

中国刑事司法决策机制研究

ZHONGGUO XINGSHI SIFA
JUECE JIZHI YANJIU

张祥伟◎著



中国政法大学出版社

中国刑事司法决策机制研究

张祥伟◎著

ZHONGGUO XINGSHI SIFA
JUECE JIZHI YANJIU



中国政法大学出版社

2018·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（CIP）数据

中国刑事司法决策机制研究/张祥伟著. —北京:中国政法大学出版社, 2018. 9

ISBN 978-7-5620-8600-0

I. ①中… II. ①张… III. ①刑法—司法制度—研究—中国 IV. ①D924. 04

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第227275号

- 出版者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路25号
邮寄地址 北京100088 信箱8034分箱 邮编100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话 010-58908586(编辑部) 58908334(邮购部)
编辑邮箱 zhengfadch@126.com
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 880mm×1230mm 1/32
印 张 7.375
字 数 178千字
版 次 2018年9月第1版
印 次 2018年9月第1次印刷
定 价 39.00元



谈到中国刑事司法决策，难以抛开对于“中心”的研究，无论是刑事司法决策实践所存在的侦查中心与案卷笔录中心，还是目前学界对于另外一个中心——审判中心——的追求，都突出了对于中心的关注。然而，“中心论”的出现与持续恐怕更是基于一种对于刑事诉讼“阶段论”的划分，正是因为刑事诉讼有了立案、侦查、起诉、审判和执行五个阶段的划分，所以才“激发”了实务界对于“中心”的地位之争，更进一步“局限”了学界关于刑事司法决策之“中心化”的界定。可以说，无阶段之分便无中心之争。但是否可以讲有阶段之分就必然引起中心之争呢？

对于中国刑事司法决策之研究，必须把握好两种认识：第一，刑事诉讼阶段化背景下的司法决策未必一定要选定“中心”，对于“中心”的强调恰恰证明了各个阶段无法保证自身权责履行的恰当完整，以致对自身行为存在不自信；第二，刑事诉讼之五个阶段界限存在模糊，界限模糊必然导致各司其职难以实现。只有基于对中国刑事司法决策这两种“假设”的认识，才能真正把握中国刑事司法决策之“真”。

本书并未纠缠于“单个树木”，而是放眼于“整片森林”。本书没有采用平行线式或分解式研究，而是采取一种动态视角予以审视整个中国刑事司法决策。本书不再强调“中心”，既不对于“侦查中心与案卷中心”进行极力否定，也不对目前学界所追求的“审判中心”进行极力肯定，因为无论是否定还是肯定都是对于“中心论”的默认。本书更强调突破“中心”的讨论，指向三个机关对于自身职责的真实履行，即“恺撒的归恺撒，耶稣的归耶稣”。只要做好本职工作，对得起内心的“真”，或许所谓的问题便不再是问题。

序 言	001
第一章 司法权分立背景下的公检法	002
第一节 司法权的独立	002
一、中国司法权的独立	003
二、域外司法权的独立	010
三、“三权分立”之质疑	021
四、司法与司法权之再理解	024
第二节 中国司法权分立背景下的公检法定位	032
一、我国公安机关的刑事司法定位	032
二、检察权性质之争与检察院的法律定位	042
三、我国法院司法权的宪法定位	057
第二章 中西方司法架构模式	063
第一节 西方一元司法架构模式	063

一、西方一元司法架构模式的基本特点	064
二、西方一元司法架构模式的理论依据	067
第二节 中国的二元司法架构模式	074
一、以审检并列为载体的模式结构	075
二、二元司法架构模式的理论基础	079
第三节 中西司法架构模式对比	089
一、中西司法架构不同的定位	089
二、中西司法机关概念与内涵的差异	091
三、中西检察机关地位与职能的差异	092
第三章 刑事司法决策之实际	096
第一节 刑事司法决策机构设置	096
一、审判机关的职能机构	097
二、检察机关的内设机构	103
第二节 刑事司法决策基本制度	109
一、案件请示制度	109
二、承办人制度	125
三、主诉检察官制度	127
四、庭前会议制度	138
第三节 刑事司法中的审检职权	150
一、审检职权内容之涵摄	150
二、刑事诉讼中审检职权的考量	154
第四节 中国刑事司法决策现实运行状态	159
一、诉讼构造：侦查中心主义	159

