

Access to Justice

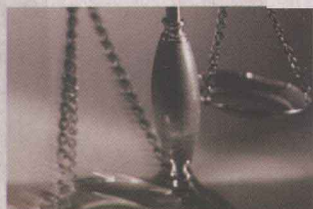
张卫平 齐树洁 主编
胡学军 执行主编



司法改革 论评

Judicial Reform Review

论评



第十一辑



厦门大学出版社 国家一级出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位

Access to Justice

第十一辑

Judicial Reform Review

司法改革论评

张卫平 齐树洁 主编
胡学军 执行主编



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位



图书在版编目(CIP)数据

司法改革论评. 第11辑 / 张卫平, 齐树洁主编. ——厦门: 厦门大学出版社, 2010. 11
ISBN 978-7-5615-3746-6

I. ①司… II. ①张… ②齐… III. ①司法制度-体制改革-文集 IV. ①D916-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 226480 号

厦门大学出版社出版发行

(地址: 厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编: 361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup@public.xm.fj.cn

沙县方圆印刷有限公司印刷

2010 年 11 月第 1 版 2010 年 11 月第 1 次印刷

开本: 787×1092 1/16 印张: 24.5 插页: 2

字数: 463 千字 印数: 1~2 000 册

定价: 37.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

“司法的理念与法学教育”

张卫平

司法是一项专门的技术吗？需要专门的技能吗？在很长的一段时间里，人们没有疑问。司法当然是一项专门的技术，如何认定事实，如何正确理解和适用法律、法规是一项十分专业的技术和技能，否则人们不会设立专门的法学专业、专门的学院或学校培养专门的司法人才。研究司法活动的规律成了法学研究的一项主要的内容。根据不同的研究对象，法学又进一步分为理论法学——法理学等与部门法学——宪法学、民法学、刑法学、民事诉讼法学、刑事诉讼法学、行政法学、国际法学等。这些学科的研究主要是为司法运用提供相关的法学知识。法学教育的目的就是培养能够掌握这些法学知识和司法技能的人才。有一种普遍的认识，即随着社会的发展、社会关系变得越来越复杂，法律的规制也变得越来越复杂。相应的法学知识也在不断扩展和增长，人们需要不断学习，除了学校的初始教育外，还需要毕业后的继续教育。在这样的司法理念和法学教育理念指引下，我国在一段时间里法学的继续教育也开展得红红火火。

不过，近一段时间一些人似乎对司法是一项专门技术和技能，法学是一门专业知识产生了疑问，实践中对于司法的精确性、技术性不再讲究，不再追求司法裁判的科学性，在纠纷解决方面只要能够解决纠纷，以何种方式、何种理由已经不再重要。在司法实践中这种所谓大众化的司法理念就集中反映在风行一时的过度调解之中，司法裁判成为一种不再讲究对权利义务的精确界定、区分，不在乎法律关系性质的确定，程序规范已经不再重要，程序不过是形式，法律在不断地被虚无化，被政策所替代，法律的适用技术也在被虚无化。在法律效果与社会效果之间，社会效果的模糊评价在取代法律规范。这种超越法律规范的法律实用主义、法律技术虚无主义同时也对法学教育产生了巨大的冲击，似乎无须精确

