

# 司法责任制改革背景下“上命下从”之必要限度

——以《检察官法(修订草案)》第9条为主要考察对象

韩旭

**摘要:**“上命下从”与“检察独立”之间存在一定的紧张关系,甚至呈现出一种此消彼长的状态。以“谁办案谁决定”“谁决定谁负责”为核心的司法责任制改革强调检察官的办案主体地位和依法履职独立性的保障。“上命下从”作为检察官履行职务的基本准则并非绝对的,法定主义、检察官客观义务和内心确信等均构成该准则适用的阻却事由。为防止“上命”的滥用,指令权的行使应当采用书面方式,并且附具理由,以备日后查验,同时赋予下级检察官不服指令的异议权以及对明显违法指令拒绝执行的权利。职务收取权和职务移转权作为“上命”的组成部分,亦应规范行使,在《检察官法(修订草案)》已有规定基础上,应进一步明确启动条件、适用情形和异议表达程序等事项,以保障检察官依法独立办案,防止受到检察长或者检察上级的不当干预。

**关键词:**司法责任制;上命下从;检察独立;职务收取权;职务移转权

**中图分类号:**DF83      **文献标识码:**A      **文章编号:**1674-9502(2018)02-064-09

**作者:**韩旭,四川大学教授,博士生导师。

## 一、引言

为巩固我国司法改革的成果,建立和完善具有中国特色的社会主义检察体制和检察制度,《人民检察院组织法》《检察官法》的修改正在紧锣密鼓的推进。近日,中国人大网已公布了《检察官法(修订草案)》,并向社会公开征集意见。其中,“草案”第9条规定:“检察官在检察长领导下开展工作,检察长对所属检察官办理案件进行指挥监督,重大办案事项由检察长决定。检察长可以根据办案需要和保障公正的要求,把所属检察官正在办理的案件收取自行办理,或者移交其他所属检察官办理。”与该条规定相呼应,此前公布的《人民检察院组织法(修订草案)》第31条规定:“检察官在检察长领导下开展工作,重大办案事项由检察长决定。检察长可以将部分职权委托检察官行使,可以授权检察官签发法律文书。”与此前相关法律规定相比,《检察官法(修订草案)》不但明确了检察长对检察官的“指挥监督权”(指令权),而且增加规定了检察长的职务收取权和职务移转权。如此规定,一方面有利于检察权集中高效统一行使的原则,较好地维护了检察长的领导权威;另一方面有助于检察官依法独立行使职权,体现了对检察官办案主体地位的尊重,同时也符合基本的诉讼法理,既然“检察长可以将部分职权委托检察官行使”,那么在必要的时候享有职务收取权和职务移转权就是理所当然。尤其是职务收取权和职务移转权的制度性确立,一定程度上解决了长期以来检察长(副检察长)指令权与作为办案个体的检察官内心法律信

念之间的冲突问题,有利于实现“上命下从”与检察官独立办案之间的合理平衡,从而使检察官摆脱“上命下从”之下“勉为其难”的困境,可以依据自己的理性和良知独立作出判断,也为检察官客观义务的落实提供了制度保障。

然而,需要注意的是,无论是《人民检察院组织法(修订草案)》还是《检察官法(修订草案)》均强化了检察长对检察官的领导权,除了重大办案事项由检察长决定、检察官根据检察长委托行使部分职权外,还有权对办案检察官进行“指挥监督”。《检察官法(修订草案)》第75条规定:“本法没有规定的,适用公务员管理的相关法律法规。”而公务员管理的一个基本原则是行政首长负责制,由此可以预见的是,随着《检察官法》的修改通过,检察官的行政官员属性将会凸显,在内部运作上会更加强调“上命下从”的执行。特别是《人民检察院组织法(修订草案)》规定检察官受检察长委托行使部分职权,根据委托代理的法律原理,受托检察官只能以委托人检察长的名义行使职权,且不得违反检察长的意志。其结果是,检察权必然会向位于金字塔顶端的检察长集中。而权力高度集中必然会加剧权力滥用和腐败的风险,“绝对的权力必将导致绝对的腐败,这是人类社会一条万古不易的真理。”此外,如果将“上命下从”予以绝对化,其将不可避免地会与当下正在推进的以“谁办案谁决定”“谁决定谁负责”为核心的司法责任制改革发生冲突。鉴于“上命下从”与“检察独立”之间存在的紧张关系,为了防止检察长或者检察上级滥用“领导权”或者“指令权”干预下级检察官依法独立办案,迫切需要在修改《检察官法》《人民检察院组织法》时对检察长“指挥权”“职务收取权”和“职务移转权”等体现“上命下从”的领导体制从实体和程序上进行必要的规制,使“上命下从”保持在一个必要限度内,以此推动司法责任制改革真正能够落地见效。

