

司法权的性质

——以刑事司法为范例的分析

陈瑞华*

内容提要:司法是与裁判有关的国家活动,司法权也就是裁判权;司法权存在的目的,一方面是给那些受到损害的个人权利提供一种最终的、权威的救济,另一方面也对那些颇具侵犯性和扩张性的国家权力实施一种中立的审查和控制。相对于行政权而言,司法权在程序上具有其特性及独立性;在组织方面则体现为裁判者的职业化、社会公众的参与、合议制以及上下级司法机构的特殊关系等方面的特征。

关键词:司法权 裁判权 刑事司法

一、引言

在当下的法学领域,司法改革已经是一个普遍关注的话题,甚至已成为横跨诸多法学学科的一门“显学”。应当说,在司法制度的基本框架设计存在缺陷的社会里,法学者对这种制度的改革保持一定的热情,对司法制度的重建进行充分的讨论,是值得肯定也是十分有益的。

然而,法学界在若干年前就曾讨论并倡导过刑事审判方式的改革。人们不约而同地将引进对抗制作为改造中国“刑事审判方式”的突破口。时至今日,中国确实在刑事诉讼领域实行了所谓“抗辩式”的审判模式。但事实证明,这种改革并没有带来中国审判方式的根本变化:绝大多数证人、鉴定人依旧不出庭作证,法庭审理依旧采用书面、间接的方式;法院内部依旧实行所谓的“承办人”制度,绝大多数案件实际是由一名负责承办的法官进行审判的,合议制名存实亡;法院在多数情况下仍然实行“定期判决”或者事先判决,法庭审理过程对法院裁判结论的决定作用依然极其微弱;法院内部仍然存在着院长、庭长审批案件的惯例,审判委员会对一些“重大”、“疑难”、“复杂”的案件,仍然在单方面听取“承办人”汇报的基础上,进行秘密的讨论和决定……这不能不令人感到,所谓的“刑事审判方式改革”原来是一栋奠基在沙漠之上的大厦,尽管外表漂亮,但其根基有着致命的缺陷,因此注定难以取得预期的成效。

当然,现在谈论的司法改革问题本身就是由“审判方式改革”的推行而引发出来的。正是由于存在司法制度方面的阻力,导致“审判方式改革”无法深入推进,也难以发挥人们所预期的效果,于是人们才意识到:原来中国司法的症结不在什么“审判方式”,而在整个司法体制。可

* 北京大学法学院副教授,法学博士。

以说,现在呼吁的司法改革与当年进行的“审判方式改革”是有着直接内在关联性的。

但笔者所担心的是,目前这种动用大量学术资源研究司法改革的情况,带有较为明显的功利色彩:很多人都希望开展一场深刻而剧烈的制度变革,以“毕其功于一役”地带来司法的崭新变化。笔者注意到,目前进行的司法改革研究并没有改变传统的制度研究模式:描述问题,分析成因,然后提出对策。但是,由于少有高屋建瓴的理论加以指引,也由于对司法的内在规律缺乏认识,这种研究所触及的往往只是中国司法制度中的表层问题,所提出的改革方案也只是基于利弊得失之权衡的应对之策。

例如,不少人以为司法制度的改革也就是法院体制和组织的改革。但是法院在国家权力体系中本来就处于较为弱小的地位,而且即使是在由“公检法三机关”组成的刑事司法结构中也并不具有至高无上的权威。显然,仅仅进行法院体制的改革是无法完成整个司法制度的重建的。又如,很多人认为,司法的行政化、官僚化是中国司法制度中存在的一个重要问题。但很少有人注意到,中国实际还存在着司法权的“泛化”问题,也就是行政权、检察权甚至立法权的司法化问题。可见,对于司法的内涵和范围的确定问题,人们还没有形成一个明晰的认识。再如,人们通常都肯定司法独立的积极意义,认为这是中国司法改革的一项重要目标。但是,在法官素质普遍低下、法律职业尚未形成专门化的情况下,司法独立一旦真正变成现实,司法公正也未必能够实现,甚至还可能出现大量法官滥用权力的现象……

看来,以法学界目前提供的思路推进司法改革,究竟能否取得预期的成效,笔者不能不表示怀疑。实际上,如果不了解司法权的性质,不对司法活动的基本规律形成明晰的认识,那么任何司法改革都将成为丧失目标和方向的试验活动。可以说,在司法改革问题上,当前最需要的是对一系列基本理论问题的冷静分析和对一些司法改革举措的理性反思。笔者并不反对进行有关的对策分析。应当说,在时机成熟的时候进行有关司法改革的对策分析确实是不可避免的。毕竟,研究司法改革问题的最终结果需要落实在改革方略的设计上。但是,对策分析包含着较大的风险和变数。如果没有经过缜密的理论分析和实际论证,尤其是如果没有一系列较为成熟的理论作支撑,那么这种对策分析也将很难抓住问题的要害。

有鉴于此,本文拟对司法改革的理论基础问题进行一次尝试性的探索。笔者将围绕“司法权的性质”这一核心问题,回答诸如何谓司法权、司法权的功能、司法权的基本特征、司法权的范围等一系列理论问题。当然,限于文章的篇幅和笔者的学术兴趣,本文基本上是以刑事司法为范例来展开分析的,但这并不意味着笔者的论述会完全局限于刑事司法的范围。笔者期望,所有关心司法改革的人士都能够对这些基础理论问题产生兴趣,并展开讨论,从而为中国司法制度的全面改革提供理论资源。

二、司法权的构成要素

什么是司法权?这一问题在不同的法律制度下可能会有多个不同的答案。从宪政体制的角度来看,司法权是相对于立法权、行政权的第三种国家权力。与立法权和行政权相比,司法权的性质或许是不言自明的。例如,立法机构的使命主要是创制法律,也就是制定带有普遍适用效力的法律规范。而司法机构的使命则在于对具体案件进行裁判,并通过将一般的法律规则适用到个案之中,解决业已发生的利益争端。相对于立法权而言,司法权是一种裁判权,并且是通过将一般的法律规则适用于具体案件上,来发挥其裁判案件这一功能的。

但是,这样的解释总使人感到“三权分立”的宪政体制在限制着分析者的思路。而“三权分立”不仅在英美和大陆法国家之间本来就没有一个完全相同的模式,而且与中国实行的人民代表大会制度更是迥然有别。在几乎所有法律制度下,纯而又纯的“三权分立”机制都是不存在的,司法权与其他国家权力都会产生一定的交叉甚至混淆。例如,在奉行“议会至上”的英国,上议院既是议会的组成部分,又是该国事实上的最高法院。可以说,司法权在一定程度上是从属于立法权的。正因为如此,英国学者认为:“要准确地界定‘司法权’是什么从来都不十分容易”,甚至在职能方面,司法与行政“在本质上是没有什么区别的”。^[1]又如,在法国和德国,法院的司法行政事务在很大程度上要受到司法行政机构的控制,从法院的财政预算到法官的任免、升迁和薪金,司法行政机构都拥有相当大的决定权。这表明,大陆法国家的司法权在一定程度上要受到行政权的影响。

很显然,从宪政体制的角度分析司法权,固然有助于认识它在国家权力结构中的地位,但也会面临很多具体的困难。由于历史和法律传统的原因,几乎所有国家都没有确立完全整齐划一的司法模式。不过,司法权在很大程度上有其独立的技术性方面。例如,不同制度下的司法权大体上有一系列相同的定位、功能、程序、组织特征。在中国目前的宪政体制下,有关司法权性质问题的研究仍可以从西方各国寻找到一定的资源。另一方面,各国行使司法权的机构尽管并不局限于法院,但某一国家机构只要行使司法权,就应遵循一些与司法权的性质有关的规则。例如,裁判者要在争端各方之间保持中立,要同时听取双方的意见,要从各方的争辩中确定事实,制作裁判结论,等等。显然,司法权的性质并不要求只有法院才能从事司法活动,但不论哪一个国家机构行使了司法权,就都必须遵守一系列特有的司法程序,采取与司法性质相符合的组织形式,并发挥其特有的社会功能。有鉴于此,笔者愿意选择一个特殊的技术化角度,对什么是司法权问题作出实证意义上的分析。

在笔者看来,司法是与裁判有着内在联系的活动,^[2]司法权往往被直接称为司法裁判权。^[3]当然,这一命题在那些确立了基本的权力分立体制的社会中是不难解释的,而对于中国这样一个处于社会重大转型时期的国家而言,还需要作出缜密的论证。近一时期以来,中国出现了立法机构加强对所谓“个案”进行监督的趋势,检察机关的“法律监督”地位逐渐受到法学界的质疑,而公安机关实际所享有的强大的行政处罚权,也受到越来越多的学者的批评。在这一背景下,将司法权界定为裁判权,对于中国司法改革目标的确定而言,是有着极为重大的现实意义的。

作为裁判权,司法权与国家其他权力有一些相似的特征,如由国家宪法或其他基本法进行授权,有国家强制力加以保证,有国家提供的人力、物力、财力作为资源保障,等等。但在这里,我们所要关注的是司法权相对于国家其他权力的特殊性,也就是这一权力在行使机构和方式

[1] 詹宁斯:《法与宪法》(中译本),生活·读书·新知三联书店1997年出版,第165页以下。

[2] 对于司法权,托克维尔早在100多年以前就曾直接视为“判断权”,也就是裁判权的意思。参见托克维尔:《论美国的民主》(上卷),商务印书馆1993年版,第110页。

[3] 当然,这一结论是需要加以论证的。对于这一工作,笔者将在下文中加以完成。一般而言,按照传统的分权学说,“司法”(justice)是与立法、行政等相对应的一个概念;而裁判(adjudication)则属于一个诉讼概念,意指司法机构通过听审(hearing),对争议双方提交的争端作出一项具有法律约束力的裁判结论。不过,相对于“裁判”而言,中国更习惯用“审判”这一术语。这多多少少反映出中国人习惯将进行诉讼与“受审”相联系的意味。另一方面,“审判”被认为包含有审理和判决这两个意思,体现了司法活动的过程性。而“裁判”则被视为一种结论,而难以体现这种过程性。在本文中,笔者将“裁判”与“审判”两词混同使用。

上的特点。从权力行使过程上来看,司法裁判无疑就是享有司法权的机构、组织或者个人,针对申请者向其提交的诉讼案件,按照事先颁行的法律规则和原则,作出一项具有法律约束力的裁决结论,从而以权威的方式解决争议各方业已发生的利益争执的活动。^{〔4〕}按照司法裁判活动的普遍特征,我们可以将其分解为以下若干个基本要素:

(1)存在着-项特定的利益争端或者纠纷;

(2)特定的两方或多方(当事者)卷入上述争端之中;

(3)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);

(4)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;

(5)举行听证,届时争议各方同时参与,以言词争辩的方式影响裁判者的结论;

(6)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;

(7)裁判者制定并宣布-项裁判结论,以解决争议各方的争端;

(8)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。^{〔5〕}

这种就司法权的构成要素所作的分析,旨在提供一个有关“司法权是什么”的动态图景。具体而言,第一、二项要素指明了司法裁判赖以产生的前提:存在着发生在双方或多方之间的利益争端。这种争端可能发生在两个平等主体之间(民事争端),可能发生在个人与作为管理者的行政机构之间(行政诉讼),可能发生在国家与个人之间(刑事争端)。在有些国家,利益争端还有可能发生在个人与其他国家机构以及国家机构之间(宪法争端)。而一旦两个国家、国际组织甚至个人与国家、国际组织之间发生争端,还有可能产生-种新的争端形式——国际争端。但争端不论以何种形式出现,一般都会直接牵扯到有关争议各方的利益。正因为如此,那些直接卷入争端之中并与争端的解决存在直接利害关系的个人、组织、机构甚至国家,通常被称为当事人。

第三和第四两项要素涉及的是裁判者介入并主持争端问题的解决。从历史上看,争端的解决可能有各种各样的方式。在远古时代,人类曾采取血亲复仇、部族间战争等方式私自解决利益上的争执。随着国家的产生、发展和强大,社会上逐渐出现了专门负责解决私人争端及处理严重侵害公益行为的机构,由国家控制的司法裁判制度逐渐取代了私人复仇制度。这曾被不少历史学家视为人类文明发展进程中的一次伟大成就。^{〔6〕}可以说,与私力救济方式相比,

〔4〕 对于司法或裁判,英国《布莱克威尔政治学百科全书》下过一个完整的定义:“法院或者法庭将法律规则适用于具体案件或争议”。该书尽管也强调定义“司法性行为”的困难,但仍明确地指出,司法裁判是“在诉讼案件中,对有关当事人之间的权利分配问题作出有约束力的裁决;而这些权利被认为在原则上以为现行的法律所确定”。参见〔英〕戴维·米勒、韦农·波格丹诺编:《布莱克威尔政治学百科全书》(中译本),中国政法大学出版社1992年出版,第6页。该书就司法裁判所作的定义是迄今为止在中文版本的出版物中所能发现的最为简洁、准确者。

〔5〕 关于司法裁判活动的构成要素,笔者在归纳时参考了英国大臣权力委员会1932年为司法职能所下的定义和所作的解释。参见詹宁斯:《法与宪法》(中译本),第204页以下;戴维·米勒、韦农·波格丹诺编:《布莱克威尔政治学百科全书》(中译本)第6页。另外,美国学者戈尔丁(Martin P. Golding)也曾对裁判(adjudication)的构成问题作出过分析。参见Martin P. Golding, *Philosophy of Law*, Englewood Cliffs, N. J.: Prentice-Hall, 1975, pp. 108-102.

