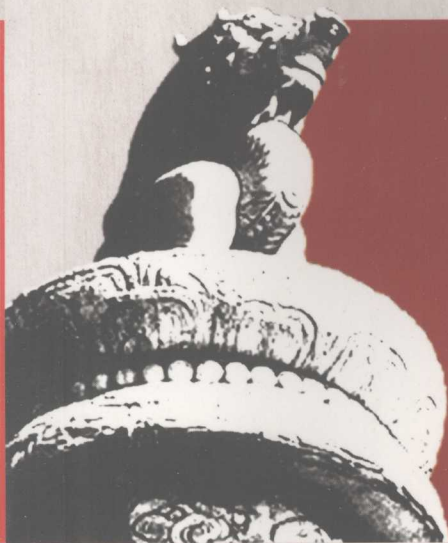


Access to Justice

张卫平 齐树洁 主编



# 司法改革 论评

Judicial Reform Review



第八辑



厦门大学出版社  
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

Access to Justice

第八辑

Judicial Reform Review

# 司法改革论评

张卫平 齐树洁 主编



厦门大学出版社  
XIAMEN UNIVERSITY PRESS



图书在版编目(CIP)数据

司法改革论评·第8辑/张卫平,齐树洁主编. —厦门:厦门大学出版社,2008.10  
ISBN 978-7-5615-3111-2

I. 司… II. ①张…②齐… III. 司法制度-体制改革-文集 IV. D916-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 161096 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门大学 邮编:361005)

<http://www.xmupress.com>

[xmup@public.xm.fj.cn](mailto:xmup@public.xm.fj.cn)

沙县方圆印刷有限公司印刷

2008年10月第1版 2008年10月第1次印刷

开本:787×1092 1/16 印张:22.75 插页:2

字数:431千字 印数:0001~2000册

定价:34.00元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

【】

## 诉权保障：民事诉讼法的最高目标 ——代卷首语

齐树洁

诉权是指当事人基于民事纠纷的发生(即民事权益受到侵害或与他人发生争议),请求法院行使审判权解决民事纠纷或保护民事权益的权利。宪法和法律赋予国民自由权、人身权和财产权等权利,同时也相应地保障国民在这些权利受到侵害或发生争议时,平等而充分地寻求诉讼救济的途径。正如法谚所云:“救济先于权利”(Remedy precedes rights);“没有救济的权利不是真正的权利”(A right without remedy is not right)。如果某一权利在受到侵犯之后,受害者根本无法诉诸司法裁判机构,也无法获得任何有效的司法救济,那么,该权利的存在将毫无意义。为此,国家有义务为国民提供司法保护,即以国家的审判权保护国民的合法权益。换言之,为实现民事诉讼的目的,必须对国民开放诉讼制度,使国民享有向国家请求利用这一制度的权能,即诉权。诉权是当事人获得司法救济,实现权利的前提和基础,也是当代社会的一项基本人权。因而,民事诉讼制度应当以诉权保障作为最高目标。

“二战”以后,民事诉权逐渐超越了单纯的诉讼法意义而实现了向宪法诉权的转型。传统的诉权概念也逐渐被接受公正审判权、裁判请求权、诉诸司法权、程序保障请求权、接近正义权、接近司法权等现代话语所取代。

2007年10月28日,十届全国人大常委会第三十次会议通过了民事诉讼法修正案,这表明我国民事诉讼法的修改在经过多年的酝酿之后,终于迈出了实质性的一步。据全国人大常委会法工委王胜明副主任的说明,这次修法主要是针对民众反映强烈的“申诉难”和“执行难”问题,对民事诉讼法中的审判监督程序

和执行程序作出修改。今后,立法机关还将对第一审普通程序、简易程序、第二审程序、涉外民事诉讼程序、公益诉讼制度、证据制度、调解制度等问题进行调研,待条件成熟时进行修改。

随着十多年来社会经济的发展和审判制度改革的深入,1991年《民事诉讼法》日益不能适应纠纷解决和司法实践的需要,其全面修改已成为当务之急。然而,从王胜明副主任的说明来看,对于民事诉讼法修改这一巨大的工程,立法机关采用的是一种“零敲碎打”的方式;而且,从立法说明中,我们未能看到有关整体性修法工作的最高目标或指导思想的任何表述。这使许多人感到失望,因为过去的实践已经证明,缺乏总体纲领的局部改革,很难避免“头痛医头、脚痛医脚”的弊端,其效果有很大的局限性。

