

# “职权主导型”刑事分案模式研究

亢晶晶\*

**摘要** 我国刑事诉讼中存在一种“职权主导型”刑事分案模式。在这一模式下,分案被看作是公检法机关职权范围内的事项,并服务于办案需要,但是未能对被追诉人权利给予必要的关照。“职权主导型”刑事分案模式与域外的“权利主导型”刑事分案模式存在本质差异,其形成与我国刑事分案的服务型定位、公检法三机关的关系以及案卷笔录中心主义的传统等有密切关系。该模式虽然与我国当前的刑事诉讼构造相契合,满足司法实践的需求,但是缺乏正当性内核,不仅有违程序公正,而且存在产生错案的风险。未来有必要在坚持“职权主导型”刑事分案模式的基础上对其进行优化,引入权利保障因素。具体可建立刑事分案的层层制约机制,赋予被追诉人分案参与权和救济权,保障被追诉人分案审理中的对质权,并有必要阻断前案裁判效力在后案中的扩张,以实现后案庭审实质化。

**关键词** 职权主导型 权利主导型 刑事分案 对质权 庭审实质化

## 一、问题的提出

刑事分案不仅仅是程序问题,而且关乎案件实体结果。域外多数国家和地区的刑事诉讼法中都明确规定了刑事分案,并形成了主要以维护被告人合法权益为导向的“权利主导型”刑事分案模式。<sup>〔1〕</sup>我国刑事诉讼法一直并未对刑事分案问题进行规范,直到2021年《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》)修改才首次统

\* 上海财经大学法学院讲师。本文系2020年国家社科基金一般项目“以对质为中心的刑事法庭调查规程研究”(项目编号:20BFX093)的阶段性研究成果。感谢李奋飞教授对本文提出的宝贵意见。

〔1〕 虽然域外国家和地区的刑事分案中也存在着基于诉讼效率的考量而对被告人人数众多的案件分离审判的情形,但是,从立法规定来看,整体而言仍是以维护被追诉人的合法权益为导向。参见龙宗智:“有组织犯罪案件分案审理问题研究”,《法学研究》2021年第3期,第154—155页。

一规定刑事分案,在此之前,分案相关规定都散见于各种规范性文件。一直以来,我国刑事分案的司法实践都较为混乱,《高法解释》的统一规定对于规范刑事分案具有一定的作用,但是由于规定的原则性,仍有一些问题有待进一步厘清。

虽然理论界对刑事分案问题已经有相关研究,但是综观学者的研究,更多是从比较法视角对我国的刑事分案制度进行审视,并主张借鉴域外的规定,建立以保护被追诉人合法权益为导向的刑事分案制度。然而,考察我国的司法实践,刑事分案呈现的却是另一种景观:刑事分案完全属于公检法机关职权范围内的事项,不仅分案目标服务于办案需要,而且分案决定过程也排斥被追诉人参与,对被追诉人的利益缺乏关照。如果域外国家和地区的刑事分案可以称为“权利主导型”刑事分案模式,那么对于我国的刑事分案,笔者将其概括为“职权主导型”刑事分案模式。

“职权主导型”刑事分案模式相较于“权利主导型”刑事分案模式的区别是什么?为何我国司法实践中会形成“职权主导型”刑事分案模式?“职权主导型”刑事分案模式的优势和不足是什么?未来又该如何对其进行优化?基于对上述问题的追问,笔者欲以我国的“职权主导型”刑事分案模式为研究对象,深入剖析其具体表现、形成机理以及可能存在的风险等问题,并在对该模式进行反思的基础上提出优化的建议。

## 二、“职权主导型”刑事分案模式的具体表现

在域外国家和地区的“权利主导型”刑事分案模式中,一方面,被告人可以基于维护自己的合法权益而申请分案,如防止因为提交给陪审团的不利于同案被告的证据让自己陷入不利境地。<sup>〔2〕</sup>另一方面,法院如果发现合并审理将可能对被告产生不利时,可以或者应当主动对案件分案审理。<sup>〔3〕</sup>同时,在司法实践中,美国联邦最高法院曾判决“合并审理可能对被告人不利益时,不论在任何阶段,法院都应当准许被告人的分案申请”。<sup>〔4〕</sup>显然,不论是依申请分案,还是依职权分案,“权利主导型”刑事分案模式的核心都在于保障被告人的公正审判权。相比较而言,“职权主导型”刑事分案模式的核心则在于服务于公检法机关的办案需要,这也是我国刑事分案制度发展的主要驱动力。虽然相关立法中也强调保障被追诉人的权利,但是重心似乎并不在于此。笔者将结合我国刑事分案的司法实践,对“职权主导型”刑事分案模式的特征进行描述。

### (一)分案标准的便宜性

考察司法实践案例,目前的分案主要基于以下几个方面的原因:涉案人数众多,分案审理

〔2〕 A. D. Henderson, “Criminal Law-Severance and Order of Trial,” *Baylor Law Review*, Vol. 3, No. 4, 1951, pp. 574—575.

〔3〕 John F. Decker, “Joinder and Severance in Federal Criminal Cases: An Examination of Judicial Interpretation of the Federal Rules,” *Notre Dame Lawyer*, Vol. 53, No. 2, 1977, p. 167.

〔4〕 *Schaffer v. United States*, 362 U.S. 511(1960), p. 516.

