一个权力 两种模式： 诉权视角下的检察官自由裁量权

□李 扬 [北京大学 北京 100871]

[摘要] 检察官的起诉裁量权存在以诉权为核心的英美法系模式和以司法权为核心的大陆法系模式两种不同的模式。我国现行的起诉制度采行了具有刚性特征的大陆法系模式。为了顺应刑事司法发展的国际趋势,有必要对我国的检察官起诉裁量权制度进行诉权化改革,柔化现行起诉制度,扩大检察官的自由裁量权。

[关键词] 起诉裁量权; 不起诉; 诉权; 国家诉权; 司法权

[中图分类号] D926.31 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1008-8105(2009)02-0088-05

一、检察官起诉裁量权的两种模式

检察官的起诉裁量权是伴随着起诉便宜主义在各国得到认可而逐步确立的。在一些国家,这一原则已经被写入了宪法或者是刑事诉讼法典^[1]。即使是以起诉法定主义为一般原则的国家,在最近几年中也开始通过确立各种例外规则直接或间接地赋予了检察官部分起诉裁量权。联合国《关于检察官作用的准则》第18条对检察官的起诉裁量权作出了明确的阐述^[2]。

虽然各国在不同程度上赋予了检察官起诉的自由裁量权,但笔者认为,以是否承认检察官的起诉裁量权是刑事诉权的组成部分为标准,可以将世界各国的检察官起诉裁量权制度设计划分为两个不同的模式。

(一) 以诉权为核心的英美法系模式

在大部分英美法系国家,检察官享有几乎不受限制的起诉裁量权。在日本,自1922年法律明确规定起诉便宜原则以来,检察官“根据犯人的性格、年龄以及境遇、犯罪的轻重以及情节和犯罪后的情况,可以不提起公诉。”^[3]在英国,皇家检控署以“起诉是否真的代表公共利益”作为起诉裁量的考量因素。如果认为不能,就对犯罪嫌疑人不采取任何行动或警告后将其“宽恕”^[4]。在美国,决定是否指

控是检察官最重要的工作。检察官不被要求对每个案件都提起指控,许多检察官事务所审查的1/3或者更多的案件都不会被起诉^[5]。至于哪些犯罪种类、哪些犯罪人以及哪些犯罪行为应当截留则属于检察官的自由裁量权,大陪审团和预审法官无权过问^[6]。即美国检察官的起诉决定在刑事诉讼中不受到实际上的控制或是事实上的审查。

由此可见,在英美法系国家,检察官的起诉裁量权具有以下特点:第一,立法没有对不起诉案件的种类进行明确的限制。检察官不仅可以对轻微犯罪不起诉,对于重罪也可以行使其自由裁量权。第二,检察官的不起诉裁量具有很大的独立性,对该权力的事后审查和制约力度较弱^[7]。

笔者认为,之所以在英美法系国家检察官的起诉裁量权会呈现出上述特征,是与其诉权的本质属性密切相关的。在英国,检察官以“国王代理人”的面目登上了历史舞台。在其起诉制度传统中,最突出的特色是私人起诉主义。私人起诉主义以“诉权在民”为其理论基础,认为公诉人员履行职责的控诉活动也是私诉。其“只是一名穿制服的公民将案件诉诸法庭而已”^[8]。虽然近年来,随着两大法系的借鉴和融合,国家义务和法定原则的理论在英美法系国家有所渗透,但“诉权在民”的基本理念依然支配着英美各国的起诉制度。正是“诉权在民”思想的影响,使得检察官被视为刑事诉讼中的一方

[收稿日期] 2008-11-14

[作者简介] 李扬(1982-)女,北京大学法学院2006级博士研究生。

普通当事人,与作为当事人的被告人来说没有本质上的区别。诉权作为当事人所享有的要求裁判者公正审判的基本权利,具有可处分性的特征。即诉权的行使者既可以选择通过行使该权利来实现自己的利益,也可以选择不行使该权利来放弃自己的利益。这种选择的权利即为诉权的可处分性。因此,检察官的起诉裁量权被当然地视为其自由行使诉权的应有之义。这也可以用来说明,为什么在英美法系国家,检察官的起诉裁量权极少受到来自于立法或司法审查方面的限制和监督。

