

司法公正 与诉讼程序



范明志/著

人民法院出版社

范明志 / 著

司法公正与 诉讼程序

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

司法公正与诉讼程序/范明志著. —北京:人民法院出版社, 2005. 6

ISBN 7-80217-050-8

I. 司… II. 范… III. ①司法制度-研究-中国②诉讼程序-研究-中国 IV. ①D926②D925.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 064621 号

司法公正与诉讼程序

范明志 著

责任编辑 高绍安

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) 85250510 (责任编辑) 85250516 (出版部)
85250558 85250559 (发行部)

网 址 www.courtpress.com

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

开 本 890 × 1240 毫米 A5

字 数 250 千字

印 张 10

版 次 2005 年 6 月第 1 版 2005 年 6 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80217-050-8

定 价 23.00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装, 请与出版社联系调换)

内容提要

(一)

本书汇集了作者近年来的作品，部分发表过，在编写本书时作者对其进行了进一步修改。从作者所及的范围来看，本书所选文章的观点大多在国内尚未被系统论述过，如欧盟法院的“法庭顾问制度”等，但这也同时说明了文章的稚嫩。

本书的内容分为两部分：上编是关于司法公正机制的研究，试图沟通实体法律（如合同正义）、程序法律（如民事再审制度）、司法行政（如法院管理、法官培训等）和法官自身（如法官职业化）的关系，以分析我国司法改革的系统性和着力点。具体观点有：司法公正与司法权威还经常遭到公众的质疑，是因为司法活动的正当性还没有从内在属性上得到社会的认可；契约自由在契约正义中的动态定位无法用成文法准确表述，契约正义的实现只能在法官素质的基础上通过法律方法来完成；民事再审制度改革在当前只能是诉讼程序的完善，而无法实现从“纠错”到“救济”的根本转变，是因为当前的法官素质没有达到让公众信赖的水平；……。我国司法改革进展得似乎并不顺利，是否与忽略了法律制度间的逻辑性（系统性）有关？

司法公正与诉讼程序

下编是从比较法的视角研究欧盟的一些诉讼制度，它们在我国都有相对应的做法，主要包括：欧盟法院的“法庭顾问制度”（Advocate - General，又称公设律师制度）——我国一些法院的“判前（后）评断”和“专家意见书”；欧盟法院的“先行裁决制度”（Preliminary Rulings）——我国法院的“案件汇报制度”和“司法解释制度”；北欧的“议会监察员制度”（Ombudsman）——我国的审判监督制度及其中的人大个案监督制度，此外，欧盟实施 WTO 规则的经验 and 国际法院的诉讼规则在本书也有所涉及。如果说程序是设计的艺术，诉讼目的的一致性就决定了诉讼程序在现代法治条件下共性多、个性少，这就使参考和借鉴成为必要。当然，本书不提倡对国外法律制度的直接引进，而是从比较的视角重新审视我们自己所面临的问题。事实证明，简单的法律移植可能会损害法律的系统性，但是，只要承认法治是人类文明的成果、是人类的理性的结晶，我们的司法改革就不应当闭门造车。欧洲人说，喜欢法律和香肠的人，请不要观看它们的制作过程。对于一般公众而言，确实如此。但是作者相信，法律人士作为“香肠”的制作者，观看这些“欧洲香肠”的制作过程，肯定要比抽象地谈论西方法治理念是否适应中国国情更有实际意义。

（二）

本书涉及到法律的诸多方面，各章既相互联系，又彼此独立，每章的研究方法也不一致，故很难把本书的内容归类到某一部门法中去。在即将付梓之际，这不禁让我思考起部门法划分与法律研究方法之间的关系。

