



您的位置: [首页](#) >> [阅读文章](#)

阅读文章

Selected Articles

使用大字体察看本文

阅读次数: 777

## 中日两国司法改革的比较研究--兼谈法律职业精英化与法律教育的几个问题

范愉

前言

二十世纪中后期以降,现代法治走到了一个新的转折点,世界上很多国家都在进行司法改革,形成了一种世界性的改革潮流,中国方兴未艾的司法改革似乎也融会其中。然而,如果稍加考察,就可以看到,各国的司法改革尽管都在追求公正与效率,在价值和目标上有某些相似之处,其中也不乏规律可循,但由于各国的具体情况和社会环境不同,原有的制度基础不同,因而采取的改革措施和基本理念往往大相径庭。比较中国和日本两国的司法改革也是如此:二者尽管存在诸多形似,实际上却往往似是而非;尽管在形式上有一定的相近之处,而内容和目标却存在着一定的逆向性。

毋庸置疑,日本的司法改革对于我国有着不同寻常的意义,这不仅是因为我们是一衣带水的邻邦,更重要的,至少有以下几个原因:

其一,日本是第一个自主移植(即并非依靠殖民主义强制导入)西方国家的法律制度,并获得成功的范例。一般认为,日本成功地完成了法制现代化的历史课题,因此,日本今天法治所面临的问题,既可能是我们明天即将遇到的,也可能是我们在发展中能够尽力避免的。

其二,战后,日本在原来继受的大陆法系的基础上,引进了英美法、特别是美国法的一些基本制度,例如宪法和民事诉讼法的相关制度等,其司法制度已经不再是纯粹的大陆法模式,而属于两大法系的相互融合。这种混合究竟能否成功,是否会产生所谓“杂交优势”,本身即是比较法及法律发展中众说纷纭、备受关注的重大课题。

其三,日本与中国同属于东亚国家,都有着深厚的东亚文化传统。如何协调传统社会与移植而来的西方法之间的关系,使现代西方法律制度在本国的环境中正常运作,并成为民众生活中不可或缺的部分,乃是我们共同需要面对的现实问题。

今天,我国的司法改革已经进入了一个关键时期。在改革的进程中,关注世界改革的潮流,既可以使我们拾取他山之石,开阔眼界,超越局限;亦可以使我们借鉴他人的教训,避免盲目,减少弯路。尤其是,在确定改革发展战略和方针之际,如能克服急功近利的浮躁心态,冷静地做些比较研究,可能会达到事半功倍之效。当然,这些比较研究必须是客观和科学的,建立在实证性事实、数据和分析论证的基础上的。这里,笔者试图通过中日两国司法改革的宏观比较和例证分析,对中国的司法改革的理念、方法和方式提出几点看法,求教于法学界同仁。

### 一、中日两国司法改革的进程与同异

日本目前正在推进的司法改革,是继1868年明治维新、1947年日本战败后新宪法制定实施以来的所谓“第三次司法改革”。实际上,战后日本司法改革的呼声始终在持续,并曾实行过若干局部性的改革措施,但直至90年代末,改革才开始进入实质性阶段。1999年6月,日本国会通过了《司法改革审议会设置法》,并成立了由13个委员会组成的审议会,正式拉开了全面改革的序幕。在此次关于司法改革的讨论中,社会各界、尤其是法律界报以极大的热情,司法改革审议会经过一系列海外考察、实务调研、听证会

更多▲

特聘导师

法学所导航

走进法学所

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

博士后流动站

学友之家

考分查询

专题研究

五四宪法和全国人大五十年周年纪念专栏

最新宪法修正案学习与思考

公法研究

电信市场竞争政策

证券投资基金法

法律与非典论坛

和长时间的论证，以及2000年11月的中间报告之后，2001年6月，向政府提出了关于改革的“最后意见书”（最终报告）。之后，政府据此向国会提出了《司法制度改革推进法》，即改革的实施方案。2001年12月，该法案被国会通过。2002年3月，政府内阁会议决定了司法改革的推进计划。同时，由各界人士组成的10个专题讨论会正在进行方案细节的设计论证。

相比之下，我国的司法改革在最初并没有提出特定的规划或方案，目前也尚未形成一次由国家或社会全面推进的彻底变革。严格地说，迄今为止的改革，实际上是一系列实践活动或尝试，追求的多是一些局部的短期目标。从80年代法院的“审判方式改革”开始，司法改革主要是分别由司法机关和司法行政部门推进的，中共15大之后，司法改革被确定为国家的政治目标，但国家并未提出改革的具体目标和方案，也没有发动全社会的参与与论证，改革的主体仍然是司法机关。继1999年10月20日最高法院制定公布了《人民法院五年改革纲要》之后，最高人民检察院于2000年1月10日通过了《检察改革三年实施意见》，目前的改革在此基础上正在进一步向“深层次”推进。2002年统一司法考试，是法院、检察院和司法部在改革上的第一次联合行动，但由于没有提出更为实质性的法律职业培训制度的方案，因此同样停留在局部性尝试的层次上。

耐人寻味的是，中日两国在司法改革尽管背景和动因截然不同，但所提出的口号和目标却有许多相近之处，概括起来，至少包括以下几个方面：首先，都试图通过改革现行司法制度和诉讼程序，提高司法民主化程度，扩大公民利用司法的途径，扩大司法的社会功能和作用。这意味着在权力配置上，司法权的社会地位和权威将进一步提高，法院的规则创制（自由裁量权）进一步扩大，并成为参与政治决策的部门之一。在司法民主化和民众对司法的参与上，都试图通过建立或完善陪审制（和参审制）增加民众参与的机会，等。

其次，提高司法效率、降低司法成本，实现司法程序的简易化，从而增加民众利用司法的机会（*access to Justice*）。通过简化诉讼程序提高司法效率、降低诉讼成本，是当代世界司法改革的共同目标，日本在1995年完成了民事诉讼法的修改，简化了诉讼程序；在目前的改革中正在考虑如何将胜诉方的诉讼成本（包括律师费）合理转移到败诉方，以及建立诉讼保险等。中国的法院目前在诉讼量急速增长，司法压力加大的情况下，强调把效率作为与公正并列的司法价值，也同样在推行诉讼程序的简易化。除此之外，两国共同考虑的问题还有如何为公民提供及时有效的法律援助等。

再次，在法律职业构成方面，努力增加律师人数，改革法官选任途径，尝试从律师中选拔法官的途径。法律家（法曹）一元化是日本此次改革最为重要的部分之一，目前已经达成共识的方案将大幅度提高每年通过司法考试的合格人数，以增加律师人数，并逐步实现从律师中选任法官的目标。而我国今年正式开始实行的统一司法考试，尽管对于今后法律家职业的分工及其产生方式并没有提出一个具体的、可操作的方案，但从律师中选任法官已经成为正在酝酿的提案之一。同时，近年来法律教育的迅速扩大，正在源源不断地向社会输送着大量的法律专业人才。

最后，尝试通过建立美国式的“法学院”（*Law School*），改革法律教育，实现法律教育的实务化。中国在这方面似乎走得更快，1996年即已开始模仿美国法学院（*Law School*）的J.D.，设立“法律专业硕士”（JM）学位。目前，已在全国各高等院校法律专业全面推行，大有取代法律本科教育的趋势。日本此次司法改革也将以美国法学院（*Law School*）为模范，建立“法科大学院”。即在大学本科教育阶段之后，再进入“法科大学院”（*Law School*）进行专门的法律教育；毕业之后，才能够参加司法考试，合格者进入司法研修所，经职业培训后成为法律家。由此，将以往的大学法学教育分为素质教育和法律专业教育两个阶段，使法律家教育的时间延长，并改变以往大学通才式法学教育的局限，促成法学教育的实务化。这种改革，一方面是为了进一步提高法律家的专业素质，增强其在国际竞争中的实力；另一方面，则是为了使法律家、特别是律师更多地与社会接近，体验社会，了解民众，避免让青年学子（精英）过早地成为法官，在与世隔绝的职业生涯中失却公众意识和社会常识。

