

检察： 理念、制度与改革

孙 谦/著

法律出版社



检察： 理念、制度与改革

孙 谦/著

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

检察:理念、制度与改革/孙谦著. - 北京:法律出版社,2004.3

ISBN 7-5036-4791-4

I. 检… II. 孙… 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(2004)第 013724 号

法律出版社·中国

责任编辑/王西光

封面设计/曹铖 胡欣

出版/法律出版社

编辑/法律考试出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/陶 松

开本/787×960 毫米 1/16

印张/35.75 字数/411 千

版本/2004 年 4 月第 1 版

印次/2004 年 11 月第 2 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法律考试出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/test@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939638

传真/010-63939650

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.Chinalawbook.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-65193110

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

中法图西安分公司/029-85388843

书号:ISBN 7-5036-4791-4/D·4509

定价(精装):128.00 元
(平装):80.00 元

序 一

王 牧

中国犯罪学研究会会长
中国政法大学教授、博士生导师

近代法治国家的检察制度自欧洲大陆创设以来,逐步发展为各国司法制度中不可或缺的重要环节。然而,关于检察制度和检察官角色定位的争论,无论是在大陆法系国家还是在英美法系国家,从来就没有停止过。大陆法系国家的检察官一般定位于“客观独立的司法官署”,英美法系国家的检察官一般定位于“政府的公诉律师”,以前苏联为代表的社会主义国家检察制度则以“法律监督”为其特色。尽管各国检察制度存在着差异,但是作为共性,检察官的基本职能已经得到了普遍认同,这也体现在了联合国的有关文件中。如联合国大会通过的《关于检察官作用的准则》中,确认的检察官的作用和职责主要有:作为公共利益的代表起诉犯罪,监督调查的合法性,监督法院判决的执行和对公务人员的职务犯罪的调查等。

中华人民共和国的检察制度是国家法律制度的重要组成部分。近年来随着依法治国进程的不断深化,司法制度的改革日益受到关注。我以为,关于司法制度改革中检察制度的改革是一个难点。说它“难”,有以下几个原因:一是检察制度与审判制

度和警察制度相比,在世界各国的差异性较大,所谓“参照系”是多元的;二是检察制度是与宪政密切关联的国家基本法律制度,关系到国体、政体的具体实现形式。各国的政体模式、法律制度和国情是千差万别的,而一种法律制度的创设并有效发挥其功能,不是简单移植就能够实现的。在检察制度的研究中,有个别学者只是以国外的某种政体模式和司法制度为前提,作为论述的依据和比较研究的主臬,得出的结论未免失之偏颇;三是我国检察制度在借鉴前苏联检察制度基础上结合了我国的具体国情,不断发展并逐步形成了自己的特色,与我国的宪政体制是比较吻合的。进一步的发展完善,则需要在检察基础理论方面,以现代法治的理念为核心,把检察制度在宪法上的定位与具体部门法中的检察职能统一和协调起来。这些因素的综合,使得要立足于现代法治理念和我国宪政体制推进检察制度改革成为一个比较复杂的课题。这部著作正是关于这一课题的有益尝试,正如书名所表达的三个核心概念:理念、制度、改革。

书分六个部分,特点鲜明。

为实践而研究理论是这部著作最显著的特点。在作者从事检察工作的20年中,对理论学习和研究的追求从未间断,著述颇丰,成果迭出。这对一名从事司法实践工作的检察官来说,没有一种强烈的为解决问题而进行理论探索的精神是难以办到的。为了系统地学习和研究,他不顾工作繁忙,于1997年开始攻读博士学位,并提前以优秀论文的答辩评价获得博士学位,而后,又顺利完成在博士后流动站的研究工作。作者从参加工作到现在,始终把关注检察实际问题的解决作为自己的一种责任,从研究题目的选择到理论方法的采纳,从逻辑出发点的确定,到价值判断的根据,无一不是从我国检察实际出发而做出的。他所关注的首要问题是“实际地解决问题,实质性地推进中

国的法治”。从这部40多万字的著述中,可以清楚地看到,在他所有的学术成果中,都是紧紧围绕司法实际和检察工作进行选题,即使是在学术性要求很高的博士学位论文和博士后流动站研究报告的选题上,他也仍然是如此。这种对自己所从事的工作的热爱和对理论的执著追求精神,是十分难能可贵的。一个人写几篇文章并不难,难的是始终保持旺盛的学习习惯,甚至把研究和思考问题作为工作和生活的主要方式,这才是艰难的。在作者理论研究的道路上,深深地刻下了从实际出发并为解决实际问题而刻苦学习的足迹。正如作者在《新中国检察理论研究回眸》中提出的:“检察理论研究要始终坚持并贯彻理论与实际相结合的原则。检察制度建设及检察机关的司法活动,具有很强的实践性。要形成对这些实践有益的理论,就必须从实际出发,探索其存续和发展的规律。如果脱离实践研究理论,不仅不能正确指导检察实践,反而有害于检察实践。因此,检察理论研究要走从实践中来到实践中去的道路,才能获得对实践有现实和长远指导意义的成果。”

