

行政执法与刑事执法 | 衔接机制论要 |

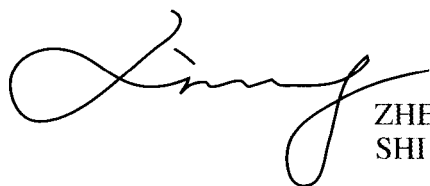


ZHENG ZHIFA
SHI ZHIFA

刘远王大海
主编

中国检察出版社

行政执法与刑事执法 | 衔接机制论要 |



ZHENG ZHIFA
SHI ZHIFA

刘远王大海 主编

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

行政执法与刑事执法衔接机制论要/刘远, 王大海主编.

北京: 中国检察出版社, 2006

ISBN 7-80185-547-7

I. 行… II. ①刘… ②王… III. ①行政执法—研究—
中国 ②刑事诉讼—执行(法律)—研究—中国 IV. D925

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 011930 号

行政执法与刑事执法衔接机制论要

刘远 王大海 主编

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)68658769(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 北京鑫海金澳胶印有限公司

开 本: A5

印 张: 11.75 印张

字 数: 327 千字

版 次: 2006 年 4 月第一版 2006 年 4 月第一次印刷

书 号: ISBN 7-80185-547-7/D·1522

定 价: 25.00 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

山东大学刑事司法与刑事政策研究中心文丛(2)

《行政执法与刑事执法衔接机制论要》

编 委 会

主 编	刘 远	王大海		
副主编	胡常龙	王中开		
编辑部	汪 雷	赵 玮	杜 娟	
	葛 进	范 真	鲁晨生	

前 言

加强行政执法与刑事执法衔接机制建设,是强化法律监督、维护公平正义这一当前全国检察工作主题的应有之义。为了从理论与实践相结合的层面上为国家的行政执法与刑事执法衔接机制的完善献计献策,山东大学刑事司法与刑事政策研究中心同山东省即墨市人民检察院携手合作,于2005年11月5日至6日,联袂举办了“行政执法与刑事执法衔接机制理论研讨会”。来自最高人民检察院、最高人民法院、山东省人民检察院、山东省高级人民法院、青岛市人民检察院、青岛市中级人民法院、青岛市公安局、青岛市人民政府法制办公室、即墨市人民检察院、山东德衡律师事务所、福州海关、中南财经政法大学法学院、山东大学法学院等单位的领导、专家、学者共30多人参加了研讨会,大多数与会者提交了论文。经过两天热烈的讨论,会议取得了较多的共识,达到了预期的效果。

为了反映此次会议所取得的研究成果,同更多的关心我国行政执法与刑事执法衔接机制建设的人士进行交流、切磋,作为此次研讨会的主办者,我们感到有必要将会议收到的论文汇集成册,编辑出版。同时,为了践行山东大学刑事司法与刑事政策研究中心为国家司法实践服务的宗旨,我们在出版这部论文集时将其纳入“山东大学刑事司法与刑事政策研究中心文丛”。

在这部论文集中,大多数论文探讨的是“衔接机制”本身,但也有少数论文探讨的是检察权的性质、徇私舞弊不移交刑事案件罪、政务公开等问题。考虑到这些问题也是“衔接机制”框架下的重要问题,我们将这部论文集定名为“行政执法与刑事执法衔

接机制论要”。为了增加这部论文集的美感，我们在征得作者同意之后对个别论文的内容作了增删，对个别论文的题目作了修改。其他一些常规性编辑工作无须赘言。需要说明的是，有的论文在题目中使用了“刑事司法”而不是“刑事执法”的概念，从如实反映作者观点的目的出发，我们保持了原貌。应当说，这部论文集所涉及的具体内容是比较广泛的，所以在论文排序问题上我们未作刻意的安排，这或许是有待进一步考量之处吧。

