

司法改革的途径：司法的职业化与司法的民主化 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__E5_8F_B8_E6_B3_95_E6_94_B9_E9_c122_485710.htm 主持人：尊敬的各位来宾，尊敬的各位老师，亲爱的同学们，大家下午好，现在进入新年论坛的第三场，司法改革的途径：司法的职业化与司法的民主化。我们上午已经进行了两场精彩的讨论，即关于人民代表大会制度和基层社会民主制度的讨论，接下去还有关于现代公共行政与行政民主化，四场讨论里面都有一个词就是“民主”。就好象我们大家面前的这张地图，（英文人名）提出，有人看未来的世界，认为民主才是大势所趋。尽管他未必由衷地喜欢民主，但是他是将民主作为展开讨论的事实性前提来对待的，他讨论了美国社会在民主的趋势下如何保持人民的自由和社会的秩序，而他的旧制度和大革命则试图回答他的祖国和同胞在迈向民主的过程中，试图获得自由的过程中，为何经历了那么多的苦难，因此如果我们采用（英文人名）把民主作为现代性主要特征的一个视角，可以发现我们今天所讨论的正是民主在中国的问题，我们所关心的正是我们的祖国和人民能否在迈向民主的现代性趋势当中，既能够实现人民的自由和权利，又能够实现法制的秩序的问题。不过我们也知道在（英文）的理论当中，法律家集团，特别法院和法官是平衡民主的一支重要的力量，也就是说在他看来司法和民主之间存在着某种紧张关系。那么在中国这种紧张关系是否依然存在，如果存在又是以一种什么状态呈现出来的，以及如何更好地协调司法民主的关系，司法权力如何合理化，我想这就是我们本场讨论主题，也就是司

法改革的路径：司法的职业化与民主化的问题。本场讨论的报告人是北京大学法学院贺卫方教授，两位评议人是中国政法大学法学院马怀德教授和何兵副教授。贺卫方：尊敬的各位老师，尊敬的各位同学，对于我来说今天到了一个新的讲堂。我在我们学校好多地方都讲过，但是这个地方是第一次，由于路上的交通不是特别的合理，所以耽误了一点时间，还要请各位老师，各位同学多多原谅。我想今天下午的主题，如果按照整个一天的讲话题目安排来说，是一个非常逻辑化的延伸。上午我们谈到了民主建设的问题，社会主义民主进程的重大问题。下午我们这个主题正如主持人仝宗锦博士，我很高兴他作为我的学生，来主持这个会，我觉得会宽松一些，多给我一分钟的时间，我们的主持人刚才讲了，他引用了（英文）的思想，（英文）的思想非常重要的一个，非常具有启发意义的，就是他看到了法制的逻辑和民主的逻辑之间的某种差别，如果我们把法制界定为法律人去治的话，法律人所具有有一种专业化的知识，专业化的一种技术，势必会和民主这样的一种潮流形成某种内在的紧张关系。我们说，今天在这个讲堂上讨论这个议题有一点特殊的意义，在于我们最近出现了一些问题，在过去的十多年间中国整个改革越来越倾向于职业化，或者专业化。我们的改革正在朝向这个方向去不断地迈进，但是在这个过程中，我们也遇到了加拿大的一些阻力或者说一些非中国的特殊化问题。前不久我个人挑起了一场争议，这场争议使得我的知名度又增加了三个百分点，那就是在修改法院组织法的时候，我们郑重的建议要把我们的人民法院前面所冠的“人民”去掉，我们今后就不叫人民法院我们就叫最高法院，最高检察院，或者说

北京市昌平区法院，就叫法院，不再叫人民两个字。新京报媒体在报道我主张的九条关于法院组织改革的时候，以新闻人独特的职业视角突显和夸大了去掉“人民”这两个字的意义。新京报的大标题，第一页法院组织法修改要去掉“人民”。网上有网友说陈扁友正在台湾那个地方去“中国”然后就搞去人民，整个就是要去掉中国人民。我自己感觉很无奈，因为新闻这么过度夸张，结果引发了网络上乱七八糟的这种批评，当然也有赞赏的，也有玩世不恭的，说早就该去掉的，根本不是为人民的，最后一块遮羞布终于拿掉了。各种各样的评论都有，但是这样的一种报道显然跟目前这样一种政治环境有着某种内在的紧张。我们都知道胡锦涛提出了三民主义，权为民所用，利为民所谋，情为民所系，什么立党为公，执政为民，正要为人民去考虑，这边要把人民去掉了，这是什么意思，所以人民法院承受不了巨大的压力。很快最高人民法院的发言人就指出我们绝对不允许把人民去掉，我们绝对不能够搞三权分立，我们的司法改革一定要尊重中国的国情和政治的制度，我们绝对不允许脱离党领导进行司法改革，人民法院永远是党领导下的一个审判机关，所以我的这种改革的建议，全方位给扫荡掉了。当然有一个同学非常敏锐地发现这里面可能存在着某种计谋，把火力点都吸引到一个地方，大家都关注这个问题，法院改革的其他方面就比较容易进行了。如果能够实现这样的效果，当然也还是不错的一个效果。我们都知道，民主在今天这个时代里面已经成为一个不可阻挡的，同时它的正当性毋庸置疑。在这个时代谁在推进某种建议、某种改革方案的时候似乎都是朝向一种不民主，甚至反民主的方向去迈进。这样的改革在今天这样一

