

中国司法原理

谭世贵 主编

 高等教育出版社

中国司法原理

主 编
谭世贵

撰稿人
谭世贵
李荣珍
曲 涛
黄永锋
王 怡

 高等教育出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国司法原理/谭世贵主编. —北京:高等教育出版社, 2004. 2

ISBN 7-04-012663-X

I. 中... II. 谭... III. 司法-法的理论-研究-中国 IV. D926

中国版本图书馆CIP数据核字(2004)第004664号

出版发行	高等教育出版社	购书热线	010-64054588
社 址	北京市西城区德外大街4号	免费咨询	800-810-0598
邮政编码	100011	网 址	http://www.hep.edu.cn
总 机	010-82028899		http://www.hep.com.cn
经 销	新华书店北京发行所		
印 刷	潮河印业有限公司		
开 本	850×1168 1/32	版 次	2004年2月第1版
印 张	17	印 次	2004年2月第1次印刷
字 数	430 000	定 价	35.00元

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请到所购图书销售部门联系调换。

版权所有 侵权必究

前 言

自1997年10月党的十五大提出“推进司法改革”以来，我国司法界对司法改革倾注了极大的热情，进行了积极的探索，最高人民法院和最高人民检察院先后出台了《人民法院五年改革纲要》和《检察改革三年实施意见》，进行了机构改革、审判方式改革和主审法官、主诉检察官、审判长选任制、检务公开等诸多改革，引领着全国司法改革不断向前推进。法学界亦百家争鸣，深入探讨，召开了一系列司法改革研讨会，出版了二十余部有关司法改革的论著，发表了一大批相关论文，推动着我国司法改革的不断深化。真可谓，改革如此精彩纷呈，引无数仁人志士竞风流。

与关注和推进司法改革的持续努力相比，我国法学界对司法基本理论的研究尚未给予足够的重视，即便有一些著作和论文涉及到某些司法理论问题，但在宏观上和整体上对司法理论的研究仍比较薄弱。应当说，这种状况在一定程度上造成了司法理论研究的深度不够，以致司法改革没有深厚的理论支撑，从而缺乏整体性的建构和令人振奋的突破。

要在仁者见仁、智者见智的改革研究中提炼司法原理并对其进行全面的论述和探讨，这绝非一件容易的事情。经过不断的思考和争论，我们归纳出十二项司法原理，即司法公正原理、司法效率原理、司法统一原理、司法独立原理、司法开放原理、司法民主原理、司法公开原理、司法审查原理、司法证明原理、司法程序原理、司法自律原理、司法受制原理。在数易其稿、反复修改之后，我们写成了这部书稿。由于这是我们对司法原理的初步

研讨，也由于国内在这方面的研究尚未见到，因此本书难免会有许多粗漏之处，一些观点和见解也不一定正确，恳请读者批评指正，提出宝贵意见，以便再版时予以更正。

本书由主编拟定写作大纲，组织讨论并修改定稿。写作分工如下：谭世贵：第一章、第四章、第五章、第十一章（五、六）；李荣珍：第六章、第八章、第十一章（一、二、三、四）；曲涛：第三章、第九章；黄永锋：第二章、第七章；王怡：第十章、第十二章。

本书的出版得到了高等教育出版社领导和编辑的大力支持和热情帮助。在此谨向他们表示诚挚的感谢和崇高的敬意！

作 者

二〇〇三年十二月二十六日

目 录

第一章 司法公正原理	1
一、司法公正的概念和由来	1
二、司法公正的构成要素	6
三、实体公正与程序公正的关系	13
四、我国的司法公正机制	19
五、我国司法公正机制存在的问题	31
六、我国司法公正机制的改革与完善	36
第二章 司法效率原理	50
一、司法效率的提出	50
二、司法效率的概念阐释	55
三、司法效率的构成要素	58
四、司法效率与司法公正的关系	65
五、影响我国司法效率的主要因素	68
六、我国司法效率机制的改革与完善	84
第三章 司法统一原理	96
一、司法统一的理论基础	96
二、司法统一的宪法依据	106
三、司法统一的体制设计	113
四、司法统一与“一国两制”	121
五、影响我国司法统一的主要因素	130
六、司法统一体制的改革与完善	140
第四章 司法独立原理	149
一、西方国家的司法独立	149

