

程序法论评

总主编 万毅

检察官肖像

JIANCHA GUAN XIAOXIANG

万毅 ◎ 著



上海三联书店

程序法论评



总主编 万毅

检察官肖像

JIANCHA GUAN XIAOXIANG

万毅 © 著



上海三联书店

图书在版编目(CIP)数据

检察官肖像/万毅著. —上海:上海三联书店, 2017. 1
ISBN 978-7-5426-5738-1

I. ①检… II. ①万… III. ①检察官—工作—中国—文集
IV. ①D926.3-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 257711 号

检察官肖像

著 者 / 万 毅

责任编辑 / 冯 静 郑秀艳

装帧设计 / 汪要军

监 制 / 李 敏

责任校对 / 张大伟

出版发行 / 上海三联书店

(201199)中国上海市都市路 4855 号 2 座 10 楼

网 址 / www.sjpc1932.com

邮购电话 / 021-22895557

印 刷 / 上海展强印刷有限公司

版 次 / 2017 年 1 月第 1 版

印 次 / 2017 年 1 月第 1 次印刷

开 本 / 889×1194 1/32

字 数 / 180 千字

印 张 / 10

书 号 / ISBN 978-7-5426-5738-1/D·343

定 价 / 38.00 元

敬启读者,如发现本书有印装质量问题,请与印刷厂联系 021-66510725

四川大学“985工程”经费资助出版

检察官角色的悲剧审美

(代自序)

司法,如人生,更似一幕剧。机智勇敢的警察、沉默狡黠的被告人、能言善辩的律师、刚正不阿的检察官以及大智若愚的法官……,一个个鲜活的形象粉墨登场,他们以罗生门般扑朔迷离的案情为舞台背景,在庭审中你攻我防、唇枪舌战,把司法这一幕剧演绎得高潮迭起、精彩纷呈。在这一幕幕精彩的剧情中,检察官无疑极具主角光环,他们以国家公诉人的身份莅临庭审,铁齿铜牙、慷慨陈词、运筹帷幄、挥斥方遒,俨然法庭之王。然而,庭上的激扬文字、意气风发只是检察官多维角色的部分写照,又有谁能够想到,在闪亮的聚镁灯后,检察官这一角色所蕴涵的历史沉重感及审美上的悲剧宿命。

检察官,历来被称作“启蒙之子”、“革命之子”,是欧洲启蒙思想和法国大革命的产物。这一制度设计自其诞生的那一刻起,就肩负着启蒙先贤“废止封建纠问式诉讼、防范警察国家重现”的法治国之梦。在欧洲启蒙先贤殚精竭虑的精心设计下,检察官这一角色一跃成为掌控侦查并严把审判“入口”的程序枢纽,是履行“国家权力之双重控制”功能的法律守护人,肩负着监督法官、控制警察的重任。由于检察官誓死效忠宪法、捍卫法治,因而被誉为“法治国的守护人”“法治国最忠实的仆人”,而在前苏联和我国,他还拥有一个更加响亮的称号——“国家法律监

督机关”。

但是,检察官如何才能有效地守护法治,这个问题却困扰启蒙先贤及法治国家许久。为了让检察官能够控制警察、防止警察国家的梦魇重现,法治国赋予了检察官刑事侦查权,让检察官成为侦查权的主体,并将警察设定为检察官的辅助机构,通过检警一体化、检主警辅的制度设计,使得检察官能够有效地节制警察;为了让检察官能够制衡法官、防止纠问式诉讼借尸还魂,法治国赋予了检察官公诉权,让检察官成为审判入口的把关者,并有权对法官的违法审判提起二审或再审救济,以监督法官依法裁判、秉公断案;为了让检察官能够防控刑罚执行环节可能出现的违法行为,法治国还赋予了检察官刑罚执行指挥权,让监狱等刑罚执行机关直接听命于检察官的指挥与节制,以此确保国家刑罚权得以正确实施。可以说,经过精密而周到的制度设计,检察官已经成为刑事诉讼程序的实际控制者,亦正因为此,才会产生“刑事诉讼程序是检察官的程序”这样耳熟能详的法谚。然而,仅凭上述职权配置,是否即足以确保检察官对法治国的守护?因为对法治国理想的背叛和破坏,并不限于刑事司法环节警察的违法侦查和法官的违法审判。其它违法行为诸如行政机关的违法执法行为以及法院的违法民事执行行为是否亦应当纳入检察监督的对象和范围,此类问题考验着检察制度设计者和改革者的眼界和智慧。检察官的角色定位亦面临着重大挑战。

