



司法改革思辨

SI FA GAI GE SI BIAN

★ 李国花 等著

天津人民出版社

司法改革思辨

李国花 等著

天津人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

司法改革思辨/李国花等著. —天津:天津人民出版社, 2007. 8

ISBN 978 - 7 - 201 - 05719 - 4

I. 司… II. 李… III. 司法制度—体制改革—研究—中国 IV. D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 142236 号

天津人民出版社出版、发行

出版人:刘晓津

(天津市西康路 35 号 邮政编码:300051)

邮购部电话:(022)23332446

网址:<http://www.tjrm.com.cn>

电子信箱:tjrmchbs@public.tpt.tj.cn

天津市武清区腾龙印业有限公司 印刷

*

2007 年 8 月第 1 版 2007 年 8 月第 1 次印刷

880 × 1230 毫米 32 开本 14.5 印张

字 数: 300 千字

定 价: 40.00 元

序 言

司法改革是我国法学界最近几年的一项重大理论和实践课题。从理论上说,市场经济是契约型经济,它与计划经济需要不同的司法制度;从实践方面而言,随着社会主义市场经济体制的确立与逐步完善,原来的司法制度也逐渐暴露出不能适应市场经济的弊端。譬如:司法活动缺乏有效的监督与制约,司法过程中对地方保护主义和行政干预的无奈,刑事诉讼中仍然有超期羁押与刑讯逼供、证据制度的不完善、裁判后的执行难、律师的权利难以保障等问题。因此法学界对我国司法体系进行认真的检讨,对司法改革进行了大量的探讨与研究,发表了许多研究成果,翻译了很多国外法学著作。

我国的司法改革在近十年来也进行了许多有益的尝试。1996年我国颁布了新的刑事诉讼法,加强了律师对诉讼过程的参与和监督,建立了刑事司法援助制度;法院开始了规模宏大的审判方式改革,加强了当事人在审判中的积极作用,强化了庭审中的证据审查。这些改革尽管取得了一些成效,但显然还是不够的,许多重大问题还缺乏足够的理论论证与突破性进展。因此,我们需要从科学发展观的新视角更深入地对司法改革进行探讨。

该书的研究视野比较广,积累的资料比较全面。作者首先回顾了公民权利法律化的历史,指出,由于我国历史上存在着长期专制主义的传统,公民权利的观念非常淡薄,在我们的司法和执法的各个环节中,侵犯公民权利的情况还时有发生。因此,通过改善司法制度,包括司法机关的设立与司法程序的改良来保护公民权利实有极大的必要。对我国目前基本的宪政制度设计,作者也作了较为详细的介绍。作者认为,以人民代表大会制度为主导的,法院和行政机关之间互相监督与制约,司法机关独立行使审判权与检察权,司法工作人员没有错误连续任职的制度;在中央统一领导下,充分发挥地方积极性,地方政府保持广泛自治的国家体制;行政机关首长制和人民代表机关、司法机关的集体负责制等,基本上符合现代法制的要求。但是,我们需要解放思想,以新的思想和观念理解、阐释马克思主义的国家学说以及我国的宪政制度,充分发掘其对于现代法制的保障与促进作用。

在法官独立与司法廉洁问题上,作者详细讨论了现代法官制度的各个方面,认为要保证法官的独立与廉洁,必须加强司法民主,也就是说,只有人民的广泛参与,才能抗制强大的现代法官科层体系,也才能保障司法廉洁。对于法院制度,作者认为,我国现阶段过于分散的、过分地方化的法院是司法地方化的根源。地方法院既然受地方党委领导,对地方人大负责,经费也来源于地方,自然会照顾地方利益,地方化也就难以避免。作者认为,要解决地方化的问题,就应加强司法管理的集中度,但也没有必要实行彻底的中央集中管理。从目前各国情况来看,除了个别国家的法院完全由中央管理以外,许多国家都是由省一级权力机关管理法院,中央负责政策指导和检查监督。大陆法系

的法院是多元化的,它们的行政法院、商事法院常常与普通法院分开设置,单独管理。这些都可以为我国所借鉴和吸收。保留省对法院的管理权,有利于发挥地方的主动性,推动司法改革与创新。同时改革审级制度,让最高法院可以简便地受理当事人上诉的行政、商事和重大的刑事案件。

