

传媒与宪政：法律人的期待与责任 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E4_BC_A0_E5_AA_92_E4_B8_8E_E5_c122_484766.htm 在京部分江西籍博导、博士及知名律师座谈纪实（蔡定剑VS钱卫清VS吕良彪等）吕良彪（北京大成律师事务所合伙人，兼职教授、硕士生导师，仲裁员）：在今天这样一个特殊的日子，欢迎各位光临大成律师事务所，欢迎大家参加今天的“传媒与宪政”座谈会。----今天是一个阳光明媚的日子，虽然外面风很大----就像我们刚才提到的：宪政的未来是光明的，虽然我们还在凛冽的寒风当中。宪政是一个很“时髦”的话题，也是一个很艰难的话题。关于传媒与宪政的关系，在座的蔡定剑老师是权威。我觉得宪政的核心在于公民权利对公共权力的制约。在我们走向宪政的过程中，有两个基本的要素??新闻的自由和司法的独立；还多出了三种人：一种是记者，代表民众喉舌、耳目来监视、揭露、对抗公权力；一种是律师，代表着公众的私权利，通过一种规则来对付公权力；还有一种人是学者，为社会提供着独立而自由的法治思想，倡导着“程序公正”的司法理念。这三种人集中了社会的力量，改变公共权力的意志，不仅改变一个事件，而且推进法律制度的进步。在座各位很有可能是一个伟大的学者，很有可能是一位优秀的法律人，还有可能成为一名非常杰出的传媒工作者，我相信不管在哪一条战线上，都能够为中国的法制尽一份心。钱卫清（北京大成律师事务所合伙人，人民大学企业改制研究所所长，兼职教授、硕士生导师）：非常欢迎各位到大成律所来。据了解，今天与会的各位绝大部分是江西

同乡，我感到非常的高兴和自豪。在北京我了解到经济学界有一大批江西青年精英已经站住了脚，在法律界有这么一批青年才子即将粉墨登场，挡也挡不住，这是令人非常兴奋的事情。今天是中国法制宣传日（12月4日），大家在这么非常好的日子里欢聚一堂，共同探讨传媒与宪政话题。这个热门话题深入研讨的意义十分重大，宪政问题是当今中国一个重大的理论和实践问题，但这个问题目前在理论研究方面还有很多禁区，深入研究这个问题需要很大的勇气和相应的智慧。“胡温”执政以来，有一段时间宪政问题相当地热，我们当时感到很高兴，这对法律人深入研究这个问题有了一个新的契机，可是过了一段时间以后，又很快沉寂下来，这说明还有很多禁区，还有很多理论方面的障碍和政治现实的障碍。现实中宪法的作用仍然是非常不足的，特别是宪法审查机制到目前为止还没有有效地建立起来，虽然《立法法》对这方面有了一些规定，但由于缺少一个详尽的程序方面的具体规则，运作起来也是困难重重。比如宪法权利的司法救济显然是缺失的，法院遇到这种案件只能推脱，没有有效的救济途径。今天从传媒与宪政角度研究，我觉得这个切入点非常好，这是我们的一种智慧。大家知道，现在宪政的研究一方面有一些禁区，另一方面与整个政治体制发展的衔接确实有很多问题，所以对这个问题的研究确实需要一种智慧，需要我们在理论研究的过程中发挥媒体的作用，因为媒体对法律人声音的传播是非常有利的。改革20多年来，法律人的声音始终在整个改革过程中起不到应有的作用，立法、司法、法律服务方面都是滞后的，特别是专家学者的研究成果得不到有效的社会承认。经济学界那些经济学家对社会的互动、反

映、影响力非常巨大，媒体在这里面起到了非常大的作用。相比之下，法律人的声音得不到传播，不能有效地影响社会的进程、社会的变革，包括对公民权利的树立，对政府整个机制的推进，对整个国家的变革，法律人没有起到很好的作用。传媒与宪政到底是什么关系，我现在还没有搞明白，我想听大家的高见。我们大成所非常荣幸有这么一个机会迎来这么一大批青年学者、教授、博士——绝大部分是70年代生的青年才俊，这是让我们感到非常振奋的事情。我作为大成所的律师，今后能够有机会为大家提供这方面更多的服务，我感到非常的荣幸。

吕良彪：感谢钱律师。中国几千年来有两个字叫“变法”。中国的改革就是变法——几千年来莫不如此。但在整个社会变革过程中，法律人的声音总是被忽略，或者没有办法发出自己应有的声音。在中国作为一种工具的法可能是一向非常发达，作为一种宪政思想的法恐怕是从来没有出现过的。个中原因复杂，希望今天能听到大家的真知灼见。我们今天的聚会要感谢点睛政法网络学堂给我们创造这个机会，接下来，我们有请点睛政法网络学堂的主编刘卫老师致辞。

刘卫（“点睛政法网络学堂”主编）：首先，感谢钱卫清律师和吕良彪律师给我们提供了一个现实的平台，感谢蔡老师在百忙之中抽出时间跟我们一起探讨宪政与传媒的问题，感谢谢庆记者和中国律师网的编辑跟大家一起共商大事。第二，我代表李曙光、龙卫球等三位江西籍博导向大家问个好。今天是我国第五个法制宣传日，这半天的时间在历史长河中只是一个短短的一瞬间，我们今天这个会也是一个很小的会，但我想这个小小的会议、短短的一瞬间必将在中国法制进程中留下一份永恒。我预祝今天的会议圆满成功。谢

