

# 通往正义之路

从教科书模式到  
中国司法改革的探索

吴云著

Road to Justice

From the Textbook Model  
to China's Exploration



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

# 通往正义之路

模式到  
改革的探索

吴云著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

通往正义之路:从教科书模式到中国司法改革的探索 / 吴云著. —北京:法律出版社,2011.9  
ISBN 978-7-5118-2498-1

I. ①通… II. ①吴… 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(2011)第 182794 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/赵晓秋

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律出版社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/沙磊

开本/A5

印张/7.25 字数/156千

版本/2011年10月第1版

印次/2011年10月第1次印刷

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-2498-1

定价:26.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 前言

### 司法改革：从教科书到中国的实践

#### （一）司法改革的“教科书”和“自我探索”：东欧和中国

19 世纪以来，中国、日本和土耳其等西方文明以外的国家先后开始了大规模的西方法律制度的引进。二战以后，美国成为世界上最强大的国家，美国的法律制度在世界范围内产生了广泛而深入的影响。但是，我们看到了两个似乎矛盾的现象。

一方面，美国司法制度对于人权的保护、对于社会制度的稳定都发挥了巨大的作用。美国的标准教科书理论将美国的司法制度勾画成了这样一个图景：司法是专业性的，所以，司法要独立于民主程序，这就需要，在法官任命上采取专家推荐的方式，法官的不当行为不应当受到追究，法官可以对立法本身做出审查。在很大程度上，学术界自觉或者不自觉地将这些看作是良好司法的必要条件，甚至是充分条件。

另一方面，世界范围内两次大规模移植美国法律的努力几乎都惨痛地失败了，或者至少可以说，和人们原来的预期相去甚远。

20 世纪 60 年代，拉美国家开展了“法律与发展运动”（Law

and Development Movement)。美国专家们按照标准的教科书理论,将司法独立、分权制衡等全盘搬到了拉美国家。但是,拉美国家的司法状况却没有改善。拉美国家的地方精英将子女送到美国攻读法学院,接受系统美国法律教育。美国将自己的法律制度及其理念在这些精英中站稳了脚跟,但是,这些精英们并没有改变当地的司法状况。也许是某种安排的结果,这些国家的司法改革取得了另外一个出乎很多人意料的结果。美国的法律精英们,在受过美国训练的当地精英的配合下,让商事案件绕过本国法院管辖而选择国际仲裁形成一种惯例,这样让美国法学院培养的律师跨法系地拓展自己的法律服务,美国法不折不扣地成为跨国商事法。

20世纪90年代,随着前苏联和东欧社会主义阵营的解体,美国的司法制度再次被全盘照搬到原社会主义国家。从“华盛顿共识”极力推销的标准经济制度和法律制度到现在,已经二十多年了,这些国家的司法制度并没有明显好于走渐进式道路的中国。而且,如果考虑到和中国最有可比性的俄罗斯,我们很难说美国化的东欧司法比中国司法成功,甚至可以大胆地说,他们相比于中国的司法改革是失败的。

国际学界一直没有对这些矛盾现象予以正面回应的文章。传统比较法中虽然也曾讨论了法律移植过程为什么同样的法典在原发地和继受地会取得不同的效果,但是,这些理论没有解释法律继受地之间的不同。另外,这些理论往往是建立在法典比较之上,而没有从司法制度的角度来比较法律改革。美国研究其他国家法律的专家们,仍然是将自己的视野放在所研究的地区,拉美、东欧、中国等,并没有将这些现象放置在一个统一的理论框架里。

在本书中,作者正是沿着前人的脚步从两个层面解释和回答这些矛盾现象的。

首先,作者分析了为什么东欧国家引进美国制度的做法会失败。和以往的研究不同,作者不是从“坏学生”的角度切入的,而是从“平庸老师”的角度切入问题的。某些国家在学习先进国家的过程中,几乎总是弥漫在“仰止”的崇拜中的。“强者身上的虱子也是好虱子!”

