

FZ “法治之路”丛书

丛书主编/俞荣根

The
Detailed
Rule of
Law

◎贺卫方/著

具体法治

回眸法治与民主的历史，
反思司法改革的矛盾与课题，
剖析现实社会纷纭个案，
针砭重宏大价值轻具体制度
的历史惯性
千言万语凝聚着：
法治要具体，
涓涓细流方可汇成滚滚长江。

法律出版社

(FZ) “法治之路”丛书

法治之路丛书

The
Detailed
Rule of
Law

◎贺卫方/著

具体法治

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

具体法治 / 贺卫方著. 北京: 法律出版社,
2001. 10
(法治之路丛书 / 俞荣根主编)
ISBN 7-5036-3536-3

I. 具… II. 贺… III. 司法制度 - 体制改革 - 研究 - 中国
IV. D926
中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2001) 第 065298 号

出版/法律出版社
印刷/北京民族印刷厂
责任印制/李跃

总发行/中国法律图书公司
经销/新华书店
责任校对/何萍

开本/A5
版本/2002 年 1 月第 1 版

印张/9.25 字数/223 千
2002 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社地址/北京市西二环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)
电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn
传真/(010)88414115
电话/(010)88414121(总编室) (010)88414113(责任编辑)

中国法律图书公司地址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)
传真/(010)88414897
电话/(010)88414899 88414900
(010)62534456(北京分公司) (010)65120887(西总布营业部)
(010)88414933(科原大厦营业部) (010)88960092(八大处营业部)
(021)62071679(上海公司)

商务网址/ www.china-law-book.com

出版声明/版权所有, 侵权必究
书号: ISBN 7-5036-3536-3/D·3453
定价: 18.00 元

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

序

法治这一概念有广义和狭义之分,广义的法治是古代就有的。法治与人治这两种不同的治国理论(方针、指导思想)与原则(制度、方法)的对立与论争,在中外历史上已经存在了几千年。古代的法治虽然是建立在专制主义的基础上,但它在历史上的不同时期总是代表着先进的阶级、阶层或开明的思想家、政治家的利益、愿望和主张,同当时社会的发展和进步相适应。狭义的即现代意义的法治是近代以来才有的。它是建立在市场经济、民主政治和理性文化的基础上的。

新中国建立以来,我们国家的民主法制建设虽然历经挫折,但终于从1978年起开始走上了法治的道路。党的十五大正式将“依法治国,建设社会主义法治国家”作为治国方略确立下来,是这一历史性进程中一个非常重要的里程碑。从广义上看,我们通常说的“依法治国”是包括“建设法治国家”在内,但从狭义上看,两者又有一定区别。依法治国是一项治国的战略方针,基本含义有两个。一是依法治国是一种治国的理论和指导思想,即国家的兴旺发达和长治久安,关键的决定性的因素和条件,是要建立一个良好的有权威的法律和制度,而不应主要寄希望于国家出现一、两个圣主贤君;二是依法治国是一种治理国家的行动准则,即国家不能依照少数几个领袖人物个人的智慧、看法和注意力来治理,而应依据符合事物规律、时代精神、社会理想与人民利益的法律来治理,不能权大于法。建设法治国家则是一项治国的战略目标,其主要含义在

于,它是一个国家在政治法律制度上的一种模式选择;它是现代社会一种最文明、最先进的政治法律制度类型;它应具有一系列基本的标志和要求。根据国际的共同经验和中国的具体国情,社会主义法治国家的主要标志(或称法治原则)主要有如下十项,即:法制完备,主权在民,人权保障,权力制约,法律平等,法律至上,依法行政,司法独立,程序公正,党要守法。这些要求表明,现代法治同古代法治相比,其内涵要丰富得多,先进得多,文明得多。

