

21世纪法学研究生参考书系列

刑事诉讼中的问题与主义

(第二版)

陈瑞华◎著

中国人民大学出版社

陈瑞华◎著

刑事诉讼中的问题与主义

(第二版)

中国人民大学出版社
· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事诉讼中的问题与主义/陈瑞华著. —2 版. —北京: 中国人民大学出版社, 2013. 11
(21 世纪法学研究生参考书系列)
ISBN 978-7-300-18270-4

I. ①刑… II. ①陈… III. ①刑事诉讼-中国-研究生-教学参考资料 IV. ①D925.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 249051 号

21 世纪法学研究生参考书系列

刑事诉讼中的问题与主义 (第二版)

陈瑞华 著

Xingshisusong zhong de Wenti yu Zhuyi

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242 (总编室)		010-62511398 (质管部)
	010-82501766 (邮购部)		010-62514148 (门市部)
	010-62515195 (发行公司)		010-62515275 (盗版举报)
网 址	http://www.crup.com.cn		
	http://www.ttrnet.com(人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	北京东君印刷有限公司	版 次	2011 年 6 月第 1 版
规 格	170 mm×250 mm 16 开本		2013 年 11 月第 2 版
印 张	20 插页 3	印 次	2013 年 11 月第 1 次印刷
字 数	396 000	定 价	45.00 元

第二版序言

本书是《刑事诉讼的前沿问题》的姊妹篇。作为一部供法科研究生使用的教材，本书对刑事诉讼中的诸多问题进行了研究，提出了自己的理论观点，展示了对这些观点的论证过程。在这次修订过程中，笔者撤除了部分章节，并将最新发表的几篇论文编入本书。这些新增加的章节体现了笔者对检察监督、刑事附带民事诉讼、案卷笔录移送、彻底的事实审、留有余地的裁判方式等问题的思考，属于最新的研究成果。

从早先的《问题与主义之间——刑事诉讼基本问题研究》第一版，到即将面世的《刑事诉讼中的问题与主义》第二版，本书已经发生了非常大的变化。无论是从内容还是从形式上看，这些不同的版本都不再像是同一本书了。在某种意义上，本书的第二版已经相当于一部崭新的著作。之所以要对本书进行如此大规模的修订，主要是考虑到本书的书名《刑事诉讼中的问题与主义》具有一定的“品牌”效应，已经为读者所广为接受，并充分地体现了笔者的学术志趣。这种志趣用那句著名的论断表达出来，就是“中国的问题，世界的眼光”。同时，作为一部研究生使用的教材，本书试图不断地吸收一些最新的学术成果，真正体现“与时俱进”的理念，使后来的研究生可以获得不同于学长的学术体验。在某种意义上，本书犹如一个生命有机体，需要不断地被修正裁剪和去伪存真，如此才能使其具有蓬勃的生机与活力。

陈瑞华

2013年10月27日于北京大学中关园

徘徊在问题与主义之间（初版序言）

本书是笔者近十年来研究刑事诉讼问题的成果总结。早在2003年，笔者出版了一部题为《问题与主义之间——刑事诉讼基本问题研究》的著作，对刑事诉讼中的一些重要问题进行了初步的研究。2008年，经过大规模的修订后，该书的第二版面世。时至今日，随着刑事诉讼理论的发展和笔者研究方法的转型，该书提出的不少观点和所做的论证都显得不合时宜了。本着与时俱进的精神，笔者感到有必要对该书进行全面的修订，以便给读者提供更多有价值的学术信息，并尽量避免读者不必要的重复阅读。本来，笔者打算遵循《刑事诉讼的前沿问题》一书的成例，推出该书的第三版。但是，鉴于原书的书名尽管有些标新立异，却也略显拖沓冗长，在接受策划编辑的建议之后，将书名最终改为《刑事诉讼中的问题与主义》。

