

第30辑

法学家

Teahouse For Jurists

茶座

2009.6

主编 张士宝 特邀执行主编 何家弘



张卫平

司法反腐败：我们如何面对？

汪建成

司法

腐败：我们如何抑制？

何家弘

司法腐败：我们如何

防范？

周忠海

制止『杰克船长』们

国际海洋法中的

海盗

史玉成

大学学术评价异价评价令思考

韩秀义

中国法学人自身的困境

陈兴

陈

陈

刑法教义学的刑法

学范忠信

严母慈父与我的成长我的祖国

理性不能

永远淹没在舆论的泡沫之中

中中中一元教授事件中

的武汉大学辩护

熊秋红

制度的弹性

王人博

试着

了解：竹内好和他的书





法華經

卷首语

人生误区

2009年的夏天很热,而天涯论坛上一个名为《开封杞县核泄漏,原子弹的替身杞人忧天!真忧天!》的帖子似乎更增加了空间的热度——至少在网络的虚拟空间和杞人的真实空间。一时间,网络空间里“流言”四起,杞人空间里“难民”如潮。后来,开封市政府在新闻发布会上公布了事件的真相,此事的热度才逐渐消退。这一事件再次表明了政府诚信的重要性,同时也唤起了国人对核泄漏问题的警觉和关注。

人类开发出核能之后,既享受了核能带来的福祉,也遭受过核能造成的灾难。且不说美国在日本投下的两颗原子弹,就是人类在和平利用核能方面也曾造成重大危害。例如切尔诺贝利核电站爆炸便造成30人当场死亡,8吨强辐射物泄漏,6万多平方公里土地受到直接污染,320多万人受到核辐射伤害。

笔者本来就有些杞人忧天,切尔诺贝利事件更增加了我内心深处的忧患。后来,我听一位专家介绍了我国民用核能的危险,包括核泄漏的危险。原来,我国也曾经发生过核泄漏事件,只不过那时没有引起国人的关注。例如,北方某省的农业科研所曾经使用放射技术培育良种。后来停止使用该项技术,但是在回收放射源钴60时因工作人员失误,遗失了一颗放射源。若干年后,那里变成了建筑工地,那个放射源被建筑工人捡到,造成了人员伤亡。1996年,我以此事为灵感,创作了《人生误区——龙眼石之谜》。那大概也是我国第一部关于核泄漏犯罪的小说。

盖个人的过错,结果却步
所言:“人生有很多误区

的唐副所长,千方百计掩

。正如该书主人公洪律师

有些人是被迫迈进误区

的,还有些人是一不留神掉进误区的……人生中的误区犹如自然界中的沼泽地。误入者若及早撤步尚可脱身,若执迷不悟则只会愈陷愈深直至无法自拔。然而,人生误区又有特殊的引力和魅力,让人难以抗拒又难以辨识。于是,有些人千方百计逃出这些误区,有些人又不顾一切地闯进这些误区。于是,不同的人便一次又一次地重复着人生中的各种悲剧!”

我以为,最大的人生误区就在于人类用尽聪明才智去挖掘自己的坟墓。这绝非杞人忧天。

何家弘

写于北京世纪城痴醒斋

- 【卷首语】 何家弘 人生误区 / 001
- 【三言拍案】 刘英明 司法腐败:重庆法院窝案 / 004
张卫平 司法腐败:我们如何面对? / 005
汪建成 司法腐败:我们如何抑制? / 009
何家弘 司法腐败:我们如何防范? / 012
- 【法治漫谈】 喻 中 无画处也是画
——法律虚无主义时代的历史意义 / 018
刘保玉 法律移植与融合中的“鸡尾酒论”
——关于法律移植与立法质量评判的点滴思考 / 021
史彤彪 平等的根据 / 026
- 【法学札记】 周忠海 制止“杰克船长”们
——国际海洋法中的海盗 / 033
王明锁 法律诉讼中的考证问题 / 040
史玉成 大学学术评价导向问题冷思考 / 045
张 旭 客观真实和法律真实结缘谈 / 052
韩秀义 中国法学人自身的困境 / 057
- 【法言法语】 周大伟 “拆迁”一词作为法律词语的英译问题 / 062
- 【法苑随笔】 何海波 半旗为谁而降? / 066
汤啸天 到哪里找“短板”? / 069
胡 健 推荐一个“小人物” / 072
- 【身边法事】 陈海挑 反腐败要有平和的心态 / 074
沈宝成 网络舆情下司法的理性
——由张明宝案所想到的 / 077
- 【域外法制】 张丽云 执教美国二三事 / 080
尹曙生 使无名英雄变成有名英雄的博物馆
——华盛顿国际间谍博物馆见闻 / 086

