

第32辑

法学家

Teahouse For Jurists

茶座

2010.2

主编 张士宝 特邀执行主编 何家弘

山东人民出版社

茶座

茶座

白建军

灯泡与奶头

何家弘

官本位的社会与人生

张卫平

法官日记与审判的『合法性』

车丕照 市

场化的制度边界

郝铁川

中英两国对香港民主化的

政策之比较

林来梵

交锋在规范法学的死地

许章

润 理性抗争，就是用爱将刺刀折弯

贺海仁

茶

馆、咖啡馆与公共领域

陈金钊

漫话自主性法学与

法律方法论研究

刘桂明

君子律师行天下

皮艺军

另一种疯癫

丛立先

法学者之于社会公共事件的

责任和态度——由『汪晖事件』说起

茶座

茶座

卷首语

人生怪圈

2010年初,笔者源于在最高人民检察院挂职时的心得和在中国人民大学指导法律硕士研究生时的烦恼,产生了与最高检联合培养职务犯罪侦查方向硕士研究生的想法。坦言之,本人的初衷就是对研究生培养方案进行改革,以便更好地利用学校和检察机关的资源,培养社会需要的实务型人才,并未想到这对我国的反腐败斗争会有什么意义。然而,就是这样一桩小事,却引起了新闻媒体的关注,于是这些未来的研究生便被冠以“反贪硕士”的头衔,并在各路传媒上引发毁誉参半的评论。开始,我真有点儿晕,后来我明白了——都是腐败“惹的祸”!假如当下中国的官员腐败问题不是这么受百姓关注,我们这次教改的消息大概都不会走出中国人民大学法学部的校园。

本人也很关注中国的腐败问题,一直在思索中国反腐败的现实路径,并且曾多次呼吁中国要尽快建立有效的反腐败制度,如官员财产公开申报制度和政府决策透明制度等,但那只是尽一名学者的呼吁义务而已,因为那些制度的建立是国家大事,与招收研究生这样的小事不可同日而语。诚然,我党也一直在努力反腐败,而且这些年也确实查处了不少贪官,但是民众眼前却呈现出“前腐后继”的怪现状。历史的经验表明,当腐败问题积重难返时,执政者的反腐败就会陷入两难境地,犹如在电影《建国大业》中蒋介石所言:“不反,要亡国;反,要亡党!”对此,执政党人必须警醒,否则就会悔之晚矣。

在我的犯罪悬疑小说《人生怪圈——神秘的古画》中,主人公洪律师曾经做出如下感叹:“人总是要死的,人的躯体终究是会腐败的……在一个人的躯体走向腐败的过程中,往往又会诞生出新的生命,而且那腐败了的躯体仍然可以为其他生命提供养分。也许,从生到死,从死到生,循环往复,这就是生命的规律。我经常在想,一个民族、一个社会、一个政权、一个国家,如何才能走出从新生到腐败的可怕循环呢?人们都痛恨腐败,但是人们又都无法摆脱腐败的厄运。也许,这就是人类社会发 展过程中的一种怪圈现象。我认为,人类面临的重大挑战之一就是如何走出这一怪圈!”

何家弘

写于北京世纪城痴醒斋

- 【卷首语】 何家弘 人生怪圈 / 001
- 【三言拍案】 刘英明 文强案后传 / 004
白建军 灯泡与奶头 / 005
何家弘 官本位的社会与人生 / 009
张卫平 法官日记与审判的“合法性” / 014
- 【法治漫谈】 车丕照 市场化的制度边界 / 018
郝铁川 中英两国对香港民主化的政策之比较 / 022
汤啸天 政府信息公开中应当遮蔽最小化 / 027
- 【法学札记】 林来梵 交锋在规范法学的死地 / 031
许章润 理性抗争,就是用爱将刺刀折弯 / 042
贺海仁 茶馆、咖啡馆与公共领域 / 048
陈金钊 漫话自主性法学与法律方法论研究 / 055
- 【法苑随笔】 冯亚东 族群、政制与国家 / 066
张心向 刑法“美”之拷问 / 073
刘桂明 君子律师行天下 / 078
- 【身边法事】 丛立先 法学者之于社会公共事件的责任和态度
——由“汪晖事件”说起 / 082
姜耀雄 律师一家亲 / 086
傅达林 “自首者的预期”与“指令下的法律” / 091
- 【名家访谈】 廖 明 比较法学在中国的勃兴
——米健教授访谈录(下) / 096
- 【域外法制】 杨 东 后金融危机时代留日习法之意义 / 105

