

正義的標準不應以地理的緯度而參差不齊。
法治建設必須遵循制度建構的內在机理。
法律學術的發展离不开學者獨立的品格和開放的胸懷。
“超越比利牛斯山”意味着對法學本源的尋覓，
意味着對“母固，母我”境界的追求。

賀卫方 / 著

超越比利牛斯山

SURMOUNTING THE PYRENEES

- 通过司法实现社会正义
- 司法独立在近代中国的展开
- 法治 人治 运动治
- 复转军人进法院
- 法庭辩论的价值
- 司法对新闻自由的保护
- 自治与开放之间的法学
- 超越比利牛斯山

法律出版社



- ◎于 安：降低政府規制
- ◎王人博：中國近代的憲政思潮
- ◎王衛國：改革時代的法學探索
- ◎左衛民：價值與結構
- ◎尹 田：民事主體理論與立法研究
- ◎龍宗智：理論反對實踐
- ◎付子堂：法之理在法外
- ◎石慧榮：商事制度研究
- ◎田平安：程序正義初論
- ◎阮齊林：中國刑法上的量刑制度與實務
- ◎江 山：歷史文化中的法學
- ◎江必新：中國法文化的淵源與流變
- ◎劉凱湘：權利的期盼
- ◎邱興隆：刑罰的哲理與法理
- ◎杜萬華：馬克思法哲學與法律社會學理論研究
- ◎李 林：走向憲政的立法
- ◎李 浩：民事證明責任研究
- ◎李少平：二十載之刑法心路
- ◎李開國：民法總則研究
- ◎李連寧：依法治教的探索
- ◎李昌麒：尋求經濟法真諦之路
- ◎陳澤憲：刑事法治之求索
- ◎陳忠林：刑法散得集
- ◎范忠信：現行法秩序思問錄
- ◎張 穹：司法路上的思考
- ◎張衛平：守望想像的空間
- ◎張建田：中國軍事法學研究的回顧與思考
- ◎張紹彥：刑罰的使命和踐行
- ◎張新寶：法路心語
- ◎張智輝：理性地對待犯罪
- ◎卓澤淵：法治國家論
- ◎青 鋒：罪與罰的思考
- ◎俞榮根：文化與法文化
- ◎趙萬一：民法的倫理分析
- ◎趙旭東：企業與公司法縱論
- ◎賀衛方：超越比利牛斯山
- ◎宮曉冰：追求與使命
- ◎高紹先：法史探微
- ◎袁成第：國際私法原理
- ◎徐靜村：走向法治的思考
- ◎顧培東：從經濟改革到司法改革
- ◎黃松有：中國現代民事審判權論
- ◎梁治平：在邊緣處思考
- ◎梁慧星：民法學說判例與立法研究
- ◎舒 揚：星空下的法律
- ◎景漢朝：司法實踐中的理論探索
- ◎程燎原：清末法政人的世界
- ◎慕亞平：和平、發展與變革中的國際法問題
- ◎譚世貴：司法改革的理論探索
- ◎霍憲丹：不解之緣

ISBN 7-5036-4428-1



9 787503 644283 >

ISBN 7-5036-4428-1/D · 4146

定價：25.00元

西南政法大学 学子学术文库

超越比利牛斯山

SURMOUNTING THE PYRENEES

贺卫方/著



法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

超越比利牛斯山/贺卫方著. —北京:法律出版社, 2003. 9

(西南政法大学学子学术文库)

ISBN 7-5036-4428-1

I. 超… II. 贺… III. 法学—文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 069164 号

法律出版社·中国

责任编辑/赵利铭

装帧设计/曹铖 胡欣

出版/法律出版社

编辑/法学学术出版中心

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/莱芜市圣龙印务书刊有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/12.125 字数/315 千

版本/2003 年 9 月第 1 版

印次/2003 年 9 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939780

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.chinalawbook.com

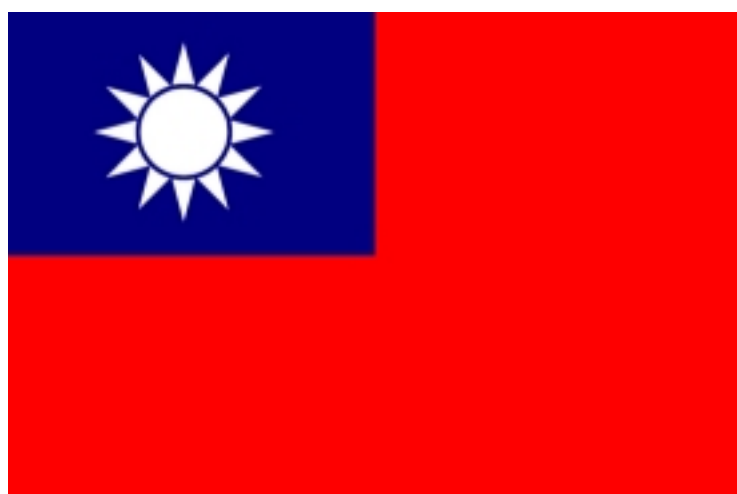
中法图上海公司/021-62071010/1636

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-4428-1/D·4146

定价:25.00 元



更多好書：

<http://myboooks.googlepages.com>

总 序 一

“科教兴国”战略是我们的立国之本，21 世纪对人才的标准提出了更高的要求。在国际经济全球化趋势日趋明显的今天，从理论和实践上深入探讨国际经济、金融、贸易、保险等领域的规律，对于我们顺应历史潮流，把我国建设成为社会主义现代化强国具有重大的现实意义。我们深知，要把对外经济贸易大学建设成为国内外享有盛誉的一流大学，我们还需要进行长期不懈的努力。为了进一步加强师资队伍的培养和教材体系的建设，国际经济贸易学院制定了“211 工程”教材建设计划。其目的是使对外经济贸易大学在 21 世纪初在一些重要的教学和研究领域处于国内的领先水平。

国际经济贸易学院“211 工程”重点学科教材建设包括六个知识模块。分别是国际贸易学、金融学、经济学、国际投资与跨国经营、保险学、对外贸易运输。我们认为，严格的管理制度是高质量教材的可靠保障。为此，国际经济贸易学院建立了严格的教材建设项目管理制度。项目的计划执行时间一般为两年。学院指定专门人员负责所有教材建设的协调工作，并选定子项目负责人负责每本教材编写的组织工作，使项目的组织管理井然有序。为了高水平、高质量地完成“211 工程”项目，国际经济贸易学院还制定了《“211 工程”教材建设执行规定》，对教材的编写提出了具体质量规范。此外，我院还制定了项目专家评审和验收制度，即在项目执行期间和期末对项目的执行情况和结果进行评审和验收。项目组成员有义务回答专家的质询，解释专家的疑问，并按照专家的意见进行修改。这一制度的建立无疑会对项目执行的质量起到了监督和保证作用。

国际经济贸易学院 60% 以上的教师参与了“211”工程，其中大部分是中青年教师，潜心科研，编好教材，为人师表已在经贸学院蔚然成风。这充分显示了国际经济贸易学院的勃勃生机。下一步，我们还要编写与教材相配套的参考资料、习题集和案例分析。计算机软件、光盘的

西南政法大学学子学术文库编委会

主 任：梁慧星 龙宗智

委 员（以姓氏笔画为序）：

方 向 王卫国 尹 田 江必新

李 林 李连宁 张广兴 张建田

张新宝 张智辉 青 锋 卓泽渊

贺卫方 顾培东 黄松有 夏 勇

梁治平 景汉朝

秘 书 长：方 向 茅院生

总 序

西南政法大学建校至今已历 50 寒暑,中间虽遭遇“文革”之乱,停办近 10 年,但仍有 10 万之众的莘莘学子前后就学于此,歌乐山魂培育浩然正气,嘉陵江水滋养人文精神。10 万毕业生活跃于神州大地,为国家法治大厦之建设添砖加瓦,贡献才智,已形成法律界广受关注的西南法律人群体,造就了西南法律教育与这里的毕业生独特的品格与精神。

在校庆 50 周年到来之际,西南政法大学北京校友联谊会与法律出版社联合推出“西南政法大学学子学术文库”,这是对我们的母校 50 华诞的献礼,是对这所中国法律教育与学术研究重镇所取得成就的一次检阅,同时,我们也希望这 50 部著作能够成为后来者在法学研究和法律教育的道路上继续跋涉的阶梯,此外,还希望通过这些著作,能够向读者昭示西南政法大学的传统与精神。

体现在西南教育过程中以及学子著述里和行为上的品格与精神首先是强烈的忧患意识。忧患意识是中国知识分子的一种生生不息的传统。“士不可以不弘毅,任重而道远。仁以为己任,不亦重乎?死而后已,不亦远乎?”曾参的话最能够表现中国知识人的那种强烈的忧患意识和责任感。不过,近代以降,由于引进了西方的学术与教育制度,知识人有了不同的专业,因此在忧国济世与专业追求之间会有某种紧张关系。但是,对于一种在这个国家的历史上未曾存在过的新专业人士的法律人,他们与其他领域的人相比,在当今的中国注

定要遭遇更多的坎坷。在人民共和国成立之后,法律教育很快就处在受抑制的状态。实际上,20世纪50年代前期如西南政法学院等政法学院的成立与其说是对法律教育发展的起点,不如说是限制法律教育的举措。因为每一所政法学院都是在合并若干所综合性大学法律系的基础上而建立的;政法学院的出现其实大大缩小了中国法律教育的整体规模。比规模更重要的变化是,“政法”这样的概念所预示的法律教育内容与目标与既有传统的断裂。

因此,在政法学院里的人,无论是教师,还是学生,一开始就处在一种压抑的心态之中。我们看当时涉及法律教育的主流话语,完全是排斥法治的。到了20世纪60年代,这种排斥愈演愈烈,终于导致法律教育的完全停滞。教师下放劳动,学校纷纷解散。在这样的情况下,法律界知识分子的忧患真正是刻骨铭心,难以排解。文革浩劫之后,法律教育虽然恢复,法治建设也逐渐提上日程,但是书本上法律理论与社会中的实际状况之间的巨大反差仍然是法律人经常面临的巨大痛苦。尽管位居西南,多少有些“处江湖之远”,但是这种由于专业的特殊性而加剧了的忧患意识却没有须臾少缓,甚至正因为与政治中心距离的遥远而更有所强化。

在法律教育以及法学研究方面,这种忧患意识与理性和开放的精神相结合,形成了西南法律人好学深思、平等讨论的尚智风气和不自盲从、不迷信的学术品格。尤其是复办后的一段时间,校园里面百家争鸣,学术墙报放言无忌,新论叠出,一些观点或论证,今天读来,或不免稚嫩,但是,在当时的舆论环境下,却颇有石破天惊之感。正是这样的校园风气,培育了西南法律人那可贵的怀疑和批判精神。

怀疑和批判不是一种情绪化的表达,而是建立在广阔而深邃的知识积累基础上的理性论证。最初,设置单科型政法学院的目标正是为了培养偏于技术化或工匠型的法科人员;不在一个综合性大学里,学生以及教师的知识视野就必然受到限制,批判精神便无从发育。然而,西南法律人的独特之处在于,他们意识到了这种教育体制的局限性,并且付出极大的努力,力求突破这样的局限性。图书馆里

的手不释卷,山阴道上的玄思妙想,宿舍卧谈中的唇枪舌剑,无不显示出这所专业略嫌单一的大学中的师生们不拘泥于法学一科、寻求超越的努力。这样的追求在我们的毕业生身上已经有多多样化的体现:除了那些从事法律教育和法学研究的人们经常在作品中显示出他们多学科的知识修养之外,不少校友进入政坛,或从事着法律之外的业务而且胜任愉快,一些人甚至成为戏剧作家、旅行(作)家、诗人、哲学家。相信随着母校向综合性大学的不断迈进,我们的毕业生在这个特色方面将更加令人瞩目。

对于人而言,50岁已经是“知天命”的年龄。但是,就大学而言,50岁只能说是世界大学之林中的一颗幼树。尽管我们的母校已经形成了一种独特的精神和传统,在人才培养方面也取得了巨大的成就,但是,我们还需要为建设一所伟大的大学而作出艰巨的努力。作为校友,在献礼的同时,我们也表达对母校美好前景的衷心祝福,祝愿母校的优良传统不断发扬光大,祝愿我们的校园永远桃李芬芳,祝愿我们的校友人才辈出,在不断提升母校地位的同时,也为整个国家法治大业的成就作出更多的贡献。

巍巍学府,在蜀山中。孜孜弘道,惟我学子。

《西南政法大学学子学术文库》编委会

2003年8月6日

自序

为庆祝母校西南政法大学成立 50 周年,北京校友会策划了这样一套规模不小的学术文库。作为一个一直热心校友活动的毕业生,自己为能够参与这项盛事而感到由衷地快乐。但是,当几位老同学劝我也应该为这套丛书贡献一种的时候,我却犹豫起来了——近年来已经出版过几种文集,新东西很少,根本没有足够的材料做出一道能够与这桌学术盛宴相般配的佳肴来。

推托不过,只好另辟蹊径。忽然想起过去曾经计划编辑过一个自己文字的选本,当时我的家乡出版社——山东教育出版社——约请一些学者编辑一套自选集丛书,每个人的集子中包括论文、随笔以及对话等。我觉得这是很好的一个安排,就用了一段时间,编成一个集子,写了自序,书名也取好了,就是眼下这个名字。但是,后来考虑再三,自己还是主动要求退了出来。只留下一篇自序无书可附,在网上偶尔露露面。

自那以后,6 年的时间已经过去了。这些年来,我又陆续写了一些文字,尤其是随笔评论类的东西,发表得较多,也有几个集子出版。现在,为了参加这套丛书,只好在此前的基础上,重新编辑一个新的文集,作为给母校生日微薄的献礼。于是就选择了 5 篇论文,30 篇随笔和 10 篇序文,加上不久前在母校所作的一场关于西南政法大学

精神的讲座记录稿,辑成此集出版。由于多数文章此前曾经收入过《司法的理念与制度》(中国政法大学出版社1998年版)、《法边余墨》(法律出版社2003年第2版)、《具体法治》(法律出版社2002年版)以及《运送正义的方式》(上海三联书店2002年版)等书,只有演讲一篇、作为硕士论文一部分的“天主教的婚姻制度以及教会法对世俗法的影响”、30篇随笔中的8篇新作以及序文中的1篇未曾结集出版,所以已经有上述各书的朋友大可不必再破费有限的书钱买这本书了。

把已经出版过的文字重新组合再出版,一个现成的借口是常言所谓敝帚自珍。这个成语不仅仅可以表达一个人对于自家文章的心情,也不妨用来形容一个毕业生对母校的多多少少有些非理性的情感。西南政法大学已经度过了她风雨苍黄的半个世纪岁月,跟世界上一些古老大学相比较,五十岁的大学只能算是处在童年期的小弟弟,况且就学科设置、图书收藏、校园建设等方面而言,西南不足之处尚多。但是,在我们这些毕业生的心中,对母校的看法显然掺杂了太多的情感因素。在歌乐山下的这片不大的校园中,我们度过了美好的青春时光。西南给我们的,不仅仅是专业的训练和一纸毕业证书,更重要的,是四年里心灵的熏陶,人格的提升,以及那种独特的校园气氛对于每个人性情的塑造,当然还包括一辈子都脱不去的老火锅汤一般浓烈的西南情结。在题为“西南法律人的精神”的演讲中,我表达了自己对于母校精神的理解,那当然是很粗浅的,或许只表现了我的一偏之见。不过,我真诚地期望,50周年庆典能够成为母校焕发新的青春的契机,在今后的岁月里,这里能够有越来越浓郁的学术气氛,一代又一代的毕业生能够为国家的法治建设事业做出更出色的贡献。

2002年12月,广东校友会在广州成立,我应邀参加这次盛会,近千名活跃在广东法律界以及其他行业的校友在广州花园酒店会议厅里济济一堂,那样的气氛给我很大的感染。广州是康有为万木草堂的所在,我们又在花园酒店聚会,于是就触景生情,不怕在场的高

绍先老师见笑，打油一首，表达自己的喜悦甚至为校友的杰出成就而骄傲的心情。不揣浅陋，把它录在这里作结：

法治万木欲参天，
自由百花已成园。
人间哪得美如许？
西南学子聚岭南。

贺卫方
2003年7月7日

目 录

自序.....	1
西南法律人的精神.....	1

论 文

通过司法实现社会正义	
——对中国法官现状的一个透视	47
中国司法管理制度的两个问题.....	116
司法独立在近代中国的展开.....	137
中国古典司法判决的风格与精神	
——以宋代判决为基本依据兼与英国比较.....	174
天主教的婚姻制度和教会法对世俗法的影响.....	197

法 学 随 笔

法治 人治 运动治.....	227
法学家的缺席.....	230
宪法的命运.....	233
钱之金石之宪法.....	237
投票箱的妙用.....	239
税收奠定宪政基础.....	244

论最高法院	247
统一之道	250
复转军人进法院	255
法律职业化的难题	258
改革司法改革	261
从惊堂槌说到法庭威仪	264
法袍、法槌之外	267
法言法语的意义	270
柯克的故事	273
法院的位置	276
高俅诉林冲	278
演说、辩论与法庭	281
法庭辩论的价值	284
执行难	288
刑讯逼供为哪般	291
善待官员	293
极端难题	296
不智的诉讼 含糊的判决	299
一起热门事件 三点理性建言	303
刘燕文诉北京大学案评论两则	306
司法对新闻自由的保护	316
监督到家了	319
自治与开放之间的法学	322
超越比利牛斯山	325

序 文

李贵连《沈家本传》序	329
徐忠明《批评与思考》序	333

王健《沟通两个世界的法律意义》序	336
李修源《司法公正理念及其现代化》序	339
付立庆《法治的脸谱》序	342
人为理性之闪光(唐文《法官判案如何讲理》序)	346
“第三课堂”的魅力(《北大法治之路论坛》序)	349
《司法的理念与制度》自序	352
《具体法治》自序	354
《运送正义的方式》自序	357
以原序代跋	361

西南法律人的精神

贺卫方按：这是我于2003年3月24日在西南政法大学渝北校区为大一同学所做的一场讲座的整理稿。讲座由西南法学论坛和新校区管委会联合主办，张绍彦教授主持。原来的题目为“西南政法大学的精神”，现改做这个题目，同时也对一些文字做了一些修改。在这里，我要感谢绍彦教授的热情邀请和主持，同时向陶睿同学致谢，这么长的一篇讲座，他对着录音机一句一句地整理，其中的耐心和辛劳实在是应该得到诚恳的感谢的

张绍彦：各位同学、各位来宾，晚上好！（掌声）今天我们十分荣幸地邀请到了法学界知名的北京大学贺卫方教授（掌声）来这里讲演。我没有想到的是贺教授在咱们西南政法大学的新校区会受到一年级新同学如此隆重、热烈的欢迎。首先我不得不对我最尊敬的学长说一句：“佩服！”（掌声）那么贺教授呢，大家知道，他是咱们学校78级的校友，也是西南政法学院恢复招生以后的第一届学生。（掌声）我是80级的，所以是贺教授的学弟，我们也是多年非常要好的朋友。上周即13日晚上贺教授在老校区作了一次演讲，14日他要回北京，但是上午有半天的时间，我们的龙宗智校长对我说：“绍彦，你问一下——因为他和贺卫方教授是同学——你问一下明天上午他有半天时间怎么安排？”我问他：“卫方，明天半天时间怎么安排？”他说，“我去新校区，去看新同学。”所以14号上午，我陪贺教授到新校区看了看，因为你们都在上课，所以我们“偷偷地”看望了同学们。（笑声）那么贺教授呢，其实今天气氛已经说明了，不用我多说了，其

实贺教授不应成为法学界的一名知名学者,因为贺教授的影响远远地超过了法律界,远远地超出了法学界。(掌声)你们可以看一下2001年的第几期的《中国青年》杂志(贺卫方答:第一期),专门有厚厚的这么一本专刊——影响中国21世纪走向的100个青年。(惊讶声,掌声)那么在这100个青年里面,如果是说用咱们的学科的界限来划的话,有两位咱们法律界的人,一位是贺卫方教授,还有另外一位——夏勇先生,也是咱们学校78级的(惊讶声,掌声)。我说贺教授他的影响远远不止法律界,是因为他的贡献不止是对于推进中国所谓的法治进程,如果现在用我们党中央的话说,就是与时俱进,他对中国的政治领域、文化领域和精神领域,也发挥过我认为是非常独特的作用,是一种不可替代的作用。但是今天,贺教授到这儿想说的话可能不止是这个,他到这儿来是来看我们同学的,是想和大家交流,因此他演讲的题目是《西南的精神》。那么这个题目呢,前一段时间我和贺教授都有一种同样的感觉,我们都习惯于称“西南”,而不习惯于称“西政”。因为“西政”还有西北政法学院。如果我们把西南政法大学定义为就在重庆生存,我们可以叫“西政”。如果它要面向全国的话,就应当是西南,并且一直以来我们没有“西政”这个称呼,我们都是西南人。我希望西南能够在咱们02级、03级传下去,而纠正“西政”。(掌声)由于今天贺老师演讲的是这样一个题目,因此我们论坛的规则要做一些调整。就是说我们今天在座的各位,凡是你关心的和有兴趣的问题,都可以写成纸条递上来,拿给我,特别是围绕着咱们学校、咱们西南的发展所有的关心和感兴趣的问题都可以请贺教授解答。在不久之前,贺教授刚刚出版和翻译的著作,他专门带来送给咱们新校区的图书馆(欢呼声、掌声)。现在请新校区的管委会主任——李纯实老师,代表学校接受贺老师的赠书。(掌声)那么我想该到主题的时候了。下面,我提议我们以热烈的掌声欢迎贺教授给我们演讲。(热烈掌声)

开 场 白

贺卫方：我非常兴奋能够来到这儿，跟在座的主要是大一的同学作一个交流。对我来说，母校是一个心中永远挥不去的回忆，一种浓浓的感情。而我自己——刚才张绍彦老师已经介绍了——我在1978年上我们这个学校了，我是文革复办以后的第一届学生，那年我18岁，现在一晃25年已经过去了（掌声）。我自己是山东人，跟绍彦老师是老乡。当年我从山东的烟台坐火车，1978年的10月2日，从烟台坐火车，终点站是重庆市。在这中间要转车，在济南转一次车，在郑州转一次车，在宝鸡转一次车，在成都又转了一次车（笑声）。经过五天艰苦的旅行，才运行到了自己感到非常陌生的这一块土地上——西南政法学院，当时叫西南政法学院。那时我们的学校极其艰苦，大家戏称叫“稀烂政法学院”。拉着我们的车——是一个大卡车——到车站来接我们。

我们到这个极其简陋的学校，拉着我们的卡车，在上东山大楼的时候，竟然走到中间上不去了，因为道路太过泥泞，这个车轮子就打空转，没办法往前走。结果最后，我们就纷纷跳下车来，自己跑到东山大楼里面，找到了自己的宿舍。随后的这几年的时间里，咱们的学校都是一座工地，天天是噪音不断，简直是到了一种可怕的程度。我们后来就一年一年地过去，然后就毕业了。因为咱们学校是所有的政法大学、政法学院里边第一个复办的学校，所以在1977年国务院决定复办我们的学校的时候，确定了全国的77所重点大学，我们的学校就是其中的一所。政法类的有两所，一所是西南政法，另外一所是国际关系学院。我的印象是这样的。我们是第一届，当时全国总共有四所院校招收法律专业的学生。一所是我现在所服务的单位——北京大学法律学系，一所是中国人民大学法律系，一所是吉林大学法律系，再有一所就是我们这儿。对了，还有湖北财经学院的法律系，现在搞民法的王利明教授就是那一届的学生。但是我们这儿

的人数最多,我们那届同学大概有 360 多个人,我记得仿佛跟一年的天数一样多(笑声)。360 多个法律专业同学加上师资班的同学有 400 多个同学,其他学校都是招那么几十个同学,我们这儿就人多势众。然后 1982 年毕业,我们就迅速地占领各个关键的滩头阵地(笑声),然后就开展了对于中国法制建设的这样一场伟大的事业。

我们这一届同学几乎可以说是跟中国文革后的法制建设同步的人,中国的法制建设就是 1978 年十一届三中全会之后,然后开展民主与法制建设。我们一下子毕业这么多人,许多机构都非常欢迎我们的毕业生。西南政法学院在法律界具有良好的声誉,向来是学风严谨、勤勉、扎实,因此不少同学都到了许多很重要的岗位。当时的同学们,尤其是谈恋爱的同学,你们知道,当时有些同学想到时候回自己的家乡。比如说我们班一位来自云南的同学,就特别想回昆明。但是他又谈了一个女朋友,女朋友却是苏州人,想能够两个人一起到南京也很好。最后毕业时,学校的政策是照顾人不照顾地方,可以把你们分到一起去,但是没办法照顾你们或者回南京或者回昆明。最后没办法,算了,你们艰苦一点,到北京去(尖叫声)。当时北京有许多机关告诉南方来的同学,你们应该到南方去,北京并不是一个特别适合人类居住的地方。沙尘暴啊,可能比伊拉克的沙尘暴好一点而已,结果我们不少同学到了北京。现在 78 级的毕业生中,在北京的同学已经达到了 80 人以上。这样的比例已经是相当不得了。

西南的毕业生分布在司法实务界、学术界,甚至包括更宽泛的政界。虽然我们 78 级同学在读书的时候,校园并没有这样一个口号:“今日我以西政为荣,明天西政以我为荣”,但是大家还是有一种非常兴奋的感觉,刚刚大学毕业,简直是豪情万丈,然后纷纷到了不同的岗位开始工作。我觉得西南政法,不仅仅是我们这一届,包括后面毕业的一些校友,都付出了相当大的努力。也许你们的老师们也经常跟大家谈起这些人的名字,比方说:我们在最高法院,西南 78 级的有两位副院长江必新和黄松有,两位既是非常优秀的法官也是很好的学者。司法部的副部长胡泽君,也是我们那一届的同学。最高人

民检察院的张穹副检察长是78级的,团中央第一书记周强先生也是我们同学,反正非常多。在学术界从事学术研究的人,也非常努力,像中国社会科学院法学研究所的所长夏勇教授,是78级的校友。刚才绍彦老师说,有两位被评为“影响中国的100个年轻人”中间,其中法学界的人只有两个,一个夏勇教授,另一个就是在下。(掌声)其实我自己也不知道是好影响还是坏影响,也许是对中国发生了坏影响的100个年轻人之一呢(笑)。以研究法律文化而著称的、在80年代就有着全国性影响的梁治平教授,是78级的。从事新儒学研究,对于自由主义哲学造诣很深的蒋庆教授是78级的。研究民法,提出了“绿色民法典”草案,号称“武汉蛮人”的徐国栋教授,现在在厦门大学任教授、博士生导师的,是78级的。在清华大学新成立的法学院中间,仅仅将近30位教师中间,我们西南政法的毕业生中间占了五位,都是在学术方面非常突出的。在我所在的北京大学的教师的比例中间,基本上北京大学的毕业生占的比例太高,我认为这是北大的一个缺陷,因为跟人一样,大学的“近亲繁殖”率过高总不是一件好事情(笑声)。即使是这样,我们仍然有六位西南政法的毕业生在北大任教,而且这六位老师中间,有一位是老辈的,已经退休的刘家兴老师,有一位是刚刚过去的,也算是我带的学生,丁利博士,其他的四位都被北大法学院的学生评为最受欢迎的老师(掌声)。所以西南政法大学虽然地处西南,但是她已经成为中国的法律界以及法学界的最具有号召力的品牌之一。她的毕业生可以说是在法律的各个领域中间都作出了相当突出的贡献。人们不禁在问,其中原因在哪里。包括我的同事,研究刑法的陈兴良教授,他在给我们的一位校友——邱兴隆教授的书写序的时候,他在序言里面就说,我有一次开会到西南政法,到了这个校园里边,我的心里一直在想一个问题,那就是:在这样的一个校园里,在这样一个偏远的校园里边,在这样不是显得非常豪华的建筑,也显得非常平实、很朴素的一个校园里边,为什么会走出了这么多优秀的人才?是什么原因使得这个学校在法学界、在法律界能够占有这样的一个地位?能够受到这样的一

种良好的评价,享有如此令人艳羡的口碑,到底是什么原因?包括有一些其它学校的毕业生,他们都觉得西南好像是令人尊重的。那么到底是什么原因?

说老实话,作为从这儿走出来的一个人,我自己因为后来经历过几个大学,我毕业以后就考上了研究生,考到了中国政法大学,读了法律史专业的研究生,那么接下来,在政法大学研究生毕业以后,教了十年书,在十年的时间里都在中国政法大学那块地面上工作。到了95年,“转会”到北京大学(笑声)。——转眼,我在北大已经有八年了,相当于抗战的那个时间——八年的历史。另外,我自己还兼任了国内的十四五所大学的兼职教授(掌声),因此平常就有很多机会到其它学校去讲学,去进行学术交流,参与一些学术界的研讨会。我自己平常也经常做这样的比较,比较不同大学之间的异同,琢磨相互之间在风格和精神方面的差异。我想,我们在西南政法这块土地上,能够通过某种方式寻找出一种叫西南精神的东西。这样的一种精神,这样的一种风格,这样的一种努力奋发向上的一种内在的追求,一种生生不息、代代相传的精神是我们西南可以立足于法学之林的最重要的基础。在座的不少老师可能跟我一样甚至有更深的体会,因为你在这里的时间很长,而我只是匆匆过客。

西南是什么,西南在中国的法律界到底她的特色是什么?也许你们也急于去了解,你们也愿意听取我这样一个老校友的点滴体会。我想今天晚上与其说我单独做的一个演讲,不如说更重要的是一个交流。我愿意大家提出更多的问题来回答,所以我演讲的时间不会太长,我更希望作为西南人的大家能提出自己的问题,大家一起讨论。当然问题不要过分敏感,我在这儿讲有时候涉及到学校的问题,我还是稍微还是有一点点那个……可以叫“投鼠忌器”吧,不要给校领导添麻烦。当然我跟他们私下交流的时候我还是非常直率的。比方说,我跟龙校长说,我说咱们学校的网站实在是太糟糕了(欢呼声、掌声)。现在是网络时代,一个大学的外部形象,很重要的一个就体现在它有一个内容丰富、材料权威、界面亲切、更新及时的网站,

最好还要有一个热闹的讨论区,也就是BBS。同学们有什么建议和批评,可以在这样一个讨论区里提出来,当然,也可以不断地发牢骚。这个时代如果一个大学没有这么一个很好的网站,这个大学就没有做到——用现在非常时髦的话说——“与时俱进。”龙校长也深以为然,说我们要好好做一下。这真的是一个很大的问题,我希望近期内能够很好地改变一下这个状况。所以,我们一会儿有很多时间进行讨论。

西南政法的精神,西南的精神,刚才有老师解释了一下,实际上他解释的我觉得有一半是我想到的,有一半是我的想法还没来得及说出来的。也就是说,我们是一个法律的大学,法律呢,也是我们主旋律,但是她偏偏叫“西政”。这个“西政”是什么意思?西南政治学校?这个“政”我不大喜欢。大家知道,我们的学校的英文名字“Southwest University of Political Science and Law”,实际上这个翻译有点问题。有一位法学界的前辈曾经说,这样的一个译法是有些不准确的。大家知道,49年以前,我们的法律学院不叫“政法学院”或者“政法大学”,而是叫“法政大学”或者“法政学堂”,“法”字在前面,“政”字在后面。那么在1949年中华人民共和国建立以后成立的法学院叫“政法、政法”。为什么颠倒一个个儿?就是为了让政治能够控制法律,也就是说,法律只是一个附庸,法律只是一个奴仆,法律只是一个为政治服务的工具。所以“政”就要在前边,所以从这个意义上讲,它不是政治科学和法学这样一个大学而是政治性的法律大学。与其说叫“Political Science and Law”,不如说叫“Political Law”。被政治所控制的法律、法律大学。所以,“政”这个字我有点敏感,有点不太喜欢。所以一般的时候问我是哪儿毕业的,我就说是西南毕业的。一般法学界、法律界就有一个品牌,叫西南的就这一个品牌。当然,其他名称有西南的院校,例如西南财大、西南师大、西南交大等等,后来也都有法律系或法学院了。但是,这些院校的法学教育通常在法律界好像还没有我们这么响亮啊!所以,在法律界,只要简单地说是西南毕业的,人们都知道这说的是坐落在重庆市沙坪坝

的那所大学,反而,其他院校的毕业生需要多说几个字。所以说我们的这种精神应该叫西南的精神。西南的精神体现在哪些方面,我自己可以说是有一些体会,同时呢,也有一些跟其他院校的比较。所以我今天想谈一下自己的一些粗浅的看法,跟在座的各位老师,各位同学做一个交流。

开明与思想独立

西南政法这样一个学校,它的精神的第一个方面,我认为它是一种极其开明与独立的精神状况。也就是说,它的精神状况是一种开明的,是一种,我们过去习惯用的词叫“解放”!也就是说它并不是一个特别趋向于保守的、趋向于不思进取,或者说很僵硬、很左的那样一个类型的学校。我们都知道培养法律人本身有一种特殊的保守性,这个是毋庸置疑的。世界各个国家的法律职业家跟政治家都是不一样的,法律人由于他们非常特殊的一种思维方式,比方说,他们判决案卷的时候,他们一定是向后看,看一看从前怎么办的这个案件,过去是怎么判的,现在就怎么判。我们法律有一个格言,叫做“同样的事件,同样的对待”,同样的案情,获得同等的对待,在法律里边,我们不容许有一种深一脚、浅一脚,月朦胧、鸟朦胧,这样一种高度不确定的状态是与法治的逻辑不相容的。法治要求法律面前人人平等。这样的一种平等性要体现在两个方面,一个方面是空间方面的平等,也就是说,我们生活在贵州的一个人跟生活在河北的一个人,大家犯了事了,违反了法律,都必须得到同样的对待,不允许河北的这个人判刑重,贵州这个地方判刑轻。或者说同样一个合同纠纷在这儿是有效的,在那儿合同便变得无效。这是法律面前的平等性的一个方面。第二个方面是时间意义的平等,那就是说,昨天的一个行为是判这样的刑罚,今天的一个行为不容许这样的一种抽风一样的,比方说,昨天判了5年,今天同样的一种行为,判刑15年或者死刑。这样的一种做法是违反了法律面前人人平等的准则的。搞法律

的人有这么一种天生的性格就是说,他一定要观察从前,看判决书怎么判刑。甚至他引用法律的时候,他都清楚表明他引用的是所谓的现行法律实际上不是现在制定的法律,而是从前制定的法律。以前的时候,我们不容许国家根据特定人的行为来新制定一种法律,来制裁这个人。大家还记得《封神演义》里面有一个人物叫申公豹,申公豹的脑袋被割下来以后又给安倒了,所以申公豹这个人脸朝后,后脑勺在前面。然后他就向前走就是向后走,向后走才是向前走,那个方向是倒着的。我不知道今天我们是否还受到申公豹的一种影响,也就是说,我们中国人的时间观念仿佛是向后走的,而不是向前走的。比方说,我们是说未来的事情,我们偏偏要说今后我们一定要好好工作,今后一定好好工作。今后,往哪儿走了,往后走了(笑声)。我们明明是说过去的事,我们说以前如何如何。(掌声)大家知道时间观念是一个非常有意思的事情,奥古斯丁,伟大的中世纪的哲学家曾经说过什么是时间,“时间这个东西,你不问我我还知道,你一问我我反而糊涂了,我不知道什么是时间。”不同的民族、不同的文明,这个时间观念其实是有很大的差异的。比方说西方的基督教文里,它们是以公元纪年的方式来计算这样的一个时间。我们今年是2003年,明年是2004年,方向永远向前,不往后回头的观念。然而100多年前,各位同学你们知道,我们不是这样的时间观念,我们的时间观念是六十年一甲子的时间观,我们有一种两个系统的搭配,不断地搭配,今年是癸未年。那么六十年一甲子,六十年一循环。我们中国人的时间观念是转着圈走的,我们不是一直朝前走的,老是这么循环的。所以有许多西方人观察中国人,说中国人并不是一个一直朝前走的民族,她走一走就往后走。甚至我们有时候就讲“向后走”。我们通常说最美好的时代是三代之世,三代之世是从前的那个时代。我们说“人心不古”啊,我们要感叹这个世风日下的状态的时候开始说,我们说“人心不古”。来自杭州的同学记得,那个西湖边上有一个西泠印社,曾经做过印社社长的吴昌硕先生的题词,那个对联叫“以文会友、与古为徒”,越古的东西是越好的东西。人们嘲笑写文

章写得不好的人说,你这文章学的这个风格是宋以后的风格,你要学最早的风格,写文章的人要学周、秦、汉,所以黎元洪大总统门口的对联叫“文章唯读周秦汉,儒术兼通天地人”。哎呀,听起来很好。就说我们中国人说,好的东西都是古代人的东西,我们总觉得时间应该是倒流的,应该是拉历史的倒车的。当然我们现在已经不是这样了。但是我们法律人还是有一种保守的性格,就是说要以过去的规则来控制今天的行为,来约束今天的行为。这个是搞法律的人做决策时的一个最重要的特色,也是法律人不大喜欢过分的进取。那么我们中国随着法治建设的深化,我们也开始慢慢地更多地思考法律人做决策的精神,思考法律职业者在这个社会的各个领域中间所起到的作用到底是怎样的一种作用,在这个时候保守精神得到了学术界以及法律界越来越多的认可。

但是我们今天所说的保守并不是说的这个意思,而是指那种封闭意识下的坐井观天,心胸狭隘。从这个角度说,我们这个学校,至少从复办时开始,一直到今天,我很少能够发现在这个学校里边的人以及从这里出去的人,无论是教师,无论是领导,还是同学们,变成那种“左棍”。所谓的开明就是对世界上一切文化,保持一种开放的胸怀。所以开明就是不固步自封,绝对不老是固守在自己原来的窠臼之中而不可自拔。我们的校园里洋溢着一种开放的精神,虽然我们远离大海,地处西南,单纯从地理上说显得比较偏远,但是,在我看来,在中国当今的文化地理上,重庆以及西南地区的主要城市都不能说是封闭地区。我不知道这是否跟抗战时期许多大学内迁西南有关,总之,作为一个内地城市,重庆在思想观念方面绝地要比东部的某些沿海城市要开放得多,要文化得多。

虽然地处这个地方,但是这个地方出去的毕业生在学校期间都是保持着一种非常开放的胸怀。我们在读书的时候,可以说乍暖还寒。那时文革刚刚结束,当时的那个时代,精神建设状况是相当地封闭、相当地保守。大家想想,我们在学校里边,我一直到二年级的下半学期,我猛然听到我们班有个同学说:“毛主席犯过错误”,哎呀,

当时我们都感到非常地不理解,非常地气愤,你怎么能说毛主席犯过错误?你这个家伙简直太反动了(笑声)。在大家心目中,在1979年的时候,大家心目中毛主席还是一个神。没有办法想象毛主席还会犯错误。但是后来随着这个国家的变化,这个西南政法的学风也迅速地走向了一种比较开放,比方说图书馆里面的西方经典著作被人越来越多地阅读。我记得当时图书馆里面有一位搞出纳的老师,这位老师我现在仍然记得她的名字——肖婷秀老师,听说她已经到深圳去生活了,她的孩子在深圳那边,她早就已经退休了,肖老师特别喜欢爱读书的同学,你到图书馆去借书,老借一种特定类型的书,这位老师就会记住你。她就记得我老爱借哲学方面的书、西方哲学史方面的书。然后,当时也是半通不通的吧!黑格尔的《哲学史讲演录》,然后去图书馆里边去借。借了第一卷,然后说第二卷还没回来呢,被别的同学借走了。然后肖老师就会记得这一点,等到第二卷一回来以后,肖老师马上派遣另外一个来借书的同学说:“你到9班去找一下贺卫方,告诉他《哲学史讲演录》第二卷已经回来了,叫他赶快来借。”(掌声)这里是我要表达的西南精神中的第四个精神,现在还不要在这儿过分地展开。但是我只是说,当时有这么一个好老师,同时借助了这样一种开明时代的风气,我们的同学、我们的老师变得非常地开明,思想观念非常地解放。我们举办了许许多多的学术墙报,78级有十个班,十个班每个班都出一种学术墙报。学术墙报就是用那种很大的、比较厚一点的白纸,然后硬笔书法比较好的同学,把大家写的论文写到这个白纸上贴在墙上,然后每个班举办这样一个很大很大的墙报。让大家多多少少,各个班级中间有一个暗暗的较劲:你办得好,我比你办得还好。那么当时是一个特殊的时代,思想变化得极其剧烈,昨天还是大家恪守不渝的东西,今天已经变得非常地、已经变成了一种与大家告别的东西。比方说当年《大众电影》上曾经登出了一幅照片,是《水晶鞋》那个电影,男女主人公在一块相拥而吻,两个人在那儿接吻,按照中国的古话说是做一个“吕”字,“吕”啊,两个“口”在一块做一个“吕”字。这个刊物出来后,全

国批判这期刊物。《人民日报》发表文章,抨击这样资产阶级的腐化的生活方式,毫无批判地引进到中国来,这样的一种做法简直是可以令人震惊,令人发指,必须加以批判。人家不过就是做一个“吕”字嘛!(笑声)大家想想,这样的一种事情很快就发生了变化,所以西南政法的同学,大家在那样的一个时代里边,不断地阅读了许许多多的西方的哲学的著作,西方的当代的著作。比方说当时的《哲学译丛》在我们的同学中间是特别受欢迎的刊物,我们是一个法律大学的学生,但是大家特别喜欢哲学,我的同学蒋庆,现在的蒋庆教授,在我们读大学的时候就是一个思想解放的先锋。那时,他仿佛深受南斯拉夫的实践派的影响,他在学术墙报上响亮地提出一个口号,叫“回到马克思主义”,什么叫回到马克思主义,就是认为我们现在的这一套东西不叫真正的马克思主义,我们需要回归,当时全国都引起震动啊!团中央的领导马上指示重庆市委,包括更高层次的领导,要查一下这个人。这是什么人敢提出这样的口号,这分别是诋毁我们现在的社会主义和现在的马克思主义,好像只有他才是真正的马克思主义。但是这位同学、我的这位同学坚持己见,真正地恪守一个学者应有的良知、学术的良心。大学毕业的时候,我们的老师居然还把这位同学留校,认为这位同学是最优秀的毕业生之一,一定要叫他留到学校来,要他成为一个老师。把这样的一种开明和独立的精神传递到我们后面的同学身上。虽然上面三令五申要整我们的这位同学,但是他居然得到了最优厚的待遇——留校了。当然后来他也离开这儿了,到深圳去了。他是中国现代新儒学的最重要的几位代表人物之一。一个法律专业的毕业生能够在哲学领域中具有相当突出的成就,这是令人刮目相看的。他毕业以后又开始转而研究佛学——对于佛教的深入的研究。后来又转向对基督教的研究。然后对西方的自由主义下了很大的功夫,同时他又力求追求一种境界,那就是把王阳明的思想跟西方的现代的自由主义的思想作一种更加深入的结合,以便为中国未来提供真正意义上的指导思想。我们这位同学不仅仅要立言,而且十分注重以行为去践行儒家的追求、儒家的

思想。他在他的家乡——贵州省的一个大山里边,建了一个“阳明精舍”,就是纪念王阳明的一个古典意义上的书院。他准备在那儿招收弟子,在那儿办一个真正意义上的书院,让我们的新一代的学生不要数典忘祖,忘记王阳明的学说,忘记孔子的学说。大家有机会到贵州去的话,你们可以去看看那个“阳明精舍”,去看看他的那样一种奋斗的精神。这样的一个人,他身上这样的一种精神,我和他交谈,分明可以真切地感受到这个人深刻的家国之忧和开放的精神。这是西南的精神!这是西南的一种追求!

我们同学也向来富于一种叛逆心态,西南政法的同学不是特别的温顺,当然重庆这个地方的民风就不大温顺(笑声),重庆这个地方的人的性格多多少少有一点火气重,很有些北方化。喝酒喝得爽气,吃火锅吃得很辣,喜怒哀乐皆溢于言表,很自然就有一种桀骜不逊和反叛精神,这是一种非常独特的一种民风。我们这些人从祖国的四面八方来到这儿,也不免受到这种民风的影响,也开始具有一种性格,你上面说什么,我总要问一问,为什么你要这样说,你这样说对吗?这样的一种批判精神在大学里边经常体现为我们写大字报。学校领导有什么事情做得我们不满意了,我们就写大字报。当然现在没人写大字报了,宪法已经取消了这个权利,我们当年还没有取消。我们对国家事务都表现出了强烈的关注,我们的同学中间当年有一些人老到解放碑那个地方去发表演讲,给群众发表演讲,告诉大家“中国应当朝何处去”(笑声、掌声)。当然大家有争论,用毛泽东当年的话叫“有人群的地方就有左中右”,我们的观念肯定是不一样,但可贵的是西南政法大学这样的学校体现了对于一种相互辩论、相互争论的非常大的宽容。没有一个可以号称“真理在手”。1981年到1982年间,有一个叫李燕杰的人,李燕杰这个人呢,全国都要去演讲,到处演讲,与青年朋友谈心,让青年朋友注意正确的人生理想,当年很是走红。他俨然以马列主义代言人的身份到处去演讲,一直讲到自己身体都病了。报纸表扬他,党和国家领导人还很关心他。好像是1982年的上半年吧,他来到西南政法学院来演讲,结

果西南政法的同学对他颇不以为然。当时狠狠地质问他几个问题,搞得他很难堪。但是与此同时,我们看到另外几种类型的学者,比方说,当时有一个日本的宪法学教授,叫一圆一亿,一块钱再加一亿块钱,一圆一亿,他就叫这么个名字,这位著名的宪法学者来中国访问,他希望有机会向中国的学生介绍一下他的宪法理论。他到北京去访问那里的几所大学,但是那里的大学都不肯让他讲,说“不不不,宪法方面我们不可能允许一个外国的、一个日本人来讲宪法问题,你要是搞民法、搞刑法还行,宪法不大好,敏感,怕出问题。”最后西南政法大学邀请他来这儿访问的时候,西南政法大学主动提出来他给我们讲一次他的宪法学说。一圆一亿老先生真的非常地意外——怎么可能呢,应该说越是偏远就越应该保守才是,为什么到了西南,到了西南政法学院,却是如此开放?当年,大家知道,1982年,80年代初期,没有哪几个学校的学生有机会听听外国教授的学术演讲,我们有了这个幸运。我们的同学认真地听过这样一场演讲,而且大家表现出了非常谦虚的、认真学习的精神。同时,同学们也跟一圆一亿教授提一些问题。那位老先生,现在我还有点印象,好像显得很开心呀!很开心,他在重庆终于找到了他的学术上的知音。

各位同学,我相信大家应当有这样的一个远大的志向,也就是说把我们西南政法的这样一种开明的、开放的、不苟且、不媚俗的这样一种精神,能够带到全国各地,带到中国的政治舞台之中。

扎实而严谨的学风

我们西南政法大学的精神和风格中的第二个特色,是一种对学问、对事业扎实、严谨的风格。西南政法,我们刚才说它比较偏,它没有什么接触外界的交流的机会,像我现在所在的北京大学,简直可以说像是一个超级百货商场,人来人往。你要是想听讲座的话,你简直可以说每天都可以听各种各样的讲座。绍彦你现在也在那儿读博士,是不是也深有体会?北大的学生可以说是中国大学生中视野最

开阔的一群了。视野开阔是好事情,但是也可能有某些副作用,那就是,如果不能很清楚地自觉的话,就是容易患上一种夸夸其谈的毛病。因为他们的眼界太开阔了,你说起克林顿,“哎,克林顿我听过他讲话啊,当时你没看见三个提问的中间就有我呀?”(笑声)一会儿说哪个诺贝尔奖的获得者,“哎,到这儿来讲的时候我听过,也没有什么了不起嘛!”(笑声)大家知道,讲座是大学中的一道美丽的风景,是否经常有一些高质量的讲座,是一个大学层次的很重要的衡量指标。但是,作为学生也需要知道,讲座并不能代替读书。老是坐在那儿听讲座,听这个的、那个的,而没有认真读书,没有认真地把图书馆里边的一本本的书非常扎实地、非常严谨地给读下来,就容易成为一个知道的很多,但理解的很少的一个人。

我们西南这个地方就没有这样的一个地理的便利。当然现在的学术交流也好多了,听说咱们这儿的新校区也是经常有学术讲座,老校区那边也经常有学术讲座,有各种各样的高层次学术研讨会召开。上一次,这个月的13号我来这儿做讲座的时候,我就是来参加中国和欧盟的一个人权方面的研讨会,欧盟的学者也有机会到西南来访问、来交流。(下面有遗憾声)当然新校区这边没来,你们不要太遗憾,由于人权研究是一个与政治靠得太近的领域,所以这方面的学者似乎也太过政治化,学术方面反面不大优秀。(笑声)大体上来说,尤其是我们读书那个时候,学术交流是非常少的,没有多少人到这儿来做学术报告,我们显得很闭塞。但是闭塞有闭塞的好处,你没有别的刺激,我一个坐在这儿,能够做的事情就是看书,就是读书。当然也有讨论和辩论,但是大多数是自家人之间的辩论。除了互相讨论问题以外,大家就是读书。我们那时候读书的风气是非常浓郁。大家到图书馆的那种看书啊,图书馆里边满满的。一到晚上,各个教室里边灯火通明,大家都在非常认真地读书。我这个人不大喜欢到图书馆或者教室里读书,我就在宿舍里面,躺在——我睡上铺——躺在那上铺上卧读。后来我觉得人家老是到图书馆、到教室里读书,我觉得有点慌,我是不是不太认真读书啊?然后有一次我下决心到图

书馆里边去了一趟。结果我看看他们在干嘛,发现两个同学在写情书(笑声),后来我就不去了。

各位同学,大家知道,一个人接受大学教育,接受大学教育跟接受别的类型的教育,比方说,到一个中等职业学校去受教育,其中有一个非常大的差别。这个差别就是大学教育不仅仅要培养一个专业人士,而且要培养一个博雅之士,我们要通过四年的大学教育,把在座的各位加以塑造,比方说把你过去的思维方式加以改变,逐渐地让你们接受一种听起来过去闻所未闻的思维模式:像法律人那样思考问题,你们要像法律人那样思考问题。你们在高中里边所获得的许多知识在大学里面可能要受到毁灭性的打击。比方说我们的中学教育、小学教育,如果说它有缺陷的话,那么其中非常大的一个缺陷就是,它在灌输着你一种惟一正确的思维方式。比方说,高中、初中阶段,教科书是正确的,是毋庸置疑的,教科书不会出错的吧!我问我的孩子对教材的看法,他现在正在读初二,他就觉得教科书怎么会可能错呢?教科书说的是对的。那么到了大学里边我们就要告诉大家:教科书经常错,有很多问题,我曾经给我们大一同学讲法理学,我一开始就告诉大家把教科书扔掉,可能的话把它们都烧掉。你要知道在大学里面要培养一种批判的精神,当然这样一种批判的精神要体现在方方面面。但是同时呢,我们要注意到我们就是要培养出一个个法律工作者。将来大家要做法官,要做律师,做检察官,那么你必须要对法律的各个方面的知识有非常娴熟的把握,出去以后能够熟练地运用这套知识。另外一方面,法学院又不是技工的培训所,我们需要培养一个人,刚才说的叫博雅之士,那么大学所承担的非常重要的使命就是把人类的一种最高层次的文化加以传承。我们又像薪火传承一样的,从上一代手里接过来,然后把它传到下一代的手里边。这样的伟大的一种文化到底是什么东西?我们都知道这种文化遗产是存在于古往今来积累下来的伟大的著作之中。自古希腊以来的经典著作,从柏拉图、亚里士多德、一直到晚近的罗尔斯、德沃金,这些人的著作都是我们应当了解的。那么与此同时,我们大家还要

培养多方面的情趣。重要的问题在于,一个只懂得法律的人,绝对不可能成为好的法律人。我们需要在人文社会科学的各个方面有广泛的修养,以培养一种崇高的人格。一些文学的东西,我们需要懂一点历史方面的东西,我们需要读一点哲学方面的东西,我们需要听听高级交响音乐,我们要非常多地去理解这样一种人类精神创造的、多方面的成果。如果你高中期间已经读过莎士比亚的话,那么到了大学,你要重读。因为莎士比亚的著作里边不仅仅有一种人类命运的东西,而且有法律的东西。比如莎士比亚说:“要做的第一件事情就是杀死所有的律师。”为什么要杀死所有的律师?你要读一下陀思妥耶夫斯基的小说,他的小说里边体现了一种非常深刻的伦理矛盾,正义和爱之间的矛盾。我想要读的这些东西非常非常的多,历史著作方面,从修昔底德、塔西陀开始的一系列伟大作品,哲学方面,苏格拉底、柏拉图、亚里士多德……我还是不要在这里掉书袋了,随着时间的推移,你们会知道越来越多的需要我们认真阅读的著作。总之,没有任何东西比持之以恒地读书更有助于培育我们的人格,也有助于培养我们进行法律分析的能力。

有些事情是有点奇怪的。本来,我们这所大学的一个最大的缺陷就是这只是一所单科大学,缺乏综合性大学所能够给学生带来的多学科知识的滋养。但是,据我的观察,现在法学界中,西南出身的学者反而最具有多学科的追求。我不知道这是什么原因造成的。也许是在校期间整天上法律专业课程让学生们起了某种逆反心理,也许是因为所谓“缺什么,补什么”的道理,反正我记得大家在学校期间都非常注重博览群书,喜欢读其他学科的作品。这种对法律之外的知识的关注给西南的毕业生带来了很好的力量,在论证某些法律问题的时候,具有更广泛的视野和更扎实的功底。另外,正是因为视野开阔,在知识方面更显得细致和谨慎,不肯轻易下断语。这些都为她的毕业生在学术上的发展奠定了坚实的基础。曾经在《中国社会科学》杂志做过8年编辑工作的张志铭教授——张绍彦教授也很熟悉这位朋友,前不久到他也到过西南本部作过学术报告——跟

我说,他觉得一个非常怪的事,但他做编辑期间,这份中国社会科学领域的最高层次的刊物发表的法学论文中间,将近一半的作者是西南政法的毕业生(掌声)。我想我们的毕业生能够取得这样的成绩,不仅仅靠见解开明,思想独立,而且靠一种学风严谨。也就是说你不可以说仅仅是依靠一种观点非常地新奇,靠观点新颖就可以,你的材料一定要详实,你一定要阅读很多很多的书,你一定对相关的观点进行一种非常扎实、严谨的论证。只有这样,才有可能在《中国社会科学》发表。

这样的一种扎实严谨的精神确实是西南政法——她的毕业生也好,她的在校老师也好——得以在法学界昂首挺胸的非常重要的资本。许多用人单位包括北京地区中央单位,他们用人的时候也有一点觉得不同学校的毕业生风格还是不一样的。你们可能听说过去年有一个花边新闻,有一个用人单位打着一个牌子,上面写着:“北大、清华毕业生免谈!”在北京的人才市场上,我觉得这是一个非常过分,带有很大的炒作色彩。北大清华的毕业生是很优秀的。据我了解到的情况,西南政法的毕业生在北京地区的法律界甚至政府机关都是很受欢迎的。在广东,我们西南的毕业生特别多,去年12月15日,西南政法大学广东校友会在广州成立,他们邀请几位外地校友去捧捧场,其中包括在下。我就在那儿发表了一个半个多小时的演讲,一个关于母校精神的演讲。我发现广东那边的法律界的人特别愿意成为西南政法大学的校友,他们觉得,“我参加这个班,我就拿一个西南政法大学的毕业证,这个学位证书、毕业证书啊,然后我就可以跟我们那个头儿说,咱们俩是一个学校毕业的噢!”(笑声)我想他们非常愿意接受西南政法大学的毕业生,在广州,居然有3000到4000以上的西南政法大学的毕业生。因此校友会规模很大,而且他们还很有钱(笑声)。今年的50周年校庆,广东校友会已经决定准备给母校的新校区捐一个大门(掌声)——哎呀,我已经提前把他们的秘密给泄露出来了啊!在广东的法律界,许许多多的律师事务所,许许多多的法院、检察院他们都愿意接受西南政法大学的毕业生,不仅仅

是因为有些检察长或者法院院长是西南政法的毕业生,而且更重要的是西南政法大学的毕业生他们的谦虚谨慎、扎实严谨的工作作风,能够保证来一个人才成一个人才,能够保证他们的工作取得更大的成就。我想这是我们得以立身的一个非常重要的方面。

之所以在这里强调这种扎实严谨的工作作风,一方面这是我们应当发扬光大的一个传统,另一方面,这样的精神也正是中国法治建设特别需要的。在中国的法治建设走到今天这一步的时候,在我看来,最严重的问题已经不是大的口号,大的理论,而是如何把那种宏大的价值追求跟那样一种看起来像细枝末节一样的那种技术层面上的追求紧密地结合起来,以一种宏大的价值来引领技术的改进,以一种技术的改进来逐渐地实现宏大的价值。我曾经出过一本小册子,叫《具体法治》,我自己曾经非常感叹地说,实际上在我们这里,太多的东西是宏大的口号。各位同学大家想想,当年孙中山先生在非常繁忙的工作之余,亲自动手翻译了一本美国的书,那本书的原文名叫《罗伯特议事规则》,罗伯特议事规则就是罗伯特这个人所发明的、所创造的开会方面的一整套的规则。怎么开会,怎么能保证一个会议能开得成功?孙中山先生深切地意识到中国在这个方面的缺乏,因此把他翻译了进来。他给这本书起的名字叫做《民权初步》。建设一个保障民权的制度最重要也是最初步的东西是什么?孙中山看到了中国从古代开始就有这么一个大的毛病,就是喊口号。“为天地立心,为生民立命,为往世继绝学,为万世开太平!”这个口号大啊,我记得胡适先生就曾经问过一个人说“你喊这样的口号有什么用?你为天地立心,你立个心到天上边给我看看,你怎么立法?”所以这样的口号没有解决很多的问题,我们的传统就喜欢这样的口号,至于如何把这个口号给落实为建设,一些具体的制度如何建立,往往被知识分子视为形面下的东西,不屑于通过点点滴滴的努力去获得。比方说,孙中山就发现中国人不会开会。现代社会是一个会议非常重要的社会,我们在谴责文山会海的时候,不要忘记在美国会议也不少,在英国会议也不少,德国人也经常开会。但是同样的开会

你会发现,开会有有用的会议,有没用的会议,我们开的许多会实际上是没用的。比方说,开会明明是要大家来参与决策的,但是实际上经常有关的决策开会前已经决策了。开会前已经决定了,开会的时候你们来举手而已。这样的会议除了劳命伤财以外,又有什么意义可言呢?(掌声)又有许多开会的时候大家在睡觉,中央电视台曾经有一次把有一个地方正在开会的场景拍下来,许多人都在睡大觉啊,躺在那儿,歪在那儿。有些人在甚至在打电话!但是这样的会议,有时候也不怪打电话的人,有很多会议压根就是没用的会议,是不该开的会议。那么孙中山先生所翻译的这个规则里边告诉我们:开会应当邀请什么人来参加,特定的会议,大家知道,比方说议会应该怎么开?议会里边有委员会,同样的英文的委员会,我们翻译成委员会,委员会有 committee 和 commission 两种设置,这两种甚至差异是什么?为了保证大家畅所欲言,同时以不至于使一些人没有机会讲话,我们是否应当要作一个发言时间方面的限制。我想我们许许多多的法律制度方面,我自己现在越观察越思考越觉得这个问题非常地大。就是说我们如果太不屑于去进行细致的制度建设,就会带来很严重的后果。在这方面,我们的毕业生,我们学校的教育,是体现得非常好的。

美好的师生情谊

我要说的西南政法大学精神的第三个方面是她的非常和谐、美好的师生关系。我们这个学校啊,也许是地处重庆、受本地民风影响的缘故,老师跟学生的关系啊,简直是没比的了,没有哪个学校能这样。我刚刚从这儿毕业到北京去啊,我就有点不习惯。我觉得人情关系太冷漠了。大家知道北京这个城市啊,也许是太大,也许是跟官场文化有关系,当官的人太多了,官员们之间最不容易交心,你要随便交心的话,你这个官就很危险。所以就习惯于“鸡犬之声相闻,老死不相往来”这样一种状态,这就多少对整个北京的民情有了负面

的影响。但是在西南政法大学,你感受到的是完全不同的情景。从我们入学的第一天开始,我们就沉浸在一种浓得化不开的师生爱情,不对,这里不是爱情,而是这样一种深深的爱意之中。当然我们那三届同学有一点点特殊,同学们,当你们遇到你们的老师老是说西南78级如何如何,你们不要心里边感到不舒服。因为有些校友,下边的校友确实觉得西南的老师一说就是78级,你看人家78级如何如何,心里难免有点儿不舒服。因为78级对于咱们的老师们的意义非常重大。因为他们有将近十年的时间没有从事法律教育,他们被下放到劳改农场,下放到祖国的最偏僻的地方,去劳动、去改造,结果突然复办了以后,他们从那些个角落里边回来了。回来了以后刚刚开始要教书了,就遇到了我们这一批人,见到我们他们仿佛见到了失散多年的孩子一样的,简直是那样的一种,怎么说呢,真的是太美的一种感觉。其实,当年我们也没少惹他们生气,经常是在课堂上跟老师较较劲啊,跟老师讨论,以不太那么尊重的态度跟老师讨论,但是,就像父母不会当真跟自己的孩子计较一样,老师们一点也不介意,反而觉得这是“孩子们”成长过程中的自然现象。重庆的夏天非常热,临近放暑假的时候我们考试。考试的时候,我们发现老师用自己的钱买了一箱一箱的冰棍,然后又从家里边拿来许多杯子和碗,在每一个同学旁边放了一支冰棍(掌声)。哎呀!在那一刻,真的,每一个同学都会感觉到,实际上我们仿佛没有离开自己的家,我们没有离开我们的父母亲,因为我们的老师真的就是我们的父母亲!

我当时因为家离得太远,所以我们都是暑假回家,但是寒假就放二十一天假,没办法回家,就在这儿呆着过年。但是过年有一个特别感人的事情。一会儿跑过来一个老师到宿舍里边,“贺卫方,你初二到我家吧!”然后过了一会儿,又一个老师又来了,说是“你初三到我家吧!”第二天,又一个老师来了“你初四到哪儿去啊,到我家吧!”然后我说“哎哟,真是对不起了,刘老师,我已经有安排了。”(笑声、掌声)那样的一种师生情意真的是让人终生难忘。现在我每次回来我都去拜访我的这几位老师们,他们绝大多数都退休了,但我不会忘记

培养我对法制史的兴趣的最重要的就是我们西南政法的几位老师。像林向荣老师、杨和钰老师、杨联华老师，他们都是我的老师，杨联华老师还是我的毕业论文的指导老师。他们现在都看上去比以前老多了，但是他依然关怀着我们。在我们读书的时候，林向荣老师是一个特别严格的、严谨，甚至有点严厉的老师。有一次到他家里拜访，坐下以后，师徒二人相对无言。（笑声）老师非常严谨，不苟言笑，对学生有时候也特别严厉。学生也不知道拿什么话给老师，让老师的脸能够笑起来。但是两个人愿意坐在那儿互相看着对方（笑声）。林老师当年教书也是一位教学非常受欢迎的老师，他讲课的那种风格非常有魅力。我们当时有一个不好的习惯：我们每个人都有一个大饭碗，我不知道你们是不是也有这样的一个饭碗，像放大的搪瓷杯子，上课时都随身带着，到了中午，比方说十二点下课，当时大家肚子饿啊，绝大多数老师都会在十一点四十左右的时候受到敲碗的待遇。（笑声）但是林向荣老师从来没有同学去敲过碗，反而是，当林老师宣布下课的时候，同学都问，“哎，怎么就到十二点了？不对呀，怎么时间过得这么快？”这样的讲课，这样的老师的教学风格，对我的影响都非常大。后来这些老师退休了，有时候到北京去，像林向荣每次到北京去，总要跟他的老学生们见见面，我发现老头子变得非常地慈祥（笑声）。师徒二人现在变得话多得不得了，不像以前那种相对无言的状态。这样的一种师生关系会保持永久啊，保持一辈子啊！甚至有时候会传代，我的孩子都会知道，林爷爷是爸爸的老师。我刚才提到过我们图书馆的那位肖老师，你想想看要记住那么多的人，这个人喜欢读黑格尔的，那个人喜欢读大仲马的，那个人又喜欢读先秦诸子的，她居然能够记得住——也许是她用了一个本子悄悄地记下来，反正你一去图书馆，她总是会知道你的读书兴趣。许多同学毕业以后都记得这位肖老师，记得培养了他们的读书兴趣的肖老师。

前一段时间，王人博老师调到北京去了，调到中国政法大学当老师。实际上同学们有时候可能比较着急，现在我们学校里边人才流失比较多，这是一个很严重的问题，我们自己在外面也感觉有点着

急。(掌声)但是,另外一方面你们也要体谅你们有一些走了的老师,说老实话,一个人在现代社会里边,一个人一辈子就呆在一个地方,一个机构,并不是一种正常的现象,人需要有一种流动性。我们老话讲“人挪活,树挪死”,那么人要挪动挪动。但是比较严重的问题就是我们不能只往外挪不往里挪,只有老师往外走,没有同样优秀的、或者更优秀的教师往里进。所以我想呢,龙宗智校长也好,张国林书记也好,我想他们现在都非常着急这个问题。因为他们走到任何一个地方,遇到的校友他们总是要感叹这个事实,甚至个别的时候表现出对校友的一丝愤怒。这个学校是怎么管的?或者是这些优秀的教师都被伤心了,他们才走的。但是实际上我从来不会这么想,因为,我自己就是一个“多动症”的一个患者。我走的学校也比较多,一会儿这个学校,一会儿那个学校,所以我能够理解。王人博到了北京以后,他就特别感叹北京的世态炎凉。对人与人之间这种冷淡的关系他受不了。他在这儿跟大家打扑克,打得没黑没白的,我记得王人博老师跟他的研究生弟子,就处于这种亲密无间的状态。但是他到了北京去到了中国政法大学以后,这种事儿没有了,大家最多就是开会的时候见见面。同学和老师之间的关系非常多的情况下只是一种法律意义上的师徒关系、师生关系而已,而不是一种人情关系。当然人情关系的冷淡也不完全是坏事,太过亲密也会有过于亲密的问题。但是我自己作为一个中国乡土社会里边出来的人,我是渴望着人与人之间更加亲密一些,非常美好的这样一种亲密的关系,我还是更喜欢一些。

上面我们就非常简短地——哟,说简短也不简短了,已经讲了一个半小时了——讲了一下我们学校的精神的三个方面。第一个方面是开放的胸怀和独立的精神,第二个方面的精神是用扎实严谨的工作态度和治学精神,第三个方面是人与人之间的亲密关系。每一个到这块土地生活的人,你只要进入到这个学校里边生活过的人,将来你就会一辈子会被这个学校打上一个烙印。像在西方国家也是一样,同样一个人,你是哪儿出生的,你是不是属于校友,最重要的就是

你的本科在哪儿读。你的本科在哈佛读,你是哈佛校友。一个人只要在哈佛读过了法学院,那么通常除了校长认为你很有钱,找你来给母校捐献的时候你是校友之外,其他的时候一般不被认为是校友。那么在座的各位跟我一样,因为在这里读了四年本科,而身上永远有这样的一个烙印,那就是:你是西南的。我们走到任何地方,我们都会自豪地跟别人说,“我们是西南的,我们是西南出身的人。”我们每当谈起自己的母校,想起自己的母校,就不可避免地有一种无法抑制的情感在涌动,所以我跟我们法学院安排课程的老师说——我们有时候在外头办一点课程班——“有两个地方的课程你要安排的时候不需要跟我商量,直接安排就行了。一个地方是我的家乡山东,另外一个地方就是我的第二故乡——重庆。”(长久掌声)

我刚才说自己什么时候上大学的时候,不少同学都“哇……”地一声,这样的感叹实际上表示着我们这样的人已经是比较老了。事实上我上大学的时候,在座的本科生同学都没有出生,大家都是80年代的产物(笑声)。说老实话,时间过得真的非常地快,我自己跟大家讲西南的精神的时候,自己当年生活的场景还历历在目,但一转眼,已经20年以上的时间过去了,所以人生是非常快的,人生要做事情的时间并不算太长。现在教育的过程越来越长,一个人从本科到研究生、到博士生。例如,张老师也在北大,是我们那儿很优秀的博士生,实际上我们知道他已经是一位优秀的学者了。教育的时间越来越长,实际上我们能够为社会、为国家做事情的时间就相对缩短了。作为一个老校友,我此刻想表达对在座的各位本科同学的一种朴素的希望,那就是希望你们到了将来,像我一样的过了二十几年的时候,也能够像我今天一样地那么自豪地讲起我的母校,也能够像我的许多同学,你们的许多校友一样,在学校期间能够真正把自己的基础给夯实,奠定一个非常良好的法学基础和人文基础,毕业以后能够真正地向世人说,你是一个为西南政法增光添彩的人。最后我要说,实际上一个学校的精神不仅仅是要靠在校的老师来缔造,同样重要的是在校的学生。在校的学生也是这个大学里边一个重要

的成员,没有教授就没有大学,同样,没有学生也就没有大学。所以人类最早的法律大学——意大利的波洛尼亚大学,实际上是学生管理的大学。在北大,我们也特别多地创造条件,让学生能够参与到学校的管理过程之中。比方说,我们每年度都要由学生来自主地投票,去评选北京大学法学院十佳教师。我刚才给大家讲过,我们的几位校友,每个人都当选过这个十佳教师。另外,全北大的学生还要投票评出来北京大学十佳教师。学生投票有什么作用呢?学生的投票显示了一种人心的向背,显示了学生对那些认真教学、非常勤勉地治学的老师的敬意。他们能够让这个学校的管理者知道谁是最优秀的人,谁是不那么优秀的人。来自学生的压力永远是一个教师得以自强不息的精神源泉。所以,虽然西南政法的人员在不断流动,学子们一代一代的不断地进入这个学校,又离开这个学校,但是,我希望在座的各位同学能够一方面将我们的西南精神继承下来,体现在自己的行为上,另一方面,更利用你们短暂而宝贵的大学四年的时间,为这个大学留下更丰富的精神烙印和学术成绩!

谢谢大家!(长久而热烈的掌声)

答 问

贺卫方:绍彦老师,我建议咱们不用挑选问题,我会把这些问题都回答一下。哎哟,这么多问题呀,没关系,我至少要知道提了些什么问题。我有时候回答问题很简洁,有的问题很长,我争取每个问题都回答。(掌声)

张绍彦:请同学们提问最好用一句话直接说明问题。因为这么多问题啊,即使读的话,也要读很长时间。下面我们就请贺老师对同学们的问题作出回应。(掌声)

贺卫方:好,这样,我先回答书面问题,尽量快点回答完了以后,可能还有一点时间回答现场的口头提问,好不好?

问:请问老师,一个青年人应当怎样选择他最喜欢的事业?是优先考虑兴趣,还是去满足社会的需要,特别是两者之间发生冲突的时候?

答:我认为发生冲突时,以你自己的兴趣为依归,因为兴趣是最好的老师。不要老是考虑社会的需要,其实所谓的社会的需要是一个很抽象的说法,社会需要不可以有一个某种界定,例如说,到边疆去,到什么地方去,不要听信这些东西,社会需要你按照你的兴趣做事情,离开了你的兴趣,扭曲了你的兴趣,实际上是巨大地牺牲了一个人的人生,这对社会来说也是一个很大的损失。所以一个社会越良好,每一个人的个人的愿望得到满足的程度就越高。所以我认为两者冲突时考虑你自己的兴趣(掌声)。

问:贺教授,你能简单谈一下新闻自由的广度和深度的发展,对促进法治化有何意义?

答:我非常高兴一年级的同学就能提这么好的问题,实际上这个问题是一个我下一次来做讲座才能谈得清楚的问题。(掌声)我希望我下一次还有机会来给大家来聊一聊。法治与媒体之间的关系,简单地说,没有一个新闻自由的环境,就不可能有良好的法治;反之亦然,没有良好的法治也不可能有真正的新闻自由。

问:请给我们推荐一些您认为有价值的网站。

答:哦,这很多,等到以后让张绍彦老师慢慢告诉你们吧。我经常上的国内一个网站叫“法律思想网”,法律思想网,你们检索,检索中文“法律思想网”就行了,英文 <http://law-thinker.com>,我在那里还是个斑竹呢,经常在这儿主持一些讨论,挺好玩的。大家要是愿意上这个网的话,我在这儿做广告吧!我们的点击率就噉噉噉上来了。这是一个完全私人的网站,是一位网名叫做沈浪的广东律师自己办的网站,纯粹学术网站,没有任何商业性。大家也不妨上去看一看,上面有一些非常有意思也有学术价值的讨论,可以对学习起到帮助作用。

问:昔日西南的辉煌是你们的奋斗造就的,今日西南学子多少性

情浮躁,兴趣空泛,作为我们的前辈,你有什么话对我们这些新校友说呢?思辩之风、严谨之风在今日似乎已限于你们求学的一代,我们的西南缺少了一种学术氛围,你对此有何看法?能为母校的学术思辩之风的建设发挥宝贵的力量吗?(掌声)

答:我想这与其说是一个问题,不如说是一个评论,最后一句话,我想今天晚上我就是在发挥一点力量吧!刚才我说有很多老师调走了,我们感到很惋惜,同学一下子有一个声音出现,仿佛是希望我能调回来啊,这个问题现在不是很好回答,我希望回去做太太的工作(笑声)。

问:贺师兄,面对新校区人文环境的极其简陋的现状应当如何营造学术氛围?西南政法如何留住人才,如何振兴?

答:关于学术氛围问题我曾经也给校领导建议说,图书馆特别特别重要!(掌声)一个大学非常重要的两大基础性的要件,一个是一个良好的教师群体,这个教师群体可以吸引很多优秀的年轻人来读书;另外一个条件就是一个好的图书馆,大学不仅仅是在课堂里边上课,而更重要的是在图书馆里边自己学习。自己读书比起教室上课更重要,所以,图书馆很重要。但是两地办学带来经费上的一些严重问题,一本书本来只要买十本就有了足够的副本量,但是现在要买二十本才行。所以,如果学校的经费不充足的话,对于图书资料的建设就变得非常的困难。我们北京地区的校友在去年召开校友会的时候,专门讨论过母校新校区的发展的问题。我们也觉得北京地区的校友应当在学术方面作出更多的努力,帮助振兴咱们学校的图书馆。那么其中一个努力就是每个人尽可能把自己写的书、自己翻译的书、自己参与的书捐献给我们新校区图书馆。今天我一来就送了几本书(掌声)。我们的图书馆以后可以专门搞一个单独陈列区,称“校友著作陈列区”,然后一方面让大家有书可读,另外一方面,大家在读这些书的时候,会看到扉页上的题赠,例如,我就在今天送来的书上面写着:赠给母校西南政法大学图书馆,认真地署上我的名字。大家也看到,哦,原来是校友捐赠的。也许我们的这种情感可以通过这种

方式予以传递。营造学术氛围,另外一个办法是讲座,我知道像张绍彦老师、其他的老师都为这种学术氛围的营造作出了很大的努力。我们今后可能还要在这个方面继续努力。

问:渝北校区的同学最关心的问题是两年后我们是否会搬回去?(笑声)希望学校能给我们一个明确的回答吗?(笑声)

答:对不起,这肯定不是提给我的问题啊。我自己觉得两地办学,本科生跟老的、高年级的同学、研究生分离的,事实上,这种做法在中国政法大学已经显示出极大的弊端,就是让一个学校没有办法形成不同年级、不同层次的学生之间的一种良性互动,大家知道,大学是一个由多层次人员组成的机构,低年级同学可以从高年级的同学、研究生、博士生那儿去学习到好多的东西。所以我认为两地办学的确是一个非常不合理、非常不合理的选择(掌声)。但是怎么办,我也不知道,校领导也许有他们的苦衷,他们现在正在努力地想办法,我知道在我们沙坪坝校区,背面还有一片地方还没有建房,旁边还有一个军营,如果军队要是能够搬走,把军营给我们是非常好的。(笑声)他们希望北京地区的校友,能够跟中央军委的领导们讲讲。(笑声)当然我也不知道怎么能够见到他们。

问:辉煌是由你们这老一辈校友创立的,辉煌永远不是永恒的。最重要的是,如何将西南的精神一代一代地传承下去?您如何看待今日西政某种意义上的衰落?如何看待今日西政的发展走向?比较北大的人文关怀与包容大气,西政应当如何找到自己发展的契机?

答:我只想说一句,北大这样一个综合性的大学有她本身的传统。大学的历史非常重要,只有历史长,才能逐渐地孕育出一个大学的精神。所以北大那样的一种风格,那样的一种精神,跟她100年以上的历史有关系,跟她地处天子脚下,某种学术上的竞争过程中的优越感、优势也有关系。我只是想说我们学校过去的问题是一个特别单科性的学校,这是一个不好的地方,所以在这一点上我特别高兴的是我们学校现在有了外语系、有了经济系,有了新闻系,哦,对,新闻系,怪不得提出有关新闻的问题。还有其它的系我就不一一列举,因

为我不是特别地熟悉。那么这样逐渐会走向综合性。啊,下面的同学还说要发展工学(笑声)。

问:贺教授,我以您为荣,因为我也是山东人,我想请问您如何看待本校非法学专业的发展?

答:看,有时候人家在不同的地方、不同的时间提的问题就可能互相重合。那么这个就到这儿了。实际上,我非常高兴地看到有一些法律专业以外的学科在不断地发育、不断地发展、不断地壮大,现在的问题是能够吸引更多的这方面的优秀的教师来。有时候某一个特定的学科,只要有那么三两个全国一流的教授,这个地方就会成为人家不得不重视的地方。我们的法学已经有了这样的根基,法学这样的根基问题不大,但是要不断地扩大到其它的专业,比如说新闻。新闻,在我们国家的新闻学本身在过去的发展遇到很大的障碍。我们始终说资产阶级的新闻观和无产阶级的新闻观。比方说我有时候讲司法与传媒关系问题,就有人会指责说,这个人所说的完全是资产阶级的一套新闻观,好像是无产阶级的新闻观就是说假话的新闻观。这样的一种东西严重地阻碍了中国新闻学术的发展。大家知道,在新闻专业的格局方面,复旦大学新闻系不错,人民大学的新闻系不错,现在清华大学、北京大学都成立了新闻传播学院,武大好像也有。什么时候我们能够听到别人说,哦,中国的新闻教育最好的学校之一是西南政法大学。我觉得如果要追求这一步,我们离不开引进一些优秀的人才,用特别好的条件。

问:贺老师,你怎么看我们西南的知名度和影响力下降的这一说法呢?(掌声)

答:如果单纯从硬件来说的话,好像并没有下降。比方说我们的博士点呀,我们读书的时候哪想象我们有博士点呀!我们那时候,我们学校在整个国家的法学学术前沿的学者比重也不见得比现在更好,但是人们在说西南衰落是什么意思?我觉得西南的衰落最重要的一个事实是人才流失,这一方面是最严重的问题。所以我讲影响力现在还不能说它是衰落。另外一个事实上法学教育如雨后春笋一

般地蓬勃发展,刚才说过,我们读书时,全国只有五个学校、五个机构招收法律系的学生,今天已经到了三百所以上。(笑声)这样的话,人就必然要分散。所以在一定程度上,西南不像二十年前、十几年前那样的在中国法学界好像显得有点龙头老大的这种感觉,我觉得在一定程度上也是正常的,因为太多的分流。比方说,上海那个地方发展非常地快,有些学校本身基础也不错,但是它们没有法律教育。比方说上海交通大学,现在上海交通大学正在不断地到处去挖人,他们想办一个一流的法学院。同济大学也在挖人。有些朋友一比较上海跟重庆,为什么觉得要到上海那个地方,上海经济发达,十里洋场,多有吸引力,可能会有一点动心。在这个方面都可能是正常的,但关键的问题是我们采取什么样的办法去改变这样一种看起来有一点往下降的一种状况。

问:西南政法与中国政法相比谁更好一些?(笑声)

答:你们知道,我是西南政法的校友,但是又在中国政法读过书,还在那里当过老师,所以你把我置于两难境地了。按照教授的数量,博士点的数量来说,中国政法比西南政法要多。中国政法在北京,有一种地缘优势,西南政法在竞争过程中,在地缘优势上有时候竞争不过。中国政法大学归属于教育部管,而我们西南政法归属于重庆市管。当然重庆是直辖市,但是毕竟给人一种地方大学的感觉。当然中国政法大学啊,我在这儿偷着说,也许是因为我在那里呆的时间太长的缘故,对于那里的问题就看到的更多。昨天我们在一块跟几位朋友吃饭,发现了一个很有意思的事实,就是说对母校感情最深的人往往是在毕业以后就离开的人。要是你毕业了就留校了,留校了你就在那儿工作了,你不仅仅是这样一个毕业生,也是这个教师群体的一部分。然后呢,你就逐步看到了这个学校管理方面的种种弊端、种种缺陷。你跟别人要竞争,竞争过程中也是身心疲惫,然后一副受伤的心灵在这儿,最后,拖着这个受伤的腿就到北京去了。于是大家谈起母校的时候,我发现我说起西南的时候有种很纯洁的感情,但是有些朋友,在这儿工作时间很久的人,他们就会非常地矛盾、非常地复

杂,我想你们也可以理解这样的一种复杂性。所以我对中国政法大学,我在那研究生毕业以后,我在那儿工作了十年,我看到的弊病看得太多了,我看得太深了。但是西南我没有这个问题啊,我是属于“亲戚远来香”,或者说“灯影看媳妇”,从来就没有看得非常的真实、真切,看的都是非常美好的东西,而且随着时间的过滤,脑子里面留下的是毕生最美好的东西。你知道人对于自己不喜欢的东西是容易忘记的,这叫甜蜜的忘却。(笑声)所以这个问题是不太容易评价的一个问题,我只是说这个评价是不重要的一个问题。我不喜欢看网上“这个不好,那个不好”,清华的攻击北大的,北大的攻击清华的。哎呀,没太大的必要。唯愿人家上网的时候不要参与到这个比较学校优劣的话题当中,没太大的意义。

问:您说您不喜欢谈政治,但是如何避免政治,而让法律占有有一种绝对自主的权威,法律是政治的擦边球。一个法律工作者应当如何处理法律与政治的关系呢?这就是法治到政治确立一个有序的方向,让政治俯视法律,让法律沦为奴隶。这是社会主义所特有的吗?还是包括西方各类有发达法制的都有这个特征?

答:又是一个很大的问题,也是一个很严肃的问题。实际上法律与政治,比我们开头、我个人所说的那几句话要复杂得多,也取决于如何理解政治。政治并不见得都是坏的,我们说起政治来,觉得中国政治有问题,但是你能够离得开政治吗?那么我们说一个官员,我们叫他“政治家”,我们说毛泽东是伟大的政治家,我们也说林肯是一位政治家,林肯也是学律师、学法律出身的,他是当律师出身的。很显然,不同的政治情况很不一样。那么不太容易简单地一概而论,总而言之一个国家的法治的发达情况一定是跟这个国家的法治能够在一定程度上形成自己独立的一套知识体系、话语体系、概念体系、意识体系紧密地关联。所以在这个意义上讲我们还是把法律跟政治之间的脱节视为政治进步的一个非常重要的部分。

问:你作为中国社会科学界的一位能左右中国社会发展的学者(笑声),你在别人面前是否感到特别有优越感,是否特别自信?

答：不敢，不敢，而且前面这个句式，我们搞法律的人知道这叫复杂提问。你作为一个什么什么类型的学者，你是否有一种优越感？我要是说没有也好，有也好，你这个前提我就给接受了，所以我首先要否定掉这样的一种前提。（掌声）中国社会的发展有一种特别大的惯性的力量，有一种所谓的“路径依赖”，不是什么人能够左右的，有一些伟大的学者能够用他们的思想影响社会的发展，比方说美国的政治制度、法律制度基本上受到了孟德斯鸠和洛克分权思想的巨大的影响。从这个意义上讲，一个以思想家为追求方向的人必须自重，必须要非常关注自己特定的观念的社会效果。但是另外一方面，马克思经典作家的话叫“历史是人民创造的”。事实上精英能够做的事应该是非常有限的，尽管他应该意识到自己的责任感。所以我自己也觉得，我希望你们不要感觉到我今天在这儿体现出某种傲慢，某种优越感。实际上我自己谈起谈学术来心里是很没有底气的。这几年有时候我觉得自己非常落伍，还是有一种紧迫感，人到中年了！我像你们这么大的时候，一看眼前有这么个四十多岁的人，觉得“哟，这么老的人！”所以没有什么优越感，只有一种紧迫感；没有什么太大的自信，但是有一种自我的警觉。

问：请问贺老师，在西南的具体生活中，支持你的追求的学术热情的东西是什么？

答：在本科阶段，自己还谈不上有多少学术的自觉。后来，一步步地走到了这条路上来。今天，支撑我走下去的因素多种多样，来不及细说。有一个因素很重要，那就是学生，在座的各位，你们的眼睛流露出来的对知识的渴望正是支持我追求学术、追求学术热情的最重要的东西。（热烈的掌声）

问：你是怎样看现在的大学的本科生的，你为什么要考中政的研究生？

答：许多人觉得不同代的人之间会有很深的代沟，很大的差别。但是在我看来，我更容易看到他们相同的一面。差别当然也有，生活环境不一样，比方说你们绝大多数人都是独生子女，独生子女在小时

候生活的环境就很不一样,缺少一种使嫉妒心可以被人为压制的某种环境,而我们这代人都有。比方说,我有哥哥,我出生的时候,我父母就要把热情投入到我身上,我哥哥在旁边就非常生气,但生气也没用。最后只好想想办法,去找个东西玩,感到很自豪。然后我妹妹出生以后,我又开始嫉妒,但这样的一种东西啊,对小时候人的生理发育过程是很重要的一个经历。但是独生子女没有这样的一个经历。没有这样的一个经历,到了大学的时候,就会面临一些调适上的困难。考到我们学校的都是最优秀的学生,或许在中学的时候你们都是尖子学生,但到了大学来的时候,尖子学生中间的尖子只有那么一两个、两三个,这个时候要面临着一个相当严重的心理调整的问题,这是我想我们两代人之间的很大的一个差别。另外,社会责任感的问题。我们都是经历过文化大革命的人,文化大革命在我们这代人灵魂当中造成了一种永远不可磨灭的痕迹。为什么我们在读书的时候,那么多的人愿意发表演讲啊,那么多人钻研那些好像看起来并不是法律的问题,是因为那些人都在想象着我们如何去避免文革这样的悲剧在中国的发生。说老实话,对于我个人来说,实际上支撑我能够去到处奔走呼号,有时候说话也是非常激烈的、非常率直的一个因素,恰好就是我小时候所目睹的、灾难的无产阶级文化大革命。而我们的民族是一个愿意忘记屈辱的民族,刚才说了,甜蜜的忘却。我想所谓的甜蜜的忘却是有相当大的人为的成分。巴金老人不断地呼吁要建立文革博物馆,让后边的人能够知道在中华民族的历史上,在中国共产党统治的历史上,曾经发生过如此荒唐、如此惨无人道的十年的浩劫。我们民族不仅仅有光荣的历史,也有屈辱的或不光彩的历史。大家现在看伊拉克,全国上下、百分之百地选举萨达姆·侯塞因为总统,觉得伊拉克充满了专制。我大前天的上午正在中国跟朝鲜的边界上,在吉林省的通化下面的吉安市,在鸭绿江边上看了对岸朝鲜,大家知道这样的一个国家,现在还是在中国的文化大革命那样的状态之中。所以美国轰炸伊拉克,我心里边特别的矛盾。一方面我觉得这样一个国家主权受到了侵犯,但是另一方面,我觉得一个

国家出现了这样的一个专横的、不道德的统治,而人民没有办法去改变它,没有办法,文革中间我们有什么办法?我们看到一些作家不断地被残杀,大家知道有一位著名的作家,最后他妻子被红卫兵活活地打死以后,他本人被红卫兵逼着抱着他妻子的尸体跳舞。另外一位我们现在被称之为“党的好女儿”的——张志新烈士。张志新烈士就是因为表达了一点对打倒刘少奇的不满,居然被判处死刑,执行死刑前,为了避免她喊叫一些口号,比方说喊“毛主席万岁”这样的口号,提前几个小时把她的喉管给割断了!现在大家生活在一个相对而言有一定民主、有一些自由的时代,你们想象不到我们小的时候的那样的一种经历。当然我们小,一些事情还不能完全理解,但是,我们后来知道如傅雷那样的作家、那样优秀的翻译家,夫妻两人双双开着煤气自杀的场景。我们知道多少人感到极度的痛苦,谁来解救他们?没有人,没有办法。这就是我内心的一个真实的想法(长久而热烈的掌声)。所以我就理解在网上我看到一些更年轻的朋友啊,表达了一种非常激烈的反美情怀,这个可以理解。因为,这是一种非常朴素的情感,不喜欢这样的一种世界警察的一种面孔。但是我们这代人可能就要复杂得多,这是我们之间的差别。但是共同点更多,我希望西南政法大学的校友这样的一个因素,能使我们之间更多的是共同的、更少的是不同的。

问:你如何看西南的其他专业的?西南毕竟拿法学文凭的除了法学系以外,还有管理系、行政管理、刑侦的侦查专业。他们的前途如何?

