我国检察权的反思与重构

——以公诉权为核心的分析

陈 卫 东*

内容提要:检察机关的基本职能是公诉,检察权在本质上主要表现为公诉权,以公诉权为基本内容的检察权在本质属性和终极意义上应属于行政权。检察机关在刑事诉讼中的各项权力都是具体的诉讼程序性权力,与所谓的法律监督机关、法律监督权并不存在必然的关联性。应该按照检察机关就是公诉机关的思路去改革司法制度,建立以公诉机关为核心、主导的审判前程序,同时改革现行的逮捕和其他侦查措施的审查批准制度。

关键词:检察权　公诉权　法律监督

近几年来,无论在理论界还是实务界,司法改革都已成为一个热门话题,随着理论研究的不断深入,我国检察机关的定位和检察权的正当性与合理性也引起了广大学者的普遍关注。笔者思考这个问题由来以久,而且也曾就其中的一些具体问题专门发文予以讨论过。[1] 本文拟对我国检察权以及检察机关的地位进行系统的思考与整理,同时将本人以前的基本观点作进一步的诠释,以期为我国的司法改革尽绵薄之力。

一、检察权的性质 ——众说纷纭而又不容回避的问题

谈论中国的检察体制,探讨检察机关的职能以及检察机关的改革,首要的问题就是对检察权的性质给出一个科学的解释。目前学界对这个问题已经作了初步的探讨,但是意见颇多分歧,归纳起来大致存在以下四种主要观点。

观点一:行政权说,认为检察权就是行政权。[2] 理由有二:首先,检察机关的组织体制和行动原则具有行政特性。检察机关组织与活动的一项基本原则是"检察一体制",检察机关上

---

* 中国人民大学法学院教授。

〔1〕 拙文:《侦、检一体化模式研究 ——兼论我国刑事司法体制改革的必要性》,《法学研究》1999 年第 1 期;《实然与应然:关于侦检权是否属于司法权的随想》,《法学》1999 年第 6 期;《试论我国逮捕制度的改革》,《中国律师》2000 年第 9、10 期。

〔2〕 龙宗智:《论检察权的性质与检察机关的改革》,《法学》1999 年第 10 期。

下形成一个整体。具体体现为“阶层式建构”和上级的“指令权”,上级检察官对下级检察官有指挥监督的“指令权”,而下级则有服从义务,这是典型的行政关系;职务转移制,上级有权亲自处理属于下属检察官承办的案件和事项,同时上级检察官有权将下属检察官承办的案件和事项转交其他下属检察官承办;官员代换制,参与诉讼的检察官即使中途替换,对案件在诉讼法上的效力并无影响;首长代理制,在德国、俄罗斯等国,各级检察机关所属检察官在对外行使职权时,系检察首长的代理人。其次,立法、行政、司法的三权分立与制衡,是西方政制的基本结构。在这一构造中,检察权不属于立法,也不属于具有依法裁判功能并受宪法独立性保障的司法,检察官是政府在诉讼中的“代言人”,是代表第二权(行政)对第三权实施监督制衡的机关。

观点二:司法权说,认为检察官与法官同质但不同职,具有等同性,检察官如同法官般执行司法领域内的重要功能。[3] 理由是检察权与审判权的“接近度”及检察官与法官的“近似性”。检察官具有法律守护人的地位,对检察官及法官而言,事实的查明与法律的判断,应依同一目标行事,这是二者可以相提并论的有力论证。尤其明显的例证是检察官在侦查终结后,依据侦查结果做出的、是否对犯罪嫌疑人提起公诉的决定与法官的裁判决定极为相近。甚至有学者指出,检察官担当刑事追诉,比非诉讼法官更接近司法权。还有学者针对检察对审判的影响指出,检察官与法官的密切契合,犹如相互牵动的钟表齿轮一般,所谓独立的司法仅在检察官作为司法官并有相应保障的前提下,才有可能,才能防范行政不当干预刑事司法。

观点三:行政司法双重属性说,承认检察权和检察官兼具司法与行政的双重属性。[4]这种观点认为检察机关的上下级领导关系,突出体现了检察权的行政性;检察机关直接组织检察院官员实施侦查行为,有严密的组织结构和监督指挥关系,且突出行为的实效(破案),也具有明显的行政性质。另一方面,检察官的起诉活动以适用法律为目的,同时检察机关的活动具有一定的独立性,检察官在诉讼活动中也具有一定的独立性,不是长官的附庸,而能独立地作出诉讼判断并付诸实施,在这种意义上检察权具有司法权特性。

观点四:法律监督权说,认为法律监督才是检察权的本质特点,司法属性和行政属性都只是检察权的兼有特征和局部特征。[5] 该种观点认为在社会主义国家,检察机关不仅拥有西方国家检察机关的各项监督权力,而且还拥有监督行政执法和审判活动的权力,法律监督的性质更加突出。

以上四种观点基本反应了现阶段中外学界对检察权性质的定位,而长期以来,缘于宪政体制上我国检察机关并不属于行政机关序列,因此我国理论界很少有人直接指出检察权在本质上应为行政权,而且一些人还以我国检察机关是司法机关为据,指出检察权应是司法权。我们认为,且不说我国尚没有任何一部法律规定哪些机关为国家的司法机关,即使宪法及其他法律明确规定了现阶段检察院为国家的司法机关,那也只是说明法律将其规定为司法权,而不能就此说明检察权在理论上就是司法权。现行法的规定是实然法的层次,而对检察权的性质进行理论上的定位属于应然法的层次,这是两个问题。法律的规定有许多值得研究的地方,随着时间的推移,法律会逐步去除不合理的部分而趋于完善,因此不能以合法性来说明理论上的应然性,这是我们探讨检察权的性质时首先应当注意的一点。

笔者在以前的文章中曾就司法权与行政权比较而言的特点进行过论证,认为司法权的本

---

〔3〕〔4〕 前引〔2〕。

〔5〕 谢鹏程:《论检察权的性质》,《法学》2000 年第 2 期。

质属性与行政权相比具有几个明显的特性:其一,终局性。司法的任务是通过其判断裁决确定事件的是非曲直,然后正确适用法律确定有关主体的权利义务责任。在实质意义上,司法活动即是一种裁判活动,它以纠纷冲突的存在为前提。司法是国家为解决社会冲突、保障社会主体权益的最后一道防线,法治原理假设了这个活动的权威性并依规律设计了保障其裁判正确的司法程序,但不允许司法机关以外的国家机关直接对司法机关的裁决做出具有法律效力的否决,因而司法对社会冲突所作的裁判是最终的裁判,具有终局性。依据行政权做出的决定是否合法不能由其自身来判断,司法机关对此有最终的审查权。当然依照现行法律我国的行政权在少数场合具有终局性,比如商标法就规定了对商标公告、异议方面的争议最终需由商标复审委员会做出终局决定,但这毕竟是少数,而且这种规定与立法时的价值取向、社会条件及时代背景有关,随着社会的进步,类似的规定将逐步被合乎理论规律的司法最终审查制度所替代。[6] 其二,中立性。正是因为司法是社会主体权益的最后一道保护防线,其要对社会冲突做出权威的最终的裁判,因此司法权只有中立才能承担这个重任,司法权一旦与冲突的一方具有某种价值取向和利益上的偏异倾向,就会使人对裁判的公正性产生怀疑,因此法官在诉讼中必须保持中立,对控辩双方的主张和利益给予同样的关注,在诉讼中只能根据双方提供的证据去判断"是"与"非",而不能身体力行主动举证去证明冲突一方的"是"与"非",严禁法官先入为主,对冲突一方产生偏见。其三,独立性。如果司法权没有排斥抵御外来干预的独立性,则法官作为最终的裁判者的权威性就荡然无存了。奥地利法学家凯尔逊说过:"当司法官执行属于其权限的法律之时,个别规范的命令之约束是不存在的,此所谓个别规范的命令系由其他机关发出,特别是由非审判机关发出的。换句话说,司法官执行职务时,无须服从上级机关。反之,当行政机关执行属于其权限内的法律时,却必须受上级机关个别指示的约束。"[7] 在体制设计中,法官行使权力时个体是独立的,法官除了法律再没有上级。如果一个法官可以指挥另一个法官,则这两个人就都不是法官而是行政官员了(从这个意义上说,我国的法院行政化味道太浓),司法必须独立、必须以法律为唯一上司,这缘于司法必须公正。司法如果不能够排除非法律力量的干涉,则所谓不偏不倚的公正判断与裁决便不可能存在。其四,消极被动性。为了保证司法权中立、公正地对冲突做出判断,必须坚持司法的不告不理原则,只有当冲突纠纷被提请到法官面前时,司法官才能依据法律对当事人的诉求进行裁判。绝不能进行所谓"主动服务"、"送法上门",因为这实际上已经超出了司法裁断的功能,而是在履行行政管理职能。

