

我国陪审制度的历史及其改革 ——兼论中外“陪审”之“陪”的语义差别

唐东楚

(中南大学法学院, 湖南长沙, 410083)

摘要:我国陪审制度之“陪”,从清朝末年的引进,发展到如今的人民陪审员制度,其中内含了多重的语义和价值吁求。现行立法中的“人民陪审员”,既不是英美法系大众化的“陪审团成员”,也不是大陆法系专家化的“参审员”。人民陪审员制度的改革,应当把握人民陪审之“陪”的语义及其折射的伦理价值需求,在达成共识的基础上,平衡和协调民意监督、政治民主和司法借力这“三重价值期望”,保证人民陪审员的实质性参与,将现行人民陪审员制度“一分为三”:根据不同情况分别实行人民陪审团制度、机册(人民)陪审员制度和专册(人民)陪审员制度,真正实现人民陪审的司法借力和“民主”功能。

关键词:陪审之“陪”;人民陪审员;语义分析;三重价值期望;三元立法重构

中图分类号: D926

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2012)02-0080-08

我国当今对于陪审制度改革的期望和冲动,在一些“伤不起”的轰动性案件,如药家鑫案、李昌奎案、夏俊峰案、许霆案、南京彭宇案等等之中,裹挟着互联网时代的汹涌民意,显得从未有过的急迫。遗憾的是,人们只知道这些案件要“陪审”,却不知道在制度和行动上如何“陪好”,不知道到底需要一个什么样的陪审制度或曰参审制度才好。我国陪审制度之“陪”,从清朝末年“陪审团”制的引进,到现行的“人民陪审员”制,在“陪审”抑或“参审”的问题上,几经变迁,现在已经多少有点“名不符实”:人民陪审其“名”——虽与英美法系式的陪审团制之“陪”相同,人民陪审其“实”——却与大陆法系的参审制之“参”相近,但它既不是英美法系的“陪审团制”,也不是完全意义上的、大陆法系式的“参审制”。当今人们要么纠结于现行人民陪审员制度在立法上的“存”与“废”^①,要么抛开已有的立法,各自凭着对陪审之“陪”的理解,尝试所谓“新型”,或者根本没有法律依据的“非法”陪审制度类型:比如西安市中级人民法院在药家鑫案件审判过程中,现场向旁听人员发放《旁听人员旁听案件反馈意见表》,以征询民众对药家鑫案件量刑意见;比如河南省各级法院尝试的“人民陪审团”制度,以及陕西省高级人民法院在刑事审判工作中试点的“陪审团”制度等等。一时间,“院院试点、庭庭

当先”,我国陪审制度改革似乎出现了前所未有的“热闹非凡”景象。学界对此褒贬不一,褒者谓之“制度创新、值得探索”,贬者谓之“违法改革、‘四不像’”^②。语词的背后是价值的吁求,并非单纯的技术操作问题。为了解开现行人民陪审员制度的存废心结和改革乱麻,有必要对我国陪审制度之“陪”,进行语义和伦理价值上的分析,以解决好“什么是陪、为什么要陪、怎样陪好”的问题。

一、我国陪审制度的由来

我国陪审制度从清朝末年的引进,到新中国的“人民陪审员制度”定型至今,其中的“陪”,被赋予了不同的制度内涵:清末立法引进英美陪审团制时期,是“讯万民”式的陪审团式的“陪”;武汉国民政府时期,是“陪参有别”即区别陪审团制和参审制,而且二者兼有的“陪”;共产党领导的陕甘宁边区和新中国解放时期,则是与群众路线、大众司法等联系在一起的,具有较强政治意义的、参审和旁听相结合的、形式多样的“陪”。这个时期的我国陪审之“陪”,只是保留了“陪审”制之名,已经全无清末引进时的“陪审团”制之实。所谓的“陪审员”,也不再是清末的“陪审团

收稿日期:2011-06-15;修回日期:2012-01-09

基金项目:中国博士后基金和中南大学博士后基金资助项目(2011M501306);湖南省社科基金项目“我国社会主义法律权威维护研究”(08YBB024)

作者简介:唐东楚(1968-),男,湖南武冈人,法学博士,中南大学法学院副教授,中南大学哲学(伦理学)博士后流动站在站博士后,主要研究方向:民事诉讼法,司法制度。

成员”，而是群众“参审员”或者“评审员”，并逐渐演变、定型为现行的“人民陪审员”。

我国引进陪审制度，法律文本始于1906年的《大清刑民民事诉讼法》(草案)。该草案第4章第2节“陪审员”的规定，内容上是模仿英美国陪审团制的。按照起草该法案的法律大臣沈家本、伍廷芳等的“拟请先行试办折”，陪审制与我国古代《周礼·秋官·官刺》的“三刺”之法，即“讯万民，万民必皆以为可杀，然后施上服、下服之刑”，以及孟子的“国人杀之”是相吻合的^{[1](100-103, 74)}。伍廷芳曾留学英国，对英美法颇有研究，其对英美国陪审团制的重视可想而知。但沈、伍的提议最终“胎死腹中”，“该制度似乎根本就未受到重视，它从中国法律改革的日程中渐趋式微，既无对其认真施行的企图，也无认真地反对”^{[2](32)}。只是湖广总督张之洞在《遵旨覆议新编刑民民事诉讼法折》中，对陪审制的反对，在当时国人的大众心理层面，颇具一定的代表性。他认为，陪审员制仿自英国，英国人重公德能自制，陪审员固然有益无害，但法国和德国的仿效，已经多有流弊。中国和日本一样，并不适合陪审员制，因为洁身自爱的绅士不愿来公堂，而愿意到堂陪审的人多为劣绅、讼棍。对于类似陪审团制的数名陪审员，张之洞反问：“假使彼此推诿，竟无一人应招，又将如何？且以一案之故，而知会至三十人之多，其为烦扰，亦太甚矣。”^{[1](67, 124-125)}该草案虽然最终成为弃案，在实践中并没有得到施行，但不能不说是我国历史上成文法规定陪审制度的开端。

