

王思鲁:论司法监督的实然缺失 PDF转换可能丢失图片或格式
，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E7_8E_8B_

[E6_80_9D_E9_B2_81__c122_486402.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E7_8E_8B_E6_80_9D_E9_B2_81__c122_486402.htm) 【摘要】 当今的司法监督，是指监督主体依照宪法和法律的规定，对司法机关及其工作人员的司法活动的合法性进行的监督。在应然的情况下，我国的司法监督是全面而审慎的。然而，落实到实然的层面，监督者则只是针对司法机关及其工作人员在司法活动中的关键环节予以关注，如法院是否独立审判、审判的公正性如何等，而对司法活动的其他非关键环节则投入甚少。“厚此薄彼”导致了司法机关及其工作人员在非关键环节中“肆无忌惮”地违法，从而影响了司法的公正性，对整个法治环境造成的影响是破坏性的。本文揭露了司法监督这种实然缺失，对其成因进行了剖析，并提出了弥补这一缺失的对策和建议。

一、司法监督中的实然缺失 当前我国的司法监督并不完善，司法监督的实然缺失给司法机关及其工作人员有可乘之机，从而导致他们敢肆无忌惮地滥用手中的权力，违法行为频繁发生。在司法实践当中，我国司法机关及其工作人员的违法现象屡见不鲜：某些法官动辄以“与本案无关”为由，任意打断律师的发言，限制律师的陈述时间，甚至指使法警将律师强行押出法庭。律师时常遭遇没有公安机关的批准书或检察院起诉处介绍信就不允许会见犯罪嫌疑人的窘况。如xx市中级人民法院对“xx走私案”一审宣判后，律师会见被告人必须出示加盖院xx庭公章，并有庭长签名的介绍信，否则一律不予以会见；“张子强黑社会一案”，xx公安厅、检察院只批准律师会见犯罪嫌疑人一次。当被告人增聘或

更换辩护律师时，后聘请的辩护律师的会见申请则得不到批准。有的看守所规定，律师会见的时间不得超过30分钟，更有甚者，竟将会见时间压缩在20分钟之内。某些法院作出内部规定，“查阅案卷不允许复印，只能手抄”，这些做法严重的侵害了律师有权了解案件实情的权利。有的法院和检察院更是无所不用其极，他们把关键材料隐藏起来，当作“秘密武器”，使得辩护律师在法庭上措手不及。种种违法现象数不胜数。在柏拉图看来，最大的罪名莫过于“混淆美丑、善恶、正义与不正义，欺世惑众”。平民百姓被挂上了这种罪名，将受到法律的严惩。但如果换成了代表着正义公平的司法者，则虽知其罪过却无可奈何。司法机关及其工作人员恣意违法的现象层出不穷，日益凸显出我国司法监督系统中的实然的缺失。而且这种缺失正在蚕食着我国司法的正义之盾。

二、我国司法监督体制出现实然缺失的缘由分析

(一) 我国相关法律规定的欠缺。我国法律对司法机构及其人员的行为规定貌似完美实则不然。这些法律一般只规定了司法机构及其人员“应该”作为或者“不得”作为，却没有规定处罚条款。法律没有明确的规定，就给司法机关及其工作人员留有违法的余地。《法官法》第7条规定“法官应当履行下列义务：(一)严格遵守宪法和法律；(二)审判案件必须以事实为根据，以法律为准绳，秉公办案，不得徇私枉法；(三)依法保障诉讼参与人的诉讼权利；(四)维护国家利益、公共利益，维护自然人、法人和其他组织的合法权益；(五)清正廉明，忠于职守，遵守纪律，恪守职业道德；(六)保守国家秘密和审判工作秘密；(七)接受法律监督和人民群众监督。”和第17条所规定的“法官从人民法院离任后二年内，不得

