

# 司法基础理论

## 范畴探析

SIFA JICHU LILUN  
FANCHOU TANXI

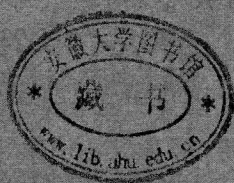
葛天博◎著



西南交通大学出版社  
<http://press.swjtu.edu.cn>

葛天博◎著

# 司法基础理论 范畴探析



西南交通大学出版社  
· 成 都 ·

-----  
**图书在版编目 (C I P) 数据**

司法基础理论范畴探析 / 葛天博著. — 成都: 西南交通大学出版社, 2012.9  
ISBN 978-7-5643-1987-8

I. ①司… II. ①葛… III. ①司法—理论研究—中国  
IV. ①D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 225210 号  
-----

**司法基础理论范畴探析**

**葛天博 著**

|       |                                                                   |
|-------|-------------------------------------------------------------------|
| 责任编辑  | 郭发仔                                                               |
| 特邀编辑  | 吴明建                                                               |
| 封面设计  | 原谋书装                                                              |
| 出版发行  | 西南交通大学出版社<br>(成都二环路北一段 111 号)                                     |
| 发行部电话 | 028-87600564 87600533                                             |
| 邮政编码  | 610031                                                            |
| 网 址   | <a href="http://press.swjtu.edu.cn">http://press.swjtu.edu.cn</a> |
| 印 刷   | 四川川印印刷有限公司                                                        |
| 成品尺寸  | 148 mm×210 mm                                                     |
| 印 张   | 5.937 5                                                           |
| 字 数   | 152 千字                                                            |
| 版 次   | 2012 年 9 月第 1 版                                                   |
| 印 次   | 2012 年 9 月第 1 次                                                   |
| 书 号   | ISBN 978-7-5643-1987-8                                            |
| 定 价   | 22.00 元                                                           |

图书如有印装质量问题 本社负责退换  
版权所有 盗版必究 举报电话: 028-87600562

# 序

这是一本早在 2006 年就应该出版的小书，之所以延迟六年才付梓，并非找不到出版社，而是因为我一直认为自己的这本硕士论文没有什么值得出版的价值。然而，当我博士毕业之后，无意中看见这本硕士论文的时候，禁不住品读起来。而当我读完之后，在哑然失笑的同时，也不由得深思。当代中国需要法治秩序，这是一个无需证明的结论，可是，为什么时至今日，司法事业的发展还未能完全满足当代社会发展的要求，尤其是人民群众对司法事业的期待？

回顾司法体制改革的历程，我们其实走过了一条十分艰难的道路。可以这样讲，这是一条不断试错的道路。自然，就可能出现反复，也可能出现偏差。不过，无论何种评价，都无可厚非，哪怕是一些过激的言辞。毕竟，中国共产党领导中国人民走的是一条前无古人的中国特色社会主义道路。对于司法体制改革而言，如同经济体制改革一样，也是“摸着石头过河”。既然如此，出现一些不尽如人意之处也是难免的，国人应当能够理解。

对于本书来说，我个人最深的疑惑是，早在司法体制改革初期，就有学者提出了司法学的概念，为什么直到今天，对于司法基础理论的研究尚未能达成共识，特别是将其作为专业乃至学科的研究？这有点让人难以理解。也就是这个原因，促使我在几乎没有改动的情况下，决定出版本书。

或许，读者面对本书的一些观点会发出讥笑之声。的确，我本人在回顾本书提出的疑问或者给出的答案时，也能时时感

到自己当初的幼稚，恳请读者能够给予“同情的理解”。然而，这终究是 2006 年的产物，为了保持那个年代的味道，我没有把自己今天的观点加进去，包括参考文献都悉任其旧。这样做的目的只有一个，就是希望读者，特别是刚刚走进法学殿堂的莘莘学子，千万不要小看这六年的光景，当社会发展呈现加速状态，六年的发展可能是以往十二年，甚至是二十年的发展总和。

这本书的序本应当由我的硕士生导师石东坡先生撰写，是石先生引领我走进了法理学的大厦，当初的论文题目也是石先生亲自拟定。我为本书的序未能得到先生的哲思贯注而深以为憾。

