

The Great Transformation and
Rule of Law in China

季卫东 著

大变局下的 中国法治

中国、改革，大变局的关口。左还是右？前还是后？

是维持硬性框架，让自由竞争的激流越发湍急？

还是建立弹性结构，让翻腾的洪水逐渐和缓？

中国法治，如何破局？



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

季卫东 著

The Great Transformation and
Rule of Law in China

大变局下的 中国法治



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

大变局下的中国法治/季卫东著. —北京:北京大学出版社,2013.6
ISBN 978-7-301-21956-0

I. ①大… II. ①季… III. ①中国法治-研究-中国
IV. ①D912.290

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 215654 号

书 名: 大变局下的中国法治

著作责任者: 季卫东 著

责任编辑: 白丽丽

标准书号: ISBN 978-7-301-21956-0/D·3256

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.pup.cn>

新浪微博: @北京大学出版社 @北大出版社法律图书

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

965 毫米×1300 毫米 16 开本 17 印张 262 千字

2013 年 6 月第 1 版 2013 年 6 月第 1 次印刷

定 价: 35.00 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

悼念

北川善太郎(1932.4.5—2013.1.25)

一位对世界格局的变迁有着深刻洞察,在东瀛长期
关注中国法治的人师和制度比较研究的巨匠

序

北京大学出版社的白编辑希望出版我的近年随笔集,起初我是颇有些忸捏的。但被她的诚意所感动,终于同意把散落在各处的、内容各异的稿件汇拢在一起,就有了这本书。借此机会也对白编辑的细致梳理和编辑,并对早前提供不同形式表达机会的机构、论坛、报纸、杂志以及相关人士,致以由衷的谢意。

在某种意义上可以说,此处的长短篇章互相关照印证,构成了中国法治三十余年进程的部分观察记录,也是作者心路的一片缩影。在江西形成的红壤印象,在北京大学未名湖畔呼吸到的清新空气,使我始终无法把自己完全关在学术象牙塔里,无法对社会中每天上演的活剧熟目无睹、对来自人民群众的呼声充耳不闻。这就造成了本书的政治维度。

实际上,1979年我从江西考入北大法律系,个人生涯发生了巨大转折,与此同时整个国家大转折的帷幕也次第拉开。这场大变局以渐进方式演变至今,我们突然发现已经身处“历史三峡”中水流更为湍急凶险之处:中国的政治改革已经到达从量变到质变飞跃的临界点,是需要对政治改革进行决断的时候了。中国能否真正推动政治改革、能否成功建构民主法治的新秩序,这是当下摆在我们面前的一大课题。

在过去的六年间,世界格局丕变,中国形势复杂,家庭环境变迁。这一切都使我密集地穿越不同的时空、不同的领域、不同的群体,扮演不同的角色,抱有不同的心态。考察对象和写作主题也随之不断切换,但都围绕“大变局下的中国与中国法治何去何从”这个主题展开,特别是对核心价值、基本制度、主要举措的是非得失给予了深切关怀。在有关论述中,我试图把顶层设计、底层压力、整体渐进、个体突变有机地结合起来,通过先法治、后民主的路径,统筹兼顾、刚柔兼济的方式以及社会代价最小化的手段推动政治体制改革“软着陆”。

以20世纪90年代中国日益明显的多元化以及转型期社会矛盾的激化为背景,我在近些年的评论和讲演稿中重申并且进一步发挥了新程序主义的持论。众所周知,我们的文化传统是非常重视实质性价值的,在人际关系网络中不断增值的互惠合意也总是压倒法定权利的观念和审判制度的形式理性,这就使得程序正义的理想很难在中国生根。在转型期,各种改革主张也更倾向于实质性价值的推陈出新,对点点滴滴的制度建设、特别是对尽量保持价值中立的程序设计却显得缺乏耐心。尽管如此,我还是要特别强调公正程序原则对现阶段中国重建改革共识的特殊意义,因为在核心价值空洞化之后,舍此我们别无选择。我们不得不通过程序来避免合法性危机,通过程序公正来使不同的利益诉求和价值主张和平共处,通过程序共识来逐步累积实体共识。