值得注意的是，中日两国的法律制度尽管在理念、体制和形式上更接近于大陆法系，然而在司法改革中都试图采用或参考美国的模式（例如法学院、法律家一元化，陪审团的设想等）。同时，与英美国家司法改革中加强法院职权管理的趋势相反，两国在程序的改革中都提出从职权主义进一步向当事人主义转化的口号，这必将引起原有的法律传统发生深刻的变动。总之，从司法改革的一些举措上看，中日两国确有许多相似之处。

然而，如果透过这些表面的相似，可以看到更本质的是两国改革目标的不同，主要表现在以下几个方面：

第一，改革推进的战略和步骤不同。司法改革一旦成为国家的政治目标，就不仅是改变或调整一些个别的制度和程序，也决非局部动作可以完成。因此，由谁来推动司法改革，怎样进行改革，怎样确定改革的目标、战略和具体方案是决定改革成败、得失的关键。正如季卫东教授所分析的那样，在日本，“这次司法改革之所以受到广泛重视，就因为它是与政治改革、行政改革互相关联的，是为‘牵一发而动全身’的社会工程收尾的复杂作业，……也许有人认为这次司法改革涉及的主要是审判制度所固有的问题或者与之相关的技术性问题，即使不搞权力结构的整体改革、即使政治改革和行政改革在受挫后陷于停顿，司法改革也照样可以顺利实现。这是大错而特错的。我们固然可以说司法改革能够成为政治改革、行政改革的突破口和杠杆，但决不可幻想离开了政治改革、行政改革也能够把司法改革进行到底。其实，日本司法改革的障碍在于包括律师和法官在内的职业法律家各自为政，热衷于维护自己的身分性特权以及垄断性利益。这与政治家和行政官僚坚持小集团的既得利益而致使政治改革、行政改革半途夭折的问题并没有什

么根本的区别。如果不打破这些既得利益集团的盘根错节的关系网,“这也就是日本的司法改革,较之西方一些国家所进行的侧重于诉讼程序和纠纷解决机制方面的改革更为彻底、更为深刻的特点所在。正因为如此为了适应这一目标,日本的司法改革采取了全社会动员,循序渐进的方式。

与日本司法改革方案形成的慎重和自上而下的推进方式构成鲜明对照的是,我国的司法改革始终是以司法机关自下而上、各自为政、“摸着石头过河”的方式推进的。改革进展到今天,尽管确实取得了一些成绩,也更加接近政治体制改革的方向,然而,这种富有特色的做法中隐藏的种种的问题也已日渐凸现。

首先,15大提出的法治国的和的司法改革目标,主要是加强法律与司法在社会调整中的功能和作用,因此,当前的司法改革并未从政治权力的配置和政治体制改革的高度设计总体的发展战略,而是把重点放在实现司法公正和提高效率上;不是通过立法或变法总体设计改革的基本框架,而是在现行法制的框架中对司法制度进行完善和改进。许多改革,实际上只是对现行法的原则和具体规定的落实,如公开审判等;司法机关地位的提高实际上也只是对宪法既定原则制度的确认。因此,仅从现有的改革举措和政治资源的调动看,还难以断言司法改革必然推动政治体制的全面变革。

其次,迄今为止,改革的主体始终是以司法机关。例如,法院从审判方式改革、落实公开审判、抓审判质量和执行等环节入手,逐步把重点放在人事组织制度的改革上。从改革的实际运作及结果看,已经在很多方面上突破了现行法的规定或基本框架,并且实际上已经把目标直接指向政治体制。这样,局部改革的指向和实践结果必然会影响到整体目标:如果没有政治体制变革的支持,司法改革不可能继续深入下去,也难以取得某些预期的目标。由于司法改革涉及到政治权力配置以及司法功能的定位,并关系到整个国家结构和体制,需要调动国家和社会的大量政治资源和财政投入。司法机关自行进行的改革,既不可能从全局上掌握司法改革的正确方向,也难以克服体制上的障碍,同时,也可能会因为其自身利益的作用,对改革的走向产生不利影响。作为改革主体的司法机关所处的地位,决定其无法将改革真正推动下去。实际上,即使单纯的程序改革往往也并非仅靠司法机关自身的力量所能完成。

最后,由于改革缺少整体布局,因此,发展很不平衡。一方面,各地区之间在司法程序和司法机关的人事组织方面都出现了较大的差距;新的改革举措层出不穷;在落实最高司法机关制定的改革方案方面,也出现了较大的灵活性和差别,这样就难免出现与改革的目标相悖的司法不统一的结果。另一方面,改革与现行法之间的冲突日益突出,司法与立法权之间的矛盾也开始显现;同时,各种从不同角度进行的改革本身,也可能会发生冲突或相互抵消。由于司法机关本身不具备立法权限,其推行的程序改革如果与现行法律不符,就会招致关于改革的合法性、正当性及成本等方面的质疑。

对于我国司法改革中的种种问题,已有许多学者和各界人士提出了相似的意见,2002年3月人大全体会议上,也有代表提出了应建立全国司法改革指导委员会的提案。总之,司法改革既然已经成为国家的一项政治目标,就应从全局的角度提出总体的改革方案,并通过立法加以统一的施行。在改革方案未经充分论证之前,可以允许司法机关进行改革的尝试,但应有一定的限度或作出明确的授权,避免过大的随意性和灵活性。

第二,中日两国司法改革所处的时代背景及改革的基础不同;法律家素质及社会法治化程度不同。中国的司法改革,实际上是以法制现代化为目标的,其核心问题是确立司法独立和司法权威。目标是在强化立法权、强调法律统一的前提下,加强司法在“社会主义法治”中的作用和职能。在司法制度和诉讼、审判制度方面,改革的重点是改变“传统的”司法审判制度的模式,实现规范化和正规化,与国际“接轨”。而在实现司法独立中,最大的障碍是由于法律家,特别是法官素质低而带来的社会对“司法腐败”问题的忧虑,由此,对司法的强化监督(例如个案监督、错案追究、竞争上岗以及法院内的集体领导制度和行政式管理)和反监督(审判独立)成为司法改革博弈的主要领域。为此,司法机关的改革者们把建立法律职业共同体,实现法官的精英化作为改革的目标。随着法官员额制度、逐步精简法官人数措施的出台,在法律界,已经有人为法官设计了与社会保持距离,清高孤傲,学识渊博的“学者型”的理想形象。

日本的司法改革则是在现代法制发展到新的历史阶段之后,适应社会需要而进行的根本性政治社会体制的重组,其宗旨实际上是实现更大程度的自由化,打破垄断,以自由竞争促进经济、政治和法律的活力和发展。社会在扩大和调整司法的社会功能和地位的同时,要求司法实现民主化、自由化——不仅要打破法官职业的垄断,让律师和检察官等能够进入法官行列;而且要打破职业律师对法律事务的垄断,允许非法律家进入法律代理等工作中。对法律家、特别是法官,则要求他们更加接近社会、接受民众监督和民意的制约。在法官的人事任命上,计划改变仅仅由最高裁判所来决定下级审判机构的法官任命名单的做法,设立对法官人事进行外部监督的组织(反映国民意志的任命咨询委员会),同时明确人事鉴定的主体资格和判断标准,订立申请再议的程序。在这方面,中日两国对法官素质的要求和改革目标具有明显的逆向性。

需要注意的是,中国的现代化课题尽管还并没有完全完成,但却与现代世界共同面临着许多相同的“后现代”课题,例如新型纠纷和诉讼的频发,消费者权益保护运动,环境保护,经济的全球化,法律对弱者的保护等等,这就使中国司法改革的问题愈显复杂化和多元化,道路和方案的选择更需慎重。

