



中国法治现代化丛书

丛书总主编·徐显明

ZHONGGUO SIFA XIANDAIHUA YANJIU

中国司法现代化研究

主编·宋英辉



知识产权出版社



中国法治现代化丛书

丛书总主编·徐显明

知识产权出版社

ZHONGGUO SIFA XIANDAIHUA YANJIU

中国司法现代化研究

主编·宋英辉 副主编·郭云忠

内容提要

司法现代化属于法社会学的范畴,用以揭示社会发展与司法进步的内在关系。司法现代化并非一蹴而就,而是一个新旧交织、不断更替的渐进过程,最终目标是要实现社会的良法之治。中国司法正在以特有而复杂的方式经历一场现代化的洗礼,诸如司法主体、司法制度、司法程序和规则等。研究中国司法现代化的基本问题,不只是一种寻根溯源式的知识考古,更重要的是通过考察中国司法现代化的社会背景,勾画出中国司法现代化的基本图景并尽可能预测它的发展远景。

责任编辑:彭小华 熊 莉

责任校对:韩秀天

封面设计:Sun 工作室

责任出版:卢运霞

图书在版编目(CIP)数据

中国司法现代化研究/宋英辉主编. —北京:知识产权出版社,
2011.9

ISBN 978-7-5130-0546-3

I ①中… II. ①宋… III. ①司法-研究-中国 IV. ①D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 082492 号

中国司法现代化研究

主 编 宋英辉

副主编 郭云忠

出版发行:知识产权出版社

社 址:北京市海淀区马甸南村 1 号

邮 编:100088

网 址:<http://www.ipph.cn>

邮 箱:bjb@cnpr.com

发行电话:010-82000860 转 8101/8102

传 真:010-82005070/82000893

责编电话:010-82000860 转 8105

责编邮箱:pengxiaohua@cnpr.com

印 刷:北京富牛印刷厂

经 销:新华书店及相关销售网点

开 本:880mm × 1230mm 1/32

印 张:12 5

版 次:2011 年 9 月第 1 版

印 次:2011 年 9 月第 1 次印刷

字 数:341 千字

定 价:35.00 元

ISBN 978-7-5130-0546-3/D · 1206 (3441)

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

撰稿分工（按撰写章节排序）：

宋英辉（法学博士，北京师范大学刑事法律科学研究院教授），

引言、第一章

郭云忠（法学博士，国家检察官学院副教授），引言、第一、

二、三、四章

王贞会（法学博士，北京师范大学博士后研究人员），第一、

二、三章

许身健（法学博士，中国政法大学法学院教授），第五、七章

雷小政（法学博士，北京师范大学刑事法律科学研究院讲师），

第六、十、十一章

何 挺（法学博士，北京师范大学刑事法律科学研究院讲师），

第八、九章

冯诏锋（北京市朝阳区人民法院法官），第九章

李 哲（法学博士，澳门大学法学院助理教授），第十二章

樊 强（北京市海淀区人民法院法官），第十二章

目 录

Contents



引言

第一编 司法主体现代化

第一章 司法主体现代化概述

- 一、司法主体现代化的基本范畴 / 12
- 二、从法律文化看司法主体的现代化 / 24

第二章 法律职业和司法官员的现代化

- 一、法律职业的一体化 / 43
- 二、司法官员的精英化 / 52
- 三、司法官员选任、保障与惩戒制度的现代化 / 67

第三章 司法裁判与司法主体现代化

- 一、司法裁判的基本内涵 / 90

- 二、司法裁判的理性化 / 91
- 三、司法裁判推理论证的技术化 / 101
- 四、司法裁判的社会化 / 109

第四章 法治教育与司法主体现代化

- 一、法治教育与司法现代化的实现 / 120
- 二、社会民众法治教育的现代化 / 124
- 三、法学院教育的现代化 / 129
- 四、司法官教育培训的现代化 / 141

第二编 司法体制现代化

第五章 审判体制现代化

- 一、中国审判体制的现代化历程 / 165
- 二、中国审判体制的现状与缺陷 / 168
- 三、中国审判体制的改革与前瞻 / 169

第六章 中国检察体制现代化

- 一、中国检察体制的现代化历程 / 189
- 二、中国检察体制的现状与缺陷 / 199
- 三、中国检察体制的改革与前瞻 / 203

第七章 司法行政体制现代化

- 一、中国司法行政体制的现代化历程 / 208
- 二、中国司法行政体制的现状与比较 / 214
- 三、中国司法行政体制的改革与前瞻 / 226

第三编 司法程序现代化

第八章 司法程序现代化概述

- 一、司法程序现代化的基本蕴涵 / 248
- 二、司法程序现代化的标准 / 255
- 三、中国司法程序现代化概览 / 273

第九章 刑事诉讼程序现代化

- 一、中国刑事诉讼程序现代化发展进程 / 278
- 二、刑事诉讼理念与原则的现代化 / 282
- 三、刑事诉讼构造的科学化 / 298
- 四、刑事诉讼程序的体系化与多样化 / 306
- 五、刑事诉讼中的人权保障 / 314

