



产业发展与环境治理研究中心
Center for Industrial Development
and Environmental Governance

清华大学CIDEG重大项目
研究报告（结题）

腐败与法治

当代中国反腐败制度建设研究报告

2016年5月

腐败与法治：当代中国反腐败制度建设研究报告

委托方：清华大学产业发展与环境治理研究中心

受托方：上海交通大学凯原法学院

课题负责人：

季卫东 上海交通大学凯原法学院教授

课题组成员：

谭俊等

清华大学产业发展与环境治理研究中心

地址：北京市海淀区清华大学公共管理学院

邮编：100084

电话：(86-10) 6277 2593

传真：(86-10) 6277 2593

邮箱：cideg@tsinghua.edu.cn

主页：<http://www.cideg.org.cn>

本报告的所有内容未经允许禁止转载和复制使用。所有内容受著作权法和国际条约的保护。

腐败与法治：当代中国反腐败制度建设研究报告

项目资助方：清华大学产业发展与环境治理研究中心

项目承担方：上海交通大学凯原法学院

2016 年

目录

第一章 文献综述	2
1.1 转型中国的腐败现状及特征	4
1.2 腐败现象的理论解释	9
1.2.1 腐败研究的国家权力视角	9
1.2.2 腐败研究的市场视角	10
1.2.3 腐败研究的文化视角:	12
1.3 中国反腐败的制度性举措	13
1.4 反腐败的法律机制	15
第二章 十八大以来的反腐事实综述	17
2.1 中共中央反腐败的制度举措	17
2.2 行政反腐败的制度举措	20
2.3 反腐败案件的司法分析——以省部级官员的腐败案件为例	21
2.4 反腐败的效果分析	25
第三章 问题分析及政策建议	28
附件一: 季卫东 宪法实施的监督: 司法审查制度	37
第一章 违宪审查制度的必要性和选项	37
第二章 中国推动违宪审查的思想与实践	41
第三章 违宪审查制度化的路径选择——以日本经验为例	55
附件二: 季卫东 决策风险、问责以及法律沟通	62
第一章 引言: 当今国家治理的风险敞口	62
第二章 卢曼风险社会论视野里的决策与问责	64
第三章 透过雷洋事件观察围绕规制的风险沟通	69
第四章 万科事件的话语空间与法律的不确定性悖论	73
第五章 以风险沟通为基础的决策机制设计	78
第六章 结论: 健全分散和转换风险的制度条件	83
附录三: 杨帆 法国宪法委员会的设计及其司法化	85
附录三: 彭辉 领导干部宪法意识的定量评价: 理论、结构与实证研究——来自上海市 805 个调查样本的经验数据	96
附件四: 杨力 商业反腐的结构性治理和模式	115

腐败与法治：当代中国反腐败制度建设研究报告¹

第一章 文献综述

腐败作为一种复杂、多层面、有系统组织的社会现象，是经济、法律、社会、管理、政治以及伦理等多种成分的有机统一。腐败不仅普遍存在于精英层面，也存在于中低阶层。腐败渗透社会生活的所有领域和分系统，关系到所有社会群体、阶层和阶级的利益，给经济、政治、社会领域和文化都带来损害。当今中国，腐败关系已融入社会互动的所有领域。诸多研究和社会现实表明，腐败已经从个别官员变成整体的惯例，腐败行为已成为常态化的行为方式。尽管目前对于腐败问题的研究吸引了政治学、经济学、社会学、心理学、法学等学科的浓厚兴趣，并且有大量的论著产生，从学术研究和政策分析的角度来说，这一课题仍然具有紧迫的现实意义。之所以这样说，不仅仅因为产生这个现象的社会根源依然存在，还因为腐败问题至今都没有在社会科学体系内得到全面的跨学科研究，更重要的是对于反腐败的制度建设还没有取得共识。

在诸多的研究中，腐败的概念范畴成为首要的争议话题。腐败是社会和社会关系的产物，它反映了一国法律、经济、文化和政治制度的特征。学者们提出了各种理论来帮助人们思考腐败问题。尽管每一个理论都有助于我们在一定程度上理解腐败行为，但没有一个理论可以完整地描述腐败现象。在现代学术文献中，对腐败概念的定义有两种主要的观点。广义的腐败是指滥用委托权力谋取私人利益。²狭义的（法律意义上的）腐败是国家工作人员及特定关系人、公司企业或其他单位的工作人员利用职务之便谋求私人利益作为重要界定特征的违法行为的统称。³当然法律的定义是对广义腐败概念的一定程度的限缩。不过其它学科也从不同的角度对腐败予以透析，政治学强调国家权力的滥用及其限制，而经济学侧重市场与寻租行为，社会学则注重对腐败行为互动及其相互关系的研究，最近的人类学也兴起对腐败的关注，尤其在对腐败的影响及其文化语境的比较分析。

对于腐败的类型而言，比较有代表性的是海登海默按照人们对腐败行为的容忍度进行的分类：⁴包括黑色腐败、灰色腐败与白色腐败。其中黑色腐败即多数

¹ 本研究报告在形成过程中受到课题组其他成员的帮助，特别感谢杨力教授在商业贿赂方面提供参考资料；也感谢仇思颖、林浩舟、李鹏舒、曹勉之、陈肇新、邵依依、姚尚贤等研究生提供了建言和帮助，特此鸣谢。

² 需要说明的是这一被普遍采用的定义是透明国际对腐败的定义，也是诸多学者在分析腐败时所认可的。对于腐败定义的详细讨论参见【俄】哈布利耶娃：《腐败：性质表现与应对》李铁军等译，法律出版社 2015 年版，第 9-18 页。任建明、杜治洲：《腐败与反腐败：理论模型与方法》清华大学出版社 2009 年版，第 3-20 页。王沪宁：《腐败与反腐败——当代国外腐败问题研究》，上海人民出版社，2010 年。

³ 法学界对于腐败的分析主要在刑法领域，其代表性的作品有：赵秉志编《腐败犯罪的惩治与预防》北京师范大学出版社，2014 年版。甄贞编：《遏制腐败犯罪的对策研究》法律出版社 2015 年版。张华：《腐败犯罪控制机制研究》中国长安出版社 2013 年版。何家弘：《中国腐败犯罪的现状评估》载《现代法学》2014 年第 6 期。

⁴ Heidenheimer A J. Perspectives on the Perception of Corruption[J]. Political Corruption: Concepts and Contexts, 2002, 3: 141-154.

精英和公众舆论都一致谴责的一项行为，希望在原则的基础上对之予以惩罚，如向官员行贿；灰色腐败即精英希望惩罚某项行为，公众舆论不希望，大众则可能模棱两可；白色腐败，精英和公众舆论可能都不积极支持惩罚的腐败行为，他们认为这都是可以容忍的。魏德安根据腐败资金的流向分为发展型腐败与退化型腐败，前者是指大企业暗自给执政党输送非法献金，非法资金捆绑着并维持着政商联盟，这种联盟在发展型国家占据核心地位。执政党的政治财富和商界的营利动机被绑在一起，共同维持经济增长。形成了一个以贪污腐败和经济增长为基础的虚伪的政治体制。后者是指腐败行为是把财富和资源从国家和经济体那里搜刮出来，落入掌握权力者的腰包。⁵此外，从腐败动机的角度，将腐败分为行政腐败（又称小腐败和下层腐败）和政治腐败（又称上层腐败）。行政腐败主要指的是公务员为了个人或其亲属谋取经济利益而滥用自由裁量权的行为；而政治腐败是指高层政府官员从政治斗争的角度考虑，为谋取个人及相关利益集团的利益而进行的个人或集体腐败行为。⁶很多学者还根据腐败行为主体是个体官员还是多名官员而将腐败分为个体腐败与组织腐败、集体腐败或集团腐败。多纳泰拉与阿尔贝托(Donatella Della Porta & Alberto Vannucci)对体制交换和腐败交换做了区分，前者指政客与国家代理人之间的非法交换，后者指公方与私方之间的非法交换，这里的私方包括合法私营企业、普通公民。孙燕在分析当代中国的腐败问题时把腐败分为交易型腐败与非交易型腐败，认为前者是指官员与公民之间的利益交换，后者则指官员侵吞公共资源而非私人资源⁷。

不过，很难对腐败做出完整的定义，同样也不可能对所有的腐败类型进行非常明确的划分。确定腐败的定义和类型有助于划出一个关系范围，作为国家反腐败政策的调节对象，并有助于选择合适的反腐手段，包括法律手段。本文对于腐败的界定在其广泛的含义范畴，而对腐败的诸种分类在后文均有所涉及。对于既有的腐败研究，我们主要关注以下几个问题：

第一、当前中国的腐败有多严重，这些腐败现象呈现为哪些特征？腐败与经济的关系如何？腐败与政治制度之间的关系如何？

第二、对于转型中国的腐败现象的理论模型或解释路径有哪些？

第三、中国反腐败措施有哪些？这些措施存在哪些不足之处？

第四、现有的法律机制和法律手段对于腐败的惩处与预防存在哪些缺陷？如何能够提高反腐败领域法律调节的作用？

⁵ 【美】魏德安：《双重悖论：腐败如何影响中国的经济增长》，中信出版社，2014年版。

⁶ 胡鞍钢、过勇：《公务员腐败成本——收益的经济学分析》载《国情报告》第五卷2002年（上）。

⁷ 转引自【美】魏德安：《双重悖论：腐败如何影响中国的经济增长》，中信出版社，2014年版，第161页。

1.1 转型中国的腐败现状及特征

根据中国社科院 2014 年发布的社会蓝皮书，反腐败问题位居中国城市居民最关注社会问题的第四位。⁸然而如何了解腐败真实发生的情况，却是腐败研究的一个难点。腐败研究中存在着信息不对称的问题：一是腐败本身是一种隐秘的行为，只有相关涉事人员才能了解具体情况，他们有强烈的掩盖事实的动机；二是官方对于腐败信息数据有所保留，只是有选择性的予以公布。此外，既有的研究都是通过对已经公布或者曝光的腐败信息的统计分析，但是腐败的“曝光率”与实际的腐败情况还是存在差距。⁹在具体的分析中，腐败的金额、腐败的形式多样化、腐败的主体差异性等都是重要的影响因子。在既有的数据信息基础上，我们只有不断完善的科学研究方法才能尽可能接近事实的真相，不过也只能接近而无法准确把握。

目前对腐败的研究以定性为主，多侧重于对腐败的整体性描述，包括成因、特征、对策等，这些分析相对全面但不够深入。直接利用调查研究的文章整体较少，在定量的研究中，主要包括两个方面：一是主观测量的腐败状况。利用主观测量影响力最广的是透明国际的腐败感知指数（CPI 又名清廉指数）。其它常见的指数有全球腐败趋势指数（GCB）、行贿指数、全球竞争力报告指标、公共部门腐败感知指标（PERC）。¹⁰二是客观测量的腐败状况。主要通过官方所公布的数据进行案件的统计分析或者将案件细化为不同的指标进行分析。两种不同的测量方法都存在一定的缺陷，最新的研究方法强调将主观测量与客观测量相结合的分析。

对于当前中国腐败的主观评价而言，我们可以参考透明国际每年的测评结果。（具体参见图 1.1）在透明国际的评分中，得分越高，表示该国家或地区腐败程度越低。近年来，随着清廉指数影响力的增加，被列入清廉指数的国家和地区逐渐增多，从 1995 年的 41 个增加到 2015 年的 168 个。根据评分，将被评国家和地区的腐败程度分为四种类型：比较廉洁、轻微腐败、比较腐败和非常腐败。从图中我们可以看出透明国际对中国的腐败评价一直都属于比较腐败的类型中，在所调查的国家和地区中，排名处于偏后的位置。

⁸ 李培林、陈光金、张翼：《社会蓝皮书：2014 年中国社会形势分析与预测》，社会科学文献出版社，2014 年版，第 156-157 页。

⁹ 以腐败曝光率为基础的数据研究有两个严重的缺陷：一是数据的变化在一定程度上是由反腐的力度变化决定的。二是腐败曝光的数据只能表明腐败官员因被起诉或被逮捕终止腐败行为的时间，并不能表明他们开始从事腐败行为的时间。对于腐败率的长期变化的测评存在一定的影响。国际上通常采用“腐败黑数”衡量从事或涉及腐败的官员中没有受到查处的比例。计算公式为：腐败黑数=（实际腐败数-被发现的腐败案件数）/实际腐败数。不同的学者对于腐败黑数的估计有所不同，有研究认为中国“腐败黑数”至少为 80%，黄苇町认为“腐败黑数”达到了 95% 以上。还有学者尝试从 GDP 中的灰色收入推测“腐败黑数”的比例。参见胡鞍钢：《中国 90 年代后半期腐败造成的经济损失》载《国际经济评论》2001 年 Z3 期。他从各类税收流失、国有经济投资和财政流失、非法经济黑色收入、垄断行业租金四个角度来估算腐败的严重程度。过勇、宋伟：《腐败测量》，清华大学出版社，2015 年版，第 40-41 页。王小鲁：《灰色收入与国民收入分配：2013 年报告》，载《比较》，2013（5）。黄苇町：《失落的尊严：惩腐备忘录》，世界知识出版社，1999 年版。

¹⁰ 过勇、宋伟：《腐败测量》，清华大学出版社，2015 年版，第 104-133 页。

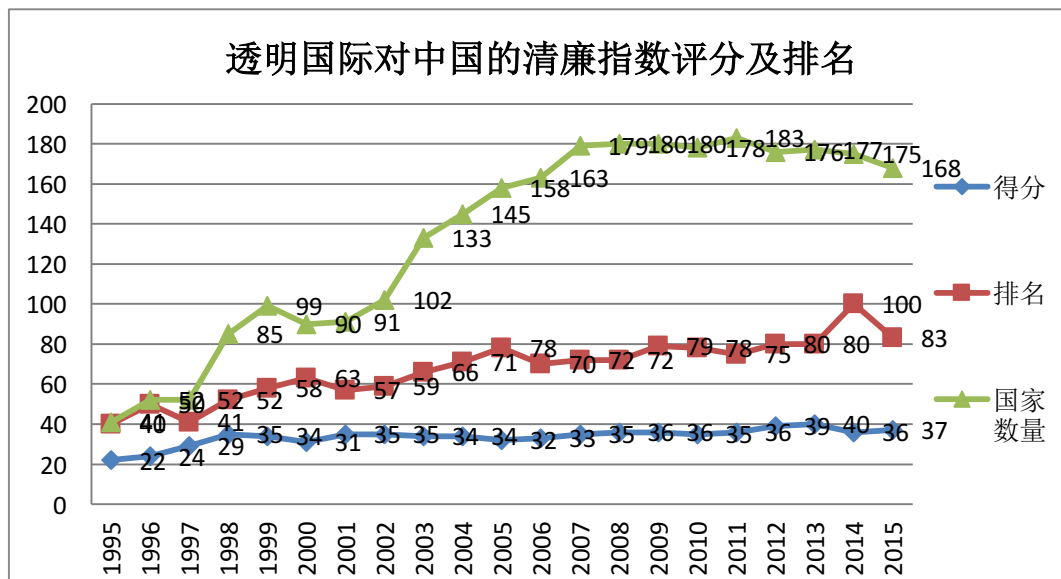


图 1.1 透明国际对中国的清廉指数评分及排名，数据来源，透明国际每年评价指数报告

需要说明的是透明国际的清廉指数并不能说明中国近十年来的真实腐败情况，但可以表明，社会公众对于政府的清廉的认知保持在稳定甚至上升的水平，这跟中央政府不断的反腐措施有着密切的关联。同时，我们也可以推测中国的腐败情况没有进一步加重的趋势。当然对于具体的腐败情况的判断还需要结合客观的数据分析。

魏德安主要根据《中国检察年鉴》、《中国法律年鉴》以及其它统计资料分析了 1980-2007 年腐败犯罪案件的变化情况。通过对数据的分析表明虽然中国的腐败问题在 20 世纪 50 年代就存在，但是到 20 世纪 80 年代初，腐败现象才开始加剧，不过这一时段的腐败程度相对有限，被起诉的高级官员较少。直至 20 世纪 90 年代初，县处级以上的高级官员腐败迅速增加，他用详实的数据从重大案件在案件总量中的比重，每起案件追回的资金数量，被起诉高官在案件总量的中的比重进一步说明 1990 年后，总体腐败程度呈现上升趋势，而且高级别、高风险的腐败也随之增加。¹¹

与之类似的是，孟庆丽以 1988 年至 2009 年的《中国检察年鉴》以及 1978 年至 2010 年中国最高人民检察院的《工作报告》的面板数据为基础，对不同时间段的腐败特征及表现形式进行了分析。¹²其中，第一阶段（1980-1988）：80 年代上半期（1980-1985），腐败犯罪占据了检察院所调查的经济犯罪案的相当大的部分。在所有的经济犯罪案件中，涉及贪污及行贿受贿、盗用公共财产，及挪用公款的案件占有检察院所调查的经济类案件的 75%。在 80 年代后半期的腐败中，贪污及行贿受贿案件的涉案金额巨大，其涉案人员是为掌管资金或原材料的

¹¹ 【美】魏德安：《双重悖论：腐败如何影响中国的经济增长》，中信出版社，2014 年版。

¹² 孟庆莉：《中国转型期腐败问题实证研究》中国方正出版社，2013 年版。

企业人员。他们大多是国企工作人员，且 70% 的经济犯罪人员为中低级官员。腐败主要案件发生在以下领域：金融、房地产建设、食品供应部门、原材料供应部门。第二阶段（1989-1997）：第一阶段的腐败形式继续存在，经济犯罪的主要形式依然是贪污、行贿、受贿、挪用公款，但又出现一些新的形式，如巨额财产来源不明和行政人员的渎职行为（司法腐败）。贪污是这一时期最严重、最典型的一种形式。大案要案比例大幅上升。第三阶段（1998-2009）：这一阶段腐败的形式变得多样化，群体腐败和跨行业腐败得以凸显。腐败的焦点在于公共物品投资和大型建筑项目。自 2006 年开始，出现三种新的腐败形式：农村地区的腐败、与安全生产问题相关的政府官员渎职案及商业贿赂。在这一阶段，因腐败被立案调查的县处级以上官员增加了，立案调查的司法官员的数量和省部级以上腐败官员的数量也都增加了，其中比较典型的犯罪有官员渎职腐败犯罪，以及巨额财产来源不明罪。

徐静对于同样的数据，从腐败案件数量、大案要案数量、腐败案件涉案金额三个指标入手，将 1980-2008 年的腐败划分为 6 个周期，每一个周期包含一次波峰的出现，通过每个周期的对比，她认为我国腐败案件的潜伏时间在延长，腐败行为持续时间也在延长。同时在 1996 年以后，越来越多的高职位官员涉及腐败，每一位腐败官员涉及的金额很大，对社会的危害性增加。¹³周淑真与聂平平，提出腐败程度可以用两组指标衡量，一组是由腐败行为领域和数量分布状况反映的腐败频率，另一组是由腐败案件发案数量及其所造成的损失反映的腐败规模。在对检察机关立案侦查案件数据统计分析后，得出了与徐静类似的结论。¹⁴

相较于对于检察机关的案件数据进行分析，公婷、吴木銮基于 2000-2009 年《检察日报》报道的官员腐败的基本情况与特征，收集了 2802 个腐败案件，分析表明腐败案件所涉及的金额处于上升状态，政府采购、工程承包成为腐败的高发领域。土地腐败案件也变得更为突出。同时，处、厅局级干部成为腐败的高危人群，不仅是受贿和巨额财产来源不明罪的主体，还是索贿的主力军。¹⁵

对于新的腐败形式变化，过勇对 2003-2014 年纪检监察机关立案数和结案数的变化趋势进行了分析，其中 2008~2014 年经过 2009 年略降之外，一直呈现为上升趋势。而检察院立案侦查件数和人数，所涉及县处级以上官员数量、厅局级和省部级官员数量都呈现为上升的趋势。¹⁶在此基础上，他结合我国腐败和反腐败出现的一些结构性变化和发展趋势进行分析，从六个方面概括出相应的变化特征：从腐败手段看，既有的腐败从贪污挪用到行贿受贿，再到利益冲突；¹⁷从

¹³ 徐静：《腐败对公共支出的影响及其治理对策研究》，中国社会科学出版社，2012 年版。

¹⁴ 周淑真、聂平平：《改革开放以来我国腐败状况透视和反腐败战略思路的变迁》，载《求索》，2009（1）。

¹⁵ 公婷、吴木銮：《我国 2000-2009 年腐败案例研究报告——基于 2800 余个报道案例的分析》载《社会学研究》2012 年第 4 期。

¹⁶ 过勇、宋伟：《腐败测量》，清华大学出版社，2015 年版，第 207-227 页。

¹⁷ 利益冲突是指领导干部配偶子女不得在其管辖的地区和业务范围内从事可能与公共利益发生冲突的

腐败领域看,从公共部门到私人部门,再到社会组织;从只有国家工作人员受贿、行贿到公司、企业工作人员受贿、行贿罪到非国家工作人员受贿罪、行贿罪;从腐败主体看,从个人腐败、单位腐败到集体腐败;¹⁸从影响环节看,从影响政策执行到影响政策制定;其中牵扯到一些跨国公司或大型国内企业的高层腐败及政府执行日常公务的基层腐败。从反腐败成功的方向看,从反黑色腐败到反灰色腐败;从惩治需求方到惩治供给方。¹⁹

以上的实证研究分析可以说明,自 1980 年以来:腐败案件总体数量增长速度惊人;大案要案呈上升趋势,违法违纪金额在千万元乃至上亿元的特大案件不断增加;县处级以上领导干部涉足腐败案件的比例增大。²⁰无论对于腐败案件数量的增长还是对于腐败结构的变化,我们都可以发现腐败具有了系统性腐败的特征,后文将对此进行进一步的分析,在此之前,我们需要对腐败与经济发展之间的关系予以探讨。

当然对于不断恶化的腐败与经济的关系而言,主流的经济学理论认为腐败和经济增长之间有非常明显的负相关性,因为腐败所引起的对低效率企业的支持,令人才、技术和资本无法配置到对社会最有效率的部门。当腐败侵蚀了企业的利润或潜在利润时,企业家会选择不开办企业或减少业务扩张;他们也可能将部分或全部储蓄转移到非正式部门或开展一些较少依赖政府服务的业务。另外,如果企业家担心未来被官员索取贿赂,他们会选择一些低效率但容易变现的生产技术。腐败也会影响到企业家才能的配置。当腐败变得普遍并被制度化时,一些企业会将原本应用于提高生产率的资源改为投放在争取许可证或进入市场的优先待遇上。²¹不过腐败原则上是可能促进经济增长的,“有效腐败”理论认为,在一些官僚体系低效和法律存在缺陷的国家里,行贿可以有助于企业经营。根据行贿数额来分配许可证和政府合约,有可能让最有效率的企业拿到许可证或合约,因为它们支付贿赂的能力最高。²²孙刚、陆铭、张吉鹏针对前两种不同的观点,通过理论分析证明,在市场不完善条件下,最优的反腐败路径很可能是在反腐败的初期对腐败活动采取适度的容忍态度,然后,当资本积累(社会的产出能力)达到一定水平之后再加大反腐败力度,降低腐败程度。在这一过程中,腐败活动

商、办企业、社会中介服务,或者利用领导干部的影响力获得便利等。

¹⁸ 单位腐败是一个单位或该单位领导层以单位的名义而进行的腐败行为,收益归整个单位所有;集体腐败是收益归少数腐败者所有。

¹⁹ 过勇、宋伟:《腐败测量》,清华大学出版社,2015年版,第207-227页。

²⁰ 王传利:《1990年至1999年中国社会的腐败频度分析》载《政治学研究》,2001年第1期。何增科:《中国转型期的腐败与反腐败问题研究:一种制度分析》,载《马克思主义与现实》,1999年第5期。

²¹ Murphy K M, Shleifer A, Vishny R W. Why is rent-seeking so costly to growth?[J]. The American Economic Review, 1993, 83(2): 409-414. Choi J P, Thum M. The economics of repeated extortion[J]. Rand journal of Economics, 2004: 203-223. Svensson J. Who must pay bribes and how much? Evidence from a cross-section of firms[J]. 2002. Svensson J. Eight questions about corruption[J]. The Journal of Economic Perspectives, 2005, 19(3): 19-42.

²² Leff N H. Economic development through bureaucratic corruption[J]. American behavioral scientist, 1964, 8(3): 8-14. Lui F T. An equilibrium queuing model of bribery[J]. Journal of political economy, 1985, 93(4): 760-781. Huntington S P. Political order in changing societies[M]. Yale University Press, 2006.

的总量可能是先上升再下降，只要合理规划反腐败的路径，就可以实现在反腐败的过程中经济的持续增长。²³

对于中国的经济增长与腐败数量同时增加的悖论性存在。魏德安认为腐败加剧与经济快速增长的原因在于腐败寄生于经济增长，同时中国共产党主导的反腐败斗争防止了腐败出现失控的局面。²⁴还有部分学者认为中国经济的增长为腐败提供了更多的机会，尤其是在改革初期的“双轨制”，以及之后经济发展过程中，相应制度之不完善和监管的不利所致。当然缺乏完善的财产权保障制度、宏观调控和法律体系的缺陷也为腐败创造了条件。

在腐败与经济发展关系的复杂讨论背后则是日益严重的商业贿赂现象。根据《2014-2015 中国反商业贿赂调研报告》，在受访的国企中，65%的企业向政府部门提供产品或服务。与政府部门密切接触，使得国企面临更高的商业贿赂风险。相对于外企而言，国企和民企面临较高贿赂风险。在诸多不同的行业中，商业贿赂风险最大的行业是快消品、食品行业、房地产行业与建筑行业。中国商业贿赂包括的范畴不只是公职贿赂，还有非公职贿赂，既包括给予个人的好处，也包括给予公司、团体的利益，既包括行贿也包括受贿。杨力教授总结了目前中国商业腐败的五大特点：（1）基于零容忍的严厉打击，国企贪腐案件的总量屡创新高，且“窝案串案”数量急剧上升，具体在表现形式上，包括从重大商业决策中寻租、擅自转移或私分国资谋利，渎职或滥权而弄虚作假，以及为亲友经商提供便利或关联经营等。（2）源于国企把持垄断型行业、高壁垒的市场准入门槛、持续受欧美经济不振的拖累、制造业为主的中国经济增速放缓和劳动力成本大幅上升等累积的叠加效应，基数放大的民企更难以获取足够的市场和利润，导致类似“脐带”捆绑官员的个人或单位行贿、利用影响力受贿、巨额财产来源不明等腐败问题愈加突出。（3）在华外企受到海外母公司或控股公司总政策影响，更多响应海外反腐法案而忽视中国反腐要求，缺乏对企业所属行业上下游交易、渠道营销，以及隐蔽的、具有潜在风险的“行业惯例”商业行为进行管控，导致外企涉嫌单位行贿及高额罚单不断出现。（4）涉案企业相对集中在东部发达地区，但正在向中西部地区蔓延。尤其是当下整体上面临高利润行业将结束暴利和粗放式经营，新一轮“供给侧”改革催动被“甩出去”的部分既得利益群体亟待突围，使得市场要素重新配置过程中的商业腐败产生新动向，且开始在全国范围内高发。（5）商业腐败的行业特征比较鲜明，行业之间的腐败驱动机制差别较大，金融业的中小企业“资本堰塞湖”、能源业雁过拔毛的“渡口经济”现象趋于严重，汇同制造业、房地产与建筑业、快消品和食品业，已形成了当下商业结构性腐败的“重灾区”，需要进行相关的行业性风险指数评估，以及改变“一刀切”的平面商业反腐格局。²⁵因此，在一定程度上，中国经济的市场化也导致了腐败的市

²³ 孙刚、陆铭、张吉鹏：《反腐败、市场建设与经济增长》载《经济学》2005年第4期。

²⁴ 【美】魏德安：《双重悖论：腐败如何影响中国的经济增长》，中信出版社，2014年版。

²⁵ 杨力：《商业结构性反腐的模式和治理》，即出。

场化，使腐败活动不再局限于政府机构内部，而是越来越向政府与市场之间的交界处移动。中国腐败活动逐渐脱离盗窃国家资源的形式，而趋于滥用公权力为腐败官员和不道德商业行为谋取共同利益。

从腐败与政治的关系而言，腐败在公共资源和成本的分配过程中引入了低效和不公。它表明国家政治系统在运行时几乎毫不顾及公众的利益。同时腐败还表明政府体制不能有效地引导私人利益。如果政府容许某些人牺牲他人利益为代价来为自己赚取超量的收益，那么政府的合法性就会遭到破坏。²⁶总体而言，腐败削弱了公众对政府的信任，降低了政府的合法性，阻碍了政治制度化进程。

1.2 腐败现象的理论解释

对于中国所出现的腐败现象研究，学者们对此作出了重要的贡献。不过对腐败问题的研究起步较晚，始于 20 世纪 80 年代末 90 年代初，经历了以介绍西方理论性研究成果和反腐败经验为主到剖析中国特殊的腐败问题本土化研究为主的转变，腐败和反腐败问题研究的深度和广度也不断地得到提高和扩展。与此同时海外学者对中国腐败问题也给予了相应的关注，并产生了丰硕的成果。在诸多的研究中，围绕着一个根本的问题：中国腐败的根源在哪里？对这一问题的回答存在三种不同的解释路径²⁷：一是国家权力视角，强调国家权力的制度安排和制度过程所存在的问题是导致腐败蔓延的根源。二是市场转型诱因说，即市场转型过程为腐败提供了大量的机会和监督空隙。“机会和约束机构是导致腐败的基本决定性因素”。²⁸三是文化诱因说，传统中国的“关系”文化促进了腐败的形成和加剧。事实上，这三种解释路径也是从政治、经济、文化不同角度分析的类型。

1.2.1 腐败研究的国家权力视角

(1) 政策的非预期性后果。

公婷通过分析 1949 年到 1992 年间中国的一般政策、组织政策和反腐败政策与腐败活动之间的关系，认为 1949 年以来新中国的腐败主要是作为各项政策的非预期性后果而存在的。政策的非预期性后果之所以会发生是由于过高的政策目标与过低的组织能力之间的落差所造成的。²⁹兰普顿主张中国的政策执行存在着

²⁶ 【美】苏珊·罗斯·埃克曼：《腐败与政府》，新华出版社 2000 年版。

²⁷ 此处的分析框架参照李辉的研究。参见：李辉：《当代中国反腐败制度研究》，上海人民出版社，2013 年版。

²⁸ Rose-Ackerman S. Corruption: A study in political economy[M]. Academic Press, 2013. Klitgaard R. Controlling corruption[M]. Univ of California Press, 1988.

²⁹ Gong T. The politics of corruption in contemporary China: An analysis of policy outcomes[M]. Praeger Publishers, 1994.

严重的“政策内容”与宽泛的“社会政治情境”之间的背离。³⁰在曼宁看来，中国政策执行中之所以会发生权力扭曲，是由于权威化的决策与个体化的利益之间的冲突。³¹欧博文与李连江在中国基层政权中发现严重的政策的“选择性执行”问题。³²马国泉认为在强调以经济发展为重心的政策环境下，产生了“商业管理需求的不断增长”与“对公共行政的不充分关注之间”的间隙，这一间隙容易引发腐败。³³对于政策执行过程的分析表明在制度的文本安排与制度的运行过程中的差距对于腐败的形成创造了可能性。

(2) 组织内卷化理论。

即指政治中投入由于某些因素而导致的边际报酬收索的现象。吕晓波认为国家组织从革命时代向后革命时代转型的过程中所面临日常化政治事务时，既没有建立起现代的科层组织系统，又丧失了革命时期的各种意识形态认同。这一组织能力不足使得对于组织内成员个人利益与集体利益难以有效整合，形成一种组织性的腐败，比如小金库现象。³⁴陈柏峰在对农村地区的研究中发现现代基层治理中出现内卷化现象，这一现象使得国家权力难以有效维持基层政权的各项事务的运行，导致混混与非正式权力的入侵，腐败在这个过程中也是极容易产生的。³⁵

1.2.2 腐败研究的市场视角

(1) 寻租理论。

寻租理论最早源于戈登·塔洛克（Gorden Tullock），不过克鲁格（Anne O.Kruger）最先提出“寻租概念”。吴敬琏等最先将寻租理论引入中国的腐败分析。³⁶所谓寻租活动就是通过权力取得租金的活动。中国在市场改革过程中的价格双轨制、贸易自由的化双轨制、政策双轨制等因素造成了一些人得以利用公共权力争取私利的巨大空间。这一空间是腐败得以产生的根本原因。钱颖一、荣敬本等都是这一理论的主张者。³⁷而遏制腐败的治本之策，就在于全面深化改革，使权力不能任意插手资源配置；同时加强对于权力的监督和制约，把权力关进笼子里。说到底，只有通过市场化、法治化、民主化的全面深化改革，铲除产生腐

³⁰ Lampton, D. M. (Ed.). (1987). Policy implementation in post-Mao China (Vol. 7). Univ of California Press.

³¹ Manion M. Policy implementation in the People's Republic of China: Authoritative decisions versus individual interests[J]. The Journal of Asian Studies, 1991, 50(02): 253-279.

³² O'Brien K J, Li L. Selective policy implementation in rural China[J]. Comparative Politics, 1999: 167-186.

³³ Ma S K. Reform Corruption: A Discussion on China's Current Development[J]. Pacific Affairs, 1989: 40-52.

³⁴ Lü X. Cadres and corruption: The organizational involution of the Chinese communist party[M]. Stanford University Press, 2000.

³⁵ 陈柏峰：《乡村江湖：两湖平原“混混”研究》，中国政法大学出版社，2011年版。

³⁶ 吴敬琏：《“寻租”理论与我国经济中的某些消极现象》载《经济社会体制比较》，1988年第5期。

³⁷ 吴敬琏：《反腐治本之策》，载《财经》第402期（2014）。吴敬琏：《中国腐败的治理》载《战略与管理》载2003年第2期。荣敬本：《腐败：权力与金钱的交换序言》，载《腐败：权力与金钱的交换》，中国经济出版社1993年版。钱颖一：《克鲁格模型与寻租理论》载《经济社会体制比较》1988年05期。胡鞍钢、康晓光：《以制度创新根治腐败》载《改革与理论》1994年03期。

败的制度基础，才是反腐败的治本之策。

(2) 委托-代理理论。

公职人员是政府（委托人）的代理人，而得到授权的公职人员的利益并不总是与委托人相一致，当出现负的激励，并且没有受到有效制度约束的时候，代理人可能就会从事一些投机行为，比如腐败。³⁸公婷认为地方政府之所以会表现出如此强的掠夺性倾向，主要原因在于随着改革开放的深入，中央逐渐向地方放权，而这种放权式的地方分权是一种不完全的权力转移，于是地方政府获得了双重身份——同时作为国家代理人和地方经济的委托人而存在。作为代理人，地方政府在改革开放之后随着权力下放，获得了更多的管理地方经济的权力；而随着中央为刺激地方经济增长而鼓励地方政府间的竞争，地方政府又成为经济委托人，在制定地方政策方面有了更广泛的自由裁量权，这两种权力都是带来财富和滋生腐败的有力工具。³⁹李（Park K.Lee）和邝（Charles C.L.Kwong）认为 20 世纪 80 年代的财税改革和 90 年代的分税制改革对于地方干部的经济行为产生一些列不同的影响。许多地方政府从中攫取税收。⁴⁰阿克曼（Rose-Ackerman）、克里特加德(Klitgaard)研究委托人即政府高层和代理人即官员之间的关系，当私人部门需要获得政府提供的具有垄断性和稀缺性的公共物品和服务时，不得不排队等候或互相竞争，为了能够更快地获得资源，他们可能向官员行贿，而官员的行为往往难以受到其委托人即政府的监督和约束。⁴¹相应的治理措施侧重在公共产品的供给中引入竞争机制、强化官员责任、增强行政透明度、提高腐败成本等。

(3) 市场转轨论。

部分学者将中国的腐败与市场化改革过程联系起来。孙燕认为中国腐败的形式、性质、特征等都是随着经济转型带来的制度嵌入的变化而变化。从 80 年代的双轨制等结构上的漏洞到 90 年代市场化所释放的新的资源和财富为腐败提供了较多的机会。过勇比较系统地探讨了中国 1978 年以来腐败蔓延与经济转轨、制度变革之间的因果关系，提出了经济转轨及与之相伴的制度变革是造成中国 1978 年以来腐败蔓延的主要原因。⁴²

³⁸ 过勇：《经济转轨：制度与腐败》，社会科学文献出版社 2007 年版，第 35 页。

³⁹ Gong T. Corruption and local governance: the double identity of Chinese local governments in market reform[J]. *The Pacific Review*, 2006, 19(1): 85-102.

⁴⁰ Lee P K, Kwong C C L. From developmental to predatory government: An institutional perspective of local cadres' strategic economic behavior[J]. *China's Challenges in the Twenty-first Century*, 2003: 383-407.

⁴¹ Rose-Ackerman S. Corruption: A study in political economy[M]. Academic Press, 2013. Klitgaard R. Controlling corruption[M]. Univ of California Press, 1988.

⁴² 过勇：《经济转轨、制度与腐败》社会科学文献出版社 2007 年版。

1. 2. 3 腐败研究的文化视角：

(1) “关系”文化与腐败。

对于关系与腐败的关联，有些学者认为关系是腐败产生的文化根源，对腐败的泛滥起推波助澜的作用。⁴³其它学者则将关系行为区别于腐败。⁴⁴李玲的研究表明“关系”不是腐败的“助燃剂”，而是腐败的内在组成部分。长期存在的腐败导致了“关系”文化的形成。“人情”、“关系”与腐败纠缠在一起不是因为“人情”和“关系”诱发了腐败，而是因为腐败需要借助“关系”作为一个替代性的非正式交换机制以推进腐败交换的进行。当腐败借助于“关系”运作成功地植根于社会交换这种交换形式后腐败也变得制度化。⁴⁵李辉则认为在中国目前的社会文化情境下，贿赂大多兼具关系行为与功利化的市场行为的双重特征，是处于礼物赠与和市场交易之间的状态。⁴⁶而在艾伦看来，中国语境下的“礼物、贿赂与商品并不是可严格以概念加以区分和标签的实体”。⁴⁷因此可以看到关系与腐败之间存在一种共生的特征。康明奈敏锐的发现，在后毛泽东时代的中国社会，关系性的社会交往方式在官员群体之间大量存在，释放出了大量以此为基础的掠夺资源的方式。这种掠夺方式与混合市场的结合使得资源越来越寻着关系网络流入少数人的手中，有可能会导导致社会的分裂。⁴⁸

(2) “庇护网络”与腐败。

坎（Khan）将腐败活动的庇护网络分为两类：一类是世袭式庇护网络，另一类是代理人式庇护网络。传统的社会中一般采取世袭式的庇护网络，而现代社会则是以代理人式庇护网络为主。这种庇护网络为腐败活动的交易与契约执行提供了空间。⁴⁹戴慕珍认为中国乡村中存在两种不同类型的腐败：官僚腐败与庇护主义。官僚腐败是将国家资源或物品流向干部或地方层级。庇护主义是干部和农民之间的私人利益的互惠流动。

⁴³ Yu O. Corruption in China's economic reform: a review of recent observations and explanations[J]. *Crime, Law and Social Change*, 2008, 50(3): 161-176. Thomas G, Doug G, Thomas W D G, et al. 'An Introduction to the Study of Guanxi'[J]. *Social Connections in China: Institutions, Culture, and the Changing Nature of Guanxi*, 2002.

⁴⁴ Steidlmeier P. Gift giving, bribery and corruption: Ethical management of business relationships in China[J]. *Journal of Business Ethics*, 1999, 20(2): 121-132. Smart A. Gifts, bribes, and guanxi: A reconsideration of Bourdieu's social capital[J]. *Cultural anthropology*, 1993, 8(3): 388-408.

⁴⁵ 李玲：《关系运作究竟运作了什么——解读关系与腐败的关系》载《法律和社会科学》2012年第9卷，第28-62页。Li L. Performing Bribery in China: guanxi-practice, corruption with a human face[J]. *Journal of Contemporary China*, 2011, 20(68): 1-20.

⁴⁶ 李辉：《贿赂中的自我道德化与嵌入性腐败——基于H市纪检监察档案的一项文本研究》载《社会》2009年第6期，第85-106页。

⁴⁷ Smart A. Gifts, bribes, and guanxi: A reconsideration of Bourdieu's social capital[J]. *Cultural anthropology*, 1993, 8(3): 388-408.

⁴⁸ Meaney C S. Market reform and disintegrative corruption in urban China[J]. *Reform and reaction in post-Mao China: The road to Tiananmen*, 1991: 124-42.

⁴⁹ Khan M H. The efficiency implications of corruption[J]. *Journal of International Development*, 1996, 8(5): 683-696.

(3) “裙带资本主义”与腐败。

庄礼伟在对亚洲的资本主义进行研究时使用了“裙带资本主义”这一概念，其特征除了商界和政界不道德的结合外，还强调以保护人——被保护人、恩主——扈从关系这种前现代的政治文化作为支撑；体制上的诸多缺陷，如政治上的威权主义统治；政治利益和经济利益沿着血亲、姻亲、部族关系畸形地集中起来；各种层次的朋党关系、密友关系从低到高形成了全社会性的金字塔式的网络结构、公务员乃至全社会的道德水平下降。造成这一现象的原因在于，社会革新程度较弱和前现代政治文化流行，由于威权主义体制所引发的强权统治和家族统治，以及政府对市场的干预幅度过大，也由于自由选举制度在缺乏法治基础的社会环境中发生了扭曲。⁵⁰

需要说明的是对于腐败现象不同角度的理论解释，充分体现了导致腐败原因的各个侧面。它既存在制度上的缺陷，也存在与执行过程中的扭曲，还与实践中的经济理性和社会文化有关。当然不同的制度环境下，由于不同的元素组合所形成的腐败结果也是存在差异的。我们在分析中国背景下的腐败时，既要综合权衡各种因素在导致腐败结果中所占的比例，同时也要对中国自身所存在的其它特征予以关注。这不仅要求我们对中国腐败的现状有足够的了解，还需要对既有的制度运行予以足够的认知。在此基础上，通过提炼出新的概念，发现中国腐败的症结与可能的解决方案。

1.3 中国反腐败的制度性举措

目前中国反腐败制度的核心是“纪律检查制度”和“行政监察制度”，在实际运作过程中，二者合署办公。其核心作用有：负责制定和出台与反腐败相关的纪律、法规和制度创新；组织和实施各项与反腐败相关的专项治理活动；承担腐败案件的审理和查办的领导权。另外在反腐败的制度中比较重要的是审计监督制度与刑事检察制度。审计监督制度对于纪检监察机关和刑事检察制度提供辅助性的工作。刑事检察制度内部还有一些特殊的职能部门：反贪污贿赂局以及人民监督员制度，前者是检察院的内设机构主要针对腐败案件的刑事侦查，后者是用来对检查机关自身进行监督的制度。此外，在反腐败措施方面还存在其他相应的举措和制度。

不过，对与反腐败制度最相关的问题是：中国腐败治理有效吗？如何才能真正由“治标”向“治本”过程转化？在腐败治理理论中，有两个基本策略的理想类型：强制和制度设计。前者强调对于局部腐败的短期、运动式的治理；后者强调对于整体环境的长期性、常规化的治理。当然二者的区别在于对于腐败的不同

⁵⁰ 庄礼伟：《亚洲的病痛——剖析“裙带资本主义”》载《南风窗》2001年06期。

判断。实践中的腐败治理两种类型都存在而且相互混合。从腐败治理的主体性角度看，反腐败也可以划分为“国家中心主义”与“社会中心主义”，国家中心主义是以国家为主体，强调领导者的政治意志；独立且有强制能力的反腐败机构。⁵¹社会中心主义侧重于整个社会在道德风气上拥有抵制腐败行为的文化与观念；普通民众拥有参与反腐败的合理途径。

李辉认为中国目前的腐败治理确实是在发挥作用的，但是其效度非常有限。他特别强调了具有运动式强制的“清理”行动，即集中有效的组织资源对社会反映强烈的某种现象进行一段时间的集中治理。虽然能够实现对官僚机构的控制、权力系统的自我净化和对结构性漏洞的补救机制等功能，但是无法应对私人化的庇护网络、结构化的再分配机制和治理的滞后性等不足之处。另外，中国反腐败制度存在各种不足之处：反腐败中的纪检机构的双重领导问题，选择性惩罚问题，纪检监察派驻网络的软弱性问题，审计机关的弱独立性问题，案件办理过程中的部门协调难题，尤其是纪检监察机关与检察机关的移交过程存在较多的不足。⁵²还有部分学者对于中国共产党纪律检查委员会的历史、角色、目标、方法和存在的问题进行了分析，以及对纪委、监察局、检察机关、公安局、法院在反腐中的功能比较及其内部腐败的问题。⁵³过勇对 1978-2011 年省纪委书记的职业背景进行了实证研究，指出纪委的权威性、独立性和专业性在改革时期有了明显的发展，廉洁性也保持在一个较高的水准。对于反腐的有效进行具有正向的作用。⁵⁴

同李辉类似，曼宁认为中国反腐败措施之所以不尽如人意，主要原因是在于采用了运动式的强制，而非根本的制度性的设计。⁵⁵魏德安的研究表明中国的反腐败措施对于遏制腐败的快速增长具有一定的效果，使之没有成为掠夺性腐败。⁵⁶程文浩认为腐败预防包括三项任务：压缩公共权力、抑制腐败动机和消除腐败机会，其中消除腐败机会是预防工作的重中之重。在消除腐败机会方面，最有效的做法，就是利用预防研究的成果对法律法规进行相应的改进，从而把其中存在的制度漏洞降低到最低限度。⁵⁷

⁵¹ 李辉：《当代中国反腐败制度研究》载上海人民出版社，2013 年版。Quah J S T. Curbing corruption in India: an impossible dream?[J]. *Asian Journal of Political Science*, 2008, 16(3): 240-259.

⁵² 具体的问题有 1 检察机关办理纪检监察机关移送案件发展不平衡。不同层级的纪委案件移送数量差别很大。2 纪检监察机关向检察机关移送案件存在管理体制上的障碍。3 两者在执法办案的证据标准方面存在一定的差异。参见李辉：《当代中国反腐败制度研究》载上海人民出版社，2013 年版。

⁵³ Young, Graham, 1984. "Control and Style: Discipline Inspection Commissions since the 11th Congress." *The China Quarterly*.(97): 24-52. Gong, Ting, 2008. "The Party Discipline Inspection in China: Its Evolving Trajectory and Embedded Dilemmas." *Crime, Law and Social Change*.(49): 139-52. Ma, Stephen K., 2008. "The Dual Nature of Anti-corruption Agencies in China." *Crime, Law and Social Change*.(49): 153-65. He, Zengke, 2000. "Corruption and Anticorruption in Reform China." *Communist and Post-Communist Studies*.(33): 243-70.

⁵⁴ 过勇：《新时期中国共产党纪律检查委员会的改革历程》，载《经济社会体制比较》，2012 年第 5 期。过勇、宋伟：《中国地方纪检监察机关改革模式分析》载《政治学研究》2014 年第 5 期。

⁵⁵ Manion M. Beyond Enforcement: Anticorruption Reform as a Problem of Institutional Design[J]. *Preventing Corruption in Asia*, 2009: 1-12.

