

法治与法律家之治 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_B3_95_E6_B2_BB_E4_B8_8E_E6_c122_485430.htm 我觉得饮食与法律发展

是一个值得研究的题目。在美国法学院中经常有午餐沙龙，因为吃西餐不占双手，而且食物的味道也不重，而中国菜正好相反；况且，中国人一向认为吃饭是件轻松的事，不喜欢边吃边干正事，排斥餐桌上的学术。不过，在这样的环境下与大家进行一些学术上的探讨，倒是一件很有意思的事。

今天的主题是“法治与法律家之治”之间的联系；这是我近来一直在思考并在课堂上宣传的主题，因此，听过我的课的同学可能会对其中的观点感到很熟悉，可是，我很重视这么一个交流和质疑的机会。最近，北大法学院的一位博士生写了一篇探讨法治意义的文章，登在《法制日报》上，批评“法律家之治”这一观点，让我进行了更为深入的思考。我倾向于把“法治”理解为早期的人们提出的治理国家的几种主张之一；这些主张互有冲突、交锋和交流。比如说，我认为“人治”之所以被提出，是为了矫正法治的弊端。以法治国，在很多人眼里，似乎有无需质疑的正当性和优越性，但法治本身是有代价的，这些代价是这种治理模式内在的。有哪些代价呢？首先，人治与法治的一个主要区别，就是法治能创造可预期性，就是说规范先于行为存在，人们可以根据规范来行为，从而把危险控制在一定的范围内。所以，“法无明文规定不为罪，法无明文规定不受罚”是一项基本的原则。从这个角度看，虽然审判四人帮被看作新中国法治的起点，但在实质上违反了这一基本的法治原则；因为当时审判的法

律依据是1979年颁布的《刑法》，而在四人帮横行的时代，中国是没有法律的，从而也不存在“犯罪”。还有，现在对存款利息征税的做法也是违背这一原则的：如果人们在存款时就知道日后要对利息征税，那么，可能一部人就会选择消费而不是储蓄；对起征日时现有的存款利息征税，这种做法在表面上看没有“溯及既往”，但我认为，真正合理合法的做法是：对起征日起方才存入的存款利息才能征税。可预期性有内在的紧张关系，就是：法律的稳定性与社会生活的发展之间的矛盾。长大了的人仍穿小孩子的衣服是让人感到别扭的，而变化太多的东西就会没有权威，《德国民法典》在一百多年里，《美国联邦宪法》自诞生两百多年来就很少被修改。因此，我对新中国修宪的频率是有意见的。从来没有人想过删减《圣经》内容，而《圣经》在基督教的经书中无疑具有最权威的地位。法律的权威性基本上依赖于法律的稳定性；如何处理这一内在的紧张关系，是任何法治国都面临的严肃问题。其次，法治的第二个代价就是：规则的平等适用往往忽视对象个体的差异性。有些同学指出，现在的法律是不维护道德的，甚至是反道德的；但严格地讲，我认为，有些法律是维护道德的，比如对第三者的惩罚就维护了家庭关系和婚姻道德。但是，我这个主张一再“遭打”，而实践中这种婚姻家庭法的立法也被视为一种倒退。关于道德，当前的最大问题，是个体道德理念的差距越来越大，越来越多元化；对这些道德准则，法律无法进行整齐划一地规范。“人生而平等，但无所不在枷锁之中”，同时，“人生而不平等，且无所不在枷锁之中”，比如说，北京与陕西的高考录取分数线相差很大，这对陕西考生来说，就是不公平的

