



# 律师执业权利保障的检察监督模式： 实践困境与调适进路

林喜芬 胡凌宇

**摘要：**保障律师执业权利的检察监督制度是律师执业权利受阻时的重要救济途径。该制度十年来得到了长足发展，经过多部规范性法律文件的细化和完善，目前已形成比较完备的制度体系，可具体展开为规范依据、案件来源、受理条件、办理模式、监督手段等五个方面。与此同时，该制度在规范与实践层面仍面临以下困境：规范性法律文件的效力与实效悖反；过度依赖控告申诉，抑制检察监督效能；受理条件设定不甚合理且部分过时；案件化办理模式可能影响救济效率；监督手段缺乏刚性且类案监督不足。这些问题是该类检察监督案件数量偏少的重要原因。为激发该制度活力，推动其从纸面进一步走向实践，首先应当提高主要规范的效力并修改律师控告申诉的受理条件，其次应发挥检察机关的监督能动性并适当吸收办事模式的合理因素，最后还要创新监督手段以增强监督刚性。

**关键词：**律师执业权利；检察监督；司法救济；控告申诉；案件化办理

**DOI：**10.13734/j.cnki.1000-5315.2023.0321

**收稿日期：**2023-04-12

**基金项目：**本文系国家社科基金一般项目“检察机关量刑决策影响因素的量化评估研究”(22BFX05720)的阶段性成果。

**作者简介：**林喜芬，男，天津静海人，上海交通大学凯原法学院教授、博士生导师，E-mail: linxifen1982@163.com；胡凌宇，男，江西吉安人，上海交通大学凯原法学院博士研究生。

## 一 问题的提出：如何通过检察监督促进律师权益保障

正义不仅要实现，还应当以看得见的方式实现。作为诉讼活动的重要参与主体之一，律师在以看得见的方式实现正义的过程中扮演着关键角色<sup>①</sup>。自律师制度恢复重建以来，其职业性质经历了从“国家法律工作者”<sup>②</sup>到“为社会提供法律服务的执业人员”<sup>③</sup>，再到“为当事人提供法律服务的执业人员”<sup>④</sup>的转变，律师职业伦理中的“公益义务”逐渐弱化，“忠诚义务”逐渐成为中心。上述转变导致律师的执业权利相较于过去更容易受到侵犯，或者毋宁说，律师执业权利保障的必要性和重要性日益凸显。在新形势下，中央高度重视律师执业权利保障工作。中共十八届三中全会提出要完善律师执业权利保障机制，发挥律师在依法维护公民和法人合法权益方面的重要作用；随后在2015年8月，最高人民法院、最高人民检察院、公安部和司法部在北京联合召开首届全国律师工作会议，充分肯定并详细阐述了保障律师执业权利对全面依法治国的重要作用；

①这在刑事诉讼领域表现得尤为明显，主要是由于刑事诉讼中被追诉人与控方的实力差距较之民事诉讼原告更为显著与悬殊，加之我国刑事司法一直存在“刑辩难”的痼疾，刑辩律师的执业环境近年来虽有所改善但仍问题多多，故理论与实践关于律师执业权利保障的研究基本聚焦于刑辩律师，本文亦同。

②1980年《律师暂行条例》第一条。

③1996年《律师法》第二条。

④2007年和2017年《律师法》第二条。

2021年,中共中央还将“完善律师执业权利保障制度机制”作为《法治中国建设规划(2020—2025年)》的重要内容。基于政策的支撑、指导和推动,近十年来我国已颁发多部有关律师执业权利保障的规范性文件。由此可见,律师执业权利保障是我国法治事业当前及未来的重大课题。

需要指出的是,律师执业权利的保障有赖于多方主体在各自职权范围内采用多元手段共同参与、协调配合,不仅要健全相关制度和基础设施以便利律师执业,更为重要的是律师在执业权利受到侵犯或阻碍时能得到救济。从发展趋势来看,我国律师执业权利保障制度逐渐由“扩大权利范围”转向到“权利的司法救济”,其标志是2012年《刑事诉讼法》新增的保障律师执业权利检察监督制度(律师控告、申诉制度),即律师认为司法机关及其工作人员阻碍其行使执业权利,可以向检察机关控告、申诉,检察机关应当且有权依法办理并对其进行救济。该制度自创立以来在实践中取得了一定成效。2013年至2016年,全国检察机关控告检察部门共接收阻碍律师依法执业的申诉控告7000余件,审查办理6000余件<sup>①</sup>;2019年至2021年,全国检察机关审查办理侵犯律师执业权利控告申诉案件数量分别为1241件、2000余件、1770件<sup>②</sup>。以上数据一方面表明,检察监督制度为保障律师执业权利发挥了极为有益的价值;另一方面,也应清醒地看到该制度存在的诸多不足,如案件数量过少、制度处于半休眠状态等。保障律师执业权利检察监督制度创立至今已逾十载,此间就该制度所作的专门性研究相对阙如<sup>③</sup>,既有论述主要是将其置于律师执业权利保障或检察监督等更为宏大的论域之下作附带性讨论<sup>④</sup>。因此,笔者试对该制度的发展历程、微观层面的具体展开及其面临的困境作一系统总结、剖析与检视,并就其完善路径提出实际可行的思路,以期激发该制度的活力,推动其从纸面进一步走向实践。

## 二 律师执业权利保障的检察监督模式:制度展开及常见误区澄清

早在2004年,最高人民检察院就印发了《关于人民检察院保障律师在刑事诉讼中依法执业的规定》,2006年又发布了《最高人民检察院关于进一步加强律师执业权利保障工作的通知》,这两部规范性文件对于构建新型检律关系以及在检察环节拓宽律师执业权利范围具有重要的开创意义。当然,这一时期的律师权利保障工作还存在较大的局限性:其一,两份文件均为检察机关的内部管理性规定,法律效力和地位不够高,因而执行情况较差<sup>⑤</sup>;其二,两部规范性文件均未涉及权利救济问题。虽然拓宽律师执业权利范围、建立各项保障机制固然重要,但无救济则无权利,权利救济机制是权利具有实效性的根本保证。2012年《刑事诉讼法》明确授权检察机关对律师权利进行监督救济,第四十七条新增律师控告、申诉制度后,主要有以下规范性文件对该制度作出细化或配套规定:2012年由全国人大常委会法工委发布的《关于实施刑事诉讼法若干问题的规定》第10点,2012年《人民检察院刑事诉讼规则》(以下简称《高检规则》)第五十七、五十八条,2014年《最高人民检察院关于依法保障律师执业权利的规定》第十一条,2014年由最高检控申检察厅发布的《人民检察院审查办理阻碍行使诉讼权利和本院办案违法控告申诉案件的工作办法(试行)》(以下简称《工作办法》),2015年由“两高三部”联合印发的《关于依法保障律师执业权利的规定》(以下简称《保障律师执业权利规定》),2017年由“两高三部”与中华全国律师协会联合下发的《建立健全维护律师执业权利快速联动处置