内容丰富,多有创见,这是本书的又一特点。本书以理念、制度与改革为主线,涉及了检察理论研究的主要方面,从宏观的检察理念到制度层面的改革,从检察基础理论到检察制度包含的具体内容,从外国检察制度研究评述到我国检察制度的实践等,涵盖了检察理论与制度的主要方面。作者秉承现代法治原则的基本理念,在检察理论研究的学理层面上不断地开掘,丰富了检察理论的人文底蕴和精神素养。对检察制度有关问题的研究,提出了具有创见性的观点。例如作者在80年代末提出的“职务犯罪”和“职务犯罪监督”的概念及相关理论,在检察理论研究中是具有开创性和基础性的,奠定了检察官对于职务犯罪具有侦查权的理论基础,如今“职务犯罪”这一概念已被法学界

普遍接受并使用。

作者研究思路上的全局性、开放性和“多路径”性，显示了方法论上的突出特点。作者视野开阔。在研究检察理论过程中，他并没有简单地囿于检察制度以及刑事法律制度本身，做基于现有法律规定的注释法学研究，而是把检察制度放在中国推进依法治国进程的全局中思考，放在“检审并立”、“一府两院”的宪政体制中研究，从历史和现实的角度进行深入地理性思辨和剖析。而且，总能根据研究题目的不同特点，采取相应的研究方法，但是“多路径”的研究进路却是其不变的基本追求，每遇研究题目，都能从部门法学、法哲学、社会学、政治学、历史学以及比较法学的角度切入，体现了作者扎实而深厚的理论素养和研究问题的能力。

作者是一位富有实践经验的检察官，也是一位颇为重视理论追求和具有较好理论素养的学者。我作为作者攻读博士学位阶段的指导老师，为他在理论研究上取得的成就感到由衷的欣慰。这部著作反映了作者从事检察工作20年以来各个阶段的主要成果。20年的检察官生涯，不仅意味着20年艰辛具体的检察实践工作，而且伴随着作者在检察理论领域里勤奋耕耘、孜孜以求的思索，表现着致力于逐步发展、完善我国检察制度，实现社会主义法治的宏愿和心力。实现法治是伟大的目标和长远的进程，在这个进程中需要有科学的理论作指导，但更需要理性和踏实的作风。我希望并相信作者能够永远保持这种学风和作风，坚定不移地走理论与实践相结合之路，为人民做出新的贡献。

2004年2月于北京

序 二

信春鹰

法学教授、博士生导师
全国人大常委会委员

检察制度及其改革是我们这个时代的一个大题目。它摆在每一个关心国家的法治和人权的思想者面前。本书的作者就是这样一个思想者。读者面前的这本书集中汇集了作者对这个问题的深刻思考。

新中国的检察制度是在上个世纪 50 年代建立起来的。共和国成立之初,检察体制的设置主要参考了苏联模式。在列宁的检察机关是“共和国的第三只眼睛”的思想的指导下,检察机关不仅担负着监督百官的使命,而且要成为人民共和国的“刀把子”。检察机关除了检察反动分子的案件,违法乱纪、侵犯人权的案件,损害公共财产和经济建设的案件,贪污案件,还特别检察破坏土改及土改中的违法案件等,承载着重要的政治使命。1954 年宪法颁布以后,检察机关依照宪法规定,最高人民检察院对于国务院所属各部门、地方各级国家机关、国家机关工作人员和公民是否遵守法律,行使检察权;地方各级人民检察院和专门人民检察院,依照法律规定的范围行使检察权。为了履行自己的政治和法律职责,各级检察机关配合党和国家的中心任务,为

保障过渡时期的总任务的实现做出了重要贡献。

“文化大革命”十年，公、检、法等执法司法机关被砸烂，但真正被撤销的是检察机关。这一事实被 1975 年宪法所确认。1975 年之后，我国检察机关的职权由各级公安机关行使。直到现在，人们对没有检察机关的时代社会秩序和公民权利被蹂躏、践踏的状态，仍然记忆犹新。“文化大革命”结束以后，特别是 1982 年宪法颁布以后，随着我国社会主义民主和法制建设的加强，人民检察院的作用得到恢复。在职务犯罪侦查、批捕起诉、对诉讼活动进行监督等方面都发挥了职能机关的作用。与其他国家的检察机关不同，在立法方面，我国宪法和人民检察院组织法赋予检察机关的职责边界很广，但在实践中，检察机关的职能作用并没有充分和完整地发挥出来。如何从宪法定位来设计检察制度并在现实中达到设计要求，是至今仍未解决好的问题，也正是司法改革中需要解决的问题。正因为如此，本书探索的内容既有理论意义，也具有现实意义。

