



中国检察权转型 问题研究

王玄玮 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本书受到云南省哲学社会科学学术著作出版专项经费资助



中国检察权转型 问题研究

王玄玮 著



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国检察权转型问题研究 / 王玄玮著. —北京:
法律出版社, 2013. 9

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5324 - 0

I. ①中… II. ①王… III. ①检察机关—权力—研究—中国 IV. ①D926.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 206756 号

中国检察权转型问题研究

王玄玮 著

责任编辑 黄琳佳
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2013 年 10 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 固安华明印刷厂

印张 18.5 字数 243 千

印次 2013 年 10 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 5324 - 0

定价:36.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

王振民*

五年前,在清华法学院博士研究生入学复试考场上,我问玄玮:你在检察院工作,为什么想来读宪法?他回答:检察制度是一个宪法学问题。经过五年勤奋钻研和系统思考,他在自己所熟悉和擅长的检察制度领域,拿出了一篇优秀的宪法学博士论文。现在,他将博士论文修改完善后出版。作为他的导师,我为他在学术和事业上取得进步感到由衷高兴。

《中国检察权转型问题研究》一书选题新颖,在宪政视野下对检察权在我国宪法中的性质、地位、职能和内涵进行研究,集中探讨了“中国检察权应当从诉讼型向宪政型转变”这一命题,属检察理论研究重大前沿课题,具有显著的学术探讨和理论研究价值。本书综合运用了历史研究、比较研究、实证研究、规范分析等研究方法,从古今流变、中外对照、理论推演、实际运行等各个层面展开研究,具有一定的理论深度。本书观点鲜明,思路清晰,资料翔实,行文流畅,对我国检察权的“转

* 清华大学法学院院长、教授、博士生导师,教育部法学类专业教学指导委员会副主任委员,中国案例法学研究会会长,中国宪法学研究会副会长,最高人民法院专家咨询委员会委员。

型”和检察制度未来的发展完善提出了独到的看法和建议,对我国检察实践有较大的借鉴意义和参考价值。作者具有很好的创新意识,例如对诉讼型检察权和宪政型检察权的区分、对检察权的政治生态的描述、检察权对行政权和立法权的监督等内容,观点都令人耳目一新。当然,本书也存在相对薄弱之处,如对我国检察权“转型”必要性的论述还略显不足,对检察权与立法权之间关系的研究还有待进一步深化。但作为带有一定开创性的研究,问题的提出可能比问题的回答更加值得赞许。

本书所探讨的“检察权的转型”,其主要关切是检察权应当强化法律监督的制度功能,更加凸显对公权力进行制约的宪政价值。这样的制度价值取向,我是十分赞同的。宪法学是权力配置之学、权力监督之学,所关注的是国家体制的设计是否科学合理,公共权力是否受到应有的监督约束。自从1997年党的“十五大”确立依法治国基本方略,1999年将“依法治国,建设社会主义法治国家”写入宪法,法治就不再仅仅是服务经济建设的手段和工具,而是成为一种战略目标,成为国家发展的重要方向和价值取向。从那时起,法治建设的重点就不再仅仅是民众和社会,而是转变为政府和领导干部。在依法治国方略下,国家治理的关键在于用法律来界定权力的界限,规范权力的运行,把权力放到法律和制度的笼子里。本书作者提出宪政型检察权的概念,认为检察机关可以将监督视角更多地转向行政权和(地方)立法权,这就突破了我国法政实践中检察工作的传统模式,超越了学术界对检察职能的思维定势,为我国法治国家和法治政府的建设增加了一种可能的路径,提供了一个新思路。因此,本书为中国特色社会主义检察理论的丰富和检察制度的发展完善作出了贡献,说大一些对中国的法治建设乃至宪政发展都不无裨益。

如果将国家比做一个人,那么经济好比人的血肉,宪政和法治则是人的骨骼和神经网络。经济不繁荣,国家固然不丰满、不美丽;但若没有宪政和法治,国家就没有骨骼支撑,没有理想价值,就会政经失序、社会失范、腐败猖獗。综观全球,真正持续强大的国家一定是法治立国的国家。只有法治立国,国家才能够长治久安、持续繁荣。要实现中华民族的伟大复兴和永续发展,必须坚定地朝着法治和宪政的方向走去。在追求法治的道路上,检察机关作为国家的法律监督机关,应该能够发挥越来越重要

的作用。

在为本书作序之际,听说玄玮被最高人民检察院授予“全国检察业务专家”称号,可喜可贺!希望他今后能不断发扬“爱国奉献、追求卓越”的清华优良传统,秉持“自强不息、厚德载物”的校训,在中国法治建设的伟大事业中验证一名清华法律人的担当和价值!

