

XINGSHI SHENPANQUAN ZHUTI WENTI YANJIU

刑事审判权主体 问题研究

徐 阳 著



 中国人民公安大学出版社

PI/CPPSU

刑事审判权主体问题研究

徐 阳 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目(CIP)数据

刑事审判权主体问题研究/徐阳著. —北京:中国人民公安大学出版社, 2004.11

ISBN 7-81087-922-7

I. 刑… II. 徐… III. 刑事诉讼—审判—研究—中国
IV. D925.218.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 114636 号

刑事审判权主体问题研究

XINGSHI SHENPANQUAN ZHUTI WENTI YANJIU

徐 阳 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京市泰锐印刷厂

版 次: 2004 年 11 月第 1 版

印 次: 2004 年 11 月第 1 次

印 张: 11.25

开 本: 850 毫米 × 1168 毫米 1/32

字 数: 280 千字

印 数: 0001 ~ 2000 册

书 号: ISBN 7-81087-922-7/D·685

定 价: 22.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 翻印必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn



序

十六届四中全会通过的《关于加强党的执政能力的决定》提出：“提高司法队伍素质，加强司法活动的监督和保障，以保证司法公正为目标，逐步推进司法体制改革，形成权责明确、相互配合、相互制约、高效运行的司法体制，为全社会实现公平和正义提供法制保障”的要求，这表明我们党已经把司法改革提到了依法治国的高度，摆上了议事日程，同时号召法学理论与实务工作者要大胆进行新的实践和探索。

刑事审判权主体问题，既是一个法学基本理论问题，又是一个改革、发展和稳定中的重大实际问题；既是建设社会主义法制国家的基础，又是完善社会主义市场经济的客观需要，总之，是全面建设小康社会的内在要求。

徐阳同志是一位投身于刑事诉讼法研究的大学教师，她凭借自己较为深厚的理论功底和丰富的法学知识，撰写了《刑事审判权主体问题研究》博士学位论文，并顺利通过了答辩。此后，在博士学位论文的基础上，吸收了诸多专家提出的中肯意见和建议，经过扩展、修改和完善，写成了《刑事审判权主体问题研究》一书。全书分为导论、上篇和下篇，着重在刑事审判权领域进行了新的实践和探索，经过层层分析论证，提出了独到见解和建议。全书充满了研究新情况、解决新问题的学术气息。既有作者对刑事审判权主体基本理论的理解，又有对司法实际问题的探索；即有对我国刑事审



判权主体的历史考察，又有对国外刑事审判权主体的异同分析。该书是我所接触到的较为系统探索研究刑事审判权主体的学术著作。

我认为，本书有以下特点：一是在内容上，做到理论与实际相结合。既对刑事审判权主体的理论与制度作了科学阐述，又针对我国司法实践中存在的问题，提出了改革建议；二是在方法上，立足国情，放眼世界，注重中外有益经验相结合。不但注重弘扬中华法律文明的传统，而且借鉴了外国法律文明的先进经验；三是努力探索和遵循刑事审判权主体的规律和特点，始终围绕刑事审判权主体改革的重点与难点进行研究。

当然，本书还有某些不成熟之处，有些观点尚在改革和探索之中。但是，作者这种勇于探索、敢于创新的精神是十分难能可贵的，值得提倡。

《刑事审判权主题问题研究》不失为一部具有特色的学术专著。我相信它的出版，对刑事立法、刑事司法和刑事理论研究都有很好的参考价值。作为徐阳的博士生导师，感到十分高兴，并祝愿她继续努力，在今后的教学科研工作中做出更大的贡献！

是为序。

程荣斌

2004年10月于北京润桥泊屋馆寓所



目 录

导 论	(1)
第一节 审判权与刑事审判权	(1)
第二节 刑事审判权主体概述	(20)

