

中国陪审制度及其完善

王 敏 远*

陪审作为我国审判制度的一个组成部分,在法律的规定中曾是一项重要的原则。有关法律对于陪审制度的规定,虽然现在未将其作为原则,但法院组织法、刑事诉讼法、民事诉讼法及行政诉讼法等均仍予明确肯定。有关法律对陪审制度的肯定曾经历过变化,变化过程大致可分为两个阶段。1954年的宪法和法院组织法(以及1979年的法院组织法、1979年的刑事诉讼法等)对陪审制度所作的肯定是一种最为全面的肯定。陪审作为宪法性的规定,在法院组织法和刑事诉讼法中予以的具体化,使陪审成为司法的一项原则,普遍适用于第一审案件。从1983年修改法院组织法开始,我国法律对陪审制度的肯定有了一些变化,变化的实质含义就是使陪审不再成为法院审理第一审案件时所必须采用的一种方式,而是一种可以任意选择的形式。虽然法律并没有否定陪审,陪审在现实中也确实仍然存在着,但不容忽视的是,陪审在中国现行审判制度中所具有的作用几乎已经到了不被看重的地步。陪审制度在现实中的衰落,既表现在实行陪审的案件数量极少,许多地方法院所审理的一审案件,一年难得有几件采用陪审方式,也反映在人们已不再将其作为法院组织法、刑事诉讼法、民事诉讼法和行政诉讼法等相关法律的一项原则。^[1]

陪审作为一项在中外历史上曾经发挥过巨大作用的制度,作为一项现在仍然被许多国家(尤其是英美法系国家和某些大陆法系国家)十分看重的制度,在我国却面临着上述两方面的基本问题,是否说明了陪审对我国的审判制度的作用在客观上确实不再重要了呢?抑或是由于立法者和司法者对陪审制度的作用和意义的认识发生了“偏差”的结果?如果陪审确实是一项可以予以忽视的制度,那么,它现在所面临的“名存实亡”的局面,就是陪审制度已完成其历史使命的一种表现,如果说陪审制度在现实中应当发挥、也完全能够发挥其作用,那么,我们对于这项制度现在所面临的问题就有必要予以探讨,并为问题的解决提供一些基本思路。笔者认为,陪审制度尚未结束历史使命,其地位和作用应当予以重视,尤其是在当今司法公正和司法改革问题日趋呈现出被社会普遍关注的热闹景象时,对陪审制度予以冷静的分析和研究,其价值不应低估。因此,我们有必要重新审视、总结陪审在现实中和理论上所存在的各种问题,以使这一制度能够充分发挥其在我国审判制度中的应有作用。

* 中国社会科学院法学研究所副编审。

[1] 在80年代初期的各类关于法院组织法和刑事诉讼法及民事诉讼法的论著和教材中,陪审都被作为司法中的一项原则,但在1983年法院组织法修改后,已普遍不再将其作为司法的一项原则。在最近些年里,许多教科书以及论述司法原则的专著中,甚至对陪审不再予以关注。

一、陪审制度的发展和现状分析

自 1949 年建国以来,陪审制度的发展大致经历了两个阶段:即法律初步肯定阶段、恢复和淡化阶段。对这两个阶段的情况予以简要的介绍,不仅有助于全面认识我国陪审制度的特点,而且是我们进一步分析陪审制度的当代命运及其价值的基础。

(一) 法律初步肯定阶段

这一阶段从时间上划分,是自 1954 年至 1966 年文革开始这一段历史时期。^{〔2〕}由于 1954 年的宪法规定了“人民法院审判案件依照法律实行人民陪审员制度。”人民陪审员因此成了我国的宪法规定,陪审制度由此而得到确定。同年制定颁布的法院组织法则进一步规定了:“人民法院审判第一审案件,实行人民陪审员制度,但是简单的民事案件、轻微的刑事案件和法律另有规定的案件除外。”这进一步使陪审成了司法的一项基本原则。

虽然自 1954 年的宪法和法院组织法规定了陪审原则以后,由于没有制定和颁布相关的民事诉讼法和刑事诉讼法,陪审原则在相应的法律中的具体落实问题没有得到全面解决。但有关部门在这一时期所发布的一系列指示和对有关陪审的具体情况所作的解释,还是为具体落实陪审原则奠定了相应的法律基础,使陪审形成了相对完整的一个制度。这些规定主要涉及以下几个方面的内容:

第一 陪审员的名额、任期和产生办法。

为具体落实陪审原则,司法部于 1956 年作出“关于人民陪审员的名额、任期和产生办法的指示。”该“指示”规定:各级法院可以按照三个因素来确定陪审员名额,即一个审判员配备两个人民陪审员;依法律规定需要陪审的案件数量;每个陪审员一年到法院参加陪审的时间一般为 10 天。关于陪审员的任期,则是作为对选举产生的陪审员而言的。这些陪审员的任期被定为两年。至于选举办法则规定了两种,一是由各级法院辖区内的人民代表大会选举,二是由居民选举或由相应的机关、人民团体、企业职工推选。1963 年,最高法院对如何选举人民陪审员发布通知,该“通知”要求各地的人民陪审员的选举应在选举基层人民代表的同时进行。城镇的人民陪审员由选民直接选举产生,而高级法院和中级法院的陪审员,“可以采取临时邀请的办法,也可以通知基层法院选出的人民陪审员参加审判,不要单独布置选举。”

第二 陪审员的职权。

〔2〕我国历史上并不存在陪审制度。该制度在中国的引进,开始于清末修律时期。但不论是清末的修律还是国民党统治时期的法律,虽然规定了陪审制度,陪审在现实中的作用却从未全面发挥过。因此,对这一历史时期本文有理由予以忽略。至于共产党在根据地时期所实行的陪审,由于并不具有全国性的普遍意义,因此,本文亦不予叙述。而在 1954 年宪法和法院组织法制定以前,1950 年的《中南军政委员会司法部关于诉讼程序与审判方式的初步意见》和 1951 年颁布的《人民法院暂行组织条例》等,虽然也肯定了陪审制度,但由于缺乏相应的配套规定,故难以认为陪审制度实际上已经确立了。另外,这里所作的历史时期的划分也只是粗略的。例如,虽然文革自 1966 年就开始了,但砸烂“公、检、法”以至于不可能实行陪审的时间要稍晚一些,约在 1967 年至 1968 年之间。参见《红华司法文集》,人民法院出版社 1989 年版,第 1 页。如果从制度史的角度来看,本文对历史所作的这种划分,显然可以进一步推敲,并且,制度史的研究也应重视被本文所省略的那些历史时期中的陪审制度的具体情况。然而,本文并非是关于中国陪审制度的一般历史考察,因此,对陪审制度历史的叙述很有限应是一种可以理解的疏漏。

陪审员的职权是这一时期较受有关部门重视的一个问题。有关规定对作为合议庭成员的陪审员职权的界定主要集中在三项内容上,参与法庭审理、参加评议和制作判决书、参与调解。在这三项内容上,陪审员的职权并不完全相同。

在法庭审理过程中,由于审判长由职业法官担任,而法庭审理又是在其指挥下进行的,因此,陪审员作为合议庭的成员,主要职责是被动地“听”。即使偶尔有些工作要做,那也是由审判长事先为其安排的。^[3]因此,陪审员虽然作为合议庭的成员参加庭审,但其职责与作为审判长的职业法官并不相同。这种差异,在当时审判中实行职权主义模式的情况下,法庭的职权被强调时尤其显得突出。并且,根据司法部的规定,陪审员即使在职业法官因病等原因缺席时,也不能代行其在法庭上的职务。^[4]

陪审员在法院调解中的作用,虽然为有关部门所肯定,但其作用也十分有限。这主要反映在两个方面:一是职业法官独自进行调解而达成协议的,即使该案已经法庭审理并经由陪审员参与合议,只要合议的判决尚未宣判,审判员就无需再与陪审员合议,调解书也不必由陪审员署名,审判员只需将调解情况告知陪审员即可。^[5]二是法院在开庭审理前试行调解时不必邀请陪审员参加,审判员可以独自进行。^[6]与上述情况形成对比的是,陪审员却不能单独进行调解。^[7]因此,虽然最高法院要求“主持调解一般以由审判员和人民陪审员共同进行为宜”,^[8]但对于陪审员作为法庭成员参加调解的职责和作用,显然不应估计过高。

相对而言,在合议庭审理后的评议过程中,陪审员的职责及作用更受重视。最高法院多次在有关规定中强调:“凡有人民陪审员参加评议的,人民陪审员与审判员享有同等权利,一切问题均须共同研究解决。如果意见不一致的时候,按少数服从多数的原则决定,但必须将不同意见记入评议记录”。^[9]因此,对当时有关部门要求发挥人民陪审员的积极作用的精神的理解,我们认为,主要是针对陪审员在这一阶段的工作而言的。

当然,陪审员的职责和作用并不仅限于上述三方面的内容,从程序的角度来看,陪审员的工作除了这三方面的内容外,还有相应的延伸。

在法庭开庭审理之前,陪审员可以参与阅卷等活动,以了解和熟悉案情,甚至一度可以参与刑事案件的庭前调查。由于法院对公诉案件的审查,当时曾采用预审的方式,而预审庭由审判员一人、陪审员两人组成,在经预审庭审查后认为可以开庭审判时,该预审庭即为审判合议

[3] 1956年10月17日由最高人民法院发布的《各级人民法院刑事案件审判程序总结》中,对陪审员在法庭审理过程中的工作,仅提到了一句,即在公诉人未出庭出持公诉的案件及被害人自诉案件中,“起诉书或者诉状由审判员或者由审判员指定的人民陪审员宣读。”

[4] 司法部在1956年6月30日《关于陪审员是否可以暂时代行审判员职务问题的复函》中规定:“审判员因病或因事缺席时,其职务目前不由人民陪审员代行为宜。”

[5] 详见最高人民法院1957年1月30日《关于经陪审合议后的民事案件,审判员又独自进行调解而达成协议的,应否重新合议等问题的复函》。

[6] 详见最高人民法院1964年1月28日《关于民事案件在开庭审理前试行调解时不必邀请人民陪审员参加的批复》。

[7] 详见司法部1957年3月20日《关于人民陪审员可否单独进行调解活动问题的批复》。

[8] 详见最高人民法院1957年2月23日《关于“主持调解的审判人员是否包括人民陪审员等问题的批复”。

[9] 详见最高人民法院1956年10月17日发布的《各级人民法院民事案件审判程序总结》、《各级人民法院刑事案件审判程序总结》等文件。

庭,因此,在刑事诉讼中,陪审员在开庭审理前一度享有与审判员相同的预审职权。^{〔10〕}

陪审员职责和作用的延伸不仅限于开庭审理之前,甚至可以延开庭审之后的法院审判委员会讨论之中。当然,陪审员此时只能作为列席人员参加,其作用也未见任何规定。^{〔11〕}

第三 陪审员的条件和陪审案件的范围。

对陪审员的条件,有关规定均未从正面予以说明。从关于陪审员的选举办法来看,由于要求将陪审员的选举与人民代表基层普选同时进行,陪审员的条件应与基层人民代表的选举条件一致。但有一些相关的规定应予注意:一是陪审员的选举应有城市、乡村、机关、厂矿、学校、团体的代表性和广泛性,同时,妇女和少数民族的人民陪审员名额也应占适当的比例;^{〔12〕}二是陪审员应为司法管辖地之居民,如因工作调动等原因离开原法院管辖地区的,原法院不再通知其执行陪审员职务;^{〔13〕}三是肯定或排除了被剥夺过政治权利的人被当选为陪审员的可能性,但曾规定并不排除受过刑事处罚而未剥夺政治权利的人可以当选为陪审员的可能性;^{〔14〕}四是陪审员可以连选连任。^{〔15〕}