站在新程序主义的立场上来看,司法改革是法治秩序形成的关键,是政治体制改革的最佳突破口。因而我集中讨论了审判独立与民主参与、法律教条主义与法官的有思想性服从、法官的规范创制活动、对自由裁量权的限制、律师在保障司法公正方面的作用、法律执行过程中的等级原理和平面互动关系等相关主题。在近些年特殊氛围里,司法独立莫名其妙地变成了法学讨论的禁区。为此,我在写文章、作讲演时特意在这一点上加强了拨乱反正的力度,指出了某些认识论上的盲点,澄清了某些大局观上的命题。在法治已经成为社会共识的情况下,必须把审判权的独立性作为法治的最重要指标,因为没有审判独立,就不能明确守法的责任,就不能树立法制的权威,就没有平等适用规则的正义可言。

从新程序主义的视角观察司法改革、法制改革、政治体制改革,可以

建立一个工具性框架,以此分析日常生活中出现的各种典型现象、热点问题、疑难案例、潜在趋势,往往可以举一反三、触类旁通。虽然在本书所使用的素材形形色色,但论述的逻辑线索是连贯的、主张的立场方法是统一的。毋庸讳言,随笔就是随笔,不可能像学术论文那样严谨、那样周全。但正是这些观察和思考的碎片,我们可以用来拼画出一幅关于大变局下中国法治发展前景的马赛克图像来。正是在这些碎片的隙缝里,一个与改革同行的法学研究者的忧患意识、批判理性以及建设提案都是有迹可循的。如果这些包含着思维和情感的碎片还能够为法治国家建设提供一砖一石,那么这本随笔集的出版就不算太浪费油墨纸张了。

季卫东

2013年3月30日于鹿鸣苑

目 录

初始记忆	选择的自由与烦恼 / 003
	法与时转则宜 / 011
十字路口	以最小化社会代价推动政治改革 / 019
	大变局下中国法治的顶层设计 / 031
	现代法治的精神 / 043
	价值和制度的普遍性 / 070
和而不同	没有程序,就没有真正的法治可言 / 085
	法制重构的新程序主义进路 / 088
	“程序共和国”宣言 / 103
	决策的程序和语法 / 107
	程序很重要,但不是万能药 / 110
	通过互联网的协商与决策 / 115
法治突破	中国司法改革的现状与目标 / 121
	司法改革第三波 / 148
	中国司法改革第三波与法社会学研究 / 157
	审判的推理与裁量权 / 165

日本司法改革：民众参审的得失 / 181

中国律师的重新定位 / 186

法治原则与中国警务改革 / 192

时局万象

官员外逃的制度反思 / 201

爱国，何不守法？ / 205

信访终结制与审判终局性 / 209

“祸从口出”的律师 / 213

“封口费”葫芦案 / 217

舆情的裂变与操纵 / 220

个人安全保障与宪政 / 224

如何面对一个风险社会？ / 229

最高法院的使命与威信 / 233

期待地政拐点 / 236

“铁腕”执政功与过 / 240

人事与天命的碰撞 / 244

官员财产公示的“下行上效” / 247

经济危机中的司法责任 / 250

法律：举起正义之剑 / 254

大 变 局 下 的 中 国 法 治

初 始 记 忆

选择的自由与烦恼^{*}

——关于新时代的起点,1982 年的记忆碎片

对我个人来说,1982 年那个燥热的初夏,颇费思量的事情还真不少。首先要考虑的,当然是翌年从北京大学本科毕业之后的人生选择。

自从在一年前“五四研讨会”上发表批判苏联法学权威维辛斯基的基本命题的论文之后,虽然在小圈子里赢得了些许掌声、关注以及鼓励,但同时也引起了不少争议。有位思想极左的研究生(他的姓名我已经忘记),甚至还公开指责我违背正统的法学理论原则。好在他没有向校党委打份小报告或者向有关部门递交批判信之类,否则我就没有机会在这里来回顾那段陈年旧账了。毕竟当时的大氛围是改革开放,支持我的观点的师友也居多数,所以对那顶政治大帽子也就没怎么在乎。但无论如何,怎样在统治阶级意志之外为国家秩序确立客观中立的普遍性标准,从此就成为一个对自己而言不容回避的基本课题。

