



学科导航4.0暨统一检索解决方案研讨会

论司法民主与检察民主化

<http://www.fristlight.cn> 2007-09-19

[作者] 唐茂清;罗绍华

[单位]

[摘要] 司法民主是司法机关在司法的过程中,按照民主原则的要求,充分保障当事人及其他诉讼参与人的诉讼权利,并让民众有参与司法的机会,以实现司法的公平和正义。司法民主的具体内容包括:司法权的运行应遵循民主原则、司法公开、民众参与司法、职业司法官经过民主程序任免等。检察民主化是形势的需要,它包括检察权运行的民主化和检察权主体的民主化。应总结世界各国民众参与司法的经验得失,结合我国的具体情况,选择、决定我国的民众参与检察制度模式。

[关键词] 广西壮族自治区自治区检察院;司法民主;检察民主化;民众参与检察;人民监督员制度

一、关于司法民主的探讨目前世界上多数国家都奉行民主制度,不论是西式的民主制,还是社会主义的民主制,都确认了“主权在民”、“人民主权”的宪法和宪政原则。[1]我国宪法开宗明义地宣告“中华人民共和国的一切权力属于人民”,我国司法权同国家其他所有权力一样来源于人民,司法机关和司法人员根据人民的委托和授权行使司法权,司法权的行使应体现人民的意志,对人民负责。基于这些认识,“司法民主”一词屡屡见诸报端,频频出现在领导者的话语中,为人们所津津乐道。但与此形成鲜明对照的是,我国法学界,或政治学界,甚少有人对“司法民主”问题作专门研究。这种状况,是理论研究的滞后,还是司法民主如同“鸡肋”?抑或是像有的学者认为的那样是“拉郎配”?[2]为此,笔者不避学浅,围绕如下几个问题进行了初浅的研究。(一)究竟司法要不要民主?持司法民主否定论者写道“司法的本质是理性,法律推理是一种理性过程,裁决者不能有利益、感情牵涉,中立是最基本的要求。民主的本质要求是人民至上,作为一种决策体制,它讲究多数原则,尊重人的情感与利益……不能用民主的原则、方法、民众的情绪来取代司法。”[3]笔者认为,论者之所以得出了错误的结论,是因为犯了概念上的错误。我们知道,立法是把具体的社会要求转变为抽象的一般的法律规范的过程,而司法则与之相反,是把法律规范转化为现实关系,是从抽象到具体的过程。如果说立法的目的是为了体现民意,讲求人民至上,讲究多数原则,尊重大众的情感,寻求在各种利益间的妥协的话,那么司法则是以体现民意的法律规范的具体落实为目的。现代意义的司法是连接国家与社会之间的桥梁,是实现公平与正义的殿堂。虽然公平、正义与民主不是一一对应的,绝对的民主并不能实现绝对的公正。但是,我们应该认识到,公正只是人的一种内心认知,事实上的公正即实质的公正与否则有时是难以查明和确定的。因此,人类更看重的往往是促成公正实现的过程,即过程的公正与否。“看得见的公正才是公正”。民主的形式正是随着社会的发展,被人们作为实现公正的“看得见的力量”引入司法的。如果过程体现了民主,即扩大了民众的参与机会、保障了利益关涉者表达上的自由,给予了人们权利受到尊重的亲身感受,换言之,某一司法的决定的产生,如果它源于公众自由而充分地参与,源于遵循了公众所认可的正当程序规则,那么它就可以被公众接受,并被认为是公正的。与此相对,结果的民主往往是各方利益妥协的产物,它并不一定能产出公正。因为“人们经常发现的事实是,多数人资质平庸,真理往往掌握在少数人手中。”[4]这个意义上,结果的民主公正与否,人们是难以确定的。因此,司法民主所强调的是过程的民主,它存在于司法的过程中。只要过程是民主的,充分体现了民主,我们就可以说它在司法中实现了民主的价值,实现了司法的公正。从这个意义上说,司法民主只在谋求过程的民主性,通过过程的民主性来达成当事人乃至整个社会对司法结果的认同。同时,司法作为一项由抽象到具体的活动,它追求的主要是具体的公正性,而不必一味追求是否遵从了民意,是否缓和了民众的情绪。如果司法一味追求民意和大众情绪,就可能会使司法变成民主的牺牲品。那种“不杀不足以平民愤”的措辞和观念,其实是混淆了司法目的与立法目的、司法民主与立法民主的区别,用立法民主代替司法民主的结果。而那种把司法与民主割裂开来、完全否定司法民主的观点,则是把司法民主与立法民主的存在形态相混同,进而对司法民主加以否定的结果,究其原因,是论者不是从理论上廓清错误的实践,而是由错误的实践导出了错误的理论,其结论自然是片面的,也是错误的。其实,中国早在先秦时期就产生了司法民主在于过程的民主而非结果民主的朦胧思想,“人皆曰可杀,然后查之”,强调不能按民意不问情由遽然杀之。社会发展到了今天,我们没有理由不认识到:民主与法治是密不可分的“孪生兄弟”,而程序是民主的依附和保障。“法治作为一种社会状态,一种治国方略,一种价值选择,其

本身就是民主的产物。没有民主，何谈法治，只能导致专制。”[5]美国联邦最高法院法官威廉·道格拉斯曾谈到：“权利法案的大多数规定都是程序性条款，这一事实绝不是无意义的。正是程序决定了法治与恣意的人治之间的基本区别。”明确司法民主是程序的民主这一点至关重要，它对于我们正确理解司法民主及其构建司法民主制度，判明哪些制度才能纳入司法民主范畴将发挥重要的标尺和杠杆作用。

