

谢佑平◎主编

司法公正的建构

法律规范与具体案件之间的内在矛盾性，决定法官在适用法律案件时，必须借助于一定的工具，才能将抽象的法律规范适用于具体的案件环境，实现两者的对接。正如学者指出的一“法律，总理在这中间起着理解、解释、而是通过被解释变得具体有效”，而法官的责任就是“将法律应用到个别案件时，根据他对法律的解释来解释法律”。但是，由于法官之间不同的知识水平和个人因素，不同的法官可能对法律产生不同的理解，从而对法律做出完全不同的解释。这种理解和解释上的差异，使得法律的适用因解释变得不确定。传统法学曾认为法律规范的适用是确定的，但是，现实主义法学的兴起打破了这一神话。美国现实主义法学家卢埃林指出，法律是不确定变化的规则，它不仅包括“书面规则”，而且还包括“现实规则”；后者是更重要的部分。书面规则仅仅告诉人们应当如何行为，但人们实际上如何行为并不完全符合书面规则。只有对人们的行为特别是法官的行为进行社会学分析，人们才能发现现实规则是什么。书面规则的作用只有在研究现实规则时才能够发挥。因此，书面规则是不确定的。他提出，法官在适用法律时应当具有的必要而又没有人们去发现的那么重要。一个所谓“第一原则”或案件一般理论，看来在某种意义上，不能比数学原理重要。而且他使法官给案件“一个解释”。法律研究的重要应当从传统的研究转向对司法人员的案件行为特别是法官的行为进行研究。——在我看来，这些可使人们在解决纠纷时的先行为就是法律本身。

