

贺卫方_苏永钦:司法改革两岸谈(上) 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_485654.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。

贺卫方：能够邀请到台湾著名法学家、政治大学法学院的苏永钦教授参加应该说是主导今天这样一次学术活动，我们感到非常荣幸。我在网上发布的信息，说今天的题目叫“司法改革两岸谈”，由苏老师和我进行一次对话。我们两岸的社会都面临着或者都在进行着一场非常重大的变革，那就是司法改革。在过去的十五年间中国大陆的司法改革也是如火如荼，几乎可以说是最具活力的一个改革领域。我最近这几年对海峡对岸的司法改革也有一些了解，发现两岸在司法改革的进度方面有所差异，有些问题的解决，台湾要先于我们，但是，两岸所面临的困难和障碍，许多却是非常类似或一致的，这种由于文化上同根带来的问题的类似是特别值得我们关注的，同时也意味着两边可以在改革问题上相互借鉴的空间是很大的。苏永钦老师是台湾司法改革方面的一个领军人物，当然我觉得不完全是在官方意义上的领军人物，但是他永远站在一个学者的立场上对于司法改革中的问题，坦率地发表自己的看法，其中一些见解在台湾，甚至在大陆都产生了非常深远的影响。他有好多著作都在我们这个圈子里边流

传，像我手边这本《司法改革的再改革》，我还根据这个书名写了一篇文章，叫“改革司法改革”。我们今天想做一个两岸对谈，不是隔岸观火意义上的对谈，讨论两岸司法改革进展的情况如何，互相有怎样的经验和教训可以吸取，主对话者是苏老师和我。但是，今天到会的有来自两岸司法界和法学界的不少高人。例如台湾方面还有研究大陆法的非常重要的专家，王文杰教授，他是台湾的交通大学负责大陆法的研究和教学的一位学者，他也是中国政法大学的法学博士，加上国立政治大学的法学博士，王文杰教授的书房是全台湾岛上大陆法资料最全的一个文献中心。在大陆这边，从苏老师左边，有中国律师杂志的刘桂明总编辑，中国律师网的曹斌先生，那边是最高人民法院的蒋惠岭法官，他也是在大陆司法改革方面一位非常重要的参与者，有许多观点在司法界以及学术界都有很大的影响。吴为民先生是中国最高检察院的一位官员，他现在负责宣传工作。钱列阳律师是北京非常有影响的律师，代理了一系列重大额达案件前不久我们有许多案件都是他代理的，同时他也是一个学者型的律师。这位是任强教授，是我们北大的博士后。李尚公先生，北京尚公律师事务所的主任，也是我的大学老同学，在业界也很有知名度。岳成律师，是岳成律师事务所的律师。另外两位分别是王轶教授和张谷教授，他们两位都是北大法学院的民法专家。另外后面还有中国政法大学的何兵教授，工人日报资深记者吴琰女士，以在名誉权案件中代理被告人著称的蒲志强律师，还有中国社会科学院法学所的张绍彦教授。还有一些朋友，我就不一一介绍了。让我代表北京大学法学院司法研究中心向各位朋友的光临表示感谢！我们这样一个对话仿佛

有一点像华山论剑，但是实际上并没有那么激烈，我首先想请苏老师对于台湾现在司法改革的一些问题和现状给予一个概要的介绍，然后我们循着开始设定的一个问题表依次讨论。按照提前拟定的问题表，我们将讨论审判独立、违宪审查、法院组织、司法管理、刑事诉讼、法律职业以及法律教育等问题。我们会非常随意，也欢迎大家随时插话，参与讨论，因为这是一个完全自由的论坛。时间有限，估计未必每一个问题都得到深入的讨论，我们也可以遇到什么讨论什么，按照邓小平同志的话叫摸着石头过河，我们边摸边走，首先请苏老师开始。

苏永钦：各位在座的教授同仁，大家好，我知道还有几位是最高审级的法官、检察官，以及执业的大律师，还有媒体界的朋友们，和北大的同学，很高兴，中间有几位是老朋友再见面，还有新朋友，有机会大家一起来讨论共同关心的问题。这个活动的缘起，要感谢王文杰教授，他说不妨借旅游的机会，安排这样一场比较随性的对话，轻松而不失严肃。所以在我这次旅游中，今天可以说是最严肃的一刻，却也是我最期待的一个半天，原谅我没有做特别的准备，好在看到这么多真正的专家，如果真的去做书面的、系统的准备，可能反而隔了一层，所以我很赞成刚才贺老师说的，用比较自由的方式来进行讨论，贺老师点什么，我就谈什么，希望待会有较多的时间和大家交换意见。我记得早年读过一本Friedman和Macaulay合编的《法律与行为科学》，对里面搜集有关人类法律发展的论文印象特别深刻，因为好几篇都有一个共同的发现，就是当人类社会的法律制度成直线进化到一定阶段以后，大约就是韦伯说的“理性”阶段，法律交到一批专业者的手上操作，法官、检察官、律师、警察

