

# “被”现象诠释与消解的法理学进路

类延村

(西南政法大学行政法学院, 重庆, 401120)

**摘要:**“被”现象受到社会的日益关注, 折射出社会管理的多重隐忧。从社会案例中梳理“被”现象的类型, 以法理的视角进行多种维度的诠释, 可以发现:“被”现象主要存在于公法领域, 其产生及在社会蔓延的深层次原因则在于意志和权力因素的影响。要突破此种困境, 消解“被”现象的困厄, 则要依赖于法治型社会管理模式。该模式新颖的法治观念、重视人权与公民规训的特点, 有助于实现公民权利的法律表达与权利维护的法律实践。

**关键词:**“被”现象; 社会管理; 意志缘由; 权力因素; 法治型社会管理

中图分类号: D90-052

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2012)04-0129-04

当下,“被”现象日益受到关注。其背后隐藏何种隐忧, 怎样走出“被时代”的樊笼, 理应成为公民和学者思考的问题。目前, 法学研究中难见对此进行学术关注的论文, 或许认识到“被”现象的存在本身就是一种进步, 但作为“权利之学”的法理学在“被”现象消解的进程中有无可回避的历史性责任。

## 一、社会管理中的“被”现象

在《现代汉语词典》中,“被”字总体上有三种释义:一是作名词讲,指休息时覆盖身体的物品,即“棉被”“被子”之义,古有渊源——“被,寝衣,长一身有半”;<sup>[1]</sup>二是作动词使用,有“覆盖”“遭遇”“蒙受”“施加”“到达”等义;三是作介词,表“被动”。<sup>[2](57)</sup>而自2009年以来,“被式语言”逐渐成社会流行现象,成为讽刺和表达沉默反抗的重要形式。此种表达渗透着无奈,是“被”字的后两者意义在社会中的综合体现。既表达了“被赋予”的状态,也是公民主体话语地位丧失的写照。

在诸多“被式语言”中,最受关注的主要涵盖以下几种:“被就业”“被代表”“被自杀”“被捐款”“被幸福”“被富裕”“被失踪”,等等。每个表达都有渊源和出处,其在广大受众中的接受到底是基于认同,还是对权利贫瘠压抑之久的释放,需要溯源以后才能下以定论。下文寥寥几例,权作分析:

其一,“被就业”。它是大学生就业领域的流行词,是指部分高校基于就业率及其后各种附带或衍生利益

的考虑,通过“不知情”或“被要求”的形式使得大学生就业的现象。此种事件严重歪曲了教育的价值,对社会构成信用欺诈。面对就业难的选择,此种举措亦是造成就业难的重要诱因。主体间地位的不平等,造成了大学生的自我蚀权。

其二,“被代表”。它是指公民意见表达处于形式而非实质的状态。此种现象频繁地出现在“听证会”或相关选举活动中。代表的合法性受到质疑,公民的真实意图难以畅通表达。这不仅表现为程序问题,更在于以何途径“谁代表”与“代表谁”的资格问题。

其三,“被自杀”。它是对非正常死亡的一种表述,主要发生在监狱或与权力存在利益纠葛之处。例如,网络当下盛传的襄阳审计官员被自杀案、广西大学生被自杀案,<sup>①</sup>等等。无论案件的真相如何,舆论质疑鉴定结论的强力回应至少表明了对公权力的犹疑态度,在最为直接的层次涉及政府信用问题,而这与执法效率息息相关。

其四,“被捐款”。它的出处源于河北威县新教师的捐款换取编制事件。<sup>②</sup>这实质上是违背个体意愿对个人选择自由的干涉,违背了作为慈善的捐款的本质,将组织的意志强加于个人之上,即组织的规则在法外运行,个体的权利消逝在不对等的强力之中。

诸如此类的例子比比皆是,而通观上述现象的表述,却也存在诸多共同之处:首先,“被式语言”出现的场景相同,都出现于不对等的环境之中;其次,“被式语言”蕴含的实质相同,都有交织权力的问题,有权力寻租的意味;再次,“被式语言”都涉及法律适用

效度的问题,法律适用的失效或无能成就了其生存的空间,即权力的公信力遭到质疑;最后,“被式语言”都体现了公民权利意识增长的问题。这反映到社会管理层面就是管理体制出现了纰漏,体制内管理者违背了依法行事的原则。

社会管理体制通常分为两个层面:一是公民自身或通过自治进行社会事务的管理;二是公域权力主体(政府等公共机构或组织)对社会事务进行的管理。可见,“被式语言”之所以能够盛行是作为权力主体的管理者超越了法定职责的边界,对弱势者造成了宰制。如若放任而为,难免出现“马太效应”的恶性循环。因此,针对此种问题的解决,仅仅依靠管理机制的塑造难有成效,必须从法理的进路去厘清“被”现象中国家、社会与个人之间的关系,从法律权利的应然和实然角度去诠释法益。这也是法制基本完备后法治建设重心转向执法领域的必然要求,是民生法治的重要范畴。

