

# 第7卷

# 检察论从

PROSECUTION

REVIEW VOL. 7

◆ 孙 谦 / 主编

◆ 戴玉忠 张智辉 石少侠 / 副主编

## 本卷要目

检察权研究

【倪培兴 王玉珏】

论我国宪政体制和司法体制中的检察权

【梁玉霞】

刑事司法改革中五大权力关系论纲

检察官研究

【马明林】

从司法考试看检察官的职业化

侦查探讨

【詹复亮】

职务犯罪侦查法治化问题研究

【万 毅】

刑事侦查行为论纲

公诉研究

【桑 涛】

公诉一体化研究

【左庆龙 于书峰】

量刑建议制度研究

审判监督

【闵 钊】

论检察官在刑事审前程序中的人权保障职责和作用

【刘继国】

刑事审前程序的反思与重构

【曹 坚】

刑事非法证据排除规则的价值基础及其本土化构建

民行监督

【何小敏 吴世东】

检察机关民事执行监督职能管见

【谢志强】

加入WTO与检察机关提起行政诉讼

他山之石

【徐静村 潘金贵】

论检察官在辩诉交易中的地位和权力



法律出版社  
LAW PRESS CHINA

第7卷

# 检察论丛

PROSECUTION

REVIEW VOL. 7

■ 孙 谦 / 主编

■ 戴玉忠 张智辉 石少侠 / 副主编



法律出版社  
LAW PRESS CHINA

D926.3-  
S935

WUV 01 / 02

-61

**图书在版编目(CIP)数据**

检察论丛.第7卷/孙谦主编. - 北京:法律出版社,2003.12

ISBN 7-5036-4667-5

I. 检… II. 孙… III. 检察学-中国-文集 IV. D926.3-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 109178 号

法律出版社·中国

责任编辑/郑 导

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社·法学学术与综合出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/17.625 字数/519 千

版本/2004 年 1 月第 1 版

印次/2004 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939804

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术与综合出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼  
(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939690

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782 中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636 中法图苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-4667-5/D·4385 定价:35.00 元

## 主编卷首语

阳春布德泽,万物生光辉。《检察论丛》第七卷与读者见面了!

在本卷的编辑过程中,我们既为深入浅出的论辩所折服,也为旁征博引的灼见所感奋,又为言必有中的设想所憧憬;并深深体味,司法公正的博大精深和依法治国的任重道远。但其间,智者的远见卓识和理论的高歌猛进,的确,是举足轻重的。

推进司法体制改革、加强对权力的制约和监督,既是发展社会主义民主政治、建设社会主义政治文明的题中应有之义,也是世界潮流的发展趋势使然。而在全面实现小康社会的伟大实践中,作为宪法所确立的国家法律监督机关,人民检察院是不可或缺的。因为,中国现代检察制度的选择与建构,既有历史的合理性和必然性,也有维护法制统一、制约审判权和行政权、保障司法制度合理运行的诸多功能。因此,如何完善和发挥检察机关的法律监督职能?理应是“健全社会主义法制,建设社会主义法治国家”的宏伟进程中,不可忽略、回避的重要课题。其中,针对检察机关宪法地位、检察权属性的理论研究,尤为重要。为此,本卷编辑了“论我国宪政体制和司法体制中的检察权”、“法治视野中的检察权”、“国家权力结构模式和社会权益维护结构视角的检察权”、“我国检察机关法律监督权探究”、“刑事司法改革中五大权力关系论纲”等文章。而这些文章基本展示了目前有关检察机关、检察权性质的不同学术观点,以及如何强化检察机关法律监督职能的建议和主张。

理论源于实践,脱离实践的理论是苍白、没有生命力的。为此,我们还编辑了一些法学理论和检察实践结合、互动的论文。既有“从司法考试看检察官的职业化”、“职务犯罪侦查法治化问题研究”,也有“关于完善我国提起公诉证据标准的几点反思”和“刑事非法证据排除规则的

价值基础及其本土化构建”等。无疑,这些论文对立法者、司法者、理论者会有一定的借鉴意义。

理论不是一成不变的,而要有与时俱进的品格。其中,借鉴、扬弃者站在何种角度,出于何种目的,采取何种理念,选择何种路径,追求何种目标,不仅直接影响理论研究结果的吐故纳新,而且左右实践者的实际行动。为此,本卷还编辑了“检察引导侦查机制的制度完善”、“公诉一体化研究”、“量刑建议制度研究”、“刑事审前程序的反思与重构”、“检察机关民事执行监督职能管见”和“论检察官在辩诉交易中的地位 and 权力”等文章。而这些文章的独到见解,也会给读者以启迪。正如毛泽东同志所言:“只要你说得对,我们就改正;只要你说的办法对人民有好处,我们就照你的办”!

