



普通高等教育“十五”国家级规划教材

中国司法制度

JUDICIAL SYSTEM OF CHINA

谭世贵 主编



法律出版社

D926
21



普通高等教育“十五”国家级规划教材

中国司法制度

Judicial System of China

主 编 | 谭世贵

撰稿人 | 谭世贵 卞建林
按撰写章节先后为序 | 李荣珍 徐 昕



法律出版社

始创于 1954 年

www.lawpress.com.cn

好书,同好老师和好学生分享

图书在版编目(CIP)数据

中国司法制度/谭世贵主编. —北京:法律出版社,
2005.6 (2006.7重印)
普通高等教育“十五”国家级规划教材
ISBN 7-5036-5611-5

I.中… II.谭… III.司法制度-中国-高等
学校-教材 IV.D926

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第048066号

法律出版社·中国

责任编辑/朱 荃 卞学琪

装帧设计/于 佳

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京中科印刷有限公司

编辑统筹/法律教育出版社
经销/新华书店
责任印制/张宇东

开本/787×960毫米 1/16
版本/2005年6月第1版

印张/33.25 字数/654千
印次/2006年7月第2次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-5611-5/D·5328 定价:39.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介

谭世贵 海南大学校长,法学博士,教授,博士生导师,中国法学会理事,中国诉讼法学研究会常务理事,中国法学教育研究会常务理事,海南省人大常委会委员,海南省法学会副会长。代表性著作有:《司法独立问题研究》、《司法改革的理论探索》、《中国司法原理》、《中国司法改革研究》、《律师法学》等。

卞建林 中国政法大学研究生院常务副院长,法学博士,教授,博士生导师,中国诉讼法学研究会常务理事。代表性著作有:《刑事起诉制度的理论与实践》、《联合国刑事司法准则与中国刑事法制》、《外国刑事诉讼法》、《刑事诉讼法学》、《证据法学》等。

李荣珍 海南大学法学院教授。代表性著作有:《监督政府的理论与实践》、《中国司法改革理论与制度创新》、《司法腐败防治论》等。

徐昕 海南大学法学院教授,法学博士。代表性著作有:《英国民事诉讼与民事司法改革》等。

前 言

本书是普通高等教育“十五”国家级规划教材之一,于2002年6月由教育部批准立项。

新中国成立后,党和国家在废除旧中国司法制度的同时,逐步建立起具有我国特色的人民司法制度。1997年9月,江泽民同志在党的十五大报告中提出:“推进司法改革,从制度上保证司法机关依法独立公正地行使审判权和检察权。”此后我国司法机关积极进行审判改革和检察改革,取得了一系列改革成果。由此,迫切需要编写一本既能全面阐述我国司法制度的产生发展、概念特征、体系结构和具体内容,又能系统反映我国司法改革的成果,并继续探讨我国司法制度改革与完善问题的中国司法制度教材,以适应培养高素质法律人才的客观需要。

本书吸收了近几年司法理论与司法制度研究的成果,总结了司法实践的成功经验和司法改革的最新成果,对我国人民司法制度的性质、任务、原则及各项司法制度的具体内容等进行了全面介绍和阐述,并对各项司法制度存在的问题及改革完善进行了比较深入的探讨,具有系统性、理论性、前沿性等突出特点,既可作为法学本科专业的教材,也适合法学研究人员、司法实务人员和法律爱好者阅读。

本书由主编谭世贵教授拟定编写提纲并修改定稿。撰稿人分工如下(以撰写章节先后为序):

谭世贵:第一章、第二章、第七章、第八章、第十章

卞建林:第三章、第四章、第十一章

李荣珍:第五章、第六章、第九章

徐 昕:第十二章、第十三章、第十四章

尽管我们做了很大的努力,但由于水平有限,书中疏漏甚至错误之处在所难免,敬请广大读者批评指正。

谭世贵

2005年3月26日

目 录

第一章 中国司法制度概述	(1)
第一节 司法与司法制度.....	(1)
第二节 司法制度的产生与发展.....	(6)
第三节 中国司法制度的功能.....	(13)
第四节 中国司法的基本原则.....	(16)
第五节 中国现代司法制度的特点.....	(23)
第六节 中国司法制度的改革.....	(29)
第二章 中国司法制度的基本范畴	(45)
第一节 司法公正.....	(45)
第二节 司法效率.....	(50)
第三节 司法独立.....	(55)
第四节 司法职业.....	(66)
第五节 司法考试.....	(74)
第三章 中国侦查制度	(81)
第一节 中国侦查制度概述.....	(81)
第二节 中国的侦查机关.....	(84)
第三节 中国侦查的任务与原则.....	(86)
第四节 中国侦查的程序.....	(88)
第五节 中国侦查制度的改革与完善.....	(110)
第四章 中国检察制度	(114)
第一节 中国检察制度概述.....	(114)
第二节 中国的检察机关.....	(117)
第三节 中国的检察官.....	(122)
第四节 中国检察制度的基本原则.....	(128)
第五节 中国检察的主要制度.....	(131)
第六节 中国检察制度的改革与完善.....	(139)
第五章 中国审判制度	(143)
第一节 中国审判制度概述.....	(143)
第二节 中国的审判机关.....	(146)

