

● 诉讼法学文库(5)

刑事司法体制原理

张建伟 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目(CIP)数据

刑事司法体制原理/张建伟著. —北京:中国人民公安大学出版社, 2002. 3

ISBN 7-81059-944-5

I. 刑... II. 张... III. 刑法—司法制度—理论研究
IV. D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 010520 号

刑事司法体制原理

XINGSHI SIFA TIZHI YUANLI

张建伟 著

出版发行:中国人民公安大学出版社

地 址:北京市西城区木樨地南里

邮政编码:100038

经 销:新华书店

印 刷:北京公大印刷厂

版 次:2002 年 3 月第 1 版

印 次:2002 年 3 月第 1 次

印 张:14.25

开 本:880 毫米×1230 毫米 1/32

字 数:408 千字

印 数:0001~3000 册

ISBN 7-81059-944-5/D·801

定 价:30.00 元

本社图书出现印装质量问题,由发行部负责调换

联系电话:(010)83905728

版权所有 翻印必究

E-mail:cpep@public.bta.net.cn

《诉讼法学文库》总序

诉讼法制是现代法治的重要内容和标志之一,也是依法治国的重要保障。我国法制建设的历程已经证明,诉讼制度是否存在、是否完善,直接决定着实体法律的实际效力:没有相应的诉讼制度作为依托,实体权利只能是“水中花、镜中月”;没有完善的诉讼制度予以保障,实体法律将无法如期所愿地实现其追求的立法目的。更为重要的是,诉讼法制的完善程度如何,将直接反映和体现着一个国家、一个民族进步、文明、民主和法治的程度,是区分进步和落后、民主与专制、法治与人治的标志。在现代法治国家,诉讼制度作为法治的一个重要环节,受到了前所未有的重视。美国联邦最高法院法官威廉·道格拉斯曾谈到,“权利法案的大多数规定都是程序性条款,这一事实绝不是无意义的。正是程序决定了法治与恣意的人治之间的基本区别。”^①

我国 1998 年宪法修正案正式确立了“依法治国,建设社会主义法治国家”的治国方略,为推进我国社会主义民主、法制建设,完善我国司法体制,提出了新的纲领和目标。而社会主义市场经济的初步发展则培育了公众的权利观念,并由此对司法公正提出了更高的要求。在此大背景下,通过增设新的诉讼制度以充实公民实体权利的兑现途径,通过完善现行诉讼制度以保障实体法律的公正实现,以推进依法治国,加快社会主义民主与法治的步伐,已经成为我国法治建设的关键所在。

诉讼制度的构建,与人们对诉讼原理的认识和把握有着密切的

^① 转引自季卫东著:《法律程序的意义》,载《比较法研究》总第 25 期。

关系。诉讼原理是人类在长期的诉讼实践中,在大量的经验教训的基础上总结出来的、对有关诉讼活动的规律性认识。诉讼原理在诉讼制度的构建及运作中起到的是高屋建瓴的作用,正确认识和准确把握了诉讼原理,才能构建较为完善的诉讼制度,才能够推动诉讼活动向良性运作的状态发展。我国在大力发展诉讼法律制度时,对于人们经过长期的理论和实践探索获得的原理性认识,不能不予以重视,也不能不认真加以借鉴、吸收。

我国诉讼活动曾十分严重地受到“左”倾思潮和法律虚无主义的影响,诉讼规律和诉讼原理长期被忽视、被冷落。由此造成的后果之一是:司法机关和诉讼制度的功能被狭隘化。例如,刑事司法机关和刑事诉讼法律仅仅被视为镇压敌人、惩罚犯罪并通过镇压敌人、惩罚犯罪来保护人民的功能单一的工具,忽视了司法机关和诉讼法制所具有的制约国家权力使之不被滥用和保护包括犯罪嫌疑人、被告人在内的公民基本人权的作用。对诉讼原理、诉讼规律认识的片面和浅陋,已经严重地制约了我国诉讼法制发展的步伐,而且直接对公正、文明地进行诉讼活动产生了相当消极的影响。要扭转这一局面,必须在总的法律观念上作一个大的转变,同时大力借鉴、吸收法制发达国家丰富的研究成果和宝贵的实践经验,加强对诉讼原理、诉讼规律的研究。

