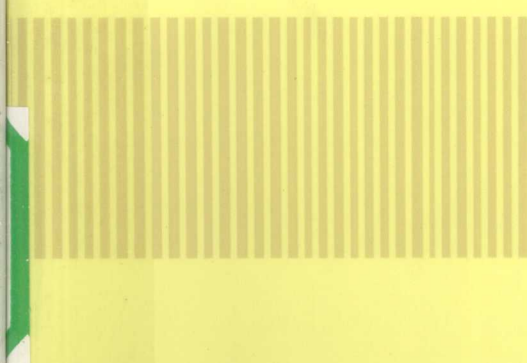




刑事诉讼法学： 问题与阐述

叶青 主编

上海人民出版社

刑事诉讼法学： 问题与阐述

叶青 主编

 上海人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事诉讼法学:问题与阐述/叶青主编. —上海:上海
人民出版社,2009

ISBN 978 - 7 - 208 - 08893 - 1

I. 刑... II. 叶... III. 刑事诉讼法—法的理论—研究
IV. D915.301

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 179674 号

责任编辑 屠玮涓 金绮寅

封面装帧 陈楠

刑事诉讼法学:问题与阐述

叶青 主编

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行 常熟新骅印刷厂印刷

开本 720 × 1000 1/16 印张 25 插页 2 字数 416,000

2009 年 11 月第 1 版 2009 年 11 月第 1 次印刷

ISBN 978 - 7 - 208 - 08893 - 1/D · 1617

定价 40.00 元

序

正值华东政法大学复校 30 周年之际,校诉讼法研究中心,将从事刑事诉
讼法学教学和研究的老师们近五年的科研成果汇集成《刑事诉讼法学:问题与
阐述》出版,这是他们献给学校的一份厚礼。

收入文集的 40 余篇文章,虽有不少已在《法学》、《现代法学》、《政治与法
律》等核心刊物发表过,但在这次收入文集时,作者又根据新情况,作了许多重
要的修改。更有不少是首次面世的佳作。文集涉及的多是刑事诉讼法学当前
的热点问题,或者是值得关注的问题。

在深化司法改革的过程中,如何为完善检察权是个很重要的问题。我国
宪法赋予人民检察院法律监督职能,“我国检察机关法律监督职能的发挥”这
虽不是新课题,但仍然是应当值得关注的热点问题。看了这一文,会从中得到
新的启迪,其他关于检察权的文章,也有各自独到见解。

我国律师的辩护权问题,经历了从无到有的曲折过程,新律师法出台,有
亮点,但尚有缺憾,仍然有值得研究和关注的问题。书内八篇文章从几个方面
作了阐述,有助于人们对这个制度当前状况的了解。

在刑事诉讼中,我国追求的是惩罚犯罪和保障人权的统一。只强调惩罚
犯罪,可能会侵犯人权;而片面强调保护人权,又可能放纵犯罪。问题关键在
于强制措施的适用。因此,强制措施的正确适用值得关注,书内有八篇文章,
从不同角度对刑事诉讼中适用强制措施问题作了阐述,给人们以一定启迪。

关于刑事诉讼的原理及有关制度,在文集的第四、五章两章内,有十三篇
文章,从不同方面对相关问题作了阐述,有助于人们理解。

此外,在文集的最后部分,还介绍了香港有关的司法制度,国外的法院
之友制度和美国的联邦保护令制度,美国家庭暴力案件中司法心理学家的

介入程序,这对于我们研究借鉴境外有关制度,完善我国刑事诉讼制度是有益的。

综观《刑事诉讼法学：问题与阐述》全书,我们高兴地看到既有理论探索,又有实践问题研究,虽有文集本身的局限性,但文章观点鲜明、说理充分、文风朴实,给人们许多启迪,值得人们一读。

