

[网站首页](#)[学科简介](#)[学术综合](#)[著作推荐](#)[教师队伍](#)[课题项目](#)

著作推荐

[专著推荐](#)[精品教材](#)[热门文章](#)

孙笑侠等：转型期法治纵论

更新时间：2015/5/24 22:18:18

转型期法治纵论

作者：孙笑侠、季卫东等

来源：《中国政法大学学报》2010年第2期

主题：转型期法治纵论

时间：2009年12月13日

地点：浙江大学六通宾馆聚思厅

第一单元

主持人：张志铭

报告人：徐显明、季卫东、孙笑侠、严存生

评议人：林来梵、李瑜青、龙宗智

徐显明(全国法理学研究会会长, 山东大学校长、教授):

如果说转型期从30年前开始的话, 我想我们的转变可能是历史性的。

从社会的指导思想来看, 从1978年开始, 社会的指导思想就已经发生了多次变化。第二个变化表现在社会价值上, 十一届三中全会之后, 以经济建设为中心指导的社会价值, 这是一个变化。到了十六大的时候就是公平正义了, 价值选择已经完成了转化, 这可以称作是第二个转型。第三个变化就是经济结构的变化, 现在看从2004年修改宪法, 在这之前是把非公有制经济作为补充, 现在的表述是“重要组成部分”; 2004年宪法修改的重要变化就是非公有制经济和公有制有相同的地位, 非公有制经济所占的比例已经超过50%, 就业岗位已经超过80%, 这也是转型期当中的物质支撑; 还有一个就是城乡结构, 我们的城镇人口已经超过43%, 如果以2亿人口的流动量计算, 实际上生活在城镇的当中的比例已经超过了农村, 这是一个重要的城乡结构的变化; 其他方面像政治结构的变化、文化上的变化等, 这些变化导致法律制度在不断的转变。

从1978年到现在的30多年的法律分为5个阶段: 最近、最大的一次变化应该是2004年, 2004年是中国法治发展史最重要的一个年份, 和谐社会的理论组成了法治和和谐社会的构件, 这已经统一在一起了; 现在的法律观被称作人本法律观, 2004年国务院依法行政实施纲要出台了, 在纲要里中国政府要用10年的时间建设法治政府; 2004年还有一个重大变化就是民主执政; 依法执政被称作是共产党的最基本执政; 2004年还有一个标志性的事件就是修改宪法, 确立了5个人权制度, 国家尊重和保障人权, 2004年是转型当中很重要的一个年份。立法上, 到2010年中国法治社会就形成了; 形成以后立法的重点在于: 继续提高立法制度, 立法制度的提升将是一个永恒的主题, 在民主立法制度量的增加的同时, 完成人权体系。现在出现了一个新趋势, 即制订新法和修改旧法并重, 修改法律的任务有时候比新法还要紧, 这是在立法上的变化。30年前法治建设的主要矛盾是无法可依; 但现在已经转向了有法必依; 将执法的文化作为法治建设的重点; 司法上也正在研究司法改革, 而这次司法改革的重点是优化司法配置; 但现在对现在提出的方案都不理想; 现在的形势是司法“不公”、“不廉”等于是两个大铁球; 而我们为什么不把铁球从斜坡上拉到平坡上呢。司法公正就是这个平坡。司法体制的改革体现出来的东西大家都看到了, 我相信今天的研讨会会有丰硕的成果。

季卫东(上海交通大学凯原法学院院长、教授):

对于30年来的转型, 我想从司法改革的角度对该问题作一简单具体的梳理。从30年来的转型来考虑司法

改革的必要性和前景的话,需要对转型之前的状况作一回顾。

我们可以把建国以来的60年分为四个15年:1949至1964年中国主要完成了社会主义基础的改造,从1964到1979年是根据新的基础进行的重组,这两个阶段是把中国从传统的思想中解放出来,客观上来说,这适应了产业化的需要,但在这个过程中,代价非常高,一个最大的问题就是现代化要求的自由。人民性是一个整体,实际上的实质就是对成员进行一个严格的控制。曾有一位学者提出一个重要的命题,整体对其成员的控制会比一个民众进行控制更加严格。这就有了现在的转型;现在的30年也可以分为两个15年,1994年以后中国的财政状况发生了重大的变化,中国虽然在继续完成转型,但重新定位已经开始了,随着不同利益群体的出现,执政党是一个居中调停的角色,“三个代表”的提出和这个转型有关系。和谐社会有一个很重要的阶段,即GDP从1000美金增加到3000美金的阶段,按照其他国家的惯例,人民的诉求会达到高涨;另外一个就是去年年底发生的金融危机,中国在没有充分准备好的情况下,发生了全球竞争的局面,这就对我们的法律制度和国家管理制度有了非常高的要求。而中国政治结构的转型需要一个比较长的调整时期。民主政治是一个精巧机器,导入它是很容易的,但是我们知道从历史经验来看,民主制度要有效运作,健全的民主制度,是需要很多前提条件的,包括法治条件的完备。从这个情况来看,中国依法治国依然存在着这样或那样的问题,中国在下一个30年的发展的时候,权力结构的变化需要一个渐进的过程。

在这样的状况下,司法权究竟如何定位?这是一个非常突出的问题,权力结构在没有发生质变之前,司法独立本身就是一个重要的根据,司法独立和司法改革是一个非常突出的问题。民主的话语和司法改革密切联系在一起,人民性再次得到恢复和发展。从这个角度来看,我个人认为这个的改革出发点和动机都是可以理解的,在矫正由于制度条件不配套所引起的问题,要采取一些措施,其合理性是在一定程度上也是可以理解的。然而,目前改革和方向实际上会造成事与愿违的结果。在这样的时刻我和一些学者提出司法改革第三波的主张,把民众要求司法参与的呼声等和基本条件结合在一起,在这样的背景和条件设立之下,重新推动司法改革,这是一个基本的主张。基本主张的最重要的考虑是,中国今后的政治改革首先要改革的问题,是权力合法性的问题,而司法独立本身是解决该问题的第一步。尽管意识到民众参与的要求日益高涨,但在司法不独立的情况下,匆匆地推动改革实际上是很危险的。政治的改革当然也有危险性,民主政治是需要一些前提条件的,其中一个就是说,真正的民主并不是一个简单的投票行为,个人的单独投票行为得出来的结果并不一定是合理的,但参加的人越多,选择的项目越多,问题就会凸显出来。与投票行为相关,必须加强信息公开,通过各种各样的组织性的活动对民意进行组合。另外一个就是在政治性的决定僵持不下的时候,需要有一个制度性的过滤器,而过滤器就是司法程序。从这个意义上说,司法改革的重要性,在现阶段怎么强调不过分,特别需要防止的就是政治民主的要求和司法独立的要求被混淆在一起,出现了民意被政治绑架,抵制司法独立的情况。

孙笑侠(浙江大学光华法学院学术委员会主任、教授):

在讨论转型期法治时,最大的难度在于,转型期的法治有哪些特点和规律?刚才的发言也都涉及到了转型期规律的问题。转型期法治的规律有很多,在“长三角”的实践当中,我参与了20年多年的浙江法治,经历了这个过程,也观察了周边发展的趋势。不敢说我观察到的就是规律,但至少可以说是带有规律性的特点。我想列举三个方面:

第一,转型期法治是不平衡发展的。这是由地区发展不平衡导致的,所以不可能在全国范围里统一实行一种法治评估标准,局部区域有自己发展的特点。小平同志讲部分地区先富起来,我们也可以认为,应该是在部分先富起来的地区法治化快一点,早一点;所以我们称之为部分地区的“先行法治化”,这种先行法治化的现象事实上已经存在。

第二,就是转型期的法律模式是混合式、过渡式特点。这是把理想模式当中的标准和落后时期的特点结合在一起,法治发展不同阶段的特征在同一时间段当中有可能并存。比如司法改革目前存在着三对关系的兼顾与并存:其一是职业性和人民性的冲突与统一,其二是被动性和能动性的冲突与统一,其三是独立性和统筹性(协调性)的冲突与统一。转型期的司法就有这个混合式和过渡式的特点。

第三,转型期法治的推动力特点。关于欧洲国家法治的推动力,伯尔曼认为基督教教徒是主要推动者,而另一派观点(如泰格在《法律与资本主义的兴起》)认为欧洲法治是由商人来推动的。这两个不同的推动力,在中国社会里是否存在?我国显然没有宗教推动力,但我们有市场经济,在最近的30年的当中培养了一些中产阶级,他们最需要法治,是法治的最主要的“需求方”和“消费者”之一。另一个推动力是官方的,包括执政党和它的政权系统,这是自上而下的。如果说民间推动力是市民社会的范畴,那么官方推动力则是一个政治国家的范畴。1978年以来,官方推动力其实是有一批政治家用他们的先知先觉(正如韦伯所谓的“法的先知者”)推动着我们的法治;就说我们浙江省的一个市委书记袁芳烈,宣告投机倒把的“八大王”无罪释放的时候,这是突破了当年的刑法的。当时刑法还没有修改,就作了一个这样的变革,实际上对全国的法律的变革产生了很大的影响,这样的作用力是代表官方的,当然还有一些幕后立法者,有中央的立法机关,其实幕后工作者在历史上都没有把名字记载下来,所以是一些官方推动力。第三个推动力既不是官方的也不是民间的,是处在两者中间的,这就是法律职业的推动力。转型期中政府的推动力是主导力,民间力量是原动力,法律职业的推动力是一种自主的独立于其他两个阶层的建构力。政府和民间的推动力在作用方式上往往

更多的是采取演进式的;而法律人,则是以能动的建构来推动法治。三种力量在转型期里用自己的方向和能力去推动整个法治。我就提出这三个特点,是不是转型期法治的规律?可供大家评判。

严存生(西北政法大学法学院教授):

我研究民主和法治的过程中,发现现在社会民主的进程跟政党的转型有密切的关系。从清末以来,中国的政党制度的变革是密切相关的,一个国家的政治的稳定有合理的政党特点,从英国、美国来看都是这样的,我们的政治往往处于不稳定状态。在研究时还发现,过去强调民主的状况,公民没有政治社团,必须以政党的行为来进行活动,那民主政治的主体是谁?政党在过去是实际上起作用的一个主体。这就牵涉到民主对这个主体的行为的规制。政党实际上也是一个不断的转型的过程,像我们国家民初的政党就是旧的帮会,还没有民主的素质;帮会式的政党领袖就是老大式的。政党也是随着民主社会的发展而不断的发展的。从共产党执政以来不断的转型中,以政策治国到后来的依法治国,实际上是深层次的共产党本身的转型;如果没有和民主相适应的法治也是不可能的。现在共产党面临的主要问题是民主化问题:一个是党的民主化及对外的民主化,和公民的关系及人类的关系,都能够代表人民;共产党内部也必须民主化;我认为今后的我们国家的民主建设和法治建设中,有一个重要的问题将对党的研究放在一起研究。

林来梵(浙江大学、清华大学法学院教授,中国法学会宪法学研究会副会长):

我们已经在许多媒体上,读过季卫东教授司法改革第三波的言论,这是他力图为目前司法面临的困境指明一条道路,我也非常同意他观点;司法改革是具有政治性的,司法改革所面临的危机跟政治有着密切的关系。有鉴于此,季卫东教授提出了司法改革的第三波构想,并且指出了今后司法改革应走限制司法裁量权的方向,我个人感觉这是企图从某种“去政治化”的通道来寻求司法危机化解的出路,确实是有启发意义的。当然,司法改革“三波论”的提法应该如何来理解,则是一个问题。根据季卫东教授的说法,改革的第一波是50年代以“马锡武审判方式”为主导的司法改革,但也许有人会认为这并不是一个司法“改革”,而恰恰是一种废止国民党六法之后的司法“革命”;不过他所说的第二波的司法改革,即肖扬主导的司法改革,我倒觉得可能是一个真正的司法改革,但这应该是司法改革的初发;而所说的第三波,即我们所应该呼吁以限制裁量权为取向的司法改革,则正是这种司法改革的进展,也是司法原理本身的题中应有之意。但在把握这样的司法改革之时,也要注意:在当前复杂的政治语境之下,力图“去政治化”的司法改革是否可能,司法改革应该如何面对政治冲击波以及越来越严峻的、蓄势待发的社会问题的冲击波。这些,恰恰是解决当下司法困境的关键。

