

司法职业化与民主化

何 兵*

内容提要：我国从清末即开始构建现代意义上的法院，但至今仍不尽人意。一个重要原因是没有处理好法官职业化与司法民主化之间的关系。文革以后至今司法建设所走的路线总体来说为司法职业化。由于未配合以司法民主化建设，导致司法职业化尚未成型，司法官僚化严重。克服此弊病的努力方向应当是司法民主化建设。司法建设在强调法官职业化的同时，必须高举司法民主化的旗帜。法官职业化与司法民主化的制度结合点在于陪审制。陪审制不仅仅是一项司法制度，更是一项政治制度。

关键词：职业化 民主化 司法

1998年1月，北京大学法学院贺卫方教授在《南方周末》上发表《复转军人进法院》一文，对国家把大量复转军人安置为职业法官一事提出疑问。文章借用一个巧喻说明法官职业化的道理：为什么安排复转军人进法院，而不安排他们进医院呢？文末，贺教授点明主题：复转军人不应当成为法官，除非他们从前受过系统的法律教育，并且符合法官任职的其它要求。^{〔1〕}

贺文的观点无可非议，即复转军人不能直接转任职业法官，但文章的题目“复转军人进法院”尚待斟酌。如果没有专业知识的复转军人不能进法院，为何同样没有专业知识的人民陪审员，却可以堂而皇之地坐在法庭上审案？复转军人固然不能直接转任“职业法官”，却可以进法院充当非职业性的“陪审员”。这貌似枝节问题，实则涉及原则问题——法官职业化与司法民主化之间的关系。复转军人不能转任职业法官，议论的是“法官职业化”；而人民群众进法院，议论的是“司法民主化”。法官职业化并不排斥司法民主化。相反，两者应当齐头并进。

从清末设置大理院至今，我国构造现代司法制度的努力已近百年，尚未有圆满的收成。其间固有其政治、历史原因，但从改革的技术性角度而言，改革者一直未能妥善处理法官职业化与司法民主化之间的关系，实是要害所在。

* 中国政法大学法学院副教授。

〔1〕 参见贺卫方：《复转军人进法院》，载贺卫方：《运送正义的方式》，上海三联书店2002年版，第8页。

一、清末与民国：法官职业化的努力及其结局

“法律人职业化”并非时代新命题。清末，沈家本们就是本着法官职业化的模式，来构建大理院的。宣统元年12月28日，《法院编制法》及所附的《法官考试任用暂行章程》、《司法区域分划暂行章程》颁布实行，确定了法官以考试作为主要选任方式。法部在宣统元年制定了《补订高等以下各级审判厅试办章程》。其中第3条“用人”一项规定：“内外审判检察各厅，属于本部直辖所有。一切官员请、简、奏补、委用之权均应归宿本部，以与各行政官区别。京师即已实行，各省自应一律照办。高等审判厅厅丞、高等检察厅检察长由本部择员预保，临时请简，各督抚亦得就近遴选或指调部员先行咨部派署，不得逕行请简；推事、检察官各员由督抚督同按察使或提法使认真遴选品秩相当之员或专门法政毕业生或旧系法曹出身者或曾任正印各官者或曾历充刑幕者抑或指派部员，俱咨部先行派署。典簿、主簿、所官、录事各员由督抚饬按察使或提法使认真考试，现任候补各员及刑幕人等拔取资格程度相当者分别咨部派署委用。”^[2] 据此，法官录用不仅有职业化的要求，而且审检各厅“一切官员”委用由中央法部直接管领，以确保司法之独立性——类似于今日所呼吁的“垂直领导”。

通过考试制度及中央人事控制，清末民初，国家成功地把法政人——今谓之法律人——推向各级审判衙门，这是我国法官职业化的初步。据程燎原研究，至1911年，在各省各级审判厅中，大量的留学法政科毕业生和国内法政科毕业生充当推事和检察官，有些还担任了厅丞、厅长、检察长之职，法政人主控了中央和地方审判衙门。程燎原认为，这是中国法律家阶层或所谓“法律人”形成的起点，也是中国的法政人主控各级地方审判厅的开端。^[3] 另据黄源盛统计，从1912年到1927年10月大理院被撤销为止，大理院历任院长和推事共计79人，其中69人的学历背景已经清楚。这69人中，留学日本法政学校的是43人，毕业于美国、英国各大学法律专业的分别是5人和4人，出身京师新式法政学堂的是9人，旧式科举出身的仅为4人。^[4] 制度层面有职业化的要求，实践层面上确实是大量的职业法官占据司法要津，但收效究竟如何？资料表明，对此毁誉参半。

据梁启超1924年的说法：“十年来国家机关之举措，无一不令人气尽。稍足以系中外之望者，司法界而已。”^[5] 1927年《法律评论》的一篇评论也称：“民国肇始，十有六年，政治则萎靡腐败，教育则摧残停顿，军政则纪律荡然。言及国是，几无一不令人悲观。其差强人意、稍足系中外之望者，其惟我司法界。”^[6] 另从时任教育部佾事的鲁迅，状告章士钊任总长的教育部，得以胜诉等个案来看，当时的司法不乏出色表现。但是即便如此，时人的评价也很有保留——“差强人意”，其原因在于事物还有另一面。以下是几位旧司法人员的经历：

杨绛先生在《回忆我的父亲》一文中，给我们描绘了她的父亲杨荫杭——一位高级司法官员，一位自称“民主法治的疯骑士”的法治理想主义者——的真实境遇：父亲在浙江省高等审判厅长任内，因为要判处一杀人恶霸死刑，与省长和督军顶牛。父亲坚持司法独立，双方僵持不下。省长到

[2] 《大清法规大全 法律部》卷七“审判”，“法部奏筹办外省省城商埠各级审判厅补订章程办法摺并清单”。转引自李超：《民国时期的司法》，未刊稿。

[3] 参见程燎原：《清末法政人的世界》，法律出版社2003年版，第241页以下。

[4] 参见黄源盛：《民初大量院（1912—1928）》，第28页以下，台湾政治大学法学丛书：犁齐法史研究（二），1999年版，转引自韩秀桃：《略论北洋时期的司法发展》，《法律评论》2002年第2期。

[5] 参见梁启超为《法律评论》发刊之题词。载北京法律评论社发行：《法律评论（合刊）》，第1至8期，1924—05—10。转引自前引[4]，韩秀桃文。

[6] 直夫：《司法之前途》，载《法律评论》第4年第32期，1927—02—06。转引自前引[4]，韩秀桃文。

袁世凯处告御状，称父亲“顽固不灵，难与共事”。袁虽然亲笔批示“此是好人”，却仍然将父亲调离浙江，杀人恶霸被关了几年后释放出去，此事发生在1915年前后。后父亲在北京任检察长期间，又因扣押交通部总长许世英并不许保释一事，得罪权要。据说，那一夜电话没有停，都是上级打来的。第二天，他就被停职了。国务会议认为许没有犯罪的证据，反要追究检察长杨荫杭的责任。1919年，他没等辞职照准，就回到苏州当律师。苏州法院有个“诗酒糊涂”的法官，开庭带着一把小茶壶，壶里是酒。父亲与他的好友合写了一个呈文给当时的司法总长（父亲从前的同学或朋友）。过些时，地方法院调来一个新院长。有人说，这人在美国坐过牢。父亲说：“坐牢的也许是政治犯——爱国志士。”可是经调查证实，那人是因伪造支票而犯罪的。我记得父亲长叹一声，没话可说。在贪污腐败势力前面，我父亲始终是个失败者。^[7]