谢。蔡定剑（中国政法大学教授、博士生导师，全国杰出中青年法学家）：我在政法大学办了一个宪政研究所，最近也是想搞一个关于媒体与宪政关系的研讨会，想讲一讲媒体的社会责任，这样不那么敏感。在社会转型时期，在宪政和民主法制发展的时期，媒体应该承担社会责任，而且我们的媒体在这方面确实发挥了很大作用。我觉得现在社会的推动力来自媒体、律师和学者，这三者给我们带来希望，目前已经代表着社会的责任和良心，在推动着社会的发展。这两年我写的有关社会层面的东西比较多，今年我去了不少地方，我基本上讲宪政的课题，讲中国社会层面发生了哪些变化，讲用宪法维权、宪政发展和公民社会等等。过去100多年来这么多革命，大大小小都是打着“民主”、“宪政”的旗号，多少人为之流血、牺牲，但最终没有得到它。中国现在社会动力上已经看到了一些希望，我不敢说中国已经出现公民社会、利益集团，但目前经济的多元化导致了利益的多元化，导致了权利要求的多元化，这已经是非常明显的。我们学者有话语权，通过笔发出一些声音，这都缺少不了媒体。正是因为有了媒体，我们学者才变得有力量，知识才变得有力量，法律才变得有力量。因此，我非常感谢媒体。我们跟媒体是互动的，我们要尊重媒体，尽量为媒体作一下解答，媒体也是非常不容易的。当然，我个人多多少少也为媒体所害，我在全国人大的时候，媒体来找我，我说多了领导可能不高兴。媒体虽然有时候很讨厌，但对当前宪政发展起了非常重要的作用，没有它们，我们很多事情办不了。我们现在取得的一些成就，都跟媒体有一定关系，例如孙志刚案、拆迁问题、孙大午问题、刘涌案、宝马案、佘祥林案等等，媒体在中

间起了非常大的作用。我觉得之所以说中国宪政有一点希望，是因为媒体把社会的力量调动起来，对政府形成一种压力。我们现在的社会又不能自由结社，没有这样的政治条件，只能是个体通过媒体把大家的力量集合起来。所以，现在我们有希望，就在于我们通过媒体的呼喊能够改革政府的决策，甚至改变一个法令，这是过去从来没有过的。我们法律工作者的责任不仅仅是改变一件事情的结果，而是推动制度的改进。近两年，我的一个研究是要推动宪法在法院的适用，在中国，要通过宪法的司法化才可以使法院私法化，我在全面考察了德国、美国、法国的违宪审查制度及其历史发展之后得出了这样的结论。西方国家的宪法纠纷分为三个方面：第一，国家权力机关之间的冲突；第二，国家权力对公民权力的侵犯；第三，公民宪法基本权利的侵犯不仅仅来自国家，也来自社会组织或公民，一般是由具体法加以解决的，但在一定程度上可以变成宪法问题，当具体的法令和一般的诉讼不能保护基本权利的时候，才转变成宪法的诉讼，即宪法私权诉讼。在中国，我们的宪法也可以解决这样的问题，而且这样的问题只有通过法院才能解决，所以宪法司法化才可以使法院私法化。法院可以解释宪法，根据1981年全国人大常委会关于法律解释的决定，法律解释权分为四块：全国人大可以作立法解释，国务院可以作行政解释，法院可以作司法适用解释，检察院可以作检察解释。同理，宪法的解释也可以分成全国人大常委会的解释和法院的宪法适用解释。全国人大解释宪法的权利是一个最终的解释，而不是垄断的解释。媒体有很重要的社会责任，同时也要有一种约束自己的责任，报导时要规范化，尽量减少对别人的伤害。去年11月

份我们去美国观察总统选举，其中观察媒体在选举中的作用，美国的媒体都是私营的，有影响力的媒体比较保持中立，媒体不能成为党派性的，否则读者量就变小，公信力就变小，所以大的媒体要注意保持公正性。我问《纽约时报》的记者如何保持媒体的公正性，他说媒体是不可以接受别人请客的，媒体自身也有一些规则，采访时一定要采访到双方，如果找不到另一方，必须在报道上写明另一方没有接受采访或者没有找到另一方。吕良彪：我觉得每一次听蔡老师演讲都有收获。现在有一个提到很多的词叫“具体法治”，说的是法治的进程总是由一个个具体的事件所推进的。蔡老师有幸参与过很多历史性的事件，这些历史性事件在中国法制的进程中留下很重的一笔。两千多年前，西塞罗讲过一句“为权利而斗争”。那么，跟谁斗呀？就是公民私权利和公共权力之间的斗争；怎么斗呢？蔡老师刚才讲了很多，比方媒体将社会分散的意志与力量集合起来等等。作为一个律师，我总是从程序的观念、解决纠纷的观念来考虑问题：凡纠纷、冲突必有解决之道，必须有程序上的保证；凡权利必有救济，明确的救济途径与程序是救济的必备条件。在与蔡老师一起参加的“司法审查与中国宪政的未来国际研讨会”上我曾经做过一个题为《宪法性冲突的解决与宪法性权利的保障》的演讲。我很认同蔡老师的观点，不同的冲突种类适用的规则和解决方法不一样。但无论如何，没有救济的权利就不是权利，就像宪法性的权利没有宪法性的救济途径还算什么宪法权利？宪法性的冲突都没有一个和平的方式解决，还叫什么权利？我们总是先有言论自由，然后才可能有结社的自由，才可能有选举的自由，一个民主国家才可能有法治的基础。

