

# 北大 法律 评论

第1卷·第2辑



Peking University Law Review

## 本期要目

### ■ 主题研讨

中国的审判委员会制度

■ 苏力

基层法院审判委员会制度的考察及思考

### ■ 贺卫方

关于审判委员会的几点评论

■ 朱晖

不可预约的正当性

### ■ 案例研究

彩色扩印服务部

遗失胶卷

纠纷案

### ■ 陈瑞华

正义的误区——

评法院的审判委员会制度

### ■ 鲁智勇

关于审判委员会制度的思考

● 法律出版社

# 北大法律评论

Peking University Law Review

---

第1卷·第2辑

法律出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

北大法律评论: 第1卷·第2辑 / 《北大法律评论》  
编委会编. —北京: 法律出版社, 1999

ISBN 7-5036-2708-5

I. 北… II. 北… III. 法学—文集  
IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (1999) 第 02215 号

---

出版·发行 / 法律出版社

经销 / 新华书店

印刷 / 北京宏伟胶印厂

开本 / 850×1160 毫米 1 / 32 印张 / 13 字数 / 325 千

---

版本 / 1999 年 5 月第 1 版 1999 年 5 月第 1 次印刷

印数 / 0,001—8,000

---

社址 / 北京市广外六里桥北里甲 1 号八一厂干休所 (100073)

电话 / 63266794 63266796

出版声明 / 版权所有, 侵权必究。

---

书号: ISBN7-5036-2708-5 / D·2414

定价: 20.00 元

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)



## 北京大学法律学系妇女法律研究与服务中心

北京大学法律学系妇女法律研究与服务中心成立于1995年12月,是由北大法律系部分教授、副教授、研究生和律师事务所的部分专职、兼职律师组建的专门从事妇女权益问题研究并为妇女提供法律援助的专业性、公益性民间组织。“中心”主任由朱启超教授担任,郭健梅律师担任“中心”的执行主任。

“中心”的宗旨是:厉行法律援助,保护妇女权益,维护法律公正,提高广大妇女的法律权利意识和维护自身权益的能力;研究中国现阶段具有代表性、典型性的妇女权益问题,推动妇女法律制度的完善和促进妇女权利保障事业的发展。

“中心”的主要任务包括:开办妇女法律热线电话,接待妇女来信来访,为妇女提供无偿法律咨询服务;与有关的律师事务所合作,承办重大、疑难或具有代表性的妇女权益案件,为经济贫困的女性当事人提供法律援助;研究我国在妇女权益保护方面存在的问题,向国家的立法、司法和行政机关提供有关妇女权益保护的法律意见和建议,推动妇女法律保护的进一步完善;与国际、国内的妇女组织、法律机构、相关部门及新闻单位建立广泛的联系和合作,促进中国妇女权益保障事业的发展。

“中心”成立以来,除了日常的法律咨询和援助外,曾成功地举办了“中英国际妇女法律学术研讨会”等许多国际和国内学术会议,完成了多项研究报告,出版了《中国现阶段妇女权益问题法律对策研究》一书,进行了广泛的国际交流。

“中心”地址: E-mail:fnzx@pku.edu.cn。

## 《北大法律评论》

## 第 1 卷·第 2 辑

## 目 录

## 主题研讨 ..... 317

中国的审判委员会制度

编者按语

苏 力 基层法院审判委员会制度的考察及思考

评 论

贺卫方 关于审判委员会的几点评论

朱 晖 不可预约的正当性

陈瑞华 正义的误区——评法院审判委员会制度

鲁智勇 关于审判委员会制度的思考

## 论 文 ..... 427

赵晓力 中国近代农村土地交易中的契约、习惯与国家法

包万超 儒教与新教：百年宪政建设的本土情结与文化抵抗

## 评 论 ..... 576

王 涌 法律关系的元形式——分析法学方法论之基础

寺田浩明 清代民事审判：性质及意义——日美两国学者之间的争论（王亚新译）

- 何锦璇 信托立法不宜操之过急  
江 山 中国自然法理念的现代意义

新书要介 ..... 661

- 洪 川 *What Should Legal Analysis Become?* (by  
Roberto M. Unger)  
古 静 *The Rhetoric of Law* (ed. by Austin Sarat and  
Thomas R. Kearns)  
冷 静 *Between Facts and Norms: Contributions to a  
Discourse Theory of Law and Democracy* (by  
Jürgen Habermas)

