



积极主义法律监督观下抗诉权的三重解构

詹羽洪

(中国社会科学院大学法学院,北京 102488)

摘要: 抗诉案件中长期存在抗诉采纳率低、抗诉撤回率高等问题。随着监察体制与检察权的持续改革,在数字检察的赋能作用下,积极主义法律监督观应运而生,并从属性、理论基础与运行机制三个方面为正确行使抗诉权提供了指引。其一,在积极主义法律监督观视角下,法律监督职权等同于检察权,涵盖针对公权力机关主体的直接监督与对法律义务主体的间接监督。其中,抗诉权既是直接监督的工具,也是间接监督的手段。其二,积极主义法律监督观摒弃了客观义务理论,转而借鉴信托理论,要求检察官作为受托人,恪守谨慎义务与忠诚义务。其三,针对过往被追诉人的长期利益被忽视的情况,积极主义法律监督观要求构建以保护被告人的利益为导向的抗诉义务,并结合潜在挑战完善抗诉权的运行机制。

关键词: 抗诉权;法律监督职权;积极主义法律监督观;信托理论

中图分类号: D925.2

文献标志码: A

文章编号: 1673-3851(2025)04-0236-10

The triple deconstruction of the right of appeal under the activist view of legal supervision

ZHAN Yuhong

(School of Law, University of Chinese Academy of Social Sciences, Beijing 102488, China)

Abstract: Long-standing issues in appeal cases include low acceptance rates and high withdrawal rates. With further reforms in prosecutorial systems and prosecutorial power, an active legal supervision perspective has emerged, providing guidance for the correct exercise of the right of appeal from three aspects: attributes, theoretical foundation, and operational mechanism. First, under this view, legal supervisory authority is considered equivalent to prosecutorial power, encompassing direct supervision of public authorities and indirect supervision of legal obligation bearers. The right to appeal serves as a tool for both types of supervision. Second, the activist view abandons the theory of objective duty, adopting fiduciary theory, which requires prosecutors, as fiduciaries, to observe duties of prudence and loyalty. Third, as the long-term interests of defendants have been overlooked, the activist view calls for establishing an appeal duty oriented toward protecting defendants' interests, along with refining the operational mechanism of appeal to address potential challenges.

Key words: right of appeal; legal supervisory authority; activist view of legal supervision; fiduciary theory

收稿日期:2024-08-21 网络出版日期:2025-01-22

基金项目:西南政法大学刑事辩护高等研究院重点委托课题

作者简介:詹羽洪(2000—),男,广东汕尾人,博士研究生,主要从事刑事诉讼法学方面的研究。

2018—2022年,全国检察机关依照二审和再审程序提起抗诉的案件数量达4.1万件,抗诉率为0.7%。其中,抗诉采纳率(即改判或发回重审的案件)为69.1%,抗诉撤回率为22.3%^①。自2023年以来,刑事抗诉采纳率保持相对稳定趋势。据数据显示,2023年1月至2024年6月的抗诉采纳率约为60.7%^②。抗诉权在我国不同地区的适用表现各异。例如,在司法实践中,部分检察机关滥用抗诉权,单纯为了打击犯罪的目标而提出抗诉,还有些检察机关为了实现绩效考核目标而任意撤回已提出的抗诉。这些问题导致抗诉未能发挥其预期作用^③。

任意抗诉的问题在于抗诉权与法律监督职权的关系以及抗诉权自身的功能模糊。目前有关检察权的权力属性存在一元论与二元论之争:一元论主张检察权与法律监督职权具有同等意义,所有诉讼职权与非诉讼职权均为检察院行使法律监督职权的体现^[1];二元论认为,检察权是上位概念,其包括法律监督职权和诉讼职权,前者旨在防止权力滥用,后者则是为了完成刑事诉讼任务^[2]。就抗诉权的功能而言,有学者认为抗诉权的功能在于法律监督^[3],有学者认为抗诉权的功能是公诉权的延伸,性质为上诉^[4],争议的根源在于过往法律监督职权缺乏明确的定位。随着监察体制改革的推进、“四大检察”的形成以及数字时代的到来,法律监督职权被赋予全新含义,监督对象和监督方式逐渐明晰。检察机关也形成了以积极主义法律监督观为核心的新办案理念。积极主义法律监督观是指在数字检察赋能的情况下,检察机关应当主动、高效地行使法律监督职能^[5]。本文结合积极主义法律监督观的意义与内涵,采用实证方式研究司法实践中的问题,重新解构抗诉权的属性、理论基础与运行机制。

一、积极主义法律监督观下抗诉权属性再界定

在检察权的演进历程中,抗诉权的属性问题直接关系到法律监督职能的实现方式。关于抗诉权究竟是诉讼职权的延伸,还是独立的法律监督手段,不同的理论观点存在分歧。传统的一元论和二元论框架均具有局限性:二元论虽然将诉讼职权和法律监督职权区分开来,但在实践中容易模糊两者的界限;一元论虽然试图统一两者,但缺乏对抗诉权在法律监督中的特殊作用的详细描述。从积极主义法律监督观的视角出发,有必要重新审视抗诉权的属性。应当基于检察权的法律监督属性,对抗诉权作出新的解释,并赋予其直接与间接双重监督的职能定位。

(一)二元论观点的弊端

二元论主张诉讼行为与法律监督行为具有不同的意义,将诉讼职权限缩于两审终审制的框架内。其中,抗诉权属于诉讼职权,而检察机关在审前阶段、执行阶段以及其他程序中行使的则是法律监督职权^[6]。在两审终审的框架内,二元论进一步将权力划分为程序权力与实体权力,法律监督职权主要针对程序问题行使。在审查起诉阶段,检察机关对侦查工作是否符合法律规定进行监督,对于不符合法律规范的程序依法提出纠正意见,并排除非法取得的证据。在审判阶段,检察机关对法院的审判工作予以监督,针对不符合法律规定的诉讼行为提出纠正意见。针对实体问题行使的权力为诉讼职权,该职权除了提出诉讼主张之外,还包括对判决与裁定的异议^[4]。

