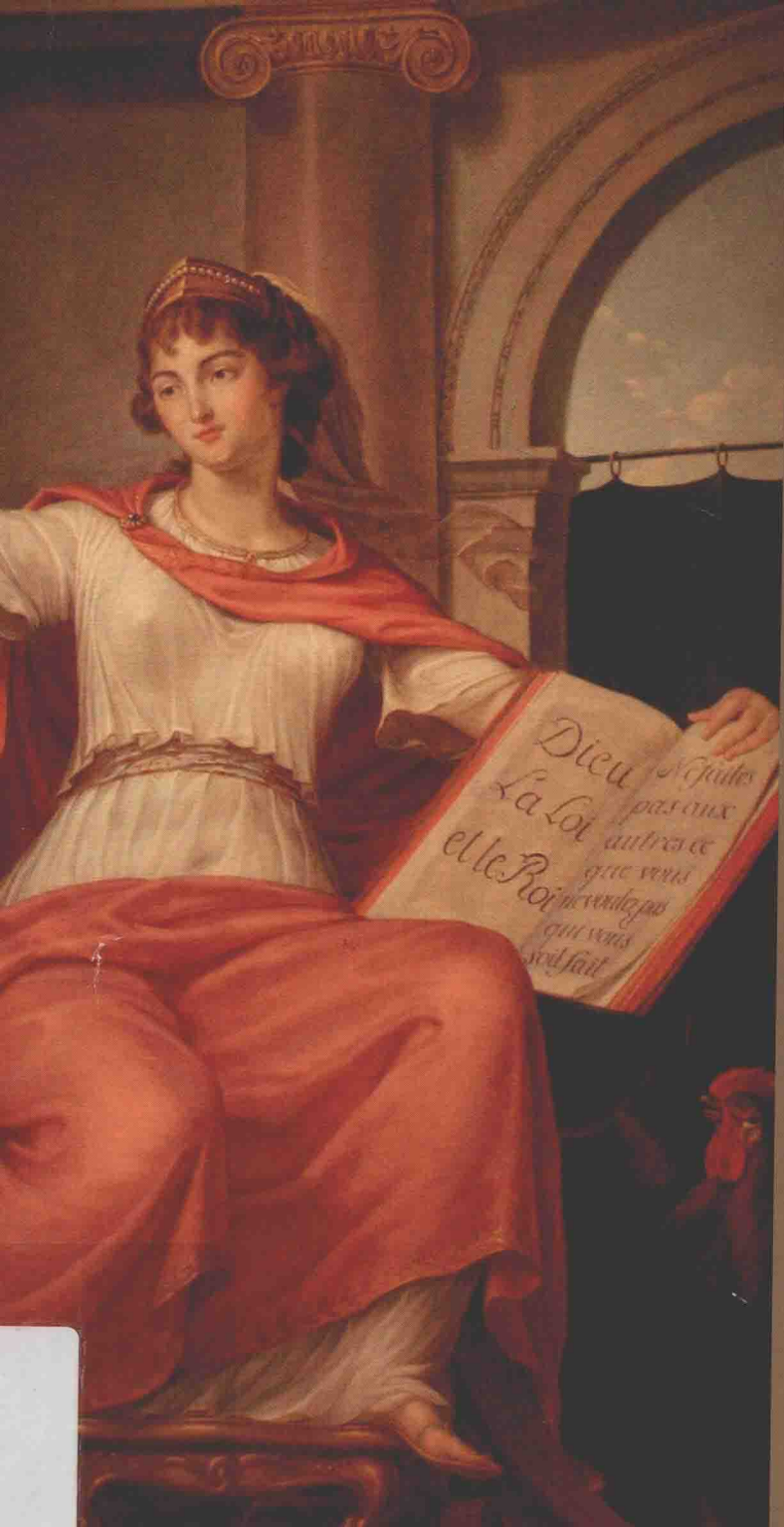


司法的特性

孙笑侠 著

法律出版社



司法的特性

孙笑侠
著

法律出版社



图书在版编目(CIP)数据

司法的特性 / 孙笑侠著. —北京:法律出版社,
2016. 10

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9141 - 9

I. ①司… II. ①孙… III. ①司法—研究 IV.
①D916

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 026918 号

司法的特性

孙笑侠 著

责任编辑 易明群 何 敏 黄倩倩
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 11.625 字数 286 千

