

ZHONGGUO JIANCHA
FALU JIANDU YU JIANCHA GONGZUO JIZHI

中国检察

——法律监督与检察工作机制

第14卷

主 编 张智辉

副主编 向泽选 谢鹏程



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

ZHONGGUO JIANCHA
FALÜ JIANDU YU JIANCHA GONGZUO JIZHI

中国检察

——法律监督与检察工作机制

第14卷

主 编 张智辉

副主编 向泽选 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——法律监督与检察工作机制(第14卷)/张智辉主编. —北京:北京大学出版社, 2007. 10

ISBN 978 - 7 - 301 - 12804 - 6

I. 中… II. 张… III. 检察机关 - 工作 - 中国 - 文集 IV. D926.3 - 53

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第153005号

书 名: 中国检察——法律监督与检察工作机制(第14卷)

著作责任者: 张智辉 主编

责任编辑: 李 铎

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 12804 - 6/D · 1876

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 26印张 455千字

2007年10月第1版 2007年10月第1次印刷

定 价: 45.00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,侵权必究

举报电话: 010 - 62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

卷 首 语

2006年,最高人民检察院检察理论课题研究取得新的成绩。截至2006年10月,共有35个课题组提交最终研究报告并申请结题审查,经过评审,有27个课题组的研究报告通过评审。这27份结题报告从不同角度切入,围绕中国特色社会主义检察制度的合理性、职务犯罪侦查强制措施的完善、侦查一体化机制建设、刑事公诉机制的改革、检察官考评机制等问题进行了研究。这批结题报告质量高、理论性强,尤其是对中国特色社会主义检察制度的必然性和合理性的研究论证有独到之处,取得了令人满意的成果。我们从中选出20份质量较高的重点和一般课题报告,以“法律监督与检察工作机制”为主题,编辑成《中国检察》第14卷。选入的20份报告中,有15份是2005年立项2006年按期结题的报告,分别是:《法律监督权:我国检察权的本质属性》、《社会转型中的民事检察监督模式研究》、《论法律监督能力建设》、《论职务犯罪侦查启动程序的构建》、《构建侦查一体化机制及其立法问题研究》、《职务犯罪侦查的监督制约制度及其完善》、《职务犯罪侦查中强制措施的立法完善》、《职务犯罪侦查强制措施的立法完善》、《人民监督员制度的理论基础与立法研究》、《公诉案中检察院与法院常见定罪量刑分歧研究》、《暂缓起诉制度的立法研究》、《刑事抗诉制度的立法完善》、《我国刑事证明责任分配的理论重构》、《羁押制度的改革与立法完善》、《检察机关内设机构设置的改革与立法完善》。另外5份是延期至2006年结题的课题报告,分别是:《法律监督与公平正义》、《论加强法律监督能力建设的途径》、《刑事诉讼法再修改中强制措施立法完善的基本思路》、《检察官考评机制研究》、《中国政府采购法的立法完善研究》。我们将这20份报告细分为“法律监督的基本理论”、“职务犯罪侦查工作机制”、“刑事公诉与刑事强制措施”和“检察机关改革与检察管理”四个栏目。