- 【学堂寄语】 陈兴良 走向教义学的刑法学 / 091
吕忠梅 感动着你们的感动 / 098
- 【名师剪影】 范忠信 严母慈父与我的成长 / 102
- 【学人动态】 杨建国 茶话证据法学的前世、今生与来世
——德恒证据学论坛“六十华诞”侧记 / 112
- 【茶客论剑】 孟勤国 理性不能永远淹没在舆论的泡沫之中
——为张在元教授事件中的武汉大学辩护 / 118
陈 虎 泛道德批评下的责任转移 / 125
彭 勃 生命的黄昏：追问大学何为？ / 128
熊秋红 制度的弹性 / 131
庾向荣 《为什么老是你？》一文批判 / 134
- 【史海钩沉】 胡晓进 美国第一个法学教授乔治·威思的传奇人生 / 137
- 【书城夜话】 王人博 试着了解：竹内好和他的书 / 146
周 详 牛虻·狮子·侠客·蜘蛛
——评《中国实质刑法观批判》 / 152
- 【何博士信箱】 读者来信两封 / 160

主编 张士宝 特邀执行主编 何家弘
《法学家茶座》项目负责人 李岱岩
执行主编助理 张君周

山东出版集团
山东人民出版社出版发行
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) 82098010
E-mail fxjcz@vip.163.com
发行部电话 (0531) 82098021

图书在版编目(CIP)数据

法学家茶座.第 30 辑/张士宝主编
济南：山东人民出版社，2010.1
ISBN 978-7-209-05264-1
I.法… II.张… III.法学-文集 IV.D90-53
中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 050921 号
山东临沂新华印刷集团有限公司印刷
16 开本(172×232 毫米) 10 印张 160 千字
2010 年 3 月第 1 版 2010 年 3 月第 1 次印刷
定价：14.00 元

司法腐败：重庆法院窝案

2009年9月25日，重庆市三届人大常委会第12次会议表决通过，决定免去涉嫌收受巨额贿赂的重庆高级人民法院副院长张弢、该院审判委员会委员乌小青等10名法官相关职务。据悉，2009年4月被央视新闻调查曝光的“奥妮拍卖案”引爆了张弢、乌小青案。两人涉嫌违规操纵拍卖重庆化妆品厂和奥妮化妆品有限公司的“三工场”65亩地。2006年2月，重庆高院决定对该地块进行公开拍卖。4月，中粮集团旗下地产公司“中粮鹏利”成功购买，而奥妮公司被黑恶势力逼迫退出几乎分文未得。“中粮鹏利”的老板就是重庆“黑老大”陈坤志。重庆化妆品厂职工项锡文说：“司法腐败分子与黑恶势力及重庆化妆品厂相互勾结，采用贿赂、非法拘禁等手段，让一宗实际价值一两亿元的土地，拍卖成交价仅3710万元，而黑恶势力及其腐败分子拿到的代理费高达5500万元。”张弢和乌小青当时就是这起拍卖案的主管副院长和执行庭长。

重庆法院执行窝案仅仅是媒体报道的近期一起重大法官腐败案。近年来媒体报道的重大司法腐败案件，还有最高院前副院长黄松有涉嫌受贿案、湖南省高院前院长吴振汉受贿案、辽宁省高院前院长田凤岐受贿案、广东省高法前院长麦崇楷受贿案、深圳市中院前副院长裴洪泉受贿案、武汉市中院前院长周文轩受贿案、阜阳市中院三任院长“前腐后继”案、北京市西城区法院前院长郭生贵受贿和贪污案等。毋庸置疑，司法腐败在当前中国，已经是一个严重的社会问题。

与此相对，在法治发达国家，极少司法腐败现象。人们不禁要问：是什么导致了当前严重的司法腐败？如何遏制司法腐败？解决这些问题已经成为中国司法改革的当务之急，更是中国社会发展的当务之急。

