

马秀卿 著

公诉权的 法律社会学研究

A Study on the Power of Prosecution
in View of Sociology of Law



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

马秀卿 著

公诉权的 法律社会学研究

A Study on the Power of Prosecution
in View of Sociology of Law



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

公诉权的法律社会学研究 / 马秀卿著. —北京:
法律出版社, 2012. 8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3975 - 6

I. ①公… II. ①马… III. ①公诉—法律社会学—研
究 IV. ①D915.181

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 210155 号

©法律出版社·中国

责任编辑/刘琳

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京中科印刷有限公司

编辑统筹/法律教育出版分社
经销/新华书店
责任印制/张宇东

开本/A5
版本/2012年9月第1版

印张/9.25 字数/237千
印次/2012年9月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 3975 - 6

定价:26.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

《公诉权的法律社会学研究》一书,系马秀卿在其博士论文基础上几经修改、补充、提炼、升华而成。

博士毕业论文的选题,是研究和铸就一篇优秀博士学位论文的前提。基于此,马秀卿在入学第一学期就同我们一起多次酝酿、商讨和分析毕业时应当撰写博士学位论文的题目。达成一致的共识目标是:边学习、边积累材料,拓宽知识视野,增厚学术理论的含金量,夯实选题根基;总结和利用自己较丰富的实践经验,以便在撰写论文中发挥己之所长;寻求与相邻学科知识交融,力争扩展论文的学术理论频幅和厚实深度;再根据理论与实践之急需和自己的创作志趣,及理性的冲动,共同确定出了《公诉权的法律社会学研究》这个题目。

《公诉权的法律社会学研究》一书,首先研读和详析了国外某些权威社会学者和法社会学家的有关论述、思想和观点;阐述了公诉权与法律社会学结缘的价值;系统地研究和论述了公诉权的产

生、发展及与不同时期社会变革共生共荣的历程;最后,特别展望了我国公诉权存续的社会基础和如何完善公诉权的建言。概言之,该专著选题新颖独到,填补了高层次研究公诉权与法社会学交融的空白;拓展了公诉权学术理论研究的视野和思路;必将起到对公诉权研究的掘深和引领作用,并助力于检察工作的进一步繁荣。由此,我们同她一样,为该专著的问世感到由衷的高兴和自豪!

三年刻苦住读,历练全部精力,表明马秀卿是一个求真务实的人,对学习始终虔诚,不敷衍塞责,不贪图虚荣,这是令我们作导师最感欣慰的品质。入校学习第一年,是课程任务最为繁重的时期,她同时还在进行美国天普大学法学硕士项目(L. L. M)的学习,看到她千方百计地在两项学习任务之间调配精力和时间、殚精竭虑地挑战自己的极限;终以优异的成绩取得天普大学的法学硕士学位,还顺利地通过答辩获得中国政法大学法学博士学位,我们由衷地为她辛苦付出所取得的丰硕成果而感到高兴。毕业回到工作岗位已经三年,时常听她在电话中或者公出期间来家探望时谈到在工作中不断取得的成绩和进步,我们更是为她持续奋斗、拼搏而欣喜。

理论甘泉灌溉实践之树,实践沃土滋养理论之花。期待本书作者运用已掌握的理论知识在其深爱的公诉实践中起到很好的指导作用,也期待鲜活的检察实践能够促使她做更为深入、更高层次的理论思考。

是为序!

中国政法大学刑事司法学院教授
博士生导师

刘根莉

中国刑事诉讼法学研究会顾问
中国政法大学教授(兼)

