

高二飞等著

检察

改革措施研究

JIANCHA GAIGE CUOSHI YANJIU



中国检察出版社

检察

改革措施研究

JIANCHA GAIGE CUOSHI YANJIU

高一飞等著



中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

检察改革措施研究/高飞等著. —北京: 中国检察出版社, 2007. 6
ISBN 978-7-80185-764-4

I. 检… II. 高… III. 检察机关—政治体制改革—研究—中国
IV. D926.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 066416 号

检察改革措施研究

高飞 等著

出 版 人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电子邮箱: zgjccbs@vip.sina.com

电 话: (010)68650021(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 河北省三河市燕山印刷有限公司

开 本: 720mm×960mm 16 开

印 张: 21.75 印张

字 数: 400 千字

版 次: 2007 年 6 月第一版 2007 年 6 月第一次印刷

书 号: ISBN 978-7-80185-764-4/D·1739

定 价: 38.00 元

(内部发行)

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

湖南省重点学科（湘潭大学诉讼
法学科）基金资助出版

前 言

我国的检察改革从1998年的检务公开制度改革拉开序幕。1999年，最高人民检察院又推出了主诉检察官制度等六项具体改革措施；2000年年初，最高人民检察院发布《检察改革三年实施意见》，对检察改革做出全面部署；2001年，最高人民检察院又试行对被告人认罪案件的程序简化方案。2005年9月12日，最高人民检察院印发了《最高人民检察院关于进一步深化检察改革的三年实施意见》的通知（高检发〔2005〕17号），对2005年至2008年检察改革提出了实施意见。提出，“今后三年检察改革的总体目标是：通过不断深化改革，重点解决当前制约检察工作发展的体制性、机制性问题，努力做到检察体制更加合理，检察工作机制更加完善，检察工作保障更加有力，检察人员素质进一步提高，全面增强检察机关法律监督能力，发展完善中国特色社会主义检察制度”。并指出，今后的主要改革措施包括以下几项内容：（一）改革和完善对诉讼活动的法律监督制度，切实维护司法公正，保障人权；（二）完善检察机关接受监督和内部制约的制度，保障检察权的正确行使；（三）创新检察工作机制，规范执法行为；（四）完善检察机关组织体系，改革有关部门管理检察院的体制；（五）改革和完善检察干部管理体制，建设高素质、专业化的检察队伍。

在以上这些改革中，重大的措施有人民监督员制度、主诉检察官制度、检察机关“以事立案”制度、暂缓起诉制度和普通程序简易审制度。在最高人民检察院统一督署、积极推进检察改革的同时，各地检察机关也在进行检察改革的探索，如周口市人民检察院、重庆市检察一分院推行的检察引导侦查机制的改革，抚顺市顺城区检察院推行的“零口供”规则，牡丹江铁路运输法院进行的辩诉交易的实践，湖南省望城县检察院等实施的量刑建议制度改革，等等。可以说，检察改革正在整个检察系统如火如荼地进行着。

2004年8月至2005年8月，我作为重庆市第一个到检察机关挂职的学者，受组织部门委派到重庆市渝北区人民检察院担任杨洪梅检察长的助理，在日常列席检察委员会会议研究具体案件的同时，参与研究该院检察改革的方案。同时受重庆市检察一分院陈胜才副检察长、公诉一处王璐处长、反贪局陈卫民局

长的邀请参与了该院两项重大检察理论课题——《主诉检察官制度研究》和《职务犯罪因事立案制度研究》——的研究。在刑事诉讼法教学和检察实践工作中，我发现检察改革还有很多重大的理论问题和法律问题需要我们去进行总结和分析。为此，我在杨洪梅检察长和西南政法大学领导的支持下，组织部分检察官和从事理论研究工作的同志对检察改革的九项重大措施（本书除第一章算是引论外，其他每一章论述一项改革措施）进行了调查研究和理论探讨。