对诉讼原理的正确认识是诉讼立法科学化的前提条件。正确把握了诉讼原理,可以帮助我们全面地认识司法机关的功能,并对各种不同的诉讼模式、规则进行正确的取舍,或者在一定的诉讼原理的指导下构建较为科学和更适用“本土国情”的诉讼模式、规则,由此形成的法律,容易具有较强的民主性、文明性和科学性。反之,如果不能正确把握诉讼原理,对于存在着内在价值冲突的各种可供选择的立法方案就可能难以作出正确的选择,立法活动就可能要多走许多弯路,甚至要付出沉重的代价,才能重新找到一条民主、文明、科学的道路。

对诉讼原理的正确认识对于司法活动同样具有重要的积极价值。对诉讼原理的认识可以在一定程度上弥补立法的不足。法律永远是抽象的。为了将抽象的法律适用于具体的案件,就必须有一个科学的观念作为指导。对基本诉讼原理的正确认识,在很大程度上可以

指导人们对司法活动中必然存在的种种法律适用问题作出科学的解释,从而使法律规定本身存在的不足得到补救。在现代社会,由于法律稳定性与现实生活千变万化的不协调关系只能通过赋予司法人员裁量权的途径予以调和,因此,对基本诉讼原理的认识,还直接关系到司法人员在行使法律赋予的自由裁量权时,能否作出符合公正标准的决定或者裁判。

要贯彻“依法治国,建设社会主义法治国家”的治国方略,保障诉讼活动公正进行,就必须认真研究诉讼原理,把握诉讼规律。当前,我国已有不少学者开始探索一些司法原理性的问题,如诉讼法律观、诉讼法哲学、诉讼目的、诉讼职能、诉讼价值、诉讼法律关系等,并已取得相当大的进展,有力地推动了人们法律观念的变化,并对立法和司法活动发挥了指导作用。但总地看来,我国诉讼法学界对诉讼原理问题的研究距离立法、司法实践的需求还有很大差距,还需要继续深入。尤其是现有的研究成果一般只是就诉讼的某一方面进行的研究,缺乏对一般性诉讼原理的全面、系统的探讨。因此,随着我国法制进程的推进,探讨一般性诉讼原理,如对证据法学理论基础的研究以及对宪法诉讼、集团诉讼、小额诉讼等新型诉讼制度的研究,已经成为我国诉讼法学界必须研究的课题。

中国政法大学诉讼法学研究中心是以诉讼法学为研究领域的国家重点学术研究机构,系2000年10月经教育部专家评审并批准的6个普通高等学校人文社会科学重点研究基地之一。该中心以中国政法大学诉讼法学部分专家、学者为专职研究人员,同时聘请国内外一些知名诉讼法学专家、学者作为兼职研究人员。中心主任由樊崇义教授(博士研究生导师)担任,著名的法学家陈光中教授(博士研究生导师)为名誉主任,著名的民事诉讼法学专家杨荣新教授(博士研究生导师)担任中心顾问,知名的中青年学者宋英辉教授(博士研究生导师)任中心常务副主任,知名的中青年学者马怀德教授(博士研究生导师)任中心副主任。知名的中青年学者卞建林教授(博士研究生导师)、陈桂明教授(博士研究生导师)、张树义教授为兼职副主任。中心的学术研究的范围和布局,涵盖整个诉讼法学,下设四个研究机构和研究方向:刑事訴訟法學研究室、民事訴訟法學研究室、行政訴訟

法学研究室和证据法学研究室。其研究内容、结构和研究人员的合理组合,乃是中心优势互补之特色的鲜明体现。本中心的整体科研水平和参与重大决策的能力,以及其科研成果、人才培养、国内外学术交流、资料信息和参与国家立法等方面,均居全国同行的领先地位。按照教育部的要求,本中心正以学术研究为核心,深化科研体制改革,实行全面开放,注重高层次人才培养,加强学术交流,引导和推动诉讼法学的发展,为建设全国一流的、名副其实的重点研究基地而努力拼搏!

