

## 如何評價賀衛方、陳忠林等關於司法改革方向的爭論

◎ 喻 中

直面現實的思想角逐不一定要借助於高深莫測、望之儼然的學術話語，大眾報刊上的思想評論由於毋須穿靴戴帽，不必過多顧忌起承轉合的格式與套路，往往能夠一針見血，甚至一劍封喉。2008年7月，北京的《經濟觀察報》上連續刊出的有關司法改革的多篇爭論文章，就是一個值得注意的思想事件，它既產生了廣泛的影響，同時也為本文的深度切入提供了一個難得的契機。

這次爭論的始作俑者是（或照例是）剛剛從北京大學調往浙江大學的賀衛方教授。他以〈不走回頭路〉作為核心觀點，表達了他對當前司法改革方向的憂慮。他說：「司法不獨立，永遠屈從於某些地方政府官員的權力，還有甚麼公正可言？」他認為，「現在的局勢是，一些人要否定過去十多年的司法改革的最基本的思路。他們認為，不能走專業化道路，要走大眾化道路。」在賀衛方看來，中國的司法獨立好不容易才開始起步，卻又有走回頭路的趨勢；國家一方面追求司法的專業化，另一方面又強調司法的民主性，強調「大眾司法」，兩個目標相互矛盾，相互衝突，從而使司法獨立大打折扣。<sup>1</sup>

對於這種強調司法獨立、司法專業化的觀點，剛剛從西南政法大學調往重慶大學的陳忠林教授提出了商榷性意見，他說：「關於中國司法改革的基本方向，我的一貫主張是：（1）觀念上，對法律人的業務教育必須與良心教育相結合，良心教育優於業務教育，以良心教育來促進業務；（2）制度上，司法體制的職業化必須與民主化相結合，民主化必須優於職業化，必須以民主化來促進職業化。為甚麼司法體制的職業化必須與民主化相結合？我只想說一個簡單的事實：中國古代幾千年，西方近代近200年，中國改革開放近30年的法治發展史無一不在證明：一切沒有人民參與的司法，最終必然是走到人民對立面的司法」<sup>2</sup>陳忠林認為，法律不能背離一個社會普遍認同的常識、常理、常情。顯然，這是一種強調司法民主化的改革思路。

以上兩種對立的觀點發表出來之後，引發了進一步的討論。北京大學的張千帆教授認為，「司法大眾化是一個偽命題」。真正的大眾化從來就不存在，原因在於，真正屬於大眾的觀點，並不能影響或左右司法判決，半個多世紀以來的「大眾化」，實際上是權力者打著「人民」的旗號，來表達自己的意志。張千帆認為，司法改革要改的對象，是打了引號的「大眾化」，以防止司法遭到權力的干預。因此，司法改革的問題不在於「大眾化」與「精英化」之爭，而在於司法公正與權力干預之間的較量。無論是精英化還是大眾化，都有助於實現對於權力的制約。儘管司法精英化與司法大眾化面臨著一個共同的對手，那就是權力干預，似乎可以聯起手來，但張千帆還是認為，大眾化不是司法的目標，「民意應該在幾乎所有的地方發揮作用，唯獨法院是一個錯誤的地方」。<sup>3</sup>顯然，張千帆也反對司法民主化或大眾化的改革方向。

除此之外，西南政法大學的高一飛教授則在「天益網」上撰文提出了另外的看法。他認為，「現行司法制度存在的最大問題是司法不受制約。在任何法治國家，法官確實需要獨立、中立，冷靜、理性，但這都是在首先解決了司法制約問題的前提下實施的。因為沒有制約的司法獨立，只會讓獨立成為腐敗和徇私枉法的藉口，在這種情況下，獨立意味著拒絕監督；中立意味著拖延、推諉。」<sup>4</sup>由此可見，高一飛的核心主張是強化對於司法的監督與約束。

在不到一個月的時間裏，賀衛方、陳忠林、張千帆、高一飛，以及其他一些法學教授，先後都對司法改革的方向提出了自己的看法。他們各執一詞，究竟誰對呢？究竟是誰說到點子上了？誰為中國司法的改革方向提供了更有價值的意見？由於他們的觀點具有較強的代表性，基本上能夠反映當前的中國法學界關於這個問題的認知，因而值得逐一剖析。<sup>5</sup>