## 二、“上命下从”与“检察独立”之间的紧张关系

“检察一体化”对于统一检察官的执法裁量标准以及作为一个整体抵抗外部的不当干预具有明显的体制优势。但是,作为“检察一体化”核心内容的“上令下从”(上级指令权)制度又会对检察官执行职务的独立性和公正性造成妨碍。20世纪初叶以来,包括李斯特在内的多位著名德国学者早已指出,在指令拘束性的前提之下,检察官作为公正客观官署的名号可谓自欺欺人的谎言、以假乱真的伪币,其用语虽然不免夸张,但至少指出,如果上命下从本身不受适当节制,检察官根本不具作为公正客观法律守护人的基本条件。<sup>①</sup>我国有学者亦指出:“从贯彻检察一体有助于形成合力共同抵制外来干预的角度来讲,检察一体有助于检察机关的集体独立,但是,在检察官独立行使职权这样一个层面上,检察一体与检察官独立存在严重的冲突与对抗,对检察一体的过分强调完全有可能侵蚀检察官的个体独立。”<sup>②</sup>从实践中我国检察权的行使状况看,检察一体强调有余而检察独立则保障不足。整个检察权向金字塔顶的检察长和检察委员会集中,“普通检察官只是案件的承办人员,即行政垂直线上底部的一个点。”<sup>③</sup>这种检察体制不符合检察权作为准司法权行使的规律和特点,不能较好体现当前司法责任制改革的精神和要求,也不利于调动检察官工作积极性,而且因请示报告环节过多而降低办案效率。

<sup>①</sup> 参见林钰雄:《检察官论》,法律出版社2008年版,第119页。

<sup>②</sup> 陈卫东、李训虎:《检察一体与检察官独立》,《法学研究》2006年第1期。

<sup>③</sup> 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。

大陆法系国家和地区的检察体制虽强调检察一体原则,但这种检察一体是建立在作为个体的检察官独立的基础上,即“检察一体乃检察官对外系独立官厅属性下的内部控管机制”。<sup>①</sup>根据《日本刑事诉讼法》的规定,检察权的行使属于每个检察官的权限,而不是作为检事总长、检事长的辅助机关行使权力,每一个检察官都是“独任制的官厅”。虽然检察官中存在着“检察官一体原则”,但这一原则实际上以检察官的独立性为前提,是对检察官独立性的统一。<sup>②</sup>“检察官是独任制机关,本身具有独立的性质。这对保障检察权的行使及绝对公正,不受其他势力操纵,以及检察官的职务行为必须直接产生确定的效力,都是必不可少的。检察官的这种准司法性质,从职务的内容看是理所当然的。”“检察官在检察事务方面,是具有自己决定和表示国家意志的独立机关,而不是唯上司之命是从的行使检察权。检察官之所以被称作独任制机关的原因就在于此。”<sup>③</sup>我国“检察一体”建立在检察权集体行使的基础上,在我国刑事诉讼法上以检察院而非检察官作为独立的办案单元,因此更强调检察院的集体独立而非检察官的个体独立。“即便授予检察官权力,也是为了保障人民检察院独立行使职权,法律并未规定检察官独立行使检察权。”<sup>④</sup>由于检察官的独立性缺乏基本的法律保障,“检察一体化”下的“上令下从”因缺少节制而极易被滥用。一方面检察权作为行政权需要遵循“上命下从”的逻辑;另一方面检察权又具有司法权的属性需要保持一定的独立性,为此必须在“上令下从”与“检察独立”之间保持一种平衡。如果“一方面主张检察机关是司法机关,检察官是司法官员,另一方面在检察院完全实行长官负责制而不实行检察官负责制,这是一个很大的矛盾。长此以往,这将最终使检察机关是司法机关的主张难以在制度上成立。”<sup>⑤</sup>为使检察权的行使符合司法权的性质和规律,必须明确“上命下从”不是绝对的,它具有一定的限度,应当承认检察官执行职务的独立性。“上命下从决不意味着只要是上级的命令,下级检察官就必须服从;若如此,则可能造成‘上滥命下盲从’之局面,并使检察官丧失独立的立场,检察机构也因此丧失司法机关的特征。”<sup>⑥</sup>只有检察官的独立性得到保障,才能“保证检察权的行使不受外来势力,特别是来自现实的政治权力的不当影响,不受检察部门以外任何人的指挥命令;保障检察官的身份,保护他不受来自任何方面的间接压力。同时,使检察官行使每一权限的职务行为的效力,不受其他内部条件的干扰。”<sup>⑦</sup>

