

景汉朝:中国文化“ 撞击 ” 司法改革 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E6_99_AF_E6_B1_89_E6_9C_9D__c122_485268.htm

【编者按】西南政法大学“西南法学论坛”于近日举行了一次关于“司法改革与中国文化”的专题研讨会，由河北省高级人民法院副院长景汉朝教授主讲，邱兴隆研究员主持。参加会议的还有该校的部分教授、博士、博士生、硕士生、本科生等共计300多人。本次沙龙围绕司法改革与中国文化问题展开，就当前困扰司法改革的某些现实问题从不同的角度进行了讨论。现将主讲人以及评议人的发言摘录如下，以飨读者。主持人（邱兴隆研究员）：今天我们有幸请到了河北省高级人民法院副院长、我校博士生景汉朝教授，为我们作“司法改革与中国文化”的学术报告。景教授有个绰号叫“景铁嘴”，是不是“铁嘴”请大家听听再说。今天参加论坛的嘉宾有厦门大学法学院齐树洁教授、我校李祖军博士、吴杰博士生、陈刚博士、程燎原教授、王人博教授、孙长永教授、廖中洪教授。现在，我们请景教授发言。?お?主讲人（景汉朝教授）：我今天讲的题目是“司法改革与中国文化”。说老实话，我并不是对这一问题有研究，也不是有什么高深的见解，仅仅是在司法改革的理论探索和改革实践中遇到了一些问题和阻力，我认为其中有些可能和中国的文化背景有关系。今天主要是和大家交流一下，谈谈我个人的一些看法，听听各位的意见，共同探讨中国司法改革的症结所在，以便今后进一步提出解决问题的办法。??为什么中国军人能打败美国军队 首先，我向大家提一个问题：为什么在朝鲜战争中中国军队能够打败

美国军队？难道是我们的国力强、装备好吗？显然不是。我认为主要原因是在当时的特定历史条件下和地理环境中，中国的文化战胜了美国的文化。美国的传统文化奉行个人至上主义，特别注重保护所谓的人权，爱惜生命胜过一切，所以他们的官兵都怕死。冲锋时不会不惜一切代价拼命往上冲，受困时为了保全生命宁愿当俘虏，当俘虏也没有什么不光荣的。相反，如果大量地死人、伤人，不仅军人不干，国内老百姓也会群起而攻之。中国恰恰相反，我们的文化是提倡一不怕苦、二不怕死，为人民的利益而死，死得其所，重于泰山，死了不叫“死”了，叫“光荣”了。你想想，打仗怕死的碰上了不怕死的，谁能赢？“两军相遇勇者胜”嘛。另一方面，美国是法治社会，干什么事情都爱“讲规则”、按部就班，打仗也是这样，他们习惯于白天打仗晚上睡觉。而且战法讲究“规范化”，讲究对阵双方要保持一定距离。这是他们的文化。我们正好相反，《孙子兵法》的一个重要规则就是无规则，所谓“兵无常势，水无常形”，灵活多变。我们强调夜战、近战，你白天打，我晚上打，你讲距离我偏要“贴”上去，跟你搅在一起，搞“肉搏战”、“空中拼刺刀”等等。晚上打飞机、大炮“看”不清目标，搅在一起打他又不敢用飞机、大炮乱轰乱炸，这样他们的先进武器、装备就很难充分发挥作用。一个不怕死，一个不讲“规则”，这样的文化传统就使美军很头疼。在当时特定的历史条件下，美国由于不了解中国的文化，所以吃了败仗。而我们今天，如果不深入研究我国文化，我们的司法改革恐怕也难以打胜仗。我举这个例子是要强调文化背景的重要性。一个国家、一个民族历史传统渊源流长，每个国家都形成了自己特定

的文化。人们的思想观念、思维方式、道德标准、价值取向、行为准则乃至社会制度、法律制度等等，都是根植于它的文化之中的。考虑任何问题包括司法改革，都必须考虑这个文化背景，否则，制度建设就成了“空中楼阁”，难以达到预想的效果。我强调这一点，希望不要引起大家的误解，即强调文化背景是不是就不要改革了？是不是就不能借鉴西方的东西了？不是！我可以这样说，这十几年来我一直都在从事司法改革的理论与实践探索，有些方面还取得了一定进展，有的同志还称我是个“改革派”。现在，理论界、司法实践界似乎是有一种观点，过多地强调“国情”，有意无意地排斥司法改革，对此我确实不赞成。但是，对司法现状的形成原因和司法改革中出现的一些问题的冷静思考，使我不得不注意对文化背景的研究。另一方面，也是一个非常重要的问题，对于不同国家、民族的文化既要看到它们之间的差异，也要认识到作为人类社会应当有一些共通的文化，各个国家、民族的文化也是在历史中动态存在的，并不是一成不变的，各个国家、民族在不同历史时期，其文化也有很大的不同，而且国家、民族之间的文化相互影响和渗透是不可避免的。过去我国唐朝文化对亚洲国家乃至世界就有很大影响，外国文化对我国文化的影响也不小，过去我们都穿长袍、马褂，现在也习惯穿西装了。有些东西不能看得太死，例如，过去认为市场经济是资本主义的，小平同志就说市场经济不是资本主义国家的专利，资本主义也有计划，社会主义也有市场。我们也应该以此理论作指导，吸收和借鉴西方国家司法制度中有价值的东西。??证人出庭率为什么这么低现在，我就一些司法改革的具体问题与文化的关系谈一下自己

不成熟的看法，请大家批评指正。我们首先谈一下诉讼模式问题。现在司法改革中一个最突出的问题是，我们的审判方式是要搞职权主义、还是要搞当事人主义？大家知道，在大陆法系国家，法官在诉讼活动中始终处于主导地位，他指挥整个庭审活动的进行，这也是我们的审判方式。而英美法系国家的法官却不是这样，诉讼活动中法官是很消极的，任由双方律师互相攻击与防御，当事人始终起主导作用，法官在庭审中很少说话。对这两种审判方式进行比较，我个人认为，我国的审判方式法官的作用过于突出了，而当事人的作用太消极。这是案件质量不高、导致当事人程序意识较差的重要原因之一，也是现阶段改革的重点。因此，要弱化法官的作用，突出当事人的程序主体地位，使法官变得消极起来。但是，法官的作用弱化到什么地步？突出当事人的地位要突出的一个什么样的程度？要把握一个什么样的“度”？是不是要改成英美法系的当事人主义那种形式？有的认为美国的诉讼模式好，追求程序公正，应当引进。也有的认为我们的法官素质太低，驾驭不了庭审，不能学美国的，这样的改革不行。其实这与两国的文化背景有很大的关系。第一，我们要学；第二，我们不能学成美国那种完全当事人主义的审判方式。为什么呢？美国这个社会特别重视个人价值，突出个人的地位和作用。考虑个人利益和集体利益时，将个人利益放在首位。他们将个人的私生活范围划得特别大，比如妇女的年龄、身高、体重、婚姻状况、家庭生活等等，都被视为隐私，别人不能过问，国家更不能干预他们的私生活，也不能对他们自己的事情越俎代庖。打官司就是为了维护个人的利益，在一定意义上可以说是他们自己的事情，所以调查取