何柏生 作为贪官的培根 / 109
孟凡明 战争遗孤:我的日本“姑姑” / 113

【学堂寄语】 吕忠梅 补上“批判性思维”课 / 120

【名师剪影】 杨 会 另一个巩献田 / 124
王文生 一生的良师与益友
——我与杨庆祥 / 128

【茶客论剑】 皮艺军 另一种疯癫 / 131
陈 虎 必须保卫社会 / 134
陈 零 防不胜“烦” / 139

【史海钩沉】 王立民 唐朝刑法化的司法制度 / 142
岳纯之 并非总是“十恶”不赦 / 149

【书城夜话】 陈兴良 一篇序与一个梦 / 152

【何博士信箱】 读者来信三封 / 158

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 杨建国

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 32 辑/张士宝主编

济南:山东人民出版社,2010.6

ISBN 978-7-209-05395-2

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 123749 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 7 月第 1 版 2010 年 7 月第 1 次印刷

定价:14.00 元

文强案后传

备受关注的重庆市司法局原局长文强等人涉黑案于2010年5月21日二审宣判,重庆市高级人民法院依法驳回文强等5人的上诉,维持一审法院的判决。

文强,作为曾经的警界英雄,堕落为今日的贪官典型,其经历殊值玩味,其本人的反省更令人深思。初落马时,他曾面对镜头痛哭流涕,后悔自己醒悟得太晚。但他在痛悔之余似仍心有不甘,在《悔过书》中用大段篇幅发牢骚,怪组织多年没提拔自己。文强在悔过书中写道:十多年一直在公安局担任副局长,总觉得自己业务熟,有能力,付出的多,取得的成绩也不少。尤其是看到比自己资历浅、业务又不熟悉,甚至还是自己过去“下级”甚至“下下级”的人,都提拔到与我同一级的职务,甚至更高的职务后,思想上不能正确对待,产生不满情绪,升官不成,就乱用权……

一审宣判死刑后,文强发表了自己的最后感言。感言中,文强一方面竭力为自己辩解、推卸罪责,另一方面,他也对现行制度的缺失进行了责问。他说:“以前北京菜市口砍头也有很多民众拍手称快。可这拍手称快后还不是一切照旧?中国人几百年变了吗?我看什么也没变。杀了我不过封了我的口,这能封住贪污腐败的源头吗?”

由于文强案案情复杂、影响重大、备受关注,审判文强案的法官们面临着巨大的压力。或许是为了减轻压力,一审宣判后,文强案一审审判长王立新将一组题为《在审理文强案的日里》的六篇审判日记发表在“中国法院网”上。该组日记披露了庭审过程中一些鲜为人知的细节,如合议庭成员在看守所首次会见文强时的情景,法官在庭审开始之前事无巨细的准备,甚至还专门上网搜索辩护律师的博客以了解其执业风格。日记中还有报请国家文物鉴定委员会鉴定《青绿山水图》的经过、合议庭内部出现的争议等内容,日记的最后阶段还对文强案进行了深入反思,称文强“毒品般的欲望让他逐渐偏离了人生的航向,与不法分子沆瀣一气,彻底背叛了自己的职业与曾经的誓言”。

针对文强本人的先前悔过与最后感言、相关审判日记的发表时机与所载内容,三位法学教授将进行深入而精彩的评析。

(刘英明 编写)

灯泡与奶头

白建军*

【醒世言】公开、透明的权力是最安全的权力，民众是最好的监督者的监督者，最好的社会控制，就是控制社会控制。

网上流传一篇“文强宣判死刑后的感言”，是真是假，无从考据。不过，“感言”中有些话说的不仅有味儿，还很有点儿代表性。所以，权当是若干个文强，也就是“文强们”的心里话吧。

此时此刻的文强们，显然没想到真的被判了死刑。此时此刻的感觉，一般人没机会体验，只能猜想其中滋味。可以肯定，文强们实实在在地感到了死亡的恐惧。“感言”中说：判我死刑是我没有料到的……贪图功名利禄是我这一生最大的错误。我死后我的孩子就不要再姓文了，改姓别的；子子孙孙以后再也不要从政，不要当官，远离功名利禄。平淡、平安才是福。