然而,二元论难以正确体现检察官凭借抗诉权来维护法律统一适用以及有效实施的义务。抗诉权作为检察权的重要组成部分,对一个国家的法治建设具有深远的影响。它不仅是对公诉权的补充,而且在更深层次上彰显出检察官维护法律意志和法律尊严的职能。二元论将抗诉权简单地视为公诉权的一种延伸,却忽视了其在法律监督和法律统一性保障中所具有的独特价值。

(二)积极主义法律监督观推动下一元论的发展

1. 旧一元论的局限

一元论受到实务界的广泛推崇。在一元论的理念下,法律监督职权与检察权属于可相互替代的概念。诉讼职权、侦查职权、批捕职权等职权的设立,目的是为了实现对法律监督,其本质上是法律监督职权的下位概念。以抗诉权为例,由于刑事抗诉是刑事审判监督的重要方式,因此被视为法律监督的一种表现形式^[7]。

一元论在面对二元论的批评时,主要面临两大

① 数据来源:《中国法律年鉴》(2019—2022年)、《中国统计年鉴》(2023年)和《全国法院司法统计公报》(2022年)。

② 数据来源:《2023年全国检察机关主要办案数据》,载于最高人民检察院官网 https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202403/t20240310_648482.shtml#1;《2024年1月至6月全国检察机关主要办案数据》,载于最高人民检察院官网 https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202408/t20240806_662470.shtml#1。

③ 例如,在调研过程中,笔者发现2023年A地区抗诉撤回率高达92.2%,并且抗诉采纳率仅为58.8%;B地区抗诉率为1.1%,而抗诉撤回率为41.7%,抗诉采纳率为50%;C地区抗诉撤回率为37.5%,抗诉采纳率为60%。而与之相对应的是,2023年全国已有多个地区抗诉采纳率高达90%以上。

问题。一方面,二元论主张检察机关的法律监督职能针对的是权力行使者,其法律监督目的在于确保权力运行遵守法律规范约束,以实现法律的统一实施。然而,检察机关的诉讼对象是被追诉人,即权利主体,其诉讼职权不应被视作法律监督职权的下位概念。如果将检察权等同于法律监督权,那么意味着检察官有权在庭审中监督被告人,从而加剧控辩双方地位的不平等,使得刑事诉讼中难以实现控辩平等对抗^[8]。另一方面,检察官制度的设立初衷是废除纠问制,确立控审分离的原则,由检察官承担追诉任务,法官承担审判任务。因此,应当认为诉讼职权的起源早于法律监督职权。如果将诉讼职权强行解释为法律监督职权的下位概念,那么对被追诉人的追诉行为也将被视为法律监督行为。在创设目的明确且职权诞生顺序有别的情况下,将先出现的诉讼职能归属于后出现的法律监督职能,不符合事物发展规律。

2. 积极主义法律监督观下的新一元论

本文提出的新一元论是指:在积极主义法律监督观的视角下,法律监督职权等同于检察权。检察机关摒弃以往主动监督公权力机关人员犯罪,被动监督其他违反法律行为的办案模式,转而对诉讼活动以及行政机关实施主动监督。这意味着检察机关将对诉讼活动的运行状况以及行政机关是否正确履职进行监督^[5],并且间接涵盖公民。具体来说,法律监督职权的监督方式包括直接监督与间接监督两种,其中直接监督包括提出纠正意见、检察建议等情形,针对的对象为行使公权力的机关;间接监督包括建议公安机关立案侦查、监察机关立案调查以及行使公诉权等方式,针对的主体为被追诉人。间接监督之所以覆盖至被追诉人,原因在于在数字检察赋能和四大检察形成的背景下,检察机关不断强化检察监督,其监督对象扩展至因行政机关怠于履职而违反行政规范甚至涉嫌犯罪的公民^①。在新一元论的论证下,上述二元论的两大批判亦能够得到有效回应。

(1) 监督对象问题

从我国检察制度的创设角度来看,我国检察监督的对象一直以来便包括权力行使主体与义务遵守主体。新中国成立初期,我国曾大规模借鉴苏联法治经验。苏联的检察监督包括一般监督与司法监督,其中司法监督是针对诉讼程序中公权力机关的工作进行的监督^[9],一般监督是指检察机关对公职人员是否正确实施法律以及公民是否遵守法律的监

督^②。我国早期对法律监督概念的理解,实质上与苏联的检察机关任务相同,并据此将检察机关设立为法律监督机关^[10]。在党的领导下,我国检察制度探索出符合本国国情的监督职权体系,使得检察机关既监督权力行使主体,也对法律义务主体进行监督。在监察体制改革后,这一监督体系逐渐确立了直接监督与间接监督的双重模式,以适应现代司法需求。

监察体制改革之前,我国检察机关享有的法律监督权亦可以分为司法监督与一般监督。随着监察体制改革,一般监督中针对公职人员的法律监督权几乎全部转移至监察委。而四大检察的推出,数字检察进入视野,积极主义法律监督观成为影响检察机关办案的理念后,我国形成了直接监督与间接监督两种监督模式。在刑事诉讼中,检察机关虽无立案侦查权,但是可以在立案前运用检察建议,或在立案后通过审查起诉,对涉嫌违法的公民实施间接监督。同时,检察机关对侦查权、调查权以及审判权的行使进行直接监督。在此过程中,抗诉因其特殊性,既是检察机关直接监督法院判决合法性的工具,也是对被追诉人行为进行间接监督的手段。具体而言,直接监督体现为:检察机关认为法院判决不符合罪责刑相适应要求时,通过提起抗诉的方式,致力于实现司法公正,统一法律适用;间接监督体现为检察机关通过提起抗诉的方式,进一步监督被追诉人违反法律的行为是否受到了公正的处罚。