〔6〕 对此问题的详尽分析,参见彼得·斯坦等:《西方社会的法律价值》(中译本),中国人民公安大学出版社1990年版,第39页。

司法裁判是一种典型的公力救济活动。代表国家行使司法权的裁判者对争端解决过程的参与,是这种争端解决走向公力救济化的主要标志。然而在现代社会中,被人们用来解决利益争端的方式并不限于司法裁判这一种。例如,某甲与某乙因为一方无理拒不履行事先订立的契约义务而发生争执,某甲可以首先选择与某乙进行私下协商,以寻求私下和解或者中国民间所说的“私了”;如果和解不成,某甲还可以诉诸仲裁,由专门的商业仲裁机构作出仲裁书;如果对仲裁结论不服,某甲还可以将争端诉诸法院,接受后者的司法裁判。即使在争端进入法院之后,某甲仍然有机会与某乙寻求和解。对于某甲提出的诸如撤诉等要求,法院一般都会予以尊重。而且即使在双方于法庭外未能达成和解的情况下,裁判者也可以依据法律程序,对双方的争端进行调解,若藉此促使双方达成协议,争端也就不经过裁判而得到解决。可以说,相对于各种非诉讼手段而言,司法裁判实为最后一种解决争端的方式。

作为第三方的裁判者参与和主持争端的解决,这是司法裁判活动有别于其他争端解决方式的重要特征。与古代的私力救济相比,司法裁判活动具有和平性和非自助性,美国学者富勒(Lon L. Fuller)曾就此指出:“法治的目的之一在于以和平而非暴力的方式来解决争端。但和平解决争端并非仅靠协议、协商和颁布法律等就能实现的。必须有一些能够在争端发生的具体场合下确定各方权利的机构。”^[7]司法裁判所提供的解决争端方式,使人类彻底摆脱动辄诉诸暴力、私刑等野蛮手段的习惯。但反过来,和平性和非自助性是要靠公正、人道的司法裁判方式来维持的。司法裁判这种公力救济方式一旦由于裁判者的不公平而难以令人信服,争议各方还可能会诉诸原始的私力救济方式。可以说,私力救济作为一种制度尽管已经随历史而消失,但私力救济的实践却可能在司法裁判制度不良时继续出现,从而成为司法裁判活动所要尽力避免的情况。另一方面,与和解、仲裁、调解相比,代表国家行使司法权的裁判者主持司法裁判活动,这使得争端的解决具有相当程度的“非合意性”和“最终性”。尽管与这些争端解决方式一样,裁判过程通常都包含有争议各方自主的协商和交涉活动,这种活动还会对裁判者的结论产生程度不同的影响,但是裁判者在诉讼中对争端的解决方案,却不会受到各方意见的完全的影响和左右,而相对独立地建立在所认定的事实和有关的实体法规则的基础上。争议各方充其量只能对裁判者的结论尽力施加自己的影响,以促使裁判结论朝有利于自己的方向发展,但他们并不能完全决定裁判结论的内容,因为有权制作裁判的只能是行使司法权的裁判者。与此同时,与和解、调解和仲裁无法“彻底息讼”这一点不同,司法裁判具有最终的“定纷止争”作用。因为对于业已达成的和解协议,争议各方可以翻悔;对于在第三方主持下达成的调解意见,各方也还有不接受的自由;对于仲裁者所作的仲裁结论,各方还有继续诉诸司法的权利。而惟独司法裁判能够提供一个最终的争端解决方案。可以说,争端一旦进入司法裁判程序,经过法定的审级,拥有终审权的司法机构所作的生效裁判结论,就是对争端解决的最后方案。各方无论是否心悦诚服,都必须接受并服从该裁决的解决意见,否则就可能遭受有关国家机构的强制执行,甚至因为抗拒执行裁判而承担新的消极的法律后果。

前面分析的第四、五、六、七项要素所涉及的是司法裁判的程序问题。其实,司法权与立法权、行政权尽管在所发挥的功能方面有一定的交叉或重合,但这些国家权力在行使的程序上却具有各不相同的特征。例如,立法机构在就一项法律草案进行辩论时,或许也会举行听证程

[7] Lon L. Fuller, "The Forms and Limits of Adjudication", in *American Court System*, 1978 by W. H. Freeman & Company.

序,但是这种旨在制定一般法律规则的活动却与司法裁判的程序大相径庭。因为在司法裁判活动中,裁判者一般不能主动引进一项新的指控或主张,而只是被动地接受争议各方的申请,这与那些经常主动提出制定法律的建议或草案的立法者相比,简直是不可同日而语的。同时,司法裁判活动必须有争议各方的同时参与,他们向裁判者提出主张、证据、法律根据,并进行言词辩论;而在立法活动中,基本上就没有典型意义上的当事人,更谈不上有当事人之间的言词争辩。最后,司法裁判的结果是作出并宣布一项旨在解决当事人之间利益争端的裁决,该裁决一般只对特定当事人和特定诉讼事件有法律约束力,其效力不及于其他社会公众。司法机构即使有权制作判例,该判例也主要只对下级司法机构在涉及同样或类似法律问题时具有约束力。相反,立法机构一旦经法律程序制定出法律并使之公布,该法律就对全体社会成员具有普遍的法律约束力。

又如,在现代各国的体制中,政府作为国家利益的代表,当然要通过行使行政权,维持社会生活的正常秩序。而法院则作为正义的化身,担当着公正解决社会争端、提供权利救济的使命。由此出发,行政权与司法权在行使方式上确有一些明显的差异:行政权一般能够主动地干预社会生活,而司法机构则只能被动地等待有人提出“诉”的请求,然后才能产生裁判;行政权可以秘密的方式行使,而司法活动则须具有必要的公开性和透明性;行政权的行使可以由行政机构单方面进行,而司法权的行使则要有发生利益争端的双方的同时参与;行政权的行使所产生的结论不一定是最终和权威的,而司法机构则有权对争端提供最终和权威的解决方案,等等。当然,司法权的性质决定了裁判者在制作裁判结论时要受到诸多方面的限制,如争议各方在听审中所提出的证据、意见、法律根据和辩论等。可以说,法庭上“发生的事情”对裁判者的裁决具有极大的制约作用,这是保证裁判者的结论令人信服的关键制度设计。由此出发,司法裁判者就不会像行政官员那样,在行使权力时拥有太多、太大的自由裁量权。司法权的上述性质,决定了在现代法治社会中,甚至连行政权本身也可以被纳入司法权的审查和控制之中,成为被裁判的一方。

司法权的最后一项要素指明了这一权力在实施法律的途径方面所具有的特殊性。这显示出司法权不仅与旨在制定而不是实施法律的立法权有着明显的不同,而且与同样负有实施法律使命的行政权也迥然有别。这是因为,行政机构对法律的实施主要是通过指令、管理、指导、调查甚至惩戒等方式来进行的。通常情况下,与行政权相伴随的永远是“社会控制”,这使得行政机构得以在不违背法律的前提下,制定大量的行政政策,从而拥有相当大的自由裁量权。实际上,如果我们考虑一下行政机构上下级以及行政机构的首脑与其下属之间的服从和隶属关系,考虑一下行政官员以维持社会秩序为名,对个人权利实施的限制,就不难理解行政机构主要是从国家、社会甚至它本身利益的角度来实施法律的。与此不同的是,司法机构对法律的实施则是通过一个特殊的途径进行的:首先,该机构无权将一个尚未提交来的案件进行裁判,因此它无法以实施法律为名,主动干预社会生活,而只能在争议各方将争端提交过来以后,通过裁判个案、解决争端的方式,使有关实体法规定的原则、规则得以实施。其次,司法裁判者与法律的实施不应有任何直接的利害关系,并且一般也不仅仅代表国家、社会及政府的利益,而要在发生争执的对立利益之间保持居中裁判的地位,并依据法律的规定对利益争端作出终局性裁判。再次,司法机构通过裁判活动,不仅要以公平的方式解决业已发生的争端,而且还承担着维护国家法律统一实施的使命。尤其在现代法治国家,终审法院更要对法律的统一实施甚至宪法的解释发挥重大的作用。

三、司法权的功能

从司法权存在的本来目的来看,其功能就是以权威的方式解决那些业已发生的利益争端,并使得各项法律透过具体案件得到实施。这似乎是不言而喻的。但如果对此作进一步的思考,就不能不令人产生这样的困惑:司法权无疑也是一种缺点和优点同样显著的国家权力,它在为那些权益面临威胁者带来救济机会的同时,也有着拖延时日、耗费大量资源的问题。既然如此,为什么在一些场合下还必须引进司法权的控制?另一方面,如果说行政权是一种带有主动性、扩张性甚至侵犯性的权力的话,司法权也同样可能因滥用而使个人权益受到威胁,如果不加限制,司法权甚至会比行政权更加令人畏惧。在司法改革中,如果仅仅着眼于诸如立法、司法和行政等国家权力之间的分配,而不提供这种分配的正当理由,那么人们就会说,这种改革不过是国家权力的重新配置而已,而不具有实质上的意义。为防止司法改革出现这样一种结果,我们应当回答:一种设置合理的司法权究竟具有哪些功能,使得它对社会生活的介入是合理和正当的?

实际上,司法制度的改革固然会涉及国家权力的重新配置问题,但如果仅仅将此作为着眼点的话,那么这种改革注定将误入歧途。只有为司法改革注入人权保障的因素,只有将司法权与普遍意义上的公民权利甚至政治权利联系起来,也只有使司法机构更加有效地为那些受到其他国家权力侵害的个人权益提供救济,司法权的存在和介入才是富有实质意义的。

具体而言,为建立一种基本的法治秩序,必须将公民个人的一系列基本权利确立在宪法之中,并且树立起宪法的最高法律权威。所有国家权力机构,无论是立法机构还是行政机构,都只能根据宪法从事各种公共领域的活动,而不能违背宪法的规定和精神。在这一维护宪政并进而实现法治的过程中,司法权的存在具有特殊的重要意义:它为个人提供了一种表达冤情、诉诸法律的基本途径,它使得那些为宪法所确立的公民权利能够得到现实的维护。如果司法权在程序、组织等各个环节上设置得趋于合理,那么面临各种公共权力侵害或威胁的个人,就可以透过司法这一中介和桥梁,与国家权力机构进行一场平等的理性抗争。可以说,司法权越能保持中立性、参与性和独立自主性,公民个人就越能藉此“为权利而斗争”,各种国家权力也就越能受到有效的宪法或法律上的控制。因此,所有司法改革方略的设计都必须建立在这样一个基础之上:确保个人权利与国家权力取得更加平等的地位,使个人能够与国家权力机构展开平等的交涉、对话和说服活动。^[8]

为阐释上述观点,笔者将对司法裁判活动作出具体的分析。一般说来,现代社会中存在着四种司法裁判形态:刑事裁判、民事裁判、行政裁判以及违宪审查裁判。这些司法裁判活动相应地存在于四种诉讼形态之中:刑事诉讼、民事诉讼、行政诉讼和宪法诉讼。^[9]而在这些诉讼形态之中,司法裁判活动又大体上表现为两种方式:一为实体性裁判,二为程序性裁判。

[8] 本段的思想是在一些学者观点的启发下形成的。在一次有关司法改革的学术研讨会上,中国社会科学院法学研究所的夏勇教授就明确提出了“为司法改革注入人权保障因素”的观点。而在另一次研讨会上,该研究所的莫纪宏教授则就司法改革与宪政体制的关系问题发表了精辟的见解。

[9] 在笔者看来,“司法裁判”与“诉讼”并不是一个概念。司法裁判是由司法机构主持就利益争端所作的裁决活动,而诉讼除包含司法裁判活动之外,还存在着争议各方为准备参与司法裁判活动而进行的各种单方面活动,以及司法机构作出生效裁判后的执行活动。

实体性裁判是针对案件所涉及的实体性法律问题所进行的裁判活动。具体而言,在刑事诉讼中,实体性裁判是法院就被告人的刑事责任问题作出终局性决定的活动,法院为此将对检察机关对被告人提出的指控进行审判,从而从法律上解决国家与个人之间业已发生的刑事争端。在民事诉讼中,实体性裁判是法院就民事当事人之间业已发生的民事争端,从法律上加以解决的活动。而行政诉讼中的实体性裁判则意味着,作为相对人的个人因为不服作为管理者的行政机构的行政决定,从而向法院提出进行司法审查的请求,以就行政决定的合法性和合理性进行审查。在宪法诉讼中,认为自己受到某一国家权力机构行为非法侵害的个人、组织或者机构,请求司法机构就有关行为的合宪性进行的司法审查,这构成了实体性裁判的内容。

显然,无论在何种诉讼形态之下,实体性裁判都发生在法庭上的听审阶段,且意味着司法机构运用实体性法律规范,就有关利益争端加以解决。与此不同的是,程序性裁判则是司法机构就诉讼中所涉及的事项是否合乎程序规则所进行的裁判活动。这种程序性裁判既可能发生在法庭上的听审阶段,也可能发生在审判前的准备阶段,甚至还可以发生在判决执行阶段。

审判前的程序性裁判可以刑事诉讼中的庭前会议为例加以说明。在不少国家,控辩双方在审判前可能会向法院提出有关庭前证据交换、证据调查、证据可采性等方面的申请。法院会将双方召集在一起,举行一次庭前会议,在听取双方申请和意见的基础上就此作出裁决。这种庭前会议尽管并非严格意义上的法庭审判,也并不裁决案件的实体问题,但它实际就是一种司法裁判活动。