我们现在正在争取最基础的言论自由：媒体究竟是权力的工具还是制约权力的工具，还是两者兼备？我以为媒体的宣传、教化等功能体现着媒体的权力特性；而它作为制约权力的工具，则表现为怎么样去揭露、呼号；同时，媒体作为一个双刃剑，我们怎么样来使之更好地促进对权利的保护，促进对民主法制的推进？曾志平（国内首位军事法学博士）：今天非常有幸参与探讨这样一个非常有价值的论题。我谈的问题是考虑时间比较长的问题：如何摆正军事机关的权力，认清其特殊品性的问题。我们也逃不出西方法制的语境，传媒与宪政有很多共同的品行。新闻的舆论自由和民众持枪自由在美国宪法里是两个非常奇妙的安排，第一个修正案就保证了新闻的舆论自由，关于民众持枪的自由在主文里就有了。在美国的宪法机制之下，最终来抵抗政府包括政府常备军的不是别的，是每人手中的那只枪，这实际上揭示了对中央军事权力的控制，按我的解读，公民社会里还保留着公民自卫的权利。美国宪法实际上是对经典作家们关于民主制度、宪政制度、分权制度最好的发展。政府能不能真正地很好地控制军事权？我觉得我国古代的制度是比较成功的，美国的制度实际上不是在法律规定之下彻底解决的。美国宪法学界一些学者研究这些问题，最后的结论是总统的战争权不是靠宪法规制，国会实际上也不能最后控制他，在宪法体制里没有一个周圆的逻辑来安排这个问题，最后靠的是对民望、对国家的忠诚内心控制的。文武关系就是文官政府怎么对付中高级军官集团的问题。文武关系就是一个法律控制的问题，法律是不可能完全控制的，这时跟传媒发生了这种关系。传媒与文武关系我考虑了两个层面：一是政府对军队的控

制，二是军人和其他社会群体的互动，二者缺一不可，但目前研究比较多的是文人政府对军官集团的控制。我主要有两个基本意思：第一，打仗是专业性非常强的事情，文官要想控制军队，在制度上军人做文官首长的幕僚是不够的，还需要专业信息的沟通，我国正好相反，解放军是封闭式管理的；第二，军人受到尊重的问题，军人手上操持着枪，虽说要靠人大拨款才能有工资，但军人要放开来的话，社会上没有任何与之抗衡的东西，这时需要军人自己对社会形成一种认同感、归宿感，这种归宿感靠军人群体和社会的沟通，当然还要有足够的工资待遇，形成一种尊重荣誉的体制，所有的这些离开了很好的沟通是不行的。所以，就文武关系来说，文官政府和专业军人之间要有一个很好的沟通，在政府机关之外的群体跟军人集团之间也要有一个很好的沟通。我觉得传媒在里面的作用非常重要，事实上，能够撼动社会，造成社会不稳定，能够更替王朝的，最主要的还是靠军事手段、军人集团，如果这个沟通没有做好，是一件非常够呛的事情。

王令（北京才良律师事务所律师）：刚才蔡老师提到了嘉禾事件，其实对于嘉禾事件王才亮律师一直作为中央电视台和建设部的顾问参与的，但是我们感觉到在中央电视台、《新京报》、《中国青年报》等一批媒体的努力下，在报道了嘉禾和辽宁沈阳的违法拆迁和征地案件以后，中央的有关部门加强了对传媒的控制，不让传媒介入征地、拆迁等社会热点问题，国务院严肃处理湖南嘉禾事件的积极意义已经被抵消，许多地方践踏宪法的行为在蔓延，暴力对待上访人员的丑闻也时有发生。我们感觉到拆迁问题比2003年有过之而无不及，因为它控制了对传媒的一些报道，使拆迁的整个行为

失去了权力的监督，尽管建设部随后制定了一系列文件，但以天津为例，天津就有自己一系列地方政策，与建设部的规定、国务院的条例相抵触，我们也就这个问题向国务院提起过规章审查，现在效果也是很不理想。一些地方以眼前的利益采取一些违法的行政行为，导致了原来媒体介入的正面效果全部被抵消。现在自焚的事件还是时有发生，我们上个月去了一趟安徽阜阳下面的一个县，当地拆迁就给60块钱一平方，当地的农民就说这里没有了天，60块钱盖个茅厕都不够。这些严重违法的事件，严重践踏宪法的事件，由于失去了传媒的监督，导致无法得到正常的救济，这样政府的公权力行使时又没有媒体的监督，一系列违法行为得不到应有的限制。我们最近在法制日报内参上了一篇文章，想尽量推动一个制度的改革，来解决这一块的事情，我们原来是寄希望于《物权法》，但《物权法》对这一块的保护力度还是远远不够，我们寄希望于推动我国的财产征收、征用的立法尺度，来彻底解决这一块的问题。

吕良彪：体制内的制约从来都不少，法治和人治最关键的一点就在于私人的权利有没有途径发出自己的声音，争取权利，在于公共权力的行使有没有程序性的东西来予以制约，当公民的私权利受到损害的时候，有没有一种方式、途径、程序，可以对公权力进行制约、审判。这很让人受启发。

袁斌（刑法学博士）：我谈谈“媒体审判”的影响。刚才蔡老师也提到过媒体的一些不良影响，从我个人理解，这种影响有直接和间接的影响。从间接的角度讲，这种影响是借助公共的作用力，从刑法角度讲，一是形成民愤，在刑事政治里，民愤是一个比较重要的考量因素，因为民愤的大小反映在刑法里就会体现出社会危害性的

