

# 導論



## 司法波蕩現象研究的範疇

### 一、法域

法域 (scope of law)，又名法境，指法律規定適用的範圍、解釋的範圍，以及施行的區域，即法律效力所及之地理上的境域，也可以說是法律效力所及的空間範圍；因此，法域有「與領土之範圍相同」的情況，也有「於一國中有數個法域並立」的情況<sup>[1]</sup>。內部具有數個法域的國家被稱為「複合法域國家」或「多法域國家」<sup>[2]</sup>。中國是一個多法域國家，包含四個法域，即：中國大陸法域、中國香港法域、中國澳門法域、中國台灣法域；中國大陸法域是「主法域」，港、澳、台三個法域為「輔法域」<sup>[3]</sup>。法學界一般認為中國四個法域中的法律制度分屬不同的法系：中國大陸法域的法律制度屬於中國特色社會主義法律制度體系；中國香港法域的法律制度屬於英美法系；中國澳門法域和中

---

1 鄭競毅編著：《法律大辭書》，商務印書館，1936年出版，2012年9月重新排印第1版，第674頁，「法域」條。

2 曾慶敏主編：《法學大辭典》，上海辭書出版社，1998年12月第1版，第138頁，「區際法律衝突」條。

3 中國社會科學院法學研究所法律辭典編委會編：《法律辭典》，法律出版社，2003年1月第1版，第332頁，「法域」條。

國台灣法域的法律制度屬於大陸法系<sup>[4]</sup>。一切司法權和司法活動都存在於一定的法域之中。也就是說，不同的法域中，有着其內容各自不同的司法權並開展着形式各不相同的司法活動。

本書主要研究中國大陸法域，即中國主法域內的法律現象和法律問題，對港、澳、台三個輔法域的法律現象和問題，只在很少的時候作一些參照。因此，書中論述所及的情況，除特別指明外，都是指中國大陸法域範圍內的情況；所引用的冠以「全國」或「中國」的統計數據，實際只是中國大陸法域內的統計數據。

## 二、司法

### (一) 司法詞義

「司法」在中國漢語中，本是由「司」和「法」二詞語組成的片語（phrase）。「司」是動詞，為「掌管、主持」之義<sup>[5]</sup>，「法」是名詞，是「司」的賓語，即動作對象。「司法」作為一個動賓結構的片語，字面含義表示的是主管法律的活動過程。但在中國古代，「司法」被作為一個名詞，所指的是主管法律工作的官職<sup>[6]</sup>。中國近代以來所用的「司

---

4 香港從1840年鴉片戰爭後淪為英國的殖民地，回歸前的150多年間一直適用英國的法律即普通法、衡平法、條例、附屬立法和習慣法。1997年香港回歸祖國後，雖然全國人民代表大會制定了《香港特別行政區基本法》，香港特別行政區立法機關也根據需要制定了一些法律，只是原有的大部分法律仍繼續保留並發揮重要作用，所以香港特別行政區的法系仍屬英美法系。澳門從1553年起淪為葡萄牙的殖民地，回歸前的400多年間一直適用葡萄牙的法律法令、行政法規及規範性檔。1999年澳門回歸祖國後，基本保持原有法律制度不變。葡萄牙是屬於大陸法系的國家，因此澳門特別行政區的法系屬於大陸法系。台灣與祖國大陸尚未統一，台灣目前仍適用1947年國民黨在南京召開國民大會制定的《六法全書》，而《六法全書》是國民黨向德法兩國學習後制定的，所以無論從歷史淵源和表現形式看，台灣的法系屬於大陸法系。參見蔣必果：〈淺析「一國兩制」與三法系四法域法律框架的構成〉；載《法制博覽》（Legality Vision）2015第10期。

5 李格非主編：《漢語大字典》（簡編本），湖北辭書出版社、四川辭書出版社，1996年9月出版，第271頁。

6 《辭源》（修訂本全四冊），商務印書館，1979年7月至1983年12月第1版，第一冊，第464頁。

法」一詞，是從日語中引進回來的名詞<sup>[7]</sup>，不再指官職，而是指：「檢察機關或法院依照法律對民事、刑事案件進行偵查、審判」的活動<sup>[8]</sup>。

