

ISSN 1002-896X

CN 11-1162/D

法学研究

CASS JOURNAL OF LAW

6

2003

中国社会科学院法学研究所 主办

《法学研究》主 编 梁慧星

副主编 张广兴 张志铭

责任编辑 张少瑜 庄 立 谢海定 冉 昊 范亚峰 熊秋红

《法学研究》系中国社会科学院法学研究所主办的法学理论双月刊。前身为中国政治法律学会于1954年创办、1966年停刊的《政法研究》，1979年复刊改为现名。由《法学研究》编辑部编辑，法学研究杂志社出版，每逢单月23日出刊。国内总发行：北京市报刊发行局，全国各地邮局均可订阅（刊号：CN 11—1162/D 代号：2—528）。国外发行人：中国国际图书贸易总公司（北京399信箱），国外代号：Bm164。

本刊编辑部地址：北京市东城区沙滩北街15号 邮政编码：100720 联系电话：010—64035471

E-mail: Fxyj @ law . cass . net . cn

《法学研究》欢迎海内外来稿。来稿请以书面方式寄本刊编辑部。本刊所刊载文章中的观点均属于作者个人，并不必然反映编辑部或其他机构、个人的观点。本刊版权属于法学研究杂志社所有；本刊所载文章，均已由其作者授与自发表之日起一年的专有使用权，任何转载、摘登、翻译或结集出版均须事先得到法学研究杂志社的书面许可。

CASS Journal of Law, formerly *Studies in Law*, is published six times a year in Beijing, China by Institute of Law, Chinese Academy of Social Sciences (CASS), under the auspices of CASS.

CASS Journal of Law invites the submission of manuscripts in Chinese. All correspondences should be sent to:

Editorial Office

CASS Journal of Law

15 Shatan Beijie

Beijing 100720, China

For overseas subscriptions, please contact China International Book Trading Corporation (*Guoji Shudian*), P.O. Box 399, Beijing 100044, China

ISSN 1002—896X

法学研究杂志社 总编辑 夏 勇

出版期刊 《法学研究》

《环球法律评论》

China Law Review

社 长 张广兴

地 址：北京市东城区沙滩北街15号

电 话：010—64035471

邮 编：100720

E-mail fxyjzs @ law . cass . net . cn

Website <http://www.iolaw.org.cn>

法学研究

(双月刊)

中国的检察改革..... 孙 谦 (3)

中国依法治国的渐进性 郝铁川 (26)

法律经济学中的个人主义和主观主义
——方法论视角的解读与反思
..... 丁以升 张玉堂 (42)

论人格权请求权..... 杨立新 袁雪石 (57)

外资收购企业国有股的法律问题 吴志攀 (76)

我国养老保险的历史债务问题..... 刘翠霄 (87)

社会危害性与刑事违法性的矛盾
及其解决 赵秉志 陈志军(106)

国际刑事法院管辖权的性质 陈泽宪(121)

武力打击国际恐怖主义的合法性问题
..... 余敏友 孙立文 汪自勇 李伯军(129)

清代黔东南新辟苗疆六厅地区的法律
控制 周相卿(148)

简 讯 (41、120、160)

《法学研究》第二十五卷(2003年)总目录 (159)

封面题字:吴应武

印刷:北京中加印刷有限公司

CASS JOURNAL OF LAW

(Bimonthly)

Vol.25, No.6, November 2003

CONTENTS

- On the Prosecution Reform in China *Sun Qian* (3)
- The Gradualism of the Law Rule in China *Hao Tiechuan* (26)
- The Individualism and Subjectivism in the Legal Economics *Ding Yisheng, ect* (42)
- On the Claim of the Personality Right *Yang Lixin, ect* (57)
- The Legal Issues in the Transaction of State-Owned Stocks in the Enterprises From
Government to Foreign Capital *Wu Zhipan* (76)
- The Historical Obligation of Chinese Endowment Insurance *Liu Cuixiao* (87)
- The Contradiction Between the Nature of Social Harm and the
Nature of Criminal Transgression and Its Solution *Zhao Bingzhi, ect* (106)
- The Nature of the Jurisdiction of the International Criminal Court *Chen Zexian* (121)
- The Legitimacy of the Force Used to Fight the International Terrorism
..... *Yu Minyou, ect* (129)
- The Legal Control of the Liuting District of the Miao Nationality in the South-East
Guizhou Province in Qing Dynasty *Zhou Xiangqing* (148)

中国的检察改革

孙 谦

内容提要:在建设社会主义法治国家的进程中,中国检察制度的宪政地位和法治价值是一个需要认真思考的问题。中国的检察权是法律监督权。检察机关的法律监督权具有法律性、程序性和事后性等特点,是对法律统一实施的最低限度标准的保障手段。中国检察制度的形成和发展有其独特的历史与现实基础,并且在法律理念和制度建构方面与欧洲大陆法国家检察制度具有较多的相通之处。司法改革中,应当立足于国家法治建设的全局和现实需要,进一步发展和落实检察机关的法律监督制度。为此,以检察权的拓展、约减和制约为中心,科学合理地配置检察权,以及改革检察官管理制度等内容应当成为中国检察制度改革的重要内容。

关键词:检察改革 法律监督权 检察制度

20年来,中国的社会结构、经济形态乃至文化形态都发生了深刻的变化和转型。随着依法治国方略的确定,法律和司法制度的改革和发展成为关系到国家和社会发展的重大问题。在围绕着司法改革和建设社会主义法治国家的讨论中,人们对审判制度给予了相当的关注,而作为现代司法制度重要构成部分的检察制度却不同程度地被边缘化了。在对作为现代司法制度之核心的司法独立原则与制度建构的探究中,一些观点把中国检察制度的局部问题放大了,甚至把检察机关的法律监督与司法独立原则对立起来,因此,在司法改革中,中国检察制度被认为是缺少制度正当性的一种设计,应当进行彻底的改造。而另一方面,在中国当代检察制度曲折发展过程中,人们对制度建构的历史合理性和发展的内在逻辑缺乏理性的思考。在社会转型时期,社会的法律价值观进行着变革,检察制度面临着如何证成其合理性和寻求发展方向的重大挑战。为了对中国检察制度改革有一个更理性的认识和清晰的把握,迫切需要从法理上对中国检察权的性质和现行中国检察制度建构和发展的内在逻辑进行深入思考。在关乎检察制度的宪政地位和法治价值等重大问题上我们应当寻求基本的共识,并以此为基础探讨改革方案。

