

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

Xingshishusong 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	<a href="http://www.crup.com.cn">http://www.crup.com.cn</a>		
	<a href="http://www.ttrnet.com">http://www.ttrnet.com</a> (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

---

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

## 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；笔者还曾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，或许是通过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，而摇身一变成为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

<b>第一章 司法权的性质</b>	/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
<b>第二章 司法裁判的行政决策模式</b>	
——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
<b>第三章 刑事司法中的审判委员会制度</b>	/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
<b>第四章 检察监督制度的若干问题</b>	/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

的。正因为如此，英国学者认为，“要准确地界定‘司法权’是什么从来都不十分容易”，甚至在职能方面，司法与行政“在本质上是没有什么区别的”<sup>①</sup>。又如，在法国和德国，法院的司法行政事务在很大程度上要受到司法行政机构的控制，从法院的财政预算到法官的任免、升迁和薪金，司法行政机构都拥有相当大的决定权。这表明，大陆法国家的司法权在一定程度上要受到行政权的影响。

很显然，从宪政体制的角度分析司法权，固然有助于认识它在国家权力结构中的地位，但也会面临很多具体的困难。由于历史和法律传统的原因，几乎所有国家都没有确立完全整齐划一的司法模式。不过，司法权在很大程度上有其独立的技术性方面。例如，不同制度下的司法权大体上有一系列相同的定位、功能、程序、组织特征。在中国目前的宪政体制下，有关司法权性质问题的研究仍可以从西方各国寻找到一定的资源。另一方面，各国行使司法权的机构尽管并不局限于法院，但某一国家机构只要行使司法权，就应遵循一些与司法权的性质有关的规则。例如，裁判者要在争端各方之间保持中立，要同时听取双方的意见，要从各方的争辩中确定事实，制作裁判结论，等等。显然，司法权的性质并不要求只有法院才能从事司法活动，但不论哪一个国家机构行使了司法权，都必须遵守一系列特有的司法程序，采取与司法性质相符合的组织形式，并发挥其特有的社会功能。有鉴于此，笔者愿意选择一个特殊的技术化角度，对什么是司法权问题作出实证意义上的分析。

在笔者看来，司法是与裁判有着内在联系的活动<sup>②</sup>，司法权往往被直接称为司法裁判权。<sup>③</sup>当然，这一命题在那些确立了基本的权力分立体制的社会中是不难解释的，而对于中国这样一个处于社会重大转型时期的国家而言，还需要加以缜密的论证。近一段时期以来，中国出现了立法机构加强对所谓“个案”进行监督的趋势，检察机关的“法律监督”地位逐渐受到法学界的质疑，而公安机关实际所享有的强大的行政处罚权，也受到越来越多的学者的批评。在这一背景下，将司法权界定为裁判权，对于中国司法改革目标的确定而言，是有着极为重大的现实意义的。

作为裁判权，司法权与其他国家权力有一些相似的特征，如由国家宪法或其他基本法进行授权，有国家强制力加以保证，有国家提供的人力、物力、财力作为资源保障，等等。但在这里，我们需要关注的是司法权相对于其他国家权力的特殊

① [英] W. Ivor 詹宁斯：《法与宪法》，中译本，165、166页，北京，生活·读书·新知三联书店，1997。

② 对于司法权，托克维尔早在一百多年以前就曾直接视其为“判断权”，也就是裁判权的意思。参见[法]托克维尔：《论美国的民主》，上卷，110页，北京，商务印书馆，1988。

③ 当然，这一结论是需要加以论证的。对于这一工作，笔者将在下文中加以完成。一般而言，按照传统的分权学说，“司法”(justice)是与立法、行政等相对应的一个概念；而裁判(adjudication)则属于一个诉讼概念，意指司法机构通过听审(hearing)，对争议双方提交的争端作出一项具有法律约束力的裁判结论。不过，相对于“裁判”而言，中国人更习惯用“审判”这一术语。这多多少少反映出中国人习惯将进行诉讼与“受审”相联系的意味。另一方面，“审判”被认为包含审理和判决这两个意思，体现了司法活动的过程性。而“裁判”则被视为一种结论，而难以体现这种过程性。但是在本章中，笔者倾向于将“裁判”与“审判”两词混同使用，而不作实质上的区分。

性，也就是这一权力在行使机构和方式上的特点。从权力行使过程的角度来看，司法裁判无疑就是享有司法权的机构、组织或者个人，针对申请者向其提交的诉讼案件，按照事先颁行的法律规则和原则，作出一项具有法律约束力的裁决结论，从而以权威的方式解决争议各方业已发生的利益争执的活动。<sup>①</sup> 按照司法裁判活动的普遍特征，我们可以将其分解为以下若干基本要素：

- (1) 存在着一项特定的利益争端或者纠纷；
- (2) 特定的两方或多方（当事者）卷入上述争端之中；
- (3) 争端的一方将争端（案件）提交给享有司法权的机构、组织或者个人（裁判者）；
- (4) 裁判者作为独立于争议各方（通常为双方）的第三方，参与并主持对争端的解决；
- (5) 举行听证，届时争议各方同时参与，以言词争辩的方式影响裁判者的结论；
- (6) 如果争端涉及事实的认定问题，争议各方需要向裁判者提交证据，传唤证人；如果争端仅仅涉及法律问题，争议各方则要提出法律方面的论据；
- (7) 裁判者制定并宣布一项裁判结论，以解决争议各方的争端；
- (8) 裁判者须在听取争议各方主张、证据、意见的基础上，对争议的事实作出认定，并将实体法确立的有关原则和规则适用于该事实之上；如仅系法律争端，则须按照法律原则、规则、先例或者有关理论，对有争议的法律问题作出裁决。<sup>②</sup>

这种就司法权的构成要素所作的分析，旨在提供一个有关“司法权是什么”的动态图景。具体而言，第（1）、（2）项要素指明了司法裁判赖以产生的前提：存在着双方或多方之间的利益争端。这种争端可能发生在两个平等主体之间（民事争端），可能发生在个人与作为管理者的行政机构之间（行政诉讼），可能发生在国家与个人之间（刑事争端）。在有些国家，利益争端还有可能发生在个人与其他国家机构以及国家机构之间（宪法争端）。而一旦两个国家、国际组织甚至个人与国家、国际组织之间发生争端，还有可能产生一种新的争端形式——国际争端。但争端不论以何种形式出现，一般都会直接牵扯到有关争议各方的利益。正因为如此，那些

① 对于司法或裁判，英国学者戴维·米勒和韦农·波格丹诺编辑的《布莱克维尔政治学百科全书》下过一个完整的定义：“法院或者法庭将法律规则适用于具体案件或争议”。该书尽管也强调定义“司法性行为”的困难，但仍明确地指出，司法裁判是“在诉讼案件中，对有关当事人之间的权利分配问题作出有约束力的裁决；而这些权利被认为在原则上已为现行的法律所确定”。参见 [英] 戴维·米勒、韦农·波格丹诺主编：《布莱克维尔政治学百科全书》，中译本，6页，北京，中国政法大学出版社，1992。该书就司法裁判所作的定义是迄今为止在中文版本的出版物中所能发现的最为简洁、准确者。

② 关于司法裁判活动的构成要素，笔者在归纳时参考了英国大臣权力委员会1932年为司法职能所作的定义和所作的解释。参见 [英] W. Ivor 詹宁斯：《法与宪法》，中译本，204~205页；[英] 戴维·米勒、韦农·波格丹诺主编：《布莱克维尔政治学百科全书》，中译本，6页。另外，美国学者戈尔丁（Martin P. Golding）也曾对裁判（adjudication）的构成问题作出过分析。参见 Martin P. Golding, *Philosophy of Law*, Englewood Cliffs, N. J. : Prentice-Hall, 1975, pp. 108—120。

直接卷入争端之中并与争端的解决存在直接利害关系的个人、组织、机构甚至国家，通常被称为当事人。

第(3)和第(4)两项要素涉及的是裁判者介入并主持争端的解决问题。从历史上看，争端的解决可能有各种各样的方式。在远古时代，人类曾采取血亲复仇、部族间战争等方式私自解决利益上的争执。随着国家的产生、发展和强大，社会上逐渐出现了专门负责解决私人争端及处理严重侵害公益行为的机构，由国家控制的司法裁判制度逐渐取代了私人复仇制度。这曾被不少历史学家视为人类文明发展进程中的一次伟大成就。<sup>①</sup>可以说，与私立救济方式相比，司法裁判是一种典型的公力救济活动。代表国家行使司法权的裁判者对争端解决过程的参与，是这种争端解决走向公力救济化的主要标志。然而在现代社会中，被人们用来解决利益争端的方式并不限于司法裁判一种。例如，某甲与某乙因为一方无理拒不履行事先订立的契约义务而发生争执，某甲可以首先选择与某乙进行私下协商，以寻求私下和解或者中国民间所说的“私了”；如果和解不成，某甲还可以诉诸仲裁，由专门的商业仲裁机构作出仲裁书。即使在争端进入法院之后，某甲仍然有机会与某乙寻求和解。对于某甲提出的诸如撤诉等要求，法院一般都会予以尊重。而且即使在双方未能达成和解的情况下，裁判者也可以依据法律程序，对双方的争端进行调解，若借此促使双方达成协议，争端也就不经过裁判而得到解决。可以说，相对于各种非诉手段而言，司法裁判实为最后一种解决争端的方式。

