
卷首语

青年与法律

苗连营*

闻悉《法治聊天室》恢复纸质版——青年墨香与渊博法学再次在郑州大学法学院碰撞，我应法聊编辑部之约，在繁忙的工作之余，于《法治聊天室》第74期卷首，敞开心境与诸位同学聊聊关于我们青年法律人的使命与梦想。

《法治聊天室》创刊于2002年，至今已走过了十三年的征程。十三年来，中国法治走过了一段不平凡的值得铭记的岁月。在法治进程的鼓与呼、徘徊和争议、进步与发展中，我们冷静而理性地观察着这个伟大时代所发生的变化和气象，用赤子之心凝视着国计民生，用你我所学澄清着思想迷茫，用公平正义衡量着天地经纬。以“透视学术动态，关注法治进程”为宗旨的法聊，既是同学们交流激辩、张扬青年法学人豪情的园地，也是关注中国问题、透视时代法治命题的平台；既有助于学生法治使命之树立，亦裨益于自由学术氛围之养成。一路走来十三年，法聊承载着郑大法学院青年学子十余年的梦想与沉淀，由此一斑，而窥郑大法学学子之风貌，值得欣慰。

几十年来，乃至溯及百年以前，法治的梦想从未像今天这样如此迫切。浩劫之后，在与人治的争论中，法治获得不可逆转的地位；在学界发起的法治与法制的辨析中，法治理念愈辨愈明；党的十八届四中全会提出全面推进依法治国，法治之于国家前途命运的重大再次被推崇和凸显，法学也因百年变法图强的进程而更显厚重。

法学的厚重，是因为对世俗社会和政治国家方方面面的关注与调节，韩非子有言，“国无常强，无常弱。奉法者强，则国强；奉法者弱，则国弱。故当今之时，能去私曲就公法者，民安而国治；能去私行行公法者，则兵强而敌弱。”无法则国不可长久，民不可长幸。法学的厚重，更是因为正义、民主、自由、秩序的法治理念对民族品性和民族精神的塑造，而法学人理应是法治进程的践行者，青年学子更应知行合一，成为民族性格、时代风气的弄潮者。

当青春的不羁和活力邂逅法学的沉稳与厚重，青春就注定要被烙上法治使命的印记，法学也因你们的加入而变得更有生机和朝气。法学学子的梦想抱负决定了法治进程的高度，法学学子的专业素养决定了法治进程的精度。同学们今天多阅读几本优秀的法学专著，

* 苗连营，郑州大学法学院院长。

用法律思维多思辨当下的时政民生，那么我们的国家、民族和社会的未来走向将多一分法治的保驾护航，多一分法律人的声音和思维。法学学子的未来不是自己一个人的未来，也不仅仅是光耀门楣的家族未来，更应是法律被尊重、被信仰的未来。珍惜学习时光，打下扎实的专业基础，是时代对我们的召唤和要求。

英国诗人拜伦说过：“伟大时代，英雄总不是单枪匹马，他们总是成群结队，呼啸而过，卷起时代风潮。”《法治聊天室》整合起法学院青年学子的学识优势，聚焦于法律理论和实践的热点难点，锤炼出经得起品味和推敲的法言法语，映射着未来法治进程的时代风潮。我对《法治聊天室》一直保持着持续的关注，很多同学的文章可圈可点，其中闪现的思想光芒很多都能够直切热点，直摄人心。

七十多期的努力，十三年的沉淀，数不清的学子争鸣，《法治聊天室》有实力来传承青年人的法律信仰，也有条件在未来更长一段时间里诉说青年与法律的美丽故事。——未来，法治大时代中的某一位法律人，必将会忆起自己在《法治聊天室》中的梦想启航。

以此文，与同学们共勉！

A handwritten signature in black ink, appearing to read '陈倩' (Chen Qian), written in a cursive style.

《法治聊天室》第七十四期

郑州大学法学院

本科生学术期刊

(半年刊)

【创刊 2002 年 12 月】

宗旨: 透视学术动态, 关注法治进程

【顾问】

梁庆亚 苗连营

行政指导: 许晓华 吕广振

学术指导: 郑磊

【编辑部】

主 编: 黄芯蕾

副 主 编: 黄圆胜

责任编辑:

陈 冲 陈鹤翔 陈幼学 高笑真

高 峥 李长春 李 渊 李羿的

李玉婉 王重尧 王 颖 王子娜

尤 洁 姚 璐 袁依婷

文字编辑:

陈明霞 崔秀秀 崔 岩 丁奕涵

邓振伟 郭 平 郭媛媛 李吉慧

李 琪 李 赏 王孟可 王 鑫

王雨葳 于佳序 杨 阳 赵 楠

【关于本刊】

封底题字: 张卫平教授

版面设计: 陈鹤翔

封面设计: 陈 冲

【联系我们】

投稿邮箱:

zzulawschool@126.com

新浪微博: @郑大法聊

微信:

ZZU 法聊 (zzulawschool)

■卷首语

青年与法律…………… 苗连营

■专题聚焦【《立法法》修改之税收法定主义】

从立法法修正案看我国税收法定原则/陈盼盼… 1

《立法法》修改的税收法定评述/高峥……………7

■学术论坛

论刑事侦查阶段对警察权的制约

——以“青海警方跨省抓错人”事件为例/黄娇娇…13

中国违宪审查路在何方/李长春……………19

正义的追问远未结束——以念斌案为视角/童申…31

■案例争鸣

“跨省抓错人”事件背后的问题意识/李明龙… 37

简析“天价诉讼”/朱海涛…………… 45

■师长之言

对话郑磊: 在变革的环境里, 自己成就自己……49

寄语郑州大学法学院的学弟学妹们/焦阳……57

不悔青春, 万一梦想实现了呢/刘竞元……………59

放心去飞, 勇敢的去追——谨以此文送给我的本科

四年和正值青春年少的你们/杜立津……………62

■法律随想

触摸正义——从《十二怒汉》浅谈美国陪审团制度

/尤洁……………65

■后记

■征稿启事

陈盼盼：

从立法法修正案看我国税收法定原则

高崢：

《立法法》修改的税收法定评述

专题聚焦

——《立法法》修改之税收法定主义

从立法法修正案看我国税收法定原则

陈盼盼*

【前言】纵观世界历史，在各国崛起的历程中，税收问题一直占据着举足轻重的地位，我国的历代更迭更是见证了血的教训：一旦苛捐杂税名目繁多，百姓不堪重负，必在捉襟见肘无可忍耐之时发动起义，改朝换代便顺理成章，收拾山河怎一个“轻徭薄赋”了得？英国1215年的《自由大宪章》是“有限权力”精神的彰显，是贵族对国王立法、财政等权力的制约，它的实施推动了英国民主进程的发展。法国第三阶级不服国王的征税决定，创立了三级会议，是催生大革命的导火索。凡此种种，无一例外地证实了税收制度在推动国家发展的过程中的必要性和重要性。税收征收与公民的财产权密切相关，而财产权具有基础性的地位，是一个人得以生存的物质基础，是一个人享有人格尊严和平等地位的前提，也是其行使其他权利的前提和基础。同样，对一个国家而言，社会的发展是因人对财富的追求而促成的。由此可见，税收问题关乎公民权益，关乎国家运转，我国分税制改革的历程就是有力的铁证。

我国于2000年颁布实施《立法法》，时隔十五年，《立法法》迎来了第一次修改，从修改草案的提出到修正案的通过，税收法定原则无疑是其中一大亮点。二审稿中明确提出“税种、纳税人、征税对象、计税依据、税率和税收征收管理等税收基本管理制度只能由法律规定”，令人意想不到的是，三审稿将其进行了简化，只保留了“税种的开征、停征等税收基本管理制度只能由法律规定”。在2015年3月15日对三审稿进行最后表决前，以刘剑文教授为代表的专家学者煞费苦心，力挽狂澜于既倒，通过撰稿、提议等方式奔走呼号，最终使二审稿有关税收法定原则的提议如愿通过。他们对法律的忠诚信仰以及为法律发展保驾护航的使命感，成就了税收法定原则，为建立法治经济、推动民主发展、保障纳税人合法权益作出了重大贡献。

【关键词】税收法定 法律保留 授权立法 法治经济

一、我国税收授权立法的发展

（一）我国税收授权立法的历程

回顾我国税收授权立法的历程，全国人大及其常委会曾对国务院进行了三次特别授权。1984年9月18日，全国人大常委会颁布了《授权国务院改革工商税制发布有关税收条例草

* 陈盼盼，郑州大学法学院宪法与行政法专业2014级研究生。

案试行的决定》，国务院据此于当年发布了《关于经济特区和沿海十四个港口城市减征、免征企业所得税和工商统一税的暂行规定》，并且制定了产品税、增值税、盐税、营业税、资源税、国营企业所得税等 6 个税收条例草案试行等。1985 年 4 月，第六届全国人大第三次会议通过了再次授权国务院，使其在经济体制改革和对外开放方面可以制定暂行的规定或者条例。在该授权的指引下，国务院相继发布了《印花税法暂行条例》、《营业税暂行条例》、《增值税暂行条例》、《消费税暂行条例》、《企业所得税暂行条例》、《资源税暂行条例》、《土地增值税暂行条例》、《契税暂行条例》等 20 多种税的暂行条例或规定。1993 年，全国人大常委会颁布了《关于外商投资企业和外国企业适用增值税、消费税、营业税等税收暂行条例的决定》，审议并通过了国务院关于提请外商投资企业和外国企业适用增值税、消费税、营业税等税收暂行条例的议案，国务院于 1994 年发布了《国务院关于外商投资企业和外国企业适用增值税、消费税、营业税等税收暂行条例有关问题的通知》。

此外，全国人大及其常务委员会还多次对国务院及其财政部门进行法条授权。如 2001 年《税收征收管理法》第三条第一款、第十五条第三款、第九十条规定，国务院可依据法律授权规定“税收的开征、停征以及减税、免税、退税、补税”等内容，还可以规定除从事生产、经营以外的纳税人办理税务登记和扣缴义务人办理扣缴税款登记的范围和办法，以及另行制定耕地占用税、契税、农业税、牧业税征收管理的具体办法。据此，国务院于 2007 年制定了《耕地占用税暂行条例》等税收条例。

1980 年，根据《个人所得税法》第二条第十一项、第四条第十一项、第五条第三项、第六条第二、三款、第十二条的授权规定，国务院财政部门有权确定征收个人所得税的其他所得类型，批准免纳、减征个人所得税，国务院有权规定扣除个人应纳税所得中“对教育事业和其他公益事业捐赠的部分”以及对“在中国境内无住所而在中国境内取得工资、薪金及在中国境内有住所而在中国境外取得工资、薪金所得的纳税义务人”附加减除费用适用的范围和标准，并规定“对储蓄存款利息所得开征、减征、停征个人所得税”的具体办法。据此，国务院于 1999 年发布了《对储蓄存款利息所得征收个人所得税的实施办法》，于 2007 年发布了关于修改《对储蓄存款利息所得征收个人所得税的实施办法》的决定等。

根据 2007 年《企业所得税法》第二十条、第三十五条、第三十六条、第五十七条第二、三款的授权规定，国务院财政、税务主管部门有权规定“应缴纳所得额中收入、扣除的具体范围、标准和资产的税务处理的具体办法”；国务院有权规定企业所得税优惠的具体办法及对“法律设置的发展对外经济合作和技术交流的特定地区内和国务院已规定执行上述地区特殊政策的地区内新设立的国家需要重点扶持的高新技术企业”过渡性税收优惠政策，还可以

根据“国民经济和社会发展的需要或者对企业经营产生重大影响的突发事件”等原因，制定企业所得税专项优惠政策。据此，国务院于2007年相继发布了《国务院关于实施企业所得税过渡优惠政策的通知》、《国务院关于经济特区和上海浦东新区新设立高新技术企业实行过渡性税收优惠的通知》，于2008年发布了《支持汶川地震灾后恢复重建政策措施的意见》，于2009年发布了《国务院关于进一步促进中小企业发展的若干意见》等决定。

三十年税收授权立法的实践证明，税收授权立法毕竟只是权宜之计，当全国人大及其常委会认为授权立法不合时宜或者制定法律的时机成熟时，会通过决定废除原国务院的授权立法或者制定法律对其进行替代。如2009年6月发布的《全国人民代表大会常务委员会关于废止部分法律的决定》废止了1984年的授权法。1993年，国务院根据1985年全国人大授权发布的税收暂行条例将原6个税收条例草案废止。2007年《企业所得税法》颁布后，1993年的《企业所得税暂行条例》被废止。

（二）我国税收授权立法存在的不足

税收问题的重要性不言而喻，其关乎对公民合法私有财产的征收，具有强制性、固定性、无偿性的特征，是国家的征税权的体现，毕竟国家得以运转的最大财力支撑来源于此。面对强大的公权力主体，公民无疑处以弱势，如果行政机关取得税收授权立法，岂不是“自己做自己的法官”，所谓的程序正义如何保障？考虑到社会分工日渐细化以及税收问题的专业化，税收授权立法也存在一定的合理性，但并不排除权力滥用所造成的恶性循环效应。结合上述实践不难发现，我国税收授权立法存在授权范围过宽、授权事项偏政策化的问题。

首先，税收立法是一项重要的立法职能，诸如税种的设立、征税标准等重大总括性的事项，原则上应由立法机关保留，不得授权或委托行政机关。立法机关应当就上述事项作出明确具体的规定，排除不确定概念的适用，既符合正当程序原则，又免除了因概念的不确定性所带来的实践困扰。其次，对于诸如减免征税的范围及标准等事项，因行政机关无论在实践经验方面还是专业素养方面都更具有发言权，可以将此类事项的权限授权或委托给行政机关，更有利于对症下药，提高解决问题的效力。

其次，实践证实了高明的税收政策是推动市场经济发展的一剂良药，但是税收征收的无偿性和强制性特征还是需要法律明确保留的税收事项不在行政机关的裁量范畴之内。因此，虽然旨在以税收政策尤其是优惠政策为契机推动市场经济的繁荣，但过于偏向政策化也会带来过犹不及的后遗症。

二、税收法定原则的内涵和域外规定

（一）税收法定原则的内涵

立法法修正案出台之前，除 3 部税收单行法之外，关于税收原则的规定并不明确。我国《宪法》第 56 条规定：“中华人民共和国公民有依照法律纳税的义务”，该条文仅从公民义务的角度出发，提及纳税义务来源于法律的规定，并未直接体现税收法定原则。《税收征收管理法》第 3 条规定：“税收的开征、停征以及减征、免税、退税、补税，依照法律的规定执行”，原则上只涉及对税收征收的管理与规制等实践行为，不包括税收立法等规范行为。我国原《立法法》第八条规定：“下列事项只能由法律规定……（八）基本经济制度以及财政、税收、海关、金融和外贸的基本制度……”，至于如何界定“税收的基本制度”的内涵和外延，众说纷纭却又莫衷一是，基于不确定概念所带来的困境实乃税法体系的硬伤。税法原则在理论上的纷争尚且无法言说，以其为指引的税收征收实践更是积弊颇多。

我国立法法修正案明确指出“税种、纳税人、征税对象、计税依据、税率和税收征收管理等税收基本制度只能由法律规定”，第一次名正言顺地将税收法定原则上升为税收基本原则，史无前例的突破给法治经济的建设增砖添瓦。从通常意义上来说，税收法定原则之“法”仅指狭义的法律，即由全国人大及其常务委员会制定的立法规范，这也是法律保留原则的体现。所谓税收法定，首先必须强调税收立法合宪，不仅符合宪法明文规定的原则，也要符合基本的宪法精神。其次，税收制度的核心要素如税种的确立、纳税人的范围、税收征收对象、计税依据、征收数额的确定、征收管理规制等事项，应当也必须由法律进行明确规定，这属于绝对的法律保留事项。包括但不限于，法律应对上述核心要素进行详细的、具体的规定，排除不确定概念的适用，避免在实践中引发歧义。

了解了我国大陆地区税收法定原则的内涵，我们横向对比下我国台湾地区及日本就税收法定原则的规定。

（二）税收法定原则的域外借鉴

“我国台湾地区”司法院释字第 217 号指出，“宪法第 19 条规定人民有依法律纳税之义务，系指人民仅依法律所定之纳税主体、税目、税率、纳税方法及纳税期间等项而负纳税之义务。”与日本国宪法用后续条文对依法纳税义务进行明确规定不同，“我国台湾地区”通过司法院大法官会议进行解释并形成判例，由于该解释具有较高的权威和较强的约束力，可视为对税收法定原则的阐述。具体而言，该解释将税收法定原则的适用范围限定纳税主体、

税目、税率、纳税方法及纳税期间等事项。^[1]如果说税收法定原则在我国属于“小荷才露尖尖角”，那么英美法日等国家无疑见证了“早有蜻蜓立上头”的风景。日本国宪法第30条规定：“国民依照法律的规定有纳税的义务。”第84条规定：“新课征租税或改变现行租税，必须根据法律或法律规定的条件。”无独有偶，日本国宪法第30条的规定类似于我国宪法的第56条规定，但不同的是，其第84条的明确规定，宣告了税收法定原则的存在。“新课征租税或改变现行租税”即新型税种的开征、原税种的改变必须根据法律或法律规定的条件，此处的“改变”应作广义的理解，即与该税种原有的规定不一致，包括税率、计税依据、征收数额等内容。依据一个正常的理性人的推理，或者借用“举轻以明重”的逻辑，所谓税收制度的核心要素如税种的确立、纳税人的范围、税收征收对象、计税依据、征收数额的确定、征收管理规制等事项，都应当适用第84条的逻辑。由此，日本国宪法规定了实质意义上的税收法定原则。从反方向即逆推来看待这个问题，“举重以明轻”，除84条的明确规定以及推定的税收法定事项以外，并没有排除就税收的其他事项对行政机关进行授权或委托。

三、我国税收法定原则的不足与完善

我国立法法修正案中明确规定：“税种、纳税人、征税对象、计税依据、税率和税收征收管理等税收基本管理制度只能由法律规定”，那么在什么样的情况下以何种方式开征一个新税种？随着社会的发展，纳税人、征税对象的定义和范畴是否也应当与时俱进？在应对对企业经营产生重大影响的突发事件时，计税依据、税率和税收征收管理规定如何进行调整？作为“管法的法”，立法法应对此作出明细的规定，唯如此，才符合税收法定原则的完整涵义。

税收法定原则并不当然排除全国人大及其常务委员会就税收基本要素之外的事项对国务院等行政机关进行授权立法。吸取我国授权立法的经验和教训，基于税收问题的特殊性，对税收授权立法问题要进行更加严格的规定。首先，授权立法必须合宪合法；其次，应明确规定授权立法事项，如授权立法的目的、范围、内容、期限、方式、程序、监督形式等。再次，被授权机关相对于立法机关而言，对于税收授权立法事项仅起到补充、完善的辅助作用，不得“喧宾夺主”超越授权范围，以被授权之名行立法之实。

[1] 参见《大法官会议解释专编》，台北三民书局2005年版，第99页。

税收问题一直是古今中外各国发展的题中之义，虽说发展历程各具特色，但殊途同归，都在为寻求法治经济的发展、立足世界民族之林进行探索，处于改革攻坚克难关键期的我国更是如此。税收法定原则在此次立法法修改中尘埃落定，所谓“定”，更多的是指外在的形式和头衔，而实质意义上的“法定”之后的机制衔接与解释适用问题才是最让人期待的！

（责任编辑：黄圆胜；文字编辑：李赏）

《立法法》修改的税收法定评述

高 崢*

第十二届全国人民代表大会第三次会议通过关于修改立法法的决定。修改后的《立法法》第8条规定：下列事项只能制定法律：“下列事项只能制定法律……(六)税种的设立、税率的确定和税收征收管理等税收基本制度……。”^[1]而原来的《立法法》规定：“下列事项只能制定法律：基本经济制度以及财政、税收、海关、金融和外贸的基本制度。”与原有《立法法》相比，可以看出，我国在税收法定上迈出了制度建设极为关键的一步，从宪法上而言具有极大的意义。

一、税收法定的宪法起源

探寻税收法定原则，必须了解税收法定原则的历史起源以公民财产权的保护与对于政府滥用税收立法权的限制。及其对于税收法定起源于英国，在1215年《大宪章》就有体现。1215年《大宪章》第12条规定：“除下列三项税金外，设无全国公意许可，将不征收任何免役税与贡金。即赎回余等身体时之赎金（指被俘时）。策封余等之长子为武士时之费用。余等之长女出嫁时之费用一一但以一次为限。且为此三项目的征收之贡金亦务求适当。关于伦敦城之贡金，按同样规定办理。”《大宪章》第14条规定：“凡在上述征收范围之外，余等如欲征收贡金与免役税，应用加盖印信之诏书致送各大主教、住持、伯爵与男爵指明时间与地点召集会议，以期获得全国公意。此项诏书之送达，至少应在开会以前四十日。此外，余等仍应通过执行吏与管家吏普遍召集凡直接领有余等之土地者。召集之缘由应于诏书内载明。召集之后，前项事件应在指定日期依出席者之公意进行，不以缺席人数阻延之。”由此可见：当时相当一部分的税赋征收都需要“全国公意”的许可，可谓税收法定的源头。

洛克在《政府论》也有关于税收法定论述。“诚然，政府没有巨大的经费就不能维持，凡享受保护的人都应该从他的产业中支出他的一份来维持政府。但是这仍需要得到他自己的同意，即由他们自己或他们所选出的代表所表示的大多数人的同意。”“如果任何人凭着自己的权势，主张向人民征课税负而无需经过人民的同意，他就侵犯了有关财产权的基本规定，破坏了政府的目的。”^[2]这从社会契约的角度

