



中國檢察

若干問題研究

中国检察制度是从中国国体、政体和国情出发，在吸收中国历史上政治法律制度的精华、总结社会主义民主法治建设正反两方面经验教训、借鉴其他国家检察制度的基础上建立和发展起来的，是马列主义基本原理同中国具体实际相结合的产物，也是中国特色社会主义政治制度和司法制度的重要特征。其法律监督的性质，批准和决定逮捕、公诉、职务犯罪侦查、诉讼监督等项职能，既体现了世界各国检察制度的共性，又体现了中国的特殊性，较好地反映了中国宪政制度下对国家权力监督制约、以保证权力在法治轨道上运行的客观要求，因而具有科学和先进的内在品质。

朱孝清◎著

中国检察出版社



中國檢察

若干問題研究

朱孝清◎著

中國檢察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中国检察若干问题研究/朱孝清著. —北京: 中国检察出版社, 2008. 12

ISBN 978 - 7 - 5102 - 0014 - 4

I. 中… II. 朱… III. 检察机关 - 工作 - 研究 - 中国
IV. D926. 3

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 164228 号

中国检察若干问题研究

朱孝清 著

出 版 人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电子邮箱: zgjccbs@vip. sina. com

电 话: (010)68658767(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市中国画美凯印刷有限公司

开 本: 720mm × 960mm 16 开

印 张: 40.5 印张 插页 4

字 数: 524 千字

版 次: 2008 年 12 月第一版 2008 年 12 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 0014 - 4/D · 1994

定 价: 80.00 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



自序

今年是我国改革开放三十周年，也是检察机关恢复重建三十周年，还是我迈入高等法学学府西南政法学院（今西南政法大学）学习法学三十周年。三十年来，特别是一九八二年参加检察工作以来，出于对“文化大革命”的反思，出于对国家民主法制建设的关注，出于做理论上明白人的追求，出于当本职工作行家里手、提高工作主动性、预见性的愿望，我围绕检察制度与检察工作，学习相关知识，追踪理论前沿，探求工作规律，求解实践难题，偶有所得且有兴趣时，写成文章以自慰，先后共出版专著三部、合著一部，发表论文一百余篇。这些论著在全国法学论著的浩瀚沧海中虽然仅是一粟，却记载了一位检察人对法学特别是检察学探索的足迹，反映了一位检察人对法制昌明的执著追求和对检察事业的无比热爱。

值此检察机关恢复重建三十周年与本人学习法学三十周年之际，我在友人的建议下，萌生了将以往发



表的有关检察的论文结集出版的念头。在收集整理以往论文时，引起我对各篇论文有关背景的回忆。我穿过时间的隧道，深深感受到了这三十年我国法治建设和检察事业的巨大发展与进步。如在法治建设方面，确立了依法治国方略，实现了我们党执政理念、执政方式的重大转变；加强了立法、执法和司法，总体上做到了有法可依、有法必依、执法必严、违法必究；深化了司法体制改革，司法体制、机制进一步完善；勃兴了法学研究、教育，初步建立了有中国特色的社会主义法学理论体系，造就了一大批法治建设人才；开展了普法教育，公民法治观念和法律素质明显增强。与法治建设的发展进步相适应，作为我国政治、法律制度重要组成部分的检察制度也不断发展完善；检察机关保障法律统一正确实施、维护社会公平正义的作用日益彰显；检察理论体系初步建立，基本回答了什么是中国特色社会主义检察制度、为什么要建立这一制度以及怎样发展完善这一制度等问题。我为自己直接见证并参与了这三十年法治建设与检察事业的伟大历史进程而自豪；同时，也因为法治建设和检察事业的巨大发展进步，使得以今天的眼光来看过去的论文，有的在理念上有些陈旧，有的在理论上过于肤浅，有的因为法律的重大修改而成了废纸，这与以今天的眼光来看当年提出的某些改革开放举措显得十分普通平常同出一理。为了对读者负责，我没有将这些过时的论文收入本书^①——这对我研究成果的汇集来说是个缺憾，但我得到的是对法治建设和检察事业发展进步乃至国家富强、民族振兴的无比感奋和由衷喜悦！

本书以“中国检察若干问题研究”为题，内容分检察制度研究、检察实务研究、检察理论研究、域外考察四个部分。收入的文章多数属于应用研究的范畴，它与专门研究人员的研究成果相比，具有贴近实践、针对性强的特点，但有些文章的理论厚重感