(2) 检察官制度创制目的问题

从检察官制度发展的历史出发,在早期纠问制下,控诉与审判职能并未分离,刑讯逼供被视为合法的侦查手段,纠问制被视为打击犯罪的有效制度。但纠问制的弊端在于对人权的保护不足,这促使了检察官制度的诞生。检察官的创立初衷主要基于三个目标:对违法犯罪行为进行追诉;以公正客观的态度监督侦查行为的合法性;维护法律意志,确保刑事诉讼过程中的公正客观^{[11]6-8}。检察官之所以独立于警察与法官,是因为检察官是国家法意志的代言人,而非政府的传话筒^{[11]8}。其核心职责在于通过制衡侦查机关与审判机关的权力,保障法律统

① 如B市X区,通过数字检察赋能构建模型,发现多个持有虚假安全生产工作证的工人,并发现226个假冒网站,从而在加强治理的情况下,将涉嫌犯罪的公民通过检察建议的方式建议公安机关予以立案侦查,并通过诉讼手段对其进行监督。

② 参见《苏维埃社会主义共和国联盟宪法》(1936年全苏苏维埃第8次非常代表大会通过),第一百一十三条。

一适用。

综上所述，检察官自创设之初便被赋予法律监督职权，这一职权覆盖到行使公权力的机关以及公民。检察官对前者行使直接监督权，对后者行使间接监督权。抗诉权既是检察机关针对法院行使直接监督的一种方式，也是针对被追诉人行使间接监督的一种方式。

二、积极主义法律监督观下抗诉权的理论基础重塑

检察官制度最初设立的目标是打破纠问制中对人权保障的忽视，使检察官在诉讼过程中监督侦查机关与审判机关活动的合法性，成为维护法治统一的重要主体。因此，强调检察官追求的是正义而非诉讼胜利的客观义务，成为检察官的基本职责之一。客观义务也得到了世界各国的认可。例如在大陆法系中，法国规定检察官行使职权需站在国家、社会利益的立场，有罪判决不是唯一目标^[12]；即便是强调控辩对抗的英美法系国家，美国法官也宣称检察官开示有利于被告的证据是其宪法义务^[13]。然而，有学者认为检察官关在承担控诉职权的同时还承担客观义务只是一种理想化形态^[14]。在实践中，检察官由于其社会地位、职业权威以及职业前途等因素，更倾向于追求实现追诉犯罪的目标。这种倾向使得抗诉权以追求正义为名，却在实践中流于片面追诉。其原因在于，正义是一个抽象概念，客观义务无法为检察机关提供明确的履职指引。而积极主义法律监督观要求检察官在实践中体现利益相关者的价值观念^[5]。换言之，积极主义法律监督观借鉴信托理论，主张检察官作为党、国家、社会及公民利益的受托人，其追求的是平衡各方抽象利益，而非仅仅是被害人的代言人^[15]。这一理论基础为检察机关追求公正目标提供了清晰的路径指引。

(一)客观义务理论的困境

1. 思想困境

有学者通过问卷调研发现，大部分检察官虽明知并认可自身的客观义务，但在思想上受功利主义的影响，在行为上受舆论、信访以及考核指标等因素干扰^[16]。其中，维护权力权威性的观念对其影响尤为深刻。在权力合法性与有效性的关系中，有效性是合法性的基础，缺乏有效性的权力往往危及合法性^[17]。就检察官而言，公诉权的有效性体现在提起诉讼后，法官能够依照事实和证据依法定罪，并作出符合检察官预期的判决。为确保权力的有效性，我国的起诉标准与判决标准较为接近。这既能够防止检察官滥用诉权，保障犯罪嫌疑人权益，也能够有效维护检察官的权威，确保提起诉讼的案件基本达成追诉目的。追求权力权威性现象的不仅发生在中国，世界各地的检察官在行使职权时均会考虑诉讼的成功性，以维系公诉权的权威性。例如，美国检察官为规避败诉风险，通过辩诉交易得以实现诉讼有效性^[18]，甚至为求胜诉不惜捏造证据^[19]。英国检察官在强奸案件中以高于法律规定的起诉标准提起公诉，以避免舆论对权力的影响^[20]。即便是在客观义务发源地的德国，其检察官对于无法确定定罪的案件也宁可选择撤销起诉^[21]。

在抗诉权的实际运用中，检察官为了维护公诉权的威信，在“有错必纠”的观念影响下，往往将无罪判决与重罪轻判的情形视为需要纠正的错误。事实上，法院二审、再审的收案量远超检察机关提出的抗诉案件数量，而且抗诉或上诉采纳案件量也远超抗诉案件量（见表 1）。这表明，轻罪重判的问题更需要得到纠正，并且其数量远超其他类型的司法错误。然而，检察官往往将二审或再审的抗诉单纯视作追诉工具，而忽视了轻罪重判错误案件的纠正。

表 1 2018—2022 抗诉与上诉、申诉案件数量与结果

| 年份 | 抗诉案件量 | 法院二审 收案量 | 法院再审 收案量 | 维持原判 案件量 | 抗诉或上诉 采纳案件量 |
|--------|-------|-------------|-------------|-------------|----------------|
| 2018 年 | 7194 | 155571 | 3299 | 94984 | 29762 |
| 2019 年 | 6639 | 168785 | 3300 | 106714 | 29793 |
| 2020 年 | 6174 | 139256 | 3271 | 95539 | 25411 |
| 2021 年 | 6380 | 152955 | 4378 | 101941 | 26162 |
| 2022 年 | 5779 | 119676 | 3526 | 89207 | 20936 |
| 2023 年 | 6301 | 128043 | 3854 | 90995 | 22993 |

