

协商民主在司法领域的应用〔*〕

——以人民陪审员制度改革为例

○ 霍伟岸, 葛慧颖

(对外经济贸易大学 国际关系学院, 北京 100029)

〔摘要〕近十年前,在中国法学界曾经发生过一场关于司法民主化和司法职业化的著名争论。这场争论之所以针锋相对,相持不下,是因为双方都忽视了理解司法与民主之关系的第三种思路,即协商民主。对于 2015 年的人民陪审员制度改革,可以从协商民主的角度进行解读,而且这种解读还表明,协商民主确实可以为在中国的社会政治环境中推进司法民主和司法协商提供可行的路径。协商民主还可以为进一步完善人民陪审员制度贡献改革思路:一是认真对待协商民主的平等价值,二是更好地践行协商民主的协商内涵。

〔关键词〕协商民主;司法;人民陪审员制度

DOI:10.3969/j.issn.1002-1698.2017.12.007

民主是否适用于司法领域,历来是一个颇有争议的论题。反对司法民主的人认为,司法以实现正义为首要价值,而正义通常要依据一个客观的规则体系来判定,但是民主以多数人决定为规则,具有很大的主观任意性,多数人的意见不一定是对的,在特定情况下还可能导致多数暴政。从制度上看,司法部门独立和违宪审查等常见的宪制安排正是为了制衡代表多数人的议会的权力滥用,也恰恰说明了司法与民主在理念上的紧张关系。支持司法民主的人则认为,司法权

作者简介:霍伟岸,对外经济贸易大学国际关系学院副教授;葛慧颖,对外经济贸易大学国际关系学院硕士研究生。

〔*〕本文系国家社会科学基金青年项目“现代西方民主的思想史研究”(项目编号:12CZZ011)、教育部人文社会科学重点研究基地北京大学宪法与行政法研究中心重大项目“协商民主与国家治理现代化研究”(项目编号:16JJD820003)子课题“治理现代化视野下的协商民主体系与制度研究”的阶段性成果。

是政治权力的一部分,政治权力来自于人民,也要服务于人民,强调司法权力要向人民负责无可厚非,司法权的行使必须置于人民的监督之下,而且也要创造条件让普通民众能够有序参与到司法过程之中,陪审制度的设置就体现了司法与民主的这种和谐一致的关系。协商民主理论的提出,实际上给这场司法与民主的争论提供了第三种思路。从结论上说,协商民主是支持司法民主的,但是从理由上说,又不同于传统的人民主权学说,而且对司法民主的反对者也做出了更为有力的回应。

本文试图以人民陪审员制度为例,探讨协商民主如何为中国司法民主的理论发展和实践完善开辟出崭新的想象空间。2015年4月24日,最高人民法院、司法部印发《人民陪审员制度改革试点方案》(以下简称《方案》),从基本原则、改革目标、主要内容、方案实施以及组织保障四个方面对人民陪审员制度改革试点工作做出说明。5月20日又印发了《人民陪审员制度改革试点工作实施办法》(以下简称《实施办法》),标志着我国人民陪审员制度改革正式拉开大幕。人民陪审员制度改革是在全面推进依法治国的背景下,针对以往人民陪审员制度存在的问题,对症下药,力图通过改革真正实现人民陪审,以司法民主化提升司法公信力。人民陪审员制度改革不仅是我国司法改革的重要组成部分,也是社会主义民主制度建设迈出的重要一步。学界对人民陪审员制度的研究,一般集中于法学领域,从政治学的视角,特别是从协商民主的角度进行研究的,还不多见。^[1]本文将着力阐述这次改革试点《方案》的协商民主内涵,探讨如何让协商民主在人民陪审员制度中获得嵌入式发展,以提升司法决策质量,与此同时,也使协商民主借助人民陪审员制度改革获得新的理论生长点及实践基础。不过首先,我们还是需要从理论上厘清中国语境下司法与民主的关系。

一、中国语境下司法与民主的关系

司法与民主的关系既是一个带有普遍性的话题,也具有中国语境下的特殊意义。国内法学界曾围绕“中国法治的发展方向究竟应当是司法民主化还是司法职业化”,发生过一场著名的争论,^[2]虽然迄今已经过去将近十年的时间,但那场辩论所涉及的问题今天看来依然具有理论意义和现实意义。不过,本文旧事重提,更重要的一个理由还在于,当时争论双方看似针锋相对的立场,有可能借助协商民主的视角得以调和,因此,司法民主化与司法职业化并不像人们曾经以为的那样是两条南辕北辙的歧路,而是可以并行不悖,殊途同归。让我们先来简要梳理一下这场争论的主要理论观点。

坚持司法民主化的代表性学者有陈忠林和何兵等,^[3]他们认为近年来司法判决质量不高,甚至冤案频出的主要原因在于,司法职业化的发展使法官群体形成一个相对封闭的利益集团,使司法决策日益脱离人民的控制和监督,因此,必须打破职业法官对司法的垄断,使人民有更多的参与,以普通公众对司法的参与和监督来从根本上保证司法公正目标的实现。他们特别强调,民众对司法过程

的深度参与有助于帮助法律人理解社会普遍认同的常识、常理、常情,督促司法人员凭良心判案,也就是根据“人民的感受”来履行职责。在各种现实利益诱惑面前,只有坚实的民主制度建设,而不是任何职业技能训练,才能帮助维持法官的道德和良知。他们指出,强化陪审制在中国司法过程中的作用,是以司法民主化来有效制约和正确引导司法职业化的首要路径,此外,司法民主化的制度还可以包括人民参与法官的选择和监督、审判过程彻底公开、新闻媒体自由公开监督等。

