

贺卫方:法官的法袍代表了什么(下) 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\\_\\_E8\\_B4\\_BA\\_E5\\_8D\\_AB\\_E6\\_96\\_B9\\_\\_c122\\_485305.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E8_B4_BA_E5_8D_AB_E6_96_B9__c122_485305.htm) 司法工作不是一个平常的工作 司法现在经常在政府与人民之间充当中立的裁判，所以它承担着更大的使命，而且这个使命不大容易承担。司法操纵着生杀予夺的大权，这样巨大的权力承受在一个常人的肩膀上，人们往往觉得心里不踏实，所以需要把这个常人加以包装，包装得和人不一样。头发一定要怪怪的，衣服要不同，这样给无论衣服之内的人还是衣服之外的人都有强烈的警醒，那就是说我所做的工作不是个平常的工作，我所做的工作涉及到人命关天的事情，我所做的工作涉及到法律准则的统一，这么重要的工作我一定要认真地做。穿上这套衣服以后，其他的人对他也会有强烈的期望。我想这是把法官营造得非常奇特非常不一样的作用。军警式的制服所营造的气氛，就比较简单了，那是一种工具化的气氛。穿这身衣服的人其实没什么了不起，他不过是个服务的角色，他是完整我们另外某种价值的辅助性的角色。中国的法院一直处在权力的边缘，司法机关在长期的计划经济时代，只不过是无产阶级专政的工具。我是1978年开始学法律的，进学校前还是作为绝密专业招生，一定是苦大仇深出身的人才可以学法律(笑声)。进去以后就教育我们要做无产阶级专政的“刀把子”(笑声)，法律教育的目的就是要把个人磨得锋利(笑声)，我们看到，长期以来司法机关的角色，法律人的角色，就是服务者。我们现在看当时的报纸很好笑，但都是现实。1966年为伟大的无产阶级文化大革命服务，服务不长时间，法院就

被军管了。我还曾接到过一个当事人寄来的当时的判决书，判处他反革命罪，这个判决是由山东烟台军分区中国人民解放军政法委员会作出的。当然“文革”以后恢复法院，为改革开放服务，后来为商品经济服务，为市场经济保驾护航，现在又为西部大开发服务（笑声）。法院总是个次要的角色，并不是个神圣化的角色，如此次要的角色当然不需要那样奇特的包装，所以就穿了一身军警服。这是我们说的第个层面的含义，法官是个特殊的神圣的角色还是个工具化的角色。第二个方面的含义是穿着法袍的人有一种独立感，他是独立的职业，独立的人。司法的角色象征着独立性，法官最重要的品质是独立。为什么司法要独立？其实每一个法官要独立，是因为法官处理案件，行使权力只在法庭之中。在法庭中行使权力的过程需要有一种对人的观察。比如在司法过程中，我们为了查清案件的事实，离不开当面锣对面鼓地观察。证人在作证之前要宣誓，宣誓之后法官会向他反复强调，你已经向上帝宣誓了，现在你说的话如果有假的话，你不只是对我撒谎，你是对上帝撒谎。这对人心理上有警醒感，这是非常重要的。我们现在是辩证唯物主义，天不怕地不怕，向毛主席宣誓也没用（笑声），所以我们现在伪证特别多。当伪证率很高的时候，说明个民族道德，伦理层次在下降。证人在作证时，法官要观察他有没有作伪证，神色怎么样。我们古代有句话“以五声听狱讼”，为什么他脸红，为什么突然口吃，为什么发抖？这时法官必须当面观察，当面判断，这样的职业需要长期以来在法庭上积累的经验。在西方国家，尤其在英国和美国，对法官的选择是非常讲究的。有个古老的谚语叫“法官老的好，律师少的俏”。法官越老越好，老的才

