



专家论检察丛书



Lun Jian Cha

论检察

宋英辉 / 著

中国检察出版社



专家论检察丛书

Lun Jian Cha

论 检 察

宋英辉 / 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

论检察/宋英辉著. —北京: 中国检察出版社, 2014. 3

(专家论检察丛书)

ISBN 978 - 7 - 5102 - 1149 - 2

I. ①论… II. ①宋… III. ①检察机关 - 工作 - 中国 - 文集

IV. ①D926. 3 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 032114 号

论 检 察

宋英辉/著

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区香山南路 111 号 (100144)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电 话: (010)68658769(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 北京嘉实印刷有限公司

装 订: 北京鑫艺佳装订有限公司

开 本: 720 mm × 960 mm 16 开

印 张: 37 印张

字 数: 425 千字

版 次: 2014 年 4 月第一版 2014 年 4 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 1149 - 2

定 价: 82.00 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

◇作者简介

◇宋英辉，1957年5月出生，河北赵县人

◇现任北京师范大学刑事法律科学研究院副院长兼刑事訴訟法研究所所长、刑事訴訟制度改革研究中心主任，兼任中国刑事訴訟法学研究会副会长，国际刑法学协会中国分会副主席，最高人民检察院专家咨询委员会委员，最高人民检察院案例指导工作委员会专家委员，最高人民法院案例指导工作专家委员会委员

◇1982年毕业于河北省师范学院。法学博士（中国政法大学诉讼法学）

◇教授、博士生导师（北京师范大学）

◇主要著作：《刑事訴訟目的论》、《刑事审判前程序研究》、《刑事訴訟原理》、《证据法学研究述评》、《刑事訴訟法学研究述评（1978—2008）》、《外国刑事訴訟法》、《刑事和解实证研究》、《法律实证研究本土化探索》、《未成年人刑事司法改革研究》等；在《法学研究》、《中国法学》、《中外法学》、《政法论坛》等期刊和报纸上发表文章近200篇

出版说明

到 2013 年，人民检察制度已经恢复重建 35 年了。从伴随着 1949 年中华人民共和国的诞生建立检察机关，到“十年浩劫”检察机关被撤销，再到中国共产党十一届三中全会之后检察机关恢复重建并被定位为国家法律监督机关、“护法机构”，我国的检察机关经历了诸多的峥嵘岁月、艰难困苦。它的历史是现代中国法治历程的缩影。

中国的人民检察制度与众不同，尤其是在苏联解体、东欧剧变之后，制度特色日益凸显。人民检察制度，是具有中国特色的：在政治特色方面，它坚持党的领导；在体制特色方面，它作为“一府两院”的组成部分，受人民代表大会及其常委会的监督并对其负责、向其报告工作；在职能特色方面，它与西方的“行政机关”、“公诉机关”不同，以“守护法律”、实施法律监督为其职能核心，是国家重要的司法机关之一；在制度内容方面，与时俱进，一直处在探索、改革和完善的过程中，它将随着中国特色社会主义制度的改革、完善而不断完善。

三十多年来，法学界包括宪法学者、法理学学者，特别是刑事訴訟法学学者，对检察制度进行了长期的研究和探讨；检察机关从王桂五先生开始，几代有志于理论研究和思考的同志也为中国特色检察制度的完善付出不懈的努力和辛劳。为了回

顾和总结中国特色检察制度的研究情况和成果，也为关心、关注检察事业和检察理论发展的人们提供一套比较完整的参考书，我们用一年多的时间，完成了“专家论检察”丛书的编辑、出版工作。

呈现在读者面前的，是十几位长年研究检察理论的专家多年的成果荟萃，其从各不同的角度、专业或实践，比较系统地阐述了专家们关于检察，检察与法治，检察与国家政治、经济、公民权利的关系等方面的观点和见解，以及检察改革的方向、原则和路径。十几位专家的著作几乎涉及到了检察的各个方面。这对读者了解检察是十分有益的。当然，这其中，也有对同一问题的不同观点，有的甚至是完全相反的理解和主张。但我们认为，这正是学术的生命之所在。况且，正如前面所说，中国检察一直处于探索的过程中，它将随着社会进步、法治发展、中国特色社会主义制度的不断完善而完善。这样，不同观点的交流、不同见解的交融，是检察制度在不断走向科学的过程中必须经历的。

