

上卷 ● 制度變革

張千帆、牟效波 編

中國法治的困境與突破

時間： 2011年5月23日

地點： 北京大學法學院

主講人

江平： 著名法學家，中國「法治三老」之一。1930年出生，浙江寧波人。中國政法大學終身教授、民商法學博士生導師，七屆全國人大常委、全國人大法律委員會副主任，1983年至1990年歷任中國政法大學副校長、校長，1988年至1992年任中國法學會副會長。

評議人

梁治平： 1959年生於湖北孝感，1982年畢業於西南政法學院法律系，獲得法學學士學位，1985年畢業於中國人民大學法律系，獲得碩士學位，畢業後留校任教，1993年調入中國藝術研究院中國文化研究所，現為研究員。

賀衛方： 1960年出生，山東牟平人，北京大學法學院教授、博士生導師，兼任全國外國法制史學會副會長，曾任教於中國政法大學。1982年畢業於西南政法學院（法學學士），1985年畢業於中國政法大學（法學碩士）。

張千帆：我在其他高校看到過今晚這種場面，但在北大還是第一次看到，足見今天這幾位學者的魅力。歡迎大家來到「憲政講壇」第二期。第一期是在今年3月進行的，由於遲遲沒申請到場地，中間4月就停了一次，今天終於等到法學院這個場地了。我不敢肯定這是不是凱原法學樓啟用之後的第一次大型學術活動，我們要感謝北大法學院為我們提供了這麼好的場地。

為了補償中間停辦的一次，這次我們請出了「超強陣容」。我們的主講人是一位德高望重、學界無人不曉、也不需要我介紹的長者。他現在年逾八旬，但是振臂一呼，振聾發聵，每個人都能聽得見他洪亮而悅耳的聲音。網上是這麼概括他的經歷：「他是一個曾經為救國理想和言論自由而犧牲了一條腿的青年，一個曾經在陋室中為孩子編織毛線衣的父親，一個循循善誘、誨人不倦的導師，一個為法治中國建設奔走呼號的社會實踐者。」

對於和中國社會一起經歷了82年滄桑的他，命運似乎確實有點捉弄人，所有的幸運和厄運都集中在他身上。50年代初，他被政府選派為留蘇學生，這在當時看來應該是幸運的。聽說他還和當時擔任莫斯科大學團委書記的戈爾巴喬夫同志共同工作過，大家可以向他求證一下。1956年他以全優成績畢業後回來報效祖國，1年之後就在轟轟烈烈的反右鬥爭中被打成首批右派，這顯然是不幸的，此後歷經了22年的磨難。1978年，他重新回到中國政法大學的講台；1988年起擔任政法大學校長，但沒過兩年時間就「被辭職」了。此後，許多人稱他「是永遠的校長，是法大的精神符號」。我想他不僅是中國政法大學的精神符號，也是整個中國法學界的精神符號。他，就是今天坐在大家面前的江平先生。

今天兩位評議人也是大名鼎鼎的中青年學者，一位是《洪範評論》執行主編梁治平教授，一位是我們北大自己的、只屬於北大的賀衛方教授。

中國法治走過30年，經歷了很多坎坷。30年過後，我們走到了十字路口，似乎有點迷失方向。中國法治遇到了什麼障礙？如何突破這些障礙？下面有請江平先生給我們講解。

江平：應該說，到北大是很惶恐的。前兩天在開會的時候，千帆教授說希望我到北大來做個報告。我說現在精力實在不夠了，身體也不太好了，恐怕做個講座撐不下來了，能不能搞一個座談，兩三個人對話很好。他說可以啊。今天我一看又不一樣，我是主講人，兩個是評論人。有點「上當」的感覺。

對北大我還是很仰慕，不僅仰慕，應該說我也是北大的前身燕京大學的，每次走到這兒看到博雅塔都有點感慨萬分，有點感覺我的家園失去了。燕京的人一直呼籲恢復燕園，但現在看來不太可能。燕園要恢復了，北大怎麼辦，再回到紅樓去是不可能了。

我記得司徒雷登¹⁾在故去的時候有一個願望，希望能把他的骨灰埋在燕園，我也為此呼籲過。但是最後得到的答覆就是，毛澤東不是說了嘛：「別了，司徒雷登！」現在你怎麼又回來呢？所以放在燕園不太可能，最後只能放在他的出生地杭州。這也是一個遺憾。其實我覺得司徒雷登終身為中國的教育努力奮鬥，他窮其一生創建的燕京大學終究為中國培養了許多人才，我們還是應當感謝他，應當紀念他。