上篇 刑事审判权主体的形式

第一章 法院

——抽象的刑事审判权主体	(45)
--------------------	--------

第一节 法院在国家机构中的地位	(45)
-----------------------	--------

第二节 法院体制	(55)
----------------	--------

第二章 审判组织

——具体的刑事审判权主体	(73)
--------------------	--------

第一节 独任制	(73)
---------------	--------

第二节 合议制	(77)
---------------	--------

第三章 法官

——审判组织中的个体要素	(99)
--------------------	--------

第一节 职业法官	(99)
----------------	--------

第二节 非职业法官	(116)
-----------------	---------

第三节 审判组织中法官之间的关系	(124)
------------------------	---------

第四章 刑事审判权主体行为的历史考察	(135)
第一节 刑事审判权主体的行为共性	(135)
第二节 前现代刑事审判权主体的行为特征	(145)
第三节 现代刑事审判权主体的行为特征	(152)
第四节 刑事审判权主体行为的抽象化与现实状态	(171)
第五节 后现代主义对审判行为的反思	(175)
第六节 当代中国刑事审判权主体行为特征及文化分析	(179)
第五章 刑事审判权主体行为的规制	(190)
第一节 法官行为分析	(190)
第二节 法律规制与司法裁量自由	(195)
第三节 法律规制的实现	(211)
第四节 职业自律	(262)
第六章 刑事审判权主体的职权与责任	
——主体行为程序规制的另一种视角	(267)
第一节 刑事审判权主体的职权	(267)
第二节 刑事审判权主体的审判责任	(321)
参考文献	(335)



导 论

第一节 审判权与刑事审判权

一、审判权

(一) 审判权的概念

1. 审判权与司法权

最广义的司法权的界定可称其为多元权力说,认为司法权指包括基本功能与法院相同的仲裁、调解、行政裁判、司法审查和国际审判等解决纠纷机制在内,以法院为核心并以当事人的合意为基础,以国家强制力为最后保证的,以纠纷解决为基本功能的权力体系。^①此外,二元权力说可以说是我国的通说,这一观点认为,司法权包括审判权和检察权,分别由法院和检察院行使。^②审判权和司法权的概念都是在中国近代西学东进过程中形成的,两者都不是中国传统文化的原产品,而是“洋为中用”的产物。“司法权”与“审判权”在英语中共同对应一个词“Jurisdiction”。《布莱克大辞典》将“司法权”解释为:“属于法官的权力,裁判权,即法定的正式听取和决定纠纷问题的权力。”^③《牛津大辞典》将

① 杨一平:《司法正义论》,法律出版社1999年版,第24~26页;又见陈瑞华:《司法权的性质——以刑事司法为范例的分析》,载《法学研究》2000年第5期。

② 《法学词典》,上海辞书出版社1984年版,第241页;又见熊先觉:《中国司法制度新论》,中国法制出版社1999年版,第2页。

③ See 《Black's Law Dictionary》(fifth edition), West Publishing Company, 1979, P.760.



“司法权”解释为：“关于法官的术语，在很多情况下区别于‘立法的’和‘行政的’，在另外一些情况下区别于‘司法之外的’，后者指不经法院处理以及没有法官的干涉的处理。”^①

在西方传统的“三权分立”的理念之下，司法权作为与立法权和行政权相对的狭义概念是一个近乎公理性的共识。但 19 世纪以来，随着行政权的不断扩张，行政契约产生的争端由行政机关处理，行政机关进行着近似于司法的活动，行政权与司法权的界限似乎已变得如此模糊，以致有人认为，没有必要以为只有一个机构名为法院，才应当是法院，很多行政机构都在行使着这种职能。^②然而从本质上看，司法权与行政权的界限并没有消失。当社会纠纷出现，司法权以第三方的面目依照法律进行裁决；而行政权在处理社会纠纷时，本身却已卷入了纠纷，成为当事人一方。另一方面，应当看到在纠纷类型不断增加的当代，司法权的管辖范围呈扩大的趋势，但是这并没有改变司法权解决纠纷的基本职能。

在我国，“司法权”这一概念却在很长时期内被贴上了资产阶级政治体制的标签，被认为是资产阶级的专利，主流观点认为，司法权是“资本主义国家标榜的‘三权分立’中监督守法和执行审判的国家权力。形式上规定司法权由法院行使，不受立法机关和行政机关的干涉，以标榜‘司法独立’和‘公平’。”^③甚至在 20 世纪 80 年代，学术界的通说仍认为刑事诉讼中公安机关、检察机关和法院都是司法机关。司法权被更多地赋予了政治含义：既然国家的一切权力属于人民，司法、军队、警察、监狱

① 《牛津大词典》，光明日报出版社 1988 年版，第 484 页。

② Rex v. London County Council, etparte Entertainments Protection Association, Ltd. (1931) K. B. p. 215.

