

Research of Modern Censorship

当代检察理论研究

上海市检察官协会 编

上海交通大学出版社

当代检察理论研究

上海市检察官协会 编

上海交通大学出版社

内 容 提 要

检察改革乃至司法改革是目前法学理论界和司法实务界普遍关心的重大课题。本书所涉及的内容都是检察改革中的热点、难点问题,并对这些问题在理论基础和司法操作等方面进行了较为深入的研究论证。

本书主要选取了当前检察基础理论中的十个前沿问题,如检察机关的宪法地位及其实现、检察机关司法审查职能、检察职能内部配置与制约、公诉权与法律监督、民事行政检察改革等,进行了理论和实践方面的探索研究。参与撰写的作者是检察机关中具有一定研究能力的资深检察官和法学理论界的专家。本书将对目前的司法改革以及诉讼制度理论研究起到一定的积极作用。

图书在版编目(CIP)数据

当代检察理论研究/上海检察官协会编. —上海:
上海交通大学出版社, 2006
ISBN 7-313-04565-4

I. 当... II. ①上...②编... III. 检察学—中国、
文集 IV. D926.3-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 103352 号

当代检察理论研究

上海市检察官协会 编

上海交通大学出版社出版发行

(上海市番禺路 877 号 邮政编码 200030)

电话:64071208 出版人:张天蔚

上海交大印务有限公司印刷 全国新华书店经销

开本:787mm×960mm 1/16 印张:20.75 字数:391 千字

2006 年 9 月第 1 版 2006 年 9 月第 1 次印刷

印数:1—2050

ISBN 7-313-04565-4/D·140 定价:45.00 元

版权所有 侵权必究

前 言

近年来,上海检察机关的理论研究工作在最高人民检察院和上海市人民检察院党组的领导下,以科学发展观统领检察理论研究工作全局,坚持检察理论研究为领导科学决策服务和检察业务服务的宗旨,以提高法律监督能力建设为主线,整合检察理论研究力量,加强与学术界的交流与合作,健全各项理论研究工作机制,进一步优化理论研究队伍,努力促进检察理论研究成果转化,取得了较明显的成绩,有多项研究成果在高检院评奖中胜出。在全国检察机关检察基础理论研究首次组织奖评选中,上海检察机关获组织奖第一名。在第六届检察理论研究会年会上,最高人民检察院检察长贾春旺提出“要加强领导,采取有力措施,开创检察理论研究的新局面”。在2006年的第七届检察理论年会上,朱孝清副检察长又提出了正确认识和处理好检察理论研究的六个关系、坚持六个指导原则和五项措施。这对于上海检察机关进一步加强检察理论研究和调研工作,推动理论创新,为检察工作和中国特色检察事业的发展提供有力的理论支持具有重要意义。

上海市人民检察院党组历来高度重视检察理论研究,将检察理论研究重要性提升到战略和全局的高度重视和谋划,明确“基础理论研究与应用理论研究并举,侧重应用理论研究”的总体原则,并为检察理论研究提供了有力保障,全市广大检察干警积极投身检察理论研究之中,取得了较明显的成效。据统计,2004年以来,全市检察人员共发表论文百余篇,出版专题研究著作近10部,其中,在全国法学类核心期刊上(截止2006年7月)发表专题研究论文共21篇,对中国检察制度的必然性、检察体制与工作机制改革、法律监督与构建和谐社会、提高法律监督能力等问题的研究取得了新的进展,特别是围绕“检察机关侦查权及其法律属性”、“关于侦捕诉联动与检警一体化”、“故意伤害案件刑事和解制度的理论与实践”、“聚众斗殴若干司法问题研究”、“检察机关提出民事公益诉讼专题研究”、“渎职罪司法适用疑难问题研究”、“贪污罪对象认定中的争议问题研究”等主题进行的专题研究,有的取得新突破,有的引起有关学者专家及学术界的高度关注;同时参加高检院和全国性学术活动人员增多,一些检察人员在高检院和全国性学术会议和研讨会上发表了很有见地的观点,取得了较好社会效果。

为推动本市检察理论研究深入开展,动员检察系统内外的科研力量积极参与检察理论研究,鼓励发表高质量、有影响力、能回答重大理论问题的检察理论成果,繁荣本市检察理论研究,更好地为检察工作和领导决策服务,为检察事业发展服

务,我们将上海市检察官协会 2005 年的 10 个重点课题编辑成书。主要内容是有关中国检察制度、检察机关司法审查职能、公诉权与法律监督、检察机关内部职能配置、检察业务管理等基础专题理论研究,供大家学习时参考。希望广大检察干警在社会主义法治理念指导下,进一步深化对中国特色社会主义检察制度研究,从理论上回答检察体制改革和完善法律监督制度中遇到的重大理论和实践问题,推动检察工作的创新发展。