葛天博

2012 年 6 月 20 日

# 前 言

肇始于 20 世纪 70 年代末期的中国司法体制改革已经历经 30 多年的历史，在此期间我国法学界对改革投入了高昂的热情。从传统司法制度的历史流变到现代司法制度的渊源发展，从世界各国各具特色的司法制度比较到各种法学研究方法的交替运用，学者们对我国如何深入进行司法体制改革进行了全方位、多角度、分层次的研究，出版和发表了大量的专著和论文。但是，令人遗憾的是在已经面世的专著和论文里，没有对司法基础理论有所提及。所有的关于司法体制改革的研究，如果没有司法基础理论的研究作为铺垫，我们最终将失去研究的基石。关于司法基础理论的研究是一个无法回避也是一个不能回避的问题。而以一定范围或阶段的司法实践为对象，揭示基本规律以及特有机制，并因此对具体司法活动发挥指导作用的司法基础理论，作为其研究对象的司法学更是满足时代需求的、必然的学科建设。司法学通过提炼、分析和阐释涉及司法实践的法理学问题，提供相对合理的抽象理论模式以解释司法领域的现实问题，建立法理与司法的链接，促进法理与司法的互动。

本书由五章主体内容和结束语构成。

第 1 章为导言，基于社会变迁背景下的中国司法体制改革的理论发展路径和实践运作轨迹，寻求司法基础理论作为研究对象的社会环境和理论领地所给予的研究范式支撑，认为司法基础理论研究不应该成为一个被忽视的理论研究角落，恰恰相反，应该成为我们当前迫在眉睫的任务，而且成为法学理论基础学科建设的必然趋向。

第2章为司法基础理论研究的条件和基础,就研究司法基础理论的必要性、可能性、紧迫性和科学性四个方面给予了全方位、不同层次的论述,并对司法基础理论研究的学科体系自身的价值以及基于学科群的地位和相关位置关系一并给予解读。

第3章为司法基础理论研究的内容和结构,从司法本体论、司法认识论、司法技术论、司法过程与程序论、司法效果与环境论等五个方面,遵循内在逻辑的演绎轨道和外在表象的归纳途径,论证了司法基础理论研究的内容体系以及内容之间的结构分成和层次关系。

第4章为司法基础理论研究的范畴和体系,按照理论自身发展的历史与逻辑相统一的规律,由里到外,由内核到表面,以基石范畴为起点,呈现立体状拓展到基础范畴、核心范畴、外围范畴,在统合司法基础理论研究内容的基础之上,以研究对象的共性——权利义务——为根本出发点,以权利义务的载体——行为——为分析路径,以权力与职责为价值指向,科学地提出了司法基础理论研究的范畴体系。

第5章在重述制度及实践走过路程的历史记忆基础上,指出中国法学在理论构建上任重道远。

结束语在前面章节论证的基础上,给出了司法学的核心概念,重申了研究司法基础理论的重大意义,并为将要深入研究的命题给出了路径指向。

# 目 录

|                                 |    |
|---------------------------------|----|
| 第 1 章 司法基础理论：一个不可忽视的课题 .....    | 1  |
| 1.1 理论方面缺失 .....                | 1  |
| 1.1.1 基础法学理论研究方面 .....          | 1  |
| 1.1.2 应用法学理论研究方面 .....          | 2  |
| 1.1.3 司法对策理论研究方面 .....          | 3  |
| 1.2 实践方面需要 .....                | 6  |
| 1.2.1 司法体制改革的一体化、系统化 .....      | 6  |
| 1.2.2 司法实践的根本转型 .....           | 9  |
| 第 2 章 司法基础理论研究的条件和基础 .....      | 17 |
| 2.1 司法基础理论研究的必要性 .....          | 17 |
| 2.1.1 补全法学理论学科体系 .....          | 18 |
| 2.1.2 指导司法体制改革推进 .....          | 21 |
| 2.2 司法基础理论研究的紧迫性 .....          | 24 |
| 2.2.1 司法实践问题 .....              | 25 |
| 2.2.2 司法体制改革的理论需求 .....         | 27 |
| 2.3 司法基础理论研究的可能性 .....          | 31 |
| 2.3.1 已有司法活动的理论总结与继承 .....      | 31 |
| 2.3.2 国外司法理论研究成果的借鉴与汇通 .....    | 39 |
| 2.4 司法基础理论研究的科学性 .....          | 42 |
| 2.4.1 司法基础理论研究对象的兼顾性 .....      | 42 |
| 2.4.2 司法基础理论研究层次的独立性 .....      | 43 |
| 2.4.3 司法基础理论研究方法的包容性 .....      | 43 |
| 2.4.4 司法基础理论研究指向的确定性 .....      | 44 |
| 2.4.5 司法基础理论研究与学科群的共性并存关系 ..... | 44 |