# 目 录

## 主编卷首语

### 【检察权研究】

倪培兴 王玉珏

论我国宪政体制和司法体制中的检察权

——司法权性质与检察机关定位问题的法理学考察………… (1)

郝为民 彭林泉

法治视野中的检察权 …………… (40)

张如新

国家权力结构模式和社会权益维护结构视角的检察权

…………… (67)

陈慧瑜

我国检察机关法律监督权探究 …………… (88)

梁玉霞

刑事司法改革中五大权力关系论纲

——以检察权为基点…………… (107)

### 【检察官研究】

马明林

从司法考试看检察官的职业化 …………… (124)

陈文兴

检察官职业问题研究 …………… (171)

## 【侦查探讨】

詹复亮

职务犯罪侦查法治化问题研究 ..... (183)

万毅

刑事侦查行为论纲 ..... (232)

庞良程

检察引导侦查机制的制度完善 ..... (272)

丁芙蓉

公诉指导自侦工作机制研究 ..... (294)

卜开明 刘维翔

侦查终结若干问题之比较研究 ..... (306)

## 【公诉研究】

桑涛

公诉一体化研究 ..... (319)

周冬平

关于完善我国提起公诉证据标准的几点反思 ..... (339)

左庆龙 于书峰

量刑建议制度研究 ..... (350)

## 【审判监督】

闵 钊

论检察官在刑事审前程序中的人权保障职责和作用 ..... (364)

刘继国

刑事审前程序的反思与重构 ..... (409)

王利荣

论刑事执行监督的法律根据 ..... (431)

曹 坚

刑事非法证据排除规则的价值基础及其本土化构建 ..... (459)

岑剑平 邓 强

对职能管辖冲突情况下法院不予受理的剖析…………… (473)

### 【民行监督】

何小敏 吴世东

检察机关民事执行监督职能管见…………… (482)

李爱慎

对民事公诉权确立依据及案件范围之探讨…………… (501)

谢志强

加入 WTO 与检察机关提起行政诉讼…………… (512)

### 【他山之石】

徐静村 潘金贵

论检察官在辩诉交易中的地位和权力…………… (525)

陈 虎

美国辩诉交易的结构缺陷及其法律规制…………… (541)

【稿约】…………… (555)



# 论我国宪政体制和司法体制中的检察权

## ——司法权性质与检察机关定位问题的法理学考察

倪培兴 王玉珏\*

### 目 次

#### 引言

- 一、司法权的一般概念与我国宪政的层次上的司法权和司法机关
  - 二、从刑事诉讼的特征看司法权存在的目的或价值
  - 三、司法权、行政权的权力共性与法律监督制约机制
  - 四、刑事司法体制中的侦查权和检察权
- 结语

#### 引言

作为一个法律事实,人民检察院在我国宪政制度和司法制度中的地位是确定的。所谓检察机关的定位问题乃是一个法学问题。葛洪义教授认为,对法学问题的思考存在着两种形式:“根据法律的思考”和

---

\* 倪培兴、王玉珏:江苏省无锡市人民检察院检察官。

“关于法律思考”。在“关于法律思考”中,“根据”往往是在法律之外。<sup>①</sup>作为一个法学问题,检察机关的定位问题显然属于“关于法律思考”的范畴,而这个问题在理论上又直接是由司法权性质问题的论争所引发的。

在欧洲大陆法系国家,近代意义上的检察制度是适应“控审分立”和“控辩平等”的刑事诉讼体制的变革而确立起来的。作为纠问式诉讼制度的解体和刑事法院职能分化的产物,检察机关主要地只是在刑事诉讼结构中发挥犯罪追诉的职能作用,在国家宪政制度的架构中并没有检察机关的独立地位。而在我国,社会主义检察制度则是人民代表大会制度这一根本政治制度的产物;人民检察院的机构和职能设置,是为适应人民行使国家权力的需要而在国家宪政制度这一最高层面上建构的,其建构理念乃是作为马克思主义法和国家学说的重要组成部分的法律监督思想。由于人民检察院具有独立的法律地位,且诉讼职能是人民检察院法律监督职能的主要实现形式,因而法律监督职能的履行是与人民法院的审判职能有机地结合在一起的。所以,在我国现行的宪法框架内,“司法机关”被认为是人民法院(审判机关)和人民检察院(法律监督机关)的统一体。但是近年来,这一司法机关概念开始受到质疑,司法话语的“变迁”似乎要比理论的发展迅速得多。

