

# 中国司法改革的宏观思考

顾培东<sup>x</sup>

---

内容提要: 中国司法改革的主导任务是通过制度创新, 提高司法机构/ 公共产品0的产出能力和效益, 更有效、更充分、更完善地保护社会主体的正当权利, 创造、完善并维护适应新的历史条件的政治、经济以及社会生活诸方面的法律秩序。与此相适应, 中国司法改革的基本内容在于重新配置并合理界定各种权力关系。由于中国司法改革受诸种条件约束, 因而改革具有复杂性, 必须进行整体设计、/ 由上而下0全面推行。

关键词: 司法改革 改革的约束性条件 改革的策略

---

20 世纪末, 司法改革作为一项政治决策在中国共产党文献中正式提出。<sup>1 12</sup> 由此, 司法改革成为中国社会制度变迁的又一个热点。笔者依据近 10 余年来对中国司法实践的感悟和体认, 并借鉴经济体制改革的一些经验, 从宏观上对中国司法改革提出一些思考意见。

## 一、中国司法面临的现实矛盾与司法改革的主导任务

中国司法改革是顺应进入 20 世纪 90 年代后中国社会结构和社会运行方式的变化, 回应新的社会要求而提出的。更具体地说, 中国司法改革是为着解决中国司法所面临的深层的现实矛盾而启动的。因此, 认识司法改革的主导任务, 逻辑上必须以分析这些矛盾作为始点。

11 传统的社会治理方式和社会治理结构发生了重要变化, 社会治理过程对司法的仰赖空前加重, 而司法难以承载这样的社会使命。

特定社会中社会治理方式和社会治理结构的变化可以通过对社会制度的一些基本要素的分析加以说明。美国政治学家查尔斯·林德布洛姆把交换( 市场)、权威( 政府及法律、军队等)、说服( 意识形态) 作为社会制度的基本要素, 并藉此分析各种不同的社会统治类型。<sup>1 22</sup> 与此相近, 美国著名经济学家道格拉斯·C·诺思把国家( 对应/ 权威0)、产权( 对应/ 交换0)、意识形态

---

<sup>x</sup> 四川中维律师事务所主任、研究员。

<sup>1 12</sup> 见诸于中共/ 十五大0报告。

<sup>1 22</sup> 参见林德布洛姆:《政治与市场》、《世界政治》、《经济制度》, 王逸舟译, 上海人民出版社 1997 年版, 第 19 页以下。

(对应/说服)作为社会制度结构的基本要素,以此作为考察社会变迁的依据。<sup>132</sup> 假定这种分析框架具有一定的普适性,那么,从中国社会中这些要素的现实状态不难看出20世纪90年代以来中国社会治理方式和治理结构的重大变化。

首先,进入20世纪90年代后,中国社会的所有制结构出现了较大的调整。这一调整的基本趋势和走向是非公有经济在全社会所有制结构中的比重逐步增加,而国有或公有经济的比重相对降低。这种变化在经济学上的意义无疑是积极的,但由此所带来的另一方面结果是:国家用于社会控制的经济资源大大减少;国家与社会成员进行交换并促使其服从国家意志的经济条件有所减弱。其次,由于文化多元化趋势的形成,90年代以后,主流意识形态对社会生活过程的影响也明显弱化,主流意识形态无论在覆盖社会生活的范围上,抑或在对社会成员制约程度上都远异于先前。在此情况下,社会治理和社会控制的重心更主要转移到国家或权威的力量之上。

更进一步看,在国家或权威这一要素中,近20年来,特别是20世纪90年代后,政党及政府治理社会的方式及力度也有了较大变化。这不仅是因为在市场经济体制下,诸多经济过程已脱离了政党及政府的直接控制,更主要是直接承载政党及政府指令、体现其权威的最基本单元)))单位的功能发生了重大改变。单位作为一种经济组织的特性更为突出,而接受政党或政府指令实施社会(对单位成员)控制的动机及能力都有很大减弱。这也表明,在国家或权威这一要素中,司法的作用愈显突出,社会治理过程对司法的仰赖空前加重。

社会治理过程对司法的倚重,这本来是法治社会的应然现象,但问题在于,中国司法的现实条件尚不足以保证司法承载这样的社会使命。这一方面在于中国司法机构自身尚不具备解决各种社会矛盾和社会冲突的实力(直观上表现为需要处理的各种类型的案件超出了司法机构的负荷);另一方面更在于,司法在国家制度结构中(特别是在制度实践中)以及在全社会的权威体系中并不具备法治社会所具有的、与实施社会治理的实际要求相吻合的地位。换句话说,社会治理过程对司法的实际需求并未转化为制度上以及实践中对司法的必要尊重和推崇。这是司法所面临的首要矛盾。

21 中国社会资源配置及经济运行方式已发生重要变化,市场经济的快速形成与发展要求司法创立并维护与之相应的经济秩序,而司法在这方面则显示出一定的滞后性。

20世纪90年代后,中国经济体制改革由市场取向转入全面建立市场经济体制。迄至90年代末,市场已成为资源配置的基本手段,经济运行中市场的主导地位也已大体形成。作为普遍性的实践与经验,市场经济必须在确定的制度框架中存在和发展;特定的制度是市场主体理性预期的重要依据。马克思#韦伯曾揭示过国家/正式制度0,即法律制度对于现代经济的必要性:/国家对经济来说,在纯粹概念上都是必要的。但是,尤其对一种现代形式的经济制度来说,没有具有特别特征的法的制度,自然无疑是行不通的。<sup>142</sup>

面对中国市场经济的快速形成与发展,司法机构虽然在姿态上的回应是积极的,但从总体上看,司法实践依然显示出一定的滞后性。这是因为:第一,相对经济现象而言,司法是次生的,居于第二位的。经济现象所产生的要求具体体现为法律制度乃至司法实践必然具有一定的时滞过程。同时,与经济过程相比,司法的变化也是缓慢的。第二,司法内在封闭性、保守性