中国检察出版社

中国法学会暨上海市法学会 2004 年度课题

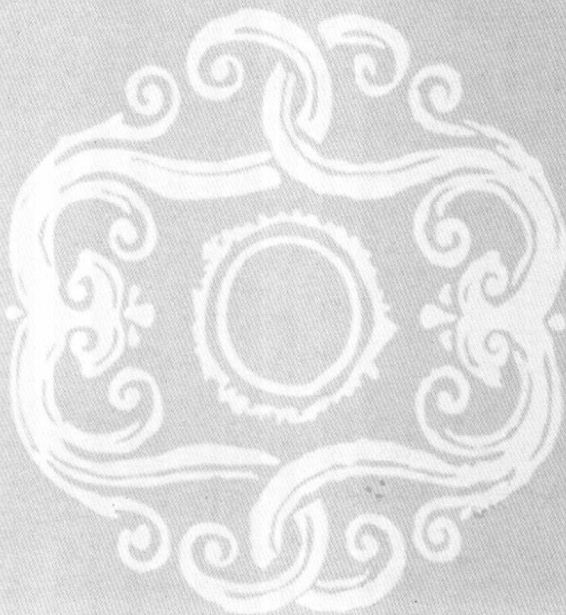
司法公正的建构

主 编 谢佑平

副主编 杨 楠

撰稿人 谢佑平 杨 楠 任 蓉

闫自明 李 健 姜袖伟



中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

司法公正的建构/谢佑平主编. —北京: 中国检察出版社, 2005
ISBN 7-80185-408-X

I. 司… II. 谢… III. 司法制度—研究 IV. D916

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 036542 号

司法公正的建构

谢佑平 主编

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电子邮箱: zgjcbs@vip.sina.com

电 话: (010)68658767(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市印刷厂

开 本: A5

印 张: 9.625 印张 插页 4

字 数: 267 千字

版 次: 2005 年 6 月第一版 2005 年 6 月第一次印刷

书 号: ISBN 7-80185-408-X/D·1386

定 价: 20.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

前 言

在人类社会法律秩序的建构与维护中，司法的作用是极其重要的。社会纠纷的解决方式多种多样，如调解、仲裁、行政复议等，但是，在所有的方式中，惟有诉讼即司法是解决纠纷的最终手段，它最权威、最彻底、最有效。如果其他解决纠纷的方式还可以不公正的话，那么，诉讼或司法必须公正。历史表明，司法的不公正的后果，是极其严重的，可能危及政权的稳定。司法是如何产生的，司法在社会秩序维系中应当具有什么样的作用，司法权如何与国家其他权力相协调，司法权在司法系统内部如何配置，司法机器如何才能科学、高效运转等，是长期困扰我们的理论问题。惩治腐败，倡导廉政，是我国的基本国策。治理腐败，需要通过司法。树立司法的权威，开展权威的司法，是惩治腐败的有效手段。总体上说，我国的司法是公正的。但是，司法不公的现象依然存在，个别地方甚至存在司法腐败。这些现象是怎么产生的，情况怎样，原因何在，如何治理，怎样才能实现司法公正等，是我们必须面对的问题。因此，对上述问题开展研究，无疑具有重大意义。

本课题较深入、系统地研究了以下问题：司法行为的产生、司法机制的出现、司法活动在社会秩序建构中的作用，司法在权利保障方面的本质。一方面，司法公正是法治的表现和要求；另一方面，法治建设需要公正的司法作保障，司法不公或司法腐败会从根本上破坏法治。司法公正既是司法的最本质要求，也是司法赢得公信力的根本依据。因此，本课题研究了司法公正与法治的关系，论述了司法在法治社会中的角色定位，提出了提高我国

法治水平的基本要求。司法的角色形象应当是中立的，否则，司法的结果难以为双方认同。司法独立指司法权在国家权力结构中的独立性和司法权行使过程中司法主体的自主性。司法独立既是司法程序和司法价值的要求，也是现代政治的要求。本课题论述了两者的关系，分析了我国司法独立存在的问题，提出了健全司法独立的若干建议。世界各国关于司法独立的认知是相同的，但司法权的宪法配置与司法体制是不一样的。本课题从比较法的角度，考察了各国司法权的宪法配置和司法体制，揭示其发展规律和成功经验，研究了中国司法权宪法定位的历史和现状，探讨司法权宪法配置的理论基础和发展方向，探讨了我国公、检、法三机关关系中存在的问题及解决方案。建立法治国家，必须正确处理行政权与司法权的关系。当务之急，是解决好刑事诉讼中的行政与司法的关系。当前，刑事诉讼法学界所研究的警检一体化、审判中立、司法审查、诉讼构造等，本质上都是行政权与司法权的关系问题。本课题用行政权与司法权关系的基本原理，对上述争论不休的问题进行了研究，得出了相应答案。司法公正的实现，对司法主体的素质有相应要求。现代司法主体的素质构成应当包括专业水平、司法理念、人格品质和实用经验等内容。本课题探讨了司法主体对司法公正的影响，考察了国外相关制度，分析了中国法官、检察官、律师制度的现状、问题与历史成因，提出了建立中国专业化、精英化司法队伍的具体改革建议。在很大程度上，司法公正是司法的程序公正。在程序不正当、不公正的情况下，实体公正既难于实现，也不被承认。因此，本课题研究了诉讼程序的价值，分析了中国诉讼法制建设的历史与现状、诉讼模式的选择与效果。从总体上提出了吸收当事人主义诉讼模式合理内核改造我国诉讼程序的远期和近期目标。监督机制对司法公正有重要影响，本课题就权力机关对司法的监督、司法机关内

部制约机制的健全提出了具体构想，就大众传媒对司法公共问责功能的强化提出了完善建议。

本课题由谢佑平教授拟订大纲、组织研究和统一定稿，杨楠副主编做了大量协助工作。具体分工是：谢佑平（复旦大学法学院教授）：第一章、第七章（合作）、第八章。杨楠（国浩律师集团（上海）事务所律师）：第二章、第三章、第七章（合作）。任蓉（复旦大学法学院刑事司法博士研究生）：第四章。闫自明（复旦大学法学院诉讼法硕士研究生）：第五章。李健（复旦大学法学院诉讼法硕士研究生）：第六章。姜袖伟（复旦大学法学院诉讼法硕士研究生）：第九章。