希望这部论文集的出版能够为健全我国的行政执法与刑事执法衔接机制尽绵薄之力。

山东大学刑事司法与刑事政策研究中心
山东省即墨市人民检察院
2005 年岁末

目 录

试论检察权的性质	魏军政 张学武 (1)
行政执法与刑事执法衔接	
机制改革初探	刘 远 赵 玮 (19)
行政执法与刑事执法衔接	
机制实证分析	刘 远 赵 玮 (32)
行政执法与刑事执法衔接机制的理性思考	
——以检察监督权为视角	王大海 (52)
论行政执法与刑事司法的衔接	周玉华 刘玉安 (65)
浅议行政执法与刑事执法衔接机制的	
完善	吕雪松 浦爱华 (78)
行政执法的检察监督研究	周长军 王海平 (88)
论刑事案件行政化处理的法律救济	胡常龙 (100)
行政执法检察监督论纲	柳忠卫 鲁晨生 (114)
浅议行政执法与刑事执法	
衔接机制之问题及对策	田孝民 王靖华 (129)
行政执法与刑事执法主体“一体化”之思考	童德华 (139)
行政执法与刑事执法衔接机制初探	王中开 鲁晨生 (152)
行政执法与刑事执法衔接机制探微	汪 雷 (161)
行政执法与刑事执法衔接机制之建构	王臣良 赵 玮 (172)
论“行政执法机关移送刑事案件”的若干问题	王金龙 (182)
完善行政执法与刑事执法衔接机制的	
几点立法建议	宋献晖 (193)

完善行政执法与刑事执法衔接机制的

层次化思考 杜娟 (206)

论行政执法与刑事司法衔接机制的现状、

问题及对策 聂洪勇 (221)

行政执法与刑事执法衔接机制的现状、

成因和对策 张兵 鲁晨生 (233)

“衔接机制”对刑事诉讼制度改革的要求

——以职务犯罪的侦查为视角 齐永超 (245)

检察机关“督促执法权”之提倡 刘庆伟 (261)

对规范行政执法的思考

——兼谈行政执法与刑事执法的衔接 ... 田荔枝 王文芳 (271)

“信息共享”与“信息公开”

——由构建衔接机制引发的思考 刘军 (281)

行政处罚与刑罚折抵研究

——以一事不再罚原则为视角 冯殿美 侯艳芳 (291)

关于检察机关对行政执法监督的几点思考 鞠立梅 (300)

行政执法与刑事执法衔接机制之进路 汪雷 (309)

徇私舞弊不移交刑事案件罪

若干问题探究 于改之 吴玉萍 (326)

徇私舞弊不移交刑事案件罪的主体问题研究 范真 (338)

徇私舞弊不移交刑事案件罪相关问题研究 钱静 (348)

“徇私舞弊不移交刑事案件罪重构论”之反思 葛进 (357)

附 录

从强化监督入手 加强行政刑事执法衔接 刘金林 (369)

试论检察权的性质

魏军政* 张学武**

强化法律监督,有利于维护国家法制统一,保障社会公平和正义的实现。学者指出:“如何强化法律监督,则是检察改革所要研究的核心问题。”^①因而厘清法律监督权也就成为检察改革要解决的首要问题。本文认为法律监督权是检察权的本质属性,是一项独立的权力;并力图从法律监督权的历史源流、思想渊源、宪政基础与现实需求四个角度对检察权进行深入探究。

一、法律监督权——检察权性质的现实定位

(一) 法律监督的语境分析

首先要对“监督”一词进行语言分析。“监督”一词的含义与一国的政治环境和文化传统有着密切联系。在现代汉语中,“监督”的基本含义是指“察看并督促”。^②其内在含有上对下的监督与制约,后来其含义逐渐得到扩展,形成了上对下、下对上、横向之间、外部对内部等形式的监督与制约。而在英美法律中,很少使用“监督”的用语,因为无论是“superintend”还是“supervise”都具有上对下进行控制的含义,这些词语既指监督,也指指挥、主

