

检察再造论

——以职务犯罪侦查权的转隶为基点

李奋飞

摘要:随着国家监察体制改革的深入推进,检察机关的反贪、反渎等职务犯罪侦查权将转隶至监察委员会,这无疑对检察机关的职能定位产生重要影响。因而需要检讨过往检察权配置的适宜性及其实践困局,剖析检察“软骨病”的生成症结,并对未来中国检察权的功能架构进行理性设计。国家监察体制改革并未动摇宪法赋予检察机关的法律监督定位,只是法律监督的目标定位应为“程序正义的守护者”。这不仅需要革除批捕权和公诉权在基本运行范式上的弊端,还应当对检察机关的令状范围加以拓展,以塑造更为系统且符合中国本土法治资源的诉讼监督格局。此外,还应稳步推进民事行政监督和刑事执行监督等特色功能的开发,这或是提升检察权品质的适宜渠道。

关键词:国家监察体制改革;职务犯罪侦查权转隶;法律监督的目标定位;检察权的功能再造

引言:监察体制改革影响下的历史变局

2016年11月,关于国家监察制度的顶层设计甫一公布,就在全社会范围内引起了巨大反响,^①毋庸置疑,这项事关国家发展大局的政治体制改革,无疑会直接影响到未来中国社会的廉政生态建设^[1],也不可避免地将触发公权力组合的重新配置。“支配的经营需要由人组成的行政管理僚属和物资方面的行政管理工具。”^[2](P.203)其中,原归属于检察机关的职务犯罪侦查权,将被转隶到国家监察委员会。这场重大变革无疑将打破中国司法领域固有的权能结构和逻辑自洽,进而也将放大检察机关再度明确自身职能定位的急迫性。鉴于全新的国家监察机构在性质定位、权力属性以及与之相匹配的程序设计等层面,均深刻改变了检察权过往所习惯的行为范式^[3],故而也将后者系统性地纳入这场宏大的历史叙事之中。

就检察机关内部而言,职务犯罪侦查权的剥离无异于撩动了其最敏感的神经,并在很大程度上滋生出普遍性的失落情绪。长期以来,以反贪污贿赂和反渎职侵权为内核的职务犯罪侦查权,作为一种带有

作者简介:李奋飞,法学博士,中国人民大学法学院教授、刑事法律科学研究中心研究员,博士生导师。

* 本研究系中国人民大学科学研究基金持续支持项目“刑事错案的制度性治理”(项目编号14XNJ003)、安徽省侦查逻辑办案研究会重大课题“反贪反渎转隶后检察监督职能定位研究”(项目编号AHZC2017A03)、最高人民检察院检察理论研究课题“以审判为中心背景下的刑事指控体系建构”(项目编号GJ2016B18)的支持。

① 2017年11月4日,第十二届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议通过了《全国人民代表大会常务委员会关于在全国各地推开国家监察体制改革试点工作的决定》(下称《决定》),并于5日起施行。在此之前,中共中央办公厅印发了《关于在全国各地推开国家监察体制改革试点方案》。其中明确指出,北京市、山西省、浙江省继续深化改革试点,其他28个省(自治区、直辖市)将在2017年底或者2018年初设立省、市、县三级监察委员会。

进攻性特质的司法“杀手锏”被检察机关视为自身地位的重要保障。甚至,不少人对其价值的迷信已臻于不可或缺的境地。如果赋予检察机关某些人格化特质,此项权能的剥离所造成的心理影响,可以说就如同珍贵的传家宝顷刻间不翼而飞一般。直白地说,监察权对于职务犯罪侦查权的吸收,似乎给检察机关营造了一种遭受打击的情感氛围。^①然而不可否认的是,检察机关享有反贪污贿赂和反渎职侵权这两项自行侦查权能,终究是其一直以来饱受诟病的主要原因^[4]。为此,检察机关不得不藉由理论周延和实践探索等方式而频频作出回应,由此激发的论战几乎从未停歇过。如今,全局性政治体制改革却不经意为此争议划上了休止符,不免令人唏嘘。但值得深思的是,为何检察机关对于自侦权的行使会始终陷于风雨飘摇的困境?这项权能原有的配置又是否具备妥当性?由此,我们就需要进一步判断,时下弥漫于检察场域内的低落情绪,究竟是基于器质性功能损伤的实际痛苦,抑或是仅仅出于某种认知假象影响下的心理错觉。

厘清上述问题的重大意义,在于更为科学合理地设计中国检察权在未来的功能架构。既然权力的重新布局已然成为大势所趋,检察职能内涵的重新构造就是不容回避的命题。“不能记住过去的人势必重复过去。”^{[5] (P. 82)}笔者认为,在国家监察体制改革的大背景下,极有必要认真检讨过往检察权配置的适宜性,进而站在全局视角鸟瞰职务犯罪侦查权与检察制度之间的契合度。从表面看,时下的历史变局貌似是在削弱检察机关的政治品阶,但此种观点却未必能经得起现实的推敲。恰恰相反,这场深刻变革或许已为检察机关内部关系的理顺提供了某种契机,并可因此激活检察机关的权能价值。一言以蔽之,国家监察体制改革所造就的权力转隶,或许非但不是坏事,反而可被视为一个“利好消息”,尤其可能有助于提升诉讼场域内的检察话语权。

一、初始设计:建构理性主义的结晶

“只要真正对某一社会进行细致的研究时,我们就会发现我们原来的想法,即一个社会的传统文化和法律在历史上完全没有变化,完全自发地产生,只是一种虚构和假设,是一种浪漫化或者天真的虚构。”^{[6] (P. 54)}在中国的法治建构中,检察制度无疑是非常特别的一项内容,迥异于域外单一的公诉职能定位,中国的检察权承载了多元化的复合属性^{[7] (P. 140)}。正因为如此,如何将不同的权力类型整合于某个统一的概念集群之内,就成为经久不息的热议话题。反复的博弈争执最终主要演化为“一元论”与“二元论”的对立性学说阐述,并各自为检察权的体系周延提供注脚。^②然而,无论基于何种立场,职务犯罪侦查权都被解构为不可或缺的保障性手段,即便其中涵盖了过多牵强附会的说教。

(一) 法律监督的母体定位

总体上,检察系统内部一直倾向于“一元论”的理论解读,将法律监督看作一个具有宏观属性的权力概括,而诸多具体职责皆流觞于此。诚然,这样的认知不免引发权力膨胀的隐忧,而遭受“谁来监督监督者”的质疑,不过却也大致承继了宪法的至上性。而“二元论”所提及的分而治之思路,或许促成了权力界分的类型化,以保证刑事诉讼的框架稳定,同时亦可能避免检察机关自身陷入角色矛盾的恶性循环。^③但是,宪法为检察机关所设定的法律监督身份,不免在这样的形态切割中落进了狭义化的窠臼。

在国家监察委员会创设之前,中国的政治机构设计始终维系着“一府两院”的框架格局。其中,政府承担了管理行政事务的职责;而法院则负责司法审判活动。检察机关既然在国家政治生活中占据一

^① 笔者在一些地区的检察机关开展调研期间就发现,绝大多数检察人员都表达了无奈,认为此项改革将造成自身权能的严重削弱,甚至波及宪法赋予的法律监督地位。这是普遍性的情绪投射,近一段时期以来,各级检察机关的士气多少有些低落,尤其对检察机关的未来存在疑惑。

^② “一元论”认为检察权即法律监督权,是不可分割的有机整体;而“二元论”认为检察权具有“制约”和“监督”两种不同属性,分别承载了诉讼权和诉讼监督权。近年来,为了折衷两类观点,又出现了“一元二分法”的新说,即检察权具有复合性和多层次性,应当在坚持实质上的“一元论”的同时,承认形式上的诉讼权与诉讼监督职权的“两分法”。参见晏向华“在法治中国视野下完善刑事诉讼建设”,载2014年11月3日《检察日报》。

^③ 参见陈卫东“检察机关角色矛盾的解决之策”,载2011年2月23日《法制日报》。

席之地,且能够保持与前二者并驾齐驱的位阶,必然要仰赖某项基础性权力。因此,法律监督就不应做矮化理解。换言之,这项权能应当足以媲美审判权。而一旦剥离了公诉、审查逮捕等“二元论”所界定的诉讼内涵,是断难撑起法律监督的高度的。^①事实上,“二元论”的舆论市场主要源自刑事诉讼法学领域。而立足于宪法视角,如果将法律监督仅仅局限于立案监督、侦查行为监督、刑事执行监督、审判监督等相对具体的权力模式范畴,则多少显得名不副实了,何况检察权早就延伸到了民事、行政诉讼领域。倘若沿着“二元论”的逻辑脉络不断深入推演,法律监督权的存在合理性最终必然会受到否定,这恰恰又有悖于宪法设计的初衷。当我们审视宪法学界的研究成果,不难发现其中的大多数似乎从未质疑过法律监督的一元特性^[8]。

