

司法的亲历性

朱孝清^{*}

摘 要 司法亲历性是司法的重要原理,也是司法规律中行为规律的重要内容,它由司法的诸多特点所决定,在司法制度、诉讼制度中居于重要地位。司法亲历是司法人员身到与心到的统一、司法人员亲历与人证亲自到庭的统一、审案与判案的统一,也是亲历过程与结果、实体与程序的统一。其基本要求是直接言词审理、以庭审为中心、集中审理、裁判者不更换、事实认定出自法庭、审理者裁判、裁判者负责。司法亲历主要适用于普通程序特别是事实有争议、被告人不认罪案件一审的庭审,其中事实认定是重中之重。司法亲历性要求改革完善人民法院审判委员会制度和人民检察院办案机制。

关 键 词 司法亲历 司法规律 司法改革

“司法亲历性”是法学、法律界使用频率较高的一个词,在司法体制改革中更是如此。但对司法亲历性的一些基本内容,如为什么司法必须亲历,司法亲历性的内涵、基本要求和适用范围等,除了某些论著有零碎涉及外,却鲜见系统论述。本文试就此做些探讨,作为引玉之砖。

一、司法为什么要亲历

司法亲历性,是指司法人员(主要指法官,且这里的“法官”包括参审的陪审员,下同)应当亲身经历案件审理的全过程,直接接触和审查各种证据,特别是直接听取诉讼双方的主张、理由、依据和质辩,直接听取其他诉讼参与人的言词陈述,并对案件作出裁判,以实现司法公正。司法亲历性是司法工作的重要原理,也是司法规律中行为规律的重要内容,在司法制度和诉讼制度中居于重要地位。

^{*} 中国法学会副会长。

那么,为什么行政决策有时可以在办公室进行,凭听汇报拍板,军事决策也可以在指挥所进行,“运筹于帷幄之中、决胜于千里之外”,而司法却必须亲历呢?

(一)司法所要解决的问题的微观具体性和重要性决定了司法人员要亲历

凡微观具体的工作,总是要有人亲历的,不是这个人亲历就是那个人亲历。司法作为“国家司法机关依据法定职权和法定程序,具体应用法律处理案件的专门活动”,^{〔1〕}其所解决的是微观具体的个案,即在认定个案事实的基础上适用法律,以定纷止争或决定是否追究刑事责任。它与医生给病人治病相类似,^{〔2〕}医生只有亲力亲为,深入病房、接触病人,查明病因,才能对症下药,司法工作也然。虽然,任何案件都不是孤立的,都跟方方面面存在这样那样的联系,有的甚至连着大局,但任何案件又都是微观具体和个性化的,其事实往往千差万别,处理也不尽相同。“有时候,案件的一个细节,都有可能对整个案件产生影响。”^{〔3〕}司法人员只有深入到具体案件之中,亲力亲为,亲自审查各种证据,才能对事实作出正确的判断,并进而依法作出正确处理。

同时,司法所要解决的问题又是关系到当事人权利乃至生命、关系到社会公平正义的重大问题。无论是哪种诉讼,当事人争执的都是权利,特别是刑事诉讼,往往关系到当事人自由权利乃至生命。同时,司法是社会公平正义的最后一道防线,“司法公正对社会公正具有重要引领作用,司法不公对社会公正具有致命破坏作用”,^{〔4〕}任何一个案件的处理,都不仅对类似问题确立了一个标杆,而且直接关系到社会的公平正义。人民群众也是以司法人员作为公平正义的化身,以司法公正的情况作为衡量社会公平正义的一个重要尺度的。司法所要解决的问题的重要性,同样决定了司法人员必须亲力亲为、精心审理,而容不得丝毫的马虎和大意

(二)准确认定案件事实的复杂性决定了司法人员要亲历

要正确处理案件,首要的是要准确认定案件事实,使之符合客观真相。而准确认定案件事实,比准确认定其他事物要困难得多、复杂得多,这就需要司法人员亲力亲为。

首先,判断争端中的真假、是非和曲直需要亲历。司法权的本质是判断权。司法判断的前提是关于真假、是非、曲直所引发的争端的存在,^{〔5〕}诉讼双方就同一问题各执一词,有不同的事实叙述,提出不同的诉讼主张和依据。“司法判断就是针对真与假、是与非、曲与直等问题,根据特定的证据(事实)与既定的规则(法律),通过一定的程序进行认识。”^{〔6〕}司法人员只有深入到争端之中,亲自听取双方的主张、理由和依据,精心审查、甄别每一个证据,包括必要时对言词证据提供者察言观色,获取陈述人神态、表情、语调、动作等生动的信息,才能辨明个中

〔1〕 参见张文显主编:《法理学》,高等教育出版社2003年版,页276。

〔2〕 参见王利明:“法官与医生”,《法制资讯》2014年第9期。当然,司法人员办案跟医生看病也有区别,本文在后文将会述及。

〔3〕 同上注。

〔4〕 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,《求是》2014年第21期。

〔5〕 从广义上理解,刑事案件也是一种争端。

〔6〕 参见孙笑侠:“司法权的本质是判断权——司法权与行政权的十大区别”,《法学》1998年第8期。

的真假、是非与曲直,并进而对案件事实作出准确的认定。早在春秋时期,我国先人就总结出了近距离察言观色辨别言词真伪的“五声听讼法”,〔7〕它是心理学和生理学在诉讼中的运用,体现了朴素的唯物主义思想,同时也说明了司法人员亲历诉讼的意义。如今,科学技术已经广泛运用于司法,它为司法人员揭露和证实犯罪创造了有利条件,也为司法人员对作证者察言观色拓展了时间和空间。但科学技术不可能每案每人都用,检验鉴定意见也不能保证都准确,故司法人员通过亲历包括近距离观察来鉴别言词证据真伪的方法,并不因时代变迁和技术发展而完全过时。

其次,认识案件事实的特殊性决定了司法人员要亲历。从认识论角度来说,认识案件事实跟认识其他事物相比,具有许多特殊性,这些特殊性同样决定了认识案件事实的复杂性。这些特殊性表现在:一是认识方式的逆向性和间接性。任何案件总是发生在前、司法人员认识在后,司法人员对案件事实根本没有看到过,他们要认识的是业已成为过去的事实,因而这种认识是逆向的。同时,司法人员只能依据收集到的证据去“回复”、“再现”案件事实,这种由现在到过去、由结果到原因的逆向认识和以证据为中中介间接认识案件事实的过程很像考古,非常艰难,要受时间间隔、气候、能见度、案犯狡猾程度,证人感知能力、记忆能力、判断能力、表达能力及客观公正程度,侦查装备水平,司法人员的素质能力水平等主客观多方面因素的制约,搞错的可能性很大。二是认识条件的受制约性。现代刑事诉讼制度既赋予了司法人员认识案件必要的措施和手段,以满足惩治犯罪的需要,又对司法人员以诸多限制,而不允许司法人员不择手段、无止境地认识案件的客观真相,以实现打击犯罪与保障人权的统一,公正与效率的统一,实体公正与程序公正的统一。如追诉有时效,羁押有期限,各种强制措施和侦查措施都规定了严格的条件,犯罪嫌疑人、被告人及其辩护人享有一系列法定的诉讼权利,等等。这必然限制了司法人员对案件客观真相的查明。三是认识技术的滞后性。认识案件是要技术手段的,认识刑事案件尤其如此。这种技术手段随着争端所涉技术特别是犯罪手段的发展而逐步进步。技术手段相对于争端所涉技术特别是犯罪手段的滞后性,使得一些案件难以认识或难以正确认识。四是认识对象的特殊性。司法人员认识的对象是蕴含矛盾冲突的案件,在民事、行政诉讼中,当事人为了求得胜诉,难免偏离客观立场,有的甚至不惜弄虚作假、颠倒是非,制造假证;在刑事诉讼中,犯罪分子为了逃避追究,会采取各种手段掩盖、毁灭、伪造证据,制造假象,诱使司法人员陷入错误,并与侦查人员进行激烈的攻防和斗争,这必然增加对其认识的难度。总之,认识案件要比认识一般事物艰难得多,复杂得多。它往往涉及现象与本质、偶然与必然、特殊与一般、原因与结果、形式与内容等多对哲学范畴,因而需要司法人员亲历办案全过程,以临渊履薄的心境和态度直接感知和精心审查每一个证据,不放过任何疑点。只有这样,