所有的研究是建立在对检察改革现状的深入调查研究的基础上的。在调查研究过程中，重庆市检察一分院陈胜才副检察长提供了该院人民监督员制度的材料、王璐处长提供了关于该院主诉检察官制度的材料、反贪局陈卫民局长提供了该院“因事立案”改革的材料；重庆市渝北区检察院杨洪梅检察长和政法部王治主任提供了该院试行“捕诉合一”运行机制的材料；望城县检察院提供了该院实行量刑建议制度的材料。此外，重庆市人民检察院公诉一处处长李建超、公诉二处处长潘祥均多次召集研讨会就检察改革的重大问题进行研究。没有重庆各级检察院提供的方便和资助、没有站在检察改革第一线的检察官朋友们的参与写作和提出的中肯意见，这部著作的完成是难以想象的。2006年6月，我从西南政法大学调入湘潭大学工作，但长期以来对重庆检察系统的朋友们的情谊仍然如旧，我至今怀念渝北区的“一碗水”车站下检察官们的匆匆身影，也怀念南滨路上、嘉陵江边与检察官朋友们一起研讨检察改革问题时的激情争论。

在调查研究的基础上，由我对全书的分工和写作进行了统一策划，在自己完成了很大一部分写作任务的同时，对全书进行了全面修改和编辑整理。

这部关于检察改革的论著即将出版了，但是，我们对检察改革的调查也许是不全面的，而对检察改革的完善建议也可能只是一家的浅见，但我们所展示的检察改革的重大措施中，却记录着中国检察改革的历史轨迹，摄下了中国法治进程中一个生动的缩影。我们愿意把这本书献给那些为打击犯罪、维护公平正义献出了青春和热血的检察官们，也献给那些对民主法治、公平正义的和谐社会充满了期待、深切关注检察改革的中国公民们。

高一飞

2007年2月22日于湘潭大学

目 录

第一章 我国检察改革的五大关系	高一飞 (1)
一、检察制度与宪政体制的关系	(1)
二、隐形程序与法律规则的关系	(5)
三、打击犯罪与维护公正的关系	(7)
四、检察一体与检察独立的关系	(9)
五、检察机关与侦查机关的关系	(12)
附：最高人民检察院关于进一步深化检察改革的三年实施意见	(17)
第二章 人民监督员制度	高一飞 (24)
一、人民监督员制度的产生和发展	(24)
(一) 实行人民监督员制度的背景	(24)
(二) 人民监督员制度的主要内容	(28)
(三) 实施人民监督员制度的重大意义	(30)
(四) 人民监督员制度在实践中初见成效	(34)
二、对检察机关自由裁量权的民众监督	(35)
(一) 检察机关拥有的自由裁量权	(36)
(二) 检察官自由裁量权的行使方式	(37)
(三) 对检察官一定范围内自由裁量权的限制	(40)
三、完善人民监督员制度的思考	(52)
(一) 人民监督员的选任	(54)
(二) 要扩展监督案件的适用范围及程序	(57)
(三) 应当明确监督的方式和时间	(58)
(四) 强化监督意见的法律效力	(59)
(五) 完善人民监督员的听证制度	(60)
附：最高人民检察院关于实行人民监督员制度的规定（试行）	(66)

第三章 主诉检察官办案责任制	高一飞 (72)
一、主诉检察官办案责任制的产生与发展	(73)
(一) 实施主诉检察官办案责任制的背景	(73)
(二) 主诉检察官办案责任制的内容	(75)
(三) 主诉检察官办案责任制的办案模式	(82)
(四) 主诉检察官的选任和制约	(85)
二、主诉检察官办案责任制存在的根据	(86)
(一) 主诉检察官的权力来源	(86)
(二) 主诉检察官制度的法律依据	(90)
三、主诉检察官办案责任制在实践中存在的问题	(91)
(一) 选任与淘汰机制不健全	(92)
(二) 主诉检察官的法律地位不明确	(93)
(三) 主诉检察官与助手的关系未理顺	(93)
(四) 主诉检察官的权力与责任不明确	(95)
(五) 主诉检察官行使权力缺乏监督机制	(96)
四、改革完善主诉检察官办案责任制的建议	(96)
(一) 努力培育一支高素质、专业化的公诉人队伍	(97)
(二) 明确规定主诉检察官的权利、责任和待遇	(99)
(三) 加强对主诉检察官办案责任制的管理	(100)
(四) 重视利益保障, 严格惩罚措施	(102)
(五) 建立事务检察官办案责任制	(103)
附: 最高人民检察院办公厅关于在审查起诉部门全面推行 主诉检察官办案责任制的工作方案	(105)
第四章 检察机关以事立案制度	陈胜才 陈卫民 (109)
一、职务犯罪侦查中以事立案的必要性	(110)
(一) 以事立案问题的提出	(112)
(二) 职务犯罪的特点要求以事立案	(114)
(三) 以事立案的现实意义	(115)
二、以事立案的范围条件及证明标准	(118)
(一) 适用以事立案的案件范围	(118)
(二) 适用以事立案的条件	(120)
(三) 以事立案的证明标准	(123)
三、以事立案与初查制度	(126)