⁵⁶ 【美】魏德安：《双重悖论：腐败如何影响中国的经济增长》，中信出版社，2014 年版。

⁵⁷ 程文浩：《我国腐败预防工作的战略选择》载《国情报告》2012 年第三卷。

对于目前反腐败措施所存在的不足,大多数学者都强调反腐败必须转向制度化,从粗放式的局部性治理转向集约式的整体式治理,从运动式强制转向法理性强制,从打击转向预防,才能有效遏制腐败的蔓延。王沪宁对中国的腐败现象进行解剖的基础上指出:“控制现阶段的腐败现象,基本的措施之一就是限制公共权力的非公共运用。”⁵⁸阿克曼等人结合理论和实证检验,估算了控制政府腐败的不同措施的作用时,介绍了六种控制腐败的措施:通过降低政府干预经济的程度来控制腐败;建立有效的公务员聘用和提升机制来控制腐败;采用公务员的效率工资来控制腐败;通过独立的司法体系、专门的反腐机构、民间监督组织、市民调查、媒体自由和民主制度来控制腐败;利用国际压力来控制腐败;建立政府治理特区来控制腐败。⁵⁹过勇通过案例的分析指出稀缺材料、贷款和外汇的分配,挪用公共资金,公共投资和公共采购,人事任命、提拔和奖励是1978-2005年对腐败程度影响最大的4类原因,要从根本上遏制腐败蔓延,就必须从这4个方面寻找治理腐败的根源。⁶⁰周黎安、陶婧通过数据分析认为处于行政垄断地位的政府部门公务员规模的扩大会增加腐败犯罪发生率,而市场化程度和政府开支对腐败的影响则分别取决于市场化中政府的作用和政府开支的类型。居民收入水平和教育水平的上升有助于减轻腐败,但作用并不显著;政府公务员名义工资的提高会降低腐败水平,而经济增长率对腐败的发生率没有产生显著影响。⁶¹而李永忠则强调从改革权力结构即实现党内决策、执行、监督的分权机制;改革选用人体制;积极稳妥处理腐败呆账;设立政治改革特区;动员和组织人民群众支持和参与实现对于腐败的治本之策。⁶²

1.4 反腐败的法律机制

法律文献中对腐败课题的研究很长时间以来集中在刑法学领域。目前我国对于反腐败的法律规制主要以刑法规制为主,同时兼涉审计法、选举法、金融相关等领域内对腐败的行为制约。其中腐败犯罪涉及的个案罪名较多,比如贪污罪、挪用公款罪、受贿罪、单位受贿罪、非国家工作人员受贿罪、利用影响力受贿罪等。除了刑法外,还有大量的司法解释、地方性法规等对于立案的标准和处罚有着不同的规定。总体来说,刑法制度的规定随着社会的发展,对于腐败犯罪涉及的数额、犯罪情节和犯罪造成的后果严重程度进行了不断地调整,使之与中国的制度发展相适应,也与现代化的法治需求相衔接。具体而言,反腐败的刑事政策日趋科学;反腐败的刑事立法日益健全,包括腐败犯罪的罪名体系与刑罚设置;反腐败刑事司法更注重统一性与长效性。不过还是存在一些不足之处:对刑法制裁的

⁵⁸ 王沪宁:《反腐败——中国的实验》载三环出版社,1990年版,第149页。

⁵⁹ 具体内容参见徐静的分析,徐静:《腐败对公共支出的影响及其治理对策研究》,中国社会科学出版社,2012年版,第118-124页。

⁶⁰ 过勇:《集体腐败:一种危险的不良趋势》,载《人民论坛》2008年第2期。

⁶¹ 周黎安、陶婧:《政府规模、市场化与地区腐败问题研究》,载《经济研究》2009年第1期。

⁶² 参见:“把反腐破与立引向纵深——专访制度反腐专家李永忠”载财新网:

http://opinion.caixin.com/2015-02-15/100784371_all.html#page2 最后访问日期,2016年5月15日。

依赖性，相应的罪名设置还不够完善，腐败犯罪的量刑标准和刑罚设置的科学性还需要提高。⁶³

不过，对该领域的法社会学研究仍显不足。刑法学者像其他学术领域的学者一样，在研究中常常完全无视腐败现象的复杂性、多样性以及不断演变的特点，导致无法明晰各种典型情况、腐败分子的类型以及各种预防和惩治腐败措施的效果。更无法从系统性腐败的角度来认知，并且站在国家法治建设的宏观立足点，全面深刻的认识腐败存在的内在机理。为反腐政策提供理论保障的课题要求我们对这一现象采取全面的观点，从国家法治发展的角度入手，集中有限的资源于最核心的领域，寻找解决腐败日趋严重的治本之道。

此外法学领域一些学者认为“权力”失控是导致腐败的主要根源，进而希望通过加强对权力的制约与监督。对于监督的范围而言，包括党内监督、人大监督、司法监督、民主监督和舆论监督。对于权力的制约而言，侧重于法律制度的设计，包括改革审批制度、推行政务公开、健全法律制度、加强法律宣传教育等措施。⁶⁴姜明安认为要加强反腐需要从以下几个方面着手：推进政治体制改革，建立和完善对各级执政党的组织与工作部门行使公权力的监督、制约机制；通过修改《行政诉讼法》扩大人民法院行政案件的受案范围，将党委和党委工作部门的行为纳入司法审查的范围；推进政务公开，建立人大会议、党委会议、政府会议的公开制度；建立和完善官员家庭财产申报、审核和公开制度；启动人大的质询监督制度；加强和规范平面媒体和网络对腐败的监督。⁶⁵

⁶³ 赵秉志：《论中国反腐败刑事法治的完善》，载《腐败犯罪的惩治与预防》，北京师范大学出版社 2014 年版。赵秉志、彭新林：《我国当前惩治高官腐败犯罪的法理思考》载《东方法学》2012 年第 2 期。游伟、李长坤：《反腐败 30 年：我国贿赂犯罪立法回顾与前瞻》载《东方法学》2008 年第 6 期。

⁶⁴ 喻中：《权力制约的中国语境》，法律出版社 2013 年版。林喆：《权力腐败与权力制约》山东人民出版社，2009 年版。

⁶⁵ 姜明安：《论法治反腐》，载《行政法学研究》2016 年第 2 期。

第二章 十八大以来的反腐事实综述

2.1 中共中央反腐败的制度举措

十八大以来，中共中央把党风廉政建设和反腐败斗争作为重大政治任务来抓，并且认识到“不正之风和腐败问题严重损害党的肌体健康，解决不好就会对党造成致命伤害，甚至亡党亡国。”我们可以看到中共中央对于目前中国腐败问题的深刻判断以及坚决反对腐败的决心。综观 2013 年以来的反腐行动，其对于腐败的治理思路及相应的治理机制有以下六个方面。

(1) 坚决维护党章的权威性与严肃性，从严治党、依归制党，加强党的纪律建设。

党的纪律规定是实现党内治理的制度标准，对党风廉政建设建立在党章的基础之上，同时坚定对党的方针政策和决议的执行。这一要求既为党治理腐败提供了制度参考，同时也是推动腐败得以有效进行的根本保障。

其中，2013 年中央政治局、中央政治局常委会审议通过《建立健全惩治和预防腐败体系 2013—2017 年工作规划》、《中央巡视工作规划(2013—2017 年)》，同时制定中央纪委常委会工作规则、中央纪委办公会议规则和监察部工作规则，建立不驻会常委向中央纪委常委会报告工作制度，充分发挥中央纪委常委会决策作用。2014 年中央政治局会议审议通过《党的纪律检查体制改革实施方案》。2015 年修订了三部重要党内法规。将廉政准则修改为《中国共产党廉洁自律准则》，修订《中国共产党纪律处分条例》，把党章和其他党内法规中的纪律要求，整合为政治纪律、组织纪律、廉洁纪律、群众纪律、工作纪律和生活纪律；坚持纪严于法、纪在法前，去除与国家法律重复的内容，实现纪法分开；把政治纪律细化、具体化，把落实中央八项规定精神的要求转化为纪律规范，体现作风建设最新成果，使党的纪律成为管党治党的尺子和全体党员遵守的底线。修订《中国共产党巡视工作条例（试行）》，总结巡视工作改革创新实践经验，综合党的十八大以来制定的 30 多项制度，为巡视监督提供基本遵循和制度保障。2016 年还将修订《中国共产党党内监督条例（试行）》与研究制定《中国共产党党内问责条例》。可见，党中央通过制定和完善既有的党内规定为进一步加强党内的反腐败工作提供可以预期的制度。

(2) 以“八项规定”为突破口，改进工作作风，密切联系群众。

通过开展党的群众路线教育实践活动、“三严三实”专题教育，健全改进作风常态化制度。通过紧盯享乐主义和奢靡之风，加强日常监督检查，严肃查处违

规违纪问题，坚决防止反弹，推动党的作风持续向好。

纪检监察机关对违反中央八项规定精神的问题严肃处理，2013 年共查处违规问题 2.4 万起，处理 3 万多人，其中给予党纪政纪处分 7600 多人。中央纪委分 4 次对 32 起违反中央八项规定精神的典型问题进行通报。各级纪检监察机关对违纪问题及时曝光，发挥了警示和教育作用。2014 年，各级纪检监察机关共查处违规违纪问题 5.3 万起，处理党员干部 7.1 万人，其中给予党纪政纪处分 2.3 万人。中央纪委分 7 次对 33 起违反中央八项规定精神典型问题进行通报曝光。2015 年，共查处违反中央八项规定精神的问题 3.7 万起、4.9 万人，给予党纪政纪处分 3.4 万人。中央纪委对 30 起典型问题通报曝光。

(3) 改革纪检监察体制，推动组织和制度创新，加强反腐败体制机制创新和制度保障。

首先，加强对各地方、部门和企事业单位进行巡视，紧紧依靠被巡视党组织，密切联系群众，发现一批领导干部涉嫌违纪违法的问题线索。2013、2014 年，中央巡视组完成对 31 个省区市和新疆生产建设兵团的全覆盖。2015 年，中央巡视组开展了 3 轮巡视，共巡视 83 个单位党组织，实现对中管国有重要骨干企业和中管金融单位全覆盖。扎实推进省区市、中央和国家机关部委巡视工作。其次，全力清理参与的议事协调机构，解决职能越位、错位、不到位问题。2014 年，清理 31 个省区市和新疆生产建设兵团纪委参与的议事协调机构。清理前，省区市一级共参与 4619 个议事协调机构，平均每个纪委参与 144 个，其中个别省多达 250 个。清理后，省级纪委参与的议事协调机构减至 460 个，平均 14 个，精简比例达 90%以上。第三，深化派驻机构改革，实现统一名称和管理。2014 年，落实十八届三中全会关于中央纪委向中央一级党和国家机关派驻纪检机构，实行统一名称、统一管理的要求，制定实施加强中央纪委派驻机构建设的意见，在中央办公厅、中央组织部、中央宣传部、中央统战部、全国人大机关、国务院办公厅、全国政协机关等新增派驻机构。派驻机构由中央纪委直接领导、统一管理，统称派驻纪检组。2015 年，共设立 47 家派驻纪检组，其中单独派驻 20 家、综合派驻 27 家，监督 139 家单位，统一名称、统一管理，使党内监督不留死角、没有空白。第四，推进纪检监察双重领导体制具体化、程序化、制度化。制定下级纪委向上级纪委报告工作的具体制度，落实查办腐败案件以上级纪委领导为主要要求，在 8 个地区和部门开展试点。第五，对纪检监察机构的调整。在内设机构、行政编制、领导职数总量不变情况下，再次进行机构调整，增设纪检监察室，组建组织部、宣传部、纪检监察干部监督室，监督执纪力量大为增强。省级纪委也相应完成内设机构人员调整，把力量聚焦到监督执纪问责上。

(4) 强化对领导责任意识与思想教育。通过将廉政建设的主体落实到领导个人，以问责倒逼责任落实，克服责任虚化空转现象。

2013 年各级纪委普遍建立约谈制度，探索开展领导干部个人有关事项报告抽查核实工作。加强党风廉政教育，举办领导干部廉洁从政研修班，宣传先进典型，运用反面案例进行警示教育。开展丰富多彩的廉政文化创建活动。强化宣传主阵地建设，开通中央纪委监察部网站，委部领导在线访谈与群众交流，加强正面宣传，积极应对和引导舆论。各级纪检监察机关普遍加强网站建设，开设举报监督专区，发挥舆论监督和宣传引导作用。2014 年中央纪委负责同志约谈省区市、中央国家机关部委、中央企事业单位和中管金融企业党委（党组）书记，分赴各地督查指导，狠抓主体责任落实。各省区市党委、中央各部委、国家机关各部门党组（党委）切实落实抓党风廉政建设和反腐败工作的责任，认真执行向中央报告履行主体责任情况制度，建立健全落实主体责任工作机制。2015 年巩固省区市、中央和国家机关部委落实党风廉政建设主体责任成果，把责任压到地市一级和国有企业党组织。31 个省区市和新疆生产建设兵团、120 个中央单位、中央企业和金融机构党组织，制定落实主体责任和监督责任的办法细则、问责规定，约谈一把手，开展述职述责，层层传导压力。2015 年共有 850 余个单位的党委（党组）、纪委（纪检组）和 1.5 万余名党员领导干部，因落实“两个责任”不力受到责任追究。中央印发严重违纪违法中管干部的忏悔录、部分省市县党委书记违纪违法案件及其教训警示的通报，发挥警示教育作用。主动向纪检监察机关交代违纪问题的党员干部 5400 余人。

（5）落实监督责任，用铁的纪律打造纪检监察队伍。

在以纪检监察为主导反腐的过程中，注重对于纪检监察机构自身的腐败行为的管理和监督，防止“灯下黑”。强调广大纪检监察干部要心存敬畏和戒惧，做遵纪守法的表率，自觉维护和执行党的各项纪律。

2013 年强化责任担当意识。中央纪委常委会认真落实中央八项规定精神，制定改进工作作风实施办法。深入开展党的群众路线教育实践活动，密切联系思想、工作和生活实际，查摆问题，广泛听取意见，以整风精神开展批评和自我批评，落实整改措施，切实纠正“四风”。在全国纪检监察系统开展会员卡专项清退活动。强化纪律约束，强调凡是要求别人做到的，纪检监察干部自己必须首先做到。2014 年发挥纪检监察干部监督机构作用，加强日常教育管理，强化自身监督。对纪检监察干部配偶子女移居国（境）外情况摸底排查，带头对自建培训中心存在问题自查自纠。严肃查处违反中央八项规定精神问题，点名道姓、通报曝光。以零容忍态度清除害群之马，处分违纪违法干部 1575 人。

（6）加强国际合作，狠抓追逃追赃，把腐败分子追回来绳之以法，树立良好国际形象。

2014 年加大国际追逃追赃力度，开展“猎狐 2014”行动，开通网上举报，

敦促在逃境外经济犯罪人员投案自首。加强《联合国反腐败公约》框架下双边、多边协作，与美国、加拿大、澳大利亚等国建立反腐败执法合作机制。亚太经合组织领导人非正式会议期间，发表《北京反腐败宣言》。同时强化个案处置，共追逃 500 多人、追赃 30 多亿元。2015 年落实《北京反腐败宣言》，借助《联合国反腐败公约》、亚太经合组织、二十国集团、国际刑警组织等多边平台，发挥双边合作机制的作用，加强与美、俄、英、加、澳等国的合作，推动追逃追赃工作取得实效。发布百名外逃人员红色通缉令，2015 年共有 18 人归案；开展“天网行动”，共追回外逃人员 1023 名、追赃 30 亿元，首次实现追回人数超过新增外逃人数。

总体说来，中央反腐败的治理思路，一方面依托中央纪委及其监察机构进行具体的反腐行动，另一方面不断加强党内纪律的完善与严格化。试图做到通过加强理想信念教育，增强宗旨意识，使领导干部“不想腐”；加强体制机制创新和制度建设，强化监督管理，严肃纪律，使领导干部“不能腐”；坚持有腐必惩、有贪必肃，使领导干部“不敢腐”。

2.2 行政反腐败的制度举措

2.2.1 国务院严格“约法三章”

2013 年，李克强总理提出本届政府任期内，政府性楼堂馆所一律不得新建，财政供养人员只减不增，公费接待、公费出国、公费购车只减不增。三年以来，严格控制新建政府性楼堂馆所，清理中央国家机关超标办公用房。彻底核查党政机关事业单位机构编制，全面清查超配的干部，对“吃空饷”问题集中治理。大幅压缩政府举办的仪式庆典和体育、文艺类活动。同时减少三公经费的支出，其中 2013 年，“三公”经费支出减少 35%；2014 年，“三公”经费预算比上年下降 10.3%；2015 年中央本级“三公”经费预算同比下降近 12%。

2.2.2 通过简政放权，促进源头反腐

通过简政放权，减少权力寻租，从根本上防止腐败。同时，通过深化改革，进一步健全制约权力运行的机制。三年以来，国务院共取消和下放 1041 项行政审批事项。深化了投资体制改革，修订政府核准投资项目目录，由中央核准的项目数量减少 60%。推进工商登记制度改革，注册资本由实缴制改为认缴制。以进一步激发市场活力和经济发展内生动力。加快建立完善社会信用体系、不动产登记、企业信息公示等基础性制度。推进改革和制度建设，从源头上减少了腐败的发生。商事制度改革加快推进，工商登记前置审批精简 85%，全面实施“三证合一”、“一照一码”，极大增强了市场活力。在放权的同时，加强和创新事中事后

监管，推进优化政府服务。

2.2.3 加强审计和预算决算公开，规范权力运行⁶⁶

充分发挥审计在反腐倡廉中的尖兵和利剑作用，对财政资金使用进行全过程、全方位跟踪审计，要求用“火眼金睛”来发现问题。2013年，审计机关移送的违纪违法案件线索2000多件，促进财政增收节支和挽回损失4000多亿元。2014年，加大对存量资金、农林水、土地和矿产资源、国有资本、保障房建设等审计力度，促进增收节支和挽回损失4000多亿元，查出违纪违法案件线索3800多件。2015年，全国共审计13万多个单位，为国家增收节支和挽回损失8500多亿元。

此外，重点推进财政预算决算公开，中央政府“三公”经费预算和部门预算同步公开，31个省（区、市）全部公开省级预算决算和省级部门预算，促进权力运行更加规范。2014年，推进预算公开，中央财政和部门预决算公开到功能分类的“项”级科目。同时，开展“小金库”专项治理，发现违规违纪问题单位11万户。2015年加大财政预算公开力度，中央部门预算、“三公”经费预算和部门决算全部公开，政府采购、机关运行经费、公务接待批次及人数等内容首次在决算中向社会公开。

2.2.4 加强干部问责，促进廉政

加大对失职渎职行为问责力度，严格追究责任。其中对于安全生产、环境保护、食品药品安全、行政审批、资金沉淀、土地闲置、保障房闲置、重点项目拖期、矿产资源开发、土地出让、工程项目、惠民资金和专项经费使用等重点领域的腐败问题加强问责，严肃查处腐败。

2.3 反腐败案件的司法分析——以省部级官员的腐败案件为例

对与腐败相关的司法案例的分析是研究腐败现象比较好的途径。一方面，我们可以看到腐败的不同形式以及严重程度；另一方面，我们可以通过法律对于腐败犯罪处理的方式看司法解释与司法的政策性考量。当然对于司法案例的分析可以从两个方面进行，一是通过对所有的腐败案例进行大数据分析，从整体变化趋势上描述腐败现象的变化特征；二是通过对典型案例的细剖，通过法官的判决过程来分析相关案件的特征，了解其中的法律问题及对此类案件的普遍性问题。至2016年4月30日，我们收集到十八大以来通过司法判决的省部级官员共有23名，由于判决公开信息的限制，我们目前无法获得所有省部级官员腐败案件的司

⁶⁶ 关于预算审议和问责审计对于规范权力运行、实现法治国家目标方面的意义和具体设想，参阅季卫东：《通往法治的道路——社会的多元化与权威体系》法律出版社，2014年版，第四章关于另类“三审制”（特别是“预算议会”化与“大审计”模式相结合）的论述。

法判决书，因此无法深入地进行判例分析。（具体参见表 1）

在获刑的 23 人中，除湖南省政协原副主席童名谦系因玩忽职守被判处 5 年有期徒刑外，其余 22 人均涉受贿罪、获刑均超过 11 年。22 位涉受贿获刑的官员中，有 19 人的涉案金额超过千万元，其中中石油原副总经理王永春、四川省文联原主席郭永祥涉案金额最多，分别为 4856 万余元和 4346 万余元。但由于部分官员所获得的刑期是数罪并罚的结果，所以所获得刑期与相应的涉案金额没有必然的关联。虽然 2016 年 4 月 18 日，最高人民法院和最高人民检察院所颁布的关于办理贪污贿赂刑事案件适用的司法解释将作为量刑考量的受贿数额予以提高，但是既有的判决都是在此之前。根据相关的实证研究表明，在 2008-2013 年间关于受贿案件的司法判决中，受贿数额 500 万元以上，不满 1000 万元的被告人被判处的刑罚集中在无期徒刑、死缓、有期徒刑 15 年三个幅度内；受贿数额 1000 万元以上的被告人被判处的刑罚集中在死缓、无期徒刑两个幅度内。而受贿数额 500 万元以下的被告人，主量刑结果有很大一部分集中在有期徒刑 10-12 年之间，也就是说在之前的司法实践中，受贿数额 500 万元是一个分水岭。⁶⁷ 以此参照对于省部级官员的判决中，整体的量刑略轻于既有的案件的判决。当然，不同官员具有自首、立功、坦白等法定量刑情节和退赃、认罪态度好、为他人谋取利益等酌定量刑情节对于具体的量刑结果存在影响。但是，综合而言，对于省部级官员的司法审判并没有从严，反而有低于平均判决水平的趋势。

此外，这些案件都是通过纪检监察机构所移送检察机关的案件，纪检监察机构的前期侦查对于检察机关的立案起诉是否存在一定的影响需要更加深入的研究。

表 2.1 十八大以来省部级官员司法案件

编号	姓名	原职务	罪名	涉案金额	刑期	判决时间
1	冀文林	海南省原副省长	受贿	2046 万余元	12 年	2016 年 03 月 31 日
2	杨刚	全国政协经济委员会原副主任	受贿	1379 万	12 年	2016 年 01 月 20 日

⁶⁷ 具体分析参见景景：《受贿罪量刑均衡问题研究》人民法院出版社，2015 年，第 108-109 页。

3	李东生	公安部原副部长	受贿	2198万	15年	2016年1月12日
4	谭栖伟	重庆市人大常委会原副主任	受贿	1143万	12年	2016年1月7日
5	姚木根	江西省原副省长	受贿	2302万	13年	2015年12月18日
6	郭有明	湖北省原副省长	受贿	2379万	15年	2015年12月9日
7	沈培平	云南省原副省长	受贿	1615万	12年	2015年12月4日
8	祝作利	陕西省政协原副主席	受贿	854万	11年	2015年11月20日
9	阳宝华	湖南省政协原副主席	受贿	1356万	11年	2015年11月3日
10	李崇喜	四川省政协原主席	受贿	1109万	12年	2015年11月3日
11	郭永祥	四川省文联原主席	受贿、巨额财产来源不明	4346万	20年	2015年10月14日
12	王永春	中石油原副总经理	受贿、巨额财产来源不明、国有公司人员滥用职权	4856万	20年	2015年10月13日

13	李春城	四川省委原副书记	受贿、滥用职权	3979 万	13 年	2015 年 10 月 13 日
14	蒋洁敏	国务院国有资产监督管理委员会原主任	受贿、巨额财产来源不明、国有公司人员滥用职权	1403 万	16 年	2015 年 10 月 12 日
15	陈安众	江西省人大常委会原副主任	受贿	810 万	12 年	2015 年 06 月 19 日
16	廖少华	贵州省原常委、遵义市原书记	受贿、滥用职权	1324 万	16 年	2015 年 4 月 9 日
17	季建业	江苏省南京市原市长	受贿	1132 万	15 年	2015 年 4 月 7 日
18	陈柏槐	湖北省政协原副主席	受贿、滥用职权	283 万	17 年	2015 年 4 月 17 日
19	倪发科	安徽省原副省长	受贿、巨额财产来源不明、	1300 万	17 年	2015 年 2 月 28 日
20	刘铁男	国家发改委原副主任、国家能源局原局长	受贿	3558 万	无期	2014 年 12 月 10 日
21	李达球	广西壮族自治区	受贿	1095 万	15 年	2014 年 10 月 13 日

		政协原副主席				
22	童名谦	湖南省政协原副主席	玩忽职守		5年	2014年8月18日
23	王素毅	内蒙古自治区党委原常委、统战部原部长	受贿	1073万	无期	2014年7月18日

说明：本表格收集的省部级官员都是在十八大以来被立案起诉并判决的，在十八大之前被逮捕并于十八大后判决的未列入表格。省部级以上的官员也没有列入表格。更新时间：2016年4月30日

数据来源：司法判决与新闻报道 2013-2015

2.4 反腐败的效果分析

从2003-2015年纪检监察机关立案数和结案数的变化趋势，可以看出十八大以来纪检监察机关立案数、结案数和党纪政纪处分人数都处于上升的趋势。（具体参见图2.1）

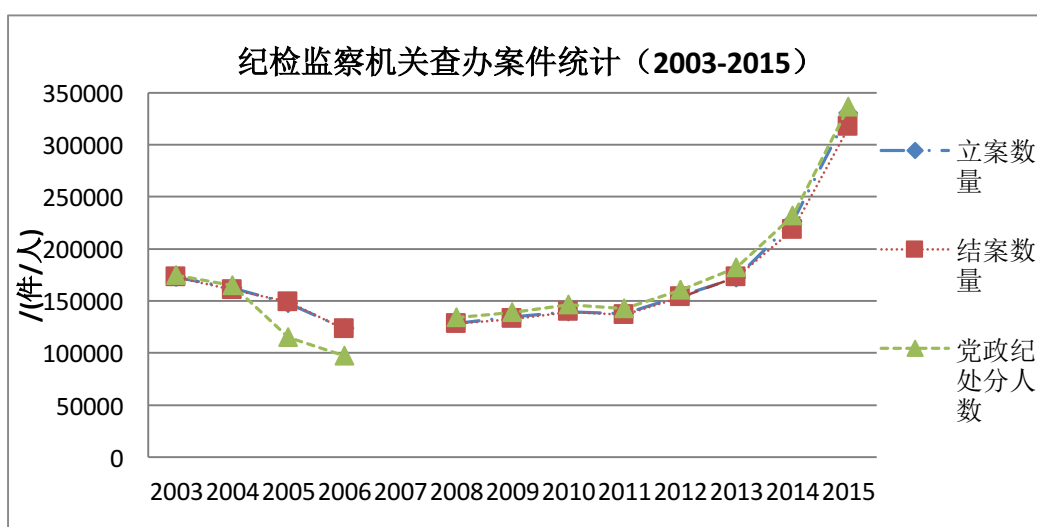


图 2.1 我国纪检监察机关查办案件数量统计⁶⁸

⁶⁸ 资料来源：中央纪委书记在历次中央纪委全会上的讲话

从检察机关查办案件数据的变化趋势看，腐败案件的立案侦查数量在十八大以后呈现为明显上升的态势。其中 2011 年为 32567 件，2012 年 34326 件，2013 年 37551 件，2014 年 41487 件，2015 年 40834 件。从立案侦查的人数来看，也呈现出类似的趋势，2011 年 44506 人，2012 年 47338 人，2013 年 51306 人，2014 年 55101 人，2015 年 40834 人。（参加图 2.2）

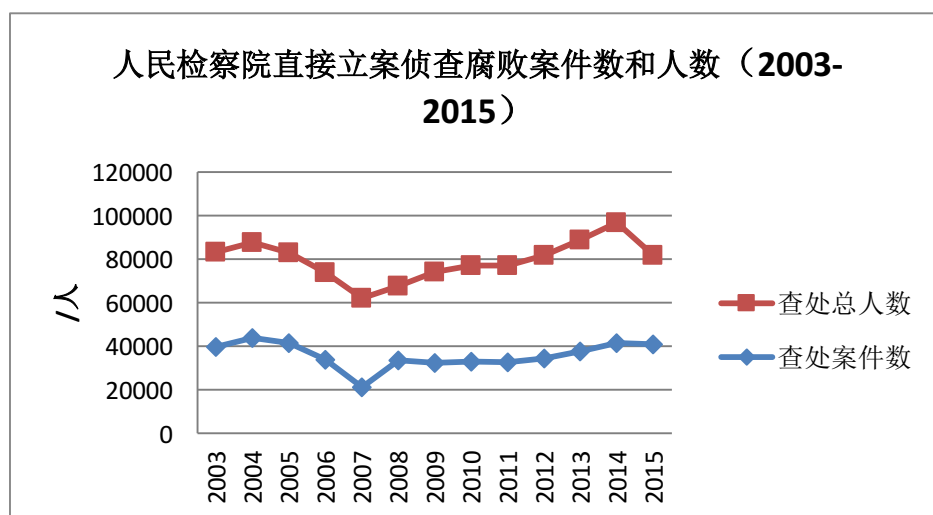


图 2.2 人民检察院直接立案侦查腐败案件数和人数⁶⁹

从检查机关查办涉嫌腐败犯罪人员级别看，县处级以上干部不断升高，2011 年为 2524 人，2011 年为 2569 人，2013 年为 2871 人，2014 年为 4040 人，2015 年为 4568 人。（参见图 2.3）厅局级干部的数量变化与此类似。2011 年厅局级 198 人，省部级以上 7 人；2012 年厅局级 179 人，省部级以上 5 人；2013 年厅局级 253 人，省部级以上 8 人；2014 年厅局级以上 589 人，省部级 28 名；2015 年厅局级以上 769 名，省部级 22 名。（参见图 2.4）

截止 2016 年 4 月 30 日，自十八大以来落马省部（军）级以上官员共有 172 位，其中 2012 年 1 位，2013 年 18 位，2014 年 59 位，2015 年 72 位，2016 年目前共 22 位。正部级及以上共有 17 位。中央委员 8 人，中央候补委员 12 人，纪委 2 人。涉及军队有 55 人。

⁶⁹ 数据来源：最高人民检察院工作报告

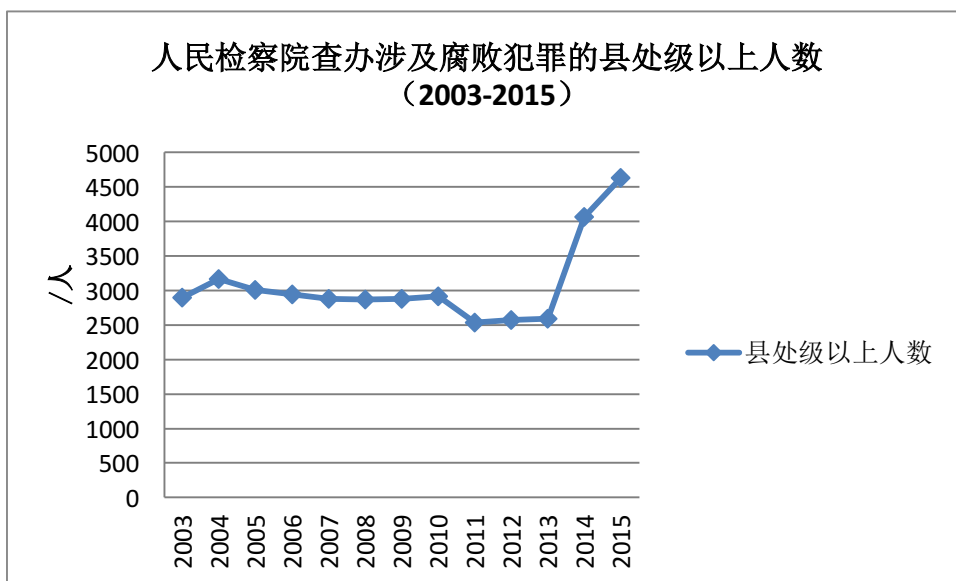


图 2.3 人民检察院查办涉嫌腐败犯罪的县处级以上人数⁷⁰

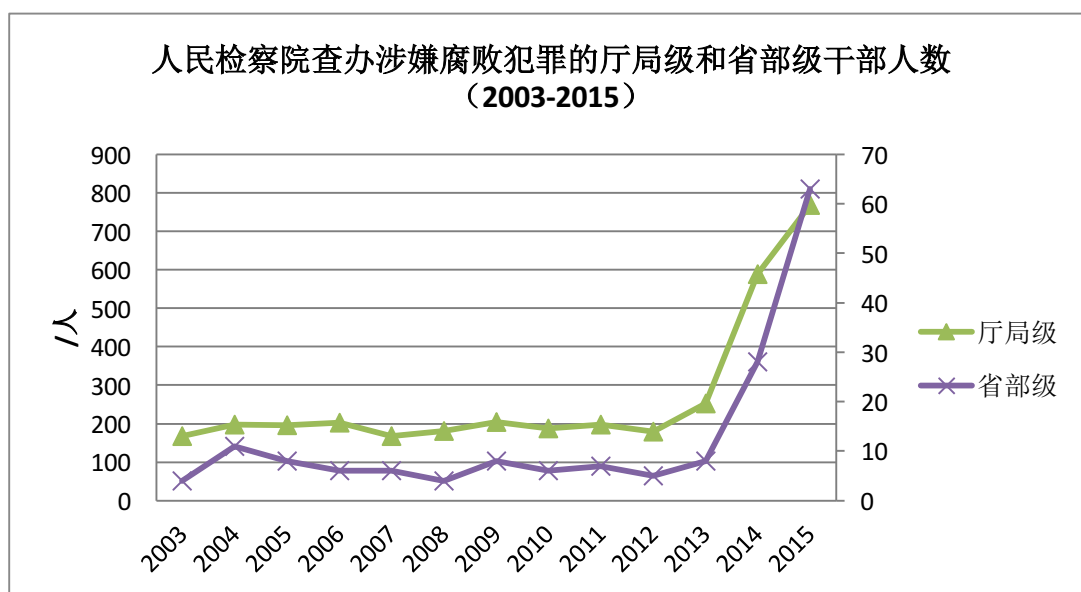


图 2.4 人民检察院查办涉嫌腐败犯罪的厅局级和省部级干部人数⁷¹

此外，纪检监察机关会同其他部门追缴赃物总额是反映腐败案件查办挽回经济损失的一个重要数据，自十八大以来，这项统计数据也出现了持续增长的趋势。表明了检察机关在追缴赃款赃物方面的工作力度不断加大，同时腐败案件涉案金额可能也在不断上涨。

⁷⁰ 数据来源：最高人民检察院工作报告

⁷¹ 数据来源：最高人民检察院工作报告

第三章 问题分析及政策建议

综合前文的分析，我们可以看到从改革开放（1978年）至1989年间，低级别的腐败占据主导地位，案件涉案金额不高，被起诉的高级别官员较少，一般低于县处级。但是受到调查和起诉的案件却逐年增多。而高级别的腐败是在20世纪90年代初才开始加剧的，此后高级别、高风险腐败开始迅速增加。通过所公开的腐败案件可以发现被起诉的高级别官员不断增加，而每起案件所涉及的金额也相应增多。随着市场经济的不断深化，腐败的性质也发生了转变，交易型的腐败和挪用公款案件的数量都有所增加，但这两类案件的增加并不意味着原来那种通过贪污和盗窃公款掠夺国家财产的犯罪形式就会相应减少。腐败现象，正在腐蚀和侵袭着中国社会的肌体。当然，伴随这一过程的也是日益严峻的反腐败举措。尤其是自十八大以来，反腐败运动轰轰烈烈的推进，到目前已经取得了巨大的成就。我们可以看到，由于这次反腐动真格、不信邪，民心确实是为之一振的，当然，我们也要清醒的认识到这些反腐举措毕竟还是治标的举措。当腐败蔓延到权力结构的顶层，当腐败惩治的对象涉及到国企高官的时候，人们自然而然会把眼光投向制度层面，希望能够采取治本的举措。

同东南亚各国相似，中国在经济高速增长过程中，国家主导的经济模式和重点倾斜的产业政策发挥了十分重要的牵引作用。但其副作用是政府主管部门和官员的自由裁量权太大，市场机制被率性而为的权力严重扭曲，官员乘机牟利的渎职活动极其活跃。由于政府在资源配置中可以一言九鼎，导致资本不得不与权力交错和融合，结果在互相利用之余造成了“权力资本”这一特色现象。人情社会的关系网，还使权力资本的触角伸展得更快、更广，从而加快了腐败的蔓延。腐败向整个社会四处渗透，造成了顶端坍塌、基层溃败的恶劣后果。因此，中国腐败的本质特征，归根结底是“结构性腐败”，或者说制度腐败。

当代中国的结构性腐败有两种最基本的表现形态：

第一、政府官员或者国有企业管理者利用职务权力向市场经济寻租。起初是在价格“双轨制”的背景下利用批条从事或者帮助商品的投机倒把活动。后来把生产要素也当作攫取不当得利的对象物，出现圈地、垄断能源、把持金融的现象，形成了所谓“经济寡头”。

第二、由于行政性权力可以带来巨大的利益，所以权力本身也反过来成为交易的商品，买官卖官、拉帮结派行为逐步猖獗起来。于是出现贪腐窝案，结构性腐败以及制度腐败愈演愈烈，进而有形成“政治寡头”之势。

总之，党政官员与企业相勾结的经济腐败，党政官员上下级通过人事权交易相串通的政治腐败，这就是中国式腐败的两种最基本的形态。这样的腐败很难通

过处理经济犯罪的通常法律程序来遏制，如果放任自流就会诱发政治危机。⁷²

通览这三年的反腐实际情况，审理和制裁的各种举措可以说是空前严苛的。比如采取党内双规、纪委巡视组；权力清单、简政放权；检察独立、审判独立等。既然是结构性腐败，为何仅仅重罚个人？——也许有人私下会提出这样的疑问。的确，马克思曾经说过，“犯罪和现行的统治都产生于相同的条件”。李斯特和菲利的犯罪学还特别强调引起犯罪的环境因素，并提出关于社会责任的主张。但是，即使我们把这些问题都纳入视野之中，还是不得不承认结构性腐败的遏制的确有赖于严刑峻法，至少在一段时期，至少在一些领域。

首先，在结构性腐败到处蔓延的状况中，既得利益盘根错节并且已经板结，任何触动既得利益的制度改革都很难形成共识。通过严惩腐败者个人，通过犯罪官员的自我辩解来揭露制度弊端，其实有利于形成对制度改革的基本共识，从而说服（如果无法说服就压服）既得利益集团接受改革的建议。

其次，与人情关系网纵横交错的结构性腐败，很难通过个人化的自律或抵抗来遏阻。不近人情的严苛制裁，反倒可以给当事者跳出人情困境提供一个适当的借口。所谓“八项规定”已经成为各级官员推脱饭局的最佳托词，这一事实很好地证明了后面那条理由。

东亚一些国家的经验也告诉我们，重罚不仅是治标的举措，而且还应该反映到治本的制度设计之中。例如韩国 2015 年 3 月通过的“禁止接受不正当请托和财物法”，其罚则的严苛程度被公认为是史无前例的。公职人员和媒体一旦收受 100 万韩元(约 5700 元人民币)的贿赂，就将受到刑事制裁；礼物不管是否与请托有关，送者和接受者都被认为犯有“疏忽罪”。由于规范人群为公职人员、媒体、教师等，媒体预计这个法律生效后将牵涉 300 万的广大人群。目前“反腐败”取得了中央高层和诸多学者的共识，但是在具体治本的“制度”层面而言，却存在观点差异。虽然无法彻底根除腐败，但是我们可以建立一套良好而有效的反腐败机制，以尽可能的限制腐败的发生与蔓延，同时对于及时出现的腐败予以严厉的惩处。这套有效的机制就是以可预期的刚性规则为基础，通过规则的有效执行来实现权力限制的法治体系。在市场经济转型的过程中，无论是对于自由市场的有效运行，还是对于权力向市场寻租的严格限制以及斩断权力之间的交易，法治的良性运行都是基础条件。法治原则为市场的公平竞争奠定基础，通过公正程序为权力与市场之间划定界限，以司法实现对权力的监督。这一举措也正是十八届四中全会《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》所强调的重要内涵。结合反腐败举措的制度建设，从长远来看，不妨从以下几个方面着手：

⁷² 季卫东：《腐败与法治——从制裁举措到制度建设》载《凤凰周刊》2015 年第 36 期。

1. 自下而上的“预算议会”化

所谓“预算议会”的制度设计，是要切实贯彻和加强宪法和法律中规定的人民代表大会的预算审议职能，进而有步骤地把各级人大转化成主要对税收、拨款、各种津贴以及财政再分配的预算进行实质性审议的公开论坛。通过预算议会的制度设计，可以很好地把国有企业改革、社会福利制度整备以及治理方式的转换有机结合起来，也可以很好地把政治改革与经济改革衔接起来，还有利于各种利益群体和政治势力在编制和审议单纯的财政预算的程序中学会妥协的技巧，逐步提高人民代表从事政策竞争和参与政治决策的能力。

从反腐败的制度设计层面而言，通过对财税收支的审议，在根源上实现对于权力和财政资金的有效监督。可以说是有效防止腐败的第一道屏障。更为重要的是这一制度在实现不同利益群体之间的理性对话的同时，有利于在有效地加强民意代表对行政权的监控，也加强政府独立面向社会承担责任和政治风险的能力。何况在政治改革初期阶段，以预算为中心的议会有利于通过适当限制和逐步调节民主化的范围和速度的方式，保持经济发展所需要的社会稳定。

2. 行政问责与“大审计”模式

行政改革的基本宗旨是建立法治政府。所谓“法治政府”，就是不仅要以法律作为手段进行治理，也不仅要树立依法行政的方针，还必须承认法律优越的原则，承认法院在具体案件审理方面做出终局性决定的权力，承认在法律解释方面审判权高于行政权。关于法治政府的制度设计，最基本的宗旨是确保国家权力的中立性，通过独立的、专业化的公务员系统和行政过程透明化来防止公共决策偏袒某个利益集团，防止出现选择性执法的流弊，防止公器的私用和滥用。因而在通过反腐败的举措重振纲纪、刷新吏治的同时，必须加强对行政权的制度制约和监督，严格追究并惩治一切违法行为。对于国家权力中立化而言，改革党派性太强的公务员制度以及在审判独立的前提下健全行政诉讼制度具有非常重要的意义。这一切最终都将落实到行政问责机制的形成和健全上。

行政问责的意图不仅仅是限制行政权力，还要最大限度提高行政效率，使得公务员的人数、能力、经费、设施、权限、责任都能充分动员起来用于政策目标的实现。为此需要特别留意合理的评价标准和行之有效的监督方法，以避免“预算制约的松弛”。市场化、多元化、风险化使得行政内部的评价标准更加复杂了，而全球化则促进国际通用标准的采用，这一切都要求加强预算编制工作的计划理性和技术理性，并促进审计制度、程序、规则的改革。在决定政策或举措的优劣顺位以及对不同部门的利益和活动进行统筹、调整的意义上，预算和审计是现代政府进行有效治理的最重要方式，也是加强行政可预测性和首脑领导力的关键。审计是提高预算执行效率和加强行政内部监察的一种手段。如果要通过审计进行

问责并放大问责的效应，就必须把审计与人大的决算和监督程序更密切地结合起来。实际上，所有行政活动中都渗透了预算和会计的因素，因而不妨参照审计程序来重构行政程序体系，并以这种兼有会计检查、政策评价以及目标管理等不同侧面的“大审计”模式为抓手推动行政改革。可以说这是有效防止腐败的第二道屏障。

3. 通过司法审查激活宪法和各项制度

宪法是个人、社会以及政府之间的核心共识，是现代国家秩序的基石。要把宪法真正付诸实施，就需要奉行宪法至上的原则，同时加强审判权的功能。为此，应该让最高法院或者宪法法院享有对宪法的最终解释权和对违宪行为进行司法审查的制度设计。如果没有这样的司法审查活动，审判权就很难真正抬头，审判独立原则就很难真正确立，法治政府的建设以及宪法的权威也就无从谈起。一旦审判独立原则无法真正有效运行，那么在对贪污腐败案件，尤其是高层级的腐败案件进行司法审查的时候，很难保证不受行政权力的干扰。

从反腐败的现行制度上看，对于结构性腐败、制度腐败以及蔓延到权力顶层的腐败防治的最大重点是查明真相，最大难点也是查明真相，通过双规，通过刑事审判程序，固然可以查明相当一部分真相，但是很容易受到各种各样的干扰，也很难完全消除人民群众政治不信任感。所以，有必要启动现行宪法和法律中明文规定的一项制度来处理及其重大的贪腐案件，这就是人大调查权，什么叫人大调查权？由中华人民共和国宪法第 71 条规定的，这个条文规定的主要内容是这样的：全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会认为必要的时候，可以组织关于特定问题的调查委员会，并且根据调查委员会的报告作出相应的决定。第二款规定：调查委员会进行调查的时候，一切有关的国家机关、社会团体和公民都有义务向他提供必要的材料。与人大调查权相关的条款还包括宪法第 3 条第 3 款，关于一府两院对人大负责、受人大监督的规定。第 33 条第 2 款，关于法律面前一律平等的规定，第 67 条第 6 项，关于全国人大常委会监督权的规定，第 73 条关于人大质询权的规定等等。当反腐举措已经触动正国级高官、触动军事委员会负责人，全国人大及其常务委员会还置身对外，这在现代法治国家是不可想象的，如果采取治本的举措反腐，如果说加强对宪法实施的监督，那么，人大调查权是一个最佳的切入点，因为人大调查权的行使不受违法行为本身的限制，也不受刑事司法程序上的诉罪时效和罪推定原则的限制，更不受个案的限制，因而，可以更充分的保障公民的知情权，有利于追究当事人的政治责任以及推动政治制度改革和相关的立法。有利于加强全国人民代表大会的功能和权威。对于正国级的贪腐案件，不仅要追究刑事责任，而且还应该追究政治责任，为此，必须让纪检调查与人大调查并行，我们知道，建设法治政府的一个重要命题是加强依法行政，从而必须相应的加强人民代表大会对行政权利的监控，人大监督权、质询权的行使是必须以调查权为基础的，人大只有在及时而有效的行使调查权之后

才能追究相关的政治责任，才能对检察和审判的公正性进行判断，才能切实保障公民的知情权，真正实现信息公开和司法公开。这是防止腐败的第三道屏障。

可以说上述三道屏障是有效防止腐败的根本性的制度举措，通过预算议会化控制权力和财政的流向，通过行政问责和审计制度对权力实现过程予以监督，通过司法独立制度对腐败案件进行严厉的惩处，真正实现了对于腐败的权力资源和腐败机会的有效控制，而一旦树立了宪法权威，那么在腐败的动机层面也实现了有效的抑制作用。

目前中央严厉的反腐举措，不仅在一定程度上遏制腐败现象的加剧，同时为我们的制度改革提供了宝贵的时间。在作为“破”的反腐的同时，还要“立”相关的制度，实现长远的有效治理腐败的目标。从短期目标来看，我们需要循序渐进，寻找反腐败制度改革的突破口。针对结构性腐败的两个方面，结合国内外既有的制度经验，可以尝试从以下几个方面予以着手。

对于以权力为交易对象的政治腐败，我们可以从完善内部监督与外部监督两个层面寻找解决举措。

在内部监督层面：

1. 加强党规党纪建设，完善党内反腐制度。

党的纪律规定是实现党内治理的制度标准，为执政党治理腐败提供了制度参考，同时也是推动腐败得以有效进行的根本保障。因此，在完善相应的党内监督、问责条例的同时。对于目前纪检监察机关的管理体制予以完善，尤其是对于纪检监察双重领导体制、对于纪检监察派驻机构的职责、领导权限、干部管理、案件办理过程中的部门协调难题。可以通过对不同地方试点改革的经验予以总结，寻找有效地实现中央与地方纪检监察机构真正发挥监督和反腐败的职能，而不是落入权力不对称的监督陷阱中。此外，对于党内监督的重点在于各级党委领导人的选举监督和决策失误监督，二者都需要通过发展党内民主来实现。通过在选举过程和决策过程中导入民主程序机制，可以有效减少在相应环节的风险与失误，增加领导人的公信力与决策的有效性，同时也加强了监督。

2. 完善选人用人制度

关于人事权交易类型的腐败根源在于既有的公务职员的选择和考核制度有关。由于干部选拔制度设计上的漏洞，为人为操控留下后门。如果干部选拔制度设计合理，真正做到制度选人，把权力交给制度，我们的廉洁程度会好很多。因此，首先在公务人员选拔中以程序正义为基础实现公开考试的择优录取，消除任

命者的个人特权及派生的腐败。其次，对于官员的考核体系要注重显性业绩与隐性业绩的结合，在综合评定的基础上予以升降。第三，加强对于领导职位的问责制度，对于违反程序任用予以追责。第四，对于公务人员的薪酬体系予以相应的保障，促进公务系统内部的良性循环。

在外部监督层面：

3. 实现纪检监察部门与检察机关之间关于腐败案件的合作与移转

在完善党的监督机构的同时，对于超出党内法规范围的犯罪案件或其他违法事件，需要加强纪检监察部门与行政机关、检察院、公安机关等部门之间的案件转移与合作。其中最为重要的当属纪检监察部门与检察机关之间的合作。如何有效减少二者在对腐败案件的侦查、处理过程中的重复工作与无效工作，需要改进二者的合作机制。目前不同层级的纪检监察机关在向检察机关移送案件存在差异，尤其是在省部级官员与县级纪委层面。其次，纪检监察机关对于移送案件具有一定的选择性；最后，纪检监察机关对于腐败案件的调查更多的注重实质性，而较为轻视调查过程中的程序性。所以，一方面可以加强纪检监察机构人员的法律专业技能，提升在案件处理过程中的专业性；另一方面，制定纪检监察部门与检察机关的共同调查的机制以及对于案件选择的标准、条件予以明确，减少案件侦查过程中的重复性，并逐步实现腐败案件的侦查由纪检监察向检察机关的转移。当然这一过程中，要避免纪检监察部门对于检察机关的过多干涉，以防止其对检察机关独立性的侵蚀。

4. 进一步加强行政审批改革与财产公开制度，实现权力透明化

目前正在改革实施减少行政审批项目，以提高治理效率和公正性，是通过行政改革预防腐败的重要内容。但在一个“官本位”的社会，放权、松绑、瘦身式的行政改革其实具有革命和自我革命的意义，往往会招致来自主管部门的激烈抵抗或者巧妙歪曲，也很容易在官官相护的关系网中半途而废、消于无形。为了防止这样的结局，加强行政改革的实效，必须借助民意的支援来压制抵抗势力，适当加强舆论监督。只有通过信息公开和言论自由对权力造成有力量的制衡，用法律规则来约束政府行为的设想才能真正付诸实施。站在这样立场上来看行政改革，首先需要在政治层面准确地界定信息的公开度和言论的自由度。

在实现舆论监督的同时，对正在进行的官员财产公开也需要相应的改进。但是对于不同层级的官员可以采用不同的方式，对于一定层级以下的官员财产可以限于内部公开，而在相应层级以上，尤其是省部级以上的官员要求其对外公开。此外，对于新任职的公务人员，必须以公布自己的经济财产状况作为任职的必要条件。同时对于公开的具体程序也需要有效的设计。

对于以权力寻租为基础的经济腐败而言，最为根本的是发挥“市场”在资源配置中的决定性作用。前文提及的政府部门在行政审批制度改革也需要继续推进，除此之外，还需要在以下几个方面予以补充：

5. 依托完善的法律制度，加强企业反腐败主体责任遏制商业贿赂

日益蔓延的商业贿赂与我国目前治理商业贿赂的有关法律制度的缺失和缺陷有着密切的关系。加强治理商业贿赂的法律制度的建设因此成为有效遏制商业贿赂的关键环节。因此，在实现法律制度完善的同时，需要推进市场化改革，消除滋生商业贿赂的体制性根源。同时，加强对公私部门商业交易的政府监管和社会监督以增加商业贿赂的成本和风险，比如强化对公共部门的外部审计，完善对企业的会计和审计标准。对于完善公司、企业内部控制机制，增加企业或公司的法律责任等也能有效限制商业贿赂。总之，通过各种制度建设实现利益交换之前的合法化以及社会经济的有序进步。

除了要求政府官员守法外，企业合规性的强化也是法治反腐败的重要内容。比如：在美国，正是 1977 年的海外反腐败法导致与企业合规性相关的制度建设，使得总法律顾问这个职业得以诞生并影响到中国走向合法经营时代的进程。此外美国还采取设置鼓励举报人和鼓励企业内控的制度，为反腐调查提供更充分的资源，把行贿等犯罪的受罚主体从公司转向应负责的个人。

6. 促进反腐败国际交流与合作

随着全球化程度的不断加深，跨国腐败规模迅速扩大。各国之间需要在反腐败司法经验、信息等方面加强合作。尤其是在跨国贿赂，贪官外逃，腐败资金跨国流动等方面与不同国家之间合作。目前制约反腐败国际合作的最大限制在于不同国家之间的政治制度、法律制度之间的差异以及所涉及的利益博弈。我们需要加强在《联合国反腐败公约》框架下双边、多边协作，与美国、加拿大、澳大利亚等国建立反腐败执法合作机制。同时进一步落实《北京反腐败宣言》，促进国际合作，并利用这一契机加大了对外逃贪官的追逃追赃行动。

从综合的角度来看，无论对于政治腐败和经济腐败，以上的诸种举措都存在相互交织，不是单一的针对某一类型的腐败现象。从全面防止腐败的制度举措而言，我们还可以在腐败预防与腐败立法方面予以强调。

7. 树立宪法权威，从教育层面防止腐败

对于腐败的防治不仅需要外在的制度条件限制，也需要内在的反对腐败的道德信念，而这一信念的最佳来源就是对于宪法权威的服从。只有在对以宪法为基

础的法律权威的服从基础上，才能真正深刻认识到廉政教育的重要性。单纯的通过宣传廉洁文化、廉洁标语口号或者以廉为荣，以贪为耻的内容并不能达到很好的效果。只有依托于现有的各种教育途径与方式，将对法律权威的服从与反腐败制度建设相结合才能真正的树立公职人员拒绝腐败、社会公众监督腐败的社会氛围。对于具体的教育实践，可以学习香港在廉洁教育方面的做法，除了成立专门的职能部门负责宣传教育外，政府有专门的财政预算以及财政扶持政策落实廉政教育。同时辅之以各种形式和载体深入日常生活中，使得反腐败成为社会的“任务”。

8. 加强腐败法律制度建设，制定《防止腐败法》

我国在反腐败的长期实践中，形成了许多行之有效的政策、措施、经验，有的虽然已经以法律形式确定下来，但较为分散，不便操作；有的则没有被上升为法律，致使一些好的措施、经验得不到充分运用，或者因为缺乏规范、制约而在实践中扭曲变形。比如：举报制度，“双规”、“两指”专案制度，指定管辖、请示报告制度，行贿区别对待制度等等。待时机成熟，可以将这些措施和经验法律化、规范化，将给我国一些特殊反腐败措施提供法律依据。这样使得反腐败斗争在法律的框架中进行，有效的整合反腐败的各种制度与既有的法律规范，弥补当前立法中对于惩治腐败的漏洞与反腐败组织间外在运行机制的不足。未来《防止腐败法》可以涵括以下内容：腐败的具体类型、接受礼品与馈赠的最高限、金融实名制度、家庭财产申报制度、遗产税与赠与税制度、公民信用保障号码制度以及反腐败国际合作制度等等。

总体而言，廉洁政治是反腐倡廉的目标，也是现代法治政府、民主政府好政治文明的内在要求。随着有中国特色的社会主义市场经济体制的健全，特别是与此相适应的制度体系的不断完善，腐败动机会将逐渐降低，腐败机会将逐渐减少，而制度约束则将逐渐加强。通过反腐制度的建设有可能成为通往中国法治的良好契机，而法治原则的实现廉洁政治的愿景具有核心保障作用。具体来说，法治化作为建设廉洁政治基本途径是指中共必须牢固树立法治精神，树立社会主义法治理念，善于运用法治思维和法治方式来深化廉政体制改革、推动廉政发展、化解廉洁政治中存在的矛盾和问题、以廉洁政治维护社会稳定，换言之，只有在充分的法律保障并且法律精神在政治过程中得到有效发挥的法治轨道上，建设廉洁政治的目标才能逐步实现。

