

论澳门检察机关的司法机关地位及其自由裁量权

——以“诉讼程序暂时中止”制度改革为例

李 哲

(澳门大学法学院, 中国 澳门)

[摘要] 澳门的检察机关具有独立的司法机关的地位,与法官共同行使司法职权,检察官的任职资格与法官相同,具有较大的独立性和职权行使保障。但是,检察官的自由裁量权受到严格限制,不享有诉讼程序暂时中止(附条件不起诉)的决定权,只享有向预审法官建议的权利。应当审慎考虑检察机关强大的司法机关定位与严格受限的自由裁量权之间的矛盾,通过对诉讼程序暂时中止制度改革的探讨,探寻强化澳门检察机关自由裁量权的可能路径,以相称于其司法机关的地位。

[关键词] 澳门检察机关;司法机关;自由裁量权;附条件不起诉

[中图分类号] D916.3 **文献标识码:** A **文章编号:** 1001-8182(2012)04-0068-07

根据《澳门特别行政区基本法》及澳门特别行政区的法律,澳门的检察机关具有独立的司法机关的地位,与法官共同行使司法职权,检察官的任职资格与法官相同,有较大的独立性和职权行使保障。但是,澳门检察机关在刑事诉讼程序中却几乎没有自由裁量权,对于法律明文规定可以免除刑罚的案件只有归档(不起诉)和诉讼程序暂时中止(附条件不起诉)的建议权,而无决定权。在司法实践中,此种程序“难以协调且罕有适用”。^①在澳门特别行政区检察院 2000-2010 年度的统计资料中,澳门回归后的十年间“免除刑罚的归档”的案例为零,“诉讼程序暂时中止”的案例也只剩一件^②。在世界各国基于诉讼经济及恢复性司法的考虑而纷纷立法扩大检察官自由裁量权的大趋势下,澳门的这种立法司法现状不得不引人深思。本文拟在研究澳门检察机关强大的司法机关地位与其所享有的受到严格限制的自由裁量权之间的矛盾和冲突的基础上,以澳门

“诉讼程序暂时中止”(附条件不起诉)制度为例,探讨通过刑事诉讼相关制度的改革,赋予澳门检察官自由裁量权的可能路径。

一、澳门检察机关的司法机关地位

在澳门回归之前,只有法院具有司法机关的地位,检察机关不是司法机关。尽管 1991 年颁布的《澳门司法组织纲要法》建立了澳门检察官公署,但该公署在一定程度上仍被视为葡萄牙检察官公署在澳门的延伸。澳门检察院的最高领导(澳门特别行政区检察长)称“共和国助理总检察长”,必须由在葡萄牙具有相应级别的检察官担任,其他的检察官也大多由属于葡萄牙检察官编制的司法官担任。这种有缺陷的司法建制,不但落后于澳门社会的发展,也是回归之前面对治安欠佳而束手无策的原因之一。^③澳门回归后,检察机关的地位有了明显的变化,“在澳门特区的司法体制中,检察院是与法院对等的司法机关,均代表社会和公共利益,秉承客观

收稿日期:2012-04-10

作者简介:李 哲,澳门大学法学院助理教授,法学博士。

① <http://www.mp.gov.mo/statistics/stat2010/stat2010j.pdf>,最后访问于 2012 年 4 月 30 日。

② 何超明著:《成人教育与法律改革—兼论澳门特别行政区司法架构的新变化》,发表于 2000 年 7 月 21 日第二届成人教育及社会发展研讨会,来源于 <http://www.mp.gov.mo/int/2000-07-21m.htm>,最后访问于 2012 年 4 月 30 日。

公正的原则,行使一项公共权力——司法权。”^[2]澳门检察机关的司法机关定位已在澳门社会形成共识。^①概括而言,澳门检察机关的司法机关地位具有以下特点。

其一,澳门检察机关的司法机关地位由法律明文规定。与法德等大陆法系国家不同,澳门检察机关的司法机关地位由法律明文规定。《基本法》第四章“政治体制”第四节“司法机关”明确规定,澳门特区法院行使审判权,澳门特区检察院行使检察职能。《基本法》第90条规定,“澳门特别行政区检察院独立行使法律赋予的检察职能,不受任何干涉”,第9/1999号法律《司法组织纲要法》第55条第1款的规定,“检察院为唯一行使法律赋予的检察职能的司法机关;相对于其他权力机关,检察院是自治的,独立行使其职责及权限,不受任何干涉”。可见,根据澳门法律的明确规定,检察机关的定性为司法机关。

