

“分工负责、互相配合、互相制约” 原则之教义学原理

以审判中心主义为视角

孙 远*

摘 要 “分工负责、互相配合、互相制约”是一项具有宪法位阶的原则,但在刑事诉讼法中尚未被充分具体化。对于该原则应有之态度是充分运用各项法律技术,尽量揭示并充实其法律内涵。站在审判中心主义视角之下,控审职能之间的区分应从形式走向实质。控审之间的良性制约关系应依托控诉、法定、调查、直接、法律保留等诸原则,以及起诉审查、强制起诉、司法审查、事后审查之上诉审等程序予以贯彻。互相配合应主要体现在与干预公民基本权无关的问题上,公安机关与人民检察院于侦查追诉活动中相互沟通,公安机关的侦查行为配合人民检察院公诉活动之需要。

关键词 审判中心主义 分工 制约 配合 具体化

一、问题之提出

《宪法》第135条与《刑事诉讼法》第7条均规定,公检法三机关在刑事诉讼中的关系为“分工负责、互相配合、互相制约”。自从十八届四中全会提出建立以审判为中心的诉讼制度改革目标之后,该原则的正当性受到极大挑战。一种颇具代表性的观点认为该原则与审判为中心的诉讼格局之间存在不可调和之紧张关系,^[1]因之,各种针对该原则的“修改论”与“废除论”

* 中国青年政治学院法学院副教授。本文系作者承担的2016年度北京社会科学基金一般项目“以审判为中心改革背景下的证据制度研究”(项目编号:16FXB017)的成果之一。

[1] 参见龙宗智:“‘以审判为中心’的改革及其限度”,《中外法学》2015年第4期,第848页。

逐渐获得越来越多的认同。

然而,笔者的看法与上述观点颇有不同。在我看来,该原则不仅不应被视为当下审判中心主义改革的一个障碍,反倒应充分把握此次改革契机,对“分工负责、互相配合、互相制约”原则作一重新阐释,从而使其获得新生。我的上述看法来源于以下两点认识。

第一,从规范内涵角度看,“分工负责、互相配合、互相制约”原则在我国立法中的存在尽管由来已久,但其确切含义迄今并未得到解释论上的清晰阐释。该原则于1979年《刑事诉讼法》中得以确立并沿用至今。彼时,国内法律理论与实务均处于起步状态,一系列具备严格内涵与外延的专业概念尚未形成,而且为求便利法律在人民群众中的传播,当时立法倾向于以较通俗之方式予以表述,在专业性上反倒不甚注重。因此,法条选择了诸如“分工”“配合”“制约”等较为平实的用语。原本随着法律适用活动的深入,上述概念之内涵应该逐渐趋于清晰,但实际情况则恰恰相反,主流学说至今仍然停留在这些表述的一般语义层面解读该原则。比如,部分论者往往习惯于将“配合”理解为无条件或绝对的配合,以致于某些地方在针对特定案件时出现的三机关程序外沟通,甚至联合办案的做法,往往被归咎于“互相配合”的规定,^{〔2〕}但实际上,此类评论大多言过其实。从法学方法论角度观之,无论采用何种法律解释方法,恐怕都无法得出互相配合原则允许三机关联合办案的结论。因为任何法律原则均有其特定内涵,而不能被推向绝对。无论是“配合”还是“制约”,在刑事诉讼程序中均有其特定表现形式和适用范围。法律解释适用中的恰当态度,绝对不能是对上述概念先任意地解释出一个含义,再对这个含义展开所谓学术批判。针对该原则应有之立场应是凭借各种专业法律解释方法,尽力揭示“分工”“配合”“制约”等表述背后所可能隐藏的真正法律意涵。

第二,从法律层级角度看,“分工负责、互相配合、互相制约”这样一个规范内涵如此模糊的原则,却具有宪法位阶,它并非一项纯粹刑事诉讼法层面的原则,因此,单纯刑事诉讼法的修改根本无法对其作出任何实质性变更。即使将该原则从刑事诉讼法中删除,亦不影响其宪法性效力。实际上,从宪法与部门法关系的角度来看,《刑事诉讼法》第7条的规定原本就是可有可无的。因为《宪法》第135条已有该原则的明文规定,刑事诉讼法的任务并非简单复述这一原则,而应当是通过更为明确的规定对该宪法性原则予以具体化。《刑事诉讼法》第7条这种全文照抄的立法方式本无必要。有学者曾将《刑事诉讼法》第7条视为我国法律与宪法“规范表述趋同化”的一个典型例证,其实质是一种立法者的不作为。^{〔3〕}

因之,“分工负责、互相配合、互相制约”在我国现行法制体系之下,依然属于一项尚未被充分具体化的宪法条款。仅凭该条,尚无法获知作为一项宪法原则的“分工负责、互相配合、互相制约”之确切含义为何,必须进一步结合刑事诉讼法更为具体的规定方可明确。但是,对于该原则的解释,又不能完全以现行刑事诉讼法中的某些具体规定为唯一根据,至于司法实践过程

〔2〕 参见靳学仁:“公检法机关之间互相配合:一个沉重而陈旧的刑事诉讼法原则”,《华侨大学学报(哲学社会科学版)》2002年第1期,第82—83页。

〔3〕 参见李祥举、韩大元:“论宪法之下国家立法具体化功能的实现”,《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2013年第3期,第98页。

中某些不合理的做法就更不能直接作为“分工负责、互相配合、互相制约”原则的注脚。因为事实真相很可能是,我们的某些立法与司法活动在很大程度上曲解了这一原则,需要进一步改正的恰恰是这些具体的立法与司法实践。这样看来,“分工负责、互相配合、互相制约”原则并不构成立法和司法进一步完善的障碍,相反,只要该原则得到合理阐释,反倒可以为进一步改革提供原则性依据。对于这样一项在具体化过程中存在不足或偏差的宪法性条款,理论的任务恰恰应当是弥补其不足、纠正其偏差,而非仅仅站在刑事诉讼法的层面探讨这一宪法条款的存废。本文试图在这个问题上作一尝试,探索该原则在审判中心主义背景之下实现具体化的教义学原理,以求对我国审判中心主义改革的顺利推进有所裨益。

二、分工、配合、制约之关系

(一)分工之含义:分段抑或分权?

前引文献认为,所谓“分工负责”是指,三机关对侦查、起诉、审判各管一段,在其管辖的程序阶段,实现程序自控。据此,在该学者看来,我国刑事诉讼纵向构造沦为流水作业式,甚至侦查中心主义,这笔账在很大程度上要记在分工负责原则之上。^{〔4〕}

但此种看法似是而非,盖其混淆了两个重要概念,即“分工”与“分段”。中国刑事诉讼中侦查、审查起诉、审判三个诉讼阶段彼此泾渭分明,乃是一个在世界范围内独树一帜的特色。但是,这种“分段”模式恐怕并不能被简单等同于“分工”。换言之,“分段”或许是“分工”在刑事诉讼中的具体体现之一,但未必是其全部,甚至也未必是其最重要的部分。尽管为求刑事诉讼活动的有序进行,在一定程度上进行阶段划分必不可少,但是,如果误以为“分段”便是“分工”的全部内容,则会导致严重后果。多年来我国刑事诉讼立法与司法实践,均已对“分段”的权力运作模式形成严重的路径依赖,^{〔5〕}其实是缘于对宪法中“分工”二字的片面理解,这充其量只能说明作为一项宪法原则的“分工负责”在被刑事诉讼法的具体化过程中出现了偏差,而很难认为“分工负责”原则本身存在问题。究竟该原则中,“分工”的核心精神及确切含义为何,需要作一番更为严谨的分析式探讨。

从条文结构来看,首先可以得出这样一个结论,即“分工负责”是“互相配合”以及“互相制约”二原则的前提和基础。^{〔6〕}孟德斯鸠在其巨著《论法的精神》中,将保障自由的法门归结为权力分立。^{〔7〕}法律之所以必要,乃在于权力分立这一基本前提。法律便是作为协调分立的各权力之间关系的规则而存在。若所有权力集于一点,规则便是多余的,犹如在宇宙大爆炸的

〔4〕 龙宗智,见前注〔1〕,第848页。

〔5〕 侦查、起诉、审判的区分并非我国刑事诉讼阶段化的唯一体现,除此之外,当前刑事诉讼中充斥着大量所谓“独立程序阶段”,并由此导致刑事诉讼的碎片化。

〔6〕 陈光中:“如何理顺刑事司法中的法检公关系”,《环球法律评论》2014年第1期,第63页。

〔7〕 参见(法)孟德斯鸠:《论法的精神(上册)》,张雁深译,商务印书馆2002年版,第154—156页。

“奇点”时刻,所有现代科学上的规则都不具有任何意义。^{〔8〕}相对于现代社会的刑事诉讼模式而言,纠问式诉讼就仿佛宇宙大爆炸之前的“奇点”状态,盖其所有权力集中于纠问法官,一系列用于规范各程序主体之间关系的规则便没有存在的可能与必要,直至欧陆资产阶级革命之后,将原本属于纠问法官的权力分立为控诉与审判,由不同主体分别行使并在二者之间形成彼此制衡关系之后,现代意义上的程序法规则才有了存在的可能性与必要性。

由此观之,“分工”的更基本含义应为“分权”,否则真正意义上的法律规则就不可能存在,所谓刑事诉讼法充其量也就只能是一种工作方法,即权力主体使用其权力的方法,而非调整各程序主体之刑事诉讼行为的法。由此不难看出,前述“分段”模式与“分权”之基本精神并不符合,“分段”不可能是分工负责原则中“分工”二字的确切含义。既然分段的结果是令公检法各机关“在其管辖的程序阶段,实现程序自控”,显然分段不可能为三机关“互相配合、互相制约”提供足够的程序空间,因为在每一个程序阶段中,权力仍然是集于一体的。如果仅仅停留在分段的层次上理解分工,其结果与纠问式诉讼便不存在本质差异,如果说有差别的话,真正的差别也无非是原本由纠问法官做一遍的事情,改由公检法三个机关先后做三遍程序始告终结,而在每一个程序阶段中,纠问式的色彩依然相当明显。

