

检察一体与检察官独立

陈卫东 李训虎*

内容提要:现行刑事诉讼法凸显了人民检察院的地位,而作为实际操作者的检察官在刑事诉讼法中却隐而不显。在刑事诉讼中应当保障检察官独立行使检察权。当然,这种独立是与作为检察体制建构基础原理的检察一体原则相调和的产物。对于检察事务,应当贯彻法定主义,规定检察官独立行使职权的范围,严格防范上级对于下级权力的侵分与限制;对于检察行政事务,应当贯彻检察一体、上命下从的原则。为了防止检察官独立行使职权所带来的弊端,应当建构相应的诉讼监督机制。

关键词:检察一体 检察官 独立 检察权

一、问题的提出

“按刑事诉讼全程,检察官在侦查中有‘司法警察官’职能,在起诉裁量时有‘审判官’的职能,莅庭实施公诉时有‘公益辩护人’之职能,刑罚执行时有‘罪犯矫正师’之职能。”〔1〕从这一概括中我们可以看出检察官在刑事诉讼中所发挥的举足轻重的作用,然而,当我们研读我国现行刑事诉讼法条文时就会发现我们无法从中找寻到检察官如此光辉的形象,我们所发现的只是检察官作为鲜活的个体从刑事诉讼法的条文中消失了,取而代之的是给人一种庄重、威严但难以实定化的人民检察院。刑事诉讼法规定的行使检察权的主体为人民检察院,仅仅在个别地方出现了检察人员应当依法履行职责的字眼,〔2〕给人一种检察官在刑事诉讼中无足轻重的感觉。

凭借常识,我们完全可以判断作为实际操作者的检察官就是刑事诉讼法上的主体。立法与实践的巨大反差使得笔者产生了疑问,为什么作为实际操作者的检察官在我国刑事诉讼法中隐而不显?基于此,笔者对此问题作了进一步的关注,从而发现了诸多的不和谐乃至矛盾之处,同时,一个更具学术意义以及实践价值的问题——检察官独立行使检察权——摆在了笔者面前。

* 陈卫东,中国人民大学法学院教授;李训虎,中国人民大学法学院博士研究生。

〔1〕〔日〕平野龙一:《刑事诉讼法概说》,有斐阁,昭和43年,第30页。转引自朱朝亮:《检察权之制衡》,http://www.pra-tw.org/pr4-4/pr4-4-1-26-2.htm,2005年3月9日。

〔2〕刑事诉讼法中出现检察人员的条文,如第14条规定:诉讼参与人对于审判人员、检察人员和侦查人员侵犯公民诉讼权利和人身侮辱的行为,有权提出控告。第28条规定:审判人员、检察人员、侦查人员有下列情形之一的,应当自行回避,当事人及其法定代理人也有权要求他们回避。第29条规定:审判人员、检察人员、侦查人员不得接受当事人及其委托的人的请客送礼,不得违反规定会见当事人及其委托的人。审判人员、检察人员、侦查人员违反前款规定的,应当依法追究法律责任。第43条规定:审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序,收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。即便这些条文提及了检察人员,但从这些条文中我们可以看出,这些规定多为对检察人员施加的强制性或者义务性规定。

第一,法律文本之间的反差

检察官法第2条规定:“检察官是依法行使国家检察权的检察人员”;第6条规定,检察官的职责包括法律监督、代表国家提起公诉、进行侦查以及其他相关活动。根据上述规定,提起公诉、进行侦查应当由依法行使国家检察权的检察官行使,进而言之,检察官是毋庸置疑的刑事诉讼法上的主体。然而,当我们翻阅刑事诉讼法条文时却发现检察官并非诉讼法上的主体,在刑事诉讼中行使检察权的是人民检察院。显而易见,两部法律之间出现了不和谐的现象:由检察官法我们可以推导出检察官是检察权的行使主体,而由刑事诉讼法推导出来的则是人民检察院。毫无疑问,两者之间是存在差别的,对于这种差别,套用立法法的法律冲突解决方法得出的结论恐怕难以让人信服。

第二,实践与法律之间的悖反

宪法第131条规定:人民检察院依照法律规定独立行使检察权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。刑事诉讼法、人民检察院组织法沿袭了宪法的规定,并且检察官法的制定目的也是为了“保障人民检察院实施法律监督,依法独立行使检察权”。为了贯彻人民检察院独立行使检察权这一宪法原则,刑事诉讼法将独立行使检察权的主体规定为“人民检察院”。从上述法律规定中我们可以看出,无论是根本法还是作为基本法律的刑事诉讼法都规定人民检察院独立行使检察权,从中我们无法发现检察官独立行使检察权的字眼。

但是,从近年来的检察改革中,我们发现的则是另外一种景象。尽管我国现行法律没有规定检察官独立行使检察权,但我们的检察实践早已暗潮涌动,检察改革中推出的主诉检察官制度、主办检察官制度已经得到全面推行,这些改革都强调检察官的独立性,注重发挥个体检察官的作用。《检察改革三年实施意见》提出“改革检察官办案机制,全面建立主诉、主办检察官办案责任制”,要求“建立、健全检察官办案责任制。健全、落实检察业务工作中的主诉、主办检察官办案责任制,依法明确主诉、主办检察官承办案件的程序和职权。”从当下的检察改革实践中,我们不难发现检察官已经获得了诉讼法上的主体地位并且取得了越来越大的独立性。无疑,法律的表达与实践之间出现了背离,这不能不说是实践对法律的一种悖反。

