



公安学文库·专题研究

总主编 何勤华 杜志淳 杨正鸣

8

司法论

宋远升 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



公安学文库·专题研究

总主编：何勤华 杜志淳 杨正鸣

8

司法论

宋远升 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目 (CIP) 数据

司法论 / 宋远升著. —北京:法律出版社,
2016. 9
(公安学文库)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 9924 - 8

I . ①司… II . ①宋… III . ①司法—研究—中国
IV . ①D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 212796 号

司法论

宋远升 著

编辑统筹 财经出版分社

策划编辑 沈小英

责任编辑 沈小英 吴 镡

装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制 吕亚莉

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 15.5

字数 218 千

版本 2016 年 9 月第 1 版

印次 2016 年 9 月第 1 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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-9924-8

定价:44.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

公共安全,是一个社会傍依的柱石。维护公共安全,是社会管理最为重要的目标之一,既需要相关国家机关的专门性工作,也需要民众积极参与。周恩来总理曾经指出“国家安危,公安系于一半”。切实发挥公共安全机关的职能作用,加强公安学的理论研究,丰富公安学的学术成果,打造法治公安,是推进依法治国战略、建设法治中国的重要一环。公安学是一门研究社会科学与自然科学之相关内容的交叉学科和综合学科。就相涉社会科学而言,主要是指研究调整有关国家安全与社会治安秩序的社会关系之行为规律;就自然科学而言,主要涉及各种侦查、检验等的技术手段。应该说,公安学近年来才成为一门独立的学科。2011年为适应我国高等教育、公安工作快速发展和形势不断变化的需要,根据《国家中长期教育改革和发展规划纲要(2010—2020年)》精神,国务院学位委员会、教育部增列公安学为一级学科(学科代码:0306),公安学的学科建设迎来了重大发展机遇。虽然,作为一级学科的公安学包含的二级学科内容并没有最终确定,但学界普遍认同它应当包括犯罪学、治安学、侦查学、边防管理、禁毒学等二级学科内容。当前,我国各政法院校和公安院校正如火如荼地开展

公安学学科建设。中国人民公安大学、中国刑事警察学院已建立起较为完整且成体系的公安学一级学科,二级学科体系也基本建立起来。中国政法大学、华东政法大学、西南政法大学、西北政法大学以及中南财经政法大学等院校,也已在现有公安类专业的基础上,积极筹建公安学一级学科。各省所属的公安院校也都积极开展本科层面的公安学教育,同时开始培育公安学学科建设。这是公安类专业高等教育建立动态调整机制、优化学科结构的一项重要举措,为公安学各专业学士、硕士、博士的学位授予、招生和培养提供了良好的发展平台。

华东政法大学刑事司法学院是全国高等院校中公安类专业办学历史最悠久的单位之一,也是华东地区公安类专业办学层次和水平最高的单位。自1984年起,华政已开展犯罪学专业研究生的培养工作,是国内较早开展公安类研究生教育的政法院校。其后,在刑法学专业中,设置犯罪学、青少年犯罪方向,进一步推进公安学专业理论研究。1996年诉讼法专业中增设刑事侦查专业方向获得批准,2002年在诉讼法专业中设司法鉴定方向。随即,开始招收犯罪学专业博士研究生,2008年开始招收司法鉴定专业博士研究生。由此,华东政法大学刑事司法学院在公安学建设中发挥长期积累的学科优势,整合侦查学、治安学、边防管理等专业力量,并依托司法鉴定与计算机科学与技术(网络安全)等学科作为公安学的重要支撑,形成了较为丰富的理论与实践成果。

为了迎接公安学确立为一级学科后的发展,充分利用现有优势和资源,进一步夯实、建设、发展公安学学科,我们计划出版一套《公安学文库》,第一批书目有《侦查理论前沿问题研究》、《侦查实务前沿问题研究》、《经济犯罪侦查》、《刑事专案侦查》、《传统侦查制度现代转型》、《证据调查学》、《犯罪现场勘查技术研究》、《侦查学案解》、《特大城市地铁运行安全风险及防范》、《网络犯罪侦查技术》等数十部专著、教材,力争使公安学成为我校学科建设的优势领域,成为在全国同类高校中具有鲜明的国际化、开放性特色并处于领先水平的公安学学科。