答:好像我们的刑侦专业是一个名牌专业啊(掌声)——我知道鼓掌的都是刑侦专业的同学。过去我们在这个学校读书的时候,刑侦是全国最好的一个系,所以这样的传统延续下来了,尽管刑侦呢,说老实话,我就有一个对同学们的建议,就是说刑侦专业的同学绝对不要把自己作为将来作为一个刑事侦查人员这个层次,你一定要做到指挥刑侦人员的这样一个层面。这就需要不仅仅只是一个精湛的技术,而且还要非常富有思想。我要告诉大家,我们的刑侦专业的毕

业生也是大有人才的。

问：请一定要回答，你怎样看现在的西南政法大学？就传言西政是没落的帝国而言。

答：我刚才已经说过，这个问题先不要说得太多。有时候一个学校的没落就是被人家都在不断地说她没落，就给搞没落了。（掌声）

问：在全国政法大学的排名中，西政定位如何？

答：对于这个问题，我就这样说吧，在我心中，他永远是排在第一的。（掌声）

问：重庆划为直辖市，不利于西政，您同意吗？为什么？

答：我也不知道为什么。谁说重庆划为直辖市就不利于西政的发展，重庆市是一个县级市更有利于西政的发展了？我好像不是很同意这个观点啊。

问：现在的大学生失去了一个精神的引导，也就是失去了自己的价值观与世界观，面对强大的诱惑，大学生变得浮躁，请问贺教授，如何看待大学生的浮躁的心？

答：我倒不觉得太浮躁，市场经济社会，大家心里边浮躁点，追求一点经济利益完全正常。一点儿都不浮躁，心如止水，有点不太正常，因为大家都是年轻人。前几天我看到这样一个说法，有老师问同学们，“同学们，请大家告诉我，为什么人死后尸体会变冷？”然后大家都回答不出来是什么原理。后边有一个同学很阴沉地说了一句话——“心静自然凉”（哄堂大笑、掌声）。所以希望大家不要太深沉。

问：您这个时代是一个集聚法律人才的年代，我校走出一批优秀的法律人才，取得了辉煌的成就，你是否认为这种成就与当时更多的机遇有关？为什么？

答：对，与机遇特别有关系。因为别的学校没有人哪！你们一下子出去三百多人，然后后边的人就没有机会了。所以那是一个重要的机遇，与国家的、社会的发展的机遇也特别有关系。当时我们一毕业，中央就提出来，官员的选拔、政府干部的选拔要年轻化、专业化、革命化。说革命化大家都没问题，但是专业化就不行了，有些人就没

有大学学历,已经在机构里面任职,所以我们这帮人一去都非常专业化,非常年轻化,所以就非常高干化,就提拔起来了。

问:听了贺教授谈的老西政人的叛逆精神,这种学术尊严是令人感动。可我在西政很难看到这种精神,学校的官办刊物纯粹是机关刊物,没有学生的言论,请问这是不是西政精神的一种退化?我们是不是也该回到“马克思主义”? (掌声)

答:我不大知道我们的,比如说我们学校的那份小报,到底是怎么个办法的?办得怎么样?因为我基本上没有机会看到。但我希望这样的报纸最好是让学生有更多的机会去编辑,学生编刊物、编报纸是一个非常好的锻炼,譬如说对将来工作能力的锻炼。我希望能够更加开明一些吧!这个不知道怎么说好?

问:贺教授说到中国人的时间观念和中国人的轮回,什么对倒退的时间观念深恶痛绝,但是你又说法院是不需要与时俱进的,这是否前后矛盾?当今的法律界是否在谈论着明天的时候,仍然说以后?

答:我想这是两个层面的问题。这个问题跟我们今天的演讲的主题关系不是太大,请允许我不再展开来回答。

问:贺先生,我觉得您的思想中有一些什么是中国,是不是可以比较的方法进行了适当的反思,现在是不是有必要去现实生活中找出我们是怎样的这样一个问题的答案?用比较的方法不带西方的“色彩”?

答:我想这可能是一个研究生同学的问题。我觉得这并行不悖,有时候学者有分工,有的人愿意通过比较的方式,有些朋友看到了他们知识结构的差异,导致了他们更多的运用一种本土的、社会的方法进行理解。

问:当你在面对当时的求学环境时,有没有感到失落?另外,你对西政的未来又是如何看待的?

答:没有失落。对于我们那种刚刚从文革那个水深火热中爬出来的人来说,能够上大学真的是特别令人兴奋。我不知道大家知道不知道,我自己大学报考志愿的时候,根本就没有报西南政法学院。

我77年就参加高考,那年高中毕业,参加高考却没考上,数学得4分。(笑声)那个时候是百分制的四分,不是五分制的四分。所以理所当然地落榜了。第二年,我就对自己特别地不自信,觉得只要能上大学就可以,不管上什么学校。所以我当时的第一志愿报的是山东师范学院,中文系;第二志愿报的是烟台师范专科学校中文系。当时就是说能上大学就行,管他什么大学。但是我们西南政法的那一次招生,宣传的力度不够,像我们在下边啊,有许多人都不知道这个学校招生。看招生目录,查不到这个学校。当然,看到这个我也不太敢报,因为那是重点学校招生。我的分数刚过了一点重点院校的分,结果西南到山东去招生的老师,我到现在还不知道这个老师是谁,但是我从心底里边感激他。他从报考的一般院校,但是分数又过了重点线的同学中间,就补了一到两个人,我就是被补进来的那个人。(笑声)所以当我拿到这个通知书的时候,真正地能够体会到杜甫先生的诗句“漫卷诗书喜欲狂”是什么样的一种感觉?家里边的老人都哭了,激动的,因为真的没有想到的这个孩子能够去学法律。所以人哪,一辈子的命运有时候真的难以捉摸。要是我考上了山师中文系——山东师范学院的中文系毕业,我现在可能是在山东的某个县城里边的一中当一个语文老师。我相信我会做一个很受欢迎的语文老师的。(笑声)

问:您如何认识西南精神和北大精神的异同?在大学精神普遍淡化的今天,作为西南学子,我们该如何应付?

答:北大的精神其实是一个最难解的问题,北大精神到底是什么?比方北京大学著名的季羨林教授认为北大精神第一个就应该是爱国,我对此很不以为然。谁不爱国,哪个大学没有爱国这种精神?所以爱国不算一个大学应该有的、独特的东西。我觉得还是蔡元培校长所代表的那样一种精神——兼容并包。这样的一种概念所体现的一种追求更体现北大精神。我个人就认为,对于北大而言,自由的精神、独立的品格、学术的尊严,这三者是最重要的,这样的一种东西才是北大精神。我曾经在给我们新留校以及外校分来的青年教师的

职前培训讲过一次课,他们要将来做老师,叫我去给他们讲一次怎么做好一个北大的老师。因为我曾获得2000年度北京大学的十佳教师的荣誉,(掌声)他们就觉得你有资格去给那些将来马上要做北大教师的人讲一讲怎么做北大的教师。我说做北大的教师并不是一件容易的事情。比方说我们法律人眼看着这个国家的某些举措在违反法律的时候,我应当不应当站出来说话?按照北大这样一种追求自由、独立和尊严的精神,每一个人都有这种义务,这是我们作为学者的一种言责啊!我们知道孟子的著作提到过,知识分子就是“有言责者”,你必须说话,你不说话你对不起每一月几千块钱的工资。有些朋友劝我少说为佳,注意保护自己,可是我这个人想注意也注意不住啊,我这个人管不了自己的嘴,是口无遮拦的人,是“口蹄疫”患者(笑声)。所以那一次我在上面针对当时正在开展的一个大规模的活动坦率地谈了自己的看法,我们法学院里边有两个年轻人,当时刚刚留校的,跟我说,“当时也为你捏一把汗呢”。也许大一的同学已经开始学习宪法了,这本身是一个思考题,宗教信仰是否应当包括信仰邪教的自由?请加以论证,不要说凭着感情上不喜欢政府就说应当包括。为什么应当包括呢?你们作一点论证,论证一下,比较一下,我觉得非常有意思的问题。在我看来我是赞成这样的观点的。但是说这样的话并不容易,我觉得北大的精神就是这样的一种精神,应该是这样的一种精神。我看到一些人把我归到自由主义知识分子的阵营中,《经济观察报》上一期报导公共知识分子,又把我列为公共知识分子,好像认为我是北大精神的体现者,其实我要说,我追求体现北大精神,同时,也未尝不可说,这也是一种西南的精神。(掌声)

问:我们新校区与老师之间的联系很少,不方便,通常只有上课时间与老师见面交流,远远体现不到大学校园艺术、生活的氛围,你觉得这个问题怎样解决好?

答:我想主要是两个方面。教师、学校领导当然承担着相当大的责任,更大的责任;另外一方面,同学们,大家主动一点,大家自己创

造文化啊！文化并不是一种别人给你你就接受，而是说有许多东西靠你自己创造。比如说大家有没有话剧团啊？排演一点莎士比亚的戏剧嘛！在排演的过程中大家能够体会到一种皆大欢喜呀，这多好！我感觉现在的条件已经是不是太简陋了，这时候大家排演一下话剧，搞一些文化活动。

我看这样吧，因为问题太多了，我想再回答两个问题，然后大家再提两个问题结束今天的报告好不好？有许多问题我觉得大家关注的问题都很类似，我看一下，有新问题的话，我会通过某种机会下次来的时候再跟大家聊一聊。

问：您教授我们读西文名著，为什么没有要求如何有中国自己传统文化？没有中国传统文化的内容，即使读再多的西方名著，也不可能增加我们自己认识的了解。特别是我发现现在的小孩一代，并没有什么我们可以看到的稳定的东西，那么以后我们的基础是什么呢？总不致于把基督教引过来吧？

答：我当时讲的时候有一点遗漏，就是说我们不仅仅要读柏拉图，读亚里士多德，我们还要读孔子、孟子、老子、庄子和王阳明，通过介绍我的同学蒋庆，我就是想让大家知道，体现中国传统文化精神的那些典籍也是非常重要的。是不是说西方的东西重要，我们就是看了西方的东西或者一辈子只读西方的东西，就会失去了稳定的东西，就没有我们自己的基础呢？对这样的观点，我倒也不尽以为然。我认为，实际上，我们中国的东西，不需要你用太多的东西足矣，你已经感受到太多。大家从小生活在一个中国人的国家里边，你一出生就是一个中国人，你就慢慢地受到中国太多的影响。比方说我自己个人，有人说我这个人太过全盘西化，但是许多人又说我这个人身上最不像西方人，没有西方人的那样一种味道。我觉得中国的东西有许多渗透我们血液之中。所以在这个意义上，我们要像胡适当年呼吁我们的少年朋友们那样，不要过分地去担心我们中国会失去她自己的东西。我们不妨把这段话，用到最后的几句话，来作为报告的结束。胡适先生说：“少年朋友们，少年朋友们，请不要相信那几个东

方懒人的说法,请不要以自己的耳朵代替自己的眼睛来听那几个东方懒人说‘西方这一套行不通了,我们必须转向东方,只有中国的文化才能拯救世界。’不要相信他们的话。你睁开眼睛看一看我们这个衰落的老大民族,看看我们的国家吧!如果你真要想拯救这个国家的话,你必须死心塌地地承认,我们在文化方面不如人,我们在哲学方面不如人,我们在诗歌方面不如人,我们在历史学研究方面不如人,我们在政治制度方面不如人,我们在法律方面不如人,我们在体育方面不如人,我们在身体方面不如人,我们什么都不如人。我们只有如此死心塌地地承认我们不如人,我们才能够虚心地去学习人家一点东西,少年朋友们,不要担心中国文化会因为这样一种向西方学习而衰落。其实绝大多数人本身的某种精神,已经使得我们的这样一种学习大打折扣。那些个中老年人们,由让他们来保守我们的文化吧!我们是少年人,我们就是要全盘西化,取法其上,得乎其中。你标杆再高,也仅仅能够得到一种中层次的东西。况且我们现在需要怎样的一种激烈的变革呀!少年朋友们,所以我们需要的是要学习大匠造屋,只管材料合用,不管来自何方!”这是胡适先生对我们少年朋友的教导。(长久的掌声)

张绍彦:没有回答的问题大家不要担心。学校九月50年校庆,我们西南法学论坛会将每次讲座的实录全部整理出来正式出版。这些问题贺老师在此就不一一作答了,他会以电子邮件的方式发给我,我们同样会在这本实录当中反映出来。我们的这本书会在校庆之前正式出版和咱们同学见面(掌声)。下面我们请两位同学现场提问,好这位同学,第一同学。

同学:贺老师,您好!在您多次的谈到过托克维尔,我想您对托克维尔应该有很深的研究。问一个关于他的问题。托克维尔在他的著作中提到,存在一个多数人的暴政的问题,全体的目标是为了反专制以进人民主体制,而这样的结果却往往是建立了比以往更为专制的集权统治。施行者的革命目标与革命结果的完全背离。托克维尔

认为,造成这种革命目标与革命结果背离的原因在于革命的本身。革命家奉献民主社会的基础性的因素。但是他并没有完全地指出来,奉献民主社会的基础性的因素是什么,您在这里可不可以解答一下关于这种因素到底是什么?

贺卫方:非常感谢提出这样一个非常具有学术份量、学术深度的理论问题。这个问题是托克维尔研究中非常核心的问题。按照孔子的说话,肯定他马上就说:“大哉问!”你问得太大了,显然超越了这个时候我能够讲解的限度。我建议读托克维尔时,把他跟《联邦党人文集》结合起来读。美国人是如何在一个大的国家成功地建立民主的,以前民主国无法在一个大的国家,只适合在小的城邦建立民主。我觉得美国人的最大的成功是在于他们的国家里边建设了民主。在这个过程中又尊重了少数人,没有造成一种多数人的暴政。那么我觉得可以结合起来读一下,你是一年级同学吗?哇!真的比我当年代表更先进的文化。谢谢你!(掌声)

贺卫方:张老师决定吧!刚才是一位男生,现在请一位女生,好吧!

同学:贺老师,您好!我觉得您在台上说真话,同学们也很开心。但是您刚才的话是以北大教授的资格说出来的,我觉得以我的身份站在讲台上,在这样公开的场合这样地来说地话,可能麻烦就大了。那我想问您有时候说真话是否需要一定的身份和权威作为您的后盾吗?(掌声)

贺卫方:我听出来了,这样的问题多么地机智,非常有味道。的确,不是每个人或者一个人在各个阶段都有能力或者说有这种机会说出同样的真话而不受到惩罚。当然,比如说我现在有一种什么样的资本能够让某些人感觉到把我“请进去”是一件有危险的事情,或者是一件不太好的事情。要“请”一个北大的教授,好像还是要受到某种指责吧!所以在北京大学,在北京大学做一个教授,对自己的确也算是一种保护,投鼠忌器嘛。所以,如果是你说的话,可能没准一会就有人说:“跟我走一趟吧!”你就很麻烦了。但是我说完以后,某

些人只会说“这个家伙又在那儿传播什么东西？”或者再过一段时间又有某个部门的人来给大家“消消毒”，说那种观点纯粹是资产阶级的观点，大家不要上当受骗。但是我要说，像现在我们需要，我要向大家强调的，不要总是追求一种反官方的观点。事实上，我不觉得这个是好事。我认为，作为一个法律人，一定要注重怎么去论证相关的观点。就是说它并不是一个简单的问题，比方说，伊斯兰教，伊斯兰教大家知道，它禁止偶像崇拜，任何意义上的偶像崇拜都禁止，甚至包括一种对国旗的膜拜。某一个学校要求每天早上同学们都要向国旗敬礼，奏国歌，升国旗，敬礼。敬礼是什么，敬礼就是一种顶礼膜拜。伊斯兰教反对这样做，那么小孩是伊斯兰教徒啊，他的父母亲都是虔诚的伊斯兰教徒，他就拒绝这样的事情，他的父母亲鼓励他“你不应该向国旗敬礼。”这个时候学校可能把他开除，学校说这样的学生明显地违反纪律，而且不符合爱国主义嘛。国旗是现代国家的一种形象符号，不是宗教意义上的崇拜对象，公民有没有这样的权利，学校有没有权力来开除这样的学生？大家可以发现现在这样的问题会越来越多，越来越复杂。四川省泸州市出现过一个包二奶事件。这位先生居然临死前订立一个遗赠协议，把自己的遗产给他的所谓的“二奶”，而没给他的这个糟糠之妻。那么发生了争论，最后，法院判决似乎是维护的某种道德的规则。这样的问题说起来不算政治上特别敏感的问题，但是，对于社会而言也是一个很敏感的问题，因为牵动着很多人的心弦。如果要是判给那个二奶的话，那还得了，有许多人就会非常不满意。大家不妨分析一下，这里边的问题到底在哪儿？大家可以比较一个西方国家在处理这样的一个问题的时候，他们的法院是怎么做出相关的决策的？这个时候你相关的论证就显得具有一种学术的力量，而这种学术力量的介入就会弱化你的政治敏感性。比方说我现在特别注意，批判任何现实的政策的时候，一定要有学术的论证，你不要简单地喊口号，更不要冒着杀头的危险去喊一些人所共知的道理（笑声）。这个就需要我们，我想我们西南精神如果要发展的话，要越来越走向一种学术化。另外一方面，我觉得我们

在论证这个问题的时候,自我保护的另外一个特点是要体现出一定程度上的爱国主义。比方说,真的是为这个国家好,社会稳定,法律人是多么地关注社会稳定啊,建设一个公正的司法制度正是为了使社会能够稳定。我想也希望在座的各位同学,以一种更加建设性的立场,以一种更加学术性的立场,以体现一定程度的爱国主义的立场,来为这个国家的秩序的改善、制度的完善作出应有的贡献吧!这就是我今天要讲的所有的内容,谢谢大家!(长久的掌声)

张绍彦:非常感谢贺老师给我们的演讲!谢谢大家,再见!(掌声)

论 文

通过司法实现社会正义*

——对中国法官现状的一个透视

引言

一、有关法官数量的一些资料

二、法院人员的构成与素质

三、法官与法院的角色、地位与功能

四、法官与社区之间的关系

五、法官的职业道德及其实施

结语

一次不公的〔司法〕判断比多次不平的举动为祸尤烈。因为这些不平的举动不过弄脏了水流,而不公的判断则把水源败坏了。

——弗·培根^①

明智的人对病下药,而不是对病名下药;改革针对的是弊端的长久起因,而不是起因藉以起作用的临时机关及赖以出现的一种模式。否则,你将是历史中的聪明人和实际中的傻瓜。

——埃·伯克^②

* 作者在调查过程中,承蒙山东、河南、广东、辽宁、吉林、宁夏等省区司法界许多人士的支持和帮助,谨致谢意。

① 培根(Francis Bacon):“论司法”,载《培根论说文集》,水天同译,商务印书馆1983年版,第193页。

② 伯克(Edmund Burke):《反思法国大革命》(*Reflections on the Revolution in France*), World's Classics, 1950, 第156页。转引自雷·威廉斯:《文化与社会》,吴松江、张文定译,北京大学出版社1991年版,第34页。

引 言

(一) 法官与民权保护

在社会理论的各派学说中,对于法制在一个所谓“现代社会”中所能够或应该起到怎样的作用,人们的意见并不一致。马克思主义所设想的最为合理和美好的社会是一种不存在法律的社会;在那里,人的道德水准已获得根本性的升华,一切经济矛盾都得到了解决,一切“人对人的剥削”均告完结,因而,法律与国家得以存在的基础已不复存在,其消亡亦势属必然。马克斯·韦伯的学说与之不同。根据对人性的不同假定,韦伯的现代合理的统治类型乃是法理型,是法律与规则的统治,是所谓“法律形式主义”。规则为理性的人所适用,同时适用于理性的人。由于规则的中心地位,对于这些规则加以解释和适用的人即法律专家(legal notables)也就担负了一种核心的功能。在韦伯看来,只有近代西方社会才出现了这样一批法律专家,并进而出现了由这些专家所予以明确塑造的高度发达的和合乎理性的法律制度,而这种法律制度的存在乃是资本主义发生和发展的必要条件。^①

在韦伯所称的法律专家中,法官当然是其中重要的组成部分。法官的角色,在早期乃至某些近代型社会中,既是司法者,也是法律规则的实际制定者,或曰法律的宣示者(oracles of law,如布莱克斯通所称的那样)。于是,法院成了解释和界定法律规则并把这种规则适用于社会生活之中的中心机构,成为德沃金的“法律的帝国”的首都,法官正是帝国的王公大臣。^② 他的价值倾向、行为方式等等对于

① 参看莱因斯坦(M Rheinstein)编:《马克斯·韦伯论经济与社会中的法律》(Max Weber on Law in Economy and Society),哈佛大学出版社1966年版,第304~305页。对于司法专业化得以产生和社会历史条件的精要论述,见苏力:“法律活动专门化的法律社会学思考”,载《中国社会科学》1994年第6期,第117~131页。

② 德沃金(Ronald Dworkin):《法律的帝国》(Law's Empire),哈佛大学出版社下属贝尔纳普出版社1986年版,第407页。

法律的任务——在现代社会中,法律任务的核心内容便是社会正义^①的实现——的完成至关重要。正是在这个意义上,罗尔斯才说“不正义的行为之一就是法官及其他有权者没有运用恰当的规则或者不能正确地解释规则。”^②没运用或不能解释,这样的法官所进行的司法就可能对民权的保障产生负面影响,甚至本来应当对于民权提供保护的司法反过来侵害民权,因为不公正的立法固然是一种弊害,但是,在未经最终适用于具体个案的处理之前,那弊害还只是潜在的,或者只是表现在一种符号意义上的;而一个以追求社会正义为存在基础的合理的司法官僚阶层却可以将立法上的弊害降至可能的最低限度。相反的情况当然也是不言而喻的:良好的立法由于不公正的适用而造成压迫和暴虐,如我们的民谚所说,“歪嘴和尚念坏了经”。

另一方面,即使在一个以公正的司法相倡导的社会中,法官也绝非像理想类型里所设计的现代官僚集团那般纯粹;这个集团能否恰当地解释规则,能否公正地适用法律要受到多种因素的制约。例如,它是不是一种构成合理的集团,它的社会化倾向与程度,它所居于其中的社会的历史文化传统,它与政治之间的关系等因素以及所有这些因素相互作用的过程与结果等等。假如对所有这些情形没有相当真切的把握和深入的研究,那么,合理的司法制度的构筑便不免是盲目的,通过司法实现社会正义、完成对公民权利的妥贴保护也是难以指望的。

法官问题以及司法制度当然可以使用多种方法、从不同角度进

① 哈耶克(F. A. von Hayek)在他的著作《不幸的观念》中,曾专门对“社会正义”(social justice)这一术语提出过质疑,他认为这是一个毫无意义的表述。不过,在我们看来,虽然这个术语有其缺陷,但是它还是更着力强调在个人权利与国家权力(乃至一切公权力)之间的平衡,并在这种平衡的动态性的维护中既对公权力的恣意予以扼制,又对来自个人权利的滥用倾向加以限制。当然,“社会正义”这一概念最基本的内容还是民权的保护,在国家权力不断扩张的今天,强调这一点尤为必要。

② 罗尔斯(John Rawls):《正义论》(A Theory of Justice),何怀宏、何包钢、廖申白译,中国社会科学出版社1988年版,第225页。

行研究。在这里,我们使用的是社会学方法,即尽最大可能全面搜集与法官和司法相关的数据、报章文字以及司法界的语言等素材,并结合实地调查中获得的各种访谈材料,力求展示研究对象的真实面貌,在此基础上,对照理论假说进行分析,对于发现的问题及其起因予以解剖,最终的目标是为我国法官制度和司法制度改革提供可资借鉴的思路和建议。

(二) 理论假设

社会学的调查和研究一向以客观真实为准则。这样的追求当然是无可非议的。不过,任何一项具体的研究工作都不可能在一个价值无涉的王国(value-free kingdom)中进行。社会学研究的对象并非抽象的人类社会,而是活生生的、具体的人所组成的群体。同时,研究者本身也是这类活的群体中的分子,也是社会行为者,他要面临着事实与价值之间的对立;类型化的描述常常会歪曲社会现象的本来面目。在这里,判断与武断之间并不是泾渭分明,理解与曲解或许只是五十步与一百步之不同。无论怎样审慎与客观的追求都难以避免认识主体的价值观念投射到研究对象之上,从而导致研究过程与结果的个别化。

在这种情况下,与其压抑或虚假地掩饰主体的价值观念,不如坦率地表明研究者的理论假设和价值倾向。这样做,一方面可以通过观察活动自觉地修正那些与社会事实不符合的假定,另一方面,不同研究者之间在价值追求上的差异可以通过公开的表达和坦率的对话而得到交流和互补,从而有利于研究品质的提高,并最终有益于学术的目的——人类生活状况的改善——的实现。

通过研读有关司法和法治的一些重要著作,并参考当今不同类型国家法治建设的经验教训,在本课题的研究方面,我们提出下面一些理论假设。

1. 司法独立问题

在现代西方社会,司法独立原则是一项宪法性规范,已得到社会各阶层的普遍认同。这一原则的发生背景与运作环境表现出相当的

独特性,它与西方社会的特定结构和法治传统有着密切的联系。伯尔曼在概括西方法律传统的特征时,提出了西方自12、13世纪起便开始形成了法律本身的自治,法律与政治、道德等相分离。“法律的历史性与法律具有高于政治权威的至高性这一概念相联系。……自12世纪起,所有西方国家,甚至在君主专制制度下,在某些重要方面,法律高于政治这种思想一直被广泛讲述和经常得到承认。”^①

但是,司法独立也有其相对性和复杂性。在任何社会中,司法与政治以及其他社会现象之间都存在着一种互动关系。司法独立当然不意味着司法超然于社会力量的影响。“重要的在于,为司法独立提供坚实的制度环境的同时,应力图使司法阶层成为一个足以向政治社会施加反影响的集团。同质一体将确保它的团结,而良好的职业道德以及对社会流俗的适度超越将更强化它的决定的权威与效力。与社会之间形成这样正常的互动关系,司法才能够成为社会关系的有力调整者和社会发展的有力推进者。”^②因此,在表层上,司法独立是一种制度设计,而在更深的层次上,实在不过是一种力量对比所引出的后果而已。社会结构的变更,尤其是市民社会的兴起以及国家与社会的分离导致了具有独立价值追求的司法阶层的崛起和不假外物的独立司法制度的形成。而独立的司法是离不开一个高素质和有力量的司法群体的;这是抗衡其他社会力量影响的前提条件,否则,所谓独立云云充其量只是舞台上的道具,看起来煞有介事,在实际生活中却兑不了现。

① 伯尔曼(Harold J. Berman):《法律与革命——西方法律传统的形成》(*Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*),贺卫方、高鸿钧、张志铭、夏勇译,中国大百科全书出版社1993年版,第11页。在当代美国法社会学的伯克利学派看来,压制型法律的突出特征便是法律与政治紧密结合,与之相区别的自治型法律,即法治,却强调法律与政治的分离。“法治诞生于法律机构取得足够独立的权威以对政府权力的行使进行规范约束的时候。”见诺内特(P. Nonet)和塞尔兹尼克(P. Selznick):《转变中的法律与社会:迈向回应刑法》(*Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*),张志铭译,中国政法大学出版社1994年版,第59页,并参见全书有关各处。

② 慕槐:“对法官施加影响”,载《法学研究》1994年第3期,第72页。

在角色的定位方面,我们倾向于认为司法阶层以及法院应当成为居于政府与民众之间的中立的仲裁人,而不是传统类型的官员集团和官方部门。虽然这种见解与我们的传统观念格格不入,^①但是,在法治社会中,之所以将司法独立定位为一种宪法原则,正是因为司法既要调整社会关系,维护生活秩序,又必须能够有效地抑制和制裁发生于官方机构的违法行为。司法决定的执行固然有国家的强制力作为后盾,但这种强制力不只是针对一般公民,同样也针对官方组织与其他团体。在我国,这一点已经由于行政诉讼法的制定和生效而得到普遍认同。

2. 法官群体的结构与素质

既然法律与司法的独立最根本的源泉在于其自身的力量,我们就应考察这自身的力量缘何而来。法治社会成功的经验表明,法律家集团的力量来自于它内在的统一和内部的团结,而统一与团结并不是因为组成这个共同体的成员出身的一致,而是由于知识背景、训练方法以及职业利益的一致。这就涉及到法官的选任制度、教育和培训的内容和方法、论证自身行为合理性的独特方式、成员之间的认同程度、职业地位和荣誉(social perceptions)等等。^②在这些方面获

① 我们传统社会中,最为缺乏的便是政府权力向民间让渡的实践,如严复所谓:“中国之言政也,寸权尺柄,皆属官家。”《社会通论·按语》,见王栻编:《严复集》,中华书局1986年版,第四册,第930页。这种凡权皆属官家的政治传统严重压抑了分权思想在中国的发育,也未尝不是市民社会不能形成的重要原因。

② 托克维尔(Alexis de Tocqueville)对于美国法律家集团的形成以及他们在民主社会中的功能作过这样的描述:“法学家在研究法律当中获得的专门知识,使他们在社会中独辟一个行业,在知识界中形成一个特权阶级。他们在执业当中时时觉得自己优越,他们是一门尚未普及的不可缺少科学的大师,他们经常在公民中间充当仲裁人;而把诉讼人的盲目激情引向正轨的习惯,又使他们对人民群众的判断产生一种蔑视感。除此而外,他们还自然而然地形成一个团体。这不是说他们彼此已经互相了解和打算同心协力奔向同一目标,而是说犹如利益能把他们的意愿联合起来一样,他们的专业相同和方法一致使他们在思想上互相结合起来。”引自托氏:《论美国的民主》,董果良译,商务印书馆1988年版,上册,第303页。韦伯通过对英国培养律师方式的观察,也得出了饶有兴味的结论,参看《经济与社会》(Wirtschaft und Gesellschaft),第4版,1956年,第457页及以下;又见昂格

得高度一致的法律家们会自然地凝聚为一个所谓“解释的共同体”(interpretive community)。^①这个共同体具有公认的声望,声望助长了权势,权势的正当运用又愈发抬高着声望,故足以回应社会对法治与正义的期待,更进而推进法治意识在社会中的传播,并提高社会整体的现代化程度。

3. 法院及法官与社区之间的关系

法官当然也是生活在社会之中的一群人,他们也是衣食男女,有着与常人相同的生活需要。但是,考虑到他们负担的特殊使命,为了保证司法的公正,他们应当与一般社会尤其是所在社区保持适度的分离,以避免千丝万缕的人情网、关系网影响司法天平的平衡。法官兼学者波斯纳观察到,“诉讼所涉及到的人们与法官通常有不同的社会距离,与法官关系越近就会得到越多同情的回应,而与实际的过错无关。”^②当然,相反的情况也可能存在,那就是交接过多,反生摩擦,导致仇恨性的偏见的出现。因此,必须在法官与社区之间设置合理的隔离带,在法官的选任、法院的设置、法官的行为与服饰、法官与当事人及一般民众之间的接触规范等方面进行相应的制度设计并建立可操作的纪律约束。

4. 法官的职业道德及其执行

没有任何行为比起法官的徇私枉法对一个法治社会更为有害的了。法官不只是纠纷的仲裁人,而且在一般大众的心目中,他也是法律规则的宣示者,因此,司法的腐败,即使是局部的腐败,也是对正义

尔(Roberto M. Unger):《现代社会中的法律》(*Law in Modern Society*),吴玉章、周汉华译,中国政法大学出版社1994年版,第46~47页。对日本这个东方国家中法律家阶层的形成、形态及影响所作的一个个案研究,见季卫东:“法律职业的定位——日本改造权力结构的实践”,载《中国社会科学》1994年第2期,第63~86页。

① 对于“解释的共同体”的解释,参看波斯纳(Richard A. Posner):《法理学问题》(*The Problems of Jurisprudence*),苏力译,中国政法大学出版社1994年版,第257~258页,第548页及以下各页;季卫东,上引引文,特别是第79页。这一概念的起源见波斯纳书第14章注17所引文献。

② 波斯纳,上引书,第159页。

的源头活水的玷污,如果不能得到及时有效的矫正,将足以动摇法治的根基。人们会由信任司法、诉求司法转而对司法乃至对整个法治作出否定性评价,于是只好求诸于所谓“贤明的人治”或干脆任何治理方式都不要。

在司法职业道德的建立和维持方面,困难的问题不在于制定一系列法官应遵循的行为规范,而在于如何使这些规范得到切实的遵守。我们认为,职业道德规范不应是雨果所谓的“违反人性的不自然的美德”,首先应将司法界视为由人(而非神)组成的群体,为他们的职业荣耀提供必要的物质保障。其次,应当垫高法院的门坎,强化司法从业者的职业化、专业化程度,这有利于法官珍惜荣誉,爱护名节,保持操守。最后,以可操作的制度与手段严格地执行这些规范,对于违反者予以严厉的制裁。这样,职业地位与专门知识带来的荣耀,一有违反所必然出现的惩戒,加之大众传媒的监督,将可以有效地维护法官集团的职业道德。此外,一般而言,一个群体,人数愈多,给管理带来的难度愈大,因此,将法官人数限制在一个适度的规模是必要的。

(三)调查方法以及材料的利用

为了对于上述假设进行全面客观的论证,我们在几个省市十多家法院进行了座谈和访谈。由于我们的身份是大学和研究机构的学者,因此访问对象通常都较为坦率,能够将一些现实情况、真实感受无所隐瞒地谈出来。不过,座谈和访谈方法也有其局限性。一个明显的方面是各次座谈所获材料多有类似之处。这自然有目前各地法院所面临问题大致相同的原因,但也跟获取材料的方法的雷同有关。从社会学的方法来说,如果能够使用参与观察法(participant observation),即亲身参与到法官们的日常工作与生活之中,以法官的视角对法官和司法过程进行观察,所得到的材料当然会更真切和具体。但目前的研究计划以及经费的数量都不容许采用这种方法。为了在条件允许的情况下,尽可能多角度地观察研究对象并获取更全面的信息,我们又采用了下面两种方法以作为补救。

--是个别访谈法。通过与不同地区、不同审级以及不同来源背景的法官分别进行面对面的交谈,重点了解法官们选择司法职业的动机、不同的知识和训练背景对于他们的职业行为尤其是权利意识的影响,他们对于司法制度的看法以及改革建议等等。这样的个别访谈也扩展到某些非司法人员。由于这种方式较之座谈会更不拘形式、更个别化,所以能够得到不少在座谈会上无法得到的材料,通过对这些材料的比较和分析,我们可以得到有关法官选任制度和教育以及培训方式等方面的丰富的启示。

另一个方法是尽可能多地搜集可用资料(available data)或曰二手资料(secondary data),并对其进行分类、观察和分析。在这方面,我们特别得益于由最高人民法院主办的《人民法院报》。虽然该报迟至1992年10月1日才创刊,但作为我国目前惟一的一份以法院活动为报道中心的专业化报纸,它为我们提供素材之丰富实非其他渠道所可比拟。最高人民法院院长任建新在该报的“发刊词”中称“《人民法院报》是最高人民法院的机关报,也是全国各级人民法院的一块舆论阵地。其宗旨是坚持马克思主义为指导,坚决执行党的‘一个中心,两个基本点’的基本路线,认真宣传、贯彻党的方针、政策和国家的法律、法规,传播和交流各地法院的工作情况和审判经验,为严肃执法、提高审判水平,加强法院干警的政治、业务素质服务;为社会各界更好地了解、支持与监督法院工作服务;为发展社会主义民主和加强社会主义法制建设服务。”“发刊词”在陈述办报方针时说,报纸要“宣传人民法院秉公执法、清正廉洁的高尚品德”,要“照顾国外和境外”,“让国外和境外的读者了解我国国内的法制建设情况。”通过对创刊以来每一期报纸的仔细阅读,我们的确了解到许多无法通过亲身访谈所获取的信息,这包括中国法院和司法发展的总体状况、全国各地的一些法院人员方面的数据、法院在社会中所起到的作用、司法机构与党政机构之间的关系、法官选任及晋升方面的真实程序、不同法院在司法管理、改革以及法官职业道德建设方面的成绩以及由此而反衬出来的某些问题,等等。不仅如此,我们还可

以使用社会语言学中的话语分析(discourse analysis)的方法,对于出现于这份专业报纸上的文章所使用的传播话语、特定的叙事结构、影响话语结构的一些因素进行剖析,从而揭示和解释这类话语所蕴含的观念形态和价值倾向。在进行这样的分析时,报章文字就成了第一手资料。^①

因为我们研究的是法官这样的专业群体,因而没有使用社会调查惯常使用的发放问卷方法。但总课题整体问卷中我们还是设计了几个与司法有关的问题,其中的结果对于理解和说明目前我国的司法状况,尤其是法院在人们心目中的位置仍有很好的参考价值。

一、有关法官数量的一些资料

“文化大革命”结束以后的十多年来,我国的司法制度有了长足的发展。表示这种发展的指标是多方面的,例如司法机构的设置和完善、司法管理方式的改进、司法从业人员数量的增多和素质的提高,等等。首先,我们将从不同渠道收集到的全国法院系统从业人员的数量制图如下,从中可以看出最近15年来司法从业者数量急剧增长的势头。

虽然资料来源不同,数据指标也很不完整(例如三个年度没有审判人员的数字),但其中的变化却是显而易见的。图1显示,1979年至1992年,全国法院从业人数增加了约4.3倍,至1995年底增编完成后,将增加5倍;审判人员从有数字统计的1986年到1994年增加了约1.6倍。这样的增长幅度与我们在5个省的法院系统调查时所获得的相关数据大致吻合。

另外,值得一提的是,十多年来女性对司法的参与也有了相当的提高。据1986年的统计,当年全国法院审判人员中,女性为9711人,占审判人员总数的9.86%。到1994年5月,数量增至23000人,比例升至14.74%,并且在成立中国法官协会的同时,又成立了中国

^① 关于话语分析的一般理论以及在某些领域的成功运用,可参看冯·戴伊克(T. A. van Dijk):《话语·心理·社会》,施旭、冯冰编译,中华书局1993年版。

女法官协会。当然,数量增多并不一定说明女性在司法过程中地位有了相应的提高;她们在司法决策方面能否发挥实在的作用是更值得注意的。

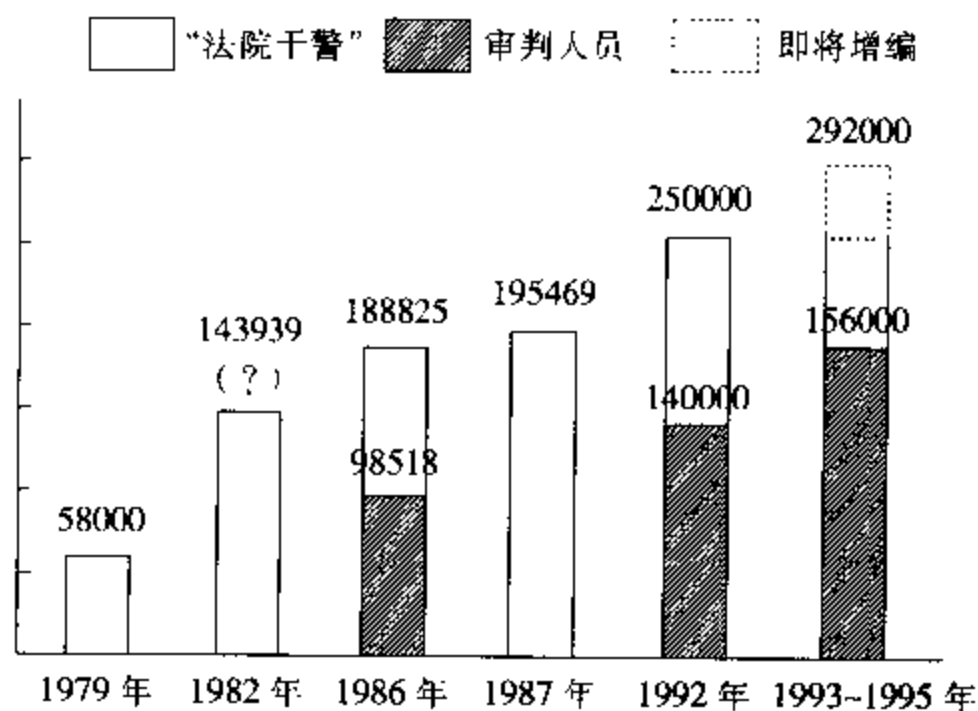


图1 全国法院总人数变化情况

资料来源:(1)1979年数字出自当时的最高人民法院院长江华在全国法院院长工作会议上的讲话,见《江华司法文集》,人民法院出版社1989年版,第90页;(2)1982年的数字系推算得来。最高人民法院院长郑天翔1988年4月11日在七届人大一次会议上作法院工作报告时称“全国法院的人数从1982年到1987年增加了35.8%”,同一报告披露1987年共有“干警195469人”,据此逆推出表中数字;(3)1986年数据来自张军、江必新,“审判机关及其工作”,载《中国法律年鉴》1987年卷,第11页;(4)1987年数字见上引郑天翔报告;(5)1992年数字中总数出自最高人民法院院长任建新为《人民法院报》写的“发刊词”,见该报1992年10月1日第1版。此非精确数字,同版署名“寒风”的文章“人民法院在改革开放中前进”称“执法干警已近25万人”。该年审判人员数字也出自寒风的文章;(6)1993~1995年度中审判人员数字出自1994年5月9日《人民法院报》刊登该报记者倪寿明的报道:“中国法官协会和女法官协会成立”,因该文系5月初刊出,并非当年精确统计。到1995年底,法院系统将增编42000人,故编制将扩至292000人。

我们知道,十多年来,我国的行政系统一直在不断强调精简机构、压缩人员(自然,精简的结果如何是另一回事),但是,法院这方面,却一直在增加编制。不妨简要地对这一过程加以回顾。

早在1979年7月,大乱甫定,最高人民法院院长江华便公布了一个法院系统的人数增长计划,据他的说法,根据彭真(时任全国人大常委会副委员长,法制委员会主任委员)的建议,把法院系统现有人员由5.8万人在今后两三年内增加到20万左右。^①这个预计两三年内完成的计划实际用了7年时间才基本实现,但是毕竟完成了。我们注意到,随着经济体制改革的渐次推进,社会关系由禁锢而走向松动,以及人们对法律和司法的期望值的不断增高,法院受理的诉讼案件急剧增多。为了缓和法院系统所承受的压力,自1978年以来,历届最高人民法院院长在他们的法院工作报告以及其他一些场合的讲话中,都不断地呼吁国家增加法院编制,这种呼吁与中国共产党以及国家加强社会主义民主与法制的政策相回应,结果,不足3年时间,法院人数便增加了140%。1988年4月11日,最高人民法院郑天翔院长在向人大作报告时说及法院的人员情况,称“中央批准法院系统1987年、1988年两年增编55000人,这将使法院人力严重紧张的状况有所缓和,但离实际需要还有很大距离。考虑到国家财政状况,我们现在不好再提增编的要求了……”。^②尽管如此,1993年法院系统又得到了增编的机会——中央批准1993~1995年度法院系统将再增编4.2万人。1993年8月20日《人民法院报》报道,“据来自最高人民法院的消息,新增加的4.2万名干部,主要从政法专业学校和大专院校毕业生及部队转业军官中择优录用。另一个来源是党政机关和事业单位中适合从事政法工作的人员。”值得注意的是,根据报道,此次增编进入的是“干部”,而没有使用惯常的“干警”这样的字眼,表示了向“干部”(专业审判人员、管理人员等)倾斜的意向。

图1显示的是全国法院系统总人数的情况。这些人员在全国是

① 《江华司法文集》,人民法院出版社1989年版,第90页。

② 郑天翔:“最高人民法院工作报告”,载《中国法律年鉴》1989年卷,第750~756页。

如何分布的呢？在目前公布的各类统计中，我们没有找到具体到省、自治区（及直辖市）的高级法院、地市的中级法院、区县级的基层法院以及各类专门法院的统计数字，只能从报章文字中收集某些地区的数据。例如我们从《人民法院报》的文章中了解到，1992～1994年间，山东省共2300个法庭，16000名干警。河南省共有中级法院18所，基层法院158所，全省干警15000人。辽宁省法院系统共10800人，江西省全省干警共8000人。

区县基层法院的情况，随机发现的数字可以列表如下：

表1 一些区县法院人员情况

法院名称	数字	报道中使用字眼
青海省互助县法院	74	干警
四川省丹棱县法院	40	在职干警
河南省许昌市魏都区法院	89	干警
湖北省襄樊市襄樊区法院	38	干警
湖南省长沙市市北区法院	78	干警
山东省肥城市法院	112	干警
河北省定州市法院	159	人
河南省温县法院	89	人
江西省宁都县法院	87	干警
山东省郊南市法院	190多	干警
山东省烟台市开发区法院	25	干警
江西省铅山县法院	69	干警
山东省淄博市张店区法院	125	干警
浙江省湖州市城郊法院	138	干警

可以看出，无论是省法院系统的数字，还是区县法院的数字，相互之间可以有相当的差距，主要的原因应当是辖区人口的差异。

在图1中，我们还可以见得到一些年份审判人员在全体人员中所占比例的情况，到了省以下级别的法院，绝大多数就是“干”“警”浑然一片了。其实，“审判人员”的含义也并不等同于“干警”中的

“干”，即干部。大体上，所谓干部包括审判人员和行政管理人员，也可以包括法警中的警官，甚至“以工代干”者。因此，1992年全国法院共有“干警”25万，其中审判人员14万，那么其他的11万便主要是管理人员、其他从事非司法工作的人员、法警等。对于这种比例进行评价很困难。我们在调查中了解到，审判人员与管理人员之分别并不等于法律专业人员与非法律专业人员之分别，也不简单地就是内行与外行之别；在很多情况下二者相互交错。有些管理人员曾受过正规的法律教育，而相当多的审判人员（包括一些审判员、庭长、院长副院长等）却压根儿未受过任何法律专业训练。要对我国法官及其整个司法从业人员的专业化程度及其趋势进行评估和分析，我们还必须更进一步，尽可能详细地了解目前的从业人员的来源状况、教育背景、不同背景者所担任的角色及其影响力以及人们在专业化问题上的见解等等。

二、法院人员的构成与素质

根据前面所述的理论假设，在调查过程中，我们曾力图在法院人员的构成方面获得下述资料：（1）受过正规法律专业训练的法官在从业人员总数中占多大比例以及这种比例的变化情况；（2）经过短期训练和其他非正式训练者的比例；（3）十多年来复转军人充实到法院中的数量；（4）不同来源和背景的法官在司法决策中影响力的差异；（5）不同来源与背景的法官在司法工作中所表现出的类似或不同特点（例如在法律知识的掌握、专业化程度以及专业化自觉、正义观念、权利意识以及所有这些方面对其行为的影响等方面的差异）。

然而，我们调查的结果，发现有些数据目前并没有统计，有些统计则缺乏应有的再分类。下面是一些地方法院的情况：

张店区法院：125名干警中取得大专以上学历的105名；

上海市审判人员的文化程度：1984年大专文凭以上者有17%，到1993年底升至68.45%；

青海互助县法院：74名干警中具有大中专以上学历者42人；

江西南都县法院：87名干警中大专以上学历的64人；

深圳市中院:230 余名干警中,具有大专以上学历者占 79.3%,其中包括已获法学副教授、博士、助理研究员、讲师等职称或学位者计 40 名。

除了这类地方法院的数字外,全国性的统计也有一些,例如,我们从最高人民法院任建新院长 1993 年 3 月 22 日在八届人大一次会议上所作“最高人民法院工作报告”中知道,在全国法院系统的审判人员中,具有大专以上学历者已由 1987 年的 17.1% 上升到 1992 年的 66.6%,5 年之中增加了 49.5 个百分点。^①

尽管通过这样的统计数字可以看出我国法官素质在近年来大踏步提高的现状和趋势,但是,这种屡屡使用的“大专以上学历”本是一个相当含糊的说法,首先是没有分辨出大学本科与专科之间的差别。^② 了解中国法律教育现状的人都知道,这二者之间的分别不仅在于学习时间的长短,而且教学方法、课程设置、讲授内容、学习的综合环境、求学时的年龄以及由于年龄的不同所导致的求知心态的强烈程度、取得学历的标准等各方面都存在着程度不同的差异。这还只是指比较正规的、认真的教育,20 世纪 80 年代后期还曾在一些地方出现过几个月的突击学习便可以获得大专文凭的事情,后来报章有所披露,国家教育管理部门也曾发文制止。法律大专教育是否出现过类似的滥发文凭现象? 如果有的话,统计时是否已加以甄别? 这些都是不得而知的。

“大专以上学历”这种说法的另一个缺陷是没有对不同专业文凭的持有者加以分别。在实际调查过程中,我们发现,法院中具有大专以上学历的从业人员中,法律专业文凭持有者固然占多数,但法律以外的专业,如中文、哲学、历史乃至一些理工科专业文凭的持有者

① 见《人民法院报》,1993.4.9。图 1 中 1992 年全国法院审判人员为 14 万人,按此比例推算,当年具有大专以上学历的审判人员约为 93000 余人。

② 最高人民法院副院长祝铭山在 1994 年全国法院干部培训工作会议上讲话指出“大专起点本科教育有了较大发展,……使法院干部中大本与大专毕业生比例悬殊的不合理状况有所改变。”(《人民法院报》,1994.5.26)但究竟怎样不合理,祝的讲话并没有透露。

也占有一定比例。这些非法律专业文凭持有者中不少人在法院中从事文秘以及管理工作,但也有一些直接从事审判工作,甚至担任庭长、院长等要职。他们在司法人员中所占比重也是评价法官专业化程度时所必须考虑的。

虽然上述缺陷给我们的评价带来了一些困难,但是,将学历情况作为统计上的一个指标这一事实本身便显示着中国司法的进步。须知我们曾在相当长的时间里倡导司法的大众化即非专业化。早在1940年代边区的司法观念便已经有了这个倾向。当时的一位法院院长曾批评某些司法干部“重视书本,不重实际,讲条文不联系政策,支离破碎,钻牛角尖。这种现象不克服,只有越学越糊涂。”这位院长又要求“大家应鼓起勇气,先来个劫牢翻狱,打破围着自己的囚笼,脱掉加在身上的枷锁,把自己解放出来,把它融入民间,把专业化变为大众化。”^①20世纪50年代,这样的倾向并没有伴随着正规司法制度的建立而消失,相反,由于单纯强调司法是人民民主专政的工具、打击敌人的武器,因此在司法人员的选任上对政治素质十分强调,有时甚至只强调政治上可靠,“业务差一些可通过实践学习、提高”,这样的说法在当时很是流行。迟至1983年6月,最高法院江华院长在考察了四川、云南的司法情况后,向中央领导写报告还痛切地描述了四川的情况:“四川省法院干部中,党团员占84%……现全省法院干部中,政法院系的大专毕业生仅498人,占4.6%,而小学以下程度的占15%,其中还有相当数量是文盲和半文盲。”^②

为了改变这种状况,有关方面作出了相当多的努力。首先是兴办和扩大正规的法律教育的规模,并使更多的法律院系毕业生充实到司法队伍中来。第二是多渠道办学,例如法院业大、电大、函大等。据1988年《中国法律年鉴》报道,1987年,全国法院18万多干部中

① 1944年3月高等法院王院长在边区司法会议上所作的“司法工作报告”,见北京政法学院编:《中华人民共和国审判法参考资料汇编》(一),1956年印行,第185页。

② 江华:“关于人民法院在人、财、物方面的严重困难情况的报告”,《江华司法文集》,人民法院出版社1989年版,第307页。

参加业大、电大、函大、党校、政法管理干部学院等各类培训者占总数的1/3以上。《人民法院报》报道,仅“全国法院干部法律业大”一种,自1988年至1993年底便“培养法院在职干警大学学历生5万多人,专业证书生2万多人”。^①1988年,最高人民法院又与国家教委联合创办“高级法官培训中心”,当年秋季开始招生,5年后的1993年,共“培养了800余名高级法官及其后备人才”。^②此外,自1987年起,最高法院还直接从全国法院系统选派出国留学和进修人员,迄止1994年,共选派出国进修人员63人,有40多人已学成归国。^③在职干部报考研究生是另外一个渠道。1987年,由最高法院安排,各地法院共推荐60余名在职干部报考研究生,经过统一考试,由北大等9所院校录取28人,作为法院定向代培的刑法、民法、诉讼法、国际经济法等专业的硕士生,至1994年底,共定向培养博士、硕士生249人。^④1990年,全国法院干部教育培训工作会议又提出了所谓“七、八、九”计划,即至1997年,“法院干部大专文化层的占全员的70%,审判人员大专以上文化的占80%,法院领导大专以上文化的达到90%”。^⑤1994年,任建新院长又提出,“在2000年以前,在审判人员全部达到大专以上文化、专业水平的基础上,提高干部学历层次;努力培养出一批高层次人才和专家型法官;普及岗位培训,使之经常化、规范化。”为了实现这一目标,“必须建立正规化的法官培训体系,对法官有计划地进行培训,要加快国家法官学院的筹建步伐。各省、自治区、直辖市要在现有的法官培训中心和法律业大分校的基础上,积极筹建地方法官学院。”^⑥

这样的前进步伐和宏伟蓝图都是很令人鼓舞的,司法专业化的

① 《人民法院报》,1994.1.27.

② 同上,1993.4.9.

③ 同上,1994.5.26.

④ 同上,1994.5.26.

⑤ 同上,1994.1.27.

⑥ 同上,1994.5.26.

这种发展规划与趋势对于提高我国司法工作的质量、加大司法对社会关系的调整力度,保障公民权利,将我国建设成为一个真正的法治国家都具有深远的历史意义。不过,千里之行,始于足下,专业化需要从眼前做起,需要具体的落实,就我们在调查中所了解的情况以及掌握的一些书面材料看,目前仍有一些做法并不是朝这个目标努力,有时甚至南辕北辙,在倡导专业化的同时,又做了一些反专业化的事情。主要的问题表现在法官的选任、法官与法院的职能定位以及法院的管理方式三个方面。后两方面我们将在本文的第三节详细描述,这里主要就法官选任方面的情况作些列举和分析。

很明显,直到今天,法院仍是各行业中外行人较为容易进入的一个机构。不必说法律专业文凭,基本的法律常识的具备也没有被作为进入法院从事司法工作的先决条件。甚至没有受过任何法律训练的人可以担任法院的院长、副院长。湖南省高院副院长周敦和曾撰文说,“就全国而言,没有达到法律大专程度的法官,大约有近一半。”^①为什么如此众多的法官连大专程度都不具备呢?过去遗留下来的无学历法官当然占有一定的比例,但是更多的是近十多年来进入法院的无学历者。他们中大抵有两类,一类是机关企事业单位通过法院举行的考试而调入的人员,他们原来的职业有党政干部,也有工人。另一类是复转军人。

将复转军人安置到法院等司法部门去工作的实践可以追溯到20世纪50年代初期的司法改革运动。1952年,司法部部长史良在向政务院总理周恩来提交的“关于彻底改造和整顿各级人民法院的报告”中提出,随着“三反”运动的巩固和深入,有必要“使各级人民法院从政治上、组织上、思想作风上保持与提高纯洁性。”她提出的建议包括“各级人民政府首先调配一些立场坚定、观点正确和熟悉政策的老干部任骨干,特别注重从现有司法干部中,放手提拔那些在‘三反’‘五反’运动和以往工作中证明了立场坚定、工作努力的积极

① 周敦和:“从‘重视教育、重视人才’谈法官教育、培训问题”,《人民法院报》1994.5.12.

分子到各种重要岗位上来;其次,在各种人民法庭的干部中,从转业建设的革命军人中,从工、农、青、妇等人民团体中,输送一批优秀分子来充实和加强人民法院。”^①文革期间,法院曾在军管与撤销之间沉浮。文革后,司法部门又一次成为安置复转军人的最重要的机构之一,几乎每年都有大批的复转军人来到法院。在我们调查所到的法院中,复转军人出身的法官都占有相当的比例。但就全国的情况而言,我们却没有得到这方面的一个统计数字。

由于复转军人大多没有学历,有法律专业学历的更少,因此自然给法院的专业化带来了负面的影响。早在1983年,江华院长便向中央呼吁,不要不顾法院和司法的专业化需要,过多地将复转军人往法院里安置。他以四川等省为例,说四川省1982年“第四批由军队转业调进法院的干部中,有4人患精神病;重庆市市中区法院去年分配来转业干部15人,1/3是病残人员。云南也不乏这类事例。对这些人员,法院非接受不可,所谓‘包袱大家背嘛!’”^②1988年4月,郑天翔院长又呼吁给法院在人员增编时的自主权,“无论是社会招干,还是单位调配的或转业军人,都坚持标准,公开招考,择优录用,不合格的坚决不要。”^③但是,这样的呼吁似乎并没有太明显的效果。1994年6月20日的《人民法院报》有一篇题为“吉林法院通过考试进入受称道”的报道中称,“吉林省高级法院明确,除转业军官可以免试占编直接冲调调入外,其余原超编人员均不得冲销增编指标,并要全部参加增编进入统一考试……”。^④尽管该报同一版报道最高人民法院副院长谢安山指出法院系统增编补员必须经过全国统一考试,“不参加考试和考试不合格者一律不予接受。”一律之中为什么有例外,吉林省为什么可以规定转业军官得免试直入,这样的做法是否违反最高人民法院的规定,这家报纸却未作任何解释。

① 《人民日报》,1952.8.22.

② 《江华司法文集》,人民法院出版社1989年版,第308页。

③ 郑天翔:“最高人民法院工作报告”,收入《中国法律年鉴》1989年卷。

④ 《人民法院报》,1994.6.20.

也许这是不当疑处生疑了。纵然是《人民法院报》这样的由最高人民法院主办的专业化报纸,对于大量复转军人进入法院这件事似乎从来就没有提出过疑问,甚至如江华、郑天翔前院长所发出的那种呼吁也从未有过。相反,这家报纸还通过大量报道复转军人法官的先进事迹,同时极少报道受过正规法律教育者如何由于其专业训练而公正司法,表明了对这种实践的肯定。自创刊以来,《人民法院报》经常报道一些法官的事迹(多在“法官风采”、“人物通讯”、“法苑英才”、“法院群英谱”一类栏目中刊出)。据我们对迄止1994年6月底出版的116期报纸的阅读和统计,表彰优秀法官的通讯、特写等共计72篇,其中明确提及主人公是复转军人出身的共18篇,占25%;而表明主人公曾接受过大学教育的共5篇,占6.9%。差异不仅表现在数量上,也表现在作者们所采用的话语结构以及这种结构所要传达给读者的价值判断上。不妨列举一些个案加以说明。

〔个案1〕 陈召安当兵出身,深知“树正影子直”。外出办案,他常说:“跟我去。”审理疑难案件,他常说:“跟我学。”遵守工作制度,他要求法官们“向我看齐。”……过硬的审判质量摔打出一支过硬的队伍……他自己也多次立功受奖。(《人民法院报》,1993.10.15.题:“心系万家满腔情”)

〔个案2〕 陈明胜,这个在部队立过功的小伙子,除具备法官的素质外,还保留着军人的作风。他在法庭任执行组组长,用法庭其他人的话说:是人尽其才到家了。他每年平均执行案件都在60件以上,且连续4年执行率都在95%以上,这简单的两个数字,使法院从事多年执行工作的同行们惊叹不已。(《人民法院报》,1994.2.14.题:“一个特别能战斗的群体”)

〔个案3〕 1979年董友泉脱下军装,怀揣三等乙级残废证,风尘仆仆地到绍兴县人民法院报到。由于当时人民法庭急需人员,组织上把他派到离城30里以外的山区法庭——平水人民法庭担任负责人。……董友泉未提任何要求,第二天便愉

快地到法庭上任,下决心要彻底改变法庭面貌。(《人民法院报》,1994.2.24.题:“脱去戎装亦风流”)

[个案4] 从戎14年,法院工作12年的符甘森,谈到法院工作的韬略来,还不失军人特有的气质和风度,果断与威严!(《人民法院报》,1994.6.6.题:“严字之下出效率”)

除了这类表彰个人的文章外,还有报道一些法院重视发挥复转军人法官作用的消息:

[个案5] 近年来,四川绵阳市中级法院发挥复转军人作用取得明显成效。全院干警中转业干部和复员退伍军人占总数的45%,中层以上干部中转业干部和复转军人占59%。这些同志在各自的岗位上努力学习,勤奋工作,为法院建设和各项工作做出了显著的成绩。(《人民法院报》,1993.2.12.题:“绵阳中院复转军人作用大”)

[个案6] 河南省周口市法院几乎每年都要接收一批军转干部来院工作。该院在经费极其紧张的情况下,积极创造条件鼓励支持军转干部参加各种形式的法律“业大”、“函大”学习,并通过办短训班、庭审观摩和新老同志“一带一”活动,提高他们的业务素质 and 办案水平,使军转干部脱颖而出成为审判工作的主力军,全院29位中层干部中,军转干部就有27位。(《人民法院报》,1994.6.27.题:“周口法院军转干部挑大梁”)

荷兰著名的社会语言学家冯·戴伊克曾指出,“报界的新闻报道是由约定俗成的新闻格局(news schemata)构造组织的。”“这种新闻格局可以描写为话语的抽象结构特征,或者再现(representations),或者社会共知的、使用新闻的规则、规范和意识形态系统。”^①如果把上面所列举以及下面还要列举的这类报道(以及其他报章有关司法的文章)放在社会语言学的视角下观察,我们会发现它们具有一种特定的话语结构,似乎是受到了某种叙事框架的约束(这种

^① 冯·戴伊克,《话语·心理·社会》,施旭、冯冰编译,中华书局1993年版,第68~69页。

约束未必被报纸的记者、编辑或作者完全省察),随着这种话语的不断重现,某些流行的价值判断和意识形态^①便不断地得到再生产并被固定化。

上面这几个个案,在话语的表层结构上,只是对于司法人员中的一个特定群体,即出身于军人的法官们如何在司法工作中发挥他们的重要作用加以描述,但是,在深层结构上,它们却表达了或蕴蓄着比表层上所见的更多、更深的意义。例如个案一,“陈召安当兵出身,深知‘树正影子直’”。当兵出身为什么就一定知道这样的道理,假如不是当兵出身,是不是就不知道?“跟我去”、“跟我学”、“向我看齐”这样充满军事口令色彩的话语以及后面的“摔打出一支过硬队伍”、“多次立功受奖”的结果描述都向人们暗示,由于这位法官出身军人,所以正直、果敢;由于将军人的品质要求和军营的管理方式用之于法院,才造就了过硬的队伍,搞好了司法工作。

个案2中,“在部队中立过功的小伙子”,劈头面来的就是一句褒奖意味十足的描述。“除具备法官的素质外,还保留着军人的作风”,什么是“法官的素质”?^②还保留着的“军人的作风”又是什么?这两者之间有什么异同?为什么保留着军人作风担任了法官(“执行组组长”),“法庭中的其他人”就会说是“人尽其才到家了”?如果我们将这篇报道作一个“换词练习”,将主人公换成一位大学生出身的法官,说某法官这位“在大学中当过三好生的小伙子,除具备法官的素质外,还保留着学生的作风”,在阅读心理与感受上会发生怎样的变化?所谓军人的作风,大概就是个案3所谓“军人特有的气

① 这里的意识形态并不指某种理论流派,而是指一个社会中为一般成员所共有的有关合理的社会格局情形如何的信仰体系,它是相当复杂因素所构成的一种复合体。

② 很少见到全面阐述法官所应具有的素质的著述。一位当过半年法官的作者告诉读者:“有人问我:‘什么是人民法官的气质?’我告诉他:‘黑的就是黑的——要斩钉截铁;白的就是白的——要理直气壮!’又有人问我:‘什么是人民法官的风度?’我告诉他:‘最讲理,最公正,最礼貌,最文明,这就是人民法官的风度!’”(《人民法院报》,1993.2.19,李卿华:“初当人民法官的体会”)或许这可以作为时下流行的人民法官素质的解说。

质和风度”即“果断与威严”吧。当然,服从领导、严守纪律也都是军人所应具备的品质。而“学生的作风”呢?或许可以包含勤奋好学的意味,但更多的却是诸如“学生气”、“书生气十足”、“脱离实际”、“缺乏对社会的了解和实践经验”乃至“自由散漫”、“恃才傲物”等等带有否定意味的暗示和联想。

下面我们再来看几个以大学毕业的法官为主人公或涉及大学生法官的报道。

〔个案7〕 解放前夕,马灿芳随家人从曼谷回到日思夜想的祖国。1959年,她从中南政法学院毕业,响应祖国召唤,自愿到那坡县下华法庭工作。……今年57岁的马灿芳,现任广西壮族自治区高级法院专职审判委员会委员,更是一心想着工作,她说:“我爱党,爱祖国,无从报答,只能加倍努力工作。”她思考最多的,还是审判工作怎样实实在在地服务于改革开放和经济建设。她在审理案件时,注意把邓小平同志提出的“三个有利于”作为办事原则。(《人民法院报》,1992.10.15.题:“归侨的心声”)

〔个案8〕 晋祥瑞,北京政法学院的高材生,刚到这王屋山那会儿,只觉得“山高路险,沟深人蛮”,进山办案,一天下来,上上下下足百里之多,回到法庭,身子像要散架。他想先干两年再说,没想到从此爱上了王屋山。组织上先后四次调他下山工作,并考虑让他当副院长。

他上书道:“院里需要我,王屋山人民更需要我,我还是留在法庭吧。”

亲朋好友说他愚,他笑笑说:“我这辈子‘愚’到底了。”

他的精神鼓舞了全院,激励了新一代的大学生。在平原长大的西北政法学院毕业生周备中,1988年分配时听说王屋法庭有个老大学生,就主动要求上王屋山。于是,山民们又传说着,王屋山又来了个“愚”法官。(《人民法院报》,1993.6.11.题:“愚公故乡的法官们”)

〔个案9〕 最近几年,由于法院审判力量不足,逐步向社会招干和吸收了部分大专院校生到法院工作。这些人员大部分素质是好的,不少人成为法院的审判骨干,但是也有个别干警放松世界观的改造,自认为进了法院大门端上了“铁饭碗”,可以高枕无忧了,工作不求上进,思想作风散漫;有的干警由于受社会上“一切向钱看”的不良倾向的影响,不安心法院工作……(《人民法院报》,1994.4.4.题:“绍兴中院狠抓队伍建设调整不合格法官”)

〔个案10〕 定州市法院领导班子始终将队伍建设放在首位,常抓不懈……全院干警大致可分为三个层次:一是从事审判工作多年的老同志。他们是法院的财富,院里注重帮助他们更新知识,使他们保持不骄、不躁、不厌的精神。二是军转中年干部,院里注重加强他们的法律知识学习,由军官向法官“过渡”。三是近几年入院的年轻学生,院里注重让他们到实践中“摸爬滚打”,增长实际工作能力。

由于思想政治工作对路,干警思想稳定,情绪高涨,全院始终呈现着风正、劲足、蒸蒸日上的局面。(《人民法院报》,1994.4.25.题:“非凡的业绩”)

可以看出,当表彰或报道的对象是大学生时,大学时的经历并没有成为他们职业成就和良好品行的前提,甚至连一种正面的影响因素都算不上。在个案9中,大学毕业生甚至被与通过“社会招干”进入法院者并列,其中某些放松了“世界观的改造”者“工作不求上进,思想作风散漫”,最后不免被作为“不合格法官”而“调整”。新闻报道的这种倾向及其话语结构与对复转军人法官的报道形成了极为鲜明的对比。

或许是由于大量复转军人进入司法界的缘故,或许是由于某种话语定型为一种固定格局之后不断地重现和再生产的缘故,无论是在法官们的日常交往中,还是在有关新闻报道中,带有军人和警察色

彩的用语相当流行。^① 在我们与法官交谈以及阅读有关报章文字时,时时都会碰到这样一些被人们习焉不察的说法:法院工作人员的总称为“干警”(这本是公安系统所使用的一种术语,但在公安方面,这总称中“警”是主体。“干”指的是“警官”,即地位高的“警”,^②)司法界被称为“司法战线”,法官之间乃“战友”关系,人们经常说要发挥法院的“前沿阵地”和“战斗堡垒作用”,法官要“能征善战”,有时(例如为了“严打”、解决“执行难”等)还要“大兵团作战……力求每战必胜”。我们甚至发现了这样一次行动——

〔个案11〕 5月7日深夜,天下着大雨,喧闹了一天的吉林省东辽县平岗矿区几乎家家户户都熄灭了灯光,只有平岗法庭的办公室还透着一丝光亮,庭长高尚全及专程赶来协助指挥的东辽县人民法院副院长张海、曲长太和十多名着装整齐的法院干警正急切地盼望着什么。

终于,当不紧不慢的石英钟准确无误地爬到零点位置上时,张海副院长站起身来,会意地向战友们点点头,宣布“零点行动计划”准时开始。霎时,早已整装待发的干警们纷纷冲出门外,跳上早已准备好的警车,呼啸着分头扑向各自的预定目标。

这是平岗法庭去年以来进行的第五次夜间执行会战,主要是拘传那些法律意识淡薄,拒不执行人民法院已生效的判决书和调解书,不履行应负的责任和义务,和法庭干部捉迷藏的当事人。(《人民法院报》,1993.6.11.)

这篇题为“零点方案:吉林省东辽县平岗法庭开展执行会战侧

① 法官(以及检察官)的服饰样式也具有相同的倾向,大沿帽、肩章等等营造的正是军警气氛,这在世界范围内也是独一无二的。

② 各种不同行业的人群总是需要一种缩略式称呼,简称是为了语言的节省,但却必须明确,能够让听者或读者知道其指称。例如,我们知道“干群”指的是干部和群众,“官兵”或“指战员”是指军队里的军官和士兵,“医护人员”是指医院中的医生和护士,如此等等。但究竟应使用什么称呼统称法院中的各类人员,似乎还没有一个既简洁又妥贴的词。

记”的通讯将场景描写得生动真切,绘声绘色,令人如身处两军对垒的战场,而不是威严但庄重的法院。^①

从上面所描述的情况看,之所以会出现法官学历水准较为低下的状况,是因为我们总是在倡导法官专业化的同时,却又实行着法官选任方面的非专业化措施;专业化的前门半开半掩,而非专业化的后门却畅通无阻。这还只是涉及法院大门的进入。另一个更重要的问题是进了法院之后究竟哪些人更容易成为对于司法决策更有影响力群体的成员——在中国的法院中,这个群体通常由法院的院长、副院长、党组成员、审判委员会成员以及各审判庭庭长、副庭长等等组成——以及这类成员的遴选方式与程序。

1983年5月,最高法院院长江华曾到四川考察法院工作,对于四川法院在法官晋升方面的倾向大为不满,他质问道:

人民法院目前在重视和使用知识分子方面有没有错误思想?……调些文盲、半文盲来能不能做好司法工作?有没有知识分子干部够了条件该提拔的不提拔?四川省高级人民法院有200多人,大学生56人,正在学习法律专业的函授生20人,可是刑庭正副庭长中没有一个大学生的。刑庭是我们法院的一个重要庭,庭长没有一个是学法律专业的。你们现在新选的3个院长、副院长中也没有一个大学生的。你们搞改革是怎么搞的?……重视知识分子和重视法制是一致的,法律本身就是一门专门知识。不重视知识,不去发现、提拔、使用学过法律的知识分子,怎么能说是重视知识分子呢?^②

① 在托克维尔笔下的美国,情况与我们却大异其趣:“司法的语言差不多成了普通语言;法学家精神本来产生于学校和法院,但已逐渐走出学校和法院的大墙,扩展到整个社会,深入到最低阶层,使全体人民都沾染了司法官的部分习性和爱好。”见前引托氏《论美国的民主》,上册,第310页。而我们上面所描述的却似乎是军人的精神走出了军营的大墙,弥漫到社会,连司法官们都沾染上了军人的部分习性和爱好。

② 江华:“同四川省高级人民法院部分干部及几位中级法院院长的讲话”,《江华司法文集》,人民法院出版社1989年版,第290页。

10年之后,对于全国高级法院院长的又一轮换届选举完成,换届前后的学历对比情况,高级法院院长总数为30人,换届前具有大专以上学历者19人,占63.3%;换届后大专以上学历持有者为21人,占70%。新一届院长中,14人为连任,16人为新任,新任者中来自法院系统内部的4人,占25%;从其他部门选任的12人(省政法委4人,省委组织部2人,市公安局1人,地、市、区委书记5人)占75%。^①

我们看到,新一届院长中具有大专以上学历者只增加了两人,高院院长中连大专以上学历都不具备的占到了30%,而且,同一篇报道告诉我们,他们中熟悉审判业务和比较熟悉政法业务的共22人,占73%,也就是说,对“政法业务”一点都不熟悉的也占了27%;在全国性的统计中本来已经不是一个小数字,而具体到该院长所在地而言,那就是百分之百的外行了。对此,人们会很自然地想了解,这类法官中的官究竟是通过什么程序选任出来的呢?

按《中华人民共和国人民法院组织法》的规定,各级法院院长由各同级人民代表大会选举,而副院长、庭长、副庭长、审判员则由各同级人大常委会任免。院长与同级人民代表大会任期相同,但如果在两届大会之间,人大常委会认为法院院长需要调换,“须报请上级人民法院报经上级人民代表大会常务委员会批准。”(第36条第2款)。

从法律的规定上看,法官的任免权由民意机构即人民代表大会及其常设机构行使,同时上级人民法院也在一定限度内参与决策,但实际的操作过程究竟是怎样的呢?下面,我们选择报纸透露的两个选任法官程序的例子以及三节调查过程中的访谈记录,以便了解其真情实况以及有关人士的看法。

[个案12] 记者近日从江苏省高级人民法院政治部获悉,1993年江苏省地方各级法院院长换届选举前的准备工作已基本完成。对各市、县(区)法院院长换届中进、退、

^① 《人民法院报》,1993.7.23,题:“全国高级法院换届选举工作结束,一批年富力强的院长走上法院领导岗位”。

留的人员做到了心中有数,为加强各级法院领导班子建设打下了良好的基础。

省法院党组成员、政治部主任蔡则民对记者说,这项工作是关系到今后一个时期各级法院领导班子建设的大事,三级(省、市、县)法院同时换届选举,15年才一次,来不得半点马虎。为此,党组一班人采取了得力措施,整个工作做得扎实、细致。高院和各中院从今年3月起,分别与省委、市委组织部共同组成考察组;对各市、县(区)法院的领导班子逐个考察,逐一分析,注重领导班子的合理搭配,在年龄上拉开档次,在专业知识上互补。在考察工作中,他们下了四着好棋:……(《人民法院报》,1992.12.17.题:“江苏切实做好各级院长换届选举准备工作”)

〔个案13〕 1992年,院党组经民主推荐,选拔了4位年富力强的干部任4个法庭的庭长,免去了原来4个庭长的职务。这一大规模的人事变动,引得上上下下议论纷纷。传统的用人观念还有相当大的市场;干部能上不能下,无过即有功,要免去一些既无过错、又无政绩的干部会遇到相当大的阻力。为了搞好这次人事任免,院党组的同志做了大量工作。首先,做好被免职同志的工作,有3位同志向院长提交了辞职报告,主动让位,以实际行动支持了干部制度改革;其次,向县组织部、人大做好解释工作,争取党委、政府的支持;第三,做好被免职者家属的思想工作,创造一个宽松的工作环境。……被免职的4位同志,由于压力减轻了,工作起来干劲也足了。在1992年的评比中均被评为先进工作者。一位同志深有感触地说:“我总算找到了自己的位置,干不了的事勉强去干,害了自己,也给党的事业带来损失。”(《人民法院报》,1993.6.18.题:“只凭政绩论英雄”)

〔访谈材料1〕 某省高级人民法院院长访谈摘录(1994.8.4.)

……审判方式的改革和法官的素质紧密地、不可分地联系在一起。有人说,中国的法官权力太小了,你那个审判委员会不能放放权吗?我说不行,现阶段审判方式和我们的这个法官制度不行。为什么呢?咱们这个法官啊,司机可以当法官,开着开着车呐,第二天,转干了,法官了。军队里的军官,还是初级军官,现役排长,复员了,转业了,到法院当法官,而且还可能当高级法官,假如他投胎投得好,投胎到最高法院,就是最高法院法官,不就是高级法官么?你看,司机可以转干当法官,军队的干部可以当法官,工人可以转干当法官,一天法律没读的,跟法律一点儿都不沾边的,一转呢,都来当法官。不仅可以当法官,还可以当首席法官,还可以当大法官。咱们组织部门有个明文规定,没有经过政法部门锻炼,没有办过案子,没有读过法律专业的人,[学历]包括初中、高中——小学当然太低了,这样的人,可以到法院当院长。当院长之前或之后,送到高级法官培训中心,培训一到三个月,取得合格证,就可以当法官了。好多地方就是这样的。那个组织部长啦,政法委书记啦,根本跟法律没沾边,到你这儿干院长来了。来了,到那儿培训,一到三个月,回来就是院长,同样主持审判委员会。你看,就这样的审判方式。你这个审判委员会,再不找一些有经验的、几十年工作的作为成员,那怎么办呢?拿我们省来说,一年25万件案件,十年就是250万件了,重大的案件、死刑案件,都不少,就这么运转起来,我的妈呀,了得吗!初中毕业的,到那里喊哩咔嚓,一个判决就拉倒了。经济案件,省法院的标的额是1000万元以上,一张判决,1000万你拿去!行吗?!

所以,中国这个法官素质必须有一个集团性的、群体性的提高,要将经验与智慧结合起来加以控制和把握。全世界范围里,没有哪个国家像咱们这样,没有工人当法官,没有转业军人当法官的。中国就这么个体制嘛。在这个体制

下,法官的权力,我看还是越小越好,必须有个群体来控制他的权力。所以,要实现审判方式的改革,必须提高法官的素质;不提高法官的素质,这个改革就很难进行。

〔访谈材料2〕 某市一位区法院副院长访谈摘录(1994.8.10.)

法律业大在提高法院干部素质、传授法律知识方面做了很多工作,你要肯定它,当然,在实践中的学习也很重要。法律业大这种教育方法不可能达到正规的、全日制式的学校那样的水平,它的学时、学习的条件、教师的力量等方方面面的,包括对学生的要求,达到什么程度才算合格,都不一样。当然,学比不学强,我是省政法管理干部学院两年大专毕业的,现在又在××大学读函授,大(专)转本(科)。现在的学习嘛,比方外语水平,我就达不到水平。但是其他科目还不错。在脱产读大专时,我就想,我要比班上的一半人强,当时许多人就是混文凭,我也是混文凭,但是混文凭的同时,我还多少愿意学一点东西。有些人纯粹就是在那里混文凭。不过,专门地学,总比业余时间学要强得多。同是业余学的也不一样。你那个学习好的,文化水平高的,他素质自然高。……目前,判决书,结案报告,写得好的,不多。有些事情,你就是大学本科毕业的,也不一定干得好。我们院就有一个,××大学毕业的,也不能胜任。不少国家从好的律师中选法官。要保证法官的素质,就应当从法律工作者中挖人才。从校门直接到法院,不合格的很多;他不光做法官不合格,做律师也不合格。做律师不合格,做法官能合格么?假如从经验丰富的办案律师中,十个律师挑一个法官,这个法官能不过硬么?

从我们法院来说,复转军人比较多,另一块是机关精简干部,其中有些年轻同志,对法院工作比较热爱;第三部分是学校毕业的。还有一部分是一些单位选拔来的。我的感

觉,从机关来的,特别是单位选拔来的人,经过一段时间的业务培训,工作就能拿得起来。相反,大学毕业的,在短时间内工作基本上拿不起来。为什么会造成这个局面呢?我对教育没有研究,但这种情况跟法律教育肯定有关系。〔在〕我们中国,司法在很大程度上不只是司法;干这种工作应当有一定的社会阅历和工作经验。这很重要。在做工作时,很多情况下不是在向当事人宣讲法律,而是就你这件事,用群众工作的方法也好,用政治思想工作的方法也好,把它解决了。法官懂得法律知识,懂得程序,甚至还知道外国的一些法律知识,这固然重要,但关键是能把案子给处理了。社会经验和阅历跟年龄有很大的关系。为什么咱们国家的法院组织法对法官的年龄有个规定,这是必要的。办婚姻案子,你法官还没结婚呢!小青年,嘴上没毛,办事不牢,做什么工作?我们院里的一位老庭长就不一样。一位转业军人跟我说,一样地做工作,人家老庭长说出话来有威力。为什么有威力?人家当事人觉得老庭长都这么说了,按他说的办,不会错。我们院里还有位女庭长,大学毕业生,她很有特点,不管三教九流,高到知识分子,大学教授,下到工人、农民,甚至流氓坏蛋,她都能对付。要严肃的时候,她挺凶的,上来那股劲儿,真厉害。需要软的时候,刚才还吵得挺凶的,一转眼她又笑了,把气氛给你拉回来了。她有这个本事。这种本事,不是你在学校里能够学得来的,这跟生活阅历有关系。作为法官,即使最低层的人,他们怎么说,怎么想,说话用什么语言,他们讲什么道理,你必须清楚。尤其是民事审判干部,这方面的素质非常重要。在法庭上,英国怎么样,美国怎么样,没有用,不需要讲这些。有了那种素质,道理就讲得通,调解就调得成,判决就判得住。……法官的素质是一种无形东西。

因此,说来说去,司法制度要改变,把许多不必要的工作

从法院中拿出去,法院自然就不需要那么多人。拿到律师那儿,律师队伍必然要扩大。院校毕业生原则上不要直接到法院去,都去做律师。做了几年律师后,从中再考核、考试,选拔法官。从法官这方面来说,必须从基层法官做起,中级以上法官原则上不要从法院系统外边进入。现在包括最高法院都直接接纳院校毕业生,过个几年,当上了审判员,但老百姓拿个案子问他,他却不知道,他没见过,没体验,说不准。现在高级法院以上,基本上就不办案了,遇到一些案件,他们常回过头来问我们。你是高级法院的法官啊,水平应当比我们高啊!有句话说现在是“低的不低,中的不中,高的不高”,甚至高的、中的没有低的高。这种情况不正常,必须改变。

〔访谈材料3〕 曾在某县挂职任县委副书记的一位法律专业毕业生的谈话摘要(1994.5.6.)

我们的法院管理是一种非职业化的管理方式。为什么目前审判方式改革这么难,就是因为中国的法律是一种大众化的、反职业化的。立法方面也是要求写得越简单越好,让老百姓能看得懂。我想起了1952年的司法改革,当时一些老司法人员被认为有旧法观念,就被赶出了司法机构。实际上,这些人主张的是一种法律推理,而当时的形势是以政策代替法律;他们是被以政治的理由排斥出去的。这种情况导致了我们的法律的大众化愈演愈烈。就目前而言,职业化程度越高的法官越不办案子。在法院系统中,最高法院职业化程度最高,绝大部分是法律科班毕业的,但他们办案很少。没听说最高法院院长副院长办什么案子。恰恰是职业化程度较低的基层法院和中级法院,他们在大量办案。倒过来了。这也涉及到法官资格和法官晋升问题。制度设计上,应该是任何人要干这一行,都要从基层法院法官做起,这个台阶应该是专业化的。谈这个问题不可避免地要涉及到另一个问题,我们长期以来,为什么会导致复转军

人当法官这种情况的延续,连长、排长复转后都可以当法官?这个问题我在县里工作时也经历过。一批复转军人来了,组织部长和我谈,我说那么多复转军人到法院去不行吧。组织部长说:这有什么不行呢?都是专政工具嘛!很简单的道理,我们的解放军干什么?专政工具。政法机关是干什么的?不也是专政工具嘛。这是一回事啊。除了这个之外,各行各业的,都可以来。在计划经济下,大量的冲突是由党组织和行政机关来解决的。司法机关要做的事情很简单,就是打击犯罪。因此,在组织干部的概念里边,最强的干部绝对不能安排到法院里去。这就导致了前一段时间各机关要精简人,往哪精简呢?一般地说,精简下来的人都是没有什么专长的,找来找去,什么人都可以干的,就是法院、检察院了。这样一来,司法机关就没有任何神秘感可言了,什么人都可以做,这个职业能有权威么?一个艺术家受人尊敬,为什么?因为这行当只有他能干得了。什么人都能当法官,他要有权威,可能么?当然,这是一个制度问题,不是单纯审判机关就能解决得了的。

我们不得不其详地引述了上述这些个案和访谈材料,是因为它们所涉及的情况对于我们的研究实在是太重要了。可以看出,尽管报章文字的作者们似乎对于法官选任方面的专业化要求不甚敏感,但一些从事实际工作尤其是法院领导工作的法官们却已经提出了专业化的迫切呼吁,这是十分可喜的现象。不过,通过访谈材料2我们也可以看出,法官选任和晋升方式与法院所承担的职能以及法官所扮演的角色关系极为密切;也就是说,只要法院所承担的不是真正意义上的司法职能,只要法官所要完成的是一种行政性的或其他非司法的职能,法官选任上的专业化就既无可能,又无必要。因此,接下来,我们当然应当观察一下,法院和法官们究竟都在干什么以及为什么要那样干。

三、法官与法院的角色、地位与功能

20世纪70年代末期,中国的一些法律院系恢复招生的时候,法律

专业是作为“绝密”专业招生的。考取法律院系的每一个学生都须接受严格的政治审查,包括对家庭背景的仔细考察。直到今天,我仍清楚地记得,1978年自己作为一名新生入学不久,同班一位同学压低了声音对我说:“你知道么,我们学院是一所半军事化管理的学校。”说这话时,他的表情有些神秘,同时眼神里透着一股自豪感。那时,学校的培养目标,就是为公、检、法——三机构名称缩写的这种排列顺序也是很耐人寻味的——培养合格人才,而公、检、法正是无产阶级专政的刀把子,镇压阶级敌人和其他犯罪的锐利武器。办学宗旨既如此,以“半军事化的方式”管理政法院校当然也是再正常不过的事情了。

抚今思昔,这十多年里,中国法律制度以及司法制度在职能上所发生的变化真可谓沧海桑田。随着中国共产党的基本路线从“无产阶级专政下的继续革命”和“阶级斗争”转向以经济建设为中心以及这种基本路线转换为基本国策,作为国家审判机构的法院的角色与职能也发生了相应的变化。1979年制定、1983年修改的《中华人民共和国民事诉讼法组织法》第3条第1款全面规定了人民法院的任务,即“审判刑事案件和民事案件,并且通过审判活动,惩办一切犯罪分子,解决民事纠纷,以保卫无产阶级专政制度,维护社会主义法制和社会秩序,保护社会主义的全民所有的财产、劳动群众集体所有的财产,保护公民私人所有的合法财产,保护公民的人身权利、民主权利和其他权利,保障国家的社会主义革命和社会主义建设事业的顺利进行。”同条第2款规定:“人民法院用它的全部活动教育公民忠于社会主义祖国,自觉遵守宪法和法律。”^①近年来,又由于市场经济口号的提出,服务于市场经济建设又成为法院工作的重点。另外,虽然

① 司法的教育功能是社会主义法系的一个显著特征。1958年的《苏联法院组织法纲要》也是在第3条规定:“法院的全部活动便是教育苏联公民具有爱国主义精神和共产主义理想,严格遵守苏维埃法律、认真保护社会主义财产,服从工作纪律,履行国家和社会所委托的职责,尊重公民的权利、荣誉与价值以及社会主义的社会规范。”转引自茨威格特(K. Zweigert)和克茨(H. Kötz):《比较法总论》(*Einführung in die Rechtsvergleichung*),潘汉典等译,贵州人民出版社1992年版,第557页并参照相关各页。

上引法院组织法规定了法院应保护公民的各种合法权利,但从前并不明确地提出“保护人权”这样的措词,但到了1994年3月15日,任建新院长在八届人大二次会议上作法院工作报告时,以专门一节阐述“通过审判活动,保护公民的合法权益”,并称在1993年,“我国人权的司法保障有了新的发展。”

根据对可利用的书面材料的阅读以及实际调查,我们发现,几十年来,我国的法院总是能够及时地并尽最大努力地回应作为执政党的中国共产党在基本路线、方针、政策方面的变化,从而与一些西方国家追求司法的超然性、将司法与政治相分离的法律传统形成了鲜明的对照。^①

这里的对比并非严格意义上的比较,因为司法与政党以及政治之间的关系在西方与在中国具有完全不同的背景,脱离这种背景的比较肯定会带来一些误导。1979年制定的法院组织法第4条曾规定:“人民法院独立进行审判,只服从法律。”后来,1982年宪法第126条规定了“人民法院依照法律规定独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉”。于是到了1983年,全国人大常委会也根据新宪法以完全一致的文字修改了法院组织法的第4条。很显

① 当然,即使是在西方,政治对司法也是有影响的,这主要表现在法官的选任以及晋升等方面。但是,法官一旦任命之后,由于传统的制约和对于晋升的兴趣不大,往往谨慎地避免介入政治党派的纷争,他们“可能更倾向于把自己看作是自由行动的社会代表,而不是临时性政治组织的代表。”见科希海默(Otto Kirchheimer):《政治司法》(*Political Justice*),普林斯顿大学出版社1961年版,第184页,本世纪六七十年代,美国的一些学者曾对在各州政党背景对于法官司法的影响作了不少观察与研究。例如,乌尔默(S. Sidney Ulmer)观察到,在密歇根州最高法院,民主党人比共和党人“对于失业者和受伤害者的要求更敏感”,见他的文章,“The Political Party Variable in Michigan Supreme Court,”11 *J. Public L.* 352(1962)。但另一位学者格罗斯曼(Joel B. Grossman)则表明,法官的政治背景对于司法过程与结果产生影响只是“部分的情况”,见他的“Social Backgrounds and Judicial Decision-Making,”79 *Harv. L. Rev.* 1551(1966)。包括其他国家情况的有关的论述,见埃尔曼(Henry W. Ehrmann):《比较法律文化》(*Comparative Legal Cultures*),贺卫方、高鸿钧译,三联书店1990年版,第133~152页。

然,中国共产党不能被归类为宪法和法院组织法所谓的“社会团体”;^①中国共产党在整个国家事务方面的领导地位已得到宪法的肯定,这种领导不只是理论的或观念形态的指引,更包括设置在各个具体组织和机构中的分支委员会的有形管理。各法院的党组织正是执政党在司法事务上的代理人。依照党章的规定,党组织的活动原则是民主集中制:少数服从多数,下级服从上级,全党服从中央。法院的主要事务由院内的党组织决定,而地方法院的党组织要接受地方党委的领导,地方党委要接受中共中央的领导,这是纪律与逻辑的共同要求。所以,无论是根据现行宪法的规定,还是依目前的一般实践,我国的司法独立均不意味着独立于共产党的领导。在这个意义上说,国家的司法机构也就是党的司法机构。^②正因为如此,个案13里被免去庭长职务的那位法官才会说“干不了的事勉强去干,害了自己,也给党的事业带来损失。”

从前面的个案12和13中我们可以看出,在法官的选任,尤其是担任领导职务的法官的选任方面,法院内部的党组织(各个人民法院内的党组通常由院长或副院长兼任书记)、法院所在地方党的委员会及其组织部所起到的重要作用。这样的选任方式以及法院所承担的职能,都导致了在中国的法官中具有中共党员身份者的绝对高的比例。例如,仅最高人民法院,中共党员就有700余人。^③我们还见到这样的例子:

〔个案14〕 山东省青州市委书记王治华非常关心法院的基本建设,为法院解决了许多实际问题,被干警们誉为

① 关于宪法中“社会团体”的含义,对宪法作出解释的许多小册子、教科书都语焉不详,只是说审判独立与坚持党对司法的领导是一致的。1989年出版的一本《宪法学词典》(赵真臣主编,山东大学出版社版)对“社会团体”的释义称包括多类政治团体,如共产党、民主党派等。但又说“在中国,社会团体包括政党组织和群众组织。它们都必须在宪法和法律范围内活动,接受中国共产党的领导。”(该书第440~441页)

② 关于前苏联以及前东欧社会主义国家中共与司法之间的关系,见茨威格特和克茨,《比较法总论》,第554页及以后几页。

③ 《人民法院报》,1994.6.27.