注：数据来源于《中国统计年鉴》（2019—2023 年）、《全国法院司法统计公报》（2018—2022 年）。抗诉案件量为提出抗诉案件量减去撤回抗诉案件量。

2. 业绩考核困境

客观义务难以提供有效指导的另一个原因在于考核指标所带来的压力,这种压力在无形中对检察官的行为产生影响。考核指标主要包括普通业务考核以及优秀案例报送评选两方面。

在普通业务考核中,以往的考核指标体现出强烈的功利主义色彩。例如,受捕后轻罪率、无罪判决率等因素影响,当法院作出无罪判决时,不仅意味着对检察官的起诉活动予以否定,还可能对检察官的考核结果产生不利影响。这种绩效考核中的功利性追求掩盖了对正义的追求。近年来,我国实践部门已经认识到考核指标对于检察官客观办案存在严重束缚,逐步通过改革创新,结合实际情况,推出适合我国检察官的考核要求。目前《检察机关案件质量主要评价指标》已精简至38项,其通过组合评价的方式避免了片面看待问题。例如,将撤回起诉率与无罪判决率拆分为两个指标,并进行组合评价,这一举措回应了司法实践中因避免无罪判决而撤回案件的现象。目前在审判监督指标方面,对刑事抗诉率与刑事抗诉采纳率两个指标进行组合评价,以此保证抗诉的量和质。量的保证能够增强检察机关作为法律监督主体的监督意识,促使其积极对法院的判决展开监督;质的保证能够督促检察机关谨慎行使权力。但是,指标数量少且覆盖面窄,使得检察机关难以将工作重心置于抗诉程序当中。

优秀案例报送评选的初衷是使各机关的优秀案例成为全国检察官的学习和参考对象。在司法实践中,各检察机关报送评选优秀的抗诉案件往往集中在无罪改判有罪或追诉漏罪漏犯的情形,而对于自首立功或者具有从轻、减轻的量刑情节未给予足够的重视。在最高检以刑事抗诉为主题的第四十五批指导性案例中,被选中的五个案例均是轻罪改判重罪或无罪改判有罪的案例。这亦体现出在检察机关体系内,抗诉权被无意识地片面理解为追求正确定罪的倾向。

(二) 信托理论的引入

检察官的客观义务是随着控审分离的实施,以及世界刑事诉讼模式由纠问式转向对抗式的过程中提出的。理论上,检察官追求司法公正的目标无可非议,但这一概念过于宽泛和灵活,难以对检察官产生有效的约束。回顾历史,在世界刑事诉讼模式由弹劾式走向纠问式时,原本属于个人的追诉犯罪权力转为国家所有,这一转变亦被学者视作司法由私人服务模式走向公共信托模式的转变^{[22]156}。从这

一角度来看,国家追诉的目的是为了让检察官成为受托人,而非受害者的代理人。他们的职责是为党、国家、社会和公众的利益服务。具体而言,在司法公正这一概念模糊的背景下,积极主义法律监督观下的信托理论为检察官如何实现司法公正提供了履职方式与履职对象两个思考角度。其中,对于履职方式,要求检察官承担谨慎义务;对于履职对象,则要求检察官承担忠诚义务^[15]。

1. 谨慎义务

作为公职人员,检察官在司法体系中拥有广泛的自由裁量权,但他们必须基于公共利益行使这种权力。谨慎义务要求检察官在处理案件时,应当遵守不枉不纵的行为准则。具体而言,对于侦查机关移送的案件,若犯罪事实不清、证据不足,应当不予起诉;而对于符合起诉标准且依法应当追究刑事责任的案件,则应当提起诉讼。经过法院判决的案件,若刑罚适当,即罚当其罪,应当积极监督刑罚的落实;对于被告人被错误定罪,无辜的人被追究刑事责任,应当通过抗诉以维护司法公正。其中,关于是否符合起诉标准、是否应当追究刑事责任以及法院判决是否罚当其罪等问题,则要求检察官在保持谨慎的前提下对案件进行理解并作出判断。

在履行谨慎义务的过程中,检察官主要依靠法律规范行事。法律规范和司法解释等文件通过限制部分证据的使用资格、赋予辩方阅卷权等方式,为检察官提供了谨慎办案的框架。然而,由于每个检察官对于同一事实或规范有着不同的理解,并且各自拥有自由裁量权,他们可能作出截然不同的判断。将检察官定位为公共受托人,并要求其承担谨慎义务,意味着检察官需要遵循一个有意识地识别和追求受益人利益的既定程序,从每个受益主体的视角出发,审慎地作出相应的判断。此外,公开透明的判断过程和结论不仅能增强公众信任,也能激励检察官更加谨慎行事,确保司法决策的合理性和公正性。

2. 忠诚义务

在司法实践中,检察官有时会受到特定子群体明确利益的影响,而忽略更广泛的公共利益,这种现象被称为“多数暴政”问题。这种风险意味着,当一个强大的子群体在受益人中占据主导地位时,往往会牺牲其他群体的利益^{[22]49-66}。在我国的司法体系中,这种影响表现为在处理案件时,为了应对舆论压力和业绩压力,有时会出现违背司法公正的行为。例如赵作海案、余祥林案和杜培武案等,被追诉人皆在刑讯逼供下被迫供述,承认犯罪。这些案件反映

出,在司法过程中,被追诉人的利益往往未被充分考虑,他们被视为“敌人”或“人犯”,而非受益者。而司法实践中诸如“有罪推定”“先定后审”“公检法三家对敌”等办案观念,皆体现出被追诉人并未被检察官作为受益者加以考虑。在明确受益对象后,检察官便需要考虑包括被追诉人在内的多重子群体,确保他们得到平等对待。信托理论强调公职人员在做出决策时必须秉持公正,避免利益冲突,以维护中立立场^[23]。忠诚义务要求检察官将被追诉人的利益纳入考量范围,以确保决策的中立性和公正性。

