



《审判前沿观察》编委会 / 编

# 审判前沿 观察

2013年 第**2**辑 (总第13辑)

SHENPAN QIANYAN  
GUANCHA

时代的司法与公共舆论 季卫东

践行法治应当务本求真 黄祥青

上海市第一中级人民法院诉讼证据规定适用情况报告

上海市第一中级人民法院课题组

人民法院合议庭制度的改革与展望 刘言浩

法官适用比较法是否合法有利 汪琦

人民法院出版社



《审判前沿观察》编委会 / 编

# 审判前沿 观察

2013年 第**2**辑 (总第13辑)

SHENPAN QIANYAN  
GUANCHA



人民法院出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

审判前沿观察. 2013 年第 2 辑(总第 13 辑)/《审判  
前沿观察》编委会编. —北京: 人民法院出版社,  
2013. 12

ISBN 978-7-5109-0874-3

I. ①审… II. ①审… III. ①审判—研究—中国—丛  
刊 IV. ①D925.04—55

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 000592 号

## 审判前沿观察 2013 年第 2 辑 (总第 13 辑)

《审判前沿观察》编委会 编

---

责任编辑 王 婷  
出版发行 人民法院出版社  
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)  
电 话 (010) 67550617 (责任编辑) 67550558 (发行部查询)  
65223677 (读者服务部)  
网 址 <http://www.courtbook.com.cn>  
E-mail [courtpress@sohu.com](mailto:courtpress@sohu.com)  
印 刷 保定彩虹印刷有限公司  
经 销 新华书店

---

开 本 787×1092 毫米 1/16  
字 数 442 千字  
印 张 25.5  
版 次 2013 年 12 月第 1 版 2013 年 12 月第 1 次印刷  
书 号 ISBN 978-7-5109-0874-3  
定 价 48.00 元

---

版权所有 侵权必究

## 目 录

### 专家论坛

|                     |            |
|---------------------|------------|
| 新媒体时代的司法与公共舆论 ..... | 季卫东 ( 3 )  |
| 践行法治应当务本求真 .....    | 黄祥青 ( 13 ) |

### 审判实务

#### 外国法查明的实用主义路径

|                      |            |
|----------------------|------------|
| ——以涉外合同案件为考察对象 ..... | 任明艳 ( 21 ) |
|----------------------|------------|

#### 工伤认定应实现倾斜保护劳动者利益与保障保险基金使用

##### 安全的平衡

|                             |  |
|-----------------------------|--|
| ——以分析《工伤保险条例》第 19 条第 2 款适用为 |  |
|-----------------------------|--|

|          |            |
|----------|------------|
| 切入 ..... | 任静远 ( 33 ) |
|----------|------------|

#### 民事检察监督调查核实权的行使与规制路径

|                             |            |
|-----------------------------|------------|
| ——以某市中级法院审理的民事抗诉案件为样本 ..... | 王 军 ( 43 ) |
|-----------------------------|------------|

|                          |            |
|--------------------------|------------|
| 审判活动中的法律解释与司法公正的实现 ..... | 吴怡聂 ( 54 ) |
|--------------------------|------------|

#### 原始股东于分期缴纳出资期限内恶意

|                      |            |
|----------------------|------------|
| 转让股权规避执行应承担的责任 ..... | 顾首明 ( 62 ) |
|----------------------|------------|

## 新民事诉讼法施行后民事公益诉讼的理解与适用

——以民事公益诉讼与私益诉讼的比较为视角 ..... 金绍奇 (69)

## 二审行政不作为案件审理难点及对策研究

——以“诉裁一致”及“新的事实”为视角 ..... 刘智敏 (77)

## 民事诉讼中当事人陈述之证据认定难题

——以当事人有利陈述的证据认定为例外 ..... 顾 静 (86)

## 刑事诉讼中“辩审冲突”的成因探析及协调路径

——兼论从法院角度促进和谐辩审关系 ..... 钱 洋 (94)

## 专题研究

## 上海市第一中级人民法院诉讼证据规定适用情况

报告 ..... 上海市第一中级人民法院课题组 (103)

