

回归本质

——陈陟云 肖启明 著——

司法改革的逻辑之维
与实践向度



法律出版社

回归本质

司法改革的逻辑之维
与实践向度

——
陈陟云 肖启明 著
——



法律出版社 LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

回归本质:司法改革的逻辑之维与实践向度 / 陈陟云, 肖启明著. —北京:法律出版社, 2015. 11
ISBN 978 - 7 - 5118 - 8612 - 5

I. ①回… II. ①陈…②肖… III. ①司法制度—体制改革—研究—中国 IV. ①D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 251492 号

回归本质:司法改革的逻辑之维与实践向度
陈陟云 肖启明 著

策划编辑 韦钦平
责任编辑 夏旭日
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
版本 2015 年 12 月第 1 版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
责任校对 王 丰
印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 20.75 字数 298 千
印次 2015 年 12 月第 1 次印刷
编辑统筹 大众出版分社
经销 新华书店
责任印制 沙 磊

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 8612 - 5

定价:42.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

王亚新*

在以“顶层设计”为特征的本轮司法改革正在全国推进之际,《回归本质:司法改革的逻辑之维与实践向度》一书适时问世,可以说是为这轮改革提供了某种程度的有力论证。本书大致采取“历史演进过程—原理或内在逻辑—对改革实践的观察—问题的指出及反思—改革的应然方向及进路”这样一个结构。第一编将司法的构成分解为主体、机构和权力等几个要素,并在中西方宏观的历史沿革演变中考察其发展历程。作者再于第二编引入中立性、专业性、亲历性和正当性等“使司法成其为司法”的基本性质,讨论这些特点具有的内容及表现,并探寻不同性质相互之间的逻辑关联。第三编先就新中国成立以来各个阶段的司法改革做了概览,但考察的重点则放在十八届三中全会以来的改革,即本轮司法改革之上。对于目前处于推行过程之中的审判权运行机制、法院人员分类管理和法院内部组织架构等方面的改革举措,以全国不同地区若干法院的实践或具体尝试为样本,通过列表、划分模式的分类描述等方式,进行了全方位的深度观察。以这样的描述观察为基础,第四编列举了成为司法改革的动因及对象,同时却又导致这种改革举步维艰的种种矛盾、冲突、错位、制约、障碍。通过分析审判程序运行机制、审判员额确定和分类管理、内设机构及其功能发挥、资源保障及外部环境等各个领域法院遇到的具体问题或难点,指出了在中立性的保持、专业性的提升、亲历性的实现、正当性的获得这些目标的追求上司法改革所面临的困境。占据相当篇幅的是第五编,其正面提示了作者关于如何完善我国司法改革的基本思路 and 具体见解。本书的最后这个部分立足于对司法本质

* 王亚新,清华大学法学院教授。



属性的理解以及观察进行状态中的改革实践之所得,从宏观与微观两个层次回应了上文指出的种种难点,针对司法改革涉及的不同领域提出了若干很有见地的对策。

本书并非学者通过相关知识的旁征博引,从学理上就司法改革应如何进行而展开的概念推演及学说论证;也不同于外部的研究者通过一般观察或田野调查,在描述有关司法改革的现象或个案基础上提炼出理论命题或形成政策建议。本书最重要的特点在于,作者就是审判人员,是在法院内承担着日常繁重的审判业务和管理工作的之余潜心研究写作而取得的成果。尤其重要的是,作者所在的佛山市中级人民法院从2009年起就提出了“审判长负责制”的改革思路,率先尝试法院人员分类管理,开始对审判权运行机制进行改革。这个思路与2013年十八届三中全会《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》中指出的“审理者裁判、裁判者负责”的改革方向不谋而合。自十八大三中全会以来,佛山中院不仅努力发展完善原来的改革思路,还进一步积极地探索了“顶层设计”提出的其他各项改革。从自身这些“亲历亲为”的改革尝试出发,再把研究的视野扩大到古今中外的相关理论和全国各地法院多种多样的改革模式,就构成了本书兼顾宏观架构和微观领域,并可能深潜于具体问题及提出相应对策的特色所在。鉴于本书的内容广泛,以下仅仅聚焦于一个具体问题,即审判权运行机制中的合议制改革,就书中提出的改革思路及操作方案稍做点评。