法律出版社沈小英分社长以及责任编辑为本文库的策划、出版付出了辛

勤劳动。华东政法大学科研处和发展规划处为本文库的推出进行了指导,司法鉴定中心为本文库的出版提供了经费支持。在此,我们表示诚挚的谢意。当然,对作品中可能存在的缺陷,将全部由我们负责。敬请各位读者给予批评、指正,以便我们在再版时予以改正。

何勤华 杜志淳 杨正鸣

于华东政法大学

2016年5月16日

Contents

目 录

导 论	1
一、司法的意蕴	1
二、司法的功能	3
三、司法模式的演进	5
四、司法的复杂性	6
 第一章 司法能动主义与克制主义	9
第一节 司法能动主义	10
一、西方司法能动主义的含义及其演进	10
二、西方司法能动主义的理论与实践的动力因素	12
三、西方司法能动主义的冲突与悖论	16
四、司法能动主义的限度	18
第二节 司法克制主义	19
一、司法克制主义的意蕴	20
二、司法克制主义的正当性	23
三、司法克制主义的缺陷及司法权适当扩张的必要性	25
四、司法克制主义与司法能动主义关系的定位	28

第二章 司法裁判的原则	30
第一节 司法裁判的罪刑法定原则	30
一、罪刑法定原则的思想渊源	31
二、罪刑法定原则的两种面向	35
三、罪刑法定原则的演变	38
第二节 刑事司法裁判的利益衡量原则	41
一、利益衡量理论的基本内容	42
二、刑事法官司法裁判中利益衡量的理据	45
三、刑事法官审判中利益衡量之实证分析	48
四、影响刑事法官利益衡量的因素	51
五、刑事裁判中利益衡量的利益标准的确立及位阶排序	55
第三章 司法技艺与伦理	61
第一节 司法技艺	62
一、司法技艺与司法技艺理性	62
二、司法技艺的功用	64
三、司法技艺的基本内容	66
第二节 司法伦理	71
一、从伦理到司法伦理	72
二、司法伦理的类型	74
三、制度司法伦理与德行司法伦理的冲突与调和	77
第四章 司法的权威	81
第一节 司法的强制力	81
一、强制是司法权的本性	82
二、司法强制力的正统性与合法性	84
三、司法强制力的具体内容	86
第二节 司法的公信力	88
一、作为司法权威核心的司法公信力	88

二、司法公信力与司法技术、司法伦理	91
三、司法公信力与正当程序	95
四、司法公信力的最终评价标准	98
第五章 司法的内部关系与外部关系	101
第一节 法官与法院	101
一、科层组织中的法官	102
二、协作式司法管理体制与法官	103
三、法院与法官关系两种模式的评鉴	105
四、法官自治:一个占据法律和道德高地的命题	106
第二节 司法政治化还是政治司法化	
——以司法与政治关系为平台的分析	109
一、政治与司法的不同含义及指向	109
二、司法与政治的互动	112
三、司法与政治的分离及司法职业本性的回归	117
第三节 司法压力论	
——案件信息披露者—媒体—民意的动力链条对 司法压力分析	121
一、两种观点的角力	122
二、案件披露者—媒体—民意的动力链条对司法压力的具体分析	124
三、法治原则下的案件信息披露者—媒体—民意与司法关系	136
第四节 法律职业共同体是神话吗?	
——基于法官与律师、法学教授的关系的分析	149
一、法律职业共同体的提出	150
二、法律职业共同体的支柱	153
三、法治国家中的法律职业共同体之间的关系	155
四、想象的盛宴与现实的悲歌	157

