

论我国检察官自由裁量权的范围

张善燊, 邵凤清^①

(中南大学 法学院, 长沙 410083)

摘 要: 我们仅在刑事公诉权的范围内讨论检察官自由裁量权是不全面的, 在立案侦查权、刑事法律监督权以及民事、行政案件抗诉权之中, 我国检察官也拥有自由裁量权。检察官自由裁量权有行政与司法的双重属性, 行政权的扩张性要求严格控制行政性裁量权, 司法权的中立性使得司法性裁量权应适当扩大。法律还须加大对检察官自由裁量权范围的程序性控制。

关键词: 检察官; 自由裁量权; 范围

戴维斯指出: “只要对公共权力的有效限制不足以排除权力行使者进行判断和自由作出选择的可能性, 就存在自由裁量权”。^[1] 龙宗智认为, 法律规定不可能事无巨细, 而通常是赋予主体一种特殊权力, 使其能够根据具体情况进行斟酌处理, 通过这种灵活性, 来保证权力行使的合理性, 这种斟酌处理权即为自由裁量权。^[2] 检察官自由裁量权是指在一些具体问题的法律规定较为抽象或有弹性时, 为了实现更合理的目标或达到更好的效果, 检察官可依法原则或法律精神作出相对自由地选择与判断, 灵活地处理与决定。检察官自由裁量权具有合法性、依附性、个案性、惯例性、机关意志性等特征。其中, 依附性是说检察官自由裁量权不是一种独立的权力形态或类型, 它总是依附于检察权这个“主权力”, 是一种“附权力”, 因此, 考察检察官自由裁量权的范围, 就得先考察其所依附的“主权力”即检察权; 然后再分析若干具体的检察权, 看其行使过程是否必然存在或可能伴随自由裁量权。检察官的职权可分为不附有自由裁量权的职权和附有自由裁量权的职权。当法律对某项检察权的行使规定有“必须”、“不得”、“应当”等字眼时, 就不存在自由裁量权。

一 我国检察官自由裁量权范围之立法现状

有些学者将我国检察官自由裁量权界定为“公诉权的合目的性”、“起诉裁量权”、“刑事追诉酌定处置权”, 上述观点是仅在刑事公诉权中考察检察

官自由裁量权所得的结论。笔者认为, 刑事公诉权固然是各国检察权的核心内容, 但绝非唯一内容。在我国现行刑事法律制度下, 检察官的职权(检察权)包括立案侦查权、刑事公诉权、刑事法律监督权和民事、行政案件抗诉权。所以, 应在上述职权中, 全面考察我国检察官自由裁量权的实际范围。这里所说的范围, 既指自由裁量权可能存在于哪些场合, 即“多少”的问题, 又指某一项具体的自由裁量权可能具有的幅度, 即“大小”的问题。

(一) 立案侦查权中的自由裁量权

第一, 一定的自侦案件立案裁量权。最高检关于《检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定(试行)》比较详细, 但也有很多类似“其他严重情形”、“造成恶劣社会影响”之类的兜底性条款。

第二, 广泛的自侦案件侦查裁量权。考察有关法律条文发现, 刑法及其相关解释性文件对检察官侦查权不仅只有少量的限制性规定; (笔者查遍刑法及其相关解释性文件, 发现仅有 6 处关于限制检察官侦查权的规定, 见刑法第 91、92、97、105、108、133 条。)而且还明示或默示地赋予检察官大量裁量权, 这表现为“可以”、“认为需要……可以”、“遇有紧急情况……可以”等字眼被广泛使用。

第三, 广泛的强制措施采取裁量权。尽管刑法及其相关司法解释作了专门规定, 但仅有以下几点限制: 明确规定各种强制措施的不同期限, 对案件

^① 收稿日期: 2008-02-29

作者简介: 张善燊, 男, 江苏连云港人, 中南大学法学院副教授, 博士研究生, 研究方向为刑事诉讼法与司法制度; 邵凤清, 女, 福建福州人, 中南大学法学院硕士研究生, 研究方向为刑事訴訟法。

的侦查、起诉不得中断;拘传的批准、出示拘传证,以及执行者不得少于2人;向取保候审的犯罪嫌疑人宣读取保候审决定书,并告知其享有的权利和承担的义务;通知公安机关执行某些强制措施;明确规定应当逮捕的情形。