在法庭上的听审阶段,法庭除了要就案件实体性问题进行裁断以外,还要就控辩双方提出的程序性事项作出裁决。例如,遇有一方提出诸如证据可采性、请求合法性、举证适当性等方面的异议时,法庭就需要运用各种程序规则和证据规则作出裁断。

至于执行阶段的程序性裁判,我们可以刑事诉讼中执行的变更为例进行解释。一般说来,负责执行监禁刑的监狱部门遇有犯罪人符合减刑、假释或者保外就医等条件的,一般会以法定方式将此提交司法机构,后者经过审查,作出是否准许的裁决。尽管执行并不属于司法裁判活动,但是执行中涉及的行刑方式的变更等事项却完全可以被列入司法裁判的范围之中。^[10]

最典型的程序性裁判一般发生在刑事诉讼的审判前阶段。由于在这一阶段,检警机构为收集证据和准备指控,通常要对公民个人的人身自由、财产、隐私等各种基本权益作出一定的限制甚至剥夺,因此,程序性裁判机制的存在,就为司法机构在国家权力与个人权利之间充当平衡器的作用,提供了机会和场合。与实体性裁判不同,程序性裁判中的被告人不限于辩护一方,更可能是那些行使国家追诉权的警察、检察官。不过,从各国刑事诉讼的实际进程来看,在程序性裁判中,被告人往往成为起诉的一方,作为国家刑事追诉者的警察和检察官则通常为这种诉讼活动的“被告人”,其采取的涉及限制、剥夺个人基本权益的强制措施或侦查行为本身的合法性,也就成为程序性裁判的对象。对于这一点,笔者以英国的制度为例作一说明。

在英国,警察对任何公民实施逮捕、搜查或扣押等强制行为,一般都必须先向治安法官提出申请,并说明实施逮捕和搜查的正当理由。只有在治安法官经过审查发布有关的许可令状之后,警察才能实施具体的逮捕、搜查、扣押行为。警察对任何公民逮捕后的羁押一般不得超过 24 小时,但经具有较高警衔的警官批准,可以将这一期间延长 12 小时。警察在上述期间之外如果还要延长对嫌疑人的羁押期间,就必须取得治安法院或者其他法院的合法授权。当

[10] 关于减刑和假释的裁判程序问题,可参见《中华人民共和国刑法》第 79 条、第 82 条。

然,即使经过法院的授权,警察逮捕后对嫌疑人的羁押期间也不得超过 96 小时。在此之后,警察必须将嫌疑人提交治安法院。后者将就是否对嫌疑人进行羁押作出裁决。在侦查期间,在押的嫌疑人有权向羁押警察直接请求保释,如遭到拒绝,则可以向治安法院提出请求。治安法院将就是否保释问题举行听审,届时警察和嫌疑人及其律师作为控辩双方,到庭陈述意见并进行辩论,法官将就此作出裁断。如果有关保释的申请仍然遭到拒绝,或者治安法院确定的保释条件过于苛刻,嫌疑人可以将此程序性问题上訴到高等法院。此外,在侦查阶段遭受不当或非法羁押的嫌疑人,还可以向高等法院王座庭申请人身保护令(the writ of *Habeas corpus*)。这一法庭一旦接受这种申请,将专门就羁押的合法性和正当性举行由控辩双方同时参与的法庭审理活动,并作出裁决。^[11]

大体上看,其他西方国家也确立了这种旨在对强制性侦查行为进行司法控制的程序性裁判制度。^[12] 这种程序性裁判机制,大体上包括以下三个不可或缺的环节:一是事前的司法授权,也就是警察在实施任何可能导致公民权益受到限制或剥夺的侦查行为之前,一般都须向法官提出申请并取得后者的许可;二是正式的程序性听审,亦即警察在实施逮捕之后,必须在法定期间内将被逮捕人提交有关的法官面前,后者经过听审,就是否羁押、保释或者羁押的期间、保释所需的条件等事项,作出裁决;三是事后的司法救济,也就是由被采取羁押或其他强制性侦查措施的公民,向有关法院提出申诉,以获得法院就其所受到的羁押等措施的合法性和正当性进行司法审查的机会。由此,司法机构就在一定程度上将检警机构的刑事追诉行为控制在司法裁判机制之下,审判前的侦查活动也被真正纳入诉讼轨道之中。

表面看起来,以上这些裁判活动都是在司法机构直接主持或参与下进行的,这似乎意味着凡是司法机构不参与的也就不属于司法裁判活动。但一项活动是否具有司法裁判属性并不只以司法机构参与为标准。实际上,“无权利则无司法”,“无救济则无权利”。如果说司法权是一种由司法机构所行使的裁断权的话,那么这种司法裁断权的存在则主要为了给那些受到威胁、限制、剥夺的权利提供一种法律上的救济,同时还给国家权力机构所行使的公权力施加一种法律上的限制和约束。如果说行政机构只是特定国家利益或社会利益的代表的话,那么法院则要在各种社会利益(尤其是发生着冲突的利益)之间保持相对的中立,并侧重从为受到非法侵害的权利提供救济方面,对上述利益进行协调。^[13] 人们通常所说的行政权的最高价值在于效率,与司法权永远相伴随的则是权利救济和维护正义,也就是从这一角度而言的。

显然,司法权存在的基础之一就在于为各种各样的权利提供一种最终的救济机制。从技术的角度来看,旨在解决争端的民事裁判活动,实质上不过是在为权利受侵害者提供一种获得司法救济的管道;表面看来似乎只是解决作为管理者的行政机构与被管理者的个人之间利益纠纷的行政裁判活动,实际就是在为个人提供一种获得司法救济的途径;形式上看来是以解决宪法争端、解释宪法为宗旨的宪法裁判活动,其实也是建立在为个人、组织、机构等提供司法保障的基础上的。至于刑事诉讼中的裁判活动,则更是为被告人提供了极为重要的获得听审、向

[11] 有关英国刑事审判前的司法审查机制,读者可参见 John Hatchard and Others: *Comparative Criminal Procedure*, published by The British Institute of International and Comparative Law, 1996, Chapter 4, pp. 176-237.

[12] 有关西方各国刑事审判前的司法审查机制的比较,读者可参见陈瑞华:《刑事诉讼的前沿问题》,中国人民大学出版社 2000 年版,第 286 页以下。

[13] 按照德国法学家拉德布鲁赫的思想,“行政是国家利益的代表,司法则是权利的庇护者”。参见拉德布鲁赫:《法学导论》(中译本),中国大百科全书出版社 1997 年版,第 100 页。

中立司法官进行申辩的机会。可以说,离开了司法机构的参与,刑事追诉活动将很难不“异化”为一种行政性的治罪活动甚至带有军事意味的镇压活动;没有司法权的控制,行政权也将成为带有压制性和专横性的力量;失去司法机构的救济,所有公民权利最后都难以从书面权利变成有生命力的现实权利,甚至会名存实亡。相对于其他权利救济和保障手段而言,司法救济具有终局性和权威性。人们通常所说的“司法最终裁决原则”,其实就指明了司法裁判对于个人权利的最后救济和终局保障作用。

司法权存在的基础之二在于为各种各样的国家权力施加一种特殊的审查和控制机制。鉴于司法权具有的这一性质,人们一般又将其直接称为司法审查权。对于行政裁判而言,法院的介入旨在对行政机构的行政管理权实施直接的审查、制约和控制,以防止行政权出于便利、效率等功利性的考虑而可能出现的滥用,从而将这种权利限制在宪法和法律许可的范围之内。对于宪法裁判而言,各国司法机构对宪法争议问题的介入,也可以对立法权、行政权等国家权力施加一定的限制,从而促使其具有宪法和法律上的合法性和正当性。同样,对于刑事诉讼中的裁判活动而言,法院对被告人刑事责任的审判,一方面为被告人提供了一次获得听审的机会,另一方面也是对警察和检察机关的追诉结论实施的独立审查,从而构成对警察权和检察权的一种司法控制。不仅如此,司法机构在审判前实施的程序性裁判活动,还直接使警察、检察机关限制个人基本权益的行为,受到司法机构的独立审查和程序控制。可以说,这种司法审查机制的存在,是防止其他国家权力出现滥用和专横的特殊保障,也是法治秩序赖以维系的关键制度设计之一。

分析至此,我们可以得出一个结论:司法权范围的确定必须紧紧围绕是否有个人基本权益需要司法救济和司法保障,以及是否有某种国家权力(尤其是行政权力)需要司法审查和控制这两项标准来进行。离开对权利的司法救济和对权力的司法审查这两点,司法权的介入就可能在很大程度上是奢侈和多余的。反过来,在某种基本权利受到限制、剥夺的场合,在某种国家权力(尤其是行政权)可能出现扩张、滥用的关口,如果没有司法权的介入和控制,就可能导致权利受到任意的侵害而无处获得救济,权力出现恣意的行使而不受制衡。在此情况下,自由、权利将被秩序、安全所湮没,正义将不复存在。

四、司法权的基本特征

分析到这里,似乎司法权的性质问题已经得到充分解释了。但是,鉴于司法的行政化、官僚化和地方化已经成为中国司法改革中亟待解决的问题,人们很可能会提出这样一些问题:究竟司法权与行政权有哪些具体的区别?司法机构在活动程序、独立程度、组织等方面应遵循哪些特殊的原则,才能最大限度地避免司法的行政化?

看来,在解释了司法权的构成要素和功能之后,我们确有必要对司法权的特性作出具体的归纳和总结。当然,笼统地考察一种国家权力的特征,往往会显得不着边际,有关的归纳和总结不可避免地会有所疏漏。不过,我们可以行政权作为分析的参照物,从司法权与行政权差异的角度,来解释司法权的基本特征。这种解释或许不够全面,但对于中国的司法制度而言,可能更具有针对性,并能够为司法制度的重建提供一些可操作的指导性原则。以下的分析将从三个方面进行:一是司法权的程序特征,二是司法权的独立性,三是司法权的组织特征。在程序方面,司法权具有六个基本特征:被动性、公开和透明性、多方参与性、亲历性、集中性和终结

性;而在组织方面,司法权的特征则体现在职业化、民众参与、合议和上下级司法机构之间的关系等诸多方面。

(一)司法权的程序特征

1. 被动性

通常情况下,行政机构靠其对社会生活的主动干预、管理、控制,来维护国家和社会的利益。但与此不同的是,司法裁判活动在启动方面要保持被动性。这种被动性也就是所谓的“不告不理”。德国学者将司法裁判的这一特征直接称为“控告原则”。^[14]而在美国学者格雷看来,“法官是一种由某一有组织的机构任命,并应那些向其主张权利的人申请而确定权利和义务的人。正是由于必须有一项向他提出的申请他才采取行动这一事实,才将法官与行政官员区别开来。”^[15]一百多年以前,托克威尔通过考察美国司法制度的运作情况,就对司法权的被动性做出过形象的描述:“从性质上来说,司法权自身不是主动的。要想使它行动,就得推动它。向它告发一个犯罪案件,它就惩罚犯罪的人;请它纠正一个非法行为,它就加以纠正;让它审查一项法案,它就予以解释。但是,它不能自己去追捕罪犯、调查非法行为和纠察事实。”^[16]可以说,被动性是司法活动区别于经常带有主动性的行政活动的重要特征之一。

裁判者的被动性首先体现在司法程序的启动方面,其基本要求是:法院的所有司法活动只能在有人提出申请以后才能进行,没有当事者的起诉、上诉或者申诉,法院不会主动受理任何一起案件。换言之,法院不能主动对任何一项社会争端或事项进行裁判活动,它也不能主动干预或介入社会生活,而只能在有人向其提出诉讼请求以后,才能实施司法裁判行为。同时,法院一旦受理当事者的控告或者起诉,其裁判范围就必须局限于起诉书所明确载明的被告人和被控告的事实,而决不能超出起诉的范围主动审理未经指控的人或者事实。换句话说,法庭的裁判所要解决的问题只能是控诉方起诉的事实和法律评价,即被告人被指控的罪名是否成立;如果认为成立,就按照控方主张的罪名作出有罪裁判;如果认为不成立,则应作出无罪判决。法院如果超出这一限制,而主动按照控方未曾指控的罪名或事实给被告人定罪,就与司法程序的被动特征和“不告不理原则”直接发生冲突。

司法裁判权的被动性不仅在第一审程序中有所体现,而且也适用于上诉审和再审程序之中。笔者注意到,无论在英美还是大陆法国家,尽管上诉审的审级设置以及上诉审的构造各不相同,但上诉审法院在就未生效裁判进行重新裁判时,几乎无例外地都要受制于上诉申请的事项范围。换言之,上诉审法院对于控辩双方未曾提出异议的裁决内容,一般均视为已被双方接受,而不再进行审查或做出重新裁判。如果对于初审裁决结论,控辩双方不持任何异议,而在法定上诉期放弃上诉权,那么上诉审程序根本也就没有必要发动。与此同时,两大法系国家的再审程序尽管各具特色,但有一点是共同的:任何法院都不得自行主动撤销某一已经发生法律效力效力的裁决,从而启动再审程序;再审只能由检察机关和被告人双方申请启动。

司法权的这种被动性还体现在程序性裁判活动中。法院无论是就警察或检察官的逮捕、搜查、扣押等进行司法授权、初次听审,还是就被羁押者的申请进行司法审查,都只能在控告者

[14] 关于德国诉讼制度中的“控告原则”,读者可详见陈瑞华:《刑事审判原理论》,北京大学出版社1997年版,第四章第一节。

[15] 转引自 Donald L. Horowitz, *The Courts and Social Policy*, the Brookings Institution, 1977, pp. 22-23.