作为第三方的裁判者参与和主持争端的解决，这是司法裁判活动有别于其他争端解决方式的重要特征。与古代的私力救济相比，司法裁判活动具有和平性和非自助性。美国学者富勒(Lon L. Fuller)曾就此指出：“法治的目的之一在于以和平而非暴力的方式来解决争端。但和平解决争端并非仅靠协议、协商和颁布法律等就能实现的。必须有一些能够在争端发生的具体场合下确定各方权利的机构。”<sup>②</sup>司法裁判所提供的解决争端方式，使人类彻底摆脱动辄诉诸暴力、私刑等野蛮手段的习惯。但反过来，和平性和非自助性是要靠公正、人道的司法裁判方式来维持的。司法裁判这种公力救济方式一旦由于裁判者的不公平而难以令人信服，争议各方还可能会诉诸原始的私力救济方式。可以说，私力救济作为一种制度尽管已经消失，但私力救济的实践却可能在司法裁判制度不良时继续出现，从而成为司法裁判活动所要尽力避免的情况。另一方面，与和解、仲裁、调解相比，代表国家行使司法权的裁判者主持司法裁判活动，这使得争端的解决具有相当程度的“非合意性”和“最终性”。尽管与这些争端解决方式一样，裁判过程通常都包含争议各方自主的协商和交涉活动，这种活动还会对裁判者的结论产生程度不同的影响，但是裁判者在诉

① 对此问题的详尽分析，参见[美]彼得·斯坦等：《西方社会的法律价值》，中译本，39页，北京，中国人民公安大学出版社，1990。

② Lon L. Fuller, "The Forms and Limits of Adjudication", in *American Court System*, W. H. Freeman & Company, 1978.

讼中对争端的解决方案，却不会受到各方意见的完全的影响和左右，而是相对独立地建立在所认定的事实和有关的实体法规则的基础上。争议各方充其量只能对裁判者的结论尽力施加自己的影响，以促使裁判结论朝有利于自己的方向发展，但他们并不能完全决定裁判结论的内容，因为有权制作裁判的只能是行使司法权的裁判者。与此同时，与和解、调解无法“彻底息讼”这一点不同，司法裁判具有最终的“定分止争”作用。因为对于业已达成的和解协议，争议各方可以翻悔；对于在第三方主持下达成的调解意见，各方也还有不接受的自由。而司法裁判能够提供的一个最终的争端解决方案。可以说，争端一旦进入司法裁判程序，经过法定的审级，拥有终审权的司法机构所作的生效裁判结论，就是对争端解决的最后方案。各方无论是否心悦诚服，都必须接受并服从该裁决的解决意见，否则就可能遭受有关国家机构的强制执行，甚至因为抗拒执行裁判而承担新的消极的法律后果。

前面分析的第(5)、(6)、(7)项要素所涉及的是司法裁判的程序问题。其实，司法权与立法权、行政权尽管在所发挥的功能方面有一定的交叉或重合，但这些国家权力在行使的程序上却具有各不相同的特征。例如，立法机构在就一项法律草案进行辩论时，或许也会举行听证程序，但是这种旨在制定一般法律规则的活动却与司法裁判的程序大相径庭。因为在司法裁判活动中，裁判者一般不能主动引进一项新的指控或主张，而只是被动地接受争议各方的申请，这与那些经常主动提出制定法律的建议或草案的立法者相比，简直是不可同日而语的。同时，司法裁判活动必须有争议各方的同时参与，他们向裁判者提出主张、证据、法律根据，并进行言词辩论；而在立法活动中，基本上就没有典型意义上的当事人，更谈不上有当事人之间的言词争辩。最后，司法裁判的结果是作出并宣布一项旨在解决当事人之间利益争端的裁决，该裁决一般只对特定当事人和特定诉讼事件有法律约束力，其效力不及于其他社会公众。司法机构即使有权制作判例，该判例也主要只对下级司法机构在涉及同样或类似法律问题时具有约束力。相反，立法机构一旦经法律程序制定并公布法律，该法律就对全体社会成员具有普遍的法律约束力。

又如，在现代各国的体制中，政府作为国家利益的代表，当然要通过行使行政权，维持社会生活的正常秩序。而法院则作为正义的化身，担当着公正解决社会争端、提供权利救济的使命。因此，行政权与司法权在行使方式上确有一些明显的差异：行政权一般能够主动地干预社会生活，而司法机构则只能被动地等待有人提出“诉”的请求，然后才能产生裁判；行政权可以秘密的方式行使，而司法活动则须具有必要的公开性和透明性；行政权的行使可以由行政机构单方面进行，而司法权的行使则要有发生利益争端的双方同时参与；行政权的行使所产生的结论不一定是最终和权威的，而司法机构则有权对争端提供最终和权威的解决方案，等等。当然，司法权的性质决定了裁判者在制作裁判结论时要受到诸多方面的限制，如争议各方在听审中所提出的证据、意见、法律根据和辩论等，可以说，法庭上“发生的事情”对裁判者的裁决具有极大的制约作用，这是保证裁判者的结论令人信服的关键。

键制度设计。因此，司法裁判者就不会像行政官员那样，在行使权力时拥有太多、太大的自由裁量权。司法权的上述性质，决定了在现代法治社会中，甚至连行政权本身也可以被纳入司法权的审查和控制之中，成为被裁判的一方。

司法权的最后一项要素指明了这一权力在实施法律的途径方面所具有的特殊性。这显示出司法权不仅与旨在制定而不是实施法律的立法权有着明显的不同，而且与同样负有实施法律使命的行政权也迥然有别。这是因为，行政机构对法律的实施主要是通过指令、管理、指导、调查甚至惩戒等方式来进行的。通常情况下，与行政权相伴随的永远是“社会控制”，这使得行政机构得以在不违背法律的前提下，制定大量的行政政策，从而拥有相当大的自由裁量权。实际上，如果我们考虑一下行政机构上下级以及行政机构的首脑与其下属之间的服从和隶属关系，考虑一下行政官员以维持社会秩序为名，对个人权利实施的限制，就不难理解行政机构主要是从国家、社会甚至它本身利益的角度来实施法律的。与此不同的是，司法机构对法律的实施则是通过一个特殊的途径进行的：首先，该机构无权将一个尚未提交来的案件进行裁判，因此它无法以实施法律为名，主动干预社会生活，而只能在争议各方将争端提交过来以后，通过裁判个案、解决争端的方式，使有关实体法规定的原则、规则得以实施。其次，司法裁判者与法律的实施不应有任何直接的利害关系，并且一般也不仅仅代表国家、社会及政府的利益，而要在发生争执的对立利益之间保持居中裁判的地位，并依据法律的规定对利益争端作出终局性裁判。再次，司法机构通过裁判活动，不仅要以公平的方式解决业已发生的争端，而且承担着维护国家法律统一实施的使命。尤其在现代法治国家，终审法院更要对法律的统一实施甚至宪法的解释发挥重大的作用。

### 三、司法权的功能

从司法权存在的本来目的来看，其功能就是以权威的方式解决那些业已发生的利益争端，并使得各项法律透过具体案件得到实施。这似乎是不言而喻的。但如果对此作进一步的思考，就不能不令人产生这样的困惑：司法权无疑也是一种优点和缺点同样显著的国家权力，它在为那些权益面临威胁者带来救济机会的同时，也有着拖延时日、耗费大量资源的问题。既然如此，为什么在一些场合下还必须引进司法权的控制？另一方面，如果说行政权是一种带有主动性、扩张性甚至侵犯性的权力的话，司法权也同样可能因滥用而使个人权益受到威胁，如果不加限制，司法权甚至会比行政权更加令人畏惧。在司法改革中，如果仅仅着眼于诸如立法、司法和行政等国家权力之间的分配，而不提供这种分配的正当理由，那么人们就会说，这种改革不过是国家权力的重新配置而已，而不具有实质上的意义。为防止司法改革出现这样一种结果，我们应当回答：一种设置合理的司法权究竟具有哪些功能，使得它对社会生活的介入是合理和正当的？

实际上，司法制度的改革固然会涉及国家权力的重新配置问题，但如果仅仅将此作为着眼点的话，那么这种改革注定将误入歧途。只有为司法改革注入人权保障的因素，只有将司法权与普遍意义上的公民权利甚至政治权利联系起来，也只有使司法机构更加有效地为那些受到其他国家权力侵害的个人权益提供救济，司法权的存在和介入才是富有实质意义的。

