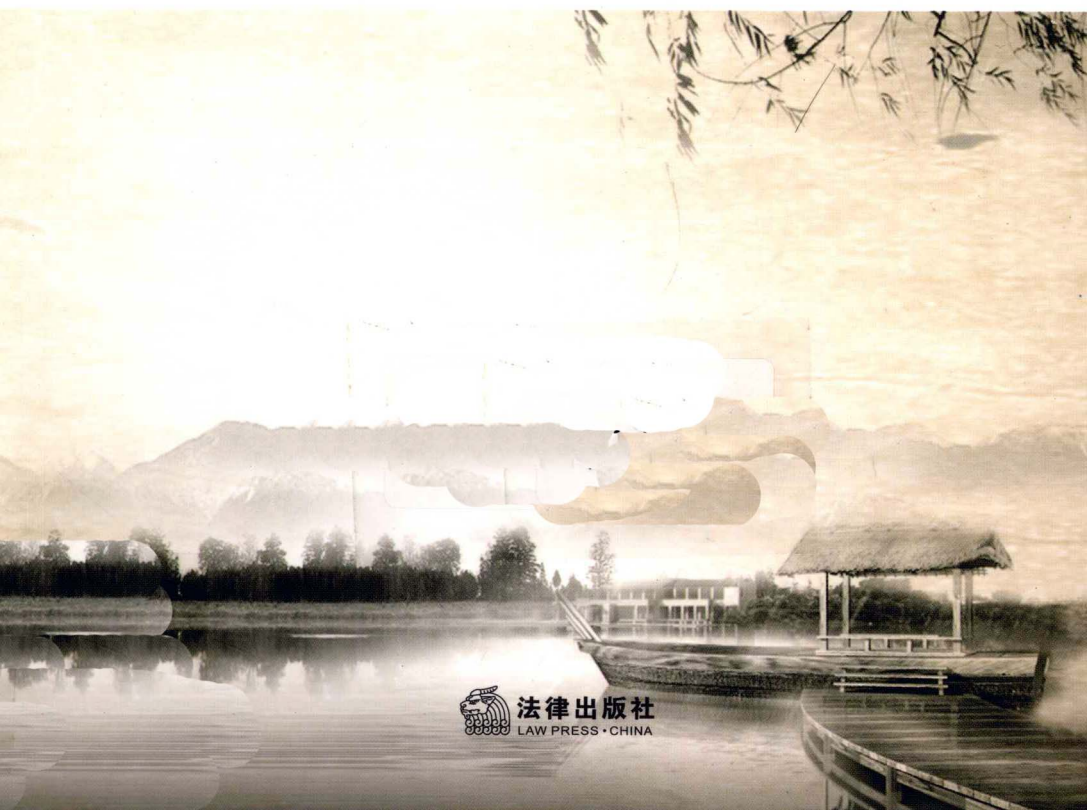


刘世天—著

法 边 斋 话



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

刘世天—著

法 边 备 话



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法边斋话 / 刘世天著. —北京:法律出版社,
2011.8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2395 - 3

I. ①法… II. ①刘… 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(2011)第 160227 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/杜智娜

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法律出版社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/世纪千禧印刷(北京)有限公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/8.625 字数/246 千

版本/2011 年 10 月 1 版

印次/2011 年 10 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2395 - 3

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

谨以此书献给人民检察制度
创立八十周年

❖ 自 序

用何种视角和方法来展开法学研究,这是见仁见智的话题。谈及这一话题,会使我时常想到被称为社会学三大宗师的卡尔·马克思、埃米尔·涂尔干和马克斯·韦伯。^①

三人中最为中国普罗大众熟知的当属马克思,他早年受过正规的法律教育,本来可以子承父业,成为一名优秀的法律家或法学家,但他并不满足于这种职业角色,遂放弃了法学而从事哲学、经济学和历史学的研究,然后从多角度观察和分析法律。在他看来,把眼光仅仅局限于法律本身,无法探明法律背后的社会力量,无法理清法律与经济、政治和文化的纷繁关系,无法揭示法律所表达的真实意志,从而无法把握法律的真正本质。

年少马克思四旬、年长韦伯六岁的涂尔干,1858年出生于法国,中学毕业进入巴黎高等师范学院学习法律,后在巴黎潜心研究社会科学,并在赴德国受教于实验心理学创始人冯特一年后回国,被教育部部长委任为教授,在大学首次开设社会学专业课程。1893年他提