一、中国检察权性质的论争

分析和改革中国的检察制度,首先要关注的一个问题就是检察权的性质问题。根据政治理论的一般原理,国家权力按其性质与功能,可以大致分为三种,以议事、决策和立制为特征的立法权,以命令、统筹为特征的行政权,以协调、中立和判断为特征的司法权。三种权力各自的特征是其各自独立存在的法理根据。那么检察权属于哪一种性质的权力呢?这是检察制度研究中的一个十分重要的问题,也是一个难题。^{〔1〕}即使在欧陆历史上,检察权因其同时承载了制衡法官和防范警察权力过分膨胀的双重控制角色而处在法官和警察的两大山谷的“谷间带”,被称为来路不明的“特洛伊木马”,检察权的性质也一直是一个争论不休的问题。^{〔2〕}检察权的性质与检察机关的性质是紧密相联的。近来,在司法改革中,我国学者对检察权的性质提出了不同看法。其中的认识分歧,从另一侧面反映了我国学者对检察机关性质的不同观点。大体上有检察权是行政权说、司法权说、行政和司法双重属性说以及中国的检察权即是法律监督权四种观点。

上述四种观点试图通过对检察权性质分析,从而给检察机关以恰当的法制定位。观点分歧一方面说明了检察权本身的复杂性,另一方面也暗含了研究者研究进路的不同。检察权属于行政权的观点是以一个假定的法制公理,即三权分立理论为出发点进行的逻辑推理。后三种观点则是从我国法制运作的实际状况出发进行的事实归纳。从分歧中我们可以发现其共同之处,就是从法制的观点分析国家权力的配置和运作。

笔者赞同中国检察权是法律监督权的观点。法律监督究竟是立法权、行政权还是司法权?是三权中的哪一部分?这成为检察改革乃至司法改革的一种知识性挑战。它表明,对于检察改革的评价建立在一定的逻辑前提之下。综观检察权和检察改革的讨论,我们发现有诸多前提预设需要首先解决,如权力形态的划分、法治理念、制度模式、文化传统等等。前提预设为我们提供了有力的分析工具,规定了我们的思考维度,它对于得出判断和结论是必要的也是决定性的条件。近年来,西方宪政的三权分立原则在我国受到广泛的关注,并且常常成为论证问题的前提与标准。从法治发展规律的角度看,从三权分立原则入手的确是我們分析和把握现代宪政发展趋势的一个很好的切入点。分析西方国家的宪政发展过程,我们会发现这样一个事实:三权分立是作为一种精神在宪政理论中存在,并作为碎片在宪政实

〔1〕 龙宗智:《检察制度教程》,法律出版社2001年版,第91页。

〔2〕 西方国家围绕检察机关的性质问题的争论主要集中在大陆法系国家。法国、德国等相继发生过类似的争论。如1808年的拿破仑治罪法典规定了检察官制度之后,君主派主张将其定位为代表政府利益的行政官,民主派反对。第二次发生在19世纪上半叶。德国以萨维尼为代表的改革派,提出将检察官定位于“法治国的代理人”。1935年纳粹掌权前后强调检察官应绝对遵从上级命令。20世纪60年代以后的德国形成了以法官法第122条明定检察官准用此条之规定的妥协方案来处理检察官的地位。与这些变化和争论相适应,检察权的性质问题也引发了学术争论,出现了有代表性的三种观点:一般行政官说、等同法官说和双重属性说。虽然在理论上,大陆法系学者对检察机关的性质有上述学说之争。但从总体上看,主导西方各国进行检察制度立法和司法时间最长、最具影响的是双重属性说。参见陈永生:《论检察机关的性质》,《国家检察官学院学报》2001年第2期;林钰雄:《谈检察官之双重定位——行政官?(司)法官?》,《检察官论》,台湾学林文化事业有限公司1999年版,第67页。

践中存在。英国学者维尔在《宪政与分权》一书中指出：“分权学说始终没有独自为一个有效的稳定的政治制度提供一个足够的基础。他已经结合了其他政治观点，如混合政体理论、均衡观念、制衡理论，从而构成了多种复合的政制理论（宪政理论），为现代西方政治制度提供了基础。”〔3〕三权分立理论是在不断的批判和改造的过程中，作为权力协调的一种精神，而不是作为一种模式存在。其精髓不在权力的真正分离（也从来没有真正的三权分立）而在保证权力的和谐、有效运行。正因为如此，即使在同一法系之下的英美，其宪政制度和实践也是存在差异的。在19世纪以后，新的政治自由观的出现，导致对国家职能有了新的要求，即强调国家能够为公民提供更安全、幸福的生活。于是，在一个强调一致性和内聚力的时代，融会了均衡政制理论（阶级基础、人员的部分混合）因素的政制理论开始受到欢迎，因为它可以在政府和各部门之间提供合作性的联系，而不仅仅是制约。所以，“在20世纪，政治学研究已变得更具经验导向，而不那么公开关注特定价值格局的正当化”。它表明，“以某种形式表现的权力分割和职能分离是我们政府制度的核心”。〔4〕它告诉我们，政制理论在根本上是一种经验性的政治理论，是一种公开承认某些价值的重要性、承认使这些价值得以维护之手段的重要性的理论。

