

“十二五”国家重点图书出版规划

◎ 陈卫东 著

转型与变革： 中国检察的理论与实践

中国当代法学家文库

陈卫东法学研究系列

Contemporary Chinese Jurists' Library

 中国人民大学出版社

“十二五”国家重点图书出版规划

转型与变革： 中国检察的理论与实践

中国当代法学家文库

陈卫东法学研究系列

Contemporary Chinese Jurists' Library

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

转型与变革: 中国检察的理论与实践/陈卫东著. —北京: 中国人民大学出版社, 2014. 11
(中国当代法学家文库·陈卫东法学研究系列)
ISBN 978-7-300-19923-8

I. ①转… II. ①陈… III. ①检察机关-司法制度-研究-中国 IV. ①D926.34

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 235113 号



“十二五”国家重点图书出版规划

中国当代法学家文库

陈卫东法学研究系列

转型与变革: 中国检察的理论与实践

陈卫东 著

Zhuanxing yu Biange: Zhongguo Jiancha de Lilun yu Shijian

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511770 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com>(人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 涿州市星河印刷有限公司

规 格 170 mm×228 mm 16 开本

版 次 2015 年 1 月第 1 版

印 张 27.25 插页 3

印 次 2015 年 1 月第 1 次印刷

字 数 406 000

定 价 85.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换



序 言

我国的检察机关从 20 世纪 50 年代建立，经历了“文化大革命”中的解散以及 20 世纪 70 年代末的重建，从重建到现在又经历了三十多年的实践。应该说，检察机关在我国的刑事法治建设中发挥了重要作用。随着法制建设的不断推进，人们认识的不断深入，检察机关在整个司法体制中的地位、作用也日益引起人们的思考与研究。随着 2012 年《刑事诉讼法》的修改，以及党的十八大以来开启的新一轮司法改革的推进，对于这一问题更应当给予充分的关注。2012 年《刑事诉讼法》的修改对检察机关的影响非常大，这是由检察机关的职能和地位所决定的。从刑事诉讼法的内容看，立案、侦查、起诉、审判一直到执行程序都与检察机关的工作息息相关。如何发挥检察机关在刑事诉讼中的作用，落实刑事诉讼法的规定是检察机关今后在执法工作中应当面对的重大课题。新一轮司法改革则为检察改革指明了发展方向，我国检察制度迎来了新的发展契机。2012 年，党的十八大报告提出要“进一步深化司法体制改革，坚持和完善中国特色社会主义司法制度，确保审判机关、检察机关依法独立公正行使审判权、检察权”。2013 年，党的十八届三中全会通过了《中共中央关于全面深化改革若干问题的决定》，提出要“推进法治中国建设”，“确保依法独立公正行使审判权检察权。改革司法管理体制，推动省以下地方法院、检察院人财物统一管理，探索建立与行政区划适当分离的司法管辖制度，保证国家法律统一正确实施”。2014 年，党的十八届





四中全会通过了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，提出要“完善确保依法独立公正行使审判权和检察权的制度”，“优化司法职权配置”，“推进严格司法”，“保障人民群众参与司法”，“加强人权司法保障”，“加强对司法活动的监督”等重大改革任务。因此，在全面深化改革的背景下，亟须我们厘清检察机关、检察权、检察制度、检察机制等各方面的基本认识，为检察改革提供智识上的支持。

