



司法文丛

司法要论

刘练军 著



中国政法大学出版社

司法文丛

司法要论

刘练军 著

中国政法大学出版社

2013·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

司法要论 / 刘练军著. — 北京: 中国政法大学出版社, 2013. 1

ISBN 978-7-5620-4609-7

I. ①司… II. ①刘… III. ①司法-理论研究 IV. ①D916

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第001335号

- 书 名 司法要论 SIFAYAOLUN
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088 信箱8034分箱 邮政编码100088
邮箱 zhengfadch@126.com
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908586(编辑室) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 650mm×980mm 16开本 26印张 370千字
- 版 本 2013年3月第1版 2013年3月第1次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4609-7/D·4569
- 定 价 49.00元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

献给

林来梵 教授

民商法学重点学科建设经费资助
“望道青年文科学者激励项目”资助

司法文丛

编辑者

北京大学司法研究中心

主持人

贺卫方 张志铭 朱苏力

编辑说明与致谢

北京大学法律学系司法研究中心成立于 1996 年 6 月，是一个以司法制度为主要研究领域的学术机构。中心倡导对司法制度进行跨学科、多角度的综合研究。在运作以及成果上强调学术研究与司法实践之间的沟通、对话以及互动，强调成果的多层次和多侧面，强调项目参与者的广泛性和多样性，力求通过中心的研究成果以及学术活动本身，既推进司法研究领域的学术进展，又对于中国司法制度的改进有所贡献。

中心的基本活动模式是通过各种课题组开展对司法制度某个特定方面的专题研究，不定期地举办讨论会和报告会，推进相关领域的国际国内学术交流。这套“司法文丛”则是展现中心研究成果以及国内外司法制度研究成果的主要窗口。

“司法文丛”是一个开放的和持续性的园地，举凡国内法律界的研究专著和文集、外国著作的汉译、有关司法改革的调查报告和原始资料等等，只要符合中心的学术旨趣和成果标准，均在采撷收入之列，入选作者并不以参与中心项目者为限。因此，我们欢迎来自海内外学术界与司法界的关注与参与。

我们研究中心的活动与“司法文丛”的出版均得到了福特基金会（Ford Foundation）的宝贵资助，得到了北京大学法律学系的热情支持，我们谨向上述两机构以及所有给予我们支持与关心的人士致以衷心的感谢。同时，我们也向中国政法大学出版社表示感谢，为着该社在学术著作的出版方面表现出的热心与恒心。

编辑者

1998 年 9 月

前言

由十七篇司法论文组成的《司法要论》，是近年来我最主要的研究成果。它虽不是体系性的学术专著，但也不同于涵盖多个主题、甚至包括一些短评文章的普通文集，算是介于二者之间的一种学术著作吧。作为宪法学出身的学者，在当下中国研究司法问题其实挺“孤单”的。在宪法学界，将司法问题作为自己最主要的研究对象的学者鲜少。宪法学者不涉猎甚至回避司法问题，既是宪法学的遗珠，更是宪法学的遗憾。

窃以为，司法问题首先宪法问题，其次才是法理学问题和诉讼法问题。我国司法始终与人们普遍期望的“作为社会正义最后一道防线”的应然司法相距甚远，根本原因在于我国司法算不上是一种立宪意义上的司法。在实然的国家政制架构下，掌握司法权的法院与享有立法权的人大和手握行政权的政府并不具有平等的地位。根据我国宪法，法院由人大产生并受其监督，是人大的一个下属机构，而无权制衡和监督作为立法部门的人大。在政治实践中，法院与同级政府之间地位更是不平等，法院在财政预算和装备调配等方面明显受制于同级政府，因而很难在制衡和监督政府行政权方面有所作为。

直面如此之司法现状，宪法学者不应沉默。毕竟，此等司法现状首先是个宪法问题，只有从宪法学上解释和解决了司法在国家政制中的地位问题，我国司法才真正有出路，否则，所有的努力都只不过是头痛医头、脚痛医脚，治标不治本。正是鉴于此等认知，所以，笔者坚定地选择司法作为自己的主要研究对象，想试图通过对此领域的深入探究，既明白司法部门到底是怎样的一个国家机构，又领会手上无钱无剑、唯有判断权力的司法机关对于一国宪政之建立及维持是如何的不可或缺。这十七篇论文就是此番探究的产物。不能不承认的是，对司法问题的探究是无止境的。几年过去了，我对司法领域的了解依

