

第18辑

法学家

Teahouse For Jurists

茶座

2007.6

主编 张士宝 特邀执行主编 何家弘



周伟

『官』『师』之分与撕裂的法律

职业共同体 周永坤 侠客与律师 张卫平

法学家是什么？ 徐国栋 雨果·多诺是

哪国人？ 周大伟 新中国建国前后担任

过『立法大臣』的王明 方世荣 我的房

东路易斯 张海斌 『幼稚的法学』是否已

成熟？ 对法学研究若干问题的反思

徐昕最后的决斗 任东来 马歇尔和坦

尼：晚年相似的悲哀 张君周 一段历史

史、一段期望——郭寿康教授访谈录

茶客风采

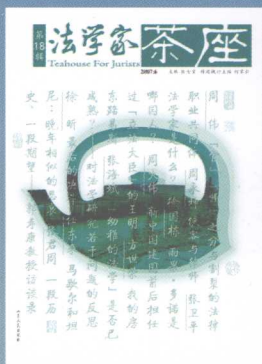
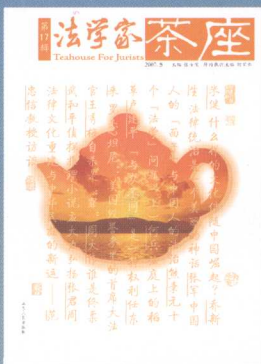
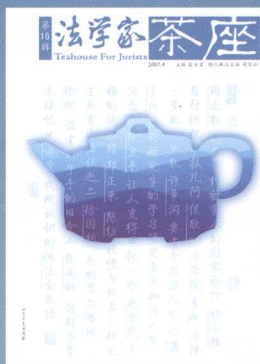
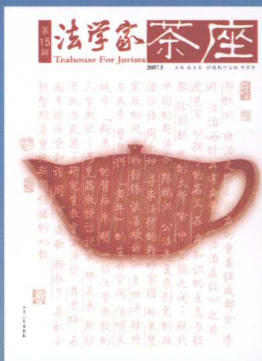
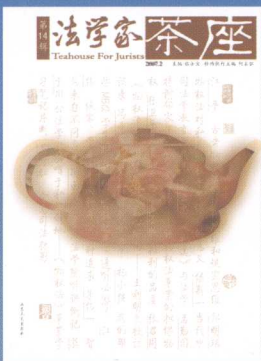
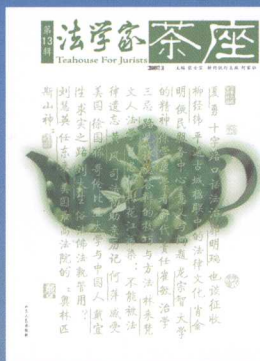


周大伟，美国加州伯克利大学中美战略合作研究中心特邀研究员，中国社会科学院法学研究所特聘研究员，《环球时报·瑞致增刊》主编。

周大伟，祖籍江苏无锡，旅美法律学者。先后毕业于西南政法大学法律系、中国人民大学法学院和美国伊利诺大学法学院。美国哥伦比亚大学法学院访问学者。上个世纪80年代中后期，曾在中国人民大学法学院任教，教授民商法和知识产权法，教育部法学统编教材《民法原理》（佟柔教授主编）撰稿人之一。曾参加《中华人民共和国合同法》、《专利法》等重要法律法规的起草工作，作为《中华人民共和国合同法》起草小组成员代表之一获得国家科技进步二等奖。在大陆和台湾地区出版《技术合同法导论》、《科技立法研究》等专著。现在中国和美国两地从事投资顾问业务和法学教研工作。

欢迎订阅

2008 年度《法学家茶座》



- ☐ 每辑定价 14 元，全年 6 辑定价 84 元
- ☐ 全国各地邮局均可订阅
- ☐ 邮发代号：24-193

也可通过山东人民出版社发行部邮购，免邮寄费

汇款地址：济南市胜利大街 39 号山东人民出版社发行部

邮政编码：250001

邮购电话：(0531)82098021

网 址：<http://www.sd-book.com.cn>

卷首语

《法学家茶座》与“核心期刊”