* 山东大学法学院刑法专业硕士研究生。

** 山东省人民检察院助理检察员。

① 张智辉:《检察改革宏观问题研究》,载《人民检察》2005年第4期。

② 《现代汉语词典》(2002年增补本),商务印书馆2002年版,第614页。

管、控制。特别是在“三权分立”的理念与制度支撑下，人们比较忌讳这种作为上位权力的监督，而习惯于使用“checks and balances”即制约与平衡，意指“区分立法权、行政权与司法权，并寻求保证三权中任何一方的任何错用或滥用都将受到其他一个或两个方面的制约与均衡的政府原则”。^①

本文所指监督是平等权力间的权力监督与制约，是一种横向的监督。在含义上与英美法系国家所使用的“checks and balances”即制约与平衡相近，但所涉及的权力不同。在中国的语境下，这些权力是指行政权、审判权与检察权，而在英美法系的语境下则指立法权、行政权与司法权。所以，在中国的语境下，法律监督是指享有法律监督权的主体——检察机关按照法定的程序，依法对人民法院进行的能够产生法律后果并由国家强制力保证实现的监督。

（二）检察权性质诸学说介评

学界关于检察权的性质，主要有以下几种观点：

（1）行政权说。^②认为检察权属于行政权。（2）司法权说。^③该观点为学界多数学者的观点，检察官与法官“同质但不同职”，宪法上的司法机关包括检察机关与审判机关二者。其基本论据是检察权与审判权的“接近度”以及检察官与法官的“近似性”。（3）双重属性说。^④认为检察权源于行政权，又与司法权结合，说它是具有行政和司法双重特性的权力更符合实际。（4）法律监督说。^⑤主张检察权既不属于司法权，也不属于行政权，而是独立的法律监督权。近来又出现了双层属性说、多层属性说、多元属性说等几种主张，而这些观点主要是对前述四种观点不同程度的组合或

① 《牛津法律大辞典》，光明日报出版社1988年版，第154页。

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

③ 同②。

④ 同②。

⑤ 参见谢鹏程：《检察权的性质》，载《法学》2000年第2期。

折衷。

笔者认为,检察权的性质是法律监督权。法律监督权是一种独立的权力,是我国“二级四权结构”宪政体制下的“第四种权力”。

1. 检察权的本质属性不是行政权。首先,行政权是一种实体性权力,检察权是一种程序性权力。行政权对当事人的实体权利义务作出配置,这种权力一经实施,就会发生实体的效力。从检察权的行使方式、步骤看,检察权具有程序性,即检察机关实行法律监督权必须遵循法定的程序,同时监督的效力也主要是启动相应的司法程序。法律监督职能中除了较小一部分消极处分权(如撤案、不起诉等处分)外,一般不具有实体性的处分权,更没有行政处分权和实体裁决权。正是因为法律监督职能的这种程序审查和程序启动功能,使它与国家的其他职能形成一定的监督制约关系,而且这种监督制约关系不具有凌驾于行政、审判等国家职能之上的可能性。其次,行政权具有可转授性,检察权具有专属性。行政权在行使主体方面,可以通过行政授权、委托授权给非政府人员行使。检察权具有很强的法律性和专业性,一经行使便可能对相对人的人身自由等权利造成影响,因此必须依照法定程序由专门机关专门人员行使,不得转授。从检察权的享有和行使主体看,具有专属性,即法律监督权专属于检察机关。《中华人民共和国宪法》第129条及《中华人民共和国人民检察院组织法》规定,检察机关是国家的法律监督机关。《中华人民共和国宪法》第131条规定:“人民检察院依照法律规定独立行使检察权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”从此条规定看,法律监督权只能由检察机关行使,其他任何机关不得行使;检察机关行使法律监督权不受行政机关的干预,更不受社会团体和个人干涉。检察权的专属性,主要表现为监督主体的专门性和手段的专门性。监督主体的专门性,强调的是法律监督机关只能是检察机关而不是其他机关,这是宪法第129条的明确规定。监督手段的专门性,根据人民检察院组织法、刑事诉讼法、民事诉讼法和行政诉讼法等法律的规定,检察机关的监督手段

包括对职务犯罪进行立案侦查、批准逮捕、提起公诉、对公安机关的立案侦查活动实施监督、对法院的裁判提出抗诉等。这些手段是其他任何国家机关所不具有的,也是保障检察机关法律监督权的行使所必需的专门的手段。最后,行政权的价值取向具有效率优先性,检察权的价值取向具有公平优先性。行政执法贵在神速,检察监督贵在公正。

