

梁治平 著

法治十年观察10

梁治平 著

法治十年观察



图书在版编目 (CIP) 数据

法治十年观察/梁治平著. —上海: 上海人民出版社,
2009

ISBN 978 - 7 - 208 - 08752 - 1

I. 法... II. 梁... III. 社会主义法制—中国—文集
IV. D920.0 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 145540 号

责任编辑 屠玮涓

特约编辑 刘益民

封面装帧 王晓阳

法治十年观察

梁治平 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行 常熟新骅印刷厂印刷

开本 635 × 965 1/16 印张 17 插页 2 字数 261,000

2009 年 9 月第 1 版 2009 年 9 月第 1 次印刷

印数 1 - 4,250

ISBN 978 - 7 - 208 - 08752 - 1/D · 1583

定价 30.00 元

自序

这本集子所收录的，是我近年来发表的部分文字。这些文字分作两部分。一部分是短评，主要发表于《南方周末》、《二十一世纪经济报道》、《文汇报》、《中国法院报》、《新京报》和《法学家茶座》等报刊。另一部分算是专门之论，篇幅亦较长。统名之为“法治十年观察”，是因为：（1）这些文字大都与法治主题有关；（2）最早的篇什写于20世纪末，距今已经十年；（3）无论长短、深浅，也不拘采用什么形式，它们都是针对现实问题所发的议论，可算是“观察”的纪录。唯因文章发表的时间跨度较大，其议论所及的具体事件，有些已经算不上是新闻了。不过，这些议论所针对的社会事象并未消除，甚至没有太大改变。就此而言，这本集子仍具有强烈的现实性格。事实上，编辑此书也为我自己提供了一个机会，透过形形色色的案例、事件、论争和现象，重新审视十年来中国的法治进程与社会变迁，看法律建设究竟取得了什么样的进展；法律与社会之间循着怎样的轨迹互动和演进；人们关心和面对的问题发生了何种变化；以及，在纷繁变

幻的世态之下，变化的是什么，不变的是什么，应当改变的又是什么。

如此，则“法治十年观察”便有三层意蕴：（1）作者十年间对法治问题的点滴观察，以及对此观察的纪录；（2）对此观察、纪录的反思，即对观察的观察；（3）对过去十年中国法治的观察与思考。这三层意思，互相关联，层层抽象，对作者，对读者，却都是一种开放样态。本书收录的篇章之一“申冤与维权”，提供了一个可以包含上述三层意蕴的贯通而开放的观察视角。

法治十年观察，或出于官府，或源自民间，或着眼于法律制度，或重在社会实践，立场、角度不同，所见亦不同。在上者断言，经此十年，中国特色社会主义法律体系已基本建成；启蒙精英相信，过去十年表明，法治文明的进步不可阻挡。自然，也有愤世嫉俗者，认为十年岁月蹉跎，法治饰词却不改人治本色。这些看法固然各有所据，其所依据的事实则交织缠绕，互相渗透，以致其界限模糊，意义变换。就此而言，对所谓“法治”的各种界定，对相关事实的种种述说，皆为解释性活动，其目的是要建立对解释对象的支配。所谓法治，根本上是这样一种意识形态的构建，以及在此过程中对“法治国民”的模塑与争夺。书中“申冤与维权”一章，最后就落在这一点上。

以“申冤与维权”为观察视角，还包含下面几点考虑。

其一，无论申冤还是维权，都由当事人发动。行为人怀抱某种信念，运用可能获得的各种资源，去保护或争取其认为正当的利益。在此过程中，普通民众将特定意义灌注于法律之中，他们不但激活了法律，也参与和创造了法律。这是行动者的视角，也是自下而上的视角，还是“活法”的视角。采取这样的视角，我们便不会只关心每年制定了多少新法，哪些重要的法律获得通过，法律规范有多大的改善，而更关注法律对于行动者的意义，关注行动者与法律互动的方式，以及生活实践中法律的性质、含义和范围。

其二，维权的出现，意味着中国的法治进程进入一个新的阶段。以往，中国的法治运动主要自上推动，是在上者改造社会教导民众的手段，其动力为单向的。由此造成了法律与社会生活的脱节，和与普通民众的隔膜。如今，因为社会经济的发展，社会结构的改变，以及人民生活方式和思想观念的改变，

普通民众的利益诉求开始同法治有密切关联，中国的法治进程也因此而获得了新的意义和持久的动力。民众的参与打破了在上者对法律的垄断，同时拓展了法律的疆域，丰富了法律的内容，使法律成为社会中不同个人、群体和组织均可利用的竞胜场所。法律话语正日益成为不同利益的表达方式，也成为社会互动的一个重要渠道。就此而言，中国现在才开始进入到它的法治时代。