法律可以分为程序法与实体法，但是诉讼程序的设计是不是需要实体法上的依据？诉讼程序与司法制度分属两个部门法学科，但是诉

讼程序与司法制度之间的互动关系是怎样的？法律还可以分为国内法与国际法，还可以分为理论法学与应用法学，等等，这些不同的部门法之间的关系是怎样的？

部门法的划分促进了法学的发展，因为每个法律人会自觉不自觉地把自己定位到法学的某一领域当中，进行专向的研究，这对于促进各法学学科的发展无疑起到了积极的作用。但是，法律制度之间是有逻辑关系的，部门法的分立也是有逻辑的，这种逻辑对于解决实际问题有时会比部门法里的一项具体制度更重要。以本书涉及到的内容为例：成文实体法难以具体详尽地描述法律正义（如合同正义），所以在诉讼程序设计时就应该考虑到实体公正的有限性及诉讼程序的终结性（如再审程序），就应该通过法官素质来尽可能地保证司法公正（法官职业化），同时在必要的情况下应该给法官提供智力支持（如法庭顾问制度），对法官的监督也应该有程序法和实体法上的界限（议会监察员制度）。因此，部门法的划分有时会导致人为地割裂法律制度间的逻辑关系，在司法实践中的后果可能是：一个司法改革措施出发点很好，看起来非常完美，但是在实践中就是不能取得令人满意的效果，原因就在于措施配套性、系统性的缺失。实际上，具体司法制度的改革方案如果不能说明它的实体法和程序法方面的依据，那么这种改革就缺乏说服力或者有利益驱动的嫌疑。

所以研究法律，尤其是实践性课题，需要将可能涉及到的法律学科综合到一起。这种综合式的研究方法，虽然在单个的向度上不敢称高，但是角度与领域的变换对个体方向所形成的合力有时会是单向研究不能达到的。但人的精力、经历是有限的，要想在如此宽泛的角度来研究问题，绝不是多看几本书就可以解决的，甚至不是教育所能完成的任务。部门法之间的跳跃、理论与实务的结合、国内法与国外法的贯通，乃至对政治、经济、文化、哲学、历史的了解，都可能包含在一个法

司法公正与诉讼程序

律课题当中。然而,这是法律自身使然,绝不是谁在故弄玄虚。

学术是逻辑的理性,决策是权衡的学问,理性的权衡无疑是决策的上品。解决我国当前司法中的实际问题,恰恰需要这种理性的权衡。从纠问式到抗辩式的审判方式改革,引发了现代司法理念是否适应我国国情的争论;申诉上访的增加,引起了对判决的社会效果的怀疑和对调解的膜拜;从派出人民法庭的遍地开花到审判力量的整合,伴随着法官是应该职业化还是大众化的彷徨。简单的逻辑不足以作为决策的基础,也不足以成为否定决策的充分理由。诸多要素之间的博弈达成一种平衡时,正确的答案才浮出水面。但是,博弈的代价是昂贵的,有时是社会所承担不起的,所以才显示出理论研究的重要性。

对于上述研究方法,本人并不是优秀的实践者。本书上编把程序法、实体法、理论法学、司法制度等糅合在一起,仅仅算是对一个问题不同方面的研究;下编把国内法、国外法放在一起,顶多算作一种比较法研究的尝试。法律制度间的逻辑关系之间并不存在逻辑,它们零散地、无规律地甚至隐蔽地分布在各个法律制度之中或之间,往往突如其来地出现在我们面前。对它们进行系统地研究,我显然心有余而力不足。但是作为一名法官,无论是在审判活动中还是在司法制度改革过程中,我都切实感受到了法律间逻辑的重要性和我们在这方面的欠缺。如果上述观点成立,那么对于法官来说,系统的法学教育就成为必要,也许这就是《法官法》修订时将法官的学历资格提升到法学本科的原因。实际上对这方面的深入研究将不仅意味着提高法官的法律适用水平,更将对法律职业尤其是法官在社会中的重新定位提供更有说服力的依据。

本书仅作为抛砖引玉,作者盼望各位大家批评指正。

范明志

二〇〇五年四月·济南

法律的生命

（代自序）

在人治社会中，法律是表达具体统治者意志的工具，工具当然没有生命；在法治社会中，法律不表达具体人的意志，它独立于任何个人，因此法律是法治的主体，人被异化为法治的客体而受到法律意志的规制。从这个意义上说，法律是有生命的。不承认法律自身的意志，法律就仍然是“工具”，法治就徒有虚名。

关注法律的生命，就应该关注法律生命的源泉、机理和存在方式。

（一）

法律生命的源泉在于公民的权利。欧洲的现代史对此做了充分的诠释：

当美伊战争、巴以危机给当地人民带来硝烟和流血的时候，欧洲正在享受着其一体化带来的和平与繁荣。欧盟内的国家之间的篱笆正在被拆除，不同民族的人们正走向融合，这是个雄心勃勃的计划，拿破仑的野心和希特勒的疯狂都未能实现，但法律把它实现了，而且给欧洲人民带来了前所未有的和平、富足和活力。