132 参见诺思:《经济史上的结构和变革》,厉以平译,商务印书馆1992年版,第18页以下。

142 马克思#韦伯:《经济与社会》,商务印书馆1997年版,第374页。

是司法的一般性特征。对法律规范的尊崇,对法律技术的自重通常成为司法机构及其成员的基本价值取向。司法机构及其成员习惯于从自身墨守的规范价值中寻求自我激赏,而外部的社会变化,尤其是经济现象的变化较难引致司法的共鸣。第三,对于中国司法来说,市场经济是陌生的环境、陌生的对象。如果说经济领域中对如何建立市场经济体制尚需作较长时间的探索与尝试的话,<sup>152</sup>那么,在司法领域如何创立与市场经济相适应的法律秩序则是更为复杂的主题。一方面,即便立法工作以超常的速度进行,司法所能够得到的规范资源仍不足以应对激剧变化的经济现实,而在社会层面看来,立法的任何缺陷或不足都是由司法直接加以承受的。<sup>162</sup>另一方面,在司法实践中,更具体地说,在司法自由斟酌的空间和范围内,司法机构成员受知识和经验的局限,亦难以恰当地把握哪种司法行为对建立市场经济秩序是必要或有利的,从而难以恰当地把握处理实际问题的基点。第四,与前述相联系,在体制转换时期,司法需要在新旧体制的不同要求中作出权衡。在许多情况下,司法既要以宽容的态度对待旧体制所形成的现实,又要以超前的视野倡导和维护新体制所应有的规则。从理论上表述司法机构在此境况下的应有立场或许较为容易,但在实践中具体处置这种关系则极为困难。

31 在社会变革过程中,社会各阶层以及各个不同的社会主体之间的利益矛盾和冲突错综复杂,而这些矛盾和冲突直接或间接提交给司法机构,司法机构对矛盾诸方面的顾及使其在处理这些矛盾和冲突过程中常常处于尴尬地位。

社会变革在本质上是各阶层、各主体利益结构的调整,在这种调整中,不可能都获得/帕累托最优0或/帕累托次优0效应;<sup>172</sup>即便在获得这种效应的情况下,仍然存在着不同阶层、不同主体比较利益的优劣与多寡问题。这就决定了由社会变革所引起的各阶层、各主体之间的利益矛盾和冲突的不可避免。在法律覆盖社会生活主要过程的情况下,这些利益矛盾和冲突都直接或间接地表现为应受或可受法律评价的法律事实。不仅如此,当这种矛盾和冲突发展到难以调和的境地时,矛盾或冲突主体也倾向于寻求司法解决。由此所形成的局面是:中国社会所长期累积或由社会变革所引发的各种矛盾和冲突都直接或间接地交给了司法;司法直面着由社会变革所引起的各种矛盾和冲突。

与之不相适应的是,在中国特定社会条件下,司法在处理社会变革中的矛盾和冲突时受制并顾及于多方面的压力,从而难以坚守自己应有的法律立场。首先,社会各阶层、各个不同社会主体在社会变革中所反映出的利益要求都具有一定的合理性;在这些利益要求的相互冲突中,各主体都能够从中国社会的政治原则和经济规则中不同程度地找到支撑自己利益主张的依据。特别是不同社会阶层和不同主体都有条件以其在意识形态上的某种优势,<sup>182</sup>借助于大众传媒的渲染,对司法机构形成一定的压力,藉此谋求司法对其利益的特别保护。在此情况下,司法所面临的任务与其说是法律规则的适用,毋宁是在不同利益之间寻求平衡。在一些波及面较广、影响较大的群体性冲突的案件处理中,这种状况尤为突出。其次,在处理社会变革

152 经济学家茅于軾坦陈:/迄今为止,我们对于市场制度如何建立的知识还是非常有限。0见5新制度经济学名著译丛6序言,经济科学出版社1999年版,第4页。

162 社会层面所注重的往往不是立法的具体内容,而是由司法实践所体现出的对个案的评价和处置结果。

172 在某项调整中,所有的主体都能获益,则为/帕累托最优0;而在某项调整中,部分主体获益且其他主体的利益不受影响,则为/帕累托次优0。

182 例如:国有资产的代表者张扬国有资产的神圣地位,以/国家资产不可流失0为由,强调司法对国有资产的特别保护;民营业主则张扬国家发展非公经济的方针,主张司法应对民营经济予以特殊保护。此外,下岗工人、农民、科技人员、妇女、儿童等都有应对给予其特殊保护的政治理由。

中的矛盾和冲突时,司法机构必须遵守的最主要的原则或刻意追求的最基本目标是维护社会的稳定与安定。在多数场合下,个案处理的法律后果与稳定、安定的原则或目标是一致的,但在另一些情况下,两者并不重合与一致。更具体地说,追求和维护稳定与安定的目标在某些个案中不可避免地会损伤公平或公正的法律原则。于此境况中,司法机构只能从/维护大局0、/特事特办0这样一些理念中为自己的行为找到宽慰的基点。应该说,中国司法所面临的这种矛盾在任何社会条件下都会不同程度地存在。这种矛盾实际上是政治与法治之间内在矛盾的具体展示。所不同的是,在中国特殊的社会背景下,司法更偏重于对政治要求的遵从。再次,社会变革中的利益矛盾和冲突,部分产生于地方政府与其他社会主体之间。在某些矛盾和冲突中,依照法律原则,政府应支付一定的成本。但基于地方政府财政普遍拮据的现实以及政府与司法之间的特殊关系,司法也不得不避开法律原则,或者牺牲相对主体的利益,或者将支付义务转嫁于具有实际承受能力的其他主体(如盈亏归属于中央财政的银行),以此谋求矛盾和冲突的解决,同时也避免地方政府对义务的承担。

41 中国司法的内生资源严重不足,同时又缺少足够而稳定的外部资源供给保障,司法机构自治机制不能形成,由此不可避免地导致司法行为的偏差。

中国现行司法体制下司法机构运作的全部资源,即人、财、物,基本来自于司法体制以外。司法自身创造的唯一资源)))诉讼费收入在制度上也不能(或不应)由司法机构自由支配。更主要的问题是,外部资源的供给,既不充分,也不稳定。包括司法职位任免在内的外部资源供给的实际状态,相当程度上取决于同级其他权力机构所能够提供的实际条件以及司法机构与同级其他权力机构之间的相互磋商。司法机构过度依赖外部资源供给,自治机制不能形成,这是当前司法机构抱怨最多的现实。