1927年武汉国民政府出台了《参审陪审条例》，实质上参审制和陪审(团)制在不同法院进行了规定。即，在最为基层的设在乡镇中的人民法院^③，除审判官外，并设参审员1人，参与法律及事实的审判，该参审员根据案件的不同，分别由该人民法院所在地的党部、农协、工会、商会、妇女部等推选；在县市以上的法院或中央法院，除设庭长及审判官之外，兼设陪审员，参与事实点的审判，陪审员2~4人，其选出方法、任职资格、任职年限、责任追究等，均与前述参审员同。二者唯一不同的是：参审员全程参与所有法律和事实问题的审判，而陪审员只参与事实问题的审判。审判评议取决于多数，如果审判官与参审员都仅有1人，而又各持不同意见时，该审判官有决定权，但参审员不服时，可以当场声明并于2日内书面申请该法院的直接上级法院审定，未经审定之前，审判中止进行。这些规定虽然只在旧中国的局部地区得到试行，效果并不理想，但“开辟了我国陪审制度的先河”^{[3](603-605)}。

共产党领导下的陪审制度，已经没有英美法系陪

审团的制度特点，而是一种结合政治上群众路线的“参审制”，不时夹杂着群众公审、群众代表或旁听群众“发言评审”等机制。

有据可查最早规定陪审的共产党解放区法律文件，当属1932年的《裁判部暂行组织及裁判条例》，该条例第13、14、15、19条等，对陪审作出了规定。其中第15条明确规定：“主审与陪审员在决定判决书时，以多数的意见为标准，倘若争执不决时，应当以主审的意见来决定判决书的内容，如陪审员之某一人有特别意见，而坚决保留自己的意见时，可以用信封封起送发上级裁判部去，作为上级裁判部对该案件的参考。”而后来解放边区一系列关于陪审制度的法律文件，陪审员并无案件事实和法律的裁判权，而只有陈述意见权和案件评议权，没有案件判决结果的决定权，但审判人员对陪审员的意见不采纳的，应当予以释明^④。

1949年的《旅大市高等法院关于建立人民陪审制(草案)》，可能是较早提出“人民陪审”的法律文件^⑤。该草案明确指出，建立广泛的人民陪审制，是实现司法工作群众路线的具体办法，对于“开展法治思想教育，建立新民主主义的司法制度，使人人学会司法，参与司法，真正达到司法工作的民主化、群众化的方针”，是非常必要的^{[4](387)}。1950年的《最高人民法院组织法暂行大纲(草案)》第10条规定：“废除国民党法院危害人民、脱离人民之一切审判方式，实行人民法院联系人民教育人民之审判方式”，第11条规定，为避免旧法院法官脱离人民的主观武断之通弊，各级人民法院除法律禁止公开审判的案件以外，同时实行“人民陪审制”和“听众发言制”。^⑥人民陪审员由与案件有关的群众团体推派，陪审员有协助调查，参与审判和发表意见的权利。到场的听众在遵守法庭秩序的情况下有发表意见的权利。同时，该草案第21条、第23条、第24条，还规定了审判员与有关人民团体、人民群众组织推派的陪审员组成“临时人民法庭”，各级法院内设“非专业审判员”，以及单位内部选举审判员、陪审员若干人组成“同志审判会”等。^{[5](35-36, 38)}这些规定，应当是新中国“人民陪审员制度”的直接源头和出处。

1954年的《中华人民共和国宪法》第75条，第一次以宪法文本的方式，规定：“人民法院审判案件依照法律实行人民陪审员制度。”同年次日通过的《中华人民共和国人民法院组织法》第8条和第9条第2款也明确规定，人民法院审判第一审案件，除简单的民事案件、轻微的刑事案件和法律另有规定的案件以外，实行人民陪审员制度，由审判员和人民陪审员组成合

议庭。同时,该法第3章第2节专门规定了“人民陪审员”,并在该节的第36条规定:“人民陪审员在人民法院执行职务期间,是他所参加的审判庭的组成人员,同审判员有同等权利。”至此,“人民陪审员制度”得以基本定型。这个阶段的人民陪审员制度受到空前的重视,是一种原则上必须予以使用的合议庭组成形式。

新中国人民陪审员制度由盛而衰的一个标志,至少从法律文本上看,是1982年的宪法。人民陪审员制度的条文在该宪法中消失了。此后修改的1983年《人民法院组织法》,删除了1979年《人民法院组织法》第9条关于人民法院审判第一审案件“实行人民陪审员陪审的制度”的整个条款,并将原法第10条第2款关于人民法院审判第一审案件,“由审判员和人民陪审员组成合议庭”的规定,改成“由审判员组成合议庭或者由审判员和人民陪审员组成合议庭”。这样就将人民陪审员制度,变成了一种可有可无的选择性适用制度,人民陪审员不再是合议庭的必然组成人员。至此,人民陪审员制度已经彻底沦为一种由视情况需要,而决定是否适用的象征性制度。此后出台和修正的三大诉讼法典都作出了相同的规定。尽管自1998年开始,并以2004年《关于完善人民陪审员制度的决定》为显著标志的复苏,在具体程序操作上对人民陪审员制度进行了完善,但并没有从根本上改变其无宪法依据和被选择性适用的立法状况。