基于司法权的上述本质特点,经过对检察权的考察,我们认为检察权在本质属性上应该归并于国家行政权,尽管有人对我们的观点提出了反对意见,但是时至今日,笔者仍然坚持这一符合现代司法体制中通行的"司法权"观念,而且也愿意与不同意见者进行有益于学术进步和体制改革的商榷。《人民检察》连续两期发表了无锡市人民检察院倪培兴先生的文章(以下简称倪文),[8] 对拙文中的观点提出了不同的看法,真诚感谢倪先生促使我们对这一问题进行更深入地思索与研究,借此机会再谈一下我们的看法。笔者肯定司法权终局、独立、中立、被动的几个特性,并不是为了简单地作某种概念的诠释,而是希望借司法权这个在现代法治国家里

〔6〕 我国2000年8月修改专利法,将原来"专利复审委员会对申请人关于实用新型和外观设计的复审请求所作出的决定为终局决定"的规定改为"可以自收到复审决定通知后3个月内向人民法院提起诉讼"即为例证。

〔7〕 转引自龚祥瑞主编:《西方国家司法制度》,北京大学出版社1993年版,第17页。

〔8〕 倪培兴:《论司法权的概念与检察机关的定位——兼评侦检一体化模式》,《人民检察》2000年第3、4期。

含义已十分明了的词语来指出检察机关行使的公诉权与法院行使的审判权之间的区别,因为在这些国家,司法权就是只能由法院行使,专指审判权。正是站在这个角度上说,司法权具有上述几个特性。但是倪文认为:“司法权则是人民及其国家机关依宪法和诉讼法取得的依照法定的程序进行诉讼以维护个人、集体和国家合法权益的权利和权力的总和。狭义的司法权则专指依法主持和进行诉讼的国家权力”;“国家司法权的消极性和被动性只明显地表现在民事法律的司法实践上”,“司法机关追诉犯罪的积极性和主动性是由犯罪行为的特性决定的”。而且倪文进一步指出:“如果从人民是司法权主体的角度来看,本质上不是司法人员在行使国家司法权,而是实体权利的拥有人或广义上的被侵权人在行使国家司法权。因此,在主体意义上,任何权力都是主动的,只有在权力与其主体相对分离的条件下,权力才可能表现为某种被动的东西。在这个意义上,侦、检权也是被动的,侦、检权的主动性只不过基于法律对人民惩治犯罪的必然要求的推定罢了”。[9] 这样的讨论实际上已经违背了我们探讨的具体制度构建的宗旨,而到了“一切权力属于人民”、“人民才是权力行使者”这样一个宪政的层次,这种对司法权的界定不仅根本无益于区分审判权与检察权的不同,无益于具体制度的设计,也使得双方因基本立论的分歧而无法交流沟通。但是为了便于解决问题,也为了清楚地表达笔者的观点,我们愿意换一种说法。我们不妨仍依习惯用审判权与检察权来说明法院所行使的权力与检察机关所行使的权力的不同,进而来论证公诉权运作的特性。

研究检察制度的历史发展不难发现,检察机关是为适应公诉制度的需要而建立发展起来的。国家掌握了追究犯罪的主动权,但是又不能让裁判机关同时握有追诉权,因而就设置了专门的追诉机关。追诉机关要对社会上发生的各种社会冲突和危害国家秩序的案件进行侦查、审查、分析、认定,以决定是否诉诸于审判权来追究某人的刑事责任,从而维护国家社会的整体利益和正常秩序。由此看检察机关的基本职能是公诉,基本任务是代表国家追诉犯罪、将犯罪嫌疑人提交司法机关并举出证据证实犯罪。在公诉活动过程中,检察机关各项权能的运作不同于法院审判权的运作,公诉机关与被追诉方是对立冲突的,它要将双方的对立提交审判机关作出最终的裁决;对于实践中的各种涉嫌犯罪的行为,法律要求公诉机关必须代表国家进行审查追究,而不是作为中立的第三方对冲突进行无偏倚地裁断;同时为了实现维护公共秩序、维护国家社会整体利益的目的,出于对追究犯罪的需要,公诉机关实行上下一体化的组织活动原则,即学者通常所说的“检察一体”原则。而按照科学的司法规律,为了保证法院、法官公正地完成审判裁决任务,法院的组织体系是按审级、案件、地域等进行管辖上的分工,并不形成从上到下的组织体系,只构成一个个单独的官署似的独立的组织,而且每个法院的法官之间都应是相互独立的。由此看,以公诉权为基本内容的检察权不可能具有笔者所说的终局性、中立性、被动性、独立性的特点,检察机关的设置也不同于审判机关的组织体系,在这个意义上我们认为检察权在本质属性上、在终极意义上应该属于行政权。

但是我们必须看到,检察权虽然因承担追诉犯罪、执行法律的机能而在本质上属于行政的特性,可毕竟检察权与审判权直接关联,毕竟检察权的行使是涉及到公民个人人身权利、财产权利和民主权利的,因而检察权的行使还有不同于一般行政权的特殊性。为了保证执行法律的检察机关不受外来势力、尤其是来自现实的政治权力的不当影响,必须保证不受检察部门以外的人的指挥与命令,必须保障检察官的身份,保护他不受来自任何方面的间接压力,并且必

〔9〕 前引〔8〕。

须使检察官行使每一权限的职务行为的效力,不受其它内部条件的干扰。也就是说,在检察事务方面,必须保证检察官能够依自己的意志行使检察权。检察官是依法律来审查办案,具有相对的独立性,上级的指挥监督必须与检察官的独立性相协调,也就是说检察权在运行时带有部分司法的特性,关于这一点,已经有文章作出了论述,本文不再赘述。正是在这个意义上,现行的旨在加强检察官独立性的主诉检察官制度改革才具有其存在的依据和可行性。但是需要注意的是,检察官的独立只是相对的,具有司法的相对独立性这一特点并不能改变检察权的本质特性,不能认为检察权在本质上同时属于行政权和司法权。所以,我们不同意检察权在本质上具有行政与司法双重属性的观点。

综上所述,我们认为,检察权只是带有部分司法的特点,而且这个特点也只是相对的、不全面的,不能将其所具有的一些特点当作其本质属性,检察权在本质上应当且也只能归属于行政权。当然,我们认为检察权在本质上属于行政权,并不是否认其具有部分司法权的特点,相反,在制度设计中必须充分尊重检察权运行的独特性,遵循这个规律才能保证检察权的正常运作和检察活动的正常进行。从这个意义上说,无论在组织体系上将检察机关归为行政机关还是司法机关,都不会也不应当因此而改变检察权的运作特点,套用倪文中的一句话,这"与任何对立法、行政和司法概念的钻牛角尖式的诠释没有多大关系"。[10] 我们不敢妄说倪文对司法权概念的论证是在钻牛角尖,但倪文对司法概念的所谓广义、狭义界定以及对侦查、公诉到底是否属于司法的纠缠好象对具体的改革并无多少实际意义。可以看到,倪文除了费尽周折论证了侦查、公诉等都属于他所定义的司法的范畴外,无助于对我国检察院、法院权力的合理科学配置,因为其并未说明法院行使的权力与检察院行使的权力到底有何区别。我们所关注的是权力的具体运作特点,而不是行使权力的机关的所谓"格级",就好比在美国、法国、德国、日本等,虽然检察机关隶属于司法行政机关,但却具有不同于一般行政机关的权力;同样的道理,即使千方百计论证司法的范畴应该有多宽多大、检察机关也应属于司法机关云云,检察院的权力也不可能象审判权那样处于"诉讼终极的、最高的地位"。确立审判的中心地位是建设法治国家的必然选择,是历史发展的趋势,这是诉讼的规律使然,是不以人的意志为转移的。至于有人主张检察权在本质上是法律监督权的观点,我们将在后文对其予以讨论。