司法机构资源供给的这种状态,所引发的负面效应主要体现在两个问题上:其一,司法地方化的色彩越来越浓。一方面,司法在个案处置中以其对地方利益的特殊保护而取悦于地方权力机构,从而谋求地方权力机构在司法机构资源供给上给予更大的宽容;另一方面,司法与地方权力机构之间长期的、过度的/亲和0也会使/为官一任、造福一方(仅仅是一方)0的传统政治伦理渗入于司法理念之中,成为司法机构潜在的行为取向。毫无疑问,司法地方化对法治原则的损伤是很大的,尤其是对统一的市场经济秩序的形成影响最为深刻。不仅如此,逻辑和经验都表明:没有统一的法治,就不可能有真正统一的政治。在政治统一已关及民族命运的今天,司法地方化问题尤为值得警惕。其二,司法机构及其成员腐败现象的滋生。资源短缺历来是腐败现象滋生的诱因。这一判断同样适用于对中国司法现状的表述。近年来,无论是依据于媒体所披露出的个案,还是依据于在与司法机构及其成员的交往过程中所形成的感受,司法腐败现象严重已成为不争的事实。司法腐败的实质是司法机构及其成员以司法权换取某种物质或非物质利益。这既指滥用司法权获得这种利益,也指在正当行使司法权的情况下,利用职业地位的优势取得这种利益。以非正当方式谋求司法机构(或其成员)依法办事的现象正是缘于后一种情况。客观地说,司法腐败现象还导源于其他一些因素,仅仅用资源短缺不足以说明更具普遍性的现实,但资源供给不足与司法腐败现象的联系是应当予以肯定的。

中国司法面临的前述诸种现实矛盾,最终、最直接、最集中地反映在一种事实或现象上,这就是:司法对于社会主体的权利保护不充分和不完善。这一判断不仅产生于经验性感受,同时也产生于学理性分析。按照公共选择理论,司法所提供的是/公共产品0。这种/公共产品0的内容是对社会成员正当权利的充分和完善保护,这既包括在司法框架中使社会成员的正当权

利得到顺利行使和实现,也包括对侵害正当权利行为予以排除、制裁和打击。充分和完善保护社会成员的正当权利是司法机构所应当追求的产出最大化目标。/公正0及/效率0等价值内含在这种追求之中。

从对中国司法所面临的现实矛盾以及这些矛盾的实际影响的分析中不难推导出中国司法改革的主导任务。简略地说,中国司法改革的主导任务在于:通过制度创新,消除或减缓司法所面临的现实矛盾,提高司法机构/公共产品0的产出能力和产出效益,更有效、更充分、更完善地保护社会主体的正当权利,创造、完善并维护适应新的历史条件的政治、经济以及社会生活诸方面的法律秩序。这种表达或认识,与以制度创新、提高企业经济效益,丰富社会主体物质生活为主导任务的经济体制改革颇为契合。

## 二、中国司法改革的基本内容

近年来,司法机构依据于自身最急切的需求,在现行法律框架所允许的范围内,实施了一系列的改革措施。同时,对在深层次上涉及体制调整的问题,也提出了一些计划和设想。<sup>1 92</sup>然而,总体上应如何把握中国司法改革的基本内容,目前的改革实践并未能提供明晰的概念,相关的理论讨论也未能回答这样的追问。

我认为,中国司法改革的基本内容可以归略为:围绕更有效、更充分、更完善保护社会成员正当权利的要求,合理界定司法机构与其他相关主体的权力范围及相互关系,逐步形成现代化的、且富有中国特色的司法体制。这一内容的关键是重新配置司法以及与司法相关的各主体的权力。作出这种概括的理由是:(1)司法体制的核心是司法机构与其他相关机构之间的权力关系。恰当界定这种权力关系是创设合理的司法体制的关键所在。(2)根据法治国家政治建构的要求,中国社会中现实权力结构关系整体上面临着进一步的调整。在这种调整中,司法在政治建构中的定位具有基础性意义;而司法的定位正体现于界定司法与其他主体之间的权力关系。(3)中国司法所面临的矛盾和问题(至少是主要矛盾和主要问题)都同司法与其他主体权力边界不清,或权力关系不合理相关。重新合理配置权力是解决中国司法现实矛盾和主要问题的根本出路。

### 11 司法与执政党的权力关系

司法与执政党关系的总体原则已成为主流意识形态的重要内容。<sup>1 102</sup>两者关系的实质是执政党在中国社会不容置疑、不容更易的领导核心地位(这是被普遍认同的中国社会发展的主要经验)与理想化的法治国家中法律至上地位的相容性、协调性问题。在总的原则上,司法与

<sup>1 92</sup> 这方面的成果集中体现于 1999 年最高人民法院5 人民法院五年改革纲要6。

<sup>1 102</sup> 西方主流意识形态常常把司法描绘成不受政党任何影响的领域。然而事实上,即便在美国这样的法治国家中,政党对司法的影响也是深刻的。美国法官的任命通常都带有一定的党派背景。据统计,从克利夫兰到卡特共 17 位总统中,有 13 位总统任命本党成员为联邦法官,本党成员的法官占他们任命的联邦法官总数的 90% 以上,其余 4 位所任命的本党成员占任命总数的 80% 以上。在依照选举程序而选举法官的情况下,法官的产生仍然有深刻的党派背景。美国学者曾揭露道:在/党派选举0的州,/法官是作为一个政党的成员或候选人而选出的0;在/非党派选举0的州,/不管选举过程和政治如何,法官仍然可以带着一个政党所主张的社会准则来到司法机构0。不仅如此,控制或制约司法机构往往正是美国两党激烈竞争的目标。参见陈其人等:5 美国两党制剖析6,商务印书馆 1984 年版,第 57 页。