检察机关是宪法所确立的国家的法律监督机关。但对检察机关定位的争论从来都没有停止过，人们的认识也没有统一过。学术界的质疑主要在于：检察机关到底是法律监督机关，还是国家的追诉机关？如果说是法律监督机关，如何更好地从科学上、理论上、逻辑上去论证？从职责与权力定位相统一的视角来看，如果检察机关是法律监督机关，其所有的行为、所有的职能都应当视为一种监督。如果这样理解，那么，为什么检察院的侦查是一种监督，公安机关的侦查就不是监督？如果检察院的起诉是一种监督，那么如何更好地从诉讼的内在规律、自身的特性出发来解释它？因为不管公诉、自诉，本身都是一种起诉，发起人都处于原告的地位，只不过检察机关是代表国家发起诉讼。如果说发起诉讼行为本身是一种监督，那么自诉为什么不是？检察机关批准逮捕是否是一种监督？我们知道，批捕权在许多国家并不是由检察院行使，而是由法官行使的，我们也没有见到监督的提法。此外，从诉讼的角度还要回答，检察院担负着起诉职能，如何更好地平衡控辩双方的地位，使其在诉讼中处于平等对抗的状态；如何协调检察院与法院的关系，因为如果是监督的关系，中立的法院也将在检察院的监督之下，这样如何使法院保持中立、客观，实现司法公正？这些都是需要我们回答的问题。当然，这些都是应然层面的思考。这些应然层面的思考提供了促进检察制度完善的不竭动力。

从实然层面来看，实际上，在诉讼中也不是不可以有监督。监督有许多方面，有群众的监督、舆论的监督，还有人大的监督。如果能把群众监督、舆论监督以及人大监督更好地运用起来，也能发挥好的作用。从国外来看，刑事诉讼中的监督并不是通过设立一个专门的机关来行使，而是通过制度设计使权力形成制



衡，通过权力制衡实现监督，这是国外的一个成功经验。如果我们能够在制度上使侦查权、检察权、审判权形成有机制衡，没有监督或许也不会出现大的问题。当然这是一种理想状态。就我国的现实情况而言，我们不是不可以设立专门的监督机关，这个任务也不是不可以交给检察院，问题是要使检察机关在执行控诉或追诉职能的同时，和刑事监督职能分离。如果检察官在实施具体的诉讼职能，如侦查、起诉，同时又履行监督职能，人们就会以诉讼不平衡、不对等为依据来提出质疑，而且，监督者又应当由谁来监督呢？如果把诉讼职能与监督职能分离，办案者专门办案，监督者专司监督（同时也监督检察机关内部），也就是说，检察机关内部可以一分为二，一部分办案，另一部分专司监督，不执行任何诉讼职能，不能让承担具体诉讼职能的人一边办案，一边监督，这样，冲突是否会得到解决呢？当然，这还有待进一步探讨。

对于法律监督，还应当厘清其基本特点。总体来看，法律监督具有以下特点：一是监督具有滞后性。监督是在权力行使以后，对权力实施状况进行的督察、检查和纠正。如果还没有出现问题，就不能去监督，对行为的提前介入是督导，而不是监督。二是监督具有单向性。监督是监督者对被监督者的单向的监督，不允许被监督者对监督者实行反向监督。检察机关对法院实行审判监督，对公安机关实行侦查监督，但不能说法院、公安机关对检察机关也实行监督。刑事诉讼法规定的公检法三机关实际上是一种制约关系，而制约则应是双向的。因此，从某种程度上讲，监督与制约有一定的矛盾性，这要求我们从理论上去进一步论证。三是监督不具有刚性。监督主要依靠监督人的素质、业务水平等去发现问题、解决问题，被监督人对监督人监督的执行也主要依靠其自觉性。监督者提出问题，如果被监督者愿意改正就改正，不愿意改正就不改正，监督就可以说没有实质效果。因此，法律监督也有其自身难以克服的缺陷。此外，检察机关自身的监督也有待完善，内部监督效果不理想，外部监督又缺失有效的制度支撑（当然，人民监督员制度或许是个例外，但是其在实践中能够发挥多大的效果还有待实践检验），这些都是目前法律监督制度存在的主要问题。