其二,澳门检察机关与澳门法院共同履行司法职责,共同承担着发现事实真相的司法任务。澳门刑事诉讼法第42条(检察院在诉讼程序中之地位及职责)第1款规定,“检察院在刑事诉讼程序中有权协助法官发现事实真相及体现法律,且在诉讼程序上之一切参与须遵守严格之客观准则。”根据澳门特别行政区检察院的官方网站,在澳门检察院的性质及地位方面,“检察院是一个与法院对等而又和谐地共同履行司法职责的独立机关^②”。“从机关的运作来看,检察院成为一个与法院对等而又和谐地共同履行司法职责的独立机关,不同级别的检察官按照诉讼法律的规定参与各类的司法诉讼案件,促进法院依法审判。与此同时,检察院有责任协助法院发现事实真相,寻找平衡各方利益的方案。”^[3]⁵²在《澳门刑事诉讼法教程》一书中,资深的葡萄牙学者Manuel Leal-Henriques指出,检察院与法官共同分担严格客观地参与的义务。从程序开始至结束,检察院的角色并非当事人,而是一个实体,其唯一关心的是发现事实真相及体现法律。该两实体均有着或应有着同一目的,达致实质真相,以全面实现公正。^[4]⁶⁴虽然检察官具有客观公正义

务已经成为当今世界的共识,但是检察机关与法院共同履行司法职责的提法却颇具澳门特色,与一般大陆法系国家有所差异。

其三,检察官与法官的“同构型”及“可互换性”。在检察官制度方面,澳门采纳了检察官与法官“同质”(同属执行司法领域内重要功能的法官职程),但不“同职”的体制。^[5]⁴¹根据澳门第9/1999号法律《司法组织纲要法》及第10/1999号法律《法官通则》,检察官与法官的任职资格完全相同,在任职待遇,身份特权,纪律程序方面也适用同样的规定。甚至,澳门的检察官具有与法官类似的身分保障机制。第10/1999号法律《法官通则》第10条第1款规定,“除非在法律规定的情况下,否则不得将检察院法官停职,命令其退休,将之免职、撤职,或以任何方式使其离职”。而且,澳门的法官与检察官还可以互换职位。例如,最近检察院原助理检察长宋敏莉女士被任命出任终审法院的法官^③。

其四,检察一体结构下检察官具有较高的独立性。澳门特别行政区的检察院作为司法机关,仍然奉行检察一体原则,强调检察权行使过程中的上命下从。但是,检察官仍然有较高的独立性。根据第10/1999号法律《法官通则》第8条的规定,上级检察官对下级检察官有指挥监督的指令权,下级则有服从义务,但在双方意见不一致时,只要在不违反合法性准则及客观准则的前提下,下级仍有权按照自己的认识判断,对案件作出决定。可见,检察官虽然应当受上级检察官的约束,但并非绝对服从,只要不违反法律及其客观义务,有权拒绝上级检察官的指令。而且,根据《刑事诉讼法典》第259条第4款及第260条的规定,检察官就案件做出的归档批示(即不提出控诉)依法接受上级的监督。但是对于检察官作出的控诉批示,上级检察官却无权撤销。自2000年以来一直担任澳门检察院助理检察长的王伟华博士指出,虽然检察长和助理检察长可以向下级检察官发出工作指示,其数目非常有限及发出工作指示的准则是非常严格的。^[3]⁸⁹

此外,澳门检察院还具有独立的司法行政管

① 关于澳门检察机关的司法机关定位的观点参见何超明主编:《司法体制改革实践——澳门检察制度的改革与发展》,澳门特别行政区检察院检察长办公室出版;刘高龙,赵国强主编:《澳门法律新论》,社会科学文献出版社2011年版;王伟华:《澳门检察制度》,中国民主法制出版社2009年版。

② 澳门特别行政区检察院官方网站 <http://www.mp.gov.mo/intro/bookindex2.htm>,最后访问于2012年4月30日。

③ 2011年12月30日澳门特别行政区第114/2011号行政命令。

理体系。根据《司法组织纲要法》及相关行政法规,澳门检察院设立了检察长办公室,负责刑事法律赋予的财政、财产及人员的独立管理权,通过行使在人员任用、管理、财政等领域的权限,确保了检察院独立地履行司法检察职能。^[6]