中国刑事诉讼法学研究会名誉理事
华东政法大学诉讼法学研究中心名誉主任 胡锡庆

目 录

第一章	检察权的问题与阐述·····	1
第一节	我国检察机关法律监督职能的发挥·····	1
第二节	检察法律监督的途径、机制和效力问题·····	14
第三节	不同权力结构模式下的检察权·····	39
第四节	法律监督关系与互相制约关系之比较·····	48
第五节	检察机关刑事附带民事诉权正当性分析·····	55
第六节	刑事和解机制配套措施若干问题研究·····	65
第二章	律师辩护权的问题与阐述·····	76
第一节	刑事审前程序诉讼化的律师介入问题·····	76
第二节	新《律师法》的若干亮点与缺憾·····	89
第三节	新《律师法》实施与立法性冲突问题研究·····	102
第四节	刑事诉讼视野下的新《律师法》适用问题思考·····	112
第五节	程序性辩护的误区及对应思路·····	119
第六节	程序性辩护中的举证责任·····	130
第七节	论法律援助之政府责任的反思与超越·····	138
第三章	强制措施与人权保障的问题与阐述·····	151
第一节	审前羁押性强制措施适用的公开听证程序设计·····	151
第二节	强制措施功能的多维化思考·····	159
第三节	我国刑事诉讼被羁押人会见亲属权问题·····	161
第四节	刑事错案预防与侦查能力关系之探究·····	173
第五节	我国刑事被害人诉讼权利的几个问题·····	184

第六节	中国内地与澳门刑事强制措施之比较·····	191
第七节	程序性违法的制裁与救济机制问题·····	204
第八节	公益诉讼与人权保障问题·····	212
第四章	诉讼制度的理论与阐述·····	222
第一节	刑事诉讼法的刑事政策化·····	222
第二节	正当程序在中国:理念设计和实践的障碍·····	230
第三节	刑事案件职能管辖冲突及其解决·····	243
第四节	未成年人刑事案件的管辖范围·····	247
第五节	未成年人刑事诉讼中法定代理人制度问题·····	256
第六节	我国刑事自诉制度完善的法律思考·····	261
第七节	司法鉴定在诉讼中如何回归为科学判断·····	274
第八节	程序正义视野下的刑事司法鉴定启动制度之构建·····	279
第九节	诉讼辅助人意见与鉴定结论证据属性比较研究·····	284
第五章	诉讼程序的理论与阐述·····	291
第一节	我国刑事诉讼启动模式问题·····	291
第二节	我国侦查讯问程序完善的法律问题·····	304
第三节	对“被告人认罪案件”简化审的反思·····	315
第四节	不利于被告人的再审程序提起之合理规制问题·····	320
第六章	借鉴视野下的刑事诉讼问题与阐述·····	333
第一节	国际化视野下的未成年犯罪人的司法保护·····	333
第二节	法院之友制度及其在我国的移植障碍问题·····	342
第三节	美国的联邦保护令制度·····	355
第四节	美国妇女杀害施虐配偶案件中司法心理学家的介入·····	363
第五节	香港刑事拘捕改革·····	370
第六节	香港法律改革委员会和香港刑事司法改革概述·····	380
后 记	·····	391

第一章 检察权的问题与阐述

第一节 我国检察机关法律监督职能的发挥

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。《中华人民共和国宪法》(以下简称宪法)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”。从宪政过程看我国检察机关法律监督职能的发展,以及透过法律监督权在诉讼程序中的适用分析,我国检察制度的宪法定位应是法律监督制度。检察人员的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。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实践。

在评价、分析、论述检察机关的属性和权能问题上,争议观点众多。^①我们

① 如有学者主张,我国检察机关的职权总体上呈现一种超强化趋势。检察机关职权庞杂,有些甚至发生根本冲突,不容调和。认为我国检察机关的法律监督职能应当逐渐淡化并在条件成熟时最终退出检察机关的职权范围。诉讼领域中法律的实施应当通过控、辩、裁三方相互制约和平衡的机制加以解决,而不要轻易从诉讼机制之外,引进所谓的“法律监督”,否则,“谁来监督监督者”的永恒难题就不可避免地出现在制度设计和法律实践之中。参见陈瑞华:《刑事诉讼的前沿问题研究》(第二版),中国人民大学出版社1995年版,第528—531页。有学者主张,检察机关的基本职能是公诉,检察权在本质上主要表现为公诉权,以公诉权为基本内容的检察权在本质属性和终极意义上应属于行政权。检察机关在刑事诉讼中的各项权力都是具体的诉讼程序性权力,与所谓的法律监督机关、法律监督权并不存在必然的关联性。参见陈卫东:“我国检察权的反思与重构——以公诉权为核心的分析”,载《法学研究》2002年第2期。有学者主张,我国检察监督原则的理论基础是“大检察观”,在这种原则指引下忽略了监督权作为公诉权的派生属性,因此主张检察院不应为“专门法律监督机关”。参见谢佑平:“检察监督原则另论”,载《政治与法律》2002年第5期。

