



司法权专业化研究

Studies on Professionalism of Judicial Power

张泽涛 著

School of Law

Xiamen University



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



厦门大学法学学术文库

张泽涛 著

Studies on Professionalism of Judicial Power

司法权专业化研究

School of Law

Xiamen University



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

司法权专业化研究 / 张泽涛著. —北京: 法律出版社,
2009. 5

(厦门大学法学学术文库)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9492 - 9

I. 司… II. 张… III. 司法制度—研究—中国 IV. D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 058435 号

厦门大学法学学术文库

司法权专业化研究

张泽涛 著

责任编辑 刘文科
装帧设计 马 帅

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2009 年 6 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 12.625 字数 305 千

印次 2009 年 6 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9492 - 9

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

——八十周年院庆与学术文库的诞生

迄今为止,尚未求证厦大法学院是不是距离大海最近的法学院,只知道近得抬眼一望就看见惊涛骇浪,俯身触摸就是温柔的海滩;尚未求证厦大法学院是不是享受阳光最充裕的法学院,只知道所有的教师工作室都是向南面海,从日出东山的那一刻就开始接受阳光的恩赐,即使在黄昏的瞬间,也能收揽最后一缕光芒!

海纳百川,自然会赋予她宽广浩瀚的胸怀;阳光普照,更使她天生充满了博爱与无限生机。厦大法学院就是在大海与阳光的厚爱中悄然迎来了八十周年华诞,更为欣喜的是伴随生日庆典的到来,厦门大学法学学术文库犹如一个新的生命宣告诞生!

翻开厦大法学院八十年的历史画卷,值得回眸和感慨的片段有很多:1926年6月,厦门大学设立法科,下设法律学、政治学、经济学三系。1930年2月,厦门大学改科为院。1934年6月,法学院与商

学院合并为法商学院。1937年年底,法商学院中的法科停办。1940年复办法律学系。1950年,厦门大学文学院、法学院合并为文法学院。1953年全国院系调整,法律学系再次停办。1979年法律学系再次复办。1984年12月,法律学系与哲学、政治学与行政学系成立了政法学院。1998年9月政法学院正式更名为法学院。直至2003年11月,才在法律学系的基础上组建了现在的法学院。

从某种意义上讲,厦大法学院的历史就是中国近现代法律发展历程的缩影:她命运坎坷,多次起落于创办、停办、复办的变化之中;她成长曲折,在不同的阶段分别与文学、商学、政治学联姻,以文法学院、法商学院、政法学院的姿态出现。这看似厦大法学院的悲哀,抱憾于以往多年未以能独立的法学院实体和学术形态面世,却无意中塑造了厦大法学院所拥有的海纳百川的气魄与心存千智的人文品格。

古人云:长风破浪会有时,直挂云帆济沧海。告别了沉重的历史,迎来了灿烂的今朝。自1979年厦门大学复办法学专业以来,经过两代法律人二十余年的奋斗,法学院有了长足的进步,特别是进入二十一世纪后,厦大法学院得到飞速发展。秉承“自强不息,止于至善”的校训,坚持以“学术建院、民主治院”为宗旨,法学院在创造民主和谐的工作氛围的同时,更致力于提高科研水平,提升学术品位。厦门大学法学学术文库的建立就是一个良好开端和鲜明的例证。她的问世,不仅是献给法学院八十诞辰的贺礼,更意味着“海阔凭鱼跃,天高任鸟飞”;虽不足回报八十年中为法学院的今天做出卓越贡献的前辈,却能激励为法学院的未来努力开创的新人!

八十华诞,对于自然人来说意味着饱经沧桑,已近暮年,但对于法学院而言,则彰显出丰富的历史和深厚的底蕴,而法学文库的诞生犹如新生的婴儿,代表着新的起点,预示着新的希望。浏览首批出版的学术论著,既有青年教师的锐利创新,又有年长学者的沉稳深邃;既有对于某一学科前沿问题的瞻望,又有对古老法律思想的深刻挖掘;既有对历史线索的回顾与梳理,又有对当今世界范围内重大法律问题的思考与回应。

或许,这套学术论著看起来还有些单薄和稚嫩,可因为每位作者都怀着真诚与谦逊,宽容与执着,倾注心血而著,故而,值得读者们去阅读和品味;或许这套论著称不上是“流诸笔端的天籁”,更难为“无以伦比的杰作”,但我们相信它能够给读者一个清新的感受,学术的交流,思想的碰撞……

