



“十一五”国家重点图书出版规划项目·中国法律适用文库

总主编 高铭暄 马克昌 陈光中

司法和合主义系列 (1)

◎蒋剑鸣 主编

*The Judicial Approaches And Skills
In A Transforming Society*

转型社会的司法： 方法、制度与技术

●蒋剑鸣 等著



中国人民公安大学出版社

司法和合主义系列 (1)

转型社会的司法： 方法、制度与技术

蒋剑鸣 等著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

转型社会的司法：方法、制度与技术/蒋剑鸣等著.
北京：中国人民公安大学出版社，2008.3

（司法和合主义系列；1）

ISBN 978-7-81109-974-4

I. 转… II. 蒋… III. 司法—研究—中国 IV. D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2008）第 007162 号

转型社会的司法：方法、制度与技术

THE JUDICIAL APPROACHES AND SKILLS IN A TRANSFORMING SOCIETY

蒋剑鸣 等著

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：北京市泰锐印刷厂

版 次：2008 年 3 月第 1 版

印 次：2008 年 3 月第 1 次

印 张：14.375

开 本：880 毫米×1230 毫米 1/32

字 数：350 千字

印 数：0001 ~ 3000 册

ISBN 978-7-81109-974-4/D·919

定 价：33.00 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 侵权必究

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

www.phcpcpsu.com.cn

www.porclub.com.cn

序

激荡的转型期及其司法

《转型社会的司法：方法、制度与技术》一书是由几位热衷法学理论研究又有着司法实践经验的青年学者和法官合作完成的。

改革开放政策的贯彻，推动中国重大的经济与社会变革，从而实现全面的社会转型。这种转型我认为主要体现在四个方面：一是计划经济向市场经济的转型。二是全能政治向依法执政与依法行政的转型。三是利益、规范、思维与生活方式的一元社会向多元社会的转型。四是封闭社会向开放社会的转型。虽然这些转型在某些方面仍然步履艰难，但是这一伟大的社会变革难以逆转。在目前的社会转型期，社会结构与运行呈现出以下四个特点：一是社会关系不稳定，社会规范具有过渡性，正式制度的有效性不足。二是资源稀缺，难以支持社会的发展和社会规范运作。由于各方面的条件限制，资源供给不足，因此“竭泽而渔”、“寅吃卯粮”的现象较为突出。甚至由于提出某种要求和任务时缺乏相应的资源配置，在某种程度上，“逼良为娼”已经成为社会机制。三是社会发展不平衡，社会矛盾较为突出。如有的学者所言，社会结构“断裂”，一部分最贫弱的个体甚至被抛到正常社会结构之外。不同的阶层和群体之间仍然缺乏有效的整合机制。四是社会越轨比较普遍，社会纠纷较为突出。社会规范

缺失以及支持社会规范运作的资源条件不足，使违法成为一种较普遍的情况。而且由于利益格局的变化和社会规制的不完善，社会纠纷尤其是群体性纠纷较容易发生。

在社会转型期各种矛盾凸显、越轨普遍、纠纷频仍的情况下，在行政主导的纠纷解决机制逐渐让位于司法主导的纠纷解决机制的过程中，对司法的功能定位、运作机制、制度设计以及技术性保障条件设置的问题成为当前需要引起重视从而认真研究解决的现实课题。对此，我曾经提出，由于转型期特有的综合性因素的作用，司法的方式也许只能采取政策指导型，而非法规中心型。因为转型期普遍的违法化，使我们难以进行全面而严格的司法规制；司法资源有限，且导致违规的因素复杂，同时社会需要比较宽松的发展环境。因此，我们不可避免地进行选择性的司法，即在政策指导下有重点地实施法律规制。在运用强制性国家权力的时候，应适当注意软性司法手段，即协商、和解、调解等化解矛盾方法的采用。由于许多矛盾与问题的产生有其社会与历史的原因，不宜作简单的法律评价并由此而采取虽然形式效用强但缺乏实效性的法律对策，而应当综合考虑纠纷中的相关因素，统筹之下予以应对。