(二) 以司法权为核心的大陆法系模式

在大陆法系国家,检察官的起诉裁量权受到严格的限制。在德国,《刑事诉讼法》第70条第1款明确规定:“检察官有足够的事实根据认为构成犯罪时,应当提交起诉书提起公诉。”^[9]可见,德国法没有赋予检察官起诉裁量权。但在实践中这一原则已经被不断增加的例外所侵蚀。实践中检察官只是针对可能被判处1年以上监禁的严重犯罪案件才适用强制起诉。在德国刑事诉讼法上使用最广泛的条款是第153条“没有后果的不起诉”,即被指控人罪行轻微,不存在追究责任的公共利益,则检察官可以做出没有任何后果的不起诉决定。以1998年的统计为例,被移送给德国检察官的案件中,有27%因为适用“没有后果的不起诉”而被撤销。有德国学者将法定起诉原则在德国的应用比作瑞士的奶酪——充满了漏洞^[10]。在法国,《刑事诉讼法》第40条第1款规定了“检察官在与实施犯罪行为相关联的特别情节证明有此必要时,可以做出不予立案的决定。”^[11]这里的不予立案,也称为归档不究,是法国检察官行使不起诉裁量权的重要形式。在比利时,公诉机关扮演着刑事诉讼程序的发动机和守护者的角色,可以根据案件的性质,采取其他的替代方法处理案件^[12]。

通过对上述传统大陆法系国家检察官起诉裁量权的规则描述,可以看出,大陆法系的起诉裁量权规则具有不同于英美法系的一些特点。第一,法律大多是以法定原则的例外规则的形式赋予了检察官起诉裁量权。第二,法律对检察官可以行使起诉裁量权的案件种类、范围等作出了明确的限定。不允许检察官根据案件的实际情况进行变通。在俄罗斯、芬兰、希腊、西班牙等国,法律采用了列举的表述方式对不起诉案件进行了严格的限制。第三,对检察官起诉裁量权的监督和制约机制比较发达,检察官行使该权力通常要受到严格的审查。

笔者认为,大陆法系国家检察官起诉裁量权所呈现出的上述特点是与其基本的诉讼理念相辅相成的。在传统的大陆法系国家,检察官要承担客观义务,即“追求公正性及真实性的义务”。这一义务被视为是与英美法系检察官义务的核心差别。该义务要求“检察官应尽力追求真实与正义”。其作为法律之守护者,既要保护被告免于法官之擅断,亦要保护其免于警察之恣意^[13]。正因如此,在传统的大陆法系理论中,检察官不是刑事诉讼中的一方当事人,而是与法院分担不同职能的国家司法机关。在这一理论基础的支撑下,检察官行使起诉裁量权并非因为诉权的可处分性,而是行使其所享有的国家司法权力。大陆法系国家在立法和司法程序中对检察官起诉裁量权的严格限制和监督也是从制约公权力滥用的角度设计的。

二、检察官起诉裁量权的诉权化意义

在大陆法系国家,检察官的起诉裁量权属于国家刑权力的组成部分,其制度设计强调对公权力的监督和制衡。英美法系国家检察官的起诉裁量权则被视为是其所享有的诉权的一部分,其配套的制度设计重点强调对诉权行使效果的保障。即与英美法系广泛的起诉裁量权相比,大陆法系国家对起诉裁量权的制度设计具有刚性的特征。

显然,英美法系赋予检察官广泛的起诉裁量权是与其对抗制度诉讼理念和诉权在民的法律传统一脉相承的。大陆法系严格限制检察官的起诉裁量权与检察官的客观义务和职权主义的诉讼特征不无联系。可见,上述的两种模式之间本身并无孰优孰劣之分。