坚持司法职业化的代表性学者有贺卫方和张千帆等,^[4]他们认为民主化更适用于立法领域而非司法领域,司法判案只有在秉持民意机关通过的法律条文的意义上才与民主建立起间接的联系,法官只能依凭法律条文背后体现出来的民意做出判决,而不能在法律之外去体察一个特定案件激起的具体民意,否则就会加大案件判决的任意性,使法律成为一纸空文。他们强调绝不能把司法改革的希望寄托于民主化,以中国目前司法人员的整体素质而论,提高他们的职业水平和独立性才是确保司法公正的正道,如果病急乱投医,意图以所谓的民意来制约司法人员,只会给权力对司法的不正当干预增加一个有利的借口。他们信奉经典的法治理论,指出职业化的司法不仅会对尚未实现政治民主之国家的权力滥用构成有效制约,而且也会对已经实现政治民主之国家的民主弊端发挥抑制作用。他们并不看好具有司法民主化含义的陪审制度,认为这一基于英美历史经验的制度在很多非英美地区的移植都是不成功的,中国恐怕也难以例外。

辩论双方从各自的角度都提出了契合中国现实环境、具有一定说服力的理由来为司法民主化或司法职业化的法治发展道路辩护。如前所述,本文赞同司法民主化的结论,但是并非认为一般意义上的民主参与和民主监督就可以直接促成司法公正的目标,而是认为,如果能把协商民主的技术要素引入司法过程,则既可以强化司法过程本身的合法性基础,又可以实质性地改善司法判决的质量。反对司法民主化的学者之所以把民主与司法对立起来,是出于对两者关系的一种误解,他们之所以不相信辩论对手所提出的观点,即民主参与和民主监督能够提升司法决策的质量,同样是出于这种误解。

这种误解说起来渊源已久,可以追溯到一个相当漫长的思想传统。早在民主取得其早年最辉煌成就的古希腊雅典,如修昔底德、柏拉图、亚里士多德那样的大思想家们就已经在深刻反思民主作为一种决策方式所具有的各种弊端。^[5]今天我们所熟知的关于民主的各种批评,其思想原型早在那时就都已经出现了。例如,民主作为穷人对富人的阶级政治,由于其统治主体是贫穷、无知、无所节制的底层阶级,其决策不依法律而听凭喜怒无常的激情,因而总体决策质量低下(如伯罗奔尼撒战争中雅典决定远征西西里,雅典公民法庭判处苏格拉底死刑等),经常付出惨痛代价,而且民众缺乏识别能力,易受野心家蛊惑,导致大权旁落,等等。值得注意的是,那时所谓的民主今天一般称之为直接民主,即全体公民直接参政议政的民主。这种民主形式在当代已经被代议制民主取代了主体地

位,而代议制民主本身就带有很强的过滤、提纯民意,由更具德性、智慧和经验的代表来代替民众自身做出更佳决策的含义。在某种意义上,代议制民主越来越成为某种专家政治,民意代表本身要成为专家,或至少要依赖若干专家辅助来做出决策。这样的民主本质上是精英民主,与直接民主相比其实已经有重大区别了,在决策方式上有意识地要克服后者的内在缺点。支持司法职业化的学者实际上认为,即便在更强调民主价值的立法领域,民众的直接参与都被视为是明显弊大于利的事情,都要强调专业化和职业化,更遑论相当讲究专业知识和技术的司法领域。

如果在经验上,民主——特别是强调普通公民政治参与的民主——真的与决策的低质低效形影不离,那么把民主与司法对立起来的观念就有坚实的理由,但是协商民主理论为我们重新审视民主的认识论价值提供了富有启发的洞见。在讨论中国司法问题的语境下谈论协商民主,有必要首先澄清一下司法与协商的关系。司法领域的专业人士通常不会接受在司法问题上搞协商,认为司法判决就是依法判案,要严格按照法律规定的形式要件和精神实质来行使职权,如果在这个问题上搞协商,就意味着在司法过程中加入了不正当的利益交换和妥协,从而丧失了司法公正性和公信力。应该说,司法协商这个概念如果只从字面上看,确实有这样一种误导性的含义。但是,我们所强调的协商不是日常语义上的协商,而是一个专业词汇,来自于协商民主的英文 *deliberative democracy*,其名词形式为 *deliberation*,它的含义是慎思明辨,强调的是通过理性的对话和讨论来共同发现或接近事实的真相,这与司法一贯秉承的宗旨和精神是完全吻合的。

协商民主的重要理论家乔舒亚·科恩就强调我们有必要从规范性政治理论的角度来重新理解民主投票,把投票视为每个参与者向其他人表达自己关于何为正义或公共善的看法,把民主决策理解为彼此根据对方的信念表达来反思自己对于公共善的理解,并进行相应的信念调整,最终使大家越来越趋近于一个理性的共同判断:“当存在一个共同意志,并且公共审议是由界定共同意志的那些原则加以引导的时候,多数人做出的决策就接近于实际上最好的决策。”^[6]当然,要让协商民主发挥出认识论上的巨大价值(做出最佳决策),必须满足特定的条件,不是任何形式的民主参与都能够创造这样的认识论价值,而是必须在一定的制度环境下,选择合适的议题,遵循精心设计的合理程序。简言之,就是要通过协商技术的引入来优化民主参与的结构,进而实质性地提升民主决策的质量。

就司法领域而言,可以说陪审团为协商民主认识论价值的实现提供了很大的制度可能性。18世纪法国政治学家孔多塞曾经提出过一个著名的陪审团定理,大意是,如果每个陪审员独立做出正确判断的能力平均高于50%,那么简单多数投票得出正确判决结果的可能性会随着陪审团规模的扩大而迅速提高。这个定理表明民主决策可以具有重要的认识论功能。当然,孔多塞陪审团定理成立的前提是陪审员应当具有较高的决策能力,并且愿意公正地给出判断。我们需要为这个前提的满足创造有利条件。首先是提供参与机会,协商民主相信政