[16] 前引[2],托克威尔书,第110页。

(警察或检察官)、“上诉者”(被羁押者)提出有关诉讼请求的前提下进行。换言之,为那些权利受到威胁或侵害的人提供救济的司法审查,本身就是一种被动性的制度设计:没有有关的诉讼请求,法院不会进行这种司法裁判活动;法院对那些程序性事项的合法性审查,也主要局限在申请者提出的诉讼请求范围之内。

那么,法院在启动司法裁判程序方面为什么要保持被动性呢?这可以从以下几点得到解释:(1)只有被动地运用司法权,法院才能真正在争议各方之间保持中立和不偏不倚,而主动地发动裁判程序,或者主动将某一事项纳入司法裁判的范围,只能使法院丧失中立裁判者的立场,实际帮助案件的原告或者被告与对方进行诉讼抗争;(2)法院不主动干预控辩双方之间的讼争,可以为双方平等地参与司法裁判过程,平等地对法院的裁判结论施加积极的影响,创造基本的条件;(3)法院不主动发动新的诉讼程序,有助于裁判的冷静、克制和自律,防止出现裁判者在存有偏见、预断的心理预期的前提下,进行实质上的自我裁判活动。按照拉德布鲁赫的说法,如果裁判者同时也是控告者,就必须由上帝担任辩护人;^[17] (4)司法权的被动性是确保裁判过程和结论获得争议各方普遍认同、确保裁判者的公正形象得到社会公众信赖的基本保证之一。

2. 公开性和透明性

与行政活动通常呈现的秘密性和封闭性不同,司法裁判活动应当具有公开性和透明性。所谓公开性,是指司法裁判的全过程一般应当向社会公众开放,允许公众在场旁听,允许新闻媒体采访和报道。公开审判包括两大基本内容,即整个法庭裁判过程的公开和法院裁判结论的公开。一般认为,获得公开审判既是被告人的一项诉讼权利,也是普通社会公众的一项民主权利。为了保证被告人切实获得这一权利,法院的审理过程一般应采取口头和公开的形式,法院有义务将公开审判的时间和地点预先公布于众,并且为公众旁听法庭审判提供充分的便利。在审判过程中,法庭不得将在场旁听审判的人限制在特定的范围之内,并应允许新闻记者在场报道。

公开审判向来被视为司法公正的基本保障之一,甚至被各国宪法视为维护民主和法治的基本法律准则。但是这种就审理过程和裁判结论所作的公开,仍然具有较强的形式意味。英国宪法学者詹宁斯就曾指出:“公开审判的重要性很容易被夸大。公开审判仅意味着公众中的一些人可以旁听,如果报界认为案件很有趣,可以报道其中的一部分。”^[18] 我们可以假定这样一种情况:某法院将法庭审理的过程都予以公开,公众能够旁听到开庭、法庭上的证据调查、法庭辩论等庭审的各个环节;审理结束后,法院也将其所作的裁判结论向公众进行了公开宣布。但是,人们注意到,这一公开宣布的裁判结论并没有建立在法庭审理的基础上,很多在法庭上提出和辩论过的证据都没有被法院采纳,而法院作为裁判依据的则是未曾在法庭上提出和辩论过的证据;法院的审理过程与裁判的宣布之间,存在较长一段时间,法庭审理完毕后并没有立即进行评议和形成裁判结论;法院公开的只是裁判的结论,而并没有将裁判结论赖以形成的理由和根据进行详细的分析,因此判决书的内容极为简要,等等。

显然,仅仅做到法庭审理过程的公开和裁判结论的公开,是远不足以防止司法不公现象发生的。因为审理过程的公开仅仅使公众了解到控辩双方争议的展开、证据的提出、双方的辩论

[17] 参见前引[13],拉德布鲁赫书,第121页。

[18] 参见前引[1],詹宁斯书,第171页。

等具体环节;而裁判结论的公开也仅仅使公众获知法院最后解决争议的意见。而在公开的审理过程与裁判结论的形成之间,还缺少一个中间环节——裁判结论形成的过程、理由和根据的公开。旁听过法庭审理过程的公众、报道过案件审判情况的新闻媒介,可能更想了解这一裁判结论“究竟是怎么形成的”,或者裁判结论“赖以制作的依据是什么”。这种裁判结论在形成过程、根据和理由方面的“公开”,其实是指司法裁判的透明。这是因为,司法裁判活动的公开有一个不容回避的界限,裁判者的评议过程必须是秘密的。这一方面可以保证裁判者能够从容不迫地整理自己通过庭审所形成的思路,客观而无顾虑地发表自己的裁判意见和理由,另一方面也可以防止控辩双方以及社会公众对自己裁判结论的非理性影响,给裁判者以理性讨论的机会和场所。显然,裁判者的评议秘密必须加以保证。但是,这种不得已而为之的秘密评议,也给公众了解评议过程和裁判的形成依据和理由造成了困难,同时也给裁判者滥用裁判权甚至为枉法裁断制造了机会和可能。为此,现代法治国家一般设计出了一种旨在确保公众事后了解裁判形成过程和理由的制度:裁判结论公开后的理由说明以及判决书的详细载明理由。根据前一制度,法院在宣布裁判结论以后,一般不得急于休庭,而是就裁判的事实和法律根据,以及裁判时所考虑的主要因素作一简要的说明,以便使被裁判者和旁听公众了解裁判形成的依据和理由。而根据后一制度,法院就任一案件所作的判决书都必须详细公布控辩双方的各自证据、论点和主要争议点,说明接受某一证据的理由,拒绝采纳某一证据的根据,以及做出裁判所考虑的各项因素。甚至在一些国家的最高法院,判决书还要明确载明法官就案件的裁判存在的分歧及各自的理由。这种就裁判形成过程和理由的事后公开,实质上是在增强司法裁判的透明度,使得社会公众对裁判结论的形成过程和理由一目了然,从而增强参与意识,加强对法院的信任。与此相关的是,不少法治国家还建立了判决书向社会公众开放的制度,使得普通公众可以随时查阅法院的任一判决书,了解有关案件的裁判结论及其形成过程和依据。

司法裁判活动的这种透明性尽管并不完全等于公开性,但两者的目的是一致的:使社会公众真正全面地了解司法裁判活动的过程、裁决形成的依据,从而真正参与裁判过程之中,对法院的裁判施加外部的影响和制约;使被裁判者——尤其是刑事被告人的各项诉讼权利得到切实的行使;使裁判者克服自己人性中固有的弱点,压制住诸如私欲、偏见、先入之见等因素的影响,尽可能依据证据和法律制作裁判结论。正因为如此,审判公开又被称为“形式上的公开”;而裁判的透明性则被视为“实质上的公开”。

3. 多方参与性

一般而言,行政活动是由管理者与被管理者双方构成的,行政机构在作出行政决定时通常采取一种单方面运作的形式。与此不同的是,司法裁判一般有作为第三方的裁判者参与,裁判活动要在争议各方同时参与的情况下进行。具体而言,司法机构无论是实施涉及被告人是否承担法律责任的实体性裁判,还是就某一诉讼行为是否合法和正当进行程序性裁判,都不能单方面地进行,而必须在作为被裁判者的控辩双方同时参与下,通过听取各方举证、辩论的方式来进行。否则,无论是被裁判者还是普通社会公众,都可能对那种由裁判者单方面进行的司法裁判活动的公正性提出异议。

参与性体现在司法裁判活动的全过程。我们从现代法庭的设置和运作方式上,可以看出裁判活动要通过控辩双方与裁判者进行面对面的交涉、说服和争辩来进行;从法官在法庭之外的活动方式来看,裁判者在形成其内心确信过程中,始终要有控辩双方相伴随,并允许他们发表意见。即使在一些国家设立的审判前的司法审查程序中,法官也要在警察与嫌疑人在

场的情况下,进行司法授权、初次听审以及司法救济活动。

司法裁判活动为什么要采取多方参与的形式呢?裁判者难道就不能自行或单方面地进行裁判活动吗?其实,多方参与只不过是维护司法裁判过程的基本道德品质,使这一活动具备最低限度的公正性。在很多个世纪以前,英国人就奉行“自然正义法则”。根据这一法则,裁判者必须同时听取控辩双方的意见,这被视为法律程序正当性的基础之一。美国学者富勒甚至将被裁判者的参与直接视为现代裁判活动的本质属性:“使裁判区别于其他秩序形成原理的内在特征在于,承认那些将要受到裁判所作决定直接影响的人能够通过一种特殊的形式参加裁判,即承认他们为了得到有利于自己的决定而提出证据并进行理性的说服和辩论”,“裁判的本质就在于——受判决直接影响的人能够参加判决的制作过程”,“一种法律制度如果不能保证当事人参加到裁判活动中来,就会使裁判的内在品质受到破坏”。^[19]丧失多方参与性的裁判活动之所以会使裁判的内在品质受到破坏,是因为这种裁判不具备最起码的公正性。具体而言,控辩双方作为与案件结局有着直接利害关系的人,对自己获得胜诉的结果都有着合理的预期,并有着为维护自己实体性权益而进行程序性“斗争”的意愿。如果裁判者背着控辩双方或者其中任何一方,单方面地进行所谓的“裁判”活动,无法参与的一方实际就被排除于裁判过程之外,失去了反驳不利于本方主张、影响裁判结论的机会,而只能被动地承受裁判者对自己权益的处分,消极地等待裁判者对自己权益、前途甚至命运的裁决。由此,被裁判者一般会产生其人格被“看轻”、其利益被忽视甚至无视的感觉,他的不公正感也会油然而生。显然,参与那种涉及个人权益的裁判活动,其实来自人性的基本要求:被人尊重的要求和欲望会促使被裁判者积极地寻求影响裁判结论的机会。

4. 亲历性

一般而言,行政活动具有一定的便宜处分性。例如,行政官员可以在办公室、现场或其他非正式场所进行行政管理活动;行政官员可以通过听取下级官员的口头或书面汇报,对有关事项做出决定,等等。但与此不同的是,司法裁判活动必须以某种相对确定的方式来进行:裁判者必须主要局限在法庭上、在控辩双方同时参与下进行活动;裁判者必须亲自接触控辩双方提交的证据,而且所接触的还必须是证据的最原始形态;在法庭审理中,裁判者必须始终在场,直接听取控辩双方以口头方式进行的举证、质证和辩论,等等。这种裁判方式一般称为“裁判者的亲历性”,在诉讼法上又可称为“直接和言词原则”。

所谓亲历性,也就是裁判者要亲自经历裁判的全过程。亲历性有两个最基本的要求:一是直接审理,二是以口头的方式进行审理。前者要求裁判者在裁判过程中必须亲自在场,接触那些距离原始事实最近的证据材料。后者则要求裁判者必须以口头方式进行裁判活动,听取控辩双方以口头方式提交的各类证据。直接审理的反面是间接审理,也就是通过听取别人就裁判所提出的意见来对案件做出裁判;口头审理的反面则是书面审理,也就是通过审查书面案卷材料,来对案件做出裁判。间接审理和书面审理走到极端,可以变成裁判者单方面实施的书面审查程序,控辩双方连出庭参与裁判活动的机会也会失去。这样,司法裁判的性质也就丧失殆尽,以至于“异化”为一种行政活动。

在司法裁判过程中,亲历性一般有多项基本要求:裁判者必须始终在场,而不能随意更换,否则后来参与裁判活动的法官就可能无法“亲历”先前已经进行完毕的证据调查和法庭论辩活

[19] Lon L. Fuller, “The Forms and Limits of Adjudication”, in *American Court System*.

