

东亚文化背景下的建议性陪审团

Recommended Jury in East Asia

高一飞

GAO Yi-fei

【摘要】 在东亚，没有正式的英美式陪审团，但存在建议性陪审团，包括：日本历史上的“参考性”陪审团、韩国的咨询性陪审团以及我国台湾地区的人民观审团，建议性陪审团是学习英美式陪审团的结果。和东亚其他国家和地区一样，我国也不具备容忍陪审团的条件，因为陪审团需要对抗化审判下对案件事实进行生活化处理，认同事实审一次性、宁纵不枉的实体公正理念，这些都是英美诉讼文化特有的特征，而且东亚文化更接受“上面的人”而非其同伴来审判。我国大陆正在试验的人民陪审团是中国特色的建议性陪审团，它的优势正在于其非驴非马，其本质是有组织地听取旁听公民的意见，人民陪审团所给出建议的价值不容忽视。中国文化只适合建议性陪审团。

【关键词】 陪审团；建议性陪审团；东亚文化；对抗式审判；实体公正

【中图分类号】 DF71 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206 (2015) 01-0079-21

Abstract: In East Asia, there is no formal Anglo-American jury, but recommended jury exists, including: “reference” jury in the history of Japan, South Korea’s consultative jury, Taiwan’s view jury. Recommended jury is the result of learning Anglo-American jury. And as other East Asian countries and regions, our country also does not have the conditions to tolerant the jury, because the jury need to counter the case facts to life under adversary trial, agree with one-time fact trial and hold entity justice concept, these are specific features to British and American litigation culture, and East Asian’ culture prefer to accept the “above” rather than peers to trial. Now the people’s jury testing in Chinese mainland is a recommended jury of Chinese characteristics. Confusing the distinction between the two is the people’s jury’s advantage, and its essence is systematically listening to external citizen’s opinion. The value of the people’s jury opinion cannot be ignored. Chinese culture is only suitable for recommended jury.

Key words: the recommended jury; East Asian culture; adversary trial; entity justice

〔收稿日期〕 2014-09-24

〔作者简介〕 高一飞，湖南桃江人，西南政法大学诉讼法与司法改革研究中心教授，博士生导师。研究方向：诉讼法与司法制度。

〔基金项目〕 本文受2014年度国家社科基金重点项目《司法公开实施机制研究》（立项号14AFX013）和西南政法大学2012年校级重大课题（2012—XZZD01）的资助。

在英美法系，陪审制度仍然是其审判的重要特征，在美国、新西兰和英联邦国家^①得到了很大程度的发展。尽管从英国的情况来看，统计数字显示，陪审团审判在近几年正在逐渐减少，超过95%的案件在没有陪审团的治安法院审判，而大部分（约占60%）在刑事法院审判的案件，被告人作了有罪答辩，因此也没有挑选陪审团。即使陪审团宣誓后进行了听审，陪审团也不一定会要求作出有罪的裁判，因为许多案件中都会指导陪审团要求作出无罪开释的裁判。^②在美国，尽管刑事陪审团平均审理一个案件的时间需要4天，但是仍然有39%的刑事案件由陪审团审理。^③香港回归后，仍然保留了陪审团制度。加勒比海的牙买加、特立尼达、特克斯和凯科斯群岛仍然是使用刑事陪审团制度的国家，英美法系陪审制度在超过25个国家内存在变化。^④虽然除了美国和加拿大，民事陪审团实际上已经消失了，但是陪审制却在刑事案件中得到复苏。在欧洲具有职权主义传统的西班牙与俄罗斯两个非英美法系的国家分别于1993年和1995年在一些刑事案件的审理中重新引入陪审制度^⑤，2002年俄联邦刑事和民事诉讼法典相继取消了传统上的人民陪审员制度。俄联邦《刑事诉讼法典》规定，从2003年1月1日起由陪审团取代人民陪审员审理较复杂的刑事案件。由陪审法庭审理的案件，

一般为可能被判处3年以上徒刑的严重犯罪或特别严重的犯罪案件。

在过去的25年左右，虽然一系列实证研究得到了发展并倾向于表明英美法系陪审制度的作用受到不公平的责难，但是陪审制度生存下来的原因在核心层面上很简单，即本身的经验指导他们是很好地伸张正义和为法律制度提供合法性的机构。^⑥于是，在中国司法改革的过程中，不停地有声音主张引进陪审团制度，有人主张中国现行的人民陪审员制度需要改革，应该建立由人民陪审员、人民陪审员、专家陪审员构成的“三元一体”的陪审制度；有人强烈呼吁在中国全面引进陪审团；而有人主张至少应当在死刑案件中引进陪审团。^⑦

1993年颁布的《俄罗斯陪审法》和1995年颁布的《西班牙陪审法》实施后，不论在俄罗斯还是西班牙，两国都出现过很多由陪审团审理的臭名远扬的案件，如迈克·奥特齐（Mikel Otegi）案件就显示出新的陪审团制度的脆弱性。迈克·奥特齐，一位年轻的巴斯克民族主义分子，他谋杀了两个巴斯克警察，在1997年3月7日被释放，依据是先前警察袭扰导致行为能力减弱和狂热激情愤怒所引起的控制能力减弱。迈克·奥特齐的无罪释放在西班牙引起很大反响，大众提议修改或废除陪审团法，至少在巴斯克地区暂停其使用。^⑧看来，英美式陪审团在大陆法系传统国

^① See John D. Jackson et al., *The Jury System in Contemporary Ireland: In the Shadow of a Troubled Past*, 62 *Law & Contemp. Probs.* 203 (Spring 1999).

^② 参见 [英] 麦高伟、杰弗里·威尔逊主编：《英国刑事司法程序》，姚永吉等译，法律出版社2003年版，第346页。

^③ 本资料由美国陪审团研究中心（Center for Jury Studies）的葆拉·汉纳福德-阿戈尔（Paula L. Hannaford-Agor）收集整理。参见 <http://www.america.gov/st/peopleplace-chinese/2009/July/20091001145454ebyeessedo5.695742e-02.html>, 2009.07.01。

^④ See Neil Vidmar, *Foreword for "The Common Law Jury"*, 62 *Law & Contemp. Probs.* p1 (Spring 1999).

^⑤ See Stephen C. Thaman, *Europe's New Jury Systems: The Cases of Spain and Russia*, 62 *Law & Contemp. Probs.* 233 (Spring 1999).

^⑥ See Neil Vidmar, *Foreword for "The Common Law Jury"*, 62 *Law & Contemp. Probs.* p1 (Spring 1999).

^⑦ 这三种观点分别参见何家弘：《中国陪审制度的改革方向——以世界陪审制度的历史发展为借鉴》，载《法学家》2006年第1期；何兵：《司法的民主化需建立陪审团制度》，http://news.sina.com.cn/pl/2012-12-02/213225712625_5.shtml, 2012年12月2日；张明、崔佩玲：《我国死刑案件陪审团制度的构建》，载《社会科学家》2009年第7期。

^⑧ See Stephen C. Thaman, *Europe's New Jury Systems: The Cases of Spain and Russia*, 62 *Law & Contemp. Probs.* 237 (Spring 1999).

家是否存在水土不服的问题还有待观察。

在东亚国家的历史上,从来没有出现过英美式的陪审团,但出现过建议性或者参考性的陪审团,这是为什么呢?有没有可以挖掘的共同原因?在此,我从东亚国家文化传统和建议性陪审团的发展情况来讨论我国及其他东亚国家和地区是否适合陪审团制度的问题。

一、建议性陪审团是东亚的特产

建议性陪审团,只有在东亚出现过,在其他国家没有看到这一现象,尽管其具体的名称不同,但因其“陪审团”的决定最终只对真正的裁决者即专业法官具有建议性或者参考性,所以我们统称其为“建议性陪审团”。

(一) 日本历史上的“参考性”陪审团

日本陪审团法的起草工作始于1920年,该草案进行了数次修改,在1923年3月21日众议院最终通过了适用于刑事诉讼的《陪审法》并于1928年实施。该法适用范围相当于死刑、无期徒刑之罪的案件且被告人享有。但由于《陪审法》自身存在的缺陷及本国文化特征对国民接受程度的影响,日本陪审制度的作用发挥得并不理想。1929年日本适用陪审审判的案件有143件,但以后呈逐年减少的趋势,1938年以降,每年陪审的案件数最多不超过4件,《陪审法》最终于1943年4月终止实施。^①但是,应当特别指出的是,1928年至1943年间,日本在刑事案件中由被告人选择是否适用陪审团的做法,并非真正意义的英美式陪审团,因为这个陪审团的裁决,对由职业法官作出的有效裁决并无拘束力,因而被日本学者称为提供“参考性”意见的陪审团,我在此简称为日本的“参考性”陪审团。该“参考性”陪审团制度的主要特点是,陪审团的成员并不能最终决定被告人有罪或无罪,法官就

事实争点向陪审团提问,陪审团就这些问题给出答案。法官可以作出如下选择:不理睬陪审员的回答,或召集另外的陪审团。^②日本陪审团制度的这一特征使其与当事人主义的陪审团制度区分开来。这些制度设计的作用在于确保法官保持积极的指挥诉讼的角色,而非对抗制下法官发挥的相对消极的作用。

日本的“参考性”陪审团在实施之初受到了普通公众和职业律师的支持。尽管陪审团制度在推行之初赢得了公众的支持,然而从1929年开始,陪审制的局限性就开始被批评。事实上,通过陪审团审理的案件比司法部预想的案件要少得多,这使得一些记者认为,陪审制不适合日本的国民性格^③,另外一些参与者其关注的重点是陪审团法的内在问题。1936年,日本京都帝国大学校长、法学家泷川幸辰(Yukitoki Takigawa)认为,日本的陪审团是无力的,根据陪审团法的规定民众参与陪审仅仅是一种形式。泷川幸辰强调,日本陪审团权力太有限是该制度缺乏普及性的主要理由。他得出结论说,陪审团法的未来是灰暗的,像他一样的法学家无能为力,只能“悲伤地看着陪审团法从这个世界消失”^④。泷川幸辰教授一语成谶,《陪审法》在1943年暂停了,理由是“该制度不是太普遍,不太受欢迎;维持成本过高;在战争的形势下,绝大多数超过30岁的日本男性公民参军了,缺乏陪审员。”

(二) 韩国的咨询性陪审团制度

韩国2008年1月1日开始实施的独特的咨询性陪审团制度(consultative jury system)非常引人注目。韩国在20世纪80年代末期完成了政治民主化的转变,政治民主化对司法过程民主化提出了要求。2007年6月1日,国会制定颁布了《关于国民参与刑事诉讼的法律》(法律第8495号),启动了从2008年到2013年为

^① See Lester W. Kiss, Reviving the Criminal Jury in Japan, 62 Law & Contemp. Probs. 261 (Spring 1999).

^② See Baishin Hō [Jury Act], Law No. 50 of 1923, as last amended by Law No. 51 of 1929 and Law No. 62 of 1941, suspended by Law No. 88 of 1943, art. 2.