二、中外陪审之“陪”的语义差别

中文“陪审”之“陪”,具有“从旁协助”的意思。陪审即“旁审”。《现代汉语词典》中的“陪审”是指“陪审员到法院参加案件审判工作”,“陪审制”是指“公民参与法院审判案件的制度”^{[6](860)},没有说明陪审员参加或参与审判的具体方式和效果。我国学者在介绍国外陪审制度时,一般用“陪审制”表达,而对应的中国制度,一般用“人民陪审员制”或者“人民陪审员制”表达,从而与正式法律文件中的“人民陪审员”“陪审员”或者“陪审制度”相呼应。这一点并非随意为之,而是别有深意的^{[7](192)}。非专门研究人员,往往将这些称呼和表达,因时因事而异地予以混用。

陪审制的名称问题,虽然因为文化和语言的差异难以统一,但“陪审”一词的中西互译,确实暗含着对陪审制伦理价值问题的不同理解和期望,并非简单的翻译技术问题。英文“jury (system)”和“juror”的

中文翻译,现在基本上是统一为“陪审团(制)”和“陪审员”^{[8](757)}。这种翻译将“juror”的“陪审团成员”的原意,直接简化成了“陪审员”,而且在我国当今的语境中已经得到定型和固化。汤维建教授认为这样翻译是有问题的,因为就“陪审团成员”在法庭上的地位和作用而言,本身就是案件事实问题的“主审”,丝毫没有中文“陪审”或者“旁审”的意思。^{[9](175)}

历史上看,“陪审”“陪审员”等并非中文的固有词汇,而是清末年间,具体说是19世纪初以后,西学东渐的“舶来品”。1856年出版,并由英国人编译的香港英汉对照教科书《智环启蒙》,是迄今为止发现的最早介绍国外陪审制度的书籍。其在介绍英国陪审制度时,将英文的“jury”第一次翻译成中文“陪审”和“陪坐听审”^[10]。这里的“陪审”或者“陪坐”,或许是针对法官(judge)的“审”判或者“坐”堂而言的。晚近的文獻,多将“juror”翻译为“有名声的百姓”“集景”(juror的音译)、“乡绅”“副审良民”“批判士”“衿耆”“有声望者”“绅董”“绅士”“陪审者”“陪审人员”“陪审官”“陪审人”“陪审员”“陪员”等,意指参与陪审的人,而且一般具有较高的声望和较好的品行;多将“jury”翻译为“呢哩”(jury的音译)、“陪坐听审”“陪审”等,意指陪审制度。

在“陪审”一词的西来中译中,一开始更注重对陪审“人”的介绍,而没有特别留意不同陪审“制度”之间的区别。晚近介绍“juror”的文獻,也比介绍“jury”的要多。在“陪”字这一点上,往往只见其“形”不见其“神”。我国现行人民陪审员制度名曰“陪”,但与英美法系陪审团之“陪”却相去甚远。因为前者以“人民陪审员”的个人名义,从头至尾与法官一起对案件事实和法律进行审理和判决,与法官享有同等的权利和义务。而后者则以“陪审团”的团体名义,就案件事实进行裁决,与法官对法律的适用一起构成对审判权的分割。现行人民陪审员制,近似大陆法国家的“参审制”,而非英美法国家的“陪审团制”^{[11](前言2)}。也许基于这种考虑,《现代汉语词典(第5版)》在原来版本的基础上,取消了“陪审制”的词条,而将“陪审”解释为“非职业审判人员到法院参加案件审判工作”,并增加了“陪审员”的词条,且将其解释为“人民陪审员的简称”^{[12](1028)}。言下之意,人民陪审员是“非职业审判人员”。按照我国现行法律术语的表达,审判人员包括人民陪审员和审判员,审判员即职业法官。

中文“(人民)陪审制”和“(人民)陪审员”的英文翻译,从其近似大陆法系国家的“参审制”或曰“参

审员”而言,应当翻译成“(the people’s) assessor system”和“(the people’s) assessor”,不能翻译成英美法系国家的“陪审团制”(jury system)和“陪审团成员”(juror)。

“assessor”在英汉双解词典中的解释是“评税员、估价员(person who assesses taxes or the value of property)”,或者“陪审法官、法庭技术顾问(person who advises a judge in court on technical matters)”^{[13](72)}的意思。尽管也有“陪审法官”的翻译,但除了约定俗成的因素之外,“assessor”实在看不出多少“陪”的影子。^⑦中国法制出版社1999年和2005年出版的《中华人民共和国民事诉讼法:汉英对照》,均将该法典第40条中的“陪审员”^⑧翻译成“judicial assessor”。^⑨贺卫方教授曾特意指出,人民陪审制的英译,不是“the people’s jury system”,而是“the people’s assessor system”。陈光中教授的刑事诉讼法再修改专家建议稿中也将其翻译为“the system of people’s assessors”。杨开湘教授在引用了前述两位教授的英译之后,认为我国现行的“人民陪审制”或“人民陪审员制”,还不是严格意义上的、典型的陪审制度,还不宜将其通约为“陪审制度”,只有到将来注重了人民陪审员的公民性和“去精英化”,才可以用“陪审员制度”等名称,可以考虑英译为“juror system”^{[14](64)}。2011年4月在湘潭大学召开的中美陪审制论坛,也将中美“陪审团制/人民陪审员制”,翻译为“the Jury/Assessor System”。

