

检察官客观义务论

龙宗智 著

龙宗智法学系列

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本书系教育部人文社科规划基金项目成果

检察官客观义务论

龙宗智 著

龙宗智法学系列



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

检察官客观义务论 / 龙宗智著. —北京: 法律出版社, 2014. 8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6656 - 1

I. ①检… II. ①龙… III. ①检察机关—工作—研究—中国 IV. ①D926.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 170975 号

检察官客观义务论

龙宗智 著

责任编辑 高山 李峰云

装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 13.75 字数 336 千

版本 2014 年 9 月第 1 版

印次 2014 年 9 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶松

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 978-7-5118-6656-1

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

2009年在《法学研究》发表了一篇谈检察官客观义务的论文,后来教育部课题招标,就以此为基础申报并中标。但写作有所拖延,上报延期后,在交稿压力之下加紧写作,今年端午节前终于完稿,如释重负。

检察官作为现代国家刑罚制度中的基本角色,是达成国家刑罚权的要求与维系正当程序的需要交合之下的产物。在国家刑事法体制中,他所拥有的检控乃至侦查权力,使任何公民都可能成为刑事追究的对象,出于对这种权力的警惕和担心,使“客观义务”这类话题容易引起社会关注,对检察官这一义务的主张和强调似也具有某种天然的正当性。在大陆法系尤其是德国,检察官作为“护法者”角色定位,使“客观义务”成为不可少的制度性随附;在英美法系尤其是美国,检察官几乎不受限制的自由裁量权,则使“寻求公正”(to seek justice or to do justice)的责任,即美国法中的“客观义务”,也成为重要的法概念。而在我国检察制度之下,“客观义务”既可以为检察权包括法律监督权提供一种正当化依据,用以回答人们“谁来监

监督者”的疑问,又可以因其隐含的制度符号(超越性司法官地位、居高临下的诉讼关照等),满足检察官的某种优越感。而法治观念、权利意识以及对安全感的需求日渐提升的社会公众,希望检察官拥有的主动性和压制性权力受到约束,而“客观义务”正契合了社会公众的愿望。因此,“检察官客观义务”在当今中国的法语言中,具有重要意义——不仅在理论研究中颇受关注,已经产生了不少研究成果,而且在实践中,在法庭上,在其他涉及检察权运用的场合,也常被提及。虽然,如本研究指出的,由于角色冲突、体制限制等因素,如同国外的实践,社会期许与现实图景有一定差距。

本书对检察官客观义务的理论与实践问题进行了梳理,写作中注意了几点。一是注意较为系统的比较研究。尤其是对历来欠缺的英美法中的客观义务问题,搜集了第一手资料作了较全面的评介。二是注意理论分析的深度与新意。包括提出并分析客观义务的具体内容、法理根据和基本矛盾,系统探讨“客观义务”所涉及的检察权运用诸问题。同时对一些相关问题也提出一些新的分析意见,如新《刑事诉讼法》背景下的公诉变更等。三是关注检察实务,注意理论研究的实践性品格。作者基于对中国检察制度及其运作的长期研究与实务观察,剖析了司法实践中涉及检察官客观义务的主要问题。其中既有在履行客观取证、中立审查、追求公正判决、定罪救济、诉讼关照以及正当程序维护责任等方面的具体问题,也包括办案机制与方式、职业伦理、绩效考核等涉及检察权运行机制和运行条件,并对客观义务形成基本制约的重要问题。在肯定检察官对客观义务的尊重,包括高度评价胥敬祥案办理、浙江“两张”案昭雪等案件中检察官的作用外,也时有针砭现实弊端之言说。如侦查取证中的致罪偏向及不适当地采用威胁、欺骗、指供等取证方法,公诉权运用中的片面性与缺乏节制,大要案办理中的程序虚置,外部、内部权力要素对客观义务的妨碍,司法伦理的缺失,检察权运

行机制的扭变,以及绩效考核制度对客观义务的不良影响等。直面现实,意在推动客观义务的实效化。

中国的检察制度,具有相当的特殊性,这种特殊性主要源于其赖以生存的制度基础的不同。因此对于我国检察制度的研究,应当在当下特有的制度背景和框架下展开。检察官客观义务研究也不例外。所涉问题及其关联要素的特殊性,使得此项研究时生“形似而神不似”之感。不过,本土化的研究立场和方法,不应拒绝借鉴、运用成熟的法治经验和基本原理。例如,客观义务因检察官角色冲突而难以充分实现,因为“任何人不能充当自己案件的法官”,这也正是程序正义学说的一个核心观念。因此,客观义务的强调应当与外部制度的建设同步展开,且以后者为重,才是呈现中国司法公正的正道。