执政党的关系是明确的。/ 依法治国<sup>0</sup>被确定为执政党的基本方针,这不仅是执政党对全体人民的社会理想的一种尊重,而且也是执政党在处置司法关系上所作出的一种政治承诺。但是,在具体运作层面上仍然需要讨论和解决一系列问题:(1)执政党如何在实施其政治领导过程中维护司法的应有权威,尊重司法自身的运作规律。(2)司法在具体实践中如何通过法律技术手段(尤其是不损伤法律基本原则)贯彻执政党对社会治理的基本要求,体现执政党对社会过程的控制与领导的愿望。(3)执政党通过什么样的形式对司法实施组织化的、制度化的、常规性的领导。(4)在执政党的总体方针、政策体现于各级党组织、以及党的领导干部所实施的具体行为的情况下,司法如何既能做到贯彻党的方针、政策,同时又能辨识进而排拒个别党组织、特别是个别党的领导干部对司法行为的不当干预。相关制度设计的重心似应集中于两个基本方面:一方面,建立和巩固向司法机构灌输执政党的方针政策,强化主流意识形态对司法渗透和影响的常规渠道;另一方面,为司法机构排拒个别党组织、特别是个别党的领导干部的不当干预,维护法律基本原则(包括程序上的规则)提供必要的制度保障。

## 21 司法与立法机构(包括各级人大)的权力关系

立法机构(包括各级人大,下同)是司法机构外部联系最为密切的主体,相互间权力关系的内容也最为丰富,因而在司法改革中,司法与立法机构之间的权力关系也最值得审视。调整、完善或重构两者之间权力关系所涉及的问题包括:(1)立法权是否由人大独享,司法机构(特别是最高审判机构)在一定范围内的立法权应否被承认。这一问题具体又包括两个方面:一是司法解释与立法及立法解释的各自范围及地位如何界定;二是司法判例可否作为法律渊源之一。(2)中国应否建立违宪审查制度,亦即司法(当然仅指特别司法审判机构)能否获得评价某些立法合宪性的权力。(3)现行司法人员的任免制度是否需要完善。更进一步说,司法机构自身任免司法人员的权限可否相对扩大;而应由人大任免的,在方式上(如人大任免同级司法机构人员)是否应作一定改进。(4)如何改善人大对司法机构的监督;人大对个案监督是否正当和必要;如果个案监督正当和必要,个案监督的范围、方式以及程序应如何设定。

在处理前述问题中较难把握的是,如何既能防止司法权力失控,遏制司法专横及司法腐败的滋生与蔓延,保证立法的有效实施,同时又能避免立法机构的权力过于扩张进而影响司法机构独立地行使自己的司法权,尤其是审判权。权力配置的畸重畸轻,都会带来运作上的重大偏失。在此方面所需要考虑的一些实际情况是:(1)人大成员代表着由其社会身份所限定的某种特殊利益。同时,人大自身对其成员的各种不同要求的筛选、识别机制尚不够完善,因此不同成员对司法所提出的要求可能不尽恰当。(2)人大对同级地方利益的偏重是不言而喻的,人大对司法的制约往往以地方利益为基点。在此背景下,对人大权力配置畸重容易导致司法地方保护主义甚而司法地方化的扩大。(3)由于司法的重要资源(人员任免)来自于人大,同时,司法在体制内的主要评价来自人大(具体表现为一年一度的司法机构工作报告的通过以及不定期的对司法机构工作的评议),在司法与人大关系上,司法无疑处于弱势地位。这种格局下,如果不考虑监督与被监督、制约与被制约双方权力的相对平衡,司法所必要的独立性将逐步失却,司法对人大(包括对其部分成员)要求的无原则迁就、甚而曲意逢迎将不可避免。基于这样一些实际情况,我们认为,人大对司法影响的强化应立足于完善和改进具体的监督和制约方式,提高监督与制约的实际水平;而在两者权力关系的配置中则应更多地考虑对司法独立地位的保护。

### 31 司法与政府的权力关系

在现行体制下,司法与政府的权力关系集中体现在三个不同层面:一是在一定范围内,政府行政权力的行使受制于司法评价。二是司法机构的物质资源来自于同级政府;政府的财政状况以及对司法机构的态度决定着同级司法机构物质供给的丰寡。三是司法是政府实现其经济社会发展以及社会治理的重要保障或重要手段,尽管从理论上说政府不能直接支配司法行为。

在第一个层面的关系中,需要研究的问题是,司法对政府行政权力评价的范围的界定。从趋势上看,随着行政法制化水平的提高,司法对政府行政行为的评价范围,亦即适用行政诉讼的范围将会逐步增加。特别是不少抽象行政行为应纳入到司法评价的范围,成为可诉诸行政诉讼的对象。这一问题表象上是行政诉讼的受案范围问题,但实质上涉及到司法的地位。因此,相关范围的界定、尤其是这一范围扩大的进程应从属于政治体制改革的进程以及政治建构合理化的要求。

司法与政府权力关系的第二个层面,亦即政府权力决定司法机构的物质资源供给。这是目前弊端较为集中的层面。形成这种格局的直接原因是“分灶吃饭”的财政体制,但深层看,在这种格局中仍带有“政审合一”的传统遗风。司法机构主观上不愿接受这一供给体制的原因在于:(1)地方政府的财政实力普遍不能满足司法机构物质资源的要求。即使在财政实力较强的地区,司法机构物质资源的供给也是在与其它行政机构的平衡中确定的。换句话说,对司法机构物质资源的供给缺少应有的特殊性考虑。(2)由于资源供给决定于地方财政收入的实际能力以及地方政府对司法机构的态度,因此,司法机构难以建立稳定的收入预期。(3)在“一府两院”的制度下,作为与政府地位平等的司法机构不愿在物质上受制于地方政府。当然,在此问题上,更主要的矛盾是,政府决定司法资源供给的合理性必须建立于对政府和司法的双重道德假设之上,亦即政府不因资源供给上的优势而谋求司法给予特殊保护,包括在行政诉讼中不谋求司法机构予以偏袒,并且不直接或间接干预司法审判;同时,司法亦不为“稻粮谋”而在处置涉及政府事务时失之公正,且能排拒政府的任何直接或间接的干预。显然,这两种道德假设无论在理论上和实践中都是难以成立的。

司法与政府权力关系的第三个层面在运作中的实际问题是,司法如何既能够配合地方政府有效地实施对本地的社会治理,同时又不至落入“地方保护主义”的俗套,从而丧失司法机构应有的公正性和独立性。实践上这种“度”是难以把握的。在此,所能够提出的建议是:在制度设计的取向上,应偏重于对司法独立性、统一性、规范性的考虑,在更高层面、更广阔的视野中认识和发挥司法对地方治理的作用。