忠诚义务从禁止性规则与命令性规则两方面对检察官提出了要求。禁止性规则要求检察官不得隐瞒或伪造证据,命令性规则要求检察官应当全面收集并保全证据^[24]。禁止性规则为检察官的职业准则划定了底线,要求其不得为了实现个人利益伪造证据,也不得将收集到的证据依个人利益予以隐瞒,而要尽可能协助法官探索案件的客观真实;命令性规则为检察官职业活动设定一个积极目标,要求其积极收集、调取、保全所有证据,不放过任何证据线索。在抗诉程序中,忠诚义务意味着检察官维护的利益对象不非其职业权威、公诉权的有效性或被害人的利益,而是党、国家、社会与公众的整体利益。检察官在办案中应当恪守忠诚义务,全面考虑被告人提出的辩护意见,如此才能逐渐消除传统排斥被告、青睐有罪证据的心理。

三、积极主义法律监督观下抗诉权运行机制的完善

抗诉权是检察官自由裁量权的一个重要组成部分。在以往的抗诉权运行机制中,抗诉权主要体现为追诉职权,其核心目标是实现追诉目的。这导致了一个明显的问题产生:检察官几乎不为被告人的利益而提出抗诉。习近平总书记在阐述司法不公所引发的严重后果时,多次引用英国哲学家培根的名言:“一次不公正的裁判,其恶果甚至超过十次犯罪。因为犯罪虽是无视法律——好比污染了水流,而不公正的审判则毁坏法律——好比污染了水源”^[25]。无论是轻罪重罚还是重罪轻罚,都是“污染水源”的行为之一,但在当前实践中,检察官往往只关注重罪轻判的问题。在积极主义法律监督观下,抗诉权作为法律监督职权,其监督范围应当涵盖轻罪重判的情况。因此,构建被告人利益保护机制是完善抗诉权运行机制的重要内容。

(一)抗诉权运行的反思

我国通过法律法规对抗诉的相关要求进行了细化^①。然而,检察官关注的重点集中在重罪轻判、有罪判无罪的情形。在日本,检察官不为被告人利益提起抗诉的做法已成为立法、理论与实践的共识。具体而言,在实践中,每年仅有1.5%的案件由检察官提起控诉。同时,法律也强调为被告人之利益提起控诉是例外中的例外。日本学界也默认检察官不为被告人之利益进行控诉^[26]。基于检察官的角色定位,阻碍检察官为被告人之利益提起抗诉的原因主要包括缺乏审后行为激励或约束规范^[27],以及缺乏无罪推定的思想。

一方面,对于检察官的行为激励与约束规范主要集中在审前阶段,而对审后阶段的相关规则则相对缺乏重视。这种现象的主要原因在于,诉前的筛选机制和公正审判已经能够满足大部分案件的司法公正需求。由于进入二审的再审理案件的案件量远少于进入一审的案件量,因此审后的程序往往容易被忽略。

另一方面,无罪推定原则可能会因法官的定罪而被打破,检察官“有罪推定”的刻板印象也可能随之导致有罪认定。只有在有充分理由确信被告无罪时,检察官才有可能为了被告人的利益提起抗诉。在我国实质真实原则的影响下,检察官能够合理推断,被告人经过公正审判后,法官最终作出的判决是符合罪责刑相适应要求的。

(二)积极主义法律监督观下抗诉义务和保障机制构建

1. 构建证据材料收集义务

《人民检察院刑事抗诉工作指引》列举了检察官发现判决和裁定错误的途径,但在调动检察官主观能动性方面仍显不足。因此,有必要构建相关的证据材料收集义务。总体而言,检察官的收集对象应包括辩方提供的材料、监督职权行使过程中获取的材料,以及技术发展所产生的材料。

首先,辩方提供的材料主要是指辩方在庭审中或庭审外提交的证据或辩护意见。当侦查人员对案

① 我国《刑事诉讼法》第228条、254条规定检察院认为法院一审或终审判决确有错误的,有权提起抗诉。《人民检察院刑事诉讼规则》第584条、591条对抗诉的情形作出了细化规定,但仍然集中在认定事实、采信证据、适用法律以及程序错误上,而抗诉不当的情形上级检察机关可以撤回抗诉。2017年最高人民检察院颁布了《人民检察院刑事抗诉工作指引》,强调应当充分考虑抗诉必要性,细化了检察机关发现判决、裁定错误的信息来源,规定了应当抗诉与一般不应当抗诉的情形。

件证据的收集进展遭遇一定瓶颈时,可能难以突破固有的思维框架,从而导致新证据、新事实的收集具有重复性。相比之下,辩方在庭审中往往能提供新的证据或辩护意见,这些新的视角可以弥补证据链中的空缺,进而引导案件朝着被告人无罪或罪轻的方向发展。

其次,监督职权行使过程中获取的信息主要围绕“人”和“案”的变化而展开。其中,“人”的变化是指,如果发现侦查人员或审判人员存在贪赃枉法行为,应当重点审查相关案件,特别是被告人多次喊冤以及人民群众重点关注的案件;“案”的变化主要是指法官在上诉未开庭的情况下改判的案件以及法官自行决定再审案件,这些案件需要重点关注,以便深挖裁判背后的不公正现象或违法现象。例如,根据笔者实证调研,B市检察机关制定了有关二审不开庭改判案件专项监督工作方案,通过对具有共性的案件进行监督和研判,自该方案实施以来,已成功发现线索约300件,监督纠正35件。

第三,根据技术发展所获得的信息,指的是利用大数据技术获取有关司法不公正的材料。我国充分借鉴大数据的优势,通过数字化检察手段赋能,构建模型进行数据碰撞,进而实现法律监督的目标。例如笔者调研发现,B市检察机关通过检察监督大模型,2022年共筛选13万余条数据,探索出近6千件有价值的监督线索,并据此提出抗诉10件。经法院审结,所有案件均已采纳了抗诉意见,充分体现了抗诉工作的精准性和有效性。

2. 构建被告人利益保障义务

首先,应当构建信息披露义务。检察官在履行证据收集义务的过程中,即使案件已经定罪量刑,在某些情况下仍可能获取与被告人相关的证据。我国《刑事诉讼法》第40条规定,辩护律师自案件移送审查起诉之日起可以阅卷,但未规定何时结束^①。可以认定在审判结束后,辩护律师可前往法院继续查阅卷宗。然而,辩护律师往往无法及时获取检察机关收集到的新证据。鉴于此,应当明确检察机关在依照证据收集义务获取新证据后,应及时履行证据披露义务,以帮助被告人维护自身利益。