自近代资产阶级革命以来,一些工业发达国家的法治建设已经经历了约二百多年的长久过程。现在这些国家中的学者们和政治家们仍在关注法治问题的讨论。虽然他们面临的理论与实践问题,主要已经不是法治好还是人治好的争论,而是观念与制度上某些具体模式的比较与选择,但其文明的程度仍远远没有达到人们所希冀的境地。我们国家有过两千多年封建主义的历史,缺少民主与法治传统。要建设现代法治国家,必然是一个长久的历史过程,面临着一系列观念的更新与制度的变革,更需要人们进行艰难的探索与实践。这就为我国的学者研究法治提供了良好的机遇和广阔的空间。

现代法治文明是全人类的共同创造和宝贵财富。任何事物都有它的普遍性和特殊性,现代法治也是这样。由于经济发展水平、政治体制建构、文化与历史传统等方面的差异,各个国家在法治的理念和制度上不可能完全一样,但是,它们也必然存在着全人类所共同认可的一些理想与原则。社会主义法治国家的建设,在价值追求与制度设计上,自然有它自己的特色。然而,它理应吸纳历史与现时代不同民族在法治问题上一切具有民主性和科学性的成果,走全人类文明共同发展的大道。

俞荣根教授主编的这套丛书,聚集了我国法学界一批卓有成就或崭露头角的青年学者。他们从历史的与现实的、观念的与制度的不同角度与层面,对法治问题进行了广泛和深入的探讨。我

相信,这套丛书的出版,能够为我国法治建设的宏伟事业和人类文化宝库,作出自己应有的贡献。

李步云

1999 年 3 月

前 言

我们正处于世纪之交、社会转型的时代。

整个 20 世纪,中华民族一直在追求着民主、自由和法治。为了这个目标,我们的前辈和我们自己曾一代一代地努力奋进,前仆后继,流血牺牲,百折不挠,执着始终。直到最近的 20 年中,中国社会主义的民主法制事业才有了蓬勃的发展。直到最近的三、二年中,“依法治国”终被确定为社会主义中国的治国方略,实现了由法制到法治的历史性超越。“艰难困苦,玉汝于成”。百年求索,终于在世纪之交的关头,使中国的法治事业迈向了一个新的阶段,前进到了一个新的起点。此乃旷世之功!全民族之福!

1997 年召开的中国共产党第十五次代表大会,功勋卓著,彪炳史册。其在理论上诸多的突破和在各方面正确方针的制定上,可铭可颂之处在所多多,而提升法治为治国基本方略,无疑是其丰碑式的记录之一。自那以后,在共和国所及之处,诸凡政治生活、会议文件、集会讲演、新闻报道、大众传媒、学术著述、课堂教学,乃至巷议街谈,“法治”二字在见诸纸面、显于银屏等方面,频率都是居高不下的。法治由国家政治中枢,由最高领导层的决策和号召走向社会,深入民间,这是必由的要事,又是天大的好事。不过,画虎类犬、好经念歪、雅乐走腔之类的事,历史上也曾不少。由“依法治国”而推演到“依法治省”、“依法治市”、“依法制县”,乍看虽合逻辑,细究值得质疑,不过就现实的法治运动而言,其积极方面或可过半;但若再演绎出“依(或以)法治脏”(脏乱差的脏)、“依(或以)

法治团”(共青团的团)等等,就不单是望文生义了,搞得不好,还真有混淆视听、哗众取宠之嫌。法治固然是包括中华民族在内的全人类文明发展的成果,有其漫长而可考的历史轨迹,但一说到中国的法治,非要抬出春秋的管仲、战国的商鞅,称道他们已有了了不起的法治理论和实践;这就不仅是落入了“老祖宗古已有之”的俗套,而且弄得不好,会搅乱现代法治的真义,误导了善良的百姓。由此而思之,法治之道何然又何所然,中国法治之路何由又何所由,真还值得来一番多元和多角度的探讨。如果说事都有缘起,那么,这些便是本丛书的缘起。