二、司法机关定位下澳门检察官严格受限的自由裁量权

1990年联合国通过的《联合国关于检察官作用的准则》第18条规定,“根据国家法律,检察官应在充分尊重嫌疑者和受害者的人权的基础上适当考虑免于起诉、有条件或无条件地中止诉讼程序,或使某些刑事案件从正规的司法系统转由其他办法处理。”该条规定为检察官的自由裁量权提供了国际性的法律依据,明确“检察官……适当考虑……有条件中止诉讼程序……”从上述对澳门检察机关独特的司法机关定位的分析来看,既然澳门法律赋予澳门检察机关独立的司法机关的地位,认为其与法官共同行使司法职能,并且检察官任职的高要求(与法官“同质”),实行与法官几乎相同的任职终身制,以及检察官在检察一体的体制下仍然享有较高的独立性,似乎顺理成章地得出澳门检察官享有较高的自由裁量权的结论。但实际恰恰相反。在澳门,检察官的自由裁量权受到严格限制,可以说根据澳门目前的法律规定和司法实践,检察官的自由裁量权少之又少,并未如其他国家一样在刑事诉讼中大量运用。

谈到检察官的自由裁量权,必令人想起“起诉法定主义”与“起诉便宜主义”。起诉法定主义是指,专门行使公诉权的检察机关依法负有追诉犯罪的义务,只要认为犯罪事实已经查清,证据确实充分,依法应当追究刑事责任,就应当提起刑事诉讼。而起诉便宜主义是指,基于诉讼政策及诉讼经济等的考虑,对于已经具备刑事追诉要件的案件予以裁量,决定不起诉或暂缓起诉。从各主要发达国家的立法司法来看,已鲜有严格奉行起诉法定主义的国家,各国基本采纳的是起诉

法定主义为主,兼采起诉便宜主义的做法。^[7]考察澳门的情况,似乎差异甚巨。根据《澳门刑事诉讼法教程》,在有关检察权行使的原则方面,有“合法性原则”及“酌情机会原则”。^{[4]22}“合法性原则”是指,“具权限的公权力机关(检察院)有义务针对实施符合构成犯罪实质要件及程序要件的行为人展开刑事程序”,即起诉法定主义。而所谓“酌情机会原则”,是指“检察院放弃促进诉讼程序,又或者,即是促进程序的进行,其亦放弃将程序交予审判,且不做出具体的起诉书”,即起诉便宜主义。然而,“酌情机会原则”(起诉便宜主义)并没有获得澳门法律体系的采纳,而只是带来了某种程度的影响。^{[4]23}

从澳门《刑事诉讼法典》的规定来看,立法明确确立了起诉法定主义。根据澳门《刑事诉讼法典》第37条的规定,检察院具有促进刑事诉讼程序之正当性。《刑事诉讼法典》第265条第1款规定,如侦查期间收集到充分迹象,显示有犯罪发生及何人为犯罪行为人,则检察院须对该人提出控诉。而关于起诉便宜主义,澳门法律翻译办公室法律专家高嘉陵指出,“在一个建立于罪过原则及具恢复法律社群中被犯罪行为所扰乱之安宁及嫌犯重返社会之目的之上的刑法体系内,刑法是社会作出的最后解决方法,必须设立若干能行使实际的自由裁量权之范围,以适当处理一些罪过较轻微、轻微违法或对社会构成轻微损害之案件。在这个指导原则下制定了免除刑罚的归档^①及暂时中止诉讼程序^②的规定。”^[8]大致来说,“免除刑罚的归档”类似于中国内地刑事诉讼中的“酌定不起诉”制度,而“诉讼程序暂时中止”则类似于中国内地的“附条件不起诉”制度。从其没有正式进入审判程序的特点来看,似乎体现了检察官的自由裁量权。但从其制度设计而言,检察官仅仅具有建议权,并没有决定权,上述两个决定的决定权主体为预审法官。因此,根据目前澳门刑事诉讼法典的规定,检察官并没有自由裁量权,只能说其职权行使具有某些自由裁量的因素