在当时,我一度很醉心于追求某种作为真正科学的法律理论体系。为此还阅读了不少自然哲学和社会科学方面的著作,也到处搜集关于法

^{*} 原载曹保印主编:《精神历程——36 位中国当代学人自述》,当代中国出版社 2006 年版。

律与科学技术的资料,制作了大量的笔记和卡片。特别注重的当然是法社会学的发展,把周围能找到的相关出版物都找来看过了,并竭力搜索散见于各种期刊的零星信息以追踪国际学界的动向,同时着手梳理不同流派的学说谱系。此外,还到社会学系去选修了课程。不过那时的社会学研究还处在刚刚恢复名誉不久的起步阶段,又忙于配合全国人口普查的中心工作以显示自己凤凰涅槃的现实意义,所以找来找去都找不到与法律秩序有联系的讲义科目。倒是有一个刚刚访美回来的教师,在燕园周末讲座中提到计量法学(jurimetrics)的发展,引起我的兴趣。在散会后曾找他请教过,但还是未能获得更详细的资料。后来又凑合着旁听了关于社会学一般方法论的两门课,终归不得其要领。

北大人人都知道,不管关起门来如何自嘲“文化大革命”之后的“一塌糊涂”,言外之意依然把博雅塔、未名湖以及规模宏伟的图书馆(一塔湖图)作为自豪的资本。但是,在浩劫之后的当时,即使那个堂堂北京大学图书馆,也极其缺乏法学书籍,更不必说法社会学方面的著作和最新近的重要文献了。偶尔发现有几本好的藏书,赶紧填写借阅单排队索取,结果往往是眼巴巴等上个把小时后,只得到一句在冷冰冰的钢筋水泥混凝土上掷地有声的回答——“没有”。在这样的状况下,尽管我已经打算报考研究生,但心里仍不免犯嘀咕:即使熬成了学术上的巧妇,又能把那无米之炊做多久?

鉴于法律方面思想和知识的资源贫困,出国深造应当是最佳选择。

起初我很希望到美国研究经验性法社会学或者到德国研究理论法社会学。想到美国去,因为那是法社会学研究最繁荣的国度。至于考虑赴德,是因为根据我当时查到的资料,在欧洲数西德最重视法社会学,专门的研究者人数达47名,且以学说的体系性见长。当然,自己已经学习的外国语种也是决定性因素。

本来我的外语并不太好。高考时的成绩,数英语最糟糕,只有45分。但入学后经过恶补,到二年级结束时,终于也有资格挤进国际法班,与英语呱呱叫的少数同学一起听美籍教员讲“判例方法”了,虽然有许多地方似懂非懂还不懂装懂。后来,太阳终于从西边升起,让我在校学生会组织的1979级英语竞赛中侥幸获得一等奖,不仅让法律系的同学们跌掉眼

镜,连我自己也不大敢相信。第二外语选了德语,虽然还远没有登堂入室,但有点小舌音大舌音、雄性课桌雌性板凳之类的词义文法底子总是聊胜于无吧。因此,报考出国研究生的主要障碍已经不在语言上了。

当时的的问题出在怎样选专业上。

我的志趣是法学理论。但近30年来,这个领域一直没有派遣在外国大学研究生院正式注册攻读学位的留学生。这是一个不能不面对的现实困境。有的同学为了争取留学机会,纷纷改选涉外专业。自己也考虑过这样做的可能性,但总觉得牺牲志趣的代价毕竟太高,何况承蒙赵震江教授、张宏生教授(已故)、沈宗灵教授等恩师的厚意,指望我能在法的基础理论方面有所作为。既然“熊掌和鱼翅不可兼得”,就得牺牲一头,怎么办?我最终决定还是不改初衷,无论如何都坚持选择真正感兴趣的专业。

出人意料的是,后来公布的北大研究生院招生方案中,法学理论领域居然也破例有了一个赴美留学指标(只是因为国际关系上的争端以及其他因素几经反复,最终改派日本),我的考试成绩又足够达标,于是难题迎刃而解。然而,当初面对命运的“未知之幕”,还是在一段时间内很伤脑筋的。