总之,对于分工与分段的区别可做如下理解:分工是由数个主体各自发挥不同权能共同参与同一项决策活动,而目前实践中刑事司法程序的分段模式,则是将整个刑事诉讼过程划分为前后相继且彼此封闭的三个阶段,每个阶段的主导者在该阶段行使几乎无法挑战的权力。如果将分工简单等同于分段,“分工负责、互相配合、互相制约”原则在逻辑上就不成立了,因为发生配合与制约关系的只能是各权力主体,而不可能是各个诉讼阶段,后者仅仅是一个时空上的概念。

(二) 配合与制约之一般原则

当前学界针对“分工负责、互相配合、互相制约”原则的一种颇具代表性的批判意见是指责该原则未明确辩护权在刑事诉讼中的地位。^{〔9〕}但此种批评并未切中要害,它隐含的一个前提是将该原则预断为一项有关刑事诉讼构造的原则。^{〔10〕}如果该原则规定的内容确为刑事诉讼构造,当然不可缺少对辩方诉讼地位及其与控审主体之关系的规定。^{〔11〕}但此一前提未必成立,并无任何根据将该原则视为一项关于刑事诉讼构造的原则,^{〔12〕}该原则之意图仅在于规范公检法各公权力机关在刑事诉讼中的关系,在本条中未提及辩护权并不意味着否定辩护权

〔8〕 (英)史蒂芬·霍金:《时间简史——从大爆炸到黑洞》,许明贤、吴忠超译,湖南科学技术出版社1998年版,第54页。

〔9〕 参见左卫民:“健全分工负责、互相配合、互相制约原则的思考”,《法制与社会发展》2016年第2期,第27页。

〔10〕 参见龙宗智,见前注〔1〕,第848页。

〔11〕 对刑事诉讼构造概念最有影响力的界定是李心鉴博士所著《刑事诉讼构造论》一书中提出的:“刑事诉讼构造是由一定的诉讼目的所决定的,并由主要诉讼程序和证据规则中的诉讼基本方式所体现的控诉、辩护、裁判三方法律地位和相互关系。”李心鉴:《刑事诉讼构造论》,中国政法大学出版社1992年版,第7页。

〔12〕 实际上,刑事诉讼构造乃是一个诉讼法学理论上归纳而成的概念,原本就无需在刑事诉讼法中以明文的形式作出规定。

的重要意义;相反,辩护权能否获得发挥作用的程序空间,恰恰要看各公权力主体之间是否可以维持一种良性且有效的制约与配合关系。因为辩护权行使的有效性从来不是靠辩方自身力量的强大,亦不主要取决于立法对辩护权做了多少宣示性规定,而是基于公权力机关之间关系的合理化。盖辩护权之运作机理依循的是一种“借力打力”的模式,当公权力主体不止一个,且彼此之间形成了有效的制衡关系之后,辩护权方可在其中左右逢源,否则辩方便只剩下“死磕”这华山一条路了。^[13]从上述辩护权运作机理亦可窥见各权力主体之间关系的一般原则。

在分工负责的前提之下,该原则将分立的各权力主体之间的关系模式概括为两种,一曰配合,一曰制约。那么究竟在何种情况下应当配合,又在何种情况下彼此制约?此一问题背后的基本原理应在于,当某一环节涉及干预公民基本权时,应当在各权力主体之间形成一种彼此制约之关系,而在某些与干预基本权无涉的场合,则应强调各权力主体的配合。因为权力分立原则作为国家权力的一个适度调节器,其宗旨就在于保障个人的自由权利,^[14]当不存在需保障的利益情况下,公权力主体之间的制约就是不必要的“扯皮”。

从宏观层面看,现行刑事诉讼法赋予公检法三机关在刑事诉讼中的主要权力分别为侦查、起诉与审判。其中,侦查与起诉同属控诉职能,审判是与控诉彼此分立的独立职能。那么,在控诉与审判两大职能之间,应维持一个有效制约关系,非此不足以保护公民基本权;而对于控诉职能之运转,在不涉及基本权干预的场合,应促进侦查与起诉两项权力之间的配合,非此不足以确保追诉活动的有效性。现行刑事诉讼法的问题是在立法论与解释论上均未能充分理解“配合”与“制约”之奥妙,将三机关等同视之,一方面,公检之间的配合强调不足,在原本同为控诉机关的公安机关与检察院之间设置不必要的壁垒,从而极大影响追诉效率;另一方面,控审之间的制约机制亦不够完善,从而导致诉讼的公正性存在不足。可谓公正与效率的两败俱伤。

如前所述,现代社会刑事诉讼与纠问式诉讼之间最基本的区别,就在于控审分离结构的形成。控审分离有形式与实质之分。所谓形式的控审分离主要指的是一种机构层面的分离,这一点姑且可以说在我国刑事诉讼中已经确立,因为,毕竟已从组织的角度设立了专门的控诉机关和审判机关。但实质的控审分离却没有这么简单,所谓实质控审分离是指,控诉机关与审判机关严守其各自职权界限,不得相互逾越,真正做到控诉的归控诉,审判的归审判。控审分离的实至名归不是仅凭一个理念或口号即可达成,而是必须依赖一系列具体原则和规则的有效运作方可实现。“相互制约”作为一项我国刑事诉讼的基本原则,之所以其运转状况不尽如人意,其原因不在于“相互制约”这四个字错了,而在于控审职能未实现实质分离,在很大程度上还呈现一种你中有我、我中有你的状态,自然无法维持一个彼此之间的良性制约关系。那么,究竟需要凭借哪些机制,方可实现实质的控审分离?实现实质分离的控审两大职能又以何种方式实现彼此制约呢?这些都是刑事诉讼法作为部门法,需要对作为宪法原则的“互相制约”予以具体化的问题。参酌以德国为代表的传统职权主义诉讼模式,在控审分离的大背景之下,控诉与审判两大职权之间的彼此制约主要体现为几个关键点。在本文接下来的各部分,我将

[13] 当前各诉讼阶段权力集于一体的格局,恐怕是所谓“死磕派”律师现象出现的一个重要制度原因。

[14] 参见(德)康拉德·黑塞:《联邦德国宪法纲要》,李辉译,商务印书馆2007年版,第376页。

逐一对“互相制约”原则背后的各项具体内涵展开探讨,之后再对“互相配合”原则的含义及具体适用作一简要分析。

三、控诉原则——控诉制约审判

控诉原则要求无控诉则无审判,法院不得主动审判未经起诉的案件,即使在法庭上于法官面前发生的犯罪亦无不同。^[15]站在“互相制约”的视角之下,控诉原则所体现的是一种控诉方对审判方的制约作用。此种制约包含两方面内容。第一,控诉决定审判启动;第二,控诉范围决定审判范围。以上述形式与实质二分的视角观之,前者谓之“形”,后者谓之“实”。我国现行法中,控诉原则之形式已经具备,盖无论公诉案件抑或自诉案件,均须先有起诉,审判方可展开,但实质意义上的控诉原则依然存在不小的问题。换言之,控诉原则之实质侧面内涵在我国现行法下尚未得到切实有效的具体化,制度上的原因主要在于审判对象机制尚未完善。

审判对象又称诉讼标的或诉讼客体,在各国刑事诉讼法学中审判对象都是一个非常重要的概念。但在我国,这一概念尚未得到足够充分的研究,实务中掌握标准不一,由此对控审职能的实质区分造成不小的混乱。就控诉原则而言,审判对象的功能主要是为控诉对审判范围之决定作用提供一个足够明确的界限。详言之,主要有以下三方面问题需要明确。

第一,无论是控诉之提起还是审判活动之开展,固然应以被告人存在为前提,^[16]但被告人本身并不能被等同于审判对象,盖审判并非是纯粹对人的审判,而毋宁是对该人被指控实施的某件事情的审判。“对事不对人”恰恰是现代刑事诉讼相对于以往纠问式诉讼的重大区别之一。因此,仅仅将审判对象归结为“人”是不准确的,恰当的理解应该是被告人被指控实施的一件“事”,“一人一事”方可构成一个审判对象。^[17]我国《刑事诉讼法》第181条规定:“人民法院对提起公诉的案件进行审查后,对于起诉书中有明确的指控犯罪事实的,应当决定开庭审判。”该条所指起诉书中“明确的指控犯罪事实”,即为我国刑事诉讼中的审判对象。^[18]

第二,所谓“事”亦可做两种理解。其一,可以在纯粹的历史事件意义上理解审判对象;其二,也可以从“该当某一特定罪名的事”这个意义上理解审判对象。具体就控诉原则而言,若采前述第一种理解则意味着,控诉对审判的限定作用仅在事实层面产生,一旦该事实得到限定,法院负有在此一事实范围之内认定事实的职责。若采前述第二种理解,则意味着,控方对事实的表述以及对该事实所作的法律评价均对审判产生限定作用。从比较法上看,以德国为代表的传统职权主义刑事诉讼采取第一种理解,其审判对象被限定为“公诉事实”,而英美刑事诉讼则采第二种理解,其审判对象为包含事实以及对该事实之法律评价两方面因素的“诉因”。^[19]

[15] Michael Bohlander, *Principles of German Criminal Procedure*, Hart Publishing, 2012, p.24.

