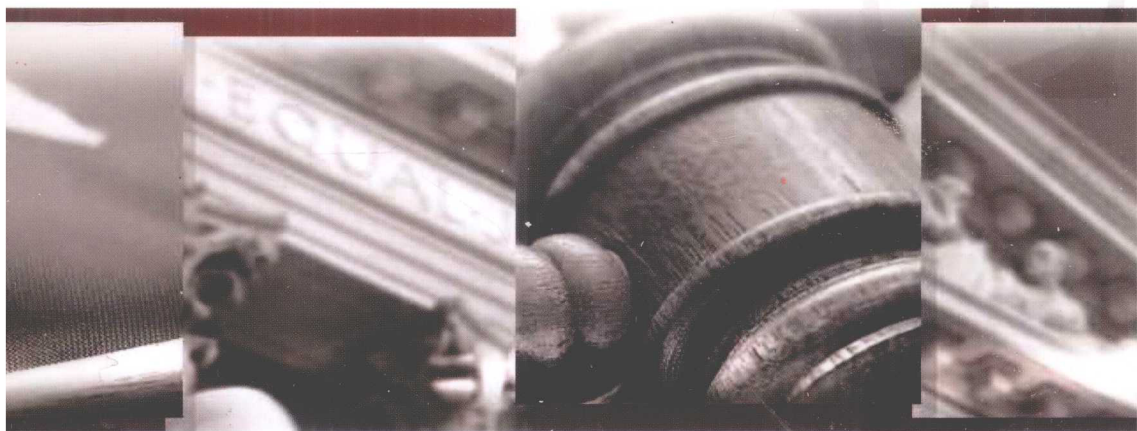


# 法律文化

Legal and Cultural

## 司法文化的述说

总主编：沈德咏 副总主编：景汉朝 周泽民  
本辑主编：倪寿明 张国香



惟书有福 惟读最乐 江必新  
含蓄的辐射 能动的司法 蒋惠岭  
公平审判与言论自由之间的平衡 何帆  
透过《聊斋》看司法：冤狱是怎样“炼”成的 张建伟  
人民司法史话：“吴前科”这个人真坏 何兵  
平凡律师生涯造就伟大总统 许身健  
司法正义的思索 崔永东  
法律是从土地中长出来的规则 黄鸣鹤

第 1 辑

法律出版社

# 法律文化

Legal and Cultural

## 司法文化的述说

总主编：沈德咏

副总主编：景汉朝 周泽民

本辑主编：倪寿明 张国香

第 1 辑

---

法律出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

法律文化. 第1辑 / 沈德咏主编. —北京: 法律出版社, 2011. 6

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2129 - 4

I. ①法… II. ①沈… III. ①法律—文化—文集  
IV. ①D909 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 089275 号

法律文化(第1辑)  
沈德咏 主编

编辑统筹 大众出版分社  
策划编辑 韦钦平  
责任编辑 柯 恒  
编辑助理 李海艳  
装帧设计 贾丹丹

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社  
总发行 中国法律图书有限公司  
经销 新华书店  
印刷 北京北苑印刷有限责任公司  
责任印制 沙 磊

开本 720 毫米×960 毫米 1/16  
印张 17.25  
字数 308 千  
版本 2011 年 8 月第 1 版  
印次 2011 年 8 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2129 - 4

定价:¥38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

# 法律文化

(连续出版物)

---

## 编辑委员会

总 主 编 沈德咏 (最高人民法院常务副院长)

副总主编 景汉朝 (最高人民法院副院长)

周泽民 (最高人民法院政治部主任)

委 员 (以姓氏笔画为序)