孙笑侠教授的发言,我也有许多共鸣。我个人也认同,在中国,就像一部分地区先富起来那样,法治的发展也有可能是一部分先发地区获得先行法治化的状态。但这注定是一个聚讼纷纭的观点,不完全可以作为一个已然实现的现象加以论证,也不能止于零碎化的阐释,而应在论证过程把握三个关键问题,即“先发地区先行法治化”的内涵、构造及正当性。

严存生教授的报告是一个直面问题的报告,话题非常严肃。诚然,在中国政治转型的进程当中,政党政治的问题,是法律人无法回避的问题。严老师主要谈到的两个要点,的确具有启发意义,一是政党如何成为守法的主体,二是政党的民主化,即当下所谓的“党内民主”。但在探讨这个问题之时,我们也要认识到,政党政治的发展是一个非常复杂的历史过程,而如何认识中国政党的特点,则是我们首先要做的一个重要课题,只有这样,才能将政党政治的研究,纳入政党法治化的理论框架。

李瑜青(华东理工大学法学院教授):

对三位专家的发言及点评也是一个学习的过程。关于司法改革第三波的命题的提出非常有价值,我认为中国的司法和政治应该是联系得非常紧密的。当时在解放区的时候一直到后来新中国成立以后,延续并特别突出人民至上的体系。我们认为过去对人民性的强调,可能不是法律职业化的方向,所以有很多的文章对这样的现象提出了批评。季卫东教授的对第三波判断,特别提出了司法独立并且对现在第三波出现的现象提出了担忧:是不是会出现倒退的现象?其实这段时间我对于法院也是有一定的了解,法院里有一些新的制度,是为了更好的实践他们的审判,用他们的目标是“案了事也要了”,现在很多的法院争先恐后进行制度的设计及探索。如果说面临这样的判断,我和季教授就有一些讨论,我对制度的实践是予以肯定的,而且特别是去关注这时期有没有中国的元素,会不会对世界的发展有价值的。我认为即使法律只创造出来一个问题,这和政治产生的产品,和哲学产品的产品有是有很强的连黏度。第三波如何提出来一个判断,并如何来引导。

孙笑侠教授先行法治化的研究,实际上是涉及到我们过程的一个基本的法律制度,所以法律的统一性,是一统的法律制度,但实际上的情况我们通过地方法规,每一个地方都有制度的设计。这样法律如何实现,是很值得我们进行研究的。至于转型法治的特点我也基本上是赞成的,转型时期的法治可能的逻辑,今天的法治到底是一什么样的状态。司法上过去是没有独立的体格的。我们在这样观点的宣传的过程中,提出一个铺设性的法治理念,但很多都是西方的法治理念。所以今天提出和谐法治和以人为本,很多讨论的都是中国的东西。中国在这方面思考的时候就有一些新的想法了,是不是转型法治是一个基本的深层次的理念,

必然性的东西对其他的東西是有制约的。刚才讲到的这一些是不是最深刻的,对其他的東西是有支配的。对严存生教授的观点评议:我们国家学术界都不愿意谈这个问题,现在发表这样的文章也是非常困难的。离开政治的法律的思考是一个天真的思考,在这样的情况下,怎样进行涉及,对我们中国的发展是一个趋势性的推动的。

龙宗智(四川大学985工程法学创新平台首席科学家、教授):

大家作了很好的报告和点评。但我也几点疑问。首先对季卫东教授:

第一点,司法改革三个波的提法受否有人为建构的痕迹,有牵强的感觉。首先,所谓的第一波,我同意林来梵教授的意见,更多的具有革命的性质,而不是一般意义上的司法改革。而目前所谓的“第三波”,如按季卫东教授定义的内容,还缺乏必要的“势能”。因此难以成为一个波次。

第二点,季卫东教授刚才的报告,提出第三波的关键在于司法独立,从而为政治权力的正当化提供依据。然而,季教授向本次会议提交的文章,讲第三波主要是解决司法裁判客观化的问题。前者是一个政治性的问题,因此我不太同意林来梵教授所说的季卫东教授总是把问题技术化而回避它的政治层面的说法。因为司法独立不仅是一个技术性的问题。但是司法裁判客观化主要是一个技术问题,而且这一命题似乎与现在要求加强对司法的监督的主流话语相协调,与司法独立的要求则显得不太一致。对司法独立的强调,在季卫东教授一篇关于司法改革第三波的已发表文章中已经体现了,而与季教授向本次会议提交的论文主题思想不一致,对此,不知如何解释。

第三点,“第三波”的主要内容应当是什么。这一问题也与第二波改革所出现的问题相关。我认为第二波改革的有限性,主要原因是司法逻辑和社会逻辑不一致。社会没有为司法改革提供必要的条件。那么,第三波是不是要着重解决外部性的问题。也就是要求我们的社会为司法改革,为司法权的独立行使提供必要的保障。就司法本身而言,不仅是讲司法独立,首先是转型社会司法功能的确定,然后是司法资源的配置。

对孙笑侠教授发言的意见有两点:

第一点,法治有一些共通性的基本的要求,国家法治没有实现的情况下,在这样一个“大一统”的体制中,地方先行法治化是否可能?第二点,经济发展了,市场经济比较发达,是否就意味着法治先行。我认为,这个命题是可疑的。例如广东、浙江的经济发展快,是否法治就意味着比其他地区也发展快,对此我持怀疑的态度。

季卫东:

司法独立显然不能跟政治问题完全分离开来谈,这必然会涉及到政治权力的问题。我想要说明的是,我们在改革的策略上,应该把司法独立的问题和政治的问题切割开来,应该从司法能动主义中推演看。司法独立的观点有没有可能?我认为目前重要存在着历史性妥协的难得的机遇。重要的是,经济目前的状况很好,而经济可持续性可能会存在着隐忧。民众日益增加对公共服务的要求,尤其表现在医保领域,迫使政府在两个层面上作出回应,一是预算审议能不能反映不同领域的需求,二是弱势群体的保护。司法独立的保护就有必要了。我们首先把逻辑关系整理清楚。如何面对政治冲击波?这个问题至少两个方面可以回答的,司法的特性,尤其我们知道中国的立法权在法律上最高的权力,唯有司法权最弱,这个时候有很多层面是在技术上可以解决的。自己制订的法律难道都不想遵守吗?也就是说尽管司法有政治性,要从政治的角度考虑司法问题,司法的问题要结合具体的案件,一时一例的舆论就意味着没有统一的法律而言,这是任何人都可以理解的问题;第二,当你把人民和司法挂钩,看到的就是信访潮日益汹涌。这次司法改革的很重要的重点就是,司法权的配制目前强调的意义是不是政治的艺术,司法权的配置涉及到权力的调整,仅仅靠自上而下的调整很困难,这就需要借助群众。当我们把监督与司法改革联系在一起的时候,其实司法独立是很难确定的。司法就永远不是一个终极的判断。当政治冲击波汹涌而来的时候,设置一个制度的冲击是很有必要的,司法独立恰恰就这样一个引水渠。这个当然也可能是理想。在这样的情况下,所谈的技术性的改革和政治性的背景究竟如何改革的问题,第一波和第二波的区别,第一波结果的是人民性的问题,第二是专业性的问题,人民性是一个整体对其所属人员进行严格的控制;专业性的最大问题在于他很可能和社会的正义感脱节,现在要把这两个结合起来,如何把群众的意见和法律的形式结合起来。我们考虑以技术手段确立政权合法性是非常重要的思路,不是舆论监督而是与法律结合在一起。

孙笑侠:

三位评论人大致涉及到三个问题:第一个方面是先行法治化的内部理论树立及如何构造;这在我的论文中已作了部分的论述,但还需要进一步思考和研究。第二就是先行法治化的合法性,或者说“正当性”的问题。从政治格局上讲,在单一制国家如何搞地方法治?其正当性如何?这是个老问题。地方法治的发展是不能突破宪法和法律的。事实上在宪法法律的范围内,地方的自主性还是很强的。第三个问题就是三位都提到了可行性或者说有没有可能性。你们去看看,经济先发地区是不是先行发展了?是不是较早地进行法治建设了?

地方性法律制度的创新是不是更多了?政府是不是比有的区域的政府执法更规范?有人质问“西部经济不发达难道就搞不成法治吗”?我们没有说西部搞不成啊,我们只是说经济条件制约下会慢一些。当然有这种质疑是不奇怪的,毕竟这是个新现象和新问题。大体上讲,“正当性”是政治与法律的问题,可能性、可行性、必然性,则是经济、文化和社会因素的问题。我们的理论预设,通过经济、文化和社会分析,是可以作出结论。时间关系,在此做简单的回应。谢谢。

徐显明:

如果我们的政府能够在10年内率先实现法治,那这样还必须建立法治人大,还必须建立法治法院。在一个地区内率先实现法治也是一个假命题。季卫东教授的问题我非常赞赏,第一波确实是一个革命波,新中国60年司法改革和司法有关的一波又一波,最主要的波还是政治波。第一波有一个主题词,就是废除,从1957年到文革开始,也有一个主题词;第三个也有主题词,和尚打伞无法无天,第四波就是16字方针,第五波就是依法建设法治国家。在这表述上,政治家是把依法治国当成治国方略对待的,而我们学者是希望建设法治国家,是一个目的性的价值;这两者政治波是占有主导因素的。2004年以后的变化,这一波里最重要的是党的事业至上,人民利益至上,宪法法律至上。要从司法提出的能动主义再退回到司法的消极主义上去。司法的独立不是指司法与政治之间的独立,任何我们的司法都不能独立政治之外,任何国家的司法都不能独立于政党之外,既不能独立于政治也不能独立于政党。人民法院独立审判,1982年重新起草宪法的时候,为了避免对54宪法的误解,有两个内容:要不要接受人大的监督,所以我们采用了现在的表述,人民法院依法独立行使审判权,不受社会机关和社会组织的干涉。现在怎样去理解独立,第一个独立的含义,司法权应该从行政权中独立出来。独立性是指的这个。司法权不应该形成行政权的附庸。司法独立的第二个含义,是指的审计独立,上下级法院的关系是监督关系,之所以运用这两个词,比如说一个案件诉讼的时候,一审法院是下级法院,如果这个案件上诉,那么就有了二审;任何一个法官都是经过人大常委会的最终任命的,法官不向任何人负责,不需向庭长负责,也不需向院长负责。法官的思维及他的判断是独立的,他的判断不受任何干涉。司法权是一种自给自足的权力,司法的本旨是判断,判断是不需要别人的指挥的。

第二单元

主持人:葛洪义

报告人:龙宗智、徐昕、李其瑞

评议人:翁晓斌、郭星华、李瑜青、童之伟、季卫东

龙宗智:

我发言的题目是《中国转型期法治发展特点与发展战略》,讲三个问题:

其一,什么是中国的社会转型以及当前社会转型的基本特征。

我认为,转型期不是革命,而是一种体制转换,同时转型也不是普通的社会改革,它是具有根本与全局性的体制转换。我将中国社会的转型,界定为四个方面:经济的转型——市场经济到计划经济;政治的转型——全能政治到依法执政与依法行政;社会与文化的转型——在利益机制、价值观念、思维与生活方式方面的一元社会到多元社会,以及封闭社会到开放社会。