此外，在综合运用法治的各种方式和手段惩治政府高官和企业高管的渎职犯罪、防止结构性腐败方面，美国、欧洲以及东亚其他市场经济发达国家的经验和制度设计很值得我们学习和借鉴。当中国的反腐斗争从治标转向治本、从严打运动转向日常司法之际，有必要加强相关的国际对话，通过不同制度设计方案的比较研究来缩短试错过程，找出有效惩治和防止结构性腐败的关键以及更好的解决

办法。只有把查处腐败行为的各项工作真正纳入法治轨道，中国才能有效地矫正经济高速增长阶段被扭曲的政商关系、促进廉政与合法经营的良性互动。

附件一：季卫东 宪法实施的监督：司法审查制度

第一章 违宪审查制度的必要性和选项

2014年恰巧是五四宪法体制花甲还历的时点。因此，中国共产党十八届四中全会决定将每年12月4日定为国家宪法日，建立重要公职人员宪法宣誓制度，并采取其他举措表达对宪法的尊崇和敬畏之心，廓清权力来源，陶冶人权意识，树立法治信仰，这种政治姿态格外引人瞩目。尤其所谓“依法治国首先是依宪治国”、“关键是依宪执政”以及国家统一必须“坚持宪法的最高法律地位和最高法律效力”等崭新命题，具有深远的意义，值得认真解读、反复品味。

从整体上看，可以说十八届四中全会关于法治中国的决定是在往推动法律体系一元化、建立法律共同体的方向迈进。在逻辑上连贯的、自洽的法律体系需要有一个根本规范，主要指宪法。比较低阶的所有规范都应该由这个根本规范推演出来，反过来，所有的具体决定和低阶规范也应该能够追溯到一个根本规范，这就可以构成一个在结构上闭合的纯粹法律体系。十八届四中全会决定的最大特征就是强调根本规范，这就意味着所有规范、决定、举措必须以宪法为准则，根据宪法精神统一起来，从而建立一个法律规范效力的等级结构，形成一个统一的法律秩序。

问题是这个宪法怎么理解？这个根本规范怎么理解？按照现代法治的理念，宪法主要由两个部分构成，一个涉及主权定位，另一个涉及人权保障。关于主权定位，现代宪法强调的是主权在民，强调的是作为社会最大公约数的基本共识以及共同性，强调的是国家机关的合理主义制度设计，强调的是国家权力的理性化。从人权保障这个角度来看，宪法精神就是要规范公权力，使得权力不能任意侵犯在宪法和法律中明文规定的公民的自由和权利。在上述两个方面，确实可以从十八届四中全会决定解读出一些令人振奋的变化。例如从强调阶级性转向强调社会的共同性。迄今为止中国法学理论并没有摆脱斯大林时代御用法学家维辛斯基学说的束缚，尤其是在关于法律的本质的认识方面。维辛斯基把法律定义为统治阶级意志的表达，这是一种主意主义的法学观。由此可以推导出一种阶级司法的观念，把法律理解为统治工具，甚至是刀把子、枪杆子，片面夸大强制性，而忽视强制的正当性根据。事实上，正是这种阶级司法观念造成了司法公信力不高、冤假错案频发的事态。我们从四中全会决定的文本解读中可以发现一些令人鼓舞的变化，可以解读出从阶级性转向共同性、转向社会性、转向科学性、转向合理性的发展趋势。例如强调寻找社会最大公约数，并且把宪法理解为党和人民意志的共同体现，理解为按照科学民主程序制定的根本规范，甚至还可以理解为人民与执政党之间达成的信托契约等等。

十八届四中全会决定实际上是把宪法所体现的社会共识以及正义观作为判断良法还是恶法、善治还是苛政的主要尺度，这是一个饶有趣味的变化。在这样的背景下，决定强调要提高立法质量，“使每一项立法都符合宪法精神”，并且要求“把所有规范性文件纳入备案审查范围，依法撤销和纠正违宪违法的规范性文件，禁止地方制发带有立法性质的文件”。鉴于我国目前存在的“以言代法、以权压法”的陋习怪相，四中全会决定重申“任何组织和个人都必须尊重宪法法律权威，都必须在宪法法律范围内活动，都必须依照宪法法律行使权力或权利、履行职责或义务，都不得有超越宪法法律的特权”。同时明确指出，依法治国“必须以规范和约束公权力为重点，加大监督力度”，“一切违反宪法的行为都必须予以追究和纠正”。把对规范文件和职务行为进行宪法监督的以上表述合在一起，违宪审查制度之议就会呼之欲出。否则，就无法真正监督宪法的实施。

关于违宪审查制度，在十八届四中全会决定公布前后都有讨论，早在 1982 年现行宪法起草过程中也曾经讨论过。2004 年的孙志刚案，曾经把这种讨论向实践推动了一步，尽管后面又退回来了。现在我们重提宪法实施的监督，重提对违宪法规的追究和纠正，在制度安排上究竟有什么可能性，有哪些选项？我认为，中国要建立违宪审查制度，有四个选项是可以考虑和比较的。

第一个选项就是根据现行的宪法和法律中规定的宪法实施监督权条款，加强全国人大常委会的功能。实际上，是由 2004 年孙志刚案之后在办事机构层面成立的法规备案审查机构进行监督。这是最切实可行的，也最容易做到的。但是，这个选项很容易流于形式。首先是因为法规备案审查机构太弱势，只是一个事务性机构，怎么可能对立法机关即国家权力机关进行真正的审查呢？其次，对违宪与否的抽象审查是非常困难的，因为在成文规定上如果与宪法冲突，早在起草和审议阶段就会被发现和剔除。问题往往是在具体案件、具体现象中发生并被意识到，不会明显表现在文本里。再次，由全国人大常委会自己行使监督权，解决立法中的违宪问题其实也是多此一举。这是立法者自我审查，不必特意提出来就可以通过技术性处理消于无形，根本没有意义，也很难取信于社会。

第二个选项就是设立宪法委员会。很多学者持此主张，1982 年宪法制定时还曾经写入草案。的确，专门设一个宪法委员会，当然会比法规备案审查机构权威性很强很多。这个机构专门负责宪法实施的监督，权限很明确，必然会有些作用。但这样的制度设计还是没有办法消除前面提到的不利因素：对法规文本的抽象审查难以发现违宪字句；立法机关自我审查基本上是多此一举。除非这个宪法法院可以受理具体案件的申诉或人权提诉，但如果允许这么做，宪法委员会就难免具有司法性质，放在人大里并不适当。如果我们认为不妨让宪法委员会受理具体案件中的违宪审查，那么制度上的通道还是存在的。2000 年制定的立法法第 90 条第 1 款规定国务院、中央军委、最高法院、最高检察院以及各省级人大常委会认为某一项行政法规、地方法规、自治条例和单行条例违反宪法或法律，有权要求

审查。紧接着立法法第 90 条第 2 款规定其他国家机关、社会团体、企事业单位以及公民个人认为法规条例违反宪法或法律，可以向全国人大常委会提出审查的建议，由工作机构决定是否送专门委员会审查。值得注意的是，在现行制度下，法律不在审查的范围之内；个人、企业、社会团体没有要求权而只有建议权。但是，只要对立法法第 90 条第 2 款进行修改，让个人、企业、社会团体等也有权要求审查，那么宪法委员会就有可能获得司法性质的审查权。只要再修改第 90 条的整体内容，把法律也纳入审查范围之内，那么宪法委员会就可以真正发挥违宪审查的作用。这样宪法委员会就必须也能够享有更大的权威。

既然可以让宪法委员会进行司法性质的违宪审查，那么还不如干脆设置宪法法院来受理宪法提诉和人权提诉，这样的制度安排会更合理、更顺畅。但是，在这里不得不考虑的一个问题是对现行体制的修改会非常大，需要对人民代表大会制度本身进行改革。设置宪法法院的好处是具有从头开始进行理性设计的机会，可以确保违宪审查机构的权威性和专业性，不留下立法机关自我审查的任何话柄，可以进行真正意义上的司法性质的违宪审查，但唯一的问题是要修改现行体制。

如果现阶段不打算修改现行体制，但又想进行司法性质的违宪审查，那么还有一个选项，这就是授予最高人民法院以宪法解释权。最高人民法院如果享有宪法解释权，他在审理具体案件的时候就能够在宪法文本与法律、法规之间做出推理和整合，可以适当审查和适用审判的规范根据，进而推动违宪审查。由最高人民法院进行违宪审查，从政治的角度来看也是相当安全的，因为最高法院它只能就个案问题进行附带审查，审查结果只对这个案件有效，并不产生普遍约束力。当然，最高法院做出违宪判断势必产生重要影响，推动立法部门对有关规范进行修改。如果要采取这样的司法性质的违宪审查制度，在现行体制下只要做一个很简单的法律修改就行了。现在法律明文规定能行使宪法解释权的只有全国人大常委会，但也并没有禁止最高法院解释宪法。实际上，最高法院是法律判断的终审机关，如果没有解释就无需判断，如果没有解释也无法判断，所以法院是必须、也是真正有能力进行法律解释的。进行法律解释，怎么可能把宪法这个根本规范的解释排除在外？法律解释如果不涉及宪法文本的涵义确定，就会失去衡量的最高尺度，规范的整合性就会出现缺口。所以，我们只需对现行法律做一个小小的修改，承认最高法院也有权解释宪法就可以了。这样的变革最容易推行，几乎没有成本，影响却极其深远。

但是，不得不承认，以这样的方式推动司法性质的违宪审查在中国也还是存在一些问题。第一个问题涉及到违宪审查机构的权威性。我们现在的体制是一府两院都向全国人大及其常委会负责。这种安排决定了最高人民法院很难进行真正的违宪审查。在理论上、制度上它都必须服从立法机关。第二个问题是中国的司法机关缺乏足够的公信力，让人对最高法院的审查缺乏信任感。第三个问题是最高法院以立法方式制定了那么多的司法解释，构成一大奇观。这些成文规则是不

是都合法、是不是都合宪？最高法院也面临一个自我审查的尴尬。

综上所述，四个选项各有利弊，但比较起来最合理的制度方案就是另起炉灶设立宪法法院。这是最快刀斩乱麻的方式，可以免除很多的纠结。唯一的挑战是我们该不该对现行的人民代表大会制度进行修改。这样的修改涉及国体，需要改宪，兹事体大，不得不慎重对待。但无论如何，要想把对宪法实施的监督真正落到实处，发挥宪法作为最高规范的效力，那就应该设立具有司法性质的违宪审查制度。只有这样，我们才能树立起以宪法为顶点的、一以贯之的、逻辑自洽的法律体系，建设成法律共同体。

第二章 中国推动违宪审查的思想与实践

2.1 引言

在中国宪法发展史上，2002年12月也许将被理解为一个重要的转折点。这个月初召开的纪念现行宪法实施20周年大会，使加强宪法实施监督和宪法解释以及审查、纠正违宪现象等新思维、新表述正式取得了主流话语权。到月末，中共中央政治局首次开会以集体学习宪法为主题，显示“维护宪法尊严”的提法并非一时的心血来潮、应景之辞，而是新时代的施政纲领，是高层权力实施作茧自缚式法治化、合理化的肇始，是被提上政治议事日程的重大课题之一。以此为背景，法学界以及社会各方面都对尽早建立违宪审查制度以及依宪执政产生了特别殷切的期待⁷³。

到2003年4月下旬，恰巧有两个涉及宪法规范的典型实例为试行违宪审查提供了非常适当的契机。一是有关部门隐瞒非典型肺炎（SARS）的疫情从而使民众生存权在客观上受到严重威胁和侵害的事件，包含着知情权、采访和报道的自由、行政问责制、特别权力对人权的影响等一系列宪法性问题。二是被公安人员无理限制人身自由的青年设计师孙志刚在收容遣送设施里惨遭殴打致死的案件，包含着人格尊严、人身自由、迁徙自由、行政措施与人权保障、公正程序原则、地方政府规章的罚则制定权、特别权力对人权的影响、处理平等与合理差异之间关系的标准等一系列宪法性问题。这两个典型实例都鬼使神差地把中国式生存权的观念与现代市民社会自由权的观念、把立宪正义（constitutional justice）的超验之维与舆论公正的共感世界结合成为一个有机的整体⁷⁴，为中国克服文化传统的障碍而发展宪政的价值基础提供了可遇不可求的关键性支点。

相比较而言，孙志刚案中涉及的各种制度（警察、身份证、城市治理、社会救助、对流窜性犯罪的刑侦）的改革虽然更复杂艰巨，操作起来更需要时日和统筹兼顾的仔细安排，但由于责任的所在、问题的根源都比较容易确定，在公开报道后又激起了极大的民愤、不得不认真对待，何况城乡分治格局早就难以为继，恢复关于移居权的宪法条款也已经水到渠成，所以结果是这个事件自然而然地成了制度变迁的主要突破口⁷⁵。在非典型肺炎的疫情趋缓之后的5月14日，毕业

⁷³ 李锐“关于我国政治体制改革的建议”《炎黄春秋》2003年第1期、访谈汇编“宪政之路：从尊重宪法开始”（<http://www.nanfangdaily.com.cn/zm/20030313/>）《南方周末》3月13日“癸未施政——聚焦两会[三]”。

⁷⁴ 这里对“正义（justice）”和“公正（fairness）”进行了概念上的区分，前者指具有超越性的正当价值判定，后者与竞争原理相洽的主观性正当体验。此外，笔者还将使用“公道（equity）”一词来表示公正的实质性标准，用“公平（impartiality）”来表示公正的形式性标准以及中立、不偏不倚的态度。当然，这些概念也有可以通用之处。

⁷⁵ 例如，社评“谁为一个公民的非正常死亡负责？”《南方都市报》2003年4月25日、萧瀚“恶法必须立即废除！——评孙之刚之死”《大纪元》（<http://www.dajiyuan.com/gb/3/4/29/n305766.htm>）2003年4月29日转载自中评网。

于北京大学的法学博士俞江、腾彪、许志永以孙志刚案为原由，根据现行立法法第 90 条第 2 款的规定，采取公民上书的方式，向全国人大常委会法制工作委员会提出了审查 1982 年颁布的行政法规《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》是否符合宪法的建议。

个人按照程序规定正面挑战某一法规究竟是合宪还是违宪的判断，对中国属于石破天惊的创举，立即在社会舆论界激起了强烈反响，吸引国内外大众传媒给予持续性关注⁷⁶。三位公民的上书行动不仅富于勇气，而且充分展现了制度知识和实践理性——当事者以各自的名义提出违宪审查的建议，可以排除群众运动所难免的情绪化影响、促进围绕制度建构的良性互动，并通过个别性诉愿的方式增强宪法保障程序的司法色彩；而把审查的对象从地方问题转换到全国行政法规，既能避免曲解事件的语境背景，又能减少中间环节从而提高宪法判断的层次和影响力，还有机会为重新调整立法权与行政权之间的关系开辟新的空间。正因为三位公民的建议有理有节、合情合法，所以立法机构的有关方面在 6 月初曾一度表现出颇积极的姿态⁷⁷。但是，不知基于什么考虑全国人大常委会以及专门委员会迟迟没有做出正式的反应。

在这种状况下，国务院法制局自行启动了修改规定的作业，并在 6 月 16 日举行了新的《城市生活无着的流浪乞讨人员救助管理办法(草案)》的专家听证会。两天后，国务院常务会议决定废除 1982 年《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》并原则通过了新的救助管理办法草案⁷⁸。这时的客观局势及其意境正像胡适先生很喜欢的一首古诗所描绘的那样：“万山不许一溪奔，拦得溪声日夜喧；到得前头山脚尽，堂堂溪水出前村”（杨万里《桂源铺》）。政府这样顺应民心公论的果断举措理所当然地赢得了社会的喝彩。

然而在法律界以及上书的三位公民中，似乎或多或少还存在着遗憾。因为这样的主动修改虽说也是一种宪法保障举措，其中的残缺和非正式性也的确情有可原，但无论如何，它实际上却回避了对违宪问题进行审查和判断的正式程序，使借助孙志刚案提供的契机在立法法第 90 条规定的基础上进一步确立违宪审查制度或先例的良好愿望最终落空了。可以说，借助政治的有利形势促成宪法委员会

⁷⁶ 参阅报道“三名公民上书人大建议对收容办法进行违宪审查”《中国青年报》2003 年 5 月 16 日（另见中新网 <http://www.chinanews.com.cn/n/2003-05-16/26/303603.html>）、“全国人大法工委答复三位公民建议书：建议正在办理中 能否进行宪法审查尚未知”《中国青年报》2003 年 5 月 21 日、BBC2003 年 5 月 23 日报道“三中国法学者促人大查违宪”（http://news.bbc.co.uk/hi/chinese/china_news/newsid_2933000/29333341.stm）、收容遣送制度合宪性研讨会纪要“孙志刚案的再追问”《工人日报》2003 年 5 月 24 日（另见中评网“法律生存”专栏的每周话题 <http://www.china-review.com/tbzt/sunzhigang2.asp>）。

⁷⁷ 例如全国人大常委会办公厅新闻局牛龙云为 6 月初发行的《瞭望》撰写特别评论，承认中国违宪审查机制不完善，并从事后审查权的真正行使这一意义上暗示了在有关的专门委员会和法律委员会向国务院提出书面审查意见再由国务院自行修改的可能性。见牛龙云“对孙志刚事件的深度反思”中新网 2003 年 6 月 5 日转载自《瞭望》（<http://www.chinanews.com.cn/n/2003-06-05/26/310700.html>）。

⁷⁸ 见报道“收容遣送办法废止”（http://news.xinhuanet.com/newscenter/2003-06/18/content_926096.htm）新华网 6 月 18 日、报道“流乞救助办法决策历程”（<http://www.nanfangdaily.com.cn/zm/20030626/xw/tb/200306260621.asp>）《南方周末》2003 年 6 月 26 日。

或宪法法院的尽早建立还是一项未竟的关键性改革工程，有待法律人继续通力合作。

在这里，笔者首先从权力的网络性结构内部的“拓扑”（topology；相互连接组合的形态）以及现行制度的原则、逻辑的角度来分析导致功亏一篑的事态的前因后果，侧重点是在互动关系中发挥普遍化作用的机制，现实政治中斗争和妥协的具体现象以及个人行为及其深层动机所导致的偶然变卦均不收进视野之内。另外还探讨在目前的条件下怎样才能真正建立起宪法实施监督和宪法保障的机制的问题，包括违宪审查中的一些具体的规范以及操作程序的设计。

2.2 违宪审查在中国的条件和经验

为了落实宪法第5条第2款关于宪法最高效力的规定以及第62条第(2)项、第67条第(1)项关于宪法实施的监督的规定，2000年制定的立法法第90条、91条为全国人大常委会审查和判断行政法规和地方性法规的合宪性提供了具体的程序⁷⁹。根据这两个条文，国务院、中央军委、最高法院、最高检察院、省级人大常委会均有权向全国人大常委会提出对法规条例进行合宪性、合法性审查的要求，作为常委会事务机构的法制工作委员会必须把上述要求转交有关的专门委员会进行审查。除此之外的国家机关、社会团体、企事业单位乃至公民个人均有权提出相应审查的建议，由法制工作委员会负责研究处理，如果认为必要也有可能送交有关的专门委员会审议。专门委员会在确认审议对象有与宪法和法律相抵触之处的场合，向法规制定机关提出书面审查意见，并要求该机关在两个月内做出是否修改法规的答复；如果制定机关不予修改但却不能说服有关专门委员会，那么由委员长会议决定是否最终付诸常委会会议审议决定。

严格说来，立法法所规定的行政法规和地方性法规审查程序与违宪审查制度的原型还有很大的距离。最基本的不同表现为三点。首先需要指出的是，尽管承认公民个人享有提出审查建议的权利，使得对行政法规和地方性法规的合宪性审查有那么一点司法化的意思，但依旧属于法规制定机关自我审查的范畴，根本不容许任何一级法院在合宪性判断方面置喙，即使最高法院也只是享有审查要求权而已，是否接受要求取决于全国人大常委会的判断以及法规制定机关的态度。至于对法律本身是否违宪的审查则完全是国家立法机关的内部业务，最高法院连提出审查要求的权利也不具备；实际上，法律（包括基本法律和一般法律）是否符

⁷⁹ 从宪法实施的监督权到合宪性审查程序的法制发展是中国宪法学者们长期努力的心血结晶。有关的理论基础，参阅胡锦涛“论宪法监督制度”《中国法学》1985年第1期、陈云生《民主宪政新潮——宪法监督的理论与实践》（北京：人民出版社，1988年）、杨泉明《宪法保障论》（成都：四川大学出版社，1990年）、蔡定剑《国家监督制度》（北京：中国法制出版社，1991年）、王叔文“论宪法实施的保障”《中国法学》1992年第6期、包万超“完善我国违宪审查制度的另一种思路”《法学》1998年第4期、李忠《宪法监督论》（北京：社会科学文献出版社，1999年）。

合宪法的问题已经被排除在立法法规定的合宪性审查的范围之外。

其次要注意到，全国人大专门委员会审查的结果如果认为对象法规有与宪法抵触的内容，并不径直做出法规违宪的判断，而仅向该法规的制定机关提出书面意见敦促其自行修改；如果得到修改，则法规违宪的问题就得以化解。换言之，对法规是否违宪、如何归责等问题作出明确判断的可能性被最大限度地回避了。因此，别说分权制衡，即使所谓最高权力机关的合宪性监督机制也很容易被公然消融到官场上盛行的那种互通声气、彼此关照的乡愿之中。

更重要的是第三点，只有在制定机关拒不修改的情况下才可能出现人大常委会正式出面审查并做出法规是否违宪的判断或决定的情形，可以说，真正意义上的“违宪审查”在中国是从这里才开始的。但在现有的权力结构没有改变的情况下，其发生的概率恐怕是微乎其微。即使碰到国务院出现“犟相公”、地方诸侯敢于违抗中央这样罕见的事例，那实际上也属于极端例外的场合不同权力机关之间根据力量对比关系的变化而展开“斗法”，结果往往只是以效力等级更高的法律来取代行政法规而已，对法律体系整合性的推理论证并不具有决定性意义。这也意味着中国的违宪审查及其判断在本质上始终遵从立法的逻辑，并不以宪法解释为基础。

尽管如此，我们还是不能低估立法法规定法规违宪审查程序的划时代性意义。特别是有了第90条第2款所提供的操作性杠杆之后，企事业单位、社会团体以及个人就有可能通过反复行使建议权的方式来逐步撬开在推行宪政和引进合宪性审查制度方面的拦路石。

除此之外，2001年8月13日起施行的关于受教育基本权利的法源性的司法解释（法释[2001]25号）⁸⁰也提供了另一条操作性杠杆，使得法院可以把宪法条文作为审判规范而援引，可以在一定范围内受理人权诉讼⁸¹，进而在审理具体

⁸⁰ 见《中华人民共和国最高人民法院公报——2001年合订本》152页。

⁸¹ 在此之前，虽然也可以看到援引宪法条文的个别判决书，但似乎有在无意之间“越轨”之嫌，因为过去明示的审判规范援引范围并没有包括宪法在内，在建国初期甚至发布过禁止以宪法作为定罪、量刑的根据的司法解释（见《法制日报》2001年8月19日）。对于宪法不能作为审判规范的最新近的、最体系化的论述，以梁慧星“最高法院关于侵犯受教育权案的法释[2001]25号批复评析”为代表，见电子论坛《法律思想网》民法精义栏（<http://www.law-thinker.com/detail.asp?id=1340> 2002年9月26日上传）。在日本，围绕宪法序言是否具有审判规范性存在着不同的主张，但对于宪法本文则不存在异议。当然，在公法私法二元论的框架中，宪法能否直接适用于私人相互关系中的权利保障还是大可争执的，一般都认为只能间接适用；但是，这样的主流学说正受到有力挑战。参阅山本敬三《公序良俗论之再构成》（东京：有斐阁，2000年），特别是关于法院尊重宪法义务、宪法性公序以及适用公序良俗一般条款之间关系的论述（53—75页）、第二部第一章“基本权的保护与公序良俗”（193—238页），王磊“宪法实施的新探索——齐玉苓案的几个宪法问题”《中国社会科学》2003年第2期29页以下。关于把宪法内容具体区别为可以与不可以作为审判规范两种类型的深入分析，见夏勇“中国宪法改革的几个基本理论问题”《中国社会科学》2003年第2期9页以下。另外有必要顺便指出的是，王家福、刘海年（主编）《中国人权百科全书》（北京：中国大百科全书出版社，1998年）罗列了53件人权案例。虽然各当事人并未提出明确的人权诉求，所有判决书也均未援引宪法条文，因而这些案例很容易被归类于一般诉讼，但该书编者和作者有意进行这样的专项安排，对于推动人权的司法保障以及促进人权诉讼、宪法诉讼的社会认知具有非常重大的意义。

案件（特别是行政诉讼）的过程中对法律法规的适用行为以及权力者的活动进行合宪性审查。实际上，在“宪法司法化”的呼声影响下，已经出现了一些真正意义上的人权诉讼，甚至有向宪法诉讼发展的趋势。例如，被称为“中国平等权诉讼第一案”的蒋韬诉中国人民银行成都分行招聘限制身高行政诉讼已经得到受理，并在2002年4月25日开庭审理⁸²；对于处理历史遗留的私有房屋产权的政府抽象行为的异议活动，是随时有可能转化成宪法诉讼的⁸³。

从中国已经存在的涉及宪法实施监督的法律现象、诉讼活动以及舆论要求中可以发现，在宪法保障机制方面，除抵抗权、紧急事态法制以及宪法修改及其特别程序之外，在公民个人行为层面有两种启动违宪审查程序的基本模式也正隐约成形。一种是公程式合宪性审查的请愿或呼吁，例如前面提到的三博士上书，此外还包括五位学者向全国人大常委会提出启动调查程序的建议⁸⁴，主要是根据现行制度向立法机构诉求，以保障宪法秩序的实效性和法制的统一性为目的。另一种是私权式（private rights model）⁸⁵合宪性审查的提诉，例如平等权诉讼、围绕受教育权的一系列案件⁸⁶，主要是以保障人权、公民的基本权利以及私人之间权利相互调整方面的具体的公道和公平为目的；迄今为止，从基层法院到最高法院的四级司法机构，均出现了处理这类“准宪法诉讼”的先例。此外还有按照民事审判程序进行的集团诉讼，也蕴藏着按照人权命题改变或创造法律规范以及政策的潜能⁸⁷。这意味着中国已经拥有在不同权力机关、不同级别启动合宪性审查程序的完整的尝试性经验，公民中间已经出现了维护人权和基本权利的自觉意识和强烈要求，建立司法性质的宪法委员会或宪法法院的条件不仅已经具备、而且是完全成熟了（甚至可以说开始出现烂熟的迹象）。

那么究竟是什么因素在妨碍因势利导的制度化作业呢？除了统治理性和决

⁸² 见王珊“‘中国宪法平等权第一案’庭审实录”《中国律师网》

（<http://www.law.com.cn/pg/newsShow.php?id=6457>

2002年12月12日上传），参阅李忠夏“试评析‘宪法平等权第一案’”（原载《宪法理论与问题研究》第二辑）《中国宪政网》（<http://www.calaw.cn/include/shownews.asp?newsid=536> 2003年5月3日上传）。此外还有未被受理的“公务员优惠”侵权起诉（见《人民法院报》2001年11月12日案例研究专版）、根据男女平等原则的申诉（见何兵“招聘行为的宪法分析”《中国宪政网》<http://www.calaw.cn/include/shownews.asp?newsid=545>）的等事例。

⁸³ 例如，宝格达“解决私房问题应该尊重宪法、民法，保护人权”《北大法律信息网》文献库“保护人权机制”专栏（2002年7月3日上传）。

⁸⁴ 见贺卫方、盛洪、沈岍、萧瀚、何海波“提请全国人大常委会就孙志刚案及收容遣送制度实施状况启动特别调查程序的建议书”（2003年5月22日），收录在《北大法律信息网》沈岍（起草人）的主页文集中。

⁸⁵ Henry Monaghan, “Constitutional Adjudication: The Who and When”, *Yale Law Journal* Vol.82 (1973) p.1365. 参阅芦部信喜《宪法诉讼的现代发展》（东京：有斐阁，1981年）4页以下、田中英夫、竹内昭夫《在法律实施中私人的作用》（东京：东京大学出版社，1987年）。

⁸⁶ 例如山东省青岛市有三名考生在2001年8月22日就全国高考录取分数线地区差异向最高法院提出了中国第一起宪法诉讼，主张保障公民的平等受教育权，但最后被以等级管辖（应向中级法院起诉）和行政诉讼的审理范围（限于具体行政行为）为由驳回（见《新闻周刊》2001年9月1日号）；河南省新野县人民法院在2002年3月20日开庭审理、6月26日作出判决的案件中也引用了宪法教育权条款，为“宪法司法化”的实践从高级法院扩展到基层法院开创了先例（据《法制日报》2002年8月22日报道）；围绕北京市未婚先孕大学生被校方开除而剥夺受教育权的事件的法律争论（《北京青年报》2002年12月1日报道），等等。

⁸⁷ Cf. Benjamin L. Liebman, “Class Action Litigation in China”, *Harvard Law Review* Vol.111 No.6 (1998).

心方面的问题外，还有些客观的困难也应该纳入视野之中进行考察。首先需要指出一个深刻的两难境况，即现代违宪审查制度设计的基本理念能否实现，关键在于公民有没有提起宪法诉讼的资格；但个人如果有权自由启动相关程序就有可能出现案件数量的激增而引起宪法委员会或宪法法院爆满，甚至出现滥诉的现象。

仅从围绕受教育权出现了大量诉讼、按照对生效判决的审判监督程序提出再审的案件一直居高不下、信访的涨潮始终在持续等信手拈来的实例就可以看出，对违宪问题的追究的确是很有可能导致制度不胜负荷的。但是，这样的困难并非无从克服。除了通过政治体制和法律系统的改革减少弊端和不满之外，也可以通过具体的制度安排（例如明确规定宪法诉讼受理的严格要件、暂时利用国家信访局作为个人申请合宪性审查的过滤装置等）来缓和事实对规范的冲击力。在某种意义上也可以说，正因为社会中存在不满情绪的高压，才需要尽快通过对违宪现象进行审查和纠正的程序来逐步释放其能量，特别是通过回应民意的结构调整把爆炸力转化成制度创新的推动力。

还有一个问题是权力机关之间的相互关系如何保持协调。鉴于中国传统政治的基本原理是在权限区分并不十分清楚的前提之下严格追究过错责任，对违宪现象的审查容易出现以下窘境：（1）要不要对违宪的行为以及法规也严格追究过错责任？如果回答是否定的，那么中国权力结构的组织原理就需要彻底改变，不然在其他方面的过错责任制就难以为继——人们会质问，既然连违宪这样的根源性罪过都能纵容，凭什么制裁普通的违法行为；如果回答是肯定的，那么就要确定由谁负责，首先需要明确权限所在。（2）违宪审查以分权制衡为基础，主要按照不同于“斗争哲学”的对抗逻辑——例如审判领域的当事人对抗主义，政治领域的竞争性主张的对抗轴——进行法治秩序的建构，但中国传统政治由于具有权限不清的特征、非常强调权力之间的协调，因而很容易流于立法法所规定的那种非正式性审查和修改，甚至经常达成内部合谋，以官官相护的权力关系网来束缚人权保障机制的运作。这也就证实了我们所期待的“三权协调”决不能建立在牺牲人权的基础上，更不应该成为阻挠建立违宪审查制度的理由。

另外，现行体制上的缺陷以及宪法文本的内在矛盾，也使有关方面在相当程度上对合宪性审查的结果以及连锁反应抱有深深的疑虑和戒惧。但是，关键的问题在于，这样的事态是否合理？能不能长期存续下去？如果承认政治改革不可避免，那就会发现没有比宪法实施监督和宪法解释更符合渐进式改革要求的操作方式，舍此则无异于守株待兔、坐等社会压力累积到社会稳定的临界点，甚至还有些诱发激进革命的潜在危险性。在这样的意义上，孙志刚案以及俞江、腾彪、许志永等三位公民对审查相关法规合宪性的建议以及其他上书活动为我国设立宪法委员会或者宪法法院及时提供了一个非常难得的契机和氛围。

2.3 权力关系网中的互动过程

根据立法法第 90 条、第 91 条所规定的权限和程序以及制度上的逻辑推理，在接到对 1982 年《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》进行合宪性审查的公民建议之后，全国人大常委会和国务院等有关方面（这里不考虑对涉及收容遣送的地方法规和地方政府规章的反射性影响）本来是有可能进行如下不同选择的：

[A] 法制工作委员会经研究后直接提交全国人大常委会决定

- (a) 判断法规没有违宪（直接答复建议人）
- (b) 对法规瑕疵进行合宪化解释（间接答复建议人）

[B] 法制工作委员会经研究送交专门委员会审查

- (a) 提出法规没有违宪的书面意见（直接答复建议人）
- (b) 提出法规合宪化解释的书面意见（间接答复建议人）
- (c) 提出法规违宪的书面意见（间接答复建议人）

i. 国务院法制机构提出修改意见

ii. 国务院法制机构提出限制性解释意见

iii. 国务院法制机构提出不予修改意见

* 专门委员会可以向委员长会议提出违宪的审查意见和撤销法规的议案或中止程序

* 委员长会议可以决定提请常委会会议审议决定或中止程序

* 常委会会议决定撤销法规

[C] 法律委员会与有关专门委员会召开联合审查会议

<1> 要求国务院法制机构到会说明情况再进行审查

- (a) 提出法规没有违宪的书面意见（直接答复建议人）

(b) 提出法规合宪化解释的书面意见（间接答复建议人）

(c) 提出法规违宪的书面意见（间接答复建议人）

i. 国务院法制机构提出修改意见

ii. 国务院法制机构提出限制性解释意见

iii. 国务院法制机构提出不予修改意见

* 专门委员会可以向委员长会议提出违宪的审查意见和撤销法规的议案或中止程序

* 委员长会议可以决定提请常委会会议审议决定或中止程序

* 常委会会议决定撤销法规

<2> 直接进行审查

(a) 提出法规没有违宪的书面意见（直接答复建议人）

(b) 提出法规合宪化解释的书面意见（间接答复建议人）

(c) 提出法规违宪的书面意见（间接答复建议人）

i. 国务院法制机构提出修改意见

ii. 国务院法制机构提出限制性解释意见

iii. 国务院法制机构提出不予修改意见

* 专门委员会可以向委员长会议提出违宪的审查意见和撤销法规的议案或中止程序

* 委员长会议可以决定提请常委会会议审议决定或中止程序

* 常委会会议决定撤销法规

如果使以上这些现行制度上的选择可能性的关系可视化，就像一棵“决定之

树”，呈现出不断分歧的树枝型的拓扑结构。分析上述动态的选择空间⁸⁸以及拓扑结构可以发现，到达正式的合宪性判断阶段之前的制度性通道太长、耗时太多，的确令人产生“侯门深似海”的慨叹。与这样的复杂性回路相联系，权力机关内部存在的黑箱操作、讨价还价的余地实在太大，在许多环节上都有可能随时中止审查程序或者最后不了了之。另外，除了明文规定法规制定机关是否修改的意见必须向全国人大法律委员会和有关的专门委员会反馈之外，其他的反馈以及对建议人的答复并没有伴随着答责义务的硬性要求。

至于对违宪法规的处理本身，按照宪法、立法法以及其他有关法律的规定，实际上存在两种基本方式。一种方式是由全国人大常委会通过解释宪法和解释法律对法规涉及的问题进行合宪化、合法化的处理，或者由制定机关自己对法规内容进行限制性解释，从而回避对违宪作出明确的判断，不妨简称“合宪化解释”的方式⁸⁹。另一种方式则是通过制定机关自己修改法规或者全国人大常委会决定撤销法规来消除违宪现象，作为分析的工具性概念为了与前一表述相对称，不妨称之为“合宪化修改”的方式。

无论是从权力机关的行为方式来看，还是现行法规的精细程度来看，合宪化解释的方式似乎都会在中国具有特殊的意义。当对违宪问题进行追究的压力过大、波及的范围过广时，合宪化解释把法规中的合宪部分与由违宪性适用可能性的部分区别开来，仅对后者追加限制性成分，这样做显然是有利于节约制度成本、缓和正统性危机的。在已经采取司法审查制的国家，以解释技术来回避违宪判断主要是出于司法机构自我限制的禁欲精神，防止轻率地损伤立法权的威信；但在中国，在没有引进司法审查制之前，通过解释来消化由于规定的粗疏而导致的违宪现象、弥补法律文本上的漏洞、限制内容上的歧义，不仅有利于躲闪违宪判断的锋芒、免除法规中存在违宪问题的嫌疑，而且还能加快制度变迁的速率，在宪法解释、法律解释以及法规解释之间形成反馈和调整的机制并以此作为渐进式政治改革的重要动力装置。

但是，采用合宪化解释的方式应该受到必要的限制，如果滥用这种解释技术则会造成更深刻的问题。所谓回避违宪判断是以弥补规范文本中存在的诱发违宪现象的缝隙为目的、以合宪化判断能够合理成立为前提的，决不能混同于强词夺理、文过饰非。另外，合宪化解释也应该与文本内容的实质性改写严格区别开来，

⁸⁸ 关于中国传统的法与审判中的选择空间的概念，参阅拙著《法治秩序的建构》（北京：中国政法大学出版社，1999年）126—130页、《宪政新论》（北京：北京大学出版社，2002年）第五章“法治与选择”特别是100—103页。关于这种选择空间的二进制表现形式、博弈论分析的可能性以及“双重不确定性（double contingency）”问题，参阅拙稿“Judicial Independence and the Values of Procedure”，*Social Sciences in China* Vol.23 No.2 (summer 2002) pp.100-102.

⁸⁹ 关于合宪化的解释技术与回避违宪判断之间的关系以及限制条件，参阅阿部照哉“法律的合宪解释及其界限”《法学论丛》第90卷第1-3合并号（1971年）99—117页、高桥和之“宪法判断回避的准则”芦部信喜（编）《讲座·宪法诉讼》第2卷（东京：有斐阁，1987年）3—35页。与合宪化解释形成对照的是对宪法的“无形修改”，参阅信春鹰、张文显“论宪法解释”、郭道晖“宪法的演变与修改”三（四），均载宪法比较研究课题组（编）《宪法比较研究文集》（北京：中国民主法制出版社，1993年）。

后者要按照严格的修改程序进行，而不能假借解释的名义任意为之。解释技术的运用也只能限定在法规中的由于规定过分空泛而有可能诱发违宪现象的那一部分内容，通过明确条文字面意义的方法来排除做出违宪判断的机会，通过在复数的解释中进行有意识选择的方法来排除产生违宪嫌疑的机会。

对合宪化修改的方式进行更深入的分析，应该区分两种不同性质的违宪，即“法规内容违宪”与“适用行为违宪”⁹⁰。俞江、腾彪、许志永等三位公民提出对《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》进行合宪性审查的建议，其实就包括了这样两个方面，甚至主要是针对适用法规的行为——对人身自由进行了不适当的强制性限制⁹¹。舆论界的批评和抗议也多半侧重于警察的非法行为以及制度性腐败，并没有把法规内容上的违宪嫌疑当作焦点问题。因此，从当局的角度来看，本来是完全可以在合宪化修改之外，通过合宪化解释的技术来更灵活地处理这个问题的；而站在市民的立场上，实际上还可以借助行政诉讼程序追究有关部门和人员的适用法规和规则的具体性行政行为的责任，进而借助对适用行为是否违宪问题的司法审查这个中介来为宪法诉讼的制度化搭桥铺路。

尽管国务院主动废除旧的收容遣送办法、制定新的救助管理办法之后，建议全国人大常委会进行合宪性审查的程序已经自动终止，但是应该看到：以此为契机推动司法审查制度的可能性并没有随之消逝。对其他类似法规甚至包括新制定的城市流浪乞讨人员救助管理办法，也仍然可以根据宪法从法规的适用行为这一角度进行监督，并采取合宪化解释的技术（法治国家的立场）或者行政诉讼的方式（公民社会的立场）促进某种形态的司法审查制度的形成和发展。

2.4 对违宪的判断标准与政策性选择

在进行合宪性审查的过程中，按照什么样的标准来判断违宪与否的问题的解答具有关键性意义。一般而言，宪法判断的根据存在于宪法的文本、结构以及传统之中。文本限定语义诠释的范围以及判断的功能。结构限定价值判断以及政治权力关系的取向。传统限定制度变迁的路径以及具体实践的形态特征。就三者的关系而言，解读文本有赖于对结构的认识，把握结构有赖于对传统的体验，而文

⁹⁰ 无论具体的表述有什么微妙差异，这样划分两大种类是现代宪法学的通论。有关论述的典型，可以举出青柳幸一“法令违宪·适用违宪”芦部信喜（编）《讲座·宪法诉讼》第3卷（东京：有斐阁，1987年）3—36页、芦部信喜“违宪判断的方法”《宪法判例百选II（第3版）》（1994年）418页。直接从适用违宪的角度讨论对行政行为的司法审查的国内文献还很罕见，但围绕刘燕文案的讨论已经涉及程序正义、学术自由等宪法价值是否受到法规适用行为的侵犯的问题。对此沈岍在“制度变迁与法官的规则选择——立足刘燕文案的初步探索”（<http://www.gongfa.com/shenkuiliuyanwen.htm>）一文中进行了非常到位的分析。另外，在不同层面讨论对行政具体行为的监督和控制文献有罗豪才（主编）《中国司法审查制度》（北京：北京大学出版社，1993年）、袁明圣“对滥用职权与显失公正行为的司法审查”《法律科学》1996年第6期等。

⁹¹ 对有关问题的梳理和分析，参阅拙稿“灾异与反思——重新审视法律制度的理性与人性”《法律思想网》法理探幽栏（<http://law-thinker.com/detail.asp?id=1681>）2003年5月23日上传。

本长期存续这一事实本身也可以促成一个自我指涉的循环式的动态系统⁹²，并且反过来改变或创造传统。

中国立法法的规定，显然侧重于法制统一的原则和在形式上把所有立法都统摄在宪法之下的等级秩序（实际有所不同）。因此，在规范效力的判断方面，以法规乃至规章的内容是否与宪法、法律相抵触作为是非标准，对宪法与基本法律、一般法律之间的关系当然也采取同样的层化编码，虽然在基本法律的制定（主体是全国人大全体会议）和修改（主体是全国人大常委会会议）的权限划分上也存在着一点扰乱等级顺序的非条理现象。另外，立法法第 87 条还具体规定了改变或者撤销法律、法规的标准，即：（1）超越权限，（2）下位法违反上位法规定，（3）规章之间对同一事项规定不一致、（4）规章的规定内容不适当、（5）违背法律程序。需要注意的是，在这里，对条文内容是否适当的实质性审查以及把同一效力等级内规定之间的不一致作为审查对象的只限于部门规章和地方政府规章，而不把这样标准适用于法律和行政法规。

中国还没有明文规定关于宪法问题的判断标准。从司法性合宪性审查制度的设计的角度来看，与普通的审理标准——“以事实为根据，以法律为准绳”——相对应、相类似，合宪性审查的标准也应包括事实和规范这样两个基本方面，其中事实具有更加重要的意义。当然，人权诉讼、宪法诉讼中的事实与其他案件中的事实会有所不同，对法规的合宪性审查中考虑的事实问题也具有独特的性质。从学理上看，在对违宪现象进行审查的各种程序中处理的事实主要是指立法事实，也包括作为制度前提的事实与作为适用行为的事实。

什么是立法事实？按照日本宪法学界泰斗芦部信喜教授的定义，立法事实涉及到“立法之前存在的[事实]状态、为改善这种状态[而制定]的新法律的实效性、由此产生的损失、能够以更少的牺牲而实现同样利益的可能性”等事实性问题⁹³。在合宪性审查中，重点是放在对案件的涉讼事实的判断上，还是放在对象法规的字面内容的判断上，其结论或许有所不同；但两者之间倒也并不存在非此即彼的排斥性关系，在绝大多数场合只是针对案件不同性质而进行的方式方法的优选，从整体上看还是互补的。

从孙志刚案所引发的围绕合宪性监督的议论可以发现，无论社会的诉求还是政府的反应，落脚点其实都在立法事实方面，文本内容本身并非焦点问题。其实在这里，要切实推动合宪性审查的制度化，更重要的并不是废止涉嫌法规的结果，而是参照宪法文本与法规文本进行解释的过程，但在舆论公正的思路却很难找到这样的通幽曲径。非常有意思的倒是，以一废一立、大开大阖的形式改变文本

⁹² 关于这样的自我指涉的系统，参阅 N·卢曼《法的社会学观察》（土方透译，京都：密涅瓦书房，2000 年）、Gunther Teubner, *Law as an Autopoietic System* (trans. by A. Bankowska and R. Adler, Oxford: Blackswell, 1993).

