

《长江师范学院民族学学科建设学术文库》

司法公信 的发生学研究

SIFA GONGXIN DE
FASHENGXUE YANJIU

葛天博 著



西南财经大学出版社

长江师范学院民族学学科建设学术文库

司法公信 的发生学研究

SIFA GONGXIN DE
FASHENGXUE YANJIU

葛天博 著



西南财经大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

司法公信的发生学研究/葛天博著. —成都:西南财经大学出版社, 2016. 12

ISBN 978 - 7 - 5504 - 2819 - 5

I. ①司… II. ①葛… III. ①司法—研究—中国

IV. ①D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 324642 号

司法公信的发生学研究

葛天博 著

责任编辑:冯梅

助理编辑:涂洪波

封面设计:墨创文化

责任印制:封俊川

出版发行	西南财经大学出版社(四川省成都市光华村街 55 号)
网 址	http://www.bookej.com
电子邮件	bookej@foxmail.com
邮政编码	610074
电 话	028 - 87353785 87352368
照 排	四川胜翔数码印务设计有限公司
印 刷	四川五洲彩印有限责任公司
成品尺寸	148mm × 210mm
印 张	9
字 数	220 千字
版 次	2016 年 12 月第 1 版
印 次	2016 年 12 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 978 - 7 - 5504 - 2819 - 5
定 价	58.00 元

1. 版权所有,翻印必究。

2. 如有印刷、装订等差错,可向本社营销部调换。

序

司法公信即司法取得社会公众信服的内在价值，司法公信力则是指司法公信获得社会公众信服的程度。从司法应当有公信力到司法有公信力看似一个简单的逻辑过程，实则是对司法的政治性提出了历时性与共时性并存的正义追问，即司法公信是一种政治承诺。之所以存在这样一种政治承诺，是因为司法除却政治性以外，还有公共性。因此，这就决定了司法是否公信取决于社会公众的判断和共识，而不一定取决于司法系统对国家法律的严格遵循。也就是说，司法公信的基础是司法公正。但是，司法是否公信不只是司法公正的唯一命题。站在国家立场，司法公正就是严格遵循国家法律的规定，通过司法判决的形式，实现权利、义务的矫正正义。然而，如果站在当事人的立场，司法公正则是仁者见仁、智者见智。国家立场的整体性与个体立场的自我性导致国家与个体在司法是否公正的判断依据方面截然不同，并导致基于国家秩序建构与个人利益满足之间的对立。

如果没有司法公信，必然不会产生司法公信力，司法公信与司法公信力是一对必要充分条件。司法公信的必然结果就是使社会公众产生一定信赖并形成司法公信力，反之亦然。然而，

由于司法的阶级意志不同，统治阶级认可的司法对于社会公众而言并非就是公正的司法，比如资本主义司法。由于资产阶级掌握着国家机器，而司法是国家对内职能的内容，基于社会管理公共性的共有空间，社会公众不得不接受所谓的司法公正。资产阶级建构社会秩序的目的在于为私有资本赢得最大的利益空间，社会公众自觉维护社会秩序的目的在于维护人类的基本需求。但是，不能认为资产阶级出于公共秩序的需要而表现出的司法公正就是指导全人类实现司法公正的普世法则。基于生产资料公有制的社会主义司法，有其自身独特的公正原则。当然，司法作为人类共同的事业，资本主义国家和社会主义国家在司法公正实现的路径上既有相同的地方，也有不同的地方。但在司法事业的属性上则具有截然不同的两种性质，前者属于资产阶级少数人的司法公正，后者属于全体人民的司法公正。不过，人类认识司法是一个不断深化的过程。在看到社会主义司法公正本质的同时，更应当看到社会主义司法需要不断改进，从而更好地服务于全体人民的历史责任。

新中国成立以后，经历过一次短暂的司法改革，即始于1952年9月、终于1953年3月的司法改革。这一次司法改革的真正目的不是建立合法的司法秩序，而是要在新中国司法事业建设进程中对新中国成立以前留下的司法人员进行思想改造。自1980年至今，司法改革已经走过36个年头。期间，从证据采用改革到证据规则改革，从单一的反应型改革到多元的能动型改革，从纯粹的理论研究到实践的应用归纳，从司法体制改革到司法系统改革，中国司法改革的核心始终围绕公正与效率的主题坚持着自己的理性选择。实际上，在公正与效率孰先孰后

