

# 中国检察

——自由裁量与人权保障

(第愿卷)

主摇编摇张智辉

副主编摇向泽选摇谢鹏程



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

## 图书在版编目(CIP)数据

中国检察——自由裁量与人权保障(第 1 卷) 张智辉主编 北京:北京大学出版社, 2004

ISBN 7-301-05212-9

I. 中... II. 张... III. 检察机关—工作—中国—文集 IV. 925.305

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 100000 号

书名: 中国检察——自由裁量与人权保障(第 1 卷)

著者: 张智辉主编

责任编辑: 竹莹莹 陈新旺

标准书号: ISBN 7-301-05212-9

出版发行: 北京大学出版社

地址: 北京市海淀区成府路 252 号

网址: <http://www.pup.cn>

电话: 邮购部 010-62750174 发行部 010-62750175 编辑部 010-62750176

电子邮箱: [zhangzh@pup.cn](mailto:zhangzh@pup.cn)

排版者: 北京高新特打字服务社

印刷者:

经销者: 新华书店

16 开本 787 毫米 × 1092 毫米 16 开本 16 印张 384 千字

2004 年 10 月第 1 版 2004 年 10 月第 1 次印刷

定价: 35.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 翻版必究

## 卷首语

2014年,最高人民法院重点课题中有 15 份质量较高的研究报告结题。我们将这 15 份研究报告分为两部分,编成《中国检察》第 1 卷和第 2 卷。本卷(第 1 卷)以“自由裁量与人权保障”为主题,共收录了 10 篇研究报告,并将其分为“检察裁量权”与“人权保障”两个栏目。总体看,这些研究报告均有较高的学术价值与较强的实践意义,值得一读。

检察官拥有一定程度的自由裁量权对于实现个案公正、节约诉讼成本、提高诉讼效率以及实现程序公正都具有积极的意义,充分发挥检察官自由裁量权这一观点已渐成学界共识。由西南政法大学校长龙宗智教授主持完成的研究报告《检察官自由裁量权研究》即对该问题进行了研究。报告认为,检察官自由裁量权十分广泛,尤其是在民事、行政诉讼中,检察官享有相当的自由裁量权。但就刑事诉讼而言,检察机关并不是在所有领域都享有这种权力。根据现行《刑事诉讼法》的相关规定,我国检察官在立案阶段、立案监督阶段、侦查阶段及刑罚执行阶段都不享有自由裁量权。至于在审查起诉阶段,《刑事诉讼法》第 175 条第 1 款规定的法定不起诉和第 175 条第 2 款规定的存疑不起诉都不属于起诉便宜主义,因此,检察机关对此也没有自由裁量权。同大多数权利一样,这种权利也不可避免地存在着被滥用的危险性,作为配置和制约司法权手段之一的刑事诉讼,在赋予检察官一定的自由裁量权的同时,必须建立相应的制约机制来防止其被滥用,我国检察机关正在进行着相应的努力。报告认为,为有效地防止并最终消除检察官自由裁量权的滥用现象,这一权利的行使应当严格遵循法治原则、合理原则及正当程序这三个原则。当然,杜绝检察官自由裁量权滥用的根本措施仍在于合理的监督机制。报告指出,与各国检察官自由裁量权的规定及运用状况相比较,我国检察机关自由裁量权存在着比较广阔的发展空间,因为我国目前具备促使检察官自由裁量权扩展的宏观条件:社会空间——犯罪增多的压力;制度空间——对抗制因素的引进;观念空间——司法观念的转变。关于我国检察官自由裁量权的发展与完善,该研究报告认为,法院审判的审前、审中及审后这三个诉讼阶段在发展、完善检察官自由裁量权方面的具体措施应当有所不同:检察官自由裁量权在审前程序中的完善应当从完善不起诉裁量制度、增加暂缓起诉的规定、赋予检察官的

选择起诉权、赋予检察官豁免权、借鉴辩诉交易制度等五方面展开。关于审判程序中检察官自由裁量权的完善,报告认为,检察官在审判程序中的自由裁量权主要包括:第一,检察官作为原告有权决定诉因,所以检察官也有权变更诉因。检察官在提起公诉后,当案件事实发生变化时,检察官享有改变诉讼请求的权力。第二,追加起诉权。案件已经提起公诉,但又发现其他应当追究刑事责任的人或其他遗漏罪行,需要追究刑事责任的,检察官依法对原起诉未指控的人和事进行追加的权力。第三,撤回起诉权。检察官在提起公诉后,法院开始审判前或者审判程序中,检察官斟酌案件具体情形而撤回起诉的权力。对起诉权的改变、追加、撤回等权力都涉及到控、辩、审三角关系,对被告人的权益及法院的审判会产生重大影响。因此,在行使这些权力的同时应当进行合理的约束与规范,以防止权力的滥用。关于审判程序后的检察官自由裁量权的完善,报告认为,实践中检察官的不受限制的抗诉权会产生诸多不良后果,因此,我们应当借鉴国外检察官的上诉制度,重新设置我国检察官的抗诉权,并重修《刑事诉讼法》,重构我国检察机关在审判后的自由裁量权。即:对于未生效判决,检察官与被告一样,拥有同等的上诉权;对于已生效判决,检察官享有抗诉权,但应受到严格的控制。