本书还详细讨论了刑事司法中的强制措施。不少论者常常痛惜于强制措施的滥用,却苦无应对之策。本书认为,我国强制措施使用过多的重要原因是行政与司法二元化的强制措施体系。行政机关,主要是公安机关掌握了留置、强制讯问等类似于拘留的强制措施,这些措施有时也不免用在刑事诉讼中,然而他们使用这些措施却无须经过严格的司法审查,滥用的可能也就增大了。因此,作者建议统一两个强制措施体系,同时严格司法审查,加强律师和法官在审察中的作用,把强制措施的滥用减少到最低限度。为此,应当赋予律师在司法讯问时的在场权和自由会见嫌疑人的权利,保障律师执行职务时的豁免权。搜查、扣押与冻结是侦查中的重要措施,但缺乏严格的审察。作者提出,应当把它们列入强制措施,加强律师和检察官对它们的监督制约,以便保护犯罪嫌疑人的财产权和隐私权。对于近年来审判方式改革中确立的一些新规则,包括证据制度中的排除规则,最佳证据规则等,作者都作了充分的论证与阐释。

本书的作者都是青年教师,但他们有着比较丰富的理论功底和司法实践经历。在这部著作中,除了广泛吸收借鉴国内外相关成果以外,还结合了作者长期的研究思考与实践经验。李国花老师多年从事法理学和刑事诉讼法学研究,曾参与天津市哲学社会科学“九五”重点规划课题“天津市毒品问题的现状、发展趋势和治理对策”的研究,完成了其中的“中外禁毒法律法规

的比较研究”；又作为项目负责人主持完成了天津市哲学社会科学“十五”规划课题“天津市地方禁毒立法研究”；还在《云南大学学报》、《天津师范大学学报》、《天津市政法管理干部学院学报》等刊物上发表多篇学术论文，其中《关于天津市地方禁毒立法的探索》获得天津市第八届优秀调研成果三等奖；获得第六届天津市社会治安综合治理优秀调研成果一等奖。刘国有老师则在司法机关工作多年，对我国司法体系的运行有切身的体验，对司法体制的演变，特别是外国司法体制的演变历史有比较全面的研究。胡立英老师则是兼职律师，能够把理论与实践紧密结合，她的写作也带有自己切身的体验，她曾在《天津政法管理干部学院学报》、《法学杂志》及《法制与社会》等专业刊物上发表论文五篇，参与《公证律师制度与实务》等著作的编写，并独立完成两项局级科研项目。这几位青年教师能够在现代法制基本精神的基础上研究司法改革，结合我国宪政制度和现代司法制度发展历史的基本经验，从新的视角提出一些新的观念。尽管我并不一定完全同意书中的某些观点，但是，仍然愿意为之擂鼓助威，希望更多的青年学者加盟，丰富司法改革的理论探讨，推动改革的深入开展。任何点滴成果都是可喜的，各种各样的观点，都可以参考。

如上作者也都是我的学弟、学妹，我诚恳地希望读者认真阅读这部著作，提出中肯的批评。他们在今后成长的道路上会永远记住给予他们帮助的前辈和朋友！

兰绍江

2007年7月20日于天津

目 录

前言	(1)
第一章 公民权利与正当程序原则	(6)
一、什么是公民权利	(6)
二、公民在刑事诉讼中的权利	(37)
三、正当程序和程序公正的价值	(47)
四、正当程序与法治	(54)
第二章 包容性宪政——司法现代化的政制框架	(56)
一、民主集中制的内涵是议行合一	(56)
二、分权原则是对民主集中制的重要发展	(58)
三、我国的首长制政府不再是集体负责制	(60)
四、法治、司法精英化与制约成为宪政原则	(61)
五、最好的政体是混合政体	(62)
六、我国政治体制里多种成分的混合	(64)
七、人大的人事“决定权”——对人大选举权的 限制	(66)
八、论法院的宪政责任	(71)
九、中国不是典型的单一制国家	(82)
十、单一制的特点是权力的一元化	(88)
十一、中国传统的政治体制是典型的复合制	(92)
十二、结语	(98)