20世纪80年代末以来,我国对司法制度进行了一系列的改革,取得了相当大的成绩。然而,由于理论准备的不足和实际经验的缺乏,许多改革措施明显带有中国改革过程常见的特点,即每一项改革措施各自分离,各自针对特定的问题,与整体制度设计无关。这些各自孤立的改革措施虽然在特定的时间里对特定的问题有一定的作用,但它们最大的问题在于无法保证整个系统的有序运转,无法使各项改革措施相互促进。这次民事诉讼法的修改再次暴露出这一问题。尽管司法改革有必要解决目前的一些迫切问题,满足人民群众对司法公正的渴望,但是,司法改革的重点应是从根本上建立一个良好的系统和结构。在这方面,英国的经验值得借鉴。

在20世纪90年代举世瞩目的民事司法改革中,英国制定了新的《民事诉讼规则》(*Civil Procedure Rules*)。1999年4月26日,新规则正式施行,此前分别适用于高等法院的《最高法院规则(1965)》和适用于郡法院的《郡法院规则(1981)》同时被废止。英国终于拥有了一部统一适用的民事诉讼法典。新规则以“接近正义”(Access to Justice)为立法目标。具体而言,这一目标包括保障当事人平等、简化诉讼程序、提高诉讼效率、降低诉讼成本、发展替代性纠纷解决方式(ADR)、合理配置司法资源、促使法院更加公正合理地解决纠纷、保障社会公众接近司法的权利等内容。新规则第1.1条明确规定了民事诉讼的最高目标:“本规则为新诉讼程序法典,其最高目标(Overriding Objective)是确保法院公正地审理案件。为公正地审理案件,应切实做到:(1)保障当事人的地位平等;(2)节省诉讼费用;(3)采取与如下因素相适应的方式审理案件:(a)案件所涉及的金额;(b)案件的重要性;(c)争议事项的复杂性;(d)各方当事人的经济状况;(4)保证高效、公平地处理案件;(5)适当地分配法院资源,并考虑其他案件配置资源的

需要。”<sup>①</sup>新规则第 1.2 条还规定：“法院在行使本规则规定的任何权力，或者对本规则进行解释时，必须尽力贯彻本规则的最高目标。”

应当指出的是，自 1998 年 12 月颁布至今，新规则经过了 46 次修改和补充（例如，2001 年增补执行程序的规定，2005 年修改小额程序的规定），似乎有点“面目全非”了。但是，由于有了最高目标的指引和制约，尽管历经数十次修改，新规则各部分之间始终相互衔接、彼此协调，可谓“前后内外，浑然一体”。

社会主义司法制度应当保障在全社会实现公平和正义。就诉讼制度而言，每一个人能否“接近”法院并获得公正的司法救济，是衡量一个国家司法水准高低和法治实现程度的重要标尺，换言之，裁判请求权的保障程度反映了一国的法治水平。诚如学者所言：“一种真正现代的司法裁判制度的基本特征之一必须是，司法能有效地为所有人接近，而不仅仅是在理论上对于所有的人可以接近。”<sup>②</sup>因此，在进行民事司法改革的今天，我国民事诉讼法的修改应当以保障和实现民众的诉权作为最高目标，借鉴和吸收外国民事司法改革的经验，找出我国的民事司法制度存在的差距，采取切实有效措施保障当事人的诉权得以真正实现。

总之，民事诉讼制度的完善任重而道远。尽快将“诉权保障”确立为民事诉讼法的最高目标，不但是完善立法的必要条件，也是公正司法的当务之急。

---

① *The Civil Procedure Rules*. Part 1.1, The Overriding Objective:

(1) These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly.

(2) Dealing with a case justly includes, so far as is practicable:

(a) ensuring that the parties are on an equal footing ;

(b) saving expense;

(c) dealing with the case in ways which are proportionate—

(i) to the amount of money involved;

(ii) to the importance of the case;

(iii) to the complexity of the issues ; and

(iv) to the financial position of each party;

(d) ensuring that it is dealt with expeditiously and fairly; and

(e) allotting to it an appropriate share of the court's resources, while taking into account the need to allot resources to other cases.