一、法律监督的基本理论

本卷中,针对法律监督基本理论问题进行研究的有5份报告,分别围绕我国检察制度的合理价值、我国检察机关的宪法定位、法律监督与公平正义的关

系以及法律监督能力的强化等问题进行了较深入的阐述。

其中,《法律监督权:我国检察权的本质属性》课题报告从历史发展和法文化传统及其与西方国家的比较分析中,说明了我国宪法确定的检察权内在属性的合理性。报告认为,对我国检察权的内在属性、检察机关的宪法定位、检察人员的宪政职责以及对中国特色检察制度的正确理解,都必须坚持在我国国体与政体的框架下,对国家权力结构的正确理解的基础上来进行。报告指出,我国议行合一的人民代表大会制度中以法律监督为内容的检察权的宪法定位,既吸收了权力分配与制衡的精髓,又保持了我国的法文化传统。在改革中忽略我国法文化传统,过分强调沿循国外的模式进行变革,是我国检察机关法律监督被虚置的重要原因之一,应当加强制度建设陷入困境的传统性分析,找到法律监督职能现实运行中的制约点和支撑点。报告进一步指出,由于法律传统中“大行政”的惯性遗传,我国检察机关承担法律监督职能的定位与建设缺少传统力量的支持,使得检察机关的法律监督在诉讼过程中的任何环节都容易被弱化、虚置,这是我国检察制度建设中的一个制约点。但从我国古代御史制度的研究中也得到启发,即问题的关键不在于权力级别的高低,而在于权力的直接来源以及保障措施的完备,或者说监督功能是否被作为独立的权力规范并予以保障。我国现行法律监督制度建设,应当突出具体权力的特殊化处理,强化对监督的具体职能的规范和保障机制的建设,促使各项监督职能的充分发挥。《社会转型中的民事检察监督模式研究》课题报告,在考察域外检察监督制度四种模式的基础上,分析了我国民事检察监督模式的定位与局限,解答并论证了当前我国民事检察监督的理论难题,提出了我国民事检察监督制度的模式应当转型的主张与具体转型内容。报告指出,检察机关的法律监督可以抽象出国家干预型、法制统一型、程序保障型和公益代表型四种监督模式。前三种模式具有层层递进的逻辑关系,公益保障模式作为当今各国普遍奉行的检察权理论基础,尚处于上升与完善阶段。我国民事检察监督应当从国家干预型转向法制统一型与程序保障型模式并行的新模式,并以公益型模式作为检察机关介入民事诉讼的基础。

二、职务犯罪侦查工作机制

围绕职务犯罪侦查工作机制问题,本卷共收录了6份结题报告。

《论职务犯罪侦查启动程序的构建》与《构建侦查一体化机制及其立法问题研究》两份报告,主要探讨了职务犯罪侦查的工作机制与启动程序问题。

《论职务犯罪侦查启动程序的构建》研究报告考察了我国目前启动职务犯罪侦查的立法、司法状况及现存的问题,提出了完善职务犯罪侦查启动程序的设想。报告指出,职务犯罪侦查启动程序的构建有两种模式可以选择:一是以“犯罪嫌疑信息”为依据的随机型启动模式;二是初查立案启动模式。第一种启动模式应是我国职务犯罪侦查改革的发展方向;第二种模式实行起来比较容易,但也存在一些弊端,应当成为我国当前职务犯罪侦查制度改革的主要内容。《构建侦查一体化机制及其立法问题研究》报告全面分析了构建侦查一体化机制在实践中遇到的体制、机制、制度、立法层面的问题与障碍,主张从领导体制、机构设置、业务机制、制度建设和立法规制等层面入手,构建好纵向指挥有力、横向协作紧密、运转高效有序的侦查运行机制,积极促进侦查一体化机制的最终实现。报告认为,应当在机构设置层面,健全职务犯罪侦查指挥中心;在侦查机制层面,健全线索统一管理机制、侦查力量统一调配机制、侦查指挥协调机制、侦查部门协作配合机制、侦查一体化经费保障机制与利益共享分配等六项机制;在制度建设层面,规范和完善侦查一体化机制的相关制度和运作程序;在立法规制层面,正确把握构建侦查一体化机制立法的基本思路 and 定位。

《职务犯罪侦查强制措施立法完善》与《职务犯罪侦查中强制措施立法完善》课题报告,对职务犯罪侦查强制措施的立法完善进行了研究。前一份报告阐述了职务犯罪侦查强制措施的功能,分析了强制措施在程序正义与事实理由两个层面的正当价值,指出了职务犯罪侦查强制措施在实践中遇到的问题,提出了完善职务犯罪侦查强制措施的具体设想:明确拘传、取保候审、监视居住等强制措施的适用对象、条件、范围、执行程序与适用手段等内容;规定对犯罪嫌疑人的拘传时间不得超过24小时,最长不得超过48小时;将逮捕条件中的“有证据证明有犯罪事实”修改为“有证据证明有实施犯罪的重大嫌疑”。后一份报告比较分析了中外职务犯罪案件及强制措施的基本特点,描述了我国职务犯罪侦查强制措施的适用现状及存在的问题,侧重对司法实践中遇到的问题提出了制度性的解决方案:(1)明确拘传的法律功能和相关期限;(2)对取保候审实现权利化改造并附加义务;(3)完善监视居住的措施;(4)从制度上保证拘留作为紧急情况下的临时性措施的功能得以发挥;(5)完善逮捕条件并强化逮捕程序中的权力制约。对于相关措施和制度的改革,报告侧重于协调法定强制措施与相关制度的关系,主要分析了强制措施与侦查手段的协调、与“双规”、“双指”关系的调整以及强制措施适用中的异地协作和刑事司法协助机制问题。