毋庸置疑,法治衍生于西方的文化传统,且经古代、近世的不断孕育、更新与发展,已具有一种成熟、多元而独特的文化品格和制度框架。当今之世,法治实已成为衡量社会进步、政治文明的尺度。民主政治、宪法至上、依法行政、程序正义、司法独立、善待权利等等,已不只是西方文明独有的成果和价值,同样是人类普遍的经验 and 愿望。问题在于,在世界发展到地球村的今天和不远的将来,在东方与西方、古代与今世纵横交错的坐标上,它们会呈现出怎样的理论形态和实践模式?中国的法治应当怎样从西方法治吸取经验?同样重要的是,除了效法和借鉴,我们必须充分挖掘自己的传统与文化,以及悠久的历史本身这些本土资源。我们也许不能从中国古代法律思想和制度中直接找到法治的精髓和运作方式,但至少可以发掘融通、接引它的种种资源和智慧。正是因为有了这种资源和智慧,才会有中、西法治问题上的相生相克、相反相成,近代中国才会有在“中体西用”文化范式指导下的法治理论的继受与变异,才会有当代中国法制所经历的 20 年世变和超越,才会有今天在政治、经济体制改革的大背景下,注重研究和解决中国法制和法治的理论与实际问题的良好态势。中国共产党“十五大”对法治问题所作的提升,在某一个方面可以说是对借取西方法治经验和挖掘自己本土资源作的最有权威性的论说,同时也是在创

造资源、积累资源。中国法治的未来必须从中国的过去和现实中找到出发点,西方的经验也必须本土化才会在中国获得新生。在传统与现代之间,对于中国的法制历史,我们也许比别处更需要冷静地反省而非轻率的弃绝,更需要深刻的理解而不是粗浅的注解。

本丛书的立足点既非“西方中心主义”,也非“中国中心主义”,而是以现代法治的普世价值为“中心”的。这一“中心”则通过中西法治发展,特别是其与反法治和非法治的较量中曲折发展的理论和实践纵向展开,并在诸如宪法至上、程序正义、权利本位、依法行政等等普遍公认的法治价值和原则上进行横向的深度开掘。在力图回答中国法治走向这一问题时,我们赞同 Matz 的“定理”：“所谓结论,就是你懒得继续思考下去的地方。”有时一个所谓权威的结论甚至比老老实实在的疑问更为有害。中国法治问题是一个历史课题,也是一个悠久民族的群体性的文化选择课题,除了历史、民族和文化自身的答案以外,任何欲进行书斋作业式的“学术定位”的企图都是虚妄的。诚然,这并不妨碍对这一命题进行艰巨而深刻的探索和论证,问题将随着理论的深入和实践的发展不断激起更多的争论和进一步的思索,并一步一步地向它的目标接近。虽然我们不敢也无力构建“中国法治”理论的宏伟体系,但每一部书都可视为我们对这一问题探寻深思的结晶。它可能是纵向的、横向的,或点或面地记录了古今中外法治的理论和实践,以滴水之光折射汪洋大海,同时也提供了作者本人对法治之道、对中国法治之路的审视、反思、拷问和设想。

本丛书的作者们是在那些头脑里长有思想,崇尚学术创新,被忧患所煎熬,甘居书房的寂寞,信守着精神上的清高,饮享着物质上清贫的一族中选的。除我一人杂务趋多,读书趋少,渐入老朽以外,其他都是虎虎有学术生气的青年法学理论工作者,有不少已在中国法学论坛上享有一席之地,名声鹊起,犹如朝日。他们的书桌里摆着各大出版社的稿约,笔耕正酣,文务繁重,但还是毅然决然

地承担了本丛书的写作任务,我想这绝不是因为我的年长而不得不讲点礼数,主要的或根本的原因在于他们对中国法治的那种渴求和责任。他们书中的观点、见解、理想与深思,也许只是计量中国法治理论的一些分分角角的零币,然而每一枚却都是学子们用黄金打铸的。正如施勒格尔所言:“每一个正直的作家的创作,要么不为任何人,要么是为了每一个人。谁若为了让这些人或那些人愿意读自己的作品而写作,只会落得无人问津。”因是之故,各位作者看重的是文化上的品位和学术上的独立。就我们的初衷而言,它为每一位真诚、真切关怀和信任中国法治命运的国人而作,若能赢得更多的读者共鸣激赏,引出更深的思考,自是我们莫大的欣慰。

作为主编,我要谢谢我们的作者,也要谢谢我们的读者。

中国法治,祝您走好!

