

◎ 李拥军 著

道法古今
——拥军教授随笔集



隨性道論天下事
筆書古今法中情

“蜜蜂雖小，采的是花心；胡椒雖小，辣的是人心。”不是“小”就沒有用處，而看是否能將“小”用在點子上。用在點子上的“小”就變成了“巧”，所謂“小巧玲瓏”“短小精悍”。



知識產權出版社

全國百佳圖書出版單位

拥军教授随笔集

道法古今

◎ 李拥军 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

平乱电子资源交易网docsriver.com入驻商家太我也

图书在版编目 (CIP) 数据

道家古今: 拥军教授随笔集 / 李拥军著. —北京: 知识产权出版社, 2016. 11

ISBN 978-7-5130-4599-5

I. ①道… II. ①李… III. ①随笔—作品集—中国—当代 IV. ①I267.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 278377 号

责任编辑: 齐梓伊

封面设计: 张悦

责任出版: 刘译文

道家古今

——拥军教授随笔集

李拥军 著

出版发行: 知识产权出版社 有限责任公司

社址: 北京市海淀区西外太平庄 55 号

责任编辑: 010-82000860 转 8176

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

印刷: 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

开本: 787mm × 1092mm 1/16

版次: 2016 年 11 月第 1 版

字数: 226 千字

ISBN 978-7-5130-4599-5

网 址: <http://www.ipph.cn>

邮 编: 100081

责编邮箱: qiziyi2004@qq.com

发行传真: 010-82000893/82005070/82000270

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

印 张: 17.75

印 次: 2016 年 11 月第 1 次印刷

定 价: 58.00 元

出版版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

随性道论天下事，笔书古今法中情

——《道法古今》自序

严格说来，随笔并不算学术成果，它缺乏严格的学术论证，也不必完全遵循学术逻辑。但我一直以为好的随笔要比那些充斥着“真理性的废话”的论文更有价值。它能给你一个新的视角，为你展示一个新的侧面，它启发你的思维，拓宽你的视野。对当下中国的学术界来说，思想启蒙的任务还远没有完成，在这方面随笔可能比大块头的论文起的作用更大。因为具有通俗性、趣味性的特点，它往往拥有更多的读者，特别是在今天的自媒体时代，它的作用和优势更为明显，受众会更多。

我开始写随笔最早是受了我的导师姚建宗教授的启发。他是当代法学者中随笔写的比较多而且好的一位。我还记得，研究生阶段他给我们留的作业就是写一篇随笔和书评。我当时为了完成这份作业，绞尽脑汁写出了人生中第一篇正规的随笔——《法学家之死与法律信仰》，后来这篇文章发表在2002年的《人民法院报》，并且拿到了150元钱的稿费。虽然请同学们吃完饭以后，稿费所剩无几，但这种精神上和物质上的奖励对当时的我来说依然是巨大的鼓舞，激励着我写下去。2004年我一度在《深圳法制报》开过“李拥军专

栏”，每周都有新作。在我的带动下，我的师弟郑宇航、侯学宾从那时起也开始写随笔。到今天他们都已经成为法学学术新秀，并且都已经出版了自己的随笔集，擅写随笔也已经成为了姚门师徒的学术风格。

我从小就喜欢历史，但在历史学方面到今天顶多算一个“票友”，虽然爱看历史书籍，但始终没有专业化的研究。对历史的兴趣，最早缘于幼年时期对评书艺术的热爱。在20世纪80年代，收音机还是人们最主要的获取信息的形式，而评书则是当时音频节目中的重要内容，《杨家将》《岳飞传》《三国演义》《水泊梁山》《百年风云》等节目家喻户晓。我在很小的时候就是评书迷，后来翻看小叔、小姑的初中、高中的旧教材时，兴奋地发现在历史教材中居然能找到这些人物。大致从那时起便对历史有了兴趣。高考前，由于农村孩子知识上的匮乏，我实在不知道还有历史学这个专业，否则必然要报考该专业了。

虽然没有专门学习历史，但历史的思维却一直影响着我，即观察问题愿意从历史的角度切入，所以我的很多随笔都是从历史中选材或者从历史的角度来写的。我一直认为，历史性的观察是更深层次的观察，它能帮助我们抓住问题的“根”。正如西方学者查丁所说的：“任何事物都是过去一切事物的总结，不通过历史就无从了解任何事物的全貌。”真正的历史性研究其实是更现实的研究。如意大利历史学家克罗齐说：“一切历史都是当代史。”即所谓历史的研究其实都是当下的人用今天的观点和思维来分析过去的人和物，所以正如法国学者雷蒙·阿隆所说的：“所谓历史，就是由活着的人和为了活着的人而重建死者的生活。”历史的意义不在历史本身而在于当下，通过历史的视角来审视今天的问题，是为了借古喻今，托古明志，让今人借鉴经验，吸取教训，少走弯路，活得更好！所以龚自

珍说：“观今宜鉴古，无古不成今”“欲知大道，必先为史”。大到人类社会小到每个人的一生，其实都是一部历史剧，在这其中我们不仅是看客，更是其中的演员，所以只有从历史角度观察问题，才能让我们把今天的事看得更清楚、分析得更明白。

提及历史自然少不了传统和文化。传统就是“活着的过去”，是群众“集体的记忆”。法治是人的一种思维方式和生活方式，传统造就了中国人特有的思维方式和生活方式，中国当下的法治建设离不开自身的传统。因此研究中国当下的法律问题就不能离开我们的传统。“洋装穿在身，心还是中国心”，中国当下的许多问题，更多的要归结于传统，归结于文化对观念的影响。因此，当下中国欲建立真正的现代法治必须要进行思想上的启蒙，而思想上的启蒙则需要文化上的批判，同时中国要想建立自己的法治，还必须在传统上做文章，只有挖掘传统，把握民情，推陈出新，实现传统的创造性转化，把法治放在中国人自己文化的范畴内把握，才能把好中国人自己的脉，为中国问题开出对症的药方。基于此，多年来我一直试图从文化的视角来分析现实，为开出这样的药方而努力。

“法之理在法外”，如果顺着这一类似格言的说法追问下去，“法之理在哪里？”我说：“法之理在生活。”孔子说：“道不远人。”即君子为大道从来不远离普普通通的百姓。世界本来就是由你我这些凡夫俗子、贩夫走卒、平民百姓构成。不是说理论只有让人听不懂了才深刻，其实越是深刻的理论越是朴素的。法理学中的“法”和“理”最终都要放到生活的层面来“验真”，无法还原到生活层面的“法”和“理”是“伪法律”“空理论”“假道理”。远离人们生活的法理学是“死的法理学”。法理源于生活表现为法律要源于生活中的常识、常理、常情，法理就是讲法之“理”（Reason），而法之理就是法的内在合理性，而法的内在合理性则表现为法律的规定