有学者认为,名词术语的含义有“词典性含义”和“设定性含义”之分,就司法的“词典性含义”而言,其只是审判或裁判的同义词,司法机关仅仅指法院或审判机关。<sup>②</sup>但是,“词典性含义”和“设定性含义”的关系是相当辩证的。例如,有学者写道:“司法语义上的多重状态,一方面表明了对司法在政治系统中的结构性地位或本质缺乏认识,另一方面是由于司法(judicatory)作为一个外来词在中国社会使用过程中的变异所引起的,由于中国政治未发展成司法分权的状态,我们的理论

---

① 参见葛洪义:《法律的理论与方法——法理学作为一门科学的条件和界限》,载《中外法学》2001年第2期。

② 参见张建伟著:《刑事司法体制原理》,中国人民公安大学出版社2002年版,第10页。

在反对分权的过程中,使司法失去了它最初的宪政意义”。<sup>①</sup>显然,所谓“司法分权”这一司法概念的“最初的宪政意义”并不是司法话语所固有的意义,而是随着近代西方宪政制度的确立而获得的“设定性含义”。

从历史的观点来看,伴随着国家政治权力的分化,司法权或司法机关本身同样经历了一个分化的过程。不言而喻,分权的目的是为了相互制约,以防止国家权力背离其存在的目的或价值。而在如何分权、各相对分立的国家权力之间如何实现相互制约等问题上,现代各国的宪政理论与实践均存在很大的分歧和差别。在我国,宪政理论并不绝对排斥“司法分权”,事实上也不是根本没有“司法分权”,所不同的:一是立法、行政、司法三者关系不是采取“三权分立”的模式;二是“司法分权”是指审判机关和检察机关依法独立行使审判权和检察权。

一些学者细致地分析了司法和司法权的形式特征后,将司法权的性质归纳成为被动性、中立性、终结性、判断性等一系列的形式特征。笔者并不认为这些形式特征完全是非本质的、无关紧要的。但是,司法权与其他一切国家权力一样,是形式与内容的统一,司法概念的形式化,无疑会导致对司法权的实质内容的忽略。正如本文将要讨论的,民事司法与刑事司法在审判程序上虽然具有相似的审理形式,但其实质内容却根本不同。刑事司法权在实质上乃是犯罪惩罚权或国家刑罚权,全部刑事诉讼的过程就是一个证明和确认国家刑罚权是否存在的过程;而侦查(预审)、公诉、审判则是国家刑罚权的法定判断形式和实现形式。用辩证法的术语来说,现代刑事诉讼方式不是对纠问式诉讼的否定,而是对弹劾式诉讼的否定之否定。正是这一实质内容决定了刑事司法权与民事司法权不可能具有完全相同的权力构成和行使方式。就这一点而言,有关“司法”话语或概念的论争,与刑法学上关于“构成要件”概念的论争颇有相似之处。按照我国“实质的”犯罪构成理论,犯罪构成是指某一具体行为成立犯罪的法定主客观要件的有机统一。但是,按照大陆法系国家犯罪论的主流观点,构成要件该当还未必成立犯罪,如果人们一定要以德语中 Tatbestand(日本学者将其译为

<sup>①</sup> 参见程竹汝著:《司法改革与政治发展》,中国社会科学出版社2001年版,第25页。

“构成要件”)一词的“词典性含义”来转换我国犯罪构成理论的“话语”,那么,一场话语或概念之争就不可避免。

当然,如同“国家”的概念一样,要在理论上准确而恰当地定义司法权的概念是有难度的。所以,有论者称:“反对‘检察权不是司法权’的人,要么回避司法权的性质问题另辟蹊径,要么在法理或法哲学层面反驳司法权的属性,但是后者是相当困难的”。<sup>①</sup>这个说法不太确切之处就在于,反对“检察权不是司法权”的人所谓的司法权并非“词典性含义”的司法权,因而他们无须回避或反驳“司法权的属性”,而是力图从“法理或法哲学层面”揭示司法权的实质内容和本质属性。按照笔者的理解,所谓“法理或法哲学的层面”,也就是穿透事物的表象而进入到深层次的本质的层面来思考和讨论问题,而要在法理或法哲学的层面上证明“检察权不是司法权”似乎同样是相当困难的。

