

检察官自由裁量权刍议 PDF转换可能丢失图片或格式，建议
阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E6_A3_80_E5_AF_9F_E5_AE_98_E8_c122_485328.htm 【摘要】

检察官自由裁量权是检察官根据事实和法律作出适宜处理决定的法律处断权，具有法定性、独立性、程序性兼实体性、相对性等特征。检察官自由裁量权与行政自由裁量权共同的价值取向是效率，与法官自由裁量权共同的价值取向是公正。在一定意义上，行政自由裁量权和法官自由裁量权都具有法外裁量的风格，检察官自由裁量权只能严格地在法律范围内行使。

一、 检察官自由裁量权的界定 检察官自由裁量权，不只是刑事诉讼法学研究的一个专门课题，在西方法理学著作中，它还是一个经常被论证、剖析的问题，“西方学者对于检察官自由裁量权的兴趣甚至超过对于法官自由裁量权的兴趣”[1]。在国内，对检察官自由裁量权的研究起步较晚。目前，对检察官自由裁量权的表述和界定都存在较大的差异。在表述上，有的将检察官自由裁量权表述为“检察机关的自由裁量权”，有的表述为“检察裁量权”，还有的表述为检察机关刑事（法）自由裁量权等等。这些表述方式的差异，源于对检察官的定位及职能设置方面的认识差异。纵观学界关于检察官自由裁量权的界定，既有共同的一面，亦呈现出较大的差异。共同点体现在：检察官自由裁量权是检察官作出适宜处理决定的权力。检察官在职权范围内，可以根据自己的意志和判断，作出适当的处理决定，而不必屈服于外来的意志。授予检察官自由裁量权，并不意味着检察官可以恣意行使，想干什么就干什么，检察官在行使这一权力时，必须根据法律的

规定，同时要受“合理性”、“适当性”原则的限制。其差异性集中在以下几个层面：第一个层面：主体。自由裁量权是检察官享有还是检察机关享有？有的认为，自由裁量权归属于检察官，由检察官独立行使，有的则认为自由裁量权由检察机关行使，是检察机关的权力。笔者认为，这种分歧不具有实质性意义。因为任何集体皆由个人组合而成，即使在我国，检察官尽管没有独立的法律人格，不能以自己的名义对外行使权力，所有行为皆由其“官署”即检察机关代表。但是，无论是承办案件的检察官，还是其上司即“部门负责人”以及检察长，都在事实上不同程度地行使自由裁量权。因此，与其说检察机关行使自由裁量权，勿宁说检察官行使自由裁量权更为妥当。

第二个层面：根据。检察官行使自由裁量权的根据是什么？归纳起来，包括三个因素：一是法律因素即法律根据。法律根据指法律的明确规定以及在法律没有明确规定时法律的原则和精神。二是事实因素即事实根据。事实根据指案件的具体事实。检察官在行使自由裁量权时，应当立足于案件事实，根据案件客观存在的事实，作出起诉、不起诉等决定。三是主观因素，即主观根据。主观根据指检察官的内心确信与判断。检察官在行使自由裁量权时，应根据“良知和理性”自主作出选择和判断，而不屈从于外来的意志。

第三个层面：范围。检察官自由裁量权应在哪些领域适用？有的认为，检察官对案件事实的认定以及证据的采纳是行使自由裁量权。笔者认为，这种观点混淆了裁量与判断的本质区别，因而是错误的。裁量不能等同于判断，裁量蕴含着判断，但又超越对事实或证据的判断，裁量是在判断的基础之上所作出的法律处理。“无论是法官，还是检察