公诉权是国家追诉权的重要组成部分,规范公诉裁量权的运作程序,明确公诉裁量权的行使标准,完善公诉裁量权的制约机制,对于保证公诉权行使的正确性,充分发挥公诉活动的作用、维护国家公诉的严肃性,具有重要的意义。《公诉权行使的标准及制约机制研究》正是以此为主题的一项研究报告,该报告由最高人民检察院检察理论研究所但伟博士主持完成。报告认为,我国提起公诉的证明标准应当确定为“人民检察院认为指控犯罪嫌疑人犯罪事实的证据确实、充分,足以作出有罪判决”。立足于我国目前的刑事政策,借鉴国外公诉裁量公共利益因素的具体内容,我国公诉裁量中关于公共利益标准的检验应该综合考虑以下因素:被告人的具体情况、被害人的具体情况、犯罪的轻重与情节、公众意见、特定时期的犯罪状况和刑事政策、诉讼经济的考虑及国家安全、政治、外交关系等其他公共利益因素。在综合考虑这些因素以实现公共利益最大化目标时,必须坚持几个基本原则:坚持在不损害个人合法利益的基础上维护国家利益和社会利益的原则;坚持保障人权与惩罚犯罪并重的原则;坚持公正与效率兼顾、公正优先的原则;坚持法律效果与社会效果统一的原则。关于对污点证人不起诉的公共利益问题,报告指出,在我国,无论是从坦白从宽、抗拒从严的刑事政策上,还是从控制犯罪的目标上,无论是从诉讼经济原则上,还是实现司法公正上,污点证人豁免制度都符合公共利益的要

求。从公共利益分析的角度来看,我国污点证人豁免制度的建立和完善,可以从两条路径进行:一是对主动作证的污点证人豁免可以采用酌定不起诉的方式进行;二是对被动作证的污点证人豁免可以采用证人作证豁免权的方式进行。在对公诉权进行了多元的利益分析之后,报告探讨了公诉权行使制约机制的缺陷及完善问题。报告指出,我国庭前公诉审查应当从审查的事项、主体、审查形式、审查后的处理等多方面予以完善。关于不起诉制约机制,我国的公诉裁量制约机制在实现其维权和限权方面,存在着诸多不足,遵循裁量不起诉制约机制应具有客观性、适度性和可操作性的基本原则,我国裁量不起诉制约机制可以考虑从如下几方面予以完善:第一,建立不起诉听证制度。第二,完善被不起诉人对不起诉决定不服的救济制度。为此,应修正现行《刑事诉讼法》和《刑事诉讼规则》的相关规定,明确规定被不起诉人对检察院作出的不起诉不服的,有权向上一级人民检察院申诉。第三,完善自侦案件不起诉的制约机制。为此,应当明确规定检察院内部侦查部门对检察院作出的不起诉决定不服的,享有与公安机关同等的复议、复核权。对有明确举报人的自侦案件作出不起诉决定的,检察院应该将不起诉决定通知举报人。第四,修改并完善“公诉转自诉”的制约机制。关于公诉变更制约机制,立足于诉讼公正与效率,从诉讼的科学性和民主性的角度来看,我国的公诉变更制约机制应当在以下几方面进行完善:其一,结合国外的通行规定,公诉变更的时间应限定在一审庭审结束前。其二,对被告人的真实身份与起诉书中叙述的身份不符的,宜先撤诉,待真实身份均弄清楚后再另行起诉。其三,关于公诉变更之审查,应当赋予法院对检察机关所有的公诉变更进行审查的权力。关于撤诉后再行起诉之限制问题,报告认为,检察机关撤诉后能否再行起诉以及再起诉的条件和限制不能一概而论,要具体情况具体分析。

党的十六大确立了司法体制改革的目标,即最大限度地实现司法公正。围绕这一目标,构建符合现代司法理念的检察机关内部监督制约制度是时代对检察机关的必然要求。福建省福州市院检察长陈聪主持完成的报告《检察机关执法活动内部监督制约制度研究》即以此为主旨,构建出了科学合理的检察执法内部监督制约运行机制。该课题研究报告共分五部分:第一部分研究了检察机关执法活动内部监督制约制度的内涵与合理定位;第二部分揭示了检察机关执法活动内部监督制约制度的现状与缺陷;第三部分探讨了检察机关执法活动内部监督制约制度的价值目标与完善方向;第四部分分析并构建了检察机关执法活动内部监督制约制度的改进模式;第五部分则是完善检察机关执法活动内部监督制约制度的具体实践。目前,检察机关执法活动内部