检察机关的侦查权问题也是理论上需要予以关注的重要问题。我国的检察机





关一直对部分案件行使侦查权，这些案件主要集中在国家工作人员的职务犯罪方面。把这些案件的侦查权交给检察机关的主要理论依据是，检察院是法律监督机关，负有对全社会，特别是国家机关工作人员遵守法律、统一贯彻实施法律进行监督的职责。对这类案件从立案、侦查、采取强制措施到提起诉讼，都由检察机关一家包揽。这就是有人提出的“自行立案、自行侦查、自行决定逮捕、自行起诉”，司法机关办案中的“分工负责、配合制约”的思想没有体现出来，于是有人提出来要废除检察院的侦查权，把它交给侦查机关或成立类似香港的廉政公署。从目前来看，主张应该保留检察机关自侦权的基本依据是，检察机关是追诉机关，其职权范围包括对案件的立案权、侦查权、起诉权。追诉机关应享有对所有案件的侦查权，可以自己侦查，也可以交给别人侦查，包括公安机关侦查的案件，检察机关在审查起诉中如果认为事实不清、证据不足的仍然有权自行侦查，因而检察机关拥有侦查权不容否认。问题是在行使过程中如何解决人们提出的问题，特别是自行决定逮捕的问题。在改革过程中，有人提出要改变办案机关自行决定逮捕的做法，把批捕权交给上级检察机关行使。这一建议已经得到实务部门采纳，并在实践中得以实施。也有人不赞成这种做法，认为上级检察机关批捕仍然是检察机关决定权在内部的变换，检察机关本身实行一体化，上下级之间是领导与被领导的关系，所以由同级检察机关批准逮捕改变成上级机关批捕没有任何实质性的变化。

笔者认为，在保留检察机关自侦权的前提下，应当把批捕权交出去，就是要实行司法审查制度，由法官来决定。这是我们实行司法审查制度的第一步，也是全世界法治国家的通例，是我国司法控制侦查的突破口、切入点。我国自侦案件数量不是特别多，不会给法院带来过大的工作量，而且这些案件都是事关国家机关干部犯罪的问题，理应采取格外慎重和负责任的态度。对司法审查制度，在刑事诉讼法修改中也有人提出异议：既然法院、检察院都是司法机关，为什么非得交给法院？笔者认为有两点最基本的理由：（1）不是检察官的水平、素质比法官天然地低，而是法官比检察官从角色上说天然地更超然、中立。检察官不管怎样奉行客观中立的原则或义务，但在诉讼中毕竟是有诉讼追求、诉讼利益的，而法





官没有。由没有特殊诉讼追求、诉讼利益的人行使这种权力本身就是符合客观、公正要求的。(2) 这是由司法的特征所决定的。法官批准逮捕的程序一定是司法的程序，司法的程序就是审理，有控辩双方的充分参与，由法官居中裁判，而检察官批捕的程序则更像是行政程序。这两点理由完全可以回答上述疑问。

侦检关系问题也是一个老生常谈的话题。目前，在世界各个国家和地区，检警关系有两种类型：一种是分立型，主要是英美国家，检察机关和警察基本上各自为政，侦查、起诉分开。一种是紧密型，主要是大陆法系国家和地区，像德国、法国、日本、俄罗斯，包括我国台湾地区。在这些国家和地区，公诉机关对警察侦查权实行绝对的控制，类似检警一体、侦诉合一，检察官绝对地主导整个案件的调查、起诉。在我国的司法改革中，更多地关注检察机关对公安机关的监督，笔者认为这种定位是不恰当的。检、警之间不是监督关系，也不是制约关系，而是一种指导、指挥的关系，至少也是检察引导侦查的关系。对此，我们可以抛开两大法系的规定，从诉讼中控诉、辩护、审判三大诉讼职能的结构来看，也就是我们通常所说的三角结构关系中，审判是居于控辩之间平衡的力量。在刑事案件中，控诉一方绝大多数是由公安机关的侦查和检察机关的起诉来构成的。侦查的任务有两个：一是收集证据，二是抓获犯罪嫌疑人；起诉的任务就是将符合起诉条件的人交给法庭审判。可以看出，侦查归根结底是为了起诉，侦查系起诉的准备，是起诉的出发点，而起诉是侦查的归宿。归根结底侦查是服务或服从于起诉的。从这点来说，起诉就要求对侦查行为进行必要的引导和指导。因此，构成控诉职能的侦查、起诉二者之间不是平等的，而是决定与被决定、服从与被服从、主要与次要的关系。而且，从实践的角度来看，侦查人员办案，通常没有公诉人在法庭上的证据意识、风险意识，侦查人员抓获犯罪嫌疑人往往就是为了破案，至于能不能定罪，是否经得起对方的抗辩，侦查人员并不关心。因此，公诉人的职责就是要告诉侦查人员，在什么情况下，什么案件应提供什么证据。从这点来说，警察必须服从于公诉人。此外，为什么警察出庭作证？归根结底还是为了证明侦查的正确性，证明公诉的正确性，由此来看，侦查也必须服从于起诉。要确立这种关系，需要注重以下四个方面的制度构建：(1) 确立检察机关对公安