① 澳门《刑事诉讼法典》第262条第1款规定,如属针对刑法明文规定属可免除刑罚之犯罪之诉讼程序,而检察院认为免除刑罚之各前提均成立者,则检察院经听取辅助人意见,以及听取曾在提出检举时声明欲成为辅助人且具有正当性成为辅助人之检举人意见后,得向预审法官建议将有关卷宗归档。

② 澳门《刑事诉讼法典》第263条第1款规定,如有关犯罪可处以最高限度不超逾三年之徒刑,即使可并科罚金,又或有关犯罪仅可科罚金,且下列各前提均成立者,则检察院得向预审法官建议,透过对嫌犯施加强制命令及行为规则,暂时中止诉讼程序:a)经嫌犯、辅助人、曾在提出检举时声明欲成为辅助人且具有正当性成为辅助人之检举人及未成为辅助人之被害人同意;b)嫌犯无前科;c)不能科处收容保安处分;d)罪过属轻微;及e)可预见遵守强制命令及行为规则系足以响应有关案件中所需之预防犯罪要求。

而已。

通过上文的论述,可以得出一个非常明显的结论,澳门检察官具有的受到严格限制的自由裁量权与其司法机关的地位显然是不相称的,这一点在澳门亦早有论述。澳门特别行政区检察长何超明博士在谈到检察机关的改革时指出,从检察权作为司法权这一点来说,本身就包含了评价与处分的内涵。赋予检察官自由裁量权,既避免了检察官滥用起诉权,又贯彻了刑罚的教育功能及罪刑相适应的原则。在实行有限度的起诉便宜主义的问题上,可以适当改革现行免除刑罚不起诉和暂时中止诉讼程序不起诉的程序,真正发挥这一制度的作用。^[9]澳门特别行政区陈达夫助理检察长亦指出,由于澳门检察官是独立和公正的司法官,虽然负责侦查工作,但按照通说,检察官亦非诉讼中真正的一方。因此赋予检察官酌情权而引起的弊端似乎极微。^[10]这些论述,可以说体现了澳门检察机关和检察官对检察官自由裁量权的态度。但是,时至今日,澳门的检察机关日渐壮大,在自由裁量权的问题上却没有任何变化。赋予澳门检察官自由裁量的权利,除了原则性规定外,更重要的是修改现行的刑事诉讼制度,使其成为检察官自由裁量权的有效载体,才能在澳门真正确立于检察机关的司法机关地位相匹配的检察官的自由裁量权。因此,有必要探讨如何通过刑事诉讼制度的改革,赋予检察官裁量权,并建立相应的检察官行使裁量权的制约机制,以促进澳门检察官自由裁量权制度的真正建立,符合其司法机关的法律定位。下文将以澳门的“诉讼程序暂时中止”制度为例进行探讨。

三、澳门“诉讼程序暂时中止”制度的立法司法现状

诉讼程序的暂时中止制度,即附条件不起诉制度^①,是指检察官对于某些符合起诉条件的案件,基于嫌犯的自身状况、犯罪行为的严重程度、公共利益等因素的考虑,通过设定一定的考验期,并对嫌犯施加强制命令及行为规则,对嫌犯暂时不提起公诉。待考验期满后,再根据具体情况,对其作出起诉或不起诉决定的一种制度。从诉权方面来看,这是检察官的待诉权,是一种暂

时中止起诉的自由裁量权。

根据澳门《刑事诉讼法典》第263条,对于可处以最高限度不超逾三年之徒刑的犯罪,即使可并科罚金,又或有关犯罪仅可科罚金,且在具备下列各项前提下,检察院可以向预审法官建议,通过对嫌犯施加强制命令及行为规则,暂时中止诉讼程序:(一)经嫌犯、辅助人、曾在提出检举时声明欲成为辅助人且具有正当性成为辅助人之检举人及未成为辅助人之被害人同意;(二)嫌犯无前科;(三)不能科处收容保安处分;(四)罪过属轻微;(五)可预见遵守强制命令及行为规则足以响应有关案件中所需之预防犯罪要求。

同时,可对嫌犯施加下列强制命令及行为规则:(一)对受害人作出损害赔偿;(二)给予受害人适当之精神上满足;(三)捐款予社会互助机构或本地区,或作同等价值之特定给付;(四)不得从事某些职业;(五)不得常至某些场合或地方;(六)不得与某些人为伍,或收留或接待某些人;(七)不得持有能便利实施犯罪之对象;(八)按有关案件特别要求之其他行为。但在任何情况下,不得要求嫌犯履行不合理之义务。而为了监察及跟进强制命令及行为规则之遵守,预审法官及检察院得要求社会重返部门提供协助。