龙宗智

2014年5月31日于成都

目 录

第一章	绪论	001
第一节	定义与内涵	001
第二节	研究综述	010
第三节	检察官客观义务及其研究的意义和价值	023
第二章	检察官客观义务比较研究	032
第一节	德国法的检察官客观义务	032
第二节	寻求正义责任——美国检察制度中的客观义务	046
第三节	其他国家的检察官客观义务	086
第四节	国际刑事司法准则中的检察官客观义务	104
第五节	检察官客观义务的比较分析	112
第三章	检察官客观义务的基本内容和法理根据	118
第一节	客观义务的基本内容	118
第二节	客观义务的法理根据	127

第四章 检察官客观义务论的基本矛盾 137

- 第一节 客观义务的内在矛盾 138
- 第二节 客观义务的外部冲突 148
- 第三节 求解“两难课题”的努力 151
- 第四节 客观义务论的意义及其实效化 157

第五章 客观取证义务 166

- 第一节 检察官客观取证义务及其实践难题 166
- 第二节 侦查取证活动中致罪偏向的防治 171
- 第三节 检察官侦查行为正当性规制 177

第六章 中立审查责任 195

- 第一节 中立审查的意义和检察官立场设置 196
- 第二节 实现中立审查责任在事实审查上的要求 200
- 第三节 实现中立审查责任在起诉斟酌上的要求 209
- 第四节 保持客观中立须抵制外部干预 218
- 第五节 逮捕审查中履行客观义务 223

第七章 公正判决追求 233

- 第一节 法庭审判中公诉人角色的演绎 233
- 第二节 调整完善公诉权运行机制 243
- 第三节 公诉变更——为实现客观公正 250

第八章 定罪救济责任 266

- 第一节 含义与意义 266

第二节 抗诉权的正当行使 271

第三节 监狱检察与客观义务 276

第九章 诉讼关照义务 283

第一节 含义与意义 283

第二节 我国刑事诉讼中的检察官诉讼关照义务 292

第三节 履行检察官诉讼关照义务的几个问题 295

第十章 程序维护使命 307

第一节 法律程序的价值和检察官维护法律程序的责任 308

第二节 排除非法证据 316

第三节 大要案件办理中维护正当程序 330

第十一章 客观义务与检察权运行机制改革 340

第一节 检察权运行机制改革的必要性 341

第二节 检察权运行机制改革的可能性 362

第三节 责任主体及管理模式再造 365

第四节 弹劾制审前程序构建 374

第十二章 客观义务与检察官伦理建设 384

第一节 客观义务是检察伦理的重要内容 384

第二节 公正伦理缺失的危害及重建必要性 388

第三节 通过伦理建设为客观义务奠定精神基础 394

第四节 加强伦理建设的措施 397

第十三章 客观义务与绩效考评制度 405

第一节 检察机关绩效考评制度的发展及基本方法 405

第二节 绩效考评的意义及其与客观义务的内在紧张关系 410

第三节 绩效考评的域外经验及其法理 419

第四节 绩效考评的合理化及客观公正的坚守 424

第一章

绪论

检察官客观义务是一个特定的概念。它由来有自,又约定俗成。它是一种简称,也许不能简单地、望文生义地理解。它既属理论概括,又是规范象征,还是实践命题,本章则首先进行概念分析,意图界定其涵义。继而综述当前研究状况,厘清研究基础。后对命题的意义及研究的价值作一分析说明。

第一节 定义与内涵

一、检察官客观义务以公正性为核心

检察官的客观义务,又称检察官的客观公正义务、检察活动的客观公正原则。其基本含义,是指检察官为了发现真实情况,实现诉讼目的,不应站在当事人的立场,而应站在客观公正的立场上进行活动。在我国,对“检察官客观义务”的概念和相关理论的初始了解,在相当程度上来源于日本学者松本一郎所著