支持法院工作的好领导。近几年来,……审判力量严重不足,……王治华和当时的市委书记隋华堂一起及时召开市委常委会议,破例给法院增加10名干部指标。由市委组织部、市人事局、法院组成招考领导小组,从在职干部中公开招考,择优录用的10名干部平均32.9岁,9名党员,1名团员,文化素质都比较高。(《人民法院报》,1993.12.17.题:“青州法院有个‘硬后台’”)

党对法院的领导,不仅体现在法院内部党组织在法官选任以及审判事务的主导地位方面,也体现在法院在审理一些重大疑难案件时,经常向地方党委汇报案情,请示方案(例子见下面的个案24),不同的司法机构之间发生了矛盾,经常由党的政法委员会出面协调,对优秀法官和先进法院的表彰通常由党的组织来进行,以及司法独立要由党组织来保障等等许多方面。此外,新闻报道中所表彰的先进事例及这些报道的话语结构也不断地强化了党对司法工作领导的重要性以及党员法官在实际司法过程中的模范作用。

〔个案15〕 一篇人物事迹的通讯,导语说:“在粤北与湘南交界的金鸡岭下,纯朴的山民们在传颂着一位身患绝症的人民法官邹赵秋。”文分四节,每一节都以主人公的一句话作题。第一节题为“我不会忘记入党时的誓言”(这是“每当法院及当地政府领导们劝他少做些工作或劝他休息时,他都会平静地说”的一句话),第二节题为“我活着就图为这山区老百姓多做点工作”,第三节题为“只要还有一口气,就要争分夺秒”,第四节题为“还是那句老话,我是共产党员”。收尾的话是“这就是他一名普通共产党员对生命的承诺。”(《人民法院报》,1993.4.16.题:“生命的承诺”)

〔个案16〕 他出生在一个农民家庭,从小在绍兴县稽江乡一条小溪边砍柴种地,养成了他勤劳朴实的本性。后来他骄傲地穿上了宽大的军装,到舟山当了一位大兵。……1979年他揣着残废证,背着军用包,带着一身尘土,到绍兴县法院报

到。……回顾往事时,他很动情,眼里闪着莹莹的泪光。他说:“在数以万计的农民子弟中,我算是个幸运儿。我感谢党对我的培养,所以我对党交给的工作,格外不敢懈怠。人生就是一站一站地走,直到终点。我追求的是怎样使平凡的人生更辉煌些……”(《人民法院报》1993.5.21.题:“平凡的辉煌”)

[个案17] ……然而,贫穷并没有使朱圣杰这个40多年党龄的老党员低头弯腰。富贵不能淫固然可贵,贫贱不能移更显英雄本色……就这样,一身正气,两袖清风,朱圣杰坦坦荡荡走过几十年的风风雨雨。从1984年当上院长至今,他多次被评为全省法院系统先进工作者、省优秀党员。莆田中院也多次被评为全省党风先进单位、先进党支部。

这就是一个真正共产党员的风范。(《人民法院报》,1993.11.26.题:“贫穷与富有”)

现在让我们回过头来,观察一下各级法院是怎样服务于党的中心工作,尤其是近年来是如何服务于经济建设这一中心工作的。十多年来,立法的覆盖面而不断扩大,法院对社会生活尤其是经济关系的调整力度在不断加大。与之相伴随的一个趋势,就是法院审理案件中,经济与民事案件所占比重逐年上升。^① 建设社会主义市场经济的口号提出后,法院工作也相应转向服务于市场建设这一目标。《人民法院报》的一篇评论员文章要求“各级人民法院必须进一步认真学习和掌握市场经济理论,转变观念,以党的十四大精神和十四届三中全会通过的《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》为指针,时刻把握经济审判工作方向,加大力度,强化经济审判的职能作用,为社会主义市场经济体系的建立和健全提供有效的法律保障和服务。”^②在近年来有关法院与司法的报章文字中,有关法

① 具体的数字在最高人民法院院长每年向全国人大会议上所作的法院工作报告以及历年的《中国法律年鉴》中均有列举,这里不再罗列。

② 《人民法院报》,1994.1.13,评论员文章:“努力开创经济审判工作新局面”,

院如何为企业服务,如何帮助企业清讨欠债,甚至如可不待企业起诉,主动“上门揽案”,等等,简直可以说是不胜枚举。

〔个案 18〕 华容县法院的干警们一贯恪守“案子有了结,服务无止境”的宗旨,不断改进服务方式,在经济审判中既当“包公”,又当“红娘”。……县造纸厂多年来积累的债权涉及 282 家单位,总额达 1500 万元。资金严重短缺,使生产连年滑坡,变成了特困企业。今年初,法院主动上门揽案,抽调精干力量一头扎进该厂。干警们连续奋战 100 多个日日夜夜,找遍了 12 个省市的 200 多个债务人,运用诉讼和非诉讼手段收回欠款 462 万元,使这个厂恢复了生机。县委书记听了该厂的汇报后激动地说:“这就是服务,这就是效益!”(《人民法院报》,1994.4.4 题:“竭诚服务,严肃执法”)

〔个案 19〕 1991 年 4 月,国务院发出清理“三角债”的通知后,法院为经济建设服务的热情更加高涨。当年 10 月,由院长带队,组成北上清债工作组,奔赴东北三省和京津两市,历经 45 天,行程万里,收回欠债 324 万元,走在了全国清理“三角债”和东北三省试点之前。之后,他们又兵分十路,南下十几个省市,为 35 家企业追回欠款 318 万元,此举创出了运用法律手段进行大规模理顺经济关系的良好效果,受到了省市两级政府的高度评价。(《人民法院报》,1994.4.7. 题:“企业的及时雨”)

〔个案 20〕 长春市中院组织的第三届春耕生产法律服务月活动近日在长春市两级法院全面展开,审判干部深入农业生产第一线,走访农民,宣传中央农村工作会议精神 and 有关法律,开展法律咨询,调查摸底,主动收案,调处纠纷,开展公开审判,严惩破坏农村社会治安秩序的犯罪分子,促进了春耕生产,受到了农民和农村干部的欢迎。(《人民法院报》,1994.5.2. 题:“长春市两级法院开展春耕

生产法律服务月活动”)

〔个案 21〕 山西省长治市中级人民法院根据市委、市政府的部署,积极参与扶贫工作。3 年来,他们与定点村里的干部群众心往一处想,劲往一处使,探索致富途径,找到了可以致富的七条门路,深受群众好评。(《人民法院报》,1994.4.14.题:“长治中院扶贫工作真抓实干”)

〔个案 22〕 江苏苏州金阊区人民法院审判人员紧紧抓住节前家家户户盼团圆的有利时机,对一批离婚案件积极开展调解疏导工作,使得十对当事人的夫妻关系在除夕前得到好转,一些夫妻达成和好协议,双双愉快地回了家。(《人民法院报》,1994.2.17.题:“新春更显法官情”)

在前面列举的访谈材料 2 里,那位区法院副院长说“我们中国,司法在很大程度上不只是司法”,通过上面这几个个案,我们对这话有了更为形象的了解。在这里,法院可以主动“上门揽案”,法院院长可以屈尊亲自奔赴万里,为企业讨债,法院要为春耕生产服务,要为贫穷村找致富门路,要在春节前利用盼团圆心理调解婚姻案件……实在是令人感到四面出击,八方服务,夫妻纷争尚未了,婆媳烽火又点燃,为了经济发展,为了社会安定,真可谓费尽移山心力。

上面所列的个案,还是在有关部门看来——至少是在这些文章的作者和报纸的编者看来——是正常的,值得表彰和推广的事例。实际生活中还存在着他们也认为不正常的事情,例如江西省的一些县市法院业务骨干被当地党委选派到经济落后的乡镇、厂矿企业挂职扶贫或从事计划生育、社会治安综合治理工作,短则数月,长则两年。^①更有奇者,一位作者描述了他的一次经历:

〔个案 23〕 近日笔者到某基层法院办事,连找几个人都不在。经询问,方知他们上街去清除触目皆是的性病广告去了。原来,过几天上级要来人检查该市的精神文明卫

^① 《人民法院报》,1994.6.16.题:“法院干警被抽调,审判工作受影响”。

生情况,市委市府号召全市总动员,该法院按区里布署,每天抽调十余名干警,在院领导的带领下,跟别的机关人员一道,上街清除污七八糟的广告,驱逐乞丐、小贩。……据了解,上级机关布置的此类公差比比皆是,如抽调法官去扶贫、支教、搞社教、抓计划生育、催公粮等等。每逢节假日上街打扫卫生更是雷打不动。这些所谓“中心工作”^①使各法院穷于应付,大伤脑筋,耗费了法官们大量宝贵的时间,结果是贻笑大方。一位因找不到案件承办人而心急如焚的台商感慨地说:这种现象在港澳台及国外是不可想象的,真正具有中国特色。一个先进国家的国家机关,最起码应是职责分明,各司其职。(《人民法院报》,1993.10.8.何海建文:“法官·性病广告及其他”)

这种批评是颇为中肯的。但是,编发这篇批评文字的编者们是否意识到,这里所抨击的行为不过是他们要表彰的那一系列行为(个案19至22)的自然延伸呢?是否意识到它们之间并没有任何质的区别呢?

“一个先进国家的国家机关,最起码应是职责分明,各司其职。”这话说得好。但职责分明的前提是各机构之间关系(平行抑或隶属,谁对谁负责)明确。我们的关键问题是司法机构与行政机构之间的关系,表面上司法独立,实际上司法隶属行政。目前的体制有其特定的历史背景,并且演化成一种新传统。中国共产党人在早期曾对20年代司法从属行政的现象进行过抨击。^②但是到了三四十年

^① “中心工作”这个说法以及抽调法官去搞中心工作的做法开始于1950年代初,司法部长史良早在1953年4月11日在第二届全国司法会议上的报告中就提出过批评,至今未改,可谓顽症。见北京政法学院编:《中华人民共和国审判法参考资料汇编》(二),1956年印行,第189页。

^② 例如,毛泽东在“湖南农民运动考察报告”中便批评说:“湖南的司法制度,还是知县兼理司法,承审员助知事审案。知事及其佐僚要发财,全靠经钱粮摊派、办兵役和在民刑诉讼上颠倒敲诈这几件事,尤以后一件为经常可靠的财源。”见《毛泽东选集》第1卷,第32页。

代边区政权的时代,司法独立的思想却成了应予肃清的东西。1943年春,边区政府委员会第三次会议曾指出:“边区政权既是人民自己的政权,则行政与司法的分离也就没有意义。司法工作应该在各级政府统一领导之下进行。”当时对于相关体制进行了改造。“实行专员兼高等法院分庭庭长,县长兼县司法处长,人民称便。又对司法工作进行了初步检查。‘司法独立’倾向已大体纠正。”^①1944年3月边区司法会议的结论也指出:“司法工作离开政府就无从司起,离开政府就会成为光杆儿。因此边参会上通过的条例上即明定司法机关受政府领导,因此所谓‘司法独立’、‘审判独立’是一种旧观点,是统治的一种表现。过去……所谓‘司法独立’,完全是骗人的话。”^②1951年制定的《中华人民共和国人民法院暂行组织条例》第10条肯定了这种传统:“各级人民法院(包括最高人民法院、分庭)为同级人民政府的组成部分,受同级人民政府委员会领导和监督。”虽然1954年宪法第一次将法院从同级政府中分离了出来,但人、财、物仍由同级政府管理。这样的体制一直延续至今。

现行的这种党委领导,人大和上级法院监督指导,政府管理人财物的体制已经招致了广泛的批评,一位省法院副院长撰文指出,在这种体制下,法院的运行机制缺乏科学性,不过是“党政部门模式的翻版”;“缺乏依法独立审判的保障机制……党政职能与审判职能相混淆;法官的职业、职务、薪给没有法定保障,财物上没有法定的保证,法院受制于行政机构”,进而又诱发了趋利倾向,“一方面,法院经费困难,常常陷人困境,不搞创收难以为继;另一方面,审判围绕着经济利益运转会影响严肃执法和法院的公正形象”。^③

〔访谈材料4〕一位基层法院副院长的谈话

法院的体制也应该条条管理,这跟党的领导并不对立;

① 林伯渠:“关于改善司法工作”,前引《中华人民共和国审判法参考资料汇编》(一),第74页。

② “司法会议的结论”,同上书,第187页。

③ 《人民法院报》,1994.6.6,沈德咏等:“应建立与市场经济相适应的法院体制”。

你法院不是也有党组织么？就像军队那样，下级服从上级不就行了嘛。咱们的军队，这么多年，绝对是党指挥枪，一级管一级，谁也没有提出过军队是不是党领导的问题。法院、检察院都应该由本系统统起来，不要归地方党政领导。你归人家管，人家来走后门，托人，你就得给人家办。吃人家的饭，住人家的房，你就得让人家管。有人说，你市长、区长管我们干嘛呀，我们也不是一个系统的。怎么不是一个系统的？人家市长、区长不都是党委的主要领导吗？人家来找你，你不能说不行。你把人家账号给冻上了，区长让你解开，你解不解？不解，这地方谁领导谁你还不清楚吗？但是，我们现在这个体制，管人的不管事，管事的不管人。你把账号解开了，从法律上讲是不对的。上级法院说，你这事儿办糟了。地方领导说，糟不糟跟我没什么关系，我不管事儿。他不负责任。他要管事的话，那你领导定的，出了问题，我追究你的责任不就得了。可又追究不了他。他当书记的，当市长、区长的，你追究不了他。他说话算，他有权，但是他却不负责任。

这样的体制造成的问题各种各样，不妨再看几个个案。

〔个案 24〕 几年来，卢县法院党组一班人，像重视审判工作一样重视执行工作。……该院领导还注重主动地争取县上有关领导对执行工作的重视和支持。凡属重大的执行案件，该院领导都要向县委、人大、政府主管领导请示汇报，以求得支持配合。……该院领导和干警说：“千难万难执行难，领导支持重视就不难；攻克执行难关，全靠领导撑腰壮胆。”（《人民法院报》，1994.1.24. 题：“抓重中之重，解难中之难”）

〔个案 25〕 〔县长〕米庆甸离开被告座位，笑容满面地来到旁听群众之中，一只只大手向他伸了过来。一位老大爷握着他的手边摇边说：“旧社会是县太爷审状子，如今法官审县长，没想到你真能放下官架子。”米县长笑着说：

“民可告官,这是我国行政诉讼法的规定,我当县长不带头守法,那些局长、乡长怎么会愿意来坐被告席呢?……(《人民法院报》,1994.2.14.题:“县长出庭”)

〔个案26〕 我县是全省贫困县之一,几年来,由于县财政拮据,靠国家补贴发工资,对两庭建设投资甚少,县〔法〕院近40间办公用房是建国前地主的四合院,大部分年久失修,没有像样的审判庭,有的干警在危房中办公,10个人民法庭工作条件更为简陋。面对这种情况,我和党组一班人发扬“千言万语去汇报,千辛万苦去努力,千方百计去争取,千难万难不泄气”的“四千”精神,力争三年时间,使“两庭”建设见成效。(《人民法院报》,1994.6.2.题:“我是怎样当院长的”。按:“两庭”指审判庭和人民法庭)

〔个案27〕 1984年夏,当了4年城关镇党委书记的赵博理挑起了灵宝县人民法院院长的重任。……为了筹集建设资金,赵博理走到哪里,就把工作做到哪里。县里换了四任书记,三任县长,每换一任,他都不厌其烦地前去请示汇报,使每一任领导都对法院工作予以重视和支持。几年来,县财政为法院办公楼、审判庭先后拨款109万元,乡镇为法庭筹资104万元。(《人民法院报》,1993.5.21.题:“金山果乡开拓人”)

〔个案28〕 法官们自己讲,5年前,牡〔丹江〕铁〔路运输〕法院是“三多”、“四紧”、“两冒尖”,即摩擦矛盾多、上访告状多、上级工作组多;干警住房紧、办案经费紧、办公条件紧、上下关系紧;办案质量差冒尖、内部违纪案件多冒尖。……1988年上任的马学俊没有责怪干警,而是回到他当过党委书记的工务段,凭着老脸求援,要来一个1000多平米的臭水坑。他们抽干了臭水,填了43车皮土,星期天、节假日全搭上,肩挑车拉,干了7个月,楞是把坑垫平了。4户住宅,5台位车库,一个油库和仓库建起来了。7个月下

来,全院干警都瘦了一圈,可奇迹却出现了:在上至院长下至司机的共同劳动中,昔日的摩擦、矛盾在汗水中融解了。紧接着,老马马不停蹄地跑上级、下站段,几年工夫,为干警解决了14套住房。在此基础上,院里又搞起来“菜篮子”工程,在政策允许的条件下,经过上级批准,有了自己的创收项目,干警们的收入逐年增加。(《人民法院报》,1994.

5.2. 题:“筑起攻不破的防线”)

受到我们这份专业报纸表彰的这类事例再清楚不过地显示出法院所处的艰难、微贱、尴尬的境地。重大案件要执行,依法执行就是了,但是不能,因为涉及到地方利益,必须向地方党委、人大、政府主管领导请示、汇报。向人大请示倒可以说于法有据,向地方党委汇报也可以视为党的纪律的要求,然而向同级政府请示汇报岂非自贬身价且有不符宪法之嫌?其实不然。法院的人事安排、财政拨款以及生活中的其他需要都在地方政府手里。行政之于司法,虽无领导之名,却有领导之实。再说地方党组织的主要负责人往往由行政领导兼任(我们从没见到哪个地方党委书记由法院院长兼任的,但行政首脑兼任党委书记或副书记却是常例),这是一而二、二而一的事情。只有请示汇报,领导给撑腰壮胆了,案件才执行得了,经费才落实得了。假如领导不支持呢?我们见到的都是政府领导听了汇报后便果断支持法院的报道,不支持的极罕见。但任建新院长1993年3月接受记者采访时却分明说“一些地方存在着告状难、执行难以及‘以言代法’、‘以权压法’、‘以钱抗法’的现象”,并告诫“任何人不得为维护本地区、本部门的不正当利益干扰人民法院依法办案,不得借经费、装备、人员编制刁难秉公办案的人民法院或打击报复法院干警。各级法院的领导和办案人员不得偏袒本地当事人,办‘关系案’、‘人情案’,作不公正的裁判。”^①然而,这样的告诫由于没有制

^① 《人民法院报》,1993.4.2,特约记者刘会生:“法律工作要上新的台阶——访最高人民法院院长任建新”。

度性的保障,不免有些苍白无力,难以解决访谈材料4里的那个问题:“这个地方谁领导谁你还不清楚吗?”因此,请示汇报之后,党政领导假如仍不予支持,那么恐怕只好或者屈从领导旨意,腰不硬,胆变小,法为言所屈,为权所屈,或者以硬碰硬,两权相权强者胜——谁是强者?当然是握有人财物实权的政府。

“县长出庭”这篇报道刊登在报纸的头版头条,显示出重要的新闻价值。我们在对这位县长尊重法院和法律权威的行为表示赞赏之余,未尝不可以从报道中描写的那位县长的言语与举止中看出这样身份的被告人确实是特殊的。他到法院来原是为了做表率,来到法庭当被告人接受审判似乎是次要的目的。他的那句话(“我当县长的不带头守法,那些局长、乡长怎么会愿意来坐被告席呢?”),言下之意仿佛对于有官位者这被告席是愿意来坐就来坐,不愿意来坐就不坐的。至于个案26、27中的那两位法院院长为了使法院具有起码的办公和生活条件,不断地请示汇报,甚至总结出所谓“四千”精神,读来真是令人感叹系之。法院经费并非一次性付给之后便可以一劳永逸,而地方党政首脑却要时常更换,只靠这种“四千”精神,靠请示汇报,又如何靠得住?再说,得到了地方政府那么多好处(个案27中乡镇为法庭建设筹资104万元),以后审理涉及地方利益的案件,司法的天平又如何保证不因金钱的砝码而失去正义的平衡?

大约也是有感于求人不如求己,个案281中的主人公才“凭着老脸,要来一个1000多平米的臭水坑”,法院上下齐劳动,用了7个月盖房子,又是菜篮子工程,又是创收项目,忙得不亦乐乎。国家的法院到了这步田地,我们法院自己的报纸还要把它放在头版头条,引为光荣,真是不可思议的事情。

在这样的体制下,法院要获得尽可能好的生存条件,就必然要求它的主要负责人具有特殊的能力——汝果欲司法,功夫在法外。

〔访谈材料5〕 谈话人同访谈材料3

就我所了解的法院院长的遭遇而言,为什么一批素质很高的法官,最高只能当副院长,正院长当不了?一个重要

的原因是在调动法院工作实际运转方面,调进的干部比职业法官要干得好。这是制度造成的。为什么呢?他会照顾八方关系。他和财政局长关系搞得好,那么法院的经费就有保障,法院的职工宿舍也有保障,法院的办公大楼也能盖起来。如果真正是法院系统内提起的人,则往往搞不好。一个案子得罪了财政局,人家旁边检察院的大楼建起来了,你的就起不来。我挂职的那个县前任法院院长就是个典型的职业法官,就是把财政局长给得罪了,我干副书记那几年,他法院的审判庭硬是没建起来。两年后我回到那个县去了一趟,法院的人跟我说,我走不久他就给刷下来了。法院里的人实在是受不了他了。检察院就不一样了,检察长原先是一个乡党委书记,各方面关系处得好,所以人家办公大楼就盖起来了,就挨着法院。职工宿舍也建起来了,检察院的人都说:我们检察长好。而法院里的法官们则觉得他们的院长糟透了。我在的时候还经常表扬他,我走以后,他就卷铺盖走了。就现在这种体制来说,真正职业化程度高、素质高、严格依法办事的法院院长很难生存。我们怎么能让那些职业化的、追求公正司法的法院院长能够生存而且能够干得好,让那些一天法律没学过的人,或者只会搞关系的人不能来,来了也呆不住,这是改革要解决的问题。

当然,在调查过程中我们也发现,在一些沿海及其他经济较发达地区,由于地方财政本身便很少短缺之虞,而经济关系的活跃使大量经济纠纷诉诸法院,给法院带来了相当可观的诉讼费收入,因此法院经费相对充裕。甚至一些法官更倾向于由地方管理财物的做法,因为假如由中央统一管制,这类地区法院的经费标准或许会降低。但是这类地区毕竟只是少数,而像下面这种情况却颇为多见。

〔个案29〕 1992年,临泉县法院有干警128人。全年工资26.78万元;当年审结各类案件2806件,执行案件1566件,结案和执行案件花费41.21万元;干警着装、公判

会、干警培训费、会议费及办公用品等费用支出 12.81 万元,以上三项开支计 80.8 万元。这些都是维持法院日常开支的最低费用。当年县财政拨款 46.22 万元,去掉干警工资尚有 19.44 万元,与实际支出相差 34.58 万元。1992 年收诉讼费、活动费、执行费 34.21 万元,全部用于前几年超支填补和建审判法庭缺口资金后,尚欠 48 万元。……审判人员无钱出差办案,不少案件无法查证,交通通讯设备的落后直接影响到办案的速度和办案质量;干警工作条件差,待遇偏低,生活清贫,出差单拆报不掉,医疗费报不掉……院长因钱的原因限〔陷〕入地方各方面的权力控制之中。(《人民法院报》,1993.5.7. 题:“贫困地区基层法院经费短缺严重”)

情况就是如此。法官的职业要求他首先要为正义、为保护公民权利而斗争,但同时他又是一个活生生的人,他要有房子住,有工资发,要扶养家小,要报销差旅费,生了病也要上医院,医院当然要照收医药费,不仅每年拨款不能得罪财政局,家属农转非也不能得罪公安局,买地建房不能得罪城建局,生活用电不能得罪供电局,如此等等,事事得求人,真是难为了我们的法官们。体制问题造就了法院低下的地位,要改善处境,法院就不能“独立审判,只服从法律”,但职业化的法官却偏偏容易一味地追求严格执法,于是法官尤其是法院主要领导的选任就不能追求职业化和专业化;相反,应注重与所在社区其他官吏的同质性。但法官在处理案件时屈从或自觉服从法外权力又必然要牺牲正义,非正义的司法又势必伤害民众对司法制度的期待,立法的允诺与司法的现实之间的断裂愈发加剧,又引发民众以及法官本身对于司法制度乃至整个法律制度的否定性社会评价,最终导致法院地位的愈发边缘化。这样的恶性循环正是我们所面临的严峻现实。

法官与法院管理制度中的另一个重要方面是法官及法院与社区之间的非体制式联系,例如法官是否在其原籍或生长地从事司法工

作、法官的生活方式是否与常人有别等等,这些对于司法任务的实现也非常重要。

四、法官与社区之间的关系

中国的古典司法传统本来是很注重司法官员——在州县层次上司法与行政是合一的——与所在社区之间的隔离的,表明这一点的最重要事实就是任官回避制度的实行和长久延续。发端于汉、完善于隋唐的中国古代任官回避制度在世界官僚政治史上具有相当独特的政治和文化意义。大抵说来,任官回避的所谓回避主要包括避亲与避籍两方面。避亲就是中央级官员亲属,即中央要官的子弟不得担任中央和地方的要职,这是为了防止发生曾一度出现的显贵大臣子弟充斥朝廷、亲故布满州县状况的一种措施。避籍就是地方官不在本籍任官职。在唐代甚至延伸到地方官不仅回避本籍,而且也要回避父祖任职之地。^①

这种一直延续到清末的传统到了现代中国却已中断。造成这种结果的原因相当复杂。“五·四运动”以来激烈的反传统思潮构成了一个重要的观念背景。伴随着西方思想与文化在中国的传播,几千年来相沿不绝的典章制度都被作为应该对中国的积弱负责的东西而遭到摒弃;人们根本不认为在专制中国产生的各种制度与现代民主法治之间有任何可兼容之处。这种思想在法律制度层面上最典型的体现便是20世纪20和30年代编纂完成的一系列法典。

1949年,中国建立了社会主义制度。这种制度的政治哲学基础之一是国家与社会的合一,典型的表述是在新型国家里,由最先进的阶级——工人阶级的先锋队即无产阶级政党对政府以及社会事务进行根本性的规划和指导,之所以能够如此是因为执政党以及国家代表着全体人民尤其是劳动人民的根本利益,这是其正当性与合法性的关键所在。在此种政治哲学之下,行政性命令(在当代中国常以

^① 对中国传统社会任官回避制度全面的考察,见王上伟:“中国任官回避制度的历史经验与现实构想”,载《中国社会科学》1993年第6期,第139~153页。

“政策”的形式或名义出现)与法律规则之间的紧张关系——这种紧张关系正是西方式法治产生的前提之一——消失了。政治结构与观念形态上的这种转变必然影响到政治与法律制度的安排,其中当然包括司法以及行政官员与社区之间关系的安排:代表人民利益的共产党人自然能够超越地域利益(更不用说家族利益);党性会战胜私心。在司法人员与社区之间设置什么隔离带便是多此一举了。

对于社会主义制度下法官与社区之间关系产生了影响的另一个因素是得到长期倡导的司法上的群众路线。群众路线一直被视为社会主义司法与剥削阶级司法之间最为鲜明的一个区别,是前者在本质上的优越性所在。^①早在陕甘宁边区时期,各种司法文献就不断地强调这一点。例如,边区高院王院长就曾说:“不要怪群众落后,才能接受法律知识,还需要我们在立法时力求大众化,易为群众所了解,如‘继承法者强行法也’一类的东西,非责成群众去了解不可,不了解就算他们落后,那就是‘化大众’的意思。事实上群众永远也了解不了那种货色,因为它只是统治者的专利品。”^②习仲勋在绥德分区司法会议上讲话,指出“司法工作是人民政权中的一项重要建设,和其他行政工作一样,是替老百姓服务的。这样,要一心一意老老实实地把屁股在老百姓这边坐得端端的。旧司法机关的屁股就不在老百姓这一方面坐,是坐在少数统治者的怀里。……我们的司法方针是和政治任务相配合的,是要团结人民、教育人民,保护人民的正当权益。”^③1950年代的司法改造运动不断地重申这一点。“我们的人民法院是在人民革命斗争中建立起来,并为革命斗争服务的,他〔它〕的作风是联系人民、依靠人民、便利人民,所以叫做人民法院。”^④而那些所谓“法言法语”、坐堂问案的审判方式,甚至“不告不

① 参看1951年6月5日《人民日报》社论:“加强与巩固人民革命的法治”。

② 见前引书《中华人民共和国审判法参考资料汇编》(一),第165页。

③ 习仲勋:“贯彻司法工作的正确方向”,载《解放日报》1944年11月5日。

④ 王汝琪:“正确开展司法改革运动”,前引书《中华人民共和国审判法参考资料汇编》(二),第153页。

理”、“一事不再理”等传统诉讼法上的基本方式和原则都与“虚伪的司法独立制和法官终身制”强行连在一起,作为反人民的东西而予以批判和抛弃^①

在这样的舆论气候之下,任何关于在法院、法官与民众之间设置适度隔离的主张都是不可能得到采纳的,因为那明显地是一种“旧法观点”。那时,人们决计不会想到,时隔40多年之后,全国人民代表大会的代表们居然也会提出下面这样尖锐的批评和颇有“旧法”色彩的建议:

地方保护主义之所以严重,是与我国现行体制分不开的,吃谁的饭,就为谁办事。要从根本上解决问题,就应从国家现行体制上解决问题,使法院保持相对独立性。(内蒙古一代表)

建议对中级法院以上的法官给以高薪。(上海代表薛慕煊)

政法干部应异地为官,不然腐败很难杜绝。(四川代表任绍辉)^②

用了40多年的时间,人们终于可以客观而理性地对待这类问题了。

人们可以想见,由于我们从来没有规定法官回避本籍,因此,中国的绝大多数法官都是在自己家乡所在地(以及出生地)的法院中工作,甚至担任院长、副院长这样的关键职务。调查中我们了解的情况是,本地法官的数量与法院的审级呈反比,即审级层次越低,法院中本地人的比例就越高。例如一般省高院本省人固然占绝大多数,但仍有一些非高院所在城市的人乃至外省人,到了中级法院就只有极个别非本地人,^③法官与其家族亲属之间的联系较之高院便更为

① 参见许德珩:“关于《中华人民共和国人民法院暂行组织条例》的说明”,载《人民日报》1951年9月5日;王汝琪,上注引文。

② 《人民法院报》,1994.3.24。

③ 深圳这样的新兴移民城市当然是例外。

紧密,再往下,到了基层法院就几乎清一色的本地人了。

我们读到许多报道,谈及法官们如何处理与法院所在地的亲属之间的关系,当然,作者们并没有将这种关系的存在作为不正常的现象。

〔个案30〕〔河南省获嘉县人民法院〕院长焦文贞早在1987年上任之初就给自己约法三章:任何案子不写条子,不打招呼,不说情更不准情。前年法院搞执行会战,焦院长姑姑欠他人债款4500元,却不履行法院已生效的判决。他亲自下令封了姑姑的财产。他姑姑哭着骂上门来:“你当院长了,六亲不认,连这点小事都不给我作主!”他60岁的老母亲也责怪儿子不近人情。焦院长从小家说到国家,从人情说到法律,说服了两位老人,他姑姑回去就还了人家的债款。(《人民法院报》,1994.3.10题:“获嘉县的‘获嘉’法院”)

〔个案31〕〔青海省互助土族自治县人民法院院长〕胡尔钺生长在互助,工作在互助,在父老乡亲的眼皮底下做官不易,做法官更不易。他坚持过好了三关,即亲情关、乡情关、人情关。在法院工作20余年,说情者有自己的亲戚、乡邻,也有同事、朋友,甚至有不少是自己的上级和领导,在人情、法律面前他毫不犹豫地选择了法律。……1983年“严打”开始后,胡尔钺的亲家赵永寿之子赵玉福因犯盗窃、流氓罪被起诉到法院。赵永寿找到胡尔钺说:“亲家,这次我儿子犯了罪就全托靠你给帮忙了。”胡尔钺回答:“家有家规,国有国法,你儿子的事情,法院肯定会作出公正判决的。”第二次,赵永寿又找到胡尔钺明确表示:“我儿子犯了罪,不判刑不可能。权在你手里,少判几年总是可以的吧。”胡尔钺对亲家耐心地说:“咱们亲戚归亲戚,这是咱们私人之间的事情,我怎么能用手中的权力徇私枉法呢?”亲家听到这个回答,便叫自己的姑娘赵玉花回到娘家。几

天后儿媳赵玉花回到婆家,既不去上班,又不干家务,整天缠着胡尔钺哭闹,还说:这次如果她哥哥赵玉福判刑,她将离开胡家。胡尔钺听到后,一改往日和蔼可亲的面容,对儿媳厉声说:“你干什么都行,我不能破这个例,法院的人徇私枉法,法官的名声比狗屎还臭。”结果,赵玉福被依法判处有期徒刑9年。(《人民法院报》,1994.2.7.题:“土族人民的好法官”)

〔个案32〕 他〔山东省淄博市淄川区法院院长周茂孝〕的一个亲戚因受贿被依法逮捕,这位亲戚的家人找到他,希望能手下留情,周茂孝义正辞严地劝其打消这一念头,并告诉院党组成员,他请求不参与审委会研究,要求法庭依法审理。后来他的这位亲戚被公开宣判,受到了法院的严惩。周茂孝在乡镇工作过十几年,庄里乡亲、熟人朋友多,许多人千方百计托门路,找关系求情,都被他一一回绝,一位老乡亲指着他的鼻子说:“你当了官,就六亲不认了。”周茂孝说:“不是我六亲不认,是法院〔律〕不允许我这样做。”周茂孝以一个共产党员的优秀品质和无私奉献精神,重塑了淄川区人民法院在人民心目中的崇高形象。(《人民法院报》,1994.6.13.题:“清廉生威”)

〔个案33〕 当法官难,在本乡本土当法官更难。樊连珍生在三交,长在三交,在家门口秉公办案遇到的麻烦、考验就更多。有些案件还未诉到法庭,说情者便纷纷登门,有的请老同学、老同乡、老同事和亲戚朋友前来活动,有的送来名烟名酒、布料衣服和现金,还有的搬出有实权的头面人物施加压力。面对各种不正之风的纷扰,樊连珍不为钱惑,不为情动,不为权屈,廉洁办案,执法如山。1988年以来,她共拒礼拒贿160多次,价值达1万多元,拒吃请40多次,拒说情270多次。由于办案“死板”正直,她受过邻里的讥讽,亲朋的冷淡,也遭遇过无赖的欺骗和报复,但最终赢得

了广大群众的信赖和称颂。(《人民法院报》,1994.3.7.

题:“情洒黄土高坡”)

这些例子可以让我们清楚地看到,由血缘、家族、亲情乃至上下级等等关系所织成的网络给绝大多数在本乡本土法院司法的法官们带来了多么沉重的压力。这种压力之所以特别值得注意,是因为在我们中国的传统伦理格局中,家族的位置实在是太重要了。与西方不同,中国传统道德标准以及与此相应的法律观念和准则都缺少普遍化,家族的利益决定着人们处理各种事务时所持的标准。^① 上面这几个个案显示,一个人在本地当了法官(其他官亦复如此),他的亲族朋友便对他产生了这样的期待:他在处理案件时必须区别远近亲疏,决不可六亲不认,一味地拿硬邦邦的法律规则作标准。^② 这样必然将法官置于一种两难境地:照应亲情关系必将导致司法不公——我们的法律制度已经是近代型的,而法律文化在很大程度上却依旧是传统型的——并且要冒由于裁判不公、违法断案遭到查处的风险,而公正司法、不徇私情又会带来法官与其亲族朋友之间关系的紧张乃至激烈冲突。法官也是需要亲情温暖

① 社会学家费孝通先生在《乡土中国》(初版于1947年)一书中对中西道德格局上的这种差异有过精辟的阐述,他以《孟子·万章章句上》记载孟子的一句话(“身为天子,弟为匹夫,可谓亲爱之乎?”)为例,说“一个差序格局的社会,是由无数私人关系搭成的网络。”“中国的道德与法律,都因之得看所施的对象和‘自己’的关系而加以程序上的伸缩。”见该书,三联书店1985年版,第34页。缪风林谈到这个问题时说:“历代以家庭之肫笃,产生巨人长德,效用于社会国家者,虽不可胜纪,然其弊也,人以家族为重,以国为轻,甚或置国度外,惟见其家,不知有国,而戚族之依赖投靠,官吏之贪墨任私,其原皆是出焉。”(“中国民族史序论”,转引自沙莲香主编:《中国民族性》[一],中国人民大学出版社1989年版,第210页)另外,可参看皮文睿(R. P. Peerenboom):“儒家法学:超越自然法”,李存捧译,载高道蕴、高鸿钧、贺卫方编:《美国学者论中国法律传统》,中国政法大学出版社1994年版,第118~153页。

② 目前司法机构处理案件时遇到说情行为的比例之高可以证明这一点。据《人民法院报》一篇文章作者对五个执法部门的调查:“87%的刑事案件和94%的民事经济纠纷案件均不同程度地存在着为被告或原告说情的现象,且一年比一年严重。”该文的作者还引了一首流行的顺口溜:“案件没进门,双方忙托人;一人打官司,亲朋齐上阵。”(《人民法院报》,1994.3.7.周光佑、李建华:“道是有情应无情”)

的人,他不能够也不应该总被邻里讥讽、亲朋冷淡,总被人指着鼻子斥为六亲不认的人;以亲家反目、儿媳出走换得公正并非一种正常的代价。经验一再证明,一个握有权力的人的心理健康对于他正当地行使权力至为重要,而家庭成员的和谐、亲属关系的融洽正是维持一个人心理健康的关键因素之一。为了让法官们摆脱上面所描述的两难境地,为了使法官们具有健康的心理,我们需要在制度上作出相应的设计,那就是法官,至少法院里的主要法官,不在本籍任职。

法官是否回避本籍的问题之外,法官的生活方式(作风)与工作和职业行为方式也是一个值得注意的方面。前面曾提到,自30年代边区时期以来,我们一直倡导法上的群众路线,要求审判人员走出“衙门”,与群众打成一片。我们在很长时间里连“法官”这个称谓也废止了。^①到了50年代末期(尤其是1957年反右以后),司法的平民化更演化为一种不可逆转的趋势。“审判工作中群众路线的新发展,突出地表现在运用群众辩论会解决案件上。这种群众路线的新形式,是此次整风所出现的大鸣大放、大辩论在审判工作中的具体贯彻……也表现在公安、检察、法院三机关协作办案的工作方式上,最近一个时期,许多地方都实行了‘三马齐出动,拧成一股绳;下去一把抓,回来再分家’,‘三员汇报,三长决定,党委批准,依法办事’,‘携卷下乡办案’,‘带犯下乡办案’等等。”^②

其实,在前面表明法院与法官角色、地位的个案中,我们已经可以看出,我国的法官们究竟是以怎样的方式办案的。如法院主动上

① “法官”这一称谓在边区的文献中已经极少使用。到了1952年,魏文伯在一篇题为“彻底进行司法改革工作必须贯彻群众路线”的文章中,提到这一称谓时已经打上引号,并颇带贬意:“在开庭时,俨然以‘法官’自居,威风十足,对不懂得‘法官’的‘法言’‘法语’的老百姓,则不愿耐心细听……”。“法官”这一称谓的复活是80年代末和90年代初的事情,到了1994年5月成立“全国法官协会”时,才得到官方的正式确认。这一称谓的沉浮也可以算是社会语言学的一个好例证。

② 中国人民大学法律系审判法教研室编:《人民司法工作是无产阶级专政的锐利武器》,中国人民大学出版社1958年版,第29页。

门揽案,如法院院长亲自带队四处奔波,为企业清债。我们还见到一则图片报道,一位名叫周晓明的法庭庭长“一年365天时间有300天在村社农家‘转悠’。大多数案子,当事人农务忙,周晓明就在他们的‘炕头’开庭审结。”^①这很容易让人想起从前的“马锡五审判方式”。^②除了审判方式外,法官的生活方式也以平民化为尚,他们不像其西方同行那样享有高薪制和终身制,有人公然主张要砸掉他们的“铁饭碗”,搬掉他们的“铁交椅”。^③我们见到许多文章在称颂法官们勤勤恳恳地从事司法工作的同时,又告诉读者,他们的生活十分贫寒,他们的生活方式是极普通的,他们与其他工作人员之间的关系似于没有等级,院长身先士卒,吃苦在前。

〔个案34〕广西柳州地区中级法院大胆改革干部管理使用制度,于今年2月实施“双向选择聘任制”,打破了法院干部以往“旱涝保收”的安全感和那种靠资历、学历、职称吃“皇粮”的传统习惯。法官的“铁饭碗”变成了“泥饭碗”。

去年10月,该院领导班子决定把企业竞争机制和制约机制引入法院的人事管理,制定了《双向选择聘任制的规定》,由院领导聘任庭、室领导;庭、室领导聘任审判人员;审判人员也可以跨庭、室选择工作或受聘。在聘用期间,如果表现不好,违反岗位责任制随时解聘。被聘用的审判人员和行政管理人员,均按法律和政策规定,分别报自治区人大、地委组织部和本院党组任免后实施。(《人民法院报》,1994.5.12.题:“法官的‘铁饭碗’变成了‘泥饭碗’”,柳州中

① 《人民法院报》,1993.6.18,图片报道。

② “他的诉讼手续是简单轻便的,审判方式是座谈式而不是坐堂式的。不敷衍,不拖延,早晨、晚上、山头、河边,群众随时随地都可以要求拉话,审理案件。”见“马锡五同志的审判方式”,《解放日报》1944年3月13日。

③ 《中国青年报》1993年12月28日头版头条的一行黑体字大标题赫然在目:“法官丢了铁交椅”。

院实行双向选择聘任制”)

〔个案 35〕 他〔莆田市中院院长朱圣杰〕,就是一个手执“生杀予夺”大权的首席法官。按人们的想象,朱院长应该有一个与其地位身份相符的舒适的家,一份阔绰至少安逸的生活。然而,走进朱院长的家,大至家具小至生活用品,无不流露着主人的寒酸与拮据。空荡荡的屋内,除了一台老式彩电,没有一件象样的电器。饭桌还是 20 几年前笨重的木质圆桌,凳子还是那几块粗糙简陋的方凳。就连全院集体购买入户的液化气灶也闲置一旁,一家六口继续精打细算烧着蜂窝煤。如今,朱院长全家还面临着一个严峻的现实:攒钱对付房改。(《人民法院报》,1993.11.26. 题:“贫穷与富有”)

〔个案 36〕 每天,当晨曦东升时,新城子区法院那整洁的院子里就已人影幢幢,乐声悠扬。全院干警整齐列队做广播体操,然后投入工作。

夜幕垂降时,许多回家吃过晚饭的干警又主动来到法院,或在办公室书写法律文书,或在会议室内讨论案情,直至夜深。

冬云春回,暑往寒来,新城子区法院的干警们就是这样数年如一日地工作、学习、生活着。(《人民法院报》,1994.2.21 题:“强将手下无弱兵”)

〔个案 37〕 在潍坊中院,干警们习惯于这样一个事实:院领导多年如一日,天天早早来到单位,与大家一起扫院子。这很平常,没有人为此大惊小怪,但久而久之,潍坊中院形成了一种默契:大家都早早来上班,自觉遵守纪律,踏实有序的工作蔚然成风。

在谈到这件事时,该院几位院长说得实在:要想约束别人,先要身体力行;我们也并不全是为了打扫卫生,也是借扫院子的机会,在一天工作开始之前,碰一碰头,商量一下二作。(《人民法院报》,1993.5.28. 题:“他们何

以成为惟--”)

[个案 38] 省城长沙大雨滂沱 由于积水过膝,赶往火车站的车子因水阻无法前行。为了抢时间赶上这趟车, [津市市法院院长]向绪汉将皮鞋脱下来用绳子套住挂在脖子上,有如戏上的寇准背靴。就这样,他和同伴拼力趟水。当他们赶到火车站时,离开车时间只差一分钟了。待到他们艰难地挤上车后,向绪汉因赶路受累,肾炎发作了,他挤在这恶臭的车厢里忍着剧痛坚持 20 多小时赶到了厦门。

……他们找了五人间的房住了下来。当天晚上,他们连续作战谋划着来厦门后的行动计划。……开元区法院执行庭长目睹了向院长这种难得的工作精神,有些惊讶不解地问:“怎么,一个法院一把手还亲自跑这么远搞执行?”这种发问式无疑饱含着敬佩之意,为向绪汉注下了一则深情的赞语。(《人民法院报》,1993.12.31.题:“天平为证”)

这样的例子实在是太多了。一个对西方司法制度以及法官行为略有了解的人都会深深地感受到,我们与西方之间的差别真可谓不可以道里计,甚至每每正相反对。例如,西方为保障司法独立而规定法官终身制,不经本人同意以及合法程序不得被免职(甚至提升)。“铁饭碗”坚不可摧,我们这里却是引进企业管理中的竞争机制,“泥饭碗”一碰就破;西方从来都给法官以高薪,务使其生活优裕,我们这里却力倡俭以养德,法官穷而后廉;西方法官日常行为追求庄重,并且法官与其他人员之间等级森严,我们这里却着力宣扬“干”“警”融洽,首席法官也可以挤在恶臭的车厢里奔走千里搞执行;在西方休说法官,在有些国家就是大律师也不得与当事人直接接触,我们这里则是法官与当事人之间毫无遮挡,甚至可以与当事人搞所谓“三同”(在外出处理案件时,由当事人负担费用,法官与当事人同吃、同住、同行)。下面的两个事例更发人深思:

〔个案 39〕 碑林区法院助理审判员、共产党员贾世哲同志在承办一起刑事案件中,被告人亲属硬塞给他 1000 元人民币,求他“从宽处理”。贾世哲同志当即对来人进行了批评,令其将钱拿走。来人误认为贾白天在单位不便收,于是当天下午下班时,又尾随至贾家中,哭哭啼啼,求贾将钱收下,“手下留情”。贾对来人指出,企图以金钱打通关节,逃避惩罚是行不通的,只有规劝被告彻底坦白交代罪行才是正路。来人听后收起现金返回。后该被告人被依法判处缓刑,其亲属出于感激,乘贾出差之机,将 500 元人民币装在信封里,偷偷塞入贾的办公桌抽屉里。贾世哲同志回来发现后,立即让书记员送还。……被告家属感慨地说:“真想不到现在还有这样好的人!”(《人民法院报》,1993. 5. 14. 题:“法官风采在廉政”)

〔个案 40〕 今年 7 月的一天,民事审判庭庭长徐世界同志回到办公室,打开抽屉,猛然发现一个长方形绒面的精制币盒,里面装着 12 枚闪闪发光、含金量 24K 的纪念币。不由得就是一楞:这是谁放进来的?他急忙四处打听,有人告诉他一姓邓的妇女去过他的办公室,徐庭长顿时明白了个中原委。……徐庭长拿起金币,急忙下楼去追,邓某已无影无踪。无奈之下,他找到审判员王海瑞同志,两人经过一番“密谋”,向邓某发出了一张接受“询问”的传票。8 月 2 日上午,当邓某手持传票兴冲冲地来到法院,没料到竟参加演出了“徐庭长设计退金币”的廉政新戏。她见徐庭长义正词严,毫无松动余地,满面羞愧地带着金币离开了。(《人民法院报》,1993. 9. 24. 题:“收到金币之后”)

发生在西安的这两件事情被记者作为廉政新风来宣传,但它们反衬出的问题却是令人震惊:我们的当事人竟然可以如人无人之境一般,将金钱或礼品放到法官办公桌的抽屉里!所幸的是,这两个个

案中的送礼人^①遇到的是廉洁自律的法官,否则,国家法律的严肃性以及对方当事人的权利不是就处在了很不安全的境地了么?再说,当事人既可以在法官的办公室中进进出出,又可以夜访法官于其家中;既可以与法官随意交接,又可以“潜入后院”,打通家属们的关节,如此种种,再自律严格的法官,在这一次又一次的诱惑面前,能够永远立于不倒之地么?

问题还在于,法官在社区中的这种易接触性固然可以增进民众对司法官员以及司法制度的了解,但是,将法院和法官生活的内景一览无余地展现在大众的眼底,对于树立法官与法院的声望与权威是不利的。从提高法官的尊荣的角度出发,必须让他们在公众心目中有超越凡俗的一面。即便是从审美的角度看,也要在观察者与被观察者之间拉开一定的距离,因为没有距离就无从谈美。^②总之,正义需要与之相适应的堂皇的仪表和具有一定戏剧性的演示,否则,人们就看不见它,甚至不知道它的存在。宣示正义准则的角色也会因为不同凡俗的仪表而使自己的精神得到升华。

我们看到,目前已经有一些法院作出了努力,在当事人与法官,尤其是承审案件的法官之间设置隔离带。深圳市中级法院率先设立了立案处,实行立审分离;^③山西在全省各级法院推行“一步到位”开庭法,即法官收到原被告双方的起诉状与答辩状后,经过简单的准备

① 严格地说是行贿者,这两起事例的送礼者都构成了行贿罪。虽然未遂,但考虑到他们是公然贿赂司法官员,并且是发生在法官面前的犯罪,依法判刑是当然的结果。但是,我们看到的所有报道都是法官谢绝了贿赂,至多对于行贿者“严肃地批评”几句,并不追究法律责任。“当官的不打送礼的”这句民谚似乎比刑法条文更有效。关于我国刑法中行贿罪成立的要件,参见刘光显、周荣生:《贿赂罪的理论与实践》,人民法院出版社1993年版,第154~162页。

② 当然,观察者(公众)与被观察者(法官)之间距离究竟应当拉到多大程度,倒是一个值得研究的问题。法国哲学家帕斯卡尔(B. Pascal)曾说,观看绘画不应太远,也不能太近。在绘画艺术上,透视学规定了这样一个恰当的观察点。“然而”,他问道,“在真理上,在道德上,有谁来规定这样一个点呢?”见帕氏:《思想录》,何兆武译,商务印书馆1987年版,第170页。帕氏又曾主张法官需要“既端庄严肃又装饰华丽”。同上书,第143页。

③ 参见《人民法院报》,1994.6.9。

就开庭。庭前不与当事人双方接触,将事实调查、责任划分、法律适用等环节均集中于庭审阶段完成;^①海南省高级人民法院院长田忠木组织制定了主审法官不单独会见一方当事人的制度。^②所有这些连同已经全面展开的庭审制度改革,必将对我国法院、法官与社区之间关系上存在的种种流弊起到矫治作用。

五、法官的职业道德及其实施

通过前面几节的描述,我们已经看到,当代中国的法官是一个庞大的群体,这个群体的成员分散在广袤国土的各个角落;他们行使着国家的司法权力,同时又承担了许多非传统司法职业者所应承担的职能;他们的薪俸与同层次的国家公务人员之间没有什么差别,一些法院经费紧张,困难重重;司法管理体制又是以块分割,人财物均受制于地方;法官缺少职业的荣耀,并且与社区民众几乎没有什么距离。所有这一切都给司法职业道德的维护带来了严峻的挑战。在具体观察法官职业道德的现状之前,我们有必要对我国的司法道德传统略作回顾。

假如我们能够在中国古人中间进行一次民意测验的话,关于司法者职业道德的项目大抵上会由这样一些品质组成,即刚直不阿、铁面无私、清正廉洁、忠于君主、体恤民情。这类品质要求由于历代史籍对于“清官”事迹的记载,尤其是公案小说、戏剧、民间传说等而形象化并得到强化。直到今天,除了忠于君主这一要求已经由于政体的变化而改变以外,其他四项在当代中国的法律文化中仍具有相当的活力,并且对于我们的司法机器的运作以及司法产品的形态有着一定的影响。另一方面,通过对传统社会中司法过程的考察,我们也发现这几项要求之间实际上存在着一种内在的紧张关系,那就是,刚直、无私和清廉都侧重要求司法者不屈从权贵的威逼和私利的诱惑而严格地适用法律,而效忠君主和体恤民情有时却要求不执著于僵

① 参见《人民法院报》,1994.1.20。

② 参见《人民法院报》,1994.4.14。

硬的法律条文,根据社会以及案件当事人的具体情况灵活地司法,甚至完全抛开法律条文,径直地按照某种道德要求或利益要求作出判断。严复曾评论说:“从中国之道言之,则鞠狱判决者,主上固有之权也。其置刑曹法司,特寄焉而已。故刑部奏当,必待制可,而秋审之犯,亦天子亲勾决之,凡此皆与欧洲绝异而必不可同者也。今崙格魯国民,其法廷咸称无上,示无所屈,其所判决,虽必依国律,而既定之后,王者一字不能易也。”^①正是由于司法在体制上从来没有获得独立的地位,因而司法职业者也就不可能形成一个在道德上有独立追求并有力量维护这一道德的群体,与此同时,司法不独立又与司法权的滥用以及衙门的黑暗腐败联系在一起。“廷尉狱,平如砥,有钱生,无钱死”,“讼事无天”,“打杀乡胥手,胜斋一千僧”,^②以及“衙门口,朝南开,有理无钱别进来”等等流传于不同朝代的这些民谚正是一般百姓对传统司法黑暗的揭露和抨击。

在阅读 1940 年代边区司法的有关文献时,我们发现,这个时期的司法道德准则起了一些十分重要的变化。最引人注目的是从前司法所追求的公平正义被批评为对阶级镇压的一种虚伪的掩饰。取而代之的无产阶级司法明确地宣称其目的只是阶级的正义,而不是抽象的公正,以打击敌人、保护人民表明其正当性。这一点,几乎当时所有的司法文献都加以申明。与此相适应,司法人员的行为模式也尽可能平民化,他们只是执行阶级意志的工具,而不是一个享有特权的阶层——就当时的观念气候而言,所谓特权本身就意味着腐败和不道德。当然,诸如刚直不阿、铁面无私以及清正廉洁等传统的品质要求却被继承下来了。

到了 80 年代,随着国门的打开,与外部世界接触的增多,以及对民主与法制的不断倡导,整个社会的观念形态发生了深刻的变化。

① 严复:“孟德斯鸠法意·按语”,见王栻编:《严复集》,中华书局 1986 年版,第四册,第 952 页。

② 均见杜文澜辑:《古谣谚》,周绍良点校,中华书局 1958 年版。

人们的权利意识日益觉醒,司法在调整社会生活中所发挥作用的增大在满足人们需要的同时又不断地提高着人们对司法的期望值。期待的内容之一便是法官应当是一个追求正义和廉洁清正的群体,因为良好的道德形象是公正司法的前提。最高人民法院等司法领导部门对法官职业道德的建设也十分重视,一方面,制定了若干法官行为准则,例如审判人员的“八不准”等等,并且经常对廉洁法官予以表彰。还通过司法之外的控制方式,如党的政治思想工作来维持法官的职业道德。另一方面,对于违反职业道德规范的法官进行惩戒。例如,据1994年4月召开的全国法院政治工作会议公布的统计数字,“1993年全国法院共查处各类违法违纪案件1088人,已结案处理850人,其中被追究刑事责任的53人。”同时还对法院系统存在的法官在经济实体中兼职、购买股票、收受礼金和有价值证券、使用公费出国出境旅游、办“人情案”、“关系案”等情况进行了查处。^①

尽管如此,“有关人士”指出,“我们还须清醒地看到,反腐败斗争的发展还不平衡,成果还不巩固,对清理出的问题,有的尚未得到纠正,各地法院需要继续作出艰苦的努力,在巩固已有成果的基础上,深入持久地开展反腐败斗争。”^②

“发展还不平衡,成果还不巩固”,这说法颇有些微言大义,不好琢磨。“不平衡”可能是指不同地区或不同级别的法院在处理此类问题上不一致;“不巩固”是指“病”未除根,一俟机会成熟,又会发作,还是指制度不完善,或制度无法操作?

要对中国法官职业道德现状作一个基本估计,是一件十分困难的事情。因为新闻媒体很少公开揭露法官违反职业道德的情形,我们得不到较为真切的印象。能够亲自调查的也只是若干省市的若干

① 《人民法院报》,1994.4.21,“全国法院系统反腐败斗争有成效”。

② 同上。1995年任建新“最高人民法院工作报告”中透露,1994年全年法院系统“共处理违纪违法干警1094人,占法院干警总数的0.39%。其中受刑事处分的47人,内有审判人员34人”(《法制日报》1995年3月24日)。这数字与上年大致相当,说明采取的措施并未产生明显的效果。另,“工作报告”中处理干警数与所占比例有误。

法院而已,无法以管窥豹,举一反三,把它们作为全国的缩影。而且,即使是在实际调查的过程中,我们也发现司法界的职业道德问题并不是法官们乐于谈论的话题。下面是一次访谈中的问答情形:

〔访谈材料6〕 调查者与某市中级法院经济庭一位法官的对话(1993.10.6)

问:下面,请你谈一下法官职业道德的现状,好吗?

答:这个问题,怎么说呢?

问:就是说,根据你的观察和了解,你周围的法官是不是能做到以法官应有的道德准则严格自律,或者说,最高法院所制定的“八不准”一类的规范,是不是能够得到不折不扣的执行?

答:照我看,我们院里的情况还算可以。大家工作辛辛苦苦,压力很大,不少人都是带病办案子。收入这方面又很低,许多人心理也不太那个……不太平衡。有几位年轻点的,有本事的,都下海了,去干律师了,合作制,他的收入比起法院的人来不知要高出多少倍……

问:当然,法官收入较低确实是个问题,我也见到一些报道说,在有些城市法院工作人员的收入比行政系统的要少。你觉得法官收入少是不是直接影响到了司法职业道德的维持?

答:影响总是有的吧,不然的话,一些人为啥要提倡“高薪养廉”呢?

问:那么,具体都影响到哪些方面呢?吃请,受礼,还是别的?

答:(笑)你问得还真具体。这个事情嘛,要这么说,现在办案子,当事人最关心的是,能不能跟办案的法官疏通疏通关系,有时候带着礼物来,这种事情也有。当然,有门路的,托关系,有的还托到市领导,电话打过来,对案子不能说没有影响。领导这边当然用不着送礼,因为他是上级。不

过按他的要求办了,这就是一份人情,以后法院这边有什么事情,找领导,他们也就能痛快一些了。

问:吃请的情况是不是比较普遍?现在社会流传着的新民谚,说“大沿帽,两头翘,吃了原告吃被告,原告被告都吃完,还说法制不健全”,这是夸大其词呢,还是真实情况?

答:说起来,就眼下的情况看,吃几顿饭算不了什么。当然我不是说吃当事人的应当。对于送礼的,特别是送钱,我们还是很注意的。有些案子,是非很清楚,当事人也知道,送礼不起什么作用。

问:有没有法官因为吃请的事受到处分?

答:好象没有。

问:现在有些法院,为了防止“人情案”、“关系案”,推行“错案追究制度”,你觉得这种制度对于法官的道德自律有效果吗?

答:这只能说是一个办法。其实错案问题相当复杂,不光是办案人员这边的原因;法官个人即使再廉洁,再努力,错案也还是难免。为什么呢?咱们这个法律,不像人家西方,法律就是法律,司法就是司法。咱们这儿,政策一变,法律就得跟着变。有时候,一审判了,到了二审那儿,法律变了,给你改判,这就是一件错案。这种情况,你追究谁去?……

接受访问的这位法官可以算是一个相当坦率的例子。在不同地区的法院,通过访谈所能获得的情况至多如此。于是我们又回到书面资料,阅读报章上表扬法官的文字。有一个现象给我们以强烈的印象,那就是近年来几乎所有表扬法官的文章都要提到法官们如何拒绝当事人吃请和送礼。前面列出的个案39和个案40中法官退现金、退金币的情节只是许许多多这类事例中的两个而已。不少报道还像个案33那样不厌其详地列出若干年法官拒礼次数、金额(包括实物折抵金额)。

〔个案41〕郝老汉为感激这位好法官,悄悄地将500元现金硬要塞给张敬禄。张庭长动情地说:“郝大爷,您的心意我领了,但这笔钱我绝对不能收,您还是去派派用场吧。”据统计,张敬禄三年来共拒礼拒贿折合人民币3000余元。(《人民法院报》,1994.2.3.题:“为民排忧解难的好法官”)

〔个案42〕据不完全统计,1990年以来,全院干警拒礼拒贿128人次,金额5.7万元,拒吃请340多人次,拒说情400多人次。他们以清正廉洁的品格维护了人民司法机关的崇高声誉,赢得了人民群众的尊敬。(《人民法院报》,1994.2.21.题:“强将手下无弱兵”)

〔个案43〕一个个普通而平凡的人名,接二连三地出现在“拒收当事人1000元以上名单”的登记栏内。据统计,今年1~9月上海法院干警拒收、上交“红包”共455人次,总金额达到13.5万元,其中一次拒收、上交现金1000元以上的就有21人次;拒收、上交礼品129人次,价值20000多元,拒赴宴请631人次,受到社会各界好评。(《人民法院报》,1993.11.19.题:“不受尘埃半点侵”)

〔个案44〕不久前,庄河市发生一起影响较大的“滨河楼”嫖娼案,庄河市一些政法、行政机关的干部参与嫖娼,但庄河市法院却无一人与此事有牵连,社会各界对法院予以高度评价。(《人民法院报》,1993.12.10.题:“咬定青山不放松”)

这些事例说明了什么呢?它们给读者以什么启示呢?当然,它们告诉人们,受表扬的这些法官清廉自律,具有良好的职业道德,不受礼,也不参与丑恶的行为,并因此受到社会各界的好评。与此同时,我们也可以从中看到目前社会中行贿行为之普遍已经到了多么严重的程度。个案39中,那位当事人在“送礼”被拒后“感慨地”说出的那句话——“真想不到现在还有这样好的人!”——哪里是夸奖,分明是讽刺。法官拒绝贿赂,不参与嫖娼,本属一种最低限度的

道德准则,也是一种法律界限,这样准则的遵循居然能够成为报纸表扬的对象,同行学习的楷模,这不禁让人为之叹息再三。不仅如此,通过这些报道,我们还可以看出,目前我国的司法职业道德不仅缺乏明确全面的规范体系,更重要的是缺乏强有力的监督和执行机制。我们不存在这样的职业道德,即法官不得与当事人私下接触,或在对方当事人不在场时与一方当事人接触,因为频繁接触之中相互有何往来,外人无从知晓;收受了贿赂,交到院里,可以得到表扬,但假如他放进自己腰包呢?那就只有你(当事人)知、我(法官)知了。可不警乎!

说到司法道德的执行机制,日本法社会学家棚赖孝雄对于法官以及司法过程所受社会影响进行的研究颇有启发意义。他列举的对司法施加影响的三个渠道之一是行贿,即以经济利益为诱饵促使法官作出对行贿一方有利的判决。但是,行贿行为会遇到两方面的阻力,即外部严厉制裁的可能(行贿与受贿都是违法行为,公然对司法人员行贿以及司法人员受贿都属严重的违法行为)和内在职业道德的约束。^①前者是外部制约,后者是内心自律。就前者而言,重要的在于任何违反职业道德的行为都必然会受到及时而有效的制裁;司法殿堂的圣洁容不得些许玷污,任何污迹都必须彻底而迅速地予以涤清。我们的最高司法当局应当在这方面设置可以操作的和富于效能的体制。同时,必须倡导大众传媒对司法的严密监督和批评。既然我们的司法是人民的司法,那么,对于司法活动,人民当然有不可剥夺的知情权,有对越轨法官的制裁权。至于内心自律,只要我们的法官觉得自己只是社会中卑微的一群,他们中的许多人又不具备知识上的优势,那么司法权力的行使便很可能变成非正当交易。不仅如此,在一个品类不一而又管束不严的群体中,良莠杂处的结果,良者将越来越少,而恶草却将愈发繁茂;“种豆南山下,草盛豆苗稀”,

^① 棚赖孝雄:“围绕审判的影响和压力活动”,载棚赖氏:《纠纷的解决与审判制度》,王亚新译,中国政法大学出版社1994年版,第158页以下。

客观效果上仿佛经济学上的“格雷欣定律”(Gresham's law),良币为劣币所驱逐。品行端正的法官反而无从发挥作用,被视为无能之辈。他们或者随波逐流,加入非正当交易者的行列,或者被迫离开这个群体。

内心自律的一个重要方面是唤起人们的羞愧心。越来越多的现代研究表明,要实现对人的行为的社会控制,最重要的莫过于诉诸于自尊心。相形之下,外部的监督和制裁只是一种次要因素。美国人类学家墨菲指出:

同事和旁观者以言辞或表情公开表露出对某人行为的不满或嘲讽,是制止越轨行为的主要因素之一,因为它唤起羞愧,这在一切之中最为尖锐地刺伤了自尊心。内疚,以及将社会准则纳入“超我”——或者说“良心”——之中,这两者结合起来,人格的一部分便通过由精神的一部分活动去谴责精神其余部分的活动从而迫使遵从价值。如同对过错的处罚一样,内疚会折磨自己,但羞惭则会更严重地伤害自我,并且完全丧失自尊心。羞愧的人被剥夺了个人的价值,抹掉了他呈现于世界的精心培育而成的自我形象,使他感到成了一个傻瓜或奴隶。他的人格解体,他的所有其他社会地位都受到损害。^①

如何让那些从事了任何不轨行为的司法者感到自尊心受到损害,感到无法见容于司法共同体的其他成员,将是我们司法道德建构与执行所面临的至为关键的任务。

结 语

现在,我们对中国的法官和法院的观察和描述终于可以告一段

① 墨菲(Robert F. Murphy):《文化与社会人类学引论》(*Cultural and Social Anthropology: An Overture*),王卓君、吕迺基译,商务印书馆1991年版,第178~179页。

落了。在这个过程中,我们夹叙夹议,在叙述司法界现状的同时,也提出了作者对一些弊端的批评以及对弊端来源的分析,也尝试性地提出了某些改革的建议。所有这些都说得比较详细,此处就不必再归纳了。

中国的司法制度目前正处在 1949 年以来最为深刻与艰巨的改革时期。我们的观念环境已经有了很大改变,“与国际标准接轨”已经成了一些高级司法官员时常重申的一个目标。在对各法院的调查过程中,我们也感受到实际司法工作者对制度中弊端存在的认识和要求改革的迫切愿望。但是,中国的司法改革是一项庞大的工程;要顺利地进行,必须真切地了解 and 把握实际状况,将远大的目标与扎实有效的措施相配套,力求避免出现南辕北辙的现象。

最后(并非是不重要的),也许应当强调,司法制度并不存在一个至善境界;作为社会制度的组成部分,司法制度也总是处在动态之中,正如它所要完成的使命,即社会正义本身也要随着社会生活的变化而调整其标准一样。

一位 18 世纪访问过中国的法国传教士普瓦弗尔曾说:“中国提供了世界未来走向的一幅令人着迷的图景,假如这个帝国的法律能够成为所有民族的法律的话。”^①显然,无论是当代的西方人,还是今天的中国人,谁也不会心存这样的想法。不过,最大限度地使中国法律与司法制度合理化,使我国成为一个现代化的法治国,却是人人期望的一个目标。

^① 普瓦弗尔(Pierre Poivre):《哲学之旅》(*Voyages d'un Philosophe*),转引自 Derek Roebuck,“The Past is Another Country: Legal History as Comparative Law”,提交 1992 年 4 月在北京召开的国际比较法讨论会论文,第 12 页。

中国司法管理制度的两个问题*

一、引言

“依法治国”已经成为目前举国上下的共识。但是,假如我们不仅仅是在口号意义上使用这个词组,那么,一些重大和更为具体的问题就必须得到我们更为认真的重视和解决。当然,所谓依法究竟依怎样的“法”乃是首先要考虑的问题。其次,使用怎样的机制实现“治”的过程也是一个亟待探讨的课题。前者可以说是古往今来法学理论中的核心问题之一,名家论说,卷帙浩繁,这里不再涉及。后者也是一个涉及范围极其宽广的问题:立法上的切合社会的实际需求,行政体系在执行法律过程中的依法行事和富于效率,公民法治意识的养成和渐次提高,等等,都是题中应有之义。而如何构建一个合理的司法体系,如何使司法管理既富于效率,又有助于实现个案的公平和整个社会正义的实现,则更是其中特别重要的一个方面^①。

* 本文是我对于中国司法制度及其改革这一课题所作研究的一部分。这项研究得到若干机构和个人的帮助。美国人文学会理事会(American Council of Learned Societies)以及美中学术交流委员会(Committee on Scholarly Communication with China)和哈佛法学院(Harvard Law School)的资助便利了我搜集资料、观察不同的司法制度运作以及与美国法律界人士的交流。安守廉(William P. Alford)教授、张乐伦(Phyllis L. Chang)女士、张志铭先生以及朱苏力先生给予了热情的关心和资料上的帮助。其中,张志铭先生阅读了初稿,并提出了修改意见。在此一并致谢。

① 也许有必要在文章开始的时候界定一下“司法管理”的含义,在我国法律文献中,这似乎并不是一个经常使用的词汇。根据一位美国学者的界定,所谓司法管理(judicial administration)主要涉及两个广泛的领域,一是法院组织和人事的管理,一是诉讼的运行管理。“法院管理包括若干具体的事项,诸如法院的组织 and 管辖;法官的选任和任期以及

在一个追求法治的社会中,以法院为中心的司法体系之所以重要,首先是因为法院位居纠纷解决体系的中心。受到刑事追诉的公民最终是否构成犯罪以及犯罪者受到怎样的刑事制裁要由法院作出最终的判决,民事纠纷中的相当一部分也是由法院裁断^①。法院中所发生的各种诉讼活动构成了许多地方法律生活的典型图景。其次,法院以及法官通过具体诉讼的处理,不仅仅将立法适用于这些案件的解决,而且这种适用的过程往往也是一个解释法律的过程。尽管许多国家的法官更倾向于表白他们只是严格地依据立法机关所颁行的法律规则审理案件,但是,越来越多的研究表明,这样的表白不过是一种神话;法律解释的过程与制定具有法律效力的规则的过程之间的界限并不总是十分清晰的。也就是说,法官在为具体案件的当事人宣布实际的法律规则究竟为何——以司法者之心度立法者之意——的同时,又程度不同地为今后制定了有效的法律规则。这样的权力使得人们不能不重视那些影响司法权正当行使的各种因素。第三,立法机关在制定法律的过程中,固然有其吸纳民意的机制,但是这毕竟不像法院那样与活生生的社会生活融合在一起。我们可以说,法院乃是国家的官方权力与一般社会大众之间最重要的交汇点之一。在这个位置上,法院不仅可以调整社会关系,而且更容易将社会生活中自然生成的某些规则上升为国家的法律,从而避免或缩小法

法院中所有其他工作人员的聘用、训练和监督;以及例行文秘事务。诉讼的运行管理通常涉及案件处理的进程和花费以及建立法院运作的统一规则以减少案件处理过程中的混乱和不均衡。”见 Henry R. Glick, *Courts, Politics, and Justice*, McGraw-Hill Book Company, 1983, 第48~49页。本文大体上是在这个意义上使用“司法管理”一词,只是把讨论的范围基本限定在法院的组织以及运作方式方面。其他一些问题,诸如法官的选任与任期、案件管理、司法财政以及对于司法界的监督等等,实际上是同样重要和亟待探讨的。我在“通过司法实现社会正义——对中国法官现状的一个透视”一文中,对于其中的若干问题进行过较为详细的讨论。该文载夏勇(主编),《权利的时代》,中国政法大学出版社1995年版,第209~284页。

① 本世纪以来,在一些西方国家发展出了若干种法庭之外解决纠纷的正规制度,如刑事案件中大量使用的“辩诉交易”等等。不过,这些制度的出现和保持也离不开作为背景法院诉讼的存在——尽管是以成本高、效率低的面目而存在的。

律与社会之间的断裂或距离。此外,在行政权愈来愈多地受到政党政治的影响,议会的立法活动也较之以往任何时候都深刻地打上了压力集团和党派利益烙印的今天,法院的中立色彩有助于树立一种公正而无所偏私的机构形象。

我国近代型的司法机构是西方影响的产物,并且它的建立距今尚不足一个世纪。在此期间,若干不同的因素影响了我们司法制度的形态和运作。举其荦荦大端,这类因素包括西方的制度模式的传播和国人对这种模式的解读,40年代起开始在苏区产生影响的苏联社会主义司法观念,这两种同属西方却差别甚大的法律传统之间的冲突和局部融合,以及(可能这是最重要的)我们自己的政治文化传统和“司法”传统对于今天的制度建设潜在而更为深刻的制约。在一个历史悠久、文明发达的国度里,一种新兴的机构能否获得足够的资源支持,除了与这一机构满足社会现实需求的程度相关联外,也与历史传统中是否存在着有利于该机构确立其正当性的因素息息相关。我国传统社会无所谓立法、行政、司法权力之划分,政府解决纠纷、惩罚犯罪的职能不过是其对于整个社会事务进行统治的一部分内容而已^①。在各个层次的政府中,这种全能型衙门的传统构成了我们建立一种能够行使独立功能的司法体系的过程中所必须面对和克服的最大障碍。在现实生活中,机构之间职能划分的不明确,不同机构行使职权的方式很少差别,依据法律规定应该属于法院管辖的事务,法院却无法受理或拒绝受理,或相反,法院对于自己不该从事的事务却乐于去做甚至乐此不疲。缺乏传统资源支持与司法机构自身扩张其正当性的愿望与行为之间的紧张关系使得我们的司法管理迟迟找不到一个稳定的路向。于是,制度建设便仿佛演出老戏《三叉口》,跌跌撞撞地摸索。出了问题,便头痛医头,脚痛医脚。对于

^① 清末筹备立宪时期,对于外国情形有所了解的大臣们对于这种三类职能浑然不分的情况多有指责,例如,“御史吴枋奏厘定外省官制请将行政司法严定区别折”,载故宫博物院明清档案部(编),《清末筹备立宪档案史料》,中华书局1979年版,第821~824页。

这种状况的忧虑以及对可能的改革方案的探索构成了本文的主题。

问题之一：法院何以成为法院

在一栋大楼的门口，挂上一块镌刻着某某法院字样的牌子，未必可以真实地表明大楼里的机构就是一所法院。虽然由于传统和制度设计上的不同，各国法院的设置模式、管理方式、职权特征以及社会地位等方面都存在着种种差别，然而，从职能分工或权力分立的角度来看，我们国家在立法机构和行政机构之外再设置司法机构，毕竟可以视为对于那种全能型衙门式政府结构的明确背离。司法权与立法以及行政权的分立不仅仅体现于机构设置方面，更体现在它的职权内容、行为方式以及管理模式等诸方面的明显差异^①。

法院行使职能的最显著的特征是必须有纠纷的存在。也就是说，法院所能处理的只是纠纷。当然，这里的纠纷是在广义上使用的。既包括民事经济纠纷，也包括刑事案件，还包括公民与政府之间的权利争议（其中许多争议在我们这里被归类为行政案件）以及在更高层次上的宪法争议。有纠纷方有司法意味着社会中许多事务不属于法院的管辖范围。例如，采取积极的措施实施立法机构所颁行的法律便是行政机构的事务，对于违法犯罪加以侦查和追诉乃是警察与公诉机关的指责，对于社会事务制定普遍的法律规则应属于立法机构以及受立法机构委托制定规则的机构的权力范围。有纠纷方有司法也意味着对于法院制定规则权力的限制，那就是，法院行使这一权力的过程不能脱离对具体案件的审理，否则，超越案件的审理过程而制定一般的法律规则便不免有侵夺立法权之嫌^②。

① 对于近代型法院职权特征的讨论，参看 Sir W. Ivor Jennings, *The Law and the Constitution*, 5th ed., The University of London Press, 1952, 第 241 ~ 246 页。更为晚近的论述，可参看 C. Neal Tate and Torbjorn Vallinder (eds.), *The Global Expansion of Judicial Powers*, New York University Press, 1995.

② 从比较法的角度对于法官立法权及其限制的讨论，见 Mauro Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Clarendon Press, Oxford, 1989。对于我国当前司法解释“不针对具体个案的抽象解释”的分析和批评，参看张志铭，“关于中国法律解释体制的思考”，《中国社会科学》1997 年第 2 期，第 100 ~ 117 页。

与上一个特征密切关联的另一个特征,是法院对于纠纷的处理不应该采取主动的方式。立法机构可以积极地推动某些领域立法的发展,行政机构应当主动地行为以完成立法所赋予的使命,但是,法院却只能以消极主义的方式行事。“法院不得对于未向其诉求的事项有所作为。”西方这句古老的法律谚语所揭示的行为特征是与法院作为裁判机构的性质密切关联的。很显然,既然纠纷是法院存在的前提,而纠纷总是意味着两方或多方当事人之间的利益冲突,在当事人自己难以解决的情况下,寻求一个第三方作出权威的判断,从而使纠纷得以解决^①。这时,这个第三方对于纠纷所作出的裁判能否获得当事人的接受便成为一个关键问题。裁判者自身的素质——年资、声望、经验、知识等——是相当重要的因素,一定的强制力作为威慑也是不可缺少的,但是,要想使司法权得到持久的社会支持,司法机构公正和中立的社会形象却是更为重要的。公正和中立的基本前提之一是裁判者在当事人之间没有利益上的偏向。假如司法者采取主动的行为,试图积极地发现和解决社会中出现的或潜在的纠纷,势必将自己卷入当事人之间利益的冲突之中,难以保持公正的面目。司法权的消极性还体现于司法过程之中。法院只能在当事人诉求的范围内作出裁决;在调查案件事实、对质证人的过程中应当最大限度地发挥当事人及其律师的作用;在民事诉讼过程中,当事人决定中止或撤销案件应当得到法院的许可^②。

法院行使职能的第三个特征是司法过程的公开性。从人类历史的长河来看,公开性并不总是一个与司法制度相伴随的特色,不过,就西方司法制度中世纪以来的发展史而言,基本的演进过程仍然可

① 不消说,这里所谓终局性解决只是在法律程序意义上说的;纠纷在法律上获得解决并不必然意味着冲突在实际上获得解决。参看 M. A. Eisenberg, *The Nature of the Common Law*, Harvard University Press, 1988, ch. 2, note 1 (at pp. 163 - 164); 谷口安平,《程序的正义与诉讼》,王亚新、刘荣军译,中国政法大学出版社 1996 年版,第 48 页。

② 在对抗制模式之下,法官行使职权的消极特征及其制度起因,参看拙文“对抗制与中国法官”,《法学研究》1995 年第 4 期,第 85 页。

以说是一个公开化程度愈来愈高的历史。虽然这个过程是与民主政制的发展有一定程度的联系,但是,应当指出的是,司法程序的公开性更多地是司法制度自身的内在要求。既然是纠纷处理者或仲裁者,富于效率地解决纠纷、平息争议总是首先要追求的一个目标。那些能够使纠纷得到最有效解决的方案,往往并非裁判者自身认为合理者,而是能够令纠纷当事人心悦诚服的方案。要获得这样的效果,司法者就不应通过黑箱作业来确定司法的结果。争议双方把话说在明处,将证据摆在对方的面前,无所偏私的裁判者根据这些双方亲眼目睹、亲耳聆听的证据对于案件作出判决,这种完全公开的程序总是有助于获得一个双方更容易接受的结局。说到底,公开性无非是要创造一种客观性的氛围。埃尔曼指出:“当法院详查当事人提交的证据时,除非它展示一种客观性的氛围,它的决定将得不到尊重,而这种尊重对于有效地解决冲突来说是不可或缺的。”^①现代司法制度的许多程序设计,例如民事诉讼中的证据开示制度,证据在法庭上展示和对质,双方当事人有得到听询的平等权利,法官不得在另一方当事人不在场的情况下与一方当事人接触等等都是公开性原则的延伸。

如果我们以上述三个特征作为法院职能的基本要求,那么,我国的法院在这些方面尚存在着明显的差异。全能型衙门的传统对于我们建立独立司法制度的妨碍不仅体现在法院不能取得独立的地位,行使不受干预的职权,而且也表现在司法权行使过程中的行政化。早在人民共和国建立之初的1950年,权威观点便力图强调人民的司法工作与一切从前的司法之间“本质上的不同”:“人民的司法机关和反人民的司法机关,无论在任务上、组织制度上、工作方法和作风上,都是迥然不同的。”^②次年,《人民日报》又发表社论,对于人民法

① [美]埃尔曼,《比较法律文化》,贺卫方、高鸿钧译,三联书店1990年版,第162页。

② “系统地建立人民司法制度”,《人民日报》社论,1950年8月26日。

院的作风与职能进行了如下概括^①：

人民法院的审判制度和工作作风，是便利群众、联系群众、依靠群众的，是为人民服务的。它决不单凭诉状、供词于辩论来进行审判，而着重于实地的调查研究，了解案情的全部真相和充分证据，然后才依法判决。因此，它常常根据各种不同案情的需要，而采取必要的就地审判、巡回审判、人民陪审员等审判方式；坚决废弃反动与落后的主观武断的审判方式。同时，与一切消极地等待诉讼和单纯惩罚等反动与落后的法院制度相反，我们的人民法院一向重视并采用各种方法，进行关于法纪的宣传教育工作。它不仅教育人民减少犯罪，减少纠纷；而且教育人民积极地参加新社会的建设，人民法院向来把关于司法的宣传教育工作，看作审判制度的一个重要的组成部分。进行法纪宣传教育的结果，将大大地提高广大人民群众觉悟，使人民群众能够预防犯罪和纠纷的发生，因此也就使司法工作从被动引向主动，从消极引向积极。这样的法院制度只有在新民主主义的社会条件下才能够实现。这也是我们的人民法院在本质上的优越性的所在。

主导舆论所倡导的这种法院职能特色以及行使职权方式的官方

① 1951年6月5日社论，题：“加强与巩固人民革命的法治”。值得注意的是，这里对于法院不受诉状、供词以及辩论的限制进行判决以及法院教育功能的强调与苏联等前社会主义国家相关法律的规定如出一辙。《苏俄民事诉讼法》第14条规定，法院在判决案件时，“应采取法律所规定的一切措施，以便全面、充分和客观地查明真实案情和当事人的权利和义务，而不受已经提出的材料和陈述的限制。”法院还被授权，“如果对于保护国家机构、企业、集体农庄及其他合作社或社会组织以及公民的权利与合法利益有必要，可以超出原告人所提出的诉讼主张范围对案件加以审理。”《苏联法院组织法纲要》第三条规定，“法院的全部活动便是教育苏联公民具有爱国主义精神和共产主义理想、严格遵守苏维埃法律、认真保护社会主义财产、服从工作纪律、履行国家和社会所委托的职责、尊重公民的权利、荣誉与价值以及社会主义的社会规范。”转引自茨威格特和克茨，《比较法总论》，潘汉典等译，贵州人民出版社1992年版，第557、562页。

定位又在1952年全国广泛开展的司法改革运动中被大大强化。“本质上的不同”演为一种流行的思维方式,其必然结果便是,凡是被视为与“旧司法”相关联的制度要素均“去之如脱敝屣”;群众路线、调查研究、积极主动地打击犯罪和处理纠纷以及通过司法权的行使在更广泛的层面上对于人民进行教育和改造,等等,都成为法院基本的工作风格和目标。直到今天,上述原则和实践的正当性仍是确定的和很少受到质疑的。对于当代中国司法制度实际运作稍有体验的人都会对这一点留下深刻的印象。例如,由最高人民法院法院主办的报纸《人民法院报》所表彰的这样的事例^①:

长春市中院组织的第三届春耕生产法律服务月活动近日在长春市两级法院全面展开,审判干部深入农业生产第一线,走访农民,宣传中央农村工作会议精神和有关法律,开展法律咨询,调查摸底,主动收案,调处纠纷,开展公开审判,严惩破坏农村社会治安秩序的犯罪分子,促进了春耕生产,受到了农民和农村干部的欢迎。

除了这类超越司法权限、不以纠纷的存在为行使司法权的前提,从事各种非司法工作的大量事例之外,法院在诉讼的处理过程中,过于主动和积极地行使其权力,是我们司法制度运作的又一个特色。无论是刑事案件,还是民事案件,法院都可以不受诉讼当事人所提出主张的限制作出裁判;如果法院认为当事人所提出的证据不足以证明案件事实,可以主动地对于相关事实开展调查,制作证据;法官与当事人之间的联系几乎缺乏任何形式的约束;法院判决的执行由法

① 题为“长春市两级法院开展春耕生产服务月活动”的报导,1994年5月2日。近年来,以服务于社会主义市场经济建设为名义,各地法院新招叠出,不一而足。这是我浏览1993年《人民法院报》时随机记下的一些表扬报导的标题(括号里的数字为月份和日期):“上饶法院为城市建设清障”(3.5.)“跳出坐等办案小天地,军事法院涉足经济大舞台”(4.16.)“齐齐哈尔市两级法院为经济建设服务重视实质性参与”(4.23.)“周口中院提前介入‘沈邱假药案’”(5.14.)“朝阳法院协助征收养路费”(5.21.)“法院与税务机关联手清税”(7.2.)“晋中法院与农行联手收贷2.1亿元”(8.6.)。

院自己而不是由行政机构来进行。更有甚者,法院不待当事人提起,主动要求当事人提起诉讼的事例在近年来的报章上也屡屡出现,而且还是作为正面范例加以表彰的^①:

华容县法院的干警们一贯恪守“案子有了结,服务无止境”的宗旨,不断改进服务方式,在经济审判中既当“包公”,又当“红娘”。……县造纸厂多年来积累的债权涉及282家单位,总额达1500万元。资金严重短缺,使生产连年滑坡,变成了特困企业。今年初,法院主动上门揽案,抽调精干力量一头扎进该厂。干警们连续奋战100多个日日夜夜,找遍了12个省市的200多个债务人,运用诉讼和非诉讼手段收回债款462万元,使这个厂恢复了生机。县委书记听了该厂的汇报后激动地说,“这就是服务,这就是效益。”

回顾我国法院数十年来走过的历程,可以看到,我们的法院(也包括其他行业)总是扮演着这种服务的角色——为不同时期不同的“中心工作”服务。处在具体的社会环境之中,法院司法活动的导向自然不可能不受到特定时代流行价值和舆论气候的影响。但是,从建设法治国家的角度讲,法院毕竟是解决纠纷的主导机构,它也完全应该通过司法活动而成为多元社会中富于影响力的一种机构。所谓影响力,无非是一种能够自主地与其他社会力量进行交涉的能力。交涉能力的增强当然未必可以保证法院积极地追求正义的目标,但缺乏这种能力的司法体系却注定无法得到充分的支持资源,无法有效地调整社会关系,也难以通过司法和法律解释而发展法律和法学。即便是目标定位很好,也只能是力不从心了。

在我国,由于近代型的司法制度创立未久,司法人员的职业化程度相当低,与职业化相关联的职业意识、行业规范、伦理准则以及行为方式均没有配套成型,在这种情况下,司法界无从以组织化的力

^① 题为“竭诚服务,严肃执法”的报导,《人民法院报》1994年4月4日。类似的“先进事迹”在我们的传媒中可以说是俯拾即是,而对此倾向提出质疑的言论却难得一见。

量,依据司法职业的行为准则,通过行业本身应有的运作方式,富于成效地开展自己的活动。人们往往强调现代型社会中分工的重要性,但是,社会分工并不只是把人们分类划群,派作不同的活计;更高层次的社会分工在分别职业的同时也分别职业意识和行业准则,分别行为方式。由于这样的社会分工观念在我们这里没有确立,当社会结构发生变动,各行各业都在为自身的地位和利益而争夺有限资源的时候,混乱便不可避免了。我们看到,至少在最近的十多年间,我国法院积极司法的行为有了一种与以往不同的动因,那就是力求通过扩大管辖事务的范围,以主动积极的活动方式,从而力争自身地位的提高和利益的最大化。司法经费由各级地方人民代表大会确定、由同级政府机构的财政部门拨给的做法更是雪上加霜,所谓“创收”即在政府拨款之外开拓财源,以弥补常规拨款的缺口,解决法院人员的福利,成为各级法院院长副院长们最感头痛的难题^①。

从更大的范围观察,近代以来的中国,由于身旁总有“列强”的反衬,富国强兵不可避免地被举国上下作为一个追求目标,于是便愈来愈成为一种中央动员型社会。在一定的社会条件下,靠中央权力动员各种资源实现富强不失为一种捷径,不过,人们在强调中央动员的效率和优势的时候,往往忽视了它对于社会自组织能力的抑制,政

① 法院经费的紧缺已经成为近年来相当突出和普遍的一个问题。导致这种紧缺的原因不只是现行的司法财政体制,还在于社会结构以及经济秩序的变动所引发的财政体制和分配模式的多样化。公共机构也可以甚至必须创收必然带来权力与金钱的交易,带来握有不同类型公共权力的机构及其人员在收入上的极度不均衡。诉讼活动成为法院(并非国家)创收的一个渠道,沿海发达地区和内地贫穷地区之间法院财政供给之间巨大的差距等当然不是偶然的事情了。某些法院经费困难的例子,见《人民法院报》1993年5月7日报导:“贫困地区基层法院经费短缺严重”。对于这种法院财政体制,一些司法官员提出了批评。一位省法院副院长就曾撰文指出,在这种体制下,法院的运行机制缺乏科学性,不过是“党政部门模式的翻版”;“缺乏依法独立审判的保障机制……党政职能与审判职能相混淆;法官的职业、职务和薪给没有法定保障,财物上没有法定的保证,法院受制于行政机构”,进而又诱发了趋利倾向,“一方面,法院经费困难,常常陷入困境,不搞创收难以为继;另一方面,审判围绕着经济利益运转会影响严肃执法和法院的公正形象。”沈德咏等,“应建立与市场经济相适应的法院体制”,《人民法院报》,1994年6月6日。

治权力与道德权力相结合所可能导致的公民自由空间的失却,以及社会应有的分工在这种动员的过程中所受到的损害。此外,由于缺乏不同利益之间的程序性交涉,有助于减少经济与社会生活中不确定性因素的各种制度终于不容易形成。所有这些,对于市场经济的开展无疑是不利的。

因此,我们今天所主张的法院履行职能的非行政化,用意便不仅仅在于法院或法官行为方式的改变,而实在是希望在建设社会主义市场经济的过程中,司法体系能够承担更为重大的变革社会秩序的使命。当然,法院的行为方式实际上便是法官的行为方式,我们有必要进入法院内部,探索影响法官行为的管理制度的建构问题。

问题之二:法官的官僚化或非官僚化

观察我们法院的内部管理,同样可以发现相关的制度以及这种制度运作所造成的后果使得法院的管理与行政机构之间不存在实质性的区别。这主要体现在两个方面,一是法官选任和管理上的非精英化,一是整个管理体制上的官僚化^①。前一方面,我们可以举出在相对长的时期里法官选任根本不存在教育背景上的要求、法官待遇上的完全公务员化、法官数量“韩信点兵”般的膨胀、司法行为的大众化、司法机构与其所在社区之间缺乏隔离等情况作为例证^②。而第二个方面,我们观察到的现象主要体现为以下三个特征:

① 这里所使用的官僚化与我们经常否定的官僚主义意义上的官僚化并非一回事,在韦伯意义上,官僚制是现代管理的一个重要特征,它可以创造合理化,它本身也是合理化的一个组成部分。根据科瑟的概括,官僚制是依据合理化原则组织的;职务按照高低次序排列;活动不带私人色彩;任职者受有计划分配的权限和有限的义务所制约;任命根据专门的条件。参看刘易斯·科瑟,《社会学思想名家》,石人译,中国社会科学出版社1990年版,第252~255页。

② 这几方面的情况,拙文有所揭示和讨论。依据1995年生效的《中华人民共和国法官法》第9条,担任法官必须具有高等院校毕业的背景。但是,我在最近两年的调查过程中发现,在一些法院,这一规定难以执行。作为司法机构的法院都不执行法律,违反法律,岂不是一个最令人不安的情况。但是,法官们列举的原因也并非完全没有道理,有的还很具体,例如法院人员的子女安置等。

第一,司法决策过程中的集体决策制。在特定的社会中,法院采取怎样的方式作出它们的决策,实际上与行政机构甚至立法机构一样,都跟社会的政治文化传统密切相关。正是这种传统使得某种决策方式具有了“合法性”^①。人们通常并不总是依据一项规则的实体合理性和正当性来评价该规则或决定是否履行该规则所赋予的义务;规则或决策是否是依据社会中主流意见认为是正当的方式而制定是一个事关其命运的因素。我国法院的司法判决虽然在大多数情况下都在参与审判的法官具名的前提下加盖法院印章,但是,在确定判决结果的过程中,集体审议和整个机构负责的实践却得到了更多的倡导。从第一审级开始,法庭通常是由三位法官(或一名法官,两名人民陪审员)组成合议庭而进行审判活动^②。合议庭组成人员在审理过程中以及就判决结果的协商、协调、妥协是十分必要的事情。这不仅是因为判决结果总是由法院的名义发布,而且也因为合议庭组成人员意见不统一的案件,照例要提交到法院的审判委员会加以审议,作出最终的决定^③。

审判委员会的设置和运作是集体决策制的一个更为突出的内容。长期以来,这个通常由法院的院长、副院长、某些庭长以及资深法官组成的机构在我国的司法实践中扮演了极为重要的角色^④。从

① 关于“合法性”与人们的服从之间的关系,参看弗里德曼,《法律制度》,李琼英、林欣译,中国政法大学出版社1994年版,第五章。

② 《中华人民共和国民事诉讼法》(1979)第10条:“人民法院审判案件,实行合议制。”该条第1款:“人民法院审判第一审案件,由审判员和人民陪审员组成合议庭进行,但是简单的民事案件、轻微的刑事案件和法律另有规定的案件除外。”第2款:“人民法院审判上诉和抗诉的案件,由审判员组成合议庭进行。”

③ 在刑事诉讼方面,依据1996年底之前一直有效的《中华人民共和国刑事诉讼法》第106条,如果合议庭成员意见分歧,则少数服从多数。“但是少数人的意见应当写入笔录。”但是,实际上,合议庭成员有争议的案件总是可以顺理成章地被视为疑难案件,同一法律紧接着的第107条为此提供了现成的解决方法:“凡是重大的或者疑难的案件,院长认为需要提交审判委员会讨论的,由院长提交审判委员会讨论决定。审判委员会的决定,合议庭应当执行。”

④ 设立审判委员会的做法开始于20世纪50年代初,当时审判委员会的构成、职权及其与合议庭之间的关系,参看董必武,“在军事检察院检察长、军事法院院长会议上的讲话”,载《董必武政治法律文集》,第516~531页;另参看该书第374、390页。

司法决策的角度看,审判委员会无疑是各法院中的最高权力机构。依据有关法律的规定,法院所处理的重要案件大多要经过该委员会讨论决定。甚至,某些案件,审判委员会的讨论和决定发生在合议庭开庭审判之前^①。虽然近年来,随着审判方式改革的深化,审判委员会的设置受到愈来愈多的诟病,但是,已经出现的批评大多是针对审判委员会对案件的决定与实际审理过程的脱节,也就是通常人们所说的“审者不判,判者不审”的弊病。这当然是十分切中要害的。当事人所能够见到的并且争讼于其面前的法官并不握有决策权,而能够决定案件最终结果的人们却大多不参与审理,隐藏在帷幕的背后,无论如何,这是对于我国法律所规定的公开审判原则的公然违反。不过,这样的体制之所以能在我国形成并长期维持,自有其可以理解的原因。如果整个司法体系所倡导的是集体决策的模式,如果整个社会对于个人化的决策方式满腹狐疑,那么,即使是法律条文倡导合议庭和主审法官独立地作出裁判,实际效果却只能是法律与事实各归各;任何风险都由“集体”承担当然是一种再明智不过的选择了^②。

① 一位学者在评论新订刑事诉讼法时,认为“新法典试图对审判委员会和合议庭这两个审判组织之间的关系作出合理的调整”,新规定“可以防止法院院长在开庭前即决定将案件提交审判委员会讨论决定。”见陈瑞华,“应当如何设计刑事审判程序”,《中外法学》1996年第3期,第41页。

② 修订后的刑事诉讼法似乎有鼓励合议庭独立作出判决的立法意图,但是,据我于1997年6月在湖北省的调查,不少法官仍反映说,凡是合议庭有不同意见的案件,肯定要提交给审判委员会决定的,法官们也乐于这样做。

对于审判委员会存在的必要性加以辩护的理由,还包括那种认为法官素质不高,应当由审判委员会加以制约,以及审判委员会不容易被贿赂等观点。在我的调查中,许多法官认为这一设置不过是为了对现行法官选任制度所存在的明显弊病的补救而已。一位省高级法院院长的评论,见拙作,前揭,第240~241页。此外,美国著名法官汉德(Learned Hand)法官曾经不断地批评那种“满席听审”(en banc hearing)的实践,他对于用全院六位法官的宝贵时间审议合议庭判决的做法颇不以为然。同时,他也是联邦司法制度官僚化的一个坚定的抵制者。参看新近出版的一本汉德传记,Gerald Gunther, *Learned Hand: Man and the Judge*, Harvard University Press, 1995, 第515~517页。

司法管理官僚化的第二个表现形式是法官之间的等级制度。我们的审判独立,大致上只是指整个法院系统独立于外部权力和力量的干预,而很少论及法官在法院内部的独立^①。我们的实践是将每一个法官都纳入一种等级化的体系之中,普通法官要接受庭长副庭长的领导,庭长副庭长要接受院长副院长的领导。官阶的设计也完全引入了行政体系内部所使用的等级模式。例如,省高级法院的院长属副省级官员,副院长有厅局级和副厅局级的不同定级,各庭庭长属处级,副庭长则为副处级。最高人民法院的法官有局级审判员、处级审判员等分别^②。法官的这种级别不仅意味着所谓政治待遇的差别,而且也显示出一种等级服从的位阶和责任的分布,甚至有时被解释为可以表示着法官素质的高下^③。行政等级式的内部管理机制使得我们完全想象不到在这个世界上还有另外一种全然不同的法官管理方式。在那里,每个法官都是独立的,他不受任何人的领导,只是对自己对于法律条文的意义和正义准则的理解负责。法官之间不存在上下级的分别,院长也好,庭长也好,他们只行使一种纯粹行政性

① 1987年8月联合国经济与社会理事会通过的“世界司法独立宣言”(草案)第2条:“每个法官均应自由地根据其对事实的评价和对法律的理解,在不受来自任何方面或由于任何原因的直接或间接的限制、影响、诱导、压力、威胁或干涉的情况下,对案件秉公裁决;此乃他们应有之职责。”第3条:“在作出裁决的过程中,法官应对其司法界的同行和上级保持独立。司法系统的任何等级组织,以及等级和级别方面的任何差异,都不应影响法官自由地宣布其判决的权力。”1993年9月14日在科伦坡举行的第五届亚太地区首席大法官会议所通过的“审判独立原则声明”(草案)也作出了类似的规定。

② 例如,《人民法院报》1995年6月27日报导最高人民法院院长任建新接见最高法院援藏干部的通讯,便细致地列出四位法官的行政级别,其中两位副局级审判员,一位正处级助理审判员,一位副处级助理审判员。

③ 1995年生效的《中华人民共和国法官法》似乎强化了法官的等级制度,该法将法官分为四个等次(首席大法官、大法官、高级法官和法官)十二个级别(第16条)。更有甚者,1994年提交全国人大常委会审议的该法草案还规定了所谓“衔级制度”。后来全国人大法律委员会在对这个草案的审议结果报告中说,“一些常委委员和地方、部门的同志提出,审判人员不同于军官和人民警察,不宜实行衔级制度。”参看周道鸾(主编),《学习中华人民共和国法官法资料汇编》,人民法院出版社1995年版,第22页。

的职能；他们是所谓“平等者中平等的一员”（one among the equals）^①。法官之间的平等不仅表现在特定法院的内部，不同级别法院的法官之间也是平等的。虽然由于审级的原因，上级法院的法官可以改变下级法院的判决（仍须严格地依据法律的规定），但是，这只能理解为分工上的一种差异，并不意味着审理上诉的法官地位高于一审法院的法官，也不意味着不同法院法官在选任标准以及相关待遇上的较大差异^②。

在法官之间建立等级制度便利了对于法院活动的控制和管理，然而，这种控制和管理却完全是行政化的，是违反司法职业以及司法决策的内在要求的。与行政机关或者军队的情况不同，法官的活动带有浓重的个人化色彩。法官行使职权的场所便是法庭，作出决策——不只是最后的判决，也包括诉讼过程中对于一些需要确定的事项的决策——的场所也是由他与各方当事人共同组成的法庭。在随时需要作出判断的情况下，法官如果不能够独立地决定相关事项，

① 1996年7月到8月，我曾有幸和我国的一个司法代表团一起考察美国的司法制度。在与美国同行的交流过程中，我国法官（当然包括那些院长副院长们）感到最难以理解的，也许并不是那里法院的权高势重，而是法院院长（首席法官）对于其“下属”的无权无势。他们感到困惑的是，离开了院长或其他上级的领导，法官们岂不是各行其是，整个法院，甚至整个司法体系如何能够避免陷入混乱和普遍的腐败？关于美国联邦法院首席法官的行政职权，参看 Lawrence Baum, *American Courts: Process and Policy*, Houghton Mifflin Company, 1986, 第37页及以下。

② 任建新在向全国人大常委会所作的“关于《中华人民共和国法官法（草案）的说明”中指出：“法官的职业特点决定其必须具有较高的素质，”又说：“……对上级法院法官的素质，应有更高的要求。”周道鸾，前揭，第16、17页。其实，准确地说，应当是不同级别法院的法官素质需要有同等高的要求。了解具体司法运作的人都知道，第一审法官高质量的工作对于整个司法制度的品质维系和公民权利的妥善保护有多么重要的意义。一些西方国家很注意使不同级别法院的法官在选任标准上保持大致上的一致，薪俸上只保持较小差距。这种制度安排使得低层法院的法官对于升迁至更高级别法院的动力不那么强烈，因而，减少了法官希望升迁的心理对司法独立所可能带来的损害，同时能够吸引优秀的人才从事低层法院的司法工作。另外一个可能的作用是降低上诉率——假如制度安排上强调上级法院法官的素质总是高于下级法院法官，为了得到更优质的司法“产品”，当事人当然有理由不断地提起上诉、申诉、审判监督程序等等，从而加大司法制度的成本。

势必降低司法活动的效率。不仅如此,司法是一种讲求亲历性的活动,对当事人言词的判断,对证人所作证词可信性的判断,都离不开判断者对于被判断者的近距离观察^①。现代诉讼程序的言词原则和直接原则都是诉讼活动的这种内在要求而确定的。但是,法官等级制度却不利于亲自审理案件的法官作出独立的判断,因为它强化了行政位阶高的法官对其“下属”法官的影响力。与之相适应,低位阶法官对于其“上司”法官的依赖和顺从也是顺理成章的。这样的管理模式势必加大司法判决的不确定性,并且为不正当权力干预司法活动提供便利。

与法官之间等级制度的设置相关联——或者说相适应——的另一个特征,是上下级法院关系的行政化。这是司法管理官僚化的第三个表现形式。近代型法院之所以有不同审级的设计,即除了初审以外,又设置了上诉审级,是为纠纷的解决提供一个纠误渠道。我们常说的“两审终审制”意味着当事人对于初审法官的判决不服,可以在法律规定的期限内,循着上诉路向,诉诸另一个法院,对于初审法院的判决提出质疑。后一个法院对初审判决进行复审,通常这种复审的重点在于初审法院是否违反了法定程序以及判决中对于法律的解释和适用是否存在错误。如果上诉法院认为原审判决存在问题,有权改变判决,或发回原审法院重审;如经审查,上诉法院认为初审法院判决并无不当,则原审判决就成为具有法律效力的文件,当事人必须加以履行。上诉法院有权改变初审法院判决结果的事实并不表明前者与后者之间存在着行政意义上的上下级关系。也就是说,上下级法院之间不存在着领导和被领导、监督和被监督的关系。因为,如果二者之间的关系变成了行政性的隶属关系,那么它们在意志和行为方面就应当保持一致,上级法院便应当对于下级法院作出的决定负责。这样,下级法院的法官在作出决策之前便应当向上级法

① 我们的古人早就认识了这个道理。《周礼·秋官司寇》:“【小司寇】以五声听狱讼、求民情:一曰辞听,二曰色听,三曰气听,四曰耳听,五曰目听。”

院提出请示,并严格地遵循上级法院的指示处理案件。果真如此,上诉制度还有什么意义可言?因此,在一些法治国家中,上诉法院以及最高法院都十分注重严格地维护下级法院的自主权。

应当说,我国的司法制度设计在框架上接受了上下级法院之间关系不同于上下级行政机构或检察机关之间关系的观念。例如法律所确定的上下级法院之间关系便与上下级检察院不同。宪法第132条规定:“最高人民检察院领导地方各级人民检察院和专门人民检察院的工作,上级人民检察院领导下级人民检察院的工作,”而同法第127条涉及法院的规定则是“最高人民法院监督地方各级人民法院和专门人民法院的审判工作,上级人民法院监督下级人民法院的审判工作。”^①不过,框架结构是一回事,实际运作又是另一回事。虽然法律条文存在差异,但是,这里的“监督”究竟含义如何却是一个不容易确定的问题。在一些地方和某些事务方面,监督与领导之间的边界十分模糊。例如,近年来的一个十分突出的问题,即下级法院就某些具体案件的处理向上级法院请示,便是说明这种模糊的典型例子。法院对于应当由自己作出判决的案件,不是独立地裁判,而是向上级法院请示,要求上级法院给出有关判决结果的指导意见。这种所谓请示制度被主流观点视为“非程序性的审判工作监督”的一个重要内容。请示制度之外,上级法院更可以因为下级法院正在审理的案件具有“重大影响”而主动地对下级法院加以“指导”。一位高级司法官员这样解释监督和指导的合理性^②:

……在多数情况下,下级法院对自己感到难办的案件,请示上级法院予以指导,上级法院发现下级法院在审理中的案件有重大影响而主动加以指导,这是有利于正确贯彻执行法律,把错案的可能性纠正在最初阶段。这样可以减少整

① 《中华人民共和国人民检察院组织法》第10条、《中华人民共和国人民法院组织法》第17、30条也作了类似的规定。

② 刘家琛:《诉讼及其价值论》,北京师范大学出版社1993年版,第46~47页。(作者系最高人民法院副院长)

体诉讼投入,增加诉讼效益。但上级法院要把下级法院个案审理中工作监督搞好,则应十分注意忠实地履行法律职责。上级法院与下级法院从法律关系看,是监督与被监督的关系,对下级法院个案审判活动中可能发生的错误,不及时加强指导,让其错判发生,造成诉讼伤害,这是上级法院失职的表现。

这里的用心当然是十分合理和良好的。但是,问题在于,其中充斥着个别化因素足以使整个制度发生扭曲,使上下级法院各自独立地行使审判权的规定形同具文。什么是下级法院“感到难办的案件”,什么是上级法院认为“有重大影响”的案件,法律条文以及法解释学方面并没有严格而稳定的界定,实践中自然成为一个由随意的判断加以确定的事项。从司法认知的角度说,所有诉诸司法解决的案件都是“难办”的,否则,当事人早就自行解决了。而“重大影响”更是一个含义模糊的概念,判断者的立场、角度、利益关涉程度等因素都会影响到“影响”重大与否的感受。如此这般,“非程序性的审判工作监督”很容易蜕变为“反程序性的审判工作监督”。另外,一个法院对于案件的管辖,或者说法院对于案件的独立判断权限,是以有关法律对于不同级别法院的不同管辖权的规定为标准,而不能以难办与否或有关法院判断下的影响大小作为标准的。依据我国法院组织法的规定,基层和中级两个层次的法院在“认为案情重大应当由上级人民法院审判的时候,可以请求移送上级人民法院审判”。^①下级法院认为案情重大,不是移送上级法院,而是采取请示上级法院的方法,实际上是与法院组织法的立法精神相悖的。这种做法违反了不同级别法院各自独立审判的原则,同时也是对当事人通过上诉而质疑初审法院判决的权利的侵犯。法院在其管理过程中违反法律规定,违反正当程序,即使是可以在某些个案中实现实质的公平,但是,整个司法制度却要为此付出极大的代价。当然,从本文所论述主题

^① 《中华人民共和国民事诉讼法组织法》(1979)第21、25条。

的角度说,它使得上下级法院之间的关系行政化和官僚化了。

四、结语

行文至此,自己深切地感受到,我国在建立一种合理的司法制度乃至整个法律制度方面面临着十分特殊的困难。这种困难不完全在于从立法上确立一整套所谓“现代型”的体制,而且更在于附着于大体制之中的具体甚至显得相当细琐的小制度是否也能够得到确立,在于操作这种大体制与小制度的人们的观念是否适应体制与制度的要求。本世纪以来,我们在体制构建方面一直是不落人后的,由于某种理想主义指导思想的作用,体制中还存在着一定程度的超越人性的倾向,但是,抽象的大体制经不住与之相悖离的具体小制度的掣肘和抵销,加之一些配套观念未能确立,于是出现了种种实际效果上的缺陷,造成了设计者的美好构想不能够兑现于制度运作的实际,久而久之,人们便不可避免对法律制度有效地调整社会生活的可能性发生怀疑,甚至对法治或依法治国本身的信念发生动摇。近年来,我们的司法领域出现的种种问题,例如法院在司法过程中严重的地方保护主义,大面积发生的法院判决执行难的现象,司法机构社会公信度的下降,等等,都与我们在制度建设方面的上述偏差密切相关。

当然,我们的偏差也许还表现在另一个相反的倾向,那就是不假批判、生吞活剥地搬用了一些在外国行之有效但却并不适合中国社会实际情况的体制和制度。近年来,法学界已经有一些学者主张并开始从这个路向思考和研究中国的法律秩序问题^①。今天,我们自然应当注重如何有效地利用我们的本土资源,研究中国的民情,中国人的正义准则,中国人的秩序期待,中国人的生活方式,为什么特别重视关系,什么时候感到没了面子,“多一事不如少一事”,“好汉不吃眼前亏”……凡此种种,都是在设计能够公正而有效地调整我们

^① 系统的主张以及联系当代中国司法制度某些方面所作的研究,参看苏力:《法治及其本土资源》(中国政法大学出版社1996年版)一书中的若干文章;以习惯法为“标本”对于中国传统法律的内在逻辑和支配法律秩序的精神所进行的一项研究,见梁治平:《清代习惯法:社会与国家》,中国政法大学出版社1996年版。

这个社会中各种关系的司法制度时所必须加以研究的。有关西方司法制度的知识无疑是我们的一份财富,因为它为我们从事制度建设提供了一个很好的参照,甚至为某些问题提供了可资借鉴的解决方案。但是,用之不当,财富也有可能变成负担;窗口在打开视野的同时也局限了视野。临壁的霓虹灯也可能令我们为之目眩,有时不免忽略了自家那不乏诗意的烛光。

不过,我自己宁愿把注重利用本土资源视为一种学术上研究真实问题的立场和追求,而不是对于“外来资源”的排拒。同时,我对于轻言国外相关制度与观念不符合中国情况的做法也颇不以为然。百年来我们用于认真的制度建设的时间毕竟太短,而文化的融合需要的却是非功利心态的努力,需要对于不同社会和外来知识两方面不抱偏见的仔细研究,需要更长的时间。在看到外来制度不符合中国情况的一面的同时,我们还应当看到其中有相当符合我们“国情”的一面;在看到一些现代制度确立不了,运作不好因而带来法律秩序的某种混乱的同时,我们还应当看到某些制度在解决中国社会所存在的传统问题时所取得的成效。夸大关于法律秩序的知识的“地方性”特征不免使我们的心态走向封闭,而且不自觉地把某些西方学者关于法律是一种“地方性的知识”的论断给普适化了。最重要的,我们的社会结构毕竟在发生着深刻的变化,我们制度的价值导向已经无可挽回地朝向了法治和民主政治。法治和民主政治本身并不是一些僵硬的目标,而是改变那些明显不合理的现实的努力过程。在越来越多的人不满意烛光的幽暗的时候,我们不妨也引进霓虹灯,并歌颂霓虹灯所特有的诗意。

回到司法管理制度的改革问题上来,我们当然意识到中国的制度变革面临着若干两难选择。除了上面述及的外来知识与本土资源之间的冲突之外,我们还面临着这样一些矛盾:司法界的精英化可能使法官素质提高的同时使大众愈发疏离法院;司法管理的非集中化,或司法决策的非集体化可能更符合司法独立的理念,然而也难说不会引发司法制度的整体性失控,或者加剧司法界已经相当严重的地

方保护主义；法院专注于司法事务，法官只在法院之内活动，固然可以使法官们远离尘嚣，同时也可能令他们更加远离权力的中心……。但是，我们也要看到，许多司法人员对于某些不合理、不利于公正司法的现行制度和做法已经感到不满，近年来各地法院近乎自发地推出的一些改革措施，诸如“一步到庭制”、“立审分立制”、“错案追究制”、“双向优化组合”、“试岗制”、“法院院长异地任官制”等等，尽管其中某些举措系借用了行政机构或者企业管理的措施，与司法管理的要求或许不符，但是，此伏彼起的这些改革措施毕竟反映了人们，尤其是法院里的人们对于现行管理制度存在的缺陷的不满和变革的愿望，同时也为更高层面的改革提供了难得的契机。另外，我们也不妨说，更为法学者提供了发挥作用的一个适当领域。

司法独立在近代中国的展开

引子:急庇仑事件

1821年9月23日,来自美国巴尔的摩的一艘名为“埃米莉号”(Emily)的货船在广州江面装货时发生了一起意外事件。一位正在货船旁边的小艇上的中国妇女落水死亡。死者家属指控是船上海员德兰诺瓦(Francis Terranova)以一个瓦坛击中死者头部所致,而美方则认为此妇女完全是不慎跌落水中,其死与德兰诺瓦无关。于是,10月6日,此案由番禺县知县主持审理,审判地点为急庇仑号船上。据英人马士的记载,^①这次审判演变成为一场骗局:

于是他(引按:指番禺知县)问美国人,对罪犯准备了何种辩护。我们答复,证据可以证明,所谓致妇人于死的凶器的瓦坛,是被告安稳地投递到妇人的手里的,而她跌落河中是在距离急庇仑号上游30英尺,从一艘碇泊在急庇仑号附近的英国船“马伦英雄号”见到,她是在她的船上摇桨时落水的……从船和艇的相距位置来看,不可能打中妇人头部的侧面……而瓦坛不会将帽子打破得像它现在破碎的形状——我们宣称,我们认为该艇

^① 关于“急庇仑”案件,见马士,《东印度公司对华编年史》,区宗华译,第四、五卷,中山大学出版社1991年版,第13~15,25~29以及36页。“急庇仑”本是埃米莉号船长Capt. Cowpland名字的译音,但是在马士著作的中译本里,误为船名。韩德(Michael H. Hunt)的著作《中美特殊关系的形成》(项立岭、林勇军译,复旦大学出版社1993年版)亦以此事件作为全书的开始。中国文献中对此事件也有详细的但论证完全不同的记载,参看两广总督阮元于1821年11月8日奏折,载《清代外交史料》(道光朝),卷一,页七至九。

离开大船一些距离后,由于潮水的冲击,这个妇人急于将艇摆正,因而失足落水,而她下跌时,她的头部碰在划桨的旋轴上,或锐利的船边上,因而致死。

接下来,是控方的证人作证。但是,在被告方看来,证人不是所作证词前后矛盾,就是根本无从看到现场所发生的情况。然而——

番禺知县不听我们的任何陈述……他说,本人已见过那个妇人和那个瓦坛,他相信那个人是有罪的,假如他的判决错误,那是上天的事,并大怒地站起来,似乎审讯已经结束。

最后的结果,西方人的抗争没有任何效果,在公所中由按察使主持的又一次审判——这次审判违反法律,不允许外国人进入法庭——中,据说,被告人——

已承认向妇人投掷瓦坛,并非有意伤害,只不过想吓她,以便赶她离开船边。我们不知道是否这一承认的获得,是这个人在一种欺骗之下,即他承认这一行动,就可以释放,或者以向他威吓施刑而就范,不论用什么方法,但已从他那里得到承认的口供,无疑他已签字承认投掷瓦坛,现在这个承认的口供和全部的过程,必将上报北京,以便由皇帝作最后的决定。

令外国人大吃一惊的是,广东的地方官们根本没有等待皇帝的最后判决,在48小时之内,那位被告人已被处死。“证据和审讯的方式的实际事实都篡改后向皇帝呈报。”

事后,部分美国商人通过行商向中国政府提出了一份抗议书:

我们认为此案审判不公正。当我们在你们的领海内时,势须屈从你们那非常不公平的法律。我等将不抗拒之。你们按照自己的法律观念,未经审问[讯]而将之定罪。但我们的国旗并未受到侮辱,仍在你们的头上飘扬。在一个大帝国的压倒的武力下服从并不算是不名誉。你们有强压我们的力量。^①

① T. Dennett, *Americans in Eastern Asia*, pp. 87 ~ 88. 转引自李定一,《中美早期外交史》,北京大学出版社1997年版,第57页。

急庇仑事件似乎很快就过去了,但是,在中国与西方的早期交往中所发生的由于法律制度与法律观念之间的齟齬和冲突却成为一个难于解决的问题。^① 虽然从根本上说,是西方列强的殖民主义政策造成了近代史上西方与中国之间的一系列武力冲突,但是我们还是要说,假如中国当时的法律体系与司法制度在理念与具体运作方面不是那样的不合理的话,许多案件是可以获得公平解决的,而不至于引发如此剧烈的兵戎相向的结局。^② 不过,反过来说,正是由于战争的这种法律起因,当战败之后,中国人对固有法律制度尤其是司法制度的思考,以及在西方列强压力之下的法律与司法改革就顺理成章了。

说起来,中国也是一个历史最为悠久、文明最为发达的国家,我们有着值得自豪的制定法传统,按照日本法学家滋贺秀三的说法,中国的法律制度在自己的路向上达到了极高的水准,^③然而,为什么近代以来西方人会对我们的法律制度及其实施表现出愈来愈不能够容忍了呢? 我们古典的司法制度究竟是怎样的一种制度呢? 作为讨论本世纪以来司法制度演变的背景,我们有必要对我国古典司法制度的基本形态作一番回顾,当然本文主题以及篇幅的限制都不容许在这个问题上长篇大论,我们只是最粗线条地举出基本的特色。

古典传统

与政治、经济以及其他社会制度一样,我国古典的司法制度也是中华民族在其悠久的历史演变的进程中逐渐形成和完备起来的。与

① 急庇仑事件前后所发生的一些法律冲突事例,见马士,前注揭,第35~36页;爱德华,“清朝对外国人的司法管辖”,李明德译,载高道蕴、高鸿钧、贺卫方编,《美国学者论中国法律传统》,中国政法大学出版社1994年版,第416~471页。

② 参看陶广峰,“从中西法律的冲突看鸦片战争”,6《比较法研究》2、3合刊:74~80(1992)。另参看爱德华,前揭。

③ 参看滋贺秀三,“中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材”,载滋贺秀三等著,王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判与民间契约》,王亚新等译,法律出版社1998年版,第1~18页。

此同时,它与其他制度之间也具有价值倾向上的一致性。将司法功能作为政府功能的有机组成部分,可以发现,我们传统的政府形态以及在其中占有重要地位的司法制度在世界范围内是独一无二的。这里不妨从政府本身的结构及其与社会之间的关系观察它的基本特质。

观察中国古典的政府结构,大致上可以把它们分作两个层次,高的一个层次是中央机关,诸如三省六部等等,与法律关系更为密切的是刑部以及都察院、大理寺等机关。当然,皇帝永远是最高的权威,无论是诉讼案件,还是其他事务。不过,就一般百姓的日常生活而言,这些中央机构——甚至省级政权——是不太重要的;当他们为田土细故而发生冲突,又无法在民间的层次上获得解决时,或者由于刑事犯罪而受到损害时,所求助的对象乃是州县衙门。

州县官是朝廷藉以统治整个国家的权力网络的末端。州县官由朝廷任命,其职责是确保税赋的收取、社会治安的维护以及纠纷的解决等等。其中,我们今天称之为司法的那部分职能是非常重要的内容。

关于传统社会地方官的司法职能,学界已经有很多研究。^① 这里,我们从另一个视角来透视这种司法传统的特质以及对今天社会的潜在影响,这个视角偏重社会制度的功能、社会学因素对制度运作的影响以及知识——权力之间的关系等方面。

集权而非分权

中国基层的政府结构最显明的一个特点是它没有任何分权的安排,州县官所承担的是一种综合性的职能。我们今天所视为当然的

^① 参看 Ch' u Tongtsu, *Local Government in China Under the Ching*, Harvard University Press, 1962 (该书涉及司法制度的部分章节由范忠信译为中文,收入《瞿同祖法学论著选》,中国政法大学出版社 1998 年版);滋贺秀三等,上揭书;杨雪峰,《明代的审判制度》,黎明文化事业公司,1978 年版;那思陆,《清代州县衙门审判制度》,文史哲出版社,1982 年版;郑秦,《清代司法审判制度研究》,湖南教育出版社 1988 年版;吴吉远,《清代地方政府的司法职能研究》,中国社会科学出版社 1998 年版。

制定规则(立法)、执行规则(行政)和裁判争议(司法)这三种基本的政府职能是完全由州县官一人来总揽的。虽然州县官要受到上级政府官员的监督,然而在同一级别的政府机构之内,他却是大权独揽,不受其他任何人或任何机构的监督和制约。官衙之内的其他人员都只是主官的私人顾问或辅助人员,无从对主官形成权力行使过程的制度性制约。正因为如此,清代名幕汪辉祖才称“天下治权,督抚而下莫重于牧令……何者?其权专也。”^①

这种高度集权的模式同样体现在司法的过程中。瞿同祖描述道,“州县官听理其辖区内所有案件,既有民事,也有刑事。他不只是一个审判者。他不仅主持庭审和作出判决,还主持调查并且讯问和侦缉罪犯。用现代的眼光看,他的职责包括法官、检察官、警长、验尸官的职责。这包括了最广义上的与司法相关的一切事务,未能依法执行这些职务将引起(正如许多法律法规所规定的)惩戒和处罚。”^②

在读过孟德斯鸠的著作,深信权力分立原则的价值,而且脑子里总记得“权力意味着腐败,绝对的权力绝对的腐败”那句话的当代人看来,近代以前的这种高度集权的政府模式可以说是最令人惧怕的统治。的确,对中国传统政治的考察可以发现不胜枚举的事例来证明这种专制统治的种种弊害,不过天下没有只有弊而没有利的制度;州县政府的高度集权也可能提高政府的效率。没有独立于主官的其他权力机关,没有独立于行政权的司法权,一个“赃官”固然可以随心所欲地枉法和盘剥,但是一个“清官”也可能在没有掣肘的情况下最大限度地施展自己的治理才能。从“治于人”者的角度看,集权的政府固然可能使得一个难以在这惟一衙门中获得应得权利的小民奔走无告,但是,另一方面,由于政府机构的单一,民众在与政府打交道时,相关的交易成本(包括贿赂的支出)就会保持在一个较低的水平

① 汪辉祖,《学治臆说》,“勤治”。

② 瞿同祖,前揭,第443页。

上。他们不至于像今天的人们那样在各种不同名号的政府机关面前徘徊彷徨,从一个机关到另一个机关,充满了困惑。在以农耕经济为主导的传统社会中,这种简朴的政府设置也有利于减少官员的数量,从而不至于因税赋过高而妨害民生。^①

当然,从近代司法制度的建构的角度看,传统政府模式的这种高度浑然一体的特色最深远的影响在于,它使得有关司法独立的知识没有可以生长的土壤,甚至根本就没有可以使得这一原则得以提出所需要的语境。虽然我们有所谓“清官”,有对案件裁判者公正无私、刚直不阿的强烈希望,然而,那却只是从道德的角度对官员的要求,与司法独立并没有多大关联。

知识的统治

尽管如此,缺乏制度性制约的这种政府形式仍然给今天的观察者带来太多的担心,这种一手遮天的州县官如何不集体蜕化为“独夫民贼”?实际上,古典的官员选任制度对州县官行使权力的潜在制约是我们应当重视的。

科举取仕是一项对我们的政治与法律形态影响至大的制度。^②它首先意味着平等。政治权力的拥有不再仅仅依靠血缘、身份等,出身卑微者也有平等——至少是形式上平等——的机会竞争政治的权力。第二,这种竞争所藉以为标准者并非武夫的角力,而是以儒家学

① 韦伯在考察中国的历史时,对中国传统社会官员数量与欧洲相比显得很少这一点似乎是印象深刻。参看韦伯,《儒教与道教》,王容芬译,商务印书馆1995年版,第99页以下及注释。韦伯也敏锐地指出了官员数量与“租线条”的统治之间的关联。与传统社会相比,今天官员的数量是大大增加了,然而,理性统治所需要的精确却并未随着增长。据一位历史学家引用的公布数据,“我国的官民比例,已从建国初的1:600增加到了现在的1:34,增长了17倍,而同时的人口增长不足3倍。”葛剑雄,“全社会的负担”,《南方周末》1998年7月10日。

② 关于科举考试,参看商衍鎏,《清代科举考试述录》,三联书店1958年版;吕思勉,《中国制度史》,上海古籍出版社1985年版,第15章。晚近的研究作品见,何怀宏,《选举社会及其终结》,三联书店1998年版。后一书对科举取仕的社会学意义作出了相当有启发意义的分析。

说为主导的人文知识的水准。尽管随着时代的推移,这种考试愈来愈走向僵硬和缺乏生气,然而,普遍的科举取仕实践毕竟造成了一种知识阶层对社会的管理。为了准备科举,人们必须对占代的经典著作以及历代大儒对这些经典的注释烂熟于胸,对一些观点给出具有说服力的阐述。于是,准备考试的过程也成为考生潜移默化的儒家化过程。儒家的政治哲学以及相关的治理学说在这个过程中成为某种“肉体化”的记忆,从而对未来的权力行使形成某种潜在但未必是无力的制约。

更值得注意的是,科举取仕所具有前述两个特征的结合,使得传统政府的权威及合法性有了相当可靠的保障。由于入仕之门向几乎所有阶层敞开,^①那种以门第或血缘作为选任尺度所可能引发的不公正感就会消失,科举落第者纵然有所抱怨,也更多是自怨能力不够,未能及第,并很可能对那些成功者心生艳羡和敬佩之情。因此这种平等的选官制度反而使统治者(劳心者)与被统治者(劳力者)之间的等级差异变得顺理成章,更容易强化而不是削弱民众对执政者的服从意识。

非专业化知识的统治

尽管科举取仕赋予传统的统治模式以有知治理无知的特色,然而科举考试却并没有对社会更细化的知识分工有所推动,反而由于长期以单一的儒家学说以及诗文技巧为考试的基本内容,极大地妨害了知识的分化。韦伯指出:“从教育手段来看,官方把持的科举考试是一种普遍教育意义上的所谓‘文化’资格证明,类似西方传统的人文主义的教育考核,但更专门化。……中国的科举根本不像我们近代考法官、医生、技术人员等等的理性官僚制的考试制度,根本不确认专业是否合格……中国的考试要确定的是:你是否满腹经纶,是否具有一个高雅的人所应具有的思维方式,后者是前者的结果。”^②

^① 参看何怀宏,《选举社会及终结》,三联书店1998年版,第107~113页。

^② 韦伯,前揭,第173页。

入仕者虽然要从事纠纷的裁判和解决,然而由于他们的知识背景的单一性,司法的过程也无从成为独立的专业化法律知识得以生长和壮大的温床。^①

州县官们在审理民刑案件时,通常有幕友辅佐。^②不过,幕友的训练在很大程度上是技术性的,而不可能培养法律家阶层所追求的法律的内在逻辑,诸如案件处理所依据准则的一致性,法律思考与道德思考的适度区分,等等。与此同时,虽然幕友对于在案件的处理和决策过程中具有很重要的作用,但是他的责任与其说是维护法律的严格和准确,不如说是想方设法地维护主官的地位,为此他要权衡各种利弊,严格地适用法律有利于东家则适用之,不利于东家则不适用。瞿同祖概括地指出,“幕友读律的目的只在于佐东翁办案,谈不上系统地研究法学。”^③到清中叶甚至有对刑名幕友所谓“四救先生”的讥讽,即“救生不救死,救官不救民,旧大不救小,救旧不救新”。^④另外,幕友是一种辅助性的角色,他并不为司法决策负责,因此也不大可能为某一项具体的判决作不屈不挠的抗争。

实际上,我们未尝不可说,中国古典的法律概念正是这种由外行所主导的司法过程的产物。西方的经验表明,作为一个专业的法律家阶层的独立,其产生与建立在利益追逐基础上的职业准入限制有关,波斯那甚至认为法律的概念乃是这种卡特尔(cartel)结构的副产品,他指出:“正是特定职业之中成员的工作方式、其执业的形式和内容、构成其日常事务的各种活动,总之,是该职业的经济与社会

① 历史学家黄仁宇认为传统社会的组织制度包括法制的特色一是它的长期稳定性,二是“价格低廉”:“满清末叶政府全年的收入,从来不逾白银一亿两,以中国人口计和以世界的标准计,这都是一个很小的数目。因为组织之简单、技术之肤浅,可以使一个泱泱大国以小农经济作基础,人数亿万,可以不雇律师,不设专业性法官,一直维持到鸦片战争。”氏著,《近代中国的出路》,联经出版事业公司1995年版,第72~73页。

② 在审理案件中,州县官与幕友之间的分工,参看瞿同祖,第460页。

③ 瞿同祖,“法律在中国社会中的作用”,前揭,第413页。

④ 纪昀,《阅微草堂笔记·姑妄听之之四》 转引自,郭建等,《中华文化通志·法律志》,上海人民出版社1998年版,第327页。

结构产生了这种职业的意识形态。”^①实际上,一种职业要获得更广泛的社会资源,固然离不开所谓抽象的专门知识体系(a body of specialized but relatively [sometimes highly] abstract knowledge),^②但是,波斯那所提及的成员的工作方式、执业的形式与内容等等也是正当性的重要来源。法官对分配给自己处理的案件,依据严格的法律程序,不受干预地作出自己的判决,以及此判决一经在程序意义上发生法律效力,则获得不可动摇的确定性,凡此种种,都是在西方法治原理中天经地义的道理。

但是,在我们这里,由于主审官并非法律家,他们对法律知识通常没有专门的研究,^③因此在处理纠纷和案件——尤其是所谓“州县自理”案件即今天大多属于民事性质的案件——时,法律的确定性是不存在的。他所适用的,乃是由法律、伦理规则以及所在社区习俗组成的混合体。作为法律渊源,这种混合体内不同来源的规则之间并不存在明确的界限,它们是“我中有你,你中有我”,州县官们在处理案件时,不大可能像今天的法官那样按照不同法律渊源的效力位阶确定法律的适用。与此同时,由于州县官特定的知识背景,在他的司法判决之中,为支持决策而援引的资源经常是诸子学说以及历史著作里所记载的没有多少法律意义的史实或传说。我们以今天的眼光看流传下来的一些所谓“名判”,文学或修辞学上的价值远超过法律价值。^④州县官可以依据每个具体案件的不同情势而作出不同的判决,而无需顾及不同判决之间所确立规则之间的连续性和逻辑的一贯性。这种可以称之为“个别主义”的决策模式对于我们古典的

① Richard Posner, “The Material Basis of Jurisprudence,” in *Overcoming Law*, Cambridge: Harvard University Press, p. 35.

② Ibid., p. 37.

③ 瞿同祖描述了由于法律的繁杂以及日常工作的压力,州县官们很难对法律进行专门的研究,只好依赖幕友。然而,作者又指出“执行司法公务时,知晓法律是一个州县官的基本要求,否则他便无法作出合法判决。”参看,瞿同祖,前揭,第460页及以下。

④ 参看拙文,“中国古典司法判决的风格与精神”,载《中国社会科学》1990年第6期,收入拙著《司法的理念与制度》,中国政法大学出版社1998年版,第188~217页。

法律秩序形态产生了深刻的影响。法国学者爱斯嘉拉将这种情况归因于中国的价值体系中法律的卑下地位,他以西方的情况作为对比,指出:^①

西方文明的各个民族始终生活在希腊—罗马的法律观之下。当时处于拉丁各民族遗产的中心地位的地中海精神,也曾经刺激了伊斯兰以及盎格鲁—萨克逊、日耳曼、甚至斯拉夫各民族的大部分的法律。在西方,法律总是被尊崇为多少是某种神圣不可侵犯的东西,是神和人的女王,它好像是无上律令加之于每个人的身上,以一种抽象的方式在规定着和调节着各种社会活动形式的效能和条件。西方曾有过这样的法庭,其作用不仅是运用法律,而且常常就各种相互矛盾的利益所提出的和所辩护的各种争论来解释法律。若干世纪以来,在西方,法学家们已经建立了一种分析和综合的结构,一种不断要使成文法各种体系的技术要素完善化和纯洁化的“学说”大全。但是,当我们转到东方时,这种景象消失了。在亚洲的另一端,中国在她已经建立起来的精神价值和道德价值的强大有力的体系之中……就只能给予法律和法理学以一个卑下的地位。虽然并不是没有司法机构,但她只是愿意承认自然秩序,并且只是推崇道德的准则。……中国虽是一个学者辈出的国家,但她所产生的法律评论家和理论家却的确很少。

没有对抗的司法

司法过程中没有律师的参与,使得州县官并非法律家所带来的规则的不确定性愈发加剧。虽然从很早的时代开始,以能言善辩之士出席法庭,代理当事人的做法曾经出现过,例如邓析、公孙龙等精于名学者流。然而,儒家、道家两派学说似乎对这类巧言令色之徒都

① J. Escarra, *Le Droit Chinois*, Vetch, Peiping, 1936, p. 3. 转引自李约瑟,《中国科学技术史》卷二(科学思想史),何兆武等译,科学出版社、上海古籍出版社联合出版,1990年版,第554~555页

表示出厌恶的态度,认为他们只见“逻辑”而不论是非,乃是危害社会秩序的害群之马。两派不约而同地加以封杀,遂使名学夭折,逻辑学在两千年的中国历史上竟成为一个极不发达的领域。^①唐德刚直指法律观念上的这种差异造成逻辑学在西方与中国繁荣与枯萎的鲜明比照。^②

当然,中国一直有讼师这种行业。尽管官方话语对讼师总是极尽诋毁贬损之能事,然而,据日本学者夫马进的研究,自宋代之后到清代的一千年间,讼师的活动表现出愈来愈趋于活跃的情况。夫马进的文章以丰富的证据表明,在古典的司法运作过程中,讼师满足了当事人的多方面需求,同时又与衙门内部的胥吏等有着复杂的利益关联,因此才能屡禁而不止,在司法制度的空隙里获得相当的生存空间。^③不过,即便是从正面观察,讼师在当时的司法制度中所起的作用与现代社会中律师所起的作用仍然有很大的不同,最突出的是,讼师不可以像律师那样代表两造,辩论于公庭之上。他们的几乎所有的工作,都是在庭外进行的。于是,当事人之间对立的利益诉求就无法上升为一种不同法律理由之间的深入对话,律师参与所能够对于证据规则发展的推动也不可能出现,专业人士之间势均力敌的对抗导致法官的中立和司法权的消极行使也难以获得,我们的衙门就只能是州县官居于强势的主导地位的“超职权主义”机构了。与此同时,即使是从事讼师业的人们可以获得生存的空间,然而,社会主流意识形态对讼师这种行业的打压,以及大多属科举考试的失意者这一事实,仍使他们难以形成一个具有相当的正当性资源支持的社会群体,“夹缝中求生存”的状况既限制了这个没有尊荣的群落对整

① 参看拙著,前揭,第210页及以下。

② 参看唐德刚(编译),《胡适的自传》,第5章,注23。

③ 夫马进,“明清时代的讼师与诉讼制度”,载滋贺秀三等,前揭,第389~430页。意味深长的是,作者表明,“讼师是国家科举制度之下出乎意料诞生的怪胎”,而维系讼师存在的重要制度因素是“采取书面主义和受益人负担原则的诉讼制度本身”(第419,418页)。

个社会事务的影响力,又无从通过严格的行会式管理,在谋求行业利益的同时,发展出一整套行业性的行为准则,从而赢得更广泛的社会资源的支持。人们将可以看到,传统社会缺乏职业化的法律家群体乃是我们在建构现代司法制度乃至法律秩序的过程中必须常常面对的一个难题

综上所述,从司法制度的角度观察我们古典的政府体制和它的实际运作,我们可以发现,中国固有司法传统的种种特色在今天的司法制度及其运作中,仍然若隐若现地存在着,而且对我们可能的制度创新带来潜在的制约。在一定程度上,近代以来中国司法制度演变的过程可以说是古典传统与外来知识之间冲突与融合的产物,当然冲突与融合都是发生在我们的社会生活这个舞台之上,与社会结构和社会生活的变化息息相关。

从18世纪中期以后,尽管中国人愈来愈多地与西方人打交道,彼此之间也不断地发生种种法律上的冲突,然而,我们对西方国家的法律制度却很少有了解的热情,连那些来华传教的西方人也很少向中国人介绍他们自己的法律制度。这一方面是因为传统的知识格局使得我们在接触一种新的外来事物时感兴趣的主要是自己已有的方面,另一方面,文化立场上根深蒂固的“天朝上国”观念使得我们不大容易承认外国人(“蛮夷之属”)的典章制度文明有任何高明之处。于是,当19世纪西方列强携坚船利炮来到我们这里时,我们能够与之对抗的,只是对蛮夷的传统蔑视、低水准的社会组织、势力和管理制度都无法与列强相抗衡的军队。

法律制度的演变正是在这种外来的强大压力之下展开。由于这种压力,我们不得不首先致力于表层制度的改变。例如就清廷而言,如果没有西方列强的压力,尤其是义和团运动导致八国联军蹂躏京师所造成的巨大压力,它是决计不会对延续两千年的传统法律体系和司法体系作出根本改变的。不过,从另一方面说,到了清末,我国传统法律制度已难以有效地管理这个幅员辽阔、生齿日繁的社会,也

是愈来愈清楚的一个事实。一些先进分子明确地主张,中国要走向强大,变法是惟一的选择。

权力分立

我国传统的政府结构到了清代,弊病已经显露无遗。在皇帝专权的体制下,没有分权是自然的。除此之外,我们的制度还存在着其他种种弊端,例如正式政府模式千年以上的陈陈相因,从实用的角度临时设置的某些机构(如清代的军机处)却可以长期存在并蚕食正式官署所享有的权力,导致一些机构有名无实。此外,为了防止主官专权而威胁皇帝的权力,每个官署都任命两名以上主管大臣,不同官署的官员可以交叉兼职,互相牵制的代价是相互推诿,职责混乱。在京外官职方面,也以同样的方式建立牵制关系,例如总督与巡抚之间。高官对其所负责的事务不甚了解,不得不依赖员司胥吏,而胥吏社会地位低下,且没有固定薪金,于是索取无度,更导致政府威信每况愈下。

早在 19 世纪后期,有识之士就不断地对传统政府结构提出批评。例如英人赫德在 1865 年就曾批评道,中国制度虽然在制定之时相当谨慎,但由于年代老朽,已失去效能。外任的官吏少有克己奉公者,多数放纵与贪污腐败;而京官则是公务繁重而职务重叠,即便有心做事,也力不从心。他认为学者为官,虽有文才,却无实务的知识。政府制度中这种种缺陷如不纠正,则难以因应新局面的挑战。^①

一些对西方法政制度有亲身感受的中国人则表达了对西方制度的好评。马建忠于 1877 年在欧洲致函李鸿章:^②

① 参看赫德,《局外旁观论》,见《筹办夷务始末》(同治朝)卷四十,页十四至十五。在华西方人对中国制度的批评及其对戊戌变法的影响,参看王树槐,《外人与戊戌变法》,上海书店出版社 1998 年版。

② 马建忠,“上李伯相言出洋工课书”,载《适可斋记言记行》。转引自,马作武,《清末法制变革思潮》,兰州大学出版社 1997 年版,第 27 页。

窃念忠此次来欧一载有余。初到之时,以为欧洲各国富强专在制造之精,兵纪之严。及披其律例,考其文字,而知其讲富强者以护商为本,求强者以得民心为要。……他如学校建而智士日多,议院立而下情可达。其制造、军旅、水师诸大端,皆其末焉者也。

在这封信里,马建忠明确表达了对权力分立和司法独立等价值的赞赏,称“定法、执法、审法之权,分而任之,不责一身,权不相侵,故其政事纲举目张,灿然可观……人人有自立之权,即人人有自爱之意。”

戊戌变法时期,维新派人士更直截了当地对传统政府结构提出批评。例如,康有为在他连篇累牍的“上清帝书”中,多次论及现行政府组织弊端。在他看来,现行制度中,从中央到地方都亟待改革。中央政府的主要缺点是:“六官万务所集也,卿贰多而无所责成,司员繁而不分任委,每日到堂,拱立书诺……卿贰既非专官,又非兼差,未能视其事由……故虽贤智亦皆束手。”在州县级的地方政府方面,“兵刑教养合责于一人,一盗佚,一狱误,一钱用而被议矣。”结果,地方官自然以保身为先,而以服务政府人民为末了。更坏的是地方官职的买卖,使贪污贿赂成了司空见惯之事。^①在“上清帝第二书”中,他提出对官僚组织改革应使每个官员都有特定的责任,行使适当的职权,应废除重要官员身兼数职的习惯。同时地方政府也必须具有效率,例如,藩臬、道府对州县官等不必有的“监察”应予废止。到了1898年,他干脆明确提出对现行政府体制进行全盘翻新,按西方的现代立宪模式建立三权分立的政府框架。^②

① 康有为,“上清帝第一书”,载翦伯赞等编,《戊戌变法资料丛刊》,册二,第128页。转引自萧公权,“行政制度现代化——康有为之主张及其意义”,载姜义华等编,《港台及海外学者论近代中国文化》,重庆出版社1987年版,第349页。

② 关于康有为对于政府体制改革的论述,参看萧公权,上揭。“百日维新”时期的变革措施,参看张灏,“思想的变化和维新运动”,该文作为费正清(编)《剑桥中国晚清史》之一章,收入该书下卷,第321~382页。

戊戌变法的失败无疑是改革事业遭遇的一大挫折,不过,就近代中国法律变革的过程而言,这挫折只不过是一首乐曲中的休止符;短暂的无声之后却是更为汹涌澎湃的改革主题。在传统政府模式的合法性根基已经受到普遍质疑的世纪之交,随着内政与外交危机的加剧,外来观念与知识以更加迅猛的势头冲击着我们这古老的土地和文化,变法图强,走西方的路成为愈来愈多的人的共识。^①至1901年,清廷在内外压力之下,不得不宣布实行“变法”,此后由政府所发动的改革,不仅几乎将康有为等人当年的主张照单全收,而且在许多方面有所超越。^②

在此期间,严复全文翻译了孟德斯鸠的名著《法意》。实际上,早在翻译这部倡导权力分立的名著很久之前,严复已经表现出对中国古典法律制度的强烈不满和对一种合理的法律制度在变革社会中所可能发挥的作用的高度重视。他曾回忆留英时与驻英公使郭嵩焘的谈话:“不佞初游欧时,尝入法庭,观其听狱,归邸数日,如有所失。尝语湘阴郭先生,谓英国与诸欧之所以富强,公理日伸,其端在此一事。先生深以为然。”^③不仅如此,在严复看来,那种认为中国因为人口众多而难以实行民主制度的说法是不成立的。^④与后来孙中山似是而非的“中国人的自由不是太少,而是太多”的论调相比,严复清楚地指出中国虽然有对“恕”的倡导,但并没有西方意义上的自由。^⑤严复又坚定地相信,中国的富强,有赖于民众的自立、民权的维护、地

① 维新运动所带来的思想与社会思潮的变化,参看张灏,上揭。

② 1901年起开始的变革与三年前康有为主张之间的联系,参看萧公权,上揭,第358~361页,蒋廷黻也认为在辛丑至甲辰这四年间,西太后所主持的改革沿袭并超越了康有为辅佐光绪帝所推行者。参看氏著,《中国近代史》,岳麓书社1987年版,第90页。

③ 王木式(编),《严复集》,第四册,中华书局1986年版,第969页。

④ 在翻译《法意》所加的按语中,严复明确地认为孟德斯鸠“小国之治,利为民主;中国之治,利为有法之君主;而大国之治,利为专制”的观点已经过时:“其说可言古而不可以言今也。”《严复集》,第四册,第960页。

⑤ “论世变之亟”,《严复集》,第一册,第2~3页。

方自治的建立、民智的开发等等。^①

在倡言民主、自由等价值的同时,值得注意的是,严复经常提及中国缺乏对治术的讲求。他指出:“三代以降,上之君相,下之师儒,所欲为天地立心,生人立命,且为万世开太平者,亦云众矣。顾由其术,则四千余年,仅成此一治一乱之局,而半步未进。”^②他倡导在治国方面的分工,认为良好的治术有赖于治国之人的专业化:“今天议立法度,调御外交,非尽人能为之事。文明进而分功繁,则治人经国,犹之一业,非大与之才,亲与之学,师与之教,必不逮也。”^③中国在治术上的不讲求与科举取仕导致的聪明才智均涌向官场有密切的关系:“使其国以平等为精神,将执业虽异,而于社会,皆为分功而不可阙,初无所谓贵贱者也。操术固有巧拙难易,而贵贱不甚相悬,而后诸业皆奋,而其群无废事。中国重士,以其法之效果,遂令通国之聪明才力,皆趋于为官。百工九流之业,贤者不居。即居之,亦未尝有乐以终身之意。”^④

除了翻译《法意》之外,严复还有专文对权力分立问题进行探讨,并且对司法独立原则有所阐述。

由于中外人士对权力分立原则的介绍和对中国传统政府机构的批评,到了本世纪初年,权力分立已经由民间议论上升为官方话语。光绪三十二年九月十六日(公元1906年11月2日)编纂官制大臣所上“厘定中央各衙门官制缮单进呈折”^⑤称:

按立宪国官制,不外立法、行政、司法三权并峙,各有专

① 参看《严复集》,第四册,第884、930~932、972页以及981~982页,等等。

② 上揭,第961页。

③ 上揭,第970页。

④ 上揭,第1000页。在1895年发表的“救亡决论”一文中,严复即认为中国欲救亡必须变法,变法首先应从废八股开始。他历数八股取仕的三大弊害,“锢智慧”,“坏心术”,“滋游手”。科举考试的成功者必笃信“半部《论语》治天下”的信条,“做秀才时无不能做之题,做宰相时自无不能做之事,此亦其素习者然也。谬妄糊涂,其曷足怪?”《严复集》,第一册,第40~41页。

⑤ 故宫博物院明清档案部编,《清末筹备立宪档案史料》,上册,第463~465页。

属,相辅而行,其意美法良,则谕旨所谓廓清积弊,明定责成,两言尽之矣。盖今日积弊之难清,实由于责成之不定,推其厥故,殆有三端。

一、则职权之不分。以行政官而兼有立法权,则必有藉行政之名义,创为不平之法律,而未协舆情。以行政官而兼有司法权,则必有循平时之爱憎,变更一定之法律,以意为出入。以司法官而兼有立法权,则必有谋听断之便利,制为严峻之法律,以肆行武健,而法律浸失其本意,举人民之生命权利,遂妨害于无形。……

二、则职任之不明。政以分职而理,谋以专任而成,今则一堂而设有六官,是数人共一职也,其半为冗员可知。一人而历官各部,是一人更数职也,其必无专长可见。数人分一任,则筑室道谋,弊在玩时,一人兼数差,则日不暇给,弊在废事。是故贤者累于牵制,不肖者安于推诿。……

三、则名实之不副。名为吏部,但司签掣之事,并无铨衡之权。名为户部,但司出纳之事,并无统计之权……

尽管这种权力分立的变革只能在官制改革的层面上讨论,而且清廷似乎并不是真心实意地去推行,然而我国政府结构自那时起已经告别旧有模式,走上了西方化的道路。后来民国期间的五权宪法模式以及中华人民共和国建立之后的人民代表大会下的“一府两院”模式等等都不过是在这种权力分立基本框架之下的变种而已。

司法独立

司法独立乃是权力分立原则的题中应有之义。我们在分析古典政府传统时,已经清楚地看到,没有分权传统固然是司法无从独立的重要原因,然而从社会学的视角观察,司法的不独立还由于我们从来没有产生出一种独立的法律职业,以及独立的法律职业所必然带来的副产品——法律学术和法律知识传统。在一个更广泛的层面上

说,如果我们这个国家没有形成对司法独立起到有力的支持作用的社会环境与社会资源,司法独立云云将不过是一种少数人的鼓噪,即便能够在官方的规范里加以规定,结果仍不过是口惠而实不至,成为表层制度的花瓶。

压力下的分立

在近代中国,司法独立原则从一开始就是由于外部压力而接受的事物。我们在前面曾说过,随着中西交往的日趋频繁和双方法律冲突的日渐增多,外人愈来愈不满意于中国的法律与司法。因此,鸦片战争之后订立的《南京条约》以及《虎门条约》里,除了割让香港、开放口岸、协定关税等条款外,又专门规定了英国人在中国只受英国法律和英国法庭的约束,也就是所谓“领事裁判权”。这种规定在当时的人们看来并没有多大了不起,甚至,“在道光时代的人的眼光中,不过是让夷人管夷人。他们想那是最方便、最省事的办法。”^①然而,在西方列强在与我们冲突的过程中,发生于西方的民族国家和主权的观念也传播到了中土,在这样的观念下,领事裁判权变成了国家与民族的耻辱。在义和团事件之后,一方面中国内部要求按照西方模式修改法律和司法制度的潮流愈演愈烈,另一方面,领事裁判权的存在在维护西方人的利益的同时也成为加剧中西冲突的因素,因而,在光绪二十七年(1901)清廷与英国签订《中英追加通商航海条约》中专门规定:“中国深欲整顿律例,期与各国改同一律,英国允愿尽力协助,以成此举,一俟查悉中国律例情形及其断案办法,及一切相关事实,皆臻妥善,英国允弃其领事裁判权。”^②从此,中国司法

① 蒋廷黻,前揭,第27页。由于中国缺乏欧洲自古代和中世纪起便极为强烈的国籍和教籍意识,并且在民族国家及主权观念形成之前,对于被蒋廷黻称作“完全不懂国际公法和国际形势”因而“争所不当争,放弃所不应放弃”的道光年间的中国人来说,这样的看法也是相当自然的。中国历朝法律和司法过程中处理“涉外”案件的规定和做法,参看,爱德华,前揭,第419页及以下;展恒举,《中国近代法制史》,台湾商务印书馆1973年版,第93~95页。

② 转引自杨鸿烈,《中国法律发达史》,商务印书馆1930年版,第872页。

制度的改革才从官方决策的层面上展开。

这种主要是因为外部压力而导致的改革的确存在着一些先天不足。例如,由于基本上是政府主导,政府是否真诚地推行改革本来就是一个疑问。^① 其他一些因素,诸如持不同主张的官员之间的争论,不同政府机构之间的难以协调,在晚清时期愈来愈凸现出来的满汉民族之间的冲突,等等,都极大地影响改革的进程。最重要的是,这种改革所具有的急功近利色彩使得决策者们很少深谋远虑,他们不大考虑一种制度的形成和运作所需要的基础要件,而只是囫圇吞枣,敷衍塞责。

光绪三十二年(1906)九月,清廷下诏,“刑部著改为法部,专任司法。大理寺著改为大理院,专掌审判。”^②一时间,部院之间权力如何划分,专门的司法人员的资格如何限定,新制与旧制之间如何协调,地方各级政府的司法独立应该采行怎样的模式,等等,都成为人们纷纷议论的话题。在大臣们就此所上的奏折中,我读到最有见识的是掌京畿道监察御史吴钊所上“厘定外省官制请将行政司法严定区别折”,^③这份奏折很体现开明官员的见解,值得用一些篇幅加以讨论。

与一般人对立宪的认识和偏重倾向于责任内阁制以及立法机关的设置不同,吴钊认为在当时的情况下,立法与行政之间的分立尚有

① 市占宙三曾提出过清廷是否真的相信需要改革的问题,他认为在1904年之前,政府对改革的态度大抵上是相当消极的。“政府原先本无自己的改革方案。它只需要保持改革的门面,而对实际内容则毫不关心。”虽然在那以后政府变得愈来愈认真,但是认真的动机或者说改革的目的是为了在汉人与外人的双重压力之下维护清朝的统治。此外,参与和促成改革措施出台的各种人物和集团也各有打算,对改革的支持都是以扩大、维护自身利益为前提的。于是,“这些改革反而促成了王朝的灭亡。”参看氏著,“1901~1911年政治和制度的改革”,载费正清,前揭,第459~463页。

② 《清末筹备立宪档案史料》,上册,第471页

③ 载《清末筹备立宪档案史料》,下册,第821~824页。我见到的另一份奏折论及司法如何从传统的模式循序渐进地向现代模式过渡,所作论证也颇有说服力,见“两江总督张人骏奏厘定外省官制宜以旧制为本量加损益折”,载同书,第591~596页。

待时日,但是,揆时度势,司法独立却切实可行。而且,在吴枋看来,这种可行性不仅体现在中央层面,而且司法独立也完全可以在地方侧面上实行,那些认为中国不应当迅速推行司法独立的说法是站不住脚的:

中外有识之士,皆谓此次厘定官制,惟司法分立一事,最得预备立宪之本原,莫不延颈企足以待法院编制之成立。然而绳墨之吏安其所习,蔽于其所希闻,或为种种疑似之谈以相挠阻。揣其命意不外三端,一曰国民程度之未及,一曰审判人才之不足,一曰行政官权力之浸微而已矣。夫以中国人民为不受独立法院之审判者,此不通理之言也。至内地通商口岸各国租界,群行其领事裁判之权,未闻以华民程度太低致生异议。彼方用其审判于中国人民,而我转谓本国人民不应受独立法院之审判,臣诚痛之。至嫌审判人才之不足,其说似矣,然昔日之州县不外科举、劳绩、捐纳三途,未必素习审判之事,一旦身任行政官,遂举一切民刑诉讼付之审判而不疑。今若行政与审判分离,向之以两事责一人者,今惟以一人专一事,夫兼营旁鹜,上智犹苦其难,用志不纷,中材亦堪自勉,而转虑人才之不足,此又大臣之所未喻也。至谓行政官权力浸微,则尤属一偏之见,夫官吏所以有行政权者,乃国家予之也,权之所在,虽以督抚大员,不必亲身断狱,而其权自尊。若夫假审判之权以自便其作威作福之私,而肆其武健严酷之手段,此正圣世所不容,而宜加屏斥者也。臣考东西各国古制,其行政、司法初亦不分,迨后法理日精,渐图分立。行政官得尽心于教养,而无滥用权力之事,故民事日新。司法官得以法律保障人民,故狱无冤滞。倘法权独立果有妨行政官之权力,则彼各国何不守其自古相传之习俗,而好为纷纷也。且使行政、司法并为一官,而无妨害于长治久安之计,姑不妨置为缓图,乃臣熟察世界各国之情形与夫内地民生之疾苦,窃以为司法分立关乎时局安危者甚大,而有万不

可再迟者,请为我皇太后、皇上剴切陈之。

吴钊不仅仅有力地论证了司法独立之于收回治外法权的重要性,同时也明确地分析了司法独立在内政方面的重要意义:

臣观自古治乱之故有二,一则由于民财之穷尽,一则由于讼狱之不平。……泰西各国百年以来,皆病行政官之专横,而改设法堂公判之制,由是民气渐靖,治化日隆。中国审判向由州县兼司,簿书填委,积弊丛生,非延搁多时,即喜怒任意,丁役视为利藪,乡保借为护符。往往一案未终而家产荡尽,一差甫出而全村骚然,遂致驱民入教,干涉横生,民教相仇,变起不测,匪徒乘机煽惑,酿为厉阶,是国家欲藉州县官以宣德达情,而州县官以濫用法权,反致民离众畔。推原其故,则以州县事繁,既须抚字催科,而又劳形诉讼,跋前踖后,两所无居,贤者竭蹶不遑,不肖者恣睢自逞。且审判一事须平日熟谙法律,而案情万变,悉待推求,行政官以日不暇给之躬,用之于非素习之事,必致授权幕友,假手书差,枉法滥刑,何所不至。又以层层节制,顾忌良多,未免曲徇人情,无独立不挠之志。若使司法分立,则行政官得专意爱民之实政,而审判官惟以法律为范围,两事即分,百弊杜绝。

对司法独立的如此清晰而有力的论证,即使是在今天读来仍然是很有力量的。可惜的是,这样的声音发出的时间距清朝覆亡已经只有五年的时间了。在我们这样的国家里,进行如此重大的改革,给决策者的时间实在是太短了。况且在相关的制度建设方面,我们并没有多少知识的累积,吴钊谓“审判一事须熟谙法律”,然而对司法究竟在哪些方面不同于行政,一些具体制度究竟如何安排,人们的探求毕竟太少。大臣们的奏章以及朝廷上谕在民间有多大的影响当然是一个不容乐观的问题。在更民间化的论述方面,我们在前而曾讨论过翻译家严复关于权力分立的论述,对于司法独立,严复也发表过一些颇具深度的见解,例如,在《原富》一书(出版于1901~1902年)

所加的译者按语里,他就对西方司法制度的独特之处特别点出:^①

泰东西之政制,有甚异而必不可同者,则刑理一事是已。盖其制多滥觞于罗马希腊之旧,而降而益修,非夫一朝一夕之故也。必言其所以善,则律令为专学,一也。律师为专业,二也。其所以有顾【溯心】之制,而听民之以劳叶尔,阿【土垂】尼自代者,不独虑狱之或出入也,亦所以使此业之得所养也。有陪审听讞之员,三也。其除授斥撤必由法寺,四也。诏释之供,径出于民,五也。分狱为孤理密涅与司域尔,六也。当讞之际,理官独尊,七也。理官之精,皆其至优,八也。此其大经矣。惟其治如是,故能治狱一事,脏秽无闻,讯鞠求情,不用敲扑,惩奸罚恶,得一切比例而用轻典。

在后来的《法意》按语中,严复进一步申说此义,向国人解说司法独立的原则:^②

从中国之道而言之,则鞠狱判决者,主上固有之奴也。其置刑曹法司,特寄焉而已。故刑部奏当,必待制可,而秋审之犯,亦天子亲句决之,凡此皆与欧洲绝异而必不可同者也。今盎格鲁国民,其法廷咸称无上,示无所屈,其所判决,虽必依国律,而制定之后,王者一字不能易也。

虽然有这样精当的论述,然而清廷所推行的制度变革已经无从挽狂澜于即倒了。清朝被中华民国取而代之,司法改革的遗产也留给了共和制度的建设者们。

北洋时代的司法独立

这是一个急剧变革的时代。推翻了帝制,建立了共和政体,人们欢欣鼓舞,满怀希望,在动荡和革命之后,人们要建设一个全新的现代国家。民国元年颁布的《中华民国临时约法》向人们描述了这个

① 《严复集》,第四册,第900~901页。文中“劳叶尔”、“阿【土垂】尼”、“孤理密涅”、“司域尔”乃英文“lawyer”(今译律师)、“attorney”(律师或代理人)、“criminal”(刑事)、“civil”(民事)之音译。

② 同上揭,第952页。

新国家的面貌。在这个国家里,人民享有一系列政治和法律上的权利。这里有代表民意、行使立法权的国会,有由国会选举产生并受到国会制约的总统。关于司法,《临时约法》规定:“法院以临时大总统及司法总长分别任命之法官组织之。”“法官独立审判,不受上级官厅之干涉。”“法官在任中,不得减俸,或转职,非依法律受刑罚宣告,或应免职之惩戒处分,不得解职。”^①对司法独立如此明确和严格的规定,是本世纪里最为彻底的。

与宪法所规定的井然有序的制度形成残酷对比的是,北洋时代是一个政治十分混乱的时代。一方面,军阀势力对政权的操纵,选举以及官员选任中赤裸裸的派系争斗,金钱以及私人关系扮演的重要角色,政治舞台一片乌烟瘴气,另一方面,又以理想主义的态度看待宪法,因此,人们不能够容许政治运作过程中的让步和妥协。“也许中国人对于宪法制度下政治家的正直诚实的期望高得不切实际。正常的政治妥协被视为背叛,策略上的转变被当成缺乏原则的证据。”^②最终,“宪法未能像广大中国人期望的那样控制冲突,导致团结,……宪法体制由于参与的分子热衷于派系斗争而耗尽了自身的活力。”^③

然而,当我们观察这个时期的司法制度时,看到的景象却有所不同。辛亥革命之后,沈家本、伍廷芳这两位晚清修律的重臣在建构新的法律体系中依旧发挥着一定的作用。沈家本有“媒介东方西方几大法系成为眷属的一个冰人”^④之誉,伍廷芳则是第一个受过西方完整的法律教育,并取得英国出庭律师(barrister)资格的中国人。自

① 第四十八至五十一条。见柴德赓等(编),《辛亥革命》,第八册,上海人民出版社1957年版,第35~36页。

② 内森(Andrew J. Nathan),“立宪共和国:北京政府,1916~1928”,费正清(编),《剑桥中华民国史》,上卷,杨品泉等译,中国社会科学出版社1998年版,第310页,并参看各处。

③ 同上揭,第315页。

④ 杨鸿烈语,见氏著,前揭,第872页。

1902年起,沈、伍二人就已承担起改革法律之大任。他们一起对传统法律的许多方面进行了改造,废酷刑,禁刑讯,起草刑民诉讼法,翻译各国法律书,设立法律学堂,培养专门人才,为民国时代的法律发展奠定了相当的基础。^①辛亥革命之后,伍廷芳担任南京临时政府司法总长,虽然由于该政府的短命,伍廷芳没有就司法制度的建设作出长久的贡献。尽管如此,他于1915年出版的著作《中华民国图治刍议》,其中有两章论述司法制度的重要性,极痛切,如谓:“泰西有言,视一国文明与否,须视其司法能独立与否,并其执法廉明与否。固知司法者,全国治体命脉所系,非从表面皮相者也。而中国司法,向昧夫独立之一理,循二千余年之专制,举立法、司法行政之鼎立三权于一手,中央如是,各省亦如是……是以中西司法,判若两途,每因一案之齟齬积久未能清理,由是国际问题,尤多障碍。盖外人以我行政官有权干预司法,为所轻视耳。”^②伍廷芳特别强调司法独立的关键在于“审判官之独扼法权,神圣不可侵犯,其权之重,殆莫与京也。……审判官为法律之代表,其司法之权,君主总统莫能干预。判断之后,铁案如山,除上控于合格衙门,若再由合格法官判结,无可再反矣。”^③

事实上,北洋时期的司法较之后来的南京国民政府时期要更加独立。例如,在司法与政党之间的关系方面,当时的法院组织法列有专条,规定法官不得加入任何政党和组织,同时法官亦不得当选为全国或地方议会的代表。1912年12月,司法部发布命令,要求已经加入政党的法官要声明退出。^④次年3月,司法部在答复来自广西省的一份报告时,要求广西高等法院确保所有具有党籍的法官退出他

① 关于沈家本在法律改革中的贡献,参看李贵连,《沈家本年谱长编》,成文出版社有限公司1992年版;李贵连,《沈家本与中国法律现代化》,光明日报出版社1989年版。

② 伍廷芳,《中华民国图治刍议》,商务印书馆1915年版,收入《伍廷芳集》(丁贤俊、喻作风编),中华书局1993年版,第562-652页。引文见第593页。

③ 同上,第594页。

④ 《政府公报分类汇编》,卷36,第9-10页。转引自Xu Xiaojun, "The Fate of Judicial Independence in Republican China," *The China Quarterly* (1997), p. 5.

们的政党。^①与此同时,司法部公布了在最高法院以及在首都的高等法院、地区法院供职的所有法官名单,显示他们或者不隶属任何党派,或者已经退出其党派。^②到了1915年,禁止法官具有党籍的范围已经扩大到兼理司法的县知事。^③

北洋时期司法的独立性还体现为回避制度的适用上。1915年,司法部发布命令,所有曾担任过法官、检察官以及法院、检察厅书记的律师,在三年之内不得在其原机构辖区内行业。这项禁令直到1927年才告废除。^④

虽然袁世凯政府关于禁止法官参与政党的规定本身就有着显而易见的政治背景,即主要是为了压制国民党以及共和党在政治和法律上的影响力,不过,这种规定如果能持久地坚持下去,则起源上的权宜之计甚至党争诡计都未尝不能够成为某种长久有效的制度,无论中外,历史上都不乏这样的先例。况且这一规则的产生也不能够仅仅以这一种理由作解释。在这个政治混乱的时代,推动司法独立进展的还有其他一些重要因素,诸如共和制度建立未久,人们对建设新型司法制度的热情尚高,该时期历任司法总长绝大多数都受过良好的法律教育,因而对制度的走向能够给予合理的引导,^⑤人们为使外国早日撤销领事裁判权而愿意付出更多的努力,以及至少在高层次法院的法官选任方面的高水准等等。^⑥曾担任过司法总长的梁启

① 《政府公报分类汇编》,卷36,第9~10页。转引自 Xu Xiaogun, "The Fate of Judicial Independence in Republican China," *The China Quarterly* (1997), p. 5。

② 《政府公报》,卷301(1913年3月9日),第136~141页。

③ 同上,卷961(1915年1月11日)。

④ 参看注①引书,第6页。

⑤ 这个期间司法总长像走马灯一般频繁更换。在十余位历任总长中,第一任即耶鲁大学法学博士王宠惠,章宗祥是日本明治大学的毕业生,林长民和江庸是日本早稻田大学的毕业生,董康在日本学习法律两年,章士钊在爱丁堡大学学习法律四年,马君武是柏林工业大学的工程学博士,罗文干是牛津大学法学硕士学位的获得者。他们中只有一人没有留学经历,即梁启超。

⑥ 参看注①引书,第7~9页。

超在1923年评价时政,略谓自民国建立以来,政府所采取措施与政策均不惬人意,相比之下,司法制度差不多是惟一的一个成功的领域。^①

司法党化

尽管有司法制度建设方面的这些成就,但是,北洋时期的政治却是每况愈下,军阀割据,战乱频仍,名为民治,实为专制,终导致1926年北伐战争起,次年国民政府奠都南京,开始约十年的勉强统一局面。这个时期,司法制度的建设发生了一个大转折,即由过去对司法独立和超党派原则的倡导转向公开地将司法纳入党的领导之下,即所谓司法党化。

司法党化的早期倡导者之一是徐谦,他于1926年8月至12月担任广州国民政府的司法总长,并任司法委员会主席。这位京师大学堂的法科毕业生在清末曾“协助沈家本改革司法,1924年积极赞助国共合作,并在李大钊同志领导下参加五卅反帝爱国运动。1926年又随同冯玉祥到苏联考察。他在李大钊及苏联影响下,认识到北洋军阀政府的司法制度是反动的,因此决意要对它进行改革。”^②于是,我们看到了徐谦这样的言辞:

在逆政府(引按:指北洋政府)下的法律,本性是不革命的,而且是反革命的,是拥护特属阶级,资产阶级来压迫平民和无产阶级的……我们既要革命,当然要破坏反革命的法律。我们革命是要普遍的革命,不仅仅革政治的命就可以,司法也是要革命的。^③

① 参看《法律评论》期1(1923年7月1日),第1页。不过,在民国四年发表的“宪法起草问题答客问”中,梁氏对司法状况的评价还很低,甚至认为《临时约法》中关于人民权利、司法制度等的规定“自公布以来,何尝有一焉曾经实行者?即将来亦何尝有一焉有意实行者?条文云云,不过为政府公报上多添数行墨点,于实际有何关系?”《饮冰室合集》,文集之三十三。对北洋时期司法制度的极为否定性的评价,参看张国福,《中华民国法制简史》,北京大学出版社1986年版,第174~182页。

② 张国福,上揭,第220~221页。

③ 《大公报》(长沙),1926年12月24日。转引自张国福,上揭,第220页。

至于怎样革命,徐谦明确地主张,要摒弃司法独立原则:

旧时司法观念,认为天经地义者,曰“司法独立”,曰“司法官不党”,此皆今日认为违反党义及革命精神之大端也。如司法独立,则司法可与政治方针相背而驰。甚至政治提倡革命,而司法反对革命,势必互相抵触。故司法非受政治统一不可,观苏联之政治组织,立法行政,固属合一,即司法机关,亦非独立,此即打破司法独立之新制也。^①

如果说徐谦代表的是国民政府中左翼的观点,那么作为国民党元老、国民政府最高法院院长的居正对司法党化的阐述可以说是代表了主流派的见解。在1934年发表的一篇文章中,居正对司法党化作了一番界定,认为党化的基本含义包括两个方面,一是“司法干部人员一律党化”,一是“适用法律之际必须注意党义之运用”。司法人员方面的党化并非要求所有的司法官员均由党人来充任:“司法党化应该是把一切司法官从那明了而且笃行党义的人民中选任出来。不一定他们都有国民党的党证,却要他们都有三民主义的社会意识。质言之,司法党化并不是司法‘党人化’,乃是司法‘党义化’。”^②

与一些只能一味地从政治权宜角度的论证不同,居正试图从法哲学和法理学的角度对司法党化进行合理化论证。他认为,世间并不存在着放之四海而皆准的普遍的法理,那是“18世纪自然法论之馀毒”。^③ 我们可以看到他对马克思主义的运用:

法律是社会之上层建筑,他并不是空中楼阁,他必与社会结构之下层基础相适应。质言之,就是经济制度相适应。由各个社会各个时代之具体的生产形态与经济制度,反映

① 《民国日报》(上海),1926年9月20日。转引自张国福,上揭,第221页。

② 居正,“司法党化问题”,32《东方杂志》10:6-19。引文在第7页。

③ 同上,第9页。在居正看来,从西塞罗、阿奎那到霍布斯、科勒,自然法论“经常都是给反动学者所利用,作为进攻革命势力之烟幕弹。而没有锐利的社会哲学眼光人们往往被他欺瞒过去了。”

出人民精神生活之各方面要求,因而形成种种社会意识,由多方面的社会意识有机的结合,而成为一个世界观。所以,每一个社会每一个民族每一个时代都有一个特殊的世界观:世界观实在是充满着时间性与空间性的东西。……法律就是由整个世界观所包涵“正义”意识部分所反映而成的东西。^①

此外,居正还运用凯尔森的纯粹法学以及美国的唯实法学理论这“现代法理学上两个惊人的伟大的新收获”,论证“三权绝对区分之旧学说”的荒谬和立法与司法的密不可分,论证司法官在具体办案过程中,必须时刻注意党义之运用,即所谓“裁判党化”。它要求法官做到:“(1)法律所未规定之处,应当运用党义来补充他;(2)法律规定太抽象空洞而不能解决实际的具体问题时,应当拿党义去充实他的内容,在党义所明定的界限上,装置法律之具体形态;(3)法律已僵化之处,应该拿党义把他活用起来;(4)法律与实际社会生活明显地表现矛盾而又没有别的法律可据用时,可以根据一定之党义而宣布该法律无效。”^②

自1926年起的十年时间里,司法党化获得了极大的进展。1926年,广州国民政府设立的“改造司法委员会”通过决议,明确废除法官不得加入政党的禁令,并规定担任司法官员者须为国民党党员,并具有良好的声誉和三年的法律工作经历。^③对三年法律工作经历的要求表明决策者并没有完全以政治忠诚代替专业能力,不过,从后来的实践看,政治忠诚的要求总是得到更优先的考虑。^④政府后来所采取的一系列措施,强化党对司法的控制。例如设立法官养成所,该所中有200个学员名额专门留给具有适当教育背景(修

① 参看马克思《德意志意识形态》,载《马克思恩格斯全集》,卷3,人民出版社。

② 同上,第11页。

③ 《法律评论》第185期(1927年1月),第17页。

④ 参看 Xu Xiaoqun,《政府公报分类汇编》,第10~13页。

习法政专业三年以上并毕业)的国民党党员,^①国民党党部推荐人员将得到司法机关的优先录用,^②以及在涉及共产党人的案件(“反革命案件”)中使用由地方党部选任党员组成的陪审团审判,^③等等,使得司法制度最大限度地政治化了,司法几乎成为国民党的党内事务。

我们今天回过头看,司法党化的确是百年来司法制度发展史的一段曲折,也可以说是一次倒退。不过,从当时的状况看,司法党化不过是国民党对整个社会事务全面控制的一部分,同时也是孙中山首倡的“以党治国”方针的延续。^④在当时的历史条件下,这样的做法也有其必然性。^⑤

几点议论

对历史的回顾和研究不大容易揭示出某些确定的历史规律,以便让我们在未来的历史中避免前人走过的弯路。历史并不是一场戏剧,由剧作家写好了脚本,帝王、英雄、贩夫、走卒各自走到台前,背诵自己的台词。即以百年来中国的历史为例,前五十年王朝更替,战乱频频,后五十年两岸分立,各变其变。这是一部“激荡的百年史”,其中有被我们错过的很多机遇,有各种人为的灾祸和意外的变局,有知其不可而为之的悲壮努力,有理智与情感之间的冲突和交替。参与

① 《时报》,1929年2月22日。

② 《司法公报》,第29期(1935年3月25日),第1~3页。

③ 参看 Xu Xiaojun,《政府公报分类汇编》,第14页。

④ 参看孙中山,“复四川支部函”,《孙中山全集》,卷6,第573页;“在广州国民党党务会议的讲话”,《孙中山全集》卷8,第258页。通常论者总认为孙中山对西方的知识有相当的了解,相关的政治观念也受到西方制度的很大影响,然而作为革命家的孙中山在政治、社会等问题上所持的见解却与西方有极大的距离。他的三民主义学说受到社会主义的强烈影响,在政治制度建构方面,他明显地倾向于苏联模式。例如,他认为,“俄国完全以党治国,比英、美、法之政党掌权更进一步……俄之革命,事实上是三民主义,即因其将党放在国上。”(《全集》卷9,第104页)。他还对俄国的“人民独裁”表示了浓厚的兴趣。参看《全集》卷9,第314页。

⑤ 在台湾,司法真正走向独立只是十年来的事情。

其中的人们用他们的意识和无意识共同创造了这部大历史。

不过,我们还是相信,对历史的回顾和研究可以给后人带来启示,让后人学习到一些智慧。而且,按照克罗齐的看法,历史的叙述反映的是历史学家个人对所谓历史事实的理解,它是历史学家当下兴趣的体现。“每一种真正的历史都是现代史。”^①与此同时,各种不同的历史叙述本身亦是一种观念的竞争和智慧的博弈,它将给人类带来更多样化的选择,从而改善我们的处境。

检视近代以来的司法制度史,可以发现,百年来,虽然我们总是希望早日建设成为一个现代国家,但是内忧外患却使得我们难以建立一种可靠的法律制度和司法制度。西方有谚语曰:“枪炮作响法无声”(inter arma silent leges),^②这包孕着深刻的道理。法律本身是一种以和平的强制抑制私人之间暴力的机制,但是,在一个不断地发生战争或其他激烈冲突的社会里,法律制度却即无法有效地抑制这些暴力,与此同时,法律秩序的发生和培育本身也会成为很大的问题。当然,没有冲突也没有法律秩序存在的可能,但是这种冲突需要维持在一个合理的限度之内,需要相关群体或阶级之间既有冲突,又有妥协,妥协之后所形成的规范需要得到人们相当程度的遵守。在这个过程中,规范也许变得不适应生活的需要,但即使如此,寻求改变规范的努力也不应当演为“枪炮作响”,而是通过新一轮的冲突——妥协过程形成新的规范。不消说,新旧规范之间往往存在着累积和承继的关系,而不一定总是断裂。历史的这种连续性离不开时间这一要素,离不开长时段稳定的社会空间。^③ 用我们的先贤话讲,叫做“礼乐所由起,百年积德而后可兴也。”

然而,百年来我们用于制度建设的和平而没有战争或激烈社会

① 参看克罗齐,“历史和编年史”,陈铨、金重远译,田汝康、金重远(编),《现代西方史学流派文选》,上海人民出版社1982年版,第333~346页。

② *Black's Law Dictionary*, 5th ed., p. 728.