* 高崢，郑州大学法学院2013级本科生。

[1] 参见2015年《立法法》。

[2] 洛克：《政府论》（下），叶启芳、翟菊农译，商务印书馆1964版，第88页。

论述了税收法定的逻辑起点，也成为税收法律制定权立法机关保留的理论来源之一。只有经过人民的同意，才能向人民课税。这在后来演变成为：只有经过民意的代表机关——议会的同意，并通过议会制定税收法律，才能施行。

二、各国税收法定的宪法实践

英国《大宪章》后，英国 1627 年《权利请愿书》明确规定，不宜强迫任何人征收或者缴付任何租税或者任何其他负担，从而在早期的不成文宪法中确立了税收法定主义。英国 1689 年《权利法案》第 4 条规定：“凡未经国会准许，借口国王特权，为国王而征收，或供国王使用而征收金钱，超出国会准许之时为限，自此，税收法定作为宪法原则之一被反复确认。多注重在其宪法中有关财税制度的部分，或是在有关国家机构、权利分配、公民权利和义务的分配的规定中，对税收法定予以明确规定。如美国、法国、德国。明确了任何征税权主体不能超越法定范围。

在各国税收法定的宪法实践中，有学者提出了税收法定的几种模式：主要有义务模式、原则模式、混合模式三种。^[3]义务模式是指在宪法中仅仅规定公民在纳税中的义务；原则模式是指在宪法中仅仅对税收应该遵循的基本原则和基本制度进行规定；混合模式指既规定公民纳税的义务，又对税收的设定、税收原则作了规定。义务模式仅仅注重国家征税权的行使而忽视对公民财产权的保护；原则模式对国家税收征收的方法原则做了原则性规定；而混合模式注重政府征税权和公民财产权之间的平衡。

此次我国《立法法》修改，可以看出我国关于税收法定的立法模式正在由义务模式逐步转向混合模式。部分征税权回归立法机关，政府的征税权被进一步限制。

三、税收法定的内容

税收法授权定原则有学者认为税收法定主义包括课税要素法定原则、课税要素明确原则和依法稽征原则。^[4]

一、课税要素法定原则，是指：纳税主体、征税客体、税率、税种、税目、减税免税、税收期限、违法处理等等要素法定。^[5]学界认为，税收法律必须并且只能由议

[3] 刘国：《税收法定主义的宪法阐释》，载《法学论坛》，2014 年第 4 期。

[4] 张守文：《论税收法定主义》，载《法学研究》2006 年第 6 期。

[5] 李昌麒主编：《经济法学》，法律出版社，2008 年 10 月第 2 版，第 432 页。

会在法律中规定，除非它愿意授权给其他机关，任何主体不得与其分享权力。但是原有的我国宪法性规范仅仅规定公民有纳税的义务，而 2000 年《立法法》^[6]没有规定确立征税要素的机关，同时对于行政机关并没有授权税收方面的立法。但是这客观上给了政府在征税上极大的自由裁量权，政府制定税收方面的行政规章并没有客观的标准，就有了极大征税权，这对于保护公民财产权，协调政府征税权与公民的财产权的关系不利。此次《立法法》修改，将课税要素的相当一部分收归立法机关，对于防止行政机关征税权过度膨胀，出现越权行为，具有重大意义。此前、国家税务总局为协调各部门、行业、主体的利益发出了各类与征税相关的通知。在《立法法》修改后，这类乱象有望在法律上得到彻底解决。人大国务院下财政部拥有课税要素确定之立法权，政府仅仅有根据人大制定的课税要素发布具体实施细则的权力。

二、课税要素明确。是指课税要素与相关程序不仅要由法律作出相关规定，而且必须明确，避免出现歧义。其次《立法法》修改过后，税收要素明确，同时拥有兜底性条款，也在一定程度上保留了行政机关对于税收法律的解释权。但是这种解释不是无限制的，它需要受到税收法律立法宗旨的限制，否则政府征税权会被滥用。

三、依法稽征原则。税收机关必须严格依照法律的规定征税。没有法律依据，税收机关不得擅自增减税种、调整税率、扩大或者缩小征税范围。《立法法》修改后，税收立法权与税收征收权的分离向前迈进了了一大步，要素明确原则与依法稽征原则紧密结合。“任何人不得做自己的法官。”税务机关也不能既拥有税收规则制定的权力，又拥有税收征收执行的权力，否则会造成权力“寻租”，产生高度腐败。此次《立法法》将税收要素明确，无疑给了税收机关明确但严格的征税依据。这有利于税收机关依法行使征税权的同时，限制税务机关不正当的自由裁量。

四、我国税收立法现状

我国基本的税收法律由全国人大及其常委会制定。但是现实情况除了全国人大及其常务委员会制定的基本税收法律外，还存在大量的行政立法。即包括全国人大的授权立法。主要包括：

税收行政法规。一方面包括国务院为实施国家立法机关颁布的法律而制定的实施细则、实施条例，例如《中华人民共和国个人所得税法实施细则》。同时包括国务院

[6] 参见 2000 年《立法法》。

在国家立法机关没有制定法律的情况下进行的创制性立法，例如《中华人民共和国进出口关税条例》。

税收行政规章。首先包括部门规章：主要是财政部和国家税务总局等部门为执行国务院颁布的税收行政法规而制定的。还包括地方政府规章，主要是省级人民政府等地方政府为贯彻中央税法而制定的相关实施细则或实施办法。

税收行政规定。指的是没有行政法规、行政规章制定权的行政机关制定的税收规范性文件。例如：《税务行政复议规则》。^[7]

这些行政法规存在许多问题：多数存在在没有授权立法的情况下国务院擅自立法的情况，同时可能违反《关于授权国务院改革工商税制发布有关税收条例草案试行的决定》。同时复杂的行政立法容易导致法律、法规之间的冲突，导致法律适用的困难。

五、税收法定完善的宪法意义

在我国，税收是国家为了实现其职能，凭借政治权力，按照法律预先设立的标准，强制地、无偿地征收货币或实物的一种经济活动，是国家参与社会产品的和国民收入分配和再分配的重要手段，也是国家管理经济的一个重要调解杠杆。^[8]可见税收具有鲜明的强制性、无偿性，并且以国家权力为后盾。

在我国，宪法作为根本大法，必须要为征税行为提供合法基础。《宪法》需要在处理国家征税权与公民财产权之间的关系上为税法提供抽象性指导。税收法定主义一方面为保障国家收入提供法律依据，另一方面则是对征税权的限制和对公民财产权的保障。因此，税收法定主义是对征税者和纳税者关系的准确表述和明确界定。^[9]我国《宪法》明确规定：“公民有依法纳税的义务。”2000 年《立法法》也明确规定：“下列事项只能制定法律：基本经济制度以及财政、税收、海关、金融和外贸的基本制度。”但是我国原有的宪法性规范并没有涉及税收要素的问题。从税收法定的角度来看，我国的宪法性规范还不够完善，给了政府在税收方面权利膨胀和滥用的可能性。

[7] 袁明胜：《我国税收行政立法权的合法性危机及其出路》，载《法商研究》2010 年第 01 期。

[8] 李昌麒主编：《经济法学》，法律出版社，2008 年 10 月第 2 版，第 432 页。

[9] 刘国：《税收法定主义的宪法阐释》，载《法学论坛》，2014 年第 4 期。

因为政府可以通过制定行政法规来修改以上所列的行政要素。而本次《立法法》修改将税收要素法定化，无疑课税要素法定原则、课税要素明确原则和依法稽征原则。从而一定程度上限制了政府征税权，同时也从宪法性规范的高度保障了公民财产权。

意义不仅仅限于此。此后复杂的税收立法层级将不复存在。税收立法权收归人大后，意味着税收不能再由政府制定行政法规制定。税收法律之间的冲突将更少。这无疑有利于未来税收征收的明确化，督促税收征收机关合法行使征税权。

实现我国国家征税权与公民财产权的平衡，需要宪法性规范对于税法税收法定的明确规定，它同时依赖于课税要素法定原则、课税要素明确原则和依法稽征原则，依赖于税收立法权与税收征收权的分离。只有税收权力法定、分工有效、互相制约，才能真正从根本上保护公民在税收征收过程中的财产权。

（责任编辑：李长春；文字编辑：丁奕涵）

黄娇娇：

论刑事侦查阶段对警察权的制约

——以“青海警方跨省抓错人”事件为例

李长春：

中国违宪审查路在何方

童申：

正义的追问远未结束

——以念斌案为视角

学术论坛

论刑事侦查阶段对警察权的制约

——以“青海警方跨省抓错人”事件为例

黄娇娇*

【摘要】青海警方跨省抓错人事件引起了社会公众对近些年频发的类似“乌龙”的关注，看似偶然的事件背后往往存在着事件发生的必然性。透过这些本该避免的差错，我们应该注意到当今仍然普遍存在的公安机关在刑事侦查阶段中有罪推定、宁枉勿纵的思想、对公民人身权利的漠视和严格依法办案的缺失。为了避免侦查阶段诸如对刘丽的错误逮捕，对赵作海的刑讯逼供等类似事件的再次重演，我们亟需重新思考对刑事警察权进行制约的必要性并对现今侦查阶段警察权的制约机制做出反思。

【关键词】警察权 公民权 刑事侦查活动

备受关注的青海警方跨省抓错人事件于2015年3月27日在西宁市中级人民法院做出终审判决，责任民警张军治从一审的无罪判决到二审以玩忽职守罪判处一年有期徒刑，这着实给了受害人及其家属以莫大的宽慰。然而“幸运”如本案受害人的并不多，纵观近几年频繁发生的侦查活动中侵权行为，我们不禁对警察权的行使，对警察权的制约机制感到深深的担忧。

一、对刑事侦查阶段的警察权进行制约的必要性

（一）从理论上限制刑事警察权的必要性

警察权作为行政权的一种，对于维护社会安定具有不可否定的重要意义。刑事警察权作为警察权的一部分主要是指“国家通过法律赋予警察机关及其警务人员，在履行警察行使职能的过程中实施的有关刑事犯罪对策方面的职权。”^[1]基于我国仍处于社会发展初级阶段，社会矛盾较为凸出、刑事犯罪率较高的国情，我国刑事警察权较西方国家显得更加广泛，特别是刑事侦查阶段。如根据现行刑事诉讼法，警察机关享有对犯罪嫌疑人或被告人拘留、取保候审和监视居住这些与公民人身权利密切相关的强制措施的决定权和执行权，而在西方侦

* 黄娇娇，郑州大学法学院2013级本科生。

[1] 许志：《法治视野下刑事警察权的合理构建》，载《河北法学》2006年6月第26卷第4期。

查机构要进行这些活动一般都要事先经过司法授权。此外，公安机关对于被拘留的人的合法询问时间也远远超过西方国家的相关规定。这些规定从打击犯罪的目的来看固然是重要的，但打击犯罪的出发点是维护公民的权利，而强大的刑事警察权意味着公民让渡出更多的权利，牺牲更多的利益，如果仅仅如此也只是公民权利的自愿让渡倒并不足以让人过分担忧，但事实正如洛克所说，“行政权力是最桀骜不驯的，它是唯一不需要借助程序就能行使的权力，因此，它有极大地随意性和广阔的空间。”^[2]所以，在刑事侦查阶段过于强大的警察权往往不仅仅意味着其在特定条件下合法地优先于公民权利得以实现，更意味着公民权利面临更大机率的不合法侵犯的可能性。然而“人民是权力的唯一合法源泉”^[3]警察权作为行政权的一种，其来源是人民为了安全而让渡出来的那部分权利，存在的意义也即更好地保护人民的权利，其权能理所当然应该被限定在为人们的安全提供保障的必要范围之内。所以，从理论上来说对侦查阶段的刑事警察权进行制约是很有必要的。

（二）在实践中亟需对侦查阶段的刑事警察权进行制约

以本文论述的“青海警方跨省抓错人事件”为例。这起事件中湖南浏阳的刘丽因为身份证被他人冒用而被警方当做犯罪嫌疑人逮捕，接着千里迢迢地被人从湖南押解到青海。这个过程中刘丽及其丈夫曾多次向办案民警辩称抓错人，甚至提出做指纹比对来证明自己清白的要求，但都被民警所忽视。在此情形下，明知自己被冤枉的刘丽竟无法找到任何办法来救济自己，只能以泪洗面在看守所待了十二天，然后任由警方将其从湖南带到青海。我们几乎很难去理解这样的事实：因为警察不严格依法定程序办案所导致的错误使刘丽成为通缉对象，然后警察基于法律赋予的权力对刘丽进行逮捕，由于警察权力的强制性使私权利难以对抗，所以结果只能是公民合法的人身权利屈服于公权力的制约之下。通过这起事件我们可以看到警察权的强大可能造成这样一个后果：一旦警察权被错误行使就会由于公民难以对抗它而对公民权利造成极大的伤害。刘丽十几天的羁押，几千里的辗转，名誉的受损等即是最好的论证。这一系列对公民权利的侵犯凸显出实践中对警察权进行制约的必要性。

二、现今对于侦查阶段刑事警察权的制约机制的不足

如前所述，无论是在理论上还是实践中，对警察权的制约都是极为重要的。“警察权的

[2] [英]洛克：《政府论》（下篇），北京商务印书馆，1964年，第92页。

[3] [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊：《联邦党人文集》，程冯如、在汉、舒逊译，北京商务印书馆，1980年版。

家的法治化水平具有重要的意义。^[4]中共十八大提出到2020年实现“依法治国基本方略全面落实，法治政府基本建成，司法公信力不断提高，人权得到切实尊重和保障”的新目标。为了实现这一宏伟目标，推进中国法治进程，我们应该检视现今我国侦查活动中的刑事警察权的运作状态，反省对于刑事警察权的制约方面存在的问题。

（一）监督机制的实际效益低下

目前对于侦查活动的监督主要有两种方式，一种是公安机关的内部监督，如在公安部出台的《公安机关办理刑事案件程序规定》第7条规定：“公安机关进行刑事诉讼，应当建立、完善和严格执行办案责任制度，执法过错追究等内部执法监督制度。”对侦查活动进行内部监督是十分有必要的，这样既可以提高监督效率，又可以节约监督成本。然而，过度依靠内部监督本身就是违反“任何人都不能成为自己案件的法官”这一古老的法谚的。依靠公安机关内部自己监督自己很难保证监督的质量。由于一个机关内部人员工作上的联系和共同的利益，即使是内部一些行之有效的监督措施在实际上也很难落实。在青海警方跨省抓错人事后的责任追究中，西宁城中公安局仅仅给予张军治停职30天的处分，而在二审中人民法院以玩忽职守罪判处其有期徒刑一年。从这样两个差距悬殊的处罚结果上我们也可以看出内部监督的缺陷。

第二种监督方式是来自于人民检察院的外部监督。我国刑事诉讼法规定人民检察院依法对刑事诉讼实施法律监督，检察机关的监督也是对侦查阶段的刑事警察权进行制约的最重要的方式。但是从一份2012年上海有关部门发布的统计数据上来看，这种举足轻重的监督方式作用却并不那么乐观：2012年在上海检察院受理166起渎职侵权案件，而最后立案侦查的却只有38起^[5]。通过这一数据的整体趋势，我们不难看出作为渎职侵权案件的主体之一的警察在实践中被检察院立案追诉的几率也是比较低的。其中的原因主要存在于以下三个方面：其一是“由于我国公、检、法三机关分工负责、互相配合的刑事司法体制设计，在刑事诉讼中，公、检都行使控诉职能，均承担追诉犯罪的任务，彼此之间有着内在的不可分割的联系。”^[6]这种联系和长期工作上的来往使检察机关在对警察进行追溯时难以避免的渗入个人感情因素，一定程度上造成对侦查阶段警察权的放纵。其二，《刑事诉讼法》第76条规定：“人民检察院在审查批准逮捕工作中，如果发现公安机关的侦查活动有违法情况，应当通知执法机关纠正。”这条对刑事侦查活动监督方式的规定由于缺乏刚性的监督手段而作

[4] 彭贵才：《论我国警察权行使的法律规制》，载《当代法学》（双月刊）2009年第4期。

[5] 王建平、马俊贤主编：2013年上海统计年鉴，表23.8，检察院直接立案侦查案件情（2012）。

[6] 陈卫东、李奋飞：《论侦查权的司法控制》，载《政法论坛》2000年第6期。

用十分有限。实践中经常存在检察机关在审查批准逮捕工作中发现相关侦查活动存在违法行为而通知公安机关纠正的现象，但是这种缺乏其它配套措施的通知到了公安机关那里却不具有很大的威慑力。2013 年 10 月最高检侦查监督厅下发的《关于侦查监督部门调查核实侦查违法行为的意见（试行）》虽然在一定程度上改观了这一状况，然而遗憾的是其中对于侦查监督活动调查取证的范围的规定具有一定局限性：“侦查监督部门开展调查核实工作，并非对所有的侦查活动违法行为均启动调查核实工作，结合修正后的刑事诉讼法和司法实践，对于经过审查认为确有一定依据并且比较严重的违法行为才开展调查核实。”^[7]“经审查认为确有一定依据”实际上就具有很大的主观性，在实践中很可能成为规避究责的方式。此外，规定比较严重的违法行为才开展核实工作也会放任警察在刑事侦查活动中的 general 违法行为。其三，从现在侦查阶段的程序设计上来看，虽然法律赋予检察机关以监督权，但实际上他们是不参与到具体的侦查活动中的，这就意味着刑事侦查权的行使是在一种对于检察机关来说秘密的、自主的场合下进行的。如此一来，对于侦查活动中发生的侵权行为，检察机关实际上是很难去调查取证的，这种调查取证上的难度在一定程度上相当于放松了对警察权的制约。

（二）对公民救济权制度设计的缺陷

法国启蒙思想家孟德斯鸠曾说：“一切有权力的人都容易滥用权力，这是万古不易的一条经验。有权力的人们使用权利一直到有界限的地方才休止……从事物的性质来说，要防止滥用权力，就必须以权利约束权力。”^[8]公权力与私权利天然的矛盾性质决定了以公民权来限制刑事警察权是一种理想的方式。正如陈兴良所说：“警察权力与公民权利在一定条件下成反比关系，即警察权的扩大意味着公民权的缩小。”^[9]如果反过来让公民权更加强大，就产生了与警察权的抗衡的力量进而达到制约警察权的效果。那么在刑事侦查活动中公民权又体现在哪里呢？英国古老的法谚曾说：“无救济则无权利。”即权利体现在救济制度的设计中，有了相关的救济途径才是真正拥有权利。“现代社会的权利救济以司法救济为核心，而司法救济又以行为的可诉性为前提。”^[10]然而我国现行法律却未将警察的侦查行为列入可诉

[7] 元明、张庆彬、朱荣力：《关于侦查监督部门调查核实侦查违法行为的意见（试行）》理解与试用，载《人民检察》2014 年第 4 期，第 8 至 40 页。

[8] [法]孟德斯鸠：《论法的精神》，张雁深译，北京商务印书馆，2001 年版。

[9] 陈兴良：《限权与分权：刑事法治视野中的警察权》，载《法律科学》2002 年第 1 期。

[10] 王天林：《论侦查行为的可诉性》，载《政法论坛》2013 年 07 月第 31 卷第 4 期。

范围内,这就意味着公民不能通过诉讼获得司法上的救济,从而实现自己的权利。没有相关权利的公民在侦查活动几乎处于一种侦查行为客体的地位,又谈何对刑事警察权构成制约?