于厚森 孙佑海 李岩峰 赵 翔

胡立新 倪寿明 黄 闽 董文濮

---

## 编辑部

主 编 倪寿明 张国香

编 辑 辛九慧 李文广 李绍华 高 领

# 序 言

最高人民法院院长 王胜俊

法律是人类文明发展的产物,是人类文化的重要组成部分。法律文化是培育法治理念、引导法治行为的重要载体,是由法律意识形态及其与之相适应的法律规范、法律制度和法律设施等构成的观念、态度、评价和信仰。具体到我国,法律文化就是绵延数千年的中华民族传统文化,在法这种社会文化现象上的反映和折射,是中华民族在长期的法律实践活动中所积累起来的经验、智慧和知识,是人们从事各种法律活动的思想观念、行为模式、传统和习惯。文化的力量无形而有质,历久而弥新,能在潜移默化中起到教育、熏陶、引导、规范、凝聚、激励人们社会行为的作用。大力加强法律文化的研究、教育、传播,对于熔铸法律人的品格、陶冶法律人的情操、塑造法律人的精神,全面提升法律人的整体素质,具有重大而深远的意义。

我国法律文化建设是中国特色社会主义文化建设的重要组成部分。当今世界正处于大发展、大变革、大调整时期,我国改革开放和社会主义现代化建设进入新的关键时期,世情、国情、党情都发生了新的发展与变化。随着改革进入攻坚阶段,更多的深层次社会矛盾和问题被触及,许多重要的利益关系被调整;人们的利益诉求多样,表达方式也呈现许多新特点;法律作为社会行为基本规范的作用越来越突出,依法治国的任务越来越繁重,法律人的责任越来越重大。特别是中国特色社会主义法律体系形成后,司法工作面临许多新情况新问题,法律人需要承担起新的历史使命,更加迫切地需要健康繁荣的法律文化提供情感凝聚和智力支持。新形势与新任务对法律文化的建设与发展工作提出了新的更高的要求。我们期待广大法律文化工作者进一步增强责任感、使命感,积极发挥法律文化养心怡情、践行育人的作用,大力加强法律文化的研究、教育、传播。要在研究前人积累的法律文化成果的基础上,扬弃旧义、创立新知、大力传播,在全社会进一步强化社会主义法治精神、社会公平正义观念,营造崇尚法治、尊崇法律的浓厚氛围。要大力弘扬公正、廉洁、

为民的司法核心价值观,培养规范文明、积极向上的法律人的品格和形象。要将广大法律工作者在学习实践社会主义法治理念和建设中国特色社会主义司法制度的伟大进程中形成的思想、观点和理论,固化为法律工作的基本理念。要在“党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上”思想指引下,努力践行司法为民宗旨,把人民司法工作的理念、情感模式、关爱理解、温暖体恤融入到司法过程中,活化为每一个判决、每一次调解,切实维护司法公正、高效、权威,实现法律效果与社会效果有机统一。

各级人民法院是推进法律文化研究、教育、传播的重要力量。近年来,各级人民法院深入开展社会主义法治理念大学习、大讨论,目的就是要通过先进文化的浸润,形成法官的观念、知识、信仰、规范、价值等思想和情感模式,塑造法官的行为构成。最高人民法院还专门制定了《关于进一步加强人民法院文化建设的意见》,要求坚持以人为本,尊重干警的主体地位,用科学理论引导人、先进文化熏陶人、高尚精神鼓舞人,促进干警全面发展。总体来看,具有中国特色的社会主义法律文化建设正呈现出欣欣向荣、蓬勃发展的可喜局面。我们深知,法律文化的建设是一个动态的过程,法律文化的内涵也在不断丰富和发展。我们将以更加高度的文化自觉和文化自信,着眼于提高广大法律工作者的素质和塑造高尚的人格,以更大的力度推进社会主义法律文化建设。我们将坚持传承与创新,在学习实践社会主义法治理念和建设中国特色社会主义司法制度的伟大进程中进行文化创造,为实现人民司法工作的科学发展而不懈奋斗。