二、司法独立的国际准则	158
三、我国司法独立的沿革与特点	162
四、司法独立的基本价值	174
五、我国司法未真正独立的现实与原因	177
六、推进我国司法独立的若干建议	190
第五章 司法开放原理	202
一、司法开放的概念和含义	202
二、我国司法开放的历史进程	205
三、我国司法与 WTO 司法规则的差距	214
四、我国司法与国际人权公约的差距	222
五、各国司法改革的基本情况	235
六、推进我国司法开放与改革的若干建议	243
第六章 司法民主原理	263
一、西方国家的司法民主	263
二、我国司法民主的产生和发展	267
三、我国陪审制度存在的主要问题	271
四、我国陪审制度的存废之争	276
五、我国陪审制度的改革与完善	282
第七章 司法公开原理	289
一、司法公开的概念和意义	289
二、我国司法公开的历史发展	293
三、我国司法公开的内容	298
四、我国司法公开制度存在的问题	304
五、我国司法公开制度的改革与完善	307
第八章 司法审查原理	319
一、西方国家的司法审查	319
二、我国司法审查的确立与发展	327

三、我国司法审查的范围和特点	330
四、我国司法审查制度存在的问题	336
五、我国司法审查制度的改革与完善	340
第九章 司法证明原理	352
一、司法证明的概念与特征	352
二、司法证明的对象	360
三、司法证明的标准	371
四、司法证明的过程与方法	379
五、我国司法证明制度存在的主要问题	388
六、我国司法证明制度的改革与完善	398
第十章 司法程序原理	408
一、司法正当程序的历史演进	408
二、司法程序的立法模式	414
三、确立司法程序的原则	421
四、司法正当程序的意义	432
五、我国司法程序的缺陷与弊端	438
六、我国司法程序的改革与完善	446
第十一章 司法自律原理	453
一、司法自律的概念和意义	453
二、西方国家的司法自律	457
三、我国司法自律的历史发展	463
四、我国司法自律的主要内容	467
五、我国司法自律机制存在的问题	473
六、健全我国司法自律机制的若干建议	476
第十二章 司法受制原理	496
一、司法受制的概念阐释	496
二、司法受制的重要意义	497

三、司法受制的基本原则	500
四、我国司法受制的主要内容	502
五、我国司法受制存在的问题	508
六、我国司法受制机制的改革与完善	520

第一章

司法公正原理

一、司法公正的概念和由来

公正，即公平与正义，历来被视为人类社会的美德，是人类不懈追求的最高理想和目标。虽然“关于永恒公平的观念不仅因时因地而变，甚至也因因人而异，它是如米尔伯格说过的那样，‘一个人有一个理解’”，^①“正义具有一张普洛透斯似的脸，变幻无常，随时可呈不同形状，并具有极不同的面貌。”^②但在人类社会的发展过程中，人们对正义逐渐有了比较一致的认识和理解。

在古巴比伦《汉穆拉比法典》中就有这样的序言：我，汉穆拉比，这位光荣的较畏神的君主，应大阿奴援利尔（指天神和诸天与地的神）之召，使正义在国内昌明起来，锄奸去邪，不许强者欺凌弱者，像沙马斯（太阳与司法之神）一样开临在黔首，普照全国，以求造福人类。^③正因如此，古往今来，从古希腊哲人柏拉图的“和谐论”到当代正义大师罗尔斯的“自由

① 《马克思恩格斯选集》（第2卷），人民出版社1957年版，第539页。

② [美] 博登海默著：《法理学：法律哲学与法律方法》，中国政法大学出版社1999年版，第238页。

③ [苏] N. M. 贾可诺夫等著：《巴比伦皇帝与古巴比伦法解说》，中国人民大学出版社1954年版，第152页。

与平等论”，从孔子的“天下为公”到康有为的“大同论”，多少哲人为穷其精义而皓首穷经甚或身践力行，但历史从未对任何一方作出过肯定的回答。人性中的自由本能及社会不公的现状无疑决定了正义理念对于人类来说仍将是生命不息、探索不竭的永恒话题。

尽管因思维主体、对象及思维方法、角度的不同而使“正义有着一张普洛透斯似的脸”，但就像一块多折面的钻石，每一面都闪烁着真知灼见的光芒，因此，对历史上的种种正义观作一简要的回顾、考察和比较，对于开拓我们改造和创立优良社会制度的思维路径，必将是大有裨益的。