### 41 司法机构之间的权力关系

中国现行司法机构之间的权力关系是根据“相互独立、互相制约、互相配合”这一富有理想化色彩的原则而设定和构造的。不仅如此,意识形态或主导政治理念还赋予每一司法机构某种特别的优势;同时,每一司法机构也在不断张扬和强调这种优势以谋求社会对自身的重视,特别是谋求在司法机构之间权力格局中的特殊地位。在此境况下,体现司法机构权力关系的具体制度,往往只是特定的意识形态或政治理念的一种演绎,而无论“独立”,还是“制约”,抑或“配合”,尤其是“独立”、“制约”以及“配合”三者之间的协调都未能很好地得到展示。

在重新配置司法机构权力的过程中,需要讨论的问题是:对各司法机构而言,究竟是先从

意识形态上给予其定性评价,明确其地位,并依此界定权力,拟定制度,还是根据司法技术的一般性规律或规则,从提高司法效能这一总体目标出发,界定各自的权力范围,设计相互间的权力关系?就一个学者的认识而言,无疑倾向于作后一种选择。

纯粹从司法技术角度看,现行司法机构权力配置中的突出矛盾集中在检察机关的权力界定上。具体说,检察机关集部分侦查以及控诉和法律监督权力为一体,这一格局事实上已经瓦解了相互独立、相互制约以及相互配合原则所要求的平衡。此外,更值得深思的是,赋予检察机关的法律监督权力(特别是扩张性解释检察机关的法律监督权力)对审判权这一终极权力的权威性的维护是否真正有利?当然,这一问题的预设前提是对司法审判权在诸种司法权力中最高权威的认同。由此或许可以作出这样一种判断:中国司法机构之间权力重新配置的核心问题是重新审视检察机关的职能与功用;检讨并真正解决检察机关的职能与法治国家中司法技术的一般规则之间的协调性。

#### 51 各司法机构内部的权力关系

司法机构内部权力关系涉及两个基本方面:其一,各级司法机构之间的权力关系;其二,在各司法机构内部,不同职级之间的权力关系。由于司法机构内部权力调整的制度性障碍较少,因而当前司法改革的实际措施主要集中于这一方面。

我们注意到,在司法机构内部权力的调整过程中,较为明确的取向是权力下放,亦即上级司法机构将部分权力下放给下级司法机构(包括权力行使的部分范围划给下级);<sup>1112</sup>在司法机构中,上一职级将部分权力下放给下一职级。<sup>1122</sup>这一取向形成的主要理由和原因是:(1)司法行为的层次较多,会影响司法机构的整体效率;(2)社会各方面对司法行为受到的上级干预过多提出了不同程度的批评;(3)下放权力有助于明确和落实司法机构的内部责任;(4)法治国家的普遍实践是突出司法机构成员在作出司法行为时的作用。

应该说,支撑权力下放这一取向的现实理由是值得重视的。但必须提到的是,在下放权力的过程中,似乎普遍忽视了对一些前提及背景的考虑。其中,尤其应当予以重视的因素是:(1)在司法地方化问题并未真正得到解决之前,下放权力可能会进一步扩张司法地方化的负面效果。例如,下级法院管辖范围的扩大,事实上增加了下级法院实施地方保护主义的能力。(2)在司法机构成员素质尚不够理想的情况下,且在对司法机构成员责任约束机制尚未形成的条件下,下放权力可能会进一步降低司法行为的水平与质量。<sup>1132</sup>(3)即使在有限的意义上,也不能肯定下级司法机构、低职级司法内部组织或成员比其上级能够更好地行使司法权;同时也不能肯定简单的层次比复杂的层次更能保证司法行为的质量。经验与直感间接提供的结论或许恰恰相反。实际上,司法机构内部面临的主要问题在于激励和约束机制未能有效形成(依我看,原因主要在外部的),而仅仅通过下放权力显然不足以解决这一问题。不仅如此,如果把下放权力作为一种激励性措施的话,那么,逻辑上应当先行考虑的是约束手段的形成与完善。在约束手段不充分的情况下下放权力,其效果有可能违背下放权力的初衷。

<sup>1112</sup> 如法院系统逐级扩大下级法院的管辖范围。

<sup>1122</sup> 如法院系统强化合议庭和主审法官的权力。

<sup>1132</sup> 这方面的详细讨论,可参见李浩:《法官素质与民事诉讼模式的选择》,《法学研究》1998年第3期。

### 三、中国司法改革的约束性条件

中国司法改革的约束条件是指中国特定社会环境所派生出的对司法改革的推进形成实际影响的诸种因素。对这种约束条件的分析,不仅能够说明当前司法改革进程缓慢的深层缘由,更重要的是,有助于深化对中国司法改革复杂性的认识,同时也有益于选择和制定正确的改革策略。总体上看,中国司法改革的约束条件主要有以下几方面:

#### 11 现行法律的规制

中国司法改革是在立法体系已基本形成,法律覆盖面已较为广阔,司法体制的主要构架以及司法行为的主要过程已经由法律所规定的情况下进行的。这一点,与经济体制改革也显有不同。虽然经济体制改革也面临着一些制度性约束,但这些制度主要是政策、规章,而不是法律。具体地看,现行司法体制的制度基础既有人民法院组织法、人民检察院组织法、刑事诉讼法、民事诉讼法、行政诉讼法等法律,更有作为根本大法的宪法。不仅如此,基于司法体制内在联系的要求,各个法律涉及司法体制的内容也彼此关连。在一些基本问题上,如果某一个法律的内容发生变化,其他法律也将相应发生变化。

现行法律的规制所形成的约束使司法改革处于这样一种窘境:要么系统地修改法律,实行真正意义上的/变法0;要么只能在法律框架范围内进行局部性的调整。近年来,司法机构在倡导改革的同时,又不得不谨慎地把/在现行法律范围内进行改革0、或/不违反现行法律规定进行改革0作为改革的一项原则。对这一原则的遵从,一方面可以理解为司法机构的一种政治态度;另一方面也是为了避免改革过程中无序、失控局面的出现。但是,完全以现行法律为基础,司法改革的全面、深层次推进是不可想象的。事实上,司法机构目前所提出的一些改革设想和方案,已属/红杏出墙0,溢出了现行法律的规制范围。这些设想和方案的实施,无疑必须以修改法律为前提。否则,/违法改革0的现象不可避免。