第三,改革措施之间的逆向而行

检察改革如火如荼,上至最高人民检察院下到基层人民检察院,推出的改革措施令人眼花缭乱。总结这些改革措施,我们不难发现其中的两种倾向:强化检察一体与推进检察官独立。如最高人民检察院在《检察工作五年发展规划》中明确提出:健全上级检察院对下级检察院的领导体制,加大领导力度,形成上下一体、政令畅行、指挥有力的领导体制,确保依法独立高效行使检察权。逐步建成全国各级检察机关之间互相支持、互相配合、互相协调的检察一体化的工作机制,强化办理跨地区大案要案的指挥协调,健全遵循一定程序异地代为调查取证、协助办案的制度。高检院要对此进行专题论证,作出具体规定,并探索建立信息畅通、反应灵敏的指挥协调中心。各省级检察院要充分发挥在检察一体中承上启下、左右联动的作用。如果这一表述是从工作机制的角度来考虑检察一体,那么曾经拟议中的《人民检察院五年改革规划》(草案)中将检察一体上升到一个更高的层次,从检察体制的角度要求:落实宪法规定,完善检察机关领导体制,加强上级检察机关对下级检察机关的领导,探索和实现实现检察一体的内容和途径,充分发挥检察机关追诉犯罪、维护司法公正和保障法律统一、正确实施的整体作用。但同时,从上述高检院的指导文件中我们同样可以看出其加强检察官独立性的决心,如《检察改革三年实施意见》中提出:改革检察官办案机制,全面建立主诉、主办检察官办案责任制。“改革检察业务工作机制。实行主诉检察官办案责任制,有2960个检察院择优选任主诉检察官9000多名,明确了办案责任,提高了公诉质量和效率。”〔3〕“全国已有86%的检察院实行了主诉检察官办案

〔3〕 韩杼滨:《最高人民检察院工作报告》,2003年3月11日。

责任制。”〔4〕从中我们不难看出各级检察机关在检察官独立性改革上的良苦用心。

殊不知,上述两种改革思路并非完全合拍,如若处理不当,两者之间会发生难以克服的冲突。因为,检察一体带有浓厚的行政化色彩,要求上命下从、左右联动,这种运作方式限制作为个体的检察官的独立性与积极性。值得注意的是,检察一体甚至被用来论证检察独立,这种论证方式有其道理,但适用范围有限,从贯彻检察一体有助于形成合力共同抵制外来干预的角度来讲,检察一体有助于检察机关的集体独立,但是,在检察官独立行使职权这样一个层面上,检察一体与检察官独立存在严重的冲突与对抗,对检察一体的过分强调完全有可能侵蚀检察官的个体独立。

笔者并不反对上述改革思路,但是由于我们无法从目前的改革举措中看到协调检察一体与检察官独立的有效举措,由此,笔者不禁担心这两种逆向而行的改革方略如若处理不当则会造成制度的设计者始料未及的后果。

正是上述差异、悖反乃至矛盾、冲突的现象使得笔者不得不深入思考检察官在刑事诉讼中的地位、角色以及行使检察权的方式。当然,从上文的论述中,我们完全可以得出这样一个推论,尽管刑事诉讼法没有规定检察官在诉讼法上的主体地位,但检察官实际上却拥有主体地位。无论是从检察官法的规定、实践中的运作还是检察改革实践都说明了这一点。〔5〕由此,上述问题中值得我们进一步关注的是,为什么在检察机关独立行使职权的情况下提出主诉检察官、主办检察官以及主侦检察官制度,难道这仅仅是在权力的拥有者与权力的具体行使者之间所采取的技术策略?为什么在体制上要加强检察一体,而在工作机制上大力强化与之相悖的检察官独立?两者之间是怎样的一种关系?并且需要指出的是,这种已经定型化的改革方式本身就存在合法化危机。因为,尽管目前的检察改革使得检察官在刑事诉讼中取得了较以往更多的权力,拥有了更多的自主决定权,并提高了办案质量、诉讼效率,调动了检察官的积极性,但这与目前刑事诉讼法、人民检察院组织法的相关规定是存在冲突的。由此,我们必须关注上述冲突的改革措施以及由此而来的改革的合法性问题,进而言之,即检察官独立行使检察权在法理上能否证成?

二、他山之石——检察官独立行使检察权的域外经验

从上文中的论述我们可以发现,上述规范检察权的法律与法律、法律与实践、实践与实践之间已经出现了不和谐乃至悖反、矛盾之处。为了更清晰地体察自身的缺陷,我们或许应该将目光投向域外,通过邻壁之光来透视自己的不足。确实,单向度的自查让我们难以识得庐山真面目,而对比性的观察则能给我们更多的启示。〔6〕当我们浏览大陆法系国家或地区刑事诉讼法、组织法以及学者著述时,〔7〕我们会发现,它们在这个问题上呈现出另外一种景观。

我国台湾地区法院组织法第五章专门规定检察机关,但规定行使检察职权的主体皆为检察官,如第61条明确规定:检察官对于法院,独立行使职权。台湾地区刑事诉讼法规定的行使检察权的主体亦为检察官,如刑事诉讼法第3条明确规定:本法称当事人者,谓检察官、自诉人及被告。在整个刑事诉讼法条文规定中,涉及检察职权行使的,主语皆为检察官,并且其拥有高度的独立性,这与法院组织

〔4〕《贾春旺在全国检察长会议上的报告》(摘要),《检察日报》2004年12月22日。

〔5〕对于检察官在诉讼法上的地位以及角色更详细的论述,有兴趣的读者可以参看林钰雄:《检察官论》,学林文化事业有限公司1999年版;陈卫东、陆而启:《检察官的角色——从诉讼法和组织法角度的分析》,《法学论坛》2005年第4期。