治参与本身有助于参与者民主能力的提升；^[7]其次是创造制度环境，这就需要引入协商民主的技术，来使陪审团的讨论更富有成效。协商民主理论经过 30 多年的发展，已经形成了一系列符合其基本理念且行之有效的治理技术方案。下文就首先结合公民陪审团的协商民主技术谈一谈，从国际经验上看协商民主在司法领域可以得到怎样的应用，再从这个角度对中国最近的人民陪审员制度改革的协商民主内涵进行阐发。

二、协商民主在司法领域的应用——域外经验与本土实践

（一）他山之石：西方公民陪审团的协商民主实践

下面我们以美国的陪审团制度和克洛斯比创造的公民小组为例，介绍司法与协商民主之间的相互借鉴和相互促进的国际经验。

1. 美国陪审团制度中的协商民主要素

陪审团制度在世界范围内发展最好、运用最广、影响最大的要算美国，全世界每年以陪审方式审理的案件中 90% 在美国。仅 2000 年至 2005 年五年之间，就有 1700 万左右的美国人担任过陪审员，近 1/3 的美国公民会在他们人生的某一阶段担任陪审员。^[8]通过合理规划构建的程序安排，陪审团制度促成了公民参与社会政治生活，教会了他们进行有效政治参与所必需的知识 and 技巧。

其一，在陪审团成员的选任上，保证了社会公众平等参与协商的权利。美国陪审团制度采取随机抽选的方式，以选民登记名单、汽车驾驶执照名单或者其他可以总体上涵盖社区各阶层人士的公共名单为总名单，随机挑选出部分人员发放调查问卷，之后又进行更为严格的预先审核程序，最终才确定参加案件庭审的陪审员名单。^[9]这样一系列随机程序和涵盖各阶层的大样本在程序上保证了社会不同利益群体都能够有代表直接参与到司法裁决过程中，发出来自本群体的声音，进而提升最终司法裁决的合法性。

其二，在庭审过程中，陪审团成员需要认真聆听控诉双方的开场陈述、证据展示、终结辩论，然后接受法官指示，即向陪审团成员解释说明裁决的基本原则，如排除合理怀疑、特定证据的收集、被告人所享有的权利等。这一阶段可以被认为是陪审团成员的学习阶段，对必要的犯罪事实和法律知识的客观的输入。

其三，在一系列信息输入之后，陪审团就被完全隔离起来，直到做出统一的裁决为止。封闭式的讨论使陪审员们不用担心来自外部的压力，更为重要的是，也使他们免于来自利益集团的贿赂或威胁。此时，权力干预和利益纠葛让位于来自民间的普通公民的社会理性。陪审员们就案件进行不断地聆听、协商、辩论，在深思熟虑之后做出具有终局性的裁决结果。有学者指出，如果从协商民主的视角来审视陪审团制度，会发现这一制度有助于纠正社会偏见，避免不公正审判，提升判决合法性和说服力。他甚至认为应该赋予陪审员更为广泛的权力，不仅在刑事审判中使用陪审团，在其他审判中也应发挥陪审团的作用。^[10]

2. 以陪审团为原型构建的协商民主形式——公民小组^[11]

作为司法制度一部分的公民陪审团和我们此处讨论的作为协商民主形式的公民小组并不相同,但前者是后者的原型,后者是前者的升级版。二者之间的差别在于:前者限于司法,后者则主要被应用于公共政策的讨论;前者是一项强制性的公民义务,后者则是一种志愿性的公民参与机制;在后者中,参与者是通过严格抽样的方式产生出来的。

公民小组这种协商民主形式是由政治学家内德·克洛斯比创造出来的,其设计初衷是希望提供让政府倾听人民心声的机会。通过公民小组,政府官员有机会了解民众究竟需要什么,以及民众为什么会提出这些要求。这些信息对于政策的制订是非常重要的参考依据。

一般来讲,公民小组这种协商民主形式具备以下几个特征:(1)随机抽样:公民小组成员是通过科学的民意调查技术随机抽样产生的,因此,它是公众的一个缩影;(2)代表性:成员经由精心选取,以代表大多数民众。基本上没有其它的过程会采取如此细致的办法,以准确地反映共同体构成的状况;(3)知情:在议题的关键点上,专家证人应为公民小组提供相关信息,提出不同的看法和意见,并能解答小组成员的相关问题;(4)公平性:专家证人的证言必须谨慎而平衡,公平地对待议题的各个面向;(5)协商性:公民小组在会议期间应对议题的不同面向进行充分的思考与讨论。近年来,美国的公民小组还发明了一项新的程序——证人之间的相互质询。

在美国之外,也发展出与公民小组类似的协商民主形式,例如,由德国社会学家彼得·丹尼尔所创的规划小组(Planning Cell)。规划小组与美国版本的公民小组之间有一个很大的差别,它一开始就和政府签订了一个契约,这个契约规定,政府必须考虑并正式回应规划小组的提议,即便不接受规划小组的倡议,也必须说明理由。和美国公民小组相比,这正是规划小组的优点所在:规划小组本身就是政府决策过程的一环,这确保了它对政府决策的影响力。例如,1989至1990年举办的议题为“数字网络”的规划小组项目,就影响了1991年生效的电信数据保护法令。^[12]

(二)中国场景:人民陪审员制度改革的协商民主内涵

2015年5月,最高人民法院颁布了《人民陪审员制度改革试点方案》及《人民陪审员制度改革试点工作实施办法》,在人民陪审员的选任条件、选任程序及参审范围等七个方面做出较大调整。接下来我们就从协商民主的技术角度分析一下这次改革如何为司法协商创造了有利条件。

第一,在人民陪审员选任条件上,《方案》提出“一升一降”,增加了人民陪审员的多元性和代表性。

协商民主理论认为,作为成熟理性的公民,必须拥有一定的社会生活阅历和经验积累,对政治共同体的运作及发展有相对深入的认识。从人民陪审员的任职年龄上看,从年满23周岁提高到28周岁,这一“升”符合当前我国社会发展状况。28周岁及以上的公民,社会经验相对丰富很多,经济上也开始独立,对

