



刘 方 / 著

检察侦查权 配置及应用研究

JIANCHA ZHENCHAQUAN PEIZHI JI YINGYONG YANJIU

人们一想到侦查总是自然联想到警察，不管他是国家警察还是私人侦探。而侦查权完全由警察来行使，这只是少数英美法系国家才会看到的现象。如果你去了欧洲大陆的大部分国家，你会发现侦查权的法定所有者却是检察官而不是警察。警察，这个刑事侦查的实际行动人，在法律上却成了检察官的助手。当然，我们用不着去争辩他们谁是侦查权的真正主人，我们应当做的也是必须要做的，是清楚地认识到检察官在实施侦查过程中的权力配置和运用问题。



中国检察出版社

刘 方 / 著

检察侦查权 配置及应用研究

JIANCHA ZHENCHAQUAN PEIZHI JI YINGYONG YANJIU



中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

检察侦查权配置及应用研究/刘方著. —北京: 中国检察出版社, 2012. 6
ISBN 978 - 7 - 5102 - 0674 - 0

I. ①检… II. ①刘… III. ①检察机关 - 刑事侦查 - 权利 - 研究 - 中国
IV. ①D926.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 108883 号

检察侦查权配置及应用研究

刘 方 著

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷东街 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电 话: (010)68630384(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 三河市西华印务有限公司

开 本: 720 mm × 960 mm 16 开

印 张: 14.75 印张

字 数: 271 千字

版 次: 2012 年 6 月第一版 2012 年 6 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 0674 - 0

定 价: 32.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

目 录

导 言	(1)
第一章 检察侦查权配置及应用原理	(5)
第一节 检察侦查权的概念和属性	(5)
一、检察侦查权的概念	(5)
二、检察侦查权的属性	(6)
第二节 检察侦查权配置及应用的根据	(9)
一、法律根据	(9)
二、理论根据	(12)
三、实践根据	(15)
第三节 检察侦查权配置及应用的原则	(17)
一、法制化原则	(18)
二、程序正义原则	(20)
三、便于追诉原则	(23)
四、有利于侦查原则	(26)
第四节 检察侦查权配置及应用模式	(29)
一、主导型模式	(30)
二、混合型模式	(33)
三、并列型模式	(35)
第二章 检察侦查权配置及应用现状	(39)
第一节 检察侦查权的构成现状	(39)
一、启动侦查权	(39)
二、一般侦查权	(43)

三、采取强制措施权	(49)
四、技术侦查权	(52)
五、补充侦查权	(58)
第二节 检察侦查权配置与运行体制	(60)
一、侦查管辖体制	(60)
二、侦查管理体制	(62)
三、侦查保障体制	(65)
四、侦查监督体制	(68)
第三章 检察侦查权配置及应用中存在的问题	(74)
第一节 检察侦查立案管辖中的问题	(74)
一、涉案信息的接受与管理	(74)
二、职务犯罪初查	(77)
三、纪检监察机关和检察机关在案件移送中存在的问题	(81)
四、行政机关与检察机关之间职务犯罪线索的移送与衔接	(83)
五、普通检察机关与专门检察机关之间职务犯罪案件的管辖	(88)
六、与职务犯罪密切相关案件的侦查权属	(89)
第二节 检察侦查权运行过程中的问题	(92)
一、侦查信息资源的占有、利用与分享	(92)
二、跨区域的侦查	(96)
三、干扰并影响侦查权行使的突出问题	(105)
四、侦查的指挥与配合	(110)
五、强制措施运用中的一般性问题	(114)
六、拘传适用的问题	(119)
七、取保候审问题	(120)
八、监视居住中的问题	(122)
九、拘留问题	(125)
十、逮捕问题	(127)
十一、附条件逮捕中的问题	(129)
十二、职务犯罪审查批准逮捕权上提一级问题	(131)
十三、侦查过程中犯罪嫌疑人的权利保障问题	(133)