强弱，而社会危害性是刑法定罪和量刑的主要基准。这样如果媒体在对一些案件的影响的报道如果是客观、公正的，对案件的社会危害的解释可能比较正常、合理，其影响可能是一种积极的影响，会促使案件的处理人员来正确评估案件的社会危害性；如果媒体的报道有失偏颇的话，对定罪和量刑都有不当的影响。这是从刑法角度来看，影响是双面的。因为一些记者不是法律专业人士，在很多时候有可能把握不准，负面影响会多一些。间接影响的第二方面，会影响公众对司法机关的威信力的理解，“媒体审判”实际上是在案件审理之前让公众对案件有了一个比较稳定的看法，这种看法形成以后，会让公众对案件的审理结果产生一种心理预期，有了心理预期以后，对案件很期待，如果司法机关最终做出的处理决定和这个预期是相反的，由于公众对司法机关不太了解，公众会对司法机关会产生一种不良的影响，会形成一种负面的预期，觉得司法机关可能是贪赃枉法或者不正当权力介入，这种负面预期如果通过后面的案件又强化了话，在公众的观念里司法机关存在明显的问题，这样就会破坏司法机关的威信，也会影响公众法制观念的形成。所以，我觉得从公众的角度讲，这种影响还是应该非常值得关注的。当然，媒体对案件的报道对法官也会产生直接的影响，从程序上讲，很多国家比如日本的起诉一本主义，是为了避免法官在审理之前接触案件，为什么要避免？从心理学角度，有一个光环效应，如果形成好的光环的话，会对其他品质也会做出好的判断，如果形成一个坏的光环的话，就会对你形成一个坏的判断，对一些可能不是你做的坏事归结到你的身上。杨峰（江西财经大学法学院副院长、中国政法大学博士后）：今

天有机会跟大家一起探讨传媒与宪政的问题我觉得非常高兴，但我是研究民商法（主要是研究商法）的，我的感觉是传媒在证券法领域对证券市场的违法行为的揭露是起了非常重要的作用。但是一些媒体对上市公司的有关情况作一些比较虚假的、夸大的报道，也有一些媒体最后也吃了一些官司，新的证券法对这方面也做了一些规定，比如如果利用媒体传播、编造虚假信息，有可能不单承担民事责任，还要承担刑事责任。

吕良彪：感谢杨峰博士。媒体所应关注所应监督的对象究竟应该是什么？我先前一直认为是社会公共权力。杨峰博士的发言虽短，但对我启发很大。他提到上市公司的信息披露问题，这就启示我们作为公众耳目与喉舌的媒体，所应关注的其实应该是“社会公共资源”，凡涉及到公共利益的事项均应受到监督，权力只不过最集中的社会公共资源罢了。

仇晓敏（刑法学博士）：我想谈三个问题：第一，刑事审判、宪政与媒体是否脱节了；第二，刑事审判与媒体的总的原则；第三，刑事审判的技术性规则。第一个问题，刑事审判与媒体的关系是宪政与媒体的关系的一个非常重要的方面。我是从两点考虑的。台湾有些学者对刑事诉讼法定位为宪法的私刑法或者宪法的测震仪，可见刑诉法关注的领域跟宪法关注的领域有高度集中的方面，比如刑事审判、刑事诉讼的运行意味着对公民的基本权利的严厉干预，比如拘留、逮捕、搜查甚至剥夺生命。宪政的一个非常重要的目标就是如何处理公民的基本权利跟国家公权力之间的关系，所以，我觉得刑诉法与宪法存在着一定交集，刑诉法蕴含着特殊的宪法关联，刑诉法和宪法在公民基本权利保护方面存在着一定的一致性。第二个理由，我觉得两者有直接的渊源，刑事

审判有两个基本原则 - - 审判独立和审判公开，我认为这是宪政所要求的司法独立跟公民的知情权以及言论自由在刑诉领域的积极体现，即审判独立、审判公开是宪政应有的含义。

第二个问题，刑事审判与媒体的关系如何处理的总的原则。刑事审判的两个基本原则 - - 审判独立和审判公开，审判公开有三点重要意义：第一，巩固社会大众对司法的信赖；第二，借此提高刑事司法机关的责任；第三，防止不当的因素影响法院的裁判。理论上一般把审判公开分为直接公开和间接公开，直接公开就是公民直接参与法庭审判，间接公开就是媒体的参与。审判公开体现了刑事审判与媒体关系统一的一面。审判独立原则体现了刑事审判与媒体关系对立的一面，要求法官依据事实和法律独立审判，不受任何因素的影响，而现实中的影响很大一部分是媒体。关于如何处理司法独立与媒体的关系，1994年，西班牙马德里世界法学家协会搞了一个国际准则，提出了两项基本原则，对我国也是有适用性的：第一，媒体自由是表达自由的一部分，是民主社会实行法制的基础，法官的责任是承认和实现言论自由，适用法律时作有利于言论自由的解释，只能根据公民权利、政治权利、国际公约的明示授权才能对媒体自由予以限制；第二，媒体有义务尊重国际公约保护的 personal 权利和司法独立。我把在不影响审判独立的情况下尽量审判公开，作为处理媒体与刑事审判关系的总的原则。

如何在刑事审判领域减少媒体对审判独立的影响，我想谈三点：第一，媒体对刑事审判的报道以文字报道为主，以电视直播为辅；第二，以禁止电视直播为主，以允许电视直播为辅，需要电视直播的案件是对广大公民具有明显教育意义的，尽可能采用适当的技术处理