社会问题有一定的体会及看法,更加适合参与共同体的协商审议活动。

从人民陪审员的学历要求上看,从“一般大专以上”降低到“一般高中以上”。这一“降”也是基于当前我国公民普遍受教育程度的实际国情。据国家统计局公布的2010年第六次全国人口普查数据,具有大学(指大专以上)文化程度的人口为119,636,790人,仅占我国总人口的7.6%,远远不足以成为全体公民的代表;在人口分布上,具有大专以上学历的公民大多集中在城市,在农村偏远地区所占比重还要低得多。合理降低学历要求,会显著增加人民陪审员的代表性,更好地反映社情民意。《方案》还指出,农村地区和贫困偏远地区可以考虑对品行良好、公道正派、德高望重者放松学历要求。这是为了让那些日常生活经验丰富、拥有朴素社会价值观的公民有更多机会参与司法审判,从而弥补职业法官在了解社情民意方面的不足。

第二,在人民陪审员选任程序上,采取“两次随机抽选方式”^[13],增加了选任的随机性和广泛性,有助于提高选任透明度和公信力。

协商民主理论的基本前提和核心要求之一是参与协商的平等权利。通过随机抽选方式确定人民陪审员名单,就意味着每一个符合条件的当地居民都有成为人民陪审员的机会,所有人都是平等的。随机抽选在一定程度上减少了选任过程中的人为因素,降低了法院或法官对持有某类观点的人群或者“老熟人”的倾斜。也就是说,选任机构的中立性能够最大程度上保证选任机制的公平性,同时一定程度上消除陪审员的“审前偏见”(Pretrial Prejudice)^[14]。

反观改革前的人民陪审员选任制度,2005年全国人大常委会《关于完善人民陪审员制度的决定》(以下简称《决定》)规定,可以由其所在单位或者户籍所在地的基层组织向基层人民法院推荐,或者本人提出申请。这样的规定看似合理,但陪审员的代表性则大大降低。导致的后果,要么是人民陪审员的位置长期被“单位领导”“单位关系户”霸占,司法陪审成为另一种收入来源,要么是陪审成为“完成任务”“走过场”,陪而不审现象普遍存在,司法陪审质量严重受损。这也是部分学者不看好人民陪审员制度的原因之一。另外,由于信息不对称,部分有陪审参与热情的公民不能及时知晓陪审员申请时间或程序,导致错过申请机会。长此以往,人民陪审员成为很少一部分人的长期职业,“陪审专业户”在各地法院(尤其是基层法院)成为常客。因此,对人民陪审员选任程序的改革迫在眉睫,势在必行。而随机抽选正是打破这一“怪圈”,走向陪审主体平等化的关键一步。

第三,关于人民陪审员参审范围,界定并适当扩大了参审范围,有助于发扬司法民主,提高司法公信力。

参审范围意味着哪些案件可以采用人民陪审员,哪些案件必须采用人民陪审员,哪些案件可以不采用人民陪审员,都必须在制度上给出明确界定。针对过去参审范围含糊不清的现状,《方案》明确规定“涉及群体利益、社会公共利益、人民群众广泛关注或者其他社会影响较大的刑事、行政、民事案件”,原则上实行人民陪审员审理。同时,还增加了“涉及征地拆迁、环境保护、食品药品安全的重大

案件”。这就将之前含糊不清的“社会影响较大”具体化、明晰化,即具备“涉及群体利益、社会公共利益、人民群众广泛关注”等特征的案件算“社会影响较大的案件”。陪审员参审范围进一步得以明确,制度执行中的人为因素受到严格限制。

协商民主理论认为,利益相关者的参与、讨论与影响决策为最终政策实施赋予了坚实的合法性和社会基础。这样一种民主决策方式在现代政治生活中具有其独特的解决冲突和集体问题的优势。^[15]就人民陪审员制度而言,当审判涉及公共利益、群体利益的案件时,如果利益主体本身都没有出现在审判过程中,结果必然难以服众,更谈不上决策的合理性与科学性。由此可见,人民陪审员制度司法功能的背后蕴藏着更为重大的政治功能——民主、平等以及保障自由。

第四,关于人民陪审员参审案件机制,规定每位人民陪审员每年参与审理案件的数量比例以及参加合议庭的具体细则,从制度层面杜绝了人民陪审员陪而不审、审而不议等现象,合理防止了“驻庭陪审、编外法官”等情形,有助于保障人民陪审员参审权利和质量。

协商民主理论认为,公民天生地具有必要的认知能力、沟通能力,具有进行有效的、合作的和公平协商的潜能,只是一些外部因素(如等级、收入、种族等)影响其进行理性公平地协商讨论。因此,协商民主就是要通过制度设计尽可能避免参与者受到外部因素干扰。而规范的操作程序强调在包容与平等的原则下,为参与者提供平等、公平的对话途径和平台。人民陪审员参审合议庭程序的规范就是在制度上保证公民能够在独立自主思考的基础上发表意见。

在人民陪审员参审案件的机制上,我国的《中华人民共和国法院组织法》只有一条条文涉及人民陪审员制度。2005年的《决定》也只有寥寥一句“人民陪审员对事实认定、法律适用独立行使表决权”,没有相应的细则予以支撑。不规定具体操作程序,使得本就占有优势的法官在审判中处于绝对主导地位,在很大程度上左右审判结果。^[16]人民陪审员由于法律知识上的弱势,一言不发、陪而不审、审而不议、附和法官观点的现象成为常态,陪审质量难以保证,完全与人民陪审员制度的设立初衷相左,代表主体平等与社会理性的协商成为空谈。

为此,关于人民陪审员参审案件的合议庭构成,本次改革探索重大案件由3名以上人民陪审员参加合议庭机制,探索3人以上的合议模式。关于人民陪审员及合议庭其他成员发表意见顺序和表决程序,《实施办法》规定“人民陪审员应当全程参与合议庭评议”,“一般先由人民陪审员发表意见”。关于合议庭评议规则,规定“人民陪审员的意见应当写入合议笔录,并在认真阅读评议笔录,确认无误后签名”,“人民陪审员应当审核裁判文书文稿中的事实认定结论部分并签名”。