为吸引更多的诉讼法学者致力于诉讼原理的研究,同时也为了能够促使诉讼原理研究及时对立法、司法、学理研究等多个领域产生积极的影响,并对司法实际工作有所帮助,我中心特意组织力量进行此项题为“诉讼法学文库”的大型丛书的编辑出版工作。“诉讼法学文库”是我中心的一项长期出版项目,面向国内外专家、学者开放,凡以诉讼原理、诉讼规律为内容且有新意、有深度、有分量的专著、译著,以及对公安、司法工作有指导意义,对立法工作有参考价值的著作均可入选。

中国政法大学诉讼法学研究中心主任

樊崇义

2001年3月北京

前 言

写作这本书的最初动力来源于作者本人在司法机关工作时获得的点滴体会。在“体制内”工作的经历为我提供了一个难得的认识我国司法体制以及司法运作的机会。我并不是抱着要研究“司法体制”这一课题的想法去刻意观察和思考的,但司法体制状况和司法运作还是在不经意间给我留下了一些值得进一步思考的感受。当我将最初的一点点体会孕育成为一本书时,隐约觉得这对于我过去的司法经历总算不是一个辜负。

在法学研究中,“司法体制”是一个热门话题。研究这一课题可以循着两种思路进行,一是评介各国的司法体制,在此基础上寻找可供我国司法体制改革借鉴的内容,并提出改革我国司法体制的具体建议;二是从理论上探讨司法体制的带有规律性的东西,形成若干原理性认识,为司法体制改革提供理论上的助力,因为对于有关司法体制的规律性的认识如果不落实在我国现行司法体制的改革上来,难免会显得有些空泛;而且,如果研究的成果甚至不能致用,则似乎是大可不必缀网劳珠的。

司法体制由四要素构成,一是司法权;二是精神构造;三是实体构造;四是司法体制中的个人——法官。本书从结构上看,基本上是循着这四个要素来建构的。也就是说,本书将司法体制的四个要素作为切入点来研究司法体制的选择和重构问题(不过,在最后一编中,也就与之有关的保障司法良性运作问题进行了探讨)。贯穿于本书的线索,是司法权依法独立行使的问题。

选择司法权依法独立行使的模式抑或是选择相反的模式,是司法体制的核心问题。要解决司法体制的选择或者重构的问题,需要首先进行司法体制精神结构的选择或者重构。现代司法体制是以人民主权、权力制衡和法治作为理念基础的,并以司法公正和效率作为重要的价值目标。它们共同构成了司法体制的现代精神构造。与这一精神相适应的,是司法权独立行使的司法体制模式。这一模式与司法

权高度统制的模式相比,要判断何者更有利于保持司法公正和廉洁,需要从多角度进行分析并在此基础上得出结论。

在我国,司法体制是高度行政化的,权力与责任没有落实到个人,造成许多司法人员主动性、责任心不强,其自我实现的机制没有确立起来。人们对于司法体制改革所寄予的厚望是,怎样使司法保持公正和廉洁,远离司法腐败。法院要解决司法腐败问题,走的却是强化行政化羁束之路。这反映了人们也许普遍存在着的一种顾虑,即:是应当进一步加强行政化羁束,还是进一步加强司法权的独立性?加强行政化羁束是否是一项更为明智的选择?如果强化法官在办理案件中的独立性,是否会进一步恶化司法状况?回答这类问题是必要的。实际上,如果没有相应的配套措施,人们的担心也不是没有道理的。

