

ZHONGGUO JINDAI
JIANCHAQUANZHIDUYANJIU

中国近代 检察权制度研究

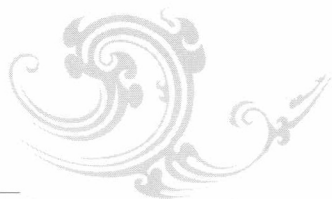


刘清生◎著

湘潭大学出版社

ZHONGGUO JINDAI
JIANCHAQUANZHIDUYANJIU

中国近代 检察权制度研究



刘清生◎著

湘潭大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国近代检察权制度研究 / 刘清生著. —湘潭: 湘潭大学出版社, 2010.4

ISBN 978-7-81128-181-1

I. ①中… II. ①刘… III. ①检察机关—司法制度—研究—中国—近代 IV. ①D926.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 059604 号

中国近代检察权制度研究

刘清生 著

责任编辑: 黎 毅

封面设计: 黄 敏

出版发行: 湘潭大学出版社

社 址: 湖南省湘潭市 湘潭大学出版大楼

电话(传真): 0731-58298966 邮编: 411105

网 址: <http://xtup.xtu.edu.cn>

印 刷: 长沙瑞和印务有限公司

经 销: 湖南省新华书店

开 本: 880×1230 1/32

印 张: 10.75

字 数: 269 千字

版 次: 2010 年 4 月第 1 版 2010 年 4 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 978-7-81128-181-1

定 价: 25.00 元

(版权所有 严禁翻印)

序 言

近代检察制度肇始于西方，现已成为法治国家不可或缺的司法制度之一。检察制度的内容侧重于刑事诉讼，其制度价值主要在于废除欧洲中世纪以来的刑事诉讼纠问制度，确立刑事诉讼的权力分立原则，使检察官作为法律守护人，能够保护被告人既免于警察之恣意，又免于法官之擅断。其实，刑事诉讼中的犯罪嫌疑人、被告人和刑事罪犯，永远都只是一个国家或社会中极少数的特殊群体，并不会决定国家或社会的前途和未来。然而，任何一项公共制度的先进性和生命力，均在于它对人文的深切关注。刑事诉讼制度，不但要保护社会中的守法者和无辜者免受刑事追究，亦应关注可能或已经受到刑事追究的犯罪嫌疑人、被告人以及刑事犯之合法权益的保护，因为每一个人的合法权益（不管其身份如何）都是国家与法律关切的对象，也应当是我们每一个人尊重的价值，善待他人就是关爱自己，而唤醒罪犯之人性与良知的乃是人道与善待，而非严酷的刑罚。这是人类自我认识的升华。因此，检察官当以追求真实与正义为职业目标，追诉狂热将减损其效用和威信，公正合宜的刑罚才最符合国家利益和人道价值。

检察制度引入我国始于清末。其时，封建专制在内忧外患的双重压迫下开始全面转型，而西方的司法理念和制度之输入，对延续数千年的古代法律制度和司法体制造成强大冲击，并推动着司法制度进行全面变革。正是在这一背景下，检察制度传入中

国。检察制度的确立，意味着国家法制的发展进入了新的阶段，意味着国家权力的重新划分、配置和整合。作为限制警察权力和法官权力的专属权力，检察权的诞生昭示着国家权力和个人关系的变化，其目的在于限制国家权力，保护社会权利。这与我国古代的御史监察之制颇为不同。御史制度中纠举官吏犯罪、监督审判权、独立行使职权等内容，与清末以降我国的检察制度具有一定的文化渊源关系，但其职权中的行政监察与司法弹劾不分、指控与审判不分等，又与近代意义上的检察制度有着本质的区别。

应当说，清末检察制度的诞生，是与当时社会之政治、经济、文化等各方面需要相适应的，但总体而言，其间的外部移植远远多于内部生成。也因此，此后直至新中国成立，检察制度在我国的发展经历了曲折的变革创新过程。其中，在许多方面可见传统政治观念和司法制度的印记，而在这一制度逐步完善和健全的同时，其制度外观亦不断出现一些大的变化。但是，近代法治文明所蕴含的自由、平等、人权等价值精神，始终是包括检察制度在内的司法制度前进的方向。从这个意义上讲，这一时期检察制度的近代化依然是有成效的。