二、检察机关的职能——相对明了而又十分复杂的话题

前面我们讨论了有关检察权性质的各种观点,实际上对这一问题认识上的不一致,很大程度上缘于对检察机关的职能认识不清、定位不准而引起,对检察机关应当是作为一个什么样的机关存在、基本职能应当是什么缺乏一个正确的理解。下面这部分笔者将对检察机关的职能作一分析,对这一问题的研究将直接决定检察机关的改革走向和权力配置,因而是目前很多人关注、但也是争论很大的一个话题。在目前司法改革的大趋势之下,现行法律规定的检察机关的权力配置已招致了很多的责难,甚至有人建议取消检察院体制,[11] 尽管这种主张有其过激之处,明显缺乏理性,但检察权确实应当尽快改革却是不争的事实。

我国现行检察体制受到非议最多的便是检察机关在行使公诉权的同时又行使所谓的法律监督权。长期以来,我国检察机关都以法律监督机关自居,对本身行使的职权正如上面所分析

〔10〕 前引〔8〕。

〔11〕 夏邦:《中国检察院体制应予取消》,《法学》1999 年第 7 期。

的:偏爱于统统以法律监督权称之,仿佛如此就比单单称行使公诉权更有地位、位阶更高。刑事诉讼法修改后,更强调了法院在诉讼中的中心地位,同时更加注重控诉与辩护的平等,因而突出了检察机关的公诉职能,这即为各方对检察机关的权力配置进行质疑埋下了伏笔。随着对庭审礼仪的争论,[12] 检察机关既行使公诉职能、在法庭上与辩护方对抗、希望法官采纳自己的主张,同时又以法律监督者的身份对辩护方、法官进行法律监督的做法越来越遭到多数人的质疑。[13] 那么,暂时撇开目前法律对检察机关权力的规定,在理论层面上究竟如何定位检察机关的主要职责进而为其配置权力呢?

首先,从检察制度的发展来看,检察机关以及检察体制是为代表国王君主及后来的国家政府利益控诉犯罪而建立发展起来的。检察制度起源地之一的法国在 12 世纪末有了"国王代理人",主要代理国王在各地提起民事诉讼,不过此时的"国王代理人"还不是专职的国家官吏。到了 1302 年,国王颁布敕令规定,代理人可以以国王名义参加有关国王利益的一切民事刑事诉讼。到 16 世纪,法国才明文规定检察官制度,并规定了上下级的隶属关系。17 世纪,国王敕令增设了总检察官一职,在各级审判机关设检察官,对刑事案件行使侦查权、起诉权,初步建立了检察制度。英国的检察制度主要起源于负责起诉的大陪审团和担任王室法律顾问的国王律师。1461 年,国王律师改名为英国检察长,1515 年,又设副检察长,形成了英国的检察制度。[14] 我国近代意义上的检察制度应当说开始于清朝末年的修宪改制,而非古代的御史监察制度,因为御史监察机关并不具有公诉机关的特点,不承担对一般百姓犯罪的追诉职责,只是为了控制百官,加强君主王权,说它类似于今天的行政监察制度好像更合适。

从上述考证可知,检察官是从代理国王参与民事诉讼,继而发展到代表国家和社会利益负责侦查刑事案件、提起刑事诉讼而走上历史舞台的。历史发展的过程表明,检察制度的产生和发展与刑事诉讼从封建社会纠问式到资本主义混合式模式的发展是相适应的,符合近现代刑事诉讼控审分离、国家追诉的客观需要,符合国家打击犯罪、维护统治秩序、巩固政权的要求。检察机关从诞生之日起便是一种新型的代表国家追诉犯罪的专门机关,设立检察机关的目的就是行使公诉权,检察机关是应国家公诉的需要而产生发展起来的。作为国家公诉机关,检察机关代表国家和社会利益追诉犯罪、控告犯罪,代表国家和社会将犯罪提交司法机关裁决,带有强烈地国家主动追究的特性,因而一开始检察机关是典型的行政机关。中国古代没有近现代意义上的检察制度,现行的检察制度在中国是名符其实的"舶来品"。而且由于当年照抄照搬苏联及由于我国缺少法治的传统思想,再加上某些部门存在的"位阶"、"格级"的观念,致使我国现行的检察制度在定位上已经偏离了其本来的面貌。

其次,从现代各国司法制度的设计来看,检察机关基本上都是作为国家公诉机关而存在的,莫不以代表国家对犯罪提起公诉为首要任务;在权力的配置上,法律也都根据公诉的需要而赋予检察机关各种特定的职能,其职权大都围绕着对刑事案件进行侦查、起诉、支持公诉等

---

〔12〕 龙宗智:《检察官该不该起立》,《法学》1997 年第 3 期;贺卫方:《异哉,所谓检察官起立问题者》,《法学》1997 年第 5 期。

〔13〕 有关文章可参见董茂云:《我国司法机关多重职能改革之思考》,《中国法学》1997 年第 4 期;陈吉生:《论公诉权与法律监督权的独立行使》,《政法论丛》1998 年第 1 期;宋炉安:《司法权辨析——法律监督权是司法权吗?》,《研究生法学》1996 年第 3 期。

〔14〕 以上历史考证可参见程荣斌主编:《检察制度的理论与实践》,中国人民大学出版社 1990 年版,第 18 页以下;张穹、谭世贵:《检察制度比较研究》,中国检察出版社 1990 年版,第 1 页以下。

需要,以便能正常完成国家的公诉使命,这方面,各国检察机关大体相同。在日本,“检察官的职权比较广泛,但最主要的职权是提起公诉”;在德国,“检察官的主要职权是领导警察机关对刑事案件进行调查,查明案件事实。对嫌疑犯提出公诉”;在美国,“检察官的职权主要有以下几项:有权对刑事案件起诉或者撤诉;有权对刑事案件进行调查或者派人调查;有权代表政府出席法庭,并提出证据”;[15] 在我国台湾地区,“检察机关的职权主要是在刑事诉讼活动中对于犯罪的追诉权。这一追诉权具体表现为检察官所担负的各项职权,包括:实施侦查权、提起公诉权、实行公诉权、协助自诉权、担当自诉权、指挥刑事裁判执行权及法律规定的其他职权”。[16] 不同国家和地区的刑事诉讼法也都明确具体地规定了检察机关行使上述诸权力的程序、方式,在司法实践中尽职尽责地扮演着国家公诉机关的角色,可以说,作为国家的公诉机关,是现代奉行法治的国家中检察机关的基本定位,公诉职能是其基本的职能。

最后,从我国社会发展的必然趋势上来看,公诉职能也应作为检察机关的基本角色定位。现在学界的共识是我国的人民检察制度是在学习前苏联的基础上建立的,“我国的人民检察制度是根据马克思主义关于无产阶级专政的理论,特别是列宁关于社会主义检察制度的理论,结合我国的实际情况,并吸收了苏联等社会主义国家的有益经验,而逐步建立起来的”,“我国坚持了列宁关于社会主义检察监督的原则”,把人民检察院明确规定为国家法律监督机关;“同时,我国的人民检察制度又立足于自己的实际情况,总结和肯定了长期的检察工作经验,因而具有自己的特色”。[17] 这种说法对我国人民检察制度的建立与发展变化过程的认识是客观的,也解释了我国现行检察机关法律监督地位的理论依据。但是作为理论的研究者,我们还应当看到一点:我国人民检察制度从建立、发展到二十年前的恢复重建并不是一成不变的,检察机关领导方式的多次反复变更即为这方面的例证。[18] 这说明我们必须根据社会的发展和环境的变化及时考虑调整有关检察机关职能方面的问题,死死抱住以前的某个教条显然不是历史唯物主义,社会形势已经有了相当大的变化,我们必须用一个正确的学术态度去探讨有益于我国制度建设的各种理论问题,这里面包括去除部门利益干扰和不乱扣政治帽子,[19] 唯如此才能保证学术讨论的规范化,进而促进我们社会的全面进步。在中央明确提出加快司法改革的要求下,对检察机关的职能进行理性反思可以说是顺理成章的事,这也是一个学人的基本职责和应有品格,从这个意义上讲,随便将一种理论观点称为“某某思潮的前奏”是不负责任的。