便于法庭审理和提高诉讼效率,同时也可保障法庭审理质量;〔5〕涉案人数众多,基于不同被告人犯罪事实、地域和层级的差异,契合级别管辖或者地域管辖的规定;〔6〕共同犯罪中被告人到案时间、关押地点不一致、案件复杂程序、证据收集情况、事实查清情况或者审理进度不一致,即办案机关基本办案需要予以分案;〔7〕同案犯还犯有其它罪行,不宜合并处理。〔8〕

综上可知,基于何种理由分案,何时进行分案等都由公检法机关根据办案需要裁量,有的法官明确指出“司法机关有权根据办案的需要对涉嫌同一犯罪事实的共同作案人分案处理”。〔9〕笔者通过访谈也了解到,一些地方的法院因为被告人数量众多的案件难以把控,明确表示不接收检察机关起诉的人数众多的案件,如超过20人的案件,要求检察机关分案起诉,而并未考量此种分案会对被追诉人产生何种影响。此外,对于被追诉人针对分案提出的异议,法院一般也仅仅以分案审理不影响被追诉人案件事实的查清,〔10〕或者不影响被告人权利的行使〔11〕等理由简单回应。司法实践的案例与做法均反映出公检法机关职权行使的便利性是刑事分案的出发点和所要实现的目标。

## (二)分案动机的策略性

司法实践中,公检法机关往往还基于某种策略而分案。在侦查阶段,公安机关的分案一般称为另案处理,另案处理的策略性表现为公安机关将其作为破解侦查过程中难题的工具,结果使侦查阶段的另案处理成为了特殊的案件消化机制、掩盖秘密侦查的方法以及为迎合绩效考核的作假手段,〔12〕导致“另案轻理”“另案不理”等不良司法现象的出现。〔13〕

在审查起诉阶段,检察机关分案起诉的策略性主要体现在对于指控成功可能性的考量。有的检察机关面对有争议的案件,先起诉部分案件以试探法院的“口风”,从而避免法院对争议的案件径直作出无罪判决。〔14〕有的检察机关为了减轻或免除其在后案中的举证责任,会先将案件拆分,然后利用前案判决已认定的事实来证明后案的事实。〔15〕此外,在认罪认罚共同犯罪案件中,有的检察机关利用分案瓦解共同犯罪同盟,对某一或某些共犯适用从宽政策,以获取证据,证明主犯。〔16〕或者针对部分被追诉人认罪认罚的情形,检察机关选择先起诉认罪

〔5〕日照市中级人民法院(2018)鲁11刑终133号刑事裁定书。

〔6〕嘉兴市中级人民法院(2021)浙04刑终33号刑事裁定书。

〔7〕上海市第一中级人民法院(2019)沪01刑终1933号刑事裁定书。

〔8〕无锡市中级人民法院(2020)苏02刑终154号刑事裁定书。

〔9〕江门市中级人民法院(2021)粤07刑终54号刑事裁定书。

〔10〕宁波市中级人民法院(2020)浙02刑终308号刑事裁定书。

〔11〕阜阳市中级人民法院(2021)皖12刑终191号刑事裁定书。

〔12〕董坤:“论刑事诉讼中‘另案处理’规范功能的异化与回归”,《法学论坛》2013年第1期,第104页。

〔13〕胡之芳:“刑事案件另案处理概念及其适用范围再议——以《关于规范刑事案件‘另案处理’适用的指导意见》为参照”,《法学杂志》2016年第9期,第110页。

〔14〕万毅:“公诉策略之运用及其底限”,《中国刑事法杂志》2010年第11期,第82页。

〔15〕刘仁文:“刑事案件另案处理的检视与完善”,《政治与法律》2021年第5期,第144页。

〔16〕龙宗智:“完善认罪认罚从宽制度的关键是控辩平等”,《环球法律评论》2020年第2期,第21页。

认罪案件,然后再集中“对付”不认罪认罪案件,以便促使在二审审理的被追诉人也积极认罪认罪,或者使法官受到认罪认罪案件事实认定的影响,作出与前案一致的认定。

在审判阶段,法院的分案审理一般都是基于检察机关的分案起诉,但是也不排除存在法院分案审理的策略性考量。例如,对于涉众型案件,法院基于审判便利而分案。对于一些同案犯供述不一的案件,法院为防止共同被告同时在场时被追诉人基于对自己所处状况的清晰判断而改变供述,<sup>[17]</sup>影响庭审的顺利进行,从而予以分案审理。此外,有的法院通过将分案处理案件中同案犯供述作为证人证言使用,<sup>[18]</sup>从而实现对被追诉人的有效定罪。

### (三)分案过程的职权性

在司法实践中,分案较为一致地被视为公检法机关的职权范围,存在分歧的是法院的分案审理基于检察机关的职权还是法院的职权。一种观点认为,分案属于检察机关提起公诉的职权范围,在检察机关分案起诉的情况下,法院一般都会分案审理,但是具体理由存在些许差异。例如,在汪某某等诈骗案中,法院认为,根据法律规定,提起公诉案件,一律由人民检察院审查决定。是否指控、指控何种罪名、确定何种指控范围、确定何种求刑情节、提起何种幅度量刑建议,系检察机关公诉权的当然权能,更是公诉机关行使起诉裁量的重要体现;<sup>[19]</sup>在常熟市天铭物资有限公司等骗取贷款、票据承兑、金融票证罪二审中,法院认为,人民法院对提起公诉的案件进行审查后,对于起诉书中明确的指控犯罪事实,应当决定开庭审判,对于共同犯罪或者单位犯罪中应予追诉的人员虽已在案,但并未与其他被告人一并提起公诉的案件,人民法院不能以未全案起诉为由而不予立案受理。<sup>[20]</sup>前一个案例中,法院指出是否对案件进行分案起诉属于检察机关起诉裁量权的一部分,法院基于检察机关的分案起诉而分案审理。后一个案例中,法院分案审理则是基于《刑事诉讼法》第186条的规定,对于检察机关起诉符合形式要件时,法院必须受理并开庭审判,不得拒绝。