《法学家茶座》已经五岁了。由于一直是在忙碌之中忙碌这件“分外”的事情,我竟然忘记了它的“生日”,直到编辑给了我一个提醒。大凡做过父母的人都有体会,养育一个孩子的过程中既有快乐也有烦恼,而二者之分大约为“五五开”。回首养育《法学家茶座》的五年,我的感受也是“烦恼并快乐着”,大概也是“五五开”。

2001年的春天,山东人民出版社的金明善社长和李岱岩编辑来到北京,找我商谈出版《法学家茶座》的事宜。我当时正在探索法学通俗化的路径,因此对他们的创意很感兴趣。于是我欣然受命,开“茶座”,请“茶客”,以“法文化随笔”的招牌,凝聚了不少作者,也吸引了不少读者。说老实话,我开始组稿审稿时还是颇费心力的。虽然我一般都要事先向作者解释《茶座》的风格,但是有些约来的稿件还是很有学术论文的味道,于是我还要耐心地与作者沟通甚至代为修改。经过数年努力,《法学家茶座》不仅有了自己的品牌风格,而且已成为推进法学通俗化的重要领地。对此,我很高兴,也很自豪。

受当下“功利主义加形式主义”之社会风俗的影响,很多地方都搞什么核心期刊,评职称、读博士都要看核心期刊上发表文章的数量。于是,一些依附权势而成名的“核心期刊”就变得门庭若市乃至洛阳“纸贵”,招惹得先生抱怨、后生骂街,实在是侮辱斯文。窃以为,学术期刊作为学术研究成果之传播载体,本应倡导自由民主和百花齐放之精神。教学科研机构也不应以“计划经济”和“官本位”的思维模式来确定什么“核心期刊”,或者把期刊分成三六九等,以期刊来确定学术论文的水平。《法学家茶座》不属于核心期刊,甚至都不属于学术期刊,发表的文章在单位一般都不算科研成果。尽管如此,法学界仍有很多学者执著地为《法学家茶座》撰稿且乐此不疲。对此,我很感动。其实,我很喜欢《法学家茶座》的这种身份,因为它能保持茶道之超然与茶味之清香,也因为它很贴近“君子之交淡如水”的境界。倘若在国人的社交生活中多一些“君子之交淡如水”的韵味,那么,我们离腐败就能远一些,离法治就能近一些。

何家弘

于北京世纪城痴醒斋

【卷首语】 何家弘 无我茶与无我法 / 001

【法治漫谈】 周伟 “官”“师”之分与割裂的法律职业共同体 / 004

贺海仁 为人辩护的正义事业 / 013

周永坤 侠客与律师 / 023

【法苑随笔】 於兴中 法官大人 / 028

张卫平 法学家是什么? / 032

林来梵 在多种隐喻中追思

——为了悼念伯尔曼 / 036

【法学札记】 熊秉元 十个“法学”问题?(下) / 042

徐国栋 雨果·多诺是哪国人? / 050

郝铁川 摆脱奴役的又一条道路 / 063

【名家访谈】 张君周 一段历史、一段期望

——郭寿康教授访谈录 / 070

【域外法制】 方世荣 我的房东路易斯 / 076

何萍 我的荷兰情结 / 084

小奇 LSS 法案与拉丁的生活写实 / 090

【史海钩沉】 马小红 商鞅“法治故事”的反思

——寻找我们需要的法治 / 096

侯欣一 “选举是组织民主政治的头一件事” / 103

【法林逸事】 周大伟 1945~1950:新中国建国前后担任过“立法大臣”的王明 / 109
任东来 马歇尔和坦尼:晚年相似的悲哀 / 120

【聊斋闲话】 张海斌 “幼稚的法学”是否已成熟?
——对法学研究若干问题的反思 / 125

冯亚东 土地、村落与男系继承制 / 130

张 楚 我们的知识产权实验室 / 134

【茶客论剑】 陈小君 走在乡间的小路上
——漫谈我国农村土地法律制度之“四面墙” / 138

胡吕银 《物权法》不能被误解误读 / 145

【书城夜话】 徐 昕 最后的决斗 / 151

林辉煌 开拓法学新视野、新方法、新领域

——法学的经济思维 / 154

【何博士信箱】 读者来信两封 / 159

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

责任编辑 李岱岩 麻素光

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) 82098903

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18辑/张士宝主编

济南:山东人民出版社,2007.12

ISBN 978-7-209-04358-8

I.法... II.张... III.法学-文集 IV.D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 190011 号