我们期待着日益接受大海的熏陶和阳光普照的厦大法律人不断地推出优秀的法学著作,让厦大法学学术文库成为集中、及时展现法学院教师的具有创新性、思辨性、建设性研究成果的学术窗口。

我们期待着学术文库不懈努力追求超越与成功,而非简单的重复与成名。欲求成名相对容易,只要运用现代传播工具,即能声名远播,饮誉一时;而欲求成功,则另当别论,需要卓越的天赋以及孜孜不倦的刻苦追求。

我们期待着厦大法律人在灿烂的朝阳前,绚丽的黄昏中,碧蓝的海水边和细致的沙滩上,还有火红的凤凰花树下,不断激发灵感,永葆创作激情,让大海和阳光见证厦大法学学术文库永远充满希望、富有朝气!

衷心祝福您,蒸蒸日上的厦门大学法学院!

诚挚感谢您,鼎立推动文库面世的法律出版社!

也特别祝福您,明知道我们并不完美,但依然给予厦大法学学术文库鼓励和关注的读者们!

厦门大学法学学术文库编委会

2006年8月18日

前 言

如何在现行的宪法框架内建构一套公正、高效、权威的司法体制,是最近党和国家领导人、学者以及普通的社会民众所普遍关注的问题。而要建立公正、高效、权威的司法体制,首要问题就必须加强法院队伍素质建设,并按照党的十五大、十六大、十七大报告中所提出的从制度上保障人民法院独立行使审判权。近年来,党的各项方针政策中都明确提出要提高法官队伍素质,与此相应,2001年6月30日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十二次会议对《法官法》作了修改,增设了第12条:“初任法官采用严格考核的办法,按照德才兼备的标准,从通过国家统一司法考试取得资格,并且具备法官条件的人员中择优提出人选。”2002年开始统一推行的司法资格考试为充任法官设置了资格门槛。另外,2008年3月8日,最高人民法院的有关领导明确透露法官将不参加公务员考试,并可能于近期出台法官遴选制度。按照该制度规定,法官不必参加公务员考试,但需要参加另外的专门测

试。对此,最高人民法院政治部副主任宋朝武指出:“这个意见,应该说是更符合法官的工作特点,更符合法律专业人员的管理特点。”^①同时,最高人民法院颁行的《关于加强法官队伍职业化建设的若干意见》第4条明确规定:“法官职业化,即法官以行使国家审判权为专门职业,并具备独特的职业意识、职业技能、职业道德和职业地位。”因此,可以说,加强司法权的专业化,提高法官的专业素质,要求法官严格按照国家程序法和实体法的规定来审理和裁判案件,是近年来我国司法改革首要关注的问题之一。

不过,在强调司法权的专业化的同时,丝毫不能忽视司法权的民主化。因为我国是人民民主专政的国体,人民代表大会制度的政体,司法权同其他权力一样,最终来自于人民,并应充分体现最广大人民的意志。特别是在建设中国特色社会主义司法制度的今天,司法权的民主化尤为值得关注。因为中国社会主义司法制度的核心内容之一就是坚持人民当家做主;在具体的司法实践中必须用符合人民群众意志的思路、方式处理问题;坚持以人为本,坚持执法为民,维护人民权益,既是历史唯物主义的基本观点,又是社会主义法治的核心原则。虽然最近国内一些知名学者如贺卫方教授、何兵教授、陈忠林教授、高一飞教授等围绕司法民主化与专业化的话题展开了激烈的争论,^②且对司法民主这样一个最基本的命题都争论不休。^③另外,在西方三权分立的政治架构中,司法权在很大意义上是被视为民主的对立物而存在的,但我们必须清醒地认识到的一点就是西方国家在政治制度、经济制度以及法律文化传统上与我国

① 王阳:“最高法人士透露法官将不参加公务员考试”,载《京华时报》2008年3月9日。

② 近期关于司法民主化与专业化的争论可参见:贺卫方:“司法改革的方向何在?”,载《经济观察报》2008年8月31日;高一飞:“司法改革方向应当重新调整”,载《经济观察报》2008年8月4日;“贺卫方、谢晖、陈金钊共话司法该民主化抑或是专业化”,载 <http://faluxinyufyfz.cn/blog/faluxinyu/index.asp?blogid=388648>。