<sup>①</sup>宫鸣、刘太宗《检察机关保障律师执业权利救济问题研究》,《国家检察官学院学报》2017年第3期,第76页。

<sup>②</sup>2019年的数据,参见:徐向春《认真履行控申检察职能 依法保障律师执业权利》,最高人民检察院官网,2020年8月26日发布,2022年8月22日访问,https://www.spp.gov.cn/spp/llyj/202008/t20200826\_477914.shtml;2020年的数据,参见:《最高检发布首批保障律师执业权利典型案例》,最高人民检察院官网,2021年2月5日发布,2022年8月22日访问,https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202102/t20210205\_508328.shtml#1;2021年的数据,参见:《最高人民检察院工作报告》,最高人民检察院官网,2023年3月17日发布,2022年8月22日访问,https://www.spp.gov.cn/spp/gzbg/202303/t20230317\_608767.shtml。

<sup>③</sup>比较有代表性的研究有:宫鸣、刘太宗《检察机关保障律师执业权利救济问题研究》,《国家检察官学院学报》2017年第3期,第72—81页;林琳《辩护律师权利的保障与救济——以我国新〈刑事诉讼法〉背景下检察机关发挥法律监督为视角》,《法学杂志》2015年第11期,第114—122页;陈卫东、林艺芳《论检察机关的司法救济职能》,《中国高校社会科学》2014年第5期,第149—156页。

<sup>④</sup>参见:詹建红《程序性救济的制度模式及改造》,《中国法学》2015年第2期,第184—198页;董坤、段炎里《当前检察环节律师权利的保障现状与新现问题研究——以阅卷权、会见权和检察救济权切入》,《河北法学》2017年第6期,第101—112页;樊冰《检察机关保障律师执业权利研究》,《犯罪研究》2020年第2期,第105—112页;龙建明《刑事申诉控告制度的反思与完善》,《广西社会科学》2017年第7期,第93—97页。

<sup>⑤</sup>龚瑞、郑在义《完善律师辩护权能促进检察权正确行使》,《检察日报》2005年12月19日,第3版。

机制的通知》(以下简称《建立快速联动处置机制的通知》)。这些规范性文件创立、发展并完善了律师执业权利保障检察监督制度。

#### (一)规范依据:中央文件为主、地方规定细化

保障律师执业权利检察监督办案的规范依据主要有以下几类:法律、中央司法文件、地方司法文件。前文梳理的规范性文件皆由中央机关颁发,效力及于全国各级检察院。除此之外,不少地方还出台了符合当地实际情况的细化规定,如北京市发布的《北京市关于依法保障律师执业权利实施细则》、广东省出台的《广东省人民检察院关于依法保障辩护律师执业权利的若干意见》等。还有部分地区虽出台了相关意见,但仅为原则性指导,比如福建省发布的《转发关于依法保障律师执业权利的规定的通知》,仅提出四点原则性要求,并无实质的操作性规定。同时,细化的地方司法文件基本未突破中央司法文件的规范内容,但也有少数创造性规定。如江苏省出台的《关于建立健全律师执业权利救济机制的规定(试行)》,其第十二条要求各政法单位将保障律师执业权利作为考核内容;山东省出台的《关于进一步保障律师执业权利的若干规定》,在检察监督制度中嵌入了人民监督员监督程序,对检察机关监督自侦案件办理过程中阻碍律师依法行使诉讼权利行为进行外部再制约。

#### (二)案件来源:主动发现与被动受理

检察机关依法对阻碍、侵犯律师执业权利的行为进行监督的前提是发现该类行为的存在。2012年《刑事诉讼法》、2013年《高检规则》和2014年《工作办法》均规定律师认为公安司法机关有阻碍其依法行使执业权利的行为,可向人民检察院控告、申诉。另外,2017年《建立快速联动处置机制的通知》第四条第一项规定,律协应当于两个工作日以内将律师申请材料转交相关办案机关处理,此处的“办案机关”包括对该类行为进行监督的检察机关。除此之外,2014年《最高人民检察院关于依法保障律师执业权利的规定》第十一条还规定人民检察院在办案过程中应主动发现阻碍律师执业权利的行为,办理具体业务的检察部门发现律师权利受阻后应及时纠正或转交给控告检察部门。综上可知,检察机关对侵犯阻碍律师执业权利行为进行监督的案件来源有三:律师直接向检察机关控告、申诉,律协或司法行政机关移送给检察机关,检察机关主动发现。前两者均系被动发现,后者则是主动察觉。随着大数据与算法的赋能,实践中还衍生出了被动与主动的结合体——“申诉控告+主动发现”,即在办理律师的申诉、控告或律师协会移送的个案后,检察机关利用大数据和算法模型,主动发现并处理类似的侵权案件<sup>①</sup>。

#### (三)受理要件:区分接受与受理

受理要件是指检察机关受理律师的控告、申诉是否需要满足一定条件,需要满足哪些条件。这涉及控告、申诉的接受与受理的区分。根据体系解释,控告申诉的接受属于受理的前置步骤。2013年《高检规则》第五十七条的表述是“人民检察院负责控告申诉检察的部门应当接受并依法办理”,依法办理的结果有受理和不予受理之分。《工作办法》第五条规定了三项受理条件:一是具有2013年《高检规则》第五十七条第一款、第五百六十五条规定情形之一;二是有管辖权,该条件可细分为本身即有管辖权或上级人民检察院指定管辖;三是不具有本办法规定的不予受理情形,不予受理的情形第六条予以明确的:(一)申诉人或者控告人不符合法定条件的,(二)办案机关或者部门正在审查处理的,(三)其他应当不予受理的情形。综合以上条文可知,检察机关受理律师的申诉、控告经历了两次过滤:第一次要检验律师申诉、控告的事项是否属于规范性文件列举的侵犯或阻碍其执业权利的行为,若是则接受该申诉、控告,否则不予接受,也就不再有机会进行受理审查;第二次过滤是在符合接受申诉、控告的案件中剔除无管辖权或其他机关正在审查处理等不符合受理要件的案件。

#### (四)办理模式:采行案件化办理模式

检察机关办理业务有办事和办案两种模式。前者以案结事了为导向,强调及时解决问题,对监督过程并无规范性的程序要求,手段较为灵活。以该模式进行的检察监督缺乏制约,容易导致权力行使不规范。因