从中文语义上看,陪审之“陪”在中国人的大众心理层面,一般具有从属性、辅助性的含义。陪审是针对法官的主审、正审而言的。陪审员不像法官一样是法庭的主人,而是处于次要地位的“陪客”“副审(良民)”“旁审”。正如汤维建教授指出的那样:“‘陪审’这个名称,与现在颇为流行的‘陪读’、‘陪聊’等‘陪客’角色,在不经意间会造成同构化的解释或误读。”^{[9](174)}最有代表性的例证,莫过于清末大臣张之洞在反对引进陪审立法时,对“观审”“会审”“陪审”之间区别的深刻分析。他在分析了1906年《大清刑事民事诉讼法》(草案)的两个相关条文对“陪审”用词的错误后,惊呼:“前条于外国官误‘观审’为‘陪审’,此条于中国官误‘会审’为‘陪审’,一误再误,绌已伸人,聚六州之铁,真不能铸此大错也。”在他看来,涉外案件中的外国官员应当是“观审”、中国官员应当是“会审”,都不应当是所谓的“陪审”,否则就会危害中国的司法主权。观审是不发一言,不参一议,与堂下观览者无异;会审是会同审办,无主客、正副之别;陪审既有审讯和判断之权,也有客审、副审或者“陪同审判”“旁观审判”的负面含义。^⑩

三、人民陪审员制度的改革: 三重价值期望与三元立法重构

价值在满足需要的同时,又包含着人们的理想和期望。^{[15](272)}人们之所以对当今的人民陪审制度改革“爱恨交加”,其中一个主要原因,就是模糊了该制度的价值属性和价值期望。人们并不确切地知道自己到底需要什么,知道到底哪些需要是人民陪审员制度所能满足的,哪些需要是人民陪审员制度所不能满足的,只是出于自身一时的理解和需要,对其寄予不同的期望。这些期望又相互纠结,反过来使得现行的人民陪审制度改革具有“不能承受之重”。有学者指出,当前我国陪审制度的改革,在一些基本问题上尚未达成共识、更未形成制度,如:参审制抑或陪审制、民主抑或民意、人民陪审抑或公民陪审、专家抑或“法家”、法律安全抑或社会公正、分享审判权抑或监督审判权。^{[16](722-728)}

陪审制度的价值,简单地说,分为政治上的民主价值和司法上的公正价值两大部分。司法上的公正价值又分为吸收民智、监督分权、消化不满、效率效益等。这些不同层次的价值之间又相互驳杂、相互纠结。但就我国现行人民陪审员制度的价值属性和期望而言,人们主要容易纠结于以下三个方面的期望:

第一,民意监督的期望。即期望人民陪审员能够代表民意参加审判,从而构成对职业法官的监督和分权。这种期望一般为普通民众所拥有,具有民众参与司法、促进司法民主的驱动。这种期望也可以称为“草根期望”。“草根”是相对于“精英”而言的。普通民众尤其是网民,对于一些敏感和轰动性的案件,具有强烈的“陪审”愿望,而且往往以英美国家的(民众)陪审团制为样板,指责我国人民陪审员制度不够民主化、平民化和大众化,矛头直指《关于完善人民陪审员制度的决定》第4条中关于人民陪审员的大专学历要求,和实践中所谓的“专家陪审员”,指责其偏离了“草根民主”,质疑其精英化、职业化、专业化和专家化。^⑪这些愿望表现在药家鑫案件、李昌奎案件、南京彭宇案等网络媒体中尤为突出。西安市法院等试行民意代表旁听发言制、旁听人员反馈意见表等,在某种程度上无疑是对这种民意监督期望的积极回应。这种期望,在有意无意中忽略了英美国家(民众)陪审团制与我国现行人民陪审员制在理念和结构上的不同。英美国家的陪审团成员与我国的人民陪审员,在文化素质、专业能力上的要求是不一样的:前者无需必要的学历条件,也无需必要的专家比例和数量;后者则必

需具备一定的学历条件,最好是某个方面的代表、权威或专家。人民陪审员如果连起码的法律知识都不明白,或者文化程度理解能力太低,必然会变成法官的依附甚至累赘,最终沦为摆设或者陪衬。这些都是被大陆法系的非职业法官制度和我国人民陪审员制度的实践所证明了的。

第二,政治民主的期望。即期望审判工作贯彻群众路线,具有政治民主的功能。这种期望一般为人大立法和最高法院的司法解释所拥有,具有司法民主、司法监督的政治蕴含。群众路线不仅是我党的“三大法宝之一”,而且是司法工作“延安精神”^⑤的传承。陪审制度作为政治民主的“象征”,任何当政者都不会轻易否定和取消之,这在全世界都是如此。托克维尔在谈到美国的陪审制度时,曾经指出:“陪审制度首先是一种政治制度,应当始终从这个观点去评价陪审制度”“陪审制度赋予每个公民以一种主政的地位,使人人感到自己对社会负有责任和参加了自己的政府”^[17](313,316)]。我国的人民陪审员制度不仅契合人民法院审判工作的“群众路线”^⑥,而且或许可以在某种程度上监督司法、遏制腐败,恢复和提升公众对司法的信心。也许这就是作为我国法院系统最应该讲政治的“最高政治发言人”——最高人民法院,为什么主动为自己“套上枷锁”,成为人民陪审员制度改革最大“推手”的原因所在。

