

“议行合一” 与司法权

张泽涛 著

议
合
行

中国政法大学出版社

“议行合一”与司法权

张泽涛 著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

“议行合一”与司法权/张泽涛著. —北京:中国政法大学出版社,
2005.6

ISBN 7-5620-2760-9

I.议... II.张... III.司法制度-体制改革-研究-中国
IV.D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 063213 号

* * * * *

书 名 “议行合一”与司法权
经 销 全国各地新华书店
出版发行 中国政法大学出版社
承 印 固安华明印刷厂
开 本 880×1230 1/32
印 张 12.25
字 数 295 千字
版 本 2005 年 6 月第 1 版 2005 年 6 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-5620-2760-9/D·2720
定 价 28.00 元
社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563(发行部) 62229278(总编室) 62229803(邮购部)
电子信箱 zf5620@263.net
网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

前 言

长期以来，“议行合一”一直被视为我国的政权组织原则，近年来学界尤其是从事宪法学和政治学研究的学者，在充分肯定“议行合一”原则的历史进步意义的同时对其进行了深刻反思，认为“议行合一”的政权组织原则容易导致行政集权，不利于人大的发展方向。上述学者的研究结论，自上个世纪90年代中期后已经为党和国家领导人正式接受，目前比较一致的看法是我国的政权组织原则是民主集中制。但是限于学科的局限，上述学者对“议行合一”政权组织原则的反思，主要是从宪法学和政治学的角度进行研究的，而对于“议行合一”的政权组织原则对司法权的负面影响，则基本上没有进行反思。

如何在现行的宪政框架内建构一套公正、合理的司法体制，是近年来党和国家领导人以及学者所普遍关注的问题。党的十五大报告中已经明确提出了依法治国的基本方略，要求推进司法改革，从制度上保证人民法院和人民检察院依法独立行使审判权和检察权。从目前法学界的现状来看，大量的学术资源都投入到了司法制度改革的研究中。法院与人民代表大会的关系、司法中的便民化以及大众参与、新闻监督与司法独立的关系等一系列问题，更是关注的热点问题，而上述问题的研究无一不与“议行合一”原则息息相关。如果对司法制度改革的一些基本理论问题缺乏系统、深入的研究，那么制度设计就像是试图在沙漠中建造大厦，缺乏赖以支撑的地基。笔者以为，目前法学界对司法制

2 前 言

度改革的理论研究有待进一步深入，特别是在法院与人大的关系、司法中的便民化以及大众参与等一系列问题上。如迄今为止，无论是从事宪法学还是诉讼法学研究的学者，对于人大的个案监督权问题的研究，仅仅停留在操作层面上，对个案监督的宪法依据以及相关的理论研究都有待于进一步论证。有鉴于此，笔者以《“议行合一”与司法权》作为研究课题，针对“议行合一”对司法权的影响、司法与民主、法院与人民代表大会的关系、司法中便民化与司法中的大众参与的关系、新闻监督与司法独立的关系以及“马锡五审判方式”与中国司法现代化等一系列问题进行深入、系统的研究，希望能够为司法改革的制度设计提供一些前期的理论准备。

当然，本书只是一本引玉之砖，因为书中的大多观点（如司法与民主的关系问题）以及论证角度（如“议行合一”对司法权的负面影响等问题）都是第一次提出，书中的研究方法、研究结论以及研究深度都值得推敲或者深入，因此，诚恳地希望读者诸君能够批评指正。

目 录

第一章 司法权概念辨析——以行政权与立法权为参照	(1)
第一节 司法权的概念	(2)
一、司法与司法权概念评述	(2)
二、本书中所使用的司法权含义	(11)
第二节 司法权的本质及特征	(12)
一、司法权与行政权、立法权之共性	(12)
二、司法权的本质	(16)
三、司法权的特征	(25)
第二章 “议行合一”下的司法权配置	(41)
第一节 “议行合一”的含义及历史溯源	(41)
一、“议行合一”的含义	(41)
二、“议行合一”的历史溯源	(45)
第二节 “议行合一”与权力制衡	(58)
一、卢梭与“议行合一”	(59)
二、权力的分立与制衡符合马克思主义基本原理	(68)
第三节 “议行合一”对司法权的影响	(76)
一、民主的含义及其特征	(77)