二、审判方式：案卷笔录中心主义	163
第四章 中国刑事司法决策机制之困境	172
第一节 刑事司法决策机制之外部困境	172
一、刑事司法运行体制架构关系中的法院附属化倾向	172
二、程序阶段论安排导致三机关配合远胜于制衡	176
三、司法权之地方化弱化其独立性、专属性	181
四、司法过程遭受法外合法性影响	183
第二节 中国刑事司法决策模式运作之内部困境	185
一、审判体制内部结构的行政权威化	186
二、审判价值追求的实体化倾向	195
三、审判程序的形式化	197
第五章 中国刑事司法决策机制之完善	199
第一节 外部关系调整与完善	199
一、明确权力界限，确保审判权的统一性、独立性	199
二、调整、强化权力制约机制，防止“追诉推进性”的 不当倾向	204
第二节 内部关系的调整与完善	209
一、完善权利制约权力机制的程序化、规范化	209
二、突出程序正义，强化司法审判的程序制约	210
参考文献	219

伴随着中国特色社会主义法律体系的逐步形成与完善,我国的法治化进程不断迈向更高的台阶,“法治”的理念也不断深入人心,而作为法治重要方面的司法改革更是不断取得阶段性成果。然而,就中国的整个司法体制运行实践及其成效而言,在取得重大成就的同时,问题依然存在:少数人对司法现状仍有不满和抱怨,目前仍不可避免地存在司法不公与司法腐败现象,而偶发的一些热点案件^[1]也将司法机关推向舆论的风口浪尖。对此,学者们也给出了自己的回应。在宏观层面上,从理念观念落后、司法与民意互动、司法机制完善等角度予以研究性回应。在微观层面上,则从案卷移送制度、审判规则、证据规则等视角予以改进性尝试。但是,仅从宏观层面或刑事司法程序的外部视角来观照司法运行的问题,显然很难把握问题之实质,使研究落到实处。而仅从微观层面或具体制度、规则之完善来提出建议,则难免出现一种阶段性思维之弊端——只见树木不见森林。而无论是从宏观层面还是从微观层面所进行的研究,大多都是以一种外部的视角来分析司法运行内部之问题,难免与司法实务存在距离。而从司法运行内部具体决策活动的视角予以观察,则可以对刑事司法体制机制及其运作有更为深刻和全面的理解,而这一视角便是刑事司法决策机制。对于中国刑事司法决策机制进行研究,首先需要把握的一个前提就是我国法院与检察院的“二元司法模式”,^[2]而这一司法模式则是建立在司法权分立的基础之上的。

[1] 如:“余祥林案”“许霆案”“赵作海案”“药家鑫案”“李昌奎案”“天价过路费案”等。

[2] 目前,我国体制呈现出“一府两院一委”的安排,但是监察委所涉及的司法职权主要针对对公职人员的职务性犯罪,对象及处理方式具有特殊性,并且最终的公诉机关同样是检察机关,因此将其作为一种特殊制度安排在本书中不予探讨。

第一章

司法权分立背景下的公检法

司法与司法权作为法律和法学上的两个至关重要的概念并非固有概念，司法是基于社会发展之需要而产生的，而司法权则是以司法为依据而存在的。具体到司法权的分立，则当然是以司法权的独立为前提的。只有司法权实现了与其他国家权力的独立之后，才有可能在此基础上谈论司法权的分立。而司法权当然并非自始便是一种独立的权力，它有着一个漫长的独立过程。

第一节 司法权的独立

恩格斯曾说：“随着法律的产生，就必然产生以维护法律为职责的机关——公共权力，即国家。”^{〔1〕}而从这种发生学的视角来看，作为一种具有裁判性功能的“司法”可能自法律产生之时便早已作为一种权力现象而存在。在古代社会里，国家机器远不如现代这样发达，与近现代社会相比，司法之社会自治性明显地占有更为重要的地位。古罗马时期的家长、中世纪的封建领主和中国古代社会的族长等在调解和处理纠纷之时所行使的职能便具有裁判性的功能，是一种广义上的司法职能。这从一个侧面也说明司法在历史上原本是一种带有强烈的社会自治色彩

〔1〕 参见《马克思恩格斯选集》（第2卷），人民出版社1995年版，第538～540页。

的活动，而并非国家某个机关所集中、专有之职能。^{〔1〕}而就作为一项国家专有权力的司法权而言，或者说完整形态的、独立的司法权的出现则是近代法治社会的事情，是国家权力分立的结果，它呈现出一种司法职能由社会自治型向国家职能型的历史嬗变。