〔7〕《周礼·秋官·司寇》中记载:“以五声听狱讼,求民情,一曰辞听,二曰色听,三曰气听,四曰耳听,五曰目听。后汉经学大师郑玄对此解释曰:辞听者,观其出言,不直则烦;色听者,观其颜色,不直则赧然;气听者,观其气息,不直则喘;耳听者,观其听聆,不直则惑;目听者,观其眸子,不直则眊然。其意是一个人在接受审问时,如果说话烦乱、脸色通红、呼吸急促、听力愚钝、目光失神,那他的回答一定是谎言。参见何家弘、杨迎泽:《检察证据教程》,法律出版社2002年版,页507。

才能获得丰富的感性材料,并对案件事实作出正确的认识和判断。

(三)实现程序公正需要司法人员亲历

“正义不仅要实现,而且要以看得见的方式实现”。公正是司法的灵魂,司法公正包括实体公正和程序公正。其中程序公正既是实体公正的重要保证,又有自身独立的价值,如体现民主法治精神,使当事人感受到诉讼权利平等,增强裁判结果的可接受性,促使公民知法守法等。程序公正的标准主要包括司法独立、裁判者中立、诉讼双方平等、程序公开、当事人程序权利的有效保障、程序终局等六个方面。^{〔8〕}而这些标准的达到,多数需要司法人员亲历诉讼;诉讼参与人也会以司法人员在诉讼中的一言一行来判断程序是否公正。如司法独立,它在我国表现为司法机关依法独立行使职权,不受行政机关、团体和个人的干涉。衡量该标准的重要依据在于,法官是否亲历庭审,并以庭审认定的事实、证据作为裁判的依据,做到裁判结论产生于法庭,而不是受制于法庭外的因素。又如裁判者中立和诉讼双方平等,它要求裁判者与案件无涉,而且对诉讼双方不偏不倚,一视同仁;要求诉讼双方平等武装、平等保护、平等对抗、平等合作。^{〔9〕}它同样要求裁判者亲历案件审理和裁判的全过程,以便诉讼参与者和旁听群众从裁判者的言行和对诉讼双方的态度上,作出裁判者是否中立、诉讼双方是否平等的判断。再如当事人程序权利的有效保护,这同样需要司法人员亲历。例如,双方所提的主张和依据,双方的质证、辩论意见,并不是说给对方听的,而是说给裁判者听的,如果司法人员不亲历,或裁判不产生于法庭,那双方的对抗就只是“空气振动”,毫无意义,双方程序权利的行使也就徒具形式。总之,司法人员亲历对于体现程序公正具有重要意义,正像陈瑞华教授所说,司法人员亲历可以保证裁判者亲自接触并听取诉讼双方的证据、主张和意见,并将裁判结论直接建立在当庭听取并审查过的证据和辩论的基础上,使得双方对裁判过程的参与不仅较为充分,而且对裁判结论的形成施加积极的影响,这会使诉讼双方由此产生一种受到尊重和公正对待的感觉。相反,如果裁判者不亲自参与裁判的全过程,而是通过听取其他人员汇报、审查书面材料甚至不当面接触诉讼双方的方式进行裁判活动,诉讼双方就很难产生受尊重的感觉,裁决结论也很难得到双方的自觉接受和认同。^{〔10〕}

(四)心证的形成需要司法人员亲历

心证即司法人员对证据和案件事实所形成的内心确信。司法人员的心证,是伴随着对案件认识的深入而逐步深入、通过对每个证据的审查判断而逐步形成的。司法人员心证形成的过程,是“案件事实从诉辩双方的证明向裁判者心证位移”的过程,^{〔11〕}它与案件审理的过程是统一的,与分析、判断诉讼双方所提主张、理由和根据的过程也是一致的。在此过程中,司法人员需要对证据进行单独审查、比对审查和综合审查,并进行由此及彼、由表及里、去粗存精、去

〔8〕 参见陈光中:《陈光中法学文选》(第一卷),中国政法大学出版社2010年版,页354—374。

〔9〕 参见冀祥德:《控辩平等论》,法律出版社2008年版,页2。

〔10〕 参见陈瑞华:“司法权的性质——以刑事司法为范例的分析”,《法学研究》2000年第5期。

〔11〕 参见梁玉霞:“聚焦于法庭的叙事:诉讼证明三元系统对接——论裁判者心证自由的限度”,《中外法学》2011年第6期。

伪存真的分析,然后将感性认识上升为理性;既需要证实,又需要证伪;既需要印证,又需要排除矛盾或对矛盾作出合理解释;既需要运用经验法则,又需要运用逻辑规则。司法人员对全案心证的最后形成,是众多个别的心证(主要是对各个证据的判断)积累和综合的结果,其间需要经历量变到质变的过程。显然,司法人员只有亲历诉讼,直接感知证据与事实,精心审查每个证据的客观性、关联性和合法性,并综合全案证据作出自己的判断,心证才能真正形成。因为“对证据与事实的直接感知,能够使事实判定者掌握丰富而生动的信息内容,而这些信息内容是形成合力心证最重要的保证”。〔12〕否则,如果司法人员单凭听汇报、阅卷或根据案外因素对案件作出判断,那就不可能形成符合该案实际的准确的心证,司法不公或冤假错案就难以完全避免。

这里需要特别指出的是,直觉对心证的形成往往具有重要作用,而直觉只有亲历,包括对被告人、证人近距离观察才能获得。直觉是人脑的高级机能,具有非逻辑性和非理性,但“研究表明,司法人员(法官)的判断从来都不是首先在制定法的指导下完成的,而是依据其从社会生活或职业训练中获得的直觉作出的一个基本的案件归类和判断,然后才去发现他认为是比较适当的思维,进而对自己的直觉进行考察和修正”。〔13〕

(五)行政、军事决策不同于司法的诸多特点,决定了司法不能与它们简单类比

首先,行政、军事决策所要解决的问题一般具有非微观具体性。如前所述,任何工作都必须有人亲历。就决策而言,微观的简单的决策也往往由一线人员直接作出,如农民对种植何种农作物作出安排,公务员对职权范围内的事项作出决定,侦察兵对遇到的敌方巡逻兵决定是否将其干掉等等。对宏观的复杂的决策,决策者也需要深入调查研究,直接掌握第一手材料,这是辩证唯物主义认识论的必然要求。但任何事情都要决策者事必躬亲是难以做到的,管理层次越高越是如此。具体到行政工作和军事工作,一般的行政行为和军事行为,同样需要一大批一线人员亲力亲为,但就行政决策、军事决策来说,除了微观、简单的决策尚可由一线人员直接作出外,多数的具有宏观、复杂性。以军事决策为例,军事是“死生之地、存亡之道”,其决策需要知己知彼,需要统筹兼顾敌我力量对比、战略战术、信息情报、科学技术、战斗力集群等方方面面,特别是在现代化条件下,更需要统筹多兵种联合作战,这必然难以要求决策者对任何事情都事必躬亲。其次,行政权、军事权与司法权追求的价值不同。司法权是判断权,它以解决争端为使命,争端双方诉诸法律就是为了分清是非曲直,讨个公道,司法机关是争端之外中立的第三方,其作出的判断必然要“一碗水端平”,即以公正为首要价值。而行政权是实施权和管理权,行政管理者一般不是以中立第三方的身份去判明是非,而是作为行政主体对行政相对方实施管理,它以行动性为特征,以效率为最高追求。军事权是战争权,它也不是以第三方身份去调停冲突,而是作为战争的一方与另一方进行战争,它以战胜敌人为最高追求。这就决定了以公正为最高追求的司法决策必须亲力亲为、锱铢必较,而以效率和打赢为最高追求的行政决

