



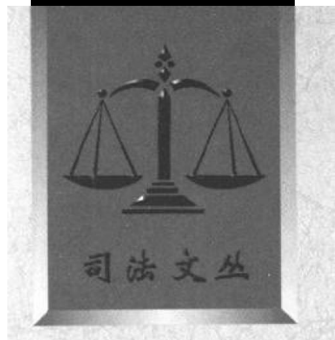
司法文丛

司法的理念与制度

贺卫方 著



中国政法大学出版社



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: 6,001—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

内 容 简 介

这是作者在司法研究领域内的一些论文和随笔的结集。在思考中国司法制度的建构路向与过程方面,作者认为,对高妙价值的弘扬固然十分重要,但是就法律家而言,同等甚至更加重要的是,怎样将理念化作具体的和可操作的制度。杰伊(John Jay)称,“过去的历史表明,将正义送到每个人的家门口的益处是显而易见的;然而,如何以有益的方式作到这一点,就远不是那么清楚的了。”本书体现了作者对这类“有益的方式”的探索。

司法的理念与制度

司法文丛

编辑者

北京大学司法研究中心

主持人

贺卫方 张志铭 朱苏力



作者简介

贺卫方, 1960年7月生, 山东省牟平县人。西南政法学院法学学士(1982), 中国政法大学法学硕士(1985), 哈佛法学院访问学者(1996)。1985年起在中国政法大学从事研究、教学以及编辑工作, 1995年调至北京大学法律学系任教。研究范围包括比较法学、法律理论、法律史学以及司法制度。发表论文数十篇, 著作包括《走向权利的时代》(合著)、《中国法律教育之路》(编), 随笔集《法边馀墨》等。另有译著三五种。现职为北京大学法律学系副教授。

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) |
| 高侏诉林冲····· | (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。^{〔3〕}

〔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。^{〔4〕} 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^{〔5〕}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。”^{〔6〕} 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恣意予以扼制，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。