我国1979年的刑事诉讼法虽然规定检察机关承担着公诉职能,但在司法实践中特别重视检察机关与审判机关的一致性,在刑事审判中本应由公诉人承担的职能很大一部分由法官代行了,检察机关的公诉职能处于萎缩的状态。在以前我国计划经济体制下,在中央权力相对集中的情况下,在比较强调公检法作为无产阶级专政工具的时代里,这样的权力配置模式在某种意义上起到了一定的积极作用。随着改革开放的不断深入、我国市场经济体制的确立和大量法律法规的制定,社会个体的权利意识不断增强,国家立法也越来越注重对个体权利的保障。

---

〔15〕 程荣斌主编:《检察制度的理论与实践》,中国人民大学出版社1990年版,第82页以下。

〔16〕 朱勇、李育编著:《台湾司法制度》,时事出版社1989年版,第37页。

〔17〕 张穹、谭世贵:《检察制度比较研究》,中国检察出版社1990年版,第34页。

〔18〕 关于我国人民检察制度的产生、发展及变化可参见各类有关检察理论方面的著述。

〔19〕 可以看到有关坚持检察机关法律监督地位的论著文章不约而同的大都出自于检察工作人员之手。另外,有人断言:“检察行政权理论的提出是三权分立思潮的前奏,它的最终道路和归宿必然是三权分立政体”。参见刘树选等:《法律监督理论和检察监督权》,《国家检察官学院学报》1999年第7卷第4期。这种随便将某种观点定位为“某某思潮”的做法不免让人心寒。

1996 年刑事诉讼法的修改吸收了无罪推定原则的精神、加强控辩双方的对抗、增加了公诉机关的证明责任,1997 年刑法的修订规定了罪刑法定原则,党的十五大明确提出了保障人权、加强司法改革,这些都说明我国越来越注意国家权力与个体权利之间的协调,单纯地强调权力而忽视对权利的保护已经不符合现代国人和社会的要求。尤其是 1996 年刑事诉讼法修改后,更加突出了法院在诉讼中的中心地位,更加强化了程序的正当性,更加体现了控诉与审判的分离,更加注重了辩护方与控诉方的力量与地位的平衡(尽管这方面还在待于加强),强调了检察机关的庭审举证责任,平等地处理公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人对证人、鉴定人的发问权。总的来说,这次修改就是要改变过去由法官作为法庭上的实际控诉者代替公诉人举证、控诉的状况,从程序设计上增加控诉方的难度和辩护方防御的力度,使检察机关成为真正的刑事诉讼的控诉方。这样,检察机关的控诉、举证责任比以往任何时候更大,检察机关的公诉职能也就比以往任何时候都更处于凸显的地位。而不论从理论还是从实践上说,这样的变化也只是正处于过程当中,理论上的研究远没有达到应有的高度,司法实践同司法规律要求的程度还有相当的距离,我国的司法改革还在不断摸索探讨中推进深入,而发展的方向也必然是沿着本次刑事诉讼法修正的趋势,找准检察机关应有的位置,继续强化检察机关的公诉职能,在法律上使检察机关的职能定位更加符合现代刑事诉讼的司法理念,这是我们建设伟大的法治国家的必然要求。

所以,笔者认为,不论从检察机关产生发展的过程来看,还是从现代各法治国家的实践以及我国建设法治国家的要求和发展趋势来看,公诉职能都应当是检察机关的当然定位,检察权在本质上主要表现为公诉权。偏离了这个基本的角色定位的检察机关不可能是现代法治国家的检察机关,只可能是有其名而无其实,并且会影响其基本职责的实现。至此我们再回过头来看我国检察机关的法律监督权问题,法律监督职能是否与公诉职能相冲突的问题,一直是一个争论不休的话题,对于这样一个不甚复杂的问题,站在不同的立场,从不同的角度出发,会得出不同的结论。本文不打算在这个问题过多地纠缠,而主要是从考察检察机关法律监督权的由来、在我国的发展及检察机关所享有的具体权力的性质出发,来阐明我们主张取消检察机关“法律监督者”身份的观点。

正如前文所考证的,检察制度是为适应公诉制度的需要而产生发展起来的,而前苏联按照列宁的法律监督理论将检察机关定位为法律监督机关,行使一般监督权。但是前苏联的这一体制是有着其深刻的历史原因的。“十月革命”建立起苏维埃政权初期,国家一直处于不稳定时期,而苏联当时是由多个加盟共和国组成的,为了巩固新政权,维护全苏联法制的统一,列宁主张建立专门的机关负责法律监督工作,在苏维埃政权建立初期,国家监察委员部、司法人民委员部及其他地方机构担负了法律监督的若干职能。检察机关建立起来后,除履行公诉职能外,逐步承担了法律监督的全部职责,而此时的法律监督权有其特定的内容,包括:监督各加盟共和国中央执行委员会及其主席团的决议是否符合苏联宪法和全联盟立法的规定;监督苏联各人民委员部和其他中央机关以及全联盟的组织活动是否合法;监督各加盟共和国最高法院全体会议的决议是否符合全联盟的立法等。[20] 也就是说在前苏联,并不是检察机关的所有职权都是法律监督权,检察院在刑事诉讼中的职权在本质上依然是公诉权,而且前苏联承担法律监督职能的机关的变化也有力地说明了法律监督职能并不必然与检察机关相联系,当年的苏

[20] 前引[15],程荣斌主编书,第 42 页以下。

联只是由于形势的需要才根据列宁的设想使检察机关除履行公诉职能外又承担了法律监督职能而已。我国在建国后的一段时期,以列宁的法律监督理论为指导,全面学习苏联的国家体制,规定了检察机关为国家的法律监督机关,行使一般监督权。如建国后的最高人民检察署的职权之一是"检察全国各级政府机关及公务人员和全国国民是否严格遵守人民政协共同纲领及人民政府的政策、方针与法律、法令";1954 的人民检察院组织法规定"最高人民检察院和地方各级检察院分别对国务院所属各部门和地方国家机关的决议、命令和措施是否合法,国家机关工作人员是否遵守法律实行监督"。到了 1978 年检察院恢复重建时,尽管组织法仍然规定其为国家的法律监督机关,但是已取消了检察机关的一般监督权,检察机关在刑事诉讼中的各项权力都是明确的、可操作的。从诉讼的角度来分析,这些权力在刑事诉讼程序中都是各有所归属,都是一个个具体的诉讼权力,与所谓的法律监督机关、法律监督权并没有一定的、必然的关联。我们不妨来分析一下。

