



主编 吴敬琏 江平 执行主编 梁治平

洪范评论

JOURNAL OF LEGAL AND ECONOMIC STUDIES

本辑主题

个案监督与司法公正

裴文睿

司法独立与司法责任:对个案监督调查的初步想法

陈斯喜

探寻个案监督与司法公正的契合

罗玥 强世功

在“案件监督”与“行为监督”之间

季卫东

中国司法的思维方式及其文化特征

何美欢

法治社会的建设:在中国法学院教授普通法的一个理由

卡塔琳娜·皮斯托 许成钢

不完备法律之挑战与不同法律制度之应对

沈联涛 肖耿 王沅

“原罪”的新制度经济学分析与产权基础设施建设

秦晖

转轨中的“奇迹”与“困境”

郭丹青

一个并不圆的外国月亮

第2卷 第1辑 2005年3月

主编 吴敬琏 江平 执行主编 梁治平

洪范评论

JOURNAL OF LEGAL AND ECONOMIC STUDIES

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

洪范评论.第2卷/吴敬琏, 江平主编.—北京: 中国政法大学出版社,2004.12
ISBN 7-5620-2686-6

I.洪... II.①吴...②江... III.①法学-文集
②经济学-文集 IV.①D90-53②F0-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 139845 号

书 名 洪范评论·第2卷 第1辑
出 版 人 李传敢
项目编辑 余 娟
文稿编辑 黄 斌
经 销 全国各地新华书店
出版发行 中国政法大学出版社
承 印 固安华明印刷厂
开 本 787×1092 1/16
印 张 17.25
字 数 210千字
版 本 2005年5月第1版 2005年5月第1次印刷
书 号 ISBN 7-5620-2686-6/D·2646
定 价 22.00元
社 址 北京市海淀区西土城路25号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563(发行部) 62229278(总编室) 62229803(邮购部)
电子信箱 zf5620@263.net
网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。
本社法律顾问 北京地平线律师事务所



洪范评论

JOURNAL OF LEGAL AND ECONOMIC STUDIES

主编

吴敬琏 江 平

执行主编

梁治平

编委会

(按汉语拼音排序)

方流芳	高西庆	季卫东	江 平	焦津洪	金立佐	李 波
梁治平	刘遵义	茅于軾	钱颖一	秦 晖	吴敬琏	谢 平
许成钢	余永定	张春霖	张 军	张维迎		

编辑部

编辑

(按汉语拼音排序)

范亚峰 刘 卫 周飞舟

助理编辑

(按汉语拼音排序)

凌 斌 王 军

| 编者弁言 |

司法的正义经常被称为矫正的正义,在现代社会里面,它往往还是人们获得正义的最后手段。然则,司法的正义如何实现?在现代社会条件下,人们提出的答案基本上包含两个方面:一方面是界定司法的职能,使与立法和行政相区别,以确立其独立地位;另一方面是规定极为细密的程序,以保证诉讼当事人的诉求得到充分的表达和考虑。在这些方面,中国现行法律制度上有些颇具特色的安排值得注意。其中一项是诉讼法上的审判监督程序,另一项是地方各级人大对于法院的个案监督。

严格说来,前一种制度并非中国所独有,但其中同一案件一审再审、几无止境的情形却算得上举世无双。至于后一种制度,作为一种解决当下特定问题的实践产物,其本土渊源更为显见。近年来,随着人们对司法问题的关注日益增加,这两种制度不仅成为学者们热衷于谈论的话题,也成为实务者推进改革和制度创新的重要内容。本辑“主题研讨”也是针对这一问题而来。自然,这不能算是新话题,本辑“主题研讨”之新在其讨论问题的方式:它不再满足于基本是印象式的讨论,而是把学理的讨论建立在尽可能扎实的经验基础之上。这也正是本刊所提倡的做法。