(一) 现行初查制度的基本内容	(126)
(二) 初查制度产生的背景	(128)
(三) 初查制度的违法性分析	(129)
(四) 贯彻以事立案原则, 取消初查制度	(130)
四、以事立案中的法律监督	(131)
(一) 检察机关的内部立案监督的内容	(131)
(二) 当前刑事立案监督存在的问题及原因分析	(132)
(三) 立案监督的完善	(136)
附: (一) 关于检察机关职务犯罪侦查部门以犯罪事实立案的 暂行规定	(141)
(二) 关于执行《关于检察机关职务犯罪侦查部门以犯罪事实 立案的暂行规定》几个具体问题的说明	(142)
第五章 检察引导侦查	高一飞 魏海燕 (144)
一、检察引导侦查的概念与特征	(144)
(一) 检察引导侦查的提出与推行	(144)
(二) 检察引导侦查的概念	(148)
(三) 检察引导侦查的程序特征	(149)
二、检察引导侦查的理论基础	(150)
(一) 检察引导侦查的法律依据	(150)
(二) 检察引导侦查的法理基础	(155)
(三) 检察引导侦查的现实性	(159)
三、检察引导侦查与建构我国检警关系	(163)
(一) 我国现行检警关系述评	(163)
(二) 走向折中: 检警关系模式考察	(166)
(三) 检察引导侦查: 我国检警关系的理想结构	(172)
四、检察引导侦查机制在实践中的问题	(175)
(一) 如何应对公安机关的抵触情绪	(176)
(二) 如何把握好引导的“度”	(177)
(三) 从个案引导走向类案引导	(179)
(四) 如何规范“适时介入”	(179)
五、检察引导侦查机制的完善	(181)
(一) 对检察引导侦查的主体及其权限的设定	(181)
(二) 检察引导侦查案件范围的设定	(183)

(三) 检察引导侦查的内容和途径	(184)
(四) 检察引导侦查机制配套制度的完善	(188)
第六章 零口供规则	高一飞 (191)
一、零口供规则的产生及其价值利弊分析	(192)
(一) 零口供规则的产生及内涵的变化	(192)
(二) 零口供规则的利弊分析	(194)
二、放弃零口供规则, 确立沉默权制度	(196)
三、重视口供价值, 口供是证据之一	(200)
四、不能轻信口供, 确立口供补强规则	(201)
五、保证合法取证, 排除非法口供	(204)
第七章 暂缓起诉制度	高一飞 丁 溢 (208)
一、暂缓起诉的改革实行情况	(208)
(一) 暂缓起诉制度的产生与发展	(208)
(二) 暂缓起诉制度的主要内容	(210)
(三) 暂缓起诉制度面临的困境	(211)
二、西方国家暂缓起诉制度的情况	(213)
(一) 德国的暂时不予起诉制度	(213)
(二) 日本的缓诉处分制度	(213)
(三) 美国的延缓起诉制度	(214)
三、暂缓起诉的法理基础	(215)
(一) 暂缓起诉与起诉便宜主义	(215)
(二) 暂缓起诉与非刑事化政策	(216)
(三) 暂缓起诉与法治文明	(217)
四、通过立法构建暂缓起诉具体机制	(218)
(一) 暂缓起诉的适用范围	(219)
(二) 暂缓起诉的附带处分	(219)
(三) 暂缓起诉的效力	(220)
(四) 暂缓起诉的程序	(220)
第八章 量刑请求权	龙兴盛 高一飞 (223)
一、量刑请求权概论	(223)
(一) 量刑请求权的概念和性质	(223)

