

刘用军 王美丽 梁静 著

论 监督 司法

本书跳出司法权本身这一视界，从政治权力是一种复杂的宏观体系的观点出发，认为司法权作为阶级社会政党政治下权力的分支，必须服从政治权力的总体趋势，接受相关权力或权利主体的监督。

群众出版社

刘用军

王美丽

梁静 著

论 监 督 司 法

群众出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

论监督司法 / 刘用军, 王美丽, 梁静著. —北京: 群众出版社, 2009.8

ISBN 978-7-5014-4537-0

I. 论… II. ①刘…②王…③梁… III. 司法监督—研究—中国 IV.D926.34

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 142907 号

论监督司法

著 者: 刘用军 王美丽 梁 静

责任编辑: 安 莉

封面设计: 王 子

出版发行: 群众出版社 电话: (010) 52173000 转

地 址: 北京市丰台区方庄芳星园三区 15 号楼

邮 编: 100078

网 址: www.qzchs.com

信 箱: qzs@qzchs.com

刷: 北京通天印刷有限责任公司

经 销: 新华书店

开 本: 890 × 1240 毫米 32 开本

数: 225 千字

印 张: 8.625

版 次: 2009 年 8 月第 1 版 2009 年 8 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 978-7-5014-4537-0 / D · 2193

定 价: 23.00 元

群众版图书, 版权所有, 侵权必究

群众版图书, 印装错误随时退换

目 录

第一章 监督司法概论·····	(1)
第一节 司法权的特性与职能·····	(1)
一、司法权的特性·····	(1)
二、司法权的职能·····	(7)
第二节 监督司法的类型与原理·····	(16)
一、监督司法的类型·····	(16)
二、监管司法的原理·····	(18)
第二章 司法权与其他政治权力的关系·····	(22)
第一节 司法权与其他政治权力关系演变的三种样态·····	(22)
一、司法权力和政治权力合一·····	(22)
二、司法权力和政治权力形式分离·····	(28)
三、司法权力对其他政治权力相对独立·····	(30)
第二节 司法独立与政治统治的进化·····	(35)
一、司法独立的重要性·····	(35)
二、司法独立的相对性·····	(39)
第三节 司法对其他政治权力的牵制·····	(43)
第四节 其他政治权力对司法的介入·····	(46)

第三章 监督司法的宏观路径	(53)
一、政治权力的总体制衡	(53)
二、立法权监督	(53)
三、司法权自身的平衡	(55)
四、基于民主权利的外部监督	(56)
第四章 监督司法的历史回顾	(58)
第一节 中国古代御史制度及评价	(58)
一、古代御史制度沿革	(58)
二、历代御史监察职能及评价	(66)
第二节 民国时期的监督司法及评价	(72)
一、民国时期的司法改革	(72)
二、变相的“监督”或干预司法	(74)
第五章 监督司法的国外考察	(77)
第一节 三权分立政体下司法制度的宏观制衡	(77)
一、立法对司法的制约	(78)
二、行政对司法的制约	(79)
第二节 三权分立政体下司法制度的微观制衡	(80)
一、美国的弹劾制度	(82)
二、日本的弹劾制度	(83)
第六章 政党政治下的监督司法	(86)
第一节 政党监督司法的政治生态性	(86)
一、政党政治的现实	(86)
二、政党对司法的政治监督	(88)

三、政党对司法监督的限度	(90)
第二节 执政党监督的现状思考	(92)
一、党对司法工作的政治和原则领导	(92)
二、党对司法工作的政策和组织领导	(95)
三、党对司法改革的领导	(96)
第三节 参政党的监督	(102)
一、民主监督的政治意蕴	(102)
二、参政党监督司法的必要性与可行性	(106)
 第七章 立法权力下的监督司法	(112)
第一节 立法权监督司法观点综述	(112)
第二节 立法权监督司法的原理	(115)
一、立法监督司法权的内涵、性质	(115)
二、立法监督司法权的特点和优势	(118)
第三节 个案监督的思考	(120)
一、个案监督之由来	(120)
二、个案监督之反思	(122)
第四节 类案监督思考	(126)
一、类案监督的内涵和理念	(126)
二、类案监督的制度构建	(128)
 第八章 检察机关对司法的监督	(134)
第一节 检察机关监督的理论基础	(134)
一、法律监督与列宁的司法权思想	(134)
二、法律监督理论与分权制衡思想的不同	(137)
第二节 检察监督与审判权独立	(139)