② [意]莫诺·卡佩莱蒂等：《当事人基本程序保障权与未来的民事诉讼》，徐昕译，法律出版社 2000 年版，第 40 页。

## 目录

111

## 《《 卷首语

齐树洁(1)

## 《《 理论纵横

司法体制和工作机制改革问题研究

厦门大学法学院课题组(1)

集团是怎样形成的

——基于普通法集团诉讼的程序分析

王福华(30)

论我国强制执行制度的改革与完善

卢正敏(46)

接近正义 止于至善

——厦门大学诉讼法学科十年学术研究述评

李 敏(69)

## 《《 法官论坛

在破与立之间:基层法官在乡土社会中的困惑与抉择

黄景辉(82)

司法能力建设的困境与突破

——从司法合法性的角度切入

王建源(92)

我国行政审判体制的反思与重构

李辉东(111)

论刑罚与赔偿互易制度

薛少林(122)

示范诉讼制度初探

洪秀娟(133)

## 《《 前沿探讨

论犯罪被害人保护的国际发展趋势

刘学敏 刘作凌(150)

规则与实务之间的数据电文证据

吴 俐(164)

反思与重构:《公证法》施行后公证体制改革述评

詹爱萍(175)

民事公诉若干问题研究

——以国有资产保护为视角

郑贤宇(192)

民政局原告资格之法理分析

吉 萌 庞云龙(205)

### 《《 多元化纠纷解决机制

厦门市人民代表大会常务委员会关于完善

多元化纠纷解决机制的决定

(218)

厦门市构建多元化纠纷解决机制的探索与实践

李明哲(221)

基层司法如何实现“案结事了”的调研报告

——厦门市同安区人民法院大同法庭司法实践的启示

厦门市中级人民法院、同安区人民法院课题组(232)

纠纷解决方式之间的联系与互动

陈洪杰(248)

### 《《 劳动争议解决

关于劳动争议处理程序的思考

柯雅玲 董 扬(268)

劳动争议案件程序费用下调之利弊分析

傅春燕 赖民勇(283)

我国劳动仲裁与诉讼的衔接及协调

林 凯 冀帅然(296)

劳动争议举证责任的分配

——一起加班工资争议案引发的思考

陈莹颖 龚晓龙(311)

### 《《 域外司法

荷兰民事司法改革的新发展

程 翔(321)

美国民事审判对象述评

梁开斌(336)

行进在“接近正义”之路的思索

——评齐树洁教授主编的《英国司法制度》

陈贤贵(347)

欧洲议会及欧盟理事会关于民商事调解

若干问题的 2008/52/EC 指令

陈洪杰 译(354)

## 理论纵横

司法体制和工作机制改革问题研究<sup>①</sup>厦门大学法学院课题组<sup>②</sup>

## 一、引言

作为国家上层建筑一部分的司法制度建立在一定经济基础之上,并服务于经济基础,因此,它必须随着社会的发展而进步,随着时代的前进而完善。1978年中共十一届三中全会以来,伴随着我国从“以阶级斗争为纲”到民主政治,从计划经济到市场经济的转型和社会的急剧变迁,现行司法制度日益不能适应社会经济生活的需要,显露出诸多弊端。1997年,中共“十五大”确立了依法治国的基本方略和建设社会主义法治国家的目标,明确提出“推进司法改革”的任务,从而全面正式启动我国的司法改革。“十五大”报告指出:“发扬民主必须同健全法制相结合,实行依法治国。依法治国,就是广大人民群众在党的领导下,依照宪法和法律规定,通过各种途径和形式管理国家事务,管理经济文化事业,管理社会事务,保证国家各项工作都依法进行,逐步实现社会主义民主的制度化、法律化,使这种制度和法律不因领导人的改变而改变,不因领导人看法和注意力的改变而改变。”1999年,九届全国人大二次会议通过的《宪法修正案》将“依法治国,建设社会主义法治国家”写入宪法。2002年,中共“十六大”报告在第五部分“政治建设和政治体制改革”中,对“推进司法体制改革”作了专门论述,进一步推动了我国的司法体制改革。在全面建设小康社会的新的历史条件下,2007年,中

① 本文系福建省法学会2007年度法学研究重点课题《司法体制和工作机制改革问题研究》(批准号:闽法[2007]15号)最终学术成果的简写本。

② 课题负责人:齐树洁(厦门大学法学院教授、博士生导师);课题组成员:齐树洁、张榕(厦门大学法学院教授)、陆而启(厦门大学法学院助理教授)、卢正敏(厦门大学法学院助理教授)、王铁玲(厦门市中级人民法院法官)、陈洪杰(厦门大学法学院博士研究生);报告执笔人:陆而启。