等等的角色分工也都完备了以后，会开始出现某种循环专业和非专业，形式和实质的循环，对于两岸司法的发展，有时候我就有这种感觉，我们都需要改革，但改革的方向在好些地方好像刚好反过来。贺老师的大作我是一定要拜读的，里面就提到了一些东西，让我觉得非常有意思，比方有一篇文章提到“法言法语”，和我在台湾鼓吹的少一点法言法语，某种程度上正好对立，我们那里专业化已经有点过度，到了有时会脱离社会的地步，但这里好像就迫切需要建立更多的形式主义，更多的格式化表达，也就是专业化，以这个例子来看，我想两岸进行这一类的对话的确非常有意思，我们可以彼此看到自己的过去跟未来。我们还是有非常多的共通点，比如说我们现在所建构的司法制度，整体而言跟我们老祖宗传下来的社会治理或者文化观念是有很大的距离的，因此在接受外来观念和制度时，虽然时间可能有先后，还是会碰到相当共同的问题。怎样让这套建立在专业分工和形式理性的司法制度，在这个浸润于儒家意理的古老社会生根，我们必然有很多共同的难题要克服。当然，历史的因素也使两岸取得了相当不同的发展，比方最近我读到一些，包括贺老师同其它此地方家的文章，知道依法治国已经入宪成为宪法上的基本原则，但至少就某些面向仍然不是那么理所当然。而对于司法独立作为一个原则，甚至到今天也还不是那么确定，无论如何还没有成为一个宪法原则。但这些基本的东西，对台湾来讲反而从来就是无可争辩的，没有任何替代的意识型态或制度被严肃的讨论，台湾的问题比较是怎么样去落实这些原则，所谓民主化的过程，其实只是把宪法写的变成宪政做的，如此而已。就这样的大前提问题，当然两岸还是存在

本质的差异。不过贺老师同我大概都有一点对司法改革的狂热，有点臭味相投，在台湾有的时候我会感觉像我们那儿讲的“狗吠火车”，所以今天贺老师竟能招来这么多人参加，我觉得特别高兴和光荣。贺卫方：谢谢苏老师！如果说台湾有时候是“狗吠火车”的话，我们这儿经常用的说法叫作“螳臂挡车”。有许多问题对我们来说还是面临挺大的困难，比如说我们要讨论的第一个问题，就是司法独立，或者是审判独立，我注意到文杰传来的提纲前边用的是“审判独立”，我也注意到您的文章也经常用“审判独立”这个字眼，但是更宽泛的司法独立是作为一个原则，一种体制，具有深刻的制度意义。在我们这边，不说“司法独立”，而是用“审判独立”，其实是有深意的。现行宪法第一百二十三条规定人民法院依法独立行使审判权，不受行政机关、社会团体以及个人的干预。与此同时，对于检察院，也有一条类似的规定。这种将法院和检察院合称为司法机关，实际上揭示了中国法院独特的地位。在某些西方国家说司法权就是指法院的权力，说司法独立就是法官的独立，我们的情况就不那么单纯。另外一个因素是我们的历史，在相当长的时间，司法独立这个词听起来有点让人怕怕的，因为一九五七年的“反右运动”使得司法独立这个词一直具有一种政治上的负面色彩，通常人们的质疑马上就是跟谁独立，独立于谁，独立于党的领导吗？这样的问题很快就会提出来。所以我觉得刚才苏老师提到这样一个概念非常重要，就是说历史的演进不同，所以我们面临许许多多的问题其实是有差别的，正像我看您的《司法改革的再改革》里边对于专业主义视角下如何去揭示司法改革所面临问题的时候，您更多地站在一个社会科学

的角度作出分析，比如说您愿意揭示民众对于司法的评价，不仅仅是从供给方面来判断问题，更重要是从需求方，从司法改革的到底给人民带来了什么，人民的态度、人民的感受，来分析司法制度和司法改革。我看里边有一些数据很有意思，比如说，败诉的当事人如何评价司法，当然不少负面的评价。一些人想当然地以为，诉讼嘛，总是有胜有败，败诉的当事人当然不会对于司法有好的评价。可是，苏老师的调查表明，胜诉的当事人也不认为司法更公正，评价也非常低。您也批评了判决文书那样一种过分神秘主义的问题，充斥着法言法语的判决书让老百姓一头雾水。因为我个人这些年来一直在倡导一种专业化的司法制度，所以我读您著作的时候自己多多少少有点芒刺在背的感觉，总觉得苏老师就在我的旁边，正在批评我所追求的这样一个方向。现在让我们回到第一个问题，那就是，司法独立在台湾的相关法律中的演变情况，这个原则在台湾的建构过程中曾经遭遇过哪些困难，在今天我们是否可以说台湾的司法独立已经能够成为一个不仅仅是在法律文本上确立的原则，而是在现实生活中间，在解决纠纷的具体过程中是已经实现了的一个目标。苏永钦：我想我就先谈司法独立。审判独立和司法独立作为不同的提法，在台湾也有过，特别是早期负责司法行政的人，喜欢强调审判独立是一回事儿，司法则不一定要独立，民主国家里头有司法和审判一样独立的，但司法部门不独立存在的确实更普遍，英文文献中也有人区分为“决定独立”

