

贺卫方_苏永钦:司法改革两岸谈(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_485641.htm 司法改革两岸谈 这篇对话根据现场录音整理，后经苏教授和我作了文字修订。由于对话后现场讨论时录音效果不佳，嘉宾们精彩的评论未能收入其中，这是非常遗憾的。中国律师网

(<http://www.acla.org.cn>) 的曹斌先生以及《中国律师》杂志总编辑刘桂明先生为这篇对话的整理费心很多，谨致谢意。点击阅读《司法改革两岸谈(上)》苏永钦：审判独立的问题从刚才贺老师所谈的就知道，是谈不完的，任何一个司法体制始终要面临一个两难，如果说独立的目的是要让审判者更能做出妥当而有公信力的决定的话，当审判体系还没有达到足够专业化的时候，做出来的决定素质可能很低，即使再独立，恐怕也不能满足司法存在的真正需要，甚至因为背离法理，独立反而形成一种新的人治，仍然不是法治。所以刚刚贺老师提到的一些争论，我倒非常可以理解，这些反对废除审判委员会的人，所顾虑的未必全无道理。我要补充的是，在台湾司法体制的发展过程，这些顾虑都出现过，也有类似的想法。任何一个不够成熟的审判体系，一定会自动出现一些“补强”的机制。比如台湾早期引进西方法制的时候，就有一个解释制度。试想中国这么大，训练出来的法官律师非常有限，各地方案件又五花八门，法官常常不知道怎样适用新法，只好写信给最高法院的专家，给司法院，这时候司法院如果强调独立审判，实际上倒霉的是当事人，所以就发展出解释制度，就是说不要提具体的人事时地物，只说某甲，

某乙，用抽象的问题来做成抽象的解释，那时候司法院一共做了几千号的“院解字”，宪法上的大法官解释制度就是这样来的，只不过后来法院渐渐在专业上有足够的力量，解释制度就走入历史，在台湾，大法官原来的功能还偏向法律解释，后来才转型成为专做违宪审查的司法机关。送阅制度同审判委员会真的非常像，从好的一方面来看，就是可以控制裁判质量，但违反了直接审理原则，更严重侵害了审判独立，当然不应该成为常态制度。台湾在提高裁判质量上，还有一些别的机制可以参考，一个是事后对于确定裁判的指正，一个是由各级法院定期开法律问题研讨会，另外还有各种在职教育的课程，同样都可以达到补强专业的效果，但对审判独立的威胁就可以减少很多。另外我想提的，是一个更大的问题，也就是一开始贺老师提到的，如何从“后山”往上走的“后山策略”，我们似乎还没有看到过这种情况发生，就是说透过司法改革成功达到体制改革的例子，但是绝对可以肯定的一点，就是良善司法制度与政治改革的互补性。法治最终要建立在民主的体制上，司法的工具性虽有其局限，也就是下游的司法再清，也不能改变上游的水质，但这绝对不能作为不做司法改革的理由，我看到很多国家追求法治的经验，大概都是和政治改革同时进行，这里边一定会有一种良性的互动，独立而有效率的司法有利于人民权利意识的增长，司法实践的法律价值和原则，不只有消极稳定社会的功能，也隐含了一股向上提升的积极力量，逐渐传导到其它部门，可以让政府学习到如何更妥适的响应社会的需要。刚才贺老师所描述的“法律帝国”，就代表这样一个理想。回到刚刚贺老师要谈的第二个议题，就是违宪审查，违宪审查在我

们那里虽不像美国是由最高法院自己创造出来的权力，但也不像德国宪法那样规定得很清楚，我们的宪法事实上只有非常简略的规定，提到比如法律不可以违反宪法，省法规不可以违反宪法等等，有没有违反，有疑义的时候由司法院来解释。但另外又有一条又只说宪法的疑义由司法院来解释，不涉及任何规范违宪，也不需要发生争议，因此只要宪法运作过程中有疑问的话，似乎就可交给司法院来解释，而司法院设大法官，唯一的职掌就是解释。我们整个司法违宪审查制度，一般归类于奥地利或德国模式，也就是集中由一个司法机关来处理，其权限和功能都相当可观，有的地方还超越德国，它的基础就是宪法上简单的几个条文，可以说是大法官在这几个条文的基础上，以解释来扩大解释权，然后才有法律配合规定。大法官早期的主要功能不是在宪法解释上，因为我们宪法还赋予大法官一个统一解释法令的权限，就是刚刚讲到的，早期司法院还保有辅助法院解释法律的功能，那个时候人权和政府体制的问题能不碰就不碰，大法官藉此也规避掉一些宪法的争议，事实上宪法争议也很少浮上台面，因为可以发动这个程序的只有中央或地方机关，不包括人民，而中央或地方机关即使有权限上的争议，也都用党政协调解决了，何必求之于司法？政治一元化之下，如方才贺老师描述的威权体制之下，机关之间的问题没有不可以透过政党内部，党政协调来解决的，所以宪法问题变成了一个政治问题，政治问题变成一个政党内部的问题，不会演变成宪法上的程序，所以我们的违宪审查制度，在1950年代、60年代可以讲非常的微弱，少数一些宪法案件，多由监察院提出，刚刚提到的比方说高等以下法院是不是应该归属行政