地界定权利义务及性质、无须精确地界定法律关系的性质,这样的认识必然导致法学教育以及法学研究的无用论。

最近,一个社会现象引起了法学教育界的关注,这就是法学专业毕业生成为就业率最低的一个专业,与前些年法学专业的火爆相比,颇有些“惨不忍睹”。这一社会现实一方面说明法学教育的发展,尤其是招生规模过大,在法学教育方面产生大量泡沫,也存在着法学教育质量不高,人才不能适应法律市场的需要;但另一方面也应当看到司法理念的变化、法律虚无主义、法律现实主义、法律技术虚无主义的认识对法学人才的需求产生了冲击。复转军人又开始大量地直接进入法院,据说有的法院已经达到了1:1的比例(一名法律专业的毕业生与一名复转军人),司法考试的难度在不断减低,司法考试内容中几乎没有法学理论。还有的地方已经开始限制律师从业。一个认识是律师太多了,需要从政策上限制律师就业人数(例如,没有北京户口就不能在北京律师事务所取得实习资格,也就无法在北京注册,让户口管制再次成为利器),从原来律师服务市场的不断开放又转向了封闭,律师业的竞争度也自然降低。刑事诉讼案件的律师诉讼费也有了上限的规定,例如每一个案件最高不得超过1万元,而不问刑事案件的复杂性如何。中国的律师依然没有摆脱是一群找麻烦、钻法律空子、法律漏洞的讼棍的形象,甚至还有人以实证数据为根据,指出在有律师辩护的刑事案件中,有70%的被告嫌疑人会翻供,似乎律师依然是一类消极的、边缘化的群体(他们没有想到律师本身就是一种制约权力的力量,刑事诉讼中辩护律师的存在正是为了尽量保证不至于发生冤案,是对公权力的制约。有辩护律师的存在的确给公诉人制造了“麻烦”,降低了效率,也有可能使得一些罪犯得以逃脱,但却可以把冤案发生率降到最低点。比较有制约和没有制约,其带来的社会成本差异是显然不同的)。尤其是最近发生的李庄案件更进一步强化了这种认识,或者说李庄案件成了这种认识的注释实例和例证。这种“矮化”律师职业的认识有一个基本的出发点就是法律技术的异化,即法律技术成了律师畸形生存的依据,律师提供的服务实际上只是玩弄法律技术而已,依然归咎于法律技术虚无、法律科学的虚无。

法律虚无、法律技术虚无、法律的非科学性是法律后现代思维的结果。在西方法治国家特定语境下产生的法律批判运动、法律后现代主义曾经有过或者说继续存在着对法律的科学化、法律实施的唯一性、法律的确定性、法律与政治明晰界定、法律的正义性都表示过强烈的怀疑。法律批判运动、法律后现代主义试图要解构法律现代主义的观念,不可否认,这些思潮对于西方的法治而言有一种矫枉过正的意义,但也只是纠偏的作用,不是,也不可能成为法治思想的主流。这些观念和认识如果不再分析就直接用于当下的中国语境,对于中国这样的法治初建的国家而言其伤害是很大的,刚刚建立起来的法治理念会受到极大的冲

击。法律的适用的确存在非确定性的情形,可能存在着多种选择,需要从实用主义角度去考虑,需要从社会效果去选择(如波斯纳所指出的那样);法律的确也无法与政治完全割裂开来,而政治本身就是一张多面孔的怪物,法律规范的内容表达本身就可能是政治(如昂格尔所认识的那样);法律关系、权利义务的确也存在难以精确界定的情形;也不可否认法律的正义性的确有人为建构的一面,法律正义性离不开一定的意识形态,离不开一定的文化传统、特定的历史、文化的异质性和道德(如同历史法学派所认为的那样);法律的教条主义和形式主义也是法律的特点,也不能不否定法律的教条主义和形式主义有时在表达正义的同时,也否定了正义。我们必须意识到,法律在大多数情形是确定的,法律与政治虽然有联系,但与政治毕竟是不同的,法律应当与政治加以区分,在权力行使、统治这一含义上,法律不能依附政治,应当远离政治,按照法律的原则和原理实施。一般情形下,法律关系、权利义务是可以精确地加以确定的,人们能够对法律关系、权利义务关系进行表述和规范,人类的智慧具备这样的理性和能力;法律的正义性也是客观存在的;法律必须有自己的形式、法律的实施必须有程序,程序正义是法律的实质内容之一,虽然实质正义与程序正义总是存在某种冲突,但这种冲突并不能否定程序正义的独立价值。由此,发现法律的科学性、法律实施的科学性就是法学研究的基本任务,培养具有专门技能,掌握法学知识的专门人才的法学教育也是一门专门的学科和技能,而非可有可无。