第六章 中国司法的多维建构	161
第一节 司法的多元面相	161
一、司法的积极面相	162
二、司法的消极面向	166
三、能动地理解司法的面目	169
第二节 中国司法的多维度建构	171
一、司法能动主义及司法克制主义的中国建构路径	171
二、中国罪行法定原则与刑事案件利益衡量原则的建构	175
三、中国司法技艺及司法伦理建构路径	179
四、中国司法强制力与司法公信力的缺陷与重建	185
五、中国司法内外关系的建构	188
主要参考文献	201
后记：山寺	231

导 论

一、司法的意蕴

依据司法主体及活动内容不同,可以对司法做出不同的定义。一种谓之广义的司法,即不仅是一种法院适用法律解决纠纷的行为,而且司法主体延伸至其他社会组织、民间团体或者个人。一种谓之狭义的司法,主要是指法院依法解决社会纠纷的行为。应当说,在西方或者中国社会初始时期,司法就是一种由社会上具有威望者依据“民间法”进行调停纠纷的活动,即使是在现代社会的某些特殊区域,也有如此的司法行为。然而,在现代意义上,司法最主要是指依照国家法司法。因此,司法定义还与“法”之界定有着密切的关系。当然,在现代社会,司法已经成为国家之专属权力,其他社会组织或者个人无法染指。因此,司法主要是指法官根据法律进行的专门审判活动及其相关的诉讼行为。

司法运作的主要推动力量是司法权。司法权的概念最早起源于古希腊亚里斯多德的《政治学》一书,孟德斯鸠在其《论法的精神》一书中,将其称为“裁判

权力”,1789年《美国宪法》将其称为司法权(Judicial Power)。^①在现代社会中,法院或者法官获得了比以前更多的地位和权力——当然也获得了更多的关注,同时也时时处于各种权力的冲突中。这些权力冲突的来源、种类不一,都是出于获得更大的竞争优势的需要,而涉入司法权固定的场域,从而满足其冲突的动力机制的要求。在司法过程中,其他一切相关活动都是围绕司法权如何行使展开的,这在司法的内部关系与外部关系中展示得非常明显。司法的内部关系,主要是指法院与法官之间的关系。在法院这种组织内部的关系中,如果是科层制或者官僚制中的法院与法官之间的关系,就说明法院有控制或者劫掠法官司法审判权之可能。在这种司法管理体制下,即使是西方的司法独立,也是法院与其他国家机构的权力分配关系,指的是法院独立而不是法官独立。如果是协作式司法管理体制,那么,法院与法官之间并无科层关系。然而,真正的司法独立就是法官独立,法院独立是隐含于法官独立之中的。在司法的外部关系中,主要是指法官与政治、媒体、民意、检察官、法学教授及律师等之间的关系,这是一种不同的机构或者个体与法官争夺或者影响司法权的关系,他们会以各种方式影响司法权运作的内容及效果指向。司法权与外部权力的冲突具有多样性,并且冲突是不可避免的。就像洛克伍德坚持认为的那样,在社会中实际存在使矛盾不可避免和不可抗拒的机制。例如,权力分化必定使有些群体会剥削其他群体,并在社会系统中形成紧张和冲突的内在根源。除此以外,社会中资源的缺乏将不可避免地因资源的分配发生斗争。最后,不同利益集团追求不同的目标,于是彼此竞争。^②在政治社会中,特别是在司法权与外部其他权力相接的末梢,则是各种权力冲突最为紧张的地方。然而,冲突并不总是负面的或者消极的。在冲突的同时,就存在结构有效重组的可能性,这可以称为冲突的良性效果,其结果体现为一种共同功能的重新发现、建构和维护。“场域是力量关系——不仅仅是意义关系——和旨在改变场域斗争的地方,因此也是无休止的变革的地方。在场