^③ See Ryōichi Yasushi, Baishin Hō no Kekkan, Jury Trials in Hiroshima: Jury Trials as Seen through the Articles of the Geibi Nichinichi Shinbun, the Chūgoku Shinbun as well as through Original Criminal Verdicts of the Beginning of the Shōwa Period, 29 Shūdō Hōgaku 45, 144-150 (2007).

^④ Yukitoki Takigawa, Baishin Hō [The Jury Act] 51 (Nihon Hyōronsha 1936).

期5年的咨询性陪审团试验。试图通过总结试验效果,建立更加长久的民众参与司法的制度,并融入韩国独特的文化因素以及兼顾韩国当代社会发展情况。^①

韩国陪审团审判局限于特定类型的刑事案件,并且仅仅依被告人的选择才适用。^②该法规定陪审团审理的案件范围是谋杀罪、一般杀人罪、强奸罪、抢劫罪、贿赂罪、绑架罪以及涉及毒品的犯罪。当然,也预留了灵活适用的空间,不属于上述犯罪本应由三个法官组成合议庭审判的案件,在满足特定条件时,也可以适用陪审团审判。根据韩国司法部对2008年和2009年采用陪审制审理案件进行的实证调查显示,陪审团审理的最多的三种犯罪是:谋杀案占27%,抢劫导致身体伤害案占21.4%,性侵犯案占17%。^③

司法改革支持者预期每年有100到200个案件进行陪审团审判。尽管2008年没有达到预期,2009年陪审团审理的案件数量增加了50%。从2009年1月1日起到12月31日,申请由陪审团审理的案件是569个,其中159个案件(占27.9%)最终由陪审团审判。在申请陪审团审理的案件中,被告人撤回陪审团审理要求的案件是228件,法院拒绝陪审团审理要求的案件是136件。法院拒绝陪审团审判的案件中,法院认为76.5%的案件不适合由陪审团审判。

咨询性陪审团具有独特性,陪审团裁决的效力和效果是公众和学者最关注的部分。韩国陪审团评议是秘密的,陪审员首先讨论被告人是否有罪并试图达成一致裁决。如果陪审员不能达成一致裁决,他们必须听取法官的意见。在法官和陪

审员一起讨论了被告人是否有罪之后,在法官不参加的情况下,陪审员以简单多数原则作出裁决。韩国陪审员和法官也讨论量刑事宜,并上交意见给法官。在2008年和2009年的案件中,法官同意陪审团裁决并采纳其意见作为正式判决的占90.6%。^④从2009年7月1日(量刑指南生效的日期)到2010年3月31日,有38个案件根据量刑指南进行陪审团审判。在这些案件中,陪审团的量刑建议和量刑指南一致的占35例。惹人注意的是,相较于量刑指南,法官的判决更接近于陪审团的量刑建议。在所有的案件中,当陪审团的量刑建议和量刑指南不一致时,法官的判决结果和陪审团的量刑建议呈现出相同的方向(或都高于或都低于量刑指南)。^⑤

对2008年和2009年韩国的陪审制度的有效性有不同的评价。一些人批评说,韩国陪审员比较感性,没有经过处理法律事务的培训;另一些人声称,普通民众缺乏法律思维、厌讼、以和谐为导向的文化传统可能和陪审制不相容。^⑥然而,许多参加陪审的职业律师见证了新的陪审制度在对检察官和法官的行为方面和在提高民众法治意识方面的积极效果。对引入陪审制的预期是通过提高司法过程的透明度,增强审判制度的民主性、合法性,增强民众对司法裁决的信任。2008年和2009年的实证资料显示,许多预期的变化已经实现。选择陪审团审判的案件在不断增加。在多数案件中,陪审团裁决和法院的判决在定罪和量刑方面都一致。在很短时间里,在陪审团审判中明显实现了公开审判,集中评议。法庭适用的法言法语

^① See Jerome A. Cohen, South Korea's Evolving Citizen's "Jury": A Model for China and Taiwan? <http://www.usasialaw.org/?p=5720>, visited by 2012-08-11.

^② See Act for Civil Participation in Criminal Trials, Law No. 8495, June 1, 2007, art. 5 (2).

^③ See National Court Administration, Gukmin chamyoejaepan seonggwa bunseok [An Analysis of the Performance of the Civil Participation Trials] (2008-2009), at 16.

^④ See National Court Administration, Gukmin chamyoejaepan seonggwa bunseok [An Analysis of the Performance of the Civil Participation Trials] (2008-2009), at 23.

^⑤ See In-seok Lee, Gukmin chamyoejaepanui donghyanggwang yanghyeong [The Current Status and the Sentencing of the Civil Participation Trial], a paper presented at a seminar hosted by the Civil Participation in the Judicial Decision-making Research Group, April 30, 2010, at 43.

^⑥ See e.g., Chulwoo Lee, Talking About Korean Legal Culture: A Critical Review of the Discursive Production of Legal Culture in Korea, KOR. J., Autumn 1998, at 45.

更加精练,易于民众理解。参加陪审团审判的公诉人和律师在新制度中更加熟练,有经验。最高法院对陪审制的成功推行给予了很大支持,陪审团实证研究也在不断增多。^①韩国陪审制还在实验期,陪审制的成功需要民众对陪审团判决的支持和尊重。

(三) 我国台湾地区的人民观审制

我国台湾地区一直以来都是由职业法官独立审理案件。我国台湾地区“司法院”院长赖浩敏在上台之际启动新一波的司法改革,提出建立人民观审制,落实司法为民,重新赢回人民对司法的信任,以便更好实现“干净、透明、便民、礼民、高效”的司法目标。^②我国台湾地区“司法院”司法改革策进委员会于2011年7月26日通过人民参与审判的建议案,探行人民观审制。“司法院”为落实上述结论,于2011年8月初组成人民观审试行条例草案研究制定委员会,进行“人民观审试行条例草案”的研制,并先后召开11次会议对制定人民观审试行条例草案进行探讨。2013年2月18日,“司法院”院长赖浩敏表示“人民观审条例草案”经“行政院”会衔后已送“立法院”。

观审法庭由三位职业法官与五位公民观审员组成,如遇案件需要方得增置一至四人之备位观审员在观审员不能执行职务时依次递补为观审员。职业法官与观审员同列而坐,一起合作认定事实、适用法律及量刑。法官在审理案件中能真正做到亲近民众,与民众沟通,并听取民众的意见。人民观审制只适用于重大刑事案件。观审制限于被告所犯最轻本刑为七年以上有期徒刑和最重本刑为死刑、无期徒刑的案件。观审员从普通民众中选取。凡年满23岁且在试行地方法院管辖区域内继续居住4个月以上高中毕业以上学历的公民都可被选任为观审员,但褫夺公权、人身自由依法受拘束、行为能力受限者除外。

就观审审判案件的程序而言,观审员只能

参与审判程序。观审员、备位观察员在第一次审判期日前应进行宣誓。“宣誓后,审判长应向观审员说明观审审判程序、观审员的权利义务及违背义务的相关处罚、案件的争议点、被告被诉罪名的构成要件及法律解释。如果审判过程中,审判长认为有必要向观审员、备位观审员说明上述事项时,应当进行中间讨论”。举证阶段由检察院负责向法院说明待证事实、举出证据并指出调查证据与待证事实之间的关系。“证人、鉴定人、通译或被告经当事人、辩护人或辅佐人诘问或询问完毕后,观审员请求询问审判长后可以询问上述几类诉讼参与者。如果审判长认为恰当,也可由观审员直接进行询问”。调查证据完毕后,由检察官、被告、辩护人依次就案件事实及法律分别辩论。前项辩论结束后,依同一次序就科刑范围进行辩论,原告、被害人或其家属可以就科刑范围进行相关建议。辩论终结即开始终局评议。审判长应详尽说明案件事实和法律争点,整合各项证据并给予观审员、法官充分讨论案件的机会,并保证观审员在评议时不受职业法官及备位观审员的干扰,自主独立地就案件事实认定、法律适用、量刑发表意见。观审员五人中只要有三人以上形成一致意见,即为观审员多数意见。观审员在评议中只有表意权,没有裁判权。法官在案件事实、相关证据的基础上形成自由心证对案件作出最终判决。如果法官所作判决没有采取观审员的多数意见,就必须在判决书中说明不予采纳的理由。由此可见,观审员的多数意见对于法官有一定的约束力。

为了最终通过“人民观审试行草案条例”,“司法院”选定在士林、嘉义两个地方法院试行人民观审制三年(2012—2015),并定期进行检讨、评鉴其成效。嘉义地区法院于2013年3月25日及26日举办第一次观审模拟审判,此次特别强调公判中心主义,选择必要关联之证据等,

^① See Jae-Hyup Lee, Korean jury trial: has the new system brought about changes? http://blog.hawaii.edu/aplpj/files/2011/11/APLPJ_12_1_1_lee.pdf, visited by 2012-09-20.

^② 参见《“司法院”赖浩敏院长专访——落实司法为民,建立干净、透明、便民、效能的司法制度》,资料来源于财团法人扶助基金会网站 http://www.laf.org.tw/tw/b3_1_2.php?msg1=29&msg2=345,访问时间2013年4月5日。

使准备程序益加精致,与后续公判审理程序顺利接轨。^①截至目前,进行模拟观审的案件仅有10例。由此我们可以看出,要把《人民观审试行条例草案》转变为实实在在的法律条文,“司法院”还有很长一段路要走。

前述日本、韩国以及我国台湾地区,在法律传统上都可以归入东亚法律文化圈。文化史研究表明,在人类历史的不同时期,总是存在着若干个文明与科学的中心。以这些中心为内核,在文化地理学上便出现若干个板块,文化史家称其为文化圈。中国是四大文明古国之一,由于地理的、民族的和历史的诸方面综合原因,长期以来,以中国为中心,渐次形成包括现今中国、日本、朝鲜、韩国在内的东亚文化圈。^②19世纪中期以来,东亚诸国被西方列强拉进了世界性的现代化进程,普遍经历了或正在经历着巨大的社会变革。这一过程在法律上的表现就是亚洲各国法治的百年实践,学者们通常称之为外发型或追赶型的法制现代化进程。而东亚国家法的近现代,与欧美法密不可分,这也是一个不争的事实。当前,东亚地区,特别是中、日、韩三国法律体系中的各项制度、原则和用语,许多都是从欧美移植或改变而来,只是又考虑到本国的国情和文化传统而有所变化,原本来自外域的法律已然成为现代东亚法不可分离的重要组成部分。^③在推进政治经济体系的现代化过程中,东亚社会从日本开始接受西方法律制度并正在推广。政治经济体系的现代化需要法律体系的现代化,而且作为社会规范的法同各个社会结构和文化之间具有密切联系。^④可以说,当今的东亚法律文化是东亚文化传统与西方法律整合的结果,和所有的文化移植一样,固有的文化具有顽强的生命力,其移植的法律文化表现在具体的制度上理所当