第三,司法借力的期望。即期望人民陪审员能够代表法院和法官之外的智识资源参加审判,从而构成对职业法官的“给力”和“援手”。这种期望一般为法院和法官所拥有,具有司法借力、司法效率和效益的驱动。现实中关于人民陪审员专家化、专业化的尝试和呼吁^⑦,就是这种期望的回应和表现。怀抱这种期望的法院和法官,既想人民陪审员“帮忙”和“添花”,又怕人民陪审员“帮闲”和“添乱”:用得好,不仅可以给法院添加低廉的审判人力资源,解决“案多人少”的问题,而且可以对法官的智识资源起到弥补作用,可以增强审判的民主性、正当性和可信赖性。甚至在调解和执行中,人民陪审员因为生活环境、价值观念与案件当事人贴近的原因,往往具有职业法官所不具有的亲力和便利性;用得不好,不仅于办案资源无补,而且还会徒增内耗,使法院审判蒙尘甚至蒙羞。当然,如果仅为办案方便,法院完全可以像以前一样继续动用人民陪审资源,而无需“大张旗鼓”地推进该制度的复苏,甚至可以根本不依靠该制度,而从其他途径提升自身的“办案能力”,比如扩大简易程序适用范围、推行法官助理制度等等。但法院和法官还是顶着公众的各种猜测和质疑,不遗余力地推行和“配

合”人民陪审制的实践和改革,在某种程度上也是为了回应民意监督和政治民主的需要。

人民陪审到底该如何“陪”?从我国社会对人民陪审的价值期望的立法重构入手,或许可以考虑走一条英美法系“陪审团制”和大陆法系“参审制”之外的“第三条道路”。有识之士对此早已作了不少的研究和探讨。

龙宗智教授指出,从“相对合理”的角度,在承认诉讼民主化是我国乃至世界各国司法改革根本大势的同时,可以考虑让陪审团制度试验和参审制度并存过渡,“让实践来作出选择”^[18](408)]。何家弘教授在分析了陪审制度的三种功能(司法民主、弥补法官知识和经验不足、补充审判人手)之后,指出我国人民陪审制度的改革应当建立人民陪审员、人民陪审团和专家陪审员“三元一体”的陪审制度,并且将其体现在《中华人民共和国陪审法》(草案)学者建议稿中。^[19](334-352)]汤维建教授在分析了现行人民陪审制度的“名实之别”后,指出应当将其更名为“人民参审制度”,同时将其改造为平民参审团制度和专家参审员制度,前者追求民主的政治价值,后者追求借力的技术价值,前者由当事人作为法定诉讼权利提出申请,后者则在当事人放弃对前者的申请后,由法官根据案情需要斟酌决定。^[9](176)]彭小龙博士将我国人民陪审员制度的多重期望和实践不足归结为“职能异化”,进而提出应当进行“职能分化”的设想。^[20]蔡彦敏教授反对这种提法,认为人民陪审的根本价值或曰真谛和精髓在于政治民主和权力制约,而不能本末倒置,打着“职能分化”的旗号落入司法工具价值的窠臼,而忽视了我国人民陪审制度的根本的、内在的民主价值。^[21](22)]这些观点和设想上的分歧和差异,恰恰印证了我国现行人民陪审员制度在“陪”与“参”、“民主”与“借力”等多重期望之间的纠结。

我国陪审之“陪”的语词使用由来已久,其制度改革绝非简单的改“陪”为“参”就可以大功告成的,关键还是要看“陪”字背后的理念变革和制度创新。透过我国陪审之“陪”的语义和现行人民陪审员制度的“三重价值期望”,为保证人民陪审员对于案件审判的“实质性参与”,获得当事人、法院、人民陪审员以及社会各方的普遍认可和支持,应当在达成共识的基础上,将现行人民陪审员制度在立法上“一分为三”:根据不同情况分别实行人民陪审团制、机册(人民)陪审员制、专册(人民)陪审员制^⑧,从而走出政治作秀和司法陪衬的怪圈,真正实现“民主”功能。这种“三元立法重构”具体如下:

第一,人民陪审团制。这种制度是针对民意监督

期望的，完全仿照英美国家陪审团制而设计的人民陪审员制度。具体做法是，在中级以上人民法院，针对重大、复杂的一审刑事案件或者社会争议极大的一审民事案件^①，刑案如“药家鑫案”、民案如“南京彭宇案”等，设立人民陪审员制。这种制度完全仿照英美国家的陪审团制，由人民陪审员集体裁决和认定事实，由职业法官适用法律。具体做法如下：①规定刑事被告人 and 民事当事人对法定的刑、民案件有申请人民陪审员审判的权利。刑事被告人或者民事一方当事人提出申请并符合法定情形的，法院应当采用人民陪审员审判，没有提出申请但法院认为应当由人民陪审员审判的，应当告知刑事被告人或民事当事人双方并取得其同意。②对人民陪审员团成员采取“一案一选任”。陪审团成员并非来自法院的人民陪审员名单，而是临时从案发地或者审判地的群众中随机抽取^②，并接受双方当事人(即刑案中的被告人和公诉机关、民案中的原被告双方)的审查和质疑。③对人民陪审员团作出的无罪裁决不得提起上诉，对其审理的民事案件事实部分，非经法律规定不得再行审理。上级法院只有在确认陪审团有重大过错或程序违法时，才可以推翻其关于案件事实的裁决，且必须作出改判，不得发回重审。^③这种人民陪审员团制不同于河南省 2010 年试点的“人民陪审员”^④，不是河南意义上的“评审团”，而是地地道道的、能够裁决事实问题的“审理裁决团”。