应该符合生活的逻辑和人性的法则。我们的研究只有立足于生活才有不竭之源。

我们经常说研究要有“问题意识”，而很多人常常为找不到可研究的问题而苦恼，其实，中国是问题资源最丰富的国家，中国从不缺问题，而这些问题恰恰就在生活实践之中。发现这些问题，就需要我们养成“敏感”的思维，需要我们多思、多想、多写、多观察、多实践。中国古人有言：“世事洞明皆学问，人情练达即文章”“担水劈柴皆有妙道”。所以法理学的素养是通过对生活的多思、多想最后达致“顿悟”来形成的，因此这种素养不是速成的，是在生活中一点一滴、日积月累、潜移默化中养成的。其实一篇篇小的随笔恰恰源于对生活的思考，法理学素养的形成离不开这些小的随笔。对生活的观察需要用随笔把它们记录下来，对世界的思考需要用随笔把它们表达出来，对世事的情感需要用随笔把它们抒发出来。法理学的思维是反思性的思维，即在别人看来稀松平常、司空见惯、见怪不怪、不足为奇的地方发现问题。小的随笔之所以比某些庸俗化的论文更有意义，正是由于它建立在对生活反思的基础上的，它源于对生活的感悟，实现了对既有常识的超越，所以它常常让人耳目一新，醍醐灌顶。

俗话说：“蜜蜂虽小，采的是花心；胡椒虽小，辣的是人心。”不是“小”就没有用处，而看是否能把“小”用在点子上。用在点上的“小”就变成了“巧”，所谓“小巧玲珑”“短小精悍”。20世纪中美建交得益于小小的乒乓球，所谓“小球推动大球”。由此说开去，随笔虽小，如果能够反映深刻的道理，能够启发我们的思维，能够帮助我们认识世界，由小见大、以点带面，定能起到类似“小球推动大球”的功效。由此说来，随笔虽小，但理应被善待。

目 录

司法中的正义 1

1. “女神” VS “神兽”：司法标识背后的理念冲突 3
2. 为何《水浒传》之中“官司”多 9
3. “一根筋”的精神与法律人的品质 14
4. 形式正义——诉讼的真谛 19
5. 不宜把法官称作“公仆” 23
6. 司法正义有赖于“各负其责”和“各得其所” 27
7. 法官需要理解 律师需要善待 33
8. 法律是远离激情的理性 39
9. 倒下一个好法官 砸出一堆社会病 45
10. “公审大会”让我们看到了什么 51
11. 应该为引用《圣经》的判词叫好 55
12. 从“辛普森”案透析美国的诉讼机制 61

文化视野下的法理 67

13. 骑士精神 VS 孙子兵法：文化视野下的“规则意识” 69
14. 中华“和合”基因与现代国际法准则 75
15. 激情的卢梭！革命的卢梭！暴政的卢梭！ 79
16. 宪法学视野下的水浒英雄的命运 87

17. 从“人可非人”到“非人可人”	97
18. 法学家之死与法律信仰	104
19. “春秋决狱”的现代司法价值	107
20. 由武松杀嫂而引发的思考	110
21. 由包公的误判而引发的思考	113
22. 由“磨坊主告倒国王”而引发的思考	116
23. 神明裁判的形式合理性	119
24. 司法仪式的文化意蕴	122
25. 骑士精神与法国的宪政之路	125
26. 中国古代自然法中的人权思想	128
27. “七擒孟获”背后的文化冲突	130
28. 愚公真“愚”	133
法律中的人性 135	
29. 我们今天应该如何讲“孝”	137
30. “亲亲相隐”还是“大义灭亲”	145
31. 人类为什么会穿上衣服——写在本谦先生之后	151
32. 人若“高尚”就要离“性”远一点	155
33. 为何水浒英雄不要“家”	160
34. 乱伦为罪的生物学解释	168
35. 乱伦为罪的社会学解释	173
36. “人是生物”——婚姻立法不能忽视的维度	178
37. 由大爷被“性侵”看中国当下强奸罪立法的缺陷	182
38. 构建良法要尊重人性的逻辑	188
39. 法律中的人性	191
40. 西方性犯罪立法的趋势	195

多维视角下的法治	199
41. “法治”面前须冷静	201
42. 变性人与少数人的权利	216
43. 口号背后的理念变迁	219
44. 财产权的人性基础	222
45. 私人财产权的法律真谛	224
46. 银行的VIP是对谁的VIP	226
47. 也谈法的属性	229
48. 为什么人体器官不能成为商品	234
49. 刑法上的行为系统刍议	237
50. 关于降低经济法运行成本的思考	243
51. 关于人权本体性的一点思考	247
52. 自由裁量权的正确行使之道	251
53. 遭强奸岂能成为包庇犯	256
特别推荐	261
54. 拥军教授在吉林大学法学专业2015届本科毕业典礼上的发言	263
55. 专访李拥军老师：我与吉大法理的不解之缘	267

司法中的正义



1. “女神” VS “神兽”： 司法标识背后的理念冲突*

从事法学研究或司法工作的人对“蒙目女神”和“独角神兽”的形象并不陌生，我们通常把这两种形象看成东西方传统中的司法的典型标志。当下的司法系统在推进司法文化建设时也常常把它们搬出来，借助于这两种形象来表达司法公正的理念。当我们走进各地的法院、检察院，或是在大门上，或是在长廊里，或是在墙壁上经常看到印有它们形象的标识。当看到这些标识时，我们或许曾为现代中国法官、检察官们的深厚的文化底蕴叫过好，为这些年司法系统的文化进步点过赞。但如果从文化学的角度来分析，我们会发现，其实司法文化的设计者们在把这两种形象搬出来之前并不一定真正地懂得其背后的文化意蕴。依笔者看来，这两种形象反映了不同的文化理念，且这些理念常常是冲突的。如果不分场合和具体条件硬是将它们拼凑在一起，就可能犯“张冠李戴”或“指鹿为马”的错误。

“蒙目女神”的原型是古希腊正义和秩序女神忒弥斯（Themis），也译成泰美斯。造型为一个端庄美丽但表情严肃的妇女，用布蒙住双眼，右手捧着天平，左手握着宝剑。据说她是众神之王宙斯的第二位妻子，

* 该文原载于财新网2015年5月12日“财新名家”专栏。

当特洛伊之战最激烈的时候，每一位不死的神祇都参加了战争，只有她傲然中立，她由此获得了众神之王的信任。或许是因为这一点，在欧洲文艺复兴之后，“蒙目女神”的形象逐渐被确立为司法的标志，进而出现在西方法院的建筑上。

“独角神兽”的原型是中国古代的神兽“廌”，又名“獬豸”，相传它是尧舜时期大法官皋陶审案所依靠的一只神兽，它似牛、似羊、似鹿、似麒麟，长着一只独角。它能够知善恶，断是非，擅长用独角撞击作奸犯科的人。《论衡》中说：“𧈧（廌）者，一角之羊也，性知有罪。皋陶治狱，其罪疑者，令羊触之，有罪则触，无罪则不触。”中国古代的“灋（法）”字就有“廌”这一边。之所以有这一边，按照《说文解字》的解释，是因为“廌”能“触不直者而去之”。“獬豸”扮演着古代法官判案工具的角色，所以后世往往将之视为中国传统的司法标志。