十四、职务犯罪侦查全程同步录音录像问题	(140)
十五、职务犯罪技术侦查决定权与执行权分离问题	(143)
十六、补充侦查问题	(149)
第三节 检察侦查权保障问题	(152)
一、侦查职权保障	(152)
二、侦查技能和专业化保障	(157)
三、经费与装备保障	(160)
四、检察官的经济、生活保障	(164)
第四节 检察侦查监督体制问题	(167)
一、侦查监督立法规定不完善	(167)
二、内部监督机制欠合理	(169)
三、外部监督中存在的问题	(173)
第四章 检察侦查权配置及应用的改革与完善	(184)
第一节 检察侦查权配置及应用改革、完善的总体要求	(184)
一、应当有利于检察侦查权的优化配置	(184)
二、应当有利于促进检察侦查权的正确运行	(186)
三、应当有利于建立科学的检察侦查体制	(188)
第二节 检察侦查权管辖机制的改革和完善	(190)
一、严格执行犯罪线索统一管理、移送制度	(190)
二、明确界定检察侦查权与纪检监察机关调查权的管辖范围	(192)
三、解决检警两家“互涉案件”并案侦查的途径	(195)
四、确立职务犯罪侦查中“关联案”的处理原则	(197)
五、完善检察机关的补充管辖权	(199)
第三节 检察侦查权运行机制的改革和完善	(200)
一、实现初查的制度化与法律化	(200)
二、正确发挥职务犯罪侦查信息资源共享机制的作用	(202)
三、拓宽协作渠道，建立横向配合机制	(204)
四、强化侦查组织、指挥机制	(206)
五、建立排除干扰侦查的法定制度	(207)

六、进一步改革、完善强制措施的运行方法和制度	(209)
七、明确技术侦查的手段和措施	(210)
八、完善职务犯罪跨国(境)侦查协作体制	(212)
第四节 检察侦查保障机制的改革和完善	(213)
一、建立检察官职权保障机制	(213)
二、用司法标准选任和配备侦查人员	(214)
三、建立省级检察经费统一预算、拨付制度	(216)
四、提高侦查人员待遇和家庭生活、安全保障系数	(217)
第五节 检察侦查权监督体制的改革和完善	(219)
一、完善内部监督管理体制	(220)
二、强化外部监督制约机制	(223)
参考书目	(226)

导 言

当一些现实性的问题摆在你面前的时候，你本来浪漫而又充满幻想的思维可能很快就会被搅乱，因为这些问题与你所历来憧憬的美好社会的各种现象并不完全相符。于是你不得不丢掉那些不切实际的构想，去努力追寻实践的步伐，跟踪社会的发展线索，同现实社会中的人群一道去重新审视那些曾经被你顶礼膜拜的真理。

人类自远古时代开始，就一直致力于把小小的家族发展成为国家的事业，然而，个人的追求服从于群体的利益使社会从野蛮走向了文明。那些沉淀在历史长河中的春秋之事，尽管离我们现在所谈论的话题已经相去甚远，但那些史册中所留下的痕迹，无论是太平盛世，还是沧海横流，都不得不把我们所奉为圭臬的法律与社会的变迁结合在一起，而且不分边界。

人的大脑就像一台机器在不停地运转，它能够把对自然和社会的感觉像芯片上的信息那样存留下来，但它永远不会是简单的机械记忆，而会是不断地通过主观努力去继承它、改变它，并继而实现所谓创新。“正像斯图尔特·米勒所说的，真正有益的发明革新方法有两种：一是发现以前从未发现过的东西；二是重新论证已经被忘却的真理。”^① 在我们探索检察侦查权形成和变化的过程中也发现同样一个道理：那些从行政角度来论证检察侦查权，无非是对当代检察权属性的一个重新论证；而那些用法律监督的含义来概括检察侦查权，对于现代检察权来说，则无论如何也体现了一个崭新的角度。正像我前面所说的那样，这不是无缘无故的创造，而仅仅是我们过去没有发现，其实它存在于这个世界早已是确信无疑的。为了说明这个理由，我不得不在书中来阐明检察侦查权形成的根据，这些根据主要是由法律、理论和实践三个方面所构成的。