以律师身份担任诉讼代理人或者辩护人。法官从人民法院离任后，不得担任原任职法院办理案件的诉讼代理人或者辩护人。法官的配偶、子女不得担任该法官所任职法院办理案件的诉讼代理人或者辩护人。”这两条明确规定了法官在任期内的义务和责任，但看似面面俱到的法条，却没有相关的措施进行保障，最终沦为了“口号式条款”。《刑事诉讼法》，当中的第33条第二款规定了“人民检察院自收到移送审查起诉的案件材料之日起三日以内，应当告知犯罪嫌疑人有权委托辩护人。人民法院自受理自诉案件之日起三日以内，应当告知被告人有权委托辩护人。”还有第40条第二款规定“人民检察院自收到移送审查起诉的案件材料之日起三日以内，应当告知被害人及其法定代理人或者其近亲属、附带民事诉讼的当事人及其法定代理人有权委托诉讼代理人。人民法院自受理自诉案件之日起三日以内，应当告知自诉人及其法定代理人、附带民事诉讼的当事人及其法定代理人有权委托诉讼代理人。”和第64条所规定的“公安机关拘留人的时候，必须出示拘留证。拘留后，除有碍侦查或者无法通知的情形以外，应当把拘留的原因和羁押的处所，在二十四小时以内，通知被拘留人的家属或者他的所在单位。”以上法条规定了公检法机关的在规定期限的通知义务，然而，如果检察院、法院和公安机关没有在法定的期限内告知，是否应该受到处罚，法律却没有规定。《刑事诉讼法》第65条规定了“公安机关对于被拘留的人，应当在拘留后的二十四小时以内进行讯问。在发现不应当拘留的时候，必须立即释放，发给释放证明。对需要逮捕而证据还不充足的，可以取保候审或者监视居住。”第91条规定的“讯问犯罪嫌疑人必须由人民

检察院或者公安机关的侦查人员负责进行。讯问的时候，侦查人员不得少于二人。”和第92条规定“传唤、拘传持续的时间最长不得超过十二小时。不得以连续传唤、拘传的形式变相拘禁犯罪嫌疑人。”以上条款对公安机关或者人民检察院进行讯问时的责任和义务进行了规定，但如果他们并没有在24小时内进行询问、讯问时侦查人员少于两人、变相拘禁犯罪嫌疑人或者即使发现存在不应当拘留的情形但为了维护面子而没有立即释放等等，他们将会受到何种处罚，由谁来处罚，法律没规定。这意味着即使相关的司法机关违反了这些法律规定，也无关紧要。《刑事诉讼法》第190条规定的“第二审人民法院审判被告人或者他的法定代理人、辩护人、近亲属上诉的案件，不得加重被告人的刑罚。”以及第198条第二款规定“对被告人的上诉权，不得以任何借口加以剥夺。”这是对被告人的上诉权的补充，同时也是对法院权力的限制。然而，如果法院加重了被告人的刑罚，以某种方式剥夺了被告人的上诉权，就算最后被告人可以通过申请重审的方式为自己平冤，但之前加重其刑罚或者剥夺其上诉权的法院或者审判人员会得到什么处罚，法律却没有规定。《看守所条例》，其第19条第一款规定了“公安机关、国家安全机关、人民检察院、人民法院提讯人犯时，必须持有提讯证或者提票。提讯人员不得少于二人。”以及第46条规定“对人犯的上述书、申诉书，看守所应当及时转送，不得阻挠和扣押。人犯揭发、控告司法工作人员违法行为的材料，应当及时报请人民检察院处理。”同样，上面的条文中充满了“必须”、“应当”，但如果被违反了，由于没有相关配套的处罚措施，最后也就只有不了了之了。以上所列举的法条法规

，均对司法机关及其工作人具有规范的作用，是他们的行为准则。然而，综观此法，竟无一条有相关的处罚条款加以落实。如此一来，他们一旦违法，由于没有相应的处罚条例，对他们的惩罚就难以实现，这些约束性法规便形同虚设，流于形式。对此，不少人建议从“立法”这个根本途径进行解决。这个建议固然存在合理性，然而，实际操作起来却并不理想。首先，“立法”是需要由立法者进行的。根据《立法法》第5条的规定，“立法应当体现人民的意志”。要体现人民的意志的程度，关键在于立法者的民意代表程度如何。其次，“立法”要求立法者具有较高的法律素养，在立法的过程中需要立法者拥有高度的法律专业技术操作水准。最后便是立法者所处的文化土壤。“一方水土养一方人”这句老话放在这里也不无适当。文化的土壤是对人思想的培养起到“根”的作用。然而，从当今的立法现状来看，达到以上三点要求的立法者仍十分欠缺。更进一步分析，每一个法条的撰写，均融入了立法者的立法思想。立法者的思想决定了法律的内容，而司法监督“无法可依”之现状的根本原因，也正是立法者的思想所导致的。我国的立法者普遍存在着“官本位”思想。以官为本、以权为纲、以官为贵、以官为尊是立法者的思想基础。他们在立法的时候，把“官”过于理想化。在立法者看来，国家官员犯错的几率是很小的，而且能够通过内部进行调节，官员能够主动自我批评，自我改正，从而有利于社会稳定和安宁。因此，他们在立法的过程中，刻意将“官”违法的方面尽量少规定，并且规定得模糊而笼统，这样有利于内部调节，有利于“官”自我改正，从而把错误由大化小，由小化无。这种思想定位看似合理实则不然。