《检察官的客观义务》一文。^①该文在溯源的意义上,认为“检察官的客观义务”,“是以实体的真实主义和职权审理主义为基本原理的德国法学的产物”,称:“在德国自1877年法典制定以来,一直把检察官列为追诉前程序的主持人,和主持判决程序的法院一同被赋予‘司法机关’的地位。法官和检察官是性质相同的、为发现真实情况而努力的合作者,只是分工不同而已。检察官是官方的‘护法人’,而不是‘当事人’。检察官不但要侦查使被告人成为有罪的情况,还要侦查使被告人成为无罪的情况(德国刑事诉讼法第166条第2款),而且,还能被告人的利益而进行上诉(同上第296条第2款)。就是说,检察官为了发现真实情况,不应站在当事人的立场上,而应站在客观的立场上进行活动,这就是赋予检察官的‘客观义务’”。^②

检察官客观义务的概念与制度源于德国法,这是我国研究者比较一致的看法。但检察官客观义务又有跨不同法文化的同一性或趋同

① [日]松本一郎:“检察官的客观义务”,郭布、罗润麒译,载《法学译丛》1980年第2期。文章不长,但对检察官客观义务的内涵、渊源、客观义务论的矛盾以及日本制度背景中新的客观义务论作了准确的表述和分析,而在这方面的其他译介文章缺乏,因此译文刊出后至今始终为中国检察理论在研究检察官客观义务方面最重要的学术文献。

② 胡常龙在对检察官客观义务的概念厘清时指出,检察官的客观义务,也称为“检察官的客观公正义务”,不同的研究者作出的界定存在一定的理论差异。如有人认为:所谓客观公正义务,指的是检察官负有义务,应当不偏袒,公正地采取行动,特别要全面的侦查事实真相,检察院不得单纯谋求证明被告人有罪。检察官所承担的客观公正义务使得检察官在刑事诉讼中的角色不仅是原告当事人,而且具有司法官或准司法官的属性,从而区别于民事诉讼的当事人。(高一飞:“检察改革中要注意处理好的几个关系”,载《探索》2005年第5期。)还有人认为,“检察官客观义务是指在刑事诉讼活动中,为了发现案件事实真相,检察官应当站在客观的立场上进行刑事诉讼活动的义务”。(林国强:“检察官客观义务和当事人化之关系”,载《河南公安高等专科学校学报》2006年第2期。)”“检察官客观义务是指检察官应当保持客观公正立场,要以客观事实为依据,既要注意不利于犯罪嫌疑人、被告人的证据,又要注意有利于犯罪嫌疑人、被告人的证据,要不偏不倚”。(陈永生:“瓮怡洁.检察官客观义务理论的起源与发展”,载《人民检察》2007年第17期。)”“检察官的客观义务是指检察官依法客观公正的履行其责任的义务”。(孙长永:“检察官客观义务与中国刑事诉讼制度改革”,载《人民检察》2007年第17期。)引自胡常龙:“证据法学视域中的检察官客观义务”,载《政法论坛》2009年第2期。

性,并为关于检察官作用的国际准则所确认,这也是普遍认同的看法。但由于对德国法的研究资料不足,以及要适应跨文化和跨法制的要求,准确界定这一概念却有困难。陈雷博士在对检察官客观义务做比较研究时意识到这一点。他指出,从法制发展史来看,关于检察官承担“客观义务”的规定,创设奠立于19世纪中后期的德国,随后传播到了欧陆以及亚洲其他大陆法系国家。在欧洲大陆国家如比利时、丹麦、希腊、意大利、荷兰、葡萄牙、西班牙等国的刑事司法构造中都能或多或少找到德国法上客观义务的痕迹,显示出来德国法在这一方面的深远影响。此外在亚洲,包括日本、我国的台湾地区和澳门特别行政区的刑事诉讼中也规定了检察官的客观义务。但恰恰是这样一个历史悠久、影响广泛的概念迄今我们还很难找到一个明确的界定,至于这种“客观义务”到底包括哪些内涵也不是十分清楚。因此不得不尝试从“客观义务”在德国的产生历史以及有关表现出发,同时运用概括式与列举式的两种界定方式来明确“客观义务”的内涵。而从客观义务的产生历史来看,检察官负有的客观义务有三个方面的涵义:检察官应当尽力追求实质真实;在追诉犯罪的同时要兼顾维护被追诉人的诉讼权利;通过客观公正的评价案件事实追求法律公正地实施;客观义务的归宿在于强调“法律守护人”的定位。从这个意义上讲,客观义务的本质就是要求检察官只对法律的公正负责。再从客观义务的制度表现特征作列举式外延界定,经常使用的方式就是引用《德国刑事诉讼法典》的三项客观义务条款,即检察官在收集证据时,对于有利于与不利于被追诉人的证据均须予以收集;审判过程中,检察官如果认为证据不足以定罪,可以要求法院宣布被告人无罪;检察官可以为被告人利益提起上诉或者请求再审。这种列举式的界定方式很难说具有独立性,应当将其看作对德国法上客观义务内涵的一种印证方式。陈雷认为,在界定检察官客观义务时始终还是应当以概括式的界定方式作为内涵,而德国法律上这

