

“外来和尚”与中国法官 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__E2_80_9C_E5_A4_96_E6_9D_A5_E5_c122_485461.htm 在“知名法学家系列讲座”期间，我受聘作为“报告人”（Rapporteur）参与了在武汉和北京两地的报告和讨论活动。自己仿佛又重新回到了学生时代，听课，做笔记，提问题，组织讨论。与作为学生不同的是，我的任务还包括努力促进外来教师更有针对性的讲授，促进法官学员对讲授内容以及形式的理解。相比之下，后一项任务似乎更显艰巨。授课的外国法官和学者大多是第一次来中国，其中没有一位是中国法方面的专家，面对济济一堂的中国法官，他们多少有些摸不着底。中国法官这边，由于绝大多数人对西方司法制度并不了解，因此，外国演讲者所表达的某些观点好象也不大能够获得应有的回应。不过，我们可以不避夸张地说，这次讲座可以说是自近代以来规模相当大、相当有深度的西方司法观念与司法知识的输入事件，无论是应邀担任授课者的层次，组织形式的周密，还是讲授内容的深度，都是没有前例的。自己置身其中，耳闻目睹，倾听对话，对于本系列讲座的利弊得失及其对中国司法改革所可能产生的影响有了一些思考。

一、制度的同与异

本次系列讲座，授课人既有来自美国的法国和法学家，又有来自德国的两位法官和来自日本的一位讲授，在背景方面体现了多样性。把中国的司法制度说成是大陆法系的职权主义模式似乎是老生常谈了，因而人们当然有理由期待来自德国和日本的法官与法学家能够对中国的司法制度改革给予更多的启发。不过，根据讲座的过程来看，我们与大陆法系国

家的差异仍多于类似。法官学员们所提出的问题可以显示出这些差异。法院设置框架以及法院内部权力结构上的区别是最容易看出来的。第一位讲演者是来自德国奥登堡

（Oldenburg）市地方行政法院的哈尼西博士（Dr. Werner Hanisch），他担任着所在法院的院长。听众们很快发现，德国的行政法院体系与中国的行政司法体系很不相同，因为那里的行政诉讼是由与普通司法体系不同的行政法院来独立地审理的；行政法院构成了自上而下、自成体系的一个独立的司法金字塔。我们这里的情况却是，行政司法体系只是普通司法机构内部的一个分支。（其实，如果不在法院内部设立专门的行政庭的话，我们的体制倒是更像英美国家。）哈尼西法官对这样的专门行政法院之所以在德国建立作了相当清楚的解释，但是，由于要用更多的时间讲授行政法院法官的具体工作及其方式，历史背景只能是简要地勾勒一下。我相信，如果能对独立的行政司法体系背后的原理给予更多的解说的话，或许有助于中国听众理解在一个民主国家里，国家与民众以及行政权与司法权之间关系的性质。当然，从哈尼西法官对行政法院的日常工作的描述中，我们还是意识到，德国行政法院在其法律规定的范围内享有独立权力，这种权力之大，往往超过我们的想象。例如，行政法院对行政机关的监督可以说是全方位的。行政机关作出的许多决定都可能被利益受到影响的公民或社会团体的质疑，会作为纠纷诉诸行政法院。法院在进行调查的过程中，完全不受行政机关已有的规则的限制。城市规划过程中的居民住房拆迁，修建高速公路或机场时的土地征用，考入大学的新生对学校某些专业招生人数限制的不满，甚至于某些一般行政规则的合法性

，都可能成为行政法院裁决的事项。从哈尼西法官举出他所在法院处理的一些案件来看，行政机关的处境实在可以说是动辄得咎，时常败诉，以至于如果不经过几场耗时费力的行政诉讼，要修机场或高速公路几乎是不可能的事情。哈尼西法官也感到，德国的行政法院把套在行政机关脖子上的缰绳揪得太紧了。他认为，造成这种状况的一个基本原因是，建立行政法院的初衷便是要制约过于强大的政府权力，而对在更具有建设作用方面，如何使有益于公众利益的政府权力更顺利地行使则注意不够。其实这也不只是德国一个国家的问题。我们看到，在过去的20年间，西方世界范围内的宪政理论正在发生一个悄然的转向，即一些学者的研究从更多地强调冲突和对立转向强调合作的价值，探讨如何将对经济效益的追求与民主的社会选择结合起来，从而超越了古典学派只是在限制政府权力的层面上构建宪政制度的局面。另外，像“伯克利学派”的诺内特（P. Nonet）和塞尔兹尼克（P. Selznick）在他们的重要著作《迈向回应型法》（Law and Society in Transition: Toward Responsive Law）中，也将法律秩序分为“压制型法”、“自治型法”和“回应型法”。认为现在西方法治的模式在获得自治空间的同时，也付出了牺牲对其他目标的追求的代价。因此，制度建构的方向应当使法制不拘泥于形式和仪式，具有更大的开放性和建设性，以增进法律制度本身的效率。不过，在我们这里，这些主张听起来实在是隔膜的很。对于中国的法官以及司法制度而言，现在的问题并不是法律与政治界限过于分明，而是两者总是纠缠在一起。司法机关的脖子上套的是行政机关的缰绳，自治型法还是一个有待实现的目标。所以，在这样的语境下，近