监督制约制度的内容一般被划分为横向的监督制约与纵向的监督制约,报告认为这种划分方式在一定程度上忽视了监督与制约的差异,无法充分体现检察机关执法活动中权力运作的特点。从监督制约有效性的角度看,应当将检察执法内部监督制约划分为内部监督机制与内部制约机制。综观检察执法内部监督制约的实践状况,主要存在如下三方面问题:其一,行政化的案件监督管理模式不符合现代司法活动的规律;其二,内部相互制约制度的程序设置不尽科学;其三,对监督制约保障手段的单一也抑制了监督制约的效力。报告指出,内部监督制约的核心目标在于保障检察执法的公正性,而执法公正性的实践标准是案件质量,因此检察机关的内部监督制约措施都必须遵循有利于保障案件质量的原则进行设置;同时,检察执法内部监督制约在价值取向上还必须突出国情和社会现实的需要,保障案件质量的重点之一在于要形成对执法活动薄弱环节和对涉及社会公共利益的重大敏感性案件的强有力监控。在此基础上,检察执法内部监督制约制度的构建既应当符合检察机关执法活动的特点,又要有利于检察职能活动的正常开展,还不能偏离当前司法改革的发展趋势。关于检察执法内部监督制约制度模式的构建,报告认为,从理论及司法实践看,总体上说,检察执法内部监督制约制度的构建应当围绕保障案件质量这一核心目标,形成一个各层面监督机制与制约机制相互衔接、整体运作的系统:一是设置专门的业务督察机构。这主要是为弥补目前分散型内部监督制约措施各自缺陷的需要,当然,其目的不应仅仅局限于增强监督的权威性,而应当立足于提升执法活动内部监督制约制度整体的有效性。为此,应当赋予这一机构更多的功能。二是合理规制监督制约的程序。完善检察机关各职能部门之间的相互制约机制,最重要的问题就是要进一步科学分离和配置各职能部门之间的相关权力,完善权力的“制衡机制”。因此,一方面,要合理配置各职能部门之间的相关权力,适应办案机制改革的趋势,科学界定制约流程。另一方面,要完善执法活动中诸环节间的内部制约机制。三是建立案件质量监督的科学评价标准。具体内容上应当包括案件的实体性标准、程序性标准以及效果评价标准。四是规范上下级之间的监督程序。五是实现与外部监督制约的良性衔接。对于人大的“个案监督”,可以将业务督察机构作为对口部门来看待,这种衔接既发挥了内部监督制约机制的准确性优势,又避免了人大对检察机关执法活动的不当干预。

随着法治文明的发展,人权保障已成为时代的强音,而刑事诉讼中的人权保障问题更是备受关注。我国修订后《刑事诉讼法》虽然在保障人权方面有了很大进步,但与国际刑事司法人权标准相比仍存在差距。由北京市人民检察

院一分院检察长张文志主持完成的研究报告:《我国刑事诉讼中人权保障问题研究》从立法及司法实践两个层面上全面揭示了我国刑事诉讼人权保障中所存在的缺陷与不足,剖析了问题产生的原因,并在此基础上对完善的方法与途径进行了有益的探索。犯罪嫌疑人、被告人权利保障方面在立法上主要存在以下不足:没有明确规定司法机关负有及时告知犯罪嫌疑人、被告人诉讼权利的义务,规定了犯罪嫌疑人对侦查人员的讯问有如实回答的义务,没有规定其享有保持沉默的权利,没有规定在侦查阶段律师可以为犯罪嫌疑人进行辩护,也未规定在侦查人员讯问时律师可以在场;对犯罪嫌疑人行使诉讼权利的程序保障缺乏规定;对被告人申请调查取证权的行使缺少保障性的规定。由于上述立法规定的缺失或不够合理,导致司法实践中在犯罪嫌疑人、被告人权利保障方面也存在许多问题。关于被害人人权的保障方面,《刑事诉讼法》主要存在如下立法欠缺:一是没有对被害人的概念和范围予以界定,二是未将精神损害列入赔偿范围,三是对确有困难的被害人没有提供无偿法律援助的规定。除此外,证人及其他诉讼参与人的权利也存在着立法不到位及保障不力的问题。对于刑事诉讼立法及司法在人权保障方面存在的缺陷,根本的解决途径是完善刑事诉讼中的人权保障立法。报告指出,在完善立法时应当全面贯彻宪法“尊重和保护人权”的原则,牢固树立公正、公开执法、司法平等以及文明执法的现代执法理念。在此前提下,报告认为应从以下几方面完善立法:第一,确立尊重和保障诉讼参与人人权的原则,从而实现与宪法原则的协调一致。第二,增加和完善犯罪嫌疑人、被告人、被害人、律师、证人及其他诉讼代理人权益保护的条款,构建我国刑事诉讼程序上完整而平等的人权保障体系。为此,建议增加犯罪嫌疑人、被告人在侦查阶段的辩护权、沉默权和控告权的内容及实现的途径;补充与完善犯罪嫌疑人或被告人的民主权利,并落实到《刑事诉讼法》的具体条款中;增加和完善对犯罪嫌疑人和被告人及其家属合法财产予以保护的条款;赋予犯罪嫌疑人对超期羁押有请求解除和提出控告的权利,并明确实现的途径;增加被害人的调查取证权,借鉴在执行《国家赔偿法》和《民法通则》的工作中已经积累的有益经验和做法,在《刑事诉讼法》中明确精神赔偿的原则;增加被害人在一定条件下有获得无偿法律援助的权利;增加被害人上诉权;规定证人有权获得经济补偿的内容,并明确可以要求补偿的证人的范围;规定证人有人身安全防御请求权。另外,还应赋予律师在侦查阶段的调查取证权以及辩护律师在审查起诉阶段查阅案件材料的权利。第三,修改现行《刑事诉讼法》中不利于诉讼参与人诉讼权利正常行使的条款。主要是应取消对犯罪嫌疑人委托辩护权行使的时间限制,赋予其在整个诉讼

