

司法公正与司法改革研究系列丛书

胡夏冰·著

司法权： 性质与构成的分析

司法权理论研究的意义

外国司法权理论学说

中国司法权理论及其变革

司法权的法理分析

中国司法体制的革新——以司法权理论为中心

DP.6
17576

司法公正与司法改革研究系列丛书



A1087839

胡夏冰·著

司法权：
性质与构成
的分析



人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

司法权:性质与构成的分析/胡夏冰著. —北京:人民法院出版社, 2003. 5

(司法公正与司法改革研究系列丛书)

ISBN 7-80161-536-0

I. 司… II. 胡… III. 司法制度-法的理论-研究-中国
IV. D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 030528 号

司法权:性质与构成的分析

胡夏冰 著

责任编辑 陈燕华 陈国华

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市朝阳区安慧北里(亚运村)安园甲 9 号(100101)

电 话 (010)65290583(责任编辑) 65290516(出版部)
65290558 65290541 65290543(发行部)

网 址 www.courtpress.com

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

开 本 890×1240 毫米 A5

字 数 296 千字

印 张 11

版 次 2003 年 5 月第 1 版 2003 年 5 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80161-536-0/D·536

定 价 18.00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装,请与出版社联系调换)

总 序

司法公正的问题越来越为人们所关注。人们已经把司法中的非公正现象作为当前主要的社会问题之一。同时,因司法改革与司法公正实现的关联性,即司法改革是实现司法公正的必要举措,司法改革也成为了社会注目的焦点。本世纪初,最高人民法院院长肖扬代表最高法院郑重提出,公正与效率是二十一世纪人民法院的工作主题,强调要围绕公正与效率这个主题着重抓好审判工作、队伍建设和司法改革三件大事。正是在这种背景下,清华大学法学院向清华大学申请了“司法公正与司法改革”的课题项目。经论证,立项于1999年,得到了学校的批准,并作为清华大学十大基础课题之一。也许是因为诉讼法与司法的关系更密切一些,侧重于研究诉讼法的我也成为了该课题的负责人。

课题组集中了清华大学法学院的若干教师和博士研究生。在他们的共同努力和法学院领导的大力支持下,经过三年的时间,课题研究任务按期完成。人民法院出版社出版的“司法公正与司法改革研究系列丛书”就是该课题研究的一个重要组成部分,反映了课题组成员对司法改革若干问题的深层思考与分析。

该课题研究比较广泛地触及到了司法的各个主要方面,深入地探讨了司法制度运行、调整、建构的理论和实践问题,包括基础理论研究和制度的实证分析,例如,司法权问题、司法公正观念的源流、民事司法改革、刑事司法改革、法院体制改革、律师体制改革等等。在这些方面,研究人员不仅整合、梳理了学术界的研究成果,而且在实证分析的基础上进一步诠释了司法公正和司法改革的

基本问题，提出了不少有益的观点和建议。如果这些观点和建议能为我国司法公正的实现和司法改革起到积极的推动作用，那将是我们课题组研究人员的最大心愿。

司法公正的实现和司法改革是一个宏大的社会系统工程。对这样一个宏大、复杂的社会系统问题要在短短的两三年时间内试图进行全方位和彻底的研究可以说是一项“不可能完成的任务”。而试图要对司法公正的实现和司法改革给出一个“药到病除”的“丹方”或“指点迷津”的“训喻”也是不可能的。我们的研究只是试图全方位、立体地触及司法公正和司法改革的基本面，展示和分析司法公正实现和司法改革中的制度和理论问题，提出可供进一步思考的理路和观点。

司法改革是一项长期的任务，司法改革的研究也不是几年时间，数名研究人员就可以完成的。司法改革首先需要有大量、广泛的调查研究和第一手资料，没有这些基本材料，研究就可能是空中楼阁。而这一点，在我国往往需要借助权力资源和手段才能实现。这正是学者们所缺乏的；其次，司法改革涉及面非常广，有诸多问题，有的是体制问题，有的是其他制度问题，它们之间相互连结、关联互动。司法改革研究不仅涉及法理、宪法、刑法、民法、刑事诉讼法、民事诉讼法等基本法、实体法和程序法，还涉及社会学、政治学、伦理学等相关领域，更深入地司法改革研究还需要更多、更集中的投入。我们的研究不过是一种尝试而已，司法改革研究之路还远没有走到尽头。