第三,司法模式不同。如前所述,日本早已完成了西方法的移植,建立了独立的司法机制,并形成了自身的传统。在此基础上,其改革实际上与其他西方国家相似,带有一定的“后现代”特色,即改革现代法制和司法程序固有的弊端,如程序复杂、成本高昂、拖延以及过高的技术化和对抗性,以简易、便捷、低廉、平和为改革的基本目标。并通过建立小额诉讼程序,发展ADR,促进社会纠纷解决途径的多元化和

与此不同的是，中国在建立现代法制的过程中，曾形成了自己独特的诉讼模式。在民事诉讼方面，其显著特点是：程序设计和运作上的常识化、非对抗性、简易化、强职权主义、重视司法效率，在理念上则历来强调积极的司法工具主义、实质正义和司法效率。一方面，审判方式改革和司法改革的重点是转换诉讼模式，努力建立健全现代诉讼程序，确立程序正义的理念和与国际接轨的程序保障制度。而另一方面，尽管原有的诉讼模式已经发生了不同程度的变革，但由于社会条件和法制环境的原因，在一定程度上仍然保留着其固有的影响力，在诉讼量增长、法院压力加大，以及新型诉讼不断涌现的情况下，中国的司法改革在追求司法效率、实质正义、司法简易便利的同时，往往容易导向某种形式上的回归。现代社会需要具有创新能力的司法，对法官的素质和威望，及其自由裁量权的要求必然随之提高，而这又恰恰与中国社会目前对法官的整体评价形成巨大的落差。因此，改革目标在很大程度上取决于法官的素质和司法体制；同时又在客观上受制于法制环境、当事人的能力以及民众的法律意识和价值观。

最后，中日两国司法改革的指导思想和基本理念不同。尽管改革都是基于对现行制度的批判和危机意识上发动的，但是由于背后的经济社会原因和动机各有不同，因此，虽然不乏相同的课题和相近的思路甚至相似的举措，但二者的差异依然清晰可见。例如：在司法运作原理上所分别追求的精英化与民主化；司法精密化与常识化；司法独断与多元化；内部独立化与外在监督的结合等方面，两国的思路都显示出迥然不同的个性。即使在最为相似的法律教育模式的选择上，即法学院(Law School)的理想方面，从产生的结果看，日本法科大学院的追求高质量的法律家培养模式也与中国追求法律家普及的JM模式不可同日而语。

## 二、日本司法改革的启示

毫无疑问，由于中日两国司法改革的主客观因素和现实环境方面存在着诸多差异，我们不可能简单地照搬日本司法改革的思路及方案。此外，对于日本的司法改革，我们也仍然有理由提出许多质疑。

首先，需要质疑的是，日本的经济衰退与司法制度及其运作究竟有什么关系？司法改革真正能够促进日本社会经济的发展吗？众所周知，日本的司法制度在战后的运作以保守而稳健著称，据其国内统计，日本民众对法院的权威和公正性评价颇高，并逐步上升。而在世界上，日本的“小司法”路线（即法律家人数少而精且分工细致，诉讼率相对较低，注重协商和解和关系维系）被评价为一种独具特色、成本低、效率高，并且具有很强的适应性的道路。而日本的协商、调解和企业法律顾问制度等，甚至在20世纪60年代对美国的企业经营之道和ADR产生过重要的影响。日本的律师长久以来以民众的代表自居，一直心仪美国的法律家一元化模式，对本国司法制度、特别是法官人事制度持强烈的批判态度，始终是司法改革最积极的推进者，然而，这是与该集团的特殊利益分不开的，因此，很长一段时间其改革的呼声在社会上始终未获得共鸣。20世纪80年代“泡沫经济”破灭之后，日本社会对其经济和政治体制的自信也随之破灭。在内外压力下，财界不得不同意进行司法改革，如果说导致财界重视司法改革的外因是“应付国际磨擦”，那么可以说内因不外乎“扩大经营自主权”。而自民党长期执政的格局被打破之后，“在内外紧迫的困境中对司法改革表现出惊人的热忱，并运用各种权力资源来动员法律界的有关方面。这里其实展现了一道很奇特的政治风景线：那个以酒馆谈合政治著称、其派阀活动的模式离民主性法治主义的理念相去甚远的政党，在权力结构真正实现了多元化的条件下，突然显得比谁都更对民主法治主义情有独钟”。虽然，我们能够理解这次司法改革的动因和目标，却仍然很难判断司法改革能否对振兴日本经济起到直接的作用，因为没有多少实证依据表明是司法制度阻碍了经济的发展，而改革后的司法能否在日本经济自由化和政治民主化方面发挥更大的作用，促进日本在国际上的竞争力，也还需要在今后的实践中观察。然而，长期形成的行之有效的制度和经验，一旦消失将不可再生；如果把孩子与洗澡水一同倒掉，又如何是好？难怪司法改革的方案如此谨慎。

其次，需要质疑的是，引进美国司法的因素能够使日本司法改革成功吗？是否会造成既有法律体系的混乱和效率的低下？日本原有的大陆法体系在战后曾数次引进了英美法因素，其中宪法的制定确实是划时代的。然而，在民事诉讼中引进的交叉质证，效果却并不理想，甚至被评价为最糟糕的嫁接。原因是显而易见的，在一个固有体系中嫁接进一个异体，期待的杂交优势并不必然产生，却很难避免功能的紊乱和变异。此外，在日本，美国的司法制度之所以受到青睐，很大程度上是因其经济政治地位的强大。实际上，众所周知，美国进入20世纪后半之后，面对司法的“危机”，也在积极地推进司法改革，出于诉讼的压力和对现行诉讼制度固有弊端的反思和批判，国会在1990年提出《民事司法改革法案》，在联邦法院系统全面进行诉讼程序改革和推行ADR。在美国，许多司法制度本身也在经受着时间和实践的检验，例如集团诉讼，陪审团制度，律师的胜诉酬金制度，甚至也包括法学院教育。美国人对世界最大的贡献，恰恰在于他们以实用主义的精神在不断创造着诸如ADR和诉辨交易之类的变通性制度，用以弥补既有制度的不足。而为了改革诉讼的延迟、高成本和程序滥用，英美的司法改革恰恰是从大陆法系借鉴了许多经验和制度，强化法院的职权管理和诉讼指挥权、促进和解等等。因此，不言而喻，美国的制度和经验并非是放之四海而皆准的，并且，不能仅根据美国的经济繁荣或衰退来判断其司法制度的优劣。当然，我们并不是说美国的制度不适用于大陆法系国家或亚洲国家，但至少，这种局部的嫁接需要慎之又慎，必须考虑到所需的制度条件和社会条件以及成本的付出（效益）。对此，有很多日本法学家也指出了日美两国法律制度的差异并非仅仅靠法律家一元化就可以改变。

接下来的问题就是，基于传统文化和社会心理，日本国民能够接受美国式的司法吗？这是比较法研究

中一个传统性的问题，无疑会有见仁见智的观点，但是唯一能够确定的是，这个问题的答案也只能留待实践和时间来回答了。

如果再进一步探讨日本司法改革的具体措施，可能提出的问题无疑会更多，而且难免会涉及到种种理论悖论，以及理想与现实之间显而易见的差异等等。

尽管存在着如此这般的一些疑问，然而，从日本司法改革的理念中，我们仍然可以汲取到许多发人深省的启示，并用以审视我们自身的改革理念。特别是，由于日本的司法改革是在经济全球化背景下展开的，这一点与中国今天面临的问题有很多共同之处。季卫东教授认为，日本司法改革对于中国最重要的启示在于应该正视社会体制与司法改革的关系，“因而中国和日本之间在司法改革方面的许多制度性举措和实践经验是互相可资借鉴的”，并对此作了精辟深刻的分析。此外，日本的司法改革能够促进我们积极思考的问题还有：怎样在建立现代司法制度的同时避免其弊端？在司法改革中如何认识和解决中国的法制现代化、本土化与全球化关系？在建立现代法制的进程中，如何协调法与社会的联系，奠定司法的社会基础，解决好司法的民主化与专门化的矛盾，法律统一与社会的多元化的矛盾，以及司法资源的短缺与司法需求增长的矛盾，等等。