立法者忽视了两点：第一点是社会的安宁和稳定与否并不是由“官”犯错误与否来终决定的。尤其在司法领域，司法的公平公正才是这一领域处于安定状态的永恒指向标。无法可依，使得违反了法律的法官、检察官一次又一次地逃脱。这才是造成司法领域不安定的因素，这才是司法界最大的悲哀。第二点是“官”也是人。正所谓“人无圣贤，孰能无过”。“官”也是“取之于民”，所以“民”有的一切，“官”也都有。故应当在立法上把“官”当成“民”来看待。不少“官”在犯错后，由于法律管制不严，因此屡犯不爽，“逍遥法外”。因此，将所有的“官”当成是都能够知错能改，自我批评的思想实在不可取。立法者“官本位”的立法思想“成就”了现在的立法现状。思想是行为的灯塔，如果要改变对司法人员惩罚无法可依的立法现状，就必须首先从立法者的立法思想着手，剔除“官本位”的思想。

(二) 监督机构的监督不严。近几年来，司法腐败有增无减，发生的案件令人触目惊心。例如，沈阳市中级人民法院原院长贾永祥收受巨额贿赂案，云南省高级人民法院原院长孙小红严重违法乱纪案，广西壮族自治区高级法院原副院长潘宜乐受贿案。就目前的立法现状而言，哪怕法律明文规定对司法人员的违法行为有惩罚措施的，也会因为执法不严，让这些“违法分子”一次又一次的逃脱。只有到出了大事情，才被绳之于法。严格执法是司法机关最基本的义务。至于造成这种有悖常理现象的原因，主要体现为以下两点：第一、司法者自身的法律意识淡薄。很大一部分的司法者，对与自己职务相关的施于他人的法律烂熟于心，而对规范和约束自身职务行为的法律法规却知之甚少。其实这也是“官本位”的思想在作怪。

司法者自身认为，自己高于“民”，且不容易犯错误和违法。这使得他们放松了对自身行为的警惕，认为只要自己不犯“民”的错就可以了。笔者曾在xx省高级人民法院刑x庭业已审结的“被告人吴xx、郑xx、谢xx涉嫌职务侵占一案”中担任被告人谢xx的辩护律师。因辩护律师没有出庭发表辩护意见的机会，律师的辩护意见只有通过辩护词这一书面形式才能得到体现，辩护律师向合议庭提交集中反映其辩护观点的辩护词，与律师出庭辩护的意义是相同的。辩护律师向法官提交辩护词是对自己正当权利的行使，也是履行辩护义务，法官应当依法签收，这是无可置疑的。然而，该法院的陈xx法官却拒绝签收，后勤人员态度更是傲慢无礼，他们这种所为既是对法院形象的玷污，也是对律师辩护权利的蔑视和剥夺。这些司法人员忽视了自己处在“官”这个位置所应遵守的法律法规。等到自己真的犯了错、违了法，为了维护自己的“官威”，便通过自己手中的权力，将这些错误、违法行为由大化小，由小化无。平时不防患于未然，到了真正出现大麻烦了，才追悔莫及。正所谓“迟来的正义非正义”，这样的司法难免会导致司法公平的缺失。

第二、老爹处理儿子，不痛不痒。在我国关于处罚违法司法人员的规定中，大多都规定了司法人员所在单位对其进行监督和处罚。比如《法官法》中就规定了对法官的惩戒是由法院进行，这无异于老爹处理儿子。老爹又怎忍心处理儿子呢？所以这样一来，司法机构或者其工作人员违了法，如果不是特别严重，他的顶头上司大都会“睁一只眼，闭一只眼”。然而，如果处理“儿子”的是个“外人”，那么“儿子”犯错，就再也不会会有“保护伞”了。这个“外人”就是第三方。欧美等国家的司

法实践证明，自我批评和自我监督是不能用来作为司法监督的核心部分的，司法监督必须依靠第三方。不少人认为我国的法律也有规定第三方的司法监督制度。对此，暂且不分析这种司法监督是否完善可行，单就整个司法监督体系而言，我国是有第三方监督，但规定由第三方进行惩戒的规章制度却寥寥无几，尤其是针对司法机关及其人员的日常司法行为的法律规定更是少之又少。比如只规定了13种法官应受惩戒行为的《法官法》以及《人民法院审判纪律处分办法（试行）》，完全没有关于第三方对法院司法人员进行惩罚的规定。试想一下，如果法官只是由作为“老爹”的法院进行惩戒，在法律法规规定比较笼统模糊的情况下，“老爹”又怎么会依法惩戒自己的“儿子”呢？由此可见，第三方的作用就尤为重要了。

