

专 论

# 论司法权配置的两个要素

冀祥德

**摘 要** 司法权的配置始终是国内外理论界和实务界共同关注的热点与焦点问题。司法权配置中,不但应当关注司法权力之间的分工、配合与制约,而且应当考量公民权利对于司法权力的制衡作用。本文以公正和效率的实现为价值追求,论证了司法权配置过程中需要考量的制约与配合两大因素,指出了中国司法权配置中需要解决的几个基本问题。

**关键词** 司法权配置 配合 制约

随着司法理念的不断更新和司法实践的变化发展,刑事诉讼的价值追求也在发生着显著的变化。一般认为,现代意义上的刑事诉讼追求表现为保障人权与控制犯罪的二元价值。笔者认为,从对被害人权利的重视与对被追诉人权利的漠视,到对被追诉人人权的保障,再到对被追诉人与被害人权利的共同保护,代表着国家对人权的不同认识,体现出人权保障的不断进步;从打击犯罪,到惩罚犯罪,再到控制犯罪,代表着国家对犯罪的不同态度,体现出打击犯罪立场与方法的变革,而司法权配置是实现这一目标的关键性因素。

## 一、诉讼文明发展与司法权配置

司法作为一种行为的存在不是天然的,它是建立在国家职能权力分化基础之上的。在我国,司法(Justice)的概念是一个舶来品,系清朝末年从西方引进而来。我国有学者认为,“司法”之“司”乃动词,有“掌管”、“操纵”之意,如司机、司仪、司令等,即指操纵机动车者、掌管仪式者、发布命令者,司法即掌管或者操纵法律,对法律和事实进行裁判。<sup>①</sup> 研究认为,资产阶级启蒙思想家孟德斯鸠第一次论述了司法的概念,认为在国家的立法权力和关于国际事项的行政权力以及有关民政法规事项的行政权力中,将第二种简称为行政权力,而将后者称为司法权力。孟德斯鸠提出,司法权就是惩罚犯罪和裁决私人讼争的权力,司法权应当与立法权和行政权分离,否则,“自由就不存在了”,“法官将拥有压迫者的力量。”<sup>②</sup> 可见,就刑事司法而言,国家追诉犯罪的行为具有权威性,不能随意而为之,因此国家将追诉犯罪的职能设定为国家的一项权力,最初附属于国家行政权之下,随着西方的分权思想而逐渐成为国家的一项独立的权力。因此,司法权的产生是建立在人类诉讼产生与发展的基础之上的。基于此,探讨司法权配置的问题,就必须考察人类诉讼的产生与历史。笔者认为,在人类刑事诉讼发展的历史上,至少经历了三次重大革命:第一次革命是司法权和行政权的分离——司法权摆脱行政权的束缚,独立主导于纠纷裁判场域;第二次革命是裁判权与控诉权的分离——裁判权趋于中立,控诉权受到制约;第三次革命是辩护权与控诉权的平衡——控辩双方平等武装、平等对抗。可以说,世界刑事诉讼三次革命的过程,实质上是司法权配置不断变化的过程。

<sup>①</sup> 孙笑侠:“司法权的性质是判断权”,载《法学》1998年第8期。

<sup>②</sup> [法]孟德斯鸠著:《论法的精神》(上册),商务印书馆1982年版,第154—156页。

## 二、司法权配置的考量要素

司法权的配置体现了制约与配合两方面的要素。这就需要,一方面,要考量司法权配置中的制约要素,以达到对司法权的制衡,实现司法的公正;另一方面,要设置司法权配置中的配合要素,使司法权得以顺畅运行,提高司法的效率。

### (一)司法权制约要素

权力之所以需要制衡,主要基于两方面的原因:一方面取决于权力的性质;另一方面取决于权力与权利的关系。

首先,从权力的性质来看,权力需要制衡。阿克顿认为,“权力使人腐败,绝对的权力导致绝对的腐败。”<sup>①</sup>孟德斯鸠也有言,“一切有权力的人都容易滥用权力,这是万古不易的一条经验。有权力的人们使用权力一直到遇有界限的地方才休止。”<sup>②</sup>可见,任何权力在其行使者的手中都如同一把“双刃剑”,掌权者常常希望手中的权力能够得到无限的延伸,所以从这个意义上来说,权力如果没有制约,掌权者人性中恶的一面——贪婪、任性、懒惰等便会发生作用。美国麦迪逊宣称:“立法、行政和司法权置于一人手中,不论是一个人、少数或许多人,不论是世袭的、自己任命的或选举的,均可公正地断定是虐政。”<sup>③</sup>