个时代，很难获得一种正当性或者合法性。但是我们必须指出，一个社会它的治理，一个国家权力的一种构造过程，不能够依照纯然的民主逻辑来进行。我们曾经考虑过我们这个题目，那就是职业化与民主化。我们都知道职业化和民主化这两者之间其实不完全存在着确切的对立关系，职业化它的反面是反职业化，不完全是民主化。当然如果我们把整个司法体系建立在一种纯粹的民主化的基础之上，我们能够记得起来这样一种司法的民主化到底是怎样的一种构造模式，那就是真正意义上的（英文），（英文）可以说它的那种最纯粹的实现形态实现在古希腊。在古希腊的时候，我们没有专业化的法官，还没有专业化的一种法律的学校。在雅典，所有的民主，所有的司法都是建立在一种真正意义上的民主基础之上，那就是让自由民主能够通过抽签的方式来选任法官，大家随机地选择一个人成为法官审判一个案件，我们知道（英文）审判正是由这一批根本没有受过法律训练的五百多个法官进行审判。有人把这种审判的组织称作为陪审团，我们必须要知道这个翻译法是有问题的。它不是陪审团，不是陪某个专业的法官去审的，应当说那个就是一个法庭，就是一个大法庭，就是由没有受过专业训练的人来审理一个案件，这样一种制度安排当然在古希腊那个时代。我们都知道既有一种民主逻辑的必然要求，同时我们也应该看到它是跟整个的一种法律知识的发育，尚未达到一种专业化程度有着密切的关联。那就是我们看到今天我们的法律思考。虽然跟古希腊的哲学家们，跟苏格拉底跟柏拉图，跟亚里士多德有很大的关系，但是当时法律还是哲学意义上的一个附属物，在亚里士多德的知识论当中，法律一会儿是在修饰学里面

讨论，一会儿是在伦理学里面进行讨论，一会儿是在政治学里面进行讨论，并没有一个法律学的一个专业，还要过好长一段时间以后，我们今天所学的专业，所谓的法学才真正在古罗马那个时代里面获得一种独立的，独特的地位。民主化的司法，如果是这样的一种理解的话，今天的世界各个国家，我们都说不上是一种完全的民主化司法，它一定是由专业化的法官去审理案件，有民主的参与。我们在文化大革命期间曾经废除过法律的专业化，公、检、法，法院完全停办，我自己手里面还保留一份在文革期间的判决书，上面写的中国人民解放军山东军区烟台军区政法委员会刑事判决书，完全是由军人去指导司法。我曾经见过英国的一位研究社会主义法的专家，迦威廉·巴特尔，他曾经写过一篇文章说文化大革命时期中国的群众运动式的司法乃是社会主义司法的本质的特征。社会主义司法就是应该叫老百姓起来打倒马怀德，马怀德就被枪毙。司法真正的民主化，我们如果是从这个角度来衡量民主化，当然我们刚才讲了今天已经没有这样意义的司法的民主化。司法的民主化正像何兵多次在网上说的，民主的参与，在尊重司法民主的逻辑前提下，倡导人民对司法专业化的司法权进行必要的限制，比方说人民陪审员制度，陪审员是人民群众的代表，让他们来参与到司法的过程中，他们那样一种非专业化的知识，就能够对于法官的专业化的知识本身形成一种强有力的制衡，何兵教授应该不算是典型的人民陪审员，尽管他是威海市法院的人民陪审员，但他算是人民吗，我觉得他不是人民，他是法律专业人士，他去参加陪审，我认为是陪审制度的扭曲。因为他一去别的法官就说何兵教授你来，我们听你的吧。他无法在知识方面形

成一种专业知识和非专业知识之间的一种内在的紧张关系，我认为这是我们今天在讨论民主专业化，司法的职业化和民主化方面都需要稍微清晰界定的一些前提。我和马怀德院长刚刚访问了一回日本，我觉得日本讲话都要拿着文章讲，我今天也写了几条显示出我对我们今天下午的讨论进行了认真的准备。如果要讨论民主本身和司法专业化之间的关联，我想我们可能接下来要讨论的一个问题是我们要对于司法领域中的或者说整个国家治理过程中间的过分的泛民主化倾向进行一些反思。最近北京大学的一位学者潘维教授非常活跃，写了一本书叫做《民主的迷失》，倡导在中国我们不要过分的去倡导民主的价值。他认为中国应该建设一个法制，如果不通过法制建立良好的秩序和经济的发展，我们就不可能先去搞民主，民主只能够给这个社会带来某些负面的东西。我认为潘维教授在他的论证过程中间，存在着一些混乱和我不同意的一些逻辑。比方他完全忽视了在现在这样一个国家里面，法律的形成过程必须跟民主的逻辑相关联。如果在法律的制定过程中间，没有人民的参与，没有民主这样的一种逻辑的介入，我们就不能想象人们有服从法律的愿望，因为人民不能够参与规则的制定，又如何去说服人民相信这个法律是体现了他们的意志，是反映了他们的心声，是保护了他们的利益，这是不容易做得到的一件事情。同时我们相信在整个司法专业化的过程，我们也可以看到民主的价值对于维护法制的一种本身的尊严。法制本身的一种严谨性也是有它正面的价值的，比方说陪审团的参与，陪审团的参与就使得在法律的实施过程中间，司法的决策跟民意之间更能够保持一种良好的呼应，我们很难想象在一个普遍的国民都不信赖