毒品再犯若干法律适用问题探析 ..... 余 剑 康 乐 (139)

公司偿债不能时股东后续出资缴付问题探析 ..... 唐荣刚 (148)

## 民商事案件诉调对接机制研究

——以上海法院实践为视角 ..... 姚夏海 (154)

展会知识产权行政执法保护研究 ..... 毛海波 (189)

全民所有制企业破产债务若干法律问题研究 ..... 于 鹏 (203)

商业秘密构成要件分析 ..... 朱秋晨 (218)

## 论民事规范对国家赔偿的补充作用

——从《民法通则》第 121 条的存废谈起 ..... 王小璇 (228)

## 改革探索

人民法院合议庭制度的改革与展望 ..... 刘言浩 (239)

|                         |           |
|-------------------------|-----------|
| 判例对司法自由裁量权的规范 .....     | 凌 捷 (249) |
| 法院文化刍议                  |           |
| ——以系统观察为视角 .....        | 王 涛 (259) |
| 新民事诉讼法行为保全制度司法适用问题研究    |           |
| ——以德国法为借鉴 .....         | 卢 颖 (268) |
| 证据收集合法性会议调查的实践与完善 ..... | 冯国波 (278) |

## 域外法制

|                     |           |
|---------------------|-----------|
| 法官适用比较法是否合法有利 ..... | 汪 琦 (289) |
|---------------------|-----------|

## 调查分析

|                     |                             |
|---------------------|-----------------------------|
| 改革中的“软着陆”：谦抑视野下民事、  |                             |
| 行政诉讼检察监督的路径选择 ..... | 颜海燕 吴慧琼 郁甲利 (309)           |
| 预付式消费模式下消费者权益保护的    |                             |
| 实证分析 .....          | 上海市第一中级人民法院民事审判第一庭课题组 (324) |

## 研讨纪实

|                             |       |
|-----------------------------|-------|
| “加强二审职能、推进适法共识”2013年第三期法官沙龙 |       |
| 研讨纪实 .....                  | (337) |
| “加强二审职能、推进适法共识”2013年第五期法官沙龙 |       |
| 活动纪实 .....                  | (347) |

|                                             |       |
|---------------------------------------------|-------|
| “加强二审职能、推进适法共识” 2013 年第六期法官沙龙<br>活动纪实 ..... | (352) |
| “加强二审职能、推进适法共识” 2013 年第七期法官沙龙<br>研讨纪实 ..... | (360) |
| 我的办案经验漫谈<br>——刘茂馥法官经验谈 .....                | (370) |
| 庭审的理念与技巧<br>——郭文龙法官经验谈 .....                | (385) |
| 《审判前沿观察》稿件技术规范 .....                        | (400) |
| 《审判前沿观察》稿约 .....                            | (402) |

## 专家论坛





## 新媒体时代的司法与公共舆论

季卫东\*

各位领导、法官朋友，早上好，感谢上海法学会以及上海市第一中级人民法院（以下简称上海一中院）的领导给我安排这样的机会与大家交流。德沃金曾经说过：“法律帝国的王子是法官。”法院与法学院只有一字之差，两者之间的交流是非常重要的。昨天在教育部开会讨论成立新一届的法学教育指导委员会时谈到法学教育的国家标准，我在发言中特别提出了法律职业教育必须有行业支撑，必须与实务部门加强交流。我们法学院希望与包括上海一中院在内的司法界各部门加强司法交流，特别是在法学教育的改革、国际化等方面，很希望听取实务部门的意见与建议，以便推动这项改革。今天正好有这个契机，我借此向大家表达我们希望得到实务界的支持、帮助的意愿。

我来到上海一中院感到非常的亲切。2001年时我曾经和日本学者带着一批日本学生来这访问过，特别要求了解的一项内容就是贵院在全国率先推出的“案件流程管理制度”，当时我们在国外非常关心该制度。陈旭前院长向我们作了介绍，我们印象很深，后来我在2004年出版的一本书中对该项制度作了非常详细的介绍。今天再次到这里来交流，我感到非常高兴。