这是一个新旧并存、不同社会机制相互碰撞又各自发挥效用的激荡时期，如何应对，是对国家所具有的社会治理能力的考验。然而，在纷繁的社会现象与多样化的社会机制中，我坚信，依法治国实现法治，虽然有一个过程而不能一蹴而就，但它是实现社会和谐与长治久安，实现经济稳定健康发展的必由之路。作为关心当下又考虑长远的一个学者，真切地希望这个社会能够充分注意社会治理的理性，充分考虑实现经济与社会发展在国家管理方面的技术性要求，从而有效地推动社会治理方式的实质性转型。

《转型社会的司法：方法、制度与技术》一书，是着重从技术层面对司法功能及其发挥进行探讨的一个尝试。该书分基础理论、制度设计和技术支撑三篇，研究了转型社会司法遇到的一些问题，其中不乏对相关问题深入的分析、细致的论证和务实的见解，具有较为广阔的视野和理论前沿性，值得一读。因此，我欣然接受约请为该书作序。

龙宗智

二〇〇七年十二月二十日

前言 司法如何回应社会

法学研究如何更好地回应司法实践，为现实中的我国司法提供一种可供操作的理论体系，是笔者近年一直在思考的问题，也是触动笔者组织撰写本书的原始动机。作为一名长期在实践部门工作而又醉心于学术研究的在职博士研究生，我比在象牙塔中专门从事研究的学者们，更能深刻地感受到法学理论与实践之间的紧张与脱节，也就是俗话所说的理论与实践“两张皮”现象。我也一直在反思这其中的深层原因究竟何在？我的导师龙宗智教授曾将其归因于理论研究本身的性质与应有功能，他认为出现这种“理论反对实践”的现象，根本原因在于学者的天性是批判性而不是肯定性的，是求异而不是求同的。在现实面前，理论应当具有一种批判性的本质。为此，它应当在一定程度上“脱离”开实践，并对其进行无情的清理与入木三分的剖析。据此，即使这种理论主张并不具有现实可操作性，但它仍然具有重要的价值和功能。^①对此，我深以为然。其实，导师还注意到了问题的另一个侧面，在一次学术演讲后的互动时间里，一位学生问导师，为什么要以“理论反对实践”命题，而不用“实践反对理论”命题，因为实践有时甚至是抵制、拒绝、排斥理论的。导师认为

^① 龙宗智著：《理论反对实践》“自序”，法律出版社2003年版，第3页。

这是同一个命题，只是从理论或是实践的观察分析角度不同而已。我身处实务部门，更多的是从实践的角度审视理论。在私下场合，法官们总是会抱怨，理论界的一些主张不切实用。这反映出两个问题：一方面，实践迫切需要理论的指导；另一方面，当前的理论研究却无法直接指导实践。这是我们需要进一步正视和反思的问题所在。理论与实践之间，亟须一座桥梁、一种可供沟通的知识体系和理论。

作为一门经验性学问的法学，不同于依赖实验求证结论的自然科学，也不同于依赖理论推演结论的社会科学，它在进行理论建构的同时，更重要的是要为实践提供一种阐释的立场、一种解释的方法，并为司法者解决现实中的纠纷提供具体的技术方案。因此，问题还必须回到中国的现实，即中国当前的司法实践究竟需要一种什么样的法学理论？

20 世纪中叶改革开放以来，中国社会转型运动的强势推动了国内经济结构、社会分层结构、意识形态等的巨大变革。由于社会结构的急剧分化、不同社会力量的角逐、新社会要素的不断生成、新旧社会要素的尖锐对立和冲突，以及由此而导致的巨大张力的蓄积，使整个社会的运行摇摆不定；各种发展潜能和发展方向的共时态存在，导致了基本的社会安排难以定型。这种变革的并构、排挤、整合让社会凸显失业、分化、不安等社会矛盾，并使这些社会矛盾冲突常规化。^① 社会纠纷呈现出普遍性、冲击性、变异性的特点。在转型社会的治理中，公共权威成为必须。司法权作为转型社会可以信赖的社会公共权威之一被推上前台，社会不断将各种复杂矛盾大量引入司法裁判。

