

司法相关职务责任研究

司法相关职务责任研究

RESEARCH ON THE DUTY OF
INTERRELATED JUDICIAL POST

黄松有 梁玉霞 主编

法
律
出

法
律
出

26.12

87.6.12

1

司法相类职务责任研究

RESEARCH ON THE DUTY OF
INTERRELATED JUDICIAL POST

黄松有 梁玉霞 主编

法
律
出
版
社

图书在版编目(CIP)数据

司法相关职务责任研究/黄松有,梁玉霞主编. —北京:法律出版社,2001.7

ISBN 7-5036-3471-5

I. 司… II. ①黄…②梁… III. 司法机关-职责-研究-中国
IV. D926.12

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 043533 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任印制/李跃

责任校对/何萍

印刷/北京民族印刷厂

开本/A5

印张/10.375 字数/271 千

版本/2001 年 9 月第 1 版

2001 年 9 月第 1 次印刷

社址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

网址/http://www.lawpresschina.com

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

88414933 88414934(读者服务部)

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-3471-5/D·3188

定价:22.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

撰稿人:

黄松有	最高人民法院审判委员会委员、民一庭庭长、西南政法大学博士研究生
梁玉霞	华东政法学院教授、硕士研究生导师、西南政法大学博士研究生
黄娟	西南政法大学博士研究生
刘楠	成都中级人民法院庭长、西南政法大学博士研究生
薛克鹏	山西师范大学政法系副教授、西南政法大学博士研究生
刘春梅	中南财经政法大学法学院讲师、法学硕士
张永泉	苏州大学法学院讲师、西南政法大学博士研究生
崔婕	西南政法大学博士研究生
刘田玉	中南财经政法大学法学院讲师、法学硕士
熊世忠	武汉仲裁委员会副主任
刘文	苏州大学法学院讲师、法学硕士

法律出版社征稿启事

近年来,伴随着国家法治建设的进程,法律出版社作为我国历史最悠久的国家级法律专业出版社,取得了长足发展。法律出版社的成长离不开多年来关怀着我们的读者,更离不开对我们大力支持,诚心提携的作者。

在此,我们真诚希望关心、相信我们的作者,把那些治国安邦的行为准则,指导系统工作的“金科玉律”,传道、授业、解惑的“四书五经”,特别是那些穷天人之际,通古今之变,成一家之言,足以开启民智,领潮头之先的传世之作,放心大胆地交给我们出版。

我们庄严地承诺:将以最好的编辑和装帧质量,最广泛有效的发行渠道,最丰厚诱人的润笔稿酬和合作条件,使您们的大作风行于世,继“立功”、“立德”之后,助您们完成“立言”这不朽之业。

征稿范围:

立法司法行政执法部门工作用书,法律职业人员工作用书,法律院校教材及教辅用书,各类资格、学历考试法学参考用书,法学学术著作,法学译著,法律知识读物,法律实务及案例读物,法律工具书。

投稿地址:北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层

邮 编:100037

总 编 室:010-88414121 010-68710320

策划编辑:010-88414134 010-88414135

编 辑 室:010-88414127 010-68710321

传 真:010-88414115

电子信箱:pholaw@public.bta.net.cn

目 录

第一章 导论	(1)
一、司法责任的词语解析	(1)
1.1 司法的变迁及其概念诠释.....	(1)
1.2 有关责任概念的分歧及其统一.....	(4)
1.3 司法责任的概念.....	(7)
二、司法责任的性质与特点	(7)
1.4 司法责任的性质.....	(7)
1.5 司法责任的特点.....	(9)
三、司法责任的分类	(10)
1.6 个人责任、单位责任与司法共同体责任	(10)
1.7 过错责任与无过错责任.....	(11)
1.8 过程责任与结果责任.....	(11)
1.9 刑事责任、民事责任与纪律责任	(12)
第二章 实在的制度考察	(13)
一、两种模式	(13)
二、义务型司法责任	(14)
2.1 古代中国司法责任制的产生与发展.....	(14)
2.2 古代中国司法责任制的特点.....	(27)
2.3 义务型司法责任的制度成因.....	(32)
三、权力型司法责任	(35)
2.4 司法独立.....	(35)