然是“非驴非马”。

(四) 建议性陪审团是追仿英美式陪审团的结果

日本、韩国以及我国台湾地区产生建议性陪审团的背景和过程,都体现了学习西方英美国家的陪审团,但是文化传统又使其无法全盘引进陪审团,从而形成了“参考性”陪审团、咨询性陪审团、人民观审团这种表面上有陪审团的形式特征,但实质上又没有裁判权的“非驴非马”的土洋结合的建议性陪审团。

从日本来看,“参考性”陪审团是明治维新学习西方的产物。从大化革新至1868年明治维新,是日本长达一千二百多年的封建社会时期。日本封建法从体系到内容都深受中国隋唐法律的影响,明显、集中体现了对中国封建法的模仿。^⑤因此,大部分日本法学家都认为日本封建法是中华法系的组成部分。1868年日本爆发了以新兴资产阶级和封建贵族为主要推动力的、具有资产阶级革命性质的明治维新,将西方国家作为其实现富国强兵的样板而全盘效仿,对西方法律体系全面引入。因为英、法是当时的殖民大国,法律体系也最为发达,所以,英、法的法律就成为当时日本政府主要追仿的对象。

自19世纪70年代初东京开成学校建立以来,授课的讲义就以英语为主,且开设的课程主要是英国法,英国法占有的比重明显超过法国法。在众多的日本学者中,穗积陈重是英国法学派最具代表性的人物,他在1876年赴英留学三年,后又转赴德国柏林留学一年,因此,对德国法和英国法有很深的理解。穗积陈重从比较法的角度,对欧洲各国的法律进行了研究,他先后著有《英、法、德法学比较论》、《英国普通法原论之序》、《英国法的特质》等文,这些研究后来形成日本学者理解英国法的传统观点。^⑥在

① 参见佚名:《推动人民观审制度——嘉院强化观审模拟审判之准备程序》,载《司法周刊》2013年3月7日。

② 参见李梅花:《东亚文化圈形成浅析》,载《延边大学学报》2000年第3期,第89-92页。

③ 参见冯玉军:《论东亚共通法治的建构》,载《中国人民大学学报》2008年第3期,第126-133页。

④ 参见[日]酒匂一郎:《正在现代化的东亚法律的若干问题》,载《法制现代化研究》,1999年卷,第370-388页。

⑤ 参见方旭:《东亚法律文化的历史发展及特性》,载《湘潭师范学院学报》2009年第6期,第25-28页。

⑥ 参见赵立新:《日本法的现代化与英美法的影响》,见何勤华主编:《混合的法律文化》,法律出版2008年版,第134-150页。

英美法律的影响下,1900年,两名律师建议在日本律师联合会(Japan Federation of Bar Associations)的会议上讨论引入陪审团制度。他俩递交了一个文件,申请在日本律师联合会的第30届顾问会议上讨论“关于建立陪审团制度”的议题,该提议在该次顾问会议中被接受。1909年,日本律师联合会全体大会赞成在日本引进陪审团制度。1910年2月,立宪政友会(Rikken Seiyūkai)提交了在日本建立陪审团制度的议案,众议院通过了该议案。^①该议案称,民众参与司法审判可以确保司法独立,可以达成司法公正。^②可见,日本参考性陪审团是学习和模仿英国陪审团的结果。

韩国在历史上是朝鲜的一部分,在古代曾是中国的附属国。公元7世纪,朝鲜建立第一个封建王朝,封建时期朝鲜的法律从形式到内容都深受中国封建法制的影响。19世纪下半叶起,沦为日本殖民地的朝鲜主要接受了日本法。第二次世界大战以后,朝鲜分裂为南北两部分。韩国建立后,开始重视借鉴西方的立法经验,20世纪50年代进行了大规模的法典编纂工作,创建了六法体系,并颁布了一系列单行法律。现在的韩国法律从总体上属于大陆法系,但也受到英美法系的一些影响。^③而韩国人民陪审员则是英美法影响的结果。1992年大法院出版了十卷本《司法制度研究报告》,确立了进行司法改革的理论框架。为了进一步推进司法改革进程,1995年2月,作为总统咨询机构的“世界化促进委员会”与大法院、法务部共同进行了司法改革问题的研究,于1995年12月发表了《法律服务及法学教育的国际化方案》。2000年,为了使司法改革的成果得到制

度化,大法院提出了《21世纪司法发展计划》。韩国的司法改革是在国际化的背景下进行的,从改革目标的设定、改革内容的确定及其改革方法的选择都充分考虑到了国际化背景下司法制度的变革与新的角色问题。司法改革适应国际化和社会发展需求是韩国司法改革的重要特点之一。^④

像很多东亚国家一样,韩国看起来不太像那种实行大众参与司法决策制度(即公民陪审制度)的国家。然而,虽然具有集权主义的传统,韩国20世纪80年代在向民主的急剧转型中萌发了要求在司法领域实行民主化的强烈呼声。1999年,曾经(在民主运动中)被军事法庭先判处监禁后判处死刑的金大中总统,任命了一个委员会,研究在法庭中实行公民参与制度。陪审制度支持者们希望陪审团审判制度加强旨在结束纠问式“书面审判”的全面改革。他们的目标是创立公开的、对抗的、有听证会特征的法庭内(in-court)质证制度,这种制度要求公诉方和辩护方平等竞争,在无偏见的专业和业余仲裁者面前进行交互审查。^⑤从这一改革的具体目标来看,韩国人民陪审员是学习英美对抗式诉讼的具体表现,当然是学习和模仿英美陪审团的结果。

在向“立法院”作的口头报告中,赖浩敏指出,当前司法目标,不再是排除不当政治干预,而是如何赢得人民信任,改革就必须从人民角度看问题及解决问题,在程序上要开放社会参与。他所提出的建议就是引进“观审”制度,也就是让一般人参与审判过程,甚至在评议时发表意见,供专业法官判决参考,也作为

^① See Nobuyoshi Toshitani, *Shihō ni taisuru Kokumin no Sanka: Senzen no Hōritsuka to Baishin Hō* [Lay Participation in the Judiciary: Legal Professionals in [the] Pre-War [Period] and the Jury Act], in 6 Iwanami Kōza: Gendai Hō [Iwanami Lectures: Contemporary Law] 375 (Toshitaka Ushiomu ed., Iwanami Shoten 1966).

^② See Baishin Tebiki: *Hōtei San'Yo Nisshi Tsuki* [The Jury Guidebook: Includes Journal of Trial Participation] 98 (Satoru Shinomiya ed., Gendaijinbunsha 1999).

^③ 参见方旭:《东亚法律文化的历史发展及特性》,载《湘潭师范学院学报》2009年第6期,第25-28页。

^④ 参见韩大元:《东亚国家司法改革的宪政基础与意义——以韩国司法改革的经验为中心》,载《浙江社会科学》2004年第3期。

^⑤ 参见孙杰荣(Jerome A. Cohen):《韩国改进公民“陪审团”制度,为大陆和台湾地区提供借鉴》,http://article.yeyan.org/view/81577/208206, 2011-07-23。

台湾地区是否适合采取参审制度的参考。^① 赖“院长”观点甫一抛出，学界纷纷表示不解。“由于观审一词在法学文献上未有所闻，在比较法上亦无可考据，究竟内涵为何？”^② 其实“观审”这一词汇在清末就有。按中英《五口通商章程》及其后一系列不平等条约，涉外诉讼一般由被告一方国家司法管辖。但涉外诉讼不仅有外国人是被告的情形，还有外国人是原告的情形。1876年中英《烟台条约》第二段第三款规定了原告所属国领事官员可以“赴承审官处观审”，有不同意见“可以逐细辩论”的“观审”制度。也就是说如果观审官员认为审判、判决有不妥之处，有权提出新证据，再传原证，甚至参与辩论。当然，“司法院”所采用的观审制与不平等条约下的观审有实质区别，但是借由审理时，引入监督者，来防止法官滥权这点，却有共通之处。^③

民众对职业法官垄断刑事司法不满，但“司法院”对人民参与司法的重要性也早有认识。事实上，推动人民观审制度之前，“司法院”曾三次推动相关立法，但三次均以失败告终。早在1988年11月，“司法院”举行司法会议，讨论应否采行参审制。会后做成决议：“研拟适合‘我国国情’之参审制度予以试行。”之后“司法院”依据该决议，于1991年3月模仿德国参审制完成“刑事参审试行条例草案”。但在送请“行政院”表示意见时，遭到“行政院”以“合宪性”疑虑退回。1999年7月，“司法院”举办“全国司法改革会议”，“法务部”与民间团体提案“人民对司法审判之参与”，建议引进参审制。之后“司法院”于2006年7月模仿德国专家参审制提出“专家参审试行条例草案”，送“行政院”表示意见，又遭“行政院”以“合宪性”问题退

回。2006年到2007年，“司法院”又模仿日本裁判员制度，制定了“国民参审试行条例草案”，该草案也因有“合宪性”问题无疾而终。三度挫折已迫使“司法院”对参审制度的设计作比较务实的考虑^④，由此“司法院”设计出了人民“有表意权而无表决权”的人民观审制度。为此，“司法院”在2011年邀请日本、韩国、德国、意大利学者来台研讨，以兼采众家；同时成立“人民观审制度研议委员会”、“人民参审试行条例草案研究制定委员会”等组织，进行草案的制定、修改工作。另外，通过召开各种形式的研讨会、说明会、听证会以及委托政治大学选举研究中心进行民意调查等方式，听取各界对草案条文的意见。2012年6月14日，“人民参审试行条例草案”经过“行政院”会衔后，送请“立法院”审议，并于现在进行试点。

近年来日本、韩国引进人民参与审判制度是人民观审制度提出的外部原因。我国台湾地区与日本、韩国法治均继受自欧美，且经济、法治发展水平相近。而日本、韩国相继于近年引进人民参与审判制度，在给台湾提供制度借鉴的同时，也无形中给台湾以压力。“司法院”也承认“构思中的人民观审制度，其原型近似于德国、日本的参审制，但也有若干韩国制的精神”^⑤。

从前述东亚国家建议性陪审团产生、发展的过程可以看出，东亚地区的几个法域，都曾经努力追仿英美陪审团，但是，由于固有的文化并不适合英美式陪审团生存，最后产生了折中的杂交产品——建议性陪审团。可以说，这一方面说明英美陪审团确实有值得学习之处，但另一方面也说明，在东亚文化背景下，全盘移植英美式陪审团是没有成功的经验的。

^① 参见赖浩敏：《引进观审制度，致力司法改革》，资料来源于中评网 <http://www.chinareviewnews.com>，访问时间：2012年11月15日。

^② 台北律师公会：《台北律师公会退出“司法院”人民参审试行条例研究制定委员会之声明》，资料来源于台北律师公会网站 http://www.tba.org.tw/news_detail.asp?id=304，访问时间：2012年11月10日。

^③ 参见吴景钦：《观审制可以抑制法官专断？》，资料来源于今日新闻网 <http://www.nownews.com/2011/07/02/142-2724406.htm>，访问时间：2012年11月15日。

