

司法创新

SIFA CHUANGXIN
CONG GEAN DAO FALI DE
ZHANKAI

从个案到法理的展开

徐安住 ◆ 主编

中国检察出版社

司法创新

SIFA CHUANGXIN
JONG GEAN DAO FALI DE
ZHANKAI

从个案到法理的展开

卞安住 ◆ 主编

● 中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

司法创新：从个案到法理的展开/徐安住主编. —北京：中国
检察出版社，2004.6

ISBN 7-80185-264-8

I. 司… II. 徐… III. 司法制度-研究-中国 IV.D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 055969 号

司法创新：从个案到法理的展开

徐安住 主编

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)

电子邮箱：zgjcbs@vip.sina.com

电 话：(010)68630385(编辑) 68650015(发行) 68636518(邮购)

经 销：新华书店

印 刷：北京鑫海金澳胶印有限公司

开 本：A5

印 张：9.75 印张

字 数：271 千字

版 次：2004 年 7 月第一版 2004 年 7 月第一次印刷

书 号：ISBN 7-80185-264-8/D·1245

定 价：22.00 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

主 编：徐安住

撰稿人（以姓氏笔画为序）：

甘德怀 李彩虹 吴志红

陈广华 赵联宁 徐安住

章惠萍 蔡 琳

司法创新的困境与出路

(代序)

在社会经济发展到一定阶段之后，社会制度的发展要求就会凸显。在关乎整个社会变迁的各项制度之中，法律制度的变迁尤为突出。恰如法制现代化理论研究所揭示的那样，由传统社会到现代社会变迁的一个重要的标志就是社会治理的根本方式的变迁，即从人治到法治的变化。法律取代神明、巫术或者传统而成为指导人们行为的普遍性因素。而在法律的世界之内，较之立法等而言，司法是更为活跃、更能展示法律与法律之外社会勾联的领域。在某种意义上，司法是连接法学理论与法律实践的桥梁，司法又是法律的世界与日常生活的世界相互沟通、相互认知、相互渗透的媒介。司法一旦发生变化，哪怕是极其细小的变化，也会影响到生活在法律世界之外的普通民众对法律的感知和印象。司法是牵动社会的一根神经。同时，社会的经济、政治等若干领域发生的变动也不同程度的会反馈到司法之中。然而，在对我国种种司法创新举措热烈颂扬的时候，不能不注意到司法创新所面临的种种困难。

司法创新所面临的困境大致表现在三个方面：

一、理论思考、理性探讨的缺乏

近年来，伴随着中国社会、经济的发展，司法层面的改革可谓不少。微观者如法官的着装从军警性质的服饰变为法官袍，宏观者有从职权主义到当事人主义的诉讼模式的转换，中观的有时下正在热烈讨论的证据制度的种种变革。在流行的改革意识形态的笼罩之

下，似乎所有的改革都冠冕堂皇，似乎所有的改革都当然地包含了发展、进步、正义、福利等褒扬之义。然而，无需论证，改革并不意味着只有成功，事实上，任何改革都天然地与风险并存，被失败紧追，司法改革亦不例外。所以，我们不能只对司法创新抱以热烈的情绪而缺乏客观、耐心的审视。一些改革始于轰轰烈烈而终于冷冷清清，一些改革在实施过程中饱受诟病而不得不半途夭折。这充分说明我们对待司法创新还缺少足够的思考，司法创新的行为沾染了盲目和浮躁的情绪，有些甚至仅仅是趋利而动的产物，或者是各个部门相互争夺权力的结果。没有革命的理论就没有革命的成功，要想使司法创新不沦落为一时的“政绩工程”，就需要在司法改革举措实施之前，对司法创新所涉及的基本结构和基本价值进行理性的充分的探讨。

