

变迁与改革

法院制度现代化研究

左卫民 周长军/著

法律出版社

前 言

无论褒也罢，贬也罢，中性的谈论或者其他，法院及其活动正成为时下国人经常提及的话题，更遑论媒体中的司法话语！凡此种种，皆表征着一个凸显无疑的事实：人们越来越清楚、也越来越自觉地意识到，法院是社会正义与公平的重要栖息地，是解决纠纷和保障权利的基本社会建制。当然，由于法院建构基本指导理念上的不足以及司法腐败现象的存在，人们在情绪上又往往对法院呈现出一种矛盾心理：爱其中立的天性及其在某些方面已经发挥出来的积极功用；恨其不独立的现实以及在某些个案中亵渎正义、枉法裁判的不检点行为。套用一句古语“恨铁不成钢”来概括这种矛盾心理，应当是颇为恰当的！

当前，有关司法制度的文章与著作已出了不少。为避免重复研究，多些新意，在读者诸君下面将要看到的这本书中，我们是用一种写论文的心态来表达我们对法院制度的现代性框架以及中国法院制度从传统向现代的变革情势与前景的基本认识和态度的，不求面面俱到，自然也就难以成就煌煌巨著的厚重外观，但我们自认为在下面这本书中讨论了对中国法院制度进行改革最为重要与迫切的一些论题。当然，由于这些论题关涉到法理学、政治学、社会学等多学科的知识内容，其横向覆盖面和纵向开掘度对以诉讼法学为主业的我们来说，其难度可想而知。尽管尽了最大的努力，但其中纰漏肯定难免，恳请各位方家指正！

中国法院制度的改革正在一步步地推行着，包括下面这本书中提出的观点和作出的预测在内的所有理论表述都有待于实践的检

验，并要随着实践发展而不断地作出调整与完善，从这个意义上讲，有关法院制度的研究必然是开放的、无止境的，生动的改革实践呼唤着更丰富、更深入、更科学的研究著作问世！我们也将在今后的岁月中继续坚持对法院制度的研究，争取向读者奉献出好作品！

必须指出，这本书的完成与出版是与福特基金会的热情支持分不开的，我们要对此表示感谢。同时，我们向法律出版社的蒋浩先生表示感谢，是他的支持使本书得以顺利完成与出版。

作 者

2000年6月

Foreword

No matter whatever the comments are, whether commendatory or derogatory, courts and their activities have been a topic constantly talked about at the moment in the country, and the media has gone even further! All these have clearly indicated the fact that it is increasingly realized that courts are the final institutions to which people can resort for the determination of social justice and fairness and courts do render a fundamental mechanism whereby social disputes can be settled and people's rights can be safeguarded. People, however, have been in an ambivalent position as far as the courts are concerned, owing to the deficiency in the guiding principles with regard to structuring the courts and the corruption phenomenon observed in the judicial activities. People do honor the impartiality of the judiciary and its positive functions played in certain aspects on the one hand and they do have strong sentiments against the non-independence of the judiciary in practice and the miscarriage of justice.

Many publications focussing on the judiciary system have appeared up to now. To avoid repeated researches on the same subjects and to display more renovation concepts, we have attempted to express our ideas in the way as if we were composing a thesis about the modern framework of the judiciary and the trends in the revolutionary changes of the Chinese courts from the traditional pattern to the modern pattern. We do not strive to write a book discussing all the issues in this

field, however, most of the issues relevant to the changes or reforms in the Chinese judiciary system have been duly dealt with. As these issues involve the contents and knowledges in jurisprudence , political sciences and sociology, we do have encountered difficulties in the writing of this book because we are specialized in procedure law. Utmost efforts we have tried can hardly exclude errors which are to be corrected by readers.

Reform in the Chinese judiciary system is under way and the ideas or predictions as presented in this book still need to be tested by the real practice. In this sense researches regarding the judiciary system shall be open and endless. The vigorous reform calls for more profound and more scientific research works on judiciary system. We will make further efforts to stick to such research and will try to publish better works in the future.

