

# 法学家

●让法学走出超凡脱俗的“象牙塔” TEAHOUSE FOR JURISTS  
步入寻常百姓家。

(1~4辑)合订本

茶座

山东人民出版社



# 法学家

●让法学走出超凡脱俗的“象牙塔” TEAHOUSE FOR JURISTS  
步入寻常百姓家。

山东人民出版社

(1~4辑)合订本

茶座



## 图书在版编目(CIP)数据

《法学家茶座》(第1~4辑)合订本/宫本欣主编.  
济南:山东人民出版社,2005.1

ISBN 7-209-03585-0

I. ①法... II. ②宫... III. ③法学—文集  
IV. ④D90-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2004)第129770号

山东人民出版社出版发行

(社址:济南经九路胜利大街39号 邮政编码:250001)

<http://www.sd-book.com.cn>

新华书店经销 山东新华印刷厂印刷

·

880×1230毫米 32开本 20印张 13插页 520千字

2005年1月第一版 2005年1月第一次印刷

印数1—3500 定价:40.00元



TEAHOUSE FOR JURISTS

# 法学家

第一辑

## 茶座



山东人民出版社

张军 何以立法易，司法难？

信春鹰 示威的规则

周振想 有时，我很同情贪官

张明楷 放弃权利≠品德高尚

苏力 法律教育随想

贺卫方 人为理性之闪光

景汉朝 从法院的《围城》说起

杨立新 女经理的隐私权

舒国滢 何莫邪与思想的建筑学

许崇德 一怒匡过

江平 杂忆苏联时期的法律和法学教育

高铭暄 我是怎样喜欢上刑法学的



## 法学家风采



何家弘，1953年出生于北京，“文革”期间曾在“北大荒”务农八年，返城后当过两年建筑工人，后来在命运的安排下考入大学，攻读法律；大概由于以前想上大学没上了，所以一旦上了就没完没了，或者由于体内有着得陇望蜀的习性，所以拿到学士还想硕士，拿到硕士还想博士，直到不惑之年在美国大头朝下地戴上了博士帽；回国后，因深知自己在官场上是个低能，在商场里是个弱智，遂死心塌地地大学教书，只说图个清静和自由；目前担任中国人民大学法学院教授和诉讼法专业（证据学和侦查学方向）博士研究生导师；教学科研之余，喜欢写小说、随笔和杂文，创作的以“洪律师”为主人公的系列推理小说的第四部《神秘的古画》已经被翻译成法文，于2002年1月在法国出版；大众文艺出版社将于近期推出《何家弘作品精选》共五卷，其中，法学论文一卷，杂文随笔一卷，外国案例一卷，推理小说两卷。

人生座右铭：当痴则痴，当醒则醒。



## 【卷首语】

# 茶 道 与 法 学

中华饮茶之风始于巴蜀，盛在江南，然而，作为一种文化，却深受诞生于齐鲁大地的儒家思想的浸润。唐朝茶学家陆羽说：“茶之为饮，发乎神农氏，闻于鲁周公。”由此而言，山东人民出版社推出系列《茶座》，也算是名正言顺了。

据专家考证，“茶道”一词最早见于唐朝皎然的诗句——“孰知茶道全尔真，唯有丹丘得如此”。所谓茶道，似有“品茶悟道”的含义。然而，究竟何者为“道”？有人说，茶道指的是茶的制作烹煮方法，以及茶器的品式和饮茶的礼仪。有人说，茶道讲的是饮茶的规律、事理、思想、学说。还有人认为，茶道作为一种文化，兼有“形而下”和“形而上”的品质。前者指茶道的特质载体，具有提供营养、祛病健身的作用；后者指茶道的精神内涵，具有道德教育、修身养性的功能。笔者以为，既不能把茶道简单地理解为一种技艺，也不能把茶道抬高到虚幻的地步。茶道既包括茶功、茶艺、茶礼，也包括茶情、茶理、茶德。茶道既有高雅的品位，也有平俗的本质，饮茶已成为百姓日常生活的组成部分。于是，我又联想到法学的通俗化问题。

