

檢察

石少侠◎著

檢察視野中的 司法改革

JIANCHASHIYEZHONG DE
SIFA GAIGE



NLIC 2970701729

中国檢察出版社

检察视野中的司法改革

石少侠 著



NLIC 2970701729

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

检察视野中的司法改革/石少侠著. —北京:

中国检察出版社, 2011.5

ISBN 978-7-5102-0465-4

I. ①检… II. ①石… III. ①检察机关-司法制度-体制改革-中国-文集 IV. ①D926.3-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 054231 号

检察视野中的司法改革

石少侠 著

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电 话: (010)68650028(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市中国画美凯印刷有限公司

开 本: A5

印 张: 9.375 印张

字 数: 256 千字

版 次: 2011 年 5 月第一版 2011 年 5 月第一次印刷

书 号: ISBN 978-7-5102-0465-4

定 价: 30.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

前 言

2000年8月，是我人生历程的重大转折，也是我学术生涯新的起点。由于工作地点和工作岗位的变动，不仅使我必须熟悉并融入一个新的都市，而且要求我在继续钻研商法学、经济法学的同时，还必须尽快进入一个新的学术领域——检察学。为了尽快实现这一转变，我曾彻夜秉烛苦读，也曾整日逐堂听课。诚所谓苍天不负有心人，历经半年左右，我总算在这个全新的领域里取得了初步的话语权，并逐渐有所心得，继而又陆续发表了一些有关司法改革和检察改革等方面的拙作。回想起来，之所以能够在对我来说是一个全新的领域偶有所得，我认为一方面在于天道酬勤、勤能补拙，使我这个思维、表达总是比别人“慢半拍”的人也能够有所收获；另一方面，则得益于吉林大学法律系和我的恩师们在本科学阶段给予我坚实的专业基础教育。十年来，在承担繁重的行政工作之余，日积月累，我居然在司法改革（特别是检察改革）等方面撰写并发表了30余篇论文，有的还被《新华文摘》予以转载，这使我倍感欣慰。在同学、同事和朋友们的建议和鼓励下，在中国检察出版社的鼎力支持下，一则为便于自己检索保存，二则为方便学界同仁点评，经筛选、修改，选取拙作及在有关学术会议上的发言等20余篇，现结集出版。

尽管在写作过程中我始终坚持以学者在学术上的中立性来要求自己，力求客观公允地思考有关问题，并将追求真理作为学术研究的基本目标，但令人遗憾的是，由于岗位背景的局

限，论文中的有些观点仍被一些同志视为是“屁股决定脑袋”的结果。我虽然不能接受以这种“决定论”来简单地否定他人观点的说法，但并不拒绝那些言之有理、实事求是的学术批评。相反，更期待着在学术争鸣中达致思想上的共识。由于本书所筛选出来的论文涉及方方面面，既有对司法改革中应当秉持何种“改革观”的阐述，又有对检察权、检察学若干问题的探讨，还有对国家司法考试、法学教育及检察教育培训制度的研究。因此，在为本书命名时颇费周折。我曾反复斟酌了几个题目，但最终仍然决定使用《检察视野中的司法改革》作为本书的书名，这一方面是因为我并不想回避作者是站在检察的角度来审视司法改革的；另一方面，也是因为这些内容从宏观上看都属于司法改革问题。因而，似乎只有使用这个书名才能将所有的内容囊括其中且做到名实相符。

司法改革作为政治改革的重要组成部分，无疑比经济改革更加关乎到国家的安宁和社会的稳定。在我看来，中国的司法改革决不是对他国司法制度的盲目借鉴和简单照搬，更不可能是“去中国化”的全盘西化。相反，我国的司法改革应当在遵循普适的司法规律的同时彰显中国的特色。因为没有特色就没有中国，没有特色就必然背离中国的国情，这个特色就是中国的社会主义，就是马克思主义的中国化。马克思主义的中国化并不是一种空泛的理论，它实实在在地表现在具有中国特色社会主义的制度建构之中，中国的检察制度就是马克思主义中国化了的检察制度，它建构在坚实的经济基础之上，符合中国的国情，是具有科学性、正当性、合法性、合理性的司法制度。当然，中国现行的检察制度并不是尽善尽美的制度，它也要与时俱进，进行必要的体制改革和制度完善。但是，应当明确的是，这种改革只是体制上的改革，是制度自身的完善，而不是对现存制度的彻底否定，更不是推倒重来，另起炉灶。之所以