中国社会近20年来的整体转型已经取得了相当的成就，建构现代法治的三大基础即市场经济、以社会主体的分化为条件的社会民主、张扬权利的理性的法律思考已经得到显现和发展。这些因素对于中国新的法律秩序的建立起着支配性的作用，使依法治国载入宪法成为历史的必然。法治的发展在中国的现代化发展与西方的现代文明之间建立了可沟通的渠道，另一方面与中国社会转型的阶段性特征相对应，中国的法治理论仍有大量的重大理论问题需要分析和解决。这两个方面的因素促成了一个值得深思的事实，那就是西方的理论、制度模式、理念十分容易未经反思就被用作研究我们的法制改革问题的逻辑前提和分析工具。这样的研究进路是否符合法治的历史过程？我们都同意：法治国家在世界范围内是一个类概念。英美国家的宪政保障学说和欧洲大陆的法治理想就是两种不同的制度实践的结果，这两种模式在战后出现的融合趋势，以及广大发展中国家的现代化实践所呈现的各种法治秩序形态都表明，法治的实现意味着法治原则的遵从以及该原则通过不同的方式在国家生活中被采纳和贯彻。也就是说，“所谓法治国家的形成，都带有其不可复制的历史和文化的特殊性”。〔5〕就中国而言，依法治国强调的是与人治相对应的社会控制方式；基于中国特有的政治和经济发展状况，人民主权的法治原则在中国还存在着理论与实践的重大矛盾；党的领导与人民民主、依法治国被称为社会主义法治理论的核心和统一体。〔6〕这些与西方的法治理论和法治模式有着极大差异的本土法治资源是我们研究检察制度问题不能忽视的。应当如何在理论上论证我们的制度建设，应当如何对待西方的法治，包括三权分立理论？这是一个学术问题，一个社会问题，也是一个思维逻辑问题。当我们这样简单地采取移植的思路解决讨论前提的时候，我们需要回答的问题包括：第一，中国有没有培育三权分立精神的历史和文化包括制度基础？第二，中国的现实是否能够实现与西方法治的直接对接？第三，

〔3〕〔4〕 [英]维尔：《宪政与分权》，苏力译，三联书店1997年版，第2页，第8页。

〔5〕 张文显：《法哲学研究范畴》，中国政法大学出版社2001年版，第158页。

〔6〕 孙国华：《社会主义法治论》，法律出版社2000年版，第157页。

我们要建设什么样的法律制度,是移植他国的还是借鉴别国的经验发展我们的制度?显然我们不能无视和超越现实。如何在人民代表大会的制度架构下定位我们的检察制度,是需要很好思考的问题。中国的权力理论是怎样吸收和实现权力的分立和制衡原则的?人民代表大会制度之下的权力结构及权力制衡理论是如何实现的?这是我们在研究中国法治时始终要面对的问题。而对于这一点,西方的权力形态、法治理念和制度模式只是论证工具而不是大前提。

我国的根本政治制度是人民代表大会制,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,设立四个机关,即行政机关、审判机关、法律监督机关和军事机关,分别执行人民代表大会的决议,分别行使国家权力。相应地在完整的统一的国家权力下形成四个分权力,即行政权、司法权、法律监督权和军事权。这四种分权力,与三权分立国家中的三权概念虽然有相同之处,但是不论在性质上还是在范围上,都是不对等的,是不同于三权分立的国家结构。以三权分立的话语来分析我国的检察权是困难的。在我国的国家权力结构中,不论是从宪法的刚性规定上看,还是从权力运作的实际情况看,检察权都是作为一种独立的国家权力即法律监督权存在的。检察权的行政性质和司法性质有机结合,构成了法律监督权所特有的属性,使它既不同于行政权,又不同于司法权,而成为国家权力分类中一种独立的权力。对于法律监督权,笔者主张作狭义的理解。法律监督权与检察权,是一个事物的两个概念,或者说是从不同的角度表述同一事物。当我们提及法律监督权的时候,强调的是它的性质和功能;当我们提及检察权的时候,强调的是它的具体权能和实际行使。有时提法律监督权,有时提检察权,并不意味着概念上的混乱或矛盾,只能说不同的地方使用不同的术语和关注的着重点不同。在我国,法律监督权不是泛指一切监督法律实施的权力或权利,而是指一种专门的权力,是检察机关根据宪法授权,依法行使检察权,以保障国家法律统一正确实施的一项专门活动。其活动宗旨是维护宪法和法律的统一正确实施。公诉、职务犯罪侦查、对诉讼活动依法监督,构成了法律监督权的基本形式和内容。

依照宪法和法律的规定,法律监督权具有以下特征:

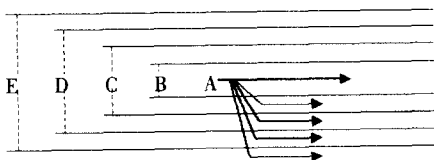
(一)法律监督的法律性。首先,作为法律监督对象的是法律行为(违法行为),即是行为人所实施的、能够发生法律效力、产生一定法律效果的行为。其次,法律监督具有主体的法定性和职权的法定性特征。法律监督权针对不同监督对象的行使都由法律规定。再次,作为监督行为的判断标准是法律。

(二)法律监督的程序性。法律监督仅仅是程序意义而非终局意义,它是一种提示与提醒,是一种启动救济的机制。监督所指向的违法是否存在,需要由相关职能部门的裁决、判决来做出判断。监督的程序性的另一个层面还表现为法律监督同样要遵循程序,不过是不同的监督对象采取的监督程序不同而已。法律监督程序性的两层含义,说明两个问题:一是法律监督并不存在“法官之上的法官”,或“法院之上还有个监督者”的问题,它仅仅是平行机构之间的一种提醒和防错机制,终局决定权在法院;二是要把法律监督与社会生活中一般意义使用的监督区别开来。因为一般意义上的社会监督没有刚性的程序性限制。

(三)法律监督的事后性。只有法律规定的属于法律监督的情形出现以后,才能启动法律监督程序。除此之外,法律监督权不可干涉其他权力和公民权利的行使。即法律监督虽然是一种主动的法律行为,但这种权能的启动是有严格限制的,绝非想监督谁就监督谁,想

什么时候监督就什么时候监督,想怎样监督就怎样监督。它只是在一定层面上发挥作用。司法活动、行政活动、国家工作人员职务活动的各种违法程度是不同的,只有达到一定程度的违法出现后,才能实施监督。在没有出现法律规定的情形时进行所谓事前监督,应被视为是对其他国家权力或公民权利的不当干涉。

