

教育部

人文社会科学重点研究基地资金资助

诉讼法学文库 XVI

总主编 樊崇义

SUSONG FAXUE WENKU

SIFA GAIGE
YUANLI
YANJIU

司法改革原理研究

◎ 吴卫军 著

中国人民公安大学出版社

● 诉讼法学文库 (XVI)

司法改革原理研究

吴卫军 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目(CIP)数据

司法改革原理研究/吴卫军著. --北京:中国人民公安大学出版社, 2003. 11

(诉讼法学文库; 16/樊崇义总主编)

ISBN 7-81087-513-2

I. 司... II. 吴... III. 司法制度—体制改革—研究—中国
IV. D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 101179 号

司法改革原理研究

SIFA GAIGE YUANLI YANJIU

吴卫军 著

出版发行:中国人民公安大学出版社

地 址:北京市西城区木樨地南里

邮政编码:100038

经 销:新华书店

印 刷:北京蓝空印刷厂

版 次:2003 年 11 月第 1 版

印 次:2003 年 11 月第 1 次印刷

印 张:9.375

开 本:880 毫米×1230 毫米 1/32

字 数:226 千字

印 数:0001~3000 册

书 号:ISBN 7-81087-513-2/D·416

定 价:20.00 元

本社图书出现印装质量问题,由发行部负责调换

联系电话:(010)83903254

版权所有 翻印必究

E-mail:cpep@public.bta.net.cn

《诉讼法学文库》编辑委员会

主 任：陈光中

副主任：樊崇义 杨荣新 应松年

编辑委员会委员：（按姓氏笔画排列）

马怀德 卞建林 李 浩 宋英辉 汪建成

江必新 陈光中 陈桂明 陈卫东 应松年

杨荣新 张树义 张卫平 樊崇义

主 编：樊崇义

副主编：宋英辉 马怀德

学术秘书：吴宏耀

电子邮箱：ssfxyj@sina.com.cn

《诉讼法学文库》总序

诉讼法制是现代法治的重要内容和标志之一,也是依法治国的重要保障。我国法制建设的历程已经证明,诉讼制度是否健全与完善,直接决定着实体法律的实际效力:没有相应的诉讼制度作为依托,实体权利只能是“镜中花、水中月”;没有完善的诉讼制度予以保障,实体法律将无法如其所愿地实现其追求的立法目的。更为重要的是,诉讼法制的完善程度如何,还直接反映和体现着一个国家、一个民族进步、文明、民主和法治的程度,是区分进步与落后、民主与专制、法治与人治的标志。在现代法治国家,诉讼制度作为法治的一个重要环节,受到了前所未有的重视。美国联邦最高法院法官威廉·道格拉斯曾谈到,“权利法案的大多数规定都是程序性条款,这一事实绝不是无意义的。正是程序决定了法治与恣意的人治之间的基本区别。”^①

我国 1999 年宪法修正案正式确立了“依法治国,建设社会主义法治国家”的治国方略,为推进我国社会主义民主、法制建设,完善我国司法体制,提出了新的纲领和目标。而社会主义市场经济的初步发展则培育了公众的权利观念,并由此对司法公正提出了更高的要求。在此大背景下,通过增设新的诉讼制度以充实公民实体权利的实现途径,通过完善现行诉讼制度以保障实体法律的公正

^① 转引自季卫东著:《法律程序的意义》,载《比较法研究》总第 25 期。

实施,从而推进依法治国,加快社会主义民主与法制建设的步伐,已经成为我国法治建设的关键所在。

诉讼制度的构建,与人们对诉讼原理的认识和把握有着密切的关系。诉讼原理是人类在长期的诉讼实践中,在大量经验教训的基础上总结出来的、对有关诉讼活动的规律性认识。诉讼原理在诉讼制度的构建及运作中发挥着高屋建瓴的作用。只有正确认识和准确把握诉讼原理,才能构建较为完善的诉讼制度,才能推动诉讼活动向良性运作的状态发展。我国在改革与完善诉讼法律制度时,对于人类经过长期理论与实践探索获得的原理性认识,不能不予以重视,也不能不认真加以借鉴、吸收。