此外,《方案》明确提出要健全人民陪审员提前阅卷机制,“法官对与事实认定有关的证据资格、证据规则等事项进行必要的说明,但不得妨碍人民陪审员对案件事实的独立判断”。也就是说,人民陪审员在参审之前不仅拥有案件的知情权,而且在案件的关键议题上,法官应为陪审员提供相关必要信息,扫清专业性

的知识障碍。

协商民主十分强调在包容与平等的前提下,提供充分的信息,让参与者通过对话沟通,形成对政策的集体意见。如果公民在进行协商之前没有获得足够的的相关信息,那么势必影响其独立思考判断的能力,进而影响整个协商的效果及质量。例如,在公民会议、公民陪审团、愿景工作坊以及协商式民意调查中,都将撰写会议材料作为协商程序中的必要环节,其中包括资料收集、文献阅读、议题手册撰写。^[17]因此,就人民陪审员制度来说,陪审员提前阅卷机制作为保证陪审质量的前提条件,必须加以规范落实。决策之前先协商、协商之前先知情,是进行协商民主的基本要求。

第五,关于人民陪审员参审案件职权,探索实行人民陪审员不再审理法律适用问题,只参与审理事实认定问题,有助于发挥人民陪审员富有社会阅历、了解社情民意的优势,提高人民法院裁判的社会认可度。

人民陪审员参审职权的改革,作为本次制度改革的亮点之一备受关注。由之前的人民陪审员与法官拥有同等权力,即“人民陪审员对事实认定、法律适用独立行使表决权”,逐步探索只负责案件事实认定部分,而专业性相对更强的法律适用部分则交由法官负责。人民陪审员可以对案件的法律适用问题发表意见,但不参与表决。如此改革探索将人民陪审员参审职权逐步缩小,使其只负责相对更为擅长的事实认定部分,而把专业性、知识性的部分还给专业法官,不参与表决。虽然我国的民事法律、刑事法律和行政诉讼法律都没有明确区分事实审和法律审,法学界也有不同声音认为,司法审判中的事实认定部分实际上同样要求裁判者具有较强的专业背景,能够熟练根据证据规则进行判断,但是从协商民主的角度来看,在陪审员和法官之间做出事实审和法律审的分工,还是有助于使司法裁决更加公正合理。

一方面,人类社会纠纷的是非曲直,经常需要借助裁判者的社会阅历、生活经验、逻辑判断、人生信念或价值观,甚至难以言说的敏锐直觉等才能做出准确的裁断。在案件的事实认定部分,陪审员有其显而易见的优势。

另一方面,对于专业性更强的法律适用部分,从司法技术上来看,人民陪审员在法律适用、法条解释、罪名选择和量刑确定等法律知识上确实并不擅长。如果继续按照之前《决定》的安排,让完全没有法律背景的普通公民进行法律裁判,不仅是强人所难,判决的公正性也会大打折扣。因此,此次人民陪审员参审职权改革的“一缩”和“一还”是在处理陪审制度“民主性”与“司法性”之间关系上的一次有益探索,当然这一探索在实践中还有很多具体问题需要解决。^[18]

第六,关于人民陪审员退出及惩戒机制,强调权利义务相统一原则,保障公民陪审权利,明确公民陪审义务。

其一,关于人民陪审员退出机制。由于我国人民陪审员制度采用的是五年任期制,并非英美国家常见的“一案一选”,因此,陪审员的退出机制必须由相应制度加以规范。本次改革明确了陪审员本人可以申请退出的具体情形:第一,因

年龄、疾病、职业、生活等原因难以履行陪审职责的,可以向人民法院申请辞去人民陪审员职务。这里的年龄,一般应当是70周岁以上。疾病,应当达到足以让人民陪审员无法正常履职的程度。职业,主要指调至法院所在地之外的单位、从事需要长期封闭或者出差的职业等。第二,被依法剥夺选举权和被选举权的。第三,因犯罪受到刑事处罚、被开除公职或者被纳入失信被执行人名单的。第四,担任《实施办法》第三条所列职务,符合除外事由的。第五,其他不宜担任人民陪审员的情形,主要指有不当行为,不符合“品行良好、公道正派”标准的,如参加邪教组织、非法传销组织或者有其他严重违法行为的。^[19]

协商民主要求参与协商的主体应是具备良好理性、能够进行独立思考并充分表达的公民。“协商”一词本身有审慎反思和理性思考的意涵,即通过理性地、充分地思考,自由地表达观点,论述理由,耐心倾听,不断修正。但是如果人民陪审员在生理上、思想品德上存在问题,或者存在其他客观原因,那么就很难保证高效地、稳定地参与陪审,或者说陪审的进程和结果会由于陪审员的问题受到不利影响。因此,这部分的因素要排除在陪审之外。

其二,关于惩戒机制。明确了公民担任人民陪审员是权利更是义务,强调“公民经选任为人民陪审员的,无正当理由不得拒绝履行陪审职责”,建立了对人民陪审员无正当理由拒绝履行陪审职责,有损害陪审公信或司法公正等行为的惩戒制度。这一点在之前的《决定》中则是寥寥数语,对人民陪审员参与陪审的义务没有进行明确规定。约束力不强致使很多人民陪审员在履行陪审义务时不上心、不重视,陪审质量难以保证。^[20]

三、协商民主与人民陪审员制度的进一步完善

陪审制度和协商民主的发展之间是相互促进的,陪审制度的实践为协商民主的发展提供了平台,而协商民主的发展又有助于改进陪审制度的实践效果。从协商民主理论的规范性角度出发,借鉴协商民主发展出来的各种技术形式,我们可以为进一步完善人民陪审员制度提出一些理论上的探索。

