

撷英·域外检察

信任关系是检察官职能作用发挥之基

□(法) 菲利普·米尔本
卡蒂亚·科斯图斯基
丹尼斯·萨拉斯

检察官的职业处境通过职权范围的政治制度、职业价值的维护,以及集体身份的捍卫体现出来,检察官集体身份试图在根深蒂固的司法与地方行政化之间取得平衡。因此,有必要经由国际化视角,纵览法国周边国家的检察制度,以了解检察机关与检察官角色所特有的、行政权与司法权之间的权力体制与职业发展的关键性问题。

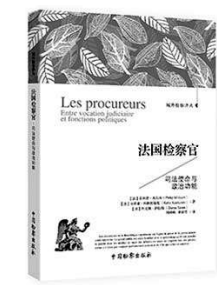
欧洲各国历史影响下的检察制度对比

欧洲各个国家检察官的职业身份是由本国历史、文化及根植其中的政治制度与司法制度交互作用的结果。因此,应采取辩证的方式将独立性、层级性、公务员与司法官员两两结合,分析影响它们发展的因素。将目光聚焦于各国漫长而悠长的国家与司法制度发展的历史长河可见,检察机关一直作为“权力之眼”存在。

从拿破仑时代构建检察官模式以来,欧洲国家的检察官模式起点相同,均选择官僚化模式。此后的各个历史时期,检察官的工具功能发挥到了极致,检察官的职业发展一定程度上取决于这些有着强大官僚传统的国家对司法权所推崇的程度。“二战”以后,随着民主化改革的发展,各国纷纷致力于建立法治国家,经历过极权政体的国家倾向于建立一种包含检察权的司法权(如意大利),更常见的是不包含检察权的司法权(如德国),但检察权仍处于法治国家理念框架之内。

在没有明确将检察权包含于司法权的国家,混合制检察机关占据主导地位,如比利时、荷兰和法国。这些国家大力推动多项改革措施——比利时与荷兰2000年的改革——或多或少达成一定目标,从检察机关地位、程序、内部运行机制角度,描述出置身独立自主与依附服从之间的检察机关轮廓。面对如此多的不确定性,德国和意大利的一些人士强烈建议将法院和检察院彻底分离,理由主要是有利于增强两种角色的可辨识性,强化两种职业的特殊性,增强程序的抗辩性,层级结构与法官独立性不可调和,等等。

这种争论在法国也声势浩大,但不应高估其影响力。从多方面看,这些国家将混合制检察机关作



为历史遗产继承,作为现实状况接纳,所以争论主要停留于理论探讨层面。而且,重新建立一种既能适应司法改革全新要求,又能实现独立自主与司法责任制平衡的职业模式非常艰难,这意味着要建立政治、司法与第三种角色之间关系的三角形构造,第三种角色即是作为司法参与者的市民社会。

在实行混合制检察机关的国家也存在不同之处,主要体现在检察官地位层面:递进程序不同(考试方式分立,培训模式不同);职业方式不同(法院、检察院之间人员流动性不同);诉讼程序不同(控诉式、纠问式、抗辩式);与警察之间的关系而言,行政权可以借助资源管理的方式重新实现对检察机关的管控,因为后者对诉讼案卷的提供者——警察机构的依赖性比较大。显然,如果政治权力与司法权力处于矛盾紧张阶段,检察机关则暴露在双方争战的第一线,正如我们在意大利检察制度中所看到的局面,尽管意大利的检察官享有完全独立性——也许恰恰由于检察机关的完全独立性才造成如此局面。

独立自主趋势与旧式官僚模式瓦解相生并行

我们可以推导出在检察权不属于司法权的国家,“群体意识”也比较薄弱的结论吗?检察官与法官同属司法官群体,内部统一性原则赋予检察官更清晰的职业身份认同感。代表司法官群体的机构(如总检察长理事会)不仅需要保障层级体制下信息的及时顺畅传递,更要发挥职业群体的角色作用。