另一种观点认为是否分案属于法院的职权,法院有权主动根据具体情况,将检察机关并案起诉的案件予以分案审理。例如,在王某某等80人涉嫌组织、领导、参加黑社会性质组织案中,该案由检察院作为一个案件进行指控,法院受理案件后,依法将80名被告人分成6个分案进行审理。案件审理中还采用案内再次分案方式,根据检察院指控的具体罪名和事实,将案件拆分成罪名相同的小案件先集中审理,避免了多次提押与罪名无关的其他被告人,最后再审理黑社会性质组织犯罪。<sup>[21]</sup>在本案中,法院出于加快案件审理节奏,实现高效高质审理的考虑主动对案件进行分案,较为明显地体现出法院在分案问题上的主动性。

概言之,当前刑事分案的职权性主要体现在权力机关单方面决定是否分案,虽然相关规范

[17] 参见揭萍、吴逸涵:“共同犯罪案件适用认罪认罪从宽实证研究”,《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2021年第4期,第67页。

[18] 聊城市中级人民法院(2020)鲁15刑终172号刑事裁定书。

[19] 上海市浦东新区人民法院(2017)沪0115刑初569号刑事判决书。

[20] 济南市中级人民法院(2018)鲁01刑终199号刑事裁定书。

[21] 深圳市中级人民法院(2019)粤03刑终1807号刑事判决书。

性文件中曾提出在分案过程中注重协商,如2018年《关于办理黑恶势力犯罪案件若干问题的指导意见》指出,“对于确有重大立功或者对于认定重大犯罪事实或追缴、没收财产具有重要作用的组织成员、确有必要通过分案审理予以保护的,公安机关可以与人民检察院、人民法院在充分沟通的基础上作出另案处理的决定”。但是上述协商的主要目的显然是为了使公检法机关在分案问题上达成一致,并未提及被追诉人参与分案过程。

司法实践也表明多数分案都是公检法之间提前沟通协商的结果,公检法机关在分案问题上通过协商达到了某种“和谐”,最终检察机关被公安机关的分案处理、法院被检察机关的分案起诉所“绑架”,形成程序层面的“侦查中心主义”。在此种分案机制下被告人既无从参与分案过程,也很难推翻分案的决定。例如,在鹿昌君行贿、寻衅滋事、伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章、诈骗、挪用资金、窝藏、包庇二审案中,二审法院认为,由于东明县监察委员会和东明县公安局向东明县人民检察院移送审查起诉、东明县人民检察院向东明县人民法院提起公诉的时间不同、案号不同,从而导致本案分成两个独立的案件分别进行审理。而根据法律规定,人民法院并不能将两个有关联事实的刑事案件合并成一个刑事案件进行审理。<sup>〔22〕</sup>在本案中,法院基于监察机关和公安机关的分案调查和侦查,检察机关的分案起诉,从而对案件进行分案审理,此时最初的分案在事实上起决定性作用。

#### (四)分案审理中对质权的附属性

《高法解释》第220条规定:“对一案起诉的共同犯罪或者关联犯罪案件,被告人人数众多、案情复杂,人民法院经审查认为,分案审理更有利于保障庭审质量和效率的,可以分案审理。分案审理不得影响当事人质证权等诉讼权利的行使。”此规定虽然强调保障分案审理案件中对被追诉人的质证权,但是并未指出具体保障措施以及相应的法律后果。从条文的表述来看,《高法解释》第220条中主要规定的是法院可以分案,而不得影响质证权的规定更像是在对分案审理的正当性提供“保障”。此外,虽然《高法解释》第269条规定:“审理过程中,法庭认为有必要的,可以传唤分案审理的共同犯罪或者关联犯罪案件的被告人等到庭对质。”但是其中“法庭认为有必要”的表述表明同案犯是否到庭接受对质属于法院的裁量范围,使其存在沦为“宣示性”条款的风险。因此,从规范层面来看,被追诉人对质权的行使在分案审理案件中似乎是“可有可无”的。

从司法实践的案例来看,在分案审理的案件中确实存在着侵犯被追诉人对质权的情形,最为典型的是有的法院直接将同案犯供述作为定案的根据。例如,在吴小龙贩卖毒品案中,二审法院认为,本案已分案处理并已审结的前案被告人,对后案办理的其他被告人的共同犯罪事实加以证实,其供述系公安机关依法定程序收集,合法有效。且证据种类的划分不影响该证据对犯罪事实的证明内容和效力,故张某、蓝某的指证可以作为定案的依据。<sup>〔23〕</sup>或者有的法院以同案犯供述在原审程序中已经经过质证为由不再要求同案犯出庭,以另案审理中的质证代替

〔22〕 菏泽市中级人民法院(2019)鲁17刑终192号刑事裁定书。

〔23〕 韶关市中级人民法院(2017)粤02刑终222号刑事裁定书。

本案中的质证。例如,在皮孔令走私、贩卖、运输、制造毒品罪二审案中,二审法院认为徐某虽因贩卖毒品罪被另案判刑,但本案中徐某的证言在原审庭审中经过皮孔令的质证,原审已充分保障皮孔令的诉讼权利。<sup>[24]</sup>有的法官指出“本案中有同案犯的供述笔录在案,并经本次庭审查证属实,不需要再当庭接受讯问”,<sup>[25]</sup>或者指出“同案犯出庭并非分案审理被告人辩护权行使的必要内容”。<sup>[26]</sup>

由上可知,从《高法解释》的规定到司法实践的案例,同案犯是否出庭取决于法院审理案件的需要,即使强调保障被追诉人的权利,但也只是对笔录证据的质证,其与要求在场情况下面对面的对质还是存在较大差别的。<sup>[27]</sup>在此背景下,同案犯普遍不出庭也是必然结果,由此也表明被追诉人对质权的行使在分案审理案件中处于附属地位。

### 三、“职权主导型”刑事分案模式的形成机理

制度往往基于一种特定的需要而存在,分析制度背后的深层结构和需求驱动力,对于清晰把握这一制度,探究其产生的实践现象与问题,寻求改进之道,必不可少。<sup>[28]</sup>因此,探寻“职权主导型”刑事分案模式的形成机理对于我国刑事分案实践的深入理解而言十分必要。结合司法实践的案例以及笔者的访谈可知,我国的刑事分案之所以呈现“职权主导型”特征,主要有以下几个方面的原因:

#### (一)“服务型”的刑事分案功能定位

刑事分案制度为谁而设?其功能定位是什么?这需要从刑事分案的立法进程中获知,具体可分为以下几个阶段:第一阶段,刑事分案制度萌芽期。分案原则上只适用于同案犯在逃案件,<sup>[29]</sup>这个阶段对于共同犯罪案件强调的仍是并案审理为原则。<sup>[30]</sup>此外,2012年《关于实

[24] 浙江省高级人民法院(2020)浙刑终79号刑事判决书。

[25] 韶关市中级人民法院(2017)粤02刑初10号刑事判决书。

[26] 温州市中级人民法院(2017)浙03刑终188号刑事裁定书。

[27] 参见郭天武:“论我国刑事被告人的对质权”,《政治与法律》2010年第7期,第155页。

[28] 张建伟:“协同型司法:认罪认罚从宽制度的诉讼类型分析”,《环球法律评论》2020年第2期,第37页。

[29] 1982年最高人民法院、最高人民检察院和公安部《关于如何处理有同案犯在逃的共同犯罪案件的通知》中规定“同案犯在逃,对在押犯的犯罪事实已查清并有确实、充分证据的,应按照刑事诉讼法规定的诉讼程序,该起诉的起诉,该定罪判刑的定罪判刑”。

[30] 1984年最高人民法院、最高人民检察院和公安部《关于怎样认定和处理流氓集团的意见》中规定“除对已逃跑的流氓集团成员可以另案处理外,都应当一案处理,不要把案件拆散,分开处理”;1984年最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于当前办理集团犯罪案件中具体应用法律的若干问题的解答》中提及“办理共同犯罪案件特别是集团犯罪案件,除对其中已逃跑的成员可以另案处理外,一定要把全案的事实查清,然后对应当追究刑事责任的同案人,全案起诉,全案判处”。

施刑事诉讼法若干问题的规定》中还专门针对并案作出单独规定。<sup>[31]</sup> 在 2012 年《高法解释》征求意见的过程中已有意见提及“为了解决涉黑案件众多被告人分案审理问题,对于共同犯罪和其他并案审理的案件,如果分开审理更为适宜的,也可分案审理或者由下级法院审判部分被告人”,但是基于查清事实、量刑均衡以及诉讼效率的考量,该意见最终并未得到采纳,<sup>[32]</sup>说明这个时期对于分案问题还是比较谨慎的。第二阶段,刑事分案制度发展期。这个时期立法开始专门针对分案问题作出规定,<sup>[33]</sup>同时也不再强调分案只有在例外情形时才适用,只是主要针对涉黑案件。<sup>[34]</sup> 此时,立法通过“可以分案”的表述对于刑事分案的大量适用已经开始通过赋权的方式“默许”。第三阶段,刑事分案制度扩张期。2021 年《高法解释》首次统一规定分案,同时既未对分案适用的案件类型作出限制,也并未强调分案在例外情形才适用,而且在法条的具体表述上,是先规定分案再规定并案,从而凸显对刑事分案的重视。最高人民法院对《高法解释》第 220 条解读时曾指出“之所以在《高法解释》中明确规定刑事分案,主要是因为随着网络犯罪、有组织犯罪的增加,刑事分案具有更大的现实必要性”。<sup>[35]</sup> 显然,此时《高法解释》中统一规定分案的目的更多是回应司法实践中对刑事分案不断增长的需求。

从刑事分案的立法进程来看,立法对刑事分案的限制越来越宽松。基于共同犯罪的特点,从法理上讲,原则上共同犯罪应该并案审理,因此,一直对刑事分案严格限制。但是随着现实需要的加大,为了契合司法实践的需求,立法对刑事分案的态度也相应地更加宽缓。换言之,我国刑事分案制度产生和发展与涉众型案件数量的增多是有密切关系的,尤其是涉黑案件以及网络犯罪案件等。这些案件中涉案人数众多,案情复杂,社会影响比较大,对诉讼效率造成了较大影响,而通过分案可以解决上述问题。

显然,我国刑事分案制度从产生至今,一直被赋予服务的功能,其是在被动回应司法实践需要过程中成长起来的。如果说公检法机关对于普通共同犯罪适用刑事分案有时是出于策略性考量,那么对于涉众型共同犯罪适用刑事分案则更多是基于诉讼效率的考量,从而快速有效实现打击犯罪的任务。此种“服务型”定位决定了我国的刑事分案制度在保障被追诉人权利方

[31] 第 3 条规定“具有下列情形之一的,人民法院、人民检察院、公安机关可以在其职责范围内并案处理:……”。

[32] 江必新主编:《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释与适用》,中国法制出版社 2013 年版,第 15 页。

[33] 2014 年最高人民检察院和公安部《关于规范刑事案件“另案处理”适用的指导意见》第 3 条规定“涉案的部分犯罪嫌疑人有下列情形之一的,可以适用‘另案处理’……”

[34] 2015 年最高人民法院《全国部分法院审理黑社会性质组织犯罪案件工作座谈会纪要》中规定“对于被告人人数众多,合并审理难以保障庭审质量和庭审效率的黑社会性质组织犯罪案件,可分案进行审理”。2019 年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于办理利用信息网络实施黑恶势力犯罪刑事案件若干问题的意见》中规定“人民检察院、人民法院认为应当分案起诉、审理的,可以依法分案处理”。

[35] 李少平主编:《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释理解与适用》,人民法院出版社 2021 年版,第 314 页。