⁹³ 芦部信喜《宪法诉讼的现代发展》（前引）295 页。

内容的做法的确在平息民愤、解决问题上收到了显著的效果。这使我们有机会进一步思考在宪法诉讼中如何定位事实问题与规范问题的极其微妙之处。

至于对规范问题——法规的内容是否与宪法的内容相抵触——的判断标准，在不同的制度、不同的基本权利上存在着根本的差异，在有的场合回避违宪判断的裁量余地较大，而在另一些场合则进行更加严格的审查，作出违宪判断的概率较高。作为这种事实的抽象，产生了著名的“双重标准理论”⁹⁴。在欧美各国，宪法性价值顺序中言论自由一般优越于隐私权、名誉权，因而采取扩张性的审查标准，对侵犯言论自由行为的违宪现象的判断宁可失之过严也要保证言路畅通无阻。另外，知情权与隐私权、新闻自由的关系虽然更复杂些，但对政府行为的透明化也大都采取优先性、扩张性的判断标准⁹⁵。但是在中国，权衡言论自由与隐私权、名誉权之间的轻重时天平往往并不是向保障言论自由这一方面倾斜，即使在涉及企业和公共人物的名誉权问题上，言论自由的价值也并未被赋予相对的优越性⁹⁶。与此相反，对涉及财产权保障机制的规范性问题——例如国家干预经济的举措——的合宪性审查则采取宁缺毋滥的收缩性标准，只针对显然抵触宪法规定的现象。这样的双重标准，显然在合宪性审查的制度上或多或少涂抹了一道政策性判断的色彩。

概而论之，现代宪法学以保障人权为至上命题，因此特别强调统治秩序的正义这样的超验维度或者外在超越性，很容易使人产生把绝对的、固定的、明确的权利观作为判断的基点的观念。但是，即使人权和公民的基本权利也存在着在权利与权利之间进行相互调整以实现公道的需要；除此之外，个人的诉求也必须受到社会公益的制约；何况还有国家权力与个人权利之间适当整合的问题；这一切决定了合宪性监督以及宪法解释无法回避不同利害关系的测定、比较以及权衡的作业。实际上，由于合宪性审查往往涉及政治，所以对违宪的判断必然受到不同社会集团力量对比关系以及交涉、沟通、讨价还价的深刻影响，不得不重视效率与公正之间的均势以及价值偏好和利益的统筹兼顾，这就需要在一定程度上、一定范围内确立政策性标准。

特别是在中国，由于全能主义体制的特征以及社会发展的不平衡，政策标准甚至有可能优越于法理标准。政策标准最让人诟病之处是过于强调主观的价值偏好，无法提出客观的指标，很容易为国家权力的任意化大开方便之门。为了防止

⁹⁴ 关于双重标准理论的内涵和影响，林来梵《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》（北京：法律出版社，2001年）152—155页作了扼要的介绍和深入的分析。

⁹⁵ 对知情权，程洁《宪政精义：法治下的开放政府》（北京：中国政法大学出版社，2002年）第五章，特别是170页以下进行了周到而精彩的考察。

⁹⁶ 参阅叶子“有绝对的言论自由吗？”《红旗》1981年第7期、张西明“新闻侵犯隐私权刍议”《民主与法制》1993年第6期、张新庆“‘新闻官司’的有关法律问题”《中国律师》1993年第6期、王利明、杨立新《人格权与新闻侵权》（北京：中国方正出版社，1995年）、侯健《舆论监督与名誉权问题研究》（北京：北京大学出版社，2002年）、陈志武“媒体言论的法律困境——关于新闻侵权诉讼的实证研究”上海法律与经济研究所在线论文（2002年8月15日研讨会发表：<http://www.sile.org.cn/dis/cheng.pdf>）。

这类流弊，需要确立更高层次的元规则或者价值的优劣顺序，或者在承认主观性的基础上形成相互主观或者主观间的客观化机制。后一种思路势必导致促进交涉和沟通的结构性安排，在这里可以设想某种客观化的标准从反复博弈的过程中生成。因此，对违宪进行判断的政策标准也是可以通过博弈理论进行分析的⁹⁷。不妨仍然以三位公民提出的合宪性审查建议以及相应的国家权力机关对处理方式的选择为例来加以简单的说明。在2003年5月14日至6月18日期间，围绕三公民就孙志刚案提起对有关行政法规进行合宪性审查的建议，国家机关所面临的两种选择可能性——按照立法法的规定启动正式的审查程序或者不启动这个程序——以及三种决定结果，即：对有关法规进行合宪化解释、判断该法规违宪、承认该法规合宪。以上不同选择、不同结果互相搭配组合可以得到六种不同的解决方案，对每一方案民间与官方均有不同的研判或者态度反应。

例如第（1）种方案是启动正式的审查程序，对法规作出合宪化解释——说明1982年的行政法规的文本内容并没有违宪，但由于有些规定的暧昧不清给适用行为违宪提供了机会，有一部分内容也存在潜在的违宪倾向，因此通过解释来堵塞制度漏洞。与此同时，按照司法程序另行追究涉案人员的法律责任。从职业法律家的观点来看，这样解决方案能以最小的制度成本最顺利地推动违宪审查的制度化，是现实可行的最佳选择，政府也未必一定反对启动正式的程序（这从《瞭望》周刊发表牛龙云文章的事实也可以略见端倪）。但是，由于孙案已经引起了极大的民愤，对于一般群众而言，希望看到彻底否定恶法（在这里，大多数人当时并没有注意到收容遣送制度与收容审查制度的区别，也没有充分注意到自愿性收容与强制性收容的区别），所以不可能接受合宪化解释。再加上复杂的政治因素的影响，最后没有采取第（1）解决方案。

第（2）种方案是提出建议的三位公民、职业法律家以及广大群众所热切期待的，即作出法规违宪的判断。但在现行体制下，全国人大常委会出于种种考虑（包括对制度成本的计算、对社会连锁反应的疑惧等在内）一时不会采取这样的解决方案。如果全国人大常委会沿着这样的思路走下去，是很可能选择第（6）方案的，即以拖待变、不了了之。但这样做的结果会引起社会不满情绪的进一步高涨，极大地损伤统治的合法性基础，甚至导致政治上大收缩的局面。至于含糊其事的第（3）、（4）两种方案，在当时的形势下对民间和官方双方而言都不可能采纳。

为了避免第（2）方案和第（6）方案变成现实，结果是国务院不等待启动正

⁹⁷ 关于中国社会通过交涉生成秩序的结构特征特别适合对法律现象博弈论分析的观点，见拙著《超近代的法——中国法秩序的深层结构》（京都：密涅瓦书房，1999年）特别是7页以下。在企业、政府以及社会中存在的广义性博弈现象的描述，见黄光国《中国人的权力游戏》（台北：远流图书公司，1988年）。对法律与博弈论的关系进行方法性说明并进行个案考察的代表作，可以举出道格拉斯·G·拜尔、罗伯特·H·格特纳、兰德尔·C·皮克《法律的博弈分析》（严旭阳译，北京：法律出版社，1999年）。关于博弈论的基本原理，参阅约翰·纳什《纳什博弈论论文集》（张良桥、王晓刚译，北京：首都经济贸易大学出版社，2000年）。

式的审查程序而主动废止旧的行政法规，并同时制定了城市救助管理办法，这就是社会所接受的第（5）种方案。这样做的好处是及时避免了在久拖不决的状况下民愤过激化的趋势，有破有立的处理既能满足群众的感情期待，又不至于留下制度空白、权力真空使城市治安失控，在某种意义上也很接近第（1）种方案所带来的社会效果——合宪化解释被转换成废止旧法和制定新法这样两个基本属于例行公事的立法性动作。虽然在当时的权力格局以及背景条件下，可选择的余地受到太大的限制，有不得不如此办理的充分理由，但是，无庸讳言，国家权力机关与舆论界以及人民群众的合力所造成的这样的结果还是有一个根本性的遗憾，即与违宪审查制度化的一次良机最终失之交臂。

至此为止运用博弈论方法所进行的分析，可以揭示在合宪性审查制度化过程中由于背景性条件的阴错阳差所导致的一个重要盲点，这就是忽视了通过启动正式程序而进行合宪化解释这样一种现实可行的最佳选择。本来如果采取这样的解决方案是有可能建立合宪性审查的制度并实现成本最小、收益最大的双赢效果的。但是，历史不容许假设，由于全国人大常委会在决策上的犹豫，再加上对于浑沌网络结构中互动以及舆论的蝴蝶效应的戒惧，另外还有现行宪法体系上的知识性、技术性的欠缺，最后我们看到的是，违宪审查方面的制度变迁被迫锁进另外一条路径中，依然踟蹰不前。

第三章 违宪审查制度化的路径选择——以日本经验为例

3.1 强化法院的地位和作用

为了维护宪法的尊严和最高效力、保障基本人权不受侵犯，必须实施宪法监督、防止任何形式的违宪现象。对这样的命题，法学界当然不会有异议。然而，在由什么机构来承担保障合宪性的职责、怎样纠正法律和政令的偏颇乖离之类的问题上，意见却莫衷一是。立法机关的自律和对违宪的政治性监控、宪法法院的抽象审查、附随于普通诉讼的司法审查等不同的制度设计各有利弊，给争论的持续提供了前提条件以及层出不穷的契机。近几年来，中国也有启动违宪审查的呼声，关于应该采取什么模式还没有达成社会共识。于是乎，比较既存的设计方案，根据实践经验和国情以权衡其利弊得失的学术作业也就具有必要性和迫切性。本文就以日本的实践经验为线索，对建立违宪审查制度的几种主要选项的取舍以及重新组合的可能性略做探讨。

日本明治宪法（1889 年制定）的宗旨虽有限制君权、保护民权的理念，但因为囿于国体，神圣不可侵犯的君权还是被当作政治机轴，臣民的基本权利只在法律承认的范围内有所保障⁹⁸。根据明治宪法第 5 条，制定法律是天皇统治权的一项内容，议会只起协赞作用，对立法权的行使也缺乏必要的制约。该宪法第 58 条虽然规定保障法官的独立性，另外，以著名的“天津事件”（1891 年）⁹⁹ 为标志，职业法官通过行为抵制来自政府的干预，逐步巩固了审判独立原则，但却并没有确立审判机关相对于立法权的独立性，更谈不上确立司法权在国家体制中的优势。因此，当案件涉及攻击天皇制和政治运动时，迫使审判机关以言论治罪的实例也曾经发生，最典型的是“大逆事件”（1910 年）¹⁰⁰。“天津事件”与“大逆事件”并立对峙的图式，充分显示了明治宪法体制下司法权的地位摇摆不稳，难以阻止军国主义势力的跋扈以及议会多数派的专制。

⁹⁸ 详见牧英正、藤原明久（编）《日本法制史》（东京：青林书院，1993 年）345-351 页、稻田正次（编）《明治国家形成过程的研究》（东京：御茶之水书房，1966 年）、稻田正次《明治宪法成立史的研究》（东京：有斐阁，1979 年）、安田浩、源川真希（编）《明治宪法体制》（东京：东京堂，2002 年）。

⁹⁹ 1891 年 5 月 11 日，沙俄帝国皇太子尼古拉·亚力克山德洛维奇在访问日本滋贺县大津市时，遭遇担任卫戍工作的警察津田三藏行刺，头部负重伤。日本政府出于外交考虑，拟根据刑法关于针对皇室犯罪的第 116 条严惩，判处被告死刑。但是，在事件发生三日之前刚就任的大审院院长儿岛惟谦认为刑法中的皇室概念仅限日本国内，因此对外国皇室的犯罪只能按普通的谋杀罪论罚。政府坚持既定方针，命令大津地方法院中止预审，并向大审院的法官施加压力，而儿岛院长以维护“司法权的威信”为由，坚决不让步。最后，审判庭根据刑法第 292 条而不是 116 条断定被告犯谋杀罪，应判处无期徒刑。参阅古川纯“天津事件——儿岛惟谦与‘司法权的独立’”《法学教室》第 121 号（1991 年）28-29 页。

¹⁰⁰ 1910 年 5 月 24 日，长野县某厂保安听到有职工制造炸弹破坏稳定的消息立即报告警察署，并通过长野地方法院检察厅拘留了嫌疑人。经过审讯，嫌疑人供认有暗杀明治天皇的计划，于是大审院检察厅扩大侦查范围，确定被告 26 人，经过秘密审理，尽管证据不足、大多数被告只有批判性言论而已，只有仍在 1911 年 1 月 18 日判处 24 人死刑（其中 12 人近期内执行，12 人以特赦改判无期徒刑）、2 人有期徒刑（分别为 8 年和 11 年）。担任大审院检察官的著名法律人平沼麒一郎后来在回忆录中认为对参加谋议的三个嫌疑人的定罪是可以质疑的。许多人甚至认为这是一起冤假错案或者“原心定罪”。参阅多田辰也“大逆事件——通过司法的思想统制”《法学教室》第 121 号（1991 年）32-33 页。

在第二次大战结束后，美军占领当局吸取历史的上述教训，在日本法制改革方面采取的一个基本方针就是要充分加强法院的地位和作用；特别是为了保障 1946 年制定的新宪法的持久效力、防止日本今后通过制定或修改法律的方式挖宪法的墙角，建议把对立法是否符合宪法的审查权付与审判机关。正如著名宪法学家小林直树教授所形容的那样，把违宪审查权赋予普通法院是新宪法体制下在司法制度方面的最大变革；司法审查制是把宝刀，如何使用关乎新宪法的命运¹⁰¹。但是，在要不要导入违宪审查制以及采取什么制度模式方面，日本法律界的有关方面一直存在不同意见。这些分歧反映到改宪过程中，导致不同草案提出的有关条款在内容上差异极大的事态。考察当时引进违宪法规审查制的曲折过程、比较各种设计方案的区别对于中国加强对宪法实施的监督机制显然还是颇有助益的。

3.2 建立奥地利式宪法法院的提案

以美、英、中三国名义发布的波茨坦宣言，在停止战争之际，作为受降条件要求日本振兴民主主义并扫除有关障碍、确立思想和信仰的自由以及尊重基本人权、自主地建设倾向于和平路线的负责任的政府。为了履行这样的国际法义务，必须对明治宪法进行彻底修改。日本当代宪法学界的泰斗宫泽俊义教授认为，正是波茨坦宣言诱发了一场导致国体变化的宪法革命，并以由此产生的从天皇主权体制向国民主权体制的社会转型作为新宪法秩序的正当性根据¹⁰²。但也有些学者对日本宪法的“八月革命”一说持有异议，坚持认为国际法上的行为不能在国内法中引起主权原理的变更，明治宪法体制与新宪法体制之间当会存在继承关系。还有些人则认为现行宪法是美国占领军当局强加给日本的，并没有反映民意。孰是孰非，在日本有关方面迄今仍然没有定论。

实际上，日本政府在宣告战败后，立即着手在内阁法制局自主地进行起草改宪方案的作业，并从 1945 年 9 月中旬起组织了有关讨论¹⁰³。但在有关资料中，完全没有涉及合宪性审查的内容，更不必说引进美国模式的司法审查制。1945 年 10 月 9 日，因皇族主导的东久迩宫内阁总辞职而由币原喜重郎出任总理，两天后麦卡瑟将军指示币原内阁推行五大改革——妇女解放、鼓励组织工会、学校教育民主化、废除秘密审判的司法制度、经济结构的民主化，于是司法改革成为日本新宪法草案的不可或缺的主要事项之一，怎样加强司法权的独立性和威信成为改宪的重大课题¹⁰⁴。司法省司法制度改正审议会也把“应赋予大审院以法令审查权”作为司法改革的一项内容列入议程¹⁰⁵。可见新宪法的基本内容（尤其是大力强化司法权的举措）的确是美国方面施压的结果。

¹⁰¹ 小林直树《阅读宪法》（小开本丛书，东京：岩波书店，1966年）187页。

¹⁰² 宫泽俊义“日本国宪法诞生的法理”，见作者论文集《宪法的原理》（东京：岩波书店，1967年）375页。

¹⁰³ 据田中英夫《宪法制定过程备忘录》（东京：有斐阁，1979年）3页。

¹⁰⁴ 同上，4-5页。

¹⁰⁵ 据户松秀典《司法审查制》（东京：劲草书房，1989年）23页。

在这样的背景下，至 10 月中旬，由内大臣御用专员近卫文麿主导，相关机构开始对曾担任京都大学宪法和行政法教授的佐佐木惣一提出的改宪方案进行研究¹⁰⁶。近卫之所以倚重佐佐木，理由在于他战前曾因维护学术的独立和尊严而辞职，被公认为不畏军国主义势力的强权的有气节的进步知识分子，在专业研究方面又一直提倡设立宪法法院¹⁰⁷，与美国占领军当局要强化司法权的思路不谋而合，似乎很合时宜¹⁰⁸。在佐佐木的改宪草案（后来又被称为近卫草案）中，第 78 条作了如下规定：

“[1]对于有关帝国宪法条规的疑义，由法律规定的宪法法院依法审判。[2]对基于皇室典范的各种规则以及法律、命令是否违反帝国宪法，宪法法院应宫内大臣政府以及帝国议会提出的请求而进行审判。但对正在宪法法院受理之中的案件的判决，有必要就判决本文中援引的各种法律涉及的宪法上的疑义进行决定时，宪法法院依职权进行审判。[3]对前款规定之外的事项政府或者帝国议会的有关行动是否违反帝国宪法，宪法法院应帝国议会或者政府提出的请求而进行审判。当众议院或者特议院有请求时，政府必须为之提出请求。[4]对在最高的司法法院或者最高的行政法院受理之中的案件的判决，法院认为有必要就宪法上的疑义进行决定并提出请求时以及诉讼当事人提出同样申请时，宪法法院进行宪法审判。[5]对第二款、第三款以及前款规定之外的事项，在法律规定属于宪法审判的范围时，宪法法院进行宪法审判。[6]第 72 条（引者注：关于法官身份保障的规定）以及第 73 条（引者注：关于对审判不公开的决定进行再议的规定）准用于宪法法官以及宪法审判”¹⁰⁹。

显而易见，佐佐木惣一教授试图以明治宪法的框架为前提，采取奥地利的宪法法院模式。这一制度设计的最基本的特征是建立专门进行违宪审查的司法性机构，根据享有提诉讼权的主体的申请对法律政令是否合乎宪法进行审查。违宪审查不必以具体的诉讼案件为前提，可以针对抽象性问题，但也不同于法国式的事先审查制。宪法法院作出的违宪判断具有普遍效力，不溯及既往而拘束未来的一切低阶规范性决定。

但是，币原内阁任命的以国务大臣松本蒸治为首的宪法问题调查委员会却始终对设立宪法法院持否定态度，也对引进美国式司法审查制以及其他法院改革举措也缺乏兴趣。事实上，后来公布的松本改宪方案的两个稿本均没有任何规定违宪审查的条款¹¹⁰。日本宪法学界这些权威人士的思维仍然停留在过去那个“法制官僚的时代”（山室信一教授的表述），也力图避免以新宪法的文本来严格限制议会和内阁的那种事态的出现，自觉或不自觉地要维持一种仅凭代议机构的过半数赞成票就可以决定或改变大政方针和规范体系、以立法权来吸纳宪法解释权的

¹⁰⁶ 田中英夫·前引书 9-14 页。

¹⁰⁷ 关于佐佐木教授提倡设置宪法法院的学说内容以及佐佐木宪法草案的来龙去脉，佐藤幸治《现代国家与司法权》（东京：有斐阁，1988 年）227 页、231-231 页进行了精当的概括和分析。

¹⁰⁸ 详见奥平康弘《宪法审判的可能性》（东京：岩波书店，1995 年）100 页以下。

¹⁰⁹ 同上，101-102 页转引。

¹¹⁰ 同上，103-104 页。

机动性。

3.3 奇特的有限司法审查方案

由于《每日新闻》在1946年2月1日透露松本草案事有蹊跷、而日方自主构思的改宪内容又过于保守，引起驻日美军总司令部的警觉，麦卡瑟将军当即决定由占领当局自行起草与波茨坦宣言内容相吻合的新宪法方案交日方审议通过。总司令部民政局在2月3日接到指示后马上成立起草作业运营委员会以及不同领域的小委员会日以继夜地工作，2月10日基本上告竣，经过审议修改后于2月13日交给本来按照预定来与美军占领当局磋商松本草案的日方政府代表¹¹¹。

美方另起炉灶的做法完全出乎日方意外。据当时报道，吉田茂、松本蒸治等接到麦卡瑟草案时的表情有如遭到晴天霹雳的轰击。日本政府虽然事后为改变占领当局的意图做过不少努力，但终究不得不在2月22日正式决定按照麦卡瑟草案重新拟定改宪方案¹¹²。这就是日本改宪派否定现行宪法的民意基础的事实根据。以此为背景，出现了凭借普通法院作为宪法精神的屏障、引进司法性违宪审查制来制约立法权的提案。

不过，美军占领当局在改宪建议中并没有完全照搬美国的做法，起先仅仅构思了一种特殊的“有限司法审查制”。麦卡瑟草案第73条原文是这样的：

“最高法院为终审法院。当法律、命令、规则或者政府行为是否符合宪法的问题需要决定时，在基于或涉及宪法第三章的所有场合都以最高法院的判决为终审判决；在其他的所有场合，国会得对最高法院的判决进行再审。付与再审的最高法院的判决只有在获得国会议员三分之二多数赞成时才得以撤销。国会应该制定关于最高法院判决再审的程序规则”¹¹³。

这意味着只有在涉及宪法第三章所规定的人权和公民基本权利义务时，最高法院才享有对违宪法规的最终审查权，而在其他场合则维护国会主权原则，把对最高法院关于违宪的判决本身的再审权限——也就是合宪性审查的最终决定权——赋予国会，只是对撤销决定的表决采取绝大多数通过的加重方式。对宪法诉讼造诣颇深的学者奥平康弘把这样的设计比喻为在比较法上没有先例的“珍稀物种”¹¹⁴。由此亦可见，麦卡瑟草案起初并没有强令日本全面引进美式司法审查制的意图，有关规定在原理上存在明显的自相矛盾之处。

实际上，正如已故的英美法研究大家田中英夫指出的那样，总司令部民政

¹¹¹ 参阅田中英夫·前引书 39 页以下。

¹¹² 同上，22 页。根据上述史实，有学者把日本国宪法的成立过程分为前后两个时期——前期是 1945 年 8 月—46 年 1 月，由日本独自进行制宪的准备；后期是 1946 年 2 月—10 月，以制定麦卡瑟草案为转折点，美国占领军当局的意图起主导作用。见大石真《宪法史与宪法解释》（东京：信山社，2000 年）103 页。

¹¹³ 摘自奥平康弘·前引书 107 页。

¹¹⁴ 同上，108 页。

局的成员对司法审查制看法也是有分歧的。担任司法部分起草作业的委员哈西(Alfred R. Hussey, Jr.)、罗威尔(Milo E. Rowell)以及斯彤(Margaret Stone)们主张通过审判机关对违宪性法规的审查来加强司法权,而运营委员会的委员卡迪斯(Charles L. Kades)等人对罗斯福新政期间美国联邦最高法院的保守派借助司法审查制干扰改革的史实记忆犹新,唯恐出现司法寡头制的偏颇。美方草案第73条的揉杂之处也反映了起草者内部不同意见的对立和妥协¹¹⁵。

司法审查权在一定条件下与议会最终决定权相结合的制度设计,其宗旨是兼顾两种不同法律体系的逻辑,形成相反相成的互补结构。类似的安排后来在东欧社会的违宪审查制革命过程中也一度出现,例如波兰在1982年通过的宪法修正案关于设立宪法法院的条款,就在承认司法性违宪审查的同时,规定违宪判决必须通过议会审查才能生效。这样的设计削弱了体制改革的阻力,成为集权的苏维埃体制向分权制衡的司法国家转变的过渡阶段的主要桥梁,并为1989年以后的剧烈的制度变迁提供了必要的操作杠杆。可以说,波兰1982年改宪方案的双重结构设计 with 日本1946年麦卡瑟改宪方案的混合制设计有异曲同工之妙,对中国的渐进式违宪审查革命很有参考意义。

3.4 接受美国式司法审查的制度设计

但这样的制度设计在日本并没有成为法律现实。在后来日美双方围绕改宪的磋商过程中,所谓有限司法审查制中的“有限”被剔除了,剩下的只是地地道道的美式司法审查制。具体内容如现行日本国宪法第81条规定那样:

“最高法院为有权决定所有法律、命令、规则或者处分是否符合宪法的终审法院”。

显而易见,这一条款体现了以下三点本质性特征。第一、日本宪法不否认下级法院拥有关于合宪性问题的审查权¹¹⁶,但是下级法院的违宪判断可以被享有终审权的法院推翻或修改;第二、一般认为,日本采取的是附随性违宪审查制,法院不能脱离具体案件抽象地对法律和命令等是否符合宪法进行审查,因此违宪判决的效力只限于对本案的法律适用,不能导致成文规范的一般性失效;第三、对于违宪法律、命令等的最终判断权在最高法院,实际上最高法院兼有宪法法院的职责或职权,在最高法院下达成文规范违宪的判决之后,议会通过立法程序删除违宪规定。

¹¹⁵ 详见田中英夫·前引书159-163页。

¹¹⁶ 这一理解不仅是法学界的通说,也为最高法院的判决所确认。在1950年作出的关于违反粮食管理法案件的终审判决中,最高法院明确指出:法官在使用法律和法令审理具体诉讼案件之际对该法律、法令是否符合宪法进行判断、是宪法赋予所有法官的职责和职权。见“最大判昭25年2月1日”刑事案件判例集第4卷2号73页。上述立场的宪法根据是第98条,即“本宪法是国家最高规范,违反宪法条文规定的法律、命令、诏敕以及关于国务的其他行为的全部或部分均不具有效力”。由此可以推论各级法院的法官均享有违宪审查权。

至于违宪审查的对象是否包括“立法不作为”（议会在履行立法义务方面的怠慢引起法律争执）以及“统治行为”（高度政治性的国家行为引起法律争执），没有明文规定，在解释上还存在不同主张。从最高法院的判例可以看出，司法机关对立法不作为是否违宪的问题不积极进行判断。例如对台湾的原日本军人的伤残损失赔偿没有与日本人一视同仁制定相应的赔偿法律的提诉，最高法院以该问题属于立法政策为理由驳回上告¹¹⁷。另外，因在家投票制度的废止而无法行使投票权的一些公民，以此举以及后来的立法不作为违反宪法关于选举权保障、选民平等的条款为理由，曾经提起国家赔偿诉讼。最高法院在对这一案件的判决中表明：议员对立法只负有政治责任而没有对公民个人的义务，立法不作为并不构成违宪¹¹⁸。最高法院也一直坚持解散众议院、缔结日美安全保障条约等统治行为不属于司法审查范围的立场，拒绝就这类案件作出违宪判断¹¹⁹。

这里需要注意的是，日本宪法第 41 条仍然规定“国会为国权的最高机关”，与完全的三权分立体制有所区别。曾在美军总司令部担任法制司法科长的欧普勒（Alfred C. Oppler）博士后来指出，或许正是因为第 41 条把国会置于法院之上，所以最高法院对违宪法令的审查一直倾向于采取自制的消极态度¹²⁰。这就导致司法消极主义的蔓延、违宪审查案件的处理长期延宕等问题。迄今为止，日本法院对成文规范作出违宪判决的实例只有 6 件、涉及 5 种类型的法理抵触¹²¹。

3.5 结论：向欧陆模式回归

出任日本最高法院法官大约有十年之久的著名法学家伊藤正己，在 1993 年刊行的个人回忆录中分析了造成司法消极主义的各种原因，认为要改变这种局面最好是放弃美式司法审查制，采取欧洲大陆的宪法法院模式¹²²。

这个看法在宪法学界以及公众传媒中激起了很大的反响，但对于在以东洋法律文化为背景的社会进行合宪性审查，究竟是美国模式合宜还是欧陆模式合宜、究竟是制度本身导致司法消极主义还是制度之外的因素影响更大等问题，依然存在截然不同的观点。反对引进宪法法院的意见所持的主要理由是与现行宪法的精神不吻合、很可能导致审判活动的政治化以及政治活动的审判化。

¹¹⁷ 见“最判平 4 年 4 月 28 日”《判例时报》第 1429 号 91 页。

¹¹⁸ 见“最大判昭 60 年 11 月 21 日”民事案件判例集第 39 卷 7 号 1517 页。

¹¹⁹ 例如“最大判昭 34 年 12 月 16 日”刑事案件判例集第 13 卷 13 号 3225 页关于驻扎美军是否违宪的砂川案件的判决、“最大判昭 35 年 6 月 8 日”民事案件判例集第 14 卷 7 号 1206 页关于解散众议院的阁议决定是否违宪的苦米地案件的判决。

¹²⁰ A. C. 欧普勒《日本占领与法制改革》（内藤濑博等译，日本评论社，1990 年）75-76 页。

¹²¹ 即：（1）关于杀害尊亲属加重处罚的刑法条款违宪的判决（最大判昭 48 年 4 月 4 日）、（2）关于药物法限制配置距离条款违宪的判决（最大判昭 50 年 4 月 30 日）、（3）关于众议院议员定数不均衡违宪的判决之一（最大判昭 51 年 4 月 14 日）、（4）关于众议院议员定数不均衡违宪的判决之二（最大判昭 60 年 7 月 17 日）、（5）关于森林法的共有林分割限制规定违宪的判决（最大判昭 62 年 4 月 22 日）、（6）关于邮政法的赔偿责任限制规定违宪的判决（最大判平 14 年 9 月 11 日）。

¹²² 参阅伊藤正己《在法官与学者之间》（东京：有斐阁，1993 年）。

在主张设置宪法法院的人们当中，围绕如何划定职能范围等问题，也还存在一些分歧。有些学者建议全面参考德国模式，赋予宪法法院以进行抽象审查、具体审查以及处理宪法异议的各项权力。另外一些学者则认为宪法法院应该只限于进行具体的规范统制，如果违宪判决具有普遍性效力就会引起司法权侵入立法权领域的问题¹²³。

另一方面，主张维持现行司法审查制度的人们也提出了一些改善方案，例如（1）在最高法院中设置“宪法审判庭”只进行具体的违宪审查、（2）在高级法院层面设置专门处理上告案件和宪法问题、发挥过滤案件功能的两所“特别高级法院”以减轻最高法院的业务负担并使最高法院实际上主要承担宪法法院的角色，等等。

总之，在日本围绕改宪与护宪的讨论中，违宪审查制的制度设计也成为一個焦点议题。在2004年11月发表的自民党宪法调查会的改宪大纲初稿拟定在关于主要统治机构的第5章里对司法审查制进行如下修改：

“司法法院在认为存在违宪问题时请求宪法法院进行审判”。

最近发表的众议院宪法调查会最终报告虽然指出对设置宪法法院仍存在不同意见，但强调多数人持赞同态度¹²⁴。由此可见，日本宪法秩序今后的变迁似乎基本上倾向于另行设置宪法法院对违宪法律、命令等进行审查和纠正，而普通的司法法院仅有权移送或提起宪法诉讼，而不能直接进行判断。

但是，在这里仍然存在许多变数会影响最终决策。例如自民党新宪法起草委员会的要纲就一反过去的方针，明言“不设宪法法院”；而参议院宪法调查会最终报告也仍然停留在指出关于违宪审查制存在意见分歧的中立姿态上。

¹²³ 有关学说的内容，参阅野中俊彦等《宪法II（第三版）》（东京：有斐阁，2001年）256页。

¹²⁴ 见《朝日新闻》2005年5月1日第10版第8页。

附件二：季卫东 决策风险、问责以及法律沟通

第一章 引言：当今国家治理的风险敞口

进入二十一世纪后，人类社会的流动化和相对化进一步加剧。特别是 2008 年以降，全球金融危机导致经济和政治的不确定性增加，可预料之外的事态也频繁发生，不同层面的抉择和决策都伴随着不同程度的风险。有迹象表明，中国正面临数百年一次的世界格局巨变、原有发展模式失灵以及转型期各种矛盾激化的挑战，形势极其复杂。2016 年 1 月 22 日-23 日召开的中央政法工作会议把五个主要领域的风险预警和管控作为今后的工作重点，可谓有的放矢。然而需要特别注意的是，风险社会，尤其是在中国的风险对策语境中，存在这样的治理悖论：我们不得不更多地依赖决断，但却又往往很难做出决断；不得不进一步加强责任制，但却又经常出现无从问责的事态，更深刻的治理困境是民主问责越严厉，逃避做出决定的责任之倾向就越严重，逐渐导致人人有责、却无人真正负责的结局；而通过独任制集中权力和明确责任的尝试又会引起与决定相关的风险聚合、增幅等效应，在制度设计上很难实现风险的分散和转换。可以说，这就是当今中国政法界面临的“三重困境”。

在任何决定过程中，都会出现决定者与受决定影响者之间的区分和对立。一个决定带来不利后果或损害的概率越大，承受这种可能出现的不利后果或损害的人们对决定的内容就会更加关注，也势必根据事态演变的趋势进行归咎和追究责任。在这个意义上可以说，决定总是具有风险性的，包括造成惨祸的风险和引起那些受决定影响者进行问责的风险。实际上，在当今社会，很多抗议活动都是围绕决定的风险性问题展开的。以 2016 年立夏以来发生的雷洋事件和连云港的核废料风波等为象征，在中国，似乎针对风险（特别是如何分配风险¹²⁵）的抗议运动正在成为中国政治的新常态。在这样的背景下，关于风险的沟通行为已经变得越来越重要。但是，由于基本共识的裂变和流失，互相矛盾的声音此起彼伏，甚至导致权威话语体系的信号紊乱，沟通和理解已经变得越来越困难。显而易见，怎样有效地改进风险沟通机制将成为法学和政治学的重要课题。

风险沟通以风险意识为前提条件。风险意识越强，决定者与受决定影响者对决定的风险性就越容易做出不同的评价，意见的分歧和对立也就越显著。这时，围绕风险的对话、议论、交涉以及其他形式的沟通活动当然更加重要，但也更加难以达成共识。另外，各种风险防控举措——例如根据预防法学和治安法学的思路不断加强监督或规制以及警察的功能、过度干预金融市场、严格限制表达的自

¹²⁵ 关于财富分配与风险分配的不同逻辑关系，参阅乌尔里希·贝克《风险社会》（何博闻译，南京：译林出版社，1992 年）15-57 页。

由等等——本身也具有风险性，不是因实效有限而产生剩余风险，就是因平衡关系发生变化而引起新型风险或潜在风险。从 2015 年 6 月以后的股市涨跌控制风波到最近连云港爆发的反对核废料处理装置的风波，我们都可以清楚地看到：风险防控举措所带来的风险并不比风险意识缺乏所带来的风险更小，恰恰相反，甚至还能引起社会风险的各种连锁反应。在风险沟通方面，我们也可以清楚地看到：因为当局担忧舆论的复杂涟漪而不表态本身就是一种表态，相关部门没有话语也构成一种话语，会在风险沟通中引起更复杂的涟漪，甚至最终导致沟通的功能障碍。

本文试图从上述社会风险敞口和国家治理困境切入，分析中国转型期结构和语境的特征，探讨适当的和切实可行的应对举措以及创新法治模式的可能性，并对风险社会学(特别是尼克拉斯·卢曼的风险理论)的分析框架进行验证和修正。为了更好地结合实践情况、更清晰地梳理相关问题群，我以大家近期高度关注的雷洋事件和万科事件作为论述的线索或素材。选择雷洋事件，是因为风险社会学中两个最重要的概念组合“危险-风险”、“安全-风险”在其中有非常典型的表现，也涉及风险防控举措本身的风险问题。从宪法学以及法学理论的角度来看，这里折射出了在自由权与生存权的交错处摇曳的社会不安感、恐惧以及同理心的共鸣，也展示了官僚机构逃避责任的行为样式所造成的风险沟通障碍。万科事件的代表性在于经济安全和财产权保障，涉及企业治理结构的缺陷造成的金融风险点。从风险沟通的角度来看，专家意见与倾向性舆论的对峙呈现了一种中国特有的话语空间，使得煽情性语言泡沫不断淹没理性对话，法律规则难以发挥简化复杂性的功能，甚至有可能推演出风险失控的结局。

第二章 卢曼风险社会论视野里的决策与问责

从乌尔里希·贝克在 1986 年提出风险社会这个概念起,对现代化的科技和产业经济成就进行反思从而开启新的现代化进程就成为风险社会学的主旋律¹²⁶。安东尼·吉登斯从信任与风险的视角进一步强调了对现代秩序的反思理性¹²⁷。然而尼克拉斯·卢曼的风险社会学理论却提出了更具特色、也更适合对法律制度进行分析的风险概念,即把对决定者问责的沟通活动与风险认识联系起来,并提供简明的判断标准:就不利后果或损害对决定者进行问责时才产生风险问题,否则就是传统社会固有的危险现象。概括地说,卢曼的风险社会学理论具有如下基本特征。

2.1 对决定者的问责以及风险沟通

在卢曼看来,虽然风险可以像在经济领域和司法领域中那样以损害规模与发生概率的乘数来定义,但社会学以及政治学、法学还是应该从各种决策程序以及对决定者进行归咎和问责的角度来把握风险概念¹²⁸。其中最关键的是对“风险”与“危险”的区别,以便对行动者与把行动作为他人的决定加以评价的旁观者、或者决定者与受决定影响者的所谓“二阶观察”不同视角的水平进行适当评价。他说:

“通过对风险与危险的区别,试图给风险概念赋予另一种形式。这种区别的前提是发现与未来损害相关的不确定性,因而也使得这种区别与其他的区别能够区别开来。这时存在两种可能性。一种是在有些场合或许产生的损害被认为是决定的后果,因而归咎于决定。这样的场合就称之为风险。更详细地说,就是决定的风险。另一种场合是或许产生的损害被认为是由外部因素引起的,即归咎于环境。这种场合称之为危险”¹²⁹。

这是卢曼风险社会学的最大特征。毫无疑问,风险与危险的区别图式是以对安全的关注为基础的。但从追求安全的共同点出发,却很难同时兼顾风险侧面与危险侧面。强调风险性(在很多情形下也可以理解为基于概率计算的获利合理性),很可能会忽视危险的存在以及相应的对策。但强调危险性,以安全为理由反对建设项目,却又可能忽视伴随着风险的决定或许带来的利益。倘若决定者与受决定影响者分别强调同一区别图式的不同侧面——例如上海、深圳铺设磁悬浮交通轨

¹²⁶ 贝克《风险社会》(前引书)里的表述是“反思性的现代化”(4页),并提出了科学系统和政治系统进一步开放思路(第三部分,即第7章和第8章)。

¹²⁷ 安东尼·吉登斯《现代性的后果》(田禾译,南京:译林出版社,2011年)指出:“极权的可能性就包含在现代性的制度特性之中,而不是被取代了”(7页);“社会学在反思现代性过程中的关键地位,源于它用最普遍化的方式反思现代社会生活”(36页)。当然,这里还是指现代性开始理解自身这一意义上的反思,并非对现代性的否定或超越。

¹²⁸ 吉登斯也注意到风险社会中责任的意义。See Anthony Giddens, "Risk and Responsibility", *Modern Law Review* Vol. 62 No.1 (1999) pp.1-10.

¹²⁹ 尼克拉斯·卢曼《风险的社会学》(小松丈晃译,东京:新泉社,2014年)38页。

道或者在北京、上海、广州建立移动通讯基站那样的场合，地方政府更注重风险投资带来的经济效益，而市民则更注重没有危险的生活——那就会陷入社会矛盾¹³⁰。由此可见，风险与危险的区别图式背后还存在风险意识、风险评价、风险容忍、风险选择等一系列的区别，也牵扯到如何公平合理地分配风险的国家治理问题。从这样的视角来看，所谓安全，其实就是能把危险转换成风险（应该并且可以处理、解决的问题），因而存在“安全即风险”的悖论。

在这里，行动者自己的第一阶观察与把行动作为他人决定来把握的第二阶观察会导致对决定的风险作出完全不同的评价；当人们清楚地认识到未来有赖于决定、而决定具有风险时，行动者与行动评价者的视角分歧就会变得非常大。某种损害产生的可能性，对决定者而言是可以选择的危险，但对受决定影响者而言则成为不得不承受的危险¹³¹。由此推而论之，一个决定可以在决定者（行动者）与受决定影响者（行动评价者）之间划分出鸿沟，也可能产生出潜在的纠纷以及抗议运动。由于这类鸿沟与矛盾、抗议运动起因于人们分别作为行动者和行动评价者的不同视角的“二阶观察”，所以在解决这类问题时有必要部分地返回行动者、决定者自身的第一阶观察层面通过实践进行检验，或者在第二阶观察的层面通过信息公开和合情合理的说明来加强沟通和相互理解。然而在沟通过程中，尤其是身处互联网话语空间这样容易引起围观的环境中，人们既是行动者又是行动评价者，因此风险意识会在时间维度和社会维度引起新的紧张关系，造成沟通的局限性。但互相观察也可以促进互相理解，其前提是创造同理心发挥作用的制度条件。

2.2 决策的风险评价与时间维度

卢曼的风险社会学理论还有一个显著特征是始终在时间结构中考察决策的风险问题。一般而言，对风险的评价有赖于现在，但对风险评价的证实却不得不有待未来。正如卢曼所表述的那样：“风险评价随着时间而变化，这就是风险之所以成为风险的理由”¹³²。提高风险意识的目的在于让人们身处现在却能提前思考未来，或者以未来为基点回顾即将成为过去的现在，从而加强决策过程中人们的反思理性。任何决定都是在时间限定、信息不足的条件下进行的，不言而喻，司法判断尤其如此。审判机关不能以缺乏专业知识、没有法律规定或者尚未收集到充分的信息和证据为由拒绝收录案件，一旦立案就必须在法定期限内做出判决，因此司法判断的风险是非常大的。为了减少时间限制、防控决策风险，现代法治

¹³⁰ 参阅前引书 40 页。上海磁悬浮机场联络线方案在 2008 年初公布后，产生了市民采取“散步”方式进行抗议的现象。参见董瑞丰“磁悬浮争议：期待又一个互动样本”《新华每日电讯》2008 年 1 月 29 日第 3 版、杨传敏“上海‘散步’反建磁悬浮事件本末”《中国市场》2008 年第 11 期 22-23 页、柴会群“磁悬浮电磁污染国家尚无标准，上海市民‘散步’表达担忧”《南方周末》2008 年 4 月 4 日。关于对移动通讯基站辐射的恐惧引起的异议，参阅徐南兮等“基站辐射真相”《新观察》第 348 期（2013 年 10 月 29 日）。

¹³¹ 前引书 129 页。

¹³² 引自该书 60 页。

国家的制度设计是普遍推行以“合法”与“违法”的二元化编码为特征的规范图式。

二元化编码的系统是一种高度技术化的、自我解放的系统，因为它赋予自己仅仅在编码的正反两种值中进行选择的自由。但与此同时，二元化编码的技术其实也显著增大了系统运作的风险性，因而势必对立法的科学化和民主化提出更高要求。从这样的规范图式来观察具体决策活动，风险就只是对规范的乖离；防控这种风险的就是外在的法律制裁和内在的道德制裁¹³³。通过“合法”与“违法”的二元编码来加强形式理性，可以明确他人在未来应该如何行为，从而也就使得“现在”规定了“可能的未来”。而现代司法制度中的既判力概念，在相当程度上意味着不必顾忌未来对决定是非的证明¹³⁴。在这个意义上也不妨认为，现代法治原则其实也是使决定者能够防范风险并获得自由的结构。于是，严格守法与充分自由在形式理性的层面就统一起来了。依法行政、法官只服从法律等一系列制度安排，既是为了限制权力的恣意，同时也是为了减轻行动者、决定者的风险压力和责任负荷。与此相对应，如果从时间结构的维度来把握法律思维的“结果指向”，其实质是要求把“未来”加以“现在”化。换言之，结果指向的实质性判断对法律体系的影响其实是让风险意识渗透进来，导致法律责任从过失责任转向危险责任，并不断加强行动者、决定者的注意义务¹³⁵。

根据卢曼的分析框架，时间结构中最重要的是过去与未来的差异，而在每一个现在的瞬间，都存在不同的过去与未来。因此，在不同的现在都能看到此刻特有的过去和未来；如果把这样的时间结构纳入视野，那么不难理解关于风险的体验和评价就势必因人而异、不断变化，特别是决定者与受决定影响者之间的视角差距会相去甚远。这就会引起“决定后的惊讶（postdecision surprise）”¹³⁶和“决定后的失望（post-decision regret）”¹³⁷之类的情况，并导致组织作为整体的选择和行为不得不时常出尔反尔、具有非连贯性的事态——在卢曼看来，这是很可怕的。在存在风险、特别是造成巨大损害的场合，为了维护组织的信誉，决定者往往倾向于采取这样一种对策：不是去处理决定引起的新问题，而是竭力回避指责¹³⁸。尤其是官僚机构在回避风险方面更是无所不用其极¹³⁹，这就会助长隐瞒信息、遏制沟通的偏颇。令人遗憾的是，雷洋事件的演变过程恰好为这种理论假说提供了很典型的实例佐证。

¹³³ 参阅该书 72 页。

¹³⁴ 参阅该书 76 页。

¹³⁵ 参阅该书 77-78 页。

¹³⁶ See J. Richard Harrison & James G. March, "Decision Making and Postdecision Surprise", *Administrative Science Quarterly* Vol.29 No.1 (Mar. 1984) pp.26-42.

¹³⁷ See David E. Bell, "Regret in Decision Making Under Uncertainty", *Operations Research* Vol.30 No.5 (1982) pp.961-981, G. Loomes & R. Sugden, "Regret Theory: An Alternative Theory of Rational Choice Under Uncertainty", *Economic Journal* Vol.92 No. 4 (1982) pp.805-824.

¹³⁸ 参阅卢曼《风险的社会学》（前引书）222-223 页。

¹³⁹ 见前引书 218 页。

2.3 风险的预防、分散以及转换机制

卢曼的风险社会学理论的第三个重要特征是以功能分化的系统来参照不同类型风险的考察和评价。例如政治系统的风险是舆论影响投票行为，或者使得限制某种风险的特定政策无法获得正当评价的风险（例如处理雷洋事件的棘手问题）。经济系统根据支付和不支付的二元化编码进行运作，因而风险在此就是预期的支付无法实现的风险或者支付能力不能再生产的风险，是处理对策中的优先事项（例如在万科事件大股东们以及管理层之间的注资斗争）。科学系统以及各种不同的专家系统也同样具有特定的风险。从这样的角度来考察问题，有目的之组织在风险防控上可以发挥重要作用，但也会酿成新的风险。

卢曼认为，正是在风险社会，对公共服务的客观需要和依赖使得传统的援助-感谢-援助的反馈机制被转换成事先照顾型国家（福利国家）的组织，酿成一种人们不断对国家提出诉求也无妨的氛围。因而法律的形式就是主观的权利，权利与义务的相互性概念被舍去¹⁴⁰。结果企业的预算制约不断软化，个人的期待值不断增大，所谓“花钱买稳定”之类的权宜之策也逐步变成常态并日益加重财政负担。但是，组织化的援助绝不会促进社会团结，反倒使社会对风险进行防控的内在机制逐步衰变，也使得风险沟通受到阻碍。理由很简单，沟通的效果取决于信任；而信任构成社会团结的契机¹⁴¹。在父权主义色彩很浓的事先照顾型国家，行政权限不断扩张，势必不断加强风险，最终将形成某种庞大的、无法驾驭的变局¹⁴²。

人们当然期待决定者与受决定影响者之间的对立可以通过沟通来弥合，在这里最重要的是对风险的看法应该客观化，也就是要把反思理性或者反馈机制嵌入风险之中。权威就是客观化和反思化的一种标志，也是信任的泉源之一，因此沟通必须在相当程度上利用权威，以便减轻沟通的负担¹⁴³。在这里，卢曼的思路与吉登斯在专家系统（包括法律人的解释共同体）内讨论信任问题时的思路是相通的。后者认为，为了通过信任减轻沟通的负担，人们要求专家系统提供“双重保证：既有特定的专业人士在品行方面的可靠性，又有非专业人士所无法知晓的（因而对他们来说必然是神秘的）知识和技能的准确性”¹⁴⁴。为此，不得不把“前台”工作与“后台”工作严格区分开来，因为“专业知识的操作常常需要很专门的环境，同样也要求一以贯之的精力专注，而这些在公众的眼光看来，都是很难做到的。……前台与后台的明显区分，增强了品行——作为一种减少由于对技能不够娴熟及人易犯错误所造成的后果的手段——的意义”¹⁴⁵。当然，这种区分也

¹⁴⁰ 前引书 126 页。

¹⁴¹ 前引书 145 页。

¹⁴² 前引书 170 页。

¹⁴³ 前引书 139 页。

¹⁴⁴ 引自吉登斯《现代性的后果》（前引书）74 页。

¹⁴⁵ 前引书 75 页。

容易招致人们对专家系统进行黑箱操作和掩饰错误的怀疑，除非专家的知识、才能、人品能获得制度上的保障和社会上的认同，具有足够的权威性。

在缺乏权威和信任的场合，抗议就会增多。实际上，抗议运动也是一种沟通方式，是公然向他人追究过错和责任的沟通¹⁴⁶。因为决定与损害（以及可能发生的损害）之间关系无处不在却无从预知，所以风险正在成为抗议运动的新焦点¹⁴⁷。要避免风险沟通的过激化，演化为层出不穷的抗议运动，那就必须加强决策的民主参与程序，以预先划定政治系统的内在沟通与外在沟通之间的边界线。其实抗议运动也是一种群众参与，只是以对抗的方式表现出来罢了¹⁴⁸。然而通过民主参与程序作出的决定，对外部必须以达成共识的方式加以说明。但是，卢曼认为决定者与受决定影响者在政治上重要的差异并不会因为这样的参与而产生什么变化。对于政治系统而言重要的仅仅是组织化的沟通。民主参与无论在什么范围内进行，都只是作为沟通发挥功能¹⁴⁹。然而我很难苟同这样的主张，因为民主参与程序中的风险沟通更有利于对一项决策的成本和效益进行全面估测和计算，从而使决策过程更有理性并能减少和预防风险，至少可以增强风险的社会容忍度¹⁵⁰。关于决策的民主参与程序，各国有不同的实践经验，有些产生了很好的效果，可惜卢曼没有进行充分的比较分析。

在大多数场合，现代国家对风险的处理方式是从政治系统引渡到法律系统，转换成可以用合法与违法的二元化编码进行简化处理并追究责任的技术操作事项；进而以法律系统为媒介频繁引渡到经济系统，转换成税费、补贴、损害赔偿以及保险金等财产关系的不同组合。但是，即便如此，残余风险如何处理、如何容纳的问题依然存在¹⁵¹。毫无疑问，法律系统的风险防控也会深刻影响政治系统和经济系统的固有动态。例如保险制度导致过失责任原则的衰退，确立无过失责任、分摊损失以及用税金填补金融机构等解决问题的方式，进而影响民间企业和地方政府提供服务的种类和项目，影响承诺的现实履行程度，甚至引起普通公民的抗议运动¹⁵²。因此，关于政治系统的风险转换、应对风险的组织系统的结构和功能、风险与社会运动等课题也值得进一步探讨。

¹⁴⁶ 卢曼《风险的社会学》（前引书）149页。

¹⁴⁷ 前引书161页。

¹⁴⁸ 参阅田飞龙“公众参与的时代样本——厦门PX事件的过程分析和模式归纳”，载王锡铨（主编）《公众参与和中国新公共运动的兴起》（北京：中国法制出版社，2008年）、胡象明、唐波勇“危机状态中的公众参与和公共精神”《人文杂志》2009年第3期、周志家“环境保护、群体压力还是利益波及：厦门居民PX环境运动参与行为的动机分析”《社会》2011年第1期。

¹⁴⁹ 卢曼《风险的社会学》（前引书）178-179页。

¹⁵⁰ Cf. Cass R. Sunstein, *Risk and Reason: Safety, Law, and the Environment* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002).

¹⁵¹ 卢曼《风险的社会学》（前引书）191页。

¹⁵² 参阅珍妮·斯蒂尔《风险与法律理论》（韩永强译，北京：中国政法大学出版社，2012年），特别是第二编的内容。

第三章 透过雷洋事件观察围绕规制的风险沟通

所谓“风险”意味着按照某种概率发生的不利后果或者损害，因而是可以预测和计算的，属于人们进行选择 and 决定之际存在的问题¹⁵³。在这个意义上，风险并非完全的不确定性。如果决定者没有充分履行注意义务，本来有可能回避、防止、减小的不良影响终于发生并扩大，那么受决定影响者就会归咎于决定者并进行问责。与此不同，“完全不确定性”意味着未来的趋势根本无法预测和计算，但人们却又不得不做出选择和决定。在这种场合，问责的压力可以减轻甚至免除，如果出现不利后果或损害，决定者以及受决定影响者都只能自认倒霉背运。“可预料之外”则意味着遭遇未知事态、超出了认识范围，不属于决定和防控的范畴之内，因而也就谈不上问责。但是，通常人们所说的可预料之外，其实多半只是小概率事件而已，是所谓“黑天鹅飞出”现象，未必都与决定的注意义务无关。总之，风险、完全不确定性以及可预料之外，这是三个完全不同的概念，尽管相互之间有些近似和关联¹⁵⁴。在雷洋事件中，上述三种情况却同时发生了。

3.1 风险恐慌、治理两难以及舆情三阶段

一个公民在去机场接人的路上突然消失，接着发现已经死亡，被告知原因是嫖娼、暴力抗法受伤以及心脏病发作，这样离奇的情节当然是“可预料之外”的，并且具有非常强大的社会冲击力。经过颇为漫长的尸检，结论是胃内容物吸入呼吸道导致窒息死亡，其后的判断和案件处理似乎进入了“完全不确定性”的状态，容易让人产生浓厚的不安感和不信感。于是涉案公安局、检察院、五位证人、死者亲属、律师以及作为利害关系者的校友们的言行和选择都具有了不同程度的“风险”，甚至连律师提交意见书这样的执业活动也变得让人讳莫如深，导致对这个事件的真相调查和处理迟迟无法做出决定。从国家治理的角度来看，这里出现了一个进退两难的困境：在可预料之外与完全不确定性、自由权与生存权互相交错的地方，似乎人人皆可变成雷洋¹⁵⁵，于是社会对警察行政的恐惧和共鸣成为最大的风险点，而警察行政又恰巧是目前中国防控社会风险的主要手段。

围绕雷洋事件形成的舆论风暴，使得受决定影响者的范围扩大到整个国家的不同层面、不同群体，使得小概率发生的错误也被理解为无所不在的危害，进一步增大了处理此案的风险性以及风险沟通的难度。雷洋事件引起的舆情和沟通行

¹⁵³ 卢曼指出，“风险为决策的一个普遍性侧面”。Niklas Luhmann, "Modern Society Shocked by Its Risks", *Social Sciences Research Center Occasional Paper 17* (1996, the Department of Sociology, the University of Hong Kong) p.5. 吉登斯就这一点提出的命题是“风险仅存在于有待决定之时”。Anthony Giddens, "Risk and Responsibility", *Modern Law Review* Vol.62 (1999) p.8.