〔6〕必须指出,下文对大陆法系国家或者地区检察官独立行使检察权的描述并非是出于笔者对于域外经验的一种偶像崇拜情结,笔者只是希望通过域外经验这一参照系能够使我们自身存在的问题有更深切的体察。

〔7〕鉴于我国检察体制更接近大陆法系以及大陆法系检察制度影响了我国检察体制的建构,本文仅仅以大陆法系为参照物进行论述。当然,需要指出的是并非英美国家不强调检察官独立行使职权,相反,它们的检察官具有更大的独立性。之所以忽略这些,还有一个原因在于笔者认为这种论述仅仅是在陈述事实,对于论证我国的检察官独立行使检察权并无多大助益,这样可以避免资料的简单堆砌与罗列。

法第61条的规定保持了高度一致。

在意大利,无论从上下级检察机关的关系还是从检察机关内部检察长与检察官的关系,我们都不难看出检察官所具有的高度独立性。尽管意大利拥有三级检察机关的设置,但三级之间甚至不存在垂直的等级关系,上级检察机关无权命令下级检察机关。从各级检察官内部组织来看,各级检察院的检察长负责本检察机关的工作,同时检察长可以委派其所属的检察官以代理检察官的名义履行职能。检察长与代理检察官之间不存在等级关系,代理检察官独立行使检察长委托的职权,检察长也不得将自己的意见强加给代理检察官。可见,在意大利,检察官具有与法官相同的独立性。^[8]

日本刑事诉讼法将检察职权的行使主体规定为“检察官”,日本检察厅法第4条规定了检察官的职务:检察官就刑事案件实行公诉,请求裁判所正确适用法律,并监督判决、裁定的执行;对于属于裁判所权限的其他事项,认为职务上有必要时,要求裁判所予以通知或陈述意见;作为公益代表人,进行其他法令规定的属于其权限的事务。日本著名刑事诉讼法学者松尾浩也先生指出,每一个检察官都是“独任制官厅”,每个检察官都处于“独立负责的地位”。检察官中存在着“检察官一体原则”,这一原则实际上以检察官的独立性为前提,是对检察官独立性的统一。^[9]

德国关于这一问题的态度颇堪玩味,其刑事诉讼法将检察权授予检察机关。然而,在德国,关于上命下从、检察一体的讨论一直是德国刑事司法中的一个热门话题,其焦点就在于检察一体与检察官独立行使职权的界限何在?^[10]从中我们可以看出,在德国的刑事司法实践中,检察官独立行使职权并不值得怀疑,正如有德国学者所说:“在许多方面,公诉检察官是德国刑事诉讼程序的主要人物。德国刑事诉讼法赋予其在从开始侦查的最初阶段到执行刑罚的最后阶段的主导地位。”^[11]

法国的检察官被称为“站着的法官”,拥有诸多权限,具有相当程度的独立性,在贯彻上命下从的检察体制下甚至拥有积极抗命权以对抗上级检察官的指令。从这样的操作中我们不难看出作为个体的检察官所拥有的独立行使检察权的权力。

欧陆国家曾经围绕着检察官是行政官还是司法官展开了激烈争论,甚至绵延百年而未有定论,但这种争论并没有出现在我国,出现在我国的是关于检察权性质的争论,^[12]与之相对应而出现的争论则是检察机关的性质、属性问题。^[13]这样两种争论的差别反映了什么?说明我们的视野更开阔、立意更宏大?答案显然不是如此。关注宏大问题而不关注具体制度、漠视制度的具体操作者,使得我们对于具体制度应当如何运行失去了辨别力,使得我们对在独立与一体之间挣扎与徘徊的检察改革难以提供充分的理论支撑与学理论证。

通过前文的对比性观察,^[14]可以看出,我国法律强调的是人民检察院的集体独立,即便授予检察官权力,也是为了保障人民检察院独立行使职权,法律并未规定检察官独立行使检察权;而上述国家或地区则更多地强调检察官的独立,甚至在十分强调检察一体、上命下从的德国、日本以及我国台湾地区都是如此,意大利甚至将检察官独立类同法官独立。从法律文本的比较中,我们不难看出其中存在的巨大反差,当然,这仅是他山之石,能否为我所用并产生攻玉之效,尚需进一步的理论论证。

[8] 当然,这种过分的规定已经遭致许多批评,因为检察官的司法官定位与意大利刑事司法改革的对抗制方向不符。

[9] 参见[日]松尾浩也:《日本刑事诉讼法》上卷,丁相顺译,中国人民大学出版社2005年版,第31页。

[10] 前引[5],林钰雄书,第217页以下。

[11] 参见[德]托马斯·魏根特:《德国刑事诉讼程序》,岳礼玲、温小洁译,中国政法大学出版社2004年版,第37页。

[12] 关于检察权性质的论述,可以参看陈卫东:《程序正义之路》第一卷,法律出版社2005年版,第202页以下。

[13] 参见郝银钟:《检察机关的角色定位与诉讼职能的重构》,载陈兴良主编:《刑事法评论》第4卷,中国政法大学出版社1999年版。

[14] 必须说明的是,上文并非是在描述未来我国检察官独立行使检察权的“理想图景”,而是努力在我国与其他国家和地区的反差中寻找可资利用的因素。并且,上述资料性介绍可以成为后面论述的铺垫。

三、法理阐释——检察官独立行使职权的正当性

将对域外法律实践的考察与前文所产生的反差、悖反、冲突乃至矛盾结合起来考量时,笔者在前文中所提出的问题就会更加凸显,它甚至使我们更加确信目前的制度设计存在问题甚至缺陷。当主诉检察官、主办检察官制度逐步推行时,这种法律文本与检察实践之间存在的脱节与差异促使我们反思,为什么上述国家和地区如此地强调检察官独立,而我们却排斥这种独立?检察一体与检察官独立是怎样一种关系?我们可否借鉴检察官独立行使职权的做法?