的问题上根本无法做出一个绝对的规定。首先，不同的案件对于公正与效率的要求具有先后之分。有的案件需要效率，比如经济类型案件。有的案件需要公正，比如人身伤害类型案件。即便同一种类型的案件，在社会发展的不同阶段，其对于公正与效率的要求也不一样。其次，效率本身也是公正的一种形态，从哲学思辨的角度，迟到的正义不是正义。因为正义不仅有形而上的规定，也有形而下的内在要求。效率就是正义形而上的要求之一。所以，非要在效率与公正之间做出个孰先孰后的规定实则是属于概念外延不周全的逻辑错误。最后，效率与公正作为一对范畴而言，任何人都不能同时把两个概念表达给读者，总得有一个书写的先后。但是，不能因为书写的先后，就下个孰重孰轻的判断。司法公信力的概念为解决效率与公正或者公正与效率孰重孰轻的问题提供了统一性认识，即司法判断的效率与公正都应当被司法公信力所吸收。随后，司法公信力的实现作为重点研究课题逐渐被学术界和实务界接受并得到深入研究。

以司法公信力作为研究对象的成果不菲，甚至可以说是硕果累累。然而，这并不妨碍司法公信力研究的深入和继续。其中，从正题转向反题，以合题作为结束的研究路径，辅助以实证研究方法，求索司法公信力的内在逻辑倒不失为某种意义上的创新。往往单线条思维建构的专著体系可能要比多角度的圆饼状结构的专著体系更加符合读者的喜好与思维习惯。但是，这种体系结构却极有可能引导读者进入天黑巷子深的盲区。就此而言，司法公信的逻辑正是基于一个问题的360度审视而无意中形成的判断。无论如何，客观地看待司法公正、司法公信、

司法公信力的社会贡献是法律职业共同体中任何一个成员的义务，而不仅仅是某种道义宣言上的责任。

本书以专家、学者的研究成果为基础，站在法学爱好者的立场，从茶余饭后的杂谈中抽取扔在旮旯的下脚料，进行无厘头地拼凑组装。个人有一个不成熟的想法，即既然对于司法如何实现公正这个命题思考了很长时间，那就将之写出并付梓，以慰为之逝去的生命片段。

丙申年正月初三（2016年2月10日）完稿于重庆

目 录

引言 / 1

第一章 司法权和司法区 / 19

第一节 司法权的属性 / 20

第二节 司法权的配置 / 24

第三节 司法区的划分 / 35

第二章 司法的理念与正义的追求 / 44

第一节 司法公信力的基础 / 45

第二节 司法公正与社会环境

——“马锡五审判方式”的启示 / 56

第三节 司法技艺与司法公正 / 83

第四节 司法民主与司法公正 / 92

第三章 司法公正与司法需求 / 110

第一节 司法输送正义的可能性 / 111

第二节 司法公正与司法信任 / 124

第三节 司法公正与司法正当性 / 136

第四章 司法公信的生成与提高 / 145

第一节 司法公正与宪法司法化 / 146

第二节 司法公信的生成 / 154

第三节 司法公信与网络审判 / 168

第五章 司法秩序的建构与维系 / 182

第一节 法律权利至上与司法秩序建构 / 183

第二节 司法伦理考量与司法秩序建构 / 187

第三节 人权教育与司法公信建设 / 198

第四节 司法管理与司法秩序建构 / 207

第六章 守法精神与司法秩序建构 / 217

第一节 各守本分：社会秩序的基础 / 217

第二节 封建契约解体与守法精神形成 / 235

第三节 司法合理性与司法公信 / 254

后记 / 278

引言

在人类社会历史的长河中，哪里有法的思索，哪里就有对权利的反思；哪里有社会的进步，哪里就有权利的足迹。权利内容的演变是社会进化的见证人。古今中外的事例表明，由于“权利”一词本身所包含的特殊的个人自由主义的因子，因而使其不可避免地成为法学领域中争议最持久、最广泛、最激烈的话题。在一个法律社会里，如何看待法律权利的实质是认识这个国度中个体与个体、个体与群体、个体与政府之间的关系的“晴雨表”。

对权利认识的国内学者的代表性表述有：权利指的是在一定的法律关系之中，法律关系的一方对另一方所享有的可以要求做出一定的作为或不作为并为法律规范所认可的一种资格；权利是规定或隐含在法律规范中，实现于法律关系中的，主体以相对自由的作为或不作为的方式获得利益的一种手段；权利是具有正当性、合法性、可强制执行的主张；权利是法律承认和保障的利益；权利是法律规范规定的有权人做出一定行为的可能性、要求他人做出一定行为的可能性以及请求国家强制力量给予协助的可能性；权利是在特定的人际关系中，法律规则承认一个人的选择或意志优越于他人的选择或意志。^① 可以看

^① 葛洪义. 探索与对话：法理学导论 [M]. 济南：山东人民出版社，2000：147.