有经验，老了才能对人情世故作出一些判断。我曾经说过我人生中最大的灾难就是在大学毕业实习期间让我去处理婚姻案子，我怎么去处理？还劝大家，“一日夫妻百日恩”（笑声）。像我这样一个嘴上无毛，从没结婚的人怎么跟人家说“一日夫妻百日恩”？在英美国家，包括香港，通常不会出现40岁以下的法官，通常从执业十年以上的律师或者检察官队伍里选任。??法律是一种公正善良的艺术 一个法官最不好的是容易被迷惑，经常心里拿不准。从前有个法官，听完原告的陈述后对原告说：“你说得对。太有道理了。”再听被告说，说完了，对被告说：“你说得对啊，你说得真有道理。”旁边的书记员说：“法官大人，不可能两方面都对的，因为他们是对立的。”法官说：“哦，搞了半天原来是你说得最对。”（笑声）法官需要良好的判断力，法官这个角色不需要搞年轻化。当然，年老的需要有个补偿，这个补偿是法官基本上是没有退休年龄限制的，不能强制退休。美国的霍姆斯大法官62岁担任最高法院大法官，一直干到91岁。他一坐在法庭上，白胡子，白头发，黑法袍，真正给人一种司法的威严，这能带来一种重要的效果。有时候司法处理的问题，不一定有很明确的是与非，没什么真理不真理的问题。司法所解决的问题不过是种平衡术，这就是为什么古罗马人给法律下的定义是“一种公正善良的艺术”，这样的艺术需要有伟大的艺术家来表演。说明这个道理的一个经典的案例是妇女有没有权力堕胎的问题。美国女权主义者们的口号是“我的身体我的自由”，老娘要把肚子里的东西做了你管得着吗？！（笑声）法律，什么法律！女同胞认为不允许堕胎的法律对她们是种不合理的限制。有道理，这种要求一点也不过分。另一方

面，保守人士看来这是非常严重的问题，这不是杀人吗？当然是杀人。搞法律的人在那里搞了个虚伪的说法，认为人的生命从出生之时开始，这是虚构的东西。真是这样吗？不，人的生命是从受孕开始，没有上半场哪有下半场，（笑声，掌声）没有十月怀胎，哪有一朝分娩。那不是生命是什么？你为什么惩罚在大街上杀人的人，为什么不惩罚在医院杀人的人？有区别吗？我看有区别，区别就是在大街上杀人时对方可以反抗，可以正当防卫，而在医院杀人这个小生命从来不跟你交涉，从来不搞正当防卫。选择更残忍的方式杀人者难道不更应该受到惩罚吗？我想问问大家这里面有真理吗？不。其实法官很难判决这样的案件，这是个所谓的“艰难案件”。但法官又不能不判，这时唯一可以求助的就是法官的崇高威望。实际上这样的判决无法获得人民普遍的真正的拥护。由此可见司法常常在一条艰难的路途上跋涉，作出判断，在这种情况下，法官、法院必须要有崇高和独立的地位。在我们国家这种独立还不具备。我们讲司法独立，讲法院独立，基本上讲的是整个法院系统独立于外部，而基本上不讲法院个人的独立。有一种说法：现在的法官你控制他还这么差，搞司法腐败，什么大盖帽，两头翘，吃了原告吃被告，原告被告都吃完，还说法制不健全（笑声）。我自己正在做个论证，希望人们意识到这种思路可能会导致恶性循环，会使我们的法官素质越来越低而不是越来越高。大家想想，我们的最高人民法院在1998年下半年的时候对外招考十名高级法官，我知道那个高级是什么意思，就是处级法官，处级审判员（笑声）。当然从外面招进去就是处级，那对最高法院来说也是破例的。然后报纸，电视都来宣传，最高法院招十名高级法官，条件

是大学从事法律教学的正教授，研究所里从事法律工作的正研究员，一级律师，国家机关从事法律工作的正处级以上干部，最后一条北京户口。《南方周末》上有一篇文章对最后一条提出批评，题目是《北京是谁的首都》，认为最高法院的这种做法有一种地域歧视。这样的招法官的做法受到了社会的普遍冷落。到报名那一天，最高法院的工作人员一大早就非常兴奋地摆桌子，摆椅子，新闻媒体的“大炮”都架在门口了，天哪，几天下来只有几个人报名(笑声，掌声)。这是为什么？为什么中国最神圣的司法殿堂对这些学者、律师毫无吸引力？而在西方国家，被人们任命为最高法院的法官那简直是全国甚至全世界瞩目的事情，是多么光荣而神圣的选择。??军队为什么要搞军衔制 法官的独立性是法官得以公正、得以在社会中展现正义力量的非常重要的保障，而我们现行的法官制度是在官僚化的、等级化的法官制度，是不可能做到这一点的。《法官法》修改过程中，草案中有一条“中华人民共和国法官实行法衔制度”。当时我问“法衔制”是什么意思，回答是：因为现在法官外表上看不出什么级别，体现不出等级，所以，我们要借鉴军队的做法，在外表上加以区别，比如一级大法官，个大星，二级大法官两个星。我说你们现在这套服饰够别扭的了，还要搞一个法衔制。军队为什么要搞军衔制，因为军队最重要的是服从，军人应该很清楚地知道应该服从谁，应该指挥谁，那不需要两个人认识，只要用军衔来区分级别，以便确立军队里的等级，这是保证军队胜利的前提条件。三大纪律八项注意第一条：一切行动听指挥，步调一致才能得胜利。但是法官需要这个特色吗？我们现在实行四等十二级的制度，不断暗示法官级别，暗示

