

# 中国审判

# 理论研究

国家社会科学基金资助课题

ZHONGGUO SENG PAN LILUN YANJIU

主编 王洪俊  
副主编 张卫平  
重庆出版社



国家“七·五”社会科学基金资助项目

# 中国审判理论研究

顾 问：陈光中  
刘家琛

主 编：王洪俊  
副主编：张卫平

重庆出版社

1993年·重庆

## 序 言

理论来源于实践并指导实践,没有实践的理论是空洞的理论,没有理论指导的实践是盲目的实践。我国的审判工作,从土地革命中期至今,已有 60 余年的历史,积累了丰富的实践经验,特别是解放以来,审判机关日臻完善,审判队伍逐步壮大,其政治业务素质不断提高,审判经验日益丰富。为了适应市场经济体制的建立和发展,创建具有中国特色的社会主义审判的理论体系,必须对符合市场经济规律有益的审判经验予以认真总结,并加以科学概括上升为理论,使之更好地指导审判实践,以适应改革开放和现代化建设的需要。这也是当前审判工作急待解决的重要问题,因此我们以《中国审判理论研究》为题撰写了本书。

本课题系国家社科基金“七·五”资助项目之一,经本组同志的共同努力,完成了该课题的写作任务。

本专著以马列主义毛泽东思想为指导,以服务市场经济为基点,以外国有益的审判经验为借鉴,并从我国国情出发,拟定了总论、刑事审判理论研究、民事审判理论研究和行政审判理论研究等四大部分作为本书的主要内容,并围绕如何完善具有中国特色的社会主义审判制度,从理论上对审判中的一些主要问题予以探究。

### 一 总论部分

1. 在“审判权”一章中,对审判权在基本权力结构中的方位、审判权的基本涵义、构成、审判权行使的价值目标以及审判权行使的基本规范等问题进行了深入的探讨,廓清了过去对审判权问题的模糊认识,填补了审判权理论研究的空档。

2. 在“审判公正”一章中,探讨了它所具有程序公正和实体公正的两层内容及其二者的辩证关系。提出了要实行审判公正,有赖于审判主体独立,当事人合法请求和主张的同等尊重、案件事实过程的真实再现和适用法律的准确无误。

3. 在“审判责任制”一章中,从分析我国法院体制的现状出发,指出我国的法院审判委员会决定案件和院、庭长审批案件的制度,存在“先定后审”的弊端。这种审、判分离的现状必须彻底改变,提出应积极创造条件,逐步取消审判委员会决定案件和院、庭长批案的制度,实行合议庭和审判人员负责的审判责任制。

## 二 刑事审判理论研究部分

1. 在“刑事审判本质和目的”一章中,提出了刑事审判在本质上是对国家与公民个人之间最严重利益冲突的法律裁决,它是以国家与个人之间的尖锐对立为基础的;在近代以来的法治社会,由于政治上的民主和公民相对于国家主体地位的确立,刑事审判的目的由原来单纯惩罚,转变为惩罚犯罪与保障人权并行。这两个目的在现实中的对立,要求立法机关本诸利益均衡原则进行政策选择。在我国应当在继续坚持惩罚犯罪的同时,逐步加大保障人权的力度和分量。

2. 在“刑事审判模式”一章中,认为我国刑事审判模式属职权主义范畴,它使审判权力集体化,导致庭前调查过程的秘密化,辩护权能作用受限和庭审流于形式。因此,应从强化审判人员在审判中的职权;改革控、审关系,实行起诉状一本主义;确立审判的言词、直接原则,缩小庭前活动的范围和权限;扩大律师的辩护权利,注重发挥法庭辩论的作用,以调动控辩双方的积极性等来完善我国的刑事审判模式。

3. 在“无罪推定原则”一章中,认为刑事司法的利益机制,决定了无罪推定原则的价值取向。在刑事司法中,利益关系的具体内容

主要是国家整体的法律秩序与社会安全和被追究刑事责任者的个体利益两个方面。无罪推定是从保护被告人合法权益的角度表现其价值的,可以说,保护人权,就是无罪推定的价值观。我国长期以来关于无罪推定的论争,实质上是制度与观念之争。从我国法律精神和长远目标看,刑事审判中实质上体现了无罪推定的思想。我国应通过立法形式明确规定无罪推定原则,将部分隐蔽于法律条文中的无罪推定思想公开化。