得出这样的结论，是因为中国的检察制度本身就是马克思主义中国化的产物，对这种制度进行体制上的改革，其本身又是马克思主义中国化的发展进程。总而言之，上述思想就是贯穿于本书各篇论文之中的基本观点。笔者认为，由此出发，对中国的司法改革就不难形成基本的共识。

再一次感谢为本书的出版给予大力支持的中国检察出版社的领导，以及为本书出版付出了辛勤劳动的编辑。同时，对那些不因本书思想之浅薄、内容之枯燥、文字之无华而能读完几篇的读者们致以崇高的敬意和谢意！真诚地欢迎有识之士不吝赐教！

石少侠

2011年3月于京北沙河

目 录

前言	(1)
论司法改革中的改革观	(1)
一、关于司法改革的合理性问题	(1)
二、关于司法改革的合法性问题	(3)
三、关于司法改革的系统性问题	(5)
四、关于司法改革的认识论问题	(5)
五、关于司法改革的方法论问题	(7)
六、关于司法改革的目标模式问题	(10)
论司法改革中的检察权	(14)
一、司法改革应当善待我国现行的检察权	(14)
二、司法改革应当坚持我国宪法对检察权 本质属性的界定	(21)
三、司法改革应当进一步健全和完善检察权	(32)
检察权类型的比较研究	
——一个超越法系的分类视野	(41)
一、狭义检察权：以公诉权的高度分散为特征	(42)
二、中义检察权：刑事诉讼的国家垄断	(45)
三、广义检察权：定位于法律监督机关的检察权	(50)
结语：检察权类型研究的几点启示	(54)
论我国检察权的性质	
——定位于法律监督权的检察权	(56)
一、对检察权“行政权说”的质疑	(56)
二、我国检察权的基本属性应为法律监督权	(62)

三、我国检察权作为法律监督权的理论基础	(68)
我国检察机关的法律监督一元论	
——对检察权权能的法律监督权解析	(78)
一、对公诉权归属于法律监督权的解析	(79)
二、对职务犯罪侦查权归属于法律监督权的阐释	(83)
三、对侦查监督权归属于法律监督权的解读	(87)
四、对审判监督权归属于法律监督权的论证	(94)
五、对执行监督权归属于法律监督权的证成	(100)
结语	(102)
论列宁的法律监督思想与中国的检察制度	(103)
一、重温列宁的法律监督思想	(103)
二、当代中国检察制度的建构与列宁的法律监督思想 ..	(111)
三、中国检察制度的“本土化”及对列宁法律监督思想的发展	(117)
四、正确认识列宁的法律监督思想和中国的检察制度 ..	(125)
检察理论研究应当澄清的几个问题	(129)
一、关于如何认识我国检察制度与前苏联检察制度的关系	(129)
二、关于如何认识检察监督与人大监督的关系	(131)
三、关于如何认识检察权与法律监督权的关系	(133)
四、关于如何认识监督者与被监督者的关系	(135)
五、关于如何认识检察机关在刑事诉讼中的地位	(138)
对民事检察若干问题的再思考	(141)
一、对民事检察必要性的再认识	(141)
二、应当澄清的几个理论问题	(145)
三、应当解决的几个实务问题	(152)
司法改革断想七篇	(160)
一、世纪之交的法治关切	(160)
二、认真对待我国的检察制度	(163)
三、应当重视律师在审前程序中的作用	(166)