(二) 量刑请求权的效力	(226)
(三) 量刑请求权的法理依据	(231)
(四) 量刑请求权的诉讼意义	(233)
二、我国是否应当确立量刑请求权	(242)
(一) 量刑请求权的法律基础	(242)
(二) 量刑请求权的现实阻碍	(243)
(三) 我国能否确立量刑请求权	(247)
三、构建我国量刑请求权运作机制	(249)
(一) 量刑请求权的适用范围	(249)
(二) 量刑请求权的行使阶段	(252)
(三) 量刑请求的提出方式	(256)
(四) 量刑请求的提出主体	(259)
(五) 量刑请求的说理	(260)
(六) 量刑请求的证明责任	(261)
(七) 量刑请求的行使形式	(265)
 第九章 中国式辩诉交易	高一飞 (266)
一、我国存在事实上的辩诉交易	(266)
(一) 量刑减让式的辩诉交易	(266)
(二) 不起诉式的辩诉交易	(268)
(三) 污点证人作证豁免刑罚的交易	(269)
(四) 特殊情况下的辩诉交易	(271)
二、各国辩诉交易的比较	(271)
(一) 各国辩诉交易的情况和特点	(271)
(二) 辩诉交易对各方当事人的要求	(277)
(三) 辩诉交易的存废之争	(279)
三、中国实施辩诉交易的根据	(281)
(一) 我国学者对辩诉交易的立场	(281)
(二) 辩诉交易的理论基础	(284)
(三) 我国实行辩诉交易的意义	(286)
四、实现机制：中国式辩诉交易的制度设计	(291)
(一) 辩诉交易案件的范围和诉讼程序	(294)
(二) 辩诉交易制度的运行环境	(298)
(三) 辩诉交易的保障及救济机制	(300)

第十章 普通程序简易审	高一飞 (303)
一、普通程序简易审产生的背景和改革的情况	(305)
(一) 产生的历史背景	(305)
(二) 产生的理论依据	(306)
(三) 普通程序简易审的改革及其成效	(311)
二、普通程序简易审的概念及主要内容	(312)
(一) 普通程序简易审的概念	(312)
(二) 普通程序简易审的主要内容	(313)
(三) 普通程序简易审与简易程序的比较	(316)
三、实施普通程序简易审中的问题	(318)
(一) 关于普通程序简易审的性质	(318)
(二) 部分学者对保留普通程序简易审的质疑	(320)
(三) 检、法两家理解不一致的问题	(323)
三、实施普通程序简易审的必要性	(324)
(一) 合理配置司法资源的要求	(324)
(二) 与刑事诉讼的发展趋势和司法改革的目标相一致	(326)
(三) 与实现程序正义、维护被告人合法权益的目标相统一	(327)
(四) 刑诉法规定的简易程序不能适应客观实际的需要	(328)
四、普通程序简易审的改革方向	(329)
(一) 加强被告人律师帮助权	(329)
(二) 被害人的诉讼权利应予尊重	(330)
(三) 将“简易程序”与“普通程序简易审”合并	(331)
附：最高人民法院、最高人民检察院、司法部关于适用普通程序审理 “被告人认罪案件”的若干意见（试行）	(334)

第一章 我国检察改革的五大关系

◎ 高一飞

我国的检察改革是在司法改革的大背景下展开的，而且暗合了世界法律演进的潮流。20世纪70年代末美国进行的检察制度改革，80年代初英国进行的刑事司法改革无不是为了完善和发展自己的法律制度，通过改革来完善本国的法律制度是各国在不断探求后得出的共同经验。我国自20世纪90年代就涌起了司法改革的浪潮，检察改革是司法改革的重要组成部分，是法学界和实务部门普遍关注的话题。改革的目标之一在于促进法律自身的完备和发展，以适应社会政治经济和文化发展的需要，其最终目标是实现法律能量的最大释放，使法律在整个社会规范中具有极大的权威。然而，如何以中国法治化进程为背景，从整个司法系统的角度深入研究和推进检察改革，还面临很多课题。近几年来，检察机关加大了改革的步伐，力图推动检察改革向纵深发展。其中有的改革是向西方发达国家学习的结果，有的改革则是从我国司法实践中得到的启发，部分改革项目在试点运作中更是取得了良好的效果。改革的思路和路径的选择是值得称道的，在改革的过程中不仅要关注道理宏大的价值的实现，更要注意把它与制度和程序结合起来。我们欲通过我国检察改革中应当处理好的五大关系来透视我国检察改革的问题和方向。