《人民法院报》作为法律文化的重要传播载体,自2010年1月起,通过创办法律文化周刊等,以丰富多彩的文化形式,揭示法律的真谛,提升法律人的审美境界,为新形势下改善法律状况、提高法律人的素养,做了有益尝试。现在,法律出版社决定将其中的精品文章结集出版,并陆续出版以法律文化为主题的连续出版物,是一项卓有见识的举措。此举必将为推动我国法律文化的发展起到重要的促进作用,也必将为更好地传承中华民族优秀法律文化,借鉴人类精神文明成果提供更加重要的平台。

是为序。

## 目 录

|                          |        |
|--------------------------|--------|
| 文化启思                     | 1      |
| ◆ 以司法为视角,看腐败缘何发生,怎样遏制    | 张建伟 3  |
| ◆ 透过《聊斋》看司法:冤狱是怎样“炼”成的   | 张建伟 9  |
| ◆ 透过《聊斋》看司法之二:阴曹地府里的无法无天 | 张建伟 15 |
| ◆ 公平审判与言论自由之间的平衡         |        |
| ——美国如何限制法庭外言论            | 何 帆 21 |
| ◆ 由美国法官惩戒案引发的职业伦理思考      |        |
| ——美国近年来处理法官违法违纪案件述评      | 李贤华 26 |
| ◆ 由美国法官惩戒案引发的职业伦理思考      |        |
| ——不可或缺的法官自律              | 王梓臣 30 |
| ◆ 由美国法官惩戒案引发的职业伦理思考      |        |
| ——职业道德——法官的第二道“法门”       | 郭敬波 32 |
| ◆ 由美国法官惩戒案引发的职业伦理思考      |        |
| ——美国法官双重职业伦理的启示          | 徐 斌 34 |
| ◆ 人民司法史话:“吴前科”这个人真坏      | 何 兵 36 |
| 影视评论                     | 39     |
| ◆ 小说影视剧在法律文化传播中的魔力       | 张建伟 41 |
| ◆ 不要小看法庭剧的文化传播力          | 何 帆 45 |
| ◆ 中国法律电影十年反思             |        |
| ——十年一觉“进城梦”              | 车 浩 48 |
| ◆ 司法的界限与力量               | 闫振东 52 |
| ◆ 法律与良心                  | 田兆余 54 |

|                                     |     |     |
|-------------------------------------|-----|-----|
| ◆ 魂断蓝桥 错不在法律                        | 李 文 | 56  |
| ◆ 从《十二怒汉》看裁判环境                      | 李 文 | 58  |
| ◆ 和谐语境下的纠纷解决机制建设<br>——再谈《秋菊打官司》     | 闫振东 | 61  |
| 读书笔记                                |     | 63  |
| ◆ 惟书有福 惟读最乐<br>——我的读书感悟             | 江必新 | 65  |
| ◆ 书话:贞观政要                           | 何 兵 | 68  |
| ◆ 公正的细节                             | 李昌盛 | 71  |
| ◆ 平凡律师生涯造就伟大总统                      | 许身健 | 74  |
| ◆ 无辜者缘何做出有罪自白                       | 游 伟 | 77  |
| ◆ 还原审判真实的一面<br>——读《审判的历史:从苏格拉底到辛普森》 | 滑 璇 | 80  |
| ◆ 新英格兰的力量<br>——读《论美国的民主》            | 李尚节 | 83  |
| 法律与文学                               |     | 87  |
| ◆ 文学贯注着对法律事务的深入反思<br>——李敬泽谈文学与法律的关系 | 李敬泽 | 89  |
| ◆ 文学,法律人人文素养的源泉                     | 张建伟 | 93  |
| ◆ 一位文学巨匠与法律的碰撞                      | 黄鸣鹤 | 98  |
| ◆ 法律与文学                             | 刘仁文 | 100 |
| ◆ 让文学走进法官                           | 傅德岷 | 103 |
| ◆ “张飞审瓜”审的是什么                       | 邹 媛 | 107 |
| ◆ 古代法律文化中的和谐理念                      | 祁云奎 | 109 |
| ◆ 需要致敬的纠纷                           | 李 文 | 112 |
| ◆ 夏洛克的契约情结                          | 孙文恺 | 115 |
| ◆ 威尼斯城里的仁慈法律                        | 李 文 | 118 |