出，权利在我国理论界的表述是以法律关系的存在为背景的，因此导致了权利与法律权利在一定场合中的同义，无论是在社会生活中抑或在理论教科书上。但权利并非天然的就是法律权利，尤其是今天所提到的法律权利，它具有自己独特的品格。

一、法律权利的特征

（一）真实性

真实性是指法律权利是能够真实享受的，不是像飘渺的空中楼阁一样可望而不可及。古希腊诗人海希奥德认为，法律乃是建立在公平基础上的一种和平秩序。它迫使人们戒除暴力，并把争议提交仲裁者裁断。而其后的诡辩论者则从自然界里大鱼吃小鱼的事实中推出一种弱肉强食的权利。弱肉强食是一种权利，这不能不让我们的回忆追溯到那个野蛮历史时期。强者的能力是吃掉别人，让自己生存，这种能力赋予了强者生存的权利。这个观点的内容与达尔文的进化论不谋而合。这大概是从法律的角度对权利本质的原初解释——权利是一种能力，是一种从自然界客观存在的事实中推导出来的断言。

（二）特殊性

特殊性是指法律权利是法律规范划定的权利。诡辩论者安堤弗认为，任何人只要违反自然法则就必定会受到惩罚。但是如果一个人违反国家的法律而未被发现，那么他就不会受到惩罚也不会丧失名誉。这隐含着人们所约定的惯例实际上只是对自然“权利”设定的一种桎梏的假设。不言而喻，法律权利的设定是对人天生拥有的自然权利的分割，是自然权利的一部分，并受到法律的制约。其根源是国家意志对社会成员个人意识的管控。

（三）正当性

与安堤弗同时期的斯拉雪麦格相信，法律乃是握权在手的

人们和群体为了增进他们自己的利益而制定的。柏拉图在其《理想国》一书中写道：“我断言正义不外是对强者有利的东西。”权利是强者的产物，法律权利是强者对自己为所欲为的一种利用正义掩盖的为了增进他们自身利益的行为而给予的爱称。正如同斯拉雪麦格认为：“如果非正义到足够程度，那么就会比正义更有力，更自由，更高明。”用“权利”代替句中的“正义”，便可从中解构出这么一个语意：“一旦法律规定的非权利战胜了应然的权利，这种不该被强者拥有的非权利比应该拥有的权利更有力，更自由，更高明。”法律权利的非正当性，表明了法律权利的存在失去了法律具有的公平的内在机理。

（四）法定性

作为权利的一部分，非法律权利和法律权利共同组合成权利的集合，但只有被法律明确隐含或明示在规则中的权利，才是法律权利。作为柏拉图的学生，亚里士多德充分理解他的老师在取得西西里岛冒险的惨痛经验以后所认识到的道理：如果某人管理人类事务可以不承担责任，那么就必然产生傲慢和非正义。他宣称：“人在达到完善境界时是最优秀的动物，然而一旦脱离了法律和正义，他就是最恶劣的动物。”晚年的柏拉图意识到之所以产生傲慢和非正义，就是因为某人享用的法律给予的权利太多了，以至于管理人类事务可以不承担责任。亚里士多德认为权利应该受法律的支配。由放任的自然权利升华到法律权利，这是社会发展的要求，也是人类文明进步的要求。不用规则规制的权利，必将导致每个人都没有权利。法律权利是权利中的一部分的法律化。英国思想家托马斯·霍布斯认为，人在本质上是自私自利的、充满恶意的、野蛮残忍的和富于攻击的。在自然状态中，每个人都始终与他人处于战争状态之中。在这种状态之中，每个人都具有同样的力量。因为即使是最弱者也能杀死最强者。在这种自然状态中，不存在道德上或法律

上的是非问题。每个人都有权利对任何东西提出主张，而利益则是唯一合法的尺度。每个人都有尽力使自己的生命和肢体免遭他人侵犯的“自然权利”。霍布斯认为自然状态下的人类处于战争状态，其起因在于每个人都有把利益作为唯一尺度的权利，而对任何东西都能提出主张。霍布斯认为要想解决这个争端，找到和平，人们必须遵守一些共同的法则，彼此之间达成一项契约。权利必须由某种规则固定。只有把权利法律化，才能消除令人类社会混乱不堪的自由放纵因素。