（decisional independence）和“制度独立”（institutional independence），我们的宪法直接规定的虽然只有审判独立，但司法又单独辟一章，司法院独立设置，不在行政院或总统

之下，和这些机关平行，因此若说司法独立，也不能说没有根据。不过正因为没有明确的规定司法独立，制度上还是经历了一些转折。“行宪”以后，我们大部分的法官和检察官，也就是除了最高法院和只有一个审级的行政法院、公务员惩戒委员会以外，高等以下法院都归行政院底下的司法行政部管辖，司法院虽然独立，但只管两个终审法院，并由大法官行使解释权。这样的体制不符合宪法的精神，难免会有争议，到了1960年终于变成宪法上的争议，结果大法官做了第86号解释，里面讲得很清楚，高等以下的法院也应该隶属司法院，显然大法官相信宪法不仅要求审判独立，而且司法也要独立，可惜这个解释没有得到政治部门的正面响应，行政院不提案修改司法院组织法和法院组织法，立法院也不主动修改，司法院在当时没有什么权威，可说一点办法也没有，一直到二十年以后台湾的社会运动兴起，很多制度受到检讨，才挑了这个政治上比较不那么敏感的老问题，依照第86号解释大幅改变了司法体制，所以一直到了进入1980年代，全部法院和法官才回归司法院，真正有了司法独立。司法院的院长、副院长和大法官都是由总统提名，早期是经由监察院同意，后改为国民大会同意，现在又改成立法院同意，总之，它同行政部门在人事上已经完全分开。司法独立的另一个问题是预算，台湾在这方面有一个先天上的优势，就是地方不大。就我了解连美国的法院也有预算的问题，它的地方法院相当多都是依赖地方的预算，没有全国的预算来支撑整个司法体系，但按照我们的宪法，到相关的各种法律，法院同地方政府都是没有关系的，他的预算来自于国家，预算唯一的威胁就是行政部门，因为国家预算不可能由每一个机关

自己提，必须由一个机关统一岁出岁入，提出总预算，在台湾就是行政院，可是司法要想有所作为，比如要增加法官的人数，法庭的装备，或者是要增加电子化的速度，每一毛钱他都要经过行政院那一关，行政院过了，当然还有立法院做最后的审查，要过这两关，在过去十年的司法改革，预算独立部分，就在司法院巧妙的运用各种政治力的矛盾之下，居然通过了修宪，规定司法院提出的概算，行政院不可以删减，只能加注意见，因此若说台湾在司法独立方面，已经超过大部分的国家、地区，应该都不为过。审判独立的问题比较复杂，首先是对谁独立，法官是“依据法律”独立审判，所以对同样适用法律的人无独立问题，比如在合议庭里法官不能对他的庭长，对他的同僚主张独立，他们必须通过评议，如果有不同意见只有采多数决。独立的对象是同这个审判无关的人，不管有没有法官的身分，审判内容一旦被这些未参加审理的人过问，裁判就是被干预的，而不是独立的。这样的干预最常见的是来自于司法行政，但也可能来自于政治部门，来自于政党或国会，甚至来自于舆论。所以审判独立的威胁在台湾一直到今天都不能说没有，只是方式、程度不同而已。早期的时候，干预可以说是制度化的存在，当时可以给它一个合理的原因，就是独任法官的专业能力和社会历练不够，所以他在做判断的时候需要院长、庭长，或其它行政上的主管，在他判决宣告之前，先做一番审阅，盖了章才可以送出去，我们那里管这个叫送阅，毫无疑问这是制度化干预的一个管道。因为当院长可以这样做的时候，院长、庭长的升迁操之于当时的司法行政部部长，而司法行政部的部长可能是政党党员，而且一定是行政院的成员，难免会有政策