一个时代、一个民族的司法标志是该时代和民族司法理念和文化的集中反映。东西方迥然相异的两种司法形象折射出的是两种不同的法律文化和理念。

首先，“蒙目女神”是“人格化的神”，即是一种以人的形象塑造出来的神。法律以神的形象存在，则宣示了它的崇高性、至善性、权威性和人们守法的自觉性。神是需要信仰的，法律也是需要信仰的。女神的背后折射出的便是一种法律信仰主义的文化。这种信仰主义正是苏格拉底在因司法不公而蒙难时，宁赴死而不偷生的真正动因。而女神又是人格化的，她具有普通人的外观，她和古希腊时期的所有神一样，除了“不朽”之外，和人没有区别，她们也有七情六欲，也需要结婚生子，因此女神所表达出来的法律又是世俗化的，具有人文主义的特征。而“独角神兽”则是一种“神格化的兽”，即一种带有神性的动物。在“天地之间，以人为尊”的中国传统中，一个所谓的神如果没有被塑造成人的模样，它的地位注定是不高的。对于这种神兽，虽然连皋陶

都表示出了必要的客气和尊重，正如《论衡》中所说的，“斯盖天生一角神兽，助狱为验，故皋陶敬羊，起坐事之”，但它终究还是四足动物，是为人判案提供帮助的工具。司法是由人来掌控的，人是主，兽是客，可谓“人能事客，亦能逐客”，所以从“獬豸”形象中所体现出来的是一种法律工具主义的理念。獬豸形象下的法律缺失了“女神”的神圣感，而更多地具有了为世俗权力服务的功利主义色彩。

其次，“蒙目女神”容颜美丽且具有女性主义的温柔，这映射出西方传统法律的“亲民”主义内涵。在拉丁文中，“Jus”一词，既有“法律”的内涵，也有“权利”的内涵。在由拉丁文发展而来的法文、德文等西方语言中，“权利”和“法律”往往是一个词（法文 *droit*、*loi*；德文中 *recht*、*gesetz*），由“Jus”演变而来的英文“Justic”一词，既有“公平的、正义的”意见，又有“法律的”意思，“right”既有“合理的”“公平的”意思，又有“权利”的意思。由此可以看出，“权利”“公平”“正义”和“法律”在西方是绑定在一起的。普罗泰戈拉讲述了这样的希腊神话：宙斯派信使赫耳墨斯把正义和尊敬带到人间，后者问宙斯怎么分配，宙斯回答说：“分给所有的人”，“你必须替我定下一条法律，如果有人不能获得这两种美德，那么应该把他处死，因为这种人国家的祸害”。由此看来，在西方，法律是关乎分配正义和个人权利归属的规则，是塞尔苏斯口中的“善良而公正的艺术”。它与每个人的切身利益息息相关，每个人的幸福、自由、权利都要到法律中寻找。难怪，《查士丁尼国法大全》中的《法学总论》开篇就规定的是“正义与法律”，并将正义规定为“给予每个人应得的部分的这种坚定而恒久的愿望”，而法律的任务就是要保护这种愿望。正因如此，法律和民众是亲近的。而“独角神兽”容颜丑陋，仪表威严，外露凶相。这种形象表达出的信息和逻辑是：法律的主要任务就是惩罚与威慑犯罪，维护秩序，法律只有让人恐惧，这种效果才能达

到。《说文解字》中说：“法，刑也。”而《国语》则这样解释刑：“大刑用甲兵，其次用斧钺；中刑用刀锯，其次用钻凿；薄刑用鞭扑，以威民也。”依照《说文解字》的解释，法（灋）之所以取“廌”和“去”做偏旁，是因为法就是要以“廌”来“触不直者而去之”，因此法本身就“清除”“杀戮”的意思，其最终的目的是震慑犯罪，维护既定的秩序。古代的“刑”，可将其看成在“井”旁边放上一把刀，或是在“开”旁边放一把刀，由此可以解释为“用刀维护土地制度（井田制）”，或是“用刀将人砍开”，两种解释都符合中国古代法律的上述内涵。要达到这样的目的，法律就不能表现得太过于“亲民”，而应该和民众保持必要的距离，正所谓“法不可知，则威不可测”。正因如此，“獬豸”身上则少了一种“女神”式的美丽和温柔，而多了一种凶神恶煞般的恐怖和威严。

再次，女神的眼睛是蒙着的或是闭着的，神兽的眼睛是睁着的或瞪着的。女神蒙着眼或闭着眼的形象表征了西方司法的被动主义传统。这意味着：女神判案要通过一种守株待兔式的坐堂问案的方式进行；法院的大门平时是关着的，当事人如果不叩门，女神不能主动出击，对案件的审查也应以当事人起诉的范围为限；案件事实主要靠当事人自己证明，女神主要用“天平”来称证据，证据充足，当事人就能胜诉，否则就要败诉。这正如西方法谚所说的：“法官的使命在于裁判而不是发现”，“不能证明的事实就是不存在”。神兽睁着或瞪着眼的形象表征了中国能动主义的司法传统。中国古代的法官同时肩负着侦查的职能，以主动出击的方式发现犯罪是司法工作的常态。所以只有睁着眼才能发现犯罪，驱除邪恶。董宣、包公、海瑞、狄仁杰、于成龙等都是这种侦探式的法官，他们留给后世的法律故事更多地不是体现在做法官上，而是体现在做侦探上。也正因如此，“明察秋毫”“断案如神”既是中国古代法官优秀的品质，也是他们的最高的职业追求。也因为“獬豸”瞪着

眼的形象更符合监察官的工作特点——为皇帝作“耳目之臣”，监视百官，纠察检举职务犯罪，因此中国古代的御史的官服上就绣有“獬豸”的图案。

女神的眼睛是蒙着的或闭着的还表征着：作为法官，无论是神还是人都是理性不及的，他们都没有洞察事物本质、掌握终极真理的能力。既然如此，退而求其次，法官只能依据证据和程序来裁判，而不能过多地依靠法官的智慧，这样的理念支撑了西方法律程序主义的发展。而“獬豸”的眼睛是睁着的或瞪着的则表征着：优秀的法官完全可以通过自己超常的能力发现事实，区分善恶，最终实现正义，因此，司法正义的实现与否取决于法官的能力和品质。这样，证据和程序在司法中不具有至高无上的地位，而“清官”“能吏”才是解决问题的关键。由此看来，“獬豸”形象中蕴含着一种人治主义下的“清官”文化。

通过以上分析，“蒙目女神”的形象更多地表达了现代法治主义的理念，而“独角神兽”的形象则更多地体现了传统的人治主义思维。由此说来，从弘扬法治理念的角度讲，无论是审判机关还是检察机关，过分地强调“獬豸”的形象都是不妥的。法治人治暂且不论，如果单从工作方式的角度看，“蒙目女神”的形象无疑更符合现代法院文化的特点，而“独角神兽”的形象则与现代审判理念相去甚远；而蕴含能动主义思维、擅长通过主动出击的方式来发现犯罪的“獬豸”形象无疑更符合现代检察文化，而“蒙目女神”式的消极对待对于检察工作来说无异于渎职。这样看来，我们在利用“女神”和“神兽”的形象来烘托和表征司法文化时，应该在理清其内涵的基础上根据司法工作性质的不同而有所侧重和选择，否则就有可能闹出“张冠李戴”“指鹿为马”“南辕北辙”的笑话。由此说开，在当下中国，审判机关和检察机关虽同属司法机关，但实际上它们在工作方式上却存在着很大的不同。正因如此，这就意味着，在当下所进行的司法改革中，人民法院和人民检察院不应该