〔12〕 龙宗智:“论建立以一审庭审为中心的事实认定机制”,《中国法学》2010年第2期。

〔13〕 苏力:“基层法官司法知识的开示(续)”,《现代法学》2000年第4期。

策和军事决策有时可以超脱于具体事务。再次,行政、军事决策与司法决策认识事物的方式不同。司法要解决的是过去的问题,要查明的是过去的事实,因而需要逆向认识和回溯性证明。而行政、军事决策所要解决的是当前的问题,决策前要弄清的情况也是当前的情况。虽然,进行行政、军事决策前要弄清有关情况并不容易,特别是军事情况,难免虚虚实实、真真假假,即所谓“兵者诡道”、“兵不厌诈”。刘伯承说:“作战指挥上神机妙算,首先要弄清楚任务、敌情、我情、时间、地形这‘五行’,‘五行不定,输得干干净净’。”^{〔14〕}但行政、军事决策需弄清的情况,大多不像司法工作那样需要逆向认识和回溯性证明,在决策人员无法亲历的情况下,可由一线人员负责搞清。最后,行政、军事权与司法权注重点不同。司法注重程序,因为程序是衡量司法是否公正的重要方面,司法人员亲历程序,既是程序公正的重要内容,也是程序公正的重要保证。而行政权和军事权都注重结果,都以实现既定目标为目的,虽然它们有时也讲程序,但与司法权对程序的重视有明显区别,决策者是否亲历过程,不是关注的重点。总之,行政权、军事权不同于司法权的上述方面,决定了行政、军事决策不必像司法决策那样事事亲力亲为。我们不能因行政、军事决策者可以不亲历而怀疑司法的亲历性。

二、司法亲历性的内涵和基本要求

(一)司法亲历性的内涵

“亲历”是亲身经历、亲力亲为之意,但司法亲历性中的“亲历”有其特有的内涵。首先,司法亲历是法官身到与心到的统一。如果法官身在庭上心在庭外,或只陪不审、审而不发表意见,那就不是亲历。其次,司法亲历是法官亲历与人证亲自到庭的统一。司法亲历要求法官直接听取诉讼双方的主张、理由、依据和质证意见,直接听取人证的言词(即口头)陈述,它要求法官和人证一是要面对面,二是要言词对言词,否则就不能算“直接”,不能算亲历。因此,它不仅要求法官亲历,而且要求人证亲自到庭。当然科学技术在诉讼中的发展和运用,使得亲历的时间、空间和方式得到了拓展,因而对“亲历”的理解也应与时俱进,而不能囿于传统观念。^{〔15〕}再次,司法亲历是审案与判案的统一。如果审、判分离,只审不判或只判不审,就不是真正的亲历。最后,司法亲历是亲历过程与亲历结果的统一、亲历实体与亲历程序的统一。法官不仅要亲历案件审理的过程,而且要亲历审理结果的产生和审理结果的宣布;不仅要审实体,而且要审程序。

(二)司法亲历性的基本要求

司法亲历性作为一项重要的诉讼原理和司法原理,在诉讼制度和司法制度上具有重要地位。它直接决定并催生了一系列诉讼制度和司法制度,易言之,它对诉讼制度和司法制度提出一系列基本要求。只有规定并落实好这些制度性的基本要求,才能体现司法亲历性,并为司法

〔14〕 邓小平:“悼伯承”,载《邓小平文选》(第3卷),人民出版社1993年版,页186—187。

〔15〕 该问题本文在后面述及。

亲历性的实现提供良好的条件和保障。

司法亲历性的制度性基本要求主要有以下六个方面：

1. 直接言词审理

如前所述,司法亲历是法官亲历与人证亲自到庭的统一,它要求二者面对面、言词对言词,因此,它必然要求法院审判特别是庭审要直接言词审理,而不是间接、书面审理。如果间接审理或书面审理,诉讼主体和诉讼参与人不出庭,或仅以侦查机关制作的犯罪嫌疑人陈述和证人证言的书面笔录作为审理对象和裁判依据,那这种陈述和证言对审判人员来说并没有直接听到,仅是一种书面的“传闻”而已,因而不符合“亲历”的要求。因此,司法亲历性要求直接言词审理。

直接言词审理被大陆法系国家规定为直接言词原则,它是直接审理原则和言词审理原则的合称。其中直接审理原则有两方面的含义,一是“在场原则”,即法庭开庭审判时,被告人、检察官以及其他诉讼参与人在精神上和体力上均有参与审判活动能力的前提下,必须亲自到庭出席审判;二是“直接采证原则”,即从事法庭审判的法官必须亲自直接从事法庭调查和采纳证据,直接接触和审查证据;证据只有经过法官以直接采证方式获得才能作为定案的根据。言词审理原则是指法庭审判活动的进行,须以言词陈述的方式进行。这一原则也有两个方面的含义:一是参加审判的各方应以言词陈述的方式从事审理、攻击、防御等各种诉讼行为,所有没有在法庭审判过程中以言词或口头的方式进行的诉讼行为,均应视同没有发生,或不存在,而不具有程序上的效力;二是在法庭上提出任何证据材料均应以言词陈述的方式进行,诉讼各方对证据的调查应以口头方式进行,任何未经在法庭上以言词方式提出和调查的证据均不得作为法庭裁判的根据。由于上述两项原则均要求诉讼各方亲自到庭出席审判,法官的裁决须建立在法庭调查和辩论的基础上,而严禁以控诉方提交的书面卷宗材料作为法庭裁判的根据,因此这两项原则有其共同的含义和功能,在理论上往往被综合在一起,称为“直接和言词原则”。〔16〕

英美法系国家为了实现直接言词审理,实行传闻证据规则,该规则把书面证言和转述他人的话都视为“传闻”,前者称为“传闻书面”,后者称为“传闻言词”,二者在法庭上原则上都不具有证据能力而予以排除。因此,传闻证据规则实际上就是传闻证据排除规则。该规则与大陆法系的直接言词原则虽然表述不同,内容也有一定差异,但都从不同的角度,原则上排除了法庭之外所获取的言词证据笔录特别是书面证言的证据能力。

书面证言之所以原则上不能作为裁判的依据,是因为它的收集者缺乏中立性,可能扭曲作证者本意,其真实性存疑;它妨碍诉讼对方的质辩,排除了法官直接辨识证言真实可靠性的可能;它缺乏法庭宣誓、具结等作证场景,其可信性的保障条件不足;它不利于保障庭审的实质化和正当性等。〔17〕

〔16〕 参见陈瑞华:《刑事审判原理》,北京大学出版社1997年版,页183—184。

〔17〕 参见龙宗智:“论书面证言及其运用”,《中国法学》2008年第4期。

但是,书面证言中用以记录证言的文字固然略去了言语时丰富的背景材料、动作语言及表情语言,但它可以固化语言的基本内容。同时,某些书面证言在特定的背景和特殊的情况下,具有特殊的可用性,如某些证人因重病、死亡、失语、远在境外等原因不能出庭,但案件事实认定又需要该证言的内容;证人证言是向法官陈述的,已在其他案件中被法院确认;某些证人证言是案件发生时取得的,或该证言对证人自身是不利的,因而具有较高的可信度;对某些证人,审前程序的作证场景可能比法庭作证场景更容易获得真实证言;等等。因此,各国又都规定了若干例外,允许这些证言进入法庭经查证属实后作为判案的依据。^{〔18〕}