^① 对马克思、涂尔干、韦伯的社会学观点的系统介绍和比较,可参阅[英]安东尼·吉登斯:《资本主义与现代社会理论:对马克思、涂尔干和韦伯著作的分析》,郭忠华、潘华凌译,上海译文出版社2007年版。

交的博士论文《社会分工论》通过答辩,尽管论文依然传承了法学研究的一些方法,但由于详细阐述了“社会团结”、“功能”和“集体意识”等基本概念,从而奠定了涂尔干社会学思想的最初基础。

韦伯亦先是研读法律,参加并通过了初级律师资格考试,后获得法学博士学位。韦伯深为自己祖国的命运而忧心,而他发现德国所面临的现实问题在法学研究的传统范式中无法得到解决,继而转向了经济学,后来在经济社会学、宗教社会学、政治社会学和法律社会学等方面进行了开创性的研究。因对资本主义发展方向的洞察和对现代社会根本特性的准确分析,使他的理论至今仍然具有旺盛的生命力。

尽管马克思、涂尔干和韦伯放弃了“纯粹的”或“内部视角”的法学研究方法,但法律却始终构成三人思想中的一个重要问题域。应当说他们的学术贡献都是起步于对传统法学的研究方法乃至对法律职业本身的批判性反思。通过把法律纳入社会理论的分析架构中,大师们揭示了法律与人类社会生活之间的复杂关系。

关于中国的学术研究,梁治平曾评价道:“长期以来,由于学科划分和专业化的缘故,……大抵‘国家’在政治学,‘市场’在经济学,‘社会’在社会学,‘法律’则不出法学,‘发展’被归在经济范畴,‘宪政’研究则被局限在规范宪法学的界域之内。不同学科之间绝少往来,更少思想的激荡、视阈的融合,由此造成的思想贫弱和理论匮乏,使我们面对一系列累积而成的极具挑战性的问题时无法提供理论上

健全而有力的回应。要逐渐改变这种局面……”^①个人不自量力,亦在为“改变这种局面”而努力着。

本书收录的文章,虽各自成篇,但相互之间还是有逻辑联系的。通过法律、司法、检察的理论文本和生动实践,用跨学科的研究方法,将其自身的内在立场问题揭示出来,注重问题的渐次展开和意思的层层递进。

关于检察(官)制度,从中国古代有否检察制度到检察官的角色定位、检察机关的领导体制与检察官的主体性间的关系,用历史和比较等方法,抽丝剥茧之后,逐步显露出制度移植与制度传承间的繁复景象,检察官的追诉人与法律守夜者双重角色间的内生紧张关系,检察一体化与检察官独立间的吊诡之处。

从中国检察机关独特的宪法定位出发,讨论了其可否当为法律监督者、法律监督是否消解审判权威、谁来监督法律监督者等问题,尝试分析梳理国家权力制约的结构形式和运行方式的多样化和差异性,表明司法权威得以实现的制度架构和路径选择并未见得要如出一辙,解决监督者的恣意和妄为也远非理想化设计下线性逻辑推演得那般简单。

社会变迁势必引发法律的变迁。在法治化进程中,检察制度同样面临着挑战和危机。为此,本书提出检察(法律监督)转型的概念,并从精神构造—理念转型和实体构造—制度重构两个方面,意图表达在社会转型中实现检察(法律监督)的转型。

^① 梁治平编:《国家、市场、社会:当代中国的法律与发展》,中国政法大学出版社2006年版,编者前言部分。

书中的后几篇文章,表面上看似指向时下的热点、焦点,但实际上与上述文章是一脉相承的。如在探讨司法何以能动时,讨论的重心在于——中国式司法的结果是很难预测的,如此混沌的情境,无论是对于当事人,还是法官,都是一种风险、一份重负。

提出带有批判性的知识问题,给出一个暂时的结论或建议,这只是行文的目的之一,更多的还在于开放出新的问题,或者是问题束。“对于知识理解来说,新问题的呈现,又是重要的,在法律领域这可能是更有启发性的”。“而准确地说,这不会影响法治(法制)建设的向前推进,恰恰是为了其更为健康的推进”。^①