具体而言，为建立一种基本的法治秩序，必须将公民个人的一系列基本权利确立在宪法之中，并且树立起宪法的最高法律权威。所有国家权力机构，无论是立法机构还是行政机构，都只能根据宪法从事各种公共领域的活动，而不能违背宪法的规定和精神。在这一维护宪政并进而实现法治的过程中，司法权的存在具有特殊的重要意义：它为个人提供了一种表达冤情、诉诸法律的基本途径，它使得那些为宪法所确立的公民权利能够得到现实的维护。如果司法权在程序、组织等各个环节上设置得趋于合理，那么面临各种公共权力侵害或威胁的个人，就可以透过司法这一中介和桥梁，与国家权力机构进行一场平等的理性抗争。可以说，司法权越能保持中立性、参与性和独立自主性，公民个人就越能藉此“为权利而斗争”，各种国家权力也就越能受到有效的宪法或法律上的控制。因此，所有司法改革方略的设计都必须建立在这样一个基础之上：确保个人权利与国家权力取得更加平等的地位，使个人能够与国家权力机构展开平等的交涉、对话和说服活动。<sup>①</sup>

表面看起来，司法裁判活动都是在司法机构直接主持或参与下进行的，这似乎意味着凡是司法机构不参与的活动也就不属于司法裁判活动。但一项活动是否具有司法裁判属性并不只以司法机构参与为标准。实际上，“无权利则无司法”，“无救济则无权利”。如果说司法权是一种由司法机构所行使的裁断权的话，那么这种司法裁断权的存在则主要是为了给那些受到威胁、限制、剥夺的权利提供一种法律上的救济，同时给国家权力机构所行使的公权力施加一种法律上的限制和约束。如果说行政机构只是特定国家利益或社会利益的代表的话，那么法院则要在各种社会利益（尤其是发生着冲突的利益）之间保持相对的中立，并侧重从为受到非法侵害的权利提供救济方面，对上述利益进行协调。<sup>②</sup>人们通常所说的行政权的最高价值在于效率，与司法权永远相伴的则是权利救济和维护正义，也就是从这一角度而言的。

显然，司法权存在的基础之一就在于为各种各样的权利提供一种最终的救济机制。从技术的角度看来旨在解决争端的民事裁判活动，实质上不过是在为权利受侵

① 本段的思想是在一些学者观点的启发下形成的。在一次有关司法改革的学术研讨会上，中国社会科学院法学研究所的夏勇教授就明确提出了“为司法改革注入人权保障因素”的观点。而在另一次研讨会上，该研究所的莫纪宏教授则就司法改革与宪政体制的关系问题发表了精辟的见解。

② 按照德国法学家拉德布鲁赫的思想，“行政是国家利益的代表，司法则是权利的庇护者”。参见 [德] 拉德布鲁赫：《法学导论》，中译本，100页，北京，中国大百科全书出版社，1997。

害者提供一种获得司法救济的管道；表面看来似乎只是解决作为管理者的行政机构与作为被管理者的个人之间利益纠纷的行政裁判活动，实际是在为个人提供一种获得司法救济的途径；形式上看来是以解决宪法争端、解释宪法为宗旨的宪法裁判活动，其实也是建立在为个人、组织、机构等提供司法保障的基础上的。至于刑事诉讼中的裁判活动，则更是为被告人提供了极为重要的获得听审、向中立司法官进行申辩的机会。可以说，离开了司法机构的参与，刑事追诉活动将很难不“异化”为一种行政性的治罪活动甚至带有军事意味的镇压活动；没有司法权的控制，行政权也将成为带有压制性和专横性的力量；失去司法机构的救济，所有公民权利最后都难以从书面权利变成有生命力的现实权利，甚至会名存实亡。相对于其他权利救济和保障手段而言，司法救济具有终局性和权威性。人们通常所说的“司法最终裁决原则”，其实就指明了司法裁判对于个人权利的最后救济和终局保障作用。

司法权存在的基础之二在于为各种各样的国家权力施加一种特殊的审查和控制机制。鉴于司法权具有的这一性质，人们一般又将其直接称为司法审查权。对于行政裁判而言，法院的介入旨在对行政机构的行政管理权实施直接的审查、制约和控制，以防止行政权出于便利、效率等功利性的考虑而可能出现的滥用，从而将这种权利限制在宪法和法律许可的范围之内。对于宪法裁判而言，各国司法机构对宪法争议问题的介入，也可以对立法权、行政权等国家权力施加一定的限制，从而促使其具有宪法和法律上的合法性和正当性。同样，对于刑事诉讼中的裁判活动而言，法院对被告人刑事责任的审判，一方面为被告人提供了一次获得听审的机会，另一方面也是对警察和检察机构的追诉结论实施的独立审查，从而构成对警察权和检察权的一种司法控制。不仅如此，司法机构在审判前实施的程序性裁判活动，还直接使警察、检察机关限制个人基本权益的行为，受到司法机构的独立审查和程序控制。可以说，这种司法审查机制的存在，是防止其他国家权力出现滥用和专横的特殊保障，也是法治秩序赖以维系的关键制度设计之一。

分析至此，我们可以得出一个结论：司法权范围的确定必须紧紧围绕是否有个人基本权益需要司法救济和司法保障，以及是否有某种国家权力（尤其是行政权力）需要司法审查和控制这两项标准来进行。离开对权利的司法救济和对权力的司法审查这两点，司法权的介入就可能在很大程度上是奢侈和多余的。反过来，在某种基本权利受到限制、剥夺的场合，在某种国家权力（尤其是行政权）可能出现扩张、滥用的关口，如果没有司法权的介入和控制，就可能导致权利受到任意的侵害而无处获得救济，权力出现恣意的行使而不受制衡。在此情况下，自由、权利将被秩序、安全所湮没，正义将不复存在。

#### 四、司法权的基本特征

分析到这里，似乎司法权的性质问题已经得到充分的解释了。但是，鉴于司法

的行政化、官僚化和地方化已经成为中国司法改革中亟待解决的问题，人们很可能会提出这样一些问题：究竟司法权与行政权有哪些具体的区别？司法机构在活动程序、独立程度、组织等方面应遵循哪些特殊的原则，才能最大限度地避免司法的行政化？

看来，在解释了司法权的构成要素和功能之后，我们确有必要对司法权的特性作出具体的归纳和总结。当然，笼统地考察一种国家权力的特征，往往会显得不着边际，有关的归纳和总结不可避免地会有所疏漏。不过，我们可以行政权作为分析的参照物，从司法权与行政权所存区别的角度，来解释司法权的基本特征。这种解释或许不够全面，但对于中国的司法制度而言，可能更具有针对性，并能够为司法制度的重建提供一些可操作的指导性原则。以下的分析将从两个方面进行：一是司法权的独立性，二是司法权的程序特征。在程序方面，司法权具有六个基本特征：被动性、公开和透明性、多方参与性、亲历性、集中性和终结性。

### （一）司法权的独立性

一般说来，行政权具有较为明显的上令下从或依附的性质。因为行政官员在进行行政管理时都必须服从其行政主管的命令或指挥；下级行政机构也必须接受其上级行政机构的指令；在从事行政管理活动时，行政官员也不具有不可替代性，而是可以随时更换的。显然，无论是单个行政官员还是行政机构整体，在行使权力时都不具有较强的独立性。与此相反，司法权的典型特征之一就是具有独立自主性。无论是司法机构还是个体司法官员，在从事司法裁判活动时都必须在证据采纳、事实认定以及法律适用等方面保持独立自主性，不受来自司法机构外部或内部的任何压力、阻碍或影响。

正是因为司法权相对于其他国家权力而言，不仅十分弱小，而且很容易受到外部的控制，所以，司法独立才得到普遍的重视和强调。<sup>①</sup>但是，这种独立绝不意味着法官可以不受任何制衡甚至恣意妄为。事实上，无论在哪个社会里，司法独立都不是绝对的，而只是意味着司法权“相对于哪些人、哪些机构保持独立的问题”。换言之，只要社会中存在着使司法权受到不正当控制、干预、影响的力量或权威，司法独立就将是该社会不可回避的司法目标，该司法制度将面临能否以及如何克服这些控制、干预、影响的问题。在这一问题上，笔者不赞成那种以司法独立在任何社会中都难以完全得到实现为由，否定这一原则的价值的观点。因为美国、英国等西方国家法官所受到的来自社会各个方面的干预和控制，虽能说明这些国家在维护司法独立方面所存在的一些问题，也能证明司法独立即使在一个已经建立法治秩序的社会里会面临一系列的挑战，但是，这一事实并不能否定维护司法独立在中国的

<sup>①</sup> 汉密尔顿对司法权的易受侵犯性有着清醒的认识：“司法部门既无强制，又无意志，而只有判断；而且为实施其判断亦需借助于行政部门的力量”，因此，“司法机关为分立的三权中最弱的一个，与其他二者不可比拟……故应使它能以自保，免受其他两方面的侵犯”。[美]汉密尔顿等：《联邦党人文集》，中译本，390～411页，北京，商务印书馆，1995。