这样,实务层面对于“一元论”的追捧似乎不无道理。关键在于,法律监督权由此获得了一种“母体”地位。所有检察机关行使的权责均可从中析出,而阐释为监督法律条款的正确实施。但不可否认的是,无论是宪法,还是三大诉讼法,关于人民检察院是国家法律监督机关的规定都较为抽象,而缺乏相对微观的外延界定。其实,检察权遭遇的诸多怀疑和误解,也大多与此相牵涉^[9]。在理论规划上,这始终是一个致命的“硬伤”,并触及了检察机关存续于司法领域的根基问题,即何为法律监督权,而监督的对象又是什么?尽管学理上对此多有成型见解,但权威性缺失衍生的缝隙却始终未能弥合。落实到实践领域,倘若上述事项依然带有见仁见智的可探讨性,就容易引发操作环节的思维混乱。换句话说,作为检察机关权能渊源的“法律监督”属性,在概念内涵上不可过分狭窄,而应抑制自身定位表达的模糊倾向。无论如何,法律监督权与检察权之间的“一体两面”关系实质上是难以撼动的基础性前提。

(二) 多元渠道的全面覆盖

既然法律监督主要体现在诉讼领域,中国检察机关的权力覆盖亦无法出离于此范围。可以说,检察机关的权能触角几乎涉及三大诉讼的各个环节。而这其中,尤以刑事诉讼为甚。毕竟,中国刑事司法格局奉行诉讼阶段论的模式类型,强调流水作业式的案件传递方式^{[10][11]}。在此程序场域中,所涉及的主体是最为多元的,牵扯的关系也异常复杂,进而还凸显了法律监督全面介入的必要性。相形之下,在民事诉讼以及行政诉讼领域,鉴于参与其间的主体类型较为单一,且程序环节比较纯粹,检察机关的权力干预则带有更大的选择性和备用性。当然,即便如此,在这两个以私权为主导的诉讼场域中,检察机关的话语权比重近年来亦在稳步提升。^②

在刑事司法程序中,检察权的内涵可以被区分为两种类型,即发展式监督和基本式监督。如果换算到“二元论”的公式语境下,这就是所谓的诉讼权力和监督权力之分。在不少人看来,公诉、批捕等权能属性具有典型的司法特征,且带有终结程序节点的约束力;而立案监督、侦查行为监督、刑事执行监督等职能行使则游弋于诉讼推进的主线索之外,大多只是一种建议性的非刚性权力^[12]。前者完全契合了刑事程序构造中所倡导的“分工负责、互相配合、互相制约”的主体关系,搭建起了诉讼流转的前后制约形态;后者则局限于纯粹意义的法律监督概念。简单来说,二者之间的区别呈现了“制约”与“监督”在文义上的大相径庭^[13]。然而,“制约”与“监督”的关系却不应止步于平行层面,而需演绎出一定的包容属性。具体而言,倘若不对诉讼运行中存在的问题加以监督,制约又从何谈起?某种程度上,实施制约行为,恰恰是开展有效监督的延续。因此,“监督”其实是“制约”的前期基础;而“制约”则是强度升级的“监督”成果。通过这样的哲学关系辨析,发展式和基本式的概念界分便更清晰地映入眼帘。

^① 众所周知,中国检察制度在创建之初借鉴了前苏联的一般监督理念。一般监督是指检察机关代表国家对地方权力机关、国家管理机关、国有企业组织以及国家公职人员和公民是否确切遵守法律进行的监督。为了制约公权力滥用和反对地方主义的影响,在创立苏俄社会主义检察制度时,列宁主张赋予检察机关一般监督的职能权限以切实有效地履行法律监督职责,实现维护法制统一的使命。尽管中国检察机关的法律监督目前限于诉讼领域,但至少从权限大小上,应当以前者为参考,并将其视之为等值于审判权的内容。参见王建国“列宁一般监督理论的制度实践与借鉴价值”,载《法学评论》2013年第2期。

^② 2017年6月,十二届全国人大常委会第二十八次会议以立法形式正式确立了检察机关提起公益诉讼制度,标志着检察机关的法律监督权在民事行政领域的运作渠道得到了进一步拓展。

例如,在侦查阶段,公安机关的权力运作基于自身的进攻性特质,而容易对被追诉者的人权造成伤害^{[14] [15]}。为此,检察机关对其实施的监督也应是全方位和层次化的。首先,刑事诉讼启动伊始,立案监督便会“如影随形”。对于不该立案而立案,以及该立案而不予立案的情形,检察机关均可直接要求公安机关做出解释,并据此形成符合法律要求的建议。而针对公安机关的具体作为,侦查行为监督会审视其规范性与合法性。这些举措都属于基本式的监督手段。如果这些举措不能奏效,检察机关还可以在审查逮捕环节,通过不批准逮捕来约束侦查权^[16]。随着诉讼推进至审查起诉阶段,这种制约强度将进一步升级,全部侦查成果都将接受后置性的审查把关。对于其中不符合要求者,检察机关就可通过不起诉决定权终止诉讼进程。批捕和公诉这两项权能的运作可被视为发展式的监督。

需要注意的是,基本式监督所针对的还仅仅是程序操作的规范与否,而发展式监督的指向对象则进一步涵盖了案件事实的实体内容,以便全方位衡量法律实施效果。同理,对于法院的审判活动,检察机关亦可在庭审后就其存在的程序违法现象提出书面纠正建议,并可以在无法奏效的情况下发动抗诉权。当然,为了维持诉讼结构的等腰三角构造,在此诉讼期间的监督方式应受严格限制,并尽可能避免自身权力膨胀而侵害法院的中立地位^{[15] [17]}。检察权的全面覆盖还突出反映在刑事执行环节,无论是涉及未决主体的强制措施操作,还是已然生效的刑罚举措,都是基本式监督的适用对象。而当现有建议强度无法扭转局面时,所处具体诉讼环节的发展式手段都将作为备选方案。

(三) 自侦配置的兜底保障

在上述权力关系体系的论证中,我们并未提及职务犯罪侦查权;但事实上,此项权能的确是其中最与众不同。从内涵属性上,侦查权无疑应归属于行政权的范畴,而检察机关却被认为是司法机关^[18]。“公安司法机关”这一惯常称谓,亦可佐证此论点的可靠性及现实认可度^[19]。公安机关之所以不被视为司法机关,是因为侦查权与司法权存在着本质差异^[20]。就中国检察权的历史发展脉络而言,自身职责的损益也足以支持这样的属性厘定。截至国家监察体制改革之前,藉由刑事诉讼法的两次大修,检察机关曾被剥离掉两项基本权能:免于起诉权和机动侦查权。这显然有利于塑造检察权的独特性能,而避免同人民法院、公安机关相混同。就前者而言,废除免于起诉权意在申明法律监督权与审判权的界限,以实现检法之间分工明晰^[21];对于后者,限制机动侦查权则是为了尽量杜绝不同类型权能在统一载体内的共存,从而引发制约失能现象的衍生^[22]。可见,检察机关的司法属性决定了其并不能仿照某些域外设计,将侦查权整体性地置于自身的管控之下^{[23] [P. 103]}。

既然如此,当初职务犯罪侦查权又为何被设计为检察机关的权能呢?这项权力又是如何被阐释为法律监督体系中的必要一环呢?无论是“一元论”,还是“二元论”,在面临解构职务犯罪权的体系定位时都不约而同地以保障性措施作为解决出路。进一步论,纵然职务犯罪侦查权在性质上更接近于行政权(这实际也是无法被推翻的基础事实),但着眼于维护检察机关的宪法地位而将其作为法律监督的最后屏障。换言之,当基本式监督与发展式监督均难以奏效时,职务犯罪侦查权的存在乃至直接运行,将迫使其他执法机关纠正自身谬误。常态情形下,职务犯罪侦查权起到的是一种震慑效应,以保障检察机关的监督能够产生应有的效果。而一旦切换到非常状态,法律监督就同反腐败斗争之间达成默契,程序违法行为亦可能被升格为职务犯罪加以认定^{[24] [P. 277]}。某种意义上,这是法律监督体系在理论周延层面的最后一块拼图。在司法实践领域,所有检察人员重视自侦权能配置的心理归宿,便可滥觞于此。

乍看之下,上述理论体系貌似完备,且职务犯罪侦查权的异质设计亦得到了合乎逻辑的诠释。但是,司法现实的走向却难免同理论设想的预期背道而驰。“进化率率领我们前进,肯定会带来许多我们既不要也没有预见的结果,更不用说那些对其道德属性所抱的成见了。”^{[25] [P. 83]}而客观事实所呈现的,是职务犯罪侦查权非但没有提升法律监督的品质,其自身反倒陷入了悖离本性的怪圈之中。也就是说,自侦配置的保留并没有扮演“终极守护者”的角色,却成为了制度“木桶”中的那块短板。

二、实践困局 “拳头”还是“肿瘤”?