其次,从权力与权利的关系来看,权力需要制衡。如前所述,司法活动是一种国家行为,进一步说,是国家权力分化之后才产生了司法权。关于国家权力的来源,无论是中国夏商周时代的“天赐王权”,还是西方早期的“君权神授”,都代表了一种国家至上、王权至上的观点,意味着人民只能承担国家的义务,是统治者治理、奴役的对象,毫无权利可言。英国经验主义哲学开创者洛克推翻了这种观点,认为人类享有天赋自由和平等;为了确保正常的社会秩序,人们定下契约结合成为一个政治团体——国家,脱离所谓的自然状态,保护自己的生命、自由和财产;同时放弃自我保护和复仇的权利,将这种权利交给国家,然后设置专门的裁判者,裁决争端,修复被破坏的社会秩序。在洛克的社会契约理论下,产生国家权力的初衷是保护公民的各种权利,国家权力由公民交出的一部分权利形成,权利是权力的源泉,对国家权力予以制衡的目的是更好的保护公民权利。

由此,对于司法权的制衡,也必须从两个方面考虑进行:一是以公权力制约司法权;二是以私权利制约司法权。

#### 1. 以权力制约权力

孟德斯鸠说:“从事物的性质来说,要防止滥用权力,就必须以权力约束权力。”<sup>④</sup>可见,以权力制约权力是防止司法权滥用的基本进路。

司法权配置所要追求的首要价值目标是公正。权力运行要达到公正的效果,就首先要求立法者按照自然正义原则的基本要求去配置权力。自然正义是英美法系的核心概念,这一原则包括两方面内容,一是任何人均不得担任自己案件的法官,二是在做出不利决定时法官应听取双方的陈述。<sup>⑤</sup>但归根结底只有一条,即在权力运行过程中权力的持有者必须与案件的利益无涉,一旦案件之中牵涉了权力持有者的利益,那么公平地听取双方的意见就成为不可能。因此,立法者在进行司法权力配置时,必须要考虑法官解决纠纷所要遵循的这一最低限度的程序公正标准,即当立法者将某一项权力赋予特定国家机关的时候,一定要考虑这种权力在具体的运行过程中能否做到与其所处理事项的无涉。一旦某项权力的配置导致权力的持

<sup>①</sup> 英国著名的历史学家及理论政治家阿克顿的著作《自由与权力》。原文是“Power tends to corrupt; absolute power corrupts absolutely.”也有人译为“绝对的权力绝对使人腐败。”我比较赞同这一译法。但考虑到学界长期以来的习惯,本文中仍然沿用了“绝对的权力导致绝对的腐败”这一译法。

<sup>②</sup> [法]孟德斯鸠著:《论法的精神》(上册),商务印书馆1982年版,第14页。

<sup>③</sup> [美]汉密尔顿等著:《联邦党人文集》,人民出版社1995年版,第246页。

<sup>④</sup> 同注②。

<sup>⑤</sup> 自然正义原则的这两项要求起初被用来作为法官解决纠纷时所要遵循的最低限度程序公正标准。20世纪后,逐渐被视作行政程序正当性的基本根据。这一原则在司法体制改革中对于指导立法者进行权力配置具有重要意义,既是权力配置的目标,也是权力配置所要遵循的基本原则。

有者可以借制度之名堂而皇之地谋取私利的话,公正就成为一个神话。然而,对自然正义原则的严格遵守仅仅为一种权力的公正运行提供了可能,要使得这种可能确定地成为一种现实,立法者还必须考虑权力制衡原则。