第三节 检察监督的行使	(145)
一、检察权对刑事侦查权的监督及完善	(145)
二、检察权对刑事审判活动的监督	(148)
三、检察权对民事行政案件的监督	(152)
四、检察权对裁判执行的监督	(156)
第四节 谁来监督监督者	(162)
第九章 舆论监督司法	(166)
第一节 媒体与舆论监督司法的含义	(166)
第二节 舆论监督司法的必要性与合理性	(167)
一、公众知情权的需要	(167)
二、权力制约的需要	(169)
三、司法实践的需要	(170)
四、实现民主价值的需要	(170)
第三节 我国舆论监督的发展历程	(172)
第四节 舆论监督与司法权独立的冲突	(174)
一、冲突的表现形式	(174)
二、冲突的原因	(180)
三、冲突的实质	(185)
第五节 舆论监督与司法权关系的域外审视	(187)
一、英美法系国家实践	(187)
二、大陆法系国家实践	(192)
三、国际公约的规定	(195)
第六节 舆论监督与司法制约的平衡	(198)
第七节 建立司法独立与舆论监督的平衡机制	(204)
一、加快制定《新闻法》	(204)

二、进一步完善审判公开制度·····	(206)
三、完善新闻发言人制度·····	(210)
四、建立舆论防御机制·····	(212)
第十章 群众对司法的监督·····	(215)
第一节 民意与舆论·····	(215)
一、民意·····	(215)
二、舆论·····	(220)
第二节 我国古代重视民意的司法传统·····	(220)
第三节 西方视角下的司法与民意·····	(227)
一、民主体制下的纠纷解决·····	(227)
二、社会契约论视角下的司法·····	(229)
三、陪审制体现的民意·····	(231)
第四节 司法与民意的冲突及表现·····	(232)
一、冲突的原因·····	(232)
二、冲突的结果·····	(239)
第五节 司法与民意协调的路径·····	(241)
一、“马锡五审判方式”的精神价值·····	(241)
二、陪审制的实质扩大·····	(247)
三、判例的司法统一·····	(251)

第一章 监督司法概论

第一节 司法权的特性与职能

一、司法权的特性

孟德斯鸠认为：公民的政治自由只有在一个优良的政体之下才能最大限度地实现；国家的各种权力只有实行有效的配置而不被滥用的时候，才能建立一个优良的政体；防止国家权力滥用的可靠方法是用权力制约权力。因此，国家权力应当划分为不同的部分，并且由不同的机关来行使。在其名著《论法的精神》一书中，孟氏对国家的权力进行了划分：“每一个国家有三种权力：一是立法权力；二是有关国际法事项的行政权力；三是有关民政法规事项的行政权力。依据第一种权力，国王或执政官制定临时的或永久的法律，并修正或废止已制定的法律。依据第二种权力，他们媾和或宣战，派遣或接受使节，维护公共安全，防御侵略。依据第三种权力，他们惩罚犯罪或裁决私人争讼。我们将称后者为司法权力，而第二种权力则简称为国家的行政权力。”^① 孟氏进一步指出，这三种权力应当由不同的机关和个人分别行使才能保障公民的政治自由。“当立法权和行政权集中在同一个人或同一个机关之手，自由便不复存在

① [法] 孟德斯鸠著，张雁深译：《论法的精神》（上册），155页，商务印书馆，1961。

了。因为人们将要害怕这个国王或议会制定暴虐的法律，并暴虐地执行这些法律”，“如果司法权不同立法权和行政权分立，自由也就不存在了。如果司法权同立法权合而为一，则将对公民的生命和自由施行专断的权力。因为法官就是立法者。如果司法权同行政权合而为一，法官便握有压迫者的力量。”“如果同一个人或是由重要人物、贵族或平民组成的同一个机关行使这三种权力，即制定法律权，执行公共决议权，和裁判私人犯罪或争讼权，则一切便都完了。”^①