，我同意全国统一录取的分数线。去年最高法院面向社会招考10名法官，报名条件之一就是“具有北京户口”，对此，报刊上登载了一篇名为《北京是谁们的首都》的文章，写得很好。最高法院是全国性机构，要求有北京户口，意味着在权利资源分配上歧视外地人口。其三，法律职业共同体内在的利益未必符合社会利益。在讨论这个问题之前，我想问的是：存在一个明确的社会公共利益吗？国家重点扶持北大清华，投入18亿元的资金，其他高校的利益是否因此受到损伤？增加工人的工资，那农民的利益呢？利益愈多元化，就愈难找到这个公共利益。法律家也是一个利益集团，他们宣扬法治的目的可能也是追求自我利益的增加。比如公检法三家争夺对赃款赃物的处置权，原因就是，上缴国家后能得到相应的回报。法学家常在电视上露面宣传法治，比如过去的我，而电视这种媒体最可能以真实的形式误导人。《法学》杂志“法林逸史”栏目最近发了一篇很有意思的文章，讲美国谍报部门发现，中国目前有一批人总在流动，进出有飞机、汽车，吃住开销不用自己操心，临走时口袋里还塞满了钱。原来，这是因为《合同法》颁布了，这些民法学家正忙于四处讲学。权利和利益具有相互性，法律家无疑可从法治中得利。其四，走向法治的过程常常是追求独立的过程，包括司法独立、法学独立、法律职业独立等等。所谓独立，指自己的权利和知识不受外界干扰；但要注意，它的前提是自己不要过多地干预外界，注意自己权利的界限。法院主动地指导社会，过多地干预社会，就会让社会影响自己的独立性，大学亦然。追求独立可能意味着通过法律来调整社会，但有一种内在的缺陷，即无法给予社会一种主动的引领和无法

对社会必需的东西给予积极的回应。我国法院主动为国企改革、家庭和睦和春耕生产服务，这与美国“积极主义”的观点完全不一样；因为司法无法做到积极回应社会的大部分需求，所以才有三权分立。我之所以批评中国法院总为国家的中心任务服务，主要是担心它因为这种服务而丧失了自我。人治，在很大程度上是针对法治的缺陷，提出了自己的主张，认为贤明的统治者在给每个人分配权利资源、财产和荣誉时，可能实现正义。在英国，“法”指普通法，平衡是一种制度，“每人得到应得之份，便是正义”，关键是，按僵硬的法律来考虑，法律无法确定每个人应得的份额是是多少。古谚“衡平法的尺度以大法官脚的尺度为依托”说明了这一点。创立衡平制度的基本思路是人对人的考量。在不受僵硬的规则的管束时，法官能够提供合理的救济，因此大法官的良心很重要，他“是国王良心的保持者”，衡平制本身就是人治。人治有什么特点呢？第一，人治论者相信，如果能找到一个伟大的领导或小的群体来给社会分配正义，就能缓和法律本身的缺陷。第二，人治的另一好处是再也无需保持决策的连续性，决策不受已经存在的规则的约束，一切取决于当事人的实际情况，“今日之我已非昨日之我”，因而能更合理地进行考虑和判决。法官没有义务通过司法的方式来创造规范，中国古代的司法官员就是这样；毛泽东也说“我就是和尚打伞——无法无天”，言下之意，用法律来束缚伟大的无产阶级的手脚是不被允许的。柏拉图讲贤人政治，“内圣是前提，外圣是结果”。人治与法治未必对立，是可以契合的；在我看来，契合点就是“法律职业共同体”。赵晓力在BBS上发了一篇文章《法律职业共同体宣言》，但对它

的讨论并不热烈。我觉得他论证得很好，文中还有一句颇有感召的话“全世界法律人联合起来”。下面，我尝试分析一下，法律职业共同体是如何对社会进行“统治”的。法律家阶层在西方的发展中，是逐渐发育并独立的。按伯尔曼在《法律与革命》一书中的观点，在古罗马时代就产生了“法律是独立的知识”的强烈见解。先有了从事法律职业前的专门训练，而后是大学中纷纷设置法学院，后来出现了英国大法官爱德华柯克与国王的那场著名的争执——柯克称，“即使国王是明智的，但法律不是自然的理性，而是人为的理性，需要人为的教育。”在西方，法律独立有悠久而坚实的传统，这与中国的传统差别很大，我觉得科举制窒息了知识划分的想象力（大学、百科知识就是分类符号），科举考试导致中国男女只知道一种带有强烈人文色彩的、有诗化语言的、八股文式的唯一的知识，所以，东西方两套知识系统很难互相沟通和理解；直到今天，法律职业是否要求知识专门化这个问题，在中国还要被讨论。苏力在《法学杂志》上发表的《基层法官的素质问题》一文观点和我的不一样。他认为，至少在基层法院，大学教育是不必需的；目前基层法官素质还可以，证据是上诉率的升降变化：他依据《中国法律年鉴》中的数据、图表，发现近十年来上诉率已大大下降，从而得出了这一结论。我觉得这篇文章有些情绪化，苏力老师对法律职业共同体有着清醒的认识，能看到“大词”之下的缺陷，即对中国现状的忽略，但我觉得他的论证有问题：上诉率这个指标本身并不足以说明中国基层法院法官素质不错，因为上诉率上升的原因，还有可能是人民对高一层的法院抱有希望和信心；同样，上诉率下降可能反映了人民对高一层