③ 参看苏力,“现代化进程中的中国法治”,载赵汀阳等,《学问中国》,江西教育出版社1998年版,第170~214页。

冲突——例如类似文化大革命那样的政治运动——的时间到底有多少呢？仔细算来，也就是三十余年而已。要紧的是，三十年之间还有战争，两个阶段之间所接受的意识形态以及法律哲学是相当不同的，因此前者很难成为后者据以建构的基础。这是我们的整个法律制度迟迟无法走上正轨的重要社会原因。

凿枘不投不仅仅表现在百年来的不同的制度与观念之间，更重要的是，我们无法在今天的事业与更古老的传统之间寻找可能的契合点。就司法制度而言，从前面曾简要地分析了中国古典司法传统来看，传统固然有与现代社会的基本取向相矛盾的一面，但是，能够融合的内容却并非不存在。例如，科举取仕就其内容而言当然有流于宽泛，妨碍知识分工的缺陷，不过，它的形式以及这种形式背后的以知识调整社会关系的价值内涵却是有着相当合理性的。我们却完全无视这样的合理性，将科举制连同它的合理方面一起抛弃，一味地扩张所谓大众化，导致法官选任上的漫无标准，即破坏了民众对司法机关应有的期待，又削弱了司法机关在社会中的公信力。至今我们还只能在这样的恶性循环中打转转：之所以不能让法官独立，是因为法官素质普遍低下；为什么法官素质普遍低下，是因为我们不给予他们独立的权力。因此，司法总是无从独立，而法官素质也将永远居低不上。我们能否建立起一种严格的考试制度和更专业化的选任制度呢？在这方面，如果不避“出口转内销”之嫌，日本将科举制的精神用于近代法律职业的形成与塑造的做法完全应当作为我们的借鉴。^①

我们曾经在前面谈到古典政府的反分权特征，这一特征在今天的影响也是多方面的。例如，我们今天虽然建立了一府两院型的权力分立体制，然而，由于体制内外的人们并不适应它，有关官员对这种体制往往只给予表面的承认，而在具体行为上却我行我素；一个县长不大能够诚恳地相信，在涉及法律问题时，他必须服从县法院的一

^① 参看季卫东，“法律职业的定位——日本改造权力结构的实践”，《中国社会科学》1994年第2期。

位普通法官所作的决定。法官们也不大可能在审理涉及地方权力机关或个人的案件时,径直作出自己的裁判而无视真正的权威。^①一般民众方面对这样的政府体制也经常感到无所适从,一方面,今天的政府权力已经深深地渗透到了社会的底层,但是,另一方面,政府权威分散到了不同的“衙门”,在寻求政府帮助时,他们的知识又常常捉襟见肘,望着一个个不同的衙门口迟疑徘徊。不仅如此,在分权流于表面文章的地方,政府权威“形散而神不散”,为了体现分权,至少在程序必须保持相互之间的往还与协商,于是在政府方面至少要牺牲相当的决策以及行动的效率,然而,名不副实的分权又无从保证相关权力的真实独立性,于是民众的权利便经常成为官方机构相互推诿的牺牲品。

司法独立所面临的严重难题正来源于此。法院作为一个晚生机关,它需要社会资源的支持。然而,政府机关内部的运作逻辑既不支持它的独立,作为一个至少在正式典章上享有独立和崇高权威的机关便面临着某种“生存”压力。于是,我们可以清楚地看到,一方面,法院需要服从法律之外的某种权力的控制,将自己视为一种工具性的角色,另一方面,它又利用每一次服务的机会,扩大自己的权力范围。不过,人们很少意识到,这种扩张权力的过程或许是独立性进一步丧失的过程。

当然,无论是权力分立体制的运作不良,还是司法独立的难以实现,都与一个事实相关联,那就是,近代以来,我们对于司法制度以及在中国建立一个怎样的司法体系缺少深入和细致的探讨,一些重要的观念和知识很少在社会中获得广泛传播。通过上面关于百年来中国人对于司法独立的认识情况,人们不难看出,我们过去的知识是相当贫乏的,今天在社会中盛行一时的观点也经常是含混不清或似是

^① 一个体现这种权力关系的生动事例,见贺卫方,“通过司法实现社会正义——对中国法官现状的一个透视”,《司法的理念与制度》,中国政法大学出版社1998年版,第53页(引一篇题为“县长出庭”的报道),并参看第55页及以下的分析。

而非的。最明显的,我们很少看到法学界或法律实务界对司法权何以应当与行政权相互分立作出严肃的讨论。为什么需要一个独立于行政体系的司法体系,司法权与行政权之间的分别不仅仅是一种职权分工;这两种权力的分野也体现在相关人员选任标准、权力行使的方式、机构的内部管理模式以及机构与外部社会之间关系等方面。对这类应有差异的浑然不察使得我们长期以来在法院管理上采用了一套行政化的模式——或者,更严格地说,是非司法的模式。

法官的等级制度可以作为这里的一个例子。我们在法官管理上一直沿用了与行政机关甚至军队相类似的等级服从制度。法官套用行政官员的一套职称体系,例如有处级法官、科级法官等等。同时,法院内部的庭长、院长等等对法官的处理案件过程享有制度化的干预权力。这样的等级服从模式一直被我们视为当然。在法官之间建立等级制度,让“下级”法官服从“上级”法官,固然便利了对于法院活动的控制和管理,然而,这种控制和管理却完全是行政化的,是违反司法职业以及司法决策的内在要求的。与行政机关或者军队的情况不同,法官的活动带有浓重的个人化色彩。法官行使职权的场所便是法庭,作出决策——不只是最后的判决,也包括诉讼过程中对于一些需要确定的事项的决策——的场所也是由他与各方当事人共同组成的法庭。在随时需要作出判断的情况下,法官如果不能够独立地决定相关事项,势必降低司法活动的效率。不仅如此,司法是一种讲求亲历性的活动,对当事人言词的判断,对证人所作证词可信性的判断,都离不开判断者对于被判断者的近距离观察。^① 现代诉讼程序的言词原则和直接原则都是诉讼活动的这种内在要求而确定的。但是,法官等级制度却不利于亲自审理案件的法官作出独立的判断,因为它强化了行政位阶高的法官对其“下属”法官的影响力。与之相适应,低位阶法官对于其“上司”法官的依赖和顺从也是顺理成章

^① 我们的古人早就认识了这个道理。《周礼·秋官司寇》:“【小司寇】以五声听狱讼,求民情:一曰辞听,二曰色听,三曰气听,四曰耳听,五曰目听。”

的。这样的管理模式势必加大司法判决的不确定性,并且为不正当权力干预司法活动提供便利。

行政等级式的内部管理机制使得我们完全想象不到在这个世界上还有另外一种全然不同的法官管理方式。在那里,每个法官都是独立的,他不受任何人的领导,只是对自己对于法律条文的意义和正义准则的理解负责。法官之间不存在上下级的分别,院长也好,庭长也好,他们只行使一种纯粹行政性的职能;他们是所谓“平等者中平等的一员”(one among the equals)^①。法官之间的平等不仅表现在特定法院的内部,不同级别法院的法官之间也是平等的。虽然由于审级的原因,上级法院的法官可以改变下级法院的判决(仍须严格地依据法律的规定),但是,这只能理解为分工上的一种差异,并不意味着审理上诉的法官地位高于一审法院的法官,也不意味着不同法院法官在选任标准以及相关待遇上的较大差异。^②

① 1996年7月到8月,我曾有幸和我国的一个司法代表团一起考察美国的司法制度。在与美国同行的交流过程中,我国法官(当然包括那些院长副院长们)感到最难以理解的,也许并不是那里法院的权高势重,而是法院院长(首席法官)对于其“下属”的无权无势。他们感到困惑的是,离开了院长或其他上级的领导,法官们岂不是各行其是,整个法院,甚至整个司法体系如何能够避免陷入混乱和普遍的腐败?关于美国联邦法院首席法官的行政职权,参看 Lawrence Baum, *American Courts: Process and Policy*, Houghton Mifflin Company, 1986, 第37页及以下。

② 最高人民法院前院长任建新在向全国人大常委会所作的“关于《中华人民共和国法官法(草案)》的说明”中指出:“法官的职业特点决定其必须具有较高的素质。”又说:“……对上级法院法官的素质,应有更高的要求。”周道鸾(主编),《学习中华人民共和国法官法资料汇编》,人民法院出版社1995年版,第16、17页。其实,准确地说,应当是不同级别法院的法官素质需要有同等高的要求。了解具体司法运作的人都知道,第一审法官高质量的工作对于整个司法制度的品质维系和公民权利的妥善保护有多么重要的意义。一些西方国家很注意使不同级别法院的法官在选任标准上保持大致上的一致,薪俸上只保持较小差距。这种制度安排使得低层法院的法官对于升迁至更高级别法院的动力不那么强烈,因而,减少了法官希望升迁的心理对司法独立所可能带来的损害,同时能够吸引优秀的人才从事低层法院的司法工作。另外一个可能的作用是降低上诉率——假如制度安排上强调上级法院法官的素质总是高于下级法院法官,为了得到更优质的司法“产品”,当事人当然有理由不断地提起上诉、申诉、审判监督程序等等,从而加大司法制度的成本。

与法官之间等级制度的设置相关联——或者说相适应——的另一个特征,是上下级法院关系的行政化。近代型法院之所以有不同审级的设计,即除了初审以外,又设置了上诉审级,是为纠纷的解决提供一个纠误渠道。我们常说的“两审终审制”意味着当事人对于初审法官的判决不服,可以在法律规定的期限内,循着上诉路向,诉诸另一个法院,对于初审法院的判决提出质疑。后一个法院对初审判决进行复审,通常这种复审的重点在于初审法院是否违反了法定程序以及判决中对于法律的解释和适用是否存在错误。如果上诉法院认为原审判决存在问题,有权改变判决,或发回原审法院重审;如经审查,上诉法院认为初审法院判决并无不当,则原审判决就成为具有法律效力的文件,当事人必须加以履行。上诉法院有权改变初审法院判决结果的事实并不表明前者与后者之间存在着行政意义上的上下级关系。也就是说,上下级法院之间不存在着领导和被领导、监督和被监督的关系。因为,如果二者之间的关系变成了行政性的隶属关系,那么它们在意志和行为方面就应当保持一致,上级法院便应当对于下级法院作出的决定负责。这样,下级法院的法官在作出决策之前便应当向上级法院提出请示,并严格地遵循上级法院的指示处理案件。果真如此,上诉制度还有什么意义可言?因此,在一些法治国家中,上诉法院以及最高法院都十分注重严格地维护下级法院的自主权。

应当说,我国的司法制度设计在框架上接受了上下级法院之间关系不同于上下级行政机构或检察机关之间关系的观念。例如法律所确定的上下级法院之间关系便与上下级检察院不同。宪法第132条规定:“最高人民检察院领导地方各级人民检察院和专门人民检察院的工作,上级人民检察院领导下级人民检察院的工作;”而同法第127条涉及法院的规定则是“最高人民法院监督地方各级人民法院和专门人民法院的审判工作,上级人民法院监督下级

人民法院的审判工作。”^①不过,框架结构是一回事,实际运作又是另一回事。虽然法律条文存在差异,但是,这里的“监督”究竟含义如何却是一个不容易确定的问题。在一些地方和某些事务方面,监督与领导之间的边界十分模糊。例如,近年来的一个十分突出的问题,即下级法院就某些具体案件的处理向上级法院请示,便是说明这种模糊的典型例子。法院对于应当由自己作出判决的案件,不是独立地裁判,而是向上级法院请示,要求上级法院给出有关判决结果的指导意见。这种所谓请示制度被主流观点视为“非程序性的审判工作监督”的一个重要内容。请示制度之外,上级法院更可以因为下级法院正在审理的案件具有“重大影响”而主动地对下级法院加以“指导”。在这样的情形下,法院与行政机关的区别实在是无从发现了。

造成这种状况的原因是多方面的。社会长期的动荡造成社会与学术两方面的不稳定,传统学术研究重视大道理、忽视“小”制度的倾向,夸大所谓社会性质的作用,性质好则制度无关紧要的主流思维,以及在制度建设方面长期以来按意识形态划界的“唯成份论”,等等,都是不容忽视的。然而,在我看来,另一个重要的原因是,我们可能忽略了制度其实也是知识,制度建设实际上是一种知识的累积过程,制度发育程度的差异往往是操作制度的人们知识差异的反映。具体到司法制度而言,我们引入了现代型的制度框架,然而,框架内外的人们却是一味地依照旧有的知识去理解和运作它们,于是便发生种种凿枘不投的情形。引入新制本是为了抑制旧制的弊端,但新制无从良好地运作,旧有的秩序却已遭破坏,结果是新旧两方面的弊端一股脑地涌现出来,规则日多而秩序日少的状况乃是必然的。

在今天的中国,强调制度的知识维度有其特殊的意义。过去由于新制度的倡导者常常只重视价值层面上的“宏大叙事”,将复杂的制度建构化约为一些有益于唤起人们的热情或敌视的口号,在一定

^① 《中华人民共和国人民检察院组织法》第10条、《中华人民共和国人民法院组织法》第17、30条也作了类似的规定。

程度上人为地加剧了意识形态式的冲突和变革的难度。例如,在口号意义上,“司法独立”对有些人是极其美好的,值得以抛头颅、洒热血为代价去获取;对另一些人则是极度可怕的,不惜以反右派、关牢狱的方法来压制。但是,当人们理性地分析古往今来的司法独立理论与实际,便会发现,司法之所以应当独立,是因为就设置司法的初衷以及司法运作的内在逻辑而言,独立更有助于法院完成其解纷止争的使命。同时,独立的司法是一柄双刃剑,它固然对政府的专横恣意权力构成强有力的制约,对公民权利加以维护,然而,它的另一方面功能却是制约民众,法律家将民众对政府的不满引进法庭,通过极其程序化的司法过程加以化解,从而使民众不至于诉诸暴力的手段宣泄他们的冤情。^① 跟世间一切事物一样,司法独立也并非完美无缺,它的实现也要付出相应的代价。独立的法律家也有其私利,专业化也有其盲点,对独立的追求也许使法院与外部社会之间的距离拉大。鱼与熊掌难以兼得,人类只能在两者之间求得一种更好的平衡。否则,以理想主义的态度追求司法独立的人们会在胜利之后迎来失望,而压制司法独立的人们则会发现,独立的司法消失的同时,社会的秩序也消失了。

^① 参看托克维尔,《论美国的民主》,1册,董果良译,商务印书馆,第303页及以下。

中国古典司法判决的风格与精神*

——以宋代判决为基本依据兼与英国比较

西方唯实派法学家十分强调法官对于法律性质与内容的影响。在他们看来,所有的立法文件在没有得到法官的解释和适用之前,还算不上是法律,只可以说是法律渊源(“Law is only what the courts propound”)。上世纪末至本世纪上半叶,英美的几位著名的法学家如格雷、波洛克、戴雪、弗兰克等,都近乎一致地断言法官是真正的立法者,法官所制定的法律是真正的法律。^① 这样的理论之所以能够盛行一时,当然有其特定的历史与文化背景,尤其是英国法官在历史上对普通法和衡平法发展所做出的巨大贡献。尽管它不无偏颇,但还是启发我们,要了解某个社会的法律与法制状况,仅仅局限于法律条文远远不够,因为我们还不清楚这些法律条文是否被法官严格地适用于对纠纷的实际处理过程。实际上——古今中外都可以举出这样的例子——有些法律虽然颁布了,但并没有得到严格实施,更有甚者,立法者本身亦容许这种漠视法律的司法。所以,真相藏身于浩如烟海的司法判决之中;只有在这里,我们才能够发现法律究竟如何被解释、被曲解——曲解亦属解释之一种——甚至被置之不顾的。

* 原载《中国社会科学》1990年第6期,原正标题为“中国古代司法判决的风格与精神”。中国政法大学的郑秦教授以及责任编辑张志铭先生对文章提出过若干很有价值的意见和建议,谨致谢意。

① 参看 E. M. 伯恩斯《当代世界政治理论》,曾炳钧译,商务印书馆 1983 年版,第 113 ~ 120 页。

以往学者对中国法制史的研究多侧重于对制度本身内容及其演变的探讨,所依据的材料大多是历朝所制定的律、令、格、式等成文立法。^①这类研究对于我们明瞭古代立法沿革的历史轨迹很有帮助,一些学者运用扎实的“朴学”方法所进行的大量考据对于恢复古代法律的本来面目贡献甚大。但是这种研究也有其缺陷,它的视野基本局限于制度层面,既不注重对于法律条文得以形成的社会、经济以及文化背景的探讨,更缺乏对这些法律条文的实施过程的发掘,因此是一种静态的研究。1949年以后,研究法制史的学者们以历史唯物主义为指导,注重揭示法律背后的社会背景,尤其是经济背景,探索经济发展对于法律沿革的直接的和间接的影响。应该说,这在方法论上是一个巨大进步,比起前一种研究来,它具有更多的动态特征,而且也更有利于揭示法律产生与发展的真实原因和规律。但是,我们知道了法律是怎么来的,对于法律颁布以后的遭遇却仍是所知甚少。由于存在着这样的缺陷,我们的法制史研究还是没有能够描绘出古典法制的全景图。

研究中国古典司法判决的意义不仅仅在于揭示立法条文与实效法律之间的差距,它还使我们注意到古代法制的许多饶有兴味的方面,例如法官们在判案中对于此前判决的态度、司法过程中逻辑的运用、集行政与司法职能于一身的州县官员们在司法过程中如何体现其“父母官”的角色意识以及判决书本身的语言学特征及其对法律原则的影响等等。本文谨就上面述及的几方面所体现的我国古典司法判决的风格与精神进行一些简要的讨论,并偶尔与英国的司法制度与精神作一些比照。^②

① 例如沈家本、程树德、杨鸿烈等学者的研究。但瞿同祖应该算是个例外,他在《中国法律与中国社会》一书中十分注重对法律实际操作的研究,引用了一些案例。

② 本文讨论以收录宋代司法判决的《名公书判清明集》(中华书局1987年版,下文简称《清明集》)为主要依据,兼及清代某些判决。宋以前司法判决极少完整流传下来,宋以后降至清末,司法判决的风格与精神变化极少。

一、法官是否机械刻板地适用法律

过去的研究者通常认为中国古代法官在审理各类案件时受到成文立法(律、令、格、式)的严格束缚。法官绝不像他们的英国同行们那样通过司法判例而创立出一套法官法(judge-made law)体系。的确,古代中国基本上不承认判例为法律渊源,同时在立法上也贯穿着严格限制法官自由裁量权的规定。我们考察历史法律,大多对法官责任加以明确的规定,严禁“不直”和“纵囚”。汉代在法律上曾规定,“监临部主,见知故纵”,法官“出罪为故纵,入罪为故不直”。^①唐律在这方面的规定更为详尽,法官除须依法定罪外,还不得超出诉状所控范围判案:“诸鞠狱者,皆须以所告状鞠之,若于本状之外,别求他罪者,以故入人罪论。”此后宋、明、清等法律也都沿袭了类似的规定。^②

但是,法官们果真那么严格地依据法律条文办案吗?我们且选择几条法律规定与实际司法中的相关判决作一个比较。

《宋刑统·名例律》沿袭唐律规定了常赦所不原的“十恶”大罪,其中第七为“不孝”,注云:“谓告言诅骂祖父母、父母,及祖父母、父母在,别籍异财,若供养有阙,居父母丧,身由嫁娶,若作乐、释服从吉,闻祖父母、父母丧匿不举哀,诈称祖父母、父母死。”议曰:“……其有堪供而阙者,祖父母、父母告乃坐。”

宋朝著名法官胡颖^③恰好受理了一起母讼子不供养的案件,该案件中原告系寡妇阿蒋,被告是其子鍾千乙,判决书中所述案情如下:

嫠妇阿蒋,茕然孑立,所恃以为命者,其子鍾千乙而已。

① 参看程树德:《九朝律考》卷一,《汉书·功臣表》注。

② 美国学者 Wallace Johnson 认为中国法律对法官自由裁量权的严格限制与天人感应的信仰有关,见他的文章《唐律中的法哲学》,译文载《国外法学》1984年第4期,第42~44页。

③ 胡颖字叔献,号石壁,潭州人,历官知平江府兼浙西提点刑狱、广东经略安抚使等,《宋史》卷四一八有传。

其子狼狽如许,既不能营求勺合,以贍其母,阿蒋贫不聊生,至鬻其榻,以苟朝夕,剥床及肤,困穷极矣!鍾千乙又将其钱妄用,久而不归,致割其爱,声诉至官,此岂其情之得已哉!

根据上述案情若比照法律规定,构成不孝之罪的各种要件(供养有阙、母告)均已具备,自当援例而判刑。然而,法官却没有这样做:

鍾千乙合行断治,今观其母羸病之余,喘息不保,或有缓急,谁为之倚,未欲寘之于法,且贵戒励,放。自此以后,仰革心悔过,以养其母。本州仍支五斗,责付阿蒋且充日下接济之须。^①

同一朝代的另一名法官吴革(恕斋)在判断一起案件时同样表现了这种不拘泥于法律严格规定的倾向。这是一起不动产(房屋)纠纷。原告人系寡妇阿章及其孙徐鼎孙,他们要求赎回11年前典与徐麟的两间房屋及宅基地。但此房在9年前已被阿章的小叔子、本案被告人徐十二依据亲邻条法赎为己有。经查明,原告房产并非典与而是卖与徐麟。该案涉及两个重要法律问题:一是依据法律,作为寡妇与卑幼的原告没有从事房产买卖的“权利能力”,所以这项交易是无效的;二是诉讼时效问题,判决书称:“经隔十年有余,若以寡妇、卑幼论之,出违条限,亦在不应受理之域。向使外姓展转得之,在阿章已断无可赎之理。”对于第一个问题,法官一方面承认依“律之条令,阿章固不当卖,徐麟亦不当买”,但另一方面,又以情理上的理由确认了这项交易的效力:“但阿章一贫彻骨,他无产业,夫男俱亡,两孙年幼,有可鬻以糊口者,急于求售,要亦出于大不得已也。”第二个问题,即时效问题虽经提出,却也没有严格地依据法律不予受理。最后,法官在判决书中从原告之间存在着嫂叔关系这一点出发,在人伦关系上发了一通议论,说参酌人情,如原告初不曾离业,“则徐十二合该念其嫂当来不得已而出卖之意,复幸其孙可自植立,可复旧

① 《清明集》卷一〇。

物,以为盖头之地。楚人亡弓,楚人得之,何忍迫之出外,而使一老二孤无所归乎!”^①

这类撇开法律而径直依据情理或其他非成文法渊源判决案件的情况不仅仅存在于有宋一代,实际上,它的历史至少可以追溯至汉代的春秋决狱,晚至清代仍然如此。不独如此,那些受到称道、传至后世以为楷模者往往正是这种参酌情理而非仅仅依据法律条文的司法判决。当然,我们并没有发现作出这类判决的法官被指控“出入人罪”。

至于为什么会出现这种律令与判决相脱节的情况,从我国的法律制度与法律思想史上可以找出以下几方面原因:首先,以儒家学说为主流的中国传统观念一直对法律在创造一个和谐社会方面的作用持怀疑有时甚至是否定的态度,它认为伦理、道德乃是国家治理中更为根本的因素。一个理想的社会应该是人人恪守纲常伦理,从而无诉讼、无法律的社会。秦王朝一味凭借严酷的法律统治(法家所谓“法治”)导致二世而亡的前车之鉴在此后的中国历史上留下了悠长的回声,两汉以降历代统治者均将礼教治国、德主刑辅奉为信条。曾任鲁国司寇并审理过讼案的孔子留下的一句话,“听讼,吾犹人也,必使其无讼乎,”成为指导后世法官司法活动的最高原则。一个优秀法官审理案件时所追求的目标并非严格地适用成文法,而是通过对子民的教导以达到防患于未然、从根本上消灭诉讼的目的。^②这就决定了中国古代司法判决的精神必然是贬抑法律及诉讼的地位与

① 《清明集》卷六。

② 这种司法原则渊源甚早。《王制》论听讼之法,曰:“凡听五刑之讼,必原父子之亲,立君臣之义以权之,意经轻重之序,慎测浅深之量以别之。悉其聪明致其忠爱以尽之。疑狱,汜与众共之。众疑,赦之。必察大小之比以成之。”这里并没有要求严格的依法审判。梁启超也曾很明白地指出:“第中国之律例,一成而不易,镂之金石,悬之国门,如斯而已。可行与否,非所问也;有司奉行与否,非所禁也。”(《论译书》)另外,中国古典社会这种司法而不甚严格依法的现象或许还出于某种特别的考虑,如法官凡审理案件均依法严格审理,无疑将提高法律在百姓心目中的地位,导致越来越多的人将各种各样的纠纷诉诸法律途径解决,从而危及礼治社会的根基。故法官通过不遵循法律办案而杜绝百姓崇尚法律观念之产生。此说未及深入研究,姑且提出,聊备一格。

作用,有些判决简直无异于道德宣言。

其次,中国传统法律具有浓重的理想化色彩,法律的某些内容与其说是现行法律,毋宁说是宣言或标榜,例如“八议”、“官当”这类规定,隋唐以后历朝法律均照录不误,其原因即在于它们源于《周礼》,是古代中国人理想社会里的制度,后人虽不能致,然而却心向往之。明李东阳所谓“令人善者,虽寝亦录”。王世杰氏称此为“中国历代法典中的奇特现象。他以“八议”为例,指出这一制度虽“自唐以降历朝刑法典固莫不予以保存,清代历届刑律亦莫不保有此制;实则《大清会典》早已声明八议之条不可为训,虽仍其文,实未尝行。而雍正六年且有明谕申述此意。此类情况并不限于清律。”^①对于法律中的这类规定,法官在司法中不予适用乃是必然的和必须的。

第三,中国古代法官特殊的训练方式以及行政与司法合一的体制不利于严格依律司法精神的形成。依照现代的标准,中国古代法官并非法律家(Lawyer),他们所接受训练的内容是儒家经典,并不将法律作为一种专门的学问进行学习与研究,甚至视法律之学为等而下之的东西。^②他们处理案件也只是其行使行政职能、治理所辖民众的手段而已。独立的法官阶层既不存在,州县官吏们便决不可能为维护法律的尊严进行有组织的奋斗。^③

第四,中国的一般民众对于成文法是否严格实施并不关心,他们宁愿过一种不受过多干扰的平静的生活,父子兄弟,邻里乡亲都各守

① 北京大学《社会科学季刊》第3卷第1号(1932)。

② 《魏书·王凯传》:“凯奏曰:‘……刑法者,国家之所贵重,而私议之所轻贱。狱吏者,百姓之所悬命,而选用之所卑下。王政之弊,未必不由此也。’”

③ 在英国,1066年诺曼征服以后,国王即向全国各地派出法官,审理案件,将国王的正义送到王国的各个角落。这些法官虽然也兼有行政职能,但司法却是其主要任务所在。12世纪起,独立的法官阶层逐渐出现,他们又发展出普通法体系,并为维护普通法的地位和尊严与王权、教权进行了长期的斗争。逐渐地,这样的原则在英国深入人心:“国王居于一切人之上,然而却受制于上帝与法律,因为是法律创造了国王。”马克斯·韦伯更将一个训练有素和独立的官僚阶层的出现视为社会的合理化与现代化的前提条件之一。参看 M. Weber, *Law in Economy and Society*, Harvard University Press, 1922, pp. 198 ~ 223.

本份,对于衙门更是敬而远之,因为一旦卷入诉讼,双方当事人都不可避免地要在经济上和名誉上蒙受损失。^①对于法律与诉讼避之惟恐不及,这种心理若演成国民的普通心态,便必然会对司法产生最有力的制约。司法而常规避法律,这种矛盾在中国传统文化的大背景之下也就顺理成章了。

二、申公豹式的价值取向

中国传统文化的发展存在着一个有趣的现象,即具有浓重的复古倾向。尽管有“周虽旧邦,其命维新”的口号,然而人们所念念不忘的理想时代不是未来,而是过去,在那已经消逝了的唐虞三代之盛世。大儒顾亭林读黄宗羲《明夷待访录》,对此书称颂不已,而他称赞的话却是“百王之敝,可以复起,而三代之盛,可以徐还也”。在这种心态之下,一般文人要“信而好古”,要“与古为徒”是十分自然的。古代中国人的所作所为似乎总是要恢复上古时的美好社会秩序,而规范现代行为与制度的准绳也都要从上古的道德遗训中寻找,即便是改革,也必须从古人那里寻求依据和支持,所谓“托古改制”。《封神演义》里的那个申公豹被南极仙翁将脑袋安反了方向,从此便以背为胸,以后为前,故前进即是倒退。我们姑且将传统中国人的这种普遍的传统导向心态名之为“申公豹式的价值取向”。^②这种价值

① 上文提及的那位法官胡颖在一篇判决书里把这个道理讲得很明白:“词讼之兴,初非美事,荒废本业,破坏家财,胥吏诛求,率徒斥辱,道途奔走,犴狱拘囚。与宗族诉,则伤宗族之恩;与乡党诉,则伤乡党之谊。幸而获胜,所损已多,不幸而输,虽悔何及。故必须果抱冤抑,或贫而为富所兼,或弱而为强所害,或愚而为智者所取,横逆之来,逼人已甚,不容不一鸣其不平,如此而后与之讼,则曲不在我矣。”(《清明集》卷四)我们注意到,古代中国司法虽然弊端丛生,然而很少有人从制度和技术层次上提出改进。

② 钱钟书先生对“前”、“后”、“往”、“来”每个互训的情形的解说,参看《管锥编》,中华书局1979年版,第54~56页。当然,我们应该将托古改制与单纯的复古区分开来。托古改制并非复古,托古是手段,改制是目的。从策略上讲,托古有助于减轻保派对改制的抵抗,但是它的负面作用却也常常妨碍了传统文化的真正更新。参看孙广德《晚清传统与西化的争论》(台湾商务印书馆1982年版)一书中的有关论述。托古改制作为中国改革家们的常用手段恰恰说明了中国人普遍的崇古心态对社会变革的严重制约。对中国文化有深刻观察的罗素曾指出西方人思变之切与中国人的耽于现状是英语世界与中国间最强

观念同样体现在古典的司法判决之中。法官们审理各类诉狱,俯仰之间多是违反纲常名教的行为,抚今思昔,愈发感叹世道坠落、人心不古,并时常深切地意识到自己任重而道远。在对一起主佃之间争夺墓地案的判决中,法官感叹:“甚矣!世降俗薄,名分倒置,礼义凌迟,徒以区区贫富为强弱也。”^①在判决一起子与继母争业诉讼时则说:“自柏舟之诗不作,寡妇始不能守义以安其室;自凯风之什既废,人子始不能尽孝以事其母”。^②为了扭转这种“世降俗薄”的状况,当然有必要引用先圣前贤的文章及事迹,既作为加强其判决合理性和合法性的依据,又使有关人员翻然悔悟,追慕先圣前贤德性,从而达到治本的功效。一十人教唆词讼,把持县官,胡颖先引孔子“不在其位,不谋其政”,继引曾子“君子思不出其位”,再引孟子救乡邻之斗则惑之义,从而证明被告人“出入公门,搂揽关节”不仅不义,反而有罪。^③同一法官在判决一起改嫁之妇谋占前夫财物的诉讼时引了汉代陈孝妇 16 而嫁,夫死后养姑 28 年不改嫁的故事对当事人进行教育。^④为后世所敬仰的民族英雄文天祥在一篇不足四百字的判决书中曾备引孔子、孟子、子贡以及《大学》的有关学说,引文所占比重之大令人注目。^⑤除此之外,我们在宋代的司法判决里还发现引用杜甫“安得广厦千万间”等诗句判决房产纠纷的例子。^⑥

但是,值得注意的是,我国古代法官的这种申公豹式的价值取向却没有导致英国司法中的那种遵循先例原则(Doctrine of Stare Decisis)的出现。我们知道,与西方其他国家相比,英国文化具有更浓重

烈的对照。见 B. Russell, *The Problem of China*, George Allen and University Ltd., 1922, p. 42. 严复也明白地表示“中西事理最不同而断乎不可合者,莫大于中之人好古而忽今,西之人力今以胜古”。见《原强》。

① 《清明集》卷九,甬阳所判。

② 同上,卷一〇,天水所判。

③ 同上,卷一二。

④ 同上,卷一〇。

⑤ 《文山先生全集》卷一二。

⑥ 《清明集》卷六,叶岩峰所判。

的守旧色彩。如英国学者塞西尔所言：“早在英国开始有历史的时候，天生的守旧思想就已普遍存在。……把政治结构的改变说成好像就是维护和恢复某种更古老和更纯粹的传统，这种做法在我国的全部历史上一直保持不变，……尽管它好像是一种幼稚而虚伪的借口，它却突出地说明了英国人的守旧情绪的力量，因此，向他们推荐新事物的最好办法是使他们相信这是恢复旧事物的活力。”^①这种与中国人不无相似之处的守旧情绪同样也表现在法律以及法官的司法判决之中。以往英国的法律家倾向于认为他们的法律（尤其是普通法）是一种共同观念和英国人民传统中的一个一成不变的东西。只要人的理性不变，法律也就不能够变化。法律的历史进步实质上成为永恒不变原则的缓慢展开和提炼。英国著名法官柯克告诫人们，任何对于普通法基本观念的改变都是错误的，“因为它已经由以前年代里智慧卓越的人们提炼和完善，并为以后的经验检验并证实是有益于也适合全体臣民的，因而若对之进行改变则必然是莽撞而危险的。”^②著有《论英格兰的法律与习惯》的另一位法官布莱克顿（死于1268年）在其书的序言里称他写作的宗旨在于禁止新一代法官在未被觉察的情况下背离其先辈他所确立的正确程序。^③

在法官的司法判决方面，守旧的精神表现在引用以前判决作为处理目前案件的依据。早在14世纪，一些法官便开始在判决中引用《年鉴》中所记载的以前法官所发表的言词和所设计的程序作为办案依据。后来，这种向早先的司法判决寻找法律依据的实践逐渐演为惯例，一代又一代普通法及衡平法的法官们不断地通过判决强化

① 休·塞西尔：《保守主义》，杜汝楫译，商务印书馆1986年版，第13页。

② J. B. Baker, *An Introduction to English Legal History*, Butterworths, 1979, p. 169.

③ *Ibid.*, p. 171. 19世纪法国学者托克维尔说：“英国法学家之所以尊重法律，并不是因为法律良好，而是因为法律古老；即使他们要对法律进行某些修改，使其适应社会的时势，他们也是万变不离其宗，对祖先留下的东西进行修修补补，只发展祖先的思想，只完善祖先的业绩。不要期待他们会以革新者的面貌出现，他们宁愿被人指为荒谬绝伦，也不愿承担冒犯老祖宗遗训的大罪。”见托氏著《论美国的民主》，董果良译，商务印书馆1988年版，上卷第308页。

其职业的传统思想模式的连续性和一致性。当然,这里也隐藏着一个矛盾,尽管法官们总是标榜他们的职责只在于发现和适用由前人所确立的法律,但是英国法律发展的主要动力却一直一直是那些法官们,而他们制定和发展法律的途径便是通过司法判决进行制度创新。这种以保守的方法求进步,“变而不觉其变”的发展模式正是英国法律最引人注目的特色之一。但是,降至 19 世纪后半叶,英国法的遵循先例原则逐渐走向僵化,标志便是司法先例具有强制性拘束力 (binding force of Precedent) 实践的开始。依照这样的原则,一个法官在判决与以前本院或上级法院所判类似案件时,即使他确信以前判决明显错误,也不能背离其所确立的法律原则。这种不能越先例一步的司法原则曾受到本世纪以来许多英国学者的批评。著名学者古德哈特就指责遵循先例原则既无实践性,也无灵活性,是以无知统治有知,死人统治活人。^① 到了这样的地步,如果说从前英国的法官还能像古罗马神话里的两面神 (God Janus) 那样一边面向历史,一边面向未来的话,那么 19 世纪末以来的英国法官却当真变成了眼睛只盯着过去的申公豹了。^②

反观中国古代法官,尽管他们在判决中也引用以前的事例,但是这些事例大多并非司法先例,而且法官本身也无须严格地遵循它们。这些事例有如文章的用典,只加强司法判决的说服力与权威性。明清两代为弥补法典的不足,也曾将一些经过御批的司法判例予以颁布,作为法官处理同类案件的依据,甚至规定“例”有高于“律”的效力。^③ 然而,“例”却只是中国法律渊源上起补充作用的“副部主

^① Cf. A. L. Goodhart, *Precedent in English and Continental Law*, Stevens and Sons, Ltd., 1934, p. 22.

^② 判例法的这种僵化倾向近来已有松动的趋势,例如上议院于 1966 年以实践声明形式宣布如果拘泥司法先例可能带来明显不公正的话,则可以背弃之。见 Practice Note [1966] 3 All ER 77。

^③ 关于明清判例的情况可参见张晋藩《中国法律史论》,法律出版社 1982 年版,第 83 页及以下。

题”，且只是在传统社会的后期出现，由于它特殊的制作和生效方式，决定了它绝非如英国所有的那种判例法，而更类似于古罗马皇帝就具体案件所发布的指令（*decreta*）^①。它只是皇帝行使其最高立法权的一种方式而已。皇帝可以颁布一部法典，也可以授予某些判例以强制性拘束力；同样，他也完全不必考虑到判例所确立的法律原则的前后一致性，朝例夕改，全凭其个人意志，与英国的判例法当然是大异其趣的。

那么，为什么中国古代未能产生类似于英国的遵循先例原则呢？这其中的原因很多，举其要者，首先，中国自战国时期起便开始了悠久的法典编纂历史，制定法始终被作为基本的法律渊源，从来没有产生过英国诺曼征服以后由于没有成文法典而倡导法官通过司法判决确立法律原则的那种需要。其次，判例法的产生有赖于准确而及时的判例汇编（*Law Report*）的出现，舍此，法官便无例可援，遵循先例原则也就无从谈起。但是中国古代从来就没有出现过这类汇编。第三，中国古代司法判决的结构与风格也阻碍了遵循先例原则的出现。在结构上，英国司法判决包含三个有机的组成部分，即：（1）对案件事实直接的或依据推理所进行的裁判；（2）对与案件事实相关的法律问题及原则的陈述；（3）基于上述两项而作出的判决。在这三个成分中，第二项被称为判决理由（*ratio decidendi*）。对后来的法官具有强制拘束力的并非判决书里的全部内容，而只是判决理由。^②而中国古代司法判决却没有有意识地进行这样的结构设计，法官通常在伦理方面对当事人进行一番说教或指责，然后引用或不引用法律

① 古罗马皇帝的司法性命令分为指令（*decreta*）和复文（*rescripta*）两种，它们在特定案件中对法官具有强制性拘束力，并在一段时间里成为对后来法官亦有拘束力的司法先例。但是图拉真（A. D. 98 ~ 117）以后这类命令的地位渐趋衰落，查士丁尼则明令禁止引用以前的指令与复文判案。参看 W. W. Buckland and A. D. McNair, *Roman Law and Common Law: A Comparison in Outline*, Cambridge 1936, Chap. 1; J. C. Gray, *The Nature and Sources of the Law*, The Macmillan Company, 1924, pp. 201 ~ 204.

② Cf. C. K. Allen, *Law in the Making*, 2nd. ed., Clarendon Press, Oxford 1930, p. 155; R. J. Walker, *The English Legal System*, 4th ed., Butterworths, 1980, pp. 131 ~ 132.

条文,对纠纷作出判决。他并不企图在判决中确立可以为后来的法官引用的法律原则。最后,法官的职业思维模式也决定了中国不可能产生遵循先例原则。早期的英国法官为了确立判决案件的法律依据,不得不对大量司法判决加以归纳和研究,因此,惯于进行类比推理(reasoning by analogy),从而使相似的案件获得相似的解决,不同的案件获得不同的解决。^①这种思维模式和推理方式以及由此发展出的辨析技术由于英国培养法律家的特殊方式而得到强化并延续至今。然而中国法官在司法过程中所使用的推理模式却是演绎的,即从一种大的伦理和法律原则出发,将其作为尺度衡量他所面对的案件事实,从而得出最终判决。他不必研究以前的判决,也不需要辨别手边案件与前人所判案件之间的异同。这种思维模式之下,当然不可能产生出建立在类比和归纳推理之上的判例法以及遵循先例原则了。

三、父母官的角色意识

“父母官”是旧时对州县官的称谓。据清代著名学者钱大昕的考证,“父母官之称,宋初已有之矣。”^②到了明朝,这种称谓已相当流行。实际上,称谓何时出现无关紧要,重要的是这种称谓的文化意蕴及其与中国传统政治哲学的深切的关系。儒家观念里的国家只是放大的家庭,在家庭里所倡导的父慈子孝、兄友弟恭等礼教很自然地延伸到国家中的君臣、官民关系里,所谓“君子事亲孝,故忠可以移于君。事兄弟,故顺可移于长;居家理,故治可移于国。”^③皇帝是子民万众的最高家长,作为朝廷命官的州县官员则是他在地方上的代理人,这样的代理人成为庶民百姓的父母官是这种政治哲学的题中应有之义。

如前所述,古代的州县官员集行政与司法两种职能于一身,父母官的角色意识在这两方面都有充分的体现,但大体言之,行政职能的

① Cf. Dias, *Jurisprudence*, 4th ed., Butterworths, 1976, p. 171; R. Cross, *Precedent in English Law*, 3rd ed., Clarendon Press, Oxford, 1977, pp. 24 ~ 26.

② 《十驾斋养新录》卷一六。

③ 《孝经·广扬名》。

行使多是从积极的方面去体现,而司法职能则偏重于在消极的方面去体现。通过观察我国古代的司法判决以及司法程序的其他方面,可以发现父母官的角色意识大致体现在如下几个方面。

一是州县官员们与诉讼当事人属于极不平等的地位上。州县官员虽然是地方官,却由中央任命,属于统治阶级,在传统社会中,他们在知识上和身份上属于优越的地位,并且由于在儒学方面的修养,在道德方面亦自命不凡。尽管“布衣可以为卿相”,然而这种社会阶层的可转换性似乎并非削弱反而是加剧了一般百姓的低贱感。在诉讼过程中,当事人自称“小民”、“小的”,甚至自贬为动物之属——“蚁”,而高高在上坐堂问案的州县官们则被唤做“老爷”。小民们的最高希望便是求青天大老爷做主,明断是非,昭雪冤屈。司法判决书里也常称那些当事人为“蕞尔小人”。体现不平等的不只是称谓,更重要的是精神。我们阅读古代批判文书,字里行间无不深深地感到这种当事人与法官之间一方噤若寒蝉,一方威如雄狮的强烈对比。再者流传下来的大多是名公判牍,所反映的基本上是清官廉吏的判案过程,而一班贪官污吏泛滥追呼、招引告讦、巧取豪夺、惨酷用刑、视小民性命如草芥、玩国法公理如儿戏的种种行径,则只有在一些非法律作品如小说、野史、笔记中才有较多的反映。^① 我们的观念中从来没有产生过英国那种以平等的人来充任司法官的思想,英国历史上屡屡出现的那种民众与握有司法权的贵族联合起来以法律手段与王权作斗争的情况也不可能出现,^②更不用说英国式的通过陪审制

① 我们在毛泽东的《湖南农民运动考察报告》中还见得到对本世纪20年代湖南地方黑暗的司法状况的描述:“湖南的司法制度,还是知县兼理司法,承审员助知事审案。知事及其佐僚要发财,全靠经手钱粮摊派、办兵役和在民刑事诉讼上颠倒敲诈这几件事,尤以后一件为经常可靠的财源。”见《毛泽东选集》第1卷第32页。严复认为司法的黑暗与不平等有直接的因果关系:“以贵治贱,故仁可以为民父母,而暴亦可为豺狼。”见《法意》卷一,案语。

② 英国《大宪章》(1215年)第21条及第39条便是这种斗争成果的体现。西方文化中的人人平等信条有基督教方面的原因。伯尔曼曾分析由于原罪观念的影响导致犯罪人与法官之间以及与其他人之间在道德上的平等。参看 Harold J. Berman *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, 1983, 第183~184页。

度而由目不识丁的平民直接参与司法活动的实践了。

司法判决中所反映的父母官的角色意识在第二方面表现为浓重的说教色彩。这是法官与诉讼当事人之间不平等关系的直接延伸,是父母官们道德优越感的必然体现。这种说教乃是州牧县令们“寓教于治”的政治信条的组成部分,它的全部宗旨只在于使小民们更守本分,更为驯服,而决不会去启发民众的权利意识。宋代曾任湖南安抚使的真德秀在一篇给其同僚及下属的咨文中说:“继今邑民以事至官者,愿不惮其烦而諄晓之,感之以至诚,持之以持久,必有油然而兴起者。……至于听讼之际,尤当以正名分、厚风俗为主。昔密学陈公襄为仙居宰,教民以父义母慈,兄友弟恭,而人化服焉。古今之民同一天性,岂有可行于昔,而不可行于今?惟毋以薄待其民,民亦不忍以薄自待矣。”^①这里把教化的目的说得很清楚,那就是“正名分、厚风俗”。至于怎样的说教才能达到这一目的,我们不妨举出一则司法判决作为例子。这是一起离婚诉讼,原告人以其夫患有“蔡人之疾”以及其舅有“新台之丑”^②为由要求法庭准予离婚,法官判决道:

阿张为朱四之妻,凡八年矣。适人之道,一与之醮,终身不改,况历年如此其久者乎!纵使其夫有恶疾如蔡人,阿张当亦如宋女曰:夫之不幸乃妾之不幸,奈何去。今朱四目能视,耳能听,口能言,手能运,足能行,初未尝有蔡人之疾也,阿张无故而谓之痴愚,欲相背弃,已失夫妇之义;又且以新台之丑上诬其舅,何其悖之甚也。在礼,子甚宜其妻,父母不悦,则出之。阿张既讼其夫,则不宜于夫矣,又讼其舅,则不悦于舅矣。事至于此,岂容强合。杖六十,听离,余人放。^③

① 《清明集》卷一。

② “蔡人之疾”未详所据何典,“新台之丑”出自《诗·邶风》,卫宣公为其子伋娶于齐国,未成婚闻女美而欲自娶,遂于黄河边建新台,在齐女初入卫境时将其截留。

③ 《清明集》卷一〇。说教一通,打几十大板之后尚准离婚,比起西欧中世纪教会法一概不准离婚的原则来,还有一些灵活性。

这样的说教已经很有些宋朝普遍流行的“性理”或“道学”的特色了。诸如此类夹杂在判决书里的道德说教短则数十言,长则数百言,在古典司法判决里经常见得到,成为其突出的特点。其中也有一些推己及人,循循善诱,动之以情,晓之以理,令闻者不能不为之动容者。这类说教与中国传统文化里的说服主义很有关系,不过我们却不要以为它是我国所独有的特色。英国中古乃至现代的司法判决里道德说教也不少见。“甚至在今天,英美法官尤其是较低审级法院的法官,很容易让人想象为给遇到麻烦的不和当事人以帮助的父亲或邻居。充斥于法庭的那种显示教育性或道德性的说教,至少间接地告诫了全部参加人在这样一场戏中各司其职。他能够借助于比其大陆法系同行所拥有者远为有效的居高临下的权力,强化人们对其本人以及他的各项裁断的尊敬,而这与法官所扮演的父亲的角色(依情况或严厉或仁慈)是颇为一致的。”^①但是,同样是道德说教,中国与英国之间却是貌合而神离;道德教条的内容不同,其说教的目的与效果必然是大相径庭的。所以中国也好,英国也好,其司法判决中的道德说教都不过是其各自文化道德观念在司法领域的反映而已。

当说教之法失去效用,中国的州县官们便往往走向极端,父母官角色意识的第三种表现形态是对某些当事人人格的诋毁和斥责。尽管道德说教的前提正在于对于人性可以通过修养与教化而使之完善的假设,然而对于那些积奸稔恶、唯利是图的小人来说,正面的诱导已无济于事,道德上的说服主义反而创造出为数众多的道德上不可救药的败类。在法官的判决中对这类“小人”人格的痛斥可谓不遗余力。在一起主佃争地的纠纷中,法官指责一方当事人“不念旧恩,嚣然吠主,得陇望蜀,敢覬并吞”。另一份判决书则痛骂当事人“背本忘义,曾禽兽之不若”,还有斥责某当事人“城狐社鼠,昼

① 埃尔曼:《比较法律文化》,贺卫方、高鸿钧译,三联书店1990年版,第172~173页。

伏夜动”，^①凡此种种，不胜枚举。传统的刑罚也正是为了惩治这类无视礼教，犯奸作恶的小人的工具。不过即便是刑罚，也并非只是对违法行为的报应，它也是教民的一种手段，是在言词说教没有效果时的一种体罚说教。古人谓：“道之以德义而民弗从，则必律之以法，法复违焉，而刑辟之施，诚有不得已者。”^②这正是明刑弼教、刑期去刑的含义所在。另外，古代刑法采用的诛心之说以及对于没有犯罪故意的行为不予惩罚也从另一侧面证明了刑罚作为道德说教手段的观点，^③

四、司法判决与逻辑

逻辑学与法学是关系极为密切的学科。由于经常要解决互相对立的诉讼要求，要对案件事实予以揭示和证明，要辨别是非曲直，因此司法过程往往便是一个自觉或不自觉地运用逻辑进行推理和判断的过程。^④西方逻辑史学家黑尔蒙曾指出，三段论的逻辑形式早在古埃及和美索布达米亚的司法判决中就已经有所运用了。而在立法文献中，古巴比伦的《汉谟拉比法典》也是用逻辑的对立命题与省略体三段论的论断方式宣示法律规则的。^⑤在西方，古希腊哲学家亚里士多德等所发展出的一整套严密的逻辑学体系对于罗马法的发展曾产生了深远的影响，加上罗马的法学家们对于各种法律、法律关系的热心探讨和细致阐述，终于使罗马法得以摆脱其他古代法律体系不合理性、不合逻辑的轨道，成为一个博大精深、结构严密的体系。这种讲求逻辑严密的传统对后世西方的立法与司法影响至大。在处理具体案件时，法官要以法律中的相

① 以上引文分别见《清明集》卷九、十二。

② 转引自陈顾远《中国文化与中国法系》，三民书局第3版，第59页。

③ Cf. Hyung I. Kim, *Fundamental Legal Concepts of China and the West*, Kennikat Press, 1981, Chap. 5.

④ Cf. J. H. Farrar and A. M. Dugdale, *Introduction to Legal Method*, 2nd ed., Sweet & Maxwell, 1984, pp. 74ff.

⑤ 参看汪奠基《关于中国逻辑史的对象和范围问题》中所引用 Waddington 和 Reymond 等人的观点，该文载《中国逻辑思想论文选》，三联书店 1981 年版，第 5～22 页。

关系文作为三段论的大前提,将案件事实作为小前提,从而推导出一个司法结论。在英国的司法实践中,由于实行的是判例法,因而还要在这个演绎推理之前先进行一番归纳推理,即先要搜集上级法院或本院从前的有关判决,从这些司法先例中归纳出一个一般原则(a general proposition),再以演绎之法将此一般原则应用于具体案件之中。^①

另外,法律与逻辑之间关系上还有一个值得注意的特点,如同西方的逻辑学很早就走上了科学主义的道路,演化为纯粹逻辑学一样,西方法律上的逻辑推理也可以全凭法律与案件事实之间的逻辑关系,而不受非法律和非逻辑因素的干扰。这方面的一个恰当的例子是莎士比亚剧作《威尼斯商人》里的那起法律纠纷的处理。安东尼奥与犹太人夏洛克签订了一项借贷契约,依此约,如安东尼奥到期不能偿还三千元借款,便要付出在其身上由夏洛克割下一磅肉的代价。对于中国人来说,这是一个难以想象的残忍契约,但是最终却到了必须履行的地步:安东尼奥因破产而未能按期还债,夏洛克要求依照契约(契约即法律)判决。当人们要求他以慈悲之心,放弃这样的处罚要求时,他对公爵说:

我向他要求这一磅肉,是我出了很大的代价买来的;它是属于我的,我一定要把它拿到手里。您要是拒绝了我,那么你们的法律去见鬼吧!威尼斯的法令等于一纸空文。^②

化装成律师的鲍西娅在法庭上明确地承认依据威尼斯法律,夏洛克的诉讼请求是可以成立的。正当夏洛克惊喜交加,摩拳擦掌,准备从安东尼奥胸口割下一磅肉的时候,逻辑的光芒出现了——

鲍西娅:且慢,还有别的话哩。这约上没有允许你取他的一滴血,只是写明“一磅肉”;所以你可以照约拿一磅

① 英国当代著名法官 Lord Diplock 在对 *Dorset Yacht Co. v. The Home Office* 一案的判决中对于这种司法推理过程作了很好的叙述,见[1970] A. C. 1004。

② 第四幕。据朱生豪译文,人民文学出版社1987年版。下同。

肉去。可是在割肉的时候,要是流下一滴基督徒的血,你的土地财产,按照威尼斯的法律,就要全部充公。……所以你准备动手割肉吧,不准流一滴血,也不准割得超过或是不足一磅的重量;要是你割下来的肉比一磅略微轻一点或是重一点,即使相差只有一丝一毫,或者仅仅一根汗毛之微,就要把你抵命,你的财产全部充公。

该案的结局已是众所周知的。战胜夏洛克残忍要求的并非道德与情理,而是逻辑。这个例子虽然出自文学作品,但却非常忠实地体现了西方式法治的精神。

回过头来,我们检讨一下中国逻辑学的发展道路。早在春秋战国时期,便有一些类似古希腊智者(Sophists)的人物出现,例如邓析、墨子、公孙龙、惠施等,他们发展的名学达到了很高的成就。但是,这种具有相当科学精神的学说却受到了来自儒道两派的双重攻击。荀子指责邓析“不恤是非,设无穷之辞”;又声称对于辩者所提出的“坚白”、“同异”之分隔等思想“不知无害为君子,知之无损为小人,工匠不知,无害为巧,君子不知,无害为治,王公好之,则乱法,百姓好之,则乱事”。^①《吕氏春秋》说邓析“以非为是,以是为非,是非无度,而可与不可日变,所欲胜固胜,所欲罪固罪。”^②邓析终于死于非命。庄子则批评道:“……恒因、公孙龙辩者之徒,饰人之心,易人之意,能胜人口,不能服人心,辩者之囿也。”^③依庄子看来,真知是超越一切逻辑差别之上的,并且所谓的种种差异也是不真实的和虚幻的。“自其异者视之,肝胆楚越也。自其同者视之,万物皆一也。”^④包含

① 《荀子·儒效》。

② 《吕氏春秋·审应览》,据该书,这位好辩的“律师”被杀后,“民心乃服,是非乃定,法律乃行”,即是说,讲究逻辑的人是实施中国古代法律的拦路虎,必将其除之而后“法律乃行”。

③ 《庄子·天下篇》。

④ 《庄子·德充符》,并参看胡适《先秦名学史》,学林出版社1983年版,第122页以下。

了一定科学精神的名学终于被扼杀了,逻辑学只是萌了个芽,没能开花结果。^①

我们看到,古代中国法官在判案过程中也继承了儒家的天理人情高于逻辑差异的传统,从不“专决于名而失人情”,明白地主张“官司不当以法废恩”。我们仍以上文所述吴革判阿章诉徐十二房屋纠纷案为例。既然已经确认阿章祖孙依据法律不能从事房产买卖,那么符合逻辑的裁定(依矛盾律)便是买卖合同无效,但却又称“阿章一贫彻骨,他无产业,夫男俱亡,两孙年幼,有可鬻以糊其口者,急于求售,要亦出于不得已也”,从而承认了非法交易的效力;既然指出该房屋依据法律已在不可赎之域,却又以原被告间的叔嫂关系为由,劝被告“念其嫂当来不得已而出卖之意,复幸其孙可自植立,可复旧物,以为盖头之地”云云,通篇充满了逻辑矛盾。但是,如果我们将这种矛盾放到儒家伦理的大背景之下,便会发现只有这样的矛盾才能达到伦理层面上更高的和谐。伦理上的和谐要以司法中的反逻辑为代价正反映了我国传统司法制度的一个重大弊病所在,它使得司法乃至整个法律制度总是处在一个维护礼治秩序工具的从属地位。在这样的结构之下,法律以及司法的独立地位、合理的司法官僚阶层的产生,制度与技术上的渐次完善以及整个法律体系创造性变革等等的可能性都不会出现了。同时,要指望这样的司法切实地

① 唐德刚氏将东西方逻辑发展差异归因于双方对“法”的观念的不同滋长,他有一段生动的论述,兹引于此:“‘法律’是最讲逻辑的,因而个个律师都是逻辑专家;而律师在西方社会中的地位——从古希腊罗马到今日英美法系——那还了得!可是我们传统中国人(古印度人也是一样)最瞧不起所谓‘写蓝格子的’‘绍兴师爷’和‘狗头讼师’。我们‘仲尼之徒’一向是注重‘为政以德’的。毫无法理常识的‘青天大老爷’动不动就来他个‘五经断狱’。断得好的,则天理、国法、人情、良心俱在其中;断得不好的,则来他个‘和尚打伞’,无法(发)无天,满口革命大道理,事实上则连起码的逻辑也没有了。西方就适得其反了。西方的律师,诉讼起来,管他娘天理、人情、良心,只要逻辑不差,在国法上自有‘胜诉’。因而他们的逻辑也就愈发展愈细密了。”见唐氏编译《胡适的自传》第五章注二十一。

保障人权也是不可能的。^①

除了儒家的纲常伦理外,传统司法判决的逻辑性又受到另一个因素的伤害,那就是表达判决的语言载体——文言文。汉语是世界上历史最悠久也是最优美的语言之一。与其他语言(如西方诸语言)相比较,它特别长于表达细致的情感和丰富的意象。“中文也特别适合用来激发情感或情绪,无论动之以义愤,动之以怜悯,或动之以仇恨,以中文为文都是很有效的。但如果希望用中文表达比较曲折、精密、处处要加以限定的(qualified)论式,这种工作虽然并不是不可能,但作文的人可就苦字临头了。”^②由于法律以及司法文书要规定和阐述严格的法律概念和法律关系,严密的逻辑性就成为其本质属性和天然倾向。司法判决正是“比较曲折、精密、处处要加以限定的论式”,而古代中国法官却使用与口头语言相距甚远的文言文来制作判决,^③又常炫耀法官本人的文采,讲用典,讲对仗,讲节奏,甚至以骈文行之,美则美矣,然而离逻辑的要求却是愈来愈远了。因此,正如中国的诗化语言曾经阻碍了科学技术的发展一样,它也是中国古代法律学进步的一块绊脚石。鉴于司法判决的语言风格还涉及其他一些问题,所以有必要进行专门探讨。

五、司法判决的语言特色

中国古代的司法判决在民间流传者极少,所常见的,却是文学作品中的一篇,那就是《今古奇观》里乔太守制作的那篇乱点鸳鸯谱的判词。它通篇以骈俪行文,诸如“移干柴近烈火,无怪其燃;以美玉配明珠,适获其偶”,诸如“人虽兑换,十六两原只一斤,亲是交门,五

① 中国古代最著名的优秀法官之一海瑞的一段话充分证明了这一点,他说:“凡讼之可疑者,与其屈兄,宁屈其弟;与其屈叔伯,宁屈其侄;与其屈贫民,宁屈富民;与其屈愚直,宁屈刁顽。事在争产业,与其屈小民,宁屈乡宦,以救弊也。事在争言貌,与其屈乡宦,宁屈小民,以存体也。”(《海瑞集》第117页)。官司所涉非财产权利即人身权利,以这种标准决定“屈”与“不屈”,则所谓人权的保护是根本谈不上的。

② 林毓生:《中国传统的创造性转化》,三联书店1988年版,自序。

③ 在《清明集》里我们意外地发现了一篇以接近白话的极浅近文言制作的判决,见卷一〇胡颖判“乡邻之争功以和睦”。

百年决非错配”，凡此种种，左旋右抽，文采飞扬，以古典文章的标准衡量，可以说是大手笔的作品。也许有人会以为这种风格的判决只是小说家的向壁虚构，其实不然。我们在宋代的司法判决里，发现这样的对偶名式俯拾皆是，例如吴革判叔侄争业一案，判决书劈头便是一串对仗句式：

盛荣与盛友能为从叔侄，富贵盖有不同，衅隙已非一日，友能必饶于财，素无周给之恩；盛荣乃饶于舌，遂兴连年之讼。^①

另一位著名法官兼诗人刘克庄^②在其司法判决里偶尔也显示一下他的诗才，嵌进了诸如这样的句子：“恤孤之谊无闻，谋产之念太切”，“纳采于已呈身之后，交爵于未合卺之前”，“伤朝廷之仁厚，断国家之命脉”，如此等等。有时同一联句在不同案件的判决书里几次使用，颇让人怀疑是不是也如他作诗一般，事先已备好了对偶，案件一到手就马上拼凑成篇。

骈俪体判词不独存在于宋朝，我们在清代判决中甚至发现一篇与乔太守风格极类似的判决，即于成龙（1617～1684）所作“婚姻不遂之妙判”，因明清判词多以散体行文，通篇皆用骈体者极为少见，故备引于此：

关雎咏好逑之什，周礼重嫁娶之仪。男欢女悦，原属恒情；夫唱妇随，堪称良偶。钱万青誉擅雕龙，才雄倚马；冯婉姑吟工柳絮，夙号鍼神。初则情传素简，频来问字之书；继则梦隐巫山，竟作偷香之客。以西席之嘉宾，作东床之快

① 《清明集》卷六。

② 了解中国文学史的人都知道这位自号后村居士的江湖派诗人。钱钟书先生指出他“在晚唐体那种轻快的诗里大掉书袋，填嵌典故成语，组织为小巧的对偶。……事先把搜集的典故成语分门别类作好了些对偶，题目一到手就马上拼凑成篇。‘诗因料少不成联’，因此为了对联，非备料不可。这可以解释为什么他的作品给人的印象是滑溜得有些机械，现成得似乎是店底的宿货。”见《宋诗选注》，人民文学出版社1958年版，第278～279页。

婿。方谓青天不老，琴瑟欢谐，谁知孽海无边，风波忽起。彼吕豹变者，本刁顽无耻，好色登徒；恃财势之通神，乃因缘而作合。婢女无知，中其狡计；冯父昏聩，竟听谗言。遂使彩凤而随鸦，乃使张冠而李戴。婉姑守贞不二，至死靡他。挥颈血以溅凶徒，志岂可夺；排众难而诉令长，智有难得。仍宜复尔前盟，偿尔素愿。明年三五，堪称夙世之欢；花烛一双，永缔百年之好。冯汝棠者，贪富嫌贫，弃良即丑；利欲熏其良知，女儿竟为奇货。须知令甲无私，本宜惩究；姑念缙绅泣请，暂免杖笞。吕豹变刁滑纨绔，市井淫徒，破人骨肉，败人伉俪，其情可诛，其罪难赦，应予杖责，儆彼冥顽。此判。^①

辞章华丽、对仗工稳，读起来也琅琅上口，铿锵之至，这篇判决真当得上妙判之评。但是在如此注重句式、对仗、用典乃至字句的音韵、色彩、节奏的前提下，作为一篇司法判决，法官还有多少余地在其中进行法律概念和规则的阐述呢？再者，使用这种语言所制作的司法判决又怎样促使那些文化水平低下的民众通过司法了解法律呢？可以想见，当审判完结，胥吏在法庭上摇头晃脑地宣读这篇不足400字却用了十余个典故的司法判决时，那些旁听的百姓以及诉讼当事人中有几人能理解其中所阐述的道理？而连判决都听不懂的民众又如何能够参与到这样的司法戏剧的表演之中，并扮演一个积极的角色？本来就已经“为私议所轻贱”，再加上百姓的漠不关心，这样的司法在调整社会关系、促进社会进步方面还能起到多大的作用？传统语言对于法律思维的束缚固然妨碍了法学的发展，但是它的影响所及已远远超过了司法和法律领域。通过观察和研究古代的司法判决，这一点已经是十分清楚了。

本世纪初开始的白话文运动逐渐解除了法律发展上的语言学禁锢，1952年全国性的司法改革运动以后，我国各级法院的司法判决

① 《清朝名吏判牍选》。

书已全部使用语体文了。但是,革故鼎新的进程并非无可指摘,摆脱了文言文束缚的司法判决却也失去了对个性与文采的追求,也很少有以细密严格的语言对案件所涉及的法律概念和法律关系加以阐述的判决出现。随着时间的推移,又形成了一些适用于不同类型案件的不同判决的套语,于是司法判决变得愈发单调和枯燥了。这种状况不利于通过司法推进法律进步,也不利于扩大司法以及法律在民众中的影响。^①自然,造成这种状况的主要原因并不在于司法官员在语言方面的修养;判决书的风格与整个司法体系的结构关系甚大,甚至与不同社会人们对于法律概念的理解有一定的关联。我们如将英美法系与大陆法系的司法判决及其风格成因加以比较便不难发现其中的因素关系。^②

以上对中国古代司法判决的风格与精神提出了一些看法。因为涉及的问题较为广泛,企图对每个问题都进行深入的阐述,其内容远非一篇文章的篇幅所能容纳。再者,作者自知学力有限,对有些问题还难以进行充分的研究,某些观点自己也感到根据还不是很牢实。好在学术研究不同于法官办案,不要求在规定的时限内就是非曲直作出确定的判决。不同的人、不同的角度和不同的方法所进行的研究都可以得出相同或不同的见解。总之,如果通过本文的讨论能引起学界同仁对于以往被忽视的古代司法判决的重视和更深入的研究,从而揭示中国传统法律在实施方面的真实状况,并从这里发掘出某些有助于我们建筑中国现代化法制大厦的砖石瓦块,那便是本文作者的最高期望所在了。

① 关于司法语言对于公众的传播和影响,托克维尔曾对美国的情况作了这样的描述:“司法的语言差不多成了普通语言;法学家精神本来产生于学校和法院,但已逐渐走出学校和法院的大墙,扩展到整个社会,深入到最低阶层,使全体人民都沾染上了司法官的部分习性与爱好。”见托氏前揭书,第310页。

② 有兴趣的读者可以参看埃尔曼,前揭书第六章对司法判决的制作与风格的比较研究。

天主教的婚姻制度和 教会法对世俗法的影响*

天主教教会法是研究基督教史和西方法制史的重要课题。本文第一部分探讨了古代、中世纪教会所确立的婚姻制度的基本原则、演变发展以及历史作用和1917年《天主教会法典》规定的婚姻制度。第二部分概要地阐述了基督教和教会法对西方世俗法律中宪法、国际法、诉讼法、民法、刑法等方面的影响。

在漫长的历史发展过程中,天主教会及其教廷创制和发展了自己独特的法律制度,即教会法(Canon Law,亦称寺院法)。对教会法的研究至少有两方面意义。一方面,从宗教史上说,教会法对宗教教义的确定、统一和传播,对于教会力量的壮大都曾起过不可低估的作用。因此,研究天主教及其教会的历史,教会法应该是一项重要内容。另一方面,教会法又是西方法律史学的重要课题,这不仅因为在中世纪西欧教会法曾有过显赫地位并起过重大作用,也因为它对后世法律产生过巨大影响。可以说,不了解教会法,就不可能很好的了解今天西方世界的婚姻家庭法、土地使用法、诉讼程序法、刑法以及国际法。

滥觞于公元4世纪罗马帝国的教会法在中世纪西欧曾将它的管

* 本文系作者在硕士学位论文(中国政法大学,1985)的一部分,原文刊登于《世界宗教研究》1986年第1期。感谢我的导师潘华仿教授的精心指导。收入本书时我作了个别文字的订正,我的学生汪庆华君做了辛苦的录入劳动并改正了其中的一些错误。没有杨玉圣教授的督促,我很难想到再发表这篇少作,也向他致谢。

辖权扩展到每个基督教徒,涉及范围极其广泛,但其中最完备、最典型也是对后世影响最大的则是它的婚姻制度。本文分两个部分,第一部分,从历史发展的角度,专门讨论天主教会所制定的婚姻制度;第二部分,概要地讨论教会法对世俗各部门法的影响。

一、天主教的婚姻制度

在人类社会早期,人们对于男女结合能够繁衍后代这件事有一种神秘的感觉,常常把它和宗教联系在一起。家族制度形成后,婚姻成为继血统、承祭祀的工具。罗马早期法学家莫特斯丁称“婚姻是一夫一妻的终身结合,神事和人事的共同关系”。^① 这差不多是用拉丁文译出了我国最早给婚姻下的定义:“婚姻者合二性之好,上以事宗庙,下以继后世”。^② 日耳曼习惯法认为,婚姻的目的不是个人情感的满足,而是合法继承人的再生产。一个没有子嗣的婚姻不仅是不幸的,而且其本身就是解除的一个合法理由。^③

罗马时代的婚姻状况强烈影响了基督教的婚姻观念和制度。罗马的婚姻制度曾经历一个曲折的发展过程。最初的婚姻是宗教性的和家族主义的。到了《十二表法》颁布时(公元前449年),罗马人的婚姻可以仅仅通过结婚双方的同意,而无需任何形式和仪式;丈夫对妻子的权力还比较有限。但是从当时的习惯看,举行仪式还是比较普遍的事情。^④ 在后来的有夫权婚姻之下,妻子被完全置于丈夫管理之下,妻子结婚时所带来的财产,以及此后她通过劳动或赠予获得的财产都为丈夫所有,甚至丈夫可以将妻子出卖,虽然这种出卖并不取消他们之间的婚姻关系。

从儒略·恺撒时代起,没有夫权的婚姻开始盛行,到了塔西佗时

① 转引自周树等:《罗马法》,群众出版社1983年版,第98页。

② 《礼记·昏义》。

③ See P. Vingeradoff, *Customary Law*, in Crump & Jacob ed., *The Legacy of Middle Ages*, Oxford University Press, 1962.

④ J. Bryce, *Studies in History and Jurisprudence*, 牛津大学出版社美国分社1901年版,第786页

代,罗马妻子变完全独立于其丈夫了,逐渐发展到婚姻关系完全依赖嫁娶人的自由意志,任何一方要退出这种关系都是允许的。在婚姻关系中,双方享有完全的行动自由,并享有对各自财产的绝对处分权。^①这个时期,婚姻被认为是完全私人的事情,国家不予干预。这样做的结果,导致了共和末期婚姻关系的极度松弛和婚姻道德的极度败坏。在这个时期的罗马人看来,婚姻契约比商业契约更少拘束力。在商业契约中,当事人双方都有权要求对方履行其承诺或者为其过错而付出赔偿,而婚姻关系没有这样的契约内容。商业契约只有通过当事人的合意才能解除,而婚姻关系一方当事人的意志就可以解除。帝国初期的一些皇帝,如奥古斯都,试图通过立法来阻止随意离婚、独身和不要子女等现象的蔓延,但收效甚微,这时出现的基督教便成了挽救婚姻道德的最强大的力量。

早期基督教婚姻观的核心是婚姻的神圣性和不可离异性。教会是反感肉欲的,它把性视为在造人过程中撒旦对人进行控制的主要工具。但性欲的存在和绝大多数人——如果不是所有人的话——都要寻求性的满足走向男女结合,却是既成的、不可改变的事实。这就使教会陷入了爱德华·吉本所谓“人当不愿赞同一项制度而又不得不容忍时的困窘”^②。教会从《圣经》中保罗的教诲中找到了解决的办法。保罗指出:“……但为避邪淫,每个男人都要有自己的妻子,每个女人都要有自己的丈夫。”又说,没有婚配和居寡的人,最好不结婚,“但若受不住,就该婚配,因为与其被情欲煎熬,不如结婚更好。”^③这就是说结婚是可以的,但必须作为对淫欲的一种限制。总之,“结婚优先于欲望”(*Melius est nubere quam uri*)。但是无论在何种情况下,合法的性欲总是在婚姻范围之内。超出了这个范围,任何性行为都是通奸,而通奸是应诅咒的。另外,性行为的目的在于生育

① J. Bryce, *Studies in History and Jurisprudence*, 牛津大学出版社美国分社 1901 年版,第 790 页。

② E. Gibbon, *Decline and Fall of the Roman Empire*, Ch. 15.

③ 《格林多前书》,第 7 章,第 2、8、9 节。

子女,超出这个范围的享乐应尽可能排除。^①

另一方面,尽管结婚的人被降到完善境界的最低等级,但婚姻本身却是一种圣礼,是上帝和它的造物之间、基督极其教会之间联合的一个标志。^②既是圣礼,那么婚姻一经缔结,就不能再解除。这正像基督与他的教会不可分离一样。^③这样不准离婚便成为教会所独创的和始终坚持的一项原则。

可以看出,虽然早期基督教在婚姻方面的观点都能在《圣经》中找到基础,但更直接的原因却来源于当时的社会。经过几代人的努力,到了君士坦丁时代婚姻已经被赋予宗教性质。婚姻是神圣的,是永久性结合的观点得到了广泛的接受。虽然在理论上,罗马帝国的婚姻立法和与婚姻有关问题的决定权仍属于世俗政府,但是教会的主张却在后期的立法中得到了表现。查士丁尼时婚姻的定义已经变成“是一男一女以永续共同生活为目的的结合。”当然,信奉基督教的皇帝们也没有完全禁止离婚。查士丁尼的法律中规定只要双方同意可以离婚而毋需列举任何理由(*divortium comunicosensu*)。但在晚年的一道命令中,他试图加以限制,规定若无正当理由而协议离婚,双方都无权再婚,并将被禁闭于修道院之中。^④这样,尽管在法律上没有禁止离婚,可以离婚的范围毕竟不大了。

随着五、六世纪以后西欧世俗君王们权力的衰微和教会努力的逐渐强大,对婚姻的管理权落入了教会手中,在长期的立法和管理过程中,教会将《圣经》的内容、教父的学说以及罗马法、日耳曼法中的一些原则加以结合,形成了它在婚姻缔结条件、结婚障碍、婚姻的效

① C. Duby, *Medieval Marriage*, John Hopkins University Press, 1978, pp. 16 ~ 17. 这个理论并不完善,乔叟《坎特伯雷故事集》中的一位妇女便很是钻了几个空子。

② 《以弗所书》第5章,第31~32节。

③ 参看《格林多前书》,第7章第10~12节。这条戒律在中世纪还有一些有趣的推演。例如主教与其教区的关系也被认为是一种婚姻关系,既是婚姻关系,便不能解除,因此,他不能作为教皇的候选人,因为做了教皇要离开自己的教区。这在客观上使得中世纪教皇出身于下层教士。

④ J. Bryce《政府公报分类汇编》引书,第804页。

果以及它的解除方面的基本观念和原则。我们将这些观念和原则归纳为以下五点：

1. 一夫一妻制。
2. 婚姻缔结以当事人合意为条件。
3. 婚姻是一项圣礼,它不可解除。
4. 族外通婚制。
5. 夫妻之间的不平等。

从历史上看,教会法上的一夫一妻制只是对罗马法和日耳曼法规定的简单接受。需要注意的只是罗马法中有一种称为“姘合”(concupinatus)的男女结合形式,它是自由男子与地位较低、多为解放了的女奴之间的结合。虽然“姘合”多为没有配偶的双方结合,但在较早的时期,“姘合”也发生于已婚男子。^①基督教既反对“姘合”,更反对已婚者之间的这种“姘合”,而坚决主张严格的一夫一妻制。经过极其漫长的斗争,到了十六世纪,姘合才在法律上销声匿迹。

关于婚姻的缔结,在罗马时代虽然在相当长的时间内家长对子女的婚姻有着决定的权力,但以当事人双方合意缔结婚姻也有先例可援的。然而,当时的日耳曼习惯法中,婚姻却是嫁娶人双方家庭之间的事情,这种婚姻留存了“购买”(a purchas)的形式,即在双方亲属的支持下由新郎与“出卖”自己女儿的父亲之间订立契约性协议,嫁娶人的意见是无关紧要的。^②教会下大力气对这种状况加以改变,直到十世纪以后,教会终于使自己的原则通行整个欧洲。教会强调在婚姻中两颗心的结合,强调婚姻的有效性在于婚姻上的两性平等。为了证明这种合意的真实性,嫁娶人应该在教士面前声明其合意,并接受他的祝福。只有“面对教会”的婚姻才是“正式”的婚姻。

① 从婚姻形态上看颇似我国封建时代的纳妾。

② 日耳曼习惯法中的婚姻制度较详细的描述见 P. Vinogradoff, 前引书, 第 293 ~ 298 页;另见李宜琛:《日耳曼法概说》,第五章,商务民国 33 年版。

英诺森主持下的第四次拉特兰宗教会议又规定了婚姻公布制度。对于日耳曼人来说,这样的变化不啻婚姻制度发展史上的一场意义深远的革命。

婚姻的不可解除原则是教会的一项独创。在《圣经》中我们可以看到它的理论基础。^①但是《圣经》在某些问题上的规定是模糊的。例如,《马太福音》第五章似乎认为通奸可以被作为解除婚姻的正当理由。教父们对这个问题进行了更多的论述。较为流行的观点是,即使妻子通奸,离婚也是不允许的;丈夫应与悔过的妻子重归于好;但是如果妻子一意孤行,不思悔改,那么他与妻子的分离便既是权利,又是义务。但是他却无权再婚。到了圣奥古斯丁时,由于这位天才的学者将男女结合比作基督与教会的结合,认为两者同样时不可解除的,所以婚姻的不可解除原则得到了最终的确立。^②

但在九世纪以前,即使在教会制定的法规中,婚姻的不可解除原则仍然由一些例外。这些例外包括妻子通奸、丈夫患麻风病或不能为性行为、一方进修道院、妻子图谋杀害其夫、当丈夫要离开本省而妻子不跟随,等等。为了解除那些不适当的男女结合,教会设计了两种法律程序:一是,从婚姻中的分离(*a vinculo matrimonii*),由教会当局——教皇或其代理人——声明由于教会法上的障碍,诸如血缘关系或有婚约在先,婚姻从一开始就无效。教会法学家设置的婚姻障碍复杂之至,这种解除婚姻的方法常常被加以灵活的解释,用来作与国王和领主斗争的武器。这里要注意的是,从技术上讲,婚姻是不可解除的,能够解除的便不再是婚姻。这样的区分产生了一个严重的后果——这种结合所生子女是非法的。二是类似我们今天的法律上的别居,即所谓“从饭桌和床”(*a mensa et thoro*)的离婚。如它的名称所表示的那样,这种程序是将夫妻从共同生活中分开。尽管不生

① 《马可福音》第10章第11~12节;《路加福音》第16章第18节;《马太福音》第5章第31~32节;《罗马人书》第7章第2~3节;《格林多前书》第7章第10~11节。

② 参看 J. Brissaud, *A History of French Private Law*, Howell 英译,纽约1912年版,第143~144页。

活在一起,但他们的婚姻关系仍然存在,因此不能与他人结婚,子女的合法身份也不受影响。

说到婚姻的不可解除原则,必然牵涉再婚问题。凡家族主义社会,尤不对寡妇再婚持厌恶和否定态度。我们在日耳曼人的古代立法中可以时常看到这一点。当时比较普遍的实践是,死了丈夫后,寡妇不离开丈夫家;原来由丈夫行使的对她的控制权,转给了新的家长(她的儿子,或丈夫的兄弟)。她的地位与未婚妇女没有多大差别。在罗马,早期实行家族主义,同样不允许寡妇再婚。但到了帝国时间,由于家族主义的逐渐消逝,也为了控制当时人口大量减少的趋势,法律始鼓励寡妇再婚。

教会采取了与日耳曼精神相一致的原则,但它的根据却不是家族,而是教会对婚姻的特殊定义。婚姻既然是标志着基督与教会结合的宗教性契约,它便是不可解除的和永恒的。配偶一方死亡导致夫妻婚姻生活的终结,但是婚姻关系并没有消失,它将永远存在。寡妇改嫁便被作为一种背约看待,况且结婚不及独身,是“守不住”时的不得已之举,死了配偶,又要再婚,足以显示再婚人意志上的缺陷。^① 所以教会对再婚者施行三种惩罚:(1)苦行;(2)不能担任圣职;(3)得不到婚姻祝福。现代人看来这样的惩罚也许微不足道,但是在中世纪,尤其是在教会法规定教士主持婚礼为有效婚姻的条件之后,确是非同小可之事。

既然婚姻不能解除,婚姻立法便必须对影响婚姻有效性的各种情况加以规定,以保证婚姻关系的稳定。在这方面教会的立法中最可注意的是它所倡导的族外通婚原则。

在罗马的法律中,对亲属关系所带来的婚姻障碍作过一些规定,但不同时代差异较大。最初障碍仅限于法律上的血亲(因养父母子女关系所结的血亲),但后来才包括自然血亲,帝政以后又扩大到姻

① 著名教会法学家格律提安(Gratian)甚至把再婚“上纲”到重婚的高度:“再婚的人,和娶寡妇或失贞女子为妻者,便是犯重婚罪的人。”见J. Brissaud前引书,第155页。

亲,在对可以结婚亲等的限制方面有逐渐放宽的趋势。最初限于六亲等,后减为四亲等。帝国时期除当事人一方和同原祖先相差一亲等的对方不得结婚外,其余不再禁止。这样实际上就只限于三亲等内不能结婚了。^①

在中世纪早期,由于封建制度造成的采邑制度的兴起,出现了一种强烈的族内通婚的趋势,因为人们常常感觉到,亲属之间的婚姻可以用来将以前经过继承而分散了的财产再集中起来;^②王公贵族们为保持他们的贵族血统以及其它政治目的,族内通婚也大量存在;另外,由于日耳曼人居住的村落,最初大半由亲属团体组成,自然而然产生一种族内通婚的倾向。从中世纪早期教会就开始对这种族内通婚进行干预。教会接受了《旧约·利未记》^③中所倡导的禁止结婚范围,宣扬乱伦的恶果。到了八世纪,已经确立了这样的规则:直系血亲之间完全禁止通婚,旁系血亲的禁止范围在理论上虽然没有限制,但事实上七等亲之内不许通婚。^④ 1066年宗教会议在法律上对这一规则予以明确规定。到英诺森三世时,旁系血亲的禁止范围由七亲等缩小至四亲等。教会又将这一禁止范围适用于姻亲、法律血亲、宗教亲以及事实姻亲(carnal affinity)等。

教会法中婚姻制度的最后一个原则是夫妻的不平等主义;无论是在古罗马,还是古日耳曼,夫妻的不平等都是婚姻家庭制度中的一个显著特征。以日耳曼人为例,在那里丈夫可以将妻子和孩子作为赌注参加赌博,必要时可以出卖妻子,更有甚者,丈夫还有权杀死妻子。在罗瑟里编纂的法律(Edict of Rothari)中规定丈夫不能任意地(*ad Libitum*)杀害妻子;除非有正当理由(*rationabiliter*)。这样的规

① 参看周枏等,前引书,第100~101页。

② G. Duby,前引书,第8页。

③ 参看《利未记》,第十八章。

④ 需注意的是古代民族计算亲等的方法往往有很大的差异,日耳曼计算方法的第七亲等相当于罗马的第十四亲等。教会接受了日耳曼人的计算方法,并将其逐渐推广到整个西欧。见J. Brissaud前引书,第122页。

定使我们相信在这以前丈夫对妻子的生杀予夺的权力几乎没有什么限制。另外,在古代的法律中,妻子的人格融入丈夫人格之中;一经结婚,她便不再拥有自己的财产,不能完成任何法律上的行为。日耳曼法的这种规定根据在于当时的家庭被认为是准军事组织,其中只能由一个人发号施令;在充满暴力的时代里,这种发号施令的权力理应由身强力壮的丈夫,而不是由体弱力薄的妻子来行使。

教会法接受了古代法的结论,但却找出了不同的根据。依据《圣经》中的教导,“做妻子的,当服从你们的丈夫,如同服从主。因为丈夫是妻子的头脑,如同基督是教会的头脑;……正因为教会服从基督,所以妻子必须事事服从丈夫。”^①依照早期神学家的观点,最初亚当和夏娃在伊甸园的时候,男女是平等的。夏娃的过错导致了降低身份的结果。所以神学家坚持妻子不服从丈夫便是犯下了道德上的罪恶。于是,在弥尔顿的《失乐园》中,夏娃只好对亚当这样说:

“我的创造者和支配者呀,我虔诚地听取——
你的一切吩咐。这是上帝的旨意。
上帝是你的法律,你是我的法律。
我们女人最幸运的知识和美德,就是——
不要知道得更多。”^②

以这样的精神制定的教会法,妇女在家庭中的地位之低是可以想见的。即使在资产阶级革命后的英国,宗教法庭的法官斯科特(W. Scott)还可以这样说:“丈夫受托对他的妻子行使权力,这是教会的法律,也是国家的法律,……顺从是妻子的职责。”^③《马太福音》中的“男人要离开其父母,与妻子结合,两人成为一体”被解释为如下的原则:“在法律上由于结婚,丈夫与妻子合而成为一个人”,这个

① 《以弗所书》第5章第22~24节。《彼得前书》第3章第1节表达了完全相同的观点。

② J. Milton, *Paradise Lost*, 英文版第四卷第1634页,转引自丹宁:《法律的正当程序》,李兆强等译,群众出版社1984年版,第171页

③ 转引自丹宁,同上书,第171页。

人是丈夫而不是妻子。连英国近代著名法学家布莱克斯通(卒于1780年)也这样认为:“妇女在法律上的存在在于结婚以后便中止了,或者至少可以说,已被合并与统一到丈夫的存在之中了。她做的每一件事都要受到丈夫的庇护、保护或者控制。”^①足见这种观念影响之深。

当然,我们也应注意到,《圣经》在规定妻子服从丈夫的同时,也要求丈夫爱妻子,要求像基督爱教会那样,为她而舍掉自己的一切。丈夫爱妻子也要像爱自己的身体;爱妻子也就是爱自己。^②我们尚不能确定这样的教导在中世纪婚姻生活中究竟有多大的影响,但对丈夫的权利的两个限制却可以确定:第一,教会允许妻子在受到丈夫的虐待时要求别居;第二,妻子在宗教方面是独立的,她对丈夫的服从要受到她对上帝义务的制约。^③

通过讨论教会法中婚姻制度的几个基本原则的形成与发展,我们可以看出:

第一,教会法中的婚姻制度的形成是罗马因素与日耳曼因素逐渐结合的产物,同时它的确立又推动了在婚姻家庭领域中二元因素的进一步融合。上述教会婚姻制度的五个基本原则中,除了婚姻的不可解除原则是教会的独创之外,其余的四个原则都可以在罗马或日耳曼法律中发现其存在,但是,它们到了教会法中,原来的冲突之处现在得到了调和,与基督教基本精神相悖的方面得到了改造。我们可以举婚约(*betrothals*)为例说明这种演化。在罗马法中,订婚(*sponsalia*)是一种单纯的协议,尚不能称为契约,因为对于不能履行婚约者,他方不能请求损害赔偿。但是在日耳曼法中,订婚即构成初步结婚,它是整个结婚过程中的一个步骤,因而本身就是婚姻契约的一部分。教会调和了这两种观念,发展出两个原则:(1)婚姻预约^④

① W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 纽约1843年版,卷1,第355页。

② 参看《以弗所书》,第5章第25~33节。

③ J. Brissaud 前引书,第169页。

④ 指在结婚之前曾与第三者有过婚约,英文 pre-contract。

虽然最后并没有被视为使结婚无效或可以撤销的必然原因,但有时仍不失为结婚障碍之一;(2)订婚后即行同居者,仍构成合法有效的婚姻。^①教会还接受了罗马法上的这一准则:“构成婚姻者系合意而非同居”(nuptias non concubitus sed consensus facit)。逐渐以当事人合意的原则和教士对婚姻的祝福降低了婚约的重要性。随着整个西欧各民族的基督教化,拉丁人与日耳曼人越来越多的通婚,以及教会在立法和司法方面的不断努力,到了十一、十二世纪,整个西欧大致上形成了统一的婚姻法。

第二,教会确立的这些原则在中世纪的西欧有力地维护了封建主义的生产关系。封建婚姻关系中,男女之间的不平等、婚姻的目的在于合法继承人的生产、在家庭财产管理上男子的主导地位等原则都由教会和教会法学家提供了神学上的辩护和法律上的根据。不仅如此,教会还在规定婚姻障碍时,声称凡由于一人社会地位的错误,例如农奴伪称自由人,平民伪称贵族所缔结的婚姻,教会有权撤销其婚姻关系。另外,作为大封建主的教会为了扩大其财产有时也不惜拿原则做交易:“盖当时在禁止之列的亲属,只需向教会输纳一笔款项,则照例可以取得教会之特恕,准其离婚。”^②

但是,在我们对中世纪教会法中婚姻制度的封建主义性质和种种弊端进行批判时,应该注意,任何盛行于一个时代的制度必然有其存在的基础,如果沦入所谓“国人皆曰可杀”的地步,那么它一天也不会存在下去。例如,中世纪教会反对寡妇再婚,现代人看来是极有悖情理的事情。但是,如果了解一下封建制度之下寡妇再婚的状况,就会理解教会原则的某些必然性了。“一个领主对他去世附庸的寡妇有管辖权,因为领主的主要利益,在于有一个凶狠而强壮的附庸来管理他宗主权下的封邑,所以,他照例迫使寡妇再醮,并常常强制

① 参看门罗·史密斯:《欧陆法律发达史》,姚梅镇译,商务印书馆1947年版,第163~164页。

② 门罗·史密斯:前引书,第163页。

她接受他所代选的一个丈夫,丝毫不顾及女方的情感。中世纪婚姻关系,远不是小说所描写的那样,是感情的结合,而大多是一种利害关系上的婚姻,也是一种野蛮强制的婚姻。”^①像男女不平等这样的观念是奴隶制、封建社会政治、经济和文化的其它方面发展的必然产物,如同男女平权是近代的产物。^②我们不能苛求中世纪的教会举起男女平等的大旗,就好比不能要求唐太宗在他的中央政府中设置一个享有最高立法权的近代议会一样。也许我们可以这样说,教会的问题不在于它在封建时代维护封建的婚姻原则,而更多的在于它在时代发生了变化之后抱残守缺,仍然企图用中世纪的这些原则来束缚现代人的婚姻关系。

第三,教会所倡导的某些原则和制度在中世纪有一定的进步意义。首先,教会主张婚姻时一种自由合意,如前所述,它反对来自任何方面的对当事人意志的强制,它认为在缔结婚姻的男女合意上,双方是平等的。在忠诚义务上,双方是相互的。其次,它对丈夫的权力做过某种程度的限制。任意虐待妻子的丈夫有可能因为教会法院的判决而与妻子分离。丈夫不能强迫妻子做违背教会所倡原则的事情。这样,或许妻子的处境在宗教法之下要比在封建习惯法之下要稍好一些。再次,教会对有血缘关系的人之间结婚的限制有很大的进步意义,它不仅在当时减少了由于近亲结婚所造成的恶果,而且对后世世俗的婚姻立法产生了深远的影响。最后,教会在处理非婚生子女合法化方面比起当时的封建法律要宽松得多。教会法不仅确认非婚生子女因其父母后来结婚而成为合法,而且进一步扩大这一原则的使用范围,只要婚姻关系存续时夫承认妻所生子女为自己的子

① 汤普逊:《中世纪社会经济史》,商务印书馆1963年版,下册,第339页。

② 甚至近代的世俗法也没有完全消除这种不平等,《拿破仑法典》第215条“夫应该保护其妻,妻应该顺从其夫”。丹宁勋爵还告诉我们,在英国,迟至1840年,当一个妻子威胁说要离开其丈夫时,法律还认为丈夫有权把她当作囚犯关在房子里并且可以使用暴力。从1870年起,通过议会的系列立法,妻子无财产的状况才改变。见丹宁,前引书,第173~174页。

女,一切非婚生子女皆可以取得合法地位。即使婚姻关系撤销,经过承认为合法的非婚生子女也不因此而降低身份。这种原则与世俗的封建法律相冲突,它甚至在英国的继承制度上造成了这样一种十分独特的现象:某一非婚生子女,就由教会法调整的动产的继承而言,被视为婚生子女而享有继承权;但一旦进入由封建法所调整的不动产领域,他又被降到非婚生子女的地位而丧失继承权。^①

罗马教廷制定的整个西欧统一的婚姻法到十三世纪的时候又经历了一个转折点。而对教会内部关于若干婚姻问题的不断加剧的争论,英诺森三世于1215年召开了第四次拉特兰宗教会议,这次会议目的在于通过立法解决争论、消除分歧,但在实际上却加剧了当时已经存在的分裂倾向。从此以后,即使在西欧范围内,人们也不能够说存在一个统一的婚姻法了。马丁·路德开始的宗教改革运动使得婚姻在新教国家中不再被认为是一种圣礼,并且也不是不能解除的了。随着民族国家的兴起,原来由罗马教廷行使的婚姻立法权也逐渐被世俗国家收回。但教廷却力图维护它在这个领域里的立法权威,1917年制定的《天主教会法典》对婚姻问题所作系统规定正是这种努力的反映。教廷懂得以教会的法律取代世俗法律的时代已经过去,因而一方面倡导它一贯倡导的原则,一方面又尽可能避免与世俗立法的冲突。^②虽然教廷不能再强制性地实施教会的主张和原则,但是在天主教国家中,教会法典中的规定是有一定影响的。因此,我们有必要对该法典中婚姻制度作一简略的叙述。

该法典在第三编“物”中有对婚姻的规定共131条(1012~1143),我们大致上可以将这篇幅不小的条文分为婚姻的成立、婚姻的效果和婚姻的解除三个部分。

首先谈婚姻的成立。第一,婚约。法典规定了婚约有效的条件:

^① 参看 Vinogradoff, 前引书, 第298页。

^② 第1019条:“领受圣礼人的婚姻,不但依据神的法律,而且依据天主教会之法律规定;但关于婚姻依国法所有之效果,不妨碍国家之管辖权。”

“婚约不论是单方的还是双方的,都必须根据文书而订立。该文书必须有当事人以及小教区司祭或地方主教,或至少两名证人署名,否则,无论在内外哪个法庭皆无效。”(1017 条)婚约有以下三方面的效力:(1)订约的当事人负有必须缔结婚姻的重大义务;(2)婚约是排他的,任何双重婚约都无效;(3)虽然婚约只具有消极效果,即法院不承认一方当事人有强制结婚的权利,但对于由于毁约而产生损害赔偿时,法院给予赔偿请求权(前条三款)。另外,法典还对同居(即事实婚)作了规定。同居关系缺少的只是教会制定法上的有效条件,即欠缺 1094 条所规定的结婚方式,对于当事人来说,他们有结婚的意思,而且,只要没有神法和自然法中无效婚姻的障碍,那么,它与欠缺实质上有效条件(尤其是结婚意思)的通奸就有本质的不同。对于这样的同居关系,可以通过履行法定的方式使其有效化。

第二,婚姻成立要件。婚姻成立要件分为形式要件和实质要件。形式要件包括:(1)预备审查(1020 条),要审查有无阻碍结婚事由,即有无结婚的合意,特别是女方的同意结婚是否基于自己的意志,这是法律上的审查。另外还要审查结婚当事人是否领会一般教义,特别是有关婚姻方面的教义,这是教义上的审查。^①(2)结婚公告。结婚公告是第四次拉特兰宗教会议确认的一项制度。本法典中规定公告的方法,要以口头(*via voce*)方式用听者能够理解的明确语言宣布(1022 条),对公告的时间和地点法典也作了明确的规定。^②(3)无障碍的确认,上述预备审查和结婚公告的目的都在于查清是否有阻碍事由存在,如没有,则无障碍确认便是前两项的一个终结。(4)结婚仪式,依照法典规定,通常的结婚仪式要在“教区司祭或地方主教和至少两名证人的面前”缔结,这样的婚姻契约才有效(1094 条)。为了法典的周密还规定了婚姻仪式的特别方式。这主要是考虑到有濒临死亡的当事人(1019 条 1 款)或主教无法出席(同前条 2 款)等