其三，维权的重要性还在于，作为一种社会实践方式，它预示了一个制度演进新阶段的到来。典型的申冤与维权，皆非革命性诉求，而是现行体制架构内的行动。虽然，这种行动对于改善制度安排可能具有重要意义。此种情形在今天的中国尤为明显。这是因为：（1）中国当代的政治、法律制度，本是百年来一系列政治革命、社会运动和制度移植的结果，它们不但具有多重渊源，而且包含诸多内部的疏漏与矛盾；（2）在所谓全球化时代，不同地域人民及其政府之间的关联和相互依赖愈来愈紧密，以至于任何国家、政府都不能以这样那样的理由孤立于国际社会之外。换言之，当代中国的法政体制，在内、外两方面都不是单一、严密的封闭体，这就为维权行动提供了可观的开放性空间。

最后，申冤与维权，无论作为行动样式，还是作为行为符号，既有古今中西之别，也可以是一事二名。这种情形，极具象征性地揭示出中国当下法治进程乃至现代化事业融合中西、连结古今的复杂性。这种局面既包含紧张与冲突，也容有转换与调和，其变化的方向与路径远非任何二元对立的概念可以概括。而这意味着，中国的法治进程具有某种开放的可能性，中国的现代化方案也不是全无选择。中国的未来实取决于今天中国人思考的深度，取决于其想象力、判断力、意志力，以及行动者坚忍不拔的程度。

本书依文章体裁略分为上下两篇。上篇收录短评，下篇则列专门之论。各篇文章大体按照发表时间先后排列，兼顾主题。“人类的法：千年回顾”原系应邀为《南方周末》20世纪最后一期特刊撰写的文章。该文最具综合性，特移于篇首。个别篇什，如谈论法治与运动的文字，虽然发表时间前后相隔最久，因为主题完全一致，也置于一处，以利阅读，以资对照。另有少数篇目之前未曾发表，此次亦按写作时间收入本辑。所有已经发表的文章，若于

刊出时有删节者，现尽量原文收入。之前发表时文章题目有改动的，现在也一并改回。

拙编终能成书，多赖上海人民出版社屠玮涓女士的鼓励与推动，在此谨致谢忱。

梁治平

2009年5月补记于北京万寿寺寓所

CONTENTS 目 录

001 自序

001 上篇

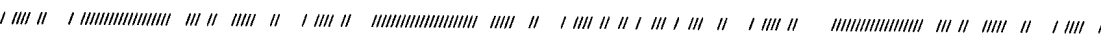
- 003 人类的法：千年回顾
- 008 法治：一元还是多元？
- 011 批评的界限
- 014 也说“民愤”
- 016 法治的危机
- 019 认真对待权利
- 022 法律的正义
- 025 再谈法律的正义
- 028 李逵的真面目
- 030 矫正的正义
- 033 “一块二官司”与诉讼成本
- 036 传统与现代性
- 039 什么样的法治？
- 043 两种法治观
- 047 法治和法律职业
- 051 宪政是一种文化
- 053 超越公、私范畴的财产
- 056 超越所有制的所有权

- 059 超越阶级范畴的人民
- 063 超越政治经济学的宪法
- 066 超越绝对权力的政制
- 070 没有市民社会的市民法典
- 074 徒法不足以自行
- 077 法官与法律
- 080 民法典的迷思
- 083 拾金不昧的美德和不道德的法律？
- 089 从讼师到律师
- 091 生命价值与社会正义
- 094 判决的合法性
- 098 沉重的“关系”
- 102 信息与安全
- 105 他们为什么不回报社会？
- 108 真实和假想的官民之争
- 111 请给我一个理由
- 114 “小产权”之大
- 117 自由裁量的合理性
- 120 管理之便与管理之道
- 123 行业利益与法院角色
- 126 “公处”的逻辑
- 129 要法治，不要运动
- 131 法律与运动
- 135 运动与法治
- 138 国际惯例
- 142 权力与责任
- 145 端午节属于谁？

- 148 城市的记忆和生命
- 152 抄袭的根源
- 155 大学为什么竞相更名
- 158 学者的荣誉感
- 161 何为学术腐败？
- 163 香港高校的优势
- 166 中国驾照

