

中国法学精萃系列丛书

# 中国诉讼法学精萃

( 2009 年卷 )

法苑精萃编辑委员会摇编



高等教育出版社



策划编辑摇王卫权  
责任编辑摇曾摇敬  
封面设计摇张摇楠  
版式设计摇马静如  
责任校对摇王摇超  
责任印制摇

# 法苑精萃编辑委员会

## 编委(按姓氏笔画排序)

王利明摇中国人民大学法学院副院长、教授、博士生导师

王保树摇清华大学法学院教授、博士生导师

王晨光摇清华大学法学院院长、教授、博士生导师

王家福摇中国社会科学院法学研究所终身研究员、博士生导师

公丕祥摇江苏省高级人民法院院长,南京师范大学教授、博士生导师

付子堂摇西南政法大学副校长、教授

石少侠摇国家检察官学院院长,吉林大学法学院教授、博士生导师

田平安摇西南政法大学教授、博士生导师

龙宗智摇西南政法大学校长、教授、博士生导师

石泰峰摇中共中央党校副校长、教授、博士生导师

江摇平摇中国政法大学终身教授、博士生导师

孙宪忠摇中国社会科学院法学研究所研究员、博士生导师

朱景文摇中国人民大学法学院教授、博士生导师

米摇健摇中国政法大学教授《比较法研究》杂志主编

李摇龙摇浙江大学法学院院长、教授、博士生导师

李摇林摇中国社会科学院法学研究所研究员《中国社会科学》杂志副主编

李昌道摇复旦大学法学院院长、教授

张广兴摇中国社会科学院法学研究所研究员《法学研究》杂志社社长

张文显摇吉林大学党委书记、教授、博士生导师

张晋藩摇中国政法大学终身教授、博士生导师

邵建东摇南京大学法学院院长、教授、博士生导师

- 吴汉东摇中南财经政法大学校长、教授、博士生导师  
吴志攀摇北京大学副校长、教授、博士生导师  
何勤华摇华东政法学院院长、教授、博士生导师  
陈卫东摇中国人民大学法学院教授、博士生导师  
陈光中摇中国政法大学终身教授、博士生导师  
陈兴良摇北京大学法学院副院长、教授、博士生导师  
陈明华摇西北政法学院院长、教授、博士生导师  
周国钧摇《中国法学》杂志主编  
郑成良摇上海交通大学法学院院长、教授、博士生导师  
郑成思摇中国社会科学院法学研究所研究员、博士生导师  
贺卫方摇北京大学教授、博士生导师《中外法学》杂志主编  
赵秉志摇中国人民大学法学院副院长、教授、博士生导师  
胡建森摇浙江大学副校长、教授、博士生导师  
郝铁川摇中共上海市委宣传部副部长,华东政法学院教授、博  
士生导师  
徐显明摇中国政法大学校长、教授、博士生导师  
高鸿钧摇清华大学法学院教授、博士生导师  
黄瑶进摇武汉大学副校长、教授、博士生导师  
崔建远摇清华大学法学院教授、博士生导师  
曹建明摇最高人民法院常务副院长、教授、博士生导师  
梁慧星摇中国社会科学院法学研究所研究员,山东大学法学院院  
长、教授、博士生导师  
曾令良摇武汉大学法学院院长、教授、博士生导师  
曾宪义摇中国人民大学法学院院长、教授、博士生导师  
霍存福摇吉林大学法学院院长、教授、博士生导师

总主编摇张文显

总策划摇法苑精萃创作中心

# 法苑精萃编辑部

主任 王卫权

委员 (按姓氏拼音排序)

姜 洁

梁代军

宋 军

吴 勇

张 杰

# 序

当今是知识爆炸的时代,又是时间四分五裂的时代,这就形成了无限的知识与有限的时间之间的矛盾。其实这也是人生的矛盾,求知的本性与短促的人生的矛盾,这一矛盾深深地困扰着人类。