当然,是否需要赋予公民此方面的诉权在学理上是存在争议的,有学者提出公安机关在侦查活动中所为的刑事司法行为被排除在行政诉讼范围之外主要是基于以下两点的考虑:一方面是“我国《刑事诉讼法》已经授权检察机关对刑事侦查行为等刑事司法行为进行监督”。另一方面:“根据我国《国家赔偿法》的规定,因刑事侦查行为等刑事司法行为而致人损害的,受害人可以根据《国家赔偿法》的规定获得救济”。^[11]以法律赋予检察机关的监督权和公民申请国家赔偿的权利来作为排除公民诉权的理由,若是如其所说真的足以救济公民的权利从而使其对抗警察权的侵害倒也无可厚非。但是从实践上来看上述两种方式在运行过程中存在的缺陷往往使其不能达到真正救济公民权利的标准。首先,依靠检察机关对侦查活动的监督来制约警察权在实践中由于存在诸多漏洞,很难真正达到这样的目的。(上文已阐释,在此不累述。)而以公民获得国家赔偿来作为被侦查行为侵害后的补救方式,在实践中也往往是困难重重。还是以刘丽女士的遭遇为例,经历十几天的羁押、在看守所泪洗面、来回的辗转,可以说这一次的遭遇让她经受了不小的身体和精神的折磨。然而事后其家属在提出精神赔偿的请求时,得到的却是赔偿义务机关里办案民警“应该去找政府”的推脱。在实践中,类似的在申请赔偿中四处碰壁的人不在少数,以致《国家赔偿法》被人戏称为“国家不赔法”,这样的戏谑也在一定程度上说明了国家赔偿法在现实中的实现难度。赔偿标准过低、赔偿审批时间耗时较长使公民的权利得不到及时充分救济,而“司法赔偿的非诉讼程序在理论上违背了程序公正原则,也使得赔偿请求人在实践中很难保护自己的权益。”^[12]所以,仅仅依靠检察机关的监督和国家赔偿而不是公民对于侵权行为的主动诉权,是很难保障公民在刑事侦查活动中的权利并以此权利来对抗警察权,达到对警察权的制约的目的。

三、对于刑事侦查阶段警察权制约机制的合理构想

如前所述,现有对侦查阶段的刑事警察权的制约与监督机制存在的不足,以及其反映到实践中的大量侦查阶段的侵权行为都体现了对侦查阶段警察权进行制约机制改革的必要性。针对现有制约机制的弊端,最重要的就是建立司法审查制度及其配套措施。

[11] 姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社第五版,第431页。

[12] 王良桢:《从监督到救济:浅析国家赔偿法的改革》,载《法治与社会》2012年第21期,145~147。

“行政是国家利益的代表，司法则是权利的庇佑者。”^[13]建立通过司法力量来制约刑事侦查权的司法审查制度几乎成为学界共识。“司法审查的基本精神在于通过中立的司法权力制约强势的侦查权力，救济弱小的私权利，从而达到防止公权力滥用，保障个人基本人权的目的。”^[14]由此出发，应当将侦查活动中最易侵犯公民权利的强制措施的批准权赋予一个超然、中立的司法组织。国外的做法一般是将此权利赋予法院。但具体到我国，由于现行法律赋予检察院批准逮捕的权力，一下子将强制措施的批准权让与法院显然是不现实的。综合考虑司法审查制度的立法价值和我国实际，可以考虑将司法审查权整体上赋予法院，实行令状法律主义，即一般情况下警察在刑事侦查活动中的强制性措施都要事先取得令状授权。同时可以保留检察机关的批捕权作为一种过渡措施，但是必须保证这一权利受到司法审查的制约。

实行司法审查制度另一方面还要求通过法律确认刑事侦查行为的可诉性，为公民的权利提供现实可能的救济途径，保障当事人的诉权使其在面对侦查活动的侵权行为时拥有主动维护权利的机会。

（责任编辑：李长春；文字编辑：丁奕涵）

[13] [德] 拉德布鲁赫：《法学导论》，北京：中国大百科全书出版社，1997 年版，第 100 页。

[14] 孙长永：《通过中立的司法权力制约侦查权力》，载《环球法律评论》2006 年第 5 期。

中国违宪审查路在何方

李长春*

【摘要】中国的违宪审查制度亟需建立而又任重道远。结合我国违宪审查现状以及目前世界三种主要的违宪审查模式，我国目前的制度设计应以人民代表大会制度这一根本政治制度为基点，以渐进的“英国式”改革为借鉴的基本思路，在理清党的领导、人大职权与违宪审查的关系的前提下，坚持“三位一体”的整体布局，也即实现党的“质”的领导、构建上下联动的违宪审查体系和人大职权与人民主权的统一。

【关键词】违宪审查 人大职权 不一致宣告 党的“质”的领导

1803年美国联邦最高法院马歇尔大法官在马伯里诉麦迪逊案中确立了法院对法律的违宪审查权，从而开启了违宪审查的制度之源。在接下来的二百多年中，违宪审查制度就像幽灵一样活跃在政治学界、宪法学界的上空，吸引着众多学者在这一领域作出自己的努力。^[1] 迹后，许多民主国家的违宪审查的处女地被陆续开发，违宪审查制度也相继得以确立。由于不同国家历史的地理的法治观念及其传统习惯的多样性，违宪审查制度也呈现出百花齐放的特殊性样态。但无论是美国的普通法院还是法国的宪法委员会，抑或德国的宪法法院，不同模式的违宪审查制度在致力于保证宪法实施，维护宪法秩序上可谓殊途同归。

着眼世界违宪审查的前沿，我们不禁为中国的宪法实施状况而担忧。我国早在1982年12月4日公布施行的《中华人民共和国宪法》第五条第2款就规定“一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。”但是，该条规定一直被束之高阁，良好的制度终沦为“纸老虎”、“稻草人”。虽然2003年的“孙志刚事件”事实上埋葬了一个“恶法”，但令人遗憾却也在意料之中的是，全国人大常委会最终也没有回答《收容遣送办法》是否违宪的问题。^[2] 根据2000年《立法法》规定，国务院等国家机关和其他单位及公民认为法规、司法解释同宪法或者法律相抵触，均可向全国人大常委会书面提出审查要求或审查建议。^[3] 这一规定可谓是“依宪治国”之幸事，然而从这十几年的实践来看，人大常委会几乎从来没有落实其审查工作之责任，这一事实无情地证明了这些规定只不过是一张华丽的空头支票。

* 李长春，郑州大学法学院2013级本科生。

[1] 周叶中主编：《宪法》，高等教育出版社2013年版，第387页。

[2] 张帆：《中国违宪审查制度建立路径初探》，华东政法学院硕士学位论文，2006年，第1页。

[3] 参见2000年3月15日第九届全国人民代表大会第三次会议通过的《中华人民共和国立法法》第九十条。

透过中国的国情和实践经验，笔者在文中用比较的方法分析我国违宪审查制度建立之出路。我国违宪审查制度的建立是一个非常漫长的过程，不可能一蹴而就，更不可须臾而为之。违宪审查模式需审慎抉择，目前的制度设计应以人民代表大会制度这一根本政治制度为基点，以渐进的“英国式”改革为借鉴的基本思路，在理清党的领导、人大职权和违宪审查的关系的前提下，坚持“三位一体”的整体布局，实现党的“质”的领导、构建上下联动的违宪审查体系和人大职权与人民主权的统一，最终确保宪法的实施，实现以“依宪治国”为基础的“法治中国梦”。

一、中国违宪审查制度实施困境之分析

审视中国的现状，违宪审查制度实施的行进步履蹒跚，“依宪治国”之路的前方依然荆棘丛生。为什么我国有宪法却做不到“依宪治国”？又为什么我国赋予人大常委会的宪法解释权和备案审查权形同虚设？笔者认为，造成中国违宪审查制度建立困境的原因，主要有以下三点：

（一）无法正确处理党的领导与违宪审查的关系

旧中国国情的特殊性迫使中国共产党走上武装夺取政权的革命道路，作为革命的领导者 and 主导力量，中国共产党在新的政治体制中当然地处于核心的领导地位。这既是历史的选择，也是我国人民的选择。1954 年 9 月 20 日通过的《中华人民共和国宪法》序言部分就明确了中国共产党的领导地位，“我国人民在建立中华人民共和国的伟大斗争中已经结成以中国共产党领导的各民主阶级、各民主党派、各人民团体的广泛的人民民主统一战线。”如今，中国共产党更是中国特色社会主义事业的领导核心。它的核心地位几乎体现在政治体制的各个方面、各个环节和各个层面。尽管 20 世纪 80 年代改革开放以后，随着党的工作重心逐渐转移到经济建设上来，党的权力在一些领域退出或在一定程度上削弱了。但从整体上看，中国共产党依然掌握着中国社会各个领域的主要权力，依然在对中国社会生活的各个领域实行全方位领导。

由于共产党近乎全盘的领导，致使我国绝大多数机构都有党的影子。政法委干预司法的例子比比皆是，纪委对国家机关中党员的非正常人事调动更是屡见不鲜。这样一来，本来应当是“民主正当化链条中联接人民与政治领导的纽带”的执政党，却极易成为党政不分的全部核心。一旦党内一些“蛀虫”出现，他们就很可能打着“党的领导”的尚方宝剑为非作歹，而国家机关，包括权力机关在内，往往也会在坚持党的领导的原则下迁就于之。如此绝对化的坚持党的领导，极易导致党大于法，给党内的一些自控力不足的分子提供堕落的土壤。对

其而言，法律甚至是宪法也大不过党的文件，进而影响整个国家法治的进程。一言以蔽之，社会主义事业必须坚持党的领导，但是如果超出了适度范围，势必造成党政不分的非民主化局面。

（二）人大职权与违宪审查的矛盾

我国 1954 年宪法明确了全国人民代表大会具有监督宪法实施的权力、全国人大常委会具有宪法解释权，^[4]而 1982 年在此基础上又赋予了人大常委会监督宪法实施权，^[5]以及 2000 年赋予人大常委会的备案审查权，^[6]足以表明在我国只有全国人大及其常委会享有宪法解释权。而享有“宪法解释权”是成为违宪审查主体的前提，易言之，只有全国人大及其常委会能够成为违宪审查主体。但是，对于全国人大制定的基本法律，由谁来审查呢？在中国目前的政治体制中，只有既是最高民意机关又是最高立法机关的全国人大了，因为没有谁的权力比它更大、谁的地位比它更高。然而，这一事实却又与一项基本的司法原则相背离，即“任何人不能成为自己案件的法官”。

长久以来，我国认为违宪审查制度是资产阶级的专利品，它的“反多数”的运行机制与人民代表大会制度更是格格不入的。这一时代的误读，直接导致了我们的谈其色变，进而使得“拱顶之石”沉入海底。随着改革开放和思想的解放，我们在这一问题上取得了某些进展，但是将人民代表大会制度与违宪审查制度对立起来的二元对立思维并没有根本消解。这也是我国迟迟不能有效实施违宪审查制度的主要原因，也是我国赋予人大常委会宪法解释权和备案审查权而形同虚设的逻辑必然。

（三）宪法至上意识的缺失

伯尔曼曾说过：“没有信仰的法律将退化为僵死的教条”，“而没有法律的信仰……将蜕变成为狂信。”“法律必须被信仰，否则它将形同虚设”，“它将是死法”。^[7]由此可见，宪法和法律的实施，根本上依赖于人们对其的理解、认同和信任。“在专制政府中国王便是法律，同样地，在自由国家中法律便应成为国王。”^[8]经历了几千年专制统治的中国人，服从权术的观念已经根深蒂固，相较于西方的法律至上，中国传统充其量是道德至上罢了。再加上我国宪法本来就是舶来品，宪法实施缺乏先天的内生因素，这种政府推进型的宪法实施，难以让人民产生对待权威般的信仰。

[4] 参见 1954 年 9 月 20 日通过的《中华人民共和国宪法》第二十七条、三十一条。

[5] 参见 1982 年 12 月 4 日公布施行的《中华人民共和国宪法》第六十二条、六十七条。

[6] 同注[3]

[7] [美] 伯尔曼：《法律与宗教》，梁治平译，生活·读书·新知三联书店 1991 年版，第 47 页。

[8] [美] 潘恩：《潘恩选集》，马清槐译，商务印书馆 1981 年版，第 35～36 页。

应该说，我国从建国以来，权力和指导思想始终是一元化的，但是法律体系多元化的事实也是不容置疑的。对宪法的信仰不足，导致以宪法为根本法的法制大厦摇摇欲坠，宪法权威缺乏向心力。这样一来，如同季卫东所说：“如果我们没有形成法律共同体，就很难谈法律体系的改革，这种情况下还有可能导致社会整合机制的功能障碍。我们就要看到，如果在权力结构上进行改变，首先应该形成一个统一的法律体系。”他认为从中共十八届四中全会“把宪法的尊严和它的最高效力提高到一个空前的高度”开始，我们的法律体系开始要往一元化的方向走。“作为根本规范的宪法会对其他下级的规范产生强有力的规定作用，从而在规范效力上形成金字塔形的等级结构……这个角度来看，随之而来的一个制度改革的问题就是导入违宪审查制度。”^[9]

二、中国违宪审查模式之选择

违宪审查模式是指在宪法实施监督理论指导下，由违宪审查主体、对象、方式、方法、原则等构成的可供人们理解、把握和仿照的固定形式。^[10]对于中国违宪审查制度的建立而言，违宪审查模式是首先遇到、不可回避并且必须做出选择的问题。笔者主要从普通法院审查模式、专门机关审查模式和立法机关审查模式三点浅析我国违宪审查理想模式之选择。

（一）普通法院审查模式

1. 概述

普通法院审查模式又称司法审查模式，是指普通法院有权对立法和行政活动进行合宪性审查的一种模式。普通法院审查模式首创于美国，其对宪法的解释权是通过1803年的“马伯里诉麦迪逊”案^[11]确立的。

2. 分析

尽管美国违宪审查制度在其国内运行良好，但笔者认为美国式普通法院审查模式并不适合中国。原因主要有以下两点：

（1）政治体制不允许。司法审查制度的前提之一是分权原则。司法审查是分权原则的衍生结果，分权原则乃司法审查的必要前提。因为既然三权在宪法上互相平等，那么立法机

[9] 参见季卫东：《现代国家治理中的法律一元化》，在2014中国公司法务年会上的演讲。

[10] 周叶中主编：《宪法》，高等教育出版社2013年版，第388～389页。

[11] 参见任东来、陈伟、白雪峰等：《美国宪政历程：影响美国的25个司法大案》，法制出版社2004年版，第25～37页。

关即不能强迫法院适用违宪的法律,这奠定了司法审查的制度前提。^[12]此外,司法审查奠定了“司法优位”的制度基础,而“自托克维尔以来的外国观察家都认为,法院的‘巨大的政治影响’是美国政府最独特的令人惊奇的特征。”^[13]与美国不同,我国的政体是民主集中制的人民代表大会制度。立法权、行政权和司法权,其本质上是分工的关系,而不是分权关系。按照现行宪法的规定和我国人民代表大会制度的基本理论,全国人大及其常委会既是行使国家立法权的机关,又是代表人民行使权力的最高国家权力机关,人民法院作为行使国家审判权的机关,在地位上从属于国家权力机关,由它来审查作为权力机关的立法机关立法的合宪性,显然是不适宜的,也将打破我国现行的权力运行机制。

(2) 先例约束效力不适合。实行这一模式的大多为英美法系国家,英美法系国家实行的是判例法,遵循先例约束原则,法院的判决具有法律的效力,法官对法律的解释具有造法的作用。^[14]而对于属大陆法系的中国,不存在“先例约束原则”。日本是实行美国模式中唯一的大陆法系国家,由于不存在“先例约束原则”,由此产生了被法院裁定为违宪的法律,在涉讼的具体案件之外仍然是有效的法律的矛盾。而这样,是与我国建构一元化法律体系的方向是背道而驰的。

(二) 专门机关审查模式

1. 概述

专门机关审查模式是指特设一个专门机关来负责违宪审查的一种模式。值得说道的当为裁判“对本基本法进行解释的案件”的德国联邦宪法法院^[15]和拥有“一门对准议会的大炮”的法国宪法委员会^[16]。

2. 分析

毋庸置疑,建议在我国采用专门机构审查模式来构建违宪审查制度同样呼声高涨。因为同属大陆法系国家,我国与德法的法律传统类似,更容易衔接。但笔者对此不敢苟同。我认为,在中国采用专门机构审查模式行不通,至少是近几年不可实现,理由如下:

(1) 国家机构的定位问题。宪法法院多有双重身份,联邦宪法法院在德国既是一个政治机构,又是一个司法机构。作为政治上的立宪机构,联邦宪法法院的政治作用主要是监督国家机关;作为一个司法机关,联邦宪法法院是联邦范围内的最高司法机构。那么,在中国,

[12] 韩大元主编:《外国宪法》,中国人民大学出版社2013年版,第179页。

[13] [美]萨缪尔·亨廷顿:《变革社会中的政治秩序》,李盛平、杨玉生等译,华夏出版社1988年版,第111页。

[14] 费善诚:《试论我国违宪审查制度的模式选择》,载《中国政法大学学报》1999年版第2期,第6页。

[15] 参见1949年5月23日颁布并生效的《德意志联邦共和国基本法》第93条第1款第1项,黄卉译,莫纪宏校。

[16] 参见1958年10月5日公布生效的法国《1958年宪法》第七章,李晓兵译,高婧、王建学校。

宪法法院如果是政治机关，那么它与人大、政府、“两院”的关系如何确定？是否宪法法院是除人大、政府、“两院”外的第四种权力机关？如果把宪法法院纳入单纯的审判机关的行列，如何处理宪法法院与最高法院之间的关系也是一个值得思考的问题。同时，建立独立的违宪审查机构可能会削弱全国人大及其常委会的立法自由裁量权，甚至威胁到人大的立法权，因而可以推定全国人大对于这种制度的建立缺乏积极性。只要人民代表大会制度继续存在，由中国的法院（或类似机构）撤销最高权力机关的立法或者宣布其无效是不可思议的。^[17]

（2）公正审查存在质疑。专门机关审查具有很强的政治性，往往受政见异同或者政治站队等影响，客观公正性让人怀疑。此外，专门机关审查大多情况下不允许上诉，这就剥夺了国民的上诉权，对其是非常不公平的。在我国，法官素质依然不是太高，一审终审的话，客观性不可避免受到了绑架。

（三）立法机关审查模式

1. 概述

立法机关审查模式又称议会审查模式，是指由议会或最高国家权力机关进行违宪审查的一种模式。实行这一模式的国家有英国、前苏联等。^[18]其实，此种模式的审查主要由法院进行，并不是立法机关自己审查自己的结果。之所以称其为“立法机关审查模式”，是因为这一模式的运行是由立法机关所主导，也即立法机关主导下的法院审查。作为“宪政母国”的英国，就是在议会主权的框架下，成功树立起违宪审查的“拱顶之石”的。

2. 分析

通过上面的概述，我们不难发现，我国的人民代表大会制度下的人大职权与君主立宪制度下的议会主权冥冥之中有着剪不断的联系。所以笔者认为，我国违宪审查制度的建立以英国式的立法机关审查模式为借鉴，更为妥当。

（1）政治体制相近。英国从1688年确立议会主权以来，议会的立法权代表了国家至高无上的权力，超越行政权与司法权，不受任何其他权力的控制。三百多年来，英国议会历经沧桑依然锐气未减，牢牢掌握着立法权的手杖。法院执行议会立法，亦如天经地义。而我国的政权组织形式——人民代表大会制度是我国的根本政治制度，人民代表大会是我国的权力机关，其他同级国家机关由它产生，对它负责。所以，无论在中国还是英国，立法权和司法权都不是所谓“分权原则”下的平等权力关系。具有民意基础的立法机关的权力是其他国家机关极难撼动的，故适用法律的国家机关——法院，往往选择敬而远之。如此，法院宣告立

[17] 何海波：《没有宪法的违宪审查——英国故事》，载《中国社会科学》2005年版第2期，第109页。

[18] 刘晓琳：《浅谈国外违宪审查模式及其启示》，载《法制与社会》2012年版第2期，第149页。

法机关某项活动违宪或者宣告某项立法无效,在权力运行逻辑上是难以想象的。这样的政治基础是根本区别于美法德等国家的。

(2) 改革方式类似。目前的中国司法改革,决不可急功近利,急于求成。特别是违宪审查制度的建构,需要一步一步的走。中国的宪法是舶来品,发展没有内生动力,加上人民的法律意识淡薄,只能慢慢“润物细无声”般的用法学知识滋润,不宜拔苗助长。而英国的违宪审查本质上是“弱型的”,方式上是渐进平和的,如《人权法》中的独特设置,既确保了法院无权宣布议会立法无效;同时,法院又有权针对与公约权利相冲突的议会立法发布“不一致宣告”。这种弱型违宪审查,尤其适合当今中国的国情。

(3) 大环境相像。英国的“不一致宣告”不仅仅局限于与国内法的不一致,更重要的是对与欧盟相关法相悖的国内立法或者某项活动的否定。1998年《人权法》明文规定“如果法院充分相信该条法律与一项公约权利不一致,法院可以对此发布一份不一致性宣告……本条下的宣告不影响其涉及的规定的有效性、继续适用或执行;并且对诉讼双方当事人不产生拘束力。”^[19]这部法律与其说是英国违宪审查制度的进步,不如说是“欧盟一体化”驱使下的无奈之举。而积极投入全球化浪潮的中国,自从加入WTO以来,在“反倾销”、“反补贴”的战场上摸索滚爬了十几载,屡次碰壁几乎头破血流。如今,中国的国内立法与WTO等国际组织的规则还有很多不协调的地方,迫使我们不得不踏上英国式的探索之路。

(4) 效果近似。英国法院的不一致性宣告虽然没有强制拘束力,但是“当法院识别出国内立法与《欧洲人权公约》之间的不一致时,行政机关和立法机关都会积极地提出消除不一致的方法以回应法院的‘不一致宣告’”。^[20]这种良好效果,这种靠立法机关、行政机关自律更正违宪内容的风尚,笔者认为中国亦可为之,或者更顺理成章。因为没有政府希望给公众留下一个侵害公民权利的形象。对于公民选票决定政党政治之命运的英国而言,政府或议会若公然蔑视或抵抗法院发布的“不一致宣告”,很可能为此付出政治代价。而对于我国,社会主义国家和人民的利益在根本上是一致的。我国的立法机关是人民选出的代表组成的机关,行政机关的宗旨就是为人民服务,再加上有与群众保持血肉联系的中国共产党的领导,极难出现违宪审查法院不作出“不一致宣告”、为民伸张正义的决定,也极难出现法院已经宣告某活动或某立法与宪法不一致时,立法、行政机关依然我行我素,熟视无睹的局面。

[19] 英国1998年11月9日颁布的《人权法》第4条,李蕊佚译,姜峰校。

[20] 李蕊佚:《议会主权下的英国弱型违宪审查》,载《法学家》2013年版第2期,第171页。

三、中国违宪审查制度之重构

经过上面的分析，中国违宪审查制度更适合英国式的立法机构违宪审查模式。笔者认为，若欲更好的保证宪法之实施，须坚持“三位一体”的整体布局，也即实现党的“质”的领导、构建上下联动的违宪审查体系和人大职权与人民主权的统一。

