

异地用检的宪法争议及反思

刘练军*

摘要 异地用检的宪法争议有二：一是上级检察院统一调用检察官行为是否合宪，二是被调用检察官是否需要经过调入地人大常委会任命。《检察院组织法》授予上级检察院统一调用职权，实乃检察院上下级之间领导关系的一种具体展开，其合宪性定然无疑。检察官在身份上具有国家性和地方性。前者表现为检察官的遴选和任免只能依据全国性法律，检察官必须坚持社会整体利益至上；后者是指各地检察官的遴选与任免属于地方事务，各地检察官可以且应当监督地方性法规的实施，以切实维护地方利益。人大及其常委会乃是检察官任免的唯一主体。“由上调下”的异地用检同样须经人大任免，因为领导关系代替不了产生方式。不宜将地方人大任免检察官的行为定性为宪法委托，它是一种旨在维护地方利益的职权行为。

关键词 异地用检 统一调用 检察官 地方人大 地方利益

引言

2023年9月，最高人民法院发布了《关于上级人民检察院统一调用辖区的检察人员办理案件若干问题的规定》（高检发办字〔2023〕133号，以下简称《统一调用规定》）。《统一调用规定》第7条明文要求“被调用检察人员以检察官身份代表办理案件的人民检察院履行出庭支持公诉等职责的，应当由办理案件的人民检察院检察长依法提请本级人民代表大会常务委员会按照法定程序任命为本院的检察员”。至此，有关异地用检是否需要调入地人大常委会任命的宪法争议，算是尘埃落定了。然而，《统一调用规定》第8条又规定了三种例外情形，其中

* 东南大学法学院教授。本文系最高人民法院课题“检察机关的宪法定位与具体职能比较研究”（项目编号：GJ2020BJA03）和国家社科基金重点项目“完善党和国家监督体系研究”（项目编号：21AZD088）的阶段性研究成果。

的一种是“上级人民检察院的检察官被调用至辖区的下级人民检察院的”。〔1〕这种“由上调下”情形与“由下调上”情形(即调用辖区的下级人民检察院检察人员到本院办理案件的)有本质上的区别吗?为什么后者需要走人大任命程序而前者却可以豁免呢?“由上调下”情形不履行检察官任免程序真的符合宪法规定吗?此等疑问值得宪法学者深思,需要从学理上予以检视和澄清,此其一。

其二,在《统一调用规定》出台前,针对一些辩护律师公开主张异地用检未经调入地人大任命程序是违宪的言论,曾有不少学者积极撰文回应。龙宗智认为,临时调用检察官完全可以视为上级检察机关领导权的一部分,它不属于作为权力机关的人大常委会任命事项范畴。〔2〕程雪阳的分析结论是,异地用检只需要得到任命该检察官的人大常委会同意,而无需由调入地人大常委会再次任命。〔3〕而张建伟指出:“应当培育司法官的非属地化意识,不以地方人民代表大会及其常委会任免制度为限,不将司法官视为地方官员。”〔4〕尽管这三位学者看待问题的视角不同,但他们的结论是一致的,即异地用检无需经调入地人大常委会任命。现如今《统一调用规定》反其道而行之,这就得从宪法学上展开论证,以在学理层面剖释三位学者否定论不可取的原因。

以上两点表明,《统一调用规定》的出台并没有彻底消解异地用检的宪法争议,有必要对之展开进一步的梳理和反思。在我国,检察官是具有宪法地位的特定职业,异地调用检察官涉及到多方主体的权力与权利,并不像通常所说的借调一个地方干部那么简单。异地用检是否需要经过调入地人大常委会的任命程序,决定于如何认识检察官,尤其取决于如何定位地方权力机关,实乃兹事体大。唯有经过系统反思,才能对异地用检的宪法争议保持清醒的认识,进一步提升有关地方人大地位的学理认知层次,维护地方国家权力机关应有的宪法地位。

一、统一调用检察官职权的合宪性反思

异地用检的宪法争议可以概括为两个问题:一是上级检察院统一调用检察官行为是否合宪,二是被调用检察官是否需要经过调入地人大常委会任命。对于前一个问题,一些辩护律师在质疑异地用检的合宪性时谈论得不多,他们的“火力”主要集中在后一个问题上。实际上,前一个问题更为基础。一旦前一个问题确定不合宪,后一个问题也就失去讨论的空间。也就是说,当上级检察院在宪法上没有统一调用检察官的权力,那它将辖区内任何检察院的检察官调用到其他检察院办案都是违宪的,此点毋庸置疑。职是之故,我们首先应当对上级检察院统一调用检察官的行为是否合宪展开反思。

〔1〕 另外两种情形分别是:上级人民检察院调用本院的分院、派出检察院的检察官至本院或者本院的其他分院、派出检察院的;依照法律规定不需要经人民代表大会常务委员会任免检察官的。

〔2〕 参见龙宗智:“论‘检察一体’与检察官统一调用制度之完善”,《中外法学》2022年第2期,第419页。

〔3〕 参见程雪阳:“异地异级调用检察官制度的合宪性分析”,《环球法律评论》2022年第6期,第80页。

〔4〕 张建伟:“异地异级调用检察官制度的法理分析”,《政治与法律》2021年第9期,第32页。

(一)从实践先行到立法规定

2018年全国人大常委会对《人民检察院组织法》(以下简称《检察院组织法》)进行了一次大修,首次规定上级检察院“可以统一调用辖区的检察人员办理案件”,即赋予上级检察院统一调用检察官的职权。实事求是地说,实践中上级检察院一直享有该项职权,新修订的《检察院组织法》明文授予上级检察院此等职权,只不过是立法机关对上级检察院该项职权的一次公开认可,它并非立法者在此次修法时为上级检察院新创置的一项职权。概括而言,上级检察院统一调用检察官职权经历了三个阶段的发展过程:实践中形成→最高检司法解释与规范性文件认可→检察院组织法规定。

统一调用检察官问世于检察机关侦查、公诉大案要案的实际工作需要。实践中上下级检察院之间形成了稳定的领导关系。追溯起来,这种领导关系实乃人民检察制度自诞生至今从未中断的一项光荣传统。早在1931年,中华苏维埃颁布的《工农检察部的组织条例》第3条就规定:“工农检察机关受各该级执行委员会及其主席团的指挥,同时受他上级工农检察机关的命令。”〔5〕上下级检察院之间是领导关系,就意味着上级检察院与下级检察院具有检察工作上的“一体性”,所以,上级检察院统一调用检察官来侦查、公诉一些大案要案,自然成为一种带有普遍性的检察工作实践。例如,1993年中国人民建设银行河南巩义市支行原行长王永平受贿案,就是经“省、市、县三级检察官联手,一举揭开了王永平疯狂追逐金钱的真面目”。〔6〕没有河南省检察院和巩义市检察院的统一调用行为,就不可能有省市县三级检察官的联手办案。

类似这种上级检察院统一调用检察官办案的情况可谓司空见惯。如在2001年由最高检公诉厅主持评选的“中国十大公诉案件”中,大多数都是以上级检察院统一调用检察官的模式来办理的,如1998年广州市检察院承办的“张子强等36人绑架、抢劫、私藏弹药案”、2000年南昌市检察院承办的“胡长清受贿案”等。在张子强案的侦查、公诉过程中,最高检先后派了公诉厅副厅长、处长到广州市检察院指导办案,广东省检察院检察长、副检察长亦多次莅临一线出谋划策。“上级领导对该案的管辖问题、证据取舍、事实的认定等方面均提供了宏观的业务指导,甚至和专案组的同志一起一字一句地草拟起诉书”,该案是“坚持检察一体化原则,充分发挥上级检察院的协调、指导作用的成功典范”。〔7〕事实证明,上级检察院统一调用检察官来全面参与协助,堪称各地检察院承办大案要案的基本模式。

对于实践中这种统一调用办案模式,最高检是公开支持的,如在2005年的工作报告中贾春旺检察长就强调:“发挥上级检察院的领导作用,加强对侦查工作的统一指挥和协调,采取提办、派员参加、异地交办等方式,增强办案合力。”〔8〕同年最高检还发布了《关于进一步加强公诉工作强化法律监督的意见》(高检发〔2005〕9号),向全国推广上级检察院统一调用检察官的