孟氏所设计的方案明确地将司法权界定为惩罚犯罪或裁决私人间争讼的权力，并认为该权力应当由立法机关和行政之外的独立的国家机关和人员来行使，从而第一次将司法权从行政权中剥离出来，达致一种三足鼎立式的权力制约和平衡状态，塑造了一种权力运行的理性图景。三权得以分立并分别由三个不同的机关独立行使，且互有牵制，便成为孟氏眼中最可靠的政府形式。正是从这个意义上，《元照英美法词典》将司法权界定为：“法院和法官依法享有的审理和裁决案件，并作出有拘束力的判决的权力。与立法权和行政权相对。”此即为传统司法权学说的源头。在传统司法权观念里，坚持的是一种绝对理性主义哲学理念。在绝对理性主义的思维里，相信立法者的理性是无穷的，因而排斥法官适用法律的自由裁量权。理性主义推崇决定论，讲普遍规律，提倡用自然法则和设计的法律规则治理世界，坚持“法律是理性的命令”。理性主义认为人对世界的认识能力是至上的，否定经验和感觉在获取知识方面的重要作用。在法律制定和适用过程中，立法者当然会拥有预料万事的理性认识，会充分考虑各种因素，制定详尽规范的法条，因而法律一经宣布是不可随意变更的。即便司法过程中发现了法律漏洞，也应当反映给立法者，由立法机关加以修改和补充，司法者或

① [法] 孟德斯鸠著，张雁深译：《论法的精神》（上册），157页，商务印书馆，1961。

者司法权严格遵循法律之规定，不能擅自逾越或违背，作出解释和裁量。正如宣扬理性至上思想的哲学家笛卡尔和思想家卢梭所说，“人生来就具有智识和道德的禀赋，这使人能够根据审慎思考而形构文明。”在这种思想的支配下，17、18 世纪的欧洲大陆对成文法规则采取绝对的信奉，他们相信：法律是一种理性的社会秩序，法律是人在其理性和智识的作用下，精心设计的结果，是人类可以驾驭的、人为创造的产物。怀着对理性的绝对信奉，许多国家在立法和司法领域进行了积极地实践，资产阶级革命后的法国、德国正是在这种思想指引下，制定了具有世界影响力的各种法典。可见，在传统司法权观念里，司法权作为一种权力，仅仅是一种被动的法律执行权，只能对已经输入或内化了立法者思想和要求的法律机械的适用，如同自动售货机，输入事实和法律条文，就产生预制好的判决一样毫无自由裁量的权力。

随着工业革命的发生，社会生产方式日益先进，社会生活也日益复杂，对传统司法权的严格约束也带来了不少弊病。法国思想家托克维尔曾对英法两国的司法制度作过比较，结果他发现法国的制度虽然存在着种种优点，但它们只不过是“次要的完美，因为法国制度具有根本的缺陷，那就是，公民无法利用司法制度与国家权力相抗衡”。^①托克维尔可谓一语击中了传统司法权的要害。所谓“立法、行政和司法三权的严格分立，仅仅是“纯理论的空想的游戏，孟德斯鸠所设计的立法与司法理论上的对等性，在现实面前蜕变成后者对前者的依附。而在逻辑上则走向了两个极端：其中一个表现为立法至上，法典万能；另一个表现为司法不敢越雷池一步，法官仿佛成为了自动售货机。凯尔森认为“国家的职能并不是三个而只有两个：法律的创造和适用（执行），并且这些职能并不是对等的而是上、下等的。此外，确定将它们相互分开的界线也是不可