现在不妨把研究焦点集中于职务犯罪侦查权。在前面所提及的理论框架中,自侦的保留其实代表了一种具体手段上的保障。也正基于此,将职务犯罪侦查理解为检察机关的“拳头”似乎是妥帖的。而且,绝大部分检察人员亦从心理上认可这样的评价。然而遗憾的是,这项权力在行使过程中对检察权内外都造成了一定的负面影响,以至于今日的剥离都与此不无关系。^①本质上,法律监督的母体价值以及由此生成的多元化程序机制,在逻辑设定上都未明显暴露出缺陷。而职务犯罪侦查的存续却形成了反噬效应,严重削弱了法律监督的针对性和实效性。毫不隐晦地说,这项权力在现实中充当了更近乎于“肿瘤”的作用,虽然多肉丰满,却可能有害肌体健康。

(一) 公权力的筹码化

任何一项公权力的来源都不是私相授受,因而其享有者断不可视之为谋取个体利益的工具。然而,尽管职务犯罪侦查权的设计初衷反映为法律的保障性措施,但在实践中却易被异化为检察机关擢升自我地位的功利性手段。换言之,职务犯罪侦查权基于锋芒指向的特殊性,构成了检察机关对外争取利益最大化的有力“筹码”。在司法进程中,公权力主体之间的程序性交往亦带有某些人格化的趋向,进而扭曲了应然的公正立场^{[26] (P. 59)}。据此,某些权能的优势属性便会加大关系失衡的盖然性风险。

笔者曾在调研过程中了解到这样一个真实的范例,足以彰示职务犯罪侦查权的配置所制造的诉讼关系紊乱。L市检察机关反渎职侵权部门发现同级法院的某份民事生效裁判,可能出于审判人员的枉法裁判。在向检察长申请启动初查时被制止,而将案件办理的主导权交付本院的民事行政检察部门。在民行检察部门掌握了一定数量可证明案件谬误的素材后,检察长主动找到形成裁判法院的主管院长,向其提供了两种选择:一是将本案移送反渎职侵权部门,对涉事法官进行调查,以确定是否存在枉法犯罪行为;二是仅仅交由民事行政检察部门通过抗诉权纠正错误判决。尤其需要注意的是,第二个选项附加了相应的条件,即该法院今后在刑事审判领域对检察机关的公诉予以必要的支持配合。对于法院方面而言,如何抉择是不言自明的。尽管职务犯罪侦查权的“剑锋”并未出鞘,却已然达到自身利益的最大化。涉案法官是否真的存在枉法渎职行为,我们并不得而知;但L市检察机关或许“醉翁之意不在酒”,减少公诉权在诉讼进程中遭受的制约强度成了优先的策略性选择。在检察系统内部,这样的处断模式,或许不仅不会招致批评,反而会得到赞赏。^②从更宏观的角度看,令法院特别是院长屈服于自身,可能是L市检察机关在本案中的最大收获。

然而,我们从本案中观察到的却是赤裸裸的部门利益。这也恰恰呈现了时下司法主体之间的关系模式,绝非“配合制约”原则所期待的理性互动^[12]。一方面,职务犯罪侦查权并没有在约束公职人员的功能轨道内保持延续性;而另一方面,其他权力种类在由此形成的压力之下不得不采取妥协和退让。这里,权力蜕变为不同主体之间讨价还价的“底牌”。或许,类似于上述范例中的这种带有明示性质的施压在司法实践中并不常见。我们也很难找到确切的数据,佐证检法之间存在多大比率的利益勾兑现象。但是有一点却不容否认,职务犯罪侦查权的配置的确给其他诉讼主体形成了一定的心理负荷,以至于其难免会在反复权衡利弊后才能作出稳妥而未必公正的决策。进一步论,不单是法院,其他诉讼参与主体乃至普通的行政主体,都会对检察权的这柄“杀手锏”有所忌惮。纵使自己并不存在廉洁性等方面的问题,亦忧虑于受到无端纠缠而导致利益折损。加之贪贿及渎职犯罪在认定标准上依然存在某些模棱两可之处^[27],无疑放大了这种基于信息不对称而生成的忧虑感。正如前文所提及的,职务犯罪侦查权的配置,本意在于保障其他法律监督职责的有效实施。但却可能在实践中演变为一种舍本逐末的操作方

^① 某种程度上,国家监察委员会对于诸项反腐败权能的集中,也从侧面反映了以往分散化布局暴露的弱点和实施效果不佳的现实。参见熊秋红“监察体制改革中职务犯罪侦查权比较研究”,载《环球法律评论》2017年第2期。

^② 此后,作者在其他地区开展田野调查期间,曾向诸多检察人员提及此案例。绝大多数人都赞赏该检察长是充满高度智慧的领导,最大限度维护了自身的部门利益,灵活运用各项权力赢得了其他机关的尊重。

案,以至于切割了该权限与公职廉洁性之间的必然联系,而强行输入到本不相干的诉讼监督场域。其结果,诱发了检察权的不自觉膨胀,继而冲击了程序关系的正常化,削弱了自身被制约的严苛度。

(二) 一体化的潜台词

职务犯罪侦查权所造成的消极影响不仅限于对外关系,更深刻地阻却了其内部的协调性。一直以来,检察一体化原则都被视为符合现代法治精神的体系组织规范,而为各层级的检察机关所大力推崇。从法教义学的角度,它具备纵向和横向两个维度的要求。前者强调检察机关上下级之间的令从关系;而后者主张办案的协同作战^[28] (P. 101)。然而转换到现实的语境中,检察一体化本质上却内嵌了别样的“潜台词”——自侦中心主义。

众所周知,检察权的内涵极其丰富,需要在法律监督这一主基调的引领下形成相互之间的协调互动。但是,基于职务犯罪侦查权的强势特征,及其在对外关系中的利益筹码角色,以公诉、批捕、刑事执行监督为代表的权能类型有时不得不仰人鼻息。更有甚者,自侦权在检察机关内部可以直接掣肘其他权力形式的行为范式。在由此衍生的龃龉关系中,天平不免向自侦部门倾斜。笔者在某省级检察机关调研期间,曾了解到这样一件事例,多少可以诠释自侦中心主义影响下的内部格局。某日早餐时,一位新晋入职的检察人员听到了反贪部门负责人与侦查监督部门主管审查逮捕者的对话。其中的大致内容便是,某下级反贪部门负责人负责的受贿案件已经报送批捕,由于证据材料尚存缺漏,需要在程序上予以通融。这种超出法律限度的交涉形式本就令初出茅庐者惊诧不已,更出乎其意料的却是侦查监督部门负责人竟满口应承。

这种现象可能在检察机关内部是司空见惯的,抑或说仅仅映衬了自侦中心主义的冰山一角。曾几何时,为了约束自侦自捕所引发的舆论指摘,中国最高级别的检察机关规划了职务犯罪案件审查逮捕上提一级的限制性举措,并成功纳入针对刑事诉讼法的适用解释体系^[29]。但不无遗憾的是,上述理想设计最终被权能的一体化布局所架空。当检察一体化的重心放置于侦查条线时,试图通过内部分化来避免权能滥用的预期,就势必要成为水月镜花。前述事例便是明证。问题的关键并非如何防范其他权力被自侦所钳制,而在于职务犯罪侦查权的存续本就是症结。

检察机关曾经大力提倡的人民监督员机制,恰恰就是自省于职务犯罪侦查触发的内部失序,进而施加的平衡性手段。其中,针对不予逮捕、不予起诉的监督是重中之重,亦客观折射了其他部门对于职务犯罪侦查主体的抵御能力的滞后^[30]。事实证明,这种缺乏自主性的外部监控也只是治标之策,难以从根本上遏制自侦中心主义的消极影响^[31]。笔者注意到,在外部政策未加以干预的时序周期内,大多数职务犯罪案件是以缓刑、免刑的处理方式告终的。^① 如果不加善意揣度,这至少说明其中有相当一部分案件是被勉强诉至审判环节,而公诉部门未能以裁量权结案的。在这样的过程中,检察机关内部的审查逮捕、审查起诉均未能起到真正意义上的把关作用。而一旦进入审判领域,职务犯罪侦查的强势便扩展为检察机关的整体性官能,法院惮于行使否定性评价而只能诉诸于定罪免刑等折中之计。由此,诉讼体制所预设的制约手段几乎全部失灵,归根结底在于职务犯罪侦查被纳入到不相兼容的权力体系之内。

(三) 选择面的偏狭性

既然职务犯罪侦查权始终被视作检察机关对外关系的“杀手锏”,那么其在反腐战线上的贡献本应享有较好的口碑,但事实却有些差强人意。否则,监察体制改革的权能集中怕也不会波及于此了。这恰恰从侧面反映出,检察机关拥有该项权能的实效并未达于外界预期。通过剖析近年来的职务犯罪案件查办情况,也许能够加深这一认识(见下表)。尽管从时间序列的趋势上看,职务犯罪的查办力度似乎是逐步强化的,且并未呈现出总数上的大起大落。但是,如果我们仔细推敲被追究对象的差异变化,就不难发现,2014年才是具有质效意义的分水岭。自此以后,具有较高职务等级身份者的追查数量出现了