司法的一个国度里面，我们单枪匹马去建设一个良好的法制。所以大致上来说，我是同意或者说我是倡导没有民主的国家是很难建设法制，很难建设一个良好的法制。但是另外一方面我们也要对于过分的民主、泛民主的倾向提出质疑，之所以要提出这样的质疑，我想是基于以下三个方面的理由：第一我们知道民主社会并不完全是一种原子化的，个人一人一票式的决策要体现在各个方面，也就是说民主化的社会在今天这样一个时代里面，本身必须要考虑到多样化的参与，这种参与既包括一个个人的参与，同时也包括一种团体，一种组织，一种独立的中间社会。某某先生曾经在写他对中国历史的解释过程中间，写到历史大革命的时候，大家知道他一开始进行了一个设论，就是大家假设在美国如果要是国家的总统一声令下号召全国人民起来，把副总统给打倒，假如说打倒党内走资本主义道路章程派，叛徒内奸，发出一个口号，美国人民会不会像当时中国人民纪念毛主席一百周年的诞辰那样。他认为这是不可能的事情，美国人民根本不可能想象到有这样的情况发生，就是因为在美国社会里面，这个社会的基本单位并不完全是每一个原子化的个人，他们还有比方说反对党，他们还有独立的大学，独立的工会，独立的各种各样的宗教组织，独立的社会其他类型的组织，所有这些组织由于它的独立性，他一方面带有某种集体主义的一种整合力量，把一种原子化的个人整合为一个群体，另外一方面他又不完全是一种公共权力的行使机构。他们有着自己的一种宗旨，有着自己的章程，有着自己独立的价值追求。正是由于这样一种中间化的组织构成了一种现代民主社会制度中间，参与社会政治制度之间非常重要的不同类型。这是跟

古希腊的每一个人直接来参与国家的政治生活是很不一样的。我们说如果把民主宽泛过分地理解为一种每一个人独立的以个人的身份来参与到政治生活和司法生活之中的话，这样的一种民主在今天这个社会里面，已经可以证明它是专制的温床。为什么现在的宪政要规定所谓的结社治理，原因就在于我们公民不可能以自己个人柔弱的胸膛来抵抗政府的强有力的炮弹，我们必须组织起来，我们必须团结起来，所以北大的伟大学者曾经写过一篇《法律人共同体宣言》，结果整个宣言都是模仿着共产党宣言的语调来写的，最后一句话叫做全世界的法律人联合起来，这样一部法律人的联合也构成了民主社会中间的一个单位，这是第一个方面。第二个方面，我们之所以要对泛民主主义进行一种批评是因为我们担心出现所谓的多数人的暴政问题。多数人的暴政问题，可以说是现在民主理论中间的核心问题之一，我们如何去防止在一个社会中间仅仅根据得票的多少去进行决策、多数人决定就成为法律，这样的法律就必须得到严格的执行。我们知道在纳粹时期，按照德国的投票来说，多数人认为应当对犹太人进行杀戮，那么就出现了这样一种杀戮，那么如何对多数人的暴政进行制约？我们现在清晰地看到整个全世界范围内司法权力的扩张，司法职业化程度的深化都跟这样一种对于多数人暴动的恐惧担心有关。美国的三权分立，我们常常讲之间存在相互制约、相互平衡的制度设计，但是我们进一步去挖掘三权分立这样一种权力的构造，就会发现三种权力形成的逻辑并不一样，行政权当然是由民选产生，一人一票这个非常重要。立法权也是由人民来选举产生，这也是符合民主的逻辑。但唯独一个司法权那就是法官，美国联邦法院

系统的八百多个法官没有一个是人民选举产生的，他们全部是由总统来任命，由参议院来认可的。参议院本身就是民主逻辑下面跟众议院相比较的一个民主化程度稍低一点的机构，由这样的一个机构来认可总统任命的法官。而总统任命他根据怎样的一种名单任命，又是具有一种专业化的背景。那就是说一定要考虑到行使权力的人的一种专业化的素养，他的职业声望，当然对于许多总统来讲他要考虑到他的政党倾向，我们说这是司法权构造的一种模式。非常独特的是这样一种权力，一旦一个人成为法官，也就意味着他的终身任职。他只要行为良好就不受到弹劾，这就使民意直接去制约司法权变得非常困难。我们知道这本身就形成了一种所谓的三权分立条件下的某种权力不那么民主化的一种构造模式，这不是民主的逻辑，但是现在这种逻辑不受一时一地民意的直接影响，他可以考虑更长远的一种问题，它可以使得这个民主不至于一味地依赖于此时此刻的民主、此时此刻的民意来进行决策，我们知道这点对于制约多数人的意志，对于约束，对于防止多数人的暴政的发生是非常重要的。第三个方面的意义之所以泛民主化是一种不可取的做法，在于我们民主条件下必须考虑到每个个人的自由问题，也就是说自由的逻辑、自由的价值和民主的价值本身就有可能发生着很大的冲突。我们知道法律职业的建构问题从80年代全世界范围内都在不断的进行着讨论，人们不断地在反思如何去建构一个既追求正义，同时又尊重民主，另外还维护每个个人的自由的法律职业。其中一个非常重要的问题在于人民越来越深切地意识到每个人个人自由的一种价值观，对于整个民主它的重要性。民主是一种选择，我们投票来选择一个特定的

领导人，我们投票来决策一个特定的立法，这样一种选择的过程必须要考虑到我们是否拥有非常多样化的一种信息来源的自由。我们选择的前提是我们能够理解，我们能够知道特定的人的主见是什么，我们能够非常清晰的理解一项立法对于我们的生活到底有怎样的一种影响，所有这些问题都离不开自由。考察我们国家的宪法，我们都知道有集会的自由，有游行示威的自由，有言论新闻出版的自由，这样的一种自由实际上都是为了让我们能够理解我们本身，能够理解我们这个社会，能够对于我们这个社会的一种未来的发展走向进行一个更加理性的选择。没有这样的一种自由，没有每一个个体有权利来发出自己的声音，这样一种自由，我们都知道那种所谓的民主其实不过是一种专权，而且我们可能要受到控制。我们不知道如何去做出选择，甚至我们以为我们做出的是最明智的选择，但实际上我们选择的是专制。文革期间我们都在对着一个伟大领袖三呼万岁。文革期间，毛主席号召我们打倒刘少奇，我们一下起来了，刘少奇打倒了，然后叫他永世不得翻身，我们把刘少奇的名字写成怪模怪样的样子，比如把字颠倒过来写，把刘少奇打个大差子，表现自己极大的无产阶级革命的义愤，那个时候我们以为我们做出的选择是正确的选择，但是我们完全错了。由于我们当时是没有自由的一个空间，我们没有办法去做出一个明智的真正符合我们利益的选择。所以我们在这个地方必须考虑到民主和自由之间的某种紧张，如果要维护我们每一个人的自由，我们也许要对于过分依赖于民主本身的逻辑进行一种反思。接下来我迅速的谈一谈专业化的意义，或者职业化的意义。我自己觉得职业化的意义要从以下五个方面来理解，第一个法