三种表现只能是作为客观义务的一种印证,是概念的外延。如上所述,客观义务的内涵有三:追求实质真实、平衡控辩实力悬殊与追求法律的公正实施。这三个方面的内涵相互联系,同时也相互独立。^①

严格地讲,检察官客观义务,就其词源考察,涉及真实性(客观性)义务和公正性义务两个方面。即如松本一郎先生所论,客观义务是德国法实体真实主义的产物。检察官必须寻求案件的实体真实,因此,客观义务应当包括发现案件客观真实的责任与义务。朱孝清先生在研究这一课题时也注意到客观义务中所包含的追求事实真相的要素。他认为,检察官客观公正义务,“是指检察官为了实现司法公正,在刑事诉讼中不应站在当事人的立场、而应该站在客观立场上进行活动,努力发现并尊重事实真相。其基本内涵是:坚持客观立场、忠实于事实真相、实现司法公正。其中坚持客观立场是基石,忠实于事实真相是核心,实现司法公正是目的。”^②

由客观性出发,有的研究者十分注重客观义务概念中包含的检察官在证据与事实上的责任,进而提出,“检察官客观义务虽然贯穿于刑事诉讼过程的始终,但其最集中、最突出的体现最终还是要落实在证据的收集、审查判断和运用上。或者,检察官客观义务说到底是一种证据义务。”检察官客观公正义务的证据体现包括:(1)证据收集的客观性。检察官不仅要侦查证明有罪的,而且还要侦查证明无罪的情况,并且有负责提取有丧失之虞的证据。(2)证据运用的客观性,即审查判断证据的客观性。既要重视有罪证据和罪重证据的作用和价值,也要重视无罪证据和罪轻证据的价值和作用。(3)证据展示的客观性。即检察官

① 程雷:“检察官的客观义务比较研究”,载《国家检察官学院学报》2005年第4期。

② 朱孝清:“检察官客观公正义务及其在中国的发展完善”,载《中国法学》2009年第2期。

在开庭审判之前有义务向辩护人开示其掌握的证据材料,包括有利于被告人的证据材料。(4)证明责任承担的客观性与证明标准凸显的客观义务。检察机关必须提供确实充分的证据来证明被告人的行为已经构成犯罪、应当依法追究刑事责任,履行证明责任达到证明标准是检察机关客观义务的基本要求。^①

由此可见,客观义务中的“客观”,有两个语义导向,一是客观真实,即发现案件事实真相;二是客观公正,要求客观公正地看待和处理案件,包括客观而无偏倚地认定事实与适用法律。从国外法学资料及我国学界和实务界对此概念的普遍理解与应用看,检察官客观义务的语义要求是指后者而非前者。这就要求我们,在实际应用客观义务概念,尤其是我国探讨客观义务问题时,着重点是检察官超越当事人角色的公正性,是检察官追求司法公正的责任和义务。其中包含对客观真实尤其是全面发现案件真实情况的责任和义务。因此,客观义务实质是检察官维护法制、实现司法公正的责任。如陈光中教授指出,“检察官客观义务是指检察官不仅应当履行追究犯罪的控诉职能,而且应当超越这一职能,代表国家维护法律的尊严与公正,成为国家法律的护卫者。”^②笔者认为,陈先生所做的这一定义,正是指出了检察官客观义务的基本内涵与实质。因此,检察官客观义务的核心不是其发现案件真实的客观性义务,而是实现司法公正的公正性义务。客观义务中包含的客观性责任不是单纯地要求检察官办理案件必须“以事实为根据”,而是要求检察官调查和运用证据,认定案件事实的时候须以公正性为出发点和归宿。因为客观公正既体现于法律的适用及案件的处理,又体现于事实的发现与确认,而且是以后者为前提。