2 司法要论

然很肤浅，太多太多的问题都只能留待今后继续去研究。是故，本书仅仅是司法问题的“要论”。要论者，对一些重要论题予以简要论述也。

本书上编从宪法学维度剖析了陪审制、司法民主化、司法权发展变迁、司法的规范要件、法官身份保障、司法哲学、司法效率、司法判决的公共产品属性、既判力与再审制度等问题。与我国炙手可热的有关司法的法社会学研究不同的是，本书更多的是以实然的宪法规范为探讨的起点，重点强调如何使这些具体的司法理论及制度和规范宪法意义上的宪法规范相契合，从而具备足够的立宪意义上的合宪性。下编“司法实践的批判与重构”着重分析了我国司法实践中的八个层面的问题，它们分别是司法运作政治化、司法以能动的名义乱动、父爱主义司法、民粹主义司法、舍司法而求司法、法官腐败、法院调解优先及个案监督等。从司法审判的过度政治化到人大对司法的个案监督，都和宪法息息相关，是宪法上的司法条款未被严格遵循之结果。消除此等违宪司法现象，当然首先得清楚它们是如何与宪法规范相冲突的，然后才有可能对症下药解决问题。重构我国的司法运作生态是个宏大的宪法和法律问题，但它首先是个政治问题，依赖于我国的政治改革。作为研习宪法的一介书生，只能在理论上检讨问题之所在，至于实践中的操作何时能启动及最终能走到哪一步，则非吾人之笔墨所能圈点。

书名《司法要论》为恩师林来梵教授所取。我的第一本学术著作、由博士论文修订而来的《消极主义：宪法审查的一种哲学立场》（法律出版社2010年版）书名亦由林老师定夺。单单由此两件事就足以证明我对林老师的依赖和林老师对我的关爱。是的，博士毕业出师门已经好几年了，但每每遇到问题、有了困惑首先想到的还是林老师。我手机上至今保存着林老师2009年元旦这天发给我的一条短信：“司法的宪法问题你可以做呀”。正是林老师的不断鼓励，才使得我能坚持走研习司法之路。对于是书之贡献，林老师不单单是琢磨出了一个书名。在本书写作过程中他还给予了太多太多的指导，有些思想观点甚至直接源自他的点拨和教导。在正式出版前，关于出版编排体例问题林老师亦提出了许多高明的意见建议。总之，没有林老师持久的鼓励和支持，很难想象有此书的问世。

在此不能不提到北大张千帆教授、清华许章润教授、华政童之伟

教授、复旦孙笑侠教授、浙大夏立安教授、北理谢晖教授、法大何兵教授、苏大上官丕亮教授等学者。他们在我的学术之路上曾以多种方式给予我无私的支持和襄助。尤其是张千帆老师，我对他是有事必求，他对我是有求必应。不宁唯是，他还常常主动邀请我参加一些学术会议、参与一些课题研讨，有些短期培训项目他亦不忘推荐我前往学习。张老师的支持和关照是我坚持从宪政的维度研习司法的重要动力。对于张老师的提携之恩，我无以回报，唯有认真地做点实实在在的学术研究。

本书参考的英文文献大多数是由在清华大学跟林老师读博士的师弟陈鹏帮忙下载的。本书的有些观点还曾跟这位学术天分极佳的师弟商讨过。在本书编辑过程中，青岛大学门中敬博士、南京师范大学方乐博士给予了很多帮助，特别是在编排体例方面，中敬兄提出了三个版本供我参考，如此尽心尽力，令我感佩。本书的部分内容曾在《浙江社会科学》、《法商研究》、《华东政法大学学报》、《法律科学》、《东方法学》、《浙江学刊》、《二十一世纪》（香港）等学术期刊上发表过。借此机会向陈亚飞、陈柏峰、陈越峰、马治选、刘长秋、王莉等编辑表示由衷的感谢。

北大贺卫方教授代表“司法文丛”编辑者审阅了全部书稿，并提出了诸多宝贵的意见和建议。感谢贺卫方教授、张志铭教授和朱苏力教授慨允本书纳入“司法文丛”出版。

本书能顺利列入“司法文丛”出版亦与责任编辑丁春晖先生的支持分不开。同时，关于本书他还提出了许多中肯的修订意见和建议，其精心的校对工作更是大大减少了书中文字方面的错讹。在此衷心地向丁兄说声：“谢谢！”