鉴于笔者已经有专门的比较法学著作问世，本书撤除了原来涉及美、意两国刑事特别程序和美国刑事诉讼中权利救济问题的两篇文章，也没有再收录《比较法视野下的未决羁押制度》一文。随着最高人民法院等部门颁行的两部刑事证据规则的正式实施，原来的《刑事证据规则之初步考察》一文的不少内容需要作出全面的更新，对于中国的刑事证据问题需要有专门的著作加以研究，因此，本书也不再保留这篇涉及证据问题分析的文章。不仅如此，笔者以前对审判委员会制度曾做过专门研究，将此制度与法院的内部独立问题联系在一起进行了理论上的分析；笔者还将回避与变更管辖问题结合起来进行过研究，并将其统一到“裁判者的中立性”这一理论问题之下；笔者也曾从辩护律师在侦查阶段的会见权问题入手，对刑事审判前程序中的权利救济问题作出了理论上的讨论。特别是在最近的研究中，笔者曾以2007年律师法的实施问题为范例，对中国制度变革中的“立法推动主义”模式作出了深刻的反思，对那种自下而上的“司法推动主义”变更道路进行了理论上的评析。这一涉及中国法制发展道路选择问题的研究，具有较强的理论辐射力，对于很多问题的认识都是富有启迪价值的。借着这次修订的机会，笔者将这些新的研究成果一并收入本书，以便为读者提供更多也更具启发性的学术分析。

胡适先生在二十世纪初曾发表题为《多研究些问题，少谈些主义》的论文，强

调从具体的问题入手,透过对具体问题解决方案的假设和检验,来提出有价值的思想。胡适所反对的是那种空谈来自外国的某一理论或者“主义”,而忽视具体问题的研究方法,认为空谈“主义”尽管并不困难,但对于解决社会问题既没有用处,也很危险。这篇论文连同“问题”与“主义”的讨论一起,在当时曾引起轩然大波。时至今日,尽管学术研究的政治、经济、社会、文化背景已发生了巨大的变化,但是,“问题”与“主义”的关系问题,也就是所有社会科学所面临的方法问题,仍然没有得到妥善的解决,并有重新讨论的必要。

本书之所以取名为《刑事诉讼中的问题与主义》,一方面是因为笔者对胡适先生所提命题有一些新的认识,另一方面也是因为笔者近年来在法学研究方法上发生了一个相当重要的转型。这一转型大约开始于2000年前后,是笔者基于对“中国问题”逐渐深入的认识,以及对中国法学研究现状的反思而作出的学术选择。笔者的研究思路,用最简练的学术语言表达,就是“中国的问题,世界的眼光”。

具体而言,应当将“中国问题”纳入视野,通过对问题的发现、描述和分析,对问题的现状作出尽可能精确的解释,然后,就问题的解决提出一些带有假设性的思路,并对解决方案的局限性和可行性作出剖析。通过这种层层质疑式的研究,抛弃那种就事论事的对策式研究方法,而使得问题的分析逐渐走向深入。最后,在针对具体问题作出解释和提出解决方案的基础上,尽量使对问题的分析由特殊走向一般,由个别走向普遍,最终使有关理论得到发展。因此,“中国的问题”应当是法学研究的具体对象,而“世界的眼光”则是研究者所持的思路和所要达到的境界。中国法学要想作出自己的独特贡献,就不能只是重复西方学者研究过的问题,重走西方学者走过的老路,而必须从本国正在发生的重大社会转型和法制改革中寻找问题。但与此同时,中国学者要避免司法调研机构所作的那种以改进司法为宗旨的所谓“问题分析”,必须培育自己独特的学术眼光,尤其要借着西方法学的研究成果和研究方法,对“中国问题”作出独立的学术研究。惟其如此,中国法学的独立发展才有可能,而不至于运用西方学者的研究思路,研究那些出现在西方国家的问题,得出西方学者早已得出的结论,或者通过分析中国的具体问题来验证西方法学中的某一理论。

当下的法学研究似乎在“问题”和“主义”两个方面都有爆炸性的发展。一方面,研究者基于对中国法律制度现状的考察,在立法、司法实践等方面发现了大量问题。于是,对各自领域中所存问题的分析,成为各部门法研究中一个蔚为壮观的景象。另一方面,从法理学界到各个部门法学界,对基本理论的研究甚或“法哲学”问题的研究也呈现出“繁荣”的局面。一时间,从古典的自然法学理论、实证主义法学、社会法学运动,一直到流行的经济分析法学、批判法学运动甚至后现代法学,都对中国的法学研究产生了程度不同的影响。