至于由机关、人民团体和企业推选的陪审员,其条件也未作规定。从陪审员产生办法来看,由于推选产生的主要是中级法院或高级法院的陪审员,其条件应不低于人民代表的普选条件。

除了选举和推选产生这两种办法之外,尚有法院“根据工作需要”临时邀请符合条件的人参加陪审的情况,^{〔16〕}这些临时陪审员应具备的条件也未见任何说明。

至于陪审员参加审理的案件范围,最高法院除了重申法院组织法的规定外,提出尽量少采用审判员一人独自审判的办法,对可以不实行陪审的“简单的民事案件”和“轻微的刑事案件”未作任何界定,仅在程序上规定了一审刑、民事案件,如不采用陪审而采用审判员独审,应报经

〔10〕 在前注所引之最高法院所发布的《各级人民法院刑事案件审判程序总结》这份文件中,对审理案件前的准备工作所作的规定为:“对人民检察院提起公诉的案件,需要组织预审庭进行审查,预审庭由审判员一人和人民陪审员二人组成,审判员担任审判长。……预审庭开庭后,首先……其次,由审判员和人民陪审员查明起诉书有无证据和证据能否作为起诉的根据。”对预审结果,由审判人员进行评议,以决定案件是否交付审判。“在评议中,人民陪审员与审判员享有同等权利。”

〔11〕 详见司法部 1956 年 1 月 16 日《关于审判委员会研究案件时可否吸收陪审员列席问题的复函》;司法部 1957 年 8 月 9 日《关于助理审判员和人民陪审员是否可以参加审判委员会的函复》。

〔12〕 详见最高人民法院 1963 年 2 月 11 日《关于结合基层普选选举人民陪审员的通知》。

〔13〕 详见司法部 1956 年 12 月 13 日《关于人民陪审员迁移出原选举地区或调出原选举单位后,可否连续担任人民陪审员职务问题的批复》。

〔14〕 详见司法部 1955 年 5 月 6 日《关于解答法院组织法的一些问题的通知》。该“通知”同时指出,对那些虽未被剥夺政治权利但因反革命而被判刑的人一般也不应有陪审员候选人资格。

〔15〕 陪审员可以连选连任的规定,最早出现于最高人民法院 1963 年 2 月 11 日《关于结合基层普选选举人民陪审员的通知》中。

〔16〕 法院临时邀请其他公民担任某一具体案件的陪审员这种做法,较早出现于中南军政委员会司法部 1950 年 5 月 20 日《关于诉讼程序与审判方式的初步意见》的规定中。当时,陪审只是审判方式的一种,适用于“案情重大复杂或者于社会有重大影响者”,而所确定的陪审员也均为临时性的,一般为“当地群众或有关机关团体推选一定数量之代表,或邀请当地有威信之群众领袖”。在陪审制度为宪法和法院组织法确定以后,临时邀请其他公民在某一具体案件的审理中担任陪审员,被作为陪审制度中选举产生的陪审员的一种补充方式。这种方式,为有关机关多次肯定。如最高人民法院 1961 年 8 月 3 日《关于认真贯彻执行人民陪审员制度的复函》,就对这种方式予以了肯定。

院长或庭长批准。^{〔7〕}从另一些规定中,则可以看到陪审的案件既可以包括不公开审理的案件,^{〔8〕}也可以包括审判中需要适用对外不公开的政策案件。^{〔9〕}因此,可以说一审案件应当适用陪审是基本原则,而不采用陪审则是例外。

以上是关于第一阶段有关部门对有关陪审所作的规定情况的简要介绍。对这一阶段陪审的情况仅作以上介绍当然不可能全面。有些情况因并不具有需要关注的特殊性,如陪审员的回避、陪审员因履行陪审职责而造成的经济损失补偿问题等,在此予以省略了。但这并不是情况介绍不全面性的主要问题,主要问题在于,如果要对这一阶段的陪审情况有较全面的了解,就应有相当的实证材料。遗憾的是,我们除了知道在1956年全国有二十几万名陪审员这一情况外,^{〔10〕}几乎没有关于陪审的任何实证材料。笔者既没有这一阶段全国实行陪审的一审案件数量的统计资料,也无实行陪审和未实行陪审的案件数量比率的统计资料,既没有陪审员身份情况的统计资料,也没有陪审员参与审判的具体材料;至于法院是如何邀请临时陪审员参与审判等具体材料,对笔者来说更是一个猜想起来都难有根据的事情。虽然如此,有一点是可以肯定的,即法律虽然规定一审案件实行陪审应是原则,不采用陪审应是例外,但现实中采用陪审的未必如同法律规定那样具有普遍性、持久性。这从最高法院在1961年给江苏省法院的一份复函中可以得到印证。在该复函中,最高法院指出:“不少地方对陪审制度在实际上已经没有执行了”。^{〔11〕}鉴于此,应认识到这一阶段的陪审制度虽已确立,在现实中也发挥着作用,但对其实际适用的普遍性不应有过于乐观的估计。

对这一阶段陪审的实际作用问题需要注意的另一点是,由于“文革”前党委批案是较普遍的做法,因此,不用说由陪审员参与的合议庭对案件所作的事实和法律方面的认定并不具有最终的意义,即使是法院院长、庭长、审判委员会对案件所作的认定,也不具有最终的意义,而均需经地方党组织的批准后,才具有法律上的“最终意义”。^{〔12〕}

(二)恢复和淡化阶段

这一阶段大致可以从1979年算起,至今尚未结束。之所以把恢复和淡化阶段划为同一个阶段,不仅是因为恢复阶段历时太短,而且由于恢复阶段与淡化阶段存在着重合。对此,下文将予说明。虽然如此,恢复阶段与淡化阶段还是可以作出相对的区分。就恢复阶段来说,这一阶段包括的历史时期,大约是自1979年至1983年期间。“文革”结束以后,全国人大于1979年颁布了新的法院组织法并制定颁布了刑事诉讼法。新颁布的法院组织法第9条明确规定了一审案件实行陪审的原则。而在刑事诉讼法中,不仅在第9条规定了陪审原则,且在第105条中具体规定了“除自诉案件和其他轻微的刑事案件”可以由审判员一人独任审判以外,基层和中级法院进行一审,应由审判员一人、人民陪审员二人组成合议庭进行;高级法院、最高法院审

〔7〕 参见最高人民法院1956年9月20日《关于哪些案件可以不实行陪审、合议庭问题的批复》。

〔8〕 参见司法部1956年4月13日《关于法院组织法第八、九条所规定的的问题的解答》。

〔9〕 参见司法部1954年3月27日《同意把对外不公布的的政策的原则精神告诉陪审员,但应注意对陪审员的保密教育的函复》。

〔10〕 参见司法部1956年7月21日《关于人民陪审员的名额、任期和产生办法的指示》。

〔11〕 详见最高人民法院1961年8月3日《关于认真贯彻执行人民陪审制度的复函》。

〔12〕 刑事案件的判决应经党委审批是“文革”前的普遍做法,即使是民事案件,许多也要“根据党委的指示进行处理”。详见最高人民法院1963年8月28日《关于民事审判工作若干问题的意见(修改稿)》。这种做法,在“文革”以后也并未立即取消。1980年,时任最高法院院长的江华同志尚在呼吁:“改善党的领导,首先表现在取消党委审批案件的制度上”。详见《江华司法文集》第147页。

判第一审案件,应当由审判员一至三人、人民陪审员二至四人组成合议庭进行。同时,刑事诉讼法第 105 条第 3 款还规定:人民陪审员在人民法院执行职务,同审判员有同等的权利。

在这一阶段,有关法律对陪审制度的规定,基本延袭了第一阶段的有关规定。如关于陪审员的选举问题,司法部在 1980 年发出通知,要求人民陪审员的选举,仍参照 1963 年最高人民法院《关于结合基层普选选举人民陪审员的通知》精神办理。从这一阶段的规定的情况看,在个别细节问题上当然也有一些变化,如陪审员的任职期限由两年改为 3 年等。需要说明的是,由于民事诉讼法(试行)迟至 1982 年才颁布实施,而在该法中,陪审并未作为一项原则予以规定,只是在第 35 条关于一审法院合议庭的组成中规定:审判第一审民事案件,既可以由审判员和陪审员共同组成合议庭,也可以由审判员组成合议庭,因此,在这一阶段的民事案件一审中,实行陪审既非必须遵守的法律原则,现实中采用陪审的也肯定不如刑事案件那样多。

这一阶段的另一个变化是陪审员不再参与法院的预审。由于当时刑事诉讼法规定法院有审查起诉的职权,而审查起诉以后,只是在法院决定开庭审理时,才组织合议庭。陪审员在此时才进入审判程序。因此,在第一阶段曾一度出现的陪审员参与预审的情况,此时已被明确废止了。

在恢复阶段,刑事案件实行陪审的实际情况如何,笔者仍然缺乏相应的实证材料。不过,从当时全国法院的工作情况来看,当时主要的工作任务,一是对“文革”期间及此前的冤假错案的平反,二是“严打”。这从当时最高法院江华院长的有关讲话中可以得到印证。^[23]因此,司法实践中虽然在刑事案件的一审中也大量采用陪审方式,但其普遍程度很可疑。1981 年,笔者作为法律系三年级的学生在四川成都的金牛区法院实习,曾被临时充任陪审员,参加过法庭审理和宣判。当时该院的实际情况是陪审员奇缺而刑事案件很多,因此,根本不可能普遍采用陪审方式。

至于淡化阶段,虽然明显的标志是 1983 年修改法院组织法删去了原第 9 条的规定,使陪审不再成为法院审理一审案件时的原则,但实际上该阶段似在 1982 年制定和颁布民事诉讼法(试行)即已得到显示,因为该法并未将陪审作为一项原则予以规定。不仅如此,1982 年制定的宪法,也未规定陪审原则,这与 1954 年的宪法形成了反差。1982 年 12 月 4 日通过的宪法未规定陪审原则,显然不是疏忽,而是有意识地为第二年修改法院组织法留下了伏笔。^[24]因此,陪审制度恢复不久,实际上已经在 1982 年修改法院组织法之前就已开始作淡化处理,而修改法院组织法只不过是这种淡化处理的标志而已。至于 1990 年颁布行政诉讼法时,关于陪审的规定只是对民事诉讼法有关规定的重复。因此,淡化的趋向并未改变。

需要说明的是,陪审制度不再是法院一审的原则,即作为原则,陪审被废除了,但陪审方式在法律的规定中并未被否定,现实中也不时有采用陪审对一审刑事案件进行审判的情况发生(据笔者向最高人民法院民庭和行政庭有关领导了解,民事案件和行政诉讼案件实行陪审的,现在虽然尚无统计资料,但从全国范围来看,实行陪审的情况很少。在各省高级法院进行的民

[23] 在《江华司法文集》共计 47 篇文章中,多数内容均是涉及当时法院工作的主要任务,即对“文革”期间及“文革”之前冤假错案的纠正和有关对 1979 年所制定的法律的贯彻执行以及“严打”中应注意的事项,并无关于陪审制度的内容。对法院当时的工作来说,陪审显然不是一个受到重视的问题。

[24] 参见时任法制委员会副主任的王汉斌在 1983 年 8 月 24 日的说明:“不少法院提出,第一审都要有陪审员参加,在实践中有许多困难,特别是请有法律知识的陪审员困难很大,严重影响审判工作的进行,要求作比较灵活的规定。根据这种情况,民法已规定,新宪法也已将原宪法中关于实行陪审制度的规定删去。”

事和行政审判案件中,这些年来最高法院在二审时尚未发现实行陪审的)。而有关部门也确实仍然关注陪审制度中的相关问题。例如,1984年司法部曾就司法助理员不宜担任人民陪审员作了规定;^[25]1991年,最高法院研究室就中级法院审判第一审刑事案件应由审判员一人、人民陪审员二人或者由审判员三人组成合议庭问题,曾给云南省高级人民法院作出答复。^[26]这些情况说明,现实中的陪审虽然已不多见,但仍存在着。