四、对检察院组织法修改的几点意见	(169)
五、中国检察制度与马克思主义中国化	(171)
六、司法考试与法学教育	(175)
七、司法考试应处理好三个关系	(178)
检察学：学科构建的必要与可能	
——兼谈检察学与其他法学学科的关系	(184)
一、检察学的产生是法学学科发展的必然结果	(184)
二、检察学的独立是因为其具有专门的研究对象	(186)
三、检察学的建立是我国检察事业发展的必然要求	(189)
四、检察学的构建已有较为坚实的理论与实务基础	(190)
浅谈检察学的性质、特点与体系	(193)
一、关于检察学的性质与特点	(193)
二、关于检察学的体系与构成	(197)
新时期法律职业教育之我见	(203)
一、关于法律职业教育的性质	(203)
二、关于法律职业教育的对象与现状	(204)
三、关于新时期法律职业教育的特点	(205)
对新时期检察教育培训工作的几点思考	(208)
一、加强执法能力，提升综合素质， 是检察教育培训的核心和归宿	(208)
二、创新培训方法，提高培训质量， 是检察教育培训的目标和基础	(210)
略论司法官培训的几个问题	(216)
一、司法官培训应与司法考试相衔接	(216)
二、司法官培训应借鉴他国成功经验	(219)
三、司法官培训应定位为职业教育	(220)
四、司法官培训应有特别的内容和方法	(223)
检察教育培训必须树立三个意识	(226)
一、检察教育培训必须牢固地树立起质量意识	(227)
二、检察教育培训必须牢固地树立起特色意识	(229)

三、检察教育培训必须牢固地树立起创新意识	(230)
论我国法律职业人员任职前培训制度的构建	(233)
一、构建我国职前培训制度的必要性与紧迫性	(233)
二、构建我国职前培训制度的模式选择	(237)
三、构建我国职前培训制度的方案设计	(245)
法律职业人员任职前培训制度研究	(249)
一、外国任职前培训制度的比较研究	(250)
二、我国实行任职前培训制度的必要性与可行性	(261)
三、我国任职前培训制度的模式选择	(267)
四、我国任职前培训制度的方案设计	(280)

论司法改革中的改革观*

纵观中外司法改革的实践，可以得出一个重要的结论：任何司法改革的良性运作都离不开正确的“改革观”，都必须首先树立正确的“改革观”。所谓改革观应当是多向度的，它包括对司法改革所持的观察角度和立场、司法改革的指导思想、司法改革的内容和方法以及司法改革所要达到的目的等总体认识。如果没有一个能够为人们所基本认同的改革观，就不可能在司法体制改革的基础性问题上达成共识，就不可能明确中国司法体制改革的方向。从这个意义上说，“改革观”实际上也是一种“语境论”，只有在同一改革观和同一语境下才可能消除歧义，实现沟通；而改革观不同、语境不同，即使谈的是同一问题，也无法实现必要的沟通，诚所谓“道不同则不相为谋矣”。我国学界对检察权性质的认识分歧，即足以说明统一改革观的重要和必要。总结我国司法改革的理论与实践，我认为当前亟须明确以下几项最为重要的改革观。

一、关于司法改革的合理性问题

发动司法改革的前提条件，首先是要对现行的司法制度做出是否存在合理性的评价，然后才能得出“要不要改”、“改什么”以及“怎么改”的结论。这些问题都是司法改革带有方向性、基础性的问题，关系到对现存司法制度的基本评价，决定着司法改革的方向和导向，是司法改革启动前必须做好的整体理论准备，须经深入的调研和缜密的论证。自20世纪70年代以来，一些主要国家和

* 本文原载于《国家检察官学院学报》2003年第4期。

地区先后进行了内容不同的司法改革，尽管都程度不同地取得了一定的实效，但因对上述问题的理论准备不足，致使业已出台的改革措施缺少相关要素的支撑，或形同虚设，或难以推行，或乏善可陈。社会各界对改革方案和改革措施或毁誉参半，或全盘否定，使改革处于十分尴尬的境地。毋庸讳言，我国的司法改革也存在着理论准备不足的问题，在改革之初，对于哪些制度要坚持、哪些制度要完善、哪些体制要更新这些带有根本性、制度性的问题未能达成较为普遍的共识，致使目前司法改革的理论研讨几乎在所有的重大理论问题上都是众说纷纭，莫衷一是。此种状况，已经凸现出解决改革合理性问题的重要和必要。