《职务犯罪侦查的监督制约制度及其完善》与《人民监督员制度的理论基础与立法问题研究》报告,围绕职务犯罪侦查监督制约的机制问题进行了研究。《职务犯罪侦查的监督制约制度及其完善》结题报告从理论和实践相结合的角度提出了完善监督制约机制的设想,构建了合理的职务犯罪侦查监督制约的机制,从立法控制、内部控制、权利控制、社会控制和技术控制等五个方面进行了论证:(1)完善立法,使被实践证明行之有效的监督制约制度法律化、程序化;(2)推行人民监督员制度,进一步加强人民群众和社会各界的监督;(3)加强和完善党的领导,加强和完善人大监督;(4)强化审判权对检察权的制约,扩大犯罪嫌疑人和律师的诉讼权利;(5)加强内部控制,进一步完善检察机关内部的监督制约机制。《人民监督员制度的理论基础与立法问题研究》报告在客观介绍人民监督员制度产生的背景并考察国内外相关制度的基础上,探讨了人民监督员制度的理论基础与立法问题。报告指出,人民监督员制度既借鉴了其他国家或地区相关制度的合理因素,又符合我国的具体国情,该制度契合了政治文明、社会主义宪政、民主监督、人权保障、检察权制约等基本理念,体现了司法民主的法制原则和权利监督权力的法治要求,应当在不断规范和完善的过程中逐步推进这一制度的法制化,基本步骤为:以修改法律或者修正案的形式,在《人民检察院组织法》中作出原则性的规定,同时在《刑事诉讼法》中作出可操作性的规定,待时机成熟再制定《人民监督员法》,最终从法制层面全面规范和完善人民监督员制度。

三、刑事诉讼与刑事强制措施

关于刑事诉讼制度与刑事强制措施问题,本卷收录了6份结题报告,这些报告分别从实体和程序的角度对于刑事诉讼机制的改革、刑事抗诉制度的完善以及有关公诉案件定罪量刑中的问题进行了论证和研究。

其中,《公诉案中检察院与法院常见定罪量刑分歧研究》课题报告从实体法角度,对自首、立功制度、生产销售伪劣产品行为、合同诈骗罪中的“合同”、不当索债行为、携带凶器抢夺行为、妨害公务行为、滥用职权行为等公诉案中检察院与法院在定罪量刑时常见的八十多个分歧点进行了梳理和分析,提出的观点具有新颖性,对指导刑事执法和刑事司法具有一定借鉴价值。

《暂缓起诉制度的立法研究》报告对国外暂缓起诉的立法与司法状况进行了比较分析,回顾了暂缓起诉在我国的理论与实践探索,探讨了我国引进暂缓起诉的必要性与可行性,提出了我国立法应当确立暂缓起诉制度的构想,并从

适用对象、适用条件、制约机制、考察制度以及法律效果五方面入手进行了分析与制度设计。主张暂缓起诉的适用对象以未成年犯罪嫌疑人为主,以实施可能判处3年以下有期徒刑的初犯、偶犯或者是共同犯罪的从犯、胁从犯为主。报告进一步强调,在制约机制问题上,听证程序不是行政领域的专利品,可以将其谨慎地用于刑事司法领域,建议设置暂缓起诉听证程序,同时应当防止生搬硬套行政听证、立法听证的形式。

《刑事抗诉制度的立法完善》结题报告从我国刑事抗诉权的基本属性入手,梳理了当前刑事抗诉理论研究的缺陷和制度运行存在的问题,从刑事抗诉标准、刑事抗诉程序、人民法院审理抗诉案件的程序和期限、保障刑事审判监督实效及刑事抗诉中保障被害人权益功能等六个方面提出了立法完善建议。主张将现行的二审抗诉条件“确有错误,应当提出抗诉”修改为“确有错误,必要时提出抗诉”;在二审程序刑事抗诉程序中增设上级检察院的审查程序;明确规定检察机关在二审程序中能够收集新的证据;限制提起审判监督抗诉的时间和次数;通过修改《人民检察院刑事诉讼规则》设立专门的刑事审判监督部门并赋予其调查司法腐败的职权;在刑事诉讼法中应当明确规定抗诉审案件检察长列席法院审判委员会制度。