近年来,随着两大法系的相互借鉴和融合,在检察官起诉裁量权问题上,两种模式之间也开始取长补短。英美法系国家逐渐开始加强对检察官起诉权力的监督。例如,自1978年“特纳诉检察长”一案始,英国检察官对证人免于追诉的裁量权开始受到被追诉者启动自诉程序的限制^[14]。与之相对,大量增加的诉讼案件和相形见绌的司法资源也迫使大陆法系国家开始重新审视对检察官起诉裁量权的限制程度。德国刑事诉讼法确立了许多新的条款都是建立在“利益权衡”的基础上:其中,实践中最重要的相反利益即在轻微犯罪案件中对检控和司法资源的节约^[15]。匈牙利对该方面的改革走得更远。其新的刑事诉讼法中不但规定了无条件撤销的起

诉,还增加了部分撤销指控和延迟起诉的规定,使检察官起诉裁量权适用的空间得到了明显的扩大^[6]。

由此可见,目前世界各国所采行的制度设计都并非纯粹意义上的以诉权为核心的英美法系模式,抑或是以司法权为核心的大陆法系模式,取而代之的是两大模式的混合体。笔者认为,分析综合现行各国的制度,检察官的起诉裁量权可以视为是以国家公权力为表现形式,以当事人诉权为本质属性,平衡于国家刑权力与当事人诉权之间的国家诉权的组成部分。这是因为:首先,检察机关的控诉职能决定了其起诉裁量权的诉权属性。在现代诉讼中,检察机关承担刑事诉讼中的控诉职能就必然要与对方当事人在平等武装的前提下查明案件真相,解决诉讼纠纷。而司法的权威性和终局性决定了国家不允许出现两个司法权解决同一个犯罪纠纷的情形。与被告人诉权相对应,与国家裁判权互动的只能是诉权。其次,检察机关的组织定位决定了起诉裁量权是以国家公权力为其外在表现形式。检察机关是国家宪法所确立的法律监督机关。国家检察官与法官在选任资格和制度保障上遵循统一的原则和规则。检察机关使用国家司法资源参与诉讼活动。其所作出的不起诉决定具有终结诉讼程序的法律效力。因此,检察机关在行使其起诉裁量权时就必然表现出不同于公民诉权的公权力形式。最后,正当程序理论为检察官的内在诉权属性与权力的外化表现提供了相互融合的可能性。正当程序理论所强调的控辩平衡和控审分离为检察官的准确定位提供了理论依据,也明确了自诉与国家追诉在权力属性上的一致性。

将检察官的起诉裁量权定位为国家诉权的组成部分,承认其诉权化的特征具有重要的理论和现实意义。

第一,承认起诉裁量权的诉权属性为进一步科学合理的设计检察官在刑事诉讼各个阶段,特别是审判阶段的具体诉讼权利提供理论前提。

在我国现阶段,对检察官是否应当享有量刑建议权存在较大的理论争议,如果从国家诉权的视角进行考察,检察官量刑建议权存在的合理性和正当性就不言而喻了。这是因为,既然检察官所享有的起诉裁量权源于诉权的可处分性,根据诉因制度的基本理论,是否启动诉讼是当事人的基本权利,起诉的内容自然也是当事人诉权行使的应有之义。而量刑建议权即恰恰为检察官行使国家诉权的具体内容。检察官起诉裁量权的诉权化意义还体现在控辩