是为序。

2013年9月15日

自序：检察人的“中国梦”

梦想孕育希望，是走向成功的第一步。一个伟大的梦想，有时可以推动整个社会的进步。

1963年8月28日，25万名美国人在首都华盛顿的林肯纪念堂前集会，民权运动领袖马丁·路德·金发表了“我有一个梦想”的著名演讲。他的梦想是，昔日奴隶的子女和奴隶主的子女能够坐在一起共叙兄弟情谊，黑人的孩子能够和白人的孩子情同骨肉、携手并进。他说：“我梦想有一天，深谷弥合，高山夷平，坎坷化为坦途，崎岖变作通衢，圣光披露，满照人间”。在此后的社会进程中，他的梦想逐渐成真，有色人种在美国的人权和社会地位逐渐改善。2008年，美国出现了历史上第一位具有黑人血统的总统。而马丁·路德·金也因为 he 追求公平、正义的伟大梦想，成为了人类良知的光辉代表。

今天，我们在谈论一个词汇：中国梦。什么是中国梦？我的理解，中国梦就是中华民族的伟大复兴。用清华前辈梁启超1902年在《新中国未来记》中的话来形容，就是“无端忽作太平梦，放眼昆仑绝顶来”。中国梦要成真，意味着很多内容，比如国家要富强，经济要繁

荣,科技要发达,生活要富裕……而我所关注的目标是:法治要实现。在法治的治理模式下,规则是治理的主体,人则成为受规则约束的对象。只有人以及人所行使的公共权力受到既定规则的有效约束,权力才不会像脱缰的野马那样恣意妄为,社会才能实现公正和有序,人民的幸福才能获得最大的保障。

在追求法治的过程中,检察机关作为国家的法律监督机关,应当在监督制约其他公权力的行使上发挥出应有的作用。但目前,检察机关的法律监督主要仅体现为“诉讼监督”,检察权发挥作用的空間主要局限于诉讼领域。这就触及到本书的主题——检察权的“转型”。我认为,中国检察权应当实现从“诉讼型”向“宪政型”的转变。今后,检察权的监督视角应当更多地转向行政权和(地方)立法权,走出诉讼领域的“小天地”,走向法律监督的“大舞台”。所以,我——一个检察人——怀有的“中国梦”就是:检察机关走向全面的法律监督机关,成为法治中国“大厦”的坚强柱石,时刻守护着公民权利和社会公正。

在写作本书的过程中,我再三提醒自己:假设可以大胆,但求证务必小心。如果没有起码的合理性和可能性,哪怕再美好的梦想,也只是无法实现的南柯一梦,甚至是沦为笑柄的痴人说梦。我能够想象,本书提出的核心命题,会有人赞同和叫好,但也会有不少质疑和批评。检察权监督行政权和(地方)立法权,在法理上是否有依据?是否符合既有宪法秩序?与人民代表大会制度是否抵牾?是不是在为检察机关“扩权”?检察机关有没有能力去监督?检察机关监督其他公权力,自己谁来监督?在本书中,我将尽力回答这些问题。其中,有些问题的提出具有开创性,对这些问题的探讨在学术界属于首次。

梦想的实现过程不会一帆风顺,本书的写作也是如此。从博士论文开题时始,到本书修改定稿毕,历经了漫长的三年半时光。由于本书的核心命题比较新颖,研究的内容具有一定挑战性,使得本书的写作过程筚路蓝缕,令人煎熬,个中滋味自不待言。现在,书写完了,但梦想能否成真?不过,就像高鸿均教授对我说的那样:“只要符合法理,你就大胆研究。有没有法律依据,眼下可行不可行,都可以不用管。好文章可以是写给后人看的”。于是,我也就释然了。