适用一种统一的模式，不分情况地统一适用，机械照搬某一种模式对司法工作有害无利。由此说来，正确理解“女神”文化和“獬豸”文化的内涵，进而建立一种分殊主义思维对当下的司法改革也是至关重要的。“蒙目女神”和“独角神兽”虽然在形象上保持着众多的差异，但有一点则是相同的：女神的眼睛蒙着且两只同时蒙着，獬豸的眼睛睁着且两只同时睁着。这意味着公平对待是人类善法的共同特征，是司法正当性的基础。无论是弘扬“女神”文化，还是褒奖“獬豸”精神，这一点，都是不能回避的。当下的司法改革只有牢牢地抓住这一点，才有成功的可能。

2. 为何《水浒传》之中“官司”多*

研读《水浒传》我们会发现，施耐庵先生笔下的梁山英雄虽性格各异，但大多都有相同的经历，即在上山之前往往都摊上过官司，用当下的法律术语说都经历过刑事诉讼。例如，林冲遭高俅陷害，因持刀闯入白虎节堂，吃过官司；武松替兄报仇，怒杀潘金莲、西门庆，吃过官司；杨志卖刀，被逼无奈杀了泼皮牛二，吃过官司；解珍解宝兄弟为争老虎被毛太公诬告，吃过官司；宋江因杀阎婆惜吃过官司；卢俊义因李固的陷害吃过官司；等等。像武松、宋江还不止吃了一场官司。武松替兄报仇吃了一场，被张都监陷害又吃了一场；宋江也一样，因在郓城“杀惜”吃了一场，在江州题反诗又吃了一场。

这些官司又有共同的特征。其一，大多由强势主体欺压弱势主体而引起，这里的强势主体或是官府，或是黑恶势力，或是得势的奸佞小人，如高俅、牛二、西门庆等；其二，这些势力大多通过不正当手段侵害了弱势的一方的利益，这种不正当手段或表现为诬告陷害，或表现为讹人钱财，或表现为偷人妻妾，或表现为害人性命，等等；其三，在纠纷解决中，正义的一方大多都败诉，双方大多因为官方裁判机构的介入而导致了矛盾的加剧。

* 该文原载于财新网2015年5月20日“财新名家”专栏。

用现代的观点看，也就是说，在现实中，当正义受到侵犯、公平遭到扭曲的时候，司法没能起到恢复正义的作用，更有甚者还起到了助纣为虐、推波助澜的反面作用。这就是书中数次提到的当事人“吃了一场屈官司”。当弱势群体不能通过正当的制度和程序回复心中的不平、阻止不当的侵害时，以自力的方式自救便是顺理成章的了。杀仇人、劫法场、逼上梁山、落草为寇只不过是这种自救的形式而已，但每一种自救都是以反叛当时法律的方式进行的，这种反叛从微观上说是“违法”，从宏观上说是“革命”。

从社会学的角度看，司法是继当事人和解、第三人调解、行政机关处理之后的解决社会纠纷、恢复社会正义的最后一道合法性的渠道。如果连司法都发挥不了上述功能，受害者就没有任何合法的维权之路可走了。在司法正常功能缺失的情况下，通过“以暴制暴”的私力救济方式维护自己的利益、发泄怨恨就是不可避免的。由此看来，社会有不平并不是最可怕的，最可怕的是司法不能恢复这种不平。这正如培根所说：“一次不公的司法判决比多次不法的行为为祸尤烈。不法行为弄脏的不过是水流，而不公的判决则将水源污染了。”在《水浒传》的故事中，也正是大宋朝一次次不公的裁判才把众多的英雄逼上反叛的道路。这正如该书第二回中朱武向史进哭诉的那样：“小人等三个累被官司逼迫，不得已上山落草。”

其实，许多人在没有经历官司之前都是坚定的守法主义者，比如卢俊义。宋江、吴用曾力劝他上山入伙，卢俊义不从。“卢某一身无罪，薄有家私；生为大宋人，死为大宋鬼！若不提起‘忠义’两字，今日还胡乱饮此一杯；若是说起‘忠义’来时，卢某头颈热血可以便溅此处！”何等坚决！但是摊上官司以后，立马上山。而林冲、武松、宋江等都不是摊上官司就有了“革命”的理想，而先是主动认罪服法，接受改造。这正如在野猪林林冲和差人所说的：“小人是好汉，官司既已吃

了，一世也不走！”（第8回）事实上，他们直到“火烧草料场”“血溅鸳鸯楼”“江州反诗案”之后，即又一次遭遇到或即将遭遇到不公的司法之后才彻底与大宋朝的法律决裂。由此可以看出，当时大宋朝的司法在化解社会矛盾方面是多么的糟糕！

大宋朝司法糟糕的根本原因在于腐败。首先是司法屈从权贵。这是专制社会下的通常现象。开封府衙的当案孔目孙定对林冲冤案的分析说破了其中的缘由：“谁不知高太尉当权，倚势豪强，更兼他府里无般不做。但有人小小触犯，便发来开封府，要杀便杀，要剐便剐，却不是他家官府。”（第8回）在武松的官司中，乔郗哥对武大郎的告诫也一语中的：“那西门庆须了得！打你这般二十来个，若捉他不着，干吃他一顿拳头。他又有钱有势，反告了一纸状子，你便用吃他一场官司，又没人做主，干结果了你！”（第25回）其次是行贿受贿、钱权交易。这是封建社会更为普遍的司法腐败。《水浒传》中关于这样的描写更多。在武松的官司中有这样的描写：“次日早晨，武松在厅上告禀，催逼知县拿人。谁想这官人贪图贿赂，回出骨殖并银子来，说道：‘武松，你休听外人挑拨你和西门庆做对头。这件事不明白，难以对理。’”（第26回）在卢俊义的官司中有这样的描写：“李固上下都使了钱。张孔目厅上禀说道：‘这个顽皮赖骨，不打如何肯招！’梁中书道：‘说的是！’喝叫一声：‘打！’左右公人，把卢俊义捆翻在地，不由分说，打的皮开肉绽，鲜血进流，昏晕去了三四次。”（第62回）就连林冲，也是靠其岳父“买通上下，使用财帛”，加之孙定的美言才幸免一死。（第8回）

依社会契约论的观点，国家的形成是人民让渡权利的结果。从离群索居的自然状态向由政府治理的社会状态过渡的前提，就是人民必须把一部分权利交给国家。在启蒙思想家们的笔下，首先或最应交出来的就是私力救济权，即使是在奉行“最小政府”理论的洛克那里，虽然人民向国家交出的权利是最少的，但仍要把私力救济权交出。因为这一权利

不交给政府，社会就无法保持必要的文明和稳定，一个仍然奉行“同态复仇”“血亲复仇”等丛林法则的社会是无法维系的。由此看来，一个文明社会能够维系的最低标准就是要由公共机关统一处理纠纷。也正因如此，由专门机构——法院来处理纠纷是人类文明时代的通常做法，而它化解矛盾的能力则关系到社会的稳定与繁荣。

但是，民众将这一权利交给国家是有条件的，即法院能够为其回复失去的正义。即使不能回复，也要以仲裁者的身份，依靠证据和程序，居中处理，公平裁断，给其以形式上的平等对待，即要带给他们形式上的正义。如果不能如此，即民众利用合法途径回复正义的渠道被堵塞，私力救济的方式就有可能被重新启动。梁山好汉诉诸暴力挑战法律的做法就是这种私力救济。这也正是施耐庵先生笔下“水浒英雄官司多”的真正原因。历史的教训是深刻的！

