

断裂与延续 人民法院建设

(1978~2005)



DUANLIE YU YANXU
RENMIN FAYUAN JIANSHE



中国政法大学出版社

断裂与延续 人民法院建设

(1978~2005)



中国政法大学出版社

2018·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

断裂与延续：人民法院建设：1978~2005/何永军著. —北京：中国政法大学出版社，2018.10

ISBN 978-7-5620-8574-4

I. ①断… II. ①何… III. ①法院—概况—中国—1978-2005 IV. ①D926.2

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第225641号

- 出 版 者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮 箱 fadapress@163.com
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话 010-58908435(第一编辑部) 58908334(邮购部)
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 650mm×960mm 1/16
印 张 20.75
字 数 340 千字
版 次 2018 年 10 月第 1 版
印 次 2018 年 11 月第 1 次印刷
定 价 58.00 元

序 一

法学在西方是一门显学，与政治学、经济学和社会学并称为四大主流社会科学。但在中国，法学却还只是一门新兴学科，虽自“文革”结束后恢复以来历经三十年的发展，取得了长足的进步，但仍常被人戏称为幼稚，没获得受人尊重的学术地位。

就目前的现状来看，中国法学要摆脱幼稚局面还有漫长的路要走，与西方法治发达国家的法学比较起来，我们还有较大差距：一是在中国真正意义上的“法学研究”还不多见，国内学者现在做的工作大多还只是一种启蒙性质的工作，主要停留在译介西方国家的制度和理论上。许多法学博士论文也仅仅满足于介绍国外的制度及法理，通篇堆砌材料，少有自己的思考与贡献。一些所谓深刻的论著也常常只是用中国社会的局部经验事实来注解西方的某一理论，缺乏问题意识和现实关怀，更谈不上知识的增量。这种译介工作虽然十分重要，但就其本身而言却并非研究，最多只能算作是为研究准备材料。

二是即使有一些研究，其所研究的问题在西方法治发达国家常早已不再是什么重要问题，作为后发达法治国家，我们不得不把大量学术资源用于研究别人几十年前甚至是上几个世纪就解决了的一些问题，研究的问题不是最前沿的，理论创新的机会自然也就不多。同时不幸的是，中国自身独特的司法实践——这一学术富矿，也是中国学者最可能做出重大理论贡献的研究领域，至今也还少有学者认真地展开研究。

现有研究的方法也十分单一和落后，受学术传统和科研经

费等的限制，大多数还只是规范的研究，即演算西方的法治理论和人权话语，而少有人作深入细致的经验研究，大多数论著论证宏阔空疏，结论大而失当或似是而非，所谓法学论著几同政论，法学家与政论家无异，只是在兜售自己一厢情愿的意见（而非知识），在此情况下人们谈及一些中国法学家的观点时用所谓激进、保守和中庸等政治话语加以界分就不再是偶然的了，如果法学研究者能抱持一种价值中立的态度，结论真正是建立在可靠的经验事实基础之上，所有论点都有充足可信的证据支撑，其研究能真正做到客观和科学，那么所谓的激进、保守和中庸之说也就自然是无稽之谈，因为观点是从材料和证据中水到渠成地得出的，与作者本人并没有什么关系，不再像政论文章，其言说完全由政客的利益和价值观所决定。

所以对于有志于学术、想为中国法学摆脱幼稚局面作一点贡献的中国法学人来说，当下最紧要的任务就是恢复法学研究“学术研究”的本来面貌，将法学论文与政论文章区分开来（当然我并不完全否认政论文章所具有的价值），少作一些大而失当的空疏的价值判断，多为自己的结论寻找一些形而上学的和经验的根据，别将自己混同于专栏作家。

正是经过痛苦的反思，出于上述认识和判断，我本人及所在学术团队近年来在法学研究的方法上开始进行了一场悄然的转向，试图告别传统规范的注释法学和价值法学而转向经验研究，告别以前那种空疏的论证，而力图对问题本身进行细致透彻的分析，达致一种精密的研究，使自身的结论尽可能科学可靠，经得起历史检验。为此，我亲自主持和参加了几个实证研究的项目，发表和出版了一系列关于实证研究的论著，而本书也可看作是在我的指导下朝上述方向所作的努力之一。

司法改革和法院建设无疑是近十余年来学界持续关注的问题之一，为此而衍生的学术文献汗牛充栋，但像本书中这样的文字却是少见的。这不仅缘于作者具有鲜明的问题意识、采取了交叉学科的研究方法，更为关键的是作者具有客观、科

