

检察理论新探索

2

國

国家最高检察机关比较研究

GUOJIA ZUIGAO JIANCHA JIGUAN BIJIAO YANJIU

魏腊云 (著)

家



中国检察出版社

检察理论新探索

2

浙江财经学院学术专著出版资金资助

國

国家最高检察机关比较研究

GUOJIA ZUIGAO JIANCHA JIGUAN BIJIAO YANJIU

家

魏腊云 (著)

突出特点，内容翔实，注重实用性

注重理论与实践相结合，注重可操作性

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

国家最高检察机关比较研究/魏腊云著. —北京: 中国检察出版社, 2010. 6

ISBN 978 - 7 - 5102 - 0293 - 3

I. ①国… II. ①魏… III. ①检察机关 - 对比研究 - 世界

IV. ①D916. 3

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 101083 号

国家最高检察机关比较研究

魏腊云·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)

电子邮箱: zgjccbs@vip. sina. com

电 话: (010)68682164(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

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: 7.875 印张

字 数: 222 千字

版 次: 2010 年 6 月第一版 2010 年 6 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 0293 - 3

定 价: 20.00 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

序

有关检察机关及检察制度的研究，学界存在很多争议，处于多个法学学科的边缘地带，有关国家最高检察机关的研究成果相对而言比较少，更不用说系统的比较研究。魏腊云同志能够以《国家最高检察机关比较研究》为题，查阅大量资料，经过反复推敲、谨慎思考和探究，撰写成博士论文，并在论文答辩基础上，吸收答辩委员会各位专家学者提出的富有价值的建议，写就此书，其探索精神难能可贵。

该选题及论证均富创新性，通过对检察制度的历史考察开始，揭示了检察制度产生和发展的基本原理，通过对国家最高检察机关结构和功能的比较研究，运用马克思主义法学方法论解读了中国检察机关的宪法定位的理论基础和思想源流，论证了国家最高检察机关定位于法律监督机关的思想渊源和理论基础，并从法理上对法律监督权力进行了分析，建构了逻辑自洽的逻辑体系。该书综合运用比较法学的分析方法、规范分析方法和功能分析方法，对于检察制度的起源和制度变迁的考察，关于国家最高检察机关的法理、宪政基础和实践基础的论述，皆具有创新性。该书视野开阔，资料比较翔实，基本上涵盖了国内外有关检察机关的各类研究成果，对于国家最高检察机关的研究动态把握准确，论证方法合理。该书问题意识强烈，对于国家最高检察机关职责的功能分析，为中国宪政问题提供了一个新的思考方向，提出的《人民检察院监督法》立法建议，具有重大的实践意义。

本书为作者研究国家最高检察机关的初步习作，不免有缺失之处，如作者对于国家最高检察机关的功能比较的论证有待深化，对国家最高检察机关的法律监督功能的法理分析有待展开。

作为导师，祝愿她能更深入、更广泛地对国家最高检察机关比较研究的课题作进一步的研究；将国家最高检察机关的基础理论问题研究得日益透彻与完整，祝愿她在日后的学术生涯中会更加严谨和勤奋，为我国法学的繁荣和发展作出贡献。

李 龙

2010 年 3 月 1 日

目 录

序	/1
导 论	/1
一、国家最高检察机关比较研究的目的和意义	/1
二、研究方法	/3
三、问题的提出及研究的主要思路	/8
第一章 检察制度的历史考察	/13
第一节 检察制度源起的考察	/13
一、法国的国王代理官制度	/13
二、英国的王室律师制度	/16
三、我国的御史制度	/19
四、检察制度起源的评析	/21
第二节 检察制度的演进	/23
一、英美法系国家检察制度的演进	/23
二、大陆法系国家检察制度的演进	/29
三、我国检察制度的演进	/32
四、检察制度演进的模式	/37
第三节 检察制度产生和发展的基本原理	/40
一、诉讼模式的演进是检察制度产生和发展的制度基础	/40
二、权力监督制约理论的完善是检察制度产生和发展的理论基础	/45
三、人权保障是检察制度发展的价值取向	/48
第二章 国家最高检察机关结构比较	/52