^① 收入本书的文章，有的局部观点也已过时，有些也难免存在历史的局限性。



不够。盖在“知”与“行”的关系上，实务部门重在求“行”，它往往需要把复杂问题简单化；而研究部门重在求“知”，它往往需要把简单问题复杂化。实务部门的这种特点及所占有理论资料、所能自由支配时间的局限，使得搞理论性强、所需时间较多的研究特别是基础理论研究往往力有不逮。同时，实务人员研究问题往往具有被动性，即遇到什么研究什么，它不允许选择，因而较难做到自己想研究什么就研究什么，加上实务工作所涉专业往往较杂，难以独钻一门，因而所写文章缺乏体系。

在整理本书的论文时，我对有些论文的具体文字作了点修改，但对观点的修改则持慎重态度，除对一篇与人合著文章的个别观点作过修改外，其他都保持原样，即使在现在看来未必正确或带有局限性的观点。因为这是历史唯物主义所要求的，我不应该也没有必要为自己饰美与掩丑。对有的文章，为了使读者了解背景或当时的法律规定，我用“*”为标记在页脚加以说明，以示与写文章时的注解相区别。

光阴易逝，人生苦短。三十年在人类历史长河中只是短暂的一瞬，但在人生中，却几近一半。就我来说，这三十年是最可宝贵的时光。当年尚属青年的我而今早已过知天命之年。生有涯而学无涯。记得清末著名学者王国维如此论述治学的三种境界：一是“昨夜西风凋碧树，独上高楼，望尽天涯路”；二是“衣带渐宽终不悔，为伊消得人憔悴”；三是“众里寻他千百度，蓦然回首，那人却在灯火阑珊处”。我不敢奢望达到这三种境界，但愿在有生之年以此自勉！

是为自序。

朱孝清

2008年9月



目 录

Catalogue

自序	1
----	---

第一部分 检察制度研究

中国检察制度的几个问题	3
充满生机和活力的中国特色社会主义检察制度	60
坚持中国特色检察制度 服务小康社会全面建设	68
对检察制度若干争论问题的回应	72

第二部分 检察实务研究

侦查监督研究	
强化侦查监督 维护公平正义	83
关于逮捕的几个问题	98
逮捕， 必须实现惩罚犯罪与保障人权的有机统一	113
批捕工作的制度创新	122



-----职务犯罪侦查与反腐败研究-----

试论职务犯罪侦查思路的转变	125
职务犯罪侦查谋略研究	144
职务犯罪侦查措施研究	167
试论讯问的策略方法	205
论诱惑侦查及其在职务犯罪侦查中的适用	221
试论技术侦查在职务犯罪侦查中的适用	238
体制改革与创新是遏制腐败根本之策	251

-----罪刑研究-----

论贪污贿赂罪的几个问题	275
对贪污贿赂犯罪适用缓刑的思考	291
试论承包经济组织中贪污罪的认定	300
斡旋受贿的几个问题	307
共同受贿实证研究	324
论回扣	370
也谈医生收受药品回扣的定性	377
略论介绍贿赂罪	385
略论巨额财产来源不明罪的科学性	391
关于私分国有资产罪的几个问题	398
国企改制中隐瞒国有资产案定性处理研究	405
略论惩治假冒商标犯罪的几个问题	421



盗窃科研葡萄、豆角案定性处理探究	427
对侵占他人遗忘物罪几个问题的思考	441
从销赃罪的二重性看销赃罪的认定	449

法律适用与修改研究

论“三个有利于”标准与法律标准	452
认真准备 迎接修改后律师法的实施	464
在企业中划分国家工作人员质疑	471
略论行贿罪主观要件的修改	478
对诉讼法修改的若干意见	483
论沉默权制度	499
侦查讯问时律师在场之我见	523

检察队伍建设研究

试论高层次检察人才队伍建设	536
---------------	-----

第三部分 检察理论研究

检察理论研究 30 年的回顾和展望	551
法学研究要立足于中国实际	573
推进检察理论体系建设 服务检察事业科学发展	580
检察理论研究要正确认识和处理的几个关系	587
增强六个意识 推进检察理论研究	594



 第四部分 域外考察

香港法律、司法制度见闻	605
德国司法、刑事诉讼制度考察录	617
澳大利亚的监督制度	627

第一部分 检察制度研究

中国检察制度的几个问题

充满生机和活力的中国特色社会主义
检察制度

坚持中国特色检察制度 服务小康
社会全面建设

对检察制度若干争论问题的回应



中国检察制度的几个问题

近几年来，特别是在司法体制改革过程中，对我国检察机关的性质、职能等问题提出质疑的声音时有所闻。它与广大人民群众要求强化法律监督的呼声和党中央把强化法律监督作为司法体制改革重要内容的精神形成强烈反差，需要我们高度重视、认真研究，并作出理性回应。为此，本文试就一些人的质疑，主要从应然的角度，对中国检察制度中的若干问题略书管见，以求教于同仁。