机关立案、撤案决定的控制权。立案还是不立案，撤销还是不撤销，检察机关拥有最终的决定权。(2) 确立公诉人对公安机关案件侦查方向、调查取证范围的绝对指挥权。从公诉需要出发，告诉侦查人员应搜集哪些定罪所必需的证据。(3) 指挥警察出庭作证权。(4) 为了能够从组织上保障一体化的实施，检察机关应有权请求更换公安机关不称职的办案人员，不是检察机关直接更换，而是有权请求更换。需要强调的一点是，这里的“一体化”，不是机构一体化，而是职能的“一体化”。

对于检察机关来讲，最重要的也是最核心的职能即为公诉职能。公诉是检察机关内在职能最集中的体现，公诉部门是检察机关最重要的部门，是检察院的“门面”。而现在我们忽略了这一点。这其中有很多问题都需要反思。比如说公诉标准，目前公诉标准是判刑的标准，这意味着放弃了对相当一部分没有达到法院定罪标准的人的追诉；再如公诉的体制，我们始终把刚毕业的大学生放到公诉处，一旦公诉人有一点成绩马上调离、提拔，剩下的公诉人素质低、经验少。而律师队伍基本是恒定的，律师的素质在不断提高，经验在不断累积。在这种状况下，怎么能实现控辩双方的有效抗衡呢？对此，笔者特别推崇公诉职业检察官改革，通过一定的机制，最大化地实行公诉职业化。公诉改革要真正符合司法的规律，就应该使公诉人成为职业法律人，从待遇、地位等方面保障他们安心工作，而且要把一流的办案人才吸引、充实到公诉队伍中来，只有这样才能完成党和国家交给检察机关的任务。

对于检察改革，笔者认为必须立足于检察规律，以追求建立公正、高效、权威的检察体制为改革目标。在改革的内容上应当以检察体制改革为重点，辅之以各方面的制度机制改革。对于检察机关而言，这其中最为重要的两点内容即为检察权运作的独立性问题以及检察权的监督制约问题。检察机关不能依法独立行使职权问题一直以来广受诟病。检察权运作的独立性不足体现在两个层面上：一是在宏观体制上，检察机关受到其他机关、部门的干预较多，特别是检察机关办案受到地方的牵制过多，影响检察机关的执法公正性与公信力；二是在运行机制上，检察官受到所在部门、所在机关以及上级检察机关的束缚。检察官办案的独





立性不足，导致检察官办案的积极性受挫，在客观上也造成了权责利的不统一。对此，宏观方面应当逐步将检察机关由“地方”的检察机关回归到“国家”的检察机关；微观方面则应当确保办案检察官具备一定的独立性，做到权责利相统一。