（刘英明编写）

司法腐败：我们如何面对？

张卫平*

【警世言】我们不得不承认，如此严重的司法腐败是一种“中国现象”，因此，我们需要认真且深刻地思考一下，司法腐败为什么是一种“中国现象”，是中国式的“溃疡”、中国式的“病灶”。为什么国外的司法，尤其是作为典型的法治国家的司法腐败没有成为一种现象？这是我们必须面对的。

2009年，当西方各国面临金融风暴强烈冲击，显得焦头烂额、力不从心时，作为“金砖四国”之一的中国却迎风破浪，显示出强劲的经济稳定和发展势头：2009年实现了“保八”，预测2010年可能增长11%以上；中国企业不断海外扩张；中国车市还在继续“井喷”，无论国产车、进口车统统没有库存。中国，向世界经济的黑夜透射了一束光明。中国经济的逆风上扬使世界不得不对中国的发展刮目相看。但在经济强劲之时，我们社会的肌体却患有严重的“溃疡”——普遍且严重的腐败，作为重大社会问题之一的问题却始终没有得到有效地治理，尤其是不断揭示出来的司法腐败更是成为最显眼的“社会溃疡”，成为独特的“中国现象”——近几年来为数众多的中小法官乃至若干名大法官的相继落马。个别地方甚至有这样的说法，如果再查下去，该地法院可能都无法办案、陷入瘫痪。这样的说法可能并非戏言。我们不能说，我们没有全力和持续地打击司法腐败，但似乎司法腐败却依然在发生，依然有法官“前腐后继”。这一现象的确需要我们认真思考、面对。笔者对此有以下点滴思考。

其一，司法领域的腐败并非司法领域所特有，司法腐败只是中国社会腐败

* 作者为清华大学法学院教授。

的一个“有机”组成部分,也没有数据显示司法领域的腐败比之其他领域更为严重,只不过因为发生在司法这一特殊领域之中,而显得更为显眼、突出。因此,惩治和预防司法腐败的问题就应当从整个中国的权力架构和运行机制上去考虑。从权力的整体运行架构的基本层面设计反腐败的机制,而不是仅仅从一个领域来考虑。例如,应当从权力制约的基本原理来设计反腐败的机制,最重要的是应当用法治的方法,而不是用人治的方法对付司法腐败。例如不是依靠某个领导的批示或指示进行惩处。中国的历史已经说明用人治的方法是无法真正有效地全面地制止腐败,明、清时期严酷地惩治贪官的做法也没有能够阻止腐败的大面积发生就是实证。人治反腐的结果可能告诉贪官们的是,只要没有“站错队”就不会有事,这反而会进一步助长腐败的发生,尤其是一旦反腐行动成为一些人获取特定政治利益的工具和手段,这将是十分危险的。

其二,在司法反腐的问题上,我们并非没有意识到某些已经被证明行之有效的措施和方法,例如阳光司法,充分实现司法的开放和公开,但问题是这些措施并没有真正被落到实处。制度让位给顺风而动的“政策”。作为“阳光司法”的一个最重要的方面也是最重要的方法——公开审判,就没有普遍得到贯彻落实



2010年4月14
日下午3时,重庆市
第五中级人民法院
对文强案进行一审
公开宣判。

实,如此,如何实现“阳光杀菌”?尤其是司法腐败案件更是如此,我们看到的都是判决的结果,没有判决过程。以当下最让人关注的最高法院前副院长黄松有受贿案为例,该案也没有公开审判。一个奇怪的现象是:越是影响重大的案件,越是不公开审判。这样的结果就必然为人们留下想象的空间,在特定的意识背景下,人们就很容易以政治因素替代法律因素,以偶然替代必然,法治也就根本起不到反腐的惩戒作用,反而被视为一种政治游戏,被揭露的腐败分子不过是政治利益争斗的牺牲品。我们为什么不能公开审判那些法律规定应当予以公开的案件呢?也许还是希望案件的结果在自己的掌控之中,还是对民众缺乏信赖。