或许有人会提出这样一种推论,尽管刑事诉讼法规定人民检察院依法独立行使职权,但是真正行使检察权的主体为具体的检察官,因为我们贯彻检察一体,^[15]实行上命下从,所以法律规定检察官独立行使职权没有多大意义。这样的解释难以令人信服,我国台湾地区、日本等都实行检察一体,为什么他们的法律中规定的是检察官而非检察院?或许有人会说,我国立法落后,即便是今天大家已经达成共识的“司法独立的本质是法官独立”也没有规定在法律中,何况检察官独立行使职权?如果认同这种辩解,就会产生一个问题:在未来的改革中是否应当给予检察官独立行使检察权的权力?

必须指出,笔者认同检察一体、上命下从的制度建构,^[16]这里所主张的检察官独立只是一种与检察一体调和下的相对独立,对于两者如何调适下文将作专门论述。对于是否应当给予检察官独立行使职权的权力,笔者认为可以通过如下几个方面来加以分析。

首先,主体转换要求权力行使的独立性。

或许有人会提出这样一种观点:尽管现行法律规定的是人民检察院独立行使检察权,但不可否认,实际的操作者还是从刑事诉讼法条文中消失的检察官。即使将来的立法专门规定检察官独立行使职权,将人民检察院置换为检察官也仅仅是一种文字转换而已,并没有多少实质意义。但是,这仅仅是一种语词转换吗?目前的这种话语实践中就没有包含其他含义吗?需要指出的是,这种看法忽略了话语背后所隐藏的一整套权力运作机制,主体的置换带来的不仅仅是语词的转换,因为话语就是一种实践,并且话语实践的转换将导致与其相联系的非话语实践的变化。联系到本文论述的问题,笔者认为检察官独立行使职权的确立将带来其背后一系列制度实践的变化。况且,既然目前检察官是实际的权力行使者,有其实无其名,为什么不让其名实相符、实至名归呢?

当诉讼法上的主体置换为检察官时,带来的将是与之相配套的理念、制度与实践的转换。当权力的行使主体由难以物化的检察机关转变为鲜活的个体检察官时,权力行使的独立性就会成为制度的设计者不得不考虑的问题。当权力的行使主体由作为一个整体的人民检察院置换为作为个体的检察官时,权力行使的荣誉感以及职业的责任感使其渴望拥有更大的独立空间,赋予检察官独立行使职权则充分体现了对于行使权力的个体的尊重。

其次,检察官独立行使职权能够克服检察一体、上命下从所带来的弊端。

正如前文所述,目前我国司法实践中对于检察体制的建构是按照检察一体、上命下从的原理来构建的,甚至还有强化的趋势,如最高人民法院发布的《检察改革三年实施意见》以及《检察工作五年发展规划》都规定:健全上级检察院对下级检察院的领导体制,加大领导力度,形成上下一体、政令畅通、指挥有力的领导体制,确保依法独立高效行使检察权。检察一体甚至被用来作为保障独立行使检

[15] 尽管人民检察院组织法、检察官法没有明文规定检察一体,但都体现了检察一体的精神。关于检察一体在我国法律以及实践中的贯彻,可以参看孙谦:《检察:理念、制度与改革》,法律出版社2004年版,第159页以下;龙宗智:《检察制度教程》,法律出版社2002年版,第158页以下。前文所引用的最高人民法院的文件中也多次提及检察一体。

[16] 至于原因,笔者将在后文予以论述。

察权的必备之物,^[17]按照现行的体制,刑事诉讼中检察机关的活动原则如《人民检察院刑事诉讼规则》第4条规定:人民检察院办理刑事案件,由检察人员承办,办案部门负责人审核,检察长或者检察委员会决定。但是,检察一体并非完美无缺,其存在很多弊端:首先,上命下从倡导绝对的服从,使得上级干预下级具有了正当性,无论这种干预出于正当目的还是出于非正当目的,下级难以获得抵抗上级不当命令的正当理由,使得上级可以通过正当的途径来侵分下级应有的权力,通过合法的手段达到非法的目的,这个问题已经成为当下刑事司法实践中的一个顽症。其次,绝对的上下一体导致层层审批、文牍主义,上下之间难以形成合力,导致诉讼效率低下。再次,绝对的检察一体,上命下从还会导致相互推诿,无人负责,发生错案时无法追究责任,容易演化成集体无意识、集体不负责。另外,绝对的检察一体、上命下从消磨了作为个体的检察官的主动性与能动性,使其缺乏发挥自身最大优势的原动力。而检察官适当独立行使职权则为原本僵硬的检察一体、上命下从注入了活力,使得原则性与灵活性相结合,在一定程度上弥补了检察一体所带来的缺陷。