在理论层面，对一项制度的研究可以从多个维度、视角和侧面进行，由此才形成不同的学术风格和理论特色。本书在探究中国近代之检察权时，没有将重点放在检察制度发展历程的描述和相关法律文本的解读上，而是将检察制度置于刑事司法的大系统之中进行分析，依此来阐述我国近代检察制度的引入背景、发展脉络，挖掘检察官与刑事警察、法院法官、监狱官吏以及律师之间的职责分工和相互关系以及检察权制度顺利运行所涉及的内部监督管理关系和外部行政保障制度。作者特别着重阐释了检察权的权能配置，并在此基础上，通过对司法个案的实证分析，剖析侦查权、起诉权、审判监督权、刑罚执行监督权等具体检察权能的实际运行程序及其在处理司法个案中的实际运作，大大深化了

对检察权在刑事司法实践中的制度价值和制度功能的认知。

刘清生是我在湘大法学院指导的博士生，本书系根据其博士学位论文修改而成。清生君长期从事司法实务工作，对司法机关特别是检察机关的运行机制了解颇深，这在其行文之中多有明显反映。作为一名检察实务工作者，能够集中精力、沉下心来进行一项史实性的研究，颇为不易。尤其是书中所引 30 多个相关案例，均由原始档案中挖掘整理出来，让人深感其资料收集之苦，更是殊为难得。当然，本书仍有其不足之处，比如没有进行相关的制度比较（特别是对日本检察制度与近代中国检察制度的相似或相异之处本应有专门的比较分析），亦未能对近代中国的有关司法统计数据进行深入分析以反映当时检察制度运行的实际效果，等等。诸多缺憾，望在今后的不断努力中弥补之。

是为序。

胡旭晟*

2010 年 4 月 5 日

* 胡旭晟，法学博士，全国政协委员，湖南省社会主义学院院长，湖南省法学会副会长，中南大学及湘潭大学法学院教授、博士生导师。

目 录

导论

一、研究背景及选题依据·····	1
二、以往主要研究成果综述与本书的研究素材·····	5
（一）以往主要研究成果综述·····	5
（二）本书研究所使用的资料·····	7
三、基本结构与研究视角和研究方法·····	9
（一）基本结构·····	9
（二）研究视角·····	11
（三）研究方法·····	12
四、创新性研究成果·····	14

第一章 检察权制度引入的社会文化背景与模式选择

一、社会文化背景·····	15
（一）社会政治背景·····	16
（二）诉讼文化背景·····	18
二、中国近代检察权制度的引入·····	26
（一）中西诉讼制度的直观对比·····	26
（二）对西方检察制度的心理认同·····	30
（三）选择检察制度的参考样态·····	33

第二章 检察权配置的制度建构

一、清末检察权制度的法制初创·····	41
---------------------	----

(一) 制度雏形与天津试验	41
(二) 权能逐步明晰与检察一体机制的确立	44
(三) 检察权能和检察一体机制的进一步完善	47
二、民国初期检察权立法的发展与变化	50
(一) 清末检察权制度的暂时沿用	50
(二) 检察权制度的调整与规范	52
三、南京国民政府时期检察权配置	59
(一) 普通刑事诉讼中检察制度的重大变化	59
(二) 特种刑事诉讼中的检察权配置	61
(三) 军事刑事诉讼中的检察权配置	63

第三章 检察侦查权的权能与实践

一、检察侦查权的确立与制度规范	67
(一) 清末检察侦查权制度	67
(二) 北洋政府时期检察侦查权能的 进一步强化	69
(三) 南京国民政府时期检察侦查权能的 进一步规范	71
二、检察侦查权行使主体	76
(一) 清末与民国初期的侦查机构	76
(二) 南京国民政府时期的侦查机构	77
三、检察侦查行为规范	78
(一) 侦查基本原则	79
(二) 侦查程序提起	80
(三) 侦查行为实施	81
(四) 侦查中的人权保障	83
四、检察侦查权的主要特点	86
(一) 侦查主体的宽泛性	86
(二) 侦查程序的多样性	89

第四章 检察公诉权的权能与实践

- 一、公诉制度的引入与立法规范 92
 - (一) 公诉制度的引入 92
 - (二) 检察公诉权的立法规范 96
- 二、提起公诉和实行公诉 99
 - (一) 提起公诉 99
 - (二) 实行公诉 109
- 三、担当自诉和协助自诉 122
 - (一) 检察官担当自诉的角色 123
 - (二) 检察官协助自诉的职责承担 128