2 目 录

二、“议行合一”与司法权关系之反思	(84)
三、巴黎公社政权下的司法权	(91)
第三章 法院与人民代表大会的关系（一）：法官的	
遴选与罢免	(101)
第一节 法官遴选制度概况	(103)
一、任命制	(103)
二、选举制	(108)
三、选举制与任命制并用	(111)
第二节 法官选举制与任命制的利弊评析	(115)
一、法官选举制与任命制的利弊比较	(115)
二、前苏联法官遴选方式及其弊端	(121)
第三节 我国法官遴选与罢免制度之弊端及其完善	(124)
一、我国法官遴选与罢免制度之弊端	(124)
二、完善我国法官遴选与罢免制度之若干构想	(129)
第四章 法院与人民代表大会的关系（二）：法院向	
人大汇报工作	(138)
第一节 合宪与违宪之争	(140)
一、违宪说及其理由	(140)
二、合宪及其理由	(144)
第二节 法院向人大汇报工作的理论缺陷	(151)
一、司法独立与行政首长负责制	(151)
二、法院向人大汇报工作难以确定审判责任主体	(158)

第三节 法院向人大汇报工作的实践弊端：司法权的行政化	(173)
一、同一法院内部的行政化	(174)
二、法院系统纵向的行政化	(175)
三、法院辖区内的行政化	(179)
四、结论	(183)
第五章 法院与人民代表大会的关系（三）：个案监督问题研究	(185)
第一节 个案监督尚需澄清的三大问题	(186)
一、个案监督的概念	(186)
二、个案监督合宪	(196)
三、国外议会监督法院的立法例	(202)
第二节 规范个案监督程序	(213)
一、人大监督法院审判活动的法定方式及其局限	(213)
二、借鉴国外的立法例，规范个案监督程序	(216)
第六章 司法过程中的大众参与之反思	(226)
第一节 陪审制度的功能及其完善	(228)
一、陪审制度功能之反思及其定位	(228)
二、我国陪审制度的现状及其完善	(242)
第二节 法学家参与司法：专家意见书的现实合理性及其规范	(257)
一、问题的提出	(257)
二、美国“法院之友”制度概况	(258)

4 目 录

三、我国法学专家论证意见书的现实合理性	(268)
四、规范法学家论证意见书	(273)
第七章 新闻监督与司法独立之冲突及其规范	(280)
第一节 新闻监督与司法独立的冲突及其协调	(283)
一、新闻监督与司法独立的冲突	(283)
二、国外新闻监督司法的立法评介	(288)
三、我国现阶段强化新闻监督司法之必要性	(296)
第二节 庭审直播之弊端及其克服	(304)
一、国外的立法概况	(304)
二、庭审直播的积极意义	(310)
三、庭审直播的负面影响及其克服	(315)
第三节 新闻监督审判权的合理界限及补救	(318)
一、健全舆论的监督环境	(318)
二、新闻监督司法的合理界限	(322)
三、补救措施	(324)
第八章 马锡五审判方式与我国司法现代化	(329)
第一节 概述	(330)
一、马锡五审判方式及其特点	(330)
二、马锡五审判方式的本质及其局限	(337)
第二节 马锡五审判方式对当代审判制度的影响	(349)
一、马锡五审判方式对建国初期审判制度的影响	(350)
二、马锡五审判方式对当今审判制度的影响	(353)
第三节 马锡五审判方式与我国司法现代化之反思	(358)

一、适当缩减调解结案的范围	(359)
二、理性对待司法中的群众路线	(361)
三、转变“重实体、轻程序”的传统观念和做法	(363)
参考文献	(365)
后 记	(381)