### 三、“上命下从”的必要规制及其边界设置

#### (一)“上命下从”受法定主义原则之限制

“指令权之界限,简言之,在于法定主义,此乃检察官法律地位问题的帝王条款,此点,在德国早已是共识,亦为德国检察制度百余年来能顺畅运作的关键之一。”<sup>⑧</sup>法定主义包括侦查法定主义和起诉法定主义,对于上级检察院或者检察首长的违法指令,检察官有权拒绝服从。无论是在

① 吴巡龙:《刑事诉讼与证据法全集》,新学林出版股份有限公司2008年版,第60页。

② [日]松尾浩也:《日本刑事诉讼法》(上卷),丁相顺译,中国人民大学出版社2005年版,第31页。

③ [日]法务省刑事局编,杨磊等译:《日本检察讲义》,中国检察出版社1990年版,第18页。

④ 陈卫东、李训虎:《检察一体与检察官独立》,《法学研究》2006年第1期。

⑤ 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。

⑥ 王伟、易延友:《检察官客观义务需要理论与实践支撑》,《检察日报》2009年9月22日。

⑦ [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年版,第6页。

⑧ 林钰雄:《检察官论》,法律出版社2008年版,第35页。

启动立案侦查程序方面还是在提起公诉方面,检察官必须严格执行刑法和刑事诉讼法的规定,当上级发出的指令有违法律规定时,检察官当以法律为重,拒绝执行违法的指令,因为法律高于“上命”。为了强化办案检察官的责任,防止其背离法定义务,还应当对执行违法指令的检察官追究相应的法律责任。“如果行为人确信被告无辜,但却奉命强行起诉,已属刑法上之滥权追诉,上级命令并无使行为人卸除刑责的效力;由于此时下级明知命令违法,因此亦不能援引‘依法令之行为’为阻却违法事由。同理,当行为人确信被告有罪,却奉命为不起诉处分,亦为刑法上之滥权不追诉。”<sup>①</sup>之所以强调法定主义即在于防止上级借助指令权滥行追诉或者不诉,“尤其是对那些握有重要政治与经济资源的人物和团体,对那些具有一定的政治和社会敏感性的对象,如果没有一种受到一定法制保障的依法‘特立独行’的精神,那只会屈从于权力(政治或经济的)而放弃职守。”<sup>②</sup>需要注意的是,在审查起诉活动中,指令权受法定主义限制仅限于刑事诉讼法规定的法定起诉或者法定不起诉的情形,而对于检察官行使公诉裁量权的案件以及对法律适用有疑问的案件,检察上级或者检察首长仍有权发出指令。2015年最高人民检察院《关于完善人民检察院司法责任制的若干意见》(以下简称“意见”)第10条规定:“检察官执行检察长(分管副检察长)明显违法的决定的,应当承担相应的司法责任。”言外之意,检察官对“明显违法的决定”有权拒绝执行,否则应当承担相应的责任。

