

GONG SU QUAN ZHI YUE
ZHI DU YAN JIU

公诉权制约 制度研究

谢小剑 著

书馆



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

D925.204

45

GONG SU QUAN ZHI YUE
ZHI DU YAN JIU

公诉权制约 制度研究

谢小剑 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

公诉权制约制度研究/谢小剑著. —北京:法律出版社,
2008. 10

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9353 - 3

I. 公… II. 谢… III. 公诉—研究—中国 IV. D925. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 034259 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/王政君

装帧设计/乔智炜

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/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/13. 625 字数/308 千

版本/2009 年 2 月第 1 版

印次/2009 年 2 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 - 5036 - 9353 - 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)

序

学术研究要有问题意识,写博士学位论文也要有问题意识,需要寻找值得研究的领域、值得研究的问题、一个中国真正的问题。当前,我国刑事司法实践中的确存在滥权公诉现象,一些冤假错案因为种种原因被起诉、定罪,这和我 国缺乏有效的公诉权制约制度相关。本书以如何构建公诉权制约制度,防止我国公诉权滥用为研究对象,无疑找到了一个好的“中国问题”。这也许得益于作者的工作经历和对检察制度的长期关注。

与以往的孤立、零星研究不同,本书系统、深入地研究了公诉权制约制度,包括为什么要防止公诉权滥用;公诉权滥用的界定标准;我国现有制约机制的经验和不足;如何改革完善我国 的公诉权制约制度等。研究从防止“不起诉滥用”的

传统视角,转为侧重关注“滥起诉”,这一视角转换意味着从强调犯罪控制向保障被追诉人权利的转型,是与我国法治建设遥相呼应的。该研究不仅有利于保障被告人权利,维护正当合理的社会秩序,而且有助于实现司法公正,促进法治建设。

本书运用了实证研究方法。实证研究能够发现和深刻地揭示问题之所在。因此,最近几年来,我倡导并带领学生进行实证研究,以发现真正的中国问题,并探究其内在的发生机制和可能的解决途径。但是,也许因为种种原因,本书实证研究方法贯彻尚不细致、深入。

本书具有一定的创新性。在基础理论部分,提出了公民具有“免受不当起诉的权利”这一论点,并进行了论证。在公诉权滥用的界定方面,本书认为我国应当以突破传统的实体标准,以正当程序作为公诉权滥用的界定标准。其中,关于违反平等保护的歧视性起诉,以及违反程序正义的报复性起诉的研究,国内尚属少见。在对域外公诉权制约制度的比较研究中,有关最高司法行政长官对公诉权制约的论述国内也属少见。在制度改革部分,本书认为要追求公诉权的公共责任与相对独立之间的平衡,追求公正与效率的平衡,并提出了改革人大个案监督,在检察一体化的同时实现内部分权,建立预审程序等观点。

当前,我国正在酝酿刑事诉讼法的再修改,改革建议中对审判权、侦查权滥用关注较多,但对于如何防止公诉权滥用关注甚少,我觉得改革不应当忽视这一重要的问题,比如公诉一体化改革、预审程序设立与否,都应当成为刑事诉讼法再修改的重要研讨问题。在此意义上,本书的研究对中国刑事诉讼法的再修改有一定的参考价值。

作者曾经在检察院工作过,考入四川大学之后,我是其硕士与博

士学习期间的导师,在其博士论文即将修改出书之际,我欣然作序。博士论文中倾注了作者大量的心血,在修改后能以专著的形式在法律出版社出版,我感到欣慰,也算是对作者近几年来学术研究和思考的一个小结。当然,公诉权滥用的防治是一个非常宏大的系统工程,并非本书的内容能完全涵盖,期望作者在工作中展开进一步的研究。学术研究没有止境,希望其能再接再厉,刻苦钻研,学问更上一层楼。

