



司法文丛

# 司法的理念与制度

贺卫方 著



53

中国政法大学出版社

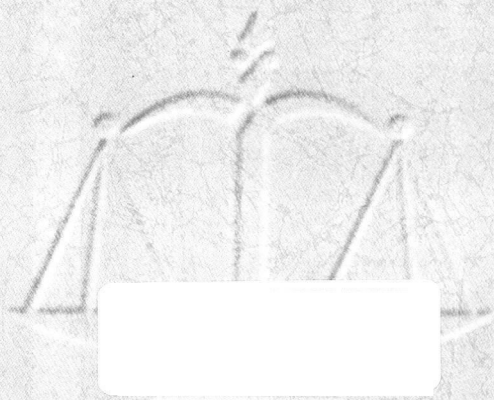


司法文丛

7916-53  
1435

# 司法的理念与制度

贺卫方 著



中国政法大学出版社

**图书在版编目 (CIP) 数据**

司法的理念与制度/贺卫方著. —北京: 中国政法大学出版社, 1998. 10  
(司法文丛)

ISBN 7-5620-1733-6

I. 司… II. 贺… III. 司法制度—文集 IV. D916-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (98) 第 30427 号

**丛书编辑** 丁小宣  
**责任编辑** 丁小宣  
**出版发行** 中国政法大学出版社  
**经 销** 全国各地新华书店  
**承 印** 国家统计局印刷厂

---

开本 850×1168 1/32 9.75 印张 字数 210 千字

1998 年 10 月第 1 版 1998 年 10 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-1733-6/D·1692

印 数:0,001-5,000 册 定 价:17.00 元

---

**社址:** 北京市海淀区西土城路 25 号

**邮编:** 100088 **电话:** 62229803 或 62228801

**声明:** 1. 本书的翻译和出版已获许可,

2. 未经本社书面同意, 不得翻印。

法律顾问: 北京地平线律师事务所律师 夏卫民

## 编辑说明与志谢

北京大学法律学系司法研究中心成立于1996年6月，是一个以司法制度为主要研究领域的学术机构。中心倡导对于司法制度进行跨学科、多角度的综合研究。在运作以及成果上强调学术研究与司法实践之间的沟通、对话以及互动，强调成果的多层次和多侧面，强调项目参与者的广泛性和多样性，力求通过中心的研究成果以及学术活动本身既推进司法研究领域的学术进展，又对于中国司法制度的改进有所贡献。

中心的基本活动模式是通过各种课题组开展对司法制度某个特定方面的专题研究，不定期地举办讨论会和报告会，推进相关领域的国际国内学术交流。这套“司法文丛”则是展现中心研究成果以及国内外司法制度研究成果的主要窗口。

“司法文丛”是一个开放的和持续性的园地，举凡国内法律界的研究专著和文集、外国著作的汉译、有关司法改革的调查报告和原始资料等等，只要符合中心的学术旨趣和成果标准，均在采撷收入之列，入选作者并不以参与中心项目者为限。因此，我们欢迎来自海内外学术界与司法界的关注与参

与。

我们研究中心的活动与“司法文丛”的出版均得到了福特基金会（Ford Foundation）的宝贵资助，得到了北京大学法律学系的热情支持，我们谨向上述两机构以及所有给予我们支持与关心的人士致以衷心的感谢。同时，我们也向中国政法大学出版社表示感谢，为着该社在学术著作的出版方面表现出的热心与恒心。

编辑者

1998年9月

## 自序

从前，在我国法学界的惯常研究领域里，似乎并不存在严格意义上的司法研究。谈起司法制度，不外乎是诉讼法学界从案件审理“流程”角度对内部规范的研究，以及宪法学家们从国家权力的安排方面所作的层次更高但线条也更粗疏的研究。然而，对于涉及合理的司法制度建构的一些基本问题，例如法院与行政以及立法机关之间除了业务分工上的分别之外，在行使权力方式、机构内部管理模式、相关官员的选任标准等方面是否应当有所区别，该有怎样的区别，人们却不甚了了。至于支撑和滋养各种具体制度的观念形态的缺乏关注更是不消说的了。虽然我们不能将国家制度建设方面的粗枝大叶笼统地归咎于学术研究的这种“贫困”状况，但是说两者之间存在着一种相辅相成的互动关系却大抵不差。