编者

2006 年 7 月

Contents

目 录

公诉权与法律监督.....	1
第一节 法律监督制度的法理基础.....	1
第二节 公诉权与法律监督的关系	11
第三节 公诉权与法律监督实务研究	28
民事行政检察改革研究	44
第一节 民事行政检察改革的必要性	44
第二节 民事行政检察改革的理论基础	53
第三节 完善民事行政检察的监督范围	63
第四节 完善民事行政检察的监督方式	73
第五节 推进民事行政检察改革的配套机制	82
检察机关司法审查职能研究	85
第一节 检察机关司法审查的法理基础	85
第二节 检察机关司法审查职能的现状	95
第三节 检察机关司法审查原则及其架构.....	103
第四节 检察机关司法审查制度的构想.....	111
职务犯罪侦查与法律监督.....	121
第一节 职务犯罪侦查与法律监督的关系.....	121
第二节 我国职务犯罪侦查制度现状、评析	138
第三节 国(境)外职务犯罪侦查制度的比较及启示.....	143
第四节 强化我国职务犯罪侦查的法律监督.....	148
未成年人刑事检察诉讼程序的改革与完善.....	159
第一节 未成年人刑事检察诉讼程序的研究价值及意义.....	159
第二节 未成年人刑事检察诉讼程序的改革研究.....	166
第三节 未成年人刑事检察诉讼程序改革路径的思考.....	190

检察机关与公安机关、审判机关关系研究	196
第一节 检察监督性质的理论基础与发展方向	196
第二节 检察机关与公安机关的关系	209
第三节 检察机关与审判机关的关系	218
检察职能内部配置与制约研究	230
第一节 检察职能内部配置与制约的理论分析	230
第二节 我国检察机关自侦职权配置与制约的现状分析	234
第三节 检察职能内部配置与制约机制的改革设想	239
检察业务动态管理机制研究	251
第一节 检察业务动态管理机制的内涵及理论基础	251
第二节 当前检察业务管理现状分析和发展方向展望	254
第三节 构建以“院”为单位的检察业务动态管理机制	262
中国检察机关的宪法地位及其实现	272
第一节 问题的提出	272
第二节 中国检察权的宪法定位	275
第三节 中国控权型检察制度的回顾和反思	277
第四节 法律监督权的基本权能	283
第五节 推进法律监督权能建设,全面确立中国法律监督权威	291
职务犯罪预防理论体系研究	299
第一节 问题的提出	299
第二节 职务犯罪预防理论体系研究现状评析	300
第三节 构建职务犯罪预防理论体系的现实基础	306
第四节 构建职务犯罪预防理论体系应解决的问题	308
第五节 构建检察机关职务犯罪预防理论体系的基本设想	313

公诉权与法律监督

第一节 法律监督制度的法理基础

根据《中华人民共和国宪法》的规定,检察机关是国家的法律监督机关,履行法律监督的职责,因此,法律监督制度的合法性是不容置疑的。然而,在中国司法改革的宏阔背景下,法律监督制度的正当性正面临前所未有的理性检视和命运挑战,因此,我们不得不首先关注法律监督制度的正当性,否则,研究公诉权与法律监督的关系就失去了基础,成为空中楼阁,“皮之不存,毛将焉附”。

在法学界,尤其是在诉讼法学界,许多学者从西方国家“三权分立”理论出发,以控辩平等、审判中立等原则为理由,否认检察机关法律监督的宪法地位和法律监督权的正当性。^①一些研究检察理论、宪政理论等方面的学者从多个角度对上述非难进行了回应:从我国宪政体制出发,论证法律监督制度是权力制约的需要;从我国的御史制度出发,论证法律监督制度的历史文化背景;从列宁的检察思想出发,论证法律监督制度是统一法制的需要;从苏联和前东欧国家以及一些大陆法系国家的检察机关具有法律监督职责的事实出发,论证法律监督制度具有一定的普适性等等。^②笔者认为,这些论证都有其道理,均可以构成论证法律监督制度正当性的有力论据。“创新是一个民族进步的灵魂,是一个国家兴旺发达的不竭动力,

① 代表性文章有:夏邦.中国检察院体制应予取消[J].法学,1999(7);陈卫东.我国检察权的反思与重构[J].法学研究,2002(2);唐素林.“检察权是法律监督权”辨析.华中科技大学学报(社会科学版)[J],2003(1);郝银钟.中国检察权研究[J].刑事法评论,5;崔敏.论司法权力的合理配置[J].公安学刊——浙江公安高等专科学校学报,2000(3).