课题负责人：谢佑平

2005年2月28日

目 录

第一章 司法权的产生与司法公正的意义	/1
一、秩序建构与司法权的产生	/1
二、司法公正的意义	/21
第二章 司法公正与法治	/30
一、司法与法治	/30
二、司法公正与法治	/37
第三章 司法公正与司法独立	/41
一、司法独立的法理基础	/41
二、司法独立的内涵	/45
三、司法独立的价值分析	/49
四、我国的司法公正与司法独立	/51
第四章 司法权的宪法配置与司法体制	/53
一、国外模式考察	/53
二、宪政视野中的公、检、法三机关关系	/72
第五章 司法公正中司法权与行政权的协调	/81
第一节 司法权在国家权力结构中的地位	/83
一、司法权在国家权力结构中具有独立性	/84
二、司法权对政治结构的平衡	/88
三、司法权对政治国家的维持	/91

第二节 行政权在国家权力结构中的地位	/93
一、宪政背景下行政权的特性	/94
二、“行政国家”之观念及其实践	/97
三、“行政国家”与“宪政国家”	/102
第三节 司法审查制度的确立及其内容和意义	/105
一、司法审查制度的确立	/106
二、司法审查制度的内容	/110
第四节 行政行为司法化及其对于宪政的意义	/121
一、行政行为司法化的含义及其表现	/122
二、行政行为司法化的宪政意义	/126
第五节 司法行为行政化的危害及其批判	/130
一、司法行为行政化的含义及其表现	/130
二、司法行为行政化的危害及其检讨	/135
三、司法改革：走出行政化的误区	/137
第六章 司法公正与法官、检察官制度	/141
一、司法公正与司法主体	/141
二、司法公正与法官制度	/144
三、司法公正与检察官制度	/153
第七章 司法公正与律师辩护	/164
一、刑事辩护制度的理论基础	/164
二、刑事辩护制度的历史嬗变	/167
三、刑事辩护国际标准的内容	/180
四、律师辩护的优越性	/187
五、属性解读：律师职业透视	/195
六、中国古代“辩护士”、“讼师”	/221
七、中国律师辩护制度实证分析	/242

第八章 司法公正与诉讼程序	/253
一、诉讼程序的价值	/253
二、程序优先理论的功能	/260
三、中国现行司法程序的结构缺陷	/262
四、中国诉讼程序改革的目标与步骤	/268
五、刑事诉讼程序的完善	/272
第九章 司法公正与监督机制	/278
一、监督机制对于实现司法公正的价值	/279
二、我国现行监督机制特点及存在的问题	/281
三、我国司法监督机制完善	/283
主要参考文献	/292

第一章 司法权的产生 与司法公正的意义

一、秩序建构与司法权的产生

(一) 法律秩序的建立与维系

人类社会制度史表明，建立符合自身利益需要的社会法律秩序，是稳固统治地位和维持社会存续发展的理想方式。法律，是由一定物质生活条件所决定的统治阶级意志的体现，是由国家制定或认可并由国家强制力保证实施的行为规范，它通过对人们权利与义务内容及其关系的规定，确认、保护和发展有利于统治阶级的社会关系和社会秩序。在没有国家和法律的社会，是无所谓刑事诉讼的。“十分单纯质朴的氏族制度社会解决冲突的基本形

