-0.28608	18	0.77806*
-22	0.23687	-2	0.02301	19	-0.02771
-21	0.8436*	-1	0.29676	20	0.57653**
-20	0.405	0	-0.017	21	-0.22855
-19	0.08142	1	0.23156	22	0.26081
-18	-0.36152	2	0.51241*	23	-0.07728
-17	-0.58654	3	0.23146	24	0.29981
-16	0.23971	4	0.24032	25	0.11223
-15	0.18147	5	-0.08526	26	0.25382
-14	-0.58564	6	0.2732	27	0.18635
-13	0.30987	7	0.18533	28	0.03954
-12	0.00694	8	-0.21316	29	0.19701
-11	0.25959	9	0.1628	30	-0.00762
		+10	0.22067		

**Notes:**

1. The total number of days with positive average abnormal return (AAR) is 39 out of 61 or 63.93%.
2. \*, \*\*, and \*\*\* denote respectively significance at the 10%, 5%, and 1% levels using a one-tailed t-test. Shaded cells indicate significant positive AARs.

**Table 4:** Cumulative average abnormal returns (CAARs) over the window (-30, t): the CAAR at a given Day t is the CAAR over the Window (-30, t)

Day	CAARs (%)	Day	CAARs (%)	Day	CAARs (%)
-30	0.70335	-10	0.47543	11	2.7369%
-29	0.53516	-9	0.80113	12	3.0539%
-28	0.26251	-8	0.63131	13	2.5150%
-27	0.30027	-7	0.79801	14	2.1791%
-26	0.07889	-6	1.0213	15	2.3574%
-25	-0.43093	-5	1.51337	16	2.7514%
-24	-0.36055	-4	1.03891	17	2.5307%
-23	-0.63024	-3	0.75283	18	3.3087%
-22	-0.39337	-2	0.77584	19	3.2810%
-21	0.45022	-1	1.0726	20	3.8575%
-20	0.85522	0	1.0556%	21	3.6290%
-19	0.93664	1	1.2872%	22	3.8898%
-18	0.57512	2	1.7996%	23	3.8125%
-17	-0.01142	3	2.0310%	24	4.1123%
-16	0.22829	4	2.2713%	25	4.2246%
-15	0.40976	5	2.1861%	26	4.4784%
-14	-0.17588	6	2.4593%	27	4.6647%
-13	0.13399	7	2.6446%	28	4.7043%
-12	0.14093	8	2.4315%	29	4.9013%
-11	0.40052	9	2.5943%	30	4.8937%
		10	2.8149%		

**Table 5:** The frequency of positive abnormal returns on a given day

Day	Frequency (%)	Day	Frequency (%)	Day	Frequency (%)
-30	<b>54.05%</b>	-10	43.24%	11	<b>62.16%</b>
-29	45.95%	-9	<b>56.76%</b>	12	48.65%
-28	45.95%	-8	37.84%	13	45.95%
-27	48.65%	-7	<b>62.16%</b>	14	40.54%
-26	35.14%	-6	<b>56.76%</b>	15	48.65%
-25	21.62%	-5	<b>67.57%</b>	16	<b>64.86%</b>
-24	45.95%	-4	35.14%	17	43.24%
-23	43.24%	-3	43.24%	18	<b>59.46%</b>
-22	<b>51.35%</b>	-2	<b>51.35%</b>	19	<b>64.86%</b>
-21	<b>56.76%</b>	-1	35.14%	20	<b>62.16%</b>
-20	<b>59.46%</b>	0	45.95%	21	48.65%
-19	<b>51.35%</b>	1	<b>59.46%</b>	22	<b>51.35%</b>
-18	32.43%	2	<b>51.35%</b>	23	<b>54.05%</b>
-17	37.84%	3	<b>67.57%</b>	24	<b>54.05%</b>
-16	40.54%	4	48.65%	25	<b>54.05%</b>
-15	<b>64.86%</b>	5	45.95%	26	<b>56.76%</b>
-14	48.65%	6	48.65%	27	<b>59.46%</b>
-13	43.24%	7	<b>62.16%</b>	28	37.84%
-12	45.95%	8	<b>51.35%</b>	29	<b>67.57%</b>
-11	<b>59.46%</b>	9	<b>54.05%</b>	30	40.54%
		10	<b>51.35%</b>		

The frequency of positive returns on Day t indicates the number of corporations that experienced positive returns on Day t as a percentage of total number of corporations in the sample. The average frequency of positive returns during the window (-30, -1) is 47.39% while for the window (0, +30) the average frequency of positive returns is 53.27%.