2 中国司法制度

第三节	中国的法官	(154)
第四节	中国审判的基本原则	(164)
第五节	中国审判的主要制度	(170)
第六节	中国审判制度的改革与完善	(177)
第六章	中国仲裁制度	(183)
第一节	中国仲裁制度概述	(183)
第二节	中国仲裁机构与仲裁范围	(188)
第三节	中国仲裁的基本原则与制度	(191)
第四节	中国仲裁的程序	(198)
第五节	涉外仲裁	(204)
第六节	中国仲裁制度的改革与完善	(208)
第七章	中国执行制度	(212)
第一节	中国执行制度概述	(212)
第二节	中国刑事案件的执行	(216)
第三节	中国民事案件的执行	(220)
第四节	中国行政案件的执行	(228)
第五节	中国仲裁案件的执行	(234)
第六节	中国执行制度的改革与完善	(237)
第八章	中国监狱制度	(242)
第一节	中国监狱制度概述	(242)
第二节	中国监狱的性质与任务	(246)
第三节	中国监狱的设置与职能	(248)
第四节	中国监狱工作的方针与原则	(250)
第五节	中国监狱的管理与监督	(253)
第六节	中国监狱制度的改革与完善	(271)
第九章	中国劳动教养制度	(276)
第一节	中国劳动教养制度概述	(276)
第二节	中国劳动教养的性质与任务	(280)
第三节	中国劳动教养机关的设置与管理体制	(283)
第四节	中国劳动教养的适用	(284)
第五节	中国劳动教养的管理与监督	(290)
第六节	中国劳动教养制度的改革与完善	(300)
第十章	中国律师制度	(308)
第一节	中国律师制度概述	(308)
第二节	中国律师资格与律师执业	(312)
第三节	中国律师执业机构与管理体制	(315)

第四节	中国律师执业的基本原则	(321)
第五节	中国律师的业务与权利义务	(324)
第六节	中国律师的法律责任	(333)
第七节	中国律师制度的改革与完善	(339)
第十一章	中国法律援助制度	(346)
第一节	中国法律援助制度概述	(346)
第二节	中国法律援助的对象与范围	(351)
第三节	中国法律援助的机构与职能	(357)
第四节	中国法律援助资金的来源与管理	(362)
第五节	中国法律援助的实施	(365)
第六节	中国法律援助制度的改革与完善	(371)
第十二章	中国公证制度	(376)
第一节	中国公证制度概述	(376)
第二节	中国公证机构的设置与管理体制	(383)
第三节	中国公证机构的业务范围	(387)
第四节	中国公证工作的基本原则	(394)
第五节	中国公证的管辖与程序	(398)
第六节	中国公证文书的效力	(408)
第七节	涉港澳台公证与涉外公证	(410)
第八节	中国公证制度的改革与完善	(415)
第十三章	人民调解制度	(418)
第一节	人民调解制度概述	(418)
第二节	人民调解委员会的性质与任务	(426)
第三节	人民调解的组织形式与指导机构	(429)
第四节	人民调解的原则与制度	(436)
第五节	人民调解的程序与方法	(440)
第六节	人民调解制度的改革与完善	(447)
第十四章	中国港澳台地区的司法制度	(453)
第一节	香港特别行政区的司法制度	(453)
第二节	澳门特别行政区的司法制度	(476)
第三节	中国台湾地区的司法制度	(494)