读到这话，我很想知道，文强们是早就明白这些道理，还是刚刚知道这些道理。所谓这些道理，应该有两层意思：一是文强们是真会被判死刑的；二是平淡、平安才是福。如果文强们早就清楚，要是贪图功名利禄，即使做到了文强们的位置，也会被判死刑的，那么，他们干吗还要一路赶过来找死呢？显然，曾经的文强们并无此远见，否则，只能用心理学上的所谓“求死本能”来解释了。如果不是早就知道，那就是顿悟于断头台啦。于是，便难怪有人会说，看来死刑还是有用的，至少对文强们这种人，非用上死刑不能令其惊醒。

这话对文强们来说未免有些残酷。而且，主张废除死刑的人会把德国哲学

* 作者为北京大学法学院教授。

家康德的一句话拿出来说事儿。康德说过,人只能是目的,不应成为手段。换句话说,死刑就是用张三的生命去换李四的守法。这种用人的生命作为社会控制手段的做法,太不文明了,太不尊重生命了。不过,眼下并未谈及重庆文强的死刑对其他文强有没有威慑作用,而是说,对死到临头才能悔悟的人适用死刑,最直接的“受益”者不是别人,正是他自己。如此说来,断头台上文强的悔悟,倒给死刑保留论新添了一个论据。当然,这里还藏着一个悖论:为了教育本人的目的而适用死刑,那犯罪者翻然悔悟于刑场,又有何用?明白了,但是得去死;不见棺材,又掉不出眼泪。真够乱的。

看来,文强们的人生规划中,竟也有逻辑混乱。

说到逻辑混乱,又未免小看了文强们的智商。实际上,“感言”中有一段因果分析,堪称精辟:民众有政府监督着,公务员有司法人员监督着,那有谁来监督司法人员?政府人员要是收买了公安人员,民众要是收买了政府公务员,结果会是什么?谁去打开这个结子?在这个逻辑链条中,文强们的犯罪,清清楚楚是缺乏监督的结果,是制度本身的问题,是绝对权力产生绝对腐败的绝佳例证。应该说,这理论本身并不新鲜。可接着往下想,就难免感到一种尴尬——这话主流媒体说得,现职官员说得,专家学者说得,网民愤青说得,怎么罪不可赦的死囚也说得?虽有点感同身受的意思,毕竟角度不同吧。

既然角度不同,从“谁去打开这个结子”这个问题本身便可体会出两层意思:其一,发问者的确不知道问题的症结所在,真想知道到底谁来监督监督者;其二,发问者其实知道谁能打开这个结子,只是不想,不愿,或者不能,甚至不敢打开这个结子。

文强们的意思到底是哪个不得而知,至少,我们可以从容易一点的开始。如果文强们真想知道症结所在,倒让我想起了三十多年前在农村下乡插队时的一段亲身经历。每到夏收或秋收时节,大堆的粮食堆放在场院。为防止时有发生夜盗,生产队决定在场院搭建一草棚,派一专人通宵看场,防范偷粮。结果,人们发现还是少了粮食。一查才知道,是被派去看场的那个人监守自盗。于是,被派去看场的人由一个变为两个,意思是相互监督。结果,两个监督者合起伙来盗

窃,生产队长气得没了脉。这经历中,我们遇到了“感言”中提出的同样问题:谁来监督监督者?后来,有人出了个好主意,撤掉看场的专人,然后在场院竖起一根高高的电线杆,安一盏长明灯,整夜对着那堆粮食。一到夜里,全村就数场院上那堆粮食最亮。人只要站在灯底下往四下里一看,就感觉漆黑的山里到处都是眼睛。从此,再也没发生夜盗的事儿。

为什么?很简单,黑暗中可能发生的事,灯光下就不一定发生。背着人好意思干的事儿,众目睽睽之下,就没办法下手。光线让干坏事的人感到背后无数双眼睛的注视,这种无声的注视比夹枪带棒的公开指责要可怕得多,也比空洞的说教有效得多。它能让人心里有鬼的人想起来就一身冷汗。就是说,如果知道伸手必被捉,许多人便不会去实施法律禁止的行为。也可以反过来说,如果确定不可能被发现,人便可能陷于犯罪。

