

贺卫方：中国法治建设的困境与出路 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__E8_B4_BA_E5_8D_AB_E6_96_B9_EF_c122_485484.htm 法学专业与我们的生活关联密切，但我们过去不太注意。70年代时有个瑞士的法学家到中国留学，希望学习法律。但那时我们的法律是绝密专业，意味着要学习必须先查家庭出身，而且必须是苦大仇深，结果当然那位瑞士的法学家遭到了拒绝，于是只好改学哲学了。当时法学院是北京大学倒数第二小的系，那时的法学是很不发达的。而现在的法学院已成为屈指可数的文科大系之一。最早的大学都有三个专业：医学系（解决人的身体出现的问题），神学系（解决精神上的问题），第三个就是法学系。法学专业也是最古老的专业之一。人类最早的大学就设立了法学系。当我们的行为出现问题时，就是由法学来处理。法律主要是制裁人的行为，如果一个人的行为违反了社会公认的良好准则，如果一个人的行为给别人造成了伤害，这样的行为就必须付出法律的代价。那么法律就成为这个社会越来越重视的学科。法律与我们每个人都密切相关。也许有人认为只有自己在打官司时才会与法律发生关系，事实上不是这样的。当别人在打官司时法院所设立的准则对你也有影响。我们都知道前一段时间的刘燕文诉北京大学案，被认为是当代司法史上的里程碑式的案件。由于这个案件涉及高校教育的地位，并且是自己的毕业生诉母校，因而非常敏感，引起了各大媒体的关注。海淀区法院判决北大败诉，判决刘燕文可以获得毕业证书，因为根据国家法律的规定，只要在校生的各门功课都及格就可以获得毕业证书，

但要获得博士学位证书则必须通过博士论文答辩。法院认为北京大学的做法超越了国家的有关法律，将毕业证书和学位证书二者混同。因而直接判决北京大学授予刘燕文毕业证书，至于学位证书则由论文答辩委员会再行决定其论文是否通过。判决后北京大学提起上诉，要求北京市中级人民法院对案件进行复审，认为一审判决是错误的。这个时候就有一些潜在的因素开始影响这个案件的判决。比如其他学校的领导就很紧张，还有很多人提出大学独立，学术自由的问题。其实对中国大学自治伤害最大的可能不是法院而是其他的因素。于是这个案件开始向另外的方向发展，据说最高法院也非常愤怒并做出了表示，结果二审法院以已过诉讼时效为理由驳回上诉要求一审法院重新判决。最后海淀区法院只好驳回了刘燕文的案件因为其过了诉讼时效。但这个案件是非常荒唐的，在法院已经受理了案件做出了判决之后又说自己当初是不应当受理的，这是个很糟糕的决定。这个案件说明中国整个的法律制度的建设与我们都有很大的关系，或是直接的或是间接的，法院也正是通过判决来引导我们的行为，这是法院非常重要的一个方面。中国的法制建设上是伴随着文革结束改革开放开始而开始的，在文革期间以及文革之前我们的社会都不是一个法治的社会，而是崇尚个人领袖魅力，人们迷信于个人魅力的领导力，从而使这个民族获得强大的凝聚力和极大的团结。但可惜毛主席当年并没有把这种魅力用于经济建设而是用来搞运动。在经济建设领域我们采纳了一种计划经济的模式，认为这可以避免资本主义经济的许多弊端，因为他们的经济是以利润为目的的，而我们的经济则是以满足人民需求为目的的。过去很长一段时间里，我们的物