面的薄弱,同时与以维护被追诉人的公正审判权为核心定位的“权利主导型”刑事分案模式存在较大区别,也由此决定我国的刑事分案制度的特殊性。

## (二)“重实体、轻程序”的思维惯性

一直以来,“重实体、轻程序”都是我国刑事诉讼实践的特点。公检法机关将查清案件事实真相,当然主要是对被追诉人定罪作为首要目标,而忽视对程序的关照,程序的选择也往往服务于实体目标的实现。正如学者指出“我国的刑事诉讼并不是通过界定当事人的权利而保障其利益,而是通过赋予司法机关较为广泛的程序性自由裁量权来保证刑事诉讼中真实的发现和打击犯罪效率的提高”。<sup>[36]</sup>《刑事诉讼法》及其相关解释中存在大量的“根据侦查犯罪的需要”“更有利于查清案件事实”等从目的层面作出的规定,<sup>[37]</sup>此类规定虽然有利于保障公检法机关工作的便利性,但是容易导致公检法机关的权力游离在规制范围之外,同时也导致公检法机关形成基于工作便利决定程序问题的“思维惯性”。

“职权主导型”刑事分案的形成显然也受到此种“思维惯性”的影响。一方面,立法对刑事分案的标准规定得较为模糊,如“可以分案”“人民法院经审查认为……可以分案审理”,从而为权力机关留下了较大裁量权。另一方面,司法实践中,法院也往往会基于并案的非强制性而裁量分案,如有的法官指出“相关规定并非要求共同犯罪‘必须’或者‘应当’并案处理之强制性规定,分案也不违反法律规定”,<sup>[38]</sup>或者指出“相关法律法规未禁止对共同犯罪案件进行分案处理,因此分案审理并无不当”。<sup>[39]</sup>

此外,在“重实体、轻程序”的思维惯性下,庭审的一切诉讼活动都服务于查清事实真相,对质被视为法官查清案件事实的方法。<sup>[40]</sup>因此,在不影响案件事实查明的情况下,法官一般不会传唤同案犯出庭作证。司法实践也表明,从查清事实的角度而言,可能同案犯出庭接受对质似乎并无太大必要性,因为同案犯之前的陈述有时比法庭陈述更清晰完整,<sup>[41]</sup>更便于法官使用。而且,同案犯出庭接受对质也可能影响法官对庭审的把控,打破庭审的既定节奏。<sup>[42]</sup>显然,“重实体、轻程序”的思维惯性直接导致我国刑事分案的职权性,影响被追诉人对质权的行使。

## (三)“配合过度、制约不足”的公检法关系

《宪法》第140条与《刑事诉讼法》第7条规定的“分工负责、互相配合、互相制约”是调整我

[36] 易延友:“证人出庭与刑事被告人对质权的保障”,《中国社会科学》2010年第2期,第165页。

[37] 孙远:“‘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”,《中外法学》2017年第1期,第205页。

[38] 宁德市中级人民法院(2019)闽09刑终206号刑事判决书。

[39] 北京市第二中级人民法院(2021)京02刑终189号刑事裁定书。

[40] 龙宗智:“论刑事对质制度及其改革完善”,《法学》2008年第5期,第12页。

[41] 参见熊秋红:“刑事证人作证制度之反思——以对质权为中心的分析”,《中国政法大学学报》2009年第5期,第70页。

[42] 参见易延友,见前注[36],第171页。

国公检法三机关关系的基本原则,此原则在司法实践中的异化已经是不争的事实。尤其是“分工负责”被异化为“分段负责”,侦查、审查起诉和审判三个诉讼阶段彼此泾渭分明,公检法三机关在其各自诉讼阶段实现程序自控。<sup>[43]</sup>这与我国刑事诉讼模式的职权色彩是一脉相承的,体现的是“职权信赖”理念,强调在各个诉讼阶段发挥不同专门机关的职权作用。<sup>[44]</sup>同时,又因为公检法基于同质化所产生的情感上的亲近感和观念上的认同感而体现为较为明显的“互相配合”,<sup>[45]</sup>最终形成了“配合过度、制约不足”的公检法关系。

此种关系不仅体现在对案件事实的认定上,也体现在程序适用上,如分案问题。基于不同诉讼阶段的独立性,公检法机关在各自的阶段都享有分案的职权。但是受到“配合过度、制约不足”关系的影响,在后的机关对于在前机关的分案决定一般不会推翻,公检法机关在分案问题上呈现出一定的“顺承性”。<sup>[46]</sup>结果导致被追诉人根本无从参与分案的决定过程,只能被动接受分案的结果,分案的职权性色彩浓厚。这不仅有违程序公正,也导致有些案件能否最终分案还要受到公检法之间关系“好坏”的影响,使得案件审理方式呈现较大不确定性,同时对于我国当前正在进行的“审判中心主义”改革也造成一定侵蚀。

如果“配合过度、制约不足”关系不能发生实质性改变,即使立法赋予被追诉人分案参与权以及救济权等,也难以真正落到实处。正如有学者所指出的,“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”。<sup>[47]</sup>

#### (四)“案卷笔录中心主义”的裁判方式

“职权主导型”刑事分案模式的形成还与我国长期存在的“案卷笔录中心主义”传统有密切关系。在“案卷笔录中心主义”下,法院对证据的认证往往通过检察机关当庭宣读案卷笔录,案件事实的查清往往通过书面“印证”的方式,证人不出庭作证成为常态,法院在判决书中直接将案卷笔录作为裁判的基础。<sup>[48]</sup>虽然学者们一直对“案卷笔录中心主义”有所诟病,但是也并未撼动其根深蒂固的地位。“案卷笔录中心主义”裁判方式对于分案而言最大的影响就是阻碍被追诉人对质权的行使,进一步加重了刑事分案的职权色彩。

由于在“案卷笔录中心主义”下,法官的裁判高度依赖案卷材料,分案审理中同案犯不出庭也就“顺理成章”。被追诉人无法对不利于自己的同案犯的供述进行对质,其对质权沦为附属地位也是必然。然而在分案审理案件中,法官所依赖的案卷材料不仅仅指传统意义上的检察

