



南开大学法学院
学术文存

裁判的法理

Caipan De Fali

刘风景◇著



人民出版社



南开大学法学院
学术文存

裁判的法理

刘风景◇著



人民出版社

责任编辑:姜冬红
版式设计:程凤琴
责任校对:李毅夫

图书在版编目(CIP)数据

裁判的法理/刘风景著.

-北京:人民出版社,2007.6

ISBN 978-7-01-004701-0

I. 裁… II. 刘… III. 审判-研究-中国 IV. D925.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 048366 号

裁 判 的 法 理

CAIPAN DE FALI

刘风景 著

人民出版社 出版发行

(100706 北京朝阳门内大街 166 号)

北京市双桥印刷厂印刷 新华书店经销

2007 年 6 月第 1 版 2007 年 6 月北京第 1 次印刷

开本:880 毫米×1230 毫米 1/32 印张:9.375

字数:216 千字 印数:0,001-3,000 册

ISBN 978-7-01-004701-0 定价:19.00 元

邮购地址 100706 北京朝阳门内大街 166 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

目 录

引 言	(1)
第一章 “人民”法院	(12)
一、“人民”概念的演变及含义	(12)
二、“人民”法院的由来与实质	(20)
三、“人民”的狭义理解与法院	(24)
四、“人民”的重新阐释与法院更名	(30)
第二章 法官的角色定位	(34)
一、西方法治国家法官的角色定位	(34)
二、当代中国法官实际的社会地位	(38)
(一)市场经济的发育状况	(38)
(二)依法治国与民主政治的发展程度	(41)
(三)经济全球化的发展趋势	(43)
(四)传统法律文化的影响	(45)
三、当代中国法官角色定位的理性思考	(47)
第三章 接受裁判权	(56)
一、接受裁判权的主要内容	(56)
(一)比较法的考察	(56)

(二)接受裁判权的属性	(58)
(三)国家的相应义务	(61)
二、我国立法的基本状况	(65)
三、接受裁判权的功能分析	(69)
(一)切实保障人权	(69)
(二)真正落实法官不得拒绝裁判原则	(70)
(三)有助于克服民众的厌讼心理	(71)
(四)为司法发展创造有利的社会环境	(73)
(五)更贴近审判工作的主题	(75)
四、确立接受裁判权的具体设想	(76)
(一)明确接受裁判权的内容	(76)
(二)规定法院的相应义务	(77)

第四章 审判独立原则

(81)

一、独立审判原则的功能及落实状况	(81)
二、实现独立审判的约束性条件	(86)
(一)画地为牢的经济形态	(87)
(二)人治残存的政治现状	(88)
(三)影响甚巨的传统文化	(89)
(四)运转不佳的司法体制	(90)
(五)素质不高的法官队伍	(90)
三、走向独立审判的路径选择	(91)
(一)大局着眼与小处入手	(91)
(二)保持独立与以退为进	(92)
(三)接受监督与树立权威	(94)
(四)选用良才与充分保障	(95)

(五)消极独立与积极独立	(96)
(六)群众满意与终局裁决	(97)
(七)法院独立与法官独立	(98)
(八)统一集中与分散操作	(99)
(九)制度创新与强化管理	(100)
第五章 权利语境中的审判公开	(102)
一、我国立法的规范特征	(102)
二、公开审判的背景分析	(106)
(一)发达的民主政治要求审判权行使的公开化	(107)
(二)成熟的市场经济要求审判活动具有较高的 透明度	(107)
(三)全球一体化使公开审判成为中国法院的 国际义务	(109)
(四)网络技术的发展为审判的公开化拓宽了渠道	(109)
(五)依法治国内在地包含着审判公开的内容	(110)
三、公开审判的权利解读	(111)
四、公开审判的例外情形	(115)
五、审判机关的主要义务	(117)
(一)公开范围	(117)
(二)衡量标准	(118)
(三)保障条件	(121)
六、通过权利的实施机制	(121)
第六章 最高法院司法解释	(126)
一、司法解释的现状	(126)
(一)制定主体	(127)