意大利是一个有着悠久司法工会传统的国家,司法工会制度与最高司法委员会选举存在紧密联系,也是司法官群体身份的集中体现。群体意识也体现为国家共同价值观的共享,这是德国宪法文化所要表达的。相反,从属于国家概念缔造的检察官具有与国家机器紧密联系的属性,这使得其形象在司法舞台上模糊不清。在某种程度上,

□各个国家检察官的职业身份是由本国历史、文化及根植其中的政治制度与司法制度交互作用的结果。因此,应采取辩证的方式将独立性、层级性、公务员与司法官员两两结合,分析影响它们发展的因素。

□在实际工作中,检察机关需要在机构关系网络中寻找自身定位来证明其价值,从而远离那种倚靠金字塔型管理模式获得的地位舒适感。这种工作组织方式不仅标志着检察机关管理模式的转变,更是前所未有的实现司法公正的方式。

西班牙检察机关为层级制度所吸收,公民诉讼与其竞争,预审法官分割其权力。

这就是为什么需要辩证地审视独立性与层级性关系,我们更倾向于讨论强制性、自主性的辩证关系,这种类型的关系更适应机构关系网的复杂性。在这一点上,检察官自主性受到多重约束和限制,检察官的巨大压力主要来自市民社会或者媒体。我们需要研究,在司法组织体系与层级制结构中,检察官留给代理检察官、总检察长留给检察官、司法部长留给总检察长的独立自主空间有多大?我们所称的独立性,意大利人称其为内部独立性,检察官自由裁量的空间究竟有多大?当然,检察官有一定自由裁量权,可以自主作出决定,只要他们批示过的案件已向上级汇报。但是,我们能够看到,检察官群体存在丧失独立身份的恐惧——当上级要求他们不断扩大请示的范围,简而言之,凡涉及检察官决定权适用事项均需要及时向上级报告,而检察官难道不具有根据其在要求独立自主作出决定的权力吗?

基于此,比利时和荷兰创建了总检察长理事会,对司法部长垄断的权力重新分配,目的在于实现决策的合理性。虽然总检察长理事会调和作用的发挥十分有限,但相对于官僚化管理模式而言,该机构开拓了一个全新的方向。通过对欧盟各国的调查可以得出初步结论,即检察机关的独立自主权同时通过两条渠道争取——内部与外部,而且二者联系紧密。

检察机关是司法组织中实现共同期望的机关

检察机关现实的工作模式与官方文本中的规定存在冲突,官方文本显示检察机关采取金字塔型管理模式,与实际工作中的真实情况相去甚远。实际工作中,人本管理模式占据主导地位,例如检察官面对大量案件对刑事政策的适用作出选择,检察官工作出现专业化分工

(建立反腐败检察机关或与行政机构组建联合工作组),这些行为都有利于实现检察官工作中的独立自主。人本管理模式还体现在根据检察机关自身情况建立真正多元化的职业模式,或者建立属于公共政治部门的机构,或者采取荷兰模式成立听取公众声音的公共服务机构。

大部分检察官拒绝接受其仅仅是被动的“信息接收者”,他们不断增强与外部行政机构的合作关系,通过积极参与公共安全政策的制定,发挥“信息生产者”的作用。认真思考检察官与警察、媒体、议员、民间机构之间的关系以及大量行政机构的面谈与工作会谈,等等,我们不能忽视,这种超出司法程序或者层级关系固有地位的参与性表现将会重新定义检察官的职业身份。与德国检察机关一样,比利时检察机关居于推动快速处理程序改革的前沿。快速处理程序需要在合理时间内作出清晰明确的决定,检察官通过这种新程序构建他们的角色。此外,在实际工作中,检察机关需要在机构关系网络中寻找自身定位来证明其价值,从而远离那种倚靠金字塔型管理模式获得的地位舒适感。这种工作组织方式不仅标志着检察机关管理模式的转变,更是前所未有的实现司法公正的方式。