诉讼程序之暂时中止的期限最长为2年,检察院可以根据案件情况确定具体的中止期限(即考验期)。考验期内,若嫌犯能遵守强制命令及行为规则,则检察院将有关卷宗归档,且不得重开诉讼程序。如嫌犯不遵守强制命令及行为规则,则诉讼程序继续进行,且嫌犯不得请求返还已作之给付。但当中给予受害人作为损害赔偿之金额,须在终局判决所给予之损害赔偿金额中扣除。

从上述可知,诉讼程序之暂时中止在适用方面需要满足两方面的条件:(一)罪刑上的要求:适用于可能判处三年以下徒刑、并处或单处罚金的情形,罪过轻微,而且需要同时具备第263条第一款所规定的各项前提;(二)检察院在向预审法官建议前,须经过嫌犯、辅助人、曾在提出检举时声明欲成为辅助人且具有正当性成为辅助人的检举人以及未成为辅助人的被害人的同意。

^① 各国对类似制度有不同的名称。例如,葡萄牙《刑事诉讼法典》第281及282条的诉讼程序之暂时中止制度;德国《刑事诉讼法》第153-a条规定的对轻罪暂时不提起公诉的“缓起诉”制度;日本《刑事诉讼法典》第248条规定的“缓期起诉”或“起诉犹豫”制度;美国于1982年通过《审前服务法案》正式确立的审前分流程序;中国内地《刑事诉讼法》第271-273条确立的附条件不起诉制度等。

参阅检察院 2000 年至 2010 年的工作年度报告,在澳门适用诉讼程序之暂时中止制度的情况极为罕见^①。对于公诉案件,凡是符合起诉条件,检察官一般都会提交至法院并依普通程序进行审理。

四、基于检察官自由裁量权的“诉讼程序暂时中止”制度重构

澳门《刑事诉讼法典》中明文规定的“诉讼程序暂时中止制度”在澳门在十年来只适用过一次,因此这一制度是需要进行考察和反思的。因此,下文将会对世界各国有关“诉讼程序暂时中止”类似制度的适用情况进行考察,并探寻澳门“诉讼程序暂时中止”制度扩大适用的可能性及其改革的具体方案。

(一)“诉讼程序暂时中止”类似制度在各国的适用

考察各主要国家的司法实践,诉讼程序暂时中止的类似制度,如暂缓起诉,起诉犹豫,附条件不起诉,审前程序分流等,都在其司法实践中发挥了重要作用。

在葡萄牙,从司法判决中可见诉讼程序暂时中止制度获得一定的应用,并作为葡萄牙司法系统有效和快捷的重要解决方法。当中,参考波尔图中级法院的案例可知,自 1997 年 4 月 9 日起至 2011 年 12 月 20 日,一共有 29 宗案件涉及缓起诉;而参考科英布拉中级法院可知,自 2000 年 3 月 5 日至 2011 年 2 月 9 日共有 4 宗案件涉及缓起诉,其中多为涉及触犯关于驾驶车辆的罪名和财产性的犯罪而被予以缓起诉处分^②。

在德国,1974 年立法明确规定后,缓起诉制度在德国已经迅速成为解决轻微刑事案件的有效工具。根据有关资料统计,1981 至 1997 年间提起公诉案件的比率较低,最高的起诉率为 19%,最低时仅为 12.3%,绝大多数的案件都由检察机

关通过其他方式处理,包括不起诉、撤销案件等。而在不起诉的处理中,根据上述第 153 条 a 款作出的不起诉决定占总数的 5.6%至 6.2%,占有一定的比重。^{[11]272}

在日本,起诉犹豫制度在司法实务中被广泛应用。据日本学者的研究,日本在第二次世界大战后相当长的一段时间内对犯罪分子适用缓起诉处分的达到 30%~60%。^{[12]3}另外,根据 1994 年的统计数字,警方移送检察院审查起诉的案件中有 36%的案件未被起诉,而这 36%的案件中,94%是以缓起诉制度的处理方式结案。^{[12]69}

在美国,适用审前分流程度的案件通常是未成年人犯罪、吸食毒品类的犯罪以及营利性的公司法人犯罪^③。目前,美国有 37 个州存在推迟起诉制度,当中有 7 个州通过立法明确规定在全州范围内实行。^{[13]102}

(二)澳门“诉讼程序暂时中止制度”罕有适用的原因分析

相比之下,澳门的检察机关作为独立的司法机关,检察官拥有较大的独立性,但仍然极少适用诉讼程序之暂时中止制度,是否因为澳门地域狭小,鲜有适合采用诉讼程序暂时中止制度的案件呢?