目前社会转型最重要的特征是社会转型的不平衡。即经济转型、社会转型较快,但国家管理与社会治理方式的转型滞后。也就是说,我们在计划经济到市场经济、一元社会到多元社会、封闭社会到开放社会方面,转型较为迅速。然而,从全能政治到依法执政与依法行政,应当说改革还需要过火,我们的执政方式、国家管理与社会治理方式虽然有了很大的改善,但尚未转到依法治国作为主要治国方式的轨道上来,国家管理的根本模式应当说并未改变。

其二,正确认识转型期法治的功能与法治建设的特点。

一方面应当认识法治的有限作用,转型期法治还只是一种有限法治。因为两个方面的基本限制:一是转型社会关系不成熟、不稳定,制约了法律制度的规制能力;二是转型社会国家管治方式的稳定性与改革的滞后性,导致传统的治理方式仍然发挥着基本的、主导的作用。法治资源十分有限,法治的功能也十分有限。正是由于上述两方面条件的限制,中国转型期的法治仍然是一种有限法治。所谓有限法治,就是法治的方式与人治以及其他非法治的治理方式将并存相当长的时间。从根本上讲,在转型期缺乏全面实现法治的必要条件,因此,只能以法治与其他治理方式并用来实现国家管理与社会治理。

但在另一方面,我们应当重视法治的建立对社会转型的意义。转型期的法治的作用是什么,我简单地概括为:法治即为手段,又是目的。也就是说社会转型有赖于法治的建立,同时法治建立本身也是社会转型的

基本任务和目标,因为在经济建设方面,建立法治,才能保证市场经济的正常运转,实现科学发展观平衡协调可持续发展的要求。而在社会建设方面,社会的和谐有赖法治。这就是说,建立法治,才能实现国家的长治久安。因为法治秩序是不因人而异的,它维系的是一种稳定的秩序;法治是充分协调社会利益关系的平衡机制,是和谐社会最重要的保障;法治是解决纠纷最合理、有效而且具有防止后续不良效应的手段。同时,开放社会,由经济的全球化必然产生规则的一体化,包括内部法制与外部法制的协调,这是社会开放的必然结果。因此,在改革开放三十年后,推进法治已经成为当务之急。其三,认真思考国家在转型期的法治发展战略。

我依然认为,转型期法治发展应以相对合理主义为发展战略,即“设定目标,逐步推进”的法治发展战略。首先,相对合理主义承认法治的公理和国际上公认的法治与司法准则的普适性,反对以本国国情否定和冲击建立法治的基本要求。这些要求,包括:法治是规则之治;法治是良法之治;法治有赖于宪政框架;法治必须发挥司法的功能,即“规则至上、良法之治、宪政框架、司法功能”四个方面,这些要求,具有普遍适用的意义。

目前有一个现象值得注意,就是当前的社会转型,产生出很强的法治需求,一批经济学家、社会学家、政治学家呼吁法治,呼吁司法独立。比如经济学家、人大副委员长成思危先生撰文称:我国的改革当前已进入深化和攻坚的阶段,首先需要处理的矛盾是法治和人治的关系问题。应当切实贯彻依法治国方略,核心是依宪治国,首要任务是依法行政或称依法法官。著名经济学家、曾经人称“吴市场”的吴敬琏先生,现在十分强调法治,已被改称为“吴法治”;他呼吁“法治的市场经济”,称没有法治的市场经济,只能是“权贵资本主义”。但是在另一方面,法学界司法界反而不太讲法治、不太讲规则、不太讲司法机关行使职权的独立性。出现这种情况,是我们对法治的意义的认识似乎有所变化,还是认为以传统的党政决定一切的方式更方便,更实用。然而,我们必须认识到,只有实现法治,中国面临的一些基本问题才能有效解决,法治关系国家与社会长远发展,政治家应当有一种实施法治的雄才大略。关键是两点:一是政治与行政权力受到法律的有效制约,党在宪法和法律的范围内活动;二是注重利用法治手段实现国家管理与社会治理。

其次,它出于一种现实主义的立场,充分考虑条件的制约,认为目前我们并不具备充分实现法治的条件,在这种情况下,必须坚持“明确目标,逐步推进”的策略,通过一个延续的过程,实现法治的要求。中国的法治改革,无论我们是否情愿,也只能采取相对合理主义的进路;而且近两年的情况说明,过于理想地看待中国的法治进程,是很不现实的,过于超前的主张是完全不具备可行性的。尊重现实,寻求底线的做法是不得已的,也是唯一具有现实可能性的。可以考虑设定一个路线图,一个大体上的进程表。

再次,法治建设,可以采用从技术到制度的策略。现代国家框架与国家管治要素中,法制、民主与宪政三个方面,法律制度及其有效施行,可以说是较为技术化的问题,而民主、宪政则是大的制度问题。我尊重吴敬琏先生的意见,可以先着重于法制问题。为此,还是要重提加强社会主义法制四句话:即有法可依、有法必依、执法必严、违法必究,从而确立规则之治。

同时,加强法制必须注意有效发挥司法功能,保持司法的独立性与权威性。这也是针对目前司法的公信力与权威性可以说已经降到最低点而有感而发。司法没有权威,法律就没有权威,法制就是一句空话。因此,我们必须重新考虑和设置司法在转型社会的功能,并且考虑为司法配置必要的资源问题。否则,依法治国就会成为空话。

徐昕(西南政法大学教授,司法研究中心主任):

我要提的是司法改革是否在走回头路的问题。最近这两年,几乎所有的法律人都在感叹,司法改革在走回头路。导致这样的感叹有很多的现象,主要有:首先是“三个至上”,党的事业至上,人民利益至上,宪法法律至上;第二,随着“三个至上”的贯彻,司法界日益强调司法的人民性;第三个现象就是强调调解。这三个现象是否导致司法改革在走回头路?调解规则的缺失,司法权贵的削弱,是否得出司法改革走回头路?现在问题是对法院的调解过于强调的确是有问题的,对调解的强调是政策的本身还是政策的扭曲?相当大部分人认为其是政策的扭曲。现在有的法院还追求零判决,现在毕竟是人民法院不是人民调解院,法官其实已经在几十年司法改革当中形成了相对稳定的司法行为。根据客观条件调整自己的行为,在自己的实践中还有调解的可能。能动司法跟调解也不是一点关系都没有的。关于“三个至上”有很多的争论,它是一个政治口号,是中国传统以来也是国家的动能策略,而随着信息时代的加快,为什么不等待下一个口号提出,这么着急地批判和支持去论证呢?三个现象可以理解成司法改革的停歇,而且在这样的修整过程中,并没有停止,在2008年11月份,中央政治局同意了司法体制改革;后来人民法院又出台了司法改革的纲要,司法改革的措施涉及到了司法的机制。其实都涉及到了体系。他们都可以保持低调,而这种低调就是一种成熟的表现。我有一个基本的观点司法的三个元素论:有传统的元素,有晚清时代的元素,是今后司法改革发展的方向;我个人是很悲观的,但对于中国的司法改革持相对乐观的态度。

李其瑞(西北政法大学刑事法学院副院长、法理教研室主任、教授):

我主要谈三点。首先、什么是转型期,转型期应该是一个相对的概念。从广义的角度讲,东周时期的礼

崩乐坏、五四时期的新文化运动、1949年新中国建立、从计划经济到市场经济,从法制到法治都是一种社会的转型。可见,转型期有经济、政治、文化以及法治等不同意义。我们讨论的转型期应该有一个确定的语境,否则转型期这个帽子太大,什么都可以框进去,我们的讨论就会陷入混乱。比如,我所提交的会议论文《转型社会视域下的多元解纷方式论析》一文就是基于改革开放30年追求效率优先、单纯追求GDP所带来的社会问题为背景来讨论解纷方式的。当我们从单纯追求效率转向追求公平,当我们构建和谐社会之时,就只能用公平去化解由效率带来的社会问题。这样,就不能只用司法或诉讼一种方式解决社会矛盾,而要倡导多元解纷方式;第二、转型时期的法治应该是一个多元化的概念。大力发展市场经济就是要追求效率,而追求效率必然崇尚自由主义、倡导个人权利(即私权)本位以及法律至上。而要转向和谐社会,则强调多元解纷方式。过去那种“大司法制度设计”的解纷模式,在当下中国就要向多元解纷模式转变。于是,调解、仲裁、行政复议等非司法解纷方式受到人们的推崇。因为,如果号召人民遇到任何事情都拿起法律武器,那人与人之间就很难和谐相处。还有,道德教化也是一个非常重要的社会治理模式,以德治国是我们国家的优良传统,过去我们把它当做糟粕加以批判,现在我们意识到它是中华民族的文化瑰宝以及治理方式的精华所在。因为,以德治国可以治本,法律只能治标,要达到标本兼治,就必须把两者结合起来。

第三个问题就是转型时期的法学家的责任是什么。法学家是知识分子,而知识分子历来都处于一种悖论当中。如萨义德所说的知识权威与道德良知的冲突,葛兰西所说的传统知识分子与有机知识分子的冲突。萨义德认为,知识分子是不对任何人负责的坚定的独立灵魂,在他眼里知识分子是知无不言,言无不尽,不顾任何艰难险阻的。在知识分子是支持国家理念重要还是批评更重要之间,萨义德的立场是批评更重要。葛兰西在这个问题上的观点则不同。他把知识分子区分为传统知识分子与有机知识分子,有机知识分子不同于传统知识分子之处就在于其声称自己是有价值倾向的,有机知识分子要么屈从于权力,要么屈从于经济利益。回到我们的问题,葛兰西的观点让我们意识到,法学家如果跟着时代走,或者社会转型法学家也转型。那么,法学家就应该是一个有机知识分子。实际上,有机知识分子比比皆是,托克维尔在《论美国的民主》一书中曾经大力批判美国对待印第安人、黑人以及南方的奴隶制度。但同时托克维尔身为法国国会的议员,却对法国人在北非的残暴与屠杀辩护,认为那是正当的;还有《论自由》的作者约翰·密尔,作为自由和民主的倡导者,他在印度担任官职时却一味地提倡印度人要继续臣服于英国人。

我说这些的意思是,作为知识分子的法学家是有价值倾向的,法学家为国家辩护,或者法学家随着时代而转型也是可以理解的,是正常的。法学家可以为国家辩护,正如徐显明校长刚才所说的司法不能脱离政治,我认为学者也脱离不了政治。

翁晓斌(浙江大学光华法学院教授):

龙宗智教授的发言首先是从宏观的角度对转型作了梳理,尽管是比较宏观的,但提的也是比较到位的。值得注意的是龙教授对转型期的有限性,一方面对中国司法改革感到焦虑摇摆会感到安慰,即便是出现暂时的摇摆和弊端至少是可以理解的,也提醒我们在走向法治的过程当中,要注意到条件的配合,那么最后对中国司法走向未来的路径中,我个人有一点担心。龙教授提出要两个方面的配合,公理性的原理得到普遍意义上的接受,并且成为整个中国和未来改革的指导性的理念,与此同时在充分考虑条件制约和条件配合的前提下,实现从技术到制度的发展的路径。但问题是,就目前来讲,法治作为公理性的观念和制度设计,在中国被普遍接受,被执政党普遍接受,依然存在问题。我们法学学者都认为是理所当然的问题,往往没有成为社会的共识,随便找一个省委书记,问他对法治到底有多大意义上的理解,这也是一个问题。毕竟中国的改革也是政党主持的改革,但他理解了以后他能否接受又是一个问题,这个接受以后可能会带来的利益冲击。如果说前提作为公理性层面上被接受不成立,接下来从技术到制度上能否行得通?对徐昕教授的发言,第一他主张的中国司法的改革不要去理政治口号,主张明修栈道,我觉得如果从学术研究的角度来讲,从未来的司法的走向,不要局限于一时一段的反常现象的出现;但从改革的方式来看,还没有办法实现“挂羊头卖狗肉”的思路,而只有通过法学院的进步和积累;李其瑞教授也讲了很多,我发现在所有的法治比较发达的地区公民的道德水平都比较高,在不完善的法治体系下,公民的道德水平普遍比较低。

