

法律监督应兼具行政、司法的部分属性

○ 章 群

(河南科技大学 法学院,河南 洛阳 471023)

[摘要]法律监督的概念及其属性特征是检察理论和诉讼理论的一个基本问题,也是当前司法改革亟需解决的一个现实问题。法律监督是宪法规定的概念,对其解读应当遵循宪法的精神。从本质上讲,法律监督与检察是一致的,二者是对同一个事物的不同表述。法律监督的宪法定位决定了检察制度的根本价值取向,即通过法律监督权的行使,维护国家法制的完整和统一。从宪政体制和权力运作两个层面展开分析,法律监督权兼具行政、司法的部分属性。法定性、程序性、主动性、独立性是法律监督的主要特征。

[关键词]法律监督;本质;性质;特征

在世界各国的检察制度中,我国的检察制度具有鲜明的特色。我国是以民主集中制原则指导下的人民代表大会制度作为国家的根本政治制度,行政机关和检察机关、审判机关均由人民代表大会产生,对其负责并报告工作。宪法第129条规定检察机关是“国家的法律监督机关”,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。”据此,针对法律监督,以及法律监督权与检察权的关系产生了长期的争论,进而形成两种具有代表性的观点:一种观点认为,法律监督权与检察权是一致的,检察就是法律监督,是不同于一般行政性质的监督。^[1]另一种观点认为,检察权在本质属性和终极意义上应属于行政权,检察权与法律监督权并不存在必然的关联性。^[2]笔者认为,解决上述争议的关键在于把握法律监督的概念内涵进而明确其权力属

作者简介:章群(1975—),南京师范大学法学博士,河南科技大学法学院教师,河南省知识产权培训基地研究员,研究方向:刑事诉讼法学,检察理论。

性,尤其在十八届四中全会审议通过《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,新一轮司法改革(2015-2020)即将启动的大背景下,深入探讨这一问题无疑具有重要的现实意义。

一、法律监督系宪法规定的概念,表明了我国检察机关的宪政地位

法律监督这一概念的理论渊源可以追溯至列宁。列宁的法律监督思想是在“十月革命”胜利后形成的,其核心内容包括:第一,改变落后的俄国,法制具有极端的重要性;第二,社会主义国家的法制应当是统一和正确实施的;第三,必须有强有力的保障法律统一实施的机构,才能巩固苏维埃政权的统治。根据列宁的指示,检察机关从司法行政机关中分离出来成为独立的法律监督机关,实行自上而下的集中领导体制并担负法律监督的专门职责。^[3]列宁关于法律监督的论述及苏联检察体制的建构对我国检察制度的建设产生了重要影响。由于意识形态相同,而且新中国成立初期也存在着与前苏联相似的法制不统一的状况,学习借鉴列宁的法律监督思想并设置法律监督机关以加强国家的法制就成为历史的必然选择。董必武同志指出,“进入社会主义建设时期,与搞革命运动不同,国家与人民需要检察机关来维护人民民主的法制。检察机关的职责是保障国家法纪的执行。”^[4]1978年检察机关恢复重建,在起草检察院组织法时,对如何确定检察机关的地位存在不同意见。后经全国人大法制委员会讨论,彭真同志赞同把检察机关规定为“国家的法律监督机关”。他在向五届人大二次会议作起草检察院组织法说明中指出:确定检察院是国家的法律监督机关,是我们运用列宁坚持的检察机关的职权是维护国家法制的统一的指导思想,结合我们的情况而规定的。新的检察院组织法对此进行了专条规定,法律监督机关的定位于1982年正式写入了宪法。^[5]应当注意的是,虽然法律监督是借鉴了前苏联的制度理念,但是我国在设置法律监督机关及其职能时,遵循了我国的国情,已经是本土化的、中国特色的法律监督。

但是长期以来,法律监督这一称谓在我国理论界和司法实践中一直存有争议。一些观点认为:法律监督的定位使得检察权更高于审判权。作为控诉一方的检察机关可以诉讼一方主体的身份对审判方予以监督,但不应以高于(哪怕是形式上的高于)审判者的所谓法律监督者的身份对审判者实施监督。^[6]笔者认为,这种观点是不正确的。法律监督的宪法定位是我国检察制度的逻辑起点,是具体检察制度的根本出发点和依据,因而要明确法律监督的概念内涵,理应到宪法中探寻。在宪法文本中,“法律监督”一词仅出现1次,即第129条关于法律监督机关的规定,“监督”(包括“法律监督机关”中的监督)则达17次之多,因此,“法律监督”可以说是宪法规定的特定的术语。而对任何术语的理解,均应当遵循其创造者的原意,对“法律监督”的解读应当遵循宪法的精神,不能脱离宪法语境进行任意的理解。法律监督作为我国宪法规定的概念,表明了我国检察机关的宪政地位,即在人民代表大会之下,与行政机关、审判机关地位平行,相