<sup>①</sup>陈贞妃《阅卷权、调查取证权被侵犯怎么办?龙游检察教学监督保障律师执业权利》,《浙江法治报》2022年5月27日,第7版。



此,近年来在最高检强调要牢固树立“监督者更要接受监督”的意识的背景下<sup>①</sup>,具有内部监督功效的办案模式,即监督事项案件化办理应运而生。监督事项案件化办理是指“检察机关相关业务部门将监督事项作为案件办理,建立从监督线索受理、立案、调查核实、实施监督、跟踪反馈、复查复核到结案归档的完整流程以及配套的工作制度,其实质是将内部的流程管理与外部的监督程序结合为一体”<sup>②</sup>。虽然《工作办法》制定时尚未提出“案件化办理”的要求<sup>③</sup>,但其规范内容却有着强烈的“办案模式”色彩。首先,制定该规范性文件的目的是“规范人民检察院控告检察部门对申诉或者控告的审查办理工作,强化刑事诉讼监督和内部制约”,这与推行重大事项案件化办理的初衷相契合;其次,该《工作办法》内容涉及管辖、受理条件、受理手续、调查事项、调查方案、处理手段以及备案审查等,具有明显的程序化意味;最后,该《工作办法》规定承办人员可以采取多种调查措施来查明各种案件事实,满足监督活动案件化办理的证据和事实要素<sup>④</sup>。由此可见,保障律师执业权利检察监督制度不仅注重外部的监督程序,还着重强调内部的办理流程,因而采用的是办案模式。

#### (五) 监督手段:视违法行为的情节和性质而异

监督手段即检察机关采用何种方式处理公安司法机关及其工作人员阻碍、侵犯律师执业权利的行为。综合前文梳理的规范性文件,检察机关主要有以下四种监督手段:其一,对违法情节轻微的,提出口头或书面纠正意见;其二,对违法情节严重的,发送纠正违法通知书;其三,对在执法司法程序、管理等方面存在重大问题的,发出检察建议;其四,对涉案人员违法或犯罪的,移送有管辖权的单位或者部门处理。相较于发送纠正违法通知书而言,提出纠正意见更为柔和,检察建议有对人的个案检察建议和对事的概括检察建议<sup>⑤</sup>,移送犯罪线索或有关部门处理是检察监督最为刚性的手段。除此之外,《工作办法》第二十八条还引入了报告上级处理机制,即公安司法机关无正当理由对纠正违法通知书或者检察建议不予采纳,经督办仍不采纳的,应当向上一级人民检察院报告。报告上级检察机关处理虽然并非检察监督的手段,但实为检察机关履行监督职责的兜底措施。一般来说,上级检察机关和公安机关因利益无涉而更容易沟通协调,借助上级检察机关的力量实现监督效果可谓“曲线救国”。

#### (六) 常见误区澄清——对“检察机关缺乏中立性”的批驳

关于检察机关对律师执业权利保障的监督救济问题,有一种常见观点认为,检察机关作为追诉机关,对处于对立面的被追诉方进行救济,可能缺乏中立性。例如有学者认为,辩护律师向同级或者上一级人民检察院申诉、控告类似“同体监督”,检察机关本身就是执业纠纷的利益相关者,由其担任裁判者容易引起质疑<sup>⑥</sup>。也有学者提出,当检察机关侵犯辩护权时,适用这种机制意味着是由侵权者向被侵权者提供救济;而在公安机关、法院侵犯辩护权时,则由其对手给他提供救济,中立性存疑<sup>⑦</sup>。还有学者指出,新《刑事诉讼法》将诉讼参与人寻求程序性救济的主持机关确定为检察机关,这是一种较为现实且便于操作的选择,但现实的必要性无法掩盖制度的矛盾性,检察机关如何确保救济的中立性呢<sup>⑧</sup>?部分实务人员也持相同看法,认为我国检察机关一方面承担追诉(公诉)职能,另一方面又承担着人权保障职能,希冀检察机关同时履行上述两项职能显然是“乌托邦”<sup>⑨</sup>。

笔者以为,上述观点并非全然没有道理,研究者的担忧也具有一定根据。原因在于,若认为法律监督与诉讼办案是性质完全不同的、在检察权力束下并列的两种职能<sup>⑩</sup>,那么当同一主体承担两项对立的职责时,

①孙谦《新时代检察机关法律监督的理念、原则与职能——写在新修订的人民检察院组织法颁布之际》,《人民检察》2018年第21期,第9页。

②羊忠民、曹丹丹《完善制度规范重大监督事项案件化办理》,《检察日报》2018年10月29日,第3版。

③2016年,最高人民法院提出要探索实行重大监督事项案件化。

④张书铭《监督活动案件化要把握五个关键要素》,《检察日报》2018年1月26日,第3版。

⑤韩利《传承与超越:检察机关刑事诉讼监督方式之探析》,《西南政法大学学报》2015年第4期,第11页。

⑥封利强《辩护律师执业纠纷仲裁制度的构建——完善执业权利救济机制的另一种思路》,《浙江工商大学学报》2018年第6期,第65页。

⑦杨杰辉《侵犯律师辩护权的救济研究》,《法治研究》2016年第5期,第67页。

⑧詹建红《程序性救济的制度模式及改造》,《中国法学》2015年第2期,第188页。

⑨张春明、杨飞《论检察机关的司法救济模式》,《天津法学》2015年第2期,第67页。

⑩徐汉明、张乐《检察机关法律监督属性的再诠释》,《法治研究》2018年第6期,第142页。

则可能“与心理学的规律以及诉讼职能分工的学理相悖”<sup>①</sup>。但若常态化地将法律监督等同于诉讼行为,加强法律监督事实上又会变成一种强化司法追诉的行为<sup>②</sup>。然而,这两种做法都未能准确理解和把握我国检察机关法律监督权的内涵,亦错误地理解了法律监督和诉讼行为的关系。在中国特色的检察制度中,“诉讼是监督的主要手段,监督的目的在相当大程度上通过诉讼的手段来实现”<sup>③</sup>,这也正是近年来最高检着重强调的“在办案中监督”理念的底层逻辑,即“以法律监督为本位和目标开展办案工作,在司法办案中实现法律监督,克服片面办案、孤立办案等错误倾向”<sup>④</sup>。由此可见,只要研究者和实务人员厘清某些观念,检察机关监督的中立性不足的问题便可迎刃而解。

此外,持“检察机关缺乏中立性”观点的学者往往将检察机关作为一个整体进行论述,有意无意地忽略了检察机关内部的机构分设与职权分配。法律和规范性文件规定此类案件的监督由控告检察部门受理和办理,其与被追诉方并不存在任何对立关系或利益冲突,并且控告检察部门与本院公诉部门也有各自的工作任务与考核标准,因而不大可能会碍于情面而怠于履行职责。虽然实践中可能会采取“私下通气”的方式对同一检察机关中的其他部门进行软性监督,但这并不影响其中立性。尤其是近年来实行的司法责任制改革,对检察机关办案模式进行了根本性变革,将检察机关长期实行的三级审批制办案模式改革为合一制办案模式为主和分离制办案模式为辅的混合制办案模式<sup>⑤</sup>。改革后,基本由独任检察官或检察官办案组单独行使司法办案职权、自行决定并承担责任,避免因同一副检察长分管办案与监督部门而影响监督中立性。此外,中国政治体制中普遍存在条块逻辑,检察系统亦是如此,上下级检察院之间就某一专门的业务部门形成了纵向管理关系<sup>⑥</sup>。基于此,最高检控告检察厅要求各级控告检察部门将律师控告、申诉案件提交省级控告检察部门备案审查,这也有助于保证其监督中立性。