郭星华(中国人民大学社会学系教授):

改良派认为中国是处于转型时期,龙宗智教授认为转型时期的重大变化是不平衡,龙教授提出要设定目标逐步施行。对龙教授来讲,设定目标应该是非常难的问题,其提出的逐步的逼近理想的状态,那理想的状态又是什么的状态呢?李其瑞教授提出以德治国的的问题,西方不仅是法治社会,一个是法律,还有一个是宗教,中国是一个以伦理当宗教的社会。伦理到现在已经很难有其合法性了。法治建设30年来,所期望的理想状况并没有出现。这是值得我们深思的问题。

李瑜青:

对龙宗智教授的观点:转型期的问题判断本身,这是我们学术界的共识,最重要的就是司法的逐步推进,思考这个问题应当是有依据的,你要把个依据拿出来,看是从什么角度思考的。他说的这个问题等于是说:法学的研究必须提供资料,必须要有信服力。对徐昕教授的观点:他对司法改革充满了信心,他和季卫东教授谈的正好是两种观点,在这个立场上我是支持徐昕教授的观点的,当然在研究的风格上发生了改变,

这次完全是一个推理,你仍然是不是要有一个证明的材料呢。

童之伟(华东政法大学教授、博导,中国法学会宪法学研究会副会长):

我个人从宪法的角度来看谈点看法。在肖扬时代,事实上实现了一些成功,也有失败的地方:以宪法为最高的法律,保障宪法的实施都可以遵守宪法,他在遵守宪法的角度上是比较差的。对行政法规以下的,这些方面应该说可以争取到具体的审查。在运用好抽象审查立法上有规定,地方性法规可以提醒进行抽象审查,这方面他应该提醒可以做点事的,而且若做了也是极其有利的。

龙宗智:

法治的内涵及设定的目标,我刚才也讲了法治的几个要素,法治的基本要求是一致的。如规则至上,良法之治,宪政框架与司法功能等。翁晓斌教授提到,我的发言中存在法治基本原理的确认与从技术到制度的改革策略的矛盾,这实际上政治方面的可接受性的问题。我认为上述两个方面没有明显的矛盾,因为从技术问题做起,就是通过低限度的要求,解决各方面对司法的共通性原理的可接受问题。此外,如何解决司法的问题,必须针对现在的突出问题提出一个适当的解决方案。肖扬主持最高法院的时代,司法的作用在扩大,但问题在于司法逻辑与社会逻辑不一致,司法方面自说自话,目前在确定正确的改革方向的同时要着重解决社会条件配合的问题。

徐昕:

转型中国的司法现实和未来中,现实是什么,未来是什么,通过什么样的道路迈进,我提出的一个三元素论。这样的话,我们面临的主题,其实现在跟晚清是一样的,三大元素:西方的元素、社会主义元素、现代司法元素。未来的发展方向,以现代司法这一元素要吸收其他两种元素的优良传统。司法独立,在现在这个时代视为是政治问题,在前资本的时代,在法国的中世纪甚至能够制约国王,所以我们应当去避免一种曲解。现在讲到的是司法发展、司法建设大方向,有中国特色的社会主义发展之路。在这样的背景之下,什么是社会主义司法制度?这样的策略是否是可行的?对此季卫东教授已经作了解释,我对此也是赞成的。

李其瑞:

我谈一下有关“以德治国”的问题,因为刚才评议人都提到了这个问题。我想我可能没有讲清楚我的意思,我讲要以德治国,不是不要法治,而是要让法治与其他治理方式并举。我也承认刚才李瑜青教授讲的一个命题:中国已经进入法治的时代。但这些并不意味着法治是万能的。我们早已达成一个共识,即市场经济就是一种法治经济。要发展市场经济,要追求效率,就离不开法治。但当我们在追求市场经济的过程中出现问题以后,当我们把价值取向从效率优先转向公平优先以后,包括道德教化在内的非法治的社会治理模式就会修正原有的治理模式。在市场条件下法治依然是主导的治理模式,以德治国也只能是一种辅助,但是不能单纯地只强调法治。还有,刚才翁晓斌教授提到,法治体系完善的发达国家,公民道德水平普遍很高;法治不完美的国家,公民道德水平普遍很低。我认为这是对的,但这并不能说中国就不具备让国民做文明人的条件。中国有句古语:“富足知廉耻”,中国今天的GDP已经足以让我们的国民做一个有教养的、文明的人。

季卫东:

政治变化是具有相当大的偶然性和突发性的。很难说要进行司法改革才能进行政治改革;但是在此中间到目前为止的历史经验看,至少有两种模式的政治改革,一个是法国的,还有一个是美国的改革。其结论也是比较清楚的,从80年代后期以来,在这个国家中,因果关系是不存在的,司法独立主要解决因果关系这两种也是不可分的。尤其是风险社会,因果关系是不可能找出来的。当我们有条件来思考,怎样推动政治改革?我们更应该考虑采取什么手段和步骤?司法独立和政治改革哪个更容易做?如果司法独立容易达成共识,首先要从容易做的开始做起;那为什么政治改革那么难?一旦民主选举了,信赖的问题很重要的。所以说如果能够控制,先要把法治做起来;若走错一步就不行,因为中国的社会基础是非常脆弱的。

第三单元

主持人:宋方青

报告人:刘作翔、张志铭、张骥

评议人:龙宗智

刘作翔(中国社会科学院法学研究所法理研究室主任、教授):

第一,转型期何时结束?转型期应该有一个时间的概念,我不知道主持这个课题的孙笑侠教授是怎样考虑

这个问题的。转型的起点在哪里?止点又在哪里?可能每个人的认识都不一定一致。还有, 转型期和中国现代化的关系又是什么?中国将现代化的实现定位在本世纪中叶, 那么, 转型期的法治和现代化的实现是一个什么关系?是同步的关系, 还是有差距的?这都是一些重大的理论问题。还有, 转型期法治的标准问题, 是主观标准还是客观标准?还是以某种标准作标志?

第二, 曾经对“转型”的概念作过很多的解释, 每位学者都有自己的解释。在所有的解释里, 大家比较认同的就是“传统社会向现代社会的转型”。所谓“传统社会”, “现代社会”, 都是有一些指标体系的, 它的指标体系是怎样设定的?现代化研究里面有许多指标体系, 法治研究里面也有一些关于指标体系的研究。但对于法律人来讲, 最关键的、最重要的转型就是“人治向法治的转型”, 不抓住这一点, 从其他的角度来解释转型, 可能离我们的研究和关注点就比较远。如果我们用“传统社会向现代社会的转型”、“人治向法治的转型”这样的标准来解释或衡量现在的一些现象, 自然就产生一些疑问: 现在的一些做法是向前走了还是向后退了?是向现代转型了还是向传统回归了?(当然不一定是说向传统回归就是错的, 向现代转型就是对的)

最近有几件事值得关注: 一是中央三个部门联合发文, 将“社会主义法治理念”作为法学院学生的必修课, 也得到了“两委”的赞同; 另一件事是在最近的公务员考试报名的环节中, 中组部发布了对在报名过程中弄虚作假的人给予处罚等规定。我们认为, 这应该属于政府的事情, 公务员法有它的渠道。30年过去了, 我们的法治观念尤其是对执政党部门的法治观念是前进了还是倒退了呢?

第三, 转型期研究首先要完成描述的工作。如何描述我们的社会现实和社会现象, 是一个需要用心观察的事情。如何理解转型?如何理解现在的现象?描述性工作是很重要的, 通过描述, 需要对我们的社会现象作一些判断, 这个判断必须要建在实证的基础上。我这次向会议提交的文章发表于1998年, 这篇文章提出的主要命题是对我国现实的社会秩序结构到底应该怎样去概括, 我提出了“多元混合秩序结构”的概括性命题, 所谓“多元混合秩序”我罗列了五种: 法治秩序、人治秩序、德治秩序、礼治秩序、宗法秩序, 还有人提出的宗教秩序, 这也是一种杂交的秩序状态。这个命题在11年后的今天是否还适用?这样的秩序结构到底有没有发生变化?我个人的观点是没有根本性的变化。

如果仔细分析, 每种秩序都有一些量的变化。人治在某些方面是加强了还是减弱了?法治的秩序是加强了还是减弱了?我个人认为在程序性方面还是有进步的。但是在有些方面是相反的, 比如说司法权委托。司法权是不能委托的。行政权立法权可以委托, 而司法权委托我认为是一个反法治的现象。2002年最高法院发文摘委托调解, 我曾质疑过委托调解是反法治的还是符合法治的。最近我得到一个信息: 2002年最高法院的委托调解, 到现在为止人大常委会法工委也是不认可的。这也实际上印证了我的观点。还有一个现象就是: 法院系统搞司法的大众化。我前几天刚参加了陕西省高院召开的“司法的专业化与大众化”为主题的“西部法官论坛”讨论会, 他们介绍了“征求旁听公民意见”的实践, 有三种做法: 第一种做法, 庭审完了以后, 开座谈会, 法官听他们的意见; 第二种做法, 把当事人叫来也参加座谈会, 让他们讲意见; 第三种做法, 是在公开开庭的过程中, 到一定的环节由旁听公民当庭谈他自己的意见。据介绍, 陕西省有三万多人参加了旁听案件过程, 提出了5000多条意见, 其中有2000多条意见被判决所采纳; 当时我做评论时说, 这个做法是一个大胆的创新, 但是有没有法律依据呢?我最近要参加一个国际学术会议, 对公民旁听人大会议制度的材料做了一些搜集。从1999年开始, 一些地方开始公民旁听人大会议的试验。我看了七个省、市的材料, 他们明确规定了公民可以旁听但没有发言权, 在整个旁听过程中是不允许发言的。作为一个议事机构, 为什么都不允许旁听公民的发言, 而法院作为审判机构, 却可以采纳旁听公民的2000多条意见, 我问他们的法律依据在哪里?他们说有法律依据的, 讲了一些宪法条款, 等等, 他们认为只要法律没有禁止的就可以做, 我说这是对私权利的法治原则, 不能适用于公权力。司法权是一个典型的公权力, 公权力的设置是一个很严肃的事情。一个人可能是人治的实践者也可能是法治的实践者。

张志铭(中国人民大学法学院教授, 《法学家》主编):

上午我们谈的问题都不是很确凿, 有观点但不是一针见血。这些年关于法律体系建设的学术议论, 讨论最大的问题在我看来就是没有真正的面对。而这个问题在这样的事件上讲, 尤其突出, 在1999年全国人大还专门作了课题, 对体系的认识以及工作的重点和布局一览无余的展示出来。结合之前的思考我写了一篇文章, 《转型中国的法律体系建构》, 现在转载也比较多。对这篇文章, 有的学者比较担心, 其措词是不是比较尖锐?从我现在接触到的反馈, 都是比较正面的意见。现在的决策者都还是能坦然面对问题的, 缩手缩脚的是学者, 而不是政府的官员。最大的一个问题是怎样描述社会主义转型问题, 当时就这个问题我写了一段话(53页):