〔5〕 闵彰编:《中国检察史资料选编》,中国检察出版社2008年版,第199页。

〔6〕 中央纪委办公厅编:《正义与邪恶:惩治腐败最新大案要案查处纪实》,中国方正出版社1994年版,第227页。

〔7〕 张穹主编:《中国十大公诉名案》,中国检察出版社2002年版,第108—109页。

〔8〕 贾春旺:“最高人民检察院工作报告——2005年3月9日在第十届全国人民代表大会第三次会议上”,《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2005年第3期,第244页。

办案模式。2010年最高检印发了《关于加强公诉人建设的决定》，要求上级检察机关通过调配优秀公诉人的方式加强对出庭工作的指导、协调，充分发挥检察一体化优势。以此“决定”为依据，最高检公诉厅发布了《关于调配优秀公诉人办理重大公诉案件的规定(试行)》(〔2011〕高检诉发68号)，强调要建立上级检察院在辖区范围内调配优秀公诉人审查部分重大公诉案件，并出庭支持公诉的工作机制。由此可见，上级检察院统一调用检察官已然成为最高检的指令，并得到了各地检察院的严格遵循。

2018年全国人大常委会修改《检察院组织法》，对上级检察院领导下级检察院工作的内容予以明确化。修订后的《检察院组织法》第24条第4项规定上级检察院可以统一调用辖区的检察人员办理案件。检察实践中带有长期性和普遍性的上级检察院统一调用检察官现象，终于获得了“合法”身份。与实践及司法解释相比，上级检察院统一调用职权的组织法规定似姗姗来迟，此乃检察院组织立法应当严谨慎重所致。包括检察院职权立法在内的人大立法，都得经历“社会实践检验的阶段”，〔9〕等待时机成熟。实践经验证明需要赋予上级检察院统一调用职权后，《检察院组织法》再予以规定，立法者如此行事旨在拒绝冲动、坚守理性。

(二)组织立法的合宪性反思

彭真曾指出：“立法需要有两个根据，一是实际情况，二是宪法。”〔10〕故而，对于《检察院组织法》新规定的上级检察院统一调用检察官职权，我们还应当从宪法学的视角予以反思，检视其合宪性问题。

《检察官法》第9条和《检察院组织法》第29条均规定“检察官在检察长领导下开展工作，重大办案事项由检察长决定”，这就表明检察官的独立是一种有限独立，他们都隶属于检察院，须服从检察长的安排。既然如此，当上级检察院对下级检察院享有业务上的指挥权，也就意味着上级检察院可以基于检察业务需要而对本级和下级检察院检察官享有统一调用职权。问题在于一旦上下级检察院不存在业务上的指挥关系，那下级检察院就没有接受被下调的检察官参与本院案件办理的义务，这种统一调动是否有效就需要打个问号。如此一来，《检察院组织法》“可以统一调用辖区的检察人员办理案件”之规定是否合宪，主要取决于制宪者有无在上下级检察院之间建立起业务上的指挥关系。

我国《宪法》第137条规定：“最高人民检察院是最高检察机关。最高人民检察院领导地方各级人民检察院和专门人民检察院的工作，上级人民检察院领导下级人民检察院的工作。”在宪法解释学上，此等规定毫无疑义地宣告了我国上下级检察院之间是领导关系，在上级检察院面前下级检察院的独立是一种有限独立——仅仅独立于行政机关、社会团体和个人。〔11〕本《宪法》条款中的关键词是领导，其基本词义是“率领并引导”。〔12〕不管是率领还是引导，都需

〔9〕 参见彭真：《彭真文选（一九四一—一九九〇年）》，人民出版社1991年版，第507页。

〔10〕 同上注，第505页。

〔11〕 我国《宪法》第136条规定：“人民检察院依照法律规定独立行使检察权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”

〔12〕 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》（第7版），商务印书馆2016年版，第832页。

要在双方之间建立起一种有效的指挥与被指挥关系,否则,双方之间的领导与被领导关系就不可能真正形成。由此可知,我国制宪者明确赋予了上级检察院在检察业务方面指挥下级检察院的职权。列宁曾指出:“领导者不仅要对他自己如何领导负责,而且要对他所领导的人做的事情负责。”^{〔13〕}也就是说,领导就意味着“双重负责”:既要领导行为本身之对错负责,又要对领导行为之后果负责。这就要求作为领导者的上级检察院要不断提升自己的决策和指挥能力,而下级检察院则须严格执行上级检察院的指令,在下上级检察院之间形成检令畅通的纵向一体化格局,将上下级检察院真正凝成一个整体。总而言之,《宪法》所确定的上下级检察院领导关系,内含着上级检察院享有指挥下级检察院的职权,藉此推进上下级检察院的办案一体化。

上级检察院领导下级检察院的方式多种多样,不拘一格,统一调用检察官只是其中的一种。^{〔14〕}所以,《检察院组织法》授予上级检察院“统一调用辖区的检察人员办理案件”之职权,实乃《宪法》规定的领导关系的一种具体展开,是《检察院组织法》将《宪法》上的领导内涵进一步明确化的表现,其合宪性毋庸置疑。“为了维护法律的统一实施,国家的检察权必须具有较大的集中性。最高人民检察院必须在全国范围内,地方各级人民检察院必须在本行政区域内,畅通无阻地行使自己的权力。”^{〔15〕}可以说,检察权的集中性乃是《宪法》规定的领导关系使然,而上级检察院被授予统一调用辖区内检察官职权,不过是彰显检察权集中性的一种方式而已。

二、检察官身份属性之权扬

异地用检的真正主角是被调用的检察官。被告人及其辩护律师、案件承办检察院和专家学者在异地用检问题上发生争议,很大一部分原因是检察官的身份属性存在认知上的分歧。不少学者认为,地方各级检察院的检察官也是国家的检察官,而不是地方的检察官,所有检察官在身份属性上都只有国家性而不存在地方性。此等认知失之片面,尤其与我国人大制度的规范旨趣有所抵牾,故有必要进行反思,以在学理层面进一步澄清检察官的身份属性。

(一) 检察官身份上的国家性

《宪法》第134条规定“中华人民共和国人民检察院是国家的法律监督机关”,《检察官法》第2条规定“检察官是依法行使国家检察权的检察人员”。这两个条款中的“国家”一词足以表明,制宪者和立法者均赋予检察官身份上的国家性,任何个人一旦被全国人大或地方人大任命为检察官,都应当自觉承担起所肩负的国家性这样一种神圣义务。关于国家性的具体内涵,宪法学界的讨论并不深入,有学者甚至用“空洞的国家性”来强调国家性内涵上的极度泛化。^{〔16〕}

〔13〕 《列宁选集(第4卷)》,人民出版社2012年版,第383页。

〔14〕 《检察院组织法》第24条列举了四种方式,其他三种分别为:(一)认为下级人民检察院的决定错误的,指令下级人民检察院纠正,或者依法撤销、变更;(二)可以对下级人民检察院管辖的案件指定管辖;(三)可以办理下级人民检察院管辖的案件。

〔15〕 王桂五:《王桂五论检察》,中国检察出版社2008年版,第44页。

〔16〕 参见王建学:“地方各级人民法院宪法地位的规范分析”,《法学研究》2015年第4期,第62—64页。

“国家”乃是我国《宪法》上的高频词，它在《宪法》序言、正文中分别出现了15、147次。一个总共出现了162次的高频词不可能是“空洞的”，它必定有自己特定的内涵。作为《宪法》文本高频词的国家所承载的国家性，具体所指为何，值得认真挖掘和系统归纳。

1. 检察官的遴选与任免只能依据全国性法律

国家乃是人类在渐进的“自我驯服”的文明化进程中的产物。^[17] 没有人类对秩序的深切依赖，可能就没有国家的问世。而人类的生活经验表明，建构并捍卫秩序的最佳方式莫过于颁布法律，通过法律的治理在人与人之间形成规范化的社会秩序。鉴于此，各个国家在诞生之初即不忘制定法律，并保障它的实施。正是从这个意义上说，法律与国家在诞生时刻上具有同一性。更重要的是，国家与法律之间的关系不仅仅是时间性的，更是本质性的。从构成要素上看，国家乃是非特定的多数人联结而成的集合体。而使不同之人实现有机且有效联结的，不是别的，正是法律，尤其是对于国家的集成及运转发挥根本规范功能的宪法。正是因为法律在国家的形成及发展过程中扮演着无与伦比的枢纽角色，所以，凯尔森(Hans Kelsen)一针见血地指出：“国家属于一种法律现象，它是由国内的法律秩序所创造出来的一个共同体，从法学的视角来看，国家问题本质上就是国内法律秩序问题。”^[18]毋庸讳言，国家与法律具有内在的同一性，没有可以离开法律而长存的国家，也没有可以离开国家而长存的法律，经验上如此，理论上亦然。