制统治本身就是一种法律人的知识，法律人的技术，法律人的理念对社会秩序的一种强制性的控制，强制性的调整。也就是说所谓的法制不过就是法律人的知识本身对社会的统治。如果宽泛来理解的话，我们说这种法制本身带有精英化的色彩。我一直在思考，现在在媒体上精英已经变得是负面的意义了，从十五年前负面意义看得越来越大，至今都比较严重。前一段时间我主张去人民，而变成了贺精英如何如何说，但是我们如果不把精英做贬义理解的话，我们所说的精英不过是（英文）所说的法律人集团，他们是一门不能普及的学科的大师，由于他们对法律的一种研究，法律的一种实践，使得他们养成了对规范和秩序的热爱，使得他们对于来自民众盲动的情感总是抱着不屑一顾的一种态度，他们一方面要控制政府的权力，另外一方面也要控制人民表达不满的一种方式。那就是用一种人工制作出来的一种空间，运用一种人工的理性对社会做出一个判断，做出一个判决，我们相信这种法制社会才能够形成。第二个方面专业化的价值、职业化的价值在于只有职业化，我们才能够建设真正的宪政。宪政的秩序在西方的形成历史，我自己做了一点粗浅的考察以后，发现除了私有财产的保护，除了宗教方面的一种宗教权力对于世俗权力的约束带来的一种最早的西方式的权利和利益，还有一个非常重要的，比如对私有财产的保护对宪政带来的一种影响，还有一个非常重要的专业化的法律人群体的掀起。他们不仅仅成为社会中的一种力量，而且他们渗透到政府之中，成为政府中间司法权的一个获有者。当我们说一个政府的时候，说这三种权力，那么司法权力变成了一种非常专业化的一种权力。没有哪个人可以不经过法律家这样必

要的教育和训练就可以成为法官，这实际上是司法权变成一种专业化的独特力量，尤其我们知道审查权是通过司法的方式，对立法机关、对行政机关进行制约的时候，我们知道整个宪政框架结构中间离不开这样一种专业化的力量，这是专业化第二个方面的意义，就是宪政秩序得以形成的前提。第三个意义在于专业化能够保证法律的精确性和可预期性，法治社会优于人治，就是我们能够预测一个法官会做出怎样的判决，法官的权力并不完全是依赖于自己对公正标准的一种理解，那么专业化，我们都知道能够保证这种决策的精确性和可预期性。第四个方面专业化意味着法律人成为一种真正的人群，他具备了一种跟社会大众、跟其他的一种力量的相互交涉的能力。意味着建立一种和谐社会。今天上午好象大家讨论过和谐社会问题，这也是最近非常时髦的话语。和谐社会的前提是冲突，如果没有冲突，一个和谐社会是建立不起来的，而这个冲突本身包含着不同行业，不同群体，不同组织之间的一种冲突。当然冲突之外还有妥协，我们都说法律人形成了一个团体的时候，他们的知识，他们的语言，他们的技术跟其他的社会力量形成了一种冲突，形成了一种差异，而和谐社会要建立的前提之一就是冲突之下的一种妥协。没有冲突这个前提，是不可能构成一个和谐社会，这是一种构造合理社会的必要的一种紧张关系。这是第四个方面的价值。第五个方面的价值，就是对于中国社会来说，我们今天所倡导的法律的职业化、司法的职业化具有着非常特殊的意义，因为中国是一个五千年闻名社会中间没有创造出专业化司法的国度。我们如果说历史有一种延续性，有一种路径依赖。我们都知道今天的司法改革在追求专业化的过程中间

，总是面临着这样、那样的困难，总是面临这样那样的阻力，原因是在于我们这样一个国家悠久的历史，使得我们形成一种很难抗拒的，很难去阻止的惯性，那就是在司法的过程中，专业化不容易建立，相反我们观察中国古典时期的那些州县官员的司法过程，我们看他引用怎样的资源，我们看他进行怎样的论证的时候，经常看到的是他们非常偏离一种大众化，他们的话语语言模式，他们引用的材料，他们那种论证的风格都无法和其他的社会、其他的组织之间保持一定的距离，这就是为什么我们在中国建立这样一种司法改革要推行专业化的过程，必然会面临着巨大阻力的问题，同时也未尝不可说也是我们今天非常深入地讨论司法的专业化和司法的民主化是一个特别有意义的一个原因，这是我的主题报告，谢谢大家。主持人：下面由马怀德教授做评议。马怀德：大家知道要对一个明星教授进行评议，评点是不太容易的事。但他也很抢手，刚才吃饭的时候，我差点把我的评议权给蔡定剑先生，为了兑现我的承诺，我只讲五分钟，然后下面五分钟交给蔡定剑先生。大家也知道贺教授一向是以尖锐、激烈、前卫、以及独立著称的学者。过去我领教过，也领略过他这方面的风格。在上一周我们同吃同住了一个星期，我对他有了更新的，更进一步的了解，当然他刚才讲的是对泛民主化批判，以及对专业化，或者司法专业化意义的强调，我觉得讲得都很对，我也没有更新的意见反驳他，或者是补充。但是我现在想提出这样一个问题，也供贺教授再考虑。我们都知道民主化是非常美好的，也是非常必要的一个现代价值理念，我们也都知道司法是需要专业化的，而且专业化的司法可能会更加体现对民主这种至高理念的维护，但