以刑事诉讼法的研究为例。法律学者在近来的研究中不可谓没有强烈的“问题意识”。在立法层面上,诸如沉默权、非法证据排除规则、证据展示制度、程序性违法的法律后果、三审终审制等一系列的立法建议,显示出中国刑事诉讼制度在规

则构建方面存在着相应的问题。而在司法实践方面，包括证人不出庭作证、辩护律师会见难、辩护律师受到检控方的随意追诉、刑讯逼供屡禁不止、超期羁押久盛不绝等在内的问题，都被纳入法律学者的研究视野之中。甚至就连法学理论中存在的问题，如认识论的理论基础地位问题、“法律真实”与“客观真实”的关系问题等，也都成为刑事诉讼法学研究的对象。

刑事诉讼法律学者也不可谓没有浓厚的“理论情结”。为了结束所谓“注释法学”一枝独秀的局面，也为了创造出中国刑事诉讼法学的“理论体系”，研究者引入了源自美国和日本的诉讼构造和诉讼目的理论，借鉴了源自英美的程序正义和程序价值理论，甚至提出并力图确立诸如诉讼构造、诉讼目的、诉讼主体、诉讼法律关系、诉讼阶段、诉讼职能之类的一系列理论范畴。但是，这些来自西方的法学理论本身就没有一个统一的体系，在不同的法系和不同的国家，甚至还有着彼此相互矛盾的理论体系。例如，大陆法国家所创立的以“诉讼主体”、“诉讼客体”和“诉讼行为”为骨架的刑事诉讼理论，可能更多地受到欧陆民法理论的影响。而以人权保障为主旨、以程序正义为红线的英美刑事诉讼理论，则更多地将刑事诉讼法视为“动态性的宪法”和“实践中的人权法”。中国学者无论是引进哪一种刑事诉讼理论，都会面临诸如“究竟要被纳入哪一法系”之类的问题。

根据笔者的观察，中国的法学——尤其是部门法学——在研究“问题”方面，更多地赋予法学研究以实用性和功利性的考虑，以推进立法和改进司法作为研究的归宿，从而走进了“对策法学”的桎梏之中。而法学界——尤其是法理学界——在研究“主义”方面，则明显地陷入纯粹的理性思辨之中不能自拔，以至于忘记了法学研究的本来目的，使法学在部分学者那里变成一些西方哲学观点的变种。这是两个需要引起足够警惕的学术误区。

本着对制度创新的关怀和变革法制的理想，也由于中国法律制度几乎在所有层面上相对于西方而言都有明显的不足之处，中国法律学者几乎普遍将推进立法进程和推动司法改革作为研究的归宿之一。于是，在大多数法学论文中，有关解决问题的“思路”、“制度设计”、“对策”等都成为研究者所要得出的最终结论。曾几何时，一篇只提出问题而没有解决问题方案的论文，经常被认为“未完成的论文”；一部只分析问题而没有提出立法对策的著作，也可能被认为“没有太多创见”。在这一“对策法学”的影响下，法律学者以成为司法机关的“咨询委员”和立法决策机构的“立法顾问”，作为自己法学研究事业处于巅峰状态的标志。对于著名法学家，人们不去追问“什么是你的学术贡献”，“你提出过哪些学术思想”，以及“你有怎样的理论推进”等学术层面的问题，而往往推崇其对立法和司法的具体影响，甚至将其顶礼膜拜为“某某法之父”。

法律学者对待“中国问题”的这种实用态度，使得这门学科越来越具有“应对之学”的特征，而少有人文社会科学所固有的“问题意识”和“理论属性”。目前，已经有学者对法学的“科学属性”提出一定的质疑，认为这一学科越来越与历史

学、经济学、政治学等社会学科格格不入。当那些年纪轻轻、初入法学之门的研究者们学着前辈们的做法,在论文中没有对问题作出多少深入的分析,就“少年老成”地提出一堆“立法建议”时,人们不禁猛然警觉:原来一门社会学科竟然不以“创见”和“思想”作为支撑,而以立法对策作为立论的基础!