（二）谁是司法民主的主体？作为我国为数不多的涉足司法民主研究的学者，张建伟先生认为：“‘司法民主’是一个含义模糊的字眼……给这样一个概念下一个确切的定义是不容易的，简单地套用‘民主’一词来理解这一概念，就会得出所有的民众都参与司法活动并拥有相应权力的结论。这一结论所描绘的情况在现代社会是难以实现的……”。[6]从这一段话中，暗含了这样一个棘手问题：谁是司法民主的主体？为很好地讨论这一问题，我们有必要从民主的一般理论谈起。美国学者罗伯特·达尔认为，民主分为理想的民主和现实的民主。理想的民主是一种完美的民主。理想的民主至少存在五项标准，即：1、有效的参与；2、投票的平等；3、充分的知情；4、对议程的最终控制；5、成年人的公民资格。“在任何一个国家，在理想的民主和现实的民主之间，鸿沟都实实在在地存在”[7]从罗伯特·达尔的论述，我们可以知道，“在实践的层面上，都不可能达到满足每一个人的愿望和需要的程度，它仅在一定程度上和一定范围内满足着一定量的民众或民众一定量的需求。”[8]因此，作为现实的民主层面的司法民主，不可能是每一个人的民主，它是一定范围内的人的民主，而不可能是“所有的民众都参与司法活动并拥有相应权力”。那么，这“一定范围内的人”是哪些呢？要回答这一问题，需回到民主的本质属性上来。“民主最为本质的属性在于它的利益关涉性，即民主主体正是基于自己的利益与某个事项有着关系而享有对该事项的民主参与、决策和影响的权利。”；“如果离开了民主主体的利益关涉性，比方说让一个远在大洋彼岸的外国人参与我国的民主选举，这样的民主又有什么实质的意义呢？”[9]与司法利益相关的主体，概括而言，主要有二：一是诉讼中的当事人。诉讼是社会冲突的处理机制。当事人是诉讼的利害关系人。他们的最大愿望是通过司法机关的司法活动维护自身权益，他们最关注和最在意的是司法的过程是民主的（给予他们自由的表达意见等）和公正的（取得平等的待遇等）。二是与当事人处于同一法律秩序内的民众。他们虽然与诉讼没有直接利害关系，但他们与司法是有关系的，因为司法权是他们通过民主和法律形式授予司法机关的，司法机关是否依法公正司法以有效维护他们的正常生活和工作秩序，是他们所应关心和在意的。根据民主的一般原理，对上述两类人员的利益、情感、愿望都应给予尊重，在诉讼的过程中，应该给予他们表达上的机会和自由。当然，由于诉讼中的当事人是直接的利害关系人，对他们在诉讼中依法享有的权利，不容许有丝毫的忽视或忽略。但对于与当事人处于同一法律秩序内的民众，正如前所述，现实中不可能让他们中的每一个人的意愿都得到满足，而只能通过一定的制度形式，在一定程度和一定范围内满足一定量的民众或民众中的一定量的需求。实践中，通常是从本地区的民众中产生一定的代表并赋予他们参与司法的机会和自由来实现。

（三）司法民主的价值追求是什么？我们从两个方面来讨论这一问题。一方面，司法民主作为民主的一种具体形态，它的价值追求不应离开民主而独自存在。正如罗伯特·达尔所说“民主不仅仅是一个统治过程。权利是民主政治制度不可缺少的组成部分，因此，民主体制内在地就是一种权利体制。权利是民主统治过程最为关键的一种建筑材料。”[10]只是，司法民主所追求的价值没有民主的那么宽泛抽象而已。在司法民主中，它所追求的权利是具体的和相对特定的，它受到来自于司法民主主体范围和存在形态的限制，即：它所追求的权利是利益关涉者在司法的过程中的权利，而且他们的权利的大小与其自身利益是相对应的。所谓对应，是指该诉讼中其利益关涉越大，就应有越大的诉讼权利，反之，利益关涉小，则对应的权利就小。利益与诉讼关涉最大的，莫过于诉讼当事人。当事人的权利在诉讼中是不能被忽视的，“人类司法民主的实际过程也就是当事人诉讼权利的扩张过程”[11]，从这个角度来说，司法民主首先是要充分保障诉讼当事人有足以维护自身合法利益的诉讼权利。同时，因为诉讼直接关系到社会秩序和法律秩序，公正的司法，能够维护良好的法律秩序和社会秩序，而不公正的司法则“污染了水的源头”，对所有生活在特定法律秩序和社会秩序中的民众都会造成损害，所以，每一个诉讼都必须做到司法公正，这样才能实现对所有关涉者利益的保护。另一方面，司法民主作为司法的一种表现形态，它的价值取向不能偏离司法公正这一司法的最终目标。“正义作为司法活动中的最根本的价值目标，作为人们对司法的终极企盼和要求。不论是何种纠纷，人们之所以诉诸司法机关，其目的无非就是谋求一个公正的解决。”[12]从民主对司法的作用和功能看，民主是以一种制度规范、程序的可预见性来保证和促进司法公正的实现的。如果人们充分享有了为取得正义所需要的权利，那么就可以实现对司法机关的自由裁量和司法专横的限制。如若司法机关在行使权力时，把一种非正当性强加于当事人，当事人就会否认司法的合法性，这种否认通过程序的设计和制度的建构，迫使司法机关和司法人员公正、客观或不偏不倚地司法和裁决。但需要注意的是，当事人在诉讼中的权利也是有底线的，不能无限度的扩大，不能危及到公平和正义的实现。如不能自己作自己案件的法官，不得审理与自己有利害关系的案件。因为民主意味着平等，权利是以平等为前提的，为满足单个人的权利而牺牲他人同等权利是不民主的，也是非正义的。简而言之，司法民主的价值目标是追求对权利的保障和公正的实现。权利的保障和公正的实现之间的关系是辩证统一的：其一，通过