按照法律监督论者的观点:法律监督特指人民检察院通过运用法律赋予的职务犯罪侦查权、公诉权和诉讼监督权,追诉犯罪和纠正法律适用中的违法行为来保障国家法律在全国范围内统一正确实施的专门工作。[21] 从这一界定来看,法律监督权是由多部分权力组成的,包括侦查权、公诉权和诉讼监督权。可是侦查权与公诉权是法律监督的应有之义吗?有人认为,监督表现为两种基本的职能形式,一是对违反者具有强制性的揭露和移交裁决职能(如立案、侦查、逮捕、起诉),二是对违反者不具有强制性的提出纠正意见。因此法律监督权与侦查权并不矛盾。[22] 还有人说检察机关对"犯罪的追诉本身就包含了对违反刑事法律的监督",[23]"检察官以公诉人身份出庭控诉犯罪,就是对被告人监督",[24]"检察机关依据刑法规定监督一切公民、单位必须在遵守刑律的轨道上行动,任何触犯刑律的行为都要受到追究。这种侦控犯罪的工作属于法律监督的范畴,理应由专司法律监督的检察机关行使",[25]"公诉的最大特点就是提交法庭裁判,其职责仅在于发现、证明和检举违法犯罪行为,说明作为检察权主要内容的公诉权实质上是一种监督权,因此,法律监督是检察权的本质特点"。[26] 可是为什么公安机关对违法犯罪行为的发现、证明、检举即侦查、追诉就不是法律监督呢?为什么公安机关"依据刑法规定监督一切公民、单位必须在遵守刑律的轨道上行动"、对任何触犯刑律的行为予以追究的活动就不是法律监督呢?为什么同样是负责发现、证明和检举违法犯罪行为、提交法庭裁判的西方国家检察机关的活动就不是法律监督呢?没人回答这些问题,反正只要是我国检察机关的权力就必然具有法律监督的性质,至于其他国家机关、其他国家的检察机关也行使这项权力应如何定性则不予考虑,这样的论证显然难以使人信服。实际上,侦查权和公诉权的实质就是刑事诉讼中最一般、最普通的诉讼程序上的权力,无论其行使机关为谁,它们的性质都是不应该也不可能会改变的,所以实在没有必要硬给其套上个法律监督的外衣。至于诉讼监督权,需要具体分析。实际上,虽然刑事诉讼法第 8 条规定:"人民检察院依法对刑事诉讼实行法律监督",但是该法在规定检察院在诉讼各阶段的权力时,并没有使用"监督"的字样,而这些权力

[21] 张智辉:《法律监督辨析》,《人民检察》2000 年第 5 期。
[22] 王琰:《全国首届检察理论研究年会综述》,《人民检察》2000 年第 2 期。
[23] 徐益初:《析检察权的性质及其运用》,《人民检察》1999 年第 4 期。
[24] 徐益初:《从我国检察机关的发展变化看检察机关定位》,《人民检察》2000 年第 6 期。
[25] 前引[19],刘树选等文。
[26] 前引[5]。

诸如:要求公安机关说明不立案理由或要求立案、审查批捕及通知公安机关纠正违法情况、向人民法院提出纠正意见等,都是诉讼中应有的制约机制,属于正常的诉讼程序。这在没有什么法律监督机关的其他国家的刑事诉讼中同样存在,有些属于司法审查权,有些属于公诉权的一部分。至于检察机关对审判机关的所谓监督,比如请求法院正确定罪量刑、对法庭的违法行为提出意见、对判决裁定提出抗诉等,都是公诉权中的必然含义,是作为诉讼当事人(也许检察机关不喜欢这样的称谓)必然拥有的权能,就好比被告人也有权请求法庭正确定罪量刑或从轻减轻处罚、有权对法院的违法行为提出意见、有权对判决提起上诉一样。对此,法律监督论者也与我们有同样的看法,"这是对公诉方作为国家代表履行职能活动的最起码要求,是其份内之责,无须人为拔高,至多可以把它看作是一种广义的监督,与被告人、当事人对审判活动的监督没有根本区别",[27] 所以也根本没必要将这种正常的诉讼权力也装进法律监督这个袋子(用诉讼监督这个名词也容易使人产生误解)。由于本文主要是从刑事诉讼中控、辩、审三方的关系出发,对检察机关的应然权力进行研究,故对判决、裁定执行的监督以及检察机关在民事、行政案件中应享有哪些权力、这些权力应如何定性等,均非本文研究主旨之列,不予讨论。

由此看来,在刑事诉讼中,法律监督论者所称的侦查权、公诉权及诉讼监督权与他们所津津乐道地看似地位很高的法律监督权实际上并没有必然的联系,不论检察机关是否拥有法律监督者这样的"桂冠",法律都应当赋予其上述诸项权力(当然,侦查权是可以探讨的),因为这是一个公诉机关所必须拥有的最基本的权力。检察机关应当以公诉作为其基本的任务与职能,寻求诉讼之外的高于裁判方的所谓法律监督权是不适当的,而诉讼内的其他主体也享有的诸如对法庭的异议权、对判决不服的抗诉权等都没有必要打上法律监督的旗子。在这个意义上说,我们主张取消刑事诉讼中检察机关法律监督者的身份,并不是要求取消检察机关的上述权力,而是因为按照诉讼的规律,在三角形诉讼结构中,审判应当处于中心的位置,作为控诉一方的检察机关可以以诉讼一方主体的身份对审判方予以监督,但不能以高于(哪怕是形式上的高于)审判者的所谓法律监督者的身份对审判者实施监督。有人洋洋洒洒以约两万字的篇幅论述了监督法律关系,指出现在的监督机关没有与审判权相对抗的地位,对"检察机关的抗诉权在本质上只是一个改判建议权"非常不满;并指出应当加强立法,使法律监督者拥有对被监督者的纠正权、否决权、列席合议庭合议权、查阅合议庭笔录权等。[28] 我们认为,且不说在诉讼中设置一个可以否决、纠正审判者裁决的机关是否合乎诉讼规律,即使有必要设置这样一个拥有庞大权力的机关,那也只能由检察机关以外的机关来承担这个任务,因为如果控诉方还拥有对审判者的裁决予以直接纠正、否决的权力,所谓居中、公正的裁判便根本不可能存在了。

三、我国检察权的内容 ——规定不明而又分歧严重的命题

探讨了检察权的性质及检察机关的基本职能之后,有必要再审视一下我国现行法律关于

[27] 张宏思:《人民检察院基本诉讼角色定位论》,《法学》1997 年第 9 期。该文认真分析了公诉职能与法律监督职能的本质差异,并指出二者必须分开行使,与我们的认识相似。只是该文主张检察机关应当以监督作为基本角色定位,而且认为检察机关作为监督机关的同时可作为公诉机关行使公诉职能,解决公诉与监督之间的矛盾可以用内部制约的方式解决,并不排除成立独立的公诉机关专司公诉的可能性。这种观点值得商榷,没有搞清检察机关正是作为公诉机关才发展起来的,公诉才应当是其基本角色。

[28] 李桂茂等:《我国法律监督制度的改革与完善 ——论监督法律关系》,《中国社会科学》1997 年第 2 期。

检察权的规定。在我国,检察权是一个与审判权相对使用的概念,它出现在现行的多部法律及同一部法律的多个条文中,如宪法第 131 条的“人民检察院依照法律规定独立行使检察权……”;人民检察院组织法第 4 条的“人民检察院通过行使检察权,镇压一切叛国的、分裂国家的和其他反革命活动……”;刑事诉讼法第 3 条的“检察、批准逮捕、检察机关直接受理案件的侦查、提起公诉,由人民检察院负责”;刑事诉讼法第 5 条的“人民检察院依照法律规定独立行使检察权……”等,而且在众多的法学论著中,类如“人民法院行使审判权”、“人民检察院行使检察权”的表述也到处可见。

但是,与审判权相比较,在实然法的层面上检察权的具体内容究竟为何却鲜有一个相对固定的说法,不同的著述主张各一。从现实的情况看,有一种观点应当引起我们的注意。这种观点认为检察权就是检察机关的法律监督权,二者是一致的,其内容就是法律规定由人民检察院行使的所有职权。该种观点认为法律监督职责基本上分为三个方面:一是通过对国家机关工作人员的职务犯罪以及与执行职务有关的犯罪进行侦查,以保障国家机关执法的公正和准确。二是公诉职责,即侦查终结的案件,都由检察机关依法做出起诉或不起诉决定,这是用刑事法律监督的职权对犯罪行为实施的法律监督。三是诉讼监督职责,即对诉讼活动是否合法实行法律监督。[29] 这种观点已经成为当前检察机关极力主张的观点,这从一系列有关法律监督权的文章尤其是检察工作人员的论文著述中可见一斑。但是,这种观点却是值得商榷的。