另一位北洋时期的司法官员回忆道，1919年——也就是北京的杨荫杭检察长辞职的那一年，湖北督军王占元，因不满湖北高等审判厅的判决，遂一面派军法处长陈汉卿代该厅长，一面派兵迫审判厅长交印。厅长不敢私下授受，逃往南京转赴北京司法部请示。该部不敢抗拒，只得请王另选一人，由法部委任为审判厅长了事。^[8]北洋时期司法劣迹目前可以察知的，还有山西高等审判厅厅丞谢武恒，他违法用人，滥竽充数，蒙蔽舞弊。《申报》记者批评道：“审判厅之腐败，岂独山西然哉。东南号称开通之地，我闻内容种种之腐败，有甚于山西者矣。呜呼，司法前途。”湖北省沙市商埠地方审检厅各法官，酒食徵逐，淫博无度。宁波地方审判厅厅长与同级检察厅厅长侵吞公款、废弛职务、放浪招摇、庇护私人，以至舆论震惊：“天下竟有如是之法官。”1911年夏，法部亦言：“各省城商埠审检各厅甫告开庭，纷纷被人指责，认为司法先不守法，独立先不自立。而且征诸见闻，毁多于誉。此皆为法官之耻。因此，法部告诫各省法官，切不可滥法枉法。否则，必受惩戒。”^[9]媒体对于司法的批评，可能过于偏激，以点概面，但法部公文自认，法官“纷纷被人指责”、“征诸见闻、毁多于誉”，这应当非法部对法官群体的自诬。人民对司法“毁多于誉”，是法部“征诸见闻”后的结论。

以上是北洋时期司法的另一面，那么，民国时期的景象又如何？

先看司法行政。据一位熟悉内幕并且参与内幕的法官说：1937年以前，司法院会计长朱干卿等三人，合伙利用司法经费，囤积居奇，放高利贷，被时人讥为“三猪为患”。司法行政改隶行政院后，三朱仍然契合。1945年抗战胜利还都南京时，司法院通过虚造旅杂费的方法，贪污公款，大家分赃。特任50万元，简任30万元，等等。司法院不仅贪污公行，而且派系林立。据称有所谓茅派（秘书长茅祖权等），张派（简任推事张九维等），朱派（会计长朱干卿等），潘派（首席参事潘某等），大小姐派（居正的大女儿等）。各找靠山，借以保位并升迁。1944年，行政法院每个评事受理案件不到12件，为免貽笑中外，虚报成绩，将数字改为每个评事每月平均受理案件12件。^[10]司法预算独立、司法行政独立是当今学界和司法界共同力推的司法改革方案之一，但民国的实践证明，如果没有配套制度，这些并不能带来地方司法的独立，反而带来了中央司法行政机关的腐败。结局是，地方司法既不能独立于地方行政，也不能独立于中央行政，真可谓“剪不断，理还乱”。

再来看审判独立。1934年夏，时任外交、司法行政两部部长的罗文干，因为反对国民党插手司法，被解除司法行政部长职务，以居正作为过渡，同年冬换成CC系的王用宾为部长，此后CC

[7] 杨绛：《回忆我的父亲》，《杨绛作品精选：散文》（一），人民文学出版社，2004年版。

[8] 吴献琛：《旧中国所谓“司法独立”三例》，载《文史资料选辑》第78辑，第139页，文史资料出版社1982年版。

[9] 参见《法部告诫各省法官》，《申报》，1911年6月21日。转引自前引[3]，程燎原书，第241页以下。

[10] 朱国南：《奇形怪状的旧司法》，《文史资料选辑》第78辑，第119页以下，文史资料出版社1982年版。

系对司法长驱直入，很快完成对司法的渗透。^[11]从个案处理来看，时任湖北南郡地方法院院长回忆说，抗战期间，枝江县长因不满法院判决，竟决议派县自卫队包围法院。后来虽然没有派兵包围，但法院院长在兵丁们的“陪伴”下，去案发地重新处理此事。^[12]

制度层面上，无论北洋时期还是国民政府时期，审判官员由中央任免，但实践层面上，湖北督军一怒，审判厅长逃之夭夭。地方县长一怒，竟然决议派兵包围法院，审判独立实在不过是徒托空言。

既然追求正义不仅危险而且无益，法官们与社会同流合污，当然就是最明智的选择。成都地方法院院长、重庆地方法院推事等，不顾法官辞职两年内不得当律师的规定，辞了推事职务就当起了“黑律师”。因为法院熟人多，和地方权要关系好，很能捞钱。扬州地方法院院长辞职后，跑到重庆当律师，对当事人敲诈勒索，心狠手辣。1946年，他又歇律师业，拿出一笔款子跑到南京司法行政部，捞了个甘肃高等法院院长的高位。^[13]有些法官不仅经济上腐败，而且精神上堕落。一些职业法官，卖身求荣，依附于国民党，组成特种刑事法庭，在“依法审判”的假面下，对革命党滥施刑罚。当然，也有一些北洋出身的老职业法官，具有独立的品格，对国民党一党专政形成掣肘。^[14]

国民政府时期的司法，并非通篇皆墨，也有若干亮点。武汉国民政府司法部针对北洋政府司法腐败，提出了“司法革命化”、“打倒法妖派”、“打倒赃官墨吏”口号，举办法官考试，整改审检机构，实行“三级两审制”，等等，不满一年即略有成效。据回忆者称，当时江西司法有了一些新气象，风纪比过去严肃，审、检之间或上下级之间能合作共事，而非互相倾轧，诉讼效率提高，当事人免受讼累。但这些改革因为政局动荡，最终昙花一现。^[15]这一段史料值得注意的是：一、改革者以“司法革命化”、“铲除赃官墨吏”为口号，说明北洋时期的司法职业化努力实效不彰，否则人们不会空穴来风，喊出这些口号。二、司法职业化的努力，可以在一定时期和一定范围内收到成效。三、司法无法回避政治，改革者如果不聚集足够的政治力量，政治风波一旦激荡，改革成果也就昙花一现。