古希腊的柏拉图和我国古代的孔子都把整个社会阶层划分为统治阶级、辅助阶级和被统治阶级，即：一些人生来便是统治者，另一些人生来则要么是辅助者，要么就是农民、手工业者或商人。他们所指的正义就是存在于这种社会有机体各个部分之间的和谐关系，每个人都必须在其所属的社会地位上尽自己的义务，做与其本性最相适合的事情。亚里士多德则从社会伦理的角度提出了不同的看法，认为正义寓于某种平等互利之中。他将对公民美德的等量回报作为正义的分配原则。但囿于奴隶制的时代背景，他所谓的平等也是建立在尊卑悬殊的不平等社会地位之上的。与亚氏相对应的是美国社会学家莱斯特·沃德的平均主义正义观。沃德认为，正义存在于社会对那些原本就不平等的社会条件所强行施予的一种人为的平等之中。近代唯物主义的奠基者之一霍布斯偏向于用安全的方法解决政治正义和社会正义的问题。罗尔斯则试图将自由与平等这两种价值结合起来以进一步发展沃德的正义观。他认为正义观念是由两个基本原则构成的：（1）每个人对与其他人所享有的类似自由相一致的最广泛的基本自由都应有一种平等的权利；（2）社会和经济上的不平等将被安排得使人们能够合理地期望它们对每个人都有利，并使它们所依系的

地位与职务向所有的人都开放。^①

从上述关于正义的理论中，我们可以看出正义与自由、平等、安全等价值追求有着密切的联系，因此不同的理论侧重点导致不同的社会实践。如十六世纪伊始，尽管处于历史的同一纬度，中国的统治者突出安全的观念而极力降低甚至扼杀平等和自由以顽固维护封建的社会制度，而西方统治者却在并不否认安全重要性的同时，将增进自由以推动国家和社会发展作为政府的首要任务，因此资产自由化便是最优社会制度的当然选择。事实上，无论个人还是国家和社会，其欲望和期待的无穷性必然会导致价值追求的多元性。从心理学的角度讲，人类的需要主要有：（1）生理需要，（2）安全需要，（3）归属和爱的需要，（4）自尊需要，（5）自我实现需要。^②按照系统理论，处于上位的自我实现需要也即自由的需要，虽然是以其它需要为基础的，但它却可以依其地位而对其他需要发挥制约和统率的作用。因而我们认为，在正义价值中，自由是居于主导地位的，因为自由能使人激发实现其人格潜力的强烈欲望，而正是这种欲望所导致的主动性、创造性才能的发挥，才使自然的社会及社会的自然双向发展取得令人瞩目的进步。所以，在此基础上，最合理的正义要求便是“赋予人的自由、平等和安全，并应当在最大程度上与共同福利相一致。”^③

在社会制度的架构中，法律与正义的关系最为密切，因为“正义所关注的却是法律规范和制度性安排的内容，它们对人类

① [美] 博登海默著：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，1999年版，第254—256页。

② [美] 伯拉罕·马斯洛著：《动机与人格》，华夏出版社1987年版，第40页。

③ [美] 博登海默著：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，1999年版，第299页。

的影响以及它们在增进幸福与文明建设方面的价值。”^①但从法律体系的内部来看，则正义与司法制度的结合最为直接，因为司法制度具体落实、实现法律的正义，任何一种正义的法律都必须经由一个理性的程序运作过程，才可能将它们从静止的应然状态拉回到现实、生动的实然状态，从而使正义得以实现。美国著名律师布莱顿曾这样说过：“法律被称作是一门公正的科学，有人说我们都是它的牧师，因为正义是我们的信仰，我们主持它神圣的仪式。”^②在此意义上，用公正而非正义来界定司法诉讼的理念可能更具妥当性和实践性。“司法公正是人类进入文明社会以来，为解决各类社会冲突而追求或持有的一种法律理想和法律评价。它是指国家司法机关在处理各类案件的过程中，既能运用体现公平原则的实体规范，确认和分配具体的权利义务，又能使这种确认和分配的过程与方式体现公平性。”^③同时，司法公正也是人们对司法制度和由此确定的诉讼关系以及有关活动是否公正、合理的观念和行为的的要求，是一种观念形态。^④

我们认为，如果从正义的划分类别上分析，司法公正之于法律正义乃至社会正义的实现，都有独立的显著地位。古罗马法学家乌尔庇安说过：“正义，是给予每个人他应得的部分的这种坚定而恒久的愿望。”^⑤许多学者根据这一基本信念，在继承亚里士多德将正义划分为分配正义与矫正正义的基础上，又增加了契