^① 胡常龙:“证据法学视域中的检察官客观义务”,载《政法论坛》2009年第2期。

^② 陈光中:“关于检察官客观义务的几点看法”,载《检察日报》2009年5月15日第3版。

为什么笔者将客观义务的实质确定为公正性,主要有以下几方面的理由:

1. 从客观义务的产生背景看,超越当事人的公正性是客观义务的实质。不同的著者均指出,客观义务论在德国的确立,与检察官的角色与功能定位紧密相关。如林钰雄先生称,在德国司法制度史上,曾就检察官地位与功能展开辩论,形成所谓“主观派”与“客观派”两大阵营。前者基于控辩平等要求,主张检察官作为当事人只需履行其控诉职能;后者则强调检察官的“法制守护人”角色要求,赋予其超越当事人的客观义务,结果是“客观派”获胜,并使检察官客观义务始终体现于刑诉制度中。^①

2. 从相关的制度规范看,客观义务系客观公正义务。从德国法看,客观义务实系相关法律制度的概括表达方式。《德国刑事诉讼法》第160条第2项、第156条和第296条、第365条对检察官履行职责提出了要求,这是通说确认的检察官客观义务的制度体现。分别为检察官客观义务的三项基本内容,即检察官在收集证据时,对于有利于与不利于被追诉人的证据均须予以收集;审判过程中,检察官如果认为证据不足以定罪,可以要求法院宣布被告人无罪;检察官可以为被告人利益提起上诉或者请求再审。这三方面的要求,实际上均系对检察官履行职责的公正性要求,不过因不同诉讼阶段以及不同诉讼职责而有不同的具体内容。

3. 从研究的主题要求及意义看,客观义务研究应当研究检察公正问题。客观义务研究集中于检察公正性研究,其主要的意义,一是使研究主题集中。因为客观性是真实发现问题,在诉讼法学上,涉及实体真实与正当程序的关系,而且与证据学密切关联,如果在客观真实问题上

^① 林钰雄:《检察官论》,学林文化事业有限公司1999年版,第32页以下。

展开,将会造成一项研究的多主题与多中心。而以公正性为归依的客观性研究,仅仅围绕检察官超越当事人地位的客观公正问题,使主题思想明确,中心突出,符合社会科学研究规范要求。同时,超越当事人的客观公正,涉及检察官的定位和职责,关乎检察机关建设目标与方向,无论在比较研究的视野中,还是在我国司法制度建设的意义上,都是极有价值的研究课题。尤其是联系检察实践活动中容易出现的事当事人偏向,更使我们认识到检察公正研究的意义。

4. 从现实研究情况看,客观义务研究即检察公正研究。不能否认,从渊源上看,检察官客观义务及其研究具有引进的性质。而滥觞于德国,继受于日本等国的检察官客观义务的制度观点及其研究,均以检察官超越当事人的公正性为其实质及研究的主题。我国台湾地区全面继受了德国法关于检察官客观义务的规定,其相关研究亦为检察公正性研究。在大陆改革开放以后,在检察制度研究中,就检察官客观义务问题发表的各种研究文章,亦采此一主题。包括前引作为最高人民检察院当时分管理论研究的朱孝清先生的文章,虽注意到检察官客观义务中包含的发现案件事实真相的内容,但也将其服从于检察官客观公正的主题,即从检察公正的角度谈发现客观真实,而并不涉及真实发现的技术路径;并且为避免歧义,他在研究中始终使用“客观公正义务”一词,而未将其简化为“客观义务”。

5. 从比较法的意义上看,着眼于公正性才使比较研究成为可能并具有意义。德语中的客观义务用语是 *Verpflichtung zur Objektivität*。有的研究者认为,英美法中没有与客观义务对应的概念。这一看法是因为,他们对客观义务进行简单的意译,翻译为英语时采用了“*The objective obligation*”,或“*The objective Duty*”,即如我国相关论文做英译时的译法,但这样的法律概念在英美法中并不存在,也不能将其作为制