We would like to take this occasion to extend our sincere and genuine gratitude to Ford Foundation whose support is indispensable for the writing and publication of this book. Meanwhile we should also thank Mr. Jiang Hao from the Law Press China because his assistance has made possible the completion and publication of this book.

Zuo Weimin

Zhou Changjun

August, 2000

目 录

导论	1
一、研究目的与意义	1
二、研究对象的界定	2
三、研究的基本路径	6
上篇 传统型与现代型法院制度之比较	
第一章 分化	22
一、分化：社会学与政治学角度的背景考察	22
二、制度理念与型构样式：分化状况之比较	24
三、制度分化之实证考察	32
第二章 独立性	36
一、司法独立的法理分析	36
二、司法独立的模式考察——传统型与现代型之比较	39
三、司法独立与司法受制	47
第三章 裁判依据	52
一、裁判依据的种类不同	52
二、法律依据的特征不同	63
第四章 程序	73
一、程序的独立性不同	73
二、程序理性化程度不一	76
三、程序的公正性不一	80

四、程序的刚性不一	82
五、程序的和平性不一	83
六、程序之主导参与主体不同	84
第五章 功能	87
一、法院功能之一般理论	87
二、直接功能与延伸性功能：两种法院制度之比较	88
第六章 专业性	106
一、现代型法院制度的专业性	106
二、传统型法院制度的非专业性	113
 中篇 法院制度的现代转型	
第七章 法院制度转型的背景与进路	117
一、文明变迁与法院制度现代化进程的普遍性	117
二、法院制度现代化的具体生成过程	134
第八章 后现代视域中的法院图景	
——对现代型法院制度的另一种反思	144
 下篇 中国法院制度现代化	
第九章 中国社会的传统型法院制度	157
一、司法职能分离的有限性	157
二、司法缺乏独立性	159
三、司法功能的单一性	161
四、司法兼具规范性与非规范性之双重性	163
五、司法程序缺乏实质重要性	166
六、专业性的缺乏	167
第十章 在传统与现代之间——二十世纪	
中国法院制度透析	170
一、中国当代法院制度的现代性	171

二、中国当代法院制度的传统性.....	180
第十一章 继续现代化及其难题——中国法院 制度改革观察.....	194
一、权力支配策略与中国法院制度改革的观念前提.....	194
二、中国法院制度继续现代化的难题.....	197
第十二章 立场与前景——中国法院制度改革展望.....	213
一、未来中国法院制度现代化的立场.....	213
二、未来中国法院制度现代化的总体目标与近期举措.....	220

Contents

Introduction ... 1
. Purpose and Significance of the Research ... 1
. Defining the Research Object ... 2
. Basic Methods for the Research ... 6

Part One

Comparison:Traditional and Modern Judiciary System

Chapter 1 Separation ... 22
. Separation:Background Studies from the Points of View of Sociology and Political Sciences ... 22
. Institutional Concepts and Patterns: Comparison on the Separation Situation ... 24
. Positive studies on Institutional seperation ... 32
Chapter 2 Independence ... 36
. Jurisprudential Studies on the Judiciary Independence ... 36
. Studies on the Patterns whereby the Judiciary Gains Independence ... 39
. Judiciary Independence and Restrictions ... 47
Chapter 3 Basis for the Judgement ... 52
. Different Basis for the Judgement ... 52

. Different Legal Basis for the Judgement	63
Chapter 4 Procedure	73
. Different Independence in the Procedures	73
. Different Rational for the Procedures	76
. Different Justice in the Procedures	80
. Different Rigidity in the Procedures	82
. Different Mildness in the Procedures	83
. Different Participants in the Procedures	84
Chapter 5 Functions	87
. General Theories on the Function of the Judiciary	87
. Direct Functions and Extended Functions:Two Types of Judiciary System	88
Chapter 6 Professionalism	106
. Professionalism in the Modern Type of Courts	106
. Non Professionalism in the Traditional Type of Courts	113