杨荫杭先生的际遇，具有标本意义。作为职业法官，他为司法独立所作的努力以及最终“长叹一声，无话可说”的悲壮一幕，值得今人掩卷长思。他是个有理想、有素质、有魄力、有原则的好法官，他是旧式法官队伍的杰出代表。他有着留日留美的学术背景，他不仅信奉而且一直努力坚持着审判独立，他不仅是个愿意为民请命的好法官，而且是一个“朝庭有人”的硬法官。他位居要津，先后出任江苏、浙江省高等审判厅长、京师高等检察长，他和司法总长是同学或朋友，袁世凯承认“此是好人”，他的关系可谓“通天”。作为个体的法官，他最具有独立审判的条件并一直为之奋斗，但他最终对旧司法只能“长叹一声，无话可说”。为了杀恶霸，他和他的继任前仆后继，但最终没有杀成；他铁了心要惩办贪官，但贪官关押了一夜就被放了，自己还被迫辞了官；他成功地策划并搞掉了一个“诗酒糊涂”的地方法官，结果“前脚赶走狼，后脚迎来虎”，新任院长竟有犯罪前科！这真是一个让人啼笑皆非的结局，但这一结局恰恰是职业法官们追求司法独立梦想破灭的真实写照。它给今人的启示是，在真实的社会利害较量过程中，在与形形色色的利益团体进行权力和利益争夺的过程中，法官和学术界是一个弱势群体，仅凭他们自身的努力，无法完成司法独立的使命，司法独立必须寻找并借助更为坚实的力量源泉，否则他们的命运只能像杨绛先生最后所总结的：“在贪污腐败的势力前面，我父亲始终是个失败者。”

[11] 参见金沛仁：《略谈谢冠生与国民党司法界》；裘孟涵：《CC渗透的国民党司法界》，载《文史资料选辑》第78辑，文史资料出版社1982年版。

[12] 前引[8]，吴献琛文，第140页以下。

[13] 前引[10]，朱国南文，第136页以下。

[14] 前引[11]，裘孟涵文，第89页以下。

[15] 黄晓东：《大革命时期的司法改革》，载《文史资料选辑》第78辑，第73页以下，文史资料出版社1982年版。

二、人民群众进法院：建国初期的司法民主化尝试

按照延安时期共产党人对民主的理解，民主必须是各方面的，是政治上的、军事上的、经济上的……一切都需要民主。毛泽东1944年6月答中外记者问时强调：“中国的缺点就是缺乏民主，应在所有领域贯彻民主。”^[16]按照这样的政治路线，建国以后，在司法领域贯彻人民民主，就是理所当然的——法院必须让人民当家作主。为了从组织上保证司法的人民性，共产党从骨干干部、积极分子、转业军人以及革命群众中选任人民审判员，此外，还从普通群众中，选任了20余万人民陪审员。^[17]时任最高法院院长的董必武相信：“只要我们面向群众，依靠群众，那么我们不仅不会感觉到司法干部来源的枯竭，相反倒会使我们获得丰富的干部源泉，并更加纯化我们的司法机关。”^[18]

人民政权建立之初，对旧司法人员并非一棍子打死。由于司法干部紧缺，普通群众不懂法律，人民政权通过甄别，保留了一批旧司法人员。1952年有6000名，占法院人员总数28000的22%。^[19]人民政权试图对这些职业法官进行改造，使其向人民靠拢。当时，对改造能否成功颇有疑问。董必武代表最高法院表态说：“我们认为是一定可以改造的。世界上的事物本身即在不断地改变中，人也是一样，不改变的人，是没有的。”^[20]

如果改造确实成功，也许当时就会实现法官职业化与司法民主化的一定融合，但后来的历史表明，改造结果让人民政权很失望。据报，他们存在着浓厚的旧法观点，在业务上沿习着孤立办案、手续繁琐、刁难群众等衙门作风，甚至颠倒黑白，错判案件，严重地影响了人民司法机关同人民群众的联系。浙江省法院设在民生路，群众说：“民生路法院是伪高等法院！”四川有一个县的农民说该县法院是“地主法院，不是人民法院”。老百姓说：“在国民党当政时打官司要钱多，在共产党掌权时打官司要寿长。”^[21]董必武在一篇文章中说：

“从各地报告看来，这些旧司法人员受到批评者多，受到锻炼者少，他们的表现一般是没有立场或者是反动立场，不但不能很好地为人民服务，甚至包庇与帮助反革命分子残害人民；在作风上则是严重地脱离群众，只会‘坐堂问案’，写些冗长陈腐的判决。而对人民群众的利益和党与人民政府的政策则根本不关心，相反还到处散布反动的旧法观点，起着很不好的影响。加以我们有些老干部在这一问题上思想不明确，意志不坚定，错误地认为他们懂‘业务’，有‘经验’，因而在工作上不仅信任甚至依靠他们，并要新、老干部虚心向他们学习，要他们带徒弟，作了他们的俘虏。甚至不少老干部堕落蜕化，贪赃枉法，违法乱纪，致使我们在政治上与工作上遭受严重的损失。现在必须解决这个问题。”^[22]

董老的这段话，折射出这些残存的职业法官与人民司法之间的冲突。冲突的第一点在于：司法是否要有立场？“没有立场”在旧法人员看来，是职业法官必须固守的职业道德——价值中立。而在董老看来，法官必然有其立场，“没有立场或者是反动立场”就是与人民对立。司法如果“对人

[16] 《毛泽东答记者中外记者团》，《解放日报》，1944年6月13日。

[17] 参见王敏远：《中国陪审制度及其完善》，《法学研究》1999年第4期。

[18] 董必武：《关于改革司法机关及政法干部补充、训练诸问题》，载《董必武法学文集》，法律出版社2001年版，第123页。

[19] 陈端洪：《司法与民主：中国司法民主化及其批判》，《中外法学》1998年第4期。

[20] 董必武：《旧司法人员的改造问题》，前引[18]，董必武书，第31页。

[21] 董必武：《论加强人民司法工作》，前引[18]，董必武书，第157页。

[22] 前引[18]，董必武文，第121页。

民群众的利益和党与人民政府的政策则根本不关心”，就“不能很好地为人民服务”。它反映的是司法的严格规则主义与司法的政策导向之间的冲突。^[23]

冲突的第二点在于旧法人员“只会坐堂问案”。旧法人员习惯于“坐堂问案”，在他们看来，这是“司法的消极性”的必然要求；在董必武看来，其与人民司法“田间地头办案”、“为人民当家作主”式的办案风格格格不入。它反映了旧式法官的“辩论主义”办案风格与人民司法“职权主义”办案风格之间的冲突。

冲突的第三点在于旧法人员“写些冗长陈腐的判决”。按照现代理念，“写些冗长陈腐的判决”有时是必要的——判决必须析理，但如果无视案件难易程度，一味作成八股式的判决，就会造成论累。我国近年来司法改革过程中，程序正义诉求不时演变为形式正义的比拚。法院的判决越来越长，判决书质量的评比有时演变成长短的较量。“冗长陈腐的判决”陈渣再起，司法理性主义蜕变成司法形式主义。

以上的冲突表现为职业法官的司法理念与人民政权司法理念的冲突，其背后则是职业法官的职业理念与大众需求不相吻合。让人民政权感到极其危险的是，人民政权希望进入法院的人民大众改造职业法官，而职业法官则“到处散布反动的旧法观点，起着很坏的影响”，试图改变“人民法官”！一些立场不坚定的人民法官“作了他们的俘虏。甚至不少老干部堕落蜕化，贪赃枉法，违法乱纪，致使我们在政治上与工作上遭受严重的损失。”^[24]