^① 参见于杰“近七成职务犯罪获缓刑免刑,最高检要求两级审查”,载2010年11月19日《京华时报》第2版。

大幅度的激增态势,甚至接近并超过了上一个政府周期的总和。但不遑多论的是,这种变化的衍生并非源于检察机关自身的主观驱动,而是由上而下政策导向的压力传导所致。^①在政策实施型的国家权力组织形态中,这当然是司空见惯的周期性现象。“社会生活的全部领域,即使是那些发生在幽暗私隐之处的事务,都有可能接受以国家政策为标准的评价,并按照国家政策的要求被加以塑造。”^{[32] (P. 104)}这也客观佐证了检察机关行使职务犯罪侦查权的被动性特质,即受制于多重限制而缺失必要的自主空间。故而,只能在某些外力的强势干预、扶持之下,才有机会提升职务犯罪侦查的效能,譬如纪检监察部门的前置性介入。

年份	职务犯罪立案人数	查办县处级以上	查办省部级以上
2008 - 2012	218 639	13 173	30
2013	51 306	2 871	8
2014	55 101	4 040	28
2015	54 249	4 568	41
2016	47 650	2 882	48

笔者通过调研访谈还了解到,在全国范围的反腐风暴掀起之前,检察机关的自侦案件查办受到的客观约束较为繁冗。特别是处置具有一定职级的公职人员,往往要经过相应党政领导的批示许可。这不仅会造成侦查时机的延宕,更反映了党政权力对于司法程序的钳制。更多时候,检察机关只能把目光集中于学校、医院、国有企业等非机关单位,从而竭力避免与党政机关直接发生纠葛。于是,自侦指向的打击范围便不免出现了限缩倾向,导致选择空间的偏狭化。更有甚者,为了在考评体系要求的量化指标与保全行政体系的宽容度之间达成平衡,一些基层地区的职务犯罪侦查部门甚至采用编造案件的方式来敷衍了事。^②如此一来,职务犯罪侦查权的内在目标亦被扭曲,案件办理效果无法满足公众预期也就不足为奇了。

实事求是地讲,在现有的权力配置格局中,由检察机关承担反腐败的重任,多少有些勉为其难。除了衍生内外关系的紊乱,职务犯罪侦查职能的发挥更受到了太多掣肘,而无法及时满足社会需求。“一个‘美好’的理论,本质上便是一项对‘真理’的推论,其立论一定线条高雅,简洁流畅,其格局必然气势恢宏,纵览全局。”^{[33] (P. 664)}然而,一旦投入到实践领域,呈现的恐怕就是另一番图景了。因此,职务犯罪侦查这样一项权力仅仅是貌似诱人而已,未见得能裨益于检察机关的系统性自洽。故转隶此职能不但不会有损于检察权的存在价值,反而会激活其内在的动能因子,改变过往的尴尬处境。换句话说,转隶并非坏事,而是自我完善的历史良机。

三、源头剖析“检察软骨病”的诊断及治愈

不少人之所以会对检察权的未来心存忧虑,是担心反贪反渎这样强势的权能转隶出去后,会令检察机关的“软骨病”更加严重,更难以承担法律监督的宪法重任。这种“软骨病”由来已久,且具有器质性特征;而失却自侦权后的疾患感只是一种心理反应刺激下的情绪表象而已。之所以做出这样的论断,正是基于职务犯罪侦查权给检察权运行带来的一系列负面效应,这从前文的描述中便可管中窥豹。在拥有自侦权这一所谓“杀手锏”的背景下,面对其他公权力时依然要依据对象之强弱而选择性执法,且只将其作为诉讼制约的策略性手段,都是典型的软弱症状。而随着权力重组的势在必行,重构检察功能的

^① 参见申亚欣“习近平布局巡视全覆盖中国式反腐当惊世界殊”,<http://politics.people.com.cn/n1/2017/0623/c1001-29359571.html>,最后访问日期:2017-07-16。

^② 这是笔者在个别地区访谈过程中了解到的真实境况。例如,某地检察机关在办理反贪案件时,故意错误认定犯罪嫌疑人的基本身份,将盗窃行为转换为贪污,以完成案件办理指标。

过程也是诊治“软骨病”的最佳时机。换句话说,只有准确把握“软骨病”的生成症结,才有望根治检察机关所面临的固有问题。检察权的功能再造也才会步入良性循环。总的来说,赋予检察机关以法律监督定位还是恰如其分的,只是在具体功能的排列组合层面尚有待进一步斟酌。

(一) 目标指向的去暧昧化

法律监督究竟是怎样的权能属性?如果目标定位始终处于暧昧不清的状态,功能失效的乱象自然是不可避免的。而检察机关先前所面临的困惑,正好可以溯源至此。无论是相关的宪法性文件,抑或以刑事诉讼法为代表的程序法文本,都需要对此事项作出必要的概念澄清。监督所对应的必定是某些违法现象,却又不能囊括一切僭越雷池的行径。毕竟,法律监督本身并不具有制裁属性,而是带有鲜明的建议色彩^[34]。一旦上升至需要惩治的违法形态,甚至是犯罪后果的形成,就只能纳入正常的责任追究机制,而不再局限于法律监督的控制范畴。也可以说,法律监督内嵌了预防性动机,即在违法倾向的萌芽状态将其遏制,且采取的方式较为平和。归纳起来,法律监督的施加对象基本均为程序性事项。当然,这种程序性事项只反映在诉讼进程中,而不可扩展至普通执法领域。否则,检察权就会再度陷入“一般监督”的历史漩涡,既危及国家权力结构的整体平衡,亦造成自身履职上的手足无措与顾此失彼^[35]。一旦其他诉讼主体存在程序性失范行为,检察机关便可动用基本式监督权能加以提示;在未能奏效的情况下,则可进一步利用发展式监督手段调节程序进度。同时,发展式监督手段作为诉讼进程的必需性组合,也促进了程序性违规的线索暴露。

举例来说,如果被追诉人在刑事司法程序运行期间处于长期被羁押状态,检察机关就会适时监控其人权保障情况,并定期评估现有状态的存续必要性。当逮捕措施的后续形态已然违背比例原则的要求时,刑事执行检察权就会启动建议机制,主张终结不必要的羁押状态^[36]。而接受申明的对象为案件办理阶段的主导机关或部门,当要求得不到应有重视之际,检察一体化原则作用之下的强制措施变更权便会经适当的信息传导而被择机催动。首先,在此范例中,法律监督指向的对象无疑是程序性的,而不牵涉被追诉人的罪名认定。其次,基本式监督和发展式监督的交替运用,保障了诉讼公正目标的维系。

在这里,我们可以将法律监督的目标定位概括为“程序正义的守护者”。对于中国的司法环境而言,这并不是一项可有可无的职能设计。基于重实体、轻过程的传统思维定势,程序理性的缺失已然令我们的司法文明历程吞下了无数苦果,并臻于突破“不能忍受公式”的道德临界点^{[37] (P.43)}。为此,保证专司其职的诉讼主体承担维护程序公正的道义,就可同裁判权对于实体正义的保障形成相得益彰的协调关系。从这个角度看,宪法据此作出的权能配置规划还是较为合理的。

需要注意的是,职务犯罪侦查权过往被厘定的保障性价值具有重大缺陷,而必须予以摒弃。倘若发展式的监督机制也以控权失败而告终,是否就可以贸然认定职务犯罪行为的存在。这样的逻辑推演进程出现了非常明显的链条断裂,而不得不诉诸臆断加以衔接。不管是贪污贿赂行为,还是渎职侵权行为,都无法和严重的程序违法现象直接挂钩,必须通过严苛的因果关系证明加以确认^[38]。而这样的解构进程则完全契合独立的程序启动轮廓,本就无关于法律监督的功能发挥。换言之,将职务犯罪侦查权视为法律监督的兜底性措施,是一种功能配置错位的体现,司法实践中弊病丛生也就在所难免。归根结底,二者之间的指向目标是迥然不同的,硬要捆绑在一起实在难以缔结美满的“姻缘”。

(二) 权能认知的去模糊化

这里我们不妨再将视线拉回到职务犯罪侦查权的功能界定上。其内核囊括了两项权能,即反贪污贿赂以及反渎职侵权。^① 二者均强调了公务人员的自身廉洁性以及履职的责任心问题,或许基于此会激化程序违法的严重程度,然而所造成的具体社会危害却主要呈现于实体层面。这是必须要予以厘