2. 检察权的本质属性不是司法权。在我国,何为“司法权”尚未达成共识。主要有三种观点:狭义说认为司法权就是审判权;广义说认为司法权包括审判权和检察权;最广义说认为司法权包括侦查、检察、审判和执行权。检察权显然不是狭义上的司法权。首先,检察权不具有终结性。司法权实质上是一种裁判权,司法权的终结性表示司法权是国家对任何社会冲突所作出的一种最终的、最权威的裁判权。而检察权并不具有这种特性。其次,检察权不具有被动性。检察权中,侦查权、公诉权的行使是代表国家对犯罪进行主动追诉,具有明显的主动性。将检察权定位为广义或最广义上的司法权亦未揭示出检察权的本质属性。把检察权作为司法权的组成部分,最多只能反映检察权同审判权之间的共性,而不能反映检察权所具有的与其他权力区别开来的特性,无助于对检察权本质属性的认识,无助于检察制度的科学设计。

3. 双重、双层、多层、多元属性说没有揭示检察权的本质。如上所述,行政权是一种主动性的实体权力,司法权是一种被动性的实体权力,而检察权是一种主动性的程序权力。因此,检察权不能简单地归入行政权或司法权。于是,双重属性说认为,检察权是具有行政和司法双重属性的权力。与这种表述相类似,有学者认为检察权是带有行政权性质的司法权,或者是带有司法权性质的行政权。^①这其实是采取了回避的态度,并没有回答检察权的性质,在逻辑上也是经不起推敲的。行政权与司法权的划分是明确的,相互

^① 孙谦、樊崇义、杨金华主编:《司法改革报告——检察改革·检察理论与实践专家对话录》,法律出版社2002年版,第128页。

之间没有交叉,同时具备二者性质的事物是不存在的。检察权要么是行政权,要么是司法权,要么既不是行政权也不是司法权,而不能既是行政权又是司法权。因此,正确的表述应是:检察权与行政权有一些共同点,与司法权也有一些共同点,但检察权在本质上是不同于行政权、司法权的一种独立的权力。这正如两个氢原子与一个氧原子结合,组成水分子。双层属性说已经指出了法律监督是检察权的本质属性,但又抓住“司法性、行政性是检察权兼有的属性”不放,模糊了检察权的性质。而多层、多元属性说则太注重“相对合理性”,犯了与双重属性说同样的逻辑错误,让人摸不透检察权性质到底是什么。

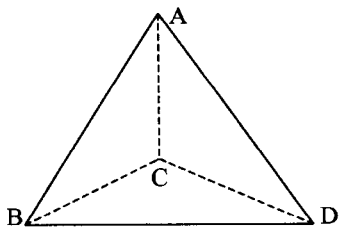
(三) 检察权性质之界定

笔者认为,检察权是独立于立法权、行政权和审判权之外的“第四种权力”,即法律监督权,法律监督权是检察权的本质属性。分权制约是现代法治的核心。但是“法治国家的形成,都具有其不可复制的历史和文化特性”。^①分权形式不同,分权制约的模式也不同。西方国家的立法权、行政权和司法权实行“三权分立制衡”。在我们实行议行合一的宪政体制下,国家权力统一由人民代表大会行使。在国家权力机关人民代表大会下,设立三个机关,即行政机关、审判机关和法律监督机关,分别行使国家行政权、审判权和法律监督权。“在我国这种宪政体制下,无论是从宪法的刚性规定看,还是从权力运作的实际情况看,检察权在中国都是作为一种独立的国家权力即法律监督权存在的”。“它既不同于行政权,又不同于司法权,而成为国家权力分类中一种独立的权力。如图一所示,A角代表人大行使的权力,B角代表行政权,C角代表检察权,D角代表审判权。”^②笔者认为,在我国宪政体制下,分权模