作为学问，法学是博大精深的，因为它要汇集人类智慧的成果，要凝聚人类思想的精华。然而，法学又应该是通俗易懂的，因为它只有掌握在百姓的手中才能发挥作用。正如茶之虽为寻常百姓之饮品，却仍为斯文雅士所钟爱。因此，法学应该走出超尘脱俗的“象牙塔”，步入寻常百姓家。在法学著述中，“阳春白雪”当然不可缺少，但“下里巴人”亦是不可或缺。用老百姓的话，说老百姓的事，谈老百姓关注的问题，讲老百姓生活中的法理。这就是《法学家茶座》的追求。

何家弘

2002年7月1日写于北京痴醒斋

主编 官本欣

特邀执行主编 何家弘

责任编辑 李岱岩

出版发行 山东人民出版社

网址 <http://www.sd-book.com.cn>

社址 济南市胜利大街39号 邮政编码 250001

编辑部电话 (0531) 2060055-4901 E-mail vb2k@21cn.com

发行部电话 (0531) 2060055-4912

# 目 录

---

- 【卷首语】何家弘 茶道与法学/1
- 【法治漫谈】张 军 何以立法易,司法难?/4
- 信春鹰 示威的规则/15
- 周振想 有时,我很同情贪官/19
- 田文昌 法律的价值取向/24
- 张明楷 放弃权利≠品德高尚/28
- 【法学札记】邓正来 中国法学教育的方向:谁的问题?/33
- 舒国滢 何莫邪与思想的建筑学/36
- 苏 力 法律教育随想/39
- 许章润 法学公民与知识英雄/44
- 谢鹏程 什么叫“证据确实充分”?  
——陈光中先生刑事证明标准理论补遗/48
- 【法律解读】王晨光 法律规则的明确性与模糊性/52
- 姚 辉 悠着点儿/55
- 黄 风 闲话法律与金融/60
- 【法苑随笔】贺卫方 人为理性之闪光/63
- 范 愉 法律怎样被信仰/65



- 何家弘 公、检、法 = 做饭 卖饭 吃饭?/71  
 皮艺军 欲罢不能的暴力情结/76  
 景汉朝 从法院的“围城”说起/87  
 湖 舟 从评说叶利钦交权事件谈起/91  
 朱景文 由前苏联法学界的一场争论谈起/95  
 刘武俊 让监狱与阳光亲密接触/99
- 【专家访谈】廖明 宋飞 法学教育与研究之路  
 ——中国政法大学校长徐显明教授访谈录/104
- 【身边法事】杨立新 女经理的隐私权/115  
 范忠信 小狗欢欢的继承权/121  
 方流芳 赌博随想/124
- 【法林逸事】许崇德 一怒匡过/127  
 郭 明 小河滋次郎与中国监狱学/130
- 【治学之路】江 平 杂忆苏联时期的法律和法学教育/135  
 高铭暄 我是怎样喜欢上刑法学的/143
- 【聊斋闲话】汤啸天 房保国 京沪法学家差异谈/146
- 【名师剪影】张桂勇 先生——马克昌/152
- 【书城夜话】陈忠诚 读书杂感(二则)/154  
 尹伊君 治学琐记(四则)/159

#### 图书在版编目(CIP)数据

法学家茶座. 第1辑/宫本欣主编  
 济南: 山东人民出版社, 2002. 8(2002. 11 重印)  
 ISBN 7-209-03046-8

I. 政... II. 宫... III. 法律-文集 IV. D90-53  
 中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 058875 号

山东新华印刷厂印刷

880×1230 毫米 32 开本 5 印张 130 千字

2002 年 8 月第 1 版 2002 年 11 月第 2 次印刷

定价: 10.00 元



# 何以立法易，司法难？

张 军\*

立法易，司法难，是古老拉丁文法律格言“造法易，执法难”（Facile est ferre leges, tueri difficile）的同义，只是更突出了在我国现时对它的理解。在我国，其实立法也并不易。2000年公布施行的《立法法》，从立法目的、原则，到立法权限、程序、解释等，规定了整整6章94条，十分复杂，极为详尽。一项立法动议至成为法律，常常要3至5年时间，许多最终还不能交付表决。但是，司法确实更难。它涉及到更为具体、复杂和现实的政治、经济和社会问题，与体制、国情、环境、人群、传统等密切相关。因此，对司法者——法官，各国从来都有特殊的要求，对司法过程从来都有专门的规定。尽管如此，对裁判的结果——司法过程的载体，过去、现在、将来，总有不同的声音，尖锐的批评，甚至时常的反复。为什么？深究此一现象的种种表现，或许有助于我们探索其中深层次的原因。