Part Two

Background against and the Path to the Transformed Judiciary System

Chapter 7 Background against and the Path to the Transformed Judiciary System	117
. Civilization and the Universality of the Modernization Process of the Judiciary System	117
. The Modernization Process of the Judiciary System	134
Chapter 8 Courts in the Post-Modern Period	144

Part Three

Modernization of the Chinese Judiciary System

Chapter 9 Traditional Judiciary System in Chinese Society	157
. Limits as Discerned in the Functions of the Judiciary System	157
. Non Independence of the Judiciary	159
. Limits of the Judicial Functions	161
. The Judiciary Possessing Normality and Abnormality	163
. The Judicial Procedure Lacking Necessary Importance	166
. Non Professionalism	167
Chapter 10 Between the Tradition and the Modernity: Analysis on the Chinese Judiciary System in the 20th.Century	170
. Modernity of the Contemporary Chinese Judiciary System ...	171
. Traditional Essence of the Contemporary Chinese Judiciary System	180
Chapter 11 The Continuing Modernization and its Problems: Observations on Reforming the Chinese Judiciary System	194
. Political Powers and the Preconditions for Reforming the Chinese Judiciary System	194
. Problems for the Continuing Modernization of the Chinese Judiciary System	197
Chapter 12 Positions and the Prospect:Future Reform in the Chinese Judiciary System	213
. Positions with regard to the Modernization of Future Reform in the Chinese Judiciary System	213

. Overall Goals for the Modernization of the Chinese
Judiciary System and the Immediate Measures to be
Taken in the Near Future 220

导 论

本书以法院制度 为研究主题，其宗旨在于从类型学的角度探讨法院制度，进而探讨中国法院制度的现代化问题。在展开论述之前，这里有必要界定和揭示本书的若干重要理论前提，以方便作者以后的讨论和读者对此主题的把握。

一、研究目的与意义

以法院制度为研究客体，主要是基于如下考虑：首先，法院制度在实践层面上具有重要意义。毫无疑问，在人类社会的各种制度中，法院制度源远流长。按照E·A·霍贝尔的观点，原始形态的法院甚至存在于初民社会之中，尽管此法院的形式特征迥异于现代社会的法院。迄今为止，法院制度的运作一直贯穿人类社会发 展进程。不仅如此，法院还具有重要作用。在现代某些国家，法院制度起着异乎寻常的作用。托克维尔在1834年访问美国时就发现并指出：在美

国际学术界通常使用司法制度这一术语意指法院制度，但在中国司法制度有广义、狭义两种含义。狭义之定义指法院制度，广义的定义则还包括公安、检察制度等，广义之定义为中国主流法律意义所认同。（参见熊先觉《中国司法制度》，法律出版社1999年版）。本文取狭义理论，但为避免误解，后文均以法院制度为标准表达话语。

[美]参见E·A·霍贝尔：《初民的法律——法的动态比较研究》，周勇译，第27页，中国社会科学出版社1993年版。

国发生的未曾解决的政治问题，迟早都会变成司法问题。所以，没有一个国家创制过像美国那样的强大司法权。同样，在历史上也曾出现过作用甚广的法院。欧洲中世纪的庄园法院、教会法院和封建领主法院均在各自管辖权区域内享有广泛的立法和行政权力，以致佩里·安德森认为司法是政治权力的中心形式。

其次，迄今为止对法院制度的研究尤其是从类型学角度的研究尚不充分。一方面，对法院制度的整体性、宏观性的研究不多。至少就中国学者而言，展开研究法院制度者实属少见（朱苏力、贺卫方等当属佼佼者）。外国学者就此问题展开研究者也不多见（马丁·夏皮罗和达马斯卡称得上其中有深入研究者）。尽管不乏优秀成果，如美籍华裔学者黄宗智对清代民事审判制度的研究，日本学者滋贺秀三、夫马进等对中国传统司法制度的研究，以及瞿同祖、张晋藩、郑秦、陈光中、沈国峰等人的相关研究。但研究还有待进一步拓展。显然在肯定现有研究价值与意义的基础上，我们还需要更加深入地展开对法院制度的宏观研究。