动;裁判活动也不能随意中断,否则裁判者对业已过去的审理情况就难以有形象、直观的认识,甚至会随着时间的流逝,淡忘那些已经审查和辩论过的证据、意见和主张,以至于不得不依据书面材料进行裁判;裁判者对所有提供言词证据的人,包括证人、鉴定人、被害人、被告人等,都必须当面听取其口头陈述,听取控辩双方就其陈述所进行的质证和辩论,否则这些人提供的书面陈述或意见就会作为裁判者制作裁判结论的依据,裁判的书面化和间接化就会随即出现。尤其是对于那些旨在重新确定案件事实的裁判活动,这种建立在直接审理和口头审理基础上的亲历性,显得尤为重要,也会有较为完备的程序体现。而对于那些仅仅涉及法律适用问题的裁判活动而言,亲历性也会提出一种最起码的要求:通过开庭,裁判者亲自当面听取控辩双方的诉讼主张和意见,然后以此为依据制作裁判结论。即使是对于单纯的程序性裁判活动,裁判者也必须亲自接触控辩双方,了解其证据、主张和意见。

亲历性是由裁判活动的目的所决定的。对于裁判者而言,其裁判结论直接涉及到对有关各方的争端做出权威性解决的问题,也涉及到对各方权利、义务或责任的重新分配,因此,如何确保裁判结论能够为控辩双方自愿接受、表示信服或减少不满,就成为裁判者所必须考虑的事情。而裁决结论的被接受程度除了与这一结论本身是否反映案件事实原貌以及是否符合实体法的要求有关以外,还与裁判过程是否公正密切关联。因为裁判者的裁判过程如果不能使人受到公正的对待,尤其是剥夺或者限制了被裁判者的参与机会,即使裁判者就案件所作的裁决结论再“正确”,或者再符合实体法的要求,被裁判者也很难愿意接受这种裁决结论。在这里,对裁判过程的不满会进而导致对裁决结论公正性的怀疑。而亲历性恰恰可以保证裁判者亲自接触并听取控辩双方的证据、主张和意见,并将其裁决结论直接建立在当庭听取并审查过的证据和辩论的基础上,使得控辩双方对裁判过程的参与不仅较为充分,而且能够有效地发挥作用——影响裁判者结论的形成。尤其是对于处于弱者地位的刑事被告人而言,裁判者的亲历性还使其获得对控方证据进行反驳、使本方得到在法庭上阐述意见的机会,并能够通过自己的诉讼活动,直接对裁判者的裁决结论施加积极的影响。这会使被告人由此产生一种受尊重甚至受到公正对待的感觉。相反,如果裁判者不亲自参与裁判全过程,而是通过听取其他人员汇报、审查书面材料甚至不当面接触控辩双方的方式进行裁判活动,作为被裁判者的控辩双方将很难产生受尊重的感觉,裁决结论也很难得到双方的自愿接受和认同。

5. 集中性

行政机构在进行管理、控制、协调等行政活动,甚至在作出行政决定时,通常具有一定的灵活性和自由裁量权。例如,作出行政决定的程序可以基于方便、效率的原则加以中断;负责某一行政事项的官员可以中途退出该行政活动,新替换上来的官员则可以继续进行行政活动;由于缺乏一种集中进行的行政过程,行政决定完全可以缓缓产生。与此相反,司法裁判活动要采取集中进行的方式。所谓集中进行,也就是裁判活动要在相对集中的时间、集中的场所连续不断地进行,直至形成最后的裁判结论为止。裁判的集中性是与裁判者的亲历性密切相关的,它首先有两个基本要求:裁判者不更换和裁判过程的不间断。根据前一要求,作为裁判者的法官、陪审员在对一个案件尚未形成裁决结论之前,不得中途更换,否则业已进行完毕的裁判活动无效。为此,不少国家都建立了候补裁判者制度,对于那些预计将持续较长时间的裁判,预先设置若干名法官、陪审员在场旁听,使其在作为裁判者的法官、陪审员因生理、心理等原因不能胜任裁判者的职责时,及时加以替补。而根据裁判过程不间断的要求,裁判过程应当持续不断地进行,应将裁判过程中的休庭次数和休庭时间减少到最低的程度。

司法裁判的集中性还有一项非常重要的要求:裁判者对于控辩双方的利益争端,必须在法庭审理过程结束后,随即形成裁决结论。换言之,裁判者进行完毕证据调查、法庭辩论等活动之后,必须立即进行评议,形成裁决结论,而不能随意地中断裁判形成过程。人们通常所说的“当庭判决”就是指这个意思。不过,“当庭判决”并非要求裁判者在法庭上即时制作裁决结论,而是指对案件裁判的评议过程应当在法庭审理结束后随即进行,不得中断。与“当庭判决”相对的是所谓的“定期判决”,也就是在法庭审理结束若干时间后,裁判者再行评议和制作裁决结论。“定期判决”由于使得法庭审理过程与裁决结论的形成之间存在一定的时间间隔,使得裁判者亲历的裁判过程难以直接决定裁决结论的形成,因此向来被视为一种例外。当然,裁决结论一旦形成,就应当尽快宣布。

司法权的集中性对于维护裁判程序的自治性是极为重要的。对于争议各方而言,裁判者只有将其结论建立在法庭上确认的证据和事实的基础上,才能确保各方对裁判过程的有效参与,使各方受到公正的对待。而对于裁判者来说,将裁判结论直接形成于法庭审判过程之中,而不是庭审过程之外。之前,这是对其权力的重要约束,也是其裁决获得各方信服的关键保证。但是,如果裁判者经常随意中断听审过程,或者合议庭成员在听审中间发生变更,或者裁判者在听审活动结束后迟迟不作裁判结论,那么,裁判者就会对法庭上“发生的事情”形成模糊认识,甚至根本无从形成清晰的印象,其裁判结论也就无法完全建立在听审过程的基础上。当然,裁判即使集中进行,也并不必然能避免裁判者的恣意枉断。但是在司法裁判活动随意中断、裁判者随意更换、裁判结论不当庭形成的情况下,裁判者肯定会将法庭审理置之不顾,从法庭之外寻求裁判的根据和灵感。这种情况一旦出现,司法不公甚至司法专断的现象也就相伴而生,裁判程序的自治甚至正义也就无从谈起。

6. 终结性

司法裁判活动应当具有一种“终结性”,也就是法院在作出生效裁判之后,非依法律明确规定,不得启动对该案件的再审程序;控辩双方之间的利益争端一旦由裁判者以生效裁判的形式加以解决,一般就不得再将这一争端纳入司法裁判的范围。“终结性”是对司法裁判活动在终结环节上的要求,也就是要求裁判活动必须具有终结性,从而具有“定纷止争”的效力。

在刑事诉讼中,司法裁判的终结性一般又被称为“一事不再理”或者“禁止就同一行为实施双重追诉”。“一事不再理”是大陆法国家实行的一项诉讼原则,要求刑事追诉机构和司法裁判机构,对于任一业已经过生效裁判的案件,一般不再启动重新追诉或裁判程序。为此,对生效裁判的再审一般被视为一种例外,要在申请主体、申请理由、申请时效等方面受到极为严格的限制。在大陆法国家的学者看来,一事不再理原则的贯彻可以维护法的安定性,防止因为再审的随意开启而破坏法律实施的稳定性和安全性。而“禁止双重追诉”又可称为“免受双重危险”,是英美等国坚持的一项重要诉讼原则。这一原则既对国家刑事追诉权构成一种限制,又对那些处于被追诉地位的个人成为一种特殊保护。具体而言,国家的刑罚权必须被限制在一定范围之内,而不能无限扩张和不受节制;对个人的刑事追诉一旦进行完毕,不论裁决结论如何,都不能使其重新陷入被追诉的境地,否则个人就会因同一行为反复承受国家的追诉或审查,其权益反复处于不确定、待审查、被判定的状态。而这恰恰是对个人权益甚至人格尊严的不尊重,是非正义和不公正的。

大陆法国家的一事不再理原则与英美的禁止双重追诉原则,尽管在宗旨和指向方面各异其趣,但都强调司法裁判活动一经结束,就不能再逆向运行——重新使业已裁判的案件处于待

判定状态。再审的启动必须受到严格限制：司法机构本身绝对不得重新启动再审程序；再审的案件更多地被限制在有利于被告人的事项上，不利于被告人的再审要么遭到禁止，要么受到极为严格的控制，等等。

司法权的终结性是与司法裁判的目的直接相关联的。在笔者看来，法院作为解决利益争端、为个人提供权利救济的权威司法机构，在裁判任何案件时，都必须给出一个最终的裁决方案，并使该方案在法律效力上具备稳定性。只有这样，司法机构才能在社会公众中树立基本的威信，其裁判活动和结论也才能得到社会的普遍尊重。相反，如果“朝令夕改”，法院随意可以撤销已经生效的裁决，那么司法裁判程序将永远没有一个最终结束之时，利益争端将长期得不到终局性解决，国家建立司法裁判制度的意义也就丧失殆尽。另一方面，随意逆向运行的司法裁判程序还可能使当事人反复陷入诉讼的拖累之中，其利益和命运长期处于不确定和待裁断的状态。尤其是刑事被告人，还可能因再审的反复启动而受到多次重复的刑事追诉，从而面临多次遭受刑事处罚的危险。而这对于处于弱势地位的当事人而言，将是不具备起码的公正性的。

当然，司法权的终结性必须建立在合理的司法制度设计的基础上。这需要司法裁判程序必须具备最低限度的公正标准，作为裁判者的法官必须具有良好的品行并遵守职业道德，法院的审级制度也必须尽可能合理，以确保争议各方有充足的获得普通司法救济的机会。

(二)司法权的独立性

一般说来，行政权具有较为明显的上令下从或依附的性质。因为行政官员在进行行政管理时都必须服从其行政主管的命令或指挥；下级行政机构也必须接受其上级行政机构的指令；在从事行政管理活动时，行政官员也不具有不可替代性，而是可以随时更换的。显然，无论是单个行政官员还是行政机构整体，在行使权力时都不具有较强的独立性。与此相反，司法权的典型特征之一就是具有独立自主性。无论是司法机构还是司法官员，在从事司法裁判活动时都必须在证据采纳、事实认定以及法律适用等方面保持独立自主性，不受来自司法机构外部或内部的任何压力、阻碍或影响。

司法权因相对弱小且法官极易受到外部控制而使其独立性得到强调，^[20]但是，这种独立绝不意味着法官可以不受任何制衡甚至恣意为。事实上，无论在哪个社会里，司法独立都不是绝对的，而只是意味着司法权“相对于哪些人、哪些机构保持独立的问题”。换言之，只要社会中存在着使司法权受到不正当控制、干预、影响的力量或权威，司法独立就将是该社会不可回避的司法目标，该司法制度将面临着能否以及如何克服这些既有的控制、干预、影响的问题。在这一问题上，笔者不赞成那种以司法独立在任何社会中都难以完全得到实现为由，否定这一原则的价值的观点。因为美国、英国等西方国家法官所受到的来自社会各个方面的干预和控制，虽能说明这些国家在维护司法独立方面所存在的一些问题，也能证明司法独立即使在一个已经建立法治秩序的社会里也会面临一系列的挑战，但是，这一事实并不能否定维护司法独立在中国的极端重要性。如果说西方社会所面临的或许是如何解决司法独立在今天所面临的挑战的话，那么中国所面临的则是如何确立最低限度的司法独立标准的问题。另一方面，在司法权出现严重的行政化、官僚化甚至地方化的情况下，如何使司法机构摆脱来自行政机构、地方

[20] 汉密尔顿对司法权的易受侵犯性有着清醒的认识：“司法部门既无强制，又无意志，而只有判断；而且为实施其判断亦需借助于行政部门的力量”，因此，“司法机关为分立的三权中最弱的一个，与其他二者不可比拟……故应使它能以自保，免受其他两方面的侵犯”。参见汉密尔顿等：《联邦党人文集》（中译本），商务印书馆1995年版，第390页以下。

政府、新闻传媒、立法机构甚至各级党政干部的非法干预和控制,是中国今日的司法制度所面临的一个极为严峻的问题。的确,在此时此地谈论司法独立问题可能有些奢侈和不切实际。但惟其如此,维护司法独立才显得尤其具有紧迫性和必要性。需要注意的是,司法独立在目前所面临的现实困境,丝毫不能证明司法依附只能是该社会司法制度的必要选择。现实中所存在的制度实践尽管具有其各方面的成因,似乎从这一角度上看,“存在的就是合理的”,但是“存在的”却未必是人道的、文明的、公正的和符合人性基本要求的,甚至可能是极其野蛮的、残酷的、专横的,或者至少是不科学的。进行司法制度的重建,与进行其他方面的法律改革一样,对一些不正当的制度或者实践不仅不能迁就和容忍,而且还应在明确基本理论基础的前提下,进行必要的制度革新或改造。

当然,作为一个宪政原则,司法独立与国家的政治体制和结构有着密切的联系;而作为一项司法诉讼原则,司法独立又是与国家的法院体制甚至司法组织形式不可分立的。这就使得独立性较之司法权的其他特性而言,具有更加明显的复杂性。人们似乎很难为各个具有不同政治、社会和文化背景的国家,确立一个普遍适用的司法独立标准。不过,鉴于司法独立在不同的社会都会面临一些共同的威胁,司法机构在进行裁判活动时也通常会受到一些大体上相同的干预,因此,我们仍有可能为司法独立确立若干项相对确定的要素或标准。

在笔者看来,司法独立的核心是裁判者在进行司法裁判过程中,只能服从法律的要求及其良心的命令,而不受任何来自法院内部或者外部的影响、干预或控制。这里的裁判者是指代表某一司法机构行使司法权的个人或者组织,它可以是个体法官,也可以是由若干名法官或陪审员组成的法庭,还可以是由非法律职业人士组成的陪审团等。裁判者要做到独立行使司法权,就必须严格依据法律的规定设立并履行裁判职能,即依照程序法的规定进行裁判活动,根据实体法的规定对案件制作裁判结论。这一司法独立的核心要求,又可以称为裁判者的“职能独立”或者“实质独立”。

司法独立的核心含义固然是比较明晰的,但是要确保裁判者独立行使司法裁判权,从而实现司法独立的目标,就必须建立起一个必要的制度保障机制。这后一点恰恰是最为困难,也是争议最大的一个问题。笔者曾提出并分析过司法独立的四项要素,其中的后三项要素是“法官的身份独立”、“法院的整体独立”和“法院的内部独立”,^[21]司法独立的保障机制实际就是围绕着这三项要素而建立起来的。当然,也有学者对司法独立作出过不同的归纳。如有人将司法独立的要素视为对当事人的独立、职能的独立、机构的独立和内部的独立等四项,^[22]有人则将司法独立视为司法权的独立、司法主体的独立、司法行为的独立和司法责任的独立等要素的混合体,^[23]还有人将司法独立分为外部独立和内部独立两个基本层面。^[24]

尽管存在较大的分歧和争议,但学者们基本可以达成共识的一点是,司法独立不仅仅是指法院的独立,还应当包括法官个人的独立以及法院内部的独立。否则,如果像大量法学教科书所宣称的那样,仅仅将司法独立等同于法院独立的话,那么司法独立是得不到最低限度的保障的。在笔者看来,基于司法权的独立性容易受到来自法院之外、之内两个方面的威胁,也基于