需要说明的是,这里所说的淡化,只是就全国的普遍情况而言的,就某些地区的法院来说,或者就某些种类的刑事案件来说,陪审仍受到相应的重视。例如,北京市海淀区法院在1996年时就有120名人民陪审员,陪审员参与审判的各类案件计1363个。^[27]而上海自1992年建立共青团陪审员制度以参与少年刑事案件审判,至1998年已有共青团陪审员214人;从1996年至1998年,共青团陪审员参与审判的少年刑事案件达五百多个。^[28]尤其是近一段时间以来,陪审已日益受到某些地方法院的重视。例如,北京市一中院于今年4月,聘请了120名人民陪审员,并计划在一年内使用陪审员参加审判的案件不少于法院一审案件的20%。^[29]然而,这些情况,并未使陪审制度在现实中已被淡化的情况有根本的变化。从法院聘请陪审员本身是一件重要新闻这一现象中,就可以说明这一问题。

与陪审在法律规定中被淡化的情况相适应,学术界对有关陪审制度的问题也很少有兴趣探讨。公开发表的有关论著中鲜见关于陪审的讨论,这几年学术界偶尔有几篇论及陪审制度的文章,也是以否定的倾向居多。^[30]陪审制度,这项曾被法学界普遍盛赞的制度,这项在建国后的二十几年中被多数有关审判组织和审判程序的法律规定予以关注的原则和制度,现在,即使未被人遗忘,其淡忘的程度也足以让人吃惊了。甚至于有人认为:“陪审完全是泊来之物,既无价值且生诸多麻烦与困扰,影响诉讼效率”,是一项应予铲除的制度。^[31]

那么,陪审制度果真是一项作用有限、意义不大,不值得人们重视的制度吗?中国陪审制度的历史过程给我们的启示也确实并不乐观,即司法最高当局的努力并未使陪审制度在以往的司法制度中发挥其应有的作用。但这不应是忙于对这个问题作出肯定或否定的回答的理由。通过后面陪审制度的特点和意义的分析,会使回答更具说服力。

[25] 详见司法部1984年3月28日《关于司法助理员不宜担任人民陪审员给湖南省司法厅的复函》。

[26] 详见最高人民法院研究室1991年5月6日《关于中级人民法院审判第一审刑事案件能否由审判员三人陪审员二人组成合议庭问题的电话答复》。

[27] 详见《严肃执法——北京市海淀区法院陪审工作侧记》,《法制日报》1997年3月1日。

[28] 详见《上海共青团陪审员作用大》,《法制日报》1998年5月21日。

[29] 详见王银胜:《北京一中院人民陪审员有职有权》,《人民法院报》1999年4月27日。

[30] 学术界对陪审制度的忽视,一方面反映在现时有关学科(如刑事诉讼法学)的教材中几乎不再提及陪审制度,另一方面,则表现在全国诉讼法年会的论文以及有关诉讼制度的专著中,几乎完全忽视了陪审制度。在最近三年全国诉讼法年会论文中,仅1996年的年会中有一篇关于陪审的论文。详见王远明、蒋照辉的《论刑事诉讼中人民陪审员制度的价值及其走向》,载《诉讼法理论与实践》,中国政法大学出版社1997年版,第309页以下。相反,最近几年却有几篇否定陪审制度的论文发表。如刘艺工、李拥军的《关于人民陪审员制度难以执行根源的探讨》(《甘肃政法学院学报》1998年第1期)就主张取消陪审制度;也有人认为,大陆法系完全可以放弃混合式陪审制度,另找适合自己诉讼模式的司法民主形式。参见左为民、周云帆:《国外陪审制的比较与评析》,《法学评论》1995年第3期。

[31] 参见陈桂明:《诉讼公正之程序保障论——民事诉讼程序之优化》,中国政法大学1995年博士学位论文,第38页。

二、陪审制度的特点

分析陪审制度的特点,是我们认识其价值和意义的前提。因此,需要对陪审制度的各有关特点予以相应的揭示。应当说明的是,中国陪审制度的特点,一方面显示在与其他国家陪审制度的对比中,另一方面则表现在陪审制度与刑事诉讼、民事诉讼等司法制度的关系中。离开了这两个方面的内容,所谓特点,即与众不同之点,将无从谈起。当然,特点的揭示只是为认识陪审制度的意义有所依据,因此,本文在此所叙述的特点,并不求对相关特点予以面面俱到的描述。

中国陪审制度的特点,就其与其他国家陪审制度的对比来说,会因为陪审制度只是司法制度的一部分,而表现出与之相联系的诉讼制度的特点。因此,对比中所显示出的特点,往往不是中国陪审制度所特有的,而是由与之相联系的中国的司法制度所决定的。不仅如此,由于陪审制度的内容较多,不同的内容所显现出的特点因此会有很多,在此选择说明的特点,不过是那些我们认为对分析其意义及完善问题最具重要性的内容,因此,我们下面将要说明的陪审制度的那些特点,既不是众所周知的泛泛之论(诸如中国实行的是参审制,而不同于英美国家的陪审团审判、中国对陪审员更多注重其权益性而非义务性等等),也可能很不充分全面。在此所要讨论的特点包括以下几个内容:

1. 陪审员相对固定化

陪审员的情况应从两个方面分析,一个方面是作为一种资格的陪审员;另一个方面则是陪审员作为具体案件审判庭的成员,这是两个不同的概念。有陪审员资格的并不一定都会成为审判庭的成员,而尚未因选举或长期聘请而具有陪审员资格的,却有可能成为审判庭中的陪审人员。从有关规定来看,陪审员的产生主要有两种方式:一种是选民选举或有关单位推荐产生;另一种是法院(长期或临时)聘任。不论是这两种方式中的任何一种,都是指的陪审员资格,而不是对具体案件进行审判的审判庭成员。作为一种资格,陪审员都是相对固定的,这与英美法国家普通选民一般均有陪审员资格的情况完全不同,与大陆法国家如法国和德国的情况倒有点类似。^[62]从现实情况来看,在第一种方式中,作为一种资格,陪审员由选举产生已不是普遍的现象,而由有关单位推荐更为常见;^[63]而在第二种方式中,由法院聘任为长期陪审员的较为常见,临时聘任的情况则较少发生。所谓临时聘任,即由法院临时聘任那些不具有陪审员资格(但也需具有相应条件)的人作为审判庭的成员。

从上述情况可以看到,在中国的陪审制度中,可能具有陪审员资格的只是公民中的极少数人,而不是普遍的,而这极少数具有陪审员资格的人,虽然也有任期,因此可以在经过一段时间以后由其他人替换,但这并不会使极少数人才有可能具有陪审员资格的情况有根本的变化。况且由于可以连任,许多已具有陪审员资格的人在任期届满后仍会继续在新的陪审员名单中,

[62] 与大陆法系国家的有关情况也仅仅是相似而已,却并不完全相同。例如在德国,每4年一次选拔陪审员的程序分为提名和遴选两个阶段。各地方当局在提名上的做法有极大差异,有的通过编制基本上是随机的居民名单进行提名,有的则由在市议会中有议席的政党提名。参见 John Langbein:《非职业法官与陪审团》,载《美国与德国的司法制度及司法程序》,宋冰编,王建勋译,中国政法大学出版社1999年版,第174页。

[63] 这些年全国几乎没有进行过陪审员选举。以前曾实行过的陪审员选举与基层人民代表的选举同时进行的做法,现在基本已经消失了。

因此,陪审员资格集中在少数人的情况是较普遍的现象。与此形成对照的是,对于陪审员资格的条件,一般则很少从正面予以系统规定,这又似乎与英美国家多数人均有资格作为陪审员的情况很相象,而与大陆法系国家的一些规定不同。^[64]但这种异同,只是法律规定资格条件不充分所致,而并不是现实中担任陪审员的实际状况的写照。

另一方面,由于陪审员资格只是普通公民参加审判庭的一个前提条件,具有陪审员资格的人并不必然会在其任期中均成为审判庭的成员,而法院在确定具体案件的审判庭成员时,由于更倾向于使用已有陪审经历和经验的陪审员,因此,作为审判庭成员参加陪审的人,实际上更少。这导致了现实中少数陪审员经常参加陪审工作,一年中参加数起甚至数十起案件的审判工作,而另一些陪审员却一般不参加审判。从这个角度来说,不仅具有陪审员资格的人相对固定,只是公民中的少数人,而且实际参加审判的陪审员也并不是所有具有陪审员资格的人,而只是其中的一部分,并且往往是相对固定的那一部分人。就这一特点而言,中国的陪审制度不仅与英美国家不同,而且与大陆法系的一些国家也不完全相同。例如在德国,每位陪审员每年都要参加几天审判(法律建议的标准是每月一次)。^[65]

2. 陪审的任意性

自从1983年法院组织法修改以后,陪审被认为不再是法院进行一审时应遵循的原则,而只是法院审理时可以选择的一种方式,并且,法律又未具体规定选择的参照标准,因此,法院在确定一审的审判法庭组织形式时,陪审的选择,具有明显的任意性。虽然从实际情况来看,在一审中采用陪审的,在那些实行陪审制度的国家中,也只是案件总量中的很少一部分,多数案件的审理均不采用陪审的方式,而是采用职业法官审判的方式,中国的情况与此似乎并无多大区别。然而,出现这种现象的原因却并不相同。在美国,因为多数刑事案件采用的是辩诉交易的方式,因为刑事被告人或民事诉讼的双方当事人放弃由陪审团审判的权利,而导致由陪审团审判的情况相对较少;在法国,因为法律规定只是重罪才采用陪审的方式,而重罪在该国的刑事案件中只占少数,因此,多数案件才不采用陪审的方式进行。但中国的情况却不同,中国实行陪审的案件少,既不是如同美国那样,是因为被告方和控诉方在多数案件中达成辩诉交易或在民事诉讼中因双方当事人放弃陪审审判所造成的,也不是象法国那样,是因为法律规定实行陪审的案件数量较少而造成的,而是由于法院的任意决定。虽说法官在决定是否采用陪审这种方式进行的审判时,也可能会考虑一些因素,诸如社会影响、专业性因素等,法律也规定了可以不采用陪审的案件情况(如自诉案件等),但这并不能掩盖法官的任意决定是采用陪审的主要原因。基于这一现实,中国采用陪审具有任意性是一个明显的特点。

3. 陪审的全面性

中国的陪审具有全面性的这一特点,是基于如下两个方面的情况而言的:

第一,陪审案件的范围具有全面性。从法院组织法和刑事诉讼法、民事诉讼法及行政诉讼法的规定来看,可以实行陪审的案件,既有刑事案件,也有民事案件,甚至还包括行政诉讼案件。而在刑事案件中,除了少数自诉案件外,均可实行陪审。这一点,不仅与大陆法系的国家

[64] 例如,德国陪审员的确定,有的是由各地方的遴选委员会从被提名的人中进行挑选。该委员会由1名法官任主席,另有1名州政府的行政官员,10位由地方政府所挑选的公民组成。遴选委员会在挑选陪审员时,会考虑私交及被提名人的职业。实际上,文职官员和其他白领职员有相对过多的代表。参见前引[62] John Langbein文,第174页以下。

[65] 参见前引[62] John Langbein文,第174页。

如法国仅规定在少数刑事案件(重罪案件)中可以实行陪审的情况不同,而且与英美国家的情况也不完全相同。英国早已取消了在民事诉讼中的陪审(美国仍保留民事案件中的陪审)。我国法律规定陪审均可以在各类诉讼案件中实行而实际上陪审很少采用,是一有趣的反差现象。