科学上并没有永恒的理论,理论不过是一个研究者和实践者共同体的研究范式或研究策略。<sup>②</sup>哲学家们一般认为,研究范式意义上的理论是不可否证的。不过,人们有可能在相互竞争的理论之间作出适当的选择,而一个理论的成功与否,取决于其对事实的概括力和解释力,取决于其提供问题和解决问题的能力,取决于其提供的预言或假设(在司法改革实践中表现为各种制度和机制创新)能够在多大程度上经得起事实或实践的检验,即理论能够在多大程度上支持成功的实践。

中国现行检察制度的形成和发展乃是一个无法回避的政治、法律事实,是法学研究的对象。就认识论而言,任何对象事实总是被纳入某种既存的理论框架来进行解释的解释事实。通常,特定的国家权力(例如,检察权)的性质都是被纳入某种立法、行政和司法的既定理论框架加以考察并获得理论上的定位的。假设一国宪法和法律赋予其检察机关的职能使之与“司法权就是审判权”的思想框架发生冲突,那么,理论上可能有以下几种可供选择的研究策略或进路:(1)将检察权排除出司

<sup>①</sup> 参见滕彪:《“司法”的变迁》,载《中外法学》2002年第6期。

<sup>②</sup> 卓越的人类学家马文·哈里斯将其主张的文化唯物主义称为文化人类学的一种“研究策略”。这个概念相当于科学哲学上的“范式”、“研究纲领”等。参见[美]马文·哈里斯著,张海洋等译:《文化唯物主义》,华夏出版社1989年版。

法权范畴而纳入行政权范畴;(2)将检察权解释为第四种权力。例如,法律监督权;(3)将检察权解说为兼具有司法与行政双重属性的国家权力;(4)重构司法权的理论概念,将司法权界定为检察权和审判权的统—体,司法权概念涵盖检察权。

现在,假设我们选择研究策略(1),则该策略的优势是与“国际通行”的司法权概念相—致,但与现行宪法和法律相冲突。因此,其必然的要求是修改宪法和法律。这就带来一个问题:判断法律的合理性以什么为标准?宪法和法律不是不可修改的,但是法律与理论—样根源于现实的生活,因此实质性的问题在于:基于什么理由修宪?应当修改的是宪法还是理论?假设选择研究策略(2),那么,其优势是直接 with 现行宪法和法律相—致,也可以回避理论上的司法权概念之争。但是,该策略不能圆满地回答这—问题:一个执法机关未必是法律监督机关,但是,法律监督机关必须是执法机关,而执法类型只有行政执法和司法两种基本类型,那么,检察机关的执法属于哪—类型?假设选择研究策略(3),则该策略貌似不偏不倚,然而却模棱两可,检察权既可以定位于行政权,也可以定位于司法权,那么,究竟应当定位于什么?可以十分正确地说,折衷主义的研究策略在任何科学领域都很难找到成功的例证。假设选择研究策略(4),则尽管该策略主张的司法概念与司法的“词典性含义”不尽—致(外延更宽),但并不存在根本冲突,且对法律事实具有更强的概括力和解释力,因而不失为—种理性的选择。

我们注意到,严肃的理论争论也呈现了某种偏离学术轨道的倾向。因此,真诚关注理论问题之争的人们应当自觉地将两类不同性质的问题区分开来。恩格斯说过,科学的进步在更大程度上是由社会需要推动的,“社会一旦有技术上的需要,则这种需要就会比十所大学更能把科学推向前进”。<sup>①</sup>显然,科学本身的问题是一回事,是什么力量推动人们投入科学问题的研究则是另—回事。检察权的性质问题是一个法学问题,什么因素推动人们去研究这个问题?为什么检察机关的工作人员或研究人员对这个问题的研究更投入?诸如此类的问题却不是司法改革的理论问题?在司法概念的界说上,确如—些学者所言,存在着

<sup>①</sup> 参见《马克思恩格斯选集》第4卷,人民出版社1972年版,第505页。

“基本立论的分歧”。不过,我们每个人都应该做自己所擅长的事。例如,司法概念或话语论争的背后是否隐藏着“权力关系的挣扎、渗透、流变和不曾停息的明争暗斗”,笔者对此既不感兴趣,也缺乏这方面的洞察力。所以,本文仅就与司法改革相关的若干基本理论问题做些力所能及的思考与探索。