### (二)“上命下从”受检察官客观义务之限制

与法定义务一样,客观义务乃检察官执行职务的最高准则,也是检察一体绝对不可逾越的界限。所谓“检察官客观义务”是指检察官在刑事诉讼中应当超越当事人立场,担当“法律守护人”的使命,对不利和有利被追诉人的情况一并注意,并在必要时为被追诉人的利益而主动采取行动,在协助法院查明案件事实的同时,维护被追诉人的程序权利和实体权利,以保障法律的正确实施和公平正义的实现,并在违反义务时受到否定性评价或者承担一定的不利后果。主要包括以下8项义务:一是客观全面地收集证据、开示证据;二是对非法取证行为进行调查并排除非法证据;三是避免提起不当诉讼;四是客观提出量刑建议以及在认为被告人无罪时请求法院作出无罪判决或者申请撤回起诉;五是被告人利益提出抗诉或者申请再审;六是保障被追诉人的程序权利和实体权利;七是对被追诉人给予必要的诉讼关照;八是保障辩护人的辩护权利并认真倾听辩护意见。检察上级不得作出有违客观义务的指令,下级检察官也不得以“上命下从”为由而放弃客观义务。在制度层面对检察官客观义务最具威胁者当属“上命下从”条文,因为一旦上命下从,个别检察官所从者乃上级之命令而非法律之客观性诫命,因而,除非“上命”与法律诫命正巧相符,否则上命下从与客观义务势必将二律背反,无法并存;更有甚者,如果上级之顶头上司乃行政首长,其行事准则乃政策观点与政治挂帅而非法律之客观性,如此一来,检察官将因上命下从而脱离客观法律仆人之角色,有沦为政策跑腿政争工具之虞。因此,德国学者有倡言检察独立之议;而赞成维持上命下从者,也以客观性义务为上命下从界限,求取两者折中之道。<sup>③</sup>基于检察官客观义务,下级检察官对上级指令不能盲目服从,应当审查其是否违反客观义务,对于违反客观义务的指令,下级检察官应当拒绝执行。

### (三)“上命下从”受检察官内心确信之约束

<sup>①</sup> 林钰雄:《检察官论》,法律出版社2008年版,第195页。

<sup>②</sup> 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。

<sup>③</sup> 参见林钰雄:《检察官论》,法律出版社2008年版,第24-25页。

当上级的指令与检察官的内心信念不一致时,检察官应当依照自己的良知和信念行事,上级不得强迫检察官违背自己的良心接受其指令。如果指令不被接受,而上级又欲贯彻其意志,可以行使职务收取权或者移转权由自己亲自办理或者将案件交由其他下级检察官办理。“上命下从”受检察官内心确信之限制被大陆法系国家和地区的学者所普遍认可。德国学者认为,虽然每一位检察官只是该“高级长官”的代理人,但是其对真实性及公正性的判断确为不可代替性,而必需由各主其事的个人,以良知个别决定之。因此不得对检察官施以强制,命其违反自己的信念行事。而该检察机关首长的指挥监督权也并未因此而受到侵害,因为其尚可借由移转权及代替权自行办理该案件或将该案交由另一位检察官办理之。<sup>①</sup>尤其是在审判阶段,更加强调检察官的内心信念,“上命下从”受到更为严格的限制,出庭检察官可以根据法庭调查和辩论情况自由地发表个人见解而不受上级指令的约束。例如,《欧洲各国检察官在刑事司法制度中的作用》第13条第(5)项规定:“检察官有权在法庭上发表他们自己选择的法律观点,同时检察官有义务向法庭书面提交所收到的指令。”《意大利刑事诉讼法》第53条规定:“在庭审中,检察官完全自主地行使其职权。”《法国刑事诉讼法典》第33条规定:“检察院应当按照依第36条、第37条及第44条规定的条件向其发出的指令提出书面公诉意见书。检察院可以自由地进一步阐述其认为有益于司法的口头意见。”<sup>②</sup>法国1958年12月第58-1270号法令也明确规定:庭审时检察官有言论自由。此即著名法谚:“笔受拘束,口却自由”。检察官虽然在起诉书中应当遵循上级指令,但是在法庭上仍然可以根据内心确信独立地发表自己的看法。如果允许检察首长以指令“遥控”莅庭检察官如何陈述及求刑,审判程序则无异于形同虚设;如果检察官依其历经侦查、起诉、莅庭后形成之法律确信及事实心证,竟然比不上一个指令,岂非对检察官专业能力及人格尊严的一大侮辱?如此不受肯定与尊重的检察官,又如何能成为“法律的守护人”与“世界上最客观之官署”呢?<sup>③</sup>