实际上,近些年来检察机关内设机构的重塑性改革亦强化了刑事检察职能在刑事审前程序中的监督力度<sup>⑦</sup>,也为检察机关客观中立义务的真正履行提供了契机。因为客观中立很大程度上需依靠制度设计而非改变人员意识来实现。综上,控告检察部门在办理律师的控告申诉时毫无疑问地具有中立性,之所以对此持怀疑态度,原因可能是未注意到检察机关监督模式的转变,或是对检察机关监督保障律师执业权利制度缺乏深入剖析。

### 三 检察保障律师执业权利的制度困境:规范局限与实践悖反

2021年2月5日,最高检发布了一批“全国检察机关保障律师执业权利典型案例”,部分地区随后也发布了省域范围内的典型案例,在前文对保障律师执业权利检察监督制度进行具体展开和规范分析的基础上,考察这些案例并参考部分公开的办案数据<sup>⑧</sup>,可以发现该制度面临的几重困境。

#### (一)规范性法律文件的效力与实效悖反

法的效力是指其所具有的强制力和约束力,效力高低一般取决于制定主体的地位,具体表现为规范性文件在一国法律体系中所处的位阶。法的实效又称法的功效、法的实施效果,意指法律在社会生活中发挥的实际效果,也即“法律规范是否并在多大程度上得到人们的遵守”<sup>⑨</sup>,法的实效主要取决于它的效力和可接受性。法的效力意味着应然层面的“应当怎样”,法的实效则反映实然层面的“实际怎样”,因而“一条法律律

①龙宗智《中国法语境中的检察官客观义务》,《法学研究》2009年第4期,第141页。

②蒋德海《“以法律监督为本质”还是“以控权为本质”?——兼论中国检察机关的职权配置》,《河南社会科学》2011年第2期,第14页。

③李征《中国检察权研究——以宪政为视角的分析》,中国检察出版社2007年版,第141、164页。

④谢鹏程《坚持“在办案中监督、在监督中办案”的检察理念》,《检察日报》2021年1月22日,第3版。

⑤高景峰《检察机关办案模式变革及理论基础》,《国家检察官学院学报》2021年第5期,第89页。

⑥林喜芬《分段审查抑或归口审查:羁押必要性审查的改革逻辑》,《法学研究》2015年第5期,第162页。

⑦洪浩、朱良《论检察机关在刑事审前程序中的主导地位》,《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2020年第4期,第70页。

⑧有学者对某市检察院调研后发现,关于检察机关保障辩护律师权利行使的统计数据是不受重视的,原因在于律师权利的保障并不是绩效考核的指标。这也解释了各地检察机关公开发布的办案数据与检察工作报告中几乎不涉及保障律师执业权利的数量统计情况,因而能公开获取的数据实际上非常有限。参见:陈卫东、亢晶晶《我国律师辩护保障体系的完善——以审判中心主义为视角》,《中国人民大学学报》2016年第3期,第136—146页。

⑨魏德士《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第153页。

令的效力必须同其在社会制度中的功效区别开来”<sup>①</sup>。部分规范性文件效力高但实效却差强人意,本文的研究对象就存在类似问题:保障律师执业权利检察监督的若干规范性文件中,效力层级高的(主要是法律和部门联合发布的文件)因其规定较为概括抽象而适用较少,真正发挥实效、运用较多的规范性文件反而效力层级较低。

详言之,前文提及的基本法律(《刑事诉讼法》)、具有准立法功能的规范性文件(《关于实施刑事诉讼法若干问题的规定》)、司法解释(《高检规则》)以及几个部门联合发布的司法解释性质文件(《保障律师执业权利规定》),在效力层级上远高于由最高检内设部门所发布的《工作办法》。但就实效而言,前者关于保障律师执业权利检察监督的规定较为粗疏,并不能直接适用于具体的监督办案工作,只能用作判断公安司法机关是否有阻碍律师执业权利行为的依据,后者却是各级控告检察部门办理申诉、控告案件的具体指引。当然,若以问题解决为目标导向,这一悖反并不一定会成为阻滞该检察监督制度的瓶颈。换言之,倘若《工作办法》的效力足够支持检察监督工作的顺利开展则无妨,但“由于控告检察部门在办理律师的控告申诉时不仅需要检察机关其他部门的支持,更涉及到检察机关作为整体与其他机关的沟通与协调,因而目前最高检控告检察厅关于办理阻碍律师行使诉讼权利控告申诉的工作办法显然层级不够,亟需在检察机关全局的高度确立相应系统化的工作机制”<sup>②</sup>。

## (二)过度依赖控告申诉,导致监督效能不彰

尽管规范性文件规定了律师控告、申诉,其他机关移送和检察机关主动发现这三种案件来源方式,但法律规范和司法实践均过度依赖控告、申诉这一事后被动监督模式。规范层面体现为,前文提及的每一部规范性文件都规定有控告、申诉,而律协移送和检察机关主动发现则只在特定的一两部规范性文件中有所涉及。在实践层面,最高检发布的五起典型案例中只有一起来源于律协移送,其他四起均为律师控告、申诉;江苏省人民检察院发布的七起典型案例均为律师控告、申诉启动<sup>③</sup>。

规范性法律文件之所以将控告、申诉作为启动检察监督的主要手段,一个可能的原因是彼时刑事检察的主要业务和职能是审查批捕、提起公诉以及职务犯罪侦查等,保障律师执业权利是法律赋予检察机关的一项新职权,步子不宜太大,因而暂未规定主动发现或移送。也有学者认为检察机关保障律师的执业权利属于司法救济职能,摆脱了行政化的积极主动的行使方式,而采取了消极被动的司法化运行方式,因而具有司法的被动属性,只能依靠申诉与控告的方式启动<sup>④</sup>。这一观点有助于理解为何此类检察监督案件来源过度依赖控告、申诉。