互独立。从本质上讲,检察就是法律监督,二者无论在内涵还是外延上都是同一的。检察权与法律监督权是一致的,二者是对同一个事物从不同角度的表述。按照整体决定局部的认识论,检察机关的全部检察职能都具有法律监督的本质。同时,法律监督的宪法定位决定了我国检察制度的根本价值取向,即通过法律监督权的行使,维护国家法制完整和统一。依据我国宪法,政府和检察机关、审判机关处于同等地位,实践中通称“一府两院”。宪法和刑事诉讼法还规定了公、检、法三机关在刑事诉讼活动中分工负责、互相配合、互相制约的原则。因而在法制上(或者说是形式上)并不存在检察机关高于审判机关、检察权高于审判权的问题。其实,任何一项国家权力,无论称其为领导权、指挥权、还是监督权抑或法律监督权,关键在于其实质内容。法律监督权就是检察权,它是有着法律明确规范的权力,检察机关必须严格依法行使职权。而在过去很长一个时期,虽然检察机关被宪法规定为法律监督机关,日常人们还是普遍称“大公安、小法院、可有可无检察院”,“公安是做饭的、检察院是端饭的、法院是吃饭的”,这类说法足以说明司法实践中也不存在法律监督权高于审判权的问题。正是由于对“法律监督”的概念不清,陈卫东教授才会提出一系列的追问,“为什么公安机关对违法犯罪行为的发现、证明、检举即侦查、追诉就不是法律监督呢?为什么公安机关‘依据刑法规定监督一切公民、单位必须在遵守刑律的轨道上行动’、对任何触犯刑律的行为予以追究的活动就不是法律监督呢?为什么同样是负责发现、证明和检举违法犯罪行为、提交法庭裁判的西方国家检察机关的活动就不是法律监督呢?”^[7]如果基于概念本质、立于宪政层面明了法律监督作为我国宪法规定的特定术语,其本质就是检察,法律监督机关即检察机关,法律监督权即检察权(其囊括了所有检察机关的具体职权),就不可能将“法律监督”(即“检察”)混同于一般的“监督”,更不可能想当然认为“法律监督者”必然处于最高地位了。

但接下来的问题是,既然法律监督机关就是检察机关、法律监督权就是检察权,为什么我国法制要规定其为“法律监督”呢?这就得从法律监督机关设置的初始去探寻答案了。“目的是全部法律的制造者,每条法律规则的产生都源于一种目的,即一种事实上的动机。”^[8]我国借鉴列宁的法律监督思想设立法律监督机关,意在通过检察机关的法律监督来平衡国家机关之间的制约关系,以保证国家权力运行的合法性。这一制约关系突出体现在刑事诉讼领域。宪法不仅规定了行政机关、检察机关、审判机关平等和相互独立的关系,而且还规定了刑事诉讼领域内公、检、法三机关分工负责、互相配合、相互制约的原则。从立法原意来说,检察机关介入刑事诉讼,目的当然不只是为了在诉讼活动这条流水线上楔入一个中介传输者,而是要通过法律监督职能的履行,实现刑事诉讼权力的动态平衡。实质上,法律监督权是国家权力分工制衡机制进一步发展完善的结果。当然,宪法对检察机关的高规格定位(“国家的法律监督机关”)有些名不符实,法律监督权基本局限于诉讼领域而且主要是刑事诉讼领域,虽然民事诉讼法和行政诉讼法均规定检察机关有权实施法律监督,但是具体可操作性的规定仍然

