



贺卫方 著

运送正义的 方式

SIXIANG LIUYEDAO
YUNSONG ZHENGYI DE FANGSHI

HE WEIFANG ZHU

3
上海三联书店

贺卫方 著

运送正义的 方式

SIXIANG LIUYEDAO
YUNSONG ZHENGYI DE FANGSHI

HE WEIFANG ZHU

图书在版编目(CIP)数据

运送正义的方式 / 贺卫方 著

—上海: 上海三联书店, 2002. 12

(思想柳叶刀)

ISBN 7-5426-1755-9

I. 运… II. 贺… III. 司法—理论研究—中国 IV. D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 103070 号

运送正义的方式

著 者/ 贺卫方

责任编辑/ 黄 韬

封面设计/ 范桥青

版式设计/ 鲁继德

监 制/ 沈 鹰

责任校对/ 张大伟

出版发行/ 上海三联书店

(200235) 中国上海市钦州南路 81 号

<http://www.sanlianc.com>

E-mail: sanlianc @ online.sh.cn

印 刷/ 上海锦佳装璜印刷发展公司

版 次/ 2002 年 12 月第 1 版

印 次/ 2003 年 4 月第 2 次印刷

开 本/ 640×935 1/16

字 数/ 370 千字

印 张/ 19.125

印 数/ 5101—9200

ISBN7-5426-1755-9

D·68 定价: 29.00 元



贺卫方

生于1960年7月，山东省牟平县人。北京大学法学院教授，博士生导师，《中外法学》主编，北京大学司法研究中心主任，全国外国法制史学会副会长，中国法学会比较法学研究会副会长，山东大学、吉林大学、湖南大学等大学兼职教授，是我国法理学、法制史以及比较法学等领域的著名学者。著作包括《司法的理念与制度》、《法边余墨》、《具体法治》等。曾参与策划或主持多套丛书，包括“外国法律文库”、“当代法学名著译丛”、“宪政译丛”、“司法文丛”等。另发表译著数种，论文数十篇。

目 录

自序/ 1

司法公正需要合理的制度环境/ 5

复转军人进法院/ 8

不进一个门，不是一家人/ 12

统一司法考试的方法/ 16

建立统一的司法研修制度/ 20

司法公正的增长点/ 23

法律职业化的难题/ 26

司法智慧何处寻/ 30

网上的司法智慧/ 35

法官文化的意义与课题/ 39

大盖帽的意义/ 44

从惊堂槌说到法庭威仪/ 47

法袍、法槌之外/ 50

法言法语的意义/ 54

法庭上的“三国演义”/ 57

全能型衙门：传统及其影响/ 60

柯克的故事/ 63

法院的位置/ 66

高俅诉林冲/ 69

不独立，毋宁死/ 72

法律诉讼与足球比赛/ 74

执行难/ 77

又见执行难/	80
法官与大众传媒/	83
传媒与司法二题/	86
以直报怨/	95
对电视直播庭审过程的异议/	97
司法的公开与公正/	104
名人的名誉权官司/	109
善待官员/	112
诉讼费问题/	115
恶霸现象/	118
刑讯逼供为哪般?/	121
呼唤人性的复归/	124
谁之过?/	126
异哉所谓检察官起立问题者	
附 龙宗智：检察官该不该起立/	130
司法腐败何以维持?/	143
司法能为反腐败做什么?/	148
兰希海案与法律程序/	151
恢复人民陪审员制度?/	154
改革司法改革/	161
检察制度改革的六个矛盾/	164
镂之金石의宪法/	168
话说禁放鞭炮之法/	171
口惠而实不至的《国家赔偿法》/	174

二十年法制建设的美与不足/ 177

司法何时公正?

——答《视点》记者问/ 186

司法乃社会正义的最后防线

——答《工人日报》记者问/ 196

法官等级与司法公正

——答《视点》记者问/ 202

“外来和尚”与中国法官/ 209

法律教育路在何方?