官，自由裁量权均为法律上的处置权而非事实判断权。对事实的自由判断与对案件的酌定处置是不同层面、不同性质的问题，不能混为一谈。检察官的自由裁量权，仅指案件处置适用法律上的自由处断。”[2]有的认为，检察官在行使检察权的过程中，即在立案、侦查、批捕、起诉、审判、抗诉及执行等过程中都拥有自由裁量权。[3]笔者认为，检察官自由裁量权直接来源于刑事诉讼中的起诉便宜主义，因此，对检察官自由裁量权的定位必须结合起诉便宜主义这一法制背景。以起诉便宜主义的视角观之，检察官自由裁量权就是对符合诉讼条件的案件采取便宜处理的权力。因此，检察官自由裁量权主要在于起诉阶段，至于发动侦查、采取强制措施、提出上诉等都不属于严格意义上的自由裁量权的范围。“在所有的国家中起诉裁量权是检察官自由裁量权中最基本的部分。可以说，没有起诉裁量权，检察官的自由裁量权就无从谈起。正是在这个意义上，国内外许多学者将检察官自由裁量权等同于起诉裁量权。”[4]第四个层面：处理。所谓处理，即法律处断，也就是作出具有法律意义的处理决定。有观点认为，检察机关的刑事裁量权，就是“依法对行为人之行为是否涉嫌犯罪与无罪进行刑事裁定”。依这种观点，检察机关的刑事裁量权是检察机关对行为人的行为在法律性质上的一种评价，包括裁定涉嫌有罪权和裁量涉嫌无罪权。[5]笔者认为，这种观点是对检察官自由裁量权的曲解。在刑事诉讼过程中，检察官尽管必须对行为人的行为是否涉嫌犯罪进行法律上的评价?作出相应的处理，但这种评价仍然属于一种“判断”，它与裁量有本质上的不同。如果检察官认为犯罪嫌疑人行为不构成犯罪，或者不予追究刑事责任，那么他

必须作出不起诉的处理，而没有自由裁量权。只有在认为有罪的情况下，检察官才可以行使自由裁量权，即斟酌案件具体情况对犯罪嫌疑人作出不起诉、暂缓起诉等法律上的处理。综合以上分析，笔者对检察官自由裁量权界定为：指检察官斟酌案件具体情况，在法律授权的范围内，根据自己的意志和判断，作出具有法律效力的处理或决定的权力。

二、检察官自由裁量权的特性

如前所述，检察官自由裁量权直接来源于刑事诉讼中的起诉便宜主义。起诉便宜主义，是指检察官对于存在足够犯罪嫌疑、具备起诉条件的案件，可以斟酌决定是否起诉。起诉便宜主义的实质，是赋予检察官以起诉与否的自由裁量权。检察官对于具备诉讼条件的案件，基于自由裁量，也可以作不起诉处理。从这个意义上讲，检察官自由裁量权本质上就是起诉便宜主义的表现形式，它具有如下特征：

1. 法定性。

自由裁量权有法内自由裁量与法外自由裁量两种方式及类型。法内自由裁量为弱式自由裁量，指对某一案件在法律框架内的斟酌处置。法外自由裁量为强势自由裁量，是指不受权威设定的标准的限制而行事。检察官自由裁量权具有严格的法定性，只能在法内行使。就此而言，法定性是检察官自由裁量权的又一个突出特点。检察官自由裁量权的法定性包括：

- （1）检察官的自由裁量权由法设定与依法授予，没有法律的明确或者默示授予，检察官不得享有自由裁量权。
- （2）检察官应当在法律规定范围内行使自由裁量权，不得超出法律的范围行使此项权力。
- （3）检察官违法行使自由裁量权应当认定为无效。违法行使自由裁量权不具有法律效力，无论是实体上违法，还是程序上违法，都是如此。

2. 独立性。

独立性，是指这种自由裁量权只能由法律授权

的检察机关或检察官个人独立行使。它具体包括三个方面的含义：一是权力独享。检察官自由裁量权只能由检察官享有和行使，其它任何机关和个人都没有这一权力。二是意志自由。即检察官有权自主作出判断和选择，根据“良知和理性”作出决定，除受检察一体化原则正当合法的限制外，不受来自于其它政治势力的干预和影响，不屈从于外来的意志。三是免责性。检察官在裁量范围内作出的每一种选择都被视为合法的，只要检察官没有滥用自由裁量权，即使其决定被改变或撤销，他也无责任可承担。如弗里德曼所言：在裁量范围内，检察官有权利“犯错误”，尽管表面上他的义务也有标准和规范，但是这种错误行为不算非法或不合法。[6]