## 一、立法是总结已往，司法须面对当前

最初的立法不过是特定人群生活习惯的文字表述。随着社会的进步、经济的发展，矛盾日趋复杂，需要保护的权益不断多样化，以往的习惯、经验已不足以规范新的生活。于是统治者根据需求和已有的习惯，制定出新的法律，成为对现有制度、被统治者认可的生活方式的固定。我国《立法法》第六条规定：“立法应当从实际出发，科学合理地规定公民、法人和其他组织的权利与义务、国家机关的权力与责任。”立法从实际出发，就是从国家现实生活出发，对已有的政治制度、经济制度和社会生活制度，在高度总结和概括的基础上，加以固定和规范。立法对已往的总结，以总结本国经验为主，同时又吸取本国历史上的和外国的

\*作者为最高人民法院副院长。



经验。这就使立法以总结本国经验为主所必然呈现的滞后性，与吸取本国历史上的和外国的经验所应当具有的预见性和超前性适当结合，使法律不仅可行，而且稳定。

司法则有所不同，其面对的只能是当前这一批和现在这一个。而法律一经公布实施，便成铁律，不再变动，上下一体遵行。如此，便有了一个摆在我们面前的矛盾。正如费孝通先生在《乡土中国》中所指出的：“一个变动中的社会，所有的规则是不能不变动的。环境改变了，相互权利不能不跟着改变。事实上并没有两个案子的环境完全相同，所以各人的权利应当怎样厘定，时常成为问题，因之构成诉讼。”变与不变的矛盾，过去与今天、今天和未来的矛盾，只能通过诉讼——今天和未来的司法得到解决。这也就是说，法律交给法官的，从本质上就是矛盾、就是难题。法官必须在个案的司法活动中，完成“既成”（法律）与“现实”（今天的问题）的统一与和谐，做出裁判，实现法的要义。这本身就是一个困难的认识、判断、裁判的过程。有了结果，首先要让当事人服判，甚至“满意”，继而还必须让社会认为法官的裁判公正。司法容易做到，甚至能够做到吗？

## 二、立法只能抽象、一般，司法必须具体、个别

古今中外，任何一部法律的制定颁行，都只有两个作用：一是约束老百姓，二是约束统治者。约束老百姓，体现了法的威慑的规范作用——任何违法者都将受到法的制裁；约束统治者，体现的是法的规范的威慑作用——对任何违法者，统治者都只能依法制裁。无论是威慑的规范还是规范的威慑，都表明法的普遍性、一般性，因此其规定必须是抽象的，不是针对个别人而是针对一般人而设计。只有如此，才能做到一条一般规则在根据其内容而应当得到适用的所有场合都予以严格的适用。作为法的抽象的、一般的规定的内容，其真实性、准确性只要求其具有或然性，而不必甚至也不可能一概追求其必然性。如此，法律的适用范围、适用期限才能做到最大化，更符合统治和治理的需要。经验告诉我们，作为立法，描述将来、可能会有的一般情事的条文，总比司法实践中处理现在、已经发生的具体案件要超然得多。如果相反，违背了这个规律，立法者将法律条文制定得像判决认定的事实一样精确、具体，





则不是法的适用范围和时间大打折扣,就是法的严肃性、规范性必然受到破坏。因为此时的司法将更加困难,甚至很难依法司法。1988年1月21日颁布施行的《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》对贪污罪、受贿罪的定罪量刑数额作了具体规定:人民币2000元作为起点。这与刑法盗窃罪定罪处罚数额标准只是抽象地、一般性地规定为“较大”根本不同。这导致后来惩治贪污罪受贿罪的司法实践中,常见一些案件的裁判结果被批评为“执法不严”,而对盗窃罪的刑事处罚则很少有类似的批评。