编者在此需要说明的是，十几位专家的观点，并不代表编者的立场，各位专家文责自负。为了尊重和保留不同时期作者的所思所想，书中保留了写作时原文的观点、翻译习惯、术语词汇、表达方式和援引的法律条文。

由于编者水平所限，在编辑出版方面的疏漏在所难免，欢迎广大读者批评指正，也请各位作者多多包涵。

中国检察出版社

二〇一三年三月

目 录

出版说明	(1)
第一部分 检察职能与刑事诉讼构造	(1)
一、建构我国刑事诉讼合理构造的理念与原则	(1)
二、刑事审判前程序的理念与原则	(17)
三、刑事审前程序中的裁判权及其主体	(38)
四、论刑事程序中的控审分离	(51)
五、程序与实体，缺一不可称不上诉讼公正	(61)
六、检察机关刑事诉讼职权之比较	(65)
七、英美法系与大陆法系国家检察机关之比较	(92)
八、刑事诉讼中的警检关系模式 ——兼谈我国刑事诉讼法之完善	(109)
第二部分 检察权与人权保障	(124)
一、试论刑事诉讼中的检察监督与人权保障	(124)
二、宽严相济：贯穿于刑事诉讼全过程	(133)
三、刑事程序中被害人权利保障问题研究	(142)
四、特别程序彰显对未成年人特殊保护	(159)
第三部分 职务犯罪侦查	(167)
一、刑诉法修改与职务犯罪侦查面临的课题	(167)

二、职务犯罪侦查若干问题	(182)
三、职务犯罪侦查中强制措施的立法完善	(195)
四、商业贿赂犯罪侦查中存在的问题与对策	(225)
五、我国刑事强制措施的立法完善	(233)
六、对取保候审功能传统界定的反思	(249)
七、我国取保候审适用现状与改革对策研究	(267)
第四部分 公诉制度	(278)
一、免于起诉制度新探	(278)
二、不起诉裁量权研究	(285)
三、酌定不起诉适用中面临的问题与对策	(315)
四、国外裁量不起诉制度评介	(328)
五、附条件不起诉若干问题	(332)
六、辩诉交易制度之评介与思考	(352)
第五部分 刑事和解	(372)
一、刑事和解的几个问题	(372)
二、我国刑事和解的正当性解构	(376)
三、我国刑事和解实证分析	(390)
四、检察机关适用刑事和解调研报告	(417)
五、公诉案件刑事和解实证研究	(441)
第六部分 证据制度	(481)
一、我国刑事证据立法模式之选择	(481)
二、论非法证据运用中的价值冲突与选择	(493)
三、我国非法证据排除规则及其适用	(503)
四、检察机关贯彻“两个证据规定”的几个问题	(514)
五、构建我国污点证人制度的思考	(522)

第七部分 检察改革	(526)
一、检察改革评价与展望	(526)
二、我国检察机关重建30周年成就回顾	(531)
三、检察机关派驻农村检察室的性质及职能	(542)
四、浙江永康行政执法检察备案机制评析	(544)
五、浅析“检察工作一体化”的正当性	(551)
作者主要著作及论文索引 (1987—2013)	(561)
作者后记	(574)

第一部分

检察职能与刑事诉讼构造

一、建构我国刑事诉讼合理构造的理念与原则^{*}

为实现刑事诉讼目的，国家不仅要通过刑事诉讼法的有关规定，宣示刑事诉讼追求的价值目标，而且还要确立实现刑事诉讼目的的活动原则、程序，各专门机关及诉讼参与人的地位、相互关系，以及体现诉讼主体间基本关系的格局。这种刑事程序法律规范所确立的构成刑事诉讼的各基本要素之间的诉讼地位和相互关系，就是刑事诉讼的构造。^{〔1〕} 刑事诉讼构造决定刑事程序的功能；刑事诉讼法的任务能否实现，取决于刑事诉讼构造功能的发挥。因此，修改和完善我国刑事诉讼法，关