2.5 司法至上·司法官任职资格	(37)
2.6 司法权力的分化与制约	(38)
2.7 司法豁免权的演进	(41)
2.8 权力型司法责任制的特点	(46)
四、中国当代司法责任制的现状分析与模式选择	(48)
2.9 现状分析	(49)
2.10 模式选择	(51)
第三章 司法责任的生成基础	(54)
一、司法的使命	(54)
3.1 宣示法律精神·实现社会正义	(55)
3.2 保障权利并制约权力的滥用	(57)
3.3 维护法律秩序和安全需要	(59)
二、司法的价值导向	(61)
3.4 公正:司法的永恒价值理念	(61)
3.5 通过程序实现正义:司法公正的核心与灵魂	(64)
三、司法权的基本特性	(66)
3.6 司法权的独立性	(68)
3.7 司法权的程序性特征	(73)
四、司法的公信力	(79)
3.8 司法权威	(79)
3.9 司法活动的职业化	(85)
五、司法权在运行过程中的实然分析	(88)
3.10 在法律的应然与实然之间	(89)
3.11 权力滥用·司法腐败	(90)
第四章 司法责任构成	(93)
一、司法错误与错案	(93)
二、司法责任认定标准	(99)
4.1 学理思辨	(100)
4.2 诸标准间的矛盾及其历史演绎	(105)

4.3 走向融合:结果与过程分离	(108)
三、司法责任主体	(112)
4.4 司法机关和司法辅助机构	(112)
4.5 司法从业人员	(118)
4.6 我国司法责任归责错位现象透视	(125)
四、司法责任形式	(129)
4.7 个人责任	(129)
4.8 机关与机构责任	(137)
4.9 司法共同体责任	(138)
第五章 司法从业人员——行为与责任的统一	(140)
一、司法从业人员行为控制的行为法学分析	(140)
5.1 “腹痛理论”与中国的行为法学	(140)
5.2 法律行为控制的一般分析	(143)
5.3 司法从业人员的行为控制	(147)
二、法官行为及其责任	(151)
5.4 司法职责——权力与责任的辩证法	(151)
5.5 司法独立·自由裁量权与法官行为控制	(152)
5.6 法官行为规范与惩戒制度的建立	(160)
5.7 法官责任归责原则与司法豁免	(166)
三、检察官行为及其责任	(170)
5.8 检察权的性质与检察官司法责任的范围	(170)
5.9 检察官的行为规范与惩戒机制的建立	(172)
5.10 检察官司法责任的归责原则	(173)
四、警察行为及其责任	(174)
5.11 警察权力的性质及其与司法责任的关系	(174)
5.12 警察的行为规范与惩戒机制	(176)
5.13 警察行为的特点与人权保障	(177)
五、律师的司法责任	(178)
5.14 法律责任和律师司法责任的意义	(180)

5.15 律师的法律责任形式	(187)
5.16 律师司法责任和司法公正	(195)
5.17 律师司法责任和律师权利的保障	(200)
5.18 律师司法责任设置原则和目前存在的问题	(204)
六、有关仲裁员责任的理论与实践	(209)
5.19 关于仲裁员责任的理论	(210)
5.20 关于仲裁员责任的立法和实践	(211)
5.21 我国有关仲裁员责任的理论、立法与实践	(212)
七、公证员在司法中的法律责任	(215)
八、鉴定人员的司法责任	(218)
5.22 鉴定的性质与鉴定人员的诉讼地位	(218)
5.23 鉴定人员的司法责任	(224)
九、翻译人员在司法中的责任	(227)
第六章 司法权力机关与辅助机构:角色责任	(230)
一、审判机关与错案责任	(230)
6.1 审判机关的权力·职责定位与审判方式	(230)
6.2 错案及其确定时间	(237)
6.3 归责范围与责任形式	(242)
二、检察机关的权限及其司法责任	(244)
6.4 检察机关的职权范围	(244)
6.5 证明责任与事实错判	(248)
6.6 赔偿与监督	(250)
三、侦查·人权保障·司法责任	(252)
6.7 我国侦查机关及其分工	(252)
6.8 侦查工作的主要任务	(254)
6.9 侦查中的人权保障	(254)
6.10 错误侦查的法律责任	(260)
四、裁判执行及其责任	(262)
6.11 执行机关的职责	(262)