① [美] 博登海默著：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，1999年版，第252页。

② [美] 约翰·麦·赞恩著：《法律的故事》，江苏人民出版社1998年版，第411页。

③ 吕世伦、贺晓荣：《论程序正义在司法公正中的地位和价值》，《法学家》1998年第1期。

④ 参见徐益初：《论司法公正与司法体制改革》，载于陈光中、江伟主编：《诉讼法论丛》（第1卷），法律出版社1998年版，第61—84页。

⑤ [古罗马] 查士丁尼著：《法学阶梯》，张企泰译，商务印书馆1989年版，第1页。

约正义。契约正义因更适合自然法的观点而广泛适用于个人间、群体间或国家间的协约性安排。分配正义主要关注的是如何将权利、权力、义务和责任分配给一个社会或群体的成员，这通常是由国家的立法机关来执行的；而矫正正义则是当一条合乎契约正义和分配正义的规范被一个社会成员或一方当事人违反时，由国家为之赋予积极的否定性评价或施加强制性的惩治措施。矫正正义通常是由法院或其他被赋予了司法或准司法权力的机关执行的，这种执行的活动就是司法诉讼程序的运行。由此，既然司法被喻为和平年代社会正义的最后一道防波堤，那么司法公正的理念也就凸显其不可替代的重要性。

我们认为，如果从正义理念的起源和发展形态上考证，司法公正不仅是正义的起点，也是正义的落脚点，这一点从我国“法”字的溯源“灋”中可见一斑。据东汉《说文解字》释义：“灋，刑也。平之如水，从水；所触不直者，去之，从去。”由此可以并非无端地想象和推论：首先是代表正义和主持正义的司法官，凭借神意裁判的形式，使正义的期待获得现实的印象并在累加的诉讼实践中渐渐形成一种确定的正义规则。这些长期积累下来的规则，不仅为发现和确定生活中的实体正义提供了手段和范围，也成为对这些实体正义规则进行试金与实现的保证。正如黑格尔所说：“凡是合乎理性的东西都是现实的；凡是现实的东西都是合乎理性的。”^① 司法程序作为一种社会存在，自然具有一种历史发展的不可替代的独立地位。一种存在如果没有一定的理念支撑，那么它也就像一具没有灵魂的躯体一样。司法公正所具有的连接实体正义乃至法律与社会正义的桥梁作用，使任何对其以偏概全的否定，都是对具有系统性建构的正义的忽略。尽管马克思曾指出：“如果认为在立法者偏私的情况下可以有公正的法官，那简直是愚蠢而不切实际的幻想！既然法律都是自私自利

① [德] 黑格尔著：《法哲学原理》，商务印书馆1961年版，第11页。

的，那么大公无私的判决还能有什么意义呢？法官只能够丝毫不苟地表达法律的自私自利，司法只能够无条件地执行它。在这种情况下，公正是判决的形式，但不是它的内容，内容早已被法律所规定。”^①但值得商榷的是，这是否也能同样地认为：在一个体制肮脏的社会，就不可能有善良的公民呢？在抛开马克思对“匠人”法官的定位而接受其历史背景下主体论断正确性的同时，我们也可以反过来这样说：如果司法失去公正性，那么法也就丧失了可视公正，就像人丧失了意识与思维而成为“植物人”一样，法也就成为了“植物法”。因此，无论是司法理论还是司法实务，对司法程序及公正价值实现的研究，都是十分必要和亟待拓展的。

二、司法公正的构成要素

司法公正既是抽象的，同时又是实实在在的和可以看得见的。根据司法的理论与实践，司法公正主要由以下要素构成：

1. 司法程序的公开性。

俗语说：阳光是最好的防腐剂。司法公开既是司法公正的重要标志，又是司法公正的重要保证。具体体现在以下几个方面：（1）公开性是由权利的平等性所决定的，因而它的首要之义是对双方当事人的公开。在诉讼程序启动之后判决未作出之前，罪与非罪是有待确定的，这种未定性决定了被告与原告的身份应该是平等的，决不能因诉讼主体名称的不同而遭法官对其主观印象的任意褒贬和客观诉讼地位的差异对待。而且，鉴于国家追诉机关的强大职权，为防止这种职权的不当扩张，对被告人的地位更应给予平等的保障。这种平等地位的保护只有在公开的条件下，才能被当事人特别是被告人具体地感受、比较和体会，由此才能调适自己最佳的应诉心态，才能激发更多的对质与较量，从而使