十八大之后，法治已经成为举国上下的共识，在这个过程中大家可以看到，每天的新闻报道几乎都会涉及案件审判的相关信息。在中国这样一个缺乏法治传统的社会，审判工作成为整个社会关注的焦点，应该说是一件让人欣慰的事情。法律制度、审判制度从边缘成为中心，从这方面来讲是值得高兴的；但另外一方面，我们也看到，突然间把我们放在社会的聚光灯下，各种围绕审判的舆论越来越多，我们原来坐堂判案的工作环境发生了急骤性的变化，我们没办法不应对它。上海的法官是全国司法素质最高的，我对上海的法官、司法界的印象是非常好的。但是在这样的舆论环境下，大家也会觉

\* 上海交通大学凯原法学院院长。

得无所适从。所以上海法学会建议我讲讲舆论与司法的关系。前些年我也在其他媒体上谈过舆论对司法的影响、舆论监督以及舆论审判的负面效果，虽然有时候可能引起一些误解，但是这些观点有必要进一步讨论。最近我们看到媒体非常关注薄熙来案件的审判，还有李天一的案件，在这样一个舆论环境中，我们如何自处？我们先看看为何会演化出今天这样的局面。

首先，我们正处于一个新媒体时代，这个时代使得传播语境发生了非常大的变化。过去的传播语境是非常清楚的，存在具有权威性的公众媒体系统，它的话语权是自上而下的，有编辑、有主编、有审稿人，是一个经过慎重考虑的语言环境。但是互联网技术出现之后，信息市场条件发生了很大的变化，公众媒体的环境也发生了很大的变化。以计算机网络为媒介，每一个人都可以自由参与沟通的过程，沟通的方式包括短信、博客、微博、微信等。在这样的情况下，实际上每个人每天都处在大量的信息包围中，随时可以自由地参与信息的发布，同时也受着信息发布的影响。我是 2009 年 3 月底正式从日本回来的，刚回来的时候，我们校领导总说打电话找不到我。在日本手机非常普及，但是日本人的手机一般不像中国朋友一样随时放在手边，随时都在发信息、随时都在打电话。我发现中国的朋友每一个人手中都有一个手机，随时都在发短信，好处是中国人之间的沟通非常频繁、有效，但是从另一方面来看，如果每一个人的时间被这么多人分散掉的话，还有时间考虑问题吗？还有时间安心地做自己的事情吗？其实这个问题真是一个很大的问题。在这样一个环境中，人的时间、人的自我认同感也发生了变化。在虚拟空间中，我们每一个人形成了不同的共同体，每一个人也从属于不同的共同体，有法官的圈子、朋友的圈子、老乡的圈子等。小小的手机，使得我们享有信息技术时代的任何便利，同时也处在信息爆炸的包围之中。这样一个信息爆炸时代，使我们每个人每天都要处理大量的如洪水般有用没有用的信息，同时我们也能看到信息鸿沟的存在，如有通讯设备的人与没有通讯设备的人之间、有技术处理能力与没有技术处理能力的人之间所产生的鸿沟。我们可以想想，为什么大家都急着加入微信，因为加入与没加入微信就产生鸿沟了。有朋友劝我加入微信，我说没有时间处理微信，短信都处理不过来了，更别说微信了，他说如果你不参加的话，会被大家以为 OUT 了。每个人在沟通的过程中都有自己的偏好，都有自己的选择，我们可以发现，不同圈子的人之间的沟通有时候会有失灵的情况。比如说对于一些热点案件，网上的议论与法律人的思维明显不一样。有些人可能是站在道德的角度来分析，而法律人是站在法律的角度在分析，双方之间好像缺乏沟通。这样一个信息时代所造就的非