协商制度之中。只有承认了检察官的起诉裁量权是其诉权的一部分,才能为确立我国的控辩协商机制扫除理论上的障碍。

第二,承认起诉裁量权的诉权属性有利于推进我国对抗制诉讼机制的发展和完善。

我国自1996年修订刑事诉讼法以来,已经逐步引入了对抗制的积极因素。在庭审过程中不断加强控辩双方的对抗,强调控辩双方的平等武装,认为检察官与被告人一样,都是刑事诉讼的主体,享有平等的诉讼权利。律师介入刑事诉讼的时间提前到侦查阶段,对司法鉴定制度的一系列改革,强调二审的开庭审理和证人的出庭作证等一系列的措施,都表明了我国目前对抗制度引入并非完全停留在司法理念的层面,而是开始逐步渗透到我国的司法实践之中。承认检察官起诉裁量权的诉权化,能够在上述对抗制发展的基础上进一步加强我国在具体制度层面引入对抗机制的力度和广度,有利于诉讼制度模式发展的一贯性,符合我国刑事司法改革的趋势。

第三,承认起诉裁量权的诉权属性为检察机关性质的准确定位提供了可资借鉴的思路。

长期以来,检察机关的性质和定位一直是我国刑事诉讼理论研究的一个热点问题,可谓莫衷一是,未定一尊。检察官的起诉裁量权作为公诉权的重要一环,其诉权性质的认定确定了检察权中包含了诉权的内容。即明确检察官在刑事诉讼中所从事的诉讼活动,其中有一部分是具有诉权属性的,而由于这一权利是以公权力的形式表现出来,又以国家司法资源为依托,因此,其不同于纯粹的当事人诉权,行使该权利的检察机关也不完全等同于刑事诉讼当事人。由此可将检察权分解为国家诉权和法律监督权两个有机组成部分,再以两部分之间的相互关系来定位检察机关和检察权的属性。

三、对我国现行起诉制度的柔化和补正

我国《刑事诉讼法》采用起诉便宜主义,立法明确规定了法定不起诉和酌定不起诉制度,赋予检察官在“犯罪情节轻微”和“证据不足”时自行决定是否起诉的裁量权。同时,我国也针对检察官的不起诉决定设计了三条法律救济途径。一是根据《刑事诉讼法》第145条的规定,允许被害人公诉转自诉;二是根据《刑事诉讼法》第146条的规定,允许被不起诉人向人民检察院申诉;三是根据《刑事诉讼法》第144条的规定,允许公安机关要求复议和提请复

核。即我国立法分别从被害人、犯罪嫌疑人和侦查机关三方角度设置了对检察官起诉裁量权的监督和制约机制,其限制之程度不可谓不严格。由此可见,我国立法上明确了检察官不起诉案件的范围,司法实践中设置了严苛的监督程序,从整体上遵循了大陆法系以司法权为核心的起诉裁量权模式,同样体现出刚性的制度特征。

笔者认为,固守检察官起诉裁量权的司法权属性会限制检察官自由裁量权的扩大,从而可能会羁绊我国刑事司法改革的整体进程,不利于解决司法实践中所面临的日益严峻的诉讼爆炸与司法资源匮乏之间的矛盾,也不利于我国刑事诉讼与世界司法改革的接轨。从我国的司法实践来看,无论是司法实践对诉讼经济和效率的要求还是相关的司法政策,都要求检察官地位的当事人化和检察官权力的诉权化,以柔化我国现行的起诉裁量制度,扩大检察官的起诉裁量权:

第一,“检察官乃刑事程序进展中决定性的过滤器。”^[17]由于我国检察官起诉裁量权的适用条件比较严格,使得审查起诉程序没有完全发挥出对案件过滤的作用。而我国的刑事简易程序在司法实践中适用率较低。简易程序的低适用率与检察院的高起诉率相结合,造成了我国大部分案件涌入到普通审判程序中。笔者认为,这是造成我国司法资源紧张,案件审理质量不高的主要原因。

第二,确认检察官起诉裁量权的诉权属性与检察机关享有的法律监督权并不矛盾。检察监督制度最早产生于我国西周时期,司马迁记载于《史记》中的“执法在旁,御史在后”,说的就是御史监督执法的情况^[18]。萨维尼在探讨检察官制度时曾说:“不信任乃最足以形容检察官生成与演变的三字箴言。检察官乃因对法官及警察的不信任而诞生。”^[19]检察监督制度能够保障检察官在刑事诉讼中不会沦为“侏儒法官”或是“高级警官”。检察官对法官和警察的不信任催生了法律监督权的诞生。而检察官行使诉权同样具有制约公权力滥用的积极作用。诉权和检察监督权在防止和监督国家刑权力滥用方面可谓殊途同归。