[43] 孙远,见前注[37],第190页。

[44] 闫召华:“听取意见式司法的理性建构——以认罪认罚从宽制度为中心”,《法制与社会发展》2019年第4期,第59页。

[45] 参见郑曦:“刑事诉讼中程序惯性的反思与规制”,《中国法学》2021年第3期,第255页。

[46] 参见李奋飞:“从‘顺承模式’到‘层控模式’——‘以审判为中心’的诉讼制度改革评析”,《中外法学》2016年第3期,第745页。

[47] 参见孙远,见前注[37],第192页。

[48] 参见陈瑞华:“案卷笔录中心主义——对中国刑事审判方式的新考察”,《法学研究》2006年第4期,第64页。

机关移送的本案案卷材料,而且包含分案处理案件的案卷材料。司法实践中,法官为了查清案件事实,有时主动依职权调取分案处理案件的案卷材料,<sup>[49]</sup>从而直接依赖分案卷宗对证据审查认定,<sup>[50]</sup>或者印证本案案件事实。<sup>[51]</sup>因此,被追诉人还需要试图打破法官对分案处理案卷材料的依赖,即在法庭中既要对抗检察机关的指控,同时还要“对抗”分案处理案件的裁判。换言之,受到“案卷笔录中心主义”裁判方式的影响,分案审理中不仅剥夺了本属于被追诉人对质权,而且还增加了被追诉人的负担,对被追诉人而言更为不利。

#### 四、“职权主导型”刑事分案模式的风险

不得不说,“职权主导型”刑事分案模式契合了我国当前的刑事诉讼构造,公诉机关可以根据案件的具体情况选择较为“合适”的处理方式,有利于诉讼效率的提高,尤其是针对涉众型案件的快速有效处理起到较大作用。只是此种分案模式对被追诉人存在诸多不利之处,不仅可能加剧控辩之间的不平等,有违权利保障的理念,损害程序公正,而且还可能影响实体公正,同时对我国当前正在进行的“审判中心主义改革”和“庭审实质化”改革也有较大消极影响。具体言之,“职权主导型”刑事分案模式可能存在如下风险:

##### (一)分案被变相赋予入罪功能

分案与否不仅仅是程序问题,而且关乎被追诉人是否被定罪。<sup>[52]</sup>由于在“权利主导型”刑事分案模式下,分案主要基于保障被告人的公正审判权,因此,实践中被分案将增加被告人获得无罪的机会。<sup>[53]</sup>但是在我国“职权主导型”刑事分案模式中却恰恰相反,因为其中隐藏着公诉机关通过拆分案件实现对被追诉人有效定罪的诉讼策略。有的法院对分案的共同犯罪案件,先审理帮助犯,再将帮助犯的成立作为认定正犯的依据,<sup>[54]</sup>或者模糊主从犯的地位,对主从犯量刑的轻重倒置,<sup>[55]</sup>都体现了通过分案对被追诉人实现有效定罪的倾向。此外,从司法实践来看,法院将同案犯的供述转变成无法当庭对质的“证人证言”,使其在对被追诉人入罪方面发挥着重要作用。

出于定罪考量而通过分案将同案犯供述转化为“证人证言”,违背了证人虚假陈述需要承担伪证罪的基本法理以及排除“只有被告人供述,没有其他证据的,不能认定被告人有罪和处

[49] 广西壮族自治区高级人民法院(2016)桂刑终430号刑事判决书。

[50] 驻马店市中级人民法院(2020)豫17刑终114号刑事裁定书。

[51] 南京市中级人民法院(2018)苏01刑终341号刑事裁定书。

[52] Decker, *supra* note 3, p. 149.

[53] Robert O. Dawson, “Joint Trials of Defendants in Criminal Cases: An Analysis of Efficiencies and Prejudices,” *Michigan Law Review*, Vol. 77, No. 6, 1979, p. 1404.

[54] 张明楷:“共同犯罪的认定方法”,《法学研究》2014年第3期,第6页。

[55] 揭萍等,见前注[17],第68—69页。

以刑罚”的证据规则适用。<sup>[56]</sup>同时,因为共同犯罪案件中同案犯之间的利益有时存在冲突,同案犯所做的供述存在较高程度的虚假性,如果在未经有效质证的基础上将其作为定案的根据,那么将影响案件事实的查清,可能会导致错案的发生。<sup>[57]</sup>正因如此,有学者指出“基于获得共同被告的证词而允许分案的情形,对审判程序的破坏可能要大于基于其他理由而分案”。<sup>[58]</sup>

显然,在“职权主导型”刑事分案模式下,分案已经不仅仅是公检法机关的办案方式,而且更是公检法机关实现对被追诉人快速有效定罪的“工具”,此时分案已经被变相赋予入罪功能。然而此功能是通过减损被追诉人的程序性权利实现的,且并未征得被追诉人的同意,不仅会影响刑事分案的正当性,而且可能会产生“以程序换效率”,甚至是“以公正换效率”的问题。<sup>[59]</sup>

## (二)前案裁判效力的扩张

由于共同犯罪或者关联犯罪事实之间的同一性或者高度关联性,再加上法院对前案案卷材料的依赖,法院一旦认定其中某个被追诉人的犯罪事实或者某部分犯罪事实成立,则很难不认定其他被追诉人的犯罪事实或者其它部分犯罪事实成立。<sup>[60]</sup>换言之,后案的事实认定基本被前案事先锁定,这在认罪认罚案件的分案审理中尤为突出。<sup>[61]</sup>而且司法实践中一些分案处理的案件是由同一法院审理,此时法院更容易受到之前确认事实的影响。例如,在邓继龙诈骗罪一审案中,法院认为,对于本案事实应以何罪定罪处罚的问题,公诉机关指控被告人邓继龙诈骗的事实,该事实符合诈骗罪的构成特征,且该事实已被本院另案确认,同案人也被本院另案以诈骗罪定罪量刑,故公诉机关指控被告人邓继龙诈骗的事实,应以诈骗罪定罪处罚。<sup>[62]</sup>本案中,法院对于案件事实的认定明显受到由本院审理的另一案件事实认定的影响。显然,在目前的“职权主导型”刑事分案模式下,已经产生了较为严重的前案裁判在后案中扩张的问题。