① [美] 克里斯托弗·沃尔夫著，黄金荣译：《司法能动主义》，3 页，中国政法大学出版社，2004。

能的，因为法律的创造和适用之分……只有一种相对的性质，国家的大多数行为都同时既是创造法律又是适用法律的行为。将法律的创造分给一个机关而将法律的适用（执行）又分给另一机关，分到如此专门的地步以致不会有一个机关同时履行这两种职能，这是不可能的，将即使是立法（这只是某一类法律创造）保留于一个分立的公仆机关而将所有其他机关都排除在这一职能之外，这也恐怕是不可能的，而且无论如何也是不值得的。”^① 法官也是感情动物，难免会有偏见和倾向性。现实主义法学代表人物弗兰克就认为，“D（decision，判决）= R（rule，法律规则）× F（fact，事实）”的判决公式只是一个“神话”；现实中，判决公式是“D（decision，判决）= R（rule，法律规则）× SF（subjective fact，主观事实）”，甚至是“D（decision，判决）= S（stimulus，刺激）× P（personality，个性）”^②

伴随理性至上主义的衰落，自 19 世纪末到 20 世纪初，西方各种非理性主义思潮风起云涌，极大地动摇了理性主义的地位。比如重视本能和欲望的弗洛伊德主义，重视经验与实证的实用主义和实证主义，重视生命感情存在的存在主义，还有新托马斯主义语言哲学、后现代主义等哲学流派，把 19 世纪以来西方精神界闹得天翻地覆，使理性主义的统治地位岌岌可危。英国著名科学哲学家波普在批判理性主义时认为，一切科学理论都是相对的，没有绝对的权威性。他说，他从爱因斯坦那里学到的最重要的思想是：任何科学理论，不管它获得过何等成功，也不管它受到过何等严格的检验，都是试探性假说，都是可错的，可以批判和否定的。不可能再有比牛顿理论更成功的理论了，然而爱因斯坦理论的产生表明牛顿理论也是一种猜测假说，也可以推翻和纠正。“在我知识的整个范围内

① [奥] 凯尔森著，沈宗灵译：《法与国家的一般理论》，300 页，中国大百科全书出版社，1996。

② 周裕坤：《司法权性质三论》，载《湖北社会科学》，2007（3）。

找不到任何不能批判的权威”。^①

洛克、贝克莱、休谟等英国经验主义者也和绝对理性主义形成了严重的对立。经验主义者排斥理性，而对常识天然崇拜，所谓常识，就是理智正常的人通常所具有的知识或信念，它可以用判断和命题来表示。而常识是与经验相通的，对常识的依赖就是对经验的依赖。洛克深信常识的可靠性，当哲学的推理有可能引出与常识相悖的“怪结论”（罗素评洛克时的用语）时，他总是毫不犹豫地站在常识一边。贝克莱也要求尊重普通人的观点，“将人们唤回到常识。”而休谟则从人性的普遍性出发用常识信念来填补因知识不足而造成的形而上学真空，他认为对于知识不能证明的形而上学，我们有不可抗拒的常识信念，这些信念使人能够充分享受生活和避免绝对的怀疑主义。如果说理性主义的知识体系是以自明的先天概念和理性直觉为前提的，那么，经验主义的知识大厦就是建立在常识信念的基础上的，它们具有与理性主义者的先天概念和理性直觉相比毫不逊色的权威性。^②当代美国著名的自由主义思想家哈耶克指出，人类哲学可以分为两大类型：一类为进化论的理性主义，另一类为建构论的理性主义。前者以斯密、休谟、柏克、托克维尔等为代表，后者以笛卡尔、霍布斯、卢梭、边沁等为代表。他从进化论理性主义的立场认为：“人类的各种自由制度，如同自由所造就的所有其他事物一般，并不是人们在先已预见到这些制度所可能产生的益处后方进行建构的”，因此，“制度的起源并不存在于构设或设计，而在于成功且存续下来的实践。”哈耶克强调，这种存续下来的实践的特征就是“赢者生存”。而对建构的理性主义所认识的“人生来就是有智识和道德的禀赋，这使人能够根据审慎思考而形