现在的问题就是在中国如何实现民主，如何实现司法的专业化，这可能是我们关心的问题，比如就拿司法的专业化问题来讲，我们都知道司法专业化很重要，但我们仍然每年有30%的本科毕业生分不出去。我们都知道司法化很重要，但是我们西方边陲的一些法官已经难以维系，没有新的血液进入这些法官的队伍，所以说专业化的队伍，可能既是一个理念的问题，更多又是一个技术问题。而这个技术问题是需要我们在设计相关的法官制度，法院制度的时候更多需要认真考虑的一个专业性问题。前两天我们去了日本，我有一个很深切的感受，日本所有的法官全国统一管理，通过司法考试进了研修所，研修了半年之后，作为候补法官要从业十年，而这十年里面每两年半都要在全国的司法大系统范围内随意地听候最高法院人事局的调遣，就是你可以在北海道待两年半，然后再到东京都，然后再到大阪，像这样一种司法人员全国的统一流动和统一的管理，我觉得就是我们中国今天可能缺乏的东西。为什么北京的法官不去青海，不去西藏当法官呢？他们不愿意去，因为那儿太苦。但为什么又有那么多大学生分不过去呢？可能是因为那边对这个没有接纳的空间，所以在中国要建立一个所谓的法官司法的专业化，我相信可能最终也要走向这一条。不是在全国，至少是在全省范围内有一个法官流动制。比如最高法院人事局，就是我们现在的政事部安排16万法官，法官可以给三四份工资，这是保证整个司法专业程度的条件，当然司法专业中也要消除法官的等级制度，消除三六九等，改革法官的任免遴选和保障制度，这些制度都是需要一步步靠我们的法官制度建设、司法制度建设，才能够提供这样一种制度的支撑或者基础，所以我想

无论是司法的民主化，还是司法的专业化，都是我们理想中不断孜孜以求的东西，都是我们认为非常有价值的东西，但在如何实现这个问题上，我觉得可能我们需要做的工作更多，技术性的、制度性的建设可能任务更重，这就是我的评议，谢谢大家。蔡定剑：司法改革是我非常关注的问题，我非常同意贺教授的一些观点，但是我也有不同意的一些观点。他说司法民主化、专业化与自由的关系。中国举出泛民主化的例子是非常容易的，一方面确实中国的大民主给我们带来了灾难，另外一方面我们中国真正的民主制度还没有开始，所以我想强调的是这点。因为作为一个宪法学者，最近关注了美国总统选举，我发现美国制度是防止过分民主化，从两院的设置，到总统的选举，到违宪审查制度，都是防止那种过分的民主化，这是我最新的观察。我发现这个在制度设计上面，在美国的制度里面，它是这么一种情况。我们中国人过去讲民主的时候，就讲没有边界的那种民主，包括规范的民主，还有我们今天上午讲到的，就是制度和规范不敢讲，这个应该是我们要注意的。另外刚才贺教授讲到了司法改革理念问题，我是觉得他今天没有全面的评价司法改革，但我也赞成他的观点。我是希望中国能够更直接化一点，司法应该更直接化一点。我们是发现了三权分立的制度，不管是不是真的有这个制度，但是三权是存在的，那么三权的功能据我个人的研究，立法权的功能，它的一个价值是民主，当然也有其他的价值，但是最高的价值是民主。行政的价值是效果，司法的价值是正义，这是它三个核心的价值。所以我们就不要应该把立法民主价值加其他的一些价值进去。比如在讲人大制度改革的时候，我们就讲应该有一些专业知识，专业

人士，这个还是不错的，但是它的基本价值不能因为专业人士来改变它的民主价值，就是以人民选举为准，而不是以专业化为准。我们要服从这个价值。所以我们学经济的人要到人大去，这是我们的一种期望，而不是价值的设置。行政价值我们不说了。如果说到司法的价值，它是维护正义，是一个执法性的，它执行法律当然就需要有一些专业知识和专业人才等等，我是非常赞同他的观点。但是我不知道贺教授还有何兵教授会讲到关于陪审团的问题，所以我就联系到中国的现在情况，中国的司法改革是向专业化的方向发展，另外也是在向反专业化的方向发展，就是关于陪审员制度的问题。在中国的情况下，我觉得中国职业化程度很不够的情况下，陪审员的制度和西方是完全不一样的，而我们是一个法官，而检察机关也是采取这种方式，现在检察机关为了对抗社会对他们的批评，说你们检察机关没有监督，所以他就拉了一帮人来当监察员，所以我一直想写一篇文章对这个进行评论。但是还没有人站起来批评这个事。我觉得这种反职业化的倾向，使得我们的司法处于非常矛盾的情况。这十多年的司法改革，我有一个总的评价，我们说司法改革要分类的话，一种是实质性的正义，还有一种是程序性的正义，我还发现有一种形式性的正义。现在中国司法改革，实质性的正义的推介几乎是很少，比如我们要建立制度性的司法公正，程序性的正义改革有一点点，比如涉及到法院的设置，法官的素质等等。比较大的就是我们自以为得意的那些东西，那是没有必要的。我觉得现在司法部门在改革中为什么这样呢？当然有一个政治问题，但是也带了很大的利益趋势，2001年的时候，最高法院公正效力的大会上，我就说现在的改革都是