② 代表性文章有:曾贝,田华丽.从列宁的法律监督思想看我国检察机关的监督权[J].求是,2001(11);张智辉,谢鹏程.现代检察制度的法理基础.国家检察官学院学报,10(4);谢鹏程.论检察权的性质[J].法学,2000(2);刘国媛,袁平凡.论检察机关宪法定位的合理性.中国检察——人民检察院组织法修改问题研究,9;夏黎阳,等.强化法律监督的制度设计.中国检察——检察理念与法律监督,7.

也是一个政党永葆生机的源泉。”^①毫无疑问,创新也应当是学术研究最宝贵的品质。从权力制约权力的角度论证法律监督制度的正当性是通常的做法,但从权利制约权力或社会制约权力、或程序制约权力的角度论证却不多见,而从中外权力制约体系总体对比分析的角度来论证更是未曾发现。因此,本文尝试从中外权力制约体系总体对比分析的角度来论证法律监督制度的正当性。

孟德斯鸠曾言,权力容易滥用,这是万古不易的一条经验。^②有权力的人使用权力一直到遇有界限的地方才休止。从事物的性质来说,要防止权力滥用就必须以权力约束权力。美国联邦派著名的活动家麦迪逊曾指出,立法权、行政权和司法权全部集中于同一管理者之手,不论其为一人、少数人或许多人,不论他是世袭的、自己指定的或选举产生的,都可以正当地称为专制。^③孟德斯鸠和麦迪逊的至理名言都强调了权力分立和制约的重要性。任何国家都必须建立对权力的监督制约机制,防止权力的滥用。然而,在权力监督制约的具体模式上,中国和西方发达国家做了不同的选择。西方发达国家主要通过多党制和三权分立,实行权力对权力的制约,辅之强有力的权利对权力的制约、社会对权力的制约以及程序对权力的制约,形成完整的权力制约体系。在这样的体系中,没有必要设置专门的法律监督机关,也没有必要赋予检察机关法律监督权。中国实行中国共产党领导下的多党合作制,实行人民代表大会制,权力对权力的制约主要通过人民代表大会下的行政权、审判权、法律监督权的相互制约实行。由于市民社会还不发达等因素的影响,通过权利制约权力、社会制约权力、程序制约权力的方式还有待加强。在这样的情况下,设置专门的法律监督机关,赋予检察机关法律监督权是十分必要的。

一、权力对权力制约的对比分析

资本主义发达国家普遍实行多党制,如美国民主党和共和党轮流执政,日本自民党、公民党等轮流执政。这类国家政党监督的内容,主要有如下四个方面:一是监督选举,致力于赢得选举而掌握政权。在野党在竞选时,可以批评政府的施政纲领、治国方略及政绩等内政外交问题,也可以揭露个人能力、职业道德、生活隐私等方面的问题;二是监控议会立法。常常是多数党控制和操纵立法过程,推动它提出的法案得以通过,以实现其政治纲要。少数党或反对党则针对在朝执政党的法案,提出赞成或否定的意见,也可提出取代意见,来牵制或阻碍多数党的主导作用;三是监督政府决策及其实施。执政党通过控制政府以行使国家权力。一般而言,政

① 江泽民.论有中国特色社会主义[M].北京:中央文献出版社,2002:243.

② [法]孟德斯鸠.论法的精神[M].张雁深译.北京:商务印书馆,1961:54~156.

③ 何家弘.当代美国法律[M].北京:社会科学文献出版社,2001:102.

府首脑由执政党领袖出任,而且政府各部长和其他政府官员也基本上由执政党各派别头面人物担任。在野党则利用自己的议会党团或利用小党之间的联合来开展质询、表决、不信任投票、弹劾动议等方式监督政府;四是间接影响国家司法机关,维护政党利益。西方国家的司法机关虽然在形式上享有独立性,但由于其成员由行政机关或立法机关任命,政党因此可以通过其控制的行政、立法机关来影响甚至控制司法机关成员的任命,以达到维护本党利益的目的。另外,还可以通过议会预算案的审议来影响司法活动。^①