(四)法律监督中的公诉、职务犯罪侦查、以及诉讼监督是法律统一实施的最低标准的保障手段。就行为违法的程度而言,法律监督不是也不可能是最终解决所有违法问题的权力,它解决的是超出法律最低限的问题。这一点表明了法律监督权的启动条件是严格的。以公诉权为例,刑事公诉是检察机关的一项重要职能,它监督的不仅仅是刑事法律的实施,民事、经济法律,包括选举法等,都有“刑事罚责”,即对那些严重破坏法律的行为要追究刑事责任。对破坏婚姻家庭罪、合同诈骗罪、破坏选举罪提起公诉,是对婚姻法、合同法、选举法的保障。这种保障只不过不是对所有违反婚姻法、合同法、选举法行为的监督,而是对达到一定严重程度的违法行为即犯罪的监督。对没有构成犯罪的违法行为,通过其他渠道如调解、有关单位和组织教育、新闻舆论以及党政纪解决,而无须启动专门的法律监督程序。所以,认为中国检察机关只对刑事法律实施监督,应称为“刑事法律监督机关”的说法是片面的。检察机关对职务犯罪的侦查权也具有同样的作用。如下图所示:



在图中,A线代表国家工作人员的理想行为轨迹,B线以内的区域代表道德约束,C线以内的区域代表党纪约束(国家工作人员同时是党员的),D线以内的区域代表行政纪律,E线以内的区域代表刑事法律约束。我们的愿望是每一个国家工作人员在职务活动中都如同A所示,即不仅严格遵守法律,而且遵守行政纪律、党纪和道德。但是,现实中国家工作人员的行为出现曲线是时常发生的。当它触犯B时,就会受到道德的谴责,有的可能还向C发展;当行为触犯C的约束时,党的纪律检查就会启动,结果也同样有两种可能;当行为触犯D时,一是受到行政处分后修正自己的行为,二是受到最严厉的行政处分,被开除公职。当行为超过E的界限时,检察机关的职务犯罪侦查权才启动。在此之前,职务行为分别受B、C、D即道德舆论监督、纪检监督和监察机关监督等制约机制的规制。检察机关的职务犯罪侦查权应当说是国家对公职人员的职务活动进行监督的最后一道屏障,它使用的是最严厉的手段即刑事法律手段。虽然这种图示的方式表达各种监督的地位、作用及相互关系有些简单化,但对我们认识各种监督机制的关联性、不可替代性是有意义的。从图中我们也可以看出:标准要求越高,违反标准受到的处罚越轻;标准越低,受到的处罚越重。各种监督机制相互衔接,共同发挥着监督制约作用。而法律监督,只有在被监督对象的行为触犯最低标准时才能启动。

法律监督的这些特征也是中国检察权的特征,是我们分析、认识与改革中国检察制度的现实基础,而其他监督权是不具有这些特征的。我们无法按照西方检察制度的固有模式来

建立中国的检察制度。简单的移植将会直接导致一些弊端:一是降低检察机关的宪法地位,弱化监督机制;二是取消诉讼监督职能,难以从制度上有效控制司法腐败和司法不公。

二、检察制度在不同政体下的实践模式及中国检察制度之特点

在政治法律制度的演进中,与警察制度、法官制度相比,检察制度在司法系统中并非一种原生的法律制度,它是随着社会的变革、司法制度的发展而产生的。一般认为,现代检察制度作为“革命之子”和“启蒙的遗产”,诞生于法国1789年的大革命,正式建立于1808年的拿破仑治罪法典,并随拿破仑的武力征讨而得以在大陆法国家广泛传播。新中国检察制度是直接参照苏联的检察制度建立的,同时在政治传统和制度建构方面与欧洲大陆法国家的检察制度具有一定的渊源关系和价值观的趋同性。作为现代法治的重要制度设计之一,检察制度在不同的政治体制下呈现出多样化的实践模式。认识现代检察制度发展的不同特点,是我们把握中国检察制度的发展逻辑的一个重要途径。

(一) 检察制度在不同政体下的实践模式

从所实现和发挥的法治功能的角度来看,各国的检察制度建构蕴涵了不同的价值选择趋向,呈现为三类发展模式,分别是英美法系以权利为主线的检察制度模式、大陆法系以权力为主线的检察制度模式、以及苏联社会主义法系以监督为主线的检察制度模式。

1. 英美法系以权利为主线的检察制度发展模式

自由主义的国家观念是英美法系宪政国家形成的指导性观念。自由主义的国家观念强调个人的自由和权利,视个人权利为国家权力的来源,国家权力为侵害个人权利的主要渊源。自由主义的原则是:个人的自由范围在原则上是无限的,而国家干预这一范围的能力在原则上是有限的,自由是不受权力干涉而自主实现的自由,故宪政的核心是限制国家权力。限制权力不仅仅通过分权和制衡,而在根本上是以权利制约权力。英美法系在诉讼中实行当事人主义,正是这种宪政理念的写照。作为司法制度之组成部分的检察制度,渗透着个人权利优先保护、以公民权利制约司法权力的基本价值趋向。检察制度的发展也基本遵从这样的轴心。这主要体现在以下方面:

第一,检察机关在行使职权时的法律地位与公民对等。在英美宪政制度中不管是英国隶属于内政部的检察机关还是美国隶属于司法部的联邦检察机关,虽然是政府部门,但在诉讼中的地位始终受当事人平等原则支配,被看作为与被告具有同等地位的诉讼当事人。即检察官以一方当事人的身份参加诉讼,双方法律地位和诉讼手段平等。

第二,检察机关的职能和职权受到很大的限制。检察机关的主要职能是代表政府进行公诉,不具有对侦查的指挥和领导职责,公诉权的行使通常体现以权利限制权力的理念,如美国的大陪审团起诉被视为是以外行的平民百姓分割公诉权,防止检察部门滥用起诉权损害无辜公民,是“一座牢固地屹立在普通公民与过分热心的公诉人之间的防御堡垒。”〔7〕同时,基于刑事诉讼是政府与被告之间关于刑事责任的一场争执的认识,赋予检察官广泛的自由裁量权以实现与当事人的“认罪交易”。

〔7〕 左卫民、周长军:《刑事诉讼的理念》,法律出版社1999年版,第42页。

第三,检察机关的组织体系和职业化建设较为松散。英国虽于1986年起建立了统一的检察机关,但是检察官在履行公诉职责时以及检察官管理方面仍体现出固定性差的特点。^{〔8〕}