共“十七大”提出:“深化司法体制改革,优化司法职权配置,规范司法行为,建设公正高效权威的司法制度,保证审判机关、检察机关依法独立公正地行使审判权、检察权。”“十七大”明确了司法改革的目标要求,提出了权力的优化配置和司法行为规范化的具体路径,必将大大推动司法体制内部和外部两方面的改革向纵深发展。

司法改革包含着从观念到制度、从理论到实践各方面的变革与创新。基于社会、经济、政治发展的现实需求以及世界司法改革潮流的冲击、国际人权公约的推动,我国的司法改革正朝着加强司法过程中的人权保障,追求司法公正,讲求司法的效率性、经济性这几个方面进行努力。

## 二、司法体制改革的基本原理

### (一)走势:从“推进”到“深化”

概而言之,司法体制改革源于法治的要求。在“深化政治体制改革”的大背景下,司法改革的内容也应从“司法工作机制”上升到“司法体制”的层面。司法不是脱离时空的抽象理论,在我国,要真正实现司法公正,必须以社会主义法治理念为指导,适应国情发展和回应社会需要。

1. 适应国情发展。根据中共“十七大”报告精神,司法体制改革作为政治体制改革中最重要的一部分,事关整个社会的大局;深化司法体制改革,必须与人民民主的扩大以及经济、社会的发展程度相适应。司法体制改革是社会主义司法制度自我完善和发展的需要,也是解决人民群众日益增长的司法需求与司法能力不相适应的矛盾的需要。深化司法体制改革必须契合社会主义初级阶段的基本国情,这也决定了司法体制改革是一个长期的、动态的过程。

2. 回应社会需要。随着社会主义民主法制建设的发展,人民群众对司法公正、效率和权威的期望和要求越来越高。我国正处于由政策治国向依法治国的转型时期,改革最先在经济领域取得成效并且逐步延伸和渗透到社会生活的每一个角落。通过社会主义法治搭建的诉求表达平台和冲突解决机制,国家可以有效引导各种利益主体以理性、合法的方式,在表达利益诉求的基础上,使社会中的矛盾和冲突得以解决,努力构建以民主法治、公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序等为特征的和谐社会。

### (二)目标:从“抗干扰”到“获信赖”

中共“十七大”报告指出:“人民民主是社会主义的生命。”执法为民是社会主义法治的本质要求,是我们党全心全意为人民服务的根本宗旨。这要求确立一切权力属于人民、来自于人民的理念,把实现、维护和发展广大人民群众最根本

的利益作为出发点和落脚点;要求坚持以人为本的理念,在立法、执法、司法的各个环节上体现尊重和保障人权。

### 1. 司法信赖的终极意义

司法之所以要获得人民的信赖,至少有两个层次的原因:其一,司法是民主政治良性发展的重要前提;其二,司法民主是社会主义民主政治的重要组成部分。更重要的是,司法“获信赖”有其源于人民、为了人民和依靠人民的根据。但是,司法体制改革如何达到人民信赖的目标更多地涉及具体制度设计的取向问题。我国现在的司法体制改革正面临着从“抗干扰”到“获信赖”的转向,因为司法只有获得人民的信赖才能解决自身的正当性问题。

### 2. 司法独立的相对意义

在我国,司法独立的含义主要是相对于行政机关的行政活动而言的,即司法机关在行使司法权时不受行政机关、社会团体和个人的干涉。但是,我国司法机关独立行使司法权时并不排斥、否定国家权力机关的监督以及社会监督。目前,坚持司法独立,就必须建立一套真正独立于行政机关和各级地方政府的司法系统,改变目前地方司法机关在人、财、物等方面过多依赖于地方政府的倾向,将各级地方司法机关的人事权、财权由目前的地方管理转变为由最高司法机关统一集中管理。尤为重要的是,坚持司法独立必须与党的领导、司法监督统一起来。

总之,中国司法制度改革的长远目标是建立与市场经济、民主法治建设相适应的现代司法制度。在改革的过程中要注意正确处理党的领导、司法监督与司法独立问题,要坚持党的领导与审判独立相统一,司法独立与司法受制相统一。

### (三)内容:从一元到多元

司法体制改革不能采取一元化的司法中心主义。社会利益和价值需求的多元同时也要求司法架构、诉讼模式、纠纷解决机制的多元化。

#### 1. 专业化和民主化

司法的专业化和民主化都有助于司法获得民众信任。专业化是从“供给面”看问题、订立目标与思考解决之道,民主化是从司法“需求面”看问题,强调人民如何看待司法。<sup>①</sup>因此,各国的司法改革措施几乎都可以归结到专业化和民主化的两个方向。当然,专业化与民主化不仅仅指的是司法机构和审判组织上最终落实到裁判者个人的职业化、精英化与平民化、大众化身份定位,还包括一系列的组织结构安排、权利保障措施以及配套制度设计。