证、在法庭举证、质证、辩论等等也都是他个人的事。法官不必“多事”，只能保持消极态度。而中国的文化则不同，比较注意大家、集体、全局、社会等，不太强调个人的自由、权利等，每个人的私生活范围也较小。例如，夫妻闹矛盾，要找单位领导评理，家里有纠纷，要找族长或村长来调解，似乎他们个人的事情都愿意让别人介入。最后纠纷诉到法院，法官得积极、主动去参与，否则老百姓也不答应。他认为只要我诉到法院，法官就得给我查清事实、明断是非。经常出现这种情况，当事人质问法官为什么判我败诉，法官说你没有尽到举证责任，老百姓说，我没有举证，那要你干什么呢？看来，如果不吸收、借鉴当事人主义的合理因素，仍然抱着纯职权主义的东西不放，弊端太大。但完全照搬当事人主义那一套，老百姓也接受不了。所以，我的观点是：以我们现有的职权主义为基础，尽可能地吸收英美法系当事人主义的合理因素，形成符合我国国情的“杂交优势”。其次，我们讲一下证据制度。我国的证据制度和西方国家的证据制度有很大的不同，这在许多方面与文化上的差异密切相关。例如，美国的辛普森涉嫌杀人案，经过庭审，一般人都认为被害者是辛普森杀的，而且后来的民事案件也判决辛普森赔偿被害者家属一大笔钱，但刑事判决却判他无罪释放。这当然有许多原因，其中取证手段不合法就是一个重要原因。本案是警察在没有搜捕证的情况下，翻越辛普森家的大门进入其家中的，取得了他家地上的血迹和一只带血的手套，尽管这些血迹和被害人的血迹相一致，手套也和杀人现场的一只手套是一双，但是，法庭认为警察取证手段不合法，这些证据不能作为定案的依据，最终导致辛普森被无罪释放。大

家想一想，这种情况如果发生在我国，无论你有什么理由，无罪释放恐怕是不行的。你说由于警察取证手段不合法而不能定罪，全社会都接受不了，而且全社会不接受的事情你就行不通。再比如美国的“米兰达规则”，过去美国有一个叫米兰达的人强奸了一个18岁的女孩子，警察抓住他以后，经过突审他招供了犯罪过程，法官最后判他有罪，米兰达不服上诉到最高法院。最高法院因为警察在抓获他时没有向他交代沉默权和请求律师帮助的权利，而将其释放。从此就形成了这个“米兰达规则”，即警察对犯罪嫌疑人进行讯问时必须向他交代：你有沉默的权利，如果你选择回答，你所说的每一句话都将用作对你不利的证据，你有权利要求律师在讯问时在场，如果你没有钱雇请律师，将为你指定律师……他可能根本就没有听你讲什么，警察也得说个没完。否则，犯罪嫌疑人的供述将被法庭当作非法取证而被排斥，从而有可能因此导致犯罪嫌疑人虽然实施了犯罪行为，但不能定罪。像这种情况，在中国可能全社会都接受不了，老百姓肯定要问，警察告知他沉默权，他就有罪？没有告知他就没有罪了？还有刑事案件的证明标准问题，美国的证明标准比较高，要求达到没有任何合理怀疑的程度。假如一个案件有95%的证据能证明其有罪，但是，还有5%的合理怀疑，那么就不能定罪。我们国家的证明标准不一样，法律规定的是事实清楚，证据充分，并不强调必须达到排除任何合理怀疑的程度。司法实践中有许多类似的案例，基本事实清楚，基本证据充分，但在个别枝节问题上还有些“缺陷”，还不是百分之百。如果这些案子都不定罪，把这些犯罪嫌疑人都放到社会上去，老百姓肯定接受不了。上述这些证据制度上的差异，实

际上有很深刻的文化背景。刚才我讲了，美国是个崇尚个人主义的国家，特别强调所谓的个人人权，在个人利益与集体利益、社会利益之间，更多的是强调对于个人利益的保护。因此，他们国家刑事诉讼的主要目的就是自由，而不是社会的安全，换句话说，就是在刑事诉讼中突出保障个人的自由，千方百计保证无罪的人不受追究，而对于整个社会的秩序、安全等则看得不太重。这就是在美国人们能够容忍形形色色的凶杀、强奸等暴力犯罪，而不能容忍警察对犯罪嫌疑人的“非礼”的理由。我国的文化传统则与此相反，特别强调集体、大局、社会利益，主张集体利益优先于个人利益。这一文化传统是有历史原因的，古代我们一直是小农生产，经济不发达，人们生活比较困难，一家几代人都无力分灶吃饭，独立成家过日子，这就形成了四世同堂、五世同堂的大家庭格局。在这种大家庭中，为了维持全家人的正常生活秩序，家庭成员之间不能过多地考虑自己的利益，必须相互礼让，以大家为先，如果都突出计较个人利益，如何维持大家庭的生活？另外，在这个大家庭中，要维持正常的生活秩序，还要靠等级制，晚辈服从长辈，小的服从大的，如果家庭成员大家都有发言权和决策权，那么许多事情就不好办了，这就形成了伴随等级观念的家长制。家庭就是社会的缩影。在这一历史背景下，就自然形成了集体利益优先于个人利益的文化传统。因此，我们国家刑事诉讼的目的，主要不是自由而是安全，是打击敌人、打击犯罪、保护人民、维护社会秩序，而不特别强调千方百计地保护犯罪嫌疑人个人的利益。中国老百姓考虑最多的是，你好不容易把杀人犯抓住了，怎么能随随便便就放了呢？放到社会上他又杀人怎么办？美国