(二)表现形式·····	(130)
(三)制定程序·····	(131)
(四)法律效力·····	(135)
(五)备案审查·····	(137)
二、司法解释权运行状况之批判·····	(140)
(一)强权:强行进入社会自由的空间·····	(141)
(二)越权:僭越最高权力机关的立法范围·····	(146)
(三)集权:集中法院系统内尽可能多的法律解释权·····	(151)
结 语·····	(155)
第七章 法律原则的功能* ·····	(159)
一、法律原则的识别·····	(161)
二、裁判适用法律原则的概况·····	(167)
三、裁判援引法律原则的方式·····	(171)
(一)单独援引法律原则·····	(171)
(二)同时援引原则和规则·····	(174)
四、通过裁判的“造法”活动·····	(178)
结 语·····	(184)
第八章 刑事庭审方式之比较法考察 ·····	(186)
一、大陆法系和普通法法系的刑事庭审方式·····	(186)
(一)一元式法庭与二元式法庭·····	(190)
(二)被动的法官与主动的法官·····	(192)
(三)集中型审理与分散型审理·····	(196)
(四)庭审外结案与庭审内结案·····	(199)
二、英美法系与大陆法系刑事庭审方式的比较·····	(201)
三、我国刑事庭审方式改革可吸收和借鉴的因素·····	(208)

第九章 不同意见制之构想	(212)
一、少数意见制的比较法考察	(212)
(一) 会议秘密制的谱系	(213)
(二) 少数意见制的谱系	(214)
(三) 日本的少数意见制	(216)
二、少数意见制的得失评价	(222)
(一) 反对意见	(222)
(二) 肯定意见	(224)
(三) 少数意见的减少倾向	(228)
三、不同意见写入判决书的根据	(233)
(一) 民主集中制的完整体现	(233)
(二) 审判公开原则的重要内容	(235)
(三) 审判独立原则的题中之义	(236)
(四) 案例指导制度的配套措施	(238)
四、实施不同意见制的具体设想	(240)
(一) 首先从最高法院审委会实施	(240)
(二) 不同意见如何写入判决书	(244)
(三) 相关保障措施	(246)
第十章 刑事庭审方式改革	(249)
一、刑事庭审方式改革的背景	(249)
(一) 政治文明	(249)
(二) 人权保障	(252)
(三) 市场经济	(253)
(四) 国际责任	(256)
(五) 科技进步	(258)

(六)传统文化·····	(261)
二、刑事庭审方式改革的价值取向·····	(262)
(一)惩罚犯罪与保障人权·····	(262)
(二)实体公正与程序公正·····	(264)
(三)公正与效率·····	(266)
(四)国内法与国际法·····	(268)
(五)法官权威与司法监督·····	(269)
(六)制度建构与人员素质·····	(273)
三、民事庭审方式改革之经验和教训·····	(276)
四、刑事庭审方式改革的路径选择·····	(285)
(一)手段与目的·····	(285)
(二)改革与发展·····	(286)
(三)稳定与变动·····	(288)
(四)理想与现实·····	(289)

引 言

关注裁判的法理学,与中华民族伟大复兴的时代背景是相契合的。新中国成立后,广大人民成为真正的国家主人,人民民主专政日趋巩固,宪法和法律真实而全面地体现了广大人民的利益和意志。1982年宪法删除了1975年宪法和1978年宪法关于“坚持无产阶级专政下的继续革命”的规定,表明大规模的急风骤雨式的群众阶级斗争已经基本结束,国家工作重心从“革命”转向“建设”。自十一届三中全会以来,中国经济一直保持着高于世界平均水平的“超高速度”,特别是1989年到2003年的15年间,在受到亚洲金融危机、世界经济不景气以及“非典”的影响下,我国的经济增长率仍平均达到8.8%。2003年中国的GDP总量超过11万亿元人民币,人均GDP超过1000美元这个具有里程碑式的“经济成长门槛”,跨入高速发展时期。人民生活总体上实现了由温饱到小康的历史性跨越,综合国力大幅度跃升,社会长期保持安定团结、政通人和,国际影响显著扩大,民族凝聚力极大增强。按照历史唯物主义的基本原理,中国的上层建筑与经济基础是适应的,法律制度基本上是合理的、进步的。邓小平指出,“我们评价一个国家的政治体制、政治结构和政策是否正确,关键看三条:第一看国家的政局是否稳定;第二看能否增进人民的团结,改善人民