案例研究 ..... 679

编者按语

金勇军 张谷 葛云松

甲、乙诉丙彩色扩印服务部遗失胶卷纠纷案

编后小记 ..... 719

学术委员会

吴志攀 贺卫方 朱苏力 陈瑞华 葛云松  
郑 戈 沈 岿

编辑委员会

王 禹 仝宗锦 孔庆平 杨 柳 杨海峰  
凌 斌 高云龙 彭 冰 董 炯 强世功

本辑执行主编 强世功 孔庆平

## 主题研讨

# 中国的审判委员会制度

### 编者按语

在一个社会中，只有当人们将伸张正义的可能机会和裁判标准诉诸一个专门化的机构时，现代意义上的司法才获得了其在制度上和知识上独立存在的合理性，而这正是衡量一个社会之法治状况的重要指标。而时下的中国社会，人们更愿意上访而不愿诉讼，更愿意找党委和政府而不愿找法院，更愿意找媒体曝光而不愿找律师咨询。凡此等等，足以说明我们的社会还远远不是一个法制的社会，“依法治国”可谓任重道远。

当然，我们可以抱怨人们的法制观念和法律意识薄弱，也可以痛斥传统文化给我们在步入现代社会时所带来的包袱。但是，当我们的法律从国家暴力的工具逐步转变为实现社会正义的途径时，当司法公正成为整个社会的关注焦点时，我们不禁要问：我们的制度设计是不是足够合理，以至任何一个理性选择的个人都会选择司法机关作为解决纠纷的最佳手段呢？我们的司法制度本身是否有助于实现司法公正呢？本辑“主题研讨”正是通过对审判委员会制度的讨论来加深我们对这一问题的认识。

本辑主题研讨共包括三篇文章，两篇评论。首先是苏力的“基层法院审判委员会制度的考察及思考”，该文的基本观点是基层法院的审判委员会并不是必然有碍司法公正，因为一个制度只能解决一个问题，司法公正需要的是整个制度的配套。不管这一



结论是否令人满意,其中所涉及的几个关键词不能不引起我们在学术研究中的注意。首先,该文是基于经验调查的材料,并采用同情理解的态度分析了法官对这一问题的看法,这种方法和视角往往是我们以往的研究所忽略的。其次,该文将所分析的司法场域限定在“基层法院”,恰恰有助于我们反省在使用类似“法院”这样的同质性概念时可能进入的误区。事实上,基层法院和中级法院以及高级法院在我们的社会中所扮演的角色和所发挥的职能是不同的,因此,对于审判委员会制度讨论也不能一概而论。最后,文中所举的两个案例生动地告诉我们,我们的基层法院所要解决的不仅仅是一个法律问题,实际上要解决的是社会的“治理”问题。因此,对基层法院的审判委员会制度的研究不可能离开对整个社会的权力结构的分析和理解,该文所采用的不断设问和反复辩驳恰恰反映出这一问题的复杂性。

对于苏力的文章,分别由贺卫方和朱晖从不同的角度作了评议。如果说朱晖从知识和制度演进的角度对苏力所讨论的问题和讨论问题的方式同时做出分析,指出制度及其衍生功能的正当性及其合理性是不能通过知识的论证所获得的,因此,学者或法官必须以能动者的角色介入到知识和制度所处的开放性和封闭性的张力之中;那么贺卫方的评论则直接针对苏力的观点。所不同的是,贺文所选择的角度刚好与苏力不同,他选择的视角不是法官的视角,而是当事人视角,毕竟追求司法公正的原动力来自当事人或一般的民众而不是法官。正是从这儿出发,贺文从理论上反驳了苏力的许多观点,并提出了司法改革的建议。