版本 2016 年 10 月第 1 版

印次 2016 年 10 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

责任校对 王沁陶

责任印制 陶 松

印刷 固安华明印业有限公司

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

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 9141 - 9

定价:45.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



孙笑侠 1963年8月出生，浙江温州人。教育部“长江学者”特聘教授，复旦大学特聘教授、法学院院长、博士生导师。中国社会科学院法学博士，哈佛大学高级访问学者。从事法理学—法哲学、司法理论、法律方法及行政法学研究。代表作有《程序的法理》（2005）、《法律对行政的控制》（1999）、《法的现象与观念》（1995）。在《中国社会科学》《法学研究》《中国法学》等刊物发表文章近百篇。

本研究得到教育部“长江学者”特聘教授项目、国家社会科学基金重大招标项目“司法公信力的法理要素与评估体系”、国家985第三期“转型期国家司法哲学、制度与实践”、司法文明协同创新中心“中国特色社会主义司法理论研究”项目的资助，是这些项目的部分研究成果，谨此致谢。

《司法的特性》自序

本书是我近年来研究司法问题的成果,涉及司法权的性质、司法职业、法律思维、司法伦理、司法与民意、司法与媒体、司法程序等。2012年奥地利法学家埃利希给自己的《法社会学原理》写的序中说,“人们常说,一本书必须能够用一句话来概括一个人的意思。假如呈现在面前的这本书接受这种检验,那么这句话大致可以说:在当代以及任何其他时代,法的发展的重心既不在于立法,也不在于法学或司法判决,而在于社会本身”。如果让我为自己这本书说一句概括的话,我还是想说——司法权是判断权,只是这种判断不仅要根据规则和有关规则的方法,还要根据社会事实作出判断。

当代中国仍然处于法治初创期,又时逢社会转型期,原来缺乏理论的司法,受到转型变迁的巨大影响,司法活动和司法改革正处在各种司法观与法律价值观碰撞、交锋之中。这个时期的司法观念交织着马克思主义传统司法学说和观念、当代中国社会主义改革时期的司法观、中国以儒法两家为代表的司法观甚至专制时代的司法观、中国新民主主义革命根据地时期

的司法观、新中国成立初期的司法观、苏联苏维埃司法观、欧洲近现代司法理念、美国现实主义司法理念以及亚洲模式的司法理念,等等,不一而足。在这些不同的司法观当中,有的是相互排斥的,却都在这社会转型期进入人们的视野。不同地区的法官、检察官,有不同的司法理念;不同审级的法院、检察院,也有不同的司法理念,进而影响着各自的司法政策和司法行为。因而,这使国家司法的统一性受到了严峻挑战。

正如我们所看到的那样,国内结构性的社会矛盾问题仍会持续集中凸显,诸如贫富悬殊、官民冲突、民生事件、底线突破、群体事件、网媒审判、公案司法及其政治角力……与此同时,社会正经历着巨大的变革,互联网、草根民主、城市化、新媒体、全球化、高新科技、知识经济……几乎所有问题都会向司法逼进,重重包围着本来需要独立和理性的司法。司法在面对重重新问题、新困难的情况下,却仍然固守传统的司法模式和观念显得不合时宜。可是我们的司法仍然是传统司法模式和观点,不清楚司法的本来属性,没有树立真正符合司法规律、符合中国传统特质和现实国情的司法理念,更没有我们自己的司法哲学。缺乏国家层面的司法哲学的基础理论,使全国的司法缺乏哲理的支撑和统领,因而无法应对中国传统与国情,也无法应对新时期的新问题和新的挑战。

我们的司法处在转型最尴尬的时期,一方面我们职业共同体内部已经认识到司法的规律和特性,而另一方面社会外界却还是不明白司法和行政相比有什么特殊性。因此,作为纠纷和冲突交集点的法院,其面临的职业化与大众化的悖论和冲突更加激烈,尊重既定规则与维护社会稳定之间的冲突,也加重了这种矛盾冲突。因此,我们需要一套完整的司法理论,来解决这种冲突和矛盾,这对于国人重新认识司法具有重要意义。当然,这个完整的司法理论体系需要法学界和司法界的共同努力。