在“司法公正与司法改革研究系列丛书”出版之际，谨向课题组研究人员和支持课题研究的人们以及人民法院出版社表示诚挚的谢意。

课题负责人 章程

2002年7月13日于清华大学明理楼

内 容 提 要

20 世纪 80 年代始，在中国社会转型和体制变革的背景下，我国司法领域开展了一场意义深远的革命。目前，司法体制改革已成为我国继经济体制改革之后，中国社会制度变迁的又一个热点问题。现行的司法改革主要表现为对我国传统的司法体制进行技术性和对策性的改革，而缺乏对司法改革的理论基础的认真分析。这不可避免地导致了我国司法改革呈现出一种“非理性繁荣”的局面。从司法改革自身的逻辑规律来看，司法权问题应当是整个司法体制改革的理论起点。

本书分古代、近代、现代三个阶段考察，比较了国外的司法权理论，梳理并评析了我国已有司法权理论；在此基础上，从司法的本质、司法权的含义、司法权功能现代转型的复合角度重新界定了司法权，深入剖析了司法权所具有的独立性、被动性、终局性的特性，以审判权为核心，原创性地提出由审判权、案件受理权、司法事务管理权、司法解释权、程序规则制订权、司法审查权构成的“六要件”司法权结构说。司法制度现代化是法制现代化的重要表征，司法制度现代化内在要求根据司法权的自身规律，对我国现行司法体制进行大刀阔斧的改革。本书以司法权理论为中心，提出了变革我国司法体制的基本思路。

作者简介

胡夏冰，男，1970年生，河南省罗山县人。1988年考入西北政法学院法律系学习，1992年获法学学士学位；1992年~1996年在河南省某县人民法院工作；1996年考入武汉大学法学院，1999年获法学硕士学位；同年考入清华大学法学院，2002年获法学博士学位。研究方向为司法体制改革。近年来，先后参与多项重大课题研究，合著《司法公正与司法改革研究综述》、《宏观调控法研究》、《证券市场运作与管理》等书；并在《法学》、《法学评论》、《司法改革论评》、《中国刑事法杂志》、《社会科学》、《人民法院报》等学术报刊上发表论文20余篇。

目 录

第一章 司法权理论研究的意义·····	(1)
一、我国司法改革的社会背景·····	(2)
二、我国司法改革的实践进程·····	(11)
三、司法权理论研究的现实意义·····	(20)
第二章 外国司法权理论学说·····	(27)
一、西方司法权的古典理论·····	(29)
二、西方近代司法权理论学说·····	(49)
三、外国司法权的现代理论·····	(87)
第三章 中国司法权理论及其变革·····	(137)
一、中国司法权理论的主要观点·····	(138)
二、中国司法权理论评析·····	(160)
三、中国司法权理论的变革·····	(179)
第四章 司法权的法理分析·····	(194)
一、司法权之界定·····	(194)
二、司法权的性格·····	(214)
三、司法权的结构·····	(235)
第五章 中国司法体制的革新——以司法权理论为中心·····	(267)
一、我国现行司法体制的主要问题·····	(268)
二、变革我国司法体制的关键·····	(295)
三、我国司法体制变革的基本思路·····	(314)
主要参考文献·····	(335)
后记·····	(342)

第一章 司法权理论研究的意义

在我国，司法权一般被宽泛地理解为国家司法机关所享有的一种权力。由于人们对于司法机关的性质和功能的理解并不一致，因此，对于究竟什么是司法权，在中国法学理论界和司法实务界尚没有达成共识。实际上，对于司法权理论问题的探讨，在我国法学理论界并没有认真系统地展开，这一问题也没有得到很好地解决。司法权理论在我国长期以来一直是一块被人忽视的研究领域。