上个世纪 80 年代以来，法制改革成为国家的主流话语。法院和检察院既是改革的主体，也是改革的客体。对于法院和法官，不管普通法系还是大陆法系，人们都有一个理想模式，法院是社会纠纷裁决机构，由此根本性质所决定，法院在组织上应该独立，其工作方式的特点是中立、独立、公正、公开、专业、程序、终局。而对于检察院，各国情况不同，检察院的设置和职能相差甚远。我国的检察制度有自己独特的历史和特征。所以，一方面我们有一套检察制度和体系，担负着重要的职能和使命，另一方面，行政特征很强的检察机关在监督范围、性质、方式等问题上都需要进行全面系统的理论论证。在加强社会主义法治已经载入宪法，成为治国方略的新世纪，检察制度在国家政治和司法方面如何定位应当逐步达成理论上的共识。

现在对检察改革的意见大体可以分成三类。第一类主张通过改革,改变检察机关的法律监督性质,建立国家公诉人制度。第二类主张把现在检察机关的权力进行分解,属于侦查的给警察部门,属于行政监督的给行政监察部门。分解后的检察机关,也就是公诉机关。所以,前两类理论殊途同归。第三类主张全面落实检察机关的宪法和组织法地位,建立系统有效的法律监督系统。每一种主张都有自己的理论基础。遗憾的是,这些理论主张似乎是不兼容的。学者可能更关注检察机关的一般规律和普遍实践,检察官可能更关注本土资源和中国国情。每次检察改革研讨会都争论不休,最后各执己见而归。

本书作者对这个问题的研究有独特的优势。一方面,多年的检察实务,对现实问题的深刻了解,使作者不会盲目地接受任何一种舶来学说;另一方面,坚实的理论研究和知识积累又使得作者对检察制度实践存在的问题保持清醒。本书的结构和内容就表现了这一点。第一部分和第二部分是对宏观问题的思考和建议。其中有些是作者博士后论文的内容,作为指导教师之一,我清晰地记得他撰写过程中所倾注的心血和感情。对林钰雄的《检察官论》的评介,表现了作者对《检察官论》一书某些观点的深深共鸣。

本书的第二、三、四、五、六部分是就检察实务中的逮捕、职务犯罪与职务犯罪监督、公诉和检察官管理制度的研究和改革建议。每一个部分的内容都很丰富,也很专业。

这是一本用心写的书。在出版物泛滥的今天,言之有物已属不易。言之有物,并且怀着感情和信念,是这本书最突出的特点。我相信本书会对正在进行中的检察改革产生积极的影响。从作者的睿智思考中,每个读了本书的人都会获益匪浅。

2004年2月

目 录

序一	王 牧 (1)
序二	信春鹰 (1)
第一部分 检察制度与中国的检察改革	(1)
第一节 检察改革的背景分析	(3)
第二节 检察制度的合理性与必然性	(45)
第三节 关于检察制度改革的建议	(129)
第二部分 维护司法的公平和正义是检察官的基本追求 ——《检察官论》评介	(181)
第三部分 逮捕的本质与原则	(269)
第一节 逮捕制度的产生与发展	(271)
第二节 逮捕的概念与本质	(287)
第三节 逮捕的原则	(318)
第四节 逮捕与人权保障	(330)
第五节 完善我国逮捕制度的建议	(357)
第四部分 职务犯罪与职务犯罪监督 ——检察机关职务犯罪侦查的本质及其 合理性	(367)
第一节 职务犯罪的概念与特点	(369)
第二节 职务犯罪监督论	(400)
第五部分 公诉与法律监督	(417)

第六部分 中国检察官管理制度研究 (451)

附录 1:

一、关于中国检察制度的讨论 (490)

二、关于检察机关职务犯罪侦查的讨论 (509)

三、新中国检察理论研究回眸 (546)

附录 2:

作者主要著作论文索引 (553)

后记 (557)

第一部分

检察制度 与 中国的检察改革*

* 此文为作者 2003 年在中国社会科学院完成的博士后研究报告，全文 15 万字。其中的主要观点以《中国的检察改革》为题目发表于《法学研究》2003 年第 6 期（3 万字）。

第一节 检察改革的背景分析

持续性的社会变迁,是20世纪的显著特征之一。在经济全球化发展、科学技术不断进步、交通和通讯进一步发达、信息增大并迅猛传播的同时,社会发生了动态的、多样化的制度变迁。这一发展趋势对法律体系和法律制度的发展产生了深刻的影响,也引发了一系列的法制改革。分别在日本、俄罗斯、英国、意大利等国进行的法制和司法改革正是这个过程的体现。这种应变能力被认为是现代法治的一个基本特征。^{〔1〕}21世纪的中国法制面临着同样的发展过程。

