

董茂云 潘伟杰 谢佑平 侯健 著

宪政视野下的 司法公正

XIANZHENGSHIYEXIADE
SIFACONGZHENG

 吉林人民出版社

董茂云 潘伟杰 谢佑平 侯健 著

宪政视野下的 司法公正

XIANZHENGSHIYEXIADE
SIFAGONGZHENG

 吉林人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

宪政视野下的司法公正/董茂云等著. —长春:吉林人民出版社, 2003.1

ISBN 7-206-04141-8

I. 宪… II. 董… III. 司法制度—研究—中国
IV. D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 102878 号

宪政视野下的司法公正

著 者 董茂云 潘伟杰 谢佑平 侯健 封面设计 翁立涛
责任编辑 刘士琳 责任校对 陆 雨

出 版 者 吉林人民出版社 0431—5649710
(长春市人民大街 124 号 邮编 130021)
发 行 者 吉林人民出版社
制 版 吉林人民出版社激光照排中心 0431—5637018
印 刷 者 长春科技印刷厂

开 本	850 × 1168 1/32	印 张	11.625
版 次	2003 年 1 月第 1 版		
印 次	2003 年 1 月第 1 次印刷		
字 数	280 千字	印 数	1—5 000 册
标准书号	ISBN 7-206-04141-8/D·1043		
定 价	16.00 元		

如图书有印装质量问题,请与承印工厂联系。

作者简介

董茂云 男,1963年12月生。法学博士,复旦大学法学院教授,复旦大学法学院副院长,法学院司法研究中心主任。主要学术作品有:《比较法律文化:法典法与判例法》(独著),《创造性的杰作:中华人民共和国香港特别行政区基本法解读》(合著),《当代西方经济法律制度》(副主编);以及学术论文30余篇。

潘伟杰 男,1971年12月生。法学博士,复旦大学法学院副教授。主要学术作品有:《现代政治的宪法基础》(独著),《上海法制建设战略研究》(合著),《社会主义民主政治研究》(合著),《宪法学》(教材,副主编);以及学术论文20余篇。

谢佑平 男,1964年9月生。法学博士,复旦大学法学院教授,博士生导师,华东政法学院兼职教授。主要学术作品有:《刑事诉讼模式与精神》,《刑事诉讼法原则:程序正义的基石》,《社会秩序与律师职业》等专著8部;主编和参编教材15部;在《中国法学》等学术刊物发表论文近100篇。

侯 健 男,1968年12月生。法学博士,复旦大学法学院副教授。曾在中国人民大学从事博士后研究。主要学术作品有:《舆论监督与名誉权问题研究》(独著),《法理学导论》(教材,副主编);《法与宪法》(译著),《自由与权力》(译著);以及学术论文20余篇。

前 言

司法，对于中国人来说，常常是一个很模糊的概念。在封建时代里，中国虽然有司法，却无独立司法权。除中央权力机构中尚设有专门的司法机关外，地方权力机构中通常不设专门的司法机关。衙门是听讼断狱的地方，但旧的衙门首先是一个行政机关。司法权是隶属于行政权的，有些时候，如军阀统治时期，司法权和行政权甚至都依附于军权。

虽然如此，人们仍然期待司法有公正，这当然不能依靠自己，也不能期望程序（只怕是根本就没有什么程序观念），而要靠青天大老爷。西方人有他们的司法女神，她蒙着眼，一手持利剑，一手持天平，人们对她充满着崇敬的心情。中国人有自己的包青天，可惜他是人而不是神。中国人只是期待多出几位包青天，而不指望有一正义之神或司法之神的眷顾。蒙眼的程序意义和天平的公平价值在中国人看来，似乎是多余的。中国人心目中的包青天正如戏台上的形象——紧绷黑脸、圆睁怒目、高举闪闪发光的尚方宝剑。人们对他与其说是崇敬，不如说是敬畏。