的考虑，甚至政党利益的考虑，那就可以通过对于院长人事的影响力，间接的影响个案。贺卫方：我想插一句，苏老师，这个送阅制度，好像一直到八十年代的时候才废止掉，我有一个疑问，当时或者是院长，或者是庭长，他们都是现任的法官吗，还是像我们这里的情况，有一些院长，实际上他们并没有专业历练，但是他们也可以做法院的院长。苏永钦：在我们那里，法院主管一定是法官，但他们的升迁过去是由司法行政部部长一个人决定，因此尽管送阅的管控制度有一定的理由，干预之门也因此大开。到了后来法官的办案能力普遍提高，审判体系也建制了多种方法，来回应社会的疑难杂症，这种管控的合理性就越来越低。所谓的干预，其实不一定是政治干预，因为毕竟政治案件不会很多，但是诉讼常常会涉及社会上的各种利益，在台湾社会经济发展到一定程度，利益的纠葛自然变得很复杂，比如我们有一些立法委员、省市议员，和地方上各式各样的利益结合在一起，碰到诉讼案件要关说，就会跟行政部门做利益交换，这时送阅制度就是现成的管道，因此审判独立的改革，首先就要改掉裁判文书的事前送阅。起初是变成事后送阅，到后来已完全废除。这是审判独立比较大的威胁，但来自司法行政的威胁绝对不只是个案，其它比较迂回的，还有法官的迁调，在我们那里不只有往上级法院调的问题，特别是早期大家都喜欢往台北跑，小孩儿读书方便，家人工作发展条件也好，僧多粥少之下，这些人事决定也自然形成干预的诱因。因为评量的基础不外乎办案成绩的考核和一般考绩，多半还是操之于院长。所以后来司法改革的另一个方向，就是建立更透明、更多法官参与的人事审议制度，在司法院所属的各级法院，和行

政院法务部所属的检察体系，都成立了人事审议委员会，让法官、检察官互选的代表占了大约一半，使得大部分人事的调动，包括首长、法官、检察官，都要根据一些比较客观的评量资料，刚刚讲的干预管道也就大致堵塞了。至于政党的干预，在政治民主化、多元化以后，基本上已经变得越来越不划算，就是如果政党要有效影响司法，必须事前在政治体系的所有环节都去布建，在从前政治一元化的情况下，或许还可以做得到，因为只要一个政党控制了整个政府体系，即使法院再坚持独立审判，法官受到再多的身分保障，但跑得了和尚跑不了庙，法院终究在什么地方会受到政治的牵制，所以政党会购买正义，司法也会卖。可是在政治力量多元化以后，整个情势就有了基本的转变，第一，政党有可能选输而失掉主要的政治权力，第二，大概没有一个政党能控制政治体系的所有环节，这时候政党会发现他要去投资司法体系是不划算的，法院也开始不太买帐，总之，基于政治目的建立对司法的干预管道，是需要长期投资，长期影响的，一个美国学者Mark Ramseyer就以对日本司法的长期观察，来印证这个理论，日本事实上是到了自民党一党优势终结以后，政府对司法的干预才彻底排除，虽然二战后建立的审判独立和司法部门独立（即以最高裁判所为最高司法机关），在制度上已经很完整。同样的情形也可以印证于台湾的司法。国会全面改选以后，尤其是政党轮替以后，政党对司法的干预，已经大大的减弱。任何个案干预都要冒相当高的风险。现在对审判独立最大的考验，反而是舆论的干预。这需要承审法官自己自觉的去抗拒，有的时候非常困难，特别是社会在转型的时候，社会运动高涨，很多法律已经落伍，但法官仍然

要执行落伍的法律，如果法官都跟着社会的脚步走，往往变成选择性的曲解法律，长期来看当然会挫伤法律的公信力，应该不是我们所乐见，可是一旦他坚持执行落伍的法律，又会受到强大舆论的责难。所以在社会转型的时候，舆论的干预对法官构成特别大的挑战，有时候要法官完全不迎合多数人的胃口，还真不容易。德国在20世纪初期就是这样的一个情况，当时就兴起了所谓自由法的运动，台湾在一九八零年代也碰到这样的场景，还好已经渐渐过去。在台湾司法改革的议题很多，司法独立这个最大的问题应该说基本上已经解决，剩下个案的不独立，已经不是制度问题。但如果把刑事司法体系的检察官也放进来，则最近基层检察官又提出了一个新的独立问题。简单说，就是检察行政是不是也要从一般行政中独立出来。前面已经提到，在1980年之前，高等以下法院的法官和配置在法院的检察官，虽然在诉讼程序上的功能完全分离，甚至是对立的，但行政上都由行政院司法行政部管辖，一如多数大陆法系国家的情形，1980年的体制改革，把高等以下法院的法官改由司法院来管，却把配置法院的检察官留给行政院管，行政院不再设司法行政部，改设法务部，其检察司主管检察业务，检察官依刑事诉讼法采检察一体原则，只有外部独立，内部则为上令下从，一体办案，因此检察体系本身有个最高首长，叫做检察总长，检察总长由总统任命，行政上则受法务部长节制。总之，检察官依大法官解释虽为广义的司法官，也受到高度的身分和职务独立保障，但行政上在1980年以后却和法官分道扬镳。检察官的角色定位在大陆法国家始终有一些不确定，但大体上都同法官差不太多，大法官的相关解释对检察官的保