^④ 参见苏永钦：《司法改革新纪元——“司法院”苏永钦“副院长”谈“人民观审制”》，第8页。

^⑤ “司法院刑事厅”：《“司法院”构思中人民观审制度 Q&A 进阶版》，载《军法专刊》2011年第6期，第203页。

二、东亚文化为什么难以接受英美陪审团

在东亚，全盘移植英美式陪审团没有成功的经验，这是历史事实。从逻辑上来看，东亚地区的文化也不具备移植英美陪审团的条件。由于东亚文化深受中国文化的影响，有共通之处，在这一部分，我将主要以我国为例来探讨为什么东亚文化难以接受英美式陪审团。

审判中的陪审制有两种模式，一是参审制，即由普通公民作为陪审员享有与法官同等的权力与法官一起参与案件的审理；二是陪审团制，即全部由普通公民组成的陪审团就案件的事实问题即犯罪是否成立作出裁决（verdict），量刑问题由专业法官作出，在陪审团审理中的法官一般为一名，只是一个主持人的角色，他对案件的看法即使与陪审团相反也不能对陪审员们进行暗示或者引导。

由于我国陪审制是参审制，存在一些与陪审制的初衷无法调和的矛盾：陪审员不懂法却要进行法律问题的裁判；陪审员必然受到与其一起审理的专业法官的经验与权威的影响而成为“陪衬”；由于其只占合议庭中的一部分，难以对裁决结果发生实质性的决定作用；等等。早就有人主张依照俄罗斯传统上为大陆法国家而引进只存在于英美法系的陪审团制度的做法，在中国对部分案件引进陪审团。《瞭望》新闻周刊曾经刊登有关中国司法体制改革的文章。文中提到，司法体制改革下一步将酝酿对疑难案件试点实行陪审团制度。由陪审团对案件事实的认定行使决定权，法官只负责适用法律，以减少涉法上访。^①期望从根本上解决司法不公与司法腐败的问题。

产生上述改革设想，其原因在于陪审制具有民主、公正、自由、人道这四种基本价值。从民主价值来看，作为“社区缩影”的陪审团，是从本地区成千上万的符合选民资格的普通公民中随机挑选、一案一组团，能够反映一般人对事实问

题的理解；从公正价值来看，由于潜在陪审员的基数很大，所以一个人一生很难有超过一次的机会被选为陪审员，审完一案便消失于茫茫人海，难以贿赂，而且由于责任的分散使当事人更能服判；从自由价值来看，分散的普通公民能够顶住政府的压力而保护公民自由，而“一致裁决”或者绝大多数同意才能作出一个裁决的要求使过半数就可判决的做法得以改变，难防止多数人的暴政而侵犯少数人的自由；从人道价值来看，普通人的情感与冷静的专业法官相比，更能体会案件中的人情与法理，避免类似于许霆案件中违背常理的裁判，又由于死刑裁判作为陪审团不能量刑的例外，可以在是否处死刑的问题上更有能力把握什么叫“不是必须立即执行的”这样的微妙情节。

这样的“好东西”，我国是不是可以立即引进，以“一了百了”地解决司法公正与司法腐败的问题呢？同样，为什么大陆法系国家长期不引进，有的国家如法国在历史上曾经引进过，为什么还要废除而代之以参审制呢？这是因为，陪审团的存在需要有一些必要的前提，而这些前提，在大陆法系国家及我国不存在或者不完善，需要先建立这些作为前提的相关制度，才可以引进陪审团。然而这些“前提”是否最终可以建立起来呢？

（一）陪审团需要对抗式审判对案件事实进行生活化处理

虽然我们以上讨论的大多数原则已被以前采用纠问式刑事诉讼程序的大陆法系国家所接受，但同刑事审判过程中其他原则相比，孕育产生上述原则的陪审团对抗式诉讼模式已被大陆法系国家所抛弃。例如：（1）国家（检察官、法官和预审法官）负有查明案件真实情况的义务；（2）为了查明有罪或者无罪的需要进而审查判决的必要；（3）强制起诉原则（法定原则）。罪刑法定原则不仅反对那些拥有自由裁量权的陪审团因为同情怜悯作出无罪判决或废除严酷惩罚条款，而且也反对神化政党所控制的刑事审判：辩诉交易（一种与英美陪审团审判有相同产生环境的实践

^① 参见：《中国酝酿对疑难案件试点实行陪审团制度》，<http://news.163.com/08/0108/23/41NJ7SAT0001124J.html>，2008-01-08，来源：中新网。

典范)。因此,陪审团制度已经在很大程度上被废除或是为了依旧贯彻上述原则,改变运行的形式转化为更容易实施的外行陪审员参与制:由职业法官和“外行”审判参与者所组成的“混合法庭”共同对所有的法律问题、事实问题、罪与非罪及判决负责。上述法律原则与大陆法系国家的司法体系结构之间的对抗关系引申出了很多思考。对于那些对抗制陪审团审判中以传统分权为中心的英美法系刑事诉讼程序,大陆法系国家到底能借鉴吸收多少呢?在审判程序开始之前,如果法官已经研究过相关侦查文件并发现此文件包含足够证据来证明有罪,他还能够说服自己假设犯罪嫌疑人无罪而作出公正的审判吗?为了作出客观公正的审判,把法官从行政和调查的分支中解脱出来保持其独立,传统陪审团真的能发挥催化剂的作用吗?如果法官有揭示事实的职责,而且被告声明其有沉默权,那么当法官也是犯罪事实查明者时,这种揭示事实的权力怎样才能做到有效?有罪判决的含义是什么?法文中的翻译是“在一个‘混合法庭’中根据自己的良心作出判决”。在“混合法庭”中,主审法官有权翻阅卷宗并负责起草判决书的情况下,其还要经受上诉审查的各种正式要求吗?

英美法系具有不同于大陆法国家的对抗制背景,很多所谓“对抗”的具体制度是在有陪审团对抗式审判背景中逐步发展起来的,包括:(1)无罪推定原则;(2)反对强迫自证其罪的权利;(3)诉讼双方地位平等;(4)获得公开审判、言词审判的权利;(5)控审分离原则;(6)法官独立审判,不受行政部门及相关调查机构的干涉。传统对抗制刑事诉讼分权理论是:中立的法官负责决定涉及法律和审判的相关问题,由普通人组成的陪审团负责犯罪事实认定。在这种分权理论中,有关证据的普通法律规则得以产生。例如,分权促进了传闻证据规则及相关性原则的发展,排除非法收集的证据规则的产生,自由心证原则从传统的证据规则中分离出来。这些重要的发展影响了刑事实体法中对证据的出示和评价,

事实问题与法律问题的分离,对刑事犯罪的主客观构成要素的分离,这些是由法官指导陪审团如何把法律条文运用到具体的案件中这样一种事实认定方式所决定的。^①

陪审制存在的第一个前提是审判的充分对抗化。在全部由平民组成的陪审团中,公民假定只有日常经验而无审判经验,甚至于假定他们是不懂法的,因此,只有通过对抗制审判,让控辩双方将案件事实通过辩论进行“生活化处理”,陪审员才有对事实的判断能力,而大陆法系国家的职权主义审判不能达到案件事实“生活化处理”的效果。在我国,很多法官对复杂的案件也是一个上午就审理完毕,除了法律专业人士,其他人是很难听懂的。因此陪审团审案必须要在每一个案件都有律师作为辩护人或者代理人,必须全部以法庭上调查、听审的事实作为依据才能作出裁判。这就需要保障所有请不起律师的人都有国家为其提供的律师;要确立直接言词原则,未经证人在法庭当庭作证的证据不能使用;由于专业水平与中立立场的限制,陪审员不能提问,只是一言不发的听审人。而这些在我国是不存在的,我国没有确立完全的国家法律援助制度、没有确立排除传闻法则、没有禁止法官(包括非专业法官)的事实问题提问权。

中国和谐司法的传统,使中国诉讼文化中缺少对抗制的基因。朱苏力教授认为:自20世纪90年代以来,中国司法改革的基本导向是职业化和专业化,突出审判和审判方式改革,强调法官消极和中立,律师扮演积极角色,取得了重大进展,但也留下了许多不能不面对的问题——这种司法模式在许多地方,特别是农村基层社会,缺乏适用性和有效性。在宏观层面需要适度调整。有鉴于此,从宏观层面看,能动司法和大调解的实验和推广是必要的,有积极意义。若放在中国的经济社会发展的整个过程中看,这其实既是中国司法改革的延伸,也是司法改革的调整。^②在我看来,为什么同一个案件,不同的法官审理,都是依法裁判,人

^① See Stephen C. Thaman, Europe's New Jury Systems: The Cases of Spain and Russia, 62 Law & Contemp. Probs. 233 (Spring 1999).

^② 参见朱苏力:《关于能动司法与大调解》,载《中国法学》2010年第1期,第5-16页。

民群众接受的程度会不一样，就是因为法官对人的态度不一样，人民喜欢的好法官，往往是那些与人民打成一片的法官，而不是法律知识高深却与人民格格不入的法官。司法要获得人民的认同，必须走司法民主化的道路，而人民陪审员正是中国传统文化和现代群众路线背景下的一种创举。

(二) 陪审团存在的权威性需要事实审一次性

在英美国家的审判中，对案件事实裁判只能是一次性的，除非因程序违法导致程序无效而更新程序进行一次“新的审判”(new-trial)，不能在原审的基础上进行续审(re-trial)而认定原判“事实不清，证据不足”，进行改判。这就提出了以下几个要求，一是英美法上的所谓心证公开和判决书说理只针对专业法官，陪审团为什么这样判是不需要说理的。这是他们“自由心证”的权力，他们这样判，可以是他们对事实感受基础上的认定、可以是对被告人的同情、可以是对可能适用的国家法律的不满，在更新审判中判无罪，还可以是对原来那次审理的国家机关违背程序的“报复”。在二审、再审中也不能对事实问题提出异议，除非在刑事案件中作有利于被告的裁决。程序违法的情况下进行的“更新程序”，则是当原来裁判没有发生。我国的二审和再审中，本来不同人可以感受不同的“事实清楚”、“证据确实充分”的问题都可以进行审查，因为世界各国都只在一审中适用陪审团审理，如果在二审再由非陪审团可以改变原来由陪审团所作的裁决，那么陪审团的一审裁判就没有意义。

然而中国文化中“实事求是、有错必纠”的理念存在了几千年，深植于中国文化之中，有学者主张我们也有“彻底的事实审”^①，以此强调一审的重要性，但是如果说我们也可以由此引进西方式的事实审一次性则是难以想象的。“实事求是、有错必纠”的理念，作为一种哲学认识论，已深深沁入中国人的世界观，只能随着时代

的发展而赋予新的内涵，而不能简单地抛弃。法律移植的最为关键之处，不在于域外法治如何先进，而在于能否本土化；如不顾本土实情盲目移植，则只会有“南橘北枳”的结果。把英美法系的禁止双重危险规则和事实审一次性也予以简单移植，难以获得社会的认同。如果没有事实审一次性，在一审中由普通人中选出来的陪审团审理得出的案件事实结论，在二审中由几个法官可以推翻，那么，陪审团审判的意义又何在呢？因此，只要有事实性的二审、三审程序的存在，陪审团就没有存在的余地和空间。