与其他权力形成有效的制衡关系是确保一种权力公正运行的进一步要求。即便科学的配置方案确保了某种权力具有中立的立场,我们也无法保证中立的权力不会被滥用。如上所述,作为强力的权力天然地具有扩张、侵略的本能。因此,权力的配置一方面要考虑到任何人均不得担任自己案件的法官,另一方面也必须考虑到权力相互之间的制约与平衡。惟其如此,权力的侵略本能才可能得以遏制,公正才可能有了确定的保障。

以此来反观中国司法权力配置的现行立法就会发现,尽管相关立法在一定程度上体现了权力制衡的理念,但是,仍然存在诸多重大的缺憾和不足。以公民人身自由这一宪法性权利为例,我国宪法第 37 条规定:“任何公民,非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定,并由公安机关执行,不受逮捕。”现行刑事诉讼法第 78 条规定:“逮捕犯罪嫌疑人、被告人,必须经过人民检察院批准或者人民法院决定,由公安机关执行。”第 93 条规定:“犯罪嫌疑人、被告人被逮捕后,人民检察院仍应当对羁押的必要性进行审查。对不需要继续羁押的,应当建议予以释放或者变更强制措施。有关机关应当在十日以内将处理情况通知人民检察院。”上述规定体现了权力制衡的理念,通过赋予人民检察院批准逮捕的权力,在一定程度上防止了公安机关侦查权力的滥用。但是,我们还应当看到这些规定仍然不足以有效保障公民的人身自由。刑事拘留、监视居住的强制措施以及行政拘留、劳动教养行政处罚都是由公安机关自行决定实施,都缺乏必要的外部权力的制约。具体而言,现行刑事诉讼法第 65 条规定,对于四种情形下的犯罪嫌疑人和被告人,人民法院、人民检察院和公安机关可以自行决定取保候审。第 80 条规定,对于七种情形下的现行犯或者重大嫌疑分子,公安机关可以自行决定先行拘留。对于公民其他权利的保护也存在类似问题,比如刑事诉讼法第 148 条第 1 款规定:“公安机关在立案后,对于危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪、重大毒品犯罪或者其他严重危害社会的犯罪案件,根据侦查犯罪的需要,经过严格的批准手续,可以采取技术侦查措施。人民检察院在立案后,对于重大的贪污、贿赂犯罪案件以及利用职权实施的严重侵犯公民人身权利的重大犯罪案件,根据侦查犯罪的需要,经过严格的批准手续,可以采取技术侦查措施,按照规定交有关机关执行。”仍然将涉及公民隐私等重大宪法性权利的技术侦查措施的审批权赋予了侦查机关自身。关于劳动教养和行政拘留非司法化的诟病更是已久,此不赘述。这说明,我国的相关立法在充分贯彻权力制衡的现代法治精神上还不够。也正是因为立法当中还存在这些问题,近年来许多学者呼吁构建符合中国国情的司法审查制度,以期通过法院的司法审查来有效防止侦控机关权力的滥用。笔者认为,在审前程序中构建司法审查制度十分必要,这种以 power 制约 power 的方式应当成为防止司法权滥用的一种基本进路。但是,与此同时,我们必须认识到,以 power 制约 power 只是司法权配置中应当考虑的一个因素,而且,毕竟司法权作为公权力具有同向性、同质性的特征,彼此之间的制衡不能让人放心。因此,在司法权配置的过程中,我们还必须设置另外一条防止司法权滥用的进路,即以 right 制约 power。

## 2. 以权利制约权力

从洛克的观点我们可以推导出,权力是由权利转化而来,权力与权利的关系处于一种此消彼长、此长彼消的状态:权力膨胀,则权利缩小;权力规制,则权利扩张。由此,在权力——权利这一分析框架下,我们可以发现,以权利制约权力,是防止司法权力滥用的另一种有效的进路。

对这一进路的重视,主要体现在对正当程序的强调。美国学者威廉姆斯·道格拉斯指出,权利法案的大多数条款都是程序性条款,这一事实意义非凡,正是程序决定了法治和恣意的人治之间的基本区别。正当程序赋予了犯罪嫌疑人、被告人以必要的权利,借助这些程序性权利,犯罪嫌疑人、被告人在诉讼程序中努力践行着刑事诉讼法人权保障的基本精神。