前案裁判效力在后案中的扩张一方面违反无罪推定理念,由于后案的事实认定在审理之前已经被前案裁判锁定,等于“未审先判”。且根据《刑事诉讼法》第12条明确规定“未经人民法院依法判决,对任何人都不得确定有罪”。该条强调的是只有审理法院才有权认定被追诉人有罪与否。从该条的立法意图来看,其中涉及的不仅仅是公安机关和检察机关无权在审前对

[56] 胡佳:“刑事案件分案审理问题研究”,《时代法学》2021年第5期,第99页。

[57] 参见刘仁文,见前注[15],第143页。

[58] Dawson, *supra* note 53, p. 1444.

[59] 此处借鉴了孙远教授“以实体换程序”的观点。孙远:“论程序规则的出罪功能及其限度——以程序违法的实体减轻效果为中心”,《政治与法律》2020年第2期,第4页。

[60] 参见万毅,见前注[14],第82页。

[61] 龙宗智,见前注[1],第162页。

[62] 东莞市第一中级人民法院(2020)粤1971刑初1449号刑事判决书。

被追诉人形成预断,而且也涉及其他法院的裁判不能对被追诉人形成预断。<sup>[63]</sup>

另一方面也可能在无形中减轻检察机关的证明责任,而加重被追诉人的举证责任,有违刑事证明责任的基本法理。《人民检察院刑事诉讼规则》(以下简称《高检规则》)第401条规定:“在法庭审理中,人民法院生效裁判所确认并且未依审判监督程序重新审理的事实,检察机关不必提出证据进行证明。”可以说,该条在实质上免除了特定情形下检察机关的证明责任。虽然其由最高人民检察院规定,但是基于公检法之间的“配合”关系,法院也基本都会“认可”此规定,从而对生效裁判确认的事实进行直接确认。然而被追诉人需要推翻它才能避免法官直接根据生效裁判认定事实,这等于变相加重了被追诉人的举证责任。

### (三)后案的审理违背庭审实质化要求

目前“审判中心主义”的改革仍在继续,如何实现“庭审实质化”依然是我国当前庭审程序改革的重心。一般讨论庭审实质化,主要涉及的是如何改善公检法三机关的关系,实现庭审的中心地位,打破审前程序中认定的事实对庭审程序中事实认定的绝对影响,发挥庭审在定罪量刑方面的作用。但是,此种讨论并未考虑分案案件的特殊性,分案案件审理的庭审实质化有其特殊性,因为其还涉及到分案案件之间在事实认定的相互影响,即存在着前文所指出的前案裁判在后案中效力扩张的问题。换言之,对于分案案件而言,庭审实质化的实现需要双重保障:一方面需要切断检察机关的案卷材料和刑事庭审程序之间的联系,保障被追诉人的庭审对质权,发挥庭审在认定案件事实方面的实质作用;另一方面也需要切断前案的案卷材料与后案之间的联系,破除前案的裁判对后案法官心证的绝对影响。

然而就我国目前的“职权主导型”刑事分案模式而言,不仅同案犯不出庭成为在后案件审理的常态,而且后案法官依据前案的案卷材料认定事实,使得后案的审理程序在一定程度上只是“走过场”,后案的庭审并未发挥查明案件事实的实质作用,产生后案庭审虚化问题。不仅阻碍了后案中被追诉人权利的行使,同时也可能对我国目前的“庭审实质化”改革造成较大冲击。

## 五、“职权主导型”刑事分案模式的优化

“职权主导型”刑事分案模式虽然便于司法实务,满足公检法机关根据不同的案件便宜选择处理方式的需求,有利于有效打击犯罪,但是该模式也存在一些问题。一方面有违刑事分案的基本法理,缺乏正当性内核。因为从诉讼法理层面而言,刑事分案不仅仅服务于公检法机关职权范围内的事项,而且还应服务于被追诉人公正审判权的实现,且后者显然是更为重要的。另一方面也违背庭审实质化要求,对被追诉人权利保障不利,同时隐含着产生错案的风险。因此,有必要对其进行完善。就完善路径而言则主要有两条:一条是借鉴域外国家和地区的做

[63] 参见高一飞、韩利:“分案审理下前案裁判对后案裁判的预断影响及其防范——以欧洲人权法院凯瑞蒙诉德国案为例”,《中国刑事法杂志》2016年第1期,第45页。

法,建立“权利主导型”刑事分案模式,即以被追诉人合法权益的维护为中心的分案机制;一条是在坚持我国当前“职权主导型”刑事分案模式的基础上对其进行优化,引入一定的权利保障因素。

对于制度在适用中遇到的问题,一方面需要从诉讼原理和司法规律的角度进行解读,另一方面则需要结合司法实践情况去寻求制度完善的方案。<sup>[64]</sup>同时基于“相对合理主义”的立场,司法改革应当把握分寸,既不能迁就现实,也不能过分超前以致造成制度的虚置和空转。<sup>[65]</sup>正如前文所述,我国刑事分案制度的定位与域外国家和地区的刑事分案制度的定位存在本质上的差异,如果完全建立“权利主导型”刑事分案模式可能存在较大困难,在司法实践中难以推行。而且“权利主导型”刑事分案模式并非完美,也存在一些不足之处,其中最主要的是如何判断分案与否对被追诉人的公正审判权造成影响,<sup>[66]</sup>同时被告人还需要证明合并审理会让事实认定者对其产生实质性偏见,此种证明在司法实践较为困难,美国的刑事分案实践也表明被告人真正通过申请能够获得分案的机会其实比较少。<sup>[67]</sup>结合我国目前的情况来看,第二条路径较为可行,其不仅与现行立法具有可融合性,而且在司法实务中的推行不具有根本性障碍。对于权利保障因素而言,一方面需要强化公检法机关在分案问题上的制约关系,无论是起诉较之于侦查,还是审判较之于起诉,抑或救济审较之普通审,均可不受干扰地对分案问题进行独立审查并作出相应结论,体现“层控性”。<sup>[68]</sup>另一方面需要强化对分案审理案件中被告人权利的保障,其中较为核心的是保障被追诉人的程序参与权以及分案审理中的对质权。