二、司法的弱势地位

在当前的中国社会，由于原有的社会控制机制逐渐弱化，社会的矛盾、冲突对司法的依赖空前增加。在司法调整各种社会关系的功能和作用日益得到加强的同时，社会对司法的信赖程度也日益增加，由此为司法创新提供了良好的社会背景。但是，另一方面，在我国特定的政治框架下，司法创新面临着司法满足社会需求与司法的社会地位不相一致的困难局面。诸多司法改革的研究表明，当司法改革进行到一定阶段的时候，司法创新的成功就势必呼吁司法以外的政治体制的革新。与具有源远流长的法治思想和法治经验的欧美国家不同的是，在我国的传统文化中，司法的地位一直敌不过政府的地位，司法常常沦为政府等的“奴婢”。在现实的政治制度中，司法也在立法的控制之下。虽然我国《宪法》规定了“一府两院”制，但是司法的人、财、物等被政府所掌控。而且，这种观念渗透到日常行为和国家制度中，并不断地被重复而成为根深蒂固的集体记忆。西方国家的法官是法律的代言人，“法律凭法官而降临尘世”，法官享有至高无上的尊荣；而在我国的现实情境，司法并不具有承载解决各种社会矛盾和社会纠纷的实力（这本为司法性质所要求），司法的地位（尤其在政治体系中）与社会对其的要求、期

望往往不相吻合。从目前的司法改革情况看，比较成功的司法创新主要也是在司法机关的职权范围之内进行的。一旦司法创新的触角延伸到现实的政治体制时，司法创新就无法越过雷池一步了。不过细小的司法创新在司法体制内部往往具有牵一发而动全身的效应，这样司法的深层体制矛盾就被暴露出来了。但是，由于司法的弱势地位，司法自身无力摆脱这种尴尬的局面。

三、司法创新的合法性危机

针对近年来热热闹闹的种种司法创新，一些学者提出司法创新的合法性问题。根据这种观点，现在所谓的司法创新，大都是在违背现行法律的规定下操作的，是违法改革、违法创新。司法的行为应该是保守的，司法机关的保守性是指司法机关应当首先固守法律，尊重现行的法律规定，这是法治的基本要求。如果司法机关首先突破法律，其行为的性质说到底还是毁损、动摇法治的根基。而且，司法机关自身突破法律规定带来的负面效果非常严重，将会导致社会很难建立起对法律的尊重。一些地方法院借司法改革的名义制定所谓的“土政策”、“规范性文件”，更是在败坏法律的良好品性。那么，如何寻求司法创新的依据呢？有的学者强调应该从立法着手。司法应该严格注意自身行为的界限，只有立法机关颁布实施的法律才是司法行动的指南而且是惟一的指南。

虽然认识到司法创新所可能面对的各种不利因素是很重要的，但更为紧迫的是从各个层面采取行动推动司法改革和司法创新。我们不可能如同某些人主张的那样完全否定司法创新的意义。在社会转型时期，司法创新乃是法律变革当中最为重要的内容，需要从理论和实践上为司法创新提供相应的途径，以更好地实现社会对司法的要求。

司法创新要突破困局，需要关注的重点有三：

一、加强司法创新的理论思考

要使司法领域的创新真正获得成功，应该去掉浮躁，去掉一时之喧哗。这里需要明确，司法改革不应以政绩为导向，司法改革不是某些人的“形象工程”、“面子工程”。司法改革最终需要落实到

社会民众的角度，需要以民众的利益作为评价标准。否则，所谓的创新就很难行之久远，法律的世界就会与日常世界相去甚远，司法创新就不会被人们理解、接受。所以，没有获得社会呼应的司法改革，必然是无源之水、无本之木，这一点是进行司法改革的理论家和实践者不能不注意的。而要使司法创新的制度具有坚实的社会基础，就必须从理论的角度对司法创新所涉及的各种利益、各种力量展开热烈的讨论。毫无疑问，这一工作是司法创新的实践者和理论工作者的共同任务。法院、检察院等司法机关非常重视调查研究工作。最高人民法院每年一度的法院系统学术研讨会已经持续了16届，而且，最高人民法院还专门确定调研课题。同样值得欣慰的是，近几年来，理论界抛弃了那种沉迷于象牙塔之内的研究生活，开始逐步关注现实。最先进入理论界视野的就是司法和司法创新。不过，理论界往往挟情绪化的批判之剑，对司法大加指责，这种情绪当然不利于客观审慎地对司法创新加以研究。同时，这也说明了目前理论界和实务界相互之间的沟通并不多，影响了两者对司法创新的共同探讨。