2. 大陆法系以权力为主线的检察制度发展模式

英美法系与大陆法系的一个重要区别是,前者遵循的是极端个人主义观念,而后者遵循的则是国家主义观念。国家主义指的是以国家权力为核心,以权力至上为价值基础的一种普遍存在于社会意识形态领域内的观念体系。国家主义观念并非不要个人权利和自由,而是认为“个人只有借助国家,而且只有作为国家的成员才能获得自由,国家的全能性不仅可以使个人的自治性得到完整的保留,而且只有这样方能保障个人的自治性。”^{〔9〕}从卢梭到康德、黑格尔的国家理论都表达出这样一个观念:相信个人只有通过国家才能找到实现其道德存在的途径;国家的权力是无限的,而且只有这种无限的权力才能保障个人的自治性。^{〔10〕}这种国家至上观念为国家权力积极、全面地介入刑事诉讼以及各诉讼权力机关之间的协同配合关系提供了思想资源和正当化根据。欧陆检察制度的发展渗透着突出国家权力的职责和积极干预的特征:

第一,检察机关的实际地位高于当事人。在大陆法系国家,犯罪被认为是对国家和社会利益的侵犯,国家负有保护社会秩序、惩治犯罪的义务,因此,不仅“对每个罪行,检察院、警官原则性负有展开侦查的义务。有足够的行为嫌疑时,检察院必须提起公诉”^{〔11〕},而且法院也负有查明事实,惩罚犯罪的义务。在诉讼架构中,检察机关和侦查机关、审判机关一样是行使国家职权的机关。检察官是一种司法官,而不是被视为刑事诉讼一方当事人。

第二,检察机关的职能、职权十分广泛。检察机关拥有对犯罪案件的侦查职能,也有权指挥司法警察、调动警察实施具体侦查活动;检察机关公诉权的权力特性更突出,因而没有给予检察官更多的自由处分的裁量权,而是予以严格的限制,如德国作为大陆法系检察制度的典型,实行强制起诉程序,而日本以检察审查会制度对检察官的不起诉决定进行审查,以避免检察官滥用不起诉权。所以大陆法系对检察官起诉权的制约重心是不起诉行为,而不是起诉行为,人们充分相信检察机关在法定的“客观追诉义务”的要求下会公正地开展犯罪追诉活动,一般不可能滥用权力。即使滥用起诉权,错误地提起公诉,还有法院的后一道程序把关。而英美法系则通过审查起诉权的分割以制约检察机关起诉行为,检察官拥有对侦查、审判行为的监督职能。基于客观公正义务,检察官对警察的侦查活动有监督权,对侦查的合法性负责。在案件审理过程中,检察官对证据及其认定的合法性,对判决的合法、公正性负有监督义务。检察官拥有二审上诉权和对生效判决裁定的再上诉或抗诉权。

第三,检察机关的组织体制和检察官制度严格。大陆法系以权力为主线的检察制度中,尽管都奉行权力分立的宪政原则,将检察机关归属于行政机关的司法部或法务部,但由于检察机关的特殊职责,尤其它在维护法律秩序和在刑事司法中扮演的重要角色,检察机关往往在事实上被作为司法机关而从一般行政机构中分离出来,建立起与法院组织机构相应的官

〔8〕 宋英辉、陈永生:《英美法系与大陆法系国家检察机关之比较》,《国家检察官学院学报》1998年第3期。

〔9〕〔10〕 狄骥:《法律与国家》,辽海/春风文艺出版社,1999年版,第263页。

〔11〕 前引〔7〕,左卫民等书,第44页。

僚体系,形成一体化的领导体制。^[12]与此相应,这种模式中的检察官和法官一样被作为司法官看待,在从业资格、培养途径、任职条件和特质、身份保障方面与法官一致。

3. 苏联社会主义法系以监督权为主线的检察制度发展模式

在政治架构上,苏联实行的是不同于三权分立的政治制度。在检察制度上形成了以监督权为主线的制度模式,并得到其他社会主义国家普遍的借鉴移植,成为社会主义法系^[13]独具特色的制度模式。这种检察制度的特征是:

第一,检察机关在宪法体制中具有独立的宪法地位,其或者是作为司法机关组成部分,或者是独立的法律监督机关,其根本职责是为维护法制统一而进行法律监督。

第二,检察机关作为司法机关享有广泛的法律监督权。检察机关不仅具有在刑事诉讼中的侦查监督、审判监督、执行监督权,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。检察官和法官一样作为国家司法官员,享有同等的待遇和保障,具有相同的任职要求。

苏联解体后,俄罗斯政治法律制度发生了变革。根据1993年的俄罗斯宪法,俄罗斯改变了议行合一的苏维埃国家权力体系,建立西方式三权分立的总统制国家权力体制。自1993年以来,围绕构建何种模式的检察院在俄国内发生了激烈的争论。在1993年宪法中,立法者采取了妥协的立场,虽然保留了检察机关集中、统一的监督体制,但降低了检察机关的宪法地位:将检察权作为司法权的组成部分规定在宪法第七章司法权中,在内容上肯定了法院在刑事诉讼中的中心地位。^[14]但这个问题一直有争论,经过几年的实践,立法进行了一定的回归,1998年对俄罗斯联邦检察法进行修改和补充时,补充了检察机关对遵守联邦宪法的监督权,规定检察机关可向宪法法院提出对国际条约、联邦法律和其他规范性文件的宪法审查;检察机关有对民事执行的监督权;明确检察机关监督对象包括一切执行机构等,^[15]检察制度仍然以其较为明确的监督权而区别于西方检察制度。

由上可见,在具有基本司法构造统一性基础上建立起来的检察制度,在具有一类共同的职能、组织和活动特征的同时,遵循着不同的发展特点,坚持着不同的法治理念。这些差异性是我们推进检察制度改革的过程中应当加以注意的。导致我们不能简单地照抄移植英美制度的根本原因不在于制度建构的不同,而恰恰是推动制度发展的深层法律观念的不同。在这方面,苏联和现今俄罗斯检察制度的发展经验和发展趋势以及大陆法系国家检察制度的发展,与我们的法制发展存在着内在的契合点,研究中国的检察制度改革应当更多地关注和研究这些国家检察制度的理论与实践发展。从中我们可以得出两点启示性的结论,一是俄罗斯检察制度的回溯性发展说明苏联检察制度仍具有生命力;二是较之英美法律制度,欧洲大陆法国家的法律理念和检察制度与中国检察制度更具有可沟通性,中国检察机关的法律监督立场和职责与大陆法国家检察官的客观义务,以及联合国《检察官作用的基本准则》明确的检察官的监督职责之间具有更多的相似性。