[16] 根据现行刑事诉讼法及相关司法解释之规定,如果被告人已死亡或下落不明,诉讼则应终止或中止。

[17] 参见(德)克劳思·罗科信:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社2003年版,第179页。

[18] 参见孙远:“论作为审判对象的‘明确的指控犯罪事实’——兼论诉因制度不可能适用于我国之原因”,载陈兴良主编:《刑事法评论(第29卷)》,北京大学出版社2011年版,第495页。

[19] 同上注,第495—496页。

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》(以下简称《高法解释》)第241条第一款第2项规定,人民法院对于“起诉指控的事实清楚,证据确实、充分,指控的罪名与审理认定的罪名不一致的”案件,应当按照审理认定的罪名作出有罪判决。由此可知,我国刑事诉讼中的审判对象应当是“公诉事实”,控方对指控事实之法律评价并无制约审判之效力,法院可在“起诉指控的事实”的范围之内改变罪名作判决。

第三,在公诉事实制度之下,起诉所指控的事实与法院审判的事实,^[20]应当为“同一个”事实。但是,若将同一性简单理解为必须严丝合缝、分毫不差,则又是不可能的,因为随着诉讼的进程,不同阶段对案件事实的认定在某些细节上出现偏差难以避免,只要这些细节上的“量变”未引起公诉事实整体上的“质变”,则公诉事实的同一性原则依然得以维持。日本学者小野清一郎指出:“所谓公诉事实的同一性,并不是二者要完全重合意义上的同一性,而是以因诉讼中实体形成的进行而变化为前提的同一性。前后可以有不吻合,但同时又是同一的。也就是说,尽管可能有枝节性的变化,但在重大方面必须是同一的,即必须保持基本的同一性或本质的同一性。”^[21]因此,究竟审判对象在诉讼进程中发生的哪些枝节性变化未超出同一性范围、哪些变化超出了同一性范围,必须有一个标准,即所谓公诉事实同一性标准。

公诉事实的同一性标准历来是各国刑事诉讼法学中的疑难问题,至今未有足够明确的统一判断标准,而只能通过判例的积累使之尽可能得到澄清。但是,这一问题在我国学界长期以来几乎未曾得到关注,导致目前司法实践在这一点上一直处于一种暧昧不明的状态。^[22]公诉事实的同一性标准不够明确,其直接后果是控诉对审判之限定作用的范围无章可循,“互相制约”原则中所要求的“制约”二字在这一点上便不可能得到真正实现,原本应为针对指控之“事”的审判很可能蜕变为针对被告人本“人”的审判,即被告人沦为刑事诉讼的客体。学界之真正任务恐怕不是宽泛地讨论“互相制约”原则之合理性,而应当为同一性判断标准的完善贡献智力,从而推进“互相制约”原则的进一步良性运转。须知,公诉事实同一性标准是否清晰,在实质上影响着作为革命遗产的控诉原则能否实现。如德国学者罗科信所言:“法院不得任意独断地将调查范围扩张,被告在此需受保护。经此对诉讼标的(客体)的认定,即是要免去昔往在追问程序时的弊端。”^[23]

四、法定原则、起诉审查与强制起诉——审判制约控诉之一

(一)法定原则

在控诉原则之下,起诉与否的决定权掌握在控方手中,法院居于被动地位,因之乃有防止

[20] 以及一事不再理效力所及范围内的事实。

[21] (日)小野清一郎:《犯罪构成要件理论》,王泰译,中国人民公安大学出版社2004年版,第221页。

[22] 造成这一结果的制度层面原因恐怕很大程度上还是在于我国判例制度的缺位,由于缺少判例的支撑,此类带有极强技术性的问题很难展开较深入的讨论。

[23] 罗科信,见前注[17],第366页。

控诉机关滥权之必要。防范措施主要体现在两个层面：其一，在立法层面，各国法律均明定提起公诉的法定条件；〔24〕其二，在司法层面，大多凭借不同形式的司法审查程序，以审查控方在个案中对法定追诉标准的恪守情况，并由此形成在追诉环节审判对控诉的制约关系。

我国《刑事诉讼法》第172条规定：“人民检察院认为犯罪嫌疑人的犯罪事实已经查清，证据确实、充分，依法应当追究刑事责任的，应当作出起诉决定。”此为本法采起诉法定主义之依据。但同时，《刑事诉讼法》第173条第2款又规定：“对于犯罪情节轻微，依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的，人民检察院可以做出不起诉决定。”据此，人民检察院在该款规定的案件范围内享有不起诉裁量权。因之，通说认为，我国刑事诉讼法在起诉环节的原则为“起诉法定主义为主，起诉便宜主义为补充”。〔25〕

若仅从上述条款来看，我国奉行的起诉原则与德国等采取职权主义诉讼模式的国家并无实质差别。但作一体系化的比较之后则很容易发现，在我国现行法下，检察院对于前述起诉条件的适用，实质上居于几乎不受审查的最终决定者地位，这意味着在对法定起诉条件的适用问题上，“互相制约”原则尚未得到丝毫具体化，这一点恰恰构成我国法与国外立法在起诉环节的最大差别。

控方违反法定起诉条件的可能情形主要有两种：第一，对于未达起诉条件的案件率行起诉；第二，对于已达起诉条件，且不属于酌定不起诉范围的案件作不起诉处理。揆诸世界各国刑事诉讼程序可以发现，针对上述两种可能发生的情况，各国普遍设置了相应的诉讼程序予以制约。对于第一种情况，两大法系国家均设有起诉审查程序以防止检察官滥诉，对于第二种情况，大陆法系各国普遍设立了不同类型的强制起诉程序。需要说明的是，由于起诉必须符合法定条件，这在两大法系并无不同，因此，起诉审查程序之设置乃为各国通例，但是由于英美法系奉行起诉便宜主义，检察官对于已达起诉条件的案件作不起诉决定并不违法，是故强制起诉程序仅为采行法定原则的大陆法系国家所独有。反观我国刑事诉讼法，在上述两个重要环节上均属空白，由此导致法定原则在实践中的贯彻殊为可疑。接下来笔者将结合其他国家的立法，对上述两项程序环节逐一检讨。

（二）起诉审查

起诉审查程序的核心精神在于，由司法机关对控方提起公诉的案件予以实质性审查，以决定是否开启法庭审判。在德国，此一环节被称为“中间程序”，〔26〕因其位于起诉与审判之间。

〔24〕 从比较法上看，起诉环节存在法定主义与便宜主义两种不同的立法例。法定主义是指，检察官负有严格依照法律规定而为起诉或不起诉之义务，并无自行裁量之余地。便宜主义则指虽然具备犯罪嫌疑与诉讼条件，但在不必要起诉时，可由检察官裁量作出不起诉决定，又称起诉裁量主义。不难看出，法定主义与便宜主义既有差异，但亦有共同之处。在提起公诉必须符合法定条件这一点上，二者是相同的，起诉便宜主义并未赋予检察官将不符合起诉条件的案件提起公诉之裁量权。二者分歧仅在于对那些已经达到起诉条件的案件，是否允许检察官裁量不起诉。因此，法定起诉条件对于公诉之提起，是一个基本的要求。

〔25〕 参见汪建成：“论起诉法定主义与起诉便宜主义的调和”，《中国人民大学学报》2000年第2期，第92—93页。

〔26〕 罗科信，见前注〔17〕，第377页。

该程序审查的内容包括两个方面。其一,检察官提交的证据是否达到法定起诉标准。^[27]在中间程序中,检察官对这一标准的成立负有“独立之证明义务”,^[28]法官主动调查取证在这一阶段既不必要也不允许,否则即属越俎代庖——以裁判者身份代行了控方的职权。其二,诉讼要件是否齐备。诉讼要件是指“整个诉讼能够合法进行并为实体判决所必须具备之前提要件”,^[29]主要包括法院是否具有管辖权,告诉才处理的犯罪是否存在告诉,追诉期间是否届满等。若审查发现上述两方面的要件欠缺,为捍卫法定原则,起诉将被驳回。

我国现行刑事诉讼法在起诉之后,开庭审理之前,亦设有对公诉案件的庭前审查环节,但是通说主张,此种审查仅限于程序事项的审查。^[30]根据《刑事诉讼法》第181条和《高法解释》第180条规定,只要案件属于本院管辖,且各项程序性材料齐备,法院即应开庭审理。可见,该环节所审查者并非第172条规定的起诉条件是否真正满足,与欧陆各国的起诉审查程序不可同日而语。

起诉审查程序缺失所造成的后果是灾难性的。第一,对于检察官可能的“滥诉”,现行法律毫无制约手段。如此一来,将可能导致大量实质上未达起诉标准的案件得以毫无阻碍地涌入法庭,使法院负荷日益加重。第二,控审分离的程序结构难以维系。如前所述,起诉审查程序所要审查的重要内容之一为提起公诉的案件是否达到法定证明标准,而且该标准之达成,须由检察官负完全的证明责任。这样的安排是为了使检察官承担名副其实的控诉职责。当这一道关卡失守之后,检察官若将未达法定条件的案件提起公诉,那么一系列原本应当由控诉机关履行的证据调查工作将不得不在审判过程中由法院负责,如此一来,本应居中裁判的法官几乎蜕变为控诉一方。法院若过分投入证据调查收集,那么案件将从“控方的案件”转变为“法院的案件”,法官将不得不面临“审判自己案件”的尴尬局面。现代刑事诉讼程序本应是在不同诉讼职能相互分离与制约的过程中形成的一种立体结构,但是在起诉审查缺位的情况下,我国所谓的刑事诉讼程序则仅仅成为一条生产判决的“流水线”,所谓“流水作业式”的刑事诉讼构造即由此而来。

(三)强制起诉

若检察官对于符合法定起诉条件的案件不予起诉,亦构成对法定主义的违背。对于此种情形,各个采行法定主义的国家主要是通过各种形式的强制起诉程序予以防范,而我国目前亦不存在类似的程序设置。

同样以德国为例,根据德国学者的解释,强制起诉程序之目的乃促使被害人向检察机关就法定原则的遵行,得以由另一独立的法院来加以审查。^[31]依德国刑事诉讼法,被害人对于检察官作出的不起诉决定,可以在收到该决定之后两周内,向作出不起诉决定的检察官的上级提

[27] 德国实务通说认为,该标准应略低于定罪所需的“确信无疑”标准,但亦应达到相当高的程度,有人称之为“有罪判决的高度可能性”。

[28] 参见林钰雄:《严格证明与刑事证据》,法律出版社2008年版,第171—172页。

[29] 林钰雄:《刑事诉讼法(上册)》,台湾元照出版有限公司2013年版,第245页。

[30] 参见龙宗智:“刑事诉讼庭前审查程序研究”,《法学研究》1999年第3期,第59页。

[31] 罗科信,见前注[17],第371页。

出抗告。如果抗告被拒绝,则应当在二个月内申请联邦高等法院裁判。联邦高等法院可以查阅控方案卷,或依据职权对案件事实进行调查,若认为案件已达起诉条件,将裁定提起公诉,对于该裁定,检察官必须执行。^[32]除德国之外,日本、我国台湾地区等国家或地区刑事诉讼法中均有类似设计。但我国大陆地区法律在这一问题上的处理与上述国家和地区均不同。依据现行刑事诉讼法,对于检察院作出的不起诉决定主要有三种制约途径。第一,公安机关可以依据《刑事诉讼法》第175条申请复议,如果复议意见不被接受,可以申请上级检察院复核。第二,被害人和被不起诉人可以分别依据《刑事诉讼法》第176、177条向检察院提出申诉。第三,被害人在不起诉决定作出后,可以诉诸“公诉转自诉”的途径,直接向法院提起自诉。