第一章 中国司法制度概述

第一节 司法与司法制度

一、司法的概念和特征

司法是一个人们非常熟悉并广泛使用的概念,但在理解上有很大的分歧,因而又是一个内涵和外延都很不确定的概念。

中国各代并无“司法”这一概念,司法一词是我国清朝末年从西方引进的。资产阶级启蒙思想家孟德斯鸠第一次论述了“司法”问题。他认为:每个国家都有三种权力,即立法权力、关于国际事项的行政权力、有关民事法规事项的行政权力。“我们将后者称为司法权力,而第二种权力则简称为国家的行政权力。”〔1〕在孟德斯鸠看来,司法权就是惩罚犯罪和裁决私人讼争的权力,而行政权则是执行立法机关的意志、维护公共安全、派遣和接受外交使节、防御外国侵略的权力。他进而认为:“如果司法权不同行政权和立法权分立,自由也就不存在了。如果司法权和立法权合二为一,则将对公民的生命和自由施行专断,因为法官就是立法者,如果司法权和行政权合二为一,法官便将拥有压迫者的力量。”“如果同一个人或是由重要人物、贵族或平民组成的同一个机构行使这三种权力,即制定法律权、执行公共决策权和裁判私人犯罪或争讼权,则一切便都完了。”而且,“从事物的性质来说,要防止滥用权力,就必须以权力约束权力”。〔2〕资产阶级在革命取得胜利后,按照孟德斯鸠的“三权分立”学说建立起资本主义的政治体制,设立议会、总统(内阁)、法院分别行使立法权、行政权和司法权,并使之互相制约,以达到国家权力的平衡。因此,在实行三权分立的国家,司法是与立法、行政相对应的一项国家活动,即国家适用法律解决纠纷的活动。在这些国家,所谓司法就是审判,相应地,司法权就是审判权,司法机关也就仅指法院。至于检察权,则是作为行政权的一部分,因而检察机关隶属于政府行政系统。如在美国,检察机关和司法行政机关合二为一,联邦总检察长即为司法部长;在法国和德国,其检察机关虽然附设于法院,但受政府司法行政机关的领导和指挥;在日本,其检察机关虽独立设置,但仍受法务大臣的一般领导。

〔1〕 [法]孟德斯鸠著:《论法的精神》(上册),商务印书馆1982年版,第154页。

〔2〕 上引〔1〕,孟德斯鸠书,第156页。

我国清朝末年引进西方的司法制度,在法律中明确规定司法权由法院行使。因此,那时的司法权就是指审判权;而各级检察厅虽附设于大理院或同级审判厅,但受专门负责司法行政的法部领导。辛亥革命取得胜利后,孙中山借鉴西方的“三权分立”并结合中国的历史传统,搞“五权分立”,即立法、行政、司法、考试、监察五权分立,但司法权仍由法院行使;而检察机关则属于行政系统,由政府的司法行政机关领导,与法国、德国等欧洲国家相似。国民党时期基本上照搬了“五权分立”的政治体制。

在前苏联、东欧等社会主义国家,司法不仅包括审判,而且包括检察,司法机关由审判机关和检察机关共同构成。前苏联、东欧各国的检察机关是国家法律监督机关,其检察权不仅包括对案件的侦查权、起诉权,而且包括广泛的法律监督权,即检察机关对所有国家机关、公务人员、企事业单位、社会团体和公民个人是否执行和遵守法律实行监督,且实行集中统一的垂直领导,不受地方国家机关的干涉。前苏联解体以后,俄罗斯等独联体国家开始学习西方,在政治体制上搞三权分立,由国家杜马行使立法权,总统、总理行使行政权。至于司法权,虽然在法律上仍然由审判权和检察权共同构成,但是审判权与检察权的内容发生了很大的变化。审判权的范围比过去扩大,成立了专门负责监督宪法实施的宪法法院,并且对审判活动的监督权集中在最高法院和上级法院;检察权的范围比过去缩小,不再包括广泛的法律监督。

新中国成立后,我国在政治体制上借鉴苏联的经验,实行人民代表大会制度,不搞“三权分立”。在我国,人民代表大会是国家权力机关,各级行政机关、审判机关和检察机关都由同级人民代表大会产生,对它负责,受它监督。根据宪法、人民法院组织法和人民检察院组织法的规定,人民法院是国家审判机关,行使审判权;人民检察院是国家法律监督机关,行使检察权,它们共同构成我国的司法机关。但是,在新中国成立后的很长时间内,法学界一直都认为,司法“是代表国家对危害统治秩序的行为进行追究,以强制力将国家意志付诸实施的活动”。“司法权作为不可分割的国家权力的一部分,必须统一掌握在国家权力机关中。当然,这并不是说国家机关不要分工,恰恰相反,为了有效地维护统治秩序,国家机关之间必须进行细致的、合理的分工,司法活动作为国家的一项重要活动,也要由诸多国家机关分头进行,有的机关负责侦查,有的机关负责检察,有的机关负责审判,有的机关负责执行,但是无论分工如何,它们都有一个共同的本质特征,即代表国家对危害统治秩序的行为作出否定评价,以强制力维持无产阶级的政治统治,而这正是司法活动的根本内容,因此,不管是侦查机关、检察机关,还是审判机关和司法行政机关,都属于司法机关的范畴。”〔3〕实际也是这样,在建国以后相当一段时间里,无论是党和国家的各级领导干部以及司法干部,还是法学教育和研究人员,都比较一致地认为我国的司法机关包括人民法院、人民检察院、公安机关(后又分出国家安全机关)和司法行政机关。1990年以后,在一些刑事訴訟法学教科书和法学研究文章中,陆续出现了“公安司法机关”的提法。