^{*} 本部分内容刊载于《政法论坛》2004年第3期。

〔1〕 刑事诉讼构造有“横向构造”和“纵向构造”之分。前者是指控诉、辩护和裁判三方在各主要诉讼阶段中的法律关系的格局，也就是说，在刑事诉讼的任何一个点上，都存在控诉、辩护和裁判三方的关系，且构成相应的格局。主要包括侦查构造和审判构造。后者是指控诉、辩护和裁判三方在刑事诉讼程序中顺序关系上的相互关系的特点。主要包括侦查与起诉的关系及起诉与审判的关系。横向构造着眼于三方诉讼主体在各个程序横断面上的静态关系；纵向构造更加强调三方在整个诉讼程序流程中的动态关系。不论“横向构造”还是“纵向构造”，均建立在一定的诉讼理念与原则的基础之上，受相应理念与原则的调整。参见宋英辉：《刑事诉讼原理导读》，法律出版社2003年版，第170～171页。

键是建构刑事诉讼的合理构造。而建立合理的诉讼构造，必须以符合诉讼规律的理念与原则为指导。其中，控诉与审判分离、裁判权中立、控诉与辩护平等对抗三项理念与原则，对建构我国刑事诉讼的合理构造至关重要。本文不揣冒昧，拟就此问题作一探讨。

（一）控审分离的理念与原则

1. 控审分离原则的要求及理念基础。合理的诉讼构造，应当实行控诉与审判分离（不告不理）原则。控审分离是调整控诉职能与审判职能关系的一项基础性原则。控审分离原则的基本要求是：控诉与审判职能分离，控诉与审判职能分别由不同主体承担；未经起诉机关或个人起诉的事项，审判机关不得审判，审判机关审判的范围受起诉的制约。从未经起诉机关或个人起诉的事项审判机关不得审判，审判机关审判的范围受起诉制约这个意义上讲，该原则又体现为不告不理。^{〔1〕}

作为与纠问式刑事诉讼有重大区别的现代刑事诉讼，贯彻控审分离原则是其标志之一。在法国，2000年6月15日法律在刑事诉讼法典的正式条文之前增加了一个序言性条款，庄严规定了指导法国刑事诉讼程序的原则，其中即包括尊重追诉机构和审判机构分立原则。^{〔2〕}由于预审制度的存在，控审分离原则体现为审判与追诉及预审分开原则。审判职能，即决定被告人（违警罪、轻罪或重罪）有罪还是无罪，并且由此决定或者对其判处刑罚，或者对其宣告无罪的职能，完全有别于预审职能（收集并判断证据）与追诉职能。审判职能排他性地唯一属