在本文中，笔者不可能对这些问题一一进行探讨，下面，仅以法律职业与法律教育为重点，着重探讨当前我国司法改革中提出的司法精英化路线中存在的逻辑难题，并在下一节对法律教育问题作一个实例分析。

随着我国司法改革从程序向人事方面的深化，建立法律共同体，实现法律职业集团的精英化，推动法律运作的精密化和法律教育的实务化等问题，已经成为当前法学界最为关注的话题。特别是，由于司法官素质和所谓“司法腐败”问题已经成了改革的瓶颈，人们自然而然地把司法公正和法制现代化的希望寄托于司法官的职业化和精英化上。学历成为衡量素质的基本标准，高学历（高学位）的青年精英或学者型法官似乎预示着法院的未来。在探讨新时代法官形象时，人们的要求是：他们在严肃的法庭上身穿法袍、手持法槌，形象威严；他们能够进行严谨的法律思维和推理，判决书和学术论文写得同样精彩；同时，他们在法庭下应该与世隔绝，深居简出，决不可流连于大排档与市井之间。只有这样的法官才能真正成为精密司法的主体，也只有这样的法官才能放心让他们独立审判。

笔者认为，法官的职业化确实是我国法制建设的治本之道，保证进入法院的法官有基本的学历要求和资格是绝对必要的。如果说“精英化”是指培养司法官的高素质，并无不妥。但是，目前在精英化的问题上必须注意以下几个方面：

首先，不应仅以高学历作为精英化的标准，精英化不等于高学历（学位）化、学理化和年轻化。这里姑且不论要使20万法官都成为学者型的“精英”需要什么条件和多少时间，仅从司法实践的实际需求和法官素质的构成而言，这种判断无疑是简单化和片面的。我们既不能把学历等同于法官的职业道德，因为，没有任何证据表明高学历的人必然有更好的职业道德修养；也不能把学识简单地等同于法官必需的社会经验、良知与常识。一般而言，在现代法治社会，法律家所应具备的素质至少应包括以下三个方面：第一，法律家的职业道德。其中最重要的要求是公正和公平，这既是执法的技术问题，又是一种道德要求，鉴于司法腐败对法制权威的损害远远大于执法技术上的失误，因此，维护公正首先应被视为一种对法律家职业道德品质方面的要求。执法的公正与否很大程度上是依靠司法官的“良心”保证的。第二，法律家的职业技能，包括法律思维与推理能力、对法律规范的理解与解释技能、法律意识、掌握证据和事实的能力、思辨、辩论和撰写法律文书的能力等等。这方面的技能决定着法律运作过程及其结果的质量与效率，也就是所谓“执法水平”的问题。这些技能不同于文化素养，并非能够通过书本和一朝一夕即可掌握的，它的掌握和提高主要依赖于实践经验的积累。第三，法律家的学识，包括他们对法律规范的理解和法律意识，更重要的是他们在处理法律事务中所必需的社会常识，即对社会生活、人性、价值和利益等的深刻理解和感悟，并应该具有高度的社会责任感。对于基层法院的法官而言，一定的社会经验和人生经历还意味着对当地社会及其一般行为规范和价值观的了解，这些都是处理法律事务所必需的。因此，从基层法院纠纷解决的实际需要而言，经验派与学院派的结合，年轻与年长法官的互补，具有更实际的价值和意义。

其次，“精英化”在语义上隐含着对“平民化”和“社会化”的否定，在这个意义上，过于强调精英化可能会导致与司法民主化的背离。当我们为“司法腐败”痛心疾首时，不应该把司法隔绝于社会之外作为通向司法公正的唯一道路；在极力追求司法独立时，也不能把社会和民众的合法监督视为禁忌。总之，在实现法律家精英化的同时，不能不面对一个难以解决的悖论：怎样协调职业法律家的精英思维与民众常识思维（社会意识），即司法民主化的问题。

世界各国的司法制度在现代化之初，都曾面临这样的问题。美国把司法民主化视为司法公正的基础，在这样的理念指导下设计了民选法官和陪审团制度。经过长时间的发展，尽管终身制职业法官已经越来越普遍，陪审团也不再应用于每一个案件的审判，但通过社会化的律师，通过地方法院与高级法院的分工，通过宪法保证的陪审团制度，司法民主化的精髓仍然渗透在其司法制度之中。与此相反，德国早期的法官职业化并没有使其脱离法西斯政治的控制，在战前的历史上曾留下了耻辱的一页。战后德国的宪法法院和参审制，以及扩大民众对司法的利用，都体现了对司法民主化的追求。日本的司法改革又一次清楚地昭示：司法民主化并没有成为一个过时的理念。长久以来，日本社会一直以其廉洁、公正、保守和独立的法院和法官自诩，关于这一点我们并不存异议，并且很自然地希望以此为榜样让我们的法官也如此清正廉洁。然而，在这次司法改革中却尖锐地对这些真正的精英提出了质疑。

季卫东教授指出：“必须承认，自我封闭式的法院系统有效地保障了审判的清廉公正，职业终身

制也有助于法官像手艺人那样毕生不间断地琢磨改进法庭技术和积累审判经验，从所谓“精密司法”的判决质量很高以及职业法官所享有的无与伦比的社会威信等方面的事实我们都可以确切地感受到日本现代司法模式的成功之处。但是，其代价是法官逐步脱离市民社会。法院与日常生活世界“鸡犬之声相闻，老死不相往来”。洁身自好的审判人员为了避嫌，大有把一切好友故旧的酒会邀请都当做凶险“鸿门宴”的架式，犹有甚者连挑儿女亲家都不肯容忍“非我族类”来攀龙附凤。久而久之，职业法官的正义感就与一般老百姓的正义感发生了不同程度上的游离和隔阂。在仅凭对法律的忠实和精通就可以应付裕如的案件的审理过程中，外行与内行的乖背倒也不至于导致严重的问题。然而，由于现代社会日益复杂化、动态化，法律中没有明文规定的纠纷层出不穷，需要法官在审理案件时临机应变、进行适当的裁量和规范创造，这时判决能否得到社会的普遍认可、能否充分正当化就成为“兹事体大”了。换言之，按照现代宪政主义的观念，法律必须由民意代表制定；当法官的角色限于严格适用法律时，采取职业终身制当然是无可厚非的，然而法官一旦染指法律的创制活动，职业终身制与代议民主制的冲突就会显露出来；于是乎，法官的判决也必须接受民意的洗礼——这就是当代各国强调司法参与或民主司法的基本逻辑。

“站在这条思路上来考察自1985年以来日本司法改革的过程、特别是最近三年来的司法制度改革审议会的活动和各种提案，我们可以更清楚地认识到，这次司法改革的主轴是把法院从“精密司法”的判决作坊转变成“民主司法”的公共领域、从只容许“内行看门道”的剧场转变成也容许“外行看热闹”的广场，使日本除了国会这个政治性审议的论坛之外另行设置一个规范性推理的论坛。这两个公共领域的不同在于：前者采取“少数意见服从多数意见”的原则，后者采取“整体意见尊重个人意见”的原则。在某种意义上也可以说，法院的广场化意味着审判活动的进一步政治化。如此这般的变化过程里存在着一个非常有趣的悖论：有些方面职业法官的功能加强了（例如在法院内也创造规范），但另一些方面职业法官的功能却相应地被减弱（例如到法院外去解决纠纷），甚至正是审判权的扩大导致了审判权的缩小（例如“审者受审”式的司法监督和司法参与）。然而，换一个角度来看，民主化、政治化的“大司法”或者“积极司法”也未尝不会反过来导致政治的司法化——审判者取代立法者成为秩序的重心所在，规范性推理的论坛对于社会公共性的重构越来越重要，其结果，现代法治主义原则将逐渐地真正渗透到包括政治决定在内的国家活动的各个方面当中去。”