① 参看 1020 条第 2 款。

② 参看 1024、1025 条。

情况。这种情况下,仅在证人面前的婚姻仪式也是有效的,但法典对特别方式进行了极其严格的限制。

婚姻成立的实质要件包括:(1)适婚年龄。男未满十六岁,女未满十四岁不能有效缔结婚姻契约(1067条);(2)已经结婚者不得再缔结婚姻契约(1069条),这里的已结婚包括“未遂婚”(matrimonium nonconsumatum);^①(3)对近亲结婚的限制。法典规定,直系血亲之间以及三亲等内的旁系血亲之间的婚姻无效(1076条1款)。对姻亲关系,规定直系姻亲以及二等旁系姻亲关系不得缔结婚姻关系(1077条);(4)父母同意问题。法典规定对于未成年人^②教区司祭有义务劝告当事人不要在父母不知道并且违反父母的正当意志的情况下缔结婚姻(1034条)。未成年人无法律行为能力,以服从父母的意志为原则。但只要成年,父母无论同意与否婚姻都有效;(5)当事人双方的合意。“合意构成婚姻”是教会一直坚持和倡导的原则。本法典规定:“在具有本法规定资格的当事人之间,当事人合意经过合法表示的,就构成婚姻。”(1081条)即使非教徒之间的婚姻,只要经合意成立,教会也承认其效力(1096条1款)。依照教会法,合意的目的在于当事人之间相互“永久地且排他性地”接受“肉体上的权利”,而肉体权利的目的在于生育子女(1081条2款),因为教会婚姻观最终的目的即在于“子女的生育”(1013条1款)。因此教会要求缔结婚姻的当事人至少对此目的应有所认识(1082条1款)。“失去认识即无意思”(nihilie volitum nisi cognitum),如果没有这样的认识能力,这样的婚姻就要打上折扣。法律不承认为有效。同时,法典又认为对婚姻目的的这种认识是人到了成熟年龄(男14,女12)都有的(前条第2款)。另外,合意还必须排除错误(error)。对此,法典作了两方面规定,一种是认错人(error circa personam)。法典规定在这种情况下婚姻无效(1083条1款)。另一种是对“人的特性的错

① 指尚未过性生活的婚姻。

② 法典88条1款:“满二十一岁之人为成年人;未满二十一岁者为未成年人。”

误”(*error circa qualitatem personae*), 法典规定要作具体分析, 只有两种情况婚姻才无效, 一是特性的错误演化为“认错人”的错误, 一是奴隶假冒自由人与自由人缔结的婚姻。其它情况则不被认为是能够导致婚姻无效的原因。

其次, 婚姻的效果。婚姻在身份关系上产生“永久的并且是排他性的婚姻羁绊”(1110 条)。法典规定, 当事人双方自结婚起, 享有平等的权利和义务(1111、1112 条)。婚姻在亲属关系方面, 产生了姻亲关系, 同时也带来了通婚的障碍。在夫妻权利义务方面, 法典规定了同房(1111 条)、同居(1128、1129 条)、贞操、以及扶养(1013 条 1 款)四方面义务。

最后, 婚姻的解除。依照教会的一贯主张, 婚姻是一种圣礼, 它是不可以解除的, 可以解除的不是婚姻, 而只是那种呈现婚姻外观的非婚姻关系。法典规定了导致婚姻无效的各种情况。大致上可以将他们分为三类, 第一类是无效障碍, 包括未及适婚年龄、不能性交、重婚、异宗婚、圣职人员以及在神圣仪式上宣誓奉献给宗教者、掠夺诱拐、血亲、姻亲等等。第二类是意思的积极欠缺, 包括婚姻意思的积极欠缺、婚姻目的的不知、认错人等。第三类, 方式的欠缺, 即没有举行作为婚姻有效要件的在司祭和两名证婚人面前举行仪式的婚姻。

但是, 依据法学家的观点, 上述无效的都不是婚姻。在法典中更多用来作“解除”婚姻方法的是法律上的别居。可是别居更不是解除, 即使判处终身分居, 当事人双方的婚姻关系仍然存在, 他们仍不能与他人结婚。这种名为“别居”实为离婚的情况反映了教会对婚姻的古老的定义给现代教会法学带来的尴尬。

另外, 法典还对别居的程序、别居的效果以及别居后子女的教育监护等作了规定。

总之, 通过对现行天主教会法中婚姻制度的观察, 我们可以看到, 一方面, 教会极力维护以往教会婚姻观念和在婚姻问题上的基本原则, 另一方面, 又尽可能避免与外部世界发生太多太大的冲突。20 世纪以来, 尤其是二次大战以后, 由于妇女社会地位的提高和城市型

家庭的增加,西方国家婚姻家庭领域发生了一场最深刻变革,六七十年代,各主要资本主义国家都先后通过了离婚法,天主教婚姻道德受到了猛烈的冲击,离婚率上升到令人咋舌的程度。对于这种状况,不仅宗教界人士,就是社会学家们也常常为之悲叹不已,似乎情形已不可逆转。但是,近来却从美国传出了新的信息,有报道说,那里的离婚率正在下降。“性自由”之类的口号已经过时,越来越多的人要求家庭的稳定和睦。这大约又一次说明了传统的巨大作用和事物发展的曲折性。

二、教会法对世俗法的影响

德国诗人海涅曾这样描述基督教在欧洲历史上的影响:“这种世界观,这种基督教的真正根本思想,像传染病一样以令人难以置信的速度蔓延了整个罗马帝国,这种病痛延续了整个中世纪,它时而加剧,时而迟缓,使我们现代人还在肢体中感到痉挛和无力。我们当中即使有许多人已经治愈,但还是逃不出这个无处不在的病院气氛,而且作为许多病人当中惟一的一个健康人,他仍会感到不幸。”^①

这段话反映了十九世纪先进份子对基督教的一般看法。的确,在历史上,基督教通过它的教义、它的教会和它的管辖范围甚广的法律,一方面直接维护了封建统治,另一方面又通过用“虚幻的花朵”、“幻想的幸福”来装饰奴役的锁链,间接地维护了这种统治。对宗教维护统治的作用,许多思想家都做过揭露。我国近代思想家魏源指出:“鬼神之说有益于人心,阴辅王教者甚大;王法显诛所不及者,惟阴教足以摄之。”^②吉本的分析生动而精辟:众人视各教皆真(equally true),哲人视各教皆妄(equally false),官人视各教皆有用(equally useful)。^③马克思的论述则是明快地道出了宗教的本质:“宗教里的苦难既是现实苦难的表现,又是对这种现实苦难的抗议。宗教是被

① 海涅:《论德国》,商务1980年版,第208页。

② 《古微堂集》内集卷一,《学篇》。

③ E. Gibbon, 前引书,第二章(此处用钱钟书先生译文)。

压迫生灵的叹息,是无情世界的感情,正像他是没有精神制度的精神一样。宗教是人民的鸦片。”^①

对宗教本值得深入批判是十分必要的,但同时我们还应该以科学的态度认真地探讨宗教在历史上所起的消极的和积极的两方面作用和影响。如同儒家学说对中华文明的形成和发展起过极大作用一样,基督教是欧洲文明发展史上的最强有力的因素之一。在西欧历史上,基督教继承了古代文明,塑造了中世文明,并部分地激发了近现代文明。它近两千年的发展和传播在欧洲文化的各个方面都打上深深印记。

法律是文化之树上的果实。在影响法律制度的文化的各个因素中,宗教是颇值关注的一种。无论是西方的基督教还是我们中国的儒教,^②它们对法律的影响过程和目标都可以用一句话概括,那就是使宗教道德法律化,又使法律宗教道德化。但是二者在实现这一目标的方式上却存在差异。在中国的封建社会,儒教并没有形成自己独立的教会,没有凌驾于世俗权威之上的宗教首脑,没有“僧俗”之间的二元对立,也没有独立于世俗法之外的教会法体系。自汉代后,儒家学说一直被奉为官方学说。最初,儒教影响法律时通过儒生利用儒家经典、教义对原来的法典进行解释^③和他们参与司法用儒家经典直接断狱的方式进行的。从曹魏开始,这种影响进入立法领域,儒生们利用儒家学说对法律进行了彻底的改造。从此中国的封建法律便走向儒家化,并且随着儒家学说的传播和法律制度的发展,儒教学说与法律规则完全融为一体,成为中国封建法律的最显着特征。

西欧历史上基督教对法律的影响则不然。尽管晚期罗马帝国归依了基督教的皇帝们始终用基督教学说对法律进行了一些改造,尽

① 《〈黑格尔法哲学批判〉导言》,《马克思恩格斯选集》第1卷第2页。关于中外学者对宗教作用的论述参看钱钟书:《管锥编》,中华书局1979年版,第1册,第18~22页。

② 儒教学说固然并非真正意义上的宗教,但从影响上讲,它与基督教相比毫不逊色,故且以“教”名之。

③ 参看《晋书·刑法志》。

管加洛林时代有教士参与世俗司法活动。但在那里始终存在着世俗与宗教、地上之城与天上之城之间的二元对立,教会基本上不参与世俗当局的立法活动,而更多的是发展出自己的一套独立的法律制度,并通过扩大这套制度的管辖范围对社会生活施加影响。西欧中世纪教会法、封建法、罗马法以及后来的商事法律诸法并存、互相竞争的局面在古代中国不可能出现,也是不可思议的。所以,如果说中国的儒教只是用学说来改造“世俗法”的话,那么西欧的基督教则除了上述这个渠道外,更主要的是通过自己的法律规范对世俗社会和生活施加影响。

教会法对世俗法的影响可以粗略的分为两个方面,一是从一般意义上看它对世俗法律制度的结构、形式以及与国家制度有密切联系的宪法制度的影响,一是它对世俗法律的其他部门的影响。

我们知道,在中世纪的西欧,存在多种法律并存的局面,生活在基督教世界中的每个人,不仅要受到教会法的管辖,并且同时也要受到某种世俗法律(例如封建法律、商事法律等)的管辖。“每种世俗法律都标榜自己的尊严。同样它又受到其它世俗法律以及教会法的挑战。”^①虽然有宗教改革之后的国家主义与实证主义的合流,但是中世纪法律的多元化结构仍然对后世产生了深远的影响。在今天的西方国家,法律多元化现象依然存在,例如在美国,联邦法和州法并存,在许多情况下,人们可以对它们加以选择。依照现在的欧洲共同体法,作为超国家立法机构的共同体会议制定的法律在效力上要高于各成员国的国内法,它规定国内成员国的公民可以援引共同体法律来对抗本国法律。这可以说是由于中世纪长期的多种法律并存这一事实本身给现代西方国家法律制度带来的一个重要特色。

此外,由于中世纪教会与世俗权威的冲突和重迭,西欧封建社会在大部分时间内没有形成集世俗权力与精神权力于一身的绝对专制

^① H. J. Berman, "Influence of Christianity on Western Law", 见 W. M. Even 编, *The Sociology of Law*, 麦克米兰自由出版社 1980 年版, 第 430 页。

体制。国王管理世俗事务,教皇管理宗教事务,这是当时的一种“二权分立”,这种与中国封建社会“国无二主”的观念相反的分立对后世的宪法制度有重大意义。顾准写道:“……两种权威并存,对于欧洲政治之不能流于绝对专制主义,对于维护一定程度的学术自由,对于议会制度的逐渐发达,甚至对于革命运动中敢于砍掉国王的头都是有影响的,因为两头政治下最低层的人也许确实捞不到什么好处,体面人物却能可以靠这抗挡那,可以钻空子,不至于像中国那样‘获罪于君,无所逃也’,只好延颈就戮!”^①这样的分析是极其有道理的。

由于早期的基督教徒受尽迫害,基督教法学反映了民众的反抗精神,即与基督教信仰相冲突的法律在内心是没有效力的。即使在封建时代的基督教学说中,由于这一原则而产生的对行使权力的限制仍然有所反映。例如,托马斯·阿奎那的政治学说认为,对权力的服从并非没有条件,权力必须是合法的或后来成为合法的。“因此,服从的首要条件是在权力的取得上不应有什么缺点;这种缺点将完全排除服从的可能性。……统治者的命令不应超过人们授予的权力,也不应强使臣民承受无益的或不平均的负担。在所有这些情况下,服从是以权力的正当行施为条件的。不法命令没有拘束力。昏君必须加以反抗。”^②后世资产阶级宪法中对政府权力的限制以及公民的言论自由等权利可以在这里找到其部分渊源。

教会在关于法律的发展方面的学说也具有重要意义。教会认为,法律理论和法律制度固然应该建立在以往权威的基础之上,但同时也要应时权变,论世立法,以满足现实社会的需要。通过前面我们对教会婚姻制度的论述已经可以看到,教会在它的立法过程中,常常在《圣经》中寻找理论根据,但它又不拘泥于《圣经》,教父学说、希腊哲学、罗马法律,甚至于日耳曼习惯都可以为其所用,成为教会法学

① 顾准:《基督教、希腊思想和史官文化》,《晋阳学刊》1981年第4期。

② 唐特雷佛:《〈阿奎那政治著作选〉英译本编者序》,见《阿奎那政治著作选》,商务1963年版,第34~35页。

家取之不尽的宝藏。为了解决现实问题,他们对发掘出来的资料进行分析、综合,能直接使用则直接使用,不能直接使用者则不惜穿凿附会,加以曲解,有时甚至曲解之上又加曲解。通过这样的过程,他们协调了法律的稳定性和灵活性,从而促进了教会法的有机发展,并为世俗立法提供了楷模。

另外,在对法律的系统化方面教会法的影响也是值得注意的。在西方,是他们最早告诉人们相互冲突的习惯、方法、判例以及学说可以通过分析和综合加以协调,格拉提安的那部著名的《教会法规歧异汇编》就是这种协调的典范。中世纪晚期的教会法是西欧第一个近代性质的法律制度。

下面我们再观察一下教会法对其它世俗部门法律的影响。

1. 国际法

罗马教廷是中世纪基督教世界的最高仲裁者。在人们成为法国人、英国人之前,他们都是基督徒,国际法的发展便是开始于“基督徒间的法律”(jus inter christianos)。教会以基督教道德制订了国际关系的准则,他极力反对无条约的外国人不能享有法律权利的思想,认为无论哪一个基督教国家教徒都有天赋的人身权利和财产权利,这种权利应该受到尊重。在战争问题上,教会认为基督教民族间的正常关系应该是和平关系,而非战争状态。君主的目的是保证正义的统治,达到这一目的的主要工具是法律。战争是惩罚性正义,只有君主有权行使它。教会规定,战争的目的不是为了征服,而是为了和平的恢复,对恶行的惩罚和被掠夺财物的复得。仅仅为了报仇和牟利而发动战争是非正义的,这样就对发生战争的理由进行了限制,另外,教会为了使战争法人道化,又对武器的使用加以限制。英诺森三世时规定禁止在战争中使用投石器(the ballista)等武器,后世的战争法中对使用爆炸弹丸的禁止,正是这一规定的继续。此外教会还力图对中世纪此伏彼起延绵不断的使农民深受其害的私战予以限制,教会发动了两场运动,一是“上帝休战”运动,即在规定的日期内不得从事私战,一次又一次宗教会议不断地扩大这种日期,最后留给

一个强暴而好斗的男爵作为私战日子的,只有最炎热的盛夏和最寒冷的隆冬了。另外一种运动是“上帝和平”运动,这是规定对特定的人(僧侣、商人、香客等,尤其是妇女和儿童)的人身和财产不得予以侵犯,否则将开除教籍,这样教会不仅在当时减轻了战争的残酷性,而且为后世战争法的一些重要规则奠定了基础。^①

在国际关系方面,教会还对条约规则的形成和发展有一定影响,中世纪的条约是以宣誓遵守为其完成条件的。宣誓的意义在于缔约者不仅在今生,而且在来生也要负责履行条约的责任。教会享有对誓言效力的决定权,它宣称誓言必须是可能执行,并且是不犯罪即能执行。^②

2. 诉讼法

教会诉讼法在许多方面直接渊源于罗马法但又有其独特的发展。在中世纪,教会法院的诉讼程序较之封建法院的程序要合理和规范。在证据制度方面,教会最初采用了盛行于封建私法中的决斗、神裁和宣誓等制度但教会法院在审判实践逐渐废弃了这些不合理的证据制度,代之以书面证据和证人证言的证据方法。教会还要求审判过程中的所谓“良心原则”;这一原则认为法律不仅存在于学究式的理性中,而且也存在于法官的心中。11世纪的一篇论述这一原则的文章认为,法官在审判被害人之前必须首先审判自己,换言之,他必须把自己与被告人等同起来,这样“法官对犯罪的了解就会比犯罪者本人还多”。^③ 为了有效的实施这一原则,诉讼中的形式主义受到了非难,法官被赋予更多的自由裁量权。我们不仅可以在英国衡平法院的诉讼中,而且也可以在后世西方刑事诉讼的一些原则(例如自由心证)和实践中,看到这一原则的某种反映。

在刑事诉讼方面,教会法对世俗的影响最大的莫过于他的纠问

① 参看 Bras, "Canon Law", 见 Crump 和 Jacob 编, 前引书, 第 342 页。对“上帝休战”和“上帝和平”运动的详细评述见汤普逊, 前引书, 下册, 第 284 ~ 289 页。

② 参看雷崧生:《国际法论丛》,台湾商务印书馆,1958 年版,第 141 ~ 142 页。

③ 参看 H. J. Berman 前引书,第 429 页;Bras 前引书,第 358 ~ 359 页。

式诉讼程序了。中世纪初期对刑事犯罪的起诉和刑罚的执行,都是受害人或其家属的事情。在那个充满着暴力的年代里,一个权利受到侵犯的弱者,在起诉时是不免有些踌躇的。如果被告是个强暴的人,他的起诉将把自己置于一个更为危险的境地。到了英诺森三世统治时期,这种诉讼方式被坚决废除了。教会法规定共众报告(*diffamatio*)式私人控告即导致法院对案件的调查,从调查证据到执行刑罚都由官方负责,这就最早确立了纠问式诉讼制度。按照当时的规则,被告人必须亲自到案,法院告诉他起诉人的姓名并出示证据,允许被告人进行辩解和提出对自己有利的人证和物证。纠问式诉讼使犯罪不再因执行者的忽略而逃脱法网,也使得被害人或其亲属不再由于惧怕势力强大的犯罪人而不敢起诉了。它对公诉制度的发展有着十分重要的影响。^① 所以,纠问式诉讼制度是在诉讼法发展史上具有重要进步意义的创举,但是这一制度却在后来被教廷用来镇压异端的过程中被滥用了,最初赋予被告人的权利(诸如告知原告姓名、提出对自己有利的证据等)被剥夺殆尽,并对被告滥施严刑拷打,使的后世的人谈虎色变,把它与司法专横联系在一起,实在是不符合纠问式诉讼的本来意义的。

无论如何,纠问式诉讼对大陆各国刑事诉讼法的影响是显而易见的,资产阶级革命之后,大陆各国刑事诉讼程序都是纠问式诉讼。革命后,虽然采用了陪审制,但是在相当长的时间里陪审制并没有发挥出像英美法系国家那样大的作用,刑事诉讼仍然保留着浓重的纠问主义色彩。^②

在民事诉讼方面,教会法最显著的、同时也是对后世影响最大的特色,是它的书面诉讼形式。在教会法院中起诉和上诉都采用书面形式,对证据和判决的书而纪录普遍应用书面诉讼,有利于集中所争

① 13 世纪上半叶起,意大利的世俗法院中出现了以全体公众名义对犯罪进行控告的国家检察官。

② 参看史密斯,前引书,第 172~173 页;R. David, *English Law and French Law*, Ch. 5, 东方法律书局和史蒂文斯父子公司,1980 年版。

论的问题。在商事案件中这一点尤为明显。对于诉讼证据的书面记录,使法院能够更好地对不同证人提供的证据进行分析研究,这种诉讼形式的最大弊病在于其形式过于冗繁,常常造成案件的积压。为了纠正这种弊病,教会于14世纪设计出一种处理紧急案件的简易诉讼程序,有的学者认为在中世纪的教会法院中,甚至已经出现了近现代英美法院的所谓交叉询问(cross-examination)。^①

3. 民法

中世纪教会对当时和后世世俗民事法律制度影响最大的是婚姻和契约制度。婚姻制度我们已在本文第一部分作了探讨,现就契约以及土地占有继承等方面教会法的影响略加论述。

在罗马法中经过长时期的发展,契约法已经逐渐摆脱了形式主义。共和末期仅仅靠合意已经能够订立有效的契约,到中世纪早期为了使契约更有约束力,宣誓的方法盛行起来。教会法接受了这些成果,并对宣誓进行新的解释。教会认为宣誓暗示着对上帝的债,因而是一种不可侵犯的和永恒的债,这种解释使得教会法院获得了对由宣誓订立的契约的管辖权,并赋予这种契约以更高的拘束力。甚至这种宣誓订立的是一项违背教会法规定的行为,例如妇女宣誓同意转让她的“抚养寡妇财产”(dos),或者宣誓达成一项偿付利息的协议,一般情况下也宁肯让教会法让步,而不使宣誓受到破坏。

教会严禁付利息贷款,依照它的理论通过放债而致富是牟利的最恶劣形式。^②这种禁止造成了双重的效果:一方面它迫使一些人去设计规避这一法律面巧取利息的合伙形式。近代合伙组织中的所谓的隐名合伙人(silent partnership)正是这种规避的产物。在这种合伙形式中有一个或几个合伙人,投入一定的资金。如经营获利,则参与分红;若失败亏本,其投资也随之损失。这种隐名合伙人无权参

① M. E. Tigar 和 M. R. Levy, *Law and the Rise of Capitalism*, 每月评论出版社 1977 年版,第 35 页。

② 见《旧约·出埃及记》,第 22 章第 25 节。

与经营业务,对外不能作合伙代表,他的负责范围也仅限于所投资金额数。事实上隐名合伙人与合伙管理人的关系无异于放债取利。禁止放债取利的另一方面效果是导致了交换契约概念的出现。在这种契约中当事人双方必须交换价值相等的物,如一方不履行这种交换,另一方有权对契约失败提起控诉。

由于教会是中世纪最大的土地所有者,在保护和扩大其占有土地的过程中,教会在不动产占有方面发展了一整套理论和制度。近代法律关于占有权的保护和长期占有取得两方面制度的完善在很大程度上要归功于教会法学家。教会的返还掠夺财产(*restitutio spili*)原则,从开始对主教占有土地的保护到后来发展成为民事审判中的一般补救手段。为了恢复原状,受侵害的一方要申请一项禁令,或提起一项诉讼来对抗掠夺者,任何对占有权或准占有权的不法侵害,都可以到至教会法院诉讼的开始,这使得教会法对占有权的保护超过了罗马法,对于原告人来说,只要能证明在目前占有人之前他曾经占有的事实便可以了,这项成果在现行的法国民法中仍然可以发现。^①

在长期占有取得问题上,依照罗马法,只要最初占有是基于善意,后来的恶意并不影响占有权的效果。教会法学家则认为任何时候的恶意都是恶意,凡存在恶意占有便无效,图尔内的史蒂芬(Stephen)声称,凡是对他人财产的占有行为都为自由法和平等原则所禁止,这几乎全盘否定了占有取得的理论。胡果西奥(Huguccio, 1145~1210)则谨慎地在世俗和精神两方面加以区分,在法律上占得取有可以被认为是正常的,但是在良心上则不正当。英诺森三世在一个著名通谕中,规定请求占有取得的人,必须在任何时候都不知道被占有物属于他人。自十五世纪以后,这种对连续善意的要求,逐渐为德国、法国、意大利的法律所接受。

继承法也是教会法产生较大影响的一个领域,在它的影响下立遗嘱的实践逐渐普遍,教会力图为罗马法中立遗嘱所必需具备的繁

^① Bras, 前引书,第350~351页。

琐的手续加以简化：“继承人指定”(heredis institutio)制度被废除，证人的数字降到了两个。在无遗嘱继承方面，教会强烈反对把妇女排除在土地继承之外，主张土地应与金钱和其它动产采取同样的转移方式。教会又是封建的土地长子继承制的激烈反对者。此外，教会还非常注重保护寡妇利益，它规定丈夫结婚时必须保证抚养其妻，由于它的努力，整个西欧的习惯法中都规定了“抚养寡妇制度”，这被梅因称为教会获得的“所有胜利中也许是最难得的一个胜利”。^①

当然，在民事法律方面，教会的种种制度往往有其本身的经济目的。例如对遗嘱的倡导便完全是为了增加教会的财富，教会规定为了灵魂的好处，要将遗产的三分之一赠给教会，但它的一些制度在客观上却为后世的立法提供了一些模式和启示，对这一点似乎不应该笼统地予以否定。

4. 刑法

早在罗马帝国后期，教会便对罗马的刑法施以强烈的影响，由于这种影响罗马法制止了古代社会最大的弊病之一的杀婴和弃婴，流产也被禁止，通奸受到最严厉的惩罚，违反自然的犯罪将被处以死刑。查士丁尼还要求基督教主教每月对国家的监狱进行一次检查，并有权调查对囚犯的不法侵害，私人监狱也被废止了，同时异端也被做为犯罪处理。^②

在中世纪的日耳曼法律中，刑罚是一种报仇的满足，教会的概念则针锋相对。在它看来刑罚是用刑罚手段，对被犯罪破坏了的上帝秩序的一种恢复，因而在施加刑罚时必须考虑对罪犯灵魂的净化和道德的矫正。教会主张囚禁优于死刑，因为它给予犯罪人一个反省自己罪过的机会，这样，教会就确认了一种治疗刑(poena medicinalis)。这种观念对近代的刑法思想有很大影响，堪称教育刑之先声。

① 梅因：《古代法》，商务印书馆1959年版，第128页。

② C. P. Sherman, *Roman Law in the Modern World*, 波士顿1917年版，卷一，第133～134页。

同时教会还继承了罗马刑法重视犯罪主观方面因素(主观犯意)的传统,它认为,一个人除非有能力在善恶之间加以选择,并在事实上选择了恶,他便不应该受到惩罚。因此儿童、精神病患者以及由于意外事件而犯过错的人不可惩罚。此外,在犯罪的客观方面,教会的法律,尤其是各种《悔罪手册》(*Penitentials*)通过对各种犯罪行为细节的分析为后世的世俗刑法理论(最明显的是意大利刑法学派),提供了最有借鉴意义的模式。

在定罪量刑方面,教会总是坚持法律面前人人平等的近代观念,在它的法庭面前如同在上帝面前一样,所有的人,不分贫富贵贱,一律平等。

在教会的刑法理论中也有其极为反动的一面,这就是它的道德法律化的过程中把异端和纯粹精神上的过错,做为刑事犯罪加以镇压,尤其是对进步思想进行惨无人道的迫害,可以说是一种倒行逆施。

以上我们列举了教会法对西方世俗法发生影响的一些情况,由于资料对眼界的限制,这种列举可能很不全面。一管窥天,我们已经可以感觉到西方法律制度受基督教和教会法的影响是不可小视的,尽管如此我们仍然要说基督教和教会法影响最大领域并不在实在法本身,而在于它对一般民众的法律意识、正义观念以及权利义务观念等方面的影响。虽然这种影响不像对法律制度本身的影响那样来的明显、易于捉摸,但正是由于其潜在性它对立法的影响就更大,并且不仅仅对立法对法律实施过程的各个环节都有着极大的制约作用,对这种影响的研究将是法制史、法律思想史、法律文化史上的一个很有趣、很艰难,同时也是很有意义的课题。

法学随笔

法治 人治 运动治

今年,根据中共中央的提议,全国人民代表大会对我国宪法作了某些修改,其中“依法治国,建设社会主义法治国家”的规定正式进入宪法,受到包括法律界在内的各界人士的高度评价,认为这标志着治国方略从人治转向法治的根本改变,将具有“重大的现实意义和深远的历史意义”。

的确,将依法治国作为治国方略的确立与基本的经济形态从计划经济向市场经济的转向结合起来,我们的社会真正是在经历着沧海桑田一般的变化。不过,也许我们应当意识到,依法治国进入根本大法并不意味着社会事务的实际处理过程都会在朝夕之间纳入法律的轨道;治国方略的变化需要相关观念的渐次转换,需要配套措施与具体制度的逐步出台和确立,需要全社会对怎样才是依法治国形成一定程度上的共识。否则,我们就很可能一方面倡导依法治国,而另一方面却在行为上背离法治原则而不自知。

要厘清依法治国的含义,一个比较好的进路是检讨一下什么不是依法治国,在非法治的背景下,依法治国的特点更容易凸现出来。

作为不同的治国方略,我们马上会想到的是以人治国,即所谓人治。现在,人们在颂扬法治的时候,往往容易不假思索地将人治作为法治的对立面贬损一通,人治几乎成了所有糟糕统治的同义词。实则这是大大的误解。作为一种理想化统治方式的人治原是为了纠法治之偏面提出的。法治,即使是实施状态最佳的法治,也是需要付出代价的。由于法治倡导法律面前人人平等,而现实生活中,人与人之间并不平等(想想同等智商的两个少年考大学,一个在穷乡僻壤,一

个在繁华都市),法律的平等划一与实际生活的凹凸不平会形成紧张关系,平等的法律适用反而可能产生不平等的后果。法治的第二个代价是,由于追求规则的可预期性,因此有所谓“法不追溯既往”以及“法无明文不为罪”的原则,不容许用行为时尚不存在的法律追究行为人的法律责任,因而所有的法律规则都呈现出“过去时态”,难免造成既成法律与多变社会之间的冲突。还有,由于司法过程受到严格的程序约束,所以无法做到“有错必究”,甚至可以说,一定比例的错案率是合理法治秩序得以存在的必要条件。最后,法治意味着法律家对社会事务的终极统治,但是,法律家也有其自身的利益,有时会自觉不自觉地夸大法律职业的社会价值,从而造成社会对法律职业者越来越大的依赖。另外,法律职业化程度的提高也会造成法律家视野狭窄,对真正的社会寻求视而不见,沉溺于自我营造的体系之中而不可自拔。

法治的这些与生俱来的缺陷让一些贤明之士忧心忡忡,他们力图找到一种更好的统治方式,以弥补法治的缺陷,这种新的治国方略便是人治。人治是贤人的统治(孟子曰“惟仁者宜在高位”),是“哲学王”的统治。读过柏拉图名著《理想国》的人们都会对柏老夫子为培育适合人治的统治者设计的那一整套周密方案留下深刻印象。哲学王仁慈,智慧,富于洞见,对每个人的需求都能够明察秋毫并给予满足。尤其重要的是,哲学王不会受到权力的腐蚀和财富的诱惑,蜕变为一个暴君。有了这样的统治者,那些硬梆梆的律典条文不就成为很多余也很无聊的玩艺了么?

可是,现实没有想象得美。人治论者所设想的这一套治国方略在付诸实施的时候总不免演变成专制与暴虐,并出现不同的变种,例如,我们相当熟悉的“文化大革命”式的运动治国。顾名思义,运动治国依赖范围广泛的群众运动。在那里,具有确定性的法律和权利都是不存在的,甚至罪与非罪的边界也变得模糊不清,行为的后果常因人而异,因时而异。司法机关也成为斗争机关,为了斗争,可以置基本的法律程序于不顾。立场须站稳,旗帜要鲜明。理性主义蒙尘,

道德主义盛行,各种媒体齐发动,调门一律都煽情,不仅揭露行为,更贬斥和诋毁被批判者的人格,不将“一小撮坏人”批倒批臭势不罢休。在这种批判的过程中,广大人民群众将会看清“坏人”的“丑恶嘴脸”,上当的人必须划清界限,痛改前非;没有上当的人也不可沾沾自喜,要擦亮眼睛,时刻准备与新出现的敌对分子和错误思想作斗争。这是和平时期的战争。没有炮火,但对人的心灵甚至肉体的摧残却一点也不逊于战争。

在检讨法学家何以在五四时代的思想界缺席的文章中(“法学家的缺席”,见本栏1999年9月2日),我曾引西谚“枪炮作响法无声”,说明法学与战争的冰炭不容。实际上,这种不是战争,胜似战争的运动治国对于法律家来说不啻是最大的灾难。社会的安定、理性以及对程序普遍的尊重乃是他安身立命之本,但是,顷刻之间,所有这一切都荡然无存了,他手捧着法典,黯然神伤。街角传来阵阵口号声:“运动了!运动了!”

(原载《法制日报》1999年12月26日)

法学家的缺席

“五四运动”是中国近代史上的大事件,按照我们习惯的“逢五小庆,逢十大庆”的惯例,在这个大事件八十周年的今天,人们以十分郑重的心情对这个大事件加以纪念是非常自然的事情。不过,正如克罗齐所说,一切历史都是当代史,每一种历史的叙述都不过是叙述者个人根据当下兴趣而对历史所作的重新阐述和解释。今天,作为法律职业者,我们纪念五四运动,也不免要检讨这场运动在近代法律史上的意义。

从法律的视角回顾,我们发现,这场运动中居然看不出多少法律家的影响。五四时代的英雄是哲学家、文学家、历史学家和革命家,而不是法学家。近世中国的法学家中,沈家本已于六年前去世。伍廷芳虽然在政坛上仍属重镇,对学生运动也公开表示过同情(“学生之行动,绝非为私利,与吾国官僚之专于自身设想者大不相同……总之,学生运动,乃中国之一有希望征状也。”“抵沪后的谈话”,《正报》1920年4月18日),然而,在思想上,这位法学家从来也没有获得过全国性的荣誉。1921年伍廷芳去世,新文化运动的领袖胡适发表感言,毫不隐讳地批评这位法学家的思想浅薄。他如王宠惠,虽法学根底扎实,然而却全身心于政治和外交,对社会思潮之引导,贡献无多。

为什么在以五四为标志的新文化运动中法学家会缺席,这是一个值得思考的问题。不妨简略地列举可能的原因。在五四之时,中国近代型的法律制度尚处在模仿阶段,我们还没有真正的法学知识传统。在我们的古典知识格局中,法学(“律学”或“刑名之学”)是一个没有多大吸引力的领域,士大夫阶层所钟情的是儒家经典,诗书

文章,所谓“半部论语治天下”,法律算不上专门知识,更非精深高雅之学问。虽然五四时代的旗帜性人物在理性上都意识到了法律及法学的重要性,学生运动的领导者们也很快地从单纯的爱国主义走出来,将重心放在民主、人权以及更广泛的社会变革之上,然而,完整而扎实的旧学根底反而限制了人们在法学方面知识的深化,限制了法律家知识对社会的影响力。

第二,如果我们检讨当时的社会状况,可以看到,五四时代的社会需求充满了矛盾。对外,我们要尽快废除税收和司法方面的外国控制,要追求民族的独立。与此同时,我们又相信,中国固有的秩序以及支撑这种秩序的理想都无法适应新时代的要求,我们必须开放,向西方学习。我们知道了民主是走向富强的必由之路,然而没有高度的中央权力的统帅,富强似乎又无从谈起;当民主成为富强的手段,我们将无法以民主的方式建立民主。我们时而感觉到西方法律制度在文化上的优越性,时而又因为变革法律中的西方压力而对变革本身产生仇视。我们失去了从容的心态,我们变得急躁、无奈、麻木和自暴自弃。民主的希望常因为社会的混乱而破灭,而强人身上的光环却总是让我们在眩晕中堕入苦难的深渊。于是,我们有军阀混战,有不间断的“运动”。西谚有曰:“枪炮作响法无声”(inter arma silent leges),说的不仅仅是军阀与法学家之间的冰炭不容,更是长时间的社会和平与稳定对于法律秩序形成的重要意义。

五四时代思想界的状况是法学家缺席的第三个原因。当时的三大思想主流是民族主义、自由主义和共产主义。上面我们已经揭示出民族主义所面临的矛盾,共产主义由于目标在于废除私有财产和雇佣劳动,法治的价值在那里已经荡然无存。只有自由主义对法律制度表达了好感。然而在20世纪20年代,严复所倡导的稳健和渐进的自由主义没有了市场,而更加激进的自由主义思想家所热衷的是民主、自由、平等的口号,对如何通过具体的制度建立良好的法律秩序却用心极少。

今天,我们回首前尘,不免为五四以来八十年间中华民族所经历

的一切而感慨不已。不过,用长时段的历史眼光看,以前的种种苦难和挫折只是中国法律制度得以形成的必要准备。法学家在五四时代和此后相当长的历史舞台上或者缺席,或者只能跑龙套。今后,法学家能够走向前台么?我们从事法律教育和法律学习的人们要为此作怎样的准备呢?姑且将这问题提出来,聊供读者诸君思考。

(五四运动八十周年纪念日前夕写于北京
大学 原载《法制日报》1999年9月2日)

宪法的命运

与政治法律中的其他制度一样,中国的宪法也是近代舶来品。制度或观念领域的舶来品与器物层面上的舶来品不同,它的进入必然伴随着改变——本土的环境固然由于外来事物的引入而改变,但是本土环境也绝非一味地消极待变,而是积极地去改造外来事物。最终当然是一种妥协,制度变成一种四不像,或非驴非马。

说起来,非驴非马也未必是一件坏事,因为制度传播的过程总是伴随着某种变形,用一种常见的说法,有时甚至可以达到“创造性的转换”的境界。但是,问题在于,假如本土因素的改造使得外来制度完全沦为摆设,那么这样的引进就只能说是失败了。近代以来中国制定宪法多,而宪政的事实少,就明显不过地昭示了这样的失败。

为什么会出现这样的结局?是哪些因素让我们制定了冠冕堂皇的宪法,却每每蜕化为“口惠而实不至”的空头支票?也许,有必要深入到西方宪法实践的内在环境,分析那里的宪政基础,再以“邻壁之光”照射我们“汉家故物”,这样的对照可能有助于发现那些能够激活我们宪法的要素,从而为宪政发展寻找可能的路径。

所谓宪政,大致上是指宪法条文得以在生活的现世中兑现的状态。但是从更宽泛的意义上说,宪政的要义乃是将一切专横的权力纳入规范轨道的事业。西方的成文宪法的历史并不长,那是从美国宪法开始的,至今不过两百多年的历史。但是,宪政的学说以及实践历史却是源远流长,早在古希腊的雅典时代,如何建立一种既富于绩效,又符合正义的政府,就是贤哲热心讨论、政客乐于尝试的大课题。

实际上,柏拉图的《理想国》,亚里士多德的《政治学》讨论的主题都是如何建立一种正义的统治模式。而且,希腊仿佛是各种政治学说得以试验的最好基地,君主政体,寡头政体,民主政体,以及某种混和政体,在不同的城邦和不同的时期都得到了实践。这些理论和实践给后世的宪法理论与制度的发展提供了至为丰富的借镜和动力。

当然,如果我们把规训政府和保障人权这两项指标——其实,这二者差不多是一件事情的两个方面——当作宪政的主要目标的话,在西方的历史上,除了古希腊奠定的基础外,还有一些因素也相继出现,使得西方宪政得以最终确立。宗教以及教会是我们首先看得到的因素。基督教的神学学说本身包含着像原罪说、救赎说等教条,构成了对世俗统治者的强有力的约束。当每个人都需要赎罪以作为得到上帝宽恕的前提,国王也不能够例外;上帝面前人人平等很容易转换为法律面前人人平等。我们甚至可以在像圣托马斯那样的神学大师那里发现更激烈的也更具有宪政意义的表达。在这位杰出的神学家看来,对权力的服从是有条件的,这条件就是它的取得必须合法,或者后来成为合法的。统治者的命令不应超过人们所授予的权力,也不应强使臣民承受无益的或不平均的负担。在所有这些情况下,服从是以权力的正当行使为条件的。不法命令没有约束力。无道之君必须加以反抗。在我国古典学说中,虽然也有民贵君轻一类的说法,但是,那大多不过是所谓“体制内学者”的规劝而已,以神学作为强有力后盾的思想却是闻所未闻的。

神学之外,罗马教廷以及教会的存在对于世俗统治者的制约更是显而易见。“把恺撒的归恺撒;把上帝的归上帝。”即使在黑暗的中世纪,这种俗权与教权的二元对立也构成了最基本的“两权分立”,它使得教廷和教会不能对世俗事务进行干预,同时,世俗君主也不可以“过网击球”,染指人民的精神事务。正是由于有了这样的两权分立传统,后世的一些宪法权利,尤其是宗教信仰作用、言论自由、学术自由等权利不受世俗权力干预才能够得到那样坚实的保障。“文化大革命”中正在“五七干校”里受尽磨难的顾准先生写下面这

段话的时候一定是感叹系之的：“两种政治权威并存……对于欧洲政治之不能流为绝对专制主义，对于维护一定程度的学术自由，对于议会制度的逐渐发达，甚至对于革命运动中敢于砍掉国王的头，都是有影响的。因为在两头政治下最底层的人也许确实捞不到什么好处，体面人物却可以靠这抵挡那，可以钻空子，不至于像中国那样‘获罪于君，无所逃也’，只能延颈就戮！”

如果说套在世俗君主脖子上的第一条缰绳是宗教和教会的话，第二条便是阶级以及阶级斗争对君主权力的限制。过去我们对于封建社会阶级斗争的理解实际上是过于简单化了，因为它把本来十分繁复的社会结构简化为地主阶级和农民阶级之间的斗争，而且是不共戴天、你死我活的斗争；国王（或皇帝）不过是地主阶级的总代表。实际上，在欧洲的许多社会里，存在着国王、贵族、僧侣、商人、自由民以及农奴等非常复杂的阶层或阶级划分。这些不同阶级之间具有利益上的冲突，但是也经常发生某种妥协。持续久远的多元利益之间的冲突与妥协既构成了近代宪法得以产生的温床，同时也是宪法不流于空泛宣言或一纸具文的重要保证。英国历史上的第一个宪法文件《大宪章》便是贵族与国王斗争的产物。正因为利益攸关，虽然已经有约翰王签字画押，但后来的不同时期，贵族们还是要不依不饶地迫使继任的国王们不断地再确认《大宪章》的有效性。很明显，利益多元，不同利益集团要有各自不同的代表者，各种代表者都有机会在议会的立法过程中一争高下，在税收标准和财政预算的审核以及对政府的监督中大显身手，这些都是确保基本的宪政秩序得以存在的前提条件。

说到这里，也许读者会反问：我们的封建社会不是也有阶级斗争么，何以中国就没有产生出宪法呢？实际上，通常所谓“两千年的封建社会”根本就是张冠李戴；自秦以降的两千年中国社会与马克思意义上的封建社会全然不同。而且，由于中国传统社会对私语产权向来缺乏严格保护，科举取仕以及周期性的改朝换代又加剧了不同社会阶层之间的开放和流动，我们始终难以形成稳定的阶级界限和不同利益之间的各自共识。如此则即便有宪法类型的文件，那也仅

仅是新王朝标榜其正统性和合法性的书面声明而已。

社会分工以及由此带来的知识分化是约束专横权力行使的第三个因素。社会分工的观念一旦进入政府制度之中,某些特定权力的行使者就需要以受过特定专业教育为前提,而专业教育本身所追求的目标便是通过系统的训练,使得受教育者具有专业的技术和理念,从而在日后行使权力的过程趋于规范化,具有可预期性,形成稳定的社会秩序。以法律职业为例,早在古罗马,法律的专业化就已经达到相当高的程度。近世以来,无论是欧陆,还是英美,由大学或其他职业训练机构所培育出来的法律知识与技术日趋复杂。这种知识和技术上的独立正是司法独立的源头活水和基本保障。与此同时,专业化的司法权对于行政乃至立法权力进行合法性或合宪性审查的做法也为越来越多的宪政体制所接受。在现代民主国家,行政首脑照例是由民选产生,立法权的行使者更不消说就是人民自己的代表,相反在不少地方司法官员却是以非民选的方式产生,为什么居然是非民选的司法权可以对于民选的行政权和立法权进行审查?这是耐人寻味的一个宪政问题。当然,囿于篇幅,我们无法在这里对这个问题作出讨论了。

上面这一番对西方宪政历史与社会基础的讨论已经略显冗长,但是还是有许多重要的遗漏,诸如自古希腊以来的自然法观念及其对宪政的影响,自古罗马以来法律对私有财产的严格保护及其对公权力的限制,都是不该略过不谈的。尽管如此,对于这篇小文的主题来说已经足够,那就是,我们的宪政建设还任重道远。我们需要的不仅仅是文本的引进,更重要的是本国社会结构的改造。制定一部现代宪法、宣布一连串看上去很美的公民权利并非难事,但是,如果一个社会还没有出现足以使政府权力循规蹈矩、使公民权利化作现实的结构性的强大力量,则宪法终不免高阁蒙尘的命运。自然,这并不构成我们不去推进民主、法治和宪政观念在这个国家中传播的理由。

(2003年1月7日凌晨2:45写就)

镂之金石之宪法

在一国法律体系中,宪法是居于金字塔顶端的法律文件。它是众法之法,其他各种法律的产生都要以宪法为依据。它又是具有最高效力的法,任何机构、组织以及个人都不得违反,任何与宪法相违背的法律或行为都将归于无效。然而,高也有高的难处,高高在上可能被束之高阁;维持最高效力的代价也许是高度抽象,大多属于永远不会过时也永远不会出错的政治宣言,与真实的社会生活相脱节,最终便不免“高处不胜寒”的尴尬。另一方面,如果要让宪法跟得上时代的发展,就需要对宪法的条文进行经常性的修改,但是,经常改又会伤害宪法作为根本大法所具有的权威性,也违反了法治的基本原则之一:法律必须具有稳定性和可预期性。于是,宪法就遭遇到了一个似乎是内在的困难:变,还是不变,这是个问题。

考察一些宪政发达国家的实践,我们可以发现,不同国家在修改宪法问题上的态度并不一致。变化相对多的是法国,而英国和美国则极少变化。英国的宪法由一组自1215年著名的《大宪章》以来的历史文献构成,另外还有一些所谓宪法惯例,平常人们感觉不到它们的存在,但是,一旦违反,马上就会引起轩然大波。这种由历史传统累积构筑起来的宪法谈不上修改,只有潜移默化的演进,变化模式呈现出《易经》所谓“变而不觉其变”的形态。

美国宪法是人类历史上的第一部成文宪法。实际上,这部1787年制定的宪法的主体结构只有三条,即对立法、行政、司法三权作出的规定,这些规定至今保持不变。宪法诞生后,鉴于某些变化和需要,又通过了一些宪法修正案,但是,迄今为止,二百多年来的修正案

也只有寥寥 27 条。我们知道,立国之时,美国还是一个相当落后的国家,人烟稀少,满目荒漠。但是,他们的“第一代领导集体”硬是制定出一部即使是在后工业化时代也无需修改的宪法,这实在是一件令人称奇的事情。

制定宪法的人们需要有智慧,有先知般的预见力。他们要看清楚人类的弱点,从而预先为可能出现的弊病提供防范机制。他们应抱定崇高的信念,以便使宪法永远为人们追求自由、民主提供动力而不堕落为自由、民主的桎梏。他们要有以简洁的语言表达丰富而精确意义的能力。“我们,合众国人民,为建立更完善之联邦,树立正义,保障国内安宁,提供共同防务,增进共同福利,并使我们自己和后代得享自由之福,特为美利坚合众国制定本宪法。”这是美国宪法的序言。读者可以看出,这个序言大概再过二百年也无需修改。

当然,有些发展制宪者们预料不到,例如,他们规定“总统是合众国陆军、海军和征召为合众国服役的各州民兵的总司令。”没有提到空军,因为当时他们想不到有朝一日军队也可以像鸟儿一样在天上飞。有了空军之后,要不要修改这个条文呢?美国人的选择不修改。因为制宪者的意图很明显,总统是所有武装力量的总司令。没有哪个空军军官会糊涂到去钻宪法的“漏洞”,胆敢把来自总统的命令当耳旁风。

于是,美国的一些法学院图书馆可以在最醒目的墙上镶嵌一块金属牌,上面镌刻美利坚合众国宪法。然而,不久前国内的一家法学院搞内装修,一面空着的墙壁不知用什么作装饰,不耻下问地征求我的意见,我不假思索地回答:

“用最坚固的金属,镌刻上《中华人民共和国宪法》全文,嵌在墙中,让法学院的师生时刻都能看到我们的根本大法。”

“可是,可是……”那位法学院院长迟疑起来了。

其实,我又何尝不迟疑呢。

(原载《中国青年报》1998 年 12 月 9 日)

投票箱的妙用

问：过去两千年最伟大的发明是什么？

答：答案显而易见：发明不仅仅是技术，还有思想，所以最重要的发明是民主、社会公正的观念，还有创造一个没有阶级、种族和性别压迫的大同社会的信念。

Steven Rose *

回首百年来的中国社会演变，最令人感慨的是我们有太多的动荡和战乱。列强入侵，伴随着西学东渐，西方的各种社会政治思想与观念在中土流行和冲突，开阔了视野，也激发了不满与力量——人们要打倒孔家店，要造反，要革命，要搞共和制，要建立民主制度，要无产阶级专政……利益的对立、权力的角逐以及人们对某些观念理解的差异，造成国人互相冲突，激烈时刻甚至——用唐德刚先生常用的说法——“直杀得血腥遍地，人头乱滚”。一个中国人，生逢 20 世纪，能够一辈子不遇战乱，不遭运动，几乎是不可能的，除非他的寿命足够短，生命之花在两场战争或运动之间短暂的间隙一现便凋零消失，说来怎么不叫人叹息呢。

令人不得其解的是，如同文化大革命期间对立的两派之间所出现的情况那样，相互冲突的人们往往喊着同样的口号，追求类似的目标。例如民主，我们很难发现近代以来有什么人明确地反对民主，相

* 英国神经生物学家。引文见布鲁克曼（编）：《过去 2000 年最伟大的发明》，转引自《中华读书报》2000 年 10 月 18 日第 23 版。

反,无论是庙堂之上的大人先生,还是谋求变革的仁人志士,大家都以民主为旗帜,都声称自己是最民主的,惟只有自己代表着最广大人民的根本利益,而反对他们的人就是反民主的。于是,这一阵是资产阶级民主派镇压无产阶级民主派,过一阵又是无产阶级民主派打压资产阶级民主派,中间还伴随着不同阶级内部保守派与激进派之间的相互斗争。讽刺的是,为民主的斗争,结果却总是摆脱不了“民主缺一点——民王”的宿命。这可以说是我国近代史上的一个大悖论。

为什么民主会成为一个口号,一面旗帜,而且是那种能够拉来作虎皮的旗帜?民主一旦成为虎皮,则人的行为不免发生种种变异:握有权柄之人经常化旗为剑,对“与虎谋皮”者防范惟恐不周;偏偏皮外之人又多是“明知山有虎,偏向虎山行”的武二郎,于是人们便愈发形同水火了。

也许,应当检讨的是,我们对民主制度的社会功能的理解是否出现了某种偏差。我们一味地只强调民主制度对平民百姓的价值,它会让人民当家作主,会让人民直接或间接地参与国家管理,会把国家的官员都变成人民的公仆或勤务员,而且他们还要受到人民的监督。这些当然是不错的道理,然而却只是一面的道理。我们忽略了,民主制度不止是对老百姓有好处,它对手握权柄的人们更是价值无量。

一个社会得以维系其秩序,离不开人们基本的守法意识。在一般的层面上说,人们是否守法除了趋利避害的功利考虑之外,法律本身的合法性——换句话说,法律由于其来源、内容或形式等因素能够得到社会中大多数成员的服从——是极其重要的。没有哪个社会可以完全凭借暴力和恐惧而获得秩序。在初民社会,法律能够得到人们的遵循,是因为人们相信法律来自神启,违法者将遭到神的惩罚。在封建社会,守法的原动力可能来自于封建主与封臣之间的契约,由封建法律保障的这种契约维系着双方的利益。近世以来所谓社会契约学说与民主学说合流,为了维护社会生活的基本秩序,我们让渡出自己的一部分权利,由作为代理人的政府行使,与此同时,政府亦通过民主的程序产生,民意代表组成立法机关并将人民的意志上升为

法律。在这里,如果问我们为什么应当守法,那是因为法律乃是我们的代表根据我们的意志而制定的。违反法律便是违反自己的意志。人怎么可以自己跟自己过不去呢?自然,个别人容有对法律的不满,但那并不构成违法的正当理由。法律的公正与否不能依赖于特定个人的判断。在通过民主的程序对法律作出修改之前,公民守法以及政府对违法行为依法加以惩罚仍有着毋庸置疑的正当性。

投票箱之妙不仅在于说服人们守法,而且还通过这一巧妙的程序,将决策风险转嫁给了选民本身。通过民主程序的决策,无论是制定法律,确定预算,还是选任官员,都是以公民参与的形式,让每一个参与者感到,决策是他们自己作出的,因此,如果决策失误,便无法将责任推卸到其他人或机构身上。这里的情况有点像是婚姻,假如是由包办而缔结,日后婚姻一旦出现危机或破裂,则当事人完全有理由抱怨包办者乱点鸳鸯,包办者当然是难逃其咎。但是,男女两心相悦,甚至私定终身,此后的所有不幸都怨不得他人——自己扛着吧。非民主方式选任领导人仿佛是包办婚姻,选得好固然皆大欢喜,然而一旦选择错误,民众的抱怨甚至反抗便具有了正当性。越俎代庖的人在行使了权力的同时更揽上了责任,而且动辄得咎,常常是费力不讨好。

耐人寻味的是,由包办产生的官员往往更难以称职,甚至更容易腐败。这倒不完全是由于非民选官员素质低下,而是由于他们无需向民众负责,因而也就使得民众对官员的监督失去了依托。这就是为什么许运鸿、成克杰这样的具有良好教育背景的官员也一样地腐败。腐败之外,非民主官员不称职还表现在对民众的要求反应漠然,以及常规性的滥用权力。当官僚系统成为治民而非民治的工具,官员最关注者必然是他的上级官员的好恶,而不可能有足够的动因和热情去了解 and 满足民众的需要。达尔尚松——路易十五时代的大臣——问得好:“有关百姓利益和繁荣的措施,谁能比百姓自己推选出来的人搞得更好?”因此,为人民服务的精神和行为并非产生于教育和鼓励,而是来自于如果服务不好就要丢掉乌纱的现实威胁。

当然,通过投票箱选任官员的弊病是选任过程所费不菲;为了让选民了解候选人的情况,以便减少投票时的盲目,人们需要安排竞选活动,包括巡回演讲、集会、辩论等等,大量的人力财力消耗其中,按照中国的一家报纸批评美国大选的说法,是“金钱铺就白宫路”。虽然在绝大多数情况下,相关经费都有帐可稽而且是公开的,但是,个别和局部的腐败也经常发生,并且对民主制度的声誉产生损害。但是,所有这些,都不足以说明放弃民主是明智的。非民主程序选任领导人可谓“成如容易却艰辛”,这个过程要付出的代价可能更大。实际上,选任过程也未见得比民主选举花费低廉。谋求权柄者之间的种种交易、争斗甚至相互残杀——例如古代为夺皇位而兄弟相杀,今天已经屡屡见诸报端的为抢班夺权而雇凶杀人——自不待言,坐上宝座的人也从此不得安生,因为非程序获得的权位也可能被他人用非程序的方法篡夺。这就是在非民主国家里有频繁的宫廷政变的原因。

为了防止篡权行为,在位者不得不将巩固权力作为其第一要务。他要杯酒释兵权,他要驾驭群臣,他要警惕尾大不掉,他要兵无常将,将无常兵……为了强化更大范围内人们对他的拥戴和服从,他要千方百计地维护自己完美无缺的道德形象,他是一贯正确的,他的理论是完整而系统的,他不允许任何质疑,为此需要对人们的思想进行控制,将一切不满和反抗消灭在萌芽状态中。所有这些,正不知要耗费多少资源!更不必说这样的统治下普遍的谎言充斥、伪善盛行会给一个民族的心灵会造成多么深重和长久的伤害。

与之相反,在民主体制下,由于官员是由民众选举产生的,投票箱赋予他们一种非民主程序产生的领导人不可比拟的合法性或“法统”,他们无需用很大的心力巩固自己的权力,防范僭越行为。在绝大多数情况下,人们也不敢以篡权或政变,因为那明显地是与千千万万选民为敌的行为。胸怀鸿鹄之志的人只能同样诉诸民主的手段,在换届选举时说服选民选举他们。在那里,权力的转移是通过和平的方式有序地完成的。

最后,投票箱对于那些下野的前领导人也是一种保护。任期届满,或者连任未遂,便还原为一个平民,不再掌握权柄,也就“无官一身轻”,回到老朋友中间,回到从前熟悉的社会,过平凡而逍遥的生活。因为权力的交接是彻底的,下野的人便不会构成对在位者的任何威胁,也就不会招惹猜忌和防范。然而,在非民主体制下,官位的后门却经常通往监狱;权力的丧失必然伴随着人身自由的丧失,严重者甚至人头落地,株连九族。为了防止这样的后果发生,人们一定要牢牢地握住权柄,生命不息,掌权不止,真正是死而后已。与此同时,由于掌权者谋求终身任职,茫茫无期的等待又必然导致觊觎者愈发欲火中烧,甚至铤而走险。官场中将更加充满变数,血光之灾随时可能发生。我们观察古往今来的政治史,这样的例证可谓俯拾皆是。

从上述种种来看,民主真正应当被列为人类历史上最伟大的发明之一,而投票箱的确可以称之为一种妙不可言的设计。考虑到民主制度对民众与官员两方面可以带来双赢的效果,仍然有人将其视为洪水猛兽实在是一件不可思议的事情。

(2001年3月4日 蓝旗营)

税收奠定宪政基础

随着中国法治建设的展开,宪法以及宪政问题愈来愈受到国人的关注。实际上,所谓宪政,最重要的内容不外乎相互关联的两个方面,一是公共权力受到宪法以及法律的严格限制,二是公民权利得到法律的严格保障。乍一看,在现代社会里,这两个准则似乎是当然的事情,然而,正所谓“成如容易却艰辛”,在东西方不同社会的历史发展进程中,限制公共权力的过程都是一件十分艰难的事情。困难在于,几乎没有一个统治者不宣称自己是人民利益的代言人,进而追求不受限制的权力。要对于这种权力加以制约,需要有相当坚实的理论论证,同时,也需要出现有助于形成对于权力加以制衡的社会结构。

考察西方宪政发展的历史,我们看到,使得国家权力受到控制并走上规范化轨道的因素多种多样,例如,古希腊的民主实践以及受到这种实践影响所形成的治理传统,亚里士多德等古希腊以及古罗马的哲人们所创造的自然法学说,基督教神学以及教会对于王权强有力的制约,等等。值得注意的是,在第一个建立了宪政体制的国家——英国——的宪政发展过程中,一个非常世俗化的因素起到了十分重要的作用,那就是税收。

自古以来,作为平民百姓,向国家缴纳赋税似乎是一件天经地义的事情。虽然在西欧的封建时代,封主与封臣之间权利义务具有明显的相互性,封臣作出贡献的前提是封主对封臣提供必要的保护,不过,很少有人对于这种关系提出法理阐释。尤其是国王在税收方面的权力几乎是不受限制的。然而,到了1215年,英国的贵族们对于

国王的横征暴敛却再也忍无可忍,奋而抗议,开启了宪政史上的新篇章。据史书记载,当时的国王约翰残忍、卑鄙、无信、意志薄弱而又缺乏弥补缺陷的美德。但是,偏偏是这样一位国王却好大喜功,与法国开战,与教皇斗法,结果导致国库亏空,教士怨怒,贵族反抗。内忧外困之下,约翰王不得不与大主教兰顿所领导的贵族们谈判,接受后者提出的限制国王权力的要求,收入这些限制的法律文件称之为《大宪章》。其中引人注目的条款之一便是贵族要对国王征税的权力行使监督权:未经由贵族代表组成的大会议的同意,国王不得征收兵役免除税和传统的封建三捐之外的助捐。

在制定的时候,《大宪章》本身具有明显的封建背景,但是,它却逐渐演变为英国的第一个宪法文件。它昭示了代议制民主和现代法治的一些基本准则:未经纳税阶层同意的征税是非法的;纳税的标准必须由纳税人的代表决定;国家财政预算及其支出要受到代表的审查和同意。由这些代表所组成的大会议后来成为近代议会。一直到美国独立战争时,那句响亮的口号也与《大宪章》有着密切的关联——“无代表,不纳税!”

回到我们这里,不难看出,在改革开放二十多年之后,随着人们的权利意识的逐渐觉醒,税收问题也愈来愈受到广泛的关注。当然,过去强调更多的是公民的纳税意识,就像我们在城乡各地经常可以看到的那个标语所写的那样:依法纳税是每一个公民的义务。实际上,直到眼前的刘晓庆事件,许多报道的侧重点仍然是要人们从这个事件里吸取教训,即使是社会名流,也必须照章纳税,不可心存侥幸。但是,政府向人民征税的合法性基础是什么?在税收标准的确定、国家预算的制定、财政状况的审查等方面,我们的人民代表大会究竟应当发挥怎样的功能,目前这样的功能是否得到切实的发挥,为什么不能发挥,如何通过税收问题推进政治的民主化进程……凡此种种,却显然着墨不多。与此相对应,各地人民代表大会对于税收以及财政事项进行细致入微的审查的情况也是极少出现的。一些庞大的公共工程、对外援助、预算外财政的具体筹集和支出状况,凡此种

种,大多由主管部门甚至个别领导人拍板定案,而无需人大审查。这样的做法已成惯例,不仅最高层如此,各级地方政府也照办不误。建立议会而议员却不对纳税人的税款流向进行认真审查,这可以说从根本上违反了设置这一机构的初衷

曾记得若干年前某报章的一篇报道,说克林顿总统入主白宫,春风得意,谢友朋,宴宾客,好不快活。然而,一个月之后,白宫内部财务主管送来帐单,足让第一夫人希拉里大吃一惊——帐单上水费、电费、茶点、招待来客和赠礼花销、公务之外的用车花费……事无巨细,一一罗列,并且当然是要总统掏自己的腰包付帐。之所以要这么仔细地算帐,是因为总统虽然是行政首脑,但是他的花销却并不都是国务开支;为私的开销必须与国务开支清楚地区分开来,以便议会进行条分缕析的审查。真正是群己权界,判然两分。改用一句著名的诗句,可谓“国会议事非容易,应当锱铢必较看”。

总之,政府收了人民的钱,就必须让人民充分了解这些钱的具体花费情况,这是现代政治的基本要求,是政府不可推卸的责任。我们从这里也可以看到使人民代表大会真正成为最高权力机构的契机,看到由于需要对财政进行专业审查而产生的人大代表专业化和专职化的需求,看到建立一个法治的也是更有权威的政府的机遇。归根结底,一个不受民意和法律约束的政府最终也无法受到民意和法律的保护。

光绪十年(公元1884年),张祖翼游历英格兰,写下采风诗《伦敦竹枝词》,其中有描写议会者:“国政全凭议院施,君王行事不便宜。党分公保相攻击,绝似纷纷蜀洛时。”自注云:“国有大政,由议院上之女王画诺。主曰不,便可再议。主不能独创一议也。院有两党,曰公党,曰保党,各不上下。此党执政,则尚书、宰相、部院大臣皆此党人为之。进则群进,退则群退,君主不得而黜陟之也。”

这已经是百多年前的事情了。

(2003年1月14日夜写就,原载16日《南方周末》)

论最高法院

在一国的整个司法体系中,最高法院通常处于司法金字塔的顶端。它是民刑事案件最高级别的审理机构,同时又承担着统一司法标准乃至整个国家法制准则的重大职能。与这种角色和职能相适应,最高法院需要在法官选任标准、权力运行方式以及机构设置等方面有不同于下级司法机构的设计。最高法院的这种特殊性自然会使得它本身成为法学研究尤其是司法研究领域的一个重点和热点。例如,在美国,对联邦最高法院的研究就一向是主流法学界的关注焦点,相关研究作品可谓层出不穷,佳作迭出。

然而,长期以来,我国的法学界与司法界并没有对最高法院的特殊地位与功能给予必要的关注。根据我有限的观察,迄今为止尚没有一篇论文——更不必说专著了——对此做出专题的研究。这种普遍的忽视导致我们在相关的理论与实践方面存在着种种模糊和混乱,这样的状态是亟待改变的。

最高法院所承担的政治功能应该是我们首先要注意到的。在现代各国的宪政制度中,对于权力分立和与之相适应的司法独立原则的承认已经是常例。虽然在实践中,存在着美国式的综合性的最高法院和德国式的最高法院之外另立宪法法院两种模式的差别——德国的宪法法院行使着宪法诉讼的终级管辖权,它和最高法院同样是以司法机构的模式行使自己的权力——无论如何,最高司法机构具有独立的政治功能却是没有分别的。19世纪以降,司法权在世界范围内出现了明显扩张的趋势。人们发现,由于司法机构在行使权力过程中受到了制定法、司法先例以及已经确立的法律程序的严格约

束,也由于律师、检察官和法官所构成的法律职业共同体所分享的共同的知识、价值、理念和伦理准则对司法权的必要制约,司法权对于行政权和立法权加以平衡的正当性在越来越广泛的范围内得到了确立。不仅如此,在民主作为一种国家治理的基本模式已经获得毋庸置疑的合理性的现代社会,司法这样一种专业化的权力对于极端民主制所可能产生的弊端——例如,多数人对少数人持久的压制或暴政——所具有的独特的纠偏作用也日益为人们所认识。在这样的背景下,以最高法院为顶端的司法体系越来越不再仅仅是一个司法机器,而且是一种政治力量。标志着这种发展的一个最明显的趋势是许多国家借鉴和移植了司法审查制度,从而使司法权对行政权和立法权的制约获得了一个前所未有的用武之地。

但是,当我们回头观察中国的情况时,就会发现司法权在整个政治权力的结构中还是相当边缘化的。我们的法院不仅难以对行政权和立法权形成独立的和具有政治意义的制约,而且由于人事、财政等关键资源受控于同级党政机关,甚至连我国宪法所明文规定的法院独立行使审判权也还是一个有待实现的梦想。就最高法院而言,虽然过去的二十年间其政治地位有了显著的提升,但它与国务院和全国人民代表大会之间的关系不清、权限不明却一直是我国现行宪政体制中的大缺陷。近年来,对司法公正的全社会关注带来的虽然有如何从制度上解决问题的举措,但更多的却是传统监督模式的不断强化。司法运作本身的非程序化和非专业化愈发弱化了司法权在面对立法和行政两种权力时的交涉能力。在每年全国人大会议上,最高法院以及最高检察院报告时的诚惶诚恐也许是体现这种弱化的典型例证。从今后中国宪政发展的角度看,我们必须下大气力,通过修宪以及司法独立的观念的传播和接受,建立司法的独立以及最高法院在整个国家政治生活中的权威地位,使最高法院成为宪法的守护神。

最高法院在法治社会建构中的第二个功能是统一法制。在一个市场化的社会里,全国范围内法律规范统一的重要性是怎么强调都

不过分的。法制统一的首要前提当然是立法机关所制定的法律在全国各地具有通行无碍的效力。但是,统一更需要司法机关尤其是最高法院在法官对于具体法律条文的解释上作出有效的规范,否则就无法避免不同地方和不同时候的法官针对相同的条文作出大相径庭的解释。要实现通过司法的法制统一,我们需要对于管辖和审级制度作出相应的调整,更需要对最高法院的功能加以改革。基本的思路是:最高法院不再作为一般法院处理案件事实方面的争议,而只审理那些具有法制统一意义的法律争议。那种超越具体个案作出法律解释的惯常做法应当废止,代之以最高法院通过个案审判解释法律,它的解释在全国范围内具有强制性的约束力。与此同时,最高法院本身也必须受到自己已经作出的法律解释的约束,不可以今日之我非昨日之我,以确立法律解释的可预期性。

最后,最高法院还具有一种符号化的功能,它是一国法律秩序的象征,是社会正义的化身,是公民权利最强有力的也是最终极的捍卫者。为了实现这样的功能,最高法院的法官选任就需要有不同于其它法院的标准,那里的法官既应当是资深的法律实务工作者,也必须是具有精湛法学理论素养的法学家。这就是为什么许多国家最高法院的法官通常是由最优秀的律师和相当比例的法学教授构成的原因。另外,一个法院的声望与法官数量的多寡也有着密切的关联,最高法院法官享有崇高尊荣的前提条件是法官人数相对较少。也许,十五位法官对我们的最高法院来说是较为合理的规模。

(2002年8月21日写于南京旅次 原载《人民法院报》2002年8月23日)

统一之道

伴随着市场经济建设的深化和司法改革的不断展开,由于我国法制不统一所带来的法律准则混乱的弊病越来越凸现出来。如果我们将法制统一理解为在空间和时间两个维度上实现“同样的事项同等的对待”的话,那么很明显,仅仅是全国各地法院的法官在判案时适用同样的立法还并不足以确保法制统一。因为同样的法律条文以及法律概念完全可以作出不同的解释,例如不同地方的法官都依据《中华人民共和国消费者权益保护法》判案,但是,法官对于消费者概念理解上的不同却在事实上导致“打假英雄”王海受到绝然相反的法律境遇之中。由此可见,虽然我国宪法明文规定“国家维护社会主义法制的统一和尊严”(第5条),但是如果没有各种具体制度对于如何取得统一加以保障,统一云云也只是一纸空文。

在近年来法院系统所推出的各种改革措施中,郑州市中原区人民法院施行的“先例判决制度”是少有的指向这一难题的一种。但是,如此用心良苦的改革措施出台之后却受到了不少批评,或许有些出人意外。张志铭教授的批评坦率而富于力度,我自己也在本专栏的文章里对这项改革措施表达了不同的看法。不过因为主要是对张志铭教授就司法改革主体问题所发表观点的商榷,对于我国的法制应当建立怎样的统一机制只是点到而已。在这里,我想对此作些专门讨论,就教于中原区法院的李广胡院长以及各位大方之家。

尽管有关人士反复强调他们所建立的并非英美法意义上的判例法制度,但是,“先例判决”制度借鉴判例法的痕迹还是非常明显的。

问题在于,借鉴也好,不借鉴也好,总是需要对于判例法的运作机理有些了解才能够明了该不该借鉴和怎样借鉴。

从历史上看,英国判例法制度的确立并不是一个人为设计的结果。1066年诺曼征服之后,要建立统一国家的英国国王同时也面临着来自原居民的不满和反抗。于是,一方面诺曼人要设法缓和民族矛盾,因此就不能贸然制定大陆模式的法典;另一方面,又要谋求整个王国的法律统一,因为分散的法律会使得建立统一国家的努力归于失败。最终,诺曼人无奈地选择了通过派出官员巡回审判,并在具体个案的处理中寻求法律的统一之道。经过法律界数世纪的累积叠加,终于成就了通行于整个英格兰的普通法以及与以罗马法为基础而发展出的大陆法系并峙而立的普通法法系。

所以,英格兰能够发展出在后世蔚为大观的普通法传统具有一定的偶然性。但是,偶然机遇所形成的制度又与其他因素互动,形成了后人无法轻易摆脱的司法模式。这也可以说是一种“路径依赖”。判例法之所以能够实现“同样的事项同等的对待”,核心要素是遵循先例原则(*the principle of stare decisis*)的严格运用。要使判例法得以操作,一些制度性的配备还是必要的。观察英国的法律史,我们可以发现这些配备或曰制度部件渐次形成的过程。首先是判例本身必须在结构上能够包容后来者据以判案的法律依据。相关案件的事实是怎样的,判决时如何解释法律的规则,法律与事实之间如何对应,如何界定此案与彼案之间的类似或者差异,凡此种种,都是法官以及律师在司法过程中必须考虑的要素。这种推理过程产生的结果便是一篇司法判决书中的法律理由(*ratio decidendi*)。在这里,法律界对于法律方法尤其是类比推理技术的共识具有极大的重要性。世上没有两片完全相同的树叶,也没有两个完全相同的案件。往昔判决中所确立的哪些规则必须运用于当下案件之中,哪些必须予以排除,其中技术大有讲求。无论如何,具有约束力的判决并不是就某个案件作出一个裁判便可以获得,而我们目前的判决——包括收入《人民法院案例选编》中的那些受到官方称许的判决书——是完全不具备成

为司法先例的内在结构的。

支撑判例法的第二个制度条件是判例的及时汇编和出版。当一国的法律规则大多以判例作为载体的时候,对后来法官具有约束力的判例就必须完整、及时地公诸于世,否则就无法寻找法律。我们发现,早在13世纪的英格兰,就出现了名为《年鉴》的持续性的诉讼记录,一直到1535年被更完备的判例汇编取代。1865年,英格兰与威尔士判例汇编联合委员会成立,并每月出版一卷《判例汇编》(*The Law Report*)。卷帙浩繁的判例汇编已经成为英美国家法律图书馆里的典型图景,法律教育的过程几乎离不开对于以往判例的研究。一些按专题分门别类汇编的里程碑式判例(*leading cases*)也不断地出版,满足法律界以及法科学子检索和学习的需要。今天,随着网络技术的发展,判例的发布变得更加便利。上诉法院以及最高法院的判决公布数十分钟后就可以在一些专业网站上全文阅读。反观我国,迄今为止,甚至最高人民法院的判决书仍然不能完整地公开发布,更不必说下面三个层次的法院了。在判例无从及时而完整地为法律界查考的情况下,谈借鉴判例法或吸收判例法的优点恐怕只能是空穴来风了。

其他促成和巩固判例法的制度因素还包括法官尤其是判例具有约束力的高层次法官在法律界的崇高声望,法院等级的合理化从而保证判例的遵循具有顺理成章的逻辑结构,等等。由于篇幅的限制,这里就不一一细说了。

通过上面的分析,我们不能看出,中国要全面引入判例法,还有太多的困难需要克服,当然,也许那根本就是一条走不通的路。梁园虽好,终非久留之地。也许我们应该在大陆法系的基本背景下,探索中国的法制统一之道。我认为,这里最重要的是三个方面,一是在统一立法之外存在着得到法律界公认的主流法律解释,二是上诉法院和最高法院通过对上诉案件的审理而显示的统一努力,三是法律教育对法律职业者的概念把握以及思维方式的统一塑造。这里不妨分

别做点简要讨论。

我们知道,根据民主以及权力分立的学说,在近代以来的欧洲大陆国家,法律规则的惟一提供者便是议会。与此相适应,法官就只是一个相当机械化的角色,他只是依法裁判而已。这正是所谓“自动售货机”式的司法观。但是,这种极端的主张在法律的实施过程中却难以实现,一方面议会的立法决不可能穷尽社会生活的细枝末节,另一方面法律语言虽然以严谨明晰为标尺,但是终不免模糊含混,可以作多种解释。在这种情况下,某种防止法官上下其手的机制就显得非常必要。自罗马法以来,欧陆形成了一种强有力的法律学术指导和约束法官的法律解释权力的传统。对于法律的条文、规范和原则,法学家进行了细致入微的分析,并形成了被称之为通说的主流解释。开宗立派的法学大师影响所及不仅仅限于大学课堂,更延伸到司法实践,以至于法官在判案时不仅要引用相关的法律条文,而且必须遵循学界奉为圭臬的法律解释。道森(J. Dawson)告诉我们:“在潘德克顿法学熏陶下培养出来的实务家们,由于对教授们怀着最大的敬意,较之判例,更热衷于频繁引用学说,并撰写内容可与学术论文相媲美的判决书。”他说的是德国的情况,法国有相当大的差异,但是,近代以来学说对司法决策的影响力还是在许多国家呈现出有增无减的势头。

第二个约束因素是审级设置带来的承担上诉职能的法院对统一法律决策的促进。法院分上下级的功能有二,一是为不满意一审判决的当事人提供一个独立的重新审查机会,以增进司法决策的审慎和公正;二是通过上级法官对下级法官判决中法律解释的审查而最大限度地保障所辖范围内法律适用的统一性。不必说,最高法院的主要功能之一乃是确保全国范围内的法制统一。要实现通过司法的法制统一,各个上诉法院之间需要就法律解释建立某种协调机制,更需要对最高法院的功能加以界定,重要的是,它在绝大多数情况下不作为一般法院处理案件事实方面的争议,而只审理那些具有法制统一意义的法律争议。与此同时,最高法院本身也必须受到自己已经

作出的法律解释的约束,不可以今日之我非昨日之我,以确立法律解释的可预期性。

最后,法律教育对于法律家头脑的“格式化”作用也是不可忽视的。法律教育的过程正是让悠久而独特的法律知识传统深入受教育者内心的过程。两千多年来,一代又一代的法学家不断地细化和丰富法学的概念和原则。在欧陆,人们甚至用科学指称法学,这分明表达了将法律人变成像科学家那样严谨、理性的人群的企盼。虽然法律人永远也不可能成为在实验室里工作的自然科学家,但是,他们仍然需要追求确定性,“同样的事项同等的对待”便是这种确定性追求的标志。法律教育通过将各种概念的内涵与外延进行仔细的界定,通过对法律原则与法律规范之间关系的细致探讨,通过把宏大价值与细小技术加以妥帖的结合,通过潜移默化的教学和实习过程,使得学生学会了“像法律人那样思考问题”。离开法学院,他们却戴上了法学的“有色眼镜”看世界,他们以法学的逻辑去塑造社会关系,他们当然也格外注重司法决策的统一性。

(原载《人民法院报》2002年8月23日)

复转军人进法院

两年前,我应邀给某省法官培训班讲课,内容是中国与西方司法制度和司法观念的零星比较。讲课过程中,我表达了对我们国家在选任法官方面一种惯例的不理解:为什么长期以来总是理所当然地把每年从军队复员转业的许多人员安置到法院中?为什么不要求医院安置他们?

问题提得似乎有些突兀,也许听课的法官们压根儿就没有把它当成问题,也许在他们看来拿法院跟医院相类比本身便很不伦:这怎么能比呢!医生是人命关天的职业,没有受过专门的训练就给人把脉看病开处方,岂不是江湖骗子?更不消说拿着手术刀的外科医生,什么都不懂,乱割一气,真正是拿人命当儿戏!——我从听众的表情读出了这样的质疑。

于是,我开始论证法院和医院或法官跟医生之间的可比性。医生固然是人命关天,难道法官这种职业不是人命关天么?差异当然是有的,那就是医生是把将死的人往活里救,法官则经常是把个大活人往阎王那里送。但他们的职业都关乎人命却并无二致。我们古典社会便很注意防止处理案件的官员们“出人人罪”,什么是出人人罪?正是指操生杀予夺权柄的官员们把重罪轻判或轻罪重判、出生人死,上下其手。人头不比韭菜,割下可以重生,或《封神演义》里申公豹先生的那颗脑袋,砍掉还可以再安装;昏官或赃官错判死刑,冤死鬼一命呜呼之后,什么都完了。平反昭雪之类,不过是安慰安慰活人或后人而已。

法官要处理的事务不仅仅限于刑事方面,正如医生不是每人每

人都在急救濒死的病人。巨额财产的归属,未成年人的监护,合同是否应当履行,文章是否构成了对被批评者的诽谤,夫妻还能不能继续住在一个屋檐下,祖传下来的房产能否保全而不被作为“钉子户”沦为推土机下的废墟……所有这些,虽然不直接关系人命,但是,它们对于相关当事人权利的重要性是不言而喻的。

哦……两种职业的差异还可以指出一点——不过,这一点强调的却是法官更重要的一点——那就是,医生的行为通常只涉及个别病人,他的失误只会给特定病人及其家庭带来损害,然而,法官的失误却会产生更广泛的社会影响。法院不只是纠纷的处理机关,也是宣示国家法律究竟由怎样的规则构成的机关,司法官员行为本身便是在表达着正义的风纪。司法机关的行为是否正当,直接关系到人们对他们所在国家的政治制度的评价,影响到一国社会风尚的趋向。正是由于这个缘故,培根才断言,一次不公正的司法行为比很多次其他不公正行为为患尤烈,因为后者污染的是水流,而前者败坏的却是水源。

说到这里,法官们似乎同意了法院与医院之间的可比性。但是,另一个问题并没有回答:是的,法院也很重要,甚至对社会有比医院更大的影响,不过,这并不等于说,法官的选任必须像医生那样,先要受过专门的教育。解放军是一所大学校,军人的经历本身就是一种有用的训练。你怎么能论证法官公正的司法行为一定要跟法律教育不可分离呢?君不见报纸上表彰的法官里许多都是复转军人出身的么?

这实在是击中要害的质问。可不是么,我前些年曾对法院系统的一家专业报纸所刊登表彰法官的文章作过一番统计。在迄止1994年6月底出版的共114期报纸中,刊有表扬法官的通讯、特写等共72篇,其中明确提到主人公是复转军人的共18篇,占25%,表明主人公曾受过大学教育的只有5篇,占6.1%。给我留下深刻印象的不仅是比例上的这种差异,用语上的区别更是泾渭分明。作者们明显地在向读者传达这样的信息:军人的经历乃是这些优秀法官

们得以成功的基础,而那些受过大学教育的人们,他们的四年寒窗却连一个积极因素都算不上。

这是为什么?难道说实际情况就是如此,中国的司法职业就是离不开军人的气质和作风,现在的大学教育根本无从培育具有良好素质的司法职业群体,还是文章的作者(以及报纸的编者)受到长期流行的某种新闻话语结构的支配,并自觉或不自觉地不断再现和强化着某种固有的意识形态?果真是复转军人更胜任司法工作的话,为什么从八十年代初开始,最高人民法院江华、郑天翔等院长都曾奔走呼号,要求不能让法院再背这样的“包袱”:一次次的最高法院工作报告都不断地强调对在职法官进行学历教育的重要性?与其把不合格的人员放进来之后再费尽气力进行学历教育方面的补课,何如一开始就把门槛垫高,只接受那些受过大学法律教育的优秀毕业生做法官?

我坦率地告诉听课的法官们,对于这个问题,自己无法给出一个确定的判断,并试图让大家各自谈谈内心的想法。出乎我意料的是,听众陷入了令人难堪的沉默之中。我甚至从个别法官的眼神中觉察出一丝敌意。见势不妙,我赶快收住话头,告诉他们我非常赞成妥善地安置复转军人,这不仅是因为我自己就是一位复转军人的儿子和另一位现役军人的哥哥(搬出家底是为说明我决无恶意),更重要的是他们为保卫国家,将最美好的青春年华献给了军旅生活,国家和社会有义务在他们离开军营之后有一个好职业。但是,我还是明确地表达了我的倾向:复转军人不应当成为法官,除非他们从前受过系统的法律教育,并且符合法官任职的其他要求。

课程结束了,培训班负责人送我一份学员登记表。我发现,整个法官班学员中,复转军人出身的法官占了将近一半。

(原载《南方周末》1998年1月2日)

法律职业化的难题

在当今世界上,法律职业化几乎已经成为全球化的趋势。法律界对自家行业的知识传统有了越来越明确的自觉,各种各样的研讨会和出版物都在不停地将这种知识传统精致化。越来越多的国家开始检讨法律教育的目标定位,法律教育界比起任何时候都更加重视在教育的各个环节培养学生“像法律人那样思考”(Thinking like a lawyer)的能力。法律实务界也更加注重将法律职业与法律教育沟通,法律职业的入门标准越来越高,从而提高了司法在调整社会关系和实现社会正义的过程中的能力。另外,司法界又在不断地反思司法权的运作方式,程序的价值得到了日益普遍的认可。从一个国家到另一个国家,法律界都在讨论法律家的职业伦理,一些重要的准则获得了人们的共识。

值得高兴的是,我国的法治建设正好与这样的世界性潮流同步。在最近的几年间,上述种种问题都得到了我国法律界程度不同的关注和讨论,有些甚至在制度层面上取得了可喜的进展。统一司法考试制度的确立便是一个最近的例证。不过,在看到这些进展的同时,我们也时时能够感受到在迈向职业化过程中,中国法律界所面临着的一些特殊困难。这些困难有些来自于在计划经济时代流行至今仍有其生命力的某些观念,有些则来自于更久远的历史文化传统。这里不妨对后者略作分析。

日本著名的中国法律史专家滋贺秀三曾从诉讼的形态的角度对中国传统法文化作过极具启发意义的考察。他认为,在世界各主要文明中,中国是距离法治最为遥远的一种,甚至与欧洲形成了两级相

对的反差。由于我们的法律大致上是刑法以及管理和调整官僚机构的规则,因而,“与国家权力相分离而具有独立地位的法律界精英们从理性的探索中产生出学说、判例,创造并支持着法这种现象……在中国几乎寻找不到。欧洲法的历史有一半可以说是法学的历史,而与此相对,言之有据地讨论中国法学史却近乎不可能。”滋贺教授以自己的教学感受强化了他的判断——在洋洋洒洒地讲过了罗马、中世纪和近代各国法学之后,轮到讲中国法学时,他几乎有点无话可谈的感觉。^①

之所以如此,一个重要的原因是,我们这个老大帝国从来就没有形成分权体制。虽然在中央层面上一直有复杂的职能分工,但是,州县层面上却一直是一个人的政府。通过科举考试的形式选任官员,导致法律知识无从在司法的过程中得以发育和成长。官员与文人的合一使得司法判决的风格充满了美感,却难以获得统一性和确定性。韦伯曾经用“卡迪司法”(Khadi Justice)的说法指称那种就事论事,完全不考虑规则以及依据规则的判决的确定性的司法。如果仔细观察中国传统社会官员的决策过程,看他们援用怎样的依据对纠纷作出裁判,看他们是怎样经常地将所谓天理人情置于国法之上,看他们以怎样的方式赢得当事人以及其他民众对裁判的服膺,我们可以毫不迟疑地得出这样的结论:传统的纠纷处理过程正可以成为“卡迪司法”的一个活生生的例证。

就这样,我们两千年的司法史居然根本没有走向专业化或职业化的任何苗头,居然是一部看不到对确定性和统一性有过追求的历史。这的确是一个令我们今天的法律人感到吃惊的事实。也许,这也可以成为解读我们总体历史的一个关键事实。由于司法过程不注重“同样的事情同样地对待”的准则,因而,司法不能通过纠纷解决过程对立法规则加以明确化和精细化,天理与人情的高度不确定性导致决策者可以翻手为云,覆手为雨,人民如何通过这种司法制度而

^① 参看滋贺秀三等著《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998。

伸张正义？于是，细小的纠纷得不到公正的解决，会带来滚雪球效应；冤情的累积遇上天灾或决策失当的人祸，便仿佛移下柴而近烈火，不天下大乱才怪。

尽管我们的历史上不断地重复着这样的教训，但是，走出这种怪圈却并非易事。路径依赖加上对其他文明的缺少接触，使得我们的历史在近代之前没有发生脱胎换骨式的创新。民众对司法的传统期待形成巨大的心理惯性，表层制度的改变并不意味着操作新制度的人们文化观念的改变。试看今日我们在建构一个专业化司法制度上的种种障碍：为什么我们虽然建立了分权体制但却既没有真正的分权，而同时又丧失了效率？为什么我们在司法官员选任问题上可以在长达近40年的时间里没有规定任何学历背景，从而导致大量的没有任何法律教育背景的人们可以堂而皇之地当上法官、检察官？为什么我们至今在司法决策时究竟是以法律为惟一依据还是同时要考虑其他因素仍然纠缠不清？为什么我们在法官管理制度上经常倡导非行政化，但又每每摆脱不了改头换面的行政化？为什么审委会定案这样完全违反司法理念的制度会长期沿袭、难以改变？为什么在司法权的行使方式上我们总在强调“服务意识”，而难以真正走向中立化与消极化？为什么长期以来我们居然将“法官不得收受贿赂”这样的明显的是刑法调整对象的问题当做法官的职业道德问题？为什么在上下级法院之间关系上，会有人提出垂直领导的思路？

列举起来，这样的问题太多。要解决这类具有中国特色的难题，我们应当顺藤摸瓜，找到病根，然后对症下药。从这个意义上说，今天的司法改革，尤其是法律的职业化建构乃是一个历史性的的大工程，既需要人们从历史上寻找病因，同时，改革的成功也意味着我们从此可以走出数千年历史无法摆脱的“一治一乱”的怪圈。所谓中华民族的伟大复兴，司法改革真正是关键中的关键啊！

（原载《人民法院报》2001年12月7日）

改革司法改革

受海峡对岸的法学家苏永钦教授的一本书名的启发,我取了这样一个标题。苏教授是政治大学法学院的教授,按照王泽鉴先生评价,他“是一位具有宏观洞见、思维精致的法学者,多年来致力于阐释司法改革的理念,探讨基本问题,提出许多异于传统、深具开创性的见解。”在这本名为《司法改革的再改革》(月旦出版社1998)的著作中,作者也提到1970年代德国著名法官本德(Rolf Bender)于司法改革风起云涌之际的作为,与一批年轻法官以及各个领域的社会科学家一起,组成“改革司法改革”(Reform der Justizreform)小组,从社会科学的角度并运用社会科学的方法提出司法改革的新方案。苏教授认为,台湾的司法改革因为长期以来局限在法律人狭小的圈子内,因而相关方案既与民众的实际感受与期望相脱节,又全然没有其他社会科学知识与方法的指引,不可避免地进入内部虽热热闹闹,社会终冷漠疏离的窘迫境地。

反观我们的司法改革,是否也面临着某种类似的窘境呢?这些年来,司法改革已经成为中国各种改革中最活跃一个领域。由于社会转型期中人们对司法权威的需求,加上各种传媒的大规模营造气氛,司法改革已经成为整个社会关注的焦点。不消说,这种关注也构成了对司法界的巨大压力,因而各种改革措施不断地推出。诸如庭审方式引进“抗辩制”,法院管理体制上的“非行政化”,审判长选任制度,错案追究制度,通过法官法引进的法官等级制度,法官服饰由制服变法袍,司法决策过程的更加透明和开放,一直到“一教育三整顿”和“地方与专门法院院长副院长引咎辞职规定”,可谓新招迭出,

异彩纷呈。除了法院检察院推出的改革外,人大更以强化对司法机关监督为目的,在全国范围内推广“个案监督制度”等改革措施。

值得注意的是,改革所因应的压力来自不同的方面,使得不同的措施产生指向上的矛盾。大致上说,法律界内部多从法律职业化和司法独立的角度考虑,因而希望通过独立而达到公正;法律界之外的人们则更多地寄希望于监督,认为司法不公正的基本原因是法官权力的不受控制,因而改革的目标就是强化对法院以及法官的控制。迄今为止,几乎所有的改革都基本上可以归于这两大类。可是,仔细分析,两类改革之间在深层次上具有内在的对立和紧张。改革措施之间的冲突常常让司法界本身无所措手足,不同指向的改革相互抵消,结果又进一步加剧了社会对司法的不满以及控制与“监督”的强化。控制的强化不仅削弱了本来就很脆弱的司法独立,更使得司法界自身的改革步调和方寸趋于更大的混乱。我们今天所面临的正是这样恶性循环。

也许,我们不应该把改革视为具有天然正当性的东西。在缺乏理论和知识准备的情况下,许多改革所起到的常常是负面的作用。改革本身需要有自身的体系,我们要对总体目标有清楚的把握,要让每一个具体的改革措施与这个总目标相一致,要让具体的改革之间形成相互补充的关系。要做到这一点,离不开改革的决策者对司法权的性质、现行制度弊病何在以及社会需求与改革措施之间关系的合理认识。每一项措施在出台之前,决策者们是否进行过深思熟虑的论证,论证时是否注意到对不同意见的吸收,是否考虑过与其他改革措施的契合或矛盾?由于自己没有参与具体决策,对相关情况很少了解。但是,观察和分析已经出台的改革措施,这方面的情况看来并不乐观。

所以,现在该是改革司法改革的时候了。尽管跟德国甚至台湾等地方比起来,我们的司法改革所处的阶段以及所针对的问题存在着很大的差别,然而,在改革的过程中,时时地对改革本身进行反思和检讨却一样是必要的。我们与法制发达地区之间在司法制度上最

大的差异乃是,在中国,建立在法律知识专业化和司法人员职业化基础上的司法独立还是一个正在争取的目标,维护这种独立的相关制度还远未建立,学术界与司法实务界之间还没有形成良性的互动关系。在这些方面我们要做的还很多。另一方面,将司法改革置于整个社会发展的宏大视野之中,吸收社会科学以及人文学科其他领域——诸如社会学、经济学、政治学、历史学等——的方法与知识,对司法改革所涉及到的各个制度环节进行更具深度分析和论证,从而突破就法律论法律的狭隘视野,使相关改革措施能够很好地回应社会需求,无疑是需要我们特别注重的大问题。

“问渠哪得清如许,唯有源头活水来”,司法改革也需要源头活水,那就是将司法放在专业视野中也放在社会视野中加以观察所获得的知识和领悟。只有将每一项改革建立在坚实的知识基础之上,今天的改革才不至于成为明天的改革对象。

(原载《人民法院报》2002年1月4日)

从惊堂槌说到法庭威仪

《水浒传》第八回写林冲遭高俅陷害,被押往开封府审理,正当看官们急着要知道林冲的命运的时候,作者却忙里偷闲,插入一段对开封府衙的描写——

绯罗缴壁,紫绶卓围。当头额挂朱红,四下帘垂斑竹。官僚守正,戒石上刻御制四行;令史谨严,漆牌中书低声二字。提辖官能掌机密,客帐司专管牌单。吏兵沉重,节级严威。执藤条祇候立阶前,持大杖离班分左右。庞眉狱卒掣刑枷,显耀狰狞;竖目押牢提铁锁,施逞猛勇。户婚词讼,断时有似玉衡明;斗殴相争,判断恰如金镜照。虽然一郡宰臣官,果是四方民父母。直使囚从冰上立,尽教人向镜中行。说不尽许多威仪,似塑就一堂神道。

这一段骈俪文辞章华美,刻画细致,读者仿佛看得到也感受得到当年大宋王朝首善之区的府衙气派。不过,这种威风八面的衙门气象或许会受到某种质疑:审判案件不就是根据事实和证据对讼争作出裁判么!干吗一定要化平民百姓那么多的银子搞出种种“说不尽许多威仪”?这些形式化的、装饰性的劳什子对于司法的公正又有何用?