常多元的状况，学术上表述为“多元的无知”。不同的“元”之间缺乏足够的理解，这个时候就会互相忽视，一旦进入互相忽视的状况后，大家都会带着各自的偏见去选择沟通的对象，选择参与的范围，这个时候很容易产生沟通失灵的状况。另外，在信息洪流之中，每一个人的意见都相对化。我们知道，过去中央一个文件下来，马上传阅到基层，这个关系是非常清晰的。现在出现了各说各话的现象，就像前一阵子关于宪政的讨论，有各种不同的声音、不同的观点。这样的多元本身是好的，但会出现一种“他说他的话，我说我的话”的现象。这种现象一旦出现后就会缺乏共识，就会出现观点非常分散的状况。在这样一个过程中，如果要使自己的意见引起别人的关注，就要炒作、吸引人眼球，这种话语策略是现在普遍使用的，语不惊人死不休。前些年日本也是，不怕事情有多丑，就怕别人不知道。这可以带来一系列积极的利益效果，比如说日本有一个棒球教练，讲话粗鲁、乱七八糟的，但是有人请他上电视、参加讨论、做广告等，这种情况在中国也存在。这是一种个人行为，尤其在文艺界这种情况并不奇怪。但是从社会秩序的角度来看，很容易形成偏激共振，越是偏激的行为越会得到大家的呼应、得到别人的关注。法律，尤其是审判，特别强调理性的对话、严密的论证，这一特点导致其在上述的话语环境中的影响力相对弱化。

我们可以看到，话语本身是具有权力属性的，话语权在这样的背景下明显是下放了，传统的媒体系统被解构了，每个人以自我为中心来接收信息和发布信息，信息的作者与消费者是直接结合的。中国这种传播语境的形成，在2006年开始表现得特别典型。2006年是一个非常关键的年份，从经济上来看广东出现民工荒，是人口红利的一个转折点。该年同时也出现了一件很有趣的事情：陈凯歌花了3亿人民币制作了一部两个多小时的电影《无极》，当时他在国际社会跑来跑去试图推广这个影片，甚至想让它获得奥斯卡金像奖，但是效果不佳。而胡戈仅仅花了20天的时间把他的素材重新调整一下，制作的视频在全国引起轰动。等陈凯歌回到国内发现大家谈的不是《无极》，而是《一个馒头引起的血案》。这个事件是非常典型的话语环境颠覆的标志。陈凯歌花那么多的金钱、那么多的时间、那么豪华的阵容制作的电影，不如一个人在计算机里重新编辑后形成的视频影响力大。今年的斯诺登棱镜门案，我们可以从不同的角度解读，但是可以看到这件事无论是对美国当局还是对整个世界，都具有一系列很重要的意义。一方面，在这样的传播环境中，信息技术无孔不入，可能使个人的隐私空间不再存在，国家权力变得更强大，国家权力渗透到生活空间中，包括美国这么强调个人自由和隐私权的国家也不

例外。另一方面我们可以看到,斯诺登一个人的行为可以使国家的软实力发生如此大的变化,他通过网络、再通过公共传媒,使他个人的影响成倍地放大。另外一个更深刻的问题就是自由与安全之间的悖论。当安全成为突出问题时,自由不得不受到限制,即使在美国也出现这样的情况。在中国,我们可以看到,从稳定、安全的角度对自由予以限制似乎有了理由;但是反过来,如果我们给人民更多的安全保障,人民就可以享有更多的自由,给社会带来活力,使中国更有生机。这是一系列值得我们深思的问题。

最近大家都在讨论薄熙来案的审理,这个案件对于我们认识程序的意义很有帮助。这个案子刚刚开始审理的时候,大家都觉得一定是按事前拟定好的“脚本”来演出,没有什么悬念。后来在网络直播的过程中,所有的精密的法庭论证都通过新媒体传播出来,让法律人的理性思维在舆论的空间中产生很大影响,从此我们可以看到对薄熙来案件的讨论就和以前不一样了。可以看到,论证性的对话对我们了解事情的真相、处理问题是非常好的。通过这样一个网络直播,让大家感觉到程序的重要性。尽管薄熙来否认了对他的控诉,但我们看到他自我辩护的权利得到了保障。在整个审判过程中,他的意见得到充分的陈述、他的不满得到表达,这些都通过网络直播的方式把程序的意义表达出来。由此可见,传播语境的变化,既对我们的审判提出非常严峻的挑战,同时也提出新的可能性。