2. 以庭审为中心

即以庭审作为整个审判程序的中心。在法院审判程序中,庭审前有阅卷、庭前会议等为庭审作准备的程序,庭审后有送达裁判文书、交付执行等程序,在这些程序中,应当以庭审作为中心。首先,跟其他审判环节相比,庭审是进行实质审理并决定最终结局的环节,法院对案件审判的功能主要靠庭审来实现。其次,庭审是对各种证据进行集中展示、集中审查的环节。再次,庭审是最有条件也最有利于实现司法公正的环节。(1)庭审是最中立的诉讼环节。在侦查环节,侦查人员身负查明犯罪、查获犯罪人的职责,难以保持中立;检察人员在审查起诉时是中立的,但当作出起诉决定后,公诉人在法庭支持公诉时,为了维护既定的起诉决定,也可能偏离中立的立场。而庭审是中立的,有利于作出客观公允的裁判。(2)庭审是最公开透明的环节,它能有效地防止刑讯逼供、暴力取证、收买证人、说情干扰、暗箱操作等情况的发生,有利于被告人、证人等诉讼参与人在意志自由的条件下作出陈述、发表意见,提供较真实、客观的证据。(4)庭审是诉讼参与人最多的环节,通过各诉讼参与人的参与和发表意见,有利于法庭兼听,作出客观公正的判断。^{〔19〕}总之,庭审是司法亲历的主要场所,以庭审作为审判的中心,既是司法亲历性的必然要求,也为司法亲历性的落实创造了条件。

3. 集中审理

集中审理指法庭对案件的审理原则上应当持续不断地进行,直至审结为止。具体有两方面的要求:一是裁判者必须持续不断地在场参与审理,只有从开始审理时就一直在场的法官,才能作出判决;二是要求审理不间断。对需要进行二日以上审理的案件也应当每日连续审理,直至审完。为此,一些国家的法律规定了中断审理的事由和中断的时日限度及超过时日限度的法律后果。^{〔20〕}

司法亲历性之所以要求集中审理,是因为司法亲历的目的是使裁判者对案件的事实和证据形成清晰、完整、准确的印象并进而形成判决所需要的心证。如果庭审开开停停,时断时续,裁判者对案件事实和证据的印象会因时间拖延而冲淡,变得模糊不清和支离破碎,判决所需的心证就难以形成。

〔18〕 同上注。

〔19〕 参见朱孝清:“略论以审判为中心”,《人民检察》2015年第1期。

〔20〕 参见龙宗智:《刑事审判制度研究》,中国政法大学出版社2001年版,页60—61。

4. 裁判者不更换

裁判者不更换是指案件的裁判者必须自始至终参加该案件的审判,不得中途更换;如果裁判者因故需要更换,则必须更新审判程序,接任法官必须对案件从头审起,而不能在前面法官审理的基础上继续审理。为了防止审理某些重大复杂案件时法官难以一审到底而更新审判程序,德国《法院组织法》还规定了“候补法官”制度,候补法官自审理开始即一直在场,但不参加审判活动,一旦合议庭中有法官因故不能继续参与审理,即可由候补法官递补。^{〔21〕}

裁判者不更换是司法亲历性的题中应有之义,因为“亲历”指的是亲历案件审理的全过程而不仅仅是案件审理的几个片段。否则,裁判者对案件的事实、证据就难以形成完整而准确的心证,从而难以作出正确的裁判。

5. 事实认定出自法庭

事实认定出自法庭是指裁判者对案件事实的认定,应当从法庭审理中直接获得,而不能从庭前程序、庭外干预、案卷材料或口头汇报中获得。因为法庭是法院审理案件的主要场所,既然诉辩意见发表在法庭、诉讼证据出示在法庭、案件事实调查在法庭,那么,其逻辑发展的结果就应当是事实认定来源于法庭、裁判结论形成于法庭。

司法亲历性之所以要求事实认定出自法庭,是因为它也是司法亲历性的题中应有之义。由于司法亲历是审案和判案的统一,法官亲历案件审理全过程的直接目的,就是为了准确认定案件事实,并进而对案件作出客观公正的裁判,因此,事实认定出自法庭,是司法亲历性的必然要求。

6. 审理者裁判、裁判者负责

既然案件审理者亲历了审理的全过程,且司法亲历性是审案和判案的统一,那么,让审理者裁判也就是顺理成章的了。因此,审理者裁判也是司法亲历性的必然要求。同时,根据权责统一、权责一致原则,既然审理者亲历了案件审理的全过程,并享有了裁判的权力,那他就应对自己的裁判负责。所谓“负责”,一是身担其责,二是承担责任,即审理者因故意或者重大过失造成冤假错案或其他不良后果、不良影响的,应承担相应的责任。因此,“裁判者负责”是司法亲历性和“审理者裁判”的必然逻辑。

以上六个方面是司法亲历性的基本要求。其中“直接言词”是亲历的主要方式;“以庭审为中心”是亲历的重点场所;“集中审理”和“裁判者不更换”是亲历的保障性措施;“裁判出自法庭”和“审理者裁判、裁判者负责”是亲历的归宿。六者相辅相成,不可或缺,构成司法亲历性基本要求的有机整体。

但是,由于诉讼追求的价值不仅仅是公正,还要兼顾其与效率的平衡,兼顾惩治犯罪与保障人权、实体与程序的平衡;由于各国国情不同,如经济、文化、社会、法治发展水平的差异,政治、司法制度的差异和法律文化传统的差异;加上间接审理也有其可取之处,如可以准确、完整地保存诉讼材料,有利于复审特别是书面复审;可以充分利用庭前专门性调查的结果,诉讼效

〔21〕 同上注,页61。

率较高,故诉讼理论一般认为应以直接言词审理为主、间接书面审理为辅,使二者优劣相济,^[22]因而各国审判并不一概地要求法官亲历,如许多国家的二审主要是书面审和法律审;美国对辩诉交易案件不开庭审理;各国对简易速裁程序不要求实行直接言词原则。即使是普通程序审理的第一审,各国在法官“亲历”的严格程度上也不尽相同,一般来说,在以庭审为中心、集中审理、裁判者不更换、事实认定出自法庭等方面,各国都能做到;在审理者裁判、裁判者负责方面,法治完善国家也总体上能做到,但根据苏力教授的研究,美国联邦最高法院首席大法官也“常常利用其行政管理职权谋求并实际获得了对司法决定的影响”;^[23]对直接言词审理,各国都对言词审理规定了例外,且规定的例外情形有多有少,实行的严格程度也存在一定的差别。一般来说,实行案卷移送的大陆法系国家,因法官在庭前阅卷可能建立预断,加上强调对犯罪控制的诉讼模式对警察和检察官取证持信任态度,因而在许多情况下都允许以书面证言代替直接人证,案件虽经法庭直接言词审理,但书面证言仍能起相当的作用,故直接言词原则贯彻得不大彻底。反之,采用当事人主义诉讼结构的英美法系国家,因庭前审查贯彻排除预断原则,法官心证依靠直接参加庭审听取言词作证和辩论获得,加上强调正当程序,对警察、检察官调查持怀疑态度,因而直接言词原则贯彻得比较彻底。^[24]总之,各国都根据本国国情,根据平衡惩治犯罪与保障人权、实体与程序、公正与效率等方面的需要,确定本国法官亲历的基本内容和遵循的严格程度。

因此,理解和把握司法亲历性,既要明确其内涵和基本要求,又要看到各国基于本国国情和价值考量在落实司法亲历性上存在的差异,这种差异既包括一国在不同审级、不同程序、不同审理内容上的差异,又包括国与国之间存在的差异。我们既不能对司法亲历性作刻板机械的理解,只看到基本要求而看不到这种差异,又不能因差异的存在而对司法亲历性原理及其基本要求产生怀疑。