什么是法理？我不由得想到了镌刻在古罗马十二铜表上的这句话：“人民的幸福是最高法律”。

我相信这句话。所以，我不惮于编织这样的梦想。

王玄玮

2013年9月5日

目 录

引论 / 001

第一章 中国检察权的历史流变 / 010

一、中国检察制度的古代渊源 / 010

(一)御史制度的发展演变 / 010

(二)御史制度的权力运行特征 / 014

(三)御史制度与中国检察制度的关系 / 015

二、现代检察权在中国的诞生和发展 / 016

(一)清末司法改革中的检察权 / 016

(二)民国时期检察权的发展演变 / 019

(三)新民主主义政权中的检察权 / 023

三、新中国检察权的发展演变 / 026

(一)新中国成立初期的检察权 / 026

(二)检察制度的波折和中断 / 028

(三)恢复重建之后的检察权 / 030

第二章 中国检察权的构成状况 / 034

一、现行检察职权立法状况考察 / 034

(一)宪法性法律规定的职权 / 034

(二) 诉讼法律规定的职权 / 036

(三) 其他法律、行政法规中规定的职权 / 039

二、检察机关职权的分类 / 041

(一) 按职权范围划分 / 041

(二) 按职权内容划分 / 042

(三) 按职权构造划分 / 043

(四) 按职权功能划分 / 044

三、检察机关当前主要业务梳理 / 046

(一) 诉讼业务 / 046

(二) 监督业务 / 052

第三章 中国检察权的性质界定 / 059

一、中国检察权与域外检察权比较 / 059

(一) 与大陆法系国家(地区)检察权比较 / 059

(二) 与普通法系国家(地区)检察权比较 / 063

(三) 与原社会主义法系国家检察权比较 / 067

二、中国检察权性质的争议状况评析 / 074

(一) 行政权说 / 075

(二) 司法权说 / 076

(三) 双重属性说 / 079

(四) 法律监督权说 / 080

三、中国检察权的性质是法律监督权 / 081

(一) 符合宪法法律明确定位 / 082

(二) 符合权力分工制约原理 / 083

(三) 符合检察机关职能状况 / 084

(四) 符合中华法系历史传承 / 085

四、检察权“一元论”与“二元论”之争评析 / 086

(一) 职权本位“一元”:以“法律监督”为统领 / 088

(二) 职权行使“二元”:诉讼职权与诉讼监督职权适当分离 / 089

第四章 中国检察权的政治生态 / 093

一、检察权对公民权利的可能损害最小 / 093

(一) 检察权行使的社会影响范围最小 / 094

(二) 检察权基本上是程序性的权力 / 094

(三) 检察权的锋芒所指主要是公权力 / 095

二、检察权是国家权力体系中最弱小的一极 / 096

(一) 检察权在历史上的命运最为坎坷 / 097

(二) 检察权在理论上受到的质疑最多 / 098

(三) 检察权在实践中受到的制约最多 / 099

(四) 检察权掌握的常态社会资源最少 / 103

三、对检察权的两个质问的回应 / 104

(一) 检察官：“法官之上的法官”？ / 105

(二) “谁来监督监督者”？ / 107

第五章 中国检察权的转型设想 / 111

一、我国检察权运行状况分析 / 112

(一) 诉讼职权运用占据业务绝对主流 / 114

(二) 监督职权以进行诉讼监督为主 / 115

(三) 诉讼监督仍在不断强化之中 / 116

二、诉讼型检察权运行模式之检讨 / 120

(一) 导致法律监督职能残缺不全 / 121

(二) 导致检察机关宪政地位动摇 / 122

(三) 导致检法“两院”冲突加剧 / 123

三、诉讼型检察权的成因分析 / 125

(一) 法律监督实践基础薄弱 / 125

(二) 检察理论研究积淀不足 / 126

(三) 法律监督立法尚不健全 / 127

(四) 西方检察体制观念冲击 / 128

四、转型：从诉讼型检察权到宪政型检察权 / 129

第六章 中国检察权的转型原理 / 132

一、检察权对立法权的监督 / 133

(一) 西方立法监督理论回顾 / 133

(二) 对地方立法合宪性、合法性监督的参与 / 138