与苏力和贺卫方的这两种不同视角遥相呼应的是鲁智勇和陈瑞华的两篇文章。与苏力的文章一样,鲁智勇的文章从法官的视角出发分析了法官的实践理性或法官的思维逻辑。毕竟,法官不是学者,他们关心的是解决一个又一个的具体问题,不大可能从理论上或制度设计上来反思司法制度的合理性,尤其是法院的行

政等级化使得司法公正不再是一个司法制度内部的问题，而是整个体制的问题。这种法官视角在强调一个制度的存在合理性时，也同样使我们看到了问题的症结所在，这种症结正是它将寻求正义导入了误区。在“正义的误区”一文中，陈瑞华从制度设计的角度出发详细地分析了法院的审判委员会制度，尤其从司法程序的角度入手分析了审判委员会制度的缺陷以及改革的思路。

无论是从法官的视角还是当事人的视角抑或学者的视角，它们所反映的恰恰是事物本身的复杂性、理论的多样性与制度的开放性。这种不同的争论恰恰反映出我们在“实然”与“应然”、存在的合理性与合理性的存在、“事物的逻辑”与“逻辑的事物”、分析与评判之间形成了一种良好的互动。这不仅是学术自主性的体现，也是探寻制度改革的途径。

如果我们再回头读一下这五篇文章的话，还会发现另外一个有趣的对照：与苏力的文章一样，陈瑞华的文章中也举了两个案例。比较这两组案例，我们不仅会发现两种不同的司法逻辑，而且会发现在这两种不同的司法逻辑的背后，是法院所处的不同环境：城市与乡村的不同，苏力所说的基层法院实际上是乡村社会的基层。因此，在我们区分不同等级的法院时，似乎还要区分城市与乡村的不同，而这正是《评论》第2卷第1辑中所要讨论的主题：“中国乡村社会的法律”。

《北大法律评论》(1998)

第1卷·第2辑·页320-364

Peking University Law Review

Vol.1, No.2, 1998, pp.320-364

## 基层法院审判委员会 制度的考察及思考\*

苏力\*\*

致知在格物，格物而后致知。

——《大学》

### 一、问题的界定

审判委员会是当代中国法院制度体系中一个颇具中国特色的制度。近年来，随着“同世界接轨”的口号的流行，随着司法制

---

\* 本文是由本文作者主持的福特基金会资助的“中国农村基层司法制度及其运作”研究项目的一部分。参加这一调查的人员先后有强世功、赵晓力、贺欣、陶榕、彭冰、朱晖、任煜男、杨柳、陈绪刚等。本文写作获益于与上述调查人员的共同讨论，以及赵晓力的珍贵批评意见，也获益于与贺卫方、张志铭的讨论和争论；北大法律系王元同学的社会调查报告《法院独立及其困境》也从另一个侧面补充了我的材料。但是本文仅代表本文作者的观点。本文初稿曾提交1998年6月于香港举行的北京大学法律系和香港城市大学法学院联合举办的比较司法制度年度学术讨论会，评议人冯象以及其他读者的评论、批评和鼓励促成了本文的修改。中南政法学院齐文远、李汉昌、刘茂林等教授以及该院主办的湖北省基层法院培训班的法官们给予我们的调查以很多支持和协助，在此一并致谢。

\*\* 北京大学法律系教授(100871)。

度改革和诉讼程序法修改的推进,法学界对这一制度开始了较多的思考。就总体来看,一些已发表出来的文章<sup>①</sup>和学界议论的看法倾向于取消(尽管大多数并没有言明)审判委员会。持相反意见的人则至今尚无公开的论述。这种状况未必意味着法学界或法律界是一边倒;反倒可能是坚持审判委员会的人居于事实上的优势地位,并且有《法院组织法》的制度认可,因此有一种理所当然的心态。

就实践层面而言,并且从长远看来,真正能证明一个制度的合理性和正当性的必定是它在诸多具体的社会制约条件下的正常运作,以及因此而来的人们对于这一制度事实上的接受和认可。但是,在一个需要改革、以致在某种程度上“改革”本身也可能被意识形态化之际,一个即使是事实上可行的制度也必须在智识上证明自己的正当性和合理性。由于“同世界接轨”和“中国特色”同样都可以作为论辩之杀手锏,因此,一个制度仅仅声称其具有地方特色已不具有强大的说服力。而如果从这命题出发而展开论证,不论其倾向和最终的结论如何,事实上都势必是一种新的意识形态的话语;其论证越是“充分”,反映出来的倒越是思想和实践的贫困;表面的轰轰烈烈可能掩盖了一种因缺乏基于实证研究的理论反思而发生的“失语症”。因此,无论是为解决中国的现实问题,还是为发展中国的法学,中国的法学家都不应当