造成这种状况的原因是多方面的。社会长期的动荡造成社会与学术两方面的不稳定，传统学术研究重视大道理、忽视“小”制度的倾向，夸大所谓社会性质的作用，性质好则制度无关紧要的主流思维，以及在制度建设方面长期以来按意识形态划界的“唯成份论”，等等，都是不容忽视的。然而，在我看来，另一个重要的原因是，我们可能忽略了制度其实也是知识，制度建设实际上是一种知识的累积过程，制度发育程度的差异往往是操作制度的人们的知识差异的反映。具体到司法制

度而言，我们引入了现代型的制度框架，然而，框架内外的人们却是一味地依照旧有的知识去理解和运作它们，于是便发生种种凿枘不投的情形。引入新制本是为了抑制旧制的弊端，但新制无从良好地运作，旧有的秩序却已遭破坏，结果是新旧两方面的弊端一股脑地涌现出来，规则日多而秩序日少的状况乃是必然的。

在今天的中国，强调制度的知识维度有其特殊的意义。过去由于新制度的倡导者常常只重视价值层面上的“宏大叙事”，将复杂的制度建构化约为一些有益于唤起人们的热情或敌视的口号，在一定程度上人为地加剧了意识形态式的冲突和变革的难度。例如，在口号意义上，“司法独立”对有些人是极其美好的，值得以抛头颅、洒热血为代价去获取；对另一些人则是极度可怕的，不惜以反右派、关牢狱的方法来压制。但是，当人们理性地分析古往今来的司法独立理论与实际，便会发现，司法之所以应当独立，是因为就设置司法的初衷以及司法运作的内在逻辑而言，独立更有助于法院完成其解纷止争的使命。司法独立并不存在理想状态，它的实现也要付出相应的代价。理想主义者往往会在胜利之后迎来失望，而压制独立者则会发现独立的司法消失的同时，社会的秩序也消失了。

我既非诉讼法专家，也不是宪法或法院组织法专家，但是，自己对司法制度的兴趣却是在刚刚开始进入法律学术门径时就有的。1984年，平生第一次公开发表学术论文时，主题就是英国的陪审制度。收入本书的这些长短不一的文章只能算是习作，不过却是我力图按上述观念分析司法问题的产物。书中的论文最早的一篇发表于1990年，其他都是过去三年间的作品。编辑的过程中，忽然发现自己非常低产，如果只收寥寥几篇论文，书会显得很单薄，于是将今年以来发表的一些与本

书主题有关的报章文字也收了进来，作为附录，以充篇幅。不过，我该说，其实自己是很看重这些“散淡”文字的。在本书中，这些小篇什可以充当前面论文的注释——一些论文中无法展开的零星想法在短篇文字里反而可以较畅快地表达。这里大约也有文体方面的原因吧。

贺卫方

1998年9月 燕北园



# 目 录

自序	(1)
通过司法实现社会正义	(1)
对中国法官现状的一个透视	
对抗制与中国法官	(85)
论司法的非行政化和非官僚化	(103)
司法改革中的上下级法院关系	(129)
关于审判委员会的几点评论	(139)
关于司法改革的对话	(152)
中国古典司法判决的风格与精神	(188)
以宋代为基本依据兼与英国比较	
培养高素质的法律家	(218)
日本司法研修所访问记	
附：“司法琐话”十九则	(233)
司法公正需要合理的制度环境	(233)
复转军人进法院	(237)
大盖帽的意义	(241)
全能型衙门：传统及其影响	(244)