障也还算有利，但在司法改革过程中一直存在两股力量，一股力量是要把它弄成像美国的检察官一样，推到纯粹的行政机关，另一股力量则要把它更推向独立、中立的司法部门，远离政治部门。最近基层检察官的串连运动，就属于后者。主要是有感于这几年碰到一些重大的案件，特别是有政治性争议的时候，不论他们怎样努力，在一般民众看来，总是瓜田李下，起诉会挨骂，不起诉也会挨骂，案子办得慢会被怀疑，办得快也有人说话。原因就在最高检察首长是总统任命，检察官又被法务部考核，所有检察资源都掌握在法务部的手上，而法务部长又是内阁成员，有浓厚的政党色彩。这样的组织牵连，使检察官怎么说都说不清楚，产生强烈的挫折感。所以最近基层检察官在原来的改革组织之外又成立的新组织，以注入新的动力，主要目标就是把检察行政从一般行政部门独立出来。其实把整个检察体系搬到司法院，也未违反宪法与大法官的解释，但事涉两院权限，显然不容易，因此他们希望，即使留在行政院，至少也要从法务部搬出来，所有检察相关行政改由检察总长主管，而检察总长则由总统提名，经立法院同意，强化其民意基础而能独立于法务部，至于前面提到的人事审议委员会，当然也就改设在总长之下。这个新的体制改革有多少希望，还很难讲，即使对以改革自诩的民进党政府而言，有检察体系这样好用的一股力量，要他就这样放弃，好像还是很难，所以这个改革的命运还不确定，但已经有立法委员提的三个法院组织法修正案在立法院里面，修正的重点就在法院体系的调整，刚刚讲的那两点是最重要的部分。所以我们大体上回顾过去十五年，台湾的司法独立和审判独立，乃至检察独立，可说是解决了一些问

题，又会有新的出现。贺卫方：我想应该说，当我们观察海峡对岸，如果那里的司法改革，或者是司法独立取得一些成就的话，我们这边也会感到非常欣慰，那毕竟是意味着中国人的社区得以摆脱过去的传统，制度建设取得的进展。实际上，百年来我们引进西方法制，建立不同于衙门体制的分权制政府，但是，制约我们的社会文化因素每每使得我们有独立法院之名，而无独立司法之实。由于这种不独立，也就使得法院难以公正地裁判纠纷，结果有时比衙门体制还糟糕。因为衙门体制下，至少治理方面的责任还是明确的。而西方政府躯壳的引进，导致的只是庞大的政府和各种不同机构相互推诿，权力与责任裹缠不清，给社会带来了更大的危机，甚至最终不得不通过军事冲突来饮鸩止渴式地解决问题。现在，台湾的司法独立能够有这样的进展，能够展现出走出古老的一治一乱的循环，自然是一件可喜的事情。当然，司法独立展现的问题也非常复杂，比方说政党政治与司法独立之间的关系，我相信政党政治对司法的影响一方面经常是人们诟病的事物，但是另一方面，政党政治本身也是一个民主社会政治生活的重要内容，人民对特定政党的选择也就意味着民主逻辑对于国家权力的一种约束。所以大致上来说，不能够想象司法跟政治能够毫无关联，例如我们分析美国的联邦司法，它最高法院法官那种党见倾向，有时候可能不完全是一个负面因素，政治对司法的适度影响，意味着它受到民情的一种制约。不过，这种关系分析起来当然也是很复杂的。如果我们将大陆司法独立的命运与台湾的情况作一番比较的话，可能看出，两边面临着的政治环境并不一样。国民政府在大陆时期，包括到台湾以后，相当长的时间被认为是在政

治方面是非常高压的，具有威权政治的特色。这个政府对于来自人民的民主诉求，对于司法独立，对于言论自由都抱有一种不大友善的态度，否则就不存在后来的开放党禁和报禁的问题了。但是大致上来说，国民政府对于民主、法治以及宪政的一些基本价值还是趋向于肯定的，所谓“军政”、“训政”和“宪政”的步骤安排也表达了一种循序渐进、朝向那个最终目标迈进的承诺。这也是到一九八零年代能够走向宪政的条件之一。但是，一九四九年之后的大陆情况就很不一样了。这个以苏联为模本建立起来的国家具有完全不同于以往的政治哲学基础，依照这种哲学，宪政所以发生的某种利益以及权利紧张完全被消解掉了。因此，司法不应当也不可能独立，它只是实现共产主义和政党价值目标的工具。又由于在未来的美好社会里，法律以及法院都将成为博物馆里的陈列品，因此，司法在发挥作用的过程中，不得不面临着一个根本性的内在冲突：它之所以要存在就是为了自己将来不存在，仿佛古人讲的“刑期去刑”，那是没有办法张扬自己的正面价值的。虽然改革开放二十多年间，这样的政治哲学的色彩正逐渐地开始消褪，但是，因为社会变迁的复杂和艰难，可以想象，这种观念的彻底扭转还是需要相当的时日的。下面不妨简要梳理一下在司法独立问题上大陆的规范和实践。中华人民共和国第一部宪法是一九五四年的宪法，今天看来它对于审判独立的规定要好于后来的宪法，那个宪法规定法官只对法律负责，没有讲别的。但是一九八二年宪法却采取了列举法，即规定人民法院依法行使审判权，不受行政机关、社会团体以及个人的干预。这个列举法是一个很大的问题，就是说总要列举不全的，比如说政党的性质是什