第一章 司法权概念辨析——以立法权与行政权为参照

目前，我国学界以及实践部门对司法权概念界定存在多种截然不同的理解，而明确概念的含义、本质及其特征，是任何学术探讨与理论争鸣的前提。因为“概念的问题很重要，我们都是通过概念来思考、对话和讨论的。……有些没有先行澄清概念的争论其实是无意义的，因为可能争论者使用的虽是同样的概念，他们对这一概念的理解却很不相同，他们不是在同样的层面上争论，没有形成真正的交锋，甚至实质的观点没有多大差距，或者在歪曲对方观点的情况下‘得胜回朝’。这样的争论是一种不会使知识增值、倒可能使知识贬值的争论。”^{〔1〕}同时，由于本文研究的问题是《“议行合一”与司法权》，而传统意义上，“议行合一”一直被视为与三权分立相对应的政权组织形式（虽然目前我国人民代表大会制度的组织原则与“议行合一”存在一定程度的差异，但“议行合一”一直潜移默化地影响我国的行政权和立法权，且对司法权的影响尤甚），文章的最核心内容探讨在“议行合一”的政权组织形式下法院与人民代表大会的关系、司法中的大众参与（行政活动中的公众参与与司法活动中的大众参与存在本质上的差异）和新闻监督与司法独立之间的关系

〔1〕 何怀宏：《公正的正义——解读罗尔斯〈正义论〉》，山东人民出版社2002年版，第41页。

2 “议行合一”与司法权

等一系列问题，因此，以国家的行政权、立法权为参照，明确司法权的概念、本质以及运作特征就更为必要。

第一节 司法权的概念

一、司法与司法权的概念评述

司法是司法权运行的动态过程，即拥有司法权的机关和个人依法行使权力的一种活动。因此，司法和司法权的概念是紧密联系、不可分离的。目前，学界对司法权和司法概念的理解可谓歧义纷呈，莫衷一是，概括起来有以下几种代表性的说法：

1. 司法是国家机关的适用或执行法律的活动，与此相应，司法权就是国家机关的执法权。这是学界对司法和司法权最广义的理解。持上述观点的学者认为，“司法是多样化的，不为法官和法院所独有，也不单是国家的职能。实际上，诸多非法院的国家机关，甚至某些非国家的社会组织也具有一定的司法性质和作用。”^{〔1〕}与此大体相似的观点认为，司法“是指国家司法机关根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。”^{〔2〕}显然，对持这种观念的学者需要进一步解释的一个概念就是何为“司法机关”？长期以来，关于“司法机关”的概念，主流观点认为，“在我国，人民法院是国家的审判机关，人民检察院是国家的法律监督机关，都是司法机关。公安机关是治安机关，在刑事诉讼中行使侦查、拘留、预审的职能，司法行政机关

〔1〕 于慈珂：“司法机关与司法机关组织法论纲”，载《现代法学》1993年第2期。

〔2〕 沈宗灵主编：《法学基础理论》，北京大学出版社1988年版，第373页。

领导和管理劳动改造机关也属司法机关。”^{〔1〕} 如果比较上述两种对司法和司法权的概念的界定，可以看出二者之间的细微差别：前者的范围包括一切国家机关的执法活动，后者的范围主要限于负责刑事诉讼中侦查、起诉、审判和执行的机关，因此，前者对司法和司法权范围的界定更为广泛。

显然，上述学者对司法和司法权的范围的界定，基本上等同于广义上“法的执行”。广义上“法的执行”的含义是指国家行政机关、司法机关及其公职人员，依照法定职权和程序，贯彻执行实施法律的活动，其范围既包括国家行政机关的执法活动，也包括国家司法机关的执法活动。^{〔2〕} 虽然，本文并不是在上述含义中使用司法和司法权的概念，同时，这种对司法和司法权的界定也为大多学者所摒弃，但上述对司法和司法权的分类，也非全无道理，其理由是：

首先，上述广义上对司法和司法权的界定是符合逻辑学上的分类方法的。因为与立法权相对应的应该是执法权，国家行政机关的行政执法活动以及司法机关（人民法院和人民检察院）的司法活动都应该属于一种执法活动，因此，行政执法（行政权）和司法机关适用法律（法院的审判活动和检察机关的检察活动）与立法活动并不是同一层面上的逻辑对应关系，只有立法（制定法律）与司法（执行法律）才可以从逻辑上进行分类。也正是基于上述原因，近代分权学说的首创者洛克将国家权力分为三种：立法权、执行权和对外权。立法权即制定国家法律的权力；执行权是指负责执行所制定的法律和继承有效法律的权力（包