过于依赖律师的控告、申诉,在很大程度上抑制了检察监督效能。一来律师办理业务比较注重效率,控告、申诉采取案件化办理模式,这固然有利于加强对监督职能的约束,但同时也牺牲了灵活性和效率,因而律师向检察机关控告、申诉有时并非最佳途径,不少律师选择“走关系”或“找熟人”来消除办案阻碍,或者通过网络、媒体曝光公安司法机关阻碍其依法行使权利的行为向权力部门施加舆论压力,往往效率更高、效果更好。二来基于职业发展、业务关系以及法律职业共同体认同感不强等原因,律师向检察机关申诉、控告的主观意愿也并不会十分强烈。由此造成控告、申诉案件数量极少,全国检察机关的案件办理总数平均每年不足两千起,而近些年我国刑事案件一审审结数量却已破百万件,对阻碍律师执业权利行为的控告、申诉不足一审案件数量的千分之二。笔者以为,这一比率不能说明我国刑事诉讼活动中的律师权利已然得到较好保障,恰恰相反,一些公开报道表明控告申诉制度的实践运作情况不容乐观。2012年《刑事诉讼法》和相关规范性文件颁发多年后,有些地区(尤其是基层和经济欠发达地区)方才首次办理阻碍律师依法行使执业权案,如温

<sup>①</sup>博登海默《法理学——法哲学及其方法》,邓正来等译,华夏出版社1987年版,第319页。不过,由于法的效力是法的实效之根据,二者一般呈正相关,即法的效力越高则实效越好,反之亦然。

<sup>②</sup>官鸣、刘太宗《检察机关保障律师执业权利救济问题研究》,《国家检察官学院学报》2017年第3期,第78页。

<sup>③</sup>《江苏省检察机关保障律师执业权利新闻发布会典型案例》,江苏检察网,2021年7月16日发布,2022年8月23日访问,http://www.jsjc.gov.cn/jsjcxwfbpt/sjcyfb/dxal/202107/t20210716\_1248516.shtml。

<sup>④</sup>陈卫东、林艺芳《论检察机关的司法救济职能》,《中国高校社会科学》2014年第5期,第150页。



州市龙湾区办结首例阻碍律师依法行使诉讼权案的时间为2018年9月<sup>①</sup>,贵州省沿河县检察院则是2020年5月<sup>②</sup>,吉林省桦甸市直至2021年7月方才办理首例阻碍律师行使诉讼权利案<sup>③</sup>。

### (三)控告、申诉的受理条件不甚合理且部分过时

检察机关不予受理控告、申诉的情形是受理要件的核心组成部分,不予受理的三种情形分别是申诉人或者控告人不符合法定条件、办案机关或者部门正在审查处理、其他应当不予受理的情形。第一种情况在保障律师执业权利的语境中并无多少适用余地,因为律师本身即是合法的辩护人、诉讼代理人,除非其因为某些原因不得担任该特定案件的辩护人方符合不予受理的条件,因此无需详加讨论。第二种情形符合《刑事诉讼法》和司法解释的一贯逻辑,即先向办案机关申诉,若不受理或对处理结果不满可再向检察机关申诉、控告<sup>④</sup>。但应当注意的是,根据《刑事诉讼法》第四十九条,对于侵犯、阻碍律师执业权利的行为,律师有权直接向检察机关申诉、控告,无需将向办案机关申诉作为前置步骤,因此即使办案部门正在审查处理也并不影响律师向检察机关申诉、控告,可见,《工作办法》的这项规定有违反《刑事诉讼法》之嫌。第三种情形是兜底的“其他”条款,但其并未明确其他不予受理的情形中内含的本质特征。该规定或许确实有利于防止部分“死磕派”律师“滥用”申诉控告权,但同时也给控告检察部门留下了过大的裁量权。由于向检察机关控告、申诉已是律师最后一条法律救济途径,因而设置这一条款无异于堵塞了律师权利的救济之门,有违该规范性文件“加强对监督工作制约”的制定初衷。

此外,《工作办法》颁发于2014年5月,《保障律师执业权利规定》则于2015年发布,因而《工作办法》规定的第一项受理条件是具有2013年《高检规则》第五十七条第一款、第五百六十五条规定情形之一的,并不包括“保障律师执业权利规定”中阻碍、侵犯律师行使执业权利的情形。为此,若律师依据《保障律师执业权利规定》中载明的权利向控告检察部门申诉、控告,依照规定并不应当得到受理,然而典型案例中的“律师鲁某某申请知情权监督案”、“律师侯某某申请发表意见权监督案”的知情权与发表意见权均不属于《高检规则》第五十七条第一款或第五百六十五条规定情形之一,却得到检察机关依法受理并处理。由此可见,实践中控告检察部门的受理依据已然包括《工作办法》发布后出台的一些规范性文件。这一变通值得赞许,有利于将律师执业权利保障落到实处。不过,该类案件的检察监督采用办案化模式,必须全程遵循规范且有迹可循,故而应当对《工作办法》规定的受理条件及时进行修改调整,将积极的“潜规则”变为“明规则”,以满足实践的需求。

### (四)案件化办理模式影响救济效率

如前文所述,保障律师执业权利检察监督采用的是案件化办理模式,具有三方面优势。首先,有利于提升检察监督工作的程序化、法治化水平。办案模式要求“通过建立程序有序、实体有据、主体有责的办理机制”<sup>⑤</sup>,有助于去除办事模式黑箱操作的弊端,使监督过程得到有效制约。其次,监督的程序化有助于保障检察监督的质效。案件化办理能够改变原有在电话机里核实监督线索,在办公桌上制发监督文书,监督工作足不出户的工作模式,通过公开审查诉讼违法行为或者公开宣告调查核实结果,突出监督的权威性<sup>⑥</sup>。最后,还能够对检察机关其他内设部门阻碍律师行使权利的行为进行实质监督,因为“案件化办理绝不限于检察机关对外开展的法律监督,也涵盖以办案形式开展的内部监督”<sup>⑦</sup>。

控告申诉案件化办理模式的上述价值基本契合律师侵权救济的需要,但还需重点关照律师执业权利救

①董佩佩、章吉森、陈希《温州龙湾:办结首例阻碍律师依法行使诉讼权案》,正义网,2018年9月13日发布,2022年9月8日访问,http://www.jcrb.com/procuratorate/jcpd/201809/t20180913\_1907551.html。

②《沿河检察:成功办理首例阻碍律师行使诉讼权利案》,沿河检察网,2020年5月19日发布,2022年9月8日访问,http://www.gzyanhe.jcy.gov.cn/jcyw/202005/t20200519\_2835584.shtml。

③王倩《桦甸检察:监督纠正执法机关阻碍律师依法行使诉讼权利》,桦甸市人民检察院官网,2021年8月10日发布,2022年9月8日访问,http://www.jlhuadian.jcy.gov.cn/tpxw/202108/t20210810\_3337430.shtml。