中国改革开放三十年, 在广泛而深刻的意义上促成了整个中国社会的转型发展。如何描述和把握当下中国的社会转型, 可能仁者见仁, 智者见智。在我看来, 中国的社会转型是近现代中国社会现代化发展进程的延续, 从改革开放三十年的情况看, 总体上表现为社会组织在结构和功能上不断分化的过程。从社会治理形态和社会秩序形成的角度看, 就是改变原来党政不分、国家一统的社会治理模式和社会秩序结构, 在内部不断拓展社会自治空间, 不断扩大个体自主的范围, 在外部不断参与国际经济政治新秩序的建立和全球化进程, 不断创新和实践区域性治理(如经济特区、特别行政区)的观念。回顾这一分化发展的过程, 我们可以看

到一系列标志性事件,如明确建立市场经济体制的目标,加入世界贸易组织,将建设“法治国家”和“国家尊重和保障人权”写入宪法,香港、澳门回归和“一国两制”的实践,司法体制改革,法治政府建设,村民自治的实践等等。这一系列重大事件以及它们所体现的中国社会的转型,为中国特色法律体系的构建展示了复杂的背景,同时也在总体上影响了法律秩序的重构,影响了作为其中重要内容和环节的法律体系的构建实践。

其中,标志性的事件:加入世贸的问题,保障人权写入宪法的问题,香港澳门回归一国两制的问题,还有村民自治……列举这些事件,结合今天的会议也是有很大的倾向性,中国的转型性一定要联系这些重大事件来讲,才可以清晰地研讨和对话。如果在总体上构成了封闭性的思路,显然是无法应对中国社会转型变化之后的需要,社会治理的需要。讲到理性主义建构,当然更明确的看法是过度系统化,而这个是非人力所能为的。法典在中国体系里只是一个第三层至上的概念。我们一直觉得体系建构是国家的事情,政府的事情。跟中国的转型发展大趋势是不合拍的。

除了社会主义的主体之外,还有一个就是司法在规则行程中的问题。在人大,不仅没有在中国司法改革高歌猛进的时候得到强化,反而得到了弱化:政府规章被称作正式的法律渊源,而司法解释不是。季卫东教授提的第三波理论太理想化了。我们也画了图,大的方面没有很好地定位,一个是国际法的问题,另一个是港澳台的定位问题;当然还涉及到对规则的过度的强调。反思法律体系建构的4个特点,都包括了综合性的问题:第一要回应中国社会主义的法治要求;第一激活国家认可的概念;这是一个选择的空洞的没有内部的概念;在概念上恰恰可以做非常大的文章,所以说是要激活;按照国家治理引入法律主流;淡化和矫正国家主义色彩;尤其是司法审判机关的作用。以此来应对转型社会的复杂迅猛的主张。区分法治构建对立法机关上的要求,对立法机关对体系构建上应简约主义风格有所反思;他们的视野已经严重的限制了需要在更广泛的意义上的问题。到了2010年,不要乐观,中国的构建工作不是结束了,而是才刚刚开始。

张骥(北京大学法学院比较法与法社会学研究所执行所长、教授,中国法理学研究会副秘书长):

如何避免“被和谐”?在司法过程当中,在社会活动当中,我发现很多事情在和谐的要求下,作了很多改变,被扭曲了。我对所有的教授发言都有同感,社会转型的确定问题,我觉得现在的社会转型是社会发展的机遇和危机并存;公民社会的特点从规范性上讲,我还将稍微探讨一下公民社会和法治的关系。这是令人无奈的。为什么要研究公民社会?我是在季卫东教授的思路的延长线上思考,我还要退回到社会发展和社会结构来看社会的。公民社会理论研究所要思考的问题,是政治权力的正当性何在?来源何在?国家权力的界限何在?个人与社会、公与私的关系如何?我所说的公民社会是指:包含了由个人、民间团体之间的自愿安排来组织的家庭、经济领域、文化活动及政治互动等若干社会生活领域的政治共同体,其重要特点是这些自治组织对国家政策和整个社会发生影响。

为什么如此认为?这样认为,首先,就是这种理解同时考虑了社会的非国家部分和拥有这个部分的社会整体。其次,这样的理解更好地反映了国家的现代性问题。公民社会的概念表示在瓦解专制的同时维护社会团结,而执行这双重使命的是公民。公民社会同时包含了公民资格或公民身份(citizenship)及公民性(civility)的理论信息。我对以德治国是有保留的。公民社会的理论指出,在社会中存在着多种社会力量,并且存在着在避免极权与维护社会团结两者之间的平衡。以规范性的方法来看当代公民社会的特点,首先,公民社会是以人为本的社会,而不是以物为本的社会。现在个别的意识形态口号把人作为一种工具;第二,公民社会是以民为本,不是以官为本;再次,公民社会是以私人自治和保护私权为基础的公共社会。公民社会的特点是在充分尊重私的基础上的公;第四,公民社会是民间社会组织扮演重要的角色。有两个具体的实例。一个是劳动者的公民作为一个个体,很难切实保护自己的利益。还有一个实例就是环境保护。我最近看了一篇谈环境保护的公共参与问题的论文,这个论文引发我思考:如何解决环境保护信息不对称的问题?在环境保护中,存在着两方面的信息不对称:一个是公众、公民们对环境危害信息的不了解,另一个是公众对公民之间的环保组织行动的信息不了解。而公民组成的环保组织是解决这两方面的信息不对称的有效途径,环保组织里还有不少是对环保非常了解的专家。第五,由于以人为本、以民为本,所有人都得到尊重,由于私权受到保护,使得各社会共同发展,在社会各阶层之间形成一种动态的和谐。

公民社会与法治的关系,就是只有在公民社会,才存在着谁也不能独霸而大家必须服从法治的态势。否则法治永远是一个理想、一个愿望。公民社会与法治互为条件,二者的关系是一种悖论。下面稍微谈谈改革开放30年来,转型社会法制发展的四个特点。我是受中国传统哲学阴阳互补思想的启发,同时又本着整体的观点来看,法制改革有四个方面的混合,确实存在两种不同的因素。第一个特点,法制发展到现在是多种动因的促使,其一,是寻求社会安定;其二,是解决两个社会的根本性问题:领袖个人与法的关系及党和国家的关系问题;其三,是实现市场经济对有效规则机制的要求;其四,是在经济全球化的情况下所谓的与国际接轨,刚才有学者讲中国被要求充当国际领袖,那么我们是否准备好了?第二个特点,是我们法制改革是实用主义与理想主义的混合。我们的法制改革是实用主义的,它要解决许多实际问题,另一方面也有理想主义的影响。所以,实用主义和理想主义共同影响我国的法制改革。第三个特点,是自上而下和自下而上的混合。这里还夹有职业化和大众化的混合;第四个特点,是缓慢的司法改革与社会演进或公民社会的逐渐形成的结合。公民社会的形成是一种愿望,有的时候是一种无奈和无解的过程。

龙宗智:

张志铭教授和我是老朋友,我对他的学术思想的不同意见总是直言不讳的。我听了他的发言后的一个感想是:法学家如何直面现实。第一,张志铭教授的文章,对于中国社会转型取得的某些方面的成效显得过于乐观。第二,关于法律体系建设存在的问题。我认为,主要问题不是过于理性化,而仍然是理性不足。虽然张志铭教授这里的过于理性化是相对于自然生成而言。我要提两点疑问。一是自然生成如何生成。在我国没有判例法,社会各方面的法制要求似乎也缺乏一种合理的渠道渗入立法,那么如何实现自然生成,这是有疑问的;第二,我认为中国法律体系建立中的问题从整体上看仍然是理性不足。即立法权威性不足、立法的博弈性不够,以及立法技术合理性方面的一些缺陷。权威性不足,如律师法,修改了执行不了。又如刑法修改,上一届人大就列入立法计划,但五年后一届人大都结束了还没有修改,而与此同时,97刑法修改后,修正案都有7个了。刑法都认为应该修改,但修改不了,主要原因就是涉及权力和其他资源的配置,各方面争持不下,人大又定不下来。博弈性不够,如劳动合同法的制定,法律颁布后争议很大,实施起来难度很大。似乎存在立法阶段博弈不够、考虑不周的问题。律师法修改也存在同样的问题。第三,应当注意法律体系的有效性。目前法律越来越多,但执法情况不太好。这是最突出的问题。在法律体系建设中尤其值得注意。也就是说,法律体系建立过程要充分考虑其实施可能性与自身保障机制。

对刘作翔教授的发言,我认为谈得很好,不过由于时间的限制,他主要谈了存在的问题,而没有展开如何解决。同时,对问题的分析还可以深化。确实,目前问题的关键,仍然是人治还是法治的问题。而且目前非法治化的倾向还比较严重。但为什么出现这种情况?如何做出一种有说服力的利弊分析。例如,目前的做法有多大程度属于认识和治国方略的选择问题,有多大程度属于利益上的考量。又怎么处理和应对,都可以深入地进行研究。

张琪教授谈法治与公民社会,也作了一个很好的发言。他对公民社会的要素及其构建、包括构建的条件、与法治的关系,以及对公民社会建设的意义的分析,是合理的,也是很有意义的。不过,目前谈这个问题,多少有点“生不逢时”的感觉。公民社会建设,在前些年曾经有一个契机,即中央提出“社会建设”问题。我们过去讲政治建设、经济建设与文化建设,但前几年提出加强“社会建设”,就是与公民社会建设有关。但是近年来情况有所变化:一是在政治与法律的关系上,强调政治的功能;二是经济危机以及抗震、奥运等大事应对的情况下,国家权力的有效性得到充分的强调。所以,虽然作为个体的公民权利可能受到一些关注,但在整体上,建立公民社会的问题却遇到一些障碍。因为公民社会的发展尤其是NGO发展,因为出于某种稳定性的顾虑,是被警惕的问题。然而,公民社会确实与法治紧密相关,因此,在目前条件下如何建设公民社会,需要重视和进一步的研究其建设路径与方法。

第四单元

主持人:林来梵

报告人:童之伟、刘仁文、张谷

评议人:葛洪义

童之伟:

我们还是从宪法的独特视角看问题的。谈当今的法治问题,我提交了一篇文章。第一,实施宪法和讨论宪法或评论宪法是应该区别开来的,用违宪的方式推定改革的副作用为很大。我是坚决反对的。至于说到讨论宪法改革或评论宪法,那就是两回事了。第二,违宪改革是先修宪再改革还是先违宪再修宪的问题。我个人还是比较主张前者的。人大制度就是他执政党执政的抓手;执政党通过人大制度实现自己的领导权,这是极其重要的事实。要改善国家的机构内部的职权配置,只能改善人大制度,人大的权威主要应该体现在对行政机关方面,主要不是体现在对司法机关方面。我国司法权太弱,要加强。

首先要改变对人大制度的简单化概念化的理解。对国家机构的组织体制要有选择空间,从中央到地方到乡镇,不应该一个样,不能一刀切。现在这种对人大制度的理解方式使得我们面对的制度比较死板,没有多样性,没有可选择性。要增加对国家机构组织体制的选择空间,要有多种选择;一个国家的组织体制主要是由中央国家机构体现的,现在这种其他各种国家机关由人大产生、对人大负责、受人大监督的体制,体现在中央一级就可以了。我认为这样理解人大制度是有根据的。

现行的法院、检察院与本级人大间的相互关系体制,不是按1982年通过生效的现行宪法的规定确立的,而是1982年前的三部宪法留下的遗产。我们先不谈1954年宪法和1975年宪法,只要对比一下1978年宪法和1982年宪法的相关规定,我们可以看到两个事实:(一)规定人大代表质询法院、检察院的相关法律条款不符合现行宪法。人大代表质询法院、检察院的工作是1978年宪法的规定,已被1982年宪法所取消,因此,一些现行法律关于人大代表质询法院、检察院的规定,不仅并无宪法依据,甚至有违宪嫌疑。1982年宪法实际也取消了1978年宪法关于地方人大代表质询地方一府两院的规定。事实上,人大代表质询法院的合宪性早就受