周国均

二〇一二年三月

目 录

第一章 以法律社会学为视角研究公诉权的 意义 / 1

第一节 研究对象——公诉权 / 1

一、公诉权的性质 / 2

二、以公诉权为研究对象的意义 / 6

第二节 研究视角——法律社会学 / 11

一、孟德斯鸠:法的精神 / 13

二、萨维尼:体现为“民族精神”的法律 / 13

三、马克斯·韦伯:法律与社会发展的关系 / 14

四、庞德:作为社会工程的法律 / 14

五、卢维林与弗兰克:法律的不确定性 / 15

六、马克思主义创始人:法与社会的辩证关系 / 16

第三节 以法律社会学理论研究公诉权的 意义 / 18

一、明确公诉权服务的对象——社会 / 19

二、厘清公诉权产生、发展和发达的动因 ——社会需要 / 20

三、揭示公诉权与社会发展的辩证关系 / 23

四、为公诉权研究提供更为现实的思路 / 24

第二章 公诉权产生的社会机缘 / 26

第一节 刑事纠纷的复杂化 / 29

一、古罗马的“公犯之诉” / 30

二、古雅典的关于侵犯国家利益的诉讼 / 32

三、古代中国的“官纠举”刑事起诉制度 / 32

四、古日尔曼、古代英国的国家追诉犯罪 / 34

第二节 纠纷解决的经济性要求 / 35

一、私人追诉刑事犯罪的经济弊端 / 36

二、对刑事追诉进行经济学分析的现实性 / 39

三、以公诉权追究犯罪的经济优势之分析 / 40

第三节 纠纷解决的伦理正当性要求 / 42

一、伦理与法律制度的关系 / 42

二、私力救济与伦理正当性的冲突 / 44

三、公诉权追究犯罪的伦理正当性 / 47

第四节 国家统治的变化 / 49

一、国家统治理论的发展 / 50

二、国家统治力量的增强 / 55

三、国家统治技术的纯熟 / 57

第三章 社会变迁中的公诉权 / 59

第一节 国家与社会力量对比关系中的 公诉权 / 62

一、国家与社会的逻辑关系 / 62

二、国家与社会的力量对比关系 / 63

三、国家与社会力量对比关系的变化对
公诉权的影响 / 66

第二节 文化变迁中的公诉权 / 72

一、伦理道德变迁中的公诉权 / 74

二、宗教力量的变化与公诉权 / 78

三、科学技术的发展与公诉权 / 82

第三节 经济变迁中的公诉权 / 86

一、经济变迁在社会变迁中的基础作用 / 86

二、经济变迁对公诉权的影响 / 88

第四章 公诉权的社会价值 / 97

第一节 价值、法的价值、公诉权的价值 / 97

一、价值 / 97

二、法的价值 / 100

三、公诉权的社会价值 / 106

第二节 维护社会秩序的价值 / 108

一、追究具体犯罪,安抚直接受害者 / 108

二、震慑一般社会成员,恢复社会安全信心 / 111

三、彰显维护社会秩序决心,满足社会安全期待 / 113

第三节 节约社会资源价值 / 116

一、迅速终结追诉程序,减少社会资源消耗 / 117

二、公诉权科学整合追诉资源 / 120

三、平衡多种因素,合理分配司法资源 / 122

第四节 公诉权的理性价值 / 123

一、客观的追诉立场 / 126

二、理智的追诉手段 / 133

三、合理的追诉期限 / 137

第五节 实现社会正义价值 / 141

一、追诉犯罪,恢复实体正义 / 142

二、节制手段,实现程序正义 / 145

第五章 公诉权的功能 / 148

第一节 功能、法律功能、公诉权的功能 / 148

一、社会学中的功能 / 148

二、法律功能 / 149

三、公诉权的功能 / 150

第二节 利益保护功能 / 151

一、对被害人利益的保护 / 153

二、对被追诉人合法利益的保护 / 153

三、对国家利益、社会公益的保护 / 154

第三节 利益平衡功能 / 155

一、控制犯罪与保障被追诉人权利之间的平衡 / 158

二、公正追诉与节约社会资源之间的平衡 / 159

三、追诉的实体公正与程序公正之间的平衡 / 159

四、国家追诉权与被害人权利之间的平衡 / 160

第四节 权力制约功能 / 160

一、公诉权对审判权的制约 / 164

二、公诉权对侦查权的制约 / 166

第五节 实现国家刑罚权的程序启动、 推进功能 / 169

一、国家刑罚权实现的特点 / 169

二、权力行使的程序性要求 / 173

三、公诉权对刑事诉讼程序的启动和推进 / 174

第六章 中国公诉权的社会基础 / 176

第一节 传统的中国公诉制度 / 176

一、一般官吏的犯罪纠举 / 178

二、监察机关对官吏犯罪的纠举 / 179

第二节 传统中国公诉权的社会基础 / 182

- 一、有臣民,无公民:崇拜、仰视权力,权利意识淡薄 / 182
- 二、礼治力量强大 / 189
- 三、社会价值取向:推崇整体和谐稳定 / 195
- 四、思维特点:重具体个别,轻一般抽象 / 203