一种立法的改革，包括最高法院本身的立法的改革，说到法官的等级制，本身是违反法官平等改革，本来是要减少法官的，然后还在不断的增加法官。大家认为司法改革，应该减少法官，可是他们又在增加法官，又给了10%的编制，又增加了一万多名的法官，所以跟我们的想象正好是相反的。这些东西使我感觉到司法改革是处于没有成就感的阶段。我不赞成贺教授在人民两字上做什么文章，说去掉人民，邓小平说不管是白猫，黑猫，抓住老鼠就是好猫，我觉得司法改革，不要人民也没有关系。主持人：下面请何兵副教授来做点评。何兵：显然我是有备而来的，在我对贺卫方教授做批评之前，我首先对贺教授表示我个人的尊敬，因为他是我的老师。在表示完尊敬之后，就是批评。我对贺教授关于司法和民主的关系问题，确实不赞成。关注贺老师说人民法院换成人民的问题，我不仅不赞成，而且颇不赞成，我认为中国司法改革不是职业化不足，而是民主化不足，之所以出现错案和冤案，并不是知识不足，而是所谓的良知不足，所以这就涉及到司法改革的路径问题，也就是司法的职业化和司法的民主。我认为没有必要将人民法院的人民去掉，相反是如何落实人民法院的人民性，也就是人民对司法的主权，即使从城市化的角度来讲，说人民法院人民太强了，把它去掉，有历史的必然性，我觉得也没有必要。因为大家喊人民法院喊了几十年，贺老师刚才也讲到了昌平法院，说了半天，差一点说了人民法院了。这个有没有必要呢？我觉得没有，历史已经形成，我觉得是没有必要改了。比如贺卫方，他的名字也是历史的产物。如果贺卫方教授把自己的名字改成贺卫法，我就同意人民法院改成法院。我赞成蔡定剑教授的意见，

没有必要在枝节上做文章。下面我们谈到本题。到底是职业化不足，还是民主化不足，职业化的问题能不能解决中国司法的问题？我认为纯职业化问题绝对解决不了中国司法当下的问题，因为关于司法职业化，并不是近几十年来的话语。从北洋军阀时期到国民党政权的时期，都提过法律人的职业化，也进行过法律人职业化的努力，在那个时期，贺教授是搞历史的，那个时候有很多关于司法职业资格考试的。国民党政权时期，法官的职业化水平是不弱的，这点大家是可以承认的，国民党时期的法官到底怎么样呢？最终国民党政权的司法是被推翻了，随着国民党的政权被推翻，那个司法是一个腐败的司法，是历史的，是事实的。也就是说职业化并不能提高司法的公正性，两者没有关系。之所以职业化和司法的公正性没有关系，是因为知识和良知没有关系，这也是问题的核心，无论知识提高多少，只要我们相信知识和良知没有关系，那么司法职业化水平再高和司法的公正性没有关系。所以正是因为这个原因，1949年中国共产党政权推翻了国民党政权，请大家说虽然我们共产党执政有这么多问题，但当初为什么数以千计、万计的人民跟着革命党闹革命呢？是什么原因呢？它一定是人民国民党政权有腐败性，而人民政权提的口号有它的先进性在那儿。当时提的就是人民主权，所以共产党执政以后，提出了人民司法，适应了人民的要求，这是当时的历史。人民执政以后，曾经将国民党职业法官保留了一部分，是六千多人，试图通过对他们的改造和教育来挽救他们。同时转业干部，从青年干部里面，从妇联里面进了一些，所以人民群众进法院。那个时候法院是人民的群体。在这个过程中反映了国民党下面的那个职业法官和人

民法院里人民产生了博弈，观点不一样的。共产党希望我们进入人民法院把法官改掉，而人民法院希望用旧法官来改人民，两者产生冲突，这种结局大家应该知道，是旧法人员全部出局，这就是人民法院成为人民，但问题出在什么地方呢？人民一旦到了法院，人民会官僚化，这是历来的问题。毛泽东在1953年的时候就发表了一篇文章，反对官僚主义，也就是人民官僚化以后就会腐败，所以中国现代司法的问题，并不是职业化的问题，而是官僚化的问题，就是法官作为一个官僚阶层出现了官员腐败，所以真正的问题是如何反对这些官员腐败。所以必须落实人民法院的人民性，从群体的角度来讲，既然人民主权，而国家主权分为立法权，行政权和司法权，如果不能落实人民对于司法的主权，那么人民主权就缺了一大块了，而这块才是最重要的一块，因为立法的错误是可以通过司法来修正的，而立法的正确也是可以通过司法来给它改变的。人民群众进法院有这样的问題，原因是什么呢？一方面是人民群众不懂法，我们很多学者说了，现在法院业务这么难，老百姓怎么懂呢，当时有这个问题。人民进入法院有犯五毒的，那个人说我没有犯五毒，这是共产党的文件，我没有五毒，而人民法院没有看懂这个文件，然后说对不起，我要去上个厕所，跑了就不回来了，然后这就是人民不懂得知识的问题，反过来就是怎么对人民法院进行培训的问题。得上大学，包括人民大学，在那样的情况下开始培训法律，他也是知道人民的问题。司法的职业化和司法的民主化是不矛盾的，我个人认为法官需要职业化，而司法需要人民化，这就是人民群众如何进法院。之所以我一直说陪审制是一个好东西，我们必须补这一课，保证法官的职业化