注重保护个人利益，因此，有合理怀疑或取证手段不合法，他就应该无罪释放。他们强调不能冤枉一个好人，我们强调不能放纵一个罪犯，各自的侧重点不同。我这里并不是评价谁优谁劣，而是说这些差异都与文化背景密切相关。还有证人出庭作证问题，在美国特别重视证人证言，因为物证和书证是死的，而证人是活的，证人是亲眼看见的，其证言是最有力的证据。另外，在美国人与人之间的关系比较疏远，不像中国这样密切，证人出庭也不存在什么问题，而且美国对证人在法庭上实行交叉询问制度，在律师的“百般刁难”和“凌厉攻势”下，证人也很难在法庭上编一套假东西，而能完全自圆其说。所以证人证言的可靠性比较大。而我们国家，一个特别突出的问题是，证人出庭率低，作证质量也不高。我没有作过统计，但个别地方在小范围内统计的结果证人出庭率只有2.5%，就我作法官这些年的经验看，确实没有几个证人愿意出庭作证的。目前，许多情况是法官到庭外收集证人证言，在法庭上将笔录一念。我认为，严格地讲这不叫证人证言。所谓证人证言，必须是证人在法庭上用语言（这是关键）来表达自己的所睹所见，并由双方当事人当庭进行质证，这样才能保证证言的真实可靠。因为证人证言相对于书证、物证来说，客观性小，可变性大，证人在法庭之外随便一说，你一记，谁知道那是不是真的？所以，证人必须亲自到法庭上来作证，并接受当事人的质证，而且只有通过双方当事人质证的证言才能作为定案的依据。如果法官将在庭外收集的所谓证人证言笔录在法庭上宣读，一方当事人说“这不是事实”，那么怎么办？这就无法将其作为定案的依据。为什么我国的证人出庭率这么低呢？在具体的司法改革中，

不少人认为，我也曾经写文章讲过，美国比较重视对证人的法律保护，证人作证没有后顾之忧。例如，在美国法庭的一次庭审过程中，有一个犯罪嫌疑人的弟弟对刚刚作证的两位妇女说：你们说我哥哥犯了罪，你们等着瞧，我希望能看到你们的尸体。就这几句话，法庭将该人判了徒刑。我们国家没有对证人的详细的保护措施，证人前面作证，后面就怕有人报复。另外，对于证人也没有恰当的方式予以经济补偿，他人在北京，你在重庆开庭，他坐飞机到重庆出庭作证，各种费用没有人为他支付，他干吗？这确实是个实际问题。但是，这仅仅是问题的一个方面，另一方面还有个文化背景问题。我们国家传统的生活居住方式是相对比较集中，而且很稳定，许多人长期、一辈子、甚至祖祖辈辈生活在一个村、一个寨，大家生活在熟人社会当中。与此相适应，我们的文化传统就是重人情、重感情、重关系，以和为贵，不愿得罪人，甚至是事不关己，高高挂起，明哲保身。这就是中国的文化背景。因此，左邻右舍发生纠纷形成诉讼，让他出庭作证，说谁有理谁没理，他肯定不愿意。司法改革中有人提出，作证是公民的义务，他不出庭可以采取强制办法，但实际效果也不行。你把他拘到法庭上来，他一般都是一问三不知，以“没看见”、“不知道”“不清楚”等来回答，法官还很难有证据说他作伪证或拒不作证。这确实是个很头疼的问题。这个问题直到现在也不好解决。如何在现有的文化背景下，找到一个可行的办法？希望大家以后能够提出一些好的建议。??从文化背景看刑讯逼供 前面我讲了，强调文化背景并不是拒绝吸收借鉴外国的东西，例如，关于刑讯逼供问题，这在西方是绝对禁止的，刑讯逼供得来的证据根本不能作

为定案的依据。在我国，法律虽然规定禁止刑讯逼供，但在现实中刑讯逼供的情况却不能完全禁止。在这一点上，我们绝对不应当以文化背景不同为由，容忍刑讯逼供的存在，尽管在封建社会我们有刑讯逼供的传统。现在司法改革也提出了这一问题，但能否下决心坚决否定刑讯逼供取得的证据的效力是个关键。现在有一个突出的问题，一般地说禁止刑讯逼供人们都赞成，但一遇到具体案件，如果说刑讯逼供得来的证据就不能作为定案的依据，许多人又“舍不得”，总是说“还是实事求是吧”。现在为什么刑讯逼供禁而不止呢？原因就在于，司法实践中仍然在用这样的证据。如果一律不得将刑讯逼供取得的证据作为定案依据，这个问题自然就解决了。改革中不仅要考虑如何适应本国的文化背景，而且还要特别注意发挥制度对落后文化的矫正作用。另一点，对一个国家、一个民族的文化，还应当从多角度进行审视，不能只看其一，不看其二。例如，关于程序公正问题。我是特别强调程序公正的，但也有人认为你这太机械了，还是要强调实体公正吧。程序公正毕竟是为实体公正服务的，而且我们国家的文化传统本来就是重实体、轻程序。虽然，从诉讼制度史上看我国是“重实体、轻程序”，但如果说老百姓都是“重实体、轻程序”我不赞同。事实上在我们国家老百姓还是很重程序的，这方面的例子随处可见。比如，两位同学谈恋爱，约好的在某地见面，但男同学迟到了半小时，女同学很生气地走了，男同学实际上也知道她为什么生气，过后女同学平静下来了，男同学开玩笑地问她：“我晚了半小时你怎么就走了呢？差这半小时我们就没有感情了？就影响了我们的实体了？”女同学回答说：“你程序不公正嘛！”你看