〔1〕 不告不理原则的核心含义是：没有起诉就没有审判；审判阶段的诉讼客体应当由起诉来界定，超越起诉来设定诉讼客体即属违法。

〔2〕 赵海峰：《法国刑事诉讼法典的重大改革评价》（上），载《欧洲法通讯》，法律出版社2001年版。

于刑事审判法庭，即违警罪法庭、轻罪法庭与重罪法庭。因此，发动追诉或者参加追诉的共和国检察官不得在轻罪法庭、上诉法院轻罪上诉庭以及重罪法庭作为法官审判由其提起追诉的案件（被告人）。对预审法官来说，也不得参加经其预审的案件的审判。在法国的审前程序中，控审分离原则还体现为追诉职能与预审职能的分离。为了保证司法官在查找与判断证据时的独立地位与公正性，1808年的《重罪审理法典》以及一个多世纪之后的《刑事诉讼法典》都规定预审与追诉分开，将进行公诉的权力授予共和国检察官，而将进行预审的责任交给预审法官。这些地位不同的司法官的主要区别在于他们的职能不同。“没有追诉权的法官不得自行受理刑事案件，在尚未提起追诉之前，也不能进行预审。没有追诉权的法官为了开始进行侦查，必须等到共和国检察官提出立案侦查意见书（提起公诉意见书），或者等待受害人告诉并在刑事法院成为民事当事人，才能受理案件。”^{〔1〕} 在德国，控审分离原则又称为审检分立之弹劾原则。德国刑事诉讼法第151条规定，法院开始调查，以提起公诉为条件。因此，即使在法院审理案件过程中当庭发生犯罪，法院亦不得主动审理案件。而且，法院对该审理案件的范围，不得将之扩及他人或扩及同一行为人之其他法律上独立的犯罪行为。^{〔2〕} 俄罗斯联邦刑事诉讼法第15条规定，指控、辩护和刑事案件判决等职能相互分开，不得由同一机关或同一公职人员进行。在英美法系国家，控诉职能与审判职能同样也是分离的，起诉由检察官负责，审判由法院负责。

〔1〕〔法〕卡斯东·斯特法尼等：《法国刑事诉讼法精义》（上），罗结珍译，中国政法大学出版社1998年版，第59~60页。

〔2〕〔德〕Claus Roxin：《德国刑事诉讼法》，吴丽琪译，台湾三民书局1998年版，第112页。

控审分离原则也为联合国有关文件及其他国际性文件所确认。譬如,联合国《关于检察官作用的准则》规定了检察官在刑事诉讼中的职责是提起公诉、监督调查的合法性和监督法院判决的执行,同时,该准则第10条规定:“检察官的职责应与司法职能严格分开。”

控审分离原则在刑事程序中具有重要价值。从保持诉讼构造平衡的角度看,只有控诉与审判分离,才能保持司法的独立性,才有可能真正实现辩护与控诉的平衡对抗。“法律之所以规定审判、追诉与预审职能分开,目的是要保证决定被告人有罪无罪的法官享有独立地位,保证做到公正司法(不偏袒)”;^[1]从认识论角度看,控诉与审判分离使得通过审判这一再认识过程对侦查、起诉阶段形成的认识进行检验成为可能,有利于纠正实体形成过程中的错误,形成正确的心证;从心理学的角度看,控诉与审判分离可以避免因一个主体兼控诉、审判两种职能所导致的固执性及被追诉主体心理的不平衡。正如马克思所言:“在刑事诉讼中,法官、原告和辩护人都集中在一个人身上。这种集中是和心理学的全部规律相矛盾的。”^[2]

基于目的与手段之间辩证关系的原理,可以说,控审分离的实质,应当是使程序符合诉讼规律和认识规律,追求有利于实现刑事诉讼目的的控、审之间的权力分工与制约,而非单纯为分离而分离,否则,分离的价值就不复存在。因此,在控、审制约机制较为完备的前提下,为实现刑事诉讼目的的需要,追诉机关在追诉过程中享有“有罪否定”的审定权并据以作出终结程序的程序性决定,以及法院在遵守起诉对象和事实范围

[1] [法]卡斯东·斯特法尼等:《法国刑事诉讼法精义》(上),罗结珍译,中国政法大学出版社1998年版,第59页。

[2] 《马克思恩格斯全集》(第1卷),人民出版社1956年版,第30页。

同一及保障辩护权充分行使的前提下作出与起诉请求不一致的裁判,并不违背控审分离原则的实质要求。^{〔1〕}问题的关键是,在此情形下控审分离追求的相互制约,仍可以为刑事诉讼目的的实现提供有效的保障机制,即因追诉权或审判权的行使而出现错误认定或侵犯人权时,有予以纠正、补救的机制。

2. 控审分离与我国刑事诉讼法的完善。我国刑事诉讼法总体上体现了控审分离的理念与原则,即公诉案件的起诉权由人民检察院行使,自诉由受害人及其亲属提起,人民法院专司审判。但是,从完善刑事诉讼法的角度看,我国在贯彻控审分离的理念与原则方面还有某些差距。例如,起诉和审查公诉的方式并不能排除法官预断;司法实践中,仍存在超越控诉范围进行审判的现象;部分程序性裁判权由追诉机关行使;上诉审程序和审判监督程序中,仍有与控审分离相背离之处;等等。为此,贯彻控审分离的理念与原则,尚需要进行法律修改和观念上的更新。