[12] 各国因宪政体制不同,一体化的表现不同,如德国实行联邦制,联邦和邦之间检察机关不存在领导与被领导关系,但在每个邦的内部上下检察机关则实行一体化领导体制。

[13] 关于社会主义法系的范围等在比较法上的争论,参见宋景文:《比较法导论》,中国检察出版社1992年版。

[14] 周欣:《欧美日本刑事诉讼——特色制度与改革动态》,中国人民公安大学出版社2002年版,第250页。

[15] 张寿民:《俄罗斯法律发展史》,法律出版社2000年版,第339页。

(二)中国检察制度的特点

作为现代检察制度的一个类型,中国检察制度是中国政治体制下的一项独立的国家制度,检察机关是国家的法律监督机关,在国家政制架构中处于与行政、审判机关平行的法律地位。与各国检察制度相比较,从服务检察改革的目的出发,中国检察制度的几点特殊性是检察改革的基础性前提:

1. 检察制度建立的思想基础更注重政权建构的集中和民主性而不是分权

无论是检察制度建立之初,还是其发展历程都表明了这一点。中国检察制度的建立,走的是一条特殊的道路,即基本是参照苏联检察制度的结果。之所以以苏联为制度建构模型,有两个重要的原因:

第一,苏联的制度与中国人民民主的国家观契合。在苏联和当时的中国,国家制度和体制的设置上,民主是首要的考虑因素。列宁、毛泽东都把建立新型民主制度作为新旧社会相区别的首要特质。尽管苏联的苏维埃制度和我国的人民代表大会制度在组织上不完全相同,^[16]但是二者实行的都是根据民主集中制原则建立议行合一制度的新型民主政权。1945年毛泽东与黄炎培的一次谈话就反映了此种认识。黄炎培从重庆访问延安结束时,毛泽东问其感受如何,黄先生深有感触地说:“我生六十多年,就亲眼看到的真所谓‘其兴也勃焉,其亡也忽焉’。一部历史,‘政怠宦成’的也有,‘人亡政息’的也有,‘求荣取辱’的也有,总之没有跳出这个周期率的支配。”毛泽东回答他:“我们已经找到跳出这个周期率的新路,那就是民主,只有让人民来监督政府,政府才不敢松懈”。当时民主被看作是防止腐败最好的方法,法制仅仅被当作手段。建国初期国家制度建构的选择表明一种价值趋向,即民主的重要性超过法制(法治)。

第二,两国所面临的相同境遇和任务(抗击外部的颠覆和内部的叛乱)需要建立中央集权的制度。设立强有力的法律监督机关有利于中央法令的统一。所以,在1949年3月,中央机关进驻北平以后,在建国问题迫在眉睫时,中央决定由刘少奇率中共代表团访苏,就建国方面的一系列问题向苏联学习。^[17]于是,在国家机构设置及检察制度的设计方面中国实践了对苏联有关制度的移植。根据列宁的法制理论,在国家最高权力机关领导下,设立独立的检察机关,确立了检察机关与审判机关、行政机关相分离,赋予检察机关以相对独立的地位。这种地位在1954年宪法中得到明确的确认。

可以说,这两条因素在中国检察制度近50年的发展过程中始终是制度发展的决定性力量。巩固人民民主专政、统一社会主义法制的使命,是检察制度发展的根本动因。

2. 检察机关是国家的法律监督机关,检察制度的法治定位是一元化权力结构之下的权力制衡机制

现代西方检察制度是以权力分立和制衡理论为其正当性的理论基础之一。它在宪政和诉讼两个层面揭示了检察权对行政权和审判权的制衡作用。中国的人民代表大会制度是建立在一切权力属于人民前提下的一元制政体,在这样的体制下如何实现国家权力之间、司法系统内司法权之间的监督与制约,是国家权力合理配置中首要的和必须要考虑的问题。而

[16] 如在职权上,中央人民政府委员会与最高苏维埃主席团不同,人民代表大会的民主范围更广。

[17] 薄一波:《若干重大决策与事件回顾》,中共中央党校出版社1991年版,第36页以下。

一元化政体在本质上和政治理论上都是排斥西方式的分权而倾向于集中设置一种有限的权力制约机制。国家需要有一个经常的监督机构,需要把维护法制作为一项独立的权能,这项权能赋予行政机关、审判机关都有体制上无法克服的弊病,按照监督制约理论,中国选择了设立检察机关作为法律监督机关,集中和专门行使维护法制统一的权力制衡模式。检察机关是人民代表大会之下的一个独立的国家机关,它不隶属于任何行政或审判机构,作为法律监督机关对法律的统一实施负有监督职责。中国检察制度是在完全不同于西方的政制结构中落实权力制衡要求的一个重要制度设置,是人民代表大会制度的特有选择。检察机关通过对国家工作人员的职务犯罪活动进行侦查,对刑事案件履行公诉职责,对公安机关的侦查活动、人民法院的诉讼活动等进行监督,有效地维护了法制的统一,保障了国家权力的合法运行。

欧陆检察制度创制的目的—般被概括为三个方面,一是废除当时诉讼中的纠问制度,确立诉讼上的分权原则;二是创设检察官之职,以一个受过严格法律训练和法律拘束的公正客观的官署,控制警察活动的合法性,摆脱警察国家的梦魇,“检察官之创设,乃催生法治国并克服警察国之明显标志”;三是守护法律,使客观的法意——保护人权贯通于整个刑事诉讼程序。^[18]从这个意义上看,中国检察机关的法律监督制度更集中地体现了检察制度的法治价值。有学者进一步指出,检察制度的发展伴随着国家法制发展的四种现象,即法院职能由“全能法院”向“裁判法院”转变;追诉制度由“私诉制度”向“公诉制度”转变;司法由“任意司法”向“程序司法”转变;以及“分散法制”向“统一法制”转变。^[19]由此可以看出,检察制度实际上是作为一项平衡国家权力与个人权利的重要制度机制而存在的。比较法学家梅利曼在评价大陆法系刑事司法制度的近现代发展时称,“努力将公正客观地进行活动的检察官发展成为诉讼活动的核心”,是欧洲近一个半世纪以来刑事诉讼程序向更为正义和人道的方向发展的主要成果之一。^[20]有鉴于此,如果我们采取一种功能性的比较而不是单维替代的思考方式,我们会更容易论证中国检察机关的法治地位。