值得关注的是,在全新的检察官管理模式中,信任关系是检察官职业身份发挥关键作用的黏合剂。信任关系通过共同工作建立,超越诉讼程序以及参与各方的地位。

检察机关司法工作必须适当当前这个开放、互联互通的社会,并且由多重利益相关的行为共同参与。如今,检察官履行法庭发言人的职能,向社会公众解释司法决定,使组织方式符合公众期待。那么,如何应对刑事司法工作向民间社会转移的状况,如西班牙为民众所熟知的公民诉讼活动?是否需要通过法律限制检察机关过度独立,如意大利最近尝试的那样,虽然没有取得立竿见影的效果,但是体现出他们的思考?或者是否需要效仿荷

兰,从职业责任角度出发,综合考虑整个司法系统的组织模式,实现服务社会公众的需要?这些问题尚待深入探讨。

不断嬗变的职业身份

在所有的预设中,检察官所发起的体制变革,标志着他们职业面貌的转变。检察官并不是刑事诉讼请求流程中的一个环节,而是居于上下各个机关相互影响、相互制约关系的中心,也是内部或外部决策领域互动影响的中心。内部决策领域起决定性作用的包括司法警察、预审法官等,外部决策领域起决定性作用的包括议员、民间机构、媒体等,检察官的职业身份问题即取决于此。当检察官们不再仅仅从层级体系中汲取主要支持的那一刻起,这些支持变得更具不确定性。调查研究显示,随着欧洲各国检察官职业改革,检察官与警察的关系越来越紧密。一旦检察官与警察工作联系越来越紧密,他们自然会远离司法文化。此外,关于城市安全的刑事政策倾向于加强检察官案件调查工作管理者地位,实际上,在这些刑事政策指引下,检察官不再处理那些有助于其更接近司法价值观的特殊类型案件(如白领经济犯罪案)。

毫无疑问,检察机关的职能嬗变可能是大陆法系国家司法体制内部最深刻的变革。检察机关呈现出矛盾性面孔,一方面保留根植于悠久历史的合法性模式,另一方面从21世纪初力求探索独立自主的发展道路。随着旧时检察官职业文化逐渐凋零,现有检察官职业文化变得难以琢磨。在检察官与法官地位分离的国家,如德国或者葡萄牙,检察官是否应当仍然与法官共享司法机关内部文化?抑或是在控诉式程序模式国家,由于检察官领导活动领导者的角色,从而形成警察文化?检察官们不但是要承受这种冲击,还要直面更多的挑战,因为检察官已经部分放弃了在过往能够依赖层级关系所获得的支持。

(本文摘自《域外检察译丛》之《法国检察官:司法使命与政治功能》一书,译者为刘林呐、单春雷,标题为编者所加)

萃

中国人民大学法学院教授王利明:在债权形式主义模式下适用区分原则



民法典第215条确立了区分原则,即要求区分合同的效力与物权变动的效力,并明确登记只是不动产物权变动的要件。区分原则是我国物权法的基本原则,也是物权变动的基本指导原则。由于我国的物权变动主要采用了债权形式主义模式,因此,必须在债权形式主义模式下解释与适用区分原则。区分原则是我国本土法律理论的总结,而非借鑒域外法的物权利论的结果,该原则并未承认独立于债权合意之外的物权合意,而是认定物权变动仅以债权合同为基础,并确认了债权合同效力对物权变动的约束。在贯彻实施民法典时,应当按照物权行为理论来理解区分原则,而必须在债权形式主义模式下准确阐释与适用区分原则。