一、中国为什么要设法律监督机关

中国要不要设立包括法律监督机关在内的专门的监督机关，这是一些人提出质疑的首要问题。有观点认为：“为什么中国历代的监督制度如此发达，而又难以产生廉明高效的政府呢？为什么在没有监督制度的欧美法治国家却不必像我们这样担心政治权力的膨胀呢？”其根本原因，就在于监督与法治不能兼容。故应以法治的方式即以分权制约和正当程序为原则，对传统的监督模式进行改造。^①还有的认为，通过设立专门机构实施监督，不仅

^① 参见孙笑侠、冯建鹏：“监督，能否与法治兼容”，载《中国法学》2005年第4期，第13～24页。



其效果差于分权制约，而且造成机构重叠，效率低下。因此，改革的出路就是实行分权制约，取消专门的监督机构。

笔者认为，在我国设立法律监督机关，既不是共和国开国领袖们的心血来潮，也不是宪法制定者的任意，而是我国的国体、政体、国情和制度传统使然。

（一）我国一元分立的权力架构决定了要设立法律监督机关

权力不受监督必然导致腐败，这是颠扑不破的真理。因为“一切有权力的人都容易滥用权力，这是万古不易的一条经验”。^①为了防止权力的腐败，各国实行了不同形式的监督制约机制。资本主义国家一般采取“分权制约 + 非权力监督”的模式对权力进行制约监督。所谓“分权制约”，就是在国家权力架构上多元分立，在分立的诸权中间互相制约（制衡）。这种权力架构有以下特点：（1）权力平行分工。国家权力按其性质和功能一般分为立法、行政、司法三种，它们一般不受制于同一个上位权力。（2）权力互相牵制。每个权力在行使时或在内容上具有不完整性，或在程序上具有非终局性，或在效力上具有附条件性，^②从而使三权中任何一方的权力错用或滥用都将受到其他一个或两个方面的制约。（3）权力之间的制约是双向的。以作为三权分立典型的美国为例，其立法、行政、司法三权分别由国会、总统、法院行使，其权力制约情况是：国会对总统的制约有：总统必须向国会两院提出国情咨文；国会参议院有权就总统提交的高级法官及法官任命名单提出意见并予批准；总统签署的对外条约须国会参议院批准；国会有权对总统及高级官员、法官等提出弹劾并予裁决；国会与总统同享对外宣战权等。总统对国会的制约体现在：国会通过的法案须经总统签署批准；总统对国会通过的法案拥有

① [法] 孟德斯鸠：《论法的精神》（上册），商务印书馆 1961 年版，第 154 页。

② 参见陈正云：“试论我国法律监督架构及其属性”，载《人民检察》2006 年第 3 期，第 18 页。



否决权。法院对国会、政府的制约则表现为对国会所通过的法律及政府的行政决策、命令、行为等是否违宪作出裁决。国会和总统对法院的制约体现在：联邦法官需经总统提名、参议院同意后任命。除了三权之间的制约外，资本主义国家一般还有国会两院之间的制约。

除了分权制约外，还有“非权力监督”。所谓“非权力监督”，是指对权力的监督来自于非权力部门。它与“分权制约”的区别主要在于“分权制约”中的“制约”来自于权力部门，故该“制约”是一种“权力”；而“非权力监督”中的“监督”则来自于非权力部门，故该“监督”是一种“权利”。在资本主义国家，这种“非权力监督”主要表现在以下几个方面：一是选民的监督。选举民主是现代民主的重要形式，选民监督是对权力实施民主监督的重要措施。任何党派及其代表人物只有得到选民的拥护和支持，在选举中取得胜利，才有可能执政。执政党如果政策失当，就会在选举中丧失政权。二是在野党的监督。在野党虽然没有在台上执政，但仍然活跃在政治生活中，时刻盯住执政党，对执政党的政策提出批评和意见，对执政党领导人中个人的作风、品质等问题更是揪住不放。三是新闻舆论的监督。新闻媒体有灵敏快捷、覆盖面广的特点，它披露要闻，评论时政，臧否得失，对发现的政治丑闻、腐败事件则盯住不放，穷追猛打，从而使国家的政治活动和政治人物的言行变得相对公开透明，也对权力运行起到重要的监督作用。^① 上述三方面的监督虽然都有其局限性，有的也往往被政治集团、利益集团所操纵，但对国家权力运行能起到较为明显的监督作用。可见，多元分立国家没有专门负责监督的机构，并不等于不存在监督，正像一些学者所说：“建立有效的监督制度是西方国家民主制度中重要的组成部分……在西