在法庭上检察官是受检察长指派出庭支持公诉的,并非是以自己的名义独立行使公诉权,因此检察官出庭具有权力委托的性质。在此情况下,检察官难以根据法庭审理情况开展公诉活动、自由地提出个人的主张。对诸如撤回起诉、变更量刑建议、主张被告人无罪这些需要在法庭上及时作出反应的事项,公诉人并无独立作出处分的权力。以撤回起诉为例,2012年《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》第461条规定:“变更、追加、补充或者撤回起诉应当报经检察长或者检察委员会决定,并以书面方式在人民法院宣告判决前向人民法院提出。”可见,对于撤回起诉,公诉人仅有要求休庭的权力,检察长或者检察委员会才享有撤回起诉的权力。再以提出量刑建议为例,“两高三部”《关于规范量刑程序若干问题的意见(试行)》规定的提出量刑建议的主体是“人民检察院”,无论是在提起公诉时提出还是在庭审中发表公诉意见时提出,莫不如此。既然量刑建议是以检察院的名义提出的,那么法庭审理中公诉人变更量刑建议的权力将会受到一定的限制。“对于公诉人无权当庭变更量刑建议的,公诉人可能会向法庭提出休庭请求。”<sup>④</sup>这至少印证了公诉人并不享有完整的变更量刑建议的权力。难怪有学者感叹道:“由于检察官总是代表检察院整体出现在法庭上,其言论是受到限制的。实践中,一些案件从公诉词到答辩提纲都经过领

① [德] 克劳恩·罗科信:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社2003年版,第67页。

② 参见《法国刑事诉讼法典》,罗结珍译,中国法制出版社2006年版,第32-33页。

③ 参见林钰雄:《检察官论》,法律出版社2008年版,第205-206页。

④ 熊选国:《〈人民法院量刑指导意见〉与“两高三部”〈关于规范量刑程序若干问题的意见〉理解与适用》,法律出版社2010年版,第453页。

导审批,这难怪为什么法庭上一些公诉人总给人以缺乏激情、例行公事的印象。”<sup>①</sup> 为了保障检察官能够依法独立开展公诉活动,更好地履行客观义务,同时为使公诉权的行使更加符合司法权的“直接言词”规律,应当对检察官进行适度“放权”,将一部分权力赋予公诉检察官独立行使。目前可考虑将撤回起诉、变更量刑建议、主张被告人无罪等在法庭上行使的权力交由出庭检察官行使。通过修改《人民检察院组织法》《检察官法》《刑事诉讼法》等法律,将司法责任制改革“意见”中关于对检察官“放权”的事项通过修法予以确认,从而有条件地承认检察官独立办案主体地位,同时明确即便检察官的诉讼行为与上级的指令不一致,对外亦产生程序法上的效力。其理由在于检察一体化下的“检察不可分原则”,每个检察官都被看作是整个检察机关的代表。“检察机关的司法官——至少是属于同一检察院的司法官,在法律上都被看着是组成同一个人。检察院的检察官采取行动,出面说话,并不是代表他本人,而是以整个检察院的名义进行活动与发表意见。”<sup>②</sup>“检察官根据检察一体原则,虽然要服从上级的指挥监督,但每个检察官到底是作为独立的官厅来行使有关检察事务的权限,所以即使没有接受上级的裁决而开始侦查,或者上级指挥作出不起诉处分而决定起诉,根据情况虽然可以成为身份上惩戒的对象,但其侦查和起诉不能认为是违法的、无效的。”<sup>③</sup> 在法国,检察院的首长在没有上级命令的情况下或者不顾上级的命令,仍然可以进行追诉,并且在没有上级指令或者不顾其已接到的指令而开始进行的追诉,仍然是合法的、有效的。<sup>④</sup> 法国、比利时的检察官在等级化的组织中,其所提出的书面观点或者请求应当服从上级的命令。但是,在庭审中检察官一定程度上具有的口头自由,可以按照自己的真实意愿提出任何观点。这些违反命令的观点也是有效的。<sup>⑤</sup>

#### (四)对检察长和检察上级的指令权、职务收取权和职务移转权进行程序规制

指令权之行使除受法定主义和检察官法律确信等实体条件的限制外,还应从程序上予以规制,以促使上级指令权的谨慎行使。第一,指令权的行使应当采用书面方式,并且附具理由。检察官应当将该书面指令装入卷宗之中,以便于事后检验,明确责任。《欧洲各国检察官在刑事司法制度中的作用》第10条就明确规定:“所有检察官均有权要求对其发布的指令以书面的形式进行。”“司法责任制意见”亦规定:“检察长(分管副检察长)有权对独任检察官、检察官办案组承办的案件进行审核。检察长(分管副检察长)不同意检察官处理意见,可以要求检察官复核或提请检察委员会讨论决定,也可以直接作出决定。要求复核的意见、决定应当以书面形式作出,归入案件卷宗。”第二,赋予下级检察官不服指令的异议权。检察官认为检察长或者检察上级的命令违法或者不当时,有权向发出指令的检察长或者检察上级的上一级检察机关和检察长提出附理由的书面异议,请求撤销违法或者不当的指令,上级对提出的异议应当认真进行审查,认为异议成立的应当接受,认为理由不成立的应当作出书面命令并附理由。上述欧洲法律文件第10条同时规定:“如果一个检察官认为一个指令是非法的,或者违背他本人的良知,应当可以通过合理的内部程序进行职务移转。”德国法官和检察官联合会要求:“指令应以书面的形式作出。如果检察官认为指令是不合法的,他应以书面形式通知其直接上级,同时要写明他认为指令不合法