|                                                         |         |
|---------------------------------------------------------|---------|
| 司法文化                                                    | 121     |
| ◆ 含蓄的辐射 能动的司法                                           | 蒋惠岭 123 |
| ◆ 自然时差的启示                                               | 蒋惠岭 125 |
| ◆ 存疑,应有利于被告人                                            | 邹 媛 127 |
| ◆ 虚假口供的形成机理                                             | 李昌盛 129 |
| ◆ 刑讯逼供和法治的代价                                            | 李昌盛 132 |
| ◆ 认罪不仅仅意味着悔过                                            | 李昌盛 135 |
| ◆ 从《折狱龟鉴》看赡养案的调解                                        | 包忠荣 138 |
| ◆ 从“君子三变”看法官形象                                          | 闫志开 140 |
| ◆ 蒙眼闭目的正义女神                                             | 李少葵 144 |
| ◆ 司法正义的思索                                               | 崔永东 146 |
| ◆ 法律的天问                                                 | 李少葵 148 |
| ◆ 法理和情理之间                                               | 胡春明 150 |
| ◆ 文化与审判                                                 | 李昌盛 152 |
| 法院文化                                                    | 155     |
| ◆ 加强法院文化建设 弘扬司法核心价值观<br>——最高人民法院政治部主任周泽民就法院<br>文化建设答记者问 | 157     |
| ◆ 法院文化 司法的精神家园                                          | 张建伟 162 |
| ◆ 法院文化建设的“三重门”                                          | 王梓臣 168 |
| ◆ 上海闸北法院艺术节印象                                           | 张国香 170 |
| ◆ 润泽司法精神的一泓活水                                           | 张建伟 174 |
| ◆ 司法与艺术                                                 | 孟 强 177 |
| ◆ 司法的卡通形象                                               | 张建伟 180 |
| 法人茶语                                                    | 185     |
| ◆ 要惩罚也要宽容                                               | 刘仁文 187 |
| ◆ 法律与人情的故事                                              | 林学飞 189 |
| ◆ 法学与哲学                                                 | 刘连泰 191 |

|                      |         |     |
|----------------------|---------|-----|
| ◆ “规矩”与“方圆”          | 郭敬波     | 193 |
| ◆ 从两宗公案审察那些被选择的历史    | 李 文     | 195 |
| ◆ 法律是从土地中长出来的规则      | 黄鸣鹤     | 197 |
| ◆ 税收与宪政              | 徐爱国     | 199 |
| 品格与正义                |         | 203 |
| ◆ 健全的司法人格和健康的法官心态    | 张建伟     | 205 |
| ◆ 隔离与黏合              |         |     |
| ——文化传承下的法官品格         | 张光宏 郭敬波 | 210 |
| ◆ 永远别让你的技巧胜过你的品德     | 刘元元     | 212 |
| ◆ 说理的法官与法官的良知        | 张海荣     | 214 |
| ◆ 法律与悲悯之心            | 欧海鸥     | 217 |
| ◆ 判决书写作风格与法官品格       |         |     |
| ——香港前高等法院上诉庭大法官      |         |     |
| 廖子明印象                | 杜豫苏     | 219 |
| ◆ 法官的个性              | 彭志新     | 222 |
| ◆ 司法良知与司法公正的保障       | 柯 岚 景振宇 | 224 |
| 法文化解读                |         | 227 |
| ◆ 能动司法的中国诠释和文化解读     | 张建伟     | 229 |
| ◆ 《孝经》写入判决书的法文化解读    | 张建伟     | 235 |
| ◆ “平民法官”陈燕萍及其法治意义    | 张国香     | 239 |
| ◆ 权力伦理、司法功能与中国式的法官标准 | 田飞龙     | 244 |
| ◆ 陈燕萍经验的法律文化解读       | 付 磊     | 248 |
| ◆ 从“陈燕萍工作法”看法律文化的传承  |         |     |
|                      | 秦瑞林 王周岐 | 251 |
| ◆ 民事诉讼帷幕下的道德舞台       | 魏 玮     | 253 |
| ◆ 梅汝璈眼中的东京审判         | 张建伟     | 256 |
| ◆ 美国联邦最高法院庭审直播之争     | 何 帆     | 261 |
| ◆ 关闭一道门 打开一扇窗        | 蒋惠岭     | 266 |

