本版编辑：澹 雅
E-mail：t4@studytimes.cn
Tel：010—62805118

司法改革

司法如何成为“最后一道防线”

□ 李 林

随着依法治国的全面推进和司法体制改革的深入展开，司法之于保障人权、维护秩序、实现社会公正的必要性和重要性，越来越得到全社会的认同，尤其是得到各级领导干部的认可。在这个司法功能得到日益重视的过程中，一个十分重要的现代司法理念——“司法是维护社会公平正义的最后一道防线”（以下简称“司法防线理念”），不胫而走，广为使用，被社会大众寄予厚望。

“司法防线理念”对当今中国社会的积极意义在于，它彻底颠覆了过去那种实现公平正义主要靠“真命天子”和“青天大老爷”，或者主要靠领导人的传统观念，颠覆了“以阶级斗争为纲”和“搞群众运动”的“极左”做法；它把维护和实现社会公平正义最后一道防线的重任，交给了司法和司法机关。这种愿望无疑是非常好的。为了切实有效地发挥司法在当今中国社会不可或缺的作用，我们有必要在中国国情和语境下对“司法防线理念”进一步辨析。

在我国，“司法是维护社会公平正义的最后一道防线”，其实是公众对司法应然功能的一种期待。在这种应然语境下，人们往往会误以为，立法权和行政权出现滥用和腐败并不可怕，只要司法权能够公正独立高效权威地发挥其功能，权力腐败、违法犯罪、冤假错案、定分止争等事关社会公平正义的诸多问题，最后都可以通过司法迎刃而解。然而，在现实生活中，我国司法只有在以下条件下才可能成为“维护社会公平正义的最后一道防线”。

确保法院检察院依法独立公正行使审判权、检察权。独立行使司法职权是司法得以成为“最后一道防线”的前提条件，保证司法机关依法独立公正行使职权是我们党和国家的一贯主张。为此，在司法的外部关系上，必须用制度和法律排除各种权力、关系、金钱、人情、舆论等对司法过程和司法案件的不当影响和干预，消除以往存在的插手和干预司法个案的不良现象。司法不能受权力干扰，不能受金钱、人情、关系干扰，防范这些要有制度保障。党的十八届四中全会以后，尤其要防范发生违反《领导干部干预司法活动、插手具体案件处理的记录、通报和责任追究规定》和《司法机关内部人员过问案件的记录和责任追究规定》的各种行为。党的十八大报告明确提出，必须“确保审判机关、检察机关依法独立公正行使审判权、检察权”。因为，凡是存在不当干预司法的地方，司法“最后一道防线”就会被突破，司法公正和社会公平正义就难以实现。

切实从体制上机制上解决司法不公、司法腐败的问题。为此，在司法的内部关系上，要通过深化司法体制改革，着力解决滥用侦察权、逮捕权、审讯权、起诉权、审判权、执行权、法律监督权等司法权力的问题，着力解决产生“打官司难”、“打官司贵”、“吃了原告吃被告”、滥用自由裁量权、以案谋私、案件积压、久拖不决、执行难、刑讯逼供、有罪推定、出入人罪等司法专横和司法不公的体制、机制和程序问题。“如果司法不公、人心不服”，司法“最后一道防线”的功能就难以实现。也可以说，凡是司法本身发生溃烂的地方，司法的最后一道防线必然不攻自破。

明确区分法律问题与政策、福利、道德等非法律问题。如果说，立法是实现社会公平正义的第一道防线，其主要职能是通过分配正义将社会成员公平正义的某些诉求法律化，行政是实现社会公平正义的第二道防线，其主要职能是通过执行正义将法律化的社会公平正义付诸实施，那么，司法作为实现社会公平正义的“最后一道防线”，其主要职能则是通过矫正正义使偏离法律轨道的司法程序、司法诉讼、司法活动等过程来实现的；而要成为法院“最后一道防线”意义上的司法诉讼案件，必须符合法院受理案件的范围和条件。如果社会成员公平正义的诉求尚未通过立法程序转化为法律诉求，成为法律可以具体维护和保障的公平正义（常常体现为公民的权利），那么，司法对于这种“公平正义”往往是爱莫能助的。过去有关房屋拆迁、土地征用、国企改制、上学就业、退休养老、工资福利、红头文件等诸多问题，往往不属于法律范畴（或者司法管辖范畴），法院通常情况下是不能受理的。对于法院依法没有受理的那些非法律问题的社会矛盾纠纷，尽管它们对于每个当事公民来说都是非常重要的“社会公平正义”问题，但却难以通过法院来解决，因而法院的“最后一道防线”对于这些非法律问题常常是无能为力的。司法的“最后一道防线”只针对法律问题，全面实现社会公平正义有赖于国家和社会治理的系统工程。因此，法律（司法）的归法律（司法），道德的归道德，政策的归政策，法律（司法）不可能包打公平正义的天下。