其次,应当构建“维护被告人之利益”的义务。当检察官掌握证据表明被告人不构成犯罪或构成轻罪时,应当为被告人的利益提出抗诉。该义务的意义在于,检察机关在符合被告人利益的情况下,不区分犯罪类型、犯罪情节或错误程度,均应提起抗诉。在实际操作中,存在一种观念,即当犯罪情节轻微、

处罚较轻时,检察机关和法院可能认为此类轻微案件中的错误无需纠正,司法资源应更多地集中在重大复杂的案件中^[28]。然而,这种观念亟需纠正。任何人的自由都是无价的,都应受到尊重和重视。司法人员应当对生命与自由持有敬畏心,确保每个人的合法权益不受侵犯。

再次,完善不抗诉的救济措施。目前,我国虽已具备相应的救济措施,但在实施过程中却存在不平衡的情况,主要体现为辩方权利未得到充分保障,诉讼地位不平等。在二审程序中,被告人可通过提起上诉来维护自身合法权益,但二审中仅有被告人上诉的案件不开庭的现象比比皆是。口头辩论是被告人在上诉审中获得胜诉的重要措施,程序的运行是在对话过程中吸收控辩双方的不满情绪,而口头辩护为被告人及其辩护律师提供了额外的说服法官的机会。因此,在二审程序中,应当解决二审不开庭的问题,提高二审开庭率,保证对话的充分性,从而为被告人提供保障自身权利的机会。在再审程序中,被告人有权提出申诉,法院也有权自行提起审判监督程序,以纠正原审中出现的错误。不过,被告人在再审申诉中往往无法扮演重要角色,其再审申诉通常会被驳回。在此情况下,应当降低申诉标准,要求接受被告人申诉的检察机关或法院提供一份明确的内部审查报告,通过纸面对话的方式为被告人的申诉提供对抗机会。

3. 配套灵活的考核指标

为了确保检察官能够积极维护被告人的利益,需要对检察官的工作“松绑”,减少考核指标对其工作的影响。从目前的考核指标来看,捕后判轻缓刑、免于刑事处罚率已被删除。这一改变的意义在于,当案件被告人在审前被捕,而最终判决为轻判时,检察官无需为了完成指标要求、避免负面评价而提起不必要的抗诉。这样,检察官能够客观面对判决结果,在确保司法公正的前提下,积极维护法的稳定性以及法院判决的权威性。

目前,抗诉指标中仅有抗诉率与抗诉采纳率的组合,但这种组合无法满足抗诉的客观义务需求。实践中能够提起二审的方式除了被告人的上诉之外,提起再审的方式还包括法院主动提起。未来,在

^① 我国《刑事诉讼法》第40条规定,辩护律师自人民检察院对案件审查起诉之日起,可以查阅、摘抄、复制本案的案卷材料。其他辩护人经人民法院、人民检察院许可,也可以查阅、摘抄、复制上述材料。

可以纳入组合考量的指标中,还应当包括抗诉撤回率、抗诉采纳占比(即抗诉案件改判或发回重审案件量占二审与抗诉改判或发回重审案件总量之比)。降低抗诉撤回率,能够彰显权力行使的谨慎性,避免被告人无故再次卷入刑事诉讼,徒增诉累;提高抗诉采纳占比,则能够强化检察官的监督意识,促使检察官站在客观立场,综合各诉讼主体的观点,审慎考量案件提起抗诉的可行性。

(三)积极主义法律监督观下抗诉权运行机制的挑战与出路

积极主义法律监督观并不是灵丹妙药,虽然它能够使抗诉权的运行更加有效,但其自身的局限性也给抗诉权的完善带来了挑战。在积极主义法律监督观下,抗诉权的运行面临三大挑战,需要探寻相应的解决方案。

1. 证据收集挑战与出路

积极主义法律监督观主张在证据收集时发挥主观能动作用。然而,数据壁垒和数字检察技术的不成熟给证据收集环节带来了严峻挑战。一方面,数据壁垒的存在使得信息共享受阻,检察机关需要的数据分散在不同的机关系统内部,缺乏统一管理和应用,难以得到充分利用。另一方面,数字检察技术的不成熟限制了数据分析能力,无法发挥大数据碰撞的作用,进而影响了法律监督的质效。为了更有效地发挥积极主义法律监督观在证据收集中的主观能动作用,应当打破数据壁垒,加强数据的整合和共享,同时提升数字检察技术水平。

目前数字检察的数据范围包含两种类型:一种是内部数据来源,即检察机关在履职过程中所收集的检察业务数据;另一种是外部数据来源,即其他行政执法司法机关在履职或执法办案过程中所收集的政务数据、执法司法数据、公共数据等其他类别数据。在数据运用方面,检察机关应秉持优先整合内部数据的原则,同时拓展外部数据渠道并加强数据安全。内部数据是检察机关多年办案积累所得,检察机关应当发挥带头示范作用,加强内部结构化数据的应用,对业务范围内的数据进行库表式整理,构建完整目录,以供内部使用。在内部数据不足以支持附条件不起诉的适用要求时,则应当建立完善的数据共享体系,主动与省数据共享交换平台对接,实现行政执法与刑事司法的数据交换,将一座座“数据孤岛”整合成新大陆。打通数据壁垒有赖各部门共同协作,对于部分涉及公民个人隐私、国家秘密等情形的数据,可以采用数据接口的方式,实现数据的针对

性流通以及双向流通。针对性流通是指检察机关将被追诉人的姓名、身份证号以及所需数据输入其他机关的数据接口,获取针对该被追诉人的详细数据,确保获取的数据内容既不超越办案的范围,亦不侵犯其他公民的隐私权。数字检察技术的提升则依赖于平台建设和算法引入,以提高数据碰撞的质效。