西方发达国家普遍实行立法、行政、司法三权分立,如美国宪法规定,本宪法所授予的各项立法权,均属于由参议院和众议院组成的合众国国会;行政权属于美利坚合众国总统;合众国的司法权属于最高法院及国会随时规定和设立的下级法院。在这些国家,立法、行政、司法之间相互制衡,防止任何一种权力过于集中。如美国国会可以通过批准或否决总统提出的政府官员任命名单或签订的对外条约、推翻总统对法案的否决、对总统及政府官员提出弹劾等方式,制约总统;国会还可以通过批准或否决任命法官权,以及对联邦法官的弹劾权制约司法权;总统可以通过立法否决权否决国会通过的立法议案,以此制约国会;总统掌握最高法院法官的提名权和任命权,以此制约司法权;法院行使司法审查权,宣布国会通过的法律违宪而导致无效,以此制约国会;法院通过对宪法含义的解释,宣布总统发布的行政命令或其他行政行为违宪,以此制约总统权力的行使。^②

实践证明,多党制和三权分立体制容易导致行动拖延、效率不高等弊端,但在避免权力过分集中和防止权力滥用方面是比较成功的,是一套行之有效的权力制约权力的方法。在这种体制下,没有必要设置法律监督机关,也没有必要赋予检察机关法律监督权。

与西方发达国家相比,我国实行中国共产党领导下的多党合作制,共产党是唯一的执政党,致公党等民主党派是中国共产党领导下的参政党;不实行三权分立,实行人民代表大会制度,行政机关、检察机关、审判机关由其产生并对其负责。邓小平同志曾言:“西方的民主就是三权分立,多党竞选等等。我们并不反对西方国家这样搞,但是我们中国大陆不搞多党竞选,不搞三权分立、两院制。我们实行的就是人代会一院制,这最符合中国的实际。如果政策正确、方向正确,这种体制益处很大,很有助于国家的兴旺发达,避免很多牵扯。”^③纵观中国共产党领导的多党合作和人民代表大会制的确立过程可以看出,这个制度的确有其历史必然性,是人民

① 尤光付. 中外监督制度比较[M]. 北京:商务印书馆,2003:289~298.

② 何家弘. 当代美国法律[M]. 北京:社会科学文献出版社,2001:105~106.

③ 邓小平. 邓小平文选第3卷[M]. 北京:人民出版社,1993:220.

选择的结果。同时这种制度具有明显的优越性,它最能充分体现最广泛的人民民主,从政治上、组织上保证人民是国家的主人,一切权力属于人民;最能充分体现民主集中制原则,既保证国家权力的统一,又保证国家机关更好地分工合作。设置专门的法律监督机关、赋予检察机关法律监督权是这个制度的重要环节。没有法律监督权就无法实现对行政权和审判权的监督制约,无法实现权力对权力的制约。因此,坚持和加强法律监督是必然的选择。

首先,没有法律监督权,无法实现对审判权的有效监督。人民代表大会是全权机关,既要承担繁重的立法任务,又要承担监督行政机关、检察机关、审判机关和军事机关的任务。虽然人民代表大会以人民代表大会常务委员会(以下简称人大常委会)作为其常设机构,但人大常委会主要以不定期开会的形式工作,会期短,需要审议的议题很多,这就决定不可能由人民代表大会对审判机关进行日常监督。即使人大常委会有时间和精力以个案监督的形式进行监督,诸多专家学者也会质疑其合理性,如房保国教授认为:“人大个案监督尽管有一定的价值,在部分个案中也可能产生公正的结果,但其伴随的弊端也是非常危险的。我们认为,人大对法院的个案监督不宜过于推广,人大对法院的具体案件也不宜指手画脚。”^①显而易见,人大个案监督有一定的积极意义,但也有多方面的弊端,主要在于:破坏法院的独立性和权威,而且个案监督可能会加剧法院和人大之间的矛盾;损害法律的可预见性和确定性,尤其伤害了人们对法院判决权威的认知度和信赖感;个案监督会使人大在客观上成为某一方当事人利益的代表,把人大推向社会矛盾的焦点地位,不利于树立人大的权威、公正、超脱的形象;个案监督缺乏程序规范,无听证、无开庭、无亲审、无全面阅卷,监督提起的本身缺乏规范性和权威性,监督意见也难以取得公正性与公信力等等,因此人大个案监督是需要进一步探讨的问题。

与西方国家由行政首长任命法官的做法不同,根据我国宪法和选举法的规定,法官由人大选举产生。宪法规定:“人民法院依法行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”因此,行政机关无权对法院的审判进行干预。当然,实践中由于审判机关的财权和人事权掌握在行政机关手中,行政机关可以运用各种手段对审判进行干预,但这种做法是违背宪法精神的,也是与司法独立精神背道而驰的。正如诸多学者所言,行政机关对审判的非法干预,应当摒弃。

其次,没有法律监督权,无法实现对行政权的有效监督。如同人民代表大会无法实现对审判机关的日常监督一样,人民代表大会的任务和组织形式决定了其不可能对行政机关进行日常监督。由于下列原因,审判机关对行政机关的监督制约也是极其有限的:一是行政诉讼范围和实效的有限性。按照行政诉讼法的规定,法

^① 房保国.人大个案监督要谨慎对待[J]. 新京报,2004-4-27.