裴文睿教授的文章根据一项涉及六个省份的数十个案例的调查结果,对现行的审判监督制度和个案监督实践(他统称之

为“个案监督”)做了一个综合分析。这篇文章仔细考察了支持和反对个案监督的各种观点,并且针对调查中所发现的问题提出了若干改革建议。值得注意的是,作者并不是简单地主张司法独立,而是把个案监督问题放在司法独立和司法责任的框架中加以分析,认为应该在这二者之间以及公正与效率、实质公正与程序公正之间寻找合适的平衡。作者认为,建立法治没有单一的道路。中国的改革者必须根据本国的实际情况而不是法律学者和外国顾问的意见来进行改革,寻找适合于中国的法治模式。

“主题研讨”栏目的第二篇文章出自一位参与上述调查的全国人大官员之手,因此很自然,这篇文章完全集中于对个案监督问题的讨论。基于同一批调查材料和其个人经验,作者追溯了个案监督的缘起,描述了个案监督在各地的主要实践方式,评估了个案监督的成效,讨论了其中存在的主要问题,并在此基础上提出了解决这些问题应当注意的方法和原则。作者在结论部分表示,在现有社会背景下,个案监督对于保障司法公正具有积极意义,但是长远看,司法公正必须靠司法制度本身的完善来实现。而当这一天来临之时,个案监督就将退出历史。

与前两篇文章相比较,“主题研讨”的最后一篇文章更具理论性。尽管仍然是讨论个案监督问题,文章的两位作者却试图更进一步,把这个问题提高到共和政体的层面来加以思考。在两位作者看来,个案监督所引出的问题并不是人们通常所说的如何遏制司法腐败,而是立法和司法两个国家机构之间的权力分配。职是之故,这个问题只有在宪法的架构下才可以得到清楚的观照和恰当的处理。文章把个案监督区分为“案件监督”和“行为监督”,认为只有后者才是人大依据宪法应当关注的范围。在这样做的时候,作者实际上是在提出一种新的宪法解释,而其解释的尺度正是共和政体的原则。

本辑“论文”的前两篇都与司法问题有关。季卫东教授的文

章从思维方式和文化特征入手对中国式司法做了一个理论上的检讨,揭示出某些我们习以为常的法律现象背后的特殊运作机制,进而提出了下一步需要解决的问题。何美欢教授讨论在中国法学院讲授普通法的理由,同样是基于当下中国司法实践的特点。两位作者都指出,与一般关于中国法院的角色的简单判定相反,中国的法院实际上拥有重要的造法功能。基于这一认识,两位作者分别看到了学习、借鉴和创造性运用西方经验的可能性和必要性。

当然,无论如何改进司法制度,人们都无法改变法律的不完备性这一事实。正因为如此,如何有效地分配立法权和执法权就成为一个法律治理中至关重要的问题。

继提出法律的不完备性理论之后,皮斯托和许成钢两位教授已经发表了一系列相关研究。他们在本辑中撰写的文章仍然是围绕这一主题,试图用法律不完备原理对现代所谓监管式国家的兴起及其所带来的问题提供一个初步的分析。作者比较了不同法律体系中不同国家应对类似问题的各种策略,并从中引出若干一般性的结论。

“论文”栏的最后一篇文章试图处理一个重大然而棘手的现实问题,即所谓企业家的“原罪”问题。借助于不同的语言,这个问题业已在道德和政治层面激起了许多激烈论辩。本文的三位作者认为,“原罪”问题见于各个不成熟的市场发展过程中,有其深刻的制度原因。因此,切实解决这一问题仍须从制度入手。具体地说,只有建立起完善的产权基础设施,才可能从制度上消除产生“原罪”的社会根源。本文作者利用新制度经济学的研究成果,试图在理论上区分通常被归在“原罪”范畴下的不同情况,进而提出处理不同情况的不同原则。有趣的是,作者们针对中国现实提出的改革建议,也包括对普通法经验尤其是其中司法传统的学习。