第七章 变革的中国社会与公诉权 / 208

第一节 近代中国社会变迁及公诉权的现代化 / 208

- 一、中国近代的社会变迁 / 209
- 二、近代中国公诉权的现代化道路 / 211

第二节 公民精神的彰显、权利意识的觉醒与公诉权 / 214

- 一、公民精神和权利意识在中国 / 214
- 二、公民精神的彰显和权利意识的觉醒对公诉权的影响 / 219

第三节 熟人社会向陌生人社会的转变与公诉权 / 229

- 一、社会流动的加强:熟人社会向陌生人社会的转变 / 229
- 二、要求与挑战:熟人社会向陌生人社会转变中的公诉权 / 237

第四节 社会分层的现实、机会平等的要求与公诉权 / 240

- 一、分层的社会现实 / 240
- 二、机会平等的要求 / 243
- 三、社会分层、机会平等对公诉权的要求 / 245

第五节 发展的和谐观念与公诉权 / 256

- 一、和谐观念的继承和发展 / 256

二、和谐观念的变化、发展对公诉权的新要求 / 261

余 论 / 270

参考文献 / 274

后 记 / 285

第一章 以法律社会学为视角 研究公诉权的意义

第一节 研究对象——公诉权

一直以来,在对公诉权的研究中,对其概念的认识是比较一致的。“公诉权即代表国家提请法院追究被告人刑事责任的权力。”^{〔1〕}“公诉权是国家主动对犯罪进行追诉的刑罚请求权。”“公诉权是国家追诉犯罪的一项重要权力。”^{〔2〕}“公诉权是一种对犯罪的追诉权,亦即实体判决请求权。”^{〔3〕}由此可见,公诉权,是由国家的代表针对刑事案件向审判机关提起控诉、要求惩罚的权力。

从这一概念可以看出,公诉权的内容只包括该

〔1〕 徐静村主编:《刑事诉讼法学》(上),法律出版社1997年版,第220页。

〔2〕 赵永红:“公诉权制约研究”,载《中央政法管理干部学院学报》1999年第4期。

〔3〕 王新环著:《公诉权原论》,中国人民公安大学出版社2006年版,第1页。

项权力的所有者对审判机关提出诉讼请求的权力,并不包括对犯罪进行侦查的行为。无论侦查权和公诉权是由同一主体行使,还是由不同主体行使;也无论公诉权的主体对侦查行为是否有指挥、领导的权力,这两项权力都是彼此独立的。但需要说明的是,本书在下面的论述中,会在某些背景下将侦查权作为公诉权的一部分。这样做的主要原因有二:其一,侦查权与公诉权指向的一致性,即二者同为犯罪追诉权。公诉权以侦查权为基础,侦查权为公诉权的行使服务、做充分准备。因此,在审前阶段,将二者截然分开是困难的。其二,公诉权从萌芽到发展至成熟、完善是一个渐进的、漫长的历史过程。在这个进程中,公诉权与其他权力经历了从诸权合一到彼此独立的状态。在一定的历史阶段,侦查权、公诉权、审判权由同一主体行使,随着观念的发展和制度的科学化、精密化,公诉权才先后与审判权、侦查权分离。正因如此,在相当长的历史阶段中,将公诉权与侦查权完全分开考察是不可能的。因此,在不造成侦查权和公诉权性质混淆的前提下,在特定的社会和历史背景中,为表述方便,本书将具有侦查性质的权力与公诉权一并提及、论述。

一、公诉权的性质

公诉权的性质分为两个层次。

(一)权力是公诉权的根本属性

权力(power)在英文中的本意是力量,但“权”在其中使其明显不再是那个描述产生于自然界当中的一种能量的词汇。权力,是社会学和政治学上的一个重要概念,它表现为一种可以支配其他社会成员的力量或势力。“权力的形式没有穷尽”,^[4]难以用量来衡量,其实权力更多是表现为一种关系,即统治与被统治的关系,权力的大小可以统治关系的强弱为表现形式。作为社会学巨擘同时也是西方法律社会学的