——答《中国律师》记者问/ 220

关于法治与法学研究/ 230

正义的行头

——从法官换袍说司法理念/ 240

附录:“复转军人进法院”一文引发的争论/ 261

复转军人缘何不能进法院?(曹瑞林)/ 261

“包袱”一说不符实

——军转干部是财富(陶克)/ 265

要营造良好的舆论环境

——访国务院军转办负责同志(刘玉书)/ 268

理解和支持比什么都重要

——访总政有关部门负责同志(刘玉书)/ 269

偏见与歧视: 背离法律精神的行为(方言)/ 272

读者评论一组/ 273

致《中国国防报》(贺卫方)/ 277

复转军人进法院是“违法行为”吗？

——致贺卫方先生(曹瑞林)/ 280

致《南方周末》编辑(徐友渔)/ 287

请勿致歉(姜春儒)/ 288

究竟谁在挥舞“棍子”(曹瑞林)/ 290

读者来信三篇/ 291

评贺卫方“复转军人进法院”一文(龙宗智)/ 293

后记/ 300

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，单是标题就让人过目不忘。广西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难。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，以便让被告人得以串供……

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

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。

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。

少次了，这次所采取的种种措施似乎也看不出有多少新意。

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奏效殊非易事，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。

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，甚至认为那些推进司法技术层面改革的人属于“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，因而急于求成，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。殊不知这样急功近利的思想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成为必然。

这个集子是1998年以来我发表的部分短文、访谈以及演讲的汇集，它们中的绝大多数所涉及的主题都是中国的司法改革。书名取自美国联邦最高法院第一位首席大法官杰伊（John Jay，1789-1795年在任）的一段话：“过去的历史表明，将正义运送到每个人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。我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“土特产”。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。

《西游记》第五十九回：唐三藏一行遇火焰山而无

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。

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“土特产”。

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。应当记取的是，要取得建设法治的“真经”，我们且不可“只拣无火处走”。

贺卫方

1999年1月19日 燕北园

2002年8月15日改定 蓝旗营

司法公正需要合理的制度环境

在英文里,“司法”一词通常的表述是 administration of justice,直译为“公正的实施”。在我们汉语里,“法律”以及“司法”等词汇也具有某种公平、正义、无所偏私等意味。尽管如此,司法职业者却并不必然与公正司法的行为相关联。虽然人们对于所谓执法者犯法,对于执掌司法权柄者枉法裁判、草菅人权甚至草菅人命经常表现出格外的愤慨,但是,如果我们没有设立良好的司法管理制度,从而使司法者能够很情愿地去实施正义,那么,人们的愿望再迫切,对司法腐败行为的谴责和处理再严厉,终究是于事无补的。

我们面临的正是这样的情况。一方面,大众传媒不断地报道一些司法官员枉法裁判的事例,每曝光一个,被揭露的法官便要受到处理。从前曾有山东莒南县的那个法院院长,日前又有广西博白县法院的刑庭庭长,都引起社会各界的强烈反响。媒体曝光之后,照例是上级马上派出专门的工作组,调查,处理,其他法官纷纷表示吸取教训,今后一定要严格执法云云。但是,另一方面,那些促成司法腐败的制度因素却很少得到人们的重视,大家平常耳闻目睹的情况依然如故。电视台和报纸不可能在全国每个法院和检察院都派记者常年驻守,结果必然是,谁碰上了,谁倒霉;没碰上的人,依旧逍遥自在,我行我素。那么,能够保证司法廉洁的制度是什么呢?说起来,原本是很简单的事情。那就是,在较低的层面上,使司法官员无所畏惧;在较高的层面上,让司法官员向往尊荣。