### 一、司法权的一般概念与我国宪政的层次上的司法权和司法机关

如果我们试图从一国司法体制设计的角度探讨司法权的构成及其运作机制,那么,司法权就是审判权或裁判权,就显然是一种狭隘的说法。一个国家权力体制是由不同质的国家权力所构成的,但是,这些不同的权力都必须是国家权力。如果一种权力不具有“国家权力”这个共同属性,国家权力体制的构建就应当将其排除在外。如果检察权、侦查权都是行政权,那么,刑事司法体制是由审判权一权构成的呢,或者是由“司法权”与“行政权”构成的?一些学者主张,“建立以公诉机关为核心、主导的审判前程序”,那么试想,所谓“审判前程序”还是不是“司法程序”呢?为此,笔者曾尝试对司法权的构成作了这样的概括:“所谓司法乃是以诉讼形式进行的执法。而司法权则是人民及其国家机关依宪法和诉讼法取得的依照法定的程序进行诉讼以维护个人、集体和国家合法权益的权利和权力的总和。狭义的司法权则专指依法主持和进行诉讼的国家权力”。<sup>①</sup> 尽管这一司法和司法权概念是否恰当尚是一个问题,但是,这一概念显然并不抹杀司法体制内的“权利”与“权力”之间、检察权与审判权等等之间存在的众所周知的差别,而只是突出了司法和司法权的执法或护法的本质,及其借以与行政执法区别开来的诉讼特征或程序特征。

特别是在刑事程序中,执法主体并不像在行政执法中一样是单一的,而是一个对立统一的体系。检察机关向法院提出的犯罪指控,并非一个受到质疑的行政决定,需要通过法院的司法审查来确认其合法性。正相反,检察机关的公诉乃是审判程序的启动者。虽然,作为检察权的

<sup>①</sup> 参见倪培兴:《论司法权的概念与检察机关的定位——兼评侦、检一体化模式》,载《人民检察》2000年第3、4期。

主要实践形式的公诉权在审判程序上具有与当事人的诉权类似的形式特征,但是无论在法律上还是诉讼法学理论上,它都并非“当事人”的“权利”,而是统一的国家司法权力的一个重要的组成部分。没有它,法院的审判权及其国家刑罚权就根本无法实现。

对于上述司法和司法权概念,陈卫东教授批评道:“这样的讨论实际上已经违背了我们探讨的具体制度构建的宗旨,而到了‘一切权力属于人民’、‘人民才是权力行使者’这样一个宪政的层次,这种对司法权的界定不仅根本无益于区分审判权与检察权的不同,无益于具体制度设计,也使得双方因基本立论的分歧而无法交流沟通”。<sup>①</sup>

但是,人们似乎并没有因为理论上存在一个广义的司法权概念,而变得不能分辨审判权与检察权的不同。如前所述,所谓司法话语或概念上的论争在颇大程度上根源于,中外“宪政层次”上的检察权的不同。例如,“检察权是行政权”,这很难说仅仅是通过对具体诉讼制度中的检察权的性质进行客观分析得到的结论。按照黑格尔的观点,行政权就是贯彻和维护已经决定了的东西的权力。他据此认为:“行政权包括司法权和警察权”。<sup>②</sup>在这个意义上,如果不是因为“司法分权”这一司法概念所含有的宪政意义,行政范畴在逻辑上本来是可以涵盖司法概念的。

笔者已经表述过这样的观点:现实的政治生活中并不存在着是司法权就应当与行政机关或立法机关“实现彻底分离”的绝对命令。就国家宪政体制而言,虽然同属英美法系,英国是个“议会至上”的国家,而美国却崇尚“三权分立”。同样是基于“三权分立”的宪政理念,法国的普通法院并不具有制约或规制立法和行政(包括抽象的或具体的行政行为)的政治功能,这种政治功能主要是由宪法法院(“宪政院”)和行政法院(“国政院”)发挥的。而如同英国的上议院并非本义的司法机关一样,“宪政院”和“国政院”也并非本义的或狭义的司法机关。所以,“法

① 参见陈卫东:《我国检察权的反思与重构——以公诉权为核心的分析》,载《法学研究》2002年第2期。

② 参见[德]黑格尔著,范扬等译:《法哲学批判》,商务印书馆1982年版,第308页。

国的司法官总体上可以分为三类:一类是普通法院系统的司法官,包括法官和检察官,他们具有司法官身份,隶属于司法部。第二类是行政法院系统的司法官,他们也由司法部管理,但不具有司法官身份,而是国家公务员。第三类是既不具有司法官身份,也不具有公务员身份的法官,比如商事法院的裁判官和劳资纠纷调解法庭的调解官”。<sup>①</sup>据此,即便在“三权分立”的政体模式中,“司法”和“司法官”也不见得必须与立法机关和行政机关一刀两断。