〔3〕 吴磊主编:《中国司法制度》,中国人民大学出版社1988年版,第43页。

这表明,人们已开始认识到,公安机关、国家安全机关、司法行政机关是各级人民政府的工作部门,依法行使相应的行政职权,属于行政系统,不具有司法的性质和地位;我国的司法机关仅指人民法院和人民检察院。1997年10月江泽民同志在党的十五大报告中明确指出:“推进司法改革,从制度上保障司法机关依法独立公正地行使审判权和检察权。”由此我国各界终于就司法机关是指人民法院和人民检察院达成了共识。

根据上述我国司法机关范围的确定,我国的司法就是指人民法院和人民检察院依照法定的职权与程序适用法律处理诉讼案件的专门活动,具体包括人民法院对刑事案件、民事案件、行政案件的审判执行活动以及人民检察院在刑事案件、民事案件和行政案件中的检察活动。此外,仲裁机构是国家设立的裁决经济、贸易及财产纠纷的机构,其活动具有一定的司法性或准司法性质,亦应列入司法的范围。我们认为,我国的司法具有以下几个显著特点:

1. 民主性

我国是人民民主专政的社会主义国家,人民是国家的主人,国家的一切权力属于人民。人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会;国家行政机关、审判机关、检察机关都由人民代表大会产生,对它负责,受它监督。我国的司法机关与其他国家机构一样实行民主集中制的原则:各级人民法院设立审判委员会,实行民主集中制,审判委员会讨论决定重大的或者疑难的案件和其他有关审判工作的问题,实行少数服从多数的原则;各级人民检察院设立检察委员会,实行民主集中制,在检察长的主持下,讨论决定重大案件和其他重大问题。同时,司法的民主性还集中表现在公民参与司法上。新中国成立后,我国先后建立起人民陪审员制度和人民调解制度。我国三大诉讼法均规定,人民法院审判第一审案件,由审判员、人民陪审员共同组成合议庭或者由审判员组成合议庭;人民陪审员在人民法院执行职务,同审判员有同等的权利。我国在农村和城市街道设立人民调解委员会,由其调解民间纠纷;人民调解委员会依照法律规定,根据自愿原则进行调解,所制作的调解协议具有合同效力。2003年,人民检察院开始设立人民监督员,人民检察院直接受理侦查的案件拟作出逮捕或不起诉决定的,均须提交人民监督员进行审议,接受其监督。由此可见,无论是司法机关的产生、决策体制,还是其具体的司法活动,都体现了人民性或民主性的特点。

2. 终局性

终局性是现代司法的根本属性。一切案件或纠纷,一旦进入司法程序,由司法机关依法作出生效的判决、裁定、决定或裁决,便应得到最终解决或平息,任何机关和个人都不应再作处理,以维护法律的权威,维护社会关系的稳定。在我国,刑事案件经过公安机关侦查、人民检察院审查与提起公诉,最后由人民法院进行审理并依法作出裁判,确定被告人是否构成犯罪和是否给予刑罚处罚;民事案件和行政案件由原告起诉,人民法院经审理后依法作出裁判,对原告被告双方的纠纷或争议加以解决。因此,

4 中国司法制度

人民法院的审判活动最终解决各种社会纠纷或争议,无疑具有终局性的特点。人民检察院对公安机关侦查终结、移送起诉的案件进行审查后,认为证据不足,不符合起诉条件的和对于情节轻微,依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的,可以作出不起诉决定;对于犯罪嫌疑人有刑事诉讼法第15条规定的情形之一的,应当作出不起诉决定。人民检察院的不起诉决定一经作出,立即生效,诉讼活动即告终结,因此具有终局性的特点。我国仲裁法第9条规定:“仲裁实行一裁终局的制度。裁决作出后,当事人就同一纠纷再申请仲裁或者向人民法院起诉的,仲裁委员会或者人民法院不予受理。”由此可见,仲裁机构的裁决亦具有明显的终局性。