冲突的结果是惨烈的，旧法人员几乎全部被淘汰出局，成了旧政权的殉葬品。当死守着旧法观念的职业法官黯然退出历史舞台之际，历史翻开了新的一页，法官的职业化完全让位于法官的大众化——人民群众进法院。中国司法职业化的第一次努力，至此以失败而告终。

人民群众进法院，是试图用“换血”的方法，解决职业法官的官僚腐败问题，即用“人民”这一新鲜血液，替代职业官僚，一如毛泽东常说的“吐故纳新”。董必武将人民法官的坠落归因于旧式职业法官的误导，而其实，“人民”一旦成为“职业官员”，本身就必然有官僚化的趋向。为此，如何防止进入官场的人民官僚化，防止这些新生力量成为新生官僚和新生贵族，就成了人民政权最大的难题。对此，毛泽东早有远虑。1945年7月，在回答民主人士黄炎培如何解决一个国家“其兴也勃焉，其亡也忽焉”的历史周期率问题时，毛泽东指出：“我们已经找到新路，我们能跳出历史周期率。这条新路就是民主。只有让人民来监督政府，政府才不敢松懈；只有人人起来负责，才不会人亡政息。”^[25]

但后来的事实表明，人民民主确实未能制度化、法律化，未能落到实处，掌握政权的人民群众很快呈现官僚化趋势——“不少老干部堕落蜕化，贪赃枉法，违法乱纪，致使我们在政治上与工作上遭受严重的损失”。看来，黄炎培并非杞人忧天。针对新出现的官僚主义，毛泽东于1953年1月5日发出“反对官僚主义、命令主义和违法乱纪”的党内指示，告诫各级干部：官僚主义和命令主义在我们的党和政府，不但在目前是一个大问题，就是在一个很长的时期内还将是一个大问题。就其社会根源来说，这是反动统治阶级对待人民的反动作风（反人民的作风，国民党的作风）的残余在我们党和政府内的反映的问题。请你们在1953年结合整党建党及其它工作，从处理人民来信入

[23] 我们不应肤浅地指责董老不懂“司法”。理想的司法应当是在“规则主义”与“政策导向”之间把握适度的平衡。简单的一句“价值中立”，不可能一劳永逸地解决“司法立场”的争议。“价值中立”是一个虚幻答案。它是基于一个不存在的假设，即在社会形形色色的价值冲突中，有一个“价值原点”，法官应当立在这个“价值原点”——价值无涉——平衡各种利益冲突。然而，这个“价值原点”并不存在。社会现实总需要法官站在一定立场，“没有立场”也是立场。只要法官有裁量权，有选择的空间，法官就必然有“立场”。历史学家唐德刚谈及治史的经验时感慨道：“世上未有历史学家没有成见者，但求其较少而已。”他谈的其实是一个道理。参见唐德刚：《袁氏当国》，广西师范大学出版社2004年版，第32页。

[24] 前引[18]，董必武文，第121页。

[25] 黄炎培：《延安归来》，载《80年来》，文史资料出版社1982年版，第148页。

手，检查一次官僚主义、命令主义和违法乱纪分子的情况，并向他们展开坚决的斗争。凡典型的官僚主义、命令主义和违法乱纪的事例，应在报纸上广为揭发。其违法情形严重者必须给以法律的制裁，如是党员必须执行党纪。各级党委应有决心将为群众所痛恨的违法乱纪分子加以惩处和清除出党政组织，最严重者应处极刑，以平民愤，并借以教育干部和人民群众。^[26]

人民政权与官僚主义的这场斗争，也可以看作是人民政权防止官员职业化后，演变为职业官僚的斗争。毛泽东在文章中简单地将官僚腐败视作“反动作风”的残余在人民政权中的反映。虽然他看出，在很长的时期内这将是一个大问题，但他并没有提出制度化的方案，而是要求从处理人民来信入手，检查一次官僚主义……

由于民主未能制度化、法律化，执政党应对官僚主义的重要手段是思想斗争、路线斗争和群众运动。思想斗争是试图通过不断的教育，来纯化官僚团体的思想意识形态。路线斗争是试图通过政治上、组织上的一致性，保证上级路线、方针、政策得到贯彻执行。群众运动则是在权力系统内部监督失灵的情况下，希望借助无规则的民主，来达到控制官僚的目的。由于民主未能制度化、法律化，最终导致文化大革命的发生。人民司法及其蕴涵的民主思想，一并淹没于革命的滚滚洪流之中。文革以后，邓小平沉痛地总结道：“必须使民主制度化、法律化”。^[27]由于民主未能制度化、法律化，建国初期司法民主化的第一次努力，也以失败告终。

三、法官职业化：第二次努力与困境

文革以后，我国开始恢复和重建司法制度。1978年宪法第43条规定：“人民法院审判案件，依照法律的规定实行群众代表陪审的制度。”1979年颁布的人民法院组织法和刑事诉讼法规定，人民法院一审合议庭应该由审判员和陪审员共同组成。这意味着，凡由合议庭审理的一审案件，都必须有人民陪审员参加。从人民陪审员具有民主意义来看，此时的制度规定还保留有司法民主的内容。但随后，1982年宪法删除了人民陪审员制的内容。1983年，人大常委会发布《关于修改〈中华人民共和国人民法院组织法〉的决定》，规定一审合议庭也可以完全由审判员组成。陪审制由此从必备变成可有可无，加之配套制度不完备，实践中陪审制沦为虚设。

由于司法民主的缺失，此后的司法制度建设应归入官僚制模式，即由职业官僚——虽然职业化不足——操持着司法的实际运行。有论者根据“人民法院”、“人民司法”、“人民法官”这些称谓以及其它一些表象，就认定我国司法的民主程度非常之高，^[28]这真是莫大的误解。民主就其最基本内容来说，是指人民对于国家机关的决定能够施加有效的影响，而我国的司法现状是人民无法对司法施加有效的影响，以至于大批的公民到京上访，试图通过这种最后的管道求得司法正义。民众上访是人民无法有效影响司法过程（包括以诉讼内的方式和诉讼外的手段）的最佳证明。我国司法当今出现诸多困境，其症结在于法官职业化不足和司法民主化不足，此容后论。

大约在20世纪90年代中后期，学界和司法实务界出于对法官职业化不足的警觉，再一次树起了法官职业化的旗帜。法官职业化本非错误命题，令人遗憾的是，基于对法官职业化与司法民主化之间关系的错误解读，人们将司法民主化与法官职业化视为对立面，导致在法官职业化努力过程中，司法民主化受到了不当批判。例如，北大陈端洪教授基于司法专业性、稳定性与连续性的内在要求，得出司法与民主是两回事，否则就会人存法存、人亡法亡的结论。虽然他承认，如果司法排

[26] 《毛泽东选集》第五卷，人民出版社1977年版，第72页以下。

[27] 邓小平：《解放思想，实事求是，团结一致向前看》，载《邓小平文选》第2卷，人民出版社1994年版。

[28] 前引[19]，陈端洪文。

斥民主，不仅使国家政治架构的一大块非民主化，而且可能被指责为获胜党的赃物，但权衡利弊以后，他最终站在了司法民主的对立面。^[29]北大贺卫方教授也对司法民主的重要组成部分——陪审制持类似态度。由于近十多年司法改革主要的推动力来自于学界和司法界，因此有关提升法官独立地位、提高法官待遇等法官职业化的改革方案，很容易被接受并推行，而司法民主化的议题被置入冷宫。