较少,有待于进一步完善。

由于宪法规定的法律监督机关帽子大而内容较少,而且在理论上又长期存在争议,是否有必要如一些学者所说取消“法律监督”而代之以“检察”?笔者认为,暂不宜取消“法律监督”。原因在于:如果将宪法、诉讼法中的“法律监督机关”“法律监督权”改为“检察机关”“检察权”,将会在理论界引起更大的混乱,必然会有一些学者建议取消检察机关的侦查权,甚至将检察权仅限于公诉权。而司法实践的现状则是,我国反腐败形势以及司法不公问题不容乐观,应当加强而不是弱化检察机关对职务犯罪的侦查权及诉讼监督权,诉讼领域尤其是民事诉讼、行政诉讼领域检察机关的诉讼监督权有待于进一步加强,如果贸然取消法制上的“法律监督”,法制的发展很可能有悖于实践需要。而且,长期以来,实务部门已经习惯了“法律监督机关”“法律监督权”的称谓,实无改变的必要了。

二、法律监督具有行政和司法的混合性质

法律监督权的性质,就是指法律监督作为一项国家权力,得以与其他国家权力相区分的内在属性。西方国家在检察权性质问题上主要存在着行政权说、司法权说以及双重属性说三种观点。我国的人民代表大会政治制度与西方三权分立的政体不同,然而在我国,同样存在着立法权、行政权与司法权三种不同性质的分类。法律监督的性质争议也主要归结为它应该归属于行政权还是司法权,抑或是一种既不同于行政权也不同于司法权的单独性质的权力。^[9]由于视角不同,持不同学说者对某些具体问题的认识可能是一致的。法律监督兼具行政和司法的混合性质,也就是说,法律监督系双重属性。鉴于此,笔者从宪政体制和权力运作两个层面展开分析。

在我国宪政体制中,法律监督机关与审判机关均为司法机关,法律监督权与审判权均为司法权。虽然宪法中没有直接规定“司法机关”,但是《中国共产党章程》总纲中有此表述。^[10]早在2006年《中共中央关于加强人民法院、人民检察院工作的决定》即明确提出,人民法院、人民检察院都是国家的司法机关。^[11]中共十五大、十六大以来党中央也多次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。因而在官方层面明确肯定了司法机关包括法院和检察院。宪法也赋予法院与检察院相同的独立地位,规定法院与检察院依法独立行使审判权、检察权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。然而在西方三权分立的政体中,检察权一般隶属于国家行政权。从检察权产生的渊源来看,英国检察长是由国王律师演变而来的,美国总检察长是在美国独立战争之后,在总统急需高级法律顾问的情况下,由总统任命产生的。检察官是国王(或政府)的法律顾问,是政府在诉讼中的“代言人”,是代表第二权(行政)对第三权(司法)实施监督制衡的机关。因而在三权分立制衡的结构之中,检察权只能隶属于行政权,才能与政治结构相协调。正如同德国教授托马斯·魏根特所说,“就宪法权力的分立而言,检察官属于政府的行政部门而非司法部门。”^[12]

从权力运作层面考察,西方学者普遍认为检察权兼具司法与行政的部分属性即双重属性。行政性质突出体现在检察机关实行类似于行政机关的阶层式结构。上级检察机关、上级检察官对下级机关、下级检察官享有指挥监督权,下级则相应地负有服从的义务,这种纵向位阶制和上下级的领导关系具有典型的行政性质。但是,检察权与审判权的“接近度”以及检察官与法官的“近似性”则使得检察权体现出司法的性质。一方面,检察权与行政权的目标指向不同。正如德国学者彼得斯所言:“检察官所执行者,并非朝向合目的性或公共安全秩序的行政工作;检察官所从事者,乃法的贯彻与实现。”^[13] 检察官以实现法律和维护公共利益为宗旨,在执法活动中负有客观公正义务。检察官不仅要追诉犯罪,而且要维护人权,检察官绝非法庭上的一方当事人而是法律的守护人。德国学者罗克信教授亦认为,“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。”^[14] 另一方面,检察官终结侦查后所作的处分决定以及对侦查结果的审查和决定与法官的裁判行为相似。虽然在理论上,检察官所作的决定不具有终局性,但在实践中,比如检察官作出的不起诉决定与法院的免刑和无罪判决具有相似的效力,而且往往产生终局诉讼的结果。德国刑法学家赫尔曼教授即认为,“在一个程序中,检察官可能考虑到案件轻微、证据不足及审判可能对公共利益没有多大好处而作出终止刑事诉讼的决定,此时检察官就成了法官。”^[15]