我认为,要在立法和司法实践中强化正当程序的价值,就必须以无罪推定原则为基准,构建以被追诉人权利制约国家司法权力的有效机制。自意大利法学家贝卡利亚于 1764 年在其名著《论犯罪与刑罚》中提出了刑事法的两大基石原则——罪刑法定原则和无罪推定原则之后,无罪推定原则于 1789 年首次被法国《人

权宣言》第9条以法律的形式被表达;1947年首次在《意大利宪法》第27条以宪法的形式确立下来;1949年首次在联合国文件中得以确立;1976年《公民权利与政治权利国际公约》第14条第2项弘扬了这一原则。<sup>①</sup>无罪推定原则的内涵至少包括如下几个方面:首先,无罪推定原则的前提是“罪从判定”原则,即非法官依法定程序作出的判决、裁定不得认定为有罪的原则;第二,无罪推定奉行“谁主张、谁举证”原则,即国家的控诉机关负有提出证据并证明被追诉人有罪的责任,这在控辩双方的力量对比上为实现“平等武装”奠定了基础;第三,被追诉人在没有被作出有罪判决之前,应当被认为是无罪的人;那么既然如此,其在刑事诉讼程序中,不能因被追诉人被逮捕、被起诉、被审判而认为其有罪,其享有作为一个无罪的人应有的权利保障,比如不被羁押的权利等等。要对无罪推定原则进行正确的理解,我们必须注意到无罪推定是刑事诉讼程序的起点,而非终点;它是一种假定,是可以被推翻的,而能够推翻这种假定唯有合法的证据,因此无罪推定强调证据裁判主义,而不是罪行擅断;而其追求的是刑事案件的实质真实,而不是形式真实。<sup>②</sup>从这个意义上说,无罪推定原则是一项程序法原则,而不是实体法原则。无罪推定原则的确立奠定了控辩平等的基础,使控辩平等原则有了用武之地,为控辩平等原则在刑事诉讼中驻足奠定了有效的制度基础,同时也有效防止了侦控机关对案件可能产生的片面主观认识,有助于防止国家司法权力对个人权利的侵犯,赋予了被追诉人以对抗控诉权的资格。也正是在这个意义上,无罪推定原则被认为是“刑事诉讼程序正义的基石”。

我认为,在无罪推定原则的指导下,要实现正当法律程序,切实保障被追诉人“推定无罪”这样一种法律地位,最终实现司法职权配置的价值目标,立法者必须赋予被追诉人以必要的对抗和救济手段——即诉讼权利,只有这样,才有可能很好地防止司法权的滥用,最终确保刑事诉讼人权保障目标的实现。这就首先需要在立法上继续扩大犯罪嫌疑人、被告人的辩护权利。“刑事诉讼的历史就是扩大辩护权的历史”,只有在人权保障理念的引导下不断扩大辩护权的外延,才能更好地为防止司法权滥用提供必要的前提。这就要求我们不但重视积极的辩护权利的扩张,而且还要注意消极辩护权利——如沉默权的构建。其次,也要在扩大辩护权利外延的同时,强化辩护权利的救济机制。毕竟,没有救济就没有权利,一旦救济机制缺位,那么,权利的享有者在权利被侵犯的情况下就会面临无从申诉的困境。

综上所述,我们在考量司法权科学配置的过程当中,不仅要考虑权力之间如何配置的问题,还要特别重视对于被追诉人的权利,尤其是对于辩护权利的保障问题,以促进司法公正,增强人权保障。