---

① 有关的几篇文章,例如,王棋国、张狄秋,“论审判独立的双重属性”,《法律科学》,1989年第3期;吕亚中,“关于完善审判委员会工作制度的思考”,《法学》,1996年第5期;孔宪翠,“人民法院独立审判有待建立法律保障机制”,《现代法学》,1995年5期;谭世贵,“论司法独立”,《政法论坛》,1997年第1期。贺卫方的论文“中国司法管理制度的两个问题”主要从司法官僚化角度批评了审判委员会的设置和运作,见《中国社会科学》,1997年第6期。此外,还有一些文章集中以国际标准评判中国司法程序,其中也批评了审判委员会制度,如陈瑞华,“修改后的中国刑事诉讼法典——从刑事司法国际标准角度的分析”,《现代法学》,1996年第5期;岳礼玲、陈瑞华,“刑事程序公正的国际标准与修改后的刑事诉讼法(上)”,《政法论坛》,1997年第3期。

轻易决断，不应当仅仅由于某个制度具有“地方特色”而简单予以肯定，正如不能因其“同世界接轨”而简单予以肯定一样。因此，关于审判委员会制度的研究和思考不仅是有意义的；而且，其意义是不限于这一制度之废存本身的。

概括起来，主张取消审判委员会的根本论点大致有二。一是所谓的“世界”通例。具体说来就是，无论英美法系还是大陆法系的发达国家的司法体制中均没有设置审判委员会。二是审判委员会不利于司法独立，特别是法官的独立审判，因此不利于司法机构公正地履行社会所赋予的职能。实际上，这两个论点及其依据很不相同，应当首先予以分殊，以集中讨论在我看来最重要的问题。

第一个论点：审判委员会制度不符合世界通例——实际是一个归纳推理。假定这一归纳是完整的，真的是“世界”通例，或者即使是西方发达国家的通例，<sup>②</sup> 我们当然应当予以重视。因为，无论是从功能主义的角度，还是从波普尔—哈耶克的演进理性知识社会学的角度出发，一般都假定，一种制度得以长期且普遍的坚持，必定有其存在的理由，即具有语境化的合理性；并因此首先应当得到后来者或外来者的尊重和理解。但恰恰正是这个理由又削弱了这一命题作为论点的说服力。首先，我们完全可以基于同样的理由说，审判委员会在当代中国也得到了长期坚持，因此必定具有其合理性。其次，基于归纳推理得出的命题之说服

---

<sup>②</sup> 就我目前看到的，这实际是基于中国目前努力学习模仿的发达国家的实践而获得的一个经验性命题，因为我从来没有看到有谁引证马尔代夫或爱斯基摩人的“法律”批评审判委员会。这样说，并不是为了“抬杠”，而是试图显现这个所谓的通例以及人们认为这一论点所具有的说服力背后都隐含了当代中国人对于“现代化”的追求。但是，如果说审判委员会的有无与一个国家的现代化与否之间一定有因果关系，恐怕既很牵强，也难以令人信服。

力，自从休谟之后，已被公认为是有限的。<sup>③</sup>真正有说服力的论证就必须从简单的枚举走向更加深入细致的分析论证。第三，这种论证隐含了一种知识终结的观点，即把中外前人在具体社会历史时空中所创造的制度看成知识的终结、真理的化身，实际上否认了人类实践创建和提供新的制度知识之必要性和可能性；它隐含了对制度和知识运作之时间和空间的彻底遗忘。最后，这一理由之所以缺乏说服力还在于，它并不能单独构成一个理由。“通例”无法自然而然成为一个参照的标准或追求的对象；通例，只有在人们心目中与某种公认的可欲目标建立起一种“自然”且必然的联系之际，才获得一种说服力，才可能成为一个参照系，才会被认为值得追求。我们不会因为世界或西方发达国家的通例是吃面包而放弃米饭，除非你能证明面包比米饭更富有营养，并因此更可欲。而一旦真正证明了面包比米饭更有营养（或者相反），那么也就没有必要讨论面包或米饭是通例还是特例了。