过程中均有委托律师为其辩护的权利。第四,明确司法机关对犯罪嫌疑人、被告人、被害人的权利告知义务,建立诉讼当事人对侵犯人权行为的检举、控告程序,创建我国刑事诉讼法保障人权的程序和规则。除了转变、更新执法者的观念,完善刑事诉讼立法以外,加强司法机关人权保障的制度与机制建设也十分重要。报告认为,司法机关应建立全面保障刑事诉讼参与人合法权益的工作机制。具体措施包括:把诉讼参与人的各种合法权益统统纳入权益保障的范围;明确司法人员在人权保障问题上的责任和义务以及对司法人员侵犯人权行为的惩戒办法;把人权保障工作的质量纳入对司法人员的绩效考评当中等。另外,司法机关还应当建立或完善人权保障的内部监督制约机制。

湘潭大学法学院马长生教授与湖南省检察官协会副会长胡凤英共同主持完成的《刑事检察环节的人权保障》是关于检察环节人权保障的另一份研究报告。该报告共分五部分。在第一、二部分中,报告分别从人身权利保障、财产权利保障以及政治权利保障三方面揭示了我国刑事检察环节人权保障方面存在的问题与原因,在此基础上,从四个系统的建立上设计了刑事检察环节人权保障的机制,在一定程度上为检察改革的深入提供了新的思路。报告指出,目前检察环节中人权保障不尽如人意的原因不外乎思想观念落后、现有制度不完善以及相关立法存在缺陷几方面。因此,检察环节人权保障的根本改观也应从这几方面入手:首先,培育健康、文明的检察文化。消除权力本位下的特权观念,强化实体与程序并重、社会公共利益和个人权益有机统一的价值取向,进而达到提升检察文化的人权保障功效。当然,健康、文明的检察文化不是凭空产生的,而是在检察实践中逐步培育的。这是一项涉及面广、多方位、综合性的工程,需要从多方面进行努力。其次,设计科学的检察环节人权保障制度。刑事检察环节人权保障的制度设计,应当体现为一个科学合理的检察权运行系统和相配套的全方位、多层次的控权体系。这种体系由以下四个运作系统有机组成:第一,独立司法的权责承载系统。这个系统的特征就是检察机关一体化,检察权依法独立运行,即有权可使;主体职权清晰,责任明确,即有责可究。在我国,建立“独立司法的权责承载系统”,主要应当从人财物管理体制、检察机关内部管理和工作机制、加快检察队伍的职业化建设步伐以及实行检察队伍的职业化等方面着手努力。第二,办案流程公开与监控系统。建立一种动态的办案流程管理机制和公开、透明的决策及办案程序对改善检察环节人权保障状况意义重大。为此,应做到:增强检察权行使的公开性或透明度,落实告知责任,建立听证制度,并实行辩护人或第三者在场的讯问制度。同时,设立办案流程管理中心,以跟踪办案进度,及时掌握每起案件的办理情

况,并警示非法或违反程序的行为,及时反馈侵权现象或问题。当然,统一管理检察机关执法办案的法律文书也是必要的。第三,制衡与救济系统。应当做到:完善司法救济,健全检察机关内部的纠错制度,确立上级检察机关对下级检察机关的执法办案评查、矫正机制,及时阻止渎职侵权等违法行为;建立健全人民监督员制度。第四,惩戒、警示系统。健全这一系统应当从两个方面努力:一是完善检察人员责任追究制度。二是推行“暗访巡视、越级下查”制度,由最高人民检察院或省级检察院派专人到全国或全省各地了解、洞悉检察机关的司法办案情况,并直接立案查处地市级院或县级院中的渎职侵权等违法行为,借此突破地方保护主义干扰,铲除人情障碍。再次,建立完善的检察环节人权保障立法体系。主要应从以下几个方面进行修法:第一,修改《刑事诉讼法》第 80 条,增强取保候审的可操作性,同时通过《刑法》修改强化保障措施。为了最大限度地减少取保候审发生社会危险性的副效应,应在《刑法》分则第六章第二节妨害司法罪里增设妨害取保候审罪(可设在第 300 条“脱逃罪”之后)。第二,修改《刑事诉讼法》第 151 条第 2 款,扩大相对不起诉范围,增设暂缓起诉制度。第三,对《刑事诉讼法》第一编第五章有关证据的规定进行若干修改:修改《刑事诉讼法》第 50 条,排除非法证据的效力;修改《刑事诉讼法》第 118 条,规定讯问时见证人在场;修改《刑事诉讼法》第 112 条,明确规定凡“隐瞒事实真相”的法律文书,一经查实即失去法律效力。第四,修改《刑事诉讼法》第 120 条,赋予犯罪嫌疑人以相对沉默权。另外还应将“坦白从轻”的政策刑法化。第五,对《刑法》、《刑事诉讼法》的相关法条进行修改,防止超期羁押。修改《刑事诉讼法》第 79 条,对批准逮捕规定审查程序;修改《刑事诉讼法》第 96 条,强化超期羁押的救济措施。另外,还应修改《国家赔偿法》,合理限制刑事赔偿免责范围,促进人权保障。