三、司法亲历性的主要适用范围

任何一种原理都有其特定的边界、限度和适用范围,司法亲历性也然,它并非适用于与法院审判有关的所有的审级、程序和内容。研究司法亲历性的主要适用范围,有利于明确其限度,并合理确定对有关程序和案件“亲历”的程度,防止对其理解绝对化和适用泛化。

根据对司法亲历性的需要程度,一般来说,在一审、二审、再审等不同审级中,主要适用范围是一审;在一审的普通程序、简易程序、特别程序等不同程序中,主要适用范围是普通程序和特别程序,特别是这两种程序中事实有争议、被告人不认罪的案件;在一审程序中,主要适用范围是庭审;在庭审认定案件事实和确定法律适用这两项任务中,主要适用于认定案件事实。总

[22] 参见龙宗智:《刑事庭审制度研究》,中国政法大学出版社2001年11月版,页55。

[23] 苏力:“论法院的审判职能与行政管理”,《中外法学》1999年第5期。转引自顾培东:“人民法院内部审判运行机制的构建”,《法学研究》2011年第4期。

[24] 参见前注,页56-57。

之,事实有争议、被告人不认罪案件的一审庭审中的事实认定,是司法亲历性最主要的适用范围。

(一)在一审、二审、再审等不同审级中,主要适用范围是一审

首先,一审是各审级的基础。如果一审审得好,就可避免二审、再审;反之,如果一审审不好,就会造成二审以致再审,这不仅会耗费更多的司法资源和诉讼成本,而且会影响基层法院在人民群众中的形象,损害一审的司法公信力。其次,一审是全面审理。不同的审级承载不同的功能。虽然,我国现行刑诉法规定,二审法院应当就第一审判决认定的事实和适用法律进行全面审理,不受上诉或者抗诉范围的限制,但二审的“全面审理”是有侧重点的,与一身的全面审理还是有区别。况且,党的十八届四中全会《决定》指出:“完善审级制度,一审重在解决事实认定和法律适用,二审重在解决事实法律争议、实现二审终审,再审重在解决依法纠错、维护裁判权威。”审级越高,案件受理的范围和审理的侧重点越小,只有一审是全面审理,需要司法人员更多地“亲历”和精力投入。再次,“在事实审方面,一审具有最好的审判条件”。因为一审提供的证据信息相对尔后的审级具有可靠性、干净性和内容全面性的特点。证据信息的可靠性,主要指一审审理时间离案件发生时间比较近,案件信息较为可靠。证据信息的干净性,是指首次审判的基本要求是证据尤其是人证的不干扰,因此比较单纯和干净。证据信息的全面性,是指一审系全面审理,需要充分调集各方面证据,全面地分析证据和事实,而一审以后的审理由于一审的基础性作用,实际上均为重点审理,重点围绕上诉(抗诉)理由,对有争议的问题进行重点审理,而对无争议问题则往往仅作一般审查,故一审的证据信息最为全面。^{〔25〕}

而对于二审、再审,法官可以通过一审庭审笔录、录音录像资料等了解到一审的庭审情况,因而司法亲历性的要求可以放低,特别是对其中的直接言词审理,有的可以不作要求,而采取间接书面审理。

(二)在一审的普通程序、简易程序和特别程序中,主要适用于普通程序和特别程序,特别是其中事实有争议、被告人不认罪的案件

刑事简易程序以“案件事实清楚、证据确实充分”和“被告承认自己所犯罪行、对指控的犯罪事实没有异议”作为适用的条件,因而关注的重点不在事实认定而在法律适用(特别是量刑),故它不属于司法亲历性严格适用的范围;特别程序中当事人和解的公诉案件,由于被告人真诚悔罪,通过向被害人赔偿损失、赔礼道歉等方式获得被害人谅解,且被害人自愿和解,因而也不在司法亲历性严格适用的范围。而对于普通程序和特别程序(当事人和解的除外),则需要强调亲历,特别是其中事实有争议、被告人不认罪的案件,是亲历的必要范围。

(三)在一审的庭审前、庭审、庭审后等审判环节中,主要适用范围是庭审

前已述及,一审庭审是一审诸审判环节的中心,因而也是司法亲历的重点。而对于庭审前、庭审后的某些工作,如阅卷、召开庭前会议、送达裁判文书等,法官不一定亲历,可由审判辅助人员负责。一些国家还实行庭前法官与庭审法官分离,或明确规定庭前会议或中间程序不

〔25〕 龙宗智:“论建立以一审为中心的事实认定机制”,《中国法学》2010年第2期。

由法官主持,以免庭审法官在庭审前对案件产生预断。

(四)在庭审关于认定事实和确定法律适用这两项任务中,主要适用于认定事实

首先,认定事实是确定法律适用的前提,同时,就事实有争议或被告人不认罪的案件来说,认定事实所需的工作量往往比确定法律适用所需的工作量大得多。其次,认定事实对司法亲历性的依赖明显甚于确定法律适用。本文第一部分在论证司法亲历的必要性时所说的诉讼双方对同一问题认识的对立性(对案件事实有不同叙述并蕴含着真假、是非和曲直),认识案件事实特殊的复杂性(认识方式、认识条件、认识技术、认识对象都具有特殊性),程序公正对于认识案件事实的重要性,以及心证与亲历的不可分离性,都说明认定事实的内在过程十分复杂,它重点关注的主要是案件内部证据与证据之间的相互关系(如是否协调一致、有无矛盾、是否确实充分等),其难度是内在的,非亲历就难以作出正确判断。而确定法律适用的难度主要体现在审视案件事实与相关法律条文的符合性、斟酌案件处理的妥当性等方面,它重点关注的主要是案件与法律条文之间的关系,案件与大局包括政治、经济、社会等方方面面之间的关系,具有明显的外在性,因而对亲历的依赖程度较低。再次,事实认定如果有误,救济相对不易。由于事实认定内在过程的复杂性,因而事实认定如果有误,非亲历者(外人)较难发现,一般只能通过判后的诉讼机制(如当事人上诉、检察院抗诉)来发现和救济,但许多国家的二审主要是法律审,虽然法律审并不绝对排除对事实问题的审查,^[26]但事实问题毕竟不是二审审理的重点。因而更需要把一审中的事实认定作为司法亲历性的重点适用范围。而如果法律适用有误,非亲历者也容易发现,其救济相对比较容易。

正因为认定事实是庭审中法官必须亲历的重点范围,所以我国刑诉法第223条、第225条规定,凡被告人、自诉人及其法定代理人对第一审认定的事实、证据提出异议,可能影响定罪量刑的上诉案件和检察院抗诉的案件,二审必须开庭审理,而不得书面审理;二审开庭审理后,发现原判事实认定有错误的,才能改变对一审的事实认定,而不能仅通过书面审就予改变。同时,也正因为司法亲历性对于一审的事实认定不可或缺,所以无论法院还是检察院,无论采取何种办案机制办案,承办人都要对事实和证据负责。

四、司法亲历性与有关的几个问题

(一)司法亲历与“集思广益”

“集思广益”、“三个臭皮匠抵个诸葛亮”等成语,都说明集体智慧对于决策的意义,而司法亲历性却似乎与此相悖,对此该如何解释?笔者认为,一方面,司法亲历性并不排斥集体智慧。一是审判组织的设计体现了集思广益。在我国,法院审判实行合议制,只有简易案件如刑事诉讼中适用简易程序的一部分案件,才实行独任制。此外,还有审委会讨论制,即审委会对合议庭认为难以作出决定的重大疑难复杂案件进行讨论并作出决定。在合议制、独任制、审委会讨