良好的刑事司法体制建构需要与高素质的司法人员结亲,再好的制度设计没有与之相应的司法人员相匹配也难以取得预期的效果。在诉讼制度改革中,一些动人的方案就是由于司法人员素质过低而难以实行(司法人员素质过低本身与高度行政化的司法体制不无关系),因此,司法体制改革不能不考虑实现司法精英化的问题。但精英司法还需要济之以民众参与司法的民主机制,并与设计优良的诉讼程序相结合,否则容易流为司法专横。

本书对于此类问题的回答是否经得起明眼人的品鉴,是作者私下里最为关心的。

当然,一本书还要经得起时间的检验,方为无愧于世的作品,这却是作者所不敢奢望的。毛提默·J·阿德勒曾经在一本名为《怎样阅读书籍》的书中说过:“一本书是另一本书的引子(The one is the cause of the other)”。我心底里的一个愿望,是这本书能够唤起更多的人对我国刑事司法改革的兴趣,从而成为他人杰出著作的引子。苟能如此,心里已经是十分满足了。

在本书写作过程中,陈光中教授曾给予悉心的指导,刘家琛先生、严端教授、程味秋教授、周士敏教授、樊崇义教授、尹伊君先生也都提供了不少有益的建议,特此深表感谢。这本书也便献予他们,藉表微忱。

作者

2002年2月26日

《诉讼法学文库》编辑委员会

主 任：陈光中

副主任：樊崇义 杨荣馨 应松年

编辑委员会委员：（按姓氏笔画排列）

马怀德 卞建林 李 浩 宋英辉 汪建成

江必新 陈光中 陈桂明 陈卫东 应松年

杨荣馨 张树义 张卫平 樊崇义

主 编： 樊崇义

副主编： 宋英辉 马怀德

学术秘书：吴宏耀

电子邮箱：ssfxyj@sina.com.cn

目 录

导论·····	(1)
---------	-------

第一编 刑事司法权

第一章 “司法”界说·····	(9)
第一节 “司法”的定义方法·····	(9)
第二节 “司法”的词典性定义·····	(11)
第三节 “司法”的设定性定义·····	(12)
第四节 对“司法”的设定性定义的检讨·····	(13)
一、“司法”与“行政”界限模糊·····	(13)
二、“司法”的设定性定义无助于认识检察权的特殊性·····	(14)
三、司法部不“司法”:是耶非耶,不易判断·····	(14)
四、我国对于“司法”的定义来源于前苏联的影响,苏联解体后,俄罗斯已经重新对“司法”进行了定义·····	(16)
五、这类设定性定义为国际间的学术对话增添了障碍·····	(16)
第二章 刑事司法权及其属性·····	(17)
第一节 司法权是一项国家权力·····	(18)
第二节 司法权的本质内容是判断·····	(19)
第三节 对法律具有绝对附属性·····	(20)
第四节 权力运作的消极性·····	(21)
第五节 权力的分散性·····	(22)
第六节 权力的中立性·····	(23)

第七节 决定的终局性·····	(24)
一、刑事司法权是以落实刑罚权为内容的权力·····	(24)
二、刑事司法权的行使必须遵循刑法和刑事诉讼程序·····	(25)
第三章 准司法:检察权的性质归属·····	(26)
第一节 检察权属于司法权·····	(26)
第二节 检察权属于行政权·····	(27)
第三节 检察权是独立于司法权和行政权以外的权力·····	(27)
第二编 精神构造	
第四章 从国家理性到司法理性·····	(35)
第五章 现代刑事司法体制的观念基础(之一):人民主权观念·····	(50)
第一节 社会契约学说中的人民主权观念及其对刑事司法体制的影响·····	(50)
一、社会契约说要义·····	(50)
二、对社会契约说的诘难·····	(53)
三、历史学家为社会契约说所作的辩护·····	(53)
四、社会契约学说的深远影响·····	(54)
第二节 与人民主权观念对立的强力司法观·····	(64)
第三节 刑事司法体制的两大价值模式·····	(69)
一、自由模式·····	(70)
二、秩序—效率模式·····	(73)
第四节 中国传统观念中的国家起源学说·····	(76)
第五节 人民主权观念与我国刑事司法体制·····	(81)
第六章 现代刑事司法体制的观念基础(之二):分权制衡观念·····	(86)
第一节 三权分立学说中的权力制衡观念·····	(86)
第二节 人性取向与权力制约观念·····	(92)