再次,刑事诉讼活动的特性与规律要求赋予检察官适当的独立权。

尽管我们主张检察权是行政权,认为在刑事诉讼中应当建立以公诉权为龙头的检察职权体系。^[18]但我们从来没有否认检察权带有司法权的某些属性,从来没有否认检察权在实践中的行使特性,也从来没有否认检察机关因执行刑事诉讼法而与一般行政机关存在的差别。尽管刑事诉讼法并不要求检察官严格贯彻直言词原则,不要求严格的亲历性,但我们必须承认,亲身经历对于正确判断事实问题、法律问题,对于正确作出诉讼决定、诉讼行为具有至关重要的作用,赋予检察官一定程度的独立性,由其自主判断、处理检察业务,符合检察活动的规律。尽管检察权较司法权相去甚远,但检察官不同于一般的行政官员,其不仅仅肩负打击犯罪的重任,且身负客观公正义务。检察官行使职权的特性要求检察官保持适当的独立性。再者,从法律人的职业要求来讲,这一职业要求法律人依据自己的良心和理性独立作出判断,尽管检察官的独立性与法官不同,但是,按照良心行使职权,尊重宪法和法律的律家精神也同样适用于检察官。^[19]

同时,诉讼效率的提高也要求检察官具有相对的独立性。如果严格按照“检察人员承办,办案部门负责人审核,检察长或者检察委员会决定”的模式,诉讼进程将极为繁冗、拖沓,并且很可能贻误时机,造成难以预料的后果。而赋予检察官一定的独立决定权,则能够在相当程度上提升诉讼效率,从而促进整个刑事诉讼活动的良性运作。

此外,检察官独立行使职权是目前刑事司法改革实践的要求。

纵观上个世纪90年代以来风起云涌的司法改革,我们会发现这样一个现象:尽管我们的改革实践缺乏统一的理论指导,但是,多数零敲碎打式的司法改革却是在实践着西方关于司法的理论,从总体而言,这是一种西方中心主义的体现。然而,我们未来的刑事司法改革应当回应实践,应当成为一种“从实践出发的社会科学”,^[20]从实践而不是从西方的理论、理念出发进行我们的改革。这一理论对于目前处于悖论状态的检察官独立行使职权具有重要的启发意义,它要求我们从法律文本与检察实践之间的悖论出发,关注我们正在进行的检察改革,吸取成熟的改革经验,在将来的改革中引入实践所需要的制度设计,而不是对实践视而不见。

长期以来,我国刑事司法实践中,检察机关沿用的是层层审批、集体负责为主要内容的办案机制。对于这一由1979年刑事诉讼法确立并沿用至今的办案机制,刑事司法实践中一直存在着某种反动,

[17] 需要指出的是,这样的一种设计理念表明我们对于检察一体制度设计的目的认识不清。对于检察一体的目的的论述,参见前引[5],林钰雄书,第111页以下。

[18] 具体的论述,参见陈卫东:《我国检察权的反思与重构》,《法学研究》2002年第2期。

[19] 前引[9],松尾浩也书,第30页。

[20] 更详尽的论述,参见黄宗智:《认识中国——走向从实践出发的社会科学》,《中国社会科学》2005年第1期;黄宗智:《悖论社会与现代传统》,《读书》2005年第2期。

一直酝酿着改革甚至筹划着革命。

早在1993年和1995年,河南省和上海市的检察机关就开始打破原来以行政审批为特点的办案模式,试行主诉检察官制度。尤其是1996年新刑事诉讼法实行后,庭审模式有了很大变化,控辩式庭审模式对公诉人提出了很高的要求,而公诉人的表现却差强人意,其主要原因就在于长期以来形成的行政审批式的办案机制。为了调动检察官的积极性,提高诉讼效率,落实办案责任,在最高人民检察院统一领导下,各地纷纷展开主诉检察官的试点工作,并取得了明显效果。后来,检察机关进而推出了主办检察官制度。^[21]

总结主诉检察官制度与主办检察官制度,我们会发现这些制度的推出是与我们不断发展的刑事司法实践相适应的,是与新的刑事诉讼模式相适应的,其在刑事诉讼中所发挥的积极作用也是有目共睹的。其之所以能够取得积极的效果,就在于打破了过去层层审批式的行政办案机制,发挥了个体检察官的主动性与能动性,赋予了检察官以相当的独立性。尽管主诉检察官制度取得了很大成效,但引出了一个重大的理论问题,即检察官的独立性问题,它与原有制度有点格格不入。主诉检察官与主办检察官这些异类的制度与原有制度产生了难以避免的冲突,如何厘定主诉检察官的职权范围?主诉检察官与科长、处长、厅长的关系如何规范?

尽管改革取得了积极的成效,但改革带来的负面后果就是主诉检察官制度与原有制度之间难以协调并产生矛盾,甚至在某种程度上动摇了改革措施的合法性问题。而检察官独立行使职权则能够在相当程度上化解这个问题,使得异化的实践步入常态。

最后,将来的刑事诉讼改革趋势要求检察官独立行使职权。

我国正在进行刑事诉讼法以及人民检察院组织法的修改工作。学术界、实务界对于将来刑事诉讼法的发展方向存在激烈的争论,我们到底应当效仿英美还是师法大陆,这恐怕很难有定论。但是,可以确定的是将来的刑事诉讼法会更多地吸收对抗制的因素。另外,可以预测,在将来的刑事诉讼法中,检察官将拥有更大的起诉裁量权,起诉裁量主义将成为指导起诉工作的重要原则。所有这些都预示着检察官在未来的刑事诉讼中将拥有更大的裁量空间,这样的一种改革模式要求检察官在诉讼过程中发挥更大的能动作用,要求检察官在刑事诉讼中能够发挥更大的独立性。