其三,司法反腐也必须按照司法的规律。司法的运作需要按照其相应的规律,同样司法反腐也必须遵循其相应的规律。要实现反腐的有效性,必须坚持权力制约的基本原理,但是我们现在的做法恰恰是通过权力集中来反腐。在法院的审判工作机制中,不是更进一步进行权力制约,而是进一步权力集中,为了保证案件质量和反对法官腐败,许多法院反而强化了庭长、法院对案件的行政控制,称之为“对案件质量进行全程监控”,这样的做法真的会有助于减少司法腐败吗?很有疑问。笔者认为,司法的行政化运作是导致司法腐败的一个重要原因,没有司法的行政化,那些已经被判刑的大法官们没有一个可能犯下如此的罪行。因此,消除违反司法审判规律的行政化机制是必须的,但现在有迹象表明,司法的行政化似乎还在进一步强化。司法的规律和司法反腐的规律是同一事物的不同方面。不能做到司法中立、法官中立,也就必然导致司法不公,也就难免司法腐败。没有真正坚持审级制度两审终审,也同样无法做到司法公正,也就必然难免司法腐败。

其四,我们不得不承认如此严重的司法腐败是一种“中国现象”,因此,我们需要认真且深刻地思考一下,司法腐败为什么是一种“中国现象”,是中国式的“溃疡”、中国式的“病灶”。为什么国外的司法,尤其是作为典型的法治国家的司法腐败没有成为一种现象?这是我们必须面对的。是什么样的机制导致国外可以避免,而我们无法避免?是相对高薪?法官独立?审判公开?充分的司法说理?法官身份保障?还是这些因素的加总?如果能够真正、实在、勇敢地面对这些问

题,相信我们总是能够凭借中国人的智慧找到治疗司法腐败的药方。

其五,司法反腐必须从实际出发,从现实出发,空谈是没有意义的。我们必须承认大面积的司法腐败有其特定的时代背景,在社会腐败相当普遍的历史背景下,我们必须考虑相应的切实可行的治疗方案。例如,一些学者提出的对一定时期的司法腐败者实行赦免的做法是否可以进行认真的研究讨论?香港治理严重的警察腐败时就曾实行过对警察腐败的赦免,这一措施被证明是行之有效的,是治理腐败的一种策略和智慧。

其六,司法反腐及全社会反腐是一项社会工程,既然是一种社会工程,就要动员全社会的力量和智慧,不是仅为部分“智者”所思考的问题。我们需要真正开放式地讨论如何设计反腐这一伟大的工程。如果我们能以对待“三峡水利工程”、“大飞机工程”、“超级杂交稻工程”、“殷商断代工程”的态度、理念和投入来对待“司法反腐工程”,相信司法腐败是可以拿下的——尽管反腐工程远比“三峡工程”等更加复杂、艰巨。问题的关键还在于我们的决心。我们下不了决心,也许是因为我们还有顾虑。我们有什么顾虑呢?是否顾虑因为“手术”会伤及“健康组织”呢?这也是反腐所需要研究探讨的问题。

司法腐败毁灭司法公正,腐败毁灭社会公正,最终毁灭道德正义。如此严重的腐败使我们中华民族已经面临了危险!我们应当起来!起来!面对这危险的时刻。

司法腐败：我们如何抑制？

汪建成*

【醒世言】司法者是由人而不是神组成的一个集合体，他们身上其实存在着双重人格。因此，欲使司法者独善其公平正义之身，根本的出路就是要建立起系统的制度和程序，抑制他们身上固有的人性的弱点。

随着我国反腐工作的不断深入，不少司法高官逐渐浮现，被送入了腐败者的行列。新近被定罪判刑的原最高人民法院副院长黄松有、原重庆市高级人民法院副院长张弢就是其中的典型代表。人们在为我国反腐工作力度越来越大而欢欣鼓舞的同时，也不得不思考一个严峻的现实问题：为什么被人们寄予厚望的作为“社会公正的最后一道防线”的司法者行列中也居然存在这么多腐败分子？

在我看来，中国司法者行列中出现腐败分子，一点也不奇怪，因为在我国政治体制中他们其实与行政官员根本上就没有区别。他们与公务员一样被定格在部、厅、处、科的等级阶梯中；他们与公务员一样上令下从；他们与公务员一样享受着相同的工资待遇；他们与公务员一样实践着相同的准入、任职和退休政策；甚至他们也实际上采取与公务员差不多的方式在行使自己手中的权力。总之一句话，在司法领域中存在着与行政领域中相同的滋生腐败的土壤。既然如此，那么如果有人用统计学的数据说司法领域中的腐败分子数量与政府官员中的腐败分子数量相当，就是一件本不应当感到反常的现象！