我国诉讼的立法和实践曾十分严重地受到“左”倾思潮和法律虚无主义的影响,诉讼规律和诉讼原理长期被忽视、被冷落。由此造成的后果之一是:司法机关和诉讼制度的功能被狭隘化。例如,刑事司法机关和刑事诉讼法律仅仅被视为镇压敌人、惩罚犯罪并通过镇压敌人、惩罚犯罪来维护社会秩序的功能单一的工具,忽视了司法机关和诉讼法制所具有的制约国家权力使之不被滥用和保护包括犯罪嫌疑人、被告人在内的公民基本人权的作用。对诉讼原理、诉讼规律认识的片面和浅陋,已经严重地制约了我国诉讼法制发展的步伐,而且直接对公正、文明地进行诉讼活动产生了非常消极的影响。要扭转这一局面,必须在宏观法律观念上作一个大的转变,同时大力借鉴、吸收法治发达国家丰富的研究成果和宝贵的实践经验,加强对诉讼原理、诉讼规律的研究。

对诉讼原理的正确认识是诉讼立法科学化的前提条件。正确把握了诉讼原理,可以帮助我们全面地认识司法机关的功能,并对各种不同的诉讼模式、规则进行正确的取舍,从而在一定的诉讼原理的指导下构建更为科学和更适合“本土资源”的诉讼模式、规则。由此制定的法律,将具有更强的民主性、文明性和科学性。反之,如

果不能正确把握诉讼原理,对于存在着内在价值冲突的各种可供选择的立法方案就可能难以作出正确的选择,立法活动就可能要多走许多弯路,甚至要付出沉重的代价。

对诉讼原理的正确认识对于司法活动同样具有重要的积极价值。对诉讼原理的正确把握可以在一定程度上弥补立法的不足。法律永远是抽象的。要将抽象的法律适用于具体的案件,就必须有科学的观念作为指导。对基本诉讼原理的正确认识,将有利于指导人们对司法活动中必然存在的种种法律适用问题作出科学的解释,从而使法律文本本身存在的不足得到补救。在现代社会,由于法律的稳定性与现实生活千变万化之间的落差只能通过赋予司法人员自由裁量权的途径予以调和,因此,对基本诉讼原理的认识,还直接决定着司法人员在行使法律赋予的自由裁量权时,能否作出符合公正标准的决定或者裁判。

要贯彻“依法治国,建设社会主义法治国家”的治国方略,保障诉讼活动公正进行,也必须认真研究诉讼原理,把握诉讼规律。当前,我国已有不少学者开始探索一些诉讼原理性的问题,如诉讼法律观、诉讼法哲学、诉讼目的、诉讼职能、诉讼价值、诉讼法律关系等,并已取得了一定的研究成果,这有力地推动了人们法律观念的变化,并对立法和司法活动发挥着积极的影响作用。但总的看来,我国诉讼法学界对诉讼原理问题的研究距离立法、司法实践的需求还有很大差距,还需要继续深入。尤其是现有的研究成果一般只是就诉讼的某一方面进行探讨,缺乏对一般性诉讼原理的全面、系统的探讨。因此,随着我国法制进程的推进,探讨一般性诉讼原理已经成为我国诉讼法学界必须研究的课题。

中国政法大学诉讼法学研究中心是以诉讼法学为研究领域的国家重点学术研究机构,系2000年10月经教育部专家评审并批准的法学类六个普通高等学校人文社会科学重点研究基地之一。

该中心以中国政法大学诉讼法学部分专家、学者为专职研究人员,同时聘请国内外一些知名诉讼法学专家、学者作为兼职研究人员。中心主任由樊崇义教授(博士研究生导师)担任,著名法学家陈光中教授(博士研究生导师)为名誉主任,著名民事诉讼法学专家杨荣新教授(博士研究生导师)担任中心顾问,知名中青年学者宋英辉教授(博士研究生导师)任中心常务副主任,知名中青年学者卞建林教授(博士研究生导师)、陈桂明教授(博士研究生导师)、马怀德教授(博士研究生导师)、张树义教授为兼职副主任。中心的学术研究的范围和布局涵盖整个诉讼法学,下设四个研究机构和研究方向:刑事诉讼法学研究室、民事诉讼法学研究室、行政诉讼法学研究室和证据法学研究室。中心研究内容、结构和研究人员的合理组合,乃是中心优势互补之特色的鲜明体现。该中心在整体科研水平和参与重大决策的能力,以及科研成果、人才培养、国内外学术交流、资料信息和参与国家立法等方面,均居全国同行的领先地位。按照教育部的要求,该中心正以学术研究为核心,深化科研体制改革,实行全面开放,注重高层次人才培养,加强学术交流,引导和推动诉讼法学的发展,为建设全国一流,乃至世界一流的重点研究基地而努力拼搏!