在传统上，中国的审判是通过多重监督、反复检测来达到公正的。协商民主是20世纪90年代以来在西方政治学界兴起的一种民主理论。协商民主理论的兴起，是为了回应西方社会面临的诸多问题，特别是多元文化社会潜藏的深刻而持久的道德冲突，以及种族文化团体之间认知资源的不平等而造成的多数人难以有效地参与公共决策的状况而应运而生的，但这种文化与中国的协商、和合文化却有共通之处。“和合”是中华民族的文化精髓，和谐文化必然带来协商民主，协商民主早就成为中国文化的一部分。如孔子强调“礼之用，和为贵”，提出“君子和而不同，小人同而不和”；要“推己及人”、“克己复礼”。孟子认为，“天时不如地利，地利不如人和”；儒家经典《中庸》指出：“和也者天下之达道也”。这些都体现了中国协商文化的基础。

在中国司法中，我们可以看到协商民主的具体表现。法院判案时面对的各种监督上也体现了协商，如一个案件判决过程和结果都要面对检察机关的监督、党的监督、人民代表大会的监督、当事人的监督、人民群众的监督 and 媒体的监督。与陪审团的“无理裁判”^②不同，法院的裁判实际上是各种价值、各种利益平衡的结果，也是各种力量协商的结果。协商民主也体现在上下级司法机关之间的依法定程序的协商。在中国不可能存在美国式的“事实审一次性”的做法，甚至于

^① 陈瑞华：《论彻底的事实审——重构我国刑事第一审程序的一种理论思路》，载《中外法学》2013年第3期，第517页。

^② 人们津津乐道的西方国家的法官说理，并不适用英美陪审团制的国家的陪审团审判，陪审团的裁决是并不说理的裁判，判决书说理体现在专业法官在上诉审时就法律解释上的说理。

不可能接受上诉审分流^①，将大部分案件在第一审完美地审一次而拒绝其在第二审进行事实审理，“全面审理”是实事求是理念下的必然结果，只有这样当事人和国家才可以放心，才会对公正的司法有信心，在一次审判中就达到“事了”的状态，那不可能发生在中国。

上级法院将来可以就事实问题改变下级法院的裁判，下级法院在裁判时要顾及上级可能出现的改判，而上级法院也要顾及下级法院的判决的理由。中国的裁判可以反复进行再审，并无次数的限制。这典型地体现了中国司法中协商民主的意义：即法官在裁判时并非像西方陪审团一样每一个人按照自己的感受（尽管这种感受也是建立在辩论等协商式民主的基础上的）进行裁判，而是考虑到裁判后可能接受以后反复出现的重复检测，法官在裁判时必须考虑整个社会的道德观念、考虑是否严格按照上级将来要解释的法律进行裁判。在中国传统文化中，人们更愿意、更接受通过协商和各种力量的制衡达到的公正，这种建立在协商基础上的中国式审判模式，才能在中国成为现实。

（三）陪审团审判需要宁纵不枉的实体公正理念

在中国人的法治理念中，“司法公正包括实体公正和程序公正两个方面，两者相互依存，不可偏废，努力兼顾两者的价值平衡。追求实体公正，不能以违背或破坏程序为代价，防止那种只求结果、不要过程、省略程序、违反程序等问题；强调程序公正，绝不意味着放弃对实体公正的追求，不能脱离实体公正搞所谓‘程序至上’或者‘程序优先’，避免只求过程不重结果”^②。其实，关于重实体公正首先并不是“社会主义法治理念”所特有的，而是中国文化和东亚文化所特有的，在中国文化中，在中国刑事诉讼法学界，有人主张程序正义优先实体正义的说法。实际上这也是不符合国情的，正义是一种人们的内

心需要，一个国家的人民需要什么样的正义是有很大的差别的。在美国，人们能够接受“辛普森‘做了此事’，但在法律上以及正义上，可以合理地判决他无罪。”^③但是，在中国，人们自古以来就有“善有善报、恶有恶报、不是不报、时候没到”的观念，在实现实体正义上，不应当有时间的限制，这是中国人能够接受的正义观。我们可以看到中国很多上访民众从黑发告到白发，几十年上访路，要的就是一个公正的结果，如果这个时候，你以美国的“禁止双重危险”、“不得作不利于被告人的变更”来说服他，他一定会认为这样的司法是邪恶的。

《人民司法》上有一篇“特约评论员”文章，对上述观念提出了批评，文章说：大批高学历人才进入法院，但缺少经验辅佐的学理难以应对丰富复杂的司法实践，秀才办案、机械司法引起了人们对高学历的怀疑；程序正义的普及带来了诉讼证据的完善，逾期举证后证据失权时，国人还一时难以接受“时间可以改变事实”的规则；慎刑和宽大变成了钱权交易的盾牌。^④在民事领域的“证据失权”——仅仅因为没有举出应当提供的证据，这个证据以后就不能用了，只能看到法院作与事实相违背的裁判——与刑事领域的“禁止不利于被告人的变更”一样，中国民众是无法接受的。

原最高人民法院院长王胜俊也看到了上述问题，他说：“人民群众希望有错必纠，我们的再审工作就要处理好依法纠错和维护生效裁判既判力的关系，不能固守所谓绝对的‘既判力’和‘一事不再理’的观念，及时依法依程序纠正错案。”^⑤这也是很有针对性的，2002年，最高人民法院《关于规范人民法院再审立案的若干意见（试行）》第12条就规定：“人民法院对民事、行政案件的再审申请人或申诉人超过两年提出再审申请或申诉的，不予受理。”第15条规定：“上

① 参见孙远：《论刑事上诉审构造》，载《现代法学》2012年第4期，第128页。

② 中共中央政法委员会编：《社会主义法治理念读本》，长安出版社2009年版，第172页。

③ [美] 艾伦·德肖维茨：《合理的怀疑：从辛普森案批判美国司法体系》，高忠义、侯荷婷译，法律出版社2010年版，第7页。

④ 贺小荣：《大法官下基层》，载《人民司法》2008年第13期，第1页。

⑤ 王胜俊：《保障公平正义是司法工作生命线》，2008-09-22，《瞭望》新闻周刊。

级人民法院对经终审法院的上一级人民法院依照审判监督程序审理后维持原判或者经两级人民法院依照审判监督程序复查均驳回的申请再审或申诉案件，一般不予受理。”第16条规定：“最高人民法院再审裁判或者复查驳回的案件，再审申请人或申诉人仍不服提出再审申请或申诉的，不予受理。”这些解释，就是以“既判力”和“一事不再理”为由，对实体上错误的裁判不再纠正。这不符合中华民族关于正义的传统理解，不符合人民群众追求实体正义、有错必纠的现实要求，人民是根本不可能接受的，司法实践中当然也就无法推行。

而在一审时就由一个所谓完美认定事实的陪审团进行一次性的事实审理，不仅其一系列的配套性的程序措施是不可能实现的，而且中国的民众也不一定能接受这样一个结果，我们看到在实践中有些案件审理后作无罪判决，公民反复上诉、申诉，时间长达十几年，这就是中国文化，中国人的正义观。

（四）东亚文化更接受“上面的人”而非其同伴来审判

陪审制度的精神中包含了这样一种理念：“在民主社会中，陪审团的精英化特点已经被看做对其合法性的威胁，并声称应该为这个体制注入常识以保护普通公民远离国家的伤害。”^①汉德法官主张说，陪审团是唯一适合这种角色的。与专业法官不同的是，陪审员的顾虑较少，既没有职位带来的负担，受到外界压力也更少。不像法官和检察官需要对其行为作出解释，陪审员没有直接或间接义务解释其行为，他们来自于社区，又自动融合到社区之中。^②认定犯罪不仅仅是确定被告人实施了指控的行为，它还代表陪审团的一种判断——“社会良知”和“平民们的圣谕”，被告人应当受到源自定罪的谴责和正式惩罚。^③陪审团是社区的良心，发现法律和正义之间存在差距，保证不因法律而牺牲正义。但

是，在东亚文化的传统中，却存在信官不信民的传统。

有日本学者在研究中指出，从日本的经验来看，陪审团在日本文化中是不受欢迎的。日本社会经常被描述成“垂直的”或“层次的”，意味着社会关系是由一定阶层的“地位”所决定的。这种“地位”往往取决于诸多因素，其中包括年龄和职业。阶层存在于日本社会可以通过日本的语言加以证明。以及通过人与人之间相互介绍时鞠躬的行为，还有在正式场合的座位情况加以证明。许多学者都确信，日本社会等级分层的结果之一是日本人宁愿由“上面的人”而不是由“他们的伙伴们”进行审判，并且这导致了日本人从一开始就不信任陪审团。人们相信法官，因为他们在审理案件时有一种特殊的责任感并且试图保持他们高度的道德标准以确保公正的审判。因此，民众参与司法的过程最终不适合日本民众，因为公民简单地宁愿由法官来审理他们的案件而不是他们的同胞们。学者们对该问题到底多大程度导致了日本陪审团制度的失败存在争议，但是大多数人都同意文化扮演了一个重要的角色。^④这位学者特别举出了日常生活中的一些例子加以说明：

一个日本人在第一次遇见别人时所表现出的语言和行为很大程度上是由每个人在日本社会中的地位所决定的。这在商业场合和私人场合中是同样适用的。在商业背景场合下会调整他的语言和行为。举个例子，如果A是部门的领导而B是一个新的员工，那A说的日语比较中性化而B的说话方式将特别有礼貌。同样，在私人场合中，一个学生会用类似的敬语对一个教授说话，一个更年轻的人会用同样的敬语对比他年长的人说话。因此，在每个私人的交流中，参与者的相对地位影响了他们的行为。

许多学者指出日本人比任何其他社会的人对

^① See Sally Lloyd-Bostock & Cheryl Thomas, Decline of the “Little Parliament”: Juries and Jury Reform in England and Wales, 62 Law & Contemp. Probs. 7, 25 (Spring 1999).

^② See McCann v. Adams, 126 F. 2d 774, 776 (2d Cir. 1942).

^③ 参见 [美] 约书亚·德雷斯勒、艾伦·C·迈克斯：《美国刑事诉讼法精解》（第四版）（第二卷·刑事审判），魏晓娜译，北京大学出版社2009年版，第278页。

^④ See Lester W. Kiss, Reviving the Criminal Jury in Japan, 62 Law & Contemp. Probs. 261 (Spring 1999).