^① 尽管职务犯罪预防也一直是检察机关内部独立的组成部分,但鉴于其不具备任何法定意义上的干预性权力,作者将它排除在了论证体系之外。

清的基础性事项。再进一步论,职务犯罪侦查权的特殊性在于追究对象的身份特征。非公职人员要么鉴于权限条件的缺失而无法实施类似行为;要么其行为就被归纳为普通类型犯罪,而降低惩戒力度。毕竟,公职人员的权力来源于制度逻辑的可欲性,而难以容忍道德瑕疵的存在^[39]。但不论怎样,职务犯罪侦查权也是侦查权的一种特殊类型,而并未超脱于其外延限度。侦查本身就是容易扩张的进攻性权能,鉴于其集中了若干强制性手段,尤其可以对人身加以禁锢限制的特质,无疑堪称最需警惕的权力类型^[40] (P. 526)。历史上,人们之所以对警察权充满忌惮,本质上并非源自其职业身份,而是其掌控了强大的侦查机动措施。“汹涌的波涛总会把阻挡它的堤岸冲垮的。”^[41] (P. 339) 侦查权的趋于膨胀,总是将诉讼程序的安全属性置于高度警戒的局面,而屡屡逾越人权保障的红线。不难发现,过往诸多冤错案件的铸成,大都与侦查权的失范滥用有所干系^[42]。

具体到职务犯罪行为的侦查活动,考虑到此类情形的某些特殊要素,如受贿案件中待证事实的“一对一”模式,以及渎职侵权案件里因果关系的复杂化等,均放大了印证体系所要求的承办难度^[43]。随之而来的,便是口供在证明活动中的价值得以凸显,诱使侦查主体衍生冲击秩序范式的跨界动机^[44]。如此一来,职务犯罪侦查权便隐藏着破坏程序公正的较高风险值。换言之,这项权力其实也是非常需要施加法律监督的对象。然而长期以来,身负监督职责的主体却与职务犯罪侦查权的享有者是同一的,这不能不说是框架设计的一项失误。其实,外界对于检察机关法律监督权的指摘与质疑——“谁来监督监督者?”——根源就在于其享有的职务犯罪侦查权。当不同属性的权能各归其位时,类似的争论或许也就烟消云散了。

当职务犯罪侦查权被转隶后,公诉和批捕两项职责将取而代之成为检察体系内部的主导性权能。显然,二者都具备了较强的司法属性。特别是后者,同类权力在域外大都由法官垄断,证明其中立化的内在品格^[45]。然而在中国的本土语境下,这两项职责充当了递进控制的阶段性监督角色。作为刚性升级的程序制约方式,审查逮捕和审查起诉构成了防范侦查权滥用的两道屏障,同时也是确保诉讼顺利推进的时序关卡。此外,即便程序已然流转至审判环节,公诉权亦通过抗诉机制的设计实现了功能延伸,以避免法律监督的失位。当然,此时的法律监督应当保持必要的克制,并且以不侵犯“审判中心”的局部构造为基本尺度。^①

(三) 方法手段的去简单化

将职务犯罪侦查权视为终极性的保障手段,之所以会获得很多人的认可,也从侧面客观反映了现有法律监督手段的软弱性。单就纯粹意义上的监督而言,缺乏强制力一直都是检察机关颇有微词的聚焦点。无论是相对随意的口头建议,还是较为正规的书面纠正,往往都难以获得监督对象的尊重。^②而当自侦权的弹压流于形式时,基本式监督的名不副实便更加突出了。从监督权的本源入手,建议性作为其基本特征应当是无可争议的。具体来说,检察机关发现了其他公权力主体的诉讼违法行为时,可以明确向对方提出纠正意见,并且要求必需的反馈。然而,所谓的法律监督仅仅是提示性的,倘若对方并不认可建议内容,也没有必要一定做出行为模式上的变更。也就是说,对于法律监督的意见,任何权力主体都存有不必顺从的决策选项。而在缺乏必要约束的基础上,这项权能就不免落入日臻式微的湍流之中。

职务犯罪侦查权固然可以为法律监督的实施效果供给震慑手段,却脱离了功能预设的应然逻辑。而在这种保障渠道忽然缺失的情境下,如何避免监督权威的过度衰落,就是检察机关不得不予以认真对

^① 审判监督也是法律监督的一项重要内容,但是在实施方式上必须顾及法院的诉讼地位。具体而言,庭后提出意见建议的基本模式不能任意加以更改。

^② 基本式法律监督的文书载体主要包括两类,即检察建议和纠正违法通知书。前者是人民检察院为促进法律正确实施、促进社会和谐稳定,在履行法律监督职能过程中,结合执法办案,建议有关单位完善制度,加强内部制约、监督,正确实施法律法规,完善社会管理、服务,预防和减少违法犯罪的一种重要方式。后者则指人民检察院在对刑事诉讼活动进行监督的过程中,发现侦查机关、审判机关和刑事执行机关的侦查、审判和刑事执行活动存在违法情形后,依法向有关机关提出纠正违法意见,要求其予以纠正的一种法律监督手段。参见尚爱国“刑事诉讼检察监督中纠正违法制度的立法完善”,载《人民检察》2006年第23期。

待的问题。换言之,当基本式法律监督被外界置若罔闻,而对象行为的违法程度又不足以迫使发展式手段加以制约时,检察权所面临的效能困境,就需要新的平衡机制介入。尽管赋予监督权限必要的刚性效力的提议从未降低调门,却并不符合检察职能本体概念的周延诉求^[46]。追根溯源,原始监督方式的过于简化、粗鄙化,在一定意义上加重了权力自身的依附性。对此,破局的路径依赖则还要着眼于监督模式的转变。

这里,我们有必要从宪法角度考虑法律监督的出路问题。在中国特色的政治体制框架中,检察机关的职责履行是以国家权力主体——人民代表大会——作为负责对象的。具体来说,诉讼监督的效果损益都应以公开形式进行呈报。试想一下,如果其他权力主体拒绝接受检察机关的正当建议、意见的情况,被量化在了每年向全社会公开的工作报告之中,并成为各级人大施加针对性质询的客观依据,又有谁还会对法律监督权持轻视的态度呢?说到底,检察机关完全没有必要将监督的落实情况与自身的法律地位挂钩,而应更加重视意见建议的规范性与合理性。一旦法律监督所内附的说理性得以凸显,被监督方更易心悦诚服地予以尊重,这样就不必再诉诸任何强制手段的施压。较之职务犯罪侦查权所营造的威慑效果,面向权力来源的公开化机制或许更好。一言以蔽之,法律监督的后盾,应该是符合程式化要求的人民监督。因而,人民代表大会制度的内涵丰富,与检察机关法律监督权的健全发展是相辅相成的。需要注意的是,对于那些屡建不纠的行径,通过检察机关的规范性建议,人大应当授权设立相应的调查委员会,并可动用自身的实质性制裁权力在人事、财政等诸多方面作出处置。^①这也是完全契合国家权力架构形态的控权模式,足以激活法律监督的存续价值。

四、未来图式:重新寻找自我之路

在中国,没有任何一个公权力主体像检察机关那般始终面临着生存危机,甚至经历了反复的起落波折。^②究其原因,自我认知的模糊化严重困扰了权力运转的定向性,而不啻为一种先天缺陷。当检察权的重构已然成为无可回避的历史际遇时,寻找一条符合自身定位的发展路径无疑是当务之急。正如前文所述,职务犯罪侦查权的转隶非但不是对检察机关的“致命一击”,反而无形间切除了影响其自身稳定的“肿瘤”。检察机关大可不必陷入彷徨无助的情绪窠臼而难以自拔,也无需有病乱投医式地四面出击,重新寻求所谓的权力“增长点”。2016年起,“检察监督体系”的表述其实已经多少折射出自我反思的意味;^③而在外部环境发生变化的前提下,梳理现存的权力类型并且最大限度释放内在潜藏的监督能量,才是开启自我寻找之路的正确指南。

(一)厘定运行界限

在一些人看来,监察权的横空出世必将取代法律监督在宪法体系中的原有地位,从而降低检察机关的政治话语权^[47]。某种程度上,检察机关内部在潜意识中也对此高度紧张。事实上,这是对监察权与监督权的内涵做混淆理解的结果。可见,如果不能对二者之间的权力运行界限加以明确,就会造成国家监察委员会和检察机关的职责抵牾,且更容易令后者继续导入迷失自我的逻辑误区。在笔者看来,监察权与监督权是两种完全不同类型的公权力,指向的对象亦有较大差别。具体而言,前者的聚焦点主要围绕“人”展开,即具有公职身份者^④,而涉及的内容则涵盖了两个方面:廉洁性和严谨性。这是一套具

^① 这在域外是比较常见的关系模型。参见李奋飞、孙皓“在押人员投诉处理机制比较研究”,载《中国刑事法杂志》2014年第2期。

^② 参见王丽丽、王松苗“人民检察两度‘三起三落’”,载2009年11月9日《检察日报》第3版。

^③ 在官方语境中,检察监督体系是检察机关在党领导下依法履行法律监督职能的制度体系,包括检察机关法律监督各领域的法律规范、体制机制和工作制度,是中国特色社会主义法治体系的重要组成部分。在提出伊始,这一体系包含5个部分:刑事检察、职务犯罪侦查预防、民事检察、行政检察以及控告申诉检察等。随着职务犯罪侦查权的剥离,检察监督体系面临着重新解构。但总体上,此概念的最大价值,在于为检察权的未来发展创设了基础性的框架。参见王治国、王地、张灿灿“最高检首提检察监督体系”,载2016年7月21日《检察日报》。