在中國法學界，對司法的解釋則較為複雜。如：「司法是指司法機關依照法定職權和程序，運用法律處理案件的專門活動」<sup>[9]</sup>；司法「是對法律的適用，是特定機構運用法律處理訴訟案件的一種專門活動」<sup>[10]</sup>；「從狹義上看，司法是指法院裁判案件的活動；從廣義上看，司法是指為實現狹義司法目的所為的一切與司法性質相符的活動，諸如司法行政事務、檢察院偵查起訴、公證等等活動都屬於廣義司法的範疇，廣義的司法又可以稱為形式意義上的司法」<sup>[11]</sup>。法理學教授沈宗靈在其主編的教材中說：「法的適用，通常是指國家機關根據法定職權和法定程序，具體應用法律處理案件的專門活動。由於這種活動以國家名義來行使司法權，故一般簡稱『司法』」<sup>[12]</sup>。

上述這些解釋雖各有千秋，但其中有一點是統一的：都認為司法是用來指代司法活動。

但是，現實中也有很多時候司法並不指代司法活動。如：「司法改革」，其中「司法」是指司法制度、司法體制、司法機制、司法理念、司法工作方式等；「司法界」，其中「司法」是指司法實務人員和司法理論研究人員；「司法獨立」，其中的「司法」是指司法權；「司法史」，則是指有關司法活動的各方面社會現象的歷史；「司法當局」中的「司法」是指國家司法機關。也有將「司法」直接解釋成「國家權力之一」

7 在黃遵憲《日本國志》中，判明「司法」一詞來自於日語。參見崔峯、丁文博著：《日語外來詞探源》，中國出版集團，2012年12月第1版，第10頁。

8 李葆嘉、唐志超主編：《實用現代漢語規範詞典》，吉林大學出版社，2001年5月出版，第1068頁。

9 卓澤淵：《法理學》，法律出版社，2004年3月第2版，第339頁。

10 鍾玉瑜：《中國特色司法制度》，中國政法大學出版社，2000年1月第1版，第2頁。

11 任永安：〈論司法行政化及其解決之道〉，載《暨南學報》，2009年第5期。

12 沈宗靈主編：《法理學》，北京大學出版社，2014年10月第4版，第8頁。

而僅指司法權<sup>[13]</sup>。在上述這些情況下，「司法」其實並不是一個名詞，而是作為形容詞來使用，即「司法的」，對應的是英語「judicial」「judiciary」、日語「司法の（Sihouno）」。

本書所用的「司法」一詞，在沒有加以限定時，多數情況下是指司法活動。

## （二）司法活動

對於司法活動（judicial activities），由於世界各國法律制度不同，直到目前對其外延和內涵仍有不同的表述。大體分為四類：

第一類，將司法活動等同於法院進行的審判活動（court proceedings）。有的表述為：司法活動是「法院或者法庭將法律規則適用於具體案件或爭議」<sup>[14]</sup>；有的表述為：司法活動是「法院依已定法令加以解釋，並以之對特定事實而施行審判」<sup>[15]</sup>。直至今日，持這一觀點的人仍然很多。現在所謂「狹義的司法活動」、「傳統意義上的司法活動」就是指法院的審判活動，其最大特徵是：「法院遵循一定的程序，以既定的法律規則為前提，運用其特有的解紛原理，以維護社會秩序和安全、保障公民的各項權利為基本職能」<sup>[16]</sup>。這一觀點所稱的司法活動，只是指法院純粹的審判活動，甚至不包括法院工作中除審判之外的其他各種活動，如：認為法院內部對人、財、物的行政管理活動，立案送達、庭前調解、強制執行、安全保衛、理論研究、司法解