检察机关自重建后,在职务犯罪侦查工作中取得了很大成绩,为我国和谐社会的产生营造了良好的法治环境。然而由于历史条件的限制和一些制度、措施等因素的制约,检察机关在查处和打击职务犯罪的广度和深度上受到很大影响,四川成都市院黄维智博士主持完成的研究报告:《职务犯罪证据问题研究》围绕职务犯罪证据这一核心问题,通过对反腐较为成功的一些国家、地区立法及司法经验的考察,总结出了这些国家在证据收集、固定和运用上的共通性规定和基本原则。在充分考量我国现有的法律框架和预测立法态势同时立足于对实际部门的调查研究的基础上,系统而有针对性地提出了有关职务犯罪证据问题的操作建议。关于“诱惑侦查”的运用问题,报告指出,在法律严格限定运用诱惑侦查的实质要件和程序要件的情况下,在我国贿赂犯罪中运

用诱惑侦查手段仍然具有一定的可行性,在我国现行法律没有明确规定的条件下,作为一种实务操作策略,在贿赂犯罪中适度地运用“机会提供型诱惑侦查”手段,并没有逾越公众认同的国家司法廉洁性和公信力的道德底限。因此,建议在《刑事诉讼法》再修改时,通过立法明确规定:对于一些犯罪性质严重、又难以取证的案件,犯罪嫌疑人的犯罪意图已明确暴露时,经过法定程序审批,可以采用诱惑侦查手段。关于翻供、翻证的预防和对策,报告建议采取如下对策以防止在办理职务犯罪案件出现翻供、翻证情况:依法讯(询)问、仔细审查判断供述和证言、对律师介入侦查的活动依法进行监督、严格依法采取强制措施、围绕犯罪构成要件,全面取证、掌握犯罪嫌疑人、被告人及证人的思想动态,及时打消其翻供变证苗头、快侦快办、提高办案效率、作好证人合法权益的保护工作等。关于证明对象的范围,报告认为,将阻却违法及阻却有责等各种事由规定为检察机关的证明责任,无疑无限扩大了检察机关的证明责任和证明范围。阻却违法或阻却责任事由属被告的抗辩事由,因此,被告有提出证据使法院合理地相信其存在的责任,且此责任包括说服责任,程度上被告只要证明证据上的优势即可,但检察官有说服阻却违法或阻却责任事由不存在的责任。关于巨额财产来源不明罪中的举证责任,报告认为,巨额财产来源不明罪不是所谓的“举证责任倒置”或“证明责任转移”这种例外情形,该罪的证明责任只能由控方即检察机关承担。财产申报制度是巨额财产来源不明罪成立的前提和不作为义务产生的依据,因此我国应尽快建立财产申报法,完善财产申报制度,让大众对公职人员财产变化进行监督,避免其沦为“抽屉法案”,无疑会使巨额财产来源不明罪这一后盾法在理论具有合理的内核和在司法实践中发挥应有的防止和惩罚腐败的效能,从而使巨额财产来源不明罪中的举证责任问题无需争议。关于贿赂犯罪中的“强制作证”与“刑事免责”制度,在我国,该制度的建构可以考虑在不改变现行法律的基础上,在《刑事诉讼法》修改时增加“强制作证与刑事免责”制度的规定,同时注意启动权、审批权等问题。关于贿赂推定问题,报告认为,推定的真正价值是它体现了对特殊犯罪所采取的特殊刑事政策。我国有必要建立“一对一”证据的贿赂推定制度,目的是要打破“一对一”不能认定有罪的观念。因此建议在法律上规定,如果被指控受贿或行贿的一方否定时,就应提供证明以示清白,如提不出反证,就可以推定受贿罪和行贿罪成立。关于共同受贿罪过的推定,在财产共有关系人一方收受他人贿赂,另一方利用职务之便为他人谋取利益的情况下,法律应推定二人之间有共同犯罪的主观故意。当然,这种推定与其他刑事推定一样,应当有一定的限制条件。