第十章 民事诉讼程序现代化

- 一、传统民事案件处理程序的特征与弊端 / 320
- 二、中国民事诉讼程序现代化发展进程 / 323
- 三、中国当代民事诉讼程序现代化的进路 / 331

第十一章 行政诉讼程序现代化

- 一、中国行政诉讼程序现代化发展进程 / 342
- 二、中国当代行政诉讼程序的基本特征及其制度缺陷 / 348
- 三、中国当代行政诉讼程序现代化的制约因素 / 351
- 四、中国当代行政诉讼程序现代化的走向 / 353

第十二章 证据制度的现代化

- 一、我国证据制度的发展历程 / 358
- 二、我国证据制度的立法与现状 / 362
- 三、证据制度的现代化展望 / 379

—

现代化的开端可以追溯到 12 世纪的文艺复兴，更直接的根源则可以追溯到 17 世纪的科学革命。从那时起，人类关于环境的知识迅速增长，并且看起来要发展到无限的未来。这种知识的增长对人类活动的各个方面都产生了很大的影响，引起了人们生活方式的彻底改变。由于现代化产生于西欧，西方以外没有自发地产生现代化的社会，而且到目前为止，实现了现代化的大部分社会仍然是西方社会。因此，现代化理论的诸命题，都是以西方社会的历史事例为依据并从中获取一般化素材的。^①

西方现代化国家产生的最初影响是那么深刻，以致其他社会往往倾向于抛弃自己的制度而去全盘照搬西方先进社会的制度。然而这样的照搬多半是不成功的。一方面，从长远角度来看，使本国的传统制度适应新的功能比或多或少原样照搬西方的制度更为有效。另一方面，如果一个社会为了人类福利而要利用知识的进步，那就必须具备某些特征，但是，这些特征并不是一定要包括西方社会所采用的所有制度。反映西方化的一个极端事例，是 19 世纪中国知

● [日] 富永健一：《日本的现代化与社会变迁》，李国庆、刘畅译，商务印书馆 2004 年版，第 61 页。

识分子围绕着是否可以不要基督教而建成铁路所展开的辩论——因为已经建成铁路的国家全是基督教国家。^①这个故事现在看起来可能非常可笑，但是在现代化过程中、在现代化的其他诸领域，这样的例子可能还有很多。

从传统社会迈进现代社会的巨大飞跃，同样也引起了法律领域的近代化向现代化的转变。法律发展的本质意义，就在于伴随着社会由传统向现代的转变，法律也同样面临着一个从传统型向现代型的历史更替。法律的这一转型与变革过程，就是法制现代化的过程。^②与世界其他地区的国家不同，西欧诸国在其社会发展的自然演进过程中，顺利地完成了社会现代化和法制现代化的过程。而其他国家的现代化过程的最终完成，不可避免地受到欧洲以及美国历史经验的影响。及至我国，伴随着改革开放所引发的社会进步与法律发展，中国社会和中国法制同样要完成现代化的过程。

法制现代化中，司法现代化具有特殊的地位和作用：法制现代化作为一个有机的体系本质地内含着司法现代化，即司法现代化是法制现代化的一个基本环节和标志；司法现代化不仅一般是法制现代化体系中的一个环节和标志，而且是一个具有特殊意义的环节，这种特殊意义表现在它对法治实现的最终保障功能和裁决人们权利义务纠纷的权威作用上；司法现代化在法制现代化中的另一重要作用在于它是法制现代化的最终实践形态；司法现代化在法制现代化中的作用还在于它有力地促进法制现代化其他环节的完善。^③

由于现代化本身就是一个自我改造的漫长过程，而改造的过程往往和艰难抉择相伴，也往往和困惑迷茫同在。因此，中国的法制现代化路径也不可避免地面临着艰难的选择。进而言之，法制现代

① [美] 布莱克编：《比较现代化》，杨豫、陈祖洲译，上海译文出版社1996年版，第11页、第5页。

② 公丕祥：《法制现代化的挑战》，武汉大学出版社2006年版，第162页。

③ 谢晖：“论司法现代化：含义·原则·作用”，载《山东社会科学》2000年第4期。

化的最终实现，还需要司法现代化作为落实的保障，因此，司法过程同样需要通过一系列的改革来满足现代化的要求。所以，包括中国在内众多未实现现代化的非西方国家，常常会面临着这样一些问题：后起的非西方国家如何向西方现代化国家学习先进的制度和文化？如何顺利实现现代化转型？如何实现法制现代化？如何实现司法现代化？