[21] 参见陈瑞华:《刑事审判原理》,第三章第三节。

[22] 参见蒋惠岭:《我国实现独立审判的条件和出路》,《人民司法》1998年第3期。

[23] 参见谢晖:《价值重建与规范选择》,山东人民出版社1998年版,第490页以下。

[24] 参见王利明:《司法改革研究》,法律出版社2000年版,第86页以下。

法官个人在任职条件方面极容易受到控制的现实,司法独立的保障机制大体上可以包括以下五个层面的内容:一是法院的整体独立或外部独立,二是法院的内部独立,三是法官的身份独立,四是法官的职业特权,五是法官的职业伦理准则。^[25]受篇幅所限,本文不可能全面、系统地分析这些问题。以下仅仅对这五个方面作一简要解释。

所谓“法院的整体独立”,是指法院无论在司法裁判还是在司法行政管理方面,都独立于法院之外的机构、组织和个人,不受外部力量或权威的控制和干预。考虑到法院的司法裁判和司法行政管理活动极其容易受到其他国家权力机构的控制和干预,因此法院必须首先独立于行政机构和立法机构;又鉴于法院的司法裁判活动也可能受到新闻传媒、大众舆论等方面的不当影响,因此,法律必须建立可使法院摆脱传媒和舆论影响甚至控制的制度机制。这些在目前的中国显然是存在不少问题的。

“法院的内部独立”是指法官进行司法裁判活动过程中独立于其同事以及上级法院的法官。法院内部在保障法官独立裁判方面如果存在制度上的瑕疵,法官就可能受到其他法官、法院司法行政首脑以及上级法官的控制。这同样会危及司法独立,使得法官在司法裁判方面依附于本法院的院长、庭长、审判委员会,甚至受制于上级法院。这种内部独立在中国显然也是存在问题的。

司法独立的第三项制度保障是“法官的身份独立”。也就是法官的任职期间和任职条件应得到特殊的充分保障。如果法官的任职期间不固定、定期轮换或较为短暂,或者法官在薪俸、晋升、调转、惩戒等方面完全受制于某一机构、组织或者个人,甚至直接受到司法行政首脑的控制,那么法官就不可能从容不迫地依法独立进行裁判活动,而会出现职业服从甚至人身依附现象。这在中国存在的问题尤为明显。

司法独立的第四项制度保障是确立一系列的“法官的职业特权”,使法官为履行司法裁判职能享有特殊的职业保障。确立这些特权的目的在于,使法官在行使司法权方面免受一系列的指控、追究、评论,从而为法官独立进行裁判活动创造必要的安全氛围。例如,法官在司法裁判过程中所发表的言论不受刑事或者民事指控;法官正在对案件进行的审理情况不受外部评论;法官对案件进行的审理和所作的裁判结论不得被列入议会的讨论日程,等等。这些特权在中国还基本上没有确立。

最后,还需要建立较为完善的“法官的职业伦理准则”。如果说法官的职业特权可以使其拥有一些特殊保障的话,那么职业伦理准则的建立则使法官的行为受到必要的限制,以促使其免受一些不正当的影响,从而独立从事司法裁判活动。例如在一些法治国家,法官一般被禁止参与政治活动,不能在政府甚至议会担任职务,不能过多或者过于积极地参加社会活动,不能从事商业经营活动,不能担任开业律师,不能从事一些可能有损其职业尊严和法官形象的活动。这种行为准则在中国也没能完整地建立起来。

(三)司法权的组织特征

1. 法官的职业化

与司法权的独立性相伴随的是法官的高度职业化。实际上,高度独立自主的司法权需要有具备较高法律素养的职业法官。否则,将司法权置于法律素质低下的法官手里,司法裁判活

[25] 关于各国司法独立的保障机制问题,读者可参见 Shimon Shetreet 等编辑的 *Judicial Independence: The Contemporary Debate* (Martinus Nijhoff Publishers, 1985)。

动就可能面临灾难性的后果。

相对于行政官员而言,司法裁判者的职业化显得尤为重要。这首先是因为行政活动更多地强调上下级之间的依附性和上令下从性,而司法裁判活动则强调裁判者的独立自主性,独立的法官如果不是司法裁判领域的专家,就可能造成人为的司法不公。与此同时,只有形成裁判者的职业化,才有可能在法官之中形成特有的职业传统,而这种职业传统反过来又会成为一种强大的力量,确保法官阶层具有抵御外界干预的勇气和能力。考虑到司法权的行使不仅直接涉及对个人权益的判定,而且为法律得到实现的关键途径,因此,职业化还可以确保法官具有较高的法律素养和较深的法律功底,从而能够更好地完成司法裁判的使命。

从各法治国家实行的制度来看,法官的职业化主要通过法官的遴选制度来加以具体地实现。英美实行的是“优秀的律师任法官”制度,也就是从资深律师中经过严格的推荐和考核程序来委任法官。例如,在英国郡法院或刑事法院任职的巡回法官,须从从业 10 年以上的出庭律师或任职 5 年以上的记录法官中加以选任,而记录法官作为一种业余法官,则要从那些从业 10 年以上的出庭律师或事务律师中选任。与巡回法官一样,记录法官也要由上议院议长推荐,英国女王加以任命。比巡回法官级别要高的高等法院法官则要从至少有出庭律师 10 年以上的经历,并且年龄要在 50 岁以上。而专门司职上诉法院的上诉法官则要有担任高等法院法官或从事出庭律师 15 年以上的经历,并要由上议院议长推荐,英国首相提名,英王加以任命。^[26]

而在大陆法国家,法官则要经过专门的国家司法考试产生。例如在法国,申请担任法官和检察官的人,都必须参加国家司法官学院的入学考试,通过考试后要在这一学院学习 27 个月,经过考试合格准许毕业后,由本人在“坐着的司法官”——法官与“站着的司法官”——检察官之间做出职业选择。^[27]而在德国,法官、检察官与律师的遴选途径基本是一致的:都要获得大学学位,然后通过第一次国家司法考试,合格者获得实习文官的资格;实习文官必须完成为期 30 个月的实习,期满后用 10 个月时间准备第二次国家司法考试,也就是国家候补司法官资格考试,通过者即获得候补司法官资格。候补司法官要成为正式的法官,还要经过一系列的审查、推荐和委任程序。^[28]

2. 民众对司法的参与

作为外行的普通民众通过一定的选任程序成为陪审员,参与行使裁判权,这向来被视为司法权在组织方面的重要特征。尽管陪审制在现代西方各国都呈现出一定的萎缩趋势,但还没有哪一个曾实行这一制度的国家宣布完全废除这一制度。作为一项制度,陪审制在英国经过长期的演变,到 17~18 世纪才具有现代的框架,并被传播到不少殖民地,成为这些地区相继独立后建立各自陪审制的制度基础。从 18 世纪后半叶开始,随着法国大革命的爆发,欧洲各国相继进行了宪政改革和司法改革,英国式的陪审制也被引进法国、德国和意大利等大陆法国家。后几经演变和改造,终于成为一种有别于英美陪审制的陪审法庭或参审制度。

最初,陪审制曾被赋予很强的民主色彩,被不少人视为“民主的重要堡垒”和对抗司法专横的武器。但随着各国宪政制度的建立和完善,陪审制的这一维护民主制的功能明显地出现弱

[26] 有关英国法官的遴选制度,读者可参见 John Hatchard and others: *Comparative Criminal Procedure*, pp. 176—237.

[27] 对于法国法官、检察官的遴选制度,读者可参见卡斯东·斯特法尼等:《法国刑事诉讼法精义》(中译本),中国政法大学出版社 1998 年版,第 122 页。

[28] 有关德国的司法官遴选制度,读者可参见前引[26], John Hatchard and others 书, pp. 96—175.

化。而与此同时,随着法律制度的日益完善和复杂化,法律调整的领域越来越广并趋于专业化,陪审制这种由外行参与行使裁判权的制度也越来越显现出一系列的局限和不足之处。至少是由于这一原因,在大陆法国家引进的英式陪审制相继“异化”为参审制之后,英国和美国也出现了适用陪审制的案件逐渐下降的情况。目前,英国的陪审制主要适用于刑事案件之中,而且集中在由刑事法院负责审理的重大案件——“可诉罪”案件之中;美国尽管在刑事和民事案件中都在适用陪审制,但陪审制的实际适用范围已经大大缩小。

目前,这种以民众参与司法裁判活动为标志的陪审制,除了仍然被视为抑制职业司法官偏见、预断甚至专横的工具以外,更多地具有一种形式上的象征意味,也就是通过让一部分普通民众参与行使司法裁判权,表征着司法权的民主化和社会化,使司法权的官僚色彩有所冲淡,使司法裁判的过程和结论得到社会公众的认可和接受。

3. 合议制

一般而言,合议制被认为是司法权在组织上所具有的重要特征之一。在英美,陪审团一般由12名经专门遴选和审查程序产生的陪审员组成,他们在法庭上听取控辩双方的举证和质证,并在评议时就案件事实问题平等地发表意见,作出裁断。在那些没有陪审团参与的裁判活动中,法庭一般由三名或者更多的职业法官组成,对案件所涉及到的事实或法律问题进行听审,并平等地进行评议和制作裁决结论。而在大陆法国家,案件一般由多名职业法官组成合议庭,或者由法官与陪审员按照一定的人数比例组成混合法庭。无论是职业法官还是陪审员,对事实问题和法律问题拥有平等的评议权和表决权。当然,对于一些涉及利益较小的简单案件,法庭则可以采取由一名职业法官主持的方式,从而成为一种相对于合议制的独任庭。

合议制的实行有助于裁判者发挥整体的智慧,减少或避免单个裁判者的认识局限性和专断可能性,并促使裁判者之间进行更多的沟通、交涉和对话。这是政治上实行的“多数裁决规则”的具体体现,是民主制度的基本要求。为确保合议制真正得到贯彻,各国采取了一系列的制度保证措施。例如,通过实行法官的高度职业化、高薪制、任职终身制、政治任命制、职业特权制,使得法官与其同事、司法行政官员之间不产生人身依附关系,维护法官之间的独立性;通过一系列程序的设计,使得陪审员之间以及陪审员与职业法官之间拥有平等的评议权和表决权;通过建立固定的合议庭制度,使得合议庭组成人员享有平等的裁判权,等等。

4. 上下级司法机构之间的关系

通常情况下,行政机构存在着明显的上令下从或者权力依附关系,上下级行政机构之间也具有这种服从和指挥的关系。各国在构建行政机构时还贯彻了一种特有的“一体化”的原则,使得行政机构内部、上下级之间以及行政机构整体上具有一体化的特征。与此相反,司法机构上下级之间则是一种完全独立的关系。这种独立性即使是在最高法院与最基层的法院之间也同样存在着。

上下级司法机构之间的独立性,首先意味着上级法院无权就司法裁判事项主动向下级法院发布命令、指示、指导,或者进行直接的控制。上级法院对下级法院裁判过的案件,只能在下级法院裁决结论产生、争议方提出新的诉讼请求之后,才能受理并重新开始裁判活动。如果争议方对下级法院的某一裁决,根本就没有提出任何异议,那么上级法院就无权对下级法院裁判过的案件采取任何行动。

当然,一旦受理下级法院裁判过的案件,上级法院是能够对下级法院施加一定的影响甚至控制的。尤其是最高法院,遇有当事人提出的上诉或申诉涉及到普遍的宪法或法律问题时,会

通过对案件的裁判,对宪法和法律作出新的解释,甚至进行带有创制法律规范性质的司法造法活动,颁布新的司法判例。英美法之所以又被称为“普通法”和“判例法”,就是因为英美法中存在一个著名的“遵循先例”原则,上级法院的法官对上诉案件中涉及的法律问题所作的判决,尤其是法官在判例中所陈述的裁判理由,对下级法院的法官甚至同级法院的法官在裁判类似案件时,具有法律约束力。由此,上级法院的法官就有权制作具有一般性和普遍适用性的法律规则。不仅如此,在长期奉行法律成文化的法国、德国等大陆法国家,判例法也得到了一定的发展,上级法院的判决对下级法院的影响越来越大。德国宪法法院所作的判决,甚至对联邦和各州的其他宪法机构、法院和行政机构都具有与成文法同等的法律约束力。该法院所作的部分判决还具有推翻一些成文法规则的效力。^[29]

五、警察权、检察权的性质

在前面的论述中,笔者将司法权直接视为裁判权,并从裁判权的角度分析了司法权的构成要素和基本特征。当然,这一命题是需要论证和解释的。否则,人们就有理由说:你所说的“司法权”不过就是法院裁判权的代名词而已,但这并不能说明其他更多的问题。实际上,按照中国人的一般观念,“司法权”是一个由多个国家机构行使的国家权力,“司法”也被视为一种由公安、检察、审判等机构进行的国家活动的总和。人们还可以论证说,为区别那种从“狭义上”将司法权理解为裁判权的看法,需要这种从“广义上”对司法权和司法进行的解释。

这就出现了一系列的问题:司法权的范围究竟有哪些?警察权、检察权是司法权吗?如果答案是否定的,那么警察权、检察权究竟属于什么性质的权力?讨论司法权的性质,不能不涉及到警察权、检察权的性质问题。换言之,只有将警察权、检察权的性质作出准确的界定,才能解释清楚为什么不能将与个人权益有关事项的最终决定权赋予警察和检察机关,也才能最终说清楚司法权的性质。在以下论述中,笔者将通过分析警察权、检察权性质的分析,来论证司法权就是裁判权这一论点。

(一)警察权

一般来说,明确将警察权视为司法权的观点并不多见。但是,中国特有的“公检法三机关”和“公安司法机关”的称谓,中国特有的三机关“分工负责、相互配合、相互制约”的流水作业体制,显示出人们习惯于将公安机关与司法机关相混同的心态。而在国家权力结构中,公安机关与检察机关、法院都被列为“政法机关”,被看作实行人民民主专政或者“为改革开放保驾护航”的工具。甚至在党内组织体系中,公安机关的地位往往要高于检察机关和法院。

而在现代法治社会中,警察无论就其所发挥的功能还是活动的程序、组织方式上都显示出其行政权的性质。首先,现代警察制度所赖以建立的基础在于维护社会治安,保障社会秩序,使社会维持一种安宁的状态。正因为如此,几乎所有国家的警察机构都具有准军事部队的特征,以便在社会上发生违法、犯罪行为时准确、有效地加以遏止。其次,警察在维护治安、从事刑事侦查过程中,在程序上采取的是典型的行政方式:主动干预社会生活,单方面限制个人基本权益和自由,积极地获取犯罪证据和查获嫌疑人,并对其发动刑事追诉。再次,警察机构在

[29] 参见 Raymond Yongs, *English, French and German Comparative Law*, 1998 by Cavendish Publishing Limited, pp. 50-54.