质很匮乏，人们都穿一样的衣服，以兰色黑色为主；我们的解放牌汽车也是三十年如一日的没有变化。我们现在不得不承认计划经济是一个失败的模式。过去我们不了解外面的情况，我们知道的只是一种谎言是一种假象。为什么他们不敢告诉我们真相呢？就是因为计划经济的失败和人治的失败使我们不得不更多的通过闭关锁国和通过对人的思想进行控制来维护社会的一种秩序。但这些现在都已成为过去的事情，都已成为过眼烟云，现在我们实行的是一种法治建设，但这条道路不是一帆风顺的。现在我们提出了以德治国的口号，甚至我在南京还看到了以德拆迁的口号。这反映了我们喜欢用口号来治国的倾向，我们特别喜欢用口号或标语来营造一种气氛表示我们正在干这件事。我们为什么会提出以德治国的口号呢？我想可能是因为依法治国在中国并没有达到想象中的效果，所以又提出了以德治国来解决依法治国所不能解决的问题。但以德治国问题在于道德要诉诸于内心来达成境界的提高，如果要作为国策则还是存在很大危险的。现在正在进行严打。而我们作为法律人所喜欢的一个口号就是“法律面前人人平等”。过去我们理解这个是以包公的观念理解的，即在一个案件中，不管这两个人的地位尊卑如何都要严格执行法律。但今天我们再来看这个精神时就还有了几点要求，比如在不同的地方在不同的时间的人违反了法律其所应该承担的法律责任是相同的。基于这样的理解我们要问：严打符合法律面前人人平等吗？法治建设今天出现了危机，出现了一些不太容易解决的问题。之所以存在矛盾和问题是因为我们今天的法律制度并不是我们自己的土特产，不是我们本土化的东西，而是从外面借鉴来的。当然我不是说外面的

东西就不好就不能用，只是制度方面对外来东西的接受是很困难的。中国近百年来的法律背离了两千年来法律传统的发展，中国传统的法律是很古典的，比如只有一部法律，基本的治国模式和主流思想就是以德治国。1904年，中国的政府下定决心要使中国的法律通过西方化而获得改变。当时我们与英国法国打仗，打败后就签定条约，那时很多条约中都有一条规定：中国政府承诺修改自己的法律以与西方相一致，而西方则承诺可以收回领事裁判权，这是当时中国政府最为棘手的问题。一个中国人和外国人发生了冲突，不能由中国的法庭进行审判，而要由会审公廨（由外国人主导的混合法庭）来进行判决。这就有一个向谁学习的问题。谈到接轨的问题，我们现在也面临加入WTO与之接轨的问题，中国人有一点功利主义，最初我们想学英国是因为英国经济强大，此外英国君主立宪的形式也使人民感兴趣。100年前人们根本不会想到100年后的今天我们能够建立一个共和国，当时最激进的改革者所追求的也还是君主制的国家，于是我们就开始学习英国。但当我们深入了解后才发现英国的法律并不好学，最大的问题在于英国的法律在哪里呢？因为英国实行判例法没有统一的法典，而是一个个法官在案件判决中确立法律的原则，体现法律的精神，这就给我们的学习造成了障碍。后来我们看到法国法官上法庭时都拿着一本小书，封皮上写着四个字《六法全书》，我们觉的这个很好，于是就开始学习。中国30年代制定了中华民国民法典，其实95%以上的内容都是有来历的，不是来源于德国就是来源于瑞士，都是从外国抄来的。我们学习英国所面临的第二个困难在于英国的法律制度精神与我们的相对。英美国家的自由主义传统是非常不