欧盟法何以如此能量？欧盟法多为限制成员国政府、赋予欧盟人

司法公正与诉讼程序

民更多自由和权利的规范，其直接效力使得成员国的公民可以依欧盟法对抗自己的政府、主张权利，每个权利主张者在客观上都成为欧盟政策的游说人，能否切实地保护欧盟法赋予每个公民的权利也成为成员国政府是否让民众满意的标准之一，这就使得成员国政府被公民权利的“汪洋大海”包围，这样的力量是巨大而持久的，其作用也势不可当，这就是欧洲一体化的力量来源。

专制下的法律仅有“工具”意义，维护统治者的统治秩序是其首要任务，公民权利处于被统治者遗忘的角落，这样的法律带来的主要是秩序，甚至是死序；而法治中的法律以公民权利为起源，以丰富和保护公民权利为己任，公民的社会生产积极性就会得到无限发挥，这样的法律带来的不仅是秩序，更有繁荣和活力，公民不仅用法律保护自己的权利，更用法律创造着自己的生活。

将公民的权利作为法律的源泉，我们就可以预测立法的发展方向，就可以为我们进行法律评价提供一种基础的标准，就可以使法律在遭到其他势力围攻时拿出最有力的“杀手锏”，就可以使我们凭法律来期待老百姓幸福的笑脸……

与欧盟法相比，我们的法律正处于发育期，公民权利与法律联动的机制尚不成熟。在这个时期，法律成长的危险主要来自权力的操纵。我们对权利的保护和权力的制约尚未形成有机的生态环境。权利是羊群，权力是牧羊犬。权利容易受到伤害，但它是权力存在的目的，所以需要保护；权力是必要的，但具有攻击性，所以需要防备，当权力缺乏有效的制约时，权力寻租现象就突出，看得见的脚常常踩住看不见的手，行使权力可以盛气凌人，享受权利则需要低声下气。如何制约权力、保护权利是现代法治的主体内容。要丰富和保护权利才能制约权力，否则，制约权力只能靠权力者的自觉。只有权利才是现代社会充分发动群众的根本动力。“问渠哪得清如许，惟有源头活

水来”，人民群众的权利才是制约权力的源头活水，才是法律生命的源泉。

（二）

法律生命的机理在于法律的自身价值，即法律的内在逻辑性，有逻辑性的法律会按照自身的发展规律，不断地丰富和完善自己，像一棵大树，不断地生枝发芽，最后才能绿阴覆地。比如，欲形成“抗辩式”的审判方式，就要设立法官中立的具体制度，就要完善律师代理体制，就要制定证据规则……。其中任何一项具体制度的创建又需要其他更具体制度的支持，如证据规则就包含了一系列更具体的制度。如果缺少按照逻辑应该具备的法律制度，就是法律自身的残疾。

承认法律的生命，就必须承认法律的内在逻辑，才能使法律作为一个整体来对抗来自各个方面的侵袭。有人说法律就像一条水坝，我们不能为了捕捉一条大鱼而炸毁它。所以，制度的自身价值在于它的整体性、系统性，或者说逻辑性。当为了个体的利益去损害法律的系统性时，带来的将是对更多个体的损害与整体的混乱。

当法律被作为工具时，其自身是没有缺点的，所谓的缺点都是人的缺点，都是法律所服务的统治者的缺点。当法律具备了生命，才具备了自身的缺点。任何一种规范上升为法律制度时，便具备了制度的缺陷：抽象、僵化、滞后。不管诉讼程序被设计得怎样完美，也就必然排除了程序外的客观真实证据；即使一个实体法律规范在逻辑上非常严密，在千变万化的现实面前也能发现有漏洞；无论立法程序多么民主，任何一部法律的出台，也避免不了争论和抗议，更避免不了不知者的冒犯。

法治没有像我们想象的那么好，亚里士多德也认为由于找不到足

司法公正与诉讼程序

够的优秀哲学家当国王，才选择法治的道路。对于具体问题的解决，法治不具备人治的针对性、效率性和细节上的妥当性。但是，作为一项制度，人治的危害无须赘述，现代各国抛弃人治追求法治绝不是追随时尚，而是在经历了悲惨历史后的惟一选择，是人类付出沉重代价后才找到的人类文明！无视法律的制度价值，用其具象上的缺点来对比人治的优点，善意的解释只能是幼稚或理想化，实际带来的后果只能是更多公民权利的牺牲！