① 简海燕:“媒体报道司法活动的法律限制——以美国为例”,中国政法大学2006年博士学位论文。

② [美]乔纳森·H.特纳著:《社会学理论的结构》,吴曲辉等译,浙江人民出版社1987年版,第158页。

域的某个既定状态下可以被察觉的协调统合,场域表面上对共同功能的取向实际上肇始于冲突和竞争,而非结构内在固有的自我发展的结果。”^①因此,在司法场域与外部场域的权力之间,除了因对权力资本的追求而引起的不良冲突结果以外,还存在一种功能性趋和的可能性。当然,司法权与外部权力的冲突是有一定界限的。在法治国家中,司法权与外部权力冲突的界限是由法律自动控制的,存在一种稳定的自我生效的内部控制系统和外部控制环境。法治国家司法权与外部权力的冲突是法律原则下的冲突,冲突的目的是使法治以更好的方式实现,或者以社会公众最认可的方式实现。可以说,作为一种成熟的国家体制,司法权与外部权力的冲突的规模和程度不应是无限扩大的,其冲突最大的界限不能动摇国家政治体的根本,更不用说可能导致整个政治体的解体。^②

二、司法的功能

美国大法官卡多佐曾指出:“法律作为社会控制的一种工具,最重要的是司法的作用。”^③司法有诸多功能,这主要包括:

其一,司法的纠纷解决功能。可以说,纠纷解决功能是司法的最主要的功能之一。司法的纠纷解决功能就是专门的司法主体将发生争议的权利义务关系重新梳理、调整并重新配置的过程,从而实现权利或者资源的再次分配。其实,无论在何种司法模式或者形态中,司法都必须具备纠纷解决功能。诚然,通过纠纷解决实现社会控制不能涵盖现代社会的所有社会控制机制,其他还包括仲裁、调解等。然而,司法无疑是最基础、最具普适性的解决机制。

其二,司法的平衡功能。这是指基于对司法特性的考察,在国家机构设置中,通过制度设计,使司法权在政治生活中以及诉讼程序中保持衡平、协调的功用。在国家中,权力无疑是最有活力的推动国家运作的动力,然而,如果

① [法]布尔迪厄、华康德著:《实践与反思:反思社会学导引》,李猛、李康译,中央编译出版社2004年版,第142页。

② 宋远升著:《法官论》,法律出版社2012年版,第199~205页。

③ 简海燕:“媒体报道司法活动的法律限制——以美国为例”,中国政法大学2006年博士学位论文。

权力一旦被滥用,就会有变成暴力的风险,就会演变为公平、民主、正义的大敌。“权力的行使,常常以无情的和不可忍受的压制为标志;在权力统治不受制约的地方,它极易造成紧张、摩擦和突变。再者,在权力可以通行无阻的社会制度中,发展趋势往往是社会上的权势者压迫或者剥夺弱者。”^①因此,需要一种能够完成平衡任务的权能出现,司法就是作为这种任务的承担者被重新设计。司法的平衡功能主要是通过司法权约束行政与立法机关的行为,从而达到各个主要权力之间的相对平衡,以及满足保障公民权利的需要。“现代国家庞大的立法和行政部门有时压制性地对大范围的活动进行干涉,给作为国家第三部门的司法机构带来新的责任……强大的立法和行政之间的平衡机制同样需要一个强大的司法,这对于司法来说似乎是一项重要任务,因为其对于类似的社会自由的存续是至关重要的。”^②因此,通过法律确认司法的平衡功能并使司法在权力互动机制中承担中立者的角色,就成为人们在现代政治理论以及现实构建中的重要发明,这也是司法平衡功能的根据。毋庸置疑,平衡功能能有效实现权力最佳优化状态,是追求权力协调与权力良性运作的一种性能。^③