就其整体而言,中国的现代法律体系完全是法律移植的产

物。即使是在今天，通过模仿和借鉴来发展法律仍然是中国法律建设的主要途径。然而，法律移植从来都是一项复杂而艰难的事业。要了解这一点，读一读郭丹青教授的评论文章是有益的。“评论”栏的另一篇文章也涉及比较，且同样具有警醒作用。秦晖教授对中国与俄罗斯和东欧改革的比较分析，清理了一些流行但是似是而非的见解。对于这些问题，读者们或许各有其看法，但是无论我们的意见是什么，大家在下面这一点上应当没有分歧，那就是，今天的中国正处在改革开放以来（甚至也是百年来）的一个关键时期，而如何应对我们所面临的一系列重大的政治、经济、法律和社会问题，乃是一个需要严肃认真地思考的问题。

编者

2004年11月30日

目录

编者弁言

主题研讨:个案监督与司法公正

裴文睿

司法独立与司法责任:对个案监督调查的初步想法.....1

陈斯喜

探寻个案监督与司法公正的契合

——人大个案监督实证调查案例分析.....37

罗 玥 强世功

在“案件监督”与“行为监督”之间

——从共和政体的角度来思考“个案监督”.....61

论文

季卫东

中国司法的思维方式及其文化特征.....99

何美欢

法治社会的建设:在中国法学院教授普通法的一个理由.....120

卡塔琳娜·皮斯托 许成钢

不完备法律之挑战与不同法律制度之应对.....136

沈联涛 肖 耿 王 沅

“原罪”的新制度经济学分析与产权基础设施建设.....181

评论

秦 晖

转轨中的“奇迹”与“困境”207

郭丹青

一个并不圆的外国月亮

——美国反内幕交易法律制度.....225

书评

青木昌彦

吴敬琏:《当代中国经济改革》.....239

雷小政

卡多佐:《司法过程的性质》.....252

司法独立与司法责任： 对个案监督调查的初步想法

裴文睿*

许多年来,由人大、检察院或法院自己实施的个案监督一直是引人争议的话题,支持或反对监督的主要理论观点已经广为人知。支持者认为,因为某些法官专业能力不足、司法腐败以及地方或部门保护主义的不利影响,监督是必要的。他们声称,监督有助于纠正不公正的行为,促进法治,并发挥威慑作用。

反对者认为,个案监督阻碍司法独立,不利于建立法院的权威,会造成法院与其他国家机构之间的冲突;司法监督还会损害法治的确定性和最终决定性,因为如果没有程序和时间限制,案件会拖延数年;由于司法监督经常发生在上诉之前,它会扰乱正常上诉程序。反对者还认为,司法监督效率不高,很多司法资源用于再申请,但是实际上改判案件很少。个案监督也会产生严重的司法不公正问题。由于缺乏规定哪些案件该被监督及如何监督的程序,有影响力的一方可以使案子再审,而那些更值得被监督的案件的当事人的监督申请却遭到拒绝。尽管司法监督旨在解决腐败及保护主义的问题,但它不是一项有效措施。由于腐败和地方保护主义是体制的问题,因此需要解决体制的方案。而且,个案监督本身会滋生外部影响、腐败和地方保护主义,这就引起一个无法解决的问题:谁来监督那些监督者?

* 裴文睿,加利福尼亚大学洛杉矶分校法学院教授。

像其他复杂且有争议的问题一样，两方面的理论观点都很有说服力，但同时又都缺乏足够的证据证明其观点毫无疑问是正确的。历经十年的理论辩论，结果无论是支持者还是反对者都无法说服另一方或达成妥协，所以现在仅仅重复那些老观点不再有任何帮助。在理论辩论中，双方都缺乏实证来支持他们的观点。有关实际经验的报告要么是某位法官、检察官或人大代表的个人经验，要么是由法院、检察院或人大自己准备的，往往反映他们机构本身的利益。

基于上述情况，我们组织了法院、检察院和人大的主要领导人调查研究由法院、检察院和人大实施的个案监督。我们在6个省进行了调查和访问，旨在从数量和质量的角度讨论以下问题：