作者 2015 年 3 月于上海

目 录

《司法的特性》自序 001

一、司法的思维特性

司法权的本质是判断权

——司法权与行政权的十大区别 003

法律人思维的二元论

——兼与苏力商榷 017

中国传统法官的实质性思维 073

二、司法官伦理

法律家的技能与伦理

——“法律家之治”论纲 095

职业伦理与大众伦理的分野

——为什么要重塑我们的法律职业伦理 122

论法官的慎言义务 135

三、司法与民意

公案的民意、主题与信息对称 173

公案及其背景

——透视转型期司法中的民意 192

司法的政治力学

——民众、媒体、为政者、当事人与司法官的关系分析 210

判决与民意

——兼以美国为例考察法官如何对待民意 238

四、从程序到判决

论两种价值序列下的程序基本矛盾 263

当事人角度的程序公正论 289

论司法对行政的合理性审查 326

判决的权威与异议

——论法官“不同意见书”制度 343

一、司法的思维特性

PP.001 -091

司法权的本质是判断权

——司法权与行政权的十大区别 *

一、司法的判断性

说司法是“判断”并非今天的发现,而是先贤哲人们“有言在先”。除西方资产阶级学者(如汉密尔顿把司法职能归结为“判断”)之外,马克思也曾说过:“法律是普遍的。应当根据法律来确定的案件是单一的。要把单一的现象归结为普遍的现象就需要判断。”“要运用法律就需要法官。”“法官的责任是当法律运用到个别场合时,根据他对法律的诚挚的理解来解释法律。”按照马克思的理解,法官的职责就是进行判断,适用法律、解释法律就是判断的具体表现。^[1]

“司法权是判断权”的命题其实无须论证,因为它是一个事实,我们只是将它加以阐释;它是一个常识,我们只是把它加以强调;它是一个真理,我们只是将

* 本文原载于《法学》1998年第8期。据引用率统计,本文是近三十年来引用率最高的50篇法学论文之一。参见徐建、何渊编:《中国法学高影响论文评介》,上海交通大学出版社2009年版,第4页。

[1] 《马克思恩格斯全集》(第1卷),人民出版社1956年版,第76页。

它加以重申。现代宪政意义上的司法权起源于近代以后的国家权力分立。然而,这并不是说古代社会不存在司法权。^{〔1〕} 英语中称法官为“judge”,此词作名词解,又通评判人,可指称有判断功过能力的人;还作动词解,直接指审判、评判、裁判、判断、断定。可是在我国的法律实践中,“司法”词义却总是那么含糊不清。^{〔2〕} 行政权只是行政权,它是具有管理性质的权力,而严格区别于作为判断性质的司法权。何谓“判断”?判断是一种“认识”。何谓“管理”?管理是一种“行动”。^{〔3〕} 德国学者拉德布鲁赫关于司法的“认识”性质,有一段形象的比喻,他说:司法的任务是通过判决确定是非曲直,判决为一种“认识”,不容许在司法是非真假问题上用命令插手干预。“学术自由”被用于实际的法律科学时,即成为“法官的独立性”。因此法院没有义务,甚至没有资格去服从行政机关及其首脑即政府的指示……^{〔4〕}

作为管理性的行政权,它提供给社会的是管理秩序与物质力量两方面。一个政府不提供秩序与物质力量,那么可以说这个政府是不称职的。然而,我们不能要求法院提供秩序与物质力量,因为法院压根就不从事这方面的工作。那么,法院究竟提供给社会什么呢?这涉及司

〔1〕 如果按照法人类学家的观点,司法活动几乎与人类纷争同时出现。“非职业性的法院”“缺乏固定性的法院”甚或“更加模糊的法院形式”在原始状态的社会中就已存在。参见〔美〕霍贝尔:《初民的法律》,周勇译,中国社会科学出版社1993年版,第25~26页。