与强制起诉程序相比,上述三种途径在捍卫起诉法定主义方面作用不足是显而易见的。申诉、复议、复核均为诉诸检察机关纠正违法的不起诉决定,这与强制起诉程序中由法院对国家公诉权加以审查完全就是两回事。公诉转自诉似乎是一种诉诸司法权的救济模式,但该模式所体现的与其说是法院对公诉的审查,不如说是对公诉的替代。^[33]总之,控审之间相互制约的因素于此均不存在。

综上所述,《刑事诉讼法》第172条尽管对起诉法定主义作出了宣示性规定,但与此相关的程序机制无一建立,由此导致检察机关的起诉决定与不起诉决定实质上均不受法律的任何控制。如此一来,对于我国现行法律究竟采用的是法定主义还是便宜主义的问题,恐怕应当有再认识。须知,即使是采用便宜主义的英美法系国家,也仅仅是允许检察官就符合起诉条件的案件作不起诉决定,但是在起诉必须符合法定标准这一问题上,与大陆法系国家并无不同,因此,英美法系亦设有严格的起诉审查程序,其中最著名者莫过于美国的大陪审团制度。^[34]

我国起诉审查与强制起诉程序双双缺失,在这个意义上甚至可以说我国实务中实际运行的既不是法定主义也不是便宜主义,庶几可称之为“起诉随意主义”。检察机关在起诉与否这一点上其实一直是在行使一种毫无制约的权力。因此,对“相互制约”原则具体化的正确方向,应是对控方在起诉问题上已如脱缰野马一般的权力加以约束,将公诉权

[32] 除此之外,对于德国强制起诉的制度安排尚有几点值得注意。第一,法院强制起诉程序只适用于得适用法定原则之犯罪案件,但是对于检察官依据便宜主义作出的不起诉决定不得强制起诉。从中不难看出,强制起诉程序意在维系起诉法定原则。第二,被害人申请强制起诉,其申请书必须由一名律师签署,其目的在于防止被害人不理性地滥用此项权利,如果被害人一方无法找到一名愿意签署的律师,则意味着其申请原本就是没有理由的。第三,检察官根据法官的强制起诉裁定提起公诉之后,并不受该裁定之约束,在诉讼过程中依旧独立行使职权,甚至可以在法庭上申请宣告被告人无罪。为平衡此种情形,被害人有权在提起公诉之后,加入为从属诉讼人。参见罗科信,见前注[17],第371—376页。

[33] 此外,公诉转自诉尚有以下两点不足:第一,依据《刑事诉讼法》第170条第三项规定,允许公诉转自诉的案件仅限于侵犯公民人身权利以及财产权利的案件,而对于其他案件则根本没有这种可能性;第二,案件由公诉转为自诉之后,则应以自诉案件的程序进行审理,这也就意味着原本应由公安机关和检察院两大机构合力完成的控诉职能,此时将落在自诉人一人身上,这对自诉人而言,无异于一个不可能完成的任务。此种制度安排与大陆法系国家强制起诉之后依然采取公诉的模式相比,不啻天差地别。

[34] See Wayne R. Lafave, Jerold H. Isreal, Nancy J. King & Orin S. KERR, *Criminal Procedure*, West, 2009, pp. 771—777.

之行使拉回到法治的轨道上来。^{〔35〕}

五、调查原则——审判制约控诉之二

调查原则是指“法院自行对犯罪事实加以调查,不受诉讼参与人之声请或陈述之拘束。”^{〔36〕}对于某项与澄清案件事实有关的证据,即使控辩双方均未提及,法院亦负有职权调查义务。

调查原则的前提是控诉原则,即法院调查证据不能超出检察院起诉指控的事实范围之外。换句话说,检察院起诉划定了审判的范围,这一范围约束法院,但是究竟可以运用哪些证据证明这一审判对象,则法院不仅不受控方约束,反而有权在控辩双方提供的证据范围之外主动调查取证,从而确保对指控的真实性实现实质有效的审查。控诉原则与调查原则并行,恰恰体现了控审双方的“相互制约”。根据调查原则,在法庭证据调查的范围这一点上,法院不受当事人主张、声明的拘束。^{〔37〕}这一点也是职权主义诉讼区别于当事人主义诉讼的独特之处。特别需要指出的是,职权调查对于法院而言,既是权力,又是义务,若应当调查的证据未予调查,则属于程序违法,在传统职权主义诉讼中构成撤销原判、发回重审的重要理由。^{〔38〕}

调查原则之基本精神在我国刑事诉讼法中也有较为充分的体现。《刑事诉讼法》第50条规定:“审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序,收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。”本条在国内教科书中,一般被概括为全面收集证据之义务。^{〔39〕}据此,法院尽管在审判对象上依据控诉原则要受控方制约,但在此审判对象的范围之内,证据调查范围之确定则并不受控方约束,反之,法院还有责任通过全面调查证据,对指控成立与否展开实质有效的审查。此外,《刑事诉讼法》第191条规定:“法庭审理过程中,合议庭对证据有疑问的,可以宣布休庭,对证据进行调查核实。人民法院调查核实证据,可以进行勘验、检查、查封、扣押、鉴定和查询、冻结。”该条进一步明确了法庭适用调查原则的程序与方式。

可见,调查原则作为一种审判对控诉的重要制约机制,在我国现行刑事诉讼法中已具雏

〔35〕 但近年来司法改革的方向却反其道行之,检察机关试图在现有规定基础之上,谋求进一步扩大起诉裁量权的范围,且此种倾向在理论界亦支持者甚众。代表性文献可参见魏红:“论我国检察机关公诉裁量权的多元化”,《法律科学》,2010年第6期;陈光中、张建伟:“附条件不起诉:检察裁量权的新发展”,《人民检察》,2006年第4期;康泰来、王海军:“起诉裁量权正当性研究”,《河北法学》,2009年第7期;周作学、黄清、雷志强:“检察机关自由裁量权问题研究”,《法学杂志》,2003年第7期;段明学:“起诉法定主义与起诉便宜主义”,《贵州警官职业学院学报》,2008年第1期。

〔36〕 罗科信,见前注〔17〕,第114页。

〔37〕 Bohlander, *supra* note 15, p.27.

〔38〕 相关文献可参见罗科信,见前注〔17〕,第427页。林钰雄:《刑事诉讼法(下册)》,台湾元照出版有限公司2013年版,第381—382页。

〔39〕 参见程荣斌、王新清主编:《刑事诉讼法》,中国人民大学出版社2013年版,第175页。

形,这一点与宪法和刑事诉讼法要求的“互相制约”可以说是一脉相承的。惟其具体执行过程中,实际状况常常不能令人满意,即审判对控诉制约作用在证据调查范围问题上发挥不力,从而促使审判中心地位的进一步丧失。但其原因亦非“相互制约”原则存在问题,而恰恰在于一系列具体程序与规则的缺失,导致宪法和法律要求的“相互制约”原则未能充分实现。其中最为关键者在于,现行法律对于法院职权调查权行使,未能予以充分有效之规范,具体而言,主要包括以下三方面问题的规范。

(一) 职权调查义务启动之前提

由于长期以来受英美法理念的影响,一种代表性观点认为,法院职权调查权的存在有违中立原则,应予禁止。^[40]但实际上此种看法并未理解职权主义诉讼的基本法理。盖法院职权调查权的启动有其基本前提。

如前所述,实质性起诉审查程序的设置是各国普遍做法,在该程序中,检察官须就起诉的证明标准负独立证明义务,该标准在德国为“有罪判决的高度可能性”。法院调查权的启动仅仅针对已达起诉标准的案件展开。因此,正常情况下,法官的职权调查仅仅在“有罪判决的高度可能性”与作为定罪条件的“排除合理怀疑”之间的区域展开。用林钰雄教授的话说,法官职权调查之功能仅为“补足差额”。^[41]应当说,这是一种在行使范围上相当克制的权力。而我国的问题在于,庭审之前并无实质审查把关,导致大量未达起诉条件的案件涌入法庭,针对此类案件,法院如果要动用职权调查权的话,便不再是“补足差额”了,而是变成了“从无到有,从头到尾”,中立性自然难以保障。可见,法院职权调查权启动的前提是案件已经达到起诉标准。我国多年来在法院职权调查问题上进退失据,以致于相当部分论者将原因归结为职权主义本身,而倡导我国刑事诉讼向当事人主义转向,此种看法在很大程度上是对职权主义诉讼的误解。更为实际的对策毋宁是尽早设立实质性的起诉审查程序,从而为法院职权调查权的合理行使提供一个稳定的前提。

(二) 职权调查义务启动之方式与标准

根据职权主义诉讼的基本法理,法院职权调查可以依当事人申请而启动,亦可依职权而启动。^[42]这两种启动方式在我国刑事诉讼法中均有相应规定。《刑事诉讼法》第192条第1款规定:“法庭审理过程中,当事人和辩护人、诉讼代理人有权申请通知新的证人到庭,调取新的物证,申请重新鉴定或者勘验。”此为依申请启动之依据。《刑事诉讼法》第50条规定:“审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序,收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。”此为依职权启动之依据。

无论依申请的启动还是依职权的启动,均需有较为明确的标准,否则法院职权行使难免恣意。而且,由于法院职权调查之目的乃为追求实体真实,因此,依申请与依职权仅为启动方式

[40] 参见黄文:“法官的中立问题探讨”,《河北法学》2006年第5期,第94页。

[41] 参见林钰雄,见前注[28],第204—205页。

[42] 参见林钰雄,见前注[29],第63—64页。

上的差别，^[43]其实质判断标准应无不同。^[44]

关于职权调查启动的标准，在技术层面可以有两种规范方式。其一，主要以立法明确列举之方式规定；其二，主要通过学说的方式提供判断标准。前者如《德国刑事诉讼法典》第244条第3至5项即属之；^[45]后者如台湾学者林钰雄教授提出的“关联性、必要性、可能性”三阶审查基准。^[46]从某一具体国家或地区的法制来看，上述两种方式大多共同采用，只不过存在主次之分，某些以法定为主，辅之以法官依据学说进行的自由裁量；^[47]某些则以法官裁量为主，但不排除法律作出某些明确的列举式规定。^[48]我国在此一问题上的现状则是一无立法二无学说，由此造成法官职权调查之启动显得颇为神秘，法官恣意难以避免。^[49]