近些年来,在这样大的语境环境变化的背景下,舆论与法律之间的互动越来越频繁。例如,大家记忆犹新的孙志刚案,该案在互联网上产生了很大的影响,后来又影响到传统媒体,舆论空间与公共行为发生互动,最后影响到全国人大办公厅的发言,影响到国务院法制办对于原有强制送还规定的态度,最后导致旧法律、旧条例被废止,新条例出台。与审判有关的比较典型的如李昌奎案。舆论对审判的影响有一个渐变的过程。原来我们的审判方式与欧洲大陆总体上比较相似,与英美对抗性辩论审判有所不同。在整个社会对于公共事务参与意愿比较强烈的背景下,一方面对于审判公开的要求提升,另一方面对于司法腐败的关注加强,舆论监督被视为应对司法腐败的一个对策。1998年7月,北京一中院首次对于案件的审判进行电视实况传播,之后各地法院都有类似的举措。在我的印象中,审判向舆论公开,这应该是明显的标志性事件。在这之后围绕诉讼的报道越来越活泼化了,好处是推动司法改革时需要得到社会的理解与支持。司法需要得到社会各界的关注。2001年时任最高人民法院院长肖扬特别发表一个谈话,表示“欢迎舆论监督”。但我们也要看到,舆论监督虽然重要,但是会影响到审判的秩序。2003年广东高

院发布了限制记者进行法庭采访的规定，这是非常有道理的，在发达国家，记者不可以随便进入法庭进行采访、拍照，这样会影响法庭的严肃性、秩序性。日本关于法庭的报道也只有素描，没有现场照片。随着信息技术的发达、网民的增加，舆论对于案件的讨论日益增强，如小保姆杀人案该不该判死刑、六个警察殴人致死案，从这些案件中可以看到舆论除强扶弱，同情弱者的特征比较明显，具有情绪化、易变等特点。直到现在我国对舆论监督、舆论工作也是非常重视的，在7月4日全国高级法院院长的座谈会上，首席大法官提出要善待媒体，善用媒体，为舆论监督提供司法保障。

舆论监督在中国这样一个背景下具有重要意义。现实中我们看到案子越来越难判，李某某强奸案，舆论造成了非常大的压力，不是舆论在监督审判，而是舆论在替代审判。话语权有它的权力效力，当它具有普遍性，一时一地的民意变成普遍性的诉求时，就会形成一种压力，对当事人、对决定者都会产生压力。“文化大革命”时我们通过群众座谈会来判决案件，从一定意义上讲，那时舆论就是规范。另外舆论也有制裁效果，当它在社会上产生舆论压力，对当事人会产生制裁，从这个意义上看就变成舆论审判的问题。非常典型的就是刘涌案，舆论最后导致最高人民法院提审后直接判处死刑。当时舆论形成了强大的压力，虽然一些刑法学家从程序上、证据上提出意见，认为不能判死刑，但最后还是由最高人民法院提审后直接判处死刑。药家鑫案也是同样的情形。前些年有个司法政策是将群众满意不满意，甚至是群众的感觉作为审判的根据，这等同于法院认同可以把群众的感觉作为判决的依据，意味着法院承认舆论审判在中国的合法性，这是我认为我们面临的非常突出的问题，这个问题现在好像有愈演愈烈的趋势。

为什么舆论会成为中国司法的突出现象？通过我们对这一过程的梳理可以看出来，动机是非常好的，舆论监督是必要的，也是民主意识的表现。还有一些历史的原因。中国传统的审判中，法院的制度设计已经造成了舆论空间，因为中国传统的审判依据是一个多元的结构，如当代的法规、政策，古代的情理、法理，都是我们审判的依据。我们的法律体系与西方，特别是凯尔森所设想的那种由纯粹法律概念构成的法律体系不同。纯粹法律概念构成的法律体系是一个环环相扣，可以进行严密推理，可以从一个根本规范推演出具体规范，或者反过来能通过一个案件的审理还原到原来的法律规定的体系。当法律包含不同性质的因素，而且这些因素根据案情的不同可以互相组合、可以产生变化的时候，就没有办法进行还原了。这意味着审判很难进行预测，这种情况下法官在判案的过程中，肯定要对规范进行选择，视线必须