一般而言,直到目前为止许多法院的合议庭运行方式仍是承办法官带领跟案书记员负责案件几乎所有的业务,合议庭其他成员往往只是到开庭时才开始介入案件。以民事诉讼程序为例,承办人需要包办从阅卷、送达、保全、勘验、鉴定、证据交换、庭前调解等到开庭审理、撰写判决及相关报告等一切准备、审理、裁判及与审判活动相关的辅助事项。合议庭的其他成员(经常包括审判长)则主要只是参加庭审和合议。除了与案件的行政化审批并行不悖之外,合议庭的这种运行方式由于不易获得非承办人之外的合议庭成员实质参与,往往还伴随着审理“名合实独”及“合而不议”等可能导致合议制虚化乃至消解的现象。从本书强调的司法亲历性以及真正做到“审理者裁判、裁判者负责”等原理的角度看,合议制的虚化消解绝非一个可以忽略不计或视而不见的小问题。而佛山中院当初实施审判长负责制的一个



重要含义,就是取消合议庭中与审判长不相重合的承办人,审判长做到“亲自阅卷、亲自开庭审理、亲自撰写判决”。这项举措不仅指向案件行政化审批的消解淡化,还给合议制改革带来了新的契机或动力。实行“审判长负责制”以后,选任的审判长之下设两名合议庭法官(包括助理审判员)和两名书记员,组成一个团队共同负责办理案件。原则上,案件的阅卷、开庭和撰写判决等审理及裁判事项必须由审判长亲力亲为,而合议庭法官除了参与开庭审理并进行合议之外,还与书记员一起分工合作办理与审判相关的各项辅助及准备事项。例如,合议庭法官的工作可以从委托鉴定审计评估、外出勘验或听取证人证言等大陆法系民事诉讼中通常由所谓“受命法官”从事的业务,一直到主持整理争议焦点和庭前或庭后进行调解。正因为合议庭法官对每个案件的审理过程都可以有这样的实质性参与,到了开庭审理和庭后合议的环节,他们也更有可能在熟悉案情的基础上发挥参加审理的作用,并在合议中充分发表自己的意见。“细节决定成败”,这个小小的制度设计在促使合议制走向实质化的改革中起到了“四两拨千斤”的作用。

本书在这种改革的基础上,进一步以第二审程序必须采用的合议制为例,深入探讨完善合议审理和裁判的运行机制问题。由于法官员额制改革的实施,合议庭已不可能单纯地由审判长和一名到两名助理审判员组成。尤其在第二审程序中因人民陪审员不能作为合议庭的成员参与审理,必须由三名员额制法官组成合议庭的制度安排给苦于“案多人少”的法院已经相当窘迫的人力资源带来了更大压力。在这种情况下如何确保合议庭所有成员都能够实质性地参与审理和裁判,同时又不致影响到审判整体的效率性,就构成了一个颇为复杂的问题。针对这样的问题,除了提出扩大独任制适用范围这种更加一般的立法及政策建议之外,本书立足于民事诉讼法有关第二审程序区分迳行判决和开庭审理两种方式的规定,提出了对上诉案件进行一级和二级两次筛选的操作方案。一级筛选着重于确定适合采取迳行判决方式的二审案件,以便简化合议庭成员之间的职责安排;二级筛选则以“繁简分流”为主要依据,进一步为合议庭所有成员实质参与案件审理和更为精确的分工协作提供明确的标准。经过两次标准及层次不同的筛选,不仅可能把迳行判决的审理方式纳入更加规范的渠道,更重要的是围绕庭前准备、开庭审理、集体评议和裁判文书的形成等环节构成的整个程序过程,



可以在审判长和合议庭成员之间实行标准明确、操作简便和井然有序的分工与合作。而且法官助理和书记员等辅助人员的职责也能够划分得更加合理和清晰。这种安排有可能使合议庭每一成员都对案件的审理、合议、裁判各个环节均有实质性的参与,在此前提下同时又可实现以效率为指向的职责灵活分担与相互间有机或默契的协作。