同样的问题今天仍然可能提出。近年来,我们推行了若干侧重“形式”的改革,例如将法官的服饰由过去的军警式制服改换成黑色的长长的法袍。服饰之外,法官所使用的“道具”也受到了关注。2001年9月,福建厦门市思明区法院率先在审判席上引入了法槌,不少媒体对此作出报道。不久前,最高人民法院作出决定,全国法院

将于2002年6月1日起全部使用法槌。法槌的风格是西方式的,但还是不免让人联想起古代官员手中的惊堂木。(其实,我们不妨将法官使用的木槌直接唤做“惊堂槌”。)虽然官方媒体大多持肯定态度,但是,我们在网络上却可以看到直率的质疑:体制不改,素质不变,光是形式上的花样翻新又有多大意义?

更值得注意的是,这类偏向形式化的追求或许跟现代社会政府模式的演变趋势凿枘不投。在司法决策方面,现代社会也在经历着——用韦伯的概念——某种“除魅”过程。诉诸天意、神明裁判以及决斗等手段解决纠纷在今天的人们看来已经是相当荒唐的举动。在司法的过程中,我们依赖的是可以观察和对质的证据,通过对法律规则进行理性的解释,运用逻辑推理,最终作出判断。其间人们当然要受到某些形式因素的制约,例如时效、审限、初审法院与上诉法院之间的分工、一事不再理、司法判决的既判力等等,但所有这些限制都可以在目标合理性甚至利益权衡的背景下加以解释。与这些看来具有合理性的形式因素比起来,惊堂槌以及法袍所追求的价值就不那么容易理解。它们好像是在除魅的大趋势下的反向举动,试图用非理性的手段唤起人民对司法权威的尊重和服从。

解释这样的矛盾并不是一件容易的事情;非理性事物难以通过理性的手段作出解释和分析,好比一个不信仰宗教的人永远无法理解宗教,又好比水的温度不可能用尺子加以衡量。这里只能尝试着结合司法的理念作些解说。

最重要的解释也许是人本身以及理性的局限性。启蒙时代理性主义高举人的旗帜,人的价值与力量不断张扬,而神权则日渐式微。不过,人的这种自负只能在某些领域表现得比较突出,例如在 unlimited 时间的情况下对世间事物方面,在科学技术文明的推进上。在司法领域,人类的智识创造也使得以往难以判断的事务变得容易判断。有了DNA技术,现代包公就无需再演一出《包待制智勘灰阑记》了。不过,总体而言,还是有太多的事项难以完全以人力作出判断。最典型的案件便是号称世纪审判的辛普森案,迄今为止,他的前妻及前妻

的男友究竟是何人所杀,仍然是桩只有天知道的无头案。审理此案的伊藤法官跟研究哥德巴赫猜想的陈景润数学家不一样——后者可以不受时间限制地研究下去,甚至一代一代的数学家不断研究下去。法律家受到时间的限制,受到人权保护以及司法资源的限制,更受到他不是神这一事实的限制。固然,法官的决策有国家的强制力做后盾,然而,一味地凭借武力实施统治却断非长久之计。怎么办呢?法庭的威仪可以起到某种说服作用——当事人一进法庭就受到那种庄严气氛的影响,不免肃然起敬,对法官所作所为的批判精神不知不觉地就被消解掉了,对司法决策就更容易接受了。

写到这里,我自己都觉得这样的解释太不“政治正确”了。不过,这篇小文还是有其“政治正确”的一面。一开始便引《水浒传》,便是预先回应中国国情论者的策略。年前法官换袍,我曾收到来信,指此举系全盘照搬西方,失去了中国特色。也有人质疑说穿上法袍的法官看起来与其说威严,不如说滑稽。我常常不清楚到底什么是中国特色。法官穿军警式制服便是中国特色么?实际上,如果真的要追求中国特色的话,至少法官应该像包公那样蟒袍玉带。假如我们今天的法官在法庭上也蟒袍玉带,审案中惊堂拍案,休庭时法警低吼,不知是更威严,还是太滑稽?

(原载《人民法院报》2002年1月25日)

法袍、法槌之外

子温而厉，威而不猛，恭而安。（《论语·述而》）

最近几年来，我们的司法改革除了在体制方面的一些措施外，一些符号化的变化特别引人注目：法官的服饰军警式制服改成了法袍；法官的席位上多了一个道具——法槌。与此同时，许多法院盖起了壮观的大楼，审判以及办公环境正在不断改善，所有这些都是很令人欣庆的。

有些人似乎对这类变化显得不以为然，最常见的质疑是：内在的东西不改变，单靠服饰道具的花样翻新，司法公正仍然只是一句空话。还有人对法院建筑的改善颇有微词；沈阳中级法院的事件曝光后，我就在某家报纸上读到了这样的指责：法院出了那么大的事情，楼却盖得如此豪华，简直是岂有此理！

不过，仔细想来，这样的质疑和指责却是大可商榷的。姑不论其完全无视司法机构在这些年来为提升法官检察官素质、增进司法公正所作的种种努力，而且也没有看到形式与内容之间的互动关系。服饰道具的变化会产生双向的心理作用，它提醒当事人以及民众也提醒法官自己法官职业以及司法程序的特殊性。穿上了法袍，敲响了法槌，法官获得的不仅仅是尊荣感，而且它们也实实在在对司法行为形成了有效的制约。即以法袍论，它意味着法官的独立性，而军警式制服却在强化着法官的等级服从意识；穿上袍子的人不大方便走街串巷，跋山涉水，因此司法权的消极性和中立性就能够得到更有力的保障；法袍以其古老的样式向世人显示，法官在决策时需要尊重传

统,他们是维系社会秩序的稳健的保守主义者。

至于改善法院建筑的必要性更是毋庸置疑的。司法权藉以唤起人民敬重的当然首先是法官群体的高素质和他们的刚直不阿,但是法院建筑以及法庭内景的肃穆庄严也是同样重要的。在一个法院穷巷陋室、弊车羸马的国家里,良好的法治能够建立是难以置信的。实际上,近年来全国范围内法院屋舍翻新、厅堂华丽的趋向正可以说是我们这个国家走向法治的一个表征呢。

服饰换了,法槌敲响了,新楼也盖起来了,但是还是有些形式方面的事情需要用心操办。前次我在讨论法官文化的时候(参见“法官文化的意义与课题”,《人民法院报》2002年5月31日)曾对某些问题有所涉及,但囿于篇幅,语焉未详。下面就视野所及的几方面谈些看法。

法院建筑的内外装饰风格也许是首先需要考虑的问题。法院建筑基本的格调当然应该是庄严,所以那种白瓷砖贴面的外墙自然是最要不得的。(这些年来,不知是什么原因,全国各地,各种建筑,到处都是白瓷砖贴面,仿佛满城都是巨型公厕,实在是令人厌恶透顶。)有些法院为了显示威严,在法院大门两侧放了石狮子,我以为不妥。在一个民主国家里,法院要注意避免旧衙气息,要让百姓感到既具威严感,又有亲和力,让人们觉得通向法院之路并非危途,去趟法院不过是他们生活中的一件平常事。因此,不仅石狮子不必要,而且法院门口威猛有余的站岗警察也应当由安全检测门取而代之。无论如何,在庄严与亲和之间如何取得适度的平衡是法院设计与装饰所面临的一个挑战。

法院建筑的内部安排如何体现法官的独立性是又一件要紧的事情。跟行政机关的首长负责制不同,法院中的实际决策者就是每一个独立的法官,法庭建筑需要表达这样的理念。不过,我们的一些法院建筑设计却并非如此。常见的情况是,院长副院长办公室宽阔而舒适,而普通法官却只能几个人用一间相对狭小逼窄的办公室,这里体现的仍然是一种行政机关的风格。问题当然不是院领导不可以用

大办公室,而是每一个普通法官也应当拥有自己的一个独立的与院长们差距不大的办公空间。这方面,我推荐乔钢良先生的好书《现在开庭》(三联书店1999),其中描述了他给一位美国联邦地区法院法官当助理的经历,也通过图片向我们展示了美国法院如何在建筑设计上出现每一个法官的独立性。

为了减少当事人或律师在法庭之外接触法官,也为了为法官创造良好的工作环境,不少法院已经将审判区与办公区分离开来。用心虽好,但不免只注重分离而忽视法官办公与审判之间的密切关联,甚至让法官穿着法袍在两栋楼之间奔波。其实,只要将法官和法院之外人员进出法庭的通道相分离就完全可以实现不接触的初衷。最好的设计是法官办公室就有一道门通到法庭,出了办公室就进入法庭,这样不仅减少了法官的辛苦,而且当法官在庭审过程中遇到某些疑难问题时,能够便利地查找和参考相关资料。

最后,有一个看起来不大但却涉及原则的现象或许值得再一次强调,那就是法庭上的英文问题。一些法院或许是为了表现对外开放的姿态,在法庭上相关人员的座位牌上标注了中英文对照的字样。这种做法虽然对英语国家的当事人或旁听者不无便利,但是却忽视了一国法院乃是体现国家主权与尊严的重要机关,轻易地使用外语不免有殖民地之嫌。另外,一些法庭的英语还不无瑕疵,例如将审判长注为“Chief Judge”,这个说法在美国是指相当于我们法院院长的首席法官。将检察官写成“Prosecutor”也不精确,准确而权威的译法是“Procurator”。个别法庭甚至英文拼写都出错,结果弄巧成拙,反而损害了司法的尊严。

(原载《人民法院报》2002年6月21日)

法言法语的意义

据《中国青年报》的报道,昆明市检察系统不久前推出一项新举措,规定今后对于所有的犯罪嫌疑人人都应当采取更加客观和中立的态度。在有关法律文书方面,重视对于事实与证据的叙述,对于法律程序环节的准确记录。令人印象深刻的是,决策者对于法律文书语言风格给予高度关注,那些人们习以为常的激烈的和情绪化的表达不再使用,例如不得用“丧心病狂”、“狗急跳墙”之类语词形容犯罪嫌疑人。

我认为,这是一个十分值得注意的进展,虽然在表面上看,它只是要求检察官们在语词风格上有所改变,但是,法律语词事关刑事被告人的地位,事关国家与公民之间的关系,甚至关乎法治的基本准则是否得以遵循。事实上,考察一国法治的程度,法律话语是否足够理性化乃是其中关键指标之一。

迄今为止,我们法律话语中十分情绪化的表达大致上可以说是从前阶级斗争时代的流风遗韵。在两个阶级你死我活的年代里,司法作为无产阶级专政的工具,当然是要具有鲜明的阶级立场,例如要区分两类不同性质的矛盾,对人民要春风化雨,对敌人要无情打击。司法机关性质的这种定位对于司法官员选任、司法机关管理模式、司法权的行使方式等等都产生了深刻的影响,也理所当然地塑造了我们的司法话语风格。我们看到,早在陕甘宁边区时代,对于所谓法言法语的疏离甚至批判就已经成为司法界颇为流行的现象。1950年代之后不断的运动治国,造就了我国法律话语与政治话语的高度一致,甚至某种军事化的语言也盛行于司法机关中。在1995年发表的

一篇论文中,我曾经描述过当时十分流行的这类表述:“法院工作人员的总称为‘干警’,司法界被称为‘司法战线’,法官之间乃‘战友关系’,人们经常说要发挥法院的‘前沿阵地’和‘战斗堡垒’作用,法官要‘能征善战’有时还要‘大兵团作战……力求每战必胜。”在司法机关只是阶级斗争工具的前提下,让法官、检察官使用那种诘屈聱牙且碍手碍脚的所谓法言法语,真可谓问道于盲了。

崇尚阶级斗争也许只是我们这个古老国家历史上的短暂插曲;在司法领域中对法言法语的排斥更是我们的古老传统。科举取士造就了我们国家治理以及司法裁判的一个重要特色,那就是文人或诗人治国。当行使行政和司法权力的官员们所使用的语言充满了文学色彩的时候,决策的精确性和可预期性就不免要大打折扣了。“移干柴近烈火,无怪其燃;以美玉配明珠,适获其偶。”乔太守的那篇著名判决书或系虚构,但这种诗化语言写就的法律文书在古典时代的官员那里实在是俯拾皆是。不仅如此,德治教条加上文人在知识上的优势又加剧了官员们在道德上的优越感,于是我们在古典司法判决中就看到那种对当事人人格的毫无顾忌的贬损:“不念旧恩,鬻然吠主”——这分明是骂狗的话;“城狐社鼠,昼伏夜动”——干脆直接用动物说话了;“背本忘义,曾禽兽之不若”——好嘛,这一次,连动物都不如了。

文学语言带给我们的可能是夸张,也可能是含蓄,但绝非理性和严密。但是,法律决策最基本的准则恰好就是理性、严密和专业化。法律要求同样的事情同样的对待,要求遣词造句上的精确,要求语言能够贴切地反映事件和法律原理的本来面貌,要求严格地遵循形式逻辑进行法律推理。我们今天所使用的这一整套法律的术语、概念便是对人类行为加以细致研究之后的提炼、分类和精确化。它们需要尽可能地避免夸大煽情,最大限度地减少决策主体个人情感对决策结果的影响,力求将法律分析与道德和政治考量相分离,并且在追求法律语言与日常语言的区别过程中实现法律以及司法的独立,实现现代司法对人格尊严和人权的妥贴保护。

所以,如果我们说昆明检察系统将“狗急跳墙”之类语词从法律文书中清理出去乃是迈向真正法治的重要步骤,不会是夸大其词的。毕竟,像一位哲人说的那样,语言所构成的世界,正是我们生活于其中的世界。

(原载《南方周末》2002年7月25日)

柯克的故事

这是将近四百年前的事情了。1608年的某一天,英国国王詹姆斯一世在宫中闲坐无聊,忽然想起,有一段时间没有到皇家法院去亲自审理几件案子了。何不去一趟,审一桩小民案件,解解闷儿,也顺便体察一下民情。

国王一行来到法院,遇到普通诉讼法院首席大法官柯克(Edward Coke)爵士。令国王颇感意外的是,他要审理案件的要求在柯克这儿碰上钉子了。

“普天之下,莫非王土,这国家都在朕的统治之下,区区一桩案件,朕竟然无权御驾亲审,这是什么道理?”国王满脸不快,质问柯克大法官。

“陛下息怒,容臣禀告。陛下当然是国家的最高首脑,内政大事,外交方略,都由吾王总揽。但是,陛下要亲审案件这事,却是期期不可。”柯克显得很恭顺,但眼神中却透出一份坚定不屈。

“哈哈,国王不能审案,这倒是桩新鲜事。我的大法官阁下,你别给朕来这套抽象肯定,具体否定的花样。朕知道,吾国法律以理性为依归。你不让朕审案,显然是认为朕天资愚笨,不及你和你的同僚们有理性喽。”国王语中带刺儿。

柯克并不退让,一板一眼地说了了一番话,这段话在英国法律史上极重要,我只得原文抄录(上面的对话出自我的想象)——

“不错,上帝的确赋予陛下极其丰富的知识和无与伦比的天赋;但是,陛下对于英格兰王国的法律并不精通。法官要处理的案件动辄涉及臣民的生命、继承、动产或不动产,只有自然理性是不可能处

理好的,更需要人工理性。法律是一门艺术,在一个人能够获得对它的认识之前,需要长期的学习和实践。”

这次冲突是英国法律专业化历史上的一座里程碑。此后,英国的司法便成了职业法律家的垄断领域。不只是英国,在当今的西方各国,从事法律职业都要以正规的大学法律教育为前提。这里的大学教育跟我们这里所谓四年制大学不同,在英国、德国、法国、日本这些国家,大学法律系毕业之后尚不能直接从事法律职业,通常必须再经过考试,成功者还要继续参加两到三年的学徒式教育;在美国,过程是倒过来的,只有大学本科毕业者才可以考法学院,法学院的学制是三年。这样,在这些国家里,一个人要开始其法律职业,从进入大学起算,要经过六至七年的大学和大学以上教育和培训。屈指算来,一般人开始其法律职业时大体上总是接近或超过三十岁了。

不仅如此,在英国和美国(也包括我们的香港),一个人要成为法官还需要更长的时间。法律职业的新成员都只从事一种行业,即律师(包括检察官这种国家雇佣的律师)。大约十年之后,律师行业中的那些佼佼者才可能被选任为法官。无怪乎人们会说,在英美国家,法官与其说是与律师不同的行业,不如说是律师职业生涯的顶峰。

可以想象,法律院系的入门考试本身就是竞争激烈的,又经过如此漫长而严格的高层次教育和训练,再通过十年以上的职业磨练,从侪辈中脱颖而出,这样的法官称之为入中之龙一点都不过分。在一个尚智而不是反智的社会中,这样的优秀群体所能获得的社会支持必然是广泛和有利的,同时,这样的群体对于法律发展所能够发挥的创造性作用也会是巨大的,这样的法官作出的判决更可能得到当事人心悦诚服的接受,这样的法官不太容易跟当事人在酒店里大吃大喝,这样的法官在收入和其他待遇方面高人一等没人计较。

当然,法官的专业化程度往往是与社会需求密切关联的。在一个各种关系相当简单的社会中,专业化可能只是一种奢侈品。例如,我们的传统社会大概就不大容易产生专业化的法官。不过,我们也

应当看到,没有专业化的追求,选任标准的不讲求,即使是在古代中国也是社会制度上的一个弊端。唐德刚先生论中国古典司法,称“毫无法理常识的‘青天大老爷’动不动就来他个‘五经断狱’。断得好的,则天理、国法、人情、良心俱在其中;断得不好的,则来他个‘和尚打伞,无发(法)无天’,满口的革命大道理,事实上连起码的逻辑也没有了。”

其实,我们的古人又何尝没有认识到这一点。《魏书·卫覬传》:“刑法者,国家之所贵重,而私议所轻贱。狱吏者,百姓之所悬命,而选用之所卑下。王政之弊,未必不由此也。”

(原载《南方周末》1998年3月20日)

法院的位置

在《旧制度与大革命》一书中,法国思想家托克维尔曾对英法两国的司法制度作过一番饶有兴味的比较。他发现法国的制度存在着种种优点,例如制度的设计具有逻辑的连贯性、司法程序更有效率,能够为公民私人之间的争端提供出色的解决,但是,在托克维尔看来,这些优点只是次要的完美,因为法国制度具有根本的缺陷,那就是,公民无法利用司法制度与国家权力相抗衡。与之相反,英国的司法制度虽然存在着模糊、阻塞、迟缓、昂贵和不便等缺陷,然而它却能够实现“司法的伟大目的”:“在英国,不管一个人的地位如何,不管他控诉个人或是国王,他都更有把握使世人听到他的控诉,而且在英国所有的法庭都可找到维护他的财产、自由与生命的最好保障。”

“公民利用司法制度与国家权力相抗衡”,这样的说法不免让一些人感到刺耳。其实,司法制度在为公民提供制约政府权力的机制的同时,也对民众表达冤情规定了制度性的限制。司法体制的运作要遵循国家制定的法律,要严格地依照法律上的程序,要以证据作为判案的基本依据,这在客观上使得每一个利用司法体制的人都受到了严格的制约,使得司法在限制国家权力的同时也限制着民众表达不满的方式,从而有助于形成良好的社会秩序。重要的是,法庭不仅仅是解决纠纷的场所,也可以成为一所所学校;法院通过对法律的尊重,对正义的追求,以及对人们平常社会关系中所蕴含的法律道理的阐述,使每一个参与其中的人都受到潜移默化的教育,权利观念得以强化,秩序意识得以培养。

因此,介乎于政府与人民之间的中立的裁判者,而不是单纯的政府权威的维护者,使成为民主制度下法院的适当位置。所谓中立,就

是不依傍任何一方,不偏袒任何一方,就是我国宪法所规定的“人民法院依照法律独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉”,就是司法独立。

然而,稍微了解我们的司法运作的人们都知道,法院难以独立地判决一切案件乃是目前相当严重的弊病。举其要者,当案件是普通公民之间的纠纷,关系因素会在其中发挥很大的作用,所谓“官司才进门,两方都托人”;当案件涉及地方经济利益,或者属于民告官类型,即普通公民状告地方政府的案件,地方党政领导的态度便对案件结果起到重要作用——因为法院的人财物均控制在地方领导之手,对全院职工及其家属的生存负有重大责任的法院院长没办法“不独立,毋宁死”。不独此也,我们的现行法律本身也不乏缺陷,例如以当事人的级别或其他地位确定管辖法院的级别,某些高官涉嫌犯罪,必须由最高检察机关进行案情调查,由较高级别的法院进行审理,司法过程中的各种程序也与小民百姓的案件有明显的区别,这样的制度无法让民众感到法律面前人人平等,这样的司法不大容易成为公民得以制约政府权力的屏障。

写到这里,我想起了德国司法史上著名的磨坊主诉威廉一世案。威廉一世乃上个世纪晚期的德国皇帝,一年欲动员某磨坊主拆迁磨坊以美化其行宫景致,甚至愿意高价补偿,无奈磨坊主脖颈强硬,坚决不依。一怒之下,皇帝命人拆除了磨坊。磨坊主并不恼火,袖手任其拆房,不紧不慢地说道:“为帝王者或可为此事,然吾德国尚有法律在。此不平事我必诉之法庭。”结果,磨坊主诉威廉一世案在法院审理,且结果为皇帝败诉。皇帝服从法院的命令,将磨坊依原样重建,并赔偿由拆房给磨坊主带来的一切损失。此案成为德国司法史上标志司法独立的里程碑。

也许,我们在走向法治的进程中也需这样的里程碑,以强化每个中国人的依法治国意识,让民众感到法院真正是独立的,除了服从法律之外,不受任何外来的干预,从而树立国人对法治的信心。合适的案例?眼前就有一桩:北京市某区检察院诉陈希同。

(原载《南方周末》1998年4月3日)

高俅诉林冲

电视连续剧《水浒传》在中央电视台播放已毕。时值寒假,自己断断续续地看了若干集,同时趁热打铁,又把原著小说读了一遍。谚曰“三句话不离本行”,作为法学研究者,不免要从法律的角度解读这部小说,同时也常常与今天我们的法治建设联系起来作些思考。《水浒传》虽然是一部小说,我们不应把文学的真实完全等同于生活的或历史的真实,然而,较之《三国演义》和《西游记》,《水浒传》还是描绘了更生动、更细致的社会生活画面,提供了我们得以观察和剖析传统社会秩序的更适合的标本。

从法律的角度说,《水浒传》乃是中国传统法律秩序失败的一个范例。所谓逼上梁山,正是那些在主流的或官方的法律体系里无从获得正义的人们,万般无奈,只得诉诸于自力救济,落草为寇,成为与朝廷势不两立的集团。我们且以豹子头林冲的经历作例,看其中的法律道理。

林冲先生本是京师八十万禁军教头,想来也是当年军界中有身份的人物。按照过去曾盛行的阶级分析方法,属于统治阶级中人。不幸娘子为高衙内看中,那厮又不断地对林太太进行性骚扰,林冲咬牙切齿但又无可奈何,因为高衙内乃其本官太尉高俅的义子。高俅这人物当然是那种一辈子只干坏事不干好事的家伙,设计陷害林冲是必然的,于是有“豹子头误入白虎堂”一节。高俅诉林冲一案便诉到了开封府。

假如这事发生在一个法治社会里,林冲这个“犯罪嫌疑人”马上可以打电话给律师,律师就会广泛地收集可以证明林冲无罪,证明高

太尉有陷害林冲之嫌的各种证据。同时,这案件还要经过检察官的严格审查,如果检察官发现有证据证明林冲的确是太尉府来人唤去比看新刀,或者找到了那位神秘的卖刀人,后者供述卖刀系高太尉所设计的圈套,检察官便要释放林冲,同时将高太尉本人起诉到法院中去。即便是检察官起诉了林冲,因为法院和法官是独立的,又实行“无罪推定”的原则,不会判罪之前便动用刑罚,屈打成招。相反,法院要给林冲及其律师以充分的辩护权,辩诉双方将各自的证据提交到公开的法庭之上,双方的证人都被传唤到庭作证,对质程序严格细密,最后的结果,肯定是高俅这厮而非林冲先生被发配沧州。高太尉被治罪,那可甚是了得,后来的多少冤案便不会发生,多少好汉将不必投奔梁山,赵家皇运长久也是可以期待之事。

当然,高俅毕竟权高势重,法官也许有几分畏惧,会来个“葫芦僧判断葫芦案”,含糊了事。但是,法治社会必然是舆论自由的社会。大众传媒不会放过这样侵犯民权的行径。于是,判决发布次日,《东京邮报》便发表措辞激烈的社论,对于如此畏惧权势的司法提出严厉批评;汴梁电视台采访各界人士,大家对这等公然违反法治原则的司法制度都极感愤怒和不安。舆论的压力之下,上诉法院推翻原判,发回重审,结局当然还是林冲无罪。

然而,不幸的是,宋朝不是一个法治社会。林冲没有律师作辩护;没有检察官对案件进行独立的调查;没有大众传媒对司法进行监督。在将本案提交开封府审理的时候,高太尉压根儿就不需要出庭,他喝叫左右:“解去开封府,吩咐滕府尹好生推问,勘理明白处决。”如此嚣张当然是其来有自;据开封府内的那位小官孙定的话,这南衙开封府与其说是朝廷的,不如说是高太尉家的:

谁不知高太尉当权,倚势豪强,更兼他府里无般不做,
但有人小小触犯,便发来开封府,要杀便杀,要剐便剐,却不是他家官府?

多亏有这位孙定在旁说些好话,加上林冲的丈人张教头在府中“买上告下,使用财帛”,最后才幸免一死,但还是“脊杖二十,刺配远

恶军州”。这样的冤假错案,《水浒传》的作者居然还要诗曰“林冲合是灾星退,却笑高俅枉作为”,真是黑天冤枉!

林冲案只是这部书中描写黑暗司法许多丑行中的一桩。全书里,我们见得到太多的官府腐败事例:拿了银子便可以将押解犯人杀死的公人,钱可通神的监狱,开封府可以制造冤案却对泼皮牛二无可奈何,仿佛贿赂竞赛一般的武松诉西门庆、潘金莲案。凡此种种,不胜枚举。从前金圣叹评水浒,略谓该书先写高俅而后写一百零八好汉,是要表达“乱自上作”的意思。我们今天读水浒,却未尝不可以说,乱固然自上作,更自腐败的司法作。西谚所谓“忠良遭法屈,叛逆成大义”(When lawful's awful, treason's reason),此之谓乎!

(原载《南方周末》1998年3月6日)

演说、辩论与法庭

两千年前的古希腊文明给后世留下了许多宝贵的遗产,除了当时的学人对哲学、政治学等学问极具深度的思考外,民主实践以及人们对于不同政体利弊得失的讨论也是对今天的社会影响深远的一项内容。值得注意的是,民主政治所以得以运行的技术也得到了人们积极的探索和实践,其中演讲与辩论的传统就是其中突出的方面。

普鲁塔克在《希腊罗马名人传》里描述过著名政治家伯里克利的演说风格,“他向民众演说时,像‘雷鸣’,像‘闪电’,像是‘舌头上有一根可怕的霹雳棒’”。阿克顿勋爵也称赞伯里克利,说“他取得优势的手段是说话的艺术。他的统治靠劝服。一切决定都经过公开细致的辩论,一切影响都服从思想的优势。”感谢和普鲁塔克同时代的历史学家修昔底德,他在《伯罗奔尼撒战争史》里将伯里克利著名的葬礼演说全文收入。在这篇演说中,伯里克利讴歌了雅典的民主制度:“我们的制度之所以被称为民主政治,因为政权是在全体公民手中,而不是在少数人手中。解决私人争执的时候,每个人在法律上都是平等的;让一个人负担公职优先于他人的时候,所考虑的不是某一个特殊阶级的成员,而是他们有的真正才能。任何人,只要他能够对国家有所贡献,绝对不会因为贫穷而在政治上默默无闻。正因为我们的政治生活是自由而公开的,我们彼此间的日常生活也是这样的。”他激励雅典人学习死去的将士:“你们要下定决心:要自由,才能有幸福;要勇敢,才能有自由。”铿锵有力的辞句和崇高而动人的情感在时隔两千年后的今天读来仍然激荡着我们的心灵。

政治生活中的演说很自然延伸到了当时的法庭上。我们知道,

古希腊还没有出现专业化的司法阶层；审判照例是由人民本身主持的，那是真正意义上的人民法院。参与审判的人民代表动辄数以百计，在法官的人数众多和他们法律修养的缺乏的双重限制下，两造之间的言辞辩论就成为审判者了解争议事项原委并作出公正判决的最好方法。这样一来，访谈上的辩词往往成为当时最具感染力的文献。著名的智者高尔吉亚留下的两篇修辞学范文之一便是“为帕拉墨得辩护”。帕拉墨得乃特洛伊战争时的希腊英雄，却被奥德赛诬陷通敌叛变，在这篇法庭演说里，高尔吉亚以第一人称为帕拉墨得作出了细致而有力的辩护。辩护词层层剥笋，从客观上不具能力和主观上不可能有动机两方面论证了通敌指控的荒诞不经，最后他向法庭上希腊人民的代表们表达了严正的请求：

……关于你们我还要再说几句，如果判决取决于群众情绪的话，恸哭、祈求、讨人同情是可以起作用的；但在你们这些全希腊最优秀的人面前我无需要弄这些手段，我只诉诸正义和真理。……如果我这番话能在听众面前澄清是非阐明真相，那么判决是不难的；要不然我请求你们留下我的生命，等待时间考验再依事实作出判决。你们面临严重的抉择，如果不正当地处死了我，你们将遭到全希腊人的谴责。那时我一无所知，你们的行为却昭然若揭；受到谴责的将是你们而不是控告我的人，因为判决是由你们作出的。你们处死了一个有益于希腊并有益于联盟的希腊人，再没有比这更大的罪过了。

据史书上说，高尔吉亚的论辩长于归谬，极富力量，而且语词的运用极为考究，排比、对称等句式强化了言辞对听众的感召力。他还“善于利用动作、手势和装饰，在重要场合下他都穿着节日盛装。……他的风格和姿态显得刚健有力精力充沛，他言辞非凡给人留下深刻的印象。对于伟大的题材他能运用相应的雄伟风格；而且他习惯于突然中断自己的讲话，以便制造气氛使自己的讲演显得更加魅力。”

在法庭上慷慨陈辞的传统在后世的西方得到了延续。虽然从古罗马开始司法逐渐走向职业化,律师所面对和要说服的是受过法律训练的职业法官,而不是外行民众,但是法庭之上的唇枪舌剑依然是查清案件事实的最有效方法。在英国,陪审团的广泛运用成为言辞辩论的重要推动力。陪审员是社区代表,在教育不发达的时代,他们中的许多人都是所谓“斗大的字认不了一口袋”的文盲,律师就不能够通过提交书面文件而只能通过言说的方式说服他们,于是律师又仿佛回到了古希腊的法庭,说服外行、辩难证人的策略、技巧又变得十分关键。近世以降,英美法律界舌战大师辈出、经典辩词不绝于耳,当然不是偶然的。

说过西方,再回到中国。当观察本国历史的时候,我们发现,虽然在春秋战国时代曾出现过斡旋争端、说服君主的纵横家,也曾出现过邓析、公孙龙一类的辩者,但是,主流学说向来对于这种“能胜人口,不能服人心”的修辞和论辩之术痛加排斥。尽管孔子也说“质胜文则野,文胜质则史。文质彬彬,然后君子”,但是大致言之,在孔子心目中,君子似乎大多不善辞令。“君子欲讷于言而敏于行。”“刚毅木讷近仁。”“有德者必有言,有言者不必有德。”“巧言令色,鲜矣仁。”“巧言、令色、足恭,左丘明耻之,丘亦耻之。”我们可以想象,如果面对一个口若悬河的律师,孔子的评价恐怕会是“骄而不泰”那样的话吧。

于是,一个饶有兴味的现象就出现了:在我国的文学史上,各种各样题材的优秀作品可谓汗牛充栋,但是演讲辞却是一篇也没有,当然法庭上的辩论也没有留下——实际上,法庭之上是否存在过两造之间具有辩论风格的指控和辩护也是大可怀疑的。中西之间为什么会有这样的巨大差异,法庭演说的存在与否对于司法权的运作、人权保护乃至法学发展具有怎样的影响,都是特别值得思考和研究的问题,当然,也是由于篇幅所限,这篇小文来不及展开的论题了。

(原载《人民法院报》2002年11月15日)

法庭辩论的价值

前次我谈演说、辩论与法庭审判,掉了不少书袋,到了该分析为什么在法庭审判中辩论非常重要的时候,篇幅已经过了两千字,于是只好赶快打住。在这篇小文里,我们可以接着这个话题,从法庭程序的内在性质上讨论法庭辩论的价值。

通常起诉到法院的案件可以分作两大类别,一种是对事实问题的争议,一种是对法律问题的争议。例如,前文所引的高尔吉亚为帕拉墨得的辩护,涉及到的是叛国罪,这里就需要有证据证明他有里通外国的行为,那么证人就必须到法庭上来,三头六面地相互对质,从而使相关事实能够得到印证。事实得到证实之后,被告人的行为究竟是否构成叛国罪,必然涉及到对叛国罪含义的解释,便是典型的法律问题。值得注意的是,尽管人们设计了各式各样的方法让证人讲出真相,例如宣誓以及对伪证者加以处罚等等,然而,法庭上的虚假证词仍然是层出不穷。究其原因,出于私心而故意作伪当然占相当的比例,不过,也有不少证词失实是源于时间推移等原因所造成的证人记忆错误。无论怎样的原因,总需要通过法庭的辩论和质证去伪存真,使真相水落石出。

精心地设计询问技巧,机敏地揭露证人言词的自相矛盾之处,或者通过归谬法让作伪的人陷于难以自圆其说的窘境之中,所有这些,都是一个法庭律师的基本功。19世纪美国著名律师威尔曼(Francis L. Wellman)在他的《交叉询问的艺术》一书里指出:“笨拙的证人在作伪证时常会以不同的方式露出马脚:声音,茫然的眼神,在证人席上紧张扭动的身躯,尽可能复述事先编造故事的精确措辞的明显努

力,尤其是与其身份不符的语言的使用。”威尔曼也引用了林肯担任律师的经典辩例,形象地说明询问证人技巧的重要。格雷森被控于8月9日开枪杀死洛克伍德,现场有苏维恩作为目击证人。案件看来证据确凿,难以推翻。在法庭上,林肯开始了对于惟一证人苏维恩的询问:

林肯:在目睹枪击之前你一直和洛克伍德在一起吗?

证人:是的。

林肯:你站得非常靠近他们?

证人:不,有大约20尺远吧。

林肯:不是10尺么?

证人:不,20尺,也许更远些。

林肯:你们是在空旷的草地上?

证人:不,在林子里。

林肯:什么林子?

证人:桦木林。

林肯:八月里树上的叶子还是相当密实的吧?

证人:相当密实。

林肯:你认为这把手枪是当时所用的那把吗?

证人:看上去很像。

林肯:你能够看到被告开枪射击,能够看到枪管伸起这样的情况?

证人:是的。

林肯:开枪的地方离布道会场地多远?

证人:有一公里多远。

林肯:当时的灯光在哪里?

证人:在牧师的讲台上。

林肯:有一公里多远?

证人:是的,我已经第二次回答了。

林肯:你是否看到洛克伍德或格雷森点着蜡烛?

证人：不！我们要蜡烛干嘛？

林肯：那么，你如何看到枪击？

证人：借着月光！（傲慢地）

林肯：你在晚上 10 点看到枪击；在距离灯光一公里远的桦木林里；看到了枪管；看到了开枪；你距离他有 20 尺远；你看到这一切都借着月光？离会场灯光一公里远的地方看到这些事情？

证人：是的，我刚才已经告诉过你。

法庭上的听众热情高涨，仔细的听取询问的每一个字。只见林肯从口袋里掏出一本蓝色封面的天文历，不紧不慢地翻到其中一页，告诉法官和陪审团，那一天前半夜是不可能月光的；月亮要到后半夜一点才会爬出来。更富戏剧性的是，在伪证被揭穿之后，林肯一个回马枪杀过来，转而指控这位证人才是真凶。最终真相大白，杀人者果然便是苏维恩本人。

我们不厌其烦地引用这段法庭辩论，是因为不如此则无法显示在某些疑难案件的审理中律师辩论对于揭露事实真相的巨大意义。实际上，司法体系能够使纠纷和案件得以公正地解决并进而妥帖地保护人权，在很大程度上正是依赖法庭程序的设计，尤其是两造之间唇枪舌剑的辩论，有助于证词谬误的揭露，有助于冤狱的避免。不仅仅事实方面的争议，法律条文含义的解释方面的争议也经常需要通过辩论而获得解决。

虽然法庭辩论是如此重要，但是要让辩论顺利开展，还需要有配套的制度环境。首先是要有大量优秀律师和检察官的积极参与。律师和检察官在行业实践中积累了丰富的辩论和询问技巧，好比优秀的医生能够更容易地发现患者的病情，富于经验的律师可以更迅捷地揭露被刻意或无意掩盖的真相。威尔曼告诉我们，从事法庭辩论和询问的律师“需要有出众的天赋、逻辑思考的习惯、对广泛常识的清晰把握、无穷的耐心和自制力、通过直觉而透视人心的能力、从表情判断个性进而觉察动机的能力、精确有力的行为特点、对于与案件

相关知识的精湛理解、极度的谨慎以及——这是最重要的——质证过程中敏锐地揭露证词弱点的能力。”这样的律师对于揭示真相的重要性是不言而喻的。

律师以及检察官之外,证据规则尤其是确保证人出庭接受质证的规则是另一个要件。案件事实方面的争议需要通过证人证言来廓清,如果该出庭作证的证人不出庭,律师以及检察官再优秀、再努力,也难免唐吉珂德战风车的尴尬。在刑事案件中,证人是否出庭更是涉及到对被告人人权保护的大问题。当我们听说目前我国刑事审判中证人的出庭率不足10%时,感到极度忧虑,原因正在于此。

法庭辩论能够顺利开展的第三个要件是主审法官对案件的判断握有完整的权力。很明显,律师以及检察官在法庭之上的慷慨陈辞、口若悬河,目的都在于说服他们眼前的裁判者。如果端坐在审判席上的法官并不是真正的裁判者,而是法庭之外的其他人或机构的傀儡或牵线木偶,那么法庭审判就沦为纯粹的表演,口若悬河变成了费话连篇,律师或检察官不免会想:法官面前的废话一吨何如院长那里的微言一克管用?于是,庭审的走过场、私下的“勾兑”以及法官尊严的日益丧失就成为必然的了。

(原载《人民法院报》2002年12月6日)

执 行 难

雷大利法官(Judge Thomas M. Reavley)是美国联邦上诉法院(第五巡回区)法官,看上去他总有75岁上下了。当我和来自中国的一些法官访问他位于得克萨斯州首府奥斯丁的办公室的时候,雷法官热情友好,兴致勃勃。他说能在他的家乡接待中国同行实在是一件美好的机会。他兴奋地回忆起头一年访问中国,得到北京市高级人民法院盛情款待的情景,他甚至还记得起几位法院院长的名字。在随后的几天里,他为我们安排了广泛的活动——旁听法庭审理,与法官座谈,由得州最高法院首席法官代表州长授予代表团每个成员荣誉州民证书等等。他的博学、诚恳和善良给每个人都留下了深刻的印象。

雷法官对中国的司法制度也有些了解,但是,他说当他访问中国的时候,有一件事情令他很迷惑,那就是,所到之处,中国的法官们总要提出的一个问题是:你们美国的法院是如何解决执行难的?

是啊,法院作出了判决,败诉了的当事人——绝大多数是经济案件的当事人——不执行,不理睬,当法院“干警”到某企业、某村庄去强制执行时,当事人又纠集人员将法官与法警们团团围住甚至殴打致伤的场景,在我们这里真正是在所多有。中央电视台颇受欢迎的“焦点访谈”栏目就几次报道过这样的事例。按照借鉴外国先进经验的惯常思路,当然应当了解一下,美国这个法制发达的国家是怎样解决这样的难题的。

然而,雷法官却不理解这样的问题。因为,在他的国家里,司法判决的执行并不存在难题。“绝大多数判决都很顺利地获得服从和

执行。”他明确地告诉中国同行。“至于为什么当事人会愿意执行法院判决,首先是因为这是一个法治传统十分强有力的国家。一般民众和企业都以尊重法院、服从法院为光荣的事情和应尽的义务。当然,在一个市场经济社会里,企业的商誉至关重要。如果哪个企业竟敢藐视法院判决,那实在是置企业的股票价格、未来利益于不顾的行径。任何有理智的人都不会做这样的蠢事的。”

“第二点,这也是很重要的一点,就是我们的法官时刻都意识到,法院的权力是有限的。一种权力,只有它是有限的,它才是有效的。联邦宪法对法院可以管辖的事务作了清楚的规定,司法权的行使不会超出宪法规定的范围,必须限于可以通过司法解决的案件和纠纷。不仅仅范围有限,而且权力行使的方式也不同于行政和立法部门。法院不能主动地行使权力,因为法院崇高的威望恰恰是建立在它只是消极地对纠纷加以裁决的基础之上。我们不会主动地收集任何证据,在庭审过程中也是让当事人及其律师唱主角。我们严格地遵循法律的正当程序,给双方当事人充足而平等的时间和机会提交和相互对质证据,法官只根据这种对质的结果判断胜负。在制作判决时,我们会详尽地给出法律依据,这里的司法判决经常像一篇说理极其充分的论文。这样,大多数情况下,败诉的当事人会很服气地接受判决结果。当然,也有当事人对判决很愤怒,但是,由于审判的程序无懈可击,他们便很难对判决结果进行指责。

“当然,我应当告诉尊敬的中国同行们,在我们联邦法院的历史上,法院命令的有效性也曾受到过严峻考验。以联邦政府首脑为一方当事人的案件具有典型意义。例如1974年的合众国诉尼克松案,当时,最高法院命令现任总统尼克松向一家联邦地方法院提交他与其他人谈话的录音带。尼克松总统曾试图抵制法院命令,但最终还是发现难以违抗,因为虽然提交录音带会导致总统职位不保,但不服从法院命令将会给他带来更为严重的法律后果。另一类考验是当法院作出在某个地方受到普遍抵制的判决时如何执行。例如,在20世纪50和60年代,联邦法院要求消除种族隔离的判决在南方诸州受

到白人和州长们的有组织的抵制，专收白人的学校仍对黑人学生说不，联邦法院怎么办？”

颇受执行难之苦的中国法官们对结果非常关注。

“在联邦法院的要求下，总统派出了联邦军队。荷枪实弹的军人进入小石城，赶走围在学校门口的州长和白人，黑人学生昂首阔步地进入校园。”

（载《南方周末》1998年1月30日）

刑讯逼供为哪般

刑讯逼供素为我国法律所禁止,刑法规定了专门的罪名,刑事诉讼法也列有专条。然而,法律条文不等于法律生活的事实;从传媒的报道中,我们还是可以知道,刑讯逼供的事情时有发生,而传媒所揭露出来的事件大多是闹到死人程度(例如4月24日本版刊登的题为“一桩出自公安局的命案”的报道所披露的事件),有关部门难以收场者。其他一般刑求行为恐怕要算是冰山水面下的部分了。

我们有必要探讨一下,刑讯逼供屡禁不止的症结究竟在哪里。证据法方面的问题是我们比较容易发现的。嫌疑人抓获后,如果缺少能够证明案件事实的人证物证,那么,嫌疑人自己的口供就成为惟一可以证明案件事实的证据了(尽管我国法律规定不能仅仅靠口供定罪,但口供仍然是重要证据,而且通过口供往往还可以获取其他证据)。我们知道,任何已经发生的事情都是过去时态,许多犯罪者又十分周密地对真相加以掩盖,杀人者毁尸灭迹,越货者移赃无痕,更有一些作案者制造假象,移花接木地把侦查人员的视线引向无辜者,使得侦查成为极其艰难的任务。还有的犯罪人,只要不是犯罪时被当场抓获,便抱着侥幸心理,能不招则不招,令侦查人员无计可施。有什么办法能够让嫌疑人乖乖地招出犯罪事实呢?

其实,方法很简单,那就是利用人性中趋利避害的弱点,让他在抗拒不招与为此而付出更惨重代价之间作出选择。重赏之下,必有勇夫;重刑之下,要啥有啥。当一个人被折磨到了“生不如死”的境地时,侦查者所希望的口供便容易得到了。于是,案件告破,办案人员为之欣庆不已。因此,我们可以得出结论,过分重视口供的证据法

可能会起到鼓励和怂恿刑讯逼供的效果。

钱钟书先生在谴责刑讯逼供时曾引用古罗马人巧妙的说法：“严刑之下，能忍痛者不吐实，不能忍痛者吐不实。”其实，这种说法只对了一半；很多情况下，通过刑讯，的确可以使某些真正的犯罪人由于不能忍痛而吐实。因此，刑讯逼供之所以必须加以摈弃的合理依据，并不在于它对案件的调查不能提供帮助，而在于它破坏了民主制度下政府权力行使的合法性基础，即政府不仅应当追诉和惩罚犯罪，以保障和平的社会秩序，而且追诉和惩罚犯罪的过程也必须合乎法律。如果以违法的方式行使权力，那么便是在既有的罪恶之上增添了新的罪恶，并且，与任何个人的犯罪相比，行使政府权力者的犯罪都是一种更加严重的犯罪。用刑讯逼供的手段追诉犯罪，即使在某些案件的侦破方面卓有成效，然而与政府人员犯罪所带来的负效应比起来，恐怕只能算是“赢了猫儿赔了牛”。

不仅如此，法律明文规定的禁令不能得到有效的遵循，“不打如何肯招”式的审讯哲学的流行，更表明我们这个社会中人的尊严经常受到侵犯的可怕事实，表明人道主义精神在我们这里的匮乏。一个人，即使是触犯了刑律的人，他的人格和尊严是应当受到保护的。如果一个被带到“局子”里的人，总是难免劈头盖脸的“一百杀威棒”，接着便是如湖北郧县公安局的警察们所做的那样，让嫌疑人戴“大背铐”，“用木棒打，用脚踢”，“拽头发、打耳光、敲鼻梁”，“长达60小时不让吃饭、不让睡觉、不让喝水”，如此对自己的同类肆虐，刑讯者的心灵到底出了什么问题？按照孟子的说法，没有恻隐之心者便与禽兽不远了，可是你几时见过虎豹豺狼对待它们的同类像郧县的警察们对待张明波这般凶残？

《老照片》第二辑里收入刘德增先生题为“关于凌迟”的文章，附有一张令人不忍卒读但却弥足珍贵的照片：一个人正在被凌迟处死，许多人在围观。这种把人用三千余刀割死的刑罚在我们这个文明古国里实行了千年以上，而它的废除至今尚不到百年。我们不免要对中国的入道主义者们说一声：“仁以为己任，不亦重乎！”

（原载《南方周末》1998年5月15日）

善待官员

官员腐败是当今我们面临的相当严重的问题。每当某个官员的腐败行为被揭露出来,总是引起公众的义愤,人们常指责这类官员品行恶劣,私而忘公,完全背离了共产党人“为人民服务”的宗旨,因此对此类害群之马必须除恶务尽。同时,人们也相信,对腐败官员的严厉惩罚可以起到杀鸡儆猴的作用,使其他官员有所畏惧和收敛,使官场充满清正廉洁之风。

不过,我倒想为官员们——包括那些因腐败而受到惩罚的官员们——说几句话。在我看来,在很大程度上,官员的腐败行为屡禁不止的原因不只是个人品行和修养,更在于我们对官员的要求以及给官员设置的制度环境太过苛刻或险恶,使得他们经常不由自主地走向腐败。

当然,我们的确对官员设置了一系列监督机制,例如人民代表大会对行政以及司法官员的监督,便载诸宪法——人民代表大会是最高权力机关,行使对其他所有国家机关的监督权,并有权通过法律程序罢免官员。但是,人大能否有效地行使这种权力呢?答案恐怕就不那么肯定了。例如,据有关报道,陈希同、王宝森在东窗事发之前,种种腐败行为已经持续有年,而且愈来愈明目张胆,为什么北京市人大从来没有提起罢免程序,甚至连质询这种起码的监督程序都没有进行过呢?

监督机关不仅仅包括人大,实际上对官员的收受贿赂、将国家财富攫为己有的犯罪行为,检察院也负有追究的责任。早在彼得大帝时代的俄罗斯,检察机关就被称为“君主的眼睛”,在我们这里,各级

检察院更应当成为“人民的眼睛”，明察秋毫，不容砂子。事实上，我们也经常听到检察机关的官员们表示他们不畏权势，对任何人的犯罪行为都坚决地加以追究。然而，在那么长时间里，检察院对陈王等人并没有行使法律所赋予的独立检察权，而是“睁一只眼，闭一只眼”，或者干脆就是“睁眼瞎”，这是为什么？

还有，各种大众传媒对各种不正当的行为也是应当及时地和毫无保留地加以揭露的，北京市又是各种传媒最集中的地方，既有北京的，又有非北京的。然而，面对如此严重的腐败行为，这些人民的“喉舌”却哑然失声了，不，我要纠正一下，它们没有沉默，陈希同、王宝森们作为领导人在媒体上还频频亮相，时时出彩，而且经常教导各级干部要保持清廉，要大公无私！

如此这般，我们把官员们置于何等境地了呢？各种监督机关的装聋作哑实际上是把官员们往火坑里推呵。在民主体制下，各级政府官员都是人民的公仆，如今仆人偷窃、挥霍主人财产，主人不仅不加以谴责和惩罚，反而不闻不问，甚至勉励有加，这不是爱他们，分明是害他们。说实在话，人性都有其弱点，对权力、财富以及美色的向往是人类的通病，抑制（并非医治，因为这是无法根除的疾病）这种通病的办法不外乎两方面，即内在的对荣誉的追求和外在的对惩罚的恐惧。如今，我们的荣誉机制并没有很好地确立，而监督和惩罚机制又是如此疏于职守，欲使官员们清正廉洁，岂非强人所难？说得难听点，这简直像是引诱犯罪的机制。

我常想，那些因为腐败和犯罪行为败露而身败名裂的官员们的心境如何。他们会心境坦然？“老子这一辈子也辉煌一时，什么都享受过，死而无憾了。”他们也可能愤愤不平：“比我更腐败的家伙还在外边逍遥呢，罢了，罢了，算我倒霉。”不过，追悔莫及者恐怕也是有的，他们想的可能是：“假如当年我第一次利用职权，将国家的房子无偿送人的时候，报纸就把我揭露出来，或者，检察院马上就设立特别检察官对我进行调查，我何至于弄到今天这步田地？大不了三两年徒刑而已。更不用说如果有那么严厉而且有效的监督机制的

话,我就压根儿不会有腐败的开始,我会不由自主地做孔繁森那样的干部。唉,到如今,自己身首异处事小,连累儿女后人都背黑锅,这是为什么呀!”

往者已矣,来者可追。无论那些已经受到追究的人们怎么想,为了今天仍在位以及未来的官员着想,我们真是应当善待官员,对他们建立严格而有效的监督和惩罚机制,再也不要把他们置于上面所描述的那种危险境地了。

(原载《中国青年报》1998年11月19日)

极端难题

打开电子邮件信箱，来自《中国青年报》编辑的一封信翩然而至。细看内容，却是大出意外——

现在社会上有一些年轻的妻子，因为种种原因不想生育孩子。如果怀孕了，她们会瞒住丈夫，偷偷地去堕胎。这样一来，原来和美的夫妻感情因此破裂，甚至两人大打出手。丈夫觉得受到了伤害，他想将妻子送上被告席。

1. 请问，在中国男人有生育权吗？
2. 作为一个身体健康的妻子，她有理由不生孩子吗？
3. 他们该如何处理这个家庭问题呢？在这个问题上谁的话分量更重？
4. 他们各自的处理方式是否正确？

上述问题，请贺教授从法学的角度加以分析，能否尽快给予答复。

尽快答复？天哪，这哪儿是我能答复的问题？！丈夫执意要孩子，而怀了孕的妻子却坚决要把那幼小的生命消灭掉。这可如何是好？这是一个法律问题么？

请允许我急用先学，查一下法律——《中华人民共和国婚姻法》。然而，翻遍全文，却怎么也找不到跟男人生育权有关的规定。有的，只是下面这样一些条款：

“夫妻在家庭中地位平等。”（太太擅自堕胎，违反平等原则么？恰恰符合平等原则也未可知——凭什么大老爷们始于满足性欲，继则逍遥自在，而偏偏女人要承受十月怀胎之苦外加一朝分娩之险？！

这明显的是不平等。纵然这种不平等来自造物弄人,我们不信邪的当代巾帼也绝不答应!)

“保护妇女、儿童和老人的合法权益。”(听到了么,这里不包括男人噢。当然,老人可以包括老男人,可是,你现在还差得很远哪。况且你太太肚子里胎儿的生死是否算是你的“合法权益”还难说呢。)

“禁止溺婴和其他残害婴儿的行为。”(谁告诉你出生之前的“东东”叫“婴儿”?)

“晚婚晚育应予鼓励”;“夫妻双方都有实行计划生育的义务。”(将胎儿堕掉,不仅是晚育,简直是不育,是最积极地响应国家号召的行为,不受表彰已经是很委屈的事情了,还要把俺送上被告席,实在是岂有此理!)

如此看来,婚姻法对于丈夫的生育权是没有规定的,或者说,对于妻子将腹中胎儿整死并没有限制。按照“法不禁止皆可行”的原则,她可以不经丈夫的同意而堕胎,也有权利选择不生孩子。可是……可是,引“法”据典了这么半天,得出的结论却是这般无奈,未免让那位希望我从“法学”的角度加以分析的编辑失望。也许,他会希望,纵然现行法律如此,但作为一个法律人尤其是一个男法律人的我,可以通过对这类事例的分析,指出现行立法的缺陷,然后疾呼、呐喊,促成婚姻法的修改,增加这样的条文:

“夫妻双方均享有不可剥夺的神圣的生育权,未经一方书面许可,另一方不得堕胎。”

有必要么?或许有人主张有,但是,我却不赞成。理由么,其实很简单:这样的事例实在是少而又少。法谚云:“特例不应成为立法之依据。”环顾四周,我从来没有发现在是否要孩子问题上发生严重冲突的夫妻。

可是,既然报道出来了,说明这样的情况毕竟存在。那位偏偏赶上了的可怜丈夫的利益谁来保护呢?答案十分简单:是丈夫自己。如果你的太太在是否生儿育女这一重大问题上与你势不两立,如果

她珍惜其他东西胜过对你的爱以及对和美家庭的依恋,解决之道直截了当:跟她离婚,另找一个愿意跟你生孩子的人结婚,生去。

至于“大打出手”,真是下下策,既侵犯人权,又贻误战机,何必呢。

(原载《法制日报》2001年4月1日)

不智的诉讼 含糊的判决

在网上读到了我们的芳邻法院——海淀区人民法院——对北京市恒升远东电子计算机集团诉王洪等名誉侵权案(以下简称“恒升案”)所作的判决。由于这起案件具有的广泛影响,审理过程与结果理所当然地受到传媒与大众的密切关注,人们期待着这家每每在司法领域中开风气之先的基层人民法院能够作出一个说理透彻、判断公正的判决。然而,我们遗憾地看到,这份判决距离人们的期望存在着相当的距离——不是因为它判定王洪等被告人败诉,也不是因为赔偿数额巨大,而是因为其中的法理含糊,并可能对今后的消费者权益保护乃至经济发展产生负面的影响。

是否存在着名誉侵权

据有关法律文件,本案的原告人恒升集团起诉王洪等人是以被告人的行为侵犯了恒升的名誉权为依据的。事实上,法院判决所引用的法律条文也是《民法通则》第120条,该条规定,法人的名称权、名誉权、荣誉权受到侵害的,可以像自然人那样,“有权要求停止侵害,恢复名誉,消除影响,赔礼道歉,并可以要求赔偿损失。”不过,在涉及到生产者与消费者之间关系的案件中,我们不仅要看到《民法通则》,而且要注意到《消费者权益保护法》对消费者权益的规定。《消法》第6条规定“国家鼓励、支持一切组织和个人对损害消费者合法权益的行为进行社会监督。大众传播媒介应当做好维护消费者合法权益的宣传,对损害消费者合法权益的行为进行舆论监督。”第

15 条又规定,消费者对于侵害其合法权益的行为以及国家机关维权工作中的违法失职行为,有权检举和控告。

法院在处理相关案件的过程中,需要对什么是损害企业名誉权的行为,被告人是否构成对名誉权的侵犯作出细致而清晰的界定和分析。尤其要注意不要将消费者以及传媒对企业的批评简单地判定为侵犯名誉权的行为。我仔细地读过王洪的那篇引发诉讼的文章,其中情绪化的文字当然存在,但是基本内容却是平实的和说理的。判决书指责“该文未能客观全面地介绍恒升集团对其产品售后服务的过程”,这是令人难以接受的一个要求。客观全面地介绍售后服务过程应该是恒升集团而非消费者的事情。况且当权益受到损害,又无法从相关企业那里获得热情回应的时候,指望消费者不带情绪,“客观全面”地娓娓而谈,真正是强人所难。

判决书认为本案被告人使用了“侮辱性语言”,例如王洪将恒升的产品称为“垃圾品”;《微电脑世界周刊》引述王洪的话,称恒升的电脑“娇气的像块豆腐,这样的东西和好产品比起来不是垃圾是什么?”因此“亦损害了恒升集团的名誉”。如此说来,那些其股票被人们称为“垃圾股”的公司和股东们也可以提起名誉权诉讼,中国足协也完全可以不断地雇佣规模庞大的律师团,通过对各地球迷提起名誉权诉讼而大发横财——在球迷们举着的大横幅上,公然称我们的甲 A 联赛是“假 A 联赛”和“假极联赛”,这不是“侮辱性语言”又是什么呢?

其实,如果我们仔细分析,便会发现,某些语言的影响力恰恰由于其情绪化而大打折扣。对一种产品最致命的诋毁往往是那种用理性的话语,从技术和科学的角度分析其缺陷的批评。记得“舒肤佳”香皂的那则广告么,它告诉我们,用普通的香皂会有不少细菌残留,而用“舒肤佳”后,残留细菌便很少了。如果广告商用情绪化或“侮辱性”的手法,称自家产品能把细菌全杀光,而其他香皂则统统是垃圾,它的效果将会怎样呢?我相信没有哪个思维健全的人会相信它。企业也好,法院也好,都不要过分低估人们的判断力。如果恒升集团的电脑绝大多数并不是“娇气得像块豆腐”的“垃圾品”,相反,是顶

呱呱的优质品,而且集团主事者也具有足够的智慧,那么,良好的售后服务对个别不满的化解,绝大多数消费者对产品的称赞,将足以使那些“侮辱性语言”遁于无形。顺便说一句,这也是有关名誉权纠纷处理的一条重要法理定律:依据健全理性不会信以为真的言辞不构成名誉侵权。

不智的诉讼

然而,也许是恒升集团的主事者并没有足够的智慧,也许是产权安排方面的原因使得他们对集团的前途压根儿不关心,于是终于发生了这场诉讼。这起讼战的利弊得失可谓不言自明。假如当初王洪带着笔记本电脑来要求维修,有关人员热情接待,心急如焚(至少表现出热情和着急),迅速地利用他们高超的技术将电脑修好,满心欢喜的王洪一激动,说不定会专门设立一个主页,为恒升的负责精神和优质服务而不断喝采。这可是比起企业的自我宣传更有说服力而且花费极低廉的广告啊!遗憾的是,主事者决意要与王洪和两家媒体打官司,而且在一审获得了百万赔偿,对于王洪来说,五十万元的巨额赔偿真正是重典严惩,可是,明眼者都看得出来,这场诉讼没有胜者,甚至可以说,最大的失败者恰恰是恒升集团自己。有了王洪这样的先例,有了海淀法院这样的判决,今后还会有多少人胆敢买恒升集团的产品呢?在今天这个网络时代,计算机生产厂商居然对自己的消费者大兴讼战,真正是超越我们想象力的非理性行为。

这一回,恒升集团那 729 万广告费用真的是要血本无归了,用宋代一位诗人的话说,这叫作“赢了猫儿赔了牛”。

对社会发展以合理的司法引导

由于本案二审尚未开始,这里不想对一审判决进行过多的评价。我们只想表达对案件获得公正审理的热切期望。随着市场经济建设

的深化,法院已经越来越深刻地介入到我们的经济与社会的调整过程中。法院要保护消费者的合法权益,当然也要维护企业的利益,要善于寻找两者之间合理的平衡点。考虑到常常是孤军奋战的消费者在庞大的现代型企业面前的无助和无奈,我们需要用严格的准则规范企业的行为,这不仅是对消费者权益的保护,更是对企业利益的维护。此外,法官更应意识到,民事经济案件也时常蕴含着宪法精义;消费者对企业的批评也是我国宪法所规定公民言论自由权的一种体现。与企业或个人的名誉权相比,言论自由、表达自由这样的公民基本权利显然是一种位阶更高的权利,这类基本权利的维护不仅仅让民众受益,更有利于推进我们的经济发展,保持社会的稳定,增进官场以及企业的清廉。

记起西方一位著名法官的话,一个优秀的法官不只是一个熟练的法律工匠,他还应当是一个历史学家,一个先知,一个哲人。

(载《南方周末》1999年12月24日)

一起热门事件 三点理性建言

唐卫江怒不可遏。在重庆数家律师事务所的帮助下,他决定向重庆市高级人民法院起诉,对于佳能香港公司在其促销宣传品光碟中将香港、台湾与中国并列为国家的行为提出四项要求:“立即向全中国人民道歉;立即停止光碟的发放;销毁这些光碟;索赔1亿元在全国建立500所希望小学。”(《北京青年报》2000年7月28日。另参见《重庆晚报》7月22日报道:“维护国家尊严和国人感情 我市律师团援助唐卫江”;7月25日报道:“佳能香港公司保持沉默 唐卫江昨向重庆市高院起诉”)由于各种媒体的广泛报道,这起事件在全国产生了很大反响,唐卫江也成为“重庆焦点人物”。

作为一个中国人,听到这样的事件,我也感到相当震惊。从情感上说,对于唐卫江的举动也产生了相当的同情。不过,既然唐卫江要“通过正规的法律程序跟他讨个说法”,作为一个法律人,我考虑更多的是“正规的法律程序”上的一些问题。结果不想则已,一想问题还真不少。我愿意将我的看法谈一下,野人献芹,或许对人们更周全、更理性地看待和处理这一事件不无裨益。

第一个问题是唐卫江的诉讼主体资格问题。这问题又分大小两个方面。小的方面,据报道,唐卫江是“从刚买了佳能打印机的朋友处借来随机赠送的光碟”后发现佳能香港公司的这起严重事件的。那么,唐并非打印机的购买者,他与佳能公司并不存在生产者——消费者之间的法律关系,因此他是否有资格充任原告人就大可怀疑。从法律上说,这不是一个无关紧要的环节,我国《民事诉讼法》第108条明确规定:“原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组

织。”之所以要如此规定,不仅是因为法律不倡导“路见不平,拔刀相助”式的任意诉讼,而且还因为民事诉讼中当事人享有相当的处分权,可以作出让步、妥协,甚至完全放弃某些主张。这种处分权必须由利害攸关的当事人本人亲自行使。

当然,唐卫江观点似乎是佳能香港公司的行为伤害了全中国人民的感情,因此他是“代表受伤害的中国人站出来,证明中国人不是好欺负的”,他的诉讼主张第一条便是要求佳能香港公司“立即向全中国人民道歉”。这样的立场便引出了诉讼主体问题的更大的一个方面:他代表全中国人民的行为是否获得了适当的授权?《民事诉讼法》规定了在当事人一方人数众多的共同诉讼中,“可以由当事人推选代表人进行诉讼。代表人的诉讼行为对其所代表的当事人发生法律效力,但代表人变更、放弃诉讼请求或者承认对方当事人的诉讼请求,进行和解,必须经被代表的当事人的同意。”(第54条)“诉讼标的是同一种类、当事人一方人数众多在起诉时人数尚未确定的,人民法院可以发出公告,说明案件情况和诉讼请求,通知权利人在一定期间向人民法院登记。”(第55条)这就是正规的法律程序,它要求严格完备的手续;没有授权或者正式的委托文件,一个普通人便可以代表中国人民提起诉讼,那么是否意味着全国人人都可以在所在地法院就同一事件提起诉讼,而法院都必须受理?

第二个问题涉及到这起事件的性质。重庆的有关律师认为这是一起“伤害国民感情的严重的政治事件”,同时也是侵犯消费者利益的法律事件。须知这两种性质混在一起会发生法律上的困难。通常政治事件不属于法院管辖范围,因为其中的是非曲直大抵上并不依据法律的逻辑来界定。法官处理的事务应当是法律意义上的纠纷或案件,他需要根据当事人双方所提出的证据和法律理由作出裁判。虽然法官也要分清是非,然而法律上的是非跟政治上的是非是不同的。在我们的语境中,政治上的是非都是所谓大是大非,容不得半点妥协让步。但法律上的是非,尤其是民事案件中的是非,其中的界限经常是模糊的,有时不过是在不同的利益诉求之间选择更为合理的

平衡而已。我们看到,由于唐卫江及其律师们力图把该事件解释为大是大非的政治事件,反而将法院置于一个难堪的境地。唐卫江称:“如果这个官司打赢了,以后外国的企业在中国投资宣传时就会避免有伤中国人民感情的事;如果输了,他们会更看不起中国人,更加变本加厉地在思想文化领域给我们造成混乱,使我们又回到清朝受人欺侮的状态。”如此上纲上线,法院还有任何独立决策的空间么?谁胆敢判决唐卫江败诉,谁就是纵容外人在思想文化领域给我们制造混乱——是爱国,还是卖国,法官先生们,你们选择吧!

唐卫江诉讼请求的一亿元人民币的赔偿额是我们要讨论的第三个问题。他对记者称这不是一个具体调查的结果,“是按照一台机器就两三千,甚至上万元的逻辑估算出来的。”而且他的实际主张更彻底:“他们侮辱中国人的感情,这就是非法所得,应当全部没收,再赔偿我们的精神损失。”如果真的如此办理,“逻辑上的”赔偿额可能远不止一亿元。此外,索赔一亿元作为对中国人民感情伤害的补偿,数额也有过低之嫌。简单地说,加上港澳台同胞,中国人足有14亿以上,乍一看天文数字般的一亿元分摊下来,每个人居然只有区区约7分钱!中国人的感情未免太廉价了。还有,既然是代表中国人所进行的诉讼,胜诉所获得的赔偿金断不可由唐卫江一个人独自处分——哪怕是建500所希望小学;被代表的所有当事人都有权参加分配。唐卫江既没有获得当事人的授权,又擅自作主对诉讼收益进行处分,依据正规的法律程序,这无论如何是说不过去的。

以上只是荦荦大端,这起事件引出的话题还可以延伸出不少,篇幅有限,余不一一。与媒体上的许多言论相比,这篇建言文字更像是泼冷水。自己只是希望在一些令人激愤的事件出现的时候,我们能够有一些理性的思考和分析。我坚信,这种理性对于具体案件的稳妥处理有好处,对于我们民族的长远利益来说更是极其重要的。

(原载《检察日报》2000年8月23日)

刘燕文诉北京大学案评论两则

司法权与大学自治

对这个案子,我一直是抱着一个特别兴奋的态度来看的,当然兴奋很大程度上来自于本案跟自己所服务的这所大学有密切的关系——这个大学的毕业生状告自己的母校,是很有意思的事情。更令人兴奋的一点是,被告与原告分别由我的同事和——在一个不严格的意义上讲——我的学生代理,他们在法庭上唇枪舌剑,一争高下,这的确很令人开心。当然刚才两位原告的代理人和我们被告人的代理律师,两家都澄清了一些观点。我觉得特别有意思的一个澄清,是关于职务和承担职务的特定人的分离。我想律师这样一个职业是非常特殊的,像湛老师刚才所说的一番话,提出了很多很有意思的问题。当然他的同情心我也是很能理解的,昨天他还跟我说,一方面自己是作为一个老师,对学生有着无比的爱心和无比的同情心,让自己的在法庭上与自己所在学校的毕业生对垒,常常感觉到自己有一种角度错位,但是另外一方面律师必须为自己客户尽最大的努力,为自己的客户利益而作斗争。这两种角色相互分离,我记得孟子曾经说过职务和与人之间区分的道理,这里则更是两种职务角色的冲突。不知道职务与人之间的分离是不是现代行政法的一个非常重要原理?湛老师刚才说希望一审的时候代理被告,二审时代理原告。我想,他实际上可以这样,同一审级的时候,就可以既代理原告又代理被告,在这边辩论一会儿,在那边辩论一会儿,自己与自己打架。

当然,这只是个玩笑。

对于这起诉讼,我曾经有一点顾忌,那就是,担心外部权力借此机会,以司法的名义干涉大学的独立,对学术自由与独立是否会产生某种不良的影响。从另一方面说,是担心司法权会过度行使。我们都记得法国的托克维尔讲过,在美国任何政治性的事务都可能变化为法律的问题,通过司法的途径来解决。如今强调依法治国,可能人们会以为法院管的事务越宽越好。但我还是有点顾忌大学的自主、大学的独立跟法院的权力直接进入大学之间是否会发生冲突。按照何兵先生的话来说,司法的阳光照耀到科学的殿堂,司法的阳光对不仅仅是阳光,有时可能是粗暴的、不那么令人愉快的急风暴雨,有可能对科学的殿堂有某种负面的影响,这个问题也是值得我们考虑的。但是后来海波把他的一个代理词用 E-mail 传给我,我看了里面的代理词,我觉得有一种欣慰感。虽然大家法庭上各自代表自己的客户,但是在代理词中,你们却提出了非常深刻,非常值得我们关注的一些教育管理,大学的管理,以及司法能够在多大程度上进入到教育管理,能够通过什么样的进路,进入到这里边的一系列十分重大的问题,并对这些问题作出很有见地的论证。所以,我自己感觉特别兴奋一点是,这一场诉讼已经超越了这个案件本身,超过刘燕文个人利益的本身。正如刚才两位所说的,如果相关机构不尊重处理问题的基本程序的话,今天可能是刘燕文,明天是你我,这也是完全有可能的。所以这个案件的意义在这里。

我没有看到我的同事湛中乐教授的代理词,我只是看到一面之词,这一面之词让我感觉比较有意义的包括三个方面,第一方面,它为司法进入高等教育管理领域提供了一个合理的进路,通过判决书我们可以看到,法官意识到了哪个进路是合理的,哪个进路是不合理的。很清楚,一篇专业论文是否达到博士学位水准的判断不是法院的事务,法官不应该走到这个领域里面,它没有这个能力,也没有这个权力。在这个意义上法官也像学生食堂的师傅一样,或者说法律系的教师一样,没有办法判断一篇无线电领域的论文是否达到了博

上毕业论文的水平。寻找一个既不涉及专业判断,又能够给当事人提供司法救济的进路,以及这个进路对进行有说服力的辨析和论证,是这个案件中非常有价值的一点。

第二个非常重要的意义在于,原告的代理词里,我看到了他们对于包括学位授予制度在内的现行高等教育管理制度中存在的种种缺陷所进行的分析。在一个法庭之上,一个公开的场合,通过非常严密的论证来指出这些缺陷所在,是本案件非常有价值的一个方面。比如说,校级学术委员会的组成,是否足够合理,外行学者评价在多大程度上具有一种合法性,都是很值得讨论的问题。我们说法官不能判断论文本身的质量,但是如果我们又赞成一个完全不懂物理学的学者可以对论文质量进行判断,这在逻辑上不免自相矛盾。何海波的代理词给我的感觉比较有意思的另一点是,他对于民主程序中的弃权票的意义,以及弃权票带来的影响,进行了一番很有意思的剖析,尽管篇幅所限他没有办法进行更深刻的剖析。我们近代以来学习西方的民主,的确有许多地方我们没有学到它的精髓,或者说我们误读的某些东西。比方说弃权票,在学术委员会决定一个事关某个人切身利益的事项的时候,投弃权票到底意味着什么,允许不允许有这样的弃权票,的确值得我们深思。我们也应当考虑,在校级委员会这个层面上,投反对票的委员是否应当提出自己的理由。事关毕业生命运,你应当极其负责,一个中文系的委员,投物理系学生的反对票,认为学生的论文不够博士论文水平,你的理由何在?把它写出来,并且加以公布,这样名落孙山的学生也会心悦诚服。与此相关,我觉得我们的民主中,对某些程序的理解是有偏差的,尤其是普遍的无记名投票的做法。实际上,民主审议的决策有两种方式,一种是无记名投票,一种是记名投票。记名投票在某些场合是十分必要和重要的。例如,美国联邦最高法院的九个大法官判决案件时便是记名投票,而且投赞成票和反对票的大法官都必须给出详尽的理由。我们的学术委员会在决定某个教师是否能晋升职称的时候,最好是记名投票,因为无记名人们便难以知道,比

方说,姜明安教授投的是谁的赞成票。人们根据姜教授的投票行为可以对他进行监督,我们可以判断,你到底是否适合做这样一种尊贵的角色。但是我们现在普遍实行无记名投票,这就带来了一个问题,我们没有办法去确定特定人的责任,无从判断他到底称职不称职,也无法调动委员们的责任心。所谓集体负责的结果往往是集体不负责。此外,个别委员个人的好恶,往往能决定当事人的命运,这是个偶然性很大的决策方式。在审议过程中,一些微妙的因素,例如有人为你登高一呼,或者相反,有人似乎是不经意地说出一句貌似平和,而实际上杀伤力极强的点评,就会彻底改变你的命运。我们的制度为什么要容忍这个偶然性,如何减少这种偶然性,把这个东西提出来,将非常有利于改进我们的学位制度,以及相关的委员会制度和教育管理制度。

就本案而言,第三个有意义的方面是,我觉得原告方的两个代理人非常注重强调司法先例的重要性。他们在试图用法官前面判决的那个案件来影响法官对本案的判决结果,而且特别点明这是类型差不多的案件,审理的法官又基本上是同样几个法官,前面的案子是这样判的,后面的案子为保持法律的统一性,为什么我们要作出另外一种判决呢?这种论证方法很有说服价值。我觉得如何维护法律的统一性是司法实践中是相当要紧的东西。我们的公民都生活在统一的法制之下。法制的统一不仅仅要体现在我们的立法规范是统一的,而且还必须体现在不同地方和不同时候的法官所适用的法律规范以及他们对于相关法律条文的解释应当是统一的。虽然在我们国家不承认司法先例的强制性约束力,然而先例可以有说服性的拘束力,有引诱性的拘束力,这个拘束力是非常值得关注的。法官不能对类似的案件昨天一个判法,今天就自己掌嘴,以今日之我非昨日之我。要是那样的话,法律的可预期性将丧失殆尽。

上面是我对与本案直接关联的几个问题的看法。接下来要谈一谈,我自己作为一个教师,对现行大学管理制度中的一些问题的看法。结合这个案件,我觉得在这个场合,我们有必要一起来探索一

下,到底是否存在某些缺陷,如果存在的话,如何改进的问题。是这个案件对我们教育界的意义。第一个缺陷,我们刚才已经有所涉及,就是如何避免外行决定内行的命运的问题。高等教育管理中,有一个非常重要的传统就是教授会制度,就是教授治校。一个大学里面,谁是真正的主人,应该是这个学校的教授,和这个学校的学生,他们是真正的主人。但是很不幸的是,半世纪以来,我们的传统,更愿意导入的一种意识形态是群众路线,更多导入的制度是工人阶级、贫下中农管理学校。1957年,北京大学有好几个教授成为右派的原因是他们不能容忍外行人对教授专家们指手画脚。对一个相关学科评价的尺度,相关知识成果的评价尺度方面,我们都或多或少存在着外行来决定内行命运的问题,在整个管理模式方面比较强调非学者来管理学校,这样一个模式,外部权力就通过这样一个方式进入到大学里的。另外一个层次就是各种委员会,即使专业化的委员也存在一个简单通过一个多数来决定一个人命运的问题,这是第一点。

第二点是过份的民主化的问题。说民主的坏话在现代社会中永远是一个冒险的做法,但我还是认为,我们应该清楚认识到,民主并不是一种完美无缺的制度。哈佛学院院长罗夫索夫斯基在他写的一本书里谈到大学管理的问题,他提出七个方面的管理定律,第一个定律是,要相信不是任何东西都可以通过民主来改进的,过份的民主会导致精英的流失。他举的例子非常有意思,在本世纪六十年代后,荷兰、法国等国家的大学普遍吸收学生和学校的其他辅助人员跟教授一起平等地参与学校的管理,导制的结果是最优秀的教授,纷纷走人,他们用自己的脚来代替手来投票,他们离开这个地方,因为这个地方不能容纳精英。大家都能记起托克维尔对于民主制度的某些负面效果的担心,民主可能导致多数人的暴政,有可能导致一个文化的逐渐堕落,至少可以说文化逐渐平庸化。罗索夫斯基认为我们至少应该区别两种民主,一种民主是国家政治层面上的民主,那种是说每个人都有平等的一票来决定什么人来统治我们,我们应该选择什么

样的人,这个是人平等的民主。另外一种民主,如果我们说是民主的话,教员的民主和各种各样的通过遴选机制,发证机制,来决定其成员的群体或组织,它的民主模式,应该是有所不同的,应该不是一人一票的,不同的人说话的份量应当不一样。你要充分考虑到一个人跟特定的机构之间的关系,他如果要一辈子都要服务于这个机构的话,他的发言要重要的多,如果他要是一个四年或三年的匆匆过客,那你要注意不要给他太大的发言权。尽管他的话被哈佛的学生强烈攻击,但是管理制度方面的这些问题仍然是我们所应当慎重考虑的。我们似乎要注意如果大学里教授谁来决定,如果到了哪一天北京大学的教授是由全校的教职员每人一票投票选举产生的话,我不知道北大会变成什么样子。民主的悖论之一在于,假如大多数人投票决定实行专制的时候,也就是说,通过民主的方式作出反民主的决策,民主的倡导者该如何是好?而我们看到人类历史上并不是没有过这种经历。

第三个方面,我觉得,一个学校如何创造一个责任机制的问题,也就是责任要明确的问题,我们现在委员会的这样制度,无记名投票制度,一个后果就是要说这个学校是由谁来承担相关决策的问题,都搞不清楚。在君主制度下,君主是把天下财产作为自己个人财产,个人财产他珍惜,不像我们现在这个制度,谁珍惜我们的公有财产啊?这个制度更大的缺陷之一是没有谁负责任。这也是我为什么反对审判委员会制度的原因。责任没有人负,荣誉也不是很特定化的,北大管理得好是谁的荣誉,法学院管得好是谁的荣誉?荣誉归于集体,没有个人英雄。在这里,我们可以看出,由于荣誉机制和惩罚机制以及相关的责任机制都没有,可能对我们的社会发展带来相当负面的影响。

(上文是我在关于本案的学术沙龙上的讲话,发表
于 <http://law-thinker.com/detail.asp?id=538>)

之二:转了向的里程碑

本案的二审裁决以及海淀区法院的最终裁定在法律的程序方面存在许多疑点。最关键的问题是,当一个法院已经受理了一起案件并且做出了自己的裁判,就意味着法院以权威的行为承认了案件并不存在诉讼时效的问题。法院受理了,然后经过一方当事人上诉,上一级法院又发回重审,下一级法院又说当事人在一审时已经过了诉讼时效,这样就等于是出尔反尔,法院的威信得不到保障,当事人对法院的预期也会变得复杂和混乱。而且,当一方当事人为这个案件的诉讼付出了相当多的时间、精力甚至财力,而法院最后以超过诉讼时效为由驳回起诉,这是否意味着法院应当为当事人所付出的这一切提供必要的补偿?这些问题都是这个案件存在的非常明显的缺陷。

所谓大学独立,是什么意义的独立?大学独立是否意味着它的所作所为都不受司法机关的制约?这个案子从一审开始就处在相当复杂的外部环境之中,司法与司法的裁判在多大程度上能够介入到过去由高校完全垄断的事务中?高等学校的性质究竟是什么?由于大学明显行使着实际的裁判权和处分权,这样的权力能够给学生带来直接的影响,所以在涉及到学生的权利(包括他能否获得学位,能否获得毕业证书等方面)时,应该让那些认为相关处置不公平的人有一个另外提出质疑的途径,就是由一个中立的第三方对相关决策的合法性作出审查和裁判,从而使纠纷得到公正的解决。从法治社会的逻辑看,这个中立的第三方当然应当是法院。

本案尤其是上诉之后的有关过程也让我们看到了上下级法院之间关系如何处理的问题。例如高一级法院如何尊重下级法院的裁判,尊重下级法院独立的权力。上下级法院的分级并不是行政意义上的下级服从上级的关系,而是为公民提供挑战一审法院裁判的机会,所以上下级法院一定要相互独立地行使各自的裁判权,而不是迁

就、沟通、协调,这种沟通协调在司法的领域显得很不正常。

这个案件一开始就涉及到如此复杂的因素,我自己也觉得很难预期司法系统能否非常顺利地作出裁判。某种潜在的东西,比如,海淀法院是个什么级别的法院,当事一方的北京大学是个什么级别的大学,这些观念都会得到司法过程中,影响相关的决策。一审判决结束后,《科学时报》曾经做过非常广泛的报道,学术界也做过非常深入、非常广泛的讨论。有一种声音的确引起了人们广泛的关注:司法裁判影响了大学的独立,影响了大学的自治,因为授予不授予学生学位或毕业证书,应当是大学自治的范围,不应该受到外部力量的影响。这个声音当时非常突出,也是许多人对这个司法裁判不满,试图施加影响的一个筹码。但是,奇怪的是,有许多批评者并没有很深入地研究司法的过程,导致了以讹传讹,在不清楚裁判过程的基础上作出批评。实际上,海淀法院一审的判决非常仔细地界定了什么是司法权力能做的事情,什么是司法权力不能做的事情,比如法官们认为北大校学位委员会在审查这样的事情时在相关的程序方面有一定的缺陷,如赞成票和反对票以及弃权票的统计和公布方面的问题;另外,校学位委员会是否给予了刘燕文必要的申诉机会。这些方面都是纯粹的程序问题。法院根据有关法律,明确要求北京大学给刘燕文颁发毕业证书。在有关法律的规定上,毕业证书是与学位证书分开的,法律规定,一个人只要修完规定课程,成绩及格就可获得毕业证书。北京大学自己制定的政策把它们合在一块儿了,所以刘燕文论文未通过校学位委员会审查,就连毕业证书也拿不到了。法院认为这样超越了法律,因此作出判决,要求北京大学授予刘燕文毕业证书。一审法院做得非常好的一点是在判决书中作了很好的说理,这样的判决书本来可以成为国家司法历史中的一个里程碑,也可以成为如何建立司法与大学的关系方面的一个里程碑,但是在各方面的压力下这个里程碑被毁掉了,或者说成为另外一种里程碑,一座标志着我们的司法仍难以独立的里程碑。这让我感到由衷的遗憾。

另外一方面,为许多论者忽略了的一个事实是,这类案件(包括

田勇诉北京科技大学案件)出现之后,起到了许多正面的作用。法院判决大学败诉,不仅仅引起与案件有关的大学,而且包括其他学校对有关管理制度以及程序方面的检讨。据我所知,北京大学对这个案件非常重视,学校要求相关部门清理一下所制定的规章是否符合国家的法律,对一些不符合国家法律的做法进行必要的修改,以避免今后出现这样的问题时再败诉。许多学校对这个案件也很重视,认为这个案件很重要,这个案件让他们知道法院也可以对学校行使权力的过程进行审查。由此,我认为这个案件的正面作用远远大于负面作用,一个里程碑式的案件往往能够对我们的相关制度建设起到良好的推动作用。

最重要的是在法律方面。这些年来,我们国家强调依法治国,强调法治,但是人们对法治的倡导常停留在口头上。到底法律是不是至高无上的,到底司法的触角是否能真正对这个社会进行控制和管理;法院是否在遇到案件时作出完全依据法律的裁判,上级法院对下级法院的独立是否予以足够的尊重;在司法的过程中是否严格按照法律本身的逻辑来作裁判,这样的裁判是否能够发布出来,能否成为具有法律约束力的东西?一遇到具体的问题,具体的案件,尤其是敏感的案件时,这些东西都变得不重要,取而代之的是一种简单化的、情绪化的观念和力量,它们会形成对司法过程的强大干预。例如,要求法院既要讲法律效果,又要讲社会效果。其实法院严格地遵循法律来判决案件是最重要的社会效果。现在的依法治国面临着一个很大的障碍就是我们能否真正允许司法逻辑的张扬。许多国家都经历过从法治不发达达到法治发达的阶段,而法治的发达总是体现为司法的逻辑突破政治的逻辑和一般人从常理出发的逻辑,体现为法律职业者以他们的专业化知识去调整社会的正当性。日本本世纪初叶有个大津事件,俄国皇太子访问日本时被一歹徒用枪打成重伤,日本政府担心破坏邦交或引起俄国对日本进行报复的军事行动,非常恐惧,因而主张俄国皇太子在日本受到了侵犯,应该按照日本皇室成员受到侵犯治罪。如果按照这个主张,那个歹徒就要判处死刑了。可是

日本的司法界、日本的法院坚决地认为,按照法律的逻辑,外国的皇室成员到了日本就不能够按照皇室成员来对待,只能按照一般民众看待,如果按照一般民众,这个案件就不能判死刑,法院坚决站在政府的对立面裁判。政府非常担心这样的裁判会时日俄两国交恶,但出乎政府意料的是,俄国反而因此对日本的司法独立表示敬意。这样的历史事件是值得我们反思的。

此外,我们还应当注意,大学内部的某些管理制度本身也在伤害学术的独立。在刘燕文案中我们看得到这类问题。本来,判断刘燕文博士论文的是否具备博士论文的学术水准,越往基层,越有权威,越往高层,在相关专业领域中的权威性越低越。例如,无线电系的学位委员会大多能够对一篇关于无线电的论文作出判断,但是,到了校学位委员会,成员来自不同院系,一个来自中文系的学者,学问再大,恐怕也难以判断一篇无线电专业的博士论文。因此,校学位委员会能够审查的只是程序问题,如答辩委员会的组成人员是否符合有关规章制度的规定,是否有某种舞弊行为,等等。我的建议是,大学这一级审查,如果有些人不限于程序性的审查而是进入到实质内容,进入到文章到底符合不符合博士论文的层面,投反对票的人必须书面提出自己的理由,举出相关的权威证据。如果不能举出理由,随随便便地否决,那么你到底是在行使什么样的权力?另外,为了强化责任感,我认为,学校学位委员会的表决过程应当实行具名投票制。因为你的这一票并不是无关紧要的,而是关系到一个人能否从这个学校正常毕业,获得学位,甚至涉及到一个人一辈子的生计和前途。这不是一个苛刻的要求,在学校这个层次上必须进行相关的制度改革。甚至弃权票到底允不允许存在都有待商讨。弃权票到底意味着什么?是否意味着我又同意又不同意,该论文既符合博士论文水准,又不符合博士论文水准?这真正是模棱两可,不知其可。

(原载《科学时报》2001年3月1日)

司法对新闻自由的保护

在司法与传媒之间关系方面,除了传媒监督司法的重要性以及这种监督所应当遵循的必要规范之外,司法机关应当如何更好地保护新闻自由也是其中不可忽视的重要内容。而且,近年来涉及传媒的名誉权官司愈来愈多,一些似是而非的做法已经对新闻自由原则构成了程度不同的伤害,因此亟待研究和解决。

我国宪法规定:“中华人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。”同时,又规定:“中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯,禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害。”从理想化的角度看,言论与出版自由的权利与公民的人格尊严权利之间是相辅相成、相得益彰的。自由意味着可以从事法律许可的任何行为;超出法律的范围,损害了公民——《民法通则》更在公民之外加上了法人——的名誉权,“被欺凌与被侮辱的”人以及机构当然有权提起诉讼,侵犯名誉权者要停止侵害,消除影响,赔偿损失。构成诽谤罪还要承担刑事责任。这似乎是天经地义的事情。

然而,现实比理想状态要复杂得多。所谓新闻,报道真实情况固然是它的重要使命,但与此同时,它还必须尽快地作出报道。既要真实,又要快速,二者之间必然存在着内在的紧张关系。“于传播资讯之过程中,要求【传媒】所及之任何事实均属正确无误,恐非易事。对以此为业者,此种天衣无缝之要求标准,更系难如登天,故对被告至为不利。因此原告之名誉虽得确保,但同时却可能影响他人意见表达之自由。尤其原告为公务员,而被告为反对政府之人士时,妨害名誉之法制即可能成为政府打击异己之利器,法院亦因此于无形中

被利用为政治压迫之工具。”(法治斌,“论美国妨害名誉法制之宪法意义”,氏著,《人权保障与司法审查》,月旦出版社1994年版,页30)世界上一些讲求法治的国家已经注意到这个问题,例如,早在1964年的《纽约时报》诉沙利文一案中,美国联邦最高法院便判决认为,所有情节均须属实的要求势必会导致自我审查(self-censorship)的效果(*New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U. S. 254.)。我们也可以想象,在报道任何事件的时候,如果传媒都谨小慎微,“治学严谨”,对所有细节均要考订准确,那么就是以科学家的标准要求记者或传媒文章的作者,新闻本身的时效性便谈不上了,言论自由的生存空间(breathing space)必丧失殆尽。

不仅如此,任何揭露性的新闻报道,即使是全部细节均为真实的报道,也必定使被揭露者尊严受损,名誉下降。况且法律上所谓“侮辱”在实际生活中不大容易给出一个严格的界定。不久前的一个案件,原告人指控一篇报道中使用的“专横跋扈”、“刚愎自用”等词汇构成了对他人格尊严的侮辱,他认为自己是“刚毅果敢”,“当机立断”。对同一种行为,视角不同,所用的描述语言会出现很大差别。怎样是正当批评,怎样是恶意侮辱,二者之间难以找出泾渭分明的界限。如果没有立法上以及司法过程中形成的严格解释,承办案件的法官就会无所适从,当然,腐败也可能在这种法律的漏洞里繁衍滋长。一些名誉权案件的当事人千方百计力求使案件在本地法院审理,当然不是偶然的。

我国法律以及司法解释中有关名誉权规定存在着的一个重大缺陷是,我们从来没有在可以提起名誉权诉讼的主体方面作深入的考量和区别对待。实际上,对不同主体加以区别是十分重要和迫切的。例如,国家公职人员的诉讼资格就需要加以限制。由于公职人员握有相当的公共权力,行使权力的过程和方式是否合法,乃至日常言谈举止是否妥当,对于社稷安全、公民权利的保障关系极为密切,理当受到传媒更为严厉的监督。如果允许公职人员轻易地提起名誉权诉讼,则必将导致对传媒的压制,言论自由的权利将会丧失。至于公众

人物(通常包括一些社会名流、影视或体育明星、社会团体领袖等等,也包括因卷入重大事件而暴得大名的普通人),之所以得到与公职人员相当的对待,是因为这些人物也拥有对社会巨大的影响力,同时也受到媒体更多的关注,因而拥有利用传媒澄清不实报道的能力。这也是对等原则的体现。

限制诉讼主体的资格,意味着法院在受理案件之前应当对原告人的资格以及相关证据进行更严格的审查。对于原告人没有确凿证据显示传媒恶意侵权的起诉,法院不应轻易受理。这里所考虑的仍然是传媒尤其是敢于直言的传媒的生存空间问题。假如凡起诉法院均受理,传媒必将频频涉诉,而且在目前新闻管理体制导致“异地监督”成为流行做法的情况下,传媒接到的将大多是来自外地法院的出庭传票。高昂的律师费以及差旅费势必使传媒不堪其苦,且不说败诉,就算是全部案件都胜诉,恐怕也是“惨胜”——尽可能减少这类诉讼将成为传媒的无奈也可能是明智之选。

可是,如果传媒都由于这种“惨胜”而三缄其口,我们的社会将会为此付出更为惨重的代价。在这里,法律界实在可以说是责任重大。我们需要在个人权利与言论自由之间作出更好的平衡,两者都很重要,不过,在许多情况下,要使两者都得到完美无缺的保护却是人力所无法达到的境界。人们只能有所取舍,追求有助于良好制度形成的平衡。

(原载《法制日报》1999年8月5日)

监督到家了

看了关于忠县法院动员法官家属参与廉政建设的报道,我一时有些不知道说什么好。这些年来,为了增进司法廉洁,实现司法公正,各地各级法院推出了各种各样的措施:错案追究,人大个案监督,当事人评议法官,在法庭中安装监视镜头……花样繁多,不一而足。但是,监督进入家庭,把法官的妻子——或丈夫,因为报道说绝大多数法官是男性,下面我们姑且用妻子作为法官配偶的代表——也发动起来,跟她们签订责任书,要求她们对法官丈夫进行人盯人式防守,八小时之外再加上周末时间,丈夫外出要先盘问确实,干什么,跟何人在一起,吃饭谁付帐,在什么地方吃饭,而且还要定时跟法院汇报丈夫的行踪,法院还要对于表现好的妻子授予荣誉称号外加奖金,表现不好的,则要负连带责任,这样的改革措施,我还是第一次听说。联系到社会舆论对司法公正的普遍疑虑,这样的措施能够出台并非偶然。报道说,忠县的改革还可能在重庆市整个法院系统以及其他政府部门推广,这让我感到很不安,觉得有必要谈些自己的看法,以为商榷。

尽管忠县法院推出这样的改革有其良好的和可以理解的动机,不过,动员妻子监督丈夫还是走得太过了。家庭成员之间的关系是人类最基本的伦理关系之一。夫妻之间需要互敬互爱,爱的基础是相互的信赖。尽管我们未必接受孔子把家庭伦理视为社会秩序得以成立的基础的哲学,不过,一个破坏家庭成员之间的信赖关系的制度却足以损害整个社会秩序的和谐。另一方面,我们也不允许那种把家庭视为建构国家秩序工具的柏拉图主义观念;家庭的成立要早于国家,爱的伦理在一定程度上恰恰是正义得以建立的基础。试想,当

没有了爱,人类社会岂不是要变成一种机器人社会的状态(新的电影里,机器人之间尚且有情感呢)。我们遗憾地看到,忠县法院的改革」是把家庭当作实现某种社会秩序的工具。让妻子握有监督丈夫的权力,甚至也是必须履行的义务,这将从根基上扭曲和破坏夫妻关系的基础,从而带来更为严重的家庭以及社会伦理失范的后果。即使是能够在个别情况下对法官行为有所约束,但是长久地看,付出的代价却将远超过它的收益。用古人的说法,可谓“赢了猫儿赔了牛”。

妻子不应该被用来监督丈夫的第二个理由是,它不可能达到预期的结果。我们看到,某些妻子之所以比较热衷这项改革,并不是看中其便于揭露丈夫收受贿赂。迄今为止,妻子因为丈夫收钱而向官府告发的情况还是极其罕见的,更常见的情况反而是“夫唱妇随”,甚至妻子在第一线。因此,试图用这样的措施减少法官收受贿赂恐怕是一厢情愿。有些妻子的赞成似乎是由于她们可以借助组织的授权,对于丈夫与异性交往加以监控。然而,决策者稍微想想就会知道,当丈夫出现了婚外恋,做妻子的该怎样做?理性的选择有两种,一是通过私下的交流挽救处于危机中的感情,让丈夫幡然悔悟,使得破镜重圆;如果事情真正已经无可挽回,那么她会选择通过协商或诉讼的途径解除婚姻关系。最不可理喻的做法是将丈夫的事情向他所在的机构告发,但是同时她又想维系夫妻之间的婚姻以及感情。因此,鼓励妻子告发的做法似乎把妻子们以及法院自己都推到了两难境地:告发或鼓励告发,那么结果是本来可以修复的关系变得覆水难收,法院也干脆成为法官家庭关系的离间者;不告发或不鼓励告发,则在解决了家庭问题的同时,妻子却违反了她必须履行的义务,当然也使得法院构思美好的改革归于失败。

这项改革的第三个可能的缺陷在于,人们假定,监督者与被监督者相比,具有道德上的优越性,然而,这种优越性是否存在本身就是大可怀疑的。妻子监督丈夫,法院与妻子订立有关监督的责任书,她们要定期向法院举报丈夫的不端行为。报道显示,法院院长以及纪检组组长、办公室主任等行政官员在这个监督链条中居于最高层次。

那么,一个问题自然而然地就会提出来:是什么因素让这些行政官员具有了在道德上监督法官的权力,这种权力的正当性的基础在哪里?每个人都具有自私的一面,圣如孔子,不也很实在地说“吾未见好德如好色者也”么?媒体刚刚报道了辽宁省高级人民法院前院长田凤歧在任期间受贿腐败的案件,这不过是许多大权在握者更需要监督的例证之一。因此,谁来监督监督者的老难题就摆在我们面前。当然,报道告诉我们,院长自己也签订了责任书。可是,按照时下的流行做法和法院的权力结构,院长的这份责任书不过是起个启动时的表率作用而已。如何防止监督别人的人自己不受监督,如何减少监督者利用他们的权力获取不正当的私利,进一步,如何避免行政官员假借这类名目繁多的监督削弱法官本来就没怎么确立起来的独立性,所有这些,都是需要我们改革的决策者们深思长考的大问题啊!