法院审判的绝望。思考法律的专门性，就是思考：法律家与经济学家、行政官员相比，其决策有什么特点。我的思考是这样的：第一，公正是法律最重要的追求目标，而经济追求的是效率。第二，要在复杂的层面上考虑正义的含义。追求正义的过程包括了太多的利益冲突，比如，许多案子无法得出非黑即白的结论。法律教育，以及社会教育的缺陷就在于：认为认识的目的是发现真理，而且只要以唯物辩证主义的方法论为指导，就能发现真理。可是，法律面临的许多问题是无法论是非的，比如关于堕胎，妇女有对自己身体的自由权利，而堕胎实际上又是另一种形式的杀人，尤其是中国执行计划生育政策中的集体堕胎现象。两派观点的维护者都无法找到压倒另一派的理由。可见，追求正义的过程是艰难的过程，人们无法获得真理。第三，决策是公开的过程，公开才能保证司法过程的透明、公正，民众参与监督，司法判决的正当性才可能得到保证。第四，关于事实问题与法律问题的划分。这种划分的好处在于，把通过论据来证实的问题与通过解释来发展的问题剥离开来，引起上下级法院权责的划分；陪审团与法官判断问题范围的制度性的区分，也进一步强化了法律与事实相区分的合理性。法律家总是警惕、重视语言问题，在香港与大陆法律界就法律解释的争论中，不难发现；大陆或代表官方的法律学者总爱用“这样解释不符合立法原意”这一理由。立法原意又是什么？我想，能否找到立法原意要受若干因素的影响。立法原意体现了议会在制定相关法律时的这种集体行为；法律本身可能就是妥协的产物；“立法原意”是李鹏委员长、姜春云还是王利明教授的“原意”？即便能找到它，可能当时立法的出发点与现在的社

会需求差别已经很大了。我们必须不管立法原意，法律解释的主要依据应从立法转向司法途径。但是，法官解释时要如何尊重立法机关，如何防止司法权演变为一种侵犯立法权的权力？我觉得这些都是尖锐的现实问题，法律语言本身存在相当大的模糊性，解释判例法或成文法，都存在一个可以各说各话，见仁见智的空间。比如《宪法》规定的“劳动是公民的权利和义务”，假设吴志攀老师让我下岗，我能否说这侵犯了我的劳动权利，或让我违反了我为北京大学劳动的义务？还有，“人大常委会应有适当比例的少数民族代表”，我不明白什么是“适当比例”，这个比例是按占有土地面积多少，还是按人口比例来确定，还是按《公司法》的比例，即49%比51%，由汉族来“控股”？我还不明白，什么是“少数民族”？如果凯其亚诺要求加入中国籍，并且带领中国足球队冲出亚洲，在2002年利用时差优势，捧回大力神杯，那么，我们一激动，让他进入人大常委会，那么，他算汉族还是少数民族？现代解释学的发展已经明确告诉我们，无法找到一种精确地表达事物的东西；明确是相对的，模糊是绝对的，这要求法律解释的重点由立法转向司法。法官无时无刻不受到法律职业共同体的制约，在一定程度上保证了司法决策的连续性，稳定性和可预期性。当然，这个的前提是：并非法官一个说了算，只有在多方研究之下和在特定的环境中，才能对问题达成某些一致。这是法律家的决策可以依赖的一个重要原因。第五，重视程序。因为上述解说，我认为法律家群体对社会事物的管理，由于既可以保证法律的可预期性，同时又可通过法律解释，使法律适应社会的变化。这一变化的过程是潜移默化的。我初浅的阅读经验告