有关合议制改革的具体安排和操作细节这里不再赘述,读者可自己阅读本书第五编第三章的相应内容。看起来,这样一个微观层面的可操作性改革相对于本书宏大的架构和丰富的内容而言,其意义似乎显得十分有限。但重要的是,关于司法改革特定领域具体问题这种有创意的探讨,其实已具备了相当程度的一般性或普遍性,并能够与宏观层次上不少重大的原理及价值相互呼应。因为对于中级人民法院以上主要审判业务为审理第二审程序案件的所有法院来讲,相信本书所提供或建议的合议制改革方案应该具有较高的通用性。而合议制作为审判权运行机制改革的一个重要环节,不仅牵涉到同一案件审理和裁判的过程中多名法官之间、法官与辅助人员之间职能与责任的分担,其与司法的亲历性和正当性等原理的关联也十分密切。类似这样“小中见大”或者“见微知著”地从具体的领域或可操作性的细节出发,却能够涉及本轮司法改革若干重大议题的亮点,在本书中并不限于一处两处。针对众多实际问题及其应对方案进行的这些细致入微的分析探讨,某种程度上也和本书前面两编的原理性考察形成了照应。

当然,读者不一定对本书就种种具体问题所做观察和提出的对策或操作方案都能表示赞同,有关司法发展一般历史的概述介绍及对基本性质的分析等内容也未必能够给人强烈的“推陈出新”之感。但是,身在司法改革第一线,时时为取得的进展成就所鼓舞,也经常因遭遇到的各种难点悖论而困惑的作者,立足于自身改革实践却又尽力放大眼界打开思路,将自己对司法改革的认真思考结晶为这样一本著作,其努力和贡献确实难能可贵。改革,仍是我们所处时代的基调之一,而司法改革作为我国走向真正的法治社会之必然路径和不可或缺的重要事业,将会持续地激励和召唤着这样的实践者与思想者。

2015年8月23日于清华园

前言

正义是社会制度的首要美德,正如真理之于思想体系。一种理论不管多么雅致和简洁,如果不是真的,就必须被抛弃或修正;同样,法律和制度不管如何高效和有序,如果不正义,就必须被改革或废除。

——罗尔斯《正义论》

1984年7月,我从北大法律系毕业,在同届毕业的二百多名同学当中,是唯一选择到基层司法机关任职的一个。转眼三十年有余,亲历了中国三十多年的司法现状和变迁,对司法现实中的困境和问题,一直保持着近距离而不曾间断的观察和思考。直到2008年年初任中院院长,改变司法工作现实困境的强烈愿望,驱使我将一些改革思考付诸实践。在推进改革的七年里,我们从上级领导、法学专家的鼓励以及与各地法院同行的交流中吸收到许多先进的思想和观念,在不断前行中根据客观实际逐步完善方案。每前进一步,我都受到一次观念洗礼,以前一些不准确的认识得以修正,一些模糊的思路逐渐清晰。特别是党的十八大召开、中央顶层设计出台以后,地方改革的方向和目标也更加明确了。2009年,佛山中院提出了以审判长负责制为核心的法院人员分类管理改革思路;2012年,在法院内部实施了审判长负责制;2013年,被最高人民法院指定为审判权运行机制改革试点单位;2014年,被广东省指定为首批司法体制改革试点单位,在机制层面健全了审判权运行机制和司法责任制,在体制层面推行了法官额制、人员分类管理、司法行政管理等多项改革。

然而,改革越深入,我越是感受到理论与实践之间的距离在扩大。实际上,当前地方司法实践在某些领域的探索已经超越了现有经验和理论的范围,我们需要全局的、系统的、先进的理论指引;司法体制改革在实践中存在的问题,也同样需要在理论中得到解释、梳理和规范。当然,学者提出的理



论、学说中,有不少观点非常富有见地,但关于司法改革的系统性理论研究并不多,对指导整体改革的逻辑体系更鲜有论及。可见,把宏观的逻辑思考,与中观的架构以及微观的细节设计紧密结合,对此全面系统地进行研究,在时至今日的司法体制改革深入进行之际,尤显必要和紧迫。