队伍，使法律的执行统一，同时让人民群众进法院，参加陪审，从群众中来，到群众中去，这是毛泽东早就告诉我们的，我觉得陪审制就是这么一种典型的制度。当然我个人作为陪审员，说何兵教授是为人民，他是精英，那是另外一回事，我自己亲身参与案件，我发现问题并不那么复杂，大部分的案件不是那么复杂，它是可以通过律师给它完全简单化的，如果律师知道台上坐的是傻瓜，就是所谓不懂法的人民，律师是有能力将复杂的法院问题还原成傻瓜能听得懂的问题。我今天听的话可能比较复杂，不过你们都听懂了吗？我们没有必要那么复杂。有一个副院长，他说我们很多话只能跟别人说不能跟自己说的，说案件越来越复杂，总得有一个停止的时候，不然不像乱马蜂一样了嘛，真正的复杂案件只有百分之十几，百分之八十多是简单的案件，这不是我在这儿凭空捏造，法院里面是有法官这么说的，人民陪审员进入法院里面，会不会不统一呢？不会的，陪审员及时出现问题，他也可以通过上诉人，由上诉法官来统一这个国家的法律。今天的问题是司法的官僚，有谁说法律家天生就是好人，法律人共同体，怎么变成共同体，你这个逻辑是怎么推的？法律共同体为什么不可以成为渔利的共同体，失去民主的监督，法律的共同体实际上现在正在成为渔利的共同体，所以中国司法的问题是用人民来控制官僚，它当然有很多方法了。总结我的观点，法官职业化是正确的，如果司法不强调人民化，中国的司法改革将会是死路一条，还有一个问题，我得顺便说一下。关于监督问题，只有落实人民陪审员的人民监督，法院才可能摆脱其他各种形式的监督，我知道法院的同志对检察院的监督不感冒，对人大的监督也有意见，说你们

监督越多越乱，那么我们就问一下，人大监督，你们有你们的想法，党的监督有想法，那么检察院监督有想法，所有的监督有想法，你们想干什么？所以你们必须用一种监督替代其他的监督，要置换。就是来自于民主来置换其他的监督，如果落实了司法民主以后，就很好说了，你人大不要监督了，是陪审员判，本身就是人民判的，所以很简单的，必须要用人民民主的监督来置换它。贺卫方：非常感谢马怀德院长、蔡定剑教授以及何兵教授非常精彩的评议。我认为何兵教授说的一个问题，我觉得非常有意思，就是我们两个对于职业化的理解可能有问题，就是我们在前提方面的理解是有问题的。你的职业化过分理解为脱离人民群众本身情感，是他们的需求、他们的愿望的一种官僚话题的倾向，我不把职业化理解成这样，我更偏向于职业化，当然首先包括在知识修养方面的美好，你提出来知识并不等于是道德，或者知识并不等于是美德，但是我认为在司法这个领域中间，如果让我简单地说知识不一定是依靠美德，但美德离不开知识，如果没有知识，在司法之间是没有美德可言。我说职业化还包括我们日常行为方面的一种职业化，这样一种职业化要求我们在司法本身的管理制度方面，非常坚决地去建立一种良好的制度，维护司法的独立性和法官的独立性。马怀德教授刚才提出来了法官等级制度的问题，之所以这样的一种制度让我们不喜欢，是因为它违反了一种法官独立的要求，有许多人认为法官独立是很可怕的，洪水猛兽，但我必须说只有独立的，我们才有责任，也就是独立和责任是密切关联的。我们只有知道哪个法官自己全方位的行使了对一个特定案件的处理权力，才知道如何去追究这个法官的责任，也就是说一个

案件最模糊的地方就在于一个案件是谁判的，我们不知道，只知道是这个法院判的，我们不知道是具体哪个法官判的，这个时候最大限度的把司法的责任给零散化了，我们认为这是不符合法官的职业化。法官职业化必须让一个法官在责任、权利、荣誉这几个方面完整地把一个司法的责任归属到一个特定的法官身上。我认为这样一个有助于激发法官追求卓越，追求光荣的内心的动力，我想是这样的职业化。还有司法的行为，我们知道司法的行为过分大众化带来的问题，我们最后发现这样一种审理方式，如果在一个更加专业化的司法的社会语境中间，这样的司法模式不足以给我们带来任何确定性。何兵教授说其实做了法官才知道案件并不是那么复杂，但是做出这样一个判断的人本身是一个法学博士，是一个教授，我们都知道在他看来不复杂的东西，那是一个高层次专家看来不复杂的东西，就像毕加索说“绘画也不是那么难”。我们都知道目前的司法界存在着最大的问题就是整个司法标准不统一，对于一个特定的法律条文如何去解释，如何让生活在北京的人民和生活在深圳的人民，在不同的法律准则之下，去形成一种平衡的法律解释，是非常困难的。我们知道在书斋里面不断地去思考，司法界不断的去探索，但是我们想不出来一个非常稳定的，非常有保障的方式，来保障中国人民生活在同样的法律准则之下。其实这一点，也许一个特定的案件看起来并不复杂，但是要形成全国司法的统一，要使人民在法律面前真正平等，这是非常复杂的事情。没有专业化的思考是很难的。我们之所以对司法的专业化表示强烈的反映，是因为职业化的要求。另外司法职业化还要体现在职业伦理的职业化。我们都知道法律人这样一个特殊