为什么立法的“精确”会破坏司法的“精确”,从而使法的规范本身受到破坏?这是因为司法面对的只能是个案和具体的案情,而法律的条文则是抽象和原则地对对应着潜在的尚未发生的案件,因此也就很难从中看到或者发现什么具体的不妥。等遇到具体案件时,特殊的案情适用一样的尺度——法律条文——做出判决,感到困难的只有法官:要么法律的相应条款过于原则,是否可适用于正在审理的案件难以定夺;要么法律的基本规定和原则适用于特定案件,但在相对原则的具体法律条文规范内,法官还必须凭着自己的法律意识和良知,找到一个恰好的“点”来适用法律、做出裁判。而公民、社会并不了解这件具体案件的详情,只知道案件的后果和法律条文的铁定标准你不能违犯。这正如给定大、中、小三个尺寸的鞋样容易,但仅凭此给每一个穿鞋的人做出合尺寸的鞋却很难一样。因为,每个人的脚的大小,不是仅有大、中、小三个号码,而是大到中、中到小,还有更大和更小的异型脚,他们都要穿鞋。当他们穿不上合脚的鞋的时候,他们会抱怨谁?恐怕做鞋的人会首当其冲。社会、当事人、司法者可不可以要求立法者给定所有穿鞋人脚的尺码,一劳永逸地解决所有问题?美国最高法院原首席大法官霍姆斯在谈到立法政策和标准时对此主张者批评道:“若有人主张此问题可如演绎推理般永予解决,则我所可断言者,其人在理论上错了,并可肯定,其结论亦不会获得实践之认可,‘从来不行,永远不行’。”不仅立法篇幅不允许,立法技术也做不到:异型脚之异型不是立法者所能给定的;以给定的尺码幅度,做合脚的鞋子,只能是司法者的责任。



### 三、法律的功利隐含于条文一视同仁的公正,司法的公正则湮没于个案裁判责任分配的功利之中

储怀植教授在《美国刑法》中说道:“公正和功利,是人类的社会活动一直追求的两种价值,二者的结合是终极目标。”任何国家立法和立法者群体无不通过法律来维护统治阶级自己的利益。《中华人民共和国宪法》就明确规定:“社会主义的公共财产神圣不可侵犯。”而实行资本主义制度的国家宪法则明确规定为:私人财产神圣不可侵犯。国家根本大法保护什么、保护的重点,功利地、直白地表现于法律条文。此一规定的目的和不同宪法所表现的国家制度的本质,通过对不同所有制财产的特殊保护,十分深刻地被揭示出来。它说明,立法者的利益,立法者通过立法所要达到的目的,并非超然于一切利益、每一个人和由他们组成的任何人群。因为“国家意志在本性上是功利性的”。然而,在追求法律必有的功效和对特定利益(而非普遍利益)最大限度地保护的同时,每一现代国家又无不在宪法中明确规定:“公民在法律面前一律平等”(我国《宪法》第三十三条),无不在追求着和体现着法律最大限度的公正。在此,功利与公正的关系是:没有功利,公正无所依存;没有公正,功利必成公害。由于法律彰显和维护的利益不同,公正的范围和本质也就根本不同。统治者占多数与统治者只是少数人的国家立法的根本区别就在这里。但是,无论怎样的功利和公正,他们相应和恰当地结合都是立法者所追求的目标。只当立法功利与公正平衡,给社会、社会上一般人群的感觉才是:法律是公正的。