（五）应当性

为了全社会的和平与稳定，为了使不同层次的社会成员都能享受到作为一名成员应该拥有的权利，权利必须有一部分要用法律固定，以保障每个社会成员都能享受契约的权益。此处的应当性是从被动的意义而言的，即权利应该由法律明确限定，以确保社会的正常运转。中世纪在神学和哲学领域达到登峰造极水平的圣·托马斯·阿奎那认为，正义是一种习惯，依据这种习惯，一个人根据一种永恒不变的意志使每个人获得其应得的东西。法律应该赋予每个人一部分权利，而这部分权利尽管是权利总和的一部分，但社会成员希望由法律明确以期获得享受的根据，光明正大、不受他人指使地实现自己的利益。

（六）依托性

与托马斯·霍布斯同时期的荷兰哲学家斯宾诺莎认为，人受欲望和权力意志支配的程度要高于受理性支配的程度。在自然状态下个人权利的范围取决于他的力量之大小。每个人都有为其所能为的最高之权利；换言之，个人权利大于他的力量的极限，而这也是他的权利的限制条件。那么就应当竭力保护其自由，只考虑自己而不顾其他，这就是自然的最高法律和权利。斯宾诺莎在认同人的自然权利的同时，从人的心理角度出发勾画了法律权利的实现要以强大力量作为后盾的历史必然性。这

种必然性源于各人对自己权利保护的渴求。而这种权利又当在法律规则中体现。政府的职能不仅仅是代表人民管理国家，而是给予并充分保护社会成员应该拥有的不被他人侵犯的法律权利。法律权利的实现必须以既能保障法律权利的行使又能惩治侵犯他人合法的法律权利的其他社会分子的强大的国家为依托。

二、法律权利的含义

德国法学家普芬道夫曾经给出了法律权利的三层含义：一是维护自己；二是不能对他人施加压力；三是能够适当地控诉侵犯其平等权利的行为。简洁的含义为我们揭开了认识现代社会中法律权利的面纱。

（一）法律权利是社会成员享受特定权利的法律依据

权利带有鲜明的个性，行使权利的活动总是追求一定的利益。恩格斯说：“每一个社会的经济关系首先是作为利益表现出来的，而法律不过是经济关系的一种遮掩而已。”德国法学家耶林认为权利就是被保护的利益。法律权利意味着个体的这种谋求自身利益的行为是得到法律认可的，受到法律的保护。尽管行使权利是以维护个人私利为目的的，但这种权利的实现并不影响社会中其他个体行使同样的权利，因为每个人既然是向全体奉献出自己，那么他实际上并没有向任何人奉献出自己；而且，既然从任何一个结合者那里，人们都可以获得自己本身让渡给他人的同样的权利，所以人们也就得到了自己所失去的一切东西的等价物，而且也得到了更大的力量来保全自己已有的东西。法律权利标志着法律对部分权利的认可和支持，同时更是社会全体成员实现这部分权利的保障和依据。

（二）法律权利是限制范围内的自由的为与不为

决不能损害他人，甚至为了实现法律权利，而对他人施加压力。在这种状态下，法律权利的运转已走入病态。法律权利

一方面赋予社会成员依法享有实现自己法定利益的权利；另一方面，又对此进行规制。法律权利概念本身就体现了这个矛盾。个体在享受法律权利的同时必须遵守一定层次的规则约束，“遵守”二字是实现法律权利过程中的义务。法律权利表明每个个体可以自由地行使或放弃，其付出的成本是不得对他人的权利造成侵害。法律规定了法律权利的合法性，但正是这种合法性却又给每个人标明了享受权利的界限与尺度。

（三）法律权利通过法律手段救济的必要性

法律权利表明，任何个体依法所拥有的权利不受他人侵害，受侵害的权利人可以通过法律手段来获得补救，以此恢复原初的状态。被侵害人之所以能够获得法律救助，其原因在于：一旦某人的行为具有了法律权利的属性，同时也就具有了对抗他人和群体的社会力量。从本质上看，法律权利是个体与整体这个关系中所处的自主地位的一种标志，形式上则表现为个体与整体之间的关系交往。一个人行使权利的活动不可避免地将对他人乃至社会、集体产生某种“影响”，法律权利的影响力始终是在秩序范围内的；法律限定主体权利的范围和程度；法律确定了他人和其他主体应采取的相应行为，意味着必要时国家机关强制性参与活动的可能性以保证权利的实现。