(二) 刑事公诉权中的自由裁量权

第一,较大的附带民事诉讼提起裁量权。刑法第77条第2款规定,若是国家财产、集体财产遭受损失,检察院提起公诉时,可以提起附带民事诉讼。《刑诉解释》第88、89条仅规定提起附带民事诉讼的条件和时间,对于何种情形应当提起则无详细规定。

第二,较小的不起诉裁量权。不起诉分为绝对不起诉、微罪不起诉和证据不足不起诉。绝对不起诉当然不存在裁量。在微罪不起诉中,案件本来符合起诉条件,但考虑到“犯罪情节轻微,依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的”,所以法律赋予检察官自由决定是否起诉的裁量权。证据不足不起诉是指依照刑法第140条第4款,对于补充侦查的案件,检察院仍然认为证据不足,不符合起诉条件的,可以不起诉。而根据该条第3款规定的“补充侦查以二次为限”,若两次补侦完毕,仍认为证据不足,不符起诉条件,检察官只能作出不起起诉的决定,此时就无裁量权。

第三,很小的出庭支持公诉裁量权。仅在简易程序中,检察院可不派员出庭,这是明示的裁量权。

(三) 刑事诉讼法律监督权中的自由裁量权

第一,一定的立案监督裁量权。《刑诉规则》规定,检察官在要求公安机关说明不立案理由、要求公安机关立案侦查以及要求被害人提供有关材料等具体职权的行使过程中,享有相对裁量权。《刑诉规则》有2处使用“可以”;5处使用“认为”,而相关解释性文件并无更细的规定。

第二,我国检察官具有侦查监督裁量权。具体如下:1.较小的批捕裁量权。《六部委规定》第26条与《刑诉规则》第4章第5节对逮捕的条件作了明确规定,并且《刑诉规则》第5章对审查批准逮捕的时限等问题也有确定规定,仅在个别地方使用“认为”和“可以”。2.一定的要求补充侦查的裁量权。《刑诉规则》第266、267条规定,检察院“认为犯罪事实不清、证据不足或者遗漏罪行、遗漏同案犯罪嫌疑人等情形,认为需要补充侦查的”,应当提出具体的书面意见,连同案卷材料一并退回公安机关或检察院侦查部门补侦。在此,需要补侦的情形是

以“……等情形”这种不完全列举的方式规定的,且在同一句中2次使用“认为”,这必然创设一定的自由决定权。3.较小的纠正违法侦查行为的裁量权。《刑诉规则》第381条明确列举了何为违法侦查行为,检察官在此处几乎没有裁量权。对于如何发现违法侦查行为以及纠正的方式,《刑诉规则》第383条以及第10章第2节的规定,赋予检察官相对自由的选择和灵活处理的权力。

第三,较小的审判监督裁量权。对于如何发现违法审判行为,《刑诉规则》第393条第2款规定检察官有调查、审阅案卷、受理申诉等自由决定权。对于纠正违法审判行为的方式,检察官“可以参照”对违法侦查行为的纠正方式,进行相对灵活的处理。

第四,一定的刑事判决、裁定监督裁量权。《刑诉规则》第397、406条对检察院应当提出抗诉的具体情形作了列举,但第397条第4、6项使用了“严重”这一模糊词语。《刑诉规则》第403、404、408条关于抗诉权的规定中4次出现“可以”一词,赋予了检察官自由选择权。

第五,较小的执行监督裁量权。检察官应当根据刑法、刑诉法、监狱法以及相关解释性文件对减刑、假释、监外执行等的条件和程序的具体规定来行使执行监督权。但在这些规定中,含有“重大”、“严重”、“其他”等模糊性词语,留下了自由选择和判断的空间。例如,刑法第78条第1款规定应当减刑的6种情形,其中,5处使用“重大”,1处使用“其他”。

(四) 民事、行政案件抗诉权中的自由裁量权

在民事、行政案件抗诉权的行使过程中,我国检察官拥有较小的自由裁量权。民诉法第185条和行诉法司法解释第72条对“应当抗诉的情形”作出了列举。但根据民诉法第185条第1款第3项、行诉法司法解释第72条第3项,对于法院违反法定程序,“可能影响”案件正确裁判的,检察院应当提出抗诉,而何为“可能影响”?需要检察官进行自由判断和决定。