极端重要性。如果说西方社会所面临的是如何解决司法独立在今天所面临的挑战的话,那么中国所面临的则是如何确立最低限度的司法独立标准的问题。另一方面,在司法权出现严重的行政化、官僚化甚至地方化的情况下,如何使司法机构摆脱来自行政机构、地方政府、新闻传媒、立法机构甚至各级党政干部的非法干预和控制,是中国今日的司法制度所面临的一个极为严峻的问题。的确,在此时此地谈论司法独立问题可能有些奢侈和不切实际。但惟其如此,维护司法独立才显得尤其具有紧迫性和必要性。现实中所存在的制度实践尽管具有其各方面的成因,似乎从这一角度看,“存在的就是合理的”,但是“存在的”却未必是人道的、文明的、公正的和符合人性基本要求的,甚至可能是极其野蛮的、残酷的、专横的,或者至少是不科学的。进行司法制度的重建,与进行其他方面的法律改革一样,对一些不正当的制度或者实践不仅不能迁就和容忍,而且还应进行必要的制度革新或改造。

当然,作为一个宪政原则,司法独立与国家的政治体制有着密切的联系;而作为一项司法诉讼原则,司法独立又是与国家的法院体制甚至司法组织形式不可分立的。这就使得独立性较之司法权的其他特性而言,具有更加明显的复杂性。人们似乎很难为各个具有不同政治、社会和文化背景的国家,确立一个普遍适用的司法独立标准。不过,鉴于司法独立在不同的社会都会面临一些共同的威胁,司法机构在进行裁判活动时通常也会受到一些大体上相同的干预,因此,我们仍有可能为司法独立确立若干项依稀可辨的要素或标准。

在笔者看来,司法独立的核心是裁判者在进行司法裁判过程中,只能服从法律的要求及其良心的命令,而不受任何来自法院内部或者外部的影响、干预或控制。这里的裁判者是指代表某一司法机构行使司法权的个人或者组织,它可以是个体法官,也可以是由若干名法官或陪审员组成的法庭,还可以是由非法律职业人士组成的陪审团等。裁判者要做到独立行使司法权,就必须严格依据法律的规定履行裁判职能,即依照程序法的规定进行裁判活动,根据实体法的规定对案件制作裁判结论。这一司法独立的核心要求,又可以称为裁判者的“职能独立”或者“实质独立”。

司法独立的核心含义固然是比较明晰的,但是要确保裁判者独立行使司法裁判权,从而实现司法独立的目标,就必须建立起一个必要的制度保障机制。这后一点恰恰是最为困难,也是争议最大的一个问题。在以前的研究中,笔者曾提出并分析过司法独立的四项要素,其中的后三项要素是“法官的身份独立”、“法院的整体独立”和“法院的内部独立”<sup>①</sup>。司法独立的保障机制实际就是围绕着这三项要素而建立起来的。当然,也有学者对司法独立作出过不同的归纳。如有人将司法独立的要素视为对当事人的独立、职能的独立、机构的独立和内部的独立四项<sup>②</sup>,有人则

① 陈瑞华:《刑事审判原理论》,第三章第三节,北京,北京大学出版社,1997。

② 参见蒋惠岭:《我国实现独立审判的条件和出路》,载《人民司法》,1998(3)。

将司法独立视为司法权的独立、司法主体的独立、司法行为的独立和司法责任的独立等要素的混合体<sup>①</sup>，还有人将司法独立分为外部独立和内部独立两个基本层面。<sup>②</sup>

尽管存在较大的分歧和争议，但学者们基本可以达成共识的一点是，司法独立不仅仅是指法院的独立，还应当包括法官个人的独立以及法院内部的独立。否则，如果像大量法学教科书所宣称的那样，仅仅将司法独立等同于法院独立的话，那么司法独立是得不到最低限度的保障的。在笔者看来，基于司法权的独立性容易受到来自法院之外、之内两个方面的威胁，也基于法官个人在任职条件方面极容易受到控制的现实，司法独立的保障机制大体上可以包括以下五个层面的内容：一是法院的整体独立或外部独立，二是法院的内部独立，三是法官的身份独立，四是法官的职业特权，五是法官的职业伦理准则。<sup>③</sup> 受篇幅所限，本章不可能全面、系统地分析这些问题。以下仅仅对这五个方面作一简要解释。

所谓“法院的整体独立”，是指法院无论在司法裁判还是在司法行政管理方面，都独立于法院之外的机构、组织和个人，不受外部力量或权威的控制和干预。考虑到法院的司法裁判和司法行政活动极其容易受到其他国家权力机构的控制和干预，因此法院必须首先独立于行政机构和立法机构；又鉴于法院的司法裁判活动也可能受到新闻传媒、大众舆论等方面的不当影响，因此，法律必须建立可使法院摆脱传媒和舆论影响甚至控制的制度机制。这些在目前的中国显然是存在不少问题的。

“法院的内部独立”是指法官进行司法裁判活动过程中独立于其同事以及上级法院的法官。法院内部在保障法官独立裁判方面如果存在制度上的瑕疵，法官就可能受到其他法官、法院司法行政首脑以及上级法院的法官的控制。这同样会危及司法独立，使得法官在司法裁判方面依附于本法院的院长、庭长、审判委员会，甚至受制于上级法院。这种内部独立在中国显然也是存在问题的。

司法独立的第三项制度保障是“法官的身份独立”。也就是法官的任职期间和任职条件应得到特殊的充分保障。如果法官的任职期间不固定、定期轮换或较为短暂，或者法官在薪俸、晋升、调转、惩戒等方面完全受制于某一机构、组织或者个人，甚至直接受到法院行政官员的控制，那么法官就不可能从容不迫地依法独立进行裁判活动，而会出现职业服从甚至人身依附现象。在中国，这些问题尤为明显。

司法独立的第四项制度保障是确立一系列的“法官的职业特权”，使法官为履行司法裁判职能享有特殊的职业保障。确立这些特权的目的在于，使法官在行使司法权方面免受一系列的指控、追究、评论，从而为法官独立进行裁判活动创造必要的安全氛围。例如，法官在司法裁判过程中所发表的言论不受刑事或者民事指控；

① 参见谢晖：《价值重建与规范选择》，490～492页，济南，山东人民出版社，1998。

② 参见王利明：《司法改革研究》，86～88页，北京，法律出版社，2000。

③ 关于各国司法独立的保障机制问题，读者可参见 Shimon Shetreet, *Judicial Independence: The Contemporary Debate*, Martinus Nijhoff Publishers, 1985。

法官正在对案件进行的审理情况不受外部评论；法官对案件进行的审理和所作的裁判结论不得被列入议会的讨论日程，等等。这些特权在中国基本上还没有确立。

最后，还需要建立较为完善的“法官的职业伦理准则”。如果说法官的职业特权可以使其拥有一些特殊保障的话，那么职业伦理准则的建立则使法官的行为受到必要的限制，以促使其免受一些不正当的影响，从而独立从事司法裁判活动。例如在一些法治国家，法官一般被禁止参与政治活动，不能在政府甚至议会担任职务，不能过多或者过于积极地参加社会活动，不能从事商业经营活动，不能担任执业律师，不能从事一些可能有损其职业尊严和法官形象的活动。这种行为准则在中国也没有能完整地建立起来。

## （二）司法权的程序特征

### 1. 被动性

通常情况下，行政机构靠其对社会生活的主动干预、管理、控制，来维护国家和社会的利益。但与此不同的是，司法裁判活动在启动方面要保持被动性。这种被动性也就是所谓的“不告不理”。德国学者将司法裁判的这一特征直接称为“控告原则”<sup>①</sup>。而在美国学者格雷看来，“法官是一种由某一有组织的机构任命，并应那些向其主张权利的人申请而确定权利和义务的人。正是由于必须有一项向他提出的申请他才采取行动这一事实，才将法官与行政官员区别开来”<sup>②</sup>。一百多年以前，托克维尔通过考察美国司法制度的运作情况，就对司法权的被动性作出过形象的描述：“从性质上来说，司法权自身不是主动的。要想使它行动，就得推动它。向它告发一个犯罪案件，它就惩罚犯罪的人；请它纠正一个非法行为，它就加以纠正；让它审查一项法案，它就予以解释。但是，它不能自己去追捕罪犯、调查非法行为和纠察事实。”<sup>③</sup>可以说，被动性是司法活动区别于经常带有主动性的行政活动的重要特征之一。

裁判者的被动性首先体现在司法程序的启动方面，其基本要求是：法院的所有司法活动只能在有人提出申请以后才能进行，没有当事者的起诉、上诉或者申诉，法院不会主动受理任何一起案件。换言之，法院不能主动对任何一项社会争端或事项进行裁判活动，它也不能主动干预或介入社会生活，而只能在有人向其提出诉讼请求以后，才能实施司法裁判行为。同时，法院一旦受理当事者的控告或者起诉，其裁判范围就必须局限于起诉书所明确载明的被告人和被控告的事实，而绝不能超出起诉的范围而主动审理未经指控的人或者事实。换句话说，法庭的裁判所要解决的问题只能是控诉方起诉的事实和法律评价，即被告人被指控的罪名是否成立；如果认为成立，就按照控方主张的罪名作出有罪裁判；如果认为不成立，则应作出无

① 关于德国诉讼制度中的“控告原则”，读者可详见陈瑞华：《刑事审判原理》，第四章第一节。

② 转引自 Donald L. Horowitz, *The Courts and Social Policy*, The Brookings Institution, 1977, pp. 22—23.