(三) 职权调查义务违反之救济

法官违反职权调查义务是指当存在某一符合上述启动标准的证据时，法官却决定不予调查。只有对此种程序违法提供有效的事后救济机制，方可保障调查原则的切实贯彻。对此，各国家和地区的刑事诉讼法中均有明确规定。我国《刑事诉讼法》第227条规定二审法院发现一审法院存在违反法定程序情形，可能影响公正审判时应撤销原判、发回重审，该条可作为法院职权调查义务违反之救济机制。但是从实际执行情况来看，显然不尽如人意。究其原因主要在于我国现行法确立的上诉审构造存在严重问题。

对于原审程序违法所展开的上诉审救济，须凭借事后审查的上诉审构造方可有效实现。所谓事后审查制是指，上诉法院以原判决为审判对象，以间接审理的方法审查原判决适用实体

[43] 法庭启动职权调查之必要性的判断依据主要来源于四个方面：第一，经当事人申请而得知；第二，从卷宗材料中得知；第三，从当事人陈述或诘问过程所获得；第四，从案件事实的关联性得知。其中，当事人申请仅为其一。参见林山田等：《刑事诉讼法改革对案》，台湾元照出版公司2000年版，第156页。

[44] 《德国刑事诉讼法典》第244条第2项规定：“为了调查事实真相，法院应当依职权将证件调查延伸到所有的对裁判具有意义的事实、证据上。”

[45] 《德国刑事诉讼法典》第244条第3至5项规定：“3、不准许收集证据的，应当拒绝查证申请。除此之外，只有在因为事实明显收集证据不为必要，或者要求查明的事实对于裁判没有意义或者已经查明，或者证据毫不适当或者不可收集，或者提出申请是为了拖延诉讼，或者对于应当证明的、对被告有利的重大主张，仅当主张的事实可以作为真实事实来处理的，才允许拒绝查证申请。4、除另有规定外，如果法院本身具备必要的专门知识的，可以拒绝询问鉴定人的查证申请。如果经先前的鉴定已经表明所主张的事实实际上是完全相反的，也可以拒绝请求对其他鉴定人听证的查证申请；但是，如果对先前鉴定人的专门知识值得怀疑，或者其鉴定是从不正确的事实前提条件出发，或者鉴定结论含有矛盾，或者新的鉴定人拥有比先前鉴定人更先进的鉴定方法的，不适用此规定。5、法院根据义务而进行的裁量，认为勘验对于查明事实真相并非必要的，可以拒绝要求勘验的查证申请。在同样的前提条件下，也可以拒绝请求询问要在国外传唤的证人的查证申请。”

[46] 参见林钰雄，见前注[29]，第64页。

[47] 如《德国刑事诉讼法典》第244条第5项即赋予法官以裁量权。

[48] 如我国台湾地区“刑事诉讼法”亦明文规定了四种不予调查的情形。该“法”第163条之二规定：“当事人、代理人、辩护人或辅佐人声请调查之证据，法院认为不必要者，得以裁定驳回之。下列情形，应认为不必要：一、不能调查者。二、与待证事实无重要关系者。三、待证事实已臻明了无再调查之必要者。四、同一证据再行声请者。”

[49] 关于此一问题的深入论证，可参见孙远：“论证据申请及其裁决”，《现代法学》2011年第5期，第111—116页。

法的正确性及程序正当性,并最终作出相应裁判的上诉审构造。^[50]此种上诉审查不得介入案件实体性事实问题之审理,而仅就原审某项程序问题之裁决的合法性予以实质审查。而且,各采行事后审查制上诉构造的立法例,还为此种上诉审规定了专门的审判方式,即间接审理。所有这些严格限定之目的均在于防止上诉法院不必要地接触案件实体问题,并由此形成预断,而对原审程序合法性的判断有失偏颇。

我国现行刑事诉讼法的关键问题在于,尽管规定了第 227 条这种针对程序违法的裁判方式,但未在审判对象与审理方式上提供与该条相匹配之规定,无论任何上诉案件均统一适用第 222 条全面审查原则,以及第 223 条的开庭审判标准,违背了上诉审构造之基本原理,从而导致程序问题的上诉审查丧失存在的空间。笔者对此问题已有专文论述,此处不再展开。^[51]

六、直接审理原则——审判制约控诉之三

除文章上一部分提到的三点之外,法院职权调查还需遵循第四个方面的规范,即直接审理原则,由于该原则具有更为重要的地位,本文在此作一专门探讨。

在以德国为代表的传统职权主义审判程序中,直接审理是其法庭证据调查程序的核心原则,也是确保审判者对侦查结果之真实性实现有效审查的主要工具。如果说前述调查原则之功能,是在证据调查范围问题上实现审判对控诉的制约作用,那么直接审理原则是在对该范围内的每一个证据之法庭调查程序问题上,发挥审判对控诉的制约作用。惟有凭借直接审理原则,法庭方可实现对控方证据的实质审查,防止出现庭审空洞化以及侦查中心主义等倾向。

直接审理原则的实质意涵是指禁止法院以间接的证据方法替代直接的证据方法,又称“证据替代品之禁止”。其中,能够提供待证事项“第一手”信息的原始证据方法,是直接的证据方法;反之,从原始证据方法“派生”而来的证据方法,亦即“证据的替代品”,则为间接的证据方法。^[52]直接审理原则意在确保法官直接接触最原始的证据材料,并凭借此种直接接触所获得的最为鲜活之印象裁判案件。这一点也是司法亲历性特征的必然要求。

在刑事诉讼中,直接审理原则最为重要的要求,即“卷宗之内容原则上不得用为裁判之依据”。^[53]因为卷宗便是前述直接审理原则之实质内涵中所称的“证据替代品”之最典型代表。可以说,直接审理原则之所以在 19 世纪被作为一个重要原则提出,其最主要目的便是为反对将卷宗作为法庭审理和裁判的依据。直接审理是与控审分离一并产生的一项诉讼原则。19 世纪随着资产阶级革命胜利之后,纠问式诉讼被推翻,确立起控审分离的刑事诉讼架构。在控审分离原则之下,侦查与裁判分别由不同主体各自行使,裁判者并未如纠问法官一般经历对各种证据的取得过程,因此法庭调查若仅以侦查机关制作的卷宗笔录此种证据替代品为对象的

[50] 参见孙远:“论刑事上诉审构造”,《法学家》2012 年第 4 期,第 134 页。

[51] 同上注,第 140—141 页。

[52] 参见林钰雄,见前注[29],第 43 页。

[53] 罗科信,见前注[17],第 430 页。

话,则控审分离的构架在查明真相这一点上,不仅未必优于纠问式诉讼,反倒比之大有不及。^[54]在直接审理原则缺位的情况下,侦查中心格局的出现乃属必然,^[55]侦查中心的诉讼格局其实质无非是纠问式诉讼的现代变种。

我国学界对于直接审理原则的倡导已历时多年,对于其必要性早已达成共识,^[56]但该原则迄今尚未在我国刑事诉讼中得到正式确立。其原因是多方面的,就方法论层面来看,一个很重要的原因在于尽管学界对该原则的功能已有较为深刻之认识,但对其运作机理则没有进行足够充分的思考。

国内学界在讨论直接审理原则之建立时,往往习惯性地将其视为一种审判“方式”或工作“机制”上的变化。但作一比较法考察则不难发现,真正审判中心主义的诉讼机制其实是通过程序法规则的严格适用而完成的。换言之,直接审理原则是一项具有明确的规范内涵及法律后果的程序法规范,因此,该原则的切实贯彻实际上是一个法律适用的过程。工作方式之转变与法律规范之适用在具体方法上存在重大差别。前者的有效手段是培训与考评等行政化方式,后者则是通过裁判而设定明确的法律后果。当德国学者在探讨直接审理原则问题时,其关注的重点主要在于审判法官对某一证据的调查行为是否违背直接审理原则,若违背的话,上诉法院可以此为由撤销其判决。当某种违背直接审理原则的做法将导致撤销判决的法律后果时,审判法官自然会极力避免此种情况的出现。但是,我国学界在考虑直接审理原则的建立方案时,更多的着眼点往往放在如何促使法官转变观念,如何通过证人保护、补偿等有效措施确保证人出庭,提高所谓庭审中的证人出庭率。^[57]我国学者习惯考虑的问题不可谓不重要,但严格说来这些并非真正的法律问题,更不是法教义学上的问题,而是一些司法行政领域的问题。正因如此,尽管直接审理原则在我国已讨论多年,但迄今为止仍然属于一种缺乏法律规范保障的理念或口号。

就我国现行法而言,在法律适用层面对直接审理原则的讨论可经由如下思路展开。《刑事诉讼法》第48条在界定了证据的概念与种类之后,于第3款规定:“证据必须经过查证属实,才能作为定案的根据。”该款规定定案依据的条件为“查证属实”,其中证据是否“属实”,原则上交法官自由心证,需要法律作出规范的问题其实是如何“查证”。另据《刑事诉讼法》第53条规定,认定被告人有罪需要达到“证据确实、充分”的程度,而该条第2款规定“证据确实、充分”须满足的条件之一为“据以定案的证据均经法定程序查证属实。”因之,《刑事诉讼法》第48条第3款中所谓的“查证”的确切含义其实是指经“法定程序”查证。若某一证据的调查程序不符合

[54] 参见林钰雄,见前注[28],第46页。

[55] 如有学者指出:现行刑事诉讼法并未有任何一个条款明定侦查的中心地位,“以侦查为中心”实际是对刑事司法实践中诸多问题的一种概括描述。参见王敏远:“以审判为中心的诉讼制度改革问题初步研究”,《法律适用》2015年第6期,第3页。但在直接审理原则长期缺位的情况下,此种现象的出现是必然的。

[56] 主要文献可参见陈永生:“论直言词原则与公诉案卷的移送及庭前审查”,《法律科学》2001年第3期;卞建林:“直言词原则与庭审方式改革”,《中国法学》1995年第6期。

[57] 主要文献可参见胡云腾:“证人出庭作证难及其解决思路”,《环球法律评论》2006年第5期;左卫民、马静华:“刑事证人出庭率:一种基于实证研究的理论阐述”,《中国法学》2005年第6期。