他们是不是重视程序？再比如说，星期天你陪爱人逛商场买衣服，转了两个多小时还没有买到，男的说：“太累了，你自己去买吧，我在门口等你。”他爱人转了一会儿，没买衣服却自己一个人回家了，好几天也不理他。你说这是为什么？程序不公正嘛。买衣服是实体问题，陪着她转的过程就是程序问题，在这里衣服买到买不到并不是多么重要，关键是要严格、认真地把程序走下来。这也是文化嘛。还有我国是著名的礼仪之邦，什么叫礼仪？礼仪就是程序，婚丧嫁娶什么不讲礼仪？例如，我今天在这里做学术报告，开始时主持人吹捧我半天，这是为什么？因为这是程序，程序要求他这么做。那是他的真心话吗？我看未必，如果从实体上看说不定他在想，你比我差远了。但出于礼仪他不得不吹捧我一下。在诉讼活动中也随时可见当事人、律师特别强调程序问题的情况。例如，有些案件还没有判决，律师或者当事人就找庭领导、院领导反映：“你们某某法官不公正，屁股坐歪了”，你问他：“案件还没有判决，你怎么就知道他不公正？”他说：“开庭时对方讲多长时间他都不制止，我只讲了几分钟，他就不让讲了”他这是什么意思？这就是要求法官中立，追求诉讼地位的平等，追求程序公正。如果现在还笼统地说，我们的传统文化是只强调实体公正不重视程序公正，上述这些现象又如何解释？所以，我们不能只看到问题的一面，而应当从多角度审视文化传统。??打官司都在找“关系”文化背景是一个非常重要的问题，但是，在理论研究、司法改革实践中，有的时候这一问题往往为人们所忽视。比如，目前，老百姓最不满意的问题之一就是司法不公正。但是，我要问大家，导致司法不公正最主要的原因究竟是什么？

有人说是法官素质低、地方保护主义严重等等。不错，这些都是导致司法不公的重要原因。但是，我认为这没有抓住中国的一个更重要的、更具“特色”的文化上的原因。中国传统文化有许多好的东西，许多精华，但也有不好的一面，这要具体问题具体分析。法官素质不高，在中国是一个不争的事实，没有法律背景的人可以当法官，这确实是中国特有的现象。但是，假如你认为中国司法不公的问题主要是由于法官素质不高引起的，那么如果将素质低的法官全部调出法院，让素质高的法学教授、研究员充实到法院来，司法不公的问题能不能马上解决？我看不一定。再说地方保护主义，究竟什么是地方保护主义？我认为这个词用得有点滥了，现在是“地方保护主义是个筐，什么都往里面装。”甚至把“人情案”、“关系案”也说成是地方保护主义。如果说地方保护主义是造成司法不公正的最主要的原因，那么双方当事人都是本地的案件裁判不公、执行不了又如何解释？难道这也是地方保护主义造成的吗？而司法实践中除了经济纠纷案件以外，如民事案件、刑事案件、行政案件等绝大多数都是本地的案件。所以，完全归于地方保护主义讲不通。我认为导致司法不公正的更主要的是中国文化上的原因“人缘”、“地缘”关系的影响。前面讲到，中国的文化传统是重感情、重人情、重关系，现在有一个非常普遍的现象，打官司都要找“关系”，尤其是民事案件、经济案件、执行案件。这种“找”的量太大，特别是在基层法院，有的法官在当地工作几年、几十年，甚至一辈子，周围肯定形成了错综复杂的关系，所以，好多案件都有人来找。老百姓有一句话叫“案子一进门，双方都托人”，这真是既形象又逼真呀。在司法改

革的实践中，有一次我召开一个座谈会，专门研究如何解决“人缘”、“地缘”关系对审判、执行工作的影响问题，有一个基层法院的执行庭庭长说，这个问题在实践中没有办法解决。我说你要严格执行回避制度，并可以考虑适当扩大回避的范围，凡是有关系或有可能影响案件公正执行的，都应当回避。他说，换多少人也有人找呀，怎么能回避的过来？我问那你有什么办法呢？他说我就是要把案件专门交给与当事人有关系的执行员来办，这叫反其道而行之。反正案子谁办都有人找，假如你和被执行人是亲戚，叫别的执行人员去执行，他还真不好办。不执行吧，申请执行人的权利实现不了，肯定告我们。执行吧，那又不给他面子，甚至会得罪他。我干脆就交给你去执行，你想办法去做你亲戚的工作，我们有责任制，你执行不了就扣你奖金。我问他，你这个办法效果如何？这位庭长说效果挺好，有一个案件我让与被执行人有亲戚关系的人去执行，他亲戚就是不拿钱，最后执行员把自己的工资拿出来还了申请执行人。大家看看，在这种“人缘”、“地缘”关系的包围之下，如何实现司法公正，尤其是程序公正？什么是程序公正？最起码的法官要中立，当事人地位要平等。这种“找”法官的做法本身就是极大的不公正，它严重地违反了公开原则、当事人平等原则、法官中立原则、影响了庭审功能的发挥，使法官容易形成先入为主，也容易产生司法腐败现象，大大地影响了法官的形象和人民法院的地位。而这个问题就是由中国传统文化重朋友、重亲情、重关系的特点导致的。可能有人会问，照你这么说中国司法不公正的问题就永远解决不了了吗？关于这一问题，我也深入地思考过，能不能建立法官的异地交流制度，使法

官与周围环境经常处于陌生状态，中国封建社会就有异地做官的制度。但中国的文化背景是，人们喜欢安定、平稳的工作和生活，法官本身也不愿意到处调动，他也想生活在一个熟人的社会当中。另外，我国的法院干警有30多万，仅法官也有18万之众，如果全国流动起来，也是一个十分浩大的过程，这确实是个相当困难的问题。但为了依法治国，建设社会主义法治国家，我看下点功夫也是值得的。以上我讲了这么多司法改革中传统文化方面的困难和障碍，是不是说司法改革就无法进行了呢？当然不是。那么如何克服困难，冲破障碍，在传统文化的大背景下推进司法改革呢？要知后事如何，请听下回分解。

主持人：刚才听了景院长的精彩演讲，我不得不承认“景铁嘴”确实名不虚传。下面请各位评议人予以点评。

程燎原（西南政法大学教授）：汉朝是我的同班同学，他在实际部门工作，却能挤出时间，而且有能力和雅兴进行学术研究，让我倍感荣耀，特别自豪。刚才他在讲座中说了一句话，“地方保护主义是个筐，什么都往里面装”，我说他把“文化当成了个筐，什么都想往里面装”。文化是个复杂的问题，我了解的不是很多，司法改革我了解的也不多，感性的认识不多。因此，对于司法改革与中国文化，让我把他们象夫妻一样结合在一起，我也不能充当证婚人的角色。但是，我有一些感想，主要在于我们如何来认识或思考司法改革和中国文化的关系，我认为应不应该有一些立场，或着说一些基点，可能我是从离司法实践比较远的角度来谈这个问题。我认为应当将这一问题放在大的历史时段和空间中来考虑，并且要注意在这个关系中的主导性倾向。我不怀疑刚才汉朝所讲，目前中国司法改革的实践遇到了