左卫民

二〇〇八年十二月于川大研究生院

目 录

导论 / 1

一、研究目的 / 1

二、研究方法 / 5

三、研究范围 / 8

四、展开框架 / 14

第一章 公诉权制约的理论基础与现实依据 / 19

第一节 公诉权制约的理论基础——权力制约理论 / 19

第二节 公诉权制约的现实依据 / 28

一、公诉权：极易滥用的权力 / 28

二、刑事公诉：无法弥补的“伤害” / 42

三、公诉权：社会秩序的“双刃剑” / 59

第二章 公诉权制约的对象——公诉权滥用 / 67

第一节 域外公诉权滥用的基本形态 / 69

一、违反实体条件的滥用 / 69

二、违反程序条件的滥用 / 76

三、违反公诉裁量权的滥用 / 96

四、对域外公诉权滥用形态的评述 / 108

第二节 我国公诉权滥用的认定标准及

现实形态 / 112

一、我国公诉权滥用的认定标准 / 112

二、我国公诉权滥用的现状考察 / 118

三、我国公诉权滥用的程度评估 / 137

第三章 比较法视野下的公诉权制约制度 / 140

第一节 最高司法行政长官对公诉权的制

约 / 140

一、最高司法行政长官对公诉权制约的理论依据 / 140

二、最高司法行政长官对公诉权制约的制度考察 / 147

三、最高司法行政长官对公诉权制约的基本限度 / 153

四、责任与独立的平衡：评最高司法行政长官对公诉权的制约 / 168

第二节 上级检察官对公诉权的制约 / 175

一、上级检察官制约的范围与方式 / 176

二、上级检察官制约之限度 / 185

三、上级检察官制约制度的评价 / 194

第三节 法官对公诉权的制约 / 199

一、法官对公诉权制约的理论依据 / 199

二、法官对公诉权制约之基本制度 / 202

三、庭前公诉审查程序的基本特征 / 215

四、司法审查与防止公诉权滥用 / 231

第四节 公众对公诉权的制约 / 232

一、对公诉权社会制约之基本形式 / 232

二、公众对公诉权制约制度的评析 / 240

第四章 我国公诉权制约制度现状 / 244

第一节 新中国成立以来公诉权制约

制度的历史演进与现状 / 244

一、执政党的制约 / 244

二、人民代表大会的制约 / 252

三、检察机关的内部制约 / 259

四、人民监督员的制约 / 270

五、法院的制约 / 275

第二节 我国公诉权制约制度的特点及其

成因 / 278

一、制约的任意性,非规范化 / 278

二、制约的单向性,非相对化 / 280

三、制约的片面性,非平衡化 / 283

四、制约的行政性,非司法化 / 284

五、制约的地方性,非统一化 / 285

六、制约的内部性,非外部化 / 287

七、制约的权力性,非权利化 / 288

八、制约的社会性,非法律化 / 290

第三节 我国公诉制约制度的评价 / 292

一、我国公诉权制约的成效 / 292

二、检察控权模式下我国制约起诉权的内在结

构 / 292

三、我国公诉权制约功能之不足 / 296

第五章 我国公诉权制约制度的进路 / 300

第一节 我国公诉权制约制度改革的基本

原则 / 300

一、分权制衡原则 / 300

二、相对独立原则 / 312

三、正当程序原则 / 327

四、适度平衡原则 / 341

第二节 我国公诉权制约制度的完善 / 347

一、规范人大个案监督 / 347

二、完善检察机关的内部制约 / 359

三、人民监督员审查的听证化 / 372

四、建立预审制度 / 380

主要参考文献 / 392

后记 / 422

导 论

一、研究目的

当前,通过舆论监督,而不是法律系统的内省,我国陆续暴露出一系列的冤假错案,司法权威面临空前的挑战。比如,杜培武冤案、余祥林冤案、周澄冤案、王一冰冤案。这些冤案不断挑战着我国刑事司法的伦理与道德底线。我们看到余祥林案中公诉人认为案件不符合起诉条件,但仍被提起公诉;我们看到某些检察官对辩护律师不满,轻易对辩护律师报复起诉;我们看到公诉权成为个别当权者报复公民、打击政治异己,谋取个人私利的工具;我们看到杜培武冤案中的承办检察官拒绝签署起诉书,却由副检察长签发起诉;我们看到检察官抱着“先起诉到法院,判不了再撤诉”的心理将证据不足的案件轻易提起公诉;我们甚至看到最富戏剧性的一幕:周澄冤案