对于国家而言，最重要的法律当然是适用于整个领土范围的全国性法律。由此决定了国家性的一个重要特质在于全国性法律的有效性。这种有效性首先是针对各个国家机关及其工作人员的，其次才是针对普通国民的。《宪法》和宪法相关法属于典型的全国性法律。所有的国家机关都是根据它们组建而成的。国家机关实乃国家的大脑和四肢。没有国家机关，国家就只是一种抽象的理念性存在，国家机关建成后，国家才能从理念变为现实，成长为一个有目的且为之付诸必要行动的实体性存在。

在我国，检察院是由制宪者所创置的具有宪法地位的国家机关，其核心构成要素当然是检察官。有且只有检察官才能代表检察院履行国家检察职能。“机关就是履行特定职能的个人。个人之是一个机关的属性是由其职能构成的。”^[19]检察官作为自然人在参与社会生活时当然不是机关，但其在依据《宪法》《检察院组织法》等法律履行检察职能时，就是检察院的代表，就是国家检察机关的化身。是故，检察官与检察院这个国家机关之间具有内在的同一性，一个没有检察官的检察院就不是实质意义上的检察院，它只是徒有虚名。同理，一个不隶属于任何检察院的检察官也不是真正意义上的检察官，因为其难以以检察院的机关名义履行检察职能。这种同一性决定了检察官的遴选与任免必须依据全国性法律即依据《宪法》和宪法相关法来进行，^[20]以承载并彰显检察官身份上的国家性。行政法规、地方性法规或规范性文件都不得作为检察官遴选和任免的依据，否则，就是对检察官身份上的国家性认知不足，是对其国家性规

[17] 参见(德)齐佩利乌斯:《德国国家学》，赵宏译，法律出版社2011年版，第66页。

[18] (奥)凯尔森:《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版，第203页。

[19] 同上注，第216页。

[20] 参见刘练军：“新《法官法》和《检察官法》之规范属性刍议”，《法学评论》2020年第3期，第183页。

定的公开违反,在性质上有违宪之嫌,毕竟,检察院及其检察官都是由宪法创设的。

《统一调用规定》只是最高检发布的司法解释,它不属于国家规范体系中的法律,不对检察官的遴选和任免作出实质性的变动规定。《统一调用规定》第7条正确地要求异地用检需经调入地人大常委会的任命,但第8条又将“由上调下”的情形排除在外。这种排除性规定与《检察院组织法》等全国性法律规定相抵触,背离了检察官身份上的国家性,理应得到纠正。

2. 检察官必须坚持社会整体利益至上

《检察院组织法》第2条规定人民检察院通过行使检察权,“维护国家利益和社会公共利益,保障法律正确实施,维护社会公平正义”。《检察官法》第3条规定,“检察官必须忠实执行宪法和法律,维护社会公平正义”。国家利益和社会公平正义完全可以用社会整体利益来概括。此等规定足以表明,检察官必须把捍卫社会整体利益视为其各项检察工作的初心使命,将坚持社会整体利益至上作为其法律监督职能的出发点和落脚点。这是检察官作为国家检察官的基本义务,是检察官身份上的国家性使然。

检察官既然是依据全国性法律来遴选和任免的,他们就应当将维护全国性法律的权威与尊严作为其检察职权的首要任务,此乃无需证明的逻辑常识。而捍卫全国性法律实际上就是在坚持社会整体利益至上。因为法律乃是利益的代言人,各条法律规范背后最重要的东西莫过于利益,所以,马克思指出:“法律应该是社会共同的、由一定物质生产方式所产生的利益和需要的表现。”^[21]而早于马克思的启蒙思想家休谟(David Hume)亦指出:“使我们确立正义法则的乃是对于自己利益和公共利益的关切。”^[22]可以说,人类制定法律的根本原因在于维护自身的利益。“每一个法律命令都决定着一种利益冲突,都建立在各种对立利益之间的相互作用之上。”^[23]古今中外,所有法律的背后都存在这样或那样的利益,不保护任何利益的法律是徒有法律外衣的伪法律。而最能代表社会整体利益的,正是全国性法律,而不是地方性法规、规范性文件或其他社会规范。检察官维护社会整体利益的最佳方式,莫过于严格监督全国性法律的实施,通过自己的法律监督工作使被疏忽的社会整体利益得到重视,被侵害的社会整体利益获得救济。

(二) 检察官身份上的地方性

检察官在身份上不只有国家性,还有地方性。以往的研究文献都特别强调前者而明显忽略后者,甚至到了只认定前者而排斥后者的地步。这种检察官身份单一性认知的根源,在于司法权属于中央事权的流行论断。我国宪法上并没有司法权这个概念,只有检察权、审判权等概念,通常所说的司法权包括检察官行使的检察权和法官行使的审判权。揆诸历史,司法权中央事权论并非新观点,它在现行《检察院组织法》制定过程中就正式出现了。1979年6月,最高检在《关于〈中华人民共和国人民检察院组织法修正草案〉的说明》中就提出:“检察权是国家权力的一种,属于中央的权力,具有较大的集中性。”“属于中央的权力”,正是中央事权论的核心内涵。

[21] 《马克思恩格斯全集(第6卷)》,人民出版社1961年版,第292页。

[22] (英)休谟:《人性论(下册)》,关文运译,商务印书馆1980年版,第536页。

[23] (德)菲利普·黑克:《利益法学》,傅广宇译,商务印书馆2016年版,第17—18页。

为何是中央事权？新时代提出的一个权威论述是：“我国是单一制国家，司法权从根本上说是中央事权。”〔24〕所谓单一制，是指“由若干普通的行政区域或自治区域构成统一主权国家的国家结构形式”。〔25〕在国家司法机构方面，单一制的基本内涵是整个国家只有一套司法体系，各地的司法系统不像联邦制组成部分那样享有独立的地位。关于我国的检察体系，单一制只是要求各地检察院都必须服从最高检的领导，并不意味着各地检察院都得像最高检那样属于中央国家机关。《宪法》第136条规定各地“检察院依照法律规定独立行使检察权”，各地检察院的检察权不属于且不可能都属于中央权力范畴。质言之，单一制并不排斥各地检察院具有一定的地方性。隶属于各地检察院的检察官在身份上除了国家性之外，还必然具有一定的地方性。检察官的地方性渊源于主权国家事实上是由各个行政区域组合而成的一种结构性安排，是检察机关及其检察权具有属地性的必然产物。当然，检察官的地方性不等于检察官的地方化。后者是指地方保护主义势力对地方检察官检察监督职权的不当干预，导致他们难以依法秉公办案，从而形成对地方利益尤其是某些个人或部门利益的过度保护。

1. 各地检察官的遴选与任免属于地方事务

我国《宪法》第101条规定：县级以上的地方各级人大选举并且有权罢免本级检察院检察长；选出或者罢免检察院检察长，须报上级检察院检察长提请该级人大常委会批准。《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》（以下简称《地方组织法》）第50条第16项规定：县级以上的地方各级人大常委会任免检察院副检察长、检察委员会委员、检察员，批准任免下一级检察院检察长；根据省、自治区、直辖市的检察院检察长的提名，决定检察院分院检察长的任免。《检察院组织法》第38条规定：地方各级检察院检察长由本级人大选举和罢免，副检察长、检察委员会委员和检察员由检察长提请本级人大常委会任免。针对《宪法》《地方组织法》和《检察院组织法》的该等规定，《检察官法》第4章“检察官的任免”还用8个条款（第18—25条）就各地检察官的遴选和任免问题作出了更具有可操作性的规定。