第二，机册(人民)陪审员制。这种制度是针对政治民主期望的，是现行人民陪审员制度的基本保留。因为通过计算机(电脑)摇号的方式，在已经提请任命的人民陪审员名册中，随机抽取具体个案的人民陪审员，故而简称“机册(人民)陪审员制”，以区别于后文的“专册(人民)陪审员”制。具体做法是，在基层人民法院，针对一般的刑、民和行政一审案件，保留现行的人民陪审员制。这种制度尽管实践效果有不尽如人意的地方，但从诉讼效率、诉讼成本、案件审判以及陪审规范的“合法性”来看，无疑是改革成本最小的现成路径。这种人民陪审员制只限于基层人民法院的第一审程序，不适用于二审或者中级以上人民法院的一审。这种人民陪审员制是现行我国人民陪审员制的限制性保留，留“陪审”之名，行“参审”之实，但不是所谓的专家参审或者团体代表参审，而是普通的平民参审、群众参审，参审员是经基层法院提名人任命，并且建立了计算机名册的。之所以采用电脑随机选号^⑤，主要是为了避免少数“陪审专业户”或者“编外法官”现象，避免人民陪审员制度失去应有的广泛的群众性。^⑥

第三，专册(人民)陪审员制。这种制度是针对司

法借力期望的，可以考虑移植大陆法系的专家或者团体代表参审制。因为通过法院提名人任命并且建立专门的名册以供当事人挑选或者法院指定，具有一定的行业或团体的代表性、专业性，故而简称“专册(人民)陪审员”制，以区别于前文的“机册(人民)陪审员”制。^⑦具体做法是，在各级人民法院，针对环境污染、知识产权、医疗事故、消费者权益保护、食品安全、计算机犯罪等涉及专门技术、专门知识和重大公益的一审或者二审^⑧刑事、民事和行政案件中：①由法律明确规定专册(人民)陪审员制的案件范围，可以采用列举式立法；②规定由当事人申请或者人民法院依职权决定是否适用该制度。人民法院依职权决定的应当征得双方当事人同意，或者在征求当事人意见的基础上作出决定，当事人可以对人民法院适用该制度的决定提出复议；③各级法院按照案件类型设作为专家或者行业、团体代表的人民陪审员名册，以供选用。借鉴仲裁案件中对仲裁员的选定办法，由当事人在名册中共同选定、商定或委托人民法院指定专门名册中的专家型或者行业、团体代表型的人民陪审员参审案件。这种制度，除了陪审员具有专业性、专家性或者行业团体代表性，以及不采用电脑摇号方式决定个案陪审员之外，其他方面都与现行人民陪审员制度无异。关键是要赋予、激活并尊重案件当事人的程序选择权，在是否适用普通程序、是否适用陪审以及由哪些陪审员参与陪审等方面要尊重当事人的主体地位和“意思自治”。^⑨

当前我国正在创新社会管理，其关键就是公众参与。人民陪审员与人民调解一样，都是我党“群众路线”和我国“人民当家作主”的优良传统，是人民群众参与和创新社会管理的有效途径。人民陪审员对于民意监督、政治民主、司法借力具有十分重要的意义。在《人民调解法》实施一周年之际，《人民陪审员法》或许也应当在社会各界对人民陪审员之“陪”达成共识的基础上，适时进行三元立法重构，以促司法和法治。毕竟，法治是最好的社会管理手段，“司法”(administration of law)的本义就是“法的管理”。

注释：

① 至今仍有学者指出人民陪审员制度的改革也许不是“向左走”或者“向右走”，而是“到底要不要走”的问题。参见吴丹红：《中国式陪审：向左走，向右走？》，湘潭大学诉讼法研究中心，中美陪审制论坛文集，2011：240。

② 分别参见邓红阳：《河南高院“人民陪审员”挺立潮头》，法制日报，2010-06-23(9)；南都讯：《陕西高院首现“陪审团”》，南方都市报，2011-03-11(A40)。