书中收录的主要是个人 2004 年以来由内刊收录或未公开发表的文章,至于体例和风格上的相对一致性,不是出版时刻意的改造,而是写作过程中自然的延承。

愚人家中书房陋名“法边斋”,平素闲暇时在其间敲打电脑键盘,产出的法边馥墨,汇集起来实为“法边斋话”。

^① 刘星:《有产阶级的法律》,北京大学出版社 2007 年版,前言部分。

❖ 目 录

中国古代有检察制度吗？ / 1
中国检察官的双重角色 / 8
检察官的客观性义务？ / 15
检察一体化与检察官独立： 难解的“哥顿神结”？ / 23
检察院可否作为法律监督机关？ / 31
法律监督是否消解审判权威？ / 40
谁来监督监督者？ / 51
检察理念论要 ——从佘祥林案件说起 / 58
社会学视域内的法律监督转型 / 113
司法改革，谁主沉浮？ / 153
司法改革的蓝图如何绘就？ / 160
司法改革同样需要“小岗村”？ / 166
司法何以能动？ ——再读季卫东教授《中国司法的思维方式及其文 化特征》一文偶拾 / 173

新媒体时代的司法与民意

——以药家鑫杀人案为例 / 181

“斑马线”上的法治 / 189

“躲猫猫”事件何以频发？ / 194

反腐之路在何方？ / 201

贪官可否免死？ / 206

最后一个流氓的归宿 / 213

强制拆迁：公务化暴力 / 220

参考文献 / 234

中国古代有检察制度吗？

尽管这是很难完成但也需尽力去做的事情：对固有的知识和制度，应当回到那一时期去，对本来的情形有充分的了解，追寻其变化发展的渊源脉络，以免受后来完善化、体系化观念的影响。^①

人们对某一现象或范畴进行研究和探索，经常要做的一件事情就是对这一现象或范畴追根溯源，进行历史考察。列宁曾经说过：“最可靠、最必须、最重要的就是不要忘记基本的历史联系，考察每一个问题都要看某种现象在历史上怎么产生，在发展中经历了哪些主要阶段，并根据它们这种发展去考察这一事物现在是怎样的。”^②中国古代是否有检察制度？这是长期以来争论不休的一个问题。从文献记载来看，存在截然不同的两种观点。肯定说多体现在检察教科书和检察史研究文献中，否定说在学术界居多。

肯定说的理由大体如下：中国古代御史制度就是检察制度，与大

① 桑兵：《近代中国的知识与制度转型解说》（“近代中国的知识与制度转型丛书”总序），可参见赵立彬：《民族立场与现代追求：20世纪20—40年代的全盘西化思潮》，生活·读书·新知三联书店2005年版，第9～10页。

② 《列宁全集》（第4卷），人民出版社1972年版，第43页。

陆法系各国的检察制度具有相同的职务性质,只是组织形式不同。其一,机关为以纠弹非违为职务的法司,官员系以纠弹非违为职务的法官。其二,御史职务的范围,既非限定纠弹官吏的不法,而命盗重辟,且必须参加会审与会覆;其行使职务的形态,又系审检对立,略无混淆。其三,检察权与军权、政权鼎立,构成了中国古代政治上的三权分立式,中华法系产生的检察制度在政治组织中的地位雄踞,远非英美大陆各法系国家所产生的检察制度所能及。^①不能纠缠于狭义检察制度的概念,不能因为古代一般不用“检察”这个法律用语,就模糊古代国家的检察职能。^②

否定说的观点主要包括:在人类法治文明的历史发展中,检察制度与警察制度和审判制度相比,是产生较晚的一种法律制度。民国时期刘钟岳言:“我国在清德宗(光绪皇帝)设检察厅以前,无所谓检察制度。史乘所载,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。”^③台湾大学王泰升教授亦有类似观点: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。帝制中国史上秦汉之御史台、明清之都察院,其职责在于纠

^① 刘陆民:“中国古代检察制度”,载何勤华、李秀清主编:《民国法学论文精萃(诉讼法律篇)》(第5卷),法律出版社2004年版,第491页以下。

^② 王桂五主编:《中华人民共和国检察制度研究》,中国检察出版社2008年版,第15页以下;曾宪义主编:《检察制度史略》,中国检察出版社2008年版,“编者的话”部分。