《宪法》《地方组织法》《检察院组织法》和《检察官法》的上述规定非常清楚地表明，除最高检的检察官外，其他所有省级、市级和县级检察院检察官的遴选与任免都属于本地方的事务，而不属于中央事项范围。检察官遴选和任免事务的属地化是国家权力在中央与地方分别配置的结果，也是人民代表大会制度下国家机构产生方式的必然要求。检察官制度的任何改革都不得动摇此等属地化的《宪法》与法律规定。从实践操作层面上看，包括全国人大常委会在内的任何一家中央国家机关，都不可能承担起全国各地所有检察官的遴选和任免工作。不要说全国范围内，就是在省级范围内，包括省人大常委会在内的任何一家省级机关，都不可能有人力物力，来承担起全省范围内所有检察官的遴选和任免工作。毫无疑问，幅员与人口的双重超大规模决定了全国各个地方检察院检察官的遴选和任免工作，只能由各个地方自己承担，试图将属地化变更为中央化，把它交给中央包办、转为中央事权是不现实的，更与《宪法》

〔24〕 “加快深化司法体制改革——五论学习贯彻习近平同志在中央政法工作会议重要讲话”，载《人民日报》2014年1月22日，第2版。

〔25〕 《宪法学》编写组：《宪法学》（第2版），高等教育出版社2020年版，第123页。

《地方组织法》《检察院组织法》和《检察官法》的明文规定相违背。

2. 各地检察官可以且应当监督地方性法规的实施

检察官既然是由地方遴选和任免的,他们自然应当为本地区的法律监督工作尽职尽责,其中就包括对地方性法规的统一实施进行法律监督,以保障地方性法规在本行政区域范围内得到统一适用,发挥其应有的规范效能。地方性法规在完善我国社会主义法律体系、推进国家治理现代化方面扮演着重要的角色,其主要功能可概括为四个方面:①弥补中央立法的不足并为之“拾遗补阙”;②为中央立法提供制度创新与试验的场域;③实现地方治理的局部改善与优化;④更加显现国家治理的人民民主价值。^[26]我国东西文化差异大,南北发展不平衡,“十里不同风,百里不同俗”,地方差异性制定地方性法规时不容回避的客观事实。“缓解大国治理之困,必然要承认地方差异性立法,否则难以解决国家法制统一的问题。”^[27]正因为如此,所以我们说“法律是地方知识,而非不受地方局限的通则”。^[28]地方性法规是各地差异性立法的主要表现形式,是规范和保护地方差异化经济文化的重要法律文本。监督本行政区域内的国家机关和公民严格遵循地方性法规,此乃地方检察官的基本职责所在。

例如,针对某某违反狩猎法规,在禁猎区、禁猎期使用禁用的工具和方法进行狩猎,破坏野生动物资源的违法行为,江西分宜县检察官就提起了刑事公诉,以保障《江西省实施〈中华人民共和国野生动物保护法〉办法》和该县政府发布的《关于划定禁猎区设立禁猎期的通告》在分宜县范围内得到严格的统一实施。^[29]又如,在苏州市虎丘区检察院督促保障残疾人出行无障碍行政公益诉讼案中,当地检察官根据有关法律和《苏州市无障碍设施管理办法》等地方性法规之规定,分别向当地住房和城乡建设局、城管制发了诉前检察建议,要求它们加强对无障碍设施的规划与管理,在人行道、交通站点增设无障碍设施及标志,并采取合理措施防止盲道等被占用。^[30]检察官固然要维护国家整体利益,但生活和工作于地方的各地检察官也是地方利益的捍卫者。他们应当积极监督地方性法规的实施,以切实维护地方利益。同时兼具国家性与地方性的检察官在其法律监督工作中,理应注重国家利益与地方利益的平衡,不能为了维护国家利益而过于牺牲地方利益,也不可为了保护地方利益而罔顾国家利益。

三、异地用检应当通过人大任命之门的再审视

2022年12月,全国人大常委会法工委在备案审查工作报告中指出:“被调用的检察人员

[26] 参见封丽霞:《大国立法的逻辑》,商务印书馆2022年版,第339—343页。

[27] 章剑生:“论地方差异性立法及其限定”,《法学评论》2023年第2期,第146页。

[28] (美)克利福德·格尔茨:《地方知识:阐述人类学论文集》,杨德睿译,商务印书馆2014年版,第253页。

[29] 江西省分宜县人民检察院起诉书分检刑诉(2023)110号。类似检察官监督地方性法规实施的案件还可参见四川省盐亭县人民检察院起诉书盐检刑诉(2023)101号、四川省盐亭县人民法院刑事附带民事判决书(2023)川0723刑初81号等。

[30] 参见《无障碍环境建设检察公益诉讼典型案例》, https://www.12309.gov.cn/12309/gj/zdajxx/202311/t20231113_spp633718.shtml,最后访问日期:2024年3月2日。

代表办理案件的人民检察院履行出庭支持公诉等各项检察职责的,须经本级人大常委会作出相关任职决定。”^[31]最高检的《统一调用规定》实际上是对全国人大常委会法工委此等意见的肯定性回应。被调用检察官为何需要通过调入人大常委会的任命之门,此乃异地用检宪法争议中的核心问题,个中的宪法原理值得予以进一步的检视。

(一) 检察官任免的唯一主体:人大及其常委会

我国《检察官法》第12—15条对担任检察官的条件,作出了较为详尽之规定。不过,满足《检察官法》该等条款要求具备担任检察官的资格和可以在某地检察院担任检察官,明显是两个问题,绝不可等同视之。事实上,在众多具备该等职业资格的人中,只有少数人能够“幸运地”被人大任命为检察官。而任何人不管在职业资格要件方面是如何的过硬,只要没有经过人大任命程序,就不得拥有检察官身份,不能到任何一家检察院任职。根据我国《立法法》第11条之规定,有关检察院的产生、组织和职权仅能由全国人大及其常委会制定的法律予以规定,属于典型的专属法律事项,以保证检察院的产生、组织和职权具有充足的民主正当性。依据《宪法》《地方组织法》《检察院组织法》和《检察官法》的规定,检察官任免的主体具有法定性和唯一性,即有且只有人大及其常委会才能任免检察官,其他任何主体都不具备任免检察官的法定资格,其所作出的有关检察官任免的决定均不具有合法性,甚至是违宪的。

1. 检察长仅仅由同级人大选举和罢免

《检察官法》规定各级检察院的检察长都属于检察官,他们都应当具有法学专业知识和法律职业经历。根据《宪法》及其相关法的规定,最高人民检察院检察长由全国人民代表大会选举和罢免,地方各级人民检察院检察长由本级人民代表大会选举和罢免,地方各级人民检察院检察长的任免,须报上一级人民检察院检察长提请本级人民代表大会常务委员会批准。

检察长乃是各地检察院最重要的检察官。对于检察院的产生和运转而言,检察长的任免堪称举足轻重的关键一步。有关检察长选举与罢免的规定,属于典型的构成性规范而非调整性法律规范。在法解释学上,这种人事任免的构成性法律规定,乃是哈特(H. L. A. Hart)所说的授予权力以作出权威性决定的次级规则。^[32]根据霍菲尔德(Wesley Newcomb Hohfeld)的概念分析理论,有关选举和罢免检察长的构成性规范所内涵的核心概念是责任(liability),而不是权利(right)、特权(privilege)或义务(duty)。^[33]制宪者和立法者是根据责任伦理来制定有关检察长任免的宪法与法律规范的,而获得任命的检察长履行其检察职权和管理职权同样是基于责任伦理,两者的正当性源泉都是制宪者和立法者自身所包含的最大限度的民主性。所以,有关检察长的选举和罢免必须严格遵循“列举即限制”(neumeatio ergo limitatio)的拉丁语法谚,亦即限制同级人大之外的其他主体享有这种选举、罢免的权力,因为

[31] 沈春耀:“全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会关于十三届全国人大以来暨2022年备案审查工作情况的报告”,《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2023年第1期,第154页。

[32] See H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford: Clarendon Press, 1994, pp. 93-98.

[33] See David Campbell and Philip Thomas (eds.), *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning by Wesley Newcomb Hohfeld*, England: Ashgate and Dartmouth, 2001, p. 12.

