

## “捕诉合一”的域外实践及其启示

孙长永

**内容提要:**自近代以来,“捕诉合一”作为一种制度主要存在于采用威权体制的苏联以及受到苏联制度深度影响的部分国家,而在采用议会民主制和市场经济体制的西方法治国家,“捕诉合一”的现象只在少数国家存在过。自20世纪80年代末开始,原来采取“捕诉合一”制度的国家绝大多数通过修改宪法和法律废止了这一制度,通过独立、公正的司法机关保障公民的人身自由并为自由受到任意侵犯的个人提供有效的司法救济,成为这些国家政治法律制度改革的一个基本方向,国际社会关于刑事诉讼中剥夺人身自由的正当程序也已达成共识。“捕诉合一”的核心问题在于,由缺乏必要的独立性和中立性的检察官行使批准逮捕的权力,既不符合刑事诉讼制度的发展规律,也违反了《公民权利和政治权利国际公约》等国际性、区域性人权公约的相关规定。我国应及时终止检察机关的所谓“捕诉一体”改革,废止“捕诉合一”的法律制度,以便为国家批准《公民权利和政治权利国际公约》扫清障碍。

**关键词:**捕诉合一 司法权力 检察权 欧洲人权 国际人权公约

孙长永,西南政法大学诉讼法与司法改革研究中心教授。

近代以来,在以国民主权、分权制衡、司法独立等法治原则为基础的宪法制度之下,控审职能分离、审判独立、正当程序等成为法治国家刑事诉讼制度区别于古代纠问式刑事诉讼制度的共同特征。坚持依据公正的司法程序收集证据、查明事实、惩罚犯罪和适用刑法,成为各国刑事诉讼制度的共同价值追求。作为宪法上分权制衡原则的内在要求之一,刑事诉讼中的追诉权力和司法权力分别由警检机关和法官依法行使,其中,批准逮捕的权力属于司法权力,一般由法官依据司法程序行使;侦查、审查起诉和出庭公诉属于追诉权力,由警检机关依据法定程序行使。警察或者检察官在侦查过程中需要采取剥夺人身自由的强制措施时,原则上应当经过法官批准。由于情况紧急等原因而先行拘捕的,必须尽快报送法官批准,由法官听取其意见后依法决定继续羁押或者释放。这种建立在分权制衡原则上的正当程序,起源于1215年的英国《大宪章》,后经1628年《权利请愿书》、1679

年《人身保护法》、1689 年《权利法案》和美国联邦宪法的不断确认和发展,在第二次世界大战以后演变为国际社会公认的司法准则。<sup>[1]</sup>《世界人权宣言》第 9 条规定:“任何人不得被任意逮捕、拘禁或者放逐。”为了贯彻这一规定的精神,防止无根据地或者非法剥夺一个人的人身自由,《公民权利和政治权利国际公约》第 9 条对保障自由的一般原则、拘捕的理由及其告知程序、拘捕后的司法审查和司法救济程序以及非法拘捕或羁押的赔偿权利作出了全面规定。其中第 3 款专门规定:“任何因刑事指控被逮捕或拘禁的人,应被迅速带见审判官或其他经法律授权行使司法权力的官员,并有权在合理的时间内受审判或被释放。等候审判的人受监禁不应作为一般规则,但可规定释放时应保证在司法程序的任何其他阶段出席审判,并在必要时报到听候执行判决。”《欧洲人权公约》第 5 条对于在例外情况下允许剥夺自由的合法理由进行了详尽的列举,就剥夺自由的理由及其告知程序、拘捕后的司法审查和司法救济程序以及非法拘捕或羁押的赔偿权利作出了与《公民权利和政治权利国际公约》基本相同的规定。其中第 3 款也规定:“依照本条第 1 款第 3 项的规定而被逮捕或者拘留的任何人,应立即送交法官或者其他经法律授权行使司法权力的官员,并应在合理的时间内进行审理或者在审理前予以释放。释放应当以担保出庭候审为条件。”与此类似,《美洲人权公约》第 7 条第 5 款也规定:“任何人在被拘捕后,应被迅速带见法官或者其他经法律授权行使司法权力的官员,并且应在合理的期限内接受审判或者在不妨碍诉讼继续进行时予以释放。对他的释放可以交保,以确保其受审时到场。”根据上述公约条款,警检机关在拘捕犯罪嫌疑人之后,必须立即带见法官(审判官)或者“其他经法律授权行使司法权力的官员”,由该法官或者官员依据司法程序决定是否批准羁押。从该公约的字面上看,“其他经法律授权行使司法权力的官员”可以不是“法官”,在一段时间内,不少国家都允许作为公诉机关代表的检察官批准拘捕和羁押,即实行“捕诉合一”。

但是,随着国际政治、经济形势的变化和国际人权标准的普及,原来实行“捕诉合一”的国家和地区普遍按照国际人权标准改为“捕诉分离”,以体现通过分权制衡的正当程序保障人身自由不受非法或者恣意剥夺的要求。在这一过程中,欧洲人权法院根据《欧洲人权公约》审理个人不服缔约国国内司法判决提出的申诉所作的裁判,以及联合国人权事务委员会根据《公民权利和政治权利国际公约任择议定书》(以下简称《任择议定书》)第 5 条受理审查缔约国管辖下的个人权利受到国家侵犯的申诉来文机制,起到了重要的推动作用。本文拟从《公民权利和政治权利国际公约》第 9 条第 3 款和《欧洲人权公约》第 5 条第 3 款关于“其他经法律授权行使司法权力的官员”规定的理解和适用角度,以联合国人权事务委员会对个人来文的审查案例和欧洲人权法院的判例为基础,对苏联和受苏联检察制度影响的有关国家以及中西欧法治国家关于“捕诉合一”的制度实践及其转变加以考察,梳理和总结域外“捕诉合一”制度实践及其转变的历史性启示,以期为解决我国捕诉关系的现实问题提供参考。

[1] 关于正当法律程序的起源和发展,参见樊崇义主编:《正当法律程序研究——以刑事诉讼程序为视角》,中国人民公安大学出版社 2005 年版,第 1-113 页。

## 一 苏联的“捕诉合一”制度及其在苏联解体后的转变

“捕诉合一”是具有宪法意义的制度实践,其基本含义指根据宪法和法律的规定,检察机关既有审查决定是否提起公诉、要求法院对被告人定罪判刑的权力,又有在刑事诉讼过程中审查批准逮捕即较长时间内剥夺公民人身自由的权力。由于中华人民共和国成立以后的检察制度完全是模仿苏联的制度建立起来的,讨论我国“捕诉合一”的合法性和正当性,不能回避对苏联相关制度的考察。

苏联的检察制度是依据列宁提出的“法律监督”理论建立和发展起来的。<sup>[2]</sup> 1936年的《苏联宪法》第113条规定:“苏联总检察长对于所有的部和这些部所属的机关以及每一个公职人员和苏联公民是否严格遵守法律,行使最高检察权。”除了广泛的“一般监督”职能以外,苏联总检察长有权“直接地或者通过下级检察长对刑事诉讼中是否切实执行苏联、各加盟共和国和自治共和国的法律实行监督”。<sup>[3]</sup> 在检察监督的光环下,批准逮捕的权力主要由检察长行使。1936年的《苏联宪法》第127条和1977年的《苏联宪法》第54条均规定:“苏联公民人身不可侵犯得到保障。任何人,非经法院决定或者检察长批准,不受逮捕。”1958年的《苏联和各加盟共和国刑事诉讼纲要》第6条也有类似的规定。根据该纲要第32、33条以及1961年生效的《苏俄刑事诉讼法典》<sup>[4]</sup>第11、97、101、211-212、214条和第218条的规定,检察长不仅有权批准逮捕,还有权批准延长侦查羁押期限。检察长在批准逮捕时,必须仔细了解作为逮捕根据的全部材料,必要时,应当亲自讯问犯罪嫌疑人或刑事被告人。同时,对侦查员、调查人员的侦查、调查活动是否合法,检察长有权进行监督,侦查员、调查人员必须执行检察长的书面指示,侦查员、调查人员撤销或者变更检察长批准的羁押处分或其他强制措施时,必须取得检察长的许可。对于侦查员或调查机关侦查或调查终结后移送起诉的案件,检察长有权批准起诉书或者制作新的起诉书,也可以决定退回补充侦查或调查,或者决定终止刑事诉讼。对于交付审判的刑事案件,检察长出庭支持公诉,参加证据调查,对于审理中的问题提出意见,向法庭提出对受审人适用法律和刑罚的意见。因此,苏联检察长除了享有贯穿刑事诉讼全过程的法律监督权以外,还同时拥有批准逮捕权和公诉权,刑事检察权的行使采取了制度化的“捕诉合一”机制,这种机制充分体现了苏联检察机关相对于其他国家专门机关和被追诉人的强势地位以及苏联刑事司法程序的特点,并对其他社会主义国家的相关法律制度产生了广泛的影响。

1991年苏联解体前后,原来的15个加盟共和国相继宣布独立。立陶宛、爱沙尼亚、拉脱维亚、摩尔多瓦、乌克兰、俄罗斯联邦、格鲁吉亚、亚美尼亚和阿塞拜疆相继批准加入《欧洲人权公约》。白俄罗斯、吉尔吉斯斯坦、乌兹别克斯坦、塔吉克斯坦和哈萨克斯坦先

[2] 关于苏联检察制度的建立和发展,参见王桂五主编:《中华人民共和国检察制度研究》,法律出版社1991年版,第16-18页。

[3] 1958年12月25日苏联最高苏维埃批准的《苏联和各加盟共和国刑事诉讼纲要》第20条的有关内容,参见中国政法大学刑侦教研室编:《刑事诉讼法参考资料》(第四辑),1985年1月,第9页。