③ 张千帆:“司法大众化是一个伪命题”,载《经济观察报》2008年7月21日;何兵:“司法民主化是个伪命题吗?”,载《经济观察报》2008年8月25日。

存在根本上的不同。对此,美国最权威的中国问题专家费正清先生认为:“西方政治学中的狭隘主义应当引起我们的注意。其根据来自一个所谓普遍科学性的错误理论,即对待‘区域’的特殊化持否定态度。这些政治学家是在西方政治生活的背景下接受数据、观念和语言等方面的训练,他们把已有知识进行逻辑性而非地域性训练。因此,他们不会去研究全人类中大多数人的政治,而这些大多数人却恰恰居住在亚洲。”^①另外,从美国、澳大利亚、荷兰、英国、日本以及我国台湾地区的司法改革运动来看,从西方国家和地区最近的司法改革的基本趋向来看,大多已经开始大力推进司法中的民主化改革运动,以民为本、取信于民以及司法中便民化得到了提倡,“法院服务”一词成为各国法院制度改革的流行语。更饶有兴趣的一点是,恰恰在国内的一些知名学者主张取消人民法院中的“人民”二字的同时,英国和澳大利亚的学者却提出应该将他们的法院改名为“人民法院”。因为即使这些地区的学者也认为,“司法的本质就是一种满足人民正义感的仪式;专业的正确性反而不是最重要的。因此一旦失去信赖,司法也就失去了存在的基本价值”。^②我国台湾地区的学者苏永钦先生总结我国台湾地区的司法改革经验时也曾指出:“司法的专业性越强,社会的疏离感就越强。”^③对于我国十年来司法改革的成败得失,最近《人民司法》上有一篇特约评论员文章提出了委婉的批评:“近年来,人民法院围绕‘公正与效率’的工作主题大力推进司法改革,努力抓好队伍建设,各项工作取得了巨大成就。但与人民群众的期待、感受和评价相比,人民法院取得的明显成效并没有博得相应的赞许。”对此,评论举例说明,大批高学历人才进入法院,但缺少经验辅佐的学理难以理解和应对丰富复杂的司法实践,秀才办案、机械司法引起了

① [美]费正清编:《中国的思想与制度》,郭晓兵等译,世界知识出版社2008年版,第12页。

② 苏永钦:《司法改革的再改革》,台湾月旦出版社1998年版,第11页。

③ 苏永钦:“漂移在两种司法理念间的司法改革——台湾司法改革的社会背景与法制基础”,载《环球法律评论》2002年春季号。

人们对高学历的怀疑;程序正义的普及带来的诉讼证据的完善,逾期举证后证据失权时,国人还一时难以理解接受“时间可以改变事实”的规则;慎刑和宽大变成了钱权交易的盾牌。^①总之,无论是总结我国台湾地区司法改革经验,还是从近年来我国司法改革的成败得失来看,在我国,人民民主专政的国体和人民代表大会制度的政体决定了司法民主化与专业化是并行不悖的,司法民主化是本源,司法专业化为司法民主化服务,二者是有机统一的整体。

笔者充分认识到我国与西方国家是本质不同的两种政治制度、两种不同的法治道路,始终坚持在人民代表大会的政体和人民民主专政的国体的前提下,并紧密联系目前建设中国特色社会主义的司法制度的时代背景,深入比较中西方司法与民主关系的差异,对人民代表大会与人民法院的关系、司法中的便民和大众参与与专业化之间的关系、新闻监督与审判独立的冲突及其协调、“马锡五”审判方式与中国司法现代化等系列问题展开深入、系统的研究,希望能够为司法改革提供一些前期的理论准备与制度设计。