到学界的质疑, 而且还有证据能够证明取消人大代表对法院、检察院的质询正是1982年宪法的本意。(二) 规定法院、检察院向人大报告工作的相关法律条款有违现行宪法。法院、检察院向本级人大报告工作不是1982年宪法规定的体制, 而是1978年宪法规定的内容。1978年《宪法》第42条和地43条分别规定: 最高检对全国人大和全国人大常委会负责并报告工作, 地方各级法院对本级人大负责并报告工作; 最高检对全国人大及其常委会负责并报告工作; 地方各级检察院对本级人大负责并报告工作。现行的1982年宪法全面取消了1978年宪法关于法院、检察院向本级人大报告工作的规定。现行有效的一些法律规定法院、检察院报告工作的条款显然不符合现行宪法的规定和精神。任何组织和个人都没有理由忽视现行宪法在处理人大与政府、法院、检察院关系方面明显区别对待不同性质的机关的规定和精神。

另外, 人大至上观念是我国宪法规定的国家机构组织体制的正确反映, 也应该是社会主义法制观的重要组成部分。但是, 任何正确的观念都只能适用于一定的范围, 超出合理的范围就不一定是正确的了。人大至上观念也是如此。什么叫绝对化的人大至上观念呢? 离开特定层级无条件强调人大相对于其他国家机关具有宪法地位的至上性, 就是绝对化的人大至上观念。我国的有关法律深受人大绝对至上观念的影响, 其中最明显的是《立法法》。该法第86条、第88条、第90条、第92条的有关规定, 在授予全国人大常委会对地方性法规、自治条例和单行条例的合法性审查权和撤销权的同时, 事实上完全排除了国家的最高审判机关在这些方面依宪法本来可依循全国人大及其常委会立法的路径获得的一部分职权, 即在审理案件过程中对其所适用的地方性法规、自治条例或单行条例的有关条款的合法性进行具体审查的职权。全国人大及其常委会把那么多合法性审查的职权揽在自己手中基本不用, 而又让本来依宪法在这些方面可以有所作为的最高审判机关无所事事, 这种状况难免造成宪法资源和国家的组织资源的浪费, 非常可惜。

1982年通过实施的现行宪法, 是在改革开放刚刚起步, 计划经济的价值、理念和体制不容丝毫怀疑的社会经济背景下产生的, 它不可避免地深深打上了计划经济的烙印。法学工作者有责任促进人大制度观念从与计划经济相适应向与市场经济相适应的方向的转变。转变的具体内容难以具体描述, 但转变应该对准的这样几个基本方向是明确的: 1. 确立法权结构中的权利与权力应平衡观。2. 依照宪法的规定和精神, 坚持国家行政机关、审判机关和检察机关宪法地位平等观念。3. 确信逐步改变政治法律资源配置计划化的格局, 扩大政治法律资源配置的市场化机制, 是我国社会政治与经济协调发展的客观要求, 也是国家和社会长治久安的需要。

实施宪法是一回事, 评论宪法或讨论宪法的应然状况是另一回事, 对于这两种性质不同的问题, 人们应该严格区分开来。一方面, 宪法实施须严格依照宪法的规定和精神, 不可以脱离现行宪法的文本和宪法的原意, 不可以违反对宪法进行学理解的规则, 按自己的想象各取所需、为我所用, 任意解说宪法, 甚至将外国宪法想象为中国宪法并据此讨论中国面对的民主、法治和公民基本权利保护等课题。另一方面, 评论宪法或谋划宪定体制的改革却不能限于说已经写在宪法文本上的话, 因为, 如果做学理性评论、探讨相关的改革也只能照宪法条款说话, 那学术就没有了自身的专业功能、且任何体制都不能进步。

刘仁文(中国社科院法学所研究员):

我今天要讲的题目是《从革命刑法到建设刑法》。革命是一种最激烈的社会变革, 有关国际法律文件对特定形势下的革命的合理性是给予支持的, 如1948年的《世界人权宣言》序言就指出: “鉴于为使人类不致迫不得已铤而走险对暴政和压迫进行反叛, 有必要使人权受法治的保护。”在革命时代产生和使用的刑法, 可以称之为“革命刑法”。革命刑法具有自己的一些鲜明特点, 如以打击旧制度、支持新制度为使命, 强调阶级斗争。

十月革命胜利后, 苏维埃共产党在刑事立法中坚持阶级斗争的理论, 使当时的俄罗斯刑法具有鲜明的“革命刑法”特征。列宁在阶级斗争学说的指引下, 领导制定了1922年的《刑法典》。其中, 在对待反革命罪的态度上, 主张加重刑罚、扩大死刑的适用范围。前苏联刑法学家皮昂特科夫斯基在《苏维埃刑法教程》中明确指出: “关于犯罪与刑罚的阶级性观点就象一条红线贯穿于整个《刑法典》。”应当说, 阶级斗争理论对于解决敌对阶级相互对立状态下的社会矛盾有其积极意义, 但在阶级斗争已经不再是社会的主要矛盾时, 如果仍然僵化地坚持阶级斗争的理论, 就可能对社会主义建设和社会主义法制造成破坏。事实上, 对阶级斗争的持续强调, 使前苏联社会长期处于强烈的意识形态化的背景之下, 为后来斯大林发动大清洗运动埋下了伏笔。正如我国刑法学者王世洲所指出的: “‘革命刑法’并不因为其拥有的革命头衔就永远是对社会发展起进步作用的……(由于) 闭关自守和阶级偏见太严重, 前苏联在刑法理论体系的构造方面过于简陋, 刑法的基本概念和基本体系也比较粗糙, 无法获得社会高度发展状态下所需要的可靠的确定性和稳定性, 难以满足前苏联在社会、经济、政治、人权发展等方面的要求。”

1949年新中国建立后, 明令废除了国民党的“六法全书”, 与此同时, 起草新的刑法典的准备工作也开始进行。但遗憾的是, 在“以阶级斗争为纲”的思想指导下, 国家最终陷入了靠政策和运动来治理的误区。直到“文化大革命”结束, 才痛定思痛, 于1979年制定了新中国的第一部刑法典。在刑法典颁行前, 我国刑法领域的革命色彩相当浓厚。如1951年颁布的新中国第一部单行刑事法律《中华人民共和国惩治反革命条例》, 每个罪刑条文都有死刑, 有的还是绝对死刑、没有选择余地, 并且在时间效力上采取了溯及既往的做法, 其第18条规定: “本条例施行以前的反革命罪犯, 亦适用本条例之规定。”刑法在时间效力上不能溯及

既往、遵循“从旧兼从轻”的原则，这是和平时期法治社会的一项基本原则，也是国际社会的通例。当然，在革命刚刚胜利、特别是新中国彻底废除国民党六法全书的特殊时期，这个问题有一定的复杂性和特殊性（若一概不准新生政权的刑法溯及既往，那么就会出现对于新法之前的杀人等犯罪也无法追究的情形），但如果就此认为新法理所当然地具有溯及既往的效力，不加区别地将新法适用于所有过去的行为，则显然也是不公平的。

我今年在写刑法60年时，看了些资料，如高铭喧、赵秉志两位教授编的《新中国刑法立法文献资料总览》中有一篇文章，作者为李琪，题目是“有关草拟《中华人民共和国刑法草案(初稿)》的若干问题——在刑法教学座谈会上的报告”，里面提到：“刑法的任务，主要解决敌我之间的矛盾。”针对有人主张刑法的任务不要写反革命字样，只写同一切犯罪分子作斗争，以及分则第一章不要叫“反革命罪”而叫“国事罪”，作者认为“这是鬼话”、“是完全错误的”。有意思的是，当年这些“鬼话”在1997年修订后的新刑法中却得到了体现。

在特定的历史环境下，刑法学研究也带有浓厚的政治色彩，如关于反革命罪有无未遂的问题，本来是一个纯法律的学术争论，但在1952年的司法改革运动中，主张反革命罪有未遂的观点被斥责为旧中国的六法观点，到1957年下半年开始的反右斗争中，更是达到登峰造极的地步，凡是主张反革命罪有未遂的人均被打成右倾分子。反右斗争后，法律虚无主义盛行，一些刑法上的重要理论，如刑法基本原则、犯罪构成等，成为禁忌；各高校编写的教材，也大都是为适应政治运动需要，过分强调政治性，专业内容大大压缩，有的学校把刑法课程的名称也改为“刑事政策法律”，以突出政策。在这种形势下，不仅“罪刑法定”这样一些贴有西方刑法学标签的刑法原理被作为“剥削阶级”的刑法思想而受到清算，就连从苏联引进的犯罪构成理论也被打入冷宫。1958年，中国人民大学法律系刑法教研室编写的一本刑法教科书，书名就叫《中华人民共和国刑法是无产阶级专政的工具》，该书关于怎样认定犯罪的论述，只字不提犯罪构成。这种情形一直持续到1976年，是年12月北京大学法律系刑法教研室编写了一本名为《刑事政策讲义》实为刑法教科书的著作，该书在正确认定犯罪这一题目下，不仅同样讳言“犯罪构成”一词，还强调在认定犯罪的时候要查明被告人的出身、成分和一贯的政治表现等，要以阶级斗争为纲，坚持党的基本路线，用阶级斗争的观点和阶级分析的方法分析问题，处理问题。

1979年，在原有的第33稿基础上，经过修改补充，新中国终于颁布了第一部刑法典。应当说，这是结束“以阶级斗争为纲”的产物，是我国法制建设的巨大进步。但我们也应看到，受历史条件的限制，该部刑法典的革命色彩依然较为浓厚。例如，整部刑法典共有28种死刑罪名，其中“反革命罪”就占到一半以上，反映了当时的立法者仍然十分重视用刑法武器来“严惩各种反革命活动”。但随着国家的主要任务转入“以经济建设为中心”，实践中被以反革命罪来定罪判刑的越来越少。1993年10月15日，中央电视台播报了当时的司法部长肖扬答记者问，截止1993年10月，我国在押的全部犯人为120余万，其中反革命犯只占0.32%，即3840人。相应地，非政治性的犯罪，包括治安犯罪、经济犯罪和腐败犯罪，越来越多地成为刑法规制的内容，这从上个世纪80年代起全国人大常委会相继制定的20几个单行刑法中可以得到反映。

1997年修订后的新刑法，增加的众多新罪名也都突出表现在生产、销售伪劣产品，破坏金融和公司、企业的管理秩序，侵犯知识产权，破坏环境资源保护以及贪污贿赂、渎职等领域。新刑法规定了68种死刑罪名，从各章分布来看，“危害国家安全罪”一章规定了7个死刑罪名，约占10%，而“破坏社会主义市场经济秩序罪”一章规定了16个死刑罪名，占到24%，居各章之首。虽然对于破坏社会主义市场经济秩序罪这类非暴力犯罪规定死刑招致了学界的批评（批评的理由之一是有违联合国《公民权利和政治权利国际公约》的精神，该公约规定：“在未废除死刑的国家，判处死刑只能是作为对最严重的罪行的惩罚。”根据联合国经社理事会的有关文件，这里的“最严重的罪行”“包含着这样的犯罪应该是导致生命的丧失或者危及生命的意思。在这一意义上，危及生命是行为的一种极有可能的结果。”）但这一现象至少表明了立法者将刑法的主要任务从政治领域转移到了经济建设等领域上来。