3. 程序性兼实体性。检察官自由裁量权兼有程序性与实体性的双重性质。这里所说的“程序性”与“实体性”，是指检察官自由裁量权的法律效力而言，即检察官对具体案件作出的裁量处分具有程序性的效力还是实体性效力。所谓程序性，指检察官自由裁量权具有启动或者终结诉讼进程的程序效力，这一点也经得到公认。所谓实体性，则指检察官自由裁量权的行使影响到相对人的实体权利。如检察官对被告人所作的不起訴，具有宣示犯罪嫌疑人（被告人）无罪的实体效力。被检察官作不起訴的嫌疑人（被告人），应当被视为无罪。又如，检察官对污点证人的豁免，就具有直接免除证人刑事责任的实体效力。“检察官自由裁量权的关键，是其可以在一定范围内对犯罪嫌疑人作出具有实体意义的处理。这种实体处理，不能决定对嫌疑人的刑罚处置，但可以在一定条件下决定对其刑罚不处置，具有否定性实体处置权。”[7]

4. 相对性。检察官自由裁量权的相对性，是指检察官自由裁量

权是一种受到约束的司法权力。检察官在行使自由裁量权时，必须受公认的道德原则的约束，秉承法律的精神和意旨。同时，检察官自由裁量权行使的过程和结果要受到监督。就过程而论，检察官在行使自由裁量权时要遵循正当程序原则。就结果而论，检察官无论作出何种决定都要接受上级检察官及其它机关、社会的监督。上级检察官或其它有权监督机关可以改变或撤销检察官的决定。

三、检察官自由裁量权与行政、法官自由裁量权的关系

在传统三权分立的政治构架下，国家权力被分成立法、行政、司法三大板块，相应地，自由裁量权也被分成立法自由裁量权、行政自由裁量权与法官自由裁量权。传统上，检察权被划归行政权序列，因此检察官自由裁量权也被看成行政自由裁量权的一种。但事实上，“检察权具有准司法的性质，几乎为各国所公认。”[8]从世界范围看，绝大多数国家将检察机关定位为行政机关，同时承认检察机关具有不同于一般行政机关的特殊性。正因如此，检察官自由裁量权也不能简单地与行政自由裁量权等同。

（一）与行政自由裁量权的关系

1. 共同的价值取向：效率。

检察权是从行政权中分化出来的，因此，检察官自由裁量权的产生和发展无疑会受到行政权发展的深刻影响。在资本主义初期，行政机关享有的自由裁量权都极为有限，可以说几乎没有自由裁量权。在对犯罪的追诉方面，则实行起诉法定主义，以统一追诉标准，加强法制，防止公诉权擅断。尽管如此，随着社会多样化和经济复杂化的发展，行政机关和检察机关都逐渐获得了自由裁量权。其发展的共同基础，在于对效率的追求。波斯纳认为：“在一个资源有限的世界中，效率是一个公认的价值，表现在一种行政比另一种行政更有

效。当然是制定公共政策的一个重要因素。”赋予行政机关的自由裁量权，乃是“行政效率”的必然要求；同样，授予检察机关是否追诉的自由裁量权，也是出于减轻司法负担，提高司法效率的客观需要。

2.不同的发展趋势。在现代社会，由于行政管理事务的需要，行政机关获得了广泛的自由裁量权，不仅可以在法律规定之内自由裁量，而且在法律规定之外，行政机关仍享有自由决定的权力。也就是说，行政自由裁量权不受具体法律规范的拘束，只要符合法律的目的和利益，行政机关都可以采取自由行动。正因如此，传统的依法行政原则的涵义出现了前所未有的宽泛化：只要不违反法律规范，行政机关就可以自由决定，而不是行政机关的一举一动都需要法律的依据。由此形成了内涵最为广大、外延最为狭小的依法行政的新概念。依此概念，依法行政实际上只具有了“消极的界限”。[9]与之相对的是，检察官必须严格地恪守法治原则，必须严格地根据法律享有和行使自由裁量权。没有法律明确授权，检察官不得享有裁量权力。也就是说，检察官不得像行政机关那样享有法外的裁量特权。之所以如此，是由检察官与一般行政官不同的定位决定的。诚如德国学者彼得斯（Peters）所说，检察官所执行者，非朝向合目的性或公共安全秩序的行政工作；检察官所从事者，乃法之贯彻与实现。就一般行政官而言，法，乃其行事的“框架”，只要在框架之内，得依合目的性的观点裁量如何行政。然而，检察官是法律的守护人，法，乃其工作的根本目标。[10]因而，检察官必须坚持严格的法定性义务，应当严格依法享有和行使自由裁量权，否则就没有严格的法制。因此，即使行政机关可以在制度允许的情况下行使法外自由裁

