



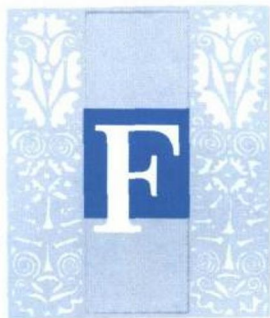
FALIXUE SHIYEZHONG DE SIFA WENTI

法理学视野中的 司法问题

刘作翔 / 著



上海人民出版社



FALIXUE SHIYEZHONG DE SIFA WENTI

法理学视野中的 司法问题

刘作翔 / 著

上海人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法理学视野中的司法问题/刘作翔著.

—上海:上海人民出版社,2003

ISBN 7-208-04709-X

I. 法... II. 刘... III. 司法制度-法的理论-
对比研究-中国、外国 IV. D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 055421 号

责任编辑 曹培雷

封面装帧 甘晓培

本书由上海市新闻出版局学术著作出版基金资助出版

法理学视野中的司法问题

刘作翔 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版、发行

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

新华书店上海发行所经销 常熟新骅印刷厂印刷

开本 890×1240 1/32 印张 10.5 插页 4 字数 200,000

2003 年 7 月第 1 版 2003 年 7 月第 1 次印刷

印数 1-3,100

ISBN 7-208-04709-X/D·814

定价 23.00 元



刘作翔 1956年生，甘肃省平凉市人。法学博士。现任中国社会科学院法学研究所研究员，教授，法学理论专业博士生导师，中国法学会法理学研究会秘书长。发表学术论文140多篇，出版个人学术著作4部，代表作是《法律文化理论》（商务印书馆1999年出版），《迈向民主与法治的国度》（山东人民出版社1999年出版）。获人事部“1996年度国家级有突出贡献的中青年专家”、国务院1997年度“享受政府特殊津贴专家”、国家七部委全国“百千万人才工程”1995/1996年度第一、二层次人选、陕西省1997年度“社科期刊优秀编辑”等称号。主要研究领域有法理学、法社会学、法律文化等。

自序 记录下思想的碎片

思想——人的全部的尊严就在于思想。

[法]帕斯卡尔

读书、思考、写作，三位一体，对读书人（或扩而大之的学术人）来讲是一种较为理想的生活方式。但这样一种较为理想的生活方式对生活在现代的读书人来说好像是一种久远的记忆。在现代社会，生活的节奏在不断加快，生活的进程经常被打断，我们几乎很难按照一种既定的生活模式和安排去生活。“计划赶不上变化”，这句在经济生活领域中的常用语，几乎已经成为整个社会生活的写照。宁静离我们越来越远，代替它的是越来越多的喧嚣。就在写这篇序言时，美英联军对伊拉克发动的战争已经持续了十多天。战争的炮火打破了我们这个本来就不太宁静的世界，带来的是更大的刺耳的喧嚣，全世界的目光都投向了伊拉克战场。如果战争带来的仅仅是刺耳的喧嚣，那我们忍受忍受倒也罢了。但战争带来的不仅仅是喧嚣，战争带来的是硝烟、废墟、残垣、断壁、血腥、恐惧、眼泪、伤痛、死亡、毁灭，以及久久

不能愈合的精神和心灵的创伤。战争带来的另一个恶果是使这个世界的价值体系遭遇崩溃之虞。正像我刚刚看到的《中华读书报》记者康慨所写到的：“伊拉克战争不可避免地爆发，不可避免地占据人们的几乎全部视野。安静地读书和写作成为最奢侈甚至不可能的事情。很难有善良的人不为战争分心，不去思考，痛苦，以至亲身去抗议和控诉。”（2003年3月26日）他是在介绍世界上一些著名的作家（包括几位诺贝尔文学奖得主和普利策奖得主）对伊拉克战争的看法时发出这一番感慨的。看来，有这种感觉的人不止我一人。

世界变得越来越喧嚣了。这种喧嚣刺激着我们的神经，侵占着我们的时间。更为可怕的是，它可能使我们的敏感度降低，使我们的神经变得脆弱和麻木，使我们对世界、对生活、对未来缺乏预期。生活永远处在变化之中。不变是相对的、暂时的，变是绝对的、永恒的。这是我们从辩证唯物主义哲学的教育中所学到的并信奉的生活哲学法则。但目前这种剧烈的、急速的变化似乎并不是我们所想看到的和所期望的。从人性的角度，我们期望过一种相对稳定的、有秩序的、可以对未来有预期的生活。即使变化，也要建立在这种相对稳定的、有秩序的、可以预期的基础之上。过于剧烈的、急速的变化对人们的心灵是一种纷扰，对人们的生命是一种耗费，对社会乃至世界的生活秩序是一种破坏。这种来自