(一)认真对待协商民主的平等价值

平等作为协商民主的基本价值之一,意味着所有受集体决策影响的人或代表都应参与到决策的过程中。平等不仅意味着每个成年公民具有平等的参与权,而且意味着参与者之间地位的平等。就人民陪审员制度的进一步完善来说,协商民主的平等价值有两层含义:第一,公民应当平等地享有担任人民陪审员的机会;第二,人民陪审员能够平等地表达自己的观点。

1.完善人民陪审员选拔机制,探索采用多种选拔机制。2015年的改革方案将人民陪审员选拔程序由之前的单位推荐和自愿报名改为两次随机抽选的方式,即从当地选民中随机抽选组成候选陪审员,再对候选陪审员进行资格审查后随机抽选,组建正式陪审员名册。随机抽选方式是较为公平的选择方法,它使每个人被选中为参与者的机会是均等的。这本身是一个巨大的进步。如果要进一

步完善人民陪审员的选拔机制,我们还应当充分考虑审理案件的性质、利益关系、复杂程度和影响范围,根据合理的原则确定协商参与者的范围,确保不同背景的群体被抽到的概率符合较为理想的比例。因此,采用分层化的随机抽取以保证平等性的做法值得考虑。

2.改进人民陪审员参审机制,提升民主话语权。探索进一步提升人民陪审员在司法审判中的地位和话语权的机制和方法,改变陪审弱势现状。协商的前提是平等。只有在平等的条件下,人民才能理性地对话和讨论。否则,就不能严格称为协商,最多只是咨询而已。民主协商的先决条件是在确定议程与决策阶段中保证平等参与。具体而言有如下几点值得探索:

其一,改进人民陪审员培训方式,由法官培训转变为法学专家指导。最高人民法院及司法部颁布的《实施意见》规定:“人民陪审员经任命后、依法参加人民法院的审判活动前必须经过培训”。同时,审前培训一般由法院法官教授和考核。这种培训方式实际上给陪审员传达了这样一种信息:法官与陪审员的关系是教导与被教导、内行与外行、专业与非专业。因此,在实际庭审过程中,人民陪审员会自然地形成一种心理弱势,思想上不敢挑战法官的权威,从而丧失了作为人民陪审员独特的公共理性优势。这种不平等关系与陪审制度设计初衷相左,也违背了协商民主的基本要求,对协商的质量和水平造成了不利影响。而且,这种较为枯燥的、严格的、长时间的“入职培训”一方面容易加重人民陪审员的履职负担,使他们产生消极情绪,另一方面也容易使陪审员脱离大众的视角和思维方式,失去陪审员原本具备的“无知的美德”,让他们朝着“准法律精英”的方向发展。

为此,我们可以借鉴协商民主的有关技术,把法官培训转变为法学专家指导。授课教师应当是相当熟悉有关事务的理论和实践方面的法学专家,但不能具有法院或政府背景,最好来自高等院校或科研院所等机构,有能力引导一般公众学习有关知识,授课方式生动活泼。更重要的是,这个培训过程不仅仅是一个法学知识的传授过程,而且要引导人民陪审员学习如何从同一案件的不同角色的角度看待问题,因为只有具备这样的能力和意识,在庭审合议时,他们才能够彼此进行理性的倾听和对话,共同为探索案件的真相付出努力。在这个方面,协商民主的公民会议模式已经发展出了一套比较成熟的技术,限于篇幅,此不赘述。^[21]

其二,改进合议庭组成结构,探索“大合议庭”的陪审团审判模式。研究表明,在协商过程中,拥有特殊权力者会控制讨论和不相称地影响结果,使结果倾向于他们的观点。^[22]本次改革的《实施办法》规定,第一审重大的刑事、民事和行政案件,原则上由2名以上人民陪审员参加合议庭审理。第一审普通案件如果采取人民陪审制审理的,一般只配备1名陪审员。^[23]这时,在法官与陪审员实质地位不平等的情况下,法官明显主导着话语权和庭审过程,陪审员显然成为势单力薄的“陪衬员”。因此,可以考虑在适用人民陪审制的第一审普通案件中采用

2名以上人民陪审员与法官组成合议庭,重大刑事、民事、行政案件,涉及群体利益、社会公共利益案件以及可能判处十年以上有期徒刑、无期徒刑的刑事案件,考虑采用3—5名人民陪审员与法官组成大合议庭,增加人民陪审员的代表性和多元视角的输入,使案件判决更加公允,更有民意基础。^[24]

当然,完全消除协商过程中的不平等是不可能的。桑德斯就提出认识论上不平等的权威关系,即专家、教育程度高的人比普通民众具有更大的影响力。杨(Iris Marion Young)指出在交流中,激情、丰富的演说必然给其他人以无形的压力,那么,会煽情的人则在沟通中占据优势。不同社会地位和阶层的人也有着不同的行动能力。^[25]因此,对人民陪审过程中不平等因素的遏制,需要长期不懈的努力,需要通过现有制度实践的充分分析和总结,在程序设计上进行相应的完善和改进,比如要求人民陪审员优先发言,优先表态,而不能根据法官的偏好跟风式地发言。秉持平等对话的宗旨,司法领域的协商民主实践必将有助于提升司法判决的质量。

(二)更好地践行协商民主的协商内涵

在理想情况下,协商是指公民之间通过理性的讨论和对话解决社会冲突,而不是竞争者之间为了各自私利达成的妥协。^[26]协商在资源平等的前提下,确保个人同意其他人提出的观点确实不是强制性的。协商是具有公共理性的公民之间的沟通,这个沟通的过程使公民认识到自身的价值,有助于提高公民独立思考的能力,促进社会理性的成长。