么，它是否可以被解释为社会团体，党的书记对法院案件作出指示，算不算是个人干预，就不清楚。另外，立法机关是否可以干预司法的独立，人民代表大会及其常委会与法院之间的关系并没有清楚的规定，这导致了实践上的混乱。近年来在大陆颇为流行的人大对法院以及检察院的所谓“个案监督”便是显示这种混乱的典型例证。法院由人大产生并对人大负责，从逻辑上说，这是人民主权原则在司法和立法之间关系中的表现。但是，这种负责是什么意思，如何避免由于立法与司法两种权力的结合而导致过度集权，这类权力设计上的重要问题没有得到学术研究和制度操作实践的关注，一些违反分权原则的做法难以及时纠正，这是我们在讨论司法独立时难以回避的问题。我记得上一次访问台湾的时候，苏老师，还有已故的法治斌教授都曾经跟我说过，随着社会的开放，党禁报禁的逐渐开放，宪法学就会成为一个非常热门的领域，许多优秀的人才愿意去学习，我们现在还没有完全开放，宪法已经开始热了，可能部分的原因在于我们越来越意识到如果没有一个良好的宪政体系，那么所谓司法独立和司法公正是根本谈不上的。在十年左右之前，我觉得有许多推动司法改革的人，他们的心中存在着一种想法，就是说是否能够通过技术性的改造，通过合理的司法技术的不断引入来去逐渐推动中国的政治体制改革。因为政治体制是不好动的，不敢碰，不可说，一说就是错，所以是不是可以绕道走，我们可以通过比方说一些技术化措施的不断推出，例如提高法官的素质；改善证据制度，规定证人必须出庭作证，从而使得司法过程中人权能够得到更妥帖的保护；如何强化司法的公开和透明，从前我们的判决书写得过于简

单，以至于我们当事人和更广泛的人民无从了解法官判决案件时真正考量的因素是什么，我们希望能够把判决书所有的考量都给展现出来，让当事人和公众知道你法官根据什么来判决案件……凡此种种，我们相信这些技术化的改造肯定有助于推动一个公正司法制度的出现，从而强化人民对于司法体系的依赖。我们相信一个国家所谓的政治也好，权力也好，可能说起来很抽象，其实也很具体，那就是人民的偏好，人民喜欢哪个权力，人民喜欢诉诸于怎样的一种机制去解决自己的问题，这个权力就是真正的核心。所以，政治的合法性基础不是一成不变的，尤其是在今天这样的转型期社会中，昨是今非，某种过去具有天经地义正当性的权力结构可能就会由于情势的改变而遭遇抵制。我们很希望能够逐渐通过一种公正的司法体系的建立，能够让人民越来越依赖司法，依赖法院，然后逐渐的法院就成为法治社会中的权力枢纽，法官成为在政治层面上举足轻重的群体，那么过去我们面临着的那个难于解决的问题就解决了。文化大革命期间大陆有一出样板戏，叫《智取威虎山》，威虎山是座山雕带领的一群土匪盘踞的地方，共产党的军队要攻上去剿灭他们，就派人去访问当地的猎户老常，那个猎户老常很熟悉山里边的地形，他说，你从正面打是打不进去的，这个地方守易攻难。但是老常告诉解放军，山的后面有一条隐蔽的小路可以上去。我们设想的司法改革有点像是解决中国问题的后山小路，通过这条不易觉察、风险更小的小路上去以后，把整个问题给解决掉。但是，情况的发展却跟人们的企盼不同。可以说在一两年内，尤其是去年，大陆可谓多事之秋，发生了许多案件和事件，有一些案件的审理存在一些大家至今仍在质疑

的问题，就是说一些敏感的案件、重大的案件，只要一诉诸法院，我们看到的情形都是司法机构没有办法交出一份令人满意的答卷，跟您考察台湾的体系有点不谋而合的是，人民心目中司法的地位，通过十多年来的改革并不是提高了，反而是降低了，前年《新闻周刊》有一期封面文章，题目就叫《中国法官面临公信力危机》。这是一篇根据一家民情调查公司调查结果写的文章。调查测试社会各界的人，在人们心目中的地位，你最信赖的是什么人，法官不仅在检察官之后，还可能在警察之后。近年来网络越来越活跃，当发生一些案件的时候，网络上的人们对法官的攻击都是非常激烈的。还有，最近到北京来上访告状的人也越来越多，个别人还在这里自焚身亡。起因往往都是一些纠纷难以在法院得到公正解决。这样一来，问题就会提出来：我们进行了这么多的改革，为什么司法的公正并没有得到应有的提升？我们这些年来推出的各种各样的改革措施简直是数以百计，花样翻新，诸如统一的司法考试制度，审判长选任制，民事诉讼中的当事人主义，法院的立案制度改革，判决书的说理，人大监督的强化，错案追究制，还有某个地方法院甚至借鉴了英美国家的判例法，推出了所谓“先例判决制”的改革措施，但是所有这些改革看起来很热闹，但却没有有效使得司法制度很好地回应社会的需求。八十年代初，曾经有一篇很有影响的文章，叫做《人生的路怎么越走越窄？》，我觉得我们现在司法的路怎么好像也是越走越窄，好像有一点走不出来。现在可以说，走不出来的部分原因正是因为我们的政治体制，政党政治也好，宪政也好，如果没有一个符合司法独立和司法公正要求的外部环境的话，司法是不可能走向真正的独立