法官职业化现今被解释为，司法应当由一群具有法律职业知识、法律职业资格和法律职业操守的人所统治，外行不得干预司法。最高法院《关于加强法官队伍职业化建设的若干意见》第6条对法官职业化给出了官方界定：“法官职业化，即法官以行使国家审判权为专门职业，并具备独特的职业意识、职业技能、职业道德和职业地位。”但如果我们将“职业”一词按照一般理解——以某职为业，则普通人民——无论他有没有专业知识，一旦当了法官，以“行使国家审判权为专门职业”，这些人民就“职业化”了——以官为职，以官为业。“以官为业”最大的危险在于，人民一旦长期“以官为业”，就容易蜕变成职业官僚，从而形成官僚腐败。无论如何神化，职业法官不过是技术官僚而已。王亚南在《中国官僚政治研究》一书中，早就精辟地指出：技术性的官僚作风，不但可能在一切设官而治的社会存在，在政府机关存在，且可能在一切大规模机构，如教会、公司，乃至学校中存在。一旦官僚有了存在依据，它在技术上的官僚作风，就会更加厉害。但是如果官僚不可能把政府权力全部掌握在自己手中，并按照自己的利益而摆布，则那些事务的技术的官场流弊，是可能逐渐设法纠正的。^[30]

关于我国司法目前的主要症结在于司法官僚主义和官僚作风的论断，还可以从美国经济学家安世尼·唐斯对官僚制的专门研究中得到佐证。唐斯总结出官僚行动的四个成见：第一，官员总是扭曲向上司或政治家传递的信息，从而从最有利的角度汇报自己或本部门的行为。以我国法院为例，为了应对最高法院提升执结率的要求，各地法院普遍采取在年终对未执行案件下达中止执行的裁定，在来年初再恢复执行。原因在于，按照最高法院的统计方法，执行中止的案件纳入已执行案件统计，各地法院以此来提升本院的执结率，向最高法院传递扭曲的信息。最高法院对此事实并非不知，但仍采取回避的态度，其背后的动因是最高法院也有向社会传递扭曲信息的动机。第二，官员以自由裁量的方式回应上级或政治家的决定，即更迅速地执行与自身利益相一致的决定，并贬低那些不一致的决定的重要性。我国法院的例证是，对于司法职业化的努力，法官们兴趣旺盛，而对于司法民主化的努力，如人民陪审员制，颇有一些法官不以为然，贬低这个制度的重要性。第三，从大致相当的政策选择中，官员们总是偏爱那些对自己有利的结果。我国法院的例证是，在证据制度领域，究竟应采当事人主义还是职权主义？在理论界尚未有一致意见的情况下，我国法院迅即采纳了当事人主义。背后的一个原因是，当事人主义证据制度减轻了法官的查证责任，一旦出现错判，法院可以将错误归结为当事人举证不足，将自己置身事外。将举证责任向当事人转移，必须配套地将取证的手段向当事人转移，而在这一方面，法院迟迟不作努力，形成的结局是，当事人承担了大量的法律义务，却无相关的履行义务的法律手段。第四，官员们“寻求”新政策方案的行为，极大地受到了自我利益的影响。我国法院的例证是，对于社会公众对法院审判公开的要求，法院时时以司法独立为由进行限制。细心的读者还是可从最高法院的其他司法解释中，读出类似的蛛丝马迹。^[31]

参照上述学者的分析和论断，我们可以合理相信——其实现实已经证明——如果司法权全部掌

[29] 同上书。

[30] 王亚南：《中国官僚政治研究》，中国社会科学出版社1981年版，第20页以下。

[31] 参见[英]帕特里克斯·敦利威：《民主、官僚制与公共选择政治科学中的经济学阐释》，张庆东译，中国青年出版社2004年版，第167页。

握在职业法官手中,官僚作风和官僚腐败将无法遏制。应当清醒地认识到,虽然“法官以行使国家审判权为专门职业”,但国家审判权并不必然“由法官专门行使”,必须保护并落实人民对司法的主权,否则就会形成职业法官官僚化和官僚腐败的局面。

据喻中博士对近20年来中国法官违法犯罪问题的研究,近20年来法院干警违法犯罪的绝对数基本呈上升趋势;法官违法犯罪的绝对数以及法院干警违法犯罪总人数的比例都呈上升趋势;法官中的领导干部(院长与副院长)违法犯罪的数量与级别呈上升趋势;法官违法犯罪现象在各级法院分布基本均匀。^[32]读者如果愿意细加思考,不难发现,当代中国司法面临的困境与民初和民国时期基本相同,我们似乎又回到了历史的原点,这是为什么?

在我看来,中国司法的诸问题,一方面在于法官职业化不足,另一方面在于司法民主化不足。由于在法官职业化建设过程中,未配合以司法民主化建设,导致职业化尚未成型,官僚化已经再现,出现官僚主义和官僚腐败。法官职业化的努力,容易解决的是法官专业技术问题,难以解决的是法官的道德良知和职业操守问题。官僚腐败与官僚阶层的知识结构和执业资格无关。知识不能带来道德进步,资格无助于职业操守。如果知识能够带来道德进步,那么,现代人的道德操守与古人相比,当有天壤之别,但事实并非如此。如果职业资格制度可以防范职业腐败,那么法官、律师职业资格的推行,就应当能够有效地遏制司法领域内的腐败,而实情也非如此。以此看来,近年法官职业化的努力,无助于克制官僚腐败。

因此,当今司法改革的重点在于推行法官职业化的同时,如何防止法官官僚化。司法改革应当重举50年以前的“反对官僚主义”大旗。学者冯象也提醒道:司法腐败作为实现法治的一大障碍,往往被想当然地看作参与者缺乏专业知识训练的结果,是法官“非专业化倾向严重”,以致“缺乏程序公正的理念”,不懂约束自己的行为。这一虚构的因果关系及其知识与制度的背景,导致把参与者的知识训练等同于司法操作能力,再等同于道德操守。如此推理,得出了似是而非的结论。^[33]

四、陪审制:法官职业化与司法民主化的制度结合

司法如何实现民主?如何让民意制度化地进入司法的审判过程而又不影响司法独立?如何实现法官职业化与司法民主化的制度结合?解决的一个重要方法是陪审制。陪审往往被庸俗化地看作仅仅是一项诉讼制度,但正如托克维尔在《论美国的民主》一书中所言:“陪审制度首先是一种政治制度。应当始终从这个观点去评价陪审制度。……陪审制度既可能是贵族性质的,又可能是民主性质的,这要随陪审员所在的阶级而定。但是,只要它不把这项工作的实际领导权交给统治者,而使其掌握在被统治者或一部分被统治者手里,它始终可以保持共和性质。”^[34]对于陪审制的政治意义,中国共产党人曾有深刻认识。1953年5月8日,政务院批准通过的《第二届全国司法会议决议》指出:“人民陪审员参加案件的审判,是吸引人民参与国家管理的重要形式。在一审案件中,由群众选举公正的人民陪审员参加审判,不仅容易在较短的时间内把案情弄清,因而使案件容易得到公正处理,并且可以提高群众对国家的责任心和主人翁感觉,密切法院与群众的联系。”^[35]