当下民事诉讼中的过度调解,使得民事诉讼成了调解诉讼,民事司法成了调解司法,而非裁判司法。司法裁判的功能受到了过度调解的致命冲击。这种冲击的结果是强化了法律的非确定性、司法的非精确性和非技术性,同时也就难以实现司法裁判细化对人们行为指引和规范的功能。我们没有意识到,诉讼和司法并非完全是为了解决纠纷,诉讼和司法的一个更重要的作用是通过诉讼审理和裁判,将抽象的法律规定具体化。通过裁判的说明、解释法律的规定,指导和指引人们以后的行为,规范人们的行为,为社会提供规范样本和行为模式。审理和裁判就是为了明晰案件事实、法律关系的性质、明确权利义务,让人们了解在具体的情形之中,应该如何理解法律的规定。没有了司法裁判,社会活动也就在一定程度上失去了具体的指引,人们便无法预测一旦发生纠纷可预期的结果。过度调解使得人们无法预见他人和自己行为的结果,一切都是不确定的,在这种路标的情形下,人们当然会走错路,纠纷的数量当然会大量发生。我们一味强调纠纷在井喷,却没有看到导致井喷的原因所在,其实一个很重要的原因在于此。对司法的普遍不满就在于没有通过程序正义吸收这种广泛的不满。过度的调解不仅不能有效地消解现有的纠纷,反而会进一步激起潜在纠纷的发生。

在司法调解化理念的冲击下,法学教育也必然受到冲击,法学院校所教授的法律逻辑、法律原理以及权利义务界定和复杂的法律技术都变得没有意义。对

于当下的实践而言,法学教授们所讲授的法学知识和技能也必然严重“脱离”实际;对于过度调解,一味模糊法律权利义务界限的现实情形而言,学生所学的法律知识也就根本没用了,形成的法律思维和认识还可能与实务冲突。我们常常指责法学教育脱离实践,实际上并非理论脱离实际,而实质是司法实践和“实际”没有按照法治的要求、法律的原理和制度的要求,是实践或“实际”“脱离”了法治的基本要求。我们不当成为庸俗的法律现实主义者、法律实用主义者,而应当按照法治的基本要求,用现代司法的基本理念去实施司法。在诉讼中当事人的平等、当事人处分自由、司法裁判者的中立、正确适用法律、理解法律、提高司法的效率等都是我们应当坚持的。司法的第一要义就是坚守法律,没有法律之外的“大局”和利益,也就没有法律主体之外的“人民”。法律滞后与法律的不完善是客观现实,但现实中法律的缺陷应当在法律的基本原理、原则和相应程序的范围内加以解决,而非脱离法律和超越法律。坚守法律是一种基本的理念和要求。法学教育的一切存在和必要性都建立在这种基本理念和要求之上。

目 录

111

《《 卷首语

张卫平(1)

《《 论 坛

我国司法改革第三波

季卫东(1)

论建设公正高效权威的社会主义司法制度

谭世贵(9)

《《 调研报告

坚守民间立场,渐进推动司法改革的进程

——《中国司法改革年度报告(2009)》发布暨司法改革学术研讨会记录

徐 昕 朱景文 汤维建等(23)

优化法制环境,促进东莞改革发展

——以东莞两级法院工作为考察对象

东莞市中级人民法院 厦门大学法学院课题组(42)

海安法院“疏导式庭审模式”的调研报告

厦门大学法学院“都江厦日”调研组(61)

《《 实证研究

空间与司法权威:一个西部基层法院的实践以及表达

蒋 超(78)

中国的法院最大化什么?

——以S市中级人民法院的工作考核制度为视角

冯 磊(88)

如何善待我们的法律传统

——以《断裂与延续——人民法院建设(1978—2005)》为例的分析

蒋志如(101)

论前科制度的量刑化和区别化设计

李亚凝 陆 简(112)

人民监督员制度中“五种情形”实效性实证分析

林占发 许艳明(127)

从一起涉法上访案件看法官职业思维方式的继承与超越

黄家波(134)

《《 理论研讨

兼职律师制度研究

——主要以《律师法》第12条为对象

吴丹红(154)

重述民事一般管辖与特殊管辖的关系

王次宝(172)

论中国特色的行政公诉制度

唐光诚(185)

我国司法制度之宪法规定省思

刘练军(193)

刑事再审程序理性批判

李 勇(209)

论行政诉讼与法的行政解释的终结

刘家海(218)

自由心证:事实认定中自由裁量权的规范分析

胡学军(241)

《《 制度建设与思考

执行拍卖体制改革的问题及出路

百晓锋(253)

探析劳动争议案件法院调解的新思维

陈文军

陈海挑(265)

支持、督促起诉若干问题择析

韩彦霞(275)

人民法院审理国家赔偿确认问题与执行救济制度研究

潘庆林(283)

从《律师法》的修订看律师阅卷权制度的完善

吴如巧

侯东亮(293)