③ 《辞海》（政治法律分册），中华书局 1961 年版，第 19 页。



都是国家机器的组成部分，没有必要分离出来。对此最有力的表征是，在法律教材、论文及官方文件中直接用“政法”这一更具政治色彩的词来代替“司法”一词，如：政法机关、政法工作、政法学校等。20世纪90年代以来，学术界对司法权问题展开了热烈的争鸣，虽然对司法权的内涵尚未达成共识，但司法权的意识形态色彩逐渐退去，司法权在市场经济中解决纠纷、维护公民权利的功能得到凸显。

对司法权概念认识的变化折射出中国社会几十年来政治、经济与文化的变迁。依照福柯的表述，人们对司法权的认识不是“认知—真理”的真理探求过程，而是“话语—权力”的社会知识形成过程。^①人们置身其中的社会生活条件决定着人们对司法权的认识，因此，对司法权概念的认识不能断然做出是与非的评价。西方司法权概念是在“三权分立”的语境下形成的，而我国的政治体制与政治传统毕竟与西方不同，在此条件下一味以西方的观念为是非标准，并不是科学务实的态度。

2. 对审判权的界定

本文界定的审判权的概念与最狭义的司法权概念相同。^②之所以本文没有使用“司法权”这一用语，原因之一，与我国立法中的用语保持一致；原因之二，司法权在我国仍是一个有许多歧义的概念。笔者在本文中不想过多地涉及司法权概念之争，为避免歧义，采用了“审判权”这一我国立法中的用语。

审判权是法定审判权主体对诉讼案件依法进行审理和裁判的

① [美] 福柯：《必须保卫社会》，钱翰译，上海人民出版社1999年版，第14页。

② 有学者认为，虽然司法与审判时常混用，也确有共通之处，但两者又有一定差别。审判强调的重点在于单纯对某种事实的判断和裁定，而司法则是国家宣告法律、维持法律秩序的活动。参见胡夏冰：《司法权：性质与构成的分析》，人民法院出版社2003年版，第198页。



权力。首先，审判权具有专属性，由法定的审判权主体行使。在我国，根据《中华人民共和国宪法》和《中华人民共和国人民法院组织法》的规定：人民法院是国家的审判机关，代表国家行使审判权；在案件审理中，由法院中的审判组织具体行使审判权完成对案件的审判。除法律规定以外，任何国家机关、社会组织及个人不得行使审判权。其次，审判权作用的对象是诉讼案件，诉讼程序是审判权运行的特定空间。一般来讲，审判权的运用以此为前提：一是有一定的纠纷出现；二是该纠纷诉至法院形成诉讼案件。现代社会有多种解决纠纷的方式，这些纠纷如果没有被纳入诉讼轨道，那么纠纷解决的过程就与审判权的行使无关。再次，审判权的基本权能是审理和裁判。这是审判权解决纠纷的基本功能所要求的，要解决纠纷必须在查明事实的基础上适用法律做出权威的裁判。最后，现代法治要求审判权的行使必须严格依法进行。

（二）审判权的性质

1. 审判权是具有强制性的国家权力

社会学领域的权力可理解为：“某些人对他人产生预期效果的能力。”^① 权力关系是一种不对称关系，掌权者对权力实施有较大的影响，掌权者处于优势地位。政治学中的国家权力则与私权相对，是一种具有强制性的公权力。西方自由主义政治家认为，国家权力所具有的强迫性是万恶之首，“真正的恶者只是强制的权力，亦即一个人通过施加损害的威胁而迫使他人去实现其意志的权力”，“私域内部的行为不是国家采取强制性行动的恰当对象”。^② 马克思主义摆脱了公权与私权形而上的对立认识，认为