第三章 司法现代化的传统资源	(99)
一、两汉充分的地方自治是社会与法律发展的重要保障	(100)
二、廷议促进立法合理性	(103)
三、两汉地方官促进法律统一	(107)
四、唐代的御史、观察使对贵族和官员构成约束	(110)
五、明清都察院抗制厂卫与贪官	(113)
六、中世纪后期的地方检察官——明朝巡按御史	(122)
七、民事行政法律救济中的御史给事中	(133)
八、监察与审判程序设计促进司法理性	(139)
九、先秦审判制度的对抗式特征	(141)
十、古代审判活动中的监督与制约	(151)
十一、大臣上书和当事人的申诉有利于司法统一	(161)
第四章 警检机关的性质与体制辨析	(164)
一、警检机关	(164)
二、检察官与警察、法官之间的亲和性	(192)
三、论起诉的法定主义与裁量主义	(194)
四、预审与审察起诉	(199)
五、论司法民主与检察官独断公诉权	(202)
六、论检察官对侦查的控制	(204)
七、从法律监督到司法监督——论公诉职能与 监督义务之冲突	(207)
八、小结	(211)
第五章 论法官独立与司法廉洁	(212)
一、法官独立是现代司法制度的前提	(212)
二、论公开审判	(215)

三、论法官的消极与被动	(216)
四、论一事不再理	(218)
五、职权主义与法官的偏向	(220)
六、法官独立的环境要素	(222)
七、司法独立的法制要素	(225)
八、法官的独立与廉洁	(231)
九、论法官的素质	(234)
十、司法机构与司法功能	(235)
十一、论微观社区的法治化	(238)
十二、论审判长	(239)
十三、论院长	(240)
十四、论审判独立的内部保障	(242)
十五、法院中心与司法监控	(249)
第六章 法院体制现代化展望	(254)
一、论司法地方化与行政化的原因与对策	(254)
二、法院纵向管理体制的类型划分	(267)
三、论专门法院	(281)
四、浅论法院设置体制的协作式专门化	(292)
第七章 论律师不仅是辩护人,更是司法过程的	
监督者	(309)
一、诉讼中被告人和犯罪嫌疑人的权利	(310)
二、论律师监督警察的必要性	(313)
三、辩护制度的历史	(316)
四、律师的强制取证权	(318)
五、论律师的豁免权	(319)
六、论律师自由的会见权	(322)

七、论律师出席现场的任意权	(325)
八、结语	(327)
第八章 论搜查、扣留和冻结之强制性	(328)
一、搜查剥夺了人民哪些权利?	(328)
二、搜查证的要素	(329)
三、论对搜查的司法审查	(330)
四、错误搜查的制止	(331)
五、对无证搜查的限制	(332)
六、行政与民事搜查	(333)
七、英国一起典型的错误搜查案	(336)
八、扣押	(338)
九、论查询的内涵	(339)
十、冻结	(340)
十一、论电子监控的合法性	(342)
十二、结语	(344)
第九章 论人身强制措施体系的合理化	(346)
一、保证归案——审前羁押的法理基础	(346)
二、论逮捕——最典型的羁押	(349)
三、拘传——短暂的逮捕	(350)
四、拘留——扭曲的羁押	(351)
五、尴尬的先行拘留	(355)
六、五国刑诉中逮捕羁押制度比较研究	(356)
七、留置——行政法里的审前羁押	(383)
八、扭送——公民实施的逮捕	(385)
九、行政法的短暂羁押与强制到案	(385)
十、论强制到案与羁押的异同	(387)

十一、嫌疑人与强制到案	(389)
十二、论强制到案与羁押的分离	(391)
十三、论必要的保释	(392)
十四、论羁押听证	(395)
十五、司法审察与司法官体系	(398)
十六、论强制措施体系的重组与改革	(400)
十七、刑事拘留不应保留	(405)
第十章 真实的才是有力的	
——谈刑诉中的传闻规则与最佳证据	
规则	(421)
一、传闻证据规则确立的原因	(422)
二、传闻规则的历史发展	(425)
三、我国刑诉法中的传闻证据规则	(427)
四、传闻规则的例外规定	(429)
五、不受传闻规则限制的庭外陈述	(432)
六、最佳证据规则	(432)
第十一章 “毒树之果”不可食	
——谈刑诉里的排除规则	(435)
一、要排除通过刑讯逼供而获得的被告人口供	(437)
二、要排除以威胁、引诱、欺骗的方法获得的	
言词证据	(440)
三、要排除以其他非法的方法取得的言词证据	(442)
四、论非法搜查和逮捕获得的证据应当排除	(444)
五、排除规则与侦查效率	(446)
后记	(448)