^④ 目前,试点地区将监察对象扩展到试点方案确定的6大类:第一,国家公务员法所规定的国家公职人员;第二,由法律授权,或者由政府委托来行使公共事务职权的公务人员;第三,国有企业的管理人员;第四,公办的教育、科研、文化、医疗、体育事业单位的管理人员;第五,群众自治组织中的管理人员;第六,其他依法行使公共职务的人员。

有中国传统文化底蕴的政治监管规范,以确保公务人员的职业操守为核心旨趣^[48]。一者,当国家公职人员无法维持自身清正廉洁的道德属性要求,而在私利诱惑下将职务优势诉诸于个体事项时,监察权便可动用反贪污贿赂手段对其加以纠举处分;二者,当公务人员难以全身心投入应然的业务领域,基于责任心缺失而引发了严重后果之时,监察权的反渎职倾向就将展现其进攻态势,强制性地维护国家职权被审慎严谨适用。总之,监察权的宪法创设出于政治体制改革的迫切需要,是整顿吏治的一种法治形态,以实现风清气正的权力生态塑造。

这样的使命是法律监督职责所无法承载的。对于检察机关而言,维护好诉讼程序运行环节的秩序范式,特别是正当程序理念的落实,才是权力定位的基本归宿。“一种秩序,无论复杂与简单,大体上依一定的规律运作,其生死存亡,发展变化均有轨迹可寻。”一旦这种秩序在诉讼场域面临被破坏的风险,法律监督权就应挺身而出,竭力阻止其恶化到不可控之局面^{[49] [P.36]}。换句话说,与监察权相迥异的是,监督权主要锋芒指向了“事的规范性”层面。对于那些威胁程序正义的行为,无论出自哪个权能主体,检察机关均有义务藉由法律监督职责而加以警戒乃至规制。在中国这样一个历来重结果、轻过程的司法环境中,有主体专司维护诉讼运行的规范属性,是尤为难能可贵的制度设计,而不可恣意偏废。“在一种公开透明、平等自由的空间中让不同价值观进行表述和竞争,最后博弈出一个比较正当的决定,这是程序公正的意义之所在。”^{[37] [P.86]}

由此可见,监察权与监督权完全可以并行于不同的轨迹。对于那些基于廉洁性抑或严谨性丧失而导致的程序失范现象,两种权力则完全可以各司其职,在自身的行为半径内履行职责,进而达成不同的价值目标。对于程序违法中隐约暴露的贪腐或者渎职线索,检察机关应当移送至监察委员会,并由后者启动相应的调查手段。即,法律监督的权能范畴在于诉讼事项的规范度维护。同理,吸纳了职务犯罪侦查权的监察委员会也不必负责司法进程中的行为监管,毕竟这是超出其职业素能以外的要求。需要注意的是,如果监察委员会在行使调查权能的过程中有不规之举,亦不可游离于法律监督权的正当建议之外。总之,法律监督与法纪监察之间仅仅是责任分工不同,而难以相互取缔,更不存在上下隶属关联。

(二) 理顺主业发展

随着职务犯罪侦查权的剥离,所谓的“自侦中心主义”自然也将消逝;而审查逮捕和审查起诉所受到的束缚则迎刃而解。检察机关与其纠结于丧失侦查手段而自怨自艾,倒不如投入更多精力进一步激活这两项“主业”的内在潜能。这就意味着,不单要破除批捕权和公诉权在基本运行范式上的弊端,还应当继续对其加以拓展,以塑造更为系统且符合中国本土法治资源的诉讼监督格局。

对于审查逮捕权而言,本质上处理的是被追诉人在刑事责任未决期间的人身状态问题^{[50] [P.26]}。一般来说,被追诉人在没有确定罪刑的前提下与普通公民享有的身份无异,故而不应以剥夺人身自由为常态。这是无罪推定原则自然而然引申形成的人权观念^{[51] [P.95]}。为此,相应的裁决机制就需要适时建构,通过个案审查和听审决定是否有必要羁押。在域外,这主要是通过令状主义的外在样态来加以呈现的。而在中国的诉讼语境下,由检察机关行使审查逮捕权限,对侦查权进行必要的限制,同司法令状的模型有异曲同工之妙。值得注意的是,真正的令状不仅仅局限于羁押措施的裁决,而是几乎涵盖了所有强制性手段,尤其是搜查、扣押等涉及人身和财产的侦查行为^{[52] [P.81]}。之所以检察机关的监督应聚焦于逮捕决定的做出,就在于约束人身自由与推进侦查效能的密切联系。中国的司法实践一向关注强制措施的类型选择,并以忽视比例原则为代价确保口供的获取。于是,羁押手段的滥用就不免等同于强制性侦查行为的失范。因此,通过将这一权限赋予检察机关,而与侦查权形成一定制约关系,无疑反映了法律监督的针对性配置。可以说,这种发展式的监督权是具有中国特色的令状设计方案^①。

^① 由于审查逮捕中存在的诸多问题,也有观点认为,审查逮捕权不应由检察院行使,应交由法院来行使。笔者认为,如果相关司法体制和司法环境不发生变化,由法院审查逮捕未必就会更好,或许负面作用还更大。参见汪海燕“检察机关审查逮捕权异化与消解”,载《政法论坛》2014年第6期。

但是也应当看到,与英美国家成型的令状主义原则相比,审查逮捕所代表的侦查监督模式还仅仅处在雏形阶段。无论是从内容还是从形式层面,其均具有持续完善的改造空间。一方面,立法上完全可以考虑将检察机关的令状适用范围进行有机扩充,将所有可能危及被追诉人合法权益的强制性侦查行为都予以涵盖^[53]。换言之,只要是侦查机关试图采取以侵犯犯罪嫌疑人人身、财产抑或其他正当权利的行为,就必须获得检察机关的令状授权。尤其是技术监听、财物冻结等事关重大的侦查决策的做出,检察监督的介入无疑有助于消灭人权保障的“死角”。^①同时,侦查行为监督也由事后性的时序特征转换为前置型的。当然,在紧急事态下或者出于维护侦查秘密原则的需要,逾越令状许可亦非绝对禁止的情形,但侦查机关就要担负可能由此衍生的问责风险。基本式监督权固然保留了诉讼内的交涉渠道,而一旦上升至人大机关裁决的高度,对于侦查活动的不利评价则内嵌了更大的风险值。另一方面,具有中国特色的令状主义应当在效力形式上加以区分。为了避免对侦查权运作的专业倾向造成不必要的干扰,就某些强制性措施的操作事项,可以选择不动用发展式监督手段的事前制约功能,转而以基本式监督的同步建议赋予令状一定的机动范畴。具体而言,检察机关可以选择拒绝签发令状,而任由侦查主体自行做出决定;但是前者会就相应强制性措施的适用界限加以明示,倘若后者未能遵循有关注意事项的建议,则仍有可能触及法律监督的启动按钮。这样一来,诉讼进程便不至于因侦查权的蹑手蹑脚而有所延滞,同时也避免检察机关的过度干预而引发自身蜕变为破坏程序结构的源头。从另一个角度考虑,当下的侦检关系基于权力布局的惯性,怕还难以支持较为彻底的令状主义,或许以某种折中的监督形式作为过渡样态更为稳妥。

对于审查起诉而言,绝不能仅仅定位于过渡性的程序阶段,而忽视对前后诉讼进程的影响力。当前,公诉权面临的处境比较尴尬,既不能有效制衡侦查权的恣意,又难以适应审判场域的“等腰三角”构造。其中的症结,就在于公诉活动难以准确把握自身的监督导向。形象地说,就是检察机关并未展现出应然的程序“检验员”特质,而是趋向于“二传手”的表现。客观地说,这与诉讼手段的有限性不无关系。自从免于起诉权被废止,检察机关对于裁量主义的考量早已今非昔比。这就不免造成了其监督凭借的缺失,没有相应的处断策略,又谈何中间性功能的发挥。事实上,认罪认罚从宽机制的探索为公诉权的自主性释放提供了难得的契机^[54]。某种程度上,繁简分流对于检察机关拓宽裁量权提出了要求,这亦可解释为法律监督的政策性辅助。为了确保诉讼程序的整体性公正,对于认罪者的从权处置就成为追求效益最大化的基础。由此,审查起诉便转变为这样一个重要的时间节点:轻微案件在此得到终结,检察机关以适当的优惠条件换取被追诉人的认罪;而疑难复杂案件则继续移送法院,以较为复杂规范的程序保障机制加以裁决。也就是说,公诉权通过甄别式手段的最大限度运用,监督诉讼程序以高效样态运行。这其实可以称作具有中国元素的辩诉协商机制,迥异于原生国度的辩诉交易,这其中的法律监督内核则足以确保其不偏离于公益属性^[55]。