为吸引更多的诉讼法学者致力于诉讼原理的研究,同时也为了能够促使诉讼原理研究及时对立法、司法、学理研究等多个领域产生积极的影响,并对司法实际工作有所帮助,中心特意组织力量进行此项题为“诉讼法学文库”的大型丛书的编辑出版工作。“诉讼法学文库”是中心的一项长期出版项目,面向国内外专家、学者开放,凡以诉讼原理、诉讼规律为内容且有新意、有深度、有分量的专著、译著,以及对公安、司法工作有指导意义,对立法工作有参考价值的其他诉讼法学著作均可入选。

司法改革是建设社会主义法治国家,健全和完善社会主义民

主政治的重大问题。司法改革的目标定位与发展方向在相当的程度上决定着中国社会法治现代化的命运。近年来,许多学者和实务工作者都以极大的热情投入到司法改革的研究中来,但综观相关的研究成果多以研究具体问题为主,对司法改革的基本原理则鲜有涉及,更谈不上深入研究。司法改革基本理论的缺失,势必使相应的司法改革的学术研讨得不到有力的支撑平台,具体的司法改革由于缺乏理论的指导而陷于盲动。

《司法改革原理研究》是一部系统研究司法改革基本理论的专著。作者深入探讨了司法改革的基本理念、基本原则、路径选择与目标图景、总体评价与前瞻之后,又具体论及了司法程序改革、法律教育改革等方法。全书资料丰富,论证有力,结构严谨,既有理论分析,又紧密联系司法改革的实际,对我国司法改革的完善与深入都将具有非常重要的意义。

中国政法大学诉讼法学研究中心主任

樊崇义

2003年8月于北京

目 录

绪 论	(1)
一、研究的目的与意义	(1)
二、研究的主要方法	(3)
三、研究的基本框架	(8)
第一章 司法改革概述	(12)
一、司法与司法权	(12)
二、司法功能的定位	(19)
三、司法权的构成要素	(23)
四、司法改革的概念	(31)
五、司法改革的类型	(35)
六、司法改革的主体与对象	(41)
第二章 司法改革的背景分析与历程回顾	(49)
一、司法改革的背景分析	(49)
(一)中国社会正经历着整体转型	(49)
(二)全球化的影响日益加深	(57)
(三)司法出现了一定程度的应对失灵	(60)
(四)司法改革成为政治体制改革的先行	(66)

二、司法改革的历程回顾	(69)
第三章 司法改革的基本理念与基本原则	(76)
一、司法改革的基本理念	(76)
(一)法律至上	(76)
(二)以民(人)为本	(83)
二、司法改革的基本原则	(89)
(一)渐进型原则	(89)
(二)系统性原则	(91)
(三)本土化原则	(92)
(四)现代化原则	(93)
(五)国家主导原则	(95)
第四章 司法改革的路径选择与目标图景	(98)
一、司法改革的路径选择	(98)
(一)激进主义的建构路径	(98)
(二)保守主义的进化路径	(101)
(三)折衷主义的改良路径	(103)
二、司法改革的目标图景	(106)
(一)制度变革	(108)
(二)观念更新	(122)
第五章 司法改革的总体评析与前瞻	(140)
一、司法改革的总体评析	(140)
(一)改革指导思想和目标定位的阙如	(142)
(二)改革缺乏系统规划和统一协调	(146)
(三)改革合法性、正当性依据不足	(149)

(四)改革偏于功利性与应对性,前瞻性不够	(154)
(五)改革推行中民众的参与不够	(157)
(六)一些重要事项还没有引起足够重视并被提上 改革日程	(160)
二、司法改革之前瞻	(165)
(一)确立法律至上与以民(人)为本的改革理念	(166)
(二)明确司法改革的目标定位	(168)
(三)设立统一的国家司法改革委员会	(169)
(四)扩大民众的参与度	(170)
(五)及时完善和制定相关立法	(172)
(六)建立科学的改革评估机制	(175)
(七)加强对司法改革基础理论的研究	(176)
第六章 司法程序改革	(178)
一、司法程序在司法改革中的定位	(178)
(一)程序是司法权运行的制度空间,程序改革 是司法改革的重要组成部分	(178)
(二)程序改革与司法改革的其他内容紧密联系,是 决定司法改革能否成功的关键因素	(180)
(三)程序制度设计是绝大部分司法改革举措 得以推行的归宿	(181)
二、司法改革对司法程序的目标设定	(182)
(一)独立性	(182)
(二)刚性	(184)
(三)交涉性	(185)
(四)亲和性	(187)