公诉案件考核评估机制的现存问题及改革设想

王羽菁(302)

刑事被害人国家补偿的根基与出路

张洪宇(313)

我国缓刑制度的功能解构及完善设想

马永平(322)

台湾地区人事诉讼程序的最新发展

——简评台湾地区“民事诉讼法”的最新修正

周湖勇(339)

检察执法公信力评估研究

易海辉(349)

试论我国裁判研究官制度的构建

高 魁(363)

德国 ADR 制度发展述评

齐 玗(374)

论 坛

我国司法改革第三波

季卫东*

在今日中国,正如市场经济与旧经济架构的冲撞一样正在引发种种混乱与动荡,一个传统社会与它的日渐现代法治化的进程也在产生各种摩擦。中国的司法改革已经走到了这样一个关口:我们不能回到过去以政治与意识形态取代法律的状态,但也要承认以理想的现代法治体系改造中国社会将是一个痛苦的过程。

一、我国前两次司法改革的启示

近年来司法改革遭遇挫折,社会上对司法改革议论很多,法学界的认识也很不统一,甚至有学者说司法改革的共识已经破裂。确实,司法改革正徘徊在历史的十字路口,其前景不明朗。为了准确地理解目前的问题状况,我们可以考察中国过去60年里法律秩序形成和维持的实际状况,特别是如何克服滥用裁量权的弊端以及相应的司法腐败,可以获得一些新的认识,对今后深化司法改革的举措也不无助益。

中华人民共和国成立后曾经进行过两次大规模的司法改革。第一次司法改革是在20世纪50年代初由董必武主导的。在废除从现代西欧移植的“六法全书”汇纂体系的基础上,按照阶级司法的观点刷新审判机关,排除职业法律人,采取群众路线和政策思维方式。这种反对法律形式主义的运动,与20世纪初叶德国的自由法学派的勃兴,法国的无视法典、判例乃至学说进行公断的“马尼奥现象”(le Phénomène Magnaud),美国的现实主义(特别是其中的规则怀疑主义)思潮相映成趣。第一次司法改革这样做是有深刻历史背景的。中国在民国时期导入了西方的制度,但是现实条件不配套,广大农村还是传统

* 季卫东系上海交通大学凯原法学院教授、院长、博士生导师。本文根据作者2009年11月16日接受《经济观察报》记者访谈记录整理而成。

的治理模式,所以引进的法律体系并没有渗透到社会之中去,它和社会现实、民众的正义感公平感发生了一定的冲突。为了确保国家权力能够有效地动员群众、渗透到社会基层,在革命根据地司法被当作一个政治动员和控制的工具。同时,因为法律不健全,就把民意直接地吸收到司法过程中,也就是说,直接民主的观念与审判方式密切结合,形成了人民性司法的新传统,形成了司法的群众路线。法国大革命之后也曾经有过这样一个过程。大革命之前,法国法官被称为“法袍贵族”,他们脱离实际,顺从国王的权力,民愤很大,所以革命之后法官受到了很大的冲击,人们认为法院也应该反映民意,于是把直接民主制与司法过程直接结合起来。当然,后来人们对此进行了反思。法国一位著名法官噶拉邦认为这是在司法体系中实现直接民主制的一种“幻想”。这种“幻想”是对过去司法体系的反感造成的。现代的法律制度毕竟是人为设计的制度,理性很强,在贯彻到社会中去的时候,会和传统的法律观念、老百姓的意识发生冲突,这时还应不应该按照法律办?而那些按照老百姓的感觉作出判决的法官是很容易得到欢呼的。例如法国出现过所谓“马尼奥现象”,就是离开法律进行锄强扶弱,让判决直接反映群众感情和偏好。这种司法直接民主制的“幻想”在德国也曾经出现过。当然那个时代很快就消失了。因为理性的法治的逻辑更适合工商社会,更适合社会发展的要求。但从当时的实际情况来看,革命根据地的司法习惯(包括“马锡五审判方式”),以及20世纪50年代的司法改革在当时也是有一定的社会合理性的。其中的一个好处就是避免了烦琐的法律教育,另外通过这种司法活动,国家权力能够有效地渗透到群众中去。但是它带来的弊端也是显而易见的。民意反映到法律的过程中,必然会有不同的利益集团之间的争论和妥协,最后形成法律。但是如果民众的意见直接反映到司法过程中去,就会使法官作出来的判决受一时一地的具体情况的影响,不可能有一个统一的法律适用。