◇ 个案监督是如何影响法院的独立、权威和地位的？它如何影响人大、检察院和法院之间的关系及权力制衡？在监督过程中，执政党的机构起什么作用？

◇ 多少案件被监督？谁要求监督？为什么要监督？如何选择被监督的案件？

◇ 监督机构是否遵循了适当的程序？程序中的漏洞是否导致监督机构滥用权力？滥用权力和腐败是否影响了监督程序本身？是否有外部影响？如果有，谁施加了影响？

◇ 法院改判了多少案件？监督是否产生了更公正的结果？监督对谁有利，对谁不利？

◇ 如果原来的判决明显是错误的或看起来是受腐败的影响，作出这些判决的法官会怎么样？他们被处罚了吗？受到何种处罚？

本文第一部分讨论研究方法的问题，并评估我们调查的长

处和短处；第二部分根据调查结果来评价反对和支持个案监督的主要观点；第三部分探讨我们的调查所引发的一些具体改革问题，并提出一些改革建议；第四部分对个案监督、司法独立与司法责任之间的冲突以及对中国找到自己的解决方案和建立适合中国的法治模式的必要性进行一些综合讨论，以此作为结论。

第一部分 研究方法

如果我们要了解司法人员所面对的实际问题，从而找到并实现促进法治的行之有效的改革方案，调查研究是绝对必要的。我们首先应该感谢调查者。出于职业责任感和促进法治的愿望，他们在繁忙的日程中挤出时间来进行调查。因为他们的勤奋、坚持和努力，我们才能够得到个案监督中有关各方详细的信息，从而能够全面地研究某个案件和对个别案件进行监督的实际情况。

这次调查研究非常成功之处在于它赋予抽象的理论辩论以人性的一面。它非常生动地描述了某些案件中个别人所承受的悲惨的、令人心碎的不公正事件。毫无疑问，这次调查研究突显了哪些地方需要改革及改革会碰到的障碍，清楚地显示了对司法进行监督的利弊。任何人读了那些长篇报告都会意识到在许多案件中问题是如此复杂，以至于不可能简单地判断什么应该是正确的判决结果，或者问题的症结是在于法律制度还是其他方面。读者也会意识到准确并综合地评估个案监督以及找到行之有效的促进法治的办法是多么的困难。司法工作人员提出了众多的常常很具体的建议。这些建议对于改善整个法律体制和促进中国的法治都非常有益。

然而，像所有的调查一样，这次调查也受到各种限制。首先，案件不是随机抽取的，所以并不能说具有代表性。这一点应该被强调，因为即使匆匆浏览一下那些报告，你也会发现你可以选

择案件来支持你的观点。个案监督的支持者们可以从众多案件中选出几件来证明个案监督是绝对必要的,而且毫无疑问会提高公正性。相反,反对者可以选择一些案件来证明个案监督没有必要,会经常导致不公正的结果。同样地,检察院可以用一些案件显示检察院监督比人大监督要好。但是人们也可以选择一些案件证明由人大进行监督更好,或者这两者可以互相补充,所以二者都需要。对更具体的问题也是一样,即正反两方都可从调查报告中找到论据。例如,你可以找到案件支持人大只应在上诉完成之后干预的观点,你也可以找到案件支持相反的观点,即人大应该在一审判决之后或在一审的过程中进行干预。

尽管案件不是随机抽取的,但是调查者们被要求避免选择仅仅反映某个观点或某个机构利益的案件。他们被要求选择既反映某种监督方式的长处又反映其短处的案件。这样,这个调查研究采用了以案说法,或者更准确地讲,以案说问题的方法。这种方法最适合我们的目的,即了解在实践中产生的问题,利用案件报告来促进改革。

当然,案件的选择不可避免地在某种程度上反映了调查者的观点、经验和部门利益。但是这些偏差有可能被来自其他部门的相反的偏差所抵消。例如,如果检察官们更有可能倾向于维持甚至扩大检察院监督的范围,法官们,作为被监督的对象,可能持有相反的观点,赞成取消或至少限制这种监督。

