

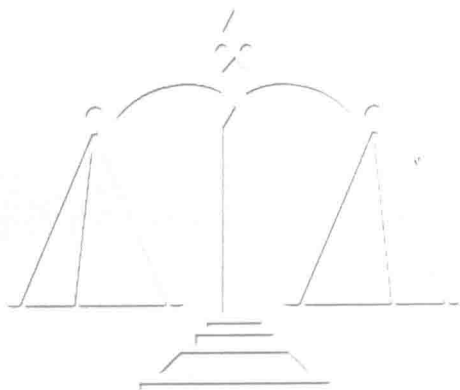
中國文联出版社



法治沉思

法治沉思

贺剑强 著



中国文联出版社

图书在版编目(CIP)数据

法治沉思/贺剑强著.-北京:中国文联出版社,2001.4

ISBN 7-5059-3782-0

I.法… II.贺… III.论文集-作品集-中国-当代IV.1247.7

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 03272 号

书 名	法治沉思
作 者	贺剑强
出 版	中国文联出版社
发 行	中国文联出版社 发行部
地 址	北京农展馆南里 10 号(100026)
经 销	全国新华书店
责任编辑	刁小林
责任印刷	邢尔威
印 刷	北京师大印刷厂
开 本	850×1168 1/32
印 张	8 印张
字 数	180 千字
版 次	2001 年 12 月第 1 版第 1 次印刷
书 号	ISBN7-5059-3782-0/I.2975
定 价	17.60 元

序一

贺剑强先生的《法治沉思》就要出版了,感到非常高兴。

贺先生请我作序,我一直未允,作者是我师兄,作序应当是德高望重的老者所为,我何德何能?但读了这本书,深为剑强先生刻苦钻研、勤于思索的精神感动,谈谈对这本书的感想吧。

读了这本集子的文章,我有三个深刻的印象,也就是说剑强先生的作品有三个较为显著的特点。

对法治社会法治国家的执著追求是贯穿这些文章的一根主线。从上个世纪八十年代中期写作的《法律与政策关系新论》、《评“政策灵魂说”》,至2000年在湘大的讲课《谈谈法治国家的理念》,都充分反映了作者的法治主张。在这些作品中,作者追求法治,追求公平,追求正义,渴求祖国文明进步的愿望是那么强烈,使人感触到他那颗拳拳正义之心,他那腔殷殷赤子之情。

从实际出发,对一些问题进行实事求是的分析和探讨,反映了作者求真务实的思想作风。新中国成立头三十年我们基本不讲法制,更没有法治,改革开放以来,理论界、政治界都开始了对这个问题的探索,实践中,法制建设存在诸多不足,也在情理之中,问题是要有面对的勇气。剑强先生在分析这些问题时,不文过饰非,不回避矛盾。《有法不依原因初探》,从陈腐观念、政治体制和法制运行机制三个方面较为深刻地分析了法律实施中的问题和原因。《刑法实施二十年:成就与不足》,较为系统地评价

了刑法实施的情况,对成就进行了充分概括,对不足作了中肯评论,是比较符合实际的。提出问题,分析不足,其目的是改进立法、执法和司法,促进法制建设进步,从这个意义上讲,剑强先生也算为建设法治国家尽了微薄之力。

文风朴实是这些文章的第三个特点。虽无华丽词藻,读来却比较清新。有的文章虽有较强的理论性,但并没有从理论到理论,没有空洞的说教,而是与实际联系较为紧密。有的文章较为短小精悍,特别是法治杂谈那组文章,每篇文字不长,但却能给人一定启迪。

还要指出的是,剑强先生在较为繁忙、紧张的司法工作之余,能够写作和积累这些文章,是十分难能可贵的。我作为他的校友和司法界的同事,对《法治沉思》的出版表示祝贺。



2001年11月

(作者系法学博士,最高人民法院研究室副主任)

序二

贺剑强先生所著《法治沉思》就要付梓了。作为老朋友,我为他的辛勤劳动成果而庆贺。《法治沉思》这个集子,是作者十余年来发表在各种报刊上的法学论文、司法工作研究、法制生活杂感,以及去年他被聘为湘潭大学法学院教授后,在研究生班授课的讲稿,共39篇,18万余言。

贺君是“文革”结束后第一代法学专业本科生,学成后一直从事司法工作。对中国的民主和法制建设,对国家究竟应当采取什么样的治理形式,才最符合人类社会的发展规律,无论是理论功底,还是实践经验,他都是有发言权的。