13 中國社會科學院法學研究所法律辭典編委會編：《法律辭典》，法律出版社，2003年1月第1版，第1330頁。

14 【英】大衛·米勒、韋農·波格丹諾：《布萊克維爾政治學百科全書》，鄧正來等譯，中國政法大學出版社，1992年出版，第6頁。

15 鄭競毅編著：《法律大辭書》，商務印書館，1936年出版，2012年9月重新排印第1版，第246頁。

16 楊一平：《司法正義論》，法律出版社，1999年4月第1版，第8頁。

釋等司法輔助工作，都不屬於司法活動<sup>[17]</sup>。因為，「審判」只是法院組織開展的訴訟活動中的審理和判決的稱謂<sup>[18]</sup>。

第二類，將司法活動等同於各種司法機關所開展的訴訟各階段活動 (litigation activities)。這種觀點認為訴訟活動就是司法活動，而所謂訴訟活動就是「司法機關在當事人和其他訴訟參與人的參加下，依據法定程序，為處理案件而進行的活動」<sup>[19]</sup>。司法機關，是「掌握國家司法權的機關」<sup>[20]</sup>。在中國，並無法律明文規定「司法機關」的範圍，實踐中一些人認為司法機關就是法院和檢察院，而更通行的觀點，是認為只要與訴訟有關涉的國家機關都是「司法機關」，包括公安機關、國家安全機關、檢察院、法院、司法行政機關<sup>[21]</sup>，由這些機關按規定程序開展的偵察、批捕、公訴、審判、執行等刑事訴訟活動及由當事人起訴而引起的民事訴訟與行政訴訟活動，都被認為是司法活動。不過這種通行的觀點也存在內在矛盾。因為，訴訟是由國家專門機關組織開展並作出裁斷，由訴訟提起人和相關人參與，並由當事人自己落實裁斷結果或申請強制執行，從而解決和處理社會矛盾糾紛的活動。參與訴訟的主體有國家的司法機關，但也有廣泛的社會成員，如原告、被告、證人、鑒定人等，可以說訴訟是社會成員人人皆有可能參與的社會活動。這些主體中僅有司法機關行使的是國家司法公權力，其活動和行為是「司執法律」的活動和行為；而各種訴訟參與人行使的則是法律賦予的訴訟權利，其行使訴訟權利所實施的行為，都是

---

17 「司法權與司法行政權不可相混，司法權為獨立的，即審判時不受任何人之干涉是也。司法行政權則非獨立的，上級官吏可以訓令下級官吏，加以發揮，而下級官吏有服從之義務」。見鄭競毅編著：《法律大辭書》，商務印書館，1936年出版，2012年9月重新排印第1版，第250頁。

18 曾慶敏主編：《法學大辭典》，上海辭書出版社，1998年12月第1版，《法學大辭典》第1145頁。

19 曹建明、何勤華分科主編：《大辭海·法學卷》（修訂版），上海辭書出版社，2015年12月第1版，第395頁。

20 李偉民主編：《法學辭源》（全五冊），黑龍江人民出版社，2002年8月第1版，第二冊，第943頁。

21 中國社會科學院法學研究所法律辭典編委會編：《法律辭典》，法律出版社，2003年1月第1版，第1332-1333頁。

維護自己實體權利的行為，都是自主行為，如民事案件的原告起訴、被告答辯、雙方舉證、雙方履行等，並不具有司法機關司執法律的司法活動的性質。因此，訴訟活動是一種包含司法活動與非司法活動的活動，既可以看成當事人參與司法機關活動，也可以看成司法機關參與和控制當事人之間的社會活動。訴訟實際是司法機關職權與當事人的各種權利共同運行、以解決當事人之間矛盾糾紛的過程。在有些情況下，訴訟甚至是當事人及其代理人與司法機關進行博弈和對抗的過程，如虛假訴訟、惡意訴訟、訴訟後的纏訪鬧訪等。因此，把訴訟活動「全等」於司執法律的司法活動並不準確。

第三類，將司法活動視為更廣泛的國家機關處理社會矛盾糾紛案件的活動。在中國有一種觀點，是將司法活動理解為不僅包括偵查機關、檢察機關、審判機關、司法行政機關的活動，還包括仲裁機構、調解機構、公證機構、社區矯治機構等各種機構和組織為主體辦理的工作。包括監獄獄政工作、人民調解工作、仲裁工作、公證工作、對非監禁服刑犯罪人的監管校治工作都被視為司法工作和司法活動。不過，這種觀點也有內在矛盾。因為，這些國家機關、事業單位和社會團體的活動，有很多屬於行政活動和類行政活動，如果都作為司法活動對待，就使司法活動的概念出現泛化，而包括大量行政活動了。這就模糊了司法活動與行政活動之間的界限與區別，結果會導致司法活動與行政活動範圍上的混同。

第四類，將司法活動理解為更廣泛的居中解決社會矛盾糾紛的活動。這種觀點強調司法活動的社會性。如有的學者明確地提出：「在現代意義上，司法是指包括基本功能與法院相同的仲裁、調解、行政裁決、司法審查、國際審判等解紛機制在內，以法院為核心並以當事人的合意為基礎和國家強制力為最後保障的、以解決糾紛為基本功能的一種法律活動」<sup>[22]</sup>。熊先覺教授則將司法活動分為國家司法、國際司法、社會司法三部分，其中「社會司法就是既非國家司法又非國際司法