1.探索人民陪审员任期制度改革,重大案件尝试一案一选。协商民主理论认为,每个参与协商的个体都是自主的能动者,是整个社会价值和公民意识的载体。他们有权利直接参与到社会治理的过程中,以主人翁的姿态分享部分社会治理权力。而陪审制度的设计初衷就是在司法领域,让代表社会理性的普通民众分享专业法律人的裁决权力。因此,公共理性和地方性知识是陪审员们最珍贵的财富。反观目前我国关于人民陪审员任期的规定,除非被免除职务,否则每五年抽选一次。长达五年的任期,使人民陪审员不得不较为经常地入驻法院,成为法院的常客,与法官和律师成为抬头不见低头见的“同事”。这不仅增加了受到不良律师收买的风险,而且使接地气的人民陪审员脱离日常世俗生活,长期淫浸在法律环境中,助长了职业法律人的习性,其实这并不符合协商民主对陪审制度的期待。因此,我们可以考虑探索缩短人民陪审员任期至一年,每年一选;重大社会案件尝试一案一选。这样不仅能够减轻陪审员的负担,为更多的公民参与陪审提供机会,而且有助于在审理重大案件时尽力避免司法贿赂等问题。

2.引入预先审查程序,排除审前偏见。协商民主理论强调,参与协商的成员须秉持公正、理性、无偏私的原则进行思考和讨论。协商民主要求协商者在持续的对话过程中对自己原有的偏好进行反思和修正。但是,偏见不同于偏好。偏见是先入为主的成见,是拒绝反思的思想预设。一个抱有偏见的人往往只选择性接受与自己的信念和情感相符的事实。比如,种族主义者往往认为各种族天

生就有优劣之分。持有偏见者一般不会因为对话和讨论而改变或放弃其偏见。因此,有必要探索在协商开始之前加入偏见审查程序,以尽力保证参与协商的人民陪审员都是公正而不抱明显偏见的。

目前,我国人民陪审员制度就人民陪审员的年龄、学历等作出规定,却未对其就某类问题抱有偏见设置审查程序。引入预先审查程序意味着,陪审员需要接受法官和律师的询问,对一些问题的回答有可能揭示其所怀有的明显偏见,例如,“预先形成被告人有罪的观念”或“似乎歧视某个阶层的人”,在这种情况下,法官和律师可以有权将其从本次陪审名单中剔除,通过这样的制度设计尽量排除偏见对公正审判的不利影响。当然,预先审查程序也存在弊端,国外经验表明,当律师主持预先审查时,有可能有意利用这一程序向候选陪审员灌输某些理念,或教导他们,或与其建立社交关系。而那些不愿意提供陪审服务的候选陪审员也可能为了被免除陪审义务而声称其带有偏见。^[27]因此,可以探索不采用回避程序,仅通过法官询问或者调查问卷的形式展开偏见审查。

当然,不可否认的是,预先审查程序出于保证协商质量的原因,在一定程度上损害了协商民主平等性的要求。这也是协商民主理论中平等价值与协商价值时常发生矛盾的表现之一。由此可见,在陪审制度实践过程中实现协商民主的理想并非易事,但这并不能成为我们放弃进行有益探索和尝试的理由。

四、结 语

陪审制度设计的一个初衷就是试图用司法民主化平衡司法职业化,让公民意志有序地进入司法过程,凭借陪审员丰富的生活经验及其贴近世情民意的价值观,来制衡职业法官的思维定势或偏见,弥补其在“地方性知识”上的不足。但是这会引来不少职业法律人和法学家的质疑,他们担心特别是在中国的法治建设还很不健全的情况下,民主意志的输入反而会妨碍司法公正的实现。因此才有了中国法学界关于“司法民主化”与“司法职业化”的那一场大争论。但是这场争论的双方都忽视了如何让公民意志有序进入司法过程的技术环节。这个关键点恰恰可以成为这场争论破局的钥匙,而且也至少从原则上指明了如何让司法民主与司法公正并行不悖、相得益彰的途径,那就是借鉴和引入协商民主的理念和技术。

虽然 2015 年的《人民陪审员制度改革试点方案》及其《实施办法》的制定未必是有意借鉴和吸收了协商民主的有关经验和成果,但我们却可以从协商民主的角度发现,这次改革的不少措施都符合协商民主的原则和理念,甚至在一定程度上带有协商民主的技术性特征。我们对这次改革的协商民主式的重构或解读表明,在司法民主化和司法职业化的表面矛盾之下确实存在一条突破的路径,那就是引入协商民主的理念和技术来改革和完善人民陪审员制度。这次改革亮点很多,但是从协商民主的角度看,还可以有进一步改善和探索的空间,本文也尝试结合有关理论和国际相关经验提出一些未来改革的思路。我们相信,人民陪

审员制度的改革和完善,也必将为协商民主理论和技术的不断丰富和改进,提供一块丰饶的土壤。借助协商民主的理念和技术,我们不仅可以有力推进本土的司法民主和司法协商,而且可以为国际上关注陪审制度的理论家和实践者带来具有巨大启发意义的中国经验。

注释:

[1]国内法学界以人民陪审员制度为主题的研究已经十分丰富。从研究视角上看,主要有以下三种类型。第一,历史的视角。侧重于对人民陪审员制度产生、发展和演变的历史背景进行挖掘和整理;第二,比较的视角。将人民陪审员制度与国外的陪审团制度以及参审制进行比较,揭示两者在陪审员职责、选任机制、评议方式等诸多方面的差异,进而更深入探究造成这些差异的社会、制度等原因,以期借鉴国外经验,完善我国人民陪审员制度;第三,诉讼法视角。主要关注人民陪审员制度的司法裁决过程,对制度运作进行技术性的考量。目前国内学者从协商民主视角对我国人民陪审员制度的研究,在笔者涉猎范围内仅见到一篇:林华、朱智毅:《协商民主视角下的人民陪审员制度》,《经济社会体制比较》2014年第4期。值得注意的是,此文发表于2015年的人民陪审员制度改革之前,因此对于如何从协商民主的视角看待这场改革,非常值得做进一步深入研究。