院，还是应该改隶司法院，便是由监察院提出来的，但以这个案件为例，大法官的解释在宪政上具有突破性，却完全不被执行，谁还作兴声请解释呢？所以当时很少有重要的宪法解释，如果有重要解释的话，大概都不是违宪审查，不是去处理法律跟宪法的争议，而是处理宪法运作过程中间的问题，而且所谓的问题也还是要去维系这个政治体制，以1954年为例，我们就碰到一个非常严重的问题，就是说大陆选出来的国会代表，他们任期已经到了，可是没有办法改选，那么整个政府就瘫痪掉了，所以第一次还用政治协商的方式处理，几个机关说好延长一年，一年以后没办法了，只好请大法官说说看，宪法上这个问题怎么解决，大法官就用情事变更的法理，肯定大陆选出的民意代表任期到了可以继续行使职权，这就产生我们后来民主化过程所处理的所谓“万年国会”。整体而言，在最初的三十年，大法官的主要功能不在违宪审查，而在统一解释法令和维护政权。到了后来，随着社会多元化，政治也走向多元化以后，大法官的解释制度也跟着发生功能转变，这当然是一个很长的故事，也许我没有办法很快的整理的很好，一个里程碑的改变，是发生在1980年代初期，大法官通过第177号解释，它最重大的意义，就是让人民声请做成的解释，如果认定法令违宪，声请人的个案就可以得到特别救济，再审或非常上诉。前面已经提到，原来司法院解释宪法只有机关可以声请，人民无权声请，但自1958年以后，人民依法已经有声请解释权，声请案件却不多，原因在于我们的制度要求声请解释的人民，先用尽审判程序，才能就确定裁判适用的法律声请解释有无违宪，裁判既已确定，人民声请解释就算成功对自己也已

没有任何实益，比如说大法官认定某一个法律或者行政命令侵害了人民的财产权，即使宣告法律无效，也只发生向后的效果，对声请个案完全没有帮助，等于是为人作嫁，很少人愿意做这样的事情，大家都宁可搭别人的便车。第177号解释所以我们称为里程碑的解释，就在它明确的说法律或者命令若是违反宪法而无效，声请的那个个案可以去声请再审，从那以后，大法官的办公桌，几乎就给人民的声请案淹没了，违宪审查制度才算活了起来，机关因为有其它管道去处理法律解释或宪法争议，声请解释的越来越少，人民的越来越多，宪法的司法化，也就是从这个解释开始。后来又透过几号重要的解释，增加了声请的途经，包括法官可以在审判案子过程中间，碰到所要适用的法律有是否违宪的疑问，也可以停止审判声请解释。这当然也经过一番不小的争议，就是刚才贺老师提到的美国分散审查的模式，台湾不是没有人做这样的主张。当案子到了法官的手上，为什么他不能审查法律有没有抵触宪法，因为法律也是法律，宪法也是法律，宪法位阶高于法律，就如法律位阶高于命令，则如果法律抵触宪法，为什么还要适用法律呢？一个独立审判的法官当然可以决定排除法律，这就是美国式分散违宪审查的基本思考，在我们的宪法之下好像也有朝这个方向去做的空间，但借鉴德国和奥地利的集中审查模式，倒不是否定法官对任何有效规范的审查权，唯独对国会通过的法律必须不一样，国会通过的法律只能够停止审判，送请宪法法院去集中审查，这是德国和奥地利从国会优位的民主理念推出的结论，认为对于国会所产出的规范不能由普通的，没有特殊民主正当性的法官就这样轻率处理掉，非常典型的大陆法系的思考，也就