司法有其客观规律,任何与司法本质及其规律相违背的制度,借用罗尔斯的话,“不管如何高效和有序”,都是“不正义”的,应该“被改革或废除”。在司法与司法改革的逻辑关系上,司法本质决定了司法制度的顶层布局、中观架构和微观运作,进而决定了改革实践的方向和目标、方法和路径、内容和功能等具体设计。为了实现和确保公正,司法须同时具备中立性、专业性、亲历性和正当性,司法制度的构建应围绕并体现这四种属性特征。故而,我们将这四种属性从四个不同维度对改革实践的逻辑指引,称之为改革的逻辑维度。

司法的中立性。中立性是司法的核心特质,也是司法的本质属性。与行政权力不同,司法权在组织方面最大特征是独立自主性,无论是司法机构还是裁判者,从事司法裁判活动时均不受来自内部和外部的任何影响、干预或控制。而法官个体的独立,是司法中立最核心的要求。正如德国前联邦最高法院法官博德所言:“只要每个法官作为个人是独立的,则审判机构也是独立的。”这决定了我们构建司法中立的保障体系,应围绕促进和确保法官个体独立这一核心,建立实现法官身份独立、司法机构整体独立的相应制度。在以往的改革理论和实践中,人们往往更关注司法机构的整体独立性,而忽略了法官个体独立在司法中立中的核心地位,导致法院内部管理行政化长期存在,严重制约了司法工作的科学发展。遵循司法的中立性原则,我们的改革必须从去行政化入手,一是去法院内部领导与被领导的行政化,二是去上下级的行政化,三是去地方化,进而在机制上和体制上实现法官和法院的独立地位。

司法的专业性。这一属性与中立性联系紧密。独立自主的司法权需要具备高法律素养的职业法官,否则会造成人为的司法不公;同时,只有实现高度的法官职业化,形成具有相同价值取向、行为模式和道德伦理的职业传统,才能让这种职业传统凝聚成一种力量,从而赋予法官抵御外来干预的勇气和能力。因此,司法的专业性是司法公正的基础,也是司法中立的重要条



件,决定了法官队伍的建设机制和管理制度应坚持精英化和职业化的方向,在法官职业准入上实行以精英化为目标的法官员额制,建立高标准的法官遴选制度;在法官职业地位上建立权责利相统一的职业保障体系以及符合法官职业特点的法院管理制度;在法官职业培训上坚持法律实践学习和职业精神培养同步,提升司法能力,锻就司法品质。

司法的亲历性。司法权是一种判断权、衡量权和裁量权。在判断过程及结果形成方面,法官职业与医生职业最为相似。在案件审理过程中,法官必须亲自在场“望闻问切”,亲自接触离案件事实最近的证据材料,直接听取诉辩双方主张和意见,否则无法准确形成对事实认定和法律适用的内心确信,更无法对案件作出正确的判断结论;对裁判结果,必须由审理者以其直接审理的情况为依据作出,任何法官对自己未亲历审理的案件都无裁判的权力。因此,司法的亲历性原则,既要求法官亲自经历裁判活动的全过程,也是我们在审判长负责制中要求的亲自阅卷、亲自庭审或提审、亲自签发法律文书,让法官的判决形成于法庭之上;还要求在审判权运行机制上去行政化,解决审、判分离的问题,实现“让审理者裁判,由裁判者负责”。由于亲历性主要作用于司法权力运行的过程,故称为司法的规程属性。

司法的正当性。司法的正当性,来自于社会对司法实体和程序、过程和结果的肯定评价,体现了司法对公平正义的追求目标,为司法的目标属性。司法权的中立性,确保了法院在社会及权力结构中的地位,实现司法的机构正当;专业性,确保了法官的高素质和高权威,实现司法的主体正当;亲历性,确保了司法权力运行符合司法规律,实现司法的过程正当。这三种属性对实现公平正义的作用,在螺旋上升中综合体现于更高层次的正当性之中。除此之外,司法的正当性还体现在司法裁判活动的公开和透明,以及权力与责任相结合的监督体系等方面,全面实现司法的程序正当,从而彻底保障司法的实体正当。

我们期望,这一逻辑理论模型能为中国今后的司法改革带来更多的具有预判性和可操作性的指引。为了尽可能使本书研究更加科学可靠,我们在写作过程中,根据实证情况不断完善和发展自己的既有思路,就一些主要观点多次与专家学者、法院同行展开探讨。在这里,要特别感谢清华大学王亚新教授为本书作序并提供宝贵指导。根据王教授的意见,我们在总结审