年来学术界关于中国的司法改革究竟是应当走大陆法系的路数，还是走英美法系的路数的争论似乎是在一个假问题上打转转，费口舌。我们的首要问题可能是建立法治本身。二、从价值到制度可是，建立法治的路径与程序从何开始？这又是一个不大容易说清楚的问题。这里似乎存在着类似“解释的循环”一般的怪圈——如果不首先改变大的体制的话，具体制度就无从建立；但与此同时，如果没有具体制度的积累及其影响，大体制的变革将没有意义。于是，我们可以发现，不少人总是把法治的建立解释成一种要以“仁人志士”那样的魄力、胆量和斗争精神去追求的事业。而另一些人则更愿意在具体制度层面上做文章，他们认为对订立合同时立约人意思表示的真实或虚假的研究同样是十分重要的。这次外来和尚的念经却使我们看到了第三条道路，那就是把宏大的价值关怀与不嫌微末的制度建设结合起来的道路。可以说，这正是法律家得以对社会发展给予推进的最有力的途径。法律家得以发挥这种作用的工具乃是他们由于特殊的训练形成的分析问题的独特方法。在听课的过程中，我很注意这些来自不同法系的法律家分析问题时所表现出来的异同。结果发现，他们之间相同之处要多于不同之处。这些共同的思维方式可以概括为下面这几个特点：第一，法律家当然要以追求正义为自己的最高使命，然而，这种追求总是通过法律的途径，运用法律的方式去实现的。法律的方式表现为一种理性的特征，法官在制作司法判决时，总要对判决结果作出论证，其中包含着逻辑的力量，同时对也充分考虑到社会的现实需求。这种人们通常称之为法律推理的工作是一个合格的法律家所不可缺少的基本功。理性也包含着法官以及律师对可

能影响司法结果的个人偏见保持警惕。每个人在其社会化过程中都不免会形成某些偏见，虽然作为司法伦理的准则，法官必须保持中立，但要彻底排除偏见并不是一件容易的事情。然而，对偏见保持必要的警觉却有助于尽可能地实现公正。

第二，法律家注重程序的意义。在一个表浅的层次上，法律程序是法律家做事的规范，不依照法律程序办案，势必会影响在实体层面上的公正。因此，从前我们谈起实体法与程序法之间的关系，总喜欢说程序法是实体法目标得以实现的工具。然而，这种工具论的程序观忽视了程序法本身的价值。实际上，程序法也标志着人类在从事一种制度安排时的局限性，标志着法律家调整社会关系时不得不作出的难以完美的选择。我们无法实现完全彻底的正义；当程序的违反足以带来社会利益更大的损失的时候，我们必须维护程序本身的严格性。于是，超过诉讼时效的权利主张只能驳回，终审判决的终局性不能由于新证据的发现而改变，因为除了成本的考虑外，司法制度需要给人们的生活带来稳定性。执法人员通过非法手段获取的证据，即使是能够证明案件事实，也必须加以排除，因为与个人违法犯罪行为相比，政府的违法犯罪如果得到放纵，给社会带来的将是更大的灾难。此外，程序法的重要性还在于它能够增强司法制度抵抗外部压力的能力。法官所从事的是一种许多人都避之唯恐不及的事业，败诉的当事人通常不会对判决者抱有好感，有时，正如温斯汀法官所说的那样，法官往往是一种“两面不讨好”的角色，败诉方固然愤怒，胜诉方也不高兴。此外，有些时候法官们还要必须作出在一个社区里遭受普遍抵制的判决，除了终身制、职务豁免等制度的保障外，严格地遵循程序乃是法官得