4. 在“刑事审判中的事实认定”一章中,提出了法院在有罪判决中认定的事实(实体真实)本质是相对真实,但它带有绝对性。认定事实必须以实体真实与正当程序的统一为基础原则,为此要求认定事实的根据必须坚持真实性与合法性的统一,以合法性为原则,严格限制违法收集的证据的证据能力;认定事实的程序必须实行法院的审理义务与双方的证据责任相统一,逐步强化控方的举证责任和辩方的举证辩护权利;对于事实的最后认定必须实行自由心证原则,以保证审判人员发现实体真实的主观条件,同时,又要进行合理限制,防止主观臆断。

5. 在“刑事审判错误及其矫正”一章中,认为矫正错误应当遵循全面审查原则,实事求是、有错必纠原则。审判错误矫正机制的完善措施是:在审理方式上,正确处理直接审理、书面审理和庭外调查讯问的关系;在运行机制上,要提高纠错工作的效力;在诉讼主体上,应充分发挥律师的作用;在纠错原则上,应确定再审不加刑原则。

### 三 民事审判理论研究部分

1. 在“对民事审判的一般界定”一章中,对民事审判的内涵作了较全面的分析,提出了民事审判包括一般民事审判和特殊民事审判的观点,并分析了两类民事审判的差异。

2. 在“构造民事审判的事实因素和法律因素”两章中,较全面

地分析了民事审判的构造因素,认为“一定的民事案件”是构造民事审判的事实因素,诉权是构造民事审判的法律因素。

“一定民事案件”(即“可诉民事案件”)的确定,必须遵循法治原则、经济原则,并综合考虑法院的民事审判能力,司法组织解决民事案件的能力和民事案件的特点等六个因素。针对我国现行立法存在的缺陷,作者提出了具体的修改和建议。

对民事诉权作了新的解释,认为它是“由一定民事案件的特定利益主体享有,旨在通过实施诉讼行为,请求法院对民事案件进行审理并依法予以解决的基本权利”。提出了“多元诉权主体论”,认为诉权的主体不仅限于实体当事人。

3. 在“民事审判的基本价值目标”一章中,认为公正与经济是民事审判的基本价值目标。对民事审判的公正性、经济性作了细微分析,揭示它们之间的关系。从实现审判公正的角度,提出了一系列立法建议。如禁止法官兼职、拓宽协议管辖的适用范围,强化开庭审理和确立多元化的民事审判组织模式,设立顺畅快捷的民事审判程序等等。

#### 四 行政审判理论研究部分

1. 在“行政审判的本质取向”一章中,提出了行政审判的本质取向应当是监督和制约,维护是由这一本质取向所附带和派生的。

2. 在“行政审判的范围”一章中,较详细地阐述了抽象行政行为和具体行政行为的界定,影响行政审判范围的参数,以及行政诉讼法有关行政审判范围规定的适用。

3. 在“行政审判与行政不作为的司法救济”一章中,对如何认定行政不作为违法重点地进行了阐释,廓清了过去理论研究中存在的问题。

4. 在“行政审判的根据与行政规范性文件”一章中,科学地阐明了行政规章在行政审判中的应有价值和位置,对行政审判中如

何正确理解和“参照”行政规章提出六个应当注意的问题，并阐述了自己的观点。

5. 在“行政审判中的司法变更”一章中，论述司法变更问题不是对理论界有关探讨的归纳和总结，而是从宏观和微观上对司法变更的问题进行了深层次探讨。尤其是在司法变更的具体适用方面，关于更有可操作性的论述，使司法变更的探讨达到了新的层次。

我们认为，任何理论探讨都不是十全十美的。理论探讨的成熟和科学取决于多方面的原因，充分的实践和体验是其基本条件，因此，我们对审判实践认知的局限性，必会使审判理论的研究带有某些缺陷，欲加弥补，只能是实践的深入和深入的实践，以期使理论研究更加完善。