山东新华印刷厂印刷

16 开本(172×232 毫米) 10 印张 160 千字

2007 年 12 月第 1 版 2007 年 12 月第 1 次印刷

定价:14.00 元

“官”“师”之分与割裂的法律职业共同体

周伟*

“官”“师”有别

报载关于职业选择问卷调查的新结果是：中国人最热衷于做官。联想到上世纪90年代中后期，曾有同类问卷调查，其结果是更多的人愿意做科学家、教授等高级专业人士。当时有人评价说，改革开放已经转变了人们追求做官的观念。现在看，这实在是低估了官本位观念的根深蒂固。

《辞海》解“官”为“旧指担任国家或政府职务的人”。《现代汉语词典》解“官”为“政府机关或军队中经过任命的，一定等级以上的公职人员”。这里至少包含两层与本文有关的意思：一是在国家或政府任职的都是官，即官方的意思；另一层意思是在国家机关中有领导职务的，即带“长”的才是官。近年来，大学毕业的本科生、研究生一窝蜂地报考公务员，这种现象被认为是做官热的体现，这里的“官”符合“在国家或政府任职”这个条件。不过俗语所说的“当官”主要是指被提拔到领导岗位，或负有一定责任的岗位，例如科长、处长、局长、部长等。有级无岗的，即使享受什么科级、处级待遇等，在芸芸众生眼中已算不上是真正的官。但进入国家机关工作至少奠定了今后晋升做官的基础。

其实，现实生活中的官还不止于此。在官本位体制和公有制体制下，不在党政机关任职的也可能是官。例如国企的头头，是明确有行政级别的官。社会团体、群众团体的头头，也是有行政级别的官。同样执掌企业商业活动大权的董事长、总经理，在民企的是民，在国企的是官。如果在香港说李嘉诚是官，或在美国说比尔·盖

* 作者为上海交通大学法学院教授。

茨是官,那就是笑话了。但是,在中国内地,说国企的头头是官,没有人会有异议的。而且这些官的级别与该企业的级别须相当,例如科级企业、处级企业、局级企业等的头头也都带有相应的级别。当然,各行各业中都有类似的官。所以,应当这样讲,凡是体制内任命的头衔,都是官。官就是被正式任命执掌一定公权力或公权力的人。

“师”是对有专门知识技能的人的称呼。“师”由于掌握了专门知识和技艺,特别是一些技艺高超者,也享有一定的社会地位。但中文中“官”与“师”之间的界限是十分严明的,自古以来“官”与“师”就隶属于不同的社会阶层。“官”与“师”的关系是“治人”与“治于人”的关系。在现代中国的语境中,“官”是与权力联系在一起的,而“师”则只与所从事的专业技艺相关联。例如法官、检察官、警官、军官、外交官等,无一不与公权力紧密相连。而律师、教师、医师、工程师、摄影师、厨师、理发师,以及还有许多这里没有列出、并且以后随着专业化发展还会不断滋生的新的“师”,都是与所从事的专业相关联,即以一技之长谋生者。虽然高级的“师”或领有高薪,或享有很好的待遇,但无论在专业领域多么有成就,技艺如何高超,在没有被选拔为“官”之时,“师”就仍然是“师”。“师”的技艺充其量是晋升为“官”的敲门砖,前提是他的运气足够好。

中国从事法律职业的人员大致可称为法官、检察官、律师(通常法律教师也被认为是法律人,属于法律职业共同体的成员,但算不上是执业人员)。法官、检察官属于官阶层,而律师属于“师”阶层。法官、检察官执掌着司法权力,虽然他们中的大多数同样具备法律从业人员的专业素养,但无论是这个群体成员的自我认知,还是群体外眼光的审视,法官、检察官都是有权“治人”者,是“官”。其专业色彩在“官”的光环下被冲淡了。而律师只是从事法律工作的专业人士。虽然一说律师是法律工作者能吓唬普通老百姓一跳,不过那是普法还没开始或刚开始的上个世纪80年代。因为那时老百姓错以为搞法律的都是“官”。在知法懂法后(笔者在此并非贬低普法工作的正面意义,而是指出歪曲、曲解法律的现象),特别是与法院、检察院和律师事务所打过交道后,他们就能够清楚识别谁是“官”,谁是“师”。他们知道“以事实为依据,以法律为准绳”,但他们更懂得谁有权认定事实,谁有权决定以哪一条法律为准绳。