以抵制攻击的有效盾牌。实体的正义是否获得是很难判断的，不同的人有不同的利益，不同的立场，然而，如果法律程序对任何人都严格而平等地适用，即使是反对者也难以找到攻击判决的突破口。法律家思维方式的第三个特征是注重事实问题与法律问题的区分。什么是一个案件中的事实问题，什么是其中的法律问题，这是我们的法学界以及司法界都极少关注的问题。这可以说是我国的法学研究尚处在幼稚状态的一个表征。来自德国的弗特法官(Eberhard Foth)在讲课时提出了一个有趣案例让大家讨论。被告人涉嫌伪造德国货币，但他伪造的是国家从未发行的30马克面值的纸币。弗特法官告诉大家，被告人究竟是否伪造了货币，这种需要证据加以证明的事项便是案件的事实问题。同时，由于德国不存在30马克面值的货币，因此即使是有充分的证据证明被告人的确伪造了面值30马克的纸币，他是否构成伪造货币罪仍有疑问。这涉及到对有关伪造货币罪的法律条文含义的解释，乃是法律问题。事实与法律的二分不仅仅有助于法律家更细致地分析案件，而且与不同法院之间在管辖权上划清彼此的界限十分重要。依据西方的司法传统，一审法院与二审法院之间的分工恰好与事实与法律问题的划分相对应。判断事实是由英美国家称之为审理法院的一审法院完成的，而到了上诉阶段，法官们所关注的就不再是事实或证据问题，而是要审查法律程序是否被违反，一审法官对法律条文的解释是否合理。在某些情况下，上诉法院改判案件的原因并不是因为一审法院的判决有什么错误，而只是居于更高层次上的上诉法官们具有不同的政策考虑而已。时刻注意司法标准的统一性是法律家思维的第四个特征。这里的统一性大体上可以分为从

时间维度上的统一与从空间维度上的统一，前者指的是法律的适用应当保持一种相当的稳定性，特定法律概念以及法律条文的意义不能以今人之是非昨日之是。而后者是指在法律所适用的地域范围内，司法者所采纳的标准应当是平衡的。这也就是人们赞扬法治胜于人治时通常所说的，法治的优点在于它可以提供一种合理的预期，使得人们在计划自己的行为的时候不至于朝不虑夕，从而获得交往和交易方面的安全感。同时法律又是普遍适用的，在管辖的范围内，法律对任何人所采取的标准都是一致的，而不会因人而异，见客下菜。问题的关键在于，就立法而言，制定规则的过程可能是复杂而冗长的，法律条文有可能与社会生活脱节；而作为条文载体的语言也可能 - - 也可以说是必然 - - 有模糊、矛盾之处，某些条文甚至可以作出相当不同的解释。这样一来，法律在适用过程中的统一性就基本上要依赖法律家群体在知识背景、概念把握、对特定条文含义的理解乃至价值观念上的一致性了。从来就没有单纯的规则的统治；法治状态的建立离不开建构良好、能够认真地履行使命的法律职业共同体。在这个意义上，所谓法治不过是那些由于训练、职业意识以及其他社会化的过程而变得不可能以恣意的方式处理问题的人对社会的统治。法律以及司法标准的稳定性并非来自于立法，而是来自于法律家们的推理方法，来自于表达意义所使用的语言，也来自于法律职业者的同质性所产生的对知识与行为两方面的制约。在武汉的课堂上，来自美国第七巡回区联邦上诉法院的伍德法官（Judge Diane Wood）问湖北省法院的法官：“你们是否经常研究其他法院 - - 例如上海市高级人民法院 - - 的判决？”湖北省的法官们据实以告，他们没有条

件及时地获得其他兄弟法院的判决，所以除了在开会的场合，来自全国各地的法官可以交流一些看法之外，经常研究其他法院判决的机会并不多。伍德法官没有掩饰自己吃惊的神情。不过，我在想，以今天我们的判决书风格，即使是能够及时地看到其他法院的判决，又能对司法标准的统一有多大帮助呢？

三、中国的特殊性

在举办这次系列讲座的过程中，我也经常思考中国司法制度的特殊性，思考这些外来者所传授知识对中国制度建设的意义，思考我们的改革所面临的特殊困难。饶有兴味的是，在课下与参与课程的中国法官议论有关讲授的内容时，我听到较多的一个说法是，中国有中国的国情。当然，每当谈及中国国情的具体内容时，法官们所说的大多是我们的制度以及法律运作中不那么好的东西，例如，法院院长会发牢骚，说我们的法院哪能和外国比，处在地方党政的领导之下，全院上上下下百十来口的生计都放在你院长身上，你如何独立得起来？看到来讲课的外国法官都是学识渊博，分析问题头头是道，佩服之余，也会大发感慨，觉得中国法官在素质方面差距太大。因此，国情论常常成为一种策略——目前自家条件尚不够，需要假以时日，等相关的制度和法官素质提高之后，国情就不会再成为妨碍我们借鉴外国经验的障碍。实际上，特殊性或许会永远存在下去，而且特殊性也不总是坏东西。如果我们不顾社会条件和文化上的差异，不假批判地引进那些在外国行之有效的制度，结果将未必像我们引进时所预期的那样好。尽管如此，我们还是要说，作为解决社会纠纷的司法制度，中西古今之间的差异或许被夸大了。仔细地研究我国古典的司法观念与制度，可以看到，像司法中立、司法独立这类观念都有相当强烈