式，是氏族组织在公共舆论、道德、习惯力量等支配下的仲裁”或者“以牙还牙，以血还血”式的同态复仇。因此，法律秩序的产生和存在，是刑事诉讼缘起的前提和基础。

1. 国家与法律

国家和法，不是从来就有的，是人类社会发展到一定阶段的产物，是阶级矛盾不可调和的表现和结果。

在原始社会中，社会生产力极为低下，与此相适应，生产关系的基础是生产资料的原始公有制。当时生产工具的极端简陋和落后，使个体的人不可能与自然界作斗争，共同劳动、平均分配成为必需。没有剩余，没有私有制、剥削和阶级，也没有国家和法。在原始社会中，调整人们在生产和生活中相互关系的行为准则，是世代相传的各种习惯，原始习惯对全体氏族成员具有普遍约束力。当时，人们对习惯的遵守不是以暴力为后盾，而是靠人们的自觉性、社会舆论的力量和氏族首领的威望。由于没有系统的、采用暴力和强迫人们服从暴力的特殊机构，氏族成员的冲突和纠纷大都通过原始习惯予以解决。这正如恩格斯所说：“没有军队、宪兵和警察，没有贵族、国王、地方官和法官，没有监狱，没有诉讼，而一切都是有条有理的。一切争端和纠纷，都由当事人的全体即氏族或部落来解决，或者由各个氏族相互解决；……在大多数情况下，历来的习俗就把一切调整好了。”^①

随着生产力的发展，人们的劳动产品除了维系生存外，开始有了剩余，出现了产品交换和剥削。同时，氏族不再是共同劳动的组织，集体劳动开始过渡到个体劳动。个体劳动要求实行生产资料私有制，要求产品由公有财产转变为私有财产。私有制，是产生阶级和剥削制度的根源。在第一次社会大分工中，也就产生

^① 《马克思恩格斯选集》（第4卷），第92页。

了第一次社会大分裂，即分裂为两个阶级：主人和奴隶、剥削者与被剥削者。^① 在后续的两度社会大分工中，又分离出了商人、高利贷者和债务人，他们之间又产生了日益严重的阶级矛盾和斗争。奴隶主阶级为了镇压奴隶的反抗，维护其经济上的统治地位，巩固其对奴隶实行剥削和压迫的权力，需要一种暴力组织作为特殊的强制机构以凌驾于社会之上。这种从社会中产生又掌握在奴隶主阶级手中的暴力组织，就是国家。因此，可以说：“国家是社会在一定发展阶段的产物；国家是表示：这个社会陷入了不可解决的自我矛盾，分裂为不可调和的对立面而又无力摆脱这些对立面。而为了使这些对立面，这些经济利益相互冲突的阶级，不致在无谓的斗争中把自己和社会消灭，就需要有一种表面上驾于社会之上的力量，这种力量应当缓和冲突，把冲突保持在‘秩序’的范围以内；这种从社会中产生但又自居于社会之上并且日益同社会脱离的力量，就是国家。”^② 国家，是阶级矛盾不可调和的产物和表现。“在阶级矛盾客观上达到不能调和的地方、时候和程度，便产生国家。反过来说，国家的存在表明阶级矛盾不可调和。”^③

国家产生后，统治阶级为了适应阶级斗争的需要，不仅要借助于国家这一暴力机器，而且需要建立新的社会规范以调整分裂为阶级后的社会关系，使统治阶级的地位合法化和稳固化。因此，当人类社会发展到一定的阶段，社会产生了这样一种需要，即把人们每天重复着的生产、分配和交换产品的行为用一个共同规则概括起来，设法使每个人服从生产和交换的一般条件。这一

① 《马克思恩格斯选集》（第4卷），第157页。

② 同①，第166页。

③ 《列宁选集》（第3卷），第175页。

共同规则，首先表现为习惯，后来，随着阶级的出现，习惯便成了法律。由于法律的产生，就必然要建立以维护法律为职责的公共权力机关，于是警察、法官、监狱等国家机器出现了。可见，在阶级社会中，统治阶级“除了必须以国家的形式组织自己的力量外，他们还必须给予他们自己的由这些特定关系所决定的意志以国家意志，即法律的一般表现形式”。^① 统治阶级通过法律规定人们应该做什么，不应该做什么，怎样做是合法的，怎样做是违法的，违犯了法律的规定，就要受到国家的制裁。这正如恩格斯所说：“官吏既然掌握着公共权力的征税权，他们就作为社会机关而驾于社会之上，从前人们对于氏族制度下机关的那种自由的、自愿的尊敬，即使他们能够获得，也不能使他们满足了；他们作为日益同社会脱离的权力的代表，一定要用特别的法律来取得尊敬，由于这种法律，他们就享有特殊的神圣和不可侵犯的地位了。”^② 可见，法律，是通过国家制定或认可并依靠国家暴力保证实施的行为规范。法律的产生，同国家一样，也是阶级矛盾不可调和的产物和表现。

