

二十年法制建设的美与不足 PDF转换可能丢失图片或格式，  
建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/485/2021\\_2022\\_\\_E4\\_BA\\_8C\\_](https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E4_BA_8C_E5_8D_81_E5_B9_B4_E6_c122_485459.htm)

[E5\\_8D\\_81\\_E5\\_B9\\_B4\\_E6\\_c122\\_485459.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E4_BA_8C_E5_8D_81_E5_B9_B4_E6_c122_485459.htm) 灾难性的“文化大革命”形成了70年代末开始的中国法制建设的重要背景

。1949年人民共和国建立之后，由于新的政治哲学和社会哲学的影响、私有财产的渐次消灭以及计划经济的实施，法律对于调整社会关系、制约政治权力以及保障公民权利等方面的作用被贬低了。在社会生活中，人们更多地依赖党的文件、政策以及领导人的指示。与此同时，国家的政治生活变得愈来愈不正常。自50年代后期开始，政治运动频频发动，运动之中，上至国家领导人，下至普通公民，人们的财产安全甚至人身安全都处在随时可能受到侵犯的境地。被称为“十年浩劫”的“文化大革命”更是把这一连串运动推向了高潮。恶梦醒来，人们痛定思痛，深切地意识到，法律制度与法律秩序的缺乏对一个社会是多么严重的问题。值得注意的是，当时倡导建设社会主义民主与法制的政治领导人们，如邓小平、彭真等，都是在过去的政治运动中饱受冲击的人物。过去的苦难经历使他们愈发感到法制建设的必要性和紧迫性。社会主义法制的基本目标被概括为四句后来人们耳熟能详并且搭配十分固定的话：“有法可依，有法必依，执法必严，违法必究”。此后，一系列重要的法律被制定出来，社会生活的主要方面都有了基本的法律规范。与此同时，法院的军管状态结束了，检察院和司法部得到了恢复，律师制度得以重建。特别重要的是，法律教育得以恢复和蓬勃发展，一批又一批毕业生来到司法机关和律师界，成为法制建设的有

生力量。改革开放的深入和社会结构的变化对法律秩序不断地提出新的需求，而法律的发展又进一步推进社会的改变，从而形成了法律与社会之间的良性互动。随着法治话语的日益深入人心，依法治国终于从较为民间的议论上升为治国安邦的官方国策。虽然人们容易夸大亲身经历过的历史的重要性，但是，在本世纪中国现代法制的发展历史上，过去20年所取得的成就的确是十分耀眼的。当然，我们也看到，法制建设中还存在着一些明显的问题。我相信，与宣扬法制方面的成就相比较，对于我们制度建设中所存在缺陷的分析具有更高的价值。?? 立法：体制造成人为的矛盾和混乱?? 首先我们来看看立法。建立完备的社会主义法律体系是过去20年间我们最关注的事项。这里的主要缺陷是，随着立法的日益增多，如何协调不同时期和由不同部门所制定的法律规范之间的矛盾和冲突，始终没有得到应有的关注。我们惯常的做法是，当意识到社会生活的某个领域需要法律加以调整时，便授权相关部门起草一部法律或条例，之后将草案分送各有关部门征求意见，并召开各部门人员开会讨论，最后，当“时机成熟”时，将草案交付全国人大或其常委会表决。由于许多法律法规都是由所谓“主管”部门主持起草，想方设法利用立法的机会扩大本部门利益的倾向便十分明显。例如，涉及电信方面的法律法规，基本上是由前邮电部一家起草；法官法完全由最高人民法院起草。虽然后来也会提供某种形式征求其他部门和人士的意见，然而，在已经成文的一个草案基础上提意见是一个具有高度困难的事情，牵一发而动全身，后来的人要将某个具有实质性变化的条款置于其中，要面临与整个其他条款相协调的问题。况且其中还有“面子”问

题，人家辛辛苦苦把草案搞出来了，你来横挑鼻子竖挑眼，让原来起草的人们(甚至那些对草案表示过首肯的首长们)脸上挂不住，这是何苦呢?还有，在立法普遍地成为一个扩大本部门利益的机会的情况下，来自“外人”的批评，即使是出于公心，有时也会让人怀疑有利益在背后起作用，于是，还是三缄其口做金人吧。正是这些教科书不涉及的具体因素造成我们法律法规比比皆是的相互矛盾和冲突。法律的冲突必然伤害法律的统一。了解西方法律史的人都知道，西方法律传统在其形成初期，许多学者用了极大的心力去协调法律可能的矛盾。之所以如此，是因为相互冲突的法律会给社会带来矛盾的信息和冲突的价值，从而使法治的理想只能引出社会混乱的结局。尤其是在一个日趋工业化和商业化的社会里，人在不同的地域和行业之间的流动越来越频繁，确定而统一的法律规则对于保障人际交往的顺利进行和商业交易的安全起到的作用越来越大。与此同时，法律知识以及法律职业之所以能够成为塑造和调整社会关系的独立的力量，在很大程度上也是因为法律知识本身构成一种逻辑上自恰的体系，并且由于这种自恰和社会分工的日益深化，它能够引发社会对法律服务的需求，产生与一般社会生活之间紧张而又相互依赖的关系，从而营造出法治以及宪政得以立足的空间，并进而成为社会所不可或缺的调整器。因此，在西方的法律史上，通过研究、比较和协调，为社会提供统一的法律规范，一直是法律家和法学家的使命。在我国，对法律中的种种“不和谐音”浑然不察或无可奈何也折射出我们的社会还没有成为法治社会的现实，反映出人们在目标定位与手段定位之间的对立和冲突，也标志着我们法律学术的落后，反映