第三,宽严相济的刑事政策对扩大检察官的起诉裁量权提出了要求。宽严相济之“宽”,确切含义为“轻缓”,包括司法上的非犯罪化、非刑罚化以及法律上各种从宽处理措施^[20]。而对一部分犯罪情节轻微,社会危害性较小的犯罪嫌疑人不提起公诉是司法非犯罪化的表现。立法通过扩大检察机关的起

诉裁量权,允许其将一部分符合“从宽”条件的案件排除于司法程序之外,使得司法机关能够将司法资源集中应用于“从重”、“从严”的案件是符合宽严相济的刑事政策基本精神的。

第四,我国刑事立法重心的转变要求扩大检察官的起诉裁量权。近年来,我国刑法在立法层面呈现出对法定犯罪的关注,这与刑法理论从自然犯罪到法定犯罪的研究轨迹息息相关。法定犯罪在刑罚机动主义的背景下强调司法的能动性^[21],其不仅对刑事审判程序提出了要求,对承担诉讼过滤职能的检察机关也提出了相应的要求。即相对于自然犯罪来说,检察官在决定是否将法定犯罪案件诉诸审判程序时应具有更大的能动性。我国刑事立法中法定犯罪的比重逐年增加,与法定犯罪相配套的诉讼程序也应当及时地发挥作用。扩大检察官的自由裁量权,允许检察官在审查起诉时发挥更大的作用无疑是与刑事立法的这一发展趋势协调一致的。

综览我国司法实践,当事人主义对抗制的不断深入、诉讼案件的大量增加、刑事立法重心的转变和国家新刑事政策的提出都对我国检察官的起诉裁量作出了新的要求:即柔化我国检察官起诉裁量权的适用,扩大检察官的起诉裁量权,将更多的案件从刑事诉讼程序中过滤出去,同时确立检察官的当事人地位,明确检察官起诉裁量权是其行使诉权的一部分,是诉权可处分性的典型体现。只有这样,才能从保障基本权利而不是制约公权力的视角来看待和规制检察官的起诉裁量权,才符合我国不断加强当事人平等对抗,从超职权主义向混合式诉讼模式转变的大趋势。

笔者认为,在我国现行体制下,要扩大我国检察官的起诉裁量权要明确下述几点:第一,将犯罪嫌疑人与被害人之间的刑事和解活动制度化。和解双方达成和解协议的,在不违背国家公共利益和社会公序良俗的情况下,检察官应当以不起诉的法定方式将和解协议的结果进行确定。第二,确立暂缓起诉制度。扩大不起诉案件的适用范围,构建多层次的起诉制度体系。第三,扩大酌定不起诉的范围,对于重罪中存在法定免除处罚情节的案件和不符合诉讼经济和比例原则的案件检察官,也可以做出不起诉处理。第四,创立污点证人制度。对于只有同案被告人口供,没有其他证据的案件,可以将犯罪情节比较轻微,或是同案犯中的从犯、胁从犯转变为案件的污点证人,对其进行不起诉处理。第五,鼓励检察官对符合条件的案件进行不起诉处理,

在实践中取消对不起诉处理的案件数量进行人为限制的不科学做法。第六, 废止不起诉后的检察官错案追究制度, 摒弃以权力制约权力的监督模式, 设立以防止诉权滥用的方式来监督和限制检察官起诉裁量权的制度^[22]。