先說賀衛方。賀衛方的觀點有一個最大的特點：以英美法系的司法模式作為「語法」，以中國的司法實踐作為「句子」，十多年來，一以貫之。在賀衛方的眼裏，英美司法之「語法」有兩個核心的要素：一是獨立，二是專業化。<sup>6</sup>兩者相互支持，甚至互為因果：沒有專業化，獨立無從談起；沒有獨立性，專業化也無從發展。因此，英美司法的「好」，就好在獨立性與專業化。用這樣的語法標準來衡量半個世紀以來的中國司法，就會發現：中國司法這個「句子」，幾乎完全不符合「語法」：既不具有獨立性，也不具有專業性。在賀衛方關於司法改革的眾多論述中，中國司法的「不獨立」、「非專業」，一直都是批評的靶子。我個人認為，賀衛方所有的批評文字，都可以成立，但必須有一個未曾挑明的前提，那就是他對於司法之「語法與句子」的設定。以英美司法的獨立性、專業化作為「語法」，中國司法這個「句子」當然就是不符合「語法」的胡言亂語了；要把這個「句子」改通順，除了嚴格遵照英美的「語法」，還有其他法子可想麼？傻子都知道，沒有！

但是，如果暫且跳出賀衛方設定的「語法」，如果換成其他的「語法」，情況就不一定了。譬如，如果按照孔子關於「司法應當如何」的語法規則，那就是「聽訟，吾猶人也，必也使無訟乎」，<sup>7</sup>換言之，就是要消除訴訟。孔子甚麼時候學過法律？從來沒有；孔子有法律專業知識嗎？也沒有，但孔子擔任的主要公職，就是法官——魯國的大司寇。按照孔子關於司法的「語法」，「司法獨立」云乎哉？「司法專業化」云乎哉？完全不可理喻。

也許有人會提出批評：孔子的時代，早已隨風而去；孔子的「語法」，根本就沒有資格規範當代中國的「句子」。這樣的批評很中肯，可以說是破殼而入，直接觸及到了問題的內核。然而，問題在於：如果孔子的「語法」沒有資格，誰的「語法」有資格呢？耶穌的「語法」有資格嗎？穆罕默德的「語法」呢？佛陀的「語法」呢？如果這些「聖人」的「語法」都沒有資格，為甚麼偏偏是柯克的「語法」就應當作為當代中國的「句子」必須遵循的對象？<sup>8</sup>是柯克所置身於其中的十六、十七世紀英國的「法的精神」與當代中國的「法的精神」具有更多的相似性，<sup>9</sup>因而當代中國的司法就應當成為柯克「語法」調整的「句子」？抑或是因為柯克的「語法」在整體上絕對地高於或優於孔子、耶穌、穆罕默德、佛陀以及其他所有人的「語法」？如果回答是肯定的，那麼，有誰就這個問題做出過令人信服的論證嗎？如果還沒有人做出這樣的論證，那我們就有理由追問：為甚麼一定要把柯克所代表的英美國家關於司法的「語法」，作為評判當代中國司法實踐的唯一準則呢？甚至還可以追問：絕對地、不加反省地把柯克「語法」中的獨立性、專業化作為中國司法改革的唯一目標，為甚麼就一定是正道？為甚麼就不可能也是歧途呢？

「不走回頭路！」雖然帶著一股風風火火、一往無前、甚至是破釜沉舟的豪邁氣概、孤往精

神，但是，面對一項複雜的改革事業，也確有必要時常反省預設的那個目標：是否具有正當性？是否具有現實的可能性？就任何個體的行為來說，你可以「不走回頭路」，你上九天攬月，你下五洋捉鱉，把目標定在哪裏都行，任何人都沒有置喙的餘地；但對於一個大國的司法改革而言，就有走一步看一步的必要，就得有如臨深淵、如履薄冰般的謹慎——這一點，不恰恰體現了英美司法背後的經驗主義思維模式嗎？而事先計劃預計一個目標，且一直不回頭地往前走，則正好落入了理性建構主義的窠臼——在英美國家的一些大思想家看來，這不僅是一條通向烏托邦之路，甚至還可能異化成為一條「通往奴役之路」。