显而易见，上述理念与我国司法改革中人事部分的指导思想几乎背道而驰。其基本逻辑是：司法民主化以及法官与社会的联系，是法院能够参与决策、行使自由裁量权、创制规则的正当化基础；有利于良法的产出以及司法与社会的亲和。相比之下，纯粹的职业化和精英化的法院和法官则更适于严格遵守既定的法律程序，精密地适用法律规则，保证法律适用的统一。就我国现阶段法官的实际情况而言，或许更应该以后一种标准来塑造我们的法官，通过职业化实现精密司法。然而，另一方面，由于我国的实体法和程序法远未达到完备，在社会转型期面临层出不穷的新问题和社会冲突，法院又不得不大量行使其裁量权进行利益的平衡和规则的发现，这样，法官的社会经验就更加必不可少。纯粹的学院派固然能够进行严谨的推理，但是脱离了社会常识和经验，脱离了地方性知识，一个基层法官的判决怎样保证其合理性并为社会公众认同？随着司法功能的扩大，法院将在参与决策、进行司法审查的过程中发挥越来越重要的作用，社会对其要求也将越来越高。因此，法官的良知与社会良知不仅不能隔离，反而需要更加密切。在中日司法改革研讨会上，一位日本法学家兼律师宣称：“司法的独立就是对人民的依赖”，道出了他们在这次司法改革中的基本理念。诚然，目前提高我国法律家素质的关键，无疑应是实现职业化和真正的独立，克服法律家的地方化、关系化；但是，司法民主化的理念仍然是不可忽视和否定的。我们社会一向倚重的对司法的外在监督，实际上正反映了社会的这种需求。因此，如何认真对待这一悖论，处理好司法精英化与民主化，以及司法独立与社会监督的关系，的确是我们不可忽视的重要课题。

再次，精英化并不意味着贵族化。在我国现实条件下，由于当事人和社会条件所限，律师的法律服务仍属于高消费，因此，法官的作业方式停留在粗放状态，人数众多，分工不细。实际上，司法官并不具备与社会脱离的经济条件和社会条件。毫无疑问，我国目前司法官们的收入明显偏低，甚至不足以让他们衣食无忧、抵制各种物质诱惑，物质利诱与关系网的作用结合在一起，是对法官在办案中保持中立和公正的最大威胁。从根本上，提高司法官的薪俸是必然趋势，这既是司法公正的物质基础，也是实现司法官身份保障的前提。但是，把法官公正、特殊身份和精英化的标志说成是深居简出的贵族化生活，则显然是片面的。在今天，一个用自己不够丰厚的工资到大排档吃饭的法官（当然不应身穿法官制服），要比在高档星级饭店夜总会心安理得地享受律师招待的法官更值得赞赏，因为后者已经失去了公正的前提。此外，从当代司法改革的总趋势而言，为当事人提供简便、低廉的纠纷解决途径，也是司法的宗旨之一，因此，就全国范围而言，在基层法院的一般民事纠纷中（尤其是适用简易程序的案件），律师代理未必会成为普遍和必需的。在当事人本人诉讼中，要求法官更多地尽到释明义务、对程序诚实信用的把握和对判决的说理解释，这些都需要法官更好地体谅民情，不仅会使用法言法语，而且需要适当运用民众能够理解的通俗话语甚至方言，在举止上也应该平易近人。应该说，披上法袍并不意味着就是正义的化身，法官的独立和公正主要是靠其良心和职业道德保证的，而非非因其贵族化的私人生活而产生。

最后，精英化更重要的是实现司法官素质的整体提高，为此，应确立符合实际、切实可行的标准。任何国家法律家的教育程度和收入水平都是与一个社会的整体发展状况相适应的，并且与法律家的人数相关。我国以往司法官整体学历偏低，并不是因为《法官法》和《检察官》所定的标准太低，而是因为连这一下限在许多地方上不能实现，为了保证司法官素质的整体提高，恰恰应该从全面落实这一下限标准开始。当这一近期目标之后，随着社会整体文化教育水准和层次的提高，法官的学历标准自然会逐步相应提

高。目前片面追求高学历化式的精英化,实际上并不利于提高司法官的整体素质。例如,对两法的修改和统一司法考试,表面上提高了法律家入门的标准,实际上又留下了变通的可能,这无异于加剧标准的不统一和现实差距的扩大,进一步造成了司法官素质的参差不齐:一方面,一些不发达地区的法院连本科生仍属罕见,不得不对标准进行变通,导致法定标准在地方性的变通下被虚置,甚至使司法机关成为安插地方官僚亲属子女的场所;另一方面,一些发达地区过早实行了学历的高消费,在职法官忙于提高学历;学历和论文成为评价司法官业绩和水平的标准;司法官的选任完全被名牌大学的高学位毕业生所垄断,法律本科几乎已经无缘进入法院大门。不仅如此,学历化=精英化的模式更大的危险,还在于容易导致人们忽视甚至无视对法律家进行专门化的法律实务培训的重要性。

### 三、关于法律教育的实例分析

上述关于法律家精英化的意见,绝不意味着笔者反对法律家接受高等教育,恰恰相反,笔者认为,解决司法官素质低下的关键就在于把住进入渠道,严格标准,统一培训,把司法官的选任从地方的控制中解脱出来。我们可以看到,法律家精英化的口号及其错误理解,直接刺激了高等法学院法律教育的市场需求,同时也阻碍了司法专业培训制度的建立。笔者曾经专门撰文论证当务之急并非提升法律家的学位教育,而是应该尽快建立法律家的职业培训制度。而目前最为合理和经济的方案,应该是经过统一司法考试后,进入(法官、检察官和律师统一的或分立的)实务培训机构,由此获得法律家的任职资格。也就是世界上大多数国家,尤其是大陆法系国家普遍实行的制度。然而,已经设立的法官学院和检察官学院并没有承担起这一使命。而近年来,法律硕士(JM)的设置却使市场需求和人们的功利主义动机发挥到极致——在最短的时间内,学校取得了规模和收入的增长,大批现任司法官取得了更高的学位学历,体现在学历比例上的司法官素质得到了迅速提高,大量非法律专业的人获得了最快捷地进入法律职业的途径,大量法律家被源源不断地培养出来。面对种种关于法律硕士质量的非议,仅仅以其原型是美国的法学院来论证其合理性显然是难以服人的。在这里,我们再次以日本司法改革中提出的法科大学院方案(东京大学方案)为例进行比较研究,来看一下法学院的移植至少应该考虑和解决哪些基本问题。

中国与日本的大学法律教育属于大陆法系类型,即大学主要是以法学体系性、通才教育为主,注重人文精神的培养和知识的系统性与科学性,毕业生在毕业后仍然可以由多种择业选择,而其中选择作实务法律家的人,需要经过严格的司法考试,合格者进入作为专门培训机构(日本是司法研修所),经过专门的职业培训,才能成为法律家。这种大学法律教育与职业培训之间的合理分工,是迄今世界上多数国家采用的法律家教育模式。而美国特有的法学院教育,则不设置大学本科阶段的法学教育,而直接由法学院承担职业培训的使命。来自各种专业的本科毕业生在法学院获得从事法律实务所需的各种专门知识,毕业后再经过司法考试成为律师,通过律师职业生涯的经验积累,再从中选任出法官。两种模式各有优劣,大陆法系的模式更重视法律职业的分工和专门化;而美国的模式则更重法律家的一元化和司法的民主化。但两者有一点是相同的,即法律家的职业培训必不可少;而这正是我国法律教育和法律家培养中最迫切需要而又缺如的环节。日本之所以考虑引进美国法学院模式,是为了增加司法的民主化和社会化程度;而我国的法律家从不缺少与社会的联结,并无这样的特定需要。至于认为美国模式可以使从事法律职业的最初年龄更趋向成熟的说法,同样可以通过为期两年的司法培训和实习来弥补,况且我国恰好是以年轻化作为精英化的标志的。