对权利的保障，使权利制约权力来达成公正的实现；其二，为确保公正的实现，必须将权利限制在必要的秩序之内，不允许权利任意和无限度扩大。（四）司法民主的具体内容是什么？这个问题，从某个角度说，实际上是对上述探讨的总结、归纳和具体化。笔者认为，司法民主的具体内容包括：1、司法权的运行应遵循能够保障诉讼参与人和诉讼关涉者权利的民主原则。这是司法过程民主的体现和司法过程公正的保证。西方法学家把民主原则表述为：应该平等地通知当事人各方，让他们准备陈述和答辩，允许被告为自己辩护，给当事人以同等机会和权利来接受审判；审判活动公开；当事人有权请职业律师为其辩护（作为配套，应建立职业律师队伍，并且法律要赋予律师享有广泛的诉讼权利）；原告负举证责任；陪审团参加裁定；判决书要写明理由；判决书公开；当事人有上诉权利；控制可能发生的藐视法庭的行为等。[13]实际上，这些规定是西方国家正当程序的主要部分。笔者认为，民主原则是植根于各国政治、经济和文化的一种不断发展变化的规则。它在各国的表现形式是各异的，而且不同的时期会有不同的标准。但应注意的是，随着经济的全球化及其由此带来的法律全球化趋势，以及《公民权利和政治权利国际公约》的普遍加入，总体上逐步向趋同方向发展。在我国，当前则主要包括严禁刑讯逼供、权利告知、律师制度、辩护制度、禁止双重追诉、回避制度、严禁非法羁押、实行控辩式庭审等原则。2、司法公开。不能让具体的司法过程成为民众知情权的盲区。这是司法机关的民主和司法过程的民主的综合反映。“公开性是民主的主要内容，因为只有司法活动是公开的，才能使司法置于民众的监督之下，并能使司法活动为民众所了解和理解。同时因为提高了司法的透明度，有利于化解民众对司法的暗箱操作的疑虑。可以说司法越公开体现的民主性越强。”[14]司法公开，包括司法职能公开、司法过程公开、司法结果公开等。3、民众有参与司法的机会。这主要反映的是司法机关的民主或叫司法主体的民主。司法机关要允许部分民众代表直接或间接参与司法权的行使，将平民意识带入司法，对职业司法者形成制约和监督，从而与司法公开形成互动，民众以程序内的参与监督和掣肘职业司法人员的习惯性司法，实现司法主体的多元化，有效保障当事人的合法权益，防止司法腐败，促进司法公正。“民众更接近生活，更能体验普通人的心理。由于没有职业思维定式的束缚，他们更能以一个自然人的是非观、善恶感对案件加以评判，消除职业偏见，扩大司法的社会性，使司法活动在最大程度上合情、合理、合法。”[15]正如托克维尔所说：没有民情的支持，纵有最好的法制，也不能维持一个政体；即使存在最坏的法制，民情也能减缓其影响。[16]世界上已有的民众参与司法权行使的方式有陪审制、参审制、治安法官审理制等。4、职业司法官经过民主的程序任免。这是司法主体的民主的要求。所谓民主的程序，是指职业司法官的任免要由人民授权的机构经过法定的程序进行。按照以上论述，司法民主主要是指司法机关在司法的过程中，按照民主原则的要求，充分保障当事人及其他诉讼参与人的诉讼权利，并让民众有参与司法的机会，以实现司法的公平和正义。它内含司法机关的民主（也称为司法权主体的民主）和司法过程的民主（也称为司法权运行的民主），它保障的主要是诉讼当事人和诉讼关涉者的合法权益，包括：当事人和诉讼参与人的诉讼权利（即公民因诉讼而产生的合法权利），所有利益关涉者对司法活动的知情权和对司法过程的监督权。需要说明的是，第一，司法民主既是一种制度，也是一种理念。制度层面的司法民主，主要作用于司法机关、司法人员和司法行为，而理念层面的司法民主，主要作用于人的观念。理念有赖于制度来体现，制度需要理念的指导；理念的突破，必然推动制度的建立和完善，制度的建立和完善又会反过来推动理念的确立。因此，我们还必须强调，广大民众、诉讼参与人、司法人员都要牢固树立司法民主的观念，并用以指导司法机关的活动和司法的过程。否则，司法民主的形式就不能被赋予民主的实质，而成为镜中月，水中花。第二，人大的权力监督、政协的民主监督以及新闻媒介的舆论监督，不属于司法民主的范畴。在笔者看来，它们属于政治民主的范畴，是司法民主的外部保障机制。如果它们进入司法民主的范畴，则会使司法民主的内涵和外延过于宽泛，其结果很可能会使民主的藩篱被冲破，影响和危及司法的独立和公正。因为，人大是代议制性质的机构，它对司法的监督，是对司法结果的监督，而且它本身的民主形态也是结果的民主，因此，人大监督不宜进入个案的范围，即不能进入司法程序的范围。政协也是如此。舆论的自由报道，是司法公开的伴随物，但司法公开的主要目的是让民众获得知情权，不是直接接受舆论监督，而是让群众获得知情权以利于他们通过司法程序进行监督，如行使控告、申诉权等。因此，在实践中，我们既要防止民众的知情权缺位及由此导致的司法专横，又要谨防司法民主的泛化和无限度扩大及其由此导致的干预司法独立的现象。第三，司法是作广义理解的，它包括所有具有司法诉讼性质的活动。否则将会使诉讼参与人和利益关涉者的权利得不到全程式保护，这显然是与司法民主的本意相违背的。二、检察民主化研究建国后的相当长一个时期，我国根据当时形势的需要，强调以阶级斗争为中心，司法机关是专政职能的统一体，是纯粹的专政工具，司法民主由群众运动所取代。这些无疑给现代法治意义的司法民主化道路造成了观念的禁锢和制度创制的障碍。作为我国司法机关之一的检察机关，就存在司法民主观念滞后、行为缺位和制度缺失的现状，与我国日益发展的社会主义民主法制建设不相适应。十六大报告提出“发展社会主义民主政治，最根本的是要把坚持党的领导、人民当家作主和依法治国有机统一起来”，要“健全民主制度，丰富民主形式，扩大公民有序的政治参与”。因此，检察民主化是我国检察机关贯彻十六大精神和实践“三个代表”重要思想，坚持“立检为公、执法为民”和推进司法体制改革的一个重要内容和途径。检察民主化主要包括以下方面：（一）检察权运行的民主化检察权运行的