是重视法律的体系性，如果每一个法院都可以独立的决定一个法律是否适用的话，法律会有相当长一段时间是混乱的，一直到终审法院统一为止。但两种模式的主要差异还是在于法律，不在于其它的法规范。台湾在1990年以后，这样的争议越来越大，大法官在371号解释，时间应该在1994年左右，肯定的说法官如果在个案中形成法律违宪的确信的话，可以停止裁判，声请大法官来审查，大法官说它违宪以后，他就不能在该案件中适用。所以简单的说，经由大法官自己解释创造出的一些程序，司法违宪审查渐渐就趋于完备，人民变成主要的推动者，而审查的对象则包括法律、命令、判例等，基本上很像德国、奥地利的所谓“宪法诉愿”，但比较像奥地利而不像德国的，是我们没有对单纯裁判的合宪审查，最多只能审查裁判中选出来，有一定拘束力的判例，这样才能维持对抽象规范进行管控的制度精神，而且避免与最高法院、最高行政法院发生冲突，变成实质的“第四审”。德国宪法法院每年收到的案子大概5000件，中间大概百分之九十以上是他们所谓的宪法诉愿，绝大部分又是针对裁判，也就是说人民在终审法院得到了一个对他不利的判决，就以这个判决的内容、实体或程序违反宪法为理由，再一状告到宪法法院，这个程序他们叫做裁判的宪法诉愿，这是非常高度的人权保障方式，但也是一种高度诉讼资源的浪费，因为宪法法院也怕造成第四审的印象，几乎百分之九十五都不会进入实体审查，只要显无胜诉希望就打回票，反而造成人民期待的落空。实际上裁判不是法律，一般终审法院就可以也应该对下级法院裁判的合宪性加以注意，由宪法法院增加这个程序反而是制造问题，所以在德国也一直被检讨。我个人觉得

台湾没有必要在这里学德国，只要掌握集中审查模式的精髓就好。不过最近新任的大法官好像不太能守住这一点，对个案救济的兴趣很浓厚，甚至宁可牺牲程序的合法合理性，表面上虽然更像法院，有比较大的个案救济功能，但破坏了大法官与普通法院的基本分工，制度上其实变成选择性的正义，这可能是台湾司法违宪审查目前最大的问题。另外一个值得一提的是，前面说过大法官不只可以做法律违宪审查，还可以解释宪法疑义，所谓宪法疑义，就可以把非属抽象规范的其它宪政上重大争议，纳入解释，让大法官有机会介入政治，对越来越多元的民主政治，发挥排难解纷，打破僵局的功能，这几年比较著名的案例，就是行政院长在立法院改选后是否应自动总辞，副总统可不可以兼任行政院长，行政院可不可以自己决定停止执行立法院通过的重大预算案等等。透过疑义解释，大法官还取得了对还没有通过的法律案预做审查的机会，假如说立法院通过了行政院提出了法律案，在总统公布以前，行政院如果觉得这个法律案的内容违宪而不能执行，除了请立法院复议，也可以声请大法官解释，这时因为只是草案还没有变成法律，它的内容没有拘束力当然也没有违宪的问题，但大法官把它当成一个抽象的问题而做成宪法疑义的解释，实际上也就发挥了事前审查的相同效果，外国只有法国的宪法委员会是采事前违宪审查，我们的大法官藉疑义解释的程序，等于也建立了事前违宪审查的制度，又是比德国还宽的地方。总之我们的违宪审查制度基本上定的欧陆式的，集中式的违宪审查，终审法院也有一部分违宪审查职能，但是法律的违宪审查只能由大法官来做，重大宪法争议也只有大法官能介入处理。至于实际的功能如何，倒

是见仁见智，我个人认为我们的大法官最大的贡献不在于解决宪法机关之间的争议，宪法机关之间的争议大部分都是高度政治性的，像我刚刚讲的一些实例，大法官的解释常常是模棱两可，说和不说也差不多，因为怕炮火反射到他，所以能够含糊就含糊，故虽不能说全无功能，但功能事实上是有限的，大法官的违宪审查制度是在1980年代才渐渐发挥作用，主要的贡献还是在人权方面，也就是大量的法律命令被大法官以违反人权的理由宣告违宪，我们不能只从案件的量来看，数量固然也已经不少，但更重要的还要看他宣告违宪的理由，这对整个法治的发展影响更大，人权的理念可以说是在这样的一个过程才散播到整个法律秩序。比如在宪法没有明文规定之下，大法官创造了所谓比例原则，因此法律虽然是立法院三读通过，如果内容有什么地方违反了比例原则，即人权的牺牲和公益的保护不成比例，还是可以宣告违宪，当大法官一而再、再而三的把这类宪法原则作为审查的基础以后，对各宪法机关的行为，包括行政机关和立法机关都有非常大的矫正作用，这些在我看来是大法官比较大的贡献。我们也可以从社会转型的角度来看，台湾的民主转型，大法官到底有多大贡献，大家的评价不太一样，可以确定的是，大法官绝对不是主要的推动者，推动者应该是反对势力、舆论以及执政党自己的觉悟，这些东西加在一起，但大法官可以说是称职的巩固者，尤其通过人权的解释，间接对于社会走向多元化，维持多元社会的价值，以及巩固民主改革的成果，贡献比较明显。违宪审查制度当然还有相当多的问题，其中比较大的，还是在于解释的程序和形式太自由，有太多选择和闪躲的空间，对于受理或不受理，解释的范围，乃至