[4] 参见《苏俄刑事诉讼法典》,张仲麟等译,中国政法大学出版社1989年版。

后批准加入《公民权利和政治权利国际公约》及其《任择议定书》。“捕诉合一”制度逐步废止,各国普遍确立了由法官或者预审法官批准审前羁押,并对侦查、调查机关实施的拘捕进行司法审查的制度。<sup>[5]</sup> 例如,1992 年修订的《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》<sup>[6]</sup> 第 11 条在保留旧法“任何人非经法院决定或者检察长批准,不受逮捕”规定的同时,明确赋予了被逮捕人申请司法审查的权利。规定:“被逮捕的人有权申诉并要求就羁押他的合法性和是否有依据进行司法审查。审判员依照司法审查结果作出的释放被羁押人的决定,应立即予以执行。对于任何被非法剥夺自由的人,或者超过法律或法院刑事判决所规定期限而受羁押的人,检察长应当立即予以释放。”同时,该法第 96 条对检察长审查批准逮捕的程序也作了重要变更,规定:“在批准逮捕令时,检察长应认真熟悉含有羁押理由的一切材料,必要时亲自审问犯罪嫌疑人或者刑事被告人,而对于未成年犯罪嫌疑人或刑事被告人,在任何情况下,检察长都要亲自审问。”该法第 97 条虽然维持了关于侦查羁押期限的延长由检察长批准的规定,但增加了关于延长侦查羁押期限的决定必须依法接受法院司法审查的规定。该法第 220 条还规定,被羁押人及其辩护人或者法定代理人,有权直接或者通过调查人员、侦查员或检察长对羁押以及延长羁押期限向法院提出申诉,由羁押地法院的审判员对羁押的合法性及其依据以及延长羁押期限的合法性及其依据进行司法审查,这种审查应在收到申诉材料后 3 天之内通过检察长、辩护人、被羁押人及其法定代理人参加的不公开法庭进行。审查之后,审判员可以作出撤销羁押并释放被羁押人的决定或者驳回申诉的决定,并应说明理由;在撤销羁押时,审判员还可以另选用其他的法定强制措施;撤销羁押的决定立即执行,如果被羁押人出庭,应当当庭释放。1993 年《俄罗斯联邦宪法》第 22 条规定:“人人有权享有自由和个人安全。拘留、逮捕和候审羁押只能由法院决定批准。没有法院的决定,对一个人的拘留不得超过 48 小时。”据此,2002 年生效的《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》正式取消了检察长批准羁押的权力。羁押以及监听等重要的侦查行为,除紧急情况外,只有法院有权作出决定,法院批准羁押以前的拘捕不得超过 48 小时。调查人员、侦查员申请法院批准羁押或者其他强制措施,必须事先经过检察长同意,并说明理由。延长羁押期限的最终批准权也从检察长转移至法官。在申请延长羁押期限之前,侦查机关应当保障犯罪嫌疑人及其辩护人查阅案件材料的权利。<sup>[7]</sup>

在乌克兰、俄罗斯、吉尔吉斯斯坦、塔吉克斯坦等国家废止“捕诉合一”制度的过程中,联合国人权事务委员会发挥了重要作用。《公民权利和政治权利国际公约》的缔约国有权选择是否批准《任择议定书》。批准了《任择议定书》的国家管辖下的个人有权对当局侵害其公约权利的行为在穷尽国内法救济渠道之后,向联合国人权事务委员会提出申

[5] 参见立陶宛 1992 年《宪法》第 20 条、爱沙尼亚 1992 年《宪法》第 21 条和 2003 年《刑事诉讼法典》第 9 条、拉脱维亚 2005 年《刑事诉讼法典》第 12 条和第 271 条、摩尔多瓦 2003 年《刑事诉讼法典》第 11 条、乌克兰 2001 年修订的《刑事诉讼法典》第 14 条、格鲁吉亚 1995 年《宪法》第 18 条、亚美尼亚 2013 年《刑事诉讼法典》第 11 条、阿塞拜疆 2000 年《刑事诉讼法典》第 14 条、白俄罗斯 1994 年《宪法》第 25 条、吉尔吉斯斯坦 2008 年修订的《刑事诉讼法典》第 32 条和 2016 年《宪法》第 24 条、乌兹别克斯坦 2007 年修订的《刑事诉讼法典》第 18 条、塔吉克斯坦 2009 年《刑事诉讼法典》第 18 条以及哈萨克斯坦 2007 年《宪法》第 16 条和 2014 年《刑事诉讼法典》第 14 条。

[6] 参见《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》,苏方道等译,中国政法大学出版社 1999 年版。

[7] 参见《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》,黄道秀译,中国政法大学出版社 2003 年版,第 10、12、13、108、109 条。

诉,由人权事务委员会根据《任择议定书》第5条的规定决定受理,并对来文提交人和相关缔约国双方提交的书面材料进行审查,就缔约国是否侵害了来文所声称的公约权利发表结论性意见。最终认定缔约国违反公约相关条款的,人权事务委员会可以要求缔约国根据《公民权利和政治权利国际公约》第2条第3款的规定就执行上述结论性意见、采取有效救济措施的情况给予反馈。联合国人权事务委员会1996年以后对受理的乌克兰、塔吉克斯坦、俄罗斯联邦、吉尔吉斯斯坦等国个人来文情况<sup>[8]</sup>详见表1。

表1 联合国人权事务委员会1996年后关于“捕诉合一”的来文审查意见

来文序号	提交时间	提交人	缔约国	人权事务委员会意见	通过意见的时间
521/1992	19920506	Kulomin	匈牙利	委员会认为,司法权力内在地要求由独立、客观和公正的当局行使。本案检察官不能被认为在制度上具有必要的客观性和中立性,不属于公约第9条第3款所指的“经法律授权行使司法权力的官员”。	19960322
726/1996	19940328	Zheludkova	乌克兰	缔约国对提交人被拘捕后没有立即被带见法官未提出异议,只声称是根据检察官的决定对其进行了审前羁押。缔约国没有提供检察官在制度上具有客观性和中立性的足够信息,但认为检察官符合公约第9条第3款意义上的“经法律授权行使司法权力的官员”。而委员会得出结论认为,缔约国违反了来文提交人根据公约第9条第3款享有的权利。	20021029
1218/2003	20050527	Platonov	俄罗斯联邦	委员会注意到,提交人是被检察官批准审前羁押的。并指出司法权力内在地要求应由独立、客观、公正的机构行使。委员会认为,本案检察官在制度上不具有必要的客观性和公正性,从而可以被视为公约第9条第3款意义上“经法律授权行使司法权的官员”,因此该国发生了违反这一条款的行为。	20051101
1278/2004	20040221	Reshetnikov	俄罗斯联邦	委员会注意到,提交人声称是被检察官决定拘捕和羁押的。缔约国没有驳斥这一点,解释说这是根据当时有效的法律进行的。缔约国没有提供足够的资料,表明检察官在制度上具有必要的客观性和中立性,从而可以被视为公约第9条第3款所指的“被法律授权行使司法权的官员”。委员会得出结论认为,事实表明该国违反了公约第9条第3款规定的提交人的权利。	20090323

[8] Human Rights Committee, *Zheludkova v. Ukraine*, Communication No. 726/1996, para. 8.3; Human Rights Committee, *Ashurov v. Tajikistan*, Communication No. 1348/2005, 3 May 2007, para. 6.5; Human Rights Committee, *Reshetnikov v. Russian Federation*, Communication No. 1278/2004, 23 May 2009, para. 8.2; *Platonov v. Russian Federation*, Communication No. 1218/2003, 1 November 2005, para. 7.2; Human Rights Committee, *Torobekov v. Kyrgyzstan*, Communication No. 1547/2007, 27 October 2011, para. 6.2; *Kulov v. Kyrgyzstan*, Communication No. 1369/2005, 19 August 2010, para. 8.4; *Kaldarov v. Kyrgyzstan*, Communication No. 1338/2005, 10 May 2010, para. 8.2; *Ashurov v. Kyrgyzstan*, Communication No. 1348/2005, 20 March 2007, para. 6.5.

(续表)

来文序号	提交时间	提交人	缔约国	人权事务委员会意见	通过意见的时间
1348/2005	20040607	Ashurov	塔吉克斯坦	委员会指出,对来文提交人儿子的审前羁押是 2002 年 5 月由检察官批准的,直到 2003 年 4 月对羁押他的合法性一直没有经过司法审查。公约第 9 条第 3 款赋予被羁押人就羁押合法性进行司法控制的权利,司法权力的适当行使内在地要求由独立、客观和公正的当局行使。据此,委员会不认为检察官可被视为公约第 9 条第 3 款所指在制度上具有必要的客观性和中立性,从而可以被认定为“经法律授权行使司法权力的官员”,因此认定发生了违反本款规定的行为。	20070302
1369/2005	20041111	Kulov	吉尔吉斯斯坦	提交人称,审前拘留决定是由检察官在其缺席的情况下做出的,并且他没有被带见法官或其他经法律授权行使司法权力的官员。委员会注意到,缔约国未提供任何信息,说明该检察官具有公约第 9 条第 3 款所指的“经法律授权行使司法权力的官员”所需的客观性和公正性。委员会得出结论认为,事实表明提交人根据公约第 9 条第 3 款享有的权利受到了侵犯。	20100726
1338/2005	20041227	Kaldarov	吉尔吉斯斯坦	正确行使司法权力普遍认可的做法是,应由一个独立、客观、公正的机构来行使这项权力。本案中,委员会不认为检察官可被视为公约第 9 条第 3 款所指在制度上具有必要的客观性和公平性,从而可以被认定为“经法律授权行使司法权力的官员”,因此认定有违反这个条款的行为发生。	20100318
1547/2007	20060412	Torobekov	吉尔吉斯斯坦	公约第 9 条第 3 款规定,因刑事指控被拘禁者有权获得对他/她的拘禁进行司法控制。正确行使司法权力普遍认可的做法是,应由一个对于所处理事项独立、客观、公正的机构来行使这种司法控制。在本案中,委员会不认为检察官可被视为公约第 9 条第 3 款所指在制度上具有必要的客观性和公正性,从而可以被认定为“经法律授权行使司法权力的官员”,因此认定发生了违反这个条款的行为。	20111027
2252/2013	20030409	Khadzhiyev	土库曼斯坦	委员会指出,被拘留者应被迅速带见法官或其他经法律授权行使司法权力的官员,而检察官不能被视为公约第 9 条第 3 款所述行使司法权力的官员。鉴于该国没有就此事项提出意见,委员会认为, Muradova 根据公约第 9 条第 3 款享有的权利遭到了侵犯。	20180406

联合国人权事务委员会对这些来文审查后通过的结论性意见几乎完全相同,均对相关缔约国根据当时的法律规定由检察官批准审前羁押的做法提出了批评,认为《公民权利和政治权利国际公约》第9条第3款的目的在于,将因刑事指控被拘捕的人交付司法控制,“在正确行使司法权力的做法中普遍认可的是,应由一个对于所处理事项独立、客观、公正的机构来行使这种司法控制”。而检察官在制度上不具有必要的客观性和中立性,不能被视为该公约所说的“经法律授权行使司法权力的官员”。因此,有关缔约国允许检察官批准审前羁押的做法违反了公约规定。虽然联合国人权事务委员会的结论性意见可能是在有关缔约国修改宪法或法律中关于检察官批准羁押规定之后做出的,但个人来文所依据的拘捕和羁押事实均发生在修法之前,来文受理过程中人权事务委员会与相关缔约国之间的沟通和交流往往会促使其转变立场,使公约权利的受害者得到救济。<sup>[9]</sup>可以说,联合国人权事务委员会受理审查个人来文的机制以及审查后通过的结论性意见对相关缔约国修改国内法、废止“捕诉合一”的有关规定和做法,起到了重要的促进作用。