要坚定地走法治之路已经成为当代中国党、国家和人民的共识和奋斗目标，十八届四中全会“全面推进依法治国总目标”的精神又一次把这一共识深化和升华。然而，依笔者看来，当下困扰中国法治发展的最大问题莫过于司法问题。长期以来，权力干预司法、裁判不公、司法腐败、执行难等问题一直困扰着我国司法领域，其导致的结果便是司法的公信力低、化解纠纷能力弱。正因如此，近年来“信访不信法”情绪愈发高涨，拆迁工作中的“钉子户”现象越来越普遍，有些地方甚至通过“自焚”“群体性事件”的方式来维护自己的权利。这给我们敲响了警钟！

俗话说，“不平则怨，不平则鸣，不平则乱”。社会的稳定是一切问题解决的基础，而维护社会稳定的最重要环节在于司法。这正如习近平同志所说的：“公平正义是政法工作的生命线，司法机关是维护社会公平正义的最后一道防线。”“要处理好维稳和维权的关系，要把群众合理合法的利益诉求解决好，完善对维护群众切身利益具有重大作用的制

度，强化法律在化解矛盾中的权威地位，使群众由衷感到权益受到了公平对待、利益得到了有效维护。”这就是我们当下要大力推进司法体制改革的动因所在。说一千道一万，司法改革要成功，就必须要在如何提高司法化解“社会不平”的能力方面做文章。当下所进行的司法去地方化、去行政化、法官员额制、“人权司法”“阳光司法”，设立巡回法院，推行领导干部插手案件的登记备案制度等一系列改革，正是基于此而展开的。没有任何一个司法公信力缺失的国家能够建成法治社会的。当下的司法改革虽然任重而道远，但即使举步维艰，我们也只能如此，因为我们无其他路可走！

3. “一根筋”的精神与法律人的品质*

我们相信很多人对《列宁与士兵》这个故事并不陌生，因为它曾经是很多人小学时代的一篇课文。这个故事大致是这样的：

十月革命刚刚胜利，一天早晨在斯莫尔尼宫门前站岗的是新战士洛班诺夫。班长叮嘱他说：“洛班诺夫同志，你今天第一次站岗。到这里来的人很多，你的任务是检查他们的通行证。列宁同志今天要来这里开会，你千万不能让坏人混进来！”“是，班长同志。”洛班诺夫行了个军礼，“我以革命的名义保证，一定为列宁同志站好岗！”太阳越升越高，到斯莫尔尼宫来开会和办事的人真多，有工人，有士兵，有农民，还有学生。洛班诺夫认真地检查了他们的通行证。人民委员会主席列宁来了。他一边走，一边在考虑什么问题。“同志，您的通行证？”洛班诺夫拦住了他。“噢，通行证，我就拿。”列宁急忙把手伸进衣兜里拿通行证。一位来开会的同志看到洛班诺夫拦住了列宁查通行证，就生气地嚷起来：“放行吧，放行吧！他是列宁！”“对不起。”洛班诺夫严肃地说，“我没见过列宁。没有通行证，谁也不能进去！”列宁把通行证交给洛班诺夫。洛班诺夫接过来一看，果然是列宁同志。他非常不安，举手行礼说：“列宁同志，请原谅，我耽误了您的时间。”列宁握

* 该文原载于财新网2015年8月21日“财新名家”专栏。

住这位年轻战士的手，高兴地说：“你做得很对，小伙子！你对工作很负责任，谢谢！”他又回过头来对旁边那位同志说：“你不该责备他。我们就需要这样认真负责的好战士。革命纪律是每个人都应该遵守的，我也不能例外。”

这个故事原本是在歌颂革命领袖列宁同志遵守规则的可贵品质，但是现在读来，其实这个普通的士兵认真履职的精神则更是值得称道的。在一个等级森严的社会中，权力由上向下发挥作用，如果触犯了上级的权威，下级的命运是可想而知的，像洛班诺夫那样，作为一个普通的士兵能够做到无差别地执法是相当难能可贵的。在日常生活中我们常常嘲笑那些做事僵化死板的人为“一根筋”，故事中的洛班诺夫身上就体现了这样的“一根筋”精神，即严格地执行规则，在规则面前任何人都不能例外，哪怕是列宁同志。由此看来，法治的实现不仅需要领导人带头守法，更需要法律人的严格执法和公平司法，而严格的执法和公平的司法恰恰需要的就是这种“一根筋”的精神。“一根筋”的风格在生活中可能是人的缺点，对于很多职业来说可能是弱点，但对于执法者或法官来说却是一种可贵的品质。在法律适用上的机械、保守、呆板往往比灵活、圆滑、乖巧更可贵。

中国历史上著名的法官往往都被刻画成“呆板”的形象，或者表现出“怪人”的模样。比如中国古代的第一个大法官——皋陶，《荀子·非相》中说“皋陶之状，色如削瓜”；《淮南子·修务》中说：“皋陶马喙”，即面如苦瓜，长着马嘴；中国古代最优秀的法官——包拯，在文学故事中的他，脸总是黑着的，人称“黑老包”。之所以把他们刻画成这种异于常人的形象，其目的无非是要烘托他们不讲私情、刚直不阿的品格。“舍得一身剐，敢把皇帝拉下马”的海瑞，更是古怪至极、呆板透顶，黄仁宇先生在《万历十五年》一书中称之为“古怪的模范官僚”。正因他呆板，他的收入几乎不能养家，他需要自己种菜才能维持

生活，母亲过寿只能称二斤猪肉；正因为他古怪，他和同事之间几乎没有走动，通常的婚丧嫁娶也概不参加。

在这呆板、古怪形象的另一面却是严格公正的执法。相传包公有三口铜铡：“龙头铡”铡犯罪的皇亲国戚，“虎头铡”铡犯罪的文武百官，“狗头铡”铡犯罪的平民百姓，谁犯死罪就铡谁，往上敢铡皇帝的女婿，往下敢铡自己的亲侄，所以包公赢得了“包青天”的美名，成了一个“箭垛式”的人物。海瑞执法更是严格，他敢鞭笞封疆大吏胡宗宪的儿子胡公子，敢指责当朝皇帝的昏庸无道。《万历十五年》中这样写道：“海瑞的新职一经发表，直隶的很多地方官就估计到自己将会不能见容于这位古怪的上司，因而自动离职或请求他调。缙绅之家纷纷把朱漆大门改漆黑色，以免炫人眼光而求韬光养晦。住在苏州的一个宦官把他的轿夫由8人减至4人。”

西方的历史上这样的“一根筋”的法官也比比皆是。17世纪的英国大法官柯克当面回绝了国王詹姆士一世想亲自审案“玩一玩、过把瘾”的要求，在国王欲龙颜震怒之时，他撂下了一句在人类法制史上经久不衰的话语：“不错，上帝的确赋予陛下极其丰富的知识和无与伦比的天赋；但是，陛下对于英格兰王国的法律并不精通。法官要处理的案件动辄涉及臣民的生命、继承、动产或不动产，只有自然理性是不可能处理好的，更需要人工理性。法律是一门艺术，在一个人能够获得对它的认识之前，需要长期的学习和实践。”