---

柯克的故事·····	(247)
法院的位置·····	(250)
高侬诉林冲·····	(253)
法律诉讼与足球比赛·····	(256)
执行难·····	(259)
又见执行难·····	(262)
法官与大众传媒·····	(265)
传媒与司法二题·····	(268)
对电视直播庭审过程的异议·····	(272)
名人的名誉权官司·····	(279)
善待官员·····	(282)
诉讼费问题·····	(285)
恶霸现象·····	(288)
刑讯逼供为哪般·····	(291)
二十年法制建设的美与不足·····	(294)
志谢·····	(300)

# 通过司法实现社会正义\*

## ——对中国法官现状的一个透视

一次不公的〔司法〕判断比多次不平的举动为祸尤烈。因为这些不平的举动不过弄脏了水流，而不公的判断则把水源败坏了。

——弗·培根〔1〕

明智的人对病下药，而不是对病名下药；改革针对的是弊端的长久起因，而不是起因藉以起作用的临时机关及赖以出现的一种模式。否则，你将是历史中的聪明人和实际中的傻瓜。

——埃·伯克〔2〕

---

\* 原载夏勇（主编），《走向权利的时代》，中国政法大学出版社1995年版，第209-284页。作者在调查过程中，承蒙山东、河南、广东、辽宁、吉林、宁夏等省区司法界许多人士的支持和帮助，谨致谢意。

〔1〕 培根（Francis Bacon），“论司法”，载《培根论说文集》，水天同译，商务印书馆1983年版，第193页。

〔2〕 伯克（Edmund Burke），《法国大革命反思录》（*Reflections on the Revolution in France*），World's Classics, 1950，第156页。转引自雷·威廉斯，《文化与社会》，吴松江、张文定译，北京大学出版社1991年版，第34页。

## 引 言

### (一) 法官与民权保护

在社会理论的各派学说中，对于法制在一个所谓“现代社会”中所能够或应该起到怎样的作用，人们的意见并不一致。马克思主义所设想的最为合理和美好的社会是一种不存在法律的社会；在那里，人的道德水准已获得根本性的升华，生产关系领域中的所有矛盾都得到了解决，一切“人对人的剥削”均告完结，因而，法律与国家得以存在的基础已不复存在，其消亡亦势属必然。马克斯·韦伯的学说与之不同。根据对人性的不同假定，韦伯的现代合理的统治类型乃是法理型，是法律与规则的统治，是所谓“法律形式主义”。规则为理性的人所适用，同时适用于理性的人。由于规则的中心地位，对于这些规则加以解释和适用的人即法律专家（legal notables）也就担负了一种核心的功能。在韦伯看来，只有近代西方社会才出现了这样一批法律专家，并进而出现了由这些专家所予以明确塑造的高度发达的和合乎理性的法律制度，而这种法律制度的存在乃是资本主义发生和发展的必要条件。<sup>〔3〕</sup>

〔3〕 参看莱因斯坦（M. Rheinstein）编，《马克斯·韦伯论经济与社会中的法律》（*Max Weber on Law in Economy and Society*），哈佛大学出版社1966年版，第304—5页。对于司法专业化得以产生和社会历史条件的精要论述，见苏力，“法律活动专门化的法律社会学思考”，《中国社会科学》，1994年第6期，第117—31页。

在韦伯所称的法律专家中，法官当然是其中重要的组成部分。法官的角色，在早期乃至某些近代型社会中，既是司法者，也是法律规则的实际制定者，或曰法律的宣示者（*oracles of law*，如布莱克斯通所称的那样）。于是，法院成了解释和界定法律规则并把这种规则适用于社会生活之中的中心机构，成为德沃金的“法律的帝国”的首都，法官正是帝国的王公大臣。<sup>〔4〕</sup> 他的价值倾向、行为方式等等对于法律的任务——在现代社会中，法律任务的核心内容便是社会正义<sup>〔5〕</sup>的实现——的完成至关重要。正是在这个意义上，罗尔斯才说“不正义的行为之一就是法官及其他有权者没有运用恰当的规则或者不能正确地解释规则。”<sup>〔6〕</sup> 没运用或不能解释，这样的法官所进行的司法就可能对民权的保障产生负面影响，甚至本来应当对于民权提供保护的司法反过来侵害民权，因为不公正的立法固然是一种弊害，但是，在未经最终适用于具体个案的处理之前，那弊害还只是潜在的，或者只是表现在一种符号意义上的；而一个以追求社会正义为存在基础的合理的司法官僚阶层却可以将立法上的弊害降至可能的最低限度。相反的情况当然