① 吴学艇:《检察一体原则与主诉检察官制度改革》,《人民检察》2000年第4期。

② [法]卡斯东·斯特法尼等:《法国刑事诉讼法精义》,罗结珍译,中国政法大学出版社1999年版,第128页。

③ [日]伊藤荣树:《日本检察厅法逐条解释》,徐益初、林青译,中国检察出版社1990年版,第44页。

④ [法]卡斯东·斯特法尼等:《法国刑事诉讼法精义》,罗结珍译,中国政法大学出版社1999年版,第127页。

⑤ Mireille Delmas-Marty and J.R.Spencer, *European Criminal Procedures*, Cambridge University Press, 2004, P.437.

的理由。如原检察官坚持其判断,上级官员应当免其遵循指令的责任。”<sup>①</sup>“在加拿大,任何人包括检察官的上司,向办案检察官发出的任何指令,甚至包括电话记录,办案检察官不仅要将其存入卷宗,而且可以向媒介公开。”<sup>②</sup>在我国,对于不涉及保密内容的上级指令,也应允许检察官对外公开,以接受舆论监督,从而使上级的指令暴露在“阳光”之下,以此保障指令权的慎重行使。随着我国司法责任制的贯彻落实、检察官办案主体地位的逐渐确立,检察官的异议权也得以确认。“意见”第11条规定:“检察官执行检察长(分管副检察长)决定时,认为决定错误的,可以提出异议;检察长(分管副检察长)不改变该决定,或要求立即执行的,检察官应当执行,执行的后果由检察长(分管副检察长)负责,检察官不承担司法责任。”第三,应当明确违法的指令对下级检察官无约束力,下级检察官有权拒绝执行。例如,葡萄牙检察署组织法第58条规定,检察官有权拒绝执行上级不合法的指示、命令和指导;如果检察官认为上级的指示、命令和指导严重违法的尊严,也可以拒绝执行。<sup>③</sup>我国《公务员法》第54条规定:“公务员执行明显违法的决定或者命令的,应当依法承担相应的责任。”

职务收取权、职务移转权的行使意味着检察上级剥夺了原检察官承办案件的权力,并涉及案件的分配及正义的实现。职务移转权表示检察长有权力在任何时候撤换负责一个案件的检察官,把案子交给另外一个检察官办理,在对重大问题观点不一致的情况下,长官的处理意见是决定性的。检察官的批评和反对只会导致另外的一个检察官按照检察长的意见继续来处理这个案件。因此,检察官在决定被告人是否有罪,怎样有罪的时候,往往是依据其上级的意志。为了在司法权力构架中站住脚,他会去追求适应长官的意志。必然的结果是:检察官把无罪释放当成是失败,把判处刑罚当成是成功。如此他们很容易就把那种人道的、法律所赋予的客观义务给遗忘了。检察官由于他的唯上性,在公众中产生“司法骑士”印象也就不足为怪了。<sup>④</sup>为了防止检察上级或者检察长借助职务收取权、职务移转权来干预案件的办理,应当通过设置相应的程序保障该项权力不被随意行使,即只有在符合一定条件的情况下按照特定的方式行使。在行使条件上,我国《检察官法(修订草案)》第9条虽然规定“检察长可以根据办案需要和保障公正的要求,把所属检察官正在办理的案件收取自行办理,或者移交其他所属检察官办理”。但是,无论是“办案需要”还是“程序公正”,都是比较抽象的用语,导致实践中检察长自由裁量权过大,而难以对其权力行使起到制约规范作用。对此,我国台湾地区检察官吴巡龙认为,检察长行使职务收取权和职务移转权必须限于三种情形:案件明显过于重大复杂、非该检察官能力所及;检察官承办个案有明显瑕疵;虽无明显瑕疵,但检察长之指示与检察官之认知不同,为维持诉追标准之一致。<sup>⑤</sup>对此,可借鉴我国台湾地区的经验,将“修订草案”中的抽象规定具体化为以下4个方面的适用情形:(1)为统一法律适用或追诉标准,检察长认为有必要时。(2)有事实表明原承办检察官执行职务有违法或不当行为的。该种情形下检察长的职务移转权,“意见”第27条已予以确认,即“当事人举报投诉检察官违法办案,律师申诉、控告检察官阻碍其依法行使诉讼权利,或有迹象表明检察官违法办案的,检察长可以要求检察官报告办案情况。检察长认为确有必要的,可以更换承