中的检察官明知是冤案但奉命起诉,却在退休后为平反冤案而四处奔波。我们反思了侦查机关的刑讯逼供,反思了法官的不独立办案,却唯独没有反思我国公诉制度怎么啦!为什么检察机关/检察官要将明显不符合起诉标准的案件起诉?为什么会出现如此多的公诉权滥用?政法委员会、人大、上级检察官、人民监督员与案件承办检察官应当是一种怎么样的关系?如何从制度上防止公诉权滥用?

事实上,从20世纪60年代始,如何防止公诉权滥用问题逐渐引起各国关注。但是,展开的视角已经从传统上如何防止无合理根据的起诉,转为关注违反宪法、违反正当程序的公诉权滥用,强化对公诉裁量权的制约,完善原有公诉权制约制度的不足。目前,美国一方面试图改革大陪审团制度实现对起诉权的有效制约;另一方面,通过司法部颁布司法指南为起诉提供统一的政策指导,并在一定程度上加强法官对滥用公诉权的制约,包括确立歧视性起诉、报复性起诉等。英国通过1964年 *Connelly v. DPP* 案后的一系列判决,建立了“滥用程序理论”以防止公诉权滥用,并于1985年设立全国统一的检察机关,改革预审程序等防止公诉权滥用。日本于20世纪60年代在审判实务中发展出“公诉权滥用论”,并改革检察审查会制度以防止公诉权滥用。

由于大陆法系采取检察一体化原则,检察官处于相对低的级别体系下,公诉权的行使已经受到了较大的制约,所以公诉权制约制度的发展没有英美法系发达。但在法国和德国,为避免对公诉权行使的政治干预,是否废除司法部长对公诉机关的指令权,一直属于司法改革的热点争议问题。1998年法国冀古夫人的改革法案要求废除司法部长对个案的指令权。2000年,法国又对重罪案件的二级预审制度进行了重大改革。德国也在试图改革中间程序,以便更好

地实现对公诉权的司法制约。

尽管如此,这并不意味着各国对公诉权的制约制度已经发展得较为成熟。恰恰相反,笔者认为,总的来说,各国并没有妥善地实现对公诉权的制约,“公诉权的制约”仍然是各国一个方兴未艾的重大课题。但是,这并不妨碍我国学习和借鉴上述各国在制约公诉权方面的经验和教训。本书致力于对此进行初步的梳理。

目前,我国对公诉权的学术研究尚未形成完整的体系,公诉权作为检察权的下位核心概念,并没有获得应有的尊重。国内对公诉制度的研究整体尚显不足,对于如何制约公诉权,只有少数不系统的研究。甚至,对何为公诉权滥用也缺乏理论上的界定,更别提司法实践中理性的制度建构。被追诉人无权以公诉权滥用为由质疑公诉决定,没有公诉权滥用的法定判断标准,缺少对公诉权滥用的司法审查和程序性制裁制度。尽管有一些关于人大个案监督、检审一体、预审程序的研究,这些程序也能够部分实现防止公诉权滥用的功能,但是,这些研究并非围绕如何制约公诉权,防止公诉权滥用为主线展开。根据电子期刊的检索,国内以制约公诉权为主题的相关文章只有十几篇,制约公诉权方面的专著尚处于空白状态。而且,出于维护社会秩序的传统思维,国内制约公诉权的研究片面注重防止不起诉滥用,而我国的问题恰恰是大量证据不足的案件被起诉,从而需要强化对起诉权的制约。另外,研究片面强调外部对公诉权的制约,忽视外部制约与检察官相对独立之间的平衡。总的来说,目前的研究成果不能从整体上思考我国公诉权制约机制的成功经验和改革进路。所以,本书对公诉权制约制度进行系统研究有利于从理论上寻求新的拓展。