三、司法程序的现状与改革	(195)
(一)独立性方面	(195)
(二)刚性方面	(197)
(三)交涉性方面	(200)
(四)亲和性方面	(204)
第七章 法律教育改革	(220)
一、法律教育概述	(220)
(一)法律教育的含义	(220)
(二)法律教育的分类	(222)
(三)法律教育在司法改革中的定位	(225)
二、法律教育的现状与缺憾	(232)
(一)法律教育的现状概览	(232)
(二)现阶段法律教育存在的问题	(234)
三、法律教育之改革	(243)
(一)建立一体化的法律教育体系	(243)
(二)高等院校法律教育的改革	(245)
(三)职业准入法律教育的改革	(251)
(四)在职法律教育的改革	(254)
四、法律共同体	(256)
(一)理论溯源:从托克维尔到昂格尔	(258)
(二)法律共同体的形成、特征及其功能	(264)
(三)法律共同体的内部互动关系及其培养	(270)
主要参考书目	(275)
后 记	(285)

绪 论

一、研究的目的与意义

当代中国,随着市场经济体制的逐步建立、民主政治的日益完善,以及依法治国理念的宪法化,社会日益孕育与呼唤更加民主、科学的司法体制以及与之相配套的运作机制。正在全国范围内如火如荼开展着的司法改革正是回应这一时代要求的伟大社会变革运动。在此背景下,深入研析中国司法改革相关问题无疑具有十分重要的理论价值和现实意义。

1. 综观国内正在开展的司法改革,无论是从深度,还是从广度上看,无疑是改革开放以来我国社会整体变革的重要组成部分,而运动的发展方向与目标定位无疑将在相当程度上决定未来中国社会法治现代化的命运。正是因为如此,法学理论界,无论是从事基础理论研究的学者(如贺卫方、朱苏力、信春鹰等人),还是从事应用法学、部门法学研究的学者(如左卫民、张卫平、王利明等人),都投入了相当大的热情和精力从事司法改革的研究,相关的理论成果也纷呈迭出。从某种意义上讲,“司法改革”现已成为横跨法学各部门的“显学”。从已有的研究成果看,对司法改革中具体问题进行研究的较多,对相关基本理论问题探讨的较少;以论文方式出现的非系统化论述较多,以专著形式出现的系统化成果不多。笔者认为,司法改革中的诸多基本理论问题,如司法权的构成要素、功能,司法改革的概念、性质、主体、对象,司法改革的历史动因、基本理

念、基本原则、路径选择、目标图景等,不仅是从事相关理论研究的基础,而且是进行学术交流、拓展学术空间的支撑平台,对其进行深入研究无疑具有相当重要的理论意义。本书正是以中国司法改革中的这些基本理论问题作为研究对象的,这是笔者选题的依据之一。

2. 从司法实践看,正在全国范围内轰轰烈烈开展的司法改革运动尽管取得了相当大的成就,但离社会发展的客观要求与民众的广泛认同还有相当大的差距,而且在改革实践中还暴露出一系列新问题。如法院系统改革与检察系统改革基本上是各自为政、各搞一套;相当多的改革举措缺乏前瞻性与系统性,刚刚推出不久便陷入再改革的尴尬境地;众多改革举措与现行的法律、法规相抵触,合法性与正当性不足,等等。这些问题的出现一方面说明了改革的长期性与艰巨性,另一方面也凸显出基本理论研究的重要性。只有从基本理论高度厘清认识,揭示规律,才能制定出具有前瞻性、系统性而又符合实践需要的改革措施,才能使理论为实践服务。一句话,司法改革的客观实际也需要对司法改革的基本理论问题展开研究。本书正是在这方面的初步尝试。