一、中国司法权的独立

在我国古代社会中，“司法”一词的意思是“执行法律”。行政官吏兼具司法职能是我国长达 2000 多年的封建社会的传统，司法职能一直是从属于行政的一项附属功能，未曾从国家的权力体系中分立出来。正是由于封建社会行政与司法两种职能不分，司法归属于行政，因此那时所谓的“司法”与现代司法之含义相去甚远。^{〔2〕}而对于法律的执行则是包括了现代的行政与审判的双重内涵。可以说，在我国历史上的封建社会中，司法权无论如何都无法与行政权相抗衡，行政权的政治法律地位远在司法权之上，其行政权之发达程度是世界所罕见的，司法权根本不具有与行政权相抗衡的政治法律地位。自鸦片战争以后，伴随着西学东渐之势，中国有识之士逐渐将西方的民主政治思想介绍并引入中国，三权分立之理论在中国得以传播，司法独立由此便有了生发点。在百年的历史发展进程中，中国司法独立历经曲折，从清末到民国再至新中国的成立，司法独立的实现，可以说是命途多舛。^{〔3〕}

〔1〕 杨一平：《司法正义论》，法律出版社 1999 年版，第 26~27 页。

〔2〕 赖梁盟、郝婧文：“从司法改革角度解读司法权”，载《当代法学论坛》2009 年第 1 期。

〔3〕 自民国初年（1912 年）专门设立司法机构，使司法脱离行政以来，司法与行政之间“剪不断、理还乱”的关系一直在延续。行政权不仅时常凌驾于司法权之上，而且对司法权的渗透几乎达到了司法系统的内部。即使是在中华人民共和国成立之初，也曾一度采取司法隶属于行政的体制。

（一）西学东渐与清末修律：司法独立之先声

19世纪中叶，随着中国国门被帝国主义坚船利炮打开，西方之法律文化也被源源不断地输入中国，强烈地冲击了中国传统大法律文明，两种法律文明从此便开始了冲突与融合的过程。一些有识之士开始学习、研究并接纳西方法律观念、体系，同时对中国的传统法律进行深刻反思。代表人物严复就坚决主张实行新法制，并行三权分立之体，保障审判之独立。他指出：“所谓三权分立，而刑权所有事者，论断曲直，其罪于国家法典，所当何科，如是而止。”^{〔1〕}变法领袖康有为在变法改制的过程中要求建立君主立宪制，并实行三权鼎立。他认为：“近泰西政体，皆言三权，有议政之官，有行政之官，有司法之官，三权立，然后政体备。”^{〔2〕}反封建斗士章太炎对司法之独立也是极力推崇，“晚世之言治者，三分其立法行政司法而各守以有司，惟刑官独与政府抗衡，苟傅于辟，虽达尊得行其罚”^{〔3〕}。不仅如此，他还卓有见地地提出能够保障司法独立的两条举措：首先，司法官吏要由通晓法律、熟悉历史、周知民情之士担任。对相关法律，任何人不得擅改和逾越，如有违反，当惩不怠；其次，政府无权罢黜司法官吏，以保证其独立公正司法不受强权之干涉。从以上具有代表性的人物对司法独立所持立场之发展，可以看出司法观念之转变与更新已成为中国时代发展进程之要求。这不仅为清末修律也为晚清之司法改革从制度层面上确认司法独立奠定了观念基础和舆论基调。