的表达。只是我们传统的社会结构与文化格局使得这种中立与独立的愿望无法获得一种职业法律家作为物质的依托，无法获得独立的法律知识作为学理的依托。在过去的几十年间，意识形态方面的阻隔又使我们走向封闭，知识与法学传统无以累积，制度建设自然也只能是磕磕绊绊。结果是，涉及司法制度的一些常识和基本理念都相当隔膜。例如，法院究竟是一个怎样的机构，司法机关与行政机关之间，除了管辖事务上的差异之外，在权力行使方式、人员选任标准以及内部管理模式等方面是否也应当有所不同，司法独立究竟有助于社会安定，还是危害社会秩序，等等，都普遍地存在着一些似是而非的观点。从此次系列讲座中所反映的情况看，有几个方面是双方不太容易相互理解的。一是法律职业者所应当追求的目标，究竟是一种没有缺陷的制度，还是充分意识到法律的局限性，把司法作为平衡不同利益的机制，在获得某种价值的同时，也容忍某些价值的丧失？西方法学家总是强调后者，而我们长期以来形成的传统思路却很难理解这样的见解。我们总以为，法律家解决问题的过程中，也存在着一种道德上的判断问题，需要在是与非之间划出一条明显的界限。最能够体现这种观念差异的，莫过于对调解制度的认识。美国的流行观念大抵上是把调解视为以比较含混的方式解决纠纷，然而，在我们这里，无论是法律条文，还是实际运作过程，都存在着所谓在分清是非的基础上进行调解的要求。问题在于，许多情况下，是非是分不清的；如果是非总是泾渭分明，调解制度的意义就要大打折扣了。与追求完美相适应，我们的司法传统里，实事求是的倾向极为强烈。人们不是把司法过程视为纠纷平息的过程，而是将其视为发现

真理的过程。于是，庭审过程中，所谓证据排除规则很难获得理解——能够证明案件事实的证据为什么要排除掉呢？上诉审也可以接受新证据，而不论是否由于当事人自己的过错延误了证据的提交。二审判决生效后，仍然有审判监督程序，当事人还能够以发现了新证据或其他某种理由要求重审，于是，司法判决的终局性就不存在了。应当说，在制定社会政策以及科学研究的层面上，实事求是的正当性是毋庸置疑的。然而，司法是一种有时间和资源限制的工作，它必须遵循法律的正当程序，它不容许当事人无休止地将案件一遍又一遍地提交给法院。甚至可以说，一定程度的错案率是一个良好的司法制度下的自然现象。在实体上实现完全的公正毕竟是我们人类的能力所不可企及的。此外，在司法权的行使范围方面，双方也存在着明显的理解差异。一方面，我们知道西方国家尤其是美国法官的权力相当大，另一方面，来华讲课的美国法官却不断地强调他们非常注重司法权的消极特征。这似乎是一种相互冲突的信息。也许，来自华盛顿的爱德华兹法官（Chief Judge Harry Edwards）在他的开场白里说的一番话可以解释这里的矛盾：“美国法院之所以拥有巨大的权力，是因为我们总是仔细地限制这些权力。在美国，法院的判决和命令不存在执行难的问题，除了法院具有崇高的地位之外，更因为它的权力只是在有限的范围内行使。”爱德华兹法官重点阐述的一个概念是“justiciability”，这个通常英语辞典查不到的词大概可以译为“可司法性”——只有具备可司法性的事务才是法院可以受理的，当然，还必须有具备诉讼资格的当事人的起诉，相关法院必须有管辖权。中国的法院面临的问题有所不同，独立的司法界在这个国家里缺

乏正当性资源的支持，于是法院不得不以更积极的姿态行使权力，以获得可能的社会地位。然而，司法权的行使范围缺乏有效的限定，加上行使权力者的行为缺陷，将对司法制度产生更严重的伤害。近年来法院声誉的下降与此有很大的关系。在结束这篇札记的时候，我愿意表达这样的想法：制度建设与建筑大楼之间的区别在于，前者不可能有一个工程开始之前就绘制完成，然后由工匠们严格依据的图纸。制度的设计者当然有其意图，但是这意图从设计者的大脑中通过语言表达出来，再由头脑中装着各种各样念头，并且这些念头又不断变化的人们加以操作，最后制度再产出结果。这一路也可以说是颠顿风尘，丢失掉的和添附上的东西同样都是难以预料的。况且制度本身也有其生命，有着不依人的意志为转移的惯性。这些复杂的因素提醒我们，在建设一种可欲的司法制度的时候，宏观的制度设计固然是重要的前提，但是，不嫌微末地进行具体制度的构思和建设是更加要紧的事业。困难看起来很多，但是，推倒第一张多米诺骨牌也许并不是一件难事。 文章出处：北大法律信息网作者简介：贺卫方 中国政法大学法学硕士、北京大学法学院教授、博士生导师。 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