## 文化启思

- ◆ 以司法为视角,看腐败缘何发生,怎样遏制
- ◆ 透过《聊斋》看司法:冤狱是怎样“炼”成的
- ◆ 透过《聊斋》看司法之二:阴曹地府里的无法无天
- ◆ 公平审判与言论自由之间的平衡
  - 美国如何限制法庭外言论
- ◆ 由美国法官惩戒案引发的职业伦理思考
  - 美国近年来处理法官违法违纪案件述评
- ◆ 由美国法官惩戒案引发的职业伦理思考
  - 不可或缺的法官自律
- ◆ 由美国法官惩戒案引发的职业伦理思考
  - 职业道德——法官的第二道“法门”
- ◆ 由美国法官惩戒案引发的职业伦理思考
  - 美国法官双重职业伦理的启示
- ◆ 人民司法史话:“吴前科”这个人真坏



## 以司法为视角,看腐败缘何发生,怎样遏制

张建伟

1921年5月3日,首席法官罗伯特·哈顿爵士在上议院宣告了对弗兰西斯·培根的判决,也几乎同时宣告了英国司法腐败的终结。1940年,莫里斯·谢尔顿·阿莫斯爵士曾意味深长地说:“英国刑事司法因各界民众对英国法官的完美无瑕——他们完全不受来自官方的压力和腐败的影响——深予信赖而得到广泛拥护和尊重。自从伟大的大法官培根爵士(1561年至1625年)因受贿被免职、罚款和拘禁以来,据信再也没有法官犯这样的罪行了。”这的确是令人羡慕的前景,人们一定好奇何以英国的法官能够做到这一点。直到现在,在不少国家,司法腐败仍未能祛除,有的甚至颇为严重,权力腐败究竟为何产生,以及如何遏制,是需要细探的。我在这里无意对英国司法廉洁的原因进行一番追寻,只一般性地探讨司法腐败的原因和对策。

### 解破腐败原因的两个公式

阿克顿爵士曾言:权力产生腐败,绝对权力绝对产生腐败。这话十分有名,流传甚广,可惜言之过简,权力腐败究竟何以形成,还需要进行深究。

美国学者克利特加德在谈到腐败行为产生的动机和条件时提出两个公式:

其一,腐败动机 = 贿赂 - 道德损失 - [(被发现和制裁的机会) × (所受处罚)] > 薪金 + 廉洁的道德的满足感。这个公式表明,当贿赂所得减去从事该行为所承受的道德损失和法律风险后仍大于其工资收入和廉洁带来的道德满足之时,官员就会产生从事腐败行为的动机。