二、研究对象的界定

以法院制度为研究对象，当然涵括静态与动态意义上的法院制度。在此意义上，研究对象似乎相当明确，然而，细究起来问题颇多：什么是法院，或者说依据何种标准来认定某机构或人员为法院与法

[法]托克维尔：《论美国的民主》（上），董果良译，第310页，商务印书馆1991年版。

[美]伯尔曼：《法律与革命——西方法律传统的形成》，贺卫方等译，第396页，中国大百科全书出版社1993年版。

马丁·夏皮罗和达马斯卡关于法院的研究成果引人注目，罗杰·科特威尔在《法律社会学导论》一书中对马丁·夏皮罗的观点有所引证，但其精要阐述可参见台湾幼狮文化实业公司1983年出版的《政治制度与程序》一书。

此处所举学者的论述可参见黄宗智：《民事审判与民间调解：清代的表达与实践》；瞿同祖：《中国法律与中国社会》；滋贺秀三等：《明清时期的民事审判与民事契约》；陈光中、沈国峰：《中国古代司法制度》；张晋藩：《中国法律的传统与近代转型》；郑秦：《清代司法审判制度研究》等专著。

官，至今仍众说纷纭，未有定论，以致影响到研究对象的实际范围。

有一种理论认为，判定某一社会是否具备法律与法院的标准在于是否具备特许的强制力、官方的权威和常规性，如果某人得到社会认可，可以合法行使人身强制，且这种强制及相关处理是依照该社会既有的法律原则或习惯规范，那么这一社会便存在法律与法院。依此标准人类社会自形成之日起便存在法院，尽管它可能不同于现代意义上的法院。对此，E·A·霍贝尔作出了深入分析。他指出，在前文字社会中，依照上述标准可辨识出原始形态的法院，如美洲印第安人村庄的部落议事会，西非阿散蒂人由酋长、长老及其亲信组成的“法院”，它们虽然不是“职业性”法院，也不每天开庭审判，甚至不总是采取强制措施，但就总体而言，它们依然具有法院的“样式”。在某些更为极端或原始的场景中，一些明显缺乏组织性、固定性的人员亦可视作“法院”，比如，爱斯基摩人在处理杀人者时，热心社会公益的人士找到社区的全部成年男子交谈，如他们均同意处死杀人犯，他便有权以社会名义剥夺杀人者的生命。

对这种观念提出异议的主要是在一些国家包括中国长期流行的一种主流观念。它认为，国家、法律与法院是人类社会进化到一定阶段的必然产物。其产生的基本条件是由社会分化而导致的不同利益集团之间的激烈冲突与斗争，在根本上法院是服务于占据优势地位的统治集团需要的国家暴力工具。实际上，这种纯粹工具意义上的法律与法院非常类似诺内特和塞尔兹尼克所描述的压制型法。在这种法类型中，国家与法院不顾及被统治者的利益或否认它们的正统性，法律认同于国家，服从于国家利益，法律与法律机构的首要目的在于维护社会安宁，法官以刑法为关注的中心。法院的刑事制裁成为表现法律权威的典型方式。

[美]参见E·A·霍贝尔：《初民的法律——法的动态比较研究》，周勇译，第26—27页，中国社会科学出版社1993年版。

诺内特、塞尔兹尼克：《转变中的法律与社会》，张志铭译，第31—40页，中国政法大学出版社1994年版。

盛行于近现代社会的一种观念对上述两种观念均不表赞同。这种观念认为，所谓法院，应从下列方面予以判定，首先是自治性，即机构、方法与职业是否具备自治性。详言之，法院应与其他机构分离，以审判为专职，其适用法律规则时使用的论证方式不同于其他理论与实践所运用的论证方式；同时，因法律实践活动还形成一个特殊的法律职业集团，他们在相同背景下运作司法理论与实务。其次是普遍性，即法律针对着广泛确定的各种人与行为，且法院在适用法律时，不偏袒任何特定的个人、集团或阶级。再次是法定性，即并非任一纠纷处理机构都可视作法院，只有由官方与社会依明确规范认可的机构才是法院。因此，行政机关虽可能在特定情况下行使纠纷解决权如美国20世纪出现诸多有权行使“准司法权”的独立委员会，但它本身不是法院。