3. 公正性

公正,即公平与正义,这既是司法工作的灵魂和生命,也是司法工作的内在要求和本质反映。由司法的终局性特点决定了,以处理各种诉讼案件和解决各种纠纷或争议为内容的司法活动必须做到公正合法,否则诉讼案件便不能得到正确处理,各种纠纷和争议便不能得到有效的解决,进而法律的正确实施将无从谈起,社会公正将失去保障和希望,国家设立司法机关以维护社会秩序、保护人民安宁的目的也就无法实现。因此,人民法院进行审判活动、人民检察院进行检察活动以及仲裁机构进行仲裁活动,都必须严格遵守“以事实为根据,以法律为准绳”的原则,依照法定程序认真查明案件事实和纠纷或争议发生的原因,在此基础上正确适用实体法规定对案件作出公正的处理。为了维护司法的公正,我国法律建立了一系列制度和程序。例如,对于人民法院的一审判决和裁定,当事人不服的有权提出上诉,请求上一级人民法院进行第二审审判。对人民法院已经发生法律效力判决和裁定,当事人认为有错误的,可以向人民法院或者人民检察院提出申诉,人民检察院也可以按照审判监督程序提出抗诉,要求人民法院重新审判;人民法院对已经发生法律效力判决和裁定,如果发现确有错误,亦可提起审判监督程序进行重新审判。上述纠错机制的设立和运转,无疑是国家对司法公正的深切要求和充分保障,从而也表明公正性是司法最根本的特点。我国仲裁法第7条更是明确规定:“仲裁应当根据事实,符合法律规定,公平合理地解决纠纷。”因此,仲裁活动亦具有公正性特点。

4. 效率性

效率,也称效益,是指从一个给定的投入量中获得最大的产出,即以最小的资源消耗获得同样多的效果或以同样多的资源消耗取得最大的效果。^[4]毫无疑问,公正是司法的本质要求,是司法最基本的价值。但是,在复杂的现实生活中,司法如果不考虑效率和效益,公正也就不可能得到真正的实现,正如西方人所说:“迟来的正义非正义。”因此,司法要做到真正的公正,就必须以司法的效率做保证。为了提高司法效率,我国三大诉讼法对司法机关进行诉讼活动的期限作了明确规定。例如,根据刑事诉讼法的规定,人民检察院对于公安机关移送起诉的案件,应当在1个月内作出决

[4] 张文显著:《法学基本范畴研究》,中国政法大学出版社1993年版,第273页。

定,重大、复杂的案件,可以延长半个月;人民法院审理公诉案件,应当在受理后1个月以内宣判,至迟不得超过1个半月;第二审人民法院受理上诉、抗诉案件,应当在1个月以内审结,至迟不得超过1个半月,有法定的特殊情形的,经省高级人民法院批准或者决定,可以再延长1个月;按照审判监督程序重新审判的案件应当在3个月以内审结,需要延长期限的,不得超过6个月。根据民事诉讼法的规定,按照普通程序审理的民事案件,一审一般不得超过6个月,二审不得超过3个月;按照简易程序审理的一审民事案件,一般不得超过3个月。根据行政诉讼法的规定,人民法院审理行政案件,一审一般不得超过3个月,二审不得超过2个月,有特殊情形的经批准可以延长。司法机关办理案件,必须在法律规定的时间内完成,而不允许超过审查起诉的期限或审判的期限。只有提高司法效率,才能既节省有限的司法资源,适应诉讼案件大幅度上升的需要,又及时维护当事人的合法权益,从而实现司法公正。

5. 独立性

人民法院、人民检察院和仲裁机构要做到公正、高效地处理案件或争议,就必须严格依法办事,独立负责地开展司法或仲裁活动,而不能受到任何外来的干涉和影响,否则就难以保持独立的地位,实现司法的公正和效率。因此,司法的独立性是其公正性和效率性的必要条件,离开了独立性,公正性和效率性就失去了保障,就无从谈起。正因为如此,我国宪法和刑事诉讼法、民事诉讼法、行政诉讼法均规定,人民法院依照法律规定独立行使审判权,人民检察院依照法律规定独立行使检察权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉;我国仲裁法第8条亦规定:“仲裁依法独立进行,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”

当然,法学界目前对司法特征的看法还不一致,如有的同志认为,司法除具有民主性、终局性、公正性、效率性和独立性外,还具有职业性、统一性、中立性、公开性、审慎性、权威性、成本性等特征。这些都是可以继续进行讨论的。

二、司法制度的概念和范围

司法制度有狭义和广义之分。狭义的司法制度,在实行三权分立的国家是指审判制度,在我国则是指审判制度和检察制度。但一国仅有审判制度或检察制度,显然不足以保证司法机关充分、及时、有效地行使审判权或检察权,亦不能保证司法职能的切实实现。为此,各国在设立审判制度或检察制度的同时,又建立一系列司法辅助制度,以对司法权的行使起到辅助、促进或保障的作用。因此对司法制度一般应从广义上来理解,而不应限于狭义的范围。