传统文化的困扰，这一点我承认。我认为如果我们将这一问题放在近百年来司法的发展史的进程中，以及未来的司法走向来看，有四个方面的问题或者叫四个基点要考虑。第一，中国司法文化的进步到底主要是因为弘扬传统文化的结果，还是现代化的结果？这一百多年来，我们从有罪推定走向无罪推定；从刑讯逼供走到了对沉默权的讨论；从人文学士、行政官员审案到法律专家来审案；从行政与司法的合一走向了司法的独立，我想这一切都不会是弘扬传统文化的结果。第二，刚才汉朝讲到了实践中的一系列的问题，例如审判独立问题、司法腐败问题、执行难问题、证人出庭问题等等，这些问题主要是因为我们的司法改革没有与我们的文化接轨造成的吗？也就是说，是否这些改革没有考虑到文化的要求而造成的？我是有一些怀疑。例如，证人出庭作证的问题，我同意这之中有文化问题，即无论制度如何完善都不能使证人自觉地走到法庭去作证。我想一个现代的、自由的和开放的社会，应当是一个人人相互依赖的社会，相互依靠的社会。在这样一个社会中，自己的权利和利益经常需要别人来保护。在必要的时候我为了别人保护利益时，我才要到法庭去作证。这如果从大的文化传统上来讲是西方文化传统，但我国的文化传统，就象汉朝所讲到的如果不加以改变的话，我想该问题是永远不会解决的。假如这是有道理的，那么需要改变文化，而不是需要回到传统中去。第三，当前司法改革中的种种困扰，主要是因为没有重视我们的传统文化，或者说这一改革与我们传统文化有许多脱节的地方，这是我想需要考虑的问题。第四，文化或者文化传统是变化的，而不是静止的。我们说的文化是什么文化呢？是中国古代的传统文

化？还是近代形成的带有新内容的传统文化呢？还是从苏联搬过来的斯大林式的传统文化呢？还是新中国前三十年的传统文化呢？这是需要考虑的问题。从这一层面上来说，我们国家的司法改革是否也意味着一种新的文化传统的形成呢？我们法官的能力和当事人的观念是否也在发生着变化呢？我们的政府以及政治家对于司法的态度也在发生着变化呢？从这个意义上来说，我们的文化是否也在发生着变化呢？然后再来进一步考虑司法改革与文化的关系。对于司法实践由于我并不太了解，我也提不出现实的素材来说明这一问题。但总体上我觉得，中国司法改革或着说是司法现代化有点象“十月怀胎，一朝分娩”的过程。而这一怀胎已经不是十月了，可能是几十年了，现在要分娩了，分娩免不了要阵痛。分娩阵痛的时候，我们不能这样说，让他重新回到肚子里面，重新处于怀胎的状态。

齐树洁（厦门大学教授）：今天的演讲，是我近年来听到的少有的精彩的演讲之一。但是，由于景院长讲的题目是“司法改革与中国文化”，所以他把所有的问题都往中国文化上靠，实际上目前存在的很多问题不只是单纯的文化问题，我认为有很多是体制问题，但可能是他有意回避了这一问题。我对文化问题不甚了解，虽然每个国家都有自己的文化，但我认为司法公正是人类社会的普遍追求，也是人类社会普遍接受的标准，这些标准体现在联合国制定的一些公约中。那么，我们不应该因为中国有自己的国情和文化，而拒绝接受人类社会对于司法公正的最基本的要求或最低标准。《公民权利和政治权利国际公约》规定了司法公正的最低标准，实际上，在中国连这个最低标准都没有达到，这并不是由于我们的国情和文化，而是因为有我

们传统文化以外的原因。再一点程燎原教授刚才也讲了，在一个国家内有不同的文化，例如，有北方文化、有南方文化，有城市文化、有农村文化，而且现在的文化和十年前的文化也不一样。如果我们过分强调我们的文化，那我们要设计很多不同种类的司法制度来适应我们不同的文化，这在中国是不可能的。景院长谈到的司法不公的问题确实存在，但我认为原因还不全在于文化，他可能回避了这些问题。事实上，司法不公有经济制度、政治制度和经济发展水平上的原因，这些他都有些忽视了。

李祖军（西南政法大学博士）：
今天景院长作了一场精彩的演讲。在教学之余，我偶尔也以律师的身份出现在法庭上，如果我在法庭上遇到了这样的法官，不但我承办的个案有救了，中国的司法未来也有救了。至于司法改革与中国文化的问题，我感觉这一题目太大了，我本人对文化问题没有太多的研究。听了这个讲座之后，我隐隐约约感到了前面两位点评人所共同感受到的问题。司法改革中的所有问题，特别是司法腐败这类问题，如果都归结为文化问题，似乎有欠妥当。文化本身极富惰性，其演变可以说是相当漫长的过程，如果文化的改变需要几十年或几百年，那么司法腐败问题是否也只有经历几十年甚至上百年才能解决呢？因此，从这样一个思路来看，司法改革中遇到的种种问题，原因应是多方面的，司法改革本身是受多种原因支配的，很难单从一个问题上找到灵丹妙药。正因为如此，我们的学者应当从各方面加以研究，才能找到司法改革的问题之所在。我不认为仅仅可以归结为一个文化问题。更何况文化还有优秀的一面，现在普遍的观点对文化采取批评态度。例如，苏力曾在一篇文章中谈到了传统文化与程序价值

之间的关系，他提到为什么当前我国诉讼法发展特别快，程序深化的一个根本原因是律师集团的推动。程序的复杂化意味着律师的增加，而律师的增加意味着增加了律师谋取利益的机会。另外，程序深化和改革的过程中，检察院是反对最厉害的，原因是它们在程序化过程中得利最少。由此得出一个结论，程序的深化，老百姓打官司就多了，就更麻烦了，请律师的机会就多了，使律师增加了收入。而老百姓的投入也就多了，所以倡导程序化，将会使今天的老百姓日子更难过。我引用这本书的例子是想说明，传统文化与司法改革到底会带来什么？到底是设置了推动力，还是设置了障碍。至少不应该持完全否定的态度，至少还应考虑到传统文化对司法改革的积极的一面。