令人欣喜的是，党的十八届三中全会以及四中全会的决定都对此作了部署。党的十八届三中全会决定提出要改革司法管理体制，推动省以下检察院人财物统一管理。同时，党的十八届四中全会决定也提出：“各级党政机关和领导干部要支持法院、检察院依法独立公正行使职权。建立领导干部干预司法活动、插手具体案件处理的记录、通报和责任追究制度。任何党政机关和领导干部都不得让司法机关做违反法定职责、有碍司法公正的事情，任何司法机关都不得执行党政机关和领导干部违法干预司法活动的要求。对于干预司法机关办案的，给予党纪政纪处分；造成冤假错案或者其他严重后果的，依法追究刑事责任。”十八届三中全会决定意在减少检察机关对地方党政的依赖性，从源头上切断地方党政干预检察机关办案的根基；而十八届四中全会决定则明确禁止党政机关、领导干部干预检察机关办案这一实践中的潜规则。这对于解决检察机关对地方党政的依附，避免地方党政干预检察机关办案具有重大意义。在微观层面上，中央全面深化改革领导小组第三次会议审议通过的《关于司法体制改革试点若干问题的框架意见》和《上海市司法改革试点工作方案》，确定了以完善司法责任为抓手，突出检察官办案的主体地位，明确检察官办案的权力和责任的政策导向。党的十八届四中全会决定也指出要完善主任检察官办案责任制，落实谁办案谁负责。实践中，一些地方也在试点探索主任检察官制度。毫无疑问，这对于突出检察官的主体性地位，明确检察官的办案责任具有积极意义。当然，在具体制度设计上不是没有值得探讨的地方。例如，关于主任检察官的称谓与认识问题，将之称为主办检察官似乎更符合突出检察官办案主体地位的改革要求，也符合法律的规定。而且，与主任检察官不同，主办检察官也不是常设的职级，只是具体的办案单元，随着案件的终结而结束主办检察官的职责，更有助于去除检察权运作中过多的行政化因素。再如，现在的改革实践侧重于界定不同主体之间的办案范围，这种改革思路对于



突出检察官的办案主体地位似乎作用有限。实际上，主任检察官制度改革的关键在于如何构建检察一体与检察官独立相协调的机制，主任检察官办理的案件，检察长、检察委员会不是不可以介入，问题在于检察长、检察委员会应当如何介入，主任检察官如何体现其独立性，进而由谁来承担办案责任。只要构建起检察一体与检察官独立相协调的制度机制，检察官的主体性地位自然凸显，办案责任也将得以明确。对此，笔者认为，应当明确检察首长的指令权、职务收取权以及职务转移权以体现检察首长的领导地位；同时，检察首长的指令应当做到书面化、法治化，而检察官有拒绝执行检察首长指令的权力以体现其独立性（此时，检察首长可以动用职务收取权或者转移权，将案件交由自己或者其他检察官办理）。

如前所述，对检察权的监督制约问题也是需要我们予以认真对待的一个问题。对此，除了诉讼制度上的各种监督制约机制之外，还需要予以特别强调的是公民参与对于构建科学有效的检察外部监督制约机制的重要意义。这是检察改革的又一有益路径。实践中公民参与检察监督也有过探索。检察系统在2003年就开始试点人民监督员制度，意图通过加强公民的参与来解决监督者由谁监督的问题。尽管在实践中，因为制度设计方面存在的问题而导致人民监督员制度无法有效实现其预期目的，但作为一项制度创新，其积极意义自不待言。或许正是基于此种认识，党的十八届四中全会决定指出要“完善人民监督员制度，重点监督检察机关查办职务犯罪的立案、羁押、扣押冻结财物、起诉等环节的执法活动”。这实际上是肯定了人民监督员制度的价值，随之而来的问题是如何完善人民监督员制度。笔者认为，人民监督员制度能否发挥实效的关键在于其选任机制是否科学合理，是否能够去除人民监督员的官方色彩以及官方依附性。从实践来看，最高人民检察院已经注意到了这个问题并采取了一定的举措。当前，最高人民检察院联合司法部在推进人民监督员选任管理方式改革的试点工作，由司法行政机关负责选任管理人民监督员。无疑，人民监督员制度改革迈出了关键性一步。解决好了该问题，人民监督员制度也将会焕发出新的生机。