根据上述分析和理解,我们认为,所谓司法制度,是指有关司法机关和其他司法机构或组织的性质、任务、组织体系、权利义务、活动原则以及工作制度等方面规范的总称。其中,司法机关应是指审判机关和检察机关,而其他司法机构或组织,则应包括侦查机构、监狱机构、仲裁机构、法律援助机构以及律师组织、公证组织、人民调解组织。相应地,司法制度除审判制度和检察制度外,还应包括侦查制度、监狱制度、执行制度、仲裁制度、法律援助制度、律师制度、公证制度、人民调解制度。此外,在我

国,虽然目前的劳动教养制度从性质和职能上说与司法活动没有任何联系,似乎不应将其列入司法制度的范畴,但从国际人权公约的要求来看,任何剥夺或限制公民人身自由的处罚措施都必须由法庭作出裁判。因此,在目前的讨论中,法学界比较普遍的意见是劳动教养措施应当司法化,故而从这一制度的发展趋势出发,我们将其作为一项司法制度加以介绍和论述。

第二节 司法制度的产生与发展

一、司法制度产生与发展概况

在原始社会,没有阶级,没有国家,从而也没有司法机关和司法制度。正如恩格斯所指出的,那时“没有军队、宪兵和警察,没有贵族、国王、总督、地方官和法官,没有监狱,没有诉讼,而一切都是有条不紊的。一切争端和纠纷,都由当事人的全体即氏族或部落来解决,或者由多个氏族相互解决;血亲的复仇仅仅当作一种极端的、很少应用的手段……一切问题,都由当事人自己解决,在大多数情况下,历来的习俗把一切都调整好了”。〔5〕

但到了原始社会末期,随着社会生产力的发展,引起了社会大分工,即畜牧业和农业的分工,农业和手工业的分工,从而有了剩余劳动和剩余产品,产生了剥削,出现了私有制,社会逐步分裂为对抗性的奴隶主和奴隶两大阶级。奴隶主为了镇压奴隶们的反抗,维护自己的经济利益和政治统治,进而便建立起奴隶制国家,并把有利于自己利益的习惯转化为奴隶制法律,用国家强制力保证执行。然而,奴隶制法律本身不能自我适用,这就需要有执行法律的国家机关和法官。于是,奴隶制国家的司法机关和司法制度便应运而生。

当然,在奴隶制社会初期,国家的立法权、行政权、军事权与司法权是不分的,后来由于犯罪和纠纷的日益增多,为强化国家机器,有效地打击犯罪,维护统治秩序,奴隶主阶级才设立了专门的司法机关,使司法权逐步从行政权中分离出来,但最高统治者仍集一切大权于一身。据史籍记载,在古希腊和古罗马时期,司法机关即开始与行政机关分开。当时,由于这两个国家在地中海沿岸,地理位置优越,因而其商品经济产生最早,发展最快,人们交往频繁,为适应经济贸易的需要,不仅出现了法庭,而且还出现了律师、公证、仲裁的雏型,不过这时的司法制度主要是审判制度。我国奴隶制时期司法机关何时开始从行政机关中分离出来,到现在仍无结论,但可以肯定,这种分离开始时也仅仅限于中央机关。一般认为,我国从奴隶社会开始就是在中央司法从属于行政,而在地方则是司法与行政合一,这种情况到了封建社会仍然没有

〔5〕 恩格斯:“家庭、私有制和国家的起源”,《马克思恩格斯选集》(第4卷),第92~93页。

改变。

世界各国进入封建社会后,经济基础和国家机构都有了长足的发展,但极不平衡。在司法制度方面,各封建制国家在设立了专门的审判机关之后,某些行政机关和行政长官仍兼理审判工作,即专职的司法机关与兼职的司法机关并存。在西方,由于封建割据,宗教盛行,司法专横,因而除国家审判外,还盛行宗教审判,尤其是在黑暗的中世纪时期,其律师、公证等制度遭受了严重的摧残。在我国漫长的封建社会里,在中央虽设置了专门的司法机关(如大理寺、刑部等),但它们始终从属于行政,封建皇帝一直集立法、行政和司法大权于一身,而地方则实行行政与司法合一,司法工作由地方行政长官兼理,而且由于封建司法的专横武断,因而根本不存在律师、公证等职业活动。