吴杰（西南政法大学博士生）：刚看到这个题目时，着实让我吃了一惊。因为，司法改革与中国文化是两个很大的问题，在一个小时的讲座过程中能不能把握住这一题目，这是一个挑战。我曾经私下里就这个题目与汉朝学兄进行过深入地探讨。第一，关于文化的解释问题。今天汉朝兄回避了这一问题。首先我想就今天所谈到“文化”一词进行如下解释。我认为社会制度是文化的一个方面，文化是植根于其中的，文化不是制度。文化的定义应为一个共同的价值反映，它是设计用来辨别不同人类群体的标志，而价值蕴涵于广博的文化现象之中，价值是用来解释文化现象的，而诉讼制度是可以用价值解释的文化现象。第二，在文化造成社会制度与诉讼制度的差异上，我与汉朝兄有着相同的观点。关于文化与社会制度和司法制度的关系问题，国外有着深入地研究。其中，荷兰社会学家霍弗斯泰德（Hofstede）在他的“文化的重要地位”一书中，曾经提出一

个国家的组织是受该国文化约束的。他通过详细地实证的研究，得出了一个令人吃惊的结论，即虽然当今全球化浪潮遍及世界各地，而各民族文化的差异依然存在，而且有证据表明这种差异不是越来越小，而是越来越大。美国学者达马斯卡（Damaska）将司法运作的权力模式区分为两种，一种是平等（coordinate）权力模式，另一种是等级（hierarchical）的权力模式。因此，可以这样说，在欧洲大陆与英美之间的文化背景造成的司法制度有着不同组织和功能，而日本与英美、欧洲也有着不同的文化背景，反映在司法制度上也有着不同的特点。那么，如果借鉴西方国家的司法制度应如何借鉴，也就是说，那种文化背景下的司法制度更适合中国国情。

第三，我认为主讲人从实务的角度出发，提出司法改革与中国文化这样一个问题，在中国是具有开创性意义的。但是，对应于中国的文化背景如何具体设计今天司法改革的方案，在本次讲座中没有看到，希望汉朝师兄在以后的理论研究过程中，拿出相应的方案。

陈刚（西南政法大学博士）：第一，我感觉景先生以中国文化作为切入点谈司法改革，好象是选择了一个比较“危险”的题目，当然这这也是一个具有挑战性的题目。例如，景先生在演讲中谈到证人证言的问题，似乎与中国文化有点关系，一个是今天的证人不愿出庭作证，另一个是即使出庭也说假话。我曾当过法官，我基本上是不采用证人证言的。我认为这里面可能不仅仅是有点文化的问题，是否还有宗教和信仰的问题，尤其是在特定的社会体制下人的信用问题。第二，我似乎从景先生的演讲中得到这样一个信息，中国文化对外来的西方法律制度有一定的抵制性。对于西方文化来说，我有这样一种看法，我们周围所

看到的、用到的、听到的许多东西，都与中国传统无关，全部是接受“舶来品”的结果。这是一个现实，而为什么要在诉讼制度和司法改革上总要将中国的传统搬出来。今天的诉讼制度是典型的西方文化。对于目前的改革我认为你发表了一个全方位的演讲，提出司法改革是与中国文化不相适应的。似乎你提出的“人缘”、“地缘”关系都在拒绝今天的改革，那么，今天的台湾人、香港人同样是中国人，为什么他们都能把西方的司法制度继承了且运作的比较成功，而我们又不行呢？究竟中国文化与司法改革是一个什么样的关系，另外，目前司法改革的阻力是来自文化呢？还是来自其他因素。我从今天的演讲中没有感到文化与今天的司法改革有着非常紧密的关系。

王人博（西南政法大学教授）：今天听了景教授的发言，我感觉很新鲜。他让我知道了许多在大学生中不可能知道的问题，所以从这个角度讲，我收益非浅。对于这方面问题我研究的不是很深入，但我感觉有两点，第一，现在谈“文化”一词，我认为已经有点过时了和落伍了，我认为是什么问题，就谈什么问题，不要什么都往文化上靠。文化这一概念不是什么都可以用，这里我想提出的一个问题是“文化”这一词并不是中国所与生俱来就有的词。传统中国人是不太用“文化”这个词，喜欢用这词的是德国人，就象法国人用“文明”一词一样，德国人喜欢用“文化”一词。原因在于，法国人一直认为他们是欧洲文明的中心，所以，德国人很自卑，从而其爱国的知识分子从德意志民族中发掘出了一个不同于法国的东西，他们把它概括为“文化”。今天，中国人为什么老是用“文化”一词，我认为用意无非就是强调差异性。所以，刚才齐树洁教授说的好，他认

为程序正义不是一个文化问题，它应是所有居住于这一星球上的，所有进入文明社会的，所应该追求的普适性的价值。当然，程序正义是一个西方的东西，但是，它已经脱离了它的母体，进入了人类文明的世界中来了，这是我要强调的第一个问题。第二个问题，我想强调一个关于文化的问题，我想提醒景教授和大家注意一个问题，这也是一个非常具体的问题。即中西的冲突问题首先是从“司法”开始的，在十九世纪的二十年代到三十年代的初期，西方与中国交往感到最难以接受的就是“司法”，表现在鸦片战争前的那几个著名的案件，即在中国的司法中没有故意和过失的区分，只要你杀了人，都要判死罪，这个外国人受不了，为此当时就引起了很大的冲突。一直到了今天，谈司法改革遇到了问题，虽有文化问题，但我认为不能都归结为文化问题，一句话，目前不是改革的问题，而是目前的法院体系本身就是一个自身文化的产物，换句话说，中国的法院体系就是中国古代的司法体制的延续。因此，我认为目前不是如何改的问题，应是重建法院体系的问题。

孙长永（西南政法大学教授）：
我讲话是不留情面的，这点大家都清楚。第一点纠正个错误，“米兰达”不是无罪释放的，而是发回重审被定罪的，判处有期徒刑12年，刑期未滿被假释，跟别人打架被打死了，抓了个犯罪嫌疑人，告知他“你有权保持沉默”，该人就保持沉默，最后无罪释放，而“米兰达”就是被自己的规则活活的打死了。没有人因为他的死亡被追究，但是，“米兰达”本人是被定了罪的。即重审的时候定了罪的，这是希望大家搞清楚的一点。关于“米兰达”无罪释放，这不是景院长一个人的理解，可以说我们搞刑诉的许多老师都认为“米兰