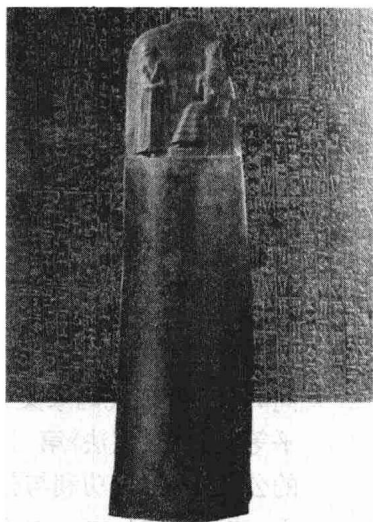
但是在司法过程中,任何“公正”的法律都必然面对破坏法律的利益冲突;法官做出的任何一项裁判,都必须是对一个具体利益的肯定和对另一个具体利益的否定。尽管法官认为这是正确适用法律的必然结果,因此是公正的,但是,对于不同的当事人来说,对于在不同时间、地点、状况下的相关的、不相关的其他人群来说,此一裁判彰显的只是一方的利益,而否定的也只能是另一方的利益。公正,全在对立双方利益肯定与否定的平衡之中:此一平衡的实现,既受法律规范的制约——客观的,亦受不同利益人群感受的影响——主观的。而世上任何主观见之于客观并与之符合的事物,无不受无数条件的影响和制约,因此,永远



只能是相对的、暂时的。结论只能是：具体的裁判的功利性是绝对的、无条件的，是能让人更真切、更强烈地感受到的；而其公正性只能是对应的、有条件的，由于被认为是应当的而又常常被欣然领受的。

#### 四、立法只表明有法，司法才证明法治

相对于法治的立法、司法、守法三个环节来说，有法可依是相对容易做到的。中国早在奴隶社会、封建社会时期就已有法律。公元前 536 年，郑国大夫子产执政时，将刑法铸于鼎上，史称刑鼎，是我国历史上第一次公开制定的法律。公元前 18 世纪古巴比伦国王汉谟拉比制定法律，并将法律条文刻在黑色玄武岩圆柱上，被称作石柱法，是世界上迄今保存下来的最早的一部法典。尽管有法，可是无论如何都还不能称当时的社会已有法制或称法治社会。因为法治不仅要求有相适应于当时社会发展状况的较为完善的法律，还要有比较发达、完善和相对独立的司法系统；公民和社会机构、组织的守法也成为自觉和习惯。其中，司法应当是最为关键的环节，也是执行起来最为复杂和最为困难的环节。诚如英国学者哈耶克在《通往奴役之路》中精辟指出的，“要使法治生效，应当有一个常常毫无例外地适用的规则，这一点比这个规则的内容为何更为重要。只要同样的规则能够普遍实施，至于这个规则的内容如何倒还是次要的……究竟我们大家沿着马路的左边还是右边开车是无所谓的，只要我们大家都做同样的事就行。重要的是，规则使我们能够正确地预测别人的行动，而这就需要它应当适用于一切情况——即使在某种特殊情况下，我们觉得它是没有道理的”。这实际就是说，法必须起作用才能被称之为法；而法所起的作用，无非就是上下一体遵行，毫无例外。否则，就不能认为法律得到了贯彻执行，也就不能认为这个国家、这个社会存在法治。法的有无、存废，并不在于它是否已被制定或者公布，只在于其是否被执行，只有这样司法才证明



汉谟拉比法典



有法,司法才证明法制和法治。法的效果仅在于执行。因此,我们可以做出这样的结论:立法并不是我们这个社会的目的,司法才更受人们瞩目。

### 五、立法是生成,司法是养育

我们常以适用范围广、适用时间久而评价某一部法律有很强的“生命力”:跨越几十年,经历多次巨大社会变革,至今还在被适用、援引、解释。法律如果真的是有生命的,则立法为生成,司法是养育。

生成殊属不易,司法更加艰难,所谓“生儿容易养儿难”。一部法律在制定时,立法者无不希望其有强大的生命力,能永久发挥作用才好。因此,法律思想家不断地在探讨,究竟是什么力量决定着法律的内容、生成与成长?霍布斯、边沁、奥斯丁认为所有法律均源自主权,在主权支配下并得到反映的立法,就是有生命的、符合正义的立法;也有思想者认为法律是时代精神的表述,或者是社会矛盾、力量对比关系的产物,是这些抽象的东西决定着法的生成,等等。这些大都是从一个方面出发,受到一定条件的局限,因此只是相对深刻地揭示了法律的本质,充其量也仅仅是说明了法律的内容所以是此而非彼,我们从中至多也就是了解了法律何以生成如此之法。至于法律成长的原因,“养育”之功,为什么能够长久发挥作用,恐怕只能在对法的本质、原理和立法本意的发现、解释并正确运用于司法实践中去探寻。这是法所以被称为法的功能所决定的。