任何事物的形成和发展都必须遵循物质世界或者人类社会的客观规律，就像人类发射到太空中的卫星一样，必须遵循天体运行规律，否则它就会掉下来。据传，目前世界上已发射入太空的天体多达 6000 多颗，还有近 5000 颗残

^① [意] 菲利著：《犯罪社会学》，郭建安译，陈中天校，中国人民公安大学出版社 1990 年版，第 72 页。

存在星空，近乎每天都有一颗星星从天上掉下来的可能。^① 当一个东西已经不适合使用它的时候，它就会像太空中的残星一样迟早要从世间消失，代之而起的是比它更优秀、更适用的东西。社会规律是一个总的规律，在社会的各个方面和各个层次也都有它的次级规律。检察侦查权作为一个社会化的事物，也必须遵循其自身形成、发展和变化的规律。为了具体而形象地说明这些规律，我们把它用一些应当遵守的原则概括出来。尽管这些原则无法囊括检察侦查权配置和应用的所有原则，但至少也说明了当代检察侦查权存在过程中所应当遵循的主要原则。这些原则包括：法制化原则、程序正义原则、便于追诉原则和有利于侦查的原则。

——假如没有法制化原则，检察侦查权应用中就可能出现像贝卡利亚所说的那样：“无辜者被屈打成招为罪犯，这种事真不胜枚举，用不着我多费笔墨。没有哪一个国家和时代不存在这种事例。”^② 笔者在本书里谈到侦查强制措施的配置与运行时，其中也不乏有类似的问题出现。

——如果没有程序正义原则，执行法律的人就往往会把权力“香饽饽”用到极致，又会应了贝卡利亚的这样一句话：“公民的命运经常因法庭的更换而变化。不幸者的生活和自由成了荒谬推理的牺牲品，或者成了某个法官情绪一时冲动的牺牲品，这样的法官把从自己头脑中一系列混杂概念中得出的谬误结论奉为合法的解释。”^③ 因为行使这些权力的人很可能会只图自己的一时痛快，而忘记了别人的痛苦。

——又假如没有便于追诉原则，那么检察侦查权建立和运行的目的又是什么呢？不以追诉为目标而去泛泛地调查取证，缘木求鱼、南辕北辙，即使他付出了多大的努力，那些看上去微不足道的事实或者证据也可能被忽略。正像柏拉图所说的那样：“如果一个人只有航海知识，我们能说他是一个真正的船长，而无视他是不是会晕船这样的问题吗？”^④ 只有物竞天择，人尽其才，努力的目标和努力的结果才会最终走到一起。

——而如果不把检察侦查权的配置和应用建立在有利于侦查的基础之上，就像一个家庭本来需要一部电话，你却只给他安装了一个门铃。你希望他们尽

① 该信息来源于2012年2月1日中国国际广播电台“环球资讯”栏目。

② [意] 切萨雷·贝卡利亚著：《论犯罪与刑罚》，黄风译，北京大学出版社2008年版，第40页。

③ [意] 切萨雷·贝卡利亚著：《论犯罪与刑罚》，黄风译，北京大学出版社2008年版，第13页。

④ [古希腊] 柏拉图著：《法律篇》，张智仁、何勤华译，孙增霖校，上海人民出版社2001年版，第21页。

快得到你的通知，而你又不愿意多拿点钱出来投入，你必然要付出跑腿的代价。

如果我们把侦查权与审判权一比较，就会发现，审判权由法官行使自古到今没有什么变化，也无论它处于哪个国度，在什么年代……人们一想到侦查总是自然联想到警察，不管他是国家警察还是私人侦探。而侦查权完全由警察行使，这只是在英国的社会中才会看到的，因为英国的侦查权一直被牢牢地控制在警察手中。但英美法国家侦查权的行使也在发生许多微妙的变化，这一点在美国的侦查制度中表现得比较突出，说美国的检察官享有侦查权一点也不为过。如果你去了欧洲大陆的大部分国家，侦查权的法定所有者却是检察官而不是警察。警察，这个刑事侦查的实际行动人，在法律上却成了检察官的助手。检察官对侦查权具有充分的控制权，他们与警察一道形成了统一的侦查主体。再就是东方一些国家的侦查权，他们对侦查权的分配不是单一的，但在对侦查权主体的管理方面却是泾渭分明，不同的侦查主体具有自己明确的管辖范围。把上述几种检察权配置的模式加在一起，就大致形成了主导型模式、混合型模式和并列型模式三种侦查权模式。当然，这种划分仅仅是我的一孔之见。