^① 社会冲突的常规化，是指社会冲突开始成为人们日常生活中的一个正常的组成部分。

正是基于这一社会现实，笔者在此尝试提出一种新的实践的理论——“转型社会司法论”。笔者认为，面对特殊社会阶段复杂的社会矛盾，司法必须坚守有限性、被动性、稳定性的特质规定。司法过热、司法过硬、司法过变是当前司法应对转型社会纠纷失灵的主要原因。司法应当从中国国情出发回应转型社会及时调整司法方法，走司法和合主义的道路。在依法治国的政治前提下，在法律的框架内，以公平正义为首要价值取向，强调司法的对应性、相融性、辩证性、和谐性。坚持底限正义保持司法的正确位置，强调本位司法；坚持程序公正保障司法的踏实稳健，强调平行司法；坚持方法的弹性，把握司法的对话协商，强调柔性司法。公平正义是司法所要实现和维护的首要价值这是不能动摇的，但运送正义的司法方法却是灵活的。司法是将静态的法律规范作用于动态的程序及鲜活的案件，将法律预期兑换为现实正义。司法的方法不应当是单一的、恒定的、闭合的，而是多元的、对应的、开放的，如同 J. 弗兰克（Jerome Frank）所说“更多地回应社会”。^①

作为一名长期从事审判实务的法官，司法经验成为笔者思考和论证问题的主要出发点，笔者编写本书的一个初衷也是试图在经验的理论化和理论的经验化之间架设一个知识的通道。但是，这一学术使命对于笔者而言显然过于艰巨，在研究过程中也备感艰难，上述思考能否成立，笔者心中虽充满期待但仍觉忐忑，之所以仍不揣冒昧将这不成熟的点滴思考抛献出来供大家批判，是因为实践呼唤一种面向中国、面向实践的法学理论……

这本著作是我们几位来自理论与实务两栖的法官和学者历经

^① [美] P. 诺内特、P. 塞尔兹尼克著：《转变中的法律与社会：迈向回应型法》，张志铭译，中国政法大学出版社2004年版，第73页。

几年劳作共同完成的。具体写作分工是：成都市中级人民法院研究室主任高级法官、西南财经大学副教授硕士生导师何良彬博士撰写第六章、第七章、第十章、第十一章、第十七章、第十八章、第十九章；成都市锦江区人民法院院长高级法官、西南政法大学副教授硕士生导师杨玉泉硕士撰写第十四章、第十五章；上海交通大学法学院副教授、硕士生导师、曙光学者，上海市徐汇区检察院副检察长万毅博士撰写第二章、第四章、第五章；四川大学法学院副教授硕士生导师、成都市中级人民法院专家陪审员张斌博士后撰写第十二章、第十六章；西南民族大学法学院副教授硕士生导师、成都市中级人民法院专家陪审员周湘雄博士撰写第十三章；我本人撰写导论、第一章、第三章、第八章、第九章。

蒋剑鸣

二〇〇七年十一月十一日于成都武旦山

Foreword

How can our research in the science of law better respond to and provide an applicable theoretical system to the judicial practice of our country? This is an issue that I have been thinking in recent years, and also the initial motive for the editing of this book. As a doctoral candidate who on the one hand works in the practical unit and on the other is indulged in academic research, I can better feel the tension and divorce between theory and practice, which we usually call the phenomenon of “two sides”. I have been reflecting on the deeper causes of this. My tutor, Professor Long Zong Zhi, attributes this to the qualities and functions of theoretical research. He believes that the fundamental cause of this phenomenon of “theory going against practice” lies in that scholars are by nature critics, they usually seek different rather than common opinions. For practice, theories should have a critic nature, hence they should to a certain degree be divorced from practice, and make thorough analysis of and criticism on the latter. Considering this, even some theory is not applicable in practice, it still has significant values and functions. ^①This I totally agree! Actually

^① Long Zong Zhi, *Theory Against Practice*, Law press, 2003, p. 3.

Professor Long has noted another side of the problem. Once after he had made a lecture, a student asked Professor Long why he had adopted the title of “theory against practice” instead of “practice against theory”, since practice sometimes isn't in accordance, and even resist theory. Professor Long answered that they are actually the same proposition, only that they start from different angles. Working in a practical unit, I would start from the practical angle. In private, judges always complain that some suggestions of the theoretical circles are not applicable at all, which reflects two problems; on the one hand, practice urgently needs the guidance of theories; on the other hand, some theories can not directly guide practice. This is a problem which we need our further reflection. A proper theoretical system which acts as a bridge for the communication between theories and practice should be built.