16世纪的英国大法官托马斯·莫尔，一位空想社会主义者，一位虔诚的宗教徒，因为笃信国王无权离婚并再娶，所以他反对国王亨利八世与凯瑟琳公主离婚，并拒绝参加新王后安妮·博林的加冕典礼。他一再拒绝向国王颁布的《至尊法案》宣示，拒绝承认亨利八世为英国教会的最高首领，因为他认为国王的行行为不符合自然法和教会法。他因此而获罪并被处死。在狱中他与朋友诺福克曾有过这样的一段经典的对话：

诺福克：“在英国，谁不服从国王，就没有好结果。”

莫尔：“我已经再三思索考虑了，但是，我不能违背自己的良心。”

诺福克：“托马斯，我怕你将要付出很高的代价。”

莫尔：“自由的代价的确很高。然而，即使是最低级的奴隶，如果他肯付出代价，也能享有自由。”

由此说开去，法律人身上往往都表现出一种机械、保守主义的倾向。这种“机械”“保守”，其实是由法律人的职业特点促成的。依法办事要求法律人必须向后看，因为既定的规则只有面向“过去”才能找到；依法办事要求严格地适用规则，没有规则不能“办事”或者“办不成事”。这正如法国思想家托克维尔所说的“对法律做过特别研究的人，从工作中养成了按部就班的习惯，喜欢讲究规范，对观念之间的有规律联系有一种本能的爱好。这一切自然使他们特别反对革命精神和民主的轻率激情”。因此，独裁者不喜欢法律人，因为他不听话；革命者也不喜欢法律人，因为他太教条。

司法权的本质是判断权。在英语中“法官”用“Judge”一词来表述，该词又有“评判人”的意思。其实法官扮演的就是一种官方评判人的角色，即对争讼的案件，依据法律、程序、证据作出评判，确定胜负输赢。作为裁判者，其最为可贵的品质是公正。而要实现公正，首先要要求法官必须中立，即不偏不倚，其次要求法官一视同仁，即平等地适用法律。法官不是神，不能洞察事物的本质，因此他不能做到每一个案件都能还事实上的“真”，但他可以做到处处依法律办事，依程序和证据作出结论，即能做到形式上的“平”。因此司法的价值不在于“求真”，而在于“求平”，法官的伟大不在于能够发现事实，而在于能够公平地严格地适用规则，即在审判中做到不分贵贱，一断于法，不搞差别待遇，一视同仁。也就是说司法要公正，就得需要这种“一根筋”的精神，需要那些“死心眼”“想不开”的法官。法官的能说会道、善于交

往、头脑灵活、处事圆滑，带给司法的往往不是正能量，因为公正在他那里有可能得不到保障。在先前的故事中洛班诺夫的“一根筋”精神或许是源于作为一个新兵的幼稚和固执，但是从某种意义上说，在执法和司法上我们需要的恰恰是这种幼稚和固执，那种“老油条”式的灵活对公正的实现有百害而无一利！

4. 形式正义——诉讼的真谛*

因为赌博，许多人顷刻之间万贯家财化为乌有，弹指之间幸福家庭毁于一旦，所以许多人厌恶它、憎恨它，称其为“魔鬼”，视其为“毒瘤”，它被文明的社会所不齿。但赌博又极富生命力，它历史悠久，形式多样，屡禁不止，经久不衰；许多人钟情它，迷恋它，为它铤而走险，为它舍财舍命；几乎在每个社会群体中都有它生存的土壤，甚至有些地方因为赌博而闻名于世，如美国的拉斯维加斯、中国的澳门。我们不禁要追问：赌博的生命力根源何在？

当今世界上最令人激动的场面莫过于世界杯足球赛中的冠亚军争夺战了。当两支队伍苦战两个半场后仍不能决出输赢时，先是加时再战，如果还分不出胜负，便要踢点球了。点球大战开始了！那一刻全世界都为之凝固了，当决定冠亚军命运的最后一个点球踢出后，全世界沸腾了。球场上，赢得比赛的队员们欢呼雀跃，失之交臂的队员们顿足捶胸。太残酷了！一个小小的点球就决定了一支球队在世界杯上的命运，它给人的落差太大了。因此有人一直在反思：以偶然代替实力，这合理吗？

在日常生活中，我们经常采用投票或抽签的形式来决定某些事件的

* 该文原载于财新网2015年8月3日“财新名家”专栏。

结果，特别是没有其他方式或其他的方式为许多人不能接受时更要把它们作为最后选择。有的时候我们用投票的方式决定真假与对错，有的时候用抽签的形式决定财产的归属，评审委员会用投票的方式来确定学生是否获得学位，学生们以少数服从多数的原则决定谁应领取奖学金，甚至在美国总统大选中当正常途径不能确定谁应当选时，也得依靠联邦高等法院的9名大法官通过投票来表决。我们不禁要反思：多数人的决定就是真理吗？真理往往掌握在少数人手里。民主的方式就能代表公正吗？少数人的权利更需要保护。抽签的形式所确定的结果就意味着真实吗？真实拒斥偶然。既然如此，它们何以被我们用得如此普遍呢？

我来揭示其中的奥妙。赌博的生命力在于：赌场上不分长幼贵贱，身份平等，认赌服输，公平竞争；点球的合理性在于：用它决胜负，凭的是运气，运气对于每个人都是平等的，人为因素被排除在外；投票和抽签运用的普遍性在于：用它们确定结果，遵循的是“多数者得”和“中者得”的原则，这一原则适用于每个人，只要每个人符合条件都可能被确定。总之，赌博、点球、投票和抽签的共性在于它们都具有形式上的合理性，这种合理性的核心则是机会平等。这体现的正是罗尔斯的实现社会正义的差别原则的内涵：社会和经济资源分配可以不平等，但这种不平等必须与职位相连，而职位必须对所有人都开放。

由此我想到了诉讼，诉讼是现代社会中解决纠纷的最主要的途径，也是最后一道合法救济的屏障，利用它来解决纠纷是现代文明和法治社会的一大标志。人类文明之所以选择它来处理纠纷，其根本原因也在于它自身的形式合理性。诚然，诉讼的根本目标是实现社会的实质正义，重新恢复失序的社会关系，但由于人自身的局限，有时通过诉讼并不能实现真正的正义。正如哈耶克所认为的：所有人的知识都是不完全的，掌握终极真理的先知先觉的天才是不存在的，人总是处于一种相对的“无知”状态，正是存在着这种无知，才决定了人必须遵守规则。人对