从法理上讲,作为法律守护人的检察官,对于所有背叛和破坏法治国的违法行为都有权也有责任监督和纠举。然而,这是一个可能的任务吗?一方面,违法行为几乎无处不在,而另一方面检察官的人力资源又捉襟见肘,要检察官以有限的人力去监督几乎无所不在的违法行为,这根本就是一个“不可能完成的任务”。然而,检察官作为法律守护人,其职责不就是“路见不平一

声吼”吗？如果面对违法行为却无动于衷，或仅仅因为人力不足就裹足不前，那检察官制度又有何存在的价值？面对这一尖锐的问题，创设检察官制度的法、德等欧陆法治国家犹豫了、困惑了、退缩了，他们停止了探索、改革检察制度的步伐，其检察官角色亦就此定格在刑事司法机关这一身份上，成为了“一个尚未完成的机关”。“我猜中了开头，却猜不到这结局”，欧陆国家的检察官角色从一开始预设的法律守护人，到最后定格的刑事司法机关，这种《大话西游》式的戏剧性结局使检察官的角色产生了极大的反差，给人以“盛名之下、其实难副”之感。确实，仅凭刑事司法机关的身份，却要实现守护法治国的重大使命，这无异于纸上谈兵，也使得检察官作为法治国之子空有一腔报国情怀，结果却是“有心杀贼、无力回天”，充满悲壮意味，只剩下“欲渡黄河冰塞川，将登太行雪满山”式的扼腕叹息。

于是，另一种改革、尝试应运而生。受前苏联检察制度的影响，我国检察机关的角色一直偏重于法律监督机关的定位。其实，我们所谓的法律监督，与法、德等欧陆法治国家对检察官作为法律守护人的角色定位并无二致，但与法、德等欧陆法治国家不同的是，我国宪法和诉讼法限缩了检察机关的诉讼职能，同时扩大了检察机关的法律监督职能，这主要表现在我国检察机关并非侦查程序的掌控者，亦不行使对刑罚执行机关的指挥权，而是通过行使侦查监督权、审判监督权和刑罚执行监督权来履行对刑事诉讼程序的法律监督职能。除此之外，我国法律还赋予了检察机关对民事和行政诉讼的法律监督职能，实务中更是将检察机关法律监督的对象和范围延伸到法院的民事执行行为和行政机关的执法行为。对于我国检察机关的上述职能调整，理论界和实务界持有不同看法。但笔者对此一直持同情式理解的态度，盖因笔者深知，强化和扩张检察机关的法律监督职能，正

是检察官角色内在使命的呼唤与要求,因为,作为“法治国的守护人”和“法治国最忠实的仆人”,检察官以维护法制的统一和正确实施为己任,故“但凡违法行为之所在,则为检察权之所及”,受自身使命和责任感的驱使,检察机关必定会倾尽全力扩大法律监督的对象和范围,力图不留法律监督的盲点。

但是,不得不指出,检察机关职能的上述调整,也引发了新的问题:一方面,过度限缩检察机关的诉讼职能,可能会削弱检察官“国家权力之双重控制”功能,并危及检察官的法律守护人地位。例如,我国检察官不再作为侦查程序的掌控者而仅仅作作为侦查程序的外在监督者,侦查监督权的刚性不足,恐无力实现对警察违法侦查的控制,一如当前我国司法实务中所遭遇的侦查监督不力现象。另一方面,扩张检察机关的法律监督职能、延伸检察机关法律监督的对象和范围,可能进一步加剧检察机关内部的人力紧张程度,导致检察机关的诸多法律监督职能事实上根本无力行使,造成权力虚置。