〔4〕 德沃金（Ronald Dworkin），《法律的帝国》（*Law's Empire*），哈佛大学出版社下属贝尔纳普出版社，1986年版，第407页。

〔5〕 哈耶克（F. A. von Hayek）在他的著作《不幸的观念》中，曾专门对“社会正义”（*social justice*）这一术语提出过质疑，他认为这是一个毫无意义的表述。不过，在我们看来，虽然这个术语有其缺陷，但是它还是更着力强调在个人权利与国家权力（乃至一切公权力）之间的平衡，并在这种平衡的动态性的维护中既对公权力的肆意予以扼制，又对来自个人权利的滥用倾向加以限制。当然，“社会正义”这一概念最基本的内容还是民权的保护，在国家权力不断扩张的今天，强调这一点尤为必要。

〔6〕 罗尔斯（John Rawls），《正义论》（*A Theory of Justice*），何怀宏、何包钢、廖申白译，中国社会科学出版社，1988年版，第225页。

也是不言而喻的：良好的立法由于不公正的适用而造成压迫和暴虐，如我们的民谚所说，“歪嘴和尚念坏了经”。

另一方面，即使在一个以公正的司法相倡导的社会中，法官也绝非像理想类型里所设计的现代官僚集团那般纯粹；这个集团能否恰当地解释规则，能否公正地适用法律要受到多种因素的制约。例如，它是不是一种构成合理的集团，它的社会化倾向与程度，它所居于其中的社会的历史文化传统，它与政治之间的关系等因素以及所有这些因素相互作用的过程与结果等等。假如对所有这些情形没有相当真切的把握和深入的研究，那么，合理的司法制度的构筑便不免是盲目的，通过司法实现社会正义、完成对公民权利的妥贴保护也是难以指望的。

法官问题以及司法制度当然可以使用多种方法、利用不同角度进行研究。在这里，我们使用的是社会学方法，即尽最大可能全面搜集与法官和司法相关的数据、报章文字以及司法界的语言等素材，并结合实地调查中获得的各种访谈材料，力求展示研究对象的真实面貌，在此基础上，对照理论假说进行分析，对于发现的问题及其起因予以解剖，最终的目标是为我国法官制度和司法制度提供改革可资借鉴的思路和建议。

## （二）理论假设

社会学的调查和研究一向以客观真实为准则。这样的追求当然是无可非议的。不过，任何一项具体的研究工作都不可能有一种价值无涉的王国（value-free kingdom）中进行。社会学研究的对象并非抽象的人类社会，而是活生生的、具体的人所组成的群体。同时，研究者本身也是这类活的群体中的分子，也是社会行为者，他要面临着事实与价值之间的对立；类型化的描述常常会歪曲社会现象的本来面目。在这里，判断与武断

之间并不是泾渭分明，理解与曲解或许只是五十步与一百步之不同。无论怎样审慎与客观的追求都难以避免认识主体的价值观念投射到研究对象之上，从而导致研究过程与结果的个别化。

在这种情况下，与其压抑或虚假地掩饰主体的价值观念，不如坦率地表明研究者的理论假设和价值倾向。这样做，一方面可以通过观察活动自觉地修正那些与社会事实不符合的假定，另一方面，不同研究者之间在价值追求上的差异可以通过公开的表达和坦率的对话而得到交流和互补，从而有利于研究品质的提高，并最终有益于学术的目的——人类生活状况的改善——的实现。

