

Details for  
Rule of Law

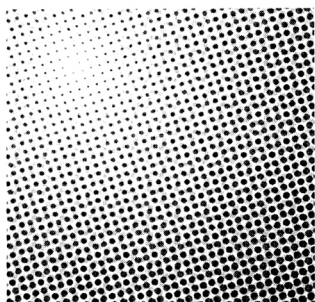
# 法治的细节

周大伟 / 著



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

---



Details for  
Rule of Law

# 法治的细节

周大伟 / 著



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

## 图书在版编目(CIP)数据

法治的细节/周大伟著. —北京:北京大学出版社,2013.1  
ISBN 978-7-301-21812-9

I. ①法… II. ①周… III. ①随笔-作品集-中国-当代  
IV. ①I267.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第304410号

书 名: 法治的细节

著作责任者: 周大伟 著

责任编辑: 苏燕英

标准书号: ISBN 978-7-301-21812-9/D·3238

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.yandayuanzhao.com>

新浪微博: @北大出版社燕大元照法律图书

电子信箱: [yandayuanzhao@163.com](mailto:yandayuanzhao@163.com)

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788  
出版部 62754962

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

880毫米×1230毫米 A5 12.5印张 258千字

2013年1月第1版 2013年1月第1次印刷

定 价: 33.00元

---

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: [fd@pup.pku.edu.cn](mailto:fd@pup.pku.edu.cn)

# 序言

## 细节中的法治

贺卫方

本书作者是我大学晚一年的老同学。虽然在大学时期并不相识,但是在过去十多年间,相互交往却十分频繁。除了常读到他的报章文字外,平常还在老同学和朋友的各种聚会中多有交流。听他聊天,也是信息丰富,生动有趣,见解不凡。由于他在国内读法学,又在美国读法学院之后,长期旅居美国,频繁来往于不同国家,对于法治建设,既有宽阔的视野,又有深邃的思考。五年前,他就出版了随笔集《北京往事》,颇受读者好评,现在,他的这本《法治的细节》又将问世,我很为老同学的新成绩而高兴。

这本收集了他近年来的一些随笔和评论的文集取名《法治的细节》,让我想到刘瑜教授的那本有趣有益的《民主的细节》。大伟告诉我,要取一个好书名颇感不易,套用刘著的取名法也算是一种技巧。不过,我们也不妨“假戏真做”,为这样的书名作一点合法性论证。民主需要宏大的理论建构,也需要丰富的微观细节使它得以运行。法治又何尝不是这样?本书中很多文章就在不断地告诉我们这类的细节:

作者告诉我们不动产征收不得通过行政强制措施征收乃是文

明国家通例,但是在中国,却赋予行政机构如此强势的权力,导致行政权无所忌惮,也使得行政相对人丧失应有的司法救济。他从美国电影《十二怒汉》里揭示陪审制如何保障人权,尤其是理性精神如何奠定陪审制作为“民主的学校,自由的堡垒”的基础。他结合亲身经历,剖析纳税人的权利得以保障的体制力量。最有趣的是,他见微知著,从房屋租赁法律关系的演进中发现了背后隐含着一个秘密:何以中国传统社会农民起义此伏彼起,或许就是对于地主与租户之间的冲突,一直没有办法建立一种理性、和平、有序和公平的制度。

从貌似琐碎的细节出发,寻求制度建设的原理与途径,这是作者的典型论证方式。本书也启发我们反思一个问题:人类文明不同,就需要调整的关系和遭遇到的困难而言,相互之间并无多大分别,但是所形成的制度模式却差异甚大。这种分歧也许跟民族整体思维方式的不同有深切关联。大伟书中也涉及随着近代西法东渐,外来制度——例如三院,即法院、医院和学院——在中国的变形。在我看来,之所以发生这种“淮南为橘,淮北为枳”的后果,跟我们对细节的忽视密不可分。