第五章 检察监督权的权能与实践

- 一、审判监督权 132
 - (一) 审判监督权的确立 132
 - (二) 审判监督权的履行方式 133
- 二、监所监督权 137
 - (一) 监、所分立与监所监督的确立 137
 - (二) 监所监督的工作重点 142
 - (三) 履行监所监督权的主要方法 145
- 三、刑事裁判执行监督权 150
 - (一) 刑事裁判执行监督权概述 150
 - (二) 指挥监督刑罚执行的内容与方法 151

第六章 地方司法制度及特别诉讼程序中检察权配置与实践

- 一、行政兼理司法制度中检察权配置及其实践 161
 - (一) 政审合一制度的法文化渊源 161
 - (二) 行政兼理司法模式与检察权运行 163
 - (三) 地方司法制度检察职能实践 166
- 二、预审程序中检察权配置及其实践 172

(一) 预审程序的法律性质	172
(二) 法院预审中的检察权	173
(三) 检察官主持预审及其调整	175
(四) 预审并入检察侦查程序	178
三、特别诉讼程序中检察权配置及其实践	180
(一) 简易程序: 检察官声请以命令处刑	180
(二) 覆判程序: 案件由检察官 附具意见并转送	183

第七章 检察权运行实践中的重要关系

一、检察机关内部的上下一体关系	186
(一) 检察机关的层级设置	187
(二) 检察人员职位的层级配置	189
(三) 检察一体机制中的内部监督权	195
(四) 检察一体机制中内部监督的主要特征	197
二、检察权运行实践中的重要外部关系	199
(一) 从辅助到独立的检审关系	199
(二) 以指挥和命令为内容的检警调度关系	203
(三) 以监督与扶助为主要特色的检律关系	209

第八章 检察权制度运行的内部行政保障

一、检察管理制度	219
(一) 处务规则制定的依据与效力	220
(二) 处务管理的各项具体制度	221
(三) 职员职责分工	224
(四) 工作机构设置	227
(五) 簿记制度	228
二、检察官考评制度	230
(一) 办案业绩考核	230

(二) 全面情况考核	232
三、检察官教育培训制度	237
(一) 检察官任职前培训	238
(二) 现任检察官在职培训	243
四、检察官惩戒制度	244
(一) 职业规范与行为准则	245
(二) 检察官惩戒条规及案例	249
第九章 新民主主义革命时期人民检察制度	
一、检察机构的建立与组织形式的演变	254
(一) 工农革命根据地时期检察机关	254
(二) 抗日战争时期检察机关	258
(三) 解放战争时期检察机关	261
二、检察职能的确定与内容的完善	262
(一) 土地革命战争时期检察职能	263
(二) 抗日战争时期检察职能	264
(三) 解放战争时期检察职能	266
三、检察理论的争议与制度走向	266
(一) 关于检察独立问题的争议	267
(二) 关于检察机关存废问题的争议	268
(三) 关于检察机关要不要受法院领导的争议	270
第十章 中国近代检察权制度及其实践的法文化分析	
一、当时社会语境的意义分析	274
(一) 在诉讼法制上的变革与进步	275
(二) 在诉讼构造上的调整与突破	276
(三) 在法律技术上的进步与超越	280
二、现代法治视角下的缺陷分析	283
(一) 法制变革存在与封建性因素的诸多妥协	284

(二) 制度定位存在不少模糊地带	285
(三) 权能配置存在有效性不足	288
(四) 外部条件存在不当干扰	291
三、对中国当代检察权制度的几点启示	293
(一) 诉讼文化的规范功能	294
(二) 诉讼构造的合理调整	296
(三) 落实检察官客观义务	297
(四) 完善检察一体机制	299
附 录	302
主要参考文献	321
后 记	329