民主化，也可称为检察过程的民主化，主要是指检察权的运行过程应遵循民主性原则，充分保障当事人及其他诉讼参与人的合法权益，并使检察权的行使公之于众。由于检察权运行的过程，既是检察机关和检察人员执法的过程，也是检察机关和检察人员的民主化理念见之于客观的过程，因此，检察过程的民主化，是检察机关和检察人员执法理念的民主化和执法行为的民主化的有机统一。由于我国长期把检察机关视为纯粹的专政机关，造成检察机关及其检察人员长期偏重对多数人和公众利益的保护，轻视对当事人等直接利益关涉者个体的保护；重实体轻程序；重打击轻保护、预防。指导思想上的倾向性，导致了检察权运行轨道的偏差，程序不公、行为不规范、作风不良的现象时有发生。在强调依法治国的今天，我们必须彻底拨乱反正，把执法行为回归到打击与保护、实体与程序、国家利益与个体利益并重的正确轨道上来。从民主的角度看，民主与平等、自由、权利是紧密相连的，民主的要义在于尊重和保护个体，保障平等，给当事人以充分表达的自由，反对以权压人，以势欺人，蛮横霸道。观念与行为是密不可分的，检察过程的民主化，必须观念的民主化与行为的民主化并重。具体而言，检察过程的民主化，主要包括：

- 1、牢固树立和体现为民执法的理念。解决这一问题的核心是要使检察官们明确是为谁行使检察权的问题。要牢固树立为民执法的执法宗旨，使检察官随时心存正义，心里装着群众，凡事想着群众，一切为了群众；本着“为人民执法，让人民满意”的态度执法，带着对人民群众的深厚感情执法，严格按照法律规定执法；不断增强公平公正意识，切实实现好、维护好、发展好人民群众的根本利益；对检察工作具有高度的敬业精神，依法办案，认真对待当事人和诉讼参与人的每一项意见和要求，不敷衍搪塞，故意拖延，态度和谒并具耐心；在检察工作中做到既明法理，又通人情，准确地判断是非和适用法律。
- 2、树立尊重当事人及利益关涉者权利和表达意愿的观念，将民主、依法、人性、文明贯彻执法的整个过程。在具体的执法中，充分尊重和保障当事人及其他诉讼关涉者的诉讼权利和利益。改变在适用法律时忽视检察机关的义务性条款（如告知义务等）、忽视当事人的选择权（如嫌疑人、被告人享有的供述与不供述的选择的权利等）、忽视对当事人救济权利的保障的倾向。反对刑讯逼供，坚决对非法证据予以排除。认真听取当事人和利益关涉者的意见，职务犯罪案件侦查终结认为应撤销案件，应听取当事人和举报人的意见；作出起诉或不起诉决定前，应听取嫌疑人的辩解及其聘请的律师的意见，有被害人的案件，还要听取被害人的意见；作出起诉前，应听取被不起诉人等有关当事人的意见。民事、行政案件作出抗诉决定前，应听取当事人双方的意见，特别是应听取检察机关认为判决对其不公的一方的意见。
- 3、树立平等观念，严格按控、辩平等机制运行检察权。树立诉讼主体多元化的观念，要充分认识到，当事人作为利益的直接关涉者，在诉讼中是诉讼的主体和司法民主的主体，在诉讼过程中，当事人与检察机关的诉讼地位是平等的，应给予当事人充分的表达上的自由；对诉讼中的犯罪嫌疑人、被告人、被害人的权益注意同等保护，一视同仁；重视被控主体对案件管辖的抗辩权、对逮捕决定的抗辩权、对案件是否公开审理的决定的答辩权、对案件延期审理决定的答辩权、对简易程序适用法律程序的答辩权等；保障律师行使权利，认真听取和充分考虑犯罪嫌疑人、被告人及其律师的辩护意见；保障律师在检察环节依法享有的会见权、阅卷权和调查取证权；注意保障被害人依法享有的权利，特别是对检察机关起诉裁量的制约权；强化公诉人的举证意识和责任；认真对待当事人的控告、申诉，等。
- 4、强化“检务公开”意识，深化检察公开化。即检察机关采取“检务公开”等多种方式，将检察机关的组织体系、机构设置、职权职责及其运行程序公之于众，让广大群众广泛了解和知悉；在行使检察权中的“司法性”职权时，要注意向当事人及其他诉讼关涉者公开，确保利益主体充分享有知情权；实行新闻发布会制度，定期就重大案件的办理情况向新闻界通报；增强终结性决定文书的说理性，等。需要说明的是，检察权运行的民主化的内容，是随着政治、经济、社会特别是立法的发展而不断发展变化的。这就要求检察机关必须把握时代脉搏，紧跟时代步伐，不断丰富民主内容，使检察权运行的民主化与时俱进。