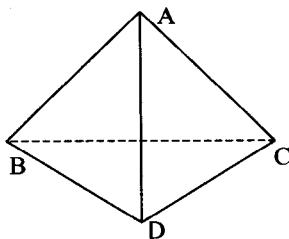
^① 张文显著:《法哲学范畴研究》,中国政法大学出版社2001年版,第158页。

^② 孙谦著:《检察:理念、制度与改革》,法律出版社2004年版,第425~426页。

式是“二级四权”结构：第一级是全国人民代表大会，代表全国人民行使最高权力——立法权；第二级是政府、法院和法律监督机关，分别行使行政权、审判权和法律监督权。在此模式下，行政权、审判权和法律监督权之间形成三权的分立与制约。图一如果改成图二，A角代表人大行使的权力，B角代表行政权，C角代表审判权，D角代表检察权。从视觉效果上看，则更能体现检察权的独立性，凸显其对行政权与审判权的监督与制约。在视觉效果上，图一把检察权的法律监督权本质隐身于幕后。而强调法律监督权之独立性就是要把它从幕后推向前台。这同时要求检察机关自身认识到其行使的权力本质是法律监督权，而不能依附于行政权或审判权，否则，就意味着“飞蛾扑火，自取灭亡”。



图一



图二

法律监督权的独立性表明它既不属于行政权，也不属于审判权。如果不把其与后二者区分开来就无法实现监督，无距离即无监督。从法律监督权的职能行使来看，首先，它是对行政权的侵分。从世界范围看，大多数国家的公诉权是由政府行使的；同时由于现代生活的复杂性，行政权日益扩张，传统上属于行政权的公诉权，由一个独立于行政权之外的机关来独立行使，这是对行政权的分权。其次，法律监督权的行使是对司法权的侵分，就是对传统意义上的司法权的分权。狭义上的司法权就是审判权，但即使是以现代西方的实践看也不是绝对的。例如美国，其三权分立中的司法权指的就是法院的审判权，但美国《司法法》又明确把法院的机构、人事和司法部的机构、职能规定在一起。因此，它也有一个广义的司法权。检察权对司法权的侵分除了其最初的控审分离之外，以现

代的司法权看,也包含了审前刑事调查控制权。检察权对司法权的侵分,有利于制约司法权的滥用。

如上述,法律监督权、行政权、审判权三者都是平等的权力,三者间形成分权与制约的关系。但是,法律监督权要在实践中得以实现,则必须落实到检察机关的具体诉讼职能上。也就是说,法律监督权和检察权是一体的,检察权是法律监督权的具体体现和表现形式,法律监督权是检察权的本质属性,二者是“一体两面”的关系。

二、法律监督权的历史源流考察

(一) 西方国家的法律监督权考察

由于各国政治、经济、文化的差异,法律监督权在产生的时间、方式和内容等方面存在一定的区别。

有关法律监督权的规定最早出现在公元前9世纪希腊城邦国家斯巴达,其名称为检察官。任务是监察国王的违法行为及普通公民的违法情况。从职权上看,检察官具有一定的法律监督权。^①

在西方,现代检察监督制度萌芽于中世纪的法国。12世纪的法国,地主权力很大,国王为了维护王室利益,设置“国王代理人”,“在代理国王处理私人事务的同时,还负有在地主、领主的土地上监督国王的法律实施的职责。这种国王代理人,即后世的检察官,从这个意义上讲,在法国,检察官自产生之日起就承担类似今天的法律监督职能”。^②14世纪的法国,将国王诉讼代理人称为检察官,一方面以国家公诉人的身份对犯罪进行侦查起诉,参加法院的审判讯问,另一方面代表国王对地方行政当局进行监督。现代检察官制度是法国大革命的产物,是1789年作为“革命之子”产生的,到1804年拿破仑刑法典获得定型,然后随着拿破仑的东征