和公正的。我觉得独立并不意味着一定会公正，但是没有独立就不可能有司法的公正。现在我们的资源是不是已经穷尽了，我们还有哪些工作可以做？我觉得，或许我们一方面还可以在法官的职业化程度的提高方面作一些努力。您可能也看到一些数据，我们现在整个大陆的法院中，大致上有二十多万法官，他们中科班法律专业出身的，也就是说是在正规的大学学习过法律的人，大概的比例不足百分之二十，有些人是在进了法院之后才学法律，先结婚，后恋爱。这种情况是值得我们关注的。司法独立是司法公正的保障条件之一，不过，如果司法官员的素质普遍低下，司法决策的品质难以保证，那么也会反过来对于司法独立的论证设置困难。一种经常听到的说法是，就这样的法官素质，不给他们独立，还出现这么严重的问题，如果让他们独立，那还了得！这样的质疑当然不能够说全对，但是，也不能说其中毫无道理。所以，为了能够建立司法独立的体制，今后相当长的时间里，提升法官的素质和职业化程度还是一个重要的任务。另外一方面就是苏老师提到的人事体制以及财政体制方面的独立，这方面我们也可以说它是一个国家宪政安排的中间比较偏向技术化层面的东西，法官由谁来任免，这个财政方面如何保障，我们现在基本属于分灶吃饭，地方法院要靠地方财政来维护，人事任免的权力也操纵在地方权力的手中，这就使得法院没有办法独立于地方的影响，甚至完全受控于地方，这是没有办法的。前不久我到一個地方，那个地方的院长跟我说，前不久他刚遇到一个案件，一个行政案件的审判，当地财政局是被告，然后财政局刚刚听到一点法院可能判它败诉的风声，局长已经公然以停发法院的工资相威胁了，这个简

直可以说是釜底抽薪，你想追求独立是不可能的。不知道苏老师和文杰是不是听说一个新近的消息，网上已经登出来的一个新闻，我挺关注的，那就是大陆准备搞行政区划改革，民政部已经有一个学者的方案，准备把现在的三十二个省级单位重新分割，使之变成五十个省级行政单位，五十个省，有的地方叫都，像我的家乡现在叫青岛都，就是现在的青岛、烟台以及威海那一带叫青岛都。徐州那个地方成为淮北省的省会所在地。我觉得这是一件很大的事情。把省级单位缩小，对于防止地方做大是有好处的。另外，也可以顺势将省与县之间的这一级政府裁减掉，从而减少政府官员的数量。与此同时，我觉得这也可能是我们推行一项重大的司法改革措施的一个好契机，是否可以利用这样一个行政区划的改革，我们顺势借力来去推出一个司法区划。我设想，省缩小之后，原来跟省同级的高级法院的管辖范围可以保持不变，这样在绝大多数情况下司法区划就跟行政区划分别开来了。一旦这两种权力管辖的地域范围不重合，那么财政以及人事就自然而然地独立了。今后我们看中国地图时，前面可以看到一个行政区划图，接下来就是一个司法区划图。五十个省分别隶属于三十二个司法管辖区，这将会对于司法独立产生决定性的影响。最近我和张志铭教授受最高人民法院的委托，组织一个小型课题组，起草一个法院组织法的学者建议稿，最高法院非常重视这次修改组织法的机会，同时我们也很希望能够抓住这个机会尽可能地在法院组织设计的各个环节上体现司法独立的精神。我们已经开始起草有关的条文，其间也遇到不少问题和麻烦，例如法官的任免权由哪个机构来行使，全国二十万以上的法官，让全国人大常委会一块来任免，是