汽车也有很多缺点：耗能、污染、危险，等等，但是至今还没有哪一个国家拒绝将汽车作为现代交通工具。即使那些山区的城市，也没有以汽车不适应山区为由而改用其他交通工具。因为，人类至今尚没有发现汽车的替代品。可能拒绝汽车的只有两种人：无知者和马车的生产商，幸亏马车的生产从来没有形成现代意义上的经济规模。同样，人类至今也没有发现法治的替代品，那么，拒绝法律的，除了无知者，还有谁呢？

接受有生命的法律，必须爱屋及乌。放弃幻想，才能享受法律的灿烂！有谚道“天网恢恢，疏而不漏”。然而古今中外，真正实现过吗？如果不能实现，放过一条漏网之鱼又如何？其他的鱼会因此产生侥幸而自投罗网吗？实际情况是，漏网之鱼将逃之夭夭，网中之鱼才想拼命咬破鱼网。

有速溶的咖啡，没有速溶的法治。我们的法治之路刚刚开始，我们的法律还不成熟，它还不足以凭自身的发育来抵抗外来的侵害，它需要我们的耐心和信心，需要我们的呵护甚至培育。我们应该尊重法律、宽容法律，对法律宽容将促进法律生命的成熟，促使法律早日担当起法治的重任。有生命的法律对社会将更加宽容，宽容的社会更有利于大众的自由和幸福。

（三）

法律生命的存在方式是法官对法律的适用。法官是法律帝国的大臣，法官的使命就是贯彻法律的意志。法律是有生命的，但法律的意志不仅仅是法律条文，法律必须从纸上走进现实，才能展示自己的生命，这一过程需要法官的智慧。

从司法的角度看，法律正义的实质是法官正义，因为法律正义表面看是来源于实体法和诉讼程序，但是实际上是来源于法官。没有法官的正确解释，就没有实体法律的正确适用；没有法官的正确选择，就没有适当的诉讼程序。法官的任务就是理解法律的意志，法官自己也是有意志的，法律的意志和法官的意志有时是无法分开的，当二者正当地合为一体的时候，法官的素质才可以称作法官的智慧。

在我国，自古就有“徒法不足以自行”的谚语，是说再好的法律也要靠人来落实，否则只是一纸空文。但是，也暗示了对落实法律的“人”靠不住的担忧，即“人”的随意性可能损害司法公正。其实这句话是对“人治”下司法公正的担忧，如果把“人”也法治化，通过严格的程序选拔那些真正适合做法官的人来执行法律，并辅之以相配套的制度保障，就会把“靠不住”的人减少为个别现象。因此，完善法官，就是完善法律。当然对于司法公正来说，法官职业素质不是惟一的决定因素，但是，如果以此为借口，试图以其他途径来“确保”司法公正，那将是非常危险的。

然而，法官的素质是无法通过法官的工作来测量的。在法治中，法官是一种不能用工作业绩来评价的职业，因为，对法官业绩的评估会危害法官工作的基本原则——独立审判；至今也没有哪一个国家制定出了对法官工作的评价方法，因为法官的工作对象是个别的，没有

司法公正与诉讼程序

人比法官更了解这种个别性；事实上，“评价法官的工作”本身就自相矛盾：法官执行的是法律的意志，为什么不让评价法官的人当法官呢？即使在上个世纪后期我国的法官素质普遍较低时，也鲜有法官因工作业绩差而下岗的。所以，提高法官的门槛几乎成为保证法官素质的惟一具有操作性的方法；从制度层面上讲，这也是法官惟一能够赢得公众信赖的办法。

也许更现实的办法是亡羊补牢，提高现有法官的素质，让我们的法官赢得社会公众更多的信赖。

作为一名法官，必须“懂法”，法学理论必须上得去。没有清晰的理论坐标，脑子空空如也或者一团浆糊，谈什么给案件定性定位？实际上，法官如果没有理论积淀，必然不能树立审判的权威，或者在纷繁复杂的案件面前手忙脚乱，或者跟在别人总结的经验之后亦步亦趋。

作为一名法官，实践必须下得来。不了解生活，就不“懂事”，仅仅通过对条文的理解来理解现实，法官就失去了存在的必要，干脆设计一套电脑软件，把案情输进去判决结果就出来了。从法律到事实和从事实到法律，不就是所谓的法律方法吗？