王洪俊  
一九九三年七月

## 目 录

## 总 论

|     |                          |       |
|-----|--------------------------|-------|
| 第一章 | 审判权 .....                | ( 3 ) |
| 一   | 审判权在国家权力结构中的维度 .....     | ( 4 ) |
| 二   | 审判权基本涵义揭示 .....          | ( 9 ) |
| 三   | 审判权行使的价值目标 .....         | (12)  |
| 四   | 审判权行使的基本规范 .....         | (14)  |
| 第二章 | 审判行为 .....               | (22)  |
| 一   | 法官职业行为分析 .....           | (22)  |
| 二   | 制约(影响)法官行为公正性的社会因素 ..... | (27)  |
| 三   | 审判行为与审判艺术 .....          | (33)  |
| 第三章 | 审判心理 .....               | (37)  |
| 一   | 审判过程的心理实质 .....          | (37)  |
| 二   | 心理学方法在审判过程中的运用 .....     | (43)  |
| 第四章 | 审判公正 .....               | (49)  |
| 一   | 审判公正的涵义 .....            | (49)  |
| 二   | 审判公正的意义 .....            | (53)  |
| 三   | 审判公正的实现 .....            | (56)  |
| 第五章 | 审判中的法律适用 .....           | (64)  |
| 一   | 法律适用的现状 .....            | (64)  |
| 二   | 司法解释在审判中的地位和作用 .....     | (66)  |
| 三   | 判例的地位及其作用 .....          | (71)  |
| 第六章 | 审判责任制 .....              | (77)  |
| 一   | 审判责任制的基本含义及历史沿革 .....    | (77)  |
| 二   | 建立审判责任制的理论依据和现实必要性 ..... | (80)  |



|     |                  |      |
|-----|------------------|------|
| 三   | 建立审判责任制的构想 ..... | (85) |
| 四   | 审判责任的构成 .....    | (92) |
| 五   | 审判责任的种类 .....    | (93) |
| 第七章 | 审判监督 .....       | (96) |
| 一   | 审判监督的依据和界限 ..... | (96) |
| 二   | 审判监督的类型 .....    | (99) |

## 分 论 I

### 刑事审判部分

|      |                       |       |
|------|-----------------------|-------|
| 第八章  | 刑事审判的本质和目的 .....      | (111) |
| 一    | 刑事审判的本质 .....         | (111) |
| 二    | 刑事审判的目的 .....         | (116) |
| 第九章  | 刑事审判模式 .....          | (133) |
| 一    | 刑事审判模式的建立与构成 .....    | (133) |
| 二    | 刑事审判模式比较研究 .....      | (137) |
| 三    | 我国刑事审判模式研究 .....      | (144) |
| 第十章  | 无罪推定原则 .....          | (151) |
| 一    | 无罪推定原则在刑事审判中的地位 ..... | (151) |
| 二    | 无罪推定原则的价值取向 .....     | (156) |
| 三    | 中国刑事审判与无罪推定原则 .....   | (161) |
| 第十一章 | 刑事审判中的事实认定 .....      | (168) |
| 一    | 认定事实的任务 .....         | (168) |
| 二    | 认定事实的基本原则 .....       | (176) |
| 三    | 认定事实的根据 .....         | (181) |
| 四    | 审理义务与证据责任 .....       | (188) |
| 五    | 自由心证及其合理限制 .....      | (191) |

---

|                 |       |
|-----------------|-------|
| 第十二章 刑事审判中的定罪量刑 | (197) |
| 一 定罪的根据         | (197) |
| 二 量刑的原则         | (205) |
| 三 量刑的情节         | (208) |
| 第十三章 刑事审判错误及其矫正 | (217) |
| 一 刑事审判纠错机制      | (217) |
| 二 刑事审判错误分析      | (221) |
| 三 刑事审判错误矫正      | (226) |
| 四 刑事审判纠错机制的完善   | (229) |

## Ⅱ 民事审判部分

|                  |       |
|------------------|-------|
| 第十四章 对民事审判的一般界定  | (233) |
| 一 民事审判的内涵        | (233) |
| 二 民事审判的性质和地位     | (237) |
| 三 民事审判的类型        | (239) |
| 第十五章 构造民事审判的事实因素 | (246) |
| 一 对民事案件的一般界定     | (247) |
| 二 民事案件的可诉范围      | (253) |
| 第十六章 构造民事审判的法律因素 | (269) |
| 一 对民事诉权的一般界定     | (269) |
| 二 民事诉权的主体        | (273) |
| 第十七章 民事审判的基本价值目标 | (284) |
| 一 民事审判的公正性       | (285) |
| 二 民事审判的经济性       | (297) |