- ③ 这里的“人民法院”没有政治上的特别含义,仅指设在乡镇一级的法院。武汉国民政府《新司法制度》废止了司法机关的行政厅用名,改称法院,分中央法院和地方法院,中央法院分为最高法院和控诉法院(冠以省名)两级,地方法院分为县市法院(冠以县市之名)和人民法院两级,人民法院设于镇或乡村。
- ④ 参见1930年《晋察冀边区陪审制暂行办法》第11、15条,1942年《晋西北陪审暂行办法》第13、14、16条,1946年《山东省陪审暂行办法》(草案)第5、10条等规定。
- ⑤ 我国现行人民陪审员制的“人民”二字,虽不能确证是否始于这个时期。但“人民”二字显然具有深刻的政治民主和群众路线意义,是与我党我国“一切权力来自人民”,以及司法的“人民性”密切相关的。
- ⑥ 这种制度实质上是参审制和群众旁听制的混合体。囿于历史的局限,这种起源于陕甘宁边区时期的审判制度,在很大程度上主要是出于政治上的考虑,实践中往往与巡回审判、群众公审等相结合使用,其本身具有形式多样性和随意性,对人民陪审员的推派资格、人数、程序以及权利义务等都缺乏明确具体的规定。学者的研究成果表明,这种随意而且过分强调政治功能的人民陪审员制度,不仅其维护司法公正的作用有限,而且一旦不能合理驾驭,甚至可能蜕变为一种民众的合法“暴力”。参见侯欣一.从司法为民到人民司法:陕甘宁边区大众化司法制度研究.中国政法大学出版社,2007:353-355。
- ⑦ 汤维建教授因此建议将我国现行的人民“陪审员”改称“参审员”,将“人民陪审员”改称“人民参审员”,因为“陪审员”的称呼,不仅在翻译和用语上词不达意,而且很容易在实践中带来诸如“陪同审判”等消极观念和负面效果。参见汤维建.论民事诉讼中的参审制度.汤维建等.民事诉讼法全面修改专题研究.北京大学出版社,2008:173-175。
- ⑧ 这里使用的是“陪审员”的表述,1990年的现行《行政诉讼法》第46条沿袭了这种表述,但1997年的现行《刑事诉讼法》第147条则使用了“人民陪审员”的表述。
- ⑨ 分别参见中华人民共和国民事诉讼法:汉英对照.中国法制出版社,1999:27.“中英文对照法规系列”:民事诉讼法与仲裁法.中国法制出版社,2005:15及脚注。
- ⑩ 引自和参见张之洞《遵旨覆(核、覆)议新编刑事民事诉讼法折》对该刑民诉讼法草案第255条和第258条的按语。转见陈刚.民事诉讼法制的现代化.北京:中国检察出版社,2003:128-129。
- ⑪ 相关的质疑文章主要有:秋风.陪审员不应专业化.新闻周刊,2004-05-03;周永坤.人民陪审员不宜精英化.法学,2005(10);欧阳晨雨.“精英化”不合“人民陪审员”制度的初衷,涂文.我为什么没资格参选“人民陪审员”.南方周末,2005-04-21.转引自人民陪审员制度不宜精英化 民众应有资格参选. <http://www.sina.com.cn>;胡赳赳,韩雨亭.专家评说新陪审员制度:半职业化身份易滋生腐败.新闻周刊,2005-04-21。
- ⑫ 延安时期是我国革命胜利的转折点,其成功的经验自然是需要继承的法宝,即当代语境中的“延安精神”。
- ⑬ 作为人民法院审判的群众路线典型的“马锡五审判方式”的创始人,马锡五就曾谈到:“实行人民陪审,不仅可以吸引群众参加国家管理,提高人民群众的主人翁思想和政治责任感,而且,可以使审判工作置于人民群众的监督之下,不断提高审判质量,以防止错判。”参见马锡五.新民主主义革命阶段中陕甘宁边区的人民司法工作.政法研究,1955(1)。
- ⑭ 分别参见唐东楚.论人民陪审员的适度专家化.湘潭大学诉讼法研究中心.中美陪审制论坛论文集.2011:241-248;金华.论人民陪审员的专业化.湘潭大学诉讼法研究中心.中美陪审制论坛论文集.2011:256-263。
- ⑮ 相关内容借鉴了何家弘主编的《中华人民共和国陪审法》(草案)学者建议稿。参见何家弘.中国的陪审制度向何处去:以世界陪审制度的历史发展为背景.中国政法大学出版社,2006:335-352。同时考虑到我国语境中的“人民陪审”和“人民陪审员”指称已经基本固化,出于习惯的考虑,仍然保留了“人民陪审”的前缀,但要注意(人民)“陪审团成员”与(人民)“陪审员”之间的区别。
- ⑯ 何家弘教授的陪审法草案建议稿将人民陪审员团制仅限于重大刑事案件,但笔者认为如果运用得好,民事陪审团的作用和重要性丝毫不亚于刑事陪审团。不仅美国宪法第七修正案明确规定了民事陪审团,而且托克维尔在论及美国的民主时,对民事陪审团更是“情有独钟”,称其拯救了英国的自由,是美国人政治常识和实践知识的主要来源。参见[法]托克维尔.董果良译.论美国的民主(上卷).商务印书馆,1988:315-317。
- ⑰ 这样从当地群众中随机“一案一选任”地抽取确定人民陪审员团成员,对于民意监督的价值期望和草根民主的吁求,在互联网时代尤其显得急迫和重要。
- ⑱ 这样在某种程度上可以保证公众日常生活逻辑对司法的渗透,从而兼顾审判的社会效果和法律效果,兼顾法律的“稳定性”和“与时俱进性”。
- ⑲ 河南的试点只是由随机抽取的公民代表组成陪审团旁听庭审的全过程,休庭后对案件事实和量刑问题讨论达成书面陪审意见提交合议庭以供参考,是典型的“旁听团”或“评审团”,有回归解放边区时期人民陪审雏形和新中国初期“听众发言制”的意蕴。这种试点将人民陪审本已沦为“非实质性参与”的“参”,不失务实地降格为真正意义上的“陪”,尽管“名至实归”,但确有陪审、评审、旁听、观审的“四不像”之嫌。
- ⑳ 参见我国现行《关于完善人民陪审员制度的决定》第14条。
- ㉑ 参见最高人民法院副院长沈德咏就《全国人民代表大会常务委员会关于完善人民陪审员制度的决定》答记者问。
- ㉒ 这里的“专册(人民)陪审员”包括但不限于当今实践中的专家型人民陪审员或曰专家陪审员,但不宜是法律或法学方面的专家陪审员,因为法官本身就是“法律专家”。
- ㉓ 基于陪审在事实认定方面的优势以及“事实审”的审级考虑,只有在一审没有适用专册(人民)陪审员制度的案件中,经双方当事人书面申请,才可以在二审中适用该制度。其他两种方式的人民陪审制——人民陪审员团制和机册(人民)陪审员制,都只能在一审程序中适用,而且除非法律另有规定,一般不得在二审中推翻一审关于事实问题的裁决和认定。
- ㉔ 分别参见唐东楚.论民事陪审中当事人的程序选择权——兼谈<关于完善人民陪审员制度的决定>的“再完善”.中南大学学报(社会科学版),2007(1):35-38;范登峰,易慧琳.激活沉默状态的陪审申请人——关于人民陪审员制度适用范围的探讨//湘潭大学诉讼法研究中心.中美陪审制论坛论文集.2011:249。