行政权说与司法权说各有支持者,但是由于二者均存在缺陷,进而产生了双重属性说,该学说认为检察权兼具司法和行政的部分属性。双重属性说渐得到多数国家和学者的认可而成为通说。^[16] 从西方检察制度的发展来看,各国的检察权逐步摆脱了行政附庸的地位,获得了自己的独立性。检察权一般被视为“特殊的行政权”,或者被认为是“准司法权”。德国学者克劳思·罗克信教授指出,“检察机关不属于行政体系,也不属于第三种权力的体系,而为介于二者之间的独立的司法机构。”^[17] 日本“检察厅是行使准司法权的独立的、中立的机关”。^[18] 《日本检察讲义》称,“由于检察官和检察厅是兼有行政和司法两重性质的机关,所以在组织和机能上也是具有行政、司法两方面的特征。”^[19] 法国法律明确规定“检察官系法院内的行政官员”,同时又进一步说明,“检察官是驻某些法院的特殊司法官。他们代表社会并以社会的名义做出判决,使涉及公共秩序的法律得以遵守,并使其所作出的判决得以执行。”^[20] 法国检察官也被称为“站着法官”。

考察我国检察权的制度运作,同样体现出行政与司法的混合属性。一方面,检察权的组织体制一体化体现出明显的行政特性;另一方面,由于检察机关的部分权能比如逮捕决定权、不起诉裁量权均为裁判性质的权力,与审判权“接近”,这种职能履行的“近似性”使得法律监督又体现出司法的性质。而且在我国,检察官与法官享有完全相同的职务和身份保障,二者可以说是“同质不同职”。基于宪政层面和权力运作的考察,笔者认为我国的检察权亦具有双重属性。

双重属性说是我国学界的一种主要观点,^[21]持司法权说的学者亦不否认检察权的行政特性,其主要是基于我国的宪政背景以及检察权司法化建设的角度赞同司法权说。^[22]以前我国持行政权说者较少,近年来有所增多,有必要对此加以认真研究。持行政权说的主要论据,除了检察一体的行政特性,还认为:司法权即审判权,而检察机关从一开始就是典型的行政机关,检察权是公诉权,不具有司法权的特性,因而是行政权。^[23]笔者认为,这一观点值得商榷。

首先,一个国家的诉讼制度是与其宪政制度相适应的,三权分立体制中的检察权被归入行政权,并不能证明我国的检察权就应当是行政权。以西方检察机关是行政机关、检察权是行政权来论证我国的检察权亦是行政权,这在语境和逻辑上是说不通的。^[24]我国与西方国家政体不同,依据我国法制,在人民代表大会一元权力主导下,行政、检察与审判权三者平行且相互独立,检察机关与审判机关同为司法机关。在我国法制和日常实践中,检察权是司法权而不是行政权。当然,我国的司法权含义与西方一些国家不同,在多数西方国家的法制中,司法权即指法院审判权,但是严格说来,司法权与审判权并不完全等同,司法权的含义并不是十分明了。在学理上,通说认为,司法权是指裁判性质的权力。比如《牛津法律大辞典》“司法职能”条规定:“司法职能主要是判定性的,即裁决争端。”托克威尔亦将司法权视为“判断权”,就是裁判权的意思。^[25]我国学者亦多持此类观点,比如认为“司法是与裁判有关的国家活动,司法权也就是裁判权。”^[26]所谓“司法性质的问题”,是指存在具有对立性的双方及纠纷(冲突)事实,需要由居间的第三者适用法律规则按照法律程序解决的问题。^[27]还有学者指出,司法权的本质是判断权,而行政权以管理为本质内容。^[28]审判权是裁决性质的权力,属于司法权,这一点是没有疑义的,但是除了法院审判权,还有其它一些权力也具有裁决性质。比如我国公安机关的治安管理处罚权、刑事侦查活动中的强制处分权、检察机关的不起诉裁量权等等。事实上,虽然各国的政治和司法制度存在差异,但是任何一个国家均不可能将具有裁决性质的权力全部归属于法院。比如德国和法国在行政系统中设置了行政法院负责审判行政案件,与普通法院分属不同的权力体系。在奉行“议会至上”的英国,上议院既是议会的组成部分,又是该国事实上的最高法院,享有终审权。正因此,英国学者詹宁斯认为:“要准确地界定‘司法权’是什么从来都不十分容易”,甚至在职能方面,司法与行政“在本质上是没有任何区别的”。^[29]虽然审判权与司法权并不完全等同,但由于裁决权主要集中在法院,法院审判权是最基本、最典型的裁决性质的权力,因而在许多国家的法律和实践中对司法权与审判权并不严格区分,经常将二者混同使用。笔者认为,严格界定司法权的范畴,可以有广义和狭义之分。狭义的司法权指法院审判权;广义的司法权系具有裁决性质的权力,不仅包括法院审判权,还包括其他具有裁决性质的权力。^[30]“任何人不得做自己的法官”实际上涉及所有具有裁决性质的权力而不仅仅是审判权。公诉权尤其是不起诉裁量权就是一项具有裁决性质的权力,正因此,公诉检察官才应当具有类同法官的独立