而在法治社会中，人们很难接受这样的事实，而总是希望司法领域是一片

* 作者为北京大学法学院教授。

干净的天空,总是希望司法者是公正的最终守护者,与此同时他们身上也罩上了一层公平正义的光环,似乎他们就是公平正义的化身。

然而,司法者是由人而不是神组成的一个集合体,他们身上其实存在着双重人格。一方面他们承载着社会公平正义的希望;另一方面他们身上又存在着人性不可克服的弱点:与普通人一样会有贪欲,与普通人一样会迷恋和滥用权力,与普通人一样会武断、偏执、自私等。因此,欲使司法者独善其公平正义之身,根本的出路就是要建立起系统的制度和程序,抑制他们身上固有的人性的弱点。

法国大革命时期的革命家、思想家罗伯斯比尔说:“诉讼程序,一般说来,不过是法律对于法官弱点和私欲所采取的预防措施而已。”美国学者诺内特(Noet)认为:“各种规则和程序就像是一套起防护作用的甲冑,它们限制诉讼资格,捍卫那些狭窄的‘可交法院裁判’观念,维护司法的超然态度,强调诉讼当事人的主动性和责任,实施严格的法律相关性准则,限定法官权威于手头案件,最为重要的是使其保持法律推理的抽象和中立,不受实体结果的影响。”日本著名诉讼法学家谷口安平指出:“法治之区别于‘人治’也并不意味着法律不需要通过人的主动性就得到完全的实现。负有执行和适用法律这一使命的法官在作为处理具体案件过程的诉讼审判实践中,通过创造性的解释活动使法律内容得到实现。但是他只是置身于一定的制度化空间之中,并在受到种种制度的程序的制约前提下才能发挥自己的主动性,这才是法治区别于人治的确切含义。”季卫东教授也认为:“在发展挂帅的行政体制(Developmentalist Government)下,司法部门未必能起到很大的作用,但它是避免权力滥用,保障社会秩序的安全阀。在政治家的腐败成为普遍现象时,廉洁、正直而有效的审判制度就成为收拾乱局的最后手段;而如果连法院也被污染而失去威信,那么民众的不满只好通过非制度的渠道去宣泄。另外,在确定法制化路线以后,如果没有司法的独立性和合理性,美好的法律原则和规定都只是一纸空文,不能落到实处。”

因此,我们应当建立一系列有别于行政官员的司法者准入、任职、薪资和退休等制度,让司法者具有高于行政官员的地位,使他们能够抵御金钱、权力和美

色的诱惑。

我们应当建立和坚决维护有别于行政科层制的审级制度,让司法者保持相对的独立性,使错误的司法能够通过上一级审判获得有效的救济。

我们应当建立和坚决维护有别于行政首长负责制的合议制,让司法者之间形成有效的制约,使司法的裁决真正来源于集体智慧而不是个人独断。

我们应当建立和坚决维护集中审理制度,让司法者保持应有的清静和孤独,使司法的裁决完全来自于法律的理性而不是喧闹的民怨民情。

我们应当建立和坚决维护公开审判制度,让司法者暴露在阳光之下,使他们自觉接受社会公众、新闻和舆论的监督。

我们应当建立和坚决维护判决理由制度,让司法者面对法律理性和良知的拷问,使他们时刻提醒自己要作出一个经得起历史检验的裁判。

我们应当建立和坚决维护司法主管制度,让司法者保持判断者的本色,使他们真正成为解决纠纷的被动守护者而不是主动管理社会的排头兵。

我们应当建立和坚决维护科学的诉讼程序,让司法者手中的权力在程序中被分化和制衡,使他们所作的每一个裁决都是程序化的结果而不是他们手中司法权的恣意妄为。

.....

法国启蒙思想家孟德斯鸠认为,自由只存在于权力不被滥用的国家,但是有权者都容易滥用权力却是一条万古不变的经验。“有权力的人们使用权力一直到遇到界限的地方才休止。”同理,欲使国家的司法权不成为贪腐者手中的玩物,用制度和程序为司法权设置疆界便是一个恒久之道!