改革的合理性有两种：一是现行制度的预期合理性，二是现行制度的现实合理性。前者是指现行制度从它设计的时候，从它建构的时候，预期的合理性是什么，是否仍能顺应时代的潮流，是否仍有合理的发展空间；后者则是现行制度的设计是否与现实状况相适应，有无现实存在的必要。同时，还要考虑预期的合理性与现实的合理性是否得到了充分的发挥。如果考察的结果是既无预期的合理性，也不存在着现实的合理性，那么这种改革就是要废除现行制度，另起炉灶，推倒重来。如果考察的结果是既存在着预期合理性，也存在现实合理性，只是由于体制上的原因或者技术上的原因而没有充分展现出来，那么就要在现行制度的基础上改革阻碍其合理性发挥的体制，通过改革将其合理性发挥出来。

对于我国现行的司法制度，我的认识是既存在着预期的合理性，也存在着现实的合理性，其作用之所以没有很好地发挥和展现出来，主要是由于体制上的弊端以及制度运行中的缺陷。以检察权为例，从制度设计的预期合理性来看，主要是用于节制警察权力，防止法官恣意，维护国家法制的统一，当然其中也包含着对人权的保障。为达此目的，宪法将我国的检察机关定位为法律监督机关，应当说是准确的、科学的，也符合人民代表大会制度下的权力制衡机理。其作用之所以没有得到很好的发挥，原因不在制度本身，而是在于尚未建立起完善的确保制度充分发挥效用的必要体制，以及

在立法技术层面上某些实体和程序功能的缺失或疏漏。因此，党的十六大报告对我国司法制度的总体评价是客观的、准确的，报告所提出的司法体制改革的指导思想也是正确的。据此，可以得出结论：我国的司法体制改革实际上就是对我国现存司法制度的发展与完善，而绝不是另起炉灶，推倒重来。

二、关于司法改革的合法性问题

我国的司法体制改革区别于经济体制改革的一个重要特征，就在于司法体制改革是在法制基本健全的条件下进行的。我国在经济体制改革之初，当时还没有多少根本性的制度来规范它，因此经济方面的改革还少有突破法律的问题。而司法改革不同，由于司法权力是国家宪政制度的重要组成部分，国家以宪法、组织法和诉讼法等法律对司法机关的组织与活动都做出了较为细密的规定，因此任何一项改革举措都可能涉及改革的合法性问题。司法机关的司法改革应当成为其他改革遵守法律的典范，如果连司法机关都无视法律规定，可以借改革之名行违法之实，无疑将严重损害法律的尊严和司法的权威。有的学者指出：“我认为现在的法院改革和检察院的改革多少都有一点违宪之嫌。有的法院改革，搞竞争上岗，结果把庭长免了。一个审判员、一个庭长，法院内部是无权力让他下岗的。只有同级人大把他免了，然后才有岗位，才有竞争上岗的问题。像这种改革，实际上都是违背了宪法和组织法的，也违背了人民代表大会组织法。类似这样的现象很多。”^①此外，还表现为检察权的随意让渡与扩张。检察权作为一种法定的公权力，检察机关无权让渡，也无权扩张，必须严格依法行使检察权。但在实践中，让渡或扩张权力的现象均有不同程度的表现。在权力让渡方面，职务犯罪侦查体现得最为明显。这本来是法律赋予检察机关的重要职能，然而不具有司法权、侦查权的行政监察机关却经常地查办职务