(三) 对法律合宪性监督的参与 / 143

(四) 对“立法腐败”的预防和制约 / 150

二、检察权对行政权的监督 / 152

(一) 对抽象行政行为的监督 / 153

(二) 对具体行政行为的监督 / 157

三、检察权对审判权的监督 / 162

(一) 对审判活动的监督 / 162

(二) 对执行活动的监督 / 164

(三) 对司法解释的监督 / 165

四、检察权对宪法实施的维护 / 167

(一) 维护宪法实施的历史回顾 / 167

(二) 维护宪法实施的必要性 / 169

(三) 维护宪法实施的可行性 / 170

五、宪政型检察权:国家权力“平衡器” / 172

第七章 中国检察权的转型路径 / 175

一、重构一般监督权 / 175

(一) 不再使用“一般监督”这一术语 / 179

(二) 取消“一般监督权”中不合理的内容 / 180

(三) 对原“一般监督权”进行改造 / 181

二、完善检察建议权 / 182

(一) 完善检察建议的立法 / 182

(二) 明确检察建议的效力 / 184

(三) 加强检察建议的运用 / 185

三、创设行政公诉权 / 186

(一) 增加行政公诉的制度设置 / 187

(二)明确行政公诉的诉讼范围 / 189

(三)设定行政公诉的基本程序 / 190

第八章 中国检察权的转型立法 / 192

一、《人民检察院组织法》修改完善的现实基础 / 193

(一)《人民检察院组织法》修改完善的必要性 / 193

(二)《人民检察院组织法》修改完善的时机 / 196

二、《人民检察院组织法》结构体系的修改完善 / 198

(一)检察院组织法结构体系的简要比较 / 199

(二)我国《人民检察院组织法》结构体系的

调整 / 201

三、《人民检察院组织法》修改完善的重点 / 204

(一)调整检察机关工作任务 / 204

(二)明确检察机关职权范围 / 205

(三)完善检察机关监督手段 / 205

《中华人民共和国人民检察院组织法》

修改建议稿 / 208

附录一：俄罗斯联邦检察院组织法 / 217

附录二：越南社会主义共和国人民

检察院组织法 / 256

主要参考文献 / 267

后记 / 277

引 论

一、选题的背景和意义

在我国《宪法》规定的“两级五权”中,检察权是理论基础较为薄弱、争议较大的一个国家权力分支。根据《宪法》,人民代表大会是国家权力机关,也是立法机关;人民政府是行政机关,是国家权力机关的执行机关,行使行政权;人民法院是审判机关,行使审判权。国家权力的这些分支,在理论和实践上比较清晰;对这些权力的性质和范围,基本上没有根本性的分歧。^[1]然而,《宪法》规定人民检察院是法律监督机关,依法独立行使检察权,这一规定在理论上还存在需要进一步明晰的地方。例如,法律监督机关应该是什么样的机关?“检察权”应当包括哪些权力?检察权的“法律监督性”如何体现?等等。这些问题目前并没有得到清晰地回答。

另外,检察权也是我国国家权力体系中最“稚嫩”的一个分支。新中国成立后,检察制度曾经“三落三起”,发展历程充满艰辛曲折。直到今天,检察制度还处于“生长中”,还在为面对“我是谁”这样的问题而困惑,还在为探求“我要往何处去”而迷茫。

[1] 当然可能存在某些具体争议,例如关于法院是否应当行使执行权的争议,但这一争议不影响法院行使审判权的基本判断。

由于理论的滞后,检察机关目前行使的一些职权在实践中遇到了诸多质疑和挑战。例如,有人认为检察机关不应当行使审判监督权,理由是会影响法院的独立审判;有人提出检察机关不应当行使批捕权,理由是国外多由治安法官批准审前羁押;等等。这些问题表面上看似是诉讼法或司法制度的问题,其实背后反映的是对检察机关宪法定位的认识。如果像西方国家那样,将检察机关定位为公诉机关,那么上述这些质疑和批评就很符合情理了。实际上,确实有一些学者建议,将检察机关改造成单纯的公诉机关,我国检察机关不应当再履行法律监督职能。还有学者建议,中国的检察院体制应当予以废除。^[1] 如果这样的建议成为现实,那么我国《宪法》规定的“一府两院”体制将不复存在。^[2] 显然,检察权问题不仅仅是一个诉讼法问题或司法制度问题,更是一个宪法学问题。