通过公正司法来维护社会公平正义。习近平总书记在十八届中央政治局第四次集体学习时的讲话中指出：“公正司法是维护社会公平正义的最后一道防线。所谓公正司法，就是受到侵害的权利一定会得到保护和救济，而违法犯罪行为一定要受到制裁和惩罚。”法律具有定分止争的功能，司法审判具有终局性的作用。深化司法改革，应当引导公众把法律上公平正义的诉求纳入司法程序中来，法院应当依照法律规定公开公正地办好每一个进入司法程序的案件，努力让司法案件中的每一个矛盾纠纷都通过公正司法得到化解，努力让公众在每一个司法案件中都感受到公平正义。但是，公众能否在每一个个案中实际体认到公平正义，需要具体分析。因为，“正好相反的原则常常同时被人认为是公正的，这有时发生在不同的社会阶层当中，有时发生在关系距离遥远的群体当中，不过经常还是发生在两个相互关系很近的人之间。两个对立的诉讼当事人通常确信他们各自的诉讼理由的正义性，因为他们恰好诉诸各自不同的正义……在这些不同的、相互冲突的正义思想中，总是只有一个获得胜利”。因此，司法作为维护社会公平正义的“最后一道防线”，人们要求法院所做的，并不是实施正义，而是提供某种保护以阻止重大的不正义”。但无论如何，司法应当竭尽全力做到程序公正和实体公正，用公正的司法使其真正成为取信于民的“最后一道防线”。

法院具有足够的权威性和公信力。司法之所以能够成为维护社会公平正义“最后一道防线”，抽象地讲与法院的司法公信力、司法权威性正相关，具体地讲则与法院审级制度的终局性密切相关。在一些具体案件中，本来法院终审生效的判决就可以起到“最后一道防线”的作用，但在过去信访制度被误解滥用的情况下，当事人通过“小闹小解决、大闹大解决、不闹不解决”的思维和手段，常常突破法治赋予司法的“最后一道防线”。而个别缺乏法治思维的领导干部和领导机关，随意过问案件，胡乱批示案件，动辄问责处理，任意干预司法审判，表面看这是关心民意、关注民生、贴近群众的举措，但这样做实质上往往弱化了司法的权威和公信力，破坏了司法的“最后一道防线”。司法的权威性和公信力，不仅需要司法机关本身来培养和维护，而且需要全体社会公众来尊重和呵护，需要一切能够对司法产生影响和制约的机构部门、团体组织来支持和尊重。对于司法机关而言，切实做到依法办案、秉公司法、独立审判、公正严明、不徇私情……就能够不断增强司法的权威性和公信力，从根本上筑牢“维护社会公平正义的最后一道防线”。凡是司法没有权威性和公信力的地方，就不可能有能够担当“维护社会公平正义最后一道防线”的司法。

依法治国

以法治思维 完善信访制度

□ 杨建顺

信访制度自1951年建立以来，虽也曾经历过褒贬不一、面临存废抉择的挑战，但一直是解决各类问题的有效途径，其历史的、现实的乃至未来的极为重要也极为独特的地位和作用，是不可替代的。应当树立确认、承继和发展的基本观念，以法治思维和法治方式来推进信访制度的完善。

针对实践中的问题，人们更加重视思考信访制度改革问题，努力探求信访领域的法治化之路，形成了诸多有益共识。不过，也不能否认，基于对信访的错误或者片面认识也形成了某些错误观点，诸如将信访制度运行过程中出现的问题等同于信访制度本身，提出了取消或者废止信访的主张等。有的观点虽然对所要取消的“信访”进行了限制，主张取消“人治的信访”，这看起来似乎并没有错。但是，由于其将整个信访定位于“人治”范畴，在强调和推进信访的法治化或者法治的信访之前，将信访和信法、信访和法治完全对立起来，与信访废止论没有本质上区别。很显然，持这种观点者需要转变观念。