一、检察制度与宪政体制的关系

英美法系国家实行以权利为主线的检察制度模式，重视个人权利和自由，其宪政的核心是限制国家权力，其检察制度也渗透着以公民权利制约司法权力的基本价值取向。具体表现在以下几个方面：第一，检察官当事人化，检察机关在行使职权时的法律地位与公民对等；第二，检察机关的职能和职权受到较大的限制，主要职能是进行公诉；第三，检察机关的组织体系较为松散，检察官制度的职业化建设有限。在大陆法系国家，其检察制度是以权力为主线的，国家主义观念占据了主导地位，国家至上的理念成了国家积极全面地介入刑事

诉讼的理论根据。其检察制度也体现出了突出国家权力的特点：第一，检察机关的地位高于当事人；第二，检察机关的职能、职权广泛，拥有对罪案的侦查职能，也有权指挥司法警察的具体侦查活动，检察官还拥有对侦查、审判行为的监督职能；第三，检察机关的领导体制事实上形成了一体化的领导体制。以前苏联为代表的社会主义法系国家实行以监督权为主线的检察制度模式。这种检察制度的特征是：第一，检察机关在国家宪政中具有独立的宪法地位，其根本职责是为了维护法制统一而进行法律监督；第二，检察机关享有广泛的法律监督权，不仅有权在刑事诉讼中进行侦查监督、审判监督、执行监督，在民事诉讼中也享有监督权；第三，检察机关建立独立的组织系统并实行上下垂直的体制。^①

由上述分析可见，不同的宪政制度下检察制度也存在明显的不同。我国的检察制度改革必须站在本土化的基点，既要借鉴国外的检察制度，亦必须考虑与本土宪政结构和法律文化的兼容与整合，寻求普遍性真理和我国本土资源的最佳结合点。我国检察改革必须在社会主义政治制度和人民检察制度的框架内进行。置我国宪政体制于不顾，而奉西方“三权分立”为主臬，必将使我国检察制度背离其设立的初衷，而使社会主义法律制度产生冲突，甚至湮没于西风东渐的狂潮，而且这样的改革本身必然会夭折。众所周知，任何一项制度只有具有合宪性才具有合法性。要想正确地把握检察机关的性质和职能，必须从宪法的高度探求。有人从诉讼构造的角度或诉讼职能的角度认为应当取消检察机关监督的职能，我们认为检察机关的该项职能是宪法明确规定的，要想发生变化仅从下位法规定是不合适的，应从宪法的角度来认识。在宪法没有做出修订之前，检察改革应在现有的宪法框架之下进行，擅自超越宪法的做法是不值得称道的。

检察机关和检察权的性质问题是检察理论研究的一个根本性问题，它决定着检察改革的方向。对检察机关的正确定位关乎整个检察改革的方向，因此必须厘清。学术界关于检察机关的性质问题有四种观点：