|                      |     |
|----------------------|-----|
| 第 3 章 司法基础理论研究的内容和结构 | 48  |
| 3.1 司法本体论            | 48  |
| 3.1.1 司法概念释义         | 50  |
| 3.1.2 司法的性质          | 52  |
| 3.1.3 司法的特点          | 54  |
| 3.1.4 司法的地位          | 58  |
| 3.1.5 司法的功能          | 59  |
| 3.2 司法价值论            | 60  |
| 3.2.1 司法价值的定性分析      | 60  |
| 3.2.2 司法价值的评判标准      | 61  |
| 3.3 司法认识论            | 69  |
| 3.3.1 认识论的哲学基础       | 70  |
| 3.3.2 认识论的司法实践       | 71  |
| 3.4 司法过程和司法程序论       | 82  |
| 3.4.1 司法过程           | 83  |
| 3.4.2 司法程序           | 108 |
| 3.4.3 司法过程与司法程序的关系   | 110 |
| 3.5 司法方法和司法技术论       | 111 |
| 3.5.1 司法推理           | 112 |
| 3.5.2 利益衡量           | 121 |
| 3.5.3 科学技术运用         | 122 |
| 3.6 司法效果和司法环境论       | 123 |
| 3.6.1 法律效果及其评价       | 124 |
| 3.6.2 社会效果及其评价       | 125 |
| 3.6.3 政治效果及其评价       | 128 |
| 3.6.4 司法效果综合评价       | 131 |
| 3.6.5 司法环境的构成因素及影响   | 134 |

|                           |     |
|---------------------------|-----|
| 第4章 司法基础理论研究的范畴和体系        | 141 |
| 4.1 基本范畴                  | 143 |
| 4.1.1 司法及司法行为             | 144 |
| 4.1.2 司法主体及司法客体           | 145 |
| 4.1.3 司法内容与司法形式           | 148 |
| 4.2 核心范畴                  | 149 |
| 4.2.1 司法权利与司法义务           | 150 |
| 4.2.2 司法权力和司法责任           | 152 |
| 4.3 中心范畴                  | 154 |
| 4.3.1 司法目的与司法手段           | 154 |
| 4.3.2 司法独立与司法监督           | 158 |
| 4.4 外围范畴                  | 159 |
| 第5章 追问、重述、展望              | 162 |
| 5.1 追问：司法的终极目的是什么？        | 162 |
| 5.2 重述：造成司法应然理想与实然态势差异的根本 | 162 |
| 5.3 展望：权力下的权利走向权利下的权力     | 163 |
| 结 束 语                     | 165 |
| 参考文献                      | 172 |

# 第1章 司法基础理论： 一个不可忽视的课题

在当代，法学界之所以把司法基础理论作为学科建设问题提上理论研究日程，有其发生的理论需求与时代背景。

## 1.1 理论方面缺失

### 1.1.1 基础法学理论研究方面

目前的法学基础理论研究主要分为法理学、法史学，前者是以法及法的现象作为自己的研究对象，后者又可划分为法律制度史和法律思想史。法律制度史是以历史发展的脉络为线索，来分析法律制度的形成过程和演变轨迹；法律思想史是以贯穿在法律制度形成中的法律思想意识随着人们对于法律本质认识的提高而进步的过程为研究对象的。但是法学基础理论仅仅是对法的现象以及如何认识这些现象进行抽象的逻辑思维，“法律体系建立的全部意义不仅仅在于制定和颁布良好的科学的法律，还在于被切实执行”<sup>[1]</sup>。对于法的适用过程中所涉及的各应用法学共性的基本理论以及它们之间的内在联系没有一个统筹的定位和认识，并以此为基础抽象上升至具有一般指导意义的理论。我国的法学理论从研究主体的定位上基本是沿着两条路线前进：一条是以张文显老师为主导的分析权利义务论，主要集中在权利义务关系的定性、