，消除或最大程度地降低直播对法庭带来的压力，要选用经验丰富的、心理素质好的法官资深法官参与案件的审理，对审判人员采取一定隔离措施，在判决做出之前不能接触媒体；第三，要以审判前、审判后的报道为主，以审判中为辅。其实如何正确处理刑事审判与媒体的关系，制度的建设是非常重要的，我还想强调一下刑事审判的主体??法官与媒体两者也应该做一些自律性的规定。吕良彪：仇博士提出了一个很现实的问题，就是媒体会影响审判的公正性，也举了一些很好的例子。“媒体审判”是前两年大家强烈抨击的一个东西，仇博士认为媒体只对刑事审判有影响，我倒觉得“刑事”两字多余了，审判都可能受到影响而不仅仅是刑事审判。当然刑事审判涉及到人权保护的特殊性，受到影响是人命关天的事，格外强烈也是应该的。司法与媒体的冲突原因多元。至于提到制定相关规则，我觉得法官和媒体相互都没有权力为对方制定什么规则，大家都应该自律。美国媒体一开始更多强调道德上的自律，制定的东西叫做ETHICS；此后，随着媒体社会影响力的不断扩大，制定的规则称为CODE，明确规定与倡导媒体所应该遵循的规则，并规定相应的法律责任；到现在则是明确而刚性的RULE，告诉你哪些是不能做的，哪些是能做的。这样的过程对我们是有启发的。我原来做过律师、法官，也在电台、电视台做过主持人，在报社写过文章，我很有体会，这说明围绕着媒体我们追求的价值多元以及这种多元价值之间的冲突，怎么样去衡平。彭润金（政治学博士）：今天参加传媒与宪政研讨会，我就思考：第一，民主跟宪政之间的关系；第二，宪政与传媒之间的关系。我的发言主要围绕这两个方面进行。什么是民主？我们一般

以熊彼特的观点为代表，民主就是一种方法，我们通过这种方法来选择政治统治者，他强调的是政治权力的产生，其实我想熊彼特的观点是有偏颇之处的，因为我们如果仅仅是把统治者选举出来，但如果不对他进行监督的话，这种权力终究是一种暴政。因此，民主还应该包括另一方面，我们在政治统治者选举出来之后，还要对他进行监督，这个监督第一是宪政，第二就是传媒。因此，我对宪政的定位就是宪政是对我们选举出来的政治统治者的一种监督，那么，这种监督表现在什么方面呢？很多人把宪政理解为一种政治制度或法律制度，这是无可厚非的。对于宪政在制度方面的建设，我想用三个主义来概括：第一，共和主义，即实现各种政治权力均衡；第二，联邦主义，即反对中央集权，提倡复合制为主的政治制度，中央和地方上的政治权力在宪法上要有所规定，政治权利的程度也要通过宪法的规定下来；第三，自由主义，核心是规制公权，保护私权，个人的人身权和财产权是神圣不可侵犯的，公权是为了人身权和财产权而服务的，政治权力是必要的恶，必须规制好。我想强调的是，宪政不仅仅是一种制度，同时也是一种美德。在宪政方面，它是有一种非常好的民主法制的制度，但同时有一种非常健康向上、积极合作、自主自立自强自治的公民文化。提出这个问题，并不是没有现实意义的。想当初，我国也引进了很多国外的宪政、民主和法制制度，为什么在中国难以生根发芽，关键的原因在于我国公民没有这样的观念、意识、思维、方式或行为模式。当然，最关键的还是掌握政治权利的政党还是停留在革命党的思想意识观念里，而没有进入一种执政党的思想意识里面，导致了我国宪政从精神层面的培育和发展是

很不足的。由此而言，转入到第三个层面的问题——传媒。蔡定剑老师谈得非常好，让我很有启发，他谈到：第一，传媒是一种力量，谁靠近这种力量，自身也变得很有力量；第二，媒体其实是一柄双刃剑。但是，我想强调的是媒体如何扬长而避短。媒体之“长”：第一，媒体是一种对政治权力监督的力量；第二，媒体还有一种政治教育功能。媒体之“短”：比如媒体的“暴力”??传媒很容易对司法的独立性产生影响，刚才仇晓敏谈到很多细节化的东西我很赞同，你已经意识到这些问题，同时又找出了扬长避短的途径。吕良彪：彭博士把我们的视野拉开，拉到法治与权力之间的关系、法律在整个社会中的价值和定位，我觉得对我们法律人来说换到这样的思路是非常重要的。刚才彭博士传媒是一种力量，确实传媒素有“第四种权力”之称，但关于传媒是不是一种权力也一直存在着争议，持肯定者认为传媒很有社会影响力，甚至有杀伤力，说“记者笔下人命关天，记者笔下黄金万千”；认为媒体不属于一种权力的认为媒体并不是最终直接改变别人的意志，要求别人必须服从的，而是采取一种往往领导拍案而起式的，也就是说传媒引起更强力的权力关注，所谓的社会的影响力也是一种间接式的。传媒实现自己的功能还是通过政治方式，传媒作为一种社会公共资源，可以运用的主体并不仅仅是权力机关，我们每一个人都可以参与进去。我觉得怎么样做好公共资源的制度建设非常重要，但是制度的后面是以知识和理论做支撑，而知识和理论背后必须由文化、传统背景做依托，文化和传统后面更多的是一种宗教、一种信仰、一种敬畏之心。我们作为学者、文化人，更多的是给社会带来一些深层次的东西，从精神理念去影响