## Ⅲ 行政审判部分

---

|       |                    |       |
|-------|--------------------|-------|
| 第十八章  | 行政审判的本质取向          | (308) |
| 一     | 行政审判与司法权           | (308) |
| 二     | 行政审判的本质取向          | (309) |
| 三     | 行政审判制约的基本条件        | (316) |
| 第十九章  | 行政审判的范围            | (320) |
| 一     | 行政审判范围的基本涵义        | (320) |
| 二     | 行政审判范围划定的基准        | (323) |
| 三     | 决定和影响行政审判范围的若干参数   | (331) |
| 四     | 行政审判范围的法律表达方式      | (336) |
| 五     | 行政审判范围适用中若干问题的研究   | (343) |
| 第二十章  | 行政审判与行政不作为的司法救济    | (371) |
| 一     | 行政不作为的可诉性          | (372) |
| 二     | 行政不作为的实态考察         | (375) |
| 三     | 行政不作为违法性的确认        | (376) |
| 四     | 行政不作为诉讼的举证责任       | (385) |
| 第二十一章 | 行政审判的根据与行政规范性文件    | (388) |
| 一     | 问题的提出              | (388) |
| 二     | 行政规章在行政裁判中的价值      | (390) |
| 三     | 其他行政规范性文件在行政审判中的价值 | (400) |
| 第二十二章 | 行政审判中的司法变更         | (404) |
| 一     | 司法变更基本涵义的分析        | (404) |
| 二     | 司法变更的价值            | (406) |
| 三     | 我国司法变更的有限性         | (409) |
| 四     | 司法变更的条件            | (410) |
| 五     | 司法变更适用中的几个问题       | (419) |
| 余 论   |                    | (423) |
| 后 记   |                    | (426) |

---

# 总 论



## 第一章 审 判 权

审判作为国家权力的外化和表现形式之一,从一个层面集中地反映了国家在社会中的地位和作用。从审判权与审判行为的关系看,审判权作为一切审判行为的基础和本源,既是国家权力的具体化,同时又是各种具体裁判权的集中和抽象,因此,对审判权的研究无疑是对我国审判制度所进行的基础性研究。这种研究虽不直接解析审判实践中的个案问题,但因其研究直接探及各种审判行为的本源问题而不是对有关法律的直接诠释,因而其研究成果是具有指导性的,是从更宏观的角度阐释审判权行使的理论基础。

在法学研究的初级阶段,基于大量实体法的实施,司法实践具体操作的迫切性,要求法学工作者更多地关注对法律的技术性注释。对审判制度的研究也就随应了这种要求,注重通过对各种程序法的技术性解释去满足于相应审判制度的运作,人们无力关照基础性的、多层面的研究。这种具体的应用性研究是无可厚非的,问题在于忽视基础性和多层面的研究,必使研究囿于相对狭小的范围,一旦遭遇与基础性问题相关的问题时,就难以在各种具体疑难问题的迷宫中寻觅出路,使具体研究始终处于低迷状态。实际上,实践中的许多具体问题的无解常常源于人们对基本理论问题的困惑或一知半解。因此,基本的理论问题不解决,对具体问题的解析必将事倍功半。

关于审判权的问题就是审判制度中最基本的问题,这一问题的研究是整个审判制度研究的重要组成部分。尽管现在已有各种关于司法制度和审判制度比较系统的研究成果,甚至有称为审判

学的著作问世,但我们注意到,这些著作中均未涉及审判权的问题,这不能不说是一个遗憾。对审判权问题的研究不是对审判权概念的平面展开,它涉及审判权在国家权力结构中的方位、审判权的基本形式、审判权行使的价值目标、审判权行使的原则和条件、审判权与作为审判权派生权力的相互关系,以及审判权行使界限等问题。总而言之,对审判权的研究是将审判权置于多维空间和运动状态中进行考察和分析。

### 一 审判权在国家权力结构中的维度

审判权是国家机器发达的产物,是国家权力有序分工的伴生体。随着社会的不断发展,在要求国家职能不断强化的同时,也要求国家职能明晰化,使国家机器能够有效、正常运转。在权利的私力救济向公力救济的转换过程中,国家的审判职能逐渐分化出来,审判权也从笼统的国家权力中外化为一种相对独立、明确的权力。

审判权行使的专门化和独立化,并不表示审判权从国家权力中分割出来,成为一种独立于国家权力的一种特殊权力,国家权力是不可分割的。但审判权毕竟是一种国家权力行使分工的产物,因此,审判权又不同于其他国家权力。国家权力的分工行使实质上是国家权力行使主体的特定化和职能专门化,即国家赋予特定的主体固定地行使某一类或某一部分国家权力,以避免国家管理的紊乱和无序。虽然无论哪一个国家都毫不例外地存在国家权力行使的分工,但因各国的历史、政治、经济文化传统的差异,国家权力的结构也有所差异,因此,各国审判权在其国家权力结构中的维度,本质上是审判权与国家的其他基本权力的相互关系。西方国家根据三权分立的国家学说,构建了以立法权、司法权、行政权为基本