研究公诉权制约问题有利于法治建设。对权力进行制约是法治的重要内容。公诉权滥用会给正当、稳定的社会秩序造成严重的破

坏。而正当、稳定的社会秩序是社会发展、经济建设的必要前提。特别是,在政治生活中,如果公诉权成为打击异己的工具,则社会结构可能发生重大的变化,甚至从民主社会向专制社会转型。所以,强化公诉权制约是法治建设的重要内容。目前,我国正在积极推进法治建设,研究公诉权制约问题有利于我国法治建设的进一步深入。

研究公诉权制约问题有利于实现司法公正。司法公正的实现有赖于警察、检察官、法官等各界的共同努力。我国宪法将检察机关定位为国家的法律监督机关,监督制约警察权,有权决定案件是否起诉,并监督审判权的正当行使。毫无疑问,在司法中承前启后的检察机关如何行使公诉权,对于司法公正的实现无疑至关重要。如果检察官既能够将外部干预的案件阻挡在法庭之外,又能够成功地防止自身滥用公诉权,则我国司法公正的实现必将指日可待。

研究公诉权制约问题有利于保障被追诉人的权利。笔者认为任何公民都有免于被不当起诉的权利。这是公民的消极自由,正如免受强迫自证其罪的权利一样。公诉权滥用对被告人权利影响非常大。提起公诉,对被告而言是非常重大的不利益处分。比如被告人被审前羁押,这在我国表现得特别突出;起诉具有歧视效应,足以对被告人及其家庭的名誉产生重大影响,这可以从新闻媒体对犯罪案件的报道看出,纵使被告最后获得无罪判决,公众对其印象也未必改观;只要被起诉,无罪的被告人在审判中就面临被错误定罪的风险(因为非职业法官的非理性、职业法官的惯性思维、证明标准的模糊性等);待审也对被告人造成巨大的心理、生活压力。因此,如何设置制约机制,从制度上防止公诉权滥用,对于保障被追诉人权利具有重大的现实意义。

二、研究方法

恰当的研究方法对于保证研究结论的真实、可靠性至关重要。为了更好地研究公诉权制约问题本书采取了以下两种研究方法。

(1)比较研究方法。这是我国目前法律研究中普遍采用的方法。其内在动因在于我国法制现代化轨迹,自清末变法图新,西法东进以来,一直都以吸收国外先进的法治理念和制度经验为主线。特别是,就刑事诉讼部门法而言,基本上可以说是以国外的立法样本为蓝图,结合我国国情进行立法制度设计。这决定了比较研究在我国的重要地位。此外,“比较方法是实践方法的一种替代,虽然不是一个非常令人满意的替代,但是这种替代是由于我们不可能把法律和国家放在试验管和泡沫室里”。^[1]

当前,有一些学者持文化决定论,反对比较研究方法,认为国外的文化背景与我国相差巨大,国外的制度移植并不适应我国的现实土壤,在实践中不能产生应有的功能。应当说,这种“文化决定论”观念强调法律依赖于其产生和发展的社会政治、经济、文化等内在因素,而后者对法律制度功能的发挥有着较大的影响,具有一定的合理性。但是,笔者认为片面强调“文化决定论”,就会忽视法律与文化之间的相对独立性,忽视法律对一国文化的反作用。

事实上,从各国历史来看,尽管各国社会政治、经济、文化制度不同,但是都通过比较研究,吸收国外的先进立法,推进本国的法治建设,实现国内的政治经济发展、社会转型。比如,日本对大陆法系的成功借鉴;古罗马法在欧洲各国的复兴;大陆法系在比较基础上吸