As an empirical subject, the science of law is different from natural science which depends on experiments or social science which depends on theoretical inference. When it establishes a theory, the most important thing is that it should provide a way to explain standpoints, and specific technical schemes for the solution of disputes in daily life. Thus we have to return the reality in China. The question is what kind of theories of law does the judicial practice in present China need?

Since the beginning of reform and opening - up in the middle 20th Century, the social transformation in China has brought about great changes in domestic economic structure, social structure and ideology. Due to the rapid division of social structure, the competing forces of various social groups, the serious conflicts between new and old social factors, and the great social tension thus accumulated, the

whole society is swaying. The existence of various trends of development makes it hard for the orientation of the society. Such reform and transformation expose the social conflicts reflected by unemployment, social division and social turbulence, thus conflicts become frequent. Social disputes bear such features as high frequency, great impact, and fast changing. In a transforming society, public authority becomes a necessity. As a crucial part of this, the judicial power is faced with numerous complicated conflicts.

Considering such a social reality, the writer attempts to put forward a new applicable theory – the theory of justice in a transforming society. The writer believes that with such complicated social conflicts in a special social stage, the judicial power must abide by the rules of limitedness, passiveness, and stability. The inability of the present judicial power in handling social disputes lies in its excessive burden, lack of flexibility, and lack of stability. The judicial system should adjust its approaches to the special stage of a transforming society, and take a road of harmonious justice. Under the premise of governing by law, and within the framework of law, the judicial process should take equity and justice as its foremost values, and attach importance to the flexibility and harmony. It should adhere to the bottom – line justice so as to keep the correct position of the judicial power; keep procedural justice so as to keep the judicial policies stable; pay due attention to the flexibility of judicial approaches so as to attain better communication between various parties. Undoubtedly, equity and justice are the first values to realize in judicial process, but the ways to realize them are diversified. The judicial process applies static rules of law to dynamic procedures and live cases, and exchange legal expectations for

actual justice. Judicial approaches should be plural, corresponding and open rather than single, unchanging and close. It should, as Jerome Frank says, “correspond better to the society”.

As a judge with rich experience in trial practice, judicial experience has become a main angle from which I consider and discuss issues. One of my initial intentions for this book is to build a bridge between theories and experience. However, this academic mission is too difficult for me, and I am far from confident on whether my ideas are plausible. I provide them for criticism because the judicial practice in China calls for legal theories oriented to the reality.

This book is written by several judges as well as scholars, with chapters VI, VII, X, XI, XVII, XVIII and XIX written by Dr. He Liangbin, senior judge of Chengdu People’s Intermediary Court and associate professor of Southwest University of Finance and Economics; chapters XIV and XV by Yang Yuquan, provost of the People’s Court of Jingjiang Borough, Chengdu, and associate professor of Southwest University of Politics and Law; chapters II, IV and V by Dr. Wan Yi, associate professor of Shanghai Jiao Tong University, and deputy attorney general of the People’s Procuratorate of Xuhui Borough, Shanghai; chapters XII and XVI by Dr. Zhang Bin, associate professor of Sichuan University; chapter XIII by Dr. Zhou Xiangxiong, associate Professor of the Southwest University of Nationalities; and the foreword and chapters I, III, VIII and XIV are written by the writer.

Jiang Jianming

November 11, 2007 on Mt. Wu Dan

导论 转型社会中的“和合”司法：目标定位与方法策略

在社会转型的历史背景下，纠纷解决成为司法运作的任务重心。然而，当前我国司法在目标模式、功能定位、方法选择等方面均存在误区，由此，以追求诉讼和谐与社会和谐的“和合司法”成为一种新的司法模型。该司法模型在结构/功能上坚持“本位司法”，在过程/方法上坚持“柔性司法”，在程序/技术上坚持平行司法。不仅符合转型社会的背景，而且，还可以克服传统司法模型导致的诸多弊端。