二 检察官自由裁量权范围之界定标准

艾米·N·伊利写道:“检察官面临着许多行使其自由裁量权的机会,并且其行使自由裁量权通常得到极大尊重”,但获得这种尊重的前提是检察官不恣意地行使自由裁量权。^[3]因此,应当为检察官自由裁量权的范围确立合理的界定标准。笔者认为,可以根据自由裁量权的根本特征来推导检察官自由裁量权的范围,即主要从以下几个方面考虑:

(一) 裁量权根据的法定性

要划定检察官自由裁量权的整体范围,首先要解决裁量权的来源根据,这应从裁量权的依附性着手考虑。依附性是自由裁量权的重要特征,检察官的自由裁量权总是依附于特定的检察权。检察官的自由裁量权作为一种“附权力”,其本身并不是目的,目的在于更好地行使其所依附的“主权力”,即法律规定的检察权。检察官自由裁量权的范围必须限定在检察权的框架内,否则就缺乏法定的权力来源。因此,立法者设置检察官自由裁量权的范围,或者检察官行使自由裁量权,都不得逾越法定的检察权限。

(二) 裁量权幅度的法定性

弗里德曼指出:“法律制度必须把裁量性规则限于恰当范围之内。”^[4]自由裁量权的法律性,要求法律对其幅度进行明确规定,有两种规定模式。其中一种模式为直接规定幅度。比如,刑法第92条第2款规定,传唤、拘传持续的时间最长不得超过12小时。当然,并非每一事项都具有被量化的可能性,所以,有时不得不以概括方式规定幅度。总之,法律不能缺乏对裁量权幅度的规定,否则既不利于检察官合法地行使裁量权,也不利于对行使裁量权的有效监督。

(三) 裁量权配置的价值性

配置检察官自由裁量权应充分体现刑事诉讼价值。公正与效率,自由与秩序是刑事诉讼的最基本价值;但它们之间可能产生冲突,一部良好的刑事诉讼法需要恰当地予以平衡。对此学界讨论颇丰,不予赘述。立法者设置某项检察官自由裁量权时,必须考虑其幅度是否符合刑事诉讼的某项基本价值;立法者划定检察官自由裁量权整体范围时,必须考虑这些裁量权是否有利于平衡各项刑事诉讼价值,而不能加剧不同价值之间的冲突。

三 我国检察官自由裁量权范围之完善

可从检察官自由裁量权的性质出发来考虑完善我国检察官自由裁量权的范围。“应当说检察权与检察官具有双重属性的观点为得到多数国家和学者的认可而成通说。”^[5]作为“附权力”,检察官自由裁量权的性质与检察权的性质具有一致性,即兼具司法权和行政权。司法权区别于行政权的最主要特征是中立性、被动性、终局性。据此标准,检察官立案侦查裁量权、民事与行政案件抗诉裁量权、出庭支持公诉裁量权以及附带民事诉讼提起裁量权属于行政性的自由裁量权,因为这些裁量权行使时,检察官或

者作为与被告人地位平等的诉讼当事人,积极主动地追诉犯罪,以实现惩罚犯罪的目的;或者仅享有启动民事与行政案件抗诉权,而法院才享有对案件的终局裁判权。检察官刑事诉讼法律监督裁量权、不起诉裁量权则属于司法性的自由裁量权,因为这些裁量权行使时,检察官体现了法律守护人的角色,其所裁定的不起诉以及刑事诉讼的监督权,具有被动性、终局性,以实现客观公正为目的。

完善我国检察官自由裁量权的范围必须针对行政权的扩张性和司法权的中立性进行适度划分。行政权的扩张性要求严格控制行政性的自由裁量权,司法权的中立性以及检察官角色定位使得司法性的自由裁量权可适当扩大。同时,还须对检察官自由裁量权予以程序性控制。