在我国,也有学者根据行政诉讼和行政复议制度中存在的困难和问题,建议借鉴法国模式,建立隶属于中央政府的,独立行使行政审判权的行政法院系统。<sup>②</sup>事实上,不仅民事诉讼与刑事诉讼存在着质的区别,而且民事诉讼、刑事诉讼与行政诉讼、宪法诉讼也存在着质的区别。因此,法学理论要恰当地给出司法和司法权的理论概念:

首先,应当把事实上的或具体司法体制内的司法权与国家宪政体制或政治体制上的司法权区分开来。无论中外,“具体司法制度”中的司法权都具有相对的独立性,在具体的司法活动中,各司法主体和司法要素仍然跨体制地结合在一起而自成体系,其相互关系独立地受诉讼法和相关法律的调整。在这个意义上,具体司法制度的建构并不都与司法权的各要素在国家政治体制中的地位相关。不论各国的宪政体制有多大差别,一国刑事司法体制都由侦查、公诉、辩护、裁判等要素所构成,而且不论侦查、检察机关在一国政治权力结构中如何定位,其依照刑事诉讼法进行的职务活动一般均不受法外干预。

其次,是应当重视民事诉讼与刑事诉讼之间,民事诉讼、刑事诉讼与行政诉讼、宪法诉讼之间在诉讼目的、诉讼主体及其诉讼结构上存在的一系列的质的区别,诉讼形式上的相似性往往掩盖了实质内容上的本质区别。自从近代资产阶级宪政制度建立以来,权力分立和制衡的政治观在现代各国均得到了程度不同的认同。但是,各国立法者都清醒地认识到,权力分立不是权力分裂,任何形式的分权都只有一种相对

① 参见刘新魁:《法国司法官制度的特点及启示》,载《中国法学》2002年第5期。

② 参见王学政:《论我国行政诉讼和行政复议制度之创新》,载《中国法学》2001年第4期。



的意义。国家权力在本质上是统一的,无论何时何地,国家权力都必须保持这种不可分割的一体性。而政府的行政权,则是这种统一的国家权力的最普遍的和经常的形式。在任何国家,独立于行政机关的立法机关和司法机关,都不可能包揽全部立法权和司法权。因此,在权力分立的政治或政府体制中,独立司法机关的司法权应当界定在一个什么范围的问题,对于各国立法者来说就始终是一个棘手的问题。

一般来说,尤其对于一个饱受专横独裁的国家权力侵害之苦的社会或社会发展阶段来说,一个只拥有消极被动的裁判权的独立司法机关对于社会的各种政治力量来说都是可以接受的。<sup>①</sup> 因此,在“三权分立”的宪政意义上,司法机关和司法权通常仅指法院及其裁判权,“司法独立”仅限于法院的审判独立。然而,司法权存在的根本价值和目的就在于,保障宪法和法律统一、正确地贯彻实施,而无论是“公法”还是“私法”,任何一个社会的法律都不是能够自动地得到严格的贯彻实施的。法制的推行或法治的实现,乃是一个需要积极主动地加以监督和干预的过程,尤其对于一个缺乏法治传统的、违法现象十分普遍的国家来说,这种积极主动的法律监督对于树立法律的权威无疑具有重大的意义。而在一切违法行为中,执法(包括司法)违法乃是对法制最具破坏性的违法行为。一个处于被动状态的独立裁判机关的裁判权可以制约和防止积极主动的国家权力的滥用,但对于有法不依、执法不严以及违法不纠的问题,却显然是乏力和无奈的。因此,在国家机构中设立专门的法律监督机关,以克服西方传统的“司法独立”的局限性,无疑是我国建立并坚持和完善人民法院依法独立行使审判权和人民检察院依法独

---

<sup>①</sup> 储槐植教授认为:“18世纪出现的三权分立宪法原则,核心是分割行政权力,是基于历史形成的对政府的不信任态度;刑法上罪刑法定原则产生的前提是公众对国家司法机关罪刑擅断的憎恨超过对犯罪的憎恨”。参见储槐植:《试论刑法现代化》,载《中外法学》2000年第5期。