第一节 国家检察机关系统组织结构及最高检察机关	
内部结构比较	/52
一、英美法系国家检察机关系统组织结构及最高检察机关	
内部结构	/52
二、大陆法系国家检察机关系统组织结构及最高检察机关	
内部结构	/61
三、我国检察机关系统组织结构及最高检察机关内部	
结构	/64
四、国家检察机关系统组织结构及最高检察机关内部	
结构的分类	/65
第二节 国家最高检察机关在国家权力结构中的地位	/70
一、英美法系国家最高检察机关在国家权力结构中的地位	/70
二、大陆法系国家最高检察机关在国家权力结构中的地位	/77
三、我国最高人民检察院在国家权力结构中的地位	/83
四、国家最高检察机关在国家权力结构中的地位比较分析	/86
第三章 国家最高检察机关的职能比较	/90
第一节 国家最高检察机关公诉职责的比较	/91
一、英美法系国家最高检察机关的公诉职责	/92
二、大陆法系国家最高检察机关的公诉职责	/96
三、我国最高人民检察院的公诉职责	/98
四、国家最高检察机关公诉职责的功能	/99
第二节 国家最高检察机关侦查职责的比较	/103
一、英美法系国家最高检察机关的侦查职责	/104
二、大陆法系国家最高检察机关的侦查职责	/107
三、我国最高人民检察院在指挥和监督侦查中的职责	/110
四、国家最高检察机关侦查职责的功能	/112
第三节 国家最高检察机关法律监督职责的比较	/115
一、英美法系国家最高检察机关的法律监督职责	/115
二、大陆法系国家最高检察机关的法律监督职责	/118
三、我国最高人民检察院在法律监督中的职责	/123

四、国家最高检察机关法律监督职责的功能	/126
第四章 国家最高检察机关宪法地位的理论基础	/130
第一节 国家检察机关性质辨析	/130
一、国外关于检察官性质、检察机关性质的纷争	/130
二、国内关于检察机关性质、检察权性质的几种主要观点	/133
第二节 我国最高检察机关定位的思想渊源和理论基础	/145
一、马克思主义法学理论基础	/145
二、检察官“客观义务”理论	/155
三、司法公正理论	/161
四、权力监督制约理论	/165
五、权利的公力救济理论	/172
第三节 国家最高检察机关的宪政基础及法律监督权力的法理	/175
一、我国最高人民检察院定位于法律监督机关的宪政基础	/175
二、法律监督权力的法理分析	/180
第五章 我国检察监督制度改革	/190
第一节 法律监督的含义	/190
一、法律监督的构成要素	/190
二、法律监督权的特点	/197
三、法律监督概念辨析	/201
第二节 我国（最高）检察机关性质的法律文本解读	/208
一、（最高）检察机关的国家性法律监督机关地位	/208
二、（最高）检察机关的专门性法律监督机关地位	/209
三、（最高）检察机关的程序性法律监督机关地位	/211
四、（最高）检察机关的独立性法律监督机关地位	/212
第三节 我国法律监督的权能特点	/214
一、我国法律监督制度的优点	/215
二、我国法律监督制度的缺点	/217
第四节 我国检察监督制度改革的初步设想	/223
一、《人民检察院监督法》立法建议的路径选择	/223

二、《人民检察院监督法》的特别规定之一	
——最高人民检察院法律监督的职责范围	/225
三、《人民检察院监督法》的特别规定之二	
——最高人民检察院法律监督的程序	/228
四、《人民检察院监督法》的特别规定之三	
——最高人民检察院法律监督的法律后果	/229
主要参考书目	/232
后 记	/238