175 下篇

- 177 申冤与维权
——在“传统”与“现代”之间建构法治秩序
- 189 被收容者之死
——当代中国身份政治的困境与出路
- 206 名誉权与言论自由：宣科案中的是非与轻重
- 232 “一国两制”与中国的宪政制度建设
- 237 谁来保护非物质文化遗产？
- 249 立法何为？
——对《劳动合同法》的几点观察



上 篇

人类的法：千年回顾

据史家记载，公元 1000 年前夕，欧洲人以为世界末日将至，甚至帝国公牒亦以“兹以世界末日行将来临”等语开端，以致人心惶惶，不可终日，生产情绪低落，赴罗马朝圣者络绎于途。显然，这不是一个适于讨论法律问题的年代，既然尘世就要终结，人类法律与秩序的问题也就变得微不足道了。

然而，预告中的世界末日并未降临，无论人们喜欢与否，尘世依旧，而在这个注定是不完美的世界里，法律与秩序永远是人们感到困惑但又必须面对和思考的基本问题。有意思的是，迄今为止人类法律史上影响最为广泛而深远的变化，就发生在过去的一千年里，而且是起源于那个曾经深受“末日”观念困扰的文明。

在进入这段曲折、漫长而又动人心魄的历史之

前,我们不妨先对公元1000年前后“世界”法律的图景作一个远距离的观察。这种观察虽然极为简略和粗疏,但对我们了解过去1000年里发生在人类法律世界中的变化却是有益和必要的。

实际上,与人类今天将要跨越“千年”的情形不同,上一次跨越“千年”并不是一个世界性事件。在基督教文明以外的其他地区,人们完全不知道“千禧年”这回事。在当时业已发展出不同样式和程度的文明的地区,流行着不同的历法。不同的人群用不同的方法计时,并且赋予时间变化以不同的意义。法律的情形也是如此。换言之,当时也无所谓世界性的法律。法律最广阔的边界由文明来划定。在南亚和东南亚,印度的法律与印度文明一道,传播到锡兰、缅甸、暹罗、柬埔寨、苏门答腊、爪哇和巴厘。在东亚,尤其是儒家文明所及的地区如朝鲜、日本和安南,以《唐律》为代表的成熟的古代法典体系被奉为楷模。而在伊斯兰世界,尽管存在不同的学派,某种清晰可辨的一致性借由《古兰经》而得到保证。据说一位14世纪的法官曾经漫游从摩洛哥到马来亚的广大地区,却没有身在异乡的感觉。自然,在相近的面貌下面,活跃着各种地方性因素:语言、习俗、信仰、种族,等等。如果把各种不同类型的规范制度都考虑进去,毫无疑问,法律比历法更加繁复多样。这种情形一直延续到近世西方法律体系在世界范围内的扩张之前。

把欧洲视为一个地区,我们也能看到类似的图景,不过,就在“末日”的恐慌过去不久,那里至少发生了三件具有革命性意义的历史事件。

第一件是11世纪开始的所谓“教会革命”。这场革命不但产生了一个拥有自己疆界和法律体系的“教会帝国”,而且极大地刺激和带动了世俗法律的发展,以至有史家认为,欧洲法律传统正是滥觞于“教会革命”和教会法的崛起。

与教会法的发展同步,且同样是以意大利为中心,12世纪开始了罗马法复兴运动。这是第二个值得注意的事件。这场运动的意义不但表现为对一大笔宝贵的古代法律遗产的重新发现,而且在于这样一种法律观念的确立,即法有其固有的职能和独立性,且应当成为世俗社会发展的基础。

我们要提到的第三个事件远不具有前两个事件那样的规模,当时也不那

么引人注目，但其影响却一样深远。1215年，一群英格兰贵族迫使英王约翰签署了一份文件，这份包含一个序言和63个条款的文件承认并且保护一系列“人民”所固有的不可随意剥夺的权利，比如第39条规定，若非根据本国法律且经由与自己同等身份之人的合法审判，任何自由人均不得遭逮捕、监禁和流放，亦不得被剥夺其权利、财产和地位。这就是著名的《大宪章》。几百年之后，《大宪章》成为英国人主张其权利和自由的无可置疑的依据，体现于其中的自由精神，更通过近世的政治理论和制度建构，对更多的国家、地区和人民发生影响。