正因为如此，相比之下，第二个理由更为务实，更具力量，更值得重视。因为，在一定意义上看，人们真正关切的是司法独立所允诺的法院或法官的司法公正和有效履行其社会职能。因此，具体考察审判委员会对司法独立的实际影响，特别是考察对其背后更重要的、被假定与司法独立有直接因果关系的司法公正的实际影响，至少在论证上更具有战略性意义。此外，由于这个理由突现的是审判委员会在现实生活中的作用，是一个经验性的命题；这就使我们有可能通过经验性研究予以考察和验证。本文将主要考察这一反对理由的真实可靠性。

---

<sup>③</sup> 休谟《人性论》，关文运译，商务印书馆，1980年。现有的归纳推理必定是不完全的归纳，它的基础总是过去如何如何；尽管在一定层面上这种归纳可能构建我们对于未来的预期，但它无法规定未来的进程应当如此或必定如此。特别是就制度而言，更是如此。制度是在解决往日的问题中形成的，但它的真正的重要性是指向未来的，而未来总是开放的。

## 二、进路、方法和材料

我选择的切入角度是法官自己对审判委员会的评价。选择这一切入角度,首先是因为,尽管司法独立也是并曾首先是一个政治学的命题(在这个意义上是一个每个公民都可以发言的问题),但这个问题在近代首先是由法官真正提出来的,<sup>④</sup>并且是伴随着一个法官职业群体的出现而实现的。<sup>⑤</sup>因此,一般说来,法官对这个问题不仅理应更为敏感,而且由于“鞋子合适不合适脚趾头最知道”的定理,他们的感受也理应最真切。其次,我们还有一个从常识中来的基本假定,即没有谁愿意老被人“管”着,甚至在这种管并不过分之际,也是如此。因此,如果审判委员会确实经常不恰当地干预、限制和影响了法官的独立判断,那么法官的反感一定比我们这些局外人的感受更为强烈,对审判委员会的利和弊了解更深,也更切中要害。因此,这一进路突出了法官的主观感受和主观视角,因而避免了以制度“通例”或理想化的逻辑作为判断标准所必然隐含的且容易实际带来的强加于人。

如果将法官大致划分为初审法官和上诉法官,我们选择了调查初审法官。这种选择,也有一番理由。首先是因为资料的可获得性。在位于武汉的中南政法学院和湖北省最高法院的推动下,

---

④ 如今为人们引用最频繁的同时也可能是最早的关于司法独立的例子,就是英国大法官柯克抵制英王詹姆斯干预司法的著名轶事。可参见萨拜因,《政治学说史》(下册),刘山等译,商务印书馆,1990年,页509以下。

⑤ 一般性的论证,见苏力,“论法律活动专门化”,《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社,1996年,特别是第2节。事实上,柯克抵制詹姆斯干预司法的最重要、最核心的论点就是法官拥有司法的专门技能,即所谓的“人为理性”,而不是如今法理学教科书上流行的政治哲学和道德哲学。同前注。而实际体现美国司法独立的司法审查制度也是美国联邦首席大法官马歇尔的创造,参见苏力,“制度是如何形成的?”,《比较法研究》,1998年,第1期。