然而，随着近年来我国司法改革的日益深入，这种情况似乎有了一定程度上的改变，司法权的理论问题已经开始引起人们越来越多的关注和讨论。之所以会出现这种变化，主要原因在于司法改革的伟大实践对司法权理论具有一种内在的需求。司法改革在某种意义上可以理解为两个相互联系的过程：一是保障司法机关从事真正的司法活动；二是将非司法机关排除在司法范围之外。只有在这两个方面取得实质性进展，我国的司法改革才可能达到预期的目标。而这两个方面都是与司法权的理论问题分不开的，都要求在理论上认真厘清司法权的内涵和性质。从这一点来看，我国自 20 世纪 80 年代后期开展的司法改革运动，为司法权的理论研究提供了重要的契机，同时也构成了我国司法权理论研究的一般社会背景。

基于这一考虑，我们选取我国司法改革作为切入点，考察一下司法权理论研究在我国目前的情况下所可能具有的现实意义。

一、我国司法改革的社会背景

20 世纪末，中国司法制度改革作为一项重大政治决策，第一次在中国共产党的文献中被正式提出^①。由此，司法体制改革成为继我国经济体制改革之后，中国社会制度变迁的又一个社会热点。虽然我国司法改革目前尚在进行之中，司法改革中的深层次矛盾还没有完全暴露，但是，改革的整体思路已经大体形成，改革的宏观目标也已基本清晰。所以，从理论上对引发这场改革的深层社会缘由进行概括和总结，时机已经成熟。

对于我国司法制度变革的社会背景，有学者作了过于简单的理解，将司法制度改革的背景视同于 80 年代末期展开的民事审判方式改革产生的背景，认为尽管在时间上，民事审判方式改革早于当前全面铺开的司法改革，司法改革发轫于审判方式改革。但是，民事审判方式改革与整体司法改革产生的背景和内发性动力是基本一致的。虽然我国司法领域中进行的审判方式改革与司法体制改革之间具有时间上的前后相继关系，审判方式改革可以在广义上理解为司法体制改革的一个有机组成部分。但是，我们认为，作为司法改革部分内容的审判方式改革，其产生的社会背景无论如何是无法涵盖司法体制改革的一般背景的。司法制度改革的社会背景远比我国审判方式改革的背景深远和复杂。因此，用对审判方式改革的社会背景的分析来代替对我国司法制度改革背景的分析，不仅难以认识司法改革的深层意义，也不利于正确把握这一改革的应有方向。

我国当前的司法改革从观念层面上来看，它导源于 20 世纪 70 年代后期的思想解放运动。在建国后的较长历史时期里，由于我们对马

^① 1997 年 10 月，江泽民同志在党的十五大报告中提出：“推进司法改革，从制度上保证司法机关依法独立公正地行使审判权和检察权”。这一思想的出发点和着眼点，是司法的体制性变革和制度性创新。

克思列宁主义作了机械僵化的理解,在意识形态方面长期遭受“左”倾思潮的禁锢,形成了高度统一的思维模式。改革开放前的二十余年,由于这种意识形态以及体制上的原因,我国思想界和学术界被迫进入了“冬眠”状态。党的十一届三中全会之后,我们首先在意识形态领域开展了一场声势浩大的思想解放运动,彻底否定和抛弃了各种教条主义和本本主义的束缚,确立了实践在检验真理问题上的惟一标准地位。1978年5月,《光明日报》公开发表文章“实践是检验真理的惟一标准”,指出一切理论的真理性的都必须经过检验;检验真理的标准只有一个,就是社会实践,实践是检验真理的惟一标准。任何理论,包括马克思列宁主义、毛泽东思想这些作为指导思想的理论,不仅不是检验真理的标准,而且它们本身的真理性也需要经过实践的检验。由此在全国范围内展开了真理标准的大讨论^①。1978年年底召开的中共十一届三中全会,高度评价了真理标准讨论的重大意义,认为这场讨论“实际上也是要不要解放思想的争论”,并指出“一个党、一个国家、一个民族,如果一切从本本出发,思想僵化,迷信盛行,那么就不能前进,它的生机就停止了,就要亡党亡国”^②。在这样的条件下,人们开始对既存的种种不合理现象和制度进行反思和批判。