笔者并不认为美国的制度不可借鉴、不能移植。然而,在借鉴移植中必须注意的是,我们不可能把两种相互对立和冲突的制度同时建立在同一块土壤上。为了培养高素质的法律家,美国的法学院确实有其独特的价值,但是要在原有的体系中引进法学院模式,至少需要解决以下几个问题:

首先,在准备全面移植法学院之前,必须解决如何与现有的法学本科法律教育相互衔接的问题。选择那一种模式都有其合理性,但唯一不能允许的是,让两种相互冲突的制度同时存在。日本在考虑法科大学院的方案时,感到最棘手的,就是如何与原有本科法学教育衔接的问题。经过激烈的争论,东京大学的方案提出,以法律本科生为基础建立法科大学院,作为本科后教育。其中主要来源为法律本科毕业生,实行两年制专业教育,其他专业的毕业生(少数,约占四分之一)则需要学习三年。只有法学院毕业生才可以参加司法考试,进入法律家行列。这样,在进入司法考试之前的法律教育实际上比过去延长了。

而我国设立法律硕士(JM)时,并没有把如何与本科教育衔接的问题考虑进去。近年来,受过系统法学教育的四年制本科生已经不敌仅经过两到三年速成法律教育的JM,遇到了严重的就业危机。由于不允许法律本科毕业生报考法律硕士,这些系统学习四年的法律本科学生实际上成了牺牲品。目前,有关方面已经提出法律教育向JM教育转向的意见。然而,JM真的提升了法律教育的水准吗?实际上,非法律专业参加JM学习后,尽管拥有硕士学位,但实际学习法律专业的时间和效果甚至不如本科生;因此, JM实际上提升的仅仅是学位,反而降低了法律专业教育的水准,缩短了实际的专业学习时间。在现有的大学法律教育体系和方式并未进行调整的前提下,以这种方式批量生产所谓复合型法律实务型人才,其结果不仅难以达到职业培训的目的,而且必然造成极大的资源浪费,并且使这一社会工程演变为改善个人竞争条件(或升职)的机会,而完全无助于法律家整体素质的提高。即使在“拉动经济”和提高在职司法官的学历上有某些立竿见影的效果,但其带来的结构性的混乱和后患则不是短时间可以纠正的。

其次,要从法学教育向法学院的职业教育转化,必须考虑到现有的大学能否承担专业培训的任务,或如何使其具备进行实务培训的能力。这不仅涉及教育者能力与既定目标的协调问题,同时也关系到如何协

调法学的批判性思维与法律实务的逻辑思维的问题。就第一个方面而言，不言而喻，并非任何一个法学教授都自然而然地能够培养实务法律家，也并不是任何一门法学课程都是实务法律家所必需的。因此，法学院式专业培训是以教育者具备丰富的实务知识和经验，教育方法符合实务需要为基本要求的。为此，美国法学院以著名的案例教学、临床教育和苏格拉底教学法为基本方式，试图教会学生“像法律家那样思维”，并能够应对法律实务中的各种实际问题。而一个以体系性、学理性教育为主的大学，要想承担专业实务培训的职能，决不可能一蹴而就。

另一方面，还必须注意到，本质上，法学教育和法律教育有所区别的。作为一门科学，法学应具有体系性、原理性和批判性的特征，以理性思辨和逻辑自足为基本要求；而且，法学是批判性的，并不必须以忠实现行法为基本原则——它不仅能够建构系统的理论体系来阐明法的本质和价值，而且能够通过现行法的积极评价、批判和重构，成为推动法律发展的动力。相比之下，法律实务则以现行法为基础展开，其基本要求是严格性、统一性、操作性和保守性，以及消极主义原则。这样才有助于培养实务法律家对现行法的信仰与忠诚，恪守自己的权限，有所为而有所不为，以保证法律适用中的统一性、连续性和稳定性。这些区别不仅决定了严格意义上的学者与实务法律家必然在法律的运作和发展中扮演不同的角色；与之相适应，这两种角色的职业道德和素质的要求、乃至知识结构都应有所不同。而且，这种区别也决定了法学教育和法律教育各自的价值和不可替代性。法学教育并不等于法律家的职业教育培训，大学法学院的体系性、原理性法学教育和实用性的实务法律教育是可以、并应该相互区别的。即使在美国，法律二者也是有本质区别的。

针对这方面的问题，日本提出的改革方案是：其一，法学院（即法科大学院，下同）不能取代司法研修所的职业培训；其二，只有经过专门设立的中立评价机关评定的大学，才有资格举办这样的法学院，并必须接受定期评估。具有认证资格的法学院将在全国招收法学本科及部分非法律本科生，进行深造，只有其毕业生才可以参加司法考试，进入法律实务界。这样，使法学院教育成为衔接普通法学教育和司法培训之间的一个环节。第三，法学院的培训形式不再以大教室讲义为中心，而广泛采取研习班讨论的方法。并聘请法官、检察官、律师等具有实务经验的职业法律家任教。同时，在课程设置上也考虑到了法学与法律实务之间的衔接与过渡。由此可见，法学院的设置，目的是在丰富现有的法律教育，使其社会化和实务化，增加受教育者的年限，并与法律家一元化形成配套，以改善法官任职前社会经验和修养不足的问题。

相比之下，尽管关于法律院校毕业生实务能力差的怨言充斥可闻，但我国的法律硕士（JM）教育却是在原有的教育机构、人员、方式方法和教师素质没有发生任何改变的情况下匆匆上马、迅速普及的。我们经常看到的现象是：众多来源不一、法律知识和经验相差悬殊的学生们在同一个大教室（至少50—60人，多则100—200人）、听教师用满堂灌的方式讲授各种法学原理；既没有实习，也很少研讨，学生没有时间读书，其中主要精力和时间都在用来对付外语过关，另一部分时间用于写学位论文。而他们的教师，很多甚至从没有进过法院的大门；却擅长用批判的精神对现行制度和判例进行分析。对于现任的司法官而言，这样的教育或许最多不过使他们对现行法制产生更多的批判精神，而对那些没有任何法律知识的初学者，除了大致把握法学知识体系的框架外，怎么可能被培养成一个能够从事法律实务工作，具有职业道德和法律思维能力的合格的法律家呢？即使此后他们通过了司法考试，获得了某种资格证书，但是，在任职前仍然没有任何专业培训，试问，由此怎能使法律家的整体素质得以提高呢？

第三，法学院的设置必须考虑到社会对法律人才的需求，在保证质量的前提下保证一定数量法律人才的合理产出。我们看到，日本建立法科大学院的第一步，是与法律家一元化的进程相适应，制定出循序渐进、逐步发展的法律家增长目标。司法考试合格者人数从2001年1000人，到2010年增至3000人。而为数很少的法科大学院对招生人数也做出了规划，东京大学预计招收法律本科生150人，非法律毕业生50人。而我国近年来法律教育的所谓多层次、多渠道的无序状态，是所谓司法大跃进的显著标志之一，而如果遵循教育和法律的客观规律，事先经过认真论证、小心决策，这些本来是可以避免的。然而，或许是市场的需求被无条件地引入法律教育领域；或许是这一领域涉及了太多的主管部门及其利益，因此，出现了为发展而发展，以数量规模为一切的结果。至今，尽管司法考试已经开始作人数上的控制，但法律教育的整体规模仍然在继续扩大；JM教育已经成为一个具有诱惑力的大市场。