由此我总结出了我的“灯泡理论”——公开、透明的权力是最安全的权力,民众是最好的监督者的监督者,最好的社会控制,就是控制社会控制。要是让明明长着眼睛的民众闭上眼睛,或者,指定民众只可以注视什么,不可以注视什么,原本的好人也会生生地被变成坏蛋。把上述文强们的逻辑套进来便是,如果民众不仅由公务员监督,公务员也不仅被司法人员监督,被监督者同样可以在公开透明的环境下反过来监督监督者,何必再行收买之事呢?灯泡理论至少表明,当监督仅仅是一种单向的过程时,当监督者的权力行使无法被公开注视时,监督者就会成为滥权者。所以,要解决贪腐问题,就要赋予民众睁开双眼的权利,就要把民众真正奉为监督者的监督者。

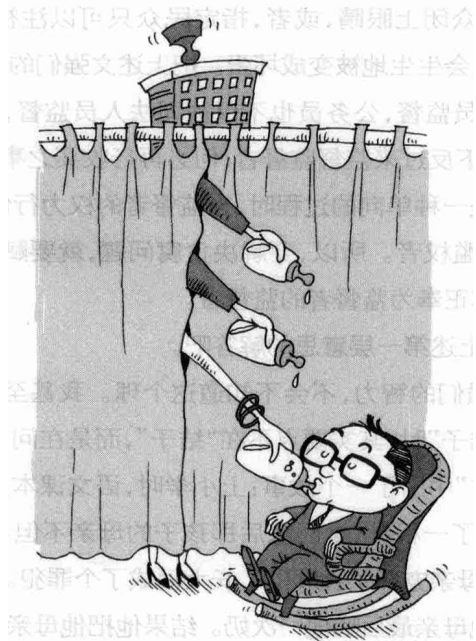
这就算是对上述第一层意思的解答吧。

当然,以文强们的智力,不会不知道这个理。我甚至怀疑,当他们追问说,“谁去打开这个结子”时,其实要点不在“结子”,而是在问,谁敢打开这个众所周知的结子?“感言”中引了一个故事:上小学时,语文课本上有一篇课文,说一个小孩子在外面偷了一根针,拿回家后那孩子的母亲不但不责备,还说那孩子聪明。那孩子被他母亲宠坏了,惯坏了,长大后成了个罪犯。等到他犯案要被砍头那一天,他恳请他母亲最后喂他一次奶。结果他把他母亲的奶头给咬掉了,说他

恨他母亲当年不管教他，导致他最后被砍头。现在刘文强的头也快被砍了，我该去咬谁的奶头？

“我该咬谁的奶头？”这声哀鸣，很是耐人寻味。文强们到底想咬谁的奶头呢？首先，此等人必须是有奶之人；其次，还一定是用奶水把文强们喂养大之人；再次，多半还是从文强们的长大中得了好处的人。由于有奶，所以才有能力把文强们喂大。由于把文强们喂大，所以才可能从文强们身上获取好处。由于可能从文强们身上获取好处，所以才不希望把文强们的权力拿出来在阳光下晒，在灯光下面照，在民众的注视下公开透明地运作。由于不必在灯光下被公众注视，所以文强们的奶水就更足。由于文强们的奶水更足，所以才壮大到以为贿赂圈中喂他好处的人比法律还强大。由于以为法律没那么强大，所以明知道谁的奶头该咬，也不敢去咬……权力与金钱的这种交媾，今天喂大了重庆的文强，明天一定还会喂大另一个甚至是另一些个文强。

所幸，重庆的文强到了最后，毕竟用生命证明，还是法律比权大。可问题是，其他的文强呢？



官本位的社会与人生

何家弘*

【喻世言】文强不可自控地在一个官本位的社会中选择了官本位的人生道路，而争夺与贪婪的个性就决定了他的命运，登峰不识回路，激流不知勇退，到头来只能是个悲剧。要想在我们的社会减少“文强式的悲剧”，就要在制度上降低官职对人们的诱惑力，就要降低当官在社会中的成就感。

文强该死。古人曰，人之将死，其言也善。然而，文强在面对死神之时虽有悔过之心却也满腹牢骚。据传说，他在“悔过书”中怨怪组织多年没有提拔他，于是他心生不满，开始乱用手中权力去大肆聚敛钱财。诚然，“升官不成便腐败”属于邪恶的“贪官逻辑”，但是也在一定程度上记述了他的犯罪心路，反映了中国式的“官场失意综合征”，而且他绝非当下中国唯一有此病态的官员。