权威人物有更深信任。这些学者通常认为这种信任的基础是日本的儒家传统。他们认为这种对权威的信任的例子是普通日本公民对政治缺乏兴趣并且对推动令他沮丧的制度变化的冷漠。

这些情况在中国也是同样存在的，我们看到，在美国，总统和普通公民可以平等排队，在我参加过的美国学术研讨会上，市长、国家部长和普通教授、学生一起排队取饭、圆桌吃饭是很正常而不会引起任何人心理不安的现象，而在中国吃饭时按主客、尊卑、长幼等次序排位，是最正常的现象，偶尔没有遵守，这是少数的例外而不是常态。日本的“集体意识”同样是可能对日本陪审团制度的实际运作产生深刻影响的文化特征。维护群体的和谐是日本文化的另一重要组成部分。在日本理想的传统家庭中，家庭成员的观点通常忽视问题而保持一致，这通常意味着所有成员必须接受家庭家长的意见，甚至不能讨论存在的问题。对家庭家长的观点的反对意见被认为是失礼的标志，破坏了群体秩序的和谐性。^①在审判中，东亚文化更接受“上面的人”而非其同伴来审判，这让东亚文化对陪审团裁判难以信任，这使东亚国家对陪审团的引进缺乏群众基础。

(五) 全面殖民化背景下的香港陪审团并非东亚审判制度的常态

香港地区陪审团制度沿袭英国，并在其发展过程中独具自己的特色。香港回归之后，陪审团制度在“一国两制”的基本原则下得以保留。对香港陪审团制度进行规定的主要是《中华人民共和国香港特别行政区基本法》和《陪审团条例》，而在《高等法院条例》和《死因裁判官条例》中亦有所涉及。香港陪审团的存在是东亚国家和地区的特例，这一情况似乎反证在东亚也是有陪审团存在的基础的，但我的看法是，这并不能成为其他地区也可以推行陪审团的理由。原因如下：

首先，香港陪审团的存在是香港在完全殖民化的情况下，政治法律制度移植英国的结果。这

种法律移植伴随着英国的殖民统治，因而带有“强权政治”的色彩，并表现为“种植式”的模式，即“香港对于英国强行推行的法律是没有选择的，陪审团制度在香港刑事诉讼中存在并不是香港社会自然发展的结果”^②。可以说，没有政治制度和其他法律强行、全盘“种植”，就不会有英国式的陪审团存在的基础。

其次，陪审团的移植是以文化殖民为前提的。最明显的一个例子是，在香港，成为陪审团成员须是年龄介于21周岁至65周岁的香港居民，同时必须满足以下三个条件：精神健全而无任何使其不能出任陪审员的失明、失聪或其他无行为能力的情况；具有良好品格；熟悉审讯时采用的语言。在英国的殖民统治时期，要求用英语进行陪审团审判，陪审员的英语水平要求很高，须由一定的英语考试资料所证明。香港回归后，根据《香港特别行政区基本法》，法庭审判的语言才改为可以由中文或者英语审判，要求陪审团成员必须懂英语的要求才随之予以改变。众所周知，语言是文化的载体，甚至可以改变人的思维方式，使用方块字的人与使用字母语言的人的思维方式当然会有重大差异。

再次，可以在殖民统治之下弥补种植式法律本身的局限。法律是地方性知识，“种植式”的法律本来是违背法律产生的规律的，如何弥补种植性法律的局限，陪审团恰恰能够发挥作用。陪审团的最大的特点是不需要说明裁判的理由，可以使原则的法律灵活运用于个案，也可以对一些明显不合理的法律通过“陪审团废法”的方式废弃不用。“由于少数的英国人统治着多数的华人，英国人无法很清楚地知道华人社会的利益需求及传统习惯，又没有民主程序来反映民意，这样，其制定和执行法律时很容易偏离民意，同时还会引起其他的社会矛盾，所以，英国为了保持香港的稳定与收拢人心，必须采取一定的措施来弥补香港民主的不足，一方面在香港引入了广泛的咨询制度，另一方面，通过陪审制来使人民实现具体的政治意愿，作为反映民意的一个渠道。”^③

① See Lester W. Kiss, Reviving the Criminal Jury in Japan, 62 Law & Contemp. Probs. 261 (Spring 1999).

② 郭天武、何邦武：《香港刑事诉讼法专论》，北京大学出版社2009年版，第141页。

③ 同上书，第143页。

这个问题在香港尤为特殊，香港大部分法官是外籍人士，而在98%的华人社会中，他们对于华人社会的价值观念、风土人情，他们对于任职的“本土”，几乎是一无所知。在这种情况下，必须要陪审团的地方性知识来给予补充和协调，陪审团的本地化知识与法官的专业化知识相互补充、相得益彰，使判决不会出现难以理解、难以接受的情形，同时，也通过陪审团本地化知识的补充，实现一种普遍的社会正义，让人们真正感受到法律是正义的，增加判决的可执行性。这样陪审团为英国法律在香港地区的实施起到了磨合剂的作用，避免了殖民地人民对移植的殖民国家法律的反抗和抵触，这对殖民者是有好处的。

最后，殖民地人民即香港本地的民众也可以利用陪审团作为保护自由的武器，最大限度地保护无辜者，防止殖民者合法利用法律进行的压迫。刑事案件中，由于国家可以合法使用权力对公民的自由甚至生命进行剥夺，个人自由更容易受到来自政府的迫害。陪审团与法官享有不适用于政府的法律特权。这项特权称为“陪审团废法”(jury nullification)或者叫“陪审团的不遵守法律之权”(jury lawlessness)。如果在陪审团看来，某项法律规范的适用将会导致手头案件的非正当结果，那么，陪审团就可以不管这个法律的现实规定，而作出其认为适当的裁决。^①在殖民地社会里，由于法律是移植的，殖民者可能用来压迫人民、维护稳定。陪审团最重要的作用之一是阻止政府的压迫，陪审团通过保护刑事被告人免受检察官或法官的武断权力，保护人民免受政府压迫。^②从本地人占98%的选民中随机选出来的陪审团，代表了本地人的民意，他们可以通过把某些不合理的英国法律置之不理，而适用本土社会可以接受的方法来作出裁决，反抗殖民者利用法律进行的压迫^③，实现香港人民能够接受的社会正义。

由上可见，香港的陪审团的存在，是全盘殖民化的结果，可以说，没有政治、法律、文

化的殖民化，就没有香港的陪审团，这是一个历史的选择，是一种无奈的选择，也是香港人民被动接受殖民地之下乐意接受的一种保护自己的工具。可以说，在东亚，除非像香港一样长期成为英国或者美国的殖民地，否则，就不可能产生像香港一样移植英美式陪审团。所以，香港的陪审团不能成为东亚文化背景下的审判制度的正常例证。

(六)为什么不能引进陪审团的地区可以接受陪审员参审制

一个不得不回应的问题是，参审制中也有普通公民陪审员的参加，为什么不能引进陪审团的地区却可以容纳参审制？这可以从以下几个方面进行解释。

第一，参审制中由于有专业法官的参加，不必遵循“人民不会犯错”的政治教条，因而可以对案件事实不必遵循事实审一次性的规则。如前所述，陪审团审判中，陪审团解决事实问题，专业法官决定法律问题。陪审团是按照社区的镜子来组织的，基于“人民不会犯错”的规则，其所作判决中的事实问题具有终局效力，当事人只能就法律问题提出上诉。而参审制规避了陪审团所作事实问题的判决具有终局效力的危险，可以对其判决的事实和法律部分都提起上诉。参审制中的上诉制度是协调人民民主与纠正案件审理错误之间矛盾的平衡器，符合东亚国家坚持实体正义和有错必纠的文化观念。

第二，参审制中有专业法律知识的职业法官能够使裁判说理，防止陪审团废法，维护法制统一。在参审制中，职业法官是有深厚法律知识和法律从业经验的专业人员，也是国家意志的代表，更能从国家治理的角度对案件审理与判决进行宏观把握和综合考量。在陪审团审理中，陪审员的事实部分是不说理的“无理裁判”。而参审制中，专业法官要代表整个混合式合议庭撰写判决书并对事实问题充分说理，所以不可能出现所谓“陪审团废法”的问题，这与东亚国家要求司法维护法制的统一性和权威性的文化传统是契

① 参见郭天武、何邦武：《香港刑事诉讼法专论》，第145页。

② See *Batson v. Kentucky*, 476 U. S. 79, 86 (1986).

③ 参见高一飞、贺红强：《美国陪审团废法的正当性考察》，载《学术论坛》2013年第6期，第127页。

合的。

第三,参审制中专业法官的存在能够维持职权主义审判模式的运行。东亚国家和地区不适合陪审团制度,一个重要的理由是审判方式上的法官主导,法官对案件真相负责,根据自己的职权采取必要的审理方法查明案件真相,如果是由全部为非职业法官组成的陪审团审理,则必然要引进当事人主义的审判模式,由双方当事人将案件事实作生活化处理,由只会静听深思的陪审团得出案件事实的结论。这种根本性的变革要发生在中国和其他东亚国家和地区,是难以想象的。而参审制中,审判方式上与纯粹的专业法官组成的情况可以没有差异,因为参审制中的职业法官完全可以发挥其职权。

三、建议性陪审团在中国大陆的试验及其意义

继法院判决书上网、庭审视频直播之后,河南省高级人民法院在推进司法民主方面再出新举措,2010年在全省法院推广“人民陪审员”制度。

(一) 人民陪审员的产生与发展

2009年2月,在一起社会广泛关注的死刑二审案件中,省法院刑一庭率先尝试邀请人民群众代表组成“人民陪审员”,参与刑事审判,对案件裁判发表意见,供合议庭参考,引起了全国各界的强烈反响,各相关媒体作了大量的报道。省法院党组高度关注这项改革,就这项制度的命名、推行的可行性、与国外“陪审团”制度的区别等进行了反复论证,决定从2009年6月起,在郑州、开封、新乡、三门峡、商丘、驻马店六个地市法院开展人民陪审员制度试点工作。^①

2009年6月起的半年多,在省法院的具体指导下,开封市两级法院建成了具有广泛代表性的拥有5201名成员的人民陪审团库,邀请陪审

团参与审理了33件群众关注度高的案件,参与审理的人民陪审员268人。在这些案件宣判后,无一起引发信访事件,无一被检察机关抗诉,取得了良好的社会效果,广受社会群众的好评。^②自2009年6月至2010年3月,全省通过人民陪审员制度审理刑事案件107件,其中,郑州15件,开封33件,新乡4件,商丘39件,驻马店12件,三门峡4件。有的法院虽然不是省法院确定的试点单位,但也积极开展了“人民陪审员”尝试工作。各地法院的大胆尝试,为下一步在河南省法院全面推行人民陪审员制度积累了宝贵的经验。^③陪审团制度的主要内容体现在《河南省高级人民法院关于开展人民陪审员制度试点工作的意见(试行)》(2010年3月25日)中,根据这一意见,2012年10月31日,为进一步务实推进人民陪审员制度试点工作,省高院研究决定,确定开封、安阳、漯河、三门峡、信阳5家中级人民法院和尉氏县、三门峡市湖滨区、郑州市二七区等18家基层法院重点试点人民陪审员制度。^④

实行人民陪审员制度,规定一个县区建立不少于500人的成员库,强调普通民众的广泛参与,强调组成人民陪审员时要随机选取,最后由9~13名群众组成人民陪审员,就使人民陪审员代表的民意更广泛,代表性更强,民意的基础也更牢靠,更能全面反映群众的声音。^⑤