最后，法学院的设置必须考虑与司法培训制度的衔接。日本的司法改革尽管设立了法律家一元化的目标，却并没有取消现有的司法研修所的动议。因为每一个日本法律家都承认，司法研修所是他们法律生涯的起点，经过这一阶段，他们才开始懂得法律的现实运作程序，才开始形成共同的法律思维和理念，才开始与法学家及纯粹法学拉开距离，才开始接受法律职业的行为准则。一言以蔽之，只有这样的专门司法培训才能真正完成一个学生向一个实务法律家的转变。日本的法律家认为，即使完成了法律教育向实务化的转型，并且实现了法律家一元化，即从律师中选任法官，也不能废除司法培训制度。显然，试图通过JM教育，把我国现有的法学院或法律系改造成美国式的实务培训机构，决非想象中的易事。这不仅意味着需要把传统法学从法学院彻底清除出去，而且必须以资深律师中选任法官作为制度前提。我国既没有法律家一元化的制度基础，又迟迟不建立急需的司法培训机构，唯图急功近利地建立并快速推广了JM教育。这种割裂必要条件和相关联系的“改革”，是能够实现其标榜的目标，只需对其运作和产出作一点真实的实证考察，就一目了然了。

不言而喻，以上实例分析并不能改变JM教育已经形成的既定事实和相关各界从中已经获得的既得利益，因此，笔者无意于也并不试图推动决策者对它的否定；同样也不是反对对现行法律教育进行任何改革。这里所做的，不过是以此为例，说明一个真正的改革绝不可以基于局部的利益，也决不应把“摸着石



头过河”视为颠扑不破的真理，至少，应该让每一个公民对改革有一点发言权和参与权；是“改革”的成本、风险及其所带来的负面效应降到最低。

### 结语

中日两国的司法改革都刚刚开始，因此，目前对于改革的任何结论性的意见或许都为时过早。改革战略方案的论证，目的是集思广益，选择最适宜的路径，避免不必要的损失，争取最好的效果。而方案确立之后，则必须密切关注并及时解决实施中遇到的问题。比较法和法社会学最重要的研究方法，不仅在于运用以往的资料需求最佳的方案和途径，还在于对现实的处于动态的法律现象进行实证的跟踪性研究。这也是笔者在本研究中所持的态度。

（作者系中国人民大学法学院教授，日本名古屋大学法学博士）

### 注释：

[1]笔者在题为“世界司法改革的潮流、趋势与中国民事审判方式的改革”的文章中，对中国与西方司法改革的异同作了具体分析，指出：由于历史背景和政治社会体制不同，这两种司法改革的目标呈现出某种逆向性。并提出了对我国司法改革问题的意见，请参阅。有关世界各国司法改革的内容，已有大量文献作了专门论述，本文不再赘述。请参阅：刘立宪、谢鹏程主编：《海外司法改革的走向》，北京，中国方正出版社，2000年；徐昕著：《英国民事诉讼与民事司法改革》，北京：中国政法大学出版社，2002年；齐树洁主编：《民事司法改革研究》，厦门大学出版社，2000年等。

[2]例如，1975年设立了“司法三曹协议会”，以协调各法律职业间的关系；1990年日本辩护士连合会（律师协会）提出《司法改革宣言》；1991年改革了司法考试制度；1995年修改《民事诉讼法》等。有关情况还可参见潘剑锋、杨素娟：“日本司法改革之评价”，载《中外法学》2000年6期，以及“中日司法改革研讨会”（中国人民大学法学院、2001年6月）材料：（日）石川元也：日本司法制度改革的现状与课题。

[3]具体内容包括：司法改革的宗旨；建构能满足公民需求的司法制度；法律家人数的大幅度增加；公民的司法参与等，详细介绍可参阅季卫东：世纪之交日本司法改革述评，载《人民法院报》2001年11月5日。

[4]在这个意义上，统一司法考试的意义不可能估计过高，因为它仅仅提供了若干可能性，而没有解决法律家任职前的专门培训问题。如果把司法考试作为资格考试，考试合格者即可成为司法官，则实际上并没有提高其整体素质，反而割裂了资格考试与一定的实务训练和经验积累（无论是通过作书记员或是当律师，或者是专门的司法培训）之间的联系，降低了法官的标准。相比之下，大陆法国家的司法考试属于入门考试，与任职前培训相通，法官从基层法院逐步升迁；而美国的司法考试则在法学院的职业培训完成后进行，属于律师（而不是法官）的资格考试，律师必须经过若干年实践经验的积累才可能成为法官。

[5]日本司法改革中由律师界提出的意见是认为，高度精英化的法官过于脱离民众和社会实际；法院内部的升迁制导致法官的独立性受到破坏，因此，需要加强民众的司法参与。具体意见是：首先，在案件审理中引入以（当事人）选择制为基础的陪审制，从国民中随机选出陪审员参加案件评议，决定刑事案件中的有罪或无罪，以及民事诉讼得胜诉或败诉的判断。其次，采用参审制，随机选出普通民众作为“审判员（裁判员）”，和法官一同审理，具有与法官同等的评议权。例如在劳动争议案件的审理中，民众裁判员能够弥补职业法官在判断时所缺少的社会常识和平民意识。

[6]目前基层法院适用简易程序审理的民事案件已经占80%以上，最高法院正在制定司法解释，扩大和规范简易程序的适用。

[7]具体目标是：争取在2004年使现行司法考试的每年合格者人数提前达到1500人，到2010年增至3000人（为2001年1000人的3倍），从而使从事司法实务的法律家人数在2018年左右达到5万人规模（为2001年约2万人数的2倍以上），实现法官和检察官人数的较大幅度增加。预计其中法官人数将增加500至700人。到2020年，司法考试以3次报考为限，但合格率从2000年的占应考人数的3%左右提高到70至80%（但前提是只允许法科大学院毕业生报考）。

[8]有关材料参见（日）小口彦太：日本的法科大学院构想（中日司法改革研讨会材料）。

[9]严格地说，中国以往的法律体系是结合了社会主义法、大陆法以及传统法律文化及现实性要素综合而成的独具特色的模式。请参见拙作：简论马锡五审判方式——一种民事诉讼模式的形成及其历史命运。

[10]前引季卫东：世纪之交日本司法改革述评。

[11]刑事诉讼法中尽管早已明确规定仅有口供不能定罪，某些检察机关仍然“标新立异”地创造了所谓“零口供”改革，并将其与所谓“沉默权”混为一谈，一时被媒体大加炒作。实际上，许多称之为改革的措施，往往都源于法律本身并没有被严格遵循。

[12]应该承认，由司法机关发起和推动的司法改革具有重要的积极作用。尽管这种改革最初可能是起源于一种简单的功利性动机（如民事审判中的举证责任，最初是为了提高办案效率而全力推行的），但一旦启动就可能成为推动改革的重要一步，并可能在短期内出现明显的效果，有利于克服司法机关长期以来存在的某些错误做法或惯例，并以一种积极的态度回应社会对司法公正和效率的需求。司法机关作为改革的主体，还有利于通过司法实践设计出符合司法实际需要的改革方案。同时，在国家的总体改革方案不可能很快出台的情况下，实际上也只能由司法机关来充当改革的先行者。然而，另一方面，这种方式的改革