^[26] 如果被告人上诉理由是违反实体法,那二审法院就要审核原审法院认定的事实,以确定是否正确适用了实体法。

论制这三种审判组织中,合议制和审委会讨论制都体现了集思广益的思想。正像陈瑞华教授在评价合议制时所说的,合议制“有助于裁判者发挥整体的智慧,减少或避免单个裁判者的认识局限性和专断可能性,并促使裁判者之间进行更多沟通、交流和对话。这是政治上实行的‘多数裁决规则’的具体体现,是民主制度的基本要求”。〔27〕二是审判机制体现了集思广益。如前所述,庭审是最内含对抗制约机制的诉讼环节,也是诉讼参与人最多的诉讼环节,这种多人参与下的对抗制约,既是揭示真相、正确裁判所需,又有利于集思广益。从某种意义上可以说,控辩双方和其他所有诉讼参与人都参与了法院判决的制作,或一定程度影响了法院判决的形成。三是司法人员在必要时可以向有关专家咨询或请他们讨论论证,这也是集思广益的一个方面。当然,专家的意见仅供司法人员参考,而不能作为裁判的依据。

另一方面,“集思广益”也有边界,如无边界就会沦为群众审判;“没有调查就没有发言权”、“不入虎穴、焉得虎子”也是具有普遍意义的真理,加上司法特有的规律,因而集体智慧并非多多益善。即使是专业精深、经验丰富的业内人士,如果没有参与案件审理,也不能参与案件决策,这也是世之常理。因此,司法亲历性与“集思广益”在一定条件下是统一的,既不能因司法亲历性而怀疑“集思广益”在司法中的体现和作用,又不能因“集思广益”是具有普遍意义的真理而对司法亲历性产生怀疑和动摇。

(二)司法亲历性与审委会讨论决定案件

我国刑法规定,对于疑难复杂重大案件,合议庭认为难以作出决定的,由合议庭提请院长决定提交审判委员会讨论决定。据此,审委会讨论决定案件有三个特点:一是案件范围和数量的有限性,必须是重大疑难复杂且合议庭认为难以作出决定、院长也同意提交的案件;二是程序上的被动性,只有当合议庭提请院长且院长决定提交审委会讨论的情况下,审委会才能行使权力;三是决策上的集体性,即审委会集体按少数服从多数的原则作出决定。

在研究司法体制改革的过程中,特别是在推行以司法责任制为核心的司法体制改革,要求“让审理者裁判、裁判者负责”后,一些同志对审委会讨论决定案件提出了质疑,其重要理由之一就是违反了司法的亲历性,造成审、判分离,即“审者不判、判者不审”。提出的改革思路,有的主张取消审委会讨论决定案件的职能;有的主张限缩审委会讨论案件的范围,同时审委会只讨论法律适用,不讨论事实问题;〔28〕有的主张改革审委会讨论方式,让审委会成员参与或旁听案件的庭审等。也有的学者认为,审委会是法院不可或缺的制度,其讨论决定案件具有合理性,其讨论的范围也决不应限于法律适用问题。同时审委会制度和实践也应改革完善,主要措施为分设专业审委会、强化审委会讨论中“审”的成份,改革审委会讨论案件的表决方式。〔29〕

笔者认为,在我国,审委会讨论决定案件的职能应予保留;审委会制度应予改革完善;审委

〔27〕 参见前注。

〔28〕 相关研究参见贺卫方:“关于审判委员会的几点评论”,《北大法律评论》1998年第2期;苏力:“基层法院审判委员会制度的考察及思考”,《北大法律评论》1998年第2期;徐显明:“司法改革二十题”,《法学》1998年第9期;陈卫东:“论刑事证据法的基本原则”,《中外法学》2004年第4期。

〔29〕 顾培东:“再论人民法院审判权运行机制的构建”,《中国法学》2014年第5期。

会讨论内容应以法律适用为主、事实认定为辅。

1. 审委会讨论决定案件的职能应予保留

首先是审判实践有此需求。有些案件的背后往往蕴含着复杂的深层次的经济、政治、文化、社会等方面的问题,处理时必须在严格依法的前提下,瞻前顾后、兼顾各方,综合考量各种因素,由审委会讨论决定少数重大疑难复杂案件特别是法律适用,有利于把案件处理得更好。中国法治文化的发展阶段与法治发达国家尚有明显差距,人治思想、崇拜权力、轻视规则、讲究关系等思想观念至今仍有广泛而深刻的影响,老百姓缺乏尊崇法律、尊重法院裁判的观念,司法公正性权威性不足,办案中干扰甚多、说情风盛行,在这种氛围下,许多人对审委会的信任总体上胜过对法官个体的信任,因为他们分析认为,如果当事人搞腐蚀、收买,那搞定审委会所有成员的难度比搞定个别法官的难度要大得多,故集体决策的公正性会高于少数法官决策,保留审委会对少数案件的讨论决定职能,有利于促使一线人员依法谨慎用权。

其次,取消审委会讨论案件的职能跟权责一致原则不尽相符。在宪法和法律层面上,依法独立行使审判权的主体是法院而不是法官,虽然法官法规定法官“依法审判案件不受行政机关、社会团体和个人的干涉”,但在“依法”的后面尚无“独立”二字,与法律对法院行使权力的表述尚有区别。司法改革“让审理者裁判、裁判者负责”主要体现了法官的权责一致,而没有完全体现法院的权责一致。法院承担着惩治犯罪、保障人权、定纷止争、化解矛盾、维护公正、服务经济社会发展大局的繁重任务,也承担着巨大压力。法官办错案或行为不当,法官个人固然要负责,但有些责是法官个人负不起的。现行法律规定依法独立行使职权的主体是法院,法院的法人代表是院长。完全取消审委会对少数重大疑难复杂案件的决定权,会造成“权力在法官、压力在法院、责任在院长”这种权责不对称的状况。而且院长即使发现错案也无可奈何,只能由当事人在判后通过上诉(抗诉)去解决,或等判决生效后启动审判监督程序去解决,这必然会招致社会的强烈批评。相反,如果将判案的权力基本上赋予一线的法官,但保留审委会对少数重大疑难复杂案件的决定权,一线法官和审委会对各自决定的案件负责,则与权责一致原则较为相符,既有利于增强广大一线法官的责任心和主观能动性,又有利于审委会成员对少数重大疑难复杂案件负起责任。

再次,科学技术的发展和运用为解决或缓解审委会讨论决定案件的司法亲历性问题提供了一定可能。现代科学技术如法医学技术、人身识别技术、各种检验鉴定技术、录音录像技术、远程视频传输和讯(询)问技术等早已不同程度地用于诉讼,特别是录音录像技术,具有内容准确、形象逼真、可再现等特点,不仅能准确记录人证的内容,而且能准确记录讯(询)问的场景、讯(询)问双方的动作、神态、表情、语气,给人以身临其境、亲见其人、亲闻其声、亲感其事的感觉,它为拓展“亲历”的时间、空间和方式提供了可能。审委会讨论案件时,除听取合议庭全面汇报(包括庭审情况的汇报)外,还可以观看跟焦点问题相关的庭审音像资料,这与严格的“亲历”虽有一定区别,但也是一种间接的亲历。^{〔30〕} 审委会讨论决定案件是建立在一线法官亲