参考文献:

- [1] 陈刚,张维新.清末<刑事民事诉讼法>的形成背景及争议[C]//陈刚.民事诉讼法制的现代化.北京:中国检察出版社,2003:100-103,74.
- [2] 黄宗智.法典、习俗与司法实践:清代与民国的比较[M].上海:上海书店出版社,2003:32.
- [3] 朱勇.中国法制通史(第9卷,清末·中华民国·卷)[M].北京:法律出版社,1999:603-605.
- [4] 中国社会科学院法学研究所民法研究室民诉组、北京政法学院诉讼法教研室民诉组.民事诉讼法参考资料(第2辑)[M].北京:法律出版社,1981:387.

- [5] 中国社会科学院法学研究所民法研究室民诉组、北京政法学院诉讼法教研室民诉组. 民事诉讼法参考资料(第2辑·第1分册)[M]. 北京: 法律出版社, 1981: 35-36, 38.
- [6] 现代汉语词典(第2版)[M]. 北京: 商务印书馆, 1983: 860.
- [7] 施鹏鹏. 陪审制研究[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2008: 192.
- [8] 元照英美法词典[M]. 北京: 法律出版社, 2003: 757.
- [9] 汤维建. 论民事诉讼中的参审制度[C]//汤维建等. 民事诉讼法全面修改专题研究. 北京: 北京大学出版社, 2008: 175.
- [10] 段晓彦, 俞荣根. “陪审”一词的西来与中译[J]. 法学家, 2010(1): 43-53.
- [11] 沈德咏. 写在<人民陪审员工作手册>出版之前[C]//最高人民法院<关于完善人民陪审员制度的决定(草案)>起草小组. 人民陪审员工作手册. 北京: 人民法院出版社, 2005: 前言 2.
- [12] 现代汉语词典(第5版)[M]. 北京: 商务印书馆, 2005: 1028.
- [13] 牛津高阶英汉双解词典(第4版)[M]. 北京: 商务印书馆、牛津大学出版社, 2002: 72.
- [14] 杨开湘. 中国人民陪审制几个问题的辨证[C]//湘潭大学诉讼法研究中心. 中美陪审制论坛论文集. 2011: 64.
- [15] 陈寿灿. 社会主义宪政的伦理价值研究[M]. 北京: 金城出版社, 2011: 272.
- [16] 邵俊武. 关于陪审制度若干问题的思考[C]//董开军, 张卫平, 俞灵雨. 中国法学会民事诉讼法研究会年会论文集(2011年卷). 厦门大学出版社, 2011: 722-728.
- [17] [法]托克维尔. 董果良译. 论美国的民主(上卷)[M]. 北京: 商务印书馆, 1988: 313, 316.
- [18] 龙宗智. 刑事庭审制度研究[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001: 408.
- [19] 何家弘. 中国的陪审制度向何处去: 以世界陪审制度的历史发展为背景[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2006: 334-352.
- [20] 彭小龙. 人民陪审员制度的复苏与实践: 1998-2010[J]. 法学研究, 2011(1): 15-32.
- [21] 蔡彦敏. 陪审制度的价值及其实现[C]//湘潭大学诉讼法研究中心. 中美陪审制论坛论文集. 2011: 22.

History and reform in China's assessors system ——Analysis of semantic and value of “Accompanying” in Our “Jury” or “Assessor” system

TANG Dongchu

(School of Law and Public Administration, Central South University, Changsha 410083, China)

Abstract: The “accompanying” of our “jury” or “assessor” system remains multiple semantic and value appeals from the end of the Qing Dynasty to now. Our current “people’s assessor” is neither the “member of jury” in the common law, nor the “expert assessor” in the continental law. We should get the ethic value demand in the semantic refraction of the “accompanying” of our “people’s assessor system” in order to dismiss the problems in reform and misunderstanding, and coordinate the “three value expectations” of public opinion supervision, political democracy and justice on a consensus basis to ensure the substantive participation of the people’s assessors in cases. Only dividing the current people’s assessor system into three as follows: the people’s jury system, the machine registering (people’s) assessor system and the special books (people’s) assessor system can we truly enlist the help of the people’s assessor system to the justice and realize its democratic function.

Key Words: the “accompanying” of “jury” or “assessor”; people’s assessor; semantic analysis; three value expectations; the three elements of legislative reconstruction

[编辑: 苏慧]