另外有一件苦恼的事,就是与女朋友骆美化闹了场不大不小的别扭。起因是我没有观看她兴冲冲地排练几次、想在我面前露一手的舞蹈表演“吐鲁番的葡萄熟了”。

当时的北大校园,充满了对改革前景的希望以及刻苦向学的激情。即使在寒冬的清晨,图书馆前也会出现等候开门的长队。我也算不落伍的一个,但革命觉悟倒也没有高到为了事业而牺牲爱情那样的程度。只是由于那段期间正在构思新的论文,我想在学校文艺汇演当天晚上还是去图书馆里继续用功为好;但打听清楚了上演的节目表和时间预定,允诺在美化表演的时候赶去捧场。这样做虽然有些傻乎乎的,也显得狭隘自私,倒也不乏感动芳心之处——专门赶去看一人表演,这才成其为“专一”呀。听我辩白后她哼了一声“你总是有理”,也就微露笑意地答应了。

没想到由于临时调整节目顺序,等我到办公楼礼堂时,人家都已经谢幕卸装去也。我又不会撒谎,说已经睁大眼睛鉴赏过她横摇脖子竖跺腿、还把自己巴掌都拍得通红微肿云云。结果可想而知,无论我后来在南北

阁附近、在暗香浮动的合欢树下怎么口干舌燥地解释和忏悔,她还是那一句话“你心里没有我”,并庄严宣告等期末考试一结束就回长春的清涼世界度暑假,留下我一人在学校里吃不着葡萄说葡萄酸。看来从此以后我得时刻准备着那把号称“吹啦”的达摩克利斯剑从天而降(谢天谢地它终于没有冲着我的脑袋掉下来)。

就在这样“吾日三省其身”之余,也有许多往事涌上心头。

高中毕业之后,我曾下乡种过两年田,也当过一段时间够不上品级的基层小干部。在“文化大革命”刚结束的当时,在有些人眼里,要弃官读书纯属犯傻。实际上,我是瞒着指名留我待用的组织部有关领导私下里准备报考大学,各门功课都是在极其繁忙的工作之余挤出点滴时间来复习的。考后又马上陪县长下乡督促检查“双抢”(江南农村在夏季“抢收、抢种”的简称)工作,以至于累倒住院。我是躺在病床上打点滴时获悉自己考分为江西省文科第一名并接到北京大学法律系的录取通知书的。结果延搁了半个月我才独自一人到北京大学办理新生报到手续。

正是这些经历,使我深知学习机会来之不易。因此,在北大期间的生活基本上是采取笨鸟先飞的方式,成天累月地泡在图书馆里如老僧坐定,被同班的一个学友形容为“不食人间烟火”者流(其实还是喜欢到学三食堂买三角五分钱一份的红烧排骨或者木须肉的)。即使在谈了朋友之后,花前月下湖边的时间也少得可怜——对这些心里本来就一直有些内疚,这次观看文艺汇演的食言,更让我有些诚惶诚恐。

以上所说的,显然还夹杂着一些在“少年不知愁滋味”状态下“强说愁”的成分。回首往事,那些都只不过是蓬勃向上过程中的烦恼,是有选择余地和选择自由时不知何去何从的烦恼。其实,当时的国家又何尝不处于类似的境况?

刚刚开始拨乱反正搞改革,中国到处都有新气象和生机,但到处也存在着矛盾、冲突以及面对历史伤痕的淡淡的伤感。从北岛的朦胧诗《回答》、《走吧》,到白桦的剧作《苦恋》,再到刘宾雁的报告文学《一个人和他的影子》以及后来的《第二种忠诚》,我们可以感受到那种独特的时代氛围——有委屈,有不安,有憧憬,有振奋,也有大变革的呼吁。整个国家都踟躅在历史的十字路口,究竟走向何方还没有确定,所以有“摸着石头过

河”一说。唯其不确定,才充满风险、机遇、浪漫以及喜怒哀乐的无常。

到1982年的夏天,西单民主墙上的字迹是早已被冲刷得一千二净了,就连北大推举海淀区人民代表的竞选实验也淡出了校园话题。虽然在某些沙龙里还在争论着中国究竟需要卢梭还是罗伯斯庇尔或者拿破仑之类的宏伟叙事,理想主义色彩还没有被磨洗殆尽,但纪律和秩序已经逐渐成形。有些阶层和群体尝到了经济发展和对外开放的甜头,并进一步盯上更实在具体的盼头,同时也迫使中央政法委员会不得不在7月10日召开新中国成立以来最大规模的执法会议,把坚决打击经济犯罪作为当前的首要任务。