根据检察院 2010/2011 司法年度刑事案件数量较大的起诉罪名中可知(见表 1),大多数案件也是涉及交通事故引起的犯罪或财产性的犯罪。对于这类案件,参照葡萄牙的判例中可知,是存有适用缓起诉制度的空间。尤其是对于轻罪案件,透过适用诉讼程序的暂时中止制度保障了刑罚谦抑性的实现,也确切落实刑罚的个别化。同时,避免了短期自由刑的弊端,符合特殊预防的观念。所以,似乎不能将澳门罕有适用诉讼程序暂时中止的现状归结为案件的原因,而是另有原因。笔者认为,其主要还是制度设计本身的问题。

① 在检察院 2000 年至 2010 年的工作年度报告中,仅于 2010 年时曾有一件诉讼程序暂时中止的案件。

② 1. Tribunal da Relação de Coimbra; 关于无牌驾驶的案件:

<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/0dc98c39538ba1388025750700534b4e?OpenDocument>;

<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/abcd4c58d6c88eb80257848003e2bef?OpenDocument>.

2. Tribunal da Relação do Porto; 关于醉酒驾驶的案件,如 http://www.trp.pt/incidentescrime/crime_596/08.9gnprpt.p1.html;

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/01c4da818f6f6dff8025799d00333f10?OpenDocument>.

关于盗窃的案件:

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/9cb71fb5108d4106802576790041171f?OpenDocument>.

关于伪造签名的案件:

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/66d6f89fde31c4d38025738d005685dd?OpenDocument>.

③ 1990 年代以后,美国推迟起诉制度的适用范围亦已扩展到营利性法人组织的犯罪。

表 1 检察院 2010/2011 司法年度
刑事案件数量较大的起诉罪名

盗窃、抢劫、毁损财产	456	交通事故引起的犯罪	221
非法移民及相关罪行	955	各种诈骗、勒索等	173
伤害身体完整	527	伪造文件、货币或证券等	101
毒品犯罪	245	妨害公共当局罪	111

数据来源：<http://www.macaodaily.com>

考察各国关于诉讼程序暂时中止类似制度的程序设计,大致有两种思路。一种是简化决定程序,但与此同时建立非常完善的救济机制。例如日本,检察官在征得其上级同意后即可决定起诉犹豫,无需法官的批准,也无需被害人同意。但在事后,就会建立比较完善的救济机制,如准起诉^①和检查审查会^②的制度。第二种是决定程序要求很高,但没有救济程序。葡萄牙和澳门的设计就是非常典型的第二种思路的代表。澳门“诉讼程序暂时中止”在程序的设置上非常复杂。依据澳门《刑事诉讼法典》第 263 条第 1 款的规定,检察官如欲适用诉讼程序之暂时中止,首先要征得“嫌犯、辅助人、曾在提出检举时声明欲成为辅助人且具有正当性成为辅助人之检举人及未成为辅助人之被害人(简单说来就是控辩双方)的同意”,然后才能向预审法官提出建议,由预审法官行使决定权。只有上述条件都满足,才可能导致诉讼程序之暂时中止,否则,案件只能按照一般程序处理。如此费时费力致使检察官一般直接选择提起控诉,导致该制度名存实亡。

(三)澳门诉讼程序暂时中止制度之重构

为解决诉讼程序暂时中止制度在司法实践中鲜有使用的问题,有必要完善相关的制度,尤其是赋予检察机关自由裁量权,简化诉讼程序,使之更具有可操作性,并完善相关的事后救济机制。