“法定程序”之要求,则不具有成为定案依据之资格。

在以德国为代表的传统职权主义刑事诉讼中,其证据调查的“法定程序”主要指的便是依据直接审理原则所进行的调查程序,凡未经直接审理检验的证据,原则上不得作为定案之依据。^[58] 而我国现行刑事诉讼法所规定的“法定程序”,则存在诸多与直接审理原则抵触之处,简言之,主要存在三方面问题。

第一,某些规定完全与直接审理原则背道而驰。如《刑事诉讼法》第 48 条第 2 款所列法定证据种类中,“勘验、检查、辨认、侦查实验等笔录”本身即属“间接证据方法”;另据该法第 190 条之规定,此类笔录可于法庭调查环节直接宣读。这意味着当前法庭对侦查机关勘验、检查、辨认、侦查实验等侦查行为的审查,完全以间接审理为原则。

第二,某些原本可体现直接审理原则精神的规定,因立法技术欠缺,及法律解释方法上的贫乏,而未能发挥应有之作用。如《刑事诉讼法》第 187 条第 1 款规定:“公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对证人证言有异议,且该证人证言对案件定罪量刑有重大影响,人民法院认为证人有必要出庭作证的,证人应当出庭作证。”本款为 2012 年修法新增条文,意在推进法庭审判的直接性,提高法庭审理中质证的质量和效果。^[59] 但从立法技术角度观之:一方面,本款对于证人出庭条件的设定不够明确,特别是“人民法院认为证人有必要出庭作证”的表述难以捉摸;另一方面,本款规定的法律后果——即当符合本款规定条件的证人未出庭作证时,其审前所作的证言笔录是否具有证据资格——未在法条当中予以明确。

在正常情况下,当立法存在不足时,原本可以通过法解释论上的努力予以弥补。但由于国内学界长期以来忽视刑事诉讼法解释论的作用,自修法至今,相关文献大多仅止于对该款做立法论上的批判,少数解释论层面的尝试亦未得要领,凡此种均导致该款规定在推动我国法庭审判直接性方面收效甚微。实际上,187 条第 1 款所列各项条件,尤其是“有必要”一词,若能从直接审理原则的含义出发进行解释,原本可得出较为确定的结论。此外,若能将该款规定与前述 48 条第 3 款以及第 53 条第 2 款的规定挂起钩来,则亦可从解释论上得出“符合该款规定者,证言笔录不具有证据资格”的结论。只是这个问题较为复杂,此处不予展开。

第三,在法律适用层面,对于直接审理原则之确立更为关键的,应当是考虑如何充分发挥《刑事诉讼法》第 227 条的事后审查功能。前述所有直接审理原则的具体要求若被违反,应属“违反法律规定的诉讼程序”,第二审法院应依据《刑事诉讼法》第 227 条规定撤销原判、发回重审,非此不足以确保直接审理原则的贯彻。但在这一点上,现行法的上诉审构造存在较严重的问题,前文在探讨调查原则之贯彻时已经对此做过论述,此处不再重复。

总之,直接审理原则的确立与实施,绝非一个审判方式层面的问题,而是一个复杂的法律适用问题,需要借助于立法、法律解释技术、上诉审程序建构等多种因素共同作用方可实现。

[58] 当然,该原则有其例外,本文限于篇幅,不予展开。相关文献可参见林钰雄,见前注〔28〕,第 51—54 页。

[59] 参见汪建成:“刑事审判程序的重大变革及其展开”,《法学家》2012 年第 3 期,第 92—93 页。

七、法律保留与司法审查——审判制约控诉之四

(一) 法律保留

前述控诉、法定、调查、直接诸原则主要着眼于检察院与法院之间的彼此制约,这也是控审关系问题上的传统内容。但自“二战”之后,特别是上世纪60年代以来,随着人权保障理念逐渐在世界范围内受到重视,控审之间的制约关系又被注入新的内涵,即针对那些干预公民基本权的强制处分行为确立严格的司法审查程序。在我国公检法关系的框架下,该原则主要涉及的是司法权对公安机关强制侦查行为的制约。

从比较法上看,司法审查机制的运作,以立法层面的法律保留原则为前提。因此在讨论司法审查机制之前,需对法律保留原则作一探讨。该原则是指:“国家欲实施强制处分并进而干预人民的基本权利时,必须有法律之授权依据,并且应该谨守法律设定之要件限制,否则即属违法侵害人民基本权利之行为。”^[60]我国立法并无法律保留之表述,但在解释论上可以认为,《刑事诉讼法》第3条在很大程度上体现该原则的基本精神。该条第1款明确了公检法各机关在刑事诉讼中的职权,^[61]第2款进一步规定:“人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼,必须严格遵守本法和其他法律的有关规定。”其中,对于第2款所用“严格”二字需在解释论上做一分析。

一般而言,当我们说某法律条款必须“严格”遵守时,往往意味着排除类推适用之可能。《刑法》第3条^[62]有关罪刑法定原则的规定所表达的便是要求“严格”遵守刑法规定的意思。如果这样理解的话,《刑事诉讼法》第3条第2款便显得令人费解。盖刑事诉讼法与刑法之间存在明显差别,规定犯罪与刑罚的刑事实体法属于一种对被告人不利的法律,自然应以罪刑法定原则为基石对刑法条款的适用做严格解释。但是,刑事诉讼法之目的在于为被告提供公正的审判程序,基本上被视为一种对被告人有利的法律,类推解释在刑事诉讼法的适用过程中原则上并不被禁止。^[63]因此,很少有哪个国家刑事诉讼法会将“严格适用”奉为整部刑事诉讼法的基本原则。但是,如果考虑到该条规范内容为公检法各专门机关职权的话,就不难理解了,盖公权力之行使自然应严格依据法律规定进行。而且,依具体权力内容之不同,法律对“严格”性程度的要求亦有明显差别。就刑事诉讼而言,其中最为严格者,应属对公民基本权构成

[60] 林钰雄,见前注[29],第311页。

[61] 《刑事诉讼法》第3条第1款:“对刑事案件的侦查、拘留、执行逮捕、预审,由公安机关负责。检察、批准逮捕、检察机关直接受理的案件的侦查、提起公诉,由人民检察院负责。审判由人民法院负责。除法律特别规定的以外,其他任何机关、团体和个人都无权行使这些权力。”

[62] 该条规定:“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处罚;法律没有规定为犯罪行为的,不得定罪处罚。”

[63] 参见(法)卡斯东·斯特法尼、乔治·勒瓦索、贝尔纳·布洛克:《法国刑事诉讼法精义(上)》,罗结珍译,中国政法大学出版社1998年版,第10—11页。

干预甚至剥夺的各种强制处分行为。^{〔64〕} 强制处分必须以明确的法律授权为前提,并须严格遵守法定条件与程序方可启动。可以说,刑事诉讼法中的强制处分法律保留原则与刑法中的罪刑法定原则对于法治国基本秩序的维护发挥同样的功能。^{〔65〕}

尽管我国现行刑事诉讼法在强制处分问题上,对于法律保留原则有若干宣示性规定,但参酌具体条款则不难发现,该原则在各诉讼环节亦处于尚未被充分具体化的阶段。如前所述,法律保留原则的内涵主要包含两个方面:其一,强制处分需有法律之授权;其二,法律需为各强制处分设定明确的法律要件。我国刑事诉讼法一个较明显的问题是,仅满足于前述第一方面,而对于第二方面,除逮捕、拘留等针对人身自由的强制处分之外,^{〔66〕}绝大多数均缺乏足够明确的条件性规定。如对于搜查、扣押、查封、冻结、技术侦查等一系列对公民基本权利构成重大干预的强制侦查行为,现行刑事诉讼法往往将“根据侦查犯罪的需要”^{〔67〕}“侦查人员认为需要”^{〔68〕}“为收集证据、查获犯罪人”^{〔69〕}等作为启动的实质条件。此种仅从目的层面作出的规定显然不足以为强制处分提供实质性规制。^{〔70〕} 因此,相对于刑事实体法上的罪刑法定原则而言,^{〔71〕}目前我国刑事诉讼法在强制处分问题上,还远远不能满足法定原则之要求。2012年刑事诉讼法的修改将“尊重和保障人权”列为刑事诉讼法的任务,此一任务必然要求立法进一步为各强制处分设定明确且合理的启动条件,也唯有如此,方可作为各权力主体在强制处分问题上的相互制约提供坚实基础。

(二) 司法审查

仅凭立法上对各项强制处分行为的明确授权以及启动标准等规定,尚无法在具体个案中确保符合“严格”适用之要求,而必须于司法层面提供监督制约措施,以实现强制处分问题上的权力制衡格局。时至今日,国内学界对于刑事诉讼中各项强制处分之司法审查的制度设计方

〔64〕 See Dr. Volker Krey, *German Criminal Procedure Law*, W. Kohlhammer Publishing Company, 2009, p.3.