其二,腐败条件 = 垄断权 + 自由处理权 - 责任制。这就是说,当官员享有垄断权和自由处理权而又无须承担必要的责任时,他就具备了从事腐败行为的条件。

这两个公式为我们解破司法腐败存在的原因提供了工具。

导致权力腐败的一个重要因素是对利益的寻求,美国学者加里·沃塞曼说过:“人们一般不是为权力本身才去谋求权力的。他们要权是为了权能给他们带来的

其他价值——名誉、财富,甚至情感。权力就像金钱一样,是达到其他目的的手段。大多数人要钱是为了钱能购买的东西,如财产、声望或安全。正如有些人比别人更孜孜不倦地要钱一样,有些人比别人更想要权。当然,权力就像金钱一样,并不是谁想要就能得到的。”人的利己性为腐败的大面积发作提供了基础,林毅夫指出,就一般意义上的人性而言,“个人并不一定是利己的;然而,只有在他的利他主义的报酬超过他作为利他主义者的费用时他才利他”。权力是能够换取金钱和其他利益的,更高的职位意味着更多的金钱或者其他利益,所以许多人对于权力的心态,就表现为汲汲以求。

当执掌权力的人不能通过自己的正当收入得到满足时,腐败的动机就产生了。一般权力腐败如此,司法腐败也是如此。

### 劣币驱除良币的腐败效应

司法腐败有时是历史上的特定时期的风气。在一些国家,法官职位曾一度变为牟利的工具,卡尔顿·海耶斯在《近代欧洲史》一书中曾言:在18世纪的法国,法官被称为“着礼服的贵族”(Noblesse de La Robe),法官大多出身中产阶级,他们的职位是花钱买来的。据说当时出身中产阶级的法官有5万人之多。他们因买得法官职位而成为低级的贵族,可以得到各种荣誉并免交各种捐税。这些法官身穿一套礼服,有专人服侍,往往令他们的邻居们羡慕不已。法官职位一旦买到手,意味着名利双收。出庭费和罚款都给予法官;狡猾的法官通过办理案件获取利益,他们绝不会放弃每一个牟利的机会。当时的司法状况是贿赂公行,“凡胜诉的人,都是送了许多礼物或金钱给予法官的。公道不彰,莫此为甚”。

如今,这种贿赂公行的现象是见不到了,但在国家权力部门,腐败仍然有着自己的小气候。当一个权力系统中某一个人出现腐败行为而没有受到惩罚,则很快就会有人受到传习和鼓励,他们自我压力就会减少,一些人就会出现集体性的腐败行为,这就是一旦揭开某一权力系统的盖子就会发现由许多官员结成的腐败网的现象(费正清所谓“系统化的腐败”)。

司法腐败的普遍性是社会道德式微的结果,同时也会进一步促成社会道德的沦丧,社会道德的沦丧又反过来减轻了人们对腐败的道德压力,出现良心结冻的心理现象。整个社会的逐利氛围又促使司法人员具有获得高酬报的强烈欲望,当无法通过正当渠道获得满足时就可能通过不正当地行使刑事司法权来获得个人的私利。随着司法腐败现象的蔓延,司法官员们的道德感会变得麻木,当非法利益的诱惑占了上风时,腐败就到了“非整治不可的地步”。

在这个过程中,虽然有些人仍然保持廉洁,但只要腐败的风气蔓延到一定的程度,特别是握有决定僚属命运的岗位被腐败者所占据(这是带有普遍性的现象——事实上,许多荣耀的地位是通过不荣耀的手段获得的,更高的权力位置是腐败者的目标,在腐败的权力系统中他们通常可以通过贿赂的手段达到目的)的时候,就往往出现“劣币驱逐良币”的现象,清廉者受压抑,他们被排斥在权力的核心系统之外,成为“吃不开”的人。郑观应在《盛世危言》中摹写了这一境况:贪官“但能博上宪之欢心,得同官之要誉,则天变不足畏,人言不足恤,君恩不足念,民怨不足忧。做官十年而家富身肥,囊橐累累然数十万斤在握矣。于是上司荐之曰干员,同僚推之曰能吏,小民之受其鱼肉者,虽病心疾首,钳口侧目,而无如何也。”清官则不然,“上官倚之,同寅笑之,众庶疑之,必溃其成而后已”。