通过研读有关司法和法治的一些重要著作，并参考当今不同类型国家法治建设的经验教训，在本课题的研究方面，我们提出下面一些理论假设。

#### 司法独立问题

在现代西方社会，司法独立原则是一项宪法性规范，已得到社会各阶层的普遍认同。这一原则的发生背景与运作环境表现出相当的独特性，它与西方社会的特定结构和法治传统有着密切的联系。伯尔曼在概括西方法律传统的特征时，提出了西方自 12、13 世纪起便开始形成了法律本身的自治，法律与政治、道德等相分离。“法律的历史性与法律具有高于政治权威的至高性这一概念相联系。……自 12 世纪起，所有西方国家，甚至在君主专制制度下，在某些重要方面，法律高于政治这种

思想一直被广泛讲述和经常得到承认。”〔7〕

但是，司法独立也有其相对性和复杂性。在任何社会中，司法与政治以及其他社会现象之间都存在着一种互动关系。司法独立当然不意味着司法超然于社会力量的影响。“重要的在于，为司法独立提供坚实的制度环境的同时，应力图使司法阶层成为一个足以向政治社会施加反影响的集团。同质一体将确保它的团结，而良好的职业道德以及对社会流俗的适度超越将更强化它的决定的权威与效力。与社会之间形成这样正常的互动关系，司法才能够成为社会关系的有力调整者和社会发展的有力推进者。”〔8〕因此，在表层上，司法独立是一种制度设计，而在更深的层次上，实在不过是一种力量对比所引出的后果而已。社会结构的变更，尤其是市民社会的兴起以及国家与社会的分离导致了具有独立价值追求的司法阶层的崛起和不假外物的独立司法制度的形成。而独立的司法是离不开一个高素质和有力量司法群体的；这是抗衡其他社会力量影响的前提条件，否则，所谓独立云云充其量只是舞台上的道具，看起来煞有介事，在实际生活中却兑不了现。

---

〔7〕 伯尔曼 (Harold J. Berman)，《法律与革命——西方法律传统的形成》(Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition)，贺卫方、高鸿钧、张志铭、夏勇译，中国大百科全书出版社 1993 年版，第 11 页。在当代美国法社会学的伯克利学派看来，压制型法律的突出特征便是法律与政治紧密结合，与之相区别的自治型法律，即法治，却强调法律与政治的分离。“法治诞生于法律机构取得足够独立的权威以对政府权力的行使进行规范约束的时候。”见诺内特 (P. Nonet) 和塞尔兹尼克 (P. Selznick)，《转变中的法律与社会：迈向回应型法》(Law and Society in Transition: Toward Responsive Law)，张志铭译，中国政法大学出版社 1994 年版，第 59 页，并参观全书有关各处。

〔8〕 慕槐，“对法官施加影响”，《法学研究》，1994 年第 3 期，第 72 页。



在角色的定位方面，我们倾向于认为司法阶层以及法院应当成为居于政府与民众之间的中立的仲裁人，而不是传统类型的官员集团和官方部门。虽然这种见解与我们的传统观念格格不入，〔9〕但是，在法治社会中，之所以将司法独立定位为一种宪法原则，正是因为司法既要调整社会关系，维护生活秩序，又必须能够有效地抑制和制裁发生于官方机构的违法行为。司法决定的执行固然有国家的强制力作为后盾，但这种强制力不只是针对一般公民，同样也针对官方组织与其他团体。在我国，这一点已经由于行政诉讼法的制定和生效而得到普遍认同。

#### 法官群体的结构与素质

既然法律与司法的独立最根本的源泉在于其自身的力量，我们就应考察这自身的力量缘何而来。法治社会成功的经验表明，法律家集团的力量来自于它内在的统一和内部的团结，而统一与团结并不是因为组成这个共同体的成员出身的一致，而是由于知识背景、训练方法以及职业利益的一致。这就涉及到法官的选任制度、教育和培训的内容和方法、论证自身行为合理性的独特方式、成员之间的认同程度、职业地位和荣誉

---

〔9〕 我们传统社会中，最为缺乏的便是政府权力向民间让渡的实践，如严复所谓：“中国之言政也，寸权尺柄，皆属官家。”《社会通论·按语》，见王栻编，《严复集》，中华书局1986年版，第四册，第930页。这种凡权皆属官家的政治传统严重压抑了分权思想在中国的发育，也未尝不是市民社会不能形成的重要原因。