¹⁵⁴ 参阅竹村和久《行动意思决定论——经济行动的心理学》（东京：日本评论社，2009年）、麦克斯·贝泽曼、顿·穆尔《行动意思决定论——偏见的陷阱》（长濑胜彦译，东京：白桃书房，2011年）、植村修一《风险、不确定性以及想定外》（东京：日本经济新闻出版社，2012年）。

¹⁵⁵ 关于这种社会心理，可以参阅石勇“雷洋之死与一个超级‘假自我’的背后：中产，还有下层的命运玄机”《心理分析》公众微信号2016年5月18日。

为大致分为三个阶段。第一阶段是从案发到检方介入，即 2016 年 5 月 9 日关于雷洋事件的帖子在互联网上开始流传，到 5 月 31 日这段期间。贯穿第一阶段的关键词是质疑，包括追究真相的诉求，也包括逃避和推卸责任的语言博弈，还有各种臆测、抹黑以及恶意炒作：从给受害人任意泼污水到指责警方钓鱼执法和设陷阱谋财害命，不一而足。公众传媒的重点报道和不同场域围绕疑虑和恐怖的交谈导致观点激化的“群体极化”现象也不断呈现。所谓群体极化，是指不同群体的人们站在特定的立场互相交换信息和意见，使得内部出现观点趋同和越来越强烈的共鸣机制。但值得注意的是，对嫖娼的道德拷问等舆论引导工作却不仅没有引起社会响应，在死者妻子那里也没有收到任何效果；相反，警察执法的程序公正性以及比例原则始终成为舆论的焦点¹⁵⁶。这反映了一个事实：中国人的法律意识和权利意识已经发生质变。在人们不断追问的过程中，涉案警察和相关部门的辩解和说明无法自圆其说，导致社会的不信感越来越膨胀，风险沟通形成了各执一词的僵局。

自检察机关介入调查起，僵局出现转圜，舆情进入第二阶段。从 6 月 1 日北京市人民检察院第四分院决定对昌平区公安分局小口派出所民警邢某某等五人立案侦查，到 6 月 30 日检察机关通过审查和专家论证确认尸检鉴定结果并决定对邢某某等采取逮捕措施，这段期间情绪化的猜测和攻击大幅度减少，理性对话的氛围开始形成，社会关注的焦点转向归咎和问责以及程序正义¹⁵⁷。这里首先可以看到人们对处于比较中立地位的检察机关的期待，也可以认识到适当的制度化举措在防控风险方面的重要意义。这时争论的焦点问题是涉案民警的律师是否适格、尸检结果究竟真伪如何等，形成了截然对立的意见。各方分别从证据、程序、法理上寻找根据，律师也通过正式的制度渠道提交意见书。其间也出现了涉案警察亲属打悲情牌以及“人大校友”与“法大校友”之间对峙的小插曲，但基本上没有导致特定群体的“感情歇斯底里”，也未能形成新一波情绪化的倾向性舆论。

3.2 概率放大与风险管理系统的双重错误

实际上，从 7 月 1 日起雷洋事件进入第三个阶段：舆情开始沉静化，大家都在等待法律程序上的后续进展，但也有些流言传达着疑虑和悲观情绪。由于该案还在处理程序之中，事实全貌还不清楚，结论也尚未确定，所以这里不做具体评说和判断，只对已知的现象进行理论研究。不管最终事态向何方发展，我们都可以发现雷洋事件具有强烈的象征性意义，对重新认识风险社会的治理富有启示。在这个案件中，法律的公信力和执行力均很重要，但在两者之间却出现了尖锐的对立和冲突。或许正是这种紧张关系导致有关方面在处理时“投鼠忌器”。本来

¹⁵⁶ 例如邓楚开“以公正程序化解执法过程中致人死亡案件的公关危机”《法律博客》2015 年 5 月 13 日上传，社论“管住警权”《澎湃》2016 年 5 月 22 日。

¹⁵⁷ 例如姜贻“‘雷洋之死’立案，从程序通往正义”，《人民日报》2016 年 6 月 2 日第 5 版。

现代法治国家对警察行政设立了强制措施的比例原则，要求动用警力必须符合法定要件、满足成本最小化要求以及危害事实与应急措施之前的适当平衡。为此，公安机关负有预先衡量的义务，必须尽量抑制应急举措本身的危险性，这样的义务体现为关于权限、监督、问责的一系列组织程序和行为准则。如果这样的制度安排已经确立并有效实施，上述雷洋事件中的紧张关系就不至于产生或者具有深刻的影响，决定的风险就会趋近于零。遗憾的是，我们还不具备驾驭风险的相关条件，所以很容易陷入进退维谷的境地。

一般而言，对风险的恐慌大都起源于对概率的忽视¹⁵⁸。而法律的文本和效力又不会随着概率的不同而发生变化，因此雷洋事件的处理在技术上也的确存在一些现实困难。更重要的是，由于前期风险沟通的失败，雷洋的不幸遭遇在情感上对公众心理产生了强烈的冲击，使得每一个普通人在路过足浴店或者看见警察时都会感同身受，这就让这个事件摆脱了小概率的窠臼，构造出一种不断扩散的恐怖共鸣效应。小概率被互联网信息技术造成的围观结构急剧放大，这是当今中国风险沟通的重要特征。而钓鱼执法、合谋抓嫖、勒索罚款的报道碎片在舆情潮流中不断涌现、重组，还有关于雷洋从被限制人身自由到莫名其妙死亡的整个过程的时间表详细分析和推理，加剧了关于风险恐慌（risk panic）的可获得性启发¹⁵⁹。在这样的情况下，一个决定势必包含其他决定的可能性，一种风险处理不得与另一种风险处理相衔接；于是使得沟通活动连锁化、网络化，出现很多预料之外的相互作用，增加风险处理的复杂性、暂时性、相对性以及沟通障碍。

不过雷洋事件的本质倒还不是小概率事件被无限放大后产生的错觉，而是官僚机构在风险管理方面的系统性多重错误。不得不指出，无论是涉案的街头科层成员（警察和协警），还是地方公安局及其派出所，或者其上级主管部门，官僚机构在面临决策风险时的一个显著特点，就是采取极端的态度来回避责任或者推诿责任。这是官僚的性质所决定的，纵览世界各国几乎没有例外。从这个角度来看，雷洋事件提示的一个教训是：如此复杂而严重的案件，居然始终由基层官僚机构自己来处理风险沟通问题，更高级别的权力机关以及外部监督机关一直没有出面进行专项调查和在政治上善后。结果人们看到的是昌平区的涉案警察、北京市的公安部门乃至国家的文宣系统分别或者共同以各种方式掩盖真相、粉饰罪过、回避指控、转嫁责任。各种不同角度、不同水准的托词和辩解混合在一起，在事实陈述上出尔反尔、在理由说明上互相抵牾、在事件的前因后果关系的梳理上越来越难以自圆其说，从整体上来看导致组织性行为和决定的严重混乱，造成了非常大的负面效应，对法治体制的信誉造成了深刻的伤害。

¹⁵⁸ 详见凯斯·孙斯坦《恐怖的规律》（角松生史、内野美穗监译，东京：劲草书房，2015年）51-53页关于概率忽视的论证。

¹⁵⁹ 有关社会心理机制详见贝泽曼、穆尔《行动意思决定论——偏见的陷阱》（前引书）27-32页。

3.3 风险抗议新常态与预防的悖论

雷洋事件实际上已经昭告公众，警察以及其他行政部门的决定、举措与损害或可能发生的损害之间的关系具有很大的偶然性，每个人都无法置身度外；任何个体在任何地方，风险都会如影随形。因此，生活中的风险似乎正在成为人们对国家提出诉求、进行抗议的新焦点。或者也不妨认为，在风险社会，抗议运动势必成为政治的新常态。这些诉求和抗议以及表达不安和不满的运动，其实也就是公然向决定者追究责任的一种风险沟通¹⁶⁰。为了控制可能发生的危害以及抵御问责压力，正如“把一切不稳定的因素消灭在萌芽状态”的口号所表述的那样，行政部门不得不对潜在的不利后果和损害提前采取预防举措，强调风险行政法的事先预防原则¹⁶¹。预防原则理所当然地要求有关部门和官员不能以损害缺乏决定性证据为由拒绝采取规制措施，要求在所有决策中加大安全系数，这就必然在实际上加强行政干预并使之正当化，终将导致规制权力的庞大化，甚至有尾大不掉之势。这样的态势与减少审批和干预的行政制度改革以及权力负面清单的理念之间实际上是存在尖锐矛盾的。

防控风险的技术性对策包括对风险进行量化处理和预警，例如确保执法过程有全程的探头录像，以便为指控违法行为提供有力的证据，同时也监控警察及其他执法人员行动的合法性。此外还有强化舆情研判，重视大数据在国家治理中的作用，等等。遗憾的是，雷洋事件未能证明技术性对策在风险沟通中的积极作用，恰恰相反，让公众发现各地设置的探头似乎总是在关键的时刻、关键的地方失灵，造成对包括技术装置在内的风险对策本身的强烈怀疑，加剧了对权力系统的不信任感，使得风险沟通不是变得更顺畅而是反倒变得更艰难。这从公众不认同尸检鉴定报告的权威性和真实性的呼声中不难得出判断。另外，分散、转换和吸收风险的多元化权力结构的弹性应对机制也很不健全，使得问责压力无法纳入正式的渠道，形成受决定影响者与法律体制之间的良性互动。由此亦可见，制度安排如果不妥当，风险管理方面的系统性多重错误如果不克服，我们很容易从风险社会滑进社会学家埃米尔·迪尔凯姆(Emile Durkheim)和罗伯特·默顿(Robert Merton)所说的“失范(anomie)”社会，面对反常、混乱以及秩序分崩离析的危机。

¹⁶⁰ 参阅卢曼《风险的社会学》(前引书) 148-152页。

¹⁶¹ 参阅金自宁《风险中的行政法》(北京:法律出版社,2014年) 21-36页。

第四章 万科事件的话语空间与法律的不确定性悖论

万科事件则是中国经济行政风险性的一帧缩影。其背景可以追溯到 2015 年 6 月股市风波中的企业救市工作以及 2015 年 7 月 10 日宝能第一次举牌。从 2015 年 12 月 17 日起,万科事件突然演变成公共事件,成为全国舆论的焦点。在这里,股权之争与重组之策所涉及的风险沟通的关键问题是:公司治理结构存在重大缺陷,导致所有关系不清晰,财产结构没有确定性,从而使得收购大战演化成血腥乱斗,不仅裹挟政府部门,还牵扯出许多个人恩怨和丑闻,使得任何一种选择和决定都带有负面影响,并且很难达成稳妥解决的共识,使得不确定性和不可预料性不断呈现。万科和王石以及宝能和姚振华之间的狗血剧愈演愈烈,一个重要原因是法律规则不能发挥简化复杂性的功能。在各方拼得鱼死网破的行动中,还可以发现决策者们缺乏应有的责任伦理。特别值得注意的是围绕万科事件出现了专家意见与公众舆论之间的尖锐对立,使得风险沟通机制被扭曲,甚至有拒绝多赢、奔向多输的冲动。

4.1 专家系统的功能障碍与信任危机

在风险社会中,专家系统能够发挥非常重要的作用。因为公众往往缺乏理解某些决定可能引起不利后果或损害的专门知识,也缺乏足够的信息和理性判断力;一旦发生重大事件,不明就里的人们很容易产生不安感、轻信流言蜚语、采取跟风行动。这种不安的言行在社会网络中传播、增幅,很容易形成共振,进而造成集体性恐慌。但是,包括法官、律师、医师、学者、职业经理人等等在内的专家具有相关领域的知识、信息和判断力,可以发出理性和建设性的声音,从而消解、减少人们的不安感,帮助各方甄别风险、权衡利弊并在此基础上进行适当的选择和决定,增强社会的信赖、团结以及稳定。正如吉登斯所指出的那样,“安全经验通常建立在信任与可接受的风险之间的平衡至上”¹⁶²。通过专家系统确立的信任、信心以及信赖对于风险甄别、风险管控具有关键的意义。但是,中国的传统文化侧重熟人之间的信任,比较缺乏系统信任,基本上忽视了抽象性更强的专业知识和技能的信赖机制应如何建构和维护的问题。

对于现代社会的公民而言,尤其是对于具体活动的当事人而言,专家系统的信任具有两个前提条件。一个是专家必须具有非专业人士所无法充分获悉或掌握(因而具有某种神秘性)的准确的知识 and 技能。另一个是专家必须在资质和品行上完全可靠,从而能有效避免出现内行糊弄外行的问题¹⁶³。专业化的特性决定了对“前台”工作和“后台”工作的严格区分,因为专业知识的操作通常需要特定的、宁静的环境,需要专家能全神贯注。正因为这种隐蔽性,为了避免掩饰错

¹⁶² 吉登斯《现代性的后果》(前引书) 31 页。

¹⁶³ 前引书 74 页。

误等问题，对专家资质和品行的要求以及职业道德就必须得到更多的强调¹⁶⁴。一般而言，公众正是因为对专业性问题的无知才不得不信任专家系统，但与此同时，也正因为这种无知又很容易产生对专家系统的怀疑¹⁶⁵。这就是围绕专家系统而产生的一个风险与信任的悖论。这个悖论在万科事件中表现得淋漓尽致，并因为中国特有的语境而出现了非常极端化的情况。

但是，当代中国情况有所不同，专家系统是开放的，甚至被解构了。当代中国的制度设计一直以“又红又专”为标准，甚至更强调“红”的那个侧面¹⁶⁶。在各个专业领域都提倡“群众路线”，强调知识的民主化。这样的氛围最终会造成专家的客观性和中立性的丧失，专家本身的政治立场和价值取向也不断受到质疑，有时还会被人为地削弱其权威性。面对专家的知识 and 理性判断，所有人都可以品头论足，甚至随意攻讦，专家知识与大众意见、理性对话与倾向性舆论之间的分野被混淆了。如果专家本身丧失客观中立的立场，成为某一利益集团的代言人，那问题就会变得更严重。因为这样一来，专家系统作为权威的定位以及使舆论得以镇定化、理性化的功能，都将难以落实。万科事件中，这个问题表现得尤其突出。无论是华润公布的13名法律专家意见书，还是北京君合事务所致万科意见书，尽管专家们试图把完全不确定性转化为具有某种程度确定性的风险，但却受阻于铺天盖地的口水战甚至非常过激的“鹰犬”辱骂。实际上，不太了解情况、并不具备专业知识的群众的作用是，通过互联网舆论的层层涟漪将具有某种程度确定性的风险反过来转变成完全的不确定性。在这里，专家意见与公众舆论之前存在着逆向而动的冲突。

4.2 法律未能发挥简化复杂性的作用

显而易见，在万科事件中，围绕财产权结构的风险沟通，风险、完全不确定性以及可预料之外这三个情况出现了相互转化，变来变去，形成了一个不确定性悖论。除了前面提到的专家意见与互联网的倾向性舆论之间有趣的反向而行外，还有企业的大股东、董事会、管理层以及主管部门、地方政府的复杂互动。一般而言，大股东在公司治理中发挥重要的稳定化作用，这是因为它有着清楚的利益动机和行为逻辑。但在这次万科事件中，大股东的投票行为反而出乎意料，因为大家起初都不清楚华润的意图、所扮演的真实角色以及华润与宝能在背地里的关系，王石也惊呼过没有想到，这样也就无法预测事态演变的结果。还有宝能提出的临时股东大会议案、要求罢免万科第十七届董事会、监事会全体成员，属于可预料之外的举动。2016年8月上旬恒大突然袭击也是出人意料的，更加剧了万科事件演变的不确定性。另一方面，万科独立董事华生和自然人股东刘元生们的作用是给可预料之外的董事会投票行为提供了一定的预期；但是，独立董事对董

¹⁶⁴ 前引书 75 页。

¹⁶⁵ 前引书 78 页。

¹⁶⁶ 例如辛之“谈红与专”《江汉论坛》1958 年第 3 期。

事会决策过程的信息披露和评论在职业伦理上难免会引起非议，弃权不表态的做法也被诟病。虽然管理团队的去留动向和决定都带有风险性，然而管理团队在万科事件中所发挥的主要作用是稳定局势、为企业的发展提供信心；公众对郁亮的期待、对管理层进退的回应，都反映了这一点。此外，政府在这里的作用是为企业和社会提供确定性和强有力的安全保障，尽管政府的介入以及任何决定都势必带有很大的风险性。

非常有趣的是，现代国家的风险管理方式一般是把政治系统的风险被引渡到法律系统，进而以法律系统为媒介频繁引渡到经济系统¹⁶⁷，但中国的实际情况却大异其趣、甚至反其道而行之，也许是因为缺乏能够这样进行风险转换的制度条件。在万科事件中，梳理先后披露出来的情节，我们可以发现一种逆向的政治化风险引渡：从管理层和职工的持股计划到大股东反击（股权之争），再到管理层反击（重组之策），随意跳过法律系统的处理过程，再到地方政府介入，直到对国资委等监管部门介入乃至高层政治介入的期待或者“拉人下水”、“拉人上船”式的策划。虽然万科的 9000 字举报信似乎是要把事态纳入法律系统的轨道来处理，但在监管部门始终回避实质问题的语境中，在举报信被认为是以非合规方式诱导中小投资者砸盘的背景下，法律只是勾心斗角、泄愤逐利的一种工具而已，其实各种互动还是离不开政治场域¹⁶⁸。这样就在不经意间使得各种社会风险往往都汇集到政治系统、最终会淤积到权力结构的中枢或顶层，难以分散、转换以及被吸收。

社会是复杂多变的，政治充满博弈和妥协的不确定性，因此特别需要法律制度发挥简化作用。万科事件使人们开始认识到规则在以“快刀斩乱麻”的方式消除经济决策风险方面的重要性，但迄今为止的事态演变却还是在反其道而行之，并没有、甚至也不太可能严格按照法律规则来减少解决问题的复杂性。无论王石以“情怀”为抗争手段，还是姚振华、许家印强调股东主权，或者万科管理层借助利益相关者施加压力、对银行理财监管无序问题的指责、通过定向增发接纳深圳地铁为第一大股东的拯救企业方案以及后来的入股鹏金所，都没有充分认识和尊重法律体系上的整合性要求，围绕制度和规则的博弈也并不是向达成共识的均衡点逐步收敛、集中，而是越来越远离和解或者合理收场的预期，各方都摆出了不惜拼个鱼死网破的架势。这也正好典型地反映了目前中国风险沟通的特征以及各种问题，特别是无休止的语言游戏、媒体集中报道以及圈子化的、跟风式的议论所导致的“群体极化”现象。

¹⁶⁷ 卢曼《风险的社会学》（前引书）191页。

¹⁶⁸ 参阅刘燕“万科挑战宝能资管计划：监管层有苦难言”北京大学金融法研究中心公众微信号 2016年7月21日上传，邓峰“万科案的监管者该管什么？该怎么管？”，《财经》官方微博 2016年7月24日上传（http://blog.sina.com.cn/s/blog_645ffc150102wka3.html）。

4.3 决断和整合不得不依赖强制性权力

中国传统的制度设计以顺应自然的仿生学为基本理念，导致法律秩序的构成与社会的复杂性相对应，具有多层多样化的形状，俨然成为一个复杂系统¹⁶⁹。超越的根本规范、国家规范以及社会规范之间的边界是流动的、模糊的，不同类型犬牙交错、互相混合。道德、礼仪、情理不仅渗透到法律规范之中，还可以直接成为审理案件的标准。国家的法律体系也不具备明确的效力等级结构，是平面化的，类似马赛克拼图。这就使得法律沟通过程变得非常多元化、复合化，性质完全不同的逻辑关系互相纠缠在一起，“剪不断、理还乱”。任何决定都必须兼顾各种因素（特别是情、理、法这三种基本规范）之间的平衡。其结果，法制的统一变得几乎不可能，在围绕规范使用的互动中会不断产生出法律规范的各种地方版本乃至个人版本，也很容易出现“一人一是非，一事一立法”的事态；因而解决纠纷的各种成本势必不断攀升，事实上司法者也很难做出决然的判断，即便做出判决也很难具有既判力。

在法律秩序液态化的情况下，社会的不确定性当然要大幅度上升，通过预测和计算进行决策将变得极其困难，因而相关的专业知识和技术理性都会显得捉襟见肘。这时人们自然而然地更倾向于因地制宜、临机应变，也更倾向于随大流、跟风。也就是说，不确定性的增大会助长投机主义倾向，也会导致群体行为方式会从技术理性转向没有一定逻辑关系的、感性色彩较浓的相互模仿。这就很容易导致整体上大起大落的动态，引起共振，甚至在某种条件下诱发社会的震荡和解构。当日常与例外的关系被颠倒过来，紧急状态或者“末班车心态”成为人们进行公共选择的前提时，中国式风险沟通的那种“群体极化”、拒绝多赢宁可双输、不惜鱼死网破等特征也由此形成。

如果法律规则不能有效地发挥一锤定音的作用，那么中国靠什么协调行动、处理对立呢？回答是：靠权力，靠强制性手段。推而论之，只要法律体系还维持多元化、混合性的状态，那就必须维护一个集中的、强大的权力，否则社会将难以整合。既然要依赖权力最终给出答案，那么权力就势必具有相对于法律的优势，规范对权力的限制也就很难进行。从中亦可悟出中国式制度设计的一个深层秘密，为了形成和维护集中的、强大的国家权力，就一定要保持法律的多元化格局¹⁷⁰。然而集中的、强大的权力很容易腐败。这就有可能在减少社会结构瓦解之类风险的同时带来集体堕落的风险，甚至诱发执政的合法性危机。反之，为了有效地制约公权力，必须首先建立起法律共同体，加强规范思维方式。也就是说，如果没有一元化的、普遍性的法律规范体系，就很难导入分权制衡的设计方案。既然中国的社会整合迄今为止极端有赖于强制性权力，那就不难理解中国的民事和经济问题的解决，从债权回收到股市风波的善后，从合同欺诈到夫妻看黄碟的低级趣

¹⁶⁹ 详见季卫东“法治中国的可能性——兼论对中国文化传统的解读和反思”《战略与管理》2001年第5期。

¹⁷⁰ 详见季卫东《通往法治的道路——社会的多元化与权威体系》（北京：法律出版社，2014年）第一章。

味，为什么往往不得不特别借助警察手段来处理的原因。雷洋事件与万科事件之间的接合处、关联性于是也隐约可见。

第五章 以风险沟通为基础的决策机制设计

不言而喻，风险始终是未来的问题。即使现在被认为是最好的决定，也不能保证未来就不会带来损害或者副作用，因而不能保证未来也被认为是最好的决定，这就是决定者不得不面对的时间悖论以及由此产生的风险。中国行政改革和司法改革中导入的重大决策终身问责制，目的就是要让决定者提前思考未来，以未来作为现在决定的基点，从而迫使风险意识和风险评价摆脱时间差以及离任、退休等变化的限制，严格防止行使权力的任性行为和政治投机主义。毫无疑问，这样做的本意很好。但不得不指出，实践的结果却很有可能造成决定者过分顾忌未来对决定后果好坏的证明，畏首畏尾，不能当机立断做出决定，或者采取各种手段推卸或转嫁决定的责任。何况有些风险是看不见的，有些风险是不可知的，如果对决定的风险防控要求太高，就难免会助长各种各样的不作为现象——这正是当下在国家治理体制现代化过程中我们每天面对的现实。当然还有另外一种可能性或者选项，这就是疏通言路、适当加强风险沟通，以便及时发现风险源，提高对未来损害的现在的可预期性，或者分散决定的风险。在某种意义上也可以说，寻找风险源比问责更重要、更有建设性。显然，以风险沟通为基础的决策机制创新以及相应的顶层设计就是加强责任制、寻找风险源的题中应有之意。

5.1 针对决策风险的主要应对举措

人们都知道，一个系统的复杂性越强，就具有越显著的非决定论特征；因为复数的线性事项的连锁反应如果同时并行，会出现出乎意料的相互作用，很难观察和把握这些共时进展的现象之间的因果关系。一个系统的规模越大，这种相互作用就越频繁、越多样化，有关的各种机制也就更加无法透彻理解，所以很容易在运作中发生事故或者做出错误的判断，导致决定的风险性倍增¹⁷¹。在这个意义上也可以说，现代社会是根本就无法完全回避风险的，我们所能做的只能是甄别、权衡、减少以及管控风险。因此，围绕风险的沟通活动必然成为决策过程中最重要的环节。只有通过充分的风险沟通，人们才可以克服各自视觉上的盲点，从不同角度发现潜在的问题、提出意见和建议、找出更好的处理方案，决定的内容也因而更稳妥、更有共识基础，决定的执行也更具有内在动力，对事后发生的问题人们也更具有宽容度并积极寻找改进的方法。

为了有效地加强风险沟通，决策机制的设计往往会在技术、法律、政治、道德等不同层面采取如下主要对策，以追求安全和确定性，同时也保持必要的风险意识。技术对策，主要是指对风险进行量化处理和预警，包括探头录像监控、舆情研判、大数据分析等。另外，针对特定风险（例如生态环境污染的治理、大气

¹⁷¹ 参阅阿敏·纳瑟希 (Armin Nassehi) 的论文“风险回避与时间处理——现代社会的时间悖论”(庄司信译)，见土方透、阿敏·纳瑟希 (编著)《风险：控制的悖论》(东京：新泉社，2002年) 22页。

温室效应的控制、流行性病毒的防疫、粮食危机等)而开发和采取的科学技术手段也属于这个范畴。法律对策,主要是指通过保险制度等事先分散和转嫁风险以及通过赔偿金支付、惩罚等追究责任的方式对风险进行善后处理。法律对策的特征是对本来无法计算的风险通过举证责任分配的方式进行计算,并从原理上追究决定者或行为者的责任,使得实际发生的损失有所充填或者在心理上有所补偿。政治对策,主要是指通过民主参与加强组织化的沟通,通过沟通就带有风险性的决定达成共识,并要求社会遵循安全标准,从而减少决定的偏颇、分散决定的风险以及加强对风险的容忍程度。道德对策,主要是指在道德规范上强调进行有风险决定的责任感,致力于提高决定者的责任伦理水准并对决定后果进行问责¹⁷²。

从目前中国防控风险的举措来看,技术对策(例如互联网、大数据的利用)和道德对策(例如八项规定、党风廉政系列举措以及中国共产党问责条例)特别受到重视,成效也比较显著,而法律对策和政治对策却相对比较滞后,在平反冤假错案方面的动作异常迟缓、民主参与程序和纠错机制的不完备就是其突出表现。要改变这种状况,就必须以风险沟通的空间构建为抓手进行制度创新,以便使决定者尽量接近处理的对象以及受决定影响者,司法救济的各种制度应该方便公民利用。在利益群体分化的社会背景下,要建立系统信任和法律秩序的权威,必须尽量使政府具有客观性、中立性、公正性、效率性,促进组织和功能的合理化。应该通过委员会制度和专家咨询制度确保决策的科学性、专业性,同时借助听证会等方式促进公民参与决策过程,尤其是加强立法的民主参与程序。对于重大的法案和决定,不仅有必要普遍征求意见,还有必要充分进行替代方案的比较,并在讨论和审议过程中尊重少数意见和反对意见,甚至可以列出基于法定权利的“抗辩清单”¹⁷³。否则就无法使论证性的对话活泼化,从而也就无法真正有效地防控决策的风险。

5.2 风险社会的预防法学及其利弊得失

决策的风险性在一旦失误则后果极其严重的场合表现得尤其突出。为此,人们往往倾向于面对潜在损害提前采取防御举措——即使灾难或恐怖活动能否实际发生尚不清楚、即使各种要素的因果关系尚不明确,当局也应该尽早采取对策。这样的思路在规范层面表现为预防法学,或者更具体些表现为行政法(特别是环境政策与法规)的预防原则¹⁷⁴,以及基于安全原则的预防刑法¹⁷⁵,并为风险以

¹⁷² 四种对策的分类法依据纳瑟希前引论文 25-27 页。

¹⁷³ 详见季卫东“法律议论的社会科学研究新范式”《中国法学》2015 年第 6 期。

¹⁷⁴ 关于环境行政法预防原则产生的背景和主要内容,参阅儿矢野麻利“环境风险问题的国际应对”,长谷部恭男(编)《风险学入门第 3 卷·从法律角度看到的风险》(东京:岩波书店,2007 年)101-116 页、斯蒂尔《风险与法律理论》(前引书)210-217 页。

¹⁷⁵ E.g. Pat O'Mally, "Risk, Power and Crime Prevention" *Economy and Society* Vol. 21 No.3 (1992) pp.251-268. 详见劳东燕“公共政策与风险社会的刑法”《中国社会科学》2007 年第 3 期 126 页以下、“风险社会与变动中的刑法理论”《中外法学》2014 年第 1 期 70 页以下、《风险社会中的刑法:社会转型与刑法理论的变迁》(北京:北京大学出版社,2015 年)。

及不确定性背景下的个人选择或政府决策提供了很多颇有价值的命题。但同时也要看到，不能以损害缺乏决定性证据为由就拒绝采取风险管控措施这样的预防原则，势必加强行政规制并为之正当化，因为政府对风险的概率认知与个人的认知是完全不同的。例如五十万分之一的死亡概率对个人行动几乎不会产生影响，但对十三亿人口大国的政府就会成为一个深刻的问题，导致决定者不得不采取防范措施，而且也更容易产生自我防卫过当的心理。随着风险意识不断增强，预防原则的适用范围也不断扩大，导致几乎所有决策过程都要层层加码提高安全系数，这就很有可能在不经意间造成一个“监视社会”或者“警察国家”，甚至树立一个变相的戒严体制，使法治中国的宏伟构想在某个转折点上发生出乎意料的蜕变。

这里容易被忽视的问题是，过于严格的规制本身其实与风险的预防原则之间会发生冲突。例如转基因食品、大气温室效应、核电站、海洋开发等问题上风险与经济合理性是并存的，如果采取过于严格的规制举措就有可能引起发展效益方面的损失，从而引起粮食危机、大规模失业、能源匮乏等其他危害或者更大概率的风险。另外，雷洋事件也证明，对社会进行过于严格的规制会造成这样或者那样的病态现象，引起反感、不安以及恐惧，在有些场合还会导致信任危机的发生和蔓延，酿成替代风险或新型风险，从而违反预防原则的本意。如果要进行适当的预防，同时又避免过于严格的规制，要对决定者的裁量权进行必要的限制，同时又为酌情裁量的自由提供充分的制度保障，那就必须根据法治政府的原则，加强在公正程序之内的对话、协商、辩论、推理、审议，特别是激活风险沟通，以便在复杂的不同因素之间保持适当的平衡和比例关系。

一般而言，风险沟通中最大问题是人们只关注那些比较重大的不利后果，却往往忽视后果发生的概率。这就会让政府总是感到风声鹤唳，产生让安全系数最大化的冲动，按照“阶级斗争”的逻辑或者“维稳”的逻辑不断加强规制直到超出合理的限度。忽视概率的风险意识也会使得一部分群众总是感到十面埋伏、危在旦夕，因而随时准备以命相搏，采取“小闹小解决、大闹大解决”的抗争方式，另一部分群众又可能期待政府进行严格控制，以确保社会的安全。从雷洋事件和万科事件可以看到公众传媒对风险发生概率的忽视具有不均等性，很容易造成对特定现象的“感情歇斯底里”。因此，如何在风险沟通中适当讨论和计算损害的概率就成为一个重要的问题。根据有关研究成果，群众对新出现的风险或现有风险的增大很敏感，但对因为严格规制而牺牲的机会性收益却缺乏关心；预防原则往往适用于对某个举措引起的风险，但却不会适用于同一举措所减少的风险；即便熟悉的风险和陌生的风险在统计学上概率相等，人们对熟悉的风险更有容忍度；即使自然的风险与人为的风险是同等的，人们也倾向于认为自然的风险更小些¹⁷⁶。另外，如果对特定政策和举措的广泛而深远的影响缺乏认识，也会忽视这项政策和措施的风险。把这些富有启示意义的学术发现应用到风险沟通和预防举措

¹⁷⁶ 参阅孙斯坦《恐怖的规律》（前引书）51-65页。

之中，有利于克服“群体极化”现象和短期行为方式。

5.3 民主决策程序和法律议论在风险沟通中的功能

但是，在考虑后果概率问题时，还必须充分注意政府、专家以及一般公众在立场上的差异以及不同意见之间的合理性竞争。在大多数场合，专家更关注损失的概率和数额，与此不同，公众更关注损失所带来的痛苦以及有关风险的分配公平性。另外，对政府而言，规制举措的费用是确定的，但风险收益却是不确定性的，因此在费用比较高的情况下不愿意采取必要的规制举措（例如环境保护和大气温室效应的控制），在费用比较低的情况下倾向于过度采取规制举措（例如过滤网络敏感词、限制上访以及拒绝受理维权诉讼）。为了避免预防原则滑入“群体极化”的陷阱，或者因为不同意见之间的合理性竞争引起强烈反弹，我们不得不在风险沟通过程中加强法律议论，通过规则简化复杂性；不得不在决策过程加强民主参与，通过不同观点的交锋来减少偏颇和失误，寻找最大公约数。也就是说，需要通过对话和法律沟通获得的共识来甄别和管控风险¹⁷⁷。

由于任何一种选择和决定都无法完全避免风险，任何一种解决问题的举措都可能引起新的风险，所以合理的、切实可行的决策机制不必以追求绝对正确为目标，不必对结果采取承包责任制甚至终身问责，而应该奉行最大风险最小化的原则——即防止最糟糕的结局。在这样的指导思想下，决定者首先要奉行法治原则，严格遵守法定的程序和判断规则，借此在一定程度上获得从未来的实质性后果的负荷中适当解放出来、有所作为的自由以及职业保障；其次要充分进行费用与效益的计算和比较分析，例如美国政府的不同部门在进行规制之前全面统计人们的风险命价（VSL=the Value of Statistical Life）之类的做法¹⁷⁸。只有在这样的基础上进行决策，才能真正贯彻最大风险最小化的原则；只有在这样的基础上进行风险沟通，才能准确地评估损害发生的概率并适当权衡是非得失的关系；只有在这样的基础上进行民主参与，才能避免那种由情绪化的舆论取代了论证性对话的跟风性投票行为。

在风险社会，预防原则势必导致行政规制的加强和决定者裁量权的膨胀，因此才特别需要通过公正程序对规制举措和裁量权进行制约。十八届四中全会决定也明确要求重大行政决策必须经过公众参与、专家论证、风险评估、合法性审查、集体讨论决定等一系列法定程序，做到流程透明可问责，为了确保行政机关内部的重大决策合法性审查机制切实运作，还提出了全面落实信息公开原则的指针。这里所说的程序包括事先协商程序、简易裁决程序、成本效益分析程序、规制举措的弹性和整合性审查程序等等，但更重要的是通过司法审查制度加强对行政规

¹⁷⁷ Cf. Klaus Eder, "Taming Risks Through Dialogues: the Rationality and Functionality of Discursive Institutions in Risk Society", Maurie J. Cohen (ed.) *Risk in the Modern Age: Social Theory, Science and Environmental Decision-Making* (London: Palgrave Macmillan Press, 1999) pp.225-248.

¹⁷⁸ 详见孙斯坦《恐怖的规律》（前引书）181-199页。

制的程序制约，其中特别具有可操作性的是行政诉讼程序。根据现行规定，人民法院在审理行政诉讼案件时只能对具体行政行为的合法性进行审查，而不能追究那些具有一般约束力的抽象行政行为是否合法的问题。如果继续坚持这样的立场，对根据风险预防原则采取的行政规制举措的程序制约就将流于一句空话，也很难把风险沟通纳入法律议论的轨道。法律议论的最大特征是把例外和反驳的条件都编织到规范之中，使得所有观点和论据都经历“可撤销性（defeasibility）”的洗礼，从而找出更好的对策和理由，确保风险沟通真正进行替代方案的比较，并在辩论中充分尊重少数意见和反对意见，通过事先或事后的纠错机制达到有效防控决策风险的目的。

第六章 结论：健全分散和转换风险的制度条件

由于现代国家治理体系现代化的主要标志是功能分化，所以在考虑风险问题时，必须首先明确是对于那个功能系统的风险。雷洋事件业已证明，政治系统的风险是舆论影响社会稳定，使得限制风险的特定政策存在无法获得正当评价的风险；在这里损害概率的分析和计算具有重要意义。万科事件业已证明，经济系统根据支付和不支付的二元编码进行运作，因而这里的风险就是预期的支付无法实现的风险或者支付能力不能再生产的风险，是处理对策中的优先事项；鉴于企业治理结构的混乱，法律规则如何发挥简化复杂性的功能是个关键性问题。从整体上来看，风险社会的实质则是问责以及相应的沟通。在一定意义上也可以说，民主参与的实质是处理风险沟通问题的制度安排，或者说通过沟通来管理风险的制度安排。尤其是在风险成为日益抗议焦点的情况下，民主参与程序可以大幅度缓和抗议运动，减少问责的社会压力。因此，有关顶层设计的重点是政治系统的风险分散、风险转换以及风险吸收，并根据这样的基本思路改造权力结构，使之更加多元化和弹性化，同时发现各个部分适当衔接的方式以及根据实际情况进行关系重组的契机。

正因为民主参与程序是对风险与抗议运动的一种制度化回应，因此政治系统与法律系统的结构耦合非常必要并且具有现实可行性。通过合法与违法的二元化编码和规范思维的形式性要求，可以把决定者从问责的重负中适当解放出来并同时对自由裁量权加以制约，可以使风险沟通的复杂性大幅度简化，有助于就决策的妥当性和问责标准达成共识。换言之，政治问题法律化、法律问题程序化、程序问题技术化、技术问题论证化可以理解为在当今中国化解风险沟通难题的一种合理对策。关于民主参与的程序和法律议论的程序，各国有不同的实践经验值得深入考察和比较研究。从中国现实来看，通过听证会、普遍征求意见等形式推动立法过程民主化、专业化，通过行政诉讼程序加强对行政规制举措（包括抽象行政行为）以及裁量权的司法审查是今后制度发展的两个非常重要的方面，能够把风险沟通从情绪化的倾向性舆论转换为合理合法的论证性对话，把针对风险的抗议运动转换成制度发展的助力。

鉴于风险社会的预防原则助长行政规制的趋势，有必要加快行政程序法制定的进度。概而论之，为了通过对话和沟通来甄别和管控风险，行政程序的设计主要有三个重点，即（1）当事人和利害关系者有接收通知、获得信息以及要求听证的权利；（2）坚持正当过程原则，强调程序的公开、透明、对等以及充分议论；（3）公民应该获得机会适当参与行政决定以及事后提出异议或者寻求救济。在各种相关的制度安排上，的确应该对具体行政行为的程序与抽象行政行为的程序加以区别。例如在行政处分、调查、指导、强制执行等针对个别行政相对方或利害关系者的具体行政行为方面，应该特别强调做出不利处分之际的程序公正性，

而在行政计划和行政立法涉及普遍约束力的抽象行政行为方面，应该特别强调公民或居民的能动参与权，通过民主程序来决定公共事务。但是，即便承认这些区别，这两个方面还是应该一并纳入行政诉讼以及司法审查的范围之内经过法律议论的检验，不能有所偏废。

风险社会的概念是 1986 年提出来的，中华人民共和国行政程序法起草的动议也是那一年提出来的，至今正好三十周年。以此为契机，在我国公众风险意识空前增强的形势下，改变片面依赖强制性行政手段维稳的治理方式、尽早出台一部用公正程序原则制约行政决定权和裁量权的法律是合乎时宜的。本文特此建议立法机关根据十八届四中全会决定的精神和决策风险防控的客观需要，加快起草和审议的进程，及时制定一部符合国情和二十一世纪世界大势的行政程序法，适当侧重风险甄别、风险沟通、法律议论以及民主参与程序的相关条件整备，争取在 2020 年之前建成以行政处罚法、行政强制法、行政复议法、行政许可法、行政诉讼法、行政程序法为六根支柱的法治政府制度架构。

附录三：杨帆 法国宪法委员会的设计及其司法化

在全世界设有“违宪审查”（Constitutional Review）制度的国家，法国的经验有非常多的值得研究、学习和借鉴之处。与英美国家源远流长的“自由主义”传统相比，法国的政治发展更倾向于从威权体制渐进地向自由民主政体过渡的模式。自大革命开始，法国政治的发展基本上是螺旋式前进的，其过程也伴随着各种“激进”与“保守”的相互博弈与试错。在不同阶段，法国的政体构架都呈现了某种程度上“威权”与“自由”的融合。它的宪法监督体制正是这种交错与融合的制度设计成果。法国正式的违宪审查制度——“宪法咨议院”（Le Conseil Constitutionnel）¹⁷⁹——直到1958年的“第五共和国”宪法中才被提出，到了1971年才由“结社自由”判例最终完整确立其职能。但是其前身的发展却经历了一个漫长的过程，并且处在不断变化之中。

过去学术界对于法国违宪审查制度的研究主要集中于介绍“宪法咨议院”的组成、职能等方面，而较少注意到法国违宪审查制度的复杂形成历史，及其背后蕴含的“权力维稳”与“权利保障”两种价值目标的竞合与妥协。而在笔者看来，这正是法国违宪审查制度的独特所在——它既不同于对宪法权利进行独立的司法审查和保护的制度，也不同于政治性的维稳制度设计，而是介于二者之间的一种制度形式。对法国违宪审查制度的形成过程和功能特点的研究与审视，有助于我们思考如何在社会变革时代稳妥、渐进地推进宪政体制改革。

1 从旧制度到第三共和：在卢梭的阴影下

事实上，早在十八世纪中叶的波旁王朝时期，法国就有类似于“立法评估”制度的存在。根据历史学家弗拉索瓦·圣勃耐（François Saint-Bonnet）的研究，当时的很多法令在被赋予效力之前，都必须在一个近似宪法审查的机构接受检验，而后才能生效。¹⁸⁰大革命爆发前，法王路易十六为了与国民议会谈判，也曾试图建立一个可以“综合皇家权力与人民意愿”的宪法监督机构，但是最终没能实现。

181

在近代启蒙思想诞生地的法国，卢梭的民主政治理论一直都有着极大的影响。

¹⁷⁹ Le Conseil Constitutionnel 在既有的中文文献中通常被翻译为“宪法委员会”，但事实上在第五共和国之前，法国已经有了 le Comité constitutionnel 制度。如果将 Le Conseil Constitutionnel 翻译成“宪法委员会”，一方面无法与之前的制度有效区分，另一方面也无法体现其由“威权”设立，且最初设立目的主要是“维稳”这一功能特征。事实上，1958年戴高乐将军在设立制度时所参照的正是另外一项由拿破仑在1799年设立的“国家咨议会”（le Conseil d'Etat）制度。“国家咨议会”虽然在今天已经逐渐演化成法国的最高行政法院，但在设立的最初，它是一项为政府行政提供咨询与意见的制度设置。故此，本文将 Le Conseil Constitutionnel 翻译为“宪法咨议会”，而将其前身、第四共和国时期的 le Comité constitutionnel 制度翻译为“宪法委员会”。

¹⁸⁰ François Saint-Bonnet, *Avant le droit constitutionnel*, Droits, No. 32, 2000, p. 19.

¹⁸¹ Didier Maus, *Les origines : avant 1958, l'impossible contrôle de constitutionnalité, dans le conseil constitutionnel*, La documentaire Française, Paris, 2007. pp. 16-17.

他的“社会契约论”的核心观点是：法律只能来自社会的一般意志，即公意。“立法权是人民的最高意志的行使。这一权力是不能分立或代理的；从任何其他渊源试图创立普遍可行的规则都代表了对大众主权的一种篡夺，并且不可能产生法律。”¹⁸²法国大革命时期的很多宣言或宪法性文件都受到卢梭的影响，比如1789年《人权和公民权利宣言》第3条明确规定：“整个主权的本原主要是寄托于国民。任何团体、任何个人都不得行使主权所未明白授予的权力。”第6条规定：“法律是公共意志的表现。全国公民都有权亲身或经由其代表去参与法律的制定。”1791年宪法第3篇第1条规定：“主权是统一的、不可分的、不可剥夺的和不可转移的；主权属于国民；任何一部分人民或任何个人皆不得擅自行使之。”卢梭的这种不可分割的主权理论可以视为一种一元的民主主权理论，它把民众的意志以及代表公意的民主机构（比如议会，虽然卢梭更多时候提倡的是一种直接民主的形式）的意志奉为至高无上的权力源泉，其他一切权力都在其之下。在这种观念的影响下，其他权力，尤其是司法权，就很难对代表公意的议会的立法工作进行评估。这种传统也一直左右着法国近代宪法监督体制的发展。

法国大革命时期，革命领袖西耶斯（Sieyès）曾经明确提出了对法律的合宪性进行司法审查的主张。他认为违宪审查权可以由普通法院以行使司法权的方式进行，也就是说在法律实施过程中造成侵害后果后，由直接利害关系人向法院提出诉讼进而启动实施。¹⁸³显然，西耶斯的主张与卢梭的一元主权理论并不相容。他并没有得到响应，反而遭到了其他革命领袖的强烈反对。蒂博多（Thibaudeau）就曾尖锐地指出：“这一可怕的权力将在这个国家成为一切，并实现对于各种公权力的掌控，这样我们就给了他一个控制的王牌来更好地进行奴役”¹⁸⁴。蒂博多对西耶斯所提出的合宪性司法审查制度的反对形成了一种主流的情绪，并逐渐地成为法国的政治传统。¹⁸⁵

1799年，法国在拿破仑主持下设立了“护法元老院”（Sénat conservateur），该机构拥有撤销某一项违法宪法的法律的权力，其成员并不是由选举产生，而是由皇帝/总统直接任命的。“护法元老院”是世界上最早的制度化违宪审查形式。虽然在历史实践中，该机构还没来得及行使职权就被进一步的革命摧毁了，但是它的设立很好地体现了法国违宪审查制度的最初形态和特殊职能：由威权人物主导设立，代表传统保守的力量，相对独立于行政权，目的是与激进的民主机构（尤其是议会）相对抗、维护社会和统治秩序的稳定。这与美国式的宪法司法审查制度从一开始设立就以保障公民的宪法权利为目标形成了鲜明的对比。

1835年，法国著名政治学者托克维尔出版了《论美国的民主》一书，在书

¹⁸² 【英】M·J·C 维尔：《宪政与分权》，苏力译，三联书店出版社1997年版，第166页。

¹⁸³ 付子堂：“美国、法国和中国宪法监督模式之比较”，《法学》，2000年第5期，第15页。

¹⁸⁴ François Luchaire, *Le Conseil constitutionnel, Tome I – Organisation et attributions: Économica*, 1997, p.1. 参考李晓兵的译文，见：李晓兵：“法国宪政的产生与发展”，载《清华法治论衡》（第18辑）。

¹⁸⁵ 同上

中他大力推崇美国的宪法司法审查制度，认为美国联邦最高法院使得宪法变得可操作化，保障了宪法条文的实施。该书的观点首先在德国引起了广泛的反响。1849年，革命中的德意志各邦曾经酝酿起草了一份“法兰克福宪法”，该宪法草案纳入了这种联邦最高法院对宪法条文有司法审查权的制度，可惜没有获得施行。但是在当时的法国，受卢梭民主思想和大陆法传统的影响，由法院对宪法进行司法审查的设想并没有得到相应的响应。按照这种传统，宪法属于政治法，其实施和审查权理应由代表民意的机构来行使；而大陆法系的法官在法律体系中又处在从属地位，无法对于民主立法机关制定的宪法、法律进行根本性地审查和评价。这也决定了美国式的由司法机关承担违宪审查职能的制度一定程度上并不符合“法国国情”。

1852年1月，路易·波拿巴主政下的法兰西第二帝国又制定了一部新宪法。这部宪法也试图建立一个特殊的元老会来鉴别和剔除一些不适当的法律。依照规定，这些被鉴别和剔除的法律可能“与宪法抵触，或者触犯宗教、触犯道德、触犯信仰和个体自由、有损法律面前的公民平等性、有损财产的不可侵犯性，以及有损法官的终身任期制等等。”（法国1852年宪法第26条）很显然，这也是一种在立法主导的大陆法传统框架下、建立违宪审查制度的尝试。它甚至规定了公民也有向元老院提请审查的权利，这不得不说是一次难得的尝试。这种尝试也是由威权型的领导人主持构建，最终它还是在实践中没有起到什么作用。究其原因，根据宪法学者莫斯的研究，对于19世纪的法国主流“共和主义”意识形态来说，这种机构还是过于超前了。¹⁸⁶从大革命初期到19世纪70年代，法国主流的政治文化依然是坚持卢梭主义的一元民主与主权理论，他们无法接受一个非民主的或者是二元民主的机构来分享国家主权。所以，对于合宪性（*constitutionnalité*）的审查如果是由司法机构或者“第二立法机构”来实行，其正当性都会遭到普遍的质疑。

第三共和时期（1870 - 1940），虽然法国主流的政治形态依然是“议会主权”（*la souveraineté parlementaire*）的一元民主制，但是经过百年革命历程的洗礼，¹⁸⁷社会的革命激情逐渐沉淀，理性的政治反思也越来越多。再加上彼时正是西方资本主义的迅猛发展时期，各种形式的垄断和工人运动此起彼伏，社会矛盾尖锐。于是，关于如何保障宪法的条文得到切实履行的议题开始引起了讨论。这个过程也是渐进的，在19世纪末，即便是在著名的艾斯曼（*Adhémar Esmein*）《法国宪

¹⁸⁶ 参见 Didier Maus, *Les origines : avant 1958, l'impossible contrôle de constitutionnalité, dans le conseil constitutionnel*, La documentaire Française, Paris, 2007. pp 18.

¹⁸⁷ 依照以法国著名历史学家 François Furet 为代表的当代主流学术观点，18世纪的法国大革命并没有解决根本问题，此后近百年中，法国一直处于革命与复辟的轮回中，社会持续动荡，经济发展速度受到影响，工业化进程缓慢。直到1870年后，法国模式突然发生转折，由对抗转为妥协。此后没再发生大规模的革命，法国人开始用协商手段逐步建立起民主制度。也就是说，法国直到1870年代的第三共和时期才告别革命，建立起稳定的民主政治。是为“法国大革命百年”理论。参见 François Furet, *La Révolution française, en collaboration avec Denis Richet*, 2 volumes, 1965.

法与比较宪法学基础》一书中，违宪审查的问题也几乎没有涉及到。¹⁸⁸1902年，法国比较立法协会发起了一场运动，才首次提出在法国建立宪法司法审查制度的可能性。但是直到1934年，官方的表述中，议会主权还具有很强的不可分割性：“立法机关在制定法律时须仔细检查该法是否与宪法一致，能否解决那方面的问题……这意味着宪法解释应该由议会执行。这属于主权行使问题，故议会才是审查自己法律合宪与否的法官。因此法院不能解释宪法，至少他们不拥有事关立法机关的权力。”¹⁸⁹但与此同时，近代法国最重要的两位公法学家——奥里乌（Maurice Hauriou）与狄骥（Léon Duguit）——都对这一问题发表了不尽相同的看法。

奥里乌与狄骥都反对卢梭的一元主权理论，但是他们的表述却各有侧重。奥里乌指出：“根据国家宪法的规则，任何公共权力机构都不具备无限主权，使之在行使权力或履行职能时不受控制……不可控制的主权仅在于国家，且它完全不可委代。所有受到委代的主权皆可被控制。”¹⁹⁰奥里乌是法国国家咨议会（le Conseil d'Etat）制度的大力倡导者，这一机构的职能相当于法国最高的行政法院，负责认定一些具体或抽象的行政行为的合法性。据此，奥里乌认为：“认定一项法律具有非合宪性（*inconstitutionnalité*）与认定一项行政法规具有非法性（*illégalité*）本来就没有什么区别。”¹⁹¹所以他认为没有必要设立专门的机构对法律的合宪性进行审查，在他看来“由法国的法院对法律的合法性进行司法审查，这一点并不存在任何的法律障碍。”¹⁹²

与奥里乌不同，狄骥的学术生涯一直受到孔德和涂尔干的影响，他的宪法思想主要体现在他的“社会连带主义”法学观。狄骥认为人并不是孤立存在的，他只有跟的其他个体相连接才能组成一个有灵性的社会有机体；法律规则的依归既不能是个人的主观权利，也不是虚无缥缈的国家主权，而应当是独立于此二者的一种集体主义法权。他一方面批判博丹的主权观念，另一方面也对十八世纪以来的、以卢梭民主论为代表的人权概念进行了解构。在宪法监督方面，狄骥主张经过了一些转化。起初他是反对建立宪法司法审查制度的；而后他又主张建立一种既不同于民主机构、也独立于执政者权力体系的专门机构进行宪法监督；进而他也主张可以由司法机关对法律的合宪性进行审查。在1930年出版《宪法学精义》第三版的序言中狄骥说道：“在这本书的第一版中，经过犹豫，我最终拒绝了法院可以对法律的合宪性进行审查的主张。而今天我发现这是错误的。我想强调，如果今天一个国家的人民还不能对法律的合宪性进行司法审查，那么他们就不是真正地生活在一个法治的政体之中。”¹⁹³虽然狄骥的建议在第三共和时期都没有

¹⁸⁸ Adhemar Esmein, *Elements de Droit Constitutionnel Francais et Comparé*, pp. 503-923

¹⁸⁹ Raymond Carré de Malberg, *La loi expression de la volonté générale*, Sirey, 1934, p.132.

¹⁹⁰ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 266.

¹⁹¹ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 269.

¹⁹² M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 281.

¹⁹³ Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome III, E. de Boccard, 1930, p. 724.