其三,犯罪控制功能。在已经出现的刑事司法模式中,无论哪种司法模式,其主要功能都包括控制犯罪及维护国家秩序。这是因为刑事司法体制也是国家设立的,无论浪漫主义者怎么超越现实,司法之犯罪控制功能都是不可忽视的。即使司法具有保障人权之功能,且现代国家通过设立相关制度来实现司法控制其他权力的目的,然而,这只是为了权力被更加健康地行使而采取的技术手段而已。因此,即使在实行司法令状制的国家,那种认为法官是警察的天敌、是故意与其“过不去”的说法是没有根据的,这无论在事实还是逻辑上都是站不住脚的。因为只要警察的刑事强制处分的申请符合法律规定,法官没有理由对此不予批准,因此,在这个方面,法官与警察还是存在配合关系的,并不是一味的制约和控制。可以说,国家设置这种过滤或者分

① [美]博登海默著:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年修订版,第374页。

② [日]小岛武司著:《司法制度的历史与未来》,汪祖兴译,法律出版社2000年版,第209页。

③ 宋远升著:《法官论》,法律出版社2012年版,第191~192页。

层机制不过是为了在保持权力最大限度平衡状况下保证权力在刑事诉讼中的有效行使而已,而不是让权力白白在互相争斗中流失或浪费,这是问题的关键所在。

其四,人文关怀功能。在深层意义上而言,特别是刑事司法,其不仅是打击犯罪的利器,而且还代表了一种深切的尊重和人文关怀,这不仅是对被追诉人的尊重,也是对其他公民的尊重。其实,受尊重是每个人天生的想法和追求,甚至动物也是如此。在一项试验中,在猴子能区别黄瓜和葡萄的身价后,科学家就进行试验,以观察它们对不公平待遇的反应。科学家先让两只猴子干同样的活,完工后奖给其中的一只黄瓜,另一只给它葡萄。结果只拿到黄瓜的猴子马上罢工,拒绝再干活。这样的反应同人类如出一辙。^①即使动物都知道尊重对它们的价值,对于人而言,尊重对他们传达的价值以及他们获得的满足感是无法用笔墨来形容的。如果一味靠打击来追求一种“好秩序”,而不考虑通过一种善的方式来实现,不论这种良好的愿望是否能实现,即使实现了也很容易把国家置于民众的对立面。而通过对正当司法程序的遵守,就清晰地传达了一种民主、人道的价值观念。这不仅可以使身处程序中的被追诉人因程序的正当性而信服,从而易于接受司法之结果。对于诉讼之外的一般民众而言,也会产生一种民主、理性的法治国的印象,从而增强刑事司法的说服力,提升司法的公信力,消弭民众的不满或者愤懑于无形。

三、司法模式的演进

不同时代、不同地域的司法可能具有不同的形态。从人类早期的巫术、神明裁判到古代的决斗断讼,从梅因所说的兼具社会管理职责、公证以及审判的卡迪司法到东亚传统上的民间调解;从世俗的罗马民主贝壳投票到中世纪的宗教裁判所的种种判决活动乃至今天西方陪审团的事实认定;从披着假发的英美法庭上的法官主持的对抗制开庭到中国农村田间地头甚至是陕北炕上开庭的派出法庭,甚至是马背上的流动法庭和法官主导的民间纠纷化解;从世界各国的巡回审判到世界贸易组织争端解决机构的贸易争端处理活