常言所谓“到家了”,有时是说真的回到了家,有时却是一个引申的含义,说的是某种很高境界的到达,诺瓦利斯干脆说哲学本身就是一种回家的冲动。忠县法院的这项改革让监督到家了,但是却没有进入一个好境界,也是一条走不通的路。司法界目前存在的腐败以及其他不公正的现象的确迫切需要采取措施加以解决,不过,我们还是应当避免“病急乱求医”。司法的清廉与公正取决于路向正确的制度建设。在过去发表的一些文章里,我曾经对于这类制度进行过不少论述,这里就不再展开了。要之,司法官员选任上的高标准,法官群体由于其同质性而带来的所有成员分享同样的职业伦理准则,以及由此产生的同事之间的约束与监督,司法独立所给予一个法官的尊荣和自重,独立、责任与荣誉之间的紧密结合,法官的高薪以养廉,法官与所在社区之间的适度距离等等,都是法官能够长久地保持廉洁和公正的治本之策。当然,法官的心理健康也是非常重要的,而心理健康的前提条件之一,乃是家庭成员之间的亲密信任而不是警惕防范。

(原载《南方周末》2003年6月19日)

自治与开放之间的法学

在今天这个时代里,法学已经成为广受关注的一门学问:各种报刊上的法学专栏连篇累牍。电视上,法学教授已经成为出镜率最高的群体之一,他们对于各种社会事务侃侃而谈,向受众传递着法律上的种种知识。在人文社会科学领域中其他专业的学者们中间,从前的那种“读书万卷不读律”的心态也在发生着变化,他们对于法学以及法律的兴趣不断提升,尤其是经济学、政治学、社会学等与法学联系紧密的学科,与法学的互动格局正在形成。所有这些都跟我们正在逐渐走向法治社会的这个大格局密切关联,同时也离不开法学界在二十多年间不断努力。

当然,整体而言,法学还是一门处在发展中的学科。在这个过程中,我们还面临着不少内部和外部的的问题,其中最需要努力的一个方面,就是在法学研究以及法律教育和法律职业环节上把握两个维度之间的艰难平衡,那就是,一方面要追求专业以及职业的自治,另一方面,又必须保持对于其他学科以及社会的开放。

这里所谓自治,主要是指本学科内部专业化的建构。法学首先是一种具有悠久历史的专门化的学科,按照托克维尔的说法,甚至是一个不容易普及的知识领域。它具有自家的历史传统、概念与知识体系以及研究方法。法学之所以能够对社会事务进行不同于其他学科的解释,法律之治之所以不同于单纯的政治之治或道德之治,正是因为法学传统、知识以及方法的这种独特性。说到底,所谓法治或者依法治国,不过是法律家用他们的专门知识对社会进行的统治。在过去的二十年间,对于这种专门化的知识的内涵与特质,中国法学界

的人们自然是有不少论说,对域外著述的引进也达到了前所未有的规模,但是那种自觉的体系化的建构还是相当匮乏。正在进行的民法典编纂所展现的从基本模式到具体规则的混乱不过是证明这种体系化建构不足的一个最近的例子。因此,在今后的相当长的时间里,我们需要用很大的努力,在法律教育、法学研究以及司法实务等各个环节上追求这个学科和这个行业的自治。

与此同时,从法学和法律的发展历史中我们很容易看到,法学从来就不是一个自给自足的学科。法律职业生存在一个鲜活的世俗世界之中,因此在自治的同时,还必须要有一个相反的维度,那就是开放。法学和法律职业需要从其他社会科学以及人文学科的研究中汲取营养。从古罗马开始,哲学、伦理学等学科对法律学术一直具有极大的推进作用;最近数十年间经济学、阐释学、人类学以及文学批评对法律思考的影响也是显著的事实。法学也不能脱离我们的社会生活。中国社会正在经历巨大的变化,市场经济国策的实施以及人民民主诉求的强化日益改变着我们的社会结构和社会管理模式。法治的正当性由于社会结构的变化而变得顺理成章。在这样的情况下,法学界能否敏锐地洞察社会中的法律问题,及时地对社会需求作出有说服力的回应,将成为一个举足轻重的大问题。开放当然也意味着法律学术与法律实务更紧密的联系。由于法律职业与法律教育的脱节,我们的法律实务难以成为专业知识得以生长的温床;书斋里的高头讲章与操作中的章法混乱形成了激烈的反差。这种情况的改变离不开法律职业的认真建构,同时作为一门实践学问的法学更加贴近社会也是不可或缺的一部分。

从西方的情况看,法学和法律职业从不独立、不自治逐渐走向独立和自治经历了一个漫长的历史演进过程。按照伯克利学派的塞尔兹尼克和诺内特的理论,在压制型(非自治)的法律转向自治型的法律之后,尤其是在今天这样的后工业时代,自治型法律已经显示出由于过度自治而带来的封闭特征,因而不能积极而及时地回应社会的需要。在这种理论的基础上,他们企盼着法律秩序的再次转型,那就

是“迈向回应型的法律”。然而,中国的情况是,法律发展中的历时性与共时性经常纠缠在一起,因而常常面临理论与实践上的困惑。一个饶有兴味的例子是后现代法学理论在中国的传播所带来的影响。在对于法律制度以及传统的法律理论进行批判甚至解构的过程中,一些后现代法学的作者显示出不同凡响的洞察力和知识上的开放精神,他们对于一些长期被人们视为不刊之论的学说的颠覆对于年轻的学生们是如此振奋人心,以至于法律和法治本身看起来都有些荒唐可笑。加之这类学说本身也颇投合大学教师这种职业内在的反循规蹈矩的特性,于是这类学说就很容易获得市场,从而导致我们在这“路径交错的花园”里迷失自我,忘记了中国尚处在走向法治的初级阶段。

在对于法学的发展进行检讨的时候,我们不应当忽视政治因素的影响,不过,就目前的情况观察,尤其是从一个法律学者的角度观察,它的严峻性正在降低。事实上,法治已经成为今天政府获得其合法性的重要源泉;权利话语在今日的广泛流行标志着这个老大民族治理模式的不可逆转的改变。只是就中国悠久的非法治和非民主的治理历史而言,作为一种移植“物种”,法学本身在这里就需要长时间的水土适应——当然也包括人们对本地水土的改造——过程,最终使法学之树在华夏大地拔地参天,浓叶如盖,庇佑着这块土地上的人民。

(2003年5月30日凌晨)

超越比利牛斯山

对于法国人来说,17 世纪前半叶可以说是一个多灾多难的时代。那时,中央政府穷兵黩武,对外连年征战。国内事务方面,也是矛盾重重,其中最突出的便是新的君主制倾向与旧有的封建社会结构之间的对立和冲突。贵族们经常起事,“投石党”(Fronde)运动的参与者从外省闹到巴黎,从 1648 年起,连续六年,人投其石。政治腐败、司法黑暗而混乱都是这一新旧交替时代的显著特色。虽然早在 15 世纪,查理七世便要求对地方习惯加以记录,从而在以后的岁月里,逐渐形成了一种所谓法国共同的习惯法(droit coutumier commun),但是,这多半是画饼充饥;实际的司法依旧是四分五裂。

法学家们当然不满意于这种状况。这个世纪里最伟大的法学家是让·多马(J. Domat, 1625 ~ 96),他对于法律不一、司法混乱的现状极感痛心,决心通过运用自然法的观念,将罗马法的条文予以重新分类和编排,使它们成为统一的法国法的基础。他的壮志自然没有获得成功;直到下一个世纪,伏尔泰还要怒气冲天地指责说,“在这个国家旅行的人要像更换他的马匹一样频繁地更换所适用的法律。”但不管怎样,多马的成绩为后来的《法国民法典》提供了一种学理和规范的基础,这也是史家所公认的。

多马有一位朋友,虽然不是法学家,却也对法律的不统一提出了有力的批评,他便是伟大的帕斯卡尔(B. Paskal)。这位 11 岁便撰写过一篇声学论文的数理科学家和哲学家一生疾病缠身,然而,疾病以及似乎远离尘嚣的科学一点儿也没有减少他对社会苦难的关切。在《思想录》这部著作里,他认真地讨论过正义的基础问题。他认为正

义没有国界，“真正公道的光辉会使一切民族都俯首听命，而立法者也就不会以波斯人或德国人的幻想和心血来潮为典范来代替那永远不变的正义了。”他嘲笑这样的荒唐现象：

所有的正义或不正义都在随着气候而改变其性质。三个纬度就颠倒所有的法理学，一个经度决定真理。根本大法频频改变。法有其自身的时代。以一条河或一座山来划界是多么可笑的正义。在比利牛斯山这边的是真理，而在那边的却是谬误。

比利牛斯山乃法国与西班牙两国界山，山长 430 公里，宽处阔 160 公里，窄处仅 10 公里。最高处海拔 3,404 米。中国老话说“十里不同俗”，而比山两侧国不同，人不同，语言各异，风俗有别，外加时常交恶，战事频仍（从 1648 年直到 1659 年两国差不多一直处在交战状态），帕斯卡尔却坚持说山两侧不该有不同的正义标准，义正词严地质问，凭什么一河之隔，同样的杀人者便有了“凶手”和“勇士”的分别？他又说，正是由于自然法这种美好理智的腐化，才有人说正义的本质就是立法者的权威，是君主的方便，是现行的习俗。

这是了不起的思想，是激励后人为正义而抗争的思想。然而思想可以传诸百世，而人生却是如此短暂。1662 年 8 月 19 日，哲学家在历尽疾病与思想的折磨之后长辞人间，享年 39 岁——按中国传统纪岁法，刚到孔夫子所谓“不惑之年”。但是，他提出的问题，尤其是这道正义与法律之间关系的问题，至今似乎仍不能让我们不感不惑。

“比较法有时能使我们超越比利牛斯山。”汉斯·霍曼如是说，口气里充满了希望。

但是，比较法在什么时候、在哪些地方、以怎样的方式使我们超越比利牛斯山？

我们且将这个问题提出来以难我们的读者和作者。

（原载《比较法研究》1992 年第 1 期，该刊上一期发表了美国法学家霍曼的文章“普通法的性质和法律推理的比较研究”，文末引事指此。）

序 文

李贵连《沈家本传》序

李贵连教授完成了近著《沈家本传》，忽然命我作序，让我吃了一惊。论年资，他比我高出一辈；论学识，他更是造诣深厚，佳著叠出，乃当今中国法律史学界治学严谨而最富成就的学者之一，虽然《寄移文存》我也曾读过，但是对李先生所擅长的中国法制史来说，可以说连置喙其中的资格也是没有的。我不免想起古人所谓“祸福倚伏”的道理来：给我的这位博学同事兼芳邻的大著作序，当然是无上荣光的事情，然而把握不住分寸，不着边际地写一通，却足以贻笑大方，对作者和读者都是很不尊重的。我想，既然推辞不过，较好的办法是谈谈自己阅读本书初稿——也包括此前作者有关沈家本的其他著作——之后的一点粗浅感受，姑且算作与读者的交流吧。

我知道李先生从七十年代末在北京大学读研究生时便开始对沈家本产生了浓厚的学术兴趣，他的毕业论文就是关于沈家本的。后来在这个领域，他出版了《沈家本年谱长编》、《沈家本与中国法律的现代化》等颇具影响力的著作，又发表了多篇相关的重要论文。沈家本由一个三十年间不大为人们提起的蒙尘“古董”，一下子成为国内外学术界关注的热点人物，这是与李先生长期辛勤而卓越的工作是分不开的。

不过，话又说回来，过去二十年间中国法学界关注和研究过沈家本的学者——李先生当然是其中最重要的和最具影响力的一人——所付出的巨大努力决不是小题大做；一个历史人物能够引起后来者的兴趣，用那么多心力去研究他，解释他，一方面是由于他个人在历史上的重要性，另一方面，他的思想和业绩与那些对他发生兴趣的人

们当下的境域及面临的问题有关也是一个重要原因。沈氏生活在西法东渐的清朝晚期,通过《历代刑法考》以及《寄移文存》等著作,我们知道沈氏本人在古典史学与文学方面都具有精深的造诣,而长期的刑曹历练又使他积累了丰富的律学知识和处理案件的技巧。到了十九世纪后半叶,伴随着西方列强的坚船利炮,西方的法律制度和法律知识也在向我们这个文化古国渗透。那时候,教案频仍,冲突不断,沈家本本人也曾亲自处理过这类案件。很明显,这是两种知识以及两种法律文化相互冲突与融合的时代。沈氏身处此五千年未有之穷劫巨变,不能不以自己的知识和智慧去因应这个时代所提出的问题。我们看到,虽然过去的知识储备大多在传统律学,而且在受命担任修订法律大臣时已年过六旬,但沈氏对于西方法学所表现出的开放态度却与侪辈中其他优秀分子相比毫不逊色。有了西方法作为参照,他的传统律学知识具有了一种格外的价值:两种知识相互映照,他的法律改革方案变得既全面又富有针对性。

开放的文化立场并不是单向度的;沈氏可贵之处在于他不是一个简单的西化派。在称赏西法并认定中国制度的许多缺陷应通过学习西方加以弥补的同时,他更对两种伟大的文化传统的融合寄予厚望。在为一本考察外国司法制度的著作所作的序中,他清楚地表达了这种“会通中西”的立场:“方今世之崇尚西法者,未必皆能深明其法之原,本不过藉以为炫世之具,几欲步亦步,趋亦趋。而墨守先型者,又鄙薄西人,以为事事不足取。抑知西法之中,固有与古法相同者乎。……我法之不善者当去之,当去而不去,是为之悖;彼法之善者当取之,当取而不取,是为之愚。夫必熟审乎政教风俗之故,而又能通乎法理之原,虚其心,达其聪,损益而会通焉,庶几不为悖且愚乎。……古今中外之见,何必存焉?”这样的虚心达聪、双向开放的文化立场,即使是在今天,又何尝有过时的迹象呢?

在本书中,作者向人们展示了沈氏法律文化观的形成以及他为实现中国法律现代化而奋斗的历程,我们可以看到这位生活在国家多变故之际,具有强烈忧患意识的官员——知识分子是怎样为中国

法律的现代化竭尽全力的。我自己曾经对与沈家本同时被任命为修订法律大臣的伍廷芳的事迹与著述发生过浓厚的兴趣。伍氏出生于南洋,少年就读于香港的教会学校,后来负笈英伦,毕业于著名的林肯律师会馆(Lincoln's Inn),乃中国获得完整英国法律教育及出庭律师(barrister)资格之第一人。应该说,从对西方法律制度与西学知识的了解程度而言,在以借鉴西方法为主题的清末法律改革中,伍廷芳具有比沈家本更大的优势,理应发挥更重要的作用。然而,历史事实却是,前者在法律变革方面作出的贡献远不及前者。个中原因很值得思考。清朝晚期,中外交涉频繁,但是胜任外交的人才却极其匮乏,甚至到了不惜楚材晋用,聘外国人出任外交官的程度。伍廷芳这样的精研西学、通晓洋务之士的用武之地当然首先是外交,而非内政。伍氏的知识背景侧重英美法,而从法律移植的角度说,以判例为表现形式,对于法律家群体有更大的依赖,而且具有更为深刻的自由主义和个人主义内涵的英美法较之欧洲大陆法有着更难以克服的障碍。因此,虽然英国是当时最强大的国家,而且君主制对清廷也有极大的吸引力,然而,如果目标是尽快地将中国法律修订至与国际标准接轨的程度(“与各国改同一律”),以加快领事裁判权的废止,则无法指望远水不解近渴的英美法,便捷之道是借鉴大陆法,更便捷的方法是借鉴甚至照抄日本法。这样一来,伍廷方便没有多少优势可言了。

不仅如此,在中国从事改革事业的人,只有忧国忧民的热情是不够的,官场历练所培养的经验与谋略也是确保改革顺利进行的重要条件。沈氏虽然科举之路崎岖坎坷,但毕竟在中年考取进士,又有三十年的刑部司员经历,目睹官场中的钻营弄巧、钩心斗角,他难以忍受,但目睹和愤恨的过程也是熟悉和适应的过程。也许有个事例可以说明这一点。光绪三十三年曾发生了有名的部院之争,即法部与大理院之间就权限问题的争执。当时的法部尚书戴鸿慈曾致书梁启超请求声援,信中抱怨:“……沈堂乃以阴柔手段,攘窃法权,一切用人行政区划审判区域事宜……皆归一人之手,法部不过问焉。”梁启

超也认为“此事之曲，却不在法部，而在大理院，则助之亦宜。”（参看《梁启超年谱长编》，页379~381）此中是非、姑且不论，这里只是想强调，制度变革以及人生事业的成功或失败并不像平常教科书中所告诉我们的那般简单。沈氏对中国官场逻辑的谙熟，与年届四十才初涉中国官场的伍博士相比，其中差距实在是不可道里计；事功大小，又怎能与个人才华与努力完全挂钩？

给历史人物作传的最大困难也许正在于对传主及其所处环境的复杂性的再现。李先生通过翔实的资料考察，富于见地的分析，以及细腻而颇具力度的文笔，让我们得以全方位地了解传主的生平与事迹。不仅本书，作者此前出版的其他研究人物的著作都显示出一个特点，那就是特别注意用一些十分个人化的素材去描述和分析人物的心路历程，这不只是让读者产生亲切感而已，更是对近数十年来历史著述中流行的长于表规律、陋于见人心的倾向的纠偏，当然也有助于实现编史学的一个重要目的——更真实地再现历史的本来面目。

1914年，袁世凯为沈家本墓题词：“法学匡时为国重，高名垂后以书传”。这是对沈氏很妥贴的评价。所谓“以书传”的书，当然首先指的是李先生一直热心地加以整理和出版的沈家本本人的各种著述，但后人对沈氏的研究作品，例如专题研究、年谱、传记等等也应当包括在其中的。由于有了优秀的传记类作品，“书传”与“传书”交相辉映，使得传记不再是附丽在传主身上的一件外衣；它是一种创造物，闪烁着作者历史思考与现实关怀的智慧之光，在解释一个生命的同时也将获得自己独立的生命。

（1999年8月31日 燕北园 《沈家本传》，
法律出版社2000年4月出版）

徐忠明《批评与思考》序

在过去的十年间,学术规范化问题得到了中国学界的越来越强烈的关注。大家公认,学术的健康发展固然需要具有原创性的研究,同时也离不开公正、严正的学术批评。不过,一个令人略感尴尬的情况是,尽管迫切的呼唤不绝于耳,但是,严肃的学术批评却是千呼万唤难出来。以学术书评为例,一般期刊发表的本来就不多,偶尔见到一些却多半是捧场帮闲式评论,写作的格局不外是首先是选题独到,其次是观点新颖,再次是材料翔实,最后是瑕不掩瑜。这类八股式书评除了对于相关著作的作者评职称、得奖金有价值外,对于学术研究的可以说是了无推进之功。

当然,严肃的学术批评本身并不应当“得来全不费工夫”;评论家的差事很可能是吃力不讨好的。好的学术评论家必须是相关领域的专家,对于所批评的著作在学术史上的地位与价值有准确的把握,对于新的进步——哪怕是些许进步——能够体察入微,对于缺陷尤其是那些作者试图掩饰的缺陷能够洞若观火,仿佛老吏断狱,直逼人心。在这个意义上,评论家可以说是被评者的诤友和畏友,他所做的工作将不仅仅帮助了被评者本人,而且对更广泛的学术发展起到了推进的作用。

专家之外,评论家最重要的品质是公正。这又离不开对被评者的立场以及学术进路和方法的理解。我们常常听到一些被评者发牢骚,说批评者根本没有准确地理解甚至完全误读了他们的作品。建立在误读基础上的评论不只是让被评者受委屈,更要在价值上打折扣。不过,仔细想来,作为一种文本,任何作品一旦发表,便有了自己

独立的生命,其意义的解释不再是作者能够垄断的事情了。既然作者“死掉了”,我们便需要在文本与读者之间的关联中去把握作品的意义。当然,将这种“接受美学”的评论观推向极端也未必妥当。“子非鱼,安知鱼之乐?”反驳者说:“子非我,安知我不知鱼之乐?”机智固然机智,可是,人和鱼毕竟不可等量齐观;文本作者是人,读者也是人,通过对作者发论背景或语境的深入研究,通过文本结构及意义的分析,与此同时又时时对自身立场加以反省,我们可以得到某种确定性。(也许,我该在这里加上一句,剃人头者也须被人剃头;评论家的评论文本也要接受评论。从一个更加长远的视野观察,最公正的评论者是时间。当时好评如潮未必能够保证作品的好运持久,同样,不被评论家看好的作品也可能成为真正的经典。历史上这样的例子实在是多得很。)

优秀的评论家还要能够超越世俗功名。在一般对评论甘苦不甚了解的人看来,评论家是一个附着于作品或作者之上的鉴赏力高而创造力低的群体。这种错误的观念也反映到了我们的学术制度上。在今天的学术评价标准方面,就存在着严重的形式化、表面化倾向。例如,一个谋求职称升迁的人便要善于将学术产品打扮成符合学术评价标准的模样,它们应当是专著、论文等等,但书评却不属于这类成果。所以,直言的书评作者往往既得罪了被评者,又没法在自己的学术称盘上增加筹码,仿佛莎士比亚笔下把钱借出去的人,不仅收不回本钱,而且也失去了朋友。这种“以貌取人”的所谓学术成果标准实际上是非学术化的,因为好的评论不仅仅是一种鉴赏,更包含着创造。由于有了非学术化成果标准的背景,这种富于牺牲精神的创造显得尤其显得珍贵。

在我国法学界,本书的作者徐忠明先生是最热心书评写作的学者之一。徐先生以中国法律史和中国法律思想史为教学和研究领域,但是他是那种眼光开阔的学者,法律之外,他对于历史学、社会学、哲学以及文学批评等人文学科与社会科学都具有广泛的阅读和精湛的思考,并且特别善于汲取其中合理成份用于法律以及法律史

的研究。他的评论具有专家的深度,显示了把握受评对象思想与学术背景的才能,并且寓创造于鉴赏之中。通过这些评论,我们不仅可以更好地理解被评者,而且也能够看到评论者自己的思想与学术追求。这些评论散见于不同刊物,如今作者将它们董理成集,付梓行世,是一件令人欣庆的事情。作者又命我作序,屡辞不获,终于写下了这样一篇不大合乎规范的序文。佛头著秽,惶恐不安之至。

就算作序吧。

(2000年3月 燕北园 徐忠明著《思考与
批评:解读中国法律文化》,法律出版社2000年版)

王健《沟通两个世界的法律意义》序

这是王健博士在北大法学院作博士后研究的学术报告,就所涉及知识的广度和考订的细密而言,可以视为作者十多年来从事近代中国法律演变研究的一个重要结果。过去,王健的研究侧重近代以来的法律教育——1997年我编辑《中国法律教育之路》(中国政法大学出版社1997)一书时,就相当倚重他的研究和协助。后来,他又致力于搜集清末以降外国人对中国法律的观察和研究文字,不久前出版了《西法东渐——外国人与中国法的近代变革》一书(中国政法大学出版社2001)。现在,这本以西方法律语词的输入及其对我国法律语词影响为研究对象的著作又将付梓问世,作为同道和好友,我深为他丰硕而出色的学术成就而欣庆,并且相信本书会成为研究中国近代法律史的必读书目之一,将激发更多的学者对这个富于开垦价值的学术田园发生兴趣。

近代中国的法律演变之所以具有特殊的学术意义,是因为这个时期标志着延续数千年之久的传统治理模式的断裂和终结,也标志着一种全新的中国现代法律制度的诞生。虽然在以往的历史中,我们的制度演进也并非像某些论者所主张的那样完全自生自长,但从来的外部影响都没有像清末以来那般剧烈而广泛。20世纪初,清廷下诏变法。最初这种变革似乎只是一种权宜之计,但最终却导致一种文化意义上的自觉选择,老大帝国的政治法律制度开始由西方式制度取而代之。来自西方的法律规范、原则、理论、概念在中土不断传播,它们表现为一系列语词,但又不仅仅是语词;通过不断的引进,通过阅读、记忆以及现代传媒的大量复制,通过现代型的法律教育,

它们已成为我们自己的知识。甚至在这个过程中,我们连对自家历史的原初记忆也丧失了,例如今天的历史学家对中国法律史的解说就没有办法摆脱这些外来的语词及其背后的各种概念、原则等等。

从一个更广泛的角度观察,一个民族对另一个异文化的语词的翻译和接受的过程可以视为一种文化的移入。翻译,首先是语言符号的转换。在转换的过程中,很明显,翻译者要面临着如何极尽所能将原文的意义以及风格加以完整准确表达的问题。当然,这不是一件容易的事情。钱钟书先生用旅行作比喻:“从最初出发以至终竟到达,这是很艰辛的历程。一路上颠顿风尘,遭遇风险,不免有所遗失或受些损伤。因此,译文总有失真或走样的地方,在意义或口吻上违背或不很贴合原文。”(《七缀集》修订本,上海古籍出版社1994年,第80页)这样的困难不仅表现在文学翻译上,法律文本的翻译也不能避免。而且,“遗失”和“损伤”也许只是消极面上的缺失,翻译过程中更可以出现积极面上的增加;译词添加了原词所不具有的意义,仿佛古罗马法律语词所谓“添附”(accessio)。

不过,我们可以将这里的问题再深化一步,把本书的书名由一个正面的陈述句式变成疑问句式:人们是否能够通过翻译“沟通两个世界的法律意义”?我们平常用惯了各种双语词典,见到外文文本里的一个生词,总要通过查词典去理解。这让我们发生一种感觉或者幻觉,即不同语言之间永远会存在着对等的同义词。博尔赫斯说:“词典是基于这样一个假设——一个显然未经过验证的假设——语言是由对等的同义词组成的。”然而,这样的对应关系能否在翻译中加以验证呢?从尼采到福柯,一直到更晚近的把“翻译的政治”作为专题研究的衮衮诸公(参看许宝强、袁伟选编《语言与翻译的政治》,中央编译出版社2001年),都对此提出了发人深省的质疑。在本书展现的近代以来法律语词的翻译个案中,我们不难发现这样的佐证。简单地说,西方法律词汇表渗透着西方的文化精神,它们的汉译过程正可以说是西方法律理念对使用者的控制过程。

我们被控制了?听起来这种说法似乎相当刺耳——更刺耳的说

法是“被殖民”了。可是,我们怎么可以不被控制呢?在这样的词汇表无从摆脱的时候,即使不是翻译,而是写作,可那种写作又在多大程度上可以与翻译相区别呢?当然,在极个别——往往是在形而上的论题方面——的情况下,我们还见得到用文言写作的事例,可是,那种刻意避免西方词汇“污染”的写作姿态分明表示着作者格外地受到外来词汇的控制。退一步说,即使是不受外来语词控制,用文言写作又意味着受到什么样的词汇及其背后的文化权力的控制呢?

本书尽管侧重考据,在理论分析方面常点到为止,但对我们今天习焉不察的各种法律语词的来源进行的细致梳理却是极具学术意义的,也可以启发人们思考更多的问题。在阅读过程中,我突然冒出的一个想法是:再过一百年,我们今天已经接受过来,并且看来十分确切和固定的这些语词会不会也受到后人批评,或者被他们改得面目全非呢?“后之视今,如今之视昔”,可不警乎!

(王健著《沟通两个世界的法律意义——晚清西方法的输入与法律语词研究》,中国政法大学出版社2001年版)

李修源《司法公正理念及其现代化》序

虽然大名早已是如雷贯耳了,但是我却不曾有跟本书作者、江西省高级人民法院院长李修源先生见面请益的机会。这些年来,自己主要的研究领域是中国的司法制度,因此对于司法界的重要人物、动态当然是十分关注的。承蒙《人民法院报》领导厚爱,让我每天都能读到这份法院系统的报纸,像李院长这样的司法界显赫人物的大作高论以及事迹动态自然是自己通过读报所获得知识的重要部分。我知道,在全国各高级人民法院院长中,李院长算是资历最深的几位之一了——他担任省院院长已逾十年,此前还担任过司法以及公安等部门的一些领导职务。

正是由于长期的政府尤其是司法工作的历练,李院长的这部新著就有了不同凡响的意义。这部著作对于与司法公正相关的理论与实际所做的历史的、逻辑的以及比较的考察当然是相当深入而全面的。特别是在包容性方面,作者显示了很好的理论追求和宽广的知识视野。不过,本书中最值得我们注意的也许不是那些大学学者们也愿意甚至更擅长津津乐道的理论,而是这些理论是如何被作为实务家的作者所解读,同时他又怎样将这样的解读与当下流行的政治话语相融合,并且在此基础上怎样生发出那些有助于实现司法公正的改革方案的。

我们知道,在中国,法院院长——尤其是高级别法院院长——不仅仅是一个法律家,更是一个政治家。也许不存在所谓纯粹的法律家和法律家思维,法院院长这样的角色在任何国家恐怕都有相当的政治意义,不过,我们还是可以大致上区分政治家与法律家这两种职

业在思考问题的角度以及论证问题的方式等方面的差异。最重要的是,两者立论的依据和正当性的基础是相当不同的。但是,在中国这样的特殊语境下,志向高远的院长们在推进改革的过程中肯定要经常面临两种逻辑之间的冲突。我在阅读本书的过程中就不时地感觉得到这种冲突的存在,作者似乎也在不断地努力去消解法律专业话语与流行政治话语之间的紧张,而且——恕我坦率地承认——作者所运用的某些政治理论资源在我看来跟法治逻辑存在着内在而且不大容易协调的冲突,不过,法律专业话语的出现本身却是值得赞许的,它与流行政治话语的冲突既是中国经济、政治以及社会等方面处于剧烈转型期的一种表征,也未尝不是我们的法律职业化正在兴起的一个信号。如果我们将本书与1952年之后相当长时间里的许多院长文章对照一下,其间的反差真令人有恍若隔世之感。

这些年来,随着自己观察和参与我国司法改革的增加,我越来越感到,法治的倡导者和建设者需要的不只是勇气,也不只是知识,更需要有智慧和契而不舍的耐心。智慧体现在对实现法治目标的各种可能手段的明智选择,体现在对于某些看起来不相干甚至相反对的资源善加利用和灵动解释,体现在恪守原则前提下的必要妥协,体现在面对不同价值冲突时所具有的良好平衡感。也许我们可以说,正是缺乏智慧而不是缺乏勇气,使得一个世纪以来的中国现代法制建设进程充满了失败与挫折。本书中的许多篇章让我们感受得到作者对这种智慧的运用,这正是法治建设走上合理轨道的一个标志。

从本书中,我看到的另一个可喜的地方是,司法界与法学理论界的良性互动关系正在形成。近年来,司法研究已经成为国内法学界最热衷的一个学术领域了。各种专著、论文、随笔等连篇累牍,造就了1990年代以来中国法学研究的一个重要特色。本书作者担负着繁重的法院领导工作,但是,他对于法学界的各种研究和翻译成果的谙熟却达到了令人吃惊的程度。尤其值得重视的是,作者不仅运用这些理论资源强化他的观点,更在不少地方通过对我们的社会以及制度现实的描述和分析,对于一些被学界视为不刊之论的理论提出

了挑战。当然,相对于作者数十年的司法和行政历练,我们还可以苛求他在这方面对法学界提出更多的挑战——这本身也是了不起的理论贡献呢。

书成之后,作者命我作序,荣幸亦复惶恐,只好写下上面这点粗浅的读后感。不妥之处,还要请李院长以及各位高明读者原谅。

(《司法公正理念及其现代化》,李修源著,
人民法院出版社 2002 年版)

付立庆《法治的脸谱》序

在我国法学界,法律随笔、杂文、时评类的写作近年来呈现出相当繁荣的景象。一些报刊辟出专栏,学者们轮番上阵,各显神通。据一些编辑朋友讲,这类专栏往往是最受读者关注和欢迎的,有些已经成为名牌栏目。出版社也敏锐地觉察出其中市场,邀请作者汇集这类文字出版,据说也是“社会效益”与“经济效益”双丰收。

一个问题可能很自然地会被提出来:为什么法学界越来越多的学者热衷于写、编者热衷于发、读者很喜欢读这类文字?我个人既是各类杂文随笔的热心读者,过去的十多年间也发表了不少这类文字,算得上是个中人,当然也会考虑这个问题。我想,最重要的原因应该是处在转型期的社会对于法律知识的强烈需求。说中国社会处在转型期已经是老生常谈了,实际上,在十九世纪中叶,我们这个老大帝国遭遇到西方列强的挑战的时刻,一个两千年未有的社会转型就已经拉开了大幕。历史学家唐德刚先生曾用惊涛骇浪过三峡来形容这个转型期,今天,这个转型期尚在进行中,而且可能还处在一个十分艰巨的时间段。因为转型,各种制度尚在将成未成之际或者干脆就在孕育之中,所以我们便经常面临着选择;当然更多的时候我们只是被一种无形的手牵着走。建设一个法治社会的价值当然可以通过对西方社会的经验观察作出论证,但是,基于这种价值而引进的制度却无法自动地在中土生根开花;域外经验的匹配、本土文化的特殊性都会是难以厘清和不大容易取得共识的问题。

不管怎么说,研究和解决这样的难题正是法律人可以用武之地。由于承接着舶来的法律知识传统,今天的法律人在中国的历史上是

一类全新的人群,对来自西方的法律知识的把握使得他们观察和分析社会问题时具有了与古人不同的视角和方法,所作论证以及结论就自然是令人耳目一新了。

话又说回来,即使是新知,即使能够对某些社会问题作出具有新意的解释,如果没有一种适当的言说方式,它仍然无法获得应有的说服力。在我看来,传播法律知识与法治意识最好的方式之一便是结合现世生活中发生的事例作出分析。古往今来,不同地方的人们所遇到的问题都是相似的:衣食住行,婚丧嫁娶,田土细故,杀人越货……但是,同样的问题却在不同的地方发展出很不一样的解决方式。为什么会这样?不同的制度安排背后有着怎样的理念差异?它们的效果又会有怎样的区别?我们现行制度与本国的文化以及社会之间有怎样的关联?我们如何借鉴域外经验以改进自家的制度?所有这些,都需要法学界结合具体的事例给出解释,并且在这样的解释过程中向社会大众传播法治的观念意识。无论如何,没有坚实的法治文化基础,所谓依法治国终久不过是空中楼阁而已。

各种法学随笔、时评、杂文正是从事这项事业的最佳手段。这类文字的预期读者是那些法律职业之外不同行业的人士,而非同行专家,因此,文章通常篇幅不大,有感而发,文笔生动,将精深的法律理论寓于浅近易读的分析之中,让读者在常言所谓“一袋烟的工夫”里获得一些新知,明了某种道理,而且在阅读的过程中得到一种美的感受。要达到这样的效果自然并非易事;作者不仅要有良好的法学根底,还需要嗅觉灵敏,以小见大,善于将现实的事案与专业的知识和理论加以结合。此外,某种文体学上的追求也是必要的。言说表达或华美酣畅,或细密曲折,或生气灵动,或平实质朴,总之要回应读者的要求,引发读者的妙想,为社会化的知识积累和心智开发有所贡献。

不仅如此,在大众传媒上对现实问题作出坦率的解说还是一个“公共知识分子”的重要使命。这里需要的就不仅仅是知识和修辞,也不仅仅是在专业领域里出类拔萃的声望,更要紧的是一种对人类

命运的忧患意识以及为正义而呐喊的精神。尤其是在政治法律领域,不畏强权、不计利害地发表自己的真实见解,“虽千万人,吾往也”的勇气更是弥足珍贵的。人们经常称赞鲁迅的杂文是匕首和投枪,我觉得那些对于政治法律事务作出坦率甚至激烈批评的随笔、杂文完全无愧于这样的比喻:它们要直指现行制度的弊端,犀利的笔触给作者带来快意的同时也可能带来风险;它们要与流行的观念相抗衡,因而不免在诸诺众士之中显得势单力薄,甚至招惹公愤。古人所谓“三缄其口做金人”,以文惹祸的胡风先生临终前一再叮咛孙女千万不要学文科,想来都是很让人为之叹息的。

令人欣慰的是,叹息归叹息,无论前面有怎样的牺牲,却无法阻止前仆后继的新人出现。付立庆君作为一个在校学生,敏于观察,勤于笔耕,近年来在报章上发表了许多法学专业随笔和时评。积累了一段时间后,他将其加以筛选,又附加了几篇相关论文,汇为一辑,取名《法治的脸谱》,付梓之前,邀我作序。他在已经写就的后记里预先感谢了我,而且,在阅读手稿过程中,我很高兴地发现,我们对近年来发生的不少社会问题,例如法律职业化,政府公权力的限制乃至男人“生育权”等等,都不约而同地具有思考和评论的兴趣,而且对于作者所表达的许多见解以及他的论证风格也经常“心有戚戚焉”,便答应写这篇序文。读者会发现,这是一位颇有学养和锐气的年轻学者。虽然他的某些观点容有争议——例如,“‘打虎’的哲学”一文所表达的见解我就很不赞成——但是,整体而言,这些文章显示了作者运用专业知识分析和解决我们的社会与法治建设中所遇到问题的可贵努力,同时也显示了他在各种不同价值之间的良好的平衡感。我相信,读者是会从阅读中获益的。

最后,立庆的书名也引发我的联想。脸谱是个很好的隐喻,作者似乎是在描绘脸谱,有时又仿佛是要揭穿脸谱。在序言里,作者告诉我们,他在行文之中坚持“用自己的眼睛观察,用自己的头脑思考,用自己的心灵表达”,在赞赏这样的立场的同时,我也忽发奇想,提出疑问:很显然,我们在表达自己的时候不仅受到学识或篇幅的限

制,还受到某些外部和内部条件的约束,这些约束有些是可以觉察到的,有些则超越了我们的意识,我们常常有脸谱而不自知,于是满世界里只看得到脸谱。无论是法治,还是法律世界里的各种角色,包括评论法治的人,我们能在其中找到真面目么?

“剧场小天地,天地大剧场。”这是多么有趣的话啊。

(2002年10月3日)

人为理性之闪光

(唐文《法官判案如何讲理》序)

甲：世间有些问题看似简单，但是真正追问起来并不容易回答。例如，法官判案应不应当说理，便是这样一个问题。

乙：这还用问么？法官判案，如果不把他怎样得出判决结果的道理讲清楚，那岂不是想怎么判就怎么判，不成了典型的司法擅断和司法专制了嘛！

甲：未必如此吧。你记得从前的“神明裁判”，不管是我们的独角兽（那种唤作 zhi 的神奇动物），还是英国历史上的热铁裁判，还有，某些部落很晚近仍在采用的鳄鱼审判，都是不讲道理的审判……

乙：请你不要将这些人类在蒙昧时代的做法拿来作依据。我们说的是现代社会。在民智未开的时候，人们相信一些超自然的事物能够判断疑难案件的是非曲直，所以，神明裁判可以解决纠纷，维护社会秩序。再说，鳄鱼不会开口说话，你让它如何说理去？

甲：不，我觉得那是另一种说理，鳄鱼把两个嫌疑人中的一个吃掉了，剩下的就是无辜者，只要大家相信这种结果是公平的，就是一种合理化的过程，或者叫证成（justification）的过程。我的看法是，法官说理与否，或者怎样说理的问题，需要放在特定的语境中，在说服者和被说服者之间的关系中加以把握。而且，不要夸大我们今天的所谓判决说理跟从前的神明裁判之间的差别。

乙：唉，这真是你不说我还清楚，你说了我反而糊涂。依我看，今天我们要求的说理是完全不同的。法官要在判决书里对于证据的采

信或拒绝给出明确说明；他不仅要引用相关的法律条文，而且还要对引用特定条文——以及不适用其他某些相关的条文——的依据作出解释；他要对双方当事人及其律师的法律主张作出回应；在起草判决书的过程中他要严格地运用逻辑的规则。只有这样，我们才能够说法官进行了法律推理，通过司法过程所推进的法律的确定性和统一性才可以得到保障……

甲：其实，我也赞同你的观点，而且还可以举出严格的法律推理的更多的价值。例如在判决书里加入严格的法律推理实际上是一种法律决策公开化的过程，这种公开能够抑制法官的恣意，能够创造出法律的某种可预期性。而且，法律推理将判决理由加以仔细的阐述也可以起到说服当事人的作用；道理讲清楚了，当事人尤其是败诉方当事人可能更容易接受判决结果，不至于输得不明不白。日前愈演愈烈的执行难是非跟判决书的说理不足有关？我觉得有一定关系。

尽管如此，我还是觉得你的看法多少有些直线条了。现实中的法律推理要面临十分复杂的情况。举其荦荦大端，作为法律推理的前提的制定法是明确和清楚的么？如果法律条文本身存在着模糊、缺漏，或者由于事前制定，法条滞后，一味地严格适用将导致明显不公平后果的时候，法官该怎么办？他能抛开法律，径直地根据自己对于正义准则的理解判决么？法官运用的是什么逻辑？他与实验室里的科学家之间有区别么？为什么著名的波斯那法官会说“法律总是吸引并奖励那些善于运用非形式逻辑的人们”？还有，不同国家的不同历史文化传统是否对法律推理的样式产生影响？再进一步，法官个人的某种“偏见”是否会影响法律推理？古罗马人把法律定义为“公正与善良的艺术”，请注意是“艺术”而没有说是“科学”，这是意味深长的。我之所以说法官说理问题要放在说服者与被说服者之间考察，就是因为这些问题实在是不简单，需要学术界和司法实务界更深入的研究。

乙：但愿我不是那种简单的直线论者。或许我们不应该偏向一个极端。法律推理不具有科学家在实验中展现的那种确定性，但是

也不应该像艺术家的造物那样充斥着作者的个性。另外,你提到这个问题需要学术界和实务界一起研究,这很必要。我想实务界的研究思路、角度以及方法也许跟学术界应当有所不同。学术界可以很前卫,在纯理论的层面上天马行空,但实务界通常更务实,注重可操作性。这两者都是十分重要的。对了,今天我来,就是要向你推荐出自实务界的一部关于法律推理的著作,作者叫唐文,是湖南省永州市中级人民法院研究室主任。

甲:喔,实务部门的专家这么快就写出了系统的著作,《法官判案如何讲理》,不错,不错,且让我细细读来。

(贺卫方 2000年7月10日 燕北园 唐文著
《法官判案如何讲理》,人民法院出版社2000年版)

“第三课堂”的魅力

(《北大法治之路论坛》序)

通常是在法学楼的模拟法庭——北大法学院的这个最大的活动空间多少有些名不副实；每年至多有一两次真正的模拟法庭在这里举行，其他时间这里就是一个会议室或报告厅。

通常是在晚上七点钟开始。这时，热闹了一天的校园开始逐渐安静下来。窗外的夜色将灯火通明的会场包裹起来，营造出一种特别适宜讨论的气息。

通常是一个很吸引人的题目，一个或几个很吸引人的人物。论题超越了教科书又与教科书有关，而且经常沟通了学术与实务，理论与实践；台上的人——有时压根儿就没有讲台，大家围坐一圈，不分彼此——阐述观点，其他人参与讨论……

近年来，在北大法学院举办的这类被称为“学术沙龙”的活动愈来愈频繁，参与的师生愈来愈踊跃，讨论的气氛愈来愈热烈。我已经记不清自己多少次参加不同类型的学术沙龙了。有时是作为主题发言人，有时是作为评论人，有几次甚至既不发言，又不评论，只是带着耳朵去倾听人们的发言和讨论。

学术沙龙之于大学教育究竟有怎样的意义呢？我们知道，一个人进入大学学习，无论是在哪个科系，总离不开在教室里听老师的课堂讲授。合理的课程设置标志着掌握一门专业知识并成为这个领域中专门人才所要迈过的一级级台阶：从大一到大四，从硕士生到博士生，循序渐进、由约到博，又由博返约，从而达到学问乃至人生的更高

境界。为了实现大学教育的这个目标,教师在授课尤其是为较低年级的学生授课的时候,需要对相关课程进行系统而相对完整的解说,而不能只拣那些自己有研究或有兴趣的东西讲。所谓必修课大致上也反映了这样的教育哲学。

当然,必修课以及教师系统的讲授也会带来某些问题,其中最突出者,一是教学内容的平铺直叙,二是课堂气氛的沉闷乏味。填鸭式的教学压抑了学生的参与和思考热情,同时也让教师不把教学当作一件有乐趣的事情,反而成为驴子拉磨一般周而复始、原地打转的劳役。其实,很早的时候人们便意识到这个问题,并试图通过某种方式加以解决。例如,在“教学自由”口号下,19世纪末到20世纪初,美国的一些大学曾倡导教授自由地决定其课程及内容。学生这边呢,当然也可以自主地决定他们要学的课程。然而,学生们终于发现,他们成了这种双向自由选择的牺牲品。“每位教授都有自己的兴趣,每位教授都希望获得开设自己的独特课程的地位,每位教授都开设自己的课……不管怎样,学生选课的自由变成了教授发明创造的自由;教授们对专业化的偏爱变成了学生们对课程支离破碎的怨恨。”(克尔:《大学的功用》,第9~10页)

看来这种冲突几乎是与生俱来的。缓和它的办法也可以在课堂之外寻找。我们很容易想到号称第二课堂的图书馆。课余时间学生们在图书馆静谧的气氛里博览群书是大学的典型场景之一,也是学生以及教师充实知识、陶冶性情的最重要的场所之一。但是,图书馆里的学习仍然是单向度的,而缺乏教师与学生、学生与学生乃至教师与教师之间的相互切磋。

在这里,我们终于可以发现,能够既专题化地探讨某些问题,又具有足够的互动性,既有严肃执着的研究,又有轻松活泼的讨论,学术沙龙这个第三课堂最适合营造这样的气氛。我们看到,在那样的特殊气氛下,人们似乎能够把所有的积累和灵感都释放出来,不同观点的交锋又会碰撞出令人意想不到的思想火花,让所有的人都获得收益。许多次,当主持人不得不宣布沙龙结束时,人们总要流露出恋

恋不舍的神情,激励着更多的沙龙的举办。

不仅如此,由于网络技术的发展,信息的传播变得更加便捷。到外地时,经常听到一些喜欢浏览“北大法律信息网”的朋友告诉我,他们从网上读到北大法学院的学术讲座和学术沙龙的报道,尤其是几次学术沙龙,报道之详细,几乎是全程记录,让他们仿佛亲临其境。加之学术沙龙本身也不限制校外人士参与,这样的活动连同相关报道,真正有助于大学完成其传播知识与观念于社会的使命。

在我的印象中,本书主编李富成君担任主席的那一届法学院研究生会特别热心组织各种学术沙龙,这不仅改变了从前研究生会陈旧的“官式”面孔,而且更强化了法学院的学术气息,推进了法学理论以及法律教育的发展。现在,承法律出版社支持,记载这些学术沙龙活动的《北大法治之路论坛》一书即将付梓印行,更多的读者将通过本书领略第三课堂的风采,当然是很令人欣庆的好事情。富成又索序于我,嘴上虽然推辞,但心中不免跃跃欲试,因为作为他所主持沙龙上的常客,我还是想说几句话,于是就写了这篇序。

(2001年9月13日 《北大法治之路论坛》,
李富成主编,法律出版社2002年版)

《司法的理念与制度》自序

从前,在我国法学界的惯常研究领域里,似乎并不存在严格意义上的司法研究。谈起司法制度,不外乎诉讼法学界从案件审理“流程”角度对内部规范的研究,以及宪法学家们从国家权力的安排方面所作的层次更高但线条也更粗疏的研究。然而,对于涉及合理的司法制度建构的一些基本问题,例如法院与行政以及立法机关之间除了业务分工上的分别之外,在行使权力方式、机构内部管理模式、相关官员的选任标准等方面是否应当有所区别,该有怎样的区别,人们却不甚了了。对于支撑和滋养各种具体制度的观念形态的缺乏关注更是不消说的了。虽然我们不能将国家制度建设方面的粗枝大叶笼统地归咎于学术研究的这种“贫困”状况,但是说两者之间存在着一种相辅相成的关联却大抵不差。

造成这种状况的原因是多方面的。社会长期的动荡带来的社会与学术两方面的不稳定,传统学术研究重视大理论、轻看。“小”制度的倾向,夸大社会性质的作用,性质好则制度无关紧要的主流思维,以及在制度建设上长期以来按意识形态划界的“唯成份论”,等等,都是不容忽视的。然而,在我看来,另一个重要的原因是,我们可能忽略了制度其实也是知识;制度的建设实际上是一直知识的累积过程,制度发育程度的差异往往是操作制度的人们的知识差异的反映。具体到司法制度而言,我们引入了现代型的制度框架,然而,框架内外的人们却是一味地依照旧有的知识去理解和运作它们,于是便发生种种凿枘不投的情形。引入新制是为了减少或抑制旧制的弊端,但是由于知识与理念的缺乏更新,新制无从良好地运作,旧有的

秩序却已遭破坏,结果是新旧两方面的弊端一股脑地涌现出来,规则口多而秩序日少的状况乃是理所当然的

在今日的中国,强调制度的知识维度有其特殊意义。过去由于新制度的倡导者常常只重视价值层面上的“宏大叙事”,将复杂的制度建构化约为一些有助于唤起人们热情或仇视的口号,在一定程度上人为地加剧了意识形态式的冲突和变革的难度。例如,在口号意义上,“司法独立”对有些人是极其美好的,值得以抛头颅、洒热血为代价去获取;对另一些人则是极其可怕的,不惜以反右派、关牢狱的方法来压制。但是,当人们理性地分析古往今来司法独立的理论与实际,便会发现,司法之所以应当独立,是因为就设置司法的初衷以及司法运作的内在逻辑而言,独立更有助于完成其所承担的解纷止争的使命。司法独立并不存在理想状态,它的实现也要付出相应的代价。理想主义者往往会在胜利之后迎来失望,而压制独立者则会发现独立的司法消失的同时,社会的秩序也随之消失了。

我既非诉讼法专家,也不是宪法或法院组织法专家,但是,自己对司法制度的兴趣却是在刚刚跨进法律学术门径时就有的。1984年,平生第一次公开发表学术文章时,主题就是英国的陪审制度。收入本书的这些长短不齐的文章只能算是习作,不过却是我力图按上述观念分析司法问题的产物。书中文字最早的一篇发表于1990年,其他都是过去三年间的作品。编辑的过程中,忽然发现自己很低产,如果只收寥寥数篇论文,书会显得很单薄,于是将今年以来发表的一些与本书主题有关的报章文字也收了进来,作为附录,以充篇幅。不过,我该说,其实自己是很看着这些“散淡”文字的。在本书中,这些小篇什不妨充作前面论文的注脚——某些在论文中无法展开的零星见解在短篇文字里反而可以较畅快地表达。这里大约也有文体方面的原因吧。

(1998年9月 燕北园 《司法的理念与制度》,中国政法大学出版社1998年版)

《具体法治》自序

1981年,华东师范大学出版社内部印行了胡适的两本书,总名为《胡适哲学思想资料选》,其中一本是胡适的哲学文集,另一本则是胡适“英文口述”,唐德刚“编校译注”的《胡适的自传》。这大概是文革后胡适作品在大陆的第一次复出,也可能是唐德刚先生作品在大陆的“首演”。奇怪的是,我读那本书,特别喜欢唐德刚先生附在每章后面的注释,书的本文——胡适的自述——反而退居其次了。夏志清教授评得好:“德刚古文根底深厚,加上天性诙谐,写起文章来,口无遮拦,气势极盛,读起来真是妙趣横生。”从那时起,我对“唐派新腔”或曰“德刚体”简直是着了迷,见到唐氏著作总要买来读,从中获得很多教益。(1994年公差银川,居然在一家书店买得香港天地图书有限公司出版的唐著长篇小说《战争与爱情》,读过之后却是不敢恭维;大学问家要写好小说实在不易。)

唐德刚先生过人之处不仅仅在于他的古文根底和妙笔生花,现代社会科学的严格训练和长期的域外生活经历更让他眼光独到,能发前人未发之幽。例如,《胡适的自传》第四章注四论及孙中山的《民权初步》,认为其重要性不亚于《建国方略》、《建国大纲》和《三民主义》,然而,却被某些人忽略了:

孙中山先生是近代中国最高领袖中,凤毛麟角的 modern man;是真能摆脱中国封建帝王和官僚传统而笃信“民权”的民主政治家。他了解搞“民权”的第一步就是要知道如何开会;会中如何表决;决议后如何执行。这一点点如果办不到,则假民主便远不如真独裁之能福国利民。中山先

生之所以亲自动手来翻译一本议事规程的小书,而名之曰《民权初步》,就凭这一点,读史的人就可看出中山先生头脑里的现代化程度便远非他人所能企及。汪精卫在“总理遗嘱”中之所以漏列此书,显然是说明汪氏认为这种小道何能与“总理遗教”的经典并列?殊不知我国的政治现代化运动中所缺少的不是建国的方略或大纲,而缺的却是这个孔子认为“亦有可观”的小道!……英语民族在搞政治上的优越性,就是他们会开会;认真开会,和实行开会所得出的决议案。其他任何民族开起会来都是半真半假。半真半假的会便不能搞“分工合作”和“配合工作”(teamwork)。而英语民族在政治上的最大武器便是“配合工作”。(第89~90页)

从前读这段注文的时候,即有振聋发聩之感。是啊,在过去的一个世纪,不,在整个中国的历史中,我们什么时候缺过显示高远价值或宏大价值的口号?从“为政以德”,一直喊到“主权在民”,历朝历代,不绝于耳。但是,口号与现实之间的关系,总像《动物农庄》里的“七条戒律”与动物们的真实处境一般,反差到令人不可思议的程度。为什么我们总是摆脱不了“播下龙种而收获跳蚤”的怪圈呢?很重要的一个原因便是,我们不能把宏大的价值与不弃微末的具体制度与程序的建设之间结合起来。

比如开会,在现代社会,开会已经是最普遍的议事方法了。大到国家最高权力机构的大会,小到企业里的董事会、学校里的学生会,小区里的居委会,三教九流,各会其会,以致于有所谓“文山会海”之慨和平文山填会海的呐喊。其实,我们的问题并非会多,而是会而无果和会而低效。有多少会其实只是走过场的表决会或表态会,会议未开而决议已定;有多少会该审议而不审议,或者审议过程只不过是唱赞歌的比赛。我们什么时候认真地考虑过,为了便于真正的审议,一个立法机构由多少代表组成方为适当;根据人数与时间,是否对每个发言者的用时加以限制,以确保不同观点均可以得以表达;代表以怎样的方式产生能够实在地代表相关的利益,怎样的表决程序才有

利于代表们表达自己的真实意图? 还有,为了更有效率地开会,我们在会前是否作出了充分的准备(例如将付诸审议的议案事先发给与会者,以便更充分地发表意见),是否在会后对相关决议的实施布置有效的措施?

对于这些问题,如果我们扪心自问,恐怕真是要愧对八十年前的“总理遗教”了。

法治建设方面又何尝不是如此呢。我们的法律,从宪法到行政法规,目前已经是洋洋大观。宪法规定了“中华人民共和国的一切权力属于人民”,规定了“任何组织或者个人都不得超越宪法和法律的特权”,规定了公民所享有的一系列权利,规定了法律面前人人平等原则,规定了法制统一原则,规定了审判权和检察权独立原则。可是,当我们对照当下法律生活的现实,就会发现,宪法和法律中所规定的不少原则和权利缺乏具体的制度和程序作为保障,从而流于“口惠而实不至”的境地。

例如“法制统一”原则,虽有宪法规定,但是,如果法官的选任标准不一,他们对同样的法律条文或概念的理解就会参差不齐甚至大相径庭;如果没有协调高层次法院之间相关判决的有效机制,不同地方的司法决策当然肯定要各行其是;如果法院不能在审理具体案件时不能对低位阶法律是否与高位阶法律相符合,以及法律是否与宪法相符合(即合宪性审查),便无法细致地辨析那些表面上难以觉察的法律冲突。所有这一切,都是在提出法制统一原则时必须考量的前提。

从前,人们观察欧陆与英美的政治法律学说与制度,每每受到欧陆理性主义和高亢的权利宣言的鼓舞,反而对英美式的谦和而渐进的学理与制度评价甚低。但是,经过一次又一次的剧烈的社会变革和革命“洗礼”之后,我们终于意识到,宣言不等于现实;离开了具体的法治,那种宏大而高扬的法治只不过是引起空气振动的口号而已。

(《具体法治》,法律出版社2002年版)

《运送正义的方式》自序

在一个中国法制建设的观察者看来,全社会对司法制度以及司法改革的热切关注和企盼可以说是过去数年间的—个显著现象。法律与政治界自不必说,一般大众传媒更如同约好了似的,对于法院、检察院以及公安系统在司法和执法过程中出现的种种负面现象连篇累牍地加以报道。仅以1998年间涉及法院者为例,中央电视台“焦点访谈”对广西博白县法院的那位刑庭庭长枉法裁判的报道令世人震惊。“腐败阴影笼罩神圣法律”——《工人日报》头版头条揭露法院腐败的报道光是标题就让人过目不忘。广西壮族自治区高级人民法院副院长潘宜乐、河北省高级人民法院副院长高文英这样的重量级法官因收受贿赂而被判刑、遭查处,令人深感司法腐败的严重和抑制这种腐败的艰巨。还有,喝醉了酒的法官把小学生扔进水库淹死,作为赃物的手提电话被法官拿去自用,身为法院院长,居然将案件卷宗盗出来,以便让被告人串供……

这些事例自然让我们感到触目惊心,不过,光是震惊或痛心还远远不够,我们应当思考,为什么中国的司法界会沾染如此大规模的“司法病毒”?采取什么样的措施治理这样的腐败现象?建立怎样的制度去预防它们的发生?在依法治国成了一个具有意识形态正当性的口号的今天,这实在是一个非常紧迫的任务。

我们看到,出主意、开药方的人是很多的。例如,位居庙堂之上者,多喜谈道德教化,将教育整顿或曰精神文明建设作为解决问题的不二法门。于是司法界近年来开始了规模浩大的教育整顿。只是规模虽大,效果会怎样,却仍是疑问——毕竟这类的教育整顿已经搞过

不知多少次了,所采取的种种措施似乎也看不出有多少新意,除了不识相的“顶风作案”者被抓个把出来“以儆效尤”外,风头一过,一切如旧,是可以预料的。

强化监督?是的,在当今这个社会,监督好像已经有了不证自明的正当性。所以,检察院的法律监督,人民代表大会的最高权力监督,新闻媒体的舆论监督……各种各样的监督者纷至沓来。问题在于,要使这种外部的监督真正有效殊非易事,况且每一种监督的权力都需要有具体的人去行使,怎样保证监督者不腐败又是我们面临的一个难题。脏水能洗净衣服么?

另外,还有一些更激烈的主张。有人认为,在中国,要建构良好的司法制度,前提条件是政治的民主化。在这些人看来,在今天的中国,推动司法改革的时机并不成熟。或者说,改革的顺序有些问题。合理的顺序应当是先进行政治体制改革,然后再进行司法制度改革。否则,费尽移山心力,到头来,恐怕只是“竹篮打水一场空”。更极端者,甚至认为那些对司法进行技术层面研究的人属于“只低头拉车,不抬头看路”之类。持这种观点的人们没有看到,司法改革正是政治体制改革的一部分,而且是对国家政治发展具有深刻和深远影响的那一部分。从前那些革命的倡导者们经常忽略了制度的演进也是知识积累的过程,没有知识的累积,也没有相关观念的启蒙,便急于求成,以为在高层次上疾风暴雨式的变革就能够带来整个社会的脱胎换骨。最终的结果却是急功近利的除旧布新带来的只是表面的变化;皇帝可以废黜,但皇权意识仍然可能主导政治生活。议会容易建立,但议会政治的精神却难以深入人心,到头来一切不过是“海棠依旧”。所谓高层次最终必将沦落为浅层次。

我们半个世纪以来司法制度的演进历程不正是充满了这类困难么?在近年来研究中国司法制度的过程中,我很关注并且注意收集官方的和民间的种种议论。一个强烈的感觉是,这些议论对于司法制度的目标——正义、效率等等——有很深切的关注,然而,以怎样

的方式才能够更好地实现这样的目标却相对重视不够。甚至可以说,我们对于究竟是哪些因素使得一个法院成其为法院,是哪些因素使得一个法官成其为法官,都极少清楚的认识。于是,我们在法官选任的标准、司法权行使的方式、法院的内部管理模式、上下级法院的关系以及司法官员独特的伦理准则等方面都缺乏深长的思考,司法与行政等机构浑然不分,乃至以改革之名所推行的种种措施之间相互打架的状况乃是必然的。

这个集子收集了我近年来发表的有关司法改革的一些短文、演讲以及访谈等,名字取自美国联邦最高法院第一位首席大法官杰伊(John Jay, 1789 ~ 1795 年在位)的一段话:“过去的历史表明,将正义运送到每个人的家门口的益处是显而易见的,然而,如何以一种有益的方式做到这一点,就远不是那么清楚的了。”这些文章的主旨就是探索在中国的环境里,怎样的制度安排是运送正义的有益方式。自己是学外国法制史出身的,又长期从事比较法学研究,不免在一些思考方面受到西方相关制度与理念的启发。在强调法律是一种“地方性知识”的人士看来,或难免乐观的普适主义者之讥。不过,从中国的实际出发、研究中国社会的问题,绝不意味着解决中国问题只能从地方资源中寻找答案;有时合理的方案偏偏不是“上特产”。面对中国法律秩序建构过程中的种种困难,也许我们不该太心急,毕竟西法东渐的时间尚短,混乱、冲突、规则实施中的凿枘不投,都是难以避免的,是制度转型过程中的必要代价。

《西游记》第五十九回:唐三藏一行遇火焰山而无法行进,孙行者借来假芭蕉扇,欲灭火而火愈烈。沙僧道:“似这般火盛,无路通西,怎生是好?”

八戒道:“只拣无火处走便罢。”

三藏道:“那方无火?”

八戒道:“东方、南方、北方俱无火。”

又问:“那方有经?”

八戒道：“西方有经。”

三藏道：“我只欲往有经处去哩！”

沙僧道：“有经处有火，无火处无经，诚是进退两难！”

在司法制度建设的过程中，我们也会面临类似的进退两难的境况。要取得建设法治的“真经”，我们且不可“只拣无火处走”。

（2002年8月15日改定 《运送正义的方式》，上海三联书店2002年版）

以原序代跋*

“在路上”书系实在是一个极富创意的选题构思。出版社寄来的约稿通知里称这套丛书“旨在推举站在当代学术前沿并具有权威性和号召力的人文社会科学领域的这一代学人的优秀代表,汇集他们的重要学术论文以及思想文化学术随笔,从而展示他们在学术领域里继往开来、自强不息、坚定执着地探索研究的成果。”这样的表达很让人振奋,同时,我也感到前额有些湿润。十多年来自己一直在大学中从事法学的研究、教学以及法学刊物的编辑工作,不过,作为一种现代行业,大学教师总是要不断地思考本学科领域里的一些问题,总是要经常地阅读和写作。写作和发表的动机多种多样,可能来自功名的冲动、职称的压力,也可能只是兴趣所在,不写手痒痒。所谓成果也有高下之分甚至云泥之别,并不必然表示作者就晋身为“学人”,更不必说登堂入室,成为学人的“优秀代表”。我之所以有些汗颜,便是因为感到帽子的型号过大,自己戴在头上,有些旷里旷荡的。通知又要求每一个作者在书前“写一篇有关自己思想学术历程及国家、个人学术命运的散文体自述作为序言”,这更是把作者推到了前台,我知道了什么叫做藏身无地。但体例如此,也只好“坚定执着”地把这篇东西写下去。

* 这篇序文作于1997年8月,那年年初,山东教育出版社决定出版一套反映当代中青年学者研究成果的大型丛书,名为“在路上”书系,承蒙主持者不弃,向我约稿。开始时自己答应加入,但考虑再三,为避免与自己当时正准备编辑的两本文集(《法边馀墨》和《司法的理念与制度》)过多重复,最终还是退了出来。这篇“无家可归”的序文曾在张中秋教授主持的《南京大学法律评论》1998年春季号发表过,收入本书时略有改动。

我走上法学这条道路有些偶然。参加高考恢复之后的两期考试,报考的都是中文类专业,这一方面是因为自己一直梦想着成为一个作家,另一方面,高考之前,我压根儿不知道天底下尚有法律专业这种行当。因此,当1978年9月我意外地接到西南政法学院的录取通知书时,既喜出望外,又有些不知所措。我不知道学习法律对于我来说到底意味着什么。不管怎么说,上大学总是好事,况且那一年为求保险,第一志愿报的还是山东省内的一家师范学院呢。

八十年代末的中国,真是一个充满了憧憬和理想主义的地方。大乱甫定,新时代开始的兴奋感写在每一张脸上。卢新华等人的“伤痕文学”在全国广泛传颂。李洪林在报章上推出了系列文章,追问我们究竟坚持什么样的社会主义,什么样的马克思主义。南斯拉夫实践派的文章常常是《哲学译丛》的主题。喇叭裤的流行让很多人摇头叹气也使得裤脚宽度似乎成了思想解放程度的测试器。

对于学习法律的青年男女来说,最重要的是,中国共产党和政府对于社会主义民主和法制的强调达到了共和国建立以来前所未有的高度。这似乎为我们的社会以及我们法律专业的学生都许诺了美好的前景。在西南政法学院那稍嫌破旧的校园里,我们这一批文革之后首届学生们以极大的热情投入到对于法律知识的学习之中。现在回忆起来,那个时候法律教育的起点是相当低的。教材或者是由其他大学工农兵大学生所编写的作品,或者是本校教师因陋就简仓促编就的教学大纲。基本的特点是意识形态色彩极其浓厚,法学自身所应有的知识和意识都相当粗陋和不系统。不过,两个因素帮助了那一代以及随后的几届学生,一是教与学两方面对于探求知识的热情,一是当时同学们表现出的壮怀激烈忧国忧民的情怀。那个时代,市场经济还是资本主义的同义语,“一切向钱看”的口号还要等三五年后才流行和受指责。大学学院墙里的气氛大致上还是单纯的。

当然,随着学习过程的深入,当时的法学知识体系的贫乏越来越多地显露出来。一提到法律,惟一正确的定义便是统治阶级意志的体现。说到西方国家的法治,就一定是虚伪的和垂死的。凡是社会

主义的法律,肯定具有资本主义和一切剥削阶级法律所不可比拟的优越性。学习法律的人就是要成为无产阶级专政的“刀把子”。这样简单而僵硬的教条式知识不免让年轻而好奇的大脑感到深深的不满和失望。一些同学开始转向,写电影文学剧本者有之,研究宗教者有之,吟诗作曲者有之。法学到底算不算得上是一门学问呢?不少同学心里都有些犯嘀咕。

说起来,法律学乃是人间学问中相当古老的一门。在我国传统社会,由于特殊的社会结构和社会秩序传统的影响,法学严重地发育不良,这与西方的情况形成了强烈的反差。在那里,古罗马时代法学的昌盛自不待言;最早的近代型大学——意大利的博洛尼亚大学——从一开始便是一所法学院。近代以来,法学在西方各国都居于显赫的地位。作为一门实践性很强的学术领域,现代西方法学对于法律制度的发达所产生的影响更是至深且巨,而越来越多的研究表明,西方近代法律对于所谓合于理性的资本主义的发生和发达起到的作用十分关键。作为一门独立的知识体系,法学具有自己的概念系统、丰富的思想内涵以及大师辈出的各种不同的学术流派。这样博大精深的一门学问在那时的中国沦为上面列举的那种干巴巴的教条,实在是一个悲剧。

当然,和任何实践性学问一样,法学的研究也有不同的层次。大体上说,研究的路向可以划分为两大类,一是从内部进行的研究,一是从外部的研究。内部研究偏重于法律规范本身的逻辑结构、法律文意、法律适用的过程等等。外部研究则更关注法律的形成、法律规范与其他社会规范之间的关系、制度与观念以及一般社会文化之间的关联、影响法律秩序变革的因素等等。从比较早的时候起,我对于特别严格的内部规范研究就不太有兴致。从大学三年级开始,我的兴趣基本上转到了外国法制史领域,同时对于与法律史密切相关的社会史、宗教史、哲学史等等都兴趣盎然。那时,英文水平相当幼稚,但还是从图书馆借来了大厚本的《中世纪史》(我记得作者名字仿佛是 Sydney Painter)和其他一些英文原著,边查字典边生吞活剥。自

己的这种兴趣以及求学期间所遇到的几位非常优秀的法律史老师的鼓励和引导,使得我在大学和研究生两次毕业论文都选择了天主教教会法这个既古且洋又生冷的题目(收入本书的有关教会法的那篇文章便是硕士论文的一部分)。与此同时,兴趣向历史的转移也使我早早地就打定主意,要一辈子从事法学的教育和研究工作。

1982年,我考入北京政法学院攻读外国法制史专业研究生。第二年,这所学院变换名号,成为中国政法大学。我在这里读书三年,毕业后留校任教,如愿以偿地成为一名大学教师。从那以后的十多年来,自己的研究仍然坚持上边提到的那种外部路向。这十多年中国的法学研究取得了极其明显的进步。仍然恪守干巴巴教条的人越来越少了,法学界的气氛相当活跃,法学出版物日益增多。自己在这个过程中也做了一些工作。例如,发表了若干西方法制史、比较法学以及中国司法制度方面的研究成果,参与创办并在八年的时间里主持《比较法研究》季刊的编辑工作,翻译出版了数量不少的外国比较法学著作,还主持了几套译介西方法学著作的丛书。这本书所收的文字大致上可以反映自己的一些研究情况。

不过,就总体情况而言,我们的法学研究还存在着种种不尽如人意之处。一方面,作为一门与社会生活密切关联的学科,它对于社会发展的影响既少又肤浅;另一方面,这又是一个自主性相当低的学科,经常急功近利,过于灵敏地追随社会流行观念的变化。实际上,这两方面的缺陷是互为表里的;太容易获取的东西总会被视为轻贱之物,合用则用之,不合用便弃之如敝屣。我觉得,中国法学之所以现状如此,原因大概可以从下面这几个因素加以分析:

第一,我们这块土地上,法学是一个缺乏传统的学科。一国学术传统对于当今的学术发展是有着潜在的影响的。例如,在我国的哲学、史学、文学批评、语言学等领域,尽管也有大量的西方学说和理论输入进来,但是,本国的学术传统并没有被放弃;相反,本土的学术与外来的理论和知识的融合结出了丰厚的果实。我们不难列举出一连串杰出的新经典作品来印证这样的判断。反观法学,情况就很不一

样。由于古典社会法律秩序的正统性在现代社会中已经荡然无存,关于那套秩序的学问在今天变得只有历史的意义。况且即使是在传统社会,律学也只占着一个相当卑微的地位呢。《汉书·卫觋传》中引卫觋的话:“刑法者,国家之所贵重,而私议之所轻贱。狱吏者,百姓之所悬命,而选用之所卑下。王政之弊,未必不由此也。”这种情况并不限于汉代;在我国历史的绝大部分时间里,读儒家经典出身的士大夫们对于律法之学基本上是不屑一顾的。这使得我们在近代初期遭遇西方法学挑战的时候,不得不面临这样的艰难抉择:对于西方法学,要么全盘拒绝,要么照单全收。结果我们选择了后者。尽管我们放弃了本土那点儿可怜的律学,然而,不继承遗产却并不意味着不承担债务;传统学术格局中律学的卑下的地位依旧顽强地影响着或连累着今天的法学家们,令他们趋炎附势,令他们把应景文章当学术制作,令他们在西化的知识与非西化的社会之间不知所措,也令其他学术领域的学者们不把法学作为一门他们应当有所了解——哪怕只有点头之交一般的了解——的学科。

第二,跟其他学科一样,法学的发达需要长时间不间断的积累,每一代人只能在前人研究成就的基础上添加一些新东西。当然,开山立派的大师肯定是要有的。但是,大师也不能空穴来风,无所依托便硕果累累。吸收前人成果,创造性地解释前人的成说,以所谓同情的理解的态度对前人观点加以批判和发展,从而使学术的链条不致中断,这些都是维持一门学问于不坠的重要条件。然而,近代以来的中国法学却没有这样的条件。先是战事频仍,兵连祸结——没有哪门学问比起法学来更不见容于战乱了——随后是政权更替,打破“旧法统”的同时也使从前的法学遭受池鱼之殃。“封建的”法学送进了博物馆,资产阶级的法学扫进了“垃圾堆”,苏联版的社会主义法学随着20世纪50年代末中苏交恶也成了店底宿货,对于60年代的中国法学家来说,果然是白茫茫大地真干净了。我们70年代末进法律学校时所遇到的那种法学极度贫乏的状况当然不是偶然的。

第三,我们的法学缺乏对于其他人文学科和社会科学学科成果

与方法的吸纳。在收入本书的一篇文章里,我曾谈到法学并不是一门自给自足的学科,它需要从其他学术领域汲取发展所必需的养分。我们前边提起过的博洛尼亚大学法学院从一开始便要求学生必须要学完人文七学科之后方可进法学院,这样的要求自有其道理。近十多年来,经济学深刻地影响法学研究并导致一系列划时代的成果出现,法律与文学运动融合了法学、语言学、解释学以及文学批评等学科于一炉,新论叠出,创获多有,都是法学需要多学科知识滋养的晚近例证。但是,我们的法学界却要在一个贫乏的基础上“两线作战”,一面努力建立和丰富自身的知识体系,求得学科真正的独立,同时又要分出很大心力,不断地寻求与其他人文社会科学学科的融合,难免力不从心,顾此失彼。我们看到,近年来由于法学界的若干青年先进的努力,后一个方面的状况正在得到改善。但是,前一个方面的情形似乎还没有明显起色,两方面研究之间的互动虽然有一些进展,但还远远不够。

在出版社要求应该用“散文体”写就的这篇自述里,上面的这些枯燥的论证不免有些文不对题。虽然这些论证似乎言之凿凿,也表达了个人的学术追求,但是,坦率地说,我的“在路上”并不是那么坚忍不拔地跋涉,“一直朝前走,不向两边看”。实际上,自己能够坚守法学教育和研究这个“冷摊子”,在一定程度上是由于大学教师这种职业本身的吸引力。我的一位朋友说他很庆幸活在一个有大学的时代,这话深得我心。作为一种专门的学术研究和教育机构,大学提供了一种特殊生活方式的可能性。这种生活虽然并非远离尘嚣,但毕竟与尘世有着一定的距离——距离大小在一定程度上也可以自我调节。大学教师属于一个没有等级的职业,他没有什么权力可以行使,却也不受什么等级的约束,无须“下级服从上级”。物质上虽然清苦,但是却可以得到其他一些方面的高额补偿:讲堂中的知识乃至心灵的交融,夜深人静时的书海漫游,三五同道相聚时的切磋商量,一辈子都跟这国家里一代又一代最优秀的年轻人在一起的乐趣……还

有什么比这样的生活本身更让人感到心满意足的呢？遥想传统社会里的读书人，只有科举入仕一条正统的路可走，功名事业，终生奔波；落第举子以及仕途受挫的人们只能长吁短叹，终生郁郁不得志，真是可怜。为什么古人没有想到办大学呢？李贽该是一位中文与哲学两系合聘教授，他那快谈雄辩、目空一世的风采将会迷倒多少校园“追星族”！

我得承认，自己这种多少偏于游戏的心态并不那么像通常标准下的学人，同时我也时常对于所谓学术研究的社会价值有些心存疑虑。我喜欢的是有些人文气息的法学研究，或者在法学研究的同时涉猎一些人文学科的作品，例如从历史著作里获得某种在今天得不到的感受。在从事对某些与现实的法律生活联系密切的课题——比方说，当今中国的司法改革——的研究时，我便会深深地感到书斋里的知识与社会的知识之间的距离。有时很想拉近这个距离，但又下意识地觉得保持这样的距离蛮好。于是，不免时常表现出徘徊和迟疑。在编辑这个集子、重读其中文字的过程中，这种徘徊心态加剧了。

最后，让我简要地介绍一下这个集子的编选考虑。开始时我曾说，“在路上”书系是一个极富创意的选题构思，这不是一句例行的恭维：论文、随笔和对话的三分法很对我的路子。假如要编一部20多万字的学术论文集，不怕见笑，我恐怕要拿一些自己感到算不上论文的篇什来充数了。另外，我是法学界写千字文较多的一个作者，发表在不同报刊上的随笔、杂文加起来已经接近百篇，可以在这样一个集子里收入其中的一部分，当然是令我很快意的一件事情。丛书的编辑体例又容许收入对话，好得很，我恰好发表过一篇与两位朋友的长篇学术对话，“不搭配斯”，天作之合，我怎能不感到意外的喜悦呢。

六篇论文短者万余字，长者六万字。最早的是论教会法的一篇，发表于1986年，最晚的一篇要到1997年年底才发表得出来，前后跨

度12年。收入本书的随笔也都写于同一时期。我把它们分作两组，一组是我的本行法律方面的，另一组篇数少些，但却比较杂，涉及到一般文化现象、编辑出版、样板戏、辩论赛、朗费罗诗扇等等，大体上可以算是一些文化随感和笔记。收在这里，不知能否起到约稿通知里要求的表达“人文情怀”的作用。最后一篇对话需要略加说明。1995年起，《公共论丛》在三联书店出版，承实际主持编辑工作的刘军宁和王焱两先生不弃葑菲，把我列为三个编者之一，实际上我完全是个挂名编辑，没有做任何实际事务。于是，一边不断地敦请军宁把我的名字去掉，一边考虑是不是为刊物做点事情，以减少些愧疚。军宁也约请我写点形式上稍活泼一些的东西。当时我和朱苏力、张志铭两位先生都很关注正在进行的司法改革，便想，何不三人一起，就这个问题对一次话，现场录音，再加以整理，送给《公共论丛》发表？这样的对话体文章做起来不费力气，肯定是自然流畅的。谁知录音机一开，平常滔滔不绝的三个人竟都有些手足无措，面面相觑地不知说什么好。答应军宁的任务又必须按时完成，于是只好由我把他们两位所发表的文章找来，综合平常聊天的印象，闭门造车，“伪造”了这篇对话——但愿它只是“假冒品”而非“劣质品”。

在编辑这个集子时，我也对一些文章作了些修改。值得庆幸的是，自己发表文章的这十多年中，环境相对宽松，因此修改旧文时不必面临上一两辈学者修改文章时所经常面临的某种道德上的困难，虽然钱钟书先生所谓“模糊的铜镜”依旧不容易变得光可鉴人。

1997年8月 燕北园

后 记

2003年9月20日,西南政法大学将迎来50周年校庆。一段时间里,10万学子同时想着的一件事情就是:给母校50华诞送点什么礼?

在北京,2002年9月的校友联谊会第四届常务理事会上,“献礼工程”成为主要议题。有人提议送物,以改善母校环境和教学条件;有人主张捐资,由母校根据需要使用;还有人提出别的什么,主意一箩筐。

有人建议变换一条思路:西南政法大学偏于一隅,许多条件都和那些设在大都市学校无法相比,但却能够在社会上有着广泛和深远的影响,受到人们密切和充分的关注,被人称为“西南现象”,靠什么?靠的是“西南精神”。“西南精神”又集中体现为其学术精神和人文精神。我们如果能够趁此机会彰显“西南精神”,岂不是献给母校50华诞的最好礼物?

无不点头称是。

会后,校友会的积极分子们而开始草拟策划具体方案。

11月23日,北京校友联谊会产生的新一届领导集体讨论校庆献礼方案,一致同意出版一套学术著作,名为“西政学术文库”。龙宗智校长与北京校友们讨论了“文库”编辑出版方案,并初步议定出版著作50部,以和母校校庆50周年相呼应。

12月9日,母校正式同意由北京校友联谊会组织出版《西政学

学术文库》。次日,北京校友联谊会召开常务理事会,推选出《西政学术文库》编委会成员。14日,第一次编委会会议推选梁慧星、龙宗智为编委会主任,方向、茅院生为秘书长。编委会讨论了著作的遴选标准和评审规则,初拟了部分征稿校友名单,并拟定文库名称为《西南政法大学学术文库》。

12月20日,编委会在《法制日报》刊登整版《西南政法大学学术文库》征稿启事,公示编委会成员名单、文库遴选标准、稿件要求和评审规则。12月底,西南政法大学网站刊登《文库》征稿启示。

至2003年5月底,编委会共收到应征书稿70部。

6月13日编委会召开全体会议对所有书稿进行评审,并议定第一批50部入选书稿名单。鉴于所有书稿的作者均师出西政,编委会决定将“文库”正式定名为《西南政法大学学子学术文库》。

为了校庆推出学术文库而且同时出版50部,在中国近代以来的出版史上还是第一次。但这是不经意间造成的。西南政法大学有许多第一,如“文革”后恢复的第一所政法院校,政法院校中的第一所重点大学,法律本科毕业生数量全国第一,在中国法学会评选的中青年法学家中人数第一等等,司空惯见,不足自诩。我们想要做的,只是部分展示母校学子的学术成就,并以此向母校50年校庆献礼。而这50部著作,在母校的学术成果中也就是万花园中之一束而已。

从文库的酝酿到第一批著作的出版刚好一年。有许许多多的人是需要在此感谢的。

我们要感谢母校对组织出版《文库》所给予的支持。从校领导到学校的各职能部门,倾其所思,尽其所能,为《文库》出版提供了热忱的鼓励和指导。

我们要感谢全国各地的校友们。他们对《文库》的出版以及发行提出了许多很好的意见和建议,给予了不可或缺的支持。特别是提供作品的校友,在不足一年的时间里,克服各种困难,按照要求如期提交书稿,使《文库》第一批著作得以顺利出版。

需要特别感谢的,是法律出版社的社长贾京平、总编辑黄闽、社

长助理兼学术中心主任蒋浩和近 50 位责任编辑。为了《文库》的出版,他们付出了很多。并且在一个月內同时编校印制 50 部著作,大约已经接近了他们出版能力的极限。

对于《文库》编委会的成员,说感谢就不大方便了。我们把名单印在扉页上,让大家看看,同时也使《文库》编辑出版中的不足甚或失误有一个责任的承担者。

西南政法大学北京校友联谊会

2003 年 8 月 8 日