解决这一矛盾的努力无非有两种。第一种是充分利用时间。但会受到人的生理因素的制约,加上人生必要时间的支付,即使再充分利用时间,每人每天也只有 24 小时,因而这种努力未必真正有效。看来比较有效的是第二种,即对爆炸的知识进行甄别、挑选,取其精华,弃其糟粕。众所周知,著作虽多,但真正有永久价值的经典之作总是少数。择善而从,是人生的原则,自然也是读书求知的原则。读书求知的有效方法是取精用宏、含英咀华,读精品之作、经典之作。经典著作是知识的浓缩、思想的精华,读经典著作是纲举目张、事半功倍,恰似“与君一席谈,胜读十年书”,可以说,不读经典著作就谈不上真正的读书求知。

法治是治国安邦的大政国是,是全球大势和时代主题,也是人类智慧聚焦之所在。在步入法治社会的当代中国,法学日益成为一门显学,每年发表的法学作品数以万计。法律是时代精神精华的确认,法治是时代精神精华的贯彻,法学是时代精神精华的写照。法学必须是精华,只有精华才配称为法学,只有法学经典著作才是值得供人解读的真正的法学文本。人们希望快捷地找到其中那些真正有价值、有影响、堪称经典的作品。编选《中国法学精萃》系列丛书即是出于此种考虑。

考量著作是否精品、经典有以下标准:

一是思路新奇。学术的生命在于创新,学术的发展新新不已,学术创新之处正是学术精华所在。那些筚路蓝缕、独辟蹊径、开天辟地、振聋发聩之作当属精品、经典之作。

二是资料详实。思想没有全新的,学术是承先启后和不断推陈出新的,对大量的已有资料的搜集、占有、爬梳、概括、提炼本身就是十分重要的学术工作,而在这个基础上的研究才不是无源之水、无本之木。那些钩沉发隐、洞烛幽微、经纬百家、茹古涵今、集大成者当属精品、经典之作。

三是思想深刻。学术的使命是求真,追求真理。但真理作为规律是内在的、深刻的,这就决定了学术思想必须深刻,不深刻不足以人理。思想深刻是学术的价值所在、尊严所在,也是精华所在。那些体大思精、高瞻远瞩、笔扫千军、慎思明辨、警世谕人之作当属精品、经典之作。

四是传世之作。在所有的批判中,最伟大、最正确、最天才的是时间。精品、经典之作不仅是时代精神的精华,而且是时代精神的超越,是经得起时间批判的传世之作。那些与时俱进、雄视百代、历久弥新、嘉惠新学、启迪后人之作当属精品、经典之作。

当然,上述标准是很高的,也许身不能至,但心向往之。我们把它们作为行动的旗帜和追求的目标,并为此而与人们一道不懈努力。

对于本系列丛书来说,我们希望达到以下目标:

一是起到年鉴的作用。从每年公开发表的法学文章中精选出有代表性、权威性、经典性的文章,铭记法学各学科每年的发展状况和学术进展,以供图书馆、资料室收藏。

二是具有教研资料的作用。资料是教研的基础,了解把握研究动态是为教为研之始,本套丛书可以成为教研人员床头案前之必备。

三是具有考试指南的作用。近几年法学硕士、博士考试愈来愈热、人数愈来愈多,每个考生在复习过程中,都要查找、复印、装订相关的有代表性、权威性、经典性的文章仔细阅读,极其烦难不便,本系列丛书恰能予以弥补,提供方便。

我们的工作把我们推到了审判官的位置,但我们没有火眼金睛、或许有时还有眼无珠,难免良莠不分,取舍不当。我们在提请公众批判理解的同时,也虔诚地希望公众热情参与,把自己所认为的精品、经典之作推荐给我们。俟条件允许,我们也会敬请有关专家、学者进行评选,以求名至实归、不负众望。

张文显

# 目 录

## 第一部分 司法制度

邓思清论我国司法体制改革的几个问题 .....	猿
姚莉摇司法公正要素分析 .....	苑
张泽涛摇“议行合一”对司法权的负面影响 .....	源
贺卫方摇中国的法院改革与司法独立——一个参与者的观察与反思 .....	缘
傅郁林摇论最高人民法院的职能 .....	缘
葛洪义摇法官的权力——中国法官权力约束制度研究 .....	怨
陈景辉摇事实的法律意义 .....	苑
裴苍龄摇论证据的种类 .....	圆