〔65〕 因之,《刑事诉讼法》第3条第2款中的“严格”二字应做一限缩解释,主要限于对公民基本权利构成干预或剥夺的各项强制处分行为;而对于刑事诉讼法中诸如授予各项诉讼权利等规定,若一味要求“严格适用”,则反而可能有违程序公正之目的。

〔66〕 即使就逮捕、拘留而言,现行法规定的一系列启动条件,亦存在与法治原则相抵触的内容。

〔67〕 《刑事诉讼法》第148条第1款规定:“公安机关在立案后,对于危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪、重大毒品犯罪或者其他严重危害社会的犯罪案件,根据侦查犯罪的需要,经过严格的批准手续,可以采取技术侦查措施。”

〔68〕 《刑事诉讼法》第141条第1款规定:“侦查人员认为需要扣押犯罪嫌疑人的邮件、电报的时候,经公安机关或者人民检察院批准,即可通知邮电机关将有关的邮件、电报检交扣押。”

〔69〕 《刑事诉讼法》第134条规定:“为了收集犯罪证据、查获犯罪人,侦查人员可以对犯罪嫌疑人以及可能隐藏罪犯或者犯罪证据的人的身体、物品、住处和其他有关的地方进行搜查。”

〔70〕 这也导致尽管2012年《刑事诉讼法》对非法证据排除规则作出较大修订,但在现行法下,对绝大多数的强制取证行为之合法性问题,很难展开实质性讨论。

〔71〕 实质意义上的罪刑法定主义要求“刑罚法规必须保持明确”,这一要求在刑法上被称为“明确性原则”。参见(日)西田典之:《日本刑法总论》,刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社2007年版,第41页。

案已经并不陌生,无需笔者赘述,^[72]但在实际制度层面则尚无建树。我国刑事司法长期沿用的还是一系列行政化的控制手段,即主要体现为各权力主体内部上下层级之间的彼此监控,仅仅在逮捕这种刑事诉讼中最为严厉的强制处分问题上,确立了检察院对于公安机关的制约关系,至于审判对控诉所可能具有的制约功能,则尚未获得开发。

对于我国法存在的上述问题,国内学界亦多有批判。从学理上看,法院审查决定强制处分的模式,相对于其他模式而言具有较大优势,这一点已为主流意见所接受,此处不再展开。也正因如此,在许多国家强制措施的司法审查是一项具有宪法性位阶的原则。

但我国宪法中尚未有司法审查原则的内容。宪法明确规定,人民检察院享有批准和决定逮捕的权力。^[73]除此之外,无论是宪法还是刑事诉讼法,对于其他一系列强制处分行为,均缺乏有效的程序制约机制。学界一种极具代表性的观点主张应尽快确立强制处分的司法审查机制,将包括搜查、扣押、逮捕、监听等一系列强制处分行为的批准与决定权交法院行使,控方在这些问题上仅有申请权。^[74]此种观点符合近几十年来各主要法治国家的惯例,若能实行当然最好不过。但此种方案已经不仅仅是一个纯粹刑事诉讼法层面的问题了,而是具有宪法内涵。因此,至少就当前来说,难度甚大。笔者在此拟提出一种现行法律框架下的解释论方案,以求在宪法和法律一时难以变动的情况下,寻找审判对控诉方予以有效制约的可能性。由于这个问题较为复杂,笔者在此仅提一个大致的思路,至于更深层次的论证,将另行撰文展开。

1. 事后审查之可能性

就强制处分而言,司法审查是指由法院对侦查机关所实施的强制处分行为之合法性予以实质审查。一种常见的误解往往将对强制处分的司法审查与令状主义等同起来。^[75]其实,令状主义仅仅是司法审查的一种形式而已。

司法审查的具体形式可以大致分为两种,一为事前审查,一为事后审查。事前审查是指当侦查机关于发动某一强制处分行为时,须事先向法院申请令状;事后审查则是指,在侦查机关实施强制处分行为之后,由法院对其合法性予以事后审查,若发现违法,则对之课以一定的法律后果。其中所谓令状主义仅仅针对前者而言,以德国为代表的欧陆各国将此种模式称为法官保留原则。^[76]

[72] 主要参考文献可参见孙长永:“通过中立的司法权力制约侦查权力——建立侦查行为司法审查制度之管见”,《环球法律评论》2006年第5期;孙长永、高峰:“刑事侦查中的司法令状制度探析”,《广东社会科学》2006年第2期;杨雄:“刑事强制措施中的令状制度研究——从美国法的角度切入”,《东疆学刊》2012年第3期。

[73] 《宪法》第37条第2款规定:“任何公民,非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定,并由公安机关执行,不受逮捕。”

[74] 参见蒋石平:“浅论对侦查行为的司法审查制度”,《现代法学》2004年第2期,第85页。

[75] 如有学者认为:“长期以来,我国并未确立强制侦查行为的司法审查原则,公安机关采用强制侦查措施,并不需要经由法院的审查批准,因此,司法审查原则并不能用于调整公、法关系。”参见谢佑平、万毅:“分工负责、互相配合、互相制约原则另论”,《法学论坛》2002年第4期,第106—107页。但实际上,此种观点显然是将“司法审查”与“司法的事前审查”等同起来了。

[76] 参见林钰雄,见前注[29],第316页。

众所周知,事前审查在我国现行刑事诉讼中尚未建立,但是这并不意味着法院对侦查机关强制处分的事后审查机制亦属空白。笔者以为,在现行刑事诉讼法下,对于强制处分的事后审查是有法律依据的。

现行《刑事诉讼法》第12条规定:“未经人民法院依法判决,对任何人都不得确定有罪。”对于该条,学界以往争议焦点往往集中在是否可将其解释为无罪推定原则这一问题。^[77]但在笔者看来,该条当中被人忽略的一个关键因素是,人民法院的定罪判决须“依法”作出。判决所依之“法”除刑事实体法之外,当然亦应包括刑事诉讼法。在任何一起案件中,不仅有关实体法的争议法院负有裁决之权力,针对程序法的争议,法院亦不得拒绝裁判。“禁止拒绝裁判原则”乃是法学方法论上的一个基本原则。^[78]

因此,依据现行刑事诉讼法,尽管侦查机关启动强制处分之前无需获得法院授权,但于事后,应有获得法院审查其合法性的机会。至少在法庭审判阶段,当事人不仅可就本案实体问题发表意见,亦可就包括强制处分在内的各程序性事项提出异议,并寻求法院之裁决。在此种情况下,根据前述《刑事诉讼法》第12条规定,法院有裁决之义务。显然,此种裁决之实质便是审判对侦查机关强制处分行为的事后审查。现行法律为此种审查亦提供了相应法律后果的规定,如《刑事诉讼法》第54条的非法证据排除,以及补正与合理解释之要求等。因之,尽管强制处分的事前审查模式在我国尚未建立,但法院至少负有对其展开事后审查的法定职责。当下的任务应当是,探索将更多的强制处分与上述法律后果挂钩的解释论学说。

2. 事前审查之组织调整与程序保障

就我国现行法确立的公检法各机关之间关系格局而言,至少在逮捕问题上,事前审查的雏形已经初步具备。即当公安机关在侦查过程中试图逮捕犯罪嫌疑人时,须向人民检察院申请批捕。这意味着,现行法要求在逮捕问题上,应由人民检察院行使事前审查的权力。尽管从现代刑事诉讼的职能分工来看,公安机关与检察机关同属控诉一方,检察院批捕并非真正意义上的司法审查,但毕竟在二者之间维持了一个最低限度的制约关系。近年来国内一种颇具代表性的意见主张,应将批捕权从检察院转移至法院行使,以求符合国际上司法审查之通例。^[79]但笔者以为,即使不考虑前述宪法层面的障碍,仅就现实条件来看,此种观点亦存在问题。

所谓司法审查之内涵,不仅是指由司法机关进行审查,而且更为重要的是,应以“合于司法”的方式进行审查。其中前者为组织层面内涵,后者则强调审查方式须满足对于司法活动所必不可少的各项程序保障,如当事人的知情权、辩论权等即属最起码的配置。若依前述代表性观点所主张者,将逮捕批准权交法院行使,从组织层面看固然顺理成章,但考虑到当前我国法院审判权运作方式所带有的明显行政化色彩(即使针对实体问题的审理亦深陷卷宗笔录式审

[77] 主要参考文献可参见陈光中、张佳华、肖沛权:“论无罪推定原则及其在中国的适用”,《法学杂志》2013年第10期;王敏远:“人权公约与刑事诉讼法原则的修改”,《法学研究》2007年第4期,王俊民:“‘罪从判定’与‘无罪推定’——评刑法修改增设‘罪从判定’的原则”,《法学》1996年第5期。

[78] 参见(德)伯恩·魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第358页。

[79] 关于此一问题的争论,可参见宋英辉主编:《刑事诉讼法学研究述评》,北京师范大学出版社2009年版,第214—216页。

判方式之泥潭),此种改革究竟能获得多少实益,殊为可疑。

因此,笔者以为,就目前而言,与其过分期待组织调整,倒不如从程序保障方面着手。2012年刑事诉讼法修改对于逮捕程序作出较大调整,该法第86条规定了人民检察院审查批捕过程中的三个要点,分别为讯问犯罪嫌疑人、询问证人等诉讼参与人、听取辩护律师的意见。^{〔80〕}应当说,新法对审查逮捕的程序要求,已经较以往更为接近司法程序的特征,特别是明确增加了此一环节辩护权的规定。若能在此基础上进一步从阅卷、会见等方面强化辩护权的保障,提升逮捕环节辩护之有效性,那么亦可对侦查机关起到相当程度的制约作用。^{〔81〕}

在这个问题上,笔者倾向于将具备较高程序保障的检察院审查逮捕模式,视为一个从以往以书面审查为主的行政化审查逮捕模式向严格意义上的司法审查模式转变过程中的过渡阶段。随着此一阶段经验积累的逐步丰富,真正司法审查机制的建立迟早水到渠成。若于当前检察院与法院在权力运作机制依然存在较高同质化、法院审判行政化色彩较为浓厚的情况下,贸然采行法院审查模式,恐怕难以起到预期效果。换言之,当前条件下,对于逮捕程序改革之侧重点应当从组织调整转换为程序保障。

总之,我国刑事诉讼法的现状是:于法律保留层面,立法密度严重不足,对各项强制性措施的启动条件缺乏实质性要求;于司法层面,尚未启动司法对控方的审查程序。从世界范围来看,对于强制处分行为的法律控制若欲完善,必须充分运用立法与司法两个层面的机制。我国这两个层面的严重不足,意味着在强制处分的问题上,“相互制约”原则的具体化几乎尚处于空白。目前所谓制约主要是通过控方内部的行政化手段予以替代。在宪法未作出修改的情况下,恰当的应对措施是充分发挥解释论的功能,在现行法律框架之下,探索各种可能的权力制约模式。

八、互相配合原则之含义与适用

“配合”是为增强效率的一种安排,在某些与干预公民基本权无涉的诉讼环节上,效率为第一要务,强调各权力主体之间的互相配合乃属当然之理。站在权力制衡的角度来看,所谓“制约”要求各权力主体彼此分离,而所谓“配合”则是指不作权力上的彼此区分,各主体在服务于共同目的的前提之下,尽量协调一致,避免掣肘。

在现行刑事诉讼法所作的侦查、起诉、审判三种权力之划分框架下,侦与诉之间具有较大的同质性,均为广义上的控诉职能。因此,从前述配合与制约之一般原理来看,二者之间应当强化彼此之配合,制约因素应在其次。但现行法的实际状况与上述原理恰恰相反,侦查与起诉被人为划分为两个彼此独立的诉讼阶段,侦、诉之间沟通渠道极为不畅,遑论有效配合。