院不能对行政机关的抽象行政行为进行审查,即使具体行政行为也有许多被排除在行政诉讼的范围之外,如国防、外交、行政处分等。由于行政机关处于事实上的“老大”地位,法院对于行政案件的处理总是“战战兢兢”,“如履薄冰”,唯恐“得罪”行政机关,其处理案件的公正性和执行判决的力度可想而知;二是审判权的被动性和消极性。“自己不能做自己案件的法官”这句古老的格言阐明了一个深刻的道理,法院必须保持被动性和消极性,不能主动追诉行政机关和行政工作人员的责任,必须保持不告不理、诉审同一。在法治环境还有待改善的情况下,仅仅依靠行政机关的自律和内部监督机制,希望行政机关主动向法院起诉追究其自身或其工作人员的责任,恐怕是一个难以实现的空想。因此,没有处于独立地位的检察机关的介入,审判机关无法有效实现对行政机关的监督。

二、权利、社会、程序制约权力对比分析

“以权力制约权力”、“以社会制约权力”、“以权利制约权力”、“以程序制约权力”是现代法治国家权力制约的四大思路。^①与西方发达国家相比,我国“以权利制约权力”、“以社会制约权力”、“以程序制约权力”还比较乏力,均有待加强,具体分析如下:

(一) 以权利制约权力对比分析

我国“权利制约权力”乏力根源于历史文化背景,首先要对中外历史文化进行对比分析。

在中华文化传统中,儒家思想居于统治地位,而儒家最根本的两条精神就是“仁者爱人”和“和为贵”。“仁者爱人”表明了儒家对人的主体性的关注,但究其实质,“仁者爱人”思想所言之人并非个人或个体。当谈到个体与群体的关系时,儒家用“公”“私”这对概念来表明群体与个人及它们之间的相互关系。“公”是用无私来界定,“私”为个别、特殊,“公”是个体对社会普遍规范的一致与吻合。他们认为公与私是对立的,“君子”应当先公后私。儒家所要求的大公无私主要是克服自我中心主义而使个体与他人和占主导地位的公共精神的道德行为相符合,而西方自由主义区分公私强调的是自治的私人领域与权力的政府公共领域间的区别。“仁者爱人”的另一层思想涉及到处理国家和民众关系上,也就是儒家所用的“君”“民”这一对概念。古代中国的思想家很早就从“神为人主”的迷信中解放思想,而发现了“民”的价值与功能,提出了具有人本主义色彩的口号“民惟邦本”,把民众提到了“国之本”的高度,但儒家关心的只是以群体形式出现的生产者,与西方思想家所理

^① 胡平仁.法理学基础问题研究[M].长沙:中南大学出版社,2001:304.

解的个体有本质区别,被统治者所认同的儒家提出的国家对民所负的道德义务,实质是为统治者出谋划策,提倡爱民的目的在于得到统治权。而西方自由主义思想家理解的社会个体与国家的关系是联系到权利与合法性,从这层意义上说,中国古代是没有也不可能产生我们现在所理解的权利的。因此,儒家所谓“仁者爱人”所包含的思想关注的是作为群体的“民”的主体人格,与现代西方自由主义所说的人的主体性是完全不同的,在中国古代文化的传统中,个体从来未获得过任何意义上的主体地位。

儒家的另一个思想精髓是“和为贵”。儒家主张:“礼之用,和为贵。”基于和谐的精神实质,儒家强调“天人合一”与“人人”之间的和谐。具体来说,君是连贯天地的纽带,所谓“上通上天,下抵人间”,君又需与民之间保持和谐。“克明俊德,以亲九族。九族既睦,平章百姓,百姓昭明,协和万邦,黎民于变时雍。”由此可见,我国传统文化体现出家族本位主义。在这样的社会里,上下的亲和是通过下对上的驯顺和上对下的关爱来实现的,即父慈子孝、兄友弟悌、夫义妇听、长惠幼顺、君仁臣忠的伦理秩序。它不鼓励对立,在这些关系中,不可能形成个人主义与独立精神。家族本位与所追求的和谐的“人人之间”的关系是宗法伦理关系,这种宗法伦理关系与伦理秩序在思想基础、精神实质及表现形式方面都与西方不同。西方思想家以自由主义为思想基础,在主体上强调个体的独立性,与他人及国家的关系表现为权利义务关系。在中国,宗法伦理关系最终期望使整个社会成为一个“温情脉脉”的大家庭,当个人获得在某一范围内能自由选择行为方式的可能性时,这种可能性是来自于恩赐,与“权利”无关。^①