## 第二部分 民事诉讼法学

江伟摇吴泽勇摇论现代民事诉讼立法的基本理念 .....	苑
李龙摇民事诉权论纲 .....	怨
汤维建摇论民事诉讼中的诚信原则 .....	源
徐昕摇程序自由主义及其局限——以民事诉讼为考察中心 .....	猿
常怡摇黄娟摇司法裁判供给中的利益衡量：一种诉的利益观 .....	圆
章武生摇论民事简易程序之重构 .....	圆
陆永棣摇程序冲突映照下的制度困境——现行民事抗诉制度考察 .....	圆
张卫平摇证明标准建构的乌托邦 .....	圆
黄松有摇事实认定权：模式的选择与建构 .....	圆
宋朝武摇论民事诉讼中的自认 .....	猿
李浩摇举证责任倒置：学理分析与问题研究 .....	猿
严仁群摇民事执行体制设计的理论基础——执行程序中权力的性质、分配 与控制 .....	猿

## 第三部分 刑事诉讼法学

陈建军摇刑事诉讼的目的、价值及其关系 .....	猿
--------------------------	---

陈光中摇郑旭摇追求刑事诉讼价值的平衡——英俄近年刑事司法改革述评 .....	猿缘
左卫民摇万毅摇我国刑事诉讼制度改革若干基本理论问题研究 .....	猿缘
徐静村摇走向程序法治:中国刑事程序改革的宪政思考 .....	源缘
陈卫东摇李训虎摇公正、效率与审级制度改革——从刑事程序法的视角分析 .....	源远
徐静村摇论我国刑事诉讼法的再修正 .....	源缘
王新清摇李蓉摇论刑事诉讼中的合意问题——以公诉案件为视野的分析 .....	源怨
孙长永摇当事人主义刑事诉讼中的法庭调查程序评析 .....	源源
谢佑平摇刑事诉讼视野中的司法审查原则 .....	源猿
陈瑞华摇程序性制裁制度研究 .....	源远
卞建林摇郭志媛摇刑事证明主体新论——基于证明责任的分析 .....	缘圆
熊秋红摇对刑事证明标准的思考——以刑事证明中的可能性和确定性为视角 .....	缘远
杨宇冠摇论不强迫自证其罪原则 .....	缘远
樊崇义摇刘涛摇无罪推定原则渗透下侦查程序之架构 .....	缘愿
闵春雷摇证据概念的反思与重构 .....	缘苑
何家弘摇姚永吉摇两大法系证据制度比较论 .....	远缘
宋英辉摇郭云忠摇我国刑事证据立法模式之选择 .....	远圆
汪建成摇孙远摇刑事证据立法方向的转变 .....	远圆
锁正杰摇苏凌摇“法律真实”理论与“客观真实”理论比较研究 .....	远缘
刘金友摇实践是检验司法证明真理性的唯一标准——与何家弘教授商榷 .....	远圆
附摇摇录 摇圆园园猿年度全国主要报刊诉讼法学论文索引 .....	远苑



# 第一部分 司法制度

# 论我国司法体制改革的几个问题

邓思清\*

摘要 进行司法体制改革是十六大对司法改革提出的新要求,如何进行司法体制改革,将关系到我国司法改革的成败乃至依法治国方略的实现。为此,本文对司法体制改革的目标、途径和方法进行了探讨。

党的十六大提出了进行司法体制改革的任务,这是深化司法改革的新要求。如何进行司法体制改革,将关系到我国司法改革的成败乃至依法治国方略的实现。为此,本文对司法体制改革的几个基本问题进行探讨,希冀对我国的司法改革有所裨益。

## 一、司法体制改革的目标设计

在司法体制改革中,首先面临的问题是目标设计。如何确定我国司法体制改革的目标,就成为理论工作者和实务工作者普遍关注的问题,也是司法体制改革研讨中议论最多、争议最大的问题。关于司法体制改革的目标,有各种不同观点并提出了许多设想,但概括起来有以下三种改革模式:

(一) 将法院确定为司法机关,检察机关定位为行政机关的改革模式

即以审判为中心的改革模式。<sup>①</sup>主张这种改革模式的学者认为,以审判为中心是各国通行的做法,而我国检察机关的职能多元化,既有侦查职能,又有起诉职能,还有监督职能,这种检察权大于审判权的体制,必然导致检察机关凌驾