导 论

一、国家最高检察机关比较研究的目的和意义

国家最高检察机关比较研究不同于对不同国家最高检察机关纯粹的描述、介绍，也不能等同于针对不同国家有关检察机关法律制度的单纯罗列对照，最高检察机关的比较研究必须设定比较的目的和功能，着眼于最高检察机关的宪法定位及其法理基础和最高检察机关法律监督权力的法理分析及妥当性问题的解决。

首先，国家最高检察机关比较研究的目的和意义在于正确认识大陆法系、英美法系和社会主义法系主要国家检察制度设置背景上的差异，认识最高检察机关在检察机关系统内部结构及外部结构的异同，认识最高检察机关职能设置上的差异。正如塞克尔所言：“不知别国法律者，对本国法律便也一无所知。”^① K. 茨威格特和 H. 克茨也明确指出：“比较法的第一个功能——正如一切科学方法一样——是认识。如果我们所理解的法学不仅是关于本国的法律、法律原则、‘规则’和‘准则’的解释学，而且还包括有关防止和解决社会冲突的模式的话，那么很清楚，比较法作为一种方法比那种面向一国国内的法学能够提供更多的、在它们分别发展中形成的丰富多彩的解决办法，不是那种局处本国法律体系的界限之内，即使是最富有想象

^① [德] 卡尔·拉伦茨著：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 120 页。

力的法学家在他们短促的一生能够想到的。”^①

其次，国家最高检察机关比较研究的目的在于探究各个不同宪政国家在面对检察机关在国家权力结构中如何定位及检察机关行使的国家权力究竟应归属何种性质的权力这一共同问题时，采用不同解决方式与途径的缘由。任何宪法现象，往往是“一国国民文化发展状态、文化自我表述手段的表现，其文化遗产的反映，乃至其希望的基础所在”，“作为开放社会各方宪法解释者完成之作的，活生生的宪法，无论就形式或实质内容而言，都是文化的表述与传述。如是，宪法学被理解为文化之学；法规规范文本自始就必须参照其文化脉络来理解。”^② 因此，对国家最高检察机关及其权力的性质定位差异应注重对各国的文化脉络的梳理。西方国家在三权分立理论的指导下，遵循三权分立的宪政原则，国家机关权力均被分别归属于立法权、司法权、行政权，因此，西方国家的检察机关必然只能定位于行政机关或司法机关。而大陆法系国家、英美法系国家最高检察机关的宪法定位与检察制度的源起及其发展历史有着密切联系。中国等社会主义国家实行的是人民代表大会制度的政体，国家最高权力由全国人民代表大会行使，在国家最高权力之下再分别设立下位机关及下位权力（行政权、司法权），下位机关要对上位机关负责并受上位机关的监督，但最高权力机关的监督只能是一般监督，行政权与司法权之间难以形成有效的相互监督制约，因此，必须设置专门的监督机关即检察机关，促进法律秩序的形成，从法文化的脉络来分析，中国检察制度起源于古代的御史制度，必然保留法律监督这一特色。

再次，国家最高检察机关比较研究的目的在于解决中国检察机关的宪法定位性质及其功能。就如秦前红教授指出，“真正的宪法比较研究，不能单纯停留在‘认识’或‘介绍’外国宪政体制的

① [德] K. 茨威格特、H. 克茨著：《比较法总论》，潘汉典等译，法律出版社 2003 年版，第 22 页。

② 陈爱娥：《继受法国国家的法比较》，载《月旦民商法杂志》，2004 年第 4 期，第 12 页。

阶段,也不能只从表面‘观察’与‘平行对照’不同宪法秩序之间的差异。而应通过这种比较,着眼于具体宪政问题的解决”。^①因此尽管各国最高检察机关受到客观条件与主观条件的制约,纵向结构和横向结构存在较大差异,职能设置上存在差异,但只要国家最高检察机关能够解决相同的事实问题,即适应相同的法律需要,就是可比较的。各个国家都适应了监督制约国家司法权和行政权、保障人权的需要,从而在客观上促进了监督制约国家行政权、司法权这一事实问题的解决。正确认识和发现这一共同事实问题是进行比较研究的前提。换句话说,国家最高检察机关比较研究的前提恰恰就是最高检察机关在不同宪政体制下面临的共同问题——如何发挥最高检察机关的法律监督功能,如何摆脱主观和客观条件的制约,解决我国最高检察机关的宪法定位的性质及其功能,是研究的关键所在。