③ [美]托克维尔：《论美国的民主》，上卷，110页。

罪判决。法院如果超出这一限制，而主动按照控方未曾指控的罪名给被告人定罪，就与司法程序的被动特征和“不告不理原则”直接发生冲突。

司法裁判权的被动性不仅在第一审程序中有所体现，而且适用于上诉审和再审程序之中。笔者注意到，无论在英美还是大陆法国家，尽管上诉审的审级设置以及上诉审的构造各不相同，但上诉审法院在就未生效裁判进行重新裁判时，几乎无例外地都要受制于上诉申请的事项范围。换言之，上诉审法院对于控辩双方未曾提出异议的裁决内容，一般均视为已被双方接受，而不再进行审查或作出重新裁判。如果对于初审裁决结论，控辩双方不持任何异议，而在法定上诉期放弃上诉权，那么上诉审程序根本也就没有必要发动。与此同时，两大法系国家的再审程序尽管也各具特色，但有一点是共同的：任何法院都不得自行主动撤销某一已经发生法律效力之裁决，从而启动再审程序；再审只能由检察机关和被告人双方申请启动。

司法权的这种被动性还体现在程序性裁判活动中。法院无论是就警察或检察官的逮捕、搜查、扣押、羁押等进行司法授权、初次听审，还是就被羁押者的申请进行司法审查，都只能在控告者（警察或检察官）、“上诉人”（被羁押者）提出有关诉讼请求的前提下进行。换言之，为那些权利受到威胁或侵害的人提供救济的司法审查，本身就是一种被动性的制度设计：没有有关的诉讼请求，法院不会进行这种司法裁判活动；法院对那些程序性事项的合法性审查，也主要局限在申请者提出的诉讼请求范围之内。

那么，法院在启动司法裁判程序方面为什么要保持被动性呢？这可以从以下几点得到解释：（1）只有被动地运用司法权，法院才能真正在争议各方之间保持中立和不偏不倚，而主动地发动裁判程序，或者主动将某一事项纳入司法裁判的范围，只能使法院丧失中立裁判者的立场，实际帮助案件的原告或者被告与对方进行诉讼抗争。（2）法院不主动干预控辩双方之间的讼争，可以为双方平等地参与司法裁判过程、平等地对法院的裁判结论施加积极的影响，创造基本的条件。（3）法院不主动发动新的诉讼程序，有助于裁判的冷静、克制和自律，防止出现裁判者在存有偏见、预断的前提下，进行实质上的自我裁判活动。按照拉德布鲁赫的说法，如果裁判者同时也是控告者，就必须由上帝担任辩护人。<sup>①</sup>（4）司法权的被动性是确保裁判过程和结论获得争议各方普遍认同、确保裁判者的公正形象得到社会公众信赖的基本保证之一。

## 2. 公开性和透明性

与行政活动通常呈现的秘密性和封闭性不同，司法裁判活动应当具有公开性和透明性。所谓公开性，是指司法裁判的全过程一般应当向社会公众开放，允许公众在场旁听，允许新闻媒体采访和报道。公开审判包括两大基本内容，即整个法庭裁

① 参见 [德] 拉德布鲁赫：《法学导论》，中译本，121 页。

判过程的公开和法院裁判结论的公开。一般认为，获得公开审判既是被告人的一项诉讼权利，也是普通社会公众的一项民主权利。为了保证被告人切实获得这一权利，法院的审理过程一般应采取口头和公开的形式，法院有义务将公开审判的时间和地点预先公布于众，并且为公众旁听法庭审判提供充分的便利。在审判过程中，法庭不得将在场旁听审判的人限制在特定的范围之内，并应允许新闻记者在场报道。

公开审判向来被视为司法公正的基本保障之一，甚至被各国宪法视为维护民主和法治的基本法律准则。但是这种对审理过程和裁判结论的公开，仍然具有较强的形式意味。英国宪法学者詹宁斯就曾指出：“公开审判的重要性很容易被夸大。公开审判仅意味着公众中的一些人可以旁听，如果报界认为案件很有趣，可以报道其中的一部分。”<sup>①</sup> 我们可以假定这样一种情况：某法院将法庭审理的过程都予以公开，公众能够旁听到开庭、法庭上的证据调查、法庭辩论等庭审的各个环节；审理结束后，法院也将其所作的裁判结论向公众进行了公开宣布。但是，人们注意到，这一公开宣布的裁判结论并没有建立在法庭审理的基础上，很多在法庭上提出和辩论过的证据都没有被法院采纳，而法院作为裁判依据的则是未曾在法庭上提出和辩论过的证据；法院的审理过程与裁判的宣布之间，间隔较长一段时间，法庭审理完毕后并没有立即进行评议和形成裁判结论；法院公开的只是裁判的结论，而并没有将裁判结论赖以形成的理由和根据进行详细的分析，因此判决书的内容极为简要，等等。

显然，仅仅做到法庭审理过程的公开和裁判结论的公开，是远不足以防止司法不公现象发生的。因为审理过程的公开仅仅使公众了解到控辩双方争议的展开、证据的提出、双方的辩论等具体环节；而裁判结论的公开也仅仅使公众获知法院最后解决争端的方案。而在公开的审理过程与裁判结论的形成之间，还缺少一个中间环节——裁判结论形成的过程、理由和根据的公开。旁听过法庭审理过程的公众、报道过案件审判情况的新闻媒介，可能更想了解这一裁判结论“究竟是怎么形成的”，或者裁判结论“赖以制作的依据是什么”。这种裁判结论的形成过程、根据和理由方面的“公开”，其实是指司法裁判的透明。司法裁判活动的公开有一个不容回避的界限：裁判者的评议过程必须是秘密的。这一方面可以保证裁判者能够从容不迫地整理自己通过庭审所形成的思路，客观而无顾虑地发表自己的裁判意见和理由，另一方面也可以防止控辩双方以及社会公众对其裁判结论的非理性影响，给裁判者以理性讨论的机会和场所。显然，对裁判者的秘密评议必须加以保证。但是，这种不得已而为之的秘密评议，给公众了解评议过程和裁判的形成依据和理由造成了困难，同时也给裁判者滥用裁判权甚至枉法裁断制造了机会和可能。为此，现代法治国家一般设计出一种旨在确保公众事后了解裁

① [英] W. Ivor 詹宁斯：《法与宪法》，中译本，171页。

判形成过程和理由的制度：裁判结论公开后的理由说明以及判决书详细载明的理由。根据前一制度，法院在宣布裁判结论以后，一般不得急于休庭，而需就裁判的事实和法律根据，以及裁判时所考虑的主要因素作一简要的说明，以便使被裁判者和旁听公众了解裁判形成的依据和理由。而根据后一制度，法院就任一案件所作的判决书都必须详细公布控辩双方的各自证据、论点和主要争议点，说明接受某一证据的理由，拒绝采纳某一证据的根据，以及作出裁判所考虑的各项因素。甚至在一些国家的最高法院，判决书还要明确载明法官就案件的裁判存在的分歧及各自的理由。这种就裁判形成过程和理由的事后公开，实质上是在增强司法裁判的透明度，使得社会公众对裁判结论的形成过程和理由一目了然，从而增强参与意识，加强对法院的信任。与此相关的是，不少法治国家还建立了判决书向社会公众开放的制度，使得普通公众可以随时查阅法院的任一判决书，了解有关案件的裁判结论及其形成过程和依据。

司法裁判活动的这种透明性尽管并不完全等于公开性，但两者的目的是一致的：使社会公众真正全面地了解司法裁判活动的过程、裁决形成的依据，从而真正参与到裁判过程之中，对法院的裁判施加外部的影响和制约；使被裁判者——尤其是刑事被告人——的各项诉讼权利得到切实的行使；使裁判者克服自己人性中固有的弱点，压制住诸如私欲、偏见、先入之见等因素的影响，尽可能依据证据和法律制作裁判结论。正因为如此，审判公开又被称为“形式上的公开”；而裁判的透明性则被视为“实质上的公开”。

### 3. 多方参与性

一般而言，行政活动是由管理者与被管理者双方构成的，行政机构在作出行政决定时通常采取一种单方面运作的形式。与此不同的是，司法裁判一般有作为第三方的裁判者参与，裁判活动要在争议各方同时参与的情况下进行。