22 楊一平：《司法正義論》，法律出版社，1999年4月第1版，第26頁。

的解決糾紛機制。換言之，社會司法就是自治司法、民間司法、市民司法、民眾司法，它不以國家強制力為後盾，而是靠當事人的自治行為、合意行為，自己管理自己、自己教育自己、自己解決糾紛的特殊形式」<sup>[23]</sup>。

歸納上述對司法活動的種種描述，可見，中外法學界多數認可司法活動是指國家司法機關依照法定職權和程序把法律運用於對民事、刑事、行政案件的處理，以及對這種處理過程進行法律解釋、法律監督的涉法律活動。其本質上是說，司法活動就是國家設立的司法機關以辦理案件的方式來解決各種社會矛盾糾紛、調整社會關係的活動，是人類社會解決社會矛盾糾紛的方式的一種，是社會發展到一定歷史階段——即產生了法律以後的一種方式<sup>[24]</sup>。

但是，這種內涵的司法活動，與「法的適用」的內涵已完全一樣了。所謂法的適用是「指國家機關及其公職人員依照其職權範圍把法律規範應用於具體事項的活動，特指擁有司法權的機關及司法人員依照法定方式把法律規範應用於具體案件的活動」<sup>[25]</sup>。既然已有法的適用來表達這些法律現象了，何須用司法再來表達同一的法律現象呢？況

---

23 熊先覺：《司法學》，法律出版社，2008年6月第1版，第437頁。熊教授的這種觀點，也是對司法活動原始本質的回歸。因為在國家產生之前的原始氏族部落中，就已經廣泛地存在著由酋長、長老、巫師等公共主體依據共同規則來解決部落內部矛盾、衝突、糾紛的活動，這在對現存的一些原始部落的考察中也得到了證實。這種原始的解決糾紛活動具有與現代的司法活動相同的本質，都是一種公共社會主體依據共同社會規則來解決社會矛盾糾紛的活動。在現實社會則表現為團體內部的解決糾紛方式、社區鄉村依據村規民約解決村民居民糾紛的方式、家族內部的矛盾解決方式，只要具有協力廠商主持和進行判斷的特徵，就都能算是這種觀點下的司法活動。當然，這種「司法活動」中的「法」，可以說包括了各種社會公共規則。

24 馬克思主義認為法是人類社會產生私有制、階級、國家之後才產生的，司法活動與法的產生同時具有。非馬克思主義者，不認同「階級社會」理論，將原始社會的宗教裁判活動也視為司法活動。參見恩格斯：《家庭、私有制和國家的起源》，載《馬克思恩格斯選集》（1-4卷），人民出版社，1972年5月第1版，第4卷，第92-93頁。

25 曹建明、何勤華分科主編：《大辭海·海學卷》（修訂版），上海辭書出版社2015年12月第1版，第8頁。



且司法一詞在日語中和從日語引進之初就是指法院之內的活動<sup>[26]</sup>，現代漢語詞彙已足夠豐富，也不是不夠用，何必非拿着司法這一詞彙到處用呢？幸而司法實務中不少人認同的司法活動，還是指以法院「司執法律」的活動，而將其他所謂司法機關和司法組織的諸如偵查、起訴、檢察監督、人民調解、行政裁決、仲裁裁決等活動，都只視為圍繞法院裁斷活動所開展的配套銜接的輔助性、配合性的活動，並不作為司法活動來對待。

本書所研究的司法活動就是指中國法院受理案件、審理案件、裁斷案件、調解案件、直接進行強制執行或交付其他機關強制執行、涉訴信訪處理、審判管理、法律研究和解釋等活動，即法院「司執法律」的活動，並着重研究其中裁斷活動。這一司法活動的外延比上述第一類概括的要寬，而比其他各類概括都要窄。當然，研究中也會涉及其他所謂司法機關的「司執法律」的活動以及法院內部的行政管理活動，但都將被視為對法院司法活動的輔助性、配合性的活動。

### （三）司法行為

這是一個從屬於司法活動的概念，即司法行為（judicial act）。所謂司法行為，就是指作為司法活動主體的司法機關及其工作人員依據法定的職權所實施的司執法律的具體行為。司法行為是組成司法活動的元素和單元，或者說司法活動就是由一系列具體的司法行為所組成的集合體。如：一個案件的司法裁斷活動，就包含閱卷、開庭、合議庭合議、文書擬稿、文書簽發、宣判、文書送達等司法行為，由這一系列司法行為所組成。顯然，司法行為不包括案件當事人或其他訴訟參與人在參與訴訟等過程中的行為。