在法律规定、情理、政策之间来回进行掂量，导致法官的裁量权必然会比较 大，缺乏足够的约束。所以自上而下的监督是必要的，因为我们没有其他制度来限制法官的自由裁量权。反过来因为这样的监督或事后的责任追究，法官必然会倾向于事先向上级请示。另一方面，法官会考虑民情、考虑情理、考虑当地居民实际情况，所以他必然注重的是事实，而不是法律的逻辑本身。法院调查事实的权限自古就非常重要。情理如何表达？情理的表达就是舆论，或者说就是大多数人一起参加讨论，不同的视角、不同的事实、不同的规范，通过组合产生一个比较接近案件、比较接近共识的结论。中国的审判自古强调公益，强调舆论。一旦多数人参与讨论，舆论成为中国审判非常重要的因素时，当事人所面对的情境就不一样了，他不是直接面对法官，不是面对法官按照法律直接判案的环境，而是要考虑各种各样的因素。法官裁量权比较大，当事人必然会想办法去影响法官，使法官从对自己有利的方面使用自由裁量权，所以他重视的是影响法官。这时司法腐败、各种托人找关系的情况自然而然就会发生。另一方面，法官又受制于舆论空间，既然法官的裁量权比较大，就要用舆论来限制法官，当事人觉得舆论也具有重要意义，他就要影响舆论。所以我们可以看到当事人的行为要么就影响法官，要么就影响舆论，要么双管齐下，既影响法官，又动员舆论，这就会出现我们中国所面对的现实。我们现在的做法是用舆论来监督法官，因为有舆论，所以法官的裁量权更大，所以更要监督好法官，恶性循环，最后就是一笔糊涂账。我认为这是我们中国根本制度设计上有问题，可以断言采取任何司法监督的措施都不会有效果。最后往往是相对比较好的、比较老实的法官受到制裁。在这样的情况下我们就要对司法与舆论之间的关系进行宏观分析。

中国社会强调情理，强调适应这个社会的具体情况。法官在逻辑思维上重视事实认知，严密的法律推理不是我们的文化、现实所强调的。整个制度以事实为基础，强调真实主义，在这个过程中规范是相对化的，事实成为审判的重点。围绕事实的争论就是谁都可以说话，尤其是外行，他最了解事实，他可以从不同的角度提出对事实的解读，从而导致以事实为杠杆，舆论本身成为了规范。另外，对案件的审理总有一部分事实是不清的，有些事实只有当事人自己知道，需要通过客观证据、通过证据链，通过严密的论证，而不是口供使案件的事实变得更清楚。在中国传统的思路中，确保法官信息优势非常重要，判案过程中由法官自己进行调查，掌握一手资料，只有法官可以依职权全面地收集证据，了解事实，使得判决更正确，更有权威性。但这也有局限性，因此要走群众路线，让群众把信息直接传递到审判机关来。总而

言之是围绕强化法官信息优势来做的，司法鉴定中心设在法院最典型地体现出要保障法官的信息优势。这个出发点是非常好的，但是我们发现结果是发生逆转的。任何人的调查都受制于很多东西，假如事实认知功能与审判功能结合在一起就会出现逆转。在信息优势不明显的情况下，可以创造人为的信息优势，以所掌握的证据作为判决的证据。甚至是有一个判断在前面，再找一个证据证明这个判断。这些事在理论上都有可能发生，实际上我们现在发现很多冤假错案，发现了、公布了，却纠正不了，为什么呢？我认为可能与以下几个方面有关：（1）信息优势的初衷被逆转了；（2）案件是政法委、公检法等部门在一起拍板的，没有人负责任；（3）涉及国家赔偿问题，如在案件审理过程中错误将资产变卖，变卖的过程是不透明的，资产去哪不知道，最后只能将错就错。这些都只是我逻辑上的推理，但是从理论上讲是有这样的可能性的。在这种环境下，要么不出现危机，一出现危机就是整体性的危机。