就民主正当性而言,同级人大高于其他任何主体,它才是选举和罢免同级检察长的唯一适格主体。可以说,根据列举即排除的法律解释原则,《宪法》及其相关法把人大之外的所有主体都排除在检察长的选举和罢免之外了。

2. 检察长以外的检察人员仅仅由同级人大常委会任免

根据《宪法》《地方组织法》《检察院组织法》和《检察官法》的规定,最高人民检察院副检察长、检察委员会委员和检察员,由检察长提请全国人民代表大会常务委员会任免;地方各级人民检察院副检察长、检察委员会委员和检察员,由检察长提请本级人民代表大会常务委员会任免。

在各地检察院,检察长之外的其他检察官才是检察院的主力,日常的法律监督工作主要由他们承担。是故,其他检察官同样须由民主正当性足够高的主体来任免。鉴于其他检察官人数众多不可能个个皆由选举产生,同时各级人大会议期较短,难以亲自任免所有的检察官,因而将其他检察官的任免工作交给其常委会是再适当不过的。作为各级人大的常设机构,常委会不但具有足够高的民主性,而且可以根据需要经常性地开展其他检察官的任免工作。《宪法》及其相关法上有关其他检察官任免之规定,同样属于授予权力的构成性规范。为了保障任免权的权威性,必须严格遵循列举即排除的法律解释原则,自觉将人大常委会以外的所有组织排除在其他检察官的任免主体之外。有资格任免其他检察官的,只能是人大常委会。

(二)各地检察官任免主体的专属性:当地人大及其常委会

关于异地用检是否需要经过调入地人大常委会的任命,有一种流行观点认为,“调出地人大常委会任命的检察官,在调入地也必然同样具有担任检察官的职业资格”,因而,“无需由调入地人大常委会再次任命”。^[34] 不得不说,此等判断存在两大误解。一是把具有担任检察官的职业资格等同于可以直接在某地检察院担任检察官。如上所述,这是两个问题,不可相提并论。二是将调出地人大常委会的任命等同于调入地人大常委会的任命。事实上,这是两种不同的任命,前者代表不了后者,后者亦不可取代前者。在检察官的任免方面,调出地人大常委会和调入地人大常委会均各自行使其任免权,彼此独立又并行不悖。质言之,各地检察官的任免主体具有排他性,唯有当地人大常委会才是适格的任免主体。

1. 检察官的地方性决定了检察官身份具有严格的属地性

如上所述,检察官不仅具有国家性,他们还带有地方性,各地检察官的任免属于当地的地方性事务。关于与“中央”相对应的“地方”,我们不能狭隘地把它等同于省、自治区、直辖市,以为地方检察官就只有省、自治区、直辖市这一个地方层级。实际上,在省、自治区、直辖市下面还有市级和县级。也就是说,像省检察院检察官一样,市检察院检察官和县检察院检察官同样属于地方检察官。根据我国《宪法》第30条之规定,市、县和省一样都属于作为国家行政区域的地方,它们都有自己独立的权力机关即人民代表大会,也都有自己相对独立的法律监督机关即检察院。“相对独立”的含义可以概括为三个层面:①市、县检察院都是由市、县人大产生,对市、县人大负责,受市、县人大监督;②在纵向(“条条”)上,市、县检察院受上级检察院领导,其检察长的选举和罢免要经过上一级人大常委会的批准;③在横向(“块块”)上,市检察院与市检

[34] 程雪阳,见前注[3],第80页。

察院彼此独立,县检察院与县检察院互不隶属。

此等相对独立性使得各地检察官在身份上具有严格的属地性,即被A市人大常委会任命为A市检察官的,就只能是A市检察院的检察官,他没有资格以B市或C县检察院检察官身份办理案件。因为B市检察院的检察官只能由B市人大常委会任命,C县检察院的检察官则仅能由C市人大常委会任命。任何的交叉任命都是对检察官属地性的破坏。所有组织和个人都应当遵循并尊重检察官身份上的属地性,它事关合宪与否,异地用检时亦不例外。

2. 调入地人大常委会对当地检察官享有专属的任免权

异地用检为何要以调入地人大常委会的任命为条件呢?因为调入地人大常委会对本地检察官享有专属的任免权。任何人未经它的任命,都不得成为当地检察院的检察官,不得以当地检察院检察官身份开展公诉等检察办案工作。曾有专家指出:“检察机关的人员任免经历了国家级、省级权力逐步约减、基层本级权力逐步加大的历程。”^[35]此等检察人员任免权力下放趋势与我国《宪法》的规定相契合,应当继续坚持,即便在异地用检时亦不可违逆。

我国《宪法》规定,各地市、县人属于地方国家权力机关,各地市、县检察院都经当地人大产生,其检察官皆由当地人大常委会任免。《宪法》授予当地人大常委会的检察官任免权,乃是一种专属于当地人大的人事权。所谓专属,意指这种人事任免权既不可转让,又不可替代。一旦A市检察官可以不经B市人大常委会的任免,而直接以B市检察官身份办案,就意味着B市人大常委会的专属检察官任免权,被转让于A市人大常委会抑或被后者所替代了。显而易见的是,A市人大是A市行政区域人民的代表,正如B市人大完全是由B市人民选举产生、只能代表B市的人民一样。不管是B市人大常委会替代A市人大常委会行使这种人事任免权,抑或A市人大常委会将此等权力转让于B市人大常委会,都明显违反了作为地方国家权力机关的A、B两市人大对本市检察院的人事专属权,这实质上是对A、B两个行政区人民意志的不尊重,背离了国家权力属于人民的社会主义宪法精神。职是之故,异地用检必须经调入地人大常委会的任命,这是后者的一项人事专属权,任何时候都不得剥夺、转让或替代。

(三)“由上调下”同样须经人大任免:领导关系取代不了产生关系

针对异地用检中的“由上调下”情形,《统一调用规定》认为可以不履行任免程序。此等例外规定是否具有合宪性,不无疑问。最高检作出此等例外规定的理由何在,尚未见到任何公开的资料,我们不得而知。^[36]一个最有可能的理由,是上级检察院与辖区的下级检察院之间存在业务上的领导关系,认为基于这种上命下从关系,上级检察院检察官当然可以“自由”地出入辖区的下级检察院,理直气壮地以下级检察官身份办案,甚至觉得上级检察官以下级检察官身

[35] 朱孝清:“新中国检察制度的不变与变”,《人民检察》2021年第21—22期,第55页。

[36] “根据宪法和有关法律的规定、原则和精神,形成《关于调用检察人员及其任免问题的有关情况和研究意见》,对被决定调用的检察人员是否须经调入地人大常委会任命的问题,区分不同情形提出具体的、明确的规范意见。”这是2023年12月全国人大常委会法工委的2023年备案审查工作报告中的论述。沈春耀:“全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会关于2023年备案审查工作情况的报告——2023年12月26日在第十四届全国人民代表大会常务委员会第七次会议上”,《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2024年第1号,第229页。它很可能是《统一调用规定》第8条的直接依据,但它不属于例外规定作出的理由。

份办案本来就是“屈尊”，哪里还有经过辖区的下一级人大常委会任命的道理？

这个理由看似谠言嘉论，实则误会大矣。“由上调下”这种异地用检方式是否需要经过调入地人大常委会的任命，主要决定于检察官的产生关系，与调出地检察院和调入地检察院之间是否存在领导关系没有因果关联。以为两个检察院之间存在领导关系就可以免于任命程序，这是试图以领导关系代替产生关系，难免有李代桃僵、偷梁换柱之嫌。人民代表大会制度的核心内涵是包括检察院在内的国家机关皆由人大产生，各级人大常委会对本级检察院检察官享有排他性的任免权。“地方人大是地方国家权力机关，在本级国家机构中处于枢要的宪法地位。”^{〔37〕}由上一级人大常委会任命的上级检察院检察官，其检察官身份的有效性局限于本院，而不能覆盖到辖区内所有的检察院，否则，上一级人大常委会的任免权就可以取代辖区内所有下一级人大常委会的任免权了。果真如此，地方上的人大制度将陷于崩溃。