从这些制度的输出国而言,美国的制度也许是问题最少的制度,但是绝对不是没有问题的制度。只不过,在美国的政治、经济和文化条件下,这些制度的缺陷被控制在很小的程度内。但是,这些制度移植到没有抗体的国家以后,其负面效应就不可控制地爆发出来了。举例而言,赋予法官不受制约的权力以后,法官也会倾向于腐败。美国的权力制衡把司法腐败制约在了一定空间,但是,东欧国家引进了这些制度以后,腐败的司法有了“司法独立”作为自己的保护伞,形成了体系化的和难以扼制的腐败。<sup>[1]</sup>

作者不是苛求任何国家的制度应当是完美的制度,只是要说,中国的知识精英中也普遍存在一种对于美国制度完美性的遐想,这种遐想是不负责任的。为了论证这个问题,作者分析了美国律师协会 2002 年对于美国司法满意程度的全国性调查,结果发现,美国民众对于法官过于膨胀和不受制约的权力非常反感。这个报告显示,美国有 50% 左右的民众同意或者非常同意下面这三个观点:“法官是傲慢的,是失控的,是不负责任的”,“司法激进主义(judicial activism)似乎已经到达了一个危险的境地,法官们经常性地否定人民意志,创造新的权利和忽视传统道德”,“法庭的意见必须要符合选民的价值观念,那些反复忽视这种价值观念的法官必须要被弹劾”。我还发现,那些被教科书津津乐道的“超越党派”、“司法道德”、“司法不受民主程序制约”更多的是人为勾勒的

---

[1] 详见本书第四章:“美国司法制度在东欧:神话为什么破灭”。

神话。(作者只是认为,至少不是教科书里憧憬的那样完美。)<sup>[1]</sup>

值得注意的是,美国在向世界推销自己的司法制度时,采取了一种“简化版”的策略。美国将自己联邦司法制度作为蓝本,系统总结出了一系列原则,然后让其他国家按照这个蓝本建立自己的司法制度。这种简化处理,完全片面理解了美国建国国父们的思想,也完全忽视了美国各州多样化的司法实践。举例而言,标准教科书理论坚持认为,法官是独立于民主程序之外的,所以,法官应当有权否定议会立法,法官应当由专业人士推荐产生。但是,实际上,美国很多州一直在防止司法专横,历史上美国很多州的议会就针对那些否决议会立法的法官们进行弹劾。美国各州法官的产生大部分也以民主和推荐相混合的方式,并非标准教科书上那样,法官产生是不受民主程序监控的。<sup>[2]</sup>

其次,作者通过和教科书标准理论的逐一对比,分析了中国司法改革中为什么大量不符合教科书标准理论的改革措施取得了成功。

从改革整体路径上看,中国的司法改革以解决和处理实际问题为中心,并照顾到法院系统本身实际情况,采取了渐进式和“双轨制”的改革。在改革中,改革者通过强化司法责任来抑制腐败,这一点是和标准教科书最大的差别。通过和东欧国家严重的体系化司法腐败相比,我们发现,通过强化司法责任来抑制司法腐败,可能触及了这些国家司法症结的关键点。另外,改革者以程序改革为突破点,通过完善民事司法程序,提高司法效率,提升法律专业化水平。并且,把这种程序改革和人事改革相结合,可以说,在

---

[1] 详见本书第三章:“美国司法模式的神话:缺陷最少但是缺陷很多”。

[2] 详见第三章第四节:“‘任命制法官’的神话:‘任命制法官’并不优于‘选举制法官’”。

短期内大幅度提高了司法专业化水平。

另外,改革者在改革过程中也认识到,中国司法的现实状态和理想状态相去甚远,所以,对于一些非常规的获取正义的手段态度也逐渐宽容。例如,对于那些针对法院的不满行为,采取了以解决纠纷为核心的处理理念。如果我们认为司法的重要目的是解决纠纷,那么这些独特中国现象的处理手段是一种面对现实和处理实际问题的智慧的体现。

作为本书的总结,作者认为,一个国家的发展阶段和国内的利益格局会影响或者决定这个国家司法状况和改革的方式。从国家发展阶段而言,高度的法治和高度发达的经济总是相伴随的。这注定发展中国家的司法状况很难超出其社会总体条件的约束。即使有些小国可以短期内提高自己的法治状况,但是,小国和大国系统复杂性相去甚远,即使一些改革在小国取得成功,也很难在大国取得类似的成功。因此,正如我们看到的那样,尽管世界银行和其他国际组织往往会推出很多所谓成功的范例,但是,这些范例无一例外都是小国。迄今为止,还没有哪个大国,可以能够按照教科书搞一次根本革命,即使强行为之,也鲜有效果,不是一败涂地之后重新自我探索,就是改革无法进行。作者在最后一章,对这种法治变革的一般性原理做出了一个初步的和试探性的分析。<sup>[1]</sup>