人民陪审员制度的实质是让人民审判人民,而不是由纯官僚操纵国家的审判权。这种制度的要义在于:

[32] 喻中:《20年来中国法官违法犯罪问题的分析》,《当代中国研究》2004年第1期。

[33] 参见冯象:《政治笔记》,江苏人民出版社2004年版,第114页以下。

[34] 托克维尔:《论美国的民主》上卷,商务印书馆1997年版,第313页。

[35] 《中央人民政府法令汇编》(1953),法律出版社,第97页。

(一) 法官职业化与司法民主化的制度结合。司法是审判官员依其独立的意志和判断, 将法律规范适用于具体案件的过程。在法治国家, 独立的司法具有防范多数人暴政的功能。为防止民主诸弊, 司法必须独立, 免遭社会上捉摸不定的民意左右。司法与民主之间的对立关系由是而生。另一方面, 如若一味强调司法的独立性, 置民主于不顾, 则如何防止少数法官对多数人实施暴政? 如何防止司法独立沦为司法独裁? 由是, 司法又不能脱离民主。不难发现, 能否妥当处理两者关系, 至关重要。主张司法职业化并对司法民主化持怀疑的人们, 对于职业化所带来的官僚腐败风险, 难有实质防范措施。他们提供的方案是, 通过高薪制、法律人职业共同体的养成、法官职业伦理的培育等, 使职业法官养成职业的自觉和自律。而事实是, 法官腐败向来就不是因为缺乏伦理的自觉, 皆是明知故犯。司法腐败难以遏制, 不过是阿克顿勋爵指出的“权力导致腐败, 绝对的权力导致绝对的腐败”这一铁律的再次验证。因此, 遏制司法腐败, 必须分解官僚集团对司法的绝对权力, 必须重树司法民主的大旗。

民主有不同的表现形式, 在司法领域, 表现为审判公开、人民参审、判决析理等。司法独立不能成为排斥司法民主的理由。在法治国家, 不仅司法是独立的, 而且行政官员也具有相当大的独立性。笔者在瑞典考察时, 警察首长就称, 政治家和行政首脑可以对警察部门进行政策性的和宏观的监督, 但任何人不得干涉警察部门独立办案。显然, 业务独立既不能成为行政拒绝民主的借口, 也不能成为司法拒绝民主的措词。司法的专业化、职业化, 也不能成为司法排斥民主的理由。现代社会的知识分工以及由此带来的官员职业分工, 不仅及于司法领域, 也及于立法和行政领域。如果专业化、职业化可以成为拒斥民主的理由, 则民主必无存身之所。司法职业化论者将司法领域内的知识分工, 无限夸大, 造就专业神话, 并进而得出普通人民不宜参与司法的结论, 其谬甚矣。

陪审制度因让普通人民参与司法的审判过程, 确保了人民对于司法的主权, 从而使判决获得更为坚实的合法性基础。陪审员日常生活于民众之中, 案件审结后仍回归于民, 正所谓“从群众中来, 到群众中去”。陪审员因为与国家政权机关不发生制度上的经常性钩连, 因而避免了因为制度化而导致的官僚化。又因为陪审员始终站在民间的立场上, 对于权力机关可能的暴政构成有力的防范。最高法院肖扬院长也敏锐地指出, 应当视陪审制为“社会主义民主政治的新发展”。

研究表明, 大陆法系的参审制, 获得了民众的广泛支持。1970年波兰的一项调查显示, 90%的陪审员、70%的职业法官、65%的政府律师认为, 参审制必须保留。1985年德国的一项调查表明, 65%被调查的普通民众认为, 由法官与普通民众共同审判, 审判更为有利。1992年一项对瑞典和芬兰职业法官和非职业法官的调查表明, 参审制受到职业法官和非职业法官的共同支持。最意味深长的是关于前南斯拉夫的两次调查。1974年对100名职业法官和196名非职业法官调查显示, 职业法官对参审制的态度并不积极, 40%的职业法官认为, 参审员对审判不起作用, 23%的职业法官甚至认为, 如果没有参审, 判决将会更加正确, 绝大多数被调查的职业法官主张对参审制进行改革。1983年, 对前南地区101名非职业法官和30名职业法官的调查显示, 情况发生了令人惊奇的巨变。77%的职业法官认为, 非职业法官的参与是有益的。他们支持的理由是, 非职业法官有广泛的经验, 熟悉本地习俗, 而且一些非职业法官对特定的案件, 具有专业的知识和技能。^[36]在丹麦, 陪审制获得了90%的非职业法官和大部分职业法官、公诉人、律师的拥护。^[37]1992年对香港公众的一项调查表明, 被调查者中, 愿意选择陪审团审判的人数是选择由职业法官审判人数的三倍, 而且87%的被调查者认为, 1997年回归后, 应当保留陪审制。^[38]

[36] Sanja Kutnjak Ivkovic, An Inside View: Professional Judges' and Lay Judges' Support for Mixed Tribunals, *Law & Policy*, Vol. 25, No.2, April 2003. p101 - 104.

[37] Stanley Anderson, Lay Judges and Jurors in Denmark, *The American Journal of Comparative Law* 38, 1990, p. 839 - 864.

[38] 前引 [36]。

(二) 司法独立的原初动力。司法独立与人民陪审员究竟关系如何? 两者是否毫无关联? 或者如某些学者所论, 应先解决司法独立, 再解决司法民主? 这些问题可以从英国陪审制的发展历史得到启发。宋小海先生的研究表明:^[39]

其一, 陪审制曾被用来作为中央集权的工具。法兰克国王、诺曼底公爵、亨利二世, 都曾将陪审制作为中央集权的重要工具。权力必须有其载体, 这就是制度。中央在与地方争权的过程中, 不仅要依赖政治、经济、军事的力量, 还必须依赖制度本身的力量。陪审制在中央争权过程中, 一直充当着开路先锋的角色, 其力量源自陪审制具有的收集地方信息、尊重地方权威、减少国家任官数量等功能。就我国当前而言, 司法“地方保护主义”一直为学界所诟病。“地方保护主义”的实质是地方权力与中央权力进行着制度与非制度的抗争, 致使中央权力不能有效地贯彻于地方。一方面, 中央通过系统化的四级法院, 意图使中央司法权得以贯通。另一方面, 地方政府、人大与地方法院存在着深厚的制度联系, 导致国家司法权力为地方分享, 出现司法权国家与地方实际上共享的局面, 由此导致司法混乱。国家出于维护中央集权、树立国家司法权威的考虑, 采取各种措施, 力图克服地方保护, 但收效甚微。克服地方保护的实质是中央司法权向地方渗透并垄断。在这一过程中, 国家不仅应当借助政党、行政的力量, 还应当借助制度本身的力量, 即国家必须用合理、科学的司法制度和诉讼制度, 作为中央司法权力扩张的开路先锋。不公的司法常常会成为地方权力渗透国家司法的理由。比如有些地方主张个案监督的一个重要理由就是, 司法这样腐败, 不监督行吗? 司法独立在我国, 首先应当表现为中央司法权威的树立, 因为没有权威的司法难以独立。如果我们相信陪审制有利于司法公正, 则必然相信陪审制的运用将会有助于司法独立。在身陷困境的背景下, 最高法院忽然将几乎被人们遗忘的人民陪审制推向前台, 大有意味。在一定意义上, 我们正在重演西方陪审制的历史。