### 官俸极薄:我国古代官场腐败的原因

我国古代司法与行政不分,官场腐败自然与司法腐败难分难解。古代官场腐败严重的重要原因是官俸极薄,唐才常称这种“国家不能丰养廉银两”为特别“纡缪无理”的现象。这种现象容易造成:“贪吏而不可为而可为,廉吏而可为而不可为。贪吏而不可为者,当时有污名;而可为者,子孙以家成。廉吏而可为者,当时有清名,而不可为者,子孙困穷被褐而负薪。贪吏常苦富,廉吏常苦贫。”郑观应在《盛世危言》中也说:“我朝建官设禄,正俸之外,加以恩俸,常支而外,复给养廉,体恤臣工,无微不至。无如俗尚奢靡,物价腾涌,京外各官之廉俸入不敷出,数本无多,而又以丁耗划为军漕,绌于转输,扣俸折廉,所得无几。其能洁己奉公,见利思义者贤人也。否则上焉者或借豪缘馈赠节礼堂规,克减军饷,侵蚀钱粮为津贴;下焉者或藉窝家坐赃媚赌私规,诈索乡民,欺蒙长官为得计。探其原,实由支用不给,极其弊遂至流毒无穷。”

对这种国家官俸过低、不敷使用的现象,晚清小说家李伯元先生也作过痛切的评论:“虽说做官有做官的俸银,书差有书差的工食,立法未尝不善,但是到得后来,做官的俸银,不够上司敬;书差的工食,都入本官私囊。到了这个分上,要想他们毁家纾难,枵腹从工,恐怕走遍天涯,如此好人,也找不出一个。列位看官,设身处地替他们想想,衙门里的人,一个个是饿虎饥鹰,不叫他们敲诈百姓,敲诈哪个呢?俗语说得好,‘大鱼吃小鱼,小鱼吃虾子。’原是一肩到一肩的。又说是‘千里做官只为财。’官不为财,谁肯拿成万银子,捐那大八成的花样呢?然而做官的还有钱粮好收,漕米好收,一年到头,也赚得够了。稍些知足的人,还不肯要那桌子底下的肮脏钱。至于这些书办衙役,他们有个口号,叫做:‘靠山吃山,靠水吃水。’经了他们的

手,没有一个放过的。”解决的办法有之,也并不复杂,那就是——仿效“近时泰西厚给官俸,廓清政本之法”,可也。

我国司法机关大多经费匮乏,司法人员薪金处于较低的水平,他们虽然拥有凌驾于律师之上的国家官员的地位,但与律师行业相比,收入却显得过分微薄,这种状况很容易造成心理失衡。目前我国讨论权力腐败的预防,有建议高薪养廉者,得到的反应往往是:人心不足蛇吞象,高薪未必能够养廉!殊不知高薪并非廉洁的充分条件,却是必要条件。

### 司法腐败成为风气,为何难以祛除

一旦腐败成为一种风气,惩罚或者处分的锐利就会变得钝,原因何在?归纳起来,有以下数端:

其一,腐败内涵广泛,惩罚和处分的锋芒指向却相对狭窄。腐败的宽泛性表现为只要是为了自己、家庭或者私人团体的金钱或地位上的好处而偏离公共角色规范职责的行为,或者违背某些规则而采取以权谋私的行为,包括贿赂、任人唯亲和非法占有公用资源以供私用等,都可认作“腐败”。如果惩罚和处分的对象过窄,仅仅针对贪污和贿赂,则以亲疏关系而非功绩、能力等任用和提拔官员的裙带风气和动用公共资源为私人事务使用等腐败现象就会蔓延,甚至影响到对贪污和贿赂的惩处(无论它们是否纠结在一起),使腐败现象得不到有效治理。