^① “科学家揭秘灵长动物传授5条职场法则”,载《北京晨报》2008年1月12日。

动甚至是联合国军事法庭的军事审判等,都共享着“司法”这一用语,都可被称为“司法”审判活动。^①然而,无论何种司法模式,其基础的模式主要有三种,这三种模式是人类历史一切司法模式的原型,且这三种模式是按一定顺序前后递进发展、进化的。^②第一个阶段称为原始司法。在此阶段,司法只具有民间的性质,由聚居群落的众人推举德高望重之人成为纠纷的仲裁者,冲突的双方在社会其他人的注视之下,讲述自己的事实及根据,而后由仲裁者居中裁断。原始司法的裁决的执行依靠的并不是暴力,而是依靠仲裁者的威望和社会舆论的无形压力。第二个阶段称为威权司法。在此阶段,司法是国家垄断的镇压工具,同时兼有社会矛盾化解功能。在此阶段,司法不再是当事双方通过平等的商谈、沟通、协商来解决纠纷的渠道,法官也不再是依靠社会威望来裁决的人士。相反,法官的权威来自国家巨灵之强力支持。法官并不一定是居中裁判者,影响其居中裁判的一个重要因素是国家力量。威权司法从原始司法中具有的社会服务性质演变成国家强制供给性质,司法之功能也由服务转变为强力控制。第三个阶段称为民主司法。在此阶段,司法成为一种兼具国家与社会性质的纠纷解决机制。法官是居中的裁决者。在应然意义上,法官衡量国家的利益和社会的利益的分量是对等的,并无倾向于国家或者社会一方之必要,更无偏向一方当事人之可能。因此,此时司法兼具服务性及压制性两种性质。服务性要求司法解决机制应当向当事人提供专业化的法律服务,压制性要求在当事人不遵守法庭程序或者不履行裁判结果时,其有能力动用国家资源使裁判确定之内容得以兑现。

四、司法的复杂性

司法并不是平铺直叙的简单依法司法,其具有复杂性。这种复杂性可以表现在司法过程中的各个方面。

其一,司法克制与司法能动之间存在复杂的关系。司法的属性决定了司

① 杨建军:“法治国家中司法与政治的关系定位”,载《法制与社会发展》2011年第5期。

② 有学者认为,可以通过传统与现代的理论范式对司法进行类型化的界分,即可以把人类司法的观念和制度实践分为传统司法和现代司法两种类型。参见杨知文:《中国审判制度的内部组织构造》,法律出版社2014年版,第39页。

法克制与司法能动之间关系的复杂性,两者并不是完全对立的两极。此外,在司法克制与司法能动之间,并不是人们对司法特性的一贯传统看法占据着绝对的优势。法条主义所指引的司法过程一般是克制主义的,两者都是裁判的时机、社会需求、司法原则、法官的偏好等因素共同作用的结果。然而,司法克制主义并非总是司法过程中占优势的理念,在特定的时机下,司法需要保持能动。^①

其二,在司法原则方面,本来在刑事案件中,罪刑法定原则是当之无愧的帝王法则。然而,这种量刑法则却并不具有绝对不可挑战的地位。这是因为受制于立法理性主义的限制以及社会对法律需求多样性的现实,形式上完全合法的判决并不一定具有公信力,也不一定得到公众的认同,而超越罪刑法定原则的“错误”判决却可能具有较强的公信力。出现上述现象的关键原因在于现行的法律制度及其运作模式与社会大众论事理、辩是非的情理标准之间出现了断裂,^②从而导致罪刑法定原则在某些情状下也会屈从于利益衡量原则。

其三,在司法技艺与司法伦理方面,亦存在复杂性。这是因为在一般意义上,法官与职业匠人并无本质差别,其只要具有相应的司法技艺,能够通过三段论逻辑推理完成事实与法律之间的对接即可。然而,如果法官仅具有司法技艺,则有演化成司法奴隶之虞,从而丧失人性关怀,而不能真正领会司法的伦理意蕴。在现实中,也有僵硬地套用法条而全不考虑社会风俗及人情,结果使法律成为法官之镣铐,并没有达到较好的适法效果。因此,司法技艺并不总是法官绝对可以依靠的职业资本,司法伦理在更高的位阶上能够对司法行为进行控制。

其四,在司法权威方面,在原始司法中,司法的权威其实就是主持审判的仲裁者的权威以及社会舆论的权威。在国家出现后,司法的权威成为国家权威的变体,司法具有的强制性是国家强制性的触角或者一个分支。当然,即使是在现代社会,司法权威亦不能否认其蕴含的强制力。然而,司法仅有强

^① 李清伟:“司法克制抑或司法能动——兼论公共政策导向下的中国司法能动”,载《法商研究》2012年第3期。

^② 郭百顺:“刑事司法裁判合情理性与司法公信力”,载《福建法学》2014年第1期。