在参加案件审理的方式上。确定人民陪审员成员后,合议庭应当及时告知各成员案件开庭的时间和地点,并通报案件有关情况,将起诉书、被告人辩护意见、一审判决书、上诉状、检察机关抗诉书、再审案件的终局裁判文书等复印件发送人民陪审员成员。人民法院至迟在开庭3日前,告知公诉机关、被告人及其辩护人、刑事附带民事诉讼当事人、行政案件当事

^① 参见河南省高级人民法院副院长田立文:《人民陪审员试点工作情况通报》,河南省高级人民法院公开发布材料,2010年3月25日。

^② 参见谭萍等:《郑州引入陪审团参与断案》,载《人民日报(海外版)》,2010年4月6日。

^③ 参见注①。

^④ 参见谢建晓:《河南省23家法院重点“试水”人民陪审员制度》,载《河南日报》2012年11月1日,第1版。

^⑤ 参见张立勇:《在全省法院人民陪审员试点工作现场会暨“制度创新年”活动动员会上的讲话》,2010年3月25日。

人人民陪审员组成情况。如以上人员认为人民陪审员成员与本案有利害关系并提出异议的,由合议庭决定是否调整。人民法院应当在审判台一侧或两侧设立“人民陪审员专席”。庭审过程中,人民陪审员成员有疑问的,应当以书面形式提出,由审判长决定是否进行法庭调查。人民陪审员会议召开前,合议庭可以就庭审争议焦点、适用的法律及证据规则等,给予必要的指导和释明。人民陪审员会议召开前,人民陪审员成员不得与案件当事人、诉讼代理人接触。庭审休庭后,人民陪审员应当立即召开会议。人民陪审员会议由全体成员自行推选或由审判长指定一名团长主持。

在人民陪审员意见的效力上。陪审团成员可以就案件证据认定、事实认定、法律适用、裁判结果等发表意见、进行讨论,形成陪审团书面意见并经全体人民陪审员成员签名。人民陪审员可以形成一致意见,也可以形成多种意见。人民陪审员会议结束后,由团长将书面意见提交审判长。人民陪审员书面意见应当存入案卷副卷。根据案件情况和条件,可以尝试当庭发表人民陪审员意见。合议庭评议案件时,应当将人民陪审员意见作为重要参考。

(二) 人民陪审员的优势正在于其“非驴非马”

美国法官波斯纳曾经指出:“如果独立性仅仅意味着法官按照他们的意愿来决定案件而不受其他官员的压力,这样一个独立的司法机构并不显然会以公众利益为重;人民也许仅仅是换了一套暴政而已。”紧接着,他追问道:“一旦法官获得了独立于显贵的政治干涉之后,法官将从何处寻找指导?他们将仅仅作为不受一般的政治约束的政客来活动,还是将受到职业规范的某种约束?有没有一套客观的规范(或者是实在法,或者是自然法)或一套分析方法(‘法律推理’)将保证司法决定客观确定、非人情化?如果没有,法官是否就难以通过命令来裁决,而这些命令之所以令人难忘,只不过是审判中神圣的舞台

技巧——高高的审判席、法官袍、法庭誓言以及律师术语和雄辩?”^①

在确保司法独立确立之时,必须构造一种有效的司法制约机制,防止司法暴政之出现。^②

有一些人认为,“司法就是司法”,“法律就是法律”,不能受任何其他因素的影响。其实,这是一种似是而非的观点:首先,从“司法就是司法”来看,那种认为普通民众不应当影响司法的想法,是对司法与民意关系的误解;简单地说,司法不可避免要受到司法以外的影响^③,民众要施加好的影响、避免坏的影响,维护本案的司法公正之外,通过案件的裁判实现其他善的目的。其次,从“法律就是法律”来看,那种认为司法不包括其他价值体现的观点,是不了解司法基本规律的观点。“通过司法实现正义”,但不仅是实体正义,而且还包括程序正义,也就是司法程序体现的人道、平等、人权等价值。

不仅在事实审理中法官难以避免受民意的影响,在量刑程序中,立法的本意就容忍民意对司法的影响。在量刑方面,法院考虑他的犯罪原因和民众评价去量刑,是一种正当的做法。各国法院的“量刑调查”制度就是考虑了“社会评价”的结果。^④案件的裁判,从来都是一定背景下的社会各种正义观和价值观平衡的产物。

当为了防止民主的暴政,基于“宁纵不枉”和宽容司法理念前提时,俄罗斯法律赋予了专业法官以“凌驾陪审团”的权力,即使犯罪行为确已发生,通过陪审团法庭调查也证明为受审人所为,但专业法官仍可判决受审人无罪,理由是受审人没有罪过,在法律上无罪,不应受到刑事处罚。这在实践中便出现了受审人实施了犯罪行为,法院却判决受审人无罪的现象。

河南省的做法是将人民陪审员的建议作为合议庭审判的重要参考,可以说是合议庭一方面会考虑陪审团的意见,但却又可以作出不同于陪审团的裁判意见。这是一种中国特色的合议庭凌驾于陪审团的做法。

① [美]波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社1994年版,第8-9页。

② 参见左卫民、周长军:《变迁与改革——法院制度现代化研究》,法律出版社2000年版,第48页。

③ See Gregg Barak, *Media, Criminal justice and mass culture*, Monsey, New York, U. S. A., 1999, p. 7.

④ 美国之所以要把量刑程序分离出来,原因之一是量刑时会考虑包括犯罪人犯罪原因、身世、受教育状况、社区评价在内的“量刑调查报告”(The Pre-sentence Investigation and Report, 简称PSI)。

人民陪审员的历史可以追溯到马锡伍审判方式。马锡伍审判中，有一个突出的特征是“干部与群众共同断案”，但是这种断案方式并非人民陪审员参与审判，因为其特征是“通过对内开放把行政干部吸收为审判者，又通过对外开放把社会成员引入到审判结构中”^①，一方面承认“真正群众的意见比法律还厉害”，另一方面，司法干部并不盲目听从群众的意见，也不是不加区分地采纳群众的意见，“群众不是法律专家……所以不是无条件地采用，必须以政策法规作依据，看其是否与之相合”^②。

（三）人民陪审员的本质是有组织地听取旁听公民的意见

公开审判的一个重要内容是允许旁听，这是司法公开中庭审公开的基本内容。在旁听的具体方式上，“对影响重大、社会关注度较高的案件，应根据旁听人数尽量安排合适的审判场所。定期邀请人大代表、政协委员和社会组织代表旁听庭审。”（最高人民法院《司法公开示范法院标准》，2010年10月20日）

当前，我国《刑事诉讼法》或其他法律暂时还没有规定旁听人员评论庭审，在一般情况下，公民旁听案件只能旁听，不能发表意见。人民陪审员制度可以将旁听与发表意见相结合，即：邀请特定代表旁听，同时允许其发表意见代法院裁判时参考，另外增加了一种特殊公开的内容，即向人民陪审员公开庭审案卷材料。其差别在于，旁听代表的遴选不是一般的邀请，而是以类似于陪审团成员选择的方式进行；一般旁听公民可以在庭审结束后用口头或者书面的方式向法庭提出意见，而人民陪审员则是用讨论、投票这种正规的方式向法庭提出书面、正式的意见，当然其效力是相同的：都是法院裁判时的一种参考。

这种司法公开与听取意见的方式可以表现为：
向特邀代表公开+庭审资料的公开+听取意

见的结合。

人民法院旁听庭审公民对审判的评论是司法主动吸纳舆论的表现，便于法院在裁判案件时考虑民众的意见，是司法公开、司法民主的体现。在当今社会，法院判决必然都会导致各种各样的批评。特别是刑事案件，只要有媒体的报道和评论，就会导致各种议论，无处不在的媒体将会通过各种途径将不同的批评意见灌输到审判人员的耳朵，与其被动接受各种议论，还不如主动听取来自民众的声音、接受人民的监督。^③

人民陪审员的意见对法官处理案件有参考意义。旁听庭审公民意见和建议与媒体报道评论相比，其好处在于，旁听人员的意见并非根据道听途说的材料，而是对案件进行了全程旁听，真正了解案情。而从媒体了解到的案情，必然经过媒体的选择、加工，因为媒体的报道除了追求真实的动机外，媒体人员的价值观也会影响事实的描述，媒体的商业利益动机也会影响对案件的客观描述，而旁听人员能够获取关于案件的最真实、最直接的信息，对案件的意见和建议更有参考价值。旁听人员的意见能够起到补充法官的思维空档、提醒法官避免思维失误的作用。人民陪审员制度，符合我国的司法体制和民风民俗，是人民司法的又一创举，是人民司法监督权的一次重要的提升。

（四）人民陪审员所给出建议的价值不容忽视

当然，前述“人民陪审员的意见对法官处理案件有参考意义”恰恰会成为很多人质疑人民陪审员的理由。在实践中，在确实有不少的批评是针对其没有强制效力的。在台湾，一些学者认为观审制“不伦不类非驴非马”、“观审制四不像”，讽刺观审制在比较司法上“独步全球”、“举世罕见”。^④ 最终仍是落入法官恣意决定的窠臼里。^⑤

① 梁洪明：《马锡伍审判与中国革命》，载《政法论坛》2013年第6期，第147页。

② 《在中共解放区人民身体财产所得到的保障——陕甘宁边区司法及保安制度考察记》，陕西省档案馆档案，卷宗号：15-66。转引自梁洪明：《马锡伍审判与中国革命》，载《政法论坛》2013年第6期，第147页。

③ 参见高一飞、贺红强：《庭审旁听权及其实现机制》，载《社会科学研究》2013年第1期，第79页。

④ 王兆鹏、黄国昌、林裕顺：《是司法改革还是司法骗局？》，载《司法改革杂志》2011年第85期，第29页。

⑤ 参见吴景钦：《观审制可以抑制法官专断？》，资料来源于今日新闻网 <http://www.nownews.com/2011/07/02/142-2724406.htm>，访问时间2012年11月15日。

但是“司法院”则持不同看法，并认为观审员的意见仍具有“事实上的拘束力”。这种事实上的拘束力，主要体现在判决书的制作上。根据台湾地区“司法院刑事厅”的设想，法官对于观审员形成的多数不同意见，于判决书中以不表明意见分布情形（以防泄露评议秘密）的方式说明不采纳的理由。^①而在我国大陆，也有学者认为人民陪审员“虽然他们所表达的意见‘将作为二审合议庭的合议依据之一’，但是这种意见是否能对刑罚的确定产生影响，能在多大程度上产生影响以及这种影响的作用路径等问题都有待进一步明晰”^②。更有甚者，有学者直接提出要赋予人民陪审员决定对案件的强制效力，认为“陪审员的决策要产生一定的法律拘束力。一定的法律拘束力是对陪审员参与审判的作用的认可，没有这种拘束力，就不能产生陪审员参与审判的动力，也不能调动其参与审判的积极能动性”^③。还有人建议修改我国现行法律，使人民陪审员的决定具有相应的法律拘束力，直接发挥陪审团在事实认定和法律适用方面的裁判职能。^④