司法行為自身作為「行為」，也有不同的分類。以行為的目的為標準，可以分為意思表示行為和客觀動作行為；以行為的動機為標準，

---

26 「法院依已定之法令加以解釋，並以之對特定事實而施行審判，是曰司法」。見鄭競毅：《法學大辭書》，商務印書館1936年出版，2012年9月重新排版第1版，第246頁。



可以分為意志行為和潛意識行為；以行為的結果是否具有法律效果為標準，可以分為有法律效果行為和無法律效果行為。有的學者將司法行為切分為「司法語言」和「司法行動」，認為語言本身也是人的一種行為方式，認為「如果沒有司法行動，僅僅只有司法語言，或反之，司法行為便不能實現，至少不能徹底實現」<sup>[27]</sup>。

本書在論述中，使用「司法活動」一詞時一般都包含了「司法行為」，但在特別強調時也會將「司法活動」與「司法行為」並列使用，偶爾也會單獨使用「司法行為」。

### 三、司法權

#### (一) 通用的定義

朱國斌教授對司法權 (judicial power) 下了通用的定義。他指出：狹義上的司法權，就是法院的審判權，即法院及法官運用法律辦理刑事、民事、經濟和行政案件的專門性權力；廣義上的司法權則是更多的司法機關在審判、檢察、偵查等司法活動中行使的權力，具體包括：審判權、檢察權、偵查權。並認為司法權與其他國家權力相區別，具有自己的特性：

- (1) 司法權具有裁斷性。司法機關適用法律、處理具體的案件，目的就是對爭議作出一種裁斷。在這個過程中，法官對案件事實作出調查和判斷，得出適用法律的結果，即司法裁判文書，表明國家對案件的判斷和決定。
- (2) 司法權具有中立性。司法中立是指法院以及法官的態度不受其他因素影響，至少在個案的判斷過程中不應當受這些非法律因素所左右。這是因為，司法要解決對立的雙方之間的爭議，因此要求司法必須嚴守中立，不得與任何一方存在利益關係，不得偏袒或歧視任何一方。與此相對，行政權在面臨各種社會矛盾時，其態度具有鮮明的傾向性。

27 宿遲、宋北平：《司法行為及其規範》，載《人民法院報》，2011年11月11日第5版。

- (3) 司法權具有救濟性。當社會成員權利受到侵害時，司法能夠提供權威性的救濟機制使其得到恢復、補救並使侵權者承擔法律責任；相比其他形式的救濟方式，司法的救濟具有更高的權威性和法律效力。
- (4) 司法權具有監督性。如通過行政訴訟，司法可以直接對行政權的濫用進行糾正；通過司法審查，司法機關可以對行政機關制定法律規範行為的合法性作出裁斷，進行監督。
- (5) 司法權具有獨立性。司法權及其運行的內在規定性，要求一種理性自治狀態，即獨立性要求。其核心就是司法權的行使過程完全自主，不受外部因素特別是政權系統的其他組成部分的幹擾。司法權獨立的保障機制主要表現在司法權的憲政地位上：一方面，司法權在由憲法確立的國家權力構架中應該具有獨立的地位；另一方面，這種獨立地位應該表現在對立法權和行政權等政治系統中其他權力的足夠制衡的關係之中。司法機關應該成為立法、行政機關的中間機構，監督該兩者在其權力範圍內從事活動，也就是說，司法機關應當享有憲法解釋權和違憲審查權，擔負起中立的裁決人的角色<sup>【28】</sup>。

## （二）延伸的理解

根據朱國斌教授以上的闡述，延伸開來可以認為：

第一，司法權是以裁斷權為核心的一種國家公權力。公共管理學認為公共權力是公民權利的產物，來自每個公民的權利讓渡即授權，本是公民的共同權力，為全體公民共同所有，但在實際社會生活中，這種公共權力的行使不可能由全體公民來共同行使，而只能由其代表即國家機關來行使。在中國，憲法第2條規定「中華人民共和國的一切

---

28 參見朱國斌：《中國憲法與政治制度》，法律出版社，2006年8月第1版，第226-227頁。