## (二)理想认识中国问题

回顾20年来的法治与十多年来司法改革的业绩、效果和不足,最核心的问题是法治取得了进展,但没有从根本上取代人治;司法改革取得了效果,但没有达到通过司法妥善治理社会的目的。不顾中国司法的现状,做“说好先生”,甚至忽视西方世界几百年

---

[1] 详见第六章:“探寻法治变革中的一般性原理”。如果条件允许,作者也打算将这两个问题分别作详尽的实证研究。



法治文明的巨大成果,这是改革中的僵化。但是,另一种倾向,也同样有害——那就是“意识形态的简单化”。

目前中国法学界在反对僵化的同时,陷入到了意识形态的简单化当中去了:要么拒绝改革,要么完全按照美国的教科书来进行改革。由于这种思路只给出了两种选择,所以,既然你不可能拒绝改革,那么,你就要全盘照搬美国的教科书。按照这种思路,在目前的条件下,建立在本国实际基础的探索性改革被人为贴上了“僵化”、“保守”和“退步”的标签。这样,即使改革措施改进了司法制度也不会得到应有的合法性地位,对于改革本身也就缺乏有建设性的讨论。

现实社会中,中国司法存在大量的腐败,而且,司法本身仍然缺乏处理社会争议应有的智慧,也没有系统树立自己权威的机会。越是面对这样的现实,意识形态的简单化就越容易泛滥,建设性举动也就越容易被淹没。

从现代社会治理的角度来讲,司法的独立、公正、清廉、具有可接近性是必需的。在承认这个前提的条件下,从权力的角度理顺关系,结合本国的实际情况来推进,从局部到整体,从具体制度安排到制度。“多谈些问题”,在解决具体问题的过程中改进中国的司法和制度,切忌将任何问题的讨论引入到意识形态的简单化争论中去。

“五千年未有之大变局”!这是李鸿章对中国近代以来所遇到挑战的精辟观察和总结。在这个过程中,汉语文明如何创造自己的新的价值体系,如何重建中国的国家哲学,这是我们所有人面临的挑战。

中国问题、科学方法、国际视野,重建中国的国家哲学!法律人天生是担当这种责任的先锋。将此书冠以“‘重建中国的国家哲学’系列”丛书,借此书以抛砖引玉,期待更多青年学子加入这一创造过程中来。

## 内容提要

传统的法律与政治学理论认为,司法独立和三权分立是现代司法制度的基石。从20世纪90年代起,东欧国家按照主流理论采取了“社会工程”式的司法改革。而1998年开始的中国司法改革则选择了与东欧国家完全相反的路径。定量分析表明,西方式的宪政模式并没有像预期的那样带来积极效果。与东欧情况相反,调查表明,中国的司法改革却取得了非常积极的效果。两种道路之间的效果反差质疑了主流宪政理论的一般性。中国式司法改革实际上为那些国情复杂的大国以及经济水平落后的国家提供了另外一种通向法治的一般性道路。

1990年以后,东欧国家按照西方的宪政模式建立了三权分立的制度,并按照西方主流标准,也就是美国模式,建立了自己的司法系统。美国式的司法独立和司法至上被全盘引入到东欧国家,并且被作为改革的重点。

但是,以司法独立为导向的司法改革并没有取得预想的积极效果。从经验观察和定量数据来看,一些措施没有明显的效果,另外一些措施甚至起到了相反的效果。

美国向外国输出的“标准”司法制度并不是美国司法制度的全景,只是美国联邦司法制度。按照这个标准理论,法院是最弱小的部门,法官是超越政治的,所以,即使是人民意志也不能影响法官的判断。因此,法官应当通过任命产生,并有任期上的保证。这样被认为可以让司法摆脱大众的情绪,也可以让法官做出更高质量的判决。随着美国在二战后的崛起,美国联邦司法制度逐渐变成了一种世界范围内的“标准”司法制度。