前 言

本书主要讨论如何改革现行司法体制以及如何通过司法程序保护人权。司法活动是纠正违法行为、惩罚违法行为的,但有些时候它又产生违法行为,导致对人权的严重侵犯。例如在我国有时发生的刑讯逼供问题。可以说,中国司法机构的设置是比较完善的,它有专门的监督机关,法律规定了检法机关独立进行检察和审判,确立了这些机关之间的分权和律师辩护制度。在刑事司法程序中,公安机关负责侦查,调查案件;检察院负责审查起诉和法律监督,它既监督侦查,也监督审判和执行,并在有的司法机关中有自己的派驻人员;对于任何非法行为,检察院都有权纠正;法庭上,公诉人可以和律师互相辩论。我国法律也特别规定了严禁刑讯逼供,可是刑讯逼供为什么屡禁不止呢?刑讯逼供的根本原因在于:办案者有逼供的“动力”;办案者缺乏人权观念、行为没有内在的约束;现行法律给予警察过大的权力,又缺乏对这种权力的有效约束,给刑讯逼供提供了外部条件。

法国在绝对君主制时代也曾有过严重的刑讯逼供现象。法国大革命以后,制定了严格的刑事诉讼法典,设立了专门负责指挥侦查的预审法官和负责一般侦查事务的检察官,警察的职责限制在任意侦查和执行预审法官与检察官的命令的范围之内,从而排除了制度性的刑讯逼供。后来大陆法系各国也都依靠类

似的制度安排剥夺了警察的强制性的侦查权。这样,不论警察有多强的逼供动力,也不论他的个人行为是否有足够的内在约束力,刑讯逼供发生的可能性都被减少到最小限度。因此,剥夺警察的强制性侦查权力,加强法律职业者对侦查活动的控制和监督是保护犯罪嫌疑人人身权利的根本途径。

总的来看,在我国的刑事司法活动当中,警察代表的侦查机关占有特别重要的地位;公安机关还有广泛的行政职权,包括行政处罚和行政强制措施或其他强制处分(例如劳动教养,收容教育和精神病监护)的权力。这些措施中有不少可与刑事侦查手段交叉使用,从而摆脱刑法规定的司法监控。不论是案件的分梳(决定按照行政案件还是刑事案件处理),还是刑事立案与否,甚至是否羁押嫌疑人,实际都完全取决于公安机关,甚至是办案者本人。这些活动基本上不受制约,也不是公开操作,律师、法官、检察官都无权介入。因此,当事人的权利很难得到保证,刑讯逼供、套供和骗供就有了相当大的制度空间。在检法机关的活动中,行政式的审批程序仍占主导(如检察长批案制度),司法活动主要是对行政活动进行确认,而不是审查和控制。

现代司法体制的一个重要特征,就是监督政府行为的合法性,保护人权。我们说的现代司法体制,是指民主革命以来的司法体制。应该说,这些思想在我国立法中也有体现。例如,宪法有24个条文专门规定公民的权利;刑法专门规定了无罪推定的原则;行政处罚法第一条规定该法的目的是“保障和监督行政机关有效地实施监督管理”;行政复议法第一条规定其目的为“防止和纠正违法的或者不当的具体行政行为,保护公民、法人和其他组织的合法权益,保障和监督行政机关依法行使职权”。“刑事诉讼法授权公检法机关行使某些职权,同时它又要约束这

些机关必须依法行事。从某种意义上说,所谓‘厉行法治’,其最核心的内容,就是要约束司法机关依法行事。公检法机关掌握着生杀予夺的大权,如果对其行为不加约束,任由他们随意行事,其后果不堪设想。而当前的问题恰恰是某些司法人员,认为刑事诉讼法只是管老百姓的,他们自己则似乎可以不受法定程序的约束。……这个问题如果不认真解决,所谓‘依法治国’就可能变成一句空话。”^①这对于刑事诉讼活动具有特别重要的意义,因为在这样的活动中,个人与国家之间双方实力悬殊,它的结果有可能剥夺公民的自由、财产,乃至生命。刑事诉讼程序在实现国家追诉权和惩罚权的同时,必须保障人权不受侵犯。就我国而言,要切实做到这一点,就要把以行政审批制为特征的行政中心主义改为宪政之下的司法中心主义。刑事诉讼必须坚持正当的司法程序:对侦查阶段的搜查、扣押、冻结和查封财产,以及剥夺人身自由的措施进行司法审查;强化律师对侦查活动的参与和监督;简化强制措施;排除非法取得的证据。