性。这是由公诉权自身的运作特点决定的,与检察权在法制上或名义上被归入行政权还是司法权并无多大关联(比如美国的检察权被明确归入行政权,但是公诉检察官享有极大的自由裁量权,^[31]其司法属性得到法制的充分保障)。因此,认为公诉权不具有司法属性进而认为检察权是行政权的观点是站不住脚的。

行政权说的另一个重要论据,是认为检察权本质上应当是公诉权,是不同于司法审判权的行政权。检察权只有定位为公诉权、行政权,才能与审判中心制相协调。^[32]笔者认为,审判权的独立是刑事司法的规律性要求,是国际公认的司法准则,但是审判中心制并非是普适性的,审判中心制与英美法系国家的陪审团制度及对抗制诉讼结构紧密关联。从司法实践来看,由于陪审团审判程序冗长繁琐,代价高昂,从19世纪后期开始,英国的陪审团审判急剧减少。到1934年,英国的陪审团制度已经基本上名存实亡。进入20世纪以后美国陪审团审判的案件数量也在减少,陪审团只负责一些重大案件的审判。当前英美刑事诉讼领域出现了纠纷解决阶段前移的趋势,诸多事项都在审判前程序得到解决,有学者称之为审判中心主义的转移^[33]。而大陆法系国家并不存在审判中心制,诉讼程序中强调检察官的客观义务。^[34]所谓检察官的客观义务,是指在诉讼活动中,为了发现案件的真实,检察官不应站在当事人的立场而应站在客观公正的立场,不偏不倚地全面收集、审查证据和进行诉讼活动。从司法程序的实际运作来看,大陆法系的检察官居于更主动的地位,对整个刑事司法程序有着更重要的影响。比如德国检察官被称作“司法界的国王”^[35],刑事诉讼法赋予其在从开始侦查的最初阶段到执行刑罚的最后阶段的主导地位^[36]。比较法学家梅里曼在评价大陆法系刑事司法制度的近现代发展时则称,“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两个主要成果之一。^[37]因此,陈卫东教授认为审判权处于“诉讼终极的、最高的地位”的观点,以及无论检察机关是否属于司法机关,检察院的权力都无法达到审判权的最高地位的说法是偏颇的,也不符合我国宪法和刑事诉讼法确立的公、检、法三机关分工负责、互相配合、互相制约的原则。^[38]而立基于审判中心制论证我国检察权应当是公诉权、行政权也是不合理的,犯了以西方国家的实然证实我国检察权的应然的错误。

当然,笔者不否认刑事诉讼改革应当加强庭审的实质化,遵循诉讼活动的规律,保障审判的独立、中立,强化控辩平等。《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题决定》(以下简称《决定》)指出,“推进以审判为中心的诉讼制度改革,确保侦查、审查起诉的案件事实证据经得起法律的检验。”其目的在于严格司法,而不是为了限缩检察机关的职能。同时,《决定》指出要优化司法职权配置。健全公、检、法以及司法行政机关各司其职,互相配合、相互制约的体制机制。因而,《决定》不仅未弱化检察机关的职能,更未动摇检察机关“国家的法律监督机关”的宪法定位。当然,司法权只是部分检察权的特性,并不能涵盖全部检察职能,检察权具有一定的行政特性是无法否认的。事实上,国家权力本身体

现出从行政一体到多元的进化规律,作为一项后出现的国家权力,检察官“我是谁”的尴尬可以说是国家权力机制发展完善过程中的必然。从学理上考察,基于既有的权力机制,各国检察权均无法明确归属于行政权或司法权而体现出混合的特性,我国的法律监督权同样如此。