“官”与“师”的区别折射出法官、检察官与律师之间在法律职业群体中的地位。官贵民贱是国粹，“官”自以为是“官”，民习以为常。1996年修改后的《刑事诉讼法》实施的一段时期中，检察官或警官抓律师的事件时有发生。那是共和国历史上律师被抓最多的阶段，超过反“右”运动时期。极端的例子是，开庭完毕后，检察官等在法庭门口，待辩护律师出来时，随即抓捕，名曰涉嫌伪证罪。在那些检察官看来，他们抓律师是天经地义的。律师被法官斥责羞辱的事也时有发生。著名刑事辩护律师田文昌曾在法庭上被一名年轻法官教训道：你怎么连辩护的基本知识都不懂？这位口若悬河的大律师竟一时语塞，目瞪口呆。“官”与“师”的关系从中可见一斑。

法官是“官”吗？

如果问法院的普通审判员“你是官吗？”他们的回答通常是否定的。因为，一般意义上的官是指带“长”的，所以带“长”的才算是“官”。在法院系统内，审判员是不带长的，只是法院内的群众。法院院长、副院长、庭长、副庭长这些带“长”的才是“官”。检察官的情形以及检察官法的规定也是一样的。从这个角度看，官就是所谓领导或头目，甚或首长。这类“官”必须有职有权，即处于所谓领导岗位。

但法院的审判员还真是官！依照1995年制定通过的《中华人民共和国法官法》，法官是指最高人民法院、地方各级人民法院和军事法院等专门人民法院的院长、副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长、审判员和助理审判员。这里不带“长”的审判员、助理审判员也都是法官。所以，法官也是“官”！同样，检察官也是“官”。而法官、检察官这样的“官”，即使不带“长”，也被称之为“官”，因为这个职业群体执掌着某种公权力。这个官属于在国家和政府任职的意思，即国家机关工作人员。过去法官、检察官制服军事化的时期，法官、检察官多少有些与军官相似的意思。而且在当年的政治理念上，法院、检察院和军队都是专政机关，具有阶级镇压职能。在中文语境中，他们都是代表官府的，属于“官阶层”。其意已寓于“法官”、“检察官”这样的称谓中了。

但在英文中，法官、检察官、律师似乎没有这样明确的“官”“师”之分。法官在

英文中是 judge, 即评判者、判断者的意思。也有称 justice、gownsmen 的。justice 是公平、正义的意思, 也指高等法院或最高法院大法官。gownsmen 是穿长袍、法袍的人, 意指法官、大学教授等。这些词都与“官”字不大沾边。执业律师是 solicitor、barrister、attorney、lawyer 等。solicitor 指事务律师或诉状律师, barrister 指出庭律师, 也有翻译成大律师的, attorney 是执业律师或官方聘用的担任公诉职能的律师, 即检察官, 而 lawyer 是一个更为宽泛的概念, 虽然一般翻译成律师, 其实指学习法律的人, 或懂得法律的人, 包括了法官、检察官和执业律师。这些词中, 除了 justice 在指大法官时带有尊称之意外, 其他的用语都没有中文中的“官”“师”之别。