出我们的法学作为一种知识尚未取得独立的地位。要改变法律法规之间的种种冲突状况，应当对现行的立法模式作较大的改变。部门立法的惯例必须代之以新的做法，即由法律所涉及到的特定领域的专家不仅仅是持一种观点的专家，也不仅仅是法律专家为主，吸收各部门、行业的人士组成起草班子进行起草工作。立法过程中，利益可能受到拟议中法律影响的行业代表、民间人士应有充分的机会参与其事，在以往的书面征求意见以及座谈会等形式之外，公开举行的听证会应该得到更多的使用。这不仅有助于通过广泛的论证和审议协调法律草案与既有法律之间的关系，而且也有利于提高法律的可操作性，更重要的是，人民对立法过程的参与乃是共和制政体得以成立的不可或缺的环节。人们不关心法律中的自相矛盾也可能与这样的事实密切相关，那就是，过去我们制定的种种法律还很难完全兑现于社会生活。法律所许诺的种种不能变成现实，原因可能在于我们上面谈及的立法过程缺陷导致的法律规范之间的相互冲突或与社会生活的脱节，但同时，我们的司法制度所存在的缺陷也是不应忽视的。??

司法：强人所难的制度设计?? 说到司法制度，我们过去所取得的成绩是相当初步的。例如，就法律机关内部的情况看，它们之间的关系尚处在相当不顺的状态之中。我们制度设计所依据的基本上是欧洲大陆法系和苏联社会主义法系两者结合的模式，但是，法院处于怎样的地位，检察院对法院以及侦查机关的监督权是否正当以及这种监督权如何行使，具体运作过程中不同机关的相互制约如何实现等问题直到今天仍没有获得一个合理的解决。另一方面，从司法与社会之间的关系上说，虽然我国宪法明确规定法院依法审理案件，不受

行政机关、社会团体以及个人的干涉，然而，奇怪的是，我们长期以来却明白无误地将司法机关置于同级党政机关的领导和控制之下，所谓“人财物”都要仰赖同级党政权力，在这种情况下，欲令法院独立审判，岂非强人所难？又植？结底，司法难以获得真正的独立的原因在于许多人对此存在着种种误解。例如，认为司法独立可能削弱甚至危及党和政府对社会事务的领导。独立的司法当然会造成社会管理上的差异，当然会在某些问题上，法院表现出不那么驯服，然而，我们应当看到，法院的独立是一种双向的，它固然要制约政府的权力，例如行政机关要征用土地，而法院可能以政府给予的补偿过低而判所谓“钉子户”胜诉：警察获得的某些证据可能由于来源的不正当(如刑讯逼供、非法搜查等)而在法庭上遭到拒绝，即使这些证据能够证明犯罪事实，但是，法院的存在本身就是对民众的制约，它将民众对政府的不满引入法律的规范中加以解决，并且通过司法活动宣示了社会中秩序与正义的准则。法院通过独立而公正解决各种纠纷而使得社会中的冤情和抑郁得以释放，从而为社会的安定团结提供了可靠的保证；在法庭上获得正义的人们不会上梁山。甚至可以说，司法独立是政府以及政府官员威望得以提高和维持的重要前提。官员由于有独立的司法而不得不谨慎从事，特别检察官的存在使得美国总统不敢越法律雷池一步，这是限制，更是保护。想想面对十六年牢狱之灾的陈希同，想想死于非命的王宝森，假如北京市也有特别检察官和独立的司法体系，当陈王之类刚开始其腐败行为，便毫不迟疑地立案调查，大不了是个辞职的后果。更不消说如果有独立的司法制度，他们可能就不会有腐败的开始。所以，让司法体系处于