（二）检察权主体的民主化

检察权主体的民主化，也可称为检察机关的民主化。它包括：职业检察官任免的民主化；民众参与检察的制度化、程序化。所谓职业检察官任免的民主化，主要是指检察人员应由人大任命、人大有权对其监督和罢免。由于检察机关是一个具有司法和行政双重属性的机关，因而它的民主化也具有自身的特点。笔者认为，民众参与检察的制度化和程序化不应涉及所有职权活动。行政性检察职权的运行（如侦查活动），客观强调“上命下从”和“一体化”，因而更强调行政集权的运行方式；在行使带有“司法性”的职权时，应逐步地让民众有参与的机会并使之制度化、程序化。我们知道，按照我国宪法规定，人民检察院是国家的法律监督机关，它依法行使的法律监督权即检察权，主要包括职务犯罪侦查权、公诉权、诉讼监督权。在这些职权中，有些是具有“司法性”的（即具有裁断性、终局性、法律适用性）。“尤其明显的例证，是检察官终结侦查后所作的处分。检察官在侦查终结后依据侦查结果，审查是否有足够的犯罪嫌疑提起公诉，此时所作的决定，于法官随后的裁判决定极为相近”，“如果作出不予起诉的决定，则与法院的免刑和无罪判决具有相似的效力”；检察机关行使抗诉等监督职能时，则具有突出的“法律适用性”。[17]检察机关的这些具有“司法性”的职权，应按照民主化的要求，让民众有参与的机会。关于民众参与检察权行使的目的和功能，笔者认为，可作两种考虑：一是作为对诉讼当事人权利的救济方式来考虑，即当事人对检察机关逮捕决定不服的，或检察机关拟作撤案、不起诉决定的，可

民众参与检察决策程序，直接或间接行使检察权。二是作为给检察机关行使职权增加监督环节来考虑，如检察机关拟抗诉的，让民众参与，将外部监督引入内部程序。民众参与检察的制度化、程序化问题，不仅具有检察民主化的意义，在当前司法改革的大背景下，把它纳入司法体制改革的大视野，我们会发现它还具有司法体制民主化和诉讼机制公正化的重大意义。我们知道我国的人民检察制度，是中国特色社会主义司法制度的有机组成部分。但是，我国的检察制度特别是检察职权配置也备受争议。一些学者认为检察权的配置存在“监督缺位”和“角色冲突”的缺陷：一是“检察机关同时享有侦查权和审查批捕权、审查起诉权，自己对自己侦查的案件进行审查批捕、审查起诉，就失去了监督。”[18]二是“检察机关具有‘公诉人’和审判活动‘监督者’的双重身份，好比运动员又兼任裁判者，破坏了控、辩、审三方诉讼法律关系的平衡，有悖于分权制衡原理和诉讼公正原理。”[19]虽然，我国检察机关同时享有职务犯罪侦查权、公诉权和诉讼监督权，有其合宪性、合法性和现实合理性，并且已建立了内外部的监督制约机制，但凭心而论，这些监督制约因其要么是纯内部性的，要么就是纯外部性的，总给人不够可靠的印象。但如果在检察机关的民主化过程中，引入民众参与，把外部监督引入内部程序，使检察权的行使直接置于民众的监督之下，那么司法体制及其职权配置中检察职权“监督缺位”和存在“角色冲突”的问题就可解决，从这个意义上，民众参与检察应作为我国司法体制和检察体制改革的一个优选路径。因此，检察权主体的民主化，特别是民众参与检察的制度化、程序化，应当是当前及今后检察体制改革的主导方向之一。可以预见，随着检察权主体民主化的深入推进，检察机关的法律监督权威和公信力将会大大增强。

