

您的位置: [首页](#) >> [阅读文章](#)

阅读文章

Selected Articles

作者授权 本网首发

检察权的性质及其正当性基础

特聘专家

张志铭

阅读次数: 3656

 [使用大字体察看本文](#)

法学所导航

[走进法学所](#)

[走进国际法中心](#)

[机构设置](#)

[《法学研究》](#)

[《环球法律评论》](#)

[科研项目](#)

[系列丛书](#)

[最新著作](#)

[法学图书馆](#)

[研究中心](#)

[法学系](#)

从法理上分析现代检察制度,首先要关注的一个问题就是检察权的性质问题。检察权到底是一种行政权还是司法权?从检察制度产生时起就是一个争论不休的问题,直到今天,依然如此。如果说检察权是司法权,为什么它具有行政权的层级结构,并表现为行政的运作方式?如果说它是一种行政权,为什么在制度和观念上会强调它的独立性,强调检察官的司法官性质?这的确是一个复杂而又关键的问题。从中国的司法实践看,这一问题迄今还没有一个很好的解答。与这种情况形成有趣关联的是,我们这些年来讲司法改革在很大意义上讲的都是法院的改革,好象司法权就是审判权,司法权的主体就是法院。于是就出现了一个盲点,一个非常有趣的现象,就是检察制度的丢失。检察制度在国人特别是在学术界对司法改革的谈论中、在学者的司法改革视野中好象被丢失了!这意味着什么?是不是有一种潜在的意识认为检察制度、检察权是一种行政现象,认为谈司法特别是谈现代司法、谈现代司法权的主体就应该象英美等国一样定位在司法裁判和法院法官?这样一种主观臆断是不是导致了漠视检察制度存在的现象?不管怎么说,在近几年关于法制和司法改革的议论中,的确有一种值得关注的把检察制度边缘化的倾向。

关于检察权的性质定位,我觉得最大的问题是许多学者是按照三权的政制架构来定位检察权的。按照三权的政制架构,检察权肯定不是立法权,需要回答的是它到底是行政权还是司法权?这样一种提问方式,给回答这一问题造成了困难。因为,从权力的性质来讲,我们应该采用的是“两分法”,区分法律制定和法律的适用,然后在法律适用这个层次上才会看到了行政、审判、检察等。按照“两分法”的思路分析问题,可能对检察权的定位会好些。检察的职能也是一种适用法律的职能,在适用法律的意义上,法院和检察院所行使的权力在性质上到底有多大差异?另外,以“三权”作为一种不言而喻的前提预设、在这个意义上争论检察权到底是一种什么样的权力,完全脱离了我国人民代表大会制度的政制架构。我们不能无视我们自己的现实。如何在人代会的政制架构中定位检察权,这是一个需要很好思考的问题。

从法理角度分析,第二个层面的问题是检察制度的正当性基础。这方面的追问,可以采取回归原点的办法。就是说,从发生学的意义上考察检察制度最初是基于什么样的目的而设立的。从我掌握的资料看,检察制度是法国大革命的产物,它是1789年作为“革命之子”产生的,到1804年拿破仑刑事法典获得定型,然后随着拿破仑的东征西讨,这种制度在欧洲大陆传播开来。到了德国,它又结合了德国自己的传统,被有所发挥。中国的检察制度是清末改制通过日本引用借鉴德国的一种体制。我们今天的检察制度虽然在1949年后受到过前苏联的深刻影响,但从制度框架和基本理念上看,仍然可以归结为欧陆样式。

从欧陆检察制度产生的历史看,当时主要是基于三个目的。第一个目的是权力制约,制约裁判机关。这个制约有两层意义:一是入口处的监督制约;二是对审判过程的监督。从入口制约而言,检察官是站着的法官,裁判官是坐着的法官,检察官审查决定刑事案件是不是需要提起公诉,检察官不起诉,法官就无从审理。这与从前的纠问式裁判是不同的,纠问式裁判没有检察与审判的区分,没有这种入口控制,因而容易产生裁判的专横恣意。为了控制裁判权的专横恣意,检察权才从中分化出来,进行这种入口控制。这里引发的一个问题是公权和私权的平衡问题,如果检察机关不起诉,受害方是不是就不能通过正当的法律途径来保障自己的权益。这方面现在已有进步,但却没有得到很好的解说。按照原初的设计,起诉与否

是由检察官决定的。从监督审判过程看,检察机关对审判的监督除了入口制约外,还有一个全程监督。但是,对此人们总是会提出这样的疑问:较之于检察院上命下从的行政组织结构和运作方式,法院在制度构造上显然更为客观、更加公正。出于实现公正的要求,却通过一种行政阶层式的机构去监督一种更有内部制约的机构,其合理性何在?这一问题到目前也没有得到很好的回答。