作者认为,东欧国家司法制度的失败,应当从制度移入国的条件和被移植制度本身来进行双向考虑。美国的司法制度可以说是世界上非常成功的制度,但是这个制度并不是一个完美的制度,只是缺陷最少的制度。这个制度的缺陷在美国背景下是可以被控制在一个可接受的范围之内;但是,这个制度一旦脱离了母体本身被植入到一个新的制度环境中,原有的约束和控制条件不存在了,制度的缺陷就会以无法预期的方式爆发出来。

从美国建国开始,反联邦党人就反对建立一个过于强大的联邦司法系统。美国州法院也存在多样化的实践。法官任命制、任职终审制只代表联邦司法系统。

美国司法系统中,法官并不像标准理论所宣传的那样是一个脱离政治和政党的“超然道德人”。相反,法官的任命过程被政治所控制,法官的判决过程也没有摆脱政治的影响。

美国制度过度强调司法独立性和至上性,已经引发了社会的大规模不满情绪,限制法官权力和加强司法责任的运动在美国兴起。

东欧国家全盘引进了美国的司法制度,但是东欧国家却没有美国相应的政治和社会基础,因此,美国制度在东欧引发了体系化的腐败。

中国则选择了另外一条与之完全不同的司法改革思路。中国的司法改革紧紧抓住了反对腐败和提高司法人员素质两个主要方向,并适时调整以适应中国社会的正义观。

首先,中国司法并不是以司法独立为导向,恰恰相反,中国的司法改革是以“强化司法责任”为特征的。

其次,中国的司法改革用双轨制的模式,逐步提高司法人员的素质和法律水平。

这些措施都取得了非常积极的效果。

中国的司法改革,是在一个经济条件落后的大国进行的创造性变革运动。如同中国“摸着石头过河”的经济改革创造了经济上的“中国的奇迹”。我们认为,中国的司法改革对于发展中国家也具有类似的普适性意义。

中国的司法改革是以一种“零星社会工程”的方式探索通往人类法治文明的新道路。

关键词:司法改革,东欧,中国

# 目 录

## 绪论 / 1

- 一、研究缘起 / 1
- 二、研究现状和意义 / 3
- 三、本书的结构和思路 / 5

## 第一章 “教科书模式”和中国的司法改革:效果反差 / 8

### 第一节 引论——司法改革的“中国奇迹”和东欧的“教科书模式” / 9

- 一、东欧司法改革的教科书模式:效果评估 / 9
- 二、司法改革的中国奇迹:社会调查数据 / 13
- 三、东欧和中国的司法公正:简单对比 / 15

### 第二节 “教科书模式”在东欧的效果检验 / 17

- 一、司法独立和腐败:经验观察和争论 / 17
- 二、东欧十三国的数据检验:标准模式和司法腐败 / 18
- 附录:关于对中国“司法公正”问卷数据的进一步说明 / 24