笔者不是从刑诉法的一般原则或理想的规则,来演绎司法现代化,而是根据自己的观察和体验,从现实的需求和可能性出发,探讨中国的司法现代化所必备的基础与前提。因此,本书采用了专题研讨的形式。笔者试图指出现行司法程序与司法现代化之间的不和谐因素,并就如何改进提出一己之见。

本书虽然以刑事诉讼活动为主题,但也有相当的篇幅讨论行政处罚与强制。在我国,行政处罚措施与刑事诉讼强制措施有相同之处,不仅因为它们都有强制性,都赋予行政机关以强制权,都应该遵循法律的正当程序。还因为对于公安机关来说,它

^① 参见崔敏,《呼唤法制文明——为健全诉讼法制呐喊》,警官教育出版社,1999年,第576页。

们实际是一体的,是可以交叉和转换的。有时就在这种转换中,行政机关逃脱了律师和法官的监督,侵犯了公民的权利。行政与刑事两种处罚(和强制)程序并行,是中国司法的一大弊病。在行政程序中,警察有拘留的权力、罚款的权力,也有留置、强制讯问和监听的权力;在刑事案件中,警察有搜查的权力,扣押的权力;同时,行政程序与刑事程序还存在衔接,刑事程序其实是行政机关处理案件的选择之一,当然也不是唯一选择。对于行政机关来说,证据充足,够刑事处罚的案件,就正式结束侦查,移送审查起诉;适合行政处罚的,就处以拘留;二者都不适合的,可处以劳动教养(或收容教育)。我们通常所见到的侵犯公民权的情况,很多发生在行政程序里,或发生在行政与司法衔接之处,比如刑事诉讼的侦查阶段。所以,加强对行政,或者刑事司法中行政阶段的司法监控,具有特别重要的意义。这当然不是笔者这本小书所能涵盖的。未来可行的方向是刑事与行政(处罚)程序的一体化,就程序法而言,至少包括强制措施一体化,简化刑事诉讼的强制措施,取消行政程序里的强制措施,不论什么案子,警察都用同样一套强制措施,都必须接受司法审查。在实体方面,就是处罚一体化,取消独立的行政处罚,把所有的处罚都纳入刑事处罚体系,都允许律师介入。

由于在我国的司法实践中,有强调案件数、办案率这样的情况,所以,为了完成任务,有的办案人员在实践中就使用了逼供的手段。有的制度的设计又使得这些非法行为成为可能。如虽然我国刑事诉讼法规定“从采取强制措施之日起”,嫌疑人有权聘请律师,可是总有人打“擦边球”。他们在办案时不使用刑法规定的律师可以监督的强制措施,而是绕过它们,使用行政手段。过去是收容审查,1996年以后收容被取消了,就用留置,甚

至拘留,想办法拖延时间,不让律师“过早”介入。在被羁押而与外界隔绝的情况下,犯罪嫌疑人实际处在孤立无援的状态,这是刑讯存在的制度原因。本来,我们有专门的监督者(检察机关),可监督者偏偏又是公诉人。公诉人也需要办案数字,也需要有罪判决。又由于检察院不能在审察批捕以前介入侦查阶段,公安机关在搞到充足的证据以前,也不会向检察院报告案件的情况,所以检察院对其的监督作用是有限的。这也是会发生逼供现象的原因。陈瑞华就认为“只靠侦查机构负责人实施的内部制约或者检察机关进行的法律监督,侦查活动将很难受到有效的司法控制;没有司法机构的介入,没有犯罪嫌疑人诉讼主体地位的确立和辩方律师参与范围的扩大,中国的侦查将很难有效地被纳入‘诉讼’的轨道”。“在这种司法制度下,‘公检法’三机关分别在侦查、起诉、审判阶段居主导地位,它们就像同一队队员在“接力比赛”过程中的关系一样,密切合作和配合,共同完成同一诉讼任务……在这种制度下,现代法制社会所遵循的一系列基本原则,如‘控审分离’、‘司法最终裁决’、‘行政活动必须接受司法审察’、‘司法独立’、‘不强迫任何人自证其罪’等,都在某种程度上受到了无视和背离。”^①

^① 见陈瑞华,《刑事侦察构造之比较研究》,载《政法论坛》,1999年第1期。