立法如果不是为了规范社会活动,为了适用,则其根本没有生成的理由和生存的价值,从一开始就是无生命的,亦不能称其为法。只有当司法者“对法的本质、原理和立法本意的发现、解释并正确运用于司法实践”时和过程中,才在证明了法的生命、法的价值的同时,亦延续了法的生命,法因此而“成长”。这实际也是司法者的使命。正如何兵在《法官:戴枷的舞者》一文中所说,“法官不能叉起手责备立法者未提供一个明确的法律文本,他必须通过对法律进行文字上的修补,给法律以‘生命和力量’”,使法律不仅生存,而且发挥作用,继续成为法律。此处的“修补”被认为是解释了法律,而“解释法律的前提是现存的法律中已有规定,但规定不明、规定有漏或规定之间相互冲突”。





“养育”并使法律“生长”的法律解释的前提真的如此吗？我们必须追问：假如“法律中已有规定”，何须解释？因为“规定不明”？规定不明怎么说或者怎么能证明“已有规定”？“规定有漏”更是少了规定，怎么说“已有规定”？至于“规定之间相互冲突”，那不应当是立法者解决的事情吗？其实，法官解释或所谓“修补”法律，不过是权衡社会利益，而对法律的发现、诠释和运用。因为人们在关注立法者给社会生活制定规则、制定了一个怎样的规则之后，对于这个规则的作用究竟如何，于己、于他人究有何益何限，不会再问立法者，那里的立法会议早已结束。人们只能转而将法庭视为法的诠释者，而一些法庭则发现了那些法律文本体系之外的新的原理原则。所有有幸被“发现”的法律，无不因此而大放异彩，绽放出极强的生命之光。然而，但凡“新的原理原则”，一般不会、也不应当理解是为“法律中已有”的。这才是法律解释的真谛。只有如此解释并发现法律、运用法律的法官，才可能被称得上是“戴枷的舞者”。

因为，法律中本来没有的内容（当然是指从法律条文、文字里看不出来的内容），由法官在运用法律的过程中解释出来，这往往被严谨的学者斥之为不是法律的“解释”，而是法律的“类推”。司法者在“类推”的过程中，将法律引入到一个完全陌生的环境。至于发现、解释立法的原意，如果可能，或者真的是对“法律中已有的规定”做出中规中矩的、只是更为详尽的说明——如果这也可以被称为解释法律，那也不过是对法律条文的注释。而我们应当让这种“解释”与对法律的解释有所区别。这时，我们才可以说，法官的法律解释——对于法律的养育，是一个充满了艰辛和荆棘的地雷阵。闯过来，迎接他的是鲜花和掌声，成为护法的使者——延续了法的生命；否则，只有斥责、批评，指责他还不如只是一架执法机器——哪怕那法已“脑死亡”。

#### 六、立法体现人民意志，司法显示法官智慧

法律作为一种强制性行为规范，为了让所有人遵守，并能心悦诚服地遵守，总有哲学家、法学家、政治家将一个光环套在其上：欧洲中世纪哲学家奥古斯丁的神学法律观认为，法律产生于上帝，是正义的体现；自然法学派创始人格老秀斯认为，法律源自先天的理性，上帝也得



受自然法支配；自然法学派的主要代表人洛克认为，人定法必须以自然法为基础，“法律只有以自然法为根据时才是公正的”。到了美国《独立宣言》的起草人杰佛逊，才提出了“主权在民”的思想。《杰佛逊文选》里载有他的现代法律观：“宪法是由人民的智慧制定的，并且是以人民的意志为基础的，人民的意志是任何政府惟一合法的基础。”现代民主国家，具有现代思想的法学家、政治家，在制定法律和解释任何法律现象时，均将此奉为圭臬，观点、结论无出其右者。