司法制度之改革是清末修律的重要内容之一。1906年清政府对司法机关予以改组，将刑部改为法部并让其专任司法行政；

〔1〕 严复译：《法意·第十九卷第二十六章·案语》。

〔2〕 “上清帝第六书”，载《戊戌变法》（第2册）。

〔3〕 《章化丛书·检论卷七·刑官》。

将大理寺改为大理院并让其专任审判。法部所颁行的《大理院审判编制法》首先确立了司法独立之原则：“自大理院以下及本院直辖各审判厅局关于司法裁判全不受行政衙门干涉，以重国家司法独立大权而保人民身体财产。”〔1〕同时其中第12条还规定了审判权与检察权分立之制度：“凡大理院以下审判厅、局均须设有检察官。其检察局附属该衙署之内。检察官于刑事有提起公诉之责。检察官可请求用正当之法律。检察官监视判决后正当施行。”〔2〕由此也奠定了检察制度在我国发展的基础。在此之后，载泽在1906年拟定的新官制中表述：“首分权为定限。立法、行政、司法三者，除立法当属议院，今日尚难实行，拟暂设资政院以为预备外；行政之事，则专属之内阁各部大臣……司法之权，则属之法部，以大理院任审判，而法部监督之，故与政府相对峙，而不为所节。”〔3〕清政府在随后制定的《各级审判厅试办章程》和《法院编制法》中进一步明确和贯彻了司法独立之原则。清廷在颁布《法院编制法》上谕中也指出：“各审判衙门朝廷既予独立执法之权，行政各官既不准违法干涉。”〔4〕1908年9月颁布的《钦定宪法大纲》也规定：审判权由审判机关依法行使，只服从律令，皇帝不得以诏令更改判决，干涉司法审判。

尽管清末修律与司法改革对于司法独立之原则予以了清晰的确认，并且对于该原则在我国的发展起到了奠基性的作用，但是晚清的司法制度改革无疑是带有极大的时代局限性的。一方面它是建立在封建王朝统治基础之上自上而下的一次改革，

〔1〕 见《大清法规大全·法律部》。

〔2〕 见《大清法规大全·法律部》。

〔3〕（清）载泽：“奏请宣布立法奏折”，载《辛亥革命》（第4册），第29页。

〔4〕《大清宣统政统》卷二十八。

某种程度上损害了统治者的统治利益，难以被社会上层所完全接受，并且立法实践并没有结合中国之实际国情，法典编纂以照搬西方法系为主，在“礼与法”的冲突中明显处于下风；另一方面由于半殖民地半封建社会性质下领事裁判权这一“治外法权”的存在，司法独立的现实基础受到了严重打击，国家主权统一之原则遭到了严重破坏，分权只是名存实亡。这两方面都注定了“阻力丛生”的晚清司法改革只能是历史的装饰品，但它“不仅展现出中国人法律意识的觉醒，而且还为中国法律实现近代转型，确立了航标，奠定了基础”。〔1〕

（二）民国时期之司法独立

辛亥革命结束了中国的封建专制制度并建立了中华民国，资本主义的民主法制建设也随着社会变革获得了长足发展，作为现代法治重要原则之一的司法独立也在某种程度上得到了弘扬。南京临时政府颁布的《中华民国临时政府组织大纲》便是依据资产阶级三权分立之原则，设立立法、行政、司法三机关，其第6条规定：“临时大总统得参议院之同意，有设立临时中央审判所之权”〔2〕，即由中央裁判所来行使司法权。《中华民国临时约法》可以说是资产阶级宪政运动的结晶，民主性和法治性的程度比较高。它以西方资本主义三权分立制度为范本，将国家权力划分为立法权、行政权、司法权，分别归属于参议院、临时大总统和国务员、法院。其规定“法院以临时大总统及司法总长分别任命之法官组织之。法院之编制及法官之资格，以法律定之”（第48条）。并且明言司法独立：“法官独立审判，不受上级官厅之干涉”（第51条）。“法官在任中不得减俸或转

〔1〕 张晋藩：《中国法律的传统与近代转型》，法律出版社1997年版，第475页。

〔2〕 《南京临时政府公报·法制》一、二号。

职，非依法律受刑罚宣告，或应免职之惩戒处分，不得解职。惩戒条，以法律定之”（第52条）。可见，司法权在中华民国时期已经从法律上得以独立，并且司法独立之原则也通过法律予以明确之。可以说这是对于封建专制制度下司法权完全依赖行政权状态的一种巨大进步，但同样面临着在中国现实国情下难以实施的困境。整个国家尚未统一，多个政权并存，同时帝国主义治外法权仍然没有废除，所以此时的司法权分立与司法独立更多地体现为中国资产阶级的一种追求而难以实施。