同的，法国是张扬的，而英国则是谦恭的，英国的这种传统是通过演进而不是革命获得的，在这个过程中，英国的法院起了很大作用，通过法律体系一步步推展英国人所享有的权利，极大的尊重个人自由，地方自治与自由主义，而这与中国近代三大主义背离，即民族主义，国家统一和经济发展。第三个原因就是由于受到日本的影响。在清朝末年以前中国都是日本的老师，而到了后来中国便开始向日本学习，于是学来了很多法律概念不易理解，比如禁治产人，假释，破产，无罪推定等，大多数词汇都是日本人创造的。所以由于受日本的影响，中国法律未走上英国的道路，而走上了大陆法系的道路。法治最大的困难在于外来文化与本土环境之间的脱节，由于这种脱节使得这种制度无法在本土得到很好的运做。但我们也注意到，不仅是外来文化在改造着我们，我们也在改造着外来文化。比如，中国戏剧审美传统是一定要分好人和坏人，还追求大团圆，样板戏继承发扬了这种传统，即所谓的“三突出”。莎士比亚的戏剧到了中国舞台上也受到了这种观念的影响，结果《威尼斯商人》经过中国导演的演绎变成了好人坏人非常分明的戏剧。这就反映了虽然莎士比亚的作品改变了中国的艺术观，促使我们产生新的想法，但莎士比亚的戏剧也不可避免的受到了中国文化的影响。戏剧如此，法律亦是如此。我们引进了许多规则，但到了中国却无法按照西方传统那样去运行。比如人大制定法律，法治建设中最关键的一部分就是制定法律。什么是法治？首先所有的人都要受法律规则的约束，其次法律本身是良好的。其基本含义就是法律要代表民意，为了达到这个效果，就要求议会代表必须由选举产生，而不能有上级来指定，否则其只

能代表那些指定他们的人。为了使法律体现不同利益之间的妥协和相互交涉，我们必须允许必要的争论。我们也还曾幸灾乐祸的报道台湾开议会时打起来了，其实打起来的议会远比一致通过的议会要强的多。比如我们以前禁止燃放鞭炮，政府说这对人民有利，但对鞭炮厂的工人有利吗？这就涉及利益的交涉。所以制定这个法律时必须听取双方的意见，应该允许争论，只要经过民主程序的讨论，我们最后服从多数人的意见也是可以的。我们的全国人大代表至今仍不是人民选举产生的，很多由劳模担任，由地方党的组织部门来决定，那么如何以人民利益为最高代表？我们的人大代表的选任机制有问题。我们很少看到代表之间的争论，却经常听代表们说他们学习了中央文件的精神感到十分振奋，回去后一定要把中央精神传达给地方。这样的机制其实违背了人大制度设计的初衷。而且我们为了限制代表之间的串联，在座位上都有安排，不允许交流。我曾倡导律师参与政治生活。美国联邦议员中有一半是律师出身，因为其知道如何去代表一定人的利益，当其从律师向议员转变时，其角色转变很容易。同时律师还经过一定的口才的训练，善于言辞，很适合当议员。另外，一些西方国家的行政首脑也是学法律出身的，而我们国家的领导人多是学理工出身的。美国总统有一半以上是律师出身，而我们人大常委会现在还要请学者给其做讲座，这是个笑话。中国传统政治文化是一个反争论的文化，实际上是反妥协的，于是就有桌下交易，则不确定因素太多，人民无法了解。法治建设的另一个困境在于法律作为一种专业化的知识还未真正获得一种独立。我们五千年来是一个大一统的国家，喜欢依赖中央动员，喜欢中央发布号令，我们

来执行。但其实不同行业逻辑是不同的。我们通常要求法院处于一个消极的地位，不能主动判决，不能主动找证据，庭审过程中应保持中立。但我们的司法不是这样，而是为党的中心工作，而不是保持该项工作的独立性。我们现在有所谓的法院上门揽案以及什么零点行动，这都损害了司法的独立性。如何在司法层面强化知识的引渡，我们应该思考。我们的司法改革存在很大的矛盾就在于我们的知识积累非常不足，司法改革出现了很多混乱以至到了“改革司法改革”的地步。小到司法制度大到整个法律体系，我们都应该研究相关制度背后的知识来推进该种制度的演进。我想大学教育在这方面可以起到很大的作用，能够完成许许多多的使命。“春江水暖鸭先知”，我们把我们的脚放在法律知识的水里，我们每天感受着法律知识，然后又把这种知识传递给社会。另外，通过一代代人的努力，把我们各方面都推进到一个正常的轨道，用我们的知识建构起一个良好的公正的社会秩序。

文章出处：法律思想网 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