诉我，英国社会的资本主义化确实与法律家群体在此之前就开始用资本主义的规范去解释传统的普通法这种“旧瓶装新酒”的做法有密切关系，也就是说，英国社会现代化始于法律现代化。法律解释的过程蕴含了法律发展的内在机理，同时保证了法律的连续性、稳定性和可预期性。法律家群体在追求利益的同时，发展出一套行业伦理准则；由于法律职业共同体构筑良好，所以这套准则有很强的约束力。在我看来，司法腐败的根源，首先是制度的缺陷：法院人事权和财权不独立，为地方干预提供了可能。其次是选任司法人员标准混乱。我最看重的就是选任标准。目前，中国法律职业共同体是四分五裂的，法官来源主要包括复转军人，调干和大学生。不是说复转军人不好，问题在于什么是优秀法官的标准，长期的军旅生涯，使得服从成为他们行为的基本模式，这个“第二天性”能让他们在法院中升迁很快，比如报道《周口中院，复转军人挑大梁》揭示，该院中层以上的干部中，95%是复转军人，院长当年是军长，法院被建构成一个军事单位；来源不同的三部分法官没有共同的伦理准则。我国要求法官“不收受贿赂”，可收受贿赂的行为足以构成犯罪，它不是伦理问题；伦理指一些涉及非犯罪但与该职业要求不符的行为。江泽民主席对解决台湾问题有八点意见，即“江八点”，我想，我对防治司法腐败的八点主张也可暂称为“贺八点”。比如应避免偏见影响司法的过程和结果；严守中立；反对司法拖延；有推进法律学术发展、提高法律教育质量的责任，等等。最能发挥约束力的规则往往是行业内部的规则。最近，BBS上正在讨论复旦大学哲学系教授张汝伦剽窃他人学术成果这一事件。剽窃这等鸡鸣狗盗之事是

学者最大的耻辱；如果剽窃属实，而张汝伦仍能留在复旦这所伟大的学校，那么，我只能说这是中国高等教育职业建构的失败和落后。张汝伦事件让我想起西方学界著名的“亚伯拉罕事件”。斯坦福大学欲聘亚伯拉罕为终身教授，后来有人揭露，他在注释时有时把二手资料写为一手资料。加州大学一位著名的德国历史学大师著文评说，称“这不仅是知识问题，更是道德问题；这是史德不够的表现”；亚伯拉罕辩解道，他承认因自己德语水平不高导致注释出错，但他的立论是有学术价值的。后来，终因其他学者认为亚伯拉罕不具备成为一名大历史学家的资格，斯坦福大学没有聘任他，亚伯拉罕只好以40岁的“高龄”改行学法律去了。学界也有职业伦理，其执行生效不是外界机构的判决结果，而是同事的监督；来自同事的否定评价才是毁灭性的。中国法律职业界中最严重的问题，就是构筑不合理而导致司法伦理的失范；同事间不能达成一致，当然无法执行伦理规则。总之，中国法律职业共同体的建设已开始起步。在上世纪二、三十年代，它曾一度繁荣，但与现在一样，由于过热、过于膨胀，不免有粗制滥造的现象。可是，现在是个好时期，我们正努力着试图向朝这样一个方向——建构一个结构良好的、具有一定水准的法律职业共同体；并由它来把越来越多具有可司法性的事务纳入法律的管理之下，逐渐实现真正的以法治国。以法治国的含义，在我看来，就是法律家治国，他们能在治理社会过程中起到更大的作用，发挥更多的优势，他们能给我们带来真正的法律的可预期性、统一性和稳定性，以及社会道德不致于大幅度滑坡的前景。好吧，我们留出更多的时间来讨论，好不好？问者：请问您对清华法学院解聘郭懿