判权运行机制、司法责任制和人员分类管理改革试点经验的基础上,在司法理论与实践理想的架构中,加入了当前改革运作的实操部分,使得本书体例内容更加完整,提升了本书在改革现阶段的实用价值。清华大学安海涛博士对本书实践部分亦贡献不少灼见。开始构思之时,我本想由自己单独完成本书的写作,但囿于时间、精力和身体原因,只能将自己的思路理顺,交由本书的主要执笔人肖启明以及黄延丽、凌蔚来撰写。他们在工作之余笔耕十月,并根据我多次审阅后提出的意见,进行反复修正完善,终成此稿。此书的完成,严格地说,是我们佛山中院在改革过程中集体智慧的结晶。需要指出的是,本书定位于对司法改革的理论构想和实践探讨,难免会有不少纰漏和谬误。因此,躬请读者批评指正。

陈陟云

二〇一五年十一月于佛山

目 录

第一编 司法的历史变迁与演进方向

- 第一章 司法机构的演进方向:中立性地位逐步确立 / 3
 - 第一节 西方司法机构的演进 / 3
 - 第二节 中国司法机构的演进 / 8
- 第二章 司法主体的演进方向:专业性群体逐步形成 / 13
 - 第一节 西方司法主体的演进 / 13
 - 第二节 中国司法主体的演进 / 16
- 第三章 司法权力的演进方向:亲历性、正当性日渐发展 / 22
 - 第一节 司法权发展为事实认定权、法律适用权、诉讼程序指挥权 / 22
 - 第二节 司法权从权威正当发展为程序正当 / 25
- 第四章 司法演进的方向与模型 / 29
 - 第一节 司法演进的方向分析 / 29
 - 第二节 司法演进的具体模型 / 33

第二编 司法改革的逻辑之维

- 第五章 中立性 / 42
 - 第一节 中立性的理论基础——为什么司法需要中立 / 43
 - 第二节 中立性的表现形式 / 45
 - 第三节 中立性的冲突与消解 / 58