认为,我国检察机关的法律监督职能是我国宪政发展的必然要求,无论是重视权力监督的立法建设,还是建立多途径、多环节的整体监督机制,抑或是建立极具中国特色的检察制度,就目前司法实践现状,监督职能并没有得到有效发挥。由于对检察机关职权属性的理解认识不统一,权能运作的法律规定过于笼统、原则,各具体职责之间的相互协调不充分,监督程序不规范并缺乏制度保障,导致监督手段不能有效服务于监督目的,进而影响了检察机关宪政功能与作用的发挥。拥有各项职能的法律监督制度不仅没有形成整体强势格局,反而多种权能纠缠在一起,“多米诺”效应一样被空置、弱化,形成了大侦查、大审判、小监督的诉讼格局。而这种局面的形成是由历史和现实多种原因合力的结果。

一、检察机关法律监督弱化的原因分析

(一) 从历史传统上分析,在我国由行政权力以外的权力主体来承担监督职能先天缺少强势基础

作为监督体系的重要一环,我国检察机关的法律监督主要体现在对诉讼的监督。从权力角度看待检察机关的这一监督职能,其产生与发展缺少强势权力支撑。因为,从一定意义上讲,监督是政治的本能,权力与监督总是相伴而生。虽然我国检察机关的建立相对较晚,承担监督职能也是近几十年的事情,但有关权力监督与制约问题的理论探讨从西周时候就已经开始,也是从这个时候开始有了权力监督制度建设的尝试,并且随着朝代的更换,这一制度也在不断地充实、发展、完善。如中国传统权力监督注重立法建制,注重建立多渠道、多环节的整体监督机制,强调监察手段的运用,有完备的监察体系,等等。但是,“大行政”是中国传统政治的基本特征,专制主义集权政治的本质决定在那个时候根本不可能存在横向的权力监督。统治者注意在行政的各个环节建立相应的监督机制,强化自上而下的控制与管理,司法监督无论是内部监督还是外部监督,都只是行政监督的一种。通过观察监督体系的历史发展可以看出,我国传统中所谓的“监督”不是基于民主和分权产生的横向权力制约,尽管有相对独立的司法系统和监察体制,但没有形成任何独立于行政之外的“权力机关”行使监督权。自上而下的统一行政管理触角伸及社会生活的各个领域,所有权力都来自于行政权或受制于行政权,传统法律没有同位制约的生存土壤。这些使得由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,加上“大行政”的惯性遗传,“小权力”面对“大权力”必然导致检察机关的法律监督在诉讼过程的任何环节都容易被弱化、虚置。

(二) 对检察权的法律监督属性认识的多元性和不确定性削弱了法律监督职能的发挥

如果说在历史传统上,我国缺少法律监督的强势基础,那现行检察机关法律监督权力的完备与发展受制的首要因素,则是对检察权权力属性认识的多元性和不确定性。对于我国检察权的本质属性的争论比较大,其中主张进行法律监督权不是检察权的基本职能的论者,^①大多从检察制度产生的最初功能,各国的现实考察分析和发展变化趋势去加以考察,认为公诉权是检察权的核心,而其与法律监督权不具有共存性,只能作出两选一的最终结果。持这种观点的论者通常认为,我国检察机关法律监督在我国的法制史上,并不存在现代意义的检察制度,我国检察制度的建立完全借鉴了苏联的经验和体制。直至今日,列宁的“大检察观”仍然支配着我国的立法和司法实践。一方面,检察机关仍然被定位为专门的法律监督机关,检察权本质上仍被视为一种监督权;另一方面,检察机关对民事领域仍然行使着广泛的监督权。然而,检察机关的法律监督权能产生于特殊的时代和特定的历史背景,随着人权法治观念的发展变化,对这一权能的认识也必然产生相应变化,以俄罗斯改革检察机关的属性与权能为例。俄罗斯新的刑事诉讼法典废除了检察机关对刑事审判的监督,^②这是检察权的一次重大变革。检察机关在刑事诉讼中的“法律监督权”在逐渐地弱化,这种弱化不是权力的实质弱化,而是作为旧政权体制中的“法律监督权”的一种弱化。据此,有学者主张,之所以将法律监督权赋予检察机关是苏俄时期列宁法律监督理论创造性发展的结果,而现行的改革则是回归了检察机关诞生与发展的根本属性——以公诉权为核心的必然选择。我国检察机关法律监督属性与职能的确立是以苏联为样本生成的,而俄罗斯检察权属性与职能的重新定位,就应该成为我国检察机关改革的方向。因此,我国检察机关的法律地位与权属亦需要做根本性的改变与调整,法律监督应逐渐弱化,并最终退出检察机关的权能范围,检察机关与法律监督机关没有关系,等等。