的生活；第三看生产力能否得到持续发展”。^①沿此进路思考所得出的结论是，我国的上层建筑包括司法体制，对经济、政治、文化的发展有着不可替代的重要作用，基本上是适应经济基础的。

目前，我国的法理学还有着浓厚的革命情结和超强的意识形态色彩，批判性非常明显。例如，夸大“法”与“法律”的区分和距离，将法律置于时常经受法的检视与拷问的卑下地位，动辄被冠以“恶法”，宪法和法律的权威难以树立；人们惯于从广泛的社会联系中审视着大舞台上扮演小角色的法律，在大部分法理学著述中，政治、经济、文化等非法律问题占据很大的比重，法律自身问题有被边缘化的趋势；政治学与法理学没有严格的划分，法理学过分关注价值问题，目光停留于法律现象的合理性层面，论题的泛道德化倾向明显，在自由、平等、公正、效率名义下所提出的各种治国方案不免带有“脱法”的任意性；在审判领域，盛行司法能动主义，主张弱化法律对法官审判活动的制约，鼓吹法官在裁判时应大胆运用自由裁量权，以立法者的使命感追求法律之外的良好效果；在法学教育方面，批评现行法律的价值理论成为法理学教师讲课的基调，学生们难以习得有用的法律规范、法律方法、法律技术方面的知识，与部门法学的学习相隔绝，也使法理学课程成为整个法学教育中的另类，等等。“假使法学不想转变成一种或者以自然法，或者以历史哲学，或者以社会哲学为根据的社会理论，而想维持其法学的角色，它就必须假定现行法秩序大体看来是合理的。所谓的‘批判理论’，其认定现行法不过是片面‘支配关系’的规定，也因此否定现行法的正当性，它不必费神审究个别规定、决定的正义内涵，因为消极的结论

^① 《邓小平文选》第3卷，人民出版社1993年版，第213页。

已经预设在那儿”^①。从建设法治国家的角度看,以批判现行法为主要使命的法理学,并不是真正意义上的法理学,需要调整和修正。

2006年4月21日,胡锦涛在美国耶鲁大学回答提问^②时指出:“我认为,上层建筑的发展要适应经济基础发展的要求。我也认为,没有民主就没有现代化。如果把28年来中国经济社会发展所取得的成就,仅仅归因于中国进行了经济体制改革,这显然是不全面的,也是完全不符合实际的。事实是,从1978年以来,中国进行了包括经济体制改革、政治体制改革、文化体制改革等在内的全面改革。凡是对中国有比较深入了解的人就会得出这样的结论。无论是在经济体制改革方面还是在政治体制改革方面,中国都取得了重要成果。20多年来中国经济持续快速发展的事实也表明,中国的政治体制是基本适应中国经济发展的要求的。”胡锦涛的论述,无论是在法学世界观上,还是法学方法论上,都具有重要的指导意义。中国的法律制度基本上是适合社会发展的,我们的法律改革绝对不会是推倒重来的根本性变革,我们所要做的工作就是对法律制度进行局部的、技术性调整,实施渐进性的改革措施。更为重要的是,十一届三中全会以后,我国的社会主义法律制度基本上实现了阶级性与人民性的统一、国家意志与客观规律的统一、权利确认与权利保障的统一、强制实施与自觉遵守的统一、国情与公理的统一,广大人民的意志和利益已真实地、完整地转化为法律规定,这为依法治国奠定了良法的基础。在此背景下,法制工作的重心从法律创制转向法律实现。作为社会纠纷最终解决机制的裁