某一事物的认识是依托于一定的规则和物质载体来实现的，当我们认为某事为“真”时，它并不一定真正为“真”，而只是它符合了我们认定它为“真”的规则和特征而已。比如，当我说在校园里走的人是张三，那么我头脑中就必须先有张三的一系列特征（这一系列特征就表现为一个规则），符合这一系列特征的人才能被我视之为张三。但我对张三特征的认识是不完全的，并且这种认识经常受到许多外界条件的限制和干扰，所以有时我根本无法认识张三或者经常把别人当成张三。对诉讼中的事实的认定也是如此，正是存在着这种无知和认识上的不能，立法者才在诉讼中设立了许多认识规则。诉讼中的事实是能用证据证明或以法律规则推导出来的事实，如果不能用证据证明或法律规则推导出来的“事实”，哪怕是“事实”，也不能算作“事实”。从另一个角度讲，如果法官离开了证据和法律，即使客观事实存在，通往实质正义的大道向他敞开，他也无法认知。正基于此，“谁主张谁举证”“以事实（即证据）为根据，以法律为准绳”是现代司法的根本原则。于是，我们可以这样说，诉讼之所以能作为解决社会纠纷的手段就在于它存在这种形式合理性，即在诉前设立一套认定事实、判断胜负的规则，符合规则者胜，不合规则者败，规则对一切都平等，机会为每个人都开放。在这既定的制度下，在法官中立性的主持下，只要给诉讼双方平等的充分的发言、举证和适用规则的机会，即使在诉讼中未实现实质正义或经济受损的人也往往认为这是公平的，因为每个人都有这样的认识和预期：法官对任何人在任何情况下都不能突破证据和法律来裁决；即使今天我因规则而受损，或许明天我会因规则而受益，即使这次他因规则而受益，或许下次他因规则而受损。从这个意义上说，即使中世纪时流行于欧洲的野蛮的“神明裁判”，就当时的审判水平、侦破技术和人们的认识能力而言，也有其存在合理性。因此，我们说，不能达到实质正义的司法人们是可以接受的，连形式合理性都不具有、连形式正义都不能实现的

司法则是人们不能原谅的，我们通常所说的“审判不公”“司法腐败”指的就是司法不能实现形式正义的情况。

目前我国司法存在的最大问题莫过于诉讼中形式合理性的缺失，这种缺失直接导致了民众对司法的不信任，其后果，一方面表现为许多人不愿通过诉讼来解决纠纷，另一方面表现为上访案件的数量急剧增加，同时以暴制暴的私力救济形式、甚至运用黑社会手段催要债务等现象在某些地方也多有发生。如前所述，利用诉讼解决纠纷是现代文明和法治社会的一大标志，如果欲实现司法的权威，欲将更多的纠纷纳入诉讼的轨道，消弭诉讼中的形式不合理现象是解决问题的关键所在。

5. 不宜把法官称作“公仆”^{*}

时下无论官方还是民间在表彰或称赞某个法官的时候，总是喜欢使用“公仆”这个概念，于是我们经常听到诸如这样的报道：“柔情法官公仆心——记全国法院办案标兵某某同志”“人民法官的公仆情——记‘省十佳法官’某某同志”“法官——天平下的人民公仆”“我是人民法官，应该做人民的公仆”“学习某某法官，争做人民好公仆”“法官不是啥官，是人民公仆”“一生公仆情、换得百姓心”“一份法官情，一颗公仆心”“人民的好公仆，为民办事的好法官”“还原法官本色，当好人民公仆”“殷殷法官情，拳拳公仆心”等。

笔者认为把法官称作“公仆”是非常不妥的。“公仆”，顾名思义，是指为公众提供服务的仆人，在这样的语义下，“公仆”意味着提供“服务”，意味着“主动提供服务”、还意味着“无偿地不讲代价地提供服务”。依笔者看来，这种“公仆”的理念和法官的思维与司法的工作方式相去甚远。

法院虽然也属于国家的一部分，但是它的工作方式与其他国家机关的工作方式截然不同。首先，它采取的是一种被动式的工作方式，也可以这样说，法院的大门平时是关着的，如果你不主动敲，它的大门不会

^{*} 该文原载于财新网2015年9月29日“财新名家”专栏。

主动为你敞开，在大门外即使打得你死我活，闹得人命关天，如果案件不起诉到法院，法官也可以视而不见。这正是法谚——“司法女神的眼睛是蒙着的”的真实意味，司法中的“不告不理”原则也体现于此。其次，法院所做的工作是有偿的，如果当事人不交诉讼费，法官不会为你提供裁判。也就是说，取得司法“服务”是需要付出成本的，法官不是在无偿的意义上为你服务的。

这两种工作方式使法院明显地区别于其他国家机关。一般来说，国家机关被纳税人所供养，就应该为纳税人服务，并且应该主动服务，如公安机关哪里有犯罪就应该到哪里去查办；税务机关在哪里发现偷税漏税就应该到哪里去执法，不主动作为就构成渎职。纳税人提供的税收是国家机关经费和其工作人员工资的来源，因此国家机关在为纳税人提供服务时是不需要其再交费的，如果再额外收取费用，就属于我们通常所说的乱收费，是违法行为。花了纳税人的钱，当然要为纳税人服务，因此他们应该被称为“公仆”。

法院也需要花纳税人的钱才能维持，法官却不应被称为“公仆”。司法权本质上是裁判权，法官本质上是评判人，作为评判人最可贵的品质就是公正，而公正的前提则是中立，即法官应该在当事人之间不偏不倚，居中裁断，而欲达致这种中立就得关上大门、坐在家里等着，也就是要“坐堂问案”，不能“主动服务”。试想如果法官跨出法院大门，主动“揽活”、主动推销自己的服务，那么这种中立如何能保障？公正又如何能实现？这种情况下在当事人交了费用还打不赢官司时，法官又如何和当事人交代呢？

法官不是神，而是普普通通的人，案件发生时他不在场，对于这些已经发生过的且他不在场的案件还让他来裁断，从生活的逻辑上讲，这是给法官出难题。所以法官要想在这种矛盾中完成任务，只能根据事先规定好的标准来对事实作出推断，因此法律之内的事实都是“规定性”，

也可以这样说，能够用证据证明的或能够用规则推导出来的事实才能成为法律事实，而不能够用证据证明的或用规则推导出来的事实，哪怕是“事实”（客观事实）也不能成为“事实”（法律事实）。因此在司法实践中法官的认定和客观事实不相符的情况很常见。也就是说，当事人有理但因没有证据而打不赢官司的情况并不少见。如果法官坐在家等着案件送上门来，遇到上述情况，面对当事人的质问他可以以“是你找的我，不是我找的你，欲通过司法来解决必须要有这样的预期”来回复，而如果案件是法官主动揽来的，遇到这种情况又如何和当事人交代呢？至于诉讼要交费更表明是当事人是求着法院而不是法院求着当事人。只有当事人求着法院，司法才能保持中立，如果颠倒过来，中立就无从谈起。这就是司法必须是被动的根本原因。

在人类社会的早期，人们有了纠纷往往通过“议事以制，不为刑辟”的方式进行，即由部落的首领、长老、族长等权威人物以“一案一议、案结事了”的方式来解决。这就是马克斯·韦伯笔下的“传统型权威”和“卡迪司法”。后来随着人们交往程度的加深，纠纷越来越多时，纠纷解决便日益需要专业化，于是专门为解决纠纷而存在的机构——法院就诞生了。由此看来，从人类司法产生之初就是以当事人主动找裁判者的方式进行。在传统中国，包括现在很多农村地区，有纠纷时人们仍然不习惯去找法院，而是由纠纷的当事人把村中有智慧的长者（通常称之为“学究儿”）请到家里，泡上茶、烫上酒，再请上本家族中的几位长辈亲属，通过坐下来商议的方式来评断。笔者小的时候曾经历过父母与爷爷奶奶分家的过程，就是如此。从中也可以看出裁判者应该是矜持的、被动的，是由别人请才出山的，是别人主动把案件提交给他的。