[4] [德] 马克斯·韦伯著:《论经济与社会中的法律》,中国大百科全书出版社 1998 年版,第 329 页。

代表人物之一的马克斯·韦伯曾对权力和统治做过如下阐述:权力是行动者贯彻自己意志的力量,“它意味着在一种社会关系里哪怕是遇到反对也能贯彻自己意志的任何机会,不管这种机会是建立在什么基础之上。”〔5〕“在一般意义上的权力中的统治,是指将一个人的意志设置于他人行为的可能性。”〔6〕

以对“权力”的上述认识为基础,公诉权应当被理解作为一种占统治地位的社会成员仅依自己的意志即可对犯罪进行追诉的权力,它的行使不仅不依赖于其他社会成员的意愿,甚至可以违背他们的意愿。最为明显的例子就是:对于有具体被害人的犯罪行为,公诉权的行使者可以拒绝提起公诉,无论被害者个人想要追究、惩罚加害人的愿望多么强烈。因为案件的起诉权力掌握在特定的社会成员手中,普通社会成员无权行使。正如我国台湾地区学者林钰雄在阐述国家追诉原则时提到的:“国家有‘权力’及‘义务’追诉犯罪,亦即,对犯罪行为进行的追诉程序(侦查、起诉、审判、执行),仅国家始能为之(权力),并且由国家依职权为之(义务),既不待私人之请求,亦不受私人之拘束。被害人虽然可以告诉犯罪,其他人也可以告发犯罪,但是,告诉与告发并不是国家发动追诉的必要条件。”〔7〕

(二) 公诉权的第二层性质

权力性质是公诉权的根本属性,这是分析公诉权时所发现的第一层性质。在明确了公诉权的权力属性之后,在此之下,公诉权这一具体权力又具有第二层次的性质。

1. 刑事追诉权

公诉权首先是一种刑事追诉权。台湾地区学者林钰雄认为:“追诉(Strafverfolgung),有广义与狭义之分,狭义专指检警机关发动侦查至

〔5〕 [德]马克斯·韦伯著:《经济与社会》,商务印书馆1997年版,第81页。

〔6〕 [德]马克斯·韦伯著:《论经济与社会中的法律》,中国大百科全书出版社1998年版,第326页。

〔7〕 林钰雄著:《刑事诉讼法》,元照出版有限公司2004年版,第44页。

提起公诉之间的活动,广义则兼指及至判决为止,包含法院在内所有的国家行为。”^{〔8〕}笔者认为,广义解释将法院的行为也包括在内,使法院的审判行为也成为国家追诉行为,模糊了法院作为审判机关在刑事诉讼中所应具有的中立裁决者的形象,容易造成对控审分离原则的背离。因此,对国家追诉活动应当采用其狭义解释,即侦查、起诉活动。公诉权正是刑事诉讼中采取控审分离原则的产物。与审判机关的审判权消极、中立不同,公诉权是由代表国家的机关或个人,主动对犯罪行为提起控诉、要求予以惩办的权力,处于鲜明的追诉立场。因此,公诉权是一种刑事追诉权。

2. 国家刑罚权

公诉权是国家刑罚权的一种。刑罚理论认为,国家刑罚权包括制刑权、求刑权、量刑权和行刑权。公诉权是求刑权,其最重要的权力行使方式之一就是请求权的行使。诉讼中的请求权包括程序上的请求权和实体上的请求权。程序请求权指向审判机关提出控告、请求受理控告、启动审判程序的权力;实体请求权指向审判机关提出涉及具体的权利、义务请求的权力。公诉请求权的内容,既包括向审判机关提出控告、请求开始审判程序,又包括请求审判机关依指控认定犯罪、对被控诉人处以刑罚,既有程序请求权也有实体请求权,但程序上的请求是为实现实体请求服务的。因此,公诉请求权的最终目的是刑罚能在具体案件中得以实现,属国家刑罚权能够得以实现的不可或缺的环节之一。

3. 程序性与实体性的双重性质

公诉权兼具程序性权力和实体性权力的特性。在诉讼中,程序性权力是与实体性权力相对应的概念。前者指诉讼中导致程序的启动、继续及终止的权力,而后者指对诉讼中任何一方所提出的具体的有关权利、义务的请求进行裁决的权力。有观点认为,公诉权的行使可以直