外部世界的喧嚣打破了我们内心的平静,而任何外界的喧嚣都无过于我们内心平静的被破坏。一种宁静而平和的生活状态是我所向往的和所追求的。

这样一幅生活画面和这样一种生活状态,对读书人来讲,是传统的生活方式的不再。系统的读书计划经常被打断,系统地思考问题被打断,作为记录下思考的专注的写作也被打断,代替它们的只能是断断续续地读书,断断续续地思考,断断续续地写作。展现出的可能只是一些思想的碎片。

· 这虽然是读书人的无奈,但我们且不可低估了这样一些思想的碎片的价值。这样一些思想的碎片并非是没有价值的。伟大的思想可能就产生于、孕育于这些思想的碎片之中。滴水穿石。集腋成裘。伟大思想家的伟大思想既不是天生的,也不是一夜之间形成的,他们都有一个非常痛苦的求索、思索和积累的漫长过程。并且,这些碎片在阳光的照耀下还会散发出金色的耀眼的光芒。因此,我一直顽固地认为,所谓“天才”在思想家的领域中可能是一种人造的神话。因此,记录下这些思想的碎片,对读书人来讲是记录下他的生命过程,是他作为一个读书人的生命价值、生命意义和存在价值的体现。

不管这个世界发生什么样的事情,不管这个世界发生什么样的变化,只要地球和人类不毁灭,“生活还要继

续”，思考也会继续下去。这是我当年在阅读一篇英文课文时所看到的。我视它为一句经典名言，一直记在心里。虽然它透着一种悲凉和无奈，但它却是一个朴素的、现实的、客观的、颠扑不破的生活哲理。用中国老百姓的一句非常朴素而又真切和亲切的话来说，就是“日子还得过下去”。它是一种困顿中的激奋，消沉中的警醒，挫折中的激励。它鼓励着我们一直向前走，直到生命的最后。

这个世界上，有许多东西可以替代，惟有生命、情感和思想是不可替代的。对于个体而言，生命会消逝，与生命相依附的情感也会随生命的离去而消逝，但思想不会消逝。思想一旦产生，它就会与生命相脱离而独立存在，犹如新生儿脱离母体而独立存在一样。

因此，一切都可能消逝，只有思想长存。

刘作翔

2003年4月2日于北京

目 录

- 自 序 记录下思想的碎片/1
- 第一篇 法理学视野中的司法理论/1
- 第二篇 司法审判中和社会生活中的公权力与私权利/20
- 第三篇 司法审判中和行政执法中的法律标准和道德标准/54
- 第四篇 司法审判中和社会生活中的国家法与民间法/87
- 第五篇 司法审判中和日常生活中的权利冲突/113
- 第六篇 中国司法地方保护主义之批判/206
- 第七篇 刑讯逼供·沉默权·实验取证之司法案例分析/266
- 第八篇 遵循先例：原则、规则和例外
——卡多佐的司法哲学观/285
- 后 记/327

第一篇 法理学视野中的 司法理论^①

司法,是法的实施的重要方式之一。按照目前我国法学界对法的实施方式的一般划分,法的实施可分为守法、执法(即狭义的行政执法)、司法、法的监督等。而在以上法的实施的诸环节中,司法是非常重要的一个环节,被法学界和法律界谓之法制机制的“最后一道闸门”,意即它是在穷尽其他法制手段之后所能采用的最后一个手段。因此,我们应该高度重视司法问题。它不仅是一个重要的法律理论问题,更是一个重要的法律实践问题。本文从法理学的角

① 此文最初是作为参加由张文显教授主编的“面向 21 世纪课程教材”《法理学》中的第 29 章“司法”的内容而撰写,该书由高等教育出版社、北京大学出版社 1999 年 10 月联合出版。后应国家法官学院《法律适用》编辑部的邀请,对文章作了部分修改,增加了有关争议点的问题,于 2002 年 5 月 16 日在浙江金华地区中级人民法院召开的《法律适用》“金华杯”论文颁奖大会上向获奖作者和与会者作了专题讲授和交流,并应《法律适用》编辑部之约以《法理学视野中的法的适用》为题在《法律适用》2002 年第 7 期发表。因此,此文在写作体例上仍留有教材写作的痕迹,特此说明。

度,对有关司法的几个最基本的理论问题作些分析,并对一些有争议的问题谈点看法。

一、司法的概念和特点

司法,又称为“法的适用”。它是指国家司法机关依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。

从以上定义看,司法是国家司法机关依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,因此,它不同于其他国家机关、社会组织和公民实施法的活动,它有自身的一些独有特点:

(一) 职权的法定性

司法是享有司法权的国家机关中的司法工作人员依照法定职权和法定程序,运用法律处理案件的专门活动,也就是以国家名义行使司法权的活动。这项权力只能由国家司法机关中的司法工作人员行使,其他任何国家机关、社会组织和个人都不能行使此项权力。因此,司法权是一种国家专有权,并且是排他权。司法权的专有性决定了司法权是不能转让的,也是不能委托的。此外,并不是国家司法机关的所有工作人员都可以行使司法权,只能是国家司法机关的司法工作人员才能行使这项权力。在我国,具体就是指法官和检察官,他们才是有资格行使司法权的人员。司法机关中的行政人员、后勤人员等不能行使司法权。

(二) 程序的法定性

司法是司法机关严格按照法定职权和法定程序所进行

的专门活动,因此,程序性是司法的最重要、最显著的特点之一。按照我国目前司法类型的划分,可分为三大种类,即刑事司法、民事经济司法、行政司法。与此相适应,司法也就有三大类法定诉讼程序。即:审理刑事案件要依照刑事诉讼程序法进行,审理民事、商事、经济案件要依照民事诉讼程序法进行,审理行政案件要依照行政诉讼程序法进行。这些诉讼程序法是保证司法公正、公平的重要条件。离开了这些法定程序,就难以保障诉讼当事人的合法权益,也难以保证法律的正确适用。此外,如果实行宪法诉讼制度,那也就需要有相应的宪法诉讼程序。

(三) 裁决的权威性

司法是享有司法权的国家司法机关依靠国家强制力为后盾,以国家的名义适用法律于案件的专门活动。因此,它所作出的裁决具有极大的和最终的权威性。即司法机关依照法定职权和法定程序对案件所作出的裁决是具有法律效力的裁决,任何组织和个人都必须执行,不得擅自修改和违抗,具有很大的权威性和强制性。按照司法独立的有关国际文件要求:“不应对司法程序进行任何不适当或无根据的干涉;法院作出的司法裁决也不应加以修改。此项原则不影响由有关当局根据法律对司法机关的判决所进行的司法检查或采取的减罪或减刑措施。”^①这一条款意在排除司法权以外的各种势力对司法权行使的干扰,维护司法裁决的

^① 《关于司法机关独立的基本原则》第4条规定。转引自董云虎、刘武萍编著:《世界人权公约法总览》,四川人民出版社1990年版,第961页。

权威性。它指明了通过司法程序所作出的最终裁决,除因法律规定的特别程序外,是不能更改的。正是在此意义上,人们将司法称之为法治的“最后一道闸门”。

二、司法的基本要求

司法的基本要求是正确、合法、及时。

(一) 正确

正确首先是指各级国家司法机关适用法律时,对案件确认的事实要准确,即对确认的案件事实要清楚,案件证据要确凿可靠。这是正确适用法律的前提和基础。其次是对案件适用法律要正确,即在确认事实清楚的基础上,根据国家法律规定,区别刑事、民事、经济、行政案件,分清合法与违法,此案与彼案,罪与非罪,此罪与彼罪的界限,实事求是地加以认定。再次,对案件的处理要正确,审理案件要严格执行法律规定,宽严轻重适度,做到罪刑相当,违法犯罪行为与处罚结果相当。

(二) 合法

合法是指各级国家司法机关审理案件要合乎法律规定,依法司法。在司法的过程中,每一个环节和步骤都要依照法律规定的权限进行操作,不仅在定性上要合乎法定的标准和规格,而且在程序上也必须合乎法律规定,不合程序规定的裁决不能发生法律效力。任何司法机关及司法人员都不能随意行使司法权。

(三) 及时

及时,就是指国家司法机关审理案件时,要提高工作效率,保证办案质量,及时办案,及时结案。及时,要求严格按照司法程序的各个环节及诉讼时限的要求办案,不能任意拖延。诉讼时限是理解“及时”要求的关键所在。我认为,只要在诉讼时限内完成各程序,就是做到了及时。及时并不意味着越快越好。即使在特殊情况下,也应该注意到程序性要求和诉讼时限的要求。

正确、合法、及时是司法的基本要求,是不可分割的统一整体,三者之间不可偏废,缺一不可,在司法中都应该坚持和贯彻。

争议点:近些年,有些学者提出将“公正、文明、廉洁、高效”作为司法的要求。这也未尝不可,这些要求的提出都有其时代背景。但我认为,正确、合法、及时已经内在包含了公正、文明、廉洁、高效等要求。

三、司法体系

司法体系,也称“司法体制”、“司法系统”或“法的适用体系”,是指由国家宪法所规定的享有国家司法权能、依法处理案件的专门组织机构体系。不同的国家和不同的政治体制有不同的司法体系。在西方实行“三权分立”制度的国家,司法体系一般是指法院体系。司法机关,也就是指法