诚然，“人治的信访”应当改革。但是，绝不应当因为信访制度运行中出现的诸多乱象而否定信访制度本身所具有的极为重要和极为独特的作用，更不应当因此而将其划入取消或者废止之列。更何况，信访的法治化或者法治的信访并不能完全排除信访中的政策裁量。毋宁说，以法治思维和法治方式来推进信访制度的改革完善，应当建立在对信访制度自身规律性的充分、准确认识和把握的基础之上，在法的理念和法的框架下充分赋予并尊重信访中的政策裁量，在形式上和实质上夯实该制度的民主化、法治化和科学化基础。

有观点认为：“信访并不是解决社会纠纷的主渠道，甚至还带有‘拦车陈情告御状，击鼓鸣冤盼青天’的封建色彩。在法治社会，应当将民众的诉求及各类争议的解决引导到法治轨道上来。”这种观点也是值得商榷的。这是因为其将信访和信法对立起来，将信访和法治对立起来，认为信访是法制不健全时期的过渡性产物或者特殊现象，是法治社会不应存在的，甚至是带有封建色彩的，故而要“彻底解决信访不信法的问题”，并为此而设想了诸多选择路径，展开了所谓信访法治化的研究。

“桥梁和纽带”的定位和作用是信访制度不变的最重要的特征，这并不排斥信访具有重要的纠纷解决和权利救济功能。如前所述，纠纷解决和权益救济是该制度创设的初始目的之一，而且该制度是也应当是现代救济法体系中的重要环节和组成部分。至于其是否是社会纠纷解决的主渠道，这是个观念问题，也是政策选择问题。不能否认的是，目前还没有找到其他的替代方案或者制度，能够以更小的成本或者代价来实现信访所承载的那些值得珍视的正面价值。所以，我们目前应当致力于信访制度的确认、承继和发展，而不是其他。这与完善复议、诉讼等其他权利救济制度并不相悖。

主张信访法治化并没有错，错的是其对信访的认识存在以偏概全之嫌，不加区分地将其定性为“带有封建色彩”。例如，来自国家信访局的数据显示，信访并不都是“喊冤告状”的，其中还有15%左右的是意见建议，有10%左右的是检举揭发方面的。从行政法的角度来看，更不能把信访全部归于“喊冤告状”类。除了作为救济法体系的重要组成部分外，信访还是行政调查、信息管理过程中的重要环节和组成部分，也是行政过程中体现和实现参与型行政理念的重要形态。

主张将民众的诉求及各类争议的解决引导到法治轨道上来并没有错，错的是其将信访排除在这里所说的“法治轨道”之外。其实，信访本身应当是实际上也是法治轨道上的制度。若在制度运行中出现脱轨的现象，我们就应当以法治思维和法治方式予以纠正，并致力于相关制度机制的建构和完善，而不是将整个信访归类于“法治轨道”之外。例如，《信访条例》就是信访的法依据；依据该条例而进行信访，无论从信访人的角度，还是从接受信访事项的机关和人员的角度，都是对信访法治的履践。从比较法的角度来看，在法治发达的日本有所谓“苦情处理”制度，是指行政机关在政府部门设置窗口，以听取市民的不平或不满等各种意见，并在行政内部采取相应的措施，以求得行政事务改善的程序，其范围广泛，涉及妨碍日照、公害、消费者保护、生活保护、环境卫生等几乎所有领域。苦情处理程序类似于中国的信访，包括日本政府为市民提供咨询、解决与切身利益有关问题的一系列程序。苦情处理不是正式的行政程序，而是行政机关基于申请而任意地、自主地作出处理的程序。苦情处理的任务并非归某特定行政机关承担，而是所有行政机关都在进行，并且以诚意对待有关自己事务的苦情，被认为是行政机关的责任和义务。尤其值得关注的是，苦情处理制度长期处于没有统一立法的状态，而是分散在《总务省设置法》《国家行政组织法》等法律规范之中，却一直发挥着极其重要也极其独特的作用。后来制定的《行政相谈委员会法》和《行政苦情协调处理要领》等，对苦情处理作出相对集中的规定，使该制度更趋向法制化，但是，这依然没有改变其非正式程序的定位和作用。我们与其说苦情处理不在法治轨道上，毋宁说，存在制度内与制度外、正式与非正式、静态与动态等多种多样的行为方式，这本应是能动法治主义和实质法治主义的内在要求。