在英文里,“司法”一词通常的表述是 administration of justice,直译为“公正的实施”。

能够保证司法廉洁的制度是什么呢?说起来,原本是很简单的事情。那就是,在较低的层面上,使司法官员无所畏惧;在较高的层面上,让司法官员向往尊荣。

关键的问题是，假如检察官和法官不能不顾忌这些影响和干预，或者说假如他们不顺从外来的干预，自己的利益就会受到损失，那么，独立和公正的司法恐怕只能是托诸空言了。

着眼于制度建设，我们必须设法使所有的司法官员都能够从容地把地方权势的干预拒之门外。简单地说，就是要把司法机关的人财物统一由中央来管理。

先从较低的方面说。首先我们应当明确，司法界是由人而不是由神组成的职业群体。司法官员行使的权力直接涉及到方方面面的利益，卷入官司的当事人谋求影响检察官和法官，本来是很容易想见的事情。关键的问题是，假如检察官和法官不能不顾忌这些影响和干预，或者说假如他们不顺从外来的干预，自己的利益就会受到损失，那么，独立和公正的司法恐怕只能是托诸空言了。我们现行制度正是把法院以及检察院置于地方权力的控制之下。法官和检察官由地方任命，法院和检察院的经费由地方财政部门控制，司法机关的一切活动都逃不出地方如来佛的手心：用电不能得罪电业局，盖楼不能得罪城建局，孩子上学不能得罪教育局，子女就业不能得罪劳动局，家属农转非不能得罪公安局，更不消说涉及地方经济利益的案件，市领导一个电话打过来，法院院长吃了豹子胆也不敢公然抗命的。于是，涉及这类地方势力的案件，地位低下的当事人不就只能满身的理却赢不了官司么？几年前某市一位检察长试图揪住市长公子的案件不放，结果不等案情查清，检察长先接到调令。他感慨道：从前清官还可以抗命到以身殉道，如今想殉都殉不了。事已至此，夫复何言！尽管司法官员迁就和屈从权势、枉法裁判都是难以宽恕和应当加以揭露的，但是，大众传媒不应向读者表达或暗示这样的观念：良好的法律制度可以寄望于毫无私心的英雄人物。虽然在任何时候，任何地方，不管妻儿老小，不顾身家性命的英雄总有一些，但是，着眼于制度建设，我们必须设法使所有的司法官员都能够从容地把地方权势的干预拒之门外。简单地说，就是要把司法机关的人财物统一由中央来管理。

从较高的层面上说，我们应当想方设法提高司法官员

的整体素质,使得司法职业成为一个社会普遍尊重同时从业者自己也特别自重的行业。目前司法界所存在的种种腐败现象与我们的选任制度有密切的关联。社会学的研究表明,不同行业人们操守的差异往往跟特定行业中人的自我评价以及一般社会大众对他们的认定有关。一个受过良好教育、具有很高修养的人在职业行为和日常行为中所表现出的自律并非来自对外部惩罚的惧怕,而是因为不正当的行为会破坏他内心的自我形象,那是比监禁一类刑罚更严重的惩罚。职业的荣誉感不见得是由于这种职业所享有的权力大,更多的情况是因为只有获得很好的教育并表现出很高的知识、才智以及伦理水准的人士方能进入此行业。然而,我们以往在法官以及检察官的选任方面却盛行着一种可谓反智主义的做法,那就是,什么人都可以成为法官,可以成为检察官。什么人都可以进入的行业如何能够引起社会大众的敬重呢?我想,不仅仅外边的人不会敬重,职业内部的人自己也不会自重。值得注意的是,受过完整专业教育者与毫无专业教育背景者工作在一起,结果使得职业发生分裂,不同背景、不同出身的人们难以获得知识和语言的沟通,无从达成职业伦理准则上的共识,行业的凝聚力丧失了,同事之间必要的相互监督也无从谈起。更甚者,良莠杂处的行业中,人员的流向往往是劣胜优汰,借用经济学上的说法,叫做“劣币驱逐良币”。当然,职业的尊荣也包括收入丰厚且有坚实的保障。不过,这也离不开选任上的高标准。某次会议上,来自法院的人士放言应给法官以高薪,财政部门官员反问道:“凭什么!你们哪一点比其他公务员高明?”法院人士无言以对。

(原载《检察日报》1998年4月20日)

我们以往在法官以及检察官的选任方面却盛行着一种可谓反智主义的做法,那就是,什么人都可以成为法官,可以成为检察官。什么人都可以进入的行业如何能够引起社会大众的敬重呢?

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“出入人罪”，什么是出入人罪？正是指操生杀予夺权柄的官员们把重罪轻判或轻罪重判，出生入死，上下其手。人头不比韭菜，割下可以重生，或如《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天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

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。

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

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。

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。