上述三种关于法院的界定都不无道理，但其理解也都仅是问题之一隅。依照第一种见解，法院是一种公共性权威机构，且依照常规来处理纠纷。这无疑符合我们所目睹之普遍司法现象，但它本身没有表明司法固有的政治与意识形态色彩和功能，而这正是第二种观念的精髓所在。不过，仅仅从对立与冲突、优势集团之工具的角度来界定法院也是不够的。因为其他国家力量同样行使着这些功能，仅此无法区分法院与其他国家机构的界限。第三种见解恰恰弥补此不足，它更注重分析、把握法院制度与其他制度的区别。由此，形成有关法院独特性之认识。但依此观之，则古代社会中并不存在普遍的法院制度，如此狭小地界定法院显然不符合我们对司法制度史的一般看法，也缺乏有力论证。

尼采曾言，只有非历史的存在才可能被赋予恰当的定义。上述定义争论可谓之最好的脚注。对于法院制度，我们有必要在扬弃上述见解的基础上界定其一般特征及相应工作概念，这一概念与相

昂格尔：《现代社会中的法律》第46—52页，吴玉章等译，中国政法大学出版社1994年版。

引自李强：《自由主义》第13页，中国社会科学出版社1998年版。

应标准得具有相当之普适性，可以包含为学者与社会所大致认可的司法现象，如古代司法，而不能局限于非常特定之范围，如仅以近代以来的西方法院为考察样板，或者涵盖面过广，以致将E·A·霍贝尔所说的由受害方或其亲属担任并直接实施的，没有第三方介入且仅由公众舆论支持的处理也算作法院诉讼。据此，我们以为，适当的法院特征应如此界定：首先，它以解决纠纷为根本职责。换言之，对人类社会个人、组织、国家之间所产生的各种矛盾与冲突予以裁判是法院产生并活动的前提和对象，也是法院活动区别于其他人类活动形态如物质生产、精神产品创造及国家日常管理活动的根本区别。其次，法院是具有“合法性”的社会公共权威组织。这意味着法院的裁判活动得到社会的普遍认同。换言之，社会是以明示或默许的方式赋予、承认特定机构或个人具有纠纷解决权，它可以社会整体名义行使审判权力，且可以以社会名义和公共资源来强制有关各方遵守。因此，法院解决纠纷的职能不是由任一案件当事人意志所决定的，当事人双方选择纠纷解决方式的承诺仅是法院制度产生的条件，而社会的认同与支持才是法院制度存在与运作的关键。本质上，法院制度乃是一种社会在长期发展过程中自发发生的秩序，尔后才逐渐为统治者规制为正式的制度构造。需要指出，由于近代意义的国家，也就是安东尼·吉登斯所称之“民族——国家”是15、16世纪后方在西方世界中形成，尔后逐渐扩展至全球范围的，此前之国家形态虽有诸如中国这样的“绝对主义国家”，但亦有以中世纪欧洲为典型的封建制国家，以及存在于前文字社会中的原始国家形态。在这些国家形态中，法院并不都具有现代法院那样的组织性和常规性。因而，近代以来“民族——国家”框架下的“国家法院”并未构成法院制度之一般特征，而公共权威组织的概念更适宜定义广泛的法院制度现象。再次，法院以第三者的身份与地位来处理纠纷。这是法院区别于冲突双方自行解决纠纷的各种形态如决斗、战争、命令——服从关系之

[美] 参见E·A·霍贝尔：《初民的法律——法的动态比较研究》，周勇译，第26—27页，中国社会科学出版社1993年版。