在以往的制度建构中,制度的设计者往往考虑制度的操作者能否有效地行使权力、能否贯彻立法者的旨意。在检察制度设计之初,由于检察官素质总体上比较低,严格限制检察官自由裁量权是切实可行的。但经过近些年的改革,尤其是随着检察官素质的提高,主诉、主办、主侦检察官制度的试点、推行,相关制度建设为检察官独立行使职权创造了条件,检察官独立行使职权的提出可谓水到渠成。

通过上面的分析,可以看出,诉讼发展规律要求检察官独立行使职权,从克服现有体制弊端来讲,检察官独立行使职权能够在一定程度上弥补现有体制的不足,特别是司法实践为检察官独立行使职权创造了制度条件。可以说,无论是理论上的探索、实践中的经验还是将来的改革方向,我们都已经具备了从检察机关独立行使职权过渡到检察官个体独立行使职权的条件。^[22]

四、检察官内部独立的界限——检察官独立与检察一体的分际^[23]

读者或许会产生这样的疑问,检察体制的建构奉行检察一体原则,按照阶层式的建构思路予以设

[21] 例如2004年3月3日北京市人民检察院推出“主侦检察官制”,“255人获得主侦检察官资格,在3年任期内,他们将具有独立的办案权。”参见颜斐:《北京首推主侦检察官制 惩办贪官、严打职务犯罪》,《北京晨报》2004年3月4日。

[22] 必须指出,这样的主张并非就是要完全废除检察机关独立行使职权,而是突出强调检察官的独立性。笔者认为,宪法规定的人民检察院独立行使检察权仍然具有合理性。因为它强调的是集体独立、官署独立,作为贯彻上命下从、检察一体的检察机关为摆脱外部干预而奉行集体独立显然有其合理性。

[23] 检察官独立亦分为内部独立与外部独立,关于外部独立,即如何贯彻宪法第131条规定的“人民检察院依照法律规定独立行使检察权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉”,对于这一方面学界多有论述,本文不再赘述。

计,强调上命下从,这样的制度设计排斥检察官独立,在这样一种制度模式下贯彻检察官独立令人怀疑。这样的问题颇具杀伤力,为消除这样的疑问,我们必须在检察一体与检察官独立行使职权之间寻求一个妥适的界限,并对两者的边界作出合理的界分。

我国检察一体的形成既是众多因素合力发生作用的结果,也是检察权本质所要求的。列宁的检察制度理论、我国古代的御史制度以及清末的法律制度变革促成了我们今天的检察制度。^[24]列宁所建构的苏联检察体制实行垂直的领导体制;清末实行的检察制度改革是借鉴大陆法系检察制度的成果,而大陆法系的检察制度自设立之始便植入了检察一体、上命下从的因素,检察机关内部采取阶层式建构;我国古代皇权下的御史制度更是强调皇权至上、上命下从;无论是根据地时期还是解放区时期,我国早期检察体制均强调检察一体。上述几种因素的合力导致了我国现行检察体制采取了上下一体的建构,^[25]尽管在检察制度的建构中,我们曾经出现了几次反复,但检察一体却成为制度建构中不可或缺的一个重要因素。再者,检察权的行政权的本质属性也要求贯彻上下一体、上命下从。

由此,检察官独立行使职权面临的障碍就是作为检察体制建构基础理论的检察一体原则,因为检察一体在某种程度上就意味着检察官内部不独立。如何协调两者之间的冲突将事关检察官能否独立行使职权。笔者认为,应当在肯定检察一体的原则下,承认检察官独立行使职权,寻求两者之间恰当的分界点。可以从以下几个方面入手来规制检察一体对于检察官独立行使职权的侵分:首先,从大的方面来说,应当区分检察事务与检察行政事务;其次,对于检察事务和检察行政事务规定不同的处理方式,对于检察事务,应当规定检察官独立行使职权的范围,贯彻法定主义,严格防范上级对于下级权力的侵分与限制;对于检察行政事务,应当贯彻检察一体、上命下从的原则。

就检察事务与检察行政事务的区分来看,很难在两者之间划出一道清晰的界限。我国目前的检察实践中对于两者也没有明确的界分。一般说来,刑事诉讼中的检察事务就是检察官在刑事诉讼过程中所从事的侦查、起诉或者不起诉、提起抗诉以及参与执行等活动。而检察行政事务则是指检察机关内部的行政管理事项,如人事问题、经费问题、装备问题等等。尽管我国目前仍没有严格区分检察事务与检察行政事务,但是这必将会成为我们下一步改革的方向。党的十六大报告明确指出:“改革司法机关的工作机制和人财物管理体制,逐步实现司法审判和检察同司法行政事务相分离。”这表明,检察体制改革,将逐步把检察行政事务工作从检察体制中分离出来。并且,最高人民检察院推出的《2004—2008年全国检察人才队伍建设规划》中提出:争取到2008年底,在全国各级检察机关全面推行检察人员分类管理,将检察人员分为检察官、检察事务官(检察官助理)和检察行政人员。从中我们也可以看出改革的方向。由此看来,检察事务与检察行政事务的分离已经成为必然的趋势。

笔者认为,对于检察事务应当严格限缩检察一体的适用范围,严格规制行政化命令方式的运用,最大化地促进检察官独立行使职权;而对于检察行政事务则可以按照行政化的方式运作。当然,或许控制人事、财务制度是控制检察官最好的手段,甚至是上级控制下级的不二法门,为了防范上级的不当干预,我们应当采取相关的措施如检察机关内部人事制度民主化、加强身份保障等措施来保障检察官独立行使职权。^[26]