## 第二章 美国联邦司法制度:作为世界标准的意识形态 / 27

- 第一节 美国司法的标准模式:联邦党人以及联邦法院的实践 / 28

## 2 通往正义之路——从教科书模式到中国司法改革的探索

一、司法独立的理论基础与历史背景:民主与不信任 / 28

二、司法独立的制度保护 / 32

三、从司法独立到司法至上:违宪审查 / 37

第二节 从美国模式到世界标准 / 42

一、欧洲宪政的重构:宪法审查和司法地位的提高 / 42

二、从美国模式到世界标准 / 48

### 第三章 美国司法模式的神话:缺陷最少但是缺陷很多 / 56

第一节 标准模式的反对:反联邦党人以及美国各州的实践 / 57

一、司法独立于谁:议会与司法 / 57

二、司法是否至上:司法应当是宪法的最终解释者吗 / 60

三、美国各州的实践:美国各州议会对人民主权的维护 / 62

第二节 法官超党派的神话:“政治的司法” / 65

一、从司法审查的历史起源看“政治的司法” / 65

二、从法官任命来看“政治的司法” / 72

三、“政治的司法”的极端演绎:布什诉戈尔 / 74

第三节 “司法弱小”的神话:并非危害最小的部门 / 78

一、美国司法:并非最弱小的部门 / 79

二、美国司法:并非危害最小的部门——以斯科特案为例 / 82

第四节 “任命制法官”的神话:“任命制法官”并不优于“选举制法官” / 88

一、法官的产生的两种哲学:司法独立与司法责任 / 89

二、美国法官遴选制度:并非只有任命制和终身制 / 90

三、任命制法官的神话:任命制法官比选举制法官更加出色 / 94

四、为什么是多样化的制度探索:任务和功能决定法院的组织形式 / 96

第五节 美国司法道德优势的神话:美国人民对司法责任的探索 / 100

一、司法道德的神话:美国人民对司法责任的要求 / 102

二、激进的司法责任:取消法官的绝对豁免权 / 105

三、温和的司法责任:建立法官评价机制 / 108

### 第四章 美国司法制度在东欧:神话为什么破灭 / 111

第一节 “司法独立”何以维持:稳定的利益集团 / 112

- 一、稳定的利益集团:司法独立的推动力量 / 113
- 二、民主过程对司法独立的监控:美国宪法史上的分水岭案例 / 116
- 第二节 “司法至上”何以正当:成熟与克制的法官群体 / 123
- 第三节 美国模式在东欧 / 126
- 一、司法独立:稳定的利益集团和成熟的政治制度 / 127
- 二、司法独立与法律群体 / 128

## 第五章 中国司法改革:效果评估和经验总结 / 130

- 第一节 十年司法改革:效果概览 / 130
- 一、争论:前进还是后退 / 130
- 二、中国司法改革措施的效果:是前进而不是后退 / 133
- 第二节 司法改革的评估:资料来源和方法 / 134
- 一、资料来源及其分布 / 134
- 二、资料有效性分析 / 135
- 第三节 中国司法改革的“反司法独立”措施及其效果评估 / 137
- 一、“反司法独立”与强化司法责任:效果评估 / 137
- 二、“反司法独立”与强化司法责任:总结 / 147
- 第四节 适应中国正义观的要求:效果评估 / 148
- 一、背景:从强调司法程序到强调解决争议 / 149
- 二、效果评估:调解制度 / 152
- 三、效果评估:上访救济 / 153
- 第五节 “双轨”与“渐进”:人事制度和司法制度 / 155
- 一、法院人事制度变革的舆论背景:“复转军人进法院”的争论 / 155
- 二、法院人事制度变革:“双轨制” / 156
- 三、人员“双轨制”:评估与效果 / 157
- 第六节 中国的司法改革:经验与综合评价 / 161
- 一、总体效果评估 / 161
- 二、经验总结 / 162

## 第六章 探寻法治变革中的一般性原理 / 168

- 第一节 量化的“法治” / 168

## 4 通往正义之路——从教科书模式到中国司法改革的探索

一、法治的标准:从形式到效果 / 168

二、效果“法治”:数据和测量手段 / 171

### 第二节 中国和东欧:“效果”法治的对比 / 172

一、中国和东欧法治:简单对比 / 172

二、中国和俄罗斯法治:简单对比 / 174

### 第三节 法治中的决定性力量:一般理论探索 / 176

一、东欧国家法治程度:描述性统计 / 176

二、一般探索:法治的决定性力量 / 177

三、解释与推论 / 179

### 第四节 理论的推演:社会发展阶段和利益格局 / 184

结论:中国式道路的普遍性意义 / 188

参考文献与数据 / 192

后记:一种法学研究科学化的尝试 / 207



# 绪 论

## 一、研究缘起

1978年,中国开始了经济的改革开放。这一次经济改革,没有预先设定的蓝图,也不是按照某个经济学理论展开的,是一场“摸着石头过河”的改革。

东欧剧变以后,东欧国家按照世界主流经济学家所圈定的“华盛顿共识”为蓝图进行了“社会工程”式的激进式改革。与此同时,中国的经济改革并没有遵循主流的经济学理论。很多经济学家认为,按照主流经济学蓝图的改革将会很快超过中国。但是中国经济改革的巨大成就得到了全世界的认可,并被称为“中国的奇迹”。“中国的奇迹”也促使经济学逐渐认识到,中国的成功并不是偶然或者独特的反例,恰恰相反,中国的经济改革探索出了一条具有普适价值的经济改革模式。

在中国启动经济改革20年后,中国于1998年启动了法律领域的“司法改革”。类似于中国的经济改革,这场法律改革也不是遵循西方世界的主流理论的蓝图开展的。恰恰相反,司法改革的很多措施和主流理论正好相反。