苏联15个加盟共和国自独立建国以来,除了土库曼斯坦,均已废止了“捕诉合一”制度。土库曼斯坦1997年批准了《公民权利和政治权利国际公约》及其《任择议定书》,但其2009年《刑事诉讼法典》第154条继续授权检察官批准审前羁押,2016年通过的新《宪法》第33条仍然不顾欧洲有关组织的反对保留了检察官批准审前羁押的权力。<sup>[10]</sup>2018年,联合国人权事务委员会通过审查来自土库曼斯坦的第2252/2013号来文,对土库曼斯坦的“捕诉合一”制度提出了批评。委员会审查后认为,根据公约规定,“被拘留者应被迅速带见法官或其他经法律授权行使司法权力的官员,而正确行使司法权本身即意味着必须由独立、客观和公正处理该事项的当局行使这一权力……检察官不能被视为《公约》第9条第3款所述行使司法权力的官员。因此,鉴于缔约国没有就此事项提出意见,委员会得出结论认为,Muradova女士根据《公约》第9条第3款享有的权利遭到了侵犯”。<sup>[11]</sup>可以预料,在履行国际公约义务的压力之下,土库曼斯坦关于“捕诉合一”的有关规定在不久的将来必然会根据国际公约的要求进行修改。

## 二 受苏联影响的部分国家的“捕诉合一”制度及其转变

匈牙利、保加利亚、波兰和罗马尼亚都曾经是“二战”以后在苏联支持下成立的社会主义国家,在政治、经济和法律制度等方面,都深受苏联的影响。其中在法律制度方面,都复制了苏联的“捕诉合一”制度,即由检察官同时负责决定审前羁押和公诉。但是,在20世纪80年代末,这些国家纷纷转向西方议会民主制和以私有制为基础的市场经济发展道

[9] 例如,针对俄罗斯联邦第1218/2003号来文和第1278/2004号来文所反映的羁押事实,均发生在1999年,联合国人权事务委员会通过结论性意见的时间分别在2005年和2009年,而俄罗斯联邦修改通过《刑事诉讼法典》、废止“捕诉合一”制度的时间是2001年。

[10] 参见OSCE-ODIHR, *Comments on the Draft Constitution of Turkmenistan based on an unofficial English translation of the Draft Constitution provided by the OSCE Centre in Ashgabat*, para. 150, Warsaw, 21 July 2016, at <https://www.legislationline.org/countries/country/51/Turkmenistan/show>,最近访问时间[2019-08-09]。

[11] Human Rights Committee, *Khadzhiyev v. Turkmenistan*, Communication No. 2252/2013, 6 April 2018, para. 7.8.

路,并且先后批准加入了《欧洲人权公约》和《任择议定书》。此后,“捕诉合一”制度不断受到欧洲人权法院或者联合国人权事务委员会的批评,立法机关不得不修改法律,宣布废除检察官批准审前羁押的权力,以加强对公民人身自由的司法保障。

### (一) 匈牙利

匈牙利 1949—1989 年以苏联法律为蓝本根据宪法建立了社会主义法律制度,包括“捕诉合一”制度。1989 年,匈牙利通过了宪法修正案,取消了作为集体国家元首的共和国主席团,改采总统制,确立了多党议会民主制和市场经济,在国家机构中体现分权原则。匈牙利早在 1974 年就加入了《公民权利和政治权利国际公约》,1988 年批准《任择议定书》,1992 年批准加入《欧洲人权公约》。此后,匈牙利确立的“捕诉合一”制度受到了联合国人权事务委员会的批评。

1992 年联合国人权事务委员会收到第 521/1992 号来文。来文提交人是居住在布达佩斯的俄罗斯公民 Kulomin,因涉嫌谋杀罪于 1988 年 8 月 20 日被匈牙利警方拘捕,22 日经检察官批准被羁押。1988 年 9 月之后,经上级检察官批准,羁押期限多次延长,一直持续到 1989 年 5 月案件才交付布达佩斯市法院审判。审判法院再次延长羁押期限,并于 1990 年 2 月 8 日认定 Kulomin 构成故意杀人罪,判处有期徒刑 10 年,驱逐出境。Kulomin 在匈牙利国内提出上诉、申诉无果,遂向联合国人权事务委员会提出申诉。该委员会受理来文后,匈牙利政府应委员会要求三次提交了书面材料,辩称对 Kulomin 的拘捕和审前羁押完全是按照匈牙利《刑事诉讼法典》第 91 条的规定进行的,符合《公民权利和政治权利国际公约》第 9 条第 1 款关于“除非依照法律所确定的根据和程序,任何人不得被剥夺自由”的要求。关于羁押当事人的程序是否符合公约的问题,匈牙利政府辩称,“其他经法律授权行使司法权力的官员”是指像法官一样独立于行政机关的官员。根据匈牙利法律规定,总检察长由议会选举并对议会负责,其他检察官都隶属于总检察长。当时的检察机关独立于行政机关。因此,本案中决定对 Kulomin 继续羁押的多名检察官都可以被视为公约所说的“其他经法律授权行使司法权力的官员”,不存在违反公约的情况。但匈牙利政府的上述观点并未得到联合国人权事务委员会的认可。人权事务委员会审查了案件全部书面材料后指出:“自 1988 年 8 月 20 日被拘捕后,来文提交人经检察官决定被审前羁押,并多次被延长羁押期限,直到 1989 年 5 月才被带到法官面前。委员会认为,司法权力的适当行使内在地要求由独立、客观和公正处理该问题的当局行使这一权力。根据本案的情况,委员会认为,检察官不能被认为在制度上具有必要的客观性和中立性,因而不属于第 9 条第 3 款所指的‘经法律授权行使司法权力的官员’。”还指出:“批准了《任择议定书》,缔约国就承认了人权事务委员会关于其是否违反公约问题的管辖权,而且根据公约第 2 条的规定,缔约国承诺了要确保在其领土范围内和管辖之下的所有个人的公约权利,并且一旦侵犯权利的事由得到确认,缔约国会提供有效的、可兑现的救济。”因此,人权事务委员会要求匈牙利政府在 90 天之内提交执行本次来文意见的情况。为了与公约保持一致,匈牙利于 1989 年修法废除了关于检察官批准羁押和延长羁押期限的法律规定。根据修改后的法律,因刑事指控被拘捕的人均应在 72 小时内带到法院,由法院听取控辩双



方意见后决定是否批准羁押。对于法院的决定,双方还可以提出上诉。<sup>[12]</sup>

正是在受理、审查个人来文的实践中,联合国人权事务委员会于2014年发布了关于《公民权利和政治权利国际公约》的第35号一般性评论,对该公约第9条的规定进行了权威解释。指出公约第9条第3款要求“任何因刑事指控被逮捕或拘禁的人,应被迅速带见法官或其他经法律授权行使司法权力的官员。这一要求无例外地适用于一切案件,不取决于被拘禁者的选择或坚持的能力。即便是在正式指控确定之前,这一要求也适用,只要有人因为被怀疑犯罪被捕或被拘禁。这一权利旨在将刑事调查或诉讼中对个人的拘留置于司法控制之下……正当行使司法权这一要求本身就意味着应由独立、客观和公正立场的机构行使司法权。因此,检察官不能被看作根据第3款行使司法权的官员”。<sup>[13]</sup>这一意见既是对以往人权实践经验的总结,也是对未来人权实践的指导,对于缔约国、有关国际组织、学术机构、国际人权律师以及有利害关系的个人具有广泛的参考价值。特别是对于中国这样一个已经签署、正积极准备批准《公民权利和政治权利国际公约》但在国内法上仍然存在“捕诉合一”制度的国家来说,具有重要的指导价值。

## (二) 保加利亚

保加利亚于1946年建立社会主义国家,曾长期将批准拘捕和羁押的权力赋予检察官。根据保加利亚1974年《刑事诉讼法典》第152、172、201-203、222条和第377-378条的规定,警察和检察官都有权拘捕犯罪嫌疑人,但警察拘捕犯罪嫌疑人如果没有事先经过检察官批准,必须在24小时之内提请检察官审查确认。检察官审查确认拘捕通常只审查书面材料,不讯问被拘捕人。如果侦查不能在规定期限终结,检察官有权决定是否延长羁押期限。实践中,批准拘捕或者羁押的检察官经常作为公诉人参与案件后续诉讼活动,法律对此没有禁止性规定。被羁押人可以申请法院进行司法审查,但在1997年修改法律之前,其无权参与审查程序。法院审查羁押不公开进行,如果驳回申请也不通知被羁押人。<sup>[14]</sup>1990年,保加利亚决定实行多党制和市场经济体制。1992年保加利亚批准加入《欧洲人权公约》。此后,保加利亚关于“捕诉合一”的规定和做法连续两年受到欧洲人权法院的批评,具体体现于 *Assenov and others v. Bulgaria* 案和 *Nikolova v. Bulgaria* 案。<sup>[15]</sup>

1995年7月27日,17岁男孩 Anton Assenov 被逮捕,第二天,在律师和 K 检察官在场的情况下,他被正式指控在1994年9月到1995年7月之间实施了十余次夜间入户盗窃以及六次抢劫。经 A 检察官批准,Assenov 被羁押,直到1997年7月被以抢劫罪判处30个月监禁。在此期间,Assenov 多次向检察机关和地方法院申请释放未果。Assenov 及其父母向欧洲人权委员会提出了申诉,主张之一是对 Assenov 的拘捕和羁押违反了《欧洲人权公约》第5条第3款关于“迅速带见法官或者其他经法律授权行使司法权力的官员”的

[12] Human Rights Committee, *Kulomin v. Hungary*, Communication No. 521/1992, 22 March 1996, para. 10.1-10.5, 11.3, 14.

[13] Human Rights Committee, General Comment No. 35, Article 9 (Liberty and security of person), 16 Dec. 2014, para. 32.

[14] *Assenov and others v. Bulgaria* (90/1997/874/1086), Judgment of ECtHR, 28 Oct. 1998, paras. 69-73.

[15] *Nikolova v. Bulgaria* (Application no. 31195/96), Judgment of ECtHR, 25 March 1999.