从实行检察一体制的国家或地区的普遍规律来看,检察一体体现为“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

[24] 参见郝银钟:《刑事公诉权原理》,人民法院出版社2004年版,第234页以下。

[25] 当然,由于我国特殊的政治体制,我国检察体制较德国、日本或者我国台湾地区存在一些差别,如党委对于检察机关拥有领导权,人大对于检察机关拥有监督权。

[26] 检察官独立行使职权与保障其独立行使职权是两个问题,对于后者本文将不予论述。

件在诉讼法上的效力并无影响。^[27] 检察事务中检察一体与检察官独立行使职权的分际的关键在于合理规制指令权、职务转移以及官员代换制的适用。

就上级对下级的指令权来讲,笔者主张应当严格限制指令权的行使,以检察官独立行使职权为原则,以检察一体的适用为例外。刑事诉讼法中应当规定检察官独立行使职权的范围,唯有如此,才能从体制上抗拒上级对于下级权力的侵蚀。德国以及我国台湾地区将此称为“法定主义”,认为“指令权之界限,简言之,在于法定主义,此乃检察官法律地位问题的帝王条款,此点,在德国早已是共识,亦为德国检察制度百余年来顺畅运作的键之一。”^[28] 上级下达指令时,不得违反法定主义,必须以下级独立行使职权为指令权行使的界限,当法律明文规定检察官独立行使职权时,上级就不得下达指令命令下级;如果检察官行使职权的范围并非严格限定,如法律明文规定检察官对某一事项享有裁量权时,则上级检察官可以下达指令。但这种指令的下达必须有严格的程序规范,如必须采用书面的形式。

就职务转移或官员代换来说,亦应对其加以严格限制,可以从实体以及程序要件方面对其加以规制。我国台湾学者林钰雄提出,实体要件应当包括:为统一解释法令适用或者追诉标准所必要者;有事实足以认定原承办检察官执行职务有违法或明显不当者;有疑问者,乃案件依其性质,由其他检察官承办更为妥适的情形。程序要件方面则以书面附理由为必要条件。^[29]

从上文的论述中,可以看出,检察一体与检察官独立行使职权之间并非水火不容,如若处理妥当,检察一体与检察官独立行使职权也能相得益彰。从宏观的处理原则来看,检察一体与检察官独立行使职权相互为对方设定了制度边界,一般情况下不得逾越;从微观的操作技术来看,当两者出现权力混同区域时,检察一体原则的贯彻必须具有严格的实体与程序要件。

当然,笔者只是提出了检察一体与检察官独立行使职权权力分际的原则,至于如何从微观的技术角度来构造检察官独立行使职权则需要进一步的具体设计。

五、检察官独立行使职权弊病之防治——几种监督模式的评论

上文从检察一体与检察官独立之间如何分际的角度分析了检察官独立行使职权的范围与边界,在某种意义上也探讨了检察官独立的内部保障问题。由于检察官独立行使职权还涉及权力行使所带来的外部效应问题,由此,检察官独立的外部边界问题也应当进入我们的视野。检察官独立行使职权诚然符合诉讼规律,有利于克服现有体制的一些弊端,但是检察官过于庞大的权力不一定是优点,甚至可能是一种灾难,美国独立检察官制度的消灭恐怕是一种权力不受约束的最终解决。^[30] 对于检察官独立行使职权的最大质疑来自独立行使职权的检察官会因为权力扩大而擅权和专断,“在比较落后的地方,谁控制了军队,谁就控制了政权;在我们这个地方,谁控制了检察官谁就控制了政权。”^[31] 或许这样一句话过于直白,但个中滋味我们却不难品评。如何从制度上予以防范和制约检察官独立行使职权所可能带来的负面后果,成为摆在我们面前的一个问题。

为了克服检察官独立行使职权所带来的弊病,我们可以设计相关的制度来加以防范,下文将对几种可能的制度设计加以分析并提出自己的看法。

1. 内部的监督机制——先天弱质的自我监督

[27] 参见龙宗智:《论检察权的性质与检察机关的改革》,《法学》1999年第10期。首长代理制并非普遍现象,只在德国、俄罗斯等国实行。

[28] 前引[5],林钰雄书,第49页。

[29] 同上书,第56页。

[30] 关于美国独立检察官制度的评述,请参看龙梅:《美国独立检察官历史上只有8人》,《检察日报》2003年7月29日。

[31] 林山田:《检察体系改革研讨会发言》(下),林幸如、黄雅玲整理,《司法改革杂志》第17期。

内部监督机制包括横向的不同部门之间的监督机制与纵向的上一级对下一级的监督机制。所谓横向监督是指检察机关内部不同部门之间的监督制约机制,如不同业务部门之间的监督、专门监督部门的监督。所谓纵向监督是指内部的层级监督,这样一种制度设计与前文所论述的检察一体有重叠之处。

由于部门内部对于检察官行使权力的机制比较熟悉,其监督具有天然的优势。对于检察机关的内部监督机制,不管是长期的制度化的监督机制还是短期的整治、整改甚至运动式的治理,我国长期以来的司法实践经验告诉我们,内部监督机制作用并不尽如人意,很难达到制度设计者预想的结果。

或许,这样的一种制度设计注定难以具有实效性,不管是横向监督还是纵向监督,我们必须明白自体监督先天带有的缺陷与不足。从检察机关建构来说,无论是就上下级检察机关还是就检察机关内部的不同部门来说,检察机关具有共同的利益、共同的取向、共同的目标,这种利益共同体注定其很难在自我监督方面发挥足够的作用。