吉林大学法学院教授谢登科:构建电子数据技术性鉴真规则



电子数据鉴真是信息时代重要的证据问题。我国司法机关在实践中尝试将完整性校验、可信时间戳、数字签名、区块链存证等信息技术应用于电子数据鉴真。这既源于传统的“保管链证明”和“独特性确认”鉴真方法无法完全适应电子数据的虚拟性、可分离性、海量性等特征,也源于证据鉴真方法的开放性所提供的制度空间和在线诉讼推广适用所产生的内在需求。技术性鉴真并非简单地将信息技术应用于电子数据鉴真,其也会带来电子数据鉴真方法和规则的改变。技术性鉴真在价值功能、鉴真标准等方面与传统鉴真方法并无区别,但在内在机理、证明责任、程序保障等方面存在较大差异,因此有必要在整合现有制度的基础上构建电子数据技术性鉴真规则。技术性鉴真具有其适用边界,主要适用于电子数据“单独提取”模式,在“转化收集”模式中的适用具有有限性,在“一体收集”模式中的适用则具有阶段性。技术性鉴真方法可与传统鉴真方法交叉适用,但也存在独立适用的发展态势。另外,技术性鉴真仅能解决电子数据的形式真实性问题,而无法保障其实质真实性。

中南财经政法大学法学院教授陈柏峰:将社会诚信机制融入基层治理



社会诚信关联基层治理,是具有中国特色的实践。它在不限于商务诚信的社会信用体系建设中展开,契合我国经济和社会发展全面治理的现实需要。在基层治理中,社会诚信机制将法律和道德评价的行为纳入自治环节,对它们进行社会诚信评价和奖惩,重组自治、法治、德治资源,促进了“三治融合”。在利益和观念多元化的基层社会,自治、法治、德治等单一手段都具有局限性,社会诚信机制赋予基层政府和自治组织新的治理手段,可以有效制约违法失德行为。不过,基层治理对社会诚信机制的运用,与法治精神还有张力需要弥合,家庭连带责任有侵犯个人基本权利的风险,专注有效治理容易忽视遵循法治原则等问题尚需深入研究。社会诚信机制促成“三治融合”的实践,拓展了社会信用体系的范畴,是法治社会的逻辑延伸和未来走向。

上海交通大学凯原法学院副教授曹博:重构个人信息可识别性解释路径



对于识别的理解与判定,是明确个人信息可识别性的实质问题。既有的解释路径纠结于对个人信息进行本质性的客观化理解,难以实现与具体人格权客体和人格要素的区分。将识别置于个人身份建构的动态过程,结合数字经济现实影响,提供了从社会关系切入,重构个人信息可识别性解释路径的理论启示。作为识别对象的自然人在公共管理关系、社会交往关系与商业消费关系中呈现公民、社会人与消费者三种角色身份,与之对应的公民身份信息、社会人身份信息和消费者身份信息,分别发挥连接公共管理、自主经营人设和内化消费意愿的功能。公共管理关系中,对公民身份的识别应以公共利益为导向并符合必要原则;社会交往关系中,对社会人身份的识别应以是否新增负面声誉信息为依据;商业消费关系中,对消费者身份的识别应以信息汇集程度是否足以推断消费意愿为标准。

(以上依据《清华法学》《法学研究》《中国法学》《行政法学研究》,张宁选辑)

刑法如何参与现代社会治理,成为当前事关刑法发展的方向性和根本性问题

以整体主义视野推进刑法现代化

观察

□何荣功

历史学者对于人类社会的发展有这样的概括总结:农业革命后几千年的历史,可以总结为一个问题,即如果人类的基因里并没有大规模合作的生物本能,所有的合作网络究竟如何维系?简单地讲,是人类创造了由想像建构的秩序、发明了文字,以两者补足我们基因的不足。对于人类建构的社会秩序的维护,从来都被视为是法律特别是作为法律底线之刑法的根本任务。只是随着近世文明社会的到来,尊重和保障人权、不羞辱和不随意惩罚人,被确立为文明社会最起码的标准。刑罚本质上属于“暴力”,作为一种社会治理方式,天生并不适合作为调整社会关系和参与社会治理的手段,谦抑主义由此成为近代以来刑法的基础理念与立场。