此种局面背后的实质其实是侦查阶段在刑事诉讼中具有过强的独立性与封闭性。在审判

〔80〕《刑事诉讼法》第86条规定:“人民检察院审查批准逮捕,可以讯问犯罪嫌疑人;有下列情形之一的,应当讯问犯罪嫌疑人:①对是否符合逮捕条件有疑问的;②犯罪嫌疑人要求向检察人员当面陈述的;③侦查活动可能有重大违法行为的。人民检察院审查批准逮捕,可以询问证人等诉讼参与人,听取辩护律师的意见;辩护律师提出要求的,应当听取辩护律师的意见。”

〔81〕参见孙远:“论侦查阶段辩护律师的阅卷权”,《法律适用》2015年第2期,第57—58页。

中心主义格局之下,法庭审判是整个刑事诉讼的中心,侦查追诉活动应以法庭审判之要求为指向进行安排与调整。如果用“互相配合”来表述的话,主要体现为侦查追诉对审判工作的配合。而我国现行刑事诉讼体制则恰恰相反,由于侦查阶段的独立性与封闭性,使得“互相配合”实际体现为起诉和审判对侦查的配合与认可。侦查中心主义的诉讼格局即由此而来。

之所以造成此种后果,其原因在于侦查阶段的过分封闭性导致审查起诉与法庭审判一方面难以对侦查结果之真实性实现有效审查,另一方面亦难以对其过程的合法性实现有效控制。

自四中全会提出以审判为中心的诉讼制度改革目标之后,学界分别针对公检法各机关的应对方案作出一系列对策性思考,但就侦查机关而言,主要还是停留在指导思想及工作方法层面的调整。^[82] 本文认为制度建设层面的转变才是更为实质性的,即审判的中心地位必须能够在制度层面明明白白地体现出来,而不能仅仅存在于公安司法人员的心目之中。

笔者以为,侦与诉之间的配合应为宪法“互相配合”原则的主要所指。关于侦诉之间的“互相配合”,有以下几点需要明确。

第一,侦诉之间的配合主要是指侦配合诉,而不是诉配合侦。

首先,这一点是审判中心主义的必然要求,盖人民检察院是刑事审判中承担出庭公诉职责的主体,侦查工作为庭审服务,更具体地说,实际上就是为庭审过程中检察院的公诉活动服务。因此,检警之间的更为理想的关系格局,自然应当是由检察官从指控犯罪的需要出发,而就案件事实的调查与证据之收集问题向警察发出指示,而警察则依该指示行事。

其次,这是由检察官与警察的职业身份决定的。与西方各国相同,我国对检察官的定位为法律专家,以通过国家司法资格考试为其任职的必备条件之一;而对于担任侦查任务的警察则并无此一要求,其身份与普通公务员无异。对于指控犯罪这样一种专业性极高的活动,当然应以作为法律专家的检察官为主导。

第二,侦诉之间的配合需要打破侦查与审查起诉二阶段过于严格的壁垒,弱化侦查阶段的独立性与封闭性。

目前,除法律明确规定的自侦案件之外,人民检察院无缘参与案件侦查,这一点必然导致侦查的有效性出现疑问。鉴于上述第一点提到的原因,侦查过程中难以避免出现盲目性与非专业性的问题。直接造成的结果便是公安机关侦查终结移送的案件材料无法满足公诉之要求。现行刑事诉讼法对于此种情况的应对措施主要是《刑事诉讼法》第171条第2款规定的补充侦查。但是,补充侦查相对于其所欲实现的目的而言,乃是一种代价极大、效率极低的制度安排。相对于检察官可随时就证据调查向侦查人员发布指示的侦诉一体模式而言,我国这种程序倒流的方式就仿佛一台掉头极为困难的笨重卡车,很可能程序倒流之日,取证的时机早已贻误。

可见,此种成本巨大、效率低下的程序安排之唯一功能,便是维持侦查阶段的独立性与封闭性。而这一功能恰恰与现代刑事诉讼的基本理念是不相符的。从比较法上看,为在犯罪形

[82] 主要文献可参见葛月红:“审判中心背景下侦查工作改革研究”,《江苏警官学院学报》2016年第1期;黄政钢:“论‘审判中心主义’建构下的侦查应对”,《江苏警官学院学报》2015年第4期;林维业:“以审判为中心的侦查工作思路”,《政法学刊》2015年第2期;谢平:“浅谈公安机关如何适应‘以审判为中心’”,《公安教育》2016年第1期。

式日趋严峻的大背景下,尽力维持审判在刑事诉讼中的中心地位,以德国为代表的传统欧陆国家在其侦诉一体模式的基础之上,已经开始采用参与式侦查模式,该模式甚至允许法官与辩方提前介入侦查阶段,完成诸如证据听审、辩方质证等传统须在审判阶段完成的工作,^[83]而我国当前的侦查阶段却居然连承担控诉职责的检察院都无缘参与,这样的一种制度安排与历史上的纠问式诉讼并无本质差异。

第三,侦诉之间的配合主要应体现在一系列与公民基本权干预无涉的环节,其目的是为了提升侦查追诉行为的效率。而在事关公民基本权维护之问题上,至少在现阶段应当维持二者之间的彼此制约关系。

具体而言,《刑事诉讼法》第106条第1项规定:“‘侦查’是指公安机关、人民检察院在办理案件过程中,依照法律进行的专门调查工作和有关的强制性措施。”其中,“专门调查工作”应指与公民基本权干预无涉之活动,其目的为探求真实;而“强制性措施”则是指各项干预公民基本权的侦查行为,法律对之予以规范之目的在于为国家追诉犯罪权力之行使划定界限。因此,对于专门调查工作的审查标准为真实与否,而对于强制性措施的评价标准则为是否合法。^[84]

站在本文所提权力相互配合与制约之一般原理角度来看,在强制性措施问题上,应当建立权力制约机制。如前所述,此种制约机制在法治发展程度较高的阶段,原则上应是一种审判制约控诉的模式。但由于在我国现行法律框架下,一般情况下审判的制约权还只能通过事后审查的方式进行,因此,至少在现阶段,就侦诉关系而言,应充分发挥检察院在强制性处分问题上对侦查机关的制约作用。但是,在干预基本权的环节维护侦诉之间的制约关系,乃是现阶段的一种暂时性方案。从长远发展来看,此种制约在未来应以法官保留原则替代之。

九、结 论

当“分工负责、互相配合、互相制约”缺乏足够明确的法律内涵的情况下,其实难以发挥作为基本原则本应具有的功能。刑事司法实践中产生的诸多问题,无论好坏,实际上均难谓与该原则之间存在什么实质性关联。因为在此种情况下,几乎每个人对该原则的理解均不尽相同。所谓反对该原则者,究其实在很大程度上无非是在反对自己所理解的“分工负责、互相配合、互相制约”原则。

本文论述表明,对于这样一个表述方式带有极强中国立法之传统特色,且同时又具有宪法位阶的原则,与其批判,不如通过法解释论上的努力去探究其在程序法上的恰当含义,并通过一系列的法律技术将其具体化。此种具体化的过程亦非仅仅通过法律条文上的立改废即可完成,而是需要借助于包括法条、程序、学说等多种法律工具方可实现。比如,作为“相互制约”原则之具体化的控诉、法定、调查、直接、司法审查等原则需要在立法中进一步明确,而这些原则

[83] 参见孙远:“侦审关系侧面之审判中心主义的形式与实质”,《当代法学》2016年第4期,第28—29页。

[84] 参见孙远:“论‘补正’与‘合理解释’——从‘瑕疵治愈说’到‘法规范目的说’”,《中国刑事法杂志》2015年第1期,第83—84页。

的贯彻落实一方面需要借助于起诉审查、强制起诉、事后审查的上诉审等程序设置,另一方面又离不开诸如审判对象、调查工作、强制性措施等专门概念与相关学说的完善,其复杂程度远远超乎当前学界主流见解的想象。学术研究的任务恰恰应当围绕上述内容展开。

本文所涉及的绝大多数具体问题,其实于我国学界并不陌生,但以往对各项原则的研究往往呈碎片化状态。所谓“碎片化”是指各原则之间的关系并未得到充分揭示,因此未能发现其在我国现行法律体系中嫁接培育的关键点,本文分析表明,这些内容原本均可视为现行法中“分工负责、互相配合、互相制约”原则的具体化环节。

需要强调的是,本文分析完全以审判中心主义为基本视角。文章所论控审之间相互制约的具体内涵,其中控诉制约审判者一,审判制约控诉者四,足以确保审判在整个刑事诉讼中的中心地位。而对于侦诉之间互相配合的探讨,其目的亦在于促使侦查追诉能够真正服务于审判这个中心。

总之,站在审判中心主义视角之下,“分工负责、互相配合、互相制约”原则的核心内涵可作如下概括:第一,控审职能之区分应从形式走向实质;第二,法院对检察院公诉之提起的合法性须作实质审查;第三,控诉决定了审判的启动并为审判划定范围,而法院在此一范围之内,有义务依据调查原则、直接原则对审判对象展开实质有效的审查;第四,侦查追诉过程中侦查机关所采取的一系列强制处分为应严格依法进行,并接受法院与检察院的实质审查;第五,在与基本权干预无关的问题上,公安机关与人民检察院应在侦查追诉活动中相互沟通,公安机关的侦查行为应配合人民检察院公诉活动的需要。

Abstract: The principle of “divided responsibility, working in coordination and mutual restriction” is one of the constitutional principles. However, it has not been sufficiently reified in the field of the criminal procedure law of China. Therefore, it is necessary to find out its meaning by all kinds of the legal techniques. On the view of the adjudication centralism, it is the substance, rather than the form, that will distinguish the responsibility of the prosecution and the judge. The establishment of a good and harmonious relationship between the prosecution and the judge depends on the application of the principle of accusation, mandatory prosecution, inquisition, direct hearing and legality, and also the enforcement of the procedures, including preliminary hearing, compulsory prosecution, judicial review and appeal. It is noted that the public security bureau and the People’s Procuratorate may work in coordination only on the matters which are not relevant to the fundamental rights of the citizen. For example, they may communicate with each other in the activities of investigation and the former normally is engaged in the investigation activities to be contributive to the prosecution of the latter on the mentioned—above matters.

Key Words: Adjudication Centralism; Divided Responsibility; Restriction; Coordination; Reification

(责任编辑:傅郁林)