中国现代化的法治建设开始于晚清变法,尤其是1902年以朝廷下诏,任命沈家本、伍廷芳为修订法律大臣主持法律变革为起点,迄今已逾百年。也许跟一开始就是在外来压力之下勉为其难有关,我们内心多半是像时下网络流行语有所谓“各种不服”,对于引进西方法治一直处在一种将信将疑、欲进又止的状态。外部压力大的时候,也许就往前走几步,否则就裹足不前。并非发自内心驱动的事

实还导致一种敷衍心态。能够在表面上作出法治的样子,例如编纂法典,设置机构,拉起队伍,穿上行头,都可以有板有眼地进行。但是,制度运行的内在精神仍然是非法治甚至反法治的,其效果如何,了解近代史的人们都知道。我们是否可以说,如果晚清政府能够真诚而非敷衍地推行法治,中国就无须走向共和,君主立宪制也完全可以达到实质上的宪政体制?同样的道理也可以解释后来的江山易帜。

如果我们把眼光放得更加长远,也可以看出,法治在中华大地上难以健康成长有更为悠久的历史根源。且不说“德主刑辅”、“刑期去刑”这类儒家信条,观察传统社会的具体治道与治术,就会看出,我们是怎样喜欢宏大叙事,而忽视具体制度建构的。例如,在一个农业社会里,土地权利及其相关制度的重要性不言而喻。无论是古典罗马法,还是诺曼征服之后的英国普通法,关于土地所有、占有、保有、使用、买卖、时效、占有取得等权利及法律救济方式,相关规范浩如烟海,各种学说百家争鸣。无论是罗马的那些备受推崇的大法学家,还是英国法学家布拉克顿和法官柯克,都在这方面殚精竭虑,其成果也成为学术史上的伟大经典。

但是,在古代中国,毕生致力于土地制度研究的大学者是不存在的。在古典立法里,有关土地的规范凤毛麟角。官员在处理这类被称之为“田土细故”的纠纷时,压根儿不需要引用法律(当然,绝大多数情况下也没的可引),只是依据一些古代故事以及司法官员的公正感——如果有的话——作出判决。春秋决狱让这种大而化之的司法模式具有了正统地位。在阅读一些古典司法判决书的时候,

我们很少看到,州县官员们在处理田土纠纷时会引用此前就类似案件所作的判决。司法中的这种个别主义丧失了可预期性,同时也为司法腐败留下了巨大的空间。

从这样的角度观察,今天的法律人树立一种不弃微末的精神,重视法治的细节建构,就不仅指向制度,更是改造文化。当然,在挖掘和培育细节的同时,我们还需要在每一个细节里渗透普遍的价值,努力造就一个局部与整体相和谐的体系,也是自不待言的。当年胡适先生倡导“多研究些问题,少谈些‘主义’”,其意义也可当如是观。

贺卫方

2013年1月11日

# 目 录

## 法律江湖

“到处都是我们的人!” ——谈中国法律职业群体中的关系网	3
中国法律职业群体的前世今生	16
中国人的法治基因	31
腐败官员进法学院	35
谁来管住法院院长的妹妹?	40
满身尽是黄金卡	44
台湾法律人的幸福和忧愁	47
孔子学院里的中国“关系经”	53

## 法治细节

诉讼时代降临,我们准备好了吗?	59
法治的细节	66
婚姻法中的天平	73
杀人与偿命之间	78



“看着我的眼睛”	
——证人出庭的意义	82
如果把判决比作电灯,调解就是蜡烛	87
中医民事侵权:一个被法律遗漏的角落	92
有感于深圳市长许宗衡落马	103
从经典影片《十二怒汉》想到孔庆东的言论	110
从唐骏的“西太平洋大学”到 许宗衡的“美国国际东西方大学”	114
保险的力量	120
跨国欺诈的道具:美国州务卿 的签字及中国领事馆的盖章	124
对身份证登记指纹信息的思虑	129
强制拆迁,理应从“行政”转向“司法”	133
依法强制拆迁前政府应预付保证金	138
王明的那点儿“婚姻法律问题”	141
法律人眼里的鸡蛋和围墙 ——从周立波的一个清口秀节目谈起	147
写给“李刚门”受害者亲属的一封回信	155
房东与房客之间的法律断想	158
为什么不能直接报警救助乞讨儿童?	167
引经据典的苦恼	172
小额速裁程序:从民工讨薪开始	177