第一种观点认为检察权是一种司法权，检察机关是司法机关。^② 第二种观点认为检察权是一种行政权，检察机关是行政机关。^③ 第三种观点认为检察权

① 孙谦：《检察理念、制度与改革》，载孙谦主编：《检察论丛》（第8卷），法律出版社2004年版，第69—74页。

② 倪培兴：《论司法权的概念与检察机关的定位》，载《人民检察》2000年第3期。

③ 夏邦：《中国检察院体制应予取消》，载《法学》1999年第7期。

具有司法权和行政权的双重属性，检察机关具有司法机关和行政机关的双重属性。^① 第四种观点认为检察权是一种法律监督权。^②

上述四种观点都对检察权在我国现有的法律体制下的实际状态做了各自的分析，虽然看起来大家对检察权的性质莫衷一是，但实际上从上述各种观点依据的标准，不难看出，虽然对检察权有着行政或者司法的争论，但它们都是以“分权学说”为其理论逻辑的起点，在检察制度的理论基础这个问题上大都着眼于权力的分立和制衡。具体而言，有“大制衡”和“小制衡”理论之分，“大制衡”理论认为检察制度是行政权对司法权制衡的产物，“小制衡”理论认为检察制度是司法权内部分权制衡的结果。也正因为对制衡角度的理解不同，对检察权性质的定位也是迥异的。由此可见，在“三权分立”的政治思想指导下才有了前两种观点的对立。上述两种观点难以厘清检察权的性质是因为这两种学说均违背了哥德尔不完全性定理，哥德尔第二定理认为：“一个包含数论的形式系统的一致性，在系统内部是不可证明的。”企图在三权分立的系统内来证明检察权性质这一系统的核心命题之一，在逻辑上注定是艰难的。而第三种观点更多的是对前两种看法的归纳和综合。

第四种观点是在我国现有的宪政体制下提出的，侧重对现有制度的论证，更多地着眼于实然的分析而非应然的探究。以宪法规定来论证一项宪法性权力的合理性，逻辑上显然是难以完成的，正确的方法应是在宪法规定之外找到理由。也有学者从法律本土资源的角度出发，分析我国检察制度与古代监察制度的相似之处，认为把监察权定义为一种监督权很有道理。进而将分权制衡理解为实际上是靠人民代表大会制度下的“四权分立”实现的，这四权是：立法权、行政权、司法权、监督权。^③ 这样的论证方式确有一定道理，但是我们认为古代监察制度不具有现代意义检察制度的特点，检察制度是我们从西方舶来的，两者的内在机理是不同的，不可相提并论。近年来比较流行的观点是对检察机关的法律监督权作狭义的理解：第一，从宪法确立的法院和检察院的法律地位看，二者是平等的，检察机关并没有凌驾于法院之上的地位和权力。在诉讼中也不存在检察机关最终否定法院裁判的权力，检察院的法律监督属于平行机构之间的防错机制，比如，检察院抗诉后最终裁决权仍然由法院行使。第二，检察机关的法律监督是一种有限的监督。其监督效力仅限于刑事、民事和

① 龙宗智：《论检察权的性质与检察机关的改革》，载《法学》1999年第10期。

② 张智辉：《法律监督辨析》，载《人民检察》2000年第5期。

③ 曹呈宏：《分权制衡中的检察权定位——以本土资源为中心》载 <http://law-thinker.com/detail.asp?id=1160>。

行政诉讼之中，而重点是对刑事违法和刑事诉讼程序的监督。第三，检察机关的监督是一种程序性监督，主要是提起、启动法律程序，是一种建议和启动程序权，而不是直接纠正违法行为或做出最终裁决，不具有终局性或实体处理的效力。第四，检察机关的法律监督具有事后性，只有当法律规定的违法行为出现以后，检察机关才能启动监督程序，这种监督既不是超前的，也不是同步的。我们认为虽然对检察监督有不同的观点，但是其共同的逻辑起点是一致的，即都是以现行的宪法为基点进行研究的。一方面从宪法的高度规定了检察机关是法律监督机关的专门地位，具有对法院、公安机关、监所的刑事司法监督权，即对侦查、审判、执行行为是否合法具有监视、监督、评判的权力；另一方面，在刑事诉讼法中规定了公检法三机关在刑事诉讼中分工负责、相互配合、相互制约的原则，检察机关主要行使典型的公诉权，即传统的检察权的主要权能。这样对检察监督制度和检察权制度的模糊化认识，导致了对检察制度的妨碍。现行的检察监督制度与刑事公诉制度存在着理论上与制度上的必然冲突。^① 正确行使刑事公诉权就是把检察机关作为控方来定位，而行使检察监督权则要求检察机关高于公安、审判机关，这两者是难以协调的。我国目前的刑事诉讼模式中引进了控辩式的诉讼机制，这一机制要求检察机关作为公诉方独立地承担控诉责任，审判方独立行使审判权，当公诉人兼有法律监督者身份时很容易使审判权的行使陷入非常尴尬的境地。所以，我们认为把检察权定位为法律监督权尚值得商榷。