在西方的社会，法院甚至都超然于国家或公众，因为只有这样法院才能审理国家或公众作为一方当事人的案件。比如在美国，当年总统大

选戈尔 VS 布什，最后也需要联邦最高法院一锤定音；法院享有司法审查之权，能够决定各级议会所通过的法律有效与否。如果非要说法官代表国家或公众，那么他就无法作为这些案件的评判人。显然“公仆”的概念与法官的这种中立性是不符的。

由此看来，无论从司法的源头上讲还是从其本质上讲，司法都不是法官主动提供给当事人的服务，是当事人主动找法院让法官给予评判的一种活动，而法官的主动服务则可能危及公正，因此把法官称之为“公仆”是不准确的，是一种与司法规律相违背的提法。

前十年的司法，一个很重要的特征就是强调司法的能动性，强调法官要从法院走出去，要主动为经济建设服务，要为地方发展服务，由此各地法院也纷纷抛出诸多雷人的口号，如“走千村、访万户，千名法官进百企”；“变上访为下访，开展大走访、大接访”；“建立公检法联动机制”；“以法官的主动减少社会治理的被动”；等等。正是在这种理念和工作方式下，“公仆”才被定义为了优秀法官的形象和法官追求的职业目标。

当下新一轮司法改革正在推进，司法权独立行使的原则又重新得到确立，司法的去地方化、去行政化的举措也正在酝酿和实施，如最高人民法院巡回法庭、跨行政区的法院、省以下司法机关人财物统一管理实践的推进，表明当下的司法正在遵循一种与前十年司法截然不同的理念和思维方式。依笔者看来，“公仆”的称谓是与这种新的理念和思维方式不符的。树立新的理念不仅需要我们记住“新的”，还需要我们忘却“旧的”，让我们把“公仆”这种不符合司法规律的旧思维尽快地放到历史的故纸堆里吧！

6. 司法正义有赖于 “各负其责”和“各得其所”*

在当下有关司法的媒体中我们经常看到这样的报道：“某某县法官‘三秋助农’”“某法院送法下乡创和谐”“某某法院百名法官慰问百名困难群众”“下基层法官入村开展治安巡防”“某法院：扶贫结对送温暖、真心实意解民忧”“把法律送进千家万户，将和谐留在百姓身边——法官在田间地头宣讲法律”“某某法院院长走进田间地头为群众排忧解难——某院长与村民一起查看枯苗”“某检察院赴某社区开展普法宣传活动”“某检察院下乡开展法制宣传教育服务基层群众”“某检察院全身心投入扶贫济困活动”“某县检察院下乡化解社会矛盾”“某县检察院积极开展支农抗旱救灾工作”“某检察院检察长深入农村开展‘三联两访一帮’活动”等。

我国《宪法》规定，人民法院是国家的审判机关，人民检察院是国家法律监督机关，因此法院的职责在于审判，检察院的职责在于法律监督，由此看来，上面提及的活动严格说来并不属于法院或检察院的工作范围。扶贫帮困、慰问群众应该属于民政部门的工作，治安巡防应该属于公安部门的工作，送法下乡、普法宣传应该属于司法行政部门的工

* 该文原载于微信公众号“法学学术前沿”，2015年10月14日。

作，支农助农属于学习雷锋做好事！由此说来，我们的司法机关是在抢干本不属于它们职责范围内的活！

事实上，司法机关在抢干不属于自己工作的同时，不是无事可做，而是光自己的工作就忙得不可开交。例如法院，它们正面临着越来越大的受案压力，越是到基层，“案多人少”的矛盾就越突出。据统计，1979年全国法院系统的工作人员约为5.9万人，其中法官估计近4万人；2010年全国法院系统工作人员32万人，其中法官19万人；案件审理数量，1978年为61万余件，而2010年估计将超过1200万件。30多年来，法官的人数增长了近5倍，而案件数量则增长了近20倍。特别是当下，法院的案件受理方式由过去的审核制转变为现在的登记制后，案件数量迅猛增长，很多法官都在超负荷工作，往往一名法官一年要办到300多个案件，平均一天办一起案件。在当下反腐高压态势下，检察机关的工作任务也异常繁重，同样也面临着人手短缺的难题。

即使这样，近些年来民众对司法工作也不满意，司法公信力低，司法工作效率和质量不高也确实是司法领域突出的问题。既然如此，令人不解的是，在自己的工作还没有干好，在自己仍忙得焦头烂额的情况下，为何还要抢别人的活干？

古希腊哲学家柏拉图曾这样阐释正义，他认为：因为人的能力所致，每个人只能从事一种而不是多种职业，只有当人从事了一种他最适合做的工作时才能做得最好，所以社会需要分工，而社会的正义其实就是每个人从事着最适合自己的工作的状态。他把社会中的人分成统治者、军人、生产者三类，社会正义就表现为每一类人做着自己应当做的工作。比如，一个人愿意当国王，他有当国王的能力和热情，他当了国王不但能够把国家治理好，自己也身心愉悦，这就是正义！一个人愿意种庄稼，他有从事农业生产的能力和愿望，他做了农民，既能为社会多收获粮食，同时自己获得快乐，这就是正义！如果颠倒过来，即让愿意

且适合做国王的人种庄稼，而让愿意且适合种庄稼的人做国王，这个社会就不正义了。让一个愿意且适合做国王的人种庄稼，只不过是材小用而已，但让愿意且适合种庄稼的人做国王，那国家可要遭难了。俗话说，“女怕嫁错郎，男怕入错行”，中国历史上许多皇帝之所以成为昏君并不是因为他们智力低下或品行低劣，而恰恰是因为从事了一件他们不适合做或没有兴趣做的工作，他们原本可以成为出色的画家（宋徽宗赵佶）、精巧的木匠（明天启皇帝朱由校）、优秀的诗人（南唐后主李煜）、高雅的道士（明嘉靖皇帝朱厚熜）和思想深邃的佛学家（梁武帝萧衍），但因选错了职业，或落个千夫所指，或落个家败人亡！

作为一个法官，法律是他的专业，司法是他的工作场域，他在多年的审判实践中积累了丰富的经验，他最擅长的工作就是通过法律来为当事人裁断纠纷。让擅长裁判案件的人——法官来裁判案件，这本身就体现了正义。而让法官去从事本来不属于他的且自己也不擅长的业务，如普法、扶贫、维稳、帮教等工作，这反倒可能会导致别人的工作做不好，自己的业务也荒废了。

在西方世界，法官是非常神圣的职业，他守卫着社会正义的最后一道防线，他是矫正社会疾病的人，社会的公正很大程度上是通过法官来体现的，因此他进入职场之前是需要向神宣示的。正因如此，不是任何人随随便便就可以成为法官的。当初正是基于此，柯克法官才回绝了国王詹姆士一世想通过审案来消遣的提议并告诫他：“法官要处理的案件动辄涉及臣民的生命、继承、动产或不动产，只有自然理性是不可能处理好的，更需要技艺理性。法律是一门艺术，在一个人能够获得对它的认识之前，需要长期的学习和实践。”

正是为了保证这种法官任职的严肃性，西方国家建立了严格的法官选任制度。要想成为法官必须在大学接受良好的法学教育，并且通过淘汰率极高的法官任职资格考试。例如在德国，法学本科生若要取得法官