我想推荐刘俐俐同学去读法学院	180
认识现代城市,从下水道开始	188
从北京三环路旁那块“最牛农田”谈起	193
装房子、买家具,我只来居然之家?	197
过程与结果:区分民事法律行为的新标尺	201
咨询公司的风险法律责任	208
拒绝“法律套话”的江伟教授	212
中国到底有多少法官在办案?	217

## 西风东雨

觉醒与松绑	
——中国崛起的秘密	223
“月亮代表我的心”	
——我看中西方文化的差异和互补	227
“我不喜欢花纳税人的钱”	232
为什么执行死刑在美国要等这么久的时间?	238
美国高铁建设为什么这么慢?	242
美国大学里没有班干部	249
在美国登记公司的“秘密”	253
法院百年路漫漫	257
美国的经验:不动产征收中的司法原则和判例	261

“拆迁”一词作为法律词语的英译问题	275
大学百年路迷茫	281
加州“独立候选人”的那些精彩往事	285
亲历“美国工潮”及其启示	290
我在美国遇到的“活雷锋”	303
崇拜英雄与承认软弱	307
我在美国送礼的“遭遇”	311
苏联崩溃的主要原因	315
王室的旅游价值	319
旅途中的多彩世界	323
这一夜,我们来讲 Chinglish	332
从3D版《泰坦尼克号》想到的多维世界	338
梁慧星教授和他的乡镇图书馆	342
<b>释卷品读</b>	
苏力选择的风景 ——苏力新书《走不出的风景》读后	349
“林良多”教授:那首网间疯传 的爱国诗篇并不是我写的!	363
风中有团不灭的火	376
《什么是最好的辩护?》读后感	380
后记	385

---

# 法律江湖



# “到处都是我们的人!”

——谈中国法律职业群体中的关系网

## 引子：中国语境中的“关系”

据说，有一个来自国内的少女留学生独自一人来到了美国的大都会纽约，最初她自己还很胆怯，但后来当她看到曼哈顿街上讲中国话的华人随处可见，顿时胆量就大了很多。她的父亲在北京还非常担心，打电话过来问道：“女儿，你那儿情况怎么样？”女孩子回答说：“爸爸，放心吧，到处都是我们的人！”

记得几年前，我回国工作旅行，打算到一个外地城市办件不大不小的事。临行前，给一个老同学打了电话。老同学在电话里说：“来吧，没问题。这里从政府、人大、政协到公检法工商税务海关外贸，师兄师妹师姐师弟，到处都是我们的人！”

老同学的爽快回答，让人开心一笑。但不知道为什么，此刻我脑海里却出现了自己幼年时在那些打日本鬼子的电影里常常看到的镜头：一个浓眉大眼的八路军游击队长推门进来，掀开水缸就喝水（也许喝完水还说一句“家乡的水好甜啊！”），然后抬头问身边的一个虎头虎脑的游击队员：“外边情况怎么样？”游击队员回答说：“放心吧，队长，到处都是我们的人。”

“到处都是我们的人”——俨然是国人入世哲学中的最佳生活状态。世人皆知,中国人是特别讲究关系和关系网的。几千年的中国文明史给我们培育并留下了一个近乎难以放弃的遗产:一个超级人情世故的关系社会。我们的古代先贤们曾经一直在小心翼翼地寻找着一条既不伤害中国人传统的人情世故,又能恪守法律道德原则的和美并蓄的途径。在几千年专制皇权政体的巨大阴影中,这种努力成为儒家礼教治国的重要组成部分。在漫长的自给自足的农耕文明时代,人们依赖乡村熟人关系社会中的若明若暗的规则,足以维系社会结构和秩序,尽管这类秩序常常与公平正义无关。