意识形态领域的解放运动为司法改革提供了重要的思想资源和智力支持。当人们在司法实务操作过程中遭遇到种种因素掣肘的时候,往往敢于打破旧有观念上的束缚,追问原有的、传统的司法制度的合理性和科学性。在思想解放运动中,意识形态领域发生最为深刻的变化就是公民权利意识的不断增强。“尽管公民权利意识的变化是不平衡的,并呈现出某种被动性,但是,从总体上看,自改革以来,这种变化是有史以来最深刻的变化。”^③ 公民权利意识变

① 参见孙长江:《真理之争二十年》,载《二十一世纪》(香港)1998年总第50期。

② 《邓小平文选》(第2卷),人民出版社1983年版,第143页。

③ 夏勇主编:《走向权利的时代——中国公民权利发展研究》,中国政法大学出版社1995年版,第49页。

化所带来的直接后果，便是公民法律观念的不断增强。在此过程中，“作为法观念的一个重要组成部分的诉讼观念也发生了很大变化。纠纷的司法最终解决、诉讼地位平等、诉讼中‘武器平等’、对诉讼权利的尊重、处分自由、充分对话、诉讼权利的充分救济、诉讼中人权的保护和诉讼参与等等，成了人们新诉讼观念的重要内容。以前只属于学者的认知内容，现在已经逐步普遍化为公民的意识。”^① 公民权利意识和法律观念的变化，客观上要求对原有的案件审理规程和法院的社会功能以及法院组织体制进行相应的调整和变革。改革开放以前，我国法院在案件审理规程上采取超职权主义模式，当事人在诉讼活动中缺乏主导地位，在事实上成为诉讼的客体，甚至变成整个诉讼活动的“奴隶”。“法院更像是一个对民事纠纷的解决进行管理、并对当事人行使权力的行政机关。”^② 在民事诉讼过程中，法院承担着多种社会职能，它不仅要维护当事人的合法权益，还要保护国家和社会利益。这种诉讼模式和法院体制与公民权利意识的普遍增强构成了内在的紧张和冲突。公民权利意识的觉醒，客观上要求提升其在诉讼过程中的地位，要求诉讼模式由超职权主义向当事人主义转变，要求民事诉讼的目的和法院的功能纯化为通过正当程序保护当事人的私权，要求法院由民事纠纷的管理者变为纠纷的裁决者，同时也要求法院建立一套与上述诉讼模式和法院功能相适应的组织管理体制。因此，从这个角度来看，我国的司法改革实际上是思想解放运动在司法领域的贯彻和延伸。

同时，在对外开放过程中，西方国家法治文明和司法经验作为一种强势文化，也随同物质文明一同输入我国。改革开放后，许多学者已经开始有意识地将目光由原来的苏联转向欧美国家。西方法治文明固有的进步性不仅开阔了人们的视野，启迪了人们的思维，而且在我国法治建设处于初始阶段、司法改革刚刚起步的特定背景

^① ^② 章武生、张卫平等：《司法现代化与民事诉讼制度的建构》，法律出版社 2000 年版，第 463 页，第 462 页。

下,对于我国司法改革具有直接的范本意义。西方国家司法体制和司法制度所散发的内在魅力,吸引着我国学者的无限向往。在此期间,西方法治国家的先进司法理念和制度文明被不断地介绍到中国。在这种历史境遇下,原来以苏联的司法理论和司法制度为蓝本建立起来的我国司法体制,受到了前所未有的冲击。人们开始比较这两种不同司法制度的得失和优劣。欧美国家司法制度的先进性和科学性在这种比较得到了越来越多的认同。这种参照坐标的变化成为我国司法体制变革的一个重要资源。