规定。保加利亚政府辩称,参与本案处理并受理被告人释放申请的多名检察官属于该公约规定的“其他经法律授权行使司法权力的官员”,因为根据保加利亚法律,检察官是完全独立的,他们被授权对刑事诉讼中产生的一系列问题做出决定,包括批准羁押。但欧洲人权法院没有接受这样的辩解,它在 1998 年针对本案的判决中指出,对行政机关剥夺个人自由的行为进行司法控制是公约第 5 条第 3 款保障的基本特征,一个官员要被认定为“其他经法律授权行使司法权力的官员”,必须满足能够担保被拘捕人不被专横地、无根据地剥夺自由的某些条件,包括:(1)必须独立于行政机关和当事人,如果在决定羁押时有情况表明该官员可能随后代表控方参加刑事诉讼,则其独立性和中立性就是有疑问的;(2)必须亲自对被拘捕人进行听审,并根据法定标准审查拘捕是否有正当根据;(3)如果审查后认为拘捕缺乏正当根据,必须有权作出有拘束力的决定,以释放被拘捕人。本案中的检察官没有一个人亲自听取过被拘捕人的意见,他们都只是事后确认了侦查员拘捕犯罪嫌疑人的决定。不仅如此,这些检察官都可能在随后的诉讼中作为公诉方当事人参加诉讼活动。因此,他们不具有《欧洲人权公约》第 5 条第 3 款所要求的独立性和中立性。<sup>[16]</sup> 1990 年,保加利亚再次因为在国内刑事诉讼过程中由检察官批准羁押而被告到欧洲人权委员会和欧洲人权法院,而欧洲人权委员会和欧洲人权法院大法庭分别再次一致裁决保加利亚违反了《欧洲人权公约》第 5 条第 3 款关于被拘捕人必须立即被“带见法官或者其他经法律授权行使司法权力的官员”的规定。<sup>[17]</sup>

为了执行欧洲人权法院的上述判决,履行公约义务,保加利亚于 1999 年修改了法律,废止了检察官批准审前羁押的权力。这些新规定被 2005 年修订后的《刑事诉讼法典》所吸收。<sup>[18]</sup> 根据保加利亚 2011 年修订的《刑事诉讼法典》第 64 条的规定,审前程序中的羁押由相关一审法院依据检察官的申请作出命令,检察官为了保证被告人<sup>[19]</sup>到案而认为有必要时,可以命令拘捕被告人 72 小时。被告人到案后,应当立即安排一名法官在检察官、被告人及其律师参与下进行审理。如果符合法定的羁押条件,法官可以决定采取羁押措施,否则,法官可以决定不采取或者采取较轻的约束措施。对于法官的决定,控辩双方可以在 3 日内向上诉法院提出上诉。上诉法院应当就此由 3 名法官组成合议庭,7 日内在检察官、被告人及其律师共同参与下进行开庭审理,并作出最终决定。<sup>[20]</sup>

### (三)波兰

波兰 1969 年《刑事诉讼法典》第 210 条规定:“预防性措施应当由法院决定;在起诉以前,由检察官决定。”第 212 条规定:“对预防性措施,可以向上一级法院提出上诉。”对检察官关于审前羁押的决定,可以向有权对案件进行实体审理的法院提出申诉。虽然允许被羁押人对检察官作出的审前羁押决定向法院提出申诉在当时的体制下属于一种“有

[16] *Assenov and others v. Bulgaria* (90/1997/874/1086), Judgment of ECtHR, 28 Oct. 1998, para. 144, 146 - 150.

[17] *Nikolova v. Bulgaria* (Application no. 31195/96), Judgment of ECtHR, 25 March 1999, paras. 48 - 51.

[18] See Council of Europe Committee of Ministers, *Supervision of the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights*, 1<sup>st</sup> Annual Report (2007), para. 48.

[19] 保加利亚《刑事诉讼法典》所谓“被告人”,包括犯罪嫌疑人。

[20] 参见《世界各国刑事诉讼法》(欧洲卷 上),中国检察出版社 2016 年版,第 92 页。

波兰特色”的规定,但在1996年新的法律生效之前,波兰检察机关一直“依法”维持了“捕诉合一”的办案模式。<sup>[21]</sup> 1989年波兰通过宪法修正案,对国家的政治、经济制度进行了重大变革,法律制度也相应地向西方看齐。1993年波兰批准加入《欧洲人权公约》。在随后发生的“Niedbala v. Poland”一案中,波兰的“捕诉合一”制度被欧洲人权法院判定为违反《欧洲人权公约》。

申诉人 Niedbala 于1994年9月2日因涉嫌盗车被检察官决定逮捕羁押,之后又多次延长羁押期限。申诉人向检察机关申诉未果,向地方法院申请对羁押合法性进行审查也未成功。1995年3月20日,地方法院判决申诉人犯持有被盗物品罪,但下令释放了申诉人。检察官在对此判决提出上诉的同时,又于1995年4月21日以申诉人涉嫌于前一日盗车未遂命令予以羁押,申诉人对此向地方法院提出上诉被驳回。1995年9月5日,上诉法院二审改判申诉人犯帮助和教唆销赃罪,判处有期徒刑2年6个月,并处罚金。申诉人以对他的羁押违反《欧洲人权公约》第5条等为由向欧洲人权委员会提出申诉,获得委员会支持,案件转由欧洲人权法院审理。2000年欧洲人权法院审理后判决认为,《欧洲人权公约》第5条第3款所谓“经法律授权行使司法权力的官员”必须符合一定的条件,以保障被羁押人免受恣意地或者无根据地被剥夺自由。而根据波兰1969年《刑事诉讼法典》和1985年《检察院法》的规定,检察官既有权履行侦查和起诉职能,又有权决定羁押犯罪嫌疑人。在履行职能时,检察官要接受隶属于行政机关的总检察长兼司法部长的监督。虽然检察官代表公共利益,但并不因此取得“司法官员”的身份,根据波兰《刑事诉讼法典》的规定,他们在刑事诉讼中的地位只能被视为当事人。另外,决定羁押的检察官随后仍然可以作为公诉人参与诉讼。因此,检察官既不独立于行政机关,也不独立于当事人,缺乏应有的公正性,不符合《欧洲人权公约》第5条第3款的要求。<sup>[22]</sup>

1995年波兰通过《关于刑事诉讼法典和其他刑事法律的修正案》修改了1969年《刑事诉讼法典》的相关规定。根据修改后的法律,只有法院才有权命令审前羁押。1997年波兰新《宪法》第41条规定:“(一)应保证每一个人的人身和安全不受侵犯。对人身自由的任何剥夺或限制,只能依据法律明确规定的原则和程序进行。(二)任何被剥夺人身自由的人,除经法院判决的以外,应有权向法院提出上诉,以便立即对剥夺人身自由的合法性作出决定。任何剥夺人身自由的行为,应立即通知被剥夺自由人的家庭或者他所指明的人。(三)被拘捕人应被立即以他所理解的方式告知拘捕的原因。被拘捕人应在48小时以内被送交法院,由法院对案件进行审查。除非法院在48小时<sup>[23]</sup>以内签发写明具体指控的临时逮捕证,并送达被拘捕人,否则,应将被拘捕人予以释放。”根据新宪法,波兰于1997年修订了《刑事诉讼法典》,其中第250条规定:“1. 审前羁押应由法院命令实施。2. 在侦查阶段,审前羁押根据检察官请求,由侦查所在地的地方法院决定。在提起公诉以后,审前羁押由有权对案件进行实体审理的法院决定。3. 检察官依据第2款规定向法院

[21] 参见 *Niedbala v. Poland* (Application no. 27915/95), Judgment of ECtHR, 4 July 2000, paras. 18 - 19。

[22] 参见 *Niedbala v. Poland* (Application no. 27915/95), Judgment of ECtHR, 4 July 2000, paras. 48 - 56。

[23] 2009年10月21日该条被修改,法院批准羁押的时间被压缩至24小时。

提出请求时,应当附具案卷材料,同时命令将嫌疑人带至法院。”

#### (四) 罗马尼亚

罗马尼亚在审前羁押权力的配置方面也学习了苏联的做法。1965 年的《罗马尼亚社会主义共和国宪法》第 31 条规定:“保障罗马尼亚社会主义共和国公民的人身自由不受侵犯。如果没有证据或者确切根据表明其人已实施经法律规定应受处罚的行为,不得加以拘留或者逮捕。侦查机关可以命令拘留一个人最长期间为 24 小时。任何人除非根据法院或者检察院发出的逮捕状,不得加以逮捕。”<sup>[24]</sup> 由于检察官享有公诉权,同时还能签发逮捕状,实际上也就意味着“捕诉合一”。罗马尼亚 1991 年《宪法》第 23 条规定:“(一) 人身自由和安全不可侵犯。(二) 只能按照法律规定的情况和程序对人进行搜查、拘留和逮捕。(三) 拘留不得超过 24 小时。(四) 按司法官下达的命令实行羁押的期限不得超过 30 天。受羁押者可就羁押的合法性向法官提出上诉,法官必须作出有根据的判决。只有法院才能批准延长羁押期限。”根据该宪法,罗马尼亚的检察院和法院都是“司法机关”,这意味着检察官和法官一样,都属于宪法第 23 条意义上的“司法官”。据此,罗马尼亚当时的《刑事诉讼法典》第 136 条规定,审前羁押可以由检察官决定,也可由法官决定。第 146 条规定,在符合法定条件时,检察官可以附具理由决定拘捕嫌疑人,期限不超过 5 天。警察根据检察官的拘捕令逮捕犯罪嫌疑人后,应当立即带见签发令状的检察官,由检察官立即讯问后决定是否予以羁押。检察官决定羁押的,期限不得超过 1 个月,除非依法定程序由法院决定予以延长(第 149 条、第 152 条),但每次延期不得超过 1 个月(第 159 条)。<sup>[25]</sup> 1994 年罗马尼亚加入《欧洲人权公约》。在 2003 年的 *Pantea v. Romania* 一案中,罗马尼亚关于由检察官决定审前羁押的规定和做法受到了欧洲人权法院的批评。

申请人 *Pantea* 是一名律师。1994 年 4 月 20 日夜,他与人争吵时致后者重伤。同年 6—7 月间,比霍尔(Bihor)县法院检察官 D 对此案进行了调查,最终以逃避诉讼为由批准将其羁押一个月。7 月 13 日,检察官就此事以故意杀人(未遂)罪向县法院提起公诉。20 日,*Pantea* 被警方拘捕并于第二天在律师协助下被带见法官。法官告知其已被提起公诉,并宣读了起诉书,但没有对羁押的合法性进行审查。9—11 月间,县法院先后开庭审理此案四次,检察官 K. L. 和被告人聘请的两名律师参加了庭审,其间听取了 15 名证人的证词,但每次庭审均未对羁押的合法性进行审查。11 月 28 日,法院以侦查不够充分为由将案件退回检察院补充侦查。但认为 *Pantea* 罪行严重,可能会实施其他犯罪,决定继续对其羁押。被告人提出上诉,称决定羁押他的检察官 D 从侦查开始就剥夺了他的辩护权,缺乏中立性,因此,对其羁押不合法,要求释放并对他的上诉进行紧急审理。1995 年 2 月 16 日,上诉法院撤销了一审法院关于继续羁押被告人的决定和一审判决,命令予以释放,并将案件退回检察院重新侦查。同年 4 月 7 日,被告人被释放。经检察机关重新侦查、重新起诉,被告人于 1999 年 5 月 12 日被初审法院以故意伤害罪判处 262 天监禁,被告人和被害人都提出了上诉,上诉法院以一审判决未能在被告人的暴力行为与被害人的伤害之

[24] 中国人民大学法律系国家法教研室、资料室编:《中外宪法选编》,人民出版社 1982 年版,第 194 页。

[25] *Pantea v. Romania* (Application no. 33343/96), Judgment of ECtHR, 3 June 2003, para. 150.