（一）实现党的“质”的领导

1. 理论依据

我国古代就有“把握火候和分寸”、“过犹不及”的说法，马克思主义哲学也告诉我们：“事物是量和质的统一，质是事物区别于其他事物的内在规定性。量是事物的规模、程度、速度等可以用数量关系表示的规定性。量和质的统一在度中得到体现，度是保持事物质的稳定性的数量界限，即事物的限度、幅度和范围，超出度的范围，事物就发生转化。”^[21]由此可见，万事万物莫不在一定的“度”中求得量和质的动态平衡。

物如此，治国理政亦然。“改变自己是中国共产党力量的主要来源，改变自己也是中国影响世界的主要方式。”^[22]作为执政党的中国共产党，不断提出实事求是马克思主义的活的灵魂。时代的变化波谲云诡，更需要掌舵人与时俱进，劈波斩浪。面对新形势，中国共产党应该真正把科学执政、依法执政落到实处。如此一来，我们就要把握好党的领导的质量和质。所谓党的“量”的领导，是指以国家权力中体现的可物化、可统计的政党实体的数量为衡量标准的领导方式。不过对党的领导的质量的考察，主要是政党成员在国家机关或者其他公权性质的机关的任职人数、政党领导权延伸的具有国家权力的机关、组织数量等基本量。而党的“质”的领导是指，以政党领导对国家生产力的发展水平以及与生产力所决定的经济形态相关的政治、思想等上层建筑的基本面貌的决定程度为衡量标准的领导方式。中国共产党在相当长的一段时间内不自觉地实行量的绝对领导，相对于国家权力运行系统达到超负荷规模。而我国若想重构违宪审查制度，改变党的领导方式实属必要之举。通过党的“质”的领导，实现党的全面领导，而非党的全盘领导，也是法治中国建设的必由之路。

2. “摸着石头过河”

在经济改革中，领导权的量和质问题已然为我们树立了榜样。1920 年在论述新经济政策要不要权力放开时，列宁论道“全部问题就在于谁跑在谁的前面……无产阶级的国家政权是不是能够依靠农民，对资本家老爷加以适当的控制，把资本主义纳入国家轨道，建立起一

[21] 《马克思主义基本原理概论》编写组：《马克思主义基本原理概论》，高等教育出版社 2013 年修订版，第 51 页。

[22] 章百家：《改变自己，影响世界——20 世纪中国外交基本线索自议》，载《中国社会科学》2002 年版第 1 期。

种受国家领导并为国家服务的资本主义呢？”^[23]我国 2004 年宪法第十六条、十七条规定：

“国有企业在法律规定的范围内有权自主经营……集体经济组织在遵守有关法律的前提下，有独立进行经济活动的自主权。”实践证明，国家的“有形之手”毋须过度伸展，只要在宏观上进行调控，社会经济秩序就会生机勃勃。

同样道理，作为执政党的中国共产党，在经济体制改革中百尺竿头，也须在推进政治体制改革中更进一步。把党政分开落到实处，党必须在宪法和法律的范围内活动，党的政策亦不能违背宪法和法律。树立“法大于党，宪法至上”的理念。如此一来，也为法院“不一致宣告”减轻了阻力，增加了动力。

党的领导不是简单的“量”的积累，重要的是“质”的提高。只要党牢牢把人大立法这个“刀把子”抓在手上，即具法定的权力，司法、行政机关如何也不会有令不行的。生活中共产党在政府机关、法院系统甚至学校院系都要设党委（组），实乃多此一举，舍本逐末，白白让偌大的群体空吃“皇粮”，苏联的例子每每警醒我们，“量”的领导只会是毫无效率的全盘领导，它可以毁于一瞬。而抓住主要矛盾的“质”的领导，最终将事半功倍的实现全面领导。

（二）构建上下联动的违宪审查体系

1. 最高人民法院的审查

（1）最高人民法院的宪法解释权

法治原则要求“任何人不能做自己案件的法官”，而我国宪法第 67 条规定，全国人大常委会有权“解释宪法，监督宪法的实施……解释法律”。但迄今为止，全国人大常委会尚未正式行使宪法解释的权力，国家机关也尚未向其提出审查要求。只要立法权力的行使仍被要求符合宪法的文字和精神，且只要立法者并不是一贯正确，那就有必要使立法行为受制于一个中立与独立的法官之审查；否则宪政审查就失去了实质意义。中国宪法把立法的解释权与审查权全部授予人大或其分支，结果自然是使审查（甚至“解释”）有名无实。^[24]笔者认为，既然宪法赋予了法院审判权，要求司法机关公正适用法律，而不让其对为什么这样司法而不那样司法作出解释说明，是不可思议的。法院在法律适用中，总会遇到立法机关无法即时回应的问题，再加上宪法往往高高在上，一尘不染，对于生活中出现的宪法问题常常爱莫能助，所以法院解释法律是必不可少的，法律解释权天然的属于法律适用机关。那么，最高

[23] 《列宁专题文集·论社会主义》，中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局编，人民出版社 2009 年第 1 版，第 255 页。

[24] 韩大元主编：《外国宪法》，中国人民大学出版社 2013 年版，第 196 页。

人民法院对宪法适用的解释权也是不言而喻的，其理当解释宪法，保证宪法之实施。正如德国 1951 年通过的《联邦宪法法院法》，联邦议会把基本法的解释权让渡给了联邦宪法法院：“联邦宪法法院的判决将对于全联邦的宪法机构和国会以及所有的法院和公共权力具有约束力。”^[25]

（2）最高人民法院的“不一致宣告权”

我国的人民代表大会制度这一政权组织形式就决定了我国法院不可能实行强有力的司法审查。笔者认为，可以借鉴英国的“不一致性宣告”的有关规定，^[26]我国也可以通过宪法授权最高人民法院以审核某项活动或者某项立法的合宪性，并在违宪时作出“不一致宣告”。但此宣告只是书面宣告，没有任何拘束力，由违宪机关自行纠正。这里可以借鉴德国基本法的规定：“法官独立，仅服从于法律。”^[27]我国最高人民法院负责违宪审查的法官，只对宪法负责。当然，不能允许“绝对权力”的存在，人大可以通过修改宪法对法院进行宪法层面的“反牵制”。

2. 巡回法庭审查权

2014 年 10 月，十八届四中全会提出，优化司法职权配置，最高人民法院设立巡回法庭，探索设立跨行政区划的人民法院和人民检察院。^[28]随后，我国最高人民法院分别在深圳和沈阳设立第一巡回法庭和第二巡回法庭。前者的巡回区包括广东、广西、海南三省份；后者包括黑龙江、吉林、辽宁三省。巡回法庭是最高人民法院的组成部分和派出机构，审级等同最高人民法院。

“洛阳种子案”、“孙志刚事件”等都表明，我国违宪的情况广泛存在于地方。无论是地方规章与地方性法规的冲突，还是地方性法规与行政规章相抵触，都严重侵蚀着我国以宪法为基础的法制体系。故赋予巡回法庭以违宪审查权，对于我国构建上下联动的违宪审查体系，显得尤为重要。在美国，分设 12 个司法巡回区，除华盛顿单划 1 个司法巡回区外，其他 11 个司法巡回区一般每个都横跨 3 个至 9 个州不等。对此，我国可以借鉴美国之经验。我国巡回法庭也可以横跨几个行政区，除审理一定案件之外，重点审查地方机关活动或者法规、规章的合宪性。

（三）人大职权与人民主权的统一

[25] [德] W. 墨菲：《宪法、宪政和民主》，信春鹰译，载《宪法比较文集》第 3 册，山东人民出版社，第 41 页。

[26] 参见英国 1998 年 11 月 9 日颁布的《人权法》第 4 条，李蕊佚译，姜峰校。

[27] 1949 年颁布并生效的《德意志联邦共和国基本法》第 102 条，黄卉译，莫纪宏校。

[28] 参见 2014 年《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》。

多椰林曾经说过：“在现代德国，法治国的概念首先是把宪法的基本权利作为其最重要的内容和现实价值取向；但也不能对法治国期望过高，不能指望国家变成一个法律途径国。”^[29]由此可见，即便是宪法也并非是放之四海而皆准，并非一成不变的终极真理。宪法的制定，是由人民选出的代表组成的制宪会议完成的，而不是我们所谓的国家民意机关的意志。只有制宪会议制宪完成之后，代表民意的组织才真正成为掌握法定权力的国家机关。就如我国，全国人民代表大会具有的国家权力都是由人民通过代表制宪授予的，并非天然存在，与生俱来的。

“承认权力来源于人民，不等于承认权力现在还属于人民；而承认权力属于人民，也不等于落实为权力由人民行使的具体制度。”^[30]代表制解决了权力由人民行使的问题，但不能代表人民都已行使。正像汉密尔顿所说：“代议机关的立法如违反委任其行使代议权的根本法自当归于无效乃十分明确的一条原则。因此，违宪的立法自然不能使之生效。如否认此理，则无异于说：代表的地位反高于所代表的主体，仆役反高于主人，人民的代表反高于人民本身。”^[31]我国 2004 年宪法第二条规定“中华人民共和国的一切权力属于人民。”故而，我国是人民主权的国家，那么我们的违宪审查就应该以“人民主权”为导向，适当审查权源的合宪性问题。如此，由法院负责宣告立法机关的某项立法或者某项活动与宪法的不一致，便顺理成章的解决了“反多数”之困局。因为，人民选出代表行使人大职权固然合法，但人民并不是把所有的意志都交给了代议机关。法院对法律适用的解释，以及审查违宪行为的权力，都是人民意志下宪法所赋予的，也是人民意志的一部分，当然具有合法性。

结语

毫无疑问，构建以人民代表大会制度为基点、以渐进的“英国式”改革为借鉴的违宪审查制度，我国的法院系统将会焕然一新。若法院的“不一致宣告”屡屡促使立法机关或行政机关修改违宪立法或者违宪活动，那么法院的权威和公信力势必大大增强。法院将在中国的政治运行中居于特别地位。如此以来，我国的司法独立将不再是一枕黄粱，类似美国的司法审查也可能水到而渠成。

诚然，这种违宪审查制度在理论上是站得住脚的，但是如何将理论嵌入法律乃至宪法，进而贯彻于中国的实践，当是消除症结的突破口。比如，如何设置救济制度来应对立法机关

[29] 转引自韩大元主编：《外国宪法》，中国人民大学出版社 2013 年版，第 106 页。

[30] 丛日云：《乌尔曼的名著及其误区》，载《读书》2012 年版第 8 期，第 32 页。

[31] [美] 汉密尔顿等：《联邦党人文集》第 78 篇，商务印书馆 1980 年版，第 392 页。

或行政机关无视法院的“不一致宣告”、如何把握党的领导的“度”的问题？这都需要我们做进一步探讨。

（责任编辑：李羿的；文字编辑：丁奕涵）

正义的追问远未结束

——以念斌案为视角

童 申*

【摘要】念斌案历经8年10次开庭审理，念斌4次被判处死刑最终被无罪释放。为什么我们的刑事审判制度使得正义来得如此缓慢？又是什么使得本案最后避免了“冤案的再现”？在司法公正与司法效率无法兼得时，我们该作何取舍？文章将对这三个问题展开分析继而提出笔者的管见。

【关键词】 正义 刑事审判制度 疑罪从无 司法公正 司法效率

英国大文豪狄更斯200年前曾这样说过：“这是一个最好的时代，这是一个最坏的时代；这是一个智慧的年代，这是一个愚蠢的年代；这是一个光明的季节，这是一个黑暗的季节；这是希望之春，这是失望之冬；我们面前应有尽有，我们面前一无所有；我们正踏上天堂之路，我们正走向地狱之门。”^[1]2014年8月22日，福建省高级人民法院公开终审宣判：“上诉人念斌无罪，上诉人念斌不承担民事赔偿责任”。至此，念斌投毒案在历经8年10次开庭审理，念斌被4次判处死刑立即执行后，福建高院大胆宣告念斌无罪，这创造了一个真正疑罪从典型的典型案例，但是对于正义的追问却远未结束。

在八年的“拉锯战”中，我们的司法制度以及司法机关差点给我们演绎了现实版的“100-1=0”。对此，三次裁定“事实不清，证据不足”为何不能阻止法院纠正错案实现权利救济？我们面对司法公正以及司法效率这两个刑事诉讼中的基本价值取向该如何取舍？如何实现公正与效率的均衡？以下将逐一探讨这些问题。

一、为什么我们的刑事审判制度使得正义来的如此缓慢？

正义缘何来的如此缓慢？我想这和中国刑事审级制度的立法缺陷与中国刑事审级制度的实践缺陷有着极大关联。正是这些长期存在的立法和实践缺陷使得案件中正义的脚步变得如此缓慢。

（一）有罪推定

* 童申，郑州大学法学院2012级本科生。

[1] [英] 查尔斯·狄更斯著：《双城记》，孙法理译，译林出版社2012年版，第3页。

《中华人民共和国刑事诉讼法》第十二条规定：“未经人民法院依法判决，对任何人都不得确定有罪。”该条文表明只有人民法院才有定罪权，除人民法院以外，其他任何机关与个人都无权行使该项权力；犯罪嫌疑人没有证明自己无罪或者无罪的法定义务，不能因犯罪嫌疑人不能证明自己无罪而推定其有罪。但在本案中平潭县警方从正式立案到宣布破案仅仅用时 12 天，并于 8 月 10 日也就是在念斌被抓三日后在案发现场宣布——凶手就是念斌。平潭县警方在执行侦查任务时，将“惩罚犯罪”作为唯一任务，忽视了“人权保护”，对犯罪嫌疑人念斌进行有罪推定并且在案发现场公布“侦查结论”。此举不仅严重违反法律原则而且对犯罪嫌疑人及其近亲属的名誉造成了不良影响。

（二）发回重审制度有悖于无罪推定原则的基本精神

根据无罪推定原则，控方应当承担证明被告人有罪的证明责任，如果控方无法完成其证明责任，即控方对被告人的指控无法达到法定的证明标准，那么控方理所应当就应承担证明不利的法律后果。按照疑罪从无原则，这种不利的法律后果实际上就是法院作出指控不能成立的无罪判决。^[2]根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百九十五条第三项规定：“证据不足，不能认定被告人有罪的，应当做出证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决。”而第二百二十五条第一款第三项规定：“原判决事实不清楚或者证据不足的，可以在查清事实后改判；也可以裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判。”对比一审与二审在面对事实不清或者证据不足的处理方法，我们可以发现一审法院只能按照无罪推定的原则推定疑罪从无的方法处理，而二审法院却是可以选择性的发回重审，这违反了“疑罪从无”的基本精神。这种前后矛盾的做法破坏了法制的统一性。本案中，福建高院多次以“事实不清，证据不足”为由裁定发回福州中院重审，设想如果福建高院依据无罪推定原则疑罪从无，不仅实现了对于公平正义的追求、提高了司法效率，更实现了司法的终极目标。

二、什么使得本案最后避免了“冤案的再现”？

近年来，以 2012 年《中华人民共和国刑事诉讼法》的修改为亮点的刑事司法改革，点滴中体现着“疑罪从无”等司法理念，正是这些细致的改变救了念斌。

（一）死刑复核权的收回

[2] 朱立恒著：《刑事审级制度研究》，法律出版社 2008 版，第 222 页。

近年来，新闻媒体报道的诸如辽宁李化伟案件、湖北佘祥林案件、云南杜培武案件、河北聂树斌案件等一系列冤假错案引起了社会各界的广泛关注。这些冤假错案不仅给相关当事人及其家属带来了精神上、肉体上巨大的伤害，同时也深刻的反映了中国刑事司法制度存在的一些弊端，比如非法取证、刑讯逼供屡禁不止、超期羁押现象比较严重、刑事辩护困难、有罪推定以及审判流于形式等。这在一定程度上促使最高人民法院于2007年正式收回了下放长达20余年的死刑复核权。在本案中，2010年4月7日福建高院做出终审裁定，驳回上诉，维持原判，案件依法报请最高人民法院进行死刑复核。如果最高人民法院没有收回死刑复核权，福建高院既是第二审法院又是死刑复核法院，那么实践中的“合二为一”会使得死刑复核程序很难起到纠正第二审错误裁判的作用。最高人民法院于2007年收回死刑核准权是司法程序上的一道严格保障，足实让我们的司法制度运行得更加稳健。

（二）非法证据排除规则的正式确立

《中华人民共和国刑事诉讼法》第五十四条为新增条款，第一次以基本法的形式确立了“非法证据排除规则”并规定：“采取刑讯逼供等非法方法收集的证人证言、被害人陈述，应当予以排除。”在本案中，非法证据排除规则推翻了被告人念斌“自行陈述的有罪口供”。本案中警方并没有在现场遗存的食物中提取到指控所称的念斌投放的“氟乙酸盐”，随后警方为了掩盖这一事实，在指控被告人念斌时对中毒现场拍摄的照片以及勘验笔录只字未提。最让人产生怀疑的是警方在对念斌进行侦查讯问时拍摄的视频被无缘无故剪掉了一个多小时并且警方并没有对此作出合理解释，这不得不让人产生怀疑——警方对念斌施加了不应当施加的压力。不论警方对被告人是否采取了刑讯逼供，单从证据的性质分析，由于其为非依照法定程序所取得，故该证据不具有合法性，应当依法予以排除，不能作为判决的依据。

（三）专家辅助人制度起了关键作用

《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百九十二条第二款规定如下：“公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人可以申请法庭通知有专门知识的人出庭，就鉴定人做出的鉴定意见提出意见。”本案中警方出具了两张质谱图，一张是俞攀呕吐物”，一张是“俞攀心血”，继而作出鉴定意见：俞攀的“心血与呕吐物中”被检测出了毒物——氟乙酸盐。然而在警方之前的检验报告中，并没有显示在被害人的胃与肝中检测出氟乙酸盐。那在被害人的“心血与呕吐物”中怎么会检测出了氟乙酸盐？对于这个疑点，被告人申请了专家辅助人与鉴定人出庭质证。通过当庭质证证明了控方的该组证据不具有真实性，人民法院对此证据不予采纳。

（四）第二审法院发回原审法院以一次为限

《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二十五条第二款明确规定：“原审法院对于依照前款第三项规定发回重审的案件作出判决后，被告人提起上诉或者人民检察院提起抗诉的，第二审法院应当依法作出判决或者裁定，不得再发回原审法院重新审判。”正是为了防止二审法院无限次地发回重审导致“疑罪从拖”，新刑事诉讼法作出修改，对于因事实不清或者证据不足而发回重审的案件，在原审法院重审宣判后，进入二审程序的，二审法院必须依法作出判决或者裁定，不得以任何理由再发回重审，此举有利于二审法院更加积极主动且谨慎的履行审级监督作用。

（五）疑罪不可“从轻”只能“从无”

《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百九十五条第一款第三项规定：“证据不足，不能认定被告人有罪的，应当做出证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决。”本案中针对“被害人死亡的原因不能够确定为控方所指控的氟乙酸盐中毒致死”、“控方指控的毒源‘氟乙酸盐’来源不明，控方的指控得不到任何证据的佐证”以及“被告人投毒的方式不能确定，控方指控的投毒方式不能够合理的解释被害人母亲丁云虾在‘共同用餐后’为何没有任何生化反应症状。”辩护人提出的这些疑点，控方在法庭上均不能做出合理的解释，使得这些证据本身就不能排除合理怀疑。依据法律规定，只能以被指控的罪名证据不足，罪名不成立为由，做出无罪判决。

三、在司法公正与司法效率无法兼得时，我们该作何取舍？

最高人民法院院长肖扬曾指出司法公正与司法效率是当今中国人民法院的两大主题。^[3]立法者在设计诉讼时，其本意为司法公正与司法效率保持一致。但是在司法实践中，却很难使得二者得以均衡。理论界普遍认为：公正是司法的本质特征，而效率仅仅是司法的外部特征。^[4]但在实践中过分的追求司法公正，可能会不利于司法效率的提高。那么在司法公正与司法效率之间该如何均衡？

“司法作为实现社会正义的最后一道防线”，其本质特征应该是诉讼程序的公正以及诉讼结果的公正。美国学者勒斯克指出：“法的目的在于主持公道，而法院的任务则是审判，公道地、不偏不倚地适用法律，解决纠纷。”^[5]西奥多·贝克尔在分析法院的一般功能主义

[3] 肖扬：《公正与效率：新世纪人民法院的主题》，《人民司法》2001 年 1 月。

[4] 朱立恒著：《刑事审级制度研究》，法律出版社 2008 年版，第 146 页。

[5] [美] 勒斯克：《美国民事诉讼》，法律出版社 1997 年版，第 7 页。

的理论时也强调“公正是司法程序的心脏”。^[6]英国著名思想家培根在《论司法》中也指出：“一次不公正的判决比多次不公正的举动为祸剧烈，因为这些不公正的举动不过是弄脏了水流，而不公正的判决则把水源败坏了。”^[7]故此，刑事制度的设立必须要以公正作为其价值评价标准。

“正义的第二种含义，也是最普遍的含义，那就是司法效率。”^[8]这是美国著名法律经济学家波斯纳对于正义的理解，显然波斯纳法官已经将效率作为司法公正的一部分看待了。“在一个资源稀缺的世界，浪费是不道德的行为。”^[9]西方法律谚语说：“迟来的正义非正义。”更有学者宣称“迟延诉讼或者积案实际上属于拒绝审判。”^[10]故此我们在关注司法公正的同时更应该提升司法效率。