[2]陈忠林:《中国法治应该怎样向前走》,《经济观察报》2008年7月21日。这场争论的简要过程,参见周永坤:《我们需要什么样的司法民主》(《法学》2009年第2期)文初的概述。

[3]何兵:《必须打破法官对司法权的垄断》,《南方都市报》2007年11月3日;陈忠林:《中国法治应该怎样向前走》,《经济观察报》2008年7月21日;陈忠林:《司法民主是司法公正的根本保证》,《法学杂志》2010年第5期。

[4]贺卫方:《不走回头路》,《经济观察报》2008年7月13日;贺卫方:《司法改革的难题与出路》,《南方周末》2008年9月18日(另见篇幅更为完整的《司法改革的困境与路径》,《外国法制史研究》2009年第6期);张千帆:《司法大众化是一个伪命题》,《经济观察报》2008年7月26日。虽未直接参与这场争论,但陈端洪也持有类似观点,见陈端洪:《司法与民主——中国司法民主化及其批判》,《中外法学》1998年第4期。

[5]关于这一思想传统,可以参见[美]珍妮弗·托尔伯特·罗伯兹:《审判雅典:西方思想中的反民主传统》,晏绍祥等译,吉林出版集团,2011年。

[6][22][25]谈火生编:《审议民主》,江苏人民出版社,2007年,第247,327,111,323—352,110—123页。

[7]托克维尔就说过:“我把陪审团视为社会能够用以教育人民的最有效手段之一”,“作为使人民实施统治的最有力手段的陪审制度,也是使人民学习统治的最有效手段”。[法]托克维尔:《论美国的民主》(上卷),董果良译,商务印书馆,1988年,第317,319页。对于美国陪审团制度的一项近期的大规模研究也证实了这一结论:“参加陪审团的过程……会改变他们对自身的认知以及对政治权力的认识,还会拓宽公民责任的范围。”[美]约翰·加斯蒂尔等:《陪审团与民主:论陪审协商制度如何促进公共政治参与》,余素青、沈洁莹译,法律出版社,2010年,第4页。

[8][美]约翰·加斯蒂尔等:《陪审团与民主:论陪审协商制度如何促进公共政治参与》,余素青、沈洁莹译,法律出版社,2010年,第3页。

[9]齐树洁主编:《美国司法制度》,厦门大学出版社,2006年,第656页。

[10]Albert Dzur, *Punishment, Participatory Democracy, and the Jury*, Oxford University Press, 2012.当然,这绝不是说,美国陪审团制度已经尽善尽美了,在现实中它仍有很多弊端需要克服,例如预先审查程序使陪审团的成员构成有可能被操纵,陪审程序的冗长繁复也有诸多不利后果,但是限于本文的主题和篇幅,无法在这里展开讨论。

[11]公民小组(Citizens' Panel),又称公民陪审团(Citizens' Jury),与美国司法制度中的公民陪审团

重名,因此,本文用公民小组以示区别。

[12][17]谈火生、霍伟岸、何包钢:《协商民主的技术》,社会科学文献出版社,2014年,第31—33、41、47页。

[13]“第一次随机”是基层和中级人民法院每五年从符合条件的当地选民(或者当地常住居民)名单中随机抽选当地法院法官员额数5倍以上的人员作为人民陪审员候选人,制作人民陪审员候选人名册,建立人民陪审员候选人信息库。“第二次随机”是对人民陪审员候选人进行资格审查,征求候选人意见后,从审核过的名单中随机抽选不低于当地法院法官员额数3—5倍的人员作为人民陪审员。

[14]关于审前偏见,加拿大渥太华上诉法院的判例对其解释为:“既有态度的也有行为的构成因素。它是指一个人具有特定的、事先形成的成见,并让这些成见影响其作出的裁决,尽管已存在防止依赖偏见的审判保障程序。一位带有偏见的陪审员,是指受偏见左右,并依据该偏见歧视诉讼一方当事人的人”。参见王一怀:《加拿大陪审团对“审前偏见”的救济制度》,《政治与法律》2003年第5期。

[15][美]詹姆斯·博曼、[美]威廉·雷吉:《协商民主:论理性与政治》,陈家刚等译,中央编译出版社,2006年,第284页。

[16]刘晴辉:《中国陪审制度研究》,四川大学博士毕业论文,2006年,第120页。

[18]作为2015年开始的人民陪审员制度改革的50个试点法院之一,南京市鼓楼区人民法院在区分事实审和法律审方面做出了探索,当两者的判断产生争议时,该法院的做法是“交由法官决定,同时遵循‘事实认定问题扩大解释、法律适用问题限缩解释’的原则将其归属于事实认定问题,以保障人民陪审员的参审职权”。谭畅:《人民陪审员的南京试验》,《南方周末》2017年10月13日。

[19]贺小荣、何帆、危浪平:《〈人民陪审员制度改革试点工作实施办法〉的理解与适用》,《人民法院报》2015年5月27日,第4版。

[20]王利明:《我国陪审制度研究》,《浙江社会科学》2000年第1期。

[21]参见谈火生、霍伟岸、何包钢:《协商民主的技术》第二、三、六、七章的有关讨论。

[23]《方案》并未规定第一审普通案件必须实行人民陪审员制审理,而只是说:“在原告提出申请由人民陪审员参加合议庭审判的,可以实行人民陪审员制审理。”这可以理解为,如果原告不提出这样的申请,法院可以不采用人民陪审员制审理。

[24]南京市鼓楼区人民法院在试点过程中曾对一起争议较大的案件尝试采用3名法官加4名陪审员的大合议庭形式进行审理,实践表明,在大合议庭上,陪审员更加敢于发表自己的意见。参见谭畅:《人民陪审员的南京试验》,《南方周末》2017年10月13日。

[26]John Elster ed., *Deliberative Democracy*, Cambridge University Press, 1998, p.8.

[27][美]伦道夫·乔纳凯特:《美国陪审团制度》,屈文生等译,法律出版社,2014年,第179页。

[责任编辑:刘姝媛]