就司法的专业性而言,建立在法律知识、理念基础上并保障法律实现的司法

<sup>①</sup> 苏永钦:《司法改革的再改革——从人民的角度看问题,用社会科学的方法解决问题》,台湾月旦出版社1998年版,第14~15页。

职业化使得特有的司法职业传统与司法职业阶层相互强化,从而可以抵御外来干涉。就法官的职业化而言,这主要通过法官的遴选制度来加以具体地实现。<sup>①</sup>而司法的民主性则主要指陪审制下的民众参与,公开审判下的社会监督,当事人诉讼主体地位的保障,这些目标通过一系列具体制度(如公开审判、辩护、陪审、回避、上诉等)得以体现。

## 2. 技术化与情感性

司法是一门源于生活、高于生活、再现生活和回归生活的关于正义的艺术,司法活动是原告、被告、律师、监护人、代理人等按照司法仪式、诉讼规则、正义标准以“自我”、“真我”上演的一出重现真实、阐释善恶的人性冷暖的悲喜剧。以“司法逻辑三段论”、“刑民二分法”、“对抗式”等表现出“法不容情”的“严法主义”在实现社会正义和自由上往往捉襟见肘,司法的技术性和情感性往往是专业化 and 民主化在诉讼制度和司法活动上的映射。

### 第一,对抗式司法和合作式司法

在刑事司法领域,以无罪推定、程序正义为标志的传统刑事诉讼理论,是建立在国家与被告人之间相互对立的诉讼立场之基础上的。相对于对抗性司法模式而言,合作性司法已经初步形成了一种相对独立的理论框架,那就是实用主义的利益观、建立在诉讼合作基础上的司法正义观,以及独立于实体正义和程序正义的第三种法律价值观。<sup>②</sup>契约性司法主要有辩诉交易和刑事和解两种典型形式。从时代背景来看,构建“和谐社会”也包含了司法工作方式朝一种合作式的转变,而成为我国刑事司法工作主线的“宽严相济”刑事政策也容许和鼓励和解措施。

在民事司法领域,2007年1月召开的第七次全国民事审判工作会议上,最高人民法院肖扬院长首次提出“和谐诉讼模式”。2007年7月召开的全国高级人民法院院长座谈会上,肖扬院长再次指出,法官在诉讼过程中应当通过适当行使释明权来弥补当事人诉讼能力的不足,真正从实质上解决社会纠纷,防止让法庭变成单纯的诉讼技巧的竞技场,要让每一个案件的当事人在诉讼过程中亲身感受到人民司法的温暖。最高人民法院副院长黄松有以答记者问的方式对“和谐主义

<sup>①</sup> 有关美国法官遴选制度的介绍,可参见宋冰编:《读本:美国与德国的司法制度及司法程序》,中国政法大学出版社1998年版,第139~151页。关于德国法官遴选制度的介绍,可参见宋冰编:《程序、正义与现代化——外国法学家在华演讲录》,中国政法大学出版社1998年版,第1~49页。

<sup>②</sup> 陈瑞华:《司法过程中的对抗与合作——一种新的刑事诉讼模式理论》,载《法学研究》2007年第3期。

诉讼模式”司法概念加以详细解读。他指出,当事人主义和职权主义诉讼模式不能适应中国转型时期社会纠纷解决的特殊需要。我国诉讼模式转换的基本方向应当是构建和谐主义诉讼模式,这是社会主义诉讼制度发展的现实选择,是完善我国诉讼立法,优化诉讼制度的一项重要任务。他认为,法官与当事人之间是一种互动和协作的关系,诉讼是法官与当事人共同促进的作业。法院和当事人之间以及双方当事人相互之间的自主对话与交流、充分协商与沟通,是和谐主义诉讼模式运作的基本机制。<sup>①</sup>

总体而言,合作诉讼模式与“和谐主义诉讼模式”使程序技术让位于情感,但并未颠覆传统,只是对“职权主义”和“当事人主义”的有益补充,并且这几个“因素”在整体诉讼构造和具体诉讼程序中交叉、混合,形成一种多元格局。