① [美] 波普：《猜想与反驳》，42页，上海译文出版社，1986。

② 周晓亮：《西方近代认识论纲：理性主义与经验主义》，载《哲学研究》，2003（10）。

构文明”^①的观点表示强烈的质疑。

因此，现代司法权以适当尊重法官的能动性和创造性为特征。在一贯秉承传统司法权的大陆法系，判例的约束力开始显现。法官不再是机械的照搬法律，而可以根据案件事实的不同作出灵活的裁判，尤其是当时代和环境变迁之后，对滞后的法律不再采取绝对原旨主义，可以对法律作出符合时代要求的解读。司法的能动性或司法能动主义体现最为全面的当属英美法系的普通法。法官不仅适用法律，但其主要的还是通过具体的裁判创造新规则，在此基础上促进法律旺盛的生命力。法官造法成为英美法系国家法律的主要渊源。可以说，现代司法权不同程度上摒弃了传统司法权绝对的三权分立，互不僭越的形式，使司法权的权力范围和制约功能大大增强，甚至司法权被赋予了对立法权和行政权的审查功能。特别是19世纪初美国的马伯里诉麦迪逊案件，美国最高法院裁决国会制定的法律（《司法条例》）与宪法相抵触，宣布无效。该案在世界上第一次正式确立了违宪审查制度，开创了宪法司法化的先河，从此司法权的权力边缘进一步扩张到了立法者的权柄上。

相对于传统的司法权，现代司法权主导下的裁判活动形成了如下普遍特征，我们可以将其分解为以下若干个基本要素：（一）存在着一项特定的利益争端或者纠纷；（二）特定的两方或多方（当事者）卷入上述争端之中；（三）争端的一方将争端（案件）提交给享有司法权的机构、组织或者个人（裁判者）；（四）裁判者作为独立于争议各方（通常为双方）的第三方，参与并主持对争端的解决；（五）举行听证，届时争议各方同时参与，以言辞争辩的方式影响裁判者的结论；（六）如果争端涉及事实的认定问题，争议各方需要向裁判者提交证据，传唤证人；如果争端仅仅涉及法律问题，争议各方则要提出法律方面的论据；（七）裁判者制定并宣布

① [美] 弗里德里希·冯·哈耶克著，邓正来译：《自由秩序原理》，61页，三联书店出版社，1997。

一项裁判结论，以解决争议各方的争端；（八）裁判者须在听取争议各方主张、证据、意见的基础上，对争议的事实作出认定，并将实体法确立的有关原则和规则适用于该事实；如仅系法律争端，则须按照法律原则、规则、先例或者有关理论，对有争议的法律问题作出裁决。

二、司法权的职能

（一）司法权的社会公正职能

司法的职能，即司法肩负的使命和任务，司法究竟要解决什么问题。人类社会自有司法活动以来，司法都是为了解决纠纷而存在的。通过司法实现破坏的正义，维护正当的公平的社会秩序。因此，司法公正，理当是司法的首要职责。

司法的公正性，在人们心目中拥有至高无上的地位。司法的权威乃至法律的权威来自于司法对公正的贡献。如果一个社会的司法不能实现被民众寄予厚望的正义，人们就会唾弃法院，这些司法机构和人员的功用，将会被给予否定性评价。但是“公正”是个历史概念，不同的时代、不同的阶级、不同的环境、不同的条件公正各有不同，正如美国法哲学家博登海默所言，正义是普罗透斯的脸，变换无穷。我们无法用当代的标准要求或评判特定历史时期的公正性是否公正，只能用历史的眼光，站在历史的隧道中加以科学分析。各个国家由于传统文化、宗教习俗、风土人情等的不同，在同一个时代环境下，也会对公正有不一致的见解。因而公正只有相对的价值。正如，托马斯·阿奎那在《神学大全》中将正义问题作为一种外部效果来论证。他指出，“因为正义或者我们根据正义使用的东西都与其他通过正义使我们与之相连的人成比例。而每个人自己都是按照比例相等应归于他”^① 在赫拉克里特那里，正义就是以