美教授有何看法？贺：对此，我只看过网上的议论。听说学生有些议论，说她上课太女性主义法学化，是吗？问者：是因为有些学生认为她对英美法系比较熟悉，但不了解大陆法系。贺：这是学生的观点吗？喔，那么，我认为这不是缺点。美国法学教授都不了解大陆法，那么，是不是都应解聘他们？问者：但这里是大陆法国家呀！贺：不不，我觉得这个理由不成立。实际上我国是混合法国家，包括了传统的大陆法、英美法、社会主义法和封建法的影响。英美法如今越来越多地进入我们的知识传统，并开始有机化；光懂得英美法就是最大的优势。如果她特别优秀，我们要赶快把她挖过来，北大法学院正缺英美法专家。清华聘请教师一向注重教学效果，我认为就它目前的解聘机制，郭教授不会被毫无道理的解聘，而且我与决策的几位“人物”比较熟，他们都是谨慎的人。具体到郭教授，我不愿发表什么看法，因为对这方面很难评价。问者：一般讲人治对应法治，还是法治对应德治？能谈谈您的观点吗？贺：我发现大家真是殊途同归。我自己在人治与法治之间加了“运动治”，关于此观点的文章，曾发表在《法制日报》上，人治其实是一种奇妙的理想，在这个意义上，它与德治一样，都不重视规则，都认为每件事都不一样，因而它们应该被孤立地处理。运动治则是另一种情况。在那样的环境里，你会发现规则的边界极其模糊，统治者往往完全无视人的生命价值和尊严。为追求更高的无产阶级专政价值，人道主义的基本价值体系被冲垮，罪与非罪，合法还是非法之间的界限不再存在。学生在报纸上练毛笔字，无意间写到领袖头像上，便被打或现行反革命；当年许多人就这样被杀了头。古代尚讲“缘心定罪”，当时却完

全不顾及行为人是否有犯罪意图。而且，运动治诉诸于道德的谴责力最强，它把少数人称为“道德上不可救药之人”，德治虽然也诉诸道德教化，也可能走到把少数不听教化的人不当作人而随意凌辱的地步，但不会如当时中国一样，把整个社会媒体发动起来，进行这种谴责，甚至从肉体上加以消灭。我感到恐惧，因为这个国家的全部媒体真的可以象这样被发动起来，对司法独立产生很大影响。我认为，德治与人治应被放到适当位置上，至少在认识上不能混同于运动治。

问者：贺老师，我认为“法律人”这个概念要比“法律家”更好；因为法律家让人感觉很“高”，您认为呢？贺：这完全是个约定俗成的问题。比如我们说“作家”而不说“作人”；说“诗人”而不说“诗家”。有些地方作协中的“作家”真是提不起来的，但人家确实是作家，我想大家也不会觉得他们太“高”。在座的各位，在我眼里都是法律家。当然，叫法律人也可以。

问者：您能讲讲法律家的定义和范畴吗？贺：法律家是指受过法律训练并以法律为职业的人。从这个意义上讲，也可以说法律人更准确。它包括律师、法官、检察官、法学者、公证人等。

问者：您怎么看待现场直播庭审过程的现象？司法公开与司法独立是什么关系？贺：对司法公开、司法独立、司法神秘这几个概念应作一点阐释。司法公开指司法决策应在公开的法庭上进行，证据公开呈现并经法庭辩论，包括证人出庭也是一个有机部分；更重要的是审判合一，以免审者不判，判者不审。还有卷宗制度也要改革，因为目前当事人不能看到副卷，不可能知道审委会决策的过程和依据。公开并不必然体现为电视直播。美国有些法庭允许这样做的前提，是法庭与当事人都同意直播，但联邦