因为案件不是随机抽取的,它们能显示监督的利弊及其产生的某些问题,但是不能作为统计性结论的依据。为了弥补这一缺陷,我们尽可能地引用了全国或地方的统计数字。法院每年都公布再审的案件数量、这些案件的类型、再审的原因和结果。另外,法院还公布有关被检察院抗诉的案件的类似数据。作为对这些全国性数据的补充,法院和检察院的调查人员提供了省市及地方的数据。但迄今为止,有关人大监督的统计数字还是很少,例如,在全国范围内,人大收到了多少监督要求,其中多少

案件被监督、监督采取了何种方式、结果如何。除了调查个案，调查者们还被要求收集他们所在省、市及地方的统计数据。这样，至少我们第一次获得了各级地方人大监督的部分数据。

这些数据显示，在申请监督的数量、被监督的案件数量、个案如何被监督及监督结果方面，各个地方的人大监督差别很大（《蔡定剑报告》）。例如，在甘肃，人大在 2001 年监督了 180 个案件，改变了少于 5% 的案件的判决。这一数据与前些年的统计数字相符，每年在 150 个主要案件中大约 5-6 个案件的判决得到纠正（《甘肃人大报告》）。与此相反，在 1999 年至 2000 年期间，广东省清远市人大收到了 388 起监督请求，监督了 22 个案件，改变了 14 个案件的判决。在广东省肇庆市，在 1998 至 2002 年 8 月期间，人大收到了 582 起监督要求，监督了 22 个案件，改变了 20 个案件的判决（《广东人大报告》）。这些较大的地方性差异部分反映了地方法规的不同，同时也表明全国人大也许有必要综合各地人大的经验来规范监督程序。

但是，统计数字仅仅反映部分现实。这次调查的目的之一是找到这些案件获得如此解决的真正原因，即判决是建立在法律还是非法律因素的基础上。通过采访案件的有关各方，调查者们常常非常成功地发掘出通过阅读公开的判决书所不能得到的次要情节。当然，我们不可能总是发现个案所有的要素，或从各方对“真相”的不同描述中找到正确的一种。而且，受资金的限制，更彻底详尽的调查有时是不可能的，因为找到并采访每个案件的所有当事人花费太高了。出于保密方面的考虑，律师、法官、检察官和其他人也不会透露某些信息。就法官而言，即使参与调查的法官不是审理该案的法官，也不属于同一家法院，但与案件的非当事人讨论这些案件也常常是不妥当的。即使有些当事人宣称案件的判决受腐败影响，但判断个案是否有腐败因素也是很难的。参与腐败行为的当事方是不会向调查者坦诚相告的。但是，在某些案件中，官方调查表明腐败确是其中一个因素。在

另外一些案件中,事实很清楚地显示非法律性因素在起作用。调查者们对某些案件的外部因素如何影响法官及影响程度的挖掘能力也受到类似的政治和现实因素的限制。尽管如此,总体上讲,调查者们在获取个案的全貌及有关事实方面是成功的,甚至比预想的还要成功。此前很少有对法制运作如此详尽的描述,更不用说如此丰富、全方位地综合了司法工作人员的内部观点和当事人、律师、检察官、人大及公众的外部观点的描述。

一个关键的问题是个案监督提高了公正还是减少了公正。令人惊讶的是,读了这些个案分析研究,这个问题还是难以回答。当然,在某些案件中,监督显然纠正了非常不公正的判决,但也有些案件,监督明显造成了不公正的结果。尽管如此,总体来讲,监督造成的明显公正的结果的案件数目多于监督造成明显不公正的结果的案件数目,并且后者的数目相对来说很少。

但是,要作出监督是否提高了公正的确定性结论,还存在很多其他的障碍。首先,在许多案件中,事实和/或法律本身并不清楚。善意且持公正心的人们不能就什么是法律层面公正的结果达成共识。实际上,检察院、人大或法院常常就某个案件应有什么判决结果意见不一。相反,在许多案件中,法律和事实也许很清楚,法律结果因此也很明显,但考虑所有的因素后,法律裁决是否公正是有争议的。法律并不能在所有的情况下都产生公正的结果。在难以判决的案件中,通常存在巧妙地运用法律以达到更公平合理的结果的倾向。尤其值得一提的是,在有些情况下,当事人似乎希望法制能够解决类似于缺乏充分社会保障的问题,但是法制在实现公正方面受到较多的限制,法官没有权力解决社会的所有弊端。最后,但也是最根本的问题,公正是颇有争议的一个概念。人们不能就广泛意义上的公正及个案中的公正结果达成一致。