革命刑法转向建设刑法的另一个符号性事件是新刑法把原来的“反革命罪”修改为“危害国家安全罪”，用法律色彩更浓的名称取代了政治色彩浓厚的名称。这不只是一个简单的名称改变，而是反映了立法者对国家步入和平建设时期后刑法任务的认识上的深化。事实上，1979年刑法第二条关于刑法的任务使用的措辞是“用刑罚同一切反革命和其他刑事犯罪行为作斗争”、“保障社会主义革命和社会主义建设事业的顺利进行”，而1997年刑法第二条却改为“用刑罚同一切犯罪行为作斗争”、“保障社会主义建设事业的顺利进行”，这也可以视为是对革命刑法转入建设刑法的立法思维的贯彻。将“反革命罪”改为“危害国家安全罪”，还可以便于国际和区际交往，“反革命罪”容易使人把对犯罪的惩处意识形态化，而“危害国家安全罪”则是任何一个国家和地区的刑法都必须承担的任务，这对刑事司法合作也是有益的，从而间接地支持了国家的各项建设事业。

我国现行刑法中“革命刑法”的影子在一些地方还存在，今后还需要结合社会的发展不断予以完善。如我国刑法中的“剥夺政治权利”包括剥夺“言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利”，但这些内容不属于《公民权利和政治权利国际公约》中的政治权利，如果将来我国批准该公约（已经签署），就不应该在“剥夺政治权利”中再包括这些内容。其实，考察一下世界其他国家和地区的刑事立法，鲜有将剥夺言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利作为资格刑的内容的，我国宪法第35条也明确规定中国人民

共和国公民拥有这六项权利(罪犯也是公民), 并且不像前一条(第34条)关于选举权和被选举权有例外性的规定(“但是依照法律被剥夺政治权利的人除外”), 也就是说, 这是一项绝对权利, 宪法并没有赋予其他法律可以作出例外规定。如果进一步考察一下“剥夺政治权利”这个刑罚名字诞生的历史背景, 就可以发现其矛头是指向反革命分子和其他一些被视为敌我矛盾的严重破坏社会秩序的犯罪分子的, 如果说在新政权诞生之初, 它对于防止反革命分子和敌对阶级分子利用合法的政治权利进行颠覆活动起到了积极的作用, 那么现在进入和平建设时期, 就宜改为其他国家和地区大多使用的“褫夺公权”这一名字。可见, “剥夺政治权利”从内容到名字都应当根据变化了的社会形势作出适当的调整。

又如我国刑法中的没收财产刑: 如果说在新民主主义革命时期和社会主义三大改造时期, 没收财产刑曾经发挥过积极的历史作用, 为建设社会主义新中国奠定了物质基础, 那么现在我们已经进入社会主义建设时期, 没收财产刑就需要重新检讨了。事实上, 当今世界各国和各地区的刑法有一个共同的趋势, 那就是都纷纷废除了普通的没收财产刑, 而通过设立罚金刑、规定对犯罪所得进行特别没收等制度来进行弥补, 这主要是基于现代社会日益强调保护公民合法财产的理念。例如, 德国联邦宪法法院就于2002年作出判决, 判定其刑法典第43条(a)关于财产刑的规定不符合其基本法(德国宪法)第103条第2款的精神, 因而宣布刑法的此项规定无效。这种精神也体现在有关国际公约中, 如《联合国反腐败公约》第31条关于“冻结、扣押和没收”的规定, 就只将没收的范围限定在犯罪所得或者犯罪所得转变或转化而成的财产, 以及与从合法来源获得的财产相混合中的犯罪所得部分, 也就是说, 不能没收犯罪人从合法来源获得的财产。特别考虑到我国建国后对地主、富农和资本家的财产没收以及“文化大革命”期间发生的各种抄家现象在国际上造成的一些负面印象, 现在继续沿用“没收财产”这样一个刑罚名字也容易造成不必要的误会和担心。因此, 我以为, 为与宪法中的相关规定相协调(如第13条关于国家保护公民的合法财产权的规定), 废除现在的普通没收财产刑, 进一步完善罚金刑, 并将刑法第64条规定的“特别没收”制度加以完善, 应是适当的选择。我国刑法第64条规定: 犯罪分子违法所得的一切财物, 应当追缴或责令退赔; 违禁品和供犯罪所用的本人财物, 应当没收。实践中此规定由于过于简单, 操作很不规范, 造成对当事人和第三人的合法财产权的侵犯, 建议借鉴国外立法经验, 提升其法律地位, 把它由一条变为一节, 明确“违法所得”的范围, 规定必须由法院裁决, 等等。罚金刑与没收财产刑都能达到给犯罪人经济上制裁的作用, 但两者角度不一样, 前者突出对行为人犯罪行为的惩罚, 而后者则突出对公民合法财产的没收。

1997年刑法将“刑法面前人人平等”确立为刑法的三项基本原则之一, 这对于曾经有过身份论、出身论的中国而言, 具有特殊的意义。尽管学界一般将该项原则理解为一项司法适用原则, 但我认为, 还应将其精神贯穿到立法中, 否则刑法中的平等原则就先天不足。毋庸讳言, 在这方面我们还存在有待改进的空间, 如刑法对一般累犯规定前后罪应是5年之内, 但对危害国家安全的犯罪则规定任何时候再犯危害国家安全罪, 都要以累犯论处。为什么不取消后面这种规定呢? 设置累犯的意义同样应适用危害国家安全罪, 既严惩一定期限之内的屡教不改, 但过了一定期限则按正常的量刑幅度去量刑。又如破坏军婚: 一般人的重婚罪要与别人重婚才构成, 但如果明知是现役军人的配偶而仅与之同居(没有重婚), 也构成破坏军婚罪, 如果与之重婚, 则判得比普通重婚罪要更重。不论是否战时, 在和平年代这种特殊保护是否站得住脚? 2005年, 我国台湾地区“立法院”以现在情势下军人婚姻生活与安全保障没有必然关系为由, 废除了《军人婚姻条例》, 现役军人婚姻事项回归普通民法规范, 而破坏军人婚姻事项则回归普通刑法规范, 从而废除了对军人婚姻的特殊民事和刑事保护, 这或许能给我们以启发。深入下去, 平等原则的贯彻还有一些值得研究的问题: 如我国刑法往往根据财产的国有或非国有性质, 分别确立不同的罪名, 同是挪用, 非国有的构成挪用资金罪, 国有的则构成挪用公款罪; 同是侵占, 非国有的构成职务侵占罪, 国有的则构成贪污罪。刑法往往对国有财产保护的力度要大, 设置的刑罚要重。现在宪法和《物权法》已经确立了对私有财产的平等保护原则, 刑法应当在这方面跟上, 尽可能平等地保护国有财产和非国有财产。

朝着这样一个方向, 我们可以继续反思刑法中的某些规定, 如刑法第39条对被判处管制的犯罪人规定了一系列的义务, 其中对行使言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利的限制和对会客的限定是否过于严苛? 刑法第75条和第84条对缓刑犯和假释犯, 在已经规定了要遵守法律、行政法规、服从监督的前提下, 还专门对其会客作出限定, 在我看来也是不必要的。这种规定要么流于形式, 得不到有效执行, 要么就为执行机关或执行人员随意干预别人的私生活提供了口实。也许在革命胜利初期, 为防止“反革命分子”利用会客之机进行密谋搞破坏是必要的, 但时至今日, 对于管制犯、缓刑犯和假释犯这类轻刑犯和主观恶性不大者, 实无必要对其会客之类的活动进行干涉。甚至我国刑法中的一些措辞也需要更改, 如多处使用“犯罪分子”, 我认为改为“犯罪行为”更好。我本人过去也在自己的论著中使用“犯罪分子”的称呼, 现在看来是不妥的。“犯罪分子”的称呼带有比较浓厚的专政味道和明显的贬义色彩, 而“犯罪行为”则更为中性。

张谷(浙江大学光华法学院教授):

改革开放30年来, 中国民法的问题可以从反思中国民法的私法性中的公法因素, 商法化和公有制的影响, 来分析中国的立法对民法的真实的面貌的认知。

首先, 中国民法的私法性质。中国民法原来属于公法, 改革开放30年发生了很大的变化, 最重要的变化无非就是市场经济的建立。民法在中国能够站住脚, 与市场经济的建立紧密相联, 民法是普通的私法, 在改

革之前的中国民法是公法:这种私的领域的存在并不是理所当然的,经济发展当中是否允许市场的存在,计划和市场的关系如何,这直接决定了民法在特定历史时期是否能成为私法。

满足人的基本途径的方式,包括市场分配和供给制的配给;在这种情况下,原来西方的配给制度,虽然叫合同,实际是计划。1999年统一《合同法》的颁布,宣告了计划让位于市场。改革尤其是住房商品化的改革,根本上改变了个体对于机关企事业单位等“非人”的人身依附,把人从单位的桎梏中解放出来。出于人口控制的考虑,婚姻长期以来都受到国家的干预,新的婚姻法才回到婚姻自由的原则上。归根到底,背后的哲学基础是个人主义和自由主义,经济基础则是市场经济。在这样转型的时期,民法通则提到的法律行为,提到的意思表示,契约藉由对立双方意思交换的程序,多少能祛除个体的自私自利,从而可以导出相对正义的结果。所以契约自由是私法自治最集中的表现。

其次,中国民法的公法因素。在中国情况很特殊,国家不仅是主权的负载体,是土地、矿藏及其他自然资源的大所有者,是国营企业的投资者,执行着经济管理的职能。在这样的国家中,公益和私益难免纠缠在一起,中国民法天生具有某种混合性。比方说民法通则把企业法人分为企业法人和非企业法人。在非企业法人中,机关法人不仅包括作为“宪法机关”的各国家机关,还包括了政党组织。我们在企业法人当中所规定的主要是国有制法人,中国民法上的法人未必是民法上的私法人。所以随着政府的转变,公法会逐步从私法中撤离,这过程可能是漫长的。

社会主义公有制对民事立法的影响是非常深远的,从过去的公有制的一统天下,到公有制为主、多种经济形式并存,我们经历了认识上的艰难转变。社会主义公有制的背景下,有很多独特的制度。例如,城市土地、矿藏和水流属于国家专有,私人绝对不可能取得它们的所有权。“公民的个人财产,包括公民的合法收入、房屋、储蓄、生活用品、文物、图书资料、林木、牲畜和法律允许公民所有的生产资料以及其他合法财产。”偏重于保护所列举的公民的生活资料。2004年宪法修正案第22条将宪法第13条修改为“公民的合法的私有财产不受侵犯。”文字极为概括简约,却比之列举式规定,意味深远,更能体现改革开放的成果。中国民法和宗教之间的法律是否是理清了,在制定物权法的时候59条也触及到了,是把宗教的问题世俗化了。

葛洪义(华南理工大学法学院院长、教授):

人大本身的权威性作何调整的问题。转型期的问题,在中国面临的就是逐渐理性化的过程,表现为一种制度化。宪法上很多问题依然面临着种种争议,国家的根本制度包括现在司法实践中也是由此发生的。这些非常重要的问题,紧扣着这个问题来讨论是非常有意义的。所谓的法治社会,包括人大制度和其他的制度,若都按制度办事,那法治水平就会有大的提高。无论涉及到哪一种情况,宪法修改的问题在实践中都有这个方面。刘仁文教授的发言谈的是刑法,也是在转型期的问题,他在谈的过程中,更多地谈到了所在法律部门所在的领域的变化,从革命的刑法到建设刑法的变化,主要的环节是反革命罪。从变化当中,可以看到我国的刑法逐渐发生了变化,所谓的第一波改革,是董必武推翻以后的制度,当然有的人说是破坏,我们的问题在于政治制度上动手,革命的刑法和建设的刑法区分的标准究竟在哪里?是不是按政治角度来划分,也很能说明问题。张谷教授对民法的研究是非常深入的,谈到中国民法中所出现的问题,随着国家经济建设带来的变化,仍然处于争议中的一些问题,也是转型期重要的问题,是民法领域发生一系列变化和生活中的密切关联的关系,我觉得这些问题都是有启发和重要的。我也希望张教授能否在推动的原因上能否再具体一点。回过头看,肯定是这样的,涉及的具体的历史背景是否还是这样的,偶然的具体的因素我觉得能否纳入到你的视野当中,包括《民法通则》,包括某个问题的规定;所以我觉得这些问题构成法律的生动的历史。我谈到这样问题的基础性的观点是,在中国进行一系列的重要改革,很多人认为是政府推动的,但政府往往也是被推动的。这个问题我们或许只看了一半,没有看到另一半。