无论是国内还是国外,历来就有“人治”和“法治”之别。贺君是极力主张“法治”而反对“人治”的,他对法治问题的勇敢探索和苦心研究,体现在他的集子《法治沉思》之中。

尽管《法治沉思》是作者十余年来在不同刊物,不同场合用不同文体所发表的见解,同时,我敢肯定,贺君在写他那些文章,特别是写他那些小文章之时,绝对没有想到今后要出什么集子,更没有想到要以“法治”二字,来一以贯之地表达他对国家治理的理性思索。但是,翻开他的《法治沉思》,我便清晰地看到,贺君十余年来对中国“法治”问题的思想脉络。在这个集子里,“法治”二字是烛照全篇的,真可谓“花开万朵,一本所系”。

党的十五大确立了依法治国的原则,并写入了宪法。这是

贺剑强先生探索法治问题的思想和力量的源泉。他在向研究生授课时提出,党的十五大确立的法治原则,标志着我国向法治社会的转变。同时,他还认为,建设社会主义法治国家,将是一个漫长的过程。作为一代学人,作者的这一认识,不是凭空杜撰,而是建立在历史和现实的基础之上的。

在中国,以“人治”为主要特征的封建君主制度,持续了二千余年。在这漫长的二千余年中,经历了二十余个封建皇朝的更替,外国人称之为经历了二十余次一般性的“革命”。他们认为,大凡中国封建皇朝,最初的二、三个皇帝是相当好的。品德、谨慎、智慧、警惕这些东西在朝代开初还能保持,但到朝代未便渐渐的没有了。这是因为,开国的皇帝大都是在战争的艰苦中成长起来的。他们推翻了耽于逸乐的皇室,当然是崇尚品德、秩序,害怕淫逸、混乱的;他们亲历了品德、秩序的有益,淫逸、混乱的有害。但是,在开国初三、四个君主之后,后继的君主便渐渐地成为腐化、奢侈、懒惰、逸乐的俘虏;他们把自己关在深宫里,他们的精神衰弱了,寿命短促了。皇室衰微下去,权贵兴起,宦官获得宠信,登上宝座的都是一些小孩子。皇室成为国家的仇敌,住在皇宫里的懒汉使劳动的人们遭到破产,篡位的人杀死或驱逐了皇帝,又另外建立一个皇室,到了第三、第四代君主又再把自己关闭在同样的深宫里了。^①

在中国二千余年的封建政治舞台上,大体上重演着这样一个命运大致相同的历史悲剧。这一点,中国的先贤也是看清楚了。1945年,黄炎培先生访问延安,当毛泽东问及他的感想时,他说:我生60多年,耳闻的不说,所亲眼见到的,其所谓“其兴也勃焉,其亡也忽焉”……一部历史,“政怠宦成”的也有;“人亡政息”的也有;“求荣取辱”的也有。总之,没有能跳出这周期率的支配。“中共诸君从过去到现在,我略略了解了的,就是希

望找出一条新路,来跳出这周期率的支配”。对此,毛泽东充满信心地答道:“我们已经找到了新路,我们能跳出这周期率,这条新路就是民主,只有让人民起来监督政府,政府才不敢松懈,只有人人起来负责,才不会人亡政息”。^②

毛泽东不是封建皇帝,而是抱定了完全民主理想的人民领袖。毛泽东一生以其毕生的精力和卓越的才华,思索和实践了两个问题,一是如何夺取政权;二是如何巩固政权。在毛泽东一生的全部经历中,包括在他犯错误的晚年,他心中无不时刻装着人民,人民的利益,他要建立一个民主、文明、富强的国家。

但是,由于法制和法治被漠视,由于民主缺乏法制的有力保障,毛泽东最终在不知不觉中由民主走向了专制,个人说了算,越到晚年,毛泽东所强调的民主便越是体现为他个人主观意志下的民主,终于导致了“文革”那样的历史悲剧,经济步入崩溃的边缘,人文遭遇前所未有的损害,投机、仇恨、变节、告密、报复、野蛮、残忍,阿谀奉承、趋炎附势、落井下石、弄权谋利等等等等,诱发了道德的堕落与精神信仰的危机。

作为“文革”后成长和成熟起来的大学生,新中国的司法官员,贺剑强先生在大量的历史典籍中,在现实的严肃思考中认识到了“人治”的有害,坚定了“法治”的信念。他在《政策与法律关系新论》一文中甚至悲愤地写道:“法律被彻底遗忘了,甚至在关押国家主席的时候,也没有人想起至少没有人提起庄严的宪法……”