解释的效力范围，都不像民事诉讼、行政诉讼或刑事诉讼那样明确，这也是目前修法的重点，以后的解释可能会被改成判决的形式，程序可能也要修改得更严谨。至于大法官和普通法院分工的问题，本来已经渐渐厘清，这几年因为司法院要给自己重新定位，把本来单纯的独立司法行政机关一变而成终审法院，使得司法院和原来三个终审法院，大法官和一百位左右的终审法院法官如何安排，都引起了一连串的制度问题，有点剪不断理还乱的感觉。司法院原来改革的理由只是我们的体制有点特别，谁知道越改反而越奇特，说不上是欧陆模式还是英美模式，审判体系到底是不是要从多元走向一元，违宪审查到底是不是要从集中走向分散，参加改革的人虽有不少是以此为目标，但主持改革的司法院高层却到今天都说不清楚，至于做这么大的体制转换，不仅世界少见，或者应该说还从未一见，究竟要付出多大的成本，会有多大的好处，到今天也没有任何清楚的计算，在我看来，这部分的改革真的已经走到了死胡同，变成为改而改，很少人真的看懂了中间的奥妙，只是在改革的氛围下，谁也不愿意被戴上反改革的大帽子。台湾的违宪审查制度最大的阴影，竟然就是这场不清不楚、充满诡谲的组织改造。贺卫方：刚才苏老师讲违宪审查的历史发展，实际上台湾已经积累了比较丰富的经验，如何通过司法的途径解决在过去看起来没有办法触及的政治性问题，如何统一法律，如何解决专业化的法律职业和民主之间的紧张，这方面有许多我们可以借鉴的地方。我们半个世纪是有宪法的，但是基本上没有宪政，我们缺乏宪政的实践和宪政的体验，如何通过司法的诉讼解决宪法上的冲突，宪法权利是什么，当一个人的宪法权利受到侵犯

的时候，如何通过合理的途径获得公正的救济？就现状而言，在普遍刑事民事案件的审理方面我们有了很大进展，但是在宪法的层面上现在还没有太大的起步。二零零一年的时候，最高人民法院曾经就一起案件的审判发布过一个法律解释，规定法院可以在审理一般案件的时候引用宪法条文，当时我们的媒体和法学界都感到这是一个喜讯，但是那个司法解释所针对的案例并不是一个宪法纠纷，那是公民之间侵犯权利的问题。去年有两个事件使得宪法违宪审查机制的问题摆到我们面前，一件事是李惠娟事件，河南省洛阳市中级法院的这位法官，直接在她的判决书里面宣布，河南省人大所制定的种子条例违反了《中华人民共和国种子法》，依据《立法法》的规定当然是无效的。这种法官直接宣布一个地方法规无效，简直可以说是石破天惊，自然引起轩然大波。河南省人大怒不可遏，拍案而起，斥责这样的判决完全是违法审查，然后指令洛阳市人大常委会对于相关人员进行处理这里充满了宪法问题，一个省级的人大是否可以指令市级人大做什么事情，不做什么事情，对于民选机构，我们不可说范围更大者是范围较小者的上级，否则人大之间的关系也就行政化了。河南省人大指令下来，洛阳市人大果然服从命令，结果李惠娟法官的法官职务被解除了，她就只好跑到北京来寻求帮助，最后媒体把这件事报道出来以后，大家讨论的非常热烈。这个事件提出一个问题，在这个国家里面当下位法律和上位法律相冲突的时候，一个法官是否可以在他的判决书里直接审查下位法律合宪性的问题，是否合乎上位法律，河南省人大说我们的立法没有违反全国人民代表大会的立法，我认为这是不合理的说法，因为它不可说我的立法没有

违反上位法，这意味着它在解释上位法，它并非上位法律的制定者。这里面涉及到许许多多的问题，值得我们挖掘。现在事情过去了，但是，其中蕴含的法治以及宪政问题却是值得更深入的反思的。另外一个事件是我们前面曾经提到的孙志刚事件。国务院在一九八二年，也就是在中华人民共和国现行宪法颁布的年头，颁布了导致孙志刚先生失去了生命的这部《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》。这个法规出台之后，许多地方立法机构不断地制定各种各样的法规扩大它的适用范围。不仅仅是流浪乞讨人员，后来包括多种多样的人，比如说北京要开“两会”，就开始清退外地人员，流浪乞讨人员收容遣送办法很有效；对于某某功的练习者，向政府申冤的上访人员，一些来到城市寻找生计的农民，统统可以纳入收容遣送的范围。许多大城市都建起了规模不小的收容站，被收容者在里面失去了人身自由，“牢头狱霸”对他们敲诈勒索，凌辱虐待，非正常死亡者又何止孙志刚一人！一些人的家人来接他们出去，但是，收容站却要收取一笔钱。这种种侵犯人权的情形由于孙志刚之死而受到了全社会的广泛关注，网络上的声讨声浪此起彼伏，其中，对于法规违宪的问题由于一些法律人的参与而凸现出来。北大毕业的三位法学博士，俞江、腾彪和许志勇，勇敢的站出来向全国人大常委会提出要求，希望常务会应该做宪法的守护神，建立违宪审查机制，对于涉嫌违宪的各种法律法规规进行审查。宪法中规定中华人民共和国公民的人身自由不受任何非法的侵犯，这是非常明确的宪法权利。但是最后的结果是无论是李惠娟事件也好，无论是孙志刚事件，都没有真正的引发宪法意义上的前进，也就是说违宪审查机制并没有确立。前一