现行法律规制对司法改革的真正约束还不在于修改法律所可能出现的程序上的难度,更重要在于,它使得/摸着石头过河0这一中国经济体制改革/经典性0的方式难以、甚而无法适用于司法改革。因为从法制原则的基本要求看,任何局部性的/违法试验0都是不能被允许的,即便这种试验的主观倾向应得到充分肯定。这意味着中国司法改革在路径的选择上不可能依赖于/由点到面0的积累效应,而需要在充分的理性探讨基础上,系统地进行制度设计,进而对相关法律作出修改。这种方式在操作层面上并非不可能,但其难度则是不言而喻的。

#### 21 意识形态的影响

意识形态的影响首先体现在:中国现行司法制度作为中国政治建构的重要组成部分,不仅其主要内容已上升为主流意识形态,而且其权威性、优越性也在意识形态中得到了肯定和支撑。对中国司法制度优越性的认同已成为政治组织和社会公众的一种政治理念。中国的主流意识形态通过对司法制度的褒扬使这一制度获得了广泛的社会拥戴。与此同时,司法制度本身也承载着社会各阶层、各主体的某种社会理想。在这种意识形态氛围中,司法体制或制度上所实施的改革或多或少将触及人们既往所形成的理念;而对这种理念的信守又会影响到改革的实际进程。一方面,虽然对司法实践中所反映出的问题有广泛的共识,但人们对司法

制度基本方面的信赖往往忽略或宽宥了这些问题的存在，这在一定程度上消解了司法改革的主观动因。另一方面，当司法体制或司法制度的主要内容上升为主流意识形态后，司法改革，即便是在技术层面上所进行的改革，也必然会遇到观念性的障碍。如果说经济体制改革曾经历过逾越观念障碍的阵痛的话，那么司法改革也不可避免这种相同的遭际；而如果说经济领域中的观念比较容易在经济实践的验证中得到改变的话，那么，在司法领域中所形成的一些观念则因司法行为效果的潜隐性（量上的不可测性）以及不同主体的感受上的差异而难以改变。

意识形态对司法改革的影响还体现于另一个层面。中国司法改革过程中不可避免需要借鉴西方发达国家的实践。这不仅是因为西方发达国家在实行法治中的先起性，更主要还在于作为一种社会统治实践，司法体制或司法制度有其普适性的规则和原则。在工具理性意义上，各国司法体制或司法制度彼此借鉴的可能性较大。然而，西方发达国家基于其政治统治的需求，也已将司法体制及制度上的基本内容意识形态化；司法体制及制度中具有普适性、一般性规则被西方国家主流意识形态认定为资本主义民主制度与生俱来、且仅仅与资本主义民主制度相联系的制度设计。不仅如此，西方国家主流意识形态还将这些制度作为与社会主义阵营相对垒的一种工具。近20年来，随着东西方文化阻隔的逐步消除，西方司法体制及制度的主要内容通过文化载体，甚而通过文艺传播途径在中国有了广泛的认知。但是，作为一种政治制度的建构，中国社会的决策者以及社会公众对这些内容仍保有相当程度的警惕和戒备。在国际间政治斗争尚未停息、民族主义情结忽隐忽现于国际间各种社会事件过程的今天，这种警惕和戒备无疑是必不可少的，但这种状态又或多或少会影响到对西方司法制度的某些借鉴。

### 31 权力调整中的位势失衡

如前所述，司法改革的基本内容在于合理化地重新界定和配置司法机构同其他权力机构之间的权力。在此过程中，虽然司法机构与其他不同主体之间权力关系调整的内容有所区别，但总体趋向上是适度扩大司法机构的权力，尤其是减少其他权力主体对司法机构实施司法行为过程的干预，以保持司法地位的相对独立。然而，依照现行制度及制度实践，司法机构所对应的权力主体主要是在政治构架中处于强势地位的主体，司法机构自身在权力关系调整中则处于一定的弱势。这就意味着需要扩张权力的机构缺少实现这种扩张的权力；而具有扩张权力能力的机构却需要相对减少权力。由此形成权力调整中的位势失衡。即便就司法机构彼此之间的权力调整而言，各司法机构都有抗衡其他机构权力扩张的条件或依据，同时也都不具备向其他司法机构延展其权力范围（尽管这种延展被认为是必要的）的能力和手段。

从近年来各司法机构所提出的改革方案可以看出，司法机构所拟定的改革措施基本都遵循了两个规则：一是不涉及本机构与执政党、人大以及政府之间的权力调整；二是不涉及本机构与其他司法机构之间的权力调整。这表面上可以视为对改革的阶段性的尊重，但深层上还在于司法机构自身不具有提出这种调整要求的权力和地位（甚而勇气）。

在一般意义上，对相关权力主体的政治胸襟应有足够的估量，但是，在涉及具体权力配置的过程中，各主体的特定利益立场必然会衍生出扩张自身权力范围（而不是减缩权力范围）的

本能倾向。<sup>1142</sup> 自然,揭示这种政治过程的一般特征并不在于由此给司法改革作出悲观的结论,对此问题分析的全部意义在于,司法改革必须以各主体广泛共识的形成以及社会各方面的广泛支持为前提,仅仅有司法机构的内在要求和积极性,或仅仅有司法机构自身的行为是远远不够的。

#### 41 改革成本的匮乏

司法改革不仅牵涉到权力重新配置,而且也涉及利益关系的调整。无论是改革过程还是改革后所形成的新的利益格局,都需要支付一定的成本。这里所要讨论的仅是狭义上、最直接的成本))) 司法机构及其成员在司法改革中的利益问题。