文强有罪。窃以为，人性本恶亦本善。这就是说，人类的遗传基因中同时存在着恶端与善端，而且人类天生的个体差异就包含了性善与性恶的差异。虽然天生性善者未必不会走上犯罪的道路，而天生性恶者也未必都会成为罪犯，但是这种本性的差异可能在一定程度上影响人的行为取向，而犯罪也是一种行为取向的结果。在文强体内的遗传基因中，恶端大概是多于善端的。正如笔者在最近修订出版的犯罪悬疑小说《血之罪》的题记中所言：“你犯下了罪恶，因为你的躯体内流淌着罪恶的血液；放出体内的血，你的灵魂就得到了救赎。”

文强可叹。既然“人性本恶亦本善”，那么社会环境就是影响人类行为善恶

* 作者为中国人民大学法学院教授。

的决定因素。如果社会环境养善,那么就会有越来越多的人向善;如果社会环境养恶,那么就会有越来越多的人向恶。在当下中国,人们经常感叹好人太少,因为当下中国的社会环境不养好人!在一个从物质和精神两个方面都鼓动人们为成为强者而进行恶性竞争的社会中,人们很难“与人为善”。在一个从道德和文化两个层面都纵容人们为获取个人利益而弄虚作假甚至坑蒙拐骗的社会中,人们很难“独善其身”。于是,在官场上,在商场上,在各行各业的职场上,人们都竭力发扬自己体内的恶,以便对抗并战胜他人的恶。而且,在某些地区、某些行业,成功者往往是体内恶端较多之人,譬如文强。

文强可悲。据传说,文强在“悔过书”中留下了这样的人生感言——“把我变成这个样子的是这个社会,这个制度。我说这么多并不是要把所有责任都推给别人,我还是负主要责任的。要是当年我不从巴县调出来,留在那里安心当一个小片警,我的今天就不会是这样。贪图功名利禄是我这一生最大的错误。我死后我的孩子就不要再姓文了,改姓别的,子子孙孙以后也不要从政,不要当官,远离功名利禄。平淡、平安才是福。”窃以为,文强此言不虚且不谬。在他的本性中存在着争强好胜、贪图功利的特点。套用孟子与荀子之言,他的“辞让之心”很弱,“争夺之心”很强。这种性格促使他在官场上不断“进步”,但也推动他迈向罪恶的深渊。他在人生的最后时刻告诫子孙不要当官,这应该是他的肺腑之言,只可惜他自己醒悟太晚。想当年,他不可自控地在一个官本位的社会中选择了官本位的人生道路,而争夺与贪婪的个性就决定了他的命运,登峰不识回路,激流不知勇退,到头来只能是个悲剧。

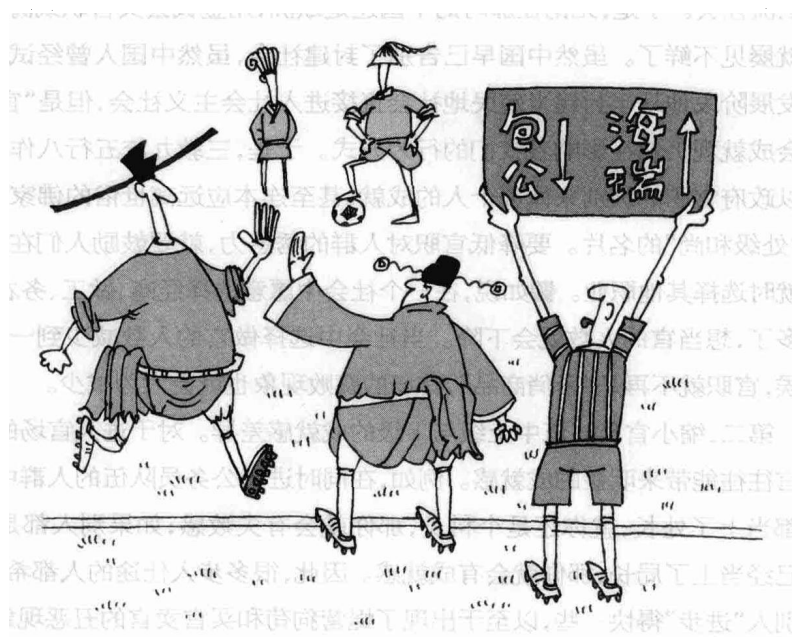
毋庸讳言,在当下中国想当官的人太多,因为当官有太大的诱惑,不仅有权有势,而且有名有利。在有些人看来,只要当了官,就可以拥有一切。而且,官当得越大,拥有的东西就越多。于是,那些有才华、有能力、有关系、有后台的人,适合做官与不适合做官的人,为了一个共同的“革命目标”,纷纷挤入官场,然后八仙过海各显其能地往上爬。然而,官职有限,官欲无限。宛如《圣经》所言:“那门是窄的,那路是长的。”犹如《红楼梦》所述:“因嫌纱帽小,致使锁枷抗;昨怜破袄寒,今嫌紫蟒长;乱哄哄你方唱罢我登场,反认他乡是故乡。”多少人为当官而迷