〔1〕《法学词典》编辑委员会编：《法学词典》，上海辞书出版社1984年版，第241、242页。

〔2〕参见张文显主编：《法理学》，法律出版社1997年版，第359页。

4 “议行合一”与司法权

括行政执法权和司法执法权)；对外权则是关于负责决定战争与和平、联合与结盟以及同国外开展一切事务的权力。^{〔1〕}也正是基于上述原因，美国学者古德诺曾经批判过孟德斯鸠将国家权力划分为立法权、行政权和司法权的做法，认为行政权和司法权本质上都是执法权，与执法权相对应的应该是立法权，因此，孟德斯鸠将行政权、司法权与立法权放置在同一个层面上使用是不科学的。^{〔2〕}

其次，将国家行政机关、审判机关以及检察机关视为广义的司法机关似乎有宪法和法律依据。第一，《中华人民共和国宪法》中并没有直接出现“司法”、“司法权”和“司法机关”等字样，只是在第123条和第129条分别规定：“中华人民共和国人民法院是国家的审判机关。”“中华人民共和国人民检察院是国家法律监督机关。”现行宪法中之所以没有出现“司法”、“司法权”以及“司法机关”字样的原因，其历史渊源是可以追溯到1954年宪法，因为1954年宪法的起草者曾对人民法院行使的是“司法权”还是“审判权”进行过推敲。宪法草案初稿规定法院行使“司法权”，后来改为“审判权”。这主要是考虑到法院的主要活动是“审判”，而“司法”包括的范围较宽，容易和司法行政机关的职权相混淆。^{〔3〕}第二，《中华人民共和国刑法》第94条规定：“本法所称司法工作人员，是指有侦查、检察、审判、监管职责的人员。”从该条的立法本意来看，显然认为应该对司法和司法权作广义理解。有学者据此认为：“根据本条之

〔1〕 李龙主编：《西方法学名著摘要》，江西人民出版社1999年版，第147页。

〔2〕 〔美〕古德诺：《政治与行政》，王元译，华夏出版社1987年版，第7页。

〔3〕 参见全国人大常委会办公厅研究室政治组编：《中国宪法精释》，中国民主法制出版社1996年版，第276页。

规定，司法工作人员是指人民法院、人民检察院、公安机关、国家安全机关、司法行政机关中执行侦查、检察、审判、监管职责的人员。此外，人民陪审员在人民法院执行职务期间，由于同审判员有同等的权利，因而也属于司法工作人员。”〔1〕有学者甚至认为刑法的这一规定实际上明确了侦查机关和监管机关的司法机关性质。从这两个机关担负的任务来看，作为司法机关并无不当。〔2〕

综上所述，虽然笔者在本文中并没有采用这种界定司法权和司法的做法，且目前很多学者也不再主张对司法权和司法作这种广义上的理解，但是并不能据此推论出对司法权和司法的这种定义是没有任何理由。

2. 司法是指人民法院和人民检察院依照法定的职权与程序处理案件适用法律的活动；与此相应，司法权一般包括审判权和检察权，审判权由人民法院行使，检察权由人民检察院行使。〔3〕持这种观点的学者认为，司法的范围包括人民法院对刑事案件、民事案件、行政案件的审判活动和人民检察院对公诉案件的审查、起诉活动以及对刑事裁判、民事裁判、行政裁判的抗诉活动。至于人民检察院对贪污贿赂和渎职案件的侦查活动，严格地讲与公安机关对刑事案件的侦查活动一样属于行政活动性质，况且人民检察院在侦查过程中并无实体处理权，由此不应属于司法活动的范围。〔4〕