第二个目的就是控制警察,通过检察对警察进行合法化的控制。问题是,什么是有效的控制?有效控制是不是必须要另外设一个机构?许多学者主张“警检一体化”,但一体化可以通过设立检察机构和警察机构、确立它们之间指挥和服从的关系来实现,也可以通过将检察职能设计安排在警察机构内部来实现。控制警察权是现代社会的一种趋势,但是控制的方式、控制的体制则可以有不同的合理选择。

第三个目的是保障民权。检察官应该维护法律秩序,维护社会的利益,而不是简单的维护政府和国家的利益。它应该有一个更加中立的立场,而不仅仅是代表政府去追诉被告。从检察制度产生的那一天起,对它的正当性的论证,都包含着它应该搜集对被告有利的证据。如果在裁判过程中发现被告无罪,检察官应该主动提出。这样一种最初的理念与我们现在的实践中检察机关不断强化自己的打击职能、追诉职能形成明显对比。我们的检察制度如今是一部分职能在不断地萎缩,一部分职能在不断地强化,因此要考虑如何如何才能保持平衡的问题。如果仅仅把检察官的职能定位在刑事犯罪的追诉,那么为什么只有在受害一方才存在国家利益,而在被告一方就没有国家利益呢?为什么受害一方身上的国家利益要受到检察机关维护,而被告一方身上的国家利益就得不到检察机关的维护呢?这也是在理论上不能回避的一个问题。追溯检察制度的历史,我们会发现,从中世纪君主或领主的管家或代理人演变为近代民族国家中政府的代言人,检察官所代表的利益似乎扩展得不够,因为在近代民族国家中,无论被告还是原告都是国家的公民,在他们身上都有一个国家利益的问题。

检察制度作为司法制度的一部分,它涉及到公权之间的关系、公权与私权的平衡。如何在法理上对检察权的性质、检察制度的正当性基础作出圆通一贯的解说,是中国检察制度改革和检察理论发展必须面对的深层次问题。

张志铭(自由发言):从法理的角度分析问题,会特别强调分析问题的方法。比如,我们会特别注意区分什么属于“事实描述”,什么属于“价值评判”。对事实的描述是不能代替对事实的价值评价的,反过来说也一样。因此,即使你举出种种司法不公,指出法院需要监督,也不一定就能证明需要有现在的检察监督。检察制度改革和设计要考虑合理性,体现出合理的选择和价值追求,这一点很重要。文显教授讲有一个现实合理性,一个预期合理性,实际上,预期合理性与现实合理性很难截然分开。现代检察制度的发生最初是基于三种主要目的,这三种目的就是检察制度预期的合理性所在,而一旦体现在具体的检察制度安排中,它们就转换为一种现实的合理性。随着历史的演进,这种合理性也出现了一些变化。在监督审判这一目的上,呈现出一种萎缩,变成为主要是“入口监督”,而且在“入口监督”上也有限制,变得不那么绝对。在控制警察这个目的上,好象是不断地被强化了。在保障人权的目的上,由于人们从现代司法的三角结构等方面提出了质疑,而且事实也证明了检察机关的追诉倾向,因而似乎是动摇了。我们应该正视这些变化,只有这样才能对检察制度进行合理的定位,才能讨论中国的检察制度应该改什么、怎么改。改,就不是简单地肯定现状,而是要面向未来、作出合理的选择;即使是肯定现状,也有一个论证现状的合理性问题。我们需要合理的思路和方法来考虑检察制度的改革问题。

(原载孙谦等主编《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年出版)

相关文章:

[关于“取消法律本科专业”](#)
[人权法院判例法中的表达自由](#)
[司法改革中的形变与神变](#)
[民事执行改革的几个理论问题](#)
[如何看待“公开合议庭不同意见”](#)
[从“法官精英化”到“法官职业化”](#)
[围绕“从律师中选法官”的思考](#)
[对我国法官培训的两个角度的思考](#)
[对一种流行司法观念的质疑](#)
[法律家的养成与统一司法考试](#)
[法律体系建构中的开放性思路](#)
[法治社会中的法律职业](#)
[关于“个案监督”的思考](#)

关于被刑事追究者获得律师帮助的权利

何谓法律真实？

解读“以事实为根据”

狼来了？浪来了？还是粮来了？

民事执行权的制度安排

司法改革需要更广阔的视野：对最高法院五年改革纲要的一点评论

审判方式改革再思考

关于审委会改革的思考

司法裁判的说理性

用效率阐释公正，追求有效率的司法公正

司法改革中的形变与神变

司法过程的特性

司法判决的结构和风格

司法改革中的健全思维

引言：法治视野中的法律解释

“法官后语”与“情法交融”

司法改革中的主体适格问题

什么是宪政要求的宪法？

也谈宪法的司法化

证成法律真实标准

民事执行改革的几个理论问题

法律职业道德的认知

法律职业道德的意义

中国律师的作用：历史、现状和问题

当代中国的司法独立问题

作为法律文化一部分的司法程序

法理思考的印迹

告白与鸣谢

导言：法治视野中的法律解释

《法律解释操作分析》

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址：北京市东城区沙滩北街15号 邮编：100720

[RSS](#)