三、民众参与检察制度的模式选择——兼对人民监督员（试行）制度的评价

民众参与检察，是一项崭新的课题，应总结已有的中外民众参与司法制度的得失和经验教训，结合我国的具体国情和检察工作实际，兴利除弊，高起点地建立我国的民众参与检察制度。民众参与司法，世界上的通行模式主要有四种：一是陪审制；二是参审制；三是治安法官制；四是日本的检察审查会制。其中，涉及民众参与检察权行使的有：当今美国的大陪审团制；日本的检察审查会制。美国的大陪审团制是指决定就某一刑事犯罪是否应对某人提起公诉的陪审团制度。美国宪法修正案第5条确立了死罪和不名誉罪须由大陪审团决定起诉，后扩大适用于对一切重罪的起诉的审查。在美国，大陪审团审议是被告可选择的一项宪法权利，但不是公诉案件的必经程序，被告可以根据自己的意愿而放弃。大陪审团由法院根据陪审团挑选程序随机选任，一般由16—23人组成。任期有1个月、6个月、1年不等，但最长不得超过18个月。一个大陪审团在任期内可审查若干起案件。[20]大陪审团审查，是从英国普通法承袭下来的为防止警察滥用职权的一个法律程序。在美国独立前，这一程序因其可以有效对抗殖民检察机关的权力而受到欢迎。美国独立后，由于被反对者认为不合“进步时代”的要求，且浪费时间和金钱，一些州逐渐开始废弃这一法律程序。现在，大陪审团制度已呈现出萎缩的态势。[21]日本为防止起诉权的滥用，于1948年颁布《检察审查会法》，该法规定：为了使公诉权在行使上可以正确反映民意，在设置地方法院及其分院的地方设置检察审查会，审查会的职权主要有两项：一是对检察官不提起公诉的案件是否正确进行审查；二是提出有关改进检察事务的建议等。检察审查会由从对众议院议员有选举权的人中，以抽签的方法选出11名检察审查员组成，审查会的决定须有半数的同意。检察审查会的决议对检察官没有约束力，但如果检察长认为应予起诉的决议正确，检察官必须起诉。虽然审查会的决定对检察官没有约束力，是一种对检察官不起诉决定的间接控制方法，但检察审查会成立以来的经验证明，它的设立得到了日本许多法学家的的好评，被认为已成为日本国民对行使检察权保持信任所不可少的机构。据统计，自审查会建立至1998年底，经审查会决议应予起诉的案件中，检察官接受决议而起诉的835人，其中82%以上被作出有罪判决。[22]

比较美、日两国民众参与检察的制度，结合其他国家民众参与司法的经验教训，有两点值得我们总结：一是美国的陪审制模式有其深刻的社会文化背景，在成文法国家移植不具有现实性。这一点已得到了我国多数法学者的认同。也有法、德、俄、日移植陪审团制的失败经验所证实。法国和德国分别于1791年和1848年以法律形式正式在本国确立了陪审制度，但分别于1940年和1924年予以取消或改革得面目全非。俄罗斯在苏联解体后，于1993年通过联邦宪法规定了陪审制，但推行中遇到困难，至1998年仅在9个联邦主体得以实行，其他80个地区始终未予推行。[23]日本于1923年效仿英、德等国颁布陪审法，1928年正式实施后，由于国民一直没有从实质上认同并接受它，遂于1943年将其废止。[24]因此，移植陪审团制度进入检察权行使程序，在我国不具有现实性，也是根本不可行的。二是日本民众参与检察的制度模式值得我们借鉴。而且，值得注意的是，日本的检察审查会制度，是在其取消陪审制（1943年）后的1948年确立的。可以推断，审查会制度是日本在对其陪审团制移植失败进行总结后的一项制度创新。这无疑是我们实行民众参与检察制度的一个很好的可资借鉴的经验财富。而且，从文化背景来看，日本与我国较为相近，其审查会制度的模式，更易为我国本土文化所接受。任何外来法律制度，都有其文化背景，移植中都不可一味照搬照抄，都要根据本国国情进行本土化改造，才有可能取得成功。在我国建立民众参与检察制度，也不能例外。下面，笔者根据这一思路，立足我国国情，采用比较借鉴的方法，试对民众参与检察的制度模式选择的几个要素进行分析、探讨，并兼对我国部分检察机关正在试行的人民监督员制度作一简要评价。（一）关于参与民众的产生范围现在国外参与司法的民众代表，基本上都是采取从有选举权或被选举权的国民中随机抽取的办法产生的。这样的好处在于其成员覆盖社会各阶层，能反映和代表民意，与制度本