## 第二,程序分流和程序多元

我国司法改革面临着传统与现代交织的困境,尤其是无法回避司法信任危机。在当事人本位、程序正当理念尚未形成的背景下,我国司法改革的方向仍然是强调司法专业化和程序正当化的“规则之治”。然而,任何一种单一化程序设置都会造成司法现代化和专业化的总体目标与当前民众获得简易的、低廉的、非专业化的司法救济的需求之间的冲突。现代民事诉讼程序通过精密的分流装置来满足多元的价值需求,通过多元纠纷解决机制而分流案件。协调多元价值目标和及其冲突有案件分流、程序分类、职能分层(如审级制度)三大基本技术思路,<sup>②</sup>并由当事人在多元机制中选择最能满足其主观价值需求的机制,从而过滤了单一纠纷解决机制的内在缺陷,也分流了司法压力,缓解简易程序与程序保障之间的价值冲突。

### (四)途径:从主义到问题

空谈“主义”无济于事,为此我们更多地结合问题来谈主义。中国司法制度改革尤其是理念的转变不可能一步到位,制度的培育在当前尤为重要。下列几对关系需要认真面对。

#### 1. 局部与整体

对司法改革的研究视角应当是立体的和多向度的,改革的方案也应当具有整体性和开放性。只有采取多元的、全方位的、系统的整体推进方式,才能使我国的司法改革突破瓶颈而不至于流于形式。从局部与整体的视角审视司法改

<sup>①</sup> 参见《最高人民法院副院长黄松有解读和谐主义诉讼模式》,载《人民法院报》2007年9月9日;王斗斗:《最高人民法院副院长:和谐主义诉讼模式是民诉方向》,载《法制日报》2007年4月23日。

<sup>②</sup> 参见傅郁林:《繁简分流与程序保障》,载《法学研究》2003年第1期。

革,必须关注以下两方面问题:一是外部环境与司法改革之间的互动关系;二是司法权内部构成要素(如司法主体、司法行为、司法客体、司法程序)之间的衔接和配合,最终推动司法改革的良性发展。司法改革涉及司法内部体制改革和整个政治体制改革两个层面。相比较而言,内部改革更具体化、更专业化,易于推进,改革的成本低;而外部改革更宏观、更复杂、难度更大。可以说,两个方面的改革相互促进,相得益彰,目前已经取得的改革成就为进一步的改革提供了良好的基础。<sup>①</sup> 鉴于我国还处于法治的初级阶段,支撑现代法治的某些基本条件尚不具备,司法改革不可能企求尽善尽美、一步到位,而只能采取渐进的、改良的方法,从逐步的技术性改良走向制度性改良,即“相对合理主义”。<sup>②</sup>

## 2. 制度移植与文化生成

清末以来,西方诉讼制度逐渐被引入我国,与之相伴随的西方诉讼文化也在国内得到传播。在不同历史条件下生长出来的法律文化载体具有不同的质的规定性,因此传统法律文化与西方法律制度从一开始就发生着剧烈的撞击和冲突。有学者认为,包括诉讼文化在内的中国法制现代化的过程是一个传统法律文化与西方法律文化的冲突过程,也是传统法律文化迎接挑战、扬弃自身,进而实现创造性转换的过程。<sup>③</sup> 中国诉讼制度改革既要善于弘扬传统文化(如注重调解),发挥其强大的生命力,也应当借鉴西方诉讼制度赖以存在的一些根本性的理念和制度(如程序公正),为我所用。

## 3. 理论与研究与实证研究

我国的司法改革一度“遍地开花”,但热闹一阵后往往销声匿迹。在此背景下,司法改革方法论问题也伴随着对法学方法论的关注而进入我们的视界。司法改革并不能只是建立在理论研究基础上的立法先行,即“先规则,后改革”,<sup>④</sup> 这往往会导致改革的失败。因此,我们鼓励司法改革的一种“良性违法”的局部性“试验”,通过小规模试点来检验所提出的改革方案是否具有建议者所称的优点,并根据实验结果对改革建议进行调整和完善,以使其更加切合实际,这种研究方法是以试点项目为核心,从一个具体问题入手(专题研究),在设计改革方