① [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第77页。

② 《人民日报》,2006年4月24日,第3版。

判,应为法理学所关注。在此背景下,法理学的规范转向、裁判转向,正当其时。

关注裁判的法理学,也意味着向经典研究进路的回归。据我国历史上第一部字书——东汉许慎撰写的《说文解字》记载,“法”的古体字是“灋”。“灋,刑也,平之如水,从水;之,所以触不直者去之,从去。”从以上可以看出,在古代,法和刑二字是通用的。“平之如水,从水”,意指法代表公平,即“平之如水”。据说在审判时被“鵩”(一种神兽)触者即被认为是犯罪的人,所以“去之,从去”。这是我们的先祖使用的一种裁判方法,即借助“神意”来判断某人是否有罪。从语言学的源头考察,可发现法律与裁判是分不开的,当时的人们是从法的适用、司法裁判的角度,对法的概念进行界定的。西方也是这样,据美国法学家庞德考证,“历史上,法官先于法律。法律的草创始于法庭。就逻辑顺序来说,固应先有法律,而后有法院予以适用及执行。逻辑是在事实发生,使我们能予以系统化并了解它们。历史的顺序是先有法院,而后有于法院中发展并适用的法律。法官可能是一个国王,他的司法权力其后交由行政官(magistrates)去行使。或则,法庭可能是一个会议(assembly),有着并未分割清楚的权力。他的司法权有时交由一部分被选定的代表,或交由委员会或常任委员会,而后实际上成为一个法院。因此司法的职务实先于法律。”^①在人类社会的早期,法官就是法律的化身,裁判活动就是法律运行的动态过程。

从法学、法理学的研究对象看,西方的经典法学只研究法院获得判决的过程,而立法问题则主要归于政治领域。“虽然法律受

① [美]庞德:《法院组织与法律秩序》,载王健编:《西法东渐》,中国政法大学出版社2001年版,第434页。

到宗教、政治、道德和习惯的强烈影响,但通过分析,可以将法律与它们区别开来。例如,作为习惯行为模式意义上的习惯区别于习惯法,后者是指被认为具有法律约束力的习惯性行为规范。与此相似,政治和道德可能决定法律,但它们不像在某些其他文化中那样被认为本身就是法律。在西方,法律被认为具有它自己的特征,具有某种程度的相对自治”。^① 西方的传统法学,仅研究从法律中获得具体法律判决的过程,关于人们用来得到正确的法律的方法,即如何立法的方法,则不予涉及。“不仅是自然法学,而且法实证主义不需要立法理论。据自然法学说,实证的法律(人法)是通过纯逻辑推理从预设的自然法(自然的法)中推导出来的(人们至少以为将这样来对待实证的法律)。在法实证主义统治下,立法不是科学而是政治的任务。”^②与西方不同,我国的法学研究中往往包括许多政治、道德等方面的内容。立法等政治性很强的问题,也是我们法学研究的重要对象,应然性问题与实然性问题相互纠缠、混杂,因此,将法律与道德、规范与价值严格区分的法律实证主义、社会法学,在中国很难找到理论上的知音。“法律一旦过分执着地遵循价值观念(例如宗教原则),或屈从于特殊的政治上做法和倾向,就不能维持充分自主的社会定位,从而也就不能维持自身在社会结构中的自主地位,以及政治和经济生活的微妙平衡。”^③在依法治国成为治理国家基本方略的今天,我们应当将价值问题交给立法学,

① [美]伯尔曼:《法律与革命》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社 1993 年版,第 9 页。

② [德]阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编:《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社 2002 年版,第 155—156 页。

③ [英]科特威尔:《法律社会学导论》,潘大松等译,华夏出版社 1989 年版,第 97 页。

将规范问题、裁判问题交给法理学。梁启超早在《论中国成文法编制之沿革得失》一文中说：“本论原为拙著《中国法理学发达史论》之附录。及著成时，则已累数万言，附庸蔚为大国，且其论全属于法理学范围外，与原题名义不相应，故析之别自为体”。^① 梁氏研究法理学时，也是把立法问题作为法理学的一个附属部分来对待的。他的研究进路，对当下的法理学也很有启发作用。毋庸置疑，法理学与立法学关系密切，无论这种关系多么密切，立法学都不应成为法理学理论体系的核心，而仅仅是有所联系的相关部分。

在中国的现代化进程中，为了迅速缩短同发达国家的差距，改变在国际关系格局中的相对不利地位，中国把加速经济和社会发展作为首要目标，并为此形成加速发展的“时间表”。法制现代化是这个“时间表”中的一个有机组成部分，表现为一种人为推进型的法制现代化。其法制现代化建设往往在较短的时期内一下子全面铺开，政府自觉不自觉地形成一种全面的法制现代化纲领，试图在较短的时间里全面完成西方国家法制建设在各个不同阶段所完成的所有任务，把西方国家很长时间逐步形成的法律体系在短期内迅速完成。对于发展中国家来说，“都对急速之社会及经济变迁有一项极为巨大之需求，而这项需求绝大部分都是表现在法律变迁上，诸如宪法、制定法及行政法等等。在这种社会进化情况下，法律可说已逐渐不再是对已确立之社会、商务及其他习惯之记录而已，它已成为一种开路先锋，是一种新力量之明确表征，藉以依据新规范（patterns）来塑造团体生活”。^② 由于立法在推动社会

