

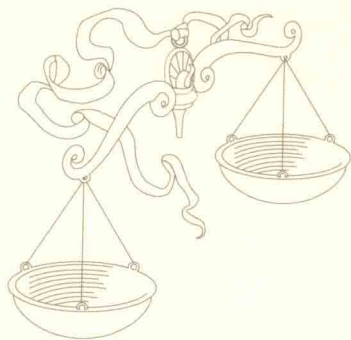
法学新视点文库
FaXue XinShiDian WenKu

LiShi LiLun Yu ShiJian
ZhongGuo GuoQing Yu SiFa GaiGe

曹全来◎著

历史、理论与实践： 中国国情与司法改革

人民法院出版社



法学新视点文库

历史、理论与实践： 中国国情与司法改革

曹全来 著

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

历史、理论与实践：中国国情与司法改革/曹全来
著. —北京：人民法院出版社，2011.8
ISBN 978-7-5109-0287-1

I. ①历… II. ①曹… 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 179692 号

历史、理论与实践：中国国情与司法改革
曹全来 著

责任编辑 范春雪
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) 67550525 (责任编辑) 67550558 (发行部查询)
65223677 (读者服务部)
网 址 <http://courtbook.com.cn>
E-mail courtpress@sohu.com
印 刷 三河市国英印务有限公司
经 销 新华书店

开 本 890×1240 毫米 A5
字 数 240 千字
印 张 10.75
版 次 2011 年 8 月第 1 版 2011 年 8 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-5109-0287-1
定 价 25.00 元

版权所有 侵权必究

《法学新视点文库》
编 委 会

主 任 万鄂湘

委 员 (以姓氏笔画为序)

王 轶	孔祥俊	刘德权	杜万华
杨立新	张卫平	陈卫东	陈兴良
罗东川	胡云腾	胡锦涛	赵秉志
姜明安	姚 辉	郭 锋	高憬宏

出版说明

中国特色社会主义法律体系已经形成，这其中包含了无数法学理论研究人员、司法工作者和万千学子的辛勤汗水与不懈努力。莘莘学子们徜徉在法学殿堂中，在各自的研究领域奉献着自己的大好年华和聪明才智。理论来源于实践，反过来理论又会指导实践。作为法律专业出版社，我们有责任也有义务把这些学术成果奉献给广大读者，传播学术研究成果，使学术成果转化成为司法实践经验和司法实践规范。为此，我们策划组织了《法学新视点文库》，将法学领域新成果结集出版，为法学研究服务，为司法实践服务。

《法学新视点文库》是一个开放的平台，主要收录法学研究新成果。凡以全新的视角进行法学研究，并有见地、有心得、有价值的新成果，均可加入其中。希望此套文库能展示法学领域每一个有识之士的新成果、新观点、新主张，为法学研究人员提供一个全新的平台，鼓励莘莘学子们不断地开拓进取，为法学研究、为司法实践、为依法治国方略的实施，充分地展示、奉献自己的才智，并在法学研究领域取得卓越的成就。

期待您的加入。

编者

2011年9月

总 序

孟子曰：“离娄之明、公输子之巧，不以规矩，不能成方圆；师旷之聪，不以六律，不能正五音；尧舜之道，不以仁政，不能平治天下。今有仁心仁闻而民不被其泽，不可法于后世者，不行先王之道也。故曰，徒善不足以为政，徒法不能以自行。”

进入 21 世纪，我国社会主义民主法制建设取得了里程碑式的重大成就——一个立足中国国情、适应改革开放和社会主义现代化建设需要、集中体现党和人民意志的，以宪法为统帅，以宪法相关法、民法商法等多个法律部门的法律为主干，由法律、行政法规、地方性法规等多个层次的法律规范构成的中国特色社会主义法律体系已经形成。中国特色社会主义法律体系，是中国特色社会主义永葆本色的法制根基，是中国特色社会主义创新实践的法制体现，是中国特色社会主义兴旺发达的法制保障，为建设富强民主文明和谐的社会主义现代化国家、实现中华民族伟大复兴奠定了坚实的法制基础。

中国特色社会主义法律体系的形成，既标志着我国立法工作站在了新的历史起点，也为人民司法事业发展提供了难得的历史机遇。公民法治意识日益增强，依法维护自身权益的愿望强烈，依法表达利益诉求的意识普遍提高，全社会学法、尊法、守法、用法的良好氛围正在形成。中国特色社会