法院一直不允许直播，甚至不允许拍照、录音。不过，法庭上设有画师，报纸报道可以使用这些画片。镁光灯干扰司法，镜头在一定程度上能控制法官，因为人在镜头前会不由自主地“做秀”，所以，在现场直播的情况下，法官无法真正地静心裁判。不过，我倒特别赞同媒体应当监督司法权力行使的过程，但这一过程要有一些明确的界限划分。问者：我觉得新的人员进入法院后，其实又被同化了，如果按您的说法，只从法律职业共同体中选任司法人员或其他人员进行“法治”，那是不是就看不到新的东西了？贺：不是，不是的，外部的东西总有一种被同化的担心，但同化总是双向的，这就象我们学习西方法律一样，进来的东西在被我们改变的过程中，它们多少也改变了我们。法院并不是一个可怕的大染缸，是否腐败是一个定义标准的问题。如果说，收受贿赂才是腐败，那么中国司法腐败并不严重；如果把与当事人吃饭、唱卡拉OK的行为也算作腐败，那司法腐败是相当严重的。但我觉得还是好的占多数吧。问者：我觉得与当事人吃饭也是腐败呀。法官没有理由在案前案后这样做，即使他们的目的不是收受贿赂，可还是会影响判决的。贺：我觉得“法律”作为一种职业，其主要特色之一是它重视技术的改进以及点滴改进累积的制度效果。我不寄希望于废除所有弊端，但对改进现状抱有信心。最可怕的是现实中的问题让民众难以容忍，最后不得不选择一条剧烈革命的道路，这条道路从来对法律制度的改进没有好的影响。对现在法律职业共同体存在的问题，我觉得应有“风物长宜放眼量”的精神，我相信现状是能一点一滴地改变的。现在，我所开的课上有很多律师，他们真的很优秀，可以说，越来越多有知识的人进

入了法院，这有助于共同体意识的形成。问者：我国在法治的基本框架上都没有给人治一个最基本的限制，比如说《法官法》的规定，你认为呢？贺：是，是。我一直寄希望于中国也有里程碑式的案件，让人感觉到法律家在其中做了很好的操作。比如说，陈希同案件如果能以非常法律化的方式解决，能使陈希同的辩护权得到完整的保障。其实象这样有着广泛影响的案件，是一种制度变革的契机，可惜我们错过了，真是令人遗憾，令人心痛。问者：法院中的复转军人是您讲的“法律人”吗？贺：他们进入法院后，只要经过法院夜大、函授、专升本的教育训练，基本上也算是了吧。这个法律人的范畴可能宽泛一些，但这是我国的阵痛，不可能一下子就解决的。《检察官法》、《法官法》规定一个人担任法官、检察官的前提条件是“受过大学教育”而非“法律的大学教育”，如果不是学法律出身的，要有两年以上的法律工作经历。但人大常委会还是违反了自己制订的法律，现任检察长就不符合《检察法》对检察官的要求。如果法律机构公然违反专门为它们订立的法律，那么，这个国家的公民有什么义务去遵守法律？我觉得这个任命是一个恶例。问者：您认为律师的伦理与法官的伦理是什么关系？还有，如果法治是法律家之治，那么法官职业伦理的独特化是否会影响社会伦理道德的多元化？贺：法律家的伦理是会分化的，比如律师就要为客户保密；这是一个特色规范。就是说律师要保护犯罪嫌疑人的权利，甚至不能揭发客户的犯罪行为。尽管这样做在个案上似乎没有实现公正，但从长远看却有助于巩固公众与律师之间的信任关系。它们也有共同之处，只是我对这个问题没有做过专门研究。对于第二个问题，我觉得，法