除此之外, 笔者认为, 在起诉裁量权诉权化的过程中, 在柔化现行起诉制度的同时也要处理好下述两方面的关系: 一方面, 要处理好检察机关的国家诉权与法律监督权的关系。不能因为明确了其诉权的属性就否认检察机关所享有的法律监督权。也不能因为宪法确立了其法律监督机关的地位就忽视其诉权的行使, 更不能用法律监督权代替国家诉权的行使。另一方面, 要处理好扩大起诉裁量权与防止检察官滥用诉权的关系。要在符合诉讼经济原则、解决诉讼矛盾与实现国家刑权力的积极目标之间寻求最佳的平衡点。这一平衡点并非固定不变, 而是伴随着社会政治经济的发展和国家刑事政策的调整而不断变化的。

参考文献

- [1] 皮特·泰克. 欧盟成员国检察机关的任务和权力[M]. 吕情, 译. 北京:中国检察出版社, 2007:47
- [2] 杨宇冠. 联合国刑事司法准则[M]. 北京:中国人民公安大学出版社, 2003:153
- [3] 松尾浩也. 日本刑事诉讼法[M]. 丁相顺, 译. 北京:中国人民大学出版社, 2005:77
- [4] 约翰·斯普莱克. 英国刑事诉讼程序[M]. 徐美君, 译. 北京:中国人民大学出版社, 2006:190
- [5] 爱伦·豪切斯泰勒·斯黛丽. 美国刑事法院诉讼程序[M]. 陈卫东, 徐美君, 译. 北京:中国人民大学出版社, 2002:62
- [6] 何家弘. 论美国检察制度的特色[J]. 外国法译评,

1995, (4):7.

- [7] 张智辉, 杨诚. 检察官作用与准则比较研究[M]. 北京:中国检察出版社, 2002:100
- [8] 龙宗智. 检察制度教程[M]. 北京:法律出版社, 2002:3
- [9] 克劳思·罗科信. 刑事诉讼法[M]. 吴丽琪, 译. 北京:法律出版社, 2003:53
- [10] 托马斯·魏根特. 德国刑事诉讼程序[M]. 岳礼玲, 译. 北京:中国政法大学出版社, 2004:91
- [11] 法国刑事诉讼法典[M]. 罗结珍, 译. 北京:中国法制出版社, 2006:331
- [12] 皮特·泰克. 欧盟成员国检察机关的任务和权力[M]. 吕情, 译. 北京:中国检察出版社, 2007:67
- [13] 林钰雄. 检察官论[M]. 台北:学林文化事业有限公司, 1999:12
- [14] 李约翰·爱德华兹. 英国总检察长[M]. 王耀玲, 译. 北京:中国检察出版社, 1991:48
- [15] 托马斯·魏根特. 德国刑事诉讼程序[M]. 岳礼玲, 译. 北京:中国政法大学出版社, 2004:92
- [16] 皮特·泰克. 欧盟成员国检察机关的任务和权力[M]. 吕情, 译. 北京:中国检察出版社, 2007:67
- [17] 陈朴生. 刑事诉讼法论[M]. 第6版. 台北:正中书局, 1960:73.
- [18] 苏晓宏. 检察职能的现代化转型[M]. 北京:同济大学出版社, 2002:12
- [19] 弗里德里希·萨维尼. 论立法与法学的当代使命[M]. 许章润, 译. 北京:中国法制出版社, 2001:109
- [20] 陈兴良. 宽严相济刑事政策研究[J]. 法学杂志, 2006, (1):17.
- [21] 陈兴良. 走向哲学的刑法学[M]. 北京:法律出版社, 1999:333
- [22] 汪建成, 祁建建. 论诉权理论在刑事诉讼中的导入[J]. 中国法学, 2002, (6):123.

Study on the Nature of Pro Discretionary Right: the View-Angle of Right of Action

LI Yang

(Peking University Beijing 100871 China)

Abstract There are two different models of pro discretionary right: Continental law with judicial power as the core and Anglo-American law with the right of action as the core. Our current systems adopt the former. In order to accommodate the development of international criminal justice trends, it is necessary to reform our current systems and expand the pro discretionary right.

Key words pro discretionary right; non pros; right of action; right of action of state; judicial power

编辑 刘波