① 陈卫东:“我国检察权的反思与重构——以公诉权为核心的分析”,载《法学研究》2002年第2期;谢佑平:“检察监督原则另论”,载《政治与法律》2002年第5期。

② 有关俄罗斯检察机关权能属性的变革,可参见《俄罗斯联邦检察院组织法》(1999年2月10日修订),周志放译,载《中国刑事法杂志》2002年第6期。

我们认为,我国检察机关法律监督权能之所以难以有效发挥,不是我国对检察权或者检察机关的权能属性的“监督”定位所造成,而恰恰是对这一权能过于多样化认知的结果,是对检察制度的宪政地位和法治价值等重大问题上难以寻求基本共识的结果,是对制度建构的历史合理性和发展的内在逻辑缺乏理性思考的结果。我们没有把这一在历史中形成,并经历多年实践检验的宪政制度予以系统化的研究,并适应新的发展在具体权能或者法律关系上做出相应调整,而是一味地聚焦或者夸大其中的某些问题,导致检察机关的权能改革越来越背离其“法律监督”的宪政属性,实践操作层面也因此迷失了发展方向,各种权能“漏洞百出”,而这一切又反转过来,构成对检察机关法律监督制度设计正当性怀疑的最直接的依据。

(三) 检察机关各种职能各自为战,没有形成统一协调的体系,制约了法律监督职能的发挥

对于现今进行的各项法律改革,周汉华教授指出:“许多现行的改革措施明显带有中国改革过程的常见特点,即每一项改革措施各自分离,各自针对特定的问题,与整体制度设计无关。”^①而这一问题同样反映在检察机关法律监督权能体系的建构中。检察权作为国家公权力,其职权必须由宪法、法律规定并授予,我国检察机关自产生之日起就被赋予了全面的法律监督职能。新中国成立以来,尽管检察机关在国家机构中的地位和法律监督职权的范围以及实施监督的程序等有过多次变更,但是,检察院作为国家法律监督机关的性质或提法却始终没有变化。^②

在诉讼职能上,我国检察机关享有的权力是多元化的,既有侦查权、批准

① 周汉华:“论建立独立、开放与能动的司法制度”,载《法学研究》1999年第5期。

② 新中国成立之初,检察机关除参与刑事、民事诉讼外,还有对政府、公务人员和其他人员是否遵守法律的一般监督权。1954年宪法、检察院组织法明确规定,最高人民检察院对于国务院所属各部门、地方各级国家机关、国家机关工作人员和公民是否遵守法律,行使检察权。1978年宪法沿袭了这一规定,并规定最高人民检察院对“违宪行为”行使监督权。1979年检察院组织法根据我国法制发展的实际,确定了我国检察制度的发展方向,取消了一般监督的职权,将检察机关的职权主要限定在司法领域和诉讼活动之中,明确了检察机关主要在诉讼活动中,通过诉讼方式行使法律监督职能这一基本格局。1979年检察院组织法及1982年宪法修改后,我国检察机关法律监督的范围逐渐通过有关法律具体化为诉讼监督及司法监督方面,民事诉讼法和行政诉讼法将检察机关法律监督职能体现为按照再审程序提出抗诉,取消了民事案件的起诉权。而刑事诉讼法修改后,检察机关的法律监督职能更主要集中于刑事诉讼的侦查、起诉、审判、执行环节。