始于20世纪80年代初,起步于农村包产到户,继而迅速扩展到城市及所有经济、社会领域的中国改革,促成了中国重大的社会变迁。如何认识和看待这种社会变迁,以及由此给法制发展带来的影响,是当今中国法学研究的重要课题,也是我们研究和把握检察改革以及司法改革方向的前提。作为现代法制的重要组成部分,检察制度的功能定位、功能实现以及检察改革,都是在社会变迁中实现的。应当看到,检察制度的发展受到三个方面的制约,即社会变迁趋势、宪政实践发展以及检察制度自身变革的状况。这三个方面几乎构成了检察制度、检察改革的发

〔1〕 季卫东著:《宪政新论——全球化时代的法与社会变迁》,北京大学出版社2002年第1版,第116页。

展坐标,任何改革和设想都受到这三个方面的推动与限制。所以,研究中国社会变迁对于法制包括检察制度的影响、研究检察制度在中国宪政发展中的动态定位,总结检察改革的得失与积淀,将有助于推进检察改革。

一、法与社会变迁

社会变迁与法制发展的关系是社会科学特别是法学研究十分关注的。关于法与社会变迁的关系,有抽象的和动态的两种思考方式。抽象的理解体现在对法的定义方面。对于什么是法,古今中外有各种各样的定义,可以分为马克思主义的定义和非马克思主义的定义两种。非马克思主义的定义多是在人性或人类精神世界或权力意志中找寻法的本源,如认为法是规则、命令;法是神意或理性;法是正义的工具、社会控制形式等等。马克思主义的定义则更注重从法之外寻找法的本源。我国学界权威的观点认为,前苏联在 20 世纪 30 年代提出的法的定义是一个马克思主义的定义:“法是经国家政权制定或认可的,反映统治阶级意志的,而由国家的强制力保证其适用的行为规则(规范)的总和,其目的在于保护、巩固并发展有利于适合统治阶级的社会关系和社会秩序。”在此基础上,我国学者于 1982 年提出了更完善的法的定义:“法是由一定的物质生活条件决定的统治阶级意志的体现,它是由国家制定或认可并由国家强制力保证实施的规范体系,它通过对人们的权利和义务的规定,确认、保护和发展有利于统治阶级的社会关系和社会秩序。”学界同时指出,由于揭示了法与统治阶级、国家、社会物质生活条件的必然联系,揭示了法与阶级统治相关的目的、作用和价值以及法的主体内容和调整机制,马克思主义法的定义引起了法学理论的根本变革。^{〔1〕} 上述定义和思考角度的区别,反

〔1〕 以上参见张文显著:《法哲学范畴研究》(修订版),中国政法大学出版社 2001 年版,第 25—33 页。

映出马克思主义理论从制度层面关注法与社会经济生活的关系,而非马克思主义对于法的内容和精神的理性思考更为关注。经济基础决定上层建筑,国家与法律制度必须与生产力和生产关系的发展相适应是马克思主义唯物史观的核心内容。我国法学界一向接受这种观念,但是,这种唯物主义的法治观也是值得反思的:它在强调法的阶级性和改造社会的工具价值方面反映出的意识形态特色或者说主观色彩更明显一些,而对于社会学研究方法的价值相对忽略了。这一点,无论是在理论创设之初,还是其实践发展过程中都有所体现。如,20世纪60年代前苏联对维辛斯基的法的定义曾经进行过质疑和批判,其所受到的批评之一就是指出他没有强调经济制度对法的制约性。^{〔1〕}而在前苏联解体时采取大规模的法制重建来规制社会转型,以及近年来中国在强调依法治国过程中体现出的“治法”而不是“法治”倾向都是很好的说明。而持另一种法律观的国家,法律的运作更注重具体化,注重具体的判例,法制的改革也往往是微观的改革,少有大规模的建设,如英国、日本的司法改革。

另一方面,随着法社会学的兴起,法与社会变迁的关系得到了动态的研究。作为法与社会变迁研究的先驱者—弗里德曼教授曾经提出如下命题:相对于社会变迁而言,法既是反应装置又是推动装置;并且指出,在这两种功能中,尽管法对于社会的被动反应得到了更普遍的认知,但法对社会的积极推动作用正逐步加强。^{〔2〕}这种观点应用到我们的法律传统当中,其启示恐怕更在于前者,即我们更应当关注法对于社会的被动反应方

〔1〕 以上参见张文显著:《法哲学范畴研究》(修订版),中国政法大学出版社2001年版,第31页。

〔2〕 转引自季卫东著:《宪政新论——全球化时代的法与社会变迁》,北京大学出版社2002年版,第117页。