美国的律师协会(Bar Association) 是包括了执业律师、法官、检察官在内的法律人行业协会。虽然法官也有自己的协会, 但并不是与美国律协平行并立的协会, 不会形成如中国律协与法官协会之间的那种截然划分的状态。这其中自然有一些行业规则在起作用。例如, 法官基本上或主要是从执业律师中产生, 只有达到一定资历年限的执业律师才有被选任或委任为法官的资格。也有少数法官是从学者中产生的。笔者有幸被邀成为“美国刑事辩护律师协会”(National Association of Criminal Defense Lawyers, 简称 NACDL) 会员。这个协会中的成员主要是从事刑事辩护的执业律师, 还有学者、检察官和法官, 也接纳一些外国律师和法学教授, 成为带荣誉性的会员。笔者曾不解地问该协会前任主席 Alan Elise 先生: 难道检察官、法官也从事刑事辩护? 回答是: 检察官、法官曾经担任刑事辩护律师, 担任检察官、法官后仍然对刑事辩护感兴趣的, 或对刑事辩护有研究兴趣的法官、检察官都可以参加这个协会, 因为他们都是 lawyer。

可见, 在英美法律文化中, 并没有中国文化中那种强烈的“官”“师”之分的色彩。相反, 在法律从业人员中, 倒有些“官”“师”一体的意味, 即我们所说的法律职业共同体。那是一个接受同样教育, 有共同法律信仰、法治精神和正义感的职业群体。美国大学法学院属于职业教育, 评估法学院的标准由律师协会确立, 并定期进行评估, 以保证法学院的硬、软件及课程设置、师资力量等达到培养合格法律人的标准。在进入这个法律共同体之后, 必须遵循一定的职业、道德准则。在经过一定年限的执业生涯后, 有资格和机会被遴选为法官——但那不仅是对其判断力的认

同,还是对其专业素养和道德品格要求更加严格的一种选择。当人们在法庭上对法官起立并使用敬语时,不仅体现着文化中对法的崇敬,也包含着内心对司法者个人品德、学识乃至年资的由衷尊敬。司法的权威不仅来自其独立性、公正性,而且来自法官个人的素养和品格。Judge(法官)受到的尊重与中文中的那个“官”字本身没有任何必然联系,虽然我们不能否认他们实际上掌控着司法权力。

在英美法系国家和地区,司法具有权威性,法官享有很高的社会地位,独立地行使司法权。身着法袍的法官个人受到尊重,是因为法官和法院代表了法律,代表着国家行使司法权。所以,即使如2000年美国总统竞选案这样的诉讼中,败诉方也只能接受法院的裁决,虽然可能有些勉强。其实,这已不是对“官”的敬畏,而是对法律和司法的崇敬。因为戈尔自己当时就是“官”,而且还是大官。但是,他没有利用自己贵为副总统的官位,或他的支持者的激情,去挑战联邦最高法院大法官们的权威,而是选择了服从法院判决。从中多少可以看到敬畏法律、尊重法官、服从司法权威的法文化特征,而不是服从“官”、服从权力、谁官大就服从谁的“官”、“权”文化色彩。虽然翻译成中文我们使用“法官”这个术语,但掌握司法权的judge或justice绝非中文语境中的“官”。

“官”“师”之别与法律人之间的鸿沟

就我国的传统和现实而言,无论怎样宣传人人平等的观念,在现实社会和潜意识中,法官、检察官与律师都已被归属于不同的社会阶层。在行政与司法不分的封建时代,地方官员同时执掌行政与司法权,叫做“父母官”,若能公正断案还被称之为“青天大老爷”。而帮助他人打官司的人被叫做“讼师”。由于没有成熟的法制,也从来没有形成一个法律职业群体,所以讼师职业也从来没有成过气候。因此,在中国法律文化中,从来就没有法律职业共同体的概念,也没有法律人的概念,有的只是“官”“师”之分。

帝国主义列强用坚船利炮打开大清帝国的大门时,不仅带来了欧美的商品、鸦片,也用他们的政治法律制度和思想冲击着古老的中华民族的传统。另一方面,留学西洋学习科技的学子却带回了西方政治法律思想,试图改革摇摇欲坠的清王

朝。而入侵者也好为人师地要求清政府修订法律，革除严刑酷法。现代法开始在中华法系滋生、发展，现代法律教育也初发端倪。如“南东吴，北朝阳”，就是最早的培养本国法律人的学府。不过，法律人的培养，并没有在这个国家形成一个法律职业共同体。一方面当时的毕业生少，另一方面，国家始终处于战乱、内患之中。而且，优秀的毕业生大多去做官，包括司法官员和政府行政官员。因此，民国时期的修订法律，移植西方法制，发展法律教育，并没有在这个国土上建成法律职业共同体，也没有摒弃传统的“官”“师”之别。