学的精神，肯下真功夫，基本做到了所有结论均有可靠的材料支撑，从而达致了对1978~2005年间人民法院建设中人民司法传统命运变迁的可靠把握，水到渠成地得出了关于新时期人民法院建设的思路、人民司法传统的命运和转型期中国社会权威和秩序的重建等问题的看法，结论客观可靠、令人信服。如以法治中国的未来前景此一问题为例，目前学界存在两种相反的看法：乐观者认为中国必将会走向法治，而悲观者以伯尔曼在《法律与宗教》中阐述的理论为根据，认为中国没有西方社会那样的宗教信仰基础，故也就无从建立法治社会。乐观者和悲观者似乎谁也说服不了谁，因为就双方提交的证据来看都未达到使人形成内心确信的程度。而本书所呈现的历史事实却无疑较好地解决了此一问题，证成了法制（法治）中国的某种必然性。因为中国社会变迁所导致的道德、舆论等非正式社会控制手段的式微，国家除了“把法律交给人民”、厉行“依法治国”外，社会日常治理已别无他法。为此作者在结语中引用托克维尔的话指出在此社会情景中，法制（法治）中国不但是可能的，而且甚至是不可避免（一种悲剧性？）的结局。这就是史料的力量，就是所谓“一页纸的历史抵得上一卷书的推理”（Holmes语）的高明所在。阅读本书使人更加坚信，针对当前中国关于司法改革的研究成果“空前繁荣”“新观点”叠出，但经过充分论证的却少见的现状，强调观点的可靠甚于创新，因为没有经过充分论证、没有根据的所谓创新只不过是痴人说梦而已。

本书是国内外第一部系统研究人民司法传统的著作，其理论意义和现实价值不言而喻，因为人民司法传统的命运实际携带着中国国运的消息。而作者在解决自身设定的问题的同时也开启了另一系列新的问题，其研究为我们今后探索和思考“人民司法是否属于一种独立的司法形态？”“马克思恩格斯当年对资本主义法制的批判在今天是否仍然具有实现意义？”“对法治作资本主义与社会主义的划分是否妥当？”“如何处理

不同性质国家间的法律移植？”等重要理论问题提供了较好的指引，也正是在此意义上本书可被视为一项未完结的研究，许多问题有待今后继续探讨，而这可能正是好的作品所具有的共性——在前后相继的问题（学术）脉络中占有自身一个位置。作为老师，我对作者充满了期望，希望以后能看到其对上述问题所取得的进一步研究成果。

当然，本书作为一部开拓性的研究作品，其中必定会有不少不足之处，本人作为指导教师也是被“审判”的对象，故不再多言，一切只待读者诸君去品尝、去明辩、去批判。

左卫民

2007年12月于四川大学文科楼

序 二

本书开篇即道出了研究的重点：中国共产党的传统司法理念和技术在1978~2005年之间的变迁。其问题意识是，在新的社会条件下，这一传统是遗产还是包袱？在中国司法现代化的过程中，人民司法传统如何应对“一切都在变，只有‘变’是‘不变’”的社会？

而在我看来，本书关注的核心其实有两个：一是人民“司法”传统，二是从事司法的“人民”——法官。虽然永军兄将后者作为前者的要素之一。这两者当然具有逻辑上的种属关系，因为任何制度都是由人实施的。我将两者分开，是为了强调后者的重要性；在理论上，似乎也可以说，前者突出的是制度的德性，后者关注的则是人的德性。

本书将司法置于社会的整体情境中，从内外两个视角解释人民司法传统的恢复、重建、调整与变迁。其贡献之一，在于首次将人民司法传统归纳为五个方面：①服从党的领导——人民司法的组织保障；②为党和国家的中心工作服务——人民司法的任务；③走群众路线——人民司法的工作方法；④实事求是、有错必纠——人民司法的基本要求；⑤德才兼备——人民司法从业人员应具备的基本素质。通过展示处于各种社会网络中的司法制度，作者认为，二十多年来人民司法传统“经历了‘中断→恢复与发展→部分断裂→部分复兴’的戏剧性历程”。