还有一点非常关键,那就是向监督权的运作植入更多的司法化元素。无论是审查逮捕,还是审查起诉,都应当改变固有的行政审核模式,而尽量塑造一种公开、透明的对质式环境。一者,法律监督内生于诉讼活动进程中,本就具有一定的依附性。二者,作为一项以中立化为特征的司法权力,类似于听证的诉讼化设计也显得异常重要。近年来,对于批捕诉讼化的设计探索在部分地区如雨后春笋一般蓬勃开展起来,亦取得了不俗成效^[56]。今后,应当着眼于制定统一的程序标准及规则,并且广泛适用于侦查监督的令状化探索以及认罪认罚从宽基础上的起诉裁量等领域。

(三) 集约突破亮点

笔者已然在前文反复提及,检察机关既不必因职务犯罪侦查权的剥离而六神无主,也不必为了寻求

^① 近年来一些地区陆续曝光了司法机关非法处置涉案财产的事例,充分说明该领域强制性措施缺乏必要监督的基本事实。参见李奋飞“处置‘涉黑财产’的法律之思”,载2017年7月6日《法制日报》;刘俊等“非法财产非法处置?”,载2012年3月23日《南方周末》第3版。

新的权力增长点而四面出击。当然, 检察权的重构再造也绝非朝夕之间便可实现的, 需要不断摸索、有的放矢。一方面, 应继续围绕公诉、批捕等监督主业进行挖掘, 以确立符合权力自洽性论证的核心实力。另一方面, 可以稳步推进一些特色职能的开发, 以充实自身在司法场域内的话语权, 形成检察内涵实现突破的集约化趋向。不过, 检察机关在开展监督领域的拓展尝试时, 首先应树立正确的权力价值观。即任何权能的获得以及使用都应代表国家利益的导向, 而不能为任何部门单位谋取私利, 抑或作为凌驾于其他主体的所谓优势。惟有如此, 正常的权力内涵延展才不至于异化变质。而从检察机关现有的权力配置来看, 民事行政监督和刑事执行监督无疑是提升权力品质的适宜渠道。换句话说, 检察机关的法律监督并不仅仅局限于刑事诉讼领域, 否则便无法契合宪法预设的期望值。而公益诉讼的异军突起, 则恰如其分地弥补了这样的空白。立法层面的补充还只是文本意义上的改变, 并不等同于现实价值的无可替代。^① 如果检察机关不能很好地激活公诉权在民事、行政领域的这种客观投射, 谁都无法保证上述内容会永远出现在法律条款中。尽管从社会发展条件的角度, 检察机关在公益诉讼中的价值可以收获无懈可击的立论合理性, 且从权能赋予的时机看, 颇有些补偿职务犯罪侦查权剥离的味道。但不可否认的是, 不管理论价值演绎得多么充分, 在无力软弱的现实窘境面前都是不堪一击的。这也是检察机关提起公益诉讼的最大隐忧。毕竟, “即使是出于善良动机的立法, 也常常引出不好的、缺乏效率的结果”^{[6] P. 13}。

具体来说, 两种不同类型的公益诉讼面临着大相径庭的发展风险。对于民事公益诉讼而言, 如何在检察权介入的背景下不造成针对诉讼结构的破坏, 是一项较为值得深入思考的命题。即使充斥着公益属性, 也不能推翻民事诉讼作为平等主体之间博弈平台的定位。而某个公权力一旦以原告形式存续, 难免会危及两造之间的均衡性。如此一来, 民事诉讼可能面临着近乎于刑事诉讼的永恒难题: 如何保障被告的权利不被侵犯^[57]。很显然, 这里仅指望检察机关自我克制是不现实的。必须在程序机制层面嵌入一些防范公诉权越界的技术性规范, 以避免受追诉的企业、个人在国家权力面前毫无还手之力而只能任人宰割。而反观行政公益诉讼的前景, 则如何追诉强劲的行政权, 则是检察机关需要直面的现实难题。在缺少职务犯罪侦查权的情势下, 检察机关似乎已经失去了向政府部门施压的先机。要完成证据收集、事实调查等前期工作, 而不受制于被追诉者的接纳态度, 可能还需要在监督尺度的把握上做足功夫。事实上, 在现有环境下, 检察机关开展行政公益诉讼的难度丝毫不亚于进行职务犯罪侦查活动。这一点, 从大规模试验期间实质意义诉讼提起数值有限性上, 便可予以管窥。^②

刑事执行检察权是过往监所检察监督理论的延续和发展, 不仅拓宽了此项职能的覆盖半径, 更与刑事诉讼的演进脉络形成相得益彰的互补性联动^[58]。其存续的重要价值就在于, 最大限度弥补了法律监督在针对内容上的疏漏和留白。尤其是刑事案件已经进入执行阶段的情况下, 程序违法风险非但没有降低, 反而更容易造成恶劣后果。在减刑、假释以及社区矫正等领域, 如果监督权不能予以同步监控, 先前所有程序正当性的努力就可能会付诸东流^[59]。此外, 这项权力的运作模式也说明, 检察机关的锋芒所指不仅涉及侦查权和审判权, 也涉及看守所、监狱、司法行政等主体。无论是未决, 还是已决, 被追诉(定罪)人在人身状态层面始终面临着权利侵害的危险, 而刑事执行检察职能的“全天候”式监督则是最

^① 在民事诉讼法中, 新增的规定显示, 人民检察院在履行职责中发现破坏生态环境和资源保护、食品药品安全领域侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为, 在相关机关和组织不提起诉讼的情况下, 可以向人民法院提起诉讼。而行政诉讼法也为检察机关提起行政公益诉讼提供了明确的法律依据, 规定“人民检察院在履行职责中发现生态环境和资源保护、食品药品安全、国有财产保护、国有土地使用权出让等领域负有监督管理职责的行政机关违法行使职权或者不作为, 致使国家利益或者社会公共利益受到侵害的, 应当向行政机关提出检察建议, 督促其依法履行职责。行政机关不依法履行职责的, 人民检察院依法向人民法院提起诉讼。”

^② 截至2017年6月, 各试点地区检察机关办理公益诉讼案件9053件, 包括诉前程序案件7903件, 提起诉讼案件1150件。其中, 行政公益诉讼诉前程序案件7676件, 除未到一个月回复期的984件外, 行政机关纠正违法或履行职责5162件, 占77.14%; 民事公益诉讼诉前程序案件227件, 相关社会组织依法提起诉讼35件, 检察机关支持起诉28件。通过这组数据不难发现, 真正步入行政诉讼程序的案件少之又少, 从侧面反映了检察机关所面临的困难局势。而据悉, “在行政公益诉讼过程中, 来自相关行政部门的软抵制或硬抵抗, 是影响公益诉讼推进的重要因素。”参见龚亮“从试点到全面实施——‘国家队’的公益诉讼之路”, 载2017年07月13日《光明日报》第15版。

值得信赖的保障机制。这无疑是一个潜在的亮点。然而,最大的挑战则源自本我的轻视。长期以来,刑事执行检察被认为是检察机关内部的所谓“二线”部门,而缺乏行使权能所必需的战斗力和战斗力。对外而言,其所开展的工作也缺乏足够的说服力。

从目前的权力配置来看,刑事执行检察基于类型划分方式的特殊性,近乎拥有全部的子监督职能,却导致自身业务推进的逻辑混乱。手头的权力过多,反而容易造成不知所措的被动局面。为此,有必要对刑事执行监督的方式加以重新梳理。更确切地说,应尽可能地维系基本式监督形态,而将批捕、起诉等发展式权力归还专门主体,以减缓疲于应付所衍生的失序现象。这里特别需要强调的是,刑事执行检察或许应当局部保留个别职务犯罪侦查权限。鉴于国家监察委员会难以通过派驻等形式深入到刑事执行领域,尤其是羁押场所,由刑事执行检察主体继续掌管针对监管人员的贪腐、渎职行径的侦办权,反倒具有更大的优势。这并非出自法律监督属性的诉求,而是以便利性作为基点出发的,与海关可侦查走私犯罪等设计思路如出一辙。如保留此种权力,或能为刑事监督的派驻检察提供符合限度的支持。^①

结语“痛”与“通”

行文至此,我们不难发现,尽管检察权的系统性重构已经不可避免,却蕴藏着无限的机遇。剥离职务犯罪侦查权在短时期内当然会引发一系列的不适应,甚至给检察机关造成相当的“痛感”。但是,这却为打通检察机关原先堵塞的“经脉”创造了条件。正是职务犯罪侦查权的错谬配置,诱发了检察机关在司法实践中的软弱与被动。因此,这种“痛”与“通”之间具有辩证统一之关系,若无前者,后者之生成则断无机可乘。

因此,我们大可不必将检察权的功能再造看成硕大无比的繁重工程,因为历史并未被全盘否定,继承与扬弃间亦不是非此即彼的对立组合。总的来说,以审查逮捕和审查起诉权限为主导型发展力量,辅之以民事行政检察以及刑事执行检察的基本监督手段,这样一种独具中国特色的组织形态还是大有可为的。对于需要重新认识自身内涵的检察主体而言,“知难行易”或许是目前状态最贴切的形容。采取相应的举措未见得有什么阻碍,可知晓未来的方向却不甚容易。而认清自己恰恰是重塑自己的必有之路,也是“痛”与“通”之间理想的衔接点。