最后,最高检察机关比较研究的目的和意义还在于为中国法律监督制度的改革提供理论的支撑。由于检察机关专门的法律监督机关缺乏强有力的理论支撑,同时缺乏相应的法律规则,检察机关在实施法律监督时,存在法律监督职能弱化等诸多问题。本书针对我国法律监督中存在的具体问题,力图提出相应的解决对策。制定《人民检察院监督法》,促进最高人民检察院更好地发挥法律监督的功能,是研究的重要意义所在。

二、研究方法

法学研究中,许多具体的看法和观点可能由于社会变革和法律制度的变迁或由于受到批判而消失。但研究问题的方法以及具有个性的思维方式却能保留下来,因此,从某种意义上说,方法的生命胜过观点。^②研究方法的创新本身就是论文创新的有机构成。因此,笔者重

^① 秦前红:《中国宪法领域的法比较——方法与趋势》,载《河南政法管理干部学院学报》,2007年第1期。

^② 张文显著:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1996年版,第5页。

视研究方法的选择,研究方法中既有描述性的也有批判性的。

(一) 比较法学的分析方法

首先,必须选择比较分析的问题。国家最高检察机关比较研究,正如在所有思想活动中一样,都是以提出问题或者规定一种工作假设即思想开始的。严格说来,“我们不是从观察开始而总是从问题开始;从实践的问题,或者从遇到问题的理论开始……”^①正是“问题”导致了研究的产生,也正是“问题”的深度与广度决定了学科的发展程度。学界对中国检察机关的性质定位存在争议,检察机关的法律监督职能遭到一些学者的质疑,那么将中国检察机关定位于法律监督机关是否妥当,检察机关只能属于司法机关或行政机关吗?检察机关对审判机关的法律监督是否真的缺乏理论支撑?正是出于对这些问题的思考,并在这种问题意识的驱使之下,笔者意欲探究中国最高检察机关的宪法定位为何不同于发达国家最高检察机关的宪法定位,中国最高检察机关与发达国家最高检察机关在职能设置上又有何差异,如何有效地促进中国检察机关法律监督功能的发挥。

其次,选择哪些国家的最高检察机关即选择进入比较视野的研究对象。比较对象的选择是进行比较研究的前提,选择的比较对象不同,得出的结论可能存在较大差异。在选择比较的对象时没有完全拘泥于法系但又兼顾法系,以存在相同的法学问题作为前提。“比较法的研究,从早期的法系与个别制度比较,已经转向到与法社会学结合的‘功能比较’。换句话说,就是从特定社会问题出发,找出相应问题、解决问题的法律制度,加以比较。从‘功能’的观点选择比较的对象并作为‘评价’的基准,以避免过去过度沉溺于规范形式及概念体系异同的缺失。”^②选定最高检察机关比较研究的普遍的适用的界限标准,本身是很难的事情,因为这个标准完全取决于具体研究