二

众所周知，现代化理论是处于转型时期的国家和地区所急需的。如果能够形成一个相对完整的现代化理论，那么后进国家就有可能结合本民族的文化传统与精神资源，创造出有别于欧美先进国家的文明形态。这个结果不但会为整体的社会变迁提供理论指导，而且还会极大地增强和保障各个文明形态的独特性以及不可替代性。同样，法制现代化以及司法现代化理论的研究也必将会为法律文化乃至整个民族文化形成过程的考察提供新的视域。中国的儒家传统文化是世界历史上影响力很大、比较典型的一种文化形态。在今天看来，中国传统文化仍有许多值得借鉴之处。司法现代化并不是彻底西方化，也不可能彻底西方化。如何吸收儒家传统文化中合理的思想并使之融入当代历史文明，也是司法现代化理论的重要学术价值之一。

作为整体的现代化理论，是由有关社会各个环节的现代化理论组成的。如果缺乏对这些组成部分的研究，那么整体的现代化理论就会成为空中楼阁，它将会因为基础的薄弱而难以成立。法制现代化理论是现代化理论的重要组成部分，而司法现代化理论又是法制现代化理论的重要组成部分，因此，加强对司法现代化理论的研究，将会为法制现代化理论乃至整体现代化理论作出积极的贡献。

就法学领域而言，如何完成我国法学研究的理论更新，仍然是一个难题。司法现代化理论研究本身，就是一个法学界完成自身知识更新的契机。司法现代化的研究将会在深度和广度上丰富现有的

法治理论。值得注意的是,在此过程中我们既要避免当年对大陆法系的盲目崇拜,又要避免近期对英美法系的盲目崇拜。民国时期的学者曾感慨道:“吾国法律,自成一系,与欧美诸国,异乎其源。汉、唐以后,律例相因,代鲜变更,垂二千余载,其所以然之故,殆由于农村社会之保守停滞欤!”鸦片战争以后,西法东渐,清末民初,中国模仿西方先进的法律模式立法,自己固有的法制几无一存。^①导致“从前之改良司法,采用大陆,久蒙削趾就履之诮”。^②当前的法学界,“言必称英美,话必谈接轨”的模式也很流行。

人民的幸福即是最高的法律。^③可是,在一定意义上说,无论多么好的法律,都需要通过司法来具体落实。司法现代化问题不仅是法学研究的一项具有总体意义的关键性课题,而且同样是政治学理论与法律实践广泛关注的核心问题之一。可以这样说,一个国家现代化的成果,最终还要依靠制度来固定;一个国家法制现代化的成果,最终还要通过司法来体现。正如范德比特所言:“在法院而不是在立法部门,我们的公民最初接触到了冷峻的法律边缘,假如他们尊重法院的工作,他们对法律的尊重将可以克服其他政府部门的缺陷,但是如果他们失去了对法院工作的尊重,则他们对法律和秩序的尊重将会消失,从而会对社会构成极大的危害。”西方谚语说得好:“枪炮作响法无声。”反之,法无声处必然会枪炮响。因为,如果司法不能将民众对国家、社会的不满引入法庭,通过司法程序加以化解,那么,民众最终会选择诉诸暴力来解决纠纷。^④

① 何勤华、洪佳期编:《丘汉平法学文集》,中国政法大学出版社2004年版,编者前言,第8页。

② 何勤华、魏琼编:《董康法学文集》,中国政法大学出版社2005年版,第716页。

③ [英] 培根:《培根论说文集》,水天同译,商务印书馆1983年版,第196页。

④ 转引自吴永明:《理念、制度与实践:中国司法现代化变革研究(1912—1928)》,法律出版社2005年版,第263页。

现代化是一个动态的变迁过程。在这个过程中，充满了新旧制度、观念之间的冲突，因此，它会在一定程度上扩大原有的社会矛盾或者引发新的社会矛盾。如果在政治、经济、文化发展都很不平衡的中国，过于轻视这些矛盾所带来的危害，那么将会极大地影响现代化的最终实现。因此，必须要将这些矛盾限制在社会变迁所能接受的范围内。司法现代化过程将会满足完成上述任务的基本要求：一方面，司法本身的现代化将会与整体的现代化以及法制现代化同步发展，并且为它们提供充分的司法保障；另一方面，作为以秩序的寻求为依归的司法，化解社会矛盾正是其基本使命之一。

通过对司法现代化的研究，希望能够达到以下目的：其一，在现代化以及法制现代化的框架下，通过运用比较分析和历史分析的方法，就司法现代化相关的理论问题做一系统的探讨，以期获得一个明确而又不乏创新价值的新阐释，最终弥补目前相关研究的不足，尤其是在司法现代化这一方面的研究空白。其二，在对司法现代化理论研究的基础上，通过考察中国的司法现状，具体分析和总结我国司法现代化的实现障碍，以期为我国司法现代化的顺利实现提供实践上的指导。