在阶级社会中，任何一种类型的国家和法律制度，无不反映出统治阶级的政治。法律作为通过国家政权机关表现出来的统治阶级的意志，只有通过统治阶级才能以国家的名义宣布为具有普遍约束力的国家意志，任何人都不得违反，否则，将受到法律的制裁。可以说，法和国家一样，都是保护一定的统治阶级利益的工具。国家与法律的关系表明，如果没有国家的强制力量，任何宪法和法律都不可能发生效力，都将成为一纸空文。列宁说：

① 《马克思恩格斯全集》（第3卷），第378页。

② 《马克思恩格斯全集》（第4卷），第167～168页。

“如果没有政权，无论什么法律，无论什么选出的机关都等于零。”^①又说：“用‘意志的明显表现’之类的空话来搪塞是不行的：意志如果是国家的，就应该表现为政权机关所制定的法律，否则，‘意志’这两个字只是毫无意义的空气震动而已。”^②因此，国家与法律是不可分离的，统治阶级通过国家政权机关制定和颁布法律；法律一旦制定，就须依靠国家强制力保证其施行。

作为由国家机关制定和认可的法律，具有以下特征：其一，规范性。法律是调整人们社会关系的行为准则，是肯定的、明确的和普遍的社会规范。任何统治阶级总是从自己的利益出发，通过国家将现存社会制度下人与人之间在经济、政治等各方面的关系固定化、制度化和法律化，从中概括出人们行为必须遵守的一般准则，规定人们可以怎样行为、应该怎样行为或不应该怎样行为，倡导并要求人们实施有利于统治阶级的行为，禁止人们的行为违背统治阶级的利益，指明违反法律规范所必须承担的法律责任。其二，强制性。法律是一种国家意志，由国家强制力保证实施，在国家权力管辖的范围内对全体社会成员具有普遍的约束力。在阶级社会中，由于被统治阶级的反抗和破坏，法律的实施必须以国家暴力为后盾。施行国家暴力的突出表现是对违法行为予以惩罚和制裁。正如列宁所说：“一般用什么来保证法律的实行呢？第一，对法律的实行加以监督。第二，对不执行法律的加以惩办。”^③可见，徒法不足以自行，法律的施行需要一系列具有暴力色彩的国家机关、警察、法庭、监狱等，暴力机器的存在

① 《列宁全集》（第11卷），第98页。

② 《列宁全集》（第25卷），第75页。

③ 《列宁全集》（第2卷），第253页。

不可避免。其三，稳定性。法律是社会经济发展到一定阶段的产物，它也随着社会经济、政治等情况的发展变化而不断完善和更替。但是，法律是一种特殊的社会规范，不可朝令夕改，任何法律在未经法定程序修改和废除以前，应当是有效的，具有稳定性和连续性。正因为如此，人们才可以普遍地预知国家对自身行为所持的态度，预测自身行为与法律允许范围的适应度，进而选择和规范正确的行为方向与模式。

总之，法律无论是镇压敌对阶级的反抗，还是调整统治阶级的内部矛盾，其目的都在于实现统治阶级的政策和国家职能，稳固符合统治阶级需要的社会关系，建立和维护有利于社会存续的法律秩序。

2. 权利与义务

法学基础理论表明，社会法律秩序的建构实质上是权利和义务的设定、分配、落实和保障的过程。法律的制定，是以规范社会主体的地位即权利和义务为基本内容的。可以说，法律部门是特定种类的权利义务所组成的群落；法律体系是权利和义务的等级结构和横向联结所组成的统一体；法律责任和法律制裁是权利和义务的延伸；法律意识和法律行为是社会主体对权利和义务的认识、评价和实践；法律秩序是以权利和义务形式所表现出来的社会关系。