依附状态，表面看起来似乎有利于保护官员，有利于保全政府威信，实际上却是将官员们置于高度的危险环境之中，将政府威望作为权术牌局的赌资，无论如何，这是非常不负责任的制度。当然，在我们这里，司法独立的倡导者总是面临着一个痛苦的悖论：这样的司法人员和机关，不独立尚且弊病丛生、丑闻多多，如果让其独立，岂不是要给社会带来更大的麻烦？的确，我们的司法管理制度方面的种种弊端加剧了司法领域的难题。据我的观察，20年来，我们对于究竟是哪些因素使得法院成其为法院，哪些因素使得法官成其为法官，很少作深入的探讨，人们只是在很表浅的层面上理解司法权与立法以及行政权力之间的划分，从而造成司法权行使过程的行政化以及法官管理方面的官僚化。我们法院的现状，颇有些类似于托克维尔批评大革命前法国的司法状况：“一方面，旧制度下的司法权不断地超出其权力的自然范围，另一方面，司法权从未全面履行其职权。”（《旧制度与大革命》，中译本，第94页）法院过于积极地行使权力是长期以来我们的司法制度存在的一个大弊端。作为一个中立的裁判机关，法院只能够对案件与纠纷作出判断，并且判决应尽可能地以当事人所提供的证据为基础。过于积极地行使权力，使得法官仿佛忘记了职责的足球裁判，吹哨的同时也抬脚射门。当事人满腹狐疑是必然的。况且还有最高人民法院假司法解释之名，行越权立法之实，经常超越司法的范围制定一般性的规则。此外，通过集体决策的方式强化对法官个人的控制，上级法院对下级法院具体案件审理过程的干预，“错案追究制度”这类伤害法官独立的做法的推行，凡此种种，这类问题的存在和在某些局部的加剧，使得司法机关的公信度非

但没有提高反而呈下降的趋势。考虑到在社会转型期中司法对于及时而公正地处理纠纷、创制合理的法律规范以及在更广泛的社会层面上树立正义的风纪，从而保持社会的稳定和人们对政府和国家的信心等方面的重要性，我们必须对司法制度存在的上述种种弊病尽快地加以矫正。??呼唤法律职业共同体?? 20年来，中国曾经发生过若干次关于法治抑或人治的讨论，影响所及，法治的正当性几乎成为整个社会的意识形态。人们相信，法治不仅可以给社会生活以规范，而且使得社会更加有序。政府的权力必然受到制约，任何政党、组织或个人都必须在法律规定的范围内活动；公民的权利定能得到保护，因为侵犯公民权利的行为便是违法行为，公民可以通过诉讼，在法院里“讨个说法”，最终使自己的权利得到恢复，并给予侵权者以应得的处罚，使得全社会的人们都意识到，法律的尊严是不可玷污的，法律所规定的权利是有确凿保障的。这样一来，人治论者还有什么市场么？当然，人治论者并不一定把人治等同于专制统治；儒家主张“为政以德”，主张任人唯贤，倡导“惟仁者宜在高位”，因为“不仁而在高位，是播其恶于众也。”柏拉图主张“哲学王”，认为治国也需要专家，《理想国》里用了那么多的心力仔细地讨论如何培养治国专家，仔细读来，哪里是被今人简单化了的那种人治论？实际上，法治人治两极化的观点本身就大可疑问。那种自动售货机式的司法过程只是理论家构想的产物，永远无法兑现于人类社会的实际生活。也许可以说，所谓法治，不过是那些受到严格法律训练的人们对社会生活的管理和调整。由于法律知识以及表达这种知识的法律语言的稳定性，由于法律推理技术的稳定性，由于法律职业伦理规则

的稳定性，由于法律职业者决策过程的通常表现出的公开性，从而导致这种决策具有相当的可预期性，从而克服了其他统治类型不可避免的恣意妄为的特征。因此，如果我们不能够造就一大批尊重规则、追求正义的法律家(lawyers)，并且使这样的法律家来操作法律的程序，那么，制定再完备的法律规范，设置再合理的司法制度，最终的结果仍将是徒劳无益的。在过去的20年间，我们的法律家群体在数量上有了长足的增长。由于法律教育的快速发展，受过正规高等法律教育者的数量明显增多。但是，我们也面临着法律家群体中背景驳杂不一的问题。在1995年《法官法》和《检察官法》之前，我们的法律职业与法律教育是分离的；也就是说，一个要担任法官、检察官或律师的人并不必须以受过法律教育为前提。因此，在现在的法律家群体中，人们可以看到各种各样不同背景的人正是毫不奇怪的事情。例如，行政官员、工会干部、复转军人，乃至法院中的打字员、司机等辅助人员都可以成为法官。法律职业的这种选任制度带来的后果相当复杂。或许它有助于我们司法制度的平民化或大众化，抑制司法界与社会生活脱节的倾向，然而，负面的效果却是，司法界不再是一个同质的集团，相反，构成一个行业的人们相互之间语言不通，对法律的实体和程序规则理解不同，从而不可避免地导致分裂状态的出现，削弱法律家的力量，从而对法治进程起到阻碍作用。最可警者，如此驳杂的群体会带来伦理与纪律执行机制的缺乏和无力。在法制建设开展20年后的今天，我们突然面临着司法界的腐败似乎愈来愈加剧的势头。本来肩负着惩治腐败职能的司法机关自身却走向腐败，无疑会在已有的社会矛盾之上平添新的矛盾和冤情。对此，



许多人寄希望于大众传媒、权力机关或检察院等更严厉的监督，但是，在我看来，更重要的是来自职业内部的监督机制。在司法职业中，人们对伦理规则的理解各不相同，加之选任方面的低标准导致人们名节感和荣誉感的匮乏，要确保司法界的廉洁和公正，真正是断无可能的事情。?? ?? 文章出处：北大法律信息网 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)