主义法律体系是动态的、开放的、发展的，随着中国特色社会主义实践的发展而不断完善。在发展完善这一体系过程中，要加强基础理论研究，结合实际深入研究重大司法理论课题和实践问题。

任何法律的制定均以规范社会行为为目的，均须以理论研究为先导，要符合民情、国情和社会发展现状。法学理论的研究是制定法律必不可少的环节；适应国情，顺应民意，是制定法律的根本所在。在中国特色社会主义法律体系的形成中，人民法院发挥了重要作用，做出了重要贡献；在中国特色社会主义法律体系形成后，人民法院的责任更加重大，任务更加艰巨，使命更加光荣，更应当有所作为。

人民法院出版社组织出版的《法学新视点文库》，将法学研究的新成果结集出版，充分展示当今法学研究领域的新成果、新观点、新主张，为法学研究服务，为司法实践服务，为法学研究成果转化为立法服务，为广大法学理论研究人员和有志于应用法学研究的法官提供了一个全新的平台。希望我国的法学研究因此举而有所进步，也希望我国法制建设领域各位同仁切实增强责任感和使命感，与时俱进、开拓进取，脚踏实地、扎实工作，在新的历史起点上，不断创新，勇攀高峰。

是为序。

最高人民法院副院长



2011年8月

序 言

司法改革在中国由来已久。清末法制变革，司法的革新是一个重要内容；民国时期，为了尽早收回法权，司法改革也在继续；新中国成立以后，也进行了司法改革；改革开放以来，随着市场经济、法治国家与和谐社会三个领域的深刻变革，司法改革的呼声也愈来愈高。目前，我国法院系统正在推进“三五”改革。

古往今来，任何一项事业的成功，都离不开科学的理论支撑和指导。中国的司法改革事业，同样需要深入系统的理论研究。

当代中国的司法改革，具有深刻的历史、社会和政治背景。我国历史上长期实行“行政兼理司法”的国家管理模式，司法制度、司法体制和司法职业混同于行政体系之中。近代中国开始法律现代化，移植西方国家的司法制度模式，力图建立独立的司法系统，但是始终未能成功。当代中国的司法改革，从某种意义上看，是完成我国近代历史开启的法律现代化未竟之业。从社会层面看，当代中国正在从传统的农业社会，向现代工商业和信息化社会转变，这是一场深刻的、前所未有的社会变革。社会的转型要求社会管理方式的转变，从“市场

经济是法治经济”口号的提出，到权利爆炸、诉讼爆炸，再到“依法治国，建设社会主义法治国家”入宪，无不凸显法律和司法在社会管理体系中的基础性地位，“通过司法公正实现社会正义”，正在成为中国民众的一种常识。此外，在国家治理层面，法治的模式越来越得到认同，法治被认为是实现国家长治久安和保障公民权利与自由的最佳途径。上述历史、社会、政治层面的变革，都会转化为司法需求，最终要求一个全新的司法。当代中国的司法改革，就是为了适应上述变革的需要，推动中国特色社会主义司法模式的形成和完善。

曹全来博士的《历史、理论与实践：中国国情与司法改革》一书，是近年来少见的以研究当代司法改革为主题的学术专著。本书从法律史学和比较法学的角度，根据大量历史和实证材料，对我国当代司法改革的历史进程、理论基础和实践重点三个层面的问题进行了研究。作者以我国当代司法改革发生、发展的历史背景为切入点，比较深入地探讨了中国法律现代化问题、当代中国司法制度和司法改革的由来、司法权的结构和性质、司法的功能及与司法改革之间的关系、司法改革的基本理论问题、司法民主化和陪审制度、司法过程中的法律与道德、司法职业化、司法的规律、司法国情和司法模式等若干重要问题。

曹全来博士长期从事法律史学和比较法学的教学研

究，积累丰富，功底扎实，对司法改革问题尤为关注，承担和参与了多项国家级和省部级相关课题的研究任务。本书比较全面地反映了近年来学术界和实务界对司法改革问题的主要观点，也表达了作者本人的主张和看法。文中的某些观点或许仍待深入研究，但是，从整体上看，本书在学术视野、理论深度和现实基础等层面，仍堪称当代中国司法改革领域中的力作。

陈寅恪先生有言：“学术之兴替，实系吾民族精神上生死一大事者。”愿本书的学术研究和思想能够引起理论界和实务界对当代中国司法改革和法治国家建设的深入思索，为中国当代司法改革提供更加坚实的理论，更加清晰的方向。同时，我也希望本书的作者再接再厉，继续勇攀学术高峰。