权力制约模式的国家权力结构形式<sup>①</sup>。美国就是最典型的按照三权分立的理性学说建立起来的三权分立体制。按照分权的理论,立法、行政和司法全部权力集中在一人或一个集团之手就是“不折不扣的暴政”,并且立法权、行政权和司法权还必须互相制约,以将其权力限制在必要的限度内。正如查尔斯·A·比尔德所指出的那样,“宪法概念里的权力是有限的、受控制的和分散的”<sup>②</sup>。在西方国家,司法权的主要内容是审判权,也可以说司法权就是以审判权为核心的。因此,在三权分立的权力构架体制中,审判权的方位是既分立于立法权和行政权,同时,又制约立法权和行政权。审判权制约立法权和行政权的主要途经和方法是违宪审查制度和行政司法救济制度。实际上,这种国家权力结构不仅赋予司法机关裁断纷争的权力,而且还赋予司法机关违宪审查权和行政行为司法审查权。美国最高法院作为司法机关,要解决涉及美国法律和宪法的各种争端。在1803年马伯里诉麦迪逊案中,美国最高法院第一次宣布联邦国会的做法违反宪法,第一次使三权分立的理论成为行动指导<sup>③</sup>。美国联邦最高法院还经常在个案中判决美国总统的行政行为违法并予以取消,从而构成司法权对立法和行政的双向制约。

对纯粹的三权分立结构的考察中可以发现,权力结构形式对权力本身的内涵也会产生一定的影响。或许权力特定内涵影响了

① 国内外都有学者认为,西方国家已经突破了三权分立的国家权力结构形式,比如,在美国,随着超脱于一般政府机关(一般行政机关的几十个相对独立的行政委员会)的相继建立,一种同时拥有国家立法权、行政权、司法权的国家机构已经发展起来,并已形成了与原有三种国家权力并立的第四国家权力。(见张尚鷟:《在完善人民代表大会制理论的前提下发展具有中国特色的行政法学》,《中国法学》1993年第3期第64页。)

② [美]查尔斯·A·比尔德:《美国政府与政治》(上册)商务印书馆1987年3月出版,第15页。

③ [英]维尔:《英国政治》商务印书馆1981年1月出版,第213页。



权力的结构形式。总之,审判权在国家权力结构中的维度与审判权的内涵有直接的关系,或者说审判权内涵的差异反映了审判权在国家权力结构中的不同方位。

上述结论同样可以通过对我国的国家权力结构形式的分析得出。我国的国家权力结构与西方资本主义国家的权力结构形式相比存在很大的差异。在我国的人民代表大会制度下,国家的一切权力属于人民,并由人民代表大会统一行使。“从这个意义上说,国家权力(包括立法权、行政权、司法权等)是不可分的。但我国奉行的人民代表大会制又要求在人民代表大会统一行使国家权力的前提下,对于国家的行政权、审判权、检察权和武装力量的领导等,都必须有明确的划分,以便使国家权力机关和行政、审判、检察机关等其他国家机关能协调一致地工作。从这个意义上说,国家权力又是可分的”<sup>①</sup>。与西方国家的权力分立体制模式相比,我国的国家基本权力虽然是可分的,而且也的确是分开行使的,但却没有像西方国家那样坚持基本权力的相互制约。根据人民代表大会的基本理论,既然人民代表大会是最高权力机关,且是最主要的立法机关<sup>②</sup>,因此,其他任何权力都必须服从人民代表大会,并向人民代表大会负责。就审判权与立法权,即人民法院与人民代表大会的相互关系来看,审判权不能反向制约立法权,相反,立法权却能够单向地制约审判权。同样的,行政权也不能反向制约立法权,也同样单向地受制于立法权。诚然,在我国,权力主体并不是单纯地仅享有单一的基本权力,例如,最高行政机关除拥有行政权外,还拥有一定范围的立法权,但仍可依其享有的基本或主要权力为根据,

① 张尚鸾,《在完善人民代表大会制理论的前提下发展具有中国特色的行政法学》(《中国法学》1993年第3期)。

② 在我国,最高行政机关实际上享有一定的立法权。无须授权就可以制定行政法规是最高行政机关行使立法权的例证。