今天讓我講憲法的問題，坦率來說是外行，因為大家知道我是研究民法的。由一個教私法的人來講憲法顯然是有點不太合適。但是，在研究私法的過程中，我深深感覺到私法是一個國家法律的基礎，沒有對於私權神聖的保障，一個文明的社會就不可能存在。但是，話說回來了，私法之所以能夠存在，也必須由一個憲法提供更大範圍的保護，或者說在中國這麼長的時間內，幾千年裏，中國的私權主要是受到公權力的侵犯。因此，沒有憲法的完善，沒有憲政的實現，中國要實現現代化恐怕也是不可能的。

我記得在二十多年前，七屆人大的時候，就是討論兩個法，一個是人大代表法，一個是人民監督法。這兩個法起草了20年之後，《全國人民代表大會和地方各級人民代表大會代表法》很快通

1. 司徒雷登 (John Leighton Stuart, 1876-1962)，生於杭州，第二代美國傳教士，1919年1月成為燕京大學首任校長，1946年7月10日受美國總統杜魯門任命為美國駐華大使。

過了，但是《各項人民代表大會常務委員會監督法》（以下簡稱《監督法》）的通過卻是困難重重。後來也通過了，但我發現這個《監督法》跟原來我們所設想的一些內容比起來好像退步了不少。我記得當時《監督法》考慮的一個問題就是憲法監督的問題，誰來實現憲法監督。

當時有兩個方案，一個是在中國設立憲法委員會，一個是在中國設立憲政法院。那麼，這兩個意見考慮的結果是，比較多的人傾向於認為在中國設立憲政法院還是太早，或者憲政法院還是不太可能在中國實現。因為你要搞這個憲政法院，那誰來當憲政法院的院長呢？又怎麼平衡黨的領導跟憲政法院之間的關係呢？這些問題不太好解決。

而當時覺得搞一個憲法委員會還是有可能的。因為你想，我們如果在全國人大下面設立一個憲法委員會，涉及違憲的問題由它來監督審查，那應該說在現有體制下並不是太費力的。但是我們看到，後來的《監督法》中，這兩個方案都沒有了，我們的憲法監督還是通過我們原來所說的人大常委會來實現。這樣的話，憲法監督實際上就是先由全國人大常委會內設的一個局級機構審核涉及違憲的問題，最後經過人大常委會的程序來完成。所以應該說，從這個角度來看我是很失望的，也就是說我們的監督沒有向前進一步，還在原地踏步。

前一段時間，我們也看到中國在憲法訴訟問題上出現了一些新的情況。山東的學生提起訴訟，法院把它定性為憲法訴訟，所以人們對於憲法訴訟談得愈來愈多。其實，憲法訴訟和憲法監督是一個事物的兩個方面。既然有了憲法監督，就有了憲法的訴訟問題。後來我們也聽說憲法訴訟不能講，而且有人明確提出來，以後也不要寫書或者研究成果涉及憲法訴訟問題。這樣的話，人們又糊塗了，我們研究憲法，我們研究憲法訴訟，但是我們現在不許提憲法訴訟。

為什麼我對這個事情特別敏感呢？因為我認識一位蘇州大學很有名的行政法學教授楊海坤。有一次開會他跟我說，他寫了一本關於憲法訴訟的書，寫完了也印完了，但是得到一個通知，不許提憲

法訴訟，所以他這本書不能出版。他說，不出版那就算了，但作為作者，我自己能不能留一本呢？還是不行。他也感到很尷尬。既然憲法能提，憲政也可以討論，憲法訴訟卻不能提。

這樣的話，我們就面臨一個問題，憲法權利怎麼保障呢？憲法權利很重要的一個保障，就是憲法訴訟。如果我們連訴訟都沒有，我們怎麼能夠尋求保障的道路呢？我們只通過一個比較空的憲法機構去提出，而違憲的案件幾乎是沒有多少可能在全國人大常委會那裏得到審查。所以，我們可以看到，涉及憲法權利的救濟手段，最現實的就是憲法訴訟。