是为序。

曹士兵

2011年8月1日

自序 沉淀与漂浮——司法改革 与当代中国法治的命运

一、现代国家治理图景中的“法治理想”

自近代历史以来，内忧外患的中国就开始了艰难的变革。这个过程，其实就是学界所谓“现代化”的过程。相对于西方自生的现代化国家而言，中国的现代化是后发的和外源型的。“船大掉头难”。由于中国本身是一个人口众多而惯于保守的国家，这个变革过程就显得格外艰难曲折。但是，不管怎样，面对全球化的浪潮，中国已经开启了融入世界的航程。在历史上，中华民族是一个饱经忧患的民族，这是我们的一个特点，也是一个优点。因此，笔者以为，尽管现代化的任务对于中国而言任重而道远，但我们有勇气担当起历史的重任，也有信心穿越险恶的激流，迎头赶上，完成属于这个特殊时代的特殊历史使命，而大可不必用“大历史”的遁词安慰自己，也不必为时空挤压造成的“历史三峡”而忧心忡忡。

我们这个时代是一个承前启后的过渡时期，这就是所谓社会转型。这个特点意味着，整个社会将朝着一个新的方向前进。因此，时代就给我们这一代人提出一个艰巨的任务：我们必须为接下来的社会发展提出一个规划和蓝图，这个蓝图既要符合人类历史发展的大趋势，又要符合中国自身的发展规律。这是一个无法

回避又十分艰巨的任务，然而我们责无旁贷，义不容辞。

社会的变革和法治的理想，给国家治理提出了严峻的挑战。一方面，民众受到社会环境变化的影响，在思想观念与行为方式方面均产生了深刻的变化，从而要求一种新的伦理规范和行为规范的调整；另一方面，根深蒂固的传统价值观念和制度体系仍在发挥作用。作为法学理论的研究人员，一个明确而伟大的任务摆在我们面前：中国必须摆脱历史上专制的牢笼，义无反顾地迈向法治的道路。为此，我们必须发掘通向这一伟大道路的“路线图”，为这一伟大事业确定目标和方向。

回顾历史，自英国使臣马嘎尔尼^① 1792年来到中国，觐见中

① 马嘎尔尼（Lord Macartney, 1737—1806），英国贵族，曾任驻俄公使、孟加拉总督。1792年他率领英国使团访问中国，是清乾隆年间中英两国一次重大的外交活动，是为中英两国首次正式通使，也是近代中外正式外交关系的开端。康熙二十四年（1685），清政府统一台湾，翌年，开放海禁，同时指定广州、漳州、宁波、云台山四地为对外通商口岸（一说四海关是广州次固镇、泉州厦门港、松江和宁波）。乾隆二十二年（1757），清政府下令外国商船只准在广州一口贸易，此后，又陆续制订各种严格措施，管束稽查在广州贸易的外国商人，并规定外国商人只准通过行商进行贸易。当时中国和欧美各国的贸易中英国占有最大的份额。乾隆五十七年，英政府派出以马嘎尔尼勋爵为首，由数百余人组成的庞大使团前往中国。向清政府提出了以下要求：（1）英国在北京开设使馆。（2）允许英商在舟山、宁波、天津等处贸易。（3）允许英商在北京设一货栈。（4）请于舟山附近指定一个未经设防的小岛供英商居住使用。（5）请于广州附近，准许英产同获得上述同样权利。（6）由澳门运往广州的英国货物请予免税或减税。（7）请公开中国海关税则。由于所谓礼节问题，乾隆帝坚决地拒绝了马嘎尔尼使团的全部要求。关于马嘎尔尼使团访华的情况，有马嘎尔尼所著的《1793 乾隆英使觐见记》（作者的日记）和《英使谒见乾隆纪实》（作者是使团的副使斯当东）、《停滞的帝国——两个世界的碰撞》（作者是法国作家阿兰·佩雷菲特）等书。

国皇帝乾隆帝（1711—1799）^①，中国人在中西文化的碰撞中逐渐觉醒，到清末时期，便拉开了新政的序幕。从那时起，中国人就清醒地认识到宪政和法治是拯救中国和引领中国走向富强的不二法门。为了这个民族理想，中国人民在过去的一个多世纪里进行了艰苦卓绝的探索和斗争，如今对这一真理的认识越来越清晰，实现宪政与法治的信心也越来越坚定。然而，如果说我们已经找到了通向长治久安的治世良方，恐怕还为时过早。最基本的一点，是因为我们现在生活于其中的社会，还不是一个成熟的法治社会。但是，我们这个时代的每一个公民，都对法治抱着热烈的期望，希望我们生活的社会能够朝着法治的轨道前进，最终建立一个法治的国度——对法治的追求，可谓这一时代的共同理想：无论是法官、检察官、律师，还是法律学者、法学教师，无论是对中国的未来怀抱美好期望的政府官员，还是普通老百姓，莫不如此。这种期望是未来建成法治国家的心理基础。另一方面，面对社会变革的强大压力，特别是民众对实现变革目标的强烈期望，如何制订出一份科学的法治进步“路线图”，任务既迫切而又艰巨。