自最高人民法院推行课题制至今已有 远年时间 ,在这短短的数年中 ,课题制的积极作用逐渐被认识 :一方面是研究成果本身具有重要的理论指引功能。迄今为止 ,经专家严格审查结项的研究报告已有数十份 ,这些报告已经在决策参考、法律适用与理论研究等方面发挥了良好的作用。另一方面是队伍建设功能。每一项研究报告的完成都是数位课题组成员共同努力的结果 ,在调研与写作的过程中 ,课题组成员开阔了眼界、掌握了相关信息、增加了知识储备、提高了科研能力与理论研究的潜力 ,每一位参与过课题研究的成员都成为检察理论研究队伍的有生力量 ,而一支高水平的理论研究队伍对于检察理论的繁荣以及我国检察事业的可持续发展无疑是至关重要的 ,因此 ,从长远眼光看 ,课题制的第二种功能与其第一种功能一样意义重大。每想到这些 ,作为课题管理人员的我们 ,便觉得十分欣慰 ,便觉得所付出的一切辛劳都很值得。我们有理由相信 ,在最高人民法院领导的重视与支持下 ,课题制将不断成熟 ,并在繁荣检察理论、推进检察改革中发挥出更加积极的作用。

# ★ 检察理念

## 检察官自由裁量权研究

### 课题组组长

龙宗智摇西南政法大学校长、教授、博士生导师

### 课题组成员

毛建平摇重庆市北碚区人民检察院检察长、法学博士

曾摇军摇重庆市人民检察院第一分院研究室副主任、法学本科

杨摇晓摇重庆市人民检察院第一分院研究员

段明学摇重庆市北培区人民检察院检察员、法学硕士

### 引言

现代刑事诉讼追求公正和效率两个基本的价值目标。刑事司法制度的建构及司法职能的设置都应当有利于实现公正和效率。但这两个价值目标并不是等量齐观的,而是存在价值位阶。公正被认为是首要的、最基本的价值目标。正如当代美国著名哲学家、伦理学家罗尔斯所言:“正义是社会制度的首要价值……法律和制度,不管它们如何有效率和有条理,只要它们不正义,就必须加

以改造和废除。”<sup>①</sup>至于效率,被公认为是公正的第二层含义,“公正法律中的第二意义是指效率”<sup>②</sup>。效率的实现可确保案件的及时处理,使当事人避免因诉讼拖延而受到不公正待遇。因为,“正义被耽搁等于正义被剥夺”。如何以最少的成本、最大的效率实现司法公正的目标,这是各国都十分关注的课题。

近代以降,由于社会经济发展所致的贫富悬殊、两极分化等负面影响,刑事案件急剧攀升,这与司法资源的有限之间的矛盾越来越突出。在这种情况下,各国大多采取对案件的繁简分流,适当简化某些案件的程序,以有限的司法资源处理尽可能多的刑事案件,通过这一途径来保证公正与效率两个价值目标同时实现。因此,检察官自由裁量权(或称检察官酌量权、检察官裁量权)问题受到广泛的关注。“西方学者对于检察官自由裁量权的兴趣甚至超过法官自由裁量权的兴趣。”<sup>③</sup>许多国家都通过修改刑事诉讼法,赋予检察官以起诉、不起诉、变更起诉、撤回起诉等广泛的自由裁量权。

在我国,理论及实务界对检察官自由裁量权问题尚缺乏明确的认识,有关理论研究文章十分匮乏。在实践中,1979年及1996年修订的《刑事诉讼法》授予检察官自由裁量权都极为有限,并且可操作性不强,极大地制约着我国检察官自由裁量权的行使和发展。如何澄清理论认识的误区,建构科学合理的检察官自由裁量权制度,已成为我国检察制度发展中迫切需要研究和解决的重大课题。在本文中,我们立足于本土资源,借鉴国外的先进经验和成果,通过对检察官自由裁量权的理性分析,提出发展和完善我国检察官自由裁量权的理论见解和制度构想。

“在人类事务中,我们无力达到一种确然性……为最佳地使用我们知识,我们必须遵循那些经验表明总能在总体上产生最佳结果的原则。”<sup>④</sup>基于此种思路,我们力求站在时代制高点上,对检察官自由裁量权这一前沿性问题进行大胆的探索和求证。诚然,由于我们才识所限,本文对检察官自由裁量权的研究尚不深入。但我们期望它能够抛砖引玉,引起专家学者对这一课题进行更广泛深入的研究,为我国法治建设尽微薄之力。

① [美]罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社1991年版,第1页。

② [美]波斯纳:《法律的经济分析》,蒋兆康译,中国大百科全书出版社1997年版,第1页。

③ 陈岚:《论检察官的自由裁量权》,载《中国法学》1999年第1期。

④ [英]哈耶克:《自由秩序原理》,邓正来译,上海三联书店1996年版,第103页。

## 一、理摇论摇篇

### (一) 检察官自由裁量权的界定

“自由裁量权”一词源于西方法律文化,其内涵十分模糊,至今也没有统一、权威的观点。中外学者从自己的研究出发,对其内涵作了种种分析。英国法学家戴维·鄂跃克认为,自由裁量权,指酌情作出决定的权力,并且这种决定在当时情况下应是正义、公正、正确、公平和合理的。法律常常授予法官以权力或责任,使其在某种情况下可以行使自由裁量权。有时是根据情势所需,有时则仅仅是在规定的限度内行使这种权力。<sup>①</sup>美国法学教授梅里曼则认为:自由裁量权,是指“能够根据案件事实决定其法律后果,为了实现真正的公平正义可以不拘泥于法律,还能够不断地解释法律使之更合于社会的变化”<sup>②</sup>。