① [美] 丹尼斯·朗：《权力论》，中国社会科学出版社 2001 年版，第 3 页。

② [英] 哈耶克：《自由秩序原理》，邓正来译，三联出版社 1997 年版，第 165、181 页。



公权与私权有着共同的社会物质基础。恩格斯对国家权力的产生有一段经典的论述：“在社会发展某个很早的阶段，产生了这样一种需要：把每天重复着的产品生产、分配和交换用一个共同的规则约束起来，借以使个人服从生产和交换的共同条件。这个规则首先表现为习惯，不久便成了法律。随着法律的产生，就必然产生出以维护法律为职责的机关——公共权力，即国家。”^①从根本上说，国家权力旨在维护社会所需要的“共同条件”，而这一条件恰恰是私权存在的基础。在不同的社会形态中，这一“共同条件”有所不同，私权之“自由”的具体内容也不同。

当私有制使社会陷入了不可解决的自我矛盾，为这些经济利益相冲突的阶级不至于在无谓的斗争中把自己和社会消灭，国家作为表面上凌驾于社会之上的力量，将种种社会冲突控制在“秩序”的范围内。^②国家权力通过国家机器以不同程度的强制方式作用于社会生活，维护社会整体利益。例如：军事镇压是国家权力最强烈、直接的强制方式，也是非常规的方式；通过缴纳赋税进行宏观经济调控，同样具有强制性。任何一个社会的存续和发展也必须维系一定的秩序，社会纠纷无疑是对社会秩序的破坏，国家不能无视纠纷的升级或自生自灭，以国家的面目介入纠纷的解决过程的国家权力便是国家审判权。尽管从解决纠纷的过程看，现代社会审判权的强制性有弱化趋势，但我们不能完全否认审判权的强制性的存在。其一，从纠纷解决的效力看，一旦审判权作用于纠纷解决的过程，便由国家强制力来保证通过审判权确认的纠纷解决方式在社会生活中的实现。其二，在解决纠纷的过程中，审判权仍处于控制程序的主导地位，对当事人及相关财物可以采取强制措施，甚至针对对纠纷解决有不良影响的当事人以

① 《马克思恩格斯选集》第三卷，人民出版社 1972 年版，第 211 页。

② 《马克思恩格斯选集》第四卷，人民出版社 1972 年版，第 166 页。



外的人，也可以进行处罚。

2. 审判权是提供公力救济途径的国家权力

马克思主义认为私有制是社会矛盾的根源，而阶级矛盾是诸多社会矛盾中的基本矛盾，阶级斗争是社会革命的直接推动力量。社会冲突与矛盾不可避免，我们所能做的，只能是如何促进冲突的整合、如何将冲突控制在社会所能容忍的范围内。审判权正是通过为权利提供公力救济手段而对社会冲突、矛盾进行整合、控制。西方冲突社会学也认为社会冲突具有正面功能，通过冲突的整合，会使社会的整体整合度和适应外部环境的能力增加。^①

审判权的产生与发展是一个社会历史过程。人类社会之初，社会冲突通过血腥、暴力的私力救济化解。摩尔根的《古代社会》中曾写道：“在易洛魁人以及其他一般的印第安部落中，为一个被杀害的亲属报复是一项公认的义务。”^②古巴比伦的《汉谟拉比法典》中规定，村社范围内发生抢劫行为，若行为人逃亡不能拿捕时，村社和长老都应复仇；一个氏族成员被杀，整个氏族都必须为其复仇。不同氏族成员之间的杀人、伤害、抢劫等行为常常演变为两个氏族之间无休止的血亲复仇。血亲复仇的原始习惯不对复仇做任何“量”的限制，任仇恨恶性膨胀，最终会导致氏族的灭顶之灾。后来血亲复仇被同态复仇取代，同态复仇以“以牙还牙，以眼还眼”的方式将复仇量化。这种对复仇的克制，虽然反映了蒙昧的“文明进步”，但被害人的救济手段仍是暴力的私力救济。随着社会财富的增长，出现了以赎罪金代替复仇的方式。《撒利克法典》中规定：在氏族内部成员之间，赎罪金和“复仇”可以选择其一，选择权在被害人，赎罪金的金额可由双