面对这些争议和讨论,笔者不禁进行思考:在我国《宪法》规定的“两级五权”的国家权力分工框架下,究竟检察机关应当扮演什么样的角色?检察机关的“法律监督”职能究竟应该怎样体现?这些问题的回答,不仅关系到司法体制改革的走向,更是关系到我国民主政治体制的完善和宪政理论的发展。通过观察和思考,笔者认为中国检察机关应当成为法律监督机关,但它目前还不是一个真正的法律监督机关;目前检察机关开展的工作、行使的职能,还远远不能担起“法律监督机关”这副重担,还远远不能胜任“两级五权”的宪法分权框架之一极。可以说,目前的检察机关是一个名实不符的机关——名为法律监督机关,实际上充其量只能称为“诉讼监督机关”,目前的检察权是不完整的、不到位的“法律监督权”。本书以检察权为切入点,对检察机关的宪法定位和宪政职能进行研究,目的是希望能够为检察制度的发展与完善方向提出建议,进而探索中国宪法语境下的国家权力分工和制约模式,力求对中国的宪政发展道路有所裨益。

[1] 参见夏邦:“中国检察院体制应予取消”,载《法学》1999年第7期。

[2] 2007年年末,在关于《国务院大机构改革方案(草案)》的讨论中,有一种方案引人注目:将最高人民法院行使的侦查监督、审判监督和公诉三项职能,转入司法部来行使,组建大司法部;将最高人民检察院行使的反贪污贿赂、反渎职侵权职能,转入拟新设立的隶属于国务院的国家特别调查署行使。参见魏宏:《权力论》,上海三联书店2011年版,第190页。

为了达到这一研究目的,本书选取了一对自创的概念来描述中国检察权的实然和应然状态:“诉讼型”检察权和“宪政型”检察权。这对概念是本书的理论分析工具,也是全书的一对“关键词”。本书拟论证的命题是:中国检察权应当从实然的“诉讼型”向应然的“宪政型”转变。

本书的探讨围绕中国检察权的历史、现状和未来而展开,将检察权问题置于中国宪政体制的大背景下进行观察与讨论。在笔者撰写本书的思维中,检察权是管窥中国宪政体系的一个观察点。中国检察权——法律监督制度——中国式权力分工制约模式——中国的宪政发展,笔者希望经由这样的思考连接,通过对中国检察制度发展完善的探讨,对中国的宪政发展道路呈现一种可能的图景。

二、选题的研究现状

关于中国检察权的研究是一个比较艰难的领域,这种艰难来自于研究背景的特殊复杂性,主要表现在三个方面:(1)中国检察权与域外检察权的不可对接性。一国检察制度的内涵,首先取决于该国的宪政结构。由于宪法秩序的不同,中国检察制度既不同于大陆法系国家,也不同于英美法系国家。虽然我国检察制度传统上受前苏联检察制度影响较大,但也不完全与之相同,而是有着自身的特点,与现在的俄罗斯检察制度也有不少区别。中国检察权与域外检察权应当说完全是在不同的语境下展开,其中的观念碰撞与思维冲突比比皆是。在西方法学理论被当做研究中国法治问题的强势证明方式、西方法律制度被当做检视中国法治实践的“判准”的当下,^{〔1〕}中国检察权问题的研究存在背景差异方面的显著复杂性。

(2)检察权的初始定位与检察权的实际“生长”之间的距离感。自从新中国检察制度诞生,这种距离感就一直未曾间断过。新中国成立之初的检察权定位于“一般监督权加司法监督权”,但一般监督仅试行短短两三年后就转为“备而待用”,此后又逐渐销声匿迹。检察机关恢复重建后虽然纸面上是“法律监督机关”,但实际授权时定位于“刑事办案机关”,

〔1〕 参见顾培东:“也论中国法学向何处去”,载《中国法学》2009年第1期。