衙门里的老爷自然是以主持公道自居的，大堂上“明镜高悬”的横匾，似乎也标榜着司法公正的理念。但是，衙役手中的杀威棒和衙门口张开大口的石狮，却更多使人们相信那句古老的谚语：“衙门朝南开，有理没钱莫进来”。

对于新中国的人们来说，司法一词在很长一段时间里仍然是模糊的。官方在很多时候更愿意用政法一词，自然也就有了政法机关这个概念。政法一词，既有政治和法律合一的含义，又有行

政和司法合一的意思，更有政法为国家统治之“刀把子”的特殊意义。中国的政法机关，通常指公安、检察、法院、司法行政、安全等国家机关。人们常说“公、检、法是一家”，虽然从现行宪法所规定的政体来看并无依据，但从政法不分的观念来看，却有道理。

新中国的人们常常将政法与司法混同，政法机关与司法机关混同。政法是“刀把子”的理论，使人们更关注“刀把子”是否锋利、是否有力，而不是“刀把子”的使用是否合法、是否合理、是否公正，因为后者是不容置疑的。但对自身利益的追求使他们依然期待社会公正。既然政法是政权机构的“刀把子”，人们就将一切矛盾和冲突求助于党和政府的公正处理，而忽略了司法的特殊功能和司法公正。

具有现代内涵的宪法、宪政这些概念，跟着德先生和赛先生自上个世纪初姗姗来到中国，在很长的一段时间里，仅与文人墨客和少数职业革命家为伍。虽然也有过宪法，但除了将国家易帜、民众剪辫，却与宪政无关。许多中国人不知宪政为何物，与其相信自己，不如更相信大救星。中山先生倡导的军政、训政、宪政三步曲的中国革命发展道路，实在是出于对缺乏法治传统的中国社会的无奈。

新中国颁布了宪法，但最初的几部宪法更多地是作为新政权的政治纲领，而不是作为实行宪政的基础。在最近的宪法修改中，确立了“依法治国”——即法治原则，中国终于走上了宪政之路。经过多少代人的努力，中国人终于醒悟了，法治与宪政之路是中国人真正解放与自强之路。这关乎中国能否维护个人的尊严和利益、民族的富强和发展，这关乎中国能否列入世界文明国家之林。

宪政是法治基础上的民主政治，宪政的核心是限政与保障人

权。宪政是司法公正的基石。没有法治的民主政治是短命的或无政府主义的，脱离宪政的司法公正是不确定的且不具有普遍意义的。当然，严重的司法不公将危及宪政本身。正如人们不断接近真理，人们正不断地接近司法公正。现代宪政理念和体制，给予司法公正以前所未有的支持。

今天，我们突然发现，中国的法官已经更像法官，中国的法院也已经更像法院了。当法官脱去大沿帽和硬肩章的制服，换上虽然穿着不便却突现自己身份的法袍的时候，我们看到了法官已经不需要借助于军人或警察的形象来增添自己的威严了，从法官的威严的形象上我们似乎看到了法律的尊严与神圣。当法院从政府办公楼甚至旧厂房搬入独立的法院大楼，而且庄严的法院大楼越来越多地成为城市标志性建筑之一的时候，我们似乎看到了司法的独立与权威。从无数生动的变化中，我们越来越多地看到了实现司法公正的希望。

何为司法公正、何为宪政理念与司法公正的关系、如何认识程序公正与实体公正——这些似乎已经得到解答的问题并没有得到真正满意的解答。

几位年轻的学者被同样的热情和使命所驱动，走到一起来构思、探讨、撰写了这部《宪政视野下的司法公正》一书。董茂云设定写作总思路与整体结构，负责全书统稿、定稿，撰写前言和结束语。潘伟杰负责全书统稿，撰写第二篇。谢佑平撰写第三篇。侯健撰写第一篇。

虽然我们各有专攻，董茂云主攻比较法学和宪法学、潘伟杰主攻宪法学和行政法学、谢佑平主攻诉讼法学、侯健主攻法理学，但我们对司法公正都有热切的关注（均参加董茂云主持的司法研究中心）。其实，司法公正所及问题之复杂，远非单枪匹马所能攻克。有不同专业背景的但有共同理念的学者竭诚合作，自