三

马克思曾经说过：“我们仅仅知道一门唯一的科学，即历史科学。”^①但是，即便是历史科学也不可避免地带有很大主观性和不确定性，人们往往会到历史中去寻找自己想要的那部分“历史”。如克罗齐所说：历史永远是当代史，它的价值不是使我们回到历史中去，而是为新的历史提供资源。^②因此，我们无论是描述

① 《马克思恩格斯全集（第3卷）》，人民出版社1960年版，第20页。转引自王云龙：《现代化的特殊性道路》，商务印书馆2004年版，总序，第1页。

② [意] 克罗齐：《历史学的理论与实际》，[英] 安斯利英译，傅任敢译，商务印书馆1982年版，第一编历史理论。

西方法律发展及法制现代化理论的演进轨迹和发展脉络，还是研究中国司法现代化的历史及未来走向，都可能带有一定的主观色彩。当然，这些主观色彩往往是我们对中国法制发展的一种美好期待，表达了我们对中国法制现代化的美好祝福。基于此，我们不得不尽量保持冷静，并且希望我们的研究成果能够更客观、更可行。

中国司法现代化的历史，是一个从传统型司法向现代型司法复杂的、渐进的转变过程，其间充满着矛盾和反复。20世纪世界和中国的历史与现实情况，都不允许中国的司法现代化事业从容不迫地、细致地展开和落实。就世界格局而言，20世纪上半叶，中国作为落后国家，屡遭强敌入侵，现代化基础被摧残，进程被打断。后半叶，在纷繁的国际政治中，新中国不断根据世界格局的变化调整自己的方略和计划。就20世纪的中国历史而言，也充满变数。前50年政权更迭，战争频仍。后50年在社会主义建设道路上摸索前行，也充满了曲折坎坷。

岁月悠长，但留给我们用于制度建设的和平而理性的时光实在太过短暂。加之中国传统法文化极强的韧性和惰性依然存在，以及中国最广大的区域仍然是乡土社会，那里的生产仍然是主要以家庭为单位的农业经济。这样的历史和现实告诉我们：中国的司法现代化征程还有很多路要走，那种急于在短时间内走完欧美国家几百年才完成的现代化之路的想法是不切实际的。有学者告诫道：我们能够在一夜之间制定出一套齐备的法律制度，却不能一夜之间建成一个法治社会。^①因此，应该保持对司法现代化变革的理性期待。^②历史上公认的良法，其制定过程犹如美酒的酝酿，需要在时光的酵母中，逐渐散发出醉人的醇香。如《法国民法典》的制定，参议院

① 蒋立山：“中国法制现代化建设特征分析”，载《中外法学》1995年第4期。当然，对于“能够在一夜之间制定出一套齐备的法律制度”的说法，我们也同样持怀疑态度。

② 吴永明：《理念、制度与实践：中国司法现代化变革研究（1912—1928）》，法律出版社2005年版，263页。

为讨论民法典草案召开了 87 次会议，由拿破仑亲自主持的就有 35 次。又如《德国民法典》，正式编纂始于 1874 年，直到 1896 年国会才通过。因此，我们更愿意相信“罗马不是一天建成的”。我们应该记住培根的教诲：“对于一切事物，尤其是最艰难的事物，人们不应期望播种与收获同时进行，为了使它们逐渐成熟，必须有一个培育的过程。”^①所以，不仅对立法现代化、司法现代化、法制现代化而且对中国整体的现代化，都应该保持一种理性的期待。

日本学者提出，21 世纪已经不再是过去的资本主义与共产主义之间对立的时代，而是“已实现了现代化的诸社会”与“处于实现现代化途中的诸社会”这两大集团之间相互对立的时代。20 世纪 80 年代的法国创造出了“后现代”一词，但认为现代化已经终结是完全错误的，“已经实现了现代化的诸社会”需要“现代社会的现代化”，而“处于实现现代化途中的诸社会”需要“传统社会的现代化”。由于现代化制造出了环境问题和人口老龄化社会问题，因此，“已经实现了现代化的诸社会”又进入了需要“自反性现代化”的阶段。中国一方面还处于需要“传统社会的现代化”阶段，另一方面由于沿海地区和长江沿岸地区经济的高速增长，开始面临环境问题和人口老龄化社会问题，也进入了需要“自反性现代化”的阶段。中国的现代化课题在这一意义上是双重的。如果该日本学者的理论成立的话，我国的现代化建设包括法制现代化和司法现代化，都将迎来新问题、新挑战。

① [意] 贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国大百科全书出版社 1993 年版，卷首语。

| 第一编 >>>

司法主体现代化