逮捕权、起诉权,还有诉讼活动的监督权。检察机关多项权力之间,涉及不同诉讼主体之间权能冲突问题,始终是学术界探讨的热点,至今也没形成一个相对统一的意见。而这些都阻碍了法律监督职能的发挥,如对公诉权和监督权主体内部冲突问题,检察机关的自我监督问题,以及“大检察”导致的“小审判”问题等。回顾近几年司法机关为回应实践要求,在现行法律框架内实施的一系列改革措施,很少会涉及司法体制改革的核心问题,很多改革也都因为过于表面和肤浅而没有取得预期效果。因此,要深化司法体制改革,就必须重新合理界定和配置司法机关内部以及司法机关与其他机关之间的权力体系。其中,检察机关的法律监督权因牵涉的具体权能最多,权力内容过于庞杂,受到了最为广泛的争议。尤其是几种为不同主体享有的权力共同联结到一种法律职能时,其间的冲突与协调就显得尤为重要。是各种权力在本质上绝对冲突而不可调和,还是欠缺协调机制而表象冲突,正确理解这个问题关系到我国法律监督职能改革的基本方向和具体的权力设置。

首先,就检察机关的公诉职能和法律监督权能之间,公诉权的职能属性本身就反映了法律监督的性质。刑事诉讼中检察机关进行法律监督的主要方式就是以公诉人的身份出庭控诉犯罪,实现刑事追诉并监督法院的审判活动。公诉权的法律监督性质是其内在属性,并不是属于和公诉权并列的一种职能。公诉权在与侦查权、审判权相互作用的过程中,具有控制侦查程序和审查侦查结果、启动行使审判程序和限定刑事审判范围的作用。这种作用从法治建设的角度看,就是维护法律的统一正确实施,具有法律监督的性质。^①这不会导致检察机关凌驾于审判机关之上,也没有违背审判中心和司法最终裁决原理,更不会形成检察权大于审判权的法律体制。强调检察官实行公诉,监督法院审判的主要任务不是妨碍司法独立,而是维护司法独立的一个重要方面。检察机关的这种控诉作用可以有效防止审判权超越法定范围而任意扩张侵犯公民的合法权利,从而体现着法律监督权能。

其次,在检察机关的公诉权、抗诉权与法院的审判权之间,不因法律监督关系的产生而存在实质冲突。许多学者对审判监督尤其是检察机关的审判监督权提出质疑,最初,贺卫方先生在《法学研究》以补白的方式进行了论证,随后赞同其主张的学者大多基于审判权的独立性和权威性,公诉权与辩护权平衡的观念,以及“请求者”、“求刑者”的下位权力与审判者的“上位权力”的关系

^① 孙谦:《检察:理念、制度与改革》,法律出版社2004年版,第433页。

对审判监督提出质疑。^①对此,我们认为,检察机关在履行审判监督职责时,要妥善处理作为监督者和检控者的角色定位问题,应当完全站在法律的立场,客观公正地处理检法关系,使检控机关和监督机关的角色获得统一,而不能单纯从代表国家的刑事原告角度履行职责。检察院在行使公诉权时对法院的审判监督,应当严格按照法律规定的范围、程序和方式进行,这种监督并不是凌驾于法院之上,直接或者间接对法院的活动进行干涉,而是主要通过诉讼方式对法院审判中出现的违法行为和错误裁判提出意见,请求上级法院予以纠正。此外,通过起诉或者抗诉来强化法律监督,注重庭审中对证据的收集与认定,将推动现有的发现案件真实模式向证明案件真实模式转变,有利于控辩双方展开真正的庭审对抗,从而有利于实现法官中立裁判,摆脱传统法官过于积极主动掌控案件的局面,建立真正的控辩对抗、居中裁判的诉讼格局。从这个意义上讲,发挥法律监督职能最直接和最有效的途径就是强化对审判的监督。正如罗伯斯比尔曾指出的那样:诉讼程序不过是法律对于法官弱点和私欲所采取的预防措施而已……明智的立法者知道,再没有人比法官更需要立法者进行仔细的监督了,因为权势的自豪感是最容易触发人的弱点的东西。^②