具体而言，司法机构无论是就被告人是否承担法律责任的问题作出实体性裁判，还是就某一诉讼行为是否合法和正当进行程序性裁判，都不能单方面地进行，而必须在作为被裁判者的控辩双方同时参与下，通过听取各方举证、辩论的方式进行。否则，无论是被裁判者还是普通社会公众，都可能对那种由裁判者单方面进行的司法裁判活动的公正性提出异议。

参与性体现在司法裁判活动的全过程。我们从现代法庭的设置和运作方式上，可以看出裁判活动要在裁判者主持下，通过控辩双方进行面对面的交涉、说服和争辩来进行；从法官在法庭之外的活动方式来看，裁判者在形成其内心确信的过程中，始终要有控辩双方相伴随，并允许他们发表意见。即使在一些国家设立的审判前的司法审查程序中，法官也要在警察与嫌疑人同时在场的情况下，进行司法授权、初次听审以及司法救济活动。

司法裁判活动为什么要采取多方参与的形式呢？裁判者难道就不能自行或单方面地进行裁判活动吗？其实，多方参与只不过是维护司法裁判过程的基本道德品

质,从而使这一活动具备最低限度的公正性。在很多个世纪以前,英国人就奉行“自然正义法则”。根据这一法则,裁判者必须同时听取控辩双方的意见,这被视为法律程序正当性的基础之一。美国学者富勒甚至将被裁判者的参与直接视为现代裁判活动的本质属性:“使裁判区别于其他秩序形成原理的内在特征在于,承认那些将要受到裁判所作决定直接影响的人能够通过一种特殊的形式参加裁判,即承认他们为了得到有利于自己的决定而提出证据并进行理性的说服和辩论”,“裁判的本质就在于——受判决直接影响的人能够参加判决的制作过程”,“一种法律制度如果不能保证当事人参加到裁判活动中来,就会使裁判的内在品质受到破坏”<sup>①</sup>。丧失多方参与性的裁判活动之所以会使裁判的内在品质受到破坏,是因为这种裁判不具备最起码的公正性。具体而言,控辩双方作为与案件结局有着直接利害关系的人,对自己获得胜诉的结果都有着合理的预期,并有着为维护自己实体性权益而进行程序性“斗争”的意愿。如果裁判者背着控辩双方或者其中任何一方,单方面地进行所谓的“裁判”活动,无法参与的一方实际上就被排除于裁判过程之外,失去了反驳不利于本方主张、影响裁判结论的机会,而只能被动地承受裁判者对自己权益的处分,消极地等待裁判者对自己权益、前途甚至命运的裁决。由此,被裁判者一般会产​​生其人格被“看轻”、其利益被忽视甚至无视的感觉,他的不公正感也会油然而生。显然,参与那种涉及个人权益的裁判活动,其实来自人性的基本要求:被人尊重的要求和欲望会促使被裁判者积极地寻求影响裁判结论的机会。

#### 4. 亲历性

一般而言,行政活动具有一定的非正式性。例如,行政官员可以在办公室、现场或其他非正式场所进行行政管理活动;行政官员可以通过听取下级官员的口头或书面汇报,对有关事项作出决定,等等。但与此不同的是,司法裁判活动必须以某种相对正规的方式来进行:裁判者必须主要局限在法庭上、在控辩双方同时参与下进行活动;裁判者必须亲自接触控辩双方提交的证据,而且所接触的还必须是证据的最原始形态;在法庭审理中,裁判者必须始终在场,直接听取控辩双方以口头方式进行的举证、质证和辩论,等等。这种裁判方式一般称为“裁判者的亲历性”,在诉讼法上又可称为“直接和言词原则”。

所谓亲历性,也就是裁判者要亲自经历裁判的全过程。亲历性有两个最基本的要求:一是直接审理,二是以口头的方式进行审理。前者要求裁判者在裁判过程中必须亲自在场,接触那些距离原始事实最近的证据材料。后者则要求裁判者必须以口头方式进行裁判活动,听取控辩双方以口头方式提交的各类证据。直接审理的反面是间接审理,也就是通过听取别人就裁判所提出的意见来对案件作出裁判;口头审理的反面则是书面审理,也就是通过审查书面案卷材料,来对案件作出裁判。间接审理和书面审理走到极端,可以变成裁判者单方面实施的书面审查程序,控辩双

<sup>①</sup> Lon L. Fuller, “The Forms and Limits of Adjudication”, in *American Court System*.

方连出庭参与裁判活动的机会也会失去。这样，司法裁判的性质也就丧失殆尽，以至于“异化”为一种行政活动。

在司法裁判过程中，亲历性一般有多项基本要求：裁判者必须始终在场，而不能随意更换，否则后来参与裁判活动的法官就可能无法“亲历”先前已经进行完毕的证据调查和法庭辩论活动；裁判活动也不能随意中断，否则裁判者对业已过去的审理情况就难以有形象、直观的认识，甚至会随着时间的流逝，淡忘那些已经审查和辩论过的证据、意见和主张，以至于不得不依据书面材料进行裁判；裁判者对所有提供言词证据的人，包括证人、鉴定人、被害人、被告人等，都必须当面听取其口头陈述，听取控辩双方就其陈述所进行的质证和辩论，否则这些人提供的书面陈述或意见就会成为裁判者制作裁判结论的依据，裁判的书面化和间接化就会随即出现。尤其是对于那些旨在重新确定案件事实的裁判活动，这种建立在直接审理和口头审理基础上的亲历性，显得尤为重要，也会有较为完备的程序体现。而对于那些仅仅涉及法律适用问题的裁判活动而言，亲历性也会提出一种最起码的要求：通过开庭，裁判者亲自当面听取控辩双方的诉讼主张和意见，然后以此为依据制作裁判结论。即使是对于单纯的程序性裁判活动，裁判者也必须亲自接触控辩双方，了解其证据、主张和意见。

亲历性是由裁判活动的目的所决定的。对于裁判者而言，其裁判结论直接涉及就有关各方的争端作出权威性解决的问题，也涉及对各方权利、义务或责任的重新分配，因此，如何确保裁判结论能够为控辩双方自愿接受、表示信服或减少不满，就成为裁判者所必须考虑的事情。而裁决结论的被接受程度除了与这一结论本身是否反映案件事实原貌以及是否符合实体法的要求有关以外，还与裁判过程是否公正密切相关。因为裁判者的裁判过程如果不能使人受到公正的对待，尤其是剥夺或者限制了被裁判者的参与机会，即使裁判者就案件所作的裁决结论很“正确”，或者很符合实体法的要求，被裁判者也很难愿意接受这种裁决结论。在这里，对裁判过程的不满会进而导致对裁决结论公正性的怀疑。而亲历性恰恰可以保证裁判者亲自接触并听取控辩双方的证据、主张和意见，并将其裁决结论直接建立在当庭听取并审查过的证据和辩论的基础上，使得控辩双方对裁判过程的参与不仅较为充分，而且能够有效地发挥作用——影响裁判者结论的形成。相反，如果裁判者不亲自参与裁判全过程，而是通过听取其他人员汇报、审查书面材料甚至不当面接触控辩双方的方式进行裁判活动，作为被裁判者的控辩双方将很难产生受尊重的感觉，裁决结论也很难得到双方的自愿接受和认同。

##### 5. 集中性

行政机构在进行管理、控制、协调等行政活动，甚至在作出行政决定时，通常具有一定的灵活性和自由裁量权。例如，作出行政决定的程序可以基于方便、效率的原则加以中断；负责某一行政事项的官员可以中途退出该行政活动，新替换上来的官员则可以继续进行行政活动；由于缺乏一种集中进行的行政过程，行政决定完

全可以缓缓产生。与此相反,司法裁判活动要采取集中进行的方式。所谓集中进行,也就是裁判活动要在相对集中的时间、集中的场所连续不断地进行,直至形成最后的裁判结论。裁判的集中性是与裁判者的亲历性密切相关的,它首先有两个基本要求:裁判者不更换和裁判过程的不间断。根据前一要求,作为裁判者的法官、陪审员在对一个案件尚未形成裁决结论之前,不得中途更换,否则业已进行完毕的裁判活动无效。为此,不少国家都建立了候补裁判者制度,对于那些预计将持续较长时间的裁判,预先设置若干名法官、陪审员在场旁听,使其在作为裁判者的法官、陪审员因生理、心理等原因不能胜任裁判者的职责时,及时加以替补。而根据裁判过程不间断的要求,裁判过程应当持续不断地进行,应将裁判过程中的休庭次数和休庭时间减少到最低的程度。