导 论

一、研究背景及选题依据

近些年来，在我国学术界和实务界对检察权和法律监督权的认识存在较大争议。在这些争议中，对于“检察权”的概念分歧颇多。有学者认为，“检察”从词源上考察，本身就有检举、监察、督察的意思，检察权除了公诉的职能以外，还有监督的职能。作为一种执法活动，是根据法律的授权，对法律执行和遵守情况进行的监督。^①有的认为，检察权是依据国家宪法和法律规定，由人民检察院行使的对侦查机关、审判机关、执行机关的职能活动是否合法以及国家机关、人民团体、企业事业单位、国家工作人员和公民是否遵守法律实行法律监督的权力。^②有的认为，检察权就是“作为公益代表人所具有的一切权限”^③。与之相关联，学术界和实务界对检察权的司法权属性、法律监督权的性质、检察官客观义务等也进行了热烈的讨论，许多问题并没有达成共识。如我国检察权制度是否自古有之，学术界也存在争议。这主要涉及如何认识御史制度与检察制度的关系。有的认为，中国古代的御史制度、两大法系国家的检察制度以及前苏联

① 参见张穹：《当代检察机关的架构》，《检察日报》1999年5月29日第三版。

② 参见梁国庆：《中国检察业务教程》，中国检察出版社1999年版，第7页。

③ 金明焕：《比较检察制度概论》，中国检察出版社1993年版，第46页。

的检察制度，都为中国近代检察体制的引进提供了重要的文化、制度和思想渊源。^① 有的认为，清末引进西方检察制度之前，中国只有自己土生土长的御史制度，并没有近代意义上的检察制度，而我国古代御史的职权范围非常广泛，远远超出了现代意义上的检察权。^② 根据有关诉讼史的考证，“‘唐代侍御史掌纠举百僚，推鞠讼狱’，则说明御史有犯罪侦查权、起诉权和审判权。‘唐代殿中侍御史掌殿廷供奉之仪式’，‘监察御史掌分察百僚，巡按郡县……肃整朝仪，清时都察院掌国宪以整饬纪纲。凡政治得失，官方邪正，亦得掌之’。这表明御史有行政法纪监察之权。另外，唐代御史‘纠视刑、狱’，则说明御史还有刑事审判监督之权。因此，尽管在不同时期御史的具体职权可能并不完全相同，但以今天的眼光来分析，御史的职权主要包括了对官吏的行政法纪监察、侦查与检控犯罪、参与案件审理、受理申诉、监督纠正错误刑事裁判等多种重要职权，即有行政监察权、犯罪侦查权、起诉权、审判权及审判监督权。”^③ 这个观点代表了当代学界的主流意见。

应当说，中国古代御史制度中纠举官吏犯罪、监督审判权、独立行使职权等内容，与我国当代检察制度在诉讼文化上具有一定的文化渊源关系；但其职权中的行政监察与司法弹劾不分、指

① 参见孙谦：《中国检察制度论纲》，人民出版社2004年版，第1-5页。

② 参见王桂五：《中华人民共和国检察制度研究》（上），法律出版社1991年版，第15页。

③ 谢如程：《清末检察制度及其实践》，第12页，引自中国知网：《中国博士学位论文全文数据库》。

控与审判不分等，与近代意义上的检察制度有着本质区别。^① 我国近代意义上的检察制度源自清末司法改革。检察权的引入意味着国家法律制度的发展进入了新的阶段，意味着国家权力的重新划分、配置和整合。作为限制警察权力和法官权力的专属性权力，检察权的诞生昭示着国家权力和个人关系的变化，其目的是限制国家权力，保护社会成员的权利。自清末司法改革引入检察制度以来，检察权就成为我国司法制度中一项重要权能。然而学术界对其定义、属性、功能及产生的历史原因一直存在争论，直至现在，仍是我国司法改革研讨中理论分歧最大、权力属性认识最不统一、实务中又使人最为困惑的重大问题之一。新中国成立前后都发生过检察机关存废的争论，也都有过检察权由其他机关代行的历史，这都是对检察权宪法定位的模糊认识所造成的。检察权作为国家权力系统，特别是司法权中的重要组成部分，是构成不同法律传统的重要内容之一。通过梳理近代中国检察制度的发生、发展和演变，特别是检察权在刑事司法领域的实际运行情况，可以深化对检察权的法律属性、价值权衡、组织机构等基础理论的认识，为我国当代检察权的改革提供新的视角。这是本选题的理由和依据之一。