定位以及权利义务所涵盖的内容在不同环境下的划分和如何实现权利的制度保障体系的设计研究；另外一条是以文正邦老师为代表的行为论，从社会主体以行为作为社会实践的基点为出发点。前者圈定了法律的实体内容的研究，后者则实现了从法律现象到法律的最一般性原理的总成。当我们始终把视野落在一般法理学的研究范围时，往往会忽略法理学对于法律实践尤其是部门法学理论的深入研究所能够起到的指导意义下的促生作用，即在一般法理学的指导下，通过对某一阶段的法律的运作以及现象的观察、分析，进而对其进行理性的梳理总结、概括，最终形成专门性与一般性、抽象性与具体性、指导性与操作性相结合相统一的部门法理学。对于部门法理学来说，对本部门法学的共性进行提炼、概括和上升，具有一般的指导意义。由于部门法理学除了以部门法学自身的研究范畴的共性为研究对象外，同时兼顾其他相关学科所组成的学科群之间的联系以及建立在这种联系之上的理论内部和外部、逻辑与实践、核心与外围的内容架构及其多边影响，所以部门法理学具有先天的开放性、包容性，并且与其他部门法理学由于这种先天的开放性而导致互相补充、统筹兼顾、兼收并蕴，学科之间的内在联系和共存关系被极好地发扬继承，当然也深深地促进和影响了各自在理论研究领域里的进一步突破和发展。

### 1.1.2 应用法学理论研究方面

实体理论法学和程序理论法学属于应用法学理论领域，后者在法学领域里主要是诉讼法学，诉讼法学又包含刑事訴訟法学、民事诉讼法学和行政诉讼法学。由于应用法学是针对各个法律部门进行研究形成的学科，所以诉讼法学不论是民事诉讼法学，还是刑事訴訟法学抑或行政诉讼法学，无一不是以该学科自身为研究对象，是基于本学科的认识论、本体论，是就诉讼而研究诉讼的学科。但是作为三门诉讼法学共同的基本理论诸如诉权、起诉

制度、管辖制度、回避制度、审级制度、审判制度以及执行制度等却没有得到学科整合的重视，没有把三大诉讼法学的基本理论共性加以提炼并生成指导司法实践的司法基本理论体系。

在应用法学理论研究领域尤其是诉讼法学领域，无论是从法律发展史的角度来考察，还是从法律解释学的立场来诠释，或是从证据学科以及其他相关学科的关系来认识，我们都没有走出就诉讼法学自身来研究诉讼法学的传统的框架。诉讼法学具有内在的价值，但其根本的价值还是在于实用价值，作为一种法律实践，如果诉讼法学不能履行它内在的社会职能，即通过严格的程序实现制度正义以满足控制社会的需要，那么在告别了传统欧陆理性主义影响下的封闭解决社会纠纷模式，进入现代的开放的实用主义影响下的多元的司法能动主义时，诉讼法学必将走进锥体的顶端。在开放的司法能动主义的理念下，国家权力与个体权利互相磋商，在谦让与实用作为公共追求目的的一致目标统领下，即诉讼解决纠纷模式与非诉解决纠纷模式的融合、亲与与互补的过程中，内在的要求我们对于司法基础理论进行总结。这种具有自觉性、理性化和科学性的实践，在社会职能具有一致性的社会情势中，必然在我国得到显现。这种理论的研究必须走出单一封闭的自足的圈子，而走向多元结合的研究范式。司法基础理论研究要与司法制度研究相结合。“中国司法制度是国家司法机关和法律授权部门组织应用法律、处理诉讼案件和非讼事件的制度，它是这些机关和组织的性质、任务、组织体系、活动原则和工作制度的总称。”<sup>[2]</sup>没有具体的司法制度作为操作的平台，没有二者的有机结合，最终会导致理论的应然价值由于脱离了具体的运作环境而与实然价值相距太远，出现我们无法解释的反差。