上述对司法和司法权概念的界定，一直是我国学界的主流观

〔1〕 陈兴良：《刑法疏议》，中国人民公安大学1997年版，第202页。

〔2〕 章武生、左卫民主编：《中国司法制度导论》，法律出版社1994年版，第2页。

〔3〕 张文显主编：《法理学》，法律出版社1997年版，第365页。

〔4〕 龚祥瑞：《现代西方司法制度》，北京大学出版社1993年版，第19页。

点。持上述观点的学者的理由是：

第一，将检察院的检察权和法院的审判权定性为司法权是有宪法和政策依据的。我国现行的政权组织形式是人民代表大会下的“一府两院”制度，《宪法》第三章“国家机构”中虽然没有明确规定人民检察院和人民法院为司法机关，但是检察院和法院的职权以及活动原则都是规定在该章第七节，而作为国务院的行政机关规定在该章第三节中。对于检察院和法院行使职权时应当遵循的原则，《宪法》第126条和131条分别规定：“人民法院依照法律规定独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”“人民检察院依照法律规定独立行使检察权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”显然，从宪法的体例安排和立法者的意图来看，宪法已经明确将检察院和法院规定为司法机关。同时，从党的政策来看，长期以来一直也是将检察院和法院作为司法机关对待。党的十五大报告中已经明确提出：“推进司法改革，从制度上保证人民法院和人民检察院依法独立地行使审判权和检察权。”十六大报告中也有类似的提法。因此，可以说，将检察院的检察权和法院的审判权定性为司法权、检察活动和审判活动定性为司法活动是有宪法和政策依据的。

第二，检察权与完全意义上的行政权存在明显差别。行政权强调的是效率，因此，行政权运作的首要特征是上令下从，下级服从上级；司法权强调的是公正，司法权运作的首要特征就是独立。公诉权是检察权的核心内容，它是公诉人基于对特定事实的审查所作出的判断，是代表国家对涉嫌犯罪行为进行的追诉。同时，公诉人的起诉裁量权是当今世界绝大多数国家的立法中都明确规定的，起诉裁量权在我国刑事诉讼法中的具体体现就是检察院享有决定不起诉的权力，而不起诉是检察官代表国家确定一个人无罪或因犯罪情节轻微等原因不追究其刑事责任，这本身就是

适用法律处理案件的一种活动。如果检察官不能独立行使职权，那么，司法的独立性也就不能得到有效的保障。按照美国学者莫里斯·波罗斯考尔的说法就是：“凡能控制检察官者，就能控制刑事司法的运作，使刑事司法符合其自身的利益。”^{〔1〕}日本检事总长伊藤荣树先生也有与此相似的说法：“检察权的行使，如果受立法权或检察权以外的行政权的不当干涉所左右，那么，司法权的独立就将完全成为有名无实。”^{〔2〕}更何况，我国宪法将检察院定性为专门的法律监督机关，要求检察院在行使监督权时以法律为依据，只服从法律，因此，在我国，必须保证检察院的相对独立性，否则，其法律监督活动势必受到来自行政机关或者其他机构和个人的干扰，难以切实有效地发挥监督权。

第三，将检察机关定位为司法机关也与世界一些其他国家的做法相一致。一般而言，有大陆法系传统的国家，虽然也认为法院和检察院在性质和功能上存在一些差异，但通常情况下还是将检察官和法官一同作为司法官来对待。援引这一学说的重要代表人物戈尔克的话说就是：“检察官虽然不是法官，但‘如同法官般’执行司法领域的重要功能。”^{〔3〕}具体从各国的立法与司法实践来看，在法国和德国，检察官被称为“站着的法官”，因为检察官对案件事实进行审查判断以决定是否起诉或者不起诉的活动，本质上与法官的裁判权极为相似。同时，检察官在刑事诉讼中通常和法官一样，只对法律负责。“检察官是法律的守护人，对检察官与法官而言，事实的审查与法律的判断，均依同一目标

〔1〕 转引自郑正忠：“海峡两岸检察制度之比较评析与改革建议”，载台湾《刑事法杂志》第43卷第1期。

〔2〕 [日]伊藤荣树：《日本检察厅法逐条解释》，徐益初等译，中国检察出版社1990年版，第57页。

〔3〕 转引自林钰雄：“谈检察官之双重定位”，载《刑事法杂志》第42卷第6期。