其二,制裁存在难度。由于贿赂案件往往是在秘密场合由贿赂双方进行的私下交易,通常没有第三人在场目击,所谓“天知,地知,你知,我知”,一旦案发,取证不易,即便一方承认,如果另一方矢口否认,也很难达到证明要求,这是发案率高而受制裁人少的重要原因之一。贝卡利亚所称的“刑罚的即时性”既然达不到,腐败现象就像得到“鼓励”一样发展到难以遏制的地步。

其三,司法权的腐败是与警察的腐败、检察权的腐败结合在一起的,司法权和这些与刑事司法紧密结合的权力的腐败,一旦形成规模,就不能指望它们发挥清除腐败的功能,反而可能出现互相包庇、共同逃避惩罚的现象。

其四,从司法腐败的条件上看,官僚化的司法体制造成了权力过分集中于上司而又缺乏对这种过于集中的权力的制约以及官僚体制内责任过于分散,另外低劣化的官僚体制通常也不利于选贤任能,这些是司法腐败的体制原因。除了体制原因之外,缺乏完善的程序控制和外部制约(特别是新闻舆论的制约)也是造成司法腐败的原因。

按照心理学理论中驱力降低作用的原理,个人行为是由一些基本的内驱力(如

饥、渴等需求)所激发并且是内在心理张力的结果。有机体通过寻求满足导致这种内驱力的基本需求的活动来缓解内驱力。某些行为方式可以导致这一目标的达成,而另一些则不能。那些导致陷入困境且不能满足产生的需求和缓解内驱力的行为方式必须摒弃。如果不是这样——如果该有机体坚持重复做这种行为——就会毁灭自身。实验心理学表明:在动物和自我导向的人类不断摸索学习以求得缓解内驱力的行为方式的过程中,取得成功的最后一种行为方式倾向于在接下来的尝试中被重复。多次重复这种行为,并且如果刺激的情境反复出现,它便会形成一种习惯。司法行为也是一样,当法官有利用手中掌握的权力去获取私人利益的欲望而又没有对这种权力的有效制约和监督时,司法状况的恶化就是必然的。

### **遏制司法腐败不是没有办法**

司法腐败正像其他权力腐败一样,并不是没有解决之道的。要遏制司法腐败,不能指望毕其功于一役,应当把它看做需要多管齐下的大工程。

克利特加德提出了5条反腐败的政策性建议,其中一些建议值得我们在清除司法腐败时加以借鉴,包括:

首先,通过廉洁品行调查、测试等方法甄别出不廉洁的官员,使推荐官员的人对被推荐者的可靠性作出担保。在司法领域,选任廉洁的司法官员和淘汰腐败人员同等重要。廉洁的品格往往来源于个人修养、教育和制度,甄别具有廉洁品格的司法官员需要一套科学而合理的办法,选任官员应当确实遵循严格设定的程序。正像当年房玄龄向唐太宗言科举考试只能考察一个人的言辞文笔,不能考察其人品一样;统一司法考试也只能考察一个人短时间内记住了多少法律条文,不能展现其品行,因此,司法官的选择任用,还必须在司法考试以外。

其次,改变官员所得的报酬和处罚,增加本职工作对官员的吸引力,减少非法行为的诱惑。高薪养廉是简便而有效的办法,提高司法人员的薪给,使司法职业具有吸引力,是保持司法人员对自己的职业自豪感的有效办法,也有助于消除司法腐败的动因。需要指出的是,提高薪给不仅是保障司法廉洁的需要,而且是保障法官独立的需要。要保障法官独立,不仅薪给要高,而且不可缩减。《司法独立世界宣言》呼吁各国对法官薪给提供保障,规定:法官在任职期间应获得薪金,并应在退休后获得养老金。法官的薪金和养老金应当适当,与其地位、尊严和其职务所负的责任相称,并应定期调整,以克服或减少通货膨胀的影响。

再次,为了增加侦破腐败行为的机会而收集和分析信息。搜集信息有5条途径:完善审计和管理信息制度,以发现腐败行为的证据和评估组织中易发生腐败行