6.12 执行错误及其法律责任	(264)
五、我国刑事司法赔偿	(270)
6.13 刑事司法赔偿的前提	(271)
6.14 关于刑事程序违法	(271)
6.15 关于刑事司法赔偿	(275)
六、律师事务所与司法责任	(278)
6.16 律师事务所·律师	(278)
6.17 律师事务所的赔偿责任	(278)
七、关于仲裁机构的责任	(282)
八、鉴定机构在司法中的法律责任	(283)
6.18 鉴定机构设置的现状及趋向	(283)
6.19 鉴定机构的司法责任	(286)
第七章 司法责任追究	(288)
一、司法责任追究的原则	(288)
7.1 程序补救在前原则	(288)
7.2 依法追究原则	(289)
7.3 责任自负原则	(290)
7.4 程序公正原则	(291)
二、对司法机关和司法辅助机构司法责任的追究	(291)
7.5 追究程序	(292)
7.6 赔偿方式和赔偿标准	(296)
三、司法从业人员司法责任的追究	(299)
7.7 民事责任的追究	(300)
7.8 纪律责任的追究	(303)
7.9 刑事责任的追究	(316)
主要参考书目	(318)

第一章 导 论

一、司法责任的词语解析

1.1 司法的变迁及其概念诠释

司法,最初是作为一种特殊的国家权力而由18世纪法国资产阶级启蒙思想家孟德斯鸠首先提出的。孟德斯鸠在继承亚里士多德、布丹、洛克分权说的基础上,创立了完整的三权分立学说,将国家权力分为立法、行政和司法三部分,三权由不同的机关分别独立行使,以实现相互的制衡。三权分立学说成为近、现代资产阶级国家政治制度的理论基石,司法一词便由此产生并广为传播,在清末传入我国,如在《大清法规大全·宪政部》中有“立法行政、司法则总揽于群上统治之大权”的记载。在现代各国,司法不仅仅指一种抽象的权力,而且包括为行使这种权力而进行的具体的活动,即我们常说的司法活动。司法权是司法活动的依据,司法活动是司法权的实现。无论政体如何,司法权与司法活动在各国都获认同。

然而,在法学理论上,有关司法的界定却是最为模糊不清的。学术界对此有多种解释。一种认为司法就是执法,是将法律付诸实现的活动;第二种认为司法是指法院的审判活动;第三种认为司法是手握、执掌法律的意思,包括人与法两个因素,如台湾学者廖与人说:“盖法为法律之简称,而司之者则人也。”第四种认为司法是国家法律所确认的一种特定的机关或组织根据特定的程序,执行着特定的法律的活动。笔者认为,上述解释均不够准确,没有揭示司法的确切含

义。首先,司法与执法是不能划等号的。在法治社会里,一切国家机关都是在依法行使职权,在执行着一定的法律,但不能说它们都是在司法。执法的概念大于司法,包括司法和行政执法两部分。其次,司法也不等于审判。审判是司法的重要内容,但不是全部。如果说在奉行审判中心主义的法治国家司法与审判的含义较为接近的话,那么,在如我国这种公、检、法机关各自独立的体制下,司法的范围就显然宽泛得多。第三,把司法视为“掌握法律”不仅对揭示司法的实质内容无任何意义,而且还会将立法、司法、行政三种活动混为一谈。“徒法不足以自行”,任何法律都需要人去实行,任何活动都离不开人,这是不言而喻的。若讲“掌握法律”那就不仅仅是司法者的事情,立法者、行政管理者都同样是掌握法律之人。因此,这种解释淹没了司法的特定性。最后,将司法界定为特定的主体根据特定的程序执行着特定的法律的活动,仍然是模糊定义,未能揭示司法的外延。^①