我需要阐明的观点是，检察侦查权尽管存在于世界上很多侦查权配置模式中，但作为中国学者来研究的内容，应当主要集中在中国的职务犯罪侦查权方面。中国法律关于检察侦查权的配置，也基本上集中在对官员在履行职务时出于私利或由于粗心大意犯罪的侦查方面。中国检察侦查权的配置与一般侦查机关侦查权的配置在程序运行上虽然鲜有不同，但在权力内容上却存在一些显著区别。这些区别有的是法律所明确规定的，有的是实践中所如此操作的。例如，职务犯罪侦查过程中的“初查”，它虽然遭到学术界的诟病，但确实是中国检察侦查权中不可丢失的“法宝”；又如，职务犯罪审查批准逮捕上提一级制度，即使它没有得到现行法律的明确认可，但对于解决检察权中侦查者与监督者之间的关系问题，却是别无选择的。这些看上去比较普通的实践问题，却给诉讼理论研究带来了无限生机。

如果说本书是在深究检察侦查权的内在含义，倒不如说是在研究解决检察侦查实践中的具体问题。书中所涉及的大部分内容，都是当代中国检察侦查权运行过程中所面临的问题。为了便于对这些问题的梳理，我也只能按照大多数学者所分类的那样，从检察侦查权的管辖、运行、保障和监督等几个方面来依次排列。这些问题繁多、复杂，很多都是检察侦查实践中需要解决但却长期没有得到解决的问题。产生这些问题的原因也是多方面的，有的是体制方面的原因，有的是立法方面的原因，还有的是具体应用方面的原因。比如，检察侦查

权的独立行使问题，这个问题在以“三权分立”为权力构成形式的西方国家似乎不值得一谈，但在中国这个承袭传统法制文化已经根深蒂固的国度中，权力的高度集中与统一就完全冲淡了研究这个问题的价值。它已经使很多学者觉得去研究如何解决独立行使司法权问题，似乎走向了死角。还有如检察侦查权的管辖问题，实践中对那些公安机关和检察机关都有管辖权的所谓“互涉案”、“关联案”，曾在一段时间中处理的办法可谓是缤纷多彩。尽管后来司法解释给出了一个解决原则，但对于解决司法实践中的具体问题来说，仍然是杯水车薪。另外，还有检察侦查保障问题，这是检察机关内部的人讨论最多的话题，因为只有他们对这个话题最感兴趣，也只有他们才会切身地感受到保障体制到底给他们带来了哪些影响。特别是检察侦查经费保障问题，这个问题如果在西方法治国家去讨论，涉及的内容顶多也就是议会按照什么标准、什么要求来拨款的问题。而在中国，那种“挤牙膏”式的拨款方式和经济发展的严重不平衡，只能把你的美好设想长期搁置在书本之中。因为人们已经年复一年地看到，年初财政预算数额常常还不及年底实际使用数额的三分之二。用钱的人总会想出很多的办法去挣钱！

如果说发现问题比产生问题难一倍，那么解决问题就要比发现问题难十倍、百倍。在大多数情况下，解决问题都是一些充满幻想的作者们的一厢情愿。尽管我已经根据了解和调查得来的信息，列举了检察侦查实践中大量需要解决的实际问题，但在具体思考如何解决它们时，却从内心感到力不从心，甚至望而却步了。道理很简单，很多问题是属于社会方面、体制方面的原因，不是想改就能改的，也不是能改就能够在短时间内得到改观的。像我在书中所提到的“检警一体化”问题，也是很多研究侦查权的学者所主张的。但如若在我国推行，可谓是关山迢迢，阻力重重，甚至能否得到人们的理解也是值得怀疑的。所以，我只能作为一个具有积极进取心的学者，来对解决这些问题阐明一些努力的方向。