16世纪，欧洲开始步入一个新时代。文艺复兴、宗教改革、科学革命、地理大发现、罗马法继受运动，主权国家出现，等等，这些变化首先改变了欧洲社会的图景，同时要求对自然、社会和人给以新的不同于过去的解释。1670年，英国人洛克提出一套立宪主义的政治理论，据此，政府基于人民的同意而进行统治，人民则保有对生命、自由和财产的不可转让的权利。1748年，法国人孟德斯鸠在他的鸿篇巨帙《论法的精神》中进一步阐明了保护自由之道，即以权力限制权力，通过分权与制衡的制度设计来保障个人自由。这是一个激动人心的时代，不但有大量激动人心的论辩，而且这些论辩激励和引导人们行动，进而成为人们现实生活中坚实的一部分。

1776年的美国《独立宣言》重申了洛克关于政府权力源于和基于被统治者同意的信念，并且宣称，人人生而平等，其不可转让的权利包括“生命权、自由权和追求幸福的权利”。1787年的《美国宪法》遵循立宪主义和分权与制衡的原则，确立了立法、司法和行政三足鼎立的国家结构。1791年被加入宪法的《权利法案》更详细列举了公民基本权利和对政府权力的限制。

如火如荼的民主革命也发生在大西洋的这一边。1789年，为革命激情燃烧的法国人发表了《人权与公民权利宣言》。像美国的《独立宣言》一样，它也重申了人生而自由平等的信条，确认了“自由、财产、安全和反抗压迫”的“自然权利”，表明了立宪主义和分权原则的理念。继来之而来的，是一个比历史上任何法律编纂事件都更加壮观和影响深远的法典编纂运动。

18世纪开始的法典编纂受了启蒙理性的激荡，要以体现理性原则的统一

立法取代粗陋散乱的地方习惯，以统一的法制去巩固新兴的民族国家。正是凭借着国家权力和理性的权威这两种力量，辅之以资本主义和工业化，近代法典编纂运动不但席卷欧陆，而且远征世界。1804年，《法国民法典》面世，差不多一个世纪以后，《德国民法典》颁行。前者文辞优美，明白晓畅；后者结构谨严，精密深奥。欧、亚、非以及拉美国家的法典无不出于此二者之一。因此，即使还在19世纪，曾一手主持制定《法国民法典》且一度以自己的名字为之命名的拿破仑一世就敢说：“我的光荣不在于打胜了40个战役，滑铁卢会摧毁这么多的胜利……，但不会被任何东西摧毁的，会永远存在的，是我的民法典。”毫无疑问，近代法典编纂是一个世界性事件，部分地经由这场运动，现代法律的“世界体系”诞生了。

1917年，俄国十月革命爆发，革命后的政权向人类展示了一种新的法律理念，据此，法律与抽象正义和平等观念的传统联系被切断。法降格为阶级斗争的工具。这种新的法律观甫经确立，传播迅速，影响广泛，竟能在英美和欧陆两大法律传统之外另树一帜，成就一个新的法系。孰料70年后，这一法系分崩离析，与实现正义和保障权利等观念紧密联系的传统法律观重新取得支配地位。与前不同的是，经此百年之变，人类彼此之间的相互依赖达到了前所未有的程度；而在两次世界大战之后，人类对通过法律实现正义和保障权利的传统观念更有了新的了解和贡献。

1945年，联合国诞生。三年后，联合国大会通过并公布了《世界人权宣言》。“宣言”列举了人类每一成员皆应享有的基本权利和自由，并将保障和实现这些权利视为所有国家和国际政治组织的职责所在。此后50年间，大量与保障人权有关的地区性和国际性文件被制定出来，其著者有《公民权利与政治权利国际公约》（1966年签约，1976年生效）、《经济、社会与文化权利国际公约》（1966年签约，1976年生效）等。今天，越来越多的国家签署了这些国际人权法律，或至少表示愿意接受其中的部分内容。与之相应，在国内法方面，人们对自由、平等、民主、人权、法治等价值和理念的诉求也愈益高涨，以至抵制自由民主制度的统治者也不得不在表面上接受它们。

回顾过去的一千年，我们清楚地看到，法律在传播、移植、冲突和融合

的过程中逾越文明的界线，成为不仅主权国家而且世界秩序的重要构成部分。毋庸讳言，西方文明在此过程中扮演了主导角色，而这只是因为，那个把“世界”带入人类，从而将人类的命运紧紧联系在一起的历史性事件，即所谓“现代性”，始源于西方文明。然而，当现代性的后果展现于全世界，作为参与者，所有的国家、地区和人民都将参与决定自己同时也是人类的未来。因此，值此千年之交，我们也许应该问自己这样一个问题：作为一个曾经创造出伟大法律传统的文明，中国在未来的一千年里可能对世界的法律与秩序作出什么样的贡献？

1999 年