### 1.1.3 司法对策理论研究方面

对于在司法实践中出现的问题，我们采取的对策往往是“头痛医头，脚痛医脚”。运用经验的而非逻辑和理论思维的归纳方

法，只注意到针对性和个别性，而忽略了整体性和普遍性；只注意到个别效果和政治效果，而忽略了法律效果和社会效果。前些年个别地方只重视实行“严打”，忽视了综合治理；看重刑罚的个别作用，忽视了罪犯回归社会的普遍意义；对少数案件的审理满足了受害人的解恨心理，忽视了培养法律权威的社会根源；有时只强调了暂时的政治影响，忽视了长期的社会稳定。这些现象说明，一些相关机构在制定司法对策时不仅对司法基本理论具有的指导作用重视不够，而且缺少对于司法基础理论的深入研究。司法对策的制定不是针对某个个案，而是针对个案所代表的同质的案件群，对其治理进行统筹分析，整体认识。既要关注到个案的特殊性，又要考虑到同质案件的普遍性。矛盾的普遍性和特殊性原理告诉我们，不同的矛盾应采用不同的解决方法，要因地制宜，量体裁衣。基于社会主体的多元化、认识水平的多层次、产生纠纷的原因多样化，社会纠纷的解决机制自然也不能是单一的，解决社会纠纷的机制所含有解决方法应该与社会纠纷的多样化存在着对应的关系。司法基础理论研究的范畴就包括面对不同的社会纠纷，我们采取什么样的解决机制来处理问题，究竟是采用诉讼机制还是非诉讼机制的利益衡量和选择决策的理论支撑。

自中国进入改革开放以来，随着经济发展，人们私有财产增加，自主意识增强，表现在外部行为上就是为了维护自己的权利而面向政法寻求解决方案。当传统的以行政命令解决社会纠纷的方式已经凸显自己的无能为力时，法院则由原来的以镇压犯罪为主的角色开始转向替代政府解决民事纠纷的角色。然而，社会纠纷的产生从根本上说来自个体经济实力的增长，但是个人独立意识的增强是中国公民敢于走向法庭的关键所在。当初人们走向法院多半是为了解决经济纠纷，这从法院一开始的改革就是从民事经济审判方式改革开始的历史事实可以得到确切的证明。当人们从经济大潮的狂热中清醒过来，越来越多的人希望通过司法来维

护个人权利，这使司法机构和司法体制面临挑战，因为每一个权利的背后都隐藏着具体的实质利益，而大量的民事诉讼带给司法部门的除了大量的积案不能得到及时解决之外，更多的是从附属于行政体制的办事员角色转变为主导者的不适应，再加上可供操作的制度的缺失，迫使法院首先进行了自己内部的应对措施整改。其中既包括操作层面上的改良，又包括制度上的建立，前者主要依靠大量的最高人民法院的司法实例、意见、批复来弥补立法上的不足，后者则对审判流程进行适时的改进。在民事诉讼方面表现为先从审判方式改革入手，随后改革证据制度，接着对法官进行了责任分配；在案件进入司法程序的实践上，强化管辖制度，严格依据审限。但是由于司法体制先天的不足，在改革中也伴随着诸如上门找案源，诉讼收费不统一，地方保护主义等问题；在刑事诉讼方面，以强化保护犯罪嫌疑人的人权为突破口，分别对侦查阶段的律师提前介入，起诉方式的变更，送交案卷方式的改革进行了立法上的规定，其间有些地区尝试了检察官主诉制度，零口供制度，最高人民法院集中力量进行超期羁押整顿；在行政诉讼方面，面对日益多发的行政纠纷，法院的收案率由行政诉讼法颁布之初的上升到后来的几乎零起诉，这一过程发人深思。一些地方存在的“告不赢”或者“赢了白赢”等现象导致人们对行政诉讼的期待热度降低。