^① 参见洪浩著:《检察权论》,武汉大学出版社2001年版,第120页。

^② 宋英辉、陈永生:《英美法系、大陆法系国家检察机关之比较》,载孙谦主编:《检察论从》(第1卷),法律出版社2000年版,第552页。

西讨，在欧洲大陆传播开来。到了德国，它又结合德国的传统，有所发挥。

日本在明治时期，先师从法国，后又效仿德国，建立了现代意义上的检察制度。英国虽然较早地出现“总检察长”、“检察官”、“国家检察机关”，但由于英国长期奉行私人追诉的原理，历史上没有产生现代意义上的履行公诉职能的检察官制度。其现在的检察官制度是1985年通过《犯罪起诉法》而确立的。^① 美国的检察官制度也是在学习法国的基础上确立的。

从它诞生开始，检察制度实际上就是和司法权相剥离的，首先，检察官的前身是国王代理人（律师、法律顾问），而国王代理人在代理国王处理私人事务的同时，还负有监督国王统一实施法律、监督地方行政权的使命。尤其是在封建割据时代，这一使命的意义尤为明显。法国的国王代理人被称为“国王的耳目”就是明证。其次，检察制度的产生促成了追诉权和审判权的分离，限制了司法专横，从而形成对审判权的监督和制约。封建社会纠问式诉讼下的审判机关集侦查、控诉和审判于一身，法官是“恐怖的法官”，可以在没有任何人起诉的情况下，任意对公民实施秘密侦查、刑讯逼供、审判并执行判决，“个人的权利被牺牲得一干二净”。^② “其严重错误在于将追究犯罪的任务交给法官，从而使法官与当事人合为一体。……被控人面对具备法官绝对权力的追诉人，束手无助。对纠问程序适用的谚语是：‘控告人如果成为法官，就需要上帝作为律师。’”^③ 而检察官的产生，标志着法官集权专断史的终结，不告而理的“全能法院”转变为不告不理的“裁判法

① 参见陈国庆、石献智：《检察制度起源辨析》，载《人民检察》2005年第5期。

② [法]卡斯东·斯特法尼著，罗结珍译：《法国刑事诉讼法精义》，中国政法大学出版社1998年版，第82页。

③ [德]拉德布鲁赫著，米健、朱林译：《法学导论》，中国大百科全书出版社1997年版，第121页。

院”。此外，检察官的出现形成对警察权的有力制约。如果警察权不受制约，公民的合法权利就会受到严重威胁，整个国家就会沦为“警察国家”。检察官一方面通过对警察侦查的直接指挥或监督对警察权进行制约，一方面通过审查起诉对警察权进行制约——英国1985年《犯罪起诉法》将警察的起诉权收归检察机关就是基于此种考虑。因此，检察权从诞生之日起，就成为维护法律统一、防止行政（包括警察）和司法专断、保障人权、实现公正司法的中坚力量。监督性是检察权与生俱来的品格。

（二）前苏联的法律监督权的考察

前苏联的法律监督权虽然是在“十月革命”后根据列宁关于法律监督的理论而确立的，但在检察制度的框架和理念上又受到德国的影响。列宁的法律监督权理论主要反映在《论“双重”领导和法制》、《怎样改组工农检察院》、《宁肯少些，但要好些》等重要著作中。1918年“十月革命”胜利后，为保证法律得到执行，列宁强调：“第一，对法律的实行加以监督。第二，对不执行法律的加以惩办”。检察长的惟一职权即监视整个共和国对法律有真正一致的了解，不管任何地方和差别。检察长的惟一职权是把案件提交到法院判决。1921年，列宁又说：“检察机关和任何行政机关不同，它丝毫没有行政权，对任何行政问题都没有表决权。”^①1922年，苏俄在建立社会主义检察机关、颁发《检察监督条例》时，规定检察机关是“国家法制监督的机关、是法律的维护者”，是“国家的眼睛”。1937年前苏联正式颁布的《检察院组织法》中规定得更清楚。该法所规定的检察长监督，即“最高监督”共分为一般监督和执法监督两类，其中就把提起并支持公诉作为对法院审理案件进行执法监督的一项职权来规定的。我国的检察制度的起源之一就是前苏联的检察制度，经过了本土化的改造，中国的检

^① 《列宁全集》（第43卷），人民出版社1987年版，第195页。