然而,法学不同于物理、化学、数学等自然学科,无法以实验方式来检验研究者所提出的假设和推断。法律学者提出的所有改革建议或者立法对策,也无法像当年欧洲的“空想社会主义者”所做的那样,在一定地域中进行社会改良实验。因此,诸如民法、刑法、诉讼法、行政法等法学领域中的“立法建议”,只能算作研究者为解决某一法律问题而提出的“假设”和“推断”而已。这些建议和对策在理论上具有怎样的正当性,或许是可以理论推理来加以论证的。但是,它们在司法实践中究竟能否有效地解决实际存在的问题,它们在今日的中国法律制度下究竟是否具有现实可行性,这些都是有待证明和检验的。如果过于相信研究者的理性能力,以为法律问题就是“逻辑问题”,只要经得起形式逻辑规则的检验,立法对策就是好的、有创见的,那么,我们每一位法律学者就都是最好的立法决策者了。但非常不幸的是,“问题的存在是客观的”,而“解决问题的方案从来就是主观的”。过于相信自己的理性能力和预测能力的结果,就是使自己的立法建议和对策变成一种“武断”的预言和“充满激情的说教”,而缺乏最起码的学术客观性。

当法学研究者将推动“某某法典”的通过、提出改革司法的建言作为研究的归宿时,他们所做的似乎就不再是纯粹的学术研究工作,而是类似国会议员们为促成法律的制定或修改所从事的社会活动和政治活动,法学家似乎也抛弃了自己本来的知识分子角色,而摇身一变成社会活动家和政治活动家。学者投笔而从事政治活动,这在中国历史上不乏先例。晚清时期康有为、梁启超就曾领导“举子”们向清朝政府提出变法动议的“公车上书”运动,并曾向清朝皇帝提出过变法的“奏折”。即使在今日的经济学界,在学术研究中也较为广泛地存在着所谓的“环中南海”现象,以为经济改革建言献策作为研究的目标。应当说,这种学者推动制度变革的活动对于社会进步是有利的,而对于从事这种活动的学者也确实无可厚非。但是,一旦研究者将这种“济世为怀”的做法推向极致,以为这就是学术研究的终极目的,那么,学术研究的萎缩、学术思想的贫乏以及学术眼光的短浅,就成为不可避免的结果。而这对于学术研究的前途无疑有着极为负面的影响。

因此,中国法学要想真正作出独立的贡献,中国法律学者要想提出富有创见的理论,就必须走出“对策法学”的误区,真正从学术的视角、世界的眼光来分析“中国问题”,并在解释和解决问题的过程中反复设定疑问,引导出富有见地的新思想和新理论。笔者深信,当年意大利学者贝卡利亚若只是提出改进当时意大利刑事立法的建议,或者一味地提出改革司法的对策的话,他是不可能成为法学大师的。真正使贝氏的《论犯罪与刑罚》名垂青史的,恰恰是他基于对当时刑事司法问题的深刻分析,所提出的包括罪刑法定、无罪推定、废除刑讯、废除死刑在内的一系列

法学思想。可见，真正的学术大师绝不仅仅是立法建议和改革对策的提出者，而更应是法学思想的提出者和基本理论的创立者。当一位著名法律学者不再仅仅满足于担当“某某法之父”，而是努力成为“某某理论之父”时，我们距离出现法学大师的时代就不再遥远了。

在法学研究中存在偏差的还远不止“对策法学”问题，那种以纯粹的“理性思辨”为旨趣的研究也存在明显的问题。当然，笔者不仅不反对、而且很赞赏那种真正的法哲学研究。事实上，有不少法律学者的哲学功底深厚，并提出了很多富有哲理的法律理论。笔者所要反思的是那种不知“中国问题”为何物、为思辨而思辨的研究方法。笔者深信，所有从事真正法哲学研究的学者一定是有着浓厚的“中国问题”意识的，他们的研究应当是对中国问题所作的更加深刻的分析，对法律理论所作的更加抽象的归纳。