本书的出版得到杭州师范大学法学省重点建设专业专项基金的资助，特此向罗思荣教授表示感谢！

刘练军 谨识

2012年12月3日于杭州爵士风情

目 录

前言

上编 司法理论的梳理与反思

陪审制新论

司法民主化刍议

司法权：从无权力到有权力

司法的规范要件与诉讼权入宪

法官的身份保障

司法哲学

司法效率

既判力、再审制度与司法公正

司法判决的公共产品属性

下编 司法实践的批判与重构

政治化的司法

司法能动：中西两重天

父爱主义司法

民粹主义司法

舍法求法与纯洁司法

法官腐败及其控制

2 司法要论

法院调解优先之忧思

司法监督止于个案

附录

案例索引

人名索引

上编 司法理论的梳理与反思



陪审制新论

所谓“陪审”，是指未受过法学训练的非法律职业人士参与司法裁判过程，当法庭上听审后对案件的事实问题、法律适用问题乃至最终的判决结果作出认定和裁决。^{〔1〕}制度化的陪审就是陪审制（Jury），亦即陪审团审判。时至今日，在英美国家司法体制尤其是刑事司法过程中陪审团依然扮演着事实认定之关键角色，具有举足轻重之裁判地位。

我国现行的人民陪审员制度尽管从参与的形式上考量更接近于大陆法系国家的参审制（Assessor），但无论是陪审制、参审制还是人民陪审员制都有一个明显的共性，那就是非法律职业者参与司法过程，以增强审判本身的正当性，增加审判结果的社会可接受度。人民陪审员制度与陪审制、参审制之间只有司法参与的规模和参与的深度等形式及技术上的差别，而不存在本质属性上的不同。由此推断，深入认识英美国家的陪审制对于“陪而不审”、“合而不议”的人民陪审员制度的改革和完善必有裨益，至少能在理论层面上正确把握人民陪审员的性质和功能，并意识到改进和提升它的技术方法在哪里。

〔1〕 本章所论的“陪审”是负责审判陪审的“小陪审团”，与之相对的负责指控和起诉的“大陪审团”（grand jury）不在此列。与12人的小陪审团不同，大陪审团一般由23人组成。《美国联邦宪法》第5条修正案明文规定重罪均由大陪审起诉。设置大陪审团的主要目的在于防止检察官滥用起诉权，对被告造成不必要的名誉损害。在独立战争及建国初期大陪审团起诉在打击犯罪和保护无辜方面作用甚巨。但19世纪中叶以后，它因高成本、低效率而饱受批评。如今美国采用大陪审团起诉犯罪的案件数量日益衰减。而陪审制发源地——英国则在1933年正式废除了大陪审团制度，而代之以委托程序（committal procedure）。

笔者以为,已有的有关陪审制性质与功能的研究存在一些重大疑问,需要对其进行反思,并重新评判陪审制的性质和功能。唯有如此,我们才能正确地定位与陪审制具有同等性质和功能的人民陪审员制度。有鉴于此,笔者试作此文,希期通过此番检讨和探究能引发学界进一步深思有关人民陪审员的理念和制度。

一、学界“通说”之检省

有关陪审制研究的文献相当丰富,但长期以来我国学界对陪审的认知并未随着研究的持续不断而有所推陈出新。关于陪审的性质与功能的认识大多数学者依然停留在陈旧的所谓“司法民主论”上。在国内最新出版的研究陪审制的专著中,作者就继续将陪审制视为“司法民主化的标志”。〔1〕类似这种陪审意味着司法民主的观点堪称是我国学者在陪审性质问题上的“通说”,差不多所有有关陪审的研究文献都言必称“司法民主”。譬如何兵教授把陪审制看作是“法官职业化和司法民主化的制度结合”;〔2〕何家弘教授同样认为“陪审制度是人类社会发展进程中审判专业化与司法民主化相折衷的产物”;〔3〕周永坤教授亦断定陪审的“根本属性是司法的‘草根民主性’,它是民主的重要组成部分”。〔4〕除这四位较有代表性的学者外,将陪审定性为司法民主的还大有人在,在此就不一一例举了。

但把陪视为司法民主化的学者都仅仅是将这种论断作为一种无需证明的“公理”在论著中一再重复,尚未见任何学者对此论断有过严肃而又严密的论证。在西方话语中,“司法民主(judicial democracy)”尚不是一个正式的学术概念,更未见有西方学者明确提倡“司法民主”或主张“司法民主化”。〔5〕是故,所谓“司法民主”不是一个舶来品,相反它是个地道的中文词汇和本土概念。但它又算不上是

〔1〕 参见施鹏鹏:《陪审制研究》,中国人民大学出版社2008年版,第102页。

〔2〕 参见何兵:“司法职业化与民主化”,载《法学研究》2005年第4期。

〔3〕 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。

〔4〕 参见周永坤:“人民陪审员不宜精英化”,载《法学》2005年第10期。

〔5〕 参见本书“司法民主化刍议”一章。

一个具有特定含义的正式学术话语，它显然是由“司法”和“民主”这两个术语组合而来。比较符合事物逻辑的是，在探讨司法民主的含义之前，首先应该界定司法和民主，但上述四位学者及其他学者在其论著中均有意无意地回避了这种不可或缺的界定。于是乎，何谓司法民主以及司法是否真的需要民主化等基本论题完全是存而不论、点到为止，仅仅只是把司法民主作为一种公理在论著中反复提起。