当代中国的司法改革是中国法治建设的重要步骤和必由之路，

^① 爱新觉罗·弘历，生于康熙五十年（1711年）八月，卒于嘉庆四年（1799）正月，是清朝第六任皇帝，入关后的第四任皇帝。他是雍正帝第四子，属兔，康熙五十年（1711年）生于雍亲王府。雍正元年（1723年），弘历被立为太子，十一年封为和硕宝亲王，开始参与军国要务。雍正十三年（1735年），雍正去世，弘历即位，改年号乾隆。由此，他站到了当时中国社会的至高点，开始施展其“文治武功”。乾隆在位六十年，退位后又当了三年太上皇，无疾而终，终年89岁。葬于裕陵（今河北遵化西北70里昌瑞山）。谥号法天隆运至诚先觉体元立极敷文奋武钦明孝慈神圣纯皇帝，庙号高宗，史称乾隆皇帝。他60年的稳定统治，是中国封建政治、经济、文化诸方面经过漫长沉淀之后的集大成的时代。而乾隆末年，亦是清朝由盛转衰的过渡。乾隆帝执政60年后，虽禅位与其子颙琰（嘉庆），但又以太上皇的身份进行了3年统治（一说乾隆的实际统治期持续至其逝世）。所以，弘历是中国历史上执政时间最长的皇帝，实际执政63年。

我国的司法改革事业同样面临上述问题。

二、司法改革是建设法治国家的“必由之路”

在时代变革的推动下，我们的社会也正在经历一场前所未有的深刻变化：一场以法治为蓝图进行国家治理的伟大尝试。其标志之一，就是在中国社会确立一个全新的社会利益的调整机制和社会矛盾的化解机制——司法体系。新的社会机制的形成，将从根本上改变民众的社会交往方式：关于人们行为的功过是非、对错曲直，将通过司法的尺度予以衡量；人们之间的社会关系，也将以司法的法则作为最终的坐标来标记。总之，司法将成为未来社会最重要的制度规范和调整机制。

为了迎接这一重要时刻的到来，当代学者有义务对司法及其规律进行深入的研究。必须承认，从某种程度上看，司法这一事物，对于中国而言，仍然是陌生的。在中国长达数千年的封建社会，“行政兼理司法”一直是个经典的国家治理模式。这种模式固然有利于节约成本、提高效率，然而，其弊端也是显而易见的：司法程序的简化往往牺牲了当事人的正当利益；简单的法律手段使当事人的权利无法得到及时、充分的救助；在法律观念层面，追求权利被认为是不道德的“刁民”的表现；被压制的权利意识无法培育成熟的法律职业；由于缺乏系统的法律职业训练、科学的法律教育与精深的法学研究，自由、人权与秩序，始终无法通过制度、组织和观念的形式，成为社会的共识。如今，面对一个日益开放的世界，面对一个“权利爆炸”和“诉讼爆炸”的时代，这种情况必须改变。

司法体制是一个国家整个法律体系的组成部分。当代中国的

法律体系，与世界上任何其他国家相比，都是独一无二的。从传统上讲，我国的法律体系属于“中华法系”，是世界几个著名法系之一。但是，我国的法律体系在近代西方国家法律文化的影响之下，发生“转型”与变革。其最基本的方面，就是以国际化与本土化为目标，在尊重中国国情和保留中国固有传统法律文化的基础上，仿照西方大陆法系的模式建立现代部门法律体系和司法体系。新中国成立以来，我国的法律体系又受到社会主义国家特别是前苏联的影响，法律体制呈现自身的特点。改革开放以来，中国在移植外国先进法律制度和总结本国发展经验的模式下，逐渐形成目前的法律体系。这个体系，与传统中华法系不同，与西方大陆法系国家不同，与英美法系国家的法律体系更不同。即使与中国近代以来形成的中西结合的近代法律体系相比，也迥然有别。法律体系的不同，决定其中的司法体制也必然具有自身的存在规律和发展规律。由此可见，盲目借鉴和移植其他国家的制度模式，未必符合中国国情和社会需要，无法保证改革的最后成功。