当然,本书只是一块引玉之砖,书中的一些研究方法以及研究结论都值得进一步推敲或者深入,因此,诚恳地希望读者诸君能够批评指正。

^① 贺小荣:“大法官下基层”,载《人民司法》2008年第13期。

目 录

前言 /1

第一章 司法权概念辨析——以立法权与 行政权为参照 /1

第一节 司法权的概念 /2

一、司法与司法权的概念评述 /2

二、本书中所使用的司法权含义 /10

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 /15

三、司法权的特征 /25

第二章 中西司法权的专业化与民主化关系之 比较研究 /41

第一节 司法权的专业化之本质与特征 /44

一、司法权的专业化之本质 /44

二、司法权的专业化之特征 /48

第二节 我国司法民主化的含义及其历史

溯源 /59

一、民主的含义与特征 /59

二、我国司法民主化的含义与历史溯源 /66

第三节 中西方司法权的专业化与民主化之

差异 /85

一、西方司法权的专业化与民主化之差异 /87

二、我国司法权的民主化与专业化之关系考察 /99

第三章 法院与人大的关系(一):法官的遴选

与罢免 /111

第一节 法官遴选制度概况 /113

一、任命制 /113

二、选举制 /117

三、选举制与任命制并用 /120

第二节 法官选举制与任命制利弊评析 /124

一、法官选举制与任命制的利弊比较 /124

二、前苏联法官遴选方式及其弊端 /130

第三节 我国法官遴选与罢免制度之弊端及

其完善 /134

一、我国法官遴选与罢免制度之弊端 /134

二、完善我国法官遴选与罢免制度之若干构想 /139

第四章 法院与人大的关系(二):个案监督

问题研究 /149

第一节 个案监督尚需澄清的三大问题 /151

一、个案监督的概念 /151

二、个案监督是否合宪 /159

三、国外议会监督法院的立法例 /165

第二节 规范个案监督程序 /175

一、人大监督法院审判活动的法定方式及其
局限 /176

二、借鉴国家的立法例,规范个案监督程序 /178

第五章 法院与人大的关系(三):人大审议
法院工作报告的法理分析 /188

第一节 合宪与违宪之争 /191

一、违宪说及其理由 /191

二、合宪及其理由 /195

第二节 法院向人大汇报工作与责任制原则 /201

一、司法独立与行政首长负责制 /201

二、人大代表审议法院工作报告时如涉及具体
个案难以确定审判责任主体 /208

第三节 人大审议法院工作报告时涉及个案会
导致司法权的行政化 /223

一、同一法院内部的行政化 /223

二、法院系统纵向的行政化 /224

三、法院辖区内的行政化 /228

四、结论 /233

第六章 司法过程中的大众参与之反思 /235

第一节 陪审制度的功能及其完善 /237

一、陪审制度功能之反思及其定位 /237

二、我国陪审制度的现状及其完善 /251

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 /269

一、问题的提出 /269

二、美国“法院之友”制度概况 /271

三、我国法学专家论证意见书的现实合理性 /278

四、规范法学家论证意见书 /283

第七章 新闻监督与司法独立之冲突及其

规范 /288

第一节 新闻监督与司法独立的冲突及其

协调 /292

一、新闻监督与司法独立的冲突 /292

二、国外新闻监督司法的立法评介 /299

三、我国现阶段强化新闻监督司法之必要性 /306

第二节 庭审直播之弊端及其克服 /314

一、国外的立法概况 /314

二、庭审直播的积极意义 /320

三、庭审直播的负面影响及其克服 /326

第三节 新闻监督审判权的合理界限及其

补救 /328

一、健全舆论的监督环境 /329

二、新闻监督司法的合理界限 /333

三、补救措施 /335

第八章 马锡五审判方式与我国司法现代化 /341

第一节 概述 /342

一、马锡五审判方式及其特点 /342

二、马锡五审判方式的本质及其局限 /348

第二节 马锡五审判方式对当代审判制度的

影响 /359

一、概述 /359

二、马锡五审判方式对当今审判制度的影响 /360

第三节 马锡五审判方式与中国司法现代化之

反思 /365

一、强调依法调解,并适当缩减调解结案的

范围 /366

二、理性对待司法中的群众路线 /368

三、转变“重实体、轻程序”的传统观念和

做法 /370

参考文献 /372

后记 /388

第一章 司法权概念辨析——以立法权与行政权为参照

“对任何一门学科来说,关键的概念必须尽量清晰,就好像大厦的地基必须尽量稳固一样。因此,在所有严谨的学科中,‘概念明晰’(concept explication)都是不可或缺的工作。”^①但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,但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

^① Steven H. Chaffee, *Explication*, Newbury Park, CA: Sage, 1991. p. 14.

增值、倒可能使知识贬值的争论”。^①同时,由于本书的题目是《司法权专业化研究》,本书的核心内容在于探讨司法权的民主化与专门化、法院与人民代表大会、司法中的大众参与、新闻监督与司法独立之间的关系等一系列问题,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,一些非法院的国家机关,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”。^②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”。^③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

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 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。

③ 沈宗灵主编:《法学基础理论》,北京大学出版社1988年版,第373页。