〔30〕 之所以称为“间接的亲历”,是因为其看到了庭审情况,故称“亲历”,但其不是亲临庭审直接看到的,而是通过音像资料这一介质间接看到的,故称“间接”。

历、审委会充分听取一线法官意见、审委会间接亲历基础上的,这就形成了间接亲历的审委会与直接亲历的合议庭双层组合的裁判方式。这与医生诊断方式的发展十分相似。按传统观念,医生治病是必须亲历的,处方前必须近距离、面对面地对病人望、闻、问、切。后来,由于各种体检技术的发明和运用,为非面对面诊断和会诊包括远程诊断、远程指示一线医生进行手术等提供了可能。以会诊为例,有的是病情涉及其他科室,需请相关科室医生会诊;有的是因病人身份重要或病情疑难复杂而请相关专家集体讨论,以判明疾病性质,确定治疗方案。后一种会诊,有关专家有的当面跟病人有过接触交谈,有的并没有当面接触病人,主要靠听取主管医生对病人、病情的汇报,审看各种检查报告,然后提出自己的看法和意见。而且专家的意见一般不是仅供主管医生参考,而往往是谁技术等级高、谁最权威就按谁的意见办。医疗系统这种一线医生亲历、专家间接亲历然后作出诊断的决策方式,跟法院一线法官亲历、审委会间接亲历后作出判断的决策方式非常相似,都是双层组合的决策方式。当然,医生看病与法官办案的区别也是有的,一是医生所看的病人没有争讼的对立面,医生以治愈眼前这一病人为唯一目的,而法官所办案件有对立的争讼双方,它以公正为最高追求。二是医生对这一病人开什么方子,其他病人不会在意,医生也不必考虑我开这方子其他病人会不会类比。而对法官而言,他处理案件既针对眼前这一特定案件,又可能涉及其他相同或相似的案件,他对该案怎么判,以后对相同案件就应怎么判,因为法官判案等于为这类案件立了一个标杆,同案同判是法制统一性的必然要求。三是医生诊断固然十分复杂,很多疾病在体内,肉眼难以看见,有的也有假象,如表征在此处,病症却在彼处,病人膏肓却回光返照等,但病都是现行的,且病人本人不会故意编造谎言、制造假象欺骗医生。而案件都是过去的,而且是真假、是否、曲直的矛盾体,故司法通过逆向认识和回溯性证明来区分真假、是非、曲直的特点也不同于医生看病。但是,审委会讨论决定案件与医生会诊都通过科学技术的运用而采用双层组合方式作出判断的原理却无二致。既然特别强调亲历的医疗行业可以双层组合式诊断,那同样特别强调亲历的司法工作,对少数重大疑难复杂案件进行双层组合式判断也应当允许,因为它跟司法亲历原理的不符合的程度是有限的。

2. 审委会制度应予改革完善

要保留审委会讨论决定案件的职能,就要对审委会制度进行改革完善,以尽可能体现司法亲历性。一是限缩讨论事实认定案件的范围,只有极少数确属重大疑难复杂的案件,才能提交审委会讨论。在事实认定上是否确属重大疑难复杂,可由法院作出原则规定,并由审委会有关专职委员和院长根据原则规定和案件实际审定。通过限缩范围,防止合议庭为推卸责任而上交矛盾,促使其切实负起责任。二是严格提请的要求。提请审委会讨论的,合议庭各成员如果提不出明确意见的,也应提出自己倾向性意见;还要说明合议庭难以作出决定的理由,以便审委会明确合议庭各成员的观点和问题的焦点。同时,合议庭应对有关问题特别是“难以作出决定”的焦点问题写出详尽的书面报告,特别要对有关证据进行深入分析,并报上庭审记录和音像资料。三是增加前置程序。对合议庭报请院长提请审委会讨论事实认定问题的,要先由审委会专职委员进行实体审理,并写出书面报告,必要时专职委员可以复核证据,审看庭审记录或者音像资料。专职委员的意见可供合议庭参考,合议庭看后认为可以作出事实认定的,由合

议庭作出认定;仍难以作出事实认定的,由院长决定提交审委会讨论。四是完善讨论方式,强化“审”的成份。审委会不仅要听汇报,必要时还要审看与焦点问题有关的庭审记录和录像资料;对与焦点问题有关的证据存有疑问的,可再行审查,包括传唤关键证人到审委会作证,对认识分歧的关键证据进行对质等。通过强化“审”的成份,以弥补没有亲历庭审的不足。

在司法体制改革中,有些地方进行审委会集体旁听案件审理或审委会专业委员会成员直接审理案件的试点。这一探索无疑具有积极意义,对少数案件这样审理也做得到,但是否可复制、可推广,并适用于审委会讨论的所有案件,似需要进一步研究,因为它占用审委会委员较多时间和精力,况且,案件未经法庭审理就预知日后要提请审委会讨论,似违反了以庭审为中心原则。

3. 审委会应以讨论决定法律适用为主,事实认定为辅

这主要是因为前者具有明显的外在性,后者具有明显的内在性,而这关系到审委会讨论与司法亲历性的符合度。我们知道,法律适用要解决的不仅仅是确定适用的法律条文这一个问题,而是包括案件如何适用法条、如何定性、如何处理这三个方面问题。由于案件定性和处理都要以确定法条为前提,因而简称为“法律适用”。因此,法律适用要解决的最根本的是案件如何处理最为妥当、最能取得好的法律效果和社会效果的问题。如前所说,法律适用需要重点考量的主要是案件事实与法条之间的关系,案件处理与政治、经济、社会、国防、外交等方方面面的关系,^{〔31〕}这些关系具有明显的外在性,它跟事实认定主要斟酌案件内部证据与证据之间的关系所体现的内在性形成明显区别。这种外在性就决定了审委会确定法律适用并不怎么违反司法亲历性,因为前已述及,司法亲历性的适用范围主要是事实认定而非法律适用。再从比较法角度看,许多国家的二审主要是法律审,如美国陪审团审判的一审案件,英国的刑事法院审理的一审案件,德国州法院和州高等法院审理的一审案件,其二审都仅是法律审,^{〔32〕}而法律审一般是书面审。这从一个侧面说明,单独解决法律适用问题不一定实行严格的亲历。

至于事实认定问题,由于具有内在的复杂性,因而应当强调司法亲历性。但是通过科学技术的运用和审委会制度的上述改革完善,可以把审委会讨论决定事实认定问题跟司法亲历性不符合的程度降到最低。

(三) 司法亲历性与检察机关办案机制

司法亲历性主要是对法院和法官而言,但各国检察机关也要求检察官办案尽可能亲历。当然,检察官亲历的程度和严格程度与法院存在明显区别,综合多数国家的情况,其区别主要表现在:一是上命下从。在上级对个案没有指示的情况下,检察官可以独立作出决定,但如上级作出指示,检察官应当服从。当然,如果上级指示违反法律或违反检察官客观义务,违反检察官基于良知和理性所形成的内心确信,检察官可以拒绝服从。二是职能协助。即全国检察机关是执行检察职能的统一整体,当甲地检察院执行职能需要乙地检察院协助时,相关检察院应当协助。这种协助包括代行职能,乙地检察院代行职能视同甲地检察院自己行使职能。三

〔31〕 并不是所有案件都会涉及这些关系,但总有部分案件会涉及这些关系。

〔32〕 参见前注。

是职务承继。就是检察机关在执行职务中需要更换检察官时,原检察官所进行的活动与接任检察官的活动可以前后承继,而不必像法官更换那样必须更新审判程序。四是领导审批重要案件。即检察官对重要案件的拟处理意见要报领导人审核、批准。当然,领导人“主要是运用审查、劝告、承认的方法,行使指挥监督权”。〔33〕五是不强求当面讯(询)问人证。对犯罪嫌疑人、被害人,审查起诉时检察官应当讯(询)问,但对证人,就不要求必须当面询问核实,可根据履职需要和案件实际情况灵活作出决定。

检察机关办案对亲历性的要求之所以没有像法院那样严格,其原因有三:一是检察机关兼具行政机关和司法机关的双重属性:一方面,检察机关具有行政机关的特性。它大多属于行政序列,实行科层式建制和“上下一体、上命下从”的组织原则。同时,检察机关的某些职能特别是大陆法系国家普遍拥有的侦查职能具有主动性和进攻性,需要统一指挥协调,以便各级各地检察机关形成侦查合力,这与审判权的被动性和中立性存在区别。另一方面,检察机关又具有司法机关的特性。因为其承担维护国家法制的职责使命,审查起诉中要依据案件事实适用法律对案件作出是否起诉的判断,一些国家检察机关还承担监督司法职能,都与法院的性质比较接近。因此,其行政特性要求检察官上命下从、职能代理和职务承继,其司法属性要求检察官相对独立和司法亲历。二是检察机关对案件的决策是在诉讼程序推进的过程中进行的,案件的证据和法律事实都在变动当中,因而不可能像法院庭审那样,要求所有证据都在承办检察官面前展示一遍,要求证人在检察官面前以言词作证,而只能根据当时在案的事实和证据作出阶段性的决策。否则,如硬要采取直接言词、集中展示的办法,则既不可能,也无必要,国家的司法资源也难以承载。〔34〕三是检察机关对案件的处理大多不像法院那样具有终局性。其仅是诉讼过程中作出的阶段性的评价,其处理正确与否还要接受法院的审查和检验。检察官固然要对所有证据进行认真审查,但其亲历的程度特别是直接言词审查方面可以不像法院那样严格。