[1] [美]马丁·夏皮罗:《法院——比较法上和政治学上的分析》,张生、李彤译,中国政法大学出版社2006年版,第2页。

收陪审制的合理内核改造成的参审制;英国对法国检察官制度的引进;德国对起诉便宜主义、辩诉交易制度的引入;20世纪60—80年代美国还在比较研究法国、德国制约检察官裁量权的经验,试图更好地制约检察官的裁量权。而我国,甚至可以说,没有比较研究,没有对国外法制经验的借鉴,就没有当前中国的法治/法制现状。

当然,笔者主张比较研究方法,并不意味着要照搬国外的制度。而且,笔者认为对于借鉴本不应抱有不切实际的奢望。任何国外的司法制度引入国内都不可能发挥其在国外一样的功能、效果。这就是不同的国情、文化对法律的影响。事实上,即使抛开国外的比较法经验,在充分研究国内文化基础上进行立法也不能完全实现立法者本身预设的功能。任何立法都会在实践中发生变异。因此,许多普通法学者认为,法律应当是“自生自发”的,法官只能发现法律,反对通过立法来实现法治^[1]。所以,我们对通过比较法律研究产生的立法建议及其制度设计不应抱有不切实际的过高期望,但是同时也要相信其必定能发挥该制度的内在功能,只是程度上有所区别。

而且,不同的法律制度与该国文化的密切程度有所区别,有的深受国内文化影响,有的则可能属于技术性的制度,与该国文化联系不大。前者比如大陪审团,就受国内文化的影响非常大,这也是法国大革命时引入大陪审团制度失败的重要原因。后者比如通过上级检察官指令的公开化等措施来制约公诉权滥用,就属于技术性制度,引入到不同国家都能发挥功能。本书的研究致力于发现此类技术性制度。

本书主要通过系统地比较考察,从各国公诉权制约制度中,发掘

[1] 参见[意]布鲁诺·莱奥尼:《自由与法律》,秋风译,吉林人民出版社2004年版,第101页。

一些规律性的特征。也就是说,笔者进行比较考察时,主要在于求同,而不在于“辨异”^{〔1〕}。各国制度中这些规律性的特征,可以突破不同国家的文化背景,而更具有普遍的意义。从而,更有利于借鉴的价值。

在进行比较法考察时,资料的来源、使用对于保障研究结果的正确性至关重要。文中国外资料的来源主要有以下三种:一是国内已经翻译的国外法典和法学教材、专著,应当说这些文献都是其国内比较权威的文献,具有非常高的可信度。二是笔者搜集了部分英文专著,并通过英文 LexisNexis 数据库,查询了国外大量的相关资料。在充分阅读的基础上,获得许多的信息,文中制度考察中一些细节材料大多来源于此。LexisNexis 是英文资料,多为对美国和英国的制度介绍和研究,但也有关于德国、法国、日本的英文研究资料。这些材料印证和补充了上述教材、专著的内容。三是国内学者或机构出国考察后形成的调查报告材料。

在引用材料时,笔者非常注意材料的真实性,“货比三家”,小心核对,务求做到言之有据。而且,为了保障引用的准确性、可行性,笔者不对论证材料作过多的归纳、编辑,在比较法部分尽量引用原文,因此有较多的注释。

(2)实证研究方法。孔德所倡导的实证主义的基本原则是,哲学应当以实证自然科学为依据,以可以观察和实现的事实为内容,摒弃神学、形而上学等一切思辨性的概念。近年来,国内兴起了一股实证研究的思潮。在诉讼法领域也开始提倡以实证方法促进诉讼法研究的发展,许多学者进行了卓有成效的研究。本书也采取了

〔1〕 对“辨异的学术进路”的评价,可参见邓正来:《中国法学从何处去——建构“中国法律理想图景”时代的论纲》,商务印书馆2006年版,第145页以下。