上级检察院可以领导辖区内的所有检察院不假，但领导不等于可以包办一切。上级检察院的领导应当自觉止步于检察业务，而不应当前移，以领导的名义介入辖区内下级检察院检察官的人事任免事务。毕竟，后者属于下一级人大常委会的专属人事权。在本级人大常委会完成任命之后，上级检察院才能在检察业务上对被任命的检察官进行领导。一旦上级检察院越过下级人大常委会的任命程序，而直接把本级检察院检察官视为下级检察院检察官，并对之进行领导，这是一种对当地人大常委会的傲慢和僭越，理应予以纠正而不是坚持。一言以蔽之，异地用检中的“由上调下”和“由下调上”一样，都应当事先接受当地人大常委会的任命，这是一道《宪法》规定的必经程序，不得以任何理由拒不履行。

四、地方人大任免检察官行为性质之辨正

异地用检到底要不要经过调入地人大常委会的任命，实务界与理论界对此存在广泛争议。这种争议出现的原因可能纷繁复杂，但对地方人大任免检察官行为性质的认知模糊与偏差，应该是原因之一，甚至是内的根本原因。可想而知的是，一旦在地方人大任免检察官行为性质方面达成了共识性的正确认知，异地用检应否经过调入地人大常委会的任命就很容易形成一致意见。所以，问题的关键还在于如何定性地方人大有关检察官的人事任免行为。

（一）宪法委托论及其反思

关于地方人大任免检察官行为的性质，法学界的讨论并不充分，一个较为盛行的观点是宪法委托论。韩大元指出：“在宪法上，地方人民检察院向地方人大及其常委会负责，可以解释为制宪者或者修宪者通过宪法将组织地方各级人民检察院的权力委托给了地方各级人大具体行使，是宪法委托的产物。”^{〔38〕}所谓“组织地方各级人民检察院”，自然就包含着对地方检察官的任免。毕竟，没有地方检察官，就没有地方检察院，前者是后者的主体与灵魂。被“委托”的地方各级人大在组织地方各级检察院时，任免检察官乃是一种常规动作。总之，韩大元的此等论

〔37〕 林来梵：《宪法学讲义》（第4版），清华大学出版社2023年版，第265页。

〔38〕 韩大元：“地方人大监督检察机关的合理界限”，《国家检察官学院学报》2011年第1期，第4页。

述表明,地方人大任免检察官的行为属于一种宪法委托。

韩大元的宪法委托论在法学界具有一定的影响力。有学者在分析异地用检时就引用并肯定了宪法委托论。如程雪阳认为,《宪法》及其相关法规定地方各级检察院检察长由本级人大选举和罢免,副检察长、检察委员会委员和检察员由检察长提请本级人大常委会任免,“这种制度设计不宜解释为地方各级人民检察院的组织权属于地方各级人大固有的不可剥夺的权力,而应解释为在特定的经济、社会和科技发展情况下,‘作为制宪者的人民通过宪法将组织地方各级人民检察院的权力委托给地方各级人大具体行使’”。^[39]这段话中的最后一句引文就出自韩大元的另一篇论文。^[40]此等论述足以告诉我们,程雪阳不但赞同宪法委托论,而且他有关异地用检的研究结论深受其影响。又如张建伟在解释异地用检为何无须人大任命时亦指出:“由地方各级人民代表大会常委会任命检察官的做法,可以理解为一种职权代理性质,即地方各级人民代表大会常委会代理最高权力机关行使任免权。”^[41]尽管张建伟在这里用的是“代理”而非“委托”,但从行文中看,所谓职权代理性质实际上就是职权委托性质,“代理”与“委托”两者词形相异但词义接近,因而说张建伟受宪法委托论影响绝不牵强。

那么,地方人大常委会任免检察官的行为,在性质上真的属于宪法委托吗?这得从宪法委托的概念说起。作为一个宪法学概念,宪法委托委实有点冷僻,不但绝大多数的宪法学教材没提到过它,而且在“中国知网”上以宪法委托为篇名亦检索不到一篇论文。我国台湾地区学者陈新民曾对宪法委托理论展开过系统性梳理。他认为,作为一个德国宪法学概念,宪法委托(Verfassungsauftrag)是指立宪者在宪法内所作出的要求立法者有所作为的指示。之所以有这种指示,是因为一部宪法的容量终究是有限的,它不可能对所有的事项都巨细靡遗地予以规定,因而,有必要将某些事项授权立法者通过立法来达成之。“宪法委托是谓宪法在其条文内,仅为原则性之规定,而委托其他国家机关(尤以立法者为然)之特定的、细节性的行为来贯彻之。”^[42]不管怎么界定它,说到底,宪法委托都是指立宪者对立法者提出了一个有拘束力的宪法指令,要求其通过颁布法律的方式使宪法的某些规定具体化,变得更具有可操作性。它本质上是一种由立法者来“完善宪法”的工作,甚至可以说是一种“延续性的立宪”行为。立宪者藉此希冀立法者实施一定的作为,以赓续其未尽之志。

根据上述评介可知,地方人大的人事任免行为并不属于宪法委托。《宪法》及其相关法均明文授予各地人大常委会任免当地检察官的权力,所以,无论如何地方人大任免检察官的行为都不属于立法范畴,它显然是一种实施法律的执法行为。^[43]准此以观,将地方人大常委会任免检察官的行为定性为宪法委托,实乃对宪法委托的误解。宪法委托论不宜继续坚持,把它作为异地用检无需通过人大任命之门的宪法理论依据,并不妥当。

[39] 程雪阳,见前注[3],第85页。

[40] 参见韩大元:“检察机关性质的宪法文本分析”,《国家检察官学院学报》2005年第3期,第8页。

[41] 张建伟,见前注[4],第31页。

[42] 陈新民:《德国公法学基础理论(上卷)》,法律出版社2010年版,第198页。

[43] 参见刘怡达:“谁是宪法实施主体?”,《东南法学》2021年第2辑,第113—115页。

(二)地方利益论之提倡

既然地方人大任免检察官的行为不属于宪法委托,那该如何对之予以定性呢?这主要取决于《宪法》及其相关法授予地方人大此等权力之目的。授予此等人事任免权的目的或许具有一定的多元性,但维护地方利益无疑是其中带有根本性的一项。因而,地方人大常委会任免当地检察官的行为,本质上是一种旨在维护地方利益的行为,此即本文所提倡的地方利益论。

1. 像全国人大一样地方人大同样是国家权力机关

根据制宪者的设计,人民代表大会制度是一种二元结构,即它是由全国人大和地方人大组成,地方人大由地方人民选举产生,而全国人大则由地方人大选举产生。全国人大与地方人大之间并非领导与被领导关系,^[44]后者独立于前者,两者都属于国家权力机关,具有一定的平等性。《宪法》第2条第2款规定:“人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。”该等规定以毫无疑问的规范表达形式告诉我们,像全国人大一样,地方各级人大也是国家权力机关,而不是唯有全国人大才是国家权力机关。作为国家权力机关,地方人大与全国人大相比,只有权力行使范围上的差别,而没有权力性质上的分殊。这不仅仅是一个逻辑推导的结论,它更是《宪法》的公开认定。《宪法》第96条规定,“地方各级人民代表大会是地方国家权力机关”。在国家权力机关前面,加个“地方”二字不是意在否定地方各级人大的国家权力机关性质,而是限定作为国家权力机关的地方各级人大的权力运行边界,即只能在本行政区域范围内扮演其国家权力机关角色,而不得超越本行政区域的疆界,即只能“在所辖行政区域内代表人民,全面、独立地依法行使地区的统治权”。^[45]与之相对的是,全国人大属于中央国家权力机关,《宪法》第57条的规定是“全国人民代表大会是最高国家权力机关”。中央也好,最高也罢,它们都是相对于“地方”而言的。概言之,在机关权力范围上地方各级人大与全国人大之间诚然有所差距,但在机关权力性质上两者不分轩輊。

同样的权力机关性质决定了地方人大任免地方检察官与全国人大任免最高检检察官一样,都是履行各自作为国家权力机关的职能。地方各级人大常委会在任免当地检察官时,并不受全国人大常委会的领导。经验事实亦显示,自现行《宪法》实施以来,从未出现过全国人大常委会干涉地方人大常委会任免检察官的事案例。无论从理论还是实践层面上看,地方人大的任免行为都不是基于全国人大的委托。总括而言,地方人大是独立于全国人大的地方国家权力机关,它可以而且应当自主地履行任免检察官的基本职权,此乃作为地方人民代表机关的地方人大维护地方利益的需要。