① [英] 卡尔·波普尔著:《走进进化的知识论》,李正本、范景中译,人民出版社2001年版,第104—105页。

② 苏永钦:《以宪法控制作为功能比较的概念》,载《宪政时代》,第16卷第4期,第104—105页。

的对象。因此，必须选择具有代表性的国家。关于如何选择具有代表性的比较对象时，德国比较法学家 K. 茨威格特、H. 克茨也给我们指出了明确的方向：“在时间过程上，首先是选择那些应当进入比较过程的各种法律秩序。对于一旦选定的各种法律秩序的研究，在原则上应当进行尽可能广泛而深入的探究。对于选择哪些法律秩序这个问题，一般应当采取明智的有限制的原则。这不只是由于考察一切法律秩序有困难，更重要的是由于经验表明：如果人们的努力不是限定在某些法律秩序的较狭窄的范围内，其收获同所付出的努力将不成比例。各种成熟的法律体系在其发展过程中，成为别的国家继受的对象或者广泛模仿的对象。这些进行模仿的法律体系（‘Tochterrechte’）——即所谓‘子法’仍保持作为其来源的法律秩序的样式，但是它们在解决问题上不及母法秩序（mutterordnung）具有作为‘重要’（bedeutende）法律秩序的特征即独创性与衡平考虑成熟性的结合。在此种情况下，比较法学者可以满足于详细研究母法秩序，同时可以将子法秩序搁在一边。”^① 如果比较研究的不是个别的制度（institution）或者如何解决问题，而是不同法系整个的样式，那么通常对那些大法系的推定能够代表母法秩序的国家进行研究就足够了。在选择比较对象时，基于明确限制的原则，选取的主要是英美法系的英国最高检察机关和美国最高检察机关、大陆法系的法国最高检察机关和德国最高检察机关、社会主义法系的中国最高检察机关。

最后，对通过最高检察机关的结构与功能比较得出的结论进行批判性的评价，这是比较研究的必要组成部分。“批判性评价的标准就是法律科学日常适用的标准，即考虑在若干个解决办法中何者最符合目的和正当并且附以理由说明的标准。”^② 各国的最高检察机关的内外部结构和职能设置上存在很大差异，尽管如此，却具有同样的功

① [德] K. 茨威格特、H. 克茨著：《比较法总论》，潘汉典等译，法律出版社 2003 年版，第 58 页。

② [德] K. 茨威格特、H. 克茨著：《比较法总论》，潘汉典等译，法律出版社 2003 年版，第 69 页。

能。换句话说,不同的解决办法具有同样的价值,很难作出理智的选择。在批判地分析最高检察机关结构与职能设置差异的基础上,提出法律监督功能是最高检察机关机构与职能设置的目的所在,必须完善法律监督制度,制定《人民检察院监督法》。

(二) 功能分析方法

一般而言,比较只适用于各比较项之间有比较可能性(可比性)的场合。这里所谓“比较可能性”,可以理解为各比较项之间结构的类似性和功能的等值性。以功能的等值性为基础的比较研究就是功能分析方法。对功能的重视开始于耶林,经过美国的威格摩尔和帕温德的推动,在德国由拉贝尔和 M. 莱因斯坦等学者导入比较法,最后由德国比较法学家茨威格特和克茨确立了功能主义的比较法。^① 茨威格特和克茨认为,“所有比较方法论的基本原则是‘功能性’。其他各种原则,诸如决定要进行比较的法律的选择,进行范围,比较法制度的创立等原则都来自上述基本原则。”^② “任何比较法研究作为出发点的问题必须从纯粹功能的角度提出,应探讨的问题在表述时必须不受本国法律制度体系上的各种概念所拘束。”^③ 国家机关的功能应该基于以下基本原则来进行分配:“就系争事务领域的特性而言,哪个国家机关根据其组织结构、权限行使方式以及决策程序,最有资格、最适合并且最可望作出正确的决定。”^④ 可以这么说,功能分析是一切比较研究的出发点和基础。事实上,如果只是比较单纯地比较最高检察机关的结构与职能,或者说,只是针对监督国家权力中存在的问题而比较所有解决办法,但不与最高检察机关的法律监督功能相关联,

① [日] 大木雅夫著:《比较法》,范愉译,法律出版社 1999 年版,第 86 页。

② Zweigert and Kotz, An Introduction to Comparative Law, 1977, p. 25.

③ [德] K. 茨威格特、H. 克茨著:《比较法总论》,潘汉典等译,法律出版社 2003 年版,第 47 页。

④ Fritz Ossenbühl, Diskussionsbeitrag in: Götz/Klein /Starck (Hrsg.), Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterliche Kontrolle, 1985, 198, 201.