《我国刑事证明责任分配的理论重构》报告探讨了刑事证明责任分配的一般要求与建构刑事证明责任分配理论体系的理论根据,阐述了检察官的争点形成责任、被告的疑点形成责任、检察官疑点排除责任等3项证明责任的概念、范围与标准,得出了在我国刑事诉讼中只有建构“(检察官)争点形成责任——(被告)疑点形成责任——(检察官)疑点排除责任”的证明责任分配体系,才能合理分配诉讼中风险的结论。报告指出,在刑事诉讼过程中,检察官争点形成责任是启动诉讼和被告疑点形成责任的逻辑前提,被告疑点形成责任是基于利益性和必要性而推进诉讼的动力,疑点排除责任则是定罪的根据。

四、检察机关改革与检察管理

在“检察机关改革与检察管理”栏目下,我们收入了3份报告。

其中,《检察机关内设机构设置的改革与立法完善》结题报告对各国检察机关内设机构的设置模式进行了比较研究,指出了我国检察机关内设机构的不足,提出了完善建议。主张对检察机关内设机构设置的研究,应当坚持如下立场:在检察机关的组织机构大系统中研究内设机构;在检察职能分解与检察官的独立性之间寻求内设机构的功能定位;在与检察人员分类管理改革的协

调中推进内设机构改革。报告提出了检察机关内设业务机构设置的主要思路:不同层级的检察机关按照各自的职能分别确定内设机构;最高人民检察院和地方各级检察机关内设机构设置,自上而下按照“倒三角形”的状态分布;进一步规范检察机关刑事检察业务机构设置,将审判监督业务从公诉职能中分离出来。《检察官考评机制研究》报告对检察官的考评机制进行了深入分析和论证,研究报告从分析现行考评机制入手,详细考察了目前国内在检察官管理与考评领域所进行的改革探索,运用绩效管理理论,提出了完善我国检察官考评机制的基本路径。报告从三方面提出完善检察官的考评机制问题,一是深化检察官分类管理制度,要根据检察权的三项基本权能对检察机关的内设机构进行重组;二是导入科学的绩效管理制度;三是完善检察官绩效考评体系。

总体而言,最高人民检察院检察理论研究课题的质量在逐年提高,通过评审的各研究报告立足于中国特色检察制度的发展,着眼于中国的政治、文化和社会发展的实际,既有理论上的创新和必要的突破,又力求服务于中国的检察改革和检察实践,这些理论成果必将对中国特色社会主义检察事业的不断前进起到积极的推动作用。

目 录

★ 法律监督的基本理论

法律监督权:我国检察权的本质属性	(1)
一、从宪政过程看我国检察机关法律监督职能的发展	(3)
二、法律监督权在刑事诉讼审判程序中的适用	(5)
三、检察机关法律监督弱化的原因分析	(8)
四、围绕“制约点”和“支撑点”的思考	(15)
五、进路:加强法律监督职能权利保障含量,实现检察权能 整体协调运转	(17)
法律监督与公平正义	(21)
一、法律监督在公平正义保障体系中的地位	(21)
二、公平正义对法律监督的价值导向作用	(30)
社会转型中的民事检察监督模式研究	(39)
一、民事检察监督的模式论之提出	(39)
二、检察监督制度的四种模式	(40)
三、民事诉讼检察监督模式的关联性与交替性	(46)
四、我国民事检察监督模式的定位及其局限	(49)
五、我国民事检察监督制度的模式转型	(52)
论加强法律监督能力建设的途径	(60)
一、完善立法,为法律监督能力建设提供制度支持	(60)
二、深化机制,为法律监督能力建设提供动力支持	(70)
三、整合资源,为法律监督能力建设提供组织保障	(75)
论法律监督能力建设	(78)
一、法律监督能力建设的含义	(78)

二、对当前法律监督能力建设现状的评析·····	(81)
三、加强和完善法律监督能力建设的对策研究·····	(90)