组织上更是采取一体化的方式;警察上下级、警察机构上下级之间都属于一种上令下从、互相隶属的关系;对于正在从事刑事侦查活动的警察,可以随时撤换和调任。显然,与具有高度独立自主性的裁判者不同,警察在执行职务方面不具有独立性和不可变更性。

从中国的法律实践来看,公安机关作为一种武装性质的力量,同时行使着维护社会治安和刑事侦查的职能;公安机关在组织上实行的双重领导体制,既受制于上级公安机关,又受同级人民政府的辖制,其行政机关的性质十分明确的。但是,中国的公安机关拥有一系列的强制处分权。例如,在治安行政领域,对那些“游手好闲、违反法纪、不务正业的有劳动力的人”,公安机关有权采取劳动教养措施,从而剥夺其人身自由达一至三年,并可再延长一年;对于在城市“流浪乞讨人员”,公安机关有权采取收容、遣送措施;对于卖淫、嫖娼人员,公安机关有权采取“收容教育”措施,从而将其人身自由剥夺六个月至两年的时间;对于那些“吸食、注射毒品成瘾”的人,公安机关有权对其“强制进行药物治疗、心理治疗和法制教育、道德教育”,从而限制其人身自由……当然,对于那些违反治安管理的人,公安机关还拥有较为广泛的治安行政处罚权,可以科处包括警告、罚款和拘留在内的各种行政处罚。由此可见,对于一系列涉及剥夺个人人身自由的事项,公安机关在治安行政领域实际拥有较大的决定权。

另一方面,公安机关在刑事侦查活动中还拥有一系列强制处分权。根据中国现行刑事诉讼法的规定,对于搜查、扣押、通缉等涉及个人财产、隐私、自由等权益的强制性侦查行为,公安机关有权直接发布决定并直接执行;对于拘传、取保候审、监视居住、刑事拘留等强制措施,公安机关在侦查中有权自行发布许可令状,自行执行。而在中国刑事诉讼实践中,刑事拘留、逮捕后对犯罪嫌疑人羁押期间的延长,公安机关基本上是自行决定、自行执行的。可以说,在刑事审判前的程序中,除逮捕以外的其他所有强制措施和强制性侦查手段,都是由公安机关自行决定、自行执行甚至自行延长和变更的。对于大量涉及个人基本权益和自由的事项,公安机关在刑事侦查领域都拥有权威的 and 最终的决定权。

不难看出,公安机关实际在行使着司法权。这至少是因为它无论在治安行政领域还是刑事侦查领域,都对有关限制、剥夺公民基本权益的事项拥有权威的 and 最终的决定权,而这种权力是基本上无法受到中立司法机构的有效审查的,被限制、剥夺权益者难以获得有效的司法救济。但是,公安机关究竟该不该行使司法权呢?

从应然的角度来看,警察权是一种行政权,公安机关不仅不应当行使司法权,其权力还应受到司法机构的有效审查和控制。作出这一判断的根据是:(1)公安机关作为行政处罚、刑事强制措施的决定者,与案件有着直接的利害关系,往往倾向于维护国家、社会的利益,难以对个人权益加以保障,即使是上级公安机关也无法对个人权益提供有效的救济;(2)公安机关进行的各种活动大都是由管理者与被管理者、处罚者与被处罚者双方构造而成的,这里既不存在中立的第三方的介入,也不受公安机关以外的其他国家权力机构的有效审查和制约;(3)公安机关拥有对公民个人基本权益的最终决定权和处置权,这严重违背“控审分离”、“司法最终裁决”等一系列法治原则。

显然,中国司法改革所面临的重大课题之一,就是确立警察权的行政权性质,实现公安机关的非司法化。为此,公安机关所拥有的一系列治安行政处罚权,如劳动教养权、收容遣送权、收容教育权、行政拘留权等,都应当被纳入司法权之中,使公安机关变成一种申请者,而不是决定者。另一方面,对于刑事拘留、监视居住、取保候审、搜查、扣押、窃听等一系列涉及在刑事侦查领域剥夺、限制个人基本权益和自由的措施,也应一律纳入司法权的控制之下。

(二) 检察权

检察权是司法权吗? 这一问题在不同制度下可能会有不同的答案。在英美, 检察权基本上属于行政权。因为从组织上看, 英国的皇家检察机关(CPS)和美国联邦和各州的检察机关大体上都属于行政机构的有机组成部分。作为英格兰和威尔士检察机关领导核心的中央法律事务部, 属于英国重要的司法行政机构, 其首脑由首相直接提名和任命, 属于其内阁成员中重要的行政官员。而美国联邦司法部作为美国联邦政府的组成部分, 其首脑司法部长由总统提名和任命。司法部长作为内阁的重要成员, 实际为美国联邦一级的总检察长, 拥有领导联邦检察官的权力。从所发挥的功能来看, 英美检察机关大体上属于单纯的刑事起诉机构, 它们站在政府的立场上, 负有对犯罪案件提起公诉、支持公诉以及监督有罪裁判得以执行的使命, 从而维护社会的基本秩序和安宁。从活动方式上看, 英美检察官在警察的协助下, 单方面地从事起诉前的准备活动, 并在法庭上充当案件的控诉一方, 成为法院定罪量刑的实际申请者。这表明, 检察官与警察一样, 都在代表政府行使着刑事追诉权, 这种权力实质上属于行政权力。

大陆法国家的情况有所不同。在法国和德国, 检察机关在设置上具有“审检合署”的特征, 也就是设于各级法院内部, 但与法院采取分离管理的体制。在检察机关内部, 实行检察一体的组织原则, 强调检察机关上下级、检察官上下级之间构成一个统一的整体, 使下级检察官服从其上级检察官的指挥和领导。检察官不仅不具有象法官那样的独立性, 而且还可以随时加以撤换。在活动方式上, 德国、法国的检察官在法律上拥有侦查权, 警察尽管直接实施侦查活动, 但不过是他们的助手和辅助机构。在很多情况下, 检察官决定侦查的启动和终止, 对重大侦查行为拥有决定权, 并在重大案件的侦查过程中直接指挥、指导警察从事侦查行为。这种检警一体的活动方式, 决定了检察官和检察机关对案件的侦查、起诉负有最终的责任。

德国、法国的检察机关尽管与英美同行一样, 都在行使带有行政权性质的刑事追诉权, 但仍具有一定的准司法机构的意味。例如, 这两个国家的检察机关都负有发现实体真实、维护司法公正的使命, 在刑事追诉过程中既要收集不利于被告人的证据, 也要收集有利于被告人的证据; 对于法院作出的初审或者二审裁判, 检察官要站在法律的立场上提出上诉, 因此他们有时确实会提出有利于被告人的上诉。又如, 检察官与法官在培养上采取了一元化的方式: 他们都要经过统一的国家司法考试; 都要经受统一的带有学徒性质的司法实习和职业培训; 都要按照统一的途径被委任为检察官或者法官。甚至在法国人的观念中, 检察官与法官的职业联系如此密切, 以至于被分称为“站着的司法官”和“坐着的司法官”。

英美与大陆法国家在检察机关的设置以及权力配置上尽管有一定的区别, 但它们所行使的权力都属于刑事追诉权, 都对惩治犯罪、维护社会治安负有重大的责任, 其权力的行政权属性的确是存在的。至于德国、法国检察机关所具有的准司法机构的性质, 这两个国家的检察官所具有的准司法官的地位, 充其量不过说明检察机关在履行刑事追诉职能的同时, 要注意尊重事实真相和维护法律尊严, 而不宜象民事诉讼中的原告那样, 为达到胜诉和击败被告人的目的而不择手段或不惜一切代价。这一点, 构成了对检察机关刑事追诉权的外在限制, 但并没有否定这种刑事追诉权的行政权性质。

中国目前实行的“人大领导下的一府两院”体制, 决定了检察机关是一种并列于法院的司法机关; 而中国宪法和检察院组织法所确立的检察机关的法律监督地位, 则决定了检察机关有权对法院的审判活动实施法律监督, 它所行使的司法权不仅十分重要, 甚至还略微高于法院所行使的审判权。

这是因为,根据宪法的规定,检察机关拥有法律监督权,有权监督国家宪法和法律的统一实施。目前,检察机关的这种法律监督权主要体现在诉讼领域。首先,在刑事诉讼领域,检察机关有权对公安机关、法院、刑罚执行机关的诉讼活动实施法律监督。例如,对于公安机关应当立案而不予立案的决定,检察机关有权要求其说明理由,发现理由不成立的,应通知其立案;对于公安机关在侦查中有违法行为的,公安机关有权提出纠正意见;对于法院一审作出的未生效裁判,检察机关“发现确有错误”的,有权提出抗诉,从而引起二审程序;对于法院生效裁判“确有错误”的,有权提起控诉,从而直接引起再审程序;对于法院在审判过程中有违法行为的,检察机关有权提出纠正意见,等等。其次,在公安机关负责侦查的案件中,检察机关拥有逮捕的批准权和延长羁押的决定权。中国刑事诉讼法赋予检察机关对逮捕发布许可令状和进行授权的权力,并授权上一级检察机关和省级检察机关对逮捕后的羁押延长事项,拥有最终的决定权。这表明,在审判前的羁押问题上,检察机关拥有相当大的控制力,从而对个人人身自由的剥夺拥有最终的决定权。再次,在检察机关自行侦查的案件中,它作为与公安机关相似的侦查机关,拥有包括逮捕、拘留、监视居住、取保候审、搜查、扣押、窃听等在内的一系列强制处分的决定权,并可以自行决定对公民个人的羁押期间的延长,从而对个人的基本权益和自由拥有最终和权威的处置权。最后,在民事和行政审判领域,检察机关有权对法院的审判活动进行监督,发现生效裁判“确有错误”的,有权提出抗诉,从而直接引起再程序。

检察机关尽管在现行宪政体制下行使着司法权,但这种司法权的行使却是有着根本缺陷的。这是因为,检察机关同时将法律监督与刑事追诉这两种相互对立的权力集中于一身,无法保持公正的法律监督所必需的中立性和超然性。作为法律监督机关,检察机关的确在对公安机关、法院、执行机构的诉讼活动进行着一定的“司法控制”。但是,检察机关对一部分案件所拥有的侦查权,使得它与公安机关所行使的权力具有一定的相似性。可以说,作为侦查权的行使者,检察机关与公安机关都具有行政机构的性质,而难以算得上司法机构。当然,检察机关对公安机关负责侦查的公诉案件,还拥有审查起诉、提起公诉和支持公诉等一系列的权力。这些权力的行使似乎意味着检察机关拥有对公安机关进行监控的资格。但实际上,根据刑事追诉活动的基本规律,侦查活动的成功与否,最终要靠法庭审判过程中能否获得“胜诉”——也就是被告人被判有罪的结局来加以判断。从这一意义上说,审查起诉、提起公诉和支持公诉等活动,不过是侦查活动的逻辑延续和法庭审判的必要准备罢了。从侦查,一直到审查起诉、提起公诉、支持公诉,甚至提起抗诉,公安机关与检察机关都在动态的意义上追求着“胜诉”的结局,这些活动有着内在一致的目标,也有着相互补充、相互保障的作用,构成宏观意义上的刑事侦控或者刑事追诉活动的具体环节和组成部分。可见,法律监督者的角色要求检察机关尽可能保持中立、超然和公正;而刑事侦控者的诉讼角色,却要求检察机关尽可能地保持积极、主动和介入,尽量获得使被告人被判有罪,从而实现惩罚犯罪、维护社会秩序等国家利益。显然,这两个诉讼角色是直接矛盾和对立的。按照马克思的说法,在刑事诉讼中,法官、检察官和辩护人的角色集中到一个人的身上,这是和心理学的全部规律相矛盾的。从逻辑上看,从事着相互矛盾的诉讼职能的检察机关要么会偏重法律监督而忽视追诉犯罪,要么倾向于侦控犯罪而疏于法律监督,而不可能对两者加以兼顾。但实际上,面对当前并不乐观的社会治安状况,官员腐败案件频频发生的现实,检察机关所承担的打击犯罪,尤其是职务犯罪的重大责任得到了更大的重视,法律监督责任一方面必然受到忽略,另一方面也只能倒向刑事侦控一方,甚至完全依附于刑事侦控职能,而不再具有最起码的独立性。