^① 孙谦等主编：《司法改革报告——检察改革·检察理论与实践专家对话录》，法律出版社2002年版，第35页，引自张文显教授的发言。

犯罪案件。特别是宪法有明文规定，任何人未经检察机关批准或决定以及人民法院决定不受逮捕，但对非经法律授权机关限制人身自由的现象，检察机关同样采取了默认态度，这显然是对法律监督在人权保障职能方面的一种偏废。法律监督机关对这些违法行为的无能为力，无疑给否认检察机关是法律监督机关的观点提供了根据。在权力扩张方面，将预防职务犯罪纳入检察机关的职责范围即为一例。预防职务犯罪本质上不是司法行为，而是行政行为，检察机关在发展中的一些非专业化或非职能化的倾向，无疑又为检察权的“行政权说”作了注脚。

在这种情况下，有人认为改革就是要全盘引进英美司法体制，甚至有人认为只要我国有的而外国没有的就要取消它，并视之为与世界“接轨”。学术观点，一家之言，说说而已，尚无大碍。令人担忧的是，某些基层司法机关改革热情有余而理性思考不足，竟然自行其是，将尚无定论的学术观点直接付诸司法实践，有的违法地进行所谓“零口供”、“沉默权”、“辩诉交易”等无法无据的改革试验；有的试点聘请律师担任公诉人，违法让渡公诉权；有的允许当事人自选法官，严重违反法定的回避制度；有的无视审判委员会的法定职能，试行审判委员会直接办案，并称其为让审判委员会“从幕后走向台前”；还有的搞所谓“立体出庭公诉”，让公诉人像港、英律师一样在法庭上来回走动；等等。凡此种种，均被名之为司法改革的举措。对此，诚如有的学者所言：这不是什么改革，实际上是在糟蹋改革，而糟蹋改革远不如不改革。

笔者并不是说改革不能突破现行法律的规定，而是强调当改革要突破现行法律规定时必须首先修法，以示对法律的尊重，至少也应当是先试点，然后再修法推广。总之，司法机关更要注意在司法改革的过程中维护法律的尊严、司法的权威和法定的程序，绝不允许以任何名义损害国家的法治。

三、关于司法改革的系统性问题

无论对司法、司法机关的认识有多少分歧的观点,在中国,司法改革事关检法两家应为不争之事实,党的十六大报告也进一步肯定了检察院和法院同为司法机关,都要独立地行使检察权和审判权。然而,回顾近十年来的司法改革,却基本上是检法两家各自为战。在“法院中心论”的误导下,法院改革或审判改革被冠之以司法改革,而检察改革则被人为地边缘化。立足于三权分立基础上的狭义司法权观点,极力排斥检察改革亦属于司法改革,使司法改革人为地演变为检法两家的权力之争。这种畸形的改革思维和改革观,无形地损耗了检法两家的司法权威,徒增了司法改革的成本,空耗了本已稀缺的司法资源。实际上只要冷静思考,就会发现检法两家的任何改革都不会单兵独进,任何改革举措都必然是牵一发而动全身,都离不开检法两家的密切配合。以刑事审判方式的改革为例,没有检法的协同,改革就不可能到位。这充分证明,我国的司法改革实际上是一项庞大的系统工程,改革要综合考虑检察权与审判权的合理配置和相互制衡,改革也要全面考虑如何保障检察权与审判权的独立行使。令人高兴的是,改革的系统性问题在第十次全国人民代表大会上已经引起了广大代表的关注,许多代表提出了在全国人大常委会设立司法改革委员会的建议。这对于确保改革的合法性、严肃性、系统性,消除检法两家在司法改革中单兵作战、各自为政的局面,保证司法体制改革的顺利进行,无疑都具有十分重要的意义。司法改革系统性的改革观也能给学者们以启示,促使热心于司法改革研究的人去全面地思考司法改革问题,尽可能避免认识论上的片面性。