获得实施，但是时至今日，狄骥的法学思想在法国的影响力都是巨大的。这也一定程度上体现了法国宪政制度设计的独特性上：法国的很多公法制度既不是个人权利本位的、也不是国家权力本位的，而是，如狄骥所建议和主张的，是独立于二者的社会本位的制度。本文所探讨的宪法司法审查制度某种程度上也可以说是这种观念的演进和体现。

2 从“宪法委员会”到“宪法咨议会”：第四共和与第五共和宪政体制的对冲

(1) 第四共和

经过两次世界大战，法国于 1946 年颁布实施了第四共和国宪法。此宪法确立了议会主导的内阁制宪政体制，总统几乎不掌握实权，议会在与政府的关系中处于优势地位。这部宪法设立了一个新的机构——宪法委员会（le comité constitutionnel）。第 91 条第 2 款规定，“宪法委员会的成员包括：国民议会议长，共和议会议长，共和国总统，由国民议会于每年会期之始以党派比例代表方法在议员以外的人士中选出 7 名成员，以及共和议会在同样条件下选出之 3 名成员。”（第 91 条第 2 款）这是法国宪政史上第一次明确设立的专门的宪法实施监督机构。

尽管设立了这样一个机构，但是第四共和国的宪法也为它的运作设置了非常多的苛刻条件，并且有明显的“维护议会权力”的导向性。首先，只有国民议会的议长和总统在达成意见一致的情况下，才能向宪法委员会提出审查请求，其他任何机构和个人都没有权力提出。议长要参与这项提议还必须得到绝大多数议员的同意。（92 条第 1 款）其次，宪法委员在履行审查职能的时候，首先是要尽量协调议会两院的立场，如果两院立场一致则审查不再进行；在协调失败的情况下，宪法委员会再单独做出决定。第三，宪法委员会进行审查的依据只能是宪法正文并不包括宪法序言（92 条第 3 款）。而详细规定了公民基本权利的 1789 年人权宣言等内容正是存在于这部宪法的序言中的。也就是说第四共和国的宪法委员会制度并没有主动监督和保障实施宪法公民权的法源。最后，也几乎是最重要的一点，当宪法委员会审查认为一项议会制定的法律违反宪法的时候，它并没有权力直接宣布其无效，而是要将其退回议会进行重新讨论。如果议会坚持其初始立场，按照宪法 93 条的规定，则要延期至宪法相应的条款进行修改之后再行公布。这就意味着，在这套宪政监督体制下，一部议会制定的法律如果违宪，最终的结果甚至可能是宪法要做出相应的修改，这与监督和保障宪法实施的理想显然背道而驰。

从相关的各种规定可以看出，第四共和国的宪法委员会制度的立法目的显然不是对于违宪行为（尤其是其中的议会立法行为）进行纠正，而只是对处于核心

的议会制度进行了补充，甚至可以说它只是议会宪政体制的“一个点缀”。¹⁹⁴实践中，宪法委员会在其 12 年的生命中，仅仅启动了一次审查程序，而这次审查最终还以议会两院意见达成一致而宣告结束。所以难怪有学者评论道：“宪法委员会与其说是违宪立法审查机关，不如说是议会两院的调解机关和宪法修改的准备机关。”¹⁹⁵

在法国第四共和的议会宪政体制下，有效的违宪审查机制依然是难以建立的。经过两次世界大战，当时的法国社会依然弥漫一种激进主义的民族情绪，人们依然相信“民主”的价值位阶要高于其他的事物，包括“法治”。代表民主的议会的权力是其他权力的来源，也可以凌驾于其他权力之上。但是这样的议会体制并没有给法国社会带来稳定与有序。战后的第四共和国是法国近代历史上最动荡的时期之一，各种政党、团体不断地进行着权力斗争与分化组合，内阁走马灯式的更换，内政外交也陷入交困。稳定的宪政秩序很难持续，作为重要宪政机制的宪法委员会就更难发挥作用；同时反过来，因为宪法委员会的作用无法彰显，法国第四共和国的政治秩序就会变得更加混乱。于是，在其之后的第五共和国宪法就希望着力解决这个问题，以期实现稳定的政治社会秩序。

（2）第五共和

1958 年，当法国因阿尔及利亚战争陷入内外交困之时，戴高乐将军重新上台执政，并被授权拟定一部新的宪法交付全民公投。作为法国政治中威权主义的代表人物，戴高乐认为只有加强总统的权力并限制此前权力极大的议会，才能终结法国不稳定的政局，重新树立大国地位。所以他也拟定在法国的第五共和国宪政体制中设立一个专门的“宪法咨议会”。但是与此前宪法委员会的设立目的正好相反，宪法咨议会在设立最初主要是为了方便总统权力对议会的权力进行制约和掌控。用宪法起草的重要参与者德布雷（Michel Debré）的说法就是：宪法咨议会的职能是“防止议会制度出现差错”。¹⁹⁶戴高乐要接由这一机制把宪政问题的解释权、审查权从议会手中逐渐转移至总统的权力范围，实现“强人”治理下的“威权平衡”。这个制度的设计也参考了在法国运行了百余年的国家咨议会制度（le Conseil d'Etat）。在没有完全承担和履行法国的最高行政法院职能之前，国家咨议会最初由权力者（拿破仑）设立的目的正是为了给其施政提供咨询和帮助，并规范行政行为的行使。

第五共和国的宪法把宪法咨议会的规定放置在第六章，在“总统”、“政府”、“议会”之后，但在“司法机关”之前。这一方面显示了其重要性，另一方面也

¹⁹⁴ 胡锦涛：《论法国宪法监督体制》，宪政论丛第 1 卷，法律出版社 1998 年版第 247-248 页。

¹⁹⁵ 芦布信喜《讲座·宪法诉讼》，第一卷，155 页，有斐阁，1987。转引自李晓兵：“法国宪政的产生与发展”，载《清华法治论衡》（第 18 辑）。

¹⁹⁶ Michel Debré, Speech before the General Assembly of the Conseil d'Etat, August 27, 1958, reprinted in III Documents pour servir à l'Histoire de l'Elaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, Paris: 1991, p. 260.

凸显其为独立的权力机构。根据 1958 年宪法的规定，宪法咨议会由任命制委员和法定委员组成。任命制委员 9 名，总统、国民议会议长和参议院议长分别任命 3 名，任期 9 年，不得连任，并且每三年改选三分之一。法定委员指的是共和国历届卸任的总统为当然终身制委员。在实践中，迄今为止只有第四共和国的最后两任总统在宪法咨议会的创立初期（1959-1962）曾经行使了委员的职权。由于戴高乐本人在卸任后并没有参与宪法咨议会的运作，其后所有的卸任第五共和国总统也都没有履行法定委员的职权，所以今天法定委员已经演变成一种荣誉性的安排了。

1958 年宪法第 61 条第 2 款规定，为了保证议会制定法律的合宪性，在法律未公布前，共和国总统、总理、国民议会议长、参议院议长，都有权提请宪法咨议会进行合宪性审查，即“事前审查”原则。宪法咨议会拥有对各种社会组织法、议会法律或者规章的合宪性审查权。并且，这种审查是终局性的，立即发生法律效力且不能上诉，它的决定对于所有行政机关、司法机关都具有强制执行力。

除了对提交的法案进行合宪性审查意外，相比较而言，宪法咨议会的主动职权也得到了很大的扩充。首先，当议会颁布的法律和政府的条例发生冲突时，宪法咨议会可以主动扮演仲裁者的角色。也就是说宪法咨议会有权认定哪些是议会的职权、哪些是政府的职权。其次，宪法咨议会还可以在议会程序中保证政府的特权，“保证议会不会僭越到已经排他性地分配给行政条例的保留领域”。¹⁹⁷比如，宪法第 40 条禁止议员提出包含增加政府开支或者削弱税收的措施，第 48 条给予政府在议会程序中的优先提案权等。为了保证这些宪法中的政府特权，议会相关的议事程序在付诸实施之前必须由宪法咨议进行主动的强制审查。¹⁹⁸这种对法律的合宪性进行事前审查的制度，与美国为代表的事后审查程序又有非常大的不同。

从以上这些制度设计都可以看出，第五共和国的宪法咨议会制度的设立目的与此前的制度有着根本的不同。它的主要服务对象是总统的权力，以及总统所控制的行政权，是“一门对准议会的大炮”。但依据第五共和国的宪政传统，法国习惯上采取的是半总统制。当议会多数党与总统分属不同党派时，总统习惯上会任命议会多数党的领袖担任总理。这在客观上又形成了一定的总统权与议会立法权的分立。这其中，宪法咨议会的角色就变得微妙了起来。再加上在实践中，宪法咨议会的运作通常能保证一定的独立性，¹⁹⁹这就决定了它可以通过一些偶然性的事件在法国宪政史上扮演重要的角色，而并不仅仅局限于它最初设立时所设定的目标。我们可以在其后的发展中明显地看到这种变化。

¹⁹⁷ 李晓兵：《法国第五共和国宪法与宪法委员会》，知识产权出版社 2009 年版，第 82 页。

¹⁹⁸ 吴天昊：“法国违宪审查制度的特殊经验及其启示”，《法国研究》2007 年第一期。

¹⁹⁹ 吴天昊：“法国宪法委员会独立性的制度保障”，《人大研究》2007 年第一期。

3 从 1970 年代改革到 2008 年修宪：宪法咨议会职能的再转变

1960 年代末期以后，戴高乐的威权主义逐渐在法国政治生活中式微，其后的总统虽然依然秉持着其所开创的第五共和国宪政体制，但却无人再能重塑戴高乐的“强人政治”格局。与此同时，法国社会的公民权利意识再度觉醒，各种社会运动也是此起彼伏。在这种大背景下，第五共和的宪法审查体制也逐渐相应地发生了变化。

1971 年的“结社自由”判例标志着法国宪法咨议会的职能的重大转变。该年，参议院议长依职权提交给宪法咨议会一部法律进行合宪性审查，该法规定注册任何社会团体都需要行政机关的批准。宪法咨议会经审查后认定这项法律违宪，因为它破坏了 1901 年的“结社契约法”所确立的结社自由原则，而这是“共和国法律认可的根本性原则”并体现在了宪法序言里。在这个判决中，宪法咨议会强调，1958 年宪法的序言也是判决的重要依据，而该序言本身又承认了 1789 年的《人权与公民权利宣言》和 1946 年宪法序言的宪法效力。这就意味着，宪法咨议会通过此判决获得了对于宪法所规定的公民基本权利的认定权、审查权和保护权。这次判决无疑在法国的宪政史上具有里程碑式的意义，被称为法国版的“马布里诉麦迪逊案”，也有学者把它形容为是法国宪法咨议会制度的“第二次出生”，²⁰⁰或者“实现了真正政治革命的伟大裁决”²⁰¹。

1974 年，为了适应施政民主化的潮流，在时任总统德斯坦的推动下，法国又进行了一次修宪，进一步扩大了向宪法咨议会提出合宪性审查的主体范围。此次修宪规定，除先前的总统、总理及两院议长以外，60 名国民议会议员或者 60 名参议员也可以向宪法咨议会提出审查某项法律的合宪性问题。这次修宪使得议会中的少数派政党也可以利用宪法审查这一手段对政府进行监督，一定程度上扩大了议会的权力。此后，宪法咨议会的“合宪性”审查次数逐渐增多，在法国政治生活中扮演的作用也逐渐增大。²⁰²但是值得注意的是，虽然经过了这次修宪，公民主体依然无法直接向宪法咨议会提出具体的合宪性审查。审查的提请主体依然有很多限制，审查的方式和内容依然主要是抽象的事前审查，这些方面还都是与美国式的“自由主义”宪法司法审查模式的根本不同，也体现了法国宪政体制改革循序渐进的特点。

1970 年代的两次改革，使得法国的宪法咨议会发生了微妙的职能转变，从过去维护总统和政府的权威、限制国会，逐渐带有了保障公民基本权利和限制政府的特点。这次改革之后，宪法咨议会制度维持了 40 多年的平稳期，其间相关违宪审查判例逐渐增多，其运作也逐渐规范化、独立化。1990 年，为了进一步

²⁰⁰ Pierre Avril et Jean Gicquel, *Le Conseil constitutionnel*, 5e édition, Montchrestien, 2005, p. 36.

²⁰¹ Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris: Montchrestien, 2006, p. 67.

²⁰² 参见徐秀义、韩大元主编：《现代宪法学基本原理》，中国公安大学出版社 2001 年版，第 379-384 页。

扩大宪法咨议会保护公民基本权利的职能，代表左翼社会党执政的密特朗总统曾经向议会提案建立事后审查的宪法监督程序。但最终由于保守派的反对，该提案没有在议会两院达成一致意见。

2007，代表中右翼阵线的萨科齐当选法国总统。为了完成他在竞选中的承诺，也为了顺应社会各界对宪政体制更加民主化改革的呼声，萨科齐决定启动宪政改革，其中重要的一条就是要让宪法监督职能进一步地与公民基本权利对接。2008年7月，议会两院通过了一项新的宪法性法律，该法第29条规定：“当一项案件正在审理的过程中，如果发现相关法律规定与宪法保障的权利与自由相抵触，宪法咨议会可以接受国家咨议会或者法院就该问题提出的申请，并在一定期限内作出裁决。”

这次改革在法国宪政史上也具有非凡的意义。首先，它使得宪法监督不再拘泥于之前的事前抽象审查的形式，在法律生效实施后如果遇到具体的问题也可以重新回到宪法咨议会进行审查。其次，公民主体或社会组织也获得了间接的提请违宪审查的权利。这种提出的方式就是通过普通法院的诉讼或者行政法院的行政诉讼，普通法院或者行政法院可以根据公民的请求决定是否将违宪审查的问题交给宪法咨议会。最后，虽然法国的司法机关没有像美国的法院那样获得宪法基本权利捍卫者的地位，但是经由这一程序，它们也获得了提请和参与违宪审查的机会。因此，有学者也形容此次改革为法国宪政史上一次“真正的革命”。²⁰³

综上所述可以看出，即便是在第五共和国的内部，其宪政体制改革也是循序渐进地进行的。宪法咨议会设立于戴高乐的威权主义环境之中，最初的目的是为了维护总统及行政权，经过几次重要判决或修宪，逐渐向保护宪法基本权利的方向上迈进。当然，最终其职能依然是综合性的。对于宪法咨议会未来可能的发展法向，各方观点也存在着许多争论。总的来说法国学界的观点相对比较激进，比如，主张继续向更好的保障公民权方向迈进，实现权利受益人（*bénéficiaire*）与权利请求人（*titulaire*）的真正统一，甚至主张建立真正纯粹的宪法法院，或者将宪法司法审查职能完全转交给普通法院，实现法官直接选举产生，等等。²⁰⁴但是政界的观点则相对保守。无论如何，正是这种激进与保守的不断拉锯，以及它们之间有效的沟通与融合，决定了法国宪法监督体制的综合性特征和发展方向。

4 法国宪法监督体制的启示

如果说法国是现代宪政体制的发源地，可能也不甚为过。大革命和《人权宣

²⁰³ Gerome Courtois, < Le Parlement à qui perd gagne >, Le Monde, 21 Mai 2008.

²⁰⁴ 参见：Jean Gicquel, < Conseil constitutionnel : quelle réforme possible ? >, Cahier français N. 332. (2e trimestre 2006) p. 64-68.; 又见：王法学：“从‘宪法委员会’到‘宪法法院’——法国合宪性先决程序改革评述”，《浙江社会科学》，2010年第8期；及 Richard Ghevoantian, < Le Conseil constitutionnel juge électoral >, le Conseil constitutionnel, La documentaire Française, Paris, 2007, p. 113-126.

言》的光辉曾经照耀和引领了全世界各国的人民去追寻权利与自由。法国也是世界上最早制定成文宪法的国家之一。宪政体制在法国的发展已经有数百年之久，但是法国直到最近几十年才确立了相对稳定的宪法监督审查机制。这也一定程度上说明了这一过程的复杂与漫长，它不可能是一蹴而就的。与美国是由清教徒建立的国家，并且先贤们制定好了相对完备的宪法制度不同，法国的历史与意识形态渊源更为复杂。所以在很多的人理解中，近代历史上一共有两个法国——激进的和保守的。在大革命时期的法国国民议会，代表激进的一派议员习惯于坐在议场的左侧，而保守的一派则习惯坐在右侧。于是，左和右的区分与博弈变成了世界标准，也一直标识了法国近代政治发展的主轴。并且，与美国社会普遍存在的自由主义个人本位不同，法国社会的意识形态更加多元，而且地处欧洲大陆的法国也更容易受到各种思潮的冲击。前文所讲的卢梭的一元民主理论虽然一直在近代法国处于主导地位，但是西耶斯、托克维尔、奥里乌与狄骥的宪政理论都可以视作是对卢梭思想的反思与批判。所以在法国的政治意识形态环境下，想要寻找一种公认的思想，作为制度设计的本位（比如公民权利本位或者国家主权本为），通常也只能是暂时的。在法国，主流的历史观可能是“螺旋史观”，甚至有点“循环史观”的色彩，而不同于英美自由主义传统下的“线性史观”。²⁰⁵正是在这样的环境中，法国的宪法监督体制不断演进和发展着。本文也试图用较短的篇幅来展现这种螺旋式发展的特点。

一般认为，今天法国的宪法咨议会既是政治机关同时也是司法机关，具有双重职能和性质。²⁰⁶它“兼有司法、监督、咨询等多重职能，它具有不同于其他西方国家宪法法院的特点。”²⁰⁷宪法咨议会今天在法国的最主要工作，与其说是保障某一种权力（利）的实施，或是偏袒某一种权力（力），倒不如说是综合性的，是为了平衡各方的权力（利）。这点一方面可以从今天违宪审查程序提请主体的多元化上看起来——既有总统、总理、两院议长，还有代表民主权力的部分议员，甚至公民、社会组织、普通法院和行政法院也可以通过间接的方式提出审议；另一方面，从近些年来宪法咨议会处理案件的多元化上也能看出。²⁰⁸所以，我们可以说，法国今天的宪法监督体制并不是为某一种单一的权力（利）或者单一的意识形态服务的，它是法国复杂的历史演进和意识形态构成的综合性产物。

在欧洲民间，一直有一个通俗的说法：“法国是欧洲的中国”。这不仅指两国人民在国民心理素质方面有近似的地方，同时暗含了两国在政治历史发展轨迹上的相似性。²⁰⁹中国同样是具有悠久的历史传统和非常多的文化资源的国家，甚至

²⁰⁵ Furet 教授的“大革命百年”观点就是“螺旋史观”的典型代表。

²⁰⁶ 薛小建主编：《外国宪法》，北京大学出版社 2007 年版，

²⁰⁷ 韩大元主编：《外国宪法》（第二版），中国人民大学出版社 2005 年版，第 86 页。

²⁰⁸ 参见：< Quelques décisions au fil des ans... >, le Conseil constitutionnel, La documentation Française, Paris, 2007, p. 166-168.

²⁰⁹ 关于中法两国在政治发展史（尤其是宪政史）上的结构相似性，详细论述可以参见法国巴黎第二大学龚克博士的博士论文：

可能今日中国的复杂性远超任何一个国家。近代以来，中国的政治发展同样经历了各种曲折与反复，方向与主义的意识形态争论也始终伴随。在这样复杂的历史与现实条件下，建立一种适当的宪法监督机制一方面显得尤为必要，另一方面也须非常谨慎。其必要性表现为，有效的宪政法治秩序的建立，有助于社会在稳定中寻求变革。即便一项制度的设立有一定的权力倾向性，但是法治价值的确立本身就为人们寻求变革提供了基础和框架。如此一来，正如法学家季卫东教授所主张的，通过法治而实现民主的中国道路将会走的更加平稳而有效。²¹⁰建立这项制度的审慎性表现在，正如法国的宪政经验所呈现的，在任何一个复杂而多元的大国建立一项根本的政治制度，都需要照顾到各方面的权力（利）和利益。任何一种激进的改革措施都有可能因为不同权力主体的反对而功亏一篑，甚至走向反面，激化的社会矛盾甚至会成为灾难的起点。借鉴法国宪法监督体制的历史经验，我们认为，首先要建立起一套宪法实施监督制度，让改革在稳定中有法可依、有路可走；其次要平衡各方利益，并不以任何一方的权力（利）诉求为依归，以多元化的方式做到“权力维稳”与“权利保障”之间的平衡；最后，要有渐进式改革的勇气，切忌有一次性解决的野心，在规则框架内寻求有效的纠错机制，才能让宪法监督机制长效发展下去。

²¹⁰ 参见季卫东：“中国：通过法治迈向民主”，《战略与管理》1998年第4期。

附录三：彭辉²¹¹ 领导干部宪法意识的定量评价：理论、结构与实证研究——来自上海市 805 个调查样本的经验数据

摘要：我国现行宪法颁布实施已经 30 周年，在此期间，我国的依法治国建设取得了显著进步，相关学术研究成果不断涌现，但对于领导干部宪法意识长期以来缺乏较为准确的实证分析。本文调查了上海市处级以上领导干部宪法意识的内在结构属性，构建了四个计量模型，分析了领导干部宪法意识的影响因子，应用了描述性统计方法进行微观实证分析，提炼了上海市领导干部宪法意识的结构层次特点，并在此基础之上，提出了相对应的政策建议。

关键词：领导干部；宪法意识；定量评价；上海市

1 问题的提出

领导干部宪法意识是社会意识的一种具体表现形式，是指领导干部关于宪法的思维、观念（点）和知识，对宪法的态度、评判和预期，以及由文化传统积淀而成的宪法心理等的统称。它包括领导干部对于宪法知识和基本原理的掌握程度，对宪法功能的认识，对宪法实施的评价，对于基本权利保护和行使状况的感受等等，是领导干部对宪法精神与基本内容的理解、认同与情感，它是法律意识的基础和核心。从这个角度而言，整个国家的法治状况不仅仅依赖于领导干部是否具有一般的法律意识，更重要的是依赖于领导干部是否具有有一定的宪法意识。作为社会建设的领导者，领导干部宪法意识是建设法治国家的思想条件，是推动国家法治进程的必要动力，也是国家人权保障的重要精神力量，并在很大程度上将影响我国今后的发展进程，亦对改善整个社会的法治氛围，贯彻法治理念至关重要。

我国经济、社会和政治进程自 1982 年宪法颁行以来取得了长足的发展，我国的民主政治、法治事业和宪政建设也日臻完善。与此相伴，宪法学理论的研究同样取得了巨大的进步，然而对于宪法意识的研究似乎显得比较薄弱，在理论层面上，无论是宪法学教材，还是学术论文对此都鲜有涉及，包括最新的宪法学教材和新近的理论成果，即使偶然专门论述宪法意识者也略显教条，缺乏科学性与系统性。在实证层面上，关于宪法意识问题的定量分析，寥寥无几。在仅有的几篇文献中，学界主要对不同主体的宪法意识进行了实证分析：①对普通公民的宪法意识领域。韩大元、王德志²¹²调查和分析了北京、山东、江苏、海南、内蒙古、山西 534 位公民的宪法意识；王圭宇²¹³调查和分析了河南 445 位公民的宪法意识；

²¹¹ 作者简介：彭辉，上海交通大学凯原法学院博士后，上海社科院法学所副研究员。

²¹² 韩大元、王德志.中国公民宪法意识调查报告[J].政法论坛,2002,20(6):106-119.

²¹³ 王圭宇.转型时期中国公民宪政意识的实证研究[J].山东大学法律评论（第七辑），2010(00):1-20.

张晓琴²¹⁴调查和分析了宁夏各市区 516 位公民的宪法意识水平。②对专业人群的宪法意识领域。邓世豹^{215, 216}运用问卷调查的方法,调查分析了 111 位法官和 107 位检察官的宪法意识,研究法官和检察官宪法意识的特点;刘丹²¹⁷对湖南省 230 位领导干部的宪法意识进行了问卷调查;李红丽、乔芬²¹⁸调查分析了山西省 426 位农民的宪法意识水平。

尽管上述研究成果对宪法意识水平进行了较为深入和细致的调研,为定量分析宪法意识提供一些信息材料,其所提出的改进建议也具有一定的客观依据。但通过细致分析,其有三点局限:①由于相关数据采集的时间略显陈旧,如韩大元(2002 年)、刘丹(2003 年)、王圭宇(2005 年)、邓世豹(2009 年),这些调查无法体现宪法意识在最近几年的发展趋势;②学界目前将关注的重点主要聚焦于普通公民,对于宪法实施的推动者、示范者、引领者的领导干部这类群体的宪法意识调查极其缺失(在仅有的调查文献中仅有刘丹进行了这类调研,但其所称的领导干部的范围与本文不同,其将科级及一般干部也纳入了领导干部的范围),这也导致现有研究结论的解释力和可信度有所降低;③研究方法和手段较为单一,主要运用了百分比方式进行简单的统计分析,由于宪法意识内部结构的多层次性,亟待运用更为复杂和运算能力更强的统计软件进行全面而细致的量化评价。这些不足影响了该领域学术研究有深度、多层次地渐次展开。本文在现有研究的基础之上展开进一步分析。

基于上述原因,为了客观地把握上海市领导干部的宪法意识水平,了解上海市领导干部对于宪法问题的认知和评判,以便为今后上海的依法治市、法治宣传等工作提供第一手资料,我们开展了以上海市处级以上领导干部为对象的问卷调查。通过问卷调查,不仅为我们定量分析领导干部的宪法意识提供了第一手的实证材料,而且也为准确评估上海市法治建设的真实状况提供了客观依据。在此基础上,我们首先建立了四个计量模型,分析领导干部宪法意识的内部组成结构,其次应用描述性统计分析方法进一步进行实证分析,最后,在此基础上提出一些对策与建议,以期提升领导干部宪法意识提供有价值的参考。

2 数据来源与分布特征

本次调查问卷的初稿为 30 个问题,首先进行了预测试,在小范围进行了调查,通过删减修改最终确定为 24 个问题。用最终确定的正式问卷对上海市领导的宪法意识进行了大样本调查,全部通过填写纸质版方式的调查问卷来进行共获取有效样本 805 个。调查覆盖上海主要城区,尤其是浦东新区全部街道、乡镇的

²¹⁴ 张晓琴. 宁夏公民宪法意识调查研究[J]. 宁夏社会科学, 2009(2):33-35.

²¹⁵ 邓世豹. 当代中国法官的宪法意识实证分析[J]. 暨南学报, 2011(1):46-51.

²¹⁶ 邓世豹. 当代中国检察官宪法意识的实证分析[J]. 岭南学刊, 2010(4):71-76.

²¹⁷ 刘丹. 领导干部宪法意识问卷调查与实证分析[J]. 国家行政学院学报, 2004(5):66-69.

²¹⁸ 李红丽, 乔芬. 山西省农民宪法契约意识研究[J]. 安徽农业科学, 2011.39(7):4315-4316, 4319.

领导干部全部涉及。本研究运用 SPSS 统计软件对模型中各个要素进行描述性分析，样本分布特征参见表 3.1。

分析样本统计结果如下：(1) 性别分布，男性占 71.7%，女性占 28.3%；(2) 年龄分布，样本呈现一种以 40-49 周岁为中心的正态分布，29 周岁及以下占 0.4%，30-39 周岁占 17.5%，40-49 周岁占 46.1%，50 周岁以上 36%；(3) 最高学历分布，样本明显呈现一种以大学本科为中心的正态分布，大学专科及以下占 9.9%、大学本科占 68.8%、硕士研究生占 18.8%、博士研究生占 2.5%；(4) 法学学历教育分布，有法学学历教育占 48.2%、没有经过法学学历教育占 51.8%；(5) 政治面貌分布，中共党员占 96.5%、民主党派及无党派人士占 1.7%，群众占 1.7%；(6) 行政级别分布，副处占 72.8%、正处占 25%、副局占 1.6%、正局占 0.6%；(7) 所在部门分布，样本呈现一种以政府为中心的正态分布，人大占 7.2%、政府占 50.2%、政协占 0.1%、司法机关占 24.5%、党务系统占 12.8%、其他部门占 5.3%；(8) 部门层级分布，街道、乡镇占 49.3%、区县级占 19.1%、市级占 31.7%。

表 3.1 调查问卷的分别特征表

(1) 性别	频率	百分比	民主党派及无党派人士	14	1.7
男	577	71.7	群众	14	1.7
女	228	28.3	(6) 行政级别	频率	百分比
(2) 年龄	频率	百分比	副处	586	72.8
29周岁及以下	3	0.4	正处	201	25
30-39周岁	141	17.5	副局	13	1.6
40-49周岁	371	46.1	正局	5	0.6
50周岁以上	290	36	(7) 所在部门	频率	百分比
(3) 最高学历	频率	百分比	人大	58	7.2
大学专科及以下	80	9.9	政府	404	50.2
大学本科	554	68.8	政协	1	0.1
硕士研究生	151	18.8	司法机关	197	24.5
博士研究生	20	2.5	党务系统	103	12.8
(4) 法学学历教育	频率	百分比	其他部门	43	5.3
是	388	48.2	(8) 部门层级	频率	百分比
否	417	51.8	街道、乡镇	396	49.2
(5) 政治面貌	频率	百分比	区县级	154	19.1
中共党员	777	96.5	市级	255	31.7

3 计量模型和回归结果分析

3.1 变量设置及其赋值说明

表 3.2 变量设置及其赋值

变量类型	变量名	变量赋值						
		5分	4分	3分	2分	1分	0分	
被解释变量	宪法意识总体评价	非常满意	比较满意	一般	不太满意	非常不满意		
解释变量	宪法认知	宪法熟悉程度	非常熟悉	比较熟悉	一般了解	不太熟悉	很不熟悉	—
		宪法宣传活动	非常了解	比较了解	一般了解	不了解	很不了解	—
		宪法与工作密切程度	十分密切	比较密切	一般	不太密切	完全无关	—
	宪法知识	根本政治制度	人民代表大会制	—	—	—	—	其他选项
		选举制度	18周岁	—	—	—	—	其他选项
		基层组织性质	基层群众自治组织	—	—	—	—	其他选项
		国家机关范围	全国政协	—	—	—	—	其他选项
	宪法评价	公民权利	人身自由	—	—	—	—	其他选项
		宪法功能	规范和约束政府权力, 保护公民权利	党的方针政策法律化、制度化	现代国家象征	国家管理法律工具	不清楚	—
		外国经验	人类共同财富, 值得学习借鉴	中国有特殊国情, 外国经验未必适用	具有普世价值, 完全适用	具有阶级性, 不适用我国	说不清	—
	权利意识	公民与国家关系	很不赞同	不太赞同	一般	比较赞同	非常赞同	—
		权利来源	权利由宪法确认, 但不限于此	权利由宪法赋予	权利由国家赋予	天赋人权	说不清	—
		权利平等	完全同意	基本同意	中立	有点反对	强烈反对	—
		人权意识	强烈反对	有点反对	中立	基本同意	完全同意	—
	权力观念	对上访者态度	强烈反对	有点反对	中立	基本同意	完全同意	—
权力来源		人民	人代会	上级政府	党组织	不清楚	—	
群体性事件原因		基层干部存在问题	利益分化客观环境	不法分子煽动	敌对势力破坏	群众缺乏法制意识	—	
财产公开		完全赞同	基本赞同	中立	有点反对	强烈反对	—	
宪法期待	官员问责	很不合理	不太合理	一般	比较合理	非常合理	—	
	宪法宣传形式	很有必要	较有必要	中立	没必要	完全没必要	—	
宪法信念	宪法实施	领导干部带头	完善法律体系	落实、扩大公民权利	设立违宪审查机构	其他	—	
	法治信心	非常有信心	比较有信心	一般	不太有信心	没有信心	—	
	守宪信念	完全不认同	不太认同	一般	比较认同	非常认同	—	
控制变量	法治信念	明确反对, 拒绝执行	提出异议, 暂不执行	执行但保留意见	消极应付	坚决执行	—	
	性别	—	—	—	女	男	—	
	年龄	—	50周岁以上	40-49周岁	30-39周岁	29周岁以下	—	
	最高学历	—	博士	硕士	大学本科	专科及以	—	

						下	
	法学学历教育	—	—	—	否	是	—
	政治面貌	—	—	群众	民主党派及无党派人士	中共党员	—
	行政级别	—	正局	副局长	正处	副处	—
	部门层级	—	其他	街道、乡镇	区县级	市级	—
	所在部门	人大为 1；政府为 2；政协为 3；司法机关为 4；党务系统为 5；其他部门 6					

2. 回归结果分析

在模型 1 中，将宪法认知、宪法知识、宪法评价、权利意识、权力观念、宪法期待和宪法信念等全部 7 个维度的解释变量纳入模型，模型 2 将模型 1 中没有通过显著性检验的变量予以剔除，在模型 3 中，加入了控制变量，包括受访者的性别、年龄、学历、政治面貌、级别、所在部门、部门层级。在模型 4 中，将模型 3 中没有通过显著性检验的变量予以剔除，从而得出对应的优化模型。具体回归结果见表 3。模型 1 至模型 4 都比较好的通过了异方差、方程显著性等基本计量经济学检验。进一步分析表 3，可以得出如下基本结论：

(1) 在四个模型中，“根本政治制度”、“宪法功能”、“权利来源”、“权力来源”和“法治信心”均明显通过了显著性检验。这说明，受访者对根本政治制度、宪法功能、权利来源、权力来源和法治信心的认识是目前影响上海市领导干部宪法意识的重要因素，对根本政治制度、宪法功能、权利来源、权力来源和法治信心的了解将会对提高上海市领导干部宪法意识起到非常积极的促进作用。

(2) “宪法宣传活动”在模型 1 和模型 2 中，“宪法宣传形式”在模型 2 中均通过了显著性检验，但加入受访者个性特征变量后的模型 3 和模型 4 中均未通过显著性检验。这表明，宪法认知和宪法期待目前是影响领导干部宪法意识的重要因素，但对于不同类型的宪法认知和宪法期待中，受访者的关注程度并不一样。例如，对于宪法宣传形式、宪法宣传活动并不能增加领导干部宪法意识水平；而宪法熟悉程度对于提高领导干部宪法意识水平影响十分显著。

(3) 在加入控制变量的模型 3 和模型 4 中，“宪法熟悉程度”对上海市领导干部宪法意识水平有显著影响，宪法熟悉程度越高，领导干部宪法意识也越高。“宪法实施”对上海市领导干部宪法意识水平有显著影响，宪法实施越有效，领导干部宪法意识也将随之越高。这表明，普及宪法工作和加强宪法实施是目前提高领导干部宪法意识水平的重要目标之一。

(4) 在四个模型中，“宪法与工作密切程度”、“选举制度”、“基层组织性质”、

“国家机关范围”、“公民权利”、“外国经验”、“公民与国家关系”、“权利平等”、“人权意识”、“对上访者态度”、“群体性事件原因”、“财产公开”和“官员问责”均没有通过显著性检验。这充分说明，尽管宪法作为国家最基本、最重要的法律，已实施和宣传了这么多年，但我们的领导干部对它仍然知之不多，领导干部宪法意识有待进一步提高。

(5) 从个性特征来看，“最高学历”、“法学学历教育”、“部门层级”三个变量均显著。这表明个性特征是影响上海市领导干部宪法意识水平的重要因素。具体来看，没有经过法学学历教育、学历越低、部门层级越低领导干部的宪法意识自评价水平越高。“性别”、“年龄”、“政治面貌”、“行政级别”、“所在部门”五个变量均不显著。这表明来自不同行政级别和工作部门的不同性别、年龄、政治面貌领导干部的宪法意识没有显著差异，表现较一致性的统计学特征。

表 3.3 计量模型的回归结果

指标	模型 1	模型 2	模型 3	模型 4	指标	模型 1	模型 2	模型 3	模型 4	
宪法认知	宪法熟悉程度	0.027 (0.176)		0.181 (1.151)	0.293** (2.155)	群体性事件原因	-0.070 (-0.734)		-0.054 (-0.564)	
	宪法宣传活动	0.201* (1.787)	0.262*** (2.729)	0.114 (0.987)		财产公开	-0.122 (-1.239)		-0.094 (-0.946)	
	宪法与工作密切程度	0.087 (0.690)		0.110 (0.871)		官员问责	-0.016 (-0.350)		-0.020 (-0.440)	
宪法知识	根本政治制度	-0.183*** (-2.607)	-0.186*** (-2.710)	-0.192*** (-2.730)	-0.180*** (-2.642)	宪法宣传形式	-0.014 (-0.171)	0.300*** (4.200)	-0.015 (-0.187)	
	选举制度	0.085 (0.684)		0.060 (0.479)		宪法实施	0.288*** (3.913)		0.260*** (3.528)	0.268*** (3.778)
	基层组	0.055 (0.858)		0.031 (0.483)		法治信	0.447*** (4.105)	0.486*** (4.682)	0.387*** (3.524)	0.430*** (4.108)

织性质 国家机 关范围 公民权 利					念心				
	-0.015 (-0.424)		-0.019 (-0.538)			守宪 信念	-0.059 (-1.093)	-0.053 (-0.983)	
	0.011 (0.239)		0.012 (0.269)			法治 信念	-0.064 (-0.655)	-0.083 (-0.860)	
宪法 评价	0.140* (1.945)	0.138** (1.964)	0.157** (2.181)	0.150** (2.157)	控制 变量	性别		0.088 (0.443)	
	-0.034 (-0.300)		0.007 (0.058)			年龄		-0.054 (-0.391)	
	-0.093 (-1.119)		-0.089 (-1.065)			最高 学历		-0.259 (-1.580)	-0.266* (-1.816)
权利 意识	0.210** (2.086)	0.181* (1.842)	0.211** (2.090)	0.200** (2.060)	法学 学历		0.577*** (2.903)	0.490*** (2.625)	
	0.060 (0.599)		0.048 (0.482)		教育 政治 面貌		-0.094 (-0.294)		
	-0.011 (-0.102)		0.050 (0.474)		行政 级别		-0.069 (-0.346)		
	-0.090 (-1.026)		-0.079 (-0.896)		所在 部门		0.049 (0.683)		
权力 观念	0.231** (2.093)	0.225** (2.105)	0.188* (1.693)	0.189* (1.775)	部门 层级		0.142 (1.188)	0.257** (2.458)	

注：表中括号内数值为该回归系数的 t 统计值；***、**、*分别表示该系数在 1%、5%、10%的水平上显著。

3 宪法意识结构层次的微观描述性分析

由于影响领导干部宪法意识的因素比较复杂,从方法论角度而言,计量经济学分析的优势在于检验变量之间的一般趋势或规律,上文所选取的变量只能对影响领导干部宪法意识进行初步性的探讨,为了进一步厘清影响领导干部宪法意识的各因素,下文从微观视角进一步挖掘和研究。

(1) 宪法熟悉程度

宪法熟悉程度是宪法意识的基础,很难想象一位领导干部对宪法缺乏必要的了解,其宪法意识程度水平会达到较高层次。调查显示,23.48%受访者认为对宪法一般了解,58.01%受访者认为对宪法比较熟悉,17.76%受访者认为对宪法非常熟悉,只有0.38%受访者认为对宪法不太熟悉,0.37%认为对宪法很不熟悉。由此可见,上海市领导干部对宪法熟悉程度较高,近年来开展的依法治市工作取得了较为明显的效果。具体内容参见表3.4第I组。

(2) 宪法功能

宪法功能是宪法价值的重要体现,对宪法功能有一个较深刻的认识,是衡量宪法意识高低的一个重要标准。调查显示,20.25%受访者认为宪法最主要功能是“国家管理的法律工具”,2.03%受访者认为是“现代国家的象征”,6.58%受访者认为是“将党的方针政策法律化、制度化”,70.89%受访者认为是“规范和约束政府权力,保护公民权利”,0.25%受访者表示不清楚。由此可见,大多数领导干部对宪法功能有较为正确的认识,反映了领导者对宪法评价有较为透析的研判。具体内容参见表3.4第II组。

(3) 权力来源

如何正确认识权力来源是关系到领导干部如何恰当运用权力的前提性基础,对权力来源产生偏差必然会影响到领导干部手中权力的正确实施,对领导干部维护和捍卫宪法、严格依宪法办事的意识和能力造成不良影响。结果显示,62.41%受访者认为权力来源于人民,26.58%受访者认为权力来源于人民代表大会,6.46%认为权力来源于上级政府,4.56%认为权力来源于党组织。由此可见,大多数领导干部对权力来源有比较正确的认识,反映了领导干部较高的权力观念。具体内容参见表3.4第III组。

(4) 权利来源

“宪法就是一张写着人民权利的纸”²¹⁹,公民的基本权利是通过宪法所确认的作为一个公民所应当享有的最基本的、具有重要意义的权利,“从世界各国的

²¹⁹ 列宁.列宁全集[M].(第12卷),人民出版社,1959,50.

宪法规范来看,对公民基本权利的确认和保障,正是整个宪法价值体系的重要核心之所在”。²²⁰因此,领导干部对公民基本权利的认知情况,能够充分反映领导干部的宪法意识,从而体现国家宪政建设的水平。结果显示,1.99%受访者认为权利来源于国家赋予,36.27%受访者认为权利由宪法赋予,53.66%认为权利由宪法确定和保护,但不限于此,7.83%认为天赋人权,0.25%认为不清楚。由此可见,大多数领导干部对权利来源有比较正确的认识,反映了领导干部较高的权利观念。具体内容参见表3.4第IV组。

(5) 宪法实施

领导干部作为公共权力的行使者,在工作实践中维护宪法尊严,履行宪法赋予职责的实际状况与能力直接决定了宪法的各项规定在现实生活中的落实程度。从这个角度而言,宪法意识的强弱很大程度上需要在实施中得以体现和印证。调查显示,在对“为贯彻落实宪法而最应采取何种措施的评价”中,36.58%受访者认为领导干部首先遵守宪法,30%受访者认为应完善社会主义法律体系,8.10%认为应落实并扩大公民权利,24.43%认为应设立专门违宪审查机构,0.89%选择了应采取其他措施。由此可见,多数领导干部对宪法实施的应对措施具有较为正确的认识,反映了领导干部较高的宪法期待。具体内容参见表3.4第V组。

(6) 法治信心

宪法意识的形成与培养是一个复杂而漫长的过程。特别是宪法和宪政,作为西方国家的“舶来品”,更有一个艰难的“本土化”过程。从目前我国宪法运作来看,宪法意识的形成与法治信心密切相关。调查显示,15.32%受访者对“建设社会主义法治国家”持中立态度,48.61%受访者认为比较有信心,31.01%认为非常有信心,只有3.51%认为不太有信心,1.52%认为没有信心。由此可见,大多数领导干部对建设社会主义法治国家的信心较强,反映了领导干部的宪法信念较高。具体内容参见表3.4第VI组。

通过类似的方式,我们可以获得宪法熟悉程度、宪法宣传活动、宪法与工作密切程度、宪法知识、宪法功能、外国宪法经验、公民与国家关系、权利来源、权利平等、人权意识、对上访者态度、权力来源、群体性事件原因、财产公开、官员问责、宪法宣传、宪法实施、法治信心、守宪信念、法治信念等20项不同结构层次宪法意识变量的微观统计量。总体而言,近年来,上海市领导干部的宪法意识有了非常大的跃迁与提升,宪法逐步成为领导干部依法行使权力、实施管理的重要行为准则,为了更为清晰地呈现领导干部对宪法意识的认知,有必要将这20项内容进行综合分析,以期更为深刻的探究宪法意识的内在结构层次。

²²⁰ 林来梵.从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言[M].法律出版社,2001,70.

表 4. 领导干部宪法意识影响因素的描述性统计

		宪法熟悉程度 (I)					宪法功能 (II)					权力来源 (III)			
		很不熟悉	不太熟悉	一般了解	比较熟悉	非常熟悉	不清楚	国家管理的法律工具	现代国家的象征	将党的方针政策法律化、制度化	规范和约束政府权力, 保护公民权利	党组织	上级政府	人民代表大会	人民
性别	男	0.17	0.17	23.22	57.89	18.54	0.35	19.08	2.12	6.54	71.91	4.77	6.89	25.97	62.37
	女	0.88	0.88	24.12	58.33	15.79	0.00	23.21	1.79	6.70	68.30	4.02	5.36	28.13	62.50
年龄	29周岁及以下	0.00	0.00	33.33	0.00	66.67	0.00	0.00	0.00	0.00	100.00	0.00	0.00	33.33	66.67
	30-39周岁	1.42	0.00	26.24	51.77	20.57	0.70	14.08	1.41	9.86	73.94	2.82	6.34	24.65	66.20
	40-49周岁	0.27	0.81	20.75	62.53	15.63	0.00	21.49	2.48	6.89	69.15	6.06	6.06	26.45	61.43
	50周岁以上	0.00	0.00	25.52	55.86	18.62	0.35	21.99	1.77	4.61	71.28	3.55	7.09	27.66	61.70
最高学历	博士研究生	5.00	0.00	20.00	55.00	20.00	0.00	27.78	11.11	16.67	44.44	0.00	0.00	33.33	66.67
	大学本科	0.00	0.54	23.83	57.94	17.69	0.18	22.04	1.09	6.19	70.49	4.01	6.92	23.86	65.21
	大学专科及以下	0.00	0.00	27.50	60.00	12.50	0.00	17.50	1.25	8.75	72.50	2.50	3.75	35.00	58.75
法学学历教育	否	0.48	0.72	30.46	55.64	12.71	0.25	22.66	2.22	6.40	68.47	4.68	6.65	23.15	65.52
	是	0.26	0.00	15.98	60.57	23.20	0.26	17.71	1.82	6.77	73.44	4.43	6.25	30.21	59.11
政治面貌	民主党派及无党派人士	0.00	0.00	21.43	71.43	7.14	0.00	10.00	10.00	20.00	60.00	10.00	10.00	40.00	40.00
	群众	7.14	0.00	50.00	42.86	0.00	0.00	38.46	7.69	0.00	53.85	7.69	23.08	23.08	46.15
	中共党员	0.26	0.39	23.04	58.04	18.28	0.26	20.08	1.83	6.52	71.32	4.43	6.13	26.47	62.97
行政级别	副处	0.00	0.34	23.55	59.22	16.89	0.17	20.07	1.87	6.46	71.43	4.42	6.63	25.17	63.78
	副局	0.00	0.00	38.46	53.85	7.69	0.00	0.00	0.00	25.00	75.00	0.00	0.00	25.00	75.00
	正处	0.50	0.50	22.89	54.73	21.39	0.51	21.43	2.55	5.61	69.90	5.10	6.12	30.10	58.67
	正局	40.00	0.00	0.00	60.00	0.00	0.00	0.00	0.00	100.00	0.00	0.00	0.00	100.00	0.00
所在部门	党务系统	0.00	1.94	25.24	59.22	13.59	0.00	28.28	0.00	7.07	64.65	2.02	7.07	24.24	66.67
	其他部门	2.33	0.00	34.88	55.81	6.98	0.00	25.00	0.00	13.89	61.11	5.56	2.78	27.78	63.89
	人大	1.72	0.00	12.07	68.97	17.24	0.00	21.05	3.51	5.26	70.18	7.02	1.75	31.58	59.65
	司法机关	0.00	0.00	16.75	59.90	23.35	0.51	18.27	2.03	6.60	72.59	4.06	8.63	30.46	56.85
	政府	0.25	0.25	26.73	55.45	17.33	0.25	18.75	2.50	6.00	72.50	5.00	6.25	24.25	64.50
部	街道、乡镇	0.00	0.51	24.05	55.95	19.49	0.25	21.21	1.52	6.06	70.96	2.27	5.56	24.24	67.93

门 层 级	区县级	0.65	0.65	26.80	54.25	17.65	0.67	23.49	2.01	6.04	67.79	5.37	8.72	27.52	58.39	
	市级	0.79	0.00	20.87	62.99	15.35	0.00	16.94	2.89	7.85	72.31	7.85	6.61	30.17	55.37	
总体		0.37	0.37	23.48	58.01	17.76	0.25	20.25	2.03	6.58	70.89	4.56	6.46	26.58	62.41	
		权利来源（IV）					宪法实施（V）					法治信心（VI）				
		不清楚	天赋人权	由国家赋予	由宪法赋予	由宪法确定和保护，但不限于此	其他	设立专门违宪审查机构	落实并扩大公民权利	完善社会主义法律体系	领导干部首先遵守宪法	没有信心	不太有信心	一般	较有信心	非常有信心
性 别	男	0.35	7.45	1.56	35.88	54.77	1.06	23.85	9.36	29.51	36.22	1.59	3.00	14.31	48.06	33.04
	女	0.00	8.77	3.07	37.28	50.88	0.45	25.89	4.91	31.25	37.50	1.34	4.91	17.86	50.00	25.89
年 龄	29周岁及以下	0.00	0.00	33.33	33.33	33.33	0.00	66.67	0.00	33.33	0.00	0.00	0.00	33.33	66.67	0.00
	30-39周岁	0.71	7.09	3.55	27.66	60.99	2.11	26.76	11.27	27.46	32.39	1.41	4.93	16.90	54.93	21.83
	40-49周岁	0.27	8.63	1.62	33.96	55.53	0.83	27.55	8.26	30.58	32.78	1.38	3.03	17.08	48.48	30.03
	50周岁以上	0.00	7.24	1.38	43.45	47.93	0.35	18.79	6.38	30.50	43.97	1.77	3.55	12.06	45.39	37.23
最 高 学 历	博士研究生	5.00	5.00	5.00	20.00	65.00	5.56	33.33	5.56	11.11	44.44	5.56	11.11	16.67	22.22	44.44
	大学本科	0.18	6.86	2.35	37.36	53.25	0.55	22.95	7.65	34.79	34.06	1.64	3.28	14.21	49.91	30.97
	大学专科及以下	0.00	5.00	1.25	51.25	42.50	0.00	17.50	10.00	30.00	42.50	0.00	5.00	15.00	46.25	33.75
	硕士研究生	0.00	13.25	0.66	26.49	59.60	2.10	32.87	9.09	13.99	41.96	1.40	2.80	19.58	48.25	27.97
法 学 学 历 教 育	否	0.00	7.91	1.68	40.29	50.12	0.74	19.95	6.16	36.95	36.21	0.99	3.45	13.79	44.33	37.44
	是	0.52	7.73	2.32	31.96	57.47	1.04	29.17	10.16	22.66	36.98	2.08	3.65	16.93	53.13	24.22
政 治 面 貌	民主党派及无党派人士	0.00	0.00	0.00	57.14	42.86	0.00	30.00	0.00	30.00	40.00	0.00	0.00	20.00	60.00	20.00
	群众	0.00	7.14	7.14	35.71	50.00	0.00	30.77	23.08	15.38	30.77	7.69	7.69	7.69	61.54	15.38
	中共党员	0.26	7.98	1.93	35.91	53.93	0.91	24.25	7.95	30.25	36.64	1.43	3.52	15.38	48.24	31.42
行 政 级 别	副处	0.17	6.14	1.88	36.35	55.46	1.02	23.98	7.82	32.14	35.03	1.19	3.06	15.14	50.68	29.93
	副局	0.00	15.38	0.00	38.46	46.15	0.00	0.00	0.00	75.00	25.00	25.00	0.00	0.00	50.00	25.00
	正处	0.50	12.44	2.49	36.82	47.76	0.51	26.53	9.18	22.96	40.82	2.04	5.10	15.82	42.86	34.18
	正局	0.00	0.00	0.00	0.00	100.00	0.00	0.00	0.00	0.00	100.00	0.00	0.00	50.00	0.00	50.00
所 在	党务系统	0.00	6.80	1.94	49.51	41.75	1.01	20.20	6.06	38.38	34.34	1.01	5.05	8.08	46.46	39.39
	其他部门	0.00	2.33	4.65	34.88	58.14	0.00	19.44	11.11	33.33	36.11	5.56	5.56	0.00	75.00	13.89

部门	人大	0.00	10.34	5.17	48.28	36.21	0.00	21.05	10.53	15.79	52.63	0.00	1.75	19.30	45.61	33.33
	司法机关	1.02	7.61	1.02	24.87	65.48	1.02	26.90	10.66	20.81	40.61	1.52	1.52	14.72	58.88	23.35
	政府	0.00	8.42	1.73	36.88	52.97	1.00	25.25	6.75	34.00	33.00	1.50	4.25	18.25	42.25	33.75
部门 层级	街道、乡镇	0.00	7.83	1.52	38.89	51.77	1.01	19.44	5.81	39.90	33.84	1.26	3.03	11.87	43.43	40.40
	区县级	0.65	4.55	1.95	31.82	61.04	0.00	31.54	8.72	23.49	36.24	3.36	4.70	16.11	58.39	17.45
	市级	0.39	9.80	2.75	34.90	52.16	1.24	28.51	10.33	18.18	41.74	0.83	3.72	20.25	50.83	24.38
	总体	0.25	7.83	1.99	36.27	53.66	0.89	24.43	8.10	30.00	36.58	1.52	3.54	15.32	48.61	31.01

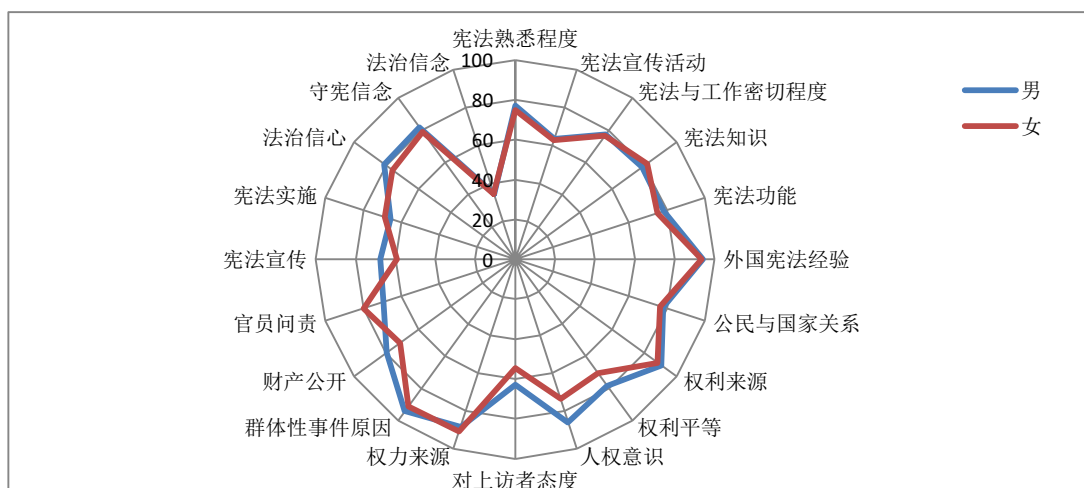
5 上海市领导干部宪法意识结构层次的特点分析

领导干部宪法意识结构层次对比图详见图 3.1 至图 3.7。一方面，我们需要充分肯定上海市领导干部在宪法意识方面所取得的进步，另一方面，我们也发现领导干部宪法意识也存在一些有待改进之处，通过分类汇总分析，我们发现领导干部宪法意识具有以下特点：