我在那次紀念蔡定劍^[2]的會議上，也談到這個問題。我說在1987年的時候，在民法通則頒佈一周年的一個紀念會上，當時陶希晉^[3]提出一個問題，他說現在中國有了民法，有了民事訴訟法，有了刑法，有了刑事訴訟法，但是我們現在缺的就是行政法和行政訴訟法，而行政法和行政訴訟法在我們國家是非常薄弱的。所以，他建議我們下一步的立法應該關注行政法和行政訴訟法。當時，王漢斌就說，陶老提出的這個問題很重要，我們要研究行政法和行政訴訟法。

但是我們沒有經驗可循，我們自己在這方面的研究也很差，所以他建議先成立一個行政立法研究小組。當時因為我是中國政法大學的副校長，而且當時我們學校的行政法力量比較強，所以我們就搞了一個行政立法研究小組。在行政立法研究小組開始工作的時候，陶希晉同志堅持主張搞一個行政法大綱。而我們研究了一段之後，覺得行政法大綱是很難搞的。你想把我們現在各個領域裏面的行政權力用一個行政實體法概括起來，那是很難的。所以我們當時研究，能不能按照民法的辦法用訴訟法來促進實體法？大家覺得這個辦法不錯啊，我們中國有的時候就需要通過訴訟法來促進實體法。

2. 蔡定劍，中國著名憲法學家。

3. 陶希晉，法學家、政治人物。

譬如說，計劃生育我們沒有什麼法，但如果我們有了一個訴訟程序可以告計劃生育管理機構，那就會促進這個計劃生育機構來完善它的實體法。我們把這個想法向陶老和法工委彙報，他們都很贊成，所以行政訴訟法就有了。最終我們通過行政訴訟法促進了行政實體法的完善。所以，後來我們搞了十年的行政立法綱要，等等，應該說這是一個很好的思路。今天對我們來說，仍然希望通過行政訴訟進一步發展到憲法訴訟，通過憲法訴訟能促進憲政的落實。也就是說，沒有權利的救濟就沒有權利本身，這一條路我們看得很清楚。行政法告訴我們一個很重要的理念，就是沒有權利的救濟，就沒有權利本身。如果我們連權利救濟手段都沒有，我們怎麼能夠保障我們的憲法權利得到實現呢？我們憲法中的許多權利還是落空的。譬如說，我們有言論自由、新聞自由、出版自由、結社自由，等等。可是，救濟手段呢？我能不能夠通過憲法來保護我的權利呢？沒有。所以，在我們的心目中，這一條我們應該非常明確。

最近，我看到深圳市一個報道，深圳市公安部門為了保障即將召開的大運會的安全，公佈了一個辦法。這個辦法就是，對深圳社會治安有高度危險的人進行嚴格的控制。它把這些人區分為 17 種人，這 17 種人總共有 8 萬人，這 8 萬人要被勒令離開深圳市。這個消息一出來，很多法學界的人也好，律師也好，各界人士在報紙上發表不同的意見。我也覺得這個做法是很不妥當的。

我最早教的是羅馬法，羅馬法裏面有一個「人格減等」的制度。所謂人格減等跟民事權利的剝奪還不是一回事。我們知道，在法國民法裏，原來有民事權利的死亡，把民事權利全部剝奪了，那不就跟死了差不多嗎？因為民事權利都沒有了，他還有什麼生存的空間呢？在羅馬法裏面，奴隸可能沒有民事權利，但是自由人也完全可以人格減等。如果你有不名譽行為，或者按照現在的說法，如果政府認為你對社會治安有高度危險，可以人格減等。人格減等以後，許多職業他不能從事，像政府官員，或者其他的一些職位，都不能夠擔任。深圳市的做法不就是一個人格減等的制度嗎？現在也有人說，這不就是公民的三六九等嗎？憲法上寫得很清楚，公民是平等的，但到了這個城市裏面，由於政府認為你對社會的危害程度不一樣，給你區分為不同的人等。

又聯想到印度的賤民制度，公民也可以分為若干等。深圳的這種做法實行之後，我看到下面緊接着惠州市和東莞市發生恐慌了，因為這八萬人不能在深圳生存了，就要離開深圳了，離開深圳到哪去呢？他可能還不太願意回鄉，他當然往周圍的城市去了。那往周圍的城市就跑惠州去了，跑東莞去了。這樣的話，我們國家如果每個城市都有自己的一套這樣的制度，把危險推到周邊的城市，周圍的城市安全誰來管？顯然，這個制度出現後，周邊的城市也會相應制定一些政策。對所謂社會危險比較大的人們，也會採取一些抵制行動。這樣下去的話，中國就太危險了！