^① 转引自莫蒂斯·艾德勒、查尔斯·范多伦编《西方思想宝库》，《西方思想宝库》编委会译编，945页，吉林人民出版社，1988。

逻各斯来衡量一切，逻各斯就有尺度和比例的意思。正义就是合比例，不超越自己的界限，或者说行为合乎分寸。^①这意味着，正义是有尺度和比例要求的。这同时也说明正义本身也属于关系范畴，它存在于人与人之间的相互交往之中，没有人与人之间的关系存在，就不会有公正问题的产生。换言之，所谓“不公正”绝对不会存在于孤立的个人之上，公正只是一种在涉及利害关系的场合，要求平等对待他人的观念形态。^②马克思、恩格斯等人在他们的革命纲领和政治主张中，也同样强调正义、公正的正当性与合理性，并将之作为处理个人关系甚至民族关系的准则。马克思和恩格斯多次强调：“加入协会的一切团体和个人，承认真理、正义和道德是他们彼此之间和对一切人的关系的基础，而不分肤色、信仰和民族”^③；“努力做到使私人关系间应遵循的那种简单的道德和正义的准则，成为各民族之间关系中的至高无上的准则。”^④。我们说，政治思想家的观点学说，也当然可以指包含对一切与政治有关的活动，包括司法。作此分析，我们就认为在赫拉克里特之后的柏拉图所说的“政治的核心是正义”，用今天的话来理解，主要是司法的职能。但是，公正毕竟有底限性的要素，不完全是没有共性基础。人类的普遍理性、基本伦理和常识道德是公正的共同基本内涵。随着社会的发展，这种共同内涵的成分将进一步扩充和饱满，正义的地域将进一步扩大，正义的共识范围将越加广泛。

此外，司法的公正职能光靠司法者还难以完成，司法所司的“法”如果不能公正，也很难取得司法结果的公正。如果法律是不公正的，司法将不能实现任何公正。司法成为实现某种利益的工

① 浦兴祖、洪涛主编：《西方正四学说史》，70页，复旦大学出版社，2008。

② 胡玉鸿：《司法公正的理论根基——经典作家的分析视角》，42页：社会科学文献出版社，2006。

③ [德]马克思：《国际工人协会共同章程》，《马克思恩格斯选集》（第2卷），610页，人民出版社，1995。

④ 同上，607页。

具，在历史上是常有的事情。没有公正内核的司法在奴隶社会和封建社会是一种常态。在马克思看来，“法律是肯定的，明显的，普遍的规范，在这些规范中自由获得了一种个人无关的、理论的、不取决于个别人的任性的存在。法典就是人民自由的圣经。”^① 我们可以看到，马克思所期冀的司法公正的前提是法律的公正。在马克思所处的时代环境中，资产阶级的法律本身是不公正的。因而，诉讼的结果也无法实现公正。但即使法律具有了公正的品质，仍离不开司法的调整。“法律在人的生活即自由的生活面前是退让的，而且只有当人的实际行为表明人不再服从自由的自然规律时，自然规律作为国家法律才强迫人成为自由的人。”^② 在这里，司法所扮演着的“矫正正义”的角色，是通过强制力来迫使行为入服从本身符合自由的自然规律的法律的手段实现的。这正如公丕祥先生所言：“由于法和法律的功用是在调整社会关系的法律实践过程中表现出来的，它只有确认并实现社会主体的自由，才能真正成为社会关系的调整器。一旦法成为确认和实现主体自由这一目的的手段，法自身也就被作为目的而受到主体的尊崇了。”^③ 因此，制定善法也是司法实现公正的重要前提，司法的强制手段一旦被嫁接在恶法面前，司法就变成了助纣为虐的工具。

司法的公正职能也仅在其本真意义上才有效力，在那里，公正才是司法的终极目标和最高准则。然而，很多时候，司法的社会公正职能常常被其他职能淹没或利用，司法公正已经失去其内核，而演变成成为某种利益的工具。这在社会主义社会也不是没有先例。苏联的肃反扩大化，司法堂而皇之的成为大肆迫害党内同志的极佳场所。我国改革开放以前，司法也一度担负着“无产阶级专政”的工具和惩治阶级敌人的“刀把子”角色。例如，20 世纪 50 年代的反

① [德] 马克思：《第六届莱茵省议会的辩论（第一篇论文）》，《马克思恩格斯全集》（第 1 卷），176 页，人民出版社，1995。

② 同上，177 页。

③ 公丕祥：《马克思恩格斯哲学思想述论》，217 页，河南人民出版社，1992。