中国宋代有词曰：“少年不知愁滋味”，“为赋新词强说愁”。那种不以解释问题或解决问题为前提的“哲学分析”，那些仅仅将西方法哲学甚至哲学理论套到某一法律问题上所作的论述，犹如“隔靴搔痒”，根本不可能提出富有创见的法学思想。胡适先生就认为，“研究问题是极困难的事”，因为“这都是要费工夫，挖心血，收集资料，征求意见，考察情形，还要冒险吃苦，方才可以得一种解决的意见”，况且，“又没有成例可援，又没有黄梨洲、柏拉图的话可引，又没有《大英百科全书》可查，全凭研究考察的工夫，这岂不是难事吗？”相反，“高谈主义是极容易的事”，甚至“是阿狗阿猫都能做的事，是鹦鹉和留声机器都能做的事”，因为只要“买一两本实社《自由录》，看一两本西文无政府主义的小册子，再翻一翻《大英百科全书》，便可以高谈无忌了，这岂不是极容易的事吗？”

胡适这种略带讥讽的话不无夸张之处。但是，类似他所说的这种“引进主义式”的研究，在今日的法学研究中不也时有发生吗？不知从何时开始，研究法哲学和所谓“部门法哲学”的人士，在论述某一问题时，不是首先考虑中国所面临的相关问题，而是“生吞活剥”地大段引述西方学者的观点和理论，并以此作为论证的主要论据。于是，大量晦涩的概念和生硬翻译而来的术语遍布于纸上，论及古代思想则必称苏格拉底、柏拉图、亚里士多德，说到近代启蒙思想家则必引用康德、黑格尔、孟德斯鸠和洛克，而分析到现代理论则必抬出哈耶克、罗尔斯和哈贝马斯不可。甚至就连后现代哲学的代表人物如福柯等的著作，也早已为研究者所引用。

这种所谓的“哲理思辨”，不仅背离了法学研究的本来目的，甚至还会令人对其知识的专业性产生合理的怀疑。毕竟，法律学者研究纯粹的哲学问题是远远比不过专业的哲学研究者的。或许，法律学者将西方哲学的观点“七拼八凑”起来加以论证，这对于哲学研究者们来说很可能属于“常识性”或“小儿科”的问题，而对于那些不了解西方哲学的中国法律学者而言，则未尝不使其“肃然起敬”。这正如一个法律学者向专业哲学研究者讲述某种法律常识一样，也会使其“自愧不如”。

事实上，那种认为只要引进西方的理论和学说就可以提出富有创见的法学思想

的观点,几乎过于天真了。毕竟,这种研究所涉及的只不过是西方学者基于对社会问题的解释和分析,所提出的理论观点而已。这种理论当然应当为中国研究者所了解甚至精通,以便在研究中国问题时作为参考。更明确地说,了解了西方相关的理论,至少可以活跃自己的研究思路,提升自己的学术境界,从而使自己的学术视野更加开阔。但这仅仅是研究者所应具备的一点“看家本领”而已,而不能用来代替问题的研究本身。如果我们在研究中始终将这些西方理论作为研究的终点,而不认真思考中国问题的特殊性,也不去反思这些理论对于解释和解决中国问题是否具有局限性,那么,我们注定只能充当西方理论在中国的代言人角色,而根本不可能有理论上的创新和贡献。

法国雕塑大师罗丹曾在其艺术遗嘱中说过:“所谓大师就是这样的人:他们用自己的眼睛去看别人见过的东西,在别人司空见惯的东西上能够发现出美来。”罗丹这句话是就从事艺术创作的人而说的。其实,对于法学研究活动而言,所谓学术大师也就是通过研究法律制度中存在的种种问题,并在人们司空见惯的问题上能够提出创造性的思想和理论的人。