段时间媒体突然一声欢呼，吓我一跳，以为发生了什么事，一看报纸，原来建立了一个全国人大常委会法规审查备案室，媒体的声音那么大我以为发生多大事儿了呢，结果发现它是全国人大常委会下面的法工委下面成立的办公室，大概只是由正厅级单位吧，由这个办公室审查全国人大或者国务院制定的法规的违宪问题，又如何可能？当然，乐观一点说，这毕竟是迈向违宪审查制度的一步，虽然步子像是小脚老太太的步子一样小。进一步分析，违宪审查制度的建立和运行更需要一种文化的环境，也就是说，需要有与违宪审查制度相适应的政治文化。在这个方面，我们这里存在着历史传统和引起制度之间的严重冲突。刚才苏老师讲的那种独特的政党政治，把一切宪法冲突都化为政治问题，然后再转化为政党内部加以协调的问题，而不是变为宪法诉讼。从更远一点的文化因素来讲，我一直觉得要建立宪法诉讼体制必须有一个前提，那就是说老百姓能够经常看到官方机构或人之间互相打架，公开的冲突，经常有位居庙堂之上的人受到公开指责，并且也经常公开承认自己是错的。立法机构举行的听证会也好，宪法诉讼也好，一定是涉及到很重大的问题，而且结果不能总是判决政府胜诉，那就没有宪法诉讼了，法院经常判决人民胜诉，政府在这个时候就显得灰头土脸。这就要求人们能够将当权者犯错误视为平常事的心态，如果政府总是正确的，那么宪政或法治就没有必要存在了。因此，违宪审查制度要求政府以及民众都保持某种低姿态，任何组织任何人都不要以为自己是真理的完全拥有者，都要尊重反对派之所以有政党竞争，之所以需要言论自由，就是因为真理并不是某个人或某个组织的专利。如果没有这样的开放心态

，没有一种对抗同时又有妥协的政治文化，任何公开的批评都是颠覆政府，就没有办法玩儿政治了，宪政也就不可能实现了。但是，观察我们的历史，最大的问题恰恰在这里。我们从来就不喜欢将官方的冲突形诸表面。尽管孔子喜欢“君子和而不同”的境界，但是，他本人对于异端似乎就不大容忍。例如，担任鲁国司寇不久，他就把少正卯先生判处死刑了。罪名呢？我记得不过是什么“言伪而辩，记丑而博”之类。也就是说，不过是对于正统观点或政府本身发表了一些批评意见或说了些怪话，而且还很雄辩。从《论语》里观察，我发现孔子好像对于口才好的人一直没有什么好印象。他讲“君子欲讷于言而敏于行”，“刚毅木讷近仁”，“君子耻其言而过其行”，对于所谓“巧言令色”，他几次直率地表示不屑。中国的历史上，公共演讲以及关于公共事务的辩论是很少的，法庭的辩论也不存在。在这样的环境中，议会政治就不可能产生。我们没有运用公开的言词说理和论辩的方式解决政治争议的传统，相反我们特别喜欢桌下交易，大家什么事情不要摆在表面上，让老百姓看到咱们打架多不好看，脸上挂不住。我们从这个背景观察的时候，觉得中国宪政体制的建立所面临的矛盾不仅仅是当今的某种政治势力，而且可能还有更为久远的文化传统的因素。涉及到违宪审查的问题，我们还需要关注一种制度建构的可能，那就是，是否可以逐渐地将越来越多的政治纠纷转化为法律纠纷，通过法院或者司法的模式解决政治冲突。这当然是从托克维尔那里得到的启发，同时，所谓司法权的全球化扩张，一个十分重要的表现正是司法权对于政治纷争不断扩大的介入。我们知道，权力分立格局下总需要对于三者权力的界限进行合理