达”是被无罪释放的，这是一个误解。下面我谈两点感想，关于证人为什么不出庭，景院长刚才从文化的角度，说我们中国人和外国人不一样。认为中国人奉行的是“明哲保身”，不愿意得罪人，这是一个重要的理由。但是，美国人就愿意在公开场合得罪人吗？法国人就愿意在法庭上公开指控他的朋友有罪吗？大家想一想，中国人需要“关系”，美国人就不需要“关系”吗？我认为，这不仅仅是一个文化冲突的问题，如果说是文化，我认为中国的文化是官方文化，有权说了就算。西方的文化是个人主义的文化，个人的利益不会因为多数人的需要而受到限制，除非修改宪法。我国的民诉法、刑诉法都规定，一切知道案件情况的人，都有作证的义务。所以，我们经常看到报纸上，一家全被关进去，这是为什么？因为，他们去了也讲假话。国外却没有这方面的报道，原因是他们有拒绝作证的特权，丈夫和妻子之间有拒绝作证的特权，父母子女之间有拒绝作证的特权。任何人不能因为作证而使自己受到刑事追究。夫妻和近亲属之间就是给了这种特权。而除此之外，法院要求你作证你必须来，喊你来你不来，怎么办？当然它有强制措施。比如说，我有了麻烦，景院长是法官，通知王人博教授来出庭作证，在中国，王人博会说：“长永是我的兄弟，我不去作证。”而在美国，他甚至连想都不敢想不去作证。因为，如果不作证，他自己会被关进去的。所以，证人不出庭不完全是文化的问题。第二点，关于诉讼模式，景院长的观点我赞同，通俗的讲，中国的审判方式改革，不能维持原来的“超职权主义”，也不能把美国的那一套全搬过来。有个老师说得好，中国的审判方式改革最后改下来结果是要改成“非驴非马”。只是驴不行

，只是马也不行，这一观点我是赞同的。但是，你不能说我首先就要个骡子，这是不行的，你首先要靠的是马和驴呀！大家可以了解一下，在欧洲大陆法系国家，它们的审判方式的改革跟我们的主张是完全一样的，即非驴非马，但是，它们不象我们一样，我们经常强调的是这个跟我们的国情不符，那个是跟我们的文化不符。今天景院长谈文化问题，我认为这个问题很好谈，我相信景院长是不批案子的，不但他不批，庭长也不批，其他的领导也不批，哪个法官接受当事人的请吃我就开除他的公职，如果这样改革，不就公正了吗？但是，如果这样改，这些领导不就没有了权力了吗？我认为，审判方式改革真正的阻力不在于文化，而在于这里，所以，我曾经讲过这样的一句话：“叫嚷司法改革最响的人，很可能是最反对真正司法改革的人。”廖中洪（西南政法大学教授）：景院长思想的敏锐、观点的新颖，在我们民诉界是出了名的，他经常会提出一些新的观点。由于时间关系，我简单谈一下。景院长讲的题目是一个很让人兴奋的题目。今天，司法改革到这一步，我认为已经不是制度本身的问题，它确实涉及到了一个文化的问题。关于中国文化与司法改革，目前有两种观点，一种可以称为“保守主义”的观点，代表人物是北京大学的苏力教授。另一个是“开放主义”的观点。第一种观点在于，要从中国的本土资源出发，挖掘一些东西来滋长中国的司法改革。第二个观点，中国传统文化与我们今天的司法改革所要达到的目标基本是不相适应的。因此，主张应该从外国引进一些文化。具体说，如果中国司法改革没有引进这些东西的话，所形成的改革最多只具备一个“形”，有时连基本的“形”都不具备，这就是所谓的

“开放性”的观点。我个人的观点是后者，我认为中国传统文化与今天的司法改革之间是有很大的差距的。我们司法改革所追求的司法公正、司法独立等，与中国传统的“礼教”文化的差距是相当大的。因为我们的传统文化是建立在农业经济、计划经济基础上的，这与市场经济为基础所建立的文化是有相当的区别的。我认为，从中国的传统文化中发掘一些东西来支撑目前的司法改革是不可能的。中国的司法改革不仅仅是程序上的或程式上的改革，也是不断的吸收外国法制文明的过程。例如，我们所说的法院体制问题，当今中国的法院体制最大的问题是法院行政化的问题，法官不成其为法官，法院不成其为法院，法官如同公务员，这就是自古中国文化造成的，如果不改革的话这就是最大的问题，从文化的角度看，中国的司法改革应以吸收西方的法制文明为主，不排除发掘中国传统文化中一些优秀的部分来支撑今天的改革，但这部分不是主要的。

邱兴隆（西南政法大学研究员）：我们“西南法学论坛”有一个惯例，即主持人是当然的点评人。但是，对于今天的主题我是门外汉，因此，一开始，我本来是不准备点评的。然而，在听了汉朝兄的主题发言与诸位点评人的评论后，有一种不说几句不舒服的感觉。我想说的第一点是，各位点评人似乎认为汉朝兄是在用中国文化作为拒绝改革的理由。这可能是一种误解。因为汉朝兄显然是认为司法应该改革的，只不过他认为改革不能脱离中国文化的实际。我要说的第二点是，听了汉朝兄的发言，我想起了一句名言，即“诗人是戴着脚镣跳舞的演员”。汉朝兄让司法改革符合“中国文化”（顺便说一句，汉朝兄所说的“文化”，其实有许多是落后的传统与观念）的实际，会不

会让改革者戴着“中国文化”的脚镣跳舞？假如这样，中国的司法改革能走多远？改革者的脚步会多沉重？诸如此类的问题，不能不让关心中国的司法改革的人们深思。戴着脚镣跳舞式的改革太累。为什么我们不能摔开羁绊，让我们改革的脚步轻松些？我不敢想象，戴着脚镣跳舞式的改革会给中国的司法带来光明的前景！下面请汉朝兄答辩。