## (二)司法权配合要素

除公正价值外,司法权的配置还应当追求效率价值。这就要求在司法权的配置过程中要适度关注权力内部之间的配合问题。我国宪法第135条规定:“人民法院、人民检察院和公安机关办理刑事案件,应当分工负责,互相配合,互相制约,以保证准确有效地执行法律。”现行刑事诉讼法第7条几乎原封不动地规定:“人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼,应当分工负责,互相配合,互相制约,以保证准确有效地执行法律。”这些立法条文以基本原则的方式规定了公、检、法三机关分工负责、相互配合的职权配置;相互配合是建立在分工负责基础上的配合,规定公检法三机关相互配合的原则的初衷,是基于三机关同为追诉犯罪的国家权力机关,并在刑事诉讼任务中具有同向性;体现在制度设计上,公检法三机关的相互配合主要涵盖了“公、检配合”与“检、法配合”两个方面,即公安机关的立案、侦查为检察院的批准逮捕、审查起诉做好准备,检察院的审查起诉为法院的审理裁判做好准备。<sup>③</sup>也有学者认为,在公、检、法三机关之间,分工负责是前提,互相制约是保障,互相配合是目的。从司法实践的现状来看,应该说,我国公安司法机关对于“互相配合”原则规定的落实十分积极,以至于当前公安司法机关之间的配合已经达到了一个相当默契的程度。我们不得不承认,公、检、法三机关适当地配合对于提高司法效率、节约司法资源具有显著的成效。

然而,当我们用更加审慎的眼光来看待我国司法权的相互配合问题时就会发现,目前我国整个的司法运作存在严重的“配合有余、制约不足”的问题。应当看到,1979年刑事诉讼法立法时规定“分工负责,互相

<sup>①</sup> 冀祥德著:《控辩平等论》,法律出版社2008年版,第121—122页。

<sup>②</sup> 陈卫东主编:《刑事诉讼法》,中国人民大学出版社2004年版,第92页。

<sup>③</sup> 谢佑平、万毅:“分工负责互相配合互相制约另论”,载《法学论坛》2002年第4期。

配合,互相制约”这一原则有其特定的历史背景。当时公、检、法三机关刚刚分立开来,为了矫正“下去一把抓、回来再分家”的司法状况而作此规定,显然有着十分重要的进步意义。然而经过了二十多年的发展,历史已经发生了重大转变,有关“互相配合”的规定早已完成了其历史使命,不宜再作为刑事诉讼的基本原则加以强调。否则,如果脱离我国目前的现实继续强调“互相配合”,只能将刑事诉讼活动更多地引向“法外的配合”。司法实践中,政法委的协调办案、三机关的联合办案等现象屡见不鲜,尤其是在处理一些重大、复杂、疑难案件时更是如此。余祥林案、赵作海等冤假错案就是司法权力彼此分工不明、配合过度、制约缺失导致的恶果。另一方面,强调公、检、法三机关之间的“互相配合”,会使得建立在分权原则之上的裁判中立、控辩平等的三方诉讼格局被打破,辩护权被压制,导致控辩双方在力量上的严重失衡,这就严重违反了司法公正和人权保障的现代刑事诉讼基本理念。

当然,强调公、检、法三机关之间的“分工负责,互相制约”,淡化甚至取消公、检、法三机关之间的“互相配合”,并不意味着一味强调三者之间的互相掣肘,从而排斥三者之间任何形式的配合。应当说,出于诉讼效率的考虑,必要的配合是必不可少的。我认为,科学的配合应当严格限定在法律规定的范围内,由法律在尊重诉讼规律的前提下进行引导甚至激励。从根本上说,在科学立法的基础上严格依法办事就是公、检、法三机关有效配合的最佳体现和途径。任何违背诉讼规律,超越法律规定进行的法外配合都是对诉讼程序的破坏,都应当被严格禁止。

### 三、结 语

司法权配置中,制约与配合是两个核心要素。法治语境下的司法权配置应以公正、高效等多元价值为统帅,通过“权力制约权力”以及“权利制约权力”两种进路,强化对司法权的监督,实现对司法权滥用的防范,追求司法公正。与此同时,还要考虑司法权之间进行必要的配合,以提高诉讼效率。

我认为,除制约与配合这两大方面的因素之外,在司法权配置问题的研究中,还应当考虑司法权的优化问题。在我看来,司法权的优化,就是要在现有的司法权的职能配合与职权制约的基础上,通过对司法权要素及司法权运行环境以及司法权要素和司法权运行环境关系的改变,实现司法权最大的目标追求。对此,我将在另外的文章中论及。

〔作者单位:中国社会科学院法学研究所〕

(责任编辑:单民)