作者大概不曾间断地从不同的角度思索着同一个问题:即要实现由“人治”到“法治”的转变,首先必须转变人们的观念、必须清洗长期以来人们头脑中已成定势的“人治”思想。例如,长期以来人们一直有一个这样的法理观念,即政策是法律的灵魂,即所谓“政策灵魂说”。作者坚决地反对这一法理观点,他认

为,在法治国家里,法律的权威是至高无上的,法律的锋芒所向不应当被任何外力所支配,所阻挡。而“政策灵魂说”恰恰是以政策来改变法律、抵毁法律的理论依据。更为严重的是,可能会有那么一些领导人,会将自己个人意志下的“指示”当作政策来贯彻执行。在这种情形下,一切都将变得面目全非——一切都将随着领导人的改变而改变,一切都将随着领导人的看法和注意力的改变而改变,乃至以言代法,以言压法,以言坏法,以言废法盛行。而这,正是依法治国的大忌,正是法治的天敌。历史事实已经十分雄辩地证明以政策代替法律,以政策抵毁法律,实质上是另一种意义上的“人治”。围绕这一问题,在《法律与政策关系新论》和《评“政策灵魂说”》两篇文章中,作者寻根究底,铁壁合围,层层展开论证,对“政策灵魂说”进行了有理、有据、有力的批驳。他甚至这样毫不留情地提出,如果硬有人认为在法律与政策中有一个谁左右谁的什么灵魂的话,也只能是“法律是政策的灵魂”,这是十分精彩的笔墨!

贺君倡导,要建立一个“人心系于法制,风气定于规范”的“法治”国家,人们在清除“人治”旧观念的同时,必须建立“法治”国家的新理念。他在给湘潭大学法学院研究生班讲课时提出,建立“法治”国家,必须对社会主义的本质进行再认识;必须对社会主义法律制度的本质进行再认识;必须对执政党的执政方式进行再认识。而在真正的“法治”国家里,政府只能是法律之下的政府;政府的权威也只能是法律的权威,而不是政府首脑个人的权威,更不是个人崇拜;政府的权力只能是法律授予的权力,法外无权力,法律程序之外不能行使权力。权力建立在公民的权利基础之上,权力的功能在于维护公民的权利,他说:“公民权利无小事,权利神圣”;他还说:“在人治社会里,法律是政府的工具,在法治社会里,政府是法律的工具”,他呼吁人们树立对法律

的信仰,在贺君的思维中,对于“我”来说,法律就是“我”的行为标准,“我”的所做所为,只要符合法律。

我猜想,在贺剑强先生的眼里,什么问题都有可能是法律问题,都有可能是“法治”问题。这一点,在《从谣言风波看依法治国》一文中,能够比较清晰地触摸到他的思维脉搏。

1989年春夏之交,北京发生了动乱和暴乱,海外几家电台造谣说邓小平同志逝世了,于是一些农民无心种责任田了,他们说“邓爷升天,中国会变”,有的甚至将耕牛农具低价卖掉,担心归了集体划不来。

对上述现象,一般人恐怕很难看到是一个根源于“人治”的问题,贺剑强先生却看到了,他认为这是中国社会长期“人治”的反映,是人们在观念上认为体制会“因领导人的改变而改变”的真实写照,而“一个国家的命运建立在一两个人的声望上面,是很不健康的,是很危险的,不出事就没问题,一出事就不可收拾。”^③所以要搞法治,要确立法律的权威,要保证国家的各项工作都依法进行,逐步实现社会主义民主的制度化 and 法律化,使这种制度不因领导人的改变而改变,不因领导人的看法和注意力的改变而改变。这正是十余年来作者所思所想的核心所在。

在我的印象中,贺剑强先生是忠厚、谦和、包容、善良之人。这些特点,熟悉贺君的人从他的言谈举止、外部形象也能看得出来。或者说贺君的外部形象给了人这样的印象。与贺君交谈,他多半是听,不轻易插言,更不轻易否认别人的观点。但读他的集子《法治沉思》却是另一番景象,虽不能否认他的忠厚与善良,谦和与包容,但他对所追求真理的执著,对所主张思想的坚持,对所论证观点的“固执”,从他的外表是看不出来的。他提出的观点,他要说明的问题,鞭辟入里,字字玑珠,句句落地有声,大有“容不得他见”的气势。由此,我对“文如其人”有了更深的理

解。所谓“文如其人”，乃是如“其人”的内心、品格，如“其人”的所喜、所怒、所爱、所恨。

大家知道，在中国推行“法治”，首先遇到的是人们的观念问题，是二千多年的封建文化沉积在人们思想深处的“人治”桎梏。其次是对权力的监督和制约。有的学者认为，依法治国的第一要义就是要“依法治官”，就是要制约官员手中的权力并保障人民的权利。基于上述两点，我热切地期盼能看到贺剑强先生对“法治”问题的人文考察，以及对权力监督和制约的新见解。