首先,最为重要的是,诉讼程序暂时中止的决定主体。综观世界各国关于附条件不起诉的决

定主体,大致分为三种情况,一是由检察官自行决定,如中国台湾;二是由检察官决定,但须征得上级检察官的批准,如日本,中国大陆;三是检察官决定,但事先须征得法官的同意,如德国,葡萄牙。葡萄牙《刑事诉讼法典》281 及 282 条规定了诉讼程序之暂时中止制度,检察院可以依职权或通过嫌犯和辅助人的申请,并获预审法官的同意,通过对嫌犯施加一定考验期的强制命令及行为规则,暂时中止诉讼程序。可见,澳门的诉讼程序暂时中止虽来源于葡萄牙,但是比葡萄牙的要求还要更高,可以说澳门的诉讼程序暂时中止是第四种情况,也是要求最高的一种,需要检察官建议并经预审法官批准。如前所述,从澳门检察机关所拥有的独立的司法机关的法律地位,以及目前澳门关于检察机关及检察官的各项规定来看,检察官作为拥有较大独立性的司法官,应当有能力独立决定是否提出控诉,包括决定是否进行诉讼程序的暂时中止。因此,在诉讼程序暂时中止的决定主体上,鉴于澳门检察官的具体情况,应当允许检察官自行决定暂时中止诉讼程序。

其次,“诉讼程序暂时中止”程序中被告人和被害人的地位及其权利。从诉讼程序暂时中止的制度内涵来看,这一程序的启动必须征得被告人的同意和配合,否则其后续的考察或者义务的履行都不可能实现。但是在是否要征得被害人同意的问题上,还是有不同的做法的。通常的做法是无需征得被害人的同意,原因在于是否提出追诉是检察机关的职权,德国、日本、美国、中国内地、中国台湾等都采此种做法。但是,由于事前未征得被害人的同意,在事后一般都会赋予被害人一定的程序救济权。澳门和葡萄牙的做法相类似,要征得被害人一方的同意。根据葡萄牙《刑事诉讼法典》第 281 条第 1 款 a 项,诉讼程序的暂时中止须征得辅助人的同意。这与澳门的规定还是有差别的,在澳门诉讼程序的暂时中止应“经嫌犯、辅助人、曾在提出检举时声明欲成为

① 准起诉制度,又称“司法审理”或“交付审判请求程序”。检察官坚持不起诉的,被害人可以申请法院审判,法院决定审判的,指定律师公诉。

② 为了防止检察官滥用起诉权,日本于 1848 年设置了检察审查会,其中一项重要职责便是对检察官起诉或不起诉的决定是否妥当进行审查。检察审查会可以根据控告人、检举人、请求人或被害人的申请,也可以经半数以上的成员同意依职权主动审查检察官所作出的不起诉决定,并为改善该起诉工作提出建议。审查会作出推翻起诉决定的决定,仅是作为参考,并不具强制性。不过审查会需要将此决定以书面形式连同具体理由送交至地区检察官办公室的检察长,检察长对该决定进行考虑后,可以由其认为是否应该启动诉讼程序。

辅助人^①且具有正当性成为辅助人之检举人及未成为辅助人之被害人的同意”。如果被害人申请成为辅助人,则二者具有一致性,如果被害人放弃申请成为辅助人,则根据葡国的法律规定在启动诉讼程序的暂时中止时就无需其同意,而根据澳门的法律规定则需取得未成为辅助人的被害人的同意。如果刑事案件的被害人向法官或者预审法官申请成为辅助人,则通常其都会积极参与刑事诉讼,维护自己的诉讼权益,在启动诉讼程序暂时中止时获得其同意也相对容易。如果被害人放弃成为辅助人,则笔者认为应当借鉴葡国的做法,无需征得未成为辅助人的被害人的同意,这样既符合辅助人制度设立的初衷,又大大减少了实务中因为被害人不便联系而不能适用诉讼程序暂时中止制度的麻烦。

最后,在适当简化诉讼程序的暂时终止的启动程序,取消预审法官的决定权,并缩小了需同意启动程序的当事人的范围后,应当考虑设立相应的救济程序。根据现行澳门《刑事诉讼法典》第263条第5款的规定,对于诉讼程序之暂时中止的批示,任何人既不可以提出异议,也不可以提起上诉,其原因在于已经经过诉讼双方的同意并且由预审法官决定,无需救济了。但是,这种复杂的程序却是也成为诉讼程序暂时中止制度适用的绊脚石,因此,在澳门检察机关已经足够强大,检察官具有过硬的司法素质和极高的独立性的前提下,简化决定程序,建立相应的事后救济机制,似乎更能促进诉讼程序暂时中止制度的适用。在救济程序的具体设置上,可以参考《刑事诉讼法典》第259条第1款检察院决定的归档的救济方法。在享有救济权的主体方面,在笔者建议的语境下,诉讼程序暂时中止的作出已经征得了被告人及辅助人的同意,因此不应允许其再对检察官作出的诉讼程序暂时中止的批示申请救济。如果被告人申请检察官作出诉讼程序暂时中止的批示,而检察官予以拒绝的话,是否还需要赋予被告人救济的途径呢?笔者认为,不必赋予其