一、论题的提出：纠纷解决向何方？

中国自 20 世纪 70 年代末开始实行改革开放的基本国策，促进着政治、经济、文化、社会等多个领域全方位发生着规模大、影响广的结构性变迁，“转型”俨然成为中国当代社会的最重大的社会特征与时代背景。随着改革开放的逐步深入，中国社会衍生出种类繁多、数量巨大的纠纷潮流。“尽管难以对 20 多年来中国社会纠纷的增长情况进行精确描述，但是，法院审结的诉讼案件数、信访机关受案数的变化却真实地映射出中国社会纠纷的日益增加与复杂化。面对激增的纠纷，既存纠纷解决机制出现一

定程度的应对失灵。”^①从纠纷解决的角度讲，普通民众在发生纠纷之后，最先想到的当然是化解纠纷。在新时期，随着依法治国的基本国策的确立，传统的纠纷解决方式，如和解、调解、调停、以行政权力处理等趋于式微，法律尤其是司法被赋予了解决纠纷的优先地位，借用19世纪曾任美国国务卿的丹尼尔·韦伯斯特的话就是“人类社会最好的结局就是司法审判”。^②因此，在新时代，法院成为纠纷发生之后的首要救济机构。然而，就当前的情形看，中国司法似乎并没有有效地担纲起转型社会纠纷解决之使命，对此，有学者概括指出，“一方面，产生于计划经济时期，依附于单位制、身份制、行政制的一些纠纷解决方式出现了不同程度的退化或萎缩，比如，行政裁决、人民调解等解纷方式。另一方面，曾被寄予厚望的诉讼，面对案件剧增也显现出力不从心、疲于应对的情况”^③。在此意义上，这也是一个纠纷解决机制“转型”的时代，即传统纠纷解决机制解体或式微，在纠纷解决方面被寄予厚望的司法机制又尚未能有所准备的时代。于此，学界的主流观点主张通过完善多元化纠纷解决机制，尤其是非诉讼纠纷解决机制的方式来应对转型期间的社会纠纷。这一论点无疑是非常有启发性的，也很具有现实性，但是，忽视司法在解决纠纷中的特有功能也是有失偏颇的。由此，本书将着眼于我国社会转型期间的司法运作，分析其应对失灵的问题及成因，并提出和合司法的目标模型，阐释转型期间司法的功能定位及应

① 左卫民：《变革时代的纠纷解决及其研究进路》，载《四川大学学报》2007年第2期。

② [美]罗斯科·庞德：《普通法的精神》，唐前宏等译，法律出版社2001年版，第76页。

③ 左卫民：《变革时代的纠纷解决及其研究进路》，载《四川大学学报》2007年第2期。

选择的方法策略，以期开辟出一条“通过司法实现社会正义”的理论路径！

二、社会转型中传统司法模型的运作失灵

（一）司法目标模式模糊

第一，过分重视当事人主义诉讼模式，导致纠纷解决的延迟与激化。在改革开放之前，我国的诉讼制度（包括刑事和民事诉讼制度）基本上采行超职权主义。20世纪80年代末，超职权主义的诉讼模式受到学界的猛烈批判，西方国家的程序模式，尤其是占据话语优势地位的英美当事人主义诉讼模式开始受到理论工作者和改革推动者的青睐。由此，如何寻求当事人与法院之间就事实发现、程序促进等方面的权限的分配问题，就逐渐朝着让当事人来担负的方面发展开来。也因此，一系列体现当事人主义诉讼模式的程序原则在理论上被提倡，如对抗原则、辩论原则，等等。而且，当事人主义诉讼模式开始成为程序正义的化身，被赋予一种当然的价值正当性。时至20世纪90年代，两大诉讼在司法改革层面均转向学习与借鉴英美当事人主义的诉讼制度。

然而，是否当事人主义诉讼模式就没有任何缺陷了呢？回答是否定的。当事人主义至少有两大主要缺陷：一是代价高昂。推行竞技式或对抗式审判的当事人主义诉讼制度，一般都要仰赖于高昂的律师费用，烦琐的陪审团审理程序和审前准备程序，这些无疑都要给诉讼进行的推动增加很大的压力，给当事人也增加了很多负担。二是耗时耗力。“在英美当事人主义诉讼模式下，法官无权积极主动地干预辩护活动，是否辩护、如何辩护基本上取决于控辩双方。实践中，由于双方律师在立证、审证方面往往斤斤计较，吹毛求疵，这就使得诉讼旷日持久的现象不易及时纠