第二,陪审员在进行陪审时的职权具有全面性。陪审员不仅在审理案件过程中参加法庭审理的全过程,包括法庭调查、法庭辩论等,而且在庭审后的法庭评议中,也与合议庭中的职业法官具有同样的职权,既可以对案件中的事实和法律问题发表评议意见,在确定判决中也有与职业法官同样的职权。就陪审员在审判中履行职权的范围不仅包括事实问题,也包括法律问题来看,与英美国家的陪审团只是对事实问题行使审判权、判决应由陪审团一致同意或绝对多数(如系 12 人的陪审团,应有其中的 10 人)同意才能确定的情况形成明显的对比,而陪审员在合议庭中占据多数,并在形成判决时实行少数服从多数原则,则与德国和法国的重罪陪审法庭也不完全相同。根据德国法院组织法第 6 章关于陪审法庭的规定,德国法院在审理包括杀人在内的特定的极严重犯罪时,其审判庭组成人员中,职业法官占据三名而陪审员占据二名。^[6]根据其刑事诉讼法第 263 条第 1 款的规定,有罪判决应在审判庭中四名以上成员的同意下才能形成。因此,在这个法庭上,两个陪审员实际上可以否决有罪判决,但却不足以单独形成有罪判决。而法国的陪审法庭由 9 名陪审员和 3 名职业法官组成,须有其中的 8 人同意才能作出有罪判决,否则,只能作出无罪判决。^[7]我国的陪审员在合议庭中的人数优势及司法中实行的形成判决时少数服从多数的原则表明,在刑事案件中只要合议庭中陪审员的意见一致,仅凭陪审员的意见,就既可以形成有罪判决,也可以形成无罪判决,而在民事和行政诉讼案件中,则可以简单多数形成判决。

然而,我国有关法律规定的陪审员职权的全面性,却没有相应的规则予以规范。例如,审判和评议不间断原则;发表评议意见以资历浅的陪审员开始,审判长最后发言的规则;职业法官如何向陪审员(或陪审团)作指示或进行相应的法律解释但不得影响陪审员作出自己的判断的规则等。由于缺少相应的规则,法律所规定的陪审员所具有的全面性职权,其实际作用就很可疑。

4. 陪审的不确定性

中国的陪审具有相当的不确定性,这不仅表现在如上所述的实行陪审的案件具有很大的任意性上,以及陪审员选任方面具有的不确定性上,而且还表现在其他方面。就我们所重视的内容来看,主要有两点:

第一,由于缺乏具体的诉讼规则和配套制度,使陪审员作用的发挥具有不确定性。这方面的例子很多。例如,对陪审员的法律指导问题,有关法律就没有作任何规定。显然,陪审员对于有关法律的规定及其含义的了解,一般均不如职业法官那样清楚,因此,不论是在开庭审理之前还是在评议中,对案件所涉法律问题,往往需要职业法官对陪审员作相应的说明。这种说明在中国尤具必要性和重要性,因为我国的法律规定相对显得粗线条,往往通过不同形式的司法解释对之予以补充,而陪审员一般对这些司法解释均很少了解。然而,如何防止职业法官对法律的说明和解释变成对案件如何审判的指示,以避免陪审员的评议成为听命于职业法官的

[6] 德国的陪审法庭有两种类型,一种由 3 位职业法官和 2 位陪审员组成,审理较严重的刑事案件,被称为“大刑庭”;另一种由 1 位职业法官和 2 位非职业法官组成,审理较轻一些的严重犯罪。参见前引 [2], John Langbein 文,第 169 页以下。

[7] 程味秋:《英法两国刑事司法制度之比较》,《比较法研究》1987 年第 1 期。

结果,本应由有关诉讼法律作出规定,但我国三大诉讼法却均未对此作出规定。这使“陪审员在履行陪审职权时与审判员具有相同的职权”很容易变成一纸空文。由于任何案件中的事实问题和法律问题均有密切关系,以至于往往很难将其截然分开,因此,陪审员如果并不理解案件所涉之有关法律规定及其含义,就难以在法律问题上形成自己的见解,这同时也往往意味着他难以在事实问题上形成自己的见解。这样,逻辑的结论就是陪审员的作用实际上是很不确定的,陪审意见很容易只是职业法官自己的意见的翻版。而陪审的存在,很容易成为使职业法官的个人意见转化为合议庭意见的工具而已。这种情况,在那些规定有陪审制度的国家,不论是英美法系的国家还是大陆法系的国家均十分重视,并在相应的规定中试图予以避免。^[68]

第二,由于我国法院中审判委员会的客观存在,使陪审意见对形成判决的作用处于不确定的状态。根据法院组织法及有关诉讼法的规定,法院审判委员会对具体案件的讨论意见,在该院具有最终的决定意义,合议庭应当按照审判委员会的讨论决定作出判决,因此,有陪审员参与审判的合议庭所独立形成的判决意见,实际上并不具有最终的决定性意义。虽然由于相关诉讼法的修改及审判方式的改革,审判委员会讨论决定的案件现在仅是法院审判的案件中的一部分,但尚无任何理由和根据否定实行陪审的案件是不需要审判委员会讨论决定的案件。由此可见,审判委员会使陪审意见及据此所形成的判决意见具有明显的不确定性。这一点,与英美国家的陪审团一旦形成判决,职业法官一般无权予以否决(在美国,陪审团一旦形成无罪判决,则法官不得否定,能否定的仅是明显与证据不符的有罪判决和民事判决)形成了对比,也与大陆法系国家有陪审员参加的合议庭所形成的判决具有的确定性并不相同。

以上所述,当然并未对我国陪审制度的特点予以全面概括,但仅就这些特点来看,我国的陪审制度尚存在着不完善之处,有些问题会严重影响陪审制度作用的发挥。然而,认识我国陪审制度当代命运,不应仅考虑其以往的特点,陪审制度的现实存在基础是个更为关键的问题。

三、陪审制度的存在基础

在此所讨论的陪审制度的存在基础问题,也就是为什么需要陪审制度的问题,或者说是陪审制度的意义问题。只有理清这个问题,我们才能进一步探讨是否要坚持陪审制度以及如果需要的话,陪审制度应如何完善的问题。

关于陪审制度存在的意义或其必要性,以往学术界基本没有分歧。其基本观点我们将在此予以具体分析。需要说明的是,由于英美法系国家关于陪审团的意义和大陆法系国家关于陪审庭的意义并不相同,两大法系关于陪审制度存在的不同理由与我国均有相应的差异,因此,在讨论我国陪审制度存在的基础问题时,适当对比不同国家的不同理由,对于进一步说明问题应是有价值的。然而,由于这样会使讨论趋于复杂化,不仅因为本文的容量有限,更由于能力有限,因此,我们对这些不同的差异的许多内容只能作相应的忽略,而对其中更具共性的或者更被认为具有共性的意义,予以相应的评介。

关于我国陪审制度的意义,以往和现在的论述并不多,往往是简单的结论,而无充分的论

[68] 当然,我国的司法部门并不是不了解这种情况,而且,也试图予以纠正。例如,最高人民法院在1962年12月10日所作出的《关于人民法院工作若干问题的规定》中,主张陪审员的职权应和审判员相等时,进一步要求:“合议庭要尊重陪审员的意见。陪而不审或只在裁判文书上署名的形式主义的做法是不对的”。但这些要求,并无具体制度化的规则作保障。

述。而就结论来说,在相关论述中虽然并不完全一致,但也未见明显的争论。然而,缺少争论,并不意味着结论不存在问题。在此,我们试对一些具代表性的结论作简单的分析。

1. 司法民主

陪审是司法民主的需要,几乎为所有实行陪审的国家所一致公认,不论是英美法系国家,还是大陆法系国家,不论是其历史上曾有过的理由,还是现实中仍信奉的根据,司法民主均被看作是实行陪审制度的主要理由,也可以说是基本理由。就此而言,我国也不例外。不论是官方的说明还是学界的论述,陪审制度都被认为是我国司法民主的重要内容或表现,还有人将其作为司法民主的保障措施。从这个意义上说,我国以往把陪审制度作为司法民主的一项内容,以此体现政治民主,即人民当家作主,使陪审制度与民主政治发生密切联系的说法,并不完全是一种创新。在这种理论解说中,陪审制度中的民主,既被作为目的,也被作为手段,但首先并主要是作为目的,即司法中的人民当家作主。

虽说从历史上看,陪审从其起源和发展过程中,与民主政治及司法民主化历程密切相关,与司法中对封建社会中的专制主义及司法擅断的斗争不可分离,但这毕竟只是对历史的说明,而不是对现实的解释。关于历史的说明,即陪审具有司法民主,其中更基本的含义是从民主作为目的来理解,我们打打算在此重复已被不少人充分阐述的理由,有兴趣的读者可以参阅相关的资料。^[69]我们在此所要强调的是,关于陪审制度存在必要性的历史说明,并不完全适合于对现实的解释。

就现实而言,陪审在法律的规定中已不再是一项普遍实行的原则,在司法实践中也只是一种很少采用的方式,因此,陪审制度作为司法民主的重要内容,不论是中国,还是大陆法系国家,抑或是英美法系国家,均已失去了其本身即为司法民主这一基本意义。理由很简单:如果现实中陪审只是很少采用的一种方式,而如果仍将其作为目的意义上的司法民主,那么,就很容易使人产生另一种想法:在那些未实行陪审的案件中,司法民主无从体现。或者说,目的意义上的司法民主只是在少数案件中才得以体现。显然,如果陪审是一项审判中应普遍遵守的原则时,司法民主作为其基础是有理由的;而当陪审只是在少数案件的审判中才采用的方式时,司法民主已经不是其存在的主要理由了。现实也确实表明,体现司法民主的方式已经主要不是通过陪审方式来实现,而是通过诸如审判公开、舆论监督、由人民代表大会及其常委会对职业法官的任免、改革和完善审判程序以使诉讼主体等的诉讼权利得到有效保障等方式,作为一种常规,更能体现司法民主。根据我国现在的实际情况,尤其在是否采用陪审由法院任意所决定,而不是一种法律根据较为确定的决定时,肯定司法民主是陪审的主要理由,更显得牵强。

当然,如果对司法民主从另一个角度来理解,即从诉讼当事人的权利及其自由行使来看,英美式的陪审仍然是司法民主的一种重要表现。但对中国来说,这并不是理由。因为我国的陪审,并不是当事人选择的结果,而是法院决定的结果,而在法院的决定中,当事人选择陪审并不是决定性的因素,甚至连参考性的价值都没有。

[69] 陪审制度的历史变迁,其所经历的种种与司法民主相关的变化及在变化中发生的故事,例如陪审员由最初的证人转变为后来对事实问题行使审判权的审判者、陪审制度与司法制度的互动关系等,有兴趣的读者可参阅[美]约翰·麦·赞恩:《法律的故事》(第9章)刘昕、胡凝译,江苏人民出版社1998年版,第200页以下;德·拉德布鲁赫:《法学导论》(第7章)米健、朱林译,中国大百科全书出版社1997年版,第100页以下;本杰明·卡普兰:《陪审制度》,载哈罗德·伯曼编:《美国法律讲话》,陈若恒译,三联书店1988年版,第35页以下;林永谋:《德国陪审、参审实行之理念上观察》,台北《法令月刊》1995年第1期,以及其他有关论著。

但由于陪审使非法律职业者的普通公民可以作为审判者而参加司法活动,因而具有人民行使审判权的性质,因此,从这个意义上,也可以说陪审具有司法民主的色彩。但在这个意义上,司法民主已经不再是陪审存在的理由或根据,而只是一种体现民主的功能或手段而已。如果是一种功能,当这种功能有了更为合适的体现者时,陪审存在的理由就很可疑了。