^③ 转引自最高人民检察院研究室编:《中国检察制度史料汇编》,1987年内部印行,第18页。

弹百官之不法，与大陆职司检举一般犯罪的检察官不同。^①

从历史学角度来看，检察制度是社会发展到某一个阶段的产物。法国的检察制度，有的将其源头界定于14世纪国王代理人 and 国王律师两种古老的司法职业制度，有的界定于18世纪末的大革命时期；英国的检察制度，可否溯及14世纪的国王代理人，抑或是15世纪的总检察长；俄罗斯的检察制度，能否追溯到彼得一世时代的君王耳目，又或者只是1864年司法改革后从行政职能下解放出来的检察官；尚存争议。在中国，御史制度到底是不是检察制度的缘起，其实在清末五大臣修法时就有争论，民国时期这样的争论也并不少见。

考察古代御史制度，在法律适用领域御史之职权几乎无所不及，甚至可以断狱处刑和变更行政措施。在专制条件下，“法治”过程呈现出两个十分显著的特征：一是法律产生的独断性和随意性，二是法律实施缺乏民主监督的保障。最高统治者为了切实贯彻其意志，就必须在国家制度中设立他的观察者和代言人，并且赋予“见官高一级”的特权以监督普天下的官员行为，因而古代御史制度内含的动因是集权政治的内在需求，由此形成维系“司法”公正近乎唯一的制度保障，专门监督权的设立实乃专制政权的伴生现象。^②

晚清政府为收回治外法权，强打精神，开始仿行西方法制。1902

① 王泰升：《台湾检察史：制度变迁史与运作实况》，台湾“法务部”编印2008年版，第一篇。

② 刘竹冬：“国家权力配置与检察权定位分析”，载北大法律信息网，<http://article.chinalawinfo.com>，访问日期：2008年10月16日。

年清政府下诏宣布“参酌各国法例”，“务期中外通行”，“与各国无大悬绝”，并派沈家本、伍廷芳为修律大臣负责修订当行法律。1906年清政府颁布《大理院审判编制法》，要求“凡大理院以下审判厅局均须设有检察官，其检察局附属该衙署之内，检察官于刑事有提起公诉之责，检察官可请求用正当之法律，检察官监视判决后正当施行”。1906年10月，清廷下诏将刑部改为法部，作为全国最高司法行政机关。将大理寺改为大理院，作为全国最高审判机关，并有统一解释法令权。随着法部和大理院的设立，将最初置于法部内的总检察厅改设于大理院，作为最高检察机关，取消了自明代以来的都察院。总检察厅设厅丞一名，检察官两名以上，独立行使检察权。地方各级审判厅内设检察厅。

根据《各级审判厅试办章程》第四章的规定，检察官负有如下职权：(1)刑事提起公诉；(2)收受诉状请求预审及公判（公开审理）；(3)指挥司法警察官逮捕犯罪者；(4)调查事实搜集证据；(5)民事保护公益陈述意见；(6)监督审判并纠正其违误；(7)监视判决之执行；(8)查核审判统计表。

从上述八项职权来看，当时中国建立的检察制度，几乎与日本的模式完全一样。因为当时直接能够看到变法自强成功的事例，是日本的明治维新，因而不仅在主要法律的起草编纂方面多听取日本法学专家的意见，而且在检察体制的选择方面，也倾向于仿效日本。而日本的检察制度又以德国为样板。

1909年，清政府发布的《法院编制法》是肯定检审分立的标志性文件。检察厅不但完全独立于审判厅，而且自上而下形成了一个独立统一的体系。当时检察厅的设置，是按照职业化模式来构建的。

“很多理念比现代还要先进”。^① 比如，检察官是职业化的。据考证，检察官大都是法政留学生和国内法政毕业生，而且以留学生居多。再如它是中央化的。总检察厅的官员，包括各地方检察厅的官员，全由中央任命，他们的权限都是在中央不在地方。除此之外，晚清也有司法考试制度。通过这样的考试制度和人事控制，在很大程度上实现了检察官的职业化。这一制度在民国时期得以坚持和发展。当然，这种移植和继受，开始是迫于各方压力，是被动的、无奈的，接下来更多的是重标榜轻落实，对一些关键制度不断加以抵制和变通（如清末变法时言则司法独立但终未实行之）。