司法公正与司法效率在大多数情况下是可以兼得，二者是相互促进、相互作用、相辅相成的关系。^[11]在司法公正充分实现的情况下，不仅可以提高司法效率而且也会提升司法的公信力。英国著名法官丹宁勋爵在解释法律的正当程序时曾指出：“我所说的经‘法律的正当程序’，系指法律为了保持日常司法工作的纯洁性而认可的各种方法：促使审判和调查公正的进行，逮捕和搜查适当地采用，法律援助顺利的取得，以及消除不必要的延误，等等。”^[12]丹宁勋爵所说的“消除不必要的延误”正是表达了司法效率对于司法公正的重要意义。这也印证了波斯纳法官所陈述的——司法公正的第二个含义就是效率。如何均衡司法公正与司法效率之间的关系，在维护司法公正的前提下，提高司法效率。应确立这样一个基本的原则即“司法公正优先，兼顾司法效率。”

念斌案中，警方从正式立案到宣布破案仅仅用时12天，片面追求破案率，导致警方在侦查过程中在有罪推定思想的推动下，无辜者“念斌”被侦查机关“合理地”确定为犯罪嫌疑人，而后在没有任何证据佐证念斌投毒的情况下，办案人员多次采取不正当的手段迫使念斌做出有罪供述，警方随后关于受害人的“心血尿液”质谱图也是依据念斌口供中承认投放了氟乙酸盐所得来的证据。司法的本质属性就在于其公正性，如果无法保证公正的对待犯罪嫌疑人，为了达到所谓的“破案指标率”而不惜放弃对于公平正义的追求，那将是对司法的严重亵渎。在对侦查机关移送的案件进行草率的审查后，检察院就将犯罪嫌疑人念斌推向审

[6] [英] 罗杰·科特威尔：《法律社会学导论》，潘大松等译，华夏出版社1989年版，第236页。

[7] [英] 培根：《培根论说文集》，商务印书馆，1983年版，第193页。

[8] [美] 理查德·A. 波斯纳：《法律的经济分析》（上），蒋兆康译，中国大百科全书出版社1997年版，第31—32页。

[9] [美] 理查德·A. 波斯纳：《法律的经济分析》（上），蒋兆康译，中国大百科全书出版社1997年版，第46页。

[10] [日] 谷口安平：《程序的正义与诉讼》，王亚新、刘荣军译，中国政法大学出版社1996年版，第55条。

[11] 朱立恒著：《刑事审级制度研究》，法律出版社2008年版，第156页。

[12] [英] 丹宁勋爵：《法律的正当程序》，李克强等译，法律出版社1999年版，第1—2页。

判席。在法院审理中，不论被告人念斌如何当庭翻供以及辩护人如何做出无罪辩护，也不论很多控方证据存在明显漏洞、无法排除合理怀疑的情形下，法院最终仍然对于被告人念斌做出死刑判决，福建高院多次以“事实不清，证据不足”为由发回重审，使得正义的到来一次次的推迟。西方法谚有云：“迟来的正义非正义。”程序上迟到的正义所损害的是“司法的及时性”。这就是一种在西方犯罪学界广为流传的“第二次伤害”理论，说的就是被害人因为在司法程序中受到忽视和傲慢而产生了被伤害、不公正的感觉。^[13]案件中，福建高院为了自身不受到“错案追究”，将本该依据“疑罪从无”判决被告人念斌无罪的案件多次发回福州中院再审，此举不仅违背“疑罪从无”的司法精神而且也是对于司法效率的“不必要延误”。纵观本案，还念斌一个公正判决才是司法本质所在，兼顾排除“不必要的迟延”保证司法效率才是本案的正确态度。

虽然念斌案最终依据“疑罪从无”法律原则推定“无罪”，实现了正义。但是留给被害人家属的却是“时过境迁的案发现场”、“灭失的证据”以及对于正义的漫漫追问。而在念斌案中对于司法公正与司法效率的取舍问题的思考值得我们进一步反思。

（责任编辑：王重尧；文字编辑：丁奕涵）

[13] 陈瑞华著：《看得见的正义》，法律出版社2013年版，第63页。

李明龙：

“跨省抓错人”事件背后的问题意识

朱海涛：

简析“天价诉讼”

案例争鸣

“跨省抓错人”事件背后的问题意识

李明龙*

在对该案例进行分析前，我想先简单介绍一下案件情况和进展：2013年11月24日，湖南籍女子刘某在耒阳被当地警方带走。随后她得知，青海警方认为她涉嫌之前发生的一起盗窃案，因怀孕取保候审到期后一直未“及时”到案，对其进行上网追逃。在衡阳看守所关押12天后，刘某被警方带回青海调查。之后青海警方核实发现，是刘某身份信息被他人冒用，并公开承认抓错人。2015年2月2日，青海省西宁市湟源县人民法院对“跨省抓错人”责任民警张军治作出无罪判决，认为“公诉机关指控被告人张军治的行为构成玩忽职守罪证据不足”。西宁市湟源县人民检察院随后提出抗诉，西宁市中级人民法院最后认为，检察机关提出对张军治的行为应当以玩忽职守罪定罪处罚的抗诉理由成立，予以支持，依法判决：撤销张军治无罪的一审判决，张军治犯玩忽职守罪，判处有期徒刑一年。

以上的案件信息是笔者转自中国北京工人日报对此案件的相关报道。至此我们可以看到当事人的具体正义得到了伸张。

要理解一部法律的内在构造及运行规律，有以下三个视角可供我们进行选择：其一为主体视角，其二为权利视角，其三为行为视角。我们要分析这个案例，不妨可以借用一下主体视角。此次事件涉及四方主体：公安机关、法院、检察院和当事人。

我们先从公安机关说起，根据青海省西宁市中院（2015）宁刑终字第77号判决书的内容，笔者发现青海警方在刑事诉讼程序上出了问题：一、在青海警方对冒用刘某信息且未提供身份证件的真正的嫌疑人李某进行审讯后，所采集的相关身份信息未及时确认提交青海省公安厅数据库。二、在湖南警方“抓获”刘某并将刘某的辩解向青海警方转达的过程中，青海警方未加详细调查，不顾刘某及其家人的反复辩解，强行将刘某带回青海。三、青海警方所派民警张某一等三人到达湖南后未及时提人而是在当地旅游。此外，湖南警方在配合青海警方执行刑事任务时同样存在程序疏漏。

此案经过了两审，一审法院作出无罪判决，认为民警张某玩忽职守罪不成立，当地检察院随后提出抗诉，二审法院进行审理并依法改判。在二审法院的审理过程中，有一个焦点我

* 郑州大学法学院 2013 级本科生。

想我们应该关注：民警张某对工作严重不负责的行为是否构成“玩忽职守罪”？是否真正造成人民利益的重大损失？

原审法院认为民警张某在执行任务时存在过失，但尚未达到玩忽职守罪所要求的客观损害程度，即危害结果，也没有足够证据证明张某的行为造成恶劣社会影响，不应把媒体的报道当然进行造成社会恶劣影响的认定，且对刘某的过失羁押实属多种客观原因所致，张某不能承担全责。

二审法院依据《中华人民共和国刑事诉讼法》、《公安机关办理刑事案件程序规定》并参看《中华人民共和国宪法》后认定，公民的人身自由不受侵犯，禁止非法拘禁和以其他方法非法剥夺或限制公民的人身自由。民警张某在执行刑事任务时不负责任，致使刘某被错误抓捕羁押达 12 日，身心均遭受重大损害，应当认定达到玩忽职守罪所要求达到的客观损害结果。经查，媒体的报道属实，且社会恶劣的影响来源于民警张某的行为后果，而非媒体的报道，同时民警张某的行为给青海公安机关队伍的形象和声誉造成严重负面影响。

笔者认为二审法院的判决书还没有“对刘某的过失羁押实属多种客观原因所致”进行因果关系存在及其大小进行更好的解释。从侵权责任法的角度来解释，判断因果关系的存在首先由两个步骤：先是条件性的判断，后是相当性的判断。当存在多因一果的情况时，因果关系的大小应采以下方法：直接原因大于间接原因、近因大于远因、主要原因大于次要原因。当出现当事人故意或过失行为、第三人、不可抗力、异常事件作为介入因素时，要考虑因果关系中断的问题。另外，媒体的报道完全或大都针对青海警方的抓错人行为，而对湖南警方在配合阶段出现的错误没有或甚少指责。一个刑事抓捕的活动，尤其是异地抓捕，没有当地警方合法合情合理的配合，就是一个不完整的刑事执法活动。

两次的法院审理，我们发现了上级法院对下级法院在案件审理的质量把关和业务指导方面发挥了重要作用。我们不苛求一审法院的每次裁判都是准确无误的，只要能确保是依法独立作出的合情理的裁判。

这一事件始终，我们可以发现检察院较好地担起了依法对刑事诉讼进行法律监督的责任，一方面它使公安机关依法行使侦查权、人民法院依法行使审判权、执行机关依法执行刑事判决得到监督和制约；另一方面，它纠正了公安机关、人民法院可能出现的程序违法、实体法律适用错误，从而保障公民个人利益、社会公共利益的完善。

此次案件能有如此大的社会影响力，媒体的广泛宣传起到了很好的效果。从媒体的报道中我们获悉，当事人刘某在人身自由遭遇不法侵害时，主动寻求新闻媒体的帮助，使自己的权利获得了更好的救济。由此，我们说新闻媒体作为社会舆论监督的一环在公民向国家机关提出合法诉求和维护自己的权利利益方面，起到了一种缓冲和沟通的作用。

现在我们围绕公民权利来展开简要分析，公民权利来源于何处？公民权利有何作用？公民权利是一成不变的吗？自世界进入近代史以来，不论是何种社会制度的国家，都以根本大法—宪法或宪法性文件的形式规定了公民的基本权利。可见公民基本权利的法律地位是有宪法保障的，甚至是西方某些国家最初的建国基础。西方的公民基本权利的法治建设经历了上百年的理论实践，我国真正意义上的特色社会主义法治建设则从改革开放时才进行，所以时间是个问题，当然国情也是一个问题。

在我国，公民的权利意识和西方国家相比目前是比较薄弱的，公权力常常不当地蚕食私权利的界线，这或许是与我国行政系统长官意志浓厚、强行政弱司法的历史遗留问题有关。公民权在西方人心里早已生根发芽，他们相信公民权利的充分行使能够带给他们幸福，法律应该保障这种实现幸福的手段，国家对于公民有信赖利益，公民权利应与社会的发展水平保持相当水平，受其决定。德国法学家耶林曾经发出过为权利而斗争的呼喊，不光是为自己的权利，更应该为他人的权利。法学家德沃金强调认真对待我们的权利，法律不保护睡眠人，既要懂得理性地行使法律赋予我们的权利，又要勇敢地维护并珍视我们的权利。

公民在维护自己的权利利益方面，除了通过新闻媒体表达救济意愿外，还可以运用法律提供的救助程序来恢复自己权利状态的圆满，即行政诉讼、民事诉讼、刑事诉讼。由于本案经过媒体的广泛报道，加之国家工作人员的渎职犯罪由检察院直接受理，属于公诉案件，当事人不会有起诉难、立案难的问题。假若没有这些条件，那么，公民在这种情境下应该了解公检法各自直接受理的立案范围，即立案管辖，以利于公民控诉侵害自身的犯罪行为。

《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百一十条规定：人民法院、人民检察院或者公安机关对于报案、控告、举报和自首的材料，应当按照管辖范围，迅速进行审查，认为有犯罪事实需要追究刑事责任的时候，应当立案；认为没有犯罪事实，或者犯罪事实显著轻微，不需要追究刑事责任的时候，不予立案，并且将不立案的原因通知控告人。控告人如果不服，可以申请复议。另外，根据我国刑事诉讼法有关规定，公安机关、人民检察院、人民法院对于

报案、控告、举报、自首、扭送都应当立即接受，不得以任何借口推诿和拒绝。对不属于自己管辖的应当先接受后移送主管机关处理，情况紧急必须采取紧急措施的，应当先采取紧急措施，然后移送主管机关。当然，为了解决公民起诉难、立案难等问题，我国人大、最高人民法院、最高人民检察院、公安部等有关国家机关均有相关法律、司法解释和部门规章对其进行法律程序上的补充完善，笔者在此的介绍仅为冰山一角。

本案中受害人被侵犯的正是属于公民基本权利目录下的人身自由权。比较我国人身自由被侵害的法律救济制度，西方的令状制度应该对我们有所启示。简单来讲，警察基于合理怀疑需要对公民的人身自由、住宅进行限制、搜查，必须经过法律规定的正当程序，有法官签发的令状。警察要把这个公民带至法庭，由公民向法官陈述，由法官决定是否对其人身自由进行限制。非经法律规定的正当程序，不得限制公民的人身自由。即便是紧急情况下的现行犯，嗣后也必须完善法律手续。

多年以来，我国在法律实施的过程中总是以实质正义为核心，并加以扩大，缩小了形式正义的实现范围。近年来这种现象逐渐为专家学者、人民大众、国家机关所关注、重视，在全国人大立法释法、国家司法机关执法方面有所改观。例如新民诉法、刑诉法的修改、行政程序法及行政许可法的出台。

通过此案我们可以自然作出如下推论：警察权需要制约与限制。记得孟德斯鸠在《论法的精神》中说过：“一切有权力的人都易于滥用权力，这是万古不变的经验，权力的终点是运行到它被限制的地方。”在此之前，笔者发问：警察与公安的概念内涵与外延是一致的吗？笔者查阅资料发现，我国的警察包括武警和人民警察两大类。“公安”广义上是指人民警察，分为公安部门管理的公安警察（即狭义“公安”，包括治安、户籍、刑侦、交通等）、国家安全部门管理的国家安全警察、劳改部门的司法警察以及法院、检察院系统的司法警察四大类。

所以笔者认为，在现实生活中，民众口中的警察和狭义公安的含义一致，上述的区分只是我国学理上和司法实践的通说界定。考虑到本案的警察主体及下文的开展，笔者将这里的警察权狭义地定义为公安部门管理下的公安警察的权利。按照笔者的定义，警察权的制约与限制就转换成公安权的规范与限制。

从权利视角来审视,公安权集行政性与司法性于一身,公安机关权力的运行主要受到来自以下几方面的监督:首先受到来自机关系统外部的社会舆论监督,其次是上级机关的监督,再次是同级人大的监督,然后是同级党委、纪委、审计监察机关的监督,最后是司法监督,后面四个方面则是来自机关系统内部的监督。

公安权在使用的过程中,不只是面临着滥用、错用的问题,还存在着缺失的问题。李健和教授在他的研究中指出了这样的几个问题:第一、警察权力主体混乱,难以切实监督。第二、警察权力本体混乱(淆),权力运行成本加大,效率不高。第三、警察权及其配置的法律依据不足。^[1] 笔者认为公安权不仅需要限制,还需要优化完善,使公安权的行使达致一种效益的最大化。李健和教授认为,从总体上讲,要以遵循国家立法授权、保障人权、权力制衡、结构与功能比例以及与社会经济水平和文明程度均衡等原则对公安权设限;然后透过准确把握公安权的实质,廓清职能,合理收缩公安权主体范围,科学整合公安权的内容,完善公安权力手段及其保障,最终达到配置与优化公安权的目的。^[2]

接下来笔者将具体论述:“公安权如何限制又如何优化?”当然限制与优化二者不是等同关系,这里值得强调的是,优化是限制的目的,限制是优化的手段。

首先是从原则上对公安权的限制,针对这些原则我们应该让其成为公安权行使的指导思想并使其在相关法律制度中有所普遍体现。

(一) 遵循国家立法授权。公安权的行使要严格遵循国家的立法授权,即遵循全国性立法机关的授权,权力的行使需要有法律文件的授权,法无明文规定不可为,涉及到公民人身自由等公民基本权益的限制或剥夺必须由全国人大来立法。

(二) 保障人权及权力制衡。对人权的保障贯穿于法律实施的方方面面,也是行政立法的基本原则,如在《中华人民共和国行政强制法》中就有所体现。公安机关作为一个带有司法属性的行政机关当然在行政执法中应该对其予以贯彻。另外对公安权的制约与平衡主要也是在外部的监督与内部监督上下功夫,至于公安权运行的内外部监督,前已述及,不再论述。

[1] 李健和:《我国警察权力配置的现状、问题与原因——警察权力专题研究之二》.载《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2007年第5期。

[2] 李健和:《论我国警察权力配置的原则与优化路径——警察权力专题研究之三》.载《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2007年第6期。

（三）结构与功能比例原则。比例原则是现代行政法中的基本原则，结构与功能比例原则是该原则在公安权配置与运行的深化。李教授认为，在结构性权力的配置上，抽象公安权应呈倒三角形，即居于最高及中层次的公安机关的抽象权力大于最低层次公安机关的抽象权力；具体公安权应呈菱形，最高、最低层次的公安机关的具体权力要小于中层次（尤其是中下层）的公安机关的具体权力。在功能性配置上，行政型公安权应主要配置在中、下层公安机关，而刑事型与军事型公安权应以中、上层公安机关为主配置。从而发挥公安权的最大效能。

（四）社会经济水平和文明程度均衡。这是立法上对公安权在法律实然层面上运行必须要考虑的因素，当今时代我们的公安权应该是逐步减少一些社会强制性，增加一些社会服务性、人权保障性。这就有点像历史法学派的观点，用历史的方法来研究法律，同样地，在引入社会经济水平和文明程度的因素对公安权的配置进行考量时，我们也是需要把握历史这条线索的。

其次，为了从制度上对公安权力的行使做出限制与优化，有三个问题需要我们回答：公安权的实质、职能以及主体范围。笔者认为公安权的实质在于维护社会治安秩序，预防犯罪、打击犯罪、维护稳定、服务社会是对新时期下公安机关职能的概括。目前来讲，很多地方在公安机关下辖的机构方面常常出现不必要的机构设置，各机构职能重叠、推脱、交叉空白的现象时有发生，这就要求我们要科学合理限制公安权主体范围，不能出现名义上的整合（多一块牌子、少一块牌子），实质上的臃肿（吃空饷、人浮于事）。

最后，笔者认为在科学整合公安权内容（包括管理权、侦查（处）权、强制权和执行权）的基础上，要在公安权的限制与优化上使其外部控制与内部控制达致一种持久、良好的互动。

笔者在这里主要想简单谈谈其内部控制，公安权的内部控制可以从警察裁量基准、标准操作规程（SOP）、警务督察制度、警察备案制度来对其进行规范。^[3] 警察裁量基准，我们可以把它看作是公安人员在实际执行公务中所做裁量的具体准则，由公共政策、行政惯例、行政规则组成。至于标准操作规程（SOP）则是管理学上的概念，说的是作为组织机构内部的一种工作或行为规则，通过规范文件的形式对工作或行为的程序、标准进行规定，用以指

[3] 王星元. 论警察权的控制与规范[D]. 吉林大学, 2013.