2. 检法冲突挑战与出路

法律尚未明确规定将上诉不加刑原则扩大适用至检察官为维护被告人利益而提起抗诉,这导致司法实践中存在检法冲突。即检察官即使出于被告人利益提出抗诉,法院仍有权加重被告人的刑罚。这种情况使检察官在行使职权时面临困境,最终可能仅选择支持被告人自行上诉。而在仅仅由被告人提起的上诉案件中,二审法院不开庭审理的情况屡见不鲜,检察院因此只能通过沟通或者提出意见的方式,来表达有利于辩方的观点。

确保检察官积极为被告人利益提起抗诉的条件,在于将上诉不加刑原则扩大适用于此。《德国刑事诉讼法典》第296条、第301条、第331条、第365条规定,检察官可以为被告人利益提出二审上诉或再行上诉,且适用上诉不加刑原则,将法官的判决范围限制于上诉的范围内^①。我国学者林钰雄^{[11]21}亦指出,最能体现检察官维护被告人利益的诉讼行为是由检察官主张被告人无罪。《人民检察院刑事诉讼规则》(以下简称《高检规则》)第584条规定检察院提起抗诉的情形包括无罪判有罪以及轻罪重判的情形,这是我国已建立检察机关为被告人利益抗诉的法律依据。在司法实践中,亦不乏有检察机关为被告人利益提起抗诉的实例^②。但同样存在检察官恪守客观义务,而法院判决引发争议的案件。如在余金平交通肇事案中,检察官以一审判决畸重为由提起抗诉,但二审法院以一审法院认定自首情节有误

① 《德国刑事诉讼法典》第296条第2款规定:检察机关也可对被告的利益提出上诉;第301条规定:检察院为了被告的利益提出的上诉补救办法的效果是,可以修改或撤销有争议的决定;第331条第1款规定:检察机关为了被告的利益根据事实和法律提出上诉,不得对判决进行不利于被告的修改;第365条规定:关于上诉补救办法的一般规定也适用于再审程序。

② 如蔡某某故意伤害案中,检察官通过再审程序提出抗诉,最终蔡某某依法改判无罪。案情简介:2019年,蔡某某神仙故意伤害罪,并于诉前签订认罪认罚具结书,法院判处被告人有期徒刑九个月,判决生效后当事人未上诉。2020年7月,浙江省检察院在审理该案关联案件时发现案件有错误,因而启动审判监督程序,最终改判无罪。参见:苏凯,厉雷,邹利伟.正当防卫案件审判监督实践:以蔡某某故意伤害再审抗诉案为例[J].中国检察官,2022(20):10。

为由加重被告人的量刑^①。缺乏上诉不加刑原则的支持,使得检察机关在为被告人利益抗诉时往往望而却步。

将上诉不加刑原则扩大至检察机关提起抗诉的案件中具有充分的法理依据。首先,“上诉不加刑原则的本质在于国家刑罚权的灭失”^[29],这意味着当检察机关提出的抗诉焦点是有利于被告人的,法院的加重刑罚权即告灭失,法院在二审程序中不得加重被告人的量刑。其次,上诉理由包括“事实”与“说理”两大要素,后者作为请求二审法庭支持上诉主张的依据,构成犯罪人对上诉审判的合理预期,同时也是上诉不加刑的适用基准^[26]。在检察机关为被告人利益提起抗诉时,检察机关抗诉的“说理”部分即构成被告人对上诉审判的合理预期,法院加重量刑是一种不利于被告人的突袭裁判。而突袭裁判则因不符合正当程序要求,损害了法的可预期性而被禁止^[30]。我国法官虽然遵守全面审查原则,允许二审法官的审理范围超出“说理”部分,但由于受到审级制度的限制,被告人缺乏进一步的救济机会,故二审法官不能对超出部分加重量刑。最后,公诉权的内涵包括定罪请求权与量刑建议权。检察机关为被告人利益提起的抗诉包括两大方面:一是有罪改判无罪的定罪请求权,其目的在于保障无辜的人免受刑事诉讼追究;二是罪重改判罪轻量刑建议,目的是保证罪责刑相适应,是体现量刑公正的应有之义。

在我国实践有需求、理论有支撑的情况下,扩大上诉不加刑原则至检察机关为被告人之利益提起的抗诉案件中,能够为检察官抗诉提供制度保障,使其无后顾之忧。

3. 检察系统内部的挑战与出路

为了被告人的利益抗诉时,还应当赋予检察机关在任何抗诉案件的法庭审判中发表有利于司法公正观点的权利。目前,我国缺乏对检察官在法庭审判中有权发表有利于司法公正的观点的规范。当检察官内部观点存在冲突时,往往难以保障被告人的利益。

相比之下,《法国刑事诉讼法典》(Code de procédure pénale)第33条规定,在上级要求提起公诉的案件中,检察官必须依照指示提起诉讼,同时,允许出席庭审的检察官发表自己认为有利于司法公正的意见^②。在裁判权最终由法官行使的前提下,这一制度在一定程度上能够有效防止冤案的发生。如在赵作海案中,承办检察官在提出

案件疑点的情况下仍被要求提起诉讼^[31],倘若此时检察官有权在庭审中发表自己认为有利于司法公正的观点,且法官能够依法裁判,那么冤案或许可以避免。

《高检规则》第399条要求公诉人客观、全面、公正地向法庭出示所有证据,第589条赋予下级检察机关在上级检察机关撤回抗诉时拥有意见发表权。这表明在检察系统内部已重视检察官的客观意见发表权。然而,这种意见发表权还应当体现在庭审中。基于检察一体化的规范要求,上级检察机关可以命令下级检察机关提起抗诉。若承办检察官认为案件不当提起抗诉,或者应当为被告人的利益提起抗诉时,应当有权发表有利于实现司法公正的意见,且不应因此而被追究责任。