二〇〇一年六月二日

注释：

①孟德斯鸠《论法的精神》(上)，商务印书馆 1961 年 11 月版，第 103 页。

②参见梁国庆主编《中外反腐败实用全书》新华出版社 1994 年版，第 1 页。

③邓小平《第三代领导集体的当务之急》，《邓小平文选》第三卷第 310—311 页)。

目 录

法治理念思考

谈谈法治国家的理念	(1)
法律与政策关系新论	(8)
评政策灵魂说	(20)
略论法律实施反馈	(27)
有法不依原因初探	(35)
一条农村双文明建设的新路	(50)
用人机制改革的一次成功尝试	(58)

立法与司法观察

改革中的妇女与妇女立法	(65)
我国应制定私人经营法	(73)
对贪污贿赂犯罪立法上几个问题的看法	(79)
债权,呼唤刑法保护	(85)
刑法实施二十年:成就与不足	(98)
“从重从快惩处”是综合治理的首要措施	(111)
论继续坚持严打方针	(114)
试论刑事犯罪中的多因一果	(118)
管制、拘役、有期徒刑不宜换算并罚	(128)
正当防卫的两个问题	(134)
贪、贿罪赃款公用质疑	(137)
缓刑适用应当严格掌握条件	(145)
对共同贪污犯罪处罚的思考	(152)

益阳地区打击刑事犯罪有关情况的调查	(157)
取保候审问题不容忽视	(166)
一个值得注意的问题	
——基层干部对实施行政诉讼法的态度	(173)
不应“着重调解”,而应着重审判	
——对修订《民事诉讼法》(试行)的一项建议	(176)
人民协调协议书应具有法律效力	(183)
证人出庭:审判方式改革的一道难题	(190)

法治焦点杂谈

从谣言风波看依法治国	(201)
析“初级阶段的经济,高级阶段的民主”	(204)
准绳忧思录	(207)
析“普法就是要普老百姓”	(209)
要什么样的权威	(211)
如此行使职权	(214)
话说“抓与不抓不一样”	(216)
想得通还不够	(219)
脑袋能割吗?	(221)
请律师难浅析	(222)

刑事案例选编

文某、任某共同故意杀人案辩护词	(225)
此案如何定罪量刑	(229)
此案应当定罪	(233)
后记	(235)

谈谈法治国家的理念

(一)法治原则在当代中国的确定

党的十五大确立了依法治国的原则,并且写入了宪法,这标志着我国向法治社会的转变。同时也应看到,建设社会主义法治国家是一项庞大的系统工程,是一个漫长的奋斗过程,至少在整个社会主义初级阶段都必须加强法治。

大家知道,十一届三中全会以后党中央提出要健全社会主义法制,要以法治国,建立一个法制社会,法制国家。为什么现在又提出依法治国,建立法治国家。以法治国和依法治国有什么不同,法制与法治有什么区别。以法治国实际上没有跳出人治的圈子,法律只是掌握在少数人手中的工具,依法治国就不同了,人不能随心所欲变更法律,而只能按照法律办事。

法制国家,其核心是建立法律制度,这样的国家有两个条件,一是有完备的法律制度,二是法律得到严格执行。这两条,从古到今,很多国家都做到了,如秦王朝、唐王朝、希特勒统治下的纳粹德国。

法治国家,首先要做到法制国家的两条,除此之外,还有两条标准,一是法律至上。在人治国家,国王就是法律,所谓法自君出,狱由君断;在法治国家,法律就是国王,英文的法治(The rule by law),其含义就是“法律的统治”,而不是用法律去统治。

二是权利平等。权利是外来语,有权并且还有理的意思,权力则是政权的一种强制力。权利平等意味着对一切主体的正当利益和要求平等地给予保护。

确立法治原则具有十分重要的意义。

第一,必须对社会主义的本质进行再认识。不搞法治,没有资格叫社会主义,社会主义应该是比资本主义更先进、更优越的一种社会制度,资本主义都能搞“法治”,难道社会主义不能搞“法治”吗?