的划分，司法权到底能够在多大程度上可以介入到行政和立法权的运行过程中，这里存在着一种最基本的紧张。如果司法除了解决纠纷、处理案件外，还在实际上制定规则，那么就很可能导致权力分立原则的解体。在这里，我们可能有必要提出宪法和法律的解释问题，到底哪个机构有权作解释？比如香港《基本法》的解释问题，在一国两制模式之下，如果法律解释的基本模式发生了变化，实际上就意味着法律本身发生了变化，普通法的模式之下最终解释者是法官，立法者只管提供法律规范，这是普通法的传统，我们已经许诺香港法律五十年不变，但是解释方法发生了变化，我认为它的法律就要发生变化。总之，要建立违宪审查机制，我们就必须面临一种选择，如果没有一个适格的机构在宪法纠纷产生的时候对于有争议的宪法条文的含义作出权威解释，那么，即使是有了一个名义上的违宪审查机构，多半也是形同虚设而已。还有一个问题是民主与司法之间的紧张。如果我们假定在民主体制下，宪法体现的是人民的意志，因此宪法就应当具有至高无上的地位，但是，当涉及到宪法争议的时候，宪法含义的解释权却属于非民选产生的司法阶层，这种情况是否会带来民主政治的困局？尤其是当法律和法律解释越来越走向专业化，甚至有时候神秘化，仿佛是被法律专业人士玩弄于掌股之间，他们愿意怎么玩就怎么玩，玩法律，也玩老百姓，就像您曾经引用的一个人的说法，法律人像是魔术师，有意识地将司法过程搞的神神秘秘，最后一刹那间从帽子里掏出一只兔子来，大家全部都惊呆了。法律人在这儿玩魔术，用魔术的方式让人民感到法律的神秘和伟大，从而导致人民依赖司法，依赖法律人。但是，我的一个疑问是，法

律如果没有了专业化的特性，法律人的语言完全混同于大众的
日常语言，那么是否会丧失法律表意和交流的精确性，而
如果没有了这种精确，司法的确定性也就荡然无存了。如果
是这样，那么最终也将无从保障人权和人民的各种合法利益
。看来这这也是一个两难格局，我们需要注意不能让钟摆过于
偏向一面。在大陆，近些年法律教育以及法律的职业化的发展
非常迅猛，在我看来甚至有点儿过于迅猛了。我个人一九
七八年上大学学法律的时候全国只有五所院校招收法律专业
的学生，二十多年的时间过去，现在已经是五百所以上了。
我很担心，这样的超速发展会带来某种不利于法治的后果。
我觉得法律教育以及法律职业化都是跟司法改革有密切关联
的大问题，法律职业如何在民主国家里正确的设定自己的地
位，我知道苏老师在这方面写作很多，思考很深，想听听您
的看法，照例您可以对我前面涉及到违宪审查制度的粗浅看
法加以指正。苏永钦：非常不敢当，还是先回头补充一下违
宪审查，从我们发展的经验来看，宪法在一个不够民主的体
制之下，大概不太可能变成制衡统治集团的工具，相反它一
定会变成统治集团的工具，美国有一个学者叫Karl
Loewenstein，他用两个概念来形容两种非民主国家的宪政，
一个叫语义的宪法，一个叫名目的宪法，名目的宪法是说，
因为宪法实际上是摆在一边的，供在那里不用，社会上充满
了违反宪法的事实，没有人理它，有宪法和没有宪法一样。
另外一种情形则是在维权体制之下，把宪法语义化了，因此
不但有宪法而且用宪法，也很少违宪的事实，问题是宪法变
成了统治者的工具，在任何时候都只能配合政治的需要，你
说要修改就修改，你说要怎么解释就怎么解释，违宪审查徒

具其名，只是专制统治的“不在场证明”而已。这两种情况当然都不是现代宪政主义所要的。台湾经历的情况其实比较接近语义宪法，在面临非常大的政局困难时，比如没有办法改选中央民意代表，它选择的不是让违宪事实继续存在，而是由大法官做出第31号解释，给不改选的国会一个合宪的基础，等到释宪的空间都没有了，就由国民大会修宪，事情就解决了，这时候老实说哪里还需要违宪审查，即使有少数认定违宪的解释，大家也可以非常有默契的，好像没看到它一样。刚刚举的法院隶属解释，因为只是单纯解释，没有指出什么法律无效，整整20年没有做任何的调整。违宪审查会发生作用，也就是宪法开始被当成是一个制衡统治集团的工具，以宪法作为政治的基本游戏规则，大概都是到了整个体制民主化以后，这个过程当中做任何制度上的努力或程序上的修改都无济于事，但就如我在上一问题表达的看法一样，不需要就此放弃努力，司法改革永远可以和政治改革做良性的互动。至于宪法在大陆实际运用的情形，我的了解太有限，不好多谈，几年前我在报上看到，有用在冒名入学的案件，认为冒名者侵害了被冒名者的受教育权，非成有趣，在台湾我们会把它归类为人权的第三人效力问题，宪法是规范统治者的，不是规范被统治者，可是人权规定除了限制统治者以外，也代表一些基本价值，因此如果人权的规定在一般的民间社会完全被忽视，仍有可能产生价值的矛盾，所以让宪法人权某种程度也适用在人民之间，久而久之，宪法就可能深入整个法律体系，整个法律体制都被宪法化了。但一般乃说，用在私人之间，总是要到宪法发展到一定程度以后，而且这会涉及比较复杂的技术问题，所谓直接或间接效力的问题