司法腐败：我们如何防范？

何家弘*

【喻世言】反腐败的成效不在于抓出多少贪官，而在于社会中还有多少贪官。反腐败的要点不是昨天的腐败，而是今天和明天的腐败。因此，严惩不如严查，严查不如严防。由于阴暗是滋生腐败的环境要素，所以用阳光消除权力周围的阴暗就是预防腐败的有效路径。

我认识张弢。在人民大学读研究生时，他应该算是我的师弟，也是篮球场上的球友。在我的印象中，他喜欢留大鬓角，爱喝酒，讲义气，敢说敢做，是个性情中人。他有才华，也很勤奋，毕业那年就与人合著了一本《检察监督职能论》。那时出书不易，他确属青年才俊。毕业后，他去了社科院法学所。二十多年来，我与他见面的次数屈指可数，只听说他步入仕途，还算顺畅。最近在媒体上看到他涉嫌腐败的消息，我感到震惊，也感到悲哀——不仅是为他，更是为了法律人的职业追求。他的腐败，既是个人的悲剧，也反映了法律人的群体性悲剧。学习法律，践行法治，本应是法律人中的精英，却坠入贪腐的泥淖；本应是社会正义的守护神，却成了败坏司法公正的阶下囚。张弢不是唯一的，也不是最坏的。

在当下中国，许多本应美好的东西却变成了丑恶。司法腐败是当廉不廉；教育腐败是当净不净；医疗腐败是当善不善；足球腐败是当美不美……司法都腐败，何处有清廉！这说明，当下中国的腐败问题确实到了非常严重的程度。

2009年11月17日，透明国际公布了2009年的全球“腐败感知指数”（Corruption Perceptions Index, CPI）。在180个被评估的国家和地区中，中国内地名列

* 作者为中国人民大学法学院教授。

第 79 名,得分 3.6。“腐败感指数”的满分为 10 分。在 180 个国家和地区中,新西兰以 9.4 分名列第一;丹麦以 9.3 分列第二;新加坡以 9.2 分和瑞典并列第 3;香港地区以 8.2 分列第 12;台湾地区以 5.6 分列第 37;澳门地区以 5.3 分列第 43;中国内地以 3.6 分列第 79 位;印度以 3.4 分列第 84;俄罗斯以 2.2 分列第 146;索马里以 1.1 分列最后一名。

透明国际的“腐败感指数”是一种“客观的”主观指数,是依据十几个国际机构(世界银行、世界经济论坛、盖洛普调查等)的专家或商业调查结果统计得出的人们对腐败的主观印象情况,是“调查的调查”(survey of surveys)。虽然它存在着难以评估的误差,但是仍然具有一定的评估价值,特别是其分值的横向比较和纵向比较。透明国际是 1993 年成立的,1995 年第一次公布“腐败感指数”。那一年评估了 41 个国家和地区,中国内地以 2.16 分名列倒数第二,最后一名是印度尼西亚。这些年来,中国内地的排名和得分情况见下表:

时间	中国内地排名	中国内地得分	该年评估国家(地区)总数
2009	79	3.6	180
2008	72	3.6	180
2007	72	3.6	179
2006	70	3.3	163
2005	78	3.2	158
2004	71	3.4	146
2003	66	3.4	133
2002	59	3.5	102
2001	57	3.5	91
2000	63	3.1	90
1999	58	3.4	99
1998	52	3.5	85
1997	41	2.88	52
1996	50	2.43	54
1995	40	2.16	41

中国内地不是世界上腐败问题最为严重的国家。但是,内地这些年来的腐败感指数一直在 3.5 分左右徘徊,与新西兰等清廉国家的得分差距很大,距离及

格的6分也有较大差距。诚然,内地近年来也查处了不少贪官,包括高级官员。例如,2010年1月7日,中纪委公布了2009年1月至11月查处贪官的情况:查处了县处级以上干部3743人,其中,移送司法机关的764人;查处的副部级以上干部17人,堪称历年之最——2003年至2007年的五年间,共有35名副部级以上官员落马,年均7人。但是,反腐败的成效不在于抓出多少贪官,而在于社会中还有多少贪官。反腐败的要点不是昨天的腐败,而是今天和明天的腐败。因此,严惩不如严查,严查不如严防。