当代美国著名法学家德沃金从三个层面对自由裁量权的内涵进行了揭示。第一个层面,在非常弱的意义上使用自由裁量权,其目的只是为了某种理由,官员不能机械地适用其必须适用的标准,而要求使用判断。例如,民法中的“合理注意”、“情势变更”等原则的适用,因为标准的不确定性,人们必须使用判断。第二个层面,在另一种弱的意义上使用,其目的只是说某些官员有权作出最终决定,其他任何官员无权监督或撤销。例如,英美法系中的陪审团对法律事实作出的决定是对这种层面上内涵的最佳界定。第三个层面,是在强烈意义上使用,在某些问题上官员不受权威机关为他确定的准则的约束。例如,法官撇开法律的规定而根据自己的想法和理念进行“法官造法”活动。<sup>③</sup>

可以看出,自由裁量权的内涵十分丰富、复杂,从某一个角度对其进行分析和界定都难免有所偏颇,因而,从多层面来看待自由裁量权的内涵十分必要;自由裁量权的内涵界定首先要选定参照系,不能漫无边际任意界定,因此,从检察官司法过程的角度来界定自由裁量权是十分重要的方面;自由裁量权的界定只能达到相对合理的程度,要想得出非常精确的内涵实际上是不可能的。

基于此,我们尝试从以下几个维度对检察官自由裁量权的基本内涵进行分析和归纳:

第一个维度:权力。检察官自由裁量权是法律赋予的司法权力,这是检察

① 《牛津法律大辞典》,光明出版社,1988年版,第105页。

② [美]约翰·亨利·梅里曼:《大陆法系》,西南政法学院,1986年刊印,第126页。

③ 参见秦旺:《法理学视野中的法官自由裁量权》,载《现代法学》1999年第1期。

官自由裁量权的权力性质。首先,权力主体只能是依法享有司法权的检察官或检察机关,其他任何主体都不享有这一权力;其次,该权力只存在于司法活动中;再次,权力的发生根据为法律所赋予。

第二个维度:意志。检察官自由裁量权体现为一种司法意志,而非个人意志。检察官根据自由裁量权所为之行为为代表国家的司法权。检察官在司法活动中尽管表现了自由的意志,但这种个人的自由意志并未产生对外的效力。检察官的个人意志只有转化为司法意志才能对外产生效力。这一点,使检察官自由裁量权区别于检察官的司法意见。在司法过程中,检察官在审查证据、认定事实、适用法律等方面均有表达个人意志之可能,但我们认为这并非自由裁量,只是检察官的司法意见,具有不确定性。

第三个维度:判断。马克思曾说:“法律是普遍的。应当根据法律确定的案件是单一的。要把单一的现象归结为普遍的现象就需要判断。”法律不仅包括规则,而且包括原则和概念,规则一般比较清晰、明确,但规则又往往规定了一定的幅度,这就要求检察官必须运用判断。而原则是法律规范中包容性最强的部分,由于其与具体案件的距离,检察官更需要运用判断。

第四个维度:选择。自由裁量权是一种选择权,是在可供选择的法律范围内,根据案件事实,选择一种合适的处理决定,“是在两个或更多的可选择项之间作出选择的权力”<sup>①</sup>。检察官在面临多种可供选择的处理方案或规则时,有权选择适用某一种方案而排斥另一种方案。

我们认为,检察官自由裁量权是指检察官在法律规定的范围和幅度内,为实现个别正义,根据自己的意志和判断,对具体案件自行选择、作出适宜的处理决定的权力。

## (二) 检察官自由裁量权的基本特征

### 员爰法定性与灵活性

检察官自由裁量权的法定性,指检察官自由裁量权应当依法享有和行使。法定性包括:(员)检察官的自由裁量权由法设定与依法授予,没有法律的明确或者默示授予,检察官不得享有自由裁量权。(圆)检察官应当在法律规定范围内行使自由裁量权,不得超出法律的范围行使此项权力。(猿)检察官违法行使自由裁量权应当认定为无效。违法行使自由裁量权不具有法律效力,无论是实体上违法,还是程序上违法,都是如此。这表明,检察官自由裁量权并不是随意

<sup>①</sup> 《马克思恩格斯全集》第5卷,人民出版社1955年版,第297页。

的、任意的,而是法定的,是法律授予的权力。没有法律明确授予,检察官不得享有和行使自由裁量权。如英国 17 世纪大法官科克所言:“自由裁量权不应是专断、含糊不清的、捉摸不定的权力,而应是法定的,有一定之规的权力。”<sup>①</sup>