2. 地方人大作为权力机关的重要使命在于维护地方利益

“行政区划是保证人民当家作主的基本单元、基本结构和基本依据,离开了行政区划,人民代表大会就难以成立,就不能保证人民在本行政区域内行使当家作主权利。”^[46]最基本的行

[44] 我国各级人大之间不存在组织上的领导与被领导关系,它们之间是法律上的监督关系、业务上的指导关系和日常工作上的联系关系,此乃宪法学理论界与实务界的通说,无需赘述。

[45] 蔡定剑:《中国人民代表大会制度》(第4版),法律出版社2003年版,第27页。

[46] 刘松山:《健全宪法实施和监督制度若干重大问题研究》,中国人民大学出版社2019年版,第310页。

政区划有省、市、县,这三级行政区都属于与中央相对应的地方。省、市、县人大分别作为本行政区域人民的代表,行使本行政区域内的国家权力,以地方国家权力机关的名义来保证当地人民当家作主的权利。所谓地方人民当家作主的权利,最核心的非地方人民利益莫属,而保证当地人民当家作主的权利,重点应在维护地方利益。正所谓“权力乃为权利而设,它本身也须以相应权利为基础;权力与权利最终是为了利益,本源于利益。因此,要认识权利、权力,需从利益说起”。^[47]地方人民选举产生人大这种地方国家权力机关,再由后者产生地方政府和检察院等国家机关,其终极目的还是为了通过此等国家机关来维护本地方的利益。地方人大等地方国家机关本身带有相当的工具性,能否保护好当地人民利益可谓其正当性的重要衡量标准。

为了使地方人大能够更好地保护地方利益,全国人大常委会修订了《立法法》,授予设区的市的人大及其常委会根据本市具体情况和实际需要,在不同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规相抵触的前提下,可以对城乡建设与管理、生态文明建设、历史文化保护、基层治理等方面的事项制定地方性法规的权力。与其说这是最高国家权力机关对市人大的“慷慨”,不如说是全国人大关切地方利益的“良苦用心”。毕竟,跟全国人大相比,地方人民与地方市人大天然地更为亲近,而地方市人大也比全国人大更敏感地察觉到本地区人民的利益需求。因而,授予市人大制定地方性法规权力,必将使地方利益能够得到更多接“地气”的地方性立法保护。作出此等判断的理由是:“从历史的角度看,法律是利益的产物。”^[48]没有地方利益,就不需要国家立法,尤其不需要地方性立法。“对规范的证立与、也只与每个具体相关之个体的利益相关。”^[49]不管是国家立法还是地方立法,只要无视地方利益就都不属于良法,甚至一定是恶法。所以,我国法理学教科书强调:“从宪法、法律到每一个法规、规章,从民、刑法到程序法,都离不开对各种利益关系的调节。”^[50]所谓各种利益关系当然包括地方利益,而调节各种利益关系自然就包含着对地方利益的关注。总之,《立法法》授予市人大制定地方性法规的权力,这是最高立法者对地方利益的认可,它为地方人大切实维护地方利益提供了宝贵的制度性平台。

习近平总书记指出:“人大代表肩负人民赋予的光荣职责,要忠实代表人民利益和意志。”^[51]对于地方各级人大的人大代表来说,他们所要忠实代表的人民,最主要的当然是本行政区域的人民。而代表人民的核心内涵在于维护本地方人民的利益,为本地方人民的安居乐业创造安全有序的社会环境。地方人大代表乃是地方国家权力机关的真正主体,没有他们地方人大就徒有一副空壳。不断强化地方人大代表维护地方人民利益的代表意识,乃是地方人大有效维护地方利益的思想基础,对此宪法学者应当有着清醒的认知。

3. 任免检察官乃是地方人大维护地方利益的一种重要方式

维护地方利益仅仅依赖地方人大自身是远远不够的。地方人大一般一年只开一次会,会

[47] 漆多俊:“论权力”,《法学研究》2001年第1期,第19页。

[48] 黑克,见前注[23],第16页。

[49] (德)诺伯特·霍斯特:《法是什么:法哲学的基本问题》,雷磊译,中国政法大学出版社2017年版,第177页。

[50] 沈宗灵主编:《法理学》(第2版),高等教育出版社2009年版,第69页。

[51] 习近平:“在中央人大工作会议上的讲话”,《求是》2022年第5期,第10页。

期也就三五天甚至更短,而地方人大常委会的人员规模往往也不大,在直接参与地方利益的维护方面,地方人大及其常委会所能做的其实比较有限。它们更多的是通过选举和罢免地方政府领导人、地方监察委员会主任、地方检察院院长和地方法院院长,以及任免地方政府其他工作人员、监委委员、检察官和法官等方式,来间接地维护地方利益。与此同时,地方人大还通过对地方“一府一委两院”开展日常性的法律监督和工作监督等方式,来督促地方“一府一委两院”,时刻防范他们脱离维护地方利益的运行轨道。

地方人大常委会任免地方检察官,既是它们行使地方国家权力机关的职能,又是地方检察官接受地方国家权力机关监督的必要条件。而我们之所以将任免行为视为地方人大维护地方利益的一种重要方式,是因为地方检察官所从事的检察监督工作带有鲜明的地方性。检察机关的案件管辖主要是按照行政区划来配置的,正如地方各级检察院是遵循行政区划来设置的一样。检察机关的地域管辖和级别管辖均与行政区划保持高度一致,因此,检察机关的案件辖区与地方行政区划具有相当的重合性。这种重合性的案件管辖制度决定了各个地方检察官主要承办的,乃是发生于本行政区域范围内的案件。这些案件主要涉及的当然是本地方人民的利益。它们中的绝大多数都不可能具有全国性影响,不可能攸关着全国人民的整体利益。

不管是刑事检察、民事检察、行政检察还是公益诉讼检察,地方检察官一般都只负责发生在本行政区域内与本地人民利益息息相关的案件。案件本身涉及范围超越本行政区域的,一般由上级检察院管辖,而如果具有全国性影响则由最高检直接管辖。也就是说,地方检察官检察监督工作的对象都是发生在当地、对当地人民利益造成一定影响的案件。即便像异地用检的海南黄鸿发等 196 人黑社会性质组织案,犯罪嫌疑人也都是盘踞在海南省昌江黎族自治县 30 余载的涉黑犯罪团伙,^[52]受其影响的主要还是昌江本地人民的利益,不要说对全国人民,恐怕对同属海南的海口、三亚等地人民利益的影响都可以忽略不计。又如 2009 年发生于成都街头的孙伟铭醉驾案,本案二审时四川省检察院调用了资阳市检察院和崇州市检察院两名检察官,^[53]这种异地用检的案件所维护的主要还是成都市的交通安全利益,其所涉及的利益具有鲜明的地方性。

总而言之,地方检察官开展检察监督工作,主要目的就是保一方平安,维护好当地人民的利益。地方检察官之所以只能由地方人大任免,是因为在地方上有且只有地方人大才是人民选举产生,才具有民主正当性,才是人民的代表机关。^[54]地方检察官必须对作为人民守护者的人大负责,为此他们必须由人大任免,否则,他们完全有可能不将对人大负责作为其基本义务,进而拒绝把维护地方人民利益作为其检察工作的首要职责。对于地方检察官来说,受地方人大常委会任免是保证他们始终为地方人民而检察的核心制度装置,任何时候都得严格遵循之,异地用检时亦概莫能外。