高级法官可以支配低级法官，低级法官要服从高级法官。司法的行政化非常严重，最重要的表现就是等级化。科举制的长期实行使我们今天建立一个新制度的想象力受到了极大的局限，我们没法想象除了法官这套评价体系以外还有什么别的评价体系。比如医院有处级、局级、副部级，和尚(笑声)杭州灵隐寺的住持是局级和尚，(笑声)是政协常委。大学也是，前一段时间我们的报纸上登着“教育部决定北京大学是副部级大学，我校校长、党委书记享受副部级待遇”。我说北大真是纡尊降贵，多么有尊贵的学校，历史比国家的历史还长，校长地位绝不比国家元首低，何必搞个副部级来当。(掌声)哈佛大学校长从不把国家总统放在眼里，他也是个“总统”啊，他的名号和总统的名号是一样的，(笑声)唯一不同的是他指挥下的“小国家”历史比美国历史要悠久的多。那才是个大学的尊严!(掌声)法袍的第三个寓意是，在法袍这一古老的服装样式下，法官必须要维护个职业的完整，维护行业的悠久传统，它提醒着我们这种角色的特色。这就涉及到法治问题。在许多国家里你会发现，不同的行业对社会变革的特行不尽相同，有的行业喜欢变革，喜欢进步。比如年轻人喜欢社会进步、社会变革；文学家很喜欢社会动荡，诗人很少有人写歌舞升平的诗写出千古诗名的，伟大的诗人都是写人类的痛苦，社会的动荡，所谓“国家不幸诗人幸”；当然职业革命家喜欢革命；历史学家喜欢革命，现在社会平和了，我想写当代史的人简直无聊透顶，只能年复一年地写“国民生产总值增长了……”谁看啊!(笑声)但是法律这个行业偏偏培养一个人保守，稳定、不那么激进；千方百计维护既定价值的习性。可以说，今天所说的“法治”之所以得到人

们越来越多的向往，是因为它最大的好处是让我们受到某种过去的规则的制约。法治有几条黄金定律，一条是“法无明文规定不为罪”，法律没有规定的，你尽管去做，没有人会惩罚你。“法不溯及既往”。法官每遇到个案件，他不由自主地就回头看，看过去发生的种种，看有没有法律规定。这个法律在有些国家能延伸到二百年前，在英国有些法官，现在还在引用14世纪的法律或判例。托克维尔说：“英国人喜欢他们的法律并不是因为他们的法律好而是因为他们的法律老。”(笑声)老的才是好的。《封神演义》里的申公豹，脑袋被人砍下来了，后来发现砍错了又给安上去，结果安倒了，脸到后面去了。申公豹走路的时候往前走就是往后走，往后走才是往前走。我们今天的语言里也有，说未来的时候我们说“今后”，说过去的时候我们说“以前”，(笑声，掌声)我们的文化到底朝后走还是朝前走搞不清楚。我们的记年方式和西方人不一样，西方公历永远朝前走，我们六十年一甲子，是绕着圈子走。??总统是靠不住的 法律家就是不停地朝后看，总是用过去的规则来限制今天的行为。当政治家头脑发热的时候，法律学家总是拽拽他的衣袖或者给他当头棒喝。这种稳健的保守主义在许多社会里创造了重要的价值。加上法官年龄老的特征就使得法律家保守的特性更加显露无遗。另外，又加上法官不受民意制约，更使得法官可以深谋远虑。在美国这个民主的国家里，三权之中的司法权，老百姓拿它没办法。总统任命法官，全国联邦法院的法官800多人全部由总统任命，这本身就不是个民主程序。而且总统一旦任命，法官就变成了断线的风筝，总统没办法控制他，每个法官都保持严格的中立。人民没办法控制他，法官在他的正