社会，点滴地推动社会往前进步。温观音（民商法博士）：刚才听到各位老师、同学的讲演，觉得非常有收获，由于没有很多的准备，我只是提出一个问题：传媒关注立法什么，是公平还是技术？我想说的是，法律是利益的调节器，立法的过程是利益博弈的过程，传媒在关注立法时很容易关注法律规则的修改对谁产生了好处，给谁带来了坏处，也就是说，规则的改变，改变了谁的利益状况，这很容易得到媒体关注的。但是，每一个法律本身是一个技术问题，我们媒体在关注立法公平的问题的时候，对技术的关注有的时候是显得很不够的。恰恰许多法律的技术是非常重要的，首先是一个技术问题，然后才是一个公平问题，也就是说，你所要达到的公平是通过技术达到、支持的，没有这样的技术，你的公平理念是很难达到的，或者根本是不可能的。最近的例子是公司法的修改，公司法的修改在10月27号公布出来以后，学界的人感到非常欢欣鼓舞，这个法律的修改超出我们的预期，比我们当初学界所想象的、预期的目的还要好，比如一人公司制度、彻底取消转投资的限制等等。我联想到另外一部法律——《破产法》，《破产法》的修改是几届人大的重头任务，破产法在经济生活中特别是在市场经济条件下是非常重要的，因为市场经济是信用经济，有信用就有破产，为什么我们的破产法的破产规则一直出不来呢？这就跟传媒对这部法律关注的偏颇有联系。传媒对公司法、证券法比较了解，对其报告和宣传是比较专业的，很遗憾的是，在我国特殊的政治经济条件下，破产法是非常特殊的。按照我的导师李曙光教授的观点，搞市场经济有两部法律是必不可少的：一是宪法，二是破产法。破产法覆盖一切，当企业临界破产的

时候，会涉及到很多人的利益，企业一旦关闭以后，总有一部分人为此承受损失，到底由谁承担企业经营不善导致的最后的损失，这就是一个公平问题。职工利益的保证不是破产法一部法律所能解决的，破产法关注的焦点是在破产时债权人的利益怎么样来保证。由于传统的关系，特别是1995年以来，我国破产政策的实施，必须首先要满足职工的利益。《破产法》二审稿第127条第2款规定：如果债务人的财产不能对职工的债权保障的话，必须在担保的财产里进行补偿。这意味着原来政策性破产的做法延伸到了现在所要制定的面向市场经济的市场破产的法律中来，这样一来，银行是绝对不会答应的，将使整个信用基础动摇，所以各大银行都在游说。所以，媒体的力量确实很重要，以经济立法为例，官、商、学三足鼎立，政府推动立法，学者在推动立法并提出一些制度设计，商界就是利益集团，加上媒体三足就不鼎立了，也就是说媒体倾斜哪边，法律的规则就会发生很微妙的变化，以至影响整个立法的过程。破产法的技术性是非常强的，我国国内对公司重审在操作技术层面是非常欠缺的。破产法1986年颁布到现在，基本上没有市场化的运作，现在导致成了一个政策问题，领导人不批示，这个法律永远出不来。我们在重复八届、九届人大的过程，在1996年时候，这部法律也是在二审之后呼之欲出，可是突然一夜之间就消失了，在10月份以后找不到任何有关破产法的报道了。王令：刚才吕律师提出一个很重要的词叫“博弈”，实际上传媒本身并不是一个主动的，也受制约它的因素影响，比如受制约它的利益集团的影响，同时传媒在影响大众，大众也在影响传媒。这里又回到蔡老师开始提出的问题：传媒是谁的传媒？所

以，我这里只是提出一个问题：传媒在关注立法时要关注什么东西。我这里指的只是大众传媒，对民众产生重大影响的主要是大众传媒。储智勇（民商法博士）：人做出决策必须有一定信息，信息完全、真实有效的話，才能做出相对正确的决策。从这个角度讲，媒体的作用非常重要，尤其在今天已经不是口口相传的时代。我的心得：首先，要考虑一个媒体是不是大众的，以及它是不是能作为“第四权力”，首先要考虑它的产权问题，产权是否明晰，西方的媒体更多的是私人化的，我国的媒体都是官办的，它是不是能够带有一种独立的品格，是一个值得思考的问题。第二，从管理模式上讲，媒体有两套管理体制——一是中宣部的管理体制，二是新闻出版署的管理体制，这带来一个问题，究竟新闻从业者有没有独立品格，这也是需要我们思考的问题。第三，从运行模式上讲，西方是商业化、市场化的，我国目前的媒体是行政化的运行模式，新闻从业者不光政治上受到一定限制，经济利益上也是完全受控制的，西方有句话“不劳动者无食”，而当前我国体制内的人更多是“不服从则无食”。因此，让新闻从业者去充当社会良心，是很成问题的。咱们现在讲司法独立，司法独立吗？如果说西方媒体被认为是立法、司法、行政之外的第四权力的话，我们的媒体是什么？司法权真正的是作为第三种权力存在的吗？立法权真正的是作为第二种权力存在的吗？当然具体的解释是仁者见仁、智者见智。现在网络被认为是最公开的一种媒体，但据我了解，我们现在在搞一个“金盾工程”，很有可能根据你的IP地址追查到任何一个人，我感觉到很可怕。由此带来一个问题：公权力与私权利的信息交流不畅通，导致决策有问题，导致最后