当前中国的司法改革，是在占世界五分之一人口的中国进行的，其影响之巨，也是不可低估的。司法虽然是一个社会比较保守的方面，但是，它却关系到社会的安定团结和民众的思想行动。当代的中国，已经不是历史上农业文明的简单延续，民众的思想观念也发生了根本的变化。随着市场经济的发展，权利意识得到培育和发展，平等的观念也深入人心，更重要的是，法律在社会生活中的重要性日益显现——人们主要不是倚赖道德信条规范自己的行为，安排自己的生活，而是按照法律的规定来理解周围的世界和生活中的一切。其中，作为民众解决他们之间的纠纷与控制社会矛盾的基本方式，司法的重要性也随之受到越来越多的关

注。这也决定了司法改革一旦浮出水面，必将引起全社会的关注。上述情况说明，如果没有对于司法改革方案的科学论证，后果将是十分严重的。

三、司法改革呼唤科学理论指导

从某种意义说，当前中国的司法改革是史无前例的创举。当前我国的司法改革，虽然取得一些成绩，但从总体上看，与我国社会对司法的迫切要求相比，仍有相当的差距。其原因是多方面的，但最重要的，则是改革缺乏科学系统的理论指导。从一些国家司法改革的成功经验来看，科学系统的理论指导对于司法改革的最后成功，是至关重要的。

以近代英国的司法改革为例。

19 世纪上半叶，英国已经完成了工业革命。工业社会的到来意味着社会转型，严酷的社会现实导致了社会结构和人们思想观念的巨大变化，从 19 世纪 30 年代开始英国政府对政治、经济、社会、司法制度实行积极的干预政策。工业社会讲求成本和收益，提倡快节奏和高效率。但是，在 19 世纪英国进行司法改革前，作为上层建筑主要内容之一的司法制度仍带有浓厚的封建色彩：司法组织混乱，诉讼程序繁琐僵化，审判效率低下，费用高昂，警察组织不完备，监狱制度落后。司法制度中存在的这些弊端，显然与讲求效率、讲求成本和收益的工业社会不相适应。漫长的诉讼过程和高昂的诉讼费用已经成为工业社会中的人们寻求司法救济和实现正义的障碍，当事人的合法权益得不到及时有效的保护，从长远来看，这对资本主义的发展和资产阶级的利益也是不利的。提高诉讼效率、降低诉讼成本、实现社会正义已成为工业社会司

法审判的价值取向。诉讼哲学由过去的追求实质正义转变为分配正义。迫于社会公众的强大压力，适应经济和社会发展的需要，政府对不合时宜的司法制度和审判程序主动予以干预，意图以国家的力量促进这些价值的实现。在这样的背景下，19 世纪英国政府首先进行了民事司法改革。这场世纪改革主要围绕着调整司法管理体系、简化繁琐的诉讼程序、理顺普通法和衡平法两种法律体系的关系这些目标而展开。为了消除令状制度所造成的普通法法庭诉讼程序繁琐僵化的弊端，首先对令状制度进行彻底改革。令状制度的改革主要通过颁布一系列法令完成，这些法令主要是 1832 年颁布的《统一诉讼程序法》、1833 年颁布的《不动产实效法》、1833 年颁布的《民事诉讼法》以及 1852 年、1854 年分别颁布的《普通法诉讼程序法》。这些法律实施后，令状制度逐步减少使用，令状制度迅速衰亡，普通法诉讼程序繁琐而僵化的弊端得到了根本纠正。通过 1852 年《大法庭诉讼条例》和 1858 年的《衡平法修正条例》，衡平法庭的诉讼程序被大大简化。为了彻底解决普通法和衡平法二元司法体系所造成的司法组织混乱和职权交叉重叠的弊端，1873 年制定了《司法法》，合并了普通法庭和衡平法庭，建立了统一的最高法院；统一普通法和衡平法的基本原则，当两种法律原则发生冲突时，普通法原则应服从衡平法原则。这意味着法官在审判中应充分行使自由裁量权，发挥法官在审判中的主导作用，允许普通法法庭使用衡平法的诉讼程序，简化了诉讼程序，而且法官享有自由裁量权，诉讼效率高。由此重建了整个司法制度，提高了诉讼效率。

近代英国进行的司法改革，引起了政治法律界的高度关注，一批资产阶级政治法律思想家在对传统法律制度进行猛烈抨击的