回顾一下司法改革的过程，我想对这个过程中最关键的几个现象进行分析。

## 一、案件流程管理

这是我们上海一中院对全国司法改革的非常重要的贡献。在 90 年代司法改革的过程中强调的是程序化、专业化。在中国的背景下，程序公正与中国传统的责任制有很大的不同，在案件流程管理的改革过程中恰好把中国原有的因素和新的改革目标重新组合。案件流程管理官方的正式定义是：一种对审判活动各个环节的程序化控制。这就将程序变成具体、可操作的因素进行处理、推行。中国社会因为网络结构非常明显，人与人之间的互动是中国社会非常大的特点，这导致我们法律的令行禁止与西方以个人为原子化的制度设计是很不一样的，不是有法律规定就会产生法律结果，而是有一个很长的互动的过程。这个过程非常重要，由于不能进行还原化的处理，对过程的追踪管理非常重要，因此追踪管理是切合中国的实际情况的。程序正义强调审判的公开化、透明化，通过案件流程管理的方式、通过计算机系统使这个过程确实公开透明了，但是有一个问题，中国社会中由于互动过程的存在，会产生很多偶然的结果，所以事先很难有规定去规定它后面的必然结果。我们中国传统的处理方式就是看事后的处理结果，根据事后的结果来追究责任，特别强调具体经办人的责任。在一个相对化的社会、动态的社会、复杂的社



会，强调个人责任是非常有效的管理方式。把责任制及程序公正的思路结合，责任如何追究？我认为案件流程管理过程中把它细化成一系列审判质量的指标、审判效率的指标。这个系统在比较法上具有重要的贡献。英美法系采对抗式的审判方式，欧洲大陆采纠问式的审判方式，欧陆的审判方式与英美的审判方式的优劣有区别。即使欧陆法官也是公正地、严格按法律进行审理的，自由心证也是符合良心、法律精神的，但由于心证过程没有向外面公开，哪怕审判再公正，外面的人不知道，外面的人会有怀疑，会觉得里面有暗箱操作的地方，法官自由心证的过程是看不见的。英美法系中，法官相对比较消极，双方的理由、意见都公开放在那里，互相进行对抗性的辩论。可视化使公正审判的过程变得可以看得见，因此，英美法系的审判方式具有优势。中国案件流程管理就是把欧洲大陆审判过程中不可可视化的东西变得可视化，书面审理的模式也变得可视化。它的特点是行政式管理，采取的是科层式的方式，在这个过程中，对抗性辩论中出现的议论、论证性的对话是比较少的，它强调效率、法定、审理期限，论证的过程很难嵌进去。在薄熙来案件中我们可以看到另外一种审判方式，它把这个论证过程嵌进去了。我们司法改革中比较重要的案件流程管理、追踪管理，将程序与责任结合起来，以行政管理技术作为它的重要特色，在制度创新上把书面审理过程变成可视化。

## 二、电脑量刑

案件流程管理的目的是限制司法裁量权，另外一种极端的做法就是排除法官的裁量权。2003年山东省淄川区法官制作了专家系统软件进行电脑量刑，2006年又在全省范围内普及了这个软件，最高人民法院也对山东省法院的这个做法作了推荐介绍。电脑量刑的最大特点就是试图通过现代计算机技术、通过现代信息手段使法官裁量余地尽量缩小，甚至于零。这种做法在一定程度上是有益的，可以减少法规检索的成本，可以减少法条、各类信息的比较，可以对要件事实、规范性事实有比较快的把握。这个软件如果作为办公的辅助性手段是有重要意义的，但是作为量刑的工具，前提是对人脑的不相信，导致的结果是只考虑法律条文，对于公正正义、人权保障、人的生命的价值的考量等很难放进去，另外对法官的自由心证也是否定的。法官之所以需要裁量权，是因为法律的尺度是固定的，具体案件是千差万别的。法官审理案件，需要运用法律解释等法律方法。法律解释不能任意地填补法律空白，中国的法律思维就是立法的思维，这样会产生立法权的分散化、司法机关立法