当行为期间终生任职。我们发现三权分立的制度是民主政体与贵族政体两种因素相互妥协的产物，尤其妥协在司法领域中。总统这边，老百姓不高兴他就当不了，当上了老百姓不高兴，过四年他就要下来；议会所有成员都是民选产生的，但司法，老百姓就是无可奈何。而且，宪法中明确规定“国会不得制订减少法官工资的法令”，这是宪法里唯规定的一个行业工资问题(笑声)。林达有一本书叫《总统是靠不住的》，美国设置的总统制度让人们强烈地意识到总统是靠不住的，国会议员是靠不住的，但有一个行业大家都认为是靠得住的那就是法官。为什么法官不是民主产生的，不受民意制约，反而是靠得住的？这是我们研究美国民主制度应该特别注意的问题。我们现在的法官穿的服饰是新派服饰，不能提醒我们注意这是个古老的行业，它谈不上提醒法官决策是保持连续性，要注意与传统的契合。总而言之，我们上面从三个角度稍微揭示了一下不同法官服饰背后的理念。我想，中国社会结构、经济管理模式的演变，以及中国政治统治模式的转变，都使得中国已经走上了一条法治的不归路，也就是“依法治国”。如何使中国的司法制度走上良性循环，得到人民真正的拥戴，这是我们今天面临的一个很大的问题。前不久，我在法学院的一次演讲中提到，我们现在司法制度的建设有四个大的矛盾，第一个大的矛盾是：这个社会长期以来沿袭下来的中央动员型的治理传统与司法独立之间的冲突。我们喜欢最上面有核心，中间有一把手，都团结在核心周围，服从中心工作。这种情况下，司法的中立、独立、消极性得不到理解；第二个大的矛盾是：“依法治国”要求法院居于权力的真正的核心和现在实际上法院等司法机关处于边缘



化的矛盾。最高人民法院院长和最高人民检察院检察长在党内政治局委员都不是，只要看这一点就知道他们根本不占决策的核心位置。这种实际的边缘化造成了法院现在的矛盾；第三个矛盾是：“依法治国”要求的法律的单极化和实际上法律的多极化的矛盾。“依法治国”要求法律规定要自成体系。是由人民代表大会制订的一套规则，由最高法院作为最终的裁判机关来加以解释。而实际上，有法律效应的东西多极化，我们经常看到，法外有法，法上有法；最后一个矛盾是巨大的改革热情和相关知识积累不足之间的矛盾。我们改革热情很大，不断推出改革新举措，个案监督错案必纠、对外招考法官、电视直播庭审，但是这些措施相互矛盾相互冲突，这就证明了在相关决策者的心目中，什么叫法院，什么叫法官并没有一个清晰的了解，所以我们的目标并不清楚。中国是个古老的具有悠久文明传统的国家，在追求一个更加合理的社会的过程中，离不开个良好的法律制度。我相信，司法改革可能会成为政治体制改革的一个重要的突破口，也可能风险最小收益最大的突破口。所以我想，在座的无论是不是学法律的，都应该背负起一个义务，那就是以各自的方式推进国家的相关制度，无论是政治制度还是法律制度朝向一个民主、自由、开放、多元的方向发展。我总是想，我们国家在奥运会上可以获得金牌的第三名，为什么不能在民主和法制的建设上排名世界第三呢？我相信我们中国人是有这个智慧和能力的。谢谢大家！（掌声）

贺卫方教授简历：贺卫方，1960年7月生，男，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）。1985年起在中国政法大学任教并主持《比较法研究》季刊编辑工作

。1995年调至北京大学法律学系任教。1992年聘副教授，1999年聘教授，并担任法律史专业博士生导师。担任北京大学司法研究中心副主任，兼任全国外国法制史学会副会长，中国法学会比较法学研究会副会长，法理学会理事。曾在哈佛法学院作访问研究（1996.6-1997.1）。??主要著作和译作有：1.《新波斯人信札》（与梁治平、齐海滨等合著），贵州人民出版社，1988年；2.《外国法制史》（与由嵘、张学仁、高鸿钧等合著），北京大学出版社，1992年，台湾版由五南图书出版公司于1993年印行；3.《美国学者论中国法律传统》，与美国汉学家Karer Turner及高鸿钧合编，中国政法大学出版社，1994年；4.《走向权利的时代》（副主编），中国政法大学出版社；1995年；5.《法边馀墨》，法律出版社，1998年；6.《中国法律教育之路》（编），??中国主要荣誉有：??1.中国法学会“著名青年法学家”评选提名奖（1995）；2.第一届全国优秀中青年社会科学成果优秀论文奖（1994）；3.北京市高等院校百名跨世纪人才（百人工程）；4.北京大学法律学系优秀教学一等奖（1997）；5.北京大学法律学系“十佳教师”（1998）；6.北京大学优秀教学奖（1999）；7.北京市人民教师提名奖（1999）；8.北京大学法学院“十佳教师”（1999）。

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](http://www.100test.com)