二、务实地对待司法的现实地位

不管在整个中国的政治框架中司法的地位如何，从我国近年来司法改革的情况看，司法创新的首要力量还是来自于司法体系的内部。往往是司法体系内部发现自身的现实与社会的需求不一致、难以满足社会需求时，司法改革的举措就应运而生。例如，为解决案件日益增多而法官人数少的矛盾，法院改革诉讼证据领域的职权主义模式，向当事人主义模式转换，强调当事人举证，弱化法官调查取证。不独是被动地采取司法变革的措施，司法机关也积极主动地改变自身状况。在中国加入世界贸易组织之后，最高人民法院有意识地选拔一些中高级法院的法官到国家法官学院参加世界贸易组织规则的培训；上海、广东等高级人民法院将一些法官送到国外进修，都是自觉地应对社会的挑战。可见，在现行政治、经济体制背景下，司法机关在推动司法创新的进行、致力实现司法公正方面做出了巨大努力。当然，推动司法创新的力量不应该仅仅囿于司法体

制之内。作为法律共同体的重要角色的律师、法学研究人员也能从各自的职业特征、职业要求的角度对司法创新提供良好的意见。

如前所述，司法创新一旦涉及根本性的体制问题，司法创新就会不可避免地遭遇挫折，这就要求有志于司法创新的人士以务实谨慎的策略对待司法改革。最值得注意的是对司法创新采取虚无主义的态度，以为既然现实的政治制度不仅无法为司法创新提供动力资源，而且往往成为司法创新的障碍，使司法背离自身的本性，就悲观地否定司法创新的意义。确实，司法的弱势地位影响了司法创新的广泛性、深刻性。但是，现实的意识形态并非没有为司法创新提供理论资源。在法治的话语背景下，政治体制的变革日益被提到议事日程上来。所以，没有必要悲观失望。当然，司法创新的最终动力还是来源于政治体制的调整。这一调整的本质应该是司法权力与其他政治权力之间的关系，其总体趋向是适度地扩大司法权力，减少司法对外部的依赖，强化司法的独立地位和保障司法的权威。

三、司法创新的基础是合理性

对于司法创新的合法性危机问题，我们以为，强调司法创新破坏法治根基未免有些言过其实。应该承认，中国司法创新是在立法体系已基本形成，法律覆盖面已较为广阔，司法体制的主要构架以及司法行为的主要过程已经由法律所规定的情况下进行的。从理论上讲，司法创新的实施要么需要系统地修改法律，实行真正意义上的“变法”，要么只能在法律框架范围内进行局部性的调整。近年来，司法机关在倡导创新的同时，又不得不谨慎地把“在现行法律范围内进行改革”或“不违反现行法律规定进行改革”作为改革的一项原则。但是，完全以现行法律为基础，司法创新的全面、深层次推进是不可想象的。事实上，司法机关目前所提出的一些创新设想和方案已属“红杏出墙”，溢出了现行法律的规制范围。然而，如果要求立法机关对社会生活的某些需求作出迅速的反应，几乎不可能。司法天然地比立法能够更好地应对社会生活的挑战。正因为如此，即便在信奉三权分立的国家，司法与立法的界限现在也不是

绝对的。司法对立法的渗透，是社会生活的必然要求，否则司法只能是僵死的司法。实际上，社会生活变化越快，越是要求司法作出相应的反应；这一点在西方国家的司法发展过程并不鲜见。所以，只要司法创新是在充分的、理性讨论的基础上产生的，司法的合法性危机就并不会构成现实的危机。问题的实质在于，司法创新是否是合理的，也就是司法创新能否最大限度地满足社会公众对司法的预期。

可以断言，司法创新、司法改革在中国法制现代化进程之中，将始终是理论和实践的双重课题。不管司法创新在中国面临怎样的实际和理论上的困难，以中国社会的实际条件以及中国社会治理和社会发展的实际要求为依据，研究和探讨中国司法制度的具体建构，是一种历史性的选择。在历史上不乏伟大的变法和变法家的民族里，当下司法创新的完成同样需要富有理性思考和务实精神的行动者。

徐安住
2004年6月

目 录

司法创新之一：搜查回避

——以刑事司法中的人权保护为中心

一、个案的引出	(1)
二、刑法理论的变革与人道主义	(3)
(一) 我国古代的刑法思想及其对我国现代刑法的 影响	(3)
(二) 刑法的功能及其任务	(6)
(三) 刑事政策的基本原则	(8)
(四) 刑罚的目的及其人道性	(12)
三、刑事司法人道主义的实现	(14)
(一) 禁止酷刑	(14)
(二) 保障犯罪嫌疑人及犯罪人在刑事诉讼中的人权 ...	(18)
(三) 刑罚个别化	(23)
(四) 刑事设施中的人道主义	(25)