三、法律监督具有法定性、程序性、主动性、独立性的特征

特征是事物的质的规定性的外在表现,是法律监督得以与其他事物区分的征象和标志。特征与性质同样是区分的依据,但是二者存在区别,主要在于性质是抽象的、无法分割的综合整体,而特征则是具体的、可以分开考察的个体表征。基于前面的论述,法律监督的基本特征主要体现在以下几个方面。

(一)法定性

法律监督具有法定性的特征。这一特征表明,法律监督既不同于人们日常生活中的监督,也不同于权利性质的监督(例如舆论监督、当事人参与诉讼活动时的监督)。法律监督作为一项国家权力,其行使主体、权力范围、行使方式及原则都由法律作出了明确的规定,因而法律监督也有别于其他的监督权(例如审计监督)。

(二)程序性

法律监督主要是程序性的权力,法律监督的具体职能也主要由三大诉讼法作出规定。虽然部分检察权比如不起诉决定权具有裁判的性质,但其所作决定的确定性不如法院。根据刑诉法的规定,对于公安机关移送起诉的案件,检察院决定不起诉的,公安机关如果认为不起诉决定有错误,可以要求复议,如果意见不被接受,可以向上一级检察院提请复核。对于有被害人的案件,决定不起诉的,被害人如果不服检察院作出的不起诉决定,可以向上一级检察院申诉,请求提起公诉。对上一级检察院维持不起诉决定的,被害人可以直接向法院起诉。被害人也可以不经申诉,直接向法院起诉。2012年修订刑诉法增加了附条件不起诉的规定。对检察院作出的附条件不起诉的决定,公安机关可以要求复议、提请复核,被害人也可以申诉。未成年犯罪嫌疑人及其法定代理人对检察院决定附条件不起诉有异议的,检察院应当作出提起公诉的决定。

(三)主动性

同为我国的司法机关,检察院在行使职权的主动性方面不同于法院。依据不告不理的原则,必须要有自诉或公诉才能启动审判权,由法官在诉求范围内作出裁判。而检察院的侦查职能及诉讼监督职能具有明显的主动性特征。职务犯罪侦查权的行动方式,包括开展专门性调查和采取强制性措施,都是积极而主动的行为。检察院纠正诉讼活动中的违法行为也是一种积极主动的行为。同时,审判权和检察权对承办人的主动性要求存在一定的差异。不告不理原则对法院的约束是两方面的,一方面,必须要有起诉才能有审判;另一方面,一旦有起诉并且符合审判条件,法院必须受理并作出裁决。然而,如果检察官对于诉讼活动中

发现的一些轻微违法行为不及时提出纠正意见,怠于行使职权,未必会给承办检察官带来不利。

(四) 独立性

检察权行使的独立性主要源于其司法属性。一方面,我国的检察院不是行政机关,而是以维护法制统一为目标的法律监督机关,与法院同属司法机关,检察权行使的公正性不仅体现了司法活动过程的公正,也是法院审判公正的前提和基础,因而检察权的行使应当具有相应的独立性,以排除外部不当干涉。另一方面,检察院具有一些裁决性质的权力,如不起诉决定权,逮捕决定权等,这些司法属性的权力要求检察官应当具有类同法官的独立性。

在西方国家的法制上,检察权一般隶属行政权,检察官多为行政官,但因为工作性质特殊,检察官的独立性通常远非一般的行政官可比拟。比如在美国,检察官是行政官员,但是美国检察官享有极大的自由裁量权。德国实行检察一体制,检察官是公务员,上级有权向下级发布行政指令。但是德国的检察官具有较大的独立性,身份受法律保护,实践当中,德国检察官行事时很少取决于上级的意旨,其签署法律文件亦完全以自己的名义进行,其独立性远远高于在行政部门工作的法务人员,更高于其他行政官员。^[39]在日本,检察厅法第4条及第6条明确规定,检察官是“为了国家,对检察事务,自行决定国家的意思,并对外部具有表示权限的机关。”因而,上级一般应当注意尊重检察官的独立性,上级“主要是运用审查、劝告、承认的方法,行使指挥监督权。”^[40]应当说,确立检察官相对独立的地位,建立起检察一体与检察官独立相协调的工作模式,这是绝大多数国家检察制度的共同特点。