因此,所谓“中国的问题,世界的眼光”这一命题,所要表达的其实就是古人早就说过的一个意思:“小处着手,大处着眼”。中国法学已经过多年的积累和探索,几乎所有学科的研究者都很难在一些“宏大课题”上有创新的余地。相反,处于巨大社会转型和法制变革的中国,几乎成为世界上最为丰富的“问题来源地”,无论是在法律制度的构建还是司法改革方面,也无论是在观念革新还是理论转型方面,都存在着各种各样的问题。如果说中国法学目前在理论创新方面还远远达不到西方法学的境界的话,那么,中国法制所面对的丰富“问题”却是人类历史上任何一个国家在其现代化过程中所没有完全遇到过的,有着明显的特殊性。中国法学要作出独立的贡献,就需要对自己本土中存在的特殊问题作出解释和回应,并通过这种对特殊问题的分析和研究,逐渐提出解决问题的思路,从而最终提出一些为西方法学所无法提出的法律思想和理论。正是在这一意义上,笔者同意这样一句为人们耳熟能详的断言:“越是民族的,就越是世界的”。

对于法学研究的上述看法,笔者早在2000年前后就已经提出过。时至今日,笔者对此仍然有着较为明确的认同。这既是笔者对法学研究现状的一点评论,也是笔者自我反思的一点心得。“学如逆水行舟,不进则退”。笔者深知,对于以学术为使命的学者来说,不出新作品就意味着学术生命的终结。与其他出版物不同的是,中国人民大学出版社“21世纪法学研究生参考书系列”这一出版计划为笔者不断更新自己的作品,提供了一个弥足珍贵的机会。对于珍惜学术声誉的作者来说,这既提供了一个展示新作品的机会,也带来了更大的社会责任——我们有义务创造出更多富有生命力的作品,而不仅仅是那种应景之作。

陈瑞华

2011年2月15日于北大中关园

目 次

第一章 司法权的性质 /1

- 一、引言 /2
- 二、司法权的构成要素 /3
- 三、司法权的功能 /8
- 四、司法权的基本特征 /10
- 五、警察权与检察权的性质 /22
- 六、刑事执行权的性质 /29
- 七、司法裁判权行使的方式 /31
- 八、结语 /37

第二章 司法裁判的行政决策模式

——对中国法院“司法行政化”现象的重新考察 /39

- 一、问题的提出 /40
- 二、对一个基层法院主审法官制度的观察 /41
- 三、司法裁判的行政审批模式 /45
- 四、司法行政管理与司法裁判的职能混淆 /55
- 五、行政审批还是诉权制约? /60
- 六、结论 /65

第三章 刑事司法中的审判委员会制度 /67

- 一、引言 /68
- 二、作为审判组织的审判委员会 /68
- 三、审判委员会制度的基本缺陷 /73
- 四、对两个案例的分析 /80
- 五、审判委员会制度的近期改革动向 /83
- 六、中国法院的内部独立问题 /87

第四章 检察监督制度的若干问题 /90

- 一、引言 /91

- 二、刑事抗诉 /91
- 三、量刑监督 /93
- 四、侦查监督 /94
- 五、刑事执行的监督 /96
- 六、对未决羁押的监督 /97
- 七、结论 /99

第五章 义务本位主义的刑事诉讼模式

——论“坦白从宽、抗拒从严”政策的程序效应 /101

- 一、引言 /102
- 二、“坦白从宽、抗拒从严”的历史考察 /103
- 三、“坦白从宽”的诉讼效果 /108
- 四、嫌疑人的如实回答义务 /113
- 五、被告人的认罪态度 /118
- 六、“坦白从宽、抗拒从严”对辩护效果的影响 /122
- 七、两种法律传统的博弈 /125
- 八、结论 /129

第六章 中立的裁判者

——回避与管辖变更制度之初步研究 /132

- 一、问题的提出 /133
- 二、法官的回避问题 /134
- 三、“法院的回避”——审判管辖的变更问题 /140
- 四、回避制度的基本缺陷 /150
- 五、变更管辖制度的主要问题 /156
- 六、回避和变更管辖制度的根基 /158
- 七、诉权与裁判权的关系 /163
- 八、违反回避和管辖制度的程序后果 /167
- 九、裁判者走向中立化的难题 /170