三、法律权利与法律义务的关系

紧随着格劳秀斯把国家定义为“一群自由的人为享受权利和他们的共同利益而结合起来的完整的联合体”之后，德国法学家普芬道夫阐释说：每个人都应当积极地维护自己以使人类社会不受纷扰。同时他又从自然法的原则中推出：“任何人都不能对他人施加压力，从而使他人能在其诉讼中适当地控诉侵犯其平等权利的行为。”这两个观点一方面表明了普芬道夫强调法律上的平等原则，另一方面表明法律权利的主体的独立性及法

律权利遭受侵犯时可通过控诉得到补救。由普芬道夫的推论加上沃尔夫的观点——在一个完全自由的状态中不可能实现人的自我完善，可以认为马克思的“没有无义务的权利，也没有无权利的义务”的光辉论断更加说明了在法律层面上法律权利与法律义务的统一关系。

康德指出，任何人都没有权利仅把他人作为实现自己目的的工具，每个个人都应当永远被视为目的本身。黑格尔认为，自由并不意味着一个人具有为所欲为的权利。告诫人们要过一种受理性支配的生活，而理性的基本要求之一是尊重他人的人格和权利。到了康德、黑格尔时代，法律权利和法律义务潜在的关系已经呼之欲出了。即便是法律权利，也要受到相关法律的调整，而不是随意受个人理性的自由支配。这种支配与服从就是法律规定的义务。享受权利就要付出义务。接受法律对于权利的界定本身就是服从和履行义务的表现，二者之间没有清晰明了的界限，而恰恰是相互渗透的交集领域。从传统社会向现代社会转变的过程就是人们由为自己考虑发展到为他人考虑的历史。其根本原因在于：我们从一般安全到社会安全进而上升到社会制度安全最终实现和谐社会的理路中，认识到权利和义务的关系实质就是交易。法律义务是获得法律权利的必然成本。否则，权利势必聚变为权力，导致专制。从个体角度来看，没有成本的权利，是以人格的不独立为基础和前提的。法律权利和法律义务的根本在于承认人在法律上的主体平等地位和实质上的合法利益受同等保护的制度文明。因此，法律义务的收益就是获得法律权利，而后者存在是前者存在的逻辑结果。

法律权利的正确行使离不开社会主体的法律意识的提高。斯多葛派哲学的奠基人塞米特思想家芝诺认为，人作为宇宙自然的一部分，本质上就是一种理性的动物，在服从理性命令的过程中，人乃是根据符合其自身本性的法则安排其生活的。从

现代社会的文明进程分析，这种理性在当代就是对法律权利的思考，就是法律意识在人们头脑中的反射；法律权利的施行过程应是一个祥和、自由的状态，而这种状态来源于每个人对法律及法律权利的理解，前者形成法律意识，后者规制自己的行为。

四、司法公信力及其限度

法律权利在法治社会才能实现，而法治的特征不是在依法行政中得到显现，而是在司法过程中实现。司法过程之所以能够实现法治的期盼，在于司法获得社会的公信。然而，司法的公信不是逻辑推理的结论，而是大多数人认可的比例。我们不缺少司法公信的案例，但是我们缺少司法公信的实证。正是由于没有足够的证据，才使得我们热衷司法公正的激情常常受到挫折，甚至是涂鸦般的遮盖。

如何提高司法公信力是当下中国法治建设进程中非常重要的内容之一。众多学者与实务工作者各抒己见，从不同角度提出具有针对性的建设性观点。目前，对于司法公信力的生成与构建，学界认识比较一致，即通过司法运行中的社会公众的有效参与、构建完善的司法公信力评价体系和创新公众参与司法模式来实现（陈发桂，2010）；同时，也要契合社会公平正义的价值取向、社会公众的普遍心理认同，特定的社会、政治、经济、文化环境，再有与之配套的社会制度保障（陈立军，陈立民，2011）。特别是网络环境下的公民参与程度，意味着裁判文书上网、庭审网络直播、构筑网络主流民意搜集、甄别和反馈机制应当是司法公信力生成的系统环境。基于司法公信力生成的基础、要素与环境研究，有学者提出通过选择性司法构建司法公信力（汪燕，2009）。不过，已有的研究结论缺少实证性分析的支持，这就使得建立在纯粹理论和逻辑推演之上的诸多判