第三节 权力制衡观念与我国刑事司法体制·····	(102)
第七章 现代刑事司法体制的观念基础(之三):法治 观念·····	(107)
第一节 法律主治·····	(107)
一、不存在的武断权力·····	(113)
二、普通法律与普通法院居优势·····	(113)
三、宪法的通则形成于普通法院的判决·····	(114)
第二节 反法治模式:个人主治·····	(118)
第三节 反法治模式:极权主义·····	(124)
第四节 刑事司法机关的现代意象·····	(130)
第五节 依法治国与我国刑事司法体制·····	(134)
第八章 司法公正与司法体制·····	(142)
第一节 司法公正的条件和标准·····	(142)
一、刑事司法公正是以刑事法律本身具有公正品 质为条件的·····	(142)
二、刑事司法公正表现为严格实施具有公正品质 的刑事法律·····	(148)
第二节 刑事司法体制与司法公正的关系·····	(150)
一、有利于实现刑法的目的·····	(151)
二、有利于严格遵守刑事诉讼程序·····	(151)
三、有助于增进廉洁·····	(152)
四、有利于提高效率·····	(152)

第三编 实体构造

第九章 司法统制与司法独立·····	(157)
第一节 司法统制·····	(157)
第二节 司法独立·····	(160)
一、司法权独立·····	(160)
二、法院独立:法院体系内的分权式组织结构·····	(164)

三、法官独立	(166)
第三节 中国司法体制的演变和模式选择	(167)
第四节 现代化与刑事司法体制改革	(181)
第五节 关于在我国确立法官独立体制的建议	(186)
一、法官独立是现代司法的主要特征之一	(186)
二、法官独立是国际社会公认的司法独立的标准	(188)
三、世界大多数国家认同法官独立	(191)
四、法官独立是“依法治国,建设社会主义法治 国家”的需要	(193)
五、我国现有的法官管理体制存在严重弊端,需 要加以改革	(194)
六、我国建立法官独立体制的条件已经成熟	(194)
第十章 检察体制的特殊性:与司法体制的比较	(198)
第一节 检察机关的一体化体制	(198)
一、指挥、监督权	(199)
二、事务调取权	(199)
三、事务转交权	(199)
四、委任分管权	(199)
五、任免、惩戒权	(199)
第二节 检察机关的建置模式与检察权的独立性	(201)
第三节 检察体制异于司法体制的原因	(204)
一、统一法制的需要	(205)
二、职权活动的特性	(206)
三、诉讼规律	(207)
第十一章 司法权的独占性及其背离:以劳动教养 制度为例	(208)
第一节 司法权独占与监禁权的不可让渡性	(208)
第二节 劳动教养制度对司法权独占性的背离	(212)
一、劳动教养以剥夺自由、强制劳动为内容	(212)

二、劳动教养适用的对象主要是破坏社会治安 秩序的违法人员	(213)
三、劳动教养具有一定的惩戒性质	(214)
四、剥夺自由作为惩罚措施只能由刑事法来规定,并只能由法院来决定是否实施于某一个人	(214)
第三节 与国外相似制度的比较	(215)
一、保安处分制度	(215)
二、前苏联和俄罗斯联邦的医疗性和教育性强 制方法	(217)
第四节 劳动教养制度的改革	(222)
第十二章 刑事司法体制的官僚制化	(226)
第一节 官僚制的弊害	(226)
一、形式主义	(228)
二、“权大真理多”的知识等级制	(229)
三、神秘化	(229)
四、利益驱动	(229)
第二节 司法体制中官僚制的生成	(231)
第三节 我国法院内部的行政化结构	(233)
第四节 从认识论角度看司法机关的首长负责制和审判委员会	(237)
第五节 等级制与法官	(243)
第六节 避免司法体制官僚制化的制度建构	(247)
一、司法机关的非行政化	(247)
二、避免科层制	(249)
三、法官任职应有强固保障	(250)
第十三章 刑事司法体制内的个人:法官	(257)
第一节 对法官的角色期待	(257)
一、法律知识、司法经验和一般生活经验	(259)