第七章 案卷移送制度的演变与反思 /175

- 一、引言 /176
- 二、1979年确立的庭前案卷移送制度 /178
- 三、1996年的“审判方式改革” /180
- 四、“庭后移送案卷”制度的形成 /182
- 五、庭前移送案卷制度的重新恢复 /184

六、制约案卷笔录移送制度的几个深层因素 /186

七、结论 /190

第八章 彻底的事实审

——一个困扰刑事审判制度改革的难题 /192

一、引言 /193

二、事实审的形式化 /194

三、“彻底的事实审”理念的提出 /199

四、在第一审程序中构建“彻底的事实审”的必要性 /201

五、重构事实审的改革努力 /205

六、走向“彻底的事实审” /211

第九章 刑事附带民事诉讼的三个模式 /214

一、引言 /215

二、“先刑后民”模式 /216

三、“刑民分离”模式 /223

四、“先民后刑”模式 /228

五、结论 /235

第十章 法院变更起诉问题之研究 /238

一、问题的提出 /239

二、法院变更起诉的个案分析 /241

三、法院变更起诉的成因 /247

四、变更起诉实践的负面效应 /253

五、改革变更起诉制度的可能性 /256

六、结论 /258

第十一章 留有余地的裁判方式

——对中国冤假错案形成原因的一种解释 /260

一、引言 /261

二、“留有余地”的两个模式 /262

三、法院选择“疑罪从有”的体制原因 /265

四、“疑罪从有”的成本收益分析 /267

五、结论 /270

第十二章 制度变革中的立法推动主义 /272

一、引言 /273

二、立法机关在推动制度变革方面的局限性 /273

三、制度变革中的司法推动主义 /282

四、制度变革的另一条道路 /289

参考书目 /295

索引 /299

第一章

司法权的性质

一、引言..... 2

二、司法权的构成要素 3

三、司法权的功能 8

四、司法权的基本特征 10

 （一）司法权的独立性 11

 （二）司法权的程序特征 14

五、警察权与检察权的性质 22

 （一）警察权的性质 22

 （二）检察权的性质 23

 （三）刑事审判前的司法审查 27

六、刑事执行权的性质 29

七、司法裁判权行使的方式 31

 （一）程序性裁判机制的构建 31

 （二）救济程序中的审判方式 33

 （三）司法解释的方式 34

八、结语 37

一、引言

在当下的法学领域，司法改革已经变成一个炙手可热的课题，甚至已成为横跨诸多法学学科的一门“显学”。应当说，在司法制度的基本框架存在缺陷的社会里，法学者对这种制度的改革保持一定的热情，对司法制度的重建进行充分的讨论，这是值得肯定的，也是十分有益的。

然而，法学界在若干年前就曾讨论并倡导过刑事审判方式的改革。人们不约而同地将引进对抗制作为改造中国“刑事审判方式”的突破口。时至今日，中国确实在刑事诉讼领域实行了所谓“抗辩式”的审判模式。但事实证明，这种改革并没有带来中国审判方式的根本变化：绝大多数证人、鉴定人依旧不出庭作证，法庭审理依旧采用书面、间接的方式；法院内部依旧实行所谓的“承办人”制度，绝大多数案件实际是由一名负责承办的法官进行审判的，合议制是名存实亡的；法院内部仍然存在着院长、庭长审批案件的惯例，审判委员会对一些“重大”、“疑难”、“复杂”的案件，仍然在单方面听取“承办人”汇报的基础上，进行秘密的讨论和决定……这不能不令人感叹：所谓的“刑事审判方式改革”原来是一栋奠基在沙漠之上的大厦，尽管外表漂亮，但其根基有着致命的缺陷，因此注定难以取得预期的成效。

当然，现在谈论的司法改革问题本身就是由“审判方式改革”的推行而引发的。正是由于存在司法制度方面的阻力，导致“审判方式改革”无法深入推进，也难以发挥人们所预期的效果，于是人们才意识到：原来中国司法的症结不在什么“审判方式”，而在整个的司法体制。可以说，现在呼吁的司法改革与当年进行的“审判方式改革”是有着直接内在关联性的。