★ 职务犯罪侦查工作机制

论职务犯罪侦查启动程序的构建·····	(101)
一、我国目前启动职务犯罪侦查的立法规定、司法实践及存在的问题·····	(102)
二、我国职务犯罪侦查启动程序缺位的理性思考·····	(109)
三、我国职务犯罪侦查启动程序的构建·····	(114)
构建侦查一体化机制及其立法问题研究·····	(120)
一、当前构建侦查一体化机制及立法中遇到的问题与障碍·····	(121)
二、完善侦查一体化机制及立法的框架构想·····	(127)
职务犯罪侦查的监督制约制度及其完善·····	(140)
一、职务犯罪侦查监督制约制度现状及存在的问题·····	(140)
二、关于完善职务犯罪侦查监督制约制度的若干思考和设想·····	(143)
职务犯罪侦查中强制措施立法完善·····	(158)
一、我国职务犯罪案件及强制措施的基本特点·····	(158)
二、国外职务犯罪侦查中强制措施的基本特点·····	(161)
三、我国职务犯罪侦查强制措施适用现状及问题·····	(164)
四、完善职务犯罪侦查强制措施立法的构想·····	(172)
职务犯罪侦查强制措施的立法完善·····	(185)
一、职务犯罪侦查强制措施的主要功能和特征·····	(185)
二、职务犯罪侦查强制措施适用中存在的主要问题·····	(187)
三、职务犯罪侦查强制措施的立法完善·····	(194)
人民监督员制度的理论基础与立法研究·····	(203)
一、人民监督员制度概述·····	(203)
二、人民监督员制度的理论基础·····	(205)
三、人民监督员制度相关问题梳理·····	(208)
四、人民监督员制度立法研究·····	(218)

★ 刑事公诉与刑事强制措施

公诉案中检察院与法院常见定罪量刑分歧研究	(224)
一、案件定性方面的分歧	(225)
二、量刑方面的分歧	(235)
暂缓起诉制度的立法研究	(245)
一、国外暂缓起诉的立法与司法状况	(245)
二、我国引进暂缓起诉的必要性与可行性	(252)
三、暂缓起诉的制度设计	(257)
刑事抗诉制度的立法完善	(266)
一、我国刑事抗诉制度立法及其运行机制的缺陷	(266)
二、我国刑事抗诉制度的立法完善	(273)
我国刑事证明责任分配的理论重构	(287)
一、刑事证明责任分配的一般要求	(287)
二、建构刑事证明责任分配理论体系的理由	(289)
三、检察官的争点形成责任	(291)
四、被告的疑点形成责任	(295)
五、检察官的疑点排除责任	(300)
六、“争点形成(启动诉讼)——疑点形成(推进诉讼) ——疑点排除(终止诉讼)”的动态证明过程	(302)
我国《刑事诉讼法》再修改中强制措施立法完善的基本思路	(306)
一、逮捕制度立法完善的基本思路	(307)
二、拘留制度立法完善的基本思路	(316)
三、取保候审制度立法完善的基本思路	(320)
四、拘传制度立法完善的基本思路	(324)
五、取消监视居住制度	(326)
结语	(328)
羁押制度的改革与立法完善	(330)
一、当前我国羁押制度存在的问题及原因分析	(331)
二、我国羁押制度改革和立法完善思考	(342)

★ 检察机关改革与检察管理

检察机关内设机构设置的改革与立法完善	(349)
一、关于检察机关内设机构设置改革的基本理论观点和立场	(350)
二、各国检察机关内设机构设置比较研究	(357)
三、完善我国检察机关内设机构设置的思路	(362)
检察官考评机制研究	(370)
一、检察官考评机制的内涵界定	(370)
二、检察官考评机制的发展演变	(373)
三、检察官考评机制的改革探索	(376)
四、完善检察官考评机制的基本路径	(380)
我国《政府采购法》的立法完善研究	(396)
一、完善政府采购主体法律地位	(397)
二、调整《政府采购法》适用范围	(399)
三、明晰采购合同的属性定位	(400)
四、构建政府采购的行政救济途径	(402)
五、完善政府采购监督制度	(404)

★ 法律监督的基本理论

法律监督权:我国检察权的本质属性

课题完成者

王 戟 华东政法大学教师、中国政法大学博士后研究人员

在我国,检察院的职权通常被称为检察权,以此与检察机关的名称相对应。法院作为国家司法机关,行使司法权几乎没有任何异议,而检察院是否为司法机关,其职权是否属于司法权则存在较大的争议。对于检察机关的职权,我国《宪法》第129条明确规定:“中华人民共和国人民检察院是国家的法律监督机关。”可见,将检察权定位为法律监督权,在我国是具有充分法律依据的。但为什么理论界对宪法规范明确界定的检察权会有如此大的分歧?是宪法规范过于模糊宽泛的表述使然,还是对于这一理解缺少宪政体制背景分析的结果?学者们争议的焦点是什么?法律监督职能下各个具体权能的行使存有怎样的冲突?这一冲突是否具有可调和性?现实冲突背后在历史与传统上又存有哪些深层次原因?在进一步明确影响法律监督职能发挥的制约点,并在传统影响与现实选择之间寻求理论与实践的支撑点之后,改革的方向又将怎样?着力于解决上述疑问,全文围绕宪政体制权力制约与权利保护的核心关系,通过比较分