为反对封建专制,资产阶级启蒙思想家提出了天赋人权、法律面前人人平等和三权分立等思想。资产阶级夺取政权后,便按照三权分立思想建立其国家机构,即将国家权力划分为立法权、行政权和司法权,分别由议会、总统(或内阁)、法院独立行使,并互相制衡。三权分立体制的建立,使司法制度出现了一次大的飞跃,司法权真正从行政权中分离出来,成为独立的国家权力。而且,资产阶级为避免法官的专横武断,又将检察权从司法权中分离出来,形成了审判制度和检察制度。虽然资本主义国家的检察机关从属于司法行政机关,但它又具有相对的独立性。同时,审判机关即法院的设置也日益专门化,例如有刑事法院、民事法院、上诉法院、行政法院等,可谓形形色色、种类繁多。另外,为了适应市场经济发展和保障人权等客观需要,律师组织、仲裁机构、公证组织等其他司法机构和组织也得到了很大的发展。

社会主义国家的诞生,开创了司法制度的新篇章。根据列宁的学说,社会主义各国从前苏联开始,普遍建立起崭新的检察机关即国家法律监督机关,它不仅代表国家行使公诉权,而且负责监督国家法律的实施,同时它脱离行政系统成为独立的国家机关。此外,社会主义国家和资本主义国家虽然都有审判机关、侦查机构、监狱机构、仲裁机构以及律师组织、公证组织,但由于政治制度、历史文化传统和经济发展水平不同,因而在司法机关和其他司法机构和组织的设置、任务、职权、隶属关系、活动范围等方面又各具特色。

二、中国近代司法制度的引进和延续

从19世纪中叶起,在西方列强入侵我国的同时,西方先进的自然科学技术和社会科学成果也传入了我国。一些先进人士为了改变国家落后挨打的情况,提出了学习西方、变法图强的种种主张。经过反复曲折的斗争和长期不断的呐喊,清末统治者终于在1901年1月下诏宣布实行“新政”,并在1902年2月相继发布了变法修律的诏书,命沈家本、伍廷芳为修律大臣,主持修律工作。此后的近十年时间里,清朝统治者先后制定颁布了《钦定宪法大纲》、《宪法重大信条十九条》、《钦定行政纲目》、《内阁官制各省官制通则》、《大清现行刑律》、《大清新刑律》、《大清民律草案》(未及颁行)、《大清商律草案》(未及颁行)等一系列宪法、法律,从而成为中国传统法律走向现代化

法律的开端,由此沿袭了数千年的中华法系发生了根本的变化,彻底改变了中国封建社会一直没有单独的诉讼法典、历代封建王朝都把程序法和实体法混为一体、程序和实体不分的状况。随着清末变法的实行,程序法开始与实体法分开,成为独立的法律部门。1906年,沈家本主持完成了《大清刑事民事诉讼法》的起草工作。这部法律草案沿袭了资产阶级的立法原则,采用了资产阶级的审判公开制度、陪审制度和律师制度,是中国历史上第一部独立的诉讼法典,但由于遭到各省督抚的反对而未能颁行。因仿行立宪的需要,遂又将诉讼法分为刑事、民事两部分,分别编纂《大清刑事訴訟律草案》和《大清民事訴訟律草案》。该两律草案于1910年同时完成,但由于清廷很快被推翻而未及审议颁行。同时,清廷为配合预备立宪和官制改革,先后于1907年和1910年颁行了《各级审判厅试办章程》、《法院编制法》等司法组织法,对其司法制度进行重大改革,即采用资本主义国家司法与行政分立的体制,把司法机关从行政机关中独立出来,并实行了一系列资产阶级的司法原则和司法程序。主要体现在:

第一,在司法机关方面。在中央,清廷从1906年开始,把原来掌管审判的刑部改为专门负责司法行政的法部;把原来掌管案件复核的大理寺改为大理院,使它成为全国最高审判机关,同时承担解释法律、监督各级审判等职责。在地方,清廷从1907年开始,在京师和各省设立高等审判厅,在府(直隶州)设地方审判厅,在州县设初级审判厅。同时,把省按察使改为提法使司,由其负责地方上的司法行政事宜。此外,清廷还在各级审判厅内设置检察厅,由其负责对刑事案件“提起公诉,实行公诉,并监视判决之执行”。

第二,在司法原则方面。清廷在司法审判上采用资产阶级国家的司法原则和司法制度,如采用资产阶级所标榜的司法独立原则,强调各级审判厅“独立执行”司法权,行政长官及检察官“不准违法干涉”。同时还采用了资产阶级诉讼法规定的回避原则、辩护原则、辩论原则、审判公开原则、一事不再理原则,并将资产阶级国家的对抗式诉讼制度引入其诉讼领域,由此建立起律师制度,等等。