本文不贊同賀衛方的思路，是否就意味著應當附和陳忠林的觀點呢？

如前所述，陳忠林關於司法改革的基本看法是：良心教育優於職業教育，司法民主化優於司法職業化。我的疑問是：如果司法改革最終還是要落實到制度上，那麼，如何從制度上實現良心教育對於業務教育的優先性？莫非全國數百家法律院校，都得把「良心總論」和各門具體的「良心分論」作為法學教育的核心課程？抑或是在法官系統的業務培訓中，將主要的培訓內容改革成為「良心論」與「道德學」？這不就是王陽明「致良知」的現代版嗎？按照這種教育模式培養出來的「良知型法官」，也許能夠處理，甚至是很好地處理離婚、遺棄、誹謗、輕傷害之類的法律案件，但是，在面對牽涉多國法律、多國主體的海商案件的時候，法官們很可能就傻眼了，總不可能要求各國商人都來遵循法官認定的「道德律令」吧。

再說，在當前這個貶黜神聖、一切都在「脫魅」的物化時代，「良心教育」能否立竿見影？如果「急用先學」行不通，是否需要「從娃娃抓起」？莫非要從幼稚園裏挑選一批未來法官的苗子，從小施以良心課程的嚴格訓練，使他們在三十年後成為良心上完全靠得住的法官？對於這樣的安排，我相信任何人看了都會搖頭，根本就不具有可操作性。

如果陳忠林的「良心教育優於業務教育」不是這個意思，那又是甚麼意思呢？又該如何體現、保障良心教育相對於業務教育的優先性呢？

陳忠林的第二個觀點是，司法的職業化必須與民主化相結合，且民主化優於職業化。我的疑問是：怎麼結合？民主化如何優先？大概是為了回答這個問題，陳忠林寫道：「我只想說一個簡單的事實：中國古代幾千年，西方近代近200年，中國改革開放近30年的法治發展史無一不在證明：一切沒有人民參與的司法，最終必然是走到人民對立面的司法」——這個簡單的事實可不簡單。首先，甚麼叫「人民參與的司法」？甚麼又叫「人民對立面的司法」？「文革」時期不時出現的「貧下中農法庭」<sup>10</sup>算得上是地地道道的「人民參與的司法」吧？這樣的司法該如何評價？到底是在人民這一面呢，還是在人民的對立面？兩種司法走向分野的評判標準是甚麼？不清楚。

其次，「中國古代幾千年的法治發展史」到底是一部司法民主化的歷史還是一部司法職業化的歷史？到底是一部「人民參與」的司法史還是一部「人民對立面」的司法史？如果起我們的祖先於地下，向他們發出這樣的追問，一定會讓他們驚愕不已。因為現代意義上的內涵豐富的民主概念、人民概念，在中國古代幾千年的歷史上，可以說是聞所未聞，根本無法理解——他們只要求青天大老爺為自己做主，能夠昭雪伸冤就行了。「西方近現代200年」的「法治發展史」似乎也無從證明「人民參與的司法」與「人民對立面的司法」兩者之間的關係。西方一些國家採用的陪審制度，似乎體現了人民的參與，但它到底是人民的司法還是人民對立面的司法？這裏，不妨看看俄國現實主義作家托爾斯泰在《復活》一書中關於審判喀秋莎·瑪絲洛娃一案的陪審員評議時的情景：

聶赫留朵夫根據法庭審訊情況和他對瑪絲洛娃的了解，深信她在盜竊錢財和毒死人命兩方面都沒有罪。起初他相信大家會這樣裁定，但後來看到，那商人由於貪戀瑪絲洛娃的美色，並且對這一層直認不諱，並且替她辯護得十分拙劣。由於同時首席陪審員據此對他進行攻擊，主要是因為大家都累了，因此都傾向於判瑪絲洛娃有罪，聶赫留朵夫很想起來反駁，但他怕替瑪絲洛娃說話，大家就會立刻發現他同她的特殊關係。但他又覺得這事不能就此罷休，應該起來反駁。他臉上一陣紅，一陣白，剛要開口，不料到這時一直保持沉默的彼得·蓋拉西莫維奇顯然被首席陪審員那種唯我獨尊的口吻所激怒，突然對他進行反駁，正好說出了聶赫留朵夫想說的話。……拉伯雷寫過一個法學家，他在辦案時引證各種法律條款，唸了二十頁莫名其妙的拉丁文法典，最後卻建議法官擲骰子，看是單數還是雙數。是雙數，就是原告有理；是單數，就是被告有理。今天的情況也是這樣。<sup>11</sup>