^① 参见吴孟栓：“论侦查权与法律监督”，载《检察论丛》（第2卷），法律出版社2001年版，第210页。



方国家政治权力运作中，有各种不同的权力监督机制在发挥作用，有体制内的，也有体制外的，基本形成立体的监督体系。”^①

值得我们注意的是，西方不少国家在三权分立的政体下也设立专门的监督机构。瑞典于 1809 年创建了监察专员制度，监察专员独立于政府，直接对议会负责，其职责主要是对法院和政府所有官员履行职责、执行法律法规等情况实施监督。监察专员有权接受公民投诉，有权出席任何法院或行政机关的会议包括秘密会议，查阅他们的会议记录和其他文件，采取一切必要的调查手段进行调查。任何法院或行政机构以及国家或市政当局的公务员都应向监察专员提供其所需要的情况和报告，违者，监察专员有权处以不超过 1000 瑞典克朗的罚金。监察专员经调查发现监督对象违反纪律的，有权要求有关部门进行纪律处分；构成犯罪的，有权要求公诉机关起诉或自行起诉。瑞典监察专员制度后为芬兰、丹麦、挪威、新西兰、英国等近 60 个国家所仿效。^② 在澳大利亚新南威尔士州，设有专门对公职人员实施监督的“廉政公署”和专门对警察实施监督的“皇家警察反腐败委员会”，该公署和委员会享有广泛的侦查权，可以运用有别于英美法系诉讼程序和制度的特殊程序和制度对公职人员的职务犯罪实施侦查。在澳大利亚联邦和其他州，也有类似的机构设置。在美国，根据 1978 年通过的《监察长法》，在近 60 个内阁各部和联邦独立机构设立监察长一职。监察长由总统提名、参议院批准，负责审计、调查其所在部门的舞弊、浪费、低效和滥用职权等问题，提出改进该部门工作、增强效益的建议。监察长每半年向国会递交一份监察报告，使国会充分而及时地了解联邦政府部门和机构的活动、存在的问

① 唐晓、王为、王春英：《当代西方国家政治制度》，世界知识出版社 2005 年版，第 8 页。

② 参见 [瑞典] 本特·维斯拉德尔：《瑞典的议会监察专员》，程洁译，清华大学出版社 2001 年版。



题以及项目实施情况，由此成为国会监督政府的“看门狗”。^① 在英国，为了加强对警察的监督，防止警察违法和专横，2004年公布的《警察改革法案》决定成立“英国投诉警方独立监察委员会”，该委员会有权调查处理所有对警方的投诉，如果认为警察涉嫌犯罪，该委员会有权实施侦查和逮捕，案件侦查后提请检察机关向法院起诉。可见，在西方国家，并非不设立负责监督的专门机构，只不过这种机构不属于与三权并列的国家层面的机构罢了。

为了防止权力腐败，我国也需要对权力进行监督。与西方国家不完全相同的是，我国主要采取“权力监督 + 权力制约 + 非权力监督”的模式。所谓“权力监督”，指最高权力机关和专门监督机关的监督。所谓权力制约，指最高权力机关对其下辖权力的某些制约，行政权、审判权、检察权之间的某些制约，检察机关法律监督中实际存在的制约，等等，由我国制约监督的模式所决定，这种制约比较有限。所谓“非权力监督”，主要指政协监督、新闻舆论监督、人民民主监督等。之所以采取这种监督模式而不是采取西方“分权制约 + 非权力监督”的模式，主要基于我国的国体和政体。我国是工人阶级领导的以工农联盟为基础的人民民主专政的社会主义国家。同这一国体相适应，在政党制度上，实行共产党领导的多党合作和政治协商制度；在政体上，实行民主集中制的人民代表大会制度。这是历史形成的，是全国各族人民通过自身的政治经验进行选择的结果。它符合广大人民的根本利益，是实现人民当家做主权利的保证，是具有中国特色的社会主义民主政治的体现，也是区别于一些资本主义国家的多党竞争、议会民主和三权分立的最大特点和优势之所在。为了实现对国家的管理，我国也对国家的权力进行分工，但中国共产党的领导权

^① 唐晓、王为、王春英：《当代西方国家政治制度》，世界知识出版社2005年版，第213页。