首先,仅仅从法律条文来分析,该观点便存在明显的漏洞。主张检察权与法律监督权等同者的最主要依据便是宪法第 129 条和人民检察院组织法第 1 条的规定:“中华人民共和国人民检察院是国家的法律监督机关”。由于人民检察院是国家法律监督机关,因而行使的是法律监督权,而人民检察院行使的权力又是检察权,所以人民检察院的法律监督权就是检察权,检察权也就是法律监督权。这样的论证与推理逻辑所得出的结果实在令人难以信服,而且,这些偏爱于法律条文的论者好象忘了也还有这样一条法律,人民检察院组织法第 5 条规定:

“各级人民检察院行使下列职权:(一)对于叛国案、分裂国家案以及严重破坏国家的政策、法律、法令、政令统一实施的重大犯罪案件,行使检察权。(二)对于直接受理的刑事案件,进行侦查。(三)对于公安机关侦查的案件,进行审查,决定是否逮捕、起诉或者不起诉;对于公安机关的侦查活动是否合法,实行监督。(四)对于刑事案件提起公诉,支持公诉;对于人民法院的审判活动是否合法,实行监督。(五)对于刑事案件判决、裁定的执行和监狱、看守所、劳动改造机关的活动是否合法,实行监督。”

笔者之所以不厌其烦地将上述条文全部抄录,是因为从条文的编排中我们可以看出,只有

---

[29] 周士敏:《论我国检察制度的法律定位》,《人民检察》1999 年第 1 期。类似的观点:“检察权即法律监督权是从统一的国家权力中分离出来的、与国家的行政权、军事权、审判权并列的一项国家权力”;“在我国,法律监督特指人民检察院通过运用法律赋予的职务犯罪侦查权、公诉权和诉讼监督权,追诉犯罪和纠正法律适用中的违法行为来保障国家法律在全国范围内统一正确实施的专门工作。”参见前引[21],张智辉文。“在刑事起诉中,检察机关参与诉讼不是与法官一起对被告人定罪量刑,而是以国家公诉人的身份提起、支持或停止诉讼,防止诉讼中可能出现的对犯罪的放纵和对人权的侵犯,在警察与法官之间增加一个独立的检察机关,意义就在于通过检察机关指挥侦查、批准逮捕、提起公诉、出庭支持公诉、监督审判、监督判决执行等一系列诉讼活动,对整个诉讼活动进行制约与监督”;“这说明作为检察权主要内容的公诉权实质上是一种监督权”,“因此,法律监督是检察权的本质特点”,前引[26],谢鹏程文。不过也有人提到了“检察”一词作为法律术语一般有两种涵义,一是与法律监督相同,一是检察的概念小于法律监督的概念。参见张穹主编:《人民检察院刑事诉讼理论与实务》,法律出版社 1997 年版,第 9 页。

在本条第 1 项中才使用了检察权,而在后几项中都回避了这一概念。从条文来看,诸如侦查权、审查批捕权、起诉权、支持公诉权等在形式上与检察权是并列的;同时,对于侦查监督和审判监督的规定,在条文第 2 项和第 3 项中都用分号与前一部分隔开,这也表明法律规定的监督权与审查批捕权、审查起诉权、提起公诉权等在形式上是相并列的。不论这种表述是否科学合理(因为第 1 项中的检察权在排除了审查批捕权、审查起诉权、公诉权、法律监督权等之后还有没有其他具体内容值得研究),但至少我们从条文中推导不出有人所主张的检察权即等同于法律监督权,法律监督权即包括审查批捕权、审查起诉权以及提起公诉和支持公诉权的含义。

法律条文对该种观点的不支持还可从刑事诉讼法中找到证据。该法第 3 条规定:"检察、批准逮捕、检察机关直接受理的案件的侦查、提起公诉,由人民检察院负责。"此条也表明了检察权与批捕权、公诉权及法律监督权的关系并非如某些论者所讲的那样简单。

其次,审查批捕权、审查起诉权、提起公诉权、支持公诉权是否属于法律监督权的范畴,前文我们已经对此作了论述。在现代实行侦、控、审分离的国家,审查批捕、审查起诉、提起公诉以及支持公诉是刑事诉讼程序中的常态,是每一个奉行现代刑事诉讼理念的国家最普通不过的正常诉讼行为。可是到了我们国家,这些诉讼行为的本质竟然都发生了变化,全都变成了法律监督行为:不但审查批捕是法律监督,[30] 而且审查起诉、提起公诉、支持公诉等都成了法律监督。更让人难以理解的是,刑事案件侦查权本是刑事诉讼中相当明确的一种权力,但因为我国检察机关是法律监督机关,因而这个权力到了检察机关那里也就不是一般的侦查权而是法律监督权了。种种这样的论述给人的感觉是无限制地扩大、提高了法律监督的范围和地位。实际上,诉讼行为、诉讼权力有其自身的本质属性,也许在不同的国家、不同的法系会有不同的表现形式,比如行使机关、行使方式的不同,但不应该出现也不会出现在美国、日本等国是侦查权、公诉权,而到了中国就成了法律监督权的现象。从这个意义上说,人民检察院组织法第 5 条后 4 项在规定检察院享有对侦查活动、审判活动实行监督的权力和审查批捕、审查起诉、提起公诉、支持公诉的权力时,用分号将前后两部分隔开,并列编排,是认识到了前后两部分是不同性质的权力职能,这种语言表述是科学的,表达的意思也是清晰明了的。但是实践中出于认识上的原因及某种利益的考虑,这种意思被人为地扭曲了,检察机关对自侦案件的侦查权、审查批捕权、公诉权以及法律监督权都被人为地复杂化了。

有意思的是,即使有些极力主张法律监督权的论者也不得不承认法律监督只是检察机关职权中的一个方面,与公诉权是不同的。检察机关的职权包括法律监督权、侦查、起诉和出庭支持控诉权、参加民事诉讼权、参加行政诉讼权和其他职权。"在社会主义国家,对刑事案件进行侦查、起诉和出庭支持控诉,仅是检察人员一个方面的职权,而且从根本上来说,它们是实现检察机关法律监督职责的一种手段。"这说明他们也认为侦查权与公诉权与法律监督权是不同的,只是实现法律监督权的手段。[31]"人民检察院在刑事诉讼中主要行使四项职权,即对刑事诉讼实行法律监督权、批准逮捕权、侦查权和公诉权"。[32]"检察机关法律监督职能的有效行使是不能脱离开具体的诉讼职能的,监督是内容,是目的,诉讼是形式,是载体。监督职能必须以诉讼职能为基础,为条件,诉讼职能是监督职能借以发挥的必要途径和手段"。"检察机关法

[30] 参见前引[8],倪兴培文。

[31] 参见前引[17],张穹、谭世贵书,第 89 页以下。

[32] 前引[29],张穹主编书,第 9 页以下。

律监督职能和公诉职能是一种职能的两面,一个问题的两个方面”。[33]“刑事审判监督本质上是超然于具体审判活动之上的独立的诉讼职能,……也应与公诉职能相分离”,“此类观点(指公诉具有审判监督性质——引者注)的根本缺陷在于以偏概全,夸大了公诉职能的广义上的监督性质,混淆了发起诉讼的公诉职能与对包括公诉方在内的所有参诉方活动进行整体监督的审判监督职能的区别,将自己置于监督者的地位,只对审判方等其它诉讼主体实施监督,自身则无须受到监督,从而导致这两种职能混同一体”。[34] 这些文章尽管在法律监督权的观点上还存在可商榷之处(笔者已在本文第二部分作了讨论),但是它们无疑也从一个方面承认了法律监督权不等于检察权,也与检察机关的侦查、公诉权等没有包含与等同的关系。