(一) 控制行政性的检察官自由裁量权的范围

综上所述,我国检察官在行使行政性的自由裁量权中(尤其是立案侦查裁量权、附带民事诉讼提起裁量权),享有的裁量权过大,应作进一步限制。

有学者指出:“法官自由裁量权相对严格,行政自由裁量权相对宽松。”^[6]那么,赋予检察官比较宽泛的侦查裁量权是有其道理的。但我国现行法律关于检察官的侦查裁量权和强制措施裁量权几乎没有设置限制,明显缺乏合理性。行政性的检察官自由裁量权作为一种富有弹性的公权力,特别容易滥用。如果自由裁量权不受具体而明确的限制,保障人权、追求社会秩序与正义就都是空话,法制就不完善,法治就不可能实现。例如,刑法第77条第2款规定,若是国家财产、集体财产遭受损失,检察院提起公诉时,可以提起附带民事诉讼。在此,法律通过“可以”一词对检察官的授权范围极其宽泛,其限制性条件只是检察官主观地认为必要。假如因国家机关工作人员以权谋私,造成国有资产不当流失时,检察官就应当提起附带民事诉讼。所以,法律应当明确规定,在某些情况下,检察官必须提起刑事附带民事诉讼,以防滥用自由裁量权,置国家、集体利益于不顾,影响检察职能的发挥。

(二) 扩大司法性的检察官自由裁量权的范围

考察司法性的检察官自由裁量权可发现,其范围比较狭窄。检察官追求正义的角色定位使其“理所当然成为控制法官裁判的入口的把关者……透过诉讼分权模式,法官与检察官彼此监督节制,籍以保障刑事司法权限行使的客观性与正确性”,同时“以一受严格法律训练及法律拘束之公正客观的官署,控制警察活动的合法性,摆脱及警察国家的梦

魔。”^[7]因此可以扩大司法性的检察官自由裁量权的范围,以加强刑事诉讼法律监督裁量权和不起诉裁量权的行使。

20世纪60年代以来,检察官自由裁量权有扩大趋势。一直固守起诉法定主义的德国在近20多年来的司法实践中,逐渐接受了起诉便宜原则,还吸收了美国的辩诉交易制度,扩大了检察官自由裁量权的范围。1986年法国通过司法改革扩充了检察官的自由裁量权,规定了4种新的起诉替代措施。^[8]1988年日本检察机关受理审查的案件除去违反道路交通法规的,起诉率为50.4%,其余近50%的案件作了不起诉处分和其他处理如送家庭裁判所。荷兰每年有约60%的案件被检察官作不起诉处理。^[9]根据我国刑法,检察官酌定不起诉的范围只限于“微罪不起诉”。从实践看,酌定不起诉的适用效果不尽如人意,主要问题是适用率低以及适用对象比较单一。我国虽然是《联合国打击跨国组织犯罪公约》和《联合国反腐败公约》的缔约国,但至今尚未将公约中有关污点证人起诉的内容转化为国内法,这样既不能与检察官自由裁量权发展的国际潮流相吻合,也不能很好地实现我国刑法保障人权的基本价值,不利于提高司法效率。

(三)加强检察官自由裁量权的程序性控制

法律程序的价值主要不在于它是实现实体权利义务关系的手段。由于程序具有稳定的外在形式、角色分派特征、有意识地思维阻隔特征,程序的主要价值在于防止行使权力的恣意。^[10]利用程序来控制自由裁量权权力,具有更大的优越性。只有当检察官行使自由裁量权符合法定程序时,权力滥用才可能得以遏制。我国检察官自由裁量权范围的程序性控制的基础是公开。正如戴维斯所言:“重复‘公开’一词的理由是强有力的:因为公开是恣意和专横的天敌;公开是非正义战斗的天然盟友。”^[11]公开必须有制度性的安排,我们可从两个方面入手:

第一,通过外部制度安排促进公开。例如人民监督员制度。我国检察机关自2003年开始试点的人民监督员制度作用日益显现:截至2006年6月,共有20848名来自社会各界的人民监督员,已对逾万件检察机关查办的职务犯罪案件实施监督,对其中400多件案件提出的不同意检察机关原拟处理决定意见被采纳,有效防止了冤错案和发生执法中的