检察官自由裁量权的法定性触及到法理学中的一个十分重要的问题,即自由裁量权是法律之内的权力抑或是法律之外的权力,也就是说,在法律没有明确规定的领域,执法者是否享有自由裁量权。关于这一问题,长期以来存在争论。洛克曾说:“有许多事情非法律所能规定,这些事情必须交由握有执行权的人自由裁量,由他根据公众福利和利益的要求来处理。”<sup>②</sup>依洛克的观点,自由裁量权是法律之外的权力,即法律没有规定的领域,执法者才享有自由裁量权,在法律规定之内,执法者不得行使自由裁量权。洛克的观点得到戴雪、哈耶克等的赞同,但却受到韦德、詹宁等的反对。韦德认为:“法治所要求的并不是消除广泛的自由裁量权,而是法律应当能够控制它的行使。现代统治要求尽可能多而且广泛的自由裁量权。”<sup>③</sup>目前,自由裁量权存在的必然性已毋庸置疑,但执法者享有多大范围的自由裁量权,由于国家事务的分工而有所差异。一般地说,在行政领域,由于行政管理事务的需要,行政主体享有广泛的自由裁量权,在法律规定之外,行政主体仍享有自由裁量权。而在司法领域,法官自由裁量权与检察官自由裁量权存在巨大的差异。由于“法官造法”的存在,法官可以通过解释法律创制规则行使自由裁量权。因此,法官享有法律规定之外的自由裁量权。而检察官自由裁量权仅仅是在法律规定之内的权力,在法律规定之外,检察官一般不享有自由裁量权。

检察官自由裁量权的法定性与灵活性并不矛盾。法定性并不意味着检察官在法律范围内不能采取灵活行动的权力。自由裁量权的优点,恰恰在于其灵活性而非法定性。授予检察官自由裁量权的目的,就在于检察官根据具体案件情况,酌情作出合理决定,以实现案件的个别公正。法定性与灵活性二者相互联系。没有法定性,检察官自由裁量权就没有限制和约束,自由裁量就会成为任意裁量,无端司法。而没有灵活性,自由裁量权实际上是一种羁束性的权力,也就谈不上自由裁量了。

#### 客观性与主观性

检察官自由裁量权的客观性,是指检察官在行使自由裁量权时,应当立足

<sup>①</sup> 《科克判例汇编》第 3 卷,第 342 页,转引自〔美〕施瓦茨:《行政法》,徐炳译,群众出版社 1992 年版,第 342 页。

<sup>②</sup> 〔英〕洛克:《政府论》下篇,瞿菊农等译,商务印书馆 1963 年版,第 342 页。

<sup>③</sup> 〔英〕韦德:《行政法》,徐炳等译,中国大百科全书出版社 1992 年版,第 342 页。

于案件事实。根据案件客观存在的事实,作出起诉、不起诉等决定。当然,这种客观事实并不要求与原始事实完全吻合,而是检察官通过搜集证据努力证明的事实,它可能与原始事实有一定的差距。“以事实为根据”,这是各国都十分强调的指导刑事诉讼的基本原则。但这种“事实”在检察官和法官眼里含义是不同的。由于法官的中立性、司法的被动性及形式合理性要求,法官作出判决所依据的事实只能是法庭上证据证明了的情况,这种情况可能与实际发生的事实完全相左。但法官没有义务发现实际的事实真相。检察官则与之不同。由于检察官在刑事诉讼中居于控诉一方,其将被告提上法庭就是要求法院判决被告有罪。否则,检察官完全可以对犯罪嫌疑人作不诉处理。因此,检察官应当尽量发现案件事实的原始真相。检察官所依据的事实应当是与客观真实最大限度接近的事实。

检察官自由裁量权的主观性,是指检察官无论在认定事实或者适用法律等方面都带有主观因素。在认定事实方面,由于人的认识的局限,任何人都不可能发现案件事实的绝对真相。因此,检察官所依据或认定的事实都与其认识有关,因而带有主观因素。在适用法律方面,检察官自由裁量权的主观性就更为明显。当然,检察官自由裁量权的主观性并不意味着检察官可以主观臆断、任意裁量。其自由裁量的主观性是建立在客观性,即建立在案件事实基础之上的。

#### 程序性与实体性

检察官自由裁量权的程序性,是指检察官自由裁量权具有启动或者终结诉讼进程的程序效力。检察官对个案进行审查后,如果认为案件具备诉讼条件,依法应当追究犯罪嫌疑人的刑事责任,则向法院提起公诉,从而启动审判程序。反之,如果检察官认为案件不具备诉讼条件,或者无须追究犯罪嫌疑人(被告人)的刑事责任,则作出不起诉的决定,从而终结诉讼进程。即使在提起公诉后,检察官如认为案件不需要起诉,仍可撤回起诉,终结诉讼程序。

检察官自由裁量权的实体性,指检察官在对案件作出不起诉或者撤回起诉决定后,就具有宣示犯罪嫌疑人(被告人)无罪的实体效力。被检察官作不起诉的嫌疑人(被告人),应当被视为无罪。“检察院在认定犯罪事实为显著轻微时不起诉,这实际上是对犯罪嫌疑人作了无罪裁量。这也就是说,检察院虽然不能直接裁量犯罪嫌疑人有罪(这需要法院判决),但是有权利裁量疑犯无罪,从而不引起审判程序。”<sup>①</sup>

目前普遍的观点认为,检察官的自由裁量权是一种程序性权力,而非实体

<sup>①</sup> 董玉庭:《刑法自由裁量权导论》,载《求是学刊》1999年第5期。