由福特基金会资助,自1995年以来,中南政法学院举办了湖北省基层法院和中级法院法官培训班;我有幸成为这个班的授课教师之一,每年两次,至今已先后7次在这个培训班上课。这种条件为我们的项目调查和集中访谈创造了可能和便利。而若是要对中级以上法院的法官进行这种访谈,就会有时间、进入、费用等种种不便。其次是因为初审法院的工作更为复杂,他们的知识和经验对于我们的研究可能更具有意义。这—是因为,初审要同时解决事实问题和法律问题,工作较为复杂;而一般说来上诉审只关心法律问题,因此工作相对简单;二是,初审法官在每一个案件中的工作可以说都是白手起家,而上诉审法官除了有其它法律信息和职业训练上的优势外,至少还可以得到初审法官之判决意见作为参照(即使—审法官的判决有误,这种参照作用也无法否认)。由于两类法官的不同位置很可能使得他们对制度保障的要求乃至对审判委员会的依赖程度不很相同甚至相当不同。<sup>⑥</sup>而在中国,最大量的初审案件都是由基层法院和中级法院承担的(中级法院也承担着部分上诉审工作),我们调查的着重点放在基层法院身上也就顺理成章。

本文分析讨论所依据的材料主要是我们在1997年春秋两季和1998年春季对法官的访谈以及1998年春季对一些基层法院的实地调查。我们前后共比较详细访谈了约60名基层法院法官以

---

<sup>⑥</sup> 参见波斯纳有关的分析,见《法理学问题》,同前,页261以下。必须注意,仅仅就制度层面而言,中国的上诉审相比起美国上诉审甚至可能更为简单,首先是因为中国采用的成文法制度,适用起来相对简单;而美国采用的是判例法制度,法官造法或法律解释是一个非常重大、复杂的活动。其次,中国社会的同质性要比美国的同质性更高,因此,一般情况下,在中国法律适用和法律解释要比在美国更少争议,因此对上诉法官的专业智识挑战要低;而在特殊情况下(例如,法律与民情有冲突或与地方利益有冲突时),这种高同质性对直接审理案件的法官,即初审法官的压力显然大于对二审法院的法官。又请参见本文后面“两个例子的简要分析”一节的相关分析。



及少数中级法院法官。这些法官的文化程度绝大多数是高中以上。<sup>⑦</sup> 尽管接受访谈的有少数大学本科毕业生或专科毕业生，也有相当数量是进入法院工作后通过函授、电大、特别是法院系统的业大获得了法律专科甚至本科学历，但是没有一位法官是在进入法院前就已获得法律专业的本科或专科毕业生。据我们的实地调查，这种状况也大致能反映该省基层法院法官之教育水平。<sup>⑧</sup> 这一点对于我后面的分析具有重要意义。接受访谈的法官大致在25—45岁之间；其平均法院工作时间大约在8—10年左右；大约有一半以上的访谈者是法庭庭长或曾经担任过法庭庭长以上的职务。其中有些法官本身就是审判委员会的成员，是“管人的”，因此可能与“被管的”的法官有所不同；对此，我也将在后面的分析中给予适度的关照。访谈中，绝大多数法官显示出对法院情况的了如指掌，不仅对有关的法律条文相当熟悉、敏感，并且洞悉当今中国社会法院工作中的问题以及社会人情世故。一般说来，他们对法院工作都有一种职业自豪感以及相对于政府其他机构或部门而言的道德优越感，<sup>⑨</sup> 但他们并不讳言法院系统的工作存在许多问题，有些甚至是亟待解决的严重问题。他们也并不缺乏自我批评和自我反思。最为典型的、也是最使我们震动以致感动的是，一位十年前率先进行某些司法改革、取得显著成绩并因此多年一直被树为典型的法官，在访谈中，对自己的被作为经验

---

⑦ 由于近年以来中国普遍有学历贬值的现象，因此其实际学历可能略低。参见贺卫方，“通过司法实现社会正义：对中国法官现状的一个透视”，参见夏勇（主编）：《走向权利的时代》，中国政法大学出版社，1995年，页225以下。

⑧ 原则上看，这并不能说明中国目前基层法院法官的基本职业训练状况，因为我们调查的是法官培训班，而已经获得正规法律本科学历的法官一般不会接受这样的培训。但是，我们的田野调查和访谈使我们注意到在绝大多数基层法院都很少甚或根本没有正规法律院校本科以上毕业生。即使在中国东部经济最发达的上海市郊区某县基层法院，大学本科生也只有10%，但是可以肯定法律本科毕业的也很少，请看王元，“法院独立及其困境”，未发表的论文。

⑨ 几乎所有的法官都称公检法三家中，法院最廉洁，群众意见最小。