窃以为，司法与民主各有其运作规律，司法的原理与技术难以跟民主的原理与技术丝丝入扣、水乳交融，司法不宜被民主化，司法一旦被民主化了那必将导致彻底的民意审判而非法律审判。将司法与民主强行嫁接生成的司法民主不是一个符合逻辑与理性之基本要求且内涵确定的学术概念。此由司法和民主这两个概念最基本的内涵推导可得。所谓司法，按《布莱克法律词典》的解释就是“负责解释法律和主持正义（administering justice）的一个政府部门”。^{〔1〕}作为“一种判断权”的司法具有“被动性”、“程序性”等特征，此外司法者即法官须具备足够的法律技艺理性。而民主其实质就是“公开、自由和公平的选举”，^{〔2〕}它是一种通过投票选举决定政治权力具体行使主体的制度安排。民主最基本的特征就是“多数人的统治（多数至上）”，民主主体具备简单的自然理性就够格。只需简单考量司法与民主的此等基本内涵，就可知司法与民主完全是两套不同的制度装置，它们之间没有交集，民主是个政治概念，涉及的是政治领域，而司法是个法律概念，处理的是法律问题。司法位于民主之下，民主是司法的上位概念，在司法领域必须恪守的是法律至上而不是民主式的多数至上，准此，所谓司法民主根本是一个逻辑矛盾的伪命题、假概念。司法民主化的主张完全混淆了政治与法律之间关系，把政治领域的多数至上原则错误地延伸至按既定法律规范裁判纠纷的司法领域，它必将导致司法背离法律技艺理性而屈服于民主多数的暂时意志和任性偏好。司法一旦被民主化了，那少数人的自由和权利必将难以

〔1〕 See Bryan A. Garner ed., *Black's Law Dictionary* (Seventh Edition), West Group, 1999 p. 852.

〔2〕 参见〔美〕塞缪尔·亨廷顿：《第三波——20 世纪末的民主化浪潮》，刘军宁译，上海三联书店 1998 年版，第 8 页。

受到法律保障而完全决定于民主多数的选择与喜好，其结果只能是民主主宰司法之日亦为无法无天的大民主盛行之时。大民主的实质其实就是否定真正意义上的以捍卫人的尊严与权利的自由民主。职是之故，司法绝对不能被民主化，主张司法民主化不但背离了法治的精神而且必将抑制真正的自由民主的健康发展。

那么，陪审即未受过专业法学训练的普通民众参与司法裁判是否就意味着司法被民主化了呢？笔者认为，答案是否定的。^{〔1〕}诚然，非法律职业人士参与司法审判看上去确实给司法抹上了一层民主色彩，但如果据此就认定陪审的目的旨在使司法民主化乃至让民主主宰司法审判那就误会大了。

首先，无论是在其故乡英国还是其他移植国家，陪审都呈现出明显的衰弱趋势，如今一般只在可能被判处刑事重罪的案件中才适用陪审，轻微刑事案件及民事审判中使用陪审业已不再具有普遍性，而只是作为一种例外或少数存在。如果说陪审的目的是为了实现司法民主化，那为何只有严重刑事犯罪的司法审判才需要民主，而民事案件和轻微刑事案件则可以不民主了呢？难道在司法过程中存在民主不平等，民事案件和普通刑事案件遭遇到民主歧视？此外，民主在当今社会的繁荣扩张可谓势不可挡，但陪审却一直走在下坡路上，其不断式微之命运已是回天乏术、难以扭转。如果说陪审标志着司法民主化，那陪审下的民主化的司法不也必然面临着不可抵挡的衰微之势了吗？在民主昌盛之今日，司法民主却日薄西山，面对此等矛盾及悖论，我们要反思的与其说是民主本身毋宁说是陪审即意味着司法民主化的命题“伪”在何处，“错”在那里。

其次，如果陪审真的是要把民主精神注入司法过程，那为何陪审本身却与民主原则背道而驰呢？众所周知，陪审团在裁定过程中一般坚持“一致同意”原则，尽管在现代“10：2”、“9：3”等绝对多数一

〔1〕 我国已有学者怀疑学界通说所认为的陪审的民主价值，如张泽涛教授指出：“从西方各国的陪审实践来看，认为陪审制度的功能之一在于有利于实现司法民主的说法似乎是较为牵强的。”参见氏著：《司法权专业化研究》，法律出版社2009年版，第243页。