〔8〕 林钰雄著:《刑事诉讼法》,元照出版有限公司2004年版,第44页。

接导致刑事诉讼程序的开启,并可推动程序的进行,也可在程序开始后决定终止;但是对于控辩双方在诉讼中所提出的有关是否定罪、如何量刑的实体上的请求,公诉权却无权做出最后决定。因此,公诉权只是一种程序上的权力,而不具有实体上的效力。但笔者认为,一个不可否认的事实是:作为公诉权重要内容之一的不起诉权,其行使会直接导致实体上的后果,而这种情况以公诉权行使者不认为构成犯罪而不起诉时最为典型。此时,公诉权实际上已经对行为是否构成犯罪做出了刑事实体法上的判断,同时也终止了诉讼程序。在这种情况下,将权力行使者所行使的否定具体行为构成犯罪、拒绝提起公诉的权力还仅仅归为程序性权力,是不全面的,也是不实事求是的。因此,笔者认为,公诉权兼具程序性权力和实体性权力的特性,但以程序性权力为主。

4. 公益代表权

公诉权是公益代表权。公益即公共利益,分为社会利益和国家利益两个层次。公诉权是追诉犯罪的权力。犯罪行为,从本质上说,都是国家认为具有社会危害性并且其严重性足以威胁国家的统治秩序的行为,因此,国家在刑法中明确规定何为犯罪,并以明确的刑罚种类和幅度昭示国家惩罚犯罪行为的方式。在刑事诉讼中,除自诉案件外,无论犯罪行为是否有具体的被害人,都由代表国家的机关或个人行使控诉权。在这里,行使公诉权的机关或者个人,并不是代表受犯罪行为直接侵害的个人要求惩罚犯罪,而是作为社会利益乃至国家利益的代表进行诉讼的,其目的是维护稳定的社会秩序和国家的统治秩序。尽管此时被害者个人的利益也包含其中,但公诉的根本目的是超越任何具体个人利益之上的。同样,如果行使公诉权的机关或个人经过各种利益平衡,认为不应当对犯罪进行追诉,也是出于公共利益的考虑而牺牲掉被害者个人的利益。因此,公诉权是一种公益代表权,只有国家的特定机关或者个人才有权作为公共利益的代表,酌情裁量案件所涉及的各种利益,以决定是否追诉犯罪。

二、以公诉权为研究对象的意义

公诉制度在古罗马帝国时期实行弹劾式刑事诉讼模式时即有萌芽,^[9]但公诉权成为一种由特定国家机关和个人行使的公权力,则是产生于欧洲中世纪实行纠问式刑事诉讼模式时期。只不过在那时,代表国家追诉犯罪的权力是由同时肩负审判权的法官来行使的。随着检察官和检察制度的产生,代表国家发动追诉犯罪活动的权力逐渐由专门的检察机关行使。经过检察制度和公诉权本身的发展完善,在现代的刑事司法实践中,公诉权通常都由检察机关或检察官个人行使。

从对刑事诉讼发展的历史考察中可以看出,公诉权并不是与刑事诉讼同时产生的。

刑事诉讼本身是伴随着两种法律意识的发展而产生的:

一是对严重危害社会的犯罪与一般的侵权行为的区别。当人们对犯罪危害的认识还停留在是对被侵害者个人的利益损害上,很自然对刑事诉讼和民事诉讼不会有明显的区分。但是,“所有的文明制度都一致同意在对国家和社会的侵犯和对个人的侵犯之间应有明确的区别,以及所造成的两类不同伤害之间的区别”。^[10]随着犯罪行为以侵害个人为形式,直接或间接地表现出对社会秩序以至国家统治的危害时,对犯罪的追究活动就需要与发生于私人之间的民事诉讼相区别了。因为人们逐渐意识到“犯罪是一种涉及重要问题的行为。国家直接制定一个特别法律对犯罪者进行处理,而不是把该行为交予民事法院或宗教法院加以审判。”^[11]

二是对犯罪惩罚从感性的同态复仇向理性的国家惩罚的转变。随着统治者对犯罪危害认识水平的提高,当犯罪不再被认为是对个人的侵犯而是对公共利益的蔑视时,私人之间的同态复仇可能导致的冤冤

[9] 参见汪海燕著:《刑事诉讼模式的演进》,中国人民公安大学出版社2004年版,第28~35页。

[10] [英]亨利·萨姆奈·梅因著:《古代法》,九州出版社2007年版,第461页。

[11] [英]亨利·萨姆奈·梅因著:《古代法》,九州出版社2007年版,第465页。