有意想不到的收获。本书主题所及问题是这样的复杂，使我们在写作中任何对完美的企求都成了梦想。但我们的研究正如我们的人生是一个不断追求真理的过程。希望读者既不要吝嗇您的时间来阅读，也不要吝嗇您的精力来批评。

董茂云

2002 年 12 月于上海

目 录

第一篇 司法公正的法理解读

第一章 司法公正的概念	003
第一节 什么是司法	003
第二节 什么是司法公正	009
第二章 司法公正的标准	017
第一节 学术界的有关探讨	017
第二节 实体公正与程序公正	020
第三节 司法公正的标准与司法建设的方向	031
第三章 民主与法治关系下的司法公正	034
第一节 民主与法治的关联和距离	034
第二节 民主社会中的司法	038
第三节 民主是司法公正的条件吗	043
第四节 法治事业中的司法	048
第五节 民主与法治关系下的司法——中国的实例	052
第四章 独立与受制关系下的司法公正	055
第一节 为什么要独立	055
第二节 怎样保障司法独立	060
第三节 为什么要受制	063
第四节 怎样实现司法受制	069
第五节 独立与受制关系下的司法公正	077

第五章 主观与客观关系下的司法公正	080
第一节 司法权的“合法”行使:法律是什么	081
第二节 法律解释的原则和步骤	084
第三节 司法权的“合理”行使:司法过程中 法律与道德的关系	090
第四节 主观与客观关系下的司法公正	095
第六章 建设以公正为取向的现代司法文化	098
第一节 司法文化的重要性	098
第二节 现代司法文化的主要内容	100
第三节 建设以公正为取向的现代司法文化	113

第二篇 宪政是司法公正之基石

第七章 司法公正的宪政基础	116
第一节 人民主权:司法独立的直接依据	117
第二节 代议民主制:司法独立的制度安排	120
第三节 分权与制衡:司法独立的生存基础	126
第四节 法治:司法独立的价值追求	132
第八章 公民程序性权利与司法公正	139
第一节 宪政体制的转型与公民权利的提出	140
第二节 公民程序性权利的宪政意蕴	153
第三节 公民程序性权利的司法价值	167
第九章 宪法适用与司法公正	175
第一节 宪法适用与宪政价值的契合	178
第二节 宪法适用与司法公正的契合	186

第十章 宪政理念与司法公正	199
第一节 世界观的革命:从伦理世界观到法学世界观	201
第二节 现代西方国家司法公正的哲学基础	207
第三节 宪政理念与司法公正:中国的意义	219

第三篇 司法裁判中的实体公正与程序公正

第十一章 司法裁判实体公正的不确定性	230
第一节 实体公正的内涵与意义	230
第二节 实体公正的不确定性	234
第三节 实体公正的实现	243
第十二章 司法裁判程序公正的确定性	257
第一节 程序公正的内涵与意义	257
第二节 程序公正的标准和国际准则	265
第三节 程序公正的理论分析	275
第四节 程序公正的确定性	297
第五节 程序公正的实现	302
第十三章 司法公正中的程序优先理论	312
第一节 程序优先理论的价值	312
第二节 程序优先理论的功能	320
第十四章 司法公正是实体公正与程序公正的统一	323
第一节 实体与程序:司法公正的双重目标	323
第二节 法与司法:双重公正目标之关系辨证	329
代结束语 保持对司法公正的理性期待	335
参考文献	349

第一篇 司法公正的法理解读

美国学者伯尔曼在论及法律发展趋势时深刻地指出：新的时代将是一个“综合的时代”。在这个时代里面，“非此即彼”让位于“亦此亦彼”。不再是主体反对客体，而是主体与客体交互作用；不再是意识反对存在，而是意识与存在同在；不再是理智反对感情，或者理性反对激情，而是整体的人在思考和感受。只有这样，才能有效地克服渗入了一切分析形式的二元对立思维模式，才能在更高的水准上达到辩证的综合。^① 因此，我们在理解和把握司法权自身及其所追求的价值过程中所面临的关系时，应摒弃狭隘的非此即彼式的思考方式，以一种宽容的多角度的思考方式深化我们对司法权的认识，还司法权以本来的面目。我们正是遵循这一路径来解读现代国家法律制度中的司法权及其它所包含的价值。