司法机构及其成员在司法改革中的利益需求反映于三个方面:其一,改革将很大程度上消除司法腐败,杜绝司法机构及其成员利用司法权力的行使谋取不当利益。这意味着司法机构成员的/灰色收益0、甚至/黑色收益0将被取消或减少。由此进一步提出的是对正当渠道物质供给增加的要求。如果没有正当渠道物质供给作为补偿,对/灰色0乃至/黑色0收益的追求无疑会抵销司法改革的成果。其二,司法改革、特别是司法机构内部的改革将强化对司法机构成员个别责任的约束;与此同时,提高司法行为效率的要求也会增加司法人员的智力和体力耗费。与此对应,司法机构成员对包括物质待遇在内的利益需求也应增加。其三,司法改革的应有措施之一就是司法人员(尤其是审判人员)/隆其地位0、/厚其薪酬0,因此,增加对司法机构成员物质供给本身也是司法改革的题中之义。除此之外,司法现代化无法脱离司法机构及其成员的装备及其他物质条件的现代化。顺应现代化趋势的司法改革,也必须以相应的物质条件作为支撑。这也是司法改革成本支付的因素之一。

在经济体制改革中,改革成本最初是通过政府让利减税来解决的。随着企业改革的推进,改革的积极效应(反映为企业经济效益的提高)为企业自己支付改革成本提供了可能。总体上说,企业改革与改革成本支付两者能够形成一种积极的对应,由此形成良性循环。与此完全不同的是,司法改革本身并不能为司法机构直接带来任何物质利益。恰恰相反,在一定意义上看,这种改革还会导致司法机构物质利益的减少。这也是说,司法机构自身不具备克服改革成本的条件。当最高司法机构或司法机构的长官们对司法人员提出种种责任要求的同时,却无法回应司法人员直接或间接提出的合理的利益要求。于此境况下,德化教育和/精神鼓励0是司法机构长官们唯一可用的激励手段。<sup>1152</sup> 从实际情况看,作为司法机构物质供给主渠道的各级财政并非完全忽视司法机构这种境况;由财政增加对司法机构的物质投入,解决司法改革成本支付问题本应是顺理成章的事情。但这一方式的实施除了受制于财政实力的局限外,更主要还在于,从财政角度看,处于公务员序列之中的司法机构成员尚不具备/厚其薪酬0的特殊理由。司法机构成员的/特殊待遇0或许只有当/高薪养廉0规则在政府公务员中普遍实施后才有可能。

<sup>1142</sup> 按照公共选择理论所揭示的原理,政党以及其他机构都具有/经济人0的一般特征,即追求自身利益(权力)的最大化。詹姆斯·M·布坎南指出:/既然政治和政治过程最终在交易范例中加以构造,那么简单的和直接的观察就可以使人们联想到,政治家和官僚是内在组成部分。这些人的行为同经济学家研究的其他人的行为没有任何不同。0参见布坎南:《自由、市场与国家》,上海三联书店1989年版,第40页。

<sup>1152</sup> 一些法院或检察院,对获得/主审法官0或/主诉检察官0的资格的人员,给予象征性的物质待遇,如每月增加100~150元。这种措施进一步凸现了司法机构改革成本的匮乏。

近年来,一些地方司法机构利用其职业优势,通过一些渠道从体制外获取一定的收益,以此在一定程度上提高司法人员的物质待遇,弥补司法人员在改革中相对利益的减失,如提高或截留诉讼费用于发放奖金等。这种做法较之个别司法人员利用司法权力谋取私利在道德上的负面评价或许会少一些;同时,在体制性的矛盾未解决前,这种做法甚至有一定的合理性。但严肃地看,这种做法与司法改革的追求是相悖的;即便作为权宜性措施,亦乏善可陈。不仅如此,相关司法机构的负责者也可能为此付出沉痛代价。<sup>1162</sup>

## 四、中国司法改革几个策略问题的讨论

基于前述诸种约束性条件,中国司法改革必须从中国社会制度变迁或制度创新的一般规律出发,把握好司法改革的策略,以便卓有成效地推动改革的进程。这里就几个策略性问题进行讨论。

### 11 关于司法改革的路径或时序

中国经济体制改革最初启动于基层,改革过程的主导作用也体现在农村基层单位和企业自身的作为。虽然,从宏观上看,农村基层单位和企业自身的改革与政府宏观管理的改革大体上是同步的,但从具体时序上看,这一改革是由下而上进行的。这一特点不仅反映在改革的整体过程中,也反映在改革的每一阶段上。目前进行的司法改革也有与经济体制改革相类似的情况:基层司法机构的改革较为活跃,至少改革的声势较大;另一方面,司法机构自身的主动性较强,而与此关涉的外部权力机构所采取的实质性措施尚不清晰。然而,这种情况的存在并不意味着司法改革可以仿效经济体制改革由下而上的路径。这主要是因为(1)在经济领域,作为基本经济主体的农户及企业在很大程度上可以不依赖政府的行为而运作(这种格局本身就是经济体制改革所追求的效果)。与此相异的是,司法体系中的任何主体都不可能脱离外部权力关系而独立运行;司法改革的任务不在于简单地减弱司法机构与外部其他权力关系的联系,而在于改善和调整这些关系的内容。在此情况下,没有外部权力关系的相应调整,司法改革不可能有实质性进展。(2)经济体制改革的措施可以在局部地区、部分主体之中进行试验性推行。司法改革则不具备这种条件。司法的统一性以至法制的统一性是任何情况下都不能变通的原则。司法改革的进程可以是阶段性的,但改革措施的实行不可能是局部性的。/ 凤阳小岗现象不可能、也不应当出现在司法改革之中。由此可以认为,尽管司法改革需要各级司法机构的积极性,也尽管司法改革的着眼点也在司法机构本身,但司法改革的基本路径或时序应当是由上而下,亦即从总体上设计和制定改革现行司法体制和司法制度的基本方案,并逐步推进与实施。

/ 由上而下的司法改革路径或时序所派生出的要求是:(1)改革的主导者应当是与司法机构相关涉的其他权力机构,并且是最高权力机构。这不仅应体现于这些机构对司法改革的一般性倡导,而且应体现于这些机构的实际行为和步骤。(2)与此相应,必须对法治在中国社会治理中的地位、司法在整个政治建构中的地位作出符合中国国情的界定;尤其应将依法治国作为司法定位的基础,并以此进一步确定司法权与其他政治权力、司法机构与其他权力机构之