④《刑事诉讼法》(2018)第一百一十七条。

⑤向泽选《法律监督:理念、机制与改革》,中国检察出版社2011年版,第27页。

⑥韩晓峰、陈超然《诉讼监督事项案件化的思考——以侦查监督为分析视角》,《人民检察》2016年第21期,第35页。

⑦朱雅频《检察机关重大监督事项案件化办理研究》,《人民检察》2022年第8期,第4页。

济的时效性和及时性特征。一来部分律师与当事人可能仅签署某一诉讼阶段的委托合同,代理特定阶段的辩护事务;二来律师在不同诉讼阶段行使诉讼权利的效果有一定差异,如律师在侦查阶段及时与犯罪嫌疑人会见、通信可以有效避免违背意愿自证己罪的现象发生,而律师在证据已经固定的审查起诉阶段行使会见权则一般不再具有该效果。为此,必须保证阻碍律师行使诉讼权利的行为尽可能在同一诉讼阶段得到纠正。规范性文件规定控告检察部门必须在十天内审查、处理并将处理结果回复律师,这一时限可能已经跨越诉讼阶段,因而检察机关应当尽可能在程序推进前使律师权利得到救济。此外,即使在同一诉讼阶段内纠正违法不当行为,也宜早不宜迟。比如律师申请变更、解除强制措施被违法驳回,检察机关纠正违法时间越长,对犯罪嫌疑人的权利侵害就越严重。此时,案件化办理的程式、规范、留痕、书面等优势可能转变为劣势,因而需要重点思考的是如何在维持办案化基本模式不变的前提下,适当吸收办事化模式对权利救济及时迅速的优势。

#### (五) 监督手段缺乏刚性且类案监督不足

针对公安司法机关阻碍律师依法行权的行为,检察机关的四种监督手段均不直接处理不当或违法行为人员,其监督效果高度依赖相关单位配合,即使被监督单位不服从监督也无相应制裁后果。与其他类型的监督,如人大监督、纪检监察监督或行政机关的内部监督都有权对监督对象直接进行处理不同,检察监督权因不可直接处理监督对象,只能通知纠正、提出检察建议等而无强制力<sup>①</sup>。因而我国检察监督方式的总体特点是“不能引起法律后果的监督方式较多,能引起法律后果的监督方式较少;提醒或建议性的监督方式较多,制裁性的监督方式较少”<sup>②</sup>。这种“检察软骨病”现象是检察机关法律监督工作的痼疾。尽管保障律师执业权利检察监督制度中的报告上级机关处理机制一定程度上有助于实现监督效果,但上级机关也同样可能面临同级公安司法机关不配合的难题,因而并未系统性地彻底解决监督手段刚性不足的问题,只是将矛盾上移一级以达缓冲解决之效。

此外,检察机关对阻碍律师行权的类案监督不足。类案是指相似案件、类似案件,类案监督的目的指向多元,主要包括统一法律适用、促进社会治理和减少当事人讼累等。2005年6月,在江苏省检察机关公诉会议上,类案监督首次作为一种新的监督方式被提出来<sup>③</sup>。聚焦于保障律师执业权利检察监督领域,检察机关偏重个案办理,对类案监督的重视程度不够。2020年,全国检察机关共查实侵犯律师执业权利案件1200余件,通知纠正700余件,发出检察建议500件<sup>④</sup>。从2019年至2021年,江苏省检察机关及时通知纠正105件,发出检察建议5件<sup>⑤</sup>。通知纠正适用于行为不当或违法的具体个案,检察建议的目的则在于对一定时间内侦查活动普遍存在的问题进行归纳总结,以检察建议的方式督促侦查机关纠正违法行为<sup>⑥</sup>。从数量上来看,检察建议明显少于通知纠正,表明控告检察部门对保障律师执业权利的类案监督不足。尽管就具体案件而言,纠正违法行为是主要目的,但检察机关应当以具体案件为切入点,致力于实现“办理一案、治理一片”的类案监督效果。

#### 四 检察保障律师执业权利制度的调适进路

检察保障律师执业权利制度面临规范和实践层面的多重困境,但以规范层面的局限为主,故笔者以下提出的制度优化路径也基本属于对规范的完善构想,部分涉及实际工作机制的改进。

##### (一) 提高规范效力,并修改受理条件

由检察机关内设的控告检察部门履行保障律师执业权利检察监督职能,其目的一是为了中立地专门监督公安机关和法院的违法、不当行权,二是希望实现检察机关办案的内部监督。当然,控告检察部门的监督

<sup>①</sup> 朱孝清《增强检察监督刚性》,《中国检察官》2018年第8期,第5页。

<sup>②</sup> 赵成、熊正《诉讼监督方式的完善》,《国家检察官学院学报》2010年第6期,第54页。

<sup>③</sup> 赵咏梅《我国类案监督初探》,《中共福建省委党校学报》2010年第7期,第21页。

<sup>④</sup> 《最高检发布首批律师执业权利典型案例》,最高人民检察院官网,2021年2月5日发布,2022年11月3日访问,https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202102/t20210205\_508328.shtml#1。

<sup>⑤</sup> 卢志坚、管莹、左海亮《江苏:通报保障律师执业权利情况》,《检察日报》2021年7月27日,第1版。

<sup>⑥</sup> 季美君、赖敏妮、徐旭《论办案与监督一体的检察理念——以刑事案件办理为切入点》,《人民检察》2020年第20期,第16页。



工作同样要受到一定制约,否则将遭遇“谁来监督监督者”的质疑。为此,最高检控告检察厅出台了《工作办法》,详细规定该项监督工作的程序和方法,并规范自身的监督行为。作为内部工作依据,该规范足以指导检察系统的控告检察部门“条线”的监督工作,但部分规范内容,如与刑事执行检察部门的管辖权分配、对案件事实的调查措施的采用、监督手段的落实执行等,均涉及检察机关其他内设部门之间的配合,甚至还需与检察系统之外的其他机关沟通、协调。因而该规范性文件的效力层级显然难以满足上述工作要求,至少要以最高检名义发布方可统领检察机关全局。当然,更为理想的办法是由相关部门联合发布。未来随着诉讼监督制度化、专业化、程序化、体系化、信息化等“五化”建设相对成熟,还可将《诉讼监督程序法》纳入优先立法计划,并依照业务划分构建而成的诉讼监督格局明确每一种类型诉讼监督的相应规范<sup>①</sup>。

至于受理条件,部分设定并不合理,加之发布时间较早,部分已经过时,应当进行相应修改。其一,针对“其他部门正在审查办理”这一不予受理的情形,应当承认该规定的积极意义,但其代价是违反《刑事诉讼法》的规定并限制律师的维权途径,突破了刑事诉讼中的人权保障与公平正义价值的优位性。此外,“任何人不得担任自己案件的法官”是基本的法常识,向阻碍律师行使执业权利的机关投诉本就有违该原理,何况上述不予受理情形之规定还限制律师同时选择多重救济的权利,因此应当尽快予以删除。其二,针对“其他应当不予受理”的规定,实际上由于阻碍、侵犯律师执业权利的情形已经明确列举,受理条件也规定了必须具有上述情形之一,因而只要初步审查律师的控告、申诉符合列举的情形,就不算滥用申诉权利,若控告检察部门有管辖权,都应当受理。此外,所谓的“死磕”,其实质是对程序法定的坚守和敬畏,有助于促使公安司法人员遵守诉讼程序,尊重当事人和辩护人的法定权利。故此,应当删去第三种“其他应当不予受理的情形”,其不仅在逻辑上难以自洽,也不利于对控告申诉检察监督的制约。