上述种种问题都是检察理论研究中的核心问题。对这些问题的回答影响着我国检察制度的发展以及检察改革的走向。特别是在全面深化改革的背景下，对上

述问题的思考与回应具有非常重要的时代价值。笔者长期关注中国的检察理论与改革实践，本书即为笔者观察与思考的结晶，谨希望本书的出版能够有裨益于检察理论的发展，有裨益于当前全面深化改革背景下如火如荼的检察改革实践。

陈卫东

2014年11月

于明德法学楼



目 录

第一章 检察基础理论	1
第一节 检察权问题研究	1
第二节 检察制度起源的理论基础和价值趋向	29
第三节 检察官角色之辩	34
第二章 比较法视野中的检察制度	53
第一节 检察制度的西方源流	54
第二节 社会主义检察制度的滥觞	61
第三节 中国检察制度的成长路径	68
第三章 检察诉讼职能论	74
第一节 自侦权的解析与构建	74
第二节 羁押权的合理配置与批捕权改革	92
第三节 公诉权的理论与实践	108
第四节 公诉权运行论	141
第五节 提起公诉的证据标准与举证责任	185





第四章 检察监督职能论	199
第一节 侦查监督评析	199
第二节 审判监督探微	211
第三节 监所监督的新探索	221
第四节 司法救济：检察职能的新发展趋势	246
第五章 检察机关的工作机制	257
第一节 侦检一体化研究	257
第二节 检察一体与检察官独立之分野	275
第三节 检察工作一体化及其保障与规范	289
第四节 检察委员会制度运行机制研究	298
第五节 人民检察院适用非法证据排除规则运行机制研究	311
第六节 检察机关举报机制研究	322
第六章 司法改革背景下的检察改革	338
第一节 司法改革背景下检察改革的基本路径	338
第二节 中国检察制度改革的实践范本	353
第三节 变革中的人民监督员制度	377



目 录

第一章 检察基础理论	1
第一节 检察权问题研究	1
一、争鸣：检察权的性质	2
二、辩点：检察机关的职能	8
三、释疑：检察权的内容	16
四、建议：检察权的未来	25
第二节 检察制度起源的理论基础和价值趋向	29
一、检察制度产生和发展的政治动因在于权力的制衡	29
二、检察制度产生和发展的制度基础是诉讼模式的演进	30
三、检察制度的产生和发展的价值基础是国家追诉主义的孕育和 发展	33
第三节 检察官角色之辩	34
一、组织法上检察官身份定位和办案机制困境	35
二、诉讼法上检察官角色扮演和职权行使困境	39
三、检察官的诉讼理念与活动原则	42
四、诉讼监督：检察官的监督与制衡最佳模式	48



第二章 比较法视野中的检察制度	53
第一节 检察制度的西方源流	54
一、大陆法系检察制度的起源	54
二、英美法系检察制度的起源	56
三、两大法系检察制度起源之评析	58
第二节 社会主义检察制度的滥觞	61
一、苏联检察制度的起源	61
二、苏联检察制度起源之评析	66
第三节 中国检察制度的成长路径	68
一、中国检察制度的产生和发展	68
二、对中国检察制度起源之评析	72
第三章 检察诉讼职能论	74
第一节 自侦权的解析与构建	74
一、检察机关行使职务犯罪侦查权的合理性	74
二、职务犯罪侦查体制的完善	78
三、职务犯罪侦查体制的监督	83
四、检察机关自侦权的新发展：技术侦查权的赋权与限权	86
第二节 羁押权的合理配置与批捕权改革	92
一、法治国家（地区）羁押权的司法抑制模式	93
二、我国羁押权控制的主要特征	99
三、羁押权合理配置视角下我国逮捕制度改革	102
第三节 公诉权的理论与实践	108
一、公诉的价值与衡平	108
二、公诉人的诉讼地位探析	118
三、二审程序中的检察机关	131
四、死刑复核程序中的检察机关	140