## 二、“被”现象诠释的法理维度

### (一)“被”现象的法律场域特征

在法理学域内,“被”现象体现了多种权利与自由遭受侵蚀的状态。在自由保障不足与权利救济不畅之下,公民意识成长的冲突与现实的差异促成公民对“被”现象的认识与呼应。在权利与自由的认识当中,国家法与“社会公意”间的悖论与协调会隐约地呈现在面前。

第一,“被”现象多存在于公法或社会法之中,较少渗透于调节平等主体间关系的私法领域。通过前文分析可知,“被”现象的施加主体是享有权力或与权力有紧密关联的国家机构、事业单位等公共组织,双方之间不存在平等的关系,主要是“强者”在法律之外的越权或滥用职权行为。根据公法、私法、社会法的划分依据,“被”现象自然被排除在私法之外。除此,由于公法的巨大传统场域,“被”现象集中体现在公法当中。在社会法中,则主要体现为户籍改革和城市化进程中的“被市民”“被保障”等现象。

第二,“被”现象着重表达权利与自由在公法上的难于实现。权利并非全然与生俱来,但政治自由却是主体适格下的基本权利。在我国,政治自由在宪法中得到完善表达,规定公民具有“言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由”,从根本上保障基本人权。而基于宪法不可诉等原因,国家通过《著作权法》《专利法》等其他部门法给予保障,意图使权利在法律最高位阶上的宣示转化为公民的实有权利。同时,国家

也通过《选举法》《人民代表大会组织法》等法律保障公民的选举权与被选举权。特别是中国特色社会主义法律体系在2011年的宣告形成,标志着公民权利与自由在文本形式上的保障已趋完备。但层出不穷的“被”式话语却与之多有相悖,法律的社会效用多有不尽人意之处。例如,前不久的大连“PX”事件与2008年的“PX”事件中的“散步”<sup>①</sup>如出一辙,都在抗议政府对权利的漠视,生存权、表达权、环境权等公共性权利都以另类的方式出现;“被失学”“被中考”更是以功利化、利益化取代了对教育权的尊重。这实质上表明,公法中权利与自由的实现异化了法律权利向实有权利的转化,鲜明地表示出“纸上的法”与“现实中的法”的脱节。

### (二)“被”现象产生的意志缘由

在法治社会进程中,秩序、自由、利益、人权等作为法律的基本价值,在相互或内部间冲突时会因各种主体的意志抉择倾向而有所偏重。因此,“被”现象之所以呈现出压迫之感,主要源于某些强势主体意志价值倾向正当性或合法性的丧失。

其一,国家意志取向明显,法律执行不力,以致秩序优于人权,“被”现象多出于无奈。发展与稳定是中国改革中尤为重视的一组关系,通过法定形式的转化,稳定作为国家意志体现为法律价值,在法律制定和执行的过程中得以贯彻。同时,人权入宪,“国家保障和尊重人权”。<sup>②</sup>可见,秩序与人权在静态的国家法中存在适当平衡,但实践中的诸多原因致使不合立法者意图的“被”现象频繁出现,成为秩序优位选择的现实体现:首先,法律权威在社会生活中没有达到期望的程度,司法公信力降低,替代方法往往成为解决纠纷的首要选择。由此,权利瑕疵成为执法者强力施权的凭借。其次,法律成本、法律职业人员素质等问题一定程度上破坏了维权的正常秩序。最后,权力恣意、法律评价机制不力等原因易导致秩序的优先选择,无形中放弃了权利,两种价值在冲突中的地位不证自明。

其二,组织或个体职业意志符合理性假设,追逐自身利益,“被”现象尽显个体弱势。庞德曾将利益分为个人利益、公共利益和社会利益,<sup>[3][64]</sup>而“被”现象则在深层次蕴含了上述利益的博弈与冲突。首先是公共组织利益与个体利益的冲突。公共组织<sup>③</sup>基于政绩、形象等利益的考虑,权利难免产生负外部性,基于自身需要宰制个体利益。其次是职务附带利益或衍生利益与个体利益的冲突。从业人员可能因自我私利的追逐侵害公民的个人利益,这是基于职业、职务所产生的利益,因组织而具有潜在强制性,成为“被”现象中的当事方。最后是公共组织间的利益冲突。公共组织间缘于强势程

度的差异,可能因利益上的冲突对作为“第三人”的公民造成利益损失。

总之,“被”事件实现的是强者利益,但正义并非强者的利益。法治社会实践良法之治,法律实施中的意志因素应符合正义理念。如此,公民自身负载的不仅仅是认识“被”现象问题之所在,更关键的是能够主动维权,依法维权。