① 《饮冰室文集》第十六卷，第1页。

② [美] W. Friedmann:《法理学》，杨日然等译，司法周刊杂志社1985年第3版，第465页。

变革、实现社会现代化过程中,扮演着重要的角色,它也在法学、法理学中占有显要的位置。在这里,“法学者所应从事一项更为重要之工作,可说既不是诉讼事项,也不是解决纠纷,而是塑造及形成政策,在于行使法律性权力,藉以积极创设或改变单纯私人间之法律关系,公共团体与私人间之法律关系”。^① 尽管我国法理学重视立法问题,立法问题比西方国家占有更大的比重,带有社会主义初级阶段的特征,但这不足以推翻西方经典法学关于法理学研究对象的认识,即立法问题不应该成为法理学研究的重心。随着我国依法治国方略的不断推进,法理学应注重如何从法律中获得具体判决。

本书在研究裁判问题时,包含着以下几个理论预设:从中国的具体实际出发;司法制度的自我完善;司法发展的非整体性;裁判是人权法律保护的最后一道防线,等等。

第一,从中国的具体实际出发。中华民族是一个有着悠久历史的古老民族,经过长期的历史积淀而形成的文化传统还在相当程度上影响着当今中国人的思想观念、行为选择。传统法律文化,仍存在于中国现代社会之中,影响着中国社会特别是农村和少数民族地区社会生活的许多方面,影响着现代法律的制定及其实际运行。在中国,由于人们普遍存在的“厌讼”情绪,在社会的实际生活中,人们奉行“和为贵”的处世哲学,总是设法避免面对面的直接对抗,大多数纠纷都通过非讼方式解决。在我国,司法权的范围和运作方式,势必带有传统法律文化的印记。还有,我国正处于并将长期处于社会主义初级阶段,现在达到的小康还是低水平的、

① [美]W. Friedmann:《法理学》,杨日然等译,司法周刊杂志社1985年第3版,第468页。

不全面的、发展很不平衡的小康,人民日益增长的物质文化需要同落后的社会生产之间的矛盾仍然是我国社会的主要矛盾。其过程将是长期的,不能急于求成。法制的进程,基本上与社会经济、政治、文化的发展同步。我国尚处于社会主义初级阶段,社会发展的状况,我们可根据自己的国情,循序渐进地实施依法治国方略。“中国经验的真正独特之处是:北京捍卫了制定自己政策的空间,由自己来决定何时、何地、以何种方式采用外国的思想。”^①因此,本书所使用的一些比较法的材料,尽管显示出其他国家许多有益的法治经验和富有想象力的具体做法,但它们主要是说理性的、参考性的,而非命令性、强制性的。

第二,司法制度的自我完善。在逻辑上,司法改革的起点应该是对现行司法体制的评价。“大凡我们要谈改革,必然涉及对不同的状况的理解、判断与评价,革故鼎新、改弦更张、改头换面,起码指涉到故与新、原来的与改换后的两种状况。故旧与创新的不同,必须比较才知道,而要进行比较,则必须有所根据才行。换句话说:改革的前提是确立一个判断,然后根据此一判断比较说明改革前的缺点,彰显改革后的优点。”“社会中的任何改革者如果有社会学分析成果的基础,将有助于他对改革前后现状的理解或想象,并协助他对改革所依据的判准的反省,尽量扩大其改革的正当性与有效性。”^②在我国,作为上层建筑重要组成部分的司法体制,对经济、政治、文化的发展发挥着不可替代的重要作用,司法体制基本上是适合经济基础的。但随着司法改革的不断深化,人们对司

① 《“中国模式”对非洲更有吸引力》,《参考消息》2006年11月6日,第8版。

② 林端:《儒家伦理与法律文化》,中国政法大学出版社2002年版,第408页。