良心受折磨的聶赫留朵夫、貪戀被告美色的商人、被首席陪審員的傲慢所激怒的蓋拉西莫維奇、喜歡借題發揮的上校、因為疲勞想趕快脫身的其他陪審員……這就是托翁給我們描述的一個比較典型的「人民參與的司法」畫面。這樣的陪審制度體現了「人民的司法」還是「人民對立面的司法」？至於「中國改革開放近30年的法治發展史」，也很難證明「一切沒有人民參與的司法，最終必然是走到人民對立面的司法」，因為，三十年的法治發展史涉及的人與事多如恆河沙數，堪稱一個龐雜的包羅萬象的巨大倉庫。以這樣一個龐雜的「倉庫」來證明上述那個非此即彼的命題，殆矣。

再看張千帆的論述。按他的說法，「司法大眾化是一個偽命題」，因為當代中國司法問題的癥結，根本就不在於大眾化與精英化的糾纏，而在於權力干預妨礙了司法公正，「在絕大多數情況下，再激烈的民意表達也遠不如上級乃至同級某個權力部門一個電話管用。」因此，無論是真正的大眾化還是真正的精英化，都有助於消除權力干預，都是值得歡迎的。這樣的觀點，顯然超越了賀衛方與陳忠林之間的爭論，好像是置身於一個更高的位置上在俯瞰當下的司法改革。

妨礙司法公正的癥結主要是來自司法之外（或之上）的權力干預，只要消除了權力干預，司法公正就可以指日可待。這樣的方案看起來很清楚，也很簡易，因果關係找到了，起點和終點都明確了。下一個步驟，就該照圖施工了。但是，路線圖呢？怎樣像割腫瘤一樣割掉那些令人討厭的權力干預呢？我們就不得而知了。

應當看到，當代中國的司法機關與其他任何國家的司法機關一樣，絕不是真空中的存在，更不是無牽無掛的雲遊者。相反，當代中國的司法機關就生長在、並始終鑲嵌在當代中國的權力體系中。或者說，司法機關就是國家政權系統中的一個有機的組成部分。甚麼叫「有機」？就是指司法機關與其他政權機關總是血肉相連，根本不可能用一把痛快的大刀把它從政權體系中徹底地割裂開來——如果真有這樣的勇士果斷地揮刀斬斷了司法機關與政權體系的聯繫，那就只能得到政權體系的一支胳膊——司法機關死去之後的屍首。

作用總是相互的。司法機關的審判活動，不可避免地會干預其他機關、團體和個人的權力或者權利。那麼反過來，其他機關、團體和個人也會想方設法去干預司法機關。辯護律師的一切努力，不就是想誘導法官朝著自己設定的方向走嗎？這就意味著，在相當程度上，律師對法官的影響也是一種權力干預——這種權力以智慧、甚至是以人格作為後盾，可以視為道義性質的權力。當事人向法官行賄，同樣是想誘導法官朝著自己希望的方向走，這也是一種權力干預——這種權力以經濟利益作為後盾，可以視為契約性質的權力。在這兩種權力干預之

外，才是張千帆所謂的權力干預——上級領導或其他實權機構的權力干預，這種權力以威脅作為後盾（如果不聽我的，就把你的職務撤了），可以視為暴力性質的權力——這實際上是權力的初級形態。這三種情況表明，對於司法機關的干預或權力干預無處不在，要想把這些權力干預完全鏟除，讓司法機關「純潔得猶如藍天，猶如處女」，<sup>12</sup>除了移居烏托邦、君子國，實在想不出別的辦法。