析和历史求证,重新探讨检察权的属性与职能,希望能够推进我国检察制度改革。由于权力与权利的紧张关系在刑事诉讼中最为尖锐,全文将重点围绕检察权在刑事诉讼程序的各种权能展开探讨。

检察权的定位之所以会存在差异,最根本的原因是由检察权自身功用及性质的多重性决定的。如认为检察权系行政权,检察人员系行政人员的观点,可以从检察机关的组织体制、行动原则具有的行政特性及三权分立体制下,检察权既不属于立法,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等角度进行论述。而认为检察权是司法权的观点,亦可从检察权与审判权的“接近度”,检察官与法官的“近似性”,即检察官与法官“同质但不同职”的“等同性”出发找到其理论支撑的论据。如德国学者戈尔克称,检察官虽非法官,但“如同法官般”执行司法领域内的重要功能;研究检察制度的著名专家洛克教授信称,检察官具有法律守护人的地位,对检察官及对法官而言,事实的查明与法律的判断,应依同一目标行事。^①

单纯地将检察权的属性定位于行政权或司法权都存在一些理论与实践上的悖论,如前者将检察权等同于一般行政权,抹杀了检察官在一定程度上的独立判断权和处置权,抹杀了检察官受法定原则的严格限制,应当将依法办事置于上命下从的组织关系之上这一要求,其最突出的弊端是使检察权服从于行政权,检察官服从于政府首长,从而严重损害法治原则的贯彻。同时,由宪政制结构上论证检察权属于行政权,也抹杀了检察权可能在司法权内定位以及在三权之外定位的可能,因此难成通说。后者的司法权说也有不便解释之处:一是虽然可以通过法制原则排除或在相当程度上排除行政权的外部干预(现代各国管理检察官的司法或法务部长通常就检察事务的干涉十分谨慎),即外部指令权的失效与部分失效,但内部指令权,即检察机关内部的上命下从仍然是各国检察机关组织结构的基本原则之一,其行政性难以抹杀。如法国学者卡斯东·斯特法尼等称:“检察院在组织方面的基本特征是,检察院有上下隶属的级别关系,也正因为如此,检察官员的队伍隶属于政府管辖。”^②二是虽然无人否认检察官“接近”法官,但毕竟接近有别于等同。法官的审判体系内部绝无上命下从的道理,法官所具有的独立判断和身份保障,检察官并不完全享有等等。

^① 转引自林钰雄:《谈检察官之双重定位》,载台湾《刑事法杂志》第42卷第6期。

^② [法]卡斯东·斯特法尼等:《法国刑事诉讼法精义》,罗结珍译,中国政法大学出版社1998年版,第125页。

有关我国检察权的内在属性,检察机关的宪法定位,检察人员的宪政职责,甚至于对中国特色的检察制度的正确理解,必须坚持在我国国体与政体框架下,对国家权力结构的正确理解之上,做到既关注中国特殊的历史发展,尤其是检察制度自身的历史发展,又要结合现行的检察工作现状。我国检察制度的宪法定位应是法律监督制度,检察人员最根本的宪政职责应是强调对法律的一种强势监督,其他职责只是这种根本职责的派生,而对于检察权,既不是完全意义上的行政权,也不是通常意义上的司法权,而是应被强化与保障的法律监督权。