\* 作者单位:最高人民检察院检察理论研究所

① 参见陈卫东《我国检察权的反思与重构》,载《法学研究》1999年第4期;崔敏:《关于司法改革的若干思考》,载《诉讼法论丛》第5卷,法律出版社1998年版;孙长永《审判中心主义及其对刑事程序的影响》,载《现代法学》1999年第3期,等等。

于审判机关之上,不符合审判中心和司法最终裁决原理,应当予以改革。改革的方向是将法院确立为国家的司法机关,检察机关确立为行政机关,成为国家公诉人。据此建议,对法院和检察机关的职能和权限作如下重新调整和设置(员)将最高人民检察院与司法部合并,由司法部长兼任总检察长,以克服检察院与法院“二虎相争”的弊端,突出法院在司法中的地位和作用,改变“司法部不司法”的局面。(圆)将国家监察部改名为“廉政公署”,同时将检察机关的自侦案件划归廉政公署管辖。(猿)取消检察机关的法律监督职能,使其只承担国家控诉职能,成为国家公诉人。(源)加强法院对审前程序的司法控制,对涉及公民人身财产权利方面的强制措施(包括拘留、逮捕等)交由法官行使,取消检察机关的批捕权。

这种以审判为中心将检察机关确立为行政机关的改革模式,实质上是按照西方国家的做法,将法院作为唯一的司法机关,检察机关不是司法机关,而是诉讼的一方当事人。笔者认为,这种改革模式不仅不符合世界各国强化检察机关职能、提高其地位的改革趋势,而且不利于国家对行政机关的监督,遏制腐败。更为重要的是,这种改革模式的基础是西方国家的三权分立理论。按此理论,国家权力被分割为立法权、行政权和司法权,分别由立法机关、行政机关和司法机关来行使,所以,检察机关及其权力只能在这三个机关、三种权力之间确定自己的角色定位和权力归属,而不具有独立的地位,因而检察机关被大多数西方国家定位为行政机关。而我国实行的是人民代表大会制度,在这种制度下,国家权力分为立法权、行政权、审判权、法律监督权和军事权五项权力,分别由立法机关、行政机关、审判机关、法律监督机关和军事机关来行使,检察机关则为国家法律监督机关而非行政机关。由此可见,三权分立理论不适合我国,用西方国家三权分立的理论模式来定位我国检察机关的建议,有悖于法治模式和司法制度多样性的现代法治理念。因此,将检察机关定位为行政机关的改革模式,违背了我国宪法所确立的根本政治制度,不具有可采性。由此按照行政机关的属性,对我国检察机关的职能和权限进行重新调整和设置的种种构想是缺乏科学性的。

## (二) 将法院和检察院确立为并列的国家司法机关的改革模式

即将法官确立为“审判中的法官”,检察官确立为“法官之前的法官”的改革模式。<sup>①</sup>提出这种改革模式的学者认为,如果将刑事诉讼活动比拟为一种竞技活动,那么控辩双方是运动员,而法官是裁判员。在这种情况下,参加诉讼的检察官如果享有对法官的法律监督权,那么就存在一个既当运动员又当裁判员的悖论。由于公诉权只是一种程序性权力(即司法请求权),它本身不具有终结性,即最终判定性和处罚性,而是国家刑罚权实现的准备和条件,它所包含的实体性