(1) 不完整性

按照法治的要求，领导干部的宪法意识应高于普通民众，并达到法律意识的高级境界——形成对法律的坚定的信念，即在整体上对于法律及其意义抱有深刻的信任感。但调查结果却显示，领导干部的宪法意识在结构层面上呈现不完整的态势，对调查问题的回答都有很大的差异。从图 1 至图 7 的 7 张图示中，几乎没有任何一张图示是呈现了一个完整的圆形，几乎都凹凸不平，以图 3.1 为例，超过 90% 的指标变量有 3 项，为外国宪法经验、权利来源和群体性事件原因；80-90% 的指标变量有 4 项，为人权意识、权力来源、法治信心和守宪信念；70-80% 的指标变量有 7 项，为宪法熟悉程度、宪法与工作密切程度、宪法知识、宪法功能、公民与国家关系、权利平等和财产公开；60-70% 的指标变量有 5 项，为宪法宣传活动、对上访者态度、官员问责、宪法宣传和宪法实施。低于 60% 的指标变量有 1 项，为法治信念。

图 3.1 不同性别领导干部宪法意识对比图



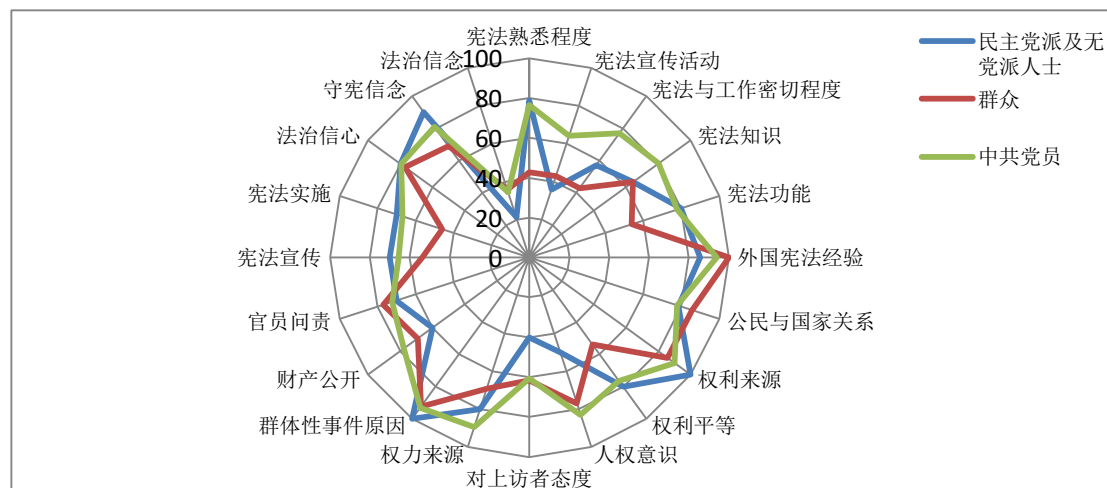
(2) 非均衡性

从总体而言，领导干部虽然建立了对宪法的信任感，对宪法的知识、价值、功能、作用有较高理性认识，但不同政治面貌、不同行政级别的领导干部却在宪

法意识各个不同结构层面上呈现了明显差异的认知,说明领导干部对宪法的信任感并非深植于心,坚不可摧,难于完全摆脱现实生活与实际利益对自己宪法观念的冲击与影响,随着所处地位、政治面貌、情境和环境的变化而变化,致使对于宪法的产生了不同态度和不同选择,甚至在一定程度上对各种违宪行为与现象认同、默许或者无奈,这显示了领导干部在宪法意识上存在的矛盾心态与犹疑心理。

如图 3.2 所示,不同政治面貌领导干部在宪法意识各个不同结构层面上呈现了较为明显的认知差异。民主党派及无党派人士的领导干部对宪法意识各个不同结构层面的总体正确率为 69.57%,群众背景的领导干部的正确率为 65%,中共党员背景的领导干部正确率为 75.90%。可以说,中共党员背景的领导干部的宪法意识普遍高于其他政治面貌的领导干部,但具体到结构层面的各个不同变量指标,中共党员领导干部有的指标得分落后于其他背景的领导干部。如对公民与国家关系的判断,中共党员领导干部正确率为 77.91%,不仅低于民主党派及无党派人士领导干部的 78.57%,而且低于群众背景领导干部的 85.72%;对于权利来源的判断,中共党员领导干部正确率为 89.83%,虽然高于群众背景领导干部的 85.71%,但仍低于民主党派及无党派人士领导干部的 100%;对群体性事件原因的判断,中共党员领导干部正确率为 93.22%,虽高于群众背景领导干部的 92.31%,但仍低于民主党派及无党派人士领导干部的 100%;对于官员问责的判断,中共党员领导干部正确率为 72.36%,虽然高于民主党派及无党派人士领导干部的 70%,但低于群众背景领导干部的 76.92%。

图 3.2 不同政治面貌领导干部比对图



如图 3.3 所示,不同行政级别领导干部在宪法意识各个不同结构层面上呈现了较为明显的认知差异。副处级领导干部对宪法意识各个不同结构层面的总体正确率为 75.72%,正处级领导干部的正确率为 75.35%,副局级领导干部的正确率为 76.64%,正局级领导干部的正确率为 68%。具体而言,局级领导干部对宪法功能、外国宪法经验、权力来源、群体性事件原因、宪法实施方面的认知程度最高,

正确率均为 100%，另外，正局领导干部对权利来源的认知最高，正确率为 100%。副局级领导干部对公民与国家关系（100%）、守宪信念（100%）、官员问责（75%）、宪法宣传（75%）、法治信念（69%）的认知最高。正处级领导干部对宪法熟悉程度（76.12%）、宪法宣传活动（63.68%）、宪法与工作密切程度（77%）、权利平等（81.63%）、人权意识（86.22%）、对上访者态度（61.73%）的认知最高。副处级领导干部对宪法知识（81.17%）、财产公开（77.89%）、法治信心（80.61%）的认知最高。

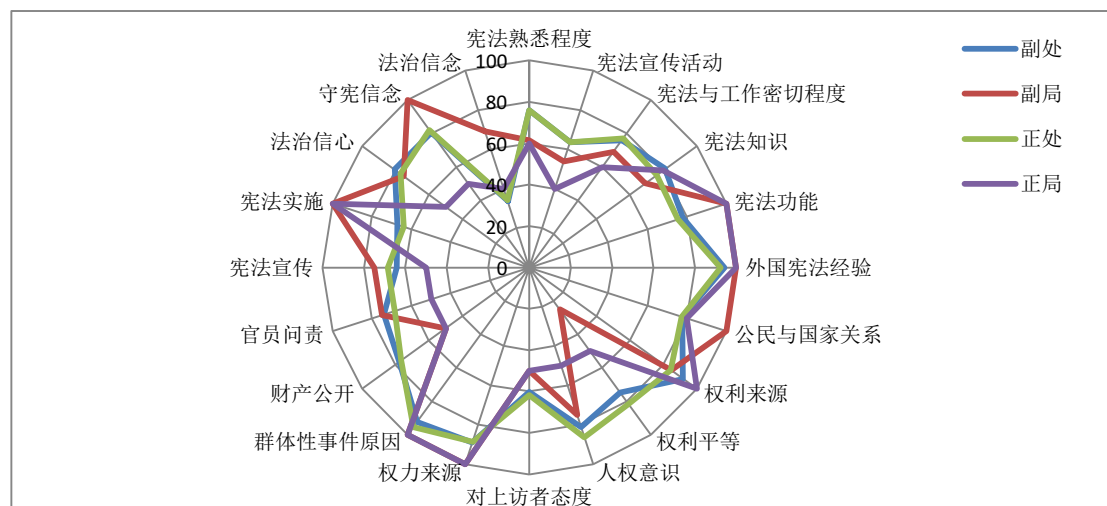


图 3.3 不同行政级别领导干部宪法意识对比图

(3) 均质性

按照一般认识论，学历层次较高的群体，其宪法意识应该随之相应提高，两者呈现正相关关系。但根据本文的实证分析，不同学历领导干部在宪法意识各个不同结构层面上并没有呈现较为明显的认知差异。如图 4 所示，博士研究生学历领导干部对宪法意识各个不同结构层面的总体正确率为 75%，硕士研究生学历为 74.55%，大学本科为 75.73%，大学专科及以下为 77%。原因在于：从初中→高中→大学，在这一阶段的通识教育中受教育者获得了较为丰富的宪法意识教育，这一点可以与韩大元（2002）的观点相对应。而从本科→硕士→博士，在这一阶段的专业教育中受教育者获得了较为专业的科研技能，但这些对提升宪法意识的裨益并不是很大，从而产生了较为明显的均质化倾向。

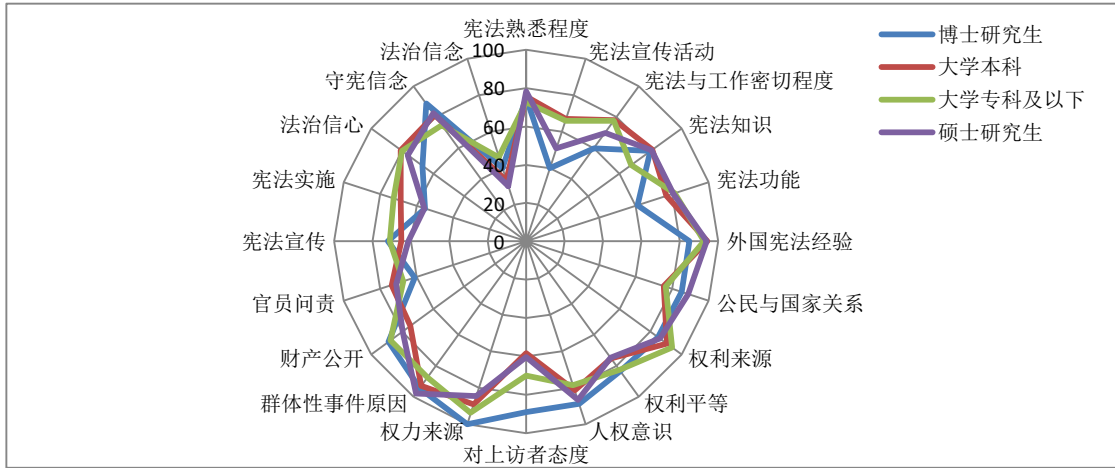


图 4. 不同学历领导干部比对比图

除了自身受教育水平影响，具有法学学历教育的领导干部应该受益于高等院校开设的法学概论或法学基础理论之类的课程，这类课程对于领导干部提高宪法意识将发挥非常重要作用。另外，具有法学学历教育的领导干部在日常工作中运用宪法知识和法律知识的机会将明显多于其他的群体，从这个角度而言，具有法学学历教育领导干部的宪法意识应该高于没有法学学历教育领导干部。但根据本文的实证分析，情况并非如此。如图 5 所示，具有法学学历教育领导干部对宪法意识各个不同结构层面的总体正确率为 75.32%，没有法学学历教育领导干部为 76.44%，两者相差并不显著。原因在于：我国法院和检察院的工作现状是“司法”而不是“司宪”，法院对基本权利的保护仍然采用间接的方式，宪法的条款还不能成为法院判案的直接依据，使得那些没有被普通法律具体化的基本权利失去了司法保障。在这种情况下，具有法学学历教育领导干部运用宪法知识和思考宪法问题的机会受到大量的限制。宪法诉讼的建立思想上和体制上仍存在很大的阻力。要使法院在基本权利保护方面真正发挥“最后屏障”的作用，就必须推进司法改革，加强惩治司法腐败的措施和力度，提高法官的宪法意识水平，坚定建立我国宪法诉讼制度的信念和决心。

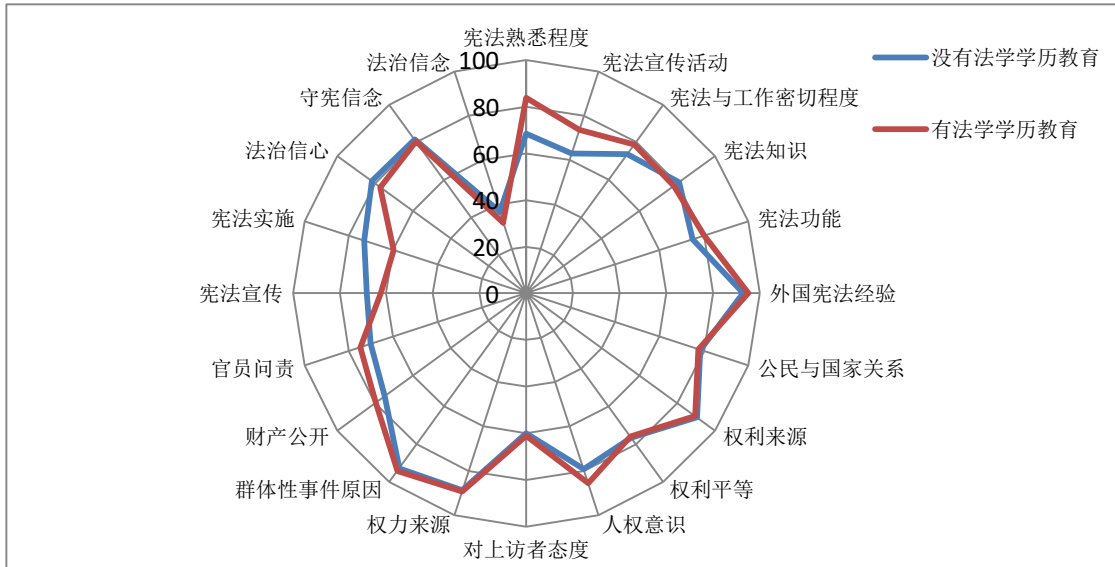


图 3.5 是否具有法学学历领导干部宪法意识对比图

宪法意识不仅体现为领导干部的内在情感，同时还需要外化为主体的人生态度和职业行动，即服从宪法的权威，以宪法精神指导工作实践。由于所调查的领导干部来自各自不同的部门系统和层级，作为公共权力的行使者，在工作实践中维护宪法尊严，履行宪法赋予职责的实际状况应该有较为明显的差异。但调查显示，不同部门系统领导干部的宪法意识并不具有明显差异，具体参见图 6，党务系统领导干部对宪法意识各个不同结构层面的总体正确率为 76.70%，人大系统为 75.71%，司法机关为 76.60%，政府部门为 74.93%，其他部门为 75.20%。不同部门层级领导干部的宪法意识同样也不具有明显差异，具体参见图 7，街道、乡镇领导干部对宪法意识各个不同结构层面的总体正确率为 76.70%，区县级为 75.92%、市级为 75.26%。原因在于：我国现行宪法实施以来已经进行多次大规模的普法宣传教育，而且每次普法都把宪法列为重点，并将把宪法教育作为领导干部年度考核的重要内容和任职、晋升的重要依据之一，因而使得各个部门系统和层级的领导干部的宪法意识均得到普遍提升，领导干部都普遍意识到了宪法对行使权力、履行职能的极度重要性。这一观点与刘丹（2004）的调查分析结论“有 37.8%的领导干部认为自己最熟悉的法律是宪法，这在诸多法律中名列第一”相互印证。

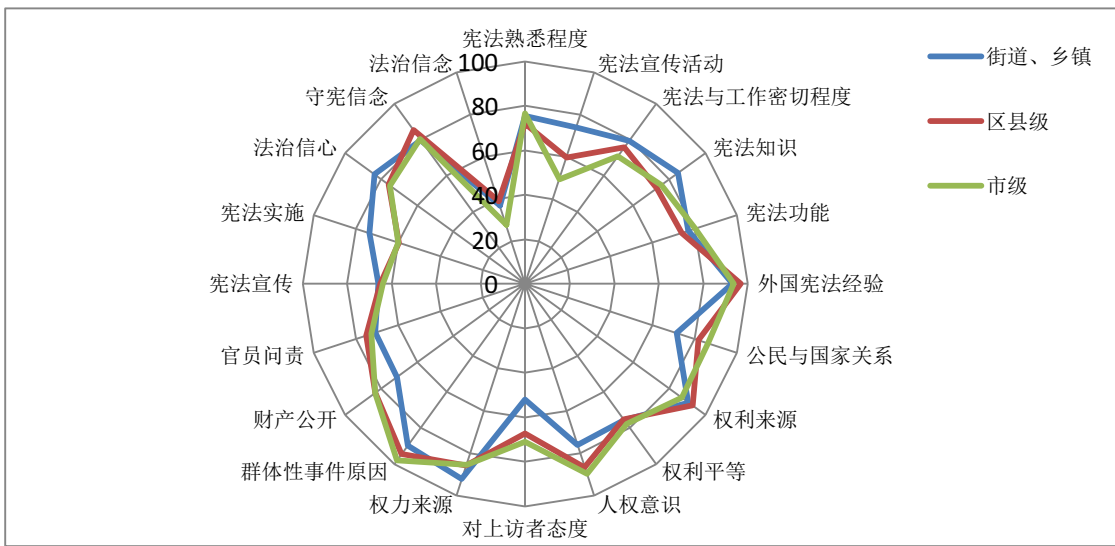


图 3.6 不同部门系统领导干部宪法意识比对图

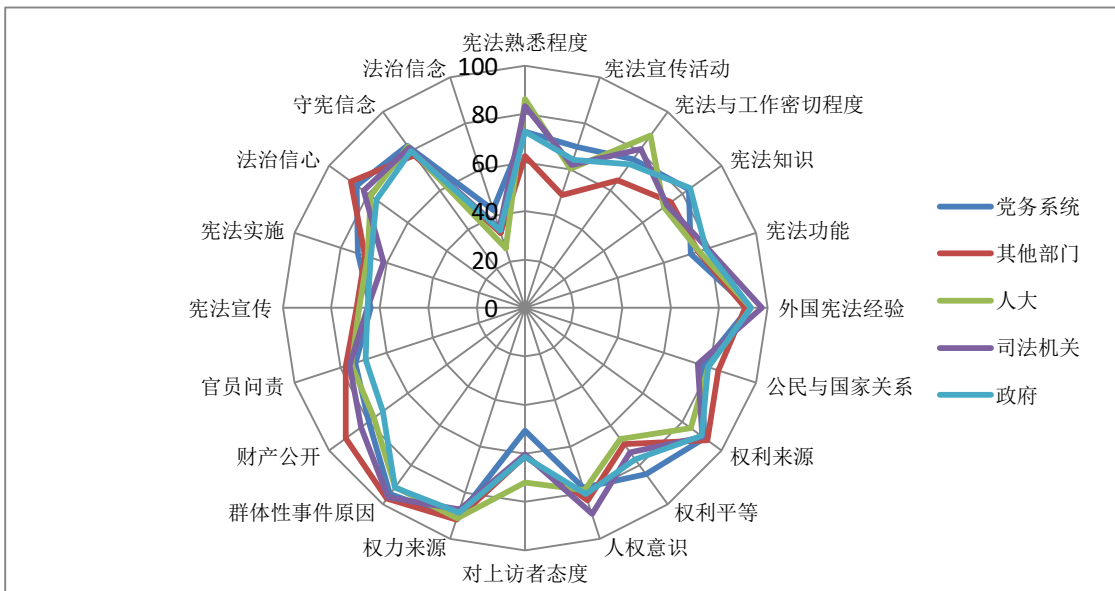


图 3.7 不同部门层级领导干部宪法意识比对图

6 相关政策建议

通过本文的实证分析，我们首先要对上海市领导干部宪法意识所表现出来的良好发展态势表示振奋和鼓舞。但同时也要看到领导干部在宪法认知、宪法知识、宪法评价、权利意识、权力观念、权力观念、宪法期待和宪法信念所存在的不足和问题。由于领导干部宪法意识的培育、发展、成熟及其勃兴都需要经历一段较长时间的检验。从这个角度而言，我们必须对我国建设社会主义法治国家事业的艰巨性保持清醒的认识，对我国现阶段的政治结构、经济基础、文化传统和现实

国情给予足够的估量。

1. 宣传宪法知识，树立领导干部公仆意识。领导干部宪法意识的培养首先必须普及以宪法基本价值为基础的宪法知识。要通过多种形式的宣传宪法和普及宪法知识，为此，一方面要让宪法走进领导干部的日常工作中，使之树立公仆意识，并感受到宪法规范与日常工作密切相关，并在运用宪法实现利益的实践中强化宪法意识。另一方面要用现实中的违宪行为案例进行宪法宣传，感受到宪法的力量，在宪法和法律的范围内积极开展工作。

2. 普及宪法价值，健全权力的监督和制约机制。随着时间的推移和记忆的减退，领导干部所掌握的宪法知识可能逐步忘却，但宪法价值和宪法理念的形成具有持久性和稳定性，甚至终生影响或指导着领导干部对现实问题的分析和评判。宪法价值和宪法理念的形成和确立，一方面依靠加强理论知识的学习，另一方面则在于在工作实践中熏陶和锻炼。领导干部除行使一般的职责外，还行使决策、宏观规划和监督管理等职责，同时也是一名普通公民，具有其个人的特殊利益，这种双重身份的性质，极易腐蚀公权而为私权服务，为此，必须进一步加强领导干部的宪法价值和宪法理念，健全权力的监督和制约机制。

3. 保障宪法实施，形成维护宪法的良好风气。宪法贵在实践中，宪法实施是宪法的精神和规范在现实生活中落实和贯彻，反映着一个国家的宪法在现实中被遵守的情况，也是衡量一个国家实现其法治和政治文明程度的标准，其基本要求是宪法价值和宪法理念成为领导干部政治生活的最高准则和价值标准。目前，宪法实施一直是困扰着我国宪政实践的一大难题。对此，亟待提高领导干部依法决策、依法行政、依宪法办事的能力和水平，克服以言代法、以情代法、以权压法的现象，以自己的模范行动带动社会公众，在全社会形成学习宪法、适用宪法、遵守宪法、维护宪法的良好风气。

附件四：杨力 商业反腐的结构性治理和模式

摘要：近年来，商业反腐的结构性治理出现了新的特点、格局和问题意识。围绕打击和预防商业腐败，国际商业反腐的责任规则、基本立场和制度供应“供给侧”的相关立法和执法策略已有了令人瞩目的重要转变和动向，也对中国的改革和发展产生了非常深远的影响。在此基础上，更全面、更深度的商业结构性反腐探讨，还应以从微观上如何让政府与企业之间谋取合法化的利益交换为切入点，同时跟进从宏观上进一步讨论社会支持之上的体系化反腐之道，构建起一个商业结构性反腐的基本模式。然而，中国的治理实际上更为复杂和微妙，它拥有难以跨境移植的本土化关键议题和立场，且不仅应有制度改革等基本应对的治标之策，还要为商业结构性反腐的更高目标实现和深层的治本之道，留下足够的空间给予更全面、更精密的架构和设计。

关键词：商业腐败 结构性 利益交换 社会支持 中国治理

问题的提出

随着中国反腐向权力基石的深水区和政治生态的重构方向发展，中国公司法务研究院根据持续性观察和评估，已连续七年推出《中国企业家犯罪研究报告》（2009-2015，以下简称《犯罪报告》），在此基础上，又进一步连续两年发布《中国反商业贿赂调研报告》（2014-2015，以下简称《商贿调研》）。这两个系列的报告分别依据“整体连续”和“单点突破”的逻辑，以“线”的时间大跨度精选了超过 2000 起典型案例，又聚焦于“点”围绕若干关联性的重点问题先后完成过 400 多份高质量的有效阅卷，汇总并分析历年企业家犯罪现象的数据、特征、所处领域的变化，并对犯罪预防和未来走势进行全面梳理，形成了相对比较客观的中国商业结构性反腐研究的数据库，得到了企业界、监管机构、法学界和舆论界的高度关注。

以上两个系列报告的数据显示，目前中国商业腐败主要有以下五大特点：（1）基于零容忍的严厉打击，国企贪腐案件的总量屡创新高，²²¹且“窝案串案”数量急剧上升，²²²具体在表现形式上，包括从重大商业决策中寻租、擅自转移或私分

²²¹ 历年的《最高人民法院工作报告》统计结果表明，长期以来国企管理层腐败案件占全年立案查处职务犯罪案件的 24-30%，且在 2014 年后又不断冲击峰值，这在《犯罪报告》中得到印证。比如，2014 年的《犯罪报告》显示，当年度曝光的国企管理层腐败构罪案件达到 245 件，为近六年来之最，占到前五年国企管理层腐败构罪案件总和的 74%；2015 年的情形依旧不容乐观，在当年所搜集的 600 余起典型案例中，国企管理层涉嫌腐败构罪的情况仍在持续快速增长。《商贿调研》则显示，2012-2014 年三年期间，相比于外企和民企，接受调研的国企有 65% 会利用其天然优势向政府提供产品或服务，更易拿到政府订单，继而让国企更可能与政府密切接触，也面临更高的腐败风险。

²²² 《犯罪报告》统计的 2014-2015 年度仅曝光的窝案就有中石油、中移动、中联通、华润、南航、中储粮等。

国资谋利,渎职或滥权而弄虚作假,以及为亲友经商提供便利或关联经营等。(2)源于国企把持垄断型行业、高壁垒的市场准入门槛、持续受欧美经济不振的拖累、制造业为主的中国经济增速放缓和劳动力成本大幅上升等累积的叠加效应,基数放大的民企更难以获取足够的市场和利润,导致类似“脐带”捆绑官员的个人或单位行贿、利用影响力受贿、巨额财产来源不明等腐败问题愈加突出。²²³ (3)在华外企受到海外母公司或控股公司总政策影响,更多响应海外反腐法案而忽视中国反腐要求,缺乏对企业所属行业上下游交易、渠道营销,以及隐蔽的、具有潜在风险的“行业惯例”商业行为进行管控,导致外企涉嫌单位行贿及高额罚单不断出现。²²⁴ (4)涉案企业相对集中在东部发达地区,但正在向中西部地区蔓延。²²⁵尤其是当下整体上面临高利润行业将结束暴利和粗放式经营,新一轮“供给侧”改革催动被“甩出去”的部分既得利益群体亟待突围,使得市场要素重新配置过程中的商业腐败产生新动向,且开始在全国范围内高发。²²⁶ (5)商业腐败的行业特征比较鲜明,行业之间的腐败驱动机制差别较大,²²⁷金融业的中小企

²²³ 根据 2009 年以来的《犯罪报告》历年统计数据,列入媒体曝光的企业家腐败构罪案件中,来自民企管理层犯罪占比日趋走高,2009 年国企与民企管理层的涉嫌腐败构罪占比是 35:49,2013 年跃升至 87:270,此后,民企涉嫌腐败占比即一直在高位运行。而《商贿调研》也显示,受调查的民企无论是明确表示以支付金钱以影响经营业务或取得优惠待遇的占比 21%,还是对此不愿披露的占比 53%,相比国企和外企都是高居首位;另一方面,民企建立起系统的书面内控政策低至只有 24%,展开过反商贿自查占比 47%,又从防控角度佐证了上述结论的可靠性。

²²⁴ 根据美国证券交易委员会 (SEC) 和美国司法部 (DOJ) 公布的数据,2005-2014 年仅美国 FCPA 的“长臂管辖权”而查处的在华跨国公司案件达到 62 件,仅次于尼日利亚 (70 件) 高居第二,从第三名起依次排列为伊拉克 (45 件)、墨西哥 (31 件)、印尼 (29 件)、阿根廷 (27 件)、印度 (22 件)、俄罗斯 (18 件)、委内瑞拉 (17 件)、泰国 (17 件)。See the Enforcement of Foreign Corrupt Practices Act, available at https://en.wikipedia.org/wiki/Foreign_Corrupt_Practices_Act accessed 24 Nov.2015.相较而言,位居第一的尼日利亚涉嫌案件中绝大多数归因于邦尼岛液化天然气站的建设项目和石油项目两项调查,位居第三的伊拉克涉嫌多数案件则源于针对联合国石油换食品计划的独立调查,而中国涉及 FCPA 的执法案件中有 62 起都来自于不同独立调查,即涉及完全不同的项目、企业、领域和受贿官员。《商贿调研》结果显示,接受调研的外企中有 62%没有指定高管分管商业腐败,低于国企,更加远低于民企的 30%,其主管领导在母公司,在中国境内不一定有分管的高层领导,甚至被调研外企中有 58%都没有在企业内部区分高风险部门或业务条线,许多外企只是受其海外母公司指示进行反商业腐败合规。

²²⁵ 2014 年《犯罪报告》统计的 426 起有影响力的商业腐败案件中,涉案企业相对集中在北京、广东、浙江和江苏等,但发案范围已扩展至 29 个省、市、自治区。

²²⁶ 比如,2014 年的《犯罪报告》统计的当年 415 起企业家媒体案件中,金融行业所涉案例以 76 起、整体占比 18.31%,遥遥高居首位,其中主要集中在货币金融服务中的银行、财务公司、典当、担保公司,以及证券、基金、保险、信托等资本市场服务机构。涉及商业腐败罪名主要包括:贪污、受贿、非法提供贷款、挪用公款、挪用资金、滥用职权、内幕交易、利用未公开信息交易等,涉案范围遍布全国 17 个省、市、自治区和特别行政区。

²²⁷ 历年来的《犯罪报告》都显示出金融、制造业、房地产和建筑行业的商业腐败高发,这几个行业的商业腐败率几乎占到半壁江山。而从形成腐败驱动机制来看,金融业主要是出现融资瓶颈的约束后,金融行业的灰色地带,比如,保险资管、基金经理的“老鼠仓”、金融企业家以各种名义开具的“财务顾问费”、“渠道费”、“劳务费”等,开始不断浮出水面;制造业和能源业的贪腐特征相对比较一致,主要集中在指向重要资源分配、生产和销售的石油化工、化学纤维、医药制造、电力热力燃气和水生产及供应领域,次之则为竞争尚不够充分的交通运输设备行业;房地产业和建筑业从初期的土地批租,到房地产开发、审批建设和销售等环节都涉及大量的行政许可和以商贿换取暴利的空间,该结论也得到《商贿调研》的印证。另外,《商贿调研》还显示快消品和食品业由于竞争激烈而大量发生涉嫌不公平竞争的商贿行为,不只是公职贿赂,还针对民企员工的回扣;既包括给予个人的好处,也包括给予公司的进场费等利益。比如,青岛啤酒借助于签订协议,以支付 2000 元至 70000 元不等的“买断费”,买断 30 家酒店酒水的独

业“资本堰塞湖”、能源业雁过拔毛的“渡口经济”现象趋于严重，汇同制造业、房地产与建筑业、快消品和食品业，已形成了当下商业结构性腐败的“重灾区”，需要进行相关的行业性风险指数评估，以及改变“一刀切”的平面商业反腐格局。

为了有效应对，中国反商业腐败的结构性治理已形成了“法网渐密、刑罚趋重”的格局。一方面，经过多年的累积，中共中央、全国人大常委会、国家政府职能部门都以不同形式推出党纪和国法予以治理，形成了商业结构性反腐的渐密法网。²²⁸商业领域的贪贿类罪名由35年前的4个罪名逐步扩张到现在的17个罪名，犯罪主体身份向非公共权力领域和单独犯罪延伸，刑法规制腐败的范围由单纯的境内犯罪向跨境实施的行为延伸，规制方式上则由非法占有型向非法挪用、私分型犯罪延伸，此外，还增设了巨额财产来源不明罪等“堵截”条款，降低了司法机关的证明责任。另一方面，除了提高贿赂、巨额财产来源不明等罪名的法定最高刑或附加刑适用，²²⁹同时开始加大对行贿的惩治力度，包括财产刑的绝对适用、行贿从宽的严格把握、增设向近亲属等关系密切人员行贿，以及完善商业腐败不良记录和五年内禁业制度的设计。²³⁰

毫无疑问，当下中国商业反腐已进入新纪元，但商业反腐的结构性仍待进一步加强。除了刚性的刑法底线，商业反腐的规则在中国基本上散见于法律、法规、规章和“两高”的司法解释，缺乏类似《联合国反腐败公约》、FCPA、《英国反贿赂法》等统一专门性商业反腐法案；商业腐败形式更为灵活多样，产生了以交易

家经销行为，以及还为刺激服务员推销的积极性采取返利措施，每个瓶盖返利1元的行为，都已被认定为构成商业贿赂。

²²⁸ 除了中共十八大后提出的“八项规定”、“六条禁令”，2013年中共中央又发布《建立健全惩治和预防腐败体系2013-2017年工作规划》，2014年中共十八届四中全会更是把反腐提高到依法治国的高度；而在最严厉的国家刑法设计上，直到2015年8月29日最新颁布的《刑法修正案（九）》，中国刑法指向商业腐败构罪的已有数十个罪名，主要包括六大类：（1）贿赂类犯罪：受贿罪、非国家工作人员受贿罪、单位受贿罪、利用影响力受贿罪、行贿罪、非国家工作人员行贿罪、对单位行贿罪、对有影响力的人行贿罪、介绍贿赂罪、单位行贿罪、对非国家工作人员行贿罪、对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪等；（2）侵吞资产类犯罪：贪污罪、职务侵占罪、私分国有资产罪、私分罚没财物罪等；（3）挪用类犯罪：挪用公款罪、挪用资金罪等；（4）不正当交易类犯罪：内幕交易罪、强迫交易罪等；（5）滥用职权类犯罪：滥用职权罪、国有公司人员滥用职权罪、玩忽职守罪、徇私舞弊罪等；（6）“堵截条款”：巨额财产来源不明罪、隐瞒境外存款罪等。除此之外，在1993年9月2日《反不正当竞争法》颁行的基础上，1996年11月15日，国家工商行政管理总局又发布和实施了《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》，2007年5月28日，中共中央还专门发布过《中央治理商业贿赂领导小组关于在治理商业贿赂专项工作中正确把握政策界限的意见》予以推行。

²²⁹ 除了早在1981年把受贿罪的法定最高刑由15年有期徒刑提高到死刑，把行贿罪的法定最高刑由三年有期徒刑提高到无期徒刑，2009年又将巨额财产来源不明罪的法定最高刑由5年提高到10年等。

²³⁰ 2015年8月29日颁行的《刑法修正案（九）》规定：（1）所有行贿犯罪都规定要附加处以罚金或没收财产；（2）行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的，只能从轻减轻而不能免责，除非罪行较轻且有重大立功；（3）增设利用国家工作人员的影响力谋取不正当利益，向其近亲属等关系密切人员行贿的犯罪；（4）对因利用职业便利实施犯罪，或实施违背职业要求的特定义务犯罪被判处刑罚的，可责令禁止其自刑罚执行完毕之日或假释之日起五年内从事相关职业。同时，根据2013年2月生效的《最高人民检察院关于行贿犯罪档案查询工作的规定》，个人和企业在某些情况下可以在检察院的档案中查询到行贿记录；2013年12月，国家卫计委也细化建立了医药购销领域的商贿行为不良记录制度，被列入商贿黑名单的企业无法参加公立医疗机构的采购。

形式收受财物、通过支付进场费排他竞争、商业机构人员收受干股、借助于合作投资支付金钱等“非典型化”的趋向，使得商业腐败的定义、范围和尺度等有待正本清源和层次化应对；与此同时，行政商业反腐执法也在包括调查权与审议权分立、相对人程序救济权、当事人参与案件的审议、邀请专业第三方行政复议、商贿惩治的合理性边界、举报激励和反报复机制等问题上，存在不少牴牾而受到质疑；此外，企业内部的合规性质和范围也更要适应不断变化的运营情况，以及国外投资的特定地理风险因素，然而任何有效的合规要素和程序具有共通性，因而涉及企业内部风险评估的基准、商贿违规强制报告的义务、商业惯例合法性的尽职调查和潜在违规的指控单据应对，实际上共同构成了商业反腐不可或缺的部件。面对以上问题，本研究拟在对国外商业反腐的梳理基础上，从社会利益交换类型、社会支持理论和商业结构性反腐治理之策上，进行更加系统的研究和分析。

一、 国外商业反腐梳理和分析

目前，国际上尚未形成商业腐败的全面、精准概念，只列出了能清晰定义的若干形式。²³¹不过，根据国际社会基本上达成的共识，商业腐败在定位上是指违反“委托或法定信任”，损害了市场公平竞争的“不正当行为”，行为上表现为借助于给予、收受、侵占财物或其他利益等手段，提供或获取商业交易机会或其他利益。²³²

1.1 国际商业反腐的责任规则

国际商业反腐责任规则的体系构建，严格意义上肇端于上世纪 70 年代，之后分别在主权国家、国际性协会或区域性组织以及联合国三个层面交错平行展开。

1976 年美国的“洛克希德丑闻”，通常被当成商业腐败开始受到世界关注的起点。²³³美国参议院全国公司调查委员会对于这一事件的针对性调查，以及之后的特赦计划，竟然发现有 400 多家美国公司承认为发展业务而向海外相关人员付过可疑款项，极大震惊了美国政府和民众，并直接促使 1977 年美国《反海外腐败法》(FCPA) 的出台。2002 年，美国国会高票通过《萨班斯法案》，超越了以

²³¹ 贿赂 (Bribery)、侵占挪用、盗窃和欺诈 (Embezzle, theft and fraud)、敲诈勒索 (Extortion)、滥用权力 (Abuse of discretion)、宠爱和偏袒 (Favoritism, nepotism and clientelism)、不恰当的政治捐献 (Improper political contributions) 等。 See *The Global Program Against Corruption: UN Anticorruption Toolkit: 3rd Edition*, Vienne, Sep. 2004.

²³² 这一基本共识，乃是透明国际组织 (Transparency International)、世界银行和世界多数国家所认可的。 See Gong T., *The Politics of Corruption in Contemporary China: An Analysis of Policy Outcomes*, Westport, CT: Praeger 1994. Zimring F. E. and Johnson D. T., On the Comparative Study of Corruption, Vol.45, *British Journal of Criminology*, (2005), pp.793-809.

²³³ 当时美国最大的飞机制造公司和军火供应商洛克希德公司，被曝光通过向日本政要行贿来对日销售航空产品，涉案金额高达 1000 多万美元。随后，参议院全国公司调查委员会的调查发现，通过雇佣中间人向决策者行贿的手段，实际上被洛克希德公司在日本、沙特、土耳其、西班牙、巴西和菲律宾等 10 多个国家普遍使用。

往以规则为基础的模式，通过直接与企业董监事会、高级管理人员等进行对话，促使其承担包括反商贿在内的合规社会责任；与之相应，由美国 500 强上市公司提出的“首席合规官”（CCO）和更名成立的“道德与合规官协会”（ECO）开始出现。

同样，越来越多西方国家和标杆企业推出商业反腐的责任规则。主要包括：德国推出了《反腐败法》，2000 年，该国的巴斯夫公司又发布声誉卓著的内部合规计划；新加坡“淡马锡”董事会被规定，无条件接受政府派驻监督和设立内部的审计委员会；2008 年丹麦“刑法修正案”更是“零容忍”提出，企业向官员提供旅行、特殊服务和赠送礼品，即使遭受拒绝也一律构罪。2008 年底，西门子公司因商贿以 14 亿美元的代价与美国和德国执法部门和解，成为全球商业反腐的里程碑事件，让更多的跨国公司意识到“商业社会责任”的重要意义。2010 年，英国力推商业反腐力度刷新全球记录的《反贿赂法》，较之前立法有多处显著创新，构建起严密、有预防性的商业结构性反腐体系，反映了相对成熟商业社会反腐治理的基本思路。

同时，早在上世纪 70 年代，国际社会就已开始关注商业腐败的治理问题。1977 年，国际商业协会（ICC）发表了《国际商业交易勒索和贿赂的报告》和《商事交易中打击勒索和贿赂行为准则》，第一次明确提出打击商业贿赂是政府、国际政府组织和经济组织体之间的共同联合行为。到了 90 年代中期，国际社会商业结构性反腐迈入了“立法快车道”：（1）1996 年，联合国推出《反对国际商业交易中的贪污贿赂行为宣言》；2004 年，联合国全球契约组织在企业社会责任九个原则之后增加“反商业腐败”；次年，又继之发布《联合国反腐败公约》，进一步要求缔约国加强“商业贿赂治理”，敲定了世界性商业反腐的基本方向。（2）1997 年，国际经合组织（OECD）出台《关于打击国际商业交易中行贿外国公职人员行为的公约》；2009 年，该组织又通过《关于进一步打击国际商业交往中贿赂外国官员的建议》；之后，又连续出台《内控、道德与合规最佳行为指南》，并对《跨国公司行为准则》加以修订，从国际司法协作和合规两个视角推动了商业合规反腐。（3）亚太经合组织（APEC）则在其发布的《预防贿赂和反贿赂执行准则》中“商贿”问题上指出，行贿和索贿“会加重中小企业的市场壁垒和成本负担”；基于此，该组织又进一步发布过《反腐败商业行为准则》、《私营部门商业诚信与透明度准则》和《高效率公司合规项目基本要素》，进而在更多细节上寻找关键议题，以及供应了商业反腐的更多责任规则，让国际商业反腐开始走向深水区。

1.2 商业反腐方向：市场化与监管化

商业结构性反腐的国外理论和实践取得了不少成就，但在不同国家和地区在对之治理的主要方向上仍存在一些分歧：

许多观点认为,日益推动经济市场化的程度,应当成为减少腐败的主要方向。相应支撑性的证据是,不少的实证研究在与拥有完善的市场机制、政府有限干预的国家进行对标过程中发现,商业腐败在政府阻碍市场竞争的国家发展更加迅速和猖獗。²³⁴简言之,商业腐败的下降与市场发展之间存在强相关性。²³⁵根据这些研究成果,坚定推动“市场化”才是商业结构性反腐的方式,包括政府放松主动管制、简化监管规则、减少政府裁量权和更大程度的贸易开放。

然而区别于以上观点,不少对东亚国家的实证研究显示,市场化与商业腐败之间的关系呈现出另一种结果,即市场化程度较高并不必然降低商业腐败,这在以“关系商人”为特征的东南亚国家和地区得到充分印证。²³⁶那里的富豪们习惯于通过“垄断、操纵价格、避免竞争、围标政府合约”,而不是技术创新攫取财富,他们不偏好竞争水平高的进出口业,而是通过控制能源、原材料、地产、商业超市、码头和运输等上游行业,甚至拥有自己的银行,以极低成本的成本要素稳定地提取巨额利润,而进入国际竞争的绝大多数只是中小企业。所以,深受“关系型、低竞争”的垄断资本主义影响,那种以市场化来抑制商业腐败的法则,并没有在东南亚国家和地区被遵循。²³⁷同样问题又重复出现在俄罗斯和前苏联一些地区,其共性特点都是徒具市场化的外在形式,而与之相关制度却相当脆弱,极易被强大的既得利益集团及伴生的商业腐败所俘获。²³⁸

很显然,针对商业反腐惟以“市场化之锚”的政府一味放松监管,只能是超越了实际的“休克疗法”,不仅商业反腐的结构性问题难以解决,且其单向度的发酵还可能会产生灾难性后果,甚至威胁到国家政权的合法性。

于是,中、韩、日“国家控制经济自由化”的东北亚模式开始受到高度关注。其市场化改革的共性在于,“推动国家政策引导下的土地改革和工业化、劳动密集性的制造业重点扶持和大发展,以及让国企更易获得融资支持的资本管制”。²³⁹

²³⁴ See Ades A. and Tella R., Rents, Competition and Corruption, Vol. 89, *American Economic Review*, 1999, pp.982-993.

²³⁵ See Ades A. and Di T., National Champions and Corruption: Some Unpleasant Interventionist Arithmetic, Vol.107, *Economic Journal*, 2009, pp.1023-1042. Broadman H. G and Recanatini F., Seeds of Corruption-do Market Institutions Matter? Vol. 11, *Most: Economic Policy in Transitional Economics*, 2001, pp.359-392. Montinola G. R, & Jackman R. W., Sources of Corruption: A Cross-country Study, Vol.32, *British Journal of Political Science*, 2002, pp.147-170. Goel R. & Nelson, M. A., Economic Freedom Versus Political Freedom: Cross-country Influence on Corruption, Vol.44, *Australian Economic Papers*, 2005, pp.121-133.

²³⁶ 参见[英]乔·斯塔威尔:《亚洲教父:香港、东南亚的金钱和权力》,史钰军译,利波审校,复旦大学出版社2011年版,第68页。

²³⁷ See Goldsmith, A. A., Slapping the Grasping Hand, Vol.58, *American Journal of Economics and Sociology*, 1999, pp.865-883. Giavazzi, F. & Tabellini, G., Economic and Political Liberalizations, Vol.52, *Journal of Monetary Economics*, 2005, pp.1297-1330.

²³⁸ See Karkins, R., *The System Made Me Do It*, New York: M.E. Sharpe, 2005.