量权，检察官也不具有这种灵活性。（二）与法官自由裁量权的关系

1.共同的价值取向：公正。如果说，检察官自由裁量权与行政自由裁量权共同的价值取向在于效率，那么，它与法官自由裁量权共同的价值取向则在于公正。罗尔斯指出，“正义是社会制度的首要价值，……法律和制度，不管它们如何有效率和有条理，只要它们不正义，就必须加以改造和废除。”[11]正义有一般正义与个别正义之分。一般正义是使大多数人都有能各得其所的分配形式或结果；个别正义是使具体个人能各得其所的分配形式或结果。[12]法律的目的是实现一般正义。在制定法律时，立法者关注的是社会的普遍情况或典型情况，“法律所考虑的是多数案件，亦即典型的和一般的情形”[13]。但是具体情况总是非典型的，因此法律在实现一般正义的同时，可能会丧失个别正义。而一个正义的社会，不但要实现一般正义，而且也要关注个别正义，因为人道主义不允许少数人成为牺牲品。尽管少数人成为牺牲品对一个社会的整体来说可能是无足轻重的，但对于他们及其家人来说则是百分之百的灾难，因而不能放弃对个别正义的追求。对个别正义的追求仅靠法律是不能实现的，必须引入人的因素。检察官自由裁量权的行使就能够使个别正义得到充分的体现，因为检察官可以针对具体案件、具体的人加以充分考虑，在对法律负责的同时，也没有忽视具体案件的特殊性，从而实现个别正义。美国学者戴维斯认为，“为了实现个别公正，为了实现创设性正义，自由裁量权都是不可缺少的，取消自由裁量权会危害政治秩序，会抑制个别公正。”[14]

2.不同的司法品格。检察官自由裁量权与法官自由裁量权具有不同的司法风格，这已成为法学界和实务

部门的共识。但是，这种不同的司法品性体现在哪些地方，对此却有不同的认识。通行的观点认为，检察官自由裁量权仅仅具有程序性，不具有实体性，而法官自由裁量权是程序性与实体性的统一。一种观点则认为，检察官在刑法适用的过程中只是有部分的、片面的、不完整的准裁量权。检察官对犯罪嫌疑人作微罪不起诉实际上是对其作了无罪裁量。这也就是说，检察院虽然不能直接裁量犯罪嫌疑人有罪（这需要法院判决），但是有权利裁量疑犯无罪，从而不引起审判程序。“因此检察官的裁量与法官的裁量相比是不完整的，而法官的裁量是全方位的，有罪无罪、刑罚轻重均在其裁量范围中。”[15]还有一种观点认为，法官的自由裁量权是终局性的，其确定性大，效力也较高。检察官的自由裁量权是非终局性的，其权力的行使受制于其它的权力，确定力较低，裁量权的效力较低。[16]笔者认为，上述观点都不是对这两种自由裁量权不同风格的准确揭示。首先，检察官自由裁量权具有程序性兼实体性的特点，不只具有程序性。其次，完整性与非完整性不是这两种自由裁量权的区别。道理很简单，检察官和法官都有自己法定的职权范围，它们在各自的职权范围内进行裁量，无所谓完整与否的问题。如检察官可以对符合起诉条件的案件作出不起诉决定，还可以决定对犯罪嫌疑人实行暂缓起诉、辩诉交易，甚至还可以豁免证人的罪责，这些权力，皆非法官所拥有。由此是否可以认为相对于检察官的自由裁量权，法官的自由裁量权是片面的，不完整的呢？显然不能。既然如此，也不能认为“检察官的裁量与法官的裁量相比是不完整的”。最后，是否具有确定的效力不是这两种自由裁量权的区别。任何自由裁量权都必须受

