

顾培东:中国司法改革的宏观思考(下) PDF转换可能丢失图片或格式, 建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E9_A1_BE_E5_9F_B9_E4_B8_9C__c122_486184.htm 关键词: 司法改革/改革的约束性条件/改革的策略 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”的出产能力和效益,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”全面推行。 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: 1. 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”,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”、或“不违反现行法律规定进行改革”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”,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”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”这一中国经济体制改革“经典性”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”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”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。

2. 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。

3. 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。〔14〕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。

4. 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”、甚至“黑色收益”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”乃至“黑色”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”、“厚其薪酬”,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”是司法机构长官们唯一可用的激励手段。[15]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”的特殊理由。司法机构成员的“特殊待遇”或许只有当“高薪养廉”规则在政府公务员中普遍实施后才有可能。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会为此付出沉痛代价。

[16] 四、中国司法改革几个策略问题的讨论 基于前述种种约束性条件,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。 1. 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。

2. 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,[17]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”。[18]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。

3. 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。[19]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”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。 注释:[14]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”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。”参见布坎南:《自由、市场与国家》,上海三联书店1989年版,第40页。 [15]一些法院或检察院,对获得“主审法官”或“主诉检察官”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。 [16]云南省高级法院前院长被革职正是例证之一。 [17]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。 [18]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。 [19]参见前引[9],《人民法院五年改革纲要》。 100Test 下载频道开通,各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com