作 者

2012年2月20日

第一章 检察侦查权配置及应用原理

第一节 检察侦查权的概念和属性

一、检察侦查权的概念

从权力配置的角度看，检察侦查权是一个复合式概念，是检察职能与侦查权的结合。“侦查权”是刑事诉讼中具有普遍意义的一种调查职能，在当代各国刑事追诉过程中都无一例外地存在。而“检察”则是从特定范围上对侦查职能的限制，是在行使主体上的一种限定，即由检察机关来行使侦查权。现代刑事诉讼中，由于侦查权在刑事追诉中存在的必然性，无论各国的法律规定由什么样的机关来行使这项职能，也无论这项程序是否列入正式的刑事诉讼程序，刑事侦查仍然是进行刑事诉讼所必经的程序，它对于刑事诉讼的存在是不以任何行使主体的变化为转移的，反映了侦查权，或者说刑事调查权存在的必然性和独立性。“我们讨论警察权力的模式与我们讨论国家的模式一模一样，它们都是由法律所‘创造’出来的。事实上，它们就是法律的虚构。”^①

刑事诉讼的发展历史表明，不同类型国家的法制发展过程可能产生由不同的主体来行使侦查职能，行使侦查权的范围和内容也可能各有所别。这样，就可能从类型上将侦查权划分为不同的侦查模式。在这个意义上，检察侦查权不可能概括全人类的整齐划一的侦查模式，它顶多只能反映当代部分国家或地区侦查权与检察权相互配置的特定形式。所以，所谓检察侦查权，是指具有法定侦查权的检察机关为完成刑事诉讼任务所进行的专门调查工作和采取的有关强制措施。

将侦查权限定在检察职能上，必然从某种形式上表达了一部分刑事侦查模式，也必然排斥一部分刑事侦查模式于该类型之外。例如，在英国刑事诉讼中，检察侦查权这一概念是不存在的。英国的刑事诉讼尽管实行所谓多元化模

^① [意] 登格列夫著：《自然法——法律哲学导论》，李日章等译，法律出版社 2008 年版，第 239 页。

式,在很长的一段历史中,国家警察和私人侦探同样享有对刑事犯罪的侦查权,而这一权力恰恰就没有赋予检察官。英国的检察官不具有对任何刑事犯罪案件的侦查权,直到当今。与英国完全不同的是大陆法系典型代表的法国、德国,那里的检察官不仅依法享有对任何刑事犯罪案件的侦查权,并且大多数情况下,检察机关还是刑事侦查的法定主体。例如德国,尽管警察在刑事侦查中事实上做了大量的具体侦查工作,但在身份上他们只是检察官的助手,而不是侦查的主持者。这种侦查模式在刑事诉讼中被称为“检警一体化”。

以上述两种类型的侦查模式来研究“检察侦查权”似乎意义都不大。因为我们现在研究的目的,是要从检察机关侦查权的独立性意义上进行考察,为我国的职务犯罪侦查理论提供支撑。如果在检察机关完全不享有侦查权的英国去讲检察侦查权,无异于对牛弹琴。而在完全享有侦查权的大多数大陆法系国家来侈谈检察侦查权,又显得多此一举。那么,只有当一个国家的检察机关在特定形式下才享有侦查权,或者说在特定范围内才享有侦查权时,探讨“检察侦查权”才具有实质性的意义。鉴于这些因素,我们这里所讨论的“检察侦查权”,主要是我国检察机关所享有的职务犯罪侦查权。在我国,检察侦查权与职务犯罪侦查权具有内容上的基本一致性。