**Table 6:** Cumulative Abnormal Returns (CAAR)

Period	Window	CAAR (%)	t-Statistic
1	(-30, +30)	4.89365	1.30719*
2	(-30, -1)	1.07260	0.44971
3	(-10, +10)	2.41441	0.89328
4	(-1, +1)	0.51132	0.82632
5	(0, +12)	1.98126	1.30999*
6	(0, +30)	3.82105	1.99576**

**Notes:**

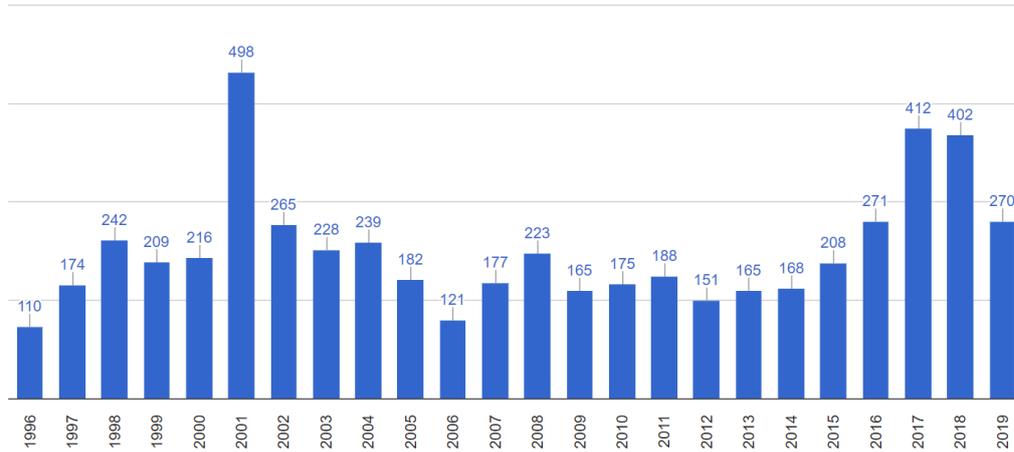
1. \*, \*\*, and \*\*\* denote respectively significance at the 10%, 5%, and 1% levels using a one-tailed t-test.

**Figure 1: Class action lawsuit filings by year, 1996 – September 2019**

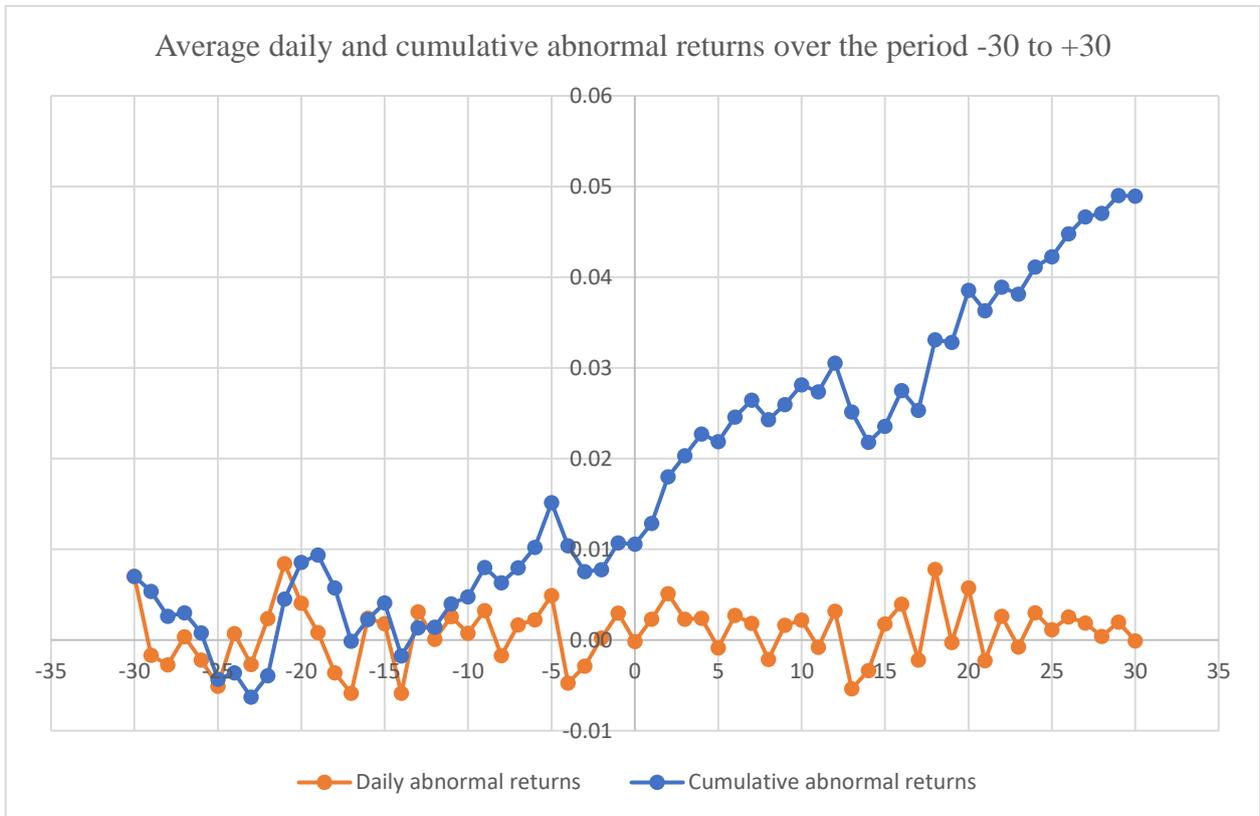
(Source: Securities Class Action Clearinghouse, Stanford Law School)

---

FEDERAL SECURITIES CLASS ACTION LITIGATION 1996 - YTD



**Figure 2:** Average daily and cumulative abnormal returns over the 61-day period surrounding the announcement of the settlements



**Figure 3:** Average daily and cumulative abnormal returns over the 31-day period starting on the day of the announcement of the settlements