间建立因果关系为由撤销了该判决,案件发回重审。之后,被告人对罗马尼亚财政部提起民事诉讼,要求对其遭受的非法羁押予以赔偿,但最终被法院以诉讼时效届满为由驳回。<sup>[26]</sup> 实际上,被告人在1995年被释放后,就根据《欧洲人权公约》第25条规定向欧洲人权委员会提出了申诉,声称对他的拘捕和羁押违反了《欧洲人权公约》规定,即羁押不合法以及没有“被迅速带见法官或者其他经法律授权行使司法权力的官员”。1998年,该申诉被转交欧洲人权法院。2003年欧洲人权法院作出判决重申,对行政机关干预个人自由的行为进行司法控制是《欧洲人权公约》第5条第3款的基本特征,该款所规定的“其他经法律授权行使司法权力的官员”必须具有一定的条件,才能保障个人不被恣意地或无根据地剥夺人身自由,其中重要条件之一是该官员必须独立于行政机关和当事人。该官员的羁押决定是否客观至关重要,如果在决定羁押时表明他可以随后代表公诉机关参与诉讼,那么,他的客观性和中立性就会受到质疑。该案中,根据检察官D的决定被告人Pantea被审前羁押一个月,而该检察官自侦查阶段开始即参加诉讼,他决定启动侦查程序,指挥侦查,并且决定对被告人正式提起公诉。虽然后来出庭支持公诉的是另一位检察官,但在法律上并不禁止检察官D继续参加审判阶段的诉讼活动。根据罗马尼亚1992年第92号法律,检察官属于检察机关的成员,隶属于总检察长,并通过总检察长受司法部长监督。<sup>[27]</sup> 因此,检察官D不符合“独立于行政机关”的要求,不属于《欧洲人权公约》意义上的“其他经法律授权行使司法权力的官员”。<sup>[28]</sup>

罗马尼亚2010年通过的《刑事诉讼法典》<sup>[29]</sup>第3条特意将刑事诉讼中的司法职能区分为四种:侦查职能、侦查阶段签发有关个人权利和自由令状的职能、审查公诉决定或不起诉决定合法性的职能、审判职能。并且规定:除审查公诉决定或不起诉决定合法性的职能与审判职能可以同时由一个主体执行以外,“在同一刑事诉讼中,执行一种司法职能又执行另一种司法职能是相冲突的”。据此,检察官批准审前羁押的权力被废止。根据修改后的《刑事诉讼法典》,虽然检察机关仍然属于“司法机关”之一,拥有侦查权、侦查监督权、公诉权、辩诉交易权和上诉权等多种权力,但在人身强制措施方面,检察官只有决定拘传、司法监管和申请审前羁押的权力,审前羁押的决定权则根据诉讼阶段的不同分别由权利和自由法官(侦查阶段)、预审法官(公诉审查阶段)和审判法庭行使。<sup>[30]</sup>

此外,曾经学习苏联制度的国家,在实行市场经济和议会民主制之后,多数也废止了由行使公诉权的检察官批准审前羁押的制度,转而要求侦查机关拘捕犯罪嫌疑人并经检察官审查同意之后迅速带见法官,由法官依照法定程序并在较短的时间内(一般不超过48小时)决定是否予以羁押。例如,阿尔巴尼亚1995年《刑事诉讼法典》第238条、克罗

[26] *Pantea v. Romania* (Application no. 33343/96), Judgment of ECtHR, 3 June 2003, paras. 14 – 26, 27 – 30, 66, 142 – 148.

[27] *Vasilescu v. Romania* (53/1997/837/1043), Judgment of ECtHR, 22 May 1998, paras. 40 – 41.

[28] *Pantea v. Romania* (Application no. 33343/96), Judgment of ECtHR, 3 June 2003, paras. 236 – 239.

[29] 该法后经2012年第63号法律、2013年第255号法律、2013年第116号紧急政府令和2014年第3号紧急政府令等修正。

[30] 参见罗马尼亚2010年《刑事诉讼法典》第30、55、203条和第223条。

地 2004 年《宪法》第 22 条和 2009 年《刑事诉讼法典》第 118 条、塞尔维亚 2006 年《宪法》第 29 条、斯洛文尼亚 2016 年《宪法》第 20 条和 2006 年《刑事诉讼法典》第 157 条、捷克 2013 年《宪法》第 8 条、斯洛伐克 1992 年《宪法》第 17 条、蒙古国 2001 年《刑事诉讼法典》第 68 条等,都有类似的规定。目前,只有朝鲜<sup>[31]</sup> 古巴<sup>[32]</sup> 等极少数国家仍然由检察官批准审前羁押。

### 三 中西欧法治国家的“捕诉合一”制度及其转变

中西欧国家大多是近代以来法治国家的典型代表,普遍加入了《欧洲人权公约》和《公民权利和政治权利国际公约》,在刑事司法过程中的分权制衡方面本来不应当出现违反公约保障人身自由一般原则的情况。然而,由于法治传统不同,部分国家把检察机关定位为“司法机关”,把检察官定位为“司法官”,并且通过法律明确授权检察官负责批准审前羁押,从而出现了“捕诉合一”的实践操作。这一问题不仅曾经存在于瑞士、意大利的普通刑事诉讼中,也曾经存在于荷兰、比利时和英国的军事刑事诉讼中。经过欧洲人权法院持续多年的干预,这一问题才逐步得到解决。

#### (一) 普通刑事诉讼中的“捕诉合一”问题

##### 1. 瑞士

中西欧国家检察官批准羁押问题最先进入欧洲人权法院视野的,是 1979 年的“*Schiesser v. Switzerland*”案。<sup>[33]</sup> 在该案中,瑞士公民 Schiesser 于 1976 年 4 月 5 日向警方投案之后立即被带见苏黎世州温特图尔(Winterthur)区地方检察官,后者在没有辩护律师在场的情况下听取了 Schiesser 的意见,然后以其涉嫌多起盗窃并可能隐匿证据为由,当日决定予以羁押。对此,Schiesser 于 4 月 13 日向土级检察官(苏黎世检察官)提出申诉,上级检察官完全接受了地方检察官的羁押理由,并以侦查尚未终结、Schiesser 在瑞士没有固定住处因而可能逃跑为由,驳回了申诉。Schiesser 就上级检察官的决定向联邦法院提出了“公法上诉”,理由是检察官的羁押决定违反了《瑞士联邦宪法》第 4 条和《欧洲人权公约》第 5 条第 1 款和第 3 款。他质疑地方检察官不属于公约第 5 条第 3 款意义上的“其他经法律授权行使司法权力的官员”,结果仍然被驳回。瑞士联邦法院认为,按照《欧洲人权公约》第 5 条第 3 款的要求,最重要的不在于行使批准羁押权力的官员属于政府的哪个部门,而在于其履行的是什么职能,“这一款并不在原则上禁止由同一个人同时履行侦查以及刑事司法中的其他职能”。在本案中,地方检察官是一个侦查官员,《刑事诉讼法典》第 31 条要求他全面收集有利和不利于犯罪嫌疑人的证据。尽管他属于行政机关的组成部分,但在侦查阶段,他履行的是司法职能而非行政职能。同时,地方检察官由人民直接选举产生,这表明立法机关希望检察官相对于行政机关具有独立性。虽然地方检察官在

[31] 参见 2012 年修订的《朝鲜民主主义人民共和国刑事诉讼法典》第 177 条和第 182 条。

[32] 参见 1994 年修订的《古巴共和国刑事诉讼法典》第 246 条和第 247 条。

[33] *Schiesser v. Switzerland* (Application no. 7710/76), Judgment of ECtHR, 4 Dec. 1979.

履行侦查职能方面要接受上级检察官的监督,但上级检察官本身在侦查中履行的也是司法职能。只有当案件被移送法院审判之后,检察官才充当公诉人的角色,变成刑事诉讼的一方当事人。1976年4月20日,苏黎世州上诉法院决定将 Schiesser 继续羁押至5月18日。Schiesser 申请复议、向联邦法院上诉均被驳回,直到7月12日才被释放。

1976年11月5日,Schiesser 向欧洲人权委员会提出申诉,理由是决定羁押他的地方检察官不属于《欧洲人权公约》第5条第3款意义上的“经法律授权行使司法权力的官员”。对此,欧洲人权委员会于1978年做出决议,认为瑞士政府没有违反《欧洲人权公约》第5条第3款的规定,案件随即被提交欧洲人权法院。本案的争点是:批准羁押 Schiesser 的地方检察官是否属于《欧洲人权公约》意义上的“经法律授权行使司法权力的官员”。欧洲人权法院审理后认为,《欧洲人权公约》第5条第3款要求,被拘捕人应立即被带见“法官”或者“其他经法律授权行使司法权力的官员”,这表明“其他经法律授权行使司法权力的官员”与“法官”并不完全相同。但一句话里同时提到两种官员,暗示着二者履行相似的职能。另外,“司法权力”并不限于审理法律纠纷,在很多国家,其他官员甚至法官行使司法权力却并不审理案件,例如检察官和侦查法官。仅从字面上看,《欧洲人权公约》第5条第3款既包括法官,也包括检察官,但是,由于该款的目的在于确保任何人不被恣意地剥夺人身自由,剥夺人身自由的程序必须具有“司法性质”,因而“其他经法律授权行使司法权力的官员”必须具有法官的某些特质,即满足某些条件,以保障被拘捕人的权益。条件包括:必须独立于行政机关和当事人;在程序方面,必须亲自听取被拘捕人的意见;在实体方面,必须根据法定标准全面审查有利和不利于羁押的各种情况,以决定是否具有羁押的正当依据,如果缺乏正当依据,必须释放被拘捕人。本案中,申诉人和欧洲人权委员会少数派意见认为,决定羁押 Schiesser 的地方检察官不符合上述条件,理由有:其一,地方检察官在某些案件中担任公诉人;其二,他从属于苏黎世检察官办公室,并通过后者进一步从属于苏黎世州司法部和政府。关于第一点理由,欧洲人权法院认为,地方检察官在本案中仅仅作为侦查机关参与了诉讼,即审查决定是否应当指控和羁押 Schiesser,并收集证据。他没有起草起诉书,也没有在审判法院担任公诉人,因此他没有同时履行侦查职能和公诉职能。故本案并不要求对检察官同时履行侦查和公诉职能的情况下是否符合《欧洲人权公约》第5条第3款的问题作出决定。关于第二点理由,欧洲人权法院完全接受瑞士政府关于地方检察官独立办案的辩解。地方检察官也证明他从来没有收到来自苏黎世州司法部和州政府的指示,他也没有收到上级检察官的指示,而是自行讯问了 Schiesser,在没有任何外来干扰的情况下,依据法律赋予其个人的裁量权作出的羁押决定。据此,欧洲人权法院认为,本案地方检察官具备《欧洲人权公约》所要求的独立性保障。关于程序性要求,欧洲人权法院指出,在 Schiesser 投案后,地方检察官依法在24小时内对他进行了讯问,告知为何怀疑其有罪以及就拘捕提出上诉的权利。讯问之后,地方检察官根据法定理由和法定程序决定予以羁押,其中理由之一是有理由怀疑 Schiesser 实施了犯罪,而这正是《欧洲人权公约》第5条第1款第3项规定的羁押理由。1979年12月4日,欧洲人权法院以5票对2票判决认为,本案命令羁押 Schiesser 的地方检察官具备

公约要求的独立性保障以及程序上、实体上的保障,符合《欧洲人权公约》第 5 条第 3 款的要求。

除此之外,本案的特殊之处还在于,地方检察官仅仅参与了侦查,行使了命令羁押犯罪嫌疑人权力,可是并未在随后的刑事诉讼中履行公诉职能。如果地方检察官一个人先后在同一案件中行使命令羁押的权力和提起公诉的权力,那么,他是否符合《欧洲人权公约》第 5 条第 3 款的要求问题,在本案中仍悬而未决,直到 1990 年的“Huber v. Switzerland”案才给出答案。