[52] 参见李轩甫:“92 名办案检察官来自全省 24 个检察院”,载《检察日报》2021 年 3 月 23 日,第 6 版。

[53] 参见四川省高级人民法院刑事判决书,(2009)川刑终字第 690 号;龙宗智,见前注[2],第 411 页。

[54] 参见刘练军:“人民检察院的理论溯源与当代发展”,《上海政法学院学报》2023 年第 4 期,第 90 页。

五、余论：若干细节问题之厘清

关于异地用检是否需要经过调入地人大常委会的任命,尚有如下几个细节问题需要予以进一步的澄清。对它们同样予以反思,无疑有助于更全面地认知异地用检中的核心宪法争议。

(一)关于地方人大常委会任命影响异地用检效率问题

一个常见的反对异地用检需经调入地人大常委会任命的理由,是地方人大常委会每两个月才开一次会,异地用检走任命程序势必会影响用检效率。这个理由其实颇难成立。《地方组织法》第51条规定:“常务委员会会议由主任召集并主持,每两个月至少举行一次。遇有特殊需要时,可以临时召集常务委员会会议。”这里面有两点值得注意:①地方人大常委会会议每两个月至少举行一次,而不是每两个月只能举行一次,立法者采用“至少”一词就意味着地方人大常委会会议不以“两月一次”为限,“两月两次”也行;②“遇有特殊需要时,可以临时召集常务委员会会议”之规定,进一步说明地方人大常委会,完全有权力自主地决定是否召集常委会临时会议,以保证遇有特殊情况时人大同样不缺席、不失职,使人大常委会在任何时候都能充分履行好自己的职责。上级检察院书面决定异地用检,这当然属于“遇有特殊需要”之情形。就算地方人大常委会不把上级检察院的书面决定视为“特殊需要”,最多也只要再等两个月。在这个等待期间,被调用的检察官以检察官助理身份参与案件的办理工作,在法理上也不存在任何障碍,只要不以检察官身份行使审查批捕、出庭公诉等职权即可。

值得注意的是,关于如何完善地方人大制度,学界有一个基本共识:省市县级人大常委会每两个月举行一次会议、一年六次例会,业已适应不了日趋繁重的人大工作,可以改为全年举行八次会议,每次例会的具体时间,由主任会议拟订,并尽早通知组成人员。^[55]一个合理可行的期待是,异地用检须经地方人大常委会任命,或许为推动地方人大常委会会议制度的完善,提供了一个宝贵契机。

(二)关于异地用检影响案件双方诉讼武器平等问题

随着社会经济的发展,黑社会等集团犯罪现象下沉至地方县市趋势明显,而地方检察院检力有限不足以应付案情复杂、人数众多的集团犯罪,此乃异地用检现象频繁出现的时代背景。所谓异地用检导致案件控辩双方诉讼武器不平等的说法,存在两大误解。一是对控辩双方武器平等原则的误解。控辩双方武器平等实际上是被告人获得公正审判权的一个内在要求,它重点是指被告人有获得律师辩护的权利,而律师则在法庭上享有与公诉方同等的程序性权利,以使公诉职权和诉讼权利维持一定的平衡状态。有多少检察官参与案件的公诉、检察官是本地还是外地的、检察官办案经验如何等等,都与诉讼武器平等原则没有什么直接关联。正如来自北京、上海的集经验与才华于一身的律师,作为地方集团犯罪案件辩护人无关乎诉讼武器平等一样,异地用检并不导致双方诉讼武器不平等。

二是对检察官角色的误解。在诉讼中检察官的角色具有二重性。一方面,他称得上是一

[55] 参见尹中卿:《中国人大组织构成和工作制度》,中国民主法制出版社2010年版,第260页。

方当事人；另一方面，这是最主要的，他也是法律的维护者，他要像法官一样秉持客观义务，坚守公正立场，不偏不倚地履行法律监督机关的职责。后者就要求他切实防止把自己“纯粹”当作一方当事人，从而片面地追求对犯罪嫌疑人、被告人的追诉和打击。^{〔56〕}所谓控辩双方武器不平等论，明显忽视了检察官自身更为重要的法律监督角色。从本质上看，异地用检不过是外地检察官为维护地方利益而参与办案的一种机制，它对诉讼武器平等的影响可以忽略不计。

（三）关于被调用检察官是否需要由调出地人大事先免职问题

在具体如何完善异地用检制度方面，不少学者主张为了防止异地用检对我国的人大制度造成冲击，对于被调用的检察官，应当由原任命机关对其事先予以免职，再由调入地人大常委会重新进行任命。^{〔57〕}调出地人大常委会对被调用检察官事先免职或暂时中止其职务，这道理程序真的有必要吗？它究竟有什么实质意义呢？答案应该是否定的。上级检察院决定在异地调用某个或某些检察官时，常常都有充分的调研，至少在面对异地检察官检察业务繁忙时，一般不会作出调用决定。换言之，异地检察官的调用以不影响异地检察工作的正常开展，即不损害异地人民的利益为前提。这种无明显利害影响的临时调用，当然没有必要惊动异地人大常委会。异地用检只是临时调用，期限常常只有一年半载，超过两年的甚为罕见。异地用检并不涉及被调用检察官在原单位的岗位或职务变动，原检察院一般也不会针对异地用检而调整岗位，因此，调出地人大常委会完全没有必要介入异地用检。此其一。

其二，一旦调出地人大常委会对被调用检察官作出了公开的免职决定，那就意味着：①被调用检察官的薪资与职务待遇等，将不能由原检察院支付，毕竟，人都被免职了；②一旦要用检单位负担被调用检察官的薪资等待遇，用检单位将要走一系列的繁琐流程，工作量相当大，这个条件恐怕用检单位未必能接受；③一旦面临被免职的可能，被调用检察官是否愿意尤其是在法理上是否有义务配合上级检察院的调用决定，就不无疑问；④一旦被免职，案件办完后被调用检察官回来，当地人大常委会还得重新作出任命的决定，这纯属出尔反尔的多此一举。概言之，对于调出地人民来说，异地用检并不伤害到其自身利益，当地人大常委会完全没有介入的必要。

（四）关于被调用检察官是否需要由调入地人大事后予以免职问题

关于异地用检制度，另一个流行的主张是案件办理完毕后，被调用检察官得由调入地人大常委会作出免职的决定，之后才能回到原地检察院。对此有比免职更为简便妥当的制度安排。调入地人大常委会对被调用检察官的任命，是一种临时性的任命，对于调入地检察院来说，被任命的调用检察官只是一种“临时”检察官，而非长期在职检察官。调入地人大常委会对被调用检察官作出任命的主要依据，是上级检察院出具的书面调用决定。《统一调用决定》第6条规定：“上级人民检察院统一调用辖区的检察人员办理案件，应当制作调用检察人员办理案件决定书，写明被调用检察人员的法律身份和办理案件的职责，由检察长签发。”不言而喻，上级检察院发布的调用检察人员办理案件决定书，会随着案件的办结而自然失效。被调用人员也

〔56〕 参见万春：“《人民检察院组织法》修改重点问题”，《国家检察官学院学报》2017年第1期，第58页。

〔57〕 参见韩旭：“‘异地用检’规制论”，《苏州大学学报（法学版）》2022年第2期，第52页。

会随着案件的办结而自然离开调入地检察院,回到原来的调出地检察院岗位上。上级检察院亦不需要为被调用检察官的离任,再作出一个有关离任的决定书。

同理,调入地人大常委会亦无需为被调用检察官的离任,而专门作一个免职的决定。这个决定对于被调用检察官和调入地检察院都没有任何的实质价值。毕竟,众所周知被调用检察官的任命具有临时性,其离任自然而然,要求调入地人大常委会专门就此等自然之事作出一个决定,委实没有必要。

Abstract: The constitutional disputes in the system of cross-jurisdictional prosecution involve two main issues: firstly, whether the behavior of superior procuratorates in unilaterally calling upon prosecutors is constitutional, and secondly, whether the called-upon prosecutors need to be appointed by the standing committee of the people's congress of the jurisdiction into which they are called. The Procuratorate Organization Law grants superior procuratorates the authority to unify the call-up of prosecutors, which is a specific manifestation of the leadership relationship between different levels of the procuratorate, and its constitutionality is undoubtedly clear. Prosecutors possess a dual nature in terms of identity, embodying both national and local attributes. The former means that the selection and appointment/removal of prosecutors can only be based on national laws, and prosecutors must uphold the supreme interests of the entire society; the latter implies that the selection and appointment/removal of local prosecutors are local affairs, and local prosecutors can and should oversee the implementation of local regulations to genuinely protect local interests. The people's congress and its standing committee are the sole entities responsible for the appointment and removal of prosecutors. The cross-jurisdictional use of prosecutors "from the top down" also requires appointment and removal by the people's congress because the leadership relationship does not replace the method of creation. It is inappropriate to characterize the act of local people's congresses in appointing and removing prosecutors as a constitutional delegation; it is an act of authority aimed at protecting local interests.

Key Words: Cross-Jurisdictional Prosecution; Unified Transferring; Prosecutor; Local People's Congress; Local Interests

(责任编辑:彭 鐔)