第三,在司法程序方面。根据《各级审判厅试办章程》的规定,清末在司法管辖上分为刑事诉讼和民事诉讼两项,这在中国法制史上第一次正式区分了刑事诉讼和民事诉讼。同时,按照《法院编制法》的规定,清末在司法审级上实行四级三审制,即向初级审判厅起诉的案件,当事人不服,可上诉到地方审判厅直至高等审判厅;向地方审判厅起诉的案件,当事人不服,可上诉到高等审判厅直至大理院。另外,清末的诉讼立法还规定了起诉、预审、公判、上诉、判决之执行等程序。

清末统治者通过实施司法改革,使其司法制度比封建专制的司法制度向前迈进了一大步,是一个了不起的进步,虽然其立法中所确定的原则和制度实际上并没有真正实行,但却对以后民国时期的立法和司法活动具有重要的参考意义。

1911年10月10日,辛亥革命爆发,推翻了中国历史上延续了两千多年的封建君主专制制度。1912年1月1日,孙中山先生在南京宣誓就职,庄严宣告中华民国成立,并组成首届临时政府,史称“中华民国南京临时政府”。同年2月和3月,南

京临时政府先后颁布《中华民国临时政府组织大纲》和《中华民国临时约法》，原则上确立了一些资产阶级的司法原则和制度，如公开审判原则、法官独立审判原则、法官任职终身制、律师制度等。但由于袁世凯的窃国活动，年轻的资产阶级共和国为北洋政府所取代，上述资产阶级司法原则和制度也未得到真正施行。

1912年4月北洋政府宣告成立，这是一个地主买办阶级的政权。为了适应其统治的需要，它承袭了清末的法律制度，对清末的《法院编制法》予以重新修订，正式公布。依据该法，全国的普通法院从中央到地方分为四级，即在中央设大理院，作为全国最高审判机关，在地方分别设置高等审判厅、地方审判厅和初级审判厅；在各级审判机关内设推事若干人负责刑事、民事案件的审判工作。1914年，北洋政府又成立平政院，负责审理行政诉讼案件。但同时，袁世凯出于复辟旧制的需要，又将占全国三分之二的地方审判厅和地方检察厅以及全部初级审判厅和初级检察厅裁撤，改由州县知事（即州县长）兼理司法业务，下设承审员辅助之，因而出现了地方行政长官兼理审判的情况，这实际上是中国封建社会长期实行的司法与行政不分、司法从属于行政的传统的延续。此外，北洋政府时期的司法还有两个显著特点：一是司法审判有普通审判与军事审判之别，而其中军事审判始终占主导地位，普通审判处于从属地位。按其法律规定，普通法院实行四级三审制，即以初级审判厅或地方审判厅为一审的刑事、民事案件，如当事人不服判决，可以两次提出上诉，高等审判厅或大理院作出的第三审判决才是终审判决，但军事法院却实行一审终审制。而且，按照北洋政府颁行的《陆军审判条例》和《海军审判条例》，无论军人还是非军人犯罪，也无论刑事案件还是民事案件，军事法院均可受理，审判采取秘密方式，不准旁听，不准聘请辩护人，也不准上诉，实行的完全是法西斯式的审判制度。二是司法审判的依据既可以是成文法，也可以是判例和解释例。其中，判例仅以其最高审判机关大理院制作的判决为限，解释例则是大理院对法律精神和各级法院提出的疑难问题所作的解释。判例和解释例，均具有法律效力，是成文法的补充，也是法院处理案件的依据。

1925年，孙中山先生去世后，国民党左派和共产党人继续孙中山的未竟事业，于同年7月在广州建立国民政府，1926年7月国民政府大举北进，讨伐北洋军阀。随着北伐的胜利，1926年底，国民政府迁往武汉，故史称“广州武汉国民政府”。国民政府建立初期，其司法制度基本上沿用北洋政府的四级三审制与审检合署分工制，但与北洋政府时期不同的是，无论审判机关还是检察机关，都必须接受国民党中央执行委员会的指导和监督。1927年初，国民政府召开司法会议，决定进行司法改革，并颁布了《新司法制度》。其主要内容是：（1）废除大理院与审判厅的名称，一律改称“法院”，并将审判机关分为中央法院与地方法院两级。其中，中央法院又分为最高法院与控诉法院；地方法院则分为县市法院与人民法院。最高法院设在武汉，控诉法院设在省城，冠以省名，县市法院设在县或市，冠以县名或市名，小县可二、三个县设一个法院，人民法院设在镇或乡村，为最基层的审判机关。（2）实行两级两审制。人民法院与县市法院均为一审法院，对不服一审判决而上诉的第二审刑事、民事案件，控诉法院和