采取的行为有问题，这实际上埋下了很多的隐患。虽然现在经济在发展，但是有很多隐患。第二个问题是社会生活的庸俗化，现在“超女”现象完全可以作为一种政治现象来研究，为什么大众追捧这个问题，是因为我们的政治热情、很多热情不能得到合理的宣泄。还有一个问题是，当我们民众不能够通过正常的渠道获得一种信息的话，政治谣言、小道消息、短信息会成为一种对政治体制、政治运行很有害的方式。比如“非典”时我是通过短信知道的，这种谣言起来的话，政府的运行成本非常高，远远超过事先通过正常的渠道。确实像吕良彪律师说的，在这种情况下，可能每一个律师、新闻从业者、学者可能需要更多的智慧，也需要更多的勇气，但是我想还要加上一条做人的起码的道德底限，但道德底限毕竟是靠不住的，这时就像蔡老师说的，我们要把这种制度向前推进。我想用蔡老师的话结束我的发言：虽然可能会来得比较晚，但总会来的。吕良彪：前面提到思想解放推动社会前进，推动者首先是学者，学者的功能是为社会提供一种叫做思想的产品，其次是民众，最后才是官员，官僚体制的本性就是现有的体系依照它的惯性平稳地向前行进。我们考虑很多问题，往往需要一种勇气和智慧，需要一种博弈，各种不同利益与价值取向的博弈，最后达成一种均衡。刚才观音博士讲的很技术化的东西，其实娓娓道来很多奥妙的东西。艾茜（民商法博士）：前一阵子，我主要将精力集中在研究人格，尤其是对信用进行了一些研究，涉及到民意、隐私等，实际上这些问题跟宪政、媒体有很大关系。蔡老师认为沙利文诉纽约时报案件虽然是以民事诉讼的方式提起的，但最终应该通过一个宪政途径或者宪法诉讼的途径解决这个

问题，我个人认为这个案件在民事诉讼框架内能够解决的，关键在于我们在对媒体侵权方面如何认定，在民法空间内对民事侵权要件时如何认识，应该通过一种什么样的途径去认识它。媒体首先是一个公众的言论自由权，言论自由权是宪法上权利，是属于宪政领域之内，一旦这种权利使用过度的时候，必然造成权利的滥用，造成对他人权利的侵犯，造成对其他权利的挤压，这个过程中权利之间要设定一个边界。怎么去认定这个边界，我们有必要看媒体的受众或者所报道的对象，他们的权利在什么地方，是不是对这些媒体所报道的大众人做出区分。媒体侵权主要涉及到民意侵权，民意侵权应该在人格范围之内，大家第一观念就是人格是属于民法研究的领域，而我们在民法研究的过程中发现一个相反的现象，现在民法大多数专家认为人格权不应该属于民法领域，应该属于公法领域。民法在对古代法律的研究过程中，发现其实人格是一个公法上的东西，是用公法去设定的一个边界，对私法的一个边界，如果现行法律没有宪政，没有一个公法的藩篱作为跨越的边界的话，所有的私权利、人格、财产权都是不存在的。当今中国，构设一个很好的宪政体制，对私权利的保护尤为重要。我们的拆迁等问题，就在于我们公法为民法设定的私权利的空间是不健全、不完整的。在这个时候，我们看到人格权本身实际上是一个公法、宪政层面上的东西，但是并不能说属于宪政上的东西就应该在宪政框架内解决的。很多的民法层面是一个非常技术性的东西，通过一个技术性的构架把公法性的东西逐渐地延伸下来变成一个纯粹的私人空间，变成民法上的东西。实际上，媒体对他人造成的民意侵权也是一个对私人大众的民意侵权，在研究沙

利文案件的过程中，我们看到，最终法官的判决认定的标准是什么，就是对于公共人物的侵权标准和对普通老百姓的侵权标准是不一样的，也就是说我们在设定权利边界的时候，是否认定媒体权利滥用的时候，它的边界跟普通人的边界不一样。只要媒体对公众人物的报道基本属实，没有故意倾向的，就不认定是侵权的。我国在认定媒体侵权的时候，很多时候侵权标准是不一致的，例如宣科诉某媒体名誉侵权案。我国认定侵权标准跟西方存在很大差距的，最近很多媒体都因名誉侵权案被诉了。我国的司法制度怎么样去消除司法保护，最近听说最高法院正在酝酿一场很大的司法改革，有可能减少在司法层面上的地方保护主义。吕良彪：蔡老师提出宪法私法化乃至司法化是一种很有意义的思路，而艾博士则从私权公法化来探讨这个问题，这种双向的逆动思维很有意思，很能够启迪我们的思维。你的论述虽然有很多观点我不是很同意，但我非常欣赏你论述的思辨性。蔡定剑：在德国宪法里人格权是作为宪法第一条第一款，是最重要的，所有的权利都要服从于人格权。我国宪法司法化实际上是权利的均衡，当公民的这个宪法权利和那个宪法权利发生冲突时，需要做出一种权衡，要优先保护那个权利，每个国家的价值观念的不一样的。吕良彪：马克思#8226.11以后，美国提出要削减传媒的新闻自由，要加强政府的权力，后来并没有提上来。实际上，在中国这样没有新闻自由或者新闻自由还不够的国家，你再限制媒体的作用，我觉得在现阶段是一个不太好的说法。林晓东（“点睛政法网络学堂”编辑）：在最近一期的《南方人物周刊》上，我读到一篇有意思的文章，作者是笑蜀，他笑里藏刀地说中共元老任仲夷为了一次不落