① 贾宇:《全面深化司法体制改革》,载《人民法院报》2007年11月29日。

② 龙宗智:《论司法改革中的相对合理主义》,载《中国社会科学》1999年第2期。

③ 公丕祥:《冲突与融合:外域法律文化与中国法制现代化》,载《法律科学》1991年第2期。

④ 有学者称,“边改革,边规则”的改革模式过分注重经验,而失却了主观能动性的必要发挥;“先改革,后规则”的改革模式,则把改革过程视为政治强人的主观推进,使改革烙上人治印痕。参见谢晖:《独立的法与可诉的法》,载信春鹰、李林主编:《依法治国与司法改革》,中国法制出版社1999年版,第178页。

案时始终注意政治利益与社会利益的平衡,具体分为项目规划、实施试点项目、评估与调整、推广几个阶段,以点带面,逐渐铺开,最终上升为法律制度,并且项目结束还可能仍然继续存在或者独立出去,这种渐进式的改革,比一步到位的理想主义更务实、富有策略性而更能够取得成功。<sup>①</sup>

### 三、外国司法改革经验之借鉴

司法制度和司法活动是在特定的社会环境和历史背景下形成和运作的,我们既不能简单地把某些西方国家的司法制度直接照搬到我国社会,也不应因为国情的特殊而拒绝接受人类先进的法律文化、司法制度和理念。应当看到,司法因回应社会需要、有独立的价值追求和自身的发展规律而有趋同之势。<sup>②</sup>

公正和效率是司法活动追求的两个基本目标,相关论述可谓汗牛充栋,这种说法可能产生只顾“两点”,不及其余(如自由、秩序、安全等)的问题。不过,这二者的“辩证统一”也正可以从一个侧面说明诉讼价值的多元协调。兼顾公正与效率必然要在法官权力和当事人权利之间作出适当划分,既有正当程序所要求的对抗与制衡,也有特定情形下的让步与合作,从而体现为多元化的程序。比如简易程序追求效率价值,但同时仍然必须坚持公正的底线。

#### (一)司法民主化与专业化并进

司法的民主化改革是世界各国的一个共通的特点。例如,日本裁判员制度和检察审查会制度、韩国国民参与刑事裁判制度、俄罗斯陪审制的重建等改革措施都是在司法的民主性上下工夫。

专业化是人类社会发展的需要,也是人类社会发展的趋势。在民事司法中,从私力救济到公力救济的发展过程也是纠纷解决的专业化程度提高的过程。公力救济的权威源于其专业而不仅仅是强制。在刑事司法中,专业化是推行法治原则的要求,要求司法行为“中规中矩”。这也是应对纠纷新类型和犯罪智能化、技术性的需要,使司法技能“与时俱进”。

#### (二)限制权力与保障权利结合

尊重和保护人权是人类社会文明进步的标志,以权利为本位是现代法治的基本精神和原则。

各国的刑事司法改革总体上体现出从传统的注重打击犯罪到现代的注重保障犯罪嫌疑人和被告人基本人权的目标转向。例如,《俄罗斯刑事诉讼法》在司

① [美]吉姆·帕森斯等:《试点与改革:完善司法制度实证研究方法》,郭志媛译,北京大学出版社2006年版,第161~165页。

② 何家弘:《刑事司法的十大发展趋势》,载《燕山大学学报》2005年第1期。

法价值取向上就由同犯罪作斗争转向保护公民的自由与权利,扩大追诉对象和辩护人的权利,同时还扩大辩护人参入诉讼的范围,增加辩护人的诉讼权利,辩护人的地位也获得了提高。在日本,针对犯罪嫌疑人或者被告人“因贫困或其他事由”无法自己聘请辩护律师的情况,可以由裁判所或审判长为其选任律师作为国选辩护人,为犯罪嫌疑人或者被告人进行辩护。

此外,被害人的权利保护也不应被置于“被遗忘的角落”。刑事司法系统所面对的是一种三角形利益关系,即社会利益、犯罪嫌疑人和被告人的利益、被害人及其家属的利益。刑事司法的发展方向就要在这种三角形利益关系中寻求平衡,全面合理地保护人权。

不过,在某些国家也存在着相反的趋势,例如,“9·11”事件后,美国政府为了有效地打击和遏制本土的恐怖犯罪活动,在刑事诉讼领域展开的一系列变革,基本方向是扩大联邦政府的刑事侦查权力,这使得公民的宪法权利遭到一定程度的侵蚀。<sup>①</sup>又如,英国2002年7月《司法改革白皮书》强调对犯罪的控制和案件事实的查明,这在一定程度上是以牺牲被告人的利益为代价的。