检察机关是国家机器的重要组成部分，检察权是重要的国家

^① 譬如，民国时期学者刘钟岳在其著作《法院组织法》中指出：“我国在清德宗（光绪皇帝）设检察厅以前，无所谓检察制度。史籍所载，虽谓侍御史职司纠举百僚，推鞠狱讼，监察御史掌分察百僚，巡按郡县纠司刑狱。但一方检罪犯，一方又审理罪犯，是检察与裁判之职责集于一身。与今日之检察官，不得兼审判官者，绝不相侔，故可谓我国往古无检察制度。”2006年台湾大学王泰生教授提出检察制度世纪回顾委托研究报告指出：“1906年的大理院审判编制法，创设了中国前所未有的检察制度，按检察制度源于欧陆。帝制中国史上秦汉之御史台、明清之都察院，其职责在于纠弹百官之不法，与欧陆职司检举一般犯罪的检察官不同。”相关梳理，参见张建伟：《几十年前争论的硝烟——检察百年感言（二）》，载《检察日报》2006年12月15日。

权力。当今世界大多数国家对审判权与审判制度有相对统一的认识,并采取了诸多相似的制度设计。但在检察制度领域,情况则远非如此。从世界范围来看,当代中西方检察制度存在较大差异,这进一步说明了检察制度研究的重要价值。

晚清到新中国成立前的法制发展历史,在中国法制史上具有相当重要的地位。以法制近代化作为研究课题的专著及论文相当可观。在这些研究成果中法典分析、法律制度的变迁、法律制度的移植、司法机构的设置及其法律职能、法律文化思想的探索等是主要的研究路径。然而结合案例对某一种具体司法权力的实际运行情况进行分析是相当重要而且日益提倡的研究方法,本书的主要研究旨趣就在于此。黄源盛先生认为:法典是法制的静态架构,审判记录则是法制的运作轨迹,研究成文法典只是一种“应然观察”(Law in book),但透过审视审判记录的具体个案事实、法官的推理论证及如何适用法律以形成裁判,则能够完成法制动静两态细节的“实然观察”(Law in action),以之为视角分析近代中国检察权制度,可以更加真切地认识这一时期的检察权制度的社会意义和法律价值。这是本选题的理由和依据之二。

当前我国学界关于检察制度的认识存在很大的意见分歧,研究检察制度在中国的起源及初步发展,对于客观评判当前有关检察制度的各种观点具有积极意义。在进一步创建和谐社会的今天,对于如何构建既能保障公民权利,又能打击刑事犯罪,促进社会稳定的检察制度,争议颇多。这一问题引起了决策机关的高度重视,在2005年4月召开的第六届全国检察理论研究年会上,时任最高人民检察院检察长贾春旺强调,要大力加强检察理论研究,研究解决关于检察权的有关问题,以回应学界关于中国检察制度的不同看法。这一要求在2006年第七届全国检察理论年会上得到重申,加强检察基础理论研究被作为一项重要工作。在2008年的第八届全国检察年会上,最高人民检察院朱孝清副检

察长强调，当年全国检察理论研究工作的任务是围绕发展和完善检察制度所要解决的突出问题和检察实践中遇到的热点难点问题展开检察理论研究。如何将检察制度实施中遇到的现实问题与其赖以构建的理论基础相联系，并提出解决问题的思路，是我作为法律工作者所面临的使命和挑战。而对近代中国检察权制度的研究，可以拓展分析和观察这一问题的历史视角。这是本选题的理由和依据之三。

二、以往主要研究成果综述与本书的研究素材

（一）以往主要研究成果综述

本选题属当前较为“冷门”选题，学界同仁关注不多。笔者搜集到的主要研究成果如下。

1. 与本文直接相关的检察制度和司法制度研究成果

新中国成立前后有关中国近代检察权的论文有《检察制度本源刍议》（张培田著，载《中国刑事法杂志》总第47期）、《检察制度在中国的形成》（张培田著，载《中国刑事法杂志》2001年第3期）、《中国司法制度的改造》（吴绂征著，载《东方杂志》第33卷第8号）、《中国司法制度改进之沿革》（张一鹏著，载1922年2月《法学季刊》第1卷第1期）、《二十五年来中国之司法》（王宠惠著，载1939年9月《中华法学杂志》第1卷第1期）、《司法制度的过去和将来》（李浩儒著，载《平等杂志》1931年第1卷第3期）、《中国古代检察制度》（刘陆民著，载1947年6月《法学月刊》第1期）、《检察制度论》（朱鸿达著，载1925年1月《法律季刊》第2卷第3期）、《检察制度存废论》（黎藩著，载1929年4月《法科月刊》第5期）、《新旧刑事诉讼法之比较》（高熙著，载1935年6月《宪