第二,必须对社会主义法律制度的本质进行再认识。社会主义法律制度的本质最基本的应该是社会公正,而不是阶级性。传统教科书认为:法律是统治阶级意志的体现,是维护统治阶级利益,以国家强制力为特征的社会规范。因此,一提“法”,就让人想到监狱、警察、暴力、专政。法的本质到底是什么,我认为,把法当作社会对立面看待,肯定有失偏颇。我已有十几年没有看过大学法理教科书了,不知这一观点是否已改变。过去学习的时候就有质疑,认为按照这一个观点至少有三个问题不好理解:第一是民法、经济法、环保法的阶级性不好理解。第二是我国阶级对立消灭,阶级斗争只在一定范围存在,为什么反而还要加强法制?第三是我国法律为什么要与国际接轨?资产阶级与无产阶级是两个对立的阶级,在法律上可以融合,不好理解。传统的观点认为:党的政策是社会主义法的灵魂,社会主义法是规范化、法律化了的党的政策,法是实现政策的工具。对此,我曾写过一篇论文,题为《法律与政策关系新论》,在1989年湖南省法学理论研讨会上受到好评。我认为,宪法和法律应该成为政策的依据,政策是宪法和法律精神的体现和运用。

第三,必须对执政党的执政方式进行再认识。党的三代领导集体对治国方略的认识有明显区别。不可否认,毛泽东是一

位世纪伟人,但他从革命战争年代走过来,治国模式主要是借鉴苏联斯大林时代,不可能对法制、法治有深刻认识,这是一个时代局限和历史局限。以邓小平为核心的中央第二代领导集体的特点是重视“法制”,初步形成了“法治”思想和理论。小平同志曾经指出:文化大革命这样的灾难,在法制健全的西方国家不可能发生。因此,他反复强调,必须使民主制度化、法律化。以江泽民为核心的第三代中央领导集体才正式提出依法治国,建设社会主义法治国家的治国方略。为什么走了这么大的弯路?分析原因,主要有三条:一是马克思主义理论是革命的理论,法律和法治在这一理论体系中并没有占据重要地位,毛泽东说:“马克思主义的道理千头万绪,归根结底,就是一句话,造反有理”。二是观念的转换滞后于时代主题的转换,革命时期的主题是破坏,是推翻一个旧世界,建设时代的主题是发展,破坏当然不要法,建设则必须依法。三是中国长期的人治传统的影响。

(二)法治国家的理念

理念是一个特殊概念,包涵着道理、事理、理想、价值观念、原则、标准、目的等含义。

法治国家应符合以下六个方面的原理,也就是说建设法治国家应坚持6条法理。

1、法律之下的政府。政府要和老百姓一样平等地接受法律的支配和约束。这里的政府是广义的政府,就是有权力对公共事务进行决策和管理的一切机关,包括党、政、军、审判、检察机关等。政府站在法律之下,而不是法律之上,这是法治国家的重要标志。法治政府与人治政府有三点区别。一是权力的有限性与无限性。人治政府的职权没有法律限制,无所不包,无事不管;法治政府则必须在法律范围内活动。二是政府行为的程序

性和随意性。重实体轻程序是人治的表现,只追求实体公正,不关心程序公正,其实实体公正是相对的,只有程序公正才是绝对的。三是政府主体的可诉性与免责性。法治政府的行为可受法律追究,人治政府的行为不受法律追究。

2、最高权威的非人格化。任何社会都需要权威,没有权威的社会是一盘散沙。权威和权力不同,权力是一种强制性力量,上级对下级的组织、指挥、命令、安排是一种权力,必须服从。权威是一种使人信服、信从的力量和威望。

权威有两种,即人格化权威与非人格化权威。人格化权威是由一个人或几个人体现的,人治社会,人们习惯于人格化权威。非人格化权威最典型的是法律,因为法律不是人,所以无特殊情感无特殊喜好。主张人治的人,其基本观点是相信人的本性是善良的,三字经讲“人之初,性本善”,中国有一句古话叫“人皆可以成舜尧”。主张法治的人对人性的估计比较悲观,认为人之初,性本恶,亚里士多德讲:“人,永远摆脱不了兽性,人治就等于在政治生活中加进了兽性的因素”。

3、形式合理性优先。这是6条法理中最重要的一条。人治理论主张实质合理性优先,把追求实质合理作为排他目的。法治理论当然追求实质合理,但设置了一种方式,即必须首先满足形式合理,否则宁愿牺牲实质合理。

人治理论有一个非常伟大的理想:就是官员们处理的公共事务都能达到实质合理,人间可以成为天堂。柏拉图主张人治,他说:还是人治更好,就象医生治病一样,应当对症下药,如果搞法治,就好象要求医生按教科书给病人处方,而不是按病情处方。我们当然也希望官员们处理公务都能达到实质合理。但人治有两个障碍。一是用什么方法选到最优秀的人才,这样的人要求道德象雷锋,智力象爱因斯坦。中国封建社会的科举考试