2. 人民监督员制度——检察机关控制下的他者监督

为了加强监督,最高人民检察院在地方检察机关试点的基础上推出了人民监督员制度,并于2004年10月1日在全国推广。人民监督员制度是司法民主的重要体现,是普通民众参与司法的一个重要途径。当今世界各国司法改革的一个重要举措就是提倡“国民的司法参与”,比如日本司法改革中明确提出“国民的司法参加”,我国台湾地区、澳门地区也明确提出“司法为民”,创造条件使普通民众能够参与司法。普通民众参与司法是一个世界性的趋势,人民监督员制度是司法民主、司法社会化的重要体现。

对于人民监督员在司法民主化、社会化方面所发挥的价值,对于民众参与司法所带来的积极价值,我们必须予以积极的肯定。但是我们又必须承认这一改革所起的作用是有限的。首先,人民监督员制度的推出源于检察机关的改革措施,人民监督员所行使的监督权力来自检察机关的授权,在本质上还是检察机关借助外部力量而采取的一种自我监督约束机制。其次,就目前的监督程序与保障机制来说,人民监督员很难发挥实效性,如人民监督员如何全面了解案情和法律。需要指出的是,人民监督员的选任由检察机关来具体操作,这无疑会影响其运行的实效。再者,现行制度要求人民监督员“有良好的政治素质和较高的政策、法律水平”,这样的一种选任标准带有了更多的随意性,这无疑限制了人民监督员的选任范围,无法真正反映和代表民意。

司法制度的发展是一个长期的历史进程,司法改革更是一个阶段性的历史过程,司法从野蛮到蒙昧到开化再到文明经过数千年的历程。我国当下的司法改革还处于职业化、专业化的进程中,当然我们亦应当回应当下的历史课题,同时促进检察制度的民主化、社会化。但我们必须明白,无论是人民群众进法院还是人民群众进检察院,在一个尚无法达到司法职业化的条件下其实行都具有相当的局限性,甚至会沦为一种为了改革而改革的政绩工程。

3. 法院的诉讼监督——制约检察官滥权的有效途径^[32]

如何约束检察官因为独立行使权力而带来的权力滥用,上述两种方式都存在一些难以克服甚至致命的缺陷,无法有效地制约检察官可能的擅权与专断。我国目前的刑事司法实践就是对上述监督机制有效性的最好说明。在当下我国的刑事司法实践中,检察机关的权力行使缺乏有效的监督制约机制,造成的结果便是批捕权的不受节制、起诉权的滥用,犯罪嫌疑人的诉讼权利遭到践踏。而反观实行检察官独立行使职权的国家,它们的审前程序中检察权行使的效果明显好于我国,其原因就在于它们建构了一套相对完善的监督制约机制。当然,这一监督机制既包括内部的层级监督也包括法院的诉讼监督,但是其中最有效的是法院的诉讼监督机制,“如果说德国检察官制逾两甲子以来运作顺畅,其秘诀不在于上命下从,也不在于国会监督,而在于诉讼监督。”^[33]通过比较法上的资料,我们不

[32] 需要指出的是不管是否实行检察官独立行使职权,在制度构建上都必须加强法院的诉讼监督,实现审前程序的司法控制。

[33] 前引[5],林钰雄书,第181页。

难发现诉讼监督在刑事司法实践中所发挥的巨大作用。

法院诉讼监督体制的设立源于内部层级监督以及部门制衡的乏力,其最大的优势在于是一种动态的司法审查机制,它从过程上对于检察官权力的行使予以控制,法官的司法审查可以介入到检察官是否应当作出某一涉及犯罪嫌疑人权利的决定以及犯罪嫌疑人能否挑战检察官作出的决定,将控制公权力与给予犯罪嫌疑人以司法救济有机地结合起来。这样的一种制度构建贯彻了诉讼权力的分立与制衡,将检察官的权力置于法院的监督之下;优化了刑事诉讼的权力配置,使得作为行政权的检察权与作为司法权的审判权各得其所;完善了刑事诉讼构造,体现了审判中心主义,实现了审前程序的司法控制。

从目前审前程序缺少司法控制来质疑检察官独立行使职权的有效性尽管无法削弱检察官在应然层面应该独立行使职权的正当性,但至少能够从实践层面动摇这一制度运作的有效性甚至颠覆我们的制度设计。由此,我们不仅需要从理论上论证检察官独立行使职权的正当性与可行性,而且需要设计相应的措施以保证检察权不会因为检察官的独立行使而被滥用。但是,既有的监督制约机制由于一些无法克服的缺陷无法满足这一需要,当然,法院的诉讼监督也存在不足之处,但比较上述三种监督制约机制,我们认为法院的诉讼监督是当下最为适宜的制度设计。

Abstract: Current Criminal Procedure Law gives prominence to the position of the people's procuratorate, while the procurator as an actual operator is not manifested in the law. In the criminal procedure, the procurator should be able to exercise the procuratorial power independently, which should coordinate with the principle of procuratorial integration, the foundation of the constructing of procuratorial system. Concerning the procuratorial affairs, the legalism should be carried out to stipulate the limits of procurators' power, strictly preventing the higher authority from infringing or confining the power of the lower authority. Whereas concerning the procuratorial administrative affairs, the principle to follow is that of procuratorial integration, lower authority following orders of the higher authority. To avoid the drawbacks resulting from the procurator exercising procuratorial power independently, the supervision system through litigations should be established accordingly.

Key words: procurator, independence, procuratorial integration, procuratorial power