(1) 我国起诉和审查公诉的方式并不能排除法官预断。在我国,检察机关起诉时不移送全案卷宗,但也未采纳起诉状一本主义,而是连同起诉书一起移送证据目录、证人名单和主要证据复印件或者照片。^{〔2〕}这种“有限卷宗移送”的控审构造,

〔1〕 正因为如此,各国法律都赋予检察机关不起诉处分权、法院在量刑请求外的刑罚适用权,甚至赋予法官一定条件下的罪名变更权。

〔2〕 我国1979年刑事诉讼法规定,检察机关在审查起诉时,经过审查,认为案件犯罪事实清楚,证据确实充分时,则将全部案卷材料移到人民法院。人民法院通过全面审阅案卷材料,决定是否将被告人交付法庭审判。但是,由于法官在审判前能接触到全部案卷材料,因而法官对案件容易形成先入为主的想法,这样,案件最终的裁判结果往往不是建立在法庭审判阶段调查的证据之上,而是建立在侦查和起诉阶段制作的书面卷宗之上,这严重违反了直接、言词原则的基本要求。同时,庭审法官受到先入之见的不良影响,对辩护意见容易置之不理,最终使庭审虚置。可见,当时我国的控审构造采用全案卷宗移送制度。1996年修改刑事诉讼法时,将起诉方式修改为“有限卷宗移送”方式。宋英辉、陈永生:《刑事案件庭前审查及准备程序研究》,载《政法论坛》2002年第2期。

既不能有效防止法官预断，也难以发挥其整理和明确讼争要点的功能、证据排除功能和特殊证据的提前通知和检验功能，律师阅卷权的行使也受到极大限制。鉴于此，应当按照控审分离的要求，对我国起诉方式和庭审前准备程序进行改革。

改革我国起诉方式和庭审前准备程序，有两种方案可以选择。一种是实行卷宗移送并将公诉审查法官与审判法官分离的做法。按照这种方案，我国刑事普通程序的起诉方式和庭审前准备程序，似应包括起诉书、卷宗移送及法官对有关材料的审查和由控、辩、裁共同进行准备两个部分。在检察机关提起公诉以后，法院即应指定主持本案庭审前准备活动的法官，并向被告人等送达起诉书副本。为了防止出现先定后审、先判后审，影响法庭活动的实效化和审判公正，审前准备活动必须由负责法庭审判的法官以外的法官主持。在这一阶段，如果被告人没有聘请辩护人，应告知被告人在庭审前准备活动和法庭审判阶段所享有的诉讼权利，如有权申请法官回避、有权聘请或要求法院指定辩护人、有权对起诉书提出异议、有权要求控方展示证据、有权要求法院进行证据保全并对违法证据予以排除等。主持庭审前准备程序的法官，在对控辩双方提交的有关材料进行审查后，应当确定控辩双方到庭进行准备的时间。在该期日，审前法官将主持一个由控辩双方同时参加的审前会议，集中解决法庭审判前应解决的诸项问题，例如，决定是否开庭审判及是否改变管辖；整理和明确讼争要点；解决证据保全、证据可采性、证据展示及其他有关证据的法律问题；案件分流及审理案件应适用何种程序；其他准备功能，如协商确定审判日期、有关数额的计算，等等。审前法官审查材料后，可以要求补充有关材料或者对某些问题作出解释；如果认为情况紧急

而必要时，可以决定采取证据保全措施，但须通知控辩双方到场。^{〔1〕}这种控审构造，有助于实现审判公正与效率。另一种方案是实行起诉书一本主义。即起诉书不得同时添附可能使法官对案件产生预断的文书和证物，也不得引用这些文书和证物的内容。这种方案更能切断侦查与审判的直接联系，从而将控方的主张与举证分为两个步骤，使控辩双方影响法官心证的举证活动同步或依次进行，防止法官根据控方预先的举证而形成不利于被告人的预断，从而实现控审分离。不过，由于这种方式在开庭前不进行公诉审查，许多法律问题难以在这个阶段解决，只能等开庭后提出并作出处理，所以，可能导致多次开庭和审判拖延。就我国实际情况而言，前一种方案似乎更具有可行性。