从另一角度来看,更重要的是,我国现行的司法改革与我国20世纪70年代末进行的以市场为导向的经济体制改革具有内在的密切联系。从1979年开始的中国经济体制改革,是在两个方面展开的:一是所有制改革;二是经济运行机制改革。“所有制改革和经济运行机制改革,构成我国经济体制改革的两条主线。”^①从所有制改革来看,其基础趋势和走向是公有或国有经济在国民经济中的比重不断缩小,非公有制经济的比重则逐步加重。所有制改革带来的必然结果是产权主体的多元化以及由此面造成的利益冲突的复杂化。这些经济利益上的矛盾和冲突在一个强调法治的社会里很自然地演变成为法院处理的对象。因此,在20世纪8、90年代,我国法院的民事经济案件呈不断上升之势^②。社会经济纠纷在总体规模上的扩大,不仅要求对法院原有的纠纷处理方式进行调整,而且也要求对与案件审理方式密切相关的法院体制进行深层次的变革。就经济运行机制的变革面言,其主要内容就是确立市场在经济资源配置中起基础性作用,使经济活动遵循价值规律的要求,适应供求关系的变化,从而推动国民经济的发展。市场机制要求每

① 张卓元、胡家勇、刘学敏:《论中国所有制改革》,江苏人民出版社2001年版,第2页。

② 1981年全国法院共受理民事债务案件1.3万件,到1989年,该类案件收案数达到57.7万件,增长44倍。1983年经济纠纷案件仅为4万余件,但到1989年则达69万多件。

一个市场参与者都是自主经营、自负盈亏的经济主体，商品生产经营者之间是自由平等竞争的关系。经济主体在经济活动中的这种自主性和主导性也必然要在民事经济纠纷解决领域中得到同样的体现和反映。这样，原来那种与传统计划经济体制相适应的纠纷解决机制已经无法在市场经济条件下有效地运行。这势必要对原有的诉讼体制和司法制度进行相应的改革。因此，我国司法体制改革的深层经济基础在于我国社会经济生活的变革和经济体制的转轨。

还应当指出的是，经济领域的市场化过程同时也是社会法治化的过程。改革开放以来，我们在对待计划与市场的关系问题上，尽管有过某些反复，走过一些曲折的道路，但从总体上看，我们对市场机制的认识是不断进步、不断深入的。改革开放初期，我们破除了把社会主义与市场调节对立起来，把指令性计划等同于计划经济的观念^①。1982年召开的党的十二大正式肯定了“以计划经济为主、市场调节为辅”的原则，并在实践中付诸实施，允许在社会主义经济中发挥市场的调节作用。这无疑是一个进步。1984年召开的党的十二届三中全会，在对社会主义重新认识的基础上，提出社会主义是公有制基础上的有计划商品经济，同时强调我国经济改革的重要任务之一，就是逐步完善市场体系。这标志着我们对什么是社会主义在认识上有了突破性的发展。1987年党的十三大明确提出，在国家与企业的关系上实行“国家调节市场，市场引导企业”的方式，强调社会主义经济体制中，计划与市场都是覆盖全社会的。这对推进市场取向的改革具有重大的指导意义。1992年党的十四大的召开，标志着我们对计划与市场关系的认识进入了一个新的发展阶段，那就是，在国家宏观调控下，把市场作为资源配置的

^① 1979年11月，邓小平同志在会见外宾时指出：“说市场经济只存在于资本主义社会，只有资本主义的市场经济，这肯定是不正确的。社会主义为什么不可以搞市场经济，这个不能说是资本主义。……市场经济，在封建社会时期就有了萌芽。社会主义也可以搞市场经济。”见《邓小平文选》（第2卷），第236页。

基础手段^①。由此可见,改革开放以来,我国的市场化程度在不断增加,经济体制由原来的中央集权型经济逐步向市场经济转轨。在市场经济的本质要求是,“生产者是生产资料和劳动产品的独立所有人或经营人,必须实现等量劳动的交换,才能收回生产过程中所付出的耗费并赢得利润,使简单再生产和扩大再生产能得以进行。为了做到这一点,参加交换的双方必须承认对方是商品的所有人,与自己处在平等的地位上”^②。按照马克思主义经典作家的论述,在市场经济条件下,“互相对立的仅仅是权利平等的商品所有者,占有别人商品的手段只能是让渡自己的商品”;在具体的市场交易过程中,“参加交换的个人已经默认彼此是平等的个人,是他们用来交换的财物的所有人”^③。市场经济无论在性质上还是在具体内容上,都迥异于原有的计划经济。