二、检察侦查权的属性

就刑事诉讼的分工来说,侦查职能的性质归于行政权在理论上是没有异议的,也反映了大多数情况下的普遍现象。国家或者政府在社会管理中的基本职能之一,就是维护社会秩序稳定和公民安全。与刑事犯罪行为作斗争是任何一个国家的政府所不容懈怠的职责,是政府进行社会管理的基本手段之一。所以,把打击刑事犯罪的侦查权界定为一种行政权是恰当的。但是,随着社会制度发展的多元化和法制的不断成熟,侦查与公诉、审判之间的联系与合作也在不断地加强。同时,侦查权配置于不同的主体行使,导致侦查权属性发生变化成为可能。由此产生了各国法律关于检察侦查权配置的多种形式以及理论上关于检察侦查权属性问题的各种纷争。例如,学界就有关于检察侦查权属性的各种主张:有的人认为是行政权;有的人认为是司法权;也有的人认为具有行政权和司法权的双重属性;还有人认为是法律监督权。^①我们认为,将不同国家的检察侦查权用同一标准理解为同一特定类型都是不切实际的,因为各国检察机关享有侦查权的范围以及该国检察机关在国家权力结构中的地位都存在区别。某一国家的检察侦查权在该国权力结构中可能确实属于行政权范围,而在

^① 参见庄建南等:《论职务犯罪侦查权的配置》,载《法学评论》2008年第5期。

另一个国家用行政权来对其进行概括却有不妥之处。所以,正确界定检察侦查权的属性必须结合一个国家的具体情况。

综合各国检察机关行使侦查权的类型和学术上关于检察侦查权的分类,我们可以将现存各国的检察侦查权的属性大致分为以下几种主要类型:

1. 属于行政权。在英美法系的一些国家中,检察机关也享有一定程度的侦查权。例如在美国,检察机关、警察机关和大陪审团都享有法定的侦查权。只是相比警察而言,检察官所具有的侦查范围要小得多,大陪审团仅仅是起一些案件的侦查辅助作用。^① 由于检察机关需要运用证据来追诉犯罪,无论是检察官自行侦查的案件还是警察侦查终结移交检察官起诉的案件,对于侦查活动的操控,检察官的作用都是至关重要的。“在美国,侦查主要由警察实施。……检察机关除侦查法律规定由其侦查的案件和履行公诉职能外,在大陪审团审查起诉的案件中,还负责向大陪审团提供起诉书草案和有罪证据……”^② 尽管美国检察体系具有分散性和多样性特征,但检察机关的行政化倾向是十分明显的。地方检察官像地方行政长官一样通过选举产生,属于行政序列;联邦政府的检察机关与司法行政机构合而为一。在美国,检察机关既是公诉机关,又是政府的法律顾问或律师机构。在行使侦查权方面,检察机关的职能和作用与警察机构并没有本质上的区别。美国检察侦查权区别于法院司法权所具有的明显行政特征,是由美国严格奉行立法、行政、司法“三权分立”原则所决定的。所以,将这一类型检察侦查权与警察机关的侦查权一道定为行政权是没有什么问题的。

2. 具有行政权和司法权的双重属性。在西方的一些国家,“三权分立”原则并非概莫能外地加以贯彻,立法、行政和司法三权之间的划分并非都像美国那样泾渭分明。权力分离的不彻底和历史沿袭下来的各自法制传统,使一些国家的检察权在行政权和司法权之间游移不定,非但不能将其完全归入行政权范围,还要与专掌司法的法院审判权有所区别。“无论从欧陆检察官制之创设目的或台湾现行的相关规定以观,检察官既不可能被定位为‘一般的行政官’,也不可能被解释为‘独立的法官’,而是自成一格,居于两者之间中介的‘司法官署’(Justizbehörde),或称‘自主之司法机关’(selbständiges Organ Rechtspflege)。……检察官向来亦居于法官与警察、行政权与司法权之间的中介