俞荣根

1999年3月2日定稿于北京东郊之燕翔饭店1728房
时值全国政协九届二次会议召开之际,余恭逢其盛

自序

1981年,华东师范大学出版社内部印行了关于胡适的两本书,总名为《胡适哲学思想资料选》,其中一本是胡适的哲学文集,另一本则是胡适“英文口述”,唐德刚“编校译注”的《胡适的自传》。这大概是文革后胡适作品在大陆的第一次复出,也可能是唐德刚先生作品在大陆的“首演”。奇怪的是,我读那本书,特别喜欢唐德刚先生附在每章后面的注释,书的本文——胡适的自述——反而退居其次了。夏志清教授评得好:“德刚古文根底深厚,加上天性诙谐,写起文章来,口无遮拦,气势极盛,读起来真是妙趣横生。”从那时起,我对“唐派新腔”或曰“德刚体”简直是着了迷,见到唐氏著作总要买来读,从中获得很多教益。(1994年公差银川,很意外地在一家书店买得香港天地图书有限公司出版的唐著长篇小说《战争与爱情》,读过之后却是不敢恭维;大学问家要写好小说实在不易。)

唐德刚先生过人之处不仅仅在于他的古文根底和妙笔生花;现代社会科学的严格训练和长期的域外生活经历更让他眼光独到,能发前人未发之幽。例如,《胡适的自传》第四章注四论及孙中山的《民权初步》,认为其重要性不亚于《建国方略》、《建国大纲》和《三民主义》,然而,却被某些人忽略了:

孙中山先生是近代中国最高领袖中,凤毛麟角的
modern man;是真能摆脱中国封建帝王和官僚传统而笃

信“民权”的民主政治家。他了解搞“民权”的第一步就是要知道如何开会；会中如何表决；决议后如何执行。这一点如果办不到，则假民主便远不如真独裁之能福国利民。中山先生之所以亲自动手来翻译一本议事规程的小书，而名之曰《民权初步》，就凭这一点，读史的人就可看出中山先生头脑里的现代化程度便远非他人所能企及。汪精卫在“总理遗嘱”中之所以漏列此书，显然是说明汪氏认为这种小道何能与“总理遗教”的经典并列？殊不知我国的政治现代化运动中所缺少的不是建国的方略或大纲，而缺的却是这个孔子认为“亦有可观”的小道！……英语民族在搞政治上的优越性，就是他们会开会；认真开会，和实行开会所得出的决议案。其他任何民族开起会来都是半真半假。半真半假的会便不能搞“分工合作”和“配合工作”(teamwork)。而英语民族在政治上的最大武器便是“配合工作”。(页89—90)

从前读这段注文的时候，即有振聋发聩之感。是啊，在过去的一个世纪，不，在整个中国的历史中，我们什么时候缺过显示高远价值或宏大价值的口号？从“为政以德”，一直喊到“主权在民”，历朝历代，不绝于耳。但是，口号与现实之间的关系，总像《动物农庄》里的“七条戒律”与动物们的真实处境一般，反差到令人不可思议的程度。为什么我们总是摆脱不了“播下龙种而收获跳蚤”的怪圈呢？很重要的一个原因便是，我们不能把宏大的价值与不弃微末的具体制度与程序的建设之间结合起来。

比如开会，在现代社会，开会已经是最普遍的议事方法了。大到国家最高权力机构的大会，小到企业里的董事会、学校里的学生会，小区里的居委会，三教九流，各会其会，以致于有所谓“文山会