一句「消除權力干預」，可謂解決司法問題的六字真言。遺憾的是，無論以多麼虔誠的心靈來唸誦，無論唸誦多少遍，它不可能對當代中國的司法狀況產生實質性的影響。

張千帆還說：「在大眾化和精英化爭得彼此不可開交的時候，權力正在背後偷著樂，因為無論是精英化還是大眾化，主張者的目的都是為了更好地制約權力的濫用，而他們之間的爭論恰好遺漏了他們共同面臨的強大對手，油然產生了一副『螳螂捕蟬、黃雀在後』的景象。」這樣的景象表明，大眾化有助於消除權力干預這個「司法改革面臨的最大障礙」。從這個角度上說，張千帆看來打算支持真正的司法大眾化。但就在同一篇文章的後半部分，他的說法又變了：「我們不能將司法改革的希望寄託於法院大眾化」，「一言以蔽之，民意應該在幾乎所有的地方發揮作用，唯獨法院是一個錯誤的地方。如果我們的學者真的在乎民意和民主，就應該呼籲人大大眾化而非司法大眾化。中國司法要成其為司法，就不可能大眾化。」——言下之意是，司法大眾化，哪怕是真正的大眾化，對於當代中國的司法改革來說，也是十分危險的。

把張文的前後文加以對比，真是讓人糊塗。（1）他的文章的標題稱：司法大眾化是一個偽命題，換言之，根本就不存在這樣一個問題。（2）他的文章的前半部分又說：真正的司法大眾化有助於克服權力干預這個最大的障礙，司法大眾化如果與司法精英化聯手，司法改革面臨的最大障礙，就可能得到消除。這就是說，司法大眾化（真正的大眾化）是值得期待的，是有價值的。但是（3），在他的文章的後半部分，他又說——而且是「一言以蔽之」（就是沒有商量的餘地了）——如果選擇了司法大眾化，那麼，司法將不成其為司法了。嗚呼！這三種相互衝突的主張，真讓人懷疑，「張千帆」根本就不是一個作者的名字，而是三個作者的共用筆名——而且是三個作者各寫一段，沒人統稿，其中的相互衝突、彼此矜持，莫非是有意反映文章內部之「必要的張力」？

最後再說高一飛。高一飛的文章並沒有直接針對賀陳之爭，甚至沒有發在平面媒體上。但也是一種值得評析的意見。他認為：「雖然司法改革取得較大的成績，但司法改革在方向上的失誤還是很明顯的，表現在重體制改革而輕程序改革、重法官業務素質而輕道德素質、重司法獨立而輕司法制約，正因為如此，中國司法的水平和效率雖然提高了，但司法公正這一最重要的問題仍然沒有解決，由於司法業務範圍的擴大，人民群眾的感受反而是司法腐敗越來越嚴重。」高一飛揭示出來的問題就已經蘊含著解決問題的出路：重程序改革，重道德素質，重司法制約。關於程序改革，本文暫不評析。關於法官的道德素質，高一飛的意見是：由民眾和律師在那些通過司法考試的人士中提名法官人選，再由人大表決通過，以之體現法官產生過程的民主性。在高一飛看來，只有這樣才能選出道德上合格的司法人員。

由民眾和律師在有任職資格的人士中提名法官（並由人大表決通過），就能保證法官的道德素質？依據是甚麼？是因為有民眾和同行的監督？

在當代中國的人事任免過程中，哪怕是提名任命一個處長或科長，都有例行的「任前公示」，如果被公示者的道德素養不夠，任何人都可以在公示期間提出質疑。這不就是接受民

眾和同行的監督嗎？然而，即使經歷了這樣的任前公示程序，那些最終獲得任免者是否都屬於道德素養較高之士？對於這樣的問題，很難做出有理有據的肯定回答。此外，更值得警惕的是，道德素養較高的人就一定能夠得到民眾和同行的支持？這種情況當然也有，但相反的情況也屢見不鮮。想想看，品格高尚的蘇格拉底是怎麼死的？《紅樓夢》中妙玉吟唱的「太高人愈妒，過潔世同嫌」是甚麼意思？甚麼又叫「劣幣驅逐良幣」？我不是說道德高尚者就一定不能出線，但我相信，更準確的說法應當是：如果真要讓民眾或同行來推薦，無論是民眾還是同行，恐怕都更願意推出對自己有利的、能夠實現自己利益最大化的人選。