司法创新之二：引导侦查

——以检警关系的法律调整为中心

一、个案的引出	(29)
二、侦查程序中的检警关系	(32)
(一) 我国目前的检警关系	(32)

(二) 其他国家或者地区的检警关系概况	(33)
(三) 两种检警模式的评析	(36)
三、我国检警关系的调整	(37)
(一) 检警一体化	(38)
(二) 强化监督调控论	(38)
(三) 对我国检警关系模式的探讨	(39)
四、新型检警关系的法学思考	(45)
(一) 我国刑事诉讼中检警关系的合理性	(45)
(二) 我国刑事诉讼中检警关系的负面效应	(46)
(三) 我国检警关系的改进	(48)

司法创新之三：证据开示

——以诉讼本质为中心

一、个案的引出	(54)
二、证据开示制度	(57)
(一) 证据开示制度的基本内涵	(57)
(二) 证据开示制度的基本内容	(62)
三、构建我国新型审前程序和证据开示制度	(66)
(一) 当事人对司法创新的体会	(66)
(二) 证据开示制度和我国审前程序的改革	(68)
四、诉讼本质与诉讼制度改革关系分析	(71)
(一) 诉讼的本质	(71)
(二) 刑事诉讼的特殊性与共性	(73)
(三) 诉讼本质对诉讼制度和程序的影响	(73)
(四) 诉讼参与人个体利益的观察	(74)

司法创新之四：诉辩交易

——以刑事审判简易程序改造为中心

一、个案的引出	(76)
二、诉辩交易制度	(79)

(一) 美国的刑事诉讼程序简介·····	(79)
(二) 诉辩交易的概念·····	(80)
(三) 法官对诉辩交易的审查原则及相关法律规则·····	(82)
(四) 美国诉辩交易存在的原因分析·····	(83)
(五) 诉辩交易在美国司法实践中的运用情况·····	(85)
三、司法创新的评析·····	(88)
(一) 诉辩交易存在的合理性和优点·····	(89)
(二) 诉辩交易的缺点·····	(90)
(三) 我国能否引进诉辩交易·····	(92)
(四) 现实可行的选择: 积极推进多元化的简易程序 改革·····	(95)
四、由诉辩交易引发的联想: 司法改革创新中的法律移植问题·····	(102)

司法创新之五: 不起诉听证

——以听证制度为中心

一、个案的引出·····	(107)
二、不起诉听证程序的法理分析·····	(110)
(一) 听证程序的法理基础·····	(110)
(二) 不起诉的理由·····	(111)
(三) 不起诉听证的理由·····	(114)
三、检察机关听证制度程序的理论思考·····	(114)
(一) 关于听证主持人·····	(115)
(二) 其他国家的预审制度和不起诉的听证程序·····	(116)
(三) 检察官的职责·····	(118)
(四) 听证参加人·····	(122)
(五) 关于听证的程序·····	(126)
四、不起诉听证的理论思考·····	(131)
(一) 司法的科学性与民主性的冲突·····	(132)
(二) 司法听证程序理由的比较观点分析·····	(133)

司法创新之六：社会服务令

——以刑罚改革为中心

一、个案的引出·····	(138)
二、社会服务令和暂缓起诉·····	(140)
(一) 社会服务令·····	(140)
(二) 暂缓起诉·····	(146)
三、司法创新的评价·····	(153)
(一) 长安区检察院对其创新做法的基本态度·····	(153)
(二) 持肯定观点的意见·····	(154)
(三) 持质疑观点的意见·····	(154)
(四) 暂缓起诉制度的诉讼法学分析·····	(155)
四、刑罚改革的法学理论思考·····	(161)
(一) 暂缓起诉的启示：刑罚附随效果再思考·····	(161)
(二) 社会服务令的启示：刑罚改革的紧迫性·····	(165)