由此可见,在陪审并不是一项司法原则,而只是一种很少采用的方式时,司法民主即使仍然是我国陪审制度的一个理由,那么,也只是一个显得不再那么重要的基础。当然,由于普通公众得以因陪审而参与到审判之中,使陪审具有司法民主的色彩,因此,从手段性的意义上否定其具有司法民主的特性确实过于极端。但即使予以肯定,司法民主充其量只不过是仍然保留着陪审制度的一个原因而已,却并不能成为主要理由。因为司法民主作为一种目的,主要已由其他方式予以实现。而如果是作为一种手段,则只有在显示出其具有独特而不能被替代的价值时,才会有存在的意义。而这种独特的价值,则只有通过陪审所适用的与普通程序并不相同的种种特殊程序才能得到体现。这一点,后文还将予以论述。

至于陪审员的公众代表性对司法民主的意义来说,也是十分有限的。在英美国家,这种代表性因为具有两方面的因素而使之得以体现:一方面,具有陪审员资格的是社会公众中的多数成员;另一方面,当事人双方均可以对陪审员进行挑选,使公众中的代表性得到进一步的体现。^{〔40〕}但在大陆法系,陪审员的公众代表性在这两方面都不明显,因此,在代表性上,其所具有的民主因素,也被大打折扣。从我国陪审员产生的情况来看,实际上更类似于大陆法国家。这一特点,前文已有揭示。

2. 利用公众的智慧

陪审制度的这一条理由,也是实行陪审的国家所一致公认的。例如,对英美国家的陪审团审判来说,陪审员可引入非法律职业技巧。他们可能在某些案件中,对于辩解的真伪较职业法官更为警觉,而他们由于更接近日常生活、更了解普通人的经验,因而能更好地发现事实并适用法律。而大陆法律国家的学者认为,就陪审制使非法律职业者所拥有的民间智慧由陪审员带入审判中而言,英美的陪审团和大陆的陪审制度不相上下。^{〔41〕}

我国学术界也有同样看法,例如,有人认为,“人民陪审员来自人民群众,不仅具有人民群众的思想感情,而且还具有一般审判人员所缺乏的丰富的生产知识和社会经验,具有人熟、地熟、情况熟的便利条件,他们参加审判活动有利于查清案件的真实情况,又能反映群众的思想感情,提出判案的正确意见,使案件得到公平合理的解决”。^{〔42〕}

不过,仔细推敲起来,这个理由也十分牵强。首先,如果陪审员所能带来的民间智慧对客观、公正审判来说是必要的(显然,如果没有这种必要性,陪审制度的这个理由大概就不能成立了),那么,为什么多数案件并不实行陪审呢?因此,这一理由明显与现实情况不符。其次,很难断言现在的职业法官只是一些仅知晓法律的规定,而对生活经验和常识并无所知,或所知有限以至于不能对案件事实和证据作出公正、客观判断的人,而需要以非法律职业之陪审员予以

〔40〕 英美国家对陪审团成员的挑选,一般被称之为无因回避。实际上,我国和大陆法国家有关法律中的回避,仅与其“有因回避”相当,而与“无因回避”毫无共同之处。所谓“无因回避”程序应称之为挑选程序更妥当。因为该程序实际上是由双方当事人通过询问陪审员相关问题,以确定其是否不利于己方面所进行的挑选。这种挑选程序使用的实例及其作用,通过辛普森一案人们可以看得很清楚。

〔41〕 参见前引〔62〕John Langbein文,第177页以下。

〔42〕 中国人民大学《民事诉讼法讲义》编写组:《民事诉讼法讲义》,中国人民大学出版社1981年版,第51页以下。

补充。况且,法律本身即是生活经验的结晶,审判经验往往是生活经验的集中体现,因此,职业法官的生活经验,因具备审判经验而实际上往往比一般人更丰富。最后,也是最重要的是,对法官或审判者来说,要紧的并不是对案件事实及证据中的专门问题具备相应的知识(因为许多专业性知识并不是普通公众所能具备的,也往往不是职业法官所具备的),而是对案件事实和证据的判断应公允。也就是说,由于关于专业技术知识及其争论在法律纠纷中所呈现出的往往并不是其专业性特点,而是专业背后的利益争执,因此,在出现争执时,应对争执双方的观点及论据有公正态度;如果没有争执而只有一方主张,应对其中隐含着的可能存在的不同观点及其论据有一份警惕,而不是轻信。因此,对职业法官客观、公正的审判来说,公正的心态是其基本要素,而不是其不具备的专门知识才是重要条件。

当然,这并不是否认法官所可能缺乏的某些方面的专业知识在审判中是无用的,相反,这种知识对客观、公正的审判往往也是十分重要的。但这种知识的重要性绝不能被夸大,否则的话,最有资格审判涉及专利纠纷案件的,就不应是职业法官,而是有关专利技术的专家了。或者,即使由职业法官审理时,法官对于专家之论也就只能听命而不能也无必要审查判断了。这听起来虽然也有道理,但实际上却难以成立。举一个例子即可说明。不同的专家对专业问题有不同的、甚至相反的看法时,法官应当听谁的?

我们认为,陪审员虽然会将其所具有而职业法官可能缺乏的智慧带入审判中,但却可能并不是现在对陪审制度应予保留的辩护理由。就现实来看,陪审员所能带入审判中而职业法官却有可能欠缺的往往是民众的情绪、感受。这一点,不论是英美还是大陆法系的学界虽均有明察但却不予重视。辛普森案之刑事与民事审判反差明显,即是一个典型案例。我们认为,陪审员所带入审判的民众智慧远不如民间情绪和感受更突出;如果说这种情绪和感受也是一种智慧,那么,不妨称其为另一种智慧。并且,即使职业法官所欠缺的民间智慧确实能因陪审而被带入审判,这种智慧以这种方式进入审判,现时代究竟是陪审的意义所在,还是其缺陷的反映,尚是一个疑问。对此,后文将予讨论。

3. 教育民众

教育民众也普遍被认为是陪审的重要意义,是陪审制度存在的主要根据或理由之一。陪审的这种教育公众意义,在英美的陪审团审判中尤为明显。首先,在陪审团审判时,双方律师竭尽所能,不论是对证据的盘诘,还是对事实的分析以及对法律问题的论辩,都以设法打动和说服陪审团为目标,因此,审判的过程充满着说服和打动的色彩。虽然双方律师面对的只是陪审团,而打动和说服陪审团也往往并不意味着打动和说服了社会公众,但这种活动本身,却是使法庭审判从内容到形式在社会公众面前得到充分的展现。而且,由于陪审团审判已经使法庭审判规则具有相对的复杂性和周密性,司法的各种确保客观和公正的特点,因此而能得以展现,使之教育作用显得很突出。司法的教育功能也因此得以实现。但对于大陆法系来说,由于参加陪审的人数相对较少,且陪审法庭中适用的诉讼规则往往是固定的,与职业法官之审判无明显差别,因此,陪审审判很难说就是对社会公众的一种特殊展现;更重要的是,庭审在大陆法系国家,不论是刑事诉讼还是民事诉讼,不论是作为一个过程还是作为结果,远不如英美国家那样具有戏剧性,因此,庭审过程中所能展现的内容和形式,十分有限,教育民众的作用也因此而十分有限,或者说,这种教育作用,通过职业法官的审判,同样能得到体现。鉴于这种客观情况,陪审所具有的特殊的教育社会公众的作用,即使存在也十分有限。在我国现在的陪审审判中,我们几乎难以区分出其与无陪审员参加的法庭审判在教育作用上的差别,原因就在于此。

当然,笔者并不是要否定陪审所可能具有的教育意义,而只是想说明,陪审对民众所具有的教育意义,不论是民主意识还是法律意识方面的教育意义及其教育作用的大小,是由陪审制度的具体设计以及相关的诉讼制度所决定的,而并不是在司法制度中只要确立了陪审制度就会自然产生的。从这个意义上说,陪审对民众的教育作用,大陆法系的陪审制度,远不如英美法系的陪审制度明显。因此,有人认为,在大陆法国家,试图以陪审来培养和促进公众的民主意识和法律意识,实际结果是失败的。^[43]这种观点,虽然就大陆法国家实行陪审的整个历史而言,似乎过于武断,但就其现实来说,却不无道理。

关于陪审制度存在的理由和根据,以上所述的只是主要并公认的一些内容,此外,还有一些其他理由和根据,但却只是一部分人的观点。例如,有人主张在陪审中贿赂和恫吓陪审员的事不会发生,从而有利于保证审判的公正性;^[44]另有人认为,陪审制有利于实现诉讼效率。^[45]这些观点或者不具说服力,或者显然与现实不符。贿赂和恫吓陪审员的事不会发生,所基于的前提是诉讼中的不间断原则和陪审员随机产生并被隔离的制度,而并不是陪审制度与生俱有的优点。如果缺少这些相应的制度和规定,贿赂和恫吓陪审员,就会与贿赂和恫吓职业法官同样发生。而就诉讼效率而言,不论是英美国家的陪审团审判还是大陆法国家的陪审员参审制,对诉讼来说,不仅并不意味着程序简约,相反,却总是意味着诉讼过程的更加繁琐,诉讼内容的相对增多,对法庭及职业法官工作来说则意味着更多的麻烦。除非对效率的含义重新作界定,否则,与其说实行陪审有利于提高效率,不如说陪审制更不利于实现诉讼的效率原则。因此,有助于提高效率并不是陪审制存在的理由和根据。当然,这并不排除会发生陪审员参与审判而使审判实现客观、公正,因而在这个意义上有助于提高诉讼效率。例如,由于职业法官认识的盲点,而陪审员却具有其所缺乏的智慧,因而通过庭审发现和认识到了案件事实和证据及其意义,使案件审判达到客观和公正。但这种情况不常发生当是不争的事实。与此同时,由于陪审员的偏见,使案件审判的客观、公正受到损害的情况恐怕也是难以避免的。因此,所谓陪审有利于查明和判明事实真相,以有助于提高诉讼效率的情况,不仅实际上鲜见,而且其意义具有相对性,当然难以成为陪审存在的理由。

基于以上所述,似乎很容易得出陪审制度存在的理由和根据几乎不存在的结论,而且,还可以找到其他一些不应实行陪审的理由和根据。然而,笔者认为,这只是问题的一个方面。就问题的另一方面来看,陪审制度在历史上确曾发挥过的积极作用对其现实命运来说,并不是毫无意义的。对此如没有理性的认识,就会过于匆忙地得出并不恰当的结论。为此,我们认为对陪审制度的现实意义予以认真的探讨,将会有助于全面认识陪审制度在现实中存在的根据。

就现实而言,我们可以看到,不论是法院内部还是社会一般公众,对现行司法制度的不满及某种程度上的不信任,是一个不可否认的事实。虽说这种不满的内容,在不同的人看来,并不完全相同。在法院高层领导看来,迫切而主要的问题是增强法院审判工作的公开性和透明度,更充分地体现审判的公正性,并使审判中因少数职业法官腐败或素质不高而产生的问题能

[43] 参见前引 [29] 左为民、周云帆文。

[44] 参见王以真主编:《外国刑事诉讼法学》,北京大学出版社 1989 年版,第 48 页。

[45] 参见前引 [42],第 51 页。

得到遏制及有效纠正；^{〔6〕}而在某些基层法院的职业法官看来，其作为审判者的权威性及诉讼效率是个更为紧迫而现实的问题；^{〔7〕}对诉讼参与人及社会一般公众来说，审判不公，不论是作为过程的透明度及公平性问题还是作为结果的公正问题，即使这只是少数案件审判中发生的，也损害了其对司法及审判者的信任。虽说这些问题的解决所涉及的因素很多，远不是陪审制度就能简单地予以解决，但从陪审制度历史上曾发挥过的作用这个角度，也不难看出其对解决这些问题的价值所在。