## (二)发挥监督能动性,并吸收办事模式的合理因素

针对律师权利保障弱、检察监督效能不佳的现实,应当激发其他两类案件来源方式的活力。

首先,要完善律师协会和司法行政机关案件移送机制。“建立快速联动处置机制的通知”规定,属于本律师协会处理范围的,应当于两个工作日以内将律师申请材料转交相关办案机关处理;情况特别紧急,需要立即采取处理措施的,律师协会应当即时反映。由此可见,律协的工作方式为转交相关办案机关处理,包括被投诉机关和检察机关。一些地方已建立快速受理和联动处理机制。如广东省汕头市出台的《关于建立保障律师执业权利工作会商和线索移送机制的实施意见》<sup>②</sup>,规定司法行政机关、律师协会依法受理律师维护执业权利申请,对属于人民检察院管辖范围的,应及时将律师申请材料转交相关人民检察院处理。然而,不论是中央还是地方文件,都并未明确律师协会和检察机关管辖的范围。若依照2019年《高检规则》确定检察机关该类案件的受理范围,则几乎所有的案件都应直接移交检察机关,由此上述管辖范围的区分将毫无意义;若不依照《高检规则》,则应当在规范性文件中明确移送检察机关的情形,否则类似移送检察机关的规定即为法律具文。

其次,检察机关还应当主动发现公安司法机关阻碍律师行使诉讼权利的行为,发挥监督能动性。一方面,应当增强检察机关主动监督的动因,可从检察考评机制着手。检察绩效考核制度不仅约束着检察机关各部门和具体个人的业务行为,而且对检察机关在刑事诉讼程序中的职能定位和检察权运行起着导向作用<sup>③</sup>。某些违反诉讼规律的指标,不仅有碍检察机关正确履行职责,甚至可能导致检察行为的异化,如实践中普遍存在“侦查、起诉、办案上的积极数字越多越好,撤案、不起诉等消极数字越少越好,否则很难评奖评优”<sup>④</sup>的潜规则。合理的考核指标设定,具有管理和引导作用、激励和反馈作用<sup>⑤</sup>,有助于引导办案机关和人员合理分配办案资源。譬如,2019年7月至2020年1月,最高检在全国检察机关开展保障律师执业权利专项监督

①徐汉明、张乐《检察机关法律监督属性的再诠释》,《法治研究》2018年第6期,第149页。

②《律师执业权利受侵犯?汕头检察这份文件说,有它在不用担心!》,汕头市人民检察院官网,2021年2月22日发布,2022年9月1日访问, <https://www.stjcy.gov.cn/index.php/home/view?id=9191>。

③林喜芬、周晨《论检察绩效考核的制度语境与转型逻辑》,《北京理工大学学报(社会科学版)》2021年第2期,第161页。

④龙宗智《理性对待检察改革》,《人民检察》2012年第5期,第21页。

⑤暨中党、冯智锋《绩效考核在检察机关人力资源管理中的作用》,《人民检察》2009年第20期,第23页。

活动,其间实行月度通报制度,以致该期全国检察机关办理律师控告申诉案件数量均有显著提升。由此,将检察机关主动发现律师权利受阻并依法救济作为常规绩效考核指标,或许是增强其监督能动性的可行途径。另一方面,数字检察建设可以助力控告检察部门履行主动监督职责。数字检察是检察监督范式的转型与重塑,以“数字赋能监督,监督促进治理”为目标指向。其基本特征包括三个方面:第一,从理念思维看,表现为从传统的相对被动、消极的监督观,转向更积极、能动的法律监督观;第二,从规模样态看,从个案监督转化为类案监督,从海量数据中筛选出批量类案监督线索,并交办监督;第三,从实践效果看,具有“监督促进治理”的整治效能,针对类案问题提出对应的检察建议,促进社会治理<sup>①</sup>。利用数字技术强化主动监督和类案监督,已有相关实践经验。如湖北省检察院通过“涉众型金融风险防范法律监督平台”开展涉金融犯罪类案监督,依托海量检察业务数据、政务数据以及互联网数据,使用多个“端到端”的深度学习模型,对全省企业进行排查后,筛选出1994条涉及非法吸收公众存款、集资诈骗等金融违法犯罪线索,依靠经验丰富的检察官对线索进行反向剖析,梳理出日常逻辑可把握的条目,开展类案检察监督<sup>②</sup>。前述浙江省龙游县检察机关利用数字技术主动发现阻碍律师行使执业权利的类案,更是为各地各级检察机关主动监督提供了极佳的实践范例。

最后,重大事项案件化办理是检察机关办案的趋势,因而诉讼监督采行案件化办理模式是合理合法的。不过,对于辩护律师行使诉讼权利而言,有时迟到的正义与缺席无异。进入新时代,人民群众不仅希望权益得到维护,更希望司法公正更好更快地实现;不仅希望正义不缺席,更希望正义不迟到<sup>③</sup>。鉴于办事模式与办案模式的优缺点互补,因而有必要在以办案模式为基本遵循的前提下适当吸收检察监督办事模式的合理因素。对此,最高检发布的《最高人民法院关于依法保障律师执业权利的规定》第十一条其实已经有所体现。该规定应当作以下理解:其一,人民检察院各个办案部门均有监督权,因而可以在各种(涉及律师参与)案件办理过程中对阻碍律师行使权利的行为提出纠正意见;其二,检察机关有义务主动对以上行为提出检察监督意见;其三,对不同办案部门如何提出纠正意见并未规定,笔者以为对于检察机关办理诉讼案件过程中发现的一般违法或不当行为,往往事实清楚、情节较轻,无需专门进行调查核实,故可以径行采用办事模式提出纠正意见,当然,为了避免权力寻租和恣意性,仍有必要以检察机关的名义采用书面方式作出,如此既可保证权利救济的及时性,又可对监督科以一定制约。

### (三)创新监督手段,以增强监督刚性

尽管检察监督的范围和事项近年来不断得到拓展,但其监督手段并未更新,反而由于职务犯罪侦查权这一“撒手锏”被调整划归监察机关后进一步失去刚性。为充分保障律师执业权利,一方面应当引入程序性制裁,另一方面还要敢于运用原有的实体性制裁措施。