〔2〕 不“司”判断权者亦称“司法机关”,有时公、检、法统称司法机关,甚至还有“从来不司法”也“不管司法工作”的“司法厅”“司法局”。“司法”之“司”乃动词,“掌管”“操纵”之意。与“司”相关的词大都具有此意,如司机、司仪、司令等,即指操纵机车者、掌管仪式者、发布命令者。那么掌管或操纵法律者,当然是对事实和法律进行判断者,即司法者或曰法官。

〔3〕 判断的前提是关于真假、是非、对错、曲直和有所引发的争端的存在。司法判断是针对真与假、是与非、曲与直等问题,根据特定的证据(事实)与既定的规则(法律),通过一定的程序进行认识。行政管理发生在全社会生活的全过程,它不一定以争端的存在为前提,其职责内容可以包括组织、管制、警示、命令、劝阻、服务、准许、协调。

〔4〕 〔德〕拉德布鲁赫:《法学导论》,米健等译,中国大百科全书出版社1997年版,第101页。

法判断的社会功能是什么的问题。

有人认为,司法功能具有服务性。他们说司法应该积极地“为某某服务”,如为人民服务、为市场经济服务,甚至为企业、为地方经济建设服务。

有人认为,司法的社会功能具有惩罚性。他们说没有惩罚怎么打击犯罪呢?

虽然司法判断的结果可能是惩罚性的,但是惩罚的执行并不是由法院直接进行的,虽然司法程序中也存在部分用来制止妨碍诉讼程序的行为的强制性甚至惩罚性措施,然而,惩罚其实不是司法的主体内容,也不是司法的本质属性。惩罚是执行判决(法院的判断)的结果,而不是司法判决本身。所以司法并不是以打击犯罪、惩罚犯罪为自己的社会功能。打击犯罪、惩罚犯罪是公安机关的社会功能,属于行政权的范畴。

有人认为,司法功能具有政治性,也就是说,司法应当服从政治需要,司法是实现政策的一个环节和保障。

司法活动提供的产品是“道义力量”,^[1]也就是通过恢复正义、伸张正义,给人民提供道义上的精神支持,给社会创造道义上的精神环境。法院通过审判活动的补偿与惩罚结果,使受损害的正义得以恢复和矫正,使被扭曲的正义得以伸张。这些活动就其本质而言,不是管理性的物质力量,而是判断性的精神力量,是一种道义力量,简要地说,司法是一种精神活动,只为社会生产道义这种强大的精神力量。通过对有罪与无罪的判断、对义务与权利分配的判断,使人民在精神上相信自己生活在正义的环境里,从而获得对社会的信赖、对法律与国家的信

[1] 参见[法]托克维尔:《论美国的民主》(上卷),董果良译,商务印书馆1988年版,第156页。

任,以及对自己的自信。

不难发现,中国现行司法体制是一种司法严重行政化的体制。从司法的财政体制到法官人事制度甚至到法官的制服着装,无不与行政有瓜葛,带着行政的浓郁色彩。司法权与作为管理性的行政权具有相关性,因此容易混为一谈,^[1]但是它们绝对不是可以混同或相互取代的事。时下许多人意识到司法体制摆脱行政制约(特别是人事权和财政权)的必要性,但改变司法行政化体制,首先有必要将两种权力的本质加以区别、界定和廓清,应当对司法权在法治观念中的应有性质和中国目前的实有性质作一番审视。只有这样,我们才会痛下决心解决一直困惑着中国人的司法行政化问题,进而才有可能使“司法公正”的话题不会成为一种奢谈。

故此,我们应当转变对法院功能和作用的想法,不要用对待政府的要求去对待法院。应当区别政府的立场与法院立场,区别政府的作用和法院的作用。

对司法权的基本特征作出概括的还有法国人托克维尔,他指出了司法权的三大特征:(1)“表现在所有国家都是对案件进行裁判。要使法院发挥作用,就得有争讼的案件。因此只要没有依法提出诉讼的案件,司法权便没有用武之地。”(2)“审理私人案件,而不能对全国的一般原则进行宣判。”法官“直接指责一般原则或没有待审案件而破坏一般原则时,他就越出了所有国家同意应予限制的法官的职权范围。”