<sup>①</sup> 参见陈兴良《从“法官之上的法官”到“法官之前的法官”》,载《中外法学》1999年第2期。

要求只有通过审判才能最终实现。审判包括审(审理)和判(裁判)两个方面,审理是在法官主持下通过各方诉讼参与人的职能活动完成的,裁判则是由法官独立完成的,正是在此意义上,审判要求法官具有独立性,不受制于任何人,如果检察官享有对法官的法律监督权,不仅破坏了控辩地位平等的关系,而且动摇了法官的中立地位,使检察官成为“法官之上的法官”,因而主张检察官不应成为“法官之上的法官”。同时又认为,我国的公安机关和检察机关是相互独立的两个机关,虽然检察机关享有对公安机关侦查活动的监督权,但由于这种侦查监督是一种事后的静态的软性监督,因而缺乏侦查监督的有效性。特别是在检察机关实行主诉检察官办案责任制、抗辩式审判方式改革后,主诉检察官控诉的成败对侦查机关的侦查活动具有更大的依赖性,如果检察官不具有对侦查取证活动的指挥权或控制权,将会导致检察官孤军奋战。因此,为了充分发挥主诉检察官责任制改革的作用,有效地防止和纠正侦查中的违法行为,更好地保护人权,应当强化警、检关系中的制约机制,加强对公安侦查活动的监督,实行侦、检一体化则是其必然选择。即将检察机关确立为侦查阶段的主导核心地位,对侦查活动具有行政控制权和司法控制权,使其成为“法官之前的法官”。为此提出以下具体建议(员)将目前公安机关享有的立案权、撤案权以及采取拘留、扣押、搜查等强制性侦查措施的权力赋予检察机关,从而形成对公安机关侦查活动的有效控制;(圆)明确规定侦查权为一种依附于检察权的司法权力,废除调整公、检之间相互关系的所谓“分工负责”及“互相制约”的诉讼原则(猿)保留检察机关的批捕权,以此作为对公安机关侦查的一种司法控制手段(源)检察机关对法院的监督应着眼于刑事实体问题以外的程序问题和法律问题,同时应废除对法院生效判决的抗诉权,以防止检察官成为“法官之上的法官”。这种将法院和检察院都确立为国家司法机关,使检察官成为“法官之前的法官”的改革模式,由于承认检察机关的诉讼活动具有司法性,符合客观现实。同时,主张加强对侦查活动的监督,符合强化诉讼监督的目的,因而具有一定的合理性和借鉴意义。但是,这种模式也存在两方面问题:一是“法官之前的法官”与“侦检一体化”难以协调。因为要使检察官成为“法官之前的法官”,必须赋予其一定的司法性权力,如批捕权、拘留权等,使其具有一定的“中立性”,以便对侦查机关的侦查活动进行控制,而“侦检一体化”的核心是使侦查职能与控诉职能一元化,检察机关对侦查机关具有领导和指挥权,这种侦检职能一体化的模式,打破了公、检是两道工序的关系,使检察机关成为真正的侦查主体,侦查机关只是检察机关的辅助机关或助手,从而导致检察机关与侦查机关一并成为一个强有力的控方整体,与犯罪嫌疑人相对立,这样在侦查活动中就难以保持中立地位,其所行使的司法控制权也难以做到客观公正,这与其“法官之前的法官”的角色相冲突。二是缩小检察机关对法院审判的监督范围和废除对生效判决的监督,不符合权力制约理论,不利

于实现司法公正。司法公正是司法活动的最终目标,而司法公正的实现有赖于权力之间的监督制约,作为司法公正重要组成部分的审判公正也离不开权力制约理论,审判权也必须受到监督制约,如果为了强调审判独立和判决的权威性而限制监督或者取消监督,其结果必然会适得其反。因为法院裁决的权威性来自于裁决的公正性,如果裁判不公,只能给人们带来伤害与绝望,而无任何权威性可言。目前影响法院权威的最大问题是审判权的滥用,而要防止审判权的滥用,唯一的办法是加强对审判的监督,因而,任何削弱对审判进行法律监督的做法,不仅影响司法公正的实现,而且会削弱乃至损害审判的权威性。

(三) 将法院和检察院确立为国家的司法机关,强化检察院法律监督职能的改革模式

主张这种改革模式的学者<sup>①</sup>认为,根据我国的政治体制和文化传统,司法体制改革应当从我国的实际出发,不能照搬西方的模式。将检察机关确立为国家司法机关,并履行法律监督职能,不仅具有法理基础和宪政基础,而且符合我国的司法实际,具有社会基础。同时,司法体制改革的目标设计在于如何处理法院、检察机关和公安机关三者之间的权力关系。要处理好这种权力关系,必须在依法治国的要求下,根据司法规律,最大限度地保障司法公正的实现。司法独立、司法分权与监督制约是司法活动的重要规律,司法体制改革必须符合这些司法规律,必须有利于增强法院审判的公正性,强化检察院的法律监督职能。具体来说,在处理检察机关与公安机关的关系上,检察机关应当加强对公安机关的司法控制,检察机关应当成为“法官之前的法官”;在处理法院与检察机关的关系上,要在不影响法院独立审判的原则下,加强对审判的监督,特别是民、行审判的监督,确保法制的统一和司法公正。