① [美] 乔纳森·H·特纳：《社会学理论的结构》，浙江人民出版社1987年版，第212页。

② [美] 摩尔根：《古代社会》（上册），商务印书馆1977年版，第75页。



方协商决定。^① 赎罪金的出现意味着人类开始寻求和平的救济方式。

我们也许无法在人类历史长河中确认从哪一个时间点起审判权开始以和平、权威的方式为人们提供了公力救济的途径，但我们可以设想最初的公力救济只是私力救济的简单替代，两者在表征上没有明显的区别。梅因在《古代法》中进行了这样的假设：两个带武器的人为某种引起纠纷的财产而争吵，一个因恭敬谨慎和功绩而受尊敬的人恰巧经过，居间要求停止争吵，争吵人把情况告诉他，同意由他公断，他们一致同意失败的一方除放弃争执的标的物外，并应以一定数量的金钱给付公断人，作为麻烦和时间上损失的酬报。国家在早期对纠纷进行干涉，“主要是模仿私人生活中可能要做的一系列行为，即人们在生活中发生了争执，但在后来不得不把他们的争执提交和解。高级官吏谨慎地仿效着临时被召唤来的一个私人公断者的态度。”^② 早期的公力救济还留有私力救济的痕迹：对纠纷的性质不加区分；在解决纠纷过程中，很大程度上依靠当事人的自救能力，审判权对当事人没有明显的强制性，对程序的控制力较弱。例如：《萨利克法典》规定，原告凡传唤人到法庭者，应偕同证人，一同到被传唤人家，如本人不在，应使其妻子或其他家属通知本人，前赴法庭。公力救济发展至今已经完全扬弃了私力救济的缺欠，国家审判权介入纠纷解决过程，不但能使国家有效地对社会进行控制，也能使当事人能得到最权威、有效的救济。当然，“最权威”和“最有效”背后的支撑除了伦理上的公平正义之外，最具实效的是国家强制力。现代社会，依据所解决纠纷的性质不同，以审判权为依托的公力救济类型化为：民事诉讼、刑事诉讼、行政诉讼和宪法诉讼。其中，

① 程燎原、王人博：《权利及其救济》，山东人民出版社1998年版，第363页。

② [英]梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆1997年版，第211页。



宪法诉讼被称为“权利的脊梁”，是效力层次最高的救济。同时，审判权作用于不同类型的救济过程，也受到不同的法定诉讼程序的严格规制，审判权的运行被纳入法治的轨道。

3. 审判权与公民权利的关系——社会契约论的分析

凡是谈及与民主政治有关的问题，回避社会契约论几乎是不可能的。虽然先哲的天才头脑设想出的“社会契约”得不到任何史实上的确证，但毋庸置疑的是，社会契约作为民主政治的逻辑基础，它的合理性使它成为最完美的假设。前文我们似乎更多地强调了审判权强制性的一面，在民主社会审判权虽然具有强制性，却绝不是暴政之下的强权。

卢梭在《社会契约论》中认为，人是生而自由的，在自然状态中，人拥有自然状态中的自由，仅仅以个人的力量为其自由的界限。尽管卢梭对人类“自然状态”的设想与霍布斯等其他先哲有所不同，但他们都认为为了更好地实现人的本性——自由与平等，在进入政治社会之后，人们要让渡自己的一部分或全部的自然权利，结成“社会契约”，从而脱离自然状态、建立国家和政府。卢梭认为建立社会契约的必要性在于，人们个别利益的冲突会使社会动荡、人的自由与财产处于无保障中；而其可能性在于：人们的利益存在一致，人们都需要保护自己的人身、自由和财产。^① 订立社会契约的规则是：参加社会契约的人是把权利交给了联合体，即交给了整个集体，而不是个别人。人们在这个联合体中可以获得自己所让渡给它的同样的权利，并且得到更大的力量来保证自己的人身、自由和财产。^② 卢