陈卫东教授认为,以公诉权为基本内容的检察权不可能具有终局性、中立性、被动性、独立性等司法权(即法院审判权)的特点,检察机关的设置也不同于审判机关的组织体系,在这个意义上认为,检察权在本质属性上、在终极意义上应该属于行政权。^[41]我们认为,陈教授的观点有失偏颇。法院审判权是狭义的司法权,以法院审判权的特点来考察检察权是犯了陈教授所说的以实然证实应然的错误。^[42]检察权的特点不同于法院审判权,但是,检察权同样体现了独立性、终局性、中立性等司法裁判权的特征。首先,检察权具有独立性。我国宪法规定了检察院依法独立行使职权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。检察官法规定了检察官依法独立行使职权,受法律保护。由于司法实践中,检察权的行使具有较强的行政色彩,检察官缺乏独立地位,最高人民检察院自1999年起推行办案责任制改革,目的就是赋予主诉或主办检察官一定的独立权限,使检察官成为检察权行使的相对独立的主体,对一定范围内的检察事项有处置权而不仅仅是检察事务的承办人员。近年来的司法改革以及三中全会均强调依法独立公正行使检察权,十八届四中全会明确指出完善主任检察官、主办侦查员办案责任制,落实谁办案谁负责。因而,法律监督权即检察权毫无疑问具有独立性,同时,检察机关拥有的不起诉决定权具有终局性,审查逮捕权具有中立性,这些职

权均有裁判的性质,属于广义上的司法权。

正因为我国检察权具有行政司法的双重属性,而现实中又体现为司法性较弱,加强检察机关的司法化建设(换句话说即检察权的“去行政化”)是个热门话题,相关的一系列改革如实行检察人员分类管理、完善检察官办案责任制、加强检察官办案独立性并健全检察官职业保障等也正如火如荼地开展,这正是实务中对检察权司法属性的回归。

注释:

[1]王桂五:《人民检察制度概论》,法律出版社,1982年,第41页;湖北省人民检察院检察发展研究中心:《以理论的创新推动法律监督工作机制建设——法律监督工作机制建设研讨会综述》,《人民检察》2012年第10期。

[2]陈卫东:《我国检察权的反思与重构:以公诉权为核心的分析》,《法学研究》2002年第2期;刘计划:《检察机关刑事审判监督职能解构》,《中国法学》2012年第5期。持检察权依然是行政权观点的学者尤以中国人民大学的陈卫东教授为代表,陈教授除了在《法学研究》等刊物上发表观点以外,还在一些会议上多次阐述其观点,比如2011年10月4日在北京市检察院第二分院举办的直辖市检察长论坛上,作了题为《检察机关角色矛盾的解决之策——法律监督职能与诉讼职能的分离》的演讲。

[3]列宁的法律监督思想集中体现在《论双重领导与法制》《论新经济政策条件下司法委员会的任务》《怎样改组工农检察院》《宁肯少些,但要好些》等著作之中。参见《列宁全集》(第43卷),人民出版社,1987年。

[4]李士英主编:《当代中国检察制度》,中国社会科学出版社,1988年,第65页。

[5]徐益初:《从我国检察机关的发展变化看检察机关定位——对检察机关法律监督地位的再认识》,《人民检察》2000年第6期,第45页。

[6]陈卫东:《我国检察权的反思与重构:以公诉权为核心的分析》,《法学研究》2002年第2期,第12页;刘计划:《检察机关刑事审判监督职能解构》,《中国法学》2012年第5期,第133-134页。

[7][38][41][42]陈卫东:《我国检察权的反思与重构:以公诉权为核心的分析》,《法学研究》2002年第2期,第11、7、6、4页。

[8][美]博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来译,北京:华夏出版社,1987年,第104页。

[9]陈卫东教授认为,“检察权在本质属性和终极意义上应属于行政权”。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》,《法学研究》2002年第2期,第3页。不论检察权的性质是否为行政权,陈教授的这一说法是有问题的,混淆了事物的本质与性质。本质与性质是不同的概念,事物的本质包括两层内涵:一是事物的量,法律监督与检察同一;二是事物的目的,法律监督的价值取向即是其本质所在。性质则是一事物本身固有的区别于其他事物的特殊性。前面我们探讨了检察权的本质,至于检察权是否是行政权抑或是立法权司法权,则是对检察权性质的探讨。

[10]《中国共产党章程》总纲中规定“党必须保证国家的立法、司法、行政机关,经济、文化组织和人民团体积极主动地、独立负责地、协调一致地工作。”