这种改革模式是我国司法机关所采取的改革模式,它符合我国的实际。根据司法规律和我国目前改革的情况,笔者认为,我国司法体制改革的总体目标应当是,围绕宪法规定的司法独立,不断丰富和完善有中国特色的社会主义司法体制和制度,建立能够保障司法权依法独立、公正、高效行使的法律制度和运行机制。所谓“依法”就是要在履行法定职能的过程中,保证能够完全依照法律的规定行使法律赋予的权力,能够有效地防止违法行使和滥用司法权。“独立”,就是在行使司法权的过程中,不受法律以外的各种因素的干扰和左右,真正做到只服从法律。“公正”就是要保证公平地对待每一个公民,避免在不该行使司法权的场合或者对不该行使司法权的人或事行使司法权,杜绝滥用司法权的现

<sup>①</sup> 参见张智辉《法律监督机关设置的价值合理性》,载《法学家》1999年第5期;龙宗智《论检察权的性质与检察机关的改革》,载《法学》1999年第5期;倪兴培《论司法权的概念与检察机关的定位——兼评侦检一体化模式》(下),载《人民检察》1999年第5期。

象,保证对案件作出的处理合法、合理。“高效”,就是要讲求及时和实效,不断提高司法活动的水准,按照司法权运作的规律来行使司法权,要坚决消除司法活动中的久议不决、久拖不办等现象,努力改变监督主体与监督对象之间的对立、扯皮等现状,保障司法权行使的及时性和有效性。

## 二、司法体制改革的途径

我国司法体制改革已经迈出了坚实的一步,取得了可喜的成绩。但随着改革的不断深化,必然涉及一些深层次的问题,基于我国目前社会环境和所处的发展阶段,要卓有成效地推进司法体制改革,就必须从我国社会制度变迁或制度创新的一般规律出发,把握司法体制改革的途径。笔者认为,深化司法体制改革的途径主要有以下几条:

### (一) 积极稳妥,循序渐进

经济基础决定上层建筑,这是马克思主义的一个基本观点,即“权利永远不能超出社会的经济结构以及由经济结构所制约的社会的文化发展。”<sup>①</sup>我国正处在社会主义初级阶段,市场经济体制尚在建立与完善中,国民整体的物质生活水平相对较低,法律意识还十分淡薄,司法人员的整体素质也有待提高,在这种大的国情条件下进行司法体制改革,必须与我国社会主义市场经济发展的进程相适应,寻求合理的改革路径,不能盲目的按照西方发达国家的模式进行设计,否则,在条件不具备的情况下,再完善的设计也只能是“乌托邦”。“历史的经验已经反复地证明,理论上很完善的制度并不一定可以付诸实施,而行之有效的制度却未必是事先设计好的。”<sup>②</sup>我国过去的某些“跃进”、“改革”不仅收效甚微,而且适得其反,除了制度本身的原因外,更重要的是缺乏相应的条件。司法体制改革也是如此,条件是进行改革的基础,要在条件允许的情况下,寻求最佳的制度设置。司法体制改革是一项复杂的系统工程,牵涉许多方面,要改变这些方面就必须遵循先易后难、由浅入深、循序渐进的途径。

但是,也应当看到,制度对制约的条件也具有一定的反作用,即制度的改革,在某种程度上对相关条件的改变具有促进作用。因而在司法体制改革方面,我们反对机械的、保守的观点,而主张解放思想,积极探索,大胆创新。从某种意义上说,改革就是制度创新的过程,要保证制度创新对社会条件的“超前”在一个合理限度内,就必须对一定时期社会条件的变化趋势作出正确的预测,否则,所创立的制度就难以执行,甚至会造成局部性的法制破坏。众所周知,我国目前突

① 《马克思恩格斯全集》第 45 卷,第 494 页。

② 季卫东《法治与选择》,载《中外法学》1993 年第 1 源期。