^① 《马克思恩格斯全集》（第1卷），人民出版社1956年版，第178页。

法官得到更有利于公正裁决的第一手资料与信息，因为“人不患贫而患不均”，更何况是在特定的具有威慑力的诉讼环境中。

(2) 公开性是由司法机关作为国家机关之一而应有的谦抑性所决定的，因而它的次要之义是对社会的公开。司法机关是国家赋予强大权力的机关，如果这种权力用之适当，则将维护当事人的应有权利，维护社会公正；反之，如果这种权力不受相应的制约，则会给这种权力的泛滥造成极大的方便，从而不仅给当事人造成难以弥补的心灵、身体创伤或财产的损失，而且也会影响社会的安定甚至引起动荡。这种情况在一方当事人（犯罪嫌疑人）因诉讼身份不同而其自由先行受制的刑事诉讼中，更具有特殊的重要意义。那么，制约这种权力滥用的武器是什么呢？就是公开，不仅对当事人公开，也要对社会公开；不仅审判程序公开，而且起诉、执行等诉讼程序也要公开。唯其如此，才能使程序始终为社会公众所关注，使正义因审判官感受公众的监督、关注而不被亵渎；才能使正义的理念因双方当事人所受平等、公正对待而在公众中得以传播。总之，只有司法公开，才能使诉讼主体的活动暴露得一览无余而不留下任何能够暗箱操作的机会；只有司法公开，才能使法官得到更充分的质证、听证，从而作出正确的判决；也只有司法公开，才能使当事人和社会公众消除任何对司法不公的质疑而方便判决的执行，从而优化和树立司法的公正形象。

2. 裁判人员的中立性和独立性。

诉讼纠纷的起因在于双方当事人之间对利益的不同认识，这种不同认识难以相互妥协的结果是双方共同期待由某一无关争执利益的第三者凭公裁断。人类这种于事诉求他人的心理抑或是在感受“类居”的幸福时就存在了。所谓公正，意为“二极端之中道”。^① 即：判决在诉讼两造之间不偏不倚。这种不偏不倚的

^① [古希腊] 亚里士多德著：《伦理学》，商务印书馆 1933 年版，第 10 页。

状态只能由以下两种情况促成：（1）裁判人员与案件利益无相关性。“事不关己、高高挂起”。如前所述，人既然是有利己本性的，因此事关自己直接或间接利益的司法官，即使有莫高的修行而从严律己，这种克制仍是让人质疑的。（2）司法官的情感自控性。人是有感情的，而且人往往基于自信而同情弱者，但在诉讼中，谁是真正的弱者，谁是真正的应受法律制裁的人，在没有亲历审判之前是不可知的，因为即使再强悍的违法者也存有令人怜悯的弱位受护的可能性，所以司法官确实应具有大智大仁的对人能够给予终极关怀的品德和性格，避免任何先入为主的判断。当事者迷，旁观者清，法官是导演而不是演员，如果旁观者加入了当事者的纷争，那么理智终将被情感所压倒，而这与公正所要求的法官的品格是相悖离的。

既然法官的中立性对法官的道德、品质和理性认知能力提出如此之高的要求，那么按照人性相通并且人人平等的基本属性，除了把好选才关而确保其德才兼备外，还须建好“蓄才池”，即在程序中设置让法官独立审判的机制，使其能够自我控制并无后顾之忧。这就需要：（1）应使法官对案件有完全独立的裁判权力并承担相应的责任。兵法曰：“疑人不用，用人不疑。”如果既希望法官奉公执法，但又存有私心和戒心而不予以放权，那么在这种不受信任和尊重的气氛中，作为法官本人，他要么是基于强势而畏缩，要么是故作混然无知而对司法公务漠然不顾。无论何种情况都无法使公平和正义感在法官心中真正强烈地形成，这是因为自尊与责任需要强势地位的支撑和保护，而没有独立的权力，情感公正的“培养皿”就将因缺乏营养供应而枯竭，所以指望自身不独立的法官鼎力保障当事人的独立与平等往往只能是一种奢想，而且其本身对法官也是极为不公正的。（2）应使法官拥有一定的自由裁量权。实体法是人类对政治、经济、文化等方面习俗的规范化总结，并对人们的生产、生活起着指引和制约的作用。但是，一则生活是一个“万花筒”，二则人类活动是不