我们认为从政治科学和法律科学对国家权力的一般分类来看，立法权、行政权和司法权这种“三分法”是比较科学的，这种划分方式有助于我们冲破表面的幻象，准确理解检察权的性质及其行使规律。（把检察机关定位为司法与行政双重属性比较符合检察权特点，但在法制上将其定位为司法机关，把检察官定位为司法官比较好）。至于这样亦此亦彼的理解能否揭示事物本质，我们认为真理并不具有唯一性，我们应从角度主义的立场出发看待检察权。在肯定检察权双重属性的同时，把其主要定位为司法权，把检察官主要定位为司法官的理由如下：第一，检察官与法官的近似性和接近度很大，正如德国教授洛克信所言：“证诸检察官之法律守护人的地位，对检察官及对法官而言，事实之究明与法律之判断，应依同一目标行事。因此，此乃两者得相提并论的强烈论证。”^② 检察官除了负责启动法官的审判权之外，还要负责监督或指挥这之前的侦查程序，这之间的出庭公诉程序，这之后的上诉和申请再审程序。因

^① 洪浩：《检察权论》，武汉大学出版社2001年版，第150页。

^② 林钰雄：《检察官论》，中国台湾学林文化事业有限公司1999年版，第86页。

此,即使检察权本身不是第三权,但至少可以认定检察权是第三权不可缺少的“附件”。^①基于此,就刑事诉讼程序而言,独立的司法只有在检察官也得到相应保障的前提下才可能达到。第二,从我国检察机关的特殊法律地位看,“一则在法律上尚担当法律监督职能,二则在体制上脱离行政系统,成为相对独立的另一类司法权”。^②这样的定位在当前的制度框架下具有较好的容纳性。第三,可以防范行政不当干预司法。如果检察官在职务活动中一味地屈从于行政指令的话,那么,可罚性与刑事追诉将不再取决于法官的裁判,而取决于行政权的操纵。第四,从世界范围看,强调检察权的司法性并由此而强化检察机关的独立性,应当说具有普遍的趋势。但是,另一方面也应注意检察机关的行政性,在重新构建检察制度时应从检察权本身的规律和本性出发来完善检察制度。

二、隐形程序与法律规则的关系

所谓隐形程序是指在司法机关内部通行或者认可的但未向外界公布的办案规则与程序。之所以称之为“隐形”,是因为这些办案规则与程序未经有权机关正式予以颁布,外界既无法查阅也无从知晓;之所以称其为“程序”,是因为其在诉讼中几乎与国家颁布的诉讼规程有着同等的效力和功能,甚至有时成为办案的首选规则。这些隐形程序在静态上主要是以内部红头文件、请示、批示、指示、通知、讲话、经验总结、惯例等形式表现出来;在动态上,主要表现为“暗箱操作”。隐形程序实际存在于司法运行程序中。因此,尽管在明文的法律中没有规定,在检察改革的过程中也应把这些因素纳入考虑范畴,也惟有如此,检察改革才具有实际意义,而不仅是空泛的构想。

隐形程序除了具有不言自明的秘密性、非法性之外,还具有以下基本特征:第一,隐形程序具有单方性。在隐形程序中,“单方面接触问题”比较严重。第二,隐形程序具有多样性。由于隐形程序是看不见、摸不着、缺乏监督与制约的“地下活动”。因此,何人在何时何地出于何种目的采用何种方式开启该程序都存在极大变数,因而具有多样性。第三,隐形程序具有随意性。规范性是诉讼活动的基本特征,它要求诉讼应严格依照诉讼法规定的程序进行,而不能由司法机关、诉讼参与人随心所欲、恣意妄为。由于隐形程序的多样

^① 孙谦:《检察理念、制度与改革》,载孙谦主编:《检察论丛》(第8卷),法律出版社2004年版,第77页。

^② 龙宗智:《论检察权的性质与检察机关的改革》,载《法学》1999年第10期。