在北洋军阀统治的16年中，政治斗争的核心始终围绕着宪制这个问题。1913年10月拟定的《天坛宪法草案》，继承了《临时约法》关于司法独立的原则，并在第88、89条中对此加以进一步明确。直系军阀曹锟1923年公布的《中华民国宪法》（又称《贿选宪法》）是北洋政府正式公布的第一个宪法。该法第101条和第102条基本沿用了《临时约法》关于司法独立的内容：“法官独立审判，无论何人，不得干涉之”，“法官在任中，非依法律，不得减俸、停职或留职”。综观自辛亥革命以后中国法制发展的十几年里，宪制之争是整个法制发展的核心内容，是不同派系争夺合法性的重要筹码。但作为重要筹码的宪制则是当权者的意志产物，完全依附于封建军阀的自身需要。而作为宪制目标之一的司法独立制度也在政治斗争的风雨之中起伏飘摇，并不存在应有的法定性与稳定性。而南京国民政府为实现全国统一之后，则宣布进入训政时期，“确定总理所著三民主义、五权宪法、建国方略、建国大纲及地方自治开始实行法为训政时期中华民国最高之根本法”。《行政纲领案》第4条也规定：“治权之行政、立法、司法、考试、监察五项付托于国民政府总揽而执行之，以立宪政时期民选政府之基础。”1930年制定的《国民政府组织修正案》第四章“司法院”规定：司法院为

国民政府最高司法机关，掌握司法审判、司法行政……由此明确了司法院是国家最高审判机关这一地位。在《修正中华民国国民政府组织法》中又申明，行政、立法、司法、考试、监察为五种独立之治权（第8条）。“‘司法院’设最高法院、行政法院及公务员惩戒委员会”（第36条）。《五五宪草》是国民政府较早颁行的在形式上初具民主意义的资产阶级宪法，规定“法官依法独立审判”（第80条），把司法独立也提到了一个高度。“法官非受刑罚或惩戒处分或禁治产之宣告，不得免职，非依法律不得停职，解任或减俸”（第81条）。1947年《中华民国宪法》把第80条修改为“法官超出党派以外，依据法律独立审判，不受任何干涉”。第81条添加了“法官为终身职”一句。在《法院组织法》第90条还规定：“本章（司法行政之监督）各条之规定，不影响审判权之行使”，为司法独立提供了组织保证。可以说，国民政府时期所制定的相关法律既体现了一种对于西方法律的借鉴，又体现了一种与我国当时客观历史状况的融合，具有相对的先进性与合理性。司法独立之原则也随着现代西方国家价值理念的逐渐引入，在形式上和内容上均获得了某种程度上的发展。

（三）新中国司法权独立行使的历程

1949年2月中共中央发布的《关于废除国民党的六法全书与确定解放区的司法原则的指示》指出：“国民党的六法全书应该废除。”“三权分立”“司法独立”作为资产阶级伪法统的重要组成部分被全盘否定。当然，这并不意味着司法权的分立与司法独立便戛然而止，这只是基于政权性质认识差别而导致的否定性行为，而绝不意味着法律的原则和理念无法得到认可或形成共识。

新中国在1954年颁布的《宪法》是我国的宪制建设长足发

展的重要标志，关于司法独立的原则性规定也在其中，其第 78 条和第 83 条分别规定：“人民法院独立进行审判，只服从法律”，“地方各级人民检察院独立行使职权，不受地方国家机关的干涉”。而同时期的《法院组织法》与《检察院组织法》也对此原则作了近乎相同的规定，由此便确立了司法独立的宪法根基与组织法依据。从法律层面上确保司法机关不再隶属于政府，而是与同级政府平行的机关，只接受同级人大及其常委会的领导。人民检察院实行的则是垂直领导体制。至此便可以清晰地勾勒出我国立法、行政、司法三机关的职责分工及其特征。然而，这种法律层面的规定往往是形式意义高于实质意义，现实实践中缺乏足够的相互制衡机制。

而 1975 年颁布的《宪法》直接从立法上取消了“人民法院独立进行审判，只服从法律”的条文。党的十一届三中全会公报中则明确指出，“检察机关和司法机关要保持应有的独立性”。随后，五届人大二次会议上通过的《法院组织法》第 4 条和《检察院组织法》第 9 条再次明确规定“人民法院独立进行审判，只服从法律”，“人民检察院依照法律规定独立行使检察权，不受其他行政机关、团体和个人的干涉”。由此该原则又从法律层面上得以确认，而现行宪法对此予以重新确认使其获得宪法根基。20 世纪 80 年代中期以来，随着改革开放进程的不断推进，民主法治的观念也日益深入人心，法治观念的更新又进一步推进了司法改革的步伐。法学界对审判独立等的论断和解释也呈现出一片欣欣向荣的景象，而司法权独立行使这在中国从形式到实质的确立成为当代中国法治现代化之必然趋势。党的十五大已将“依法治国，建设社会主义法治国家”作为当代中国跨世纪的治国方略，说明当代中国法治化的进程得到确立和巩固。2007 年 10 月，“十七大”报告把法治政府建设取得新成