这次调查的最终目的是评价个案监督的总体可取性及各种监督方式的相对的利与弊。监督导致再审并改变判决的案件数

目较少,这似乎显示只有少数案件被错判,不论是出于司法能力不够、腐败、地方保护主义还是其他的原因。每年,法院审理大约 600 万个案件,不到 1% 的案件受到监督,判决因此被改变的占的比例更少,不到 0.3% (宫鸣,《关于外部监督对人民法院系统的公正的影响的研究报告》)。另一方面,监督改变判决的案件总数与被监督的案件总数的比例很高,尽管这一比例随监督类型、案件类型和地域而有所改变。例如,在 2001 年,法院处理了 21,098 起被检察院抗诉的案件,其中,法院改判了 4,697 起案件,维持了 7,440 起判决,检察院撤销了 1,055 起抗诉,法院将 1,538 起案件发回原审法院重审(因为发现了新的证据或事实不清),在 6,368 起案件中当事人成功地达成了和解(《最高人民法院 2002 年工作报告》)。这一相对较高的比例似乎表明更多的案件应该被监督。至少,它意味着如果取消监督,每年会有成千上万的当事人被迫忍受不公正的判决。

我认为,这次调查证明了监督在现阶段是必要的。由于有太多的案件当事人不能得到公正的对待,现在不能取消监督。我知道,不同的人会对个案监督的利弊有不同的评价,所以这次调查研究并不能结束学者间有关个案监督在总体上是否必要及监督应采用何种方式的辩论。然而,撇开学术辩论不谈,鉴于国家领导人及公众对监督的政治方面的支持,某种方式的个案监督在当前是不可避免的。实际上,最近几年被监督的案件数目急剧增加,地方政府和检察院颁布了众多的规定来加强监督程序。尽管有些人也许对保持个案监督是否明智持有异议,但我认为所有的人都会同意,如果继续保持个案监督,就必须采取重大的改革使得监督的程序更透明、公正和高效。从这个角度来看,这次调查基本上成功地完成了它的主要目的,即通过更准确地描述各种监督方式、实际中产生的问题和哪些地方最需要改革来推进改革。

第二部分 评价支持和反对个案监督的观点

在这一部分,我提出我对支持和反对个案监督的主要观点的一些看法。以下的讨论并不详尽。我不讨论支持和反对个案监督的所有观点,也不讨论我提及的观点的所有方面,因为许多方面已在其他地方详尽地讨论过了。这一部分旨在着重说明我们的调查研究对主要争论观点所作的贡献。

支持个案监督的观点

司法能力

支持个案监督的一个主要观点是,因为一些法官的法律水平低,所以监督是必要的。近年来,中国政府已采取许多措施提高司法工作人员的素质,其中包括要求参加国家统一司法考试的人员必须具备高等学历,为新法官提供培训及为在职法官提供继续接受法律教育的项目,建立一个以个人能力作为晋升基础的制度,以及追究法官因能力不够而错判案件的个人责任。这些措施和其他措施所产生的结果是,司法机关的素质近年来有了很大提高。

尽管如此,司法机关的能力仍然是一个问题。这个问题的严重程度随着法院的级别、法院的部门及地域而变化。总体来说,高一级法院的法官比低一级法院的法官资历更高、更有经验、更能胜任工作。许多最优秀的法官审理民事案件,尤其是外商投资和知识产权方面的案件;大城市比农村地区的乡镇更能吸引高素质的法官;东部地区比西部地区的吸引力要强。《甘肃人大报告》指出,在兰州,只有23%的法官有大学本科或以上的学历。在一家县级法院的55名司法工作者中,只有一名有本科学历。许多县没有一名律师,人们无法获得法律援助。在农村地区的法院,尤其是西部,经常没有足够的经费发放司法工作人员