其二, 通过陪审切断地方权力与司法的不恰当关系链。英国的陪审员从一开始就选择“邻居”充任, 而不是地方官员充任, 这不是一个偶然的举措, 它是切断司法人员与地方关系的最佳方式。司法人员一旦与地方发生制度上的钩连, 司法权必然为地方权力所渗透。如果所有的司法官员由中央任命, 会引来一个经常不为人们所知觉的重大问题, 即中央司法官员的数量和控制。中央如果供养大量的司法官员, 将形成供养困难、法律解释不一、腐败控制难度加剧等一系列问题。如果国家减少司法官员的数量, 则出现审判官员不足、合议制无法保证的局面。此外, 为了防止中央任命的官员长期在地方任职而被地方化, 中央必须采用官员流转制, 而庞大数量的法官队伍, 使官员流转无法操作。以我国现状而论, 虽然国家已经供养了惊人的司法官员, 但由于案件负担直线上升等原因, 法官仍不堪重负, 导致简易程序不仅在民事诉讼中, 而且在刑事诉讼中大量采用, 一审合议制急剧萎缩, 大量的案件由职业法官独任审判。法官独任的大量采用使法官独裁的风险急剧上升, 解决的有效方法只能是陪审制。人民陪审员一方面可以制衡法官, 另一方面, 可以减轻职业法官的责任负荷, 促进法官独立。大量研究表明, 仅仅面孔陌生的陪审员的出现, 就对法官构成很大的潜在威慑。法官不得不将他的判决解释得更清楚, 并为判决找出合理的解释。^[40] 这个问题也可从反面论证。在我国新一轮陪审员推选过程中, 操作者们倾向于选任那些与地方政权保有一定关系的人员, 如居委会主任、行政官员等, 这其实还是试图控制陪审员, 以免其独立性太强, “出现问题”。^[41]

其三, 陪审员最初难免受到官僚的控制, 但最终会越来越独立。亨利二世为了防止地方官员控

[39] 宋小海:《英美陪审团制度研究——英美陪审团制度在历史上到底是如何形成的》, <http://dy5.8yn.com/xsx/000828/songxiaohai.htm>.

[40] 前引[36], p. 96.

[41] 例如, 长沙市天心区法院43名人民陪审员, 有不少是人大代表、政协委员、社区基层干部。见黄娟:《任命首批人民陪审员》,《当代商报》2005年3月29日。

制司法，采用人民陪审员；但为了自己控制司法，他又将选任陪审员的权力掌握在自己的法官手中，从而控制司法。这种控权一方面遭到人民的反对，另一方面遭到了地方的反对，出现陪审员越来越难控制的局面。我国陪审制的发展将会重演陪审员控制与反控制的历史一幕。此次陪审制改革，将陪审员的任命权最终交给人大，体现了民主决定的内涵。在这一过程中，虽然难免会出现官员对陪审员的控制问题，但由于陪审员数额较多，而且会越来越多，最后必然出现控制困难。由于陪审员们与地方权力机关制度上的关联已非常薄弱，如果有人试图左右陪审员，只能以非制度化的方式进行。其最终的演变结果，很可能走向陪审员独立——司法独立的老路。

其四，陪审员与政权组织失去制度上的关联，有利的一面是陪审员独立，不利的一面是对陪审员腐败的控制也失去了管道。由于陪审员未被纳入法院的组织、人事系统，无法对陪审员进行组织化控制以防止腐败，因此，必须寻求更为有效的防腐措施。这种措施主要在于陪审员的随机挑选和即时审判制度。陪审员随机挑选并即时审判，不仅使陪审员难以腐败，而且外界也难以控制陪审员，最终有助于司法独立。

丹宁勋爵在谈及陪审团的历史功绩时，动情地说：“被任命为陪审员的英国人在主持正义方面确实起到了决定性的作用。他们的同胞有罪还是无罪，总是最后由他们来决定。我相信，参加这种司法活动对于培养英国人的守法习惯所起的作用要超过其他任何活动。一位伟大的历史学家曾把它说成是有利于国家和平发展和进步的一种最强大的力量。”^[42]对普通法历史学有专攻的李红海博士也指出，陪审的意义“在于使王室的司法制度得以完善，其合理性提高了王室法庭的威望，使王室法庭在与其他法庭的竞争中更胜一筹。”^[43]英国律师协会最近的一份调查报告称，陪审制“在本质上是独立司法程序的一部分。任何以改革为借口削弱它的企图都有可能导致陪审团制度的终结。一旦开了先例，同一情况在情节较轻的案件里会再次发生，这使对英格兰及威尔士司法独立的额外保护将受到侵害。”^[44]

无论在人类发展的历史长河中，还是在现实世界里，我们都找不到民主没有完善、而司法已经独立的例证。司法独立与司法民主实在具有一种互为依存、相濡以沫的关系。就司法独立具有防止国家暴政、集团暴政的功能言之，独立的司法呵护着人民民主；就人民民主具有的追求公平、公正的本性来说，它追求、创造并呵护着司法独立。两者之间虽有紧张关系，但绝非相互为敌，更非不共戴天。

（三）消解司法官僚主义。官僚主义一直是人民政权力图克服的痼疾。1963年，周恩来告诫道：“官僚主义的态度和作风已经给我们的工作造成许多损失，如果听其发展，不坚决加以克服，必将造成更大的危害。”^[45]1980年邓小平严厉地批评道，官僚主义“无论在我们的内部事务中，或是在国际交往中，都已达到令人无法容忍的地步”。^[46]最高法院肖扬院长去年也要求消除司法机构的官僚作风。^[47]

对于当今司法界的官僚主义，学界有人认为是法官职业化不足造成的，并试图通过职业资格考试、法院人财物独立等措施来解决。其实，法官职业化的努力，充其量只能解决法官的司法技能，而无法克服司法官僚主义。官僚主义的出现与官僚阶层的知识水准无关。只要权力至上，就必然出现官僚主义。官僚腐败与官僚阶层的知识结构和执业资格无关。知识不能带来道德进步，资格无助

[42] 丹宁：《法律的未来自》，法律出版社1999年版，第39页。

[43] 参见李红海：《普通法的历史解读——从梅特兰开始》，清华大学出版社2003年版，第136页以下。

[44] 周恩来：《反对官僚主义》，见《周恩来选集》，人民出版社1984年版。

[45] 冯爱玲、曹红卫：《试论英国陪审团制度改革》，<http://www.cass.net.cn/webnew/file/200441413758.htm>。