的群体，它的特殊性非常重要的一个体现就是他跟大众之间所谓共享的道德标准也是有某种差异的，但是这种差异绝对不能被理解为他跟大众的要求背道而驰。我曾经对法官的职业伦理提出几点问题，比如不能以自己的偏见来影响司法的过程和结果。第二个必须保持良好的行为风范，不可以单方面和一方当事人接触。第三我们必须要有严格的要求一个法官他必须要有效率的工作，避免案件的拖延。第四我们必须要求一个法官注重自己的知识修养。因为养天地正气并不完全能够依靠想象而一定要依赖于学习，我们要求法官必须维护司法独立本身的尊严，他要以法律合法的手段去维护这样一种司法独立。我们看到了许多国家，他们的法制化社会的建立，最后能够形成一种法制职业群体，对社会良好的调整。我们要保障人民的权利，原因不在于他们随时随地地把自己完全降低为一个外行人。他们意识到自己是专业人士，自己一定要对任何案件进行专业化的思考和专业化的判断，只有这样，才能够真正的保障人民的利益。所以人民的利益，并不是说我自己等同于人民，你就能保障人民的利益，在司法这个领域中间，我们必须想方设法和一般人的朴素的知识、朴素的情感保持一定的距离，这样才能最大限度地维护每个国民的利益。何兵教授谈到了民国时期的司法职业化的问题，我对他的判断本身是持一种质疑的态度。他认为在民国时期中国的司法已经走向了专业化，我觉得这是错误的。国民党政府在选任法官的时候，遵循三个标准，第一他必须是一个法律人，第二他必须有良好的声望，第三他必须是一个国民党党员，但是如果不能同时具备三条，第三条最重要。所以当时的司法并没有真正的职业化，当时高层次的司法比

较职业化，当时许多的地方司法还是知县来限制司法，在一定程度上国民政府的一种宝贵的努力被断送在这些政治家们的手里。我们看从前的旧中国，大法官会议，他的建构是非常认真的，但是法律人的努力抵不过政治家们的胡作非为。另外52年司法改革的评价，就人民进入法院以后，最后的结果是因为人民最后走向官僚化才使得他们为人民服务。（而我看来52年的司法改革最大的，最根本性的一个问题在于他彻底的扫荡了。）？我跟何兵教授是有不同的立场，立场不同，往往给人感觉是信仰不同，如果两个科学家发生了分歧没问题，过去找证据，如果神学家发生了分歧的话，那就只有动拳头才能解决了。何兵：我永远不会跟贺教授动拳头，倒不是说我打不过他，因为他是我的老师，我还有中国人的基本美德。我这个知识并不是贺卫方作为职业人教给我，而是我的叔叔，婶婶们交给我的，这个美德来自于人民。第一个司法独立问题，贺教授认为通过职业化可以实现司法独立，我觉得是错误的。通过民主化才能实现司法独立。请大家注意一个事实，英国的法官独立是英国陪审制800年的历史慢慢培育出来的，800多年的陪审史，一开始法官并不是独立的，法官受到王权，受到官僚支持。司法权是受行政官僚系统控制的，然后司法制度慢慢发展了，是陪审团将司法变成独立了，所以我认为真正搞陪审制，中国司法才可能独立。比如说一旦陪审以后，法官判案以后，你有什么问题，人大不能监督了，如果落实到陪审制，人大怎么监督呢？人大怎么监督审判权。如果真正是人民陪审从人民当中来，到人民中去，那往那儿一坐，就不是一个组织系统了。所以只有真正民主落实了，司法才能独立。贺卫方：何兵教授谈到了英国

司法史问题，陪审制的确是一个原因，但是你要看到陪审制在某一个时期被国王用来去打压法官的独立倾向，这个过程非常复杂，司法独立在英国慢慢形成了一个阶层，我相信这是一个前提。这个阶层形成以后，人民参与。其实陪审团早期来说只是一个正面的角色，我想非常复杂的一个原因，过分的简单就不好，司法独立就是来自于陪审团，我认为也太简单了。

何兵：如果将英国司法的独立唯一的原因说是陪审制，我觉得是不对的。但是我们可以得出一个结论，陪审制是有助于司法独立的。第二个关于知识，所谓司法标准的统一，如果这个陪审团，那个陪审团，那国家标准怎么统一？大家知道国家的司法统一主要是在什么制度上面呢？主要是在上诉制，而刚才我已经说得非常清楚。

贺卫方：我觉得何兵教授应该把你的逻辑贯穿到上诉审。第一审案件决定了法律标准的统一，这对于司法来说是更重大的一种权利，为什么在一审用陪审员，二审你就说是还可以如何如何，我觉得逻辑上不清晰。

何兵：我觉得逻辑上是比较清楚的，我觉得要通过解释才能清晰。为什么呢？法官对我的控制问题，控制二审，三审，乃至最高院是比较容易一点，最庞大的群体是在基层。你也说过美国联邦法官不到一千人，是八百人。如果范围控制这么小，如果中国是一万人，你说控制的可行性是可以操作的，但是在基层不一定行。我觉得我的逻辑还是比较清楚的。关于知识问题，后来说陪审团的知识不足，现在社会越来越复杂，我为什么说法官职业化，司法民主化，我不赞成53年将所有的人踢出去，比如民主完全排除职业化，这是53年的错误所在，而现在职业化完全去掉民主化也是错误所在，正确的就是司法的职业化和司法的民主化，陪

审制应该是可以酌量的。主持人：我们感谢两位教授的辩论。随着他们这种辩论的结束，我们本场讨论马上就要到时间了，我最后进行一分钟的总结。几位教授都对于司法改革这样的路径给出了一些意见，表达了自己的看法。在我看来，几位教授的意见说明什么了呢？说明了司法改革的具体举措可能是重要的，但是司法改革的方向和路径可能更加重要。某某人谈到这样一句话，说人类社会是否真正能够通过深思熟虑和自由选择来建立一个良好的政府，还是他们注定要靠机遇和强制来决定他们的政府组织，我觉得中国的政治改革和司法改革也面临这样的问题，在此过程中，改革的决策者和改革的推动者，特别是法律家责任重大。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