偏差。^[11]人民监督员制度使得检察权的行使更加公开,是一项很好的制度,必须进一步贯彻落实,以促进检察官自由裁量权的合理行使。

第二,通过内部制度设计促进公开。检察官的行政性自由裁量权的公开行使,可通过听证来实现。要确保犯罪嫌疑人能够切实参与起诉前的追诉程序,使检察官能够直接听取当事人的辩解,甚至广泛听取其各方面的意见,有利于全面客观公正地查明案件事实,从而作出合法公正的决定。检察官的司法性自由裁量权的公开行使,可通过开庭来实现。因为司法性自由裁量权具有终局性,一旦作出就不可救济,若不给利害关系人尤其是被害人以开庭表达的机会,则无法充分保障其利益。所以诸如不起诉等裁量权的行使,应当开庭而不能只做书面审理。

参考文献:

- [1] 王锡梓.自由裁量与行政正义——阅读戴维斯《自由裁量的正义》[J].中外法学,2002(1).
- [2] 龙宗智.检察官自由裁量权论纲[J].人民检察,2005(8).
- [3] Amie N. Ely. Prosecutorial Discretion as an Ethical Necessity: the Ashcroft Memorandum's Curtailment of the Prosecutor's Duty to "Seek Justice" [J]. Cornell Law Review, 2004
- [4] [美]劳伦斯·M·弗里德曼.法律制度——从社会科学角度观察[M].李琼英,林欣,译.北京:中国政法大学出版社,1994:40
- [5] 龙宗智.论检察权的性质与检察机关的改革[J].法学,1999(10).
- [6] 汪进元.良宪论[M].济南:山东人民出版社,2005:102
- [7] 林钰雄.刑事诉讼法:上册[M].北京:中国人民大学出版社,2005.
- [8] 龙宗智.两大法系检察官自由裁量权之比较[N].法制日报,2004-09-30
- [9] 毛建平.论起诉裁量权的经济性价值[J].改革,2004(3).
- [10] 张文显.法理学[M].2版.北京:高等教育出版社,2003:158
- [11] 田雨,王骏勇.最高检力推人民监督员制度防止发生冤错案[EB/OL]. [2006-09-01]. 新华网.

(责任编辑:徐蓓)

ABSTRACTS

(1) On the Range of Prosecutorial Discretion in China

ZHANG Shan-yi SHAO Feng-qing(004)

Law School, Central South University, Changsha 410083, China

Abstract It's unilateral to discuss the prosecutorial discretion only in the range of criminal public prosecution power. Prosecutors of China also have discretion in case-filing and investigative power, legal superintendence power of criminal litigation and anti-prosecution power of civil and administrative cases. Prosecutorial discretion has both the nature of executive power and that of judicial power. The executive discretion should be strictly controlled because executive power is easy to be extended and the judicial discretion should be extended because judicial power is comparatively neutral. At the same time, procedural control on the range of prosecutorial discretion should be strengthened.

Key Words prosecutor; discretion; range

(2) Research on Procedural Guarantee of Citizens' Rights

SHANG Da-gui(008)

Law School, Hunan University of Technology, Hunan Zhuzhou 412008, China

Abstract With the rise of humanism, people are paying increasing attention to procedural guarantee of citizens' rights. In the state of naturalism all-scale peasant economy, China lays emphasis on the whole society and substance, and neglects individual rights and procedure. The publicity principle, participation principle, and neutrality and equality principle of procedure can guarantee citizens' rights. In China, there isn't an advanced procedure law and people can't fully understand the value of procedure. To protect citizens' rights, priority should be given to procedure and procedure law should be perfected.

Key words procedure; right; guarantee

(3) Harmonization and Conformity: Scientific Development Thought and Its Value Orientation

YIXian-fei FU Ru-liang(013)

Research Base of Deng Xiaoping Theory, Changsha University of Science and Engineering, Changsha Hunan 410076, China

Abstract Traditional thought of development takes materialism as its foundation and holds that the value of human being is actually the value of material. It results in the shortage of value rationality and the inversion of developmental purpose and means. Scientific development thought realizes the harmonization and conformity of value orientation and that of implement rationality and value rationality, gets rid of the predicament of value, and eliminates the value absurdity of traditional thought of development.

Key words value theory; scientific development thought; value orientation