就陪审制度的历史来看，它是作为司法专断的对立物而出现的。虽说陪审历史本身就充满着专横，如作为陪审制度之渊源的古希腊雅典的公民审判对苏格拉底的审判以及英国中世纪的一些案例所表明的，陪审团不论最初是作为见证人还是后来作为对事实的裁判者，曾经出现的怯懦与谎言、偏见与专横都是不可否认的事实。^{〔8〕}但同样不可否认的是，由于陪审制将非法律职业者纳入审判程序，使民众得以参与审判，职业法官的审判权之任意性不仅受到制约，而且使审判因此而具有透明度。同样，公众的情绪通过陪审制度，不仅可以因此而得到表现，还可以得到有效的控制。在陪审审判中，由于一系列完善的诉讼规则的要求，公众情绪的无序性特点将会被诉讼规则所制约，以防止其演变为肆意。不仅如此，陪审对于完善司法制度，曾发挥过重要的作用，也是我们应予重视的一个因素。现在众多国家所实行的对司法公正极具重要价值的许多诉讼规则，均与陪审制度密切相关。诸如直接原则、不间断原则、言词原则以及关于证据排除规则等等。因此，陪审制对于自由主义和民主主义精神的阐发，对于民众了解和认识司法精神，树立民众对于司法的信心，对于完善司法制度，曾发挥过重要的作用。

这种作用，在现实中同样有其价值。其理由是。第一，虽然司法民主、公众智慧以及教育民众等已不再是现代陪审制度存在的主要根据，而且，陪审实际上还与诉讼的效率要求存在冲突，然而，陪审制度自身内含的民主因素却是不应否认的；公众的情绪在完善的陪审制度中也可以得到有效控制。因此，陪审制度在当今社会的作用不应被忽视。况且，如果能将完善陪审制度和完善司法制度结合起来，如同历史上陪审制度在这方面曾发挥过的作用那样，陪审制度

〔6〕 例如，最高法院院长肖杨就多次强调这一点。较有代表性的一次是在 1999 年 1 月底的讲话。详见杨永启：《振奋精神共塑司法权威》，《人民法院报》1999 年 1 月 27 日。

〔7〕 某些基层法院的法官对司法中存在的主要问题的见解似乎与其高层领导并不完全相同。例如，1999 年 5 月中旬在京召开的一次司法改革研讨会上，北京市海淀区的一位资深法官认为，司法改革对该法院也是一个紧迫的课题，但原因并不在于司法腐败或司法不公正客观存在，而在于为提高司法效率。或许，司法腐败或司法不公正对该院来说确实并不是个现实问题，毕竟，该院是全国法院的先进。但由此也说明，即使该院不存在司法腐败及司法不公正现象，也并不表明全国的法院同样如此，否则，“先进”的意义也就没有了。

〔8〕 苏格拉底遭审判并被判处死刑，在其弟子色诺芬和柏拉图看来纯是个冤案。我们在柏拉图的《苏格拉底的申辩》和色诺芬的《回忆苏格拉底》两书中，也确实可以看到指控者的无理和无力，苏格拉底答辩之说理透彻和情绪感人以及审判中和之前的诸事实的真相。然而，雅典的公民大会审判却仍判处其死刑，以至于色诺芬感到奇怪：“检察官们究竟用了什么论证说服了雅典人，使他们认为应由城邦判处其死刑”。而任何人竟能在苏格拉底如此有说服力的申辩之后，仍相信苏格拉底犯了所指控之死罪。详见〔古希腊〕色诺芬：《回忆苏格拉底》，吴永泉译，商务印书馆 1984 年版，第 1 页、第 6 页以下。如果说审判苏格拉底是一场“阴谋”的话，那么，陪审团也是这场阴谋的帮凶。因此，尽管事后雅典人因为后悔而将起诉苏格拉底的三个人交付审判，有的被判死刑，有的被判流放，而投票表决处死苏氏的公民审判大会，在黑格尔看来似乎并无罪过，处死苏氏不过是其正常的情绪宣泄，是苏氏与之对抗的一个悲剧性结果，而非简单的“阴谋”。详见黑格尔：《哲学史讲演录》（第二卷），贺麟、王太庆译，商务印书馆 1983 年版，第 89 页以下。而英国历史上第一个陪审团如何因怯懦而撒谎导致误判，则在赞恩的笔下被生动地描述过，陪审团的偏见和专横在 1603 年的罗利一案的审判中，同样也为赞恩所揭露。详见前引〔9〕，约翰·麦·赞恩书，第 216 页以下，第 291 页以下。

对于促进司法制度的完善,实现其特殊的教育民众等功能,也会具有不可忽视的作用。

第二,如果说司法腐败和司法不公正客观存在,而这又对司法权威及其民众信任感造成了损害,那么,陪审制度很可能是治愈的良方之一。司法中的腐败和不公正现象,即使是个别的,其对司法权威及民众信任感的损害也是严重的,甚至会损及正常的司法。这从我国足球甲 A 联赛中出現一场不公正的裁判事件,会使以后其余的即使是公正的裁判行为,也会被许多人误认为是不公正的裁判这一现象中,得到很好的启示。作为增强信任的一种方法,就是使公众能够参与其事。这正是陪审制度在现实中尤具作用的原因。当然,陪审制度要真正发挥这种作用,是以陪审制度的完善为基础的,否则,不仅无助于解决原有的问题,还会增添新的问题。

虽说我国司法制度中的问题与封建社会时期司法专断所造成的危机不可同日而语,而且,解决我国司法制度中存在的问题,也有其他一些途径和方法,如舆论监督和权力机关的监督等,但陪审制度对于促进公众了解司法精神并确立对司法的信任所具有的积极意义,是我们应予以重视的重要价值。况且,诸如舆论监督和权力机关的监督,某种意义上都只是从司法制度之外进行的监督,不仅对其有效性不应估计过高,而且若行使不当,还有可能带来弊病。至于司法制度内部的其他监督和制约措施,如法院内部的监督、错案追究制度、检察院监督等,虽然也有其价值,但由于本身并不是公众直接参与的结果,因此,与陪审制度所能具有的价值并不相同。从这个意义上说,陪审制度对于中国的现实来说,具有不可替代的价值,其对于完善司法制度、解决司法信任问题的意义,应受到足够的重视。陪审制度,不仅在历史上是“益多损少,功大过微”之制度,而且在现实中,实行陪审也并不是“营无益之事,行无用之费”。^[49]重要的是应健全和完善陪审制度,以通过其特有的方式和程序体现其民主精神、教育功能和对完善司法制度的作用。

四、陪审制度的完善

陪审制度在历史曾经发挥过的积极作用与其现实中被消极对待,以至于很少被运用,似乎是一个巨大的反差。然而,这种反差不应被片面地看待。如果陪审制度能够被赋予新的内容,使其作为体现司法民主的一种手段或方法,并具有其他方法不可替代的作用,使其对于完善司法制度具有积极的推动意义,那么,陪审制度在防止司法专断、增强司法民主性色彩等方面的积极意义仍具有现实价值,陪审制度对于提高司法的透明度和公正性、使司法制度在民众之中更具信任感等方面,就可能会有不可忽视的价值。由此,我们有必要认真对待这一制度,思考其完善的可能性及具体方案,使其可能具有的积极意义得以发挥。现在探讨陪审制度的完善问题,当然不仅仅基于我们对陪审制度历史上已经发挥过及现实中可能会有的价值的肯定,更主要的是基于对完善司法制度、增强其公正性、提高司法的权威性的良好愿望。从这个意义上说,学术界基于完善司法制度的热切愿望所开具的良方着实不少,笔者在此所进行的完善陪审制度的探讨,只是其中的一种思考而已。笔者以为,学术界关于陪审制度的思考,既不应只是跟在现实后面,对现实中陪审制度受冷落的状况予以简单的肯定,以至于成为“存在的即合理”的注释者,轻易地否定了陪审制度在现实中可能会产生的积极意义,也应对现实中一些人因对陪审制度所抱有的良好愿望而主张积极全面推行陪审方式,保持清醒的头脑。因此,在具体探

[49] 前引 [69] 林永谋文。

讨陪审制度的完善问题之前,有必要澄清以下两个问题:

第一,探讨应以现实为基础,而不能仅以理想状态的设想为前提。就现实来说,应当认识到陪审制度的实行,对诉讼来说面临着成本问题。这种成本,从经济角度来看,对有些经济发达的地区或许并不是什么大问题,但对另一些贫困地区来说,法院经费十分有限,几乎不可能有支付因陪审而需花费的费用。此其一。其二,如果说经济问题可能只是一个局部问题的话,那么,案件数量极多并呈上升趋势,却是一个全国性的问题。案件数量大及其呈上升趋势,是世界范围内普遍重视适用简易程序的主要原因。而陪审的适用,即使陪审只是“陪衬”,对中国现行诉讼方式来说,肯定不是使诉讼更简易,而是使司法程序更为繁锁,远不如仅仅适用职业法官进行审判方便、快捷。

如果说由于陪审会造成诉讼成本增加,并在以往的一些实践中并未发挥其应有的作用,陪审往往成为“陪衬”,因此就对陪审所可能具有的积极作用予以全盘否定,是一种过于武断的说法,那么,仅仅根据陪审可能会带来的益处而主张现在普遍推行陪审方式,那就不仅是盲目乐观,而且还因与现实状况严重不适应而会碰壁。因此,我们认为,陪审应受重视,固然是由于这种方式对于中国现实来说,可能会具有积极意义,因而宜将其视为解决司法制度中一些问题的一种不应忽视的方法和途径,但重视绝不意味着使其广泛适用,而是在适用时设法使其真正能发挥作用。因此,完善陪审制度,而不是将以往的那种并不完善的陪审方式不经补充修改而普遍适用,才是真正重视陪审制度。

第二,陪审制度面临的问题与相应的社会条件和诉讼制度紧密相关,因此,所谓完善陪审制度,就不是一个孤立的问题,而应将完善陪审制度与相应的社会条件因素和诉讼制度中的相关因素联系起来,作统筹考虑。如果不考虑相应的社会因素,设计再“完善”的陪审制度,其完善性也只能仅仅停留在纸面上,而不可能实现,或者,如果付诸实施,还会带来新的甚至是更严重的问题。例如,陪审员参加陪审是作为一种权利还是义务,在制度设计中是个必须考虑的问题。而这种考虑显然不应脱离中国的实际情况。又如,以往的陪审制度在实行中极端忽视当事人的权利,法院在决定是否采用陪审方式时,当事人的主张是毫无意义的。而如果说陪审负有使司法进一步民主化的使命,司法民主化又意味着对当事人权利的注重,那么,完善陪审制度应当使之更鲜明地体现出司法民主化特点,就有必要使当事人的主张在法院决定是否采用陪审方式进行审判时,有决定性的作用。然而,在完善陪审制度时,也不宜将当事人权利绝对化,使之成为是否采用陪审方式的唯一决定性因素。果若如此,那么,现实中的陪审,将很可能会因数量巨大而难以实现,或者在实行陪审时,因陪审案件数量过多而使陪审表现出另一种“走过场”,徒具陪审之形,而难收陪审实效。因此,在完善陪审制度时,除了需要考虑当事人的权利之外,还应当考虑使陪审案件数量得到有效控制,需要确定一些其他限制条件。

陪审制度的完善,同时还需要与相应的诉讼制度及规则相结合,予以统筹考虑。所谓统筹考虑,并不意味着在完善陪审制度时,只能以现有的诉讼制度和规则为依据,而是意味着陪审制度的完善,不仅关系到该制度本身的相关内容之修改和补充,而且涉及到相应诉讼制度及规则的补充和完善。例如,为了避免使陪审法庭的庭审走过场,使审和判能够得到统一,就有必要重视庭审的重要性,不仅需要补充确立庭审中的言词和直接原则,而且需要进一步明确陪审法庭的职权,使其作出的裁判具有权威性和最终性,即使审判委员会仍能更改其裁判,也应有更多的制度性限制。就此而言,我们认为,只要在不违反法院组织法及各诉讼法律的基本原则的前提下,应在完善陪审制度时,对相应的诉讼规则作补充和修改,使陪审制度的完善与司法