二、公正无偏	(261)
三、司法官的良心	(264)
四、独立精神	(267)
五、人文素养	(268)
第二节 法官的党性与理性	(271)
第三节 法官的独立性与法官素质的关系	(277)
第四节 法官的选任	(281)
一、国家官员选任的一般模式	(282)
二、法官选任的机构和方法	(283)
三、法官的地位和任用法官的条件	(292)
第五节 精英司法还是庸人司法	(297)
 第十四章 司法民主:刑事司法组织中的民众参与机制	(305)
第一节 治安法官制度	(306)
第二节 陪审(团)制	(308)
第三节 参审制	(315)
第四节 陪审(团)制与参审制的比较	(320)
一、具有同一理念	(320)
二、对法官形成制约	(320)
三、非职业法官具有独立性	(321)
四、外行参与司法	(322)
第五节 我国的人民陪审员制度	(325)
第六节 关于民众参与司法的若干深层问题的思考	(330)
一、制度观念	(330)
二、社会正义观念与民众参与司法制度的运作效果	(334)
三、法官独立与发挥民众参与司法的功能	(337)
四、民族性与民众参与司法的制度	(338)
第七节 完善我国民众参与刑事司法机制的若干设想	(342)
一、是否引入陪审团制度	(342)
二、完善人民陪审员制度	(345)
三、公民意识之培养	(348)

第四编 刑事司法运作

第十五章 刑事司法的不良运作	(353)
第一节 司法腐败	(354)
第二节 司法专横	(361)
第十六章 保障刑事司法体制良性运作的五大 诉讼机制	(365)
第一节 司法克制	(365)
一、启动刑事审判程序中的克制:不告不理	(366)
二、调查案件事实中的克制与能动	(372)
三、在判决生效后的克制:既判力原理	(377)
第二节 诉讼系属	(380)
一、对内的拘束力	(380)
二、对外的拘束力	(380)
第三节 回避	(381)
第四节 复级审理	(383)
第五节 审判公开	(387)
一、司法过程的开放性	(387)
二、审判结果的公开性	(391)
第十七章 法官办案责任制	(394)
第一节 法官的责任	(394)
一、刑事责任	(394)
二、民事责任	(394)
三、行政责任	(395)
第二节 确立法官责任制度的原则	(395)
一、遵行有关国际标准	(396)
二、避免法官责任制度对司法独立构成威胁	(396)
三、惩戒的对象范围应主要限定为故意违法 裁判的行为	(396)

四、法官在法律允许的范围内行使自由裁量权,不应被追究责任·····	(397)
五、对法官的惩戒应当严格遵守特定的程序·····	(398)
六、避免泛刑罚化·····	(398)
 第十八章 刑事诉讼结构中的制约机制·····	(401)
第一节 刑事诉讼中的分权式结构·····	(401)
第二节 从诉讼结构看我国检察机关的审判监督职能·····	(405)
一、审判监督权是否具有权力属性·····	(408)
二、审判监督职能妨碍合理的诉讼结构的形成·····	(409)
三、公诉人存在角色冲突·····	(410)
四、审判监督职能并非不可替代·····	(410)
五、审判监督职能难以走出困境·····	(410)
 第十九章 来自立法和代议机关的监督·····	(411)
第一节 司法独立于民意·····	(411)
第二节 立法和代议机关对司法个案监督的是与非·····	(412)
一、法律根据·····	(414)
二、现实需要·····	(414)
第三节 可供借鉴的一项制度:议会督察专员制度·····	(416)
 第二十章 新闻舆论与司法公正·····	(419)
 结论·····	(425)
 主要参考文献·····	(430)
 后记·····	(436)