海”之慨和平文山填会海的呐喊。其实,我们的问题并非会多,而是会而无果和会而低效。有多少会其实只是走过场的表决会或表态会,会议未开而决议已定;有多少会该审议而不审议,或者审议过程只不过是唱赞歌的比赛。我们什么时候认真地考虑过,为了便于真正的审议,一个立法机构由多少代表组成方为适当;根据人数与时间,是否对每个发言者的用时加以限制,以确保不同观点均可得表达;代表以怎样的方式产生能够实在地代表相关的利益,怎样的表决程序才有利于代表们表达自己的真实意图?还有,为了更有效率地开会,我们在会前是否作出了充分的准备(例如将付诸审议的议案事先发给与会者,以便更充分地发表意见),是否会在会后对相关决议的实施设置有效的措施加以保障?

对于这些问题,如果我们扪心自问,恐怕真是要愧对八十年前的“总理遗教”了。

法治建设方面又何尝不是如此呢。我们的法律,从宪法到行政法规,目前已经是洋洋大观。宪法规定了“中华人民共和国的一切权力属于人民”,规定了“任何组织或者个人都不得超越宪法和法律的特权”,规定了公民所享有的一系列权利,规定了法律面前人人平等原则,规定了法制统一原则,规定了审判权和检察权独立原则。可是,当我们对照当下法律生活的现实,就会发现,宪法和法律中所规定的不少原则和权利缺乏具体的制度和程序作为保障,从而流于“口惠而实不至”的境地。

例如“法制统一”原则,虽有宪法规定,但是,如果法官的选任标准不一,他们对同样的法律条文或概念的理解就会参差不齐甚至大相径庭;如果没有协调高层次法院之间相关判决的有效机制,不同地方的司法决策当然肯定要各行其是;如果法院在审理具体案件时不能对低位阶法律是否与高位阶法律相符合,以及法律是否与宪法相符合(即合宪性审查),便无法细致地辨析那些表面上难以觉察的法律冲突。所有这一切,都是在提出法制统一原则时

必须考量的前提。

重宏大价值而轻具体制度可能是我们悠久传统的一部分。在中国古典治理模式中，官僚与文人双重角色合二为一，科举取仕在妨碍了知识分化的同时又加剧了美文治国的倾向与空谈误国的后果。“君子不器”的副产品是我们的经典政治论说中充斥着“可以惊四座而不可行一步”的宏大叙事，整个国家的治理却是迟迟走不上轨道，只能在一治一乱之间徘徊。在过去的一个世纪里，中国社会已经发生了巨大而深刻的变化，但是，古老的传统却仍然在影响着我们的行为，影响着我们的制度建设实践包括取法域外经验时的视野。例如，我们观察欧陆与英美的政治法律学说与制度，每每受到欧陆理性主义和高亢的权利宣言的鼓舞，反而对英美式的谦和而渐进的学理与制度评价甚低。在经过一次又一次的剧烈的社会变革和革命的“洗礼”之后，我们终于意识到，宣言不等于现实；一个好的社会制度实际上是由许许多多细微的甚至是琐碎的“小制度”合力构成的，仿佛滚滚长江本是由无数支江细流汇聚而成。离开了具体的法治，那种宏大而高扬的法治只不过是引起空气振动的口号而已。

这本小书收集了过去的两年多的时间里我的一些文章，我将其命名为“具体法治”以表达自己的上述追求。我依照内容粗粗地将这些文字分作四辑，再加上两次针对具体案件的讨论会的记录稿作为附录。辑一是比较宽泛的一部分，涉及到法治和法学，也有对民主问题的一些讨论。辑二的文字集中在司法改革问题上，这也是我近年来研究和写作的一个重点。这里的文章除了检讨古典司法传统的一篇外，大致上表现了自己对司法改革中所涉及到的一些更具体环节的见解，例如审级管辖、法官选任、司法管理、证据制度、检察权、司法与传媒关系等问题。辑三名“事案评论”，是对一些具体案件、事件以及事务的评论，加上附录里面的相关文