最后,在检察机关的监督权与法院的审判权之间不存在实质性冲突的前提下,监督过程就是各种职权协调与不断调整改进的过程。检察机关的检察权就是法律监督权,这在宪法规范中已经明确规定,各项具体的检察职能要落到实处,就需要完善立法,进一步健全检察机关在刑事诉讼、民事诉讼、行政诉讼以及有关执行程序中的具体监督程序,保证检察机关的一切监督活动都在法律规定的范围内进行,增强法律监督的可操作性。对于作为法律监督实施重要手段的各项具体权能,权能自身运作有问题的要及时进行修改,权能之间

① 其提出的具体理由大体为:(1)法院的审判具有司法的终局性,如果对法院审判的结果进行监督,就会破坏司法的终局性。(2)强化对法院审判活动的监督,其结果必然是弱化法院审判权行使的独立性,从而损害法院审判权的权威性,危及司法公正和社会正义。(3)在诉讼结构上,检察机关与被告人是诉讼的控辩双方,法院是居中的裁判者。如果认为检察机关是法律监督机关,兼具“公诉人”和“监督者”的双重身份,在诉讼中具有高于被告方的地位和权力,就会破坏控辩平等的现代司法理念,使控辩审三方的诉讼关系失去平衡,等等。参见谢佑平:“检察监督原则另论”,载《政治与法律》2002年第5期;景汉朝、卢子娟:“论民事审判监督程序之重构”,载《法学研究》1999年第1期;黄松有:“检察监督与审判独立”,载《法学研究》2000年第4期;陈卫东、郝银钟:“实然与应然:关于检察权是否属于司法权的随想”,载《法学》1999年第6期;陈瑞华:“司法权的性质——以刑事司法为范例的分析”,载《法学研究》2000年第5期;陈吉生:“论公诉权与法律监督权的独立行使”,载《政法论丛》1998年第1期。

② [法]罗伯斯比尔:《革命法制和审判》,赵涵舆译,商务印书馆1997年版,第30—31页。

存有冲突的要注意总体协调。只有不断在技术层面有限“小改”各种现实和隐藏中的权能冲突,检察机关的各种权能才会逐渐协调,从而使检察监督趋于良性运转,最终服务于监督的根本目的。

(四) 改革中忽略传统的复杂影响,过分强调沿循国外的模式进行变革,批判中国传统法律可能带来阻碍的同时,也忽略了其可能给予改革的支撑

中国现今的各种法律改革都是在批判和借鉴的基础上进行的,批判更多的是中国的传统和现状,而借鉴更多的是国外的思想和制度。与西方视传统为动力相反,我们在前进的道路上将历史与传统视为包袱。基于传统和国情建设的制度,中国诸多改革往往因不符合西方所谓的“标准”,不仅被西学的武器批判得体无完肤,更被一些简单的比较割裂得支离破碎。而这些同样表现在对检察权属性的认知和具体权能的确立上。以对俄罗斯检察改革现状的比较分析为例,之所以要研究俄罗斯检察权改革的原因、背景、内容、过程和实施结果,是因为学界普遍认为我国的检察制度就是依照列宁的法律监督理论,仿照前苏联检察制度建立的。俄罗斯检察制度淡化监督职能的发展趋势,也作为质疑我国检察机关法律监督属性的一个方面。这种质疑甚至扩大到法律监督职能最初设立的合理性和有效性。

而实际上,俄罗斯检察权的改革发展进程,从一定意义上更加说明宪政体制下我国检察机关只能以法律监督为其本质属性并确立具体权能,而其对我国改革的借鉴意义则主要集中在改革的进度和具体权力的协调方面。因为俄罗斯检察机关弱化监督职能,最主要的原因是其“三权分立”宪政体制的确立。在“三权分立”模式下,法律监督权失去了存在的根本,也就是失去了其存在的前提和基础。而我国实行“议行合一”,就我国检察权设置的目的而言,它明显具有分权与制衡性质,无论是有限职务犯罪侦查权,还是公诉权、抗诉权、刑罚监督权等,作为专门法律监督机关的检察院,由于与政府机关彻底分离,体制上已不存在检察权附属行政权的问题,同时又与审判权相分离,使得其从外部制约行政权、审判权成为可能,进而实现既能有效地保护国家与社会公共利益,又能保障国家法制统一,监督法律的实施。所以,在我国的社会政治经济条件下,检察权的监督属性不仅不能弱化,反而应当予以加强和完善。我们应该理性、正确地看待法律监督权的属性与权能,它是特色化的制度,而不是边缘化的产物,不能简单地以其他国家检察机关没有或者变革、削弱法律监督权能为理由,对中国检察权力进行重新定位和分配,甚至从根本上否定检察机关