院。至于检察机关,有的属行政机关的一部分,如美国联邦司法部兼任检察机关的职能,司法部长也就兼任国家总检察长;有的属法院的组成部分,如英国法院中附设公诉处,执行检察机关的任务。西方国家的司法体系种类繁多,根据各个国家的法院情况,大体可作以下分类:

(一) 民事法院与刑事法院

根据法院所审理案件的性质不同来区分,有民事法院与刑事法院。民事法院依照民法审理民事案件。刑事法院依照刑法审理刑事案件。基层法院一般担负解决轻微民事、刑事案件的任务。

(二) 初审法院、上诉法院和终审法院

根据法院的审级来区分,大多数国家分为三个审级,少数国家分为四个审级,如英国的民事法院系统由郡法院、高等法院、民事上诉法院和上议院四个审级构成。刑事法院系统由治安法院、皇家刑事法院、刑事上诉法院和上议院四级组成。在一般情况下,初审法院多为基层法院,管辖轻微的民事、刑事案件。区域性法院一般为上诉法院,个别国家在上诉法院之上还设有最高上诉法院。最高上诉法院即为终审法院,它无论作为案件的一审、二审或三审,都是终审。但英国的情况特殊,在最高法院上面还有上议院作为最高上诉法院行使最高审判权。枢密院司法委员会作为英联邦成员国、殖民地、保护国和托管地法院的最高上诉机关。

(三) 普通法院和专门法院

根据法院审理普通民事、刑事案件,或特定案件来区

分,有普通法院和专门法院。普通法院审理普通案件;专门法院审理特定案件,如宪法法院、军事法院、行政法院等等。

(四) 联邦法院和州法院

在实行联邦制的国家,又有联邦法院与州法院之分。根据各联邦制国家的宪法规定之不同,在适用法律上也不不同,如德国的联邦法院与州法院适用统一法典,而美国联邦法院和州法院分别适用自己的法律,两套法院平行并列,互不从属,在联邦和 50 个州形成了 51 套法院系统。

(五) 大陆法院和英美法院

根据法系的不同,可将西方国家的法院分为大陆法系法院和英美法系法院。大陆法系国家因其法律结构单一,其法院组织较为简易;英美法系法院因其法律结构复杂,其法律组织系统也就较为复杂。例如,英国法院就全国来说,就曾有过的两套法院系统:一为普通法院,一为衡平法院,后经过多次改革,才把衡平法院组织体系给撤裁了,只保留有衡平法院性质的大法官法院。美国许多州也曾有过的两套法院组织系统,分别适用普通法和衡平法,后经过改革,才消除了这两种案件诉讼程序的区别。

西方国家的司法体系有以下几个特点:

(一) 法院行使审判权的被动性

法院行使审判权,必须有受害人的告诉,才能受理案件,行使审判权。司法权是根据“不告不理”的原则,被动地执行法律。这同行政权和立法权的主动行使不同。

(二) 法院行使审判权管辖范围的普遍性

法院行使审判权的管辖范围包括一切公民。法院管辖

范围的这种普遍性,决定了任何公民都可以就其纠纷诉请法院作出裁判。这一点是同《世界人权宣言》的要求相符合的。1948年12月10日联合国大会通过的《世界人权宣言》第8条规定:“任何人当宪法和法律所赋予他的基本权利遭受侵害时,有权由合格的国家法庭对这种侵害行为作有效的补救。”^①

(三) 法院行使审判权时的合法性

法院行使审判权的活动,主要是适用法律的活动,或依法律或依判例作出裁决,以保障法律的实施。

(四) 法院行使审判权的多级性

法院在行使审判权时是以公断人身份出现。在审理过程中,法官引导双方辩论,在作出判决后,不服判决,允许当事人上诉,因此,在上下级法院之间形成了多层级的审判系统和诉讼程序。

在中国,按照宪法规定,司法体系是由人民法院和人民检察院两大系统构成。人民法院是国家的审判机关,行使国家审判权。人民检察院是国家的检察机关和法律监督机关,行使国家的检察权和法律监督权。人民法院系统由地方各级人民法院、最高人民法院和专门人民法院组成,而地方各级人民法院又分为基层人民法院、中级人民法院和高级人民法院三级;人民检察院系统由最高人民检察院、地方

① 而中国目前还不能完全做到这一点。中国宪法所确认和规定的基本权利受到侵害后,还不能得到完全的法律救济。2001年由“齐玉苓受教育权被侵害案”所引发的所谓“宪法司法化”的全国性讨论,正好说明了我们的宪法权利的救济渠道还不畅通。因此,有必要深刻反省我们的宪法实施制度。