^① 参见朱孝清等著:《我国职务犯罪侦查体制改革研究》,中国人民公安大学出版社2008年版,第29页。

^② 宋英辉著:《刑事诉讼原理导读》,法律出版社2003年版,第307页。

枢纽。”^①从典型的大陆法系国家法国和德国的检察制度中就可以看出,检察机关所享有的权属和地位既不像警察机关那样属于完全的行政机构,也不能划归于法院的司法权。例如法国,检察机关属于政府司法行政部门领导,检察官由司法部长提名、总统任命,由此决定了检察权,包括检察侦查权具有行政性的特点。然而,检察官与法官之间的联系又是非常紧密的,他们同样要在国家司法官学院接受同样的教育,都受同一法律《法官章程》所调整,检察官与法官之间的相互调动也是常见的事情。这些又明显地区别于其他行政官员。^②在德国以及其他一些大陆法系国家,包括亚洲一些混合型法制国家,如日本、韩国等,也都有大致类似的情况。对于这些国家的检察侦查权,我们既无法说它是单纯的行政权,也不能将其简单地归属于司法权,只能说是介于二者之间。

3. 属于法律监督权。这一提法是伴随法律监督理论在新中国的崛起而出现的。如果追溯检察机关法律监督权的历史起源,还得从前苏联检察制度说起。一种新型检察制度和检察权的诞生,如果再用西方已经成型的检察制度模式来加以概括显然是不科学的。所以,理论上将具有法律监督职能的检察权,包括检察侦查权理解为法律监督权是没有错的。由于前苏联检察制度是在列宁强调法制统一思想指导下,并受到俄国法制传统影响形成的,因此,在执法活动中以监督为导向是检察权的基本价值选择。前苏联解体后,俄罗斯检察权虽然经过多次改革,但法律监督的基本模式仍然没有改变,并且越来越与我国的检察权相接近。将一个占世界人口近四分之一国家的新型检察制度概括为一个独立的检察权模式,对于研究世界法制理论来说是十分必要的。所以,我们没有理由以西方“三权分立”理论来怀疑对中国当代检察制度和检察权的充分研究。

把中国的检察侦查权定位为法律监督权是由中国特色社会主义检察制度所决定的。在我国,人民代表大会制度把国家的权力通过宪法划分为五个部分,即立法权、行政权、司法权、法律监督权和军事权。法律监督权由检察机关行使,法律监督权中又分别囊括了公诉权、职务犯罪侦查权、诉讼监督权以及特别检察权等。在这样一种权力结构下,无论把检察权之一的职务犯罪侦查权归结为行政权或者司法权都是不妥当的。所以,对中国的检察侦查权以及与中国类似的一些国家的检察侦查权,最合适的解释是法律监督权。更有学者认为,

① (台)林钰雄著:《刑事诉讼法》(上册·总论编),中国人民大学出版社2005年版,第114页。

② 参见魏武著:《法德检察制度》,中国检察出版社2008年版,第12—17页。

侦查权既然具有工具和手段的特征，如果把职务犯罪侦查权与普通刑事犯罪侦查权区别开来，那么它就成了一种监督权性质检察权的核心组成部分。^①

第二节 检察侦查权配置及应用的根据

任何事物都有它的起源和归宿。从事物的起源之处我们就能找到事物诞生的缘由，也就是事物产生的根据。检察侦查权是随着社会的不断发展和变化而出现的，导致检察侦查权产生的根本原因在于社会实践的需要。当诉讼制度由原始的弹劾式诉讼向纠问式诉讼转变后，国家把原来属于公民个人追究犯罪被告人责任的权利接收过来，组成了具有国家强制力为保障的司法机器，这就是法庭、监狱、警察和检察官。人们又通过对诉讼实践的总结，形成了一系列完成诉讼的程序和制度。在我国，侦查权是刑事诉讼中的一项法定性权力，检察侦查权则是指由检察机关来负责进行侦查的权力。由于检察侦查权的出现起源于人类长期的司法实践，所以，这个过程是一个渐进缓慢的过程，是一个遵循于制定法的规定、完善于法学理论研究，并在司法实践中不断得到补充和修正的过程。