① 钱弘道：《为卢梭申辩——卢梭政治法律思想评判》，北京大学出版社 1999 年版，第 107 页。

② 钱弘道：《为卢梭申辩——卢梭政治法律思想评判》，北京大学出版社 1999 年版，第 108 页。



梭通过哲学思辩阐释了国家权力与公民权利的应然关系。后来经过对黑格尔国家主义的批判,“社会先于国家或高于国家”已成为民主政治的基本理念。^①这一理念中:公民的自由与权利是无须求证的天赋权利,相对于国家权力具有优位价值,公民权利是国家权力的来源与归宿;国家权力对于公民权利而言只具有工具性,国家权力的运行必须求证其自身的正当性;公民权利可以限制或抵抗国家权力。

马克思主义历史观认为,市民社会决定政治国家,市民社会力量增长和资产阶级兴起并夺权过程中,一再表现出对自身“合法性”问题的关切与斗争,而在“市民社会革命”胜利后,则确立了国家与市民社会的互动与制衡关系。^②在政治国家与市民社会的二元对立关系中,马克思主义与社会契约论殊途同归:社会优于国家。无论是马克思主义还是社会契约论,都不认为公民权利相对于国家权力只是一种僵化的优位关系。社会契约论作为资产阶级启蒙思想,其革命性正在于启迪市民社会运用权利反抗国家权力。马克思主义则认为,随着社会的发展、民主水平的提高,国家将日益融合到社会之中,国家权力将更大程度地表现出与公民权利的统一,到了共产主义的大同社会,国家权力与公民权利将会完全融合。在现在的社会阶段,国家权力与公民权利的对立仍是客观历史现象,即使我们抱有民主的理想,也不能回避权力异化的现实,因此,“权力是保障权利和自由必不可少的力量,但为了切实保障权利和自由又必须限制权力。”^③认为审判权就是公民权利的观点是危险的,因为在我们所置身的历史阶

① 在黑格尔的政治框架中,政治国家高于市民社会。参见邓正来:《市民社会理论的研究》,中国政法大学出版社2002年版,第31~50页。

② 马长山等:《法理学问题研究》,黑龙江人民出版社2001年版,第43页。

③ 程燎原、王人博:《权利及其救济》,山东人民出版社1998年版,第187页。

段，对权力不加防范，权力就会成为公民权利的对立物。审判权是为公民权利提供保障的最后一道防线，但我们同样要对审判权保持高度的警惕。只有将审判权置于法治的背景下，它的运行才会产生符合其宗旨的社会效果。

（三）审判权——不同于立法权和行政权的“第三种权力”

审判权在逻辑上是与国家同时产生的。尽管当时审判权远没有今天这样完整的形态，但它确实在执行着维护统治者所需要的社会秩序的职能。据记载，我国早在殷商时期，中央机构中就设有管理全国狱讼的“司寇”，下设正、史等司法佐吏；设“司稽”，掌管巡查犯罪等事务。^① 在公元前18世纪古巴比伦王国的《汉穆拉比法典》中第1条至第5条就是关于法院的规定。^② 随着国家机构的日益完善，审判权在国家机器中发挥着不可替代的作用。但在前资本主义时期的专制政体、强权政治之下，审判权与国家权力的其他权能交织在一起，尽管它们在职能上有差别，但不过都是政治镇压的工具。现代意义的审判权，以近代资产阶级启蒙思想为理念先导，在资产阶级建立政权之后成为政治实践，因此必须在民主政治的语境下理解其特定含义。

国家政体的分权思想可溯源至亚里士多德的《政治学》；洛克将国家权力分解为立法权、执法权和对外权；孟德斯鸠在《论法的精神》中则将司法权称为，与立法权和行政权相区别的“惩罚犯罪和裁决个人之间争端”的“第三种权力”。为了实现政治自由，为了防止权力的滥用，司法权必须与立法权、行政权分离，“如果司法权不从立法和行政权中分离出来，自由也不复存在。如司法权与立法权合二为一，公民的生命与自由被置于专断的控制之下，因为法官就是立法者。如司法权与行政权合二为

① 熊先觉：《中国司法制度新论》，中国法制出版社1999年版，第9页。

② 由荣、胡大展：《外国法制史》，北京大学出版社1989年版，第22页。