三、关于消除司法监督之实然缺失的建议

第一、必须明确规定司法部门及其工作人员此种行为的违法性和后果。只有法律上作出明确的规定，才能做到有法可依。也只有这样，才不至于投诉无门。首先，必须明确规定行为的违法性。只有违法性明确了，受害人或者监督人才有投诉的依据；也只有违法性明确了，司法人员才有可能承担一定的违法后果。如果连该种行为的违法性都无法明确，那么，就连司法人员自己也不知道自己的行为是否违法了。这样一来，司法约束和司法制裁也就无从谈起。其实，我国现行制度对司法的外部监督网络不可谓不严密。人大、政协、检察、信访等都可以监督法院和法官；最高院既出台了相关规定，又实行了警示教育、诫勉谈话等制度。然而，如果法律没有明确违法性，那么再多的外部监督，最终也只能是无法可依，也只能是徒劳。其次，必须明确规定违法行为的后果。如

果一个司法机构或者一个司法人员的行为违反了法律，而法律并没有对此规定相关的违法后果，那么，司法者违法也就无所顾忌了。这样的法律便成了“一纸空文”。明确了违法行为的后果，才能够在思想上约束司法机构及其工作人员。因为有了违法后果，也就意味着司法机构或者其工作人员一旦违法，便会受到相应的惩罚。这样一来，对司法者才起到警告的作用，使得司法人员在行使其职责的过程中，能够处处对自己的行为加以注意，以免受到惩罚。能否做到以上两点，其关键在于立法者的立法思想。目前存在的情况，便是立法者头脑中的“官本位”思想所导致的。思想指导行为，“官本位”的思想一日未根除，立法者所撰写的法律就不能够很好的对“官”进行约束。要摒除“官本位”思想，首先就必须把“官”当作“民”一样看待，只有这样，才能够做到一视同仁，才能实现“人人平等”的价值取向。第二、加强制度建设，由第三方处理司法违法行为。现在我国对于具有违法行为的司法者进行处罚，大多都交由该司法者的所属机构办理。这是一种“老爹处理儿子”的处罚制度。这种制度的初衷很明显，是希望通过部门内部的自我批评、自我检讨来达到改正错误的效果。这样一来，可以使司法者在面子上过得去，同时也保住了“官威”。这样的初衷是可以理解的。如果能够充分的解决问题，那就无可厚非。但现实情况是，这样的制度所滋生出来的是一个“儿子”被处罚得“不痛不痒”的局面，从而使“儿子”屡教不改，越陷越深，害人害己。所以说，处理“儿子”的不能是“老爹”，而应该是“第三方”。其实，在欧美等国家，由“第三方”来对司法者进行监督和处罚，已经相当普遍，并且已经成为了主流

。在美国政治实践中，对法官的任命更多地体现了行政和立法部门对司法部门的制约；而对法官的罢免，则更多地体现了司法部门相对于行政和立法部门的独立。美国联邦法院的法官必须由总统提名，经过参议院的审议、认可，再由总统正式任命。如果说对法官的任命权主要掌握在行政部门手中，那么对法官的罢免权则由立法部门所执掌。比如说对联邦法官的弹劾权属于国会。从美国对法官的任命到弹劾整个过程，根本看不到“老爹”法院的影子。整个过程都是由第三方完成的。可见，由第三方充当“执行官”的角色在国际上已经得到了认同。“他山之石，可以攻玉”，由第三方来处理司法违法行为，这种制度是值得肯定和借鉴的。结论综上所述，我国的司法机构及其人员违反法律的行为，具有一定的普遍性，而这种普遍性又缘于无法可依、执法不严的法律现状。这样的现状所导致的最直接的后果，便是司法公正的缺失，要改变这样的现状，就必须进行变革。法律必须明确规定司法部门及其工作人员此种行为的违法性和后果；有了法律依据，还必须由第三方处理司法违法行为。只有这样，才能够根除当今司法领域的不正之风，从根本上加快我国法治建设的步伐。（作者：广东环球经纬律师事务所合伙人、金牙大状广州律师网（www.jylawyer.com）首席律师王思鲁华南理工大学法学院研究生柯劲恒）100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com