导工作或行为，又可以作为监督人员的监督参考。警务督察制度在我国的实施也有一定的时间，我国于 1995 年通过颁布《中华人民共和国人民警察法》，正式确立了公安警务督察制度。而警察备案是出于管理和工作的需要，按照法律和规范性文件的规定，警务机关及其工作人员、公民、社会团体将相关材料报送有权机关，后者对其报送材料进行分类管理保存，以备核查的制度，是一种事后监督。笔者相信落实了这四个方面，公安权的内部控制一定效果显著，且过去我们大都过于强调公安权的外部控制，对其内部控制甚少提及，这也是笔者想主要论述公安权的内部控制的原因。

其实最近的“庆安枪击事件”中有网友认为公安机关在此事件的处理中存在过错，并对公安权行使的必要性限制提出呼吁。但我们应该要注意当时官方尚未公布真相，且纵说纷纭，谁也拿不出那种能够排除一切合理怀疑的证据说服对方。目前的情况是央视对相关视频资料进行了公开，还原了当时现场的真实情况，且当地的铁路公安机关调查组也给出调查结论：民警开枪击毙徐纯合的行为正当合法，尽到了法律对警察用枪所规定的各项要求和义务，综合现场视频和目击证人的描述可以认定，徐纯合的行为已属袭警。

“庆安枪击案”与“跨省抓错人事件”都涉及到民众对公安权行使的看法，我们大都认为现实的法治环境恐怕还是得依法加强公安权实际行使的限制，但绝不能纵容个别闹事分子暴力袭警，毕竟警察执法代表的是国家的形象和法律的权威，捍卫的是法律的尊严、维护的是社会公共利益。现实生活中充满着许多表面上看起来不公正的事件，每一事件中不同的人和组织基于各自的利益都会提出复杂多样的观点，这些观点或许会混淆视听、或许会揭示真相，可能常常让读者们“神经错乱”、“目瞪口呆”、“拍案大骂”，但不管怎么说，舆论的发酵恶化总是源于真相的迟迟不公开或不完全公开或虚假公开，真相不能总靠“倒逼”！！在这里，信息公开也是对公安权滥用的限制。

我们需要反思在当今时代我们需要建设一个怎样的公安队伍？不管是哪个地方的公安机关大厅，它正中央墙上总有着当年毛泽东主席亲笔题写的“为人民服务”这几个金光闪闪、遒劲有力的大字，透露出伟人的智思哲想。从科学发展观出发，公安队伍首先就要牢牢树立以人为本的根本价值观念，应以“立警为公、执法为民”的宗旨，作为公安队伍建设和公安社会服务价值取向，切实维护人民群众的切身利益；在公安队伍管理的价值取向上应坚持“以警为本，凝心聚力”的原则，要相信和依靠广大公安，充分尊重他们的主体地位和发挥他们

的主动性、能动性、创造性。要加强廉政执法司法建设，重在诚实守信、廉洁奉公。最后还要紧密结合现实需要（互联网信息技术犯罪、反恐主义、异地执法、刑讯逼供、立案率与结案率的关系调和等问题），注意从多方面提升公安素质，增强公安技能，提高公安待遇，增加公安执行任务的物质基础设施投入。

（责任编辑：陈幼学、高笑真、王颖；文字编辑：李吉慧）

简析“天价诉讼”

朱海涛*

【摘要】作为环境公益诉讼的一个鲜明案例，泰州市“天价环境公益诉讼”给了我们诸多启发。公益诉讼主体需要有法律上的适格地位，损害赔偿则需要相关法律法规的计算方式的支撑，并且诉讼主体与损害结果之间存在的因果关系决定了赔付是否具有依据。企业的发展不能脱离社会，并且作为社会的一部分与社会共生。

【关键词】公益诉讼 诉讼主体 裁判标准

长期以来，环境问题始终是社会生活中的一个焦点话题，而环境变迁影响的不仅仅是区域性的，由于其所具有的传播性和长期性，对于整体社会的触动日久靡深。我们能够轻易的得知环境问题的制造和制造者、环境问题的损害和受害方，可在两者之间的区域却仿若隐入迷雾，关于二者之间的牵连关系和责任追究争论颇为纷纭。

2014年12月4日，江苏省高级人民法院开庭审理江苏泰州“天价环境公益诉讼”一案，并作出终审判决：被告败诉，并在30日之内将1.6亿元人民币支付泰州市环保公益金专用账户。此案顿时在法律界掀起巨澜，引发了各界的广泛关注，一方面因其判决结果赔付金额数目惊人，另一方面环境公益诉讼实属罕见，虽然各地均成立有环保法庭，且相关部门已给予重视，社会上也存在大量因环境问题而引发的纠纷，但是对簿公堂却在少数。此案作为环境公益诉讼的一个典型案例，值得剖析总结。

一、诉讼主体

本案原告为泰州市环保联合会。依据《中华人民共和国民事诉讼法》第五十五条：对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为，法律规定的机关和有关组织可以向人民法院提起诉讼。泰州市环保联合会作为一个依法设立的社会环保公益组织，具有作为该案原告的法律主体地位。

本案被告为常隆农化公司、锦汇化工公司、施美康药业公司，申龙化工公司，臻庆化工公司等六家企业。本案中，被告涉嫌将废酸委托给没有处理资格的皮包公司，后者将废酸直接倾倒入河中，从而构成严重环境污染。经法院审理虽然被告并没有直接以非法方式排放污

* 朱海涛，郑州大学法学院2013级本科生。

染物，但不可否认的是，被告支付给皮包公司的价款远不足以处理其所排放的废酸，这就意味着被告本身即带有污染环境的主观故意。根据《中华人民共和国环境保护法》第六条第三款：企业事业单位和其他生产经营者应当防止、减少环境污染和生态破坏，对所造成的损害依法承担责任。因此，被告作为被告法律上适格。

值得一提的是，在本案中还有直接实施污染环境行为的皮包公司，根据《中华人民共和国侵权责任法》第六十八条：因第三人的过错污染环境造成损害的，被侵权人可以向污染者请求赔偿，也可以向第三人请求赔偿。污染者赔偿后，有权向第三人追偿。这意味着将皮包公司列入被告也是合法的，虽然该案中原告并没有起诉皮包公司，但该案中的被告享有对皮包公司的损害追偿权。

二、赔偿标准

依据《中华人民共和国侵权责任法》第六十五条：因污染环境造成损害的，污染者应当承担侵权责任；第六十六条：因污染环境发生纠纷，污染者应当就法律规定的不承担责任或者减轻责任的情形及其行为与损害之间不存在因果关系承担举证；第六十七条：两个以上污染者污染环境，污染者承担责任的大小，根据污染物的种类、排放量等因素确定。被告污染环境造成损害事实既定，并且不能举证自己不承担责任的情形，被告方应当对结果负有赔偿责任，而由于污染者排放数量不一致，因此给予赔偿责任大小的区别对待。

本案中由于环境损害业已形成，当下的赔偿责任主要集中在污染的修复费用上，《环境污染损害数额计算推荐方法》的 4.5 条表明：采用虚拟治理成本法和/或修复费用法计算，并根据受污染影响区域的环境功能敏感程度分别乘以 1.5-10 以及 1.0-2.5 的倍数作为这部分费用的上下限值，据此，六家企业的赔偿费用共计为 1.6 亿余元。

三、企业技术改造费用能否抵扣赔偿款

企业技术改造费用是指企业内部为开发新技术、新产品、新工艺发生的研究开发费用。就环境保护而言，企业的技术改造集中于节能减排与处理废弃物的技术革新上，显然企业的技术改造对环保具有重要意义和价值，因此，企业的技术改造费用应当作为企业运营过程中不可或缺的一项费用负担。

赔偿款是被告方向泰州市环保公益金专用账户支付的，用于环境保护和环境损害修复的金额，其具有法定性和专用性。

企业的技术改造费用能够减少或避免污染的加重以及再度发生，赔偿款则是环保的善后用途，本案中企业既要保留自身的企业改造费用，也要依法支付相关赔偿金，二者不可重叠。

四、企业技术改造的成功标准

2012 年 9 月颁布的《国务院关于促进企业技术改造的指导意见》中指出：新时期企业改造工作要紧紧围绕工业发展的新要求，更加注重促进技术创新能力的增强和创新成果的产业化，提升产业核心竞争力，更加注重节能降耗减排治污，促进绿色发展。其中既表明了企业技术改造需要与时俱进，增强创新能力和产业凝聚力，也对企业的发展提出了要求，就是要求企业可持续发展，科学发展。企业在其发展壮大中需要提高自身的责任意识，承担相应的社会责任。企业的技术改造，不仅是为了企业自身的发展盈利，更是对社会的进步发展有重大的推动作用。

（责任编辑：陈幼学；文字编辑：李吉慧）

对话郑磊：

在变革的环境里，自己成就自己

焦阳：

寄语郑州大学法学院的学弟学妹们

刘竞元：

不悔青春，万一梦想实现了呢

杜立津：

放心去飞，勇敢的去追

——谨以此文送给我的本科四年和正值青春
年少的你们

师长之言

对话郑磊：在变革的环境里，自己成就自己

郑磊，男，汉族，郑州大学法学院讲师。2002-2006年于郑州大学法学院攻读法学学士学位；2008-2010年在郑州大学法学院攻读硕士学位，师从沈开举教授；2010-2014年在北京大学法学院读博士，师从湛中乐教授，美国哥伦比亚大学联合培养博士。主要研究领域为科学、政治与行政法；行政组织法；财产征收法；土地利用规划法。主要论文有：1.《分权与合作：社会性规制的一般法律框架重述》，《国家行政学院学报》（CSSCI）2014年第1期；2.《宪法学的知识转型与方法综合——以20世纪90年代以来的学术争论为素材》，《法制与社会发展》（CSSCI）2012年1期；3.《政府采购公共工程的法律规制》，《政治与法律》（CSSCI）2011年第12期；4.《宪政建设的统合模式——超越“上/下”之争的第三条道路》，《法学评论》（CSSCI）2011年第3期，中国人民大学复印报刊资料《宪法学、行政法学》2011年第9期全文转载；5.《立法的偏颇及其矫正——以〈劳动合同法〉为分析考察对象》，《学习与探索》（CSSCI）2010年第3期；6.《英国土地裁判所制度探微》，《郑州大学学报》（CSSCI）2010年第3期；7.《英国行政裁判所的最新改革及其启示》，《行政法学研究》（CSSCI）2009年第3期；8.《论统一公法学建构的宪政基础——兼谈公法学总论研究的几个误区》，《法学论坛》（CSSCI）2007年第4期，中国人民大学复印报刊资料《宪法学、行政法学》2007年第11期全文转载；9.《改革开放与行政法治三十年回顾、反思与展望——以财产权保障的制度变迁为视角》中国人民大学复印报刊资料《体制改革》2008年第11期全文转载。郑老师眼界开阔，学识渊博，平易近人，深受同学们的尊敬。

针对近期法学院正在进行的教学改革以及同学们关心的一些其他问题，编辑部责编陈冲（以下简称“陈”）和高崢（以下简称“高”）于四月下旬对郑磊老师（以下简称“郑”）进行了访谈，以下为访谈笔录。

1、陈：郑大法学院近年来一直在扩招，对本科生采取了大班制的课堂模式，这产生了很多问题，那么我们该如何克服大班制的弊端？您能结合您在哥伦比亚大学的一些经历，比如他们苏格拉底式的教学模式，谈一谈我们本科生在大班制的现状下该怎么寻求突破吗？

郑：郑大法学院改革之后一个班的人数介于60到80人之间，国内高校基本上也就是这样的情况。清华大学法学院招生较少，一届80个本科生，所以他们有条件办本科的小班。北大法学院一届180人左右的本科生，基本上也是分成比较大的两个班。因此，不能苛求地

讲我们法学院的班太大。这可以说是中国高校的一个普遍现状。我们法学院从 2002 年以来，招生规模是比较稳定的，介于 240 到 280 人之间。而美国法学院的教学模式经历了苏格拉底式到案例教学法的转变，大概是从 1870 年在哈佛大学法学院案例教学法开始普及。所以今天美国法学院的教学方式基本上不再是苏格拉底式的了，主流是案例教学法。从同学们的角度来讲，在我们法学院今天的教学模式下，你们可以做的事情：第一，同学们要积极地同学院沟通反映，你们要从学习的被动者变成学习的主动者，成为学习培养模式的定制者。正如现在热议的工业 4.0，我们的法学教育也应该成为 4.0 版本。在 4.0 阶段的一大特点是人才培养模式是根据每个人的特性实现订单化，我觉得同学们可以积极地向学院建议这种模式。建议学院稳住 14 或 16 门核心课程，压缩课时，增加选修课的自由度，设立政治学、社会学、经济学基础这些跨学科课程。这应该是培养个性化法学院学生的需要。现在来讲同学们自己的学习太过被动，你们总是期待着法学院能够给你们提供什么，但更重要的是应该自我塑造、自我训练。你们可以自己评估自己哪个方面有缺陷，比如我的外语不好、我不会分析案例、我没有问题意识、我写不出像样的学术文章、谈问题没有逻辑等等。依惯常的思维，你们会想到学院没有开设案例分析课、没有第二外语的课程等等，可是我们为什么不能自己去找相关的解决方法呢？比如不会分析案例这一点，同学们完全可以主动找到相关书籍去进行学习。到了现在的大学阶段，不能一味期待别人给我东西，要考虑的是自己改变自己。我用一句话表达是：你就是你的大环境，你就是你的背景，不要抱怨外在的环境。每一个人都可以成为改变学院的推动者，你们可以开以“法学院教学改革”为主题的班会、党支部会、团支部会，每个同学可以通过自己在其他大学的同学了解他们的教学模式，在会上提出意见建议，最后将会议的成果以写信、写文章的形式反映到学院。所以，第一改变自己，第二改变法学院，这是我的想法以及对大家的期待。

2、陈：杨会永老师开设了行政法律诊所课程，这是案例教学的尝试，引导大家将理论与实践相结合。但就目前来讲，学院对学生实践的引导较少。一些同学想实践但是苦于没有途径、没有方法，这些我们该怎么克服？

郑：国外的人才培养对实践课程要求非常高，有的比重达到所有课程的 30%甚至 50%。我们法学院杨老师有这样行政法律诊所的课程，另外在省高院、省公安厅有一些“双千计划”的学者他们来法学院开设了警察法理论与实务的课程，民商事方面，学院提供的比较有限。但是同学们我想可以做以下几点：第一，以我为例讲一个小技巧。我教的是行政法课程，在课堂上会穿插一些案例。讲行政法必然会讲到行政许可法、行政处罚法、行政强制法。你可

以下载这些法律的标准文本，为这些法律的每一条找到一个标准案例，不必求多。以行政许可法第12条为例：下列情形可以设立行政许可。你就可以在每个情形下插入一个案例：某某案例引用了这一条。在一个文本中，插入这些案例会有助于你对法条的理解。更不用说中国人民法院公报、最高人民法院的案例指导、网上经常公布的最高人民法院关于某一类案件的十大案例等等。学习中经常阅读案例会改善你实践不足的情况。第二，过去在我们法学院的实习课有半年，办得是非常认真的。后来的改革使我们的实习有流于形式之嫌，这也就需要你们更好地规划你们的实习生涯。比如你可以用大一的暑假去学车，大二的暑假去法院、检察院实习，大三的暑假用来学习英语，准备司法考试；或者是大一、大二、大三的寒假去主动地实习，可以去律所、企业啊等等。我们郑大法学院现在对外签署了三四十家实习机构，这些机构基本上都愿意接受我们的学生去实习。河南省基本上所有的中院都和我们有协议，这些渠道是有的。只不过学院没有正式地把它发布出来，按照正常的情形学院应该做这些工作，比方说学院可以在网上发一个关于“2015 暑期实习岗位”的公告：暑假希望去实习的同学，学院和南阳市中级人民法院等四十余家机构签订有法律人才培养的合作协议，经过协商南阳市中级人民法院提供实习岗位两个。学院应该下功夫做这样的工作，把各个机构所能提供的实习岗位做成表格挂到网上，欢迎同学们到辅导员处报名。如果报名实习的人员超了，就进行调剂。这样就把咱们过去签订过的协议盘活。我们学院现在协议签了，但是都放在那里，没有有效地执行。所以这个工作你们也记一下，你们给苗院长提一提。

高：我们可以发动13级和14级的同学。

郑：法学院可以发布一个2015暑期社会实践、实习的公告。举个例子：各位同学，法学院经联系，已经收到48家，包括（A单位、B单位等等），需求岗位多少个，或者最高不超过多少人，要求文笔较好等条件。就像公务员考试那个招生简章一样，把它列出来，这样我们法学院的管理也是很规范的，也把双方的协议落到实处。也为同学们参加社会实践找到一个不错的平台。

高：我们实习单位的层次、质量如何？

郑：河南省几乎所有的中级法院、郑州市仲裁委和相当一部分的检察院，还有大成、金博大这样的律师事务所都跟我们有合作协议，绝对保证公、检、法、司、律师事务所都是我们河南省最好的。

3、陈：我们院的司法资格考试通过率比较低，据了解，河南师范大学、河南工业大学的通过率比我们都高，您对这种现象怎么看？

高：是不是我们需要对我院的课堂模式进行反思？或者是同学们自身在平常的学习中出现了问题？我似乎发现这样一个问题：一方面同学们的学术意识不是特别好，另一方面我们在职业化考试（司考）的应对上也走得不是十分靠前。这种现象的原因是什么？我们同学又应该做出哪些改变呢？

郑：你们指的肯定是大三刚升入大四的那一年，那一次的通过率吧？

高：那一次的通过率可能只有 20%左右。

郑：我不知道有没有这样的调研。你去问问其他学校大四的本科生，那一年他们的通过比例是多少。我不知道郑大通过率是否一定比河大或者河工大低，这个我觉得还是得用数据说话。但就你们提出的问题，意指我们法学院的学生似乎走到了一个瓶颈：和 985 高校相比我们在学术上有的时候可能比不过别人，跟比 211 高校低一点点的学校相比，我们又不像他们把所有的精力都放在司法考试上，或者说公务员考试上。我们法学院的学生处于一种尴尬的中间状态。就是说学术上也不是特别精，纯粹以职业化为导向的方面呢我们又不是很明确。大家处于一种很迷茫的状态。你们可能是想表述这样一个问题。那么可能是有几个方面的原因：一是和我们整个学校在全国高校中的地位，这样一个处境是相关的。我们处于一个从教学科研型向科研教学型的大学转变的过程。整个学校的教育教学、人才培养的定位处于一种过渡时期，所以这反映在整个学校的校风学风，整个学校的培养机制方面，处于一种我们所谓的临时化的生活、一种过渡状态的生活。这样大家觉得会很难受，不是很明确，有的时候比较茫然。从我们同学的角度来说，也有相当一部分同学困惑在大学期间是多学一些理论，还是多做一些与应试相关的工作。或者我们借用胡适的话来说，究竟应该多谈主义还是多谈问题。在这个问题上同学们也是摇摆不定。从我个人的角度来说，中国的法学教育不同于美国的法学教育，虽然整个大陆法系的教育目前在向着职业化方面迈进，但是我们是在高中结束之后来进行本科的学习的。所以我觉得本科的学习还是以基本理论、基本概念、基本原则、基础知识上入手，向夯实基础这个方向学习。我们的学生，不用也大可不必跟其他学校的考生比司法考试的通过率。那是一个职业性的考试。将来都是可以考取的，应该问题不大。我们作为一个 211 高校的学生，作为一个在全国法学院排名中上游的法学院的学生，还是要以学术、以扎实的基本功为导向，不用去比、也不用特别在乎司法考试的通过率。我觉得这个没有意义，这就是我的看法。

4、陈：刚才您也提到了我们院正在进行教学改革，保留核心课程，其他课程作为选修，增加同学们的自主选择权，实现您所说的订单化、个性化的培养目标。可是我们从高中直接

过渡到法学本科的学习，有的同学可能不知道自己该选择哪个方向，到底什么东西更适合自己。那么我们在选择时都需要考虑哪些因素？还有就是对于我们大二大三学生来说，可能已经无法完全享受教学改革成果了，为了弥补这个不足，我们应该做出哪些努力？

郑：刚才只是我个人的想法，我希望我们法学院向这个方向发展。至于我们法学院会不会往这个方向发展，需要我们的共同努力。我们作为老师也给学院建议，同学们也要给学院建议。但是我觉得，对于新生来说，这个问题大可不必苦恼。因为在我们学校里面，14门核心课程是没法改变的。马哲、科学社会主义这一类的公修课和外语课短期内来看我们也撼动不了。就我们法学院目前大一的课程设计来说，基本上不涉及到选修课的问题。都是法理、宪法这些课程。大一下半学期是民法、刑法。所以我觉得我们可以采取这样一种方案：大一大二以核心课程为主，开设少量的选修课程，大三大四阶段以选修课为主，这样经过两年的学习，大三的时候你就应该对自己的职业，对自己的未来有一个基本的判断了。从国外来看也是这样的，像哥大法学院JD总共三年，第一年入学的时候，主要学习宪法，刑事诉讼法，民事诉讼法，侵权法，财产法，法律方法，然后在大二和大三开设选修课。如果是四年制的话，以两年为间隔也可以实现这个目标。至于说老生，有一个词叫做“代际公平”，改革过程中，可能确实是后来者受益。但我想呢，还是要区分情况，如果这个改革早一天能够开始，那三年级的学生为时还不晚，四年级的学生可能就来不及了。针对这种情况，我们学院可以多组织一些学术讲座，沙龙，学术会议，辩论赛等等，在教学改革方案没有审定出台之前，学院以引入外部资源的方式，弥补内部资源的缺乏。比如我们可以一口气开设三个系列讲座，第一个叫做“互联网法系列讲座”，就互联网犯罪，网络谣言，互联网金融，互联网监管等等从行政法、宪法、民法、刑法的角度做个专题；我们法学院可以根据国家大形势的变化，搞一个“行政法治或法治政府系列讲座”，就政府信息公开、《行政诉讼法》、《立法法》的修改进行探讨和研究；我们也可结合我们河南的特色，结合我们院的特色，比方说我们很关注环境保护，就可以做一个环境保护法系列的活动，通过这些方式，增加外部的供给，在一定程度上弥补改革还没有开始之前的缺口。目前我们法学院的讲座多是无目的性、分散的，但我希望我们能更有计划。

5、高：各大顶尖学校的法学院越来越强调通识教育，在您看来，法律人的人文素养该怎么培养？目前法学与其他学科的交叉研究越来越重要，很多同学可能需要根据自己的职业规划去选择自己要学习的方面。比如做公司法务可能同时需要经济学、会计和证券制度方面的知识，那么想请问老师我们该如何去选择？

郑：第一个问题，两个方面。一，关于通识课，我们不能要求一个法学院变成一所大学。一个大学里面存在着学校和学院的关系。原则上，通识课程应该是学校提供的公共产品，比如同学们入学之后要修世界史，中国史，中国文学，写作等。第二，具体到我们法学院，我们过去的讲座，太被自己所束缚了，以为我们法学院只能办法学类的学术讲座，谁说我们不能请一个政治家来演讲，我们请莫言来法学院演讲不好吗，也可以请二月河或者是历史学家，经济学家跟大家分享基本的人文素养的东西。大家可以上网查一下，哥伦比亚大学的通识教育会要求学生要读苏格拉底的著作，或者是《古兰经》之类的书籍。

第二个问题，关于法学与其他社会科学交叉的问题。过去这么多年，法学基本上又可以概括为一个法教义学或者是法解释学。我们说的法教义学，是法律人安家立命之本，包括法解释学，规范法学，纯粹法学，分析法学，实证法学等。法律越来越多的和社会结合，今天的法学家不仅要解决一个法律问题，有些时候还要去解决相应的社会问题，所以就出现了法律与社会科学的或者是法律与其他学科的交叉，这给我们提出了很大的挑战，我们要开一些这样的课程。我一直主张法学院至少要在大一的学生中间开设例如《法律文献检索与法学方法》课程。前半个学期学文献检索，后半学期学习法律研究方法。关于法律研究方法，我们自己老师能开的，我们就自己开，不能开的，就请外面的专家学者来开。我们可以请法社会学研究最好的陈柏峰来开一场“法律社会学讲座”，请邓峰来开一次“法律与经济学讲座”，请苏力老师来讲“法律与文学”等等，那么同学们在大一的时候视野就一下被打开了，学会了如何在这样一个信息社会找到资料，就相当于一个学徒一入学就获得了一把钥匙。而我们现在，很多同学四年之所以找不到方向或者到最后还不会进行学术研究，就是因为他学了四年却没有获得那把钥匙。我们又交给学生那么多的研究方法，法律经济学讲两次，法律社会学讲两次，我们用专题，一次两个小时。这样的话，我们的学生一开始就领先于兄弟高校一大步了。