则很少有实益甚至会导致得出错误的结论。尽管不同国家在宪政制度设计上,对检察机关的性质定位的差异比较大,检察机关的内部结构和外部结构呈现出不同的特点,履行的职能也不完全一致,属于不同的法律秩序。但是,由于国家检察机关都解决了监督制约司法权、行政权等国家权力的问题,即解决了同样的事实问题,满足了同样的法律需要——都具有监督的功能,因而具有比较的可能性。换句话说,最高检察机关虽然具有不同的结构与不同的职能,但只要具有类似的功能并且执行类似的任务,就有可能进行有意义的比较。功能分析是最高国家检察机关比较研究的基本原则。功能分析的解释与论述取向因此最关心以下的问题:若衡量各国关于最高检察机关性质及宪法地位的特性,中国最高检察机关根据其组织结构、正当性基础以及针对最高检察机关性质及宪法地位的特性,究竟是否最适合担任此角色。

(三) 规范分析方法

应当说,规范分析不是要确立对法律问题进行描述的经验性规则,而是要确立规范性的判断标准,为法学对于实践问题的结构提供相应的知识性说明,或者说,它使得立法者能够透过规范方案及规范领域而发现规范并研拟规范。规范分析方法是法学的立场。所谓法学的立场,如卡尔·拉伦茨所言:“即使在作‘法律政治式’的论述,法学仍有其应遵守的界限,因为法学必须取向于现行法秩序的基本原则,虽然这些基本原则本身具有发展可能性,同时会因历史的演变而受影响,在这层含义上,这些原则对于未来具有‘开放性’。假使法学不想转变成一种或者以自然法,或者以历史哲学,或者以社会哲学为根据的社会理论,而想维持其法学的角色,它就必须假定现行法秩序大体看来是合理的。”他紧接着强调说:“它(法学)所关心的不仅是明确性及法的安全性,同时也致意于:在具体的细节上,以逐步进行的工作来实现‘更多的正义’。谁如果认为可以忽略这部分的工作,事实上他就不该与法学打交道。”^①这样一种立场将使法学界定

^① [德] 卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第77页。

在“以处理规范性角度下的法规范为主要任务”，即“其主要想探讨规范的‘意义’。它关切的是实证法的规范效力、规范的意义内容，以及法院判决中包含的裁判准则”。这样理解之下的法学原则上乃是“由关于现行法之陈述所构成的体系”之“规范科学”。^①

规范分析区别于道德哲学的纯粹规范性批判与论证，规范分析必须取向于实践，必须建立规范与事实之间的联结。规范分析同样离不开对事实问题的研究。所谓事实研究是指：“对社会的、政治的和和其他事实上的条件进行系统考察，在此基础上；形成具体的法律规则，并且检验每个规范的社会、政治和其他的作用。”^② 规范分析对事实的认识，在于探究事实在法律上的规范意义，并对其法律效果作出判断。规范分析是以事实而非纯粹规范本身为原料，在事实与规范的两相观照之间获得。换句话说，事实因规范分类获得意义，规范因事实而得到说明和深化。法律的功能，在于用规范解决现实的纷争。本书基于法学的立场，假定现行法秩序大体是合理的，不仅关心法的明确性及安定性，同时关心在具体细节问题上如何以处理规范性角度下的法规范为主要任务，探讨法的规范效力及规范的意义内容，对国家最高检察机关的职能、职权加以分析归纳，随后还将对我国现行宪法有关国家最高检察机关的规定和《人民检察院组织法》有关法律规范进行分析评价，尝试为我国法律监督制度的法规范体系提出有关最高检察机关的特别规定。

三、问题的提出及研究的主要思路

（一）问题的提出

国家检察机关的正确定位关系到整个司法体制改革，并且决定着检察制度改革的方向。对检察机关及检察权的性质作出清晰的法定

^① 参见[德]卡尔·拉伦茨著：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第77页。

^② [德]阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯莫尔主编：《当代法哲学和法律理论导论》，郑永流译，法律出版社2002年版，第476页。