到制约，法官自由裁量权也不例外。检察官在行使自由裁量权时，内部受到检察一体化原则的限制，外部还可能受到法院的限制。同样，法官在行使自由裁量权时，也会受到审级制度的限制。上级法院可以纠正下级法院对罪与刑不适当的裁量。因此，说检察官自由裁量权效力较低，法官自由裁量权效力较高是毫无根据的。在英美国家，检察官“有广泛而几乎不受控制的自由裁量权”。相对于法官自由裁量权而言，这种自由裁量权行使几乎从未受到上下层级关系的监督和制约，这是否可以认为检察官自由裁量权的效力比法官自由裁量权的效力更高呢？显然不能。因此，用效力的高低来评价这两种自由裁量权是不妥当的。笔者认为，由于检察官与法官在刑事诉讼中的不同定位，决定了这两种自由裁量权的不同品格体现在：（1）追诉倾向与价值中立。在刑事诉讼中，检察官主要承担追诉职能，即揭露、证实和控告犯罪的职责和权能。这种职能定位决定了检察官具有一种强烈的追诉倾向。尽管各国法律都规定，检察官负有客观公正义务，其主要职责不是证明有罪，而是与法官一道共同维护司法正义。但普遍的现象是，检察官往往忽视被告人无罪的证据，而是努力去证明被告人有罪。检察官也往往在这种追诉倾向的驱使下去行使自由裁量权，选择最能实现其追诉利益的处理决定。相反，法官则具有完全的价值中立性，法官在行使自由裁量权时，完全根据自己的心证和“内心确信”，独立地作出判决，基本上不存在先入为主的偏见。“检察官的自由裁量权有着鲜明的价值取向和利益诉求，其裁判的方式和标准不如法官来得中立、消极和被动。检察官在执法过程中将这种主观追求内化为具体的目标，因而在裁量过程中表现

出一贯性和倾向性。” [17]显然，法官的自由裁量权不具备这种风格。（2）法内裁量与法外裁量。如前所述，检察官是法律的守护人，必须遵循严格的法治原则，在法律框架内行使自由裁量权。而法官在行使自由裁量权时，则不受这种严格的法治原则的限制。由于“法官造法”的存在，法官可以通过解释法律创制规则行使自由裁量权。同时，法官在审判具体案件时，如果没有法律和先例作为参照，有权根据公平正义原则进行“衡平”，从而行使法外的自由裁量权。【注释】段明学（1973?），男，四川安岳人，法学硕士，重庆市北碚区人民检察院研究室副主任，“全国检察理论研究人才”。研究方向：刑诉法学与检察制度。[1]陈岚：“论检察官的自由裁量权”，载《中国法学》2000年第1期。[2]龙宗智：“检察官自由裁量权论纲”，载《人民检察》2005年第8期（上）。[3]张智辉、谢鹏程主编：《中国检察》（第五卷），中国检察出版社2004年版，第331?355页。[4]毛建平：《起诉裁量权研究》，西南政法大学博士学位论文，2005年，第34页。[5]孙谦、刘立宪主编：《检察论丛》，第3卷，法律出版社2001年版，第416页。[6][美]弗里德曼：《法律制度》，李琼英、林欣译，中国政法大学出版社1994年版，第42页。[7]龙宗智：“检察官自由裁量权论纲”，载《人民检察》2005年第8期（上）。[8]张建伟：《刑事司法体制原理》，中国人民公安大学出版社2002年版，第28页。[9]张国庆主编：《行政管理学概论》，北京大学出版社2000年第2版，第470页。[10]林钰雄：《刑事诉讼法》（上册），中国人民大学出版社2005年版，第106页。[11][美]罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社1988年版，第1页。

[12] 郑利明：《法官自由裁量权与司法公正》，载《咸宁师专学报》2002年第4期。[13] [美]博登海默：《法理学、法哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第128页。[14] 转引自张智辉、杨诚主编：《检察官作用与准则比较研究》，中国检察出版社2002年版，第365页。[15] 董玉庭：“刑法自由裁量权导论”，载《求是学刊》1999年第5期。[16]张智辉、谢鹏程主编：《中国检察》（第五卷），中国检察出版社2004年版，第289页。[17]张智辉、谢鹏程主编：《中国检察》（第五卷），中国检察出版社2004年版，第289页。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com