儘管報紙上說了這麼多的反對意見，但今天我看到一個消息，深圳市的副市長兼公安局長還是表示這個制度要堅持實行。那麼，我們有什麼辦法來制止他們呢？我們有什麼辦法，能夠制止中國最先改革的地方實行的這種最落後的辦法？我們有沒有憲法的手段去抵制它呢？我們沒有憲政和憲法訴訟，沒法提起訴訟。我們頂多又是像原來的三位博士對於孫志剛案件^[4]所做的那樣，上書全國人大常委會。常委會如果明智一點，可能自己就把《收容遣送辦法》給撤銷了，給廢除了。但如果它不明智呢？我們還是沒有手段。所以從這個角度來說，我們確實需要解決這個問題。

我去年曾經在報上說過，2008年周永康主持政法委之後，中國法治曾發生「大倒退」。我說完後，很多人跟我說表示支持。我想北大的學生肯定也會支持。中國法治確實面臨一個倒退的局面。我常常說中國的法治是有進步有退步，但總的來說是進兩步退一步，畢竟還是在前進。但我可以說，最近我們是退兩步進一步了，是以退為主了。這就是一個很可怕的現象。如果這種狀態長期存在下去，那我們的法治就很危險。

我想大家可能也很關心李莊的案件，他下個月就要出來了。在聚會上我就常常關心這個問題，我說到底李莊出來之後會說什麼話呢。他在二審的時候說過服罪、認罪，然後在走出法庭的時候，又

4. 廣州市人民政府執法機關以「三無人員」理由收押孫志剛，拘禁期間被收容所員工毆打身亡。

大喊「我有話要說」，法庭又沒讓他說。那麼，他這些話會不會在以後某種場合說出來呢？如果真的在二審的時候，他當初不得已而服罪，或者是由於某種原因他自己感覺到受了欺騙，他在臨走的時候又大喊他有話要說，那這個法庭應該繼續開庭，讓他再繼續說。你不讓他說，又給他判了刑，那他現在要說應該是合情合理的。第一次判刑以後，後來又搞了一個漏罪，又要漏罪判刑。這就很難讓人理解了。

我想，我們談李莊案⁵，並不是為了他個人。我跟李莊並不認識，對他本人沒有多大的好感，但為了律師這個職業，我覺得有必要說話。如果我們的律師都處在這種狀態下，那這個國家還有什麼民主可言呢？律師都是時刻感到我是在刑事責任的危險下來進行辯護的話，那怎麼行呢？

最初有一個記者來採訪我，問我對李莊案的看法。我說，對於李莊的問題我不太了解。他給我看了一個材料。當初對李莊是用兩個罪名起訴的，一個是合同詐騙罪，再有一個就是偽證罪。後來我們看到前一個罪名沒有再提出。從這點來說，檢察機關也算有了一點實事求是的態度。現在只剩下一個偽證罪了。嚴格說來，我覺得這個偽證罪應該更多強調書證。如果他確確實實偽造了一個文件，那你還好說，現在偽證的證據是什麼呢？是口頭的證據。而有口頭證據卻沒有讓證人來出庭。第一次的偽證罪涉及的那個人姓龔，他說李莊以眼色來指使他翻供，這就是個很玄妙的問題。當時會見被告全部都是在公安人員在場的情況下見的面，怎麼可能做偽證呢？而現在第二次所說的偽證，證人居然還是吸毒犯，而這個吸毒犯本身的心理狀態就是很不穩定的。而且這個吸毒犯所指證的究竟是一個借款的偽證，還是一個投資款的偽證呢？裏面也有說不太清楚的地方。那在這種情況下，為什麼不能夠傳喚證人出庭呢？像西方國家辯護人和控告人對證人做交叉詢問那樣，這樣以示公正。所以，

5. 2009年中國重慶市黑社會性質團伙龔剛模案的原辯護律師。當地檢察院懷疑李莊唆使嫌疑人及證人偽造證據，令嫌疑人謊稱被警方刑訊逼供。檢察院隨後以辯護人毀滅證據、偽造證據、妨害作證等罪名對其提起公訴。