司法裁判的集中性还有一项非常重要的要求:裁判者对于控辩双方的利益争端,必须在法庭审理过程结束后,随即形成裁决结论。换言之,裁判者进行完毕证据调查、法庭辩论等活动之后,必须立即进行评议,形成裁决结论,而不能随意地中断裁判形成过程。人们通常所说的“当庭判决”就是指这个意思。不过,“当庭判决”并非要求裁判者在法庭上即时制作裁决结论,而是指对案件裁判的评议过程应当在法庭审理结束后随即进行,不得中断。与“当庭判决”相对的是所谓的“定期判决”,也就是在法庭审理结束若干时间后,裁判者再行评议和制作裁决结论。“定期判决”由于使得法庭审理过程与裁决结论的形成之间存在一定的时间间隔,使得裁判者亲历的裁判过程难以直接决定裁决结论的形成,因而向来被视为一种例外。当然,裁决结论一旦形成,就应当尽快宣布。

司法权的集中性对于维护裁判程序的自治性是极为重要的。对于争议各方而言,裁判者只有将其结论建立在法庭上确认的证据和事实的基础上,才能确保各方对裁判过程的有效参与,使各方受到公正的对待。而对于裁判者来说,将裁判结论直接形成于法庭审判过程之中,而不是庭审过程之外、之前,这是对其权力的重要约束,也是其裁决获得各方信服的重要保证。但是,如果裁判者经常随意中断听审过程,或者合议庭成员在听审中间发生变更,或者裁判者在听审活动结束后迟迟不作裁判结论,那么,裁判者就会对法庭上“发生的事情”形成模糊认识,甚至根本无从形成清晰的印象,其裁判结论也就无法完全建立在听审过程的基础上。当然,即使裁判集中进行,也并不必然能避免裁判者的恣意妄断。但是在司法裁判活动随意中断、裁判者随意更换、裁判结论不当庭形成的情况下,裁判者肯定会将法庭审理置之不顾,从法庭之外寻求裁判的根据和灵感。这种情况一旦出现,司法不公甚至司法专断的现象也就相伴而生,裁判程序的自治甚至正义也就无从谈起。

## 6. 终结性

司法裁判活动应当具有一种“终结性”,也就是法院在作出生效裁判之后,非依法律明确规定,不得启动对该案件的再审程序;控辩双方之间的利益争端一旦由裁判者以生效裁判的形式加以解决,一般就不得再将这一争端纳入司法裁判的范

围。“终结性”是对司法裁判活动在终结环节上的要求，也就是要求裁判活动必须具有终结性，具有“定分止争”的效力。

在刑事诉讼中，司法裁判的终结性一般又被称为“一事不再理”或者“禁止就同一行为实施双重追诉”。“一事不再理”是大陆法国家实行的一项诉讼原则，要求刑事追诉机构和司法裁判机构，对于任一业已经过生效裁判的案件，一般不再启动重新追诉或裁判程序。为此，对生效裁判的再审一般被视为一种例外，要在申请主体、申请理由、申请时效等方面受到极为严格的限制。在大陆法国家的学者看来，“一事不再理”原则的贯彻可以维护法的安定性，防止因为再审的随意开启而破坏法律实施的稳定性和安全性。而“禁止双重追诉”又可称为“免受双重危险”，是英美等国坚持的一项重要诉讼原则。这一原则既对国家刑事追诉权构成一种限制，又对那些处于被追诉地位的个人成为一种特殊保护。具体而言，国家的刑罚权必须被限制在一定范围之内，而不能无限扩张和不受节制；对个人的刑事追诉一旦进行完毕，不论裁决结论如何，都不能使其重新陷入被追诉的境地，否则个人就会因同一行为反复承受国家的追诉或审查，其权益反复处于不确定、待审查、被判定的状态。而这恰恰是对个人权益甚至人格尊严的不尊重，是非正义和不公正的。

大陆法国家的“一事不再理”原则与英美的“禁止双重追诉”原则，尽管在宗旨和指向方面各异其趣，但都强调司法裁判活动一经结束，就不能再逆向运行——重新使业已裁判的案件处于待判定状态。再审的启动必须受到严格限制：司法机构本身绝对不得重新启动再审程序；再审的案件更多地被限制在有利于被告人的再审，不利于被告人的再审要么遭到禁止，要么受到极为严格的控制，等等。

司法权的终结性是与司法裁判的目的直接相关联的。在笔者看来，法院作为解决利益争端、为个人提供权利救济的权威司法机构，在裁判任何案件时，都必须给出一个最终的裁决方案，并使该方案在法律效力上具备稳定性。只有这样，司法机构才能在社会公众中树立基本的威信，其裁判活动和结论也才能得到社会的普遍尊重。相反，如果“朝令夕改”，法院随意可以撤销已经生效的裁决，那么司法裁判程序将永远没有一个最终结束之时，利益争端将长期得不到终局性解决，国家建立司法裁判制度的意义也就丧失殆尽。另一方面，随意逆向运行的司法裁判程序还可能使当事人反复陷入诉讼的拖累之中，其利益和命运长期处于不确定和待裁断的状态。尤其是刑事被告人，还可能因再审的反复启动而受到多次重复的刑事追诉，从而面临多次遭受刑事处罚的危险。而这对于处于弱者地位的当事人而言，是不具备起码的公正性的。

当然，司法权的终结性必须建立在合理的司法制度设计的基础上。这需要司法裁判程序必须具备最低限度的公正标准，作为裁判者的法官必须具有良好的品行并遵守职业道德，法院的审级制度也必须尽可能合理，以确保争议各方有充足的获得普通司法救济的机会。

## 五、警察权与检察权的性质

在前面的论述中，笔者将司法权直接视为裁判权，并从裁判权的角度分析了司法权的构成要素和基本特征。但按照中国人的一般观念，“司法权”是一个由多个国家机构行使的国家权力，“司法”也被视为一种由公安、检察、审判等机构进行的国家活动的总和。这就引发出一系列的问题：司法权的范围究竟如何？警察权、检察权是司法权吗？如果答案是否定的，那么警察权、检察权究竟属于什么性质的权力？讨论司法权的性质，不能不涉及警察权、检察权的性质问题。换言之，只有将警察权、检察权的性质作出准确的界定，才能解释清楚为什么不能将与个人权益有关的事项的最终决定权赋予警察和检察机关，也才能最终说清楚司法权的性质。

### （一）警察权的性质

一般来说，明确将警察权视为司法权的观点并不多见。但是，中国特有的“公检法三机关”和“公安司法机关”的称谓，中国特有的三机关“分工负责、相互配合、相互制约”的流水作业体制，显示出人们习惯于将公安机关与司法机关相混同的心态。而在国家权力结构中，公安机关与检察机关、法院都被列为“政法机关”，被看作实行人民民主专政或者“为改革开放保驾护航”的工具。甚至在党内组织体系中，公安机关的地位也往往要高于检察机关和法院。

而在现代法治社会中，警察无论就其所发挥的功能还是活动的程序、组织方式而言，都显示出其行政权的性质。首先，现代警察制度所赖以建立的基础在于维护社会治安，保障社会秩序，使社会维持一种安宁的状态。正因为如此，几乎所有国家的警察机构都具有准军事部队的特征，以便在社会上发生违法、犯罪行为时能够准确、有效地加以遏止。其次，警察在维护治安、从事刑事侦查过程中，在程序上采取的是典型的行政方式：主动干预社会生活，单方面限制个人基本权益和自由，积极地获取犯罪证据和查获嫌疑人，并对其发动刑事追诉。再次，警察机构在组织上更是采取一体化的方式：警察上下级、警察机构上下级之间都属于一种上令下从、互相隶属的关系；对于正在从事刑事侦查活动的警察，可以随时撤换和调任。显然，与具有高度独立自主性的裁判者不同，警察在执行职务方面不具有独立性和不可变更性。

从中国的法律实践来看，公安机关作为一种武装性质的力量，同时行使着维护社会治安和刑事侦查的职能；公安机关在组织上实行双重领导体制，既受制于上级公安机关，又受同级人民政府的辖制，其行政机关的性质是十分明确的。中国的公安机关拥有一系列的强制处分权。例如，在治安行政领域，对那些“游手好闲、违反法纪、不务正业的有劳动力的人”，公安机关有权采取劳动教养措施，从而剥夺其人身自由达1至3年，并可再延长1年；对于卖淫、嫖娼人员，公安机关有权采取“收容教育”措施，从而将其人身自由剥夺6个月至2年；对于那些“吸食、注

射毒品成瘾”的人，公安机关有权对其“强制进行药物治疗、心理治疗和法制教育、道德教育”，从而限制其人身自由……当然，对于那些违反治安管理的人，公安机关还拥有较为广泛的治安管理处罚权，可以科处包括警告、罚款和拘留在内的各种行政处罚。由此可见，对于一系列涉及剥夺个人人身自由的事项，公安机关在治安行政领域实际拥有较大的决定权。