“程序性制裁”是指警察、检察官、法官违反法律程序所要承受的一种程序性法律后果,其通过宣告无效的方式来追究程序违法者的法律责任,并撤销其所产生的直接法律后果<sup>④</sup>。由此可知,程序性制裁首先应宣告违反法律程序的行为无效,其次要撤销因违法行为产生的直接后果。例如,《刑事诉讼法》规定侦查终结时应当听取辩护律师意见并记录在案,若侦查机关移送审查起诉时拒绝听取律师意见或未将其记录在案,则属于规范性文件列举的阻碍、侵犯律师执业权利行使的行为,程序性制裁的后果应为宣告侦查机关拒绝听取律师意见的行为无效,且撤销其移送审查起诉的行为。

作为公权力与私权利较量最为激烈的刑事诉讼程序,权力是否正当合法行使,权利是否充分有效保障,是检察机关诉讼监督的正当性之所在<sup>⑤</sup>。程序性制裁有助于提升监督刚性是毋庸置疑的,问题在于是否可以赋予检察机关针对阻碍律师依法行使执业权利的行为作出程序性制裁的权力。在确立了司法审查制的国

<sup>①</sup> 张晓东《数字检察赋能监督促进治理》,《检察日报》2022年7月21日,第3版。

<sup>②</sup> 蒋洲、马江《以大数据赋能类案监督 把诉源治理做深做实》,最高人民法院官网,2022年4月23日发布,2022年8月24日访问,https://www.spp.gov.cn/spp/llyj/202204/t20220423\_554962.shtml。

<sup>③</sup> 邱春艳《张军:深化运用“案一件比”把以人民为中心落到办案中》,最高人民法院官网,2022年4月23日发布,2022年8月24日访问,https://www.spp.gov.cn/spp/llyj/202204/t20220423\_554962.shtml。

<sup>④</sup> 陈瑞华《程序性制裁制度的法理学分析》,《中国法学》2005年第6期,第151页。

<sup>⑤</sup> 林钰雄《检察官论》,法律出版社2008年版,第9页。

家,基本都是由法官对程序违法行为作出制裁。基于我国的国情和政治、司法体制,我国法官只能在审判环节对非法证据进行排除或将违反程序的一审判决撤销后发回重审,审前阶段和执行阶段的司法审查职能均由检察机关承担。《刑事诉讼法》第五十六条第二款规定:“在侦查、审查起诉、审判时发现有应当排除的证据的,应当依法予以排除,不得作为起诉意见、起诉决定和判决的依据。”第五十七条规定:“人民检察院接到报案、控告、举报或者发现侦查人员以非法方法收集证据的,应当进行调查核实。对于确有以非法方法收集证据情形的,应当提出纠正意见;构成犯罪的,依法追究刑事责任。”以上两个条文构成一个完整的法律规范,即赋予检察机关针对非法取证行为的程序性制裁的权力。而阻碍律师行使执业权利的行为,同样由检察机关受理并审查,却并无程序性制裁后果。这与检察监督救济的类司法审查性有所抵牾,属于立法漏洞。从反面看,若发现侦查人员侵犯被追诉人的权利,仅在查证属实后通知纠正,而不发生任何程序性后果,侦查人员却可能从成功破案中获得好处,那么违法行为再次发生就在所难免<sup>①</sup>。进一步说,若仅仅纠正违法行为,则反而使违法取得的证据拥有了证据能力,不能在后续阶段适用非法证据排除规则予以排除,将极大损害被追诉人的权利。故此,有必要赋予检察机关对阻碍律师行权的公安司法人员科以程序性制裁的权力。

实体性制裁是程序性制裁的对称,指的是针对违反法定程序的警察、检察官、法官,通过追究其刑事责任、民事责任和行政责任的方式予以制裁的一种惩罚方式<sup>②</sup>。尽管程序性制裁是程序法上特有的制裁方式,但实体性制裁对于惩罚违法、不当行使职权的公安司法人员并预防再次发生相关行为仍具有重要作用。不过,由于检察权与行政权、审判权存在重要区别,即“诉讼监督手段具有内容上的程序性,刑事诉讼监督方式是一种程序上的诉讼请求权而非实体处分权”<sup>③</sup>,检察机关除对检察人员可以直接依据内部规定进行制裁之外,一般不可对监督对象(警察或法官)直接进行处理,而只能请求或建议有关机关对其进行纪律处分或移送犯罪线索<sup>④</sup>,这两种是检察监督特有的实体性制裁措施<sup>⑤</sup>。之所以如此,根本原因在于检察机关的诉讼监督建立于公、检、法“分工负责、相互配合、相互制约”的基础上,属于一种同级机关之间的平行性监督,而非上级机关对下级机关的管理性监督,因而诉讼监督不能对相关事项作出实体性处分,否则就会改变刑事诉讼的权力结构,使检察权成为凌驾于其他司法权力之上的权力<sup>⑥</sup>。

由于公安机关和法院已建立违法责任追究制度,因此检察机关在履行监督职责时不仅可以制发纠正违法通知书,还可以同时发出个案检察建议,即建议公安机关或法院依据《公安机关人民警察执法过错责任追究规定》、《人民法院工作人员处分条例》等规范性文件对侵犯、阻碍律师执业权利行使的警察或法官进行处理、处分。这种个案检察建议本质上属于建议,刚性虽不如程序性制裁和一般的实体性制裁,但因附有对相关人员的处理建议,监督效力要强于纠正违法通知。也正因如此,其在现实司法语境下的运用阻力较大,毕竟特定区域范围内的司法人员组成较为稳定,容易形成熟人或半熟人社会而导致“情先于法”,对此很难通过加强监督手段刚性予以克服,而只能不断深化检察人员敢于监督的思想认识,同时配套合理的制度设计。譬如可以增加如下规定:检察长决定发送纠正违法通知书或检察建议时,应当向检察办案人员询问相关案件中是否存在公安司法机关人员违法违纪或应当追究责任的情形,若有,则应当一并制发个案检察建议。如此,即可巧妙地借助检察一体的制度构造,屏蔽某些与办案无关的因素干扰,从而打消办案人员的顾虑,促使其积极运用该监督手段。

[责任编辑:苏雪梅]

①张春明、杨飞《论检察机关的司法救济模式》,《天津法学》2015年第2期,第67页。

②曹建明、何勤华《大辞海·法学卷》,上海辞书出版社2003年版,第447页。

③龙宗智《检察制度教程》,法律出版社2002年版,第89页。

④如《工作办法》第二十四条规定,构成犯罪时向有关部门(如纪委监委)移送犯罪线索。这是控告申诉案件中最为刚性的监督手段。

⑤杨小宁《试论对刑讯逼供的检察监督机制》,《中国刑事法杂志》2012年第4期,第86页。

⑥吴宏耀、苗生明等《大家谈:新时代检察基础理论的重点问题》,《国家检察官学院学报》2021年第1期,第79页。