1983 年 8 月 11 日,瑞士公民 Huber 夫人因涉嫌提供虚假证词被地方检察官 J 命令羁押,8 月 19 日被释放。1984 年 10 月 12 日,检察官 J 以 Huber 夫人犯提供虚假证据罪向苏黎世地方法院提起公诉,请求判处被告人罚金 5 千瑞士法郎,但在次年 1 月 10 日开庭审理时,检察官 J 并未出庭。辩护律师当庭提出,根据《欧洲人权公约》第 5 条第 3 款的规定,任何人被拘捕后,应当立即被带见法官或者其他经法律授权行使司法权力的官员,而本案违反了这一规定。一审判决虽然没有对律师的辩护意见作出回应,但地方法院却在开庭审理当日宣告被告人 Huber 无罪,理由是:当初她被作为证人传唤到案时没有依法签发传票,因而传唤程序无效,其所作证言不合法,不可采。1985 年 9 月 13 日,苏黎世州上诉法院根据控方上诉,改判被告人犯提供虚假证据罪(未遂),并处罚金 4 千瑞士法郎。二审判决除了说明改判有罪的事实根据以外,还对律师的辩护意见作出了回应,指出:“根据联邦法院的判例,苏黎世地方检察官在侦查阶段同时也行使公约第 5 条第 3 款意义上的司法权力。”被告人先后向苏黎世州最高法院和瑞士联邦法院提出上诉,均被驳回。瑞士联邦法院判决认为,上诉人关于违反《欧洲人权公约》第 5 条第 3 款的辩护意见“缺乏依据,因为联邦法院和欧洲人权法院均已宣布,在侦查阶段,苏黎世地方检察官具有公约第 5 条意义上的‘经法律授权行使司法权力的官员’的资格”。在瑞士联邦法院看来,对地方检察官是否具有独立性和中立性的判断,应当考虑他批准羁押时的情况,而不应当考虑其在随后诉讼中可能发挥的作用以及起草起诉书这样一种可能性。<sup>[34]</sup>

根据 Huber 的申诉,欧洲人权委员会于 1989 年 4 月 10 日决议认为,瑞士政府违反了《欧洲人权公约》第 5 条第 3 款的规定,因为命令羁押 Huber 的地方检察官 J 缺乏应有的独立性。瑞士政府完全赞成瑞士联邦法院的立场,辩称对地方检察官命令羁押时独立性的判断只能考虑命令羁押时的情况,而不能把随后可能担任公诉人这种可能性纳入考虑从而否定他命令羁押时的独立性。另外,被告人并未因为命令羁押的地方检察官同时决定提起公诉而受到损害。瑞士政府还特别指出,苏黎世州《刑事诉讼法典》是全民公决通过的,地方检察官也是通过选民直接选举产生的,这些措施足以保证地方检察官履行职务时的客观性和中立性。<sup>[35]</sup> 欧洲人权法院大法庭审理后于 1990 年裁决认为,本案中地方检察官“捕诉合一”的做法违反了《欧洲人权公约》第 5 条第 3 款的规定,主要理由是:在“Schiesser v. Switzerland”案之后,本院已经在针对荷兰军事刑事诉讼中命令拘捕和羁押

[34] Huber v. Switzerland (Application no. 12794/87), Judgment of ECtHR, 23 Oct. 1990, para. 19, 31.

[35] Huber v. Switzerland (Application no. 12794/87), Judgment of ECtHR, 23 Oct. 1990, para. 39.



规定的案件<sup>[36]</sup>中得出结论:命令羁押的军事检察官(auditeur-militaire)由于随后可以在军事法院审理同一案件时担任公诉人,成为诉讼的一方当事人,因而不能认为其在命令羁押时是“独立于当事人”的。虽然《欧洲人权公约》没有排除命令羁押的司法官员履行其他职责的可能性,但是,如果他可能作为公诉机关的代表参加随后的刑事诉讼活动,那么,他的中立性就会受到质疑,而本案正是这种情况。<sup>[37]</sup>欧洲人权法院对 Huber 案的判决,事实上推翻了它在“Schuesser v. Switzerland”案中的立场,尽管它对于“经法律授权行使司法权力的官员”所提出的原则性要求是前后一致的。

2005年通过的瑞士《刑事诉讼法典》<sup>[38]</sup>已经废止了检察官批准羁押的权力。根据该法典规定,未决羁押包含“审前羁押”和“候审羁押”两种(第220条)。审前羁押由检察官在拘捕后48小时内提出书面申请,由强制措施法庭在检察官、被拘捕人及其辩护人参与下举行非公开听证后决定。如果被拘捕人明确放弃获得听证的权力,由强制措施法庭对检察官的申请和被告人提交的意见及证据进行书面审查后决定。举行听证的,被拘捕人及其辩护人有权要求查阅案卷材料。强制措施法庭至迟应当在收到申请书的48小时以内作出是否批准羁押的决定,并立即通知检察官、被拘捕人及其辩护人。审前羁押达到强制措施法庭允许的期限或者届满3个月,需要延长时,由强制措施法庭根据检察官的书面申请,在允许被羁押人及其辩护律师查阅案卷材料并提出答辩意见之后,经书面审查或者听证后作出决定。至于一审收到起诉书以后、终审判决或者释放被告人以前的“候审羁押”,则由强制措施法庭应检察官的书面申请按照延长审前羁押期限的程序作出决定。根据该法典第13条和第18条的规定,强制措施法庭是一个在刑事诉讼中行使司法权力的机关,专门负责批准审前羁押、候审羁押和其他强制措施,该法庭的法官不得在同一案件的审判阶段担任法官。

## 2. 意大利

意大利于1955年即批准加入了《欧洲人权公约》,但其刑事诉讼中的人权保障制度包括审前羁押制度却多次受到欧洲人权委员会和欧洲人权法院的批评。<sup>[39]</sup>与“捕诉合一”相关的案件是欧洲人权法院于1992年11月26日判决的“Brincat v. Italy”一案。<sup>[40]</sup>

马尔他人 Brincat 是意大利的一名执业律师。1987年12月5日,因涉嫌持有来源于绑架赎金的钱财被警察带走调查,并经检察官同意后拘捕,送至拉沟尼骨罗(Lagonegro)监狱关押。12月7日,即法律规定的48小时期限以内,拉沟尼骨罗检察官在两名律师在场的情况下对 Brincat 进行了讯问,并决定对其继续羁押。12月14日,该检察官宣布对本案没有管辖权,将案件移送有管辖权的波拉(Paola)检察官。18日,波拉检察官收到案卷

[36] *de Jong, Baljet and van den Brink v. The Netherlands* (Application no. 8805/79; 8806/79; 9242/81), Judgment of ECtHR, 22 May 1984.

[37] *Huber v. Switzerland* (Application no. 12794/87), Judgment of ECtHR, 23 Oct. 1990, paras. 42–43.

[38] 参见《世界各国刑事诉讼法》,中国检察出版社2016年版,第1350页以下。

[39] 参见 *Labita v. Italy* (Application no. 26772/95), Judgment of ECtHR, 6 April 2000; *Khlaifia and Others v. Italy* (Application no. 16483/12), Judgment of ECtHR, 15 Dec. 2016.

[40] *Brincat v. Italy* (Application no. 13867/88), Judgment of ECtHR, 26 Nov. 1992.

材料后立即以涉嫌持有来源于绑架赎金的钱财罪签发拘捕令,命令将 Brincat 送交柯申泽 (Cosenza) 监狱关押,当日向他告知了拘捕决定。19 日,Brincat 向柯申泽地方法院提出申请,要求对拘捕是否合法进行审查。28 日,柯申泽地方法院撤销了拘捕令,并因为指控证据不足命令将 Brincat 立即释放。1988 年 1 月 8 日,Brincat 以多种理由向欧洲人权委员会提出了申诉,后者经审查仅支持了其中依据《欧洲人权公约》第 5 条第 3 款的申诉理由,并于 1991 年 7 月 12 日决定移送欧洲人权法院审判。在 Brincat 被羁押期间,当时有效的意大利《刑事诉讼法典》第 238 条规定:“警察拘捕一个人或者收到被拘捕人后,必须立即报告检察官,至迟不得超过 48 小时……警察还应在 48 小时内将侦查结果通知检察官。检察官应立即讯问被拘捕人,并且如果他认为拘捕有足够的依据,应以附具理由的决定确认拘捕,至迟不得晚于接受上述通知后的 48 小时;此项决定应通知被拘捕人。”第 246 条规定:“如果检察官不必命令释放被追诉人……检察官或者治安法官应以附具理由的决定命令将被追诉人羁押于适格的机构。”<sup>[41]</sup> 根据上述规定,对犯罪嫌疑人拘捕由检察官审查,拘捕期满以后是否继续羁押也由检察官决定,由此导致“捕诉合一”。本案的主要争点是:依据上述规定批准羁押的检察官是否属于《欧洲人权公约》第 5 条第 3 款意义上的“其他经法律授权行使司法权力的官员”。

申诉人认为,批准羁押他的拉沟尼骨罗检察官不符合《欧洲人权公约》第 5 条第 3 款的规定,因为他是公诉机关的代表,是刑事诉讼中被追诉人的对方当事人,负责侦查、决定起诉和出庭公诉,还可以对无罪判决提出上诉。意大利政府则辩称,根据意大利宪法确定的原则和国内法律制度,检察机关享有必要的独立性和中立性,它由司法官组成。而且根据意大利《刑事诉讼法典》,检察官不能被视为严格意义上的当事人,而是一个完全出于法定利益履行“客观、中立”职能的司法官员,其有义务平等地调查有罪和无罪证据。意大利政府要求欧洲人权法院回到“*Schiesser v. Switzerland*”一案的立场。该案表明,只有实际上同时履行相互冲突的职能,而不是抽象的可能性,才构成对《欧洲人权公约》第 5 条第 3 款的违反。而在本案中,拉沟尼骨罗检察官在批准羁押之后不久即宣布自己对本案没有管辖权,并将案件移送给有管辖权的波拉检察官。欧洲人权法院审理后指出,申诉人并没有对拉沟尼骨罗检察官是否独立于行政机关提出质疑,也没有说该检察官在履行职责时抱有个人偏见,他所争执的乃是该检察官是否具有客观中立性。虽然批准羁押的司法官可以同时履行其他职责,但是如果他有权作为公诉机关的代表参加同一案件的后续诉讼活动,那么,他所作的羁押决定是否具有中立性可能会受到正当的质疑。意大利政府援引“*Schiesser v. Switzerland*”案的理由缺乏说服力,因为在该案之后的“*Huber v. Switzerland*”案中,欧洲人权法院已经确认了关于荷兰和比利时军事诉讼的一系列判例,明确指出这些案件中批准羁押的军事检察官不能被认为在侦查阶段是“独立于当事人”的,因为他“可以”成为一方当事人。这些判例隐含着这样一种意思,即在决定羁押时的“客观形象”至关重要:如果当时显示“经法律授权行使司法权力的官员”可以作为公诉机关的

[41] *Brincat v. Italy* (Application no. 13867/88), Judgment of ECtHR, 26 Nov. 1992, para. 13.