随着我国经济生活市场化程度的提高,社会的法制化水平也在不断提升。在这种社会经济条件下,原来的民事经济纠纷解决方式已经越来越不适应社会形势变化的要求,必须对之进行变革和调整,即由原来的用行政手段来处理纠纷转变为用司法途径解决纠纷。纠纷解决方式的调整进一步带动了司法管理模式的变化,以及在此基础上司法体制的更新。因此,中国自改革开放以来出现的经济市场化,对我国的司法体制的变革提出了内在的要求。下表中的数字反映了我国自改革开放以来,市场化的演进程度和法制化增长水平之间的对应关系。

① 胡家勇:《政府干预理论研究》,东北财经大学出版社1997年版,第1页;参见冒天启、朱玲等:《转型期中国经济关系研究》,湖北人民出版社1997年版,第331~332页。

② 张卫平:《诉讼构架与程式——民事诉讼的法理分析》,清华大学出版社2000年版,第102~103页。

③ 马克思:《资本论》(第1卷),人民出版社1975年版,第640页。

中国经济运行机制的市场化及法制化演进程度 (1978~1999 年)

年 份	市场化的运行环境	中国经济市场化指数	规则和法制化程度
1978	5.03	18.39	3.78
1979	5.51	19.96	5.15
1980	6.51	22.25	4.79
1981	7.53	24.02	5.21
1982	8.74	25.56	5.72
1983	10.03	27.64	3.91
1984	11.81	29.80	5.33
1985	12.91	33.60	7.44
1986	14.25	34.78	7.47
1987	15.44	36.00	9.07
1988	16.46	37.49	10.66
1989	17.98	36.53	11.35
1990	18.44	38.52	9.65
1991	19.14	38.71	10.51
1992	21.43	40.14	11.23
1993	22.77	43.23	13.65
1994	23.74	46.09	13.87
1995	25.87	47.16	15.69
1996	27.10	47.43	15.14
1997	28.96	50.13	19.48
1998	31.72	50.78	18.44
1999	33.43	50.25	17.92

资料来源：吴群刚等：《中国经济运行机制市场化程度指数设计》，转引自胡鞍钢、过勇：《从垄断市场到竞争市场：深刻的社会变革》，载《改革》2002年第1期，第18页。

我国司法改革的又一个重要缘由是社会治理结构和治理方式的变化。改革开放以前，我国社会的治理结构是典型的中央集权制，全社会的人、财、物由中央统一调配，社会生产、分配、交换、消费也根据中央的计划进行。改革开放以前，我国的社会治理结构和治理方式虽然进行了一些局部的调整，但总体上看，基本上属于典

型的中央集权型的治理模式。在这种社会治理结构和治理方式下，“中央计划几乎包办一切，它既是国家的经济决策者，也代替企业决定生产什么、生产多少和怎样生产，政府事实上成了惟一的经济主体。”^①在这种情况下，社会各单位主要肩负着贯彻执行上级行政指令的任务，成为不具有自身利益的国家“大工厂”中的一个“车间”。作为执行政府意志和利益的国家司法机关实际上沦为政党和政府的附属物，甚至整个司法制度也丧失了其应有的功能和作用，成为一种可有可无的制度设计。下表反映了建国以来，我国社会治理方式的变化及其主要内容。

中国社会治理方式的变化

年 份	社会治理方式	主要内容
1953~1956	集权	投资和建设项目由中央安排；生产资料由国家统一分配或中央部门分配；劳动工资统一管理；重工业产品统一定价，其他商品价格由商业部管理；财政实行统一领导、划分收支、分级管理。
1957~1960	分权	扩大地方财政、物资分配权、计划管理权；三类农副产品的购销价、次要工业品的销售价由地方制订；下放 88% 的中央部属企事业单位。
1961~1964	集权	大幅度上收地方工业企业，使 60~90% 的工业产值归中央管理。计划、投资、财政、信贷、劳动工资等方面的管理权相应上收。
1964~1965	分权	农业、商业、城市建设和卫生等基建投资划交地方安排；扩大地方和部门调剂物资的权限；“五小”企业的产品归地方分配。

^① 曹天启、朱玲等：《转型期中国经济关系研究》，湖北人民出版社 1997 年版，第 253 页。