[46] 邓小平：《党和国家领导制度的改革》，见《邓小平文选》第三卷。

[47] 肖扬：《消除司法机构的官僚作风》，新华网纽约2004年10月11日电。<http://news.xinhuanet.com/zhengfu/2004-10/12/content-2079404.htm>。

于职业操守。如果知识能够带来道德进步,那么,相对于古人来说,现代人的道德操守与古人相比,当有天壤之别,但事实并非如此。如果职业资格制度可以防范职业腐败,那么法官、律师职业资格的推行,就应当能够有效地遏制司法领域内的腐败,而实情并非如此。中国司法的诸问题主要在于法官职业化过程中未配合以民主化,导致职业化尚未成型,官僚化已经再现。

法官职业化路线,其实就是韦伯的理性官僚制路线。韦伯的理性官僚制虽然有其优点,但也有许多弱点,其中疑难之一就是官僚专横统治,即官员不受法律约束,或者以伤害人们正义感的方式来执法。^[48]为了克服这些弊端,现代社会中的公共部门、私营部门和第三部门,都变得更加开放。^[49]就司法领域而言,法官职业化的过程就是法官官僚化(中性词)的过程。这一过程,如果不辅以民主和开放,不伴以公民有序的司法参与,一个封闭的法律人共同体就完全可能变成渔利的共同体。而人民陪审员制正是体现了现代司法的开放性,是人民有序地参与国家政治生活的最佳形式。

官僚化的法官不仅会出现官僚腐败问题,而且还会出现职业麻木、职业孤傲、脱离社区等诸多官僚作风。职业法官由于日复一日地从事同样的工作,使本应个性化的审判,变成标准化作业,由此出现麻木不仁的官僚习气。由于法官的职业总是高高在上地决定着当事人的命运,长期以来,会出现职业孤傲。职业法官因为以司法为终生职业,不知稼穡之艰难,最终与社区生活形成严重隔离,而这些都有待于非职业法官的参与予以消解。

(四) 培育新的诉讼制度。由于陪审制的虚置,我国法院的组织制度和诉讼制度是按照法官审理案件的模式设计并运行的。一旦陪审制度实在化,现行制度在许多方面将与其格格不入,极有可能引发司法领域的大变革。

1. 陪审员的隔离。对于法官的公正性,我国主要通过组织、人事制度、内外部监督制度来保障。这种措施虽然不尽如人意,但至少发挥着一定作用,而人民陪审员则游离于法院组织、人事以及其它监督制度之外。如果对随机挑选的陪审员不实行有效的隔离制度,陪审员腐败难以避免——英美陪审团制度就是以封闭陪审员为前提条件的。如同人们忧心的那样,由于我国缺乏优良的法律传统,如果不实行陪审员隔离制度,在复杂的人际关系网络中,陪审员腐败简直就是一定的。因此,即使隔离不可能,也必须对大部分案件实行即审即判,以尽可能排除外界可能的干预。

2. 审理不间断原则。审理不间断原则是指,法庭一旦开庭审理,除非发生重大事由,期间不能中断,只有审判结束时,法庭才能解散。审理不间断原则是英美法上的重要原则,其源就在于陪审团的隔离。陪审团成员一旦被确定,就对其实施隔离,只有等到审判结果出来后,陪审员才重获自由。如果审理可以间断,在间断期内,陪审员可能被贿赂、威胁,导致审判不公。按我国现行诉讼制度,审理期间,法庭可以自行决定中断审理。法庭可以在长达数月乃至数年期间,数次审理案件。如此长的审理期间,显然不能对陪审员实行隔离——否则就有侵犯陪审员人身自由之嫌。因此,落实人民陪审员制,必须伴随着审理不间断原则的落实。

3. 言词原则。言词原则是指对于言词证据,包括证人证言、专家证人证言、鉴定结论等证据,必须由相关的当事人本人向法庭以言词的方式陈述。我国司法实务中,言词原则未得到严格执行,大量的证人不到庭。在由法官审理的案件中,尚可用庭后核实的方式,来弥补法庭审查不足的问题,而一旦落实人民陪审员制,就必须严格奉行言词原则,由陪审员在法庭上对这些证据进行核实。因为陪审员一旦解散,法庭即无法对证据进行核实。

4. 直接原则。直接原则是指法院的审、判不能分离,即由直接参与案件审理的法官对案件进行审理并判决。未参与案件审理的人员,不得就案件发表意见和参与判决。如果陪审制落到实处,

[48] 参见[美]詹姆斯·Q·威尔逊:《美国官僚政治》,中国社会科学出版社1995年版,第377页以下。

[49] 任晓林:《官僚制的终结与后官僚制时代的兴起》,《西北大学学报》2002年第5期。

陪审员们的判决权就必须落到实处，陪审员参与的合议结果必须在判决中得到体现。由于陪审员一旦解散回家后，无法再行合议和判决，陪审法庭只能进行一次性合议，无法多次合议，合议后的结果就是最终结果，无法变更。如此一来，现行制度运行中的庭长、院长干预案件、审判委员会左右案件的现象，合议庭就某个案件一议再议的现象，就出现制度危机。简明地说，如果陪审合议庭的意见，庭长、院长或审判委员会不同意，并拿出自己的判决意见，为了使他们的意见合法化，就必然要重新召集陪审法庭，而这和前述的陪审员隔离制度、审判不间断原则显然相悖。

5. 准备程序。现行法官审理体制下，准备程序无关紧要。法庭审理过程中，如果发现案件审理准备不足，可能通过休庭、再次开庭的方式，弥补法庭准备不足。陪审制落实后，鉴于前述的审理不间断原则，陪审法庭无法再次开庭，为此，法庭开庭审理之前，必须要有完备的庭前准备，将案件准备到瓜熟蒂落的地步才能开庭。以此看来，落实陪审制，必然要完善现行的准备程序并配备充足的准备法官。此外，为了防止非法证据左右普通的人民陪审员，相关的证据排除规则必须完善。^[50]

综上所述，我国旧的诉讼制度与新的人民陪审员难以和谐相处。相互冲突的结果，究竟是新的人民陪审员塑造出新的诉讼制度，还是人民陪审员再一次被虚化甚至变形，有待观察。

Abstract : Since the end of Qing dynasty , we China have tried to construct the court institution in modern sense , yet up to now it doesn ' t work well . An important reason for the failure is that we fail to deal with the relation between the professionalization of judges and the democratization of judicatory . Generally speaking , the construction of judicatory has moved along the path of professionalization of judicatory since the Cultural Revolution . However , without the cooperation of the construction of democratization of judicatory , the professionalization of judicatory didn ' t come into being , rather , it has brought bureaucracy heavily . To solve it , we should construct the democratization of judicatory . The conjunct point of the professionalization of judges and the democratization of judicatory is the jury system . Jury system is not only a judicial system , but also a political system .

Key words : professionalization , democratization , judicatory

[50] 王敏远教授有类似的见解。参见前引 [17]，王敏远文。