法律的目的原本在于戒除暴力,引导国民在规则下追求和平、道德、善良的生活秩序。刑罚以剥夺和限制公民权利和自由为主要内容。晚近现代信息风险社会在催生刑事立法日益活化的同时,也带来了刑法谦抑主义内容的结构性改变。刑事立法的活性化以及由此而产生的犯罪圈扩大,不仅是当今英美国家,也是德日等大陆法系国家刑法发展的重要特征。具体到我国而言,积极刑法立



法观既是一种立法指导思想,更是一种刑法立法方法论,还活跃在国民的观念中。刑法如何参与现代社会治理,成为当前事关刑法发展的方向性和根本性问题。

学术研究应起步于对研究对象的观察和理解。法学作为一门实践性学科,更应当重视对社会现实的关注,而且,社会现象只有被理解,我们才能真正找到合适的应对之策。《刑法与现代社会治理》首先注重对刑法参与社会治理现象的整体性理解。刑法是社会的产物,必然对应着特定时代和社会生活。刑法作为制度化的公共政策之一,应积极回应社会需求和时代提出的新课题。面对恐怖主义、信息网络等新型违法犯罪,国家重视刑法的社会功能,刑事立法日渐活性化是我国刑法现代化的重要表现,具有正当性。另外,刑法对于社会问题的解决,往往具有立竿见影的效果,决策管理部门容易被刑罚的即刻效应所吸引。再者,普通民众出于本能的善良,偏爱高举刑罚之剑,惩恶

□真正的刑法现代化应当是国家和社会逐步摆脱社会治理对刑法的依赖,而不是刑法纠结其中越来越深。我国刑法现代化之路,需要思考如何在法治框架内妥善处理危害社会行为及其制裁体系问题,需要战略性思考和解决如何有效避免现代社会治理对刑法的过度依赖。

□刑法的功能不仅在于打击犯罪,也在于约束国家刑罚权的恣意行使,刑事法治的根本任务之一就是建立“自治型刑法”。犯罪表面上是对刑法规范的违反,实际上蕴含着深层的社会复杂性,刑法从来都不应当被视为社会问题解决的主要手段,因为犯罪的原因在刑法管辖权之外。

扬善。所以,在现代社会,刑法的角色和功能不仅不可替代,而且不可避免地向强化。可以预测,随着国民安全需求的提升和社会中法益侵害风险不确定性的增加,未来社会对刑法积极参与社会治理的诉求会随之变得越来越高,积极刑法观将成为一种无法避免的趋势。

刑罚是公器,更是利器,其作为和平时期国家对违法犯罪行为进行适用的最强硬的谴责机制,是一把双刃剑,在解决社会问题方面,有其天生的局限性。本书在理解现代刑法积极参与社会治理的同时,着重建设性地反思积极刑法观以及由此引起的刑法扩张可能导致的种种社会问题。

笔者认为,除恐怖主义犯罪治理外,刑法参与现代社会治理应尽可能秉持最小化,是本书的基本立场。亦如《刑法与现代社会治理》书名所显示的,本书并非旨在探讨刑法的规范适用及其教义原理,更多的是立足刑法哲学和刑法社会学的立场,以整体主义刑法的视野,观察、描述

和反思刑法与现代社会治理之间存在的结构性关系。本书由若干部分组成,既涉及积极刑法立法观的表现、刑法预防转向、犯罪门槛降低和轻罪立法等宏观和整体性问题,也涉及刑法与治毒、刑法与反腐败、刑法与反恐等具体问题。本书并不是对上述问题的简单集合,而是以“慎刑”这条明显的思想主线,将上述问题串联起来,探讨与思考刑法参与现代社会治理的正当性、立场及其法治限度。

立足于整体主义刑法观,采取学科交叉的研究方法,在国家和社会治理体系现代化的框架下思考刑法及其机能,是本书的特色。本书的学术立场是鲜明的:刑法谦抑主义立场是刑法参与现代社会治理应当坚持的“角色道德”。刑法本质上属于司法管理法,警惕刑法的过度扩张。刑法功能更多的是通过对既有规范的维护和确认以实现法益的保护,刑法参与社会治理功能的“越位”,将会排挤其他社会措施参与社会治理的