[11]新华社:《加强人民法院人民检察院工作为全面建设小康社会提供司法保障》,《北京日报》2006年6月29日。

[12][17][20][39]樊崇义、吴宏耀、种松志主编:《域外检察制度研究》,中国人民公安大学出版社,2008年,第174、174、133、172-192页。

[13][14]林钰雄:《检察官论》,法律出版社,2008年,第17、70页。

[15]龙宗智:《检察制度教程》,法律出版社,2002年,第90页。

[16]龙宗智:《论检察权的性质与检察机关的改革》,《法学》1999年第10期,第4页;谢鹏程:《论检

察官独立与检察一体》，《法学杂志》2003年第3期，第35-36页；孙谦：《检察：理念、制度与改革》，法律出版社，2004年，第103-104页。

[18] 龔刃初：《现代日本司法透视》，中国检察出版社，1991年，第199页。

[19] [40] [日] 法务省刑事局编：《日本检察讲义》，杨磊等译，中国检察出版社，1990年，第7、21页。

[21] 龙宗智：《论检察权的性质与检察机关的改革》，《法学》1999年第10期；谢鹏程：《论检察官独立与检察一体》，《法学杂志》2003年第3期。

[22] 晏向华：《检察职能研究》，中国人民公安大学出版社，2007年，第39页；石少侠：《检察权研究——侧重于刑事司法的思考》，孙谦主编：《检察论丛》（第11卷），法律出版社，2006年，第17页；龙宗智：《论检察权的性质与检察机关的改革》，《法学》1999年第10期，第5页。

[23] 陈卫东教授认为，“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。”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》，《法学研究》2002年第2期，第3页。

[24] 陈卫东教授自己也指出，“在美国、法国、德国、日本等，虽然检察机关隶属于司法行政机关，但却具有不同于一般行政机关的权力。”“检察权在运行时带有部分司法的特性。”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》，《法学研究》2002年第2期，第7页。

[25] [美] 托克威尔：《论美国的民主》（上卷），商务印书馆，1993年，第110页。

[26] 陈瑞华：《司法权的性质——以刑事司法为范例的分析》，《法学研究》2000年第5期，第30页。

[27] 龙宗智、李常青：《论司法独立与司法受制》，《法学》1998年第12期，第34页。

[28] 孙笑侠：《司法权的本质是判断权——司法权与行政权的十大区别》，《法学》1998年第8期，第34页。

[29] [英] 詹宁斯：《法与宪法》（中译本），生活·读书·新知三联书店，1997年，第165页。

[30] 在这一点上，陈卫东教授的观点显得偏颇，陈卫东教授提出，“希望借司法权这个现代法治国家里含义已十分明了的词语来指出检察机关行使的公诉权与法院行使的审判权之间的区别，因为在这些国家，司法权就是只能由法院行使，专指审判权。”并且认为，应然的司法权就是指审判权。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》，《法学研究》2002年第2期，第5-6、17页。

[31] 美国刑事案件案件的85% - 95%都是通过辩诉交易结案的。参见何家弘主编：《检察制度比较研究》，中国检察出版社，2008年，第22页。

[32] 陈卫东：《我国检察权的反思与重构：以公诉权为核心的分析》，《法学研究》2002年第2期。

[33] 何家弘主编：《证据法学研究》，中国人民大学出版社，2007年，第8、82页。

[34] 检察官客观义务理论源于德国。19世纪中期，德国法学界在讨论检察官定位时，产生了争论。一派认为，检察官是当事人主义，是代表一方利益的；另一派则认为，检察官代表社会提起公诉，应站在客观公正的立场。1877年德国刑事诉讼法典颁布，肯定了检察官客观性义务和诉讼关照理论，确认检察官为审判前程序的主持人，和主持判决程序的法院一道被赋予“司法机关”的地位。法官和检察官是性质相同的为发现真实而努力合作的。参见刘佑生主编：《中国宪政与检察制度》，中国方正出版社，2007年，第61-62页。

[35] 冉云梅：《德国检察制度一瞥》，《人民检察》2004年第6期，第74页。

[36] [德] 托马斯·魏根特：《德国刑事诉讼程序》，岳礼玲、温小洁译，中国政法大学出版社，2004年，第37页。

[37] [美] 梅利曼编著：《大陆法系》，禄正平译，法律出版社，2004年，第136页。

[责任编辑：禾平]