3. 从个人的研究兴趣和学术积累看,笔者对司法改革这一问题一直比较感兴趣,不仅平时注意收集有关这方面的信息资料,而且还参与过多个相关课题的研究,先后在报纸杂志上发表过有关司法改革的论文多篇。经过导师同意,笔者最终决定以中国司法改革基本理论问题作为自己的博士论文选题。尽管该选题与作者的研究方向——刑事诉讼法在表面上有一定出入,但正如书中阐述的那样,程序改革是司法改革的重要组成部分,刑事诉讼改革只有纳入司法改革的宏观视野中进行观察审视,才能从根本上解决刑事司法体制及运作机制方面存在的问题。因此,从这一角度看,该选题与笔者的研究方向具有逻辑上的关联性和交叉性,表面虽有

偏离,但实质上并没有“跑题”。

二、研究的主要方法

普列汉诺夫曾经将研究方法比喻为“用来发现真理的工具。”^①由此可见方法对学术研究的重要性。如果说司法改革理论体系是一座大厦,则研究方法无疑是搭建这座大厦的工具和手段。任何理论体系的诞生都是科学研究方法催生的产物,没有科学的方法,就没有科学的理论。在某种意义上讲,是否有科学的方法也是衡量一门学科是否成熟的标准与尺度。全书主要运用了以下两种研究方法:

1. 思辨的方法

“思辨”一词在《社会科学大辞典》中被解释为:“同‘经验的思考’相对,指不依赖于任何经验只进行纯概念和纯理论的思考。”^②但这一定义并非此处所使用的含义。在笔者看来,思辨在本质上是一种抽象的或曰定性的研究方法,着重在总结实践经验的基础上通过对一系列概念、术语、范畴、命题及定理等的学术解释完成理论框架体系的搭建。正如谢晖教授指出的那样:“法思辨并非主观任性,而是见诸经验的超经验建构。”^③

从起源上看,思辨方法来自古希腊,当时的一些智者如苏格拉底、柏拉图、亚里士多德等运用抽象的概念、范畴去描述客观世界的真实图景,形成了多门学科如伦理学、政治学、逻辑学,乃至法学等的理论体系。古代中国的《易经》、《道德经》以及古代印度的一些宗教法典,都在不同程度上闪烁着思辨的色彩。思辨方法的真正

^① 《普列汉诺夫哲学著作选读》第1卷,第148页。转引自陈兴良著:《刑法哲学》,中国政法大学出版社1992年版,第657页。

^② 彭克宏主编:《社会科学大辞典》,中国国际广播出版社1989年版,第85页。

^③ 谢晖著:《法的思辨与实证》,法律出版社2001年版,第3页。

勃兴起源于18世纪以后的以莱布尼茨、费希林、谢林、黑格尔等为代表的思辨哲学家,他们的哲学是“试图从概念中推出实在,使客观世界的发展服从于人的思维构造出来的一般法则的哲学”。^①马克思在青年时代深受黑格尔思想影响,在论著中就已经借用黑格尔在分析刑法思想时所使用的这种思辨的表述方法。^②此后,思辨的方法逐渐为许多学者自觉使用并成为人文社会科学领域里的主要研究方法之一。

在司法改革基本理论研究中运用思辨方法,是丰富与完善司法改革理论的必然要求。本书着重于司法改革中一些基本理论问题的分析,这不同于对法典条文的注释性研究,也有别于对司法实践的简单描述,它要求揭示隐藏在法典条文和实践表象之下的基本规律。这一任务的完成,必须借助于抽象思维,通过对相关概念、范畴、定理等的深入研究和有机整合来实现,而这正是思辨方法在学术研究中的具体体现。本书中,无论是关于司法权的构成要素、司法的功能定位、司法改革的基本理念与基本原则、司法改革的路径选择与目标图景等问题的分析阐述,还是关于司法程序改革、法律教育改革的探讨,笔者都尽力避免对法条和现象的简单描述,着力于从根本入手,从深刻影响和制约司法体制、司法机制运作模式的基本点出发,总结出一些具有普适性的规律,以实现全书的研究目的。

当然,与思辨方法形影相随的是过于偏重这种方法可能会导致研究脱离经验与现实,成为一种超验和空想。对此现象,费尔巴哈早就深刻地批判过:“所谓思辨的哲学家不过是这样一些哲学家,他们不是拿自己的概念去符合事物,而是相反地拿事物去附会

① 夏征农主编:《辞海》,上海辞书出版社1999年版,第1580页。

② 《马克思恩格斯全集》第1卷,人民出版社1956年版,第140~141页。