制度的完善两者统一起来。至少,应在陪审案件的审判中,更多地体现普通案件的审判所缺乏,而对审判的客观、公正和公开具有重要作用的那些规定。否则,实行陪审即使会有意义,其意义也将会大打折扣。唯有如此,陪审制度的完善才可能成为司法制度完善的一个组成部分。如果说司法制度的完善是一个过程的话,陪审制度的完善因此可能成为其具有试验及示范效应的一部分。

明确了以上两点,我们对于完善陪审制度的目标及其可行性的叙述,就会有一个较为坚实的基础。笔者认为,完善陪审制度,其宗旨当然并不在于陪审制度自身,使这一现实中已遭冷落的制度成为司法制度中的热点,而在于通过对陪审制度的完善,使其切实地发挥作用,并使这种作用的发挥,有助于加速司法民主化进程、提高审判的透明度和公开性、增强民众对司法的信任感,以最终有利于司法制度的完善。要使这一目标能够实现,陪审制度在我国历史上的经验应受到足够的重视,国外的相关经验教训也应借鉴;同时,还应充分估计到完善陪审制度是一项系统工程,应在周密的调查研究基础上,使完善方案具有系统性和现实可行性,不至于成为一个很容易被忽视的制度。⁶⁰⁾ 系统研究陪审制度的完善方案,本文的容量难担此重任,因此,笔者只能就其中的某些问题提供简单的思路,笔者认为,在设定陪审制度的完善方案时,应着重研究解决以下几个问题:

1. 陪审员选任的民主性

如果说陪审制度的完善对司法民主化进程有积极意义是其宗旨之一的話,那么,陪审制度本身的民主化问题,就是一个必须重视的问题。而在这方面,陪审员的选任首先应具有民主的特性。

由于庭审是一项组织严谨、程序紧凑的活动,因此,庭审陪审员的确定,肯定只能是几个公民,而不可能是众多公民。然而,具有陪审资格的人却可以相对多一些。如同美国那样,选民一般均具有陪审资格在中国有无必要是个疑问。因为中国既非陪审团审判,在法庭中参审的陪审员很少,也无挑选陪审员的程序,因此,实际需要的陪审员并不很多。然而,有陪审资格的人相对多一些,使其具有的代表性更为广泛,却是陪审员选任民主化的应有之义。笔者认为,在确定陪审资格人选时,从数量上,应注意以下两个因素,即司法管辖区内需要陪审的案件数量,每个陪审员在其任期及每一年参与审判的次数。另外,陪审员应具备的地域、职业或行业、年龄、性别等代表性,也是一个必须考虑的因素。

就需要陪审的案件数量及每个陪审员参审次数对确定陪审资格的人数的影响而言,我们认为这两个因素中,每个陪审员参与审判的次数是个更为重要的考虑因素。如果每个陪审员参与审判的次数没有确定性,那么,需要陪审的案件数量对确定陪审资格的人数的影响就几乎没有什么意义。就陪审员每年参与审判的案件数量来说,应当杜绝现在个别地方的法院只是由少数几个陪审员每年参审数个或十几个甚至数十个案件审判的现象。这种现象的存在,即使有陪审员资格的人具有广泛代表性,由于实际参审的只是其中的极少数,也会使代表性变得毫无意义,陪审所具有的民主精神,也会因此而使受到严重损害。不仅如此,这种做法,一方面因为有使个别陪审员之陪审工作有“职业化”的趋势,而有悖于陪审之非职业化的本质特点,另一方面,则易于使个别陪审员因为参审的频繁而对陪审工作不够尽心。鉴于此,我们认为,每

60) 陪审制度在我国从恢复到淡化所经历的时间之短,应能使我们清醒地认识到陪审制度在我国并不具有深厚的根基,很容易因其存在的问题而被否定。因此,建构完善的陪审制度,以使其发挥应有的作用,其意义尤显重要。

个具有陪审资格的人一年最多参审一次。这样,既有利于使更多的陪审员能实际参审,使陪审的非职业化及广泛的代表性得到实现,也有利于使参审的陪审员在参审时均能尽心尽职,避免因参审过多而产生懈怠心理,减少陪而不审现象的发生。此外,陪审员如果在一段时间内过多参予庭审,易于与职业法官的关系过于密切,对于公正审判可能也无益处。

就陪审员资格条件来说,我们认为这种条件不宜过高,只要具备辨别、理解和判断事物的一般水平的人,都应有资格担任陪审员。对陪审员资格的条件如果限制过多,势必影响陪审员的广泛代表性。因此,只应排除极少数人具有陪审员的资格。如有犯罪记录等情况,可以作为排除陪审资格的情况。多数成年人均应具有陪审资格的条件。

就陪审员资格的确定来说,陪审员既可以是经选举产生,也可以由有关机关选定。但我们认为,这两种方法均有其弊。就选举来说,主要的问题是成本过大。除非是与人民代表的选举同时进行,成本或许不至于成为问题,否则,增加这一成本是否可行是个疑问。而如果由有关机关选定,又易于使陪审员的代表性受到损害。因此,在目前并非人大代表选举期间,较合理的方式是由司法管辖区内各有关单位或地方推荐,由法院选定。这样,既可以有利于陪审员的广泛代表性,又能避免增加成本的问题。以后,则应过渡为采用与人大代表选举同时进行的陪审员选举产生的方法。

在确定陪审员资格的问题上,现行做法中的两个现象应引起注意,一个现象是法院聘请人民代表大会的代表作为陪审员,另一个则是有关专家被聘为陪审员的现象。这两个现象一般均被各地法院作为陪审员选任的经验,^[61]实际上这其中却存在着一些与陪审制度的宗旨并不完全相符的隐患,因此,有必要对此予以分析。

法院聘请专家作为陪审员,这在以前就被认为是一种成功的样式。如果说现在有所变化的话,可能主要是以前的聘请临时性居多,而现在则变成固定的。有关专家作为陪审员参加庭审,在一些具有相当专业性特点的案件中,对于查明、认识和判断案件有关事实和公正处理来说(例如,青少年犯罪案件的审判中,由教育专家等作为陪审员等),确有其积极意义。因为这些专家具有职业法官往往并不具备的专业、技术知识,而这些知识又往往是认识和查明有关事实和公正审判案件所必须的。然而,我们在看到这种益处的同时,还应当对其可能会产生的弊害有清醒的认识。就专家作为陪审员参加那些专业特点较强案件的审判来说,其可能带来的隐患主要有两点,一是专业技术知识的片面性;另一点是专家对所处行业的保护性。

专业知识的片面性是指,在某一专业技术领域中,不论是在知识层面上,还是在对涉及专业知识的事实认识层面上,不同的专家往往存在着意见分歧。以为专家们在专业知识上均持相同的观点,显然是一种错觉;而肯定专家们对同一事实的认识总是一致的,更与现实不符。^[62]在专家作为陪审员参加庭审这种情况下,由于每一个专家作为个人,总会对其专业知识中的分歧有其独特的见解,因此,该见解实际上就会对陪审法庭的意见产生决定性的影响,而

[61] 从一些新闻报道中,我们可以看到这两种现象均被作为经验予以宣传。例如,《人民法院报》1999年4月21日的一篇题为《沈阳法院深化审判方式改革纪事》新闻中,就报道了沈阳市沈河区法院聘请38名人大代表、30名政协委员和17名专业技术人员做特邀陪审员的情况。撰写该文的记者王贵廷当然是将此事作为正面情况予以报道的。

[62] 专业知识上实际存在着的分歧,可能比我们这些站在科学门槛之外的人所能想象的要严重。这方面的例子不胜枚举。不用说在经验科学领域的例子,即使在数学领域,拉卡托斯就说:“每个人都以羡慕的眼光注视着全体数学家的所谓一致意见。但事实上,在数学中存在着大量的争论”。(匈)拉卡托斯:《数学、科学和认识论》,林夏水等译,商务印书馆1993年版,第61页。

使与之相反的见解被排斥。在这种情况下,专家作为陪审员,虽然可以弥补职业法官在专业知识方面的无知,但却同样可能会带来专业知识方面的偏见。可能存在的偏见,当然与无知一样,同样会不利于查明和认识案件事实,有时甚至比无知对正确认识和判断案件事实更为有害。

当然,这种隐患并不是个无法应对的问题。如果在专业知识有分歧时,法庭组成人员中的不同专家陪审员若代表了不同观点,则会有助于避免偏见所可能带来的危害。但如果是这样,专家的意见分歧将不是显现于法庭调查时,而是深藏于评议室之中,究竟是利还是弊,确应引起反思。或者,如果专家的意见和理由充分表现在判决中,使其意见和理由究竟是否为偏见,因判决的公开使之置于普遍的监督之下,也有助于消除可能有的偏见所带来的损害。然而,既然所谓的“偏见”是关于专业知识领域中的一种观点,而这种观点已经对审判造成了实质性影响,也就意味着其他观点已遭到排斥,那么,关于同一专业知识中的另一种观点,又能如何发挥其作用呢?因此,排除偏见,达到对案件的正确认识,最重要的实际仍是职业法官的判断。职业法官对任何具专业性的案件均能审判,其原因并不在于其对案件中的专业知识的掌握,而在于其有能力并应当对涉及专业知识的案件事实的争议有正确的判断。如果认为具备专业知识是陪审员审理某些案件的原因,实际上会导致怀疑或否定职业法官对这种案件审判的能力。如果对职业法官审判这类案件的能力应予肯定的话,那么,专家们的分歧出现在法庭上,即作为专家证人出庭,不是比专家陪审员参审,更能体现审判的公正性和公开性吗?从这个意义上说,陪审员具备相应的专业知识,应当是个并不值得提倡的标准,相反,在专家作为陪审员时,这倒是应当予以特别关注的影响审判客观性和公正性的因素。^[63]

专家对所居行业的保护性,之所以也可能是专家陪审的一种隐患,是由其实质和形式的双重因素决定的。就实质因素来说,专家陪审虽然可能因其具备的专业知识而有助于对案件事实的认识能够客观、真实,但当案件当事人涉及其同行时,由于对同行业人员的保护,在表示其判决意见时,未必会客观、公正。就形式因素来说,即使专家陪审员能够客观、公正地表达其意见,但由于其与案件所涉人员系同行,难免会使人产生同行间是否有保护的嫌疑。例如,在处理医疗责任事故案件时,由医生作陪审员,就有可能发生如上所述的问题。

上述情况表明,专家陪审并不是完善陪审制度时应大力提倡的措施。由于案件专业性的特点而特别聘请专家作陪审员,对陪审所要达到的客观性、公正性和公开性的要求来说,往往会有南辕北辙的嫌疑。不仅如此,在有的案件中,如果确由专家陪审,则还应设置相应制度,以防止或避免发生实质意义上或形式意义上的审判不公正。

人民代表大会的代表作为陪审员,是现在才开始流行的一种做法。据说,这种做法有利于人大对司法的监督。^[64]然而,笔者认为,这种做法的上述依据并不能成立。

首先,人大作为权力机关,负有对行政和司法的监督权是应予肯定的,而且,现行监督机制是否完善也确实是个需要进一步探讨的问题。然而,监督和代行职权必竟是两回事,两者的混

[63] 当然,专业知识也不可能均是处于分歧中的知识,专家们的一致意见也并非罕见之现象。笔者并不是要否定这一客观事实。另外,专家在有些案件中的作用也应受到重视。如教育专家在青少年犯罪案件中的作用等。在此所要强调的只是对专家作为陪审员不应过于迷信,而且,客观公正的审判,决定性因素是客观公正的认识和判断的能力,主要并不是裁判者对案件中专门问题的专业知识。

[64] 上面那些关于聘请人大代表作陪审员的报道,一般都将这种做法与司法接受人大监督相联系。除了前面的注释中所提到的一些报道外,还有尹萍:《精简内设机构,完善监督机制》,《人民法院报》1999年4月8日。