依据沈宗灵先生的观点,司法“是指国家司法机关根据法定职权和法定程序,具体应用法律处理案件的专门活动”。^② 这种概括无疑抓住了司法的本质特征。在笔者看来,司法最根本的标志在于处理各类案件,解纷止争。这无论是作为一种权力还是作为一种国家活动都有别于立法和行政。其次,司法要依法定程序进行。司法程序是实现社会冲突公力救济的必然路径,若没有体现公正理念的司法程序,国家对社会纠纷的介入就将是武断的和难以令人接受、难以令人信服的。第三,司法要由依法享有司法权的国家司法机关进行。司法无论依其内含的国家强制性因素还是依其调适社会冲突、解决各类纷争所需要的法律专业技能,它都必须由专门的国家机关负责进行。但是,关于司法机关的范围也如同司法的概念一样的具有争议。法院是司法机关这一点在世界各国都没有疑问;检察机关和从

^① 参见梁玉霞著:《中国军事司法制度》,社会科学文献出版社1996年版,第13—14页。

^② 转引自杨一平著:《司法正义论》,法律出版社1999年版,第25页。

事与司法事务有关的警察机关在传统的大陆法系国家和我国一般也被视为司法机关,但英美法系国家却将其归入行政机关。

实际上,司法的概念和司法机关的范围不仅受各国宪政体制的影响,而且会随着历史的发展而发生变化。在古代社会,没有近代意义上的法院和法官,司法依附于行政,地方行政长官往往兼理司法事务,在中央即使有处理案件的专门机构,这些机构也是归属于行政机关的。随着社会的发展,“人类社会发现由确定的官员按照正式规范来解决纠纷是便利的。因此有了法官,他们的工作就是以一种证明规范是正确的、并且更根本地是满足社会需要的方式来化解纠纷。”^① 资产阶级革命胜利后,依三权分立理论和司法独立原则所确立的司法体制都是以审判为中心的,差异只在审判中心的外向触角的长短。法德等国将侦查、起诉、审判和裁判的执行都纳入到司法范畴之中,其司法机关也就包括审判机关、检察机关、警察机关和裁判执行机关;英美等国的司法则仅限于审判。然而,无论在何种体制下,工业文明乃至今天的科技文明都在无形中推动着司法向着开放性发展。现代社会中,司法的开放性主要表现在两个方面:一是司法活动分工日益细密。在近代侦查、起诉、审判和执行这些诉讼职能分离的基础上,辩护和代理成为一项不可或缺的诉讼职能,律师成为参与司法活动的重要角色;随着工业、科技的进步,司法机关不得不将一些自身无力认知的技术问题委托专家识别、判断,因此,鉴定人开始介入司法活动;交通、贸易的发达使翻译人员参与诉讼成为必要;社会生活范围的拓展使公证制度得以产生,司法可以直接采用公证结果作为证据。尽管律师、鉴定人、翻译人员和公证员的活动对于诉讼仅具有辅助意义,但他们分担了过去由司法人员承担的部分职责却是不争的事实。二是司法机关的解纷职能向社会扩展。如调解、仲裁机构的兴起帮助司法机关化解了一部分纠纷,减轻了司法机关所承受的社会压力。杨一平博士把这种变化看做是“国家向市民

① 转引自杨一平著:《司法正义论》,法律出版社1999年版,第27页。

社会让渡权力的表现”。他说,“仅仅从静态的角度来解释复杂变幻的司法现象的方法显得过于单一,可能会使司法理论陷入一种闭塞性危机,难以适应现实的需要,也无法对我国司法体制的改革提供足够的理论指导。”^① 笔者对此有同感。我们认为,在一般情况下而不是在研究司法体制时,立足于司法的解纷功能及其所需要的程序机能构件,来界定司法的概念和司法机关的范围更为合适,否则,我们就无法说明古代有司法和司法机关,无法解释当代司法的种种变化。