高：我认为我们法学院开设社会学，经济学不太现实，因为大一学生面临严重的信息问题，他不知道这方面有研究。第二，学院方面也没有充足的师资力量。

郑：我觉得法律经济社会学也不见得大一的学生就听不懂，经济学就是解释社会中的一些现象的，用来分析法律问题非常有意思。供给与需求理论，产权理论，激励机制，这些经济学东西对于分析法律问题非常有帮助，这些问题大一听不懂吗？反而是能听懂的。经济学要比你们听法教义学容易得多，因为这些大家会教给你社会调查的方法，我觉得在大一的这个阶段未尝不是个好时候。法学院应该削减不必要的课程，而增加诸如公司并购，金融法等课程。

陈：我觉得这要靠学院的大力支持和学校有关方面的带动。

郑：你们太忽略同学们的力量了，很多事同学们做比老师做还好。比如你们可以给苗连营院长写信，告诉他我理想中的法学教育。比如我们组织班里的同学写一封给苗院长的信，就教学改革谈谈意见。采用每一天送一封的方法，连续送两个月，法学院就改变了，这就是力量，要比你一下交上 60 封有用。改革就是这样。李本教授问我说，你有没有一种担心，就是你们的学生认命了？就是说，没有人再想改革了。可我们不能等死。

6、陈：本科生导师制是如今一些名校普遍推行的制度，用来发现和培养一批具有学术潜力的本科生，不知道这项制度在咱院有推行的可能性吗？

郑磊：我觉得有可能。我曾经设想过这个问题，跟学校去年推行的班主任制度一样，法学院现在有 70 多个老师，200 多个学生，本科生导师制我觉得是可行的。现在仅仅停留在本科论文写作阶段，到那个时候匆忙地找一个指导老师，但是我觉得事情可以变得好一些，比如在大三开始，甚至进一步往前推，入学的时候都可以，也就是入学之后，你既有辅导员老师，也有班主任，还有学科上学术方面的指导老师，伴随着你四年。

7、陈：相较于北大、哥大这些您曾就读的一流名校的法学院，咱们院目前的学术氛围不太浓厚，对外学术交往也不太多，关于这个问题您有什么看法？

郑：第一呢，郑州大学法学院的客观情况决定了我们对外交流的渠道比较有限，这是一个现状，但是，从学院层面来说，我们是不是说就没有渠道呢？应当说我们的国际化，对港澳台的交流还有巨大的空间可以挖掘，我们期待下一步学院能够主动走出去，走到港澳台，走到国外去，牵线搭桥，为同学们创造更多的出国留学机会，我想这是一个条件。第二个层面，具体到我们学生的角度来说，我更愿意问学生们一个问题：出国学习，你准备好了吗？你们可以做一个调查，在我们从大一到大四的学生中间，有多少人有托福雅思的成绩，有多少人学了日语，德语或是法语？如果是个位数的话，也就说明作为学生你也没有做好准备，也许哪一天机会来临了，我们跟德国的一个学校签署了一个协议，但是我们却找不到一个学习过德语的学生，怎么办，人家说你们郑大这样的学生都挑不出来，我们无能为力。而如果来了一个德国的教授，我们可以有三四个会讲德语的学生给他引路介绍，我想就会大大增加德国教授跟郑大开展合作的信心。所以同学们要做好准备。第三，你是否有效地利用了你身边可以获取的资源？首先呢，我们法学院，在我们自己的官方网站上对于各种各样的外部信息一直是个短板，作为一个信息的提供者，法学院给大家提供的信息太少了。而同学们作

为一个信息的使用者或者接收者，你是否充分利用了你可能获得的信息呢？比如香港大学招硕士，台湾中正大学、政治大学每年暑假都有许多暑期社会学校，你是否主动去检索过这样的信息？中国人民大学每年有英国法学习班，北大发起的有法律与社会科学暑期学校，华东政法大学也发起有许多暑期社会学校，北大的刘建文老师有财税法暑期学校。全国每一年各高校法学院办的暑期学校形形色色，大概几十个。我们郑州大学法学院，第一年办的是法理学的，后来乔治梅森大学的教授来讲课，去年是丹佛大学的一个教授来讲环境法，扪心自问，有几个学生报名参加了，有几个学生认认真真准备这个课程了。同学们要反思自己。任何问题都有学院、学生这两个视角，因为我们去探讨老师那个视角没有意义，我们应该去思考为什么我没有主动去做。所以今天我们不管采访多少，到最后，如果有一些什么东西可以总结的话，那便是，从今天起，从学习的被动者变一个主动者吧，不要等着别人去改变你自己，要学会自己成就自己。

（责任编辑：陈冲、高峥；文字编辑：李吉慧）

寄语郑州大学法学院的学弟学妹们

焦 阳*

各位学弟学妹：

当日历已翻开进入 2015 年，我才突然意识到，这已离我读大学本科十年了。从小到大一路走来，伴随春夏秋冬的流逝，我经历与感受着不同的校园。从郑州到北京，甚至在境外，自己似乎已眷恋着校园、离不开校园了。

作为 85 后的一代，虽然我一直自信地认为，我能把握时代的脉络，更能与你们无障碍的玩耍，但面对已然成为学生辈的你们，我总还是感到自己 out 了这种现实感。网络传媒的兴起丰富了你我的眼界，大数据时代下的年轻一代从小就获得了前所未有的人生体验，而这些都使你们更自主、更多元，也更容易接受时代的挑战。与此相对，缤纷复杂的外部世界也会使我们过早失去对学习的渴望、对梦想的追求，在不自主的时候就发现自己“老”了、没有激情了，是这种感觉的真实写照。青春固然可以挥霍，但生命却不可重来，首先我希望各位珍惜难得的纯美时光，去享受、充实自己的生活。

郑州大学法学院办学历史悠久，在各部门法领域都有较深的积淀，这种学术风格能够代代传承下去。郑大法学院的同学学习刻苦，上进心强，对法学、对社会都有深深的使命感。在郑大的几年，一直是我的学生时代最难忘的阶段，这里的老师、同学都带给了我丰富的生活和无限的力量。希望学弟学妹们，在这并不漫长的大学时光中，利用好各种资源，发展自己，充实生活，积淀友谊，调好青春的五颜六色。

如果说郑大法学院的学子与其他著名法学院校的学生有什么差别的话，那就是我们的视野还需开阔。中原地区给我们带来了丰富的文化资源和成长的厚重感，与此同时，由于地理位置、所处环境的局限，我们涉外的视野、国际化的眼光还稍显欠缺。无论法学的发展还是其他社会科学，都离不开中国立场、世界眼光，在经济一体化、全球化浪潮扑面而来的当下，中国正承担着并将继续承担着越来越多的国际责任，没有全局的观念、清醒的头脑、良好的外语表达，思考与前行都会受到阻碍。看清了这一点，大家就应该勇于接触各种理论思潮，追根溯源，利用好各种机会，并在与国际潮流的对话中发展自我。

从大一到大四，同学们的热情往往呈现逐渐递减状态。曾经的激情在一次次的体验中转化为经验，而经验的新鲜度却大打折扣。我知道，这是由于大家长大了，有自己的其他追求了。大学时光是人的一生中最宝贵、最青春洋溢的时光，有些事情现在不做，以后会后悔。

*焦阳，郑州大学法学院 2005 级本科生，现为外交学院国际法系讲师、法学博士，主要研究方向为刑法学、国际刑法学。

如果把时间都挥霍在无所事事与无聊发呆上，这种遗憾体验将会伴随你的未来。年轻就应该多尝试、多创新，不怕犯错，既涉猎各种著作，又多些书本外的尝试，有行走、有实践，看似枯燥的法条会立刻“活”起来、温情起来，这也就是真正接地气了。

大学的规划应当由眼前规划和长远规划组成，我常说，随着大家年龄的增长，个人对问题的分析会逐渐成熟。即便面对同样的问题，我们大一时去想和大四时来考虑，结论往往也是不一样的，这很正常。面对选择，大家应该多份理性，又有那么点执着，并及时修正规划，只有这样，我们的路才能越走越宽。拿考研为例，你首先应该明确自己的兴趣，真正自己爱思考、想从事的是什么专业方向，然后再考虑地域、学校，很多时候，选择地域比学校本身更重要，因为这决定了你未来的职业发展走向，多了解多咨询，再结合自己的实力，才能明确最终的选择。而对于日常的学习，成绩、绩点真没那么重要，人生的比拼远在成绩之上，人生处处不都是考场嘛。只要我们有所付出又有所得，学会思考而非做简单的“考霸”，相信我们的内心都会是快乐的！

各位同学，在 2009 年郑州大学校本科毕业典礼上，我曾作为全校毕业生代表发言。我一直认为，大学生活时间短暂，无论各位怎样选择自己的生活，只希望你们能记住在郑大这最难忘的四年。学术、休闲、娱乐、感伤，这里留存着你青春的全部，这里是你开始人生梦想的地方！

相信现在大四的同学也有这种感觉，郑大法学院将是你人生中的一个重要标志。珍视眼前、过好当下，放飞你我的青春吧！只要有目标，又肯努力，你的人生都会与众不同，祝愿大家都能愉快成长！

（责任编辑：姚璐；文字编辑：崔岩）

不悔青春，万一梦想实现了呢

刘竞元*

提起《法聊》，时空穿越至2002年，那时的我还是本科，加入了院团委宣传部。从老校区繁密的梧桐树阴下突然搬迁至尘土飞扬、瓦砾堆砌、道路泥泞的新校区，虽然远离了城市的喧嚣，同时也没有了晨起清脆的鸟鸣声和悠扬的太极音乐，能够听到的只有机器的轰鸣……，依然清晰的记得，晚自习后找不到回宿舍的路，不是因为忘记了来时的路，而是因为当时还没有路，尤其是在下雨天，高低不平的坑洼，有种跋涉的感觉，为了保证同学们的路行安全，保安就拿着手电筒为大家照明……，2001级本科生，我们是第一批新校区成长的见证人和践行者。很遗憾，当时没有苹果手机可以拍照，我这里只留下了心理上的印记。也就是在这里，我生活和学习了八年，在这里，我们的《法聊》创刊了。

2002年刚搬迁至新校区不久，基于院团委宣传部的平台和院领导的支持，借助于专业特长，开展案例讨论和评析活动，公开征集稿件，最后我们将代表性观点汇集，通过展板在共享中心平台对外展示。为了能让全校的师生都能够参与其中，我们用A4纸将其简单装订，报送到校团委寻求指导，并分发到其他院系团委进行交流，《法制聊天室》（2006年更名为《法治聊天室》）第一次与大家正式见面了。有了第一期的“发行”，精神上备受鼓舞，凭借一股热情和激情，我们开始组建编辑部，大家集思广益，使得《法聊》在内容上有所拓展，编排技术上有所提升。随之，第二期、第三期，……陆续集结成册，定期集中印发，《法聊》的模式基本成形，并成为我校本科生自主创办的第一个学生刊物。

时间的洪流，转瞬就是十多年，回想起《法聊》创刊时往返于新老校区的艰辛，留下来的更多的是成就和欣慰。所谓的成就是因为在青春的年代付出过，认真过，努力过，尝试过，成功过；所谓的欣慰是因为一届又一届的学弟、学妹为《法聊》的成长和发展，继续着，创新着！只要热情不减，只要激情尤在，一切皆有可能，有梦想就要为之努力，万一梦想实现了呢！

说到梦想，借此机会就给在读的学弟、学弟唠下家常。如同我当初的求学路，2001年考入郑州大学法学院，钦羡团委学生会中学姐、学长的风采，有些气宇非凡，有些深藏不露，有些温文尔雅，有些文采飞扬，有些激昂澎湃，这里是一个大舞台，希望有一天我也能在这个大舞台中有自己的角色和演出，我努力去争取，努力干好每一份工作，未曾想过会有什么样的回报，只是期望不辜负领导、老师和同学们的那份信任和期待。任何一件事情，任何一项活动，都是一份责任，都是一份担当，认真对待，谨慎行动，全心全意，结果终归会体现你的耕耘和付出。大学四年，课余时间我大多都在团委学生会，甚至有些活动占用了很多正常的学习时间，这时候需要自我调整，自我暗示，工作是院里的事情，工作始终是第一位的，

* 刘竞元，郑州大学法学院2001级本科生，《法治聊天室》（原名《法制聊天室》）创刊人之一，现供职于华东政法大学科学研究院，主要研究方向，物权法。

不可拖拉、懈怠；学习是自己的事情，今天的时间被占用了，明天可以加班加点挤回来。所以，每到快期末考试时，总会拉上几个闺蜜熬通宵恶补，以至于学习成绩不会太糟糕（还多次获得奖学金，窃喜一下哈）。有时，经常会因为某项活动错过了学校食堂的饭点，回去后同宿舍的姐妹就会主动为自己泡面吃，那时的感觉是辛苦并快乐着。

基于大学四年的历练，2005年本科毕业后，参加了第七届研究生支教团西部支教一年。2006年返校继续攻读硕士研究生，在此期间，基于院领导的信任，兼职担任院2005级本科生辅导员，协助院里开展学生工作。与本科阶段一样，时间仍然是零碎的，工作随时可能打断原本做好的读书计划，只好一次又一次重新来过，内心的矛盾和焦虑时常是有的，也是因为始终没有忘记自己的梦想——考博。较之自己薄弱的知识积淀，又总觉得考博对我来说遥不可及，甚至对外不好意思提及，唯恐自不量力，但是，我还是一直在努力着，为了当时的梦想。2009年的5月份，也就是在即将离校的日子，在前路不知所向的迷惘之时，我接到了华东政法大学招生办的录取电话，梦想真的实现了。即使是基于幸运，那么幸运之神也是偏爱于不断努力，时刻有准备的人。

当然，其间，也曾有过伤感，也曾有过挫败，也曾有过迷茫。只要真心付出过，始终坚信，上帝为你关了一扇门，必然会为你打开一扇窗，透过这扇窗你同样可以欣赏到最美丽的风景，只要你心存一份渴望。

最庆幸的是我有法学院的平台，我有这样一个家，那里有我的支撑，有院里领导和老师的关怀和帮助。始终，我心存感恩，感谢法学院给了我一个充实、饱满，一生值得咀嚼和回味的青春过往。

求学路是我们人生的起点，尤其是大学本科阶段，我们的梦想和规划基本可以影射我们未来的人生轨迹，信念指导我们的规划，规划决定我们的事业。坚定了信念，需要的只是一种义无反顾的精神和不断追求的步伐，成就和幸福就握在自己手中，而且只握在自己手中。多一份经历，多一份历练，多一份付出，就会多一份收获，多一份成就，多一份幸福。珍惜我们的大学时光，在这里你的潜力无穷，就看你如何发掘自己心中的富矿，如何安排自己的求学生涯了。

限于文笔表达能力，面对学弟、学妹只能陈述过往经历，谈不上经验，只是内心一份真实的感受，在此，感谢《法聊》给了我一个平台，满足了我倾诉的欲望。相信在学校和院里的支持下，在学弟、学妹创新意识的驱动下，《法聊》在未来的日子里定能蒸蒸日上，成为我们法学院的品牌，成为我们的骄傲！

2015年5月4日于上海

（责任编辑：黄圆胜；文字编辑：崔岩）

放心去飞，勇敢的去追

——谨以此文送给我的本科四年和正值青春年少的你们

杜立津*

一直在纠结用怎样的标题，写到最后时，酷狗音乐随机播放到我自己一直很喜欢的那首《放心去飞》，于是这样的标题就出现了。

在不同的群体里每个人其实都在扮演着不同的角色，有时我也很难定义自己究竟是一个什么样的人。乖乖女学霸？不靠谱的会长？幼稚的小屁孩？狂热的理想主义者？就像那一句说过的，你看到的我，只是我希望你所看到的我，在不同的人面前，我们都有穿着不同的外套吧。我从不认为自己是一个学霸，起码在本科期间和我熟识的人都不会这么认为，之所以会有这种说法，也许只是给人一种很学霸的假象而已。或许你更希望听我讲下所谓的保研经历什么的，但是我想既然称作《法治聊天室》，那么就不妨将范围拓展一些，顺带聊聊我本科四年的经历和感受。

在上大学之前，除了自己喜欢的兴趣爱好之外，我确实也只是个乖乖的好孩子，整天老老实实的学习，偶尔凭借点小聪明偷偷懒。可幸运的是，我并没有被规制成一个书呆子，相反蓦然回首发现竟成了琴棋书画都略知一二但又幼稚的不行的小屁孩。可隐隐中我知道自己是一个较独立的理想主义者，我有着自己明知不切实际却幻想的十分美好的城堡，我知道现实的残酷却依然愿意去努力朝它迈进。于是在摆脱了应试教育后的我，在步入社会的大染缸之前，在这传说中坑爹的大学，我得以愉快的躲在我的小城堡里，而保研实则只是一个小小的插曲，或者说是我想晚那么两年再走向社会的一个缓兵之计吧。

既然约稿时主要说的是关于保研的事情，我们就先把它给扯完。依次讲一下保研资格的取得——保研前期准备——保研注意事项——保研经历。

首先是保研资格，怎样才能取得保研资格，这个主要是对大一大二的同学，大三已基本定型没有多大变化了。其实我们院规则很简单，就是前六个学期的期末考试总绩点的排名。

* 杜立津，郑州大学法学院 2011 级本科生。

去年起不再有法硕、学硕名额区分，所以大家可以自己算下，成绩排名在前 15% 的都是有保研名额的。而且虽然说排名有先后，但是只要取得了推免资格能保到什么样的院校靠的更多的就是自己的准备情况和复试表现了，前几名的不要大意，一二十名的照样也能进人大。

然后是保研的前期准备，差不多在大三下就可以在学好最后一学期课的同时开始看下考研复试的书了，具体的学校科目也不同，大家可以上网查下具体院系的参考书目和历年真题，可以多多咨询上一届保取或考取本专业的学长学姐。其实作为过来人，我们这些学长学姐都是很乐于甚至是渴望你们咨询的，不需要像想的那样害怕，一届带一届嘛，帮助你们解决问题其实也是我们对上一届学长学姐帮助的最好的回报方式。

关于保研注意事项，虽然院校可以随意申也可以选多个，但是个人认为首先你们要明确为什么要读研。有的人是只为一个学位，对学校没有太多要求，那么这样就要求稳，一定要有学校上，防止出现保空的现象；有的人是就想上个好的 211 或 985，就应该首先设立一个底线，背水一战，保研失败就做好自考的心理准备，不要报上了再纠结上不上，也不要像无头苍蝇一样乱撞，学校的层次也越滑越低，失去了保研的价值。去年我就是给自己设了中政法硕的底线，不同于其他人申了很多所，那样我觉得很乱很耽误时间而且通过了也不会去。我只报了中政人大两所院校，最后也是都通过了，当时我想的就是假如中政不要我我就自己考，后路已断也就只能心无旁骛全力以赴。不同学校推免复试时间安排的还是很靠近的，而且复试结果出来后 24 小时必须回复是否同意，因此最好不要寄希望于前后复试三四所院校。此外保研期间的心态还是很重要的，而且九月份天气很热，心情也容易急躁。且不说临近考试会发现书看不完，单是网上申请、打印成绩、盖章寄送材料等等一堆麻烦的程序就够受的了，越是这时越要让自己平静下来一点点做，因为在这个最后的时刻，按部就班就是最好的状态！

我分别参加了中政和人大两个学校的复试。个人感觉中政专业笔试考的中规中矩都是很基本的知识块，面试虽然是小组形式但是题很简单而且和其他考生没什么互动；但是英语听力实在是很坑，出考场时或者说还没出考场大家基本上都崩溃了，想考中政的可以提前多听听雅思听力真题，语速真的很快。人大的专业课题目相对出的更有水平，比较灵活基本课本

上找不到原答案，要靠自己的语言组织和发挥；专业面试是辩论赛的形式，需要一定的应变能力，但是面试官还是很和蔼的；人大的英语口语和听力是在一起的，大家小组自由讨论，一定要听懂旁边考生说了什么要不然是没法接话的，老师只是在冷场时偶尔引导下。

其实当时在收到人大复试通过的短信后的很长一段时间都没有缓过神来，没想到曾经的人大梦真的就那样圆了，心情是出奇的平静，没有什么其他感觉。更别提当初想象的那种激动，真的蛮幸运的，那么越幸运，就越努力吧。

我之所以在前面说保研更像一个小插曲，因为真的只是一件意料之外又是情理之中的事。在刚上大学时我就决定不能再像之前那样的太“乖”的生活，大学么，就是要张扬自己的个性，趁年轻去结交喜欢的朋友，去做自己喜欢的事，去多多的不同的地方，去体验不同的生活状态。