① 刘立宪、谢鹏程:《海外司法改革的走向》,中国方正出版社2000年版,第66页。

② 张智辉:《检察权研究》,中国检察出版社2007年版,第285-286页。

③ 谢小剑:《检察一体化中“上命下从”的限度》,《行政法学研究》2009年第4期。

④ [德]吉普·史蒂芬妮:《处于权力、法律和自我认知紧张关系中的检察院的职责》,黄登礼译, <http://sprengelstrasse24.fyfz.cn/cat/51645.htm>, 正义网法律微博, 2018年1月20日访问。

⑤ 吴巡龙:《刑事诉讼与证据法全集》,新学林出版股份有限公司2008年版,第61页。

办案件的检察官,并将相关情况记录在案”。(3)原承办检察官对上级之命令有不同意见而主动提出移转或收取请求的。(4)因案件之性质,认为由其他检察官处理更为适宜的。此外,应当明确检察上级或检察长行使职务收取权或者移转权时,应当采用书面方式,并载明理由,以供日后检验。原承办检察官对于职务收取、移转命令应当服从,但仍可提出意见书以表达异议。

除检察长之外,上级检察机关也可行使职务移转权,“意见”第22条规定:“(上级人民检察院)可以对下级人民检察院管辖的案件指定异地管辖;可以在辖区内人民检察院之间调配检察官异地履行职务。”我国司法实践中检察机关对一定级别的职务犯罪案件普遍采用指定管辖方式,实际上就是上级检察机关行使职务移转权的一种表现,将原本有管辖权的检察机关所办理的案件通过指定管辖的方式移转到其他检察机关办理。但是,这种通过改变管辖而移转职务的权力在行使中却表现出极大的随意性,不仅没有条件的限制,而且管辖单位的确定、管辖程序的进行都存在着较大的随意性,不仅降低了诉讼效率,也损害了实体公正和程序公正,有害于我国的法治建设。当前对职务移转权进行规制的一个重要内容便是对指定管辖制度进行规范、完善,明确适用的条件和程序,切实改变实践中存在的随意性较大的问题。

#### (五)根据检察权行使的不同性质区别对待

既然检察权具有行政权和司法权的双重属性,那么就需要明确检察官行使的哪些权力更具有行政权性质,哪些权力更符合司法权的特征。对于具有行政权性质的检察权应强调“上命下从”原则的贯彻,而对于具有司法权特征的检察权则更应注重保障检察官的独立性。由于检察机关对自侦案件的侦查权具有主动性、目的性、效率性和组织性等特征,体现出较明显的行政权性质,因此在侦查活动中贯彻“上命下从”更有利于实现侦查效能和效率。而检察权中批捕权、公诉权的内容则是以正确适用法律为目的,审查逮捕、审查起诉活动具有中立性(在侦查机关与犯罪嫌疑人及其辩护人之间保持中立)、亲历性(检察官接触当事人、直接审查证据、亲身经历诉讼程序)、判断性(是否符合逮捕、起诉条件、应否作出逮捕、起诉决定)和终局性(不起诉决定具有终止诉讼的效力)的特征,是检察官个人对事实和法律适用的一种个体判断,其活动更加符合司法权行使的特点。因此,对逮捕、公诉行为的指令权应予以严格限制,原则上应排除“上命下从”之适用,但是对于重大、疑难案件以及在是否适用相对不起诉问题上发生意见分歧的案件,检察官应当遵守上级的合法性指令。我国检察实务部门的同志也提出应当按照检察工作的不同性质和特点规范不同的办案方式。侦查属于高度行政化的活动,应当加强检察长和上级的领导;而对于批捕、起诉等审查证据、具体适用法律等司法性较强的工作,应当充分发挥检察官个人的作用,由合格的检察官独立负责地作出决定,重大案件可由检察长、检察委员会决定。<sup>①</sup>