汉朝（答辩）：我的担心不幸变成了现实，有的朋友对我的演讲起码产生了两点误解，当然，也可能我没有讲清楚。第一，司法改革所遇到的一切困难和障碍都归结为文化问题；第二，由于文化上的差异，中国无法学习外国的东西。我的回答是：第一，司法改革中所遇到的困难和障碍不可能都是文化上的问题，但我今天讲的题目就是司法改革与中国文化，讲别的就文不对题了。我之所以要研究这个问题，一是我从改革实践中体会到，目前改革中遇到的一些困难和阻力，除了其他方面的原因以外，文化方面也是一个很重要的原因。二是在司法改革的实践中，对中国文化传统的研究很不够，甚至没有引起应有的重视。许多方面存在着一种倾向，一看人家哪种东西挺好，拿过来就用，也不管外国文化背景与我国文化背景的差异，这样做效果不一定好。第二，我有言在先：一个国家、一个民族的历史文化传统，都是在历史中动态存在的，不同民族之间的文化交流和相互渗透是不可避免的。搞司法改革要从多角度审视我国的传统文化，不能只强调其一，而忽视其二，更不能以适应国情为由拒绝改革。刚才我讲的关于程序公正的问题，就是说明了这一点。目前，全球化浪潮的不断推动，说明了世界各国的文化也有共通的一面，我们的文化也是在不断地发展变化的，文化的相互渗透和

相互学习，也会改变传统文化中的不良“因子”。刚才我讲了，以前我们穿长袍、马褂，觉得西方人穿西装挺怪。后来逐渐感觉到穿长袍、马褂有许多不方便，现在不也都穿西装了吗？如果今天谁在穿长袍、马褂，你肯定觉得特别扭。我国的司法改革从开始到现在只有十几年的时间，这十几年改革变化是相当大的，在这一改革的过程中，就有了新的文化的引入和落后文化的改良，一些先进司法理念的引进，会对我们传统的司法观念、文化观念等等形成冲击，促其变异，最终可能会形成“杂交优势”。另外，司法改革的任务之一，就是要对某些传统文化的不良影响进行制度矫正。比如我提出的法官异地交流任职的构想，就是想用制度对“人缘”、“地缘”关系的影响这种传统文化的不良作用进行遏制。这些都是我的重要观点之一，但今天我重点讲文化传统不适应的方面。刚才有的同志讲，美国人就不需要“关系”吗？美国人就愿意在法庭上作证说朋友有罪吗？我想东西方文化、中国文化与美国文化的差异，这恐怕是个不争的基本的事实。不错，美国人也需要“关系”，但是，无论是从质上还是从量上来说，与我国都没法相比。美国的文化传统是不是办事都需要“关系”？而我们的文化传统是特讲“关系学”，“人熟是一宝”、“朋友多好办事”，包括唱歌都唱“朋友多了路好走”，不仅打官司找关系，办许多事情恐怕都找关系，比如看病、上学、找工作，甚至去火葬厂火化也要找关系排在前面烧，为了闹个“静炉”，以免取走许多别人的骨灰。在这种文化背景下，“人缘”、“地缘”关系对司法活动包括证人出庭作证的影响是司空见惯，而且人们都习以为常了，没有人觉得这是什么了不起的事情。有的同志还提

出,你说司法改革有中国传统文化的阻力,那么香港人、台湾人不都是中国人吗?那他们为什么都能接受西方的东西呢?首先应当指出,香港、台湾现在的文化也不一定是完全变成了西方文化,东西方两种文化的碰撞在那里还是很突出的,司法的运作在一定程度上仍然具有“中国特色”,从某种意义上说还真有点“洋装虽然穿在身,我心依然是中国心”的味道。这一点他们当地人的体会最深。其次,他们的改革搞了多少年?改革过程当中同样有传统文化的阻力。象香港那么个弹丸之地,还是直接在英国的统治下,搞成这个样子足足用了100年的时间。台湾被日本占领了多少年?国民党过去统治也半个多世纪了,司法制度的改革不是也一再进行吗?有些文化上的障碍并不是改革之初就很容易解决了的。再比如日本,他们的司法改革历史上经历了三次,第一次是从我国唐代引进中国的司法制度;第二次是明治维新时期从西方引进司法制度;第三次是第二次世界大战以后从美国引进司法制度。引进的成功与否众说不一。但有一点,就象日本学者所说的那样,有许多法律条文仅仅成了规定在纸上的东西,也就是说法律条文虽然引进了,但文化传统还没有完全改变,实行起来还是“变味”。看来还是要普遍原理和具体情况相结合。还需要说明一点,司法改革是个系统工程,是个渐进的过程,要脚踏实地,一步一步地推进,不可能一下子就来个质的飞跃。我国的司法改革就是这样一步一步走过来的。开始并不是学者进行了充分的理论研究和论证,画出了一个什么蓝图,然后付诸实施的。实际情况是,在计划经济时代各类纠纷案件比较少,法官还能应付的过来。后来搞市场经济了,交易多了,纠纷多了,许多案件大幅度甚至成倍

的增加，但是法官不可能随着案件的增加而不断的增加。这样案件办不过来了，大量积压。有人就想能不能让律师和当事人去调查取证，分担一些任务，减轻一点法官的工作负担。这就是最初的强调当事人举证责任。实行当事人举证后出现了一个问题，当事人取的证据的真假如何判断？就需要当事人双方来质证，这就进入了庭审方式的改革。庭审方式改革之后又出现了问题，质证后法官如何表态？过去都是法官调查，不需要质证，庭审完了就休庭，案件要庭长批、院长批。现在，出现了向合议庭交权的问题，这就引起了审判方式的改革。这一改革后，逐渐又出现了律师与法官、检察官等的关系问题，如在法庭上律师与检察官的地位是否平等、律师应当在什么阶段参与诉讼等问题，这就又超出了审判方式改革的范围，而涉及到了诉讼制度的改革问题。诉讼制度改了以后就又涉及到了司法制度改革的问题。所以，司法改革是一步一步推进的，没有一个国家的司法制度改革是一朝一夕能够完成的。我希望诸君奋发努力、刻苦学习，为以后司法制度的改革贡献自己的力量。最后，关于米兰达这家伙究竟是怎么被处置的，确实有些书上说法不一，这可能有翻译上的问题。但因为这个案件形成了“米兰达规则”不会错。我回去再给这家伙打个电话核实一下。近日，美国青年政治领袖访华代表团来中国访问，2001年3月27日，我应邀参加了宴请作陪，席间我就此问题请教其中的两位法律界代表，他们非常肯定地回答，米兰达是被无罪释放的，不是发回重审的，警察违反程序没有告知其沉默权，不可能再给警察一次重新告知的机会，然后再判他的罪。我对他们的回答还是不敢坚信，他们答应回国后一定将英文资料寄给我。??

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问
www.100test.com