意相符。不足之处在于他们不通法理，要他们面对复杂的法律条文或职业化操作，是勉为其难，易流于形式，或影响公正司法。为避免不足，有学者提出了遴选法学专家参与的建议，我国审判实践中有的地方采取对陪审员实行“集中管理、分类使用”做法，但这些建议和做法也被认为是事实上的“非职业法官职业化”，失去制度设计的初衷，而且对这些非职业法官不好管理，反而会为新的司法腐败和不公埋下隐患。[25] 笔者的观点是，获得参与司法机会的民众，既要有代表性，要能反映和代表社会各阶层的意志、利益、价值判断和情感，同时，也要考虑到我国国民素质普遍不高、是成文法国家、民众参与检察中需要面对和所要解决的基本上都是“法律适用性”问题这几个因素，应选取那些具有一定文化和法律知识的人作为“候选人”。在我国这样一个国民平均受教育程度极低的国家[26]，如果完全从有选举权的民众中随机抽取，很可能大多数是没有一定法律素养的，有的甚至可能是没有一定文化素养的人，要他们面对“复杂的”案件事实和法律适用提出意见，极可能使制度难以施行，或流于形式，最终民众也将失去参与的兴趣和积极性。当然“候选人”也不能限制在专家的范围，那样将会使民众失去代表性和民众性。有鉴于此，笔者建议，吸取人大代表选举的成功经验，并把民众参与司法人员的挑选与人大代表选举结合起来，从而做到广泛性和参政议政能力两兼顾，具体办法是：凡进入基层选举单位的各级人大代表候选名单的人员，按民众参与司法人员条件进行专门审查，从事职业与检察工作无冲突的、符合条件的一律作为民众参与司法的“候选人员库”，供临时随机抽取。五年换届选举后重新更换。这样既可保证民众代表的广泛性和基本的素质要求，还可节省大量的选任工作时间。进入“候选人员库”的人员，要对他们进行专业培训，然后才能上岗，且每年免费发给有关法律和法学资料等。（二）关于民众行使权力的方式和效力行使权力的方式，可分为民众独立、封闭审议的方式（以下简称“独立式”）和与职业司法官共同审议（以下简称“参议式”）两种。当今世界，在参与审判的方式上，第一种称为陪审团制，第二种称为参审制；在参与检察的方式上则只有一种，即均为“独立式”。各国的经验证明，“参审式”容易流于形式，因为他们“往往折服于职业法官的专业知识，接受职业法官的指导，遵从其意志，所作出的裁决自然体现的是职业法官的意志。”“大陆法系的陪审制走入了一种困境，基本沦为一种形式”[27]就是一个教训。因此，在民众参与行使检察权的方式上，我国应选择“独立式”为妥。关于“独立式”的决议的效力，又可分为直接产生效力和间接产生效力两种方式，在这方面，亦有国外的经验可资借鉴。我们知道，陪审团制审判都是由陪审团独立对案件事实负责，他们的一致意见直接发生法律效力。这种方式是在普通法系国家发展起来的，与其不成文法的渊源和特点是一致的。但在采取成文法的大陆法系国家，由于“现代法律日趋复杂严密，其体系也越来越庞大，非专业人士很难掌握其运用技术”[28]，导致了法、德的陪审团制移植失败；在日本，“按照日本人的心理，由上级进行审判更能获得信赖，对于由同自己平等的普通人进行审判的做法颇不习惯”；而在俄罗斯，陪审团参加审判的案件中许多被判无罪，在法学界和司法实际部门都引起了不同评价。[29]但日本的检察审查会制，采用的是间接生效的方式，即审查会的意见要得到检察长的同意才能生效，这样缓和了让非专业人士解决专业问题的矛盾，取得了较好效果。这种方式可资我国借鉴。但笔者认为，日本的方式又太缺乏刚性，从其实施半个世纪检察机关接受决议提起公诉的才835人即可见一斑。因此，我国在采取民众参与检察的方式上，应赋予其决议效力以一定程序上的刚性，可考虑与我国的检察委员会制度结合起来，即在“独立式”决议一旦与检察机关原决定或拟决定不一致时，就必然启动检察委员会讨论程序，这样可能比纯粹由检察长一人决定是否接受，效果会更好。（二）关于参与行使检察权的范围及运行程序由前述可知，美国大陪审团制意在对起诉是否成立进行审查，日本检察审查会的职权则为对不起诉案件的控制和提出检察事务的改进建议。美国对起诉进行控制是由其历史形成的，即它迎合了最初的北美移民们对殖民统治的反抗精神，但在美国独立后，由于已“不合适宜”且缺乏效率，已逐渐衰退。这一制度发源地的英国更是取消了大陪审团制。的确，在审判对起诉的控制机制日臻完善的今天，引进民众参与以防止起诉权滥用，实无必要。如前所述，本人认为，从法理上说，我国引入民众参与检察制度的重点，应是对检察权中的带有“司法性”的职权进行控制，且根据具体职权的不同，其程序也应有所区别。笔者的考虑是：1、对检察机关逮捕、撤案和不起诉决定的控制及其程序：嫌疑人或被告人不服逮捕或职业检察官拟撤案、拟作不起诉的→成立民众参与检察的审查组织，由办案人汇报和出示有关证据——最好采取听证的方式：先由检察人员汇报和示证，后由当事人辩解和陈述及其聘请的辩护人辩护→参与民众“独立式”审议。如审议同意原决定或拟决定，则维持逮捕和作出撤安或不起诉决定；如不同意，则应当进入下一程序→检察委员会讨论→对检察委员会的决议，如民众组织仍不同意，则又进入下一程序→报上一级检察院检察委员会审议。2、对检察机关诉讼监督中的抗诉权的控制及其程序：职业检察官或检察委员会拟抗诉的→组成民众组织，举行听证会→民众组织“独立式”审议，如同意则抗诉；如不同意→报上一级检察院检察委员会审议决定。另外，也应赋予民众对检察活动中的违法情况有提出纠正权或对检察工作提出意见、建议的权力。（四）对我国试点中的人民监督员制度的简要评价最近，高检院为进一步完善检察机关查办职务犯罪案件外部监督机制，促进依法正确行使检察权，决定实行检察机关直接受理侦查案件人民监督员制度。这无疑是检察机关引入司法民主机制、推进检察体制改革的一项重大举措。这一制度，不仅可

把检察机关办理直接侦查的案件有效地置于社会监督之下，而且有了一种在一定条件下必须经过的程序，很好地实现了内部程序与外部监督的结合和统一。它的推行，必将产生深远的意义。下面，笔者结合本文中的一些论述，就目前试行的制度的具体内容作一简要评价。