（2）我国司法实践中仍存在超越控诉范围进行审判的现象。其中突出的一个问题是，法院变更检察机关指控的罪名的问题。^{〔2〕}我国刑事诉讼法没有明确规定法庭审理的范围，也未建立完备的变更指控制度，因而导致在此问题上控审不分的现象。为此，修改刑事诉讼法时，应当明确以下几点：第一，法庭审理的范围应仅限于起诉书所指控的被告人，并限于起诉书所指控的犯罪事实，但基于起诉不可分原则，对单一事实的一部分起诉，其效力及于全部事实。第二，人民法院在审理过程中发现事实真相与起诉事实有较大出入或发现新的事实，经人民检察院要求或者由人民法院通知，可以变更、追加起诉，但

〔1〕 宋英辉、陈永生：《刑事案件庭前审查及准备程序研究》，载《政法论坛》2002年第2期。

〔2〕 由于1996年修改后的刑事诉讼法弱化了公诉案件庭前审查的实体内容，基本上实行政程序性审查，所以，人民检察院和人民法院在认定罪名上不一致的问题便由原来的庭前审查阶段转移到庭审阶段，并成为司法实践中的突出问题。

变更、追加起诉的决定权在人民检察院。^{〔1〕}第三,在坚持控审分离和保障被告人辩护权的前提下,法院可以变更起诉罪名。具体说来,大致有三种:①人民检察院以一罪名起诉,在事实没有争议的情况下,人民法院认为应定数罪。^{〔2〕}此时由于审判与起诉具有同一的事实基础,所以,认定数罪并不违背控审分离原则,但若两罪并罚将会对被告人产生实质性的影响,因此人民法院仍有必要将此意向告知控辩双方,听取控辩双方的意见,并可由双方进行辩论,在此基础上作出判决。②人民检察院以数个罪名起诉,人民法院认为应定一罪,如牵连犯、想象竞合犯、吸收犯等。此时,法院据以定罪的事实既未超出起诉范围,又不会对被告人辩护权的行使产生影响,因而可变更罪名。③人民检察院和人民法院对事实的认识并无争议,检察院以此罪名起诉,法院认为应定彼罪。由于事实的同一性,因而不必担心审判事实会超出起诉的效力范围。但是,考虑到被告人的辩护权,应当区别情况予以处理:一种是由重罪名变为轻罪名。在此情况下,如果辩护一方没有异议,法院可直接变更罪名。另一种是由轻罪名变为重罪名或另一相当的罪名。基于对各诉讼主体意志的尊重和保障被告人辩护权的目的,法院应

〔1〕 变更起诉,应立即通知被告人。如果对被告人辩护权的行使有实质性影响,应当决定延期审理,以给被告方充分的准备时间。必要时,还应更新法庭调查或法庭辩论程序。变更起诉,应限于对特定被告人的指控事实的变更,而不能变更作为指控对象的被告人。如果发现犯罪行为并非本案被告人实施,而是另有其人,仍应对本案被告人作出无罪判决,然后再由人民检察院确定新的被告人另行起诉,而不能通过变更起诉程序直接变更被告人。追加起诉,应限于与本诉有特定关系、合并于同一审判程序确能达到诉讼经济之效的案件。具体包括:一人犯数罪中对漏罪的追加,共同犯罪的案件中对漏诉共犯的追加,以及对与本罪有关的包庇罪、窝赃销赃罪的追加等情况。而且,起诉的追加应在第一审法庭辩论终结前为之,具体程序仍应参照变更起诉程序办理。

〔2〕 如果在审理中发现了新的事实且属于应适用数罪并罚的情况,原起诉的效力即难以涵盖新发现的事实,属于应追加起诉的情况,应依照追加起诉的情况办理。