代表参加随后的诉讼,那么,其中立性就会引发质疑,并且这种质疑在客观上具有正当依据。而这正是拉沟尼骨罗检察官于1987年12月7日批准羁押申诉人时的情况,对此,诉讼各方并无争议。至于该检察官后来才查明他对本案没有地域管辖权,因而不可能有权进行公诉,则是无关紧要的。基于同样道理,波拉检察官也不符合批准羁押的司法官员的条件,而且他在签发拘捕令之前还没有“及时”讯问 Brincat。因此,欧洲人权法院最终判定,意大利政府违反了《欧洲人权公约》第5条第3款的规定。<sup>[42]</sup>

1988年意大利议会通过《刑事诉讼法典》废止了检察官批准羁押的权力。<sup>[43]</sup> 根据新法第279、284、285、386条和第390条的规定,逮捕和未决羁押只能由审判法官或者负责初步侦查的法官作出决定。在检察官申请法官批准羁押之前,司法警察和检察官能够控制被拘捕人的最长期限分别不得超过24小时,而法官必须在48小时内作出是否批准羁押的决定。

## (二) 军事刑事诉讼中的“捕诉合一”问题

根据荷兰国防部1970年发布的《对服兵役的良心异议条例》,应征入伍者可以基于信仰向国防部申请作为“良心异议者”拒绝服兵役。如果申请是在入伍30天以内提出的,在对申请作出决定以前,应征者将自动暂缓入伍。逾期申请的,将失去自动暂缓入伍的资格,以便对其是否滥用“良心异议”的权利进行调查。如果应征者提出了“良心异议”申请,一旦“良心异议者咨询委员会”开始对申请进行调查,相关的刑事诉讼必须被中止。在良心异议者咨询委员会发布调查结论之后,国防部长可以批准良心异议申请。一旦被告人被批准为良心异议者,因为他拒绝服从命令、拒绝遵守相关军事规定或应征后拒绝报到而提起刑事诉讼的权力自动丧失。根据1978年荷兰《陆空军事诉讼法》的规定,任何军官可以在下属涉嫌严重犯罪时予以拘捕,但时间不得超过24小时。在被拘捕人可能逃跑、基于公共安全上的重要理由必须立即剥夺人身自由以及维护军事纪律确有必要等法定情形之下,指挥官可以命令羁押犯罪嫌疑人,羁押超过4天的案件必须向总指挥官报告。当羁押持续到14天时,被羁押的军人可以申请由有管辖权的军事法院确定一个期限,要求总指挥官将案件提交法院或者终止羁押。受理申请的军事法院应当在听取有权移送案件的指挥官、军事检察官和在押嫌疑人(可以由法律顾问协助)的意见后不迟延地作出决定。如果在听取军事检察官的意见之后,总指挥官或其指定的代表认为案件应当移送军事法院审判,应立即起诉,否则,就可以按照军事纪律案件处置。根据荷兰国防部的规定,在军事刑事诉讼中,起诉决定不是由起诉机关即军事检察官单独作出,而是由总指挥官或他所指定的高级官员(即移送案件的官员)作出的。<sup>[44]</sup> 在司法实践中,指挥官命令羁押之后,军事检察官总是会讯问犯罪嫌疑人,通常在拘捕4-5天之后案件即移送至军事法院。根据《陆空军事诉讼法》第14条的规定,军事检察官对案件的审查不仅仅限

[42] *Brincat v. Italy* (Application no. 13867/88), Judgment of ECtHR, 26 Nov. 1992, paras. 17-22.

[43] *Brincat v. Italy* (Application no. 13867/88), Judgment of ECtHR, 26 Nov. 1992, para. 14.

[44] *de Jong, Baljet and van den Brink v. The Netherlands* (Application no. 8805/79; 8806/79; 9242/81), Judgment of ECtHR, 22 May 1984, para. 16.

于案件是否应当移送法院审判,还包括案件是否符合该法第 7 条规定的羁押条件,因此在军事检察官提交给移送官员的咨询意见中均包含是否继续羁押犯罪嫌疑人的意见。实践中,军事检察官的意见总能够被接受,而且一般认为是有约束力的。根据移送审判的决定维持或者决定羁押的案件,羁押期限不得超过 14 天,除非根据军事检察官的申请由军事法院延长期限,每次延长不得超过 30 天。军事检察官对于每一个被提交审判的被告人,必须尽快进行讯问,至迟不得晚于 4 天。被告人可以得到一名法律顾问的帮助。军事检察官在军事法院履行公诉机关的职能,由国王根据国防部和司法部的联合提名任命。军事检察官或者助理军事检察官原则上不得由现役军人担任。根据《陆空军事诉讼法》第 276 条第 2 款的规定,军事检察官在执行职务时有义务服从司法部长的政策性指示,但近年来,没有一位司法部长据此就个案进行干预。军事检察官有义务宣誓诚实、中立地履行职务,他必须参加军事法院的法庭审理活动,其履职行为不受军事法院的监督。

然而,军事检察官是否能被视为具有中立性的官员,实践中仍存在争议。1978 年 5 月 3 日和 7 月 5 日,Baljet 和 de Jong 先后作为义务兵被征召到一个步兵营。该步兵营于 1979 年 1 月受命于两个月之内赴黎巴嫩执行联合国维和任务。因为担心可能被迫对他人使用武力,俩人分别于 1979 年 1 月 17 日和 18 日向国防部提出了要求确认为“良心异议者”的申请。但是,在国防部长尚未免除他们服兵役义务的情况下,俩人分别于 1 月 25 日和 29 日拒绝服从参加军事训练的命令,随即被指挥官拘捕,并被指控违抗命令罪。1 月 30 日,俩人被带见军事检察官。2 月 5 日,根据军事检察官的意见,总指挥官将两名被告人移送军事法院审判,同时命令释放被告人。由于良心异议者咨询委员会已经开始调查俩人的申请,刑事诉讼被中止进行。2 月 7 日,他们来到良心异议者咨询委员会陈述意见。同日,国防部长批准他们作为良心异议者的身份,解除了他们服兵役的义务。2 月 8 日,俩人分别向部门指挥官提出申诉,声称受到了不公正对待,对他们的拘捕和羁押违反了《欧洲人权公约》第 5 条第 1 款和第 3 款,结果被驳回。后申请赔偿,也未能成功。Van den Brink 于 1979 年 11 月 20 日被强征入伍。一到军营,指挥官即命令他签收并穿上军服,他拒绝服从,但没有提出要求确认为“良心异议者”的申请。当天即被指挥官拘捕,并被指控违抗命令罪。11 月 22 日,van den Brink 被带见军事检察官。26 日,根据军事检察官的意见,相关高级官员将他移送军事法院审判,同时决定继续羁押。28 日,军事调查官对他进行了讯问。12 月 6 日,军事法院根据军事调查官的申请,依法延长羁押期限 30 日,并驳回被告人立即释放的请求。随后,军事法院又多次延长了羁押期限。1980 年 2 月 6 日,军事法院开庭审判,20 日判决宣告被告人 van den Brink 有罪,判处 18 个月监禁。被告人不服,向最高军事法院提出上诉。最高军事法院驳回了被告人依据《欧洲人权公约》第 5 条第 1 款提出的释放申请,认为本案没有违反《欧洲人权公约》的规定。从其被捕至被带见军事调查官,没有超出《欧洲人权公约》第 5 条第 3 款限定的时间。最终,最高军事法院维持了一审的定罪和量刑。被告人继而又以对他的羁押违反《欧洲人权公约》第 5 条第 3 款为由向最高军事法院提出了非常上诉,随后又提出释放申请,但均被最高军事法院驳回。1980 年 11 月 12 日,van den Brink 在服完三分之二的刑期后被释放。

三名申诉人分别向欧洲人权委员会提出了申诉,声称荷兰政府违反《欧洲人权公约》的规定,其中之一是他们被拘捕后没有被及时带见“法官或者其他经法律授权行使司法权力的官员”,特别是被带见的军事检察官或者军事调查官不属于公约第5条第3款意义上的“其他经法律授权行使司法权力的官员”。由于他们的申诉内容大同小异,欧洲人权委员会决定并案处理。1982年10月11日,欧洲人权委员会作出了决议,认为荷兰政府违反了《欧洲人权公约》第5条第3款的规定,后将案件移送欧洲人权法院。欧洲人权法院审理后重申了“*Schiesser v. Switzerland*”案中确立的关于“其他经法律授权行使司法权力的官员”必须满足的三项要求。认为根据荷兰国内法规定,在案件移送审判之前,军事检察官只有调查职能和关于案件是否移送审判的咨询职能,而没有权力释放被羁押人。虽然荷兰政府声称,军事检察官的咨询意见事实上包括是否羁押的意见,而且这一意见在实践中也被有权决定的官员视为“具有约束力的建议”,但没有任何官方的指令或者政策性指示告诉军事检察官和移送案件的官员应当这样来解释《陆空军事诉讼法》,以上做法只不过是具有约束力的内部惯例,随时可以依法规避,因此,它不足以构成《欧洲人权公约》第5条第3款规定的经“法律”授权行使“司法权力”的依据。欧洲人权法院明确指出:“应当承认,在决定公约权利时,人们常常要超越表象和所使用的文字而聚焦于实际情况,但是鉴于民主社会中司法机关必须取得公众的信任,正式的、可见的‘法律’规定,对于确定被授权就个人自由作出决定的司法机关来说是特别重要的。”此外,军事检察官也不具有《欧洲人权公约》第5条第3款所要求的独立性,因为在案件被移送审判之后他将履行公诉机关的职能,因而成为刑事诉讼的一方当事人,而被告人则是他在案件移送审判之前建议羁押的人。因此,欧洲人权法院一致判决认为,三位申诉人在国内军事诉讼中被带见军事检察官的程序违反了《欧洲人权公约》第5条第3款的规定。<sup>[45]</sup>

依据上述判例,欧洲人权法院在1988年5月26日判决的“*Pauwels v. Belgium*”一案中认定,比利时军事诉讼中执行“捕诉合一”职能的军事检察官不符合《欧洲人权公约》第5条第3款的要求。<sup>[46]</sup>与此类似,1998年2月18日,欧洲人权法院在“*Hood v. The United Kingdom*”一案中认定,英国军事刑事诉讼中的指挥官同时行使批准羁押、公诉和纪律惩处权力,导致其在批准羁押时缺乏中立性,因而不符合《欧洲人权公约》第5条第3款的规定。<sup>[47]</sup>

## 四 总结分析

根据中国1954年宪法第89条、1978年宪法第47条、1982年宪法第37条和2018年刑事诉讼法第80条和第169条的规定,中国的检察机关既有批准逮捕的权力,又有提起

[45] *de Jong, Baljet and van den Brink v. The Netherlands* (Application no. 8805/79; 8806/79; 9242/81), Judgment of ECtHR, 22 May 1984, paras. 48 - 50.