司法改革第一波的结果是,在群众路线的名义下,审判者的裁量权实际上被大幅度扩张了。法律作为规范本质的确定性侧面遭到忽视,甚至连法律都不要了,等于我要怎么做就可以怎么做,这必然导致对法律和司法的否定。以至于发展到“文化大革命”,公然提倡“砸烂公检法”,这就没有了法律,司法当然也就荡然无存。在一定意义上,这是走群众路线的司法改革的逻辑必然。第一次司法改革走到了尽头,于是,改革开放后开始了第二次司法改革。

第二次司法改革是从1990年代中期开始由肖扬主导的,基于法律与社会发展的客观需要,回应时代的呼声,在很大程度上含有否定第一次司法改革的成分。第二次大规模司法改革的启动主要来自两个方面的压力:第一,改革开放要吸引外国的投资,市场竞争需要有一套游戏规则,国际公认的最好的游戏规则是依法办事。第二,司法群众路线造成司法缺乏专业性、缺乏效率,造成

案件积压。这两种压力决定了要进行司法改革,所以在20世纪80年代后期,特别是1988年的第14次全国法院工作会议决定对审判方式进行改革,以解决现实问题,提高审判效率。改革过程中出现了连锁效应。比如,法院的经费有限,法官骑着自行车下乡去调查,还不如当事人的车子跑得快,自然而然就会提出一系列改革,包括一部分费用要由当事人承担、打官司要交诉讼费、举证责任由当事人承担,法庭辩论重要了,就需要律师。律师作用大了,法官就不能像以前那样随便判案子了,法官的素质就要提高。这就产生了类似“多米诺骨牌”的效应,一环扣一环,后面的改革是很自然的。第二轮司法改革避免了群众路线的任意性,要适应市场经济对法治社会的要求,要强调效率,要求司法独立。第二波司法改革的目标瞄准司法权的合理化、现代化。在人事路线上则表现为职业化、精英化;在制度设计上则表现为提高审判的效率,加强判决的执行力;在理论上则或多或少有些概念法学的色彩。但是,这次司法改革的结果却并不让人满意,甚至引起了各种批评和质疑。

导致出现这种结果主要有两个方面原因:第一,在相对比较稳定的政治结构的情况下,独立的司法是一种正当性的补救,如果这种补救本身和政治权力现有的逻辑发生冲突就很麻烦。第二,司法独立本身也不是无条件的,一个基本的前提条件是,法官应该是品行良好、学识渊博、有责任感的一群社会精英。同时,司法不受外部的干预,司法权力的行使也不是任意的,它必然要受到程序规则以及法官本人素质和良心的限制,程序规则的限制就决定了司法权力不会被滥用。在这样的情况下,就可以实现正当性。但令人遗憾的是,现在中国司法在这两方面都出了些问题。目前我们的政治结构没有变化,司法独立的努力走到一定程度,就会与权力架构发生冲突。而且目前法官规模太大,任何一个社会群体达到二十几万人的话,要保证整个群体的素质是很困难的,更何况我们的法官队伍是在短时间形成的,程序观念又不强。最高人民法院司法改革纲要提出专业化、职业化,但是这又跟现有的法官队伍本身发生冲突。就是说,司法改革和体制发生冲突,条件还不配套,法官的裁量权过大,司法裁决就有可能有失公正,于是在各个方面引起反弹。部分民众对司法的信任开始动摇。

关于司法独立的问题,在新中国成立之初,立法者的理念还是很清晰的,1954年《宪法》第78条明确规定“人民法院独立进行审判,只服从法律”。目前,我们对司法的认识跟1954年《宪法》相比有很大的距离,跟国际普遍规定相比也有很大的距离。司法是不是一定要独立?我们可以不预设前提,从常识出发考虑,如果没有独立的司法会带来什么样的后果。这意味着司法要受外界的监督和干预。问题是:谁来监督监督者?这个逻辑如果永远推下去是没有底的,最后回到人民。还可以追究下去,人民是谁?人民怎样表达自己的