新中国的法制历程无须本文阐述。但需要提及的是，律师职业群体是改革开放后发展起来的，成规模的不同学位层次的法律人培养也是改革开放之后兴起的，当今法官、检察官的数量和质量与改革开放前相比更是不可同日而语。而立法方面的发展，简直可以用从无到有、从有到多、从多到滥来形容。但即使在这个法制建设表面欣欣向荣的背景下，法律职业共同体并未见形成，“官”与“师”之间的鸿沟仍未弥合。

“官”“师”之分实在是法律人之间的一道鸿沟！我们使用法律人这个概念的时候，其含义多少是模糊的。学者们试图借用欧美的概念来解释中国的社会现状，例如用法律人的概念指受过法律教育的群体，或指从事法律职业的群体。法律人大致包括法官、检察官、律师和法学教授们。这当然在一定程度上揭示了这个群体的共性。但不要忘记，在中国，法律人从来就不是一个有共同信仰的职业群体。勉强用这个概念，却被现实社会中的“官”“师”之别一下子分成两半。法律人充其量只是两个被勉强黏合在一起的没有现实意义的概念。如果说法学教授们由于职业上的原因可能会超脱些，那法官、检察官与律师之间的鸿沟可是明显的。“官”对“师”的职业歧视不仅存在于潜意识中，也明明白白地表现在立法中，例如《刑事诉讼法》第三十八条、《刑法》第三百零六条的规定。本来无论什么人，不论是“官”还是“师”，帮助犯罪嫌疑人、被告人隐匿、毁灭、伪造证据，威胁、引诱证人作伪证都应当追究法律责任，但偏偏就针对“师”制定一个特别条款，把原本存在于潜意识中的鸿沟划得清清楚楚。明明白白地告诉你，“官”与“师”就不是一路人！

至于司法实践中的鸿沟，更是数不胜数。除了依照《刑法》第三百零六条抓律师外，没有任何法律依据的刁难也不少见。例如，不少地方的看守所规定，律师会

见犯罪嫌疑人、被告人时应当自带手铐,以防其逃跑,若不带手铐,则不得会见。再如,律师依照《刑事诉讼法》第九十六条及六院部委实施刑诉法规定第11条,申请会见在押的犯罪嫌疑人时,一些地方的侦查人员竟拒绝接受律师的会见申请书,因为这就可以不受在收到申请书之日起5日内安排律师会见之规定的约束。极端的例子是将律师特快专递的申请书退回。此时,这些无助的“师”无论如何也不会认为有一个法律职业共同体的存在,只会感到有理说不清!

枉谈法律人和法律职业共同体的学者们有时会忘记自己“师”的身份。他们中的少数因为某些原因被挑选做法院副院长、检察院副检察长,或挂某个职务时,成为“官”的一员。还有一些因为有些名气而给法官、检察官上上课,便与“官”之间产生了一些联系。于是他们建议不要用“审判员”、“检察员”这样的称谓,而应当用更权威性的法官、检察官取而代之,认为只有使用法官一词才能够表现出专业化和职业化程度。于是,在《宪法》《人民法院组织法》《人民检察院组织法》一直沿用审判人员、检察人员的基础上,我们有了《法官法》《检察官法》,使“员”都成了“官”。我们痛感司法的软弱,认为司法需要权威,于是建议树立法院威信和法官的威严。法槌、法袍和威严并森严着的法院大楼都有了,审判员、检察员也都变成“法官”“检察官”了,但我们企望的司法权威和司法信誉却没有出现,反而助长了衙门般的“官”气,拓宽了“官”“师”间的鸿沟。

“官”“师”间的鸿沟伤害了法律人自身

“官”“师”间的鸿沟虽然满足了“官”对“师”的骄傲,但在伤害师的职业自尊的同时,也伤害了自身,实质是对法律人的共同伤害,损害了法律职业共同体的形成。没有法律职业共同体,就没有一个完整的法律人概念。隐含着虽然有统一的法律,却没有统一的法律人,而只有分裂的、各自为政的从事着形式上的法律工作的机构而已。没有法律职业共同体,就没有维护法治的物质基础,有的只是维护和巩固自身利益的集团。