权利就是一定社会中的人的规范性行为的自由度,它体现了作为社会化的人的自主性和主体地位。权力滥用和权力腐败无不是对公民权利的侵犯,限制权力的本质就是为了保护公民的合法权益。一旦公民的权利要求汇合成巨大的社会力量,并通过“民告官”产生连锁性的社会效应,权力腐败现象就会得到有力的遏制。从这种意义说,由公民运用手中的权利监督国家权力的运行也是防止权力腐败的重要方式。西方社会基于传统文化的影响,权利保障法律体系完善,公民的主体意识和权利意识强,公民可以充分运用权利制约国家权力,使权利制约权力成为防止国家权力滥用的重要方式。但在我国,由于儒家思想的影响,公民的主体意识和权利意识淡薄,权利保障法律体系不够健全,权利制约权力比较乏力。

(二) 社会制约权力对比分析

国家权力之所以具有强大的支配力量,主要是因为它代表着社会的公共意志,

^① 谢佑平. 刑事诉讼国际准则研究[M]. 北京:法律出版社,2002:407~410.

掌握着大量的社会资源,因此,社会制约权力的关键首先在于社会直接拥有的资源的多少。社会拥有的资源越多,社会成员对国家的依附性就越小,享有的自由度就越大,从而社会制约国家权力的力量就越大。社会拥有的资源与市场经济的发展程度成正比。因而社会制约权力也只有在市场经济较发达的情况下才有可能。我国长期实行僵化的计划经济,改革开放以后,逐步向社会主义市场经济转变,但就目前而言,市场经济还不发达,由此影响到利益集团、律师阶层和新闻自由不发达。利益集团、律师阶层和新闻自由是公认的社会制约权力的三大途径。利益集团、律师阶层和新闻自由的不发达,导致社会制约权力乏力,以下是具体的分析:

在西方发达国家,利益集团十分发达,它们通过向政党和政府官员提供建议或方案、施加压力、游说及影响国家官员的任命或选举等方式,来表达自身和所代表成员的利益愿望和要求,进而形成对权力的制约。在美国,利益集团五花八门、数不胜数,有寻求团体成员间共同经济利益的集团,如在各种行业性地区性工会基础上组成的全国性劳工利益集团等;有促进诸如种族、少数民族、妇女儿童等社会权益获取的集团,如种族平等大会、犹太人集团等;还有追逐其他目的的集团,如反对死刑、反对堕胎等社会组织等。这些利益集团从各个方面影响政府的决策和政策。事实上,利益集团在很大程度上制约着政府的权力。如劳工部长的人选必须使劳联-产联满意,联邦法院法官的任命得征求美国律师协会的意见。又如马丁·路德·金领导的黑人争取民权的示威活动,有 25 万人参加,曾督促国会把民权立法提上议事日程。^①

在我国,也有一定数量的社会团体,按其成立的宗旨和所处的行业大体可分为三类:群众性组织,如全国各级工会、全国各级妇女联合会等;行业性组织,如个体劳动者协会等;公益事业性组织,如消费者权益保护协会、红十字会等。应当说,这些社会团体从其代表的群体利益要求出发,通过多种途径在协助并推动党政管理部门改进工作、提高工作效率等方面发挥了积极的作用。但由于这些社会团体独立性不强,政府作为准国家机关或准事业单位进行管理,其负责人由政府任命,职工的薪水和行政经费由财政拨款,编制由政府核准,难以真正有效地影响政府。与西方发达国家相比,其制约立法、行政和司法权力的作用比较小。^②

律师是社会制约权力的另一重要途径。在西方发达国家,律师业十分发达,如在美国,2 亿 4 千多万人口中有 100 多万从事律师职业。^③ 律师渗透到国家的政治、经济、文化、社会、生活等各个方面,从政府到企业和个人,离开律师是不可想象

① 尤光付. 中外监督制度比较[M]. 北京:商务印书馆,2003:366~374.

② 尤光付. 中外监督制度比较[M]. 北京:商务印书馆,2003:388~394.

③ 卜维义. 美国的律师[J]. 辽宁司法管理干部学院学报,2001:(3).