是福是祸暂且勿论,过去一百多年里,特别是最近三十多年中,虽历尽曲折和坎坷,中国开始从一个封闭落后的农业社会进入了一个依赖现代科学技术的都市化工业社会和信息社会。同时,古老的中国几乎别无选择地全面移植、启用了与现代市场经济休戚相关的西方现代法律制度——包括法院、检察院、现代警察体系、律师、法学教育以及日趋完善的法律法规。

几千年缓慢发展的文化传统,并没有让这个国家的人们在迅速接纳电灯、电话、电视、汽车、喷气飞机、电脑、手机和互联网方面产生障碍;但是,法官、检察官、律师和法学教授这些同样由西方人创造的法律职业群体类型,自从降生到这块土地之后,就首先遭遇到一个几乎难以逾越的“中国式陷阱”:超级人情世故的关系社会。

由于这个群体的关系和“关系网”直接关系到社会公平与正义,无疑需要我们格外关注。

## 今日中国法律职业群体中的关系江湖

我自己和很多同龄人朋友们，大致属于改革开放以后最初几批进入法学院读法律的大学生。现在的80后、90后的同学们可能会觉得我们这代人多少有些幼稚可笑，因为我们总是怀有太多的理想主义色彩。我至今还清晰地记得，当时我们在大学读书的时候，同学们一起在电影院看一部名为《冷酷的心》的墨西哥电影。这个电影结尾有一个法庭辩论的收场戏，剧中的男主人公（被告“魔鬼胡安”）当庭痛斥以权谋私的检察官，台词非常精彩，上影译制厂配音演员的配音也很有魅力。同学们看到这个场景时，电影院里掌声雷动。那一刻，大家在暗自发誓，将来我们毕业以后，也想为冤屈的人伸张正义，为社会公平实实在在地做些事情。

我们原来很天真地以为，只要我们一年又一年培养出一批又一批法律人才，制定一个又一个法律法规，设立一个接一个司法机构，不管将来有没有一个继往开来的领路人，我们都可以昂首阔步走进一个光辉灿烂的法治新时代了。今天看来，我们的这种想法真是太幼稚了。

其实，我们严重忽视了一个最基本的道理，这就是“徒法不能自行”。法律制度归根结底还是要由人，由每一个有七情六欲的自然人执行，这些人是由普通的俗人组成的，这些人不是天生就不食人间烟火，这些人是可能结成一个营造腐败的关系网的。颇具讽刺意味的是，这个腐败关系网中的不少人，恰恰可能就是当年在电影院里忘情地鼓掌的人们。



人是可以随着环境的变化而变化的。大法官黄松有落马并被判刑的一个原因,就是发生在由校友、同乡结成的腐败关系网里。北大法律系毕业的郭京毅案件,也同样发生在由校友、同乡结成的腐败关系网里。但是,又有多少人会从中吸取经验教训呢?或许,在不少人眼里,黄松有、郭京毅的落马,只是他们个人运气太坏,何谈经验教训?

大家都知道,我们国家法治不太健全。多年以来,司法不公、司法腐败现象时有发生。普通民众当中一直有一种说法,说“打官司就是打关系”。这广泛流传的说法使中国法律职业群体面临着空前严重的职业公信力的挑战。法官、检察官、警官、律师乃至法学教授,这些社会法律职业群体中本来应当是光彩夺目的名称,如今已经由于各种不正常的现象而蒙受耻辱。

今天,国内经常会出现这样的情况,一旦打官司,当事人脑子里想到的第一件事就是去“找人”。在打官司过程当中,如果出现不顺利、不舒服的事情,马上想到的是,对方在法院里一定有人,或对方一定“找人”了。一个律师如果想拿到这个案子,也常常会跟当事人反复传送一个信息:我认识法院(或检察院、公安局)里面的人。但当事人与他签订合同以后,他可能会有各种说法,他会说我只认识庭长,这个事儿院长说了算,你们还得想办法托人去找院长;或者说我只认识副院长,这个事儿还得上审委会,等等。总之一句话,还是需要不断地去“找人”。

前几年,我有一位“海归”朋友办了一个电脑公司,因为对下属管理失控,有几个员工被捕了。该公司召集被捕员工家属开会时,