现代国家以宪法为核心的法律制度把人类的命运最大限度地由人类自身来掌握，并在最大限度上尊重人类自身的尊严。司法权在现代国家中的合法性基础也在于对这一命题的体悟和实践。因此，如果说现代法律制度需要对人类权利的富有尊严和公正的配置来体现其意义的话，那么司法权就需要对程序公正的不懈恪守来实现对人类社会实体权利的公正配置。当然任何一种价值推向极端不是对这一价值的维护，恰恰相反，是对这一价值的毁灭

^① 参阅（美）伯尔曼：《法律与宗教》，梁治平译，北京：三联书店1991年版，第9页。

过程。可见，我们在这个新的时代里，不仅对司法权运行的程序公正寄予希望，程序公正本身应该是现代司法权应有的追求，同时更为重要的是，我们必须明白没有了实体公正，司法权如何实现现代社会寄予它的绵绵期待。尽管实体公正的实现对于人类而言是一个过程，但我们应该认识到：我们需要承认程序公正的独立价值，更需要理解司法权要通过程序公正来不懈地追求实体公正。

第一章 司法公正的概念

现代国家的司法权是一个有着价值的权力要素，这种价值不是对自身权力的维护，而是对人类尊严的尊重。司法公正是司法权的根本价值，在法律价值体系中处于元价值的地位，其他价值在司法权价值体系中应处于什么样的位阶关系最终是以公正价值作为衡量标准的，“公正（正义）是社会制度的首要价值，正像真理是思想体系的首要价值一样。——某些法律和制度，不管它们如何有效率和有条理，只要它们不正义，就必须加以改造或废除。”^①司法公正是一个社会中重要的问题，它是人们最直接、最强烈的正义期盼，是市场经济秩序的重要保障和社会稳定的最后一道防线，是司法改革的根本目标和法治建设的重要内容。这个问题几乎牵动着法学的每一根神经。法学中的一些基本问题，比如，民主与法治、法律与道德等问题都与司法公正有着密切的内在联系。对这些问题的探讨不能不关注司法公正，同时对司法公正的认识又必须放在这些问题的大背景下才能深入。

第一节 什么是司法

这是一个基本的问题，但是往往基本问题是较不容易搞清楚的。而且，现实生活中有一些差错，如果追根溯源，往往源于基

^①（美）罗尔斯：《正义论》，何怀宏、何包钢、廖申白译，北京：中国社会科学出版社1988年版，第1页。

本问题上的混淆不清。因此，有必要研究什么是司法。

在我们看来，司法具有内在联系的三层含义，那就是作为一种制度的司法，作为一种过程的司法，以及作为一种文化的司法。也就是说，司法这个概念包括了三层含义。它既指一种制度，又指一种过程，还指一种文化。这个三层内涵是密切联系的，共同构成了一个完整的司法概念。我们予以一层一层地分析。

一、一种制度的司法

作为一种制度的司法，就是指司法权的制度。在现代国家，一般有立法权、行政权和司法权。简单地说，立法权就是制定法律的权力，行政权就是执行法律管理社会的权力，司法权就是适用法律的权力。在不同国家，这几种权力的关系以及行使机关可能是不同的。在我国，人们对于何种机构可以被恰当地称为司法机构以及司法权是一种什么性质的权力存在争议。传统的和比较流行的观点认为，司法权包括审判权和检察权，司法活动指审判机关、检察机关以及在某些情况下公安机关根据法律关于它们关系的规定相互配合、相互制约地实施国家法律的活动。根据这种界定，司法机关包括审判机关和检察机关。与此不同的是，近年来出现的一种观点认为，司法仅仅可以适当地指法院运用法律审判案件的活动，不应当包括检察院侦查和追究犯罪行为的活动。