意志? 为了避免没完没了的追问和纠缠,在制度设计上需要有一个终局判断。在现代法治国家,作出终局判断是审判机关,所以对法官的素质要求最高,程序限制也最严。即使在中国,大家也承认司法是解决纠纷的最后一道防线。司法判断由谁来做最合适? 假如由民意机关来做,它可能随着民意的变化而变化,作出的判断是政治性的决定,有可能是在不同势力博弈下的一个结果,是有妥协的。所以使法律关系安定下来的终局判断只能由审判机关作出。任何个人在法庭上都有倾诉和辩论的权利,法官和陪审团都要认真地倾听他的意见,哪怕是他一个人的主张,只要得到法律上的认可就可以了,不存在多数压倒少数的问题。法官的遴选是最严格的,要有长时间的积累,要经过一系列的遴选程序,既有学识的高要求又有程序上的严格限制。在一般情况下,法院的终审判决之后纠纷就应该结束了,否则追诉的游戏永远玩下去,既没有效率,弊端也非常多。既然司法判断具有终局性,它的判断也就需要具有独立性,那么司法独立的要求自然而然会提出来。与司法独立相匹配的各种前提条件也自然而然会提出来。由此也可看出,司法独立并不是一个口号,而是一个制度逻辑的必然,是社会发展的客观需要。独立的司法也是调整多数派和少数派,个人、集体、社会、国家之间关系的一种最适当的机制。从这个意义上来说,司法独立可以说是一条公理,一旦把这个公理抽去,那么这个社会就不会有真正的安定。第二波司法改革的方向是正确的,但是在实际操作中还存在问题。社会上程序正义观念很薄弱,法解释共同体尚未形成,其他配套条件缺乏,按照现代审判制度和法律职业主义理念加强独立性和判定契机的举措,在客观上却反倒进一步强化了法官的裁量权,引起了反弹。

基于我国司法腐败问题的严重性,有些学者对司法独立提出了质疑,认为目前司法受制情况下司法腐败尚且如此严重,一旦司法独立了,司法腐败可能会更泛滥。也有学者做过统计,在司法改革之后,司法腐败案件大量增加了。笔者认为司法独立与司法腐败之间根本不存在必然的联系。放眼世界,为什么那么多司法独立的国家都没有出现大面积的司法腐败? 而中国却出现了,这是不是恰恰说明,司法独立与司法腐败之间没有必然的联系? 在中国目前的状况下,要保证司法不腐败,首先是保证司法权力的行使要有规则,在制度设计上要有程序公正的原则,对法官的随意性形成限制。其次,司法独立是以法律人共同体的存在为前提的,法官做判决必须说出自己的理由,这个理由是按照法律原理推演出来的,任何一个训练良好的法官都可以作出这样的决定。如果一个法官任意扭曲,会被同行、律师、法学家迅速地指出来。这不是靠上下级的关系来监督,也不是靠行政权力等外部干预来监督,而是通过法律人共同体内部角色分担来监督。司法腐败的根源在于裁判的任意性。法官裁量权越大,越有可能存在腐败,可以上下其手,才有腐败的余地。提高法官的素质,

强化法律人共同体的互相监督机制,所有的判决都公开,才是预防司法腐败的釜底抽薪之举。这些并非不能做到,为什么不去做?法院的判决应该写清理由,要有论证,所有的判决应该公开。还有,中国的律师与法官的比例那么小,跟世界上所有国家是反过来的,为什么不发挥律师的作用呢?

笔者觉得,司法腐败完全是技术层面上可以解决的问题。在别的国家,有行政部门的腐败,有议员的腐败,但是很少听到法官的腐败。第一,法官很难腐败,因为所有的判决结果和判决理由都是公开的,而且作为案例永远存在,所有法律界的人都可以去研究它、去推敲它,一旦作弊就意味着被钉在耻辱柱上。有了这种监督机制,司法腐败就没有余地了。第二,法官犯不着腐败,因为他们从社会中遴选出来承担司法活动,社会给了他们相当高的荣誉和良好的终身保障待遇,他们应该都是品格高尚、责任心强的人。即使出于个人利益的考虑,为一点蝇头小利失去优渥待遇和崇高地位也是很不合算的。这样的制度安排决定了他们主观上很不容易产生腐败的动机。如果我们也作出这样的制度安排,司法腐败就会自然而然地减少。