### (三) 诉讼主体合作与程序多元互补

现代社会多元的价值需求决定了司法程序的多样化。为了应对犯罪高峰和诉讼爆炸,司法效率在某种程度被摆在了“优先”的地位。辩诉交易是美国刑事司法制度中重要的组成部分,美国每年有90%以上的刑事案件都是以辩诉交易的方式结案解决的。<sup>②</sup>这种方式尽管备受质疑,但是它有利于实现更高层次的社会效益,大大提高了办案的效率,节约司法资源,这使得辩诉交易在美国由地下转向合法(直至20世纪70年代,联邦最高法院才在判例中予以认可),并且推广至英国、加拿大、俄罗斯、西班牙、意大利、德国等国家。

司法和谐的价值也促进了司法模式的多样化。例如,近年来,一些国家尝试在刑事司法活动中引入调解的机制,并采取各种措施来实现“恢复性司法”,即促使那些因一念之差或其他偶然因素而走上犯罪道路的人——特别是那些未成年人——回归健康正常的社会生活。一些特殊程序的设立也体现了程序多元。例如,在日本,少年诉讼程序、强制医疗程序以及被害人参与诉讼程序都是对常规程序的补充。

在民事司法方面,英国以公正审理权(或正当程序权)为国民的程序基本权,

<sup>①</sup> 秦策:《9·11事件后美国刑事诉讼与人权保护》,载《江苏警官学院学报》2003年第6期。

<sup>②</sup> 田文昌、余向栋:《浮光掠影走美国 我们了解的美国刑事诉讼制度》,载《中国律师》2007年第1期。

在宪法和普通法中皆有表现,不仅包含公正审判的权利,而且包含诉诸法院的权利,1999年实施的新《民事诉讼规则》的首要目标就是确保法院公正地审理案件,为此采取了降低诉讼成本,实施法律援助政策,加强法官对案件的管理,设置多元诉讼程序等措施。可见,在某种程度上,程序的规范化从公正审判转移到保障诉权,从对抗制转化为管理制,强调当事人对抗与法官管理、普通程序与多元程序相辅相成。加拿大、美国等都采取了多种形式加强法院对案件的管理。<sup>①</sup>法国近年来的改革,一是实施法律援助制度和法律保护保险制度,保证平等行使诉权;二是减轻上告的负担;三是简化诉讼程序和手续,防止诉讼迟延;四是以丰富多元的 ADR 制度对仲裁和诉进行有益补充,等等,通过这些措施寻求法官权力和当事人权利之间的平衡。<sup>②</sup>2002 年 1 月 1 日德国新《民事诉讼法》正式生效。新一轮改革的主要内容有:一是通过增加法官的释明义务、扩大独任审理的适用来实现一审程序的强化;二是重新构建了上诉条件和方式,由此重构审级功能,增强初审法院裁判对当事人的影响力,限制上诉数量;三是多元化纠纷解决机制的推广应用。该法第 278 条规定了强制性的“和解辩论”程序,即所有的民事诉讼在口头辩论之前必须有一个善意和解的协商程序。<sup>③</sup>

现代西方各国的“民事简易程序”名目各异,大致包括:(1)小额诉讼程序;(2)大陆法系国家的“简易程序”,即普通程序的简化形态;(3)大陆法系国家用于分流金钱诉讼的督促程序;(4)普通法系国家用于分流形式性问题和程序性事项的即决判决程序和与之类似的“根据诉答状作出的判决”及“作为法律事项的判决”。当然,各种简易程序也是在一定的理念基础上以或单一、或多样的不同价值取向为根据进行设计的。

在 20 世纪,各法治国家围绕着怎样更好地保障社会成员利用司法的权利,掀起了接近正义运动的“三次浪潮”,<sup>④</sup>从创立和完善诉讼周边制度到现代型诉讼(扩散性利益司法保护)再到构建诉讼外争端解决机制(ADR),把纠纷解决的功能从法院向社会化的 ADR 转移,形成诉讼外纠纷解决机制与诉讼之间一定意义上的“竞争”关系。总体而言,ADR 除了具有缓解诉讼压力外,还有社会合

① 参见齐树洁主编:《英国民事司法改革》,北京大学出版社 2004 年版,第 499~503 页。

② 参见齐树洁主编:《民事司法改革研究》,厦门大学出版社 2000 年版,第 389~396 页。

③ 参见姜保忠:《德国新一轮司法改革及其对我国的借鉴意义》,载《西北民族大学学报》2007 年第 5 期。

④ 范愉主编:《ADR 原理与实务》,厦门大学出版社 2002 年版,第 146 页。