在革命战争时期，中共治下的地域亦多实行“审检合署”，但检察机关在组织上并不独立，有时基于革命需要，甚至被其他机关取代或职能被分解，检察机关并没有成熟的设置模式。有例为证：1937年10月11日，陕甘宁边区高等法院在陕北公学操场开庭公审“黄克功案”，身为抗大（国防大学的前身）政治部副主任的胡耀邦就是作为首席检察官出现的。胡耀邦首先指出，黄克功身为革命军人，自以为对革命有功，自私自利，因逼婚不成，杀死16岁的革命青年刘茜，丧失了共产党员的革命立场。同时向法庭提出量刑建议：鉴于黄克功目无纲纪，杀害革命青年刘茜，“应严肃革命的纪律，处以死刑”。后经毛泽东批示，将黄克功处决。

新中国成立后，一般认为，检察制度是“根据人民民主专政的理论和列宁关于社会主义检察制度的思想，在继承新民主主义革命时期根据地和解放区的检察工作的优良传统，发扬中国古代政治法律

① 何兵：“百年中国司法路”，载《南方都市报（评论周刊）》2008年7月13日。

制度特别是御史制度的精华,吸取国外特别是苏联社会主义检察制度建设的经验的基础上,结合中国的实际情况而建立的”。^① 有学者提出不同意见,认为新中国表面上废除了民国的检察制度,引进了前苏联检察制度,特别是法律监督制度,但深究起来,其制度谱系仍是对大陆法系国家检察制度的承袭。因为前苏联检察制度虽然有其特殊性,但实际上同大陆法系国家的检察制度一脉相承。所谓“法律监督机关”,不过是“法律守护人”的一种变通称呼。^②

当下中国检察制度,将检察机关设立于政府和法院之外,检察权在其固有的领域内独立(尽管是相对的)运行,有着深远的历史和法律文化渊源,并非“完全照搬”苏联模式。这种结构形式上类似苏联模式,实质上是中国法制自主性发展的结果。应当说不是中国照搬了苏联模式,而是苏联模式的一些形式吻合了中国传统法制原有的结构模式。按基本模式划分,检察制度大体可分为公诉型和控权型两种。^③ 中国的检察制度被称为法律监督制度,是一种控权型的检察制度,它与中国历史上的御史制度以及列宁的法律监督思想相暗合,并对当代西方检察制度可为我所用的部分加以本土化的“通变”。存在的问题是,长期以来人们片面地认为中国检察制度是移植外来法律文化的结果,注重形式上的效仿和批判,对它与传统御史制度的承袭关系缺乏认识,未能揭示它在中国法制史上延续变化的规律,不能以中国法制的发展进程为背景,切合社会进步的需要进行改造和完

① 王桂五主编:《中华人民共和国检察制度研究》,中国检察出版社2008年版,第40页。

② 万毅:《一个尚未完成的机关——底限正义视野下的检察制度》,中国检察出版社2008年版,第12~13页。

③ 蒋德海:“我们需要控权型检察制度”,载《检察日报》2005年3月1日。

善。“我们应当沿着中国社会自身的发展进程探索规律解决问题,但在一些教条的错误指导下,出现了割断历史,要么苏联要么西方,盲目信从外国模式、理论和观念的主要做法”。^①

百年来,知识与制度体系的全面变动,不仅改变了中国人的思维与行为,而且使现在的中国人在面对过去时,自觉或不自觉地用现行思维行为方式去观察判断,如果没有充分自觉,难免用后来外在的尺度去衡量,难以体察理解前人思维行为的本意真相。也就是说,外来的知识与制度体系进入之前,中国人已有自己的思维和行为方式。而在转型之后,要想了解本来,反而变得相当困难。^②对固有的知识和制度,应当回到那一时期去,对本来的情形有充分的了解,追寻其变化发展的渊源脉络,以免受后来完善化、体系化观念的影响。检察制度亦然。

① 刘竹冬:“国家权力配置与检察权定位分析”,载北大法律信息网,<http://article.chinalawinfo.com>,访问日期:2008年10月16日。

② 桑兵为“近代中国的知识与制度转型丛书”所作的总序:《近代中国的知识与制度转型解说》,可参见赵立彬:《民族立场与现代追求:20世纪20—40年代的全盘西化思潮》,生活·读书·新知三联书店2005年版,第9~10页。