二、迎接我国“司法改革第三波”

未来的司法改革之路究竟应该怎么走?中国建国60周年应该是一个司法改革转折点的标志,下一步究竟往哪一个方面发展?走回头路,显然是对30年改革成就的一种否定。那么只能进一步推动改革,在经济改革逻辑的延长线上继续改革。公平分配如何实现,不同社会群体的表达机制如何形成,就成为新阶段的改革重点。市场化的程度已经很大了。国家应该改变自己的角色定位,不是继续地在市场上扮演一个积极的角色去与民争利,不能既做裁判,又下场踢球。而是要重新界定自己的角色,更加中立、更加客观,要作为一个中立的集团来调解不同的利益集团。既然国家这样来定位,如何保证国家的判决是客观的、公正的,能够使每一个人赢得他应得的份额?从这个意义上来说,司法独立的重要性更加凸显出来了。所以笔者认为,司法改革应该进入新阶段,把它命名为“司法改革第三波”,在新的历史关头我们应该推进“司法改革第三波”。中国的政治体制改革短时间内不会取得重大进展,因为它涉及利益调整。在这种情况下要在维持权力结构稳定的同时向前发展,司法独立尤其应该加强,因为这是权力运作的正当性基础。不管中国现有的法律体系是否完美,任何一级政府、社会团体和个人都承认这个法律体系是反映民意的,是大家都应该遵循的。既然如此,法院按法律行事是理所当然的,如果否认司法独立,就意味着不准备让法院按法律去审判,意味着制定法律的当局向全世界宣告“我自己不遵守这个法律”。这是极大的不明智!

中国漫长的历史时期内实行的封建法制与现代法制观念是根本不同的,

我们欠缺以法律制约权力的传统,统治者只是将法律作为一种国家治理的工具,而自己不愿受到法律的制约,这是一个很大的问题。我们要思考这样的观念是否适合时代的发展,是否适应改革开放以来已经演变的社会。如果认为这样的一个权力结构与目前的经济关系是可以相洽的,那么没有问题。但是笔者想,只要是理性地考虑一下,绝大部分人的回答都将是否定的。而且随着中国从传统的农业社会迅速转化为工业社会,社会的复杂程度加深,权力渗透到社会的每一个角落。如何制约权力,是一个重要问题。

现在司法改革中的问题,比如司法效率问题、司法公平问题,都可以通过制度上、技术上的调整解决,解决了这些问题就可以避免司法腐败。民意监督、舆论监督在现阶段还是有一定必要性的,但是不能过于强调,否则很容易回到原来轨道上去。法官的裁量权已经比以前大得多了,强制执行力度也提高了。只有裁量权增大而没有配套改革,这是第二次司法改革受挫的重要原因。司法改革倒退回去,不仅解决不了这个问题,反而会使问题更大。第三波司法改革不是要否定第二次司法改革,而是要把前两次司法改革要解决的问题都放进来考虑,以一种适当的、合乎法律原理的、合乎法学发展规律的方式来解决,不是简单地回到过去。司法改革第三波就是在司法改革第二波的延长线上,把第一波和第二波碰到的问题都放进来,重新加以考量,找出问题的原因所在,在这个基础上再来寻求解决问题的方法。第三波司法改革并非以简单的否定方式重新回到第一次司法改革提倡的群众路线。这样做的结果必然会事与愿违,因为原来就已经被放大的裁量权还是不能得到有效的限制。第三波司法改革的基本目标应该设定为以适当的、有效的方式限制法官行使裁量权的任意性。

第三波司法改革首先必须面对这样的现实:在日益复杂化、动态化的当代社会,法院(官)造法的现象日益显著,判例和司法解释已经具有创制规范、权利以及政策的强大功能。与此相对应,法官的裁量权也日益增大,而传统的内部行政性审查和群众路线不足以解决新时代呈现的各种问题。怎样采取制度化方式适当地、有效地限制判决的恣意性成为法学领域的重大课题,这正是接下来的司法改革所要解决的核心问题。笔者的主张是,在司法体系的内部,通过制度性的、技术性的安排稳妥地解决这个问题。一个是坚持程序公正的原则,通过程序公正可以限制法官的自由裁量权。另外,通过法律人共同体形成内部监督,如果没有这些条件,设多少监督机构都没有用。把各种各样的监督设置撤掉,变成法律人共同体的自我监督机制,这是一个最节约成本的方法。一般来说,监督就是内部监督和外部监督、上级监督和平行监督。从上级监督来看,中国现在是两个审级,不足以监督,要增加一个审级,三审制的监督能力比两审制强,上下级之间的合乎法理的内部监督机制就会出现。而对司法公