在政治和法制方面,当年最激动人心的有两件大事。一件是中国共产党第十二次全国代表大会即将召开,给所谓“文化大革命”彻底划上休止符,完成基本路线向“四个现代化”的转轨。另一件是新的宪法草案付诸全民讨论。作为法律系学生更关心的当然是改宪问题,也参加了有关当局在晚春时节组织的讨论。八二宪法草案中特别引人注目的内容是把坚持“四项基本原则”作为起草作业的指导思想并写进序言之中。在公开的场合虽然人们不敢提出实质性的非议,但私下里还是能或多或少听到一些对重要规定的不同意见的,也有人含蓄地强调宪法序言与本文不同,不应具有法律规范的效力。

现在回过头去看,“四项基本原则”入宪的目的是要给意识形态之争以及围绕庚申政治改革方案的讨论贴上封条,也可以堵住新老左派的嘴,实际上发挥了安定化装置的功能。但在新宪法草案中赢得普遍赞扬的内容是第二章,强调了公民基本权利,不仅把有关条款置于国家机构一章之前并增加了规定的数目,而且还大大拓展了制度性保障的范围。特别是从1978年下半年开始,最高人民法院对“文革”期间审理的一般刑事案件进行全面复查,据1981年底的统计,改判率高达25%。也就是说,平均每四桩案件就出现一个错判。到1982年5月还在贵州省发现并昭雪了一起导致19人被判死刑立即执行、10人被定重罪、64人受到牵连、经过两次复查均维持原判的特大冤案。在这样的背景之下,人格尊严、人道主义之类的自由权利观念大行其道,并以商品经济为媒介逐步向国家权力结构中渗透。

上述社会变动当然也不是一帆风顺的。在经济改革的思路方面,还存在着围绕“白猫黑猫抓老鼠”的竞争机制、“运动员当裁判”的管理体制以及把自由的商品经济关进国家计划的“鸟笼”里去之类议题的激烈争执。在公众传媒中,反精神污染、反自由化之声此起彼伏。也不断有学者、文人乃至党内领导干部因言行过激而遭到点名批评甚至行政处分。

最令我感到吃惊的是,在北大法律系任教的美籍华裔法律家黄氏仅因为收集的中文法律法规资料中包括所谓“红头文件”(内部的政策性规范),就在不久前被悄悄逮捕、定罪以及判处重刑。我不认识这位先生本人,但听过他夫人授课,也和同学们一起观看过他们提供的英语电影录像《飘》什么的。因此,当一位朋友神秘兮兮地悄悄告诉我那两口子是美国间谍时,的确受到很大震撼。后来再也没有听到他们的音信。等我到日本京都大学法学院留学时,在1985年碰到研究中国法的美国学者费能文教授,提起此事他还直摇头,并对自己在1979年申请到北大法律系留学被拒(当时的理由是法学属于绝密专业)、不得不进历史系的不快经历也耿耿于怀。后来我去东京大学法学院拜访比较法专业的鲍尔·陈教授,他也打听那位黄律师的下落。我本来什么都不知道,直到出国之后才体会到该事件对海外的巨大冲击力及其余波荡漾的程度。

大约与此同时,我接待了故乡来的几位客人,因为他们一个亲戚得罪了当地权势者而受到打击报复、以不实罪名被关进监狱而来北京上访。我问为什么不找省市有关部门申诉或发动审判监督程序,他们的回答是,那不管用,在各级地方都是官官相护,法院更怕得罪当地党政头头脑脑们,报纸又受宣传主旋律的新闻原则的限制,不愿或不敢揭露阴暗面,只好指望北京的大干部能出面为民做主。听着他们的牢骚和求见计划,我不禁回忆起在农村当大队书记时所见所闻,有许多事情的确是可以互相印证的。

我正是因为当年在基层工作对盘根错节的黑势力感触良深,才在报考大学的第一志愿栏里填写北京大学法律系,在第二志愿栏里填写复旦大学新闻系的。可是现在的我,除了提供一点点初步的信息、请他们在北大西南门对过的长征饭店喝杯闷酒之外,又能帮他们做什么呢?刚刚付完餐费,就听到门口传来扩声器发出的响亮女高音:“332路公共汽车开