所以笔者认为,将检察权等同于法律监督权,同时等同于检察机关的各项诉讼权力的观点,不仅不符合法律规定的原意,而且在理论上也是说不通的。要对我国的检察体制进行改革,有必要对各个法律规定的检察权的涵义予以统一,首要的是统一法律中的用语,然后对“检察权”的内容作出明确的界定。按照我国的语言习惯,也为了与审判机关行使审判权相对应,我们认为,宜将检察权理解为“法律规定的由检察院行使的职权”为好(我们也正是在这个意义上对检察权性质进行了探讨)。现行宪法、人民检察院组织法及刑事诉讼法中都规定了“人民检察院依法独立行使检察权”,这些规定中的“检察权”应理解为检察院的职权,并可以作为我们统一法律用语的基础;而人民检察院组织法第5条和刑事诉讼法第3条中将检察权与检察院的批准逮捕、提起公诉等其他职权相提并论的规定,给人以检察权也只是检察机关职权中一个部分的感觉,应当在适当的时候对这些法律的表述方式进行修正。同时在刑事诉讼法中去掉“法律监督”的字样,取消检察机关法律监督者的身份,明确规定人民检察院是国家的公诉机关,履行公诉职能。检察权的内容应当是符合其公诉职能需要的、符合其性质的各项权力的总称,具体说检察权中应当包括指挥、领导侦查活动权、审查起诉权、决定起诉与不起诉权、支持公诉权、举证质证权、提出意见权(或称异议权)、抗诉权等各项权力。对于现阶段检察机关拥有的侦查权、审查批捕权、决定逮捕权、决定拘留权、批准延长羁押期限权等是否应当属于检察权的内容,我们将在下文进行讨论,但在目前,这些权力也属于检察权的内容。

四、检察机关的改革——十分迫切而又困难重重的课题

上文我们论述了检察机关在刑事诉讼中的基本角色应当是国家的公诉机关,代表国家将犯罪提交法庭裁判,行使控诉职能。围绕这个主题,检察机关的改革及其权力配置都应当以公诉职能为中心。有鉴于此,我们认为,对检察体制的改革应当从下面几个方面去着手:

1. 建立以公诉为龙头的检察职权体系

改革就应该朝着检察机关就是公诉机关的思路去构建我们的整体司法制度。对于行使公诉职能应有的各种权力,应当通过法律赋予检察机关,并且要设计出合理、正当的程序规则来规范检察机关行使公诉权的行为。综合各方面的论述可以知道,承担公诉职能是实行国家追诉主义以来各国检察机关的本职任务,检察机关应当以公诉作为自身的基本职能,在国家体制中应当以公诉机关为定位寻求自己的位置,不能舍本逐末去谋求什么高地位的、高身份的其他

[33] 沈丙友:《公诉职能与法律监督职能关系之检讨》,《人民检察》2000年第2期。

[34] 参见前引[27],张宏思文。

角色。在权力的配置上,检察机关的职权体系应当以公诉作为龙头,同时可以根据形势的需要,使检察机关也承担一部分其他职能,比如监督监狱、劳教、看守所等劳改劳教和临时羁押场所,在民事、行政案件中也承担一些必要的职能等。但这些都不是主要的、也不是必须由检察机关承担的。检察机关职权体系的核心只能是公诉权。公诉活动应当包括检察机关对享有侦查权的机关或部门侦查终结移送起诉的案件,经过全面审查酌量,以决定是否将犯罪嫌疑人提交法院审判追究刑事责任,以及将犯罪嫌疑人起诉至法院并出席法庭举证、质证,请求法庭对被告人定罪量刑的诉讼活动。在这样一个诉讼活动中,承担公诉职能的检察机关所应然享有的权力包括:审查起诉权、决定不起诉权、决定起诉权、提起诉讼权、出庭支持公诉权、法庭举证、质证权、辩论权、声明异议权、抗诉权等。在目前阶段,我国的检察机关已经基本上享有了上述各项权力。需要注意的是声明异议权,实际上这项权力对我国的检察官来说并不陌生,就是在审判过程中,检察机关认为法官的诉讼行为违法或不当时,提出自己的意见请求法官作出适当的处理的权力。只不过实践中我国的检察机关在指出法官的不当行为时,往往喜欢将此理解为行使法律监督权,其实这只是一项审判过程中的诉讼权力,控诉方和辩护方都享有这项诉讼权力与权利,包括被害方、被告方都可以提出该种异议。日本刑事诉讼法第 309 条就对此专门作了规定,可以作为我国的参考。

2. 建立以公诉机关为核心、主导的审判前程序

长期以来,由于我国的庭审方式基本上存在着走形式、走过场的现象,如常说的"公安是做饭的,检察院是端饭的,法院是吃饭的",因此,确立庭审中心地位成为了理论界和实务界关注的焦点。1996 年刑事诉讼法修改时,在这方面做了大量的修正。但是,庭审方式改革后,一个突出的问题便摆在了人们面前:公诉机关在法庭上举证不力,或者证据不严密,而法院已不想端什么就吃什么了,这就使得公诉人在法庭上很是被动。但是,公诉机关并不是不注重证据,关键是侦查机关移送的材料不能有力地支持公诉,检察院也想摆脱你做什么我就只能端什么的窘境。但是据来自检察院的反映,行使法律赋予的退回补充侦查权并不是那么简单,很多案件退回时是哪些材料,再移送来依旧是那些材料。形势要求我们必须重新审视和改进现行的侦查职能与公诉职能、侦查机关与公诉机关的关系。鉴于此,笔者提出了侦检一体化模式,[35] 希望能对当前侦检之间存在的不正常的关系有所裨益。

正如前面所揭示的,检察机关在刑事诉讼中的职责是代表国家起诉犯罪,出席法庭举证、质证,而现代刑事诉讼的理念及发展趋势都要求以审判为中心。因此,起诉的成功与否很大程度上取决于检察机关在法庭上的举证、质证,取决于检察机关所拥有的证据材料,而这些证据材料在多大程度上能够支持公诉则取决于侦查的质量。侦查活动正是查获犯罪并取得犯罪证据的活动,因此,在刑事诉讼中,侦查机关与公诉机关共同承担追诉职能,侦查活动实际上是为检察机关的公诉职能服务的,侦查权与公诉权在本质上是相互统一的,彼此之间有着内在的密不可分的联系。但是,由于现行体制下我国的公安与检察院之间以分工负责、互相配合、互相制约为原则,侦查程序基本上由公安机关一手操办,且公安还可以制约检察机关,使得公安与检察之间的扯皮不断:公安机关往往专注于"破案",在取得证据、固定证据、保全证据方面,与检察机关在法庭上举证、质证的要求还有不小的距离,正如美国人琼·雅各比女士所说的:"警察以被告可能有罪为根据认为某个人违反了法律而实行拘留;检察官则必须提出具有更高质

〔35〕 参见拙文:《侦、检一体化模式研究——兼论我国刑事司法体制改革的必要性》,《法学研究》1999 年第 1 期。

量的证据以便在审判室内将同一个人定罪”。[36] 同时,“由于警察没有受到象律师那样的培训(有时根本没有受到培训),有关证据的发现和保护(对检察官的工作来说,这是必不可少的)可能是草率的、不完整的和有缺陷的”;“检察官们的一种普遍的抱怨是,警察在进行调查中往往是草率从事,遗漏了重要的证据,以及不适当地扣押或标注被搜采到的物品”;“他们认为,警察所作调查的质量确实关系到检察官的行动”。[37] 再加上我国的检察机关无法对侦查活动进行实际上的指挥、控制,也使得法律规定的退回补充侦查制度的实施效果并不理想。所以基于侦查与公诉的共同追诉职能,我们认为在法庭审判前的程序中,应当建立以公诉机关为核心主导的机制,侦查应当服务于公诉这样一个总的目的,公诉机关为了公诉的需要应当有权指挥、指导侦查活动的进行,这里主要是指对侦查机关、侦查人员收集证据、固定证据方面予以指挥指导,尽量减少司法实践中将侦查结果做成“夹生饭”的情况。

一些论者不是从公诉职能与侦查职能具体的、微观的特性出发,不是考虑二者在实务中的具体诉讼关系与本质属性,而是从所谓“公诉权在本质上只是法律监督借以实现的一种基本形式”出发,认为“把对侦查的检察职能与对侦查的领导、指挥混为一谈,完全可能使检察法律监督功能被具体的侦查工作所吸收、所消化”,因而也反对检察机关指挥侦查活动。[38] 该论者还指出:“在一定意义上可以说,司法本身就是一种法律监督形式”。我们不知道这里的“一定意义”到底是哪种意义,但是按照该论者“所谓司法乃是以诉讼形式进行的执法”的观点,[39] 侦查工作也是司法,当然其“一定意义上”也应当是法律监督,既然侦查也是法律监督,凭什么检察机关的法律监督就一定要监督着侦查机关的法律监督呢?凭什么检察机关就理所当然地高于别人呢?显然,要回答检察机关对侦查工作领导、指挥的依据,必须到二者的具体诉讼关系以及各自的活动目的中去寻找,什么都能往里装的法律监督并不能给出有说服力的答案。还需要说明的是,由于我国当前实然的司法权概念与我们所探讨的应然的司法权概念不一致,因此给行文上带来一定的麻烦,尽管我们已经作了说明,但仍有读者对我们有一些误解,在此愿摘录如下,以答疑者:“虽然我们对这一概念(指我国当前实然层面上的司法权概念)也持否定态度,但在对现行司法体制,特别是对其弊端进行描述的时候,当然要以中国法的实然性为基础”;“侦查权、检察权在本质意义上应当隶属于国家行政权,检察机关也应当定位为行政机关。当然,这是对侦查权检察权之应然性的学术探讨。在现行法的构架内,检察机关仍然为司法机关”,[40] 突然与应然不同,由此清晰可见,怎么会导致“这些主张前后不一、自相矛盾”呢?