本文所谓的司法主要指法院审判案件的活动，但是也兼指检察院的活动。之所以侧重讨论法院，是因为一切案件的审判都是由法院进行的，并由法院作出最终的决定，法院对司法公正的形成发挥主导性的作用。但是检察院不仅参与刑事审判的过程，而且对法院的一切活动具有监督的权力，影响到司法公正的实现，所以也应当在考察之列。

司法制度首先涉及司法权与其他几种权力之间的关系。在我国古代，这几种权力基本上是不分开的，一些地方官员往往既管理行政事务，又办理案件。但是现代司法制度强调立法、行政和司法三种权力的适当分离。这几种权力的适当分离有助于避免权力的过分集中。权力过分集中有很大的弊端，会产生很大的祸害。如果分开的话，它们之间就可以相互制约。特别是司法权就可以发挥制约其他权力、防止它们逾越法律限制的作用。西方国家实行分权制衡的制度。我们国家实行分工制约的制度。在我国，行政机关、审判机关和检察机关在职权上相互分工和相互制约，由人民代表大会产生，向它负责，受它监督。

这一制度不仅包含司法权与其他权力之间的制约关系，还包含司法机构与其他机构之间以及司法系统内部在统治事务上的分工关系。这意味着，法院与立法机关和行政机关有所不同，它是一个适用法律解决纠纷的机构。法院行使职能的最显著的特征是必须有纠纷的存在。也就是说，法院所做的事务是处理纠纷。当然，这里的纠纷是在广义上使用的，既包括民事经济纠纷，也包括刑事案件，还包括公民与政府之间的纠纷。这意味着社会中有些事务是属于可司法的（justiciable）的法律事务，法院对于这些事务负有不可推卸的处理义务。例如公民之间因为财产纠纷或合同争议诉诸法院，法院就不能拒绝受理。但是这也意味着，社会中许多事务不属于法院的管辖范围。对于社会事务制定普遍的法律规则应属于立法机关以及受其委托制定规则的机关的权力范围。采取积极的措施实施立法机关所颁行的法律便是行政机关的事务。分工关系意味着对于法院权力的限制，要求法院行使司法权的过程不能脱离对具体纠纷的审理；它还要求每个法院在自己

的权力范围内处理案件，而不能侵夺其他法院的职权。^①

作为一种制度的司法还包括有关审判程序和审判方式、有关司法人员等方面的制度。例如，有关法官的选拔、任职、职务保障、退休等制度。

二、作为一种过程的司法

第二层含义是作为一种过程的司法。我们刚才已经说到，法院就是解决纠纷的机构，所做的事情就是解决纠纷的活动。但是社会上其他一些机构也可以解决某种纠纷。法院解决纠纷与其他机构解决纠纷并不完全相同。法院解决纠纷的活动体现为一种按照法定的程序，运用专门的知识，进行理性判断的过程。首先，司法是一种判断，它不像行政一样在进行社会管理，也不是在做思想政治工作。它判断着事实和法律；判断罪之有无，此罪还是彼罪，是否需要施加刑罚以及罚之轻重。其次，它是一个冷静的理性判断过程，不能加入个人感情因素和受到外界的干扰。最后，为了保证这种判断是准确的，它要求判断者遵循法定的程序，具有专门的知识。

司法作为一种过程，不仅包括发生在法庭内部的各种活动和相互关系，而且包括法庭与社会之间的相互作用的关系。法院从社会那里接受一定的请求，启动司法程序，并在经过过滤的社会信息的作用下对这种请求加以法律上的处理，最后得出一定的结论。这一结论反作用于社会；不仅如此，司法过程的主要行动都可以反作用于社会。社会和法院透过法律之网进行信息的接收与交换。这一过程是一个在法律制约下的信息和能量的相互交换的

^① 这里借鉴贺卫方先生的论述，参阅贺卫方：“中国司法管理制度的两个问题”，载《司法的理念与制度》，北京：中国政法大学出版社1998年版。