总之，信访和信法、信访和法治本不应该是对立的，而应该是相辅相成、互为补充、亦互有包容的关系。

信访制度须改革，敢问路在何方？路，就在于法治原理的贯彻，在于法治实践的推进，在于常规化、制度化、规范化的“规则”之治，在于做到有法则依法，无法则辅之以情以理，运用法的原理和法解释的手段，为了公共利益及公民、法人和其他组织的合法权益而作为或者不作为。

推进信访制度的完善和发展，须从观念上确认、承继和发展信访之值得珍视的正面价值。无论作为“桥梁和纽带”的定位和作用，还是作为行政调查、信息收集等行政过程中的重要环节和组成部分，乃至作为权利救济法体系中的重要环节和组成部分，信访的正面作用都不应当被孤立地理解和把握，也不宜将某类信访的作用不加区别地扩展为全部信访的作用，而应当既分门别类地进行制度设计，又强调各种制度资源的整合，注重多元维度、过程论、动态发展论和利益衡量论的视角，尤其要处理好与其他救济途径之间的关系。唯有如此，才能正确认识信访的定位和作用，为追求信访制度完善、达至和谐共治提供基本前提条件。

议政论法

法律应为“一带一路”提供保障

□ 张绍鸿

“一带一路”战略是以习近平同志为总书记的党中央主动应对全球形势深刻变化、统筹国际国内两个大局作出的重大战略决策。2015年3月，国家发改委、外交部和商务部联合发布《推动共建丝绸之路经济带和21世纪海上丝绸之路的愿景与行动》，标志着作为国际区域合作发展理念和倡议的“一带一路”首次有了清晰的框架。自此，对中国发展将产生历史性影响的“一带一路”战略进入全面推进建设阶段。我国构建区域经济一体化及国际经济新秩序从此迈上了新台阶。在国际层面，截至2015年6月，我国已签署自贸协定13个，涉及21个国家和地区，并与99个国家签订避免双重税收协定。在国内层面，早在2014年，国家对境外投资就实行由核准管理向备案为主管理转变。我国对外投资的法律制度空间因此被大大扩展了。不尽如人意的是，在实践中，有益于境外投资的国际国内法律制度并未得到有效利用，推进“一带一路”建设的地方法律政策配套及法律服务保障未跟上。

境外投资法律服务保障不足 走出去企业面临风险隐患

企业走出去法律政策配套远远不够。2014年我国实行境外投资备案为主管理制度，给走出去企业带来更多便利。但是部分省份一些走出去企业并没有在政府备案，当然也纳入不了政府统计。这里反映的问题是：第一，变核准管理为备案为主管理的国家法规制度转变在各地执行层面是不是真的给当地企业带来了便利？第二，在地方政府备案究竟能带给企业什么样实质性好处？对于第一个问题，一方面，部分省份对境外投资备案审查权限并未作进一步下放，境外投资备案审查的最低部门仍是省直部门；另一方面，这些省份没有充分利用国家发改委平台系统将备案系统部署在互联网上，从而允许企业网上申报。对于第二个问题，部分省份对境外投资鼓励激励政策还远远不够。企业也是在衡量成本收益后作出不备案选择的。制度激励不足、程序便捷不够的背后是政府对境外投资重视不够的观念问题。没有备案的走出去企业有可能面临欠缺领事保护、违法取得外汇、难以享受双重避税协定好处等风险。

民企较少享受到国内国际法律政策的好处。部分省份激励企业境外投资的政策原本就少，且都是有门槛要求的。所以，尽管民企走出去的意愿非常强烈，但囿于制度等方面的不足，真正走出去的民企较少。如果缺乏有效促进占全国企业数量近80%的民企走出去的激励政策，国内产业结构调整的步伐将很难迈进。

重规划轻规则，走出去的企业合法权益难以得到有效保障。部分省份注重企业走出去单方面规划，极少有以省级政府名义与投资目标国签订经贸合作协议，从而形成了由省直单位业务部门落实走出去规划，而很少有本单位法制部门参与进来，甚至是法制部门与企业走出去业务无关的局面。法律专业人士不介入，从制度层面规避境外投资法律风险难落实，海外企业权益就难保障。一项对281户我国境外企业的调查发现，2011年至2013年度企业境外所得的90%来源于已与我国签署税收协定的国家和地区，但仅有26户企业享受过税收协定的“待遇”。