法律人应以法律为本,而不是以权力为本;以公平正义为追求,而不是以官大为目标。以权力为本会动摇对司法的信心。因为司法作为一种弱小的权力,永远无

法抗衡其他的权力。对“官”和“权力”的仰仗会伤害对法律的信仰。因为法律只有被崇敬才会得到遵守,法律本身是无法与“官”和“权力”抗衡的。只有人们认识到“公权力”可能造成的危害,才能够去崇敬可以制衡权力、制约大官的法律。所以,只有法才能管住大官,管住权力。我们只应做法律的仆人,而不能做权力的奴隶。

在“官”文化影响下的权力金字塔中,仰视权力塔尖,总是这“官”没有那“官”高,这“权”没有那“权”大。既然从事法律职业的审判、检察人员被制度性地拖入了那个官本位的怪圈,那么这个群体受到更大的官和更大的权的制约而不能独立行使其权力就是必然了。因为在更大的官眼中,司法人员的官阶总是在他们之下。如果以服从权力或服从大官为规则,那么法官、检察官所作的决定即使符合法律的规定,也无法与不符合法律规定的指示或命令相抗衡,原因是作为判断标准的不是法律而是官阶。因为法律没有尊严,所以法官也很难有尊严。如果说法官还有些尊严的话,充其量只是在小官或不掌权的“师”或民众面前,而且是在更大的官不干预的情形下。

司法人员在老百姓心目中的尊严也因为官本位文化而动摇。在“官”文化中,老百姓不会相信“司法是社会正义的最后一道防线”的教条的。在他们眼中,法律人这个职业群体是不存在的,看得到的只有“官”与“师”。谁有权,谁能决定官司的输赢,他们心中明白得很。所以打起官司需要请律师时,不问你具备什么执业经验、专业素养,而是问你有什么关系,能否搞定掌权的院长、庭长或审判长。你这个“师”是无权的,他那个“官”才是有权的。你这个“师”如果不能与决定官司胜负的“官”勾兑,那算什么好律师呢?本来司法应当是社会正义的最后一道防线,但老百姓还是要上访,要去京城“告御状”。因为他们清楚地知道,法律算不上什么,官大说了才算。况且,法院不是最大的衙门,法官也不是最大的官。

法官相互间关系也是以官职、级别为标志的。法院内不仅行政上分院长、副院长、庭长、副庭长等不同官职,而且即使是普通法官也要分不同的行政级别。在审判活动中,也充分体现官大说了算的官本位文化。例如,院长或庭长参加审判案件时,自己担任审判长。而上级法院又以长官心态不断对尚未审结甚至尚未开庭的案件发表“上级”意见,实际上形成了上下级之间的领导与被领导的关系。法官们自己也无法依法办事,因为在比自己官大的法官或上级的法官面前,自己说了不

算。

在人才培养上,国内法学院并不重视实务型法律人的培养,因而忽视对法律职业道德和伦理正义价值的培养,结果是法律教育在量的方面大大增加了,但并没有形成统一的伦理品格和职业道德。当然,其原因不仅是法学院教育出了问题。而法学院在校庆、院庆中将“官”的大小作为区别对待的标准,再次向法科学生传达了官本位的信息。优秀的法学院毕业生若都崇尚做官,那法学院就不是培养合格法律人的机构,而应当是干部学院了。

法律从业人员间的“官”“师”之分,在相互伤害中也共同被伤害着。“官”“师”之分看来不仅是称谓的区别,而且是法文化的一种反映,并且被制度化地巩固着。玩味“官”“师”二字,足以使我辈从中透视法律文化的分野、法律心理的差异,理解中国司法实践中对法律文字的理解与法律精神相悖的深层原因。