首先，试点制度关于人民监督员的产生范围、参与行使职权的方式及效力是基本可行的。但个人认为，仍有两点值得商榷：第一，关于人民监督员应“有良好的政治素质和较高的政策、法律水平”这一规定，似有不妥之处：其一，这一要求限制了人民监督员的选任范围，不能保证人民监督员来自于社会各阶层，使其缺乏应有的“社会代表性”，无法准确反映和体现民意，使制度本身在科学性和合理性上有瑕疵。其二，这一要求在我国基层特别是西部地区的基层县（尤其是自治县），可选人员的范围更窄，会给选任人民监督员的工作带来困难。其三，会带来前述的“非职业司法人员职业化”的问题及其弊端。因此，笔者建议将这一要求改为“有良好的政治素质和一定的政策、法律水平”可能更科学合理和更切合实际。第二，关于行使权力的范围，试点制度限于三方面：一是职务犯罪中的“三类案件”（即不服逮捕案件、拟撤销案件、拟不起诉案件）进行监督；二是就检察机关办理职务犯罪案件中的违法情况提出纠正意见；三是提出其他意见和建议，及受理投诉等。个人认为，作为试点，把范围主要限于职务犯罪案件，是可以理解的，也是合适的。但从司法民主的理论和制度应然的角度看，范围似应进一步扩大，特别是应该把诉讼监督中的抗诉等职权纳入监督范围，以达到深入推进我国司法民主建设和司法体制改革的目的。其次，人民监督员制度既是理念创新、制度创新和机制创新，也应该是一项法律创新。虽然我国宪法规定：“中华人民共和国的一切权力属于人民。……人民依照法律规定，通过各种途径和形式，管理国家事务……”，人民监督员制度具有了宪法上的正当性，但毕竟缺乏具体法律的规定，考虑到人民监督员工作的专门性，建议在条件成熟后以“条例”形式报请全国人大常委会立法，以法律形式予以确认。另外，由于民众的社会性和人民监督员的非职业性，因此，人民监督员参与检察活动的补贴、补助问题，也应该一并纳入法律轨道，在法律中予以明确规定，以确保这一制度能够长期坚持下去。 *唐茂清，自治区检察院副检察长；罗绍华，自治区检察院研究室主任。 [1]参见：刘作翔：《迈向民主与法治的国度》，山东人民出版社1999年6月版，第60页。 [2]陈洪端先生认为：“司法与民主是两回事，应保持距离。司法与民主无论从历史上说还是从本质上说都没有必然的联系。”引自陈洪端：《司法与民主：中国司法民主化及其批判》，载《中外法学》1998年第4期。 [3]引自陈洪端：《司法与民主：中国司法民主化及其批判》，载《中外法学》1998年第4期。 [4]引自张建伟：《刑事司法体制原理》，中国人民公安大学出版社2002年3月版，第341页。 [5]引自刘作翔：《迈向民主与法治的国度》，山东人民出版社1999年6月版，第60—61页。 [6]引自张建伟《刑事司法体制原理》，中国人民公安大学出版社，2002年3月版，第305页。 [7]参见罗伯特·达尔著《论民主》，商务印书馆1999年11月版，第30页、33页、43页、35页、91页。 [8]引自胡肖华：《宪法诉讼原论》，法律出版社2002年10月版，第4—7页。 [9]引自田涛：《司法民主辨析》，载《中共杭州市委党校学报》2003年第2期。 [10]引自罗伯特·达尔著《论民主》，商务印书馆1999年11月版，第56页。 [11]引自马骏驹等：《当前我国司法制度存在的问题与改进对策》，载《法学评论》1998年第6期。 [12]引自杨一平：《司法正义论》，法律出版社1999年1月版，第30页。 [13]参见：杨一平：《司法正义论》，法律出版社1999年1月版，第30页。 [14]引自王利民：《司法改革研究》，法律出版社2000年版，第150页。 [15]引自李拥军：《从美国的陪审制度看司法公正》，载何勤华主编《20世纪外国司法制度的变革》，法律出版社2003年10月版，第99页。 [16]参见：[法]托克维尔：《论美国的民主》（上），董果良译，商务印书馆1998年版，第358页。 [17]参见：龙宗智《理论反对实践》，法律出版社2003年9月版，第272页、第277页。 [18]参见：胡夏冰、冯仁强编著《司法公正与司法改革研究综述》，清华大学出版社2001年5月版，第27页。 [19]参见：胡夏冰、冯仁强编著《司法公正与司法改革研究综述》，清华大学出版社2001年5月版，第36页。 [20]参见：高尚：《美国陪审制述评》，载何勤华《20世纪外国司法制度的变革》，法律出版社2003年10月版，第75—76页。 [21]参见：李义冠：《美国刑事审判制度》，法律出版社1999年版，第64页；杨诚、单民主编《中外刑事公诉制度》，法律出版社2000年11月版，第89页。 [22]参见：肖富主编《现代日本法论》，法律出版社1998年5月版第470—471页；程味秋主编《外国刑事诉讼‘法概论’》，中国政法大学出版社1994年版第189页。 [23]参见：张建伟：《司法民主论》，载樊崇义主编《诉讼法学研究》（第一卷），中国检察出版社2002年1月版第61—62页。 [24]参见：王晓锋：《日本陪审法述要——日本移植西方法律改革审判制度的一次尝试》，载何勤华主编《20世纪外国司法制度变革》，法律出版社2003年10月版第106—120页。 [25]参见：张建伟：《刑事司法体制原理》，中国人民公安大学出版社2002年3月版第330—337页。 [26]1990年全国第四次人口普查结果显示，我国国民平均受教育年限不足5年，而日本早在1907年已普及了六年义务教育，我国落后于日本将近一个世纪。参见王勤、庞井君著《中国国民素质考察报告》，广西人民出版社1999年4月版第115页。 [27]引自龙宗智：《理论反对实践》，法律出版社2003年版第121页。 [28]引自龙宗智：《理论反对实践》，法律出版社2003年版第121页。 [29]张建伟：《司法民主论》，载樊崇义主编《诉讼法学研究》（第一卷），中国检察出版社2002年1月版第61—62页。