官职业伦理的独特化同时意味着社会道德伦理准则的某种多元化。因为只有各个行业都追求自己的独特性，社会伦理才会多元化，而不是相反。问者：法律职业共同体的成员有不同的职业背景，属于不同的利益集团，这是否会影响共同的职业伦理准则的形成？对最高检察院与最高法院司法解释之间的某些分歧如何理解？贺：检察院之所以竭力维护它们的独立性，是因为检察制源自苏联，是所谓的社会主义司法制度的特色。任何人都有维系自己所在群体的高地位并扩张自己利益的本能，但我国司法财政制度的缺陷也加剧了这个问题的严重性。我认为西方司法发达国家的制度是值得学习的。美国一向重视提高法律职业者的同质性。他们从律师中选任法官、检察官，不仅三者的教育背景一致，而且对彼此业务都很熟悉，认同感很强。日本走的是另一条路，在法律教育过程中有个司法研修阶段，将来的法官、检察官和律师要在同一个地方学习两年，了解彼此的业务和规则；这是一个很好的融合过程。我觉得，如果法律职业共同体构建不好或共同意识无法形成，伤害最大的是法律职业的统一性。规范的同时性需要背景的同时性。在市场经济条件下，交易的安全不可能依赖对对方的了解和信任，而只能依赖法律的可预期性、明确性和统一性。问者：外国的国家领导人多是学法律出身，你觉得肖扬等进入政府高层，能否有助于中国法治化的进程？贺：目前的治国方式需要扭转，比如把传统的政治变为（讲）程序政治，但这种改变需要通过人的方式一点一滴地渗透而进行。在中国，判断一个人地位高低的标准是党内排名，所以，肖韩两人其实是远离权利核心的，并未进入政府高层。倒是不要忽视让更多的律师成为人大代表，以

免人大制订出一些让人啼笑皆非的法律来。问者：英美等国有判例汇编制度，这样，法官对具体案件的处理以及司法一致性便有了依托；而这是概括、抽象的法典无法达到的效果，那么，在法典化的大陆法国家，法律是如何实现统一的？贺：的确，我们的传统中缺少这种依托；有时我会想，法典化国家不可能实现司法统一。这个观点是否极端？不同法律职业的人从不同角度研究判例，确定出相似点，从而决定可否适用；同时，法律教育中的判例汇编有助于认知具体个案中法律是如何适用的。表面上看，判例法下，法官的自由裁量权很大，其实，判例法是最细致入微地约束人的制度。法典化国家呢？要是执业者有同样的教育背景、同样的理念、同样的语言规则，他们的理解可能会本能地趋向一致；也许，法典化国只能更多地以此为依托来实现知识、法律的统一，而无法凭借具体的司法决策过程（即判例）来解决。“中国不能采取判例法”在中国是普遍观点，为什么？许多结论似乎是不容质疑的，这合理吗？比如，“中国不能废除死刑”的观点从不给出令人信服的论证，没有调查，只凭感觉。还有一个问题，法律职业共同体是否能真正朝向一个方向，我觉得是当然的；因为法治与每个成员的利益密切相关，法治不成，对谁都没有好处。我们要考虑司法产品的质量；如果不好，人们可以不买，这个约束因素也要建立在合理的制度构建上。北大要成为一流大学，就要有一流的学生和教授，否则对谁都没有好处，但是我们还是无法控制办学办班的泛滥，其结果可能会倒了北大的“招牌”。如何使我们的事业更长久？我国没有诸如授勋制之类的激励机制去鼓励热情持续下去。问者：《立法法》能实现法治吗？贺：不能，虽

然它很重要，但听研究过的人说，它没有解决任何问题，比如：第一，如何改善立法产品的质量。第二，如何落实新立法。第三，立法监督。中国法律常常妥协到让谁都觉得无意义的地步。就像《法官法》，先是规定“国家对法官实行优厚待遇”，后来成了“法官的工资高于公务员”，再后来改成“不低于公务员”最后干脆取消了这个规定，搞了一个最不符合法官职业特征的“四等十二级制”。立法的作用让人怀疑。问者：审判四人帮是有违法治原则的，但他们又是应受惩罚的，那么，能在法律之外找到其他规则而又不违反法治吗？贺：审判四人帮是政治行为，不是法律行为，个案有时不能代表一切。因为当时我们不能追究毛主席，他是伟大领袖；包括纽伦堡审判也存在这个问题。准则该有例外吗？例外按什么规则处罚？是自然法，还是象帕尔默案件一样，依据普通法谚语“任何人不得从自己的恶行中获益”来判断？人们在特定时代及语境下能否达成一致，认为某人行为应受惩罚，而且进行惩罚不是对法治的破坏，反而符合人的价值和尊严？会找到这样的法律之外的准则吗？对比，法理学上曾有论争：德沃金、哈特、庞德就一度研究过帕尔默案，希望能找到一种不违反法治而又灵活的方法。文章出处：北大法律信息网 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