这种状况使检察官处在一个进退维谷的尴尬位置:创设检察官制度的目的,在于守护法治国,然而,“理想很丰满、现实很骨感”,作为法律守护人,检察官却宿命般地发现无论自己如何努力,其对法治国的守护似乎始终只是一个遥不可及的梦想,而这正是检察官角色的悲剧所在。但是,从审美的角度看,检察官角色的这种悲剧宿命,又何尝不是另外一种“美”:虽然明知是一个不可能的任务,但检察官仍执着地试图以一己之力挑战所有违法行为,为此甚至不惜以身护法、以身殉法。孔子曰:“不知不可为而为之,愚人也;知其不可为而不为,贤人也;知其不可为而为之,圣人也。”可以说,明知不可为而为之,“宁为玉碎、不为瓦全”,这正是检察官作为法治国的仆人对主人(法治国)尽忠的方式,也可谓检察官身为法律守护人的精神风骨之写照,更使检察

官这一角色折射出一种孤傲、清高的内在美。

明知不可为而为之，表明了检察官所肩负之使命、责任的重大与艰辛；明知不可为而为之，彰显了检察官百折不回、克服万难的坚韧之心；明知不可为而为之，更是凝练了检察官誓死效忠宪法、捍卫法治的决然勇气与殉道精神。检察官这一角色诞生至今命运多舛、饱含艰辛，他曾在诞生之初即被人蔑称为“来历不明的特洛伊木马”；他亦曾因为兼具行政与司法双重属性，而被人戏谑为“半人半马兽”；他并不完美，以致于时至今日仍被人惜叹为“一个尚未完成的机关”。但即便如此，人们却从未否认检察官作为法治之子对法治国的赤子之心，以及他明知不可为而为之、纵然身死亦绝不妥协的家国情怀。

“但使龙城飞将在，不教胡马度阴山”，今日之检察官仍据守着法治国守护人的身份，冲锋在保障人权、打击犯罪、监督违法的最前线，用一种义无反顾的精神和情怀，演绎着一曲悲壮的孤勇之歌！

万 毅

于四川大学法学院

二〇一六年冬

目 录
检察官肖像

录 CONTENTS

检察官角色的悲剧审美(代自序) / 001

——上篇
检察官角色

“模范检察官”与检察官职业伦理 / 001

刑诉法修改对检察制度若干理念的重塑 / 006

重新厘定公诉人角色定位 / 011

检务公开注意三个限度 / 020

德国检察官“与法官一样独立” / 024

法国检察官的身份之谜 / 030

对日本检察官“半独立”地位不要误读 / 036

特搜部：日本检察体系的反腐利器 / 043

监察指导部：日本检察官的检察官 / 048

日本检察官：员额可增减，薪酬高于公务员 / 055

韩国也有斯塔尔：特别检察官制度 / 061

日韩检察机关内设机构设置注重专业化 /	068
检察事务官：台湾检察系统的“王朝、马汉” /	076
身先士卒的“急先锋”：台湾地区的主任检察官 /	083
台湾地区检察官：谁定案谁负责 /	090
台湾地区检察官任职终身待遇优渥 /	097
台湾地区检察机关的法律文书签发制度 /	102
台湾地区检察机关内设机构各司其职 /	108
台湾检察官：从司法官考试及格者中任用 /	114
特侦组：台湾检察体系中的反腐“杀手锏” /	120
三个特征凸显检察制度发展的东亚模式 /	126
台湾地区检察官员额配置与“入额”标准 /	134

下篇

检察实务

完善刑诉法修正案草案的三点意见 /	141
“刑讯逼供等”非法手段之“等”的理解 /	144
撤回起诉效力三问 /	150

天价过路费案再审撤诉的法理研判 /	156
“隐蔽性证据”规则及其风险防范 /	160
“大物证”概念的建构及其司法意义 /	163
“排除合理怀疑”并未降低证明标准 /	168
非法证据争议 学者法理破题 /	172
转变观念优化程序 完善“两法衔接”机制 /	180
职务犯罪侦查若干“新问题”释疑 /	185
信息化侦查尤需注重人权保障 /	190
防止司法干预,司法人员要“守土有责” /	194
律师独立辩护原则:并非绝对 /	198
解读“并案管辖”四个关键词 /	201
相关规定中窃电时间推定的合法性质疑 /	206
增设犯罪所得推定制度的构想 /	210
实现量刑规范化需要完善自首制度 /	214
以审判为中心的诉讼制度改革:三重困境及其破解 /	219
对院庭长审判监督权的若干思考 /	226

附录
检察理论

检察改革“三忌” / 233

检察改革“三题” / 254

主任检察官制度改革质评 / 266

检察官客观义务的解释与适用 / 283