参考文献:

- [1] 马怀德“国家监察体制改革的重要意义和主要任务”,载《国家行政学院学报》2016年第6期。
- [2] [德]马克思·韦伯《学术与政治》,钱永祥等译,广西师范大学出版社2014年版。
- [3] 张建伟“法律正当程序视野中的新监察制度”,载《环球法律评论》2017年第2期。
- [4] 蔡定剑“司法改革中检察职能的转变”,载《政治与法律》1999年第1期。
- [5] [英]崔瑞德、鲁为宜编《剑桥中国秦汉史》,杨品泉等译,中国社会科学出版社2016年版。
- [6] 苏力《法治及其本土资源》,北京大学出版社2014年版。
- [7] 韩大元主编《中国检察制度宪法基础研究》,中国检察出版社2007年版。
- [8] 韩大元“充分发挥检察机关在宪法实施中的作用”,载《人民检察》2015年第2期。
- [9] 张智辉“法律监督三辨析”,载《中国法学》2003年第5期。
- [10] 陈瑞华“从‘流水作业’走向‘以裁判为中心’——对中国刑事司法改革的一种思考”,载《法学》2000年第3期。
- [11] 李奋飞“从‘顺承模式’到‘层控模式’——‘以审判为中心’的诉讼制度改革评析”,载《中外法学》2016年第3期。
- [12] 孙皓“论检察权配置的自缚性”,载《环球法律评论》2016年第6期。

^① 这不同于职务犯罪侦查权对于法律监督的整体性干扰。对于羁押场所的监督而言,具有一定的特殊性。无论是监狱抑或看守所,都是比较封闭的场域环境。对此,检察机关的主要监督方式为定点派驻。倘若缺少某些强制性权力的支持,监督主体就无法在这种客场环境中取得主动地位,容易令自己的业务职责流于形式而同化为“二监管”。由于此类职务犯罪侦查权的涉及范围较窄,也不至于影响正常的监管活动。

- [13] 中国人民大学诉讼制度与司法改革研究中心“破解检察监督难题的湖北经验——湖北省检察机关‘两个适当分离’改革情况调研报告”,载《法制资讯》2012年第4期。
- [14] 董邦俊“侦查权行使与人权保障之平衡——德国侦查权制约机制之借鉴”,载《法学》2012年第6期。
- [15] 陈卫东、李奋飞“论侦查权的司法控制”,载《政法论坛》2000年第6期。
- [16] 季美君、姚石京“论批捕权的合理配置”,载《中国司法》2011年第10期。
- [17] 张少林“构建双向三角诉讼结构——坚持公诉权和审判监督权统一行使新论”,载《河南财经政法法学学报》2001年第2期。
- [18] 陈卫东“我国检察权的反思与重构——以公诉权为核心的分析”,载《法学研究》2002年第2期。
- [19] 陈光中“刑事诉讼中公检机关定位问题之探讨——对《刑事诉讼法修正案(草案)》中‘司法机关’规定之商榷”,载《法学》2011年第11期。
- [20] 陈瑞华“司法权的性质——以刑事司法为范例的分析”,载《法学研究》2000年第5期。
- [21] 崔敏“为什么要废除免于起诉”,载《中国律师》1996年第7期。
- [22] 张翔“关于赋予检察机关特别侦查权的思考”,载《法学杂志》2009年第11期。
- [23] 林钰雄《刑事诉讼法(上册)》,中国人民大学出版社2003年版。
- [24] 韩成军《中国检察权配置问题研究》,中国检察出版社2012年版。
- [25] [英]弗里德里希·奥古斯特·冯·哈耶克《致命的自负》,冯克利、胡晋华等译,中国社会科学出版社2015年版。
- [26] 边沁《道德与立法原理导论》,时殷弘译,商务印书馆2000年版。
- [27] 孙国祥“宽严皆失:贪污贿赂犯罪的量刑失衡之乱象及纾解”,载《甘肃政法学院学报》2009年第5期。
- [28] 蔡碧玉、周怀廉等《检察官伦理规范释论》,中国检察出版社2016年版。
- [29] 邵义祖、张少林、吕颢“检察机关自侦案件逮捕权上提一级问题研究”,载《政治与法律》2009年第7期。
- [30] 陈卫东“人民监督员制度的困境与出路”,载《政法论坛》2012年第4期。
- [31] 周安平“人民监督员制度的正当性与有效性质疑”,载《南京师大学报(社会科学版)》2007年第2期。
- [32] [美]米尔伊安·R.达玛什卡《司法和国家权力的多种面孔——比较视野中的法律程序》,郑戈译,中国政法大学出版社2015年版。
- [33] [英]艾瑞克·霍姆斯鲍姆《极端的年代:1914—1991》,郑明萱译,中信出版社2014年版。
- [34] 谢鹏程“论检察权的性质”,载《法学》2002年第2期。
- [35] 雷小政“往返流盼:检察机关一般监督权的考证与展望”,载《法律科学》2012年第2期。
- [36] 林喜芬“分段审查抑或归口审查:羁押必要性审查的改革逻辑”,载《法学研究》2015年第5期。
- [37] 季卫东《通往法治的道路:社会的多元化与权威体系》,法律出版社2014年版。
- [38] 胡胜友、陈广计“渎职侵权犯罪因果关系问题研究”,载《中国刑事法杂志》2012年第1期。
- [39] 何家弘“中国腐败犯罪的现状评估”,载《现代法学》2014年第6期。
- [40] 陈瑞华《刑事诉讼的前沿问题》,中国人民大学出版社2005年版。
- [41] [法]埃米尔·涂尔干《社会分工论》,生活·读书·新知三联书店2017年版。
- [42] 董坤“检察环节刑事错案的成因及防治对策”,载《中国法学》2014年第6期。
- [43] 龙宗智“印证与自由心证——我国刑事诉讼证明模式”,载《法学研究》2004年第2期。
- [44] 李训虎“口供治理与中国刑事司法裁判”,载《中国社会科学》2015年第1期。
- [45] 刘计划“逮捕审查制度的中国模式及其改革”,载《法学研究》2012年第2期。
- [46] 陈卫东、孙皓“人民监督员制度运行调研报告”,载《国家检察官学院学报》2011年第5期。
- [47] 胡勇“监察体制改革背景下检察机关的再定位与职能调整”,载《法治研究》2017年第3期。
- [48] 张晋藩“中国古代监察机关的权力地位与监察法”,载《国家行政学院学报》2016年第6期。
- [49] 於兴中《法治东西》,法律出版社2015年版。
- [50] 孙皓《看守所规范化研究》,中国人民大学出版社2016年版。
- [51] 谢佑平《刑事诉讼法哲学》,中国检察出版社2010年版。
- [52] 王兆鹏《刑事诉讼讲义》,元照出版公司2003年版。
- [53] 陈瑞华“检察制度改革的新思维”,《中国法律评论》2017年第5期。
- [54] 陈卫东“认罪认罚从宽制度研究”,载《中国法学》2016年第2期。
- [55] 张建伟“辩诉交易的历史溯源及现实分析”,载《国

- 家检察官学院学报》2008年第5期。
- [56] 闵春雷 “论审查逮捕程序的诉讼化” ,载《法制与社会发展》2016年第3期。
- [57] 李奋飞 “为什么要强调保护被告人的权利” ,载《中国审判》2006年第8期。
- [58] 卞建林、谢澍 “刑事执行检察监督专题研究——刑事执行检察监督:资源整合与体系建构” ,载《河南社会科学》2015年第7期。
- [59] 周伟 “刑事执行检察: 监所检察理论与实践的发展” ,载《国家检察官学院学报》2013年第4期。

On the Reconstruction of Procuratorial Power: Analysis from the Stripping of the Investigation Power of Duty Crime

Li Fenfei

Abstract: With the further promotion of the reform of state supervision system ,the investigation power of duty crime such as anti - corruption and anti - misconduct of the procuratorial organs shall be transferred to the Committee for Inspection of State Affairs ,which will undoubtedly affect the functional orientation of procuratorial organs at all levels. As a result ,there is a need to review whether the configuration of former procuratorial power is reasonable ,to find out the dilemma in practice ,to analyze the reason why the procuratorial power is weak ,and to blueprint the future functional framework of the procuratorial power in China. The reform of the state supervision system didn't weaken the legal supervision authority of procuratorial organs ,but the target orientation of legal supervision was changed into the “protector of procedural justice”. Efforts shall be made to redress the disadvantages of the right of arrest approval and the right of prosecution on the basic functional paradigm ,and to broaden the scope of warrant of procuratorial organs ,so as to shape a litigation supervision system which is more systematic and more suitable for the local law resources. Besides ,it could be an appropriate way to improve the quality of procuratorial power to develop and promote the functions of civil and administrative supervision and the criminal enforcement supervision of procuratorial organs.

KeyWords: Reform of State Supervision System; Transference of the Investigation Power of Duty Crime; Target Orientation of Legal Supervision; Reconstruction of Procuratorial Power

(责任编辑 于贺清)