特别的救济途径,因为被告人可以对检察官的控诉批示申请预审。因此,只应当允许在诉讼程序暂时中止批示作出时尚未成为辅助人,但有正当性成为辅助人之被害人对针对诉讼程序暂时中止的批示申请救济。大致分为以下几个途径:在检察官暂时中止诉讼程序的批示作出后的10日可以向作出批示检察官的直接上级提出异议,或者在检察官暂时中止诉讼程序的批示作出后的15日内申请预审。对检察官的直接上级作出的批示不服的,还可以在15日内申请预审。同时,在暂时中止诉讼程序的批示作出后的30日内,如未申请预审,作出批示检察官的直接上级有权自行决定提出控诉或继续调查。

参 考 文 献

- [1] 陈达夫. 检察制度之若干比较[J]. 澳门特别行政区检察院: 检察通讯(6).
- [2] 刘因之. 检察院与刑事简易诉讼制度[M]//澳门特别行政区立法会. 法律及公民权利系列研讨会——刑事诉讼法现状及未来发展. 澳门: 科英布拉出版社, 2009.
- [3] 王伟华. 澳门检察制度[M]. 北京: 中国民主法制出版社, 2009.
- [4] Manuel Leal-Henriques. 澳门刑事诉讼法教程: 上册[M]. 卢映霞, 梁凤明, 译. 澳门: 法律及司法培训中心, 2010.
- [5] 何超明. 司法体制改革实践——澳门检察制度的改革与发展[M]. 澳门: 澳门特别行政区检察院检察长办公室出版.
- [6] 何超明. 澳门检察制度的建立与检察机关职能的性质[J]. 人民检察, 2007(4).
- [7] 宋英辉. 国外裁量不起诉制度评介[J]. 人民检察, 2007(24).
- [8] 高嘉陵. 新刑事诉讼法典[J]. 澳门政府印刷署: 法域纵横(2), 1997.
- [9] 何超明. 检察权在刑事诉讼中的地位和价值取向[J]. 澳门检察(5)2004-12.
- [10] 陈达夫. 检察制度之若干比较[J]. 澳门特别行政区检察院: 检察通讯(6).
- [11] 陈光中, 汉斯·约格·阿尔布莱希特. 中德不起诉制度比较研究[M]. 北京: 中国检察出版社, 2002.
- [12] 张建伟. 刑事诉讼法通义[M]. 北京: 清华大学出版社, 2007.
- [13] 张小玲. 刑事诉讼中的“程序分流”[J]. 政法论坛, 2003(2).

(责任编辑: 韦家朝)

① 澳门《刑事诉讼法典》第57条规定,一、除特别法赋予权利成为辅助人之人外,下列之人在刑事诉讼程序中亦得成为辅助人:a)被害人,即具有法律藉着订定罪状特别拟保护之利益之人,只要其已满十六岁;b)非经其告诉或自诉不得进行刑事程序之人;c)如被害人死亡,而在死亡前未放弃告诉权,则未经法院裁判分居及分产之生存配偶、直系血亲卑亲属、被害人所收养之人,以及与被害人在类似配偶状况下共同生活之人得成为辅助人,或如无该等人,则直系血亲尊亲属、兄弟姊妹及其直系血亲卑亲属,以及收养被害人之人得成为辅助人,但以上之人曾共同参与有关犯罪者除外;d)如被害人无能力,则其法定代理人及按上项顺序所列之人得成为辅助人,但以上之人曾共同参与有关犯罪者除外;e)任何人,只要属刑事程序不取决于告诉及自诉之犯罪,且无人可依据以上各项之规定成为辅助人。二、只要辅助人在听证开始五日前向法官声请,则得在诉讼程序中任何时刻参与诉讼程序,但须接受诉讼程序在其参与时所处之状态。