3. 改革现行的逮捕和其他侦查措施的审批制度

逮捕是最严厉的一项刑事强制措施,因而对逮捕制度的研究直接关系到每个公民的切身权利。[41] 依我国现行体制,刑事公诉案件审前阶段的审查批准逮捕权归属人民检察院,检察机关享有剥夺犯罪嫌疑人人身自由的权力;同时人民检察院作为公诉机关,本身又承担着控诉职能,承担着在法庭上举证、质证的任务。这种权力配置模式的危险性是显而易见的。检察机关作为控方完全有可能为了控诉的需要“以权谋私”,作出剥夺被指控方人身自由的逮捕决定。

---

[36] [美] 琼·雅各比:《美国检察官研究》,周叶谦等译,中国检察出版社 1990 年版,第 134 页。

[37] 同上书,第 138 页以下。

[38] 前引[6],倪培兴文。

[39] 参见前引[6],倪培兴文。

[40] 参见前引[6],拙文。

[41] 关于逮捕制度的探讨可参见拙文:《试论我国逮捕制度的改革》,《中国律师》2000 年第 9 期、第 10 期。

重要的是我国刑事诉讼中的逮捕不仅作为行为动词使用(意为“捕获”),而且兼具状态动词的用法(意为“羁押”)。易言之,它包含两方面的内容:捕获和一段时间的羁押,并且羁押是逮捕的必然结果和主要内容,逮捕的目的就是羁押。而外国一般采逮捕与羁押分离制度,逮捕实施后是否羁押须另行审查决定。这种制度具有重要的理论和现实意义。因为逮捕与羁押决定要分两次作出,(有证)逮捕往往是由法官(或预审法官)根据侦检机关的书面申请作出的;而对于是否羁押,则须听取犯罪嫌疑人及其辩护人与控方的意见后才能作出决定。这种做法体现了法官裁判权力对侦查程序的控制,有利于实现侦查程序中的控辩平衡和避免不必要的羁押,有利于保障嫌疑人的权利。我国实行逮捕与羁押一体制,逮捕由处于控方的检察机关进行书面审查后批准或决定,并不听取嫌疑人的意见,完全是单方职权行为。而且根据刑事诉讼法的规定,对于一个非罪犯身份的公民,可以由公安机关决定拘留后被羁押长达 37 日,足见侦查机关对一个公民人身权利的影响有多大。至于逮捕后的羁押期限,虽然法律也作了限制,但是由于法律同时规定了几种可延长的情形,决定权和批准权同样是属于行使公诉职能的侦检机关,因此实践中被以各种表面上的合法理由超期羁押的犯罪嫌疑人不在少数。[42] 再加上检察机关在羁押期间并不进行合法性审查,获释(包括取保候审)的渠道并不畅通,因此对绝大部分犯罪嫌疑人来说,一经逮捕即意味着将长时间处于被羁押状态,因而造成不必要的羁押大量存在,也使得完全置于侦控机关控制之下的被逮捕者沦为侦讯的对象,逮捕则变成了一种重要的侦查方法,导致实践中以捕代侦、刑讯逼供等违法现象屡禁不绝。这无疑使犯罪嫌疑人的诉讼主体性荡然无存,公民的人身自由权利得不到应有的保护。这一切都缘于控方即为逮捕和延长羁押期限的批准者或决定者,没有第三方来对此作出裁断,程序应有的正当性缺失。为了防止刑事诉讼中控辩双方力量的严重失衡,避免出现犯罪嫌疑人诉讼地位的客体化趋势,有必要强化诉讼制约,修改完善现行的逮捕制度。

笔者认为,对犯罪嫌疑人的逮捕羁押应当非常严格,只有为了保障刑事诉讼的顺利进行、实现对犯罪的有效追诉、保护社会安全,才能对犯罪嫌疑人的人身自由予以限制。这种措施的采取必须贯彻程序正当以及最低限度和必要性原则,而且在司法实践中应当尽量减少乃至避免羁押,以充分保障人权,这应成为设计逮捕制度的出发点和归宿。为了保持控辩平衡,防止被指控人客体化,要求在判断是否有逮捕乃至羁押被指控人的必要时,必须由独立、中立于控辩双方的裁判者作出决定,而不能由侦控方决定。唯如此,犯罪嫌疑人的诉讼主体性和裁判中立、控辩平衡的现代刑诉机理方能得以体现。

我们主张,改革我国逮捕制度的最终方向应该是借鉴他国合理有效的审查批准制度,在侦查起诉阶段引入一个第三方,同时实行逮捕与羁押分离制度。按照诉讼的规律,让专职的法官担当裁断的职位是恰当的,这也应该是我国司法改革努力的目标。但是,就我国现行的体制及现实情况来看,这样的设想也许在近期内无法得到实现。作为过渡性的措施,我们认为可以在现行制度的基础上作些变化:首先将现行的逮捕即羁押改为逮捕与羁押分离制度,允许逮捕后是否羁押应当经再次审查后作出;其次,将检察机关的内部结构进行调整,配合主诉检察官的改革,设置检察事务官,负责对侦查机关的提请批准逮捕书和是否对被捕获的犯罪嫌疑人羁押

[42] 如刑事诉讼法第 128 条规定,发现犯罪嫌疑人另有重要罪行的,重新计算羁押期限;羁押期限自查清犯罪嫌疑人身份之日起计算等。实践中一些部门在掌握了犯罪嫌疑人的多种罪行、掌握了其具体身份后,故意装作不知,以备随时凭此作为延长羁押的理由。

作出审查决定;第三,将逮捕分为有证逮捕与无证逮捕,无证逮捕可在现在拘留制度的基础上改造而成。不论是有证逮捕还是无证逮捕,都应当在规定的短时间内(如48小时)将捕获的犯罪嫌疑人送至检察官处,检察官在充分听取侦辩双方意见后,作出是否予以羁押的决定。这些设想也许暂时不能为一些人所接受,但是我们相信,随着时代的发展,我国的刑事诉讼制度无论是在科学性上还是在民主性上都将会迈上一个新的台阶。

理论上的研讨是枯燥的,推动法律的进步是吃力的,而其中的过程却是充满幸福的,尽管不时会感到一些无奈,但笔者却始终坚信:一切先进的、符合人类基本正义思想、符合基本司法规律的制度都将会被伟大、聪明的中华民族所选择。

Abstract: The basic function of prosecutorial organs is public prosecution and the prosecutorial power is in essence the power of public prosecution. The prosecutorial power, with the right to prosecution as its main content, belongs to administrative power both in terms of its essential nature and in terms of its ultimate meaning. In criminal procedure, the various powers of the prosecutorial organ are all concrete procedural power that have no necessary interrelationship with so-called legal supervision organs or the legal supervision power. China should reform its judicial system according to the idea that prosecutorial organs are public prosecution organs, establish a pretrial procedure with public prosecution organs as its core and leading factor, and reform the current system of examination and approval of arrest and other investigation measures.