正的外部监督是很困难的,内部监督更有效。“外行看热闹、内行看门道”,有当事人之间、公诉人和律师之间的对抗性论战,法官在这个基础上作出判断,同时又有审级制度和判例评释制度,这样的监督才是更有效的,更稳妥的,具有可持续性,而且副作用很小。外行监督只能有一种道德色彩,只能看结果,往往追求结果正义,而忽视了程序的正义。就算外部监督很积极,甚至也可能懂行,但其可能带来的弊端也不容忽视。这种监督很容易给司法施加压力,造成司法不能独立,法律关系不能安定。比如近期讨论热烈的“民意监督”就是这样。全国人民代表大会是国家的最高权力机关,它所制定的法律是最高的,法官依据法律进行司法裁决,就是在遵从民意。如果在具体司法实践中以“民意”干扰司法,不就意味着否定人民代表大会制度了吗?到底听从哪个民意?所以,否定司法独立是完全站不住的。外部监督可以在其他方面监督。民主法治国家当然需要民意对法院的监督,但这种监督不是对具体案件的监督,而是对法官的职能行为和操守进行监督。我们也应如此,比如人民代表大会可以建立法官弹劾制度,可以在举行全国人民代表大会选举的同时对最高人民法院的法官进行一次民意投票,就会减掉很多的问题。

需要强调的是,第三波司法改革并非以简单的否定方式重新回到第一次司法改革提倡的群众路线上。这样做的结果必然会事与愿违,因为原来就已经被放大的裁量权还是不能得到有效的限制。在一定程度上,公民的司法参与的确有利于限制法官的自由心证。但是,这种限制裁量权的方式只有在司法参与和程序正义、当事人对抗主义等制度化条件密切结合在一起时才能避免被曲解、被篡改的结局。

司法改革第三波能够解决这些技术问题,当然是值得期待的。至少在政治体制改革展开之前,司法独立是更重要的,政权的正当性要靠它来维系。中国改革开放30年的发展和日本战后的发展有一些类似的地方。两国都是在政治上比较稳定、权力集中的状况下形成了一个安定的秩序,促进了经济最大限度地发展,而且经济发展会化解在这个过程中的某些问题和人们的不满。当然,经济发展本身不会自动解决一切,这样就产生了权力的正当性问题。按照人民主权的原理,国家权力的唯一的正当性来源是人民。但是有时候权力正当性来源不是很清晰、相应的制度不是很强大,就需要另外一个东西来保证它。比如说大家觉得发展方向是正确的,整个领导是正确的,但是个别层面、个别的权力行使还会出现问题,怎么解决?需要给老百姓一个救济的机会,给他们一个说法,让他们能够看到这个体制是保护民众权利的。这就是独立的司法,大家即使有一点不满,仍然觉得还能看到一点前景。保持这个途径的畅通,就可以让大家放心很多。

我们不必过于悲观。按照中国的政治规律来看,即便短时间内看不出来

有大动作,点点滴滴的改革也一直在做;即便有时候部分是后退的,也有往前走的,所以不必完全悲观。我国改革开放进行30年了,应该提出“下一步怎么走”的问题了,否则真有可能丧失历史机遇。主动改革比被动改革好。笔者认为首先是司法独立,加上违宪审查,这两步做起来,权力架构就变了。另外一个就是预算公开透明化,实现“阳光财政”。如果司法真正独立了,它就可以限制权力,因为现代化一个很重要的指标就是通过规则来限制权力。公共财政预算案的审议按照宪法和法律规定严格地做下去,不同的利益集团在公开场合按照规则进行博弈的现象就会自然而然地产生,形成“多米诺骨牌”效应。我们并不是非得需要一个庞大的、巨细全包的改革方案,完全可以在现有的条件下去启动改革。司法独立和公共财政上容易达成共识,可作为改革突破口。我们要把价值的问题转变成技术的问题,而不是逆向动作。