淆,势必使人大作为权力机关的性质发生变化。在这个意义上,笔者同样也不赞成现在有些地方人大所搞的个案监督,这种监督往往变成了对法院如何判决发布指示,法院必须执行。这样的个案监督,表面上,似乎扩大了人大的职权,充实了其权力内容,实际上,却使人大变成了讨论具体案件的场所,改变了人大作为权力机关的性质。虽说人大代表作为陪审员参加庭审,与一些地方流行的人大的个案监督方式有区别,但却并无质的不同,即都是由人大的人员参与案件的具体审判工作。如果人大代表不是以代表身份作为陪审员,倒是可以避免这种情况的发生。但果若如此,人大代表兼任陪审员的必要性也就不存在了;而且,不论人大代表自己还是职业法官,都会认识到这种身份的客观存在,并会因此使审判受到相应的影响。而监督者和审判者身份的同一,实际结果是取消了监督,而不是加强了监督。

其次,人民代表大会虽然是权力机关,但就其日常工作来说,是由其常委会负责进行的,因此,所谓对司法机关的监督,就日常工作的一部分而言,实际由其常委会负责。这种监督应是一种组织行为,而不是个人行为。即使人大的监督要以参与审判的方式进行,也应是由人大派人(或代表或常委委员等)参加庭审。况且,常委会在其监督司法的工作中,主要不应依靠代表们作为审判人员参加审判进行(因为陪审案件只可能是案件总量中的少数),而是应对司法的整体情况进行监督。因此,由代表作为陪审员,实际上也难以实现人大对司法的监督职责。

最后,陪审制度的设立,如果说具有一种民众对司法的监督功能的话,那也是一种完全不同于权力机关对司法的监督。如果由人大代表行使这种监督职权,实际上就失去了陪审这种社会公众监督的特殊性。而这种特殊性本应由民众参予司法,从司法内部予以监督才能有效实现。

鉴于以上所述,那种由人大代表兼任陪审员有利于人大对司法的监督的做法,实际上不利于人大正常行使其各项职权,而就实现人大对司法的监督来说,也并无多少助益;并且,不仅会产生人大的监督因此而变为代行司法权之嫌,且无助于实现陪审制度所具有的民众参予性。

2. 陪审案件的有限性

陪审方式使案件诉讼成本增加,是一不争的事实,鉴于此,陪审案件的范围应严格控制,这在强调效率的现代社会,尤具重要性。完善陪审制度,关键并不在于使大量的一审案件普遍实行陪审,而是使陪审方式在实际采用时能真正发挥其作用。因此,在一定程序上保留法院对陪审方式的灵活决定权,仍是必要的。但需要对这种“灵活性”予以适当控制,并有一些规则作为控制的依据。

为严格控制陪审案件的数量,笔者认为,首先应在可以实行陪审的案件种类上作相应的规定,实行陪审应主要限于刑事案件,而对民事诉讼案件较少实行陪审。笔者提出这一设想,原因当然并不在于世界各保留陪审制度的国家一般均只在刑事案件中实行陪审,而是由于民事诉讼案件的庭审较之刑事诉讼,一般更不适宜采用陪审。将陪审案件主要限于刑事诉讼案件的理由主要有三点:

第一,刑事案件,尤其是重罪案件,关涉到人的生命、自由及重要经济权益,从重要性来说,刑事案件一般均比民事案件更突出。如果陪审案件应是有限的话,那么,对民事案件予以更多的限制是合理的。另外,从影响力来说,与普通民事案件相比,刑事案件更易受社会关注,实行陪审,更有利于实现陪审制度的诸如教育民众和司法示范作用等各项功能。

第二,与实行当事人主义的民事诉讼不同,刑事审判的进程主要不是由当事人所决定,而且庭审的主要事实和证据,也已经过了侦查和审查起诉两道关口,庭审时易于使问题更为集

中。因此,刑事案件的庭审,对于并非职业法官的陪审员来说,相对于民事审判,更易于使其通过庭审了解和判断案件事实。另外,民事程序较之刑事程序,更少一些强制性。在审判过程中,双方因和解而终止诉讼并非罕见,也是使这种案件与陪审不相符合的重要因素。

第三,民事案件的纠纷所涉事实、证据及相关法律规定,往往较之刑事案件更复杂,利益权衡更需要职业法官的高素质,对其客观公正的审判,更多的不是依据“民间智慧”,而是职业法官的知识和经验。这大概也是大多数国家取消民事案件陪审的原因。即使保留民事案件陪审的国家如美国,多数案件的双方当事人也选择职业法官审判而不是陪审团审判,原因可能也在于此。^[65]

陪审主要应限于刑事案件,只是限制陪审案件范围的一个方面,更进一步分析,刑事案件中的多数,也应排除出陪审的范围。为有效控制陪审案件的范围,应使陪审的案件仅限于重罪案件,例如,可能判处10年以上有期徒刑的重罪案件就是一个比较合适的界限。这当然并不是说其他刑事案件不重要。从某种意义上讲,有的人即使被判处的只是轻刑,对其个人生活的影响,也可能会较另一被判重刑之人更大。作这种限制,只是使法院必须采用陪审的案件有更严格的限制。就法院选择可以采用陪审的案件范围来说,条件当然可以有所不同。不仅如此,必须采用陪审的案件范围还应与案件当事人的权利密切相关,因此,如果当事人要求实行陪审,那么,这些重罪案件的审判就应当实行陪审,如果当事人放弃,则仍可由法院决定。

至于民事案件,可保留现有的方式,即法院决定是否采用陪审应有灵活性。当然,也可以作出一些规定,使法院在决定是否采用陪审时有所依据。具体规定的条件既可以是由民事争议标的金额所决定,也可以由案件的社会影响所决定,还可以在这些条件之外再附加当事人申请之类的条件。

由此,对陪审案件可以作两个层次上的限定。一方面,对重罪案件或社会影响较大的案件及少数民事案件,法院可以决定陪审;另一方面,这些刑事案件如果被告人或当事人要求实行陪审,则应当采用陪审,法院对此不应有不采用陪审的决定权。这样,既能避免陪审案件过多,以至于影响陪审的实效,也能有效防止由法院任意决定是否采用陪审,使陪审制度之实行完全由审判者的主观任意性所决定。当然,要真正使陪审制度不至于成为虚设,能够发挥其各项功能,尚有待于陪审制度本身其他各项内容的完善。

3. 陪审制度完善的协调性

陪审制度的完善,并不仅仅涉及陪审员选任及陪审案件范围的确定问题。如果说陪审制度的完善目的在于使陪审真正能发挥其作用,以实现有效保障和促进司法的公正性等目标,那么,陪审制度的完善所涉及的内容就相当多,诸如陪审的具体规则等原本缺少的内容,需要予以详细规定。不仅如此,陪审制度的完善问题,还需要与诉讼制度的完善协调起来,只有这样,陪审制度的完善才有可能实现;才能通过完善陪审制度,促进司法的公正性。这方面的内容较多,在此只能作点到为止的列举和以例说明。

就陪审制度的完善来说,笔者认为,应与我国庭审方式的完善协调起来。庭审方式完善的

[65] 民事诉讼案件取消陪审,如英国和法国,而未取消陪审的国家如美国实际上也很少采用陪审,对这种现象值得进一步考察和研究。有关论述,可参考[美]杰弗里·C·哈译德、迈克尔·塔鲁伊:《美国民事诉讼法导论》,张茂译,中国政法大学出版社,1999年版,第7章等有关内容。Alan B·Morrison:《美国的民事诉讼》,吴昭译,载前引[62],宋冰编书,第281页以下。笔者认为,汉密尔顿关于民事诉讼并不一定以陪审方式予以审理的论述,其中许多理由现在仍未过时。参见汉密尔顿等:《联邦党人文集》,程逢如等译,商务印书馆1980年版,第415页以下。

主要内容是使庭审具有客观性、公正性和权威性,而这一切无不与一系列庭审规则相关联,诸如言词原则、直接原则、不间断原则及事实和证据当庭确认原则等。如果说在所有案件中均实行这些原则目前尚有困难的话,至少应考虑在陪审案件中先实行这些原则。其原因不仅在于陪审案件比较少,经过充分的准备应能使这些原则的实行具有可行性,也不仅在于可以通过陪审这种社会较为关注的审判方式,使完善的庭审方式在此得到示范效应,更重要的是,这是由陪审这种方式的特殊性质所决定的。陪审切实有效,避免陪而不审或只是陪衬,就需要使陪审法庭的审理与判决的权力得到有机的统一。陪审员既非日常在法院工作的法官,对其来说,实行不间断原则意义十分重要是显而易见的;至于言词原则和直接原则,对那些并非以法律为职业的陪审员来说,是了解和认识案件事实的最好方式。当庭确认原则,则有助于陪审员在评议案件时可以依据庭审所查明之事实和证据,不至于在评议时因对庭审所查明的究竟有哪些事实和证据因记忆不清而不能发表评议意见,或只能在错误记忆的基础上发表评议意见。

当然,需要完善的不止以上所述内容,甚至不止庭审中的规则问题,在庭审之前和之后,司法制度中也有其他许多需要完善的内容,而这些内容与陪审制度的完善有着密切的关系。

就庭前情况来看,陪审员是否应当对案件材料在庭前有所了解,就是一个不容回避的问题。陪审员开庭前了解案件情况,虽然有助于其理解和认识庭审中关于事实和法律的争议,但也易于使其形成预断。尤其是在刑事诉讼的现行庭前审查模式下,这种预断很可能会是一种偏见。因为法院庭前审查的只是检察院单方面所提交的起诉书和主要证据目录,陪审员在庭前所能了解和掌握的只是单方面的材料。对于那些并无审判经验的陪审员来说,如果只有这种单方面的材料,形成的可能不仅仅是预断,而且往往可能是偏见。为此,就需要权衡究竟是应有利于陪审员在庭审中更易于把握和认识双方的争议,而让陪审员在庭前了解案情,还是应防止他在开庭前即形成预断,两者之间何为重?如果说前者为重,那么,基于片面材料所形成的预断需要尽量避免应是毫无异议的。但要防止这种情况发生,即规定陪审员庭前可以了解案情,就有必要规定他应同时可以看到辩护一方的辩护要点或提纲。但辩护方的意见和材料要有针对性,就必须使之具有先悉权。先悉权这项权利因刑法修改后改变了法院审查起诉方式而被悄悄取消了,为了完善陪审制度,就有必要予以补充规定。

就庭后的情况来看,问题可能更复杂。例如,审判委员会的作用在陪审案件中如何发挥就需要慎重考虑。如果审判委员会可以否定陪审庭的评议,而审判委员会的讨论又不让陪审员参加,那么,陪审员即使参加了审判,审判对他来说可能仍是一个“谜”,所谓与职业法官在审判中行使“相同权力”也会因此而形同虚设。因此,审判委员会对陪审庭审判的案件进行讨论,其方式方法就需要有相应的改变。

综上所述,陪审制度的完善,绝不是个孤立的问题,而是一个与相应的社会环境条件及诉讼制度、原则密切相关的问题。笔者在这篇文章中所论述的,不仅在许多方面是不充分的,而且也并非包括了完善陪审制度所需要考虑的所有问题,有些重要问题,甚至都未涉及。诸如行政诉讼案件是否需要实行陪审以及如果适用陪审的话其利与弊及程序上的特殊性等相关问题。笔者并不指望在一篇文章中对所有与陪审制度完善相关的问题均予关注,但希望以上论述,能有助于陪审制度的完善,并促使学术界和实务界对陪审制度的完善不仅应有热情,同时还能有一份冷静,予以周密的思考,或者至少,能够通过对完善陪审制度的探讨,有助于我们对完善司法制度的进一步思考。