3. 检察机关的法律监督主要是运用诉讼手段针对具体案件的监督,即个案监督,而不是一般监督意义上的监督。检察权的行使是通过诉讼程序进行的。对职务犯罪案件的侦查权、公诉权以及诉讼监督权是法律监督的具体手段。检察机关在具体行使这些职权的时候,是代表国家的一种法律监督性质的活动。这种性质上的强调与大陆法国家关于检察官客观义务的强调具有相似的法治精神。检察权正是经由这样的行使方式完成了维护国家法制统一,和保障权力的依法、和谐运转之法治功能的。

(三) 检察改革的基点

如何改革现行的检察制度,是一个事关检察事业的发展、事关中国建立什么样的司法制度、事关人民代表大会制度巩固和发展的重大问题。在经历了50年的曲折发展历程和20多年的创新发展之后,中国检察制度经过艰辛的探索,形成了中国的检察机关法律监督制度。这项制度是在继承了新民主主义革命时期检察工作的传统,吸取历史上政治法律制度的精华,借鉴国外检察制度建设经验的基础上,结合中国的实际情况而建立的。它适应了

[18] 林钰雄著:《检察官论》,台湾学林文化事业有限公司出版1999年版,第17页。

[19][20] 前引[1],龙宗智书,第29页以下。

我国的政权性质和政治体制,适应了维护国家法制统一的需要和保障司法公正的现实需要。在适应市场经济的需要和实现依法治国的过程中,包括检察制度在内的中国司法制度的确面临诸多的挑战,需要进行改革发展。应当如何检讨检察制度建设的得失与利弊,检察制度存在的问题究竟在哪里?这是直接关乎改革实施的认识和操作问题。

自上个世纪 80 年代以来,改革始终是中国检察工作发展的一个目标要求。检察机关在 1949 年成立以后的 17 年当中,发挥着重要的专政作用。“文革”期间检察制度被撤销。中国检察制度真正开始探索自己的发展道路,寻找应有的制度定位,正是 1978 年恢复重建以来 20 多年的事情。20 多年的检察改革体现为四个发展阶段:1978 年至 1987 年间,检察机关开始边工作、边建设,自觉探索改革。进行了以加强基层和基础建设、探索工作制度的建设和拓宽法律监督领域为内容的探索式的改革。初步提出了中国检察制度的发展方向问题并对“一般监督”问题给予了很大的关注。^[21]当时,扩大检察职能,增加检察机关参与和监督民事诉讼和行政诉讼的职能,增加检察机关在保障宪法实施方面的监督职能,赋予其违宪审查权,削减一些不属于检察机关法律监督职能的职权等观点十分活跃^[22];1988 年至 1992 年间检察机关开始发动检察改革。中共十三大提出“改革是社会主义生产关系和上层建筑的自我完善,是推进一切工作的动力,加快和深化改革是全党的重要任务”。检察机关从“检察体制的改革是政治体制改革的一个组成部分”这个高度出发,开始部署检察改革问题。提出了“以充分发挥检察机关法律监督职能”为中心的改革设想,改革过程中加强了基础性制度建设和办案工作机制建设;1993 年至 1998 年期间,检察改革取得了实质性的结果。根据中共十四大关于建立社会主义市场经济体制的改革目标和“要严格执行宪法和法律,加强执法监督,坚决纠正以言代法、以罚代刑等现象”的要求,检察机关强调了服务意识,提出了“严格执法、狠抓办案”的总体工作思路。这一时期,检察机关实践了通过办案发展法律监督职能的思路。在检察机关侦查制度建设取得很大发展的同时,基于对工作中执法不严现象的反思,通过两法修改,检察权受到了实质性调整:免于起诉权被取消了,不起诉权制度得到补充;侦查权受到明确的限制;检察机关在刑事诉讼中的监督职能得到加强,行使方式作了调整。对于检察制度的发展来说,这一时期的改革在理论上是有深入的思考的,而在改革内容上也是有经验教训值得总结的。1998 年以来,检察改革进入了关键性的阶段。中共十五大强调要推进政治体制改革,明确提出“要推进司法改革,从制度上保证司法机关依法独立公正地行使审判权和检察权”和“加强执法和司法队伍建设”的要求。司法改革成为国家政治和法律生活中的重大议题。检察机关开始思考和探索符合检察工作特点的管理体制和工作运行机制,提出了“强化法律监督,维护公平正义”的发展思路。应当说,20 年的检察改革实际上是探索和建立中国检察制度的基本框架,完成关于检察机关法律监督的范围、途径、手段、制度、主体等内容的基本建构的发展过程。检察机关的职务犯罪侦查制度、公诉制度、诉讼监督制度等基本定型并构成了法律监督制度的基本内容。这些改革和发展成果,是我们今天探讨改革问题的基础,它甚至内在地规定了检察制度进一步的发展方向,应当对它进行认真的总结和反思。

[21] 孙谦主编:《检察理论研究综述(1979—1989)》,中国检察出版社 2000 年版,第 385 页以下。

[22] 同上书,第 379 页以下。

社会各界对于检察改革乃至司法改革给予了普遍的关注。学者们更多地关注检察制度的法律地位和制度建设问题,实际部门的工作人员则关心检察事业的发展和检察权的有效配置问题,人民群众更关心如何保障和实现司法公正,遏止司法腐败,确保对权力的制约,在全社会实现公平与正义。检察改革的过程中如何回应这些要求,是一个重要的问题。总的来看,中国检察制度在进一步发展过程中,的确面临挑战。检察改革问题的研究应当有助于解决好以下几个问题:

第一,解决好制度建设与理论的自足性之间的协调发展问题。尽管经历了50年的发展和20多年的改革创新,中国检察机关的法律监督理论体系尚未真正建立起来。理论研究的滞后是限制检察制度发展的关键因素,也是增加改革风险与加大改革成本的根本原因。理论的不自足常常导致改革产生进一步退两步的效果和制度发展的逻辑性不清楚。如在两法修改过程中,基于对检察机关侦查权行使当中存在的执法不严,片面扩大侦查范围的问题的反思,作出了规制检察机关侦查权的立法选择,从而将检察机关的弹性侦查条款取消。这一变化表面上削减了检察机关的侦查权,实际上使得检察机关的法律监督权,特别是对侦查活动的监督权受到了限制。检察改革要取得让人民满意的成绩,切实符合中国法治发展的规律性要求,就必须以正确的理论为先导。应当对检察机关法律监督的宪法地位、法治功能、法律价值取向等问题作出科学的分析和选择,以指导检察制度实现现代化发展和转型。

第二,调整法律监督的范围与法律监督权的内容。既然在我们的国家体制和政权结构当中,发展了自己的权力控制系统,那么,这项制度应当立足于宪政和法治的视角与需要作必要的发展。一方面,现实当中还存在着法律监督的盲区,可以参照国外的法治经验,结合中国法治建设的需要拓展法律监督的范围,如建立违宪案件调查、公益诉讼(代表人民的监督)制度等,并根据法律监督权的本质特点发展相应的检察权能;另一方面,法律监督制度的范围和职权有些也需要论证并作必要的收缩。其中,应当克服由于对法律监督权的特点和规律缺乏深入的研究和把握,而提出的片面强调扩充权力,特别是追求实体处分权的理论倾向。这种主张反过来又成为质疑检察权的合理性的论据并导致“谁来监督监督者”问题的争议。因此,法律监督权的科学合理配置,包括建立健全检察权的权力制约机制是检察改革的实质性内容。

第三,检察改革应当解决检察机关宪法地位在规范和事实层面不统一问题。法律监督制度在国家宪政制度中的地位落实还有待相关的制度支持。应当在分析人民代表大会的权力机关和立法机关的双重法律地位的基础上,发挥检察机关在违宪审查机制中的作用;应当改变检察权与行政权之间的“资源供应与受供应”关系,保障检察权的依法独立行使;还应当规范检察机关在实现诉讼监督方面的程序与手段,进一步保障司法公正,促进社会公平与正义的实现。

第四,检察改革应当体现人民主权的法治原则。中国的检察制度与其他的国家制度一样,长期以来作为人民民主专政的工具而被设置和运用。在这当中,社会秩序的价值追求取代和牺牲了对人权的关注,对执法效率的追求影响了制度的民主化和程序化建设等等。随着法治化进程的发展,检察制度的价值定位应当做适当的调整。法治原则所强调的人民主权原则如何贯彻和体现是一个根本性的问题。法治的客体是权力而不是人民,这一现代法治理念应当成为检察制度改革与发展的核心价值趋向。为此,加强人权保障机制和法律监

督制度的民主法治化建设是检察改革的重要目标。检察制度的改革也应当以人民满意不满意,以是否顺应了社会公众对司法改革的期待为重要的衡量标准,要通过改革,更好地发挥检察机关在监督权力、遏止腐败、维护法治、保障人权和保障司法公正等方面的重要作用。

三、关于检察改革的建议

(一)科学合理地配置检察权

检察改革,核心问题是科学合理地配置检察权,对检察权的内容进行必要的调整。即按照检察机关作为国家法律监督机关的性质,增加具有权力监督性质的权能,缩减与法律监督性质不协调的职能,同时,增加对检察权的必要限制,使法律监督职能的行使处在一个合理的限度内,使其与行政权、审判权保持一种平衡状态,避免由于监督权的膨胀而影响国家其他权能的正常运行。研究检察权配置问题要坚持两条原则:一是权力制约原则,二是监督权完整性原则。

1. 检察权的拓展

(1)检察权的拓展之一:违宪案件调查权

宪法监督制度是现代法治国家的普遍性选择。考察现代各国的宪法监督制度实践,主要有三种模式:以英国为代表的议会型宪法监督模式、以美国为代表的普通法院型宪法监督模式和以德国为代表的宪法法院型宪法监督模式。我国现行宪法确立了我国的违宪审查制度是代表机关审查制。从具体运作看,这一机制存在不少缺陷和不足:第一,缺乏专门的违宪审查组织机构,宪法监督不能经常化。第二,缺乏违宪审查的操作程序。第三,宪法监督从理论上讲应包含三个方面的内容:调查和处理违宪的法律文件;审查国家机关以及各政党和社会团体的违宪行为;处理国家机关之间的权限争议。但我国的违宪审查却将审查的内容只限于抽象违宪行为。由于传统理论认为宪法不具有可诉性,所以没有建立对具体违宪行为的宪法诉讼制度。2000年3月全国人大通过了立法法,对我国宪法规定的违宪审查制度作了进一步的完善。但是从运作现状看,缺乏专门的宪法监督机关被认为是宪法监督弱化或流于形式的症结所在。如何构建符合我国国情而又富有实效的违宪审查体制,是关键问题。对此,学者们提出了各种不同的观点。^[23]

笔者认为,应在对我国的宪法监督理论重新审视的基础上,客观地总结和借鉴世界各国实施违宪审查的经验,构造一个科学的、合理的、适合我国国情切实可行的宪法监督制度。在宪法上,保留全国人大监督宪法实施的职责,同时增设独立的宪法委员会(或宪法法院)来行使违宪审查权,取消全国人大常委会的监督宪法实施的职责。即实行由全国人民代表大会的宪法监督和宪法委员会的专门违宪审查相结合、以宪法委员会为主的复合审查体制。在这种审查体制中,全国人民代表大会享有对违宪规范性法律文件的最后决定权,而宪法委员会享有对违宪规范性法律文件的强制建议权和对规范性文件以外的权限争议、宪法控诉

[23] 有的认为在全国人大之下设立一个专门的宪法监督委员会,协助全国人大及其常委会具体实施宪法监督。有的提出授予全国人大之下的法律委员会行使违宪审查权。有的则认为必须使宪法监督司法化,建立独立于权力机关的宪法法院或赋予最高法院以宪法监督权等。见李忠:《宪法监督论》,社会科学文献出版社1999年版,第275页。