[1] 难怪在近代启蒙时期主张分权的思想家中,还遗漏了“司法”一权,把它与行政权合并在一起。如曾任英国上诉法院院长的著名思想家约翰·洛克(John Locke, 1632-1704年)把国家权力分为立法权、行政权和对外权,其“行政权”就是指执行法律的权力,又称为“司法权”。凯尔森(Hans Kelsen)因此分析道:“实际上,通常的三分法的基础是二分法。立法职能是同行政和司法这两种职能对立的,后两种职能相互之间比对第一种职能来说显然更加密切地联系着。”转引自凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第284页。

(3)“只有在请求它的时候,或用法律的术语来说,只有在它审理案件的时候,它才采取行动。”^{〔1〕}托克维尔的司法权三特征可以更概括地表述为:争讼裁判、个案审理、被动办案。笔者认为,谈司法权的性质,最好是把司法权与行政权进行比较,如果离开对两者作区别,那么,司法权的特点则难以说得清道得白。其区别点越被强调,那么司法权的特点也就越明显。基于此,我把两者的区别列为十项后,概括了司法的十大特点,即被动性、中立性、形式性、稳定性、专属性、法律性、终局性、交涉性、非服从性、公平优先性。

二、司法权与行政权的区别

有不少学者试图分析司法权的特征,但其实对司法权与行政权作比较是阐述司法权特征的前提。在国家权力结构中,行政权与司法权虽然同属于执行权,但是两者大有区别。它们之间最本质的区别在于:司法权具有判断性,而行政权具有管理性。

正是因为司法的判断性,才导致司法权与行政权的一系列区别。它们包括:

(1)行政权在运行时具有主动性,而司法权则具有被动性。行政权的运行总是积极主动地干预人们的社会活动和个人生活。而司法权以“不告不理”为原则,非因诉方、控方请求不作主动干预。在没有人要求你作出判断的时候,显然是没有判断权的。否则其判断结论在法律上属于无效行为。要求法院“积极为市场经济服务”的提法是不科学的,法院“送法下乡”,法官“提供法律咨询”,“提前介入经济事务以防纠纷”,给重点企业挂“重点保护单位”铜牌,如此等等,实际上已超越“判断”的职责,而是在履行行政管理职责。另外,让法官从事判决的执行

〔1〕〔法〕托克维尔:《论美国的民主》,董果良译,商务印书馆1988年版,第110~111页。

活动,为当事人四处奔波,忙于讨债,也有悖司法的判断性,是对司法权性质被动进行判断的歪曲。

(2)行政权在它面临的各种社会矛盾面前,其态度具有鲜明的倾向性,而司法权则具有中立性。“司法中立”原本是就司法者态度而言的,“司法判决是依法作出的,行政决定是依行政政策作出的。法院尽力从法律规则和原则中找出正确的答案。行政官尽力根据公共利益找出最有利、最理想的答案”。^[1]有人会说,法院有时也根据公共利益去寻找答案,法律根据与政策根据之间的确存在交叉,但是韦德解释说“法官与行政官的思想方式是完全不同的,法官的方法是客观的,遵守着他的法律观念;行政官的方法是经验式的,是权宜之计”。^[2]司法中立是指法院以及法官的态度不受其他因素,包括政府、政党、媒体等影响,至少在个案的判断过程中不应当受这些非法律因素所左右。行政权鲜明的倾向性往往来源于这样的事实:政府总是更关心自己的行政目标和效率。因为行政权代表国家,具有官方性。而“司法权则是权利的庇护者”,“同一官署忽而忙于维护国家利益,忽而又将国家利益弃置一边,忙于维护正义,显然极不协调”。^[3]只有判断者的态度是中立的,才可能产生公正、准确的判断。

(3)行政权更注重权力结果的实质性,但司法权更注重权力过程的形式性。相对于国家权力的目标,诸如政治局势稳定、经济效益增长、道德秩序健康、民众生活安宁等,行政权结果的实质性是指行政主体企望和追求百分之百地符合这些目标(尽管这是无法实现的),而司法权并不直接以这些实质目标为自己的目的,它是以制定法既定规则为标

[1] [英]韦德:《行政法》,徐炳等译,中国大百科全书出版社1997年版,第50页。

[2] 同上书,第51页。

[3] [德]拉德布鲁赫:《法学导论》,米健等译,中国大百科全书出版社1997年版,第101页。