的。而在我国,律师业很不发达,主要表现在三个方面:一是律师数量少,我国的人均拥有律师量不足美国的 1/10;二是律师的功能有限,主要从事刑事和民事诉讼代理以及数量有限的法律咨询,参与国家政治生活的程度很低,对政府的决策影响很小,不足以渗透到国家的政治、经济、文化、社会等各个方面;律师的地位不高,还没有成为一种令人敬仰的职业,许多法学院毕业的大学生宁愿选择法官、检察官、警察,而不愿选择律师作为职业。

新闻媒介是社会制约权力的又一重要途径。美国政治家、哲学家杰斐逊指出:“我们相信最终会证明,人是可以受理性和真理支配的。因此,我们的第一个目标是给人们所有通向真理的道路,迄今为止找到的最好的办法是新闻自由。”^①新闻媒介在传播信息的同时,还扮演着监督国家权力运作、防止国家权力滥用并与国家机构相抗衡的角色。新闻媒介在西方被称为“无冕之王”,是“第四种权力”。社会各界通过广播、报纸、杂志、影视等大众传播媒介,发表自己的意见和看法,形成社会舆论,从而对国家、政党、社会团体和公职人员的公务行为实行有效的制约。在我国,虽然宪法规定“中华人民共和国公民有言论出版、集会、结社、游行、示威的自由”,这里的言论和出版自由相当于新闻自由,但我国的新闻媒体无论从设置、管理还是隶属关系上,都从属于政府。这种全部媒体国有化的现状,产生了两个效果:一方面,对于普通民众而言,新闻媒体与政府合二为一,是党和政府的喉舌,是配合政府工作的宣传机构,这使新闻媒体获得了极大的权威性,对普通群众产生极大的威慑力;另一方面,由于新闻媒体隶属于政府,具有垄断地位,缺少舆论竞争,它们对管理与决定自己命运的“顶头上司”——政府部门处于软弱无力的状况。

(三) 程序制约权力的对比分析

以程序制约权力是现代法治国家权力制约的重要思路,这在西方发达国家得到了充分的体现。无论是立法、司法还是行政活动,无不推崇正当程序的价值,无不运用程序约束权力,防止权力的滥用,这在司法上体现得尤其明显。但在我国,无论是立法程序法、行政程序法,还是诉讼程序法,都还比较粗糙,有待进一步完善。实践中,无论是国家公务员还是普通老百姓,程序意识淡薄,程序违法的现象俯拾即是。可以说,相对于西方发达国家,程序制约权力在我国是乏力的。

有人认为,西方发达国家的审判权是神圣至高无上的,法官享有充分的自由裁量权,然而,这种认识并非准确无误。事实上,在西方发达国家,诉讼程序法从多方面对审判权进行限制,法官的自由裁量权也相当有限。相反,我国的审判权受到程序上的制约比较少,法官的自由裁量权更大。试图对中外审判权受程序制约的情

^① 王建红. 西方自由思想的发展及其理论困境[J]. 新闻知识, 2000(4).

况可作如下对比分析:

西方发达国家,尤其是英美法系国家,其诉讼程序法十分发达,对诉讼程序的规定严谨、具体、细致,操作性强,以此限制法官的审判权。比如,美国刑事诉讼法对证据的概念和种类、证据的收集、举证责任和规则、质证规则、证明标准、作证义务和免证特权、非法证据排除规则、传闻证据规则、污点证人作证规则等进行了详细周密的规定,形成了科学严谨、操作性强的证据规则体系,使法官在证据的取舍等方面受到严格的约束。除了严密的程序对审判权有制约外,西方发达国家还在宪法、诉讼程序法以及通过司法判例,设立了多项制度,从程序上对审判权进行制约。比如,在英美法系国家,通过遵循先例制度、陪审团制度、辩诉交易制度、量刑制度等对法官的审判权进行限制。

(1) 遵循先例制度的制约。依据《牛津法律大辞典》的解释,遵循先例制度是指,法官对于他审理的案件在作出判决时,不仅要考虑到先例,即其他法官在已决案件中对与此相同或密切相关的问题作出判决所运用的原则,而且在一定条件下,他要受到已有判决的约束,接受并遵循特定先例所确立的原则,不管他个人是否赞同此原则。^① 在英国,各级法院之间有严格的等级与遵循先例原则:欧洲法院在解释欧共体法所做的判决对所在英国法院有拘束力;上议院的判决对所有英国法院有拘束力;上级法院的判决对所有下级法院有拘束力;高等法院判决对所有下级法院有拘束力,但对其自身无拘束力;所有下级法院均受以上高级法院判决的约束。在美国,也规定了同样的制度。^②