字,自己很希望通过对这些个案的评论,揭示法治原则是如何在其中得以体现或者扭曲的。辑四是四篇序文。书中一些文章发表后曾引起读者的回应,包括在网上的回应,它们对我更完整地思考一些问题颇有帮助。征得作者——网上 BBS 类栏目的作者除外,因为他们不大关注自己的著作权——的同意,我将几篇回应文章附在相关文章之后,以收共赏之效。

按照惯例,已经发表过的文章在篇末注明出处。我也借编辑的机会,对其中的一些发表时由于篇幅或篇幅限制之外的原因而有所删节的文章恢复原状,同时,又一边编,一边对字句进行修改。当然,观点没有什么变化。在这里,我必须向这些年来一直给我关照或者向我逼“债”的编辑朋友表达由衷的感谢,他们是曹西弘、丁艳敏、方三文、高焱、郭国松、李晖、刘桂明、柳福华、马少华、马蔚、闵捷、秦平、王烽、吴琰、鄢烈山、张娜。

最后,应该说是最重要的,我应当感谢这套丛书的主编、我的老师俞荣根教授。当初筹划“法治之路”丛书时,承俞师不弃,将我列为编委。自忖远未具备挂名而不干事的资格,所以就应承写一本书,甚至书名都取好了,叫“美国法治透视”。后来才发现,透视云云,殊非易事。知识积累不足,难免眼力不济,书一旦出来,透视者反成为被透视的对象,透视镜呈现出的偏偏是作者的轻率和大胆。我想,率尔操觚何如含毫邈然,索性将那本问世无期的《美国法治透视》撤下,姑且用眼下这本《具体法治》取而代之。虽然从旨趣上说,它还算符合俞师以及李步云教授在前言和序里对这套丛书的定位,但这种鸡零狗碎、长短不齐的形式跟丛书中其他系统化的专著并列在一起,也实在——套用时髦的说法——是一道略嫌滑稽的风景。只好向俞师致歉,请读者包涵,尤其求丛书里的其他作者眼下留情。

贺卫方

2001年3月20日于北京蓝旗营

目 录

法治民主

二十世纪中国法治回眸····· (3)

法治与法律家之治

——访法学院贺卫方教授····· (8)

法学家的缺席····· (21)

法治 人治 运动治····· (24)

投票箱的妙用····· (27)

学习民主

——对泰兴市“3·11”事件的思考····· (32)

民主建设的重要一步····· (35)

律师的政治参与····· (37)

修宪与宪法实效····· (41)

关于乡土社会的法律与秩序····· (44)

法律不可亵玩····· (48)

法学：自治与开放····· (51)

司法改革

司法改革：四组矛盾，八项课题····· (57)

中国司法传统的再解释····· (67)

用程序意识重铸司法灵魂····· (79)

民事审理制度中的审级与管辖

——林荣耀教授“两岸民事审理制度的比较研究”读后	(94)
评王利明《司法改革研究》	(98)
关于主审法官制	(103)
法学教授进法院	(106)
困惑三题	(109)
附：也谈“困惑”(愚冠)	(111)
无效率乃司法公正之大敌	(114)
证人出庭	(118)
重新定位检察权	
——答《中国律师报》记者王岚问	(121)
被告席上的传媒	(124)
司法对新闻自由的保护	(127)
司法与传媒	(131)
简评“焦点访谈”	(134)

事案评论

不智的诉讼 含糊的判决	(141)
二审判决缺乏说理	(145)
王英为什么败诉	(148)
附：王英为什么不该败诉(汪庆华)	(150)
一桩热门事件 三点理性建言	(155)
附：答网友问题与评论	(158)
点评刘燕文诉北京大学案	(162)
转了向的里程碑	(169)
不可思议的判决	(174)
职员的生命也是国家利益——评姚丽事件	
——答《中国青年报》记者问	(177)