²³⁹ 公婷、周娜:《腐败和市场化:中国公共要购中的正式与非正式规则》,杨晋译,《公共管理与政策评论》2014年第3期。

这种“公开宣告自由市场的重要性、低调奉行国家控制之实”的国家主导型政策，客观上取得了巨大经济成就。同样，背后的“监管化”国家治理逻辑，在商业结构性反腐上也体现淋漓尽致。比如，日本早在 1976 年“洛克希德丑闻”发生后就高调介入，与美方签订商贿执法信息交换的国际合作协议；²⁴⁰随之继“金丸信案”后，1999 年又推出《国家公务员伦理法》，把商贿打击范围扩大到提供性服务、高规格宴请和接待；接下来，又陆续推出了《公益举报人保护法》、《政治资金规正法》、《日本经济产业省公司合规指南》等，商业结构性反腐体系初步形成。²⁴¹韩国则在 2015 年公布了《禁止不正当请托及公职人员利害冲突防止法》（又称“金英兰法”），借助于引入高透明度的制度、高级官员严格的行为标准和预防举报和处罚制度，构建起极严密的商业结构性反腐系统。²⁴²

其实从前文的论述可知，除了进一步推动市场公平竞争，商业结构性反腐走向凯恩斯主义的“监管化”印迹，即使是在那些市场化较成熟的发达国家也十分明显。所以，商业结构性反腐的立场在“市场化”和“监管化”两个方向平行推向深入，已成为基本共识。

1.3 国际立法和执法的新动向

围绕打击和预防商业腐败，已成国际社会责任立法的重点战略。在此基础上，相关立法和执法策略的转变，又从“供给侧”上体现出新动向。

首先，扩大商业结构性反腐的范围和力度。国外理论界的商业腐败定义，已从为谋取私利而“违规”滥用权力，扩张到损害企业可持续发展的不负责任行为。它意味着国际商业反腐的责任立法，除了打击传统的商业贿赂、职务侵占、关联交易、违规资产操作等“显性”腐败，已经更多扩张到奢靡在职消费、获取超额薪酬、构建商业帝国等似乎表面合规的“隐蔽”腐败。²⁴³同时，执法力度也在逐

²⁴⁰ 参见[日]原田明夫（日本前检察总长）：《美日之间的洛克希德事件（1976）》，2015 年 11 月 18 日在上海交通大学凯原法学院主办的中、日、韩、美四国结构性反腐败国际研讨会上的主旨发言。

²⁴¹ 参见[日]小杉丈夫（亚洲法律协会前会长）：《日本与贿赂》，2015 年 11 月 18 日在上海交通大学凯原法学院主办的中、日、韩、美四国结构性反腐败国际研讨会上的主旨发言。

²⁴² 比如，极为详尽地给出了判断不正当请托的 15 种判断标准，包括：授权和许可等业务处理、减缓或赦免行政处分或处罚行为、介入任命或晋升的人事管理、非法操纵公共机构的职位任免、介入对公共组织颁发的奖项评选；泄露基于职权获得的拍卖或招标等机密、介入特定人选签约的任免、介入津贴分配援助和投资等、对公共组织制造或提供的物品服务进行非正常交易、处理或操纵入学或成绩、处理兵役有关事务、介入由公共组织进行的评定、操纵行政指令或控制结果或默认违规、介入案件的调查与审判、针对前面所有类型滥用职位或职权的行为。参见[韩]金英兰（韩国前大法官）：《关于禁止接受不正当请托和财物的法律制定案》，2015 年 11 月 18 日在上海交通大学凯原法学院主办的中、日、韩、美四国结构性反腐败国际研讨会上的主旨发言。其中，许多内容直接涉及商业结构性反腐。

²⁴³ See Osuji O., Fluidity of Regulation CSR Nexus: The Multinational Corporate Corruption Example, Vol.103, *Journal of Business Ethics*, 2011(1), p.31-57. 具体而言，奢靡的在职消费包括：购买高档公务用车、装修豪华办公室、添置高档办公用品、利用公款进行高消费娱乐活动、公款旅游、超标准报销差旅费、超标准的业务招待费；获取超额薪酬，是指企业高管利用对董事会的控制权或影响力，谋求与企业业绩表现不符的超标准收入；构建商业帝国，是指实施过度投资，构建商业帝国，形成管理层“垫壕效应”，并满足

步加大，包括：刑事或行政处罚起点的降低、控方适用严格责任而不需对贿赂意图举证、人身刑或财产刑的“陡坡式”拉高、许多司空见惯的商业习惯入法、通过代理人或帐户的资金流向解释、从调整个人到规范商业组织、执法和解金或罚金不断刷新、商业腐败认定标准的精细和类型化等。

其次，商业反腐责任治理的“上游取向”。一方面，更多打击行贿。行贿人相对比受贿人更精于利益权衡和计算，更知道怎么借商业腐败让自己利益最大化，使“积极”行贿远超“消极”行贿。所以，国际社会对之已达成共识，认为行贿是以“不公平竞争”极大弱化了市场赖以信的制度基础，因此责任的豁免应趋于严苛。另一方面，把预防贿赂的责任法律化。更多强调了商业反腐责任指引的事前性。2009年，联合国全球契约组织和透明国际组织专门制定了《反腐败第十项原则的报告指引》，并成立第十项原则专家组，推动全球企业合规反腐；美国会根据对象是否拥有“稳健的内控预防体系”酌情商业反腐执法；英国则直截了当把商业组织“预防贿赂责任犯罪化”，公司对之抗辩要借助于“充足程序”。

244

第三，普遍的海外商业反腐“长臂管辖”。随着国际反腐形势趋紧，除了著名的美国 FCPA，许多国家先后设立了对海外反腐的“长臂管辖权”，比如，英国的《反贿赂法》、日本的《关于在国际商务活动中防止贿赂外国公职人员的公约》、中国的《刑法修正案（九）》，以及瑞典对海外雇员立法增设的“对资金管理不善或过于滥用资金”罪名等。同时，这种跨境管辖的范围几乎实现“全覆盖”，包括了与国家有密切联系的任何个人或公司。所以，即使那些并非在国内注册的公司，只要其在该国内设有分支机构、经营业务、券所上市，抑或只是聘请该国居民，都会受到长臂法案的管辖。不仅如此，这种长臂管辖还在指向境外政府官员的基础上，又出现了适用于私营主体之间贿赂的趋向。

最后，严厉打击与商业自由的“缓冲地带”。相对于丹麦的绝对零容忍、韩国金英兰法案商贿 100 万韩元的低起罚点，不少国家在把控刑事政策的严厉程度上持以审慎，毕竟它可能会损害商业自由和本国企业的利益。比如，美国近年来的 FCPA 执法案件数由激增趋于平缓、高额罚款则集中在非美国企业；²⁴⁵英国借

自己的权力控制欲望；违规资产操作的表现形式包括：违规对外投资或担保或融资、为他人代开信用证、违规在国（境）外注册公司、投资参股、购买上市公司股票、购置不动产、挪用公款、违规 MBO 等。

²⁴⁴ See Monty R, *Blackstone's Guide to : The Bribery Act 2010*, Oxford: Oxford University Press, 2011, p.58. 何为“充足”，英国司法部给出了相应的 6 个原则：建立预防腐败的高级别责任制、经常性的风险评估和管理、明确而具有实操性的预防腐败政策和程序设计、实实在在的执行系统、对生意伙伴的尽职调查、对系统内部的反腐程序的审计和监察。此外，程序设计要与企业所从事的商业活动的风险和希望达到的目的相适应，理应包括日常培训，并对程序进行适当监测和检讨。

²⁴⁵ 2011 年以来，美国 FCPA 执法案件数量从 2010 年的峰值 50 件，明显回落并趋于平缓，基本上保持在每年 25 起案件的执法数量；同时，FCPA 全球十大执法案件的来源国，可以发现只有两家美国公司（2009 年哈利伯顿公司及其前子公司 KBR、2014 年美国铝业）位列前十大案件榜单，其余皆为非美国公司，包括法国 3 家（2014 年阿尔斯通、2013 年道达尔、2010 年德丁尼布集团）、德国 2 家（2008 年西门子、2010

助于《反贿赂法》刷新了商业反腐程度记录的同时，又在《联合起诉指导意见》中提出，对立法未列举商业惯例费用，若属于合理的、比例性的、善意的招待费和促销费，则可以适当宽宥；只有过于奢华、与合法商业活动没有明确关系，以及隐匿招待费、促销费和通融费，才被视为不合法；而且即便后者，也应以是否符合“公共利益”决定是否构成起诉标准，进而为留下商业自由空间预设了“缓冲地带”。

二、商业反腐的利益交换模式

商业结构性反腐背后，本质上是政府与企业微观互动的行为发生、利益交换和法律规制的连续过程。其中，“利益交换”作为发生学上的关键变量，具有举足轻重的地位，已成为经济学、政治学和社会学对这一法律问题进行交叉研究的基石。

2.1 商业反腐的动力学机制

以上国外商业反腐立场在“市场化”与“监管化”上分歧，提供了进一步探讨商业结构性反腐的切入点：以政府与企业的利益交换为研究对象。

目前许多国家讨论商业反腐的兴奋点，在于更多关注政府影响企业的方式。它们对商业腐败的所谓结构性治理，基本上从起初“去指令计划”到更多借入市场机制，再转向被迫借助于萨班斯法案那样的强硬“凯恩斯之手”；极少探索企业反过来影响政府的模式，包括企业对国家改革方向和步伐、政治和经济制度设计、公平竞争环境构建等多个维度的“俘获”功能。正是这一政府与企业之间利益交换的动力学认知短板，从根本上造成商业反腐的单一平面格局，缺少真正结构性反腐的体系化供应。

世界银行、欧洲复兴开发银行发起过对 22 个转轨国家的著名“BEEPS 调查”。²⁴⁶其数据表明，前苏联和东欧的转轨改革不成功在于，只是一味削弱政府在经济中的作用，没有把改革的重点放在有效解决政府与企业的互动关系战略上，导致政府官员被“俘获”陷于与企业之间长期私下的非法利益交换。俘获之初的表现是，多数企业通过向政府官员提供非法的、不透明的私人支付，歪曲其执行既定的法律、法规和政策；在此基础上更大的俘获在于，企业开始借助于向政府官员进行更为隐蔽的私人支付，影响利益博弈的法律、法规和政策形成。换言之，商业腐败从最初只是政府官员垄断租金的获取形式，发展到少数企业能利用与政府

年戴姆勒股份公司)、英国 1 家 (2010 年 BAE 系统公司)、意大利 1 家 (2010 年埃尼集团 ENI 及其荷兰子公司 Snamprogetti)、日本 1 家 (2011 年日挥株式会社)。

²⁴⁶ 商业环境与企业绩效调查 (Business Environment and Enterprise Performance Survey, BEEPS), 参见[美] 乔尔·赫尔曼、杰林特·琼斯、丹尼尔·考夫曼:《转轨国家的政府俘获、腐败以及企业影响力》,周军华译,《经济社会体制比较》2009 年第 1 期。

官员的关系,为市场准入和资源配置设立障碍,以及给竞争者施加沉重管制负担,逐步具备了把利益转化为法律法规和管制框架的能力,加之国家政府的持续走弱及伴有较大的政治自由化运动,负外部性很快显现并迅速恶化,甚至发展到那些议价能力弱、不能使政客和官僚利益最大化的企业开始受到歧视。

令人遗憾的是,这些国家的商业反腐只以打击政府官员接受商业上的贿赂为重点,期待树立“清廉政府指数”,防止政府官员与企业合谋操纵权力和提取租金,没有意识到不少新兴的、最具活力的企业参与市场竞争的策略,就是期待直接向政府购买被传统有影响力企业垄断而政府又供应不足的关键公共物品。当然,它们俘获政府官员并非要取代其在市场上的竞争,而只是弥补所处相对弱势地位的不足。当然,正是新兴企业有着强烈的参与俘获政府官员动机,又进一步弱化政府提高财产和契约权利保障的能力或责任,以及不断刺激其他的新兴企业参与俘获政府官员,由此产生了恶性循环,成为市场化改革的强大阻却因素。

可以说,包括上述国家在内的许多转型经济体,实际上没有意识到政府与企业之间经过长期、复杂的沉淀,已经打上了有别于市场发达水平较高国家的“俘获经济”烙印。所以商业结构性反腐的模式,已不光是一味借助于严刑峻法来打击,而是还必须从企业影响政府的角度,更多引导企业使其战略从俘获政府官员转向合法的影响力形式,而且这种转向必须通过将社会声音、透明改革、政治责任和经济竞争等要素结合起来才行。否则,保留了受强势政治利益所支持的垄断结构,即使国家短时间内的集中收益较多,但企业的平均增长率和带来的社会成本将十分庞大,那么进一步改革所面临的挑战必定会让人却步。这就是构建商业结构性反腐模式的逻辑起点。

2.2 政企之间利益交换类型

毫无疑问,借入政府与企业之间利益交换分析工具,摆脱了政治行为理论中缺乏企业视角的缺憾,也可避免企业委托代理理论抹杀了政府积极作用的不足,尤其可以弥补设租、寻租理论中所予规避的“福利”行为,²⁴⁷更有利于概括政府与企业博弈行为的特征,为商业结构性反腐模式提供了基石。

接下来问题是,政府与企业之间利益交换模式的类型化,它是实现商业反腐“层次化治理”的前提。归纳起来,影响商业结构性反腐的利益交换类型,主要包括以下五种:

第一,“资源控制和让渡”类型。政府自利性与企业谋利性实现,本质上是被对方赏识及带去报酬的资源交换过程。可交换的资源包括政府财政、信息供应、

²⁴⁷ 参见[美]戈登·塔洛克:《寻租——对寻租活动的经济学分析》,李政军译,西南政法大学出版社1999年版,第27页。

自然资源，以及企业利税、对外投资、市场地位等。当拥有资源量低于或超过平衡点时，政府或企业就产生交换资源的动机。其间，政府市场经济部门与再分配部门存在不同的资源分配原则，拥有不同优势和稀缺性的资源；同时，政府还存在垄断产业链上游、价格双轨制、特定资源开发许可、定向点对点信息传送、政策敲定与发布之间时间跨度，以及企业滥用限价权、不披露信息、国企改革资产流失等，它们共同构成该类型商业结构性反腐的“元要素”。²⁴⁸

第二，“改革不确定性”类型。世界范围内政企之间的“庇护/依附”关系，逐步走向以市场为导向的“委托/代理”关系；同时，政府主导企业的超经济强制，也向政府与企业相适应的关系性合意转型。然而，转型过程中的政府与企业并非都能流畅完成预期的利益交换，改革不确定性让政府价值的前后差异性较大，权力运行呈现复杂性，法律底线往往被以改革为借口而随意突破，让政府行为更加不稳定和不可预期。于是机会主义开始盛行，涉及政府对国企控制权消长、绩效评价标准模糊、国有资产被低估、规避税收或偷漏税、关联资本混同、企业内部人控制权抢夺等，形成了这一类型商业结构性反腐的“核心维度”。

第三，“行使自由裁量权”类型。把权力关进笼子，只是让行政权力受到一定羁束，但实施的时间、方式和程度的裁量权仍握于政府，毕竟政府拥有自由裁量权是政治的利弊权衡本质决定的；同时，企业也有根据市场法则进行判断、选择和决定的权力，不过它是以成本收益为红线。虽然随着市场化让权力趋于规范化，但规范化也产生了高成本，且过分的规范化甚至还会由于刻板而降低效率。所以，税收杠杆变通执行、法定优惠政策实施、官员入股或配股、信贷的超国民待遇、界定企业合规与否、监管空白或多头共管、行政程序存在瑕疵、特殊经营许可发放等，构成了讨论这种商业结构性反腐的“重点议题”。

第四，“寻找权利和财产安全”类型。相对于更大企业控制较多资源，拥有更多与政府议价能力，进而更有能力俘获政府，较小企业在“政府掠夺之手”中可能较为脆弱，更有可能为获取公平竞争权而成为腐败参与者。同样的情况也出现在不同所有权和出身的企业身上，区别于国企与政府的天然接触而施加对政府的影响，私企尤其是新兴企业更可能以付出更高的腐败代价投资于俘获政府官员，使之成为对应于影响力的替代品；尤其是政府随意干预企业，导致了企业的财产权保障不断减弱，会让这些企业更加通过向政府官员的私人支付，使其此类权利获得“基于菜单的特别保护”，此为商业结构性反腐“极易忽视的领域”。

第五，“谋取制度供应”类型。无论是转型中政府价值不那么稳定和一致，还是改革走向深入后，政府政策和制度的可预期性大大增强，都激发了企业谋求从不确定性走向确定性持续交换的积极性；进一步而言，即使已成熟的市场经济

²⁴⁸ 参见杨力：《认真对待法治思维》，《政法论丛》2015年第2期。

需要政府简政放权，让渡那些似乎本应属于市场和企业的制度供应权，但政府仍拥有广泛的维护市场秩序或弥补市场缺陷为由的行政管制权，使其在制度供应模式中日趋占据主要地位的交换中地位不至过低。这一类型离不开对权力变通的关注，但与前面的四种类型已有明显区别，它不再是政府对企业的具体行政行为，而是指向了政府抽象行政行为。在政府与企业交换之前，制度本不属于哪一方以资源的形式存在，关键是谁能争取到制度创设权，并切实转化为制度形式。其中，政府官员的有限理性、自利性和信息不对称等，会不同程度地影响政府行为，为其以商业腐败方式侵犯市场提供契机。

2.3 基于利益交换的商业反腐维度

影响商业反腐的利益交换五个类型整理，使得对商业反腐的结构性要素认知，变得更加丰富和全面。除了前文国外梳理在法律的严密性、立场的双向性和“供给侧”上的新动向启示，政府俘获指数、权力的透明度、市场成熟度、企业影响力、求助官僚的空间、企业所有权和身份符号认定等，需要被纳入商业结构性反腐的体系化过程。

1. 政府俘获指数。这里的俘获是指为商业利益交换“谋取制度供应”的腐败。俘获指数强度，主要指向政府官员是否已经为供给不足的关键公共产品其他寻租利益，建立起了足够庞大的私人市场，并藉此与俘获政府者共享部分租金。在高俘获经济体中企业普遍有参与俘获政府的强烈动机，即使新兴企业也同样如此，导致产生了恶性循环，进一步破了政府对必要公共产品的供给能力。²⁴⁹另外值得一提的是，衡量它的一个关键问题在于，政府机构被俘获的程度并不必然是参与政府俘获的企业数量的函数，因为可能会出现极少数垄断企业所可能造成的俘获政府程度，要比许多力量较差的竞相收买官员的企业所造成的俘获程度更高。

2. 权力的透明度。政府与企业之间利益交换的实质，就是依附于权力而产生的信息不对称，其交换就是依托“关系网”，以涉及权力运行空间内的关键性信息的获得/遮蔽换取利益。“信息不是权力，但它是通往权力的必由之路。”²⁵⁰政府信息内部控制程度、文件从确立到发布的周期、政府权力的正面清单、负面信息披露状况、行政决策程度的听证等，都构成了判断权力透明度的重要维度。

²⁴⁹ 根据 BEEPS 调查报告，俘获指数，就是由议会立法、总统政令、中央银行、刑事法院、商业法院和政党筹资六个指数构成的非加权平均数。具体而言，就是让受访企业评估以下六种行为对其业务的直接影响程度：出售影响私人利益之法律的议会赞成票、出售影响私人利益的总统政令、中央银行不正当地使用资金、出售法院对刑事案件的判决、出售法院对商业案件的判决、私人利益暗中向政党和竞选活动捐款。参见[美]乔尔·赫尔曼、马克·施克曼：《转轨国家的政府干预、腐败与政府被控——转型国家中企业与政府交易关系研究》，孙宽平主编：《转轨、规制与制度选择》，北京社会科学文献出版社 2004 年版，第 295-309 页。

²⁵⁰ [美]詹姆斯·卢卡斯：《企业权力的学问》，刘永涛译，上海人民出版社 2000 年版，第 104 页。

3. 市场成熟度。商业腐败让企业的收益程度，高度依赖企业所在的更广阔环境性质。绝大多数情况下，一旦整体社会绩效都与腐败程度在相当长的时间内呈正相关，则市场成熟度较低，反之市场成熟度较高。面对商业结构性反腐的市场成熟度衡量，具有实质意义的标准包括政府提供公共产品的范围、立法过程是否受制度约束、中小企业倾斜性扶持边界、整体市场公平竞争程度、转型社会的公民监督水平等。

4. 企业影响力。该标准旨在判定企业是否可以不通过对政府官员的私人支付，就能影响与自己密切相关的法律、法规和政策。一般而言，市场力量大的企业可能更具影响力，更有可能参与政府俘获。当然，也较难区分其因果关系的方向，因为影响力和俘获政府官员也可能增强了企业的市场力量。不过列入考量的意义在于，借助于提高企业的影响力去俘获政府官员，而不再是基于私人利益交换的勾结合谋，进而为商业结构性反腐治理提供了另一种可能性。

5. 求助官僚的空间。有些企业拥有更好接近政府官员的机会，并能利用这些机会确保公平的待遇，确保政府权力不会越界。比如，如果有些政府官员违反规则，企业能否从另一位政府官员中获得公正的待遇，而无须选择对前一位政府官员的私人支付。这样的企业拥有充分机会保护自己免受此类越权的干预，被认为拥有比较大的官僚求助空间。可求助官僚的多少跟影响力大小存在正相关；参与俘获政府的企业可求助的官僚可能较少，因为它们与政府官员的联系往往基于私人支付；另外，可求助官僚较少的企业也会更加倾向于商业腐败。

6. 企业所有权。企业所有权在相当程度上决定了企业与政府关系，也决定了企业管理者与政府官员之间往来互动的方式。传统大型国企所占市场份额一般高于平均水平，相当程度上拥有支配稀缺资源的权力，跟政府有着密切联系，其所表现的商业腐败形式，多数是以侵占国有资产，抑或以半官方名义寻租支配稀缺资源在计划外流转。相对而言，私企和外企与政府关系较弱，面临来自传统国有的强大竞争力，所以借以向政府官员的私人支付换取政府公共产品的增加供应，而成为商业反腐的兴奋点。

7. 身份符号认定。随着政府与企业之间资源交换效益的边际递减，政府必须提供更具吸引力的资源，通过认定让企业拥有一种新的身份符号，比如，人大代表、政协委员、“质量信得过单位”等。这些不仅是企业家追求在“政治中的表达性维度”，²⁵¹而且也是能为企业带来丰厚利润的软资源，已成为政府官员与企业交换逐利的新空间，值得商业反腐给予关注。

²⁵¹ [英]安德鲁·甘布尔：《政治与命运》，胡晓进、罗珊珍译，江苏人民出版社2003年版，第7页。

三、商业反腐的社会支持理论

商业反腐的利益交换模式从政府与企业之间互动的微观角度，相当程度上丰富了讨论结构性反腐的维度，那么，把商业腐败作为结果变量，跟进从更为宏观的社会支持理论探讨，又会进一步产生什么样的新空间呢？

3.1 二阶观察：社会支持理论

商业腐败让整合一切要素的企业家匍匐于权力，把企业的兴衰与少数政府官员的命运捆绑在一起。然而，产生这一现象更深刻的根源在于社会结构本身，与一个国家的体制、社会分层、经济发展状况和整体文化认知紧密相关。²⁵²正是由于商业腐败是在不同的环境和氛围中形成和发展的，腐败案件的数量和类型也不尽一致，导致不同国家和地区的腐败程度有所差别。²⁵³

如果说前文国外商业反腐的法律规制梳理和其后的利益交换模式研究，相对更侧重导致犯罪的不良或负面因素，那么，这里借入卡伦的“社会支持理论”则相反，²⁵⁴其更关注于能够预防或隔离犯罪发生的因素。作为新兴的犯罪学理论，该理论借鉴了芝加哥学派的社会学理论、布纳斯怀特的“融合性羞辱学说”²⁵⁵和林南的“精神疾病结构论”，²⁵⁶认为不同国家和地区，其犯罪率因其社会支持程度的不同而有所不同。社会支持程度越高的社会或社区，其犯罪率越低。该研究结果被提出后，许多学者跟踪使用不同的度量方法进行了实证检验，绝大部分的数据结果已验证了该命题的可靠性。²⁵⁷

比较于商业反腐的利益交换模式，社会支持理论跳出了政府与企业之间的简单二元结构，更深度从“二阶观察”视角，²⁵⁸沿从商业结构性反腐的原初发生学意义，剖析了背后更为错综复杂的关系和社会机理。简单地说，商业结构性反腐

²⁵² See Rose-Ackerman S., *Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform*, New York: Cambridge University Press.

²⁵³ See Benson M. L. and Cullen F. T., *Combating Corporate Crime: Local Prosecutors at Works*, Boston: Northeastern University Press.

²⁵⁴ See Cullen F. T., Social Support as an Organizing Concept for Criminology, *Justice Quarterly*, 1994(11), pp.527-559.

²⁵⁵ See Braithwaite J., *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge: Cambridge University Press.

²⁵⁶ See Lin N., Conceptualizing Social Support, in N. Lin, A. Dean and W. M. Edsel, eds., *Social Support, Life Events and Depression*, Orlando: Academic Press, 1986, pp.17-30.

²⁵⁷ See Barro R. J., *Determinants of Democracy*, Vol. 107, *Journal of Political Economy*, 1999, pp.158-183. Pratt T. C., & Godsey T. W. Social Support and Homicide: A Cross – national Test of an Emerging Criminological Theory, Vol.30, *Journal of Criminal Justice*, 2002, pp.589-601. Pratt T. C. and Cullen F. T., Assessing Macro-Level Predictors Predictors and Theories of Crime: A Meta-analysis, Vol. 32, *Crime and Justice*, 2005, pp.373-450. Zhang Y., Cao L. Q. and Vaughn M., Social Support and Corruption: Structural Determinants of Corruption in the World, Vol.42, *The Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 2009, pp.204-217.

²⁵⁸ 参见宾凯：《二阶观察、悖论与法律的系统建构：卢曼法律社会理论研究》，《北大法律评论》第7卷第2辑。

的逻辑出发点又可借此向前一步，探讨利益交换背后更深刻的共识规律和基础原因。

长期以来，面对政府与企业之间利益交换导致商业腐败的驱动力，主要有两种截然相反的观点：企业主动腐败与被迫腐败。(1)具有代表性的研究成果显示，企业绩效与商业腐败呈负相关，并解释这是由于企业在政府官员逼迫下腐败。基于此，企业是否要进行商业腐败，取决于前文提到的政府与企业之间利益交换的若干维度，其中企业行贿数额的多少，取决于企业的“支付能力”（企业绩效水平）和“拒绝的力量”（企业转移到其他地区或行业的成本）。它解释了企业行贿动机（受政府逼迫）、腐败与企业绩效关系（负相关）、相同地区和产业里不同企业之间行贿数额的差异（源于不同企业谈判力量的不同）等三个关键问题。²⁵⁹

(2) 其他一些实证数据又显示，企业绩效与贿赂呈正相关，且被解释为行贿是企业为了竞争政府资源而向官员行贿，得到政府资源越多，绩效水平也就越好。

可见，尽管基于政府与企业之间利益交换导致的商业腐败有过深入研究，但尚未达成利益交换的完全一致共识，且不论腐败与绩效呈正相关或负相关，都无法断言企业是否应该进行商业腐败。更为重要的是，因为缺乏对腐败驱动力的二阶观察，商业腐败背后发生的宏观原因长期未得到揭示。比如，当把视角转向进行社会支持理论之上的实证研究，就会发现不一致问题的解决依赖于发现“企业增长与腐败程度之间存在明显的倒 U 型曲线关系”。²⁶⁰由于腐败对企业增长存在积极影响，因而企业会主动向官员行贿，而不是在官员的逼迫下被动行贿；但倒 U 型曲线的共识规律提示了问题会出现另一端，就是尽管企业的腐败是一种主动行为，也并不是说腐败程度越高，企业绩效就会越好，而是存在拐点。当企业应对政府的资源耗费跨越拐点，企业将因为其应对市场能力的不足，导致整体竞争力的匮乏，进而降低整体绩效水平。简言之，就是若让企业一味追求政治关系，它必将减少在应对市场上的资源投入，导致该企业的竞争优势因为它应对市场能力的弱小而不足，也许这才是以上文献没有得到一致结论的真正原因。这样，商业结构化反腐为了实现政府与企业之间的简政放权，以及“让市场在资源配置中起决定作用”，即可以尝试以降低企业应对政府的“拐点”为改革方向。

很显然，商业结构性反腐要推动吉尔兹那种基于参与式观察的“深描”，贴上那种令理论用户放心的客观标识。比如，前文论述政府与企业之间利益交换的显微镜，可以丰富我们在商业结构性反腐在法律与社会问题上的细部和直观的知识。但是，面对商业结构性腐败这一世界性难题，需要更具纵深和阵面的相关知识时，抑或更深入理解结构性的复杂机理及其内部相互作用时，却要借助于“社

²⁵⁹ See Svensson J., Who Must Pay Bribes and How Much? Evidence from a Cross Section of Firms, Vol.118, *The Quarterly Journal of Economics*, 2003(1), pp.207-230.

²⁶⁰ 徐雷：《应对市场还是应对政府：权衡选择、经营绩效与国民财富》，中国社会科学出版社 2013 年版，第 23-41 页。

会支持理论”这个犯罪学望远镜。可以肯定，若没有这一理论社会学宏观层面上的反省，这些能够推进商业结构性反腐研究深度的问题就得不到回答，那些所谓的实证方法和经验方法就会变成没有头脑的经验主义，就会丧失对商业结构性反腐“从社会学出发的想像力”。²⁶¹一旦这样，只能是跟着国外去研究那些对于今天中国来说根本就不是紧要之处的“鸡毛蒜皮”问题。

3.2 基于社会支持的商业反腐维度

那么，根据社会支持理论之上的“二阶观察”，什么才是有份量的大问题呢？已有的实证研究表明，社会经济的不平等、²⁶²国家对福利支出和人本发展指数、²⁶³民主程度、²⁶⁴企业内部合规性²⁶⁵等关联因素，构成了导致商业腐败的宏观结构变量。这些研究不仅为商业结构性反腐上的“法律如何可能”，提供了理论社会学上的证据；同时，也为更深程度地讨论商业腐败的结构性治理，提供了更加坚实的基础。

1. 社会经济的不平等。世界范围内的商业腐败何以迅速蔓延，社会学上的主要理由在于“不平等状况正变得日益严重”。里根和撒切尔时代提出过“涓滴经济学”，即认为政府不应该求助穷人，而应该让富人得到他们所需要的。通过经济增长使社会总财富增加，最终穷人也会受益，但这一预测并未发生，实际状况是贫富差距越来越大，许多国家已远超基尼系数的警戒线，相应的商业结构性腐败趋于严重。目前，许多实证研究已验证了不平等与腐败之间的强烈正相关。²⁶⁶其理论上的解释是，根据“失范理论”，当社会的整体文化强烈支持物质追求时，用于规范社会行为的规则开始失去效力，引发包括商业腐败在内的犯罪；²⁶⁷在此基础上，“机会理论”则揭示了人们适应不同的社会环境采取的不同应对行为：社会底层可能付诸于街头犯罪，中上阶层却可能通过腐败满足对物质的追求，毕竟其所处的社会职位有更多这样的机会。²⁶⁸随着阶层之间的差距逐步拉大，处

²⁶¹ 参见[美]C·赖特·米尔斯：《社会学的想像力》，陈强、张永强译，北京：生活·读书·新知三联书店 2001 年版，第三章。

²⁶² See You J. & Khagram S., A Comparative Study of Inequality and Corruption, Vol.70, *American Sociological Review*, 2005, pp.136-157.

²⁶³ See Pratt T. C. & Godsey F. T., Social Support, Inequality and Homicide: A Cross – national Test of an Integrated Theoretical Model, Vol.41, *Criminology*, 2003, pp.611-643. *Human Development Report 2010 by the United Nations Development Program (UNDP)*, 2010, Available on – line at: http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2010_EN_complete_reprint.pdf.

²⁶⁴ See McNair B., *Journalism and Democracy: An Evaluation of the Political Sphere*, New York: Routledge.

²⁶⁵ 参见杨力：《企业社会责任的制度化》，《法学研究》2014 年第 5 期；叶小忠、李修辞、彭冰、李文军：《中国上市公司法律风险指数研究》，《中国企业法务观察》2014 年总第 1 辑，法律出版社 2014 年版，第 183-202 页。

²⁶⁶ See Gupta S., Davoodi H. R. and Alonso – Terme R., Does Corruption Afforts Income Inequality and Poverty? Vol.3, *Economics of Government*, 2002(1), p.23-45. Li, H. Xu, L. C. and Zou, H., Corruption, Income Distribution and Growth, Vol.12, *Economics and Politics*, 2000, pp.155-182.

²⁶⁷ See Merton R., Social Structure and Anomie, Vol.3, *American Sociological Review*, 2003, pp.672-682.

²⁶⁸ See Schoepfer A. and Piquero N. L., Exploring White – Collar Crime and the American Dream: A Partial Test

于社会阶层两端的人会趋向于不择手段追逐金钱,形成一种认同并接受商业腐败的社会规则。²⁶⁹在这种情况下,拥有丰富资源的富人能够购买各种合法和非法的影响力,这就是由于社会经济的不平等形成了接受腐败行为的社会规则。因此社会不平等的程度越高,商业腐败就会越严重。

2. 国家对福利支出和人本发展。社会支持,从本质上就是政府把稀缺的资源用于扶助民众。已有全球性评估表明,借助于增加以公民的医疗保健支出来衡量的社会支持,降低了商业结构性腐败的程度。²⁷⁰在此基础上,世界达成共识的旨在激发人类潜能的人本发展指数(HDI),仍然是除了GDP以外的另一个强有力的广泛衡量民众福祉的综合指数。该指数包含了人本发展的各个重要方面的信息,可以帮助国家建立集体良知,有利于降低商业结构性腐败的程度。²⁷¹这一结果意味着商业反腐可以采取许多积极的措施,而不只是依靠惩罚性手段来预防阻止商业腐败的发生,这是社会支持极为重要的发现。

3. 民主程度。民主程度对商业腐败有着直接影响,民主的发展孕育其社会经济发展,以及赋予公民参与决策过程的权利。已有数据研究表明,民主程度越高的国家,商业腐败的程度越低。同时,民主还通过作用于人本发展而影响腐败,民主程度较高的国家在公共福利等人本发展维度上的投入更多,因而会降低腐败发生的机率。因此,“缺乏适当的监督和制衡的不民主政府,以及不发达的民间社会有助于滋生腐败。”²⁷²不过值得警惕的是,民主同样充满了“暴力”色彩,被腐败了的民主会导致“制度上的腐败”,这也是美国宪法只字不提民主,同时借助于“分割立法权”削弱议会权力,赋予美国总统“帝国般的行政权”的核心所在。

4. 企业内部合规性。“制度环境中强制性压力对防止商业结构性腐败有正向影响。”²⁷³在组织边界内运行的企业管理者,不可避免受到所处网络内规范的直接影响,这些网络内规范指导他们采取何种具体行动,去适应环境中的合规性要求。²⁷⁴因此,尽管缺乏法律等制度强制性惩罚功能,企业内部的合规性压力依然能影响到商业腐败的决策作出。毕竟企业一旦抵触来自所处环境中的合规性压力,

Institutional Anomic Theory, Vol.34, *Journal of Criminal Justice*, pp.227-235.

²⁶⁹ See You J. and Khagram S. A Comparative Study of Inequality and Corruption, Vol.70, *American Sociological Review*, 2005, pp.136-157.

²⁷⁰ 参见张焰、曹立群:《社会支持理论与腐败:影响腐败的结构性决定因素的再检验》,《青少年犯罪问题》2012年第2期。

²⁷¹ See Cao L., Ruohui Zhao Ling Ren and Zhao Jihong, Social Support and Anomie: A Multilevel Analysis of Anomie in Europe and North America, Vol.54, *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 2010(4), pp.625-639.

²⁷² 张焰、曹立群:《社会支持理论与腐败:影响腐败的结构性决定因素的再检验》,《青少年犯罪问题》2012年第2期。

²⁷³ Liang H. and Xuo Y., Coping with ERP-Related Contextual Issue in SMEs: A Vendor's Perspective, Vol.13, *Journal of Strategic Information Systems*, 2004(4).

²⁷⁴ 参见郭晓薇,《权力距离感对公平感与组织公民行为关系的调节作用研究》,《心理科学》2006年第2期。

那么可能被商业客户停止交易行为、被逐出行业组织或失去未来交易机会等方式的惩罚。²⁷⁵进一步的研究还发现，以企业内部合规性为基础建立起来的商业反行为约束标准在现实中可能难以很快实现，但它们会通过影响惯例、规则、习惯等规范性力量推动商业结构性反腐。²⁷⁶理由在于合规性压力能够构建起实际氛围，以此来约束企业与政府之间借助于利益交换的合谋寻租。

四、更复杂和微妙的中国治理

商业结构性反腐指向的政府官员与企业之间利益交换，本质上是双方合目的性的谋取共享租金行为，反映了双方各自的价值及价值实现过程中资源的使用和相互间影响。交换的结果反之又成为持续交换的前提。所以，政府与企业最初缺乏规则约束的随意性行为，逐步受到交换带来的社会性后果的约束。然而，除了以上国外商业反腐的制度性梳理，以及基于利益交换和社会支持供应的更多商业结构性反腐维度，这种社会性后果的约束在中国商业反腐治理中实际上更复杂和微妙。

4.1 本土化治理的议题和立场

根据前文归纳的国内商业腐败的横向五大特点，再沿纵轴观察近年来治理商业腐败的整体过程，当下中国进一步推动商业结构性反腐的本土化关键议题主要包括：

第一，国企一把手缺少监督，企业治理结构存在重大缺陷。现行体制下的国企高管保留行政级别，由组织部门任免，本质上是在企业任职的官员，让他们可能把国企当成贪腐和买官的阶梯；同时，不少国企为了实现决策力而让“两权合一”甚至“三权合一”（董事长、总经理、党委书记），让一把手处于绝对支配地位。国企内部权力结构的这种金字塔形，客观上导致了重大决策的过程程式化，内部的监督同样也是形同虚设，“内部人控制”情况十分严重。

第二，民企缺少资源、项目和资金，竞争劣势驱动了腐败。相对于国企拥有不能企及的各类优质资源的垄断，民企尤其是中小企业通常难以借助正常的市场竞争，获得企业赖以生存的市场资源，交易机会和资源配额都会受到非市场因素的挤压，更加容易陷入被动局面。所以，为了能够实现利益的定向输送，民企主动或被动地以一定和利益作为商业贿赂的成本，以换取权力控制下的市场准入、交易机会、资源配额、生存空间、信贷额度、经营范围和政策优惠等。近年来，即

²⁷⁵ See Ingram P. and Silverman B. S., The New Institutionalism in Strategic Management, *Advances in Strategic Management*, 2002(19).

²⁷⁶ See Aguilera R. V., Rupp D. E., Williams C. A. and Ganapathi, J., Putting the S Back in Corporate Social Responsibility: A Multilevel Theory of Social Change in Organization, Vol.32, *Academy of Management Review*, 2007(3).

使国内外的商业反腐长臂管辖权的威力渐增，在华外企也有步民企后尘加入商业腐败的较大风险。

第三，新型的商业模式缺乏清晰政策导向而带来设租空间。互联网移动化、融合化和平台化等趋势，改变了商业交易方式，开辟进入更深交融交互和更高智能发展的阶段。然而，互联网的跨界融合不仅推动了通信、软件、零售、金融等产业的深刻变革，同样也给互联网与覆盖到的几乎所有产业带来了接口准入、公平交易、大数据使用等极为复杂、新兴和前沿问题。目前，只是由于政府的政策导向不够明朗、相关的法律法规滞后程度较大，这种前瞻性不足使得“一行三会”出台的规则多为事后补救型规定，导致握有大量流动资产和内部信息的主体因管制失控，而出现类似“老鼠仓”、“内幕交易”、“泄露内幕信息”、“IPO 发审寻租”这样的以权谋私或串通作案；同时，乱局中不断洗牌的互联网“二八定律”已成业内共识，主要的交易量将集中在 20%的平台，这又给借助于虚拟交易中的不公平竞争而谋取暴利的侵占式商业腐败，预设了无限广阔的新空间。

第四，缺少竞争能源和金融产业的“渡口逻辑”日益明显。“供给侧”改革从商业反腐的角度来看，就是继续降低入行的门槛、鼓励更充分的市场竞争、培育更成熟的商业模式，无疑，改革的方向会进一步压缩本就在商业腐败风险低位徘徊的生产型制造业寻租的空间。而原来那些高度依赖资源优势获取垄断利润的权贵资本，肯定会把关注点更多从生产领域转移到流通环节中的交易节点，以政府名义和行政手段进行管制，以牌照、指标等特许经营等方式设租，就像占据渡口而雁过拔毛。“渡口”会集中出现在两大领域：能源型产业和金融领域，当然，次之的房地产行业仍会随之在产业贡献率上的份量轻重而呈现不同风险度。

整体来说，政府与企业的关系仍未理顺、非公企业融资难和市场准入受限、政府转型后仍存在的职能交叉、规则缺失和监管不利导致官商勾结、刑法打击万能的错误倾向、公司治理结构不完善和内部监督等，构成了中国商业结构性反腐的本土化问题意识。对此，中国采取了市场化和监管化力度相当、两不偏废的立场。因为以往改革为了确保“国家控制经济自由化”，缺乏对商业交换中政府的有效监管和控制；同时，权力分散化的放权改革又让分权后的权力边界未被清晰划定。所以，这种“不完全的市场改革”连锁反应，就是借助于市场竞争抑制商业腐败的规则未被遵守，反而造成了商业腐败的迅速增加与市场化同步现象。于是，新一轮深水区改革出现了“简政放权”与“权力清单”、“简化规则”与“减少政府自由裁量”之间的权衡之策，就成为题中应有之义。

4.2 治标：结构性反腐的基本应对

根据以上商业反腐本土化的问题意识和基本立场，借鉴国际社会的经验和教训，当下中国谨以作为“治标”之策进行结构性反腐的基本方案是什么？

1. 以国企负责人“权力改造”、“薪酬待遇”为切入点，将国企纳入公司法调整范围。目前，中共中央出台了党政干部不得在企业兼职获酬的规定，从政策上堵塞了国企负责人转换政治频道的路径。当然，改革能否奏效还应拭目以待，毕竟类似改革曾有过多次，基本上无疾而终。国企投资主体单一，国企治理结构有特定之处。以往唯一界定国资委与国企关系的《企业国有资产管理法》，对国企负责人却未有明确规定，使得对国企负责人的监督处于真空，即只要能实现国资保值增值，监管部门难以直接对国企尤其特大央企负责人行使人事任免权。所以，极有必要通过再一次修订公司法，增设国企平等竞争性的普通和特殊条款。除了进一步推动“混改”，更关键的是推动国企负责人的“候选人全球公开招聘”和“固定期间合同聘任制”，而不是由政府任免的无固定期限聘用；针对“显性的商业腐败”和“隐性的违规消费”，建立起受聘人整体收入挂钩大幅扣缴制度。

2. 打破“国企垄断”和“金融垄断”为主导的经济结构，营建非公经济公平竞争环境。民企、外企的困境很大程度上源于国有企业的垄断挤压，它造成资源的人为短缺，产生了经济租金。挤压程度越高，经济租金则越高；经济租金越高，寻租激励就越大，让商业腐败更严重。非公经济通过技术创新、提高生产效率的方式改善经营，无疑会消耗大量成本，其成效仍具有很大的不确定性，而借助于政府官员的审批、特许、配额和许可证等的商业腐败，以及依附于国企操纵资源开采的规模数量和独一无二的上游定价权，参与直接分配垄断超额利润，获利空间更大更可靠，因而被逼迫选择依附于权力，以垄断风暴眼维持其经营帝国。在相当程度上，民企外企的商业腐败发生与国企的垄断乃至国企的强弱存在紧密的关联性。所以，除了极少数涉及国家经济和安全命脉的国企豁免于垄断责任，绝大多数国企一律不得利用支配地位排斥竞争或通过兼并实施垄断，应当成为商业反腐的新常态。

3. 供应清晰导向的新商业模式经济政策，让市场主体根据公开透明的规则更有预期。面对中国当下方兴未艾的互联网经济和金融的繁荣，若不能对之进行审慎和积极引导，尽快监管行之有效的监管规则，而是一味盲目助推或任由其发展，那么依靠复制而短暂发展的企业将面临巨大经营风险，深陷其中的高管完全可能会前仆后继地铤而走险。正如中国遭遇过国内证券期货市场的巨幅波动，券商龙头与证监会官员里应外合，举救市之旗号而行做空之不义，以享有信息优势的“救市主力”摇身变成“套利先锋”，出现了上千股涨停、跌停和停牌的难忘奇观。其实，中国资本市场的许多规则只是表面借鉴了美国、香港等做法，但由于法治理念存在本质差别，监管核心制度出现了“积生淮北”现象，治市之道游离于“政策市”与“法治市”之间。因此，破解之道的关键在于构建内外有制约的证监权力体系和问责机制，核心是解决谁来监督证监会的问题。而对之深化改革的切入点，又在于让政策信息的公开和解读基于公开透明的规则，让市场主体做出相对确定的预期。

4. 改变强制性硬法的个别化调整为主，软法的指引性调整不足缺陷，推动行业性治理。商业腐败的根本危害在于市场的非公平竞争，中国式商业腐败的重灾区，基本上分布在竞争环境不公平、不充分和“行业性”商业规则不完备的若干重点领域。目前，中国“自上而下”在刑事法律、行政法规和部门规章等“硬法”意义上的规则符号已相当完备，不过法律的意义更多只是体现在对自然人或单位机构的个别化刑事或行政处罚调整，“自下而上”推动整个行业走向竞争合规的政府“事前性指引”商业规则比较少见。在这里，美国 FCPA 的合规责任豁免有较强启示，毕竟商业结构性反腐强调的是全员参与、布局商业过程的整体合规性，而不只是树立“红旗标识”那样的个别指向专项打击。对此，中国的商业结构性反腐除了企业内部合规化治理，还应改变政府与企业之间合法性程度较低、谈判成本又较大的一对一谈判，转向更多借助于行业性组织，更多推出“点对点、面对面”交换、以行业性商业规则为核心产品的指引性软法，以谋求政府与企业之间交换高合法性，以及克服交换的高成本弊端。

显然，即使是结构性反腐的基本应对之策，在中国也有着更为复杂和微妙之处，无法也不能对国外商业反腐经验进行简单的异体移植，而区别的根本点就在于政府与企业之间利益交换更为本土化的细致考量和调适。

4.3 目标：谋求利益交换合法化

当下中国政府与企业之间的利益交换，覆盖了“资源控制与让渡”、“改革不确定性”、“行政自由裁量权”、“寻找权利和财产安全”四种类型，谋求合法化交换目标的结构化反腐维度亟待进行整合，突破口是解决好以下三个重点问题：

1. 致力于解决政府一端的“地方差异过大”和“权力层级链条过长”两大问题。目前，中国政府的中央理念和政策趋于稳定成熟，但地方政府以差异为由不确定性仍然很强，给谋取不合法交换带来空间。²⁷⁷随着改革深入，中央政府的政策逐步平稳，制度的可预期性大大增强，激发了企业谋求确定性交换的积极性。然而，地方政府却因为历史条件、地理环境、经济发展和领导水平等，既有贯彻执行中央精神的，也有刻意造成制度的不确定性，以此为契机与企业合谋寻租牟利。相应地，面向政府的问责制，经常被弱化至只看“政绩”，即仅从技术层面来看结果，而忽略了对地方政府肩负营造公平竞争环境的职责之思。不仅如此，权力体制“过长的委托-代理链条”，又造成中央目标和任务向下分解过程由于层级过多而传导阻塞，代理人可能会假委托人之名而谋己之私利，同时层级过多还造成了对代理链末端代理人的监督失效，“强政治庇护的指向”使得责任审计、绩效考核、财产公开、严格问责、权力回收机制的监督成本大幅增加。这样，地

²⁷⁷ 参见王春业：《论地方行政权力清单制度及期法制化》，《政法论丛》2014年第6期。

方保护主义得以为本地企业提供保护，缓解其与外地企业间竞争，给本地企业带来超额收益，又激励本地企业贿赂地方官员，更多设置市场进入壁垒，导致了地区市场分割程度进一步严重。

2. 致力于解决企业一端的“机构腐败”和“隐性腐败”造成的合规标准局限性。根据 2014 年的盖洛普民调中，3/4 的美国人认为美国政府普遍存在商业腐败现象，多数受访者认为的“商业腐败”形式并不是传统的贿赂，而是一整套“非法操纵系统”。据此，美国智库“新美国基金会”提出美国有必要重新定义腐败和加强道德领域的问责机制，并认为这是区分于个体腐败的间接性“机构腐败”。同样这一问题在中国也深刻存在，不仅出现了企业高管的“专机、专车和俱乐部会员在职消费”、“薪酬操纵和控制”、“内部研发取得突破之前通过内幕交易谋取信息租金”，而且出现了“实施非关联并购产生垄断效应”、“放弃净价值为正的投资或实施净价值为负的投资”、“投资不足与管理卸责构建商业帝国”等这些隐匿于职责履行之内的隐性腐败。它们以往由于未受到重视，使得不少企业借助与政府交换谋取私利的过程被挂上了貌似合理的幌子，俨然成为商业腐败亚类型的所谓“合法腐败”，潜在导致了企业价值下降和投资者利益受损。因此，面对中国对显性腐败的惩罚力度已大为强化，机构或隐性腐败也许并不违法，但却比传统商业腐败更加复杂，具有系统性、内部操作性和不易被发现的特点，又表现为企业一端漠视民众信任，只谋求自身利益，而民众对内幕一无所知。因此，应该迅速改变只以法律等基础制度建设的商业反腐，而忽视结构性反腐所赖以存和持续开展的层次化治理问题。

3. 致力于解决政府与企业之间交换习惯的惯性和不断兴盛“非正式规则”的扭曲。固然当下中国对商业结构性反腐的认知，已发展到“简政放权”以尽可能减少对企业干预，但所处的结构转型期、市场不成熟、市场自发与行政指令共同配置资源的格局，仍会通过习惯的惯性和不断兴盛的“非正式规则”，影响政府与企业之间交换的细枝末节。这些非正式规则主要表现为“规避正式规则”、“转换正式规则”、“正式规则空心化”、“勾结以对抗正式规则”等四种比较典型的方式。置于这样的体制，国企与非公经济、普通企业与支付“经济租金”的企业之间，外部竞争环境并不一致，使得衡量兴盛的正式规则的范围和程度，无悬念地成为评判商业腐败的重要标准。当然，商业领域的“非正式规则”，不是所谓的商业交易惯例，而是指在商业交易中形成的游离于合规之外的边缘化或不合法的行为习惯或方式。已有实证研究表明，“非正式规则的流行导致了公共领域的去合法性及公共机构的信任危机，它促进了腐败的增加或增加了对腐败的认知。”²⁷⁸实际情况可能更糟，出现了特殊利益集的支持后，非正式规则将会扭

²⁷⁸ Wallace C. and Latcheva R., Transformation Outside the Law: Corruption, Trust in Public Institutions and the Informal Economy in Transition Countries of Central and Eastern Europe, Vol.58, *Europe-Asia Studies*, 2006, pp.81-102.

曲或干脆取代正式规则。²⁷⁹显然，需要对之给予高度关注。

4.4 体系：社会支持系统的构建

接下来，围绕政府与企业之间谋取合法化交换这一目标，商业结构性反腐在中国的基本趋向，需要改变当下刑事和行政处罚从严趋重，但体系化“治本”的社会支持系统相对薄弱的状况。

1. 根植对中国现实的深度认知，构建结构性反腐的治本意识和广角维度。近十多年来，中国刑法通过不断的修正案，出现了商业腐败的罪名翻倍、中国式海外长臂管辖、非公共权力领域延伸、单位犯罪、财产私分和挪用、“三档刑罚”、商贿黑名单等商业反腐的基本趋向；同时，近年来又开始通过单行法或标准化持续地扩张版图，比如，借助于招投标实施条例、公立医疗机构廉洁风控、法律风险管理指数、旅游法、企业社会责任国标、零售商供应商交易监管、药品管理法、政府采购法等，“包裹式”地围剿商业腐败。然而，中国的基尼系统早就超过临界线，“围猎”稀缺资源导致在产业链上游已形成既得利益集团，国企高管与政府官员之间“双向交流”，人口老龄化造成公共福利水平降低，官员出于GDP增长而干预企业过度，政府信息公开“点对点”定向控制性传播的痕迹依然明显、行政监管不完善使得改革中机会主义盛行，中国文化下利己对商业组织中个体腐败行为的回归等，都导致商业结构性反腐的社会支持系统偏弱，与日益趋重的刑事和行政处罚形成倒置反差。显而易见，加强结构性反腐与社会经济不平等、国家对福利支出和人本发展、民主程度的深刻认知，这将是让中国商业反腐治本的长远治理之策。

2. 顺应全球化商业合规反腐潮流，完善合规立法、执法和内部治理结构。通过对金融危机爆发原因的反思及应对，英美发达国家以及联合国、OECD等国际组织目前已在全球范围内加大企业合规反腐的力度。除了“透明国际”公布的外贸行贿指数，曾把俄罗斯、中国、印度和巴西列为“出口贿赂最严重”四个国家，世界银行也曾在其发布的黑名单里，列入不少中国企业因涉嫌贿赂而在一定时期内禁止承接该行资助项目，都让中国成为全球合规反腐的重点关注地区。无疑，目前中国的刑法修正案（八）、（九）在形成商业反腐的渐密法网上的功能不可低估，下一步要更加侧重于解决合规性的不少难点症结问题，包括：面对商业腐败易发、高发的行业和领域，面对更为隐秘的通过第三方从事商业腐败的行为（以咨询费、服务费、律师费、劳务费、工程发包等方式直接给付或承诺给付），面对新出现的“阿里元老模式”、“普通的特殊合伙”等日益复杂和多元化的公司治理结构，面对企业是否应对其产业链上下游、合作伙伴的商业腐败行为负责、面对“走出去”企业如何建立起合规风险预警和控制等，构建出层次更丰富、内

²⁷⁹ See Batory A. Why do Anti-Corruption Laws Fail in Central Eastern Europe? A Target Compliance Perspective, *Regulation & Government*, 2012(6), pp.66-82.

控规格更高、风险点更清晰的结构性反腐合规体系，甚至在必要时探讨当下中国能否建立起统一专门性的商业反腐法案。

五、余论

毫无疑问，“制度套不住老虎，将是对制度建设的最大伤害”。然而，除了依赖于日益趋严从密的法律制度之网的刚性拘束力，一视同仁地清算旧帐和高压反腐，更进一步地关注制度本身的公平性，乃至深化体制的合理性改革，才是中长期商业反腐的结构性更重要的核心所在。

正是从这个意义上，中国的高层已意识到“贫富差距、不平等必须解决，否则中国社会无法继续”。基于这一认识，借助于西部大开发、财政转移支付、打破城乡分割、取消户籍制度、资源有效配置等，阻缓和逐步消解早已超过警戒线的中国基尼系数和恩格尔系数；同时，深水区改革带来的中国四大自贸区的先后设立、上万件行政审批事项的取消和下放、营改增扩展到全国范围内、金融和监管改革向深水区发展、持续不断的政府高压反腐、权力的负面清单设计、企业内部治理结构的重大改革、国际社会合规惯例和海外反腐的倒逼、刑事和行政处罚不断刷新的制度供应，国企混改、面向央企和跨国公司的反垄断、放宽对金融、石油、电力、铁路、电信、能源开发、公用事业和服务业等领域的市场准入，都是实际上从不同的侧面给当下中国的商业结构性反腐带来了推动政府与企业之间谋取合法化交换，以及社会支持系统意义上的更多空间和机遇。

不过进一步指出的是，除了国内外已趋于达成共识的立法、执法层面变化，基于利益交换和社会支持的商业结构性反腐的维度，是一个“卢曼意义上的社会系统工程”，而不应只是以其中的单一维度成效论改革成败。这样，就会很容易理解印度这个世界上最大的民主国家为什么商业腐败现象远超我们，因为这不是印度的制度造成的，而是社会文化的惯性使然。商业结构性反腐应该正视这一背后的本质。比如，从导致商业腐败的政府一方来看，马斯洛的五个层次需求都能依次递进满足，似乎并不应该出现问题。关键是满足需求的标准大幅上升，体制内的官员在进行比较后会产业相对剥夺感，原来稳定的需求体系会开始发生紊乱甚至变异，于是采取行动满足新的需求成为商业腐败的原始动机。

所以，商业结构性反腐不仅在于提高腐败的成本和风险、降低贪腐者的收益预期，以及谋取合法化交换和社会支持的体系化改革，其延伸的触角还应对“放大利他”的一面和“缩减利己”的另一面给予平衡性考量。简言之，所谓结构性反腐的更深涵义在于，在反对商业腐败和推进社会进步之间保持“价值平衡”，是充分考虑商业腐败的深层原因基础上实现社会价值的最大化，根本目标在于让人性的“正动力”和腐败负能量相对平衡。沿着这一逻辑，就是基于整体的反腐原则不变，但因势利导的具体商业反腐标准和措施应当保持一个动态的“区间”，

用这个缓冲区间里的面和结构来重新观察和控制商业腐败，这才是对商业腐败最深刻的理解。否则，就只会看到这样一个事实：随着商业反腐走向深入，社会进步的内在驱动力反而出现了下降。

（发表于《中国法学》2016年第5期）

The Model and Structural Governance of Commercial Anti-Corruption

YANG, Li

(Shanghai Jiao Tong University, School of Law, Shanghai, 200030)

Abstract: In recent years, the structural governance of commercial anti-corruption presents new traits, patterns, and problematic consciousness. Focusing on the combating and preventing commercial corruption, international anti commercial corruption CSR rules, basic standpoint, and the "supplier's side" related legislation and enforcement strategy of the system supply have displayed remarkably important changes and trends, profoundly influencing China's reform and development. Apart from the said basis, a more comprehensive and in-depth discussion regarding the structural anti-commercial corruption would also require a micro perspective, at the outset, on how to make room for legitimate exchange of interests between government and enterprises, and, one step further, a macro perspective on the ways of systematic anti-corruption supported by society, building up a basic mode for structural commercial anti-corruption. However, in fact, the governance of commercial anti-corruption is more complex and more subtle for China, in that it encompasses key localization issues and positions that are hard to transplant. Besides, it not only calls for temporary solutions of system reform, but also enough room for more comprehensive and more delicate systemic structures and designs to realize higher objectives and make fundamental solutions of structural anti commercial corruption.

Keywords: Commercial Bribery; Structural; Exchange of interests; Supported by society; Chinese governance