司法创新之七：检察机关提起民事诉讼

——以公益诉讼为中心

一、个案的引出·····	(169)
二、检察机关与民事公诉·····	(171)
(一) 公益诉讼的含义与特征·····	(172)
(二) 检察机关提起公益诉讼的理论争论·····	(175)
(三) 几个代表性国家的检察机关提起公益诉讼的理论与实践·····	(182)
三、完善我国公益诉讼的理论思考·····	(186)
(一) 检察机关在公益诉讼中的法律地位·····	(186)
(二) 检察机关提起民事诉讼的案件范围·····	(190)
(三) 检察机关提起民事公益诉讼程序问题探讨·····	(195)
四、由公益诉讼引发的联想：司法改革的社会基础·····	(198)

司法创新之八：先例判决

——以判例制度为中心

一、个案的引出	(200)
二、判例法与法典法的渊源及其理论基础	(201)
(一) 英美法系判例法的渊源及其理论基础	(201)
(二) 判例法的“遵从先例”原则	(204)
(三) 大陆法系法典法的渊源及其理论基础	(206)
(四) 中国古代的判例制度	(208)
(五) 先例判决的性质辨析	(209)
三、统一司法标准：判例的作用与完善	(211)
(一) 判例制度的作用	(211)
(二) 判例制度的完善	(214)
四、判例制度与司法解释功能分析	(219)

司法创新之九：法官后语

——以裁判文书改革为中心

一、个案的引出	(224)
二、现行裁判文书存在的不足和不良后果	(227)
(一) 现行裁判文书存在的不足	(227)
(二) 现行裁判文书不足的不良后果	(229)
三、几项裁判文书改革措施的探讨	(231)
(一) 关于证据的说理	(232)
(二) 关于将合议庭不同意见写入裁判文书	(234)
(三) 关于裁判文书载明当事人的基本诉讼权利	(237)
(四) 关于法官后语	(239)
四、裁判文书改革共性问题的思考	(242)

司法创新之十：律师起草法案

——以法案起草和律师的社会作用为中心

一、个案的引出·····	(253)
二、法案起草的立法学分析：立法的科学化与民主化·····	(255)
(一) 法案起草的定位·····	(255)
(二) 法案起草的基本内容·····	(258)
(三) 法案起草的要求·····	(264)
(四) 委托起草法案·····	(272)
三、制度创新的社会评价·····	(275)
(一) 重庆市人大和相关部门的评价·····	(275)
(二) 作为起草法案的律师们的评价·····	(276)
(三) 其他人士的评价·····	(278)
四、委托起草法案的法理学理论思考·····	(279)
(一) 法案起草阶段的民主化和科学化必须配备相应的制度保障·····	(282)
(二) 完善法案起草必须注意的技术上的问题·····	(284)
五、律师社会作用的深度思考·····	(288)
主要参考文献·····	(290)
编后记·····	(295)

司法创新之一：搜查回避

——以刑事司法中的人权保护为中心

一、个案的引出

2001年夏天的一个傍晚，江苏省宜兴市检察院的检察官奉命执行一项搜查任务，检察官轻轻敲开犯罪嫌疑人赵某家的门，亮明了身份。赵某的妻子告诉检察官，12岁的孩子正在洗澡，明天就要参加中考。检察官马上电话通知在车上等待的干警暂时不要上楼，等他安排好赵某的孩子再执行搜查任务。大约半个小时后，孩子洗完澡，赵某的妻子帮孩子收拾好学习用品，电话通知孩子的舅舅将孩子带走，检察官这才通知干警上楼。赵某的妻子非常感动：“你们能为我的孩子考虑，不影响他明天的考试，我真的很感谢你们！”她对搜查很配合，主动交出了有关的书证和赃物。搜查完毕，检察官们又将物品一一复归原位。赵某得知这一情况后，深受教育，很快交代了自己的犯罪事实。

2003年3月3日上午，北京市第一中级人民法院，10多名从看守所提解到法院接受审判的刑事犯罪被告人从警车上走下来时，他们每人头上都戴了一个深色的头套，只露出两只眼睛。此举在北京市法院系统尚属首次，北京市第一中级人民法院法警支队队长介绍说，提解刑事被告人到法院接受审判过程中给他们戴上“头套”，是北京市第一中级人民法院在法律允许范围内推出的一项新举措，旨在保护尚未受到法院最终有罪判决的犯罪嫌疑人的隐私权和个人