诸如上述不完全的司法体制改革方面的梳理，向我们揭开了问题实质的冰山一角，司法应用必然体现司法基础的实际状态，司法应用要以司法应然理论的存在为首位，司法实践必然面对社会的突发情况并且必须给出应急的解决方案，解决方案不是在于经验的多少与程度涵盖，而在于司法基础理论的准备和储藏。司法应用的基础不是孤立的超然的，而必须在政治体制改革的背景下和政治体制改革提供的舞台上得以施展司法能力和司法决策，体现司法这一社会实践对政治体制改革的呼应和对于经济体制改革的潜在规制。诉讼法学不能为这些问题提供所需要的理论，理

论法学也不能为之奉上信服的方案，实体法学更不能为之给予具体的法条规定，只能由涵盖诉讼程序、实体规定和具有一般指导意义的理论法学以及相关学科的化合物——司法基础理论研究为之呈上解决上述问题的理论证明和具体的操作方法。

## 1.2 实践方面需要

### 1.2.1 司法体制改革的一体化、系统化

一些学者认为，司法体制改革过程最为突出的也是最根本的问题是有一个统一的科学的，符合自己国情的，具有高瞻远瞩品性的指导理论，仅有政策性的指导方针。部分司法机关缺乏整体推进司法体制改革、建立社会主义司法制度的整体意识和全局观念。改革中突出的问题表现在：

#### 1.2.1.1 缺少统一的理论和系统的制度设计

整个司法体制改革的动因起源于社会主义市场经济蓬勃发展带来的社会主体追求司法公正的内在要求以及改革开放参与国际司法的外在压力。司法体制改革首先从法院内部开始，对一系列的诉讼制度进行改革，紧接着检察院不甘落后，根据自身需求进行了不同程度的改革。由于司法体制改革不是一个部门的问题，而是整个司法体制的改革，所以缺乏统一的司法体制改革理论指导的体制改革只能是没有整体性和全局性认识的部门内部改革，只能是对自身制度的各自完善。即便是制度完善，不少亦由于部门认识的狭隘性与追求政治效应的短期性，不仅没有收到预期效果，反而造成制度断裂，加剧制度冲突，更为严重的是不仅没有实现公正，反而有碍实现公正。当初法院从审判方式改革入手，试图通过改革流于形式的先定后审的审判制度，满足人们的正义渴求。民事诉讼中尽管重视了审前程序，如证据交换制度，但是

由于规定当事人只要能够提出新的证据即可以在一审后提起上诉或者在二审终审后提起再审，这样上诉人或者提起再审当事人就可以让自己提出的证据规避证据交换制度的规定，人为地制造二审或者再审中当事人地位的不平等。由于证人出庭制度不能得到有效的实现和保障，以至于证人证言“必须经过质证后方可采用”。再如，新《刑事诉讼法》中规定检察院在向法院起诉时改变过去的全卷移送做法，而改为部分案卷移送，这样规定的初衷是为了消除法官在审理刑事案件之前形成主观预断，然而由于忽略了被告辩护人的查阅案卷权利，结果修改后的法律规定反而不利于辩护律师行使该项权利。司法体制改革中的问题和现实诉讼制度之间的诸多不协调都说明了司法体制改革是一场全方位、共参与、齐动手的社会实践运动，围绕司法体制改革所进行的制度设计与建构同样具有整体性与系统性。指导司法体制改革的统一理论和系统的制度之间存在着共同的底座，这就是司法基础理论。所以，研究司法基础理论是解决上述问题的根本出路。

#### 1.2.1.2 缺少整合部门职责的制度建设和共性研究

在整个司法体制改革过程中，一些部门为了自己的利益，借助于改革的旗帜，强化权力或者转移责任抑或追求局部利益的扩大化。部门利益的互相争夺体现了司法体制改革中的认识问题，说明一些部门并没有把司法体制改革看做整个社会活动的一部分，也没有意识到司法体制改革是攸关全局的问题。一些司法机关在具体的司法实践中没有认识到司法工作的整体性、统一性和全局性，反映出对于司法工作实质认知的狭隘，反映出对于自己在司法实践中承担的职责认识是模糊不清的。如在刑事诉讼中，检察机关代表国家向人民法院提起公诉，其行为启动了司法权的运作。法院作为国家唯一的审判机关，应该超然中立地行使审判权，严格地依照诉讼法的有关规定执行案件受理制度，对于