[46] *Pauwels v. Belgium* (Application no. 10208/82), Judgment of ECtHR, 26 May 1988, paras. 37 - 38.

[47] *Hood v. The United Kingdom* (Application no. 27267/95), Judgment of ECtHR, 18 Feb. 1998, paras. 57 - 58.

公诉的权力。因此,“捕诉合一”在中国是有宪法和法律依据的一种制度安排,不是一时一事的实践操作,这表明苏联对我国法律制度的影响仍然存在。近年来,强化“捕诉合一”、实行“捕诉一体”已经成为全国检察机关落实司法责任制、推行内设机构改革的重要举措。在 2019 年 7 月 20 日举办的全国大检察官研讨班上,最高人民法院明确要求,必须实行彻底的“捕诉合一”,即“捕诉一体”——由同一检察官同时行使批准逮捕和公诉权。<sup>[48]</sup> 但是,法学界的主流意见<sup>[49]</sup>和法律实务界的不少专家<sup>[50]</sup>对于“捕诉合一”并不赞成。实际上,“捕诉合一”并不是什么新生事物,在控审职能不分的纠问制诉讼时代,不仅仅“捕、诉”是合一的,侦、捕、诉、审等主要诉讼职能都由同一官员负责。然而,第二次世界大战以后,随着国际人权观念的普及和人权保障机制的发展,通过分权制衡的正当程序保障人身自由,成为国际社会公认的刑事司法准则,得到国际和区域性人权公约的确认。通过对域外“捕诉合一”制度实践及其转变的考察,大体上可以初步得出以下结论。

第一,自近代以来,“捕诉合一”作为一种制度,主要存在于采用威权体制的苏联以及受到苏联制度深度影响的部分国家,而在采用议会民主制和市场经济体制的西方法治国家,“捕诉合一”的现象只在瑞士、意大利等少数国家存在过。这反映了不同国家对于司法职能和自由、民主、法治原则的不同认识,特别是对于检察职能的不同认识。

第二,自 20 世纪 80 年代末开始,随着苏联解体和东欧国家的巨变以及《欧洲人权公约》《公民权利和政治权利国际公约》的广泛批准和深入实施,原来采取“捕诉合一”制度的国家绝大多数已经通过修改宪法和法律废止了检察官批准审前羁押的规定,通过独立、公正的司法机关保障公民的人身自由并为自由受到任意侵犯的个人提供有效的司法救济,成为这些国家政治法律制度改革的一个基本方向。从“捕诉合一”转向“捕诉分离”和彻底的“控审分离”,并通过独立的司法权制衡具有攻击性的追诉权,以有效保障公民的人身自由和其他基本权利,乃是近代以来世界刑事诉讼制度发展的基本趋势,体现了刑事诉讼制度的发展规律。

第三,欧洲人权法院对《欧洲人权公约》第 5 条第 3 款的解释<sup>[51]</sup>与联合国人权事务委员会关于《公民权利和政治权利国际公约》第 9 条第 3 款的解释是完全一致的,透过这些

[48] 参见张军检察长在研讨班上所作的报告:“贯彻政法领域全面深化改革推进会精神 坚持改革中深化、深化中落实、落实中提升”,最高人民法院官方网站 [http://www.spp.gov.cn/spp/tt/201907/t20190720\\_425684.shtml](http://www.spp.gov.cn/spp/tt/201907/t20190720_425684.shtml),最近访问时间[2019-08-11];徐盈雁:《“破题”后如何“解新题”“答难题”——张军检察长在大检察官研讨班上的讲话解读》,最高人民法院官方网站 [http://www.spp.gov.cn/spp/zdgg/201907/t20190720\\_425683.shtml](http://www.spp.gov.cn/spp/zdgg/201907/t20190720_425683.shtml),最近访问时间[2019-08-11]。

[49] 参见陈瑞华:《异哉,所谓“捕诉合一”者》,《中国法律评论》2018 年 5 月 29 日微信公众号(ID:chinalawreview),[https://mp.weixin.qq.com/s?\\_\\_biz=MzA5NDIOMzgyMA%3D%3D&idx=1&mid=2651882106&scene=21&sn=55c96d2b80c22f4cdcff0c68b6ec6f62](https://mp.weixin.qq.com/s?__biz=MzA5NDIOMzgyMA%3D%3D&idx=1&mid=2651882106&scene=21&sn=55c96d2b80c22f4cdcff0c68b6ec6f62),最近访问时间[2019-08-11];龙宗智:《检察机关内部机构及其功能设置研究》,《法学家》2018 年第 1 期,第 149 页;刘计划:《审查逮捕制度的中国模式及其改革》,《法学研究》2012 年第 2 期,第 133 页。

[50] 参见朱孝清:《对检察官中立性几个问题的看法》,《人民检察》2016 年第 2 期,第 11 页;孔璋:《现行检察体制内捕诉关系的论证》,《人民检察》2004 年第 5 期,第 33 页。

[51] 从 1979 年到 2003 年,欧洲人权法院审理涉及“捕诉合一”的案件共 10 件,其中除在“Schiesser v. Switzerland”一案中认为由后来没有实际承担公诉任务的检察官批准羁押的做法符合《欧洲人权公约》第 5 条第 3 款的规定以外,其余 9 件均对“捕诉合一”持否定立场。

解释和相关的判例可以发现,国际社会关于刑事诉讼中剥夺人身自由的正当程序已经达成以下共识:(1)拘捕合法性审查和批准羁押的权力属于“司法权力”,必须由“法官或者经法律授权行使司法权力的官员”行使,其目的在于以独立、客观、中立的司法权力保障所有的人不被恣意地或者无根据地剥夺人身自由,这与具有行政性质和追诉目的的公诉权是截然不同的。(2)行使批准羁押权力的官员即使不是法官,也必须具有类似于法官的相应独立性和客观中立性,即必须独立于行政机关、中立于当事人。凡是在批准拘捕和命令羁押时不能独立作出决定的官员,以及可能或者实际上继续作为公诉机关的代表参加同一案件的后续诉讼活动的官员,均不符合独立性和中立性的要求。至于有关国家国内法对检察机关是否定性为“司法机关”、检察官是否属于“司法官”,则不在考虑之列。(3)审查拘捕合法性和批准羁押的司法官员必须按照“司法程序”自动对拘捕的合法性和羁押是否具有正当理由进行审查,不得要求被拘捕人提出申请才进行审查。所谓按照“司法程序”进行审查,是指有关官员必须依照法律规定的程序亲自听取被拘捕人的意见,全面审查支持或者反对羁押的各种情形,对照法律明确规定的羁押条件进行公正的审查。审查后如果认为拘捕不合法或者不应当羁押的,应当立即释放被拘捕人。

以上结论告诉我们,“捕诉合一”的核心问题在于,由缺乏必要的独立性和中立性的检察官行使批准逮捕(即审前羁押)的权力,既不符合刑事诉讼制度的发展规律,也违反了《公民权利和政治权利国际公约》《欧洲人权公约》等国际性、区域性人权公约的相关规定,而这些公约的内容体现了国际社会关于自由、人权、法治等价值的共识,反映了关于如何维护人的尊严、保障基本人权的全球价值观。这种价值观不仅是构建人类命运共同体,谋求各国合作共赢、持续和平发展的前提和基础,也是各国国内法治改革的基本向导。正因为如此,联合国经济及社会理事会“关于任意羁押的工作组”曾经三次派专家到中国进行考察和交流,并在2004年12月29日提交给联合国人权委员会第61次会议的报告中呼吁中国“对关于刑事羁押的法律进行重新审查。要么赋予被授权做出逮捕决定的检察官必要的独立性,以便符合‘经法律授权行使司法权力的官员’的标准,要么将决定或批准逮捕权由检察官转交法院行使”。<sup>[52]</sup>虽然自1999年以来,我国检察机关即把负责审查批捕的侦查监督部门与负责审查起诉的公诉部门分开设置,为相对中立地行使审查批准、决定逮捕权进行了艰苦的探索(包括将省级以下检察院对职务犯罪案件的决定逮捕权上提一级),也取得了一定的积极成效,但检察机关同时行使逮捕权和公诉权的法律制度始终没有得到改变。正因为有“捕诉合一”的制度基础,在检察机关的反贪、反渎职能转隶国家监察机关的背景下,检察机关借内设机构重组之机强力推行所谓“捕诉一体”改革,进一步将“捕诉合一”制度推向绝对化。这一改革不仅完全否定了近二十年来检察机关相对中立地行使逮捕权的积极成果,也严重背离了刑事正当程序的基本精神和国际公约确认的刑事司法准则。而我国政府早在1998年10月5日就已经签署了《公民权利和政治权利国际公约》,2016年国务院新闻办公室发布的《国家人权行动计划(2016-2020

[52] *Report of The Working Group on Arbitrary Detention on Its Mission to China* (18 to 30 Sept. 2004), E/CN.4/2005/6/Add.4.

年)》明确提出,我国将“继续推进相关法律准备工作,为批准《公民权利和政治权利国际公约》创造条件”。国际社会也普遍呼吁我国尽早批准这一公约。<sup>[53]</sup> 我们期望,检察机关在出台“改革”措施时既要充分考虑中国国情,又要充分尊重司法规律和国际刑事司法准则,当务之急是及时终止“捕诉一体”的所谓“改革”,以免为国家批准《公民权利和政治权利国际公约》制造新的障碍。在此基础上,还应积极创造条件,争取早日从法律上废止“捕诉合一”的制度,以便为国家批准国际公约扫清检察环节的制度障碍。

[本文的研究得到“全国文化名家暨‘四个一批’人才”专项资金的资助。]

---

---

[**Abstract**] Since the modern times, the system of “the integration of the authorities of pretrial detention and public prosecution” has mainly existed in the Soviet Union, which adopted the authoritarian system, and some countries that are deeply influenced by the Soviet system, but has been a rare phenomenon in western countries that adopt the parliamentary democracy and the market economy system based on rule of law. Since the end of the 1980s, the vast majority of countries that had adopted the system of “the integration of the authorities of pretrial detention and public prosecution” have abolished this system by amending their constitutions and laws. It has become a basic direction of the reform of political and legal systems in these countries to guarantee personal freedom of citizens through independent and impartial judicial organs that provide effective judicial relief for victims of human rights violations. The international community has also reached a consensus on the principle of due process of law in the deprivation of personal liberty in criminal proceedings. The core issue of “the integration of the authorities of pretrial detention and public prosecution” is that the public prosecutor who has the power to approve pre-trial detentions lacks the necessary institutional independence and impartiality to be compatible with the law of development of the criminal procedure system and relevant provisions of the International Covenant on Civil and Political Rights and other international and regional human rights conventions. The procuratorial organs in China should promptly terminate the so-called “reform” aimed at “the integration of the authorities of pretrial detention and public prosecution” and abolish the related systems, so as to remove the institutional obstacles to China’s ratification of the International Covenant on Civil and Political Rights.

---

---

(责任编辑:王雪梅)

---

[53] 参见联合国人权理事会第四十届会议(2019年2月25日至3月22日)“普遍定期审议工作组报告:中国”, A/HRC/40/6。