在阶级社会中，统治阶级是通过确认和设立社会主体的法律地位来分配权利和义务的，制定法律的过程，也就是把某些权利和义务同某种法定地位联结起来的过程。例如，奴隶社会中的主人、奴隶，欧洲中世纪时的公爵、骑士、农奴，现代社会中的选民、股东、合同当事人，以及丈夫与妻子、父母与子女等等，都是有法律意义的社会主体。凡是占据了某种法律地位的社会主体，也就进入了某种特定的法律角色，从而可以享有该角色所包

含的权利并承担相应的义务，在人类社会的早、中期，法定社会地位具有等级性和封闭性特征，权利和义务的分配缺乏统一标准，立法形式上表现出特权阶层和差别对待。在现代社会，社会主体的法定地位在最基本的权利享受和义务承担方面是平等的，不因性别、种族、民族、肤色、语言、信仰以及财产多寡而有差异。

无论是作为个体存在的个人，还是作为团体存在的若干人的集合，其存在和发展都有赖于必要的行为自由，以显示其个性、实现其目的、履行其职责。权利，正是对社会主体在一定程度内的行为自由的法律确认，是通过法律予以承认和保护的利益以及社会主体根据法律作出选择以实现其利益的一种能动手段。在法律秩序的运作过程中，权利始终处于重要地位。权利构成法律体系的核心，法律体系的许多因素都是由权利派生出来的，由它决定、受它影响，权利在法律体系中具有关键作用。一般来说，在对法律部门、法律体系及其结构进行广泛解释时，权利始终处在起始的位置，是法律体系主要的、中心的环节，是任何法律规范的基础。因此，权利是最能与现实生活联系起来的范畴，它是在一定社会生活条件下人们行为的可能性，是社会主体自主性、独立性的表现，是社会主体行为的自由。“权利，是国家规范的客观界限，是国家创设规范时进行分配的客体。法的真谛在于对权利的认可和保护。”

法律权利的界限，主要表现为以下几个方面：首先，法律权利所体现的主体自由意志是特定的。主体的自由意志在任何时候都受客观条件和主观因素的制约，权利主体的自由意志是被规范化的，其主动性和能动性的展现被限制在一定范围内。权利主体在行使权利过程中，要受法律规定的限制，权利主体对所享有利益的获得只能在法律所允准的范围内进行，同时，法律以违法责

任的设立加以监护。其次，权利的法律设定，是对社会主体各自特定社会地位差异的肯定，法律权利标明了主体既自由又非自由的意志界限，反映出立法者所能给予人们利益的一定限度，国家所能承受的程度，以及在何种范围内建立秩序的意向。再次，法律权利的平等只是法律形式上的平等，并不等于社会公平，当法律权利对各主体之间的差异进行肯定时，便将法律平等建立在一个不平等的基础上，而当法律以同一标准对待不同的权利主体时，这种不平等便进一步加深。第四，法律权利从产生之日起便分裂为两个部分，即法定权利与实在权利。法定权利表现为法律形式的规定，是纸上的东西，是一种理想状态的权利；实在权利是现实生活中人们实际享受或行使的权利。法定权利与实在权利既相联系，又有区别，一般来说，在阶级社会中，法定权利与实在权利并不完全一致，往往存在差距。

与权利相对的是义务，义务是国家通过法律规定的，权利相对人应当适应权利主体的正当要求而作为或不作为的约束。社会主体的权利，通常是通过权利相对人履行义务而实现的。

义务与权利的关系，可以从下述几方面予以理解。

第一，义务来源于权利。义务实质上是权利的引申和派生物。当立法者发出禁令，要求人们承担起某种普遍的义务时，只有当它从权利中合理地被引申出来时，它才能成为一种合理的存在，如“不得杀人、伤人”这一义务，是渊源于人们有生存和健康的权利；而不是因为有“不得杀人、伤人”的义务，我们才有理由生存下来。

第二，义务是为了适应权利的需要而被设定出来的。为了保障和实现人们平等享有的普遍权利，普遍的义务约束才成为必要。当立法者为人们设定新的义务时，其能够加以援引的惟一正当理由，就是这将有损于人们原本享有或新近享有的权利。