本书在简单介绍1978年前中国社会政治、经济生活状况及法院的尴尬处境后，笔锋转至“文革”后中国共产党领导

全国人民告别“继续革命”，由“无产阶级专政”转向“综合治理”的艰难历程。本书认为，“文革”后人民司法传统恢复的土壤是：农民依附于公社、城市居民依附于单位、城乡分割及严格的户籍管理制度的社会结构；拨乱反正与“告别革命”的政治背景。改革开放后，人民公社解体，单位制日趋瓦解，社会生活日益非政治化和世俗化，中国各种非正式社会控制手段日渐衰落（作者总结为“道德滑坡”“信仰危机”“舆论沉默”）。人民法院又被温和地推到了社会纠纷解决的前台。这些合力推动了人民法院新一轮的建设与审判方式的改革。在新司法模式下，深入群众、调查研究从常规变成例外；“巡回审理、就地办案”被边缘化，坐堂问案成主流；“实事求是、有错必纠”不再具有正当性。被恢复的人民司法传统又部分断裂。

新司法模式的出台是因应社会的新需求，但老问题还没有根本解决，新问题又纷沓而至。“实质正义”的贬损、愈演愈烈的“地方保护主义”“执行难”“司法腐败”使司法程序和“程序正义”空洞化，司法的合法性危机开始显山露水，暴力抗法、报复法官、信访大潮和人大代表的弃权票与反对票即为明证。为矫此弊，党明确提出“以德治国”，并将“公正与效率”和“司法为民”作为司法的主题。如此，一度被淡化的人民司法传统又有复兴端倪。

这就是本书勾勒的人民司法传统在1978~2005年间的大致轮廓。通过社会—历史的大叙事，我们可以体察到在历史长河的裹挟下司法制度的浮沉悲喜。这些历史在大量的文献的映衬下鲜活起来。不过，在素描这段历史时，作者对1978年以后重建的人民司法传统与陕甘宁边区的人民司法传统的区分语焉不详。对此读者可能会问，在历史如此剧烈的涤荡后，重建的司法传统恐怕多少会有新时代的痕迹吧，这种重建会不会是旧瓶装新酒呢？实际上，作者对这些问题并非不在意，因为要谈司法传统的变迁首先就得弄清楚原来司法的情状，即变迁的

起点。当然对此作者的处境无疑是十分尴尬的，因为至今对人民司法传统的研究还是一片空白，相关学术积累甚少，作者几乎没有可援引的二手文献，故要完成重建后的人民司法传统与陕甘宁边区的人民司法传统的区分实有困难。同时，恐怕这也不是作者在本书中研究的兴趣和重点所在，作者关注的是人民法院在1978~2005年间的故事，故对此可不用多加关注。此外，也许更为重要的是，从作者对“传统”的理解来看，作者坚持希尔斯的看法认为形成一项传统至少需要“三代人的时间”，故在作者看来，实际直到20世纪80年代人民司法的传统才真正定型和成熟，如斯，那么上述提问就被消解了。而就本书的内容来看，显然作者也并未坚持对“司法传统”作本质主义的理解，而是始终关注司法技术内在的细微变化，并明确指出人民司法传统在恢复的同时也伴随着某种发展，例如同样是坚持党的领导，但在1979年以后党委审批案件的做法已经消失了。

贯穿本书历史与现实分析的最基本的分析概念，或者说理论前提，是邹谠、孙立平和萧功秦等人提出或阐发的“全能主义/总体性社会 (totalism)”和“后全能主义/后总体性社会 (post-totalism)”，即认为中国共产党在革命胜利后逐步在中国建立起了一个总体性社会（全能主义社会），国家吞并了社会，对经济以及各种社会资源实行全面垄断，政治、经济和意识形态三个中心高度重叠，国家实现了对社会的全面控制。而1978年以后，这种全能社会在各方面都受到了很大的挑战。我个人认为，西方学者常常使用的“totalitarianism”一词，翻译为“总体主义”过于回避了意识形态的论争，衡诸中国的纵向和横向的权力分配机制，翻译为“集权主义”也许更合适。作为一个“巨型”的理想型概念，这一分析工具肯定是管用的。从这一角度入手，首先涉及的，还是困扰我们多年的“娜拉出走后怎么样”的问题：革命成功后，革命时期的东西怎么办？和平年代的继续革命如何可能？如此，人民司法传统

一方面与国家理想、国家的德性和千禧年主义密不可分，另一方面又与1949年以后的“国家建设”勾连在一起。当“司法”与“人民”联系在一起时，司法就不可能是纯正的司法了，其特性实在是让人回味悠长。