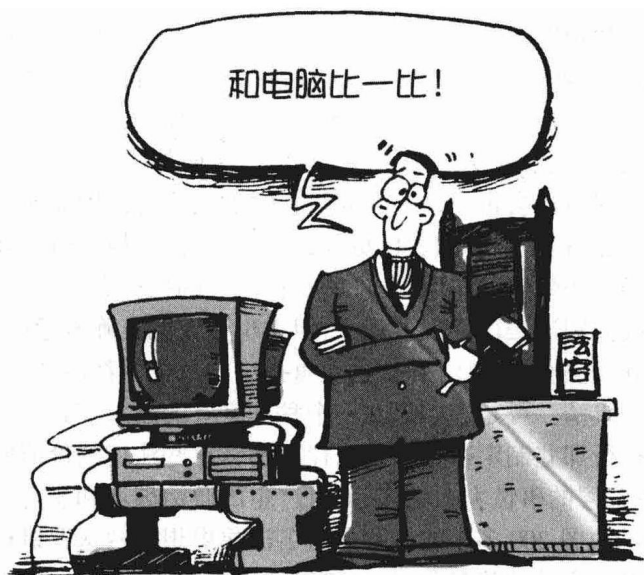
可是，“人民的意志是抽象的，那是社会的公正、社会的正义，但现在法院的裁判中却是十分具体的。怎么把握？就要由法官自己去领悟、去判断。也就是说，法官在执法过程中，要凭着自己的法律意识，自己的理念、智慧、道德感、正义观来理解法律当中的人民意志，来捍卫法律、维护社会公正和正义”<sup>①</sup>。立法与司法、法律与法官的关系，在体现人民意志、捍卫社会正义这一共同目标时的关系与区别无非如此。两相比较，司法过程中法官的责任更大，艰辛更多。培根在《论司法》一文中引用圣经中圣保罗一句话，也说明法律与它的执行者关系中，后者更为重要：“我们知道法律体现着正义，但这也要人能正确地运用它。”柏拉图在谈到司法官的重要性时，也着重指出：“每个人都清楚，立法工作是很重要的事情。可是，如果在一个秩序良好的国家安置一个不称职的官吏去执行那些制定得很好的法律，那么这些法律的价值便被掠夺了，并使得荒谬的事情大大增多，而且严重的政治破坏和恶行也会从中滋长。”晚柏拉图 300 多年的古罗马著名法律思想家西塞罗讲得更加直截了当：“没有官员的智慧和尽心，国家便不可能存在。”

诚然，此处的“官吏”、“官员”包括了治理国家的所有司法官和行政官。为什么执法者能在国家治理过程中如此被看重，他和他们承担着如此重大的责任，而相反，立法者个人及其群体，从来没有受到如此的“尊崇”？原因就在于，立法需要并反映的是“人民”的智慧、“人民”的意志，而人民从来不受指责。指责反映人民意志和智慧的法律者，只可能是位思想者，不可能是位智者。相反，因为法官的执法过程永远是个人或者

<sup>①</sup> 陈兴良主编：《法治的使命》，法律出版社 2001 年版，第 266～267 页。



多个人的行为,而且,作为案情与法律发生联系的中介,法官面对的总是具体的事实和有血有肉的当事人个人,当法官把原则、抽象的法律适用于个案时,这种适用是否恰如其分,是否反映了立法者的本意,甚至是否符合社会发展趋势,反映了广大民众的根本利益?社会要问,相关利益群体要看,当事者要体味,更有学者在研究!每一个人都可以评论、批评;什么时候都可以拿出来重新审视,甚至说出与当时、当年完全相反的话来。就是因为,公布的法律必须施行;法官遵循作出裁判的法律



没有人希望法官是一架只会机械执行的计算机

是没有错的;法律的规定相对于已发生的案件,永远是原则的、可选择的;而法官在做出自己的裁判的时候,在法律的规范内又是自由的。

如何选择适用的法律,确定裁判于完全可作另种解释的具体的法律条款,凭的是法官对案件、社会和法律综合认识、理解并做出判断的智慧,而不是将其简单相加运算后给出惟一得数的技能。因此,法官的结论——裁判——就可以并值得评判。相关者有权利思考,或者问上一句“为什么”?美国最高法院原首席大法官霍姆斯曾闻一位声名赫赫的