我国检察机关是法律监督机关,也是司法机关,具有比一般国家检察机关更强的司法属性。但是,长期以来,我国检察机关的办案机制是“检察人员承办、办案部门负责人审核、检察长或检察委员会决定”。该机制有一定的合理性,它符合法律规定的检察长负责制与检委会民主集中制相结合的领导体制,对案件层层审查把关(俗称“三级审批制”)也有利于提高办案质量。但该机制具有典型的行政化特征,其弊端也是明显的:一是检察长对定案权统得过死,检察官主体地位无从体现,影响其主观能动性和积极性的发挥。二是办案与定案分离,没有体现检察官相对独立性和司法亲历性的起码要求,既影响办案人员的责任心,又不利于办案责任制的落实。三是层层审批影响效率。对此,龙宗智教授评价道:“检察机关是有司法权的司法机关,却始终采用行政性办案方式而欠缺司法特征”,〔35〕二者太不协调。为此,必须对现行的办案机制进行改革。

〔33〕 龙宗智:“论依法独立行使检察权”,《中国刑事法杂志》2002年第1期。

〔34〕 参见朱孝清:“检察官相对独立论”,《法学研究》2015年第1期。

〔35〕 龙宗智:“检察机关办案方式的适度司法化改革”,《法学研究》2013年第1期。

目前正在进行的检察机关办案机制改革是从检察官办案责任制角度切入的,其内容是赋予检察官以较大的定案权,并让检察官对所办案件终身负责。其基本目标是淡化行政色彩,强化司法属性。而强化司法属性,最关键的有两个内容:一是强化检察官的相对独立性,二是强化检察官的司法亲历性。二者相辅相成,互促共进。

根据司法亲历性原理,结合检察机关体制特点和办案特点,检察机关办案机制应从以下方面进行改革完善:

首先,强化对人证的直接审查。除坚持依法讯问犯罪嫌疑人、被害人、听取辩护律师意见外,要尽可能直接询问重点证人、鉴定人,以便鉴别证言真伪和鉴定意见的科学性,并为证人、鉴定人出庭作证做好准备。随着以审判为中心的诉讼制度改革地开展,检察机关起诉案件质量需要进一步提高,证人、鉴定人出庭也必将进一步增加。直接询问重点证人、鉴定人,既是提高起诉案件质量的需要,也是引导证人、鉴定人依法出庭如实作证的需要。

其次,合理划分检察长与检察官的定案权限,尽可能实现办案与定案相统一。我国法律关于“检察长统一领导人民检察院的工作”和“检察委员会在检察长主持下按民主集中制原则讨论决定重大案件和其他重大问题”的规定,赋予了检察长和检委会对检察机关所办案件负总责的责任。这就决定了重大案件和重要事项决定权仍应归检察长或检委会行使,而其他案件或事项的决定权则可赋予检察官行使。根据不同检察职能的不同特点,检察长和检察官职责权限可作如下划分:一是对批捕、起诉职能,由于其司法属性强,且要接受侦查机关、审判机关和当事人、辩护律师等诉讼参与人的制约,因而可把较多的权力授予检察官,除重大疑难复杂案件、认定的案件事实和性质跟侦查机关有分歧的案件仍由检察长决定之外,其余的决定权可赋予检察官,从而使其具有较大的独立性和较强的亲历性。二是对职务犯罪侦查职能,由于其行政属性较强、司法属性较弱,且该权力的行使还关涉公职人员的政治生命和自由权利,故赋予检察官自主决定的权限应小一些,如对一般线索的初核、任意性侦查措施的采取、^{〔36〕}紧急情况下非重大的临场决策等,一般不必报检察长。而对于侦查程序的启动和终结、强制性侦查措施的采取、案件的处理等,则必须由检察长决定。三是诉讼监督职能,它既具有被动、中立的特点,但监督程序一旦启动,又具有主动性和进攻性,受制约程度不如制约型法律监督,但由于所监督的行为的性质较轻,跟职务犯罪侦查关涉当事人政治生命和自由权利有质的区别,故赋予检察官的决定权应大于负责职务犯罪侦查的检察官而小于负责批捕、起诉的检察官,除重要违法线索调查的启动、发书面纠正违法通知或检察建议、对裁判的抗诉需经检察长批准外,其余的可由一线检察官自行决定。

再次,合理规范上级指令权。这里的“上级”包括上级检察院和本检察院检察长。一是规定上级指令权在内容上的底线。即规定上级指令不得违反法律规定和产生冤假错案等错误。

〔36〕 任意性侦查措施是与后文的强制性侦查措施相对的侦查措施。它是指不采用强制手段,不对相对人的权益强制性地造成损害,而由相对人自愿配合而实施的侦查措施。强制性侦查措施则是采用强制手段并对相对人的权益强制性地造成损害的侦查措施,它包括对人的强制(如各种强制措施)、对物的强制(如搜查、扣押、冻结)和对隐私的强制(如技术侦查)。

二是规定职务收取、职务移转的条件。各级检察院和各级检察官原则上应当根据法定管辖范围和规定的分工行使职能,上级一般不得随意干预。只有当由该级检察院或该检察官行使职能不利于或难以依法客观公正办案时,上级始得行使职务收取、职务移转权。三是规定上级指令权的形式要件。即上级下达指令,应以书面形式并附理由,以便明确责任。四是规定提出异议的渠道和程序。如果受指令的下级认为上级指令违法或会造成冤假错案等错误,下级有权向上级提出改正或撤销指令的意见,如果意见不被接受,下级有权越级报告。接受报告的上級如果认为指令违法或会造成冤假错案,应当撤销指令;如果认为指令并无不当,则可由发出指令者行使职务收取权或职务移转权。

最后,对终结性处理案件的程序有重点地实行诉讼化。终结性处理案件如不诉等,由于不须法院审判,因而必须确保质量并体现程序公正。为此,要充分听取侦查机关(部门)、被害人及其诉讼代理人、犯罪嫌疑人及其辩护人的意见,对有较大争议或者较大社会影响的,要进行对审听证和公开审查,通过控(侦查机关和被害人及诉讼代理人)辩(犯罪嫌疑人及辩护人)对抗、质证辩论,检察机关依法作出是否不诉的决定,以增强决定的公正性和公信力。

Abstract: Judicial experience is the important principle of justice and important content of behavioral rule in judicial rule, which is determined by the many characteristics of justice and dominates in the judicial system and litigation system. Judicial experience is the unity of presence of body and presence of heart for judicial official, the unity of judicial official experience and attendance of witness, and the unity of substantial law and procedural law. The basic requirement is direct verbal trial, centering on court hearing, centralized trial, unchanged judge, fact finding from court, decision made by judge and responsibility of judge who makes a decision. Judicial experience is applicable to ordinary procedure, especially first instance that there is a dispute in facts or the defendant pleads not guilty, in which the fact finding is the most important. Judicial experience requires reform and perfection of the judicial committee system of the people's court and the handling mechanism of people's procuratorate.

Key Words: Judicial Experience, Judicial Rule, Judicial Reform

(责任编辑:傅郁林)