的法律监督属性。

如今有关检察权属性与职能的争论还在继续,而改革的视角也大多集中在对国外相关制度的评析和借鉴上。在以西学为“药石”,以现实为“病患”的改革方法下,以西方为标准衡量中国的法律监督,在研究之始已经预设了西方方法的合理,其结论也自然是将西方法中有,而中国法中无的,视为中国法的缺陷,而将中国法中有,西方法中无的,视为中国法的繁琐、保守和落后。不同于西方,我国检察制度的建设显得更加步履蹒跚,人们很少关注这一制度尴尬运行的历史原因,总是疏于制度建设之所以陷入困境的传统性分析,即法律监督职能现实运行在传统中的制约点和支撑点。寻找到制约点,才可以有的放矢进行改革去除顽疾;而寻找到支撑点,才可能为现行改革注入实践保障,才可能较好的贯彻执行具体的法律规定。

二、围绕“制约点”和“支撑点”的思考

真正的监督必须源自监督主体与监督对象的平等地位。因为只有地位平等才能形成真正的制约,即所谓的权力制约权力。我国目前的法律监督体系基本上可分为两大类型:即权力对权力的监督和权利对权力的监督,这大致可对应为国家监督和社会监督。其中,权利对权力的监督因权利的自身特点决定了这种监督具有分散性和非即时性,因而很难形成真正能够制约权力的力量,可以说,用权利来监督权力本身就是一种角色错位,很难从根本上形成一种持久的、系统的制约力量。因此,法律监督的根本出路就在于权力对权力的监督。而我国传统中虽然存在权力制约观念,并建立了看似完备的制度保障,但历史上的统治,尤其是皇权至上的专制统治本质是排斥监督的,不可能实现同位监督或自下而上的监督,只能是“行政权力系统”内自上而下的监督,是一种形式上的监督,是权力超强化的一种再分配而已。这种监督与现在强调检察机关的实质监督是有着本质区别的,成为检察机关法律监督职能发挥的制约点。

要充分认识这个制约点,可以从古代监察制度,尤其是御史制度的发展及功用展开分析。中国封建监察制度包括御史纠弹制度和谏官言谏制度,而监察官员的主干则是御史系统。我国较早设立监察制度的是秦代。随着中央集权的君主专制制度的确立,原先在君主左右“掌赞书而授法令”^①的御史发展

^① (唐)杜佑:《通典》卷二十四,职官六。

成为兼司纠察之任的监察官吏。《文献通考·职官考七·御史台》中就说,“御史”“至秦汉为纠察之任”。说明在秦代时,中国就已经开始设立监察制度。综观秦以后历代沿置的监察机构,尽管其名称和内部组织机构不断变化,但封建帝王都将监察奉为治国治吏的圭臬,努力使监察体系自成系统,独立行使纠察弹劾职权,从而使监察官不受或少受其他部门的干扰,更加有效地行使职权。历代封建统治者为了充分发挥监察机关对百官的威慑制约作用,赋予了监察官广泛而充分的权力,如弹劾权、谏净权、审计权和司法权等。其中,司法权包括司法监察权和司法审判权,前者自秦汉御史就有这种权力,而后者到南朝陈时始有之。陈时建立朝廷重官会审制度,御史中丞也参与司法审判。后为唐所继承,唐时建立三司会审制,即刑部、大理寺和御史台三者共同审理案件,称“三司推事”。到清时,除沿用“三司”制外,如遇重大案件,则实行九卿会审制,即刑部、大理寺、都察院会同吏、户、礼、兵、工部和通政司的官员共同审理。可以说,古代御史既是监察官又是司法官,主要职责是防止冤假错案的发生,防止官吏贪污腐化,影响统治者的统治利益。因为皇权不能让渡,亦不能分割,因此,历代权力牵制虽有积极作用,但作用也是极其有限的。