失了自我,甚至搭上了身家性命。由此可见,要想在我们的社会中减少“文强式悲剧”,就要在制度上降低官职对人们的诱惑力。就一般人而言,官职的诱惑力主要在于伴随着权势名利而来的社会成就感,因此要减小人们对官职的追求欲望,就要降低当官在社会中的成就感。由于人的成就感具有比较性或相对性,所以要降低当官的成就感,就要缩小“官”与“民”的差异。这有两条可行的路径。

第一,缩小当官与从事其他行业工作的成就感差异。由于人们在社会中的成就感要受社会价值观念和道德观念的影响,所以在不同的社会形态下,成就感依附的职业也会有所不同。在封建社会中,政府官员享有极高的社会地位和特权,因此那时的社会成就观是以官为本位的。譬如,在封建社会的中国,读书人十年寒窗苦,就是为了学而优则仕;平民家中若有一人入朝为官,那不仅可以光宗耀祖,甚至可以鸡犬升天。在中世纪的欧洲,贵族们即使家境贫寒,也在社会中享有高尚的地位和身份,而那些商人即使腰缠万贯,也很难进入达官贵人的上流社会。于是,无论在那时的中国还是欧洲,用金钱去买官职或爵位的现象也就屡见不鲜了。虽然中国早已告别了封建社会,虽然中国人曾经试图跨越历史发展阶段地从半封建半殖民地社会直接进入社会主义社会,但是“官本位”的社会成就观仍然在影响着我们的行为方式。于是,三教九流五行八作的人们都要以政府官职的级别来体现个人的成就,甚至连本应远离世俗的佛家圣地都有了“处级和尚”的名片。要降低官职对人群的诱惑力,就要鼓励人们在追求人生成就时选择其他职业。譬如说,在一个社会中愿意选择经商、做工、务农、治学的人多了,想当官的人数就会下降。当社会中选择做官的人数减少到一定程度的时候,官职就不再是“紧俏商品”,官场的腐败现象也就会大为减少。

第二,缩小官员队伍中上级与下级的成就感差异。对于进入官场的人来说,升官往往能带来明显的成就感。例如,在同时进入公务员队伍的人群中,如果别人都当上了处长,就你还是个科长,那你就会有失败感;如果别人都是处长,而你已经当上了局长,那你就会有成就感。因此,很多步入仕途的人都希望自己能比别人“进步”得快一些,以至于出现了蝇营狗苟和买官卖官的丑恶现象。然而,在政府管理人员中不可能完全消除官职的差异,所以要降低升官的成就感就只

能在减少官职的附加利益上做文章,譬如减少官长的特权、降低官长的待遇等。笔者曾经提议,为了降低官职的诱惑力而建立一种成就感均衡的干部晋升制度,即升官不升薪。具体来说,公务员工资级别的晋升以资历和考绩为依据,只要按照考核标准完成本职工作,就可以按时晋升级别和工资待遇;但是,晋升职务不与工资级别挂钩,而且每晋升一次职务就要停止晋升工资级别一次。换言之,选择升官就要放弃升薪。另外,为了淡化正职与副职的差异,减少“一把手”职位的诱惑力,一些单位还可以试行“正职轮值制度”。例如,某局有一正四副五位局长,任期五年,制度可明确规定由这五人轮流担任正局长,每人任期一年。虽然这样的制度并不能彻底改变公务员对升官的追求,但是有助于在官场上达成成就感的均衡,也有助于缓解官职的“供需矛盾”,并在一定程度上减少官场腐败的现象。当然,建立这类制度的前提是“一把手”等官长能如此大度。