参与司法活动的职业主体由最初的审判机关逐步扩展到侦查机关、检察机关、裁判执行机关、调解机构、仲裁机构、法官、检察官、警察、律师、鉴定人员、翻译人员、公证人员等。在特定的案件处理中,涉及到的上述机关、机构和人员就都或多或少地拥有了一定的司法权或参与司法活动,并同时要遵循相应的职业义务规范。“所有这些合起来就构成了以法院审判为核心向外呈放射状的具有复合性、开放性的多元一体化司法概念体系。”^② 当然,无论司法如何发展,司法的核心仍然是审判,与审判相关联的侦查、起诉、辩护与代理、裁判的执行也应归入司法之中。基于权力与权利分配的不同标准及其行使的不同方法,我们仍然将那些行使强制性权力的司法主体称作司法机关,包括审判机关、检察机关、警察机关和裁判执行机关。参与司法活动的其他机构可以称作司法辅助机构。司法应是以国家司法机关为主进行的依照法定职权和程序,具体运用法律解决各类案件的专门活动。为了全面、系统研究司法主体及其相关的职业主体的责任,本书将与司法权的行使密切相关的其他职业主体也纳入研究的范围。

1.2 有关责任概念的分歧及其统一

责任一词在生活中使用的频率较高,冯军先生曾对《法制日报》

^① 杨一平著:《司法正义论》,法律出版社1999年版,第25页。

^② 杨一平著:《司法正义论》,法律出版社1999年版,第26页。

1993年4月1日至30日有关责任的用语作过统计,达76例之多。冯先生从这些用语中概括出“责任”所表达的三种不同意义:(1)责任表示义务,如“要把监督宪法实施的责任承担起来”。(2)责任表示过错、谴责,如“查清原因及有关当事人的责任”。(3)责任表示处罚、后果,如“如果答错了而不必负任何责任……”^① 张文显先生考证责任的基本语义也有三种:第一为分内应做之事,如尽职尽责,属于角色义务。第二为特定的人对特定的事项的发生、发展、变化所负有的积极的助长义务,如举证责任。第三为不利后果,如侵权责任、赔偿责任。^② 应当说,有关责任的这些不同的解说都触及到了责任的内容,但任何一种都过于片面,难以准确反映责任的本质属性和基本特征。

我们认为,任何一种责任都由三方面内容构成:其一,权力或义务前提。责任以权力或义务为前提,没有权力或义务就无所谓责任。权力是国家的公共管理权,不同于个人的私权利,私权利可以放弃或转让,而享有国家公权力的机关和个人则不能随意放弃或转让其手中的权力,当然也不得将权力作不适当的扩张,更不得利用国家赋予的权力谋取个人私利,必须在法定的权限范围内正确行使其权力。权力与职能相连,称职权。权力的这种必须行使且必须在法定范围内正确行使的强制性使其成为责任成立的重要前提。义务可能与职能有关亦可能无关,是国家机关、团体、企事业单位或个人受到的应为或不应为某些行为的限制。义务有作为和不作为两种形式,可能为法律规范所明确设定,也可能是职业、行业和职务的必然要求,还可能由人们特定的行为所产生。义务的根本特征也在于它具有不得放弃、不得违反的强制性。张先生所谓的“分内应做之事”和“积极的助长义务”实际上就是义务的作为和不作为两种情形,统归入义务中就更为合适。与职能相关的义务或称公共义务与权力具有同样的强制性,但各自强调的重点有所不同。权力强调的是国家机关及其公