正如苏力所说，“一个社会的最佳治理方式必须是适应这个社会发展需要的，必须是为人们社会生活所需要的”。司法治理的方式、司法的合法性来源都必然会随着社会的变化而变化。在现代社会，要想全方位地恢复司法传统，恐怕是无回天之力了。对于这种改变，舒国滢先生以司法的“广场化”与“剧场化”来区分，这无疑是相当直观而有想象力的，但我认为，“广场”与“剧场”未必完全是为了获得合法性。而且，现代司法“剧场”，究其实质，正如季卫东先生指出，是为了限制行动者的恣意，使其在角色的分配、扮演的过程中，一步步陷入到自己先前行为编织的网络中。它与真实剧场的展开过程完全相反：其通过当事人的言辞，最终获得的是现代官僚制和法律程序要求的各种文牍；而真实剧场则是通过行动与语言展开文本的。

尽管社会已经沧海桑田，人民司法传统在很大程度上已经成为心向往之却不能至的司法境界，然而作者敏锐地指出，只要中国还有落后的农村，还有一个庞大的社会弱势群体存在，人民司法的传统就不会在中国消失。这一判断应该是有说服力的。至少，我们随时可以看到人民法院围绕党的各种方针，注入以人为本、构建和谐社会等所做的各种改革即是明证。事实上，只要权力的合法性没有完全向法理型转变（即使转变了也并不妨碍），人民司法传统就必然有广阔的存在空间，毕竟“人民司法”是司法的最高境界。

问题是，这种人民司法传统——即使我们愿意坚持，我们能够坚持吗？

在作者刻画的五彩斑斓的世界里，我们可以看到很多美丽的童话和乌托邦；童话和乌托邦肯定不是坏的，然而，生活在

其间的人却不可能是童话和乌托邦设想的人，最终的结果，往往是乌托邦的伟大理想和旗帜掩盖了哀鸿遍野的惨痛现实。本书将法官德才兼备的素质列为人民司法传统的内容，是切中肯綮的。

本书的重要贡献之一，是重申了一个被轰轰烈烈的司法改革运动所掩盖的常识：司法者是司法最核心的要素。在作者看来，重视实质正义、忽略程序正义的“行政式司法”虽然潜伏着巨大的错案风险，但最终这些风险得以化解，原因之一是党的宗旨及司法者的德性在一定程度上弥补了法律制度本身的缺漏，绝大多数法官是清正廉洁的，是真心实意为人民服务的。而在市场经济条件下，人民司法陷入困境，导致司法的公信力急剧下降，人民司法呈现出严重的合法性危机。作者指出，这一方面是因为诉讼案件成倍增长，另一方面则是因为社会主义意识形态的淡化，司法者的品行已今不如昔。之所以从事“司法”的“人民”出现了败德行为，作者也将其归结为社会变迁：“六亿人民皆尧舜”的时代已成为历史，市场经济立论的基础是自私自利的理性人。“在整个社会‘一切向钱看’，私心和私利得到最大程度鼓励和满足的社会里又如何能够使绝大多数共产党员保持大公无私的共产主义觉悟呢？不是高尚的共产主义品质不可欲，更不是共产主义的理想不可欲，而是在一个个人主义盛行的市场经济条件下培育坚定的共产主义战士已极为困难。”

在法官职业化浪潮中，我们看到这样一个有趣的现象：最高人民法院重申法官职业化与“四化”方针和“德才兼备”原则完全一致；“人民满意的好法官”的评选标准之一是干部的“四化”方针和“德才兼备”原则。这些或许都是人民司法传统不会消亡的有力证据之一吧。

在这里，本书的论题涉及了西方自由主义政治制度无法解决的一个难题：设计再严密的制度，都需要有德性的人来运作；否则，作为行动者、能动者的人最终都会架空制度，使制

度成为无用的躯壳。

自由主义的宪政民主、市场经济、消极自由等观念都要求区分政治与道德、法律与道德。进一步，自由主义还要求人的“个性”和多元化，要求国家保持价值中立。中立性又奉行“国家远距”（Staatsdistanzprinzip）原则，权力的拥有者不能以自己的价值观来证成任何社会制度。结果，国家就远离了民众的道德与良善生活，忽视了柏拉图以降的政治哲学对培养公民德性的追求。一些自由主义者甚至还假定，只要建立了良好的制度和程序上的制衡，保障了公民的消极自由，对国家而言，公民的德性是无关紧要的。换言之，制度的德性完全可以取代个人的德性。

尽管如此，自由主义始终存在一种对人性的阴郁观感和幽暗意识。正如联邦党人所说，政府不是天使，人也不是天使。抽象的政府是通过成员的活动具体化的，成员的德性是维持制度德性最重要的保障。自由主义的潜在假设是，公民的“公德”和“私德”是可以分离的。事实上，这种分离是无法成立的。经典自由主义作家密尔悲天悯人地告诫道：“如果人民的道德情况坏到证人普遍说谎、法官和其下属受贿的地步，程序规则在保证审判目的上又有什么用呢？又，如果人民对市行政漠不关心，不能诱使忠实而有才能的人出来管理，把职务交给那些为谋取私利的人去担任，制度又怎能提供一个好的市行政呢？”^[1]托克维尔说得则更直接：贵族政体的统治者偶尔学坏，民主政体的统治者常常自动变坏。最可怕的不是大人物缺德，而是缺德使人成了大人物。