在 2009 年的教师节,本人应邀参加了中国人民大学校领导与教授代表的座谈会,并且冒昧地提出了一个建议:我们应该明确规定任何人在担任校长或院长期间不得参加职称的晋升。窃以为,学校本应是淡泊名利的地方,至少是“官本位”思想比较淡薄的地方。但是在当下中国,很多学者都要当校长、院长,而且当了副的还想当正的,于是为了一个职位而明争暗斗、结党营私,甚至撕破面皮、分道扬镳。究其原因,这还是我们的相关制度有问题。一个学者当上了校长、院长,不仅名称响亮,而且确有实惠。他们手中掌控了权力和资源,于是就什么都有了,提职称、拿项目、评大奖等,都能走在别人的前面。这种集各种光环于一身的状况显然不利于群体的成就感均衡,也不利于群体的和谐。笔者希望一些高校的领导可以率先推行“正职轮值制度”,作为我国高等教育“去行政化”的一条路径,然后再推而广之。

人在社会群体中生活,都是需要成就感的。而且,社会也需要为其成员提供恰当的成就感。社会的良性运转需要社会的稳定与和谐,而社会的稳定与和谐则依赖于社会成员的良性心态。人的心态以感觉为基础,且有良性与恶性之分:良性心态主要包括快乐感、幸福感和成就感;恶性心态主要包括痛苦感、不幸感和失败感。在良性心态中,快乐感主要产生于个体的娱乐性活动;幸福感主要依存于个人的婚姻家庭生活;成就感则主要表现为个人事业追求的满意度。由于快乐感和幸福感主要是由个体活动所决定的,而成就感主要是在群体活动中实现的,所以,虽然社会也应该努力为成员的快乐感和幸福感创造环境条件,但是要维护社会的稳定与和谐,主要努力方向应该是提升社会成员的成就感。倘若在一个社会中,绝大多数成员都有恰当且相对均衡的成就感,这个社会就一定是稳定并和谐的。

这样的社会可以淡化官本位的成就感,也就可以减少官本位的人生悲剧。

法官日记与审判的“合法性”

张卫平*

【警示言】这篇日记满足了司法的应有理念,是在应有理念和要求下写就的,但似乎与司法的现实相去甚远(有意思的是,我们往往只是把司法的应有理念和要求作为理想来看待,永远置于乌托邦之中),这就不是日记了,其实主审法官比笔者更清楚司法的现实是什么。

最近以来,公开“日记”似乎成了一种时髦,有“局长日记”、“书记日记”、“县长日记”、“一个xx官员的日记”等。这些“日记”,有的是主动公开的,也有的是被动公开的;有的的确是当事人对日常生活的记载、叙事,对人、对事的心理认知,但有的不过以日记这种文本体裁公开表达一种观点和认识,虽有记事性,但却是“后补”的,并非实时记录,因而不具有日记本身的一般特点——私密性。日记的私密性特点源于当事人对自己私人生活的记载、个体认知和心路,因此,日记的公开本身与日记特性是冲突的,之所以公开不过是日后人们对该日记社会价值的利用而已——日记成了史料,反映社会历史、社会变迁的侧面、缩影或断面。最著名的日记当属《雷锋日记》以及揭露侵华日军南京大屠杀的《拉贝日记》。

我在《法学家茶座》第23辑上发表过一篇日记体裁的文章——《一个基层法院院长的日记》(文章收录到我最新出版的随笔集——《法学蓝调》中)——试图通过这种纪实方式客观地展示基层司法某些场景,间接揭示中国司法内在的矛盾。虽然人物是虚构的,但事实大体是如此,是自己实际了解的情况。这些情况

* 作者为清华大学法学院教授。

许多就是与一些法院院长的私下交谈中获得的。我曾多次在给法官讲课或讲座时提到,作为一个转型时期的法官应当有记日记的习惯,这些关于个体司法活动的纪事性日记有着非常重要的历史价值。不过,我下面提到的这篇日记应该不是基于这样的想法而作。