一、法律根据

现代社会是法治社会，管理社会的权力必须建立在法制的轨道上。无论是东方国家还是西方国家，政治权力都是不断从人治走向法治，只是时间的早晚和速度的快慢罢了。法律是社会的保障，是权力的保障，也是每一个社会成员权利和自由的保障。“离群索居的人们被连续的战争状态弄得筋疲力尽，也无力享受那种由朝不保夕而变得空有虚名的自由，法律就是把这些入联合成社会的条件。人们牺牲一部分自由是为了平安无忧地享受剩下的那份自由。为了切身利益而牺牲的这一份份自由总和起来，就形成了一个国家的君权。君主就是这一份份自由的合法保存者和管理者。”^②从贝卡利亚的这段话中我们可以看出，西方社会国家权力的形成首先是通过法律的维系作用来实现的，国家的权力是建立在由法律所联系起来的社会群体的基础之上，法律也因此成为权力构成和运行的根据。不光是西方国家，东方国家社会管理权的形成也离不开法

^① 庄建南等：《职务犯罪侦查与法律监督》，载张智辉主编：《中国检察》（第18卷），中国检察出版社2009年版，第96—105页。

^② [意]切萨雷·贝卡利亚著：《论犯罪与刑罚》，黄风译，北京大学出版社2008年版，第7页。

律。中国传统历史上被很多学者认为是一个“人治”多、“法治”少的社会，即使这样，法律在社会中的支配地位和作用也是不可低估的。中国各朝的封建统治者一旦夺得政权，都会把制定法律作为治理国家的一件开端大事。据《汉书·高帝纪》记载，西汉刘邦刚攻入关中，为争取民心而速定天下，便与父老约法三章：杀人者死，伤人及盗抵罪。立国后又随即命令萧何“据摭秦法，取其宜为时者，作律九章”。《九章律》就是在《法经》六篇的基础上增加户律、兴律和厩律三篇而成。同时还命张苍等人制定了“军法”和“章程”等律令。^①自西汉后，在中国古代社会经历了一千多年后，“启自寒微”、“淮右布衣”的朱元璋，在拥有强大皇权的同时仍然没有忽视法律在治理社会中的作用，共30卷460条的《大明律》，在拱卫封建统治过程中发挥着极其重要的作用。^②这说明，即使是人治因素较多的社会，权力也不是随心所欲的，而是依法有度地行使。

所谓法律根据，是指支撑某一行为符合法律要求的出处或来源，或者说是某一事物赖以存在的法律本源。法律的根据，一般包括宪法、基本法律，以及行政执法过程中由国家颁布的行政法规、规章命令等。司法机关所遵循的法律根据主要是宪法、基本法律，以及由立法机关制定的其他法律、法律解释，由有权解释法律的机关所作出的司法解释。当然，刑事执法和司法过程中也可能参酌行政法律、法规，但一般是在刑事法律出现空白的情况下才运用。法律根据是执法、司法活动正当、合法运行的前提，没有任何根据的执法、司法行为，不仅实体上构成违法，而且程序上也不合法。中国刑事司法的特点是重实体、轻程序，反映在刑事诉讼过程中是公、检、法三机关都把目光聚集到犯罪构成的焦点上，执法、司法理念深受“程序虚无”思想的影响。司法工作人员在进行侦查、起诉或者审判时，首先是从实体法——刑法上寻找根据，并进而把整个追诉过程都建立在实体根据之上，但忽略了诉讼法律对程序的规范和控制作用。例如，司法工作人员在侦查过程中把侦查对象当做犯罪人对待，认为犯罪嫌疑人的行为已经构成了刑法上的某一犯罪，便轻率地认为无论对犯罪嫌疑人采用孰轻孰重的强制都不是重要的，重要的是如何保证收集的证据能够将被告人送上法庭。在这种思想的支配下，犯罪嫌疑人的人权保障问题就往往被忽略了。

在我国，检察权属于宪法明文规定的国家权力之一，是一种宪法性权力。检察侦查权是检察权的组成部分，因而，检察侦查权的运行也应当包含有合宪

① 参见叶孝信主编：《中国法制史》，北京大学出版社1989年版，第92页。

② 参见叶孝信主编：《中国法制史》，北京大学出版社1989年版，第223页。