，上个礼拜我还在一个地方做了这方面的报告，谈到人权的第三人效力问题，我们的法官现在也蛮喜欢在民事案件里谈到宪法如何保障生存权或者工作权，用来解决单身条款或竞业禁止条款的契约法争议，被认为是一种进步，可是在适用宪法的方法上还没有把握，所以这刚好也是台湾违宪审查的新课题，怎么样让普通法院法官适当的把宪法用在做民事案件。回到新的话题，任何一个可以响应社会需要、有效率的司法，都需要有一些配套的东西，最重要就是法律职业，如我一开始提到的，韦伯所说现代法律的特征就是走向形式理性，很重要的形式化工具就是法律职业，这些专业人员要和一般营业脱离，和一般公务员脱离，而有一套自己的职业伦理和自己管理的方式，这个专业是支撑独立司法的必要手段。过了专业化这个阶段以后也许就可以去谈前面谈到的循环，对过度专业化加以修正，比如加入一些陪审或参审的因素，增加更多非讼解决争议的机制等等。等后者又发展过了头，引起新的社会问题，再回头增加专业化因素。但无论如何，循环的基础一定是已经先完备了一个司法基础架构，包括稳定的法律职业。法律职业当然每个国家的情况不太一样，甚至有不同的传统，比如在欧洲，特别是南欧，他们谈到法官这个观念的时候，检察官和法官是不分的，都是一种客观适用法律于个案的司法公务员，但在美国对检察官和法官的看法就完全不一样。又比如在法国和德国有一个法律职业是非常重要的，就是公证人，公证人是在司法之前预防诉讼的法律职业，在这些国家都很受民众信赖，收入比律师还高。大陆法系的法律教授，必须对法律文本作有系统的诠释，法院相当程度依赖教授们对法律所做的系统诠释。不同的司法

传统会表现在法律职业受到的待遇上面，但无论如何，最需要稳定，最不能替代的专业当然就是法官、检察官和律师，可以说是现代司法最核心的职业。就台湾来讲，职业传统有两个渊源，一个来自大陆，包括法官检察官和律师，另一个则是日本统治时代留下来的法律菁英，在日据时代大约是1900年开始建置法院，回到中国以后，社会上对于各种法律职业已经有一定了解，知道律师是干什么的，法官、检察官是做什么的。当然大陆的律师传统其实也很早，但是因为幅员太广，律师人数也少，法制初建时期，很多地方还是由县长来兼任审判职务，因此专业化过程很慢，台湾一方面幅员比较小，人口比较少，集合了这两边的法律菁英，再经由政府有计划的培训，所以能比较快的完成法律职业的建立与普及，现在司法院和法务部都有训练机构，律师则由公会负起职业训练的任务，这部分是明显较弱的一环。律师的工作越来越重要，但比起其它大陆法系国家，台湾对于律师职业的教育是非常不足的，早期等于只是借着极高难度的考试，让考生自我教育，通过考试就丢给市场，由市场去对律师再教育，实际上等于让消费者去承担教育不足的后果。公会的功能完全不能和美国、德国这些国家来比，不仅教育功能不足，职业伦理的执行也很弱，以致良莠不齐，法律服务业的消费者只能受到低度保障，实在是体制上很大的讽刺。最近十年才增加了半年的律师专业教育，但成效有限，不能和司法官受到的职业教育相提并论，显示大家对于律师业在法治上的重要性还没有正确认知，不愿意做更多的投资。说起来这几年的司法改革，年轻律师们的贡献很大，但改革别人很有一套，改革自己就不是那么回事了。比如很多律师主张要

大幅调整现在的审判结构，要建立坚实的第一审，而使第三审成为严格的法律审，但嘴巴说得漂亮，任何限制上诉第三审的法案，到了立法院都会遭到律师团体杯葛。改革派的律师虽不包揽诉讼，但常常包揽“正义”，把自己当成正义女神的化身，即使对于司法制度一知半解，还是以大幅改革为己任，所有反对者都会被戴上反改革的帽子。本来应该保持政治中立的律师公会，碰到总统大选还特别活跃，这也说明律师职业的问题不小。早期的司法行政过度强调在朝和在野法曹的区隔，怕他们私相授受，渐渐又造成彼此不理性的对立，法官对律师不够礼貌，律师也找机会修理法官，这种对立使得一个家庭式的、功能互补的法律专业未能在台湾形成，在我看来，应该是未来司法改革的另一个重点。整体来讲，法律职业在过去五十年来大体已经趋于稳定，比较大的变化是公证人，这几年开始建立民间公证人制度，但因为欠缺这样的传统，民众不知道如何利用，勉强用法律去为他们创造案源，也会引起争议，所以它的发展到目前为止还十分有限，未来需要再观察。至于台湾的法律教育，基本上一直是走大陆法系的方式，和这里相当接近，学校提供四年的基本教育，授予学位，然后学术上可延伸到硕士班和博士班，如果参加国家考试，就可进入实务。国家考试司法官和律师是分开的，所谓三合一已经讲了很多年，到现在还没有实施，反倒是这里在贺老师等人的呼吁下，很快的走到三合一的考试，令人佩服。对于法律教育的批评也很多，现在比较大的方向，是如何扩大法律人的基本知识，希望能借鉴美国的法律教育，以学士后的教育为主，使法律人在知识和视野上不会太偏狭，也不会太年轻就成为法官，判人生死，不过学士