从检察活动的实际社会效果来看,检察机关基本上将自身定位于与犯罪作斗争的刑事追诉机构。尽管刑事诉讼法明确要求检察机关既要收集不利于被告人的证据和事实,也要收集有利于被告人的证据和事实,在制作起诉书时要“尊重事实真相”,但是,刑事追诉的基本实践表明,检察机关更加重视不利于被告人甚至可以导致被告人被判重刑的证据和事实,而对于有利于被告人的证据,检察机关不是隐而不提,就是故意阻止其出现在法庭上。典型的例证是,长期以来一直较为严重的超期羁押现象,不仅在公安机关存在,而且更出现在检察机关自行侦查案件之中,屡禁不止的刑讯逼供现象,不仅得不到检察机关的有效制止,而且得到了检察机关的纵容,甚至在其自行侦查的案件中,刑讯逼供也时有发生;检察机关认为案件在认定事实或者适用法律方面“确有错误”的,可以提起二审抗诉或者是再审抗诉,而且这些抗诉基本上都是不利于被告人的,那种旨在追求使被告人受到无罪或者罪轻结局的抗诉,目前还存在于书本上,而不是现实之中。

显然,无论是刑事追诉的基本逻辑还是检察活动的基本实践,都表明所谓的“法律监督”与刑事追诉之间有着不可调和的矛盾和冲突。让一个承担着刑事追诉甚至刑事侦查职能的国家机构,去监督和保证国家法律的统一实施,并在其他国家机构违反法律时作出纠正,这的确带有一定的“乌托邦”的意味,构成了一种制度上的“神话”。另一方面,检察机关法律监督地位的存在,还对司法裁判的独立性和控辩双方的对等性造成极为消极的影响。这是因为,检察机关站在法院之上从事所谓的“法律监督”,会使案件的裁判活动不仅永远没有终止之时,而且还会随时重新启动,从而损害司法裁判的终结性。况且,拥有“法律监督者”身份的检察机关永远有高人一等的身份和心态,而不会“甘心”与作为被指控方的被告人处于平等的地位上。控辩双方的这种地位上的不平等性会对司法裁判的公正性形成负面的影响。

中国的检察制度今后究竟往何处走?笔者对此难以作出全面的估价。不过,一个基本的思路是,检察机关的司法机构色彩应当逐渐弱化,法律监督应当逐渐淡化并在条件成熟时最终退出检察机关的职能范围。诉讼领域中法律的实施应当通过控辩裁三方相互制约和平衡的机制加以解决,而不要轻易从诉讼机制之外,引进所谓的“法律监督”。否则,“谁来监督监督者”的永恒难题就不可避免地出现在制度设计和法律实践之中。另一方面,与公安机关的命运一样,检察机关所享有的审查批准逮捕的权力,及其作为刑事侦查机构所行使的涉及限制个人基本权益和自由的强制处分权,也应当逐步被纳入到法院的司法裁判权之中。

(三)刑事司法权的范围

根据前面的分析,警察权显然属于行政权,检察权尽管在中国目前的宪政体制下被界定为司法权,但就其权力的性质而言,也应属于广义上的行政权。只不过,与警察机构相比,检察机关更强调公正地进行刑事追诉活动,甚至强调维护国家法律的实施。在这一意义上,检察机关确实带有一定的准司法机构的性质。但无论如何,检察机关都不能、也不应成为拥有裁判权的司法机构。否则,诸如“控审分离”、“司法最终裁决”之类的基本法治原则,都将遭到破坏。

在中国,公检法三机关之间存在着“分工负责、互相配合、互相制约”的关系。宪法和法律实际将公检法三机关设计成为三个几乎完全独立的司法机构,使其均拥有一些本应由中立司法机构所拥有的权力。这样,中国刑事诉讼就不会形成那种以司法裁判为中心的格局,而必然成为公检法三机关互相配合实施的流水作业活动。对于这一点,可以从两个方面加以说明。

首先,审判前的诉讼活动既没有法官的参与,也不存在司法授权和司法审查机制,司法机关不能就追诉活动的合法性举行任何形式的程序性裁判活动。公安机关对公民实施的任何专

门调查活动都无须取得法官的批准,而且除了在执行逮捕时需要取得检察机关的批准以外,可以完全独立地实施其他任何一种强制措施。而检察机关作为一种兼负有侦查和公诉职能的“法律监督机关”,在其自行侦查的案件中甚至还可以自行采取包括搜查、扣押等在内的专门调查措施,实施逮捕、拘留、取保候审、监视居住、拘传等强制措施,而不受其他任何外部司法机构的授权和审查。这种司法授权和审查机制的缺乏,导致审判前阶段缺乏中立司法机构的参与,使得司法权对警察权、检察权的控制机制难以存在。无论是遭受不当羁押的嫌疑人,还是受到不公正搜查、扣押的公民,都无权直接向中立司法机构提出诉讼请求,法院也几乎从来不会受理这种请求,并就此举行任何形式的司法裁判。中国的司法裁判仅仅是法院对被告人是否有罪进行的裁判活动,而不是针对审判前追诉活动的合法性进行的裁判活动。那些在西方作为体现法院最终裁判者地位的司法救济制度,如审前听证、人身保护令程序等,并不存在于中国的刑事诉讼之中。

其次,即使在法庭审判过程中,法院针对追诉行为合法性而进行的司法审查极为薄弱,难以对审判前的追诉活动进行有效的司法控制。在司法实践中,法院对于司法警察或者检察机关采用上述非法手段获得的证据,通常采取的对策是:谴责刑讯逼供或威胁、引诱、欺骗等非法取证行为,但对于通过这些行为获取的供述、证言等证据,则直接作为定案的根据。同时,对于检警机构采用非法搜查、扣押、查询、冻结等手段获取的实物证据,法院只要认为它们具有证明价值,通常会直接将其采用为定案的根据。这样,将查明事实真相作为自己最高目标的法院,不仅不能参与审判前的诉讼活动,而且在法庭审判过程中也不能对审判前的追诉活动实施有效的司法审查。即使在辩护方明确就某一控方证据提出异议的情况下,法院一般也不会就这一程序性问题举行专门的司法裁判活动。这种“重实体裁判,轻程序审查”的现象,使得司法裁判不可能居于刑事诉讼的中心地位。

毫无疑问,在中国刑事司法制度中,司法权的适用还主要体现在实体性裁判上面,警察、检察官所实施的涉及限制公民基本权益和自由的诉讼行为,几乎都无法纳入法院司法审查和司法裁判的范围,也因此不能受到司法权的制约和控制。如果说由于公安机关与检察机关之间存在着相互分离的关系,使得审判前的刑事追诉活动缺乏有效性和整体性的话,那么,法院对警察权、检察权司法审查和司法裁判机制的缺乏,则直接导致审判前阶段缺少中立的裁判者,受国家追诉者难以有效地行使诉权,也难以获得法院公平听审或听证的机会。在此情况下,嫌疑人无法在法律范围内“为权利而斗争”,其受到非法侵犯的权利无法获得及时的司法救济,警察权、检察权的滥用也得不到有效的遏制。

可以说,在刑事审判前构建一种针对警察、检察官诉讼行为合法性的司法裁判机制,应成为中国司法改革的重大战略课题。正如前面所分析的那样,这种司法裁判机制的建立,并不仅仅意味着公安机关、检察官与法院之间权力和利益的简单分配,也不等于在这种权力的重新配置上应当无原则地向法院倾斜。相反,这种就司法权的范围所作的适当扩大,其用意在于给予公民个人获得充分和有效的司法救济的机会,以便使司法机构在国家行政权(也就是警察权、检察权)与公民个人权利之间,充当平衡器的作用。这种司法审查制度的建立,将使中国在刑事诉讼、民事诉讼和行政诉讼之外,形成第四种司法裁判机制。当然,如果能在在此基础上继续扩大司法权的范围,最终使得那些涉及宪法问题的争端也能够被纳入司法权的控制之下,使公民个人与国家各种权力机构之间,能够就某一官方行为的合宪性进行一场平等的、理性的抗争,那么中国的宪政体制和法治秩序的建立也就为时不远了。

六、结 语

分析至此,有关司法权性质问题的讨论大体上可以告一段落了。不过,阅读过本文的读者通常可能会有这样一个疑问:这一研究对于司法改革究竟有哪些现实的意义?有人甚至会提出质疑:是不是说只要按照你论述的司法权特征重新设计司法制度,中国的司法改革也就可以顺利完成了?

事实上,笔者一开始就说过,本文提出的问题要远重要于具体的结论本身。就像人们常说的那样,本文只不过为一抛出之“石”,意在引来真正上等之“玉”。笔者不过是基于对中国司法实践种种问题的认识,也基于对有关理论研究的不甚满意,试图将有关司法改革的研究向前推进一步而已。如能引起人们对司法改革的基础理论的重视,则本文的目的就已经达到。为了说明这一点,笔者最后对本文中提出过的论点作一总结。

本文将司法权基本上定位于裁判权。只有作此定位,才能对一系列困扰中国司法制度的问题作出至少在理论上是完满的解释。同时,鉴于以往学者们对司法权本身的构成要素缺少有针对性的分析,也只有从裁判权这一角度入手,才能揭示出司法权的具体特征。

接下来就司法权的功能问题所作的讨论,开始将问题引向深入。既然司法权的存在能够为个人权利提供一个救济的机会,也提供了一个使其有效、平等对抗国家权力的场合,那么,司法改革的一个重要目标应当是扩大司法控制和司法审查的范围,使越来越多的国家权力都能被纳入司法审查的领域。在这一问题上,中国学者实在应当投入更多的热情和关心,立法决策者应当有更多的远见卓识,以防止司法改革沦为部门利益和权力之争,而将司法改革逐步引到如何扩大、维护个人的诉权——诉诸司法的权利——上面来。

有关司法权基本特征的考察是以行政权为参照物而进行的。在笔者看来,进行法院体制的改革,首先应在程序上贯彻被动性、公开性、透明性、多方参与性、亲历性、集中性、终结性等方面的要求,推动法院司法裁判方式的彻底革新。事实上,贯彻司法权的这些程序特征,本来属于“审判方式改革”中应当得到解决而没有解决甚至受到忽略的问题。可以说,中国在法院裁判方式上引进一些对抗制的因素是明智的,职权主义的确存在着一些无法解决的难题和明显的缺陷。但是,法院裁判方式的改革不应该、也不可能仅仅局限于法庭审判顺序和方式的变化。以往在这方面所作的探索似乎存在着一个根深蒂固的缺陷:未能找到中国司法裁判方式的真正缺陷和问题之所在。像证人、鉴定人出庭作证、裁判者当庭形成裁决结论、裁判者在控辩双方之间严守中立、判决书详细阐明理由、严格限制再审等之类的制度和实践,不仅存在于英美对抗制之中,而且实行于法、德等大陆法国家。这不应仅仅属于司法裁判模式的选择问题,而更应当是一系列最低限度的司法诉讼原则的贯彻问题。

法院体制的改革不可避免地要涉及到司法如何走向独立的问题。司法独立尽管是十分沉重的话题,但我们不能离开这一点来谈论司法制度的重建。事实上,不维护司法权的独立性,进行任何形式的司法改革都将毫无意义。或许,司法独立会触及到中国司法体制甚至政治体制的一些根本问题,实现这一原则会面临方方面面的困难和障碍。但是,司法改革的推进必须考虑到司法权的独立这一基本课题。

法院体制的改革还涉及到司法组织的完善问题。目前,急需解决的问题是实现法官的职业化,克服法官的行政化问题;贯彻合议制,克服法院内部普遍实行的“承办人”制问题;改革审

级制,将事实问题和法律问题的复审分离开来,从而建立三审终审制;确保最高法院在维护国家法律实施中发挥更重要的作用,等等。

笔者还通过分析警察权、检察权的属性,探讨了司法权的范围问题。这一讨论的意义不但是从理论上明确这些权力的性质,而在于如何对这些权力加以合理的限制,从而防止其滥用的问题。在笔者看来,警察权的行政权性质以及中国公安机关目前实际所具有的司法机构地位,决定了加强对警察权的控制,尤其是建立起针对警察权的司法审查机制,将是中国司法改革不可回避的制度选择。中国检察机关目前实际所具有的司法机构地位,以及这种地位与其作为侦查和检控机关的性质所发生的严重不协调性,决定了中国司法改革必须将削弱检察机关的司法权作为重要的战略课题。因此,今后司法制度的重建除了涉及法院自身的深刻改革以外,还要涉及到对警察体制、检察体制、检警关系以及警察权、检察权与司法权的关系等一系列的深刻变革。^[30]

Abstract: Judicial power is a kind of state power of adjudication; the objectives of judicial power are to provide relief to the people whose rights are deprived unlawfully, and to take the judicial examination of other state powers. Compared with administrative power, judicial power should be independent, passive, judicial adjudication should be oral, direct, public, concentrated, and final in procedural aspect, and it should have several characters in the organization aspect.

[30] 对于检警关系的改革,笔者的基本设想是走向检警一体化;对于警察权、检察权与司法权的关系,笔者的基本设想是,从目前的“流水作业”走向“以司法裁判为中心”。参见陈瑞华:《刑事诉讼的前沿问题》,中国人民大学出版社2000年版,第四、五、六章。