与世界上许多国家相比,中国法律规定的针对官员腐败行为的刑罚已经是非常严厉的——包括适用死刑。然而,“杀一儆百”的效用却是微乎其微。在反腐败斗争中,“严惩”的威慑作用必须以“严查”为基础。没有“严查”,“严惩”就是个“稻草人”,起不到震慑贪官的作用。于是,我们就看到这样一种“怪圈现象”——一方面是贪官不断落马,一方面是贪官前赴后继。中国银行广东开平支行三任行长的“前腐后继”和安徽阜阳中院三任院长的“前腐后继”,就是绝佳的例证。笔者以为,反腐败的主要目的是要防止官员走上腐败的道路。因此,反腐败必须从“源头”上进行治理,要把住“腐败大道”的入口,阻止那些禁不住诱惑的官员们误入歧途。

官员腐败的基本形式是权钱交易,滋生腐败的重要条件是暗箱操作。换言之,阴暗是滋生腐败的环境要素,所以用“阳光”消除权力周围的阴暗就是预防腐败的有效路径。这里所说的“阳光”是由公众监督的目光汇聚而成的。具体来说,这主要包括两个方面:其一是让“阳光”照亮公共权力的运行过程,加强民众对权力使用的监督;其二是让“阳光”照亮官员的私有财产,防止官员在运用公权力的过程中形成私有财产的不正常增长。前者是从行为上加强监督,后者是从结果上加强监督。二者相辅相成,一定可以发挥防范官员腐败的实效。

如何加强民众对司法权力行使过程的监督?我以为,借鉴英美法系国家的陪审团审判制度是有效路径之一。人们一般以为,陪审制度就是让普通百姓参与审判,帮助法官维护司法公正,甚至认为它不符合司法专业化的发展趋势,应该废除。其实,陪审制度是一种重要的社会民主制度,是政治民主思想在司法活

动中的具体体现。早在 1835 年,阿莱克西斯·德·托奎维拉就在《美国的陪审团审判应视为一种政治制度》一书中指出:“在我看来,陪审制度在美国就像普遍的选举权一样是人民掌握主权的直接且最大限度上的结果。”20 世纪 50 年代,帕特里克·德弗林伯爵在《陪审团审判》一书中说道:“每个陪审团都是一个小的国会。陪审团的观念就是国会的观念。我无法看到其中一个在灭亡而另一个在生长。白宫(Whitehall)里任何暴君的第一个目标都会是让国会绝对听从他的意愿;其次就是抛弃或消除陪审团审判制度,因为没有暴君能够容忍把一个国民的自由权利掌握在其 12 个同胞的手中。因此,陪审团审判不仅是司法的工具,也不仅是宪法之车的一轮,它是照耀着自由生命的灯塔。”

陪审团审判制度确实不符合人类社会的专业化发展趋势,但是,正因为它具有监督司法权力和预防司法腐败的民主功能,所以才不仅在英美法系国家得以保持,而且在一些传统的大陆法系国家受到青睐。例如,1991 年,俄罗斯联邦进行了大规模的司法改革,其内容之一就是引入英美法系国家的陪审团审判制度。1995 年,西班牙颁布《陪审团法》,开始采用英美式的陪审团审判制度。2005 年,韩国根据最高法院司法改革委员会的提议成立了“总统司法改革委员会”,经过调查研究,该委员会提出了一系列司法改革建议,包括“试用”英美式的陪审团审判制度。

陪审团审判制度不同于我国现行的人民陪审员制度,后者主要功能是为法院提供廉价劳动力,以解决法院人少案多的压力。然而,面对当下中国司法独立难以保障和司法腐败非常严重的状况,我们需要的是真正能够体现司法民主精神的陪审团审判制度。由于陪审团审判制度具有一案一选、随机挑选、庭审中心、直接言词、民主裁判、案结事了等特点,所以能有效地遏制司法腐败,而且能加强司法独立,提升司法权威。不过,考虑到陪审团审判会增加司法成本,只能在重大案件的审判中使用。建立陪审团审判制度,不仅要制定具体的陪审团审判的规则,而且要对现有的人民法院组织法和诉讼法中的有关规定进行修订,因此,最好由全国人大常委会授权最高人民法院选择一些地区进行试点,然后在总结经验的基础上在全国推行。诚然,陪审团审判制度并不能在一夜之间消