同时，公安机关在刑事侦查活动中还拥有一系列强制处分权。根据中国现行刑事诉讼法的规定，对于搜查、扣押、通缉等涉及个人财产、隐私、自由等权益的强制性侦查行为，公安机关有权直接发布决定并直接执行；对于拘传、取保候审、监视居住、刑事拘留等强制措施，公安机关在侦查中有权自行发布许可令状，自行执行。而在中国刑事诉讼实践中，刑事拘留、逮捕后对犯罪嫌疑人羁押期间的延长，公安机关基本上也是自行决定、自行执行的。可以说，在刑事审判前程序中，除逮捕以外的其他所有强制措施和强制性侦查手段，都是由公安机关自行决定、自行执行甚至自行延长和变更的。对于大量涉及个人基本权益和自由的事项，公安机关在刑事侦查领域都拥有权威的和最终的决定权。

不难看出，公安机关实际上在行使着司法权。这至少是因为它无论在治安行政领域还是刑事侦查领域，都对有关限制、剥夺公民基本权益的事项拥有权威的和最终的决定权，而这种权力基本上是无法受到中立司法机构的有效审查的，被限制、剥夺权益者难以获得有效的司法救济。但是，公安机关究竟该不该行使司法权呢？

从应然的角度来看，警察权是一种行政权，公安机关不仅不应当行使司法权，而且应当受到司法机构的有效审查和控制。作出这一判断的根据是：（1）公安机关作为行政处罚、刑事强制措施的決定者，与案件有着直接的利害关系，往往倾向于维护国家、社会的利益，难以对个人权益加以保障，即使是上级公安机关也无法对个人权益提供有效的救济；（2）公安机关进行的各种活动大都是由管理者与被管理者、处罚者与被处罚者双方构造而成的，这里既不存在中立的第三方的介入，也不受公安机关以外的其他国家权力机构的有效审查和制约；（3）公安机关拥有对公民个人基本权益的最终决定权和处置权，这严重违背“控审分离”、“司法最终裁决”等一系列法治原则。

显然，中国司法改革所面临的重大课题之一，就是确立警察权的行政权性质，实现公安机关的非司法化。为此，公安机关所拥有的一系列治安行政处罚权，如劳动教养权、收容教育权、行政拘留权等，都应当被纳入司法权之中，使公安机关变成申请者，而不是决定者。另一方面，对于刑事拘留、监视居住、取保候审、搜查、扣押、窃听等一系列涉及在刑事侦查领域剥夺、限制个人基本权益和自由的措施，也应一律纳入司法权的控制之下。

## （二）检察权的性质

检察权是司法权吗？这一问题在不同制度下可能会有不同的答案。在英美，检察权基本上属于行政权。因为从组织上看，英国的皇家检察机关（CPS）与美国联

邦和各州的检察机关大体上都属于行政分支的有机组成部分。作为英格兰和威尔士检察机关领导核心的中央法律事务部,属于英国重要的司法行政机构,其首脑由首相直接提名和任命,属于非内阁成员中重要的行政官员。而美国联邦司法部作为美国联邦政府行政分支的组成部分,其首脑司法部长由总统提名和任命。司法部长作为内阁的重要成员,实际为美国联邦一级的总检察长,拥有领导联邦检察官的权力。从所发挥的功能来看,英美检察机关大体上属于单纯的刑事起诉机构,它们站在政府的立场上,负有对犯罪案件提起公诉、支持公诉以及监督有罪裁判得以执行的使命,从而维护社会的基本秩序和安宁。从活动方式上看,英美检察官在警察的协助下,单方面地从事起诉前的准备活动,并在法庭上充当案件的控诉一方,成为法院定罪量刑的实际申请者。这表明,检察官与警察一样,都在代表政府行使着刑事追诉权,这种权力实质上属于行政权力。

大陆法国家的情况有所不同。在法国和德国,检察机关在设置上具有“审检合署”的特征,也就是设于各级法院内部,但与法院采取分离管理的体制。在检察机关内部,实行检察一体的组织原则,强调检察机关上下级、检察官上下级之间构成一个统一的整体,下级检察官须服从其上级检察官的指挥和领导。检察官不仅不具有像法官那样的独立性,而且可以随时加以撤换。在活动方式上,德国、法国的检察官在法律上拥有侦查权,警察尽管直接实施侦查活动,但不过是他们的助手和辅助机构。在很多情况下,检察官决定侦查的启动和终止,对重大侦查行为拥有决定权,并在重大案件的侦查过程中直接指挥、指导警察从事侦查行为。这种检警一体的活动方式,决定了检察官和检察机关对案件的侦查、起诉负有最终的责任。<sup>①</sup>

德国、法国的检察机关尽管与英美同行一样,都在行使带有行政权性质的刑事追诉权,但仍具有一定的准司法机构的意味。例如,这两个国家的检察机关都负有发现实体真实、维护司法公正的使命,在刑事追诉过程中既要收集不利于被告人的证据,也要收集有利于被告人的证据;对于法院作出的初审或者二审裁判,检察官要站在法律的立场上提出上诉,因此他们有时确实会提出有利于被告人的上诉。又如,检察官与法官在培养上采取了一元化的方式:他们都要通过统一的国家司法考试;都要经受统一的带有学徒性质的司法实习和职业培训;都要按照统一的途径被委任为检察官或者法官。甚至在法国人的观念中,检察官与法官的职业联系如此密切,以至于被分别称为“站着的司法官”和“坐着的司法官”<sup>②</sup>。

英美与大陆法国家的检察机关在设置以及权力配置上尽管有一定的区别,但它们所行使的权力都属于刑事追诉权,都对惩治犯罪、维护社会治安负有重大的责任,其权力的行政权属性的确是存在的。至于德国、法国检察机关所具有的准司法机构的性质,这两个国家的检察官所具有的准司法官的地位,充其量不过说明检察

① 参见 [德] Claus Roxin:《德国刑事诉讼法》,中译本,69页以下,台北,三民书局,1998。

② John Hatchard and others, *Comparative Criminal Procedure*, The British Institute of International and Comparative Law, pp. 62—64.

机构在履行刑事追诉职能的同时，要注意尊重事实真相和维护法律尊严，而不应像民事诉讼中的原告那样，为达到胜诉和击败被告人的目的而不择手段或不惜一切代价。这一点，构成了对检察机关刑事追诉权的外在限制，但并没有否定这种刑事追诉权的行政权性质。

中国目前实行的“人大领导下的一府两院”体制，决定了检察机关是一种与法院并列的司法机关；而中国宪法和检察院组织法所确立的检察机关的法律监督地位，则决定了检察机关有权对法院的审判活动实施法律监督，它所行使的司法权不仅十分重要，甚至还略微高于法院所行使的审判权。

这是因为，根据宪法的规定，检察机关拥有法律监督权，有权监督国家宪法和法律的统一实施。目前，检察机关的这种法律监督权主要体现在诉讼领域。首先，在刑事诉讼领域，检察机关有权对公安机关、法院、刑罚执行机关的诉讼活动实施法律监督。例如，对于公安机关应当立案而不予立案的决定，检察机关有权要求其说明理由，发现理由不成立的，应通知其立案；对于公安机关在侦查中有违法行为的，检察机关有权提出纠正意见；对于法院一审作出的未生效裁判，检察机关“发现确有错误”的，有权提出抗诉，从而引起二审程序；对于法院生效裁判“确有错误”的，有权提起抗诉，从而直接引起再审程序；对于法院在审判过程中有违法行为的，检察机关有权提出纠正意见；等等。其次，在公安机关负责侦查的案件中，检察机关拥有逮捕的批准权和延长羁押的决定权。中国刑事诉讼法赋予检察机关对逮捕发布许可令状和进行授权的权力，并授权上一级检察机关和省级检察机关对逮捕后的羁押延长事项，拥有最终的决定权。这表明，在审判前的羁押问题上，检察机关拥有相当大的控制力，从而对个人人身自由的剥夺拥有最终的决定权。再次，在检察机关自行侦查的案件中，它作为与公安机关相似的侦查机关，拥有包括逮捕、拘留、监视居住、取保候审、搜查、扣押等在内的一系列强制处分的决定权，并可以自行决定对公民个人羁押期间的延长，从而对个人的基本权益和自由拥有最终和权威的处置权。最后，在民事和行政审判领域，检察机关有权对法院的审判活动进行监督，发现生效裁判“确有错误”的，有权提出抗诉，从而直接引起再审程序。

检察机关尽管在现行宪政体制下行使着司法权，但这种司法权的行使却是有着根本缺陷的。这是因为，检察机关同时将法律监督与刑事追诉这两种相互对立的权力集中于一身，无法保持公正的法律监督所必需的中立性和超然性。作为法律监督机关，检察机关的确在对公安机关、法院、执行机构的诉讼活动进行着一定的“司法控制”。但是，检察机关对一部分案件所拥有的侦查权，与公安机关所行使的权力具有一定的相似性。可以说，作为侦查权的行使者，检察机关与公安机关都具有行政机构的性质，而难以算得上司法机构。当然，检察机关对公安机关负责侦查的公诉案件，还拥有审查起诉、提起公诉和支持公诉等一系列的权力。这些权力的行使似乎意味着检察机关拥有对公安机关进行监控的资格。但实际上，根据刑事追诉