重管理轻服务，欠缺境外法律服务的企业只好进一步退半步。企业在国内发展，懂得国内法一般就够了，企业走出去却是母国法、东道国法、国际法（包括双边条约）、投资合同都要懂，否则就会面临投资陷阱，因此企业走出去的律师服务保障极其重要。当下，国内对走出去企业的律师服务保障的总体规划明显不足。据长江经济带某省律协涉外专委会介绍，该省真正能做涉外律师业务的超不出5人，能走出去做境外并购和绿地投资法律服务的只有1人。受其影响，一些知名民企境外并购投资只选择法治及诚信程度高的欧美地区，一律聘用欧美律师。为规避可能的法律风险，这些民企只收购境外企业的股权，并不参与被收购方的经营管理，但是并购中收购方与并购律师信息不对称以及并购后母子公司信息不对称可能带来的风险只能全靠诚信来维系应对。鉴于近年来西方国家加强了对外国国有企业投资的审查、我国国企管理机制制约多、律师走出去不足等多因素叠加，部分省份国企负责人不敢冒大风险，投资大项目，相当一部分走出去的模式只是在国外建几个销售点而已。

重推进轻研判，部分省份对境外市场法律相关问题跟踪研判不足。我国走出去企业因缺乏对境外市场法律相关信息的了解和掌握而陷入境外法律困境的现象并不鲜见。与其说企业对境外法律风险预估不足，不如说一些地方对境外市场及法律动向研究不足。部分省份境外投资的相关信息公开也严重滞后于实践发展需求。

切实增强“一带一路”建设 法律服务保障

加大外经法律政策推进力度，以外经带动外贸外资发展。目前外贸方面国内有外贸法，国际有统一规则；外资方面国内有三大外资法；唯独外经方面国内国际法律都比较欠缺。也就是说，对外投资有着相当大的政策鼓励空间，有很大潜力可挖。当下务实的决策是，以对外投资的法律政策促进来带动出口率，带动出口商品结构调整，并以双边法律协定和地方法律服务的结合有效降低走出去企业境外经营风险。

合理利用有效国际分工体系，以市场解决法律风险问题。贸易顺差过大的国家一定是遭遇国外双反调查最集中的地方，地方政府应出台法规政策积极鼓励出口企业将产能投资到贸易顺差不大、保持贸易均衡或逆差国来规避国外歧视性贸易壁垒。还应鼓励辖区内企业与其产业链上下游辖区外知名企业抱团出海，有效增强对外投资企业的议价能力。尤其要鼓励辖区内企业打入投资目标国成熟外资的产业链体系，让走出去企业获得最佳的境外保护。

提升法律政策的普适性，有效降低走出去民企经营及应对风险成本。地方政府在境外投资备案审查权限、申报方式的设置上，一定要以便捷企业为着力点。境外投资激励的法规政策制定，一定要在走出去企业共性问题上设置激励措施，如企业人员人身保险、企业海外投资保险、安保、融资等。政府还应注重提升激励政策的普适性、针对性、有效性和实效性，将政策好处真正惠及每个走出去企业，以竞争力强、灵活度高的民企支撑境外投资快速增长。

制定境外投资法律服务规划，变法律服务自发放任为自觉引导。境外投资法律服务规划可由地方政府法制、商务、发展改革、司法部门以及律师协会、对外经济合作协会共同制定。该项规划重在解决三大任务：一是加大政府部门企业走出去业务的法律含量，充实法律专业人员，并建立境外投资政府法律顾问制度；二是强化本地涉外律师事务所培育、引进及科学布局；三是建立境外投资法律优秀人才储备制度，精心打造研究智库。最终为政府提供优质的咨询服务，为企业提供便捷高效的法律服务。

尽快建立境外投资法律信息数据库，并加大政府信息公开力度。“一带一路”沿线64个国家，分属不同法系和宗教信仰，差异很大，环境复杂，风俗各异。地方政府应加强与投资目标国多方面的合作交流，加大对境外市场和法律相关信息的搜集和研究，尽快建立境外投资法律信息数据库，进一步推进政府境外投资信息公开力度，有效降低走出去企业信息搜寻成本和风险应对成本。