为人辩护的正义事业

贺海仁*

20 世纪 80 年代被有的人称为“干净的年代”，不仅是干净的年代，而且也似乎是“阳光灿烂”的时代。之所以如此，是因为在那个年代，人们的心灵深处流动着对美的事物无限遵从的潜流，更何况还有那诗意的想象力行走在那个时代的天空。于我，能回忆起的 80 年代的一些事情当中，有一部叫《你为谁辩护》的小说。小说大概讲的是一位律师为犯罪嫌疑人辩护的事，具体情节已经记不大清楚了，但小说的名字还记忆犹新。的确，律师，你在为谁辩护，总是一个问题。不过，仔细想来，这个问题又不是 80 年代的中国独有的问题。自从有了律师制度以来，人们对这个问题的看法就没有达成一致意见，近代以来中国如此，发展了几百年律师制度的西方也是如此。为什么呢？我们不妨先把结论放在前头，即律师既不是在为坏人辩护，也不是在为好人辩护；既不是在为穷人辩护，也不是在为富人辩护；既不是为朋友辩护，也不是在为敌人辩护。不妨说，律师的辩护事业是为了所有人的事业，即为人的事业。为人辩护的事业在性质上就是正义的事业。此外，律师自己也是人的组成部分，这种为人辩护的事业也是为律师自己辩护的事业。

一、从丹诺谈起

公元 2007 年 4 月 18 日的北京是一个风和日丽的日子。比起往年的春天，北京少了沙尘暴的袭扰，让齐放的花卉少有地显露本色。唯一令人不安的是那柳絮，漫天飘舞，无端地扰乱了行人的视线，平添了无奈的苦恼。午后时分，接到一位朋友的短信。短信上说：

* 作者为中国社会科学院法学研究所副研究员。

在这场弱者与强者的伟大战斗中,只要我的气息尚在,我将永远站在弱者一边。说这句话的是美国最伟大的律师丹诺。今天是他的生日,一百五十年了,我们应该纪念他。

丹诺的名字在中国律师界、法学界已经有了些名声,即使在文化界、哲学界也开始有人关注他。何怀宏先生的那篇题为《经由法律的正义》的文章就是写丹诺的。何怀宏在上个世纪80年代翻译了罗尔斯的《正义论》,随后写出了颇有本土资源意蕴的伦理学著作——《良心论》。一位当代中国的哲学家有机会把笔头转向18世纪美国的一位律师,多少有点令人意外。在文中,何怀宏称丹诺是一位为正义事业而斗争的“老狮子”。这头老狮子大多数的活动疆域似乎不在他的律师楼,而是在法庭上——这个既可以决定人的自由度,也可让人生让人死的地方,自古至今充满了神秘和别样的恐惧。不过,能够在现代法庭上大声发言者恐怕就是检察官和律师了。法官通常被称作“高贵的沉默者”——不便开口,而证人和被告则被限制讲话——不能开口。正是在法庭上,丹诺一次又一次地面对检察官,向法官说“我反对”,反对一切在他看来由检察官提出的不合法、不正当和错误的指控。丹诺反对了太多的东西,又需要反对太多的东西,称他为“丹反对”恐怕也不为过。

丹诺所处的时代正是美国建国以来最大的社会结构变革时期,工业革命的铁的法则以不可阻挡的趋势确立着新美国的框架。它所带来的一个后果被正在美国考察的一名外国人——托克维尔观察到并记录下来。确切地讲,托克维尔所考察的当时美国,即1831年到1832年间的美国有24个州(1878年结成联邦时只有东部13个州,后来又多了11个州),人口1300万,还处于一个具有三重待开发的领域的时期——地理上的、工业上的和民主本身的。美国人在这里定居,也由新的地方迁来,他们在阿巴拉契亚山以西,在密西西比河大河谷和大湖区周围,建立家园、建城镇、修路、开凿运河。一位并非来自最初13个殖民地的西部人——安德鲁·杰克逊担任总统。当时群众性的民主正开始取得胜利。人们谈论的总是改良和改革——对奴隶制该怎么办,教育该怎么办,对上帝和宗教该怎么办,对富人该怎么办,对妇女该怎么办,对酒类该怎么办,对监狱该怎么办。此外还要加上儿童该怎么办,因为在1831年前后还有100万儿童不能入学,他们当中许多人不得不到工厂去劳动。而关于成人的选举权,除了直至1843年才勉强承认成人选举权的罗