① 参见冯军著:《刑事责任论》,法律出版社1996年版,第10—15页。

② 参见王成栋著:《政府责任论》,中国政法大学出版社1999年版,第3页。

务人员进行公共管理活动的主体性、能动性;而公共义务强调的则是其对国家的从属性和行为的消极、被动性。

其二,对权力的不当行使或对义务的违反。不当行使权力或违反反应尽的义务是责任生成的现实根据,没有客观上对权力的不当行使或对义务的违反,先在的权力或义务设定就仍然只是一种虚置的前提而不会与特定的人或事相联系。对权力的不当行使与对义务的违反都有积极和消极两种形式。权力的不当行使在积极的方面表现为越权、擅权及滥用权力等;消极的方面则表现为放弃权力的失职、渎职。违反义务在积极的方面表现为不应为而为;消极的方面表现为应为而不为。

其三,不利后果。指国家和社会对不当行使权力或违反义务行为的否定和谴责以及对相关行为人的惩罚。不利后果是权力和义务所具有的强制性的体现,是权力得以行使、义务得以履行的保障,是责任的最后形态。冯先生关于责任表示“过错、谴责”以及“处罚、后果”的两种分法,应该归入同一个方面。至于过错,则不是责任的必备要件,无过错也可能会承担不利的后果即所谓的无过错责任。

责任所包含的这三个方面在动态上形成具有逻辑性和时间性的渐进过程,从权力、义务设置到对权力的不当行使或对义务的违反到承担不利后果,三者依序渐进发展,其中,权力的不当行使或对义务的违反成为前提与后果相连的纽带和桥梁。站在三个不同的时间点上谈论责任,所强调的重心就会有所不同,这也正是人们将责任单纯看做“义务”或“处罚、后果”的原因。但实际上,当人们从权力或义务出发论及责任时,本身即暗含着如果不当行使权力或违反义务就将承担不利后果的必然预期;若谈到对权力的不当行使或对义务的违反就必然会联想其前提与结果;同样,在强调责任的后果时,前设的权力或义务以及对权力的不当行使或对义务的违反就自在不言中。相对于单纯的权力或义务,责任的构成就较为复杂。凯尔逊在论及法律责任与法律义务时曾指出:“法律责任的概念是一个与法律义务相关联的概念。当我们说某人在法律上负责于某个行为时,或是某

人承担该行为的法律责任,我们的意思是说:如果他作相反的行为,他就有被制裁的可能。”^① 这就是说,责任与义务相关联但并不相同。至于权力与责任间的联系,则少有人论及。

1.3 司法责任的概念

根据我们对司法的理解和对责任的界定,我们认为,研究司法责任必须从更广泛意义上,将司法机关、司法从业人员以及司法辅助机构所进行的与处理案件有关的一切活动都纳入视野,因为其中任何一方面的错误包括错误鉴定、错误翻译等都会严重损害司法的正确性和权威性。从责任构成来看,司法责任同样具有责任的三重结构,只是其前提不是一般的权力或义务,而是基于公正司法的目的产生的参与司法活动的各职业主体依照法律,正确从事其司法职务活动的各项要求,概括地讲,就是依法正确履行司法职务。司法责任中对权力的不当行使或对义务的违反形式为不当司法,任何一个司法职业主体如果擅自放弃其司法职务或者越权行使司法职务或者违法滥用其司法职权以及从事有损其司法职务要求的其他行为,都属于不当行使权力或违反义务的行为,因而都应依法承担相应的不利后果。司法责任因其承担主体的广泛性而呈现出不同的情况。概括来讲,司法责任就是司法机关、司法辅助机构以及司法从业人员因职业行为不当而引起的依法应当承担的不利的法律后果。

二、司法责任的性质与特点

1.4 司法责任的性质

司法责任是一种法律责任。古今中外,被国家赋予权力执行法律、解决社会纷争的司法者实际上都被拟制为正直无私、秉公执法的法律人,没有这种拟制或假设,司法的公正和权威将是不可想象的,

^① 转引自王晨著:《刑事责任的一般理论》,武汉大学出版社1998年版,第52页。