在一个“专家没有灵魂”（韦伯语）的年代，面对越来越精巧繁复的程序，最可能出现的不是程序设计者的理想，而是使“贪官污吏越有可乘之机”（冯象语）。邓小平的总结简短有力：“没有理想，没有纪律，就会像旧中国那样一盘散沙。”

[1] [英] 密尔：《代议制政府》，汪瑄译，商务印书馆1982年版，第25~26页。

只是在这个公共领域淡漠、共同体精神丧失殆尽、道德相对主义盛行的社会，要如何坚守一点人民司法的真正精髓，确实是个无法回答又不能不回答的问题。

本书走的是法社会学的路子，也许还可以被划入历史社会学的范畴。这种研究近年来颇为流行，如从治理的角度分析中国的刑罚乃至农村土地承包经营合同，以揭示出社会治理过程中国家那双无所不至、无所不在的“权力之眼”。法律之眼——西方文献中常常用的“in the eyes of law”，其实还是国家的“权力之眼”。本书从司法这一特定的权力、合法性生产的场域，反思传统的国家治理模式及在新一轮的社会变迁下（诸如基层组织治理的缺位、市场经济的兴起、道德生态的迅猛变化）国家治理模式的改变，这种思维方式无疑展现了很多我们以往忽视了的东西，有助于我们研究制度变迁中隐藏的路径依赖。

作者最打动人的一点，是在研究制度时，对历史深深的“同情之了解”。也许每个研究本国历史的学者，面对故纸，都会感觉到现实生活中历史的温润脉动吧。作者考察的是人民司法传统的命运（与中国转型中各种“旧制度”乃至人的命运紧密勾连）。这种考察，如果脱离了对祖国和人民命运的关注，是无法完成的。本书对历史的考察远远超出了“以古鉴今”的意义，而具有了某种迈向未来的力量。它提供给读者的，不仅仅是反思或者批判，而是一种切肤的历史感和现场感。这足以勾起每个法律人对自身的角色甚至命运的反思。

本书处处体现了作者爬梳资料的苦心和辛劳。作者的阅读面也相当广泛，但更难能可贵的是，作者并没有陷入材料的汪洋大海，无论是史料的使用，还是交叉学科理论的运用，都拿捏有度，作者的运思最终避免了使本书成为各种时髦理论的拼贴图。

另外值得一提的优点是，本书主要以叙事性的文字为主，口语化的叙事加之各种理论的融会与剖析，既能够激发读者阅

读的兴趣，也可以砥砺我们对现实和历史进行反思。晚近有关法学与社会科学的关系、运用交叉学科的议论颇多，但真正落到实处的还是凤毛麟角。本书在这方面无疑做出了令人赞赏的努力。读完本书初稿，我唯一的遗憾是，对人民司法传统在当下的实质性命运，作者并没有给出太多的结论。也许在这样一个充满“可能性眩晕”的年代，这是“不可能完成的任务”吧。

谢鸿飞

2007年12月于中国社科院法研所

目 录

导 论	1
研究对象与主题	1
研究动机与目的	2
思路与结构	6
材料、概念与方法	10
第一章 “告别革命”与人民法院建设的兴起	14
“继续革命”与趋于“无诉”的社会	14
拨乱反正与“告别革命”	25
社会治理网络的恢复、重建及人民法院建设的兴起	39
第二章 人民司法传统的恢复与发展	62
服从党的领导	65
为中心工作服务	80
走群众路线	92
实事求是、有错必纠	109
德才兼备	121
第三章 社会转型与人民司法传统的部分断裂	135
改革开放与“后总体性社会”的来临	136
非正式社会控制手段的衰落	152
司法在维持社会秩序中地位的凸显	161
改革中人民司法传统的部分断裂及影响	174

第四章 挑战、危机及人民司法传统的部分复兴	195
法院建设的挑战	195
合法性危机的征象	213
合法化的努力	224
人民司法传统的部分复兴	271
结 语	279
德法并举：人民法院建设新思路	281
人民司法传统断裂与延续的内在理路	283
法治中国与权威多元	287
主要参考文献	292
后 记	312