童之伟:

宝贵的经验在于改变执政方式。对作为国家机构组织体制的人大制度,如果我们用从上到下一刀切的方式去理解,很多可能的改革就不会有空间了。执政党可能要在与司法的关系方面改变执政方式;如果符合转型的要求,如果有证据,都应该敢说敢做。从宪法上说,最高人民法院按道理应该对部分行政法规和地方性法规等的合法性审查权,当然,这是指在审判过程中结合具体案件对所适用的地方性法规的有关条款进行合法性审查,不是指抽象审查。

刘仁文:

我回应一下葛洪义教授的问题,他说难道取消反革命罪就是建设刑法?区分革命刑法和建设刑法的标准到底在哪里?我想任何一个国家的刑法都要维护现有的政权,这是没有问题的。我说从革命刑法转向建设刑法,决不是说就不要保护现政权,这是需要说明的。区分革命刑法和建设刑法,我想大体上有以下一些思路:一是看一个国家的刑法是否特别强调政治犯罪,还是把政治犯罪和普通的刑事犯罪放在同一个层面上来设计一些制度,如累犯制度等,也包括一些用语,如过去我们强调刑法的任务是同反革命罪和其他刑事犯罪作斗争,现在我们就提用刑法来同一切犯罪作斗争;二是看这个国家的刑法是否过于强调意识形态,还是把刑法看作是治理社会的可以互相借鉴的措施和手段、我们过去在这个问题上是很看重意识形态的,认为刑法学

是阶级性最强的一个部门法学, 如我国20世纪80年代初的刑法教科书, 就将阶级性作为我国刑法学区别于一切资产阶级刑法学的明显特征, 并且强调我国刑法学的一切立论, 均以这一点为依据。但我们看意大利学者杜里奥·帕多瓦尼在其《意大利刑法学原理》的中文版序中却说: “除国际法外, 刑法是法律科学中对各国具体政治和社会文化特征方面的差别最不敏感的法律学科。在刑法不同的历史形式之间, 尽管也存在一些往往是非常重要的差别, 但是在基本的理论范畴和法律制度方面, 却有共通的基础。法律和犯罪的关系; 犯罪成立的必要条件; 排除社会危险性行为的问题; 法律保护的利益的问题; 罪过问题; 刑罚的目的和可罚性的意义等, 这些界定实证刑法存在的范围的问题, 在任何刑法制度中都居于核心地位。”三是看刑法是否注重对人权的保障。革命刑法往往强调对犯罪的打击, 而建设刑法则不仅认为刑法是打击犯罪、维护社会治安的有力工具, 还承认刑法是保障犯罪嫌疑人和被告人之大宪章。如我们过去刑法类推制度, 那是革命刑法的象征, 现在刑法则废除类推、确立罪刑法定原则, 这就把刑法从便利打击犯罪上转向了限制国家的司法权、保障犯罪人的人权上来了。

张谷:

在1984年上海市高院报请的一个文件中, 在民法中的社会全体所有权受保护; 若去研究民法的立法史可能很会有生动的例子。我个人觉得如果要弄民法典, 有很多工作要做, 对中国来讲也是一个沉重的话题, 几次起草也弄不起来。德国的民法典制订以后, 历经了很多的历史时期, 包括法西斯和二战以后; 用了一个抽象的概念化的体系把权利固定下来, 我们国家能否作到这一点。最先就是实行统一规则, 如果以现有的法律加以理解, 对转型期的法治是很重要的; 我国物权法规定的很多内容, 在以前的担保法里都有类似的规定。

刘作翔:

每个人有每个人的司法概念。我们可以抛开所有的司法概念不谈, 我们回到法律文本的概念来讨论, 因为司法、司法权的概念不是一个严格的法律概念, 在我国的宪法中和法律中是找不到司法这个概念。我们现在可以不用司法权这个概念, 我们用宪法上的审判权和检察权的概念。人民法院依照法律独立进行审判, 不受行政机关、社会团体和个人的干涉, 这条就非常明确地表达了审判权是专属的。还有一个问题就是宪法对人民法院和人民检察院的定性: 人民法院是国家的审判机关, 人民检察院是国家法律监督机关。审判权和检察权这两种权力都是国家权力, 这两种国家权力是不能轻易委托的。

现在调解有三种情况: 一种是诉前调解, 就是案件受理之前的调解, 就是当事人找到法院, 法院会提出建议, 你可以找到哪些部门去进行解决, 这跟法院是没有实质性的关系的, 法院对诉前调解现在所做的改革就是司法确认; 第二种是庭前调解, 是指案件受理了但还没有开庭, 叫庭前调解, 这已经属于司法调解了; 第三种是诉中调解, 就是案件审理中的调解; 委托调解就是法院将案子受理之后, 委托给其他人去调解。有的法院法官是不在场的, 不介入的, 整个案子全部委托出去, 调解好了, 然后由法院发一个司法调解书。这就是我们所指的司法权委托现象。我还想补充一点, 中国现行宪法中有关司法权的规定是一个司法权地方化的规范, 因此, 关于司法权的宪法修改问题仍然是我们今后要继续讨论的问题。

总结

报告人: 徐显明、孙笑侠

徐显明:

我尊重发言者, 更尊重他们的研究成果。关于中国古代的人治和法治, 他的区别点在哪里, 儒家讲人治, 法家讲法治, 法治的最高表述就是王子犯法与庶民同罪。只要社会里有一个人不受法律约束, 就一定是人治而不是法治。任何地区的法治化水平都是有差异的, 如果把法治作为一种生活方式的话, 就可以发现最发达的法治国家地方性也是有差异的。中国的经济发达的地区, 文化发达的地区, 城市化水平比较高的地区, 其法治水平也是比较高的。但判断是不是一个法治国家和法治社会, 应该根据最低的来看。我对上午所作的判断有一点担心, 法治的一致性和差异性之间两者不能混淆在一起。在谈法治的统一性的时候, 并不是要求法治的所有人所有地区所有领域的一致性; 这是完全不同的两个命题。

今天讨论的这个题目意义是重大的, 看到这个题目的时候实际已经有了历史感。工业文明的时候, 第一次工业革命到第二次和第三次, 现在工业革命的第四次已经到了, 低碳经济和可循环的循环经济, 工业革命已经进入到了后期, 取代工业革命的后期是从农耕文明到工业文明。法治在整个人类的长河里, 是一个小的问题。今天寻找的转型起点是30年前。1996年有个讲座, 主讲人说到在座的这些人没有毛泽东的贡献, 没有邓小平的威望, 那管理这个国家只能靠法治。主持人又问教授: 据你的判断, 我们要建设社会主义法治国家需要多长时间? 回答大概需要半个世纪左右。这个讲座是在1996年; 我想, 半个世纪在中国建设成社会主义的国家仍然是一个乐观的看法。今天讨论这个题目的意义在于, 经济学上对转型已经作出了判断, 法学界对中国的市场化程度的判断, 还需要建立经济学家的观点上。现在通过市场配制社会资源的比例已经超过了70%, 这个比例和发达的市场经济比较起来, 已经不低于他们。如果美国也承认中国市场经济地位的话, 在世界范围内中国作为市场经济的障碍就不存在了。经济已经完成转型, 现在讨论的问题就是我们法治或中国制度的

滞后性使得我们的市场步履艰难;市场障碍已经很小了;发达的国家也没有像中国那样所有的资源都进入市场,在市场经济形成以后,现在不能与他相适应的法律制度来改变。法治的发展有世界性的规定,也一定有中国的特色,我们的法治始终是推动式的法治。如果把西方的法治当成一种演进式的法治,我们就是推动式的。几乎表现在所有的领域里。要在2010年前后形成社会主义法律体系,就按照这个目标形成立法规划,每五年做一个规划。我国的民法典的问题和立法规划是一个关系的。政府给自己建设法治政府的目标,中国是世界上唯一的一个国家,我们要用10年的时间建成。我们的司法每五年做一个改革方案,现在已经作了第3个改革了。任何国家的司法都是保守的。创新对司法来说等于是灾难;能够守护好实现好是司法的基本使命,司法当中的创新指向的目标一定是司法制度。

中国的法治建设是一种设定的目标进行的推进式法治,不是一种演进的法治。但在这一点之下找到若干个规律,始终要强调改革,以改革作为发展的动力,这也是中国的特色。还有一个原则,即很灵活地结合,在大稳定前提之下,允许一部分地方先试。中国的经验里不要忘了根本的,中国的司法始终不具有根本性,在30年里有一个主线,始终围绕一个中心,把自己放在服务的地位上。所以就可以理解最高法院的工作目标,围绕中国建设的中心也是中国法治建设的重点之一。进行总结可以进行不同的角度;法学家一定不要去重复政治理念,学者的使命就应该向真理负责,向思想负责。没有思想的语言,没有思想的理论,在思想和理论当中不具有真意义的,没有人愿意听。美国的法学家认为,法学不是科学,法学只能是一种技术,是实现法律的技术,在美国人看来最好的法学家就是把法律变成现实的一种艺术,所以他们认为不需要思想。在德国的法学家眼里,法学一定是科学,是社会科学的最大代表。在中国,这两类我们都需要,我们既需要有思想的法学家,也需要技术方面的法学家。法学家的使命是很广阔的,改革开放30年来,法学家发挥的作用是最小的一个时期。1979年李步云说到的在法律面前人民平等,这个原话就记到宪法里去了。现在法学家怎样发挥作用,有思想的法学家,有艺术性的法学家仍然是有广阔性的。他的学术研讨和思想性技术性两个方面都非常需要。

孙笑侠:

中国历史有30年为周期的特点。1949至1978,1978至2009,前后都是三十年。2009年是个重要的年度,既是前30年的终点站,又是后一个30年的起点站。前后90年的历史,就是我们理解的狭义的“转型期”。召开这次会议的目的之一,是关注现实,即关注基层社会转型和地方法治进程。我身处在一个经济比较发达的城市,基层和地方的法治化进程势不可挡,令我每天都感受到热血在涌动,每天的报纸都有让你感到兴奋的事件,每天的网络都有令你气愤的事件,这种冲击力给我们作为一个法学的学子以沉重的责任感。召开这次会议目的之二,是为了交流所思所想,观察社会的同时又过滤问题、沉淀思想,这样的意义也是非常重要的。现在是要从地方和基层来关注现实,这才是关注民生,关注民权,关注人民的权利。学者不需要参与到浮躁的世界里。召开这次会议的第三个目的,是增进学者间感情。我和各位同行专家都有十年以上的友谊,和徐显明校长也有二十年的友谊。他对我发言所作的率直点评,我虽然不一定接受,但值得我思考。“先行法治化”是一个动态的过程,是指时间上早一点,而不是指“先完成法治建设任务”。

(说明:孙笑侠、林来梵、龙宗智、李其瑞、刘作翔、张琪、童之伟、刘仁文诸教授已核对自己发言部分文字,其余教授的发言,未经本人核校。)

关闭