### (三)“被”现象蔓延的权力因素

“被”现象发生在法律缺失和法律不济之处,是权力失衡的结果,而权力制约是依法治国的关键环节,法治要内化为普遍的社会信念首先在于治权。可见,“被”现象的蔓延与权力有必然的联系,权力在冲突中占据了优势地位。

#### 1. 公共权力与公共权力的冲突

公共权力<sup>⑥</sup>的设置本身是维护公共利益,而作为单独的机构自身难免创设部门利益,形成部门间全局与一隅、上级与下级或平行部门间的冲突。一般而言,公共权力间的冲突会产生两种结果:一是公共部门间共享利益;一是某一或某些部门获得垄断利益。在前者,直接损害作为公共利益受益者的公民;在后者,弱势的公共权力和公民都有进入“被”现象范畴的可能。

#### 2. 公共权力与公民权利的冲突

法治是维护权利之治,动态的调节利益是法治的精髓。因此,怎样界定法律范畴,遵循何种权威是认识权利与权力关系的基本前提。庞德总结以往法学家的观点,认为法律大致分为三个方面,即法律秩序、指导审判的权威性依据及司法过程和行政过程。<sup>[4][5]</sup>此种划分着眼于社会控制和法的社会目的,特别是针对审判的权威性依据而言,体现人民根本利益的民间法、社会软规则在调节公共权力与公民权利冲突时也应发挥适当作用。某种程度上,“被”事件中对权利的漠视即在于缺乏对法律界限的科学认识与实践。另外,强势利益攸关方在权利法律化与法律适用中的阻碍也成为权力强势的深层次原因。

#### 3. 公共权力与社会权利(力)的冲突

在现实社会中,公民自治的途径主要是社团等公共组织。社团的功用主要体现在:一是社团能够更贴切满足社员需求,以更有效的形式实现公民权利;二是社团能够对公共权力形成制约,甚至参与到政策设计与法律的制定和实施之中。“被”事件的频现表明社团或公共组织在现实中的困境:一是结社等宪法性权利难于实现;二是社团或公共组织不发达,实践效果不明显。在利益博弈与价值实践中,公共权力往往凭借强力威慑阻挠社会组织形式的合法化,进而无视其合理诉求,侵犯社会权利(力)<sup>⑦</sup>。由此,“被”现象不断蔓延,社会组织只能坎坷成长。

#### 4. 社会权力与成员(个体)权利的冲突

社会组织凭借组织架构和成员的认同,在行业准则或内部规定的授权下享有社会权力。在成员个体部分权利让渡后,组织权力理性和扩张性的特点难免会催生自我利益,与成员权利间产生张力。同时,组织的准入机制和退出机制在一定情形下会与成员的个体权利相悖。另外,社会组织的日益官僚化、科层化亦会对成员权利形成侵蚀。

综上所述,在四种类型的冲突中,权力始终占有优势地位。究其原因,笔者认为必须将法律置于社会管理的进程之中,法律不仅与政治紧密相连,也要服务于管理的需要。法理学的重要任务则是为两者的结合提供一般性的指导原则和方法。

## 三、“被”现象的法治型社会管理之路

“被”现象的发生有诸多哲理性缘由,而实质上则是社会管理中法律权利实现不能的抗议与表达。这虽然呈现出公民自我权利意识增长的态势,但权利的实现和保障则要依赖于法治型社会管理模式的建构。

社会管理的法治化本身就是一种平衡,表明国家权力被法所制约,公民权利的实践由法所保障,优先关注权利的实现而非法制形式的完备。在创新社会管理的情境下,社会管理法治化成为诸多法学家的主张。民生法学代表人物付子堂教授认为,当前应该构建法治型社会管理模式,并从“行为-过程”范式下的法治、社会实践中的法、法治实际效果三个角度分析了该模式的特性,并认为法治的核心目标是实现社会管理的“善治”。<sup>[5]</sup>同时,韩大元教授也专门撰文阐述实现社会管理法治化的路径,认为应该具有宪法意识、规则意识;并调整“法检公”关系,树立法院的核心地位。<sup>[6]</sup>除此之外,林喆教授、莫于川教授等也从法学的不同角度阐释了社会管理法治化的问题。

在2011年11月5~6日于西南政法大学召开的以“法治发展与社会管理创新”为主题的法理学年会上,更是仁者见仁、智者见智,法学研究者们从不同而多元的角度论证了社会管理法治化的合理性、可行性及路径等问题。笔者亦受益颇多。基于此,笔者认为法治型社会管理的建构应着重注意以下几个问题:

#### 1. 革新法治思维,以广义的混合法规范社会

国家法具有较强的国家意志性,执行过程中往往以违法与否、犯罪与否的形式对法律行为进行评价。这对于无法律明确规定的保留权利或事项的规制而言,无疑缺乏足够的合理性基础。在法治型社会管理建构中,必须注重本土资源的吸收,给予组织规范、

行业标准等软性规则作用的空间,推动社会组织为代表的自治进程,形成软法与硬法(国家法)互动而互补的混合法作用模式。

### 2. 执法过程中应注重基本人权的保障,优化配置相关资源

民生重在弱势群体的基本权利维护,执法必须避免资源的浪费和重置,尤为重视孩童和老年人的保障问题。同时,执法过程中要建立公民参与机制,特别是利益攸关方的参与,以切实尊重社会的意愿。司法机构则要保持司法的独立性,认真、严格执法,树立司法公信力,使自身成为解决“被”现象的首选途径。另外,也应尊重社会的自力救济,以降低执法成本,增进权利保障的社会效果。

### 3. 应普法、重法,进行公民权利意识的规训与教育

普法是后立法时代的工作重心之一,公民法律权利意识提高的意义在于公共意志表达和执行的可能。只有社会的基本诉求得到法律的回应,才会降低法律有效性不足的困境,避免“被”现象的频繁出现。法律教育的重心在于公民权利法律表达的方法问题。同时,要进行合理的规训,使公民正确认识到有限资源与社会正义间的紧张关系,合理而有度地维权。由此,“被”现象解决的最终形式不是对国家权力的妥协退让,也非诉诸于暴力,而是公民主动权利诉求的合理表达与实践。

#### 注释:

- ① 襄阳审计官员被自杀案是指湖北省襄阳市襄州区曹新权在审计局死亡而被警方鉴定为自杀的案件。广西大学生被自杀案是指

2011年3月17日广西城市职业技术学院大一男生符德壮在宿舍外割喉身亡。警方经过调查,现场各种证据显示他是自杀的案

- ② 2009年河北威县择优录用了191位高校毕业生,但新教师工作不久,校方就要求他们捐款三到五万,以换取正式编制,经媒体曝光后,已捐资金被退回。
- ③ 在2008年“PX”事件中,组织者为了规避通过游行示威实现法律权利的难度,通过网络等现代传媒组织市民以“散步”的形式抗议政府对权利的漠视,这也体现了法律实践的难度,一些法律必然成为“软的规则”,没有硬性效力可言。
- ④ 参见《中华人民共和国宪法》第24修正案。
- ⑤ 此处的公共组织所指主要包括政府、法院、检察院等国家机构,高校等公共事业单位,以及其他与公共权力密切关联的公共组织。本文他处的“公共组织”“公共机构”也表示此意。
- ⑥ 针对公共权力而言,本处主要指称国家机构的权力,特别是政府的权力,而不涉及社会组织的公共权力。
- ⑦ 针对社会权利(力)而言,本处主要指体现一定公益的社会组织(例如:环保组织、慈善组织、行业协会、新闻媒体;等等)的权利(力)。

#### 参考文献:

- [1] [东汉]许慎.说文解字·衣部[M].北京:中华书局,2009.
- [2] 中国社会科学院语言研究所词典编辑室.现代汉语词典[M].北京:商务印书馆,1996:57.
- [3] [美]罗科斯·庞德.通过法律的社会控制[M].沈宗灵译.北京:商务印书馆,2010:34.
- [4] [美]罗科斯·庞德.法理学(第2卷)[M].邓正来译.北京:中国政法大学出版社,2007:5.
- [5] 付子堂.论建构法治型社会管理模式[J].法学论坛,2011(2):40-44.
- [6] 韩大元.实现社会管理法治化的路径[N].法制日报,2011-08-24(12).

## The jurisprudence approach of “bei” phenomenon’s interpretation and deconstruction

LEI Yancun

(School of Administrative Law, Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120, China)

**Abstract:** Along with the “bei” phenomenon being paid much more attention to, there is a reflection of multiple latent worries of social management. It can be found that, by the method of combing the types of “bei” phenomenon in social cases and interpreting it in several dimensions from jurisprudence perspective, “bei” phenomenon mainly exists in the field of public law. The profound reason for its emergence and social spread is the influence of will and power factors as well. Mainly depending on nomocracy type social management can we break through such a predicament and eliminate the distress of “bei” phenomenon. Such a mode, which takes novel ideas of nomocracy, regards human rights and civil discipline as its characteristics, can contribute to achieving legal expression of civil rights and legal practice of rights maintenance.

**Key Words:** “bei” phenomenon; social management; will causes; power factors; nomocracy type social management

[编辑: 苏慧]