四、结 语

在积极主义法律监督观的视角下,检察权与法律监督职权等同。法律监督方式包括直接监督与间接监督,其要求检察机关秉持积极、主动的态度进行监督。积极主义法律监督观同时借用信托理论,指出检察官应当以受托人的身份,维护党、国家、社会、公民的利益,而非仅仅作为被害人的代言人。维护利益的方式在于恪守谨慎义务,重视被追诉人作为受益人的子群体,忠实履行对所有子群体的义务。在抗诉的运行过程中,重视被追诉人的利益,避免出现“多数人暴政”问题的方式便是构建以保护被告人为导向的机制。未来在制度层面,应当首先确立上诉不加刑扩大至为被告人之利益抗诉不加刑,解锁这一关键桎梏能够推动抗诉权的合理运用。此外,本文的研究视角局限于积极主义法律监督观,而这一理论目前尚未成熟。未来应当待数字检察技术成熟后,进一步探索具有普适性的理论,促使一元论与二元论的争议达成统一。在此基础上,抗诉权的运行将更符合制度目的,从而有效实现司法公正。

① 案情简介:2019年6月6日,余金平涉嫌交通肇事罪,审查起诉阶段认罪认罚。同年8月,检察院提起公诉,并提出有期徒刑3年、缓刑4年的量刑建议;同年9月,法院未接受量刑建议,判处有期徒刑2年。针对该判决,余金平与检察院分别提出上诉与抗诉;同年12月,二审法院以自首情节认定有误,改判处有期徒刑3年6个月。参见:北京市门头沟区人民法院(2019)京0109刑初138号刑事判决书;北京市第一中级人民法院(2019)京01刑终628号刑事判决书。

② 《法国刑事诉讼法典》第33条:检察官必须按照第36条、第37条和第44条规定的条件向他发出的指示提出书面请求;他可以自由地提出他认为有利于正义的口头意见。

参考文献:

- [1] 童建明,孙谦,万春. 中国特色社会主义检察制度[M]. 2版. 北京:中国检察出版社,2022:6-12.
- [2] 樊崇义. 法律监督职能哲理论纲[J]. 人民检察,2010(1):13-20.
- [3] 朱孝清. 论刑事抗诉的属性[N]. 检察日报,2010-11-05(3).
- [4] 刘计划. 检察机关刑事审判监督职能解构[J]. 中国法学,2012(5):133-148.
- [5] 胡铭. 论数字时代的积极主义法律监督观[J]. 中国法学,2023(1):107-123.
- [6] 陈卫东,刘计划. 公诉人的诉讼地位探析:兼评检察机关对法院的审判监督[J]. 法制与社会发展,2003,9(6):80-91.
- [7] 元明. 刑事抗诉工作的定位与强化[J]. 人民检察,2021(21):132-134.
- [8] 冀祥德. 控辩平等论[M]. 3版. 北京:当代中国出版社,2022:187-188.
- [9] 王海军. 苏俄检察监督制度及其现代发展[J]. 国家检察官学院学报,2017,25(6):147-168.
- [10] 王海军. “法律监督”概念内涵的中国流变[J]. 法学家,2022(1):1-14.
- [11] 林钰雄. 检察官论[M]. 北京:法律出版社,2008.
- [12] 斯特法尼,勒瓦所,布洛克. 法国刑事诉讼法精义[M]. 罗结珍,译. 北京:中国政法大学出版社,1999:135.
- [13] Gershman B L. Litigating Brady v. Maryland: Games prosecutors play[J]. Case Western Reserve Law Review,2007,57(3):531-565.
- [14] 陈瑞华. 刑事诉讼的中国模式[M]. 北京:法律出版社,2008:271.
- [15] Green B A, Roiphe R. A fiduciary theory of prosecution[J]. American University Law Review,2020,69(3):805-852.
- [16] 程捷. 检察官客观义务的履行[J]. 国家检察官学院学报,2015,23(3):47-59.
- [17] 李普塞特. 政治人:政治的社会基础[M]. 张绍宗,译. 上海:上海人民出版社,1997:56.
- [18] Reinganum J F. Plea bargaining and prosecutorial discretion [J]. The American Economic Review, 1988,78(4):713-728.
- [19] 黄东熊. 中外检察制度之比较[M]. 台北:台湾中央文物供应社,1986:209.
- [20] Temkin J. Prosecuting and defending rape: Perspectives from the bar[J]. Journal of Law and Society, 2000, 27(2): 219-248.
- [21] 魏根特. 德国刑事诉讼程序[M]. 岳礼玲,温小洁,译. 北京:中国政法大学出版社,2004:44.
- [22] Parrillo N R, Criddle E J, Fox-Decent E, et al. Fiduciary Government and Public Officers' Incentives[M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- [23] Miller P B, Gold A S. Fiduciary governance[J]. William & Mary Law Review,2015,57(2):513-586.
- [24] 万毅. 检察官客观义务的解释与适用[J]. 国家检察官学院学报,2015,23(6):46-60.
- [25] 中共中央文献研究室. 十八大以来重要文献选编:上[M]. 北京:中央文献出版社,2014:718.
- [26] 郭烁. 为被告人利益抗诉与上诉不加刑原则之适用:以上诉理由之限制为中心[J]. 法学研究,2022,44(5):157-172.
- [27] Zacharias F C. The role of prosecutors in serving justice after convictions[J]. Vanderbilt Law Review,2005,58(1):171-239.
- [28] King N J, Heise M. Appeals by the prosecution[J]. Journal of Empirical Legal Studies, 2018, 15(3): 482-538.
- [29] 施鹏鹏. 论检察机关“仅为被告人利益之抗诉及其效力:兼与刘计划教授商榷”[J]. 中国刑事法杂志,2023(3):106-123.
- [30] 龙宗智. 刑事诉讼中防止突袭性裁判问题研究[J]. 政法论坛,2022,40(4):58-71.
- [31] 审赵作海案的三法官停职[N]. 现代快报,2010-05-15(A8).

(责任编辑:秦红嫒)