因此，对于所有法律人，无论学法、司法还是立法，如果要探求法的真谛，必须穿梭于法里法外，不但要看“香肠”的制作过程，还要看它的原材料，政治、历史、哲学、经济、文学等等，这些就是法律的原材料，惟有如此，才能洞察人家法律背后的智慧，才能理解法律带来的繁荣，才能明白为什么人家出了丹宁、卡多佐、波斯那等世界级的法官，也才能明白我们应该怎样学法、用法，怎样司法为民。

与法律的成长一样，法官的成长也需要时间。^① 法官学术共同体的形成，可能是法官素质职业化形成的初步标志。法官学术共同体是指法官对法律的研究在整体性上达到一定的水平而形成的学术团体。这种水平至少应能够和法律院校的学术水平相抗衡。只有这样，法官才能让律师信服——这就是接触法官最多的社会群体的评价；法官才能赢得法学教授的肯定——这是来自专家的判断；法官才能赢得社会公众的信赖——一种别无选择的信赖。

我们的法治、法律尚还年轻；在法律帝国里，我们也是年轻的。
尊重年轻，就是尊重我们自己。

Analysis and Amelioration of the Institution Of Civil Trial Supervision in China

Abstract: The approach to the civil trial supervision reform is to design the true procedure for retrial, due to the fact of that many kinds of disadvantages have appeared from it. The article explores the principles and direction of the trial supervision reform from referring perspectives of west suit for retrial, the experiences of the reform experiments in Chinese Courts, the interests conflict in the reform, and the surroundings of the reform, with special reference on the Procuratorate's Protest Upon Civil Cases and Cases Supervision By

^① 肖扬院长估计至少二、三十年后，我国的法官职业化目标才能实现。参见肖扬：《中国司法：挑战与改革》，载《人民司法》2005年第1期，第5页。

司法公正与诉讼程序

People's Congress. It is suggested that two stages should be taken during the trial supervision reform, the stage for regulating the procedure of the suit for retrial, and the stage for regulating substantial condition for retrial. The article analyzes the relationship between the reform and judges' professionalism, and points out that the reform can not be carried out until the finishment of judges' professionalism.

The Impact of WTO Law on EC Law and its Inspiration

Abstract: WTO agreements do not have direct effect in the European community, although they are considered as one of EC legal resources. EC Law is presumed to be compatible with WTO Law, however, European Court of Justice does not think WTO Law provides criteria for assessing the legality of EC Law. The deliberate design of the relationship between WTO Law and EC Law by ECJ could be help for China, which is a new member of WTO.

目 录

上编 司法公正的机制

第一章 司法公正的出路	2
一、法院与社会冲突的正当性分析	3
二、人民法院应对与社会冲突的路径	8
三、法官职业化建设的现实途径	22
四、法官职业化的缺陷与补充	30
第二章 论我国民事审判监督制度政策	34
一、现行民事审判监督制度的缺陷和改革观点	35
二、现行民事审判监督制度弊端的根源和 改革方向	45
三、我国各级法院对民事审判监督制度改革的 尝试	51
四、西方法治中的再审制度及启示	55
五、民事审判监督制度改革中的利益博弈分析	62
六、民事审判监督制度改革的环境分析	75
七、民事审判监督制度改革的路径	82

司法公正与诉讼程序

八、人民法院推动民事审判监督制度改革的着力点	87
第三章 论契约自由与契约正义	90
一、契约自由原则概说	92
二、契约自由原则的衰落	103
三、对契约自由原则的矫正——契约正义的一般理论	107
四、契约正义在法律中的体现	111
五、当前契约自由在契约正义中的定位	123
六、契约自由原则的定位的本土化分析	132
第四章 司法民主与司法的职业化	144
一、民意：司法中的民主？	144
二、人民陪审员：司法民主的技术	152
三、专家与民众：法治力量的分工	160

下编 欧洲诉讼程序研究

第五章 欧盟的法治与法治的欧盟	166
一、欧共体的创建及发展	166
二、欧盟的立法体制	169
三、欧盟的司法制度	171
四、欧盟法治的启示	174
第六章 欧盟法院的先行裁决及启示	177
一、先行裁决的运行机制	178
二、先行裁决体制中存在的主要问题	183
三、先行裁决的未来	189
四、结论与启示：	193
附： On Preliminary Rulings	196