后的法律教育若要普遍实施，冲击太大，因为涉及教育成本，包括金钱和时间成本的大幅提高，学校担心短期内可能会流失许多菁英，不愿意投入法律这个行业，所以现在还是以传统学士教育为主，而以学士后教育为辅，这种原则例外关系会不会逆转，现在还很难判断，因为受学士后教育的人在考试上并不占便宜，实际上是更困难，学士后教育出身的人是否会在法律职业的表现上更为杰出，受到更大的重视，现在也看不出来，因此尽管两制并存，传统的法律教育恐怕还会维持相当长的时间。【中间的讨论从略】贺卫方：暑假的学校往往比较安静，就像冷漠的人的心一样。但是今天却很不一样，很特殊，我们在这儿竟然有一场研讨，而且这么多的人热情参与，这真正是一个意外的收益。刚才李尚公律师对于司法改革的估计好像很低，说这种改革实际上没有多大意思，或者研究本身也没有太大的价值，实际上大家提出了很多问题非常有意思，包括张谷教授刚才提到的问题。我们一个是有分工的感觉，我们都知道我们是现代社会学术制度下生活的人，这个人有自己的专业领域，他能够对自己专业领域的知识有一定的自信，但是越雷池一步以后就总觉得自己说话不那么硬气，尤其是司法制度，我们研究的对象本身是涉及到社会方方面面的问题，正像张谷教授提到的民法典的制定并不仅仅是法学家小群体的垄断事务一样，一方面是我们研究的对象很大，另外一方面我们自己的知识领域非常狭窄，让人感觉到特别无奈，因此能够在自己的知识领域当中遵从良心的指引，发出自己的声音，与此同时我们当然知道自己的知识是有限的，对于自己的知识和立场不断地反思可能也是非常重要的。对社会的研究永远面临着悖论，

你研究的对象不仅仅是外在于你个人的群体或者一种客观的自然，而是包括研究者本身。按照测不准定理，温度计本身也是有温度的，所以永远是测不准的。我们永远对这个社会没有非常绝对真理意义上的把握，这也是为什么交流是非常必要的原因。通过交流，我们可以获得各种各样不同的信息，获得很多的教益，能够反思自己思考中的缺陷和问题。我读苏老师的著作经常能够获得一种教益，尽管我们都知道两岸的司法改革有着时间段上的差异。不过，今天很好的一点是，我们并没有因为这样的差异而难以交流，相反，我们有一种理解的愉悦。钱锺书先生曾经引用古诗里吟咏水的诗句表达语言在交往中的复杂作用：水可以让我们的交往成为可能“君家门前水，我家门前流”。但是水也常常让我们相互阻隔，没有办法交往“盈盈一水间，默默不得语”。我们知道，退回三十多年前，海峡两岸这样的交往是完全不可能的。现在尽管两岸有这样那样的问题，我们到台湾开会手续办起来总是很麻烦，不过我特别高兴的是在总体来说不是特别让人喜欢的氛围里，两岸的法学界有这样愉快而有益的交流。每次苏老师以及台湾的其他法学同行到北京来，都能够给我们带来新鲜的知识 and 愉快的心情，为了这一点，我要特别感谢苏老师。今天到来的有许多中国法律界非常重要的人物，包括媒体的主编、编辑，包括律师界的大牌律师和法院、检察院的重要人物，有些朋友发表了自己精彩的见解，有些朋友还没有发言，但是还是在这儿坐了一下午费心费力的参与，我要对各位表示衷心的感谢。另外，当然还要特别要感谢王文杰教授，他一直是两岸沟通的桥梁，为苏老师这次和我个人的对话，文杰教授很早就开始筹划，不断地一次又一次

打长途电话，费用花了很多不说，最后都没来得及让你说话，真的特别遗憾，我想下一次你来专门安排给学生做一次讲演，作为我们的一点补偿吧。我也要感谢北大法学院和来自其他学校的同学们，看到网上的信息你们就过来了，我相信，你们的参与不仅让这个会议室有点“人满为患”，也让苏老师和我觉得这场对话格外的富于意义。谢谢大家！说明：本文是贺卫方教授授权中国律师网发布的。中国律师网是《司法改革两岸谈》（作者：苏永钦、贺卫方）在中国大陆的首发媒体。如需转载，请先征得作者同意。编辑：曹斌

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