回首大学这四年：我还会记得刚开学面试辩论队被淘汰的那晚一个人在楼顶哭了好久。我还会想起在泊月长廊和一群酷爱天文的人初相逢的那刻。我还会怀念和学宣的小伙伴在院办画展板的一个个日日夜夜。我还会兴奋每一次守夜观星带来的震撼。我还会回忆起刚当上协会负责人的害怕不安和担任会长期间熬夜的疲倦、心里的压力、委屈的眼泪。我还会惦记期末备考期间有个不变的自习室叫南 3208。我还会发现不知不觉在那么多不同的省份都有了我新的足迹。我还在努力在我本科结束之际送给自己一个不同于别人的毕业礼。我还会更加装扮我梦想的城堡，明知不现实但我依然愿意努力。

我不敢说我的大学没有遗憾，但我足够有自信去说我的大学生活丰富多彩：学生会、天协、益行书社、公益律师、NGO 组织、支教、天文摄影、会长、钢琴、绘本、独自旅行.....太多太多看起来毫不相关的关键词不断新鲜着我的生活，每一天都有新的希望与挑战，每一天都在真真实实的成长。因此这也是我最想对学弟学妹们说的，何必宅在宿舍，何必三点一线苦读书，何必彻夜追剧打游戏。你需要更美好的生活，你值得更美好的生活，不是应该做的，不是他们说的，而是你内心最渴望的、最闪光的、一想起嘴角就会上扬的、忙碌了一天后可以疲惫着欣慰着并且憧憬着微笑着睡下的那种属于你的生活！

顺从你内心最深处，去放开去做，等你老了之后再微笑着回忆，这样的属于你的大学生

活，你真的需要并且你真的值得。最后祝愿学弟学妹们都能够充实而不后悔的度过大学美好的四年，青春万岁！

（责任编辑：袁依婷；文字编辑：崔岩）

尤洁：

触摸正义

——从《十二怒汉》浅谈美国陪审团制度

法律随想

触摸正义

——从《十二怒汉》浅谈美国陪审团制度

尤 洁*

黑白的画面，单一的场景，简拙的道具，一切外在的装缀似乎都无法与现在华美的电影布景相比拟。但是，它依旧凭借着深刻的内容赢得了时光的流连，成为一部经典的法律电影。此影片详尽地为我们展现了美国“陪审团”的运作过程，生动阐释了“陪审制”在司法设计中独具匠心的功效。通过观赏《十二怒汉》这部电影，笔者慢慢感悟出“陪审制”中所蕴含的法的精神。

一、限权原则

古老的法谚告诉我们“权力不加限制，便会泛滥。”“陪审制”设立的初衷就包含着限权的原则：限制法官的权力，防范司法的专断。德沃金在《法律帝国》中曾写道：“法院是法律帝国的首都，法官是帝国的王侯。通常法官说什么，法律也常常变成了什么”为了防止法官凭借着渊博的法律知识掌控司法的判决，从而凌驾于司法之上，形成司法的专断与独裁，因而设计“陪审团”制度，用公众的理性代替法官对案件事实作出认定，法官仅对法律适用作出裁判。

在具体的司法运作过程中“限权原则”更有以下两方面的优势。其一，保护法官权威性。在现实中，法官也并不是万能的，既进行事实判断又进行法律操作，需要很高的水平；尤其是，对很多问题的娴熟处理，需要智慧、经验和法律，并非每一个法官都胜任，与其如此，倒不如让他做自己擅长的，不涉足太多便是自我保护。其二，避免司法判决脱世化。法官经过多年职业训练，已经形成了固定的法律思维模式。正如哈佛法学院的标语所述：“当你走出哈佛大学法学院时，你眼里再没有男人和女人，而只有原告和被告。”专业的法律思维已经使法官区别于大众，制度的设计者担心：法官过度专业化而出现脱离现实的判决结果，因此引入陪审团制度。陪审团成员有广泛的代表性。这样使每一个阶层、每一个人都有机会接近司法，也使司法更有社会基础，为民意进入司法创设的有效通道。拉近司法与民众之间的距离，使判决更贴近实践，易于被人们接受。司法权如此划分，既有效地限制了法官的权力，又睿智地保护了司法的权威，是科学合理的制度设计。

* 尤洁，郑州大学法学院 2013 级本科生。

二、平等辩论原则

影片《十二怒汉》节选了陪审制中最关键的辩论环节，辩论是陪审制的灵魂，事实审判的公正与否很大程度上取决于辩论是否深入。辩论不同于讨论，它没有基调，它的核心在于平等。但如何通过制度达到平等辩论呢？

陪审制分别从以下两个方面设计。其一，选取人员广泛随机化。从影片中，我们可以看出12个陪审成员分别随机抽取，来自不同的地区，有着不同的职业、年龄、生活经历。他们彼此互不了解，因为一场审判，他们相聚在一起。这种“陌生人”的组合方式，最大程度的避免了相互之间存在的利益关系，使每个成员的地位彼此平等，杜绝出现附属、掌控的局面。让每个人能够平等的发表自己的观点，促进看法的多元化，推动辩论的深入与利益的表达。其二，为了充分发挥每一个人的价值，制度还特别规定：12个陪审团成员最终必须看法一致。如果按照“少数服从多数”的惯例，我想故事一开头就会很快结束，没有人会再关心那一个人的反对意见，没有人会再进一步质疑与辩论，案件的裁判也会与现在大不相同。正是因为陪审团必须达成一致意见，这使得每一个人的声音都得到最大程度的尊重，个人与集体的话语权在效力上是大致相等的，个人与集体的地位也大致平等。不会出现“以多欺少”的情况。在现在这个社会的运行规则中，因为效率，我们将“少数服从多数”作为惯例，但是这样却使少数人的权利被漠视，真理并不一定站在多数人一方。少数人的权利同样需要关注。我们不能忘记苏格拉底的悲剧，不能忘记雅典多数人的暴政，不能忘记群氓时代的动荡，多数人并不是民主的全部主体，民主不仅要使多数人内部对话平等，更要使少数人在与多数人对话时彼此平等，使每个个体享有平等的话语权，防止多数人专断。虽然影片从头至尾并未承认陪审团做出的无罪裁决是正确的，也未告诉观众这一案件的事实真相；相反，在这一制度之下，确实有可能导致有罪的人得不到相应惩罚的结果出现。但是只有在平等的辩论，个体参与的基础之上，正义才最有可能实现。

三、刑事诉讼中的“排除合理怀疑”规则

在影片中，正是由于8号陪审员怀疑少年的杀父动机，无法做出有罪判决，从而才与11位陪审员展开精彩的辩论，在辩论中，他们又接二连三的提出新的怀疑。因为怀疑证人证言的可信度，他们模拟实验，推翻了老人所作的冲出屋看见少年下楼的证言，推翻了妇女所做的听见少年杀父的怒话。接连的怀疑使他们心中的不确定越发增强，现有的证据都存在疑惑，无法形成完整的证据链证明少年杀父事实的存在，所以在影片的最后，陪审团们一致

作出无罪的判决。但无罪判决并非证明少年不是杀父的凶手，陪审团成员也无法确定自己是否会放纵了凶手，但是在现有的证据下，他们无法排除合理怀疑，根据“疑罪从无”的精神，只能选择无罪判决。这就是刑事诉讼法自身所具有的宝贵特征。

刑事诉讼的“排除合理怀疑”证明规则与民事案件中的“比较优势证据”规则不同，它要求的证明程度更高。在刑事案件中如果无法排除合理怀疑，法官不得定罪量刑，但在民事诉讼中，只要一方证据证明程度高于另一方，法官就可以依此裁判。两大诉讼证明标准的差异，直接体现出法律对不同利益的保护程度。因为刑事诉讼的判决直接关系到被追诉人的生命与自由，而民事诉讼涉及的则是金钱赔偿，生命在金钱面前是无价的。民事判决的错误可以进行弥补，刑事判决一旦做错，可能连弥补的机会也没有。所以面对生命，面对自由的判决，我们需要慎之又慎。这样既是对生命的尊重，更是对人价值的肯定。

四、程序正义原则

程序正义是指案件不仅要判得正确、公平，并完全符合实体法的规定和精神，而且还应当使人感受到判决过程的公平性和合理性，即“看得见的正义”。影片最后，少年被法律宣布为无罪，但我们无法知道少年是否是杀父的真凶，可能他真是被陷害诬告的，可能他就是杀父的凶手，就像辛普森案件一样，答案只有他自己知道，法律程序也只能在最大程度上接近真相，但有时却也无法达到实质的正义，法律程序有时也会犯错，也会助纣为虐，但我们因此就要放弃法律程序吗？笔者认为我们应该坚守程序，因为程序是唯一能看见，能把握的。正义，这个词具有太多的主观色彩，每个人对于正义的定义都不一样，想要达到实质正义，这可能只是理想，因此现实中的我们应该坚定的相信：只要程序得到严格的执行，必将最大程度的接近实质的正义。在影片的审判中，少年接受了法律审判的一系列程序，他接受了法院指定的辩护律师，他在辩论的最后作出了自己的最后陈述，虽然一切的程序被完全的架空，而仅仅流于形式，但是如果连这一套程序都没有，少年可能连说话的机会都没有，直接被捕入狱。程序的设计虽然是为了更好的实现实质的正义，但程序本身也具有独立的价值，它是看得见的正义。

在中国，法治建设正当其时，程序观念应该进一步加强，没有程序的法治是混乱与无序。近些年我国掀起冤案纠察风暴，从内蒙古的呼格吉勒案，到聂树斌案，从赵作海案，到佘祥林案，这些冤案的产生或多或少与程序的缺失有关。短短 61 天，呼格吉勒图案就匆匆结案，完成了立案、侦察、起诉、一审、二审、死刑复核、死刑执行等程序，可见在当时，程序规

定被架空，而仅仅流于形式，没能发挥其设立的价值。现在，翻开我们的诉讼法，无论是刑事诉讼，还是行政诉讼，甚至在民事诉讼中都已经明确规定：严重违反法定程序的行为是无效的。我国对司法程序的重视在逐步提高。程序正义也在发挥保证司法公正的功效。

综观，我们看见了美国陪审团制度的优越性，然而随着制度的进一步运作，许多学者对美国陪审团制度的司法价值产生质疑，尤其在辛普森案件发生后，社会也在反思。反对者批判审判团制度运作耗资巨大，而效率低下。在“世纪审判”的辛普森案中，光政府检控开支就达到 900 万美元，陪审团开支 15780 美元，共历时 263 天。其次由于陪审团采用无因回避，增加了审判结果的不确定性。辛普森的律师利用这一点，打着种族王牌，致使辛普森案有了出人意料的裁决。这种制度本身给种族主义留下了生长的空间。再者，陪审团对事实的认定很大程度上受非理性因素影响，比如说律师的雄辩，被告人的悲惨处境等。

但是，尽管陪审团制度的弊端逐渐显现，美国人仍作出选择：不是废弃陪审制，而是进一步完善。每一个制度都不是完美的，陪审制也不例外。在现今，陪审制的价值仍高于其弊端，陪审团制有利于推进司法民主、司法公开、司法监督、司法廉政。不能因为追求效率而放弃公正原则，不能因为种族问题而放弃司法平等参与原则，不能因为非专业化而放弃制权原则。陪审制在反思与批判中逐步成长，它的发展过程阐释着美国人民的司法价值观。

一部影片，一种设计，一分期许，满满的正义。

（责任编辑：李玉婉；文字编辑：邓振伟）

后记

构筑自己的理想国

黄芯蕾*

本期《法治聊天室》（以下简称“《法聊》”）是2002年创刊一十四年来的第74期，也是我为时一年的主编任期中改版后的第一期纸质期刊。当我在写这篇后记的时候，第74期正在进行排版工作，究竟重生的《法聊》会是个什么模样仍不得而知，只恨“林花谢了春红，太匆匆”。

编辑部在这一年里遇到了难以想象的困难。由于一些原因，《法聊》自68期开始被迫停止纸质期刊的发行，而采取电子版的形式在院网、微信公众平台、各级QQ群之间传阅。看似顺应了“新媒体宣传时代”的趋势，实质上却将纸刊传递的学术厚重感蚕食而空。停止纸刊一年给编辑部的发展带来了致命的打击，电子期刊寥寥的下载量，同仁们对学术的热情骤减，《法聊》的存在感几趋于零，纸质刊物的排版技术断层等等。如何复刊，重新恢复《法聊》在院内、校内的影响力，是困难之一。

其二，如何办好《法聊》。放眼全国高校内的学术刊物，如《北大法律评论》《清华法律评论》《人大法律评论》和《南京大学法律评论》等，无一不是由研究生创办并组织编辑的学术刊物。那么，我们本科生又有没有能力编辑一本学术刊物呢？即使下定决心编辑学术刊物，如何保证稿源，如何提高来稿的稿件质量，而在没有足够激励措施的保证下，如何保持编辑们的积极性？我们没有刊号，更无法奢谈CSSCI等级评定，更没有北大、人大所拥有的极其丰富的学术资源。一个“三无”编辑部，如何才能办好《法聊》？

其三，刊物的定位。现如今我们的大学犬儒主义式的冷漠心态、听命于亢奋情绪的各种浮躁心态交替出现，彼此助长，似乎已成为大学里非此即彼的“常态”选择。我们在这样的环境下已不再是亚里士多德所说的自由人和公民的学徒，而是奴隶的学徒；大学不是一条通往使人独立自由的道路，而沦为“贩卖毕业的机关……灌输固定知识的机关”。作为一所现代大学，专业技艺和实证知识都不可或缺，甚至可以说非常重要，但大学设立如果只是为了研究这些技艺和知识，也许将大学变成一所公司，会更加名副其实，适应“需求”。我们的

* 黄芯蕾，郑州大学法学院2013级本科生，现任《法治聊天室》主编。

《法聊》在此环境里亦是日渐浮躁，止步不前。是放纵其衰弱还是致力于变革？若是变革，又应该将《法聊》定位成一份什么样的学术刊物？

《法聊》作为郑州大学法学院本科生自办的学术刊物乃大学精神之承载。何为学术精神？学术精神者以思想独立、学术自由为宗。思想独立者，实事求是，不随时潮，不附权势。学术自由者，视学术研究为个人私趣，究其本原，追其以真，不计贵贱，无关浮名。

人总是要怀有理想的，“周虽旧邦，其命维新”。编辑部达成共识致力于对《法聊》进行一番改革，将宋儒张载“为天地立心，为生民立命，为往圣继绝学，为万世开太平”的志业和法学相结合，致力于法治的启蒙，我们所做的一切努力都希望这一本“透视学术动态，关注法治进程”的学术刊物能为法学同仁们提供培植学术精神的场所与学术交流的平台。

“做了过河卒子，只能拼命向前”，决定改革以来我既诚惶诚恐，又踌躇满志。令人欣喜的是，编辑部的复刊与改革计划获得了苗连营、许晓华、吕广振等领导老师的支持与肯定，并在02级主编郑磊博士的指导下，我们召开了应往届编辑经验交流座谈会。回顾《法聊》的历史，针对《法聊》改革的一些问题，从国内外著名大学法学院学生办刊的视角出发，师兄师姐提出了富有建设性的畅想与建议。我们对比分析国内各高校法学学生刊物，以《南湖法学》为参照借鉴，创新编辑队伍构成体系、栏目设置及审稿制度，自主运作“ZZU 法聊”微信公众平台，开办了第一期学术沙龙活动……每一步都在助力《法聊》重回轨道。

在此需要感激《法聊》每一名编辑。他们自甘承受冷遇和失败，却敢于反思现状，如牛虻一般时刻叮咬着《法聊》，使之时刻警醒，并奋蹄向前。我钦佩他们面对学术的严谨态度，勤勉求知的学术精神以及对编辑工作的认真负责态度，更感谢他们从不同视角为改革提供了许多建设性的意见。在沉没风险较大，利好预期不高的情况下，正是编辑们“宁鸣而死，不默而生”的追求，才使得第74期纸质《法聊》进展甚佳。

“怕什么真理无穷，进一寸有一寸的欢喜”，“法聊人”尚任重道远矣。

《法治聊天室》主编 黄芯蕾

2015年5月15日

《法治聊天室》 稿约

《法治聊天室》创刊于 2002 年，是本科生独立创办的以学术性为核心的期刊，由郑州大学法学院团委主办。以“透视学术动态，关注法治进程”为宗旨的《法治聊天室》不仅是培植法律信仰的场所，也是弘扬法律精神的园地。

一、栏目设置

（一）**专题聚焦**：聚焦法学某一领域、某一学术问题，对其进行深入探讨，并刊登高水平、专题性的法学文章，以期构建一个专门研讨法学问题的学术平台；

（二）**案例争鸣**：旨在围绕某个热点法律案例展开探讨，以案说法，以例明理，培养学生之思辨能力；

（三）**学术论坛**：刊登广大师生的优秀学术论文，不限主题，但须遵循本刊的投稿体例；

（四）**师长之言**：主要面向优秀师长与来访学者。整理刊出其讲座文稿与经验之谈，为师生提供借鉴；

（五）**法律随想**：旨在刊登就阅读或观赏法律类文学、影视作品所获得的一般性认识成果，以形成良好的学术氛围并奠定基础。

三、投稿须知

（一）来稿要求观点新颖，内容充实，逻辑严密，引文准确，注释规范。

（二）本刊对来稿不作字数上的限制，不考虑稿件作者的身份和以往学术经历，只有学术水准和学术规范的要求。本刊提倡文章独立署名，对于多人合署的来稿，要求提供有令人信服的证据表明系实质性合作，否则将慎重考虑是否录用。

（三）本刊实行三审制与双向匿名复审制度。由编辑部进行前两轮审稿，三审由各部门法老师组成编委会，编委会老师审阅表决，在审稿过程中隐去透露作者身份的信息。不论采纳与否，每份稿件都要有是否采纳的理由与修改意见反馈给作者。

（四）本刊有权对采用的稿件进行合理使用以及进行适当的文字修改，如有异议，请在来稿中注明。

（五）来稿请以word文档的形式寄至电子邮箱：zzulawschool@126.com，投稿者必须以电子邮件方式投稿，本刊不接受纸质投稿。来稿请注明作者的相关信息（含姓名、学校、学院、年级、专业、联系方式、通讯地址、邮政编码等），方便我们联系和反馈。

（六）来稿一经录用将颁发录用证书，赠样刊一本。

（七）本刊允许一稿多投。

（六）除专题聚焦和案例争鸣版块限定主题和投稿时间外，其余版块均欢迎校内外专家学者、优秀学子于截止日期前惠赐稿件。

（七）《法治聊天室》第 75 期征稿截止日期：2015 年 10 月 30 日。

（八）任何来稿视为作者已经阅读或知悉《法治聊天室》的征稿条件并同意本声明。若有其它未明之处，可与官方微信“ZZU 法聊”（微信号：zzulawschool）或工作邮箱（fzlt_lawschool@126.com）联系。

（九）本刊在法律允许的范围内，保留对上述内容进行解释和补充的权利。

《法治聊天室》投稿注释体例

一、题目：应简洁、明确，字数不宜超过25个字。

（一）摘要：不应使用诸如“本文认为”，“笔者认为”等评价性语言，字数在300字以内。

（二）关键词：是反映文章最主要内容的术语词，每篇文章选3—5组为宜。

（三）作者简介：包括姓名（出生年）、性别、民族、籍贯、学位、职称、研究方向、工作单位、地址、邮编、电话以及电子信箱。

二、文内标题按一、（一）、1、（1）分级编写序号。

三、注释、引文和参考文献、请提供齐全的著录项：

（一）注释方式

《法治聊天室》文章注释采用脚注（即页下注），页内连续注码，注码放在标点之后，注码号为“[1]，[2]，[3]……”。

（二）注释体例

（一）著作类

[1] 《马克思恩格斯选集》第3卷上册，人民出版社1972年版，第77页。

[2] 高铭暄主编：《刑法学原理》第3卷，中国人民大学出版社1994年版，第518页。

（二）论文类

[1] 赵秉志、黄芳：《香港与外国签订的刑事司法协助协议研习》，载《法学家》2003年第2期。

（三）文集类

[1] 刘隆亨：《新〈税收征管法〉评述及其实施研究》，载《财税法论丛》第1卷，法律出版社2002年版。

（四）译作类

[1] [美]罗伯特·考特、托马斯·尤伦：《法和经济学》，张军等译，上海三联书店、上海人民出版社1994年版，第45页。

（五）报纸类

[1] 王明义：《法制与法治》，《法制日报》1992年3月2日。

（六）古籍类

[1] 《明太祖实录》卷二十六。

[2] [清]沈家本：《沈寄移先生遗书》甲编，第43卷。

（七）辞书类

[1] 《财经大辞典》（上），中国财政经济出版社1990年版，第28页。

（八）港台著作

[1] 吴金柱：《租税法要论》，台湾三民书局1997年版，第28页。

（九）网上文献注释体例

[1] 张义敏：《中和应泰董事会金立左博士谈郑百文重组方案还只是一个框架》，中国证券报网站，<http://www.cs.com.cn/csnews/articles/26651444.htm>，2000年12月20日访问。

（十）外文类

[1] 如专著类：Kenneth N. Waltz, *Theory of International Politics* (New York: McGraw-Hill Publishing Company, 1979), p. 81. (作者姓名按通常顺序排列，即名在前，姓在后；姓名后用逗号与书名隔开；括号内，冒号前为出版地，后面是出版者和出版时间，如果出版城市不是主要城市，要用邮政中使用的两个字母简称标明出版地所在地，例如CA；页码用p. 表示。)

（十一）其他

[1] 非引用原文者，注释前“参见”二字

[2] 引用资料非引自原始出处者，注明“转引自”

[3] 参考文献以作者姓氏（汉语拼音）第一个字母为序统一编号，中文文献在前，外文文献在后。