否具有可行性？如果让地方人大任免，司法区划已经跟行政区划不一样了，地方人大任免的合法性也就不存在了。还有司法财政的问题，苏老师提到非常重要的一点，就是台湾它的人口不多，两千三百万人口，我们是十三亿多，这恐怕还是不完全统计，这么大的一个国家，法院的财政都由国家级的立法机构来决定，对中央政府数字化管理的水平提出一个很高的要求，我们需要知道这个国家人口和法官的比例怎么去设定，然后财政到底多少是合理的，在西部贫穷地区多少是合理的，在东部发达地区多少是合理的。尽管存在着相当多的困难，不过我觉得我们必须走出这一步，才能够真正维护一种良好的司法体系。另外，影响司法独立的另外一个因素，是您提到的来自法院内部机构以及“官员”的干预。我觉得对大陆来说这是一个很尖锐的问题。最高人民法院院长肖扬先生前一段时间在人民大学法学院的大法官论坛作过一次演讲，他分析的很深刻，现在中国的法院问题在于法官选任的非精英化，司法设置的地方化，以及司法管理的行政化，所谓行政化很简单，首长负责制，一个法院里边法院院长是一把手，人们可能难以想象我们的法院院长权力有多大。虽然一个法院往往改革搞得也好也是幸亏有这么一个院长，但是着眼于今后的发展，法院院长对于法官的巨大影响力无论如何是一个需要改变的因素。现在的院长们可以对于具体案件的处理指手画脚，可以决定法院里的法官前途和福利的方方面面，他们真正是行政意义上的“一把手”。我们起草法院组织法的时候，很想彻底废止院长的这类权力，例如明确地规定法官只对法律负责，明确地规定院长由法官兼任，也明确地规定院长以及副院长对于他们没有参与审理的案件不

得干预。但是，我们不知道这样的规定是否能够最终通过。没有把握的另外一个问题是审判委员会的废除。现在，越来越多的人意识到审委会是一个妨害司法独立的制度安排。按照法律的规定和法院的惯例，所谓影响重大以及疑难案件，合议庭有分歧的案件，判决死刑的案件，行政诉讼案件等都需要提交审委会来作出法院的裁判，还有，如果检察院提起抗诉的案件也需要审委会研究决定。我希望能够把它彻底废除掉，因为它严重违反司法制度的内在要求，比方说法官要亲历，法官“以五声听狱讼”，庭审中的直接原则和言词原则，当事人要求回避的权利，等等，都由于这个审委会的存在而荡然无存。所以，理应废止。但是，大家知道法学界有不少人反对废除，法院系统更有不少人认为，现在废除步子迈得太大了，按照中国国情，审委会还是有存在的必要。所以还可以有某种妥协的改革方案。例如，如果一个案件需要审委会决定的话，那么审委会必须是全部委员在法庭上组成一个所谓大合议庭，类似于英美国家的en banc我把它翻译成“满席听审”，我有一个学生跟我说这个译名听起来像满汉全席，像法官吃饭的感觉，最好叫联席审。所有的审委会委员，你既然要做这个案件的判决者，你不能不在法庭之上，这也可能解决上面所提出的审委会一系列让人诟病的缺陷，可以说是一种建设性的改造。另外一种改造的方式是，审委会仍然存在，但是它不再管案件的判决，只是一个资深法官的俱乐部，每个礼拜六的下午大家一块喝喝咖啡，一块聊聊天，但是不准研究任何具体案件的判决。当然这这也是一个办法。这种保留但改造的主张可能遭遇到的问题是跟上面我们提出的司法区划与行政区划相分离的改革有关联审委会

如何产生？现行法院组织法规定审委会委员由法院院长提名，由同级人大常委会任命。如果在某些级别压根儿没有了同级人大，如果相关法院仍然保留审委会的话，这委员又如何产生呢？所以我觉得起草一部法院组织法也是挺困难的。当然，与我们下面将要讨论的违宪审查制度的建立相比，这里的可能还只是小巫见大巫。说到违宪审查制度，我们仍然可以看到政治性的困难与技术性的困难交织在一起的状况，需要更多的智慧才能解决。在司法独立问题上，我们上面所揭示的只不过是冰山之一角，千头万绪，简直是谈不完的。我们看得出，有时候我们面临的是某种价值的冲突，有时候又不过是我们不同的考量之间寻求平衡而已。在违宪审查这个论题上，苏老师也发表过许多精湛的见解。大家看我这里的这本书，这是苏老师的《走入新世纪的宪政主义》，其中不少内容就涉及到违宪审查制度。说起来，去年我们曾经经历过一些事件，例如孙志刚事件，其中就显示了中国缺乏违宪审查机制带来的一些后果。如果许多法规，许多行政规章，实施的后果就是在实际上是把宪法赋予公民的权利加以剥夺，所谓抽象肯定、具体否定，这个国家的宪法就不可能获得根本大法应有的权威和应有的地位。我们也知道世界上存在着三种主要的违宪审查模式，即法国式的委员会制度，德国或者奥地利式的德国人说那是首先奥地利人创造出来的宪法法院的模式，还有美国式的由普通法院来承担违宪审查的模式。三种模式都发挥了独特的作用。台湾的模式是怎样的呢？我们知道台湾的大法官会议已经演变为一种宪法法院，其中的运作又有怎样的经验和问题？对于大陆，这类经验又有怎样的参考价值？很希望听听苏老师的高见。 > > 点

击阅读《司法改革两岸谈(下)》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