四、关于司法改革的认识论问题

在司法改革研讨中,首先面临的是目标设计。在如何确定中国司法改革的总体目标以及如何实现这个目标问题上,明显地存在着两种不同的认识论和方法论。

一种是把中国的司法改革理想化，即从一个崭新的起点出发，追求完美的理想化的法治。这种思维方式的突出缺陷是置中国的现实状况于不顾，完全从理想出发，盲目推崇某一国家或某一法系的司法体制，并将其视为中国司法改革的目标追求。从这一思维定式出发，在研讨司法体制时，主张取消中国的检察机关；在研讨检察权性质时，极力倡导检察权的行政权属性；在研讨法学教育时，主张移植英美式的法学教育。甚至发展到在研讨任何问题时都言必称英美，连大陆法系都不屑一提。凡英美法系或大陆法系国家没有的制度、原则或规则，都被视为离经叛道的“异化”，一概予以摒弃。

另一种则是倡导理性思考，而不是追求理想境界。要坚持司法改革的理性思维，首先，要认识现实。制约我国司法改革的基本现实是：其一，宪法确认的国家性质和权力格局，即国体与政体；其二，正在发展中的国民经济及国民综合素质；其三，正在健全与完善的法制与法治；其四，尚未完全脱离幼稚的法学研究与教育；其五，法律从业人员整体较低的素质。其次，要正视现实。正视现实就要立足于现实，从实际出发，实事求是。必须认识到：司法制度是社会政治制度的一个组成部分。在社会政治制度没有发生根本变革的情况下，司法改革必然是、也只能是在现有政治制度基础上进行的变革，那种置现存政治制度于不顾，企图将一切都推倒重来的想法显然是不切实际的。同样，不顾及制度存在的历史背景及其现实环境，无视事物发展从实然到应然之间的规律和联系，以为政治制度可以随意建构，并将建构起来的制度视为应然状态的观点，当然也是不能接受的。诚然，承认现实并不是要维持现状，更不是否定改革的必要性。但是，承认现实至少可以使我们回归改革的基础，不至于重犯为泼出脏水而倒掉“孩子”的低级错误。

谈到理性思维，我认为苏力教授的“语境论”和龙宗智教授的“相对合理主义”是值得提倡的。苏力教授的“语境论”方法“坚持以法律制度和规则为中心关注，力求语境化地（设身处地、历史地）理解任何一种相对长期存在的法律制度、规则的历

史正当性和合理性。”^①“这一进路反对以抽象的、所谓代表了永恒价值的大词来评价法律制度和规则，而是切实注重特定社会中人的生物性禀赋以及生产力（科学技术）发展水平的限制，把法律制度和规则都视为在诸多相对稳定的制约条件下，对于常规社会问题做出的一种比较经济且常规化的回应。”^②它“强调细致、具体地考察和发现社会生产方式制约的社会生活各个方面对法律制度的塑造和制约。”^③龙宗智教授倡导司法改革的“相对合理主义”，认为“相对合理主义”是在方法论基础上的所谓“条件论”。这个条件就是马克思的一句名言：“权利永远不能超出社会的经济结构以及由经济结构所制约的社会的文化发展。”龙宗智教授阐释所谓“相对合理主义”：“是指在一个不尽如人意的法治环境中，在多方面条件的制约下，我们无论是制度改革还是程序操作，都只能追求相对合理，不能企求尽善尽美。”据此，在改革节奏上，他主张“渐进论”；在改革标准上，他主张“较好论”；在改革的实际策略上，他主张“从技术到制度”。此外，他认为在运用相对合理主义时，要有适度容忍不规范行为的“宽容主义”，要坚持维系基本价值的底限原则。^④我认为这些观点都具有重要的认识论和方法论意义，是应当予以肯定并加以倡导的。

五、关于司法改革的方法论问题

借鉴抑或照搬是理论法学研究中一个老生常谈的话题，也是研究司法改革乃至检察改革不能回避的方法论问题。这一问题的核心是如何对待他国的司法制度。

目前，在司法改革的研讨中，确有一种盲目照搬西方法制的模式，希冀按照西方法制的模式全面改造中国司法制度的理论倾向。

①②③ 苏力：《语境论——一种法律制度研究的进路和方法》，载《中外法学》2000年第1期。

④ 龙宗智：《“相对合理主义”及其局限性》，载《现代法学》2002年第4期。