自始就不可避免地存在着固有的、不可克服的局限性。

[13]例如，程序方面的改革如果完全以法院为基点，容易出现以追求效率和业绩导向（往往体现在收案率、结案率、当庭判决率、审限等指标中）的理念和程序设计，如在强调法律真实、程序正义的同时，忽视社会的整体利益和当事人的实际情况，简单免除法院的职权调查、释明权或义务；限制诉讼合并和变更诉讼请求；扩大法院受案范围，如协议离婚等；在诉讼收费上也存在。这不仅容易诱发法院在市场经济条件下的市场化倾向，而且实际上会增加当事人的诉讼成本和负担。

[14]参见拙作“司法改革的现状与问题”。近年来相关论文和意见很多，不再一一列举。

[15]但另一方面，由于此次日本的司法改革的目标是使民众更多地参与司法运作，从而使法律成为国民的、而不仅是政治家和法律家的法，因此，亦被理解为“尚未经历过现代化的日本”走向现代化的构想。参见：棚濑孝雄著，易平译：《现代日本的法和秩序》，中国政法大学出版社，2002年，312页。

[16]关于我国原有民事诉讼模式的分析，参见拙作：简论马锡五审判方式——一种民事诉讼模式的形成及其历史命运，这里不再赘述。

[17]参见朱景文：比较法社会学的框架和方法，第6章“法律职业的比较研究”，中国人民大学出版社，2001年。

[18]前引季卫东：世纪之交日本司法改革述评。

[19]前引季卫东：世纪之交日本司法改革述评。

[20]见谷口安平著，王亚新、刘荣军译：程序的正义与诉讼，38页，中国政法大学出版社，1996年。

[21]棚濑孝雄对此有深刻的分析，见“法律家一元制的构想和现代司法的建构”即“司法改革的视角——现代·后现代”，收入前引棚濑孝雄著：《现代日本的法和秩序》。作者指出：主张通过国民的司法参与来实现这种“面向国民”、反映国民意愿的司法的法律家一元论中，世上隐含着巨大的矛盾和对立（300页）。此外，美国的司法理念是通过一系列相关的制度相互配合共同实现的，如陪审制度、法官选举制度、诉讼费用分配制度，等等；没有这些前提条件和基础，个别制度的移植很难产生期待的效果和目的。

[22]前引季卫东：世纪之交日本司法改革述评。

[23]毫无疑问，职业化与精英化虽然被很多人在同等意义上使用，实际上却并非同一概念，职业化的概念比精英化更为合理和准确，并可以减少许多误解。

[24]实际上，正是由于把法官素质等同于学历教育的误区，使已经建立的司法官培训机构热衷于学历教育，而没有发挥应有的其职前专业实务培训的功能。

[25]具体分析论证参阅拙作法律家素质及法律教育刍论。关于这个问题，王晨光教授作了精辟的分析，在其题为“法官的职业化精英化及其局限”一文中，他提出应“认真反思，认识职业化和精英化所具有的某种局限性”。这些局限包括：判决的形式化，法律运行中的繁文缛节，法律行业的垄断性，诉讼程序中财力和时间的大量投入，等等。”他认为需要考虑三个方面的问题：一、职业化和精英化的设想，是否能在当前中国的各个基层法院中行得通。二、正规化教育培养出来的精英与乡土社会的关系。三、法律与其他社会规范的关系，和法律的局限性问题。该文载《人民法院报》2002年5月27日、6月10日。

[26]前引季卫东：世纪之交日本司法改革述评。

[27]法官员额制和精简可能会刺激律师业，诉讼程序和举证责任等方面的改革也会增加当事人在诉讼活动中对律师的依赖。对社会而言，这一方面可能会将一部分诉讼的公共成本转化为私人成本，并导致总体上诉讼成本的大幅增加；另一方面，当事人本人诉讼的价值也会极大地受到否定，而这本是当代西方国家司法改革所追求的目标之一。

[28]在日本的民事程序改革中，为了促进当事人的和解，强调法官要脱下法袍，在圆桌前与当事人用平常的话语对话交流。

[29]范愉：法律家素质及法律教育刍论，。

[30]对法律家进行从职业道德到专业技能等全方位的实务培训，不仅能够使法律家在思维和技术上达到相对统一和较高水准，全国统一的培训制度还有利于打破地方录用的种种弊端，使法律家的整体素质相对接近和稳定；而且，这才是法律家共同体形成的真正途径。同时，统一司法考试后的专门培训，恰好能够使来自所谓多种类、多层次的“法律教育”的学生，在这里获得任职前的统一。

[31]贺卫方：法律教育向J M教育的转向，《人民法院报》2002年5月10日。认为法学本科“学习时间只有短短的四年，又必须在法律之内与法律之外进行两线作战，年龄幼小又无法使学习者真正地领悟法学的真谛，把握法律职业的 necessary 技能，我们的法律教育便只能是进退失据，左右为难。”其实，如果加上两年的司法培训，这些进入实务界的法学本科毕业生将受到6年的法律专业教育，其中包括必不可少的职业道德方面的专业培训；而现在的非法律专业本科生在法律硕士毕业后仅能受到不到两年的法律教育（因其大部分时间在学习外语）。两者年纪相同，在素质上孰优孰劣，应当是一目了然的。

[32]详细分析见范愉：法律家素质及法律教育刍论。

[33]美国的法学教育与世界其他国家的大学法学教育都不同，因此有必要区别两种不同意义上的法学教育。苏力教授指出：“从某种意义上说，美国的法学研究即作为学术性的法学教育和研究并不仅仅、甚至主要不是在法学院中进行，而是在其他系、科或法学院附属的研究所、中心进行的。之所以出现这种现象，首先是由美国法学院的性质决定的。法律训练和教育在美国属于职业训练，最早是由律师事务所进行的，后来才正式进入大学；进入大学后也一直作为职业训练学校。其目的是培养合格的律师，学生一毕

业就可以进行法律实务的操作。由于这一目的，法学院集中力量进行种种律师的技能训练，学术性探讨也是为培养合格和优秀的律师而附设的，在法学院并不占主导地位。……这种制度和训练在功能上保证学生遵循现存的法律，保持了法律的稳定性，并进而对美国法律和政治的稳定起了重要作用。这是一种相当有效的保守的（不带贬义）的法律教育制度。”苏力著：法治及其本土资源，北京：中国政法大学出版社，1996年，320—321页。关于美国法学院J.D.的情况，还可参见王健：中国的J.D.？——评“法律专业硕士学位教育”，收入贺卫方编：中国法律教育之路，83页以下。

[34]参见棚濑孝雄：法学研究生院的构想和法社会学教育，收入前引棚濑孝雄著：《现代日本的法和秩序》。

[35]实际上，如果全面实现了从资深律师中选任法官，司法研修所的功能有可能会逐步消亡，而通过律师的继续教育，完成从律师到法官的资质培养过程。

附：笔者近年关于中国司法制度及其改革的相关论文：

1. 世界司法改革的潮流、趋势与中国民事审判方式的改革，载《法学家》1998年2期
2. 简论马锡五审判方式——一种民事诉讼模式的形成及其历史命运，载《清华法律评论》第二辑（清华大学出版社、1999年4月）
3. 司法改革的社会机制，载《检察日报》1999年6月
4. 论法律家的培养，载《检察日报》1999年12月8日
5. 程序正义观念与社会现实，载《工人日报》1999年12月18日
6. 司法改革的现状与问题，载《检察日报》2000年4月20日
7. 法律家素质及法律教育刍论，《人大法律评论》2000年卷第二辑
8. 小额诉讼程序研究，《中国社会科学》2001年3期
10. 现代司法理念的建构，载《检察日报》2001年7月17日
11. 司法官的理念，载《检察日报》2001年7月20日

文章来源：中国民商法律网

---

### 相关文章：

---

[新老法律现实主义：今非昔比（上）](#)

[新老法律现实主义：今非昔比（下）](#)

[返回](#)

---

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址：北京市东城区沙滩北街15号 邮编：100720

[RSS](#)