地看到时效最强、信息量最大的时政节目，每天晚上12点以后睡觉，早上5点钟起床。一开始我没有注意这几句话，后来才恍然大悟，原来这位老先生起早摸黑是为了听美国之音和亚洲自由电台。我把这个经典事件理解为非宪政体制下公权力和公民之间关于信息控制和反控制的一个游戏。我推出三层意思：第一，对现代公民来说，传媒传递的信息成为日渐重要的资源，因为它决定了现代公民对公众政策的一种反应和选择；第二，在一个新闻独立的民主社会里，因为传媒之间的市场竞争和传媒本身的趋利性，基本上能够解决信息供给的问题；第三，在一个非民主、缺乏宪政背景的国家里，当权者为了解决民众对自身合法性和正当性的质疑和挑战，不得不进行一个严格的成本高昂的信息控制，这种管制其实哄抬了物价，导致了信息的高度稀缺和价格的上涨，当然，它治下的公民也需要为这样一种控制支付高昂的成本，比如像任仲夷先生这样位高权重的人物也必须付出身体的代价，他老家人就必须像农民一样起早摸黑，这是一个结果为负数的博弈，没有谁是真正的赢家。从非典到哈尔滨水污染事件，我们当权者还试图维持着对传媒信息进行管制的惯性思维，维持这种欺骗和隐瞒的治理方式，最高层也缺乏通过这种公共事件推进制度改良的政治智慧。值得关注的是，一些媒体比如《南方都市报》、《南风窗》、《新京报》它们充分利用了一些可能的话语空间，对地方当局严厉批评，在一定程度上让我们看到了驯化统治者的努力，我的精神导师刘军宁先生说：统治者被驯化的程度，是社会文明程度的标志。统治者被驯化之日，就是宪政实现之日。诗人王勃《滕王阁序》有一句话，在座的各位未必知道：“传媒与律师学者起

飞，宪政与世界一色”。刘卫：中国的传媒到底是个什么角色？应该是什么角色？它们到底具备什么样的权利和义务，以及权利和义务之间什么样的关系？传媒的主体是“人”，传媒到底是个什么样的“人”？中国传媒是生在战争年代、革命年代，在炮火之中诞生、生长，存在的使命是党和政府的喉舌，报纸上的声音就是政府的声音，报纸上的言论就是党的言论，报纸上的观点就是党的观点，而底下的受众就必须执行。这是在革命年代、战争年代传媒的角色和神圣的使命，中国当时的传媒起到了积极的作用。到了现在，尤其是改革开放以后，社会在变，中国的社会结构发生了变化，这时中国的传媒变了没有，变了多少，哪些地方应该变？既然国家在变，政治体制、经济体制在变，传媒肯定要变。现在还拿吃着国家俸禄、定着行政级别，俨然是一个行政机关的传媒、一个喉舌的传媒来和我们市场经济所要求的大众传媒是格格不入的。显然，传媒要转型。朱基先生有两次题词对我印象比较深，他给中国注册会计师协会题词“不做假账”，给中央电视台的《焦点访谈》题了16个字，其中有一句是“群众喉舌”，这比起“党和政府的喉舌”是一大进步。我们延伸一点，把群众的“喉舌”改为群众的“眼睛”和“耳朵”，这可能更接近于大众传媒角色的定位，这是大众传媒的两个基本的功能。进一步，大众传媒应当具备哪些权利，应当承担什么样的义务？其权利和义务之间存在什么关系？第一，按照西方人的说法，传媒应有表现的自由和维护公益的义务，美国人爱默生讲表现自由有四大价值：第一，个人人格的发展不可缺少表现自由，这是人类的本质属性，如果压抑了表现自由，就是侵害了人性的尊严；第二，表现自由是增

加知识、发现真理的最佳方法，无论真理和虚伪民众都有自己去识别的权利，这称之为思想的自由市场；第三，表现自由通过公开的讨论过程，使公民参与公共事务成为可能，尤其是在决定政治事务的民主程序中，表现自由体现着民众的自决权，或者叫做民众自己的统治论；第四，唯有通过自由的讨论才能做出合理的判断，相反，如果压抑表现自由，只会积累不满，造成社会的不安。这四种价值确实非常重要，尤其是思想的自由市场和民众的自己统治论，我觉得这两点更适合现今中国法制进程的需要，或者更适合中国宪政进程的需要。我们讲经济自由，没有讲思想自由，经济有一个自由市场，思想也有一个自由市场，在经济上，行政许可法有一个重要的原则，只要市场能够自决的问题，政府不予干预；思想上也是这样，老百姓可以自由地表达，受众也有自己判断的权利，不能把判断真伪的权利剥夺。在表现自由和维护公益这一堆矛盾中，我认为应当遵循这样的原则：表现自由是原则，限制自由是例外，只有当危害国家安全、破坏治安、煽动违法行为或者故意诽谤公民个人的名誉权、故意侵害他人的隐私权、著作权等等，可以经过法院认定侵权，限制其表现自由。第二，禁止检阅的权利和职业自律的义务。第三，采访的自由和保守秘密的义务。作为一个传媒，首先要有充分的自由，我非常赞成西方人提出的一个标准：这种自由只有在明显的危险或者明显的伤害的情况之下才能受到制约，才有它的边界。吕良彪：“学者与律师齐飞，宪政共传媒一色”。在第五个法制宣传日之际，我们探讨了传媒与宪政的关系，探讨了媒体的法律责任，更提出了法律人的期待、勇气与责任。最后，我想套用何兵先生的名言来结束今

天的讨论，那就是“一切在变，一切在流淌，但有一种东西是不能放弃的：那就是对权利的追求；一切在变，一切在流淌，但有一种东西是不能放弃的：那就是对宪政的信仰，对自由的渴望。”谢谢大家。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com