#### (六)明确“上命下从”的主体范围

“上命下从”虽然主要发生在本院检察长与所属检察官或者上下级检察院之间。但是在检察实践中有一种现象应当警惕,那就是将“检察一体化”异化为“部门一体化”问题,即检察院的内设职能部门或者部门领导直接指挥、监督下级检察院相应部门的工作。“检察一体化”中的领导关系应是最高人民检察院对地方各级人民检察院的领导和上级人民检察院对下级人民检察院的领导,以及本院检察长对下属检察官的领导。对此,《人民检察院组织法(修订草案)》第26条规定:“最高人民检察院领导地方各级人民检察院和专门人民检察院的工作。上级人民检察院领

<sup>①</sup> 参见陈国庆:《检察制度原理》,法律出版社2009年版,第288页。

导下级人民检察院的工作。”第39条规定：“人民检察院检察长负责本院全面工作，领导本院检察工作，管理本院行政事务。”其实，早在2015年的“意见”对此已予以明确：“上级人民检察院对下级人民检察院司法办案工作的指令，应当由检察长决定或由检察委员会讨论决定，以人民检察院的名义作出。”因此，“上命下从”不是上级任何一个职能部门、任一检察官都可以对下级相应的部门或检察官发号施令。上级检察院业务部门可以对下级检察院对口部门的工作进行业务指导、开展培训和考评，但不能绕过本院检察长或者检察委员会而直接对下级检察院的业务部门发布指示或下达命令，否则即有违“上命下从”原则，并侵犯了下级检察院检察长的统一领导权，因为每个检察院都是在检察长领导下的独立行使检察权的法定主体。因此，“检察一体应以各级人民检察院依法独立行使检察权为基础，增强检察工作整体上的一体化，不能片面强化上下级检察机关内设机构或部门之间的一体化”<sup>①</sup>。下级检察业务部门或检察官对于上级检察业务部门及其领导的指令并无服从的义务。

#### 四、结 语

检察官的行政官员属性以及检察机关上下级之间的领导关系，决定了其内部职权行使应当遵循行政权的运行逻辑，其典型表现是首长负责制下的“上命下从”领导模式。但是，检察官并非一般的行政官僚，是一种特殊行政官员或曰特殊的公务员，因为其兼具司法官的属性，对案件事实、法律适用行使一定的判断权，因此检察权的运行还应当符合司法权的规律和特点，即检察官办案的亲历性和独立性。如果说行政权偏重于对效率的追求，那么司法权更加强调公正的价值。而公正的前提是独立，没有独立就没有公正。当前正在深入推进的司法责任制改革，就是要发挥独任检察官和检察官办案组的作用，真正实现“办案者决定、决定者负责”。为此，检察官的办案主体地位和行使职权的独立性应得到较为充分的保障。“上命下从”与检察官独立办案之间往往呈现出一种此消彼长的关系，为了保障司法责任制的落实，必须从实体上和程序上规范检察长和检察上级指令权的行使，明确检察官法定义务、客观义务、内心确信等均可构成“上命下从”适用的阻却事由，并通过书面化的指令、附理由的指令等程序要求，为“上命下从”设置一定的边界，从而为检察官依法独立办案预留一定的制度空间。同时对检察长和检察上级行使职务收取权、职务移转权的启动条件、适用情形、方式、申请和异议等事项予以明确，防止检察长和检察上级滥用该项权力随意褫夺那些正直无私、“不听招呼”的检察官在职权范围内依法独立办案的权力。随着国家监察体制改革中检察机关反贪反渎侦查职能和人员转隶的完成，审查逮捕、审查起诉等带有司法属性的职能在检察院整体工作格局中日渐突出，构成了检察权的核心内容。因此，作为未来检察工作改革的方向，在检察权行使方式上应当更加强调司法属性，淡化其行政属性，以保障检察官个体能够成为独立的办案单元，真正做到“有职有权”，而不只是为检察长的决定进行“背书”，或者沦为受检察长操纵的“木偶人”。同时对检察长行使职务收取权、职务移转权的启动条件、适用情形、方式、申请和异议等事项予以明确，防止检察长和检察上级滥用该项权力随意褫夺那些正直无私、“不听招呼”的检察官依法独立办案的权力。

(责任编辑:丁亚秋)

<sup>①</sup> 孙谦:《中国特色社会主义检察制度》，中国检察出版社2009年版，第230页。