当下,最火的日记莫过于“文强案主审法官日记”(以下简称“法官日记”)。因为重庆的“打黑”,因为“打黑”的规模、力度,因为文强在重庆涉黑中的“老大”地位,文强案也就具有了特殊的影响,具有纪实特征的这篇“法官日记”也就自然引起了人们的高度关注。该日记又以特别形式——“上网”,而非以传统的方式予以公开,一时间蹿红起来,网上跟贴不少,有“顶”的,也有“踩”的。在终审之前主审法官是否应当公开审理细节?法官可以以日记方式公开有关案件审理的细节吗?这些都是值得说道的问题。有不少记者问过我,对这一日记如何看?因为我不是网虫,所以不习惯读网上的东西,在心理上还是觉得传统的纸面文本靠得住。不过,有人问起,也就上网读了一读这篇日记。读了“法官日记”,我的总体感觉是,这篇日记更像一篇报告文学,和我写的《一个基层法院院长的日记》在目的上属于同一种类型,即日记的写作并非简单的纪实记录,而是为了即时公开发表。与我的“日记”也有所不同,该日记的确有实时纪实的特征,而且有很大的可能是以当时的纪实情节为基础,虽然有些可能是回忆的结果,但也不排除就是以该主审法官的日记为基础的,其中有扎实的事实细节。不过很明显的是,上网的这篇“法官日记”文本是经过“高级加工”而成的。可以说加工以后的“法官日记”具有很强的政治性、思想性、艺术性和文学性。

为什么说是经过加工的呢?我的依据是,首先,该日记具有很强的体系性、整体性和内在连贯性。这也是该文本艺术性的反映。“刚上班,茶叶还在沸腾的开水冲泡下浮涨起落,检察院的同行们就拖着大箱子来到我办公室。”“命运的安排有时真像杯中的茶叶,沉浮不定。”(1月18日)“杯中的茶水,续了又续,已经没有了茶汤的颜色。”(2月20日)“宣判后,我一个人坐在办公室,泡上一杯茶,看着茶叶起落沉浮。从1月18日到现在,这间办公室从来没有这么安静过。”“看着茶叶浮沉,听着窗外传来的‘锅碗瓢盆交响曲’,我悠闲地抽着一支

烟。”(4月14日)由此,可以看出“茶叶”在“法官日记”中显然具有某种象征意义,是一种艺术表现手法,“茶叶”串联在整个日记中,将审理构成了一个整体性,与日记的片段性特征不符,日记也没有必要使用这种象征性的手法,如果单纯记事的话,如此记日记就太累了,时间成本太高,给自己看的日记主要是记“事”,间接表达自己的心理活动。其次,文中直接表达了思想性、政治性的内容,有相当明显的宣传性,与私人写作方式有很大的差异。例如:“如何将该案的庭审依法、公正、文明、高效地进行下去,将成为检验重庆法院审判水平的试金石。这个时候,我们这三个人不仅代表重庆市第五中级人民法院,更是在全国同行面前代表我们重庆法院刑事法官的整体水准。”现在毕竟不是“文革”时期——“文革”期间因为担心日记会被揭露,因此当时的日记有相当一部分说的是“红色话语”。其三,从“法官日记”的语言来看,更像是代表重庆司法界而写作的。上述引用的话语就是典型代表。最后,《法官日记》反映了很强的文学性,最典型的是日记结尾,这是一种典型的报告文学或小说的结尾方式。一般而言,文本的文学性,一方面是为了满足人们的阅读欣赏需要,另一方面也是表现作者的才华。只有为了公开,才会如此上心于文本表达的文学性。

如果我的判断成立,“法官日记”是为了发表而写作的,是经过“高级加工”而成的,是一篇精心之作,而且是集体智慧的“结晶”,尽管这一判断有私人经验为基础。那么,为什么要如此呢?我认为,该日记真正目的在于向社会说明以下三点:第一,文强案的审理没有“灰色”或黑幕,没有操纵和安排,是符合“合法、公正、高效、权威”的八字方针,并且很好地处理了公正与高效之间的关系;第二,审理案件的法官、合议庭是完全按照自己对案件事实的认识和对法律的理解独立作出判决的;第三,审理案件的法官具有很高的职业道德和操守,是尽力敬业的。前两点是主要的,第三点是附带的。问题是,为什么要以日记的形式说明这两点呢?我们的审判过程和判决不能予以说明吗?这表明了人们对审判的公正性是有疑虑的,也说明司法的“权威性”和“合法性”受到了一定的挑战。审判程序和判决书中的事实认定和理由已经不能消解和吸收人们对案件审理公正性的疑虑,因此,需要以日记的这种纪实形式来加以说明,以使审判取得“合