上述说法的本质，就是让建议性陪审团改变为英美式陪审团，而对此，我们已经论述，这不适应东亚文化，在中国行不通。

但是，我们应当看到的是由于人民陪审员由官方组织、得到各级法院的认可，全程参与案件的听审并给出正式的意见，其给出建议的协商民主价值和法官的约束力是不可低估的。

建议没有强制性效力，但并不是没有效力，这是政治法律领域的常识，严格来说，有的时候没有强制力的东西其实施的效力可能是最好的，举例来说，我们生活中邀请饭局时并没有强制力，但正式邀请饭局后其最后实施的效力如果单纯从实现率来看，则远远超过了任何有强制性的法律的实施效果。从这个例子可以说明，简单否定建议性决定的效力是没有依据的。根据沟通主义法律观，“法律人之间的一种合乎理性的对话

是‘正确’地解释和适用法律的最终保证。”“有效的制裁即实际的强制在法律中只具有有限作用，大多数规则在大部分情形中由于不同的原因而被自发地遵守。”^⑤建议性陪审团的建议像其他非强制性规范性一样，其得到采纳是基于人的基本理性和法官对建议本身产生的过程的了解和信任而实现的。

对于法官为什么会认真对待、认可和采纳人民陪审员的建议，在中国背景下的思考笔者考虑以下几个因素：

第一，担心民众对法官的评价。这是最重要的，因为中国的法官是强调群众路线和群众满意的，对于普通群众全程参与听审后给出的结论，如果法官不采纳，必须要给出建议者当时不理解但在解释后能够接受的理由。

第二，建议本身具有启发法官思维和弥补法官思维缺陷的作用。立法不可能针对个案说明具体能否适用的理由，而人民陪审员的建议则不一样，它具有普通陪审团在案件真实发现方面的价值。

第三，因为作为制度化的人民陪审员制度，法官采纳人民陪审员建议的比率必然会成为司法管理者考核法官和审判组织的指标之一，试想，一个对人民陪审员的建议采纳率不到50%的审判组织，必然会引起上级机关的特别关注和监督。

第四，没有强制效力并不是没有约束力，如河南省的做法要求：人民陪审员意见不一致的，合议庭应当全面考虑各种意见的事实和法律依据，认为合理的予以采纳。合议庭向本院审判委员会及上级法院汇报案件时，应当如实报告人民陪审员意见。人民陪审员一致意见或多数人意见与合议庭意见不一致的案件，应当提交本院审判委员会讨论。制作裁判文书时，不显示人民陪审员意见。人民陪审员意见未被采纳的，合议庭应

① 参见“司法院刑事厅”：《“司法院”构思中人民观审制度 Q&A 进阶版》，第 214-215 页。

② 汪建成：《非驴非马的“河南陪审团”改革当慎行》，载《法学》2009 年第 5 期，第 15-22 页。

③ 汤维建：《人民陪审员制度试点的评析和完善建议》，载《政法与法律》2011 年第 3 期。

④ 参见许乐：《论人民陪审员机制的构建——以 S 省 F 县人民法院创设人民陪审员的探索为基础》，载《中国刑事法杂志》2013 年第 4 期，第 63-68 页。

⑤ [比] 马克·范·胡克：《法律的沟通之维》，孙国东译，法律出版社 2008 年版，第 238 页、第 47-49 页。

当予以必要的解释。

在法律制度中,存在某些制度决定的效力是建议性而非强制性,但其制度的活力却不可否认,且不说以我国政治协商会议为标志的政治协商制度,在司法领域也是有先例的,如日本的检察审查会制度和我国的人民监督员制度,其作出的决定对检察机关而言就是建议性和参考性的。只有有强制力的规范才是有意义的,这样的说法“在面对不计其数的非强制性规范时显得苍白无力。既然在国家法的体系之内,也都有不依靠命令、强制、逼迫,却依靠说服、激励、信奉,而得以实际执行的规范,且此类规范不在少数,那么,仍然坚持以上说辞,不免过于牵强”^①。

从各国实施建议性陪审团和河南实施人民陪审员团的情况来看,其建议得到采纳的比率也是很高的。在日本,虽然没有看到统计的数字,但在审判中,参考性陪审团的成员有足够的勇气和意愿在法庭表达他们的意见,甚至斥责侦查此案的警察。^②

而在近期出现的韩国人民陪审员团中,法官采纳陪审团建议的比率高达90%以上。在河南,我们询问河南省法院后,缺乏全省法院人民陪审员团建议采纳率统计,但从其某些地方来看,采纳率是很高的,据信阳中院的报道,试点工作开展以来,信阳全市法院人民陪审员团共参审案件22件,已结案20件,人民陪审员团意见与裁判意见一致或基本一致数20件,人民陪审员团意见与裁判意见一致率100%,上诉、抗诉案件数0件,上诉、抗诉率为0,没有上访因素。^③

建议性陪审团能够发挥独到的作用,在不具备条件采纳英美陪审团条件的国家,能够吸收陪审团的优点,实现审判民主和审判的民众参与。建议性陪审团的作用要得到充分发挥,需要提高制度的正式性和规范性,使听取建议的法官更加

重视建议的内容,在我国,为此可以做的就是学习其他东亚法域的做法,将人民陪审员团制度进行正式立法,全面推广,并将其实施纳入对法官的考核指标。

四、中国文化只适合建议性陪审团

中国有自己特有的历史文化传统。“迄至现今,我国推行法治的实践已经历了30个年头。30年来,我国法治事业取得了举世瞩目的成就。然而,不容回避的是,30年后的当下,我国法治事业也面临着一些理论上较为困惑、实践中无法绕开、必须直面的重大问题。”“我国法治正在从以偏重于学习和借鉴西方法律制度和理论为取向的追仿型法治进路,转向以适应中国具体国情、解决中国实际问题为基本目标,立足于自我发展和自主创新的自主型法治进路。”^④

为什么一个国家的司法必须走自己的道路,同样是一个被无数人论证过的问题,我常想,很多从事法律实践与研究的人在进入大学校园时就看《论法的精神》,但恰恰忘了“法的精神”是什么,忘了《论法的精神》第一部分就是“法和一切存在物的关系”,它告诉我们:

“法律应该和国家的自然状态有关系;和寒、热、温的气候有关系;和土地的质量、形势与面积有关系;和农、猎、牧各种人民的生活方式有关系。法律应该和政制所能容忍的自由程度有关系;和居民的宗教、性癖、财富、人口、贸易、风俗、习惯相适应。最后,法律和法律之间也有关系,法律和它们的渊源,和立法者的目的,以及和作为法律建立的基础的事物的秩序也有关系。应该从所有这些观点去考察法律。”^⑤

^① 沈岿:《“软法”概念正当性之新辩——以法律沟通论为视角》,载《法商研究》2014年第1期,第3页。

^② See Ryōichi Yasushi, Baishin Hō no Kekkan, Jury Trials in Hiroshima: Jury Trials as Seen through the Articles of the Geibi Nichinichi Shinbun, the Chūgoku Shinbun as well as through Original Criminal Verdicts of the Beginning of the Shōwa Period, 29 Shūdō HōGaku 45, 144-150 (2007).

^③ 参见董王超:《司法工作走群众路线的新探索——人民陪审员试点工作略记》, <http://www.hncourt.org/pu>, 发布时间,2013年10月30日。

^④ 顾培东:《中国法治的自主型进路》,载《法学研究》2010年第1期,第1页。

^⑤ [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆1997年版,第7页。

这就是法的精神。法是一切存在物的结果，每一个国家和民族都不可能具有相同的法律，尽管因为人类的共同性——我们都是人，所以一定有普适价值的存在，但是司法和法治都只能走自主型的道路，法治和司法本质上都是每一个国家和民族自己的事情。

很多人言必称美国的民主，认为美国才是典型的法治国家，但我们应当记住130年前考察美国的托克维尔（他从1831年5月9日到达美国，在美国考察9个月零几天，于1832年2月22日离开美国）在他的名著《论美国的民主》中说的话：美国的宪法虽好，但是不能夸大它对民主的贡献。他还说：“美国的联邦宪法，好像能工巧匠创造的一件能使发明人成名发财，而落到他人之手就变成一无用处的艺术品”^①。

因此，墨西哥照搬美国的宪法，并未使墨西哥富强，托克维尔认为，有助于美国维护民主制度的原因有三：自然环境、法制和民情。“但按照贡献对他们分级……自然环境不如法制，而法制又不如民情”^②。因此，他认为应当用缺乏民主的民情去解释墨西哥照搬美国宪法而没能使国家出现民主的安定政局的缘由。

从我国对待陪审团制度的态度来看，也应当考虑中国的国情，我有以下的结论：

我国的“实事求是、有错必纠”的实体正义文化和审判方式上的职权主义文化决定了我们不可能引进陪审团；

这一点从深受儒家文化影响的东亚其他国家和地区的历史经验也得到了证明；

但是陪审团制度在民意吸纳、司法监督方面的意见在中国可以得到发挥；

人民陪审员制度是吸收英美陪审团优点，又克服其缺陷的一个最好的方法，值得推广。

当然，在推广建议性陪审团时，具体的制度构建是很重要的，如：

建议性陪审团的组织人员数量和结构。在韩国可以是9人、7人或者5人，特定职业的人被排除或被认为不适合成为陪审员，并且法庭将要采用的陪审员会当庭由公诉方和辩护方进行审查，他们各自可以不需要任何理由驱逐一两名陪审员并在有理由的情况下排除剩下的陪审员。^③河南省高级人民法院在试点中确定的则为9人至13人。

裁决是否需要像美国一样必须是一致裁决？在韩国，原则上陪审团独立讨论，不受司法机关的干涉，而他们的裁决必须是全体一致的。陪审团成员的权利是否包括阅卷权的问题，如在台湾地区对于观审员应否享有阅卷权的问题，“司法院”的意见是观审员不应享有阅卷权，理由是防止先入为主及诉讼经济的考虑。^④

而我国也有学者提出，应当完善现行的人民陪审员制度。包括：

- (1) 扩大成员规模以提高群体决策的质量；
- (2) 修正遴选标准来实现最大限度的广泛代表性；
- (3) 人民陪审员应当适用于一审和二审；等等。^⑤

以上的建议，在肯定我国推行建议性陪审团的前提下，都是有益的，不过本文的目的在于讨论中国为什么不能移植英美式陪审团，而主张推行建议性陪审团，对于建议性陪审团的具体机制构建，则留待日后探讨。

（责任编辑：李伟方明）

① [法]托克维尔：《论美国的民主》（上），董果良译，商务印书馆1991年版，第5页。

② 同上书，第358页。

③ 参见孙杰荣（Jerome A. Cohen）：《韩国改进公民“陪审团”制度，为中国大陆及台湾地区提供借鉴》，<http://article.yeeyan.org/view/81577/208206>，2011-07-23。

④ 参见余丽贞：《浅论“人民观审试行条例草案——是提升司法威信良方妙药吗？”（下）》，载《检协会讯》，2012年5月，第77期，第22页。

⑤ 参见刘加良：《人民陪审员制：在能度与限度之间》，载《政治与法律》2011年第3期。