通过对传统御史制度的研究可以看出,一方面,监督主体与监督对象地位不对称会弱化监督效果;另一方面,“小权力”在一定条件下也可以制约“大权力”。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惩治保障措施的完备。御史制度在汉代得到加强。御史在汉代最高可以做到副丞相,已经是很高的级别了,有时候可以代皇帝起草诏书、命令等,所以地位相当特殊。汉代御史权力一度甚至超过丞相,这个问题很值得研究。从汉代监察制度经验来看,值得注意的是刺史制度建立。刺史跟一般的御史不一样,他不干别的事,就做单纯的监察官;他的官俸比较少,只有六百石,但是他可以对二千石的郡守进行弹劾。级别低的官吏之所以能够监督并治罪于级别高的官吏,最重要的就是其享有的宽泛权力,其中处置权最具威慑力,它允许御史在特殊情况下从事先行后奏,“随事处置”。如明清御史纠劾文武百官,凡六品以下贪酷显著者即便拿问。此外还有监试权、监军权、调查权等。其权力广泛,为世界监察史所罕有。可以说,封建帝王为加强对中央和地方各级机构的监控,有效防范、制止官吏违法乱纪行为的发生,都给予监察官很大的权力,便于监察功效的发挥。由此可知,我国现行检察机关法律监督的焦点不应集中在权力级别高低的合理化证成上,而应该是对具体权力做特殊化处理。其具体职能在充分协调的基础上,不仅不是弱化,而应是强化,才可能实现其监督职

能。否则,其权力只能是空、大、虚,不利于具体权能的实践运作。

此外,值得注意的是,中国传统礼制人法的影响同样作用于现今检察制度改革中。在传统社会中,人们对法律的评价,不只看法律自身的完善与否,还要看立法之人的品行、才能。在设立监督体制过程中,人们一方面注重对制度本身运作的监督,另一方面同样注重对执法之人的监督,而对人的监督则在强调外部强制的同时,更加强调官吏个人三省其身似的内在监督。汉承秦制,自萧何做律九章,实际上汉律与秦律已经没有了太大的区别。但后人却以《九章律》为宗,以秦法为戒。对秦法与汉法大相径庭的评价,实际上包含着对立法人爱憎褒贬的情感成分。人们对法律裁决的信服与否,同样也不只局限于用法的准确与否,还要看法治人的自我表率作用如何。因此,道德品行作为由上而下考核官吏的重要尺度,也是老百姓由下而上评价清官御史的一个重要方面。若执法人其身不正,用法再准确,也不会使人心信服;执法之人“其身正”,百姓便会弃恶从善,违法者也甘愿接受法律的惩处。而这些传统一方面警示我们要建成法律监督职能,必须加强检察人员的法律综合素养,同时也警示我们法律监督过程中,面临最终目标一致,同样是服务于人民的“权力机构”——公安司法机关,其监督之路可能更加困难。

有权力就必然有监督,监督功能一定要作为独立的权力加以规范并保障。1906年孙中山先生在日本东京《民报》创刊周年庆祝大会上发表演讲,其不主张在中国搞三权分立,而是主张“五权”,把监察、考试这两个权力独立出来。他说这个监察制度是中国历史上固有的,而西方没有,应该把它加大,从而实现“权能分立”。在现代,我国没有通过明确分权的宪政体制来强调权力制衡,法律监督权只能由检察机关来行使,并应通过各项权力的良性运转或实至名归而予以强化。这是因为检察权本身具有非实质意义上的实体处分权这一程序性特征,普遍诉讼监督对权力行使主体专业素质的要求,使得经常性具体监督任务的承担,只有检察机关最适宜,也最符合法治国家法律职业化的要求。同时,作为前连侦查,后接审判的诉讼中间环节,检察机关行使法律监督权,有利于及时发现侦查中可能出现的违法行为,并及时加以纠正,同时对于法庭审判可能产生的错误,通过强有力的抗诉提起最终促使其进行纠正。因此,有着强大监督传统的历史警示我们,检察制度的改革在借鉴吸收别国先进经验的同时,应力求克服传统法可能带来的阻碍,并积极寻求传统法中的动力支撑,否则,最终改革很容易迷失方向,陷入困境。