一、从宪政过程看我国检察机关法律监督职能的发展

从宪政的立法过程来看,我国《宪法》第129条规定:“中华人民共和国人民检察院是国家的法律监督机关”,确认了我国检察机关的性质、地位。第131条规定:“人民检察院依照法律规定独立行使检察权”,确立了我国检察机关行使检察权的基本原则。在《宪法》之后,基本法律逐步明确了检察机关享有的具体职权内容:《人民检察院组织法》第5条明确了检察机关享有对刑事案件的公诉权、对刑事裁判活动的诉讼监督权以及对刑罚执行的诉讼监督权。《民事诉讼法》第14条规定人民检察院有权对民事审判活动实行法律监督;第185条、第186条、第187条、第188条确定了检察机关对民事案件生效判决的抗诉权。《行政诉讼法》第10条规定:人民检察院有权对行政诉讼实行法律监督;第64条确定了人民检察院对人民法院已经发生法律效力的判决、裁定的抗诉权;《刑事诉讼法》除了规定检察机关对贪污贿赂犯罪,国家工作人员的渎职犯罪,国家机关工作人员利用职权实施的非法拘禁、刑讯逼供、报复陷害、非法搜查侵犯公民人身权利和侵犯公民民主权利的犯罪等部分案件的侦查权,对刑事案件的公诉权,还完备了检察机关对刑事案件的侦查监督权,对刑事裁判活动的诉讼监督权以及刑罚执行的法律监督权,如对于公安机关应当立案而不予立案的决定,检察机关有权要求其说明理由,发现理由不成立的,应通知其立案。对于公安机关在侦查中有违法行为的,检察机关有权提出纠正意见。对于法院一审作出的未生效判决,检察机关发现确有错误的,有权提出抗诉,从而引起二审程序。对于法院生效裁判确有错误的,检察机关有权提起抗诉,从而直接引起再审程序。对于法院在审判过程中有违法行为的,检察机关有权提出纠正意见,等等。

应当承认以法律监督为内容的检察权是一个从内容到形式都十分中国化的概念,但重要的不是概念本身,而是这一概念所反映的内容是否具有正当性。

在宪政背景下看待检察权的性质,我国议行合一的人民代表大会制度中以法律监督为使命的检察权独立存在,有其客观必要性和现实性。人民代表大会制度赖以建立的理论基础即人民民主专政理论是我们研究中国宪政问题的现实合理性的分析工具,这种政治理论决定了中国的政治制度具有权力一元化的价值倾向。正如同英国的宪政排斥分权一样,中国的体制也因为本国的特殊国情而排斥分权。但是,对权力进行适度的分离设置和建立制约机制始终是现代法治的共同精神。于是有了人民代表大会之下的分权形式:检察机关作为二级国家权力与国家的行政权、审判权平行设置相互独立。这种体制决定了中国的分权机制特有的禀赋:权力一元之下的分权和受限制的分权。^①由此可见,我国宪政过程落实检察机关法律监督职能的过程,也是明确或落实检察权的过程。为了加强对权力的制约和监督,这一过程既吸收了权力分配与制约的精髓,又保持了我国的文化传统。

这样的法律定位,不仅符合检察权本身具有的多重属性,也是中国社会主义国家权力制约机制内在规律的必然选择,是国家权力分配和有效控制的重要保障。毕竟权力分立与制衡理论是权力协调的一种精神,而不是作为一种模式存在,其真正的目的在于保证国家权力的和谐和有效运行。我国检察机关的法律监督职能是运用程序权力的特征,通过科学分解,希望建立一种具有中国特色的检察权来制约审判权与行政权,同时确保司法公正与行政高效。虽然这种监督属性,目前存在被弱化和虚置的现象,但这应该作为我们改革这一具体法律制度的出发点,而不能作为我们质疑检察权就是法律监督权这一本质属性的理由。从二级权力的内容我们可以看到,在行政权与审判权之外,中国多了一个平行的权力:法律监督权。法律监督可以通过追究行政官员的职务犯罪行为来实现对行政权行使的积极的、间接的干预,在传统的西方语境中的起诉权外,法律监督权可以通过对审判行为违反程序法进行事后的督察,可以通过民事、行政、刑事的抗诉权等实现对错误审判的纠正程序。因此,人民代表大会制度之下的监督机制的设置有自己的特点:即实施一种积极的、源自一元权力的、集中的控制机制。这种控制机制的特点也具有人民代表大会制度的权力特征:排斥分权,强调权力集中。这种控制机制是在权力一元化之下,建立适当的职能分离和建立中央控制系统。这种中央控制系统就是检察机关法律监督,这也是法律监督的法治化定位。在另一个层面,即权力的运行实践中,我们看到,这种权力制约机制对维护中国的法律秩序和确保法制的统一发挥着不可替代的功

^① 参见孙谦:《理念、制度与改革》,法律出版社2004年版,第31页。