(2) 陪审团制度的制约。美国宪法第六修正案规定:所有的刑事起诉,被指控者应当享有迅速和公开的审判,以及由罪行发生的州或地区内公正的陪审团审判的权利。在陪审团审理的案件中,“陪审团决定被告人命运的权力几乎是绝对的”,“在很多情况下,陪审团能运用这种绝对的权力作出与证据相反的裁决。不管裁决是出于同情害怕还是完全的腐败,反正证明了审判陪审团对司法制度的统治”^③。在陪审团审理的案件中,法官主要的权力是指示陪审团,即“当被告人和起诉方都结束了他们的最后陈述,法官在一个有时被称为指示陪审团的程序中引导陪审团。法官必须指示陪审团在作出裁决过程中有关的法律知识和陪审团的法律责任。这些指示为陪审员界定法律术语和概念,这样陪审员能决定他们听审的证据是否达到宣告被告人有罪的法律要求。”对陪审团作出的决定,一般情况下法官必须无条件

① 杨磊. 英美刑法中遵循先例原则评述[J]. 中国刑事法杂志, (41).

② 陈浩铨. 论遵循先例与权力制约[J]. 法治论丛, 19(2).

③ 爱伦·豪切斯泰勒·斯黛丽, 南希·弗兰克·陈卫东, 徐美君, 译. 美国刑事法院诉讼程序[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2002: 104, 535, 413, 416, 422~423.

件执行,也就是说,由陪审团审理案件,法官的定罪权受陪审团的制约。

(3) 辩诉交易制度的制约。“如今答辩交易被 85%至 90%的刑事案件采用”,“轻微的和严重的罪行都可以通过答辩协议解决,从违反交通规章的罪名到死刑谋杀案件,被告人和检察官都可以进行答辩谈判”。法官若没有保持超然而介入有罪答辩的过程,抗辩双方的权力均势就失衡。如果案件诉至审判,失败的答辩谈判的第一手具体资料可能会破坏担任事实认定者的法官的公正。如果出席了“赐予被告人有罪”的一场谈判,法官如何能公正?因此联邦规则不允许法官参加答辩讨论,许多州也禁止法官积极地涉及答辩谈判。在辩诉交易案件中,主要审查有罪答辩是否有事实基础和审查被告人,以确定答辩的作出是明知、理智和自愿的。显然,在这类案件中,法官的定罪权实际上受到了限制。^①

(4) 制约量刑权的制度。“为了防止法官量刑的任意性,美国的许多州制定了量刑指南,具体规定了量刑的范围。此外,一些州还规定适用死刑必须由原陪审团讨论后决定。”“尽管指南这词听起来不很具有束缚力,但是一些量刑指南,比如联邦系统中的那些指南,非常详细且几乎不给法官自由裁量的余地。”除了制定法对司法量刑自由裁量有限制外,美国宪法第八修正案还禁止联邦和州法院的法官科处残酷和非同寻常的刑罚。最高法院明确了法院在决定刑罚是否不相当的过程中运用的三项标准:如果刑罚就罪行的严重性而言过分严厉;如果同一管辖区其他更严重的罪犯被科处相同或较轻的刑罚;如果与其他管辖区同样罪行科处的刑罚相比,科处的刑罚过于严重。^② 上述措施使法官的量刑权受到严格的约束。

与西方国家严密的程序法形成鲜明的对比,由于受“立法宜粗不宜细”,“成熟一个制定一个”等立法指导思想的影响,我国的程序法呈现出粗线条的特征,往往比较原则、抽象,缺乏操作性,甚至在很多方面存在遗漏。当具体适用时,还需要最高司法机关以司法解释的形式进行解释,或者办理案件的法官根据党和国家的政策、社会治安形势以及案件的具体情况自行解释。由于我国对解释法律的原则、步骤、方法等缺乏规定,无论是最高司法机关还是承办案件的法官,其解释法律均存在相当大的自由度。

英美法系国家法官的定罪权受到陪审团的制约,受到辩诉交易制度、量刑指南、量刑听证会等约束,法官不拥有实质上的、完整的定罪量刑权。在我国,没有辩诉交易制度,没有陪审团制度,也不存在量刑指南和量刑听证会的约束,法官(包括审判委员会)拥有实质上的、完整的定罪量刑权。因此,我们完全可以认为我国法

① 何家弘. 当代美国法律. 北京:社会科学文献出版社,2001:416.

② 爱伦·豪切斯泰勒·斯黛丽,南希·弗兰克. 美国刑事法院诉讼程序[M]. 陈卫东,徐美君,译. 北京:中国人民大学出版社,2002:578,573.