儘管主張民主推選法官，但在高一飛看來，「現行司法制度存在的最大問題是司法不受制約。在任何法治國家，法官確實需要獨立、中立，冷靜、理性，但這都是在首先解決了司法制約問題的前提下實施的。因為沒有制約的司法獨立，只會讓獨立成為腐敗和徇私枉法的藉口，在這種情況下，獨立意味著拒絕監督；中立意味著拖延、推諉。」

怎麼制約司法呢？高一飛說：「社區民眾和法律執業人士（律師）對法官和法院進行評議，這是西方國家保障司法受制，實現司法監督的重要方式，如美國就是通過中立的民間機構『司法執行委員會』和『司法紀律委員會』進行監督和評估的，這兩個機構就是由普通民眾、律師組成的。」因而，我們也應當建立起民眾和律師組成的機構，讓他們主動去評議法官——這就算實現了對於司法的制約。哦，原來制約司法的良策，依然是民眾和律師的監督，依然是求助於司法的民主化——司法官員的民主產生，司法過程的民主監督。

比較以上四人的觀點與思路，我們可以發現，賀衛方希望中國的司法成為獨立的、專業化的司法，用一句話來概括，就是：法官除了法律，沒有別的上級。顯然，他所期待的司法是英美傳統中的司法（但又不考慮判例的因素）。陳忠林希望中國的司法尊重常識、常理、常情，強調良心教育、司法民主化的優先性。可見，他所期待的法官是王陽明式的人物。張千帆支持真正的司法大眾化，但又反對司法大眾化，還說司法大眾化是個偽命題，看來，他對司法大眾化持有一種極其矛盾的心態，或者說，他對當代中國的司法還沒有形成一個明確的、定型的期待。高一飛主張中國法官應當像他們的美國同行那樣，受制於社區民眾和律師——由他們提名，受他們評議。看來，美國法官構成了高一飛心裏的藍本。以上諸種論說，大致代表了中國法學界在2008年夏天關於中國司法改革的基本態度。

## 註釋

- 1 賀衛方：〈不走回頭路〉，《經濟觀察報》，2008年7月14日。
- 2 陳忠林：〈中國法治：應該怎樣向前走〉，《經濟觀察報》，7月21日。
- 3 張千帆：〈司法大眾化是一個偽命題〉，《經濟觀察報》，7月28日。
- 4 高一飛：〈司法改革的方向應當重新調整〉，天益網。
- 5 為了節省篇幅，下文的討論，凡出自上文引證的四篇文章中的文字，僅說明作者，不再註明出處。
- 6 為甚麼不提英美司法的判例制度呢？為甚麼不分析判例制度對於獨立性與專業化的決定性影響呢？
- 7 《論語·顏淵》。
- 8 「柯克審判方式」在賀衛方關於司法改革的思路中，具有「語法」的作用。這並非筆者的臆想，請見氏著：〈柯克的故事〉，《南方周末》，1998年3月20日。

- 9 「法的精神」取自孟德斯鳩，他對這個概念的解釋說：「法律應該和國家的自然狀況有關係；和寒、熱、溫的氣候有關係；和土地的質量、形勢與面積有關係；和農、獵、牧各種人民的生活方式有關係。法律應該和政制所能容忍的自由程度有關係；和居民的宗教、性癖、財富、人口、貿易、風俗、習慣相適應。最後，法律和法律也有關係。法律和他們的淵源，和立法者的目的，以及和作為法律建立的基礎的事物的秩序也有關係。應該從所有這些觀點考察法律。這就是我打算在這本書裏所要進行的工作。我將研討所有的這些關係。這些關係綜合起來就構成所謂的『法的精神』。」見孟德斯鳩著，張雁深譯，《論法的精神》（上冊，北京：商務印書館，1978），第7頁。
- 10 李熙中：〈「大中片貧下中農法庭」見聞回憶〉，花洲文藝網。
- 11 托爾斯泰著，草嬰譯，《復活》（上海：上海譯文出版社，1990），頁67-68。
- 12 馬克思、恩格斯：《神聖家族，或對批判的批判所做的批判，駁布魯諾·鮑威爾及其夥伴》，載《馬克思恩格斯全集》第二卷（北京：人民出版社，1965），頁9。

© 香港中文大學

本文於《二十一世紀》網絡版第八十一期（2008年12月31日）首發，如欲轉載、翻譯或收輯本文文字或圖片，必須聯絡作者獲得許可。