第六章 专业性 / 63

第一节 专业性的理论基础 / 64

第二节 专业性的表现形式 / 65

第三节 专业性的冲突与消解 / 73

第七章 亲历性 / 79

第一节 亲历性的理论基础 / 79

第二节 亲历性的表现形式 / 80

第三节 亲历性的冲突与消解 / 85

第八章 正当性 / 90

第一节 正当性的理论基础 / 90

第二节 正当性的表现形式 / 94

第三节 正当性的冲突与消解 / 102

第三编 司法改革的实践考察

第九章 近现代中国司法改革的脉络 / 109

第一节 新中国成立后至改革开放初期的司法改革 / 109

第二节 20 世纪 90 年代中期以后的司法改革 / 115

第三节 十八届三中全会以后的司法改革 / 119

第十章 审判权运行机制改革的样本考察 / 125

第一节 审判权运行机制改革的样本 / 125

第二节 审判权运行机制改革的样本分析 / 127

第十一章 法院人员分类管理改革的样本考察 / 135

第一节 法院人员分类管理改革的样本 / 135

第二节 法院人员分类管理改革的样本分析 / 139

第十二章 法院内部组织架构改革的样本考察 / 144

第一节 法院内部组织架构改革的样本 / 147

第二节 法院内部组织架构改革的样本分析 / 153



第四编 司法改革的困境与反思

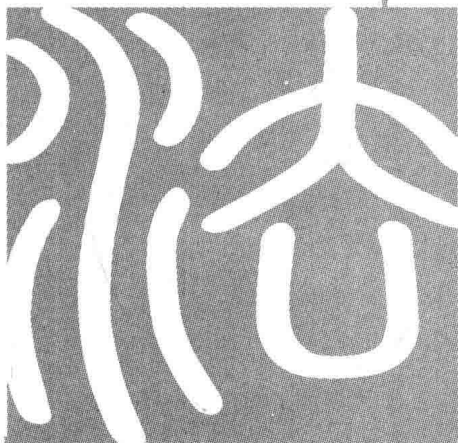
- 第十三章 中立性向度的困境与反思 / 164
 - 第一节 法院组织结构呈现地方化、行政化特征 / 164
 - 第二节 法官管理模式科层性明显 / 170
 - 第三节 审判自主权走向异质化 / 176
- 第十四章 专业性向度的困境与反思 / 183
 - 第一节 法官员额标准难以确定 / 183
 - 第二节 司法职业化改革缺乏过渡措施 / 187
 - 第三节 法官类型单一 / 191
- 第十五章 亲历性向度的困境与反思 / 195
 - 第一节 合议庭法官亲历审判活动存在困难 / 195
 - 第二节 审判委员会难以落实亲历性要求 / 199
- 第十六章 正当性向度的困境与反思 / 204
 - 第一节 司法监督体系不完全符合正当性要求 / 204
 - 第二节 司法公开功能未能充分保障司法权正当行使 / 210
 - 第三节 司法民主制度难以补强裁判正当性——以人民陪审员为视角 / 214
 - 第四节 司法资源配置不尽合理 / 216

第五编 完善我国司法改革的实践进路

- 第十七章 从中立性向度展望司法改革 / 221
 - 第一节 落实司法机构独立的宪法地位 / 221
 - 第二节 完善法官中立的制度设置 / 232
 - 第三节 司法权依法独立行使的制度设置 / 242
- 第十八章 从专业性向度展望司法改革 / 250
 - 第一节 我国法院人员分类管理的架构 / 250



- 第二节 我国法官的分级分类 / 257
- 第三节 我国法官员额制度 / 262
- 第四节 我国的法官选任、培训与退出制度 / 266
- 第五节 我国法官助理制度 / 273
- 第十九章 从亲历性向度展望司法改革 / 279
 - 第一节 独任庭的改造和完善 / 279
 - 第二节 合议庭的改造和完善 / 283
 - 第三节 审判委员会的改造和完善 / 296
- 第二十章 从正当性向度展望司法改革 / 301
 - 第一节 完善改革自身的正当程序 / 301
 - 第二节 完善诉讼机制的正当程序 / 303
 - 第三节 改革当前的司法监督体系 / 307
 - 第四节 以陪审团制度推进司法民主 / 311
 - 第五节 以司法公开保障审判权正当行使 / 314



第一编

司法的历史变迁与演进方向



【导读】

卡多佐说：“法律就像旅行一样，必须为明天做准备，它必须具备成长的原则。”司法^{〔1〕}作为人类社会发展的产物，同样经历了产生、发展和演变的历史过程。从原始的神明裁判开始，人类就通过司法驾驭自己，对自己的行为以一种外在的规范形式进行评判和约束。由此，人类改变了对自己命运的被动格局，通过主动创制或改变一种制度来改变自己。历史的车轮驶入现代以后，司法已不再是西方古老的长老裁判，更不是中国古代皋陶的那只独角神兽，普适意义上的司法已发展为与立法、行政相关联的概念。那么，作为人类用以改变自身命运的发明，我们如何能够保证司法被妥善运用而又不伤及自身？如何能够使司法适应中国现实而又符合未来变化的要求？一百多年前，我们的祖辈把西方法治的种子栽种在五千年文明的沃土里，期望有一天它能够长成枝繁叶茂的参天大树。一百多年过去了，这棵树也长起来了，但却没有长成我们心目中的模样。于是，对中国司法进行改革的呼声一直不断，各种各样的尝试也一直没有停止过，法学家们至今还在苦苦寻找“中国法律理想图景”。^{〔2〕}为了推进当前进行的司法改革实践，我们从一个当代命题的原点出发，走向历史的深处寻求答案，我们试图把司法的历史当作一个逻辑整体来分析、描述，通过溯源中西方司法机构、司法主体、司法权力的发展路径，以历史逻辑的方法研究司法的演进方向，从而窥探、发现司法内在的发展规律，找到一条通往未来的道路。

〔1〕 本书中的司法特指审判，司法机关特指审判机关，司法权特指审判权。

〔2〕 邓正来：《中国法学向何处去——建构“中国法律理想图景”时代的论纲》，商务印书馆2006年版，第2页。