<sup>1162</sup> 云南省高级人民法院前院长被革职正是例证之一。

间相互关系的应有内容。唯有如此,才能保证司法改革的总体方案符合中国社会治理及社会发展的实际要求。(3)在司法改革的总体方案形成过程中,相关的理论讨论以及经验分析是必不可少的。围绕司法改革所进行的讨论,不仅应超出法学理论研究范围,而且应有司法机构以至全社会各方面的参与。

## 21 关于对西方制度及理论资源的态度

近几年,在有关中国实行法治及司法改革的讨论中,西方国家法律制度及西方国家法学家的理论被学者们大量引用。在法治处于初始状态、司法改革刚刚起步的特定背景下,在西方文化作为一种强势文化而存在的潮流中,这种现象有其必然、甚而积极的一面。然而,蕴含在这种讨论中的一些情绪化的倾向是需要指出的。首先,在所引用的理论资源中,西方启蒙思想家有关法治以及法律制度建构的理论受到特别重视,这些理论常常被学者们用于佐证和说明中国实行法治的社会意义以及中国实行法治(从而也延伸于司法制度)的应有状态。然而,事实上,西方启蒙思想家所描述的法治状态即便在西方国家也只是一种未曾实现的理想。西方批判法学派和现实主义法学派所揭示出的西方国家法治现实足以击穿这种虚构。其次,西方国家司法制度被潜在地理解为中国司法制度的目标模式;西方司法制度中的具体规则被或明或暗地认定为/校正中国司法制度的/基准。即使在不赞成完全以西方制度作为范本,而强调考虑中国具体国情的主张中,也提出走/相对合理主义的路子,<sup>1172</sup>其预设的前提仍然在于:西方的普遍实践是终极性的/合理,而基于中国国情的实践只是/相对合理。再次,在援用西方司法制度及其实践作为论证依据时,缺少对制度背景的具体分析,抽取了这些制度所依托的文化或物质内涵,偏执地张扬这些制度的积极效应;至少在引证这些制度的同时没有给予人们/南橘北枳这样的必要警示。

对西方制度及理论资源的态度,不仅牵涉到理论研究中的思维倾向以及这种研究的实践价值,更主要在于它关系到人们对于中国法制改革目标的期待以及改革措施的选择。因此,即使在纯粹文化讨论的意义上,我们也不能认同前面所提到的一些倾向。在此问题上,必须建立的基本理念是:承认并坚持法治及司法制度的多样性。渊源于同样理论资源的以英、美为代表的普通法系和以法、德为代表的大陆法系在具体制度安排上的殊异,已经为此作出了最好的例证。深谙西方的法治真谛的美国著名法学家劳伦斯·M·弗里德曼的一段话或许值得中国学者们反复、认真品味:理性和法治可以采用不同的形式。没有特定的法律推理模式、特定的法律制度安排或特定概念体系可以被确定为我们定义的法治所必不可少的东西。<sup>1182</sup>在承认法治及司法制度多样性的前提下,以中国社会的实际条件以及中国社会治理和社会发展的实际要求为依据,研究和探讨中国司法制度的具体建构,这应当成为我们的应有选择。当然,这丝毫不意味着对西方司法制度乃至西方法学理论资源借鉴意义的否认。

## 31 关于德化教育、加强管理、完善程序与制度创新的关系

从目前司法机构所提出的改革方案看,其措施主要集中在:(1)德化教育,亦即对司法机构成员进行思想品质方面的教育,以回应社会对司法腐败现象的批评。(2)加强管理,亦即落实内部各机构及其成员在司法过程各个环节的行为责任,强化责任约束,如建立主审法官或主

1172 参见龙宗智:《论司法改革中的相对合理主义》,《中国社会科学》1999年第2期。

1182 宋冰编:《程序、正义与现代化》,中国政法大学出版社1998年版,第117页。

诉、主办检察官制度。(3)完善程序,亦即从技术上完善司法程序,提高司法行为的总体水平。例如,最高法院明确把改革审判方式作为近期改革的重点。<sup>1192</sup>一方面,进一步强化公开审判等制度的实施;另一方面,在诉讼法确定的原则和程序框架中,吸收了国外司法实践中的一些技术性措施。

应该说,前述措施大体上覆盖了在现实条件下司法机构自身努力所能涉及的范围。各司法机构之间在实际举措上的差异,并不是对改革的信心或改革进展的不同,而是各自面临的约束条件不一。

毫无疑问,前述措施的积极意义是应当充分肯定的,但根据本文前面对司法改革内容的分析,这些措施又远未能反映司法改革的主要方面。因为这些措施大体上还是在现行司法制度和现行司法体制下进行的,没有触及制度和体制本身。司法改革的真正展开还有赖于以司法体制变革为内容的制度创新。更需要看到的是,在制度创新与前述措施的关系中,制度创新具有本质性、基础性意义。如果没有制度创新作为前提,前述措施所能够形成的积极效应不仅是有限的,而且是不能持久的。这一点,也进一步印证了前面所讨论的中国司法改革/由上而下0的路径和时序的合理性。

中国司法改革需要有更为充分的理论准备,因此,法学理论工作者以至于社会公众应更多地参与司法改革的讨论,尤其应将对司法腐败情绪化的义愤宣泄转向对司法改革的建设性的审慎思考,用民族整体的智慧创造出富有中国特色的司法制度与司法体制。

---

---

Abstract: Starting its analysis of the real contradiction faced by judicial system of China, this article reveals the dominant objective to be pursued by the reform of China judicial system. By system initiating, the reform should promote the judicial institutions' capability and efficiency to produce their / public products0 so that rights of each social party can be protected more effectively, fully and properly, and legal orders covering politics, economy as well as other aspects of the society can be created, perfected and maintained in a manner of being adapted to the development of history. Following this objective, the contents of the reform should focus on how to define and draw the power lines between judicial system and the governing party, legislature and government, the lines among each judicial institution and within each judicial institution itself. This article makes further analysis of varieties of situations which restrict the reform of China judicial system to prove the complication of the reform. Based on the analysis, this article finally discusses some strategic issues concerning the reform, with the emphasis that the reform must be designed systematically and carried out completely from the top level down to the lower levels.

---

---

<sup>1192</sup> 参见前引192,5 人民法院五年改革纲要6。