但笔者所担心的是，目前这种动用大量学术资源研究司法改革的情况，带有较为明显的功利色彩：很多人都希望开展一场深刻而剧烈的制度变革，“毕其功于一役”，从而带来司法的崭新变化。笔者注意到，目前进行的司法改革研究并没有改变传统的制度研究模式：描述问题，分析成因，然后提出对策。但是，由于少有高屋建瓴的理论加以指引，也由于对司法的内在规律缺乏认识，因而这种研究所触及的往往只是中国司法制度中的表层问题，所提出的改革方案也只是基于利害得失之权衡的应对之策。

例如，不少人以为司法制度的改革也就是法院体制和组织的改革。但是法院在国家权力体系中本来就处于较为弱小的地位，而且即使是在由“公检法三机关”组成的刑事司法结构中也并不具有至高无上的权威。显然，仅仅进行法院体制的改革是无法完成整个司法制度的重建的。又如，很多人都认为，司法的行政化、官僚化是中国司法制度中存在的一个重要问题。但很少有人注意到，中国实际还存在着司法权的“泛化”问题，也就是行政权、检察权甚至立法权的司法化问题。可见，对

于司法的内涵和范围的确定问题，人们还没有形成一个明晰的认识。再如，人们通常都肯定司法独立的积极意义，认为这是中国司法改革的一项重要目标。但是，在法官素质普遍较低、法律职业尚未形成专门化的情况下，即使司法独立真正变成现实，司法公正也未必能够实现，甚至还可能出现大量法官滥用权力的现象……

以法学界目前提供的思路推进司法改革，究竟能否取得预期的成效，笔者不能不表示怀疑。实际上，如果不了解司法权的性质，不对司法活动的基本规律形成明晰的认识，那么任何司法改革都将成为丧失目标和方向的试验活动。可以说，在司法改革问题上，当前最需要的是对一系列基本理论问题的冷静分析和对一些司法改革举措的理性反思。笔者并不反对进行有关的对策分析。应当说，在时机成熟的时候进行有关司法改革的对策分析确实是不可避免的。毕竟，研究司法改革问题的最终结果是要落实在改革方略的设计上。但是，对策分析包含着较大的风险和变数。如果没有经过缜密的理论分析和实际论证，尤其是如果没有一系列较为成熟的理论作支撑，那么这种对策分析也将很难抓住问题的要害。

有鉴于此，本章拟对司法改革的基础理论问题进行一次尝试性的探索。笔者将围绕“司法权的性质”这一核心问题，回答诸如何谓司法权、司法权的功能、司法权的基本特征、司法权的范围等一系列理论问题。当然，限于篇幅和笔者的学术兴趣，本章基本上是以刑事司法为范例来展开分析的，但这并不意味着笔者的论述会完全局限于刑事司法的范围。笔者期望，所有关心司法改革的人士都能够对这些基础理论问题产生兴趣，并展开讨论，从而为中国司法制度的全面改革提供理论资源。

二、司法权的构成要素

什么是司法权？这一问题在不同的法律制度下可能会有多个不同的答案。从宪政体制的角度来看，司法权是相对于立法权、行政权的第三种国家权力。与立法权和行政权相比，司法权的性质或许是不言自明的。例如，立法机构的使命主要是创制法律，也就是制定带有普遍适用效力的法律规范。而司法机构的使命则在于对具体案件进行裁判，并通过将一般的法律规则适用到个案之中，解决业已发生的利益争端。相对于立法权而言，司法权是一种裁判权，并且是通过将一般的法律规则适用于具体案件上，来发挥其裁判案件这一功能的。

但是，这样的解释总使人感到“三权分立”的宪政体制在限制着分析者的思路。而“三权分立”不仅在英美法和大陆法国家之间本来就没有一个完全相同的模式，而且与中国实行的人民代表大会制度更是迥然有别。在几乎所有法律制度下，纯而又纯的“三权分立”机制都是不存在的，司法权与其他国家权力都会产生一定的交叉甚至混淆。例如，在奉行“议会至上”的英国，上议院既是议会的组成部分，又是该国事实上的最高法院。可以说，司法权在一定程度上是从属于立法权