### (一)建立刑事分案的层层制约机制

对于侦查机关的分案,检察机关应该加强监督和制约,在审查起诉阶段中检察机关应该对侦查机关的分案处理进行重点审查。其实此种监督制约在相关规定中已有所体现,2014年《关于规范刑事案件“另案处理”适用的指导意见》第10条规定:“人民检察院在审查逮捕、审查起诉时,对于适用‘另案处理’的案件,应当一并对适用‘另案处理’是否合法、适当进行审查。”《刑事诉讼法》第171条规定:“检察机关在审查起诉时必须查明有无遗漏罪行和其他应当追究刑事责任的人。”《高检规则》第356条规定:“人民检察院在办理公安机关移送起诉的案件中,发现遗漏罪行或者有依法应当移送起诉的同案犯罪嫌疑人未移送起诉的,应当要求公安机关补充侦查或者补充移送起诉。”只是基于“互相配合”的关系,上述规定在司法实践中并未得到

[64] 张建伟,见前注[28],第37页。

[65] 龙宗智:“论司法改革中的相对合理主义”,《中国社会科学》1999年第2期,第138页。

[66] See Schuyler C. Davis, “No Substitution for Justice: Solving the Bruton Problem through per se Trial Severance,” *University of Memphis Law Review*, Vol. 50, No. 3, 2020, pp. 707—719.

[67] Andrew D. Leipold, Hossein A. Abbasi, “The Impact of Joinder and Severance on Federal Criminal Cases: An Empirical Study,” *Vanderbilt Law Review*, Vol. 59, No. 2, 2006, pp. 359—360.

[68] 李奋飞,见前注[46],第745页。

有效落实,检察机关对侦查机关分案的审查往往流于形式。而且《高检规则》第356条还规定:“对于犯罪事实清楚,证据确实、充分的,也可以直接提起公诉。”该条规定则又为检察机关直接按照侦查机关移送的案件分案起诉提供了依据,使得检察机关有“正当理由”急于对侦查机关的分案进行实质审查。破解此困境的关键之处在于检察机关应该主动听取辩护律师对侦查机关分案的意见。

对于检察机关的分案,法院需要进行实质审查。虽然根据控诉分离原则的要求,控诉范围决定审判范围,<sup>[69]</sup>但是也不宜直接得出检察机关的分案起诉应该决定着法院的分案审理的观点。根据诉讼法理,起诉权的本质在于建议而非决定,法院审判权的核心是通过审理对检察机关起诉的案件进行定罪量刑,其中当然也应包括有权决定采用何种方式对案件审理等程序事项,<sup>[70]</sup>更为重要的是分案问题也直接关乎实体公正。从权力制约的角度而言,由法院最终决定是否分案审理,可以实现对检察机关的分案起诉进行制约,从而体现分案问题上的“审判中心主义”。另外《高法解释》第220条规定中“人民法院经审查认为,……”,此规定隐含着法院对于检察机关的并案起诉并不是需要直接接受的,而是有权根据具体情况决定案件是否分案审理,由此表明了法院在分案问题上的实质审查权和最终决定权。

其实,由法院享有分案的最终决定权是“权利主导型”刑事分案模式下的通行做法,目的在于防止检察机关滥用分案机制以及保障被告人的公正审判权。除了前述的美国刑事分案,在英国,当法官认为合并审判将对被告人的辩护造成歧视或者尴尬时,可以命令分开审判。<sup>[71]</sup>在法国,除了犯罪不可分的情况,对于具有关联性案件的合并仅具有任意性质,法官仍拥有将案件分开审理的裁量权。<sup>[72]</sup>在德国,检察机关以合并的方式向法院提起公诉时,法院即得依裁量权决定将合并之案件以分开之诉讼程序审理。<sup>[73]</sup>在我国台湾地区,法院认为适当时,得依职权或当事人或辩护人之声请,以裁定将共同被告之调查证据或辩论程序分离或合并;而有保护被告权利之必要者,应分离调查证据或辩论。<sup>[74]</sup>

综上所述,分案的最终决定权应该在法院,对于检察机关的并案起诉,法院可通过实质审查裁量是否予以分案审理。当然为了保障程序公正,法院在分案之前应该听取控辩双方的意见,具体可通过发挥庭前会议的作用实现。《刑事诉讼法》第187条第2款规定:“在开庭以前,审判人员可以召集公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人,对回避、出庭证人名单、非法证据排除等与审判相关的问题,了解情况,听取意见。”《高法解释》第228条进一步细化了庭前会议中

[69] 参见陈卫东、李奋飞:“论刑事诉讼中的控审不分问题”,《中国法学》2004年第2期,第141页。

[70] 参见龙宗智,见前注[1],第165页。

[71] 参见(英)约翰·斯普莱克:《英国刑事诉讼程序》,徐美君、杨立涛译,中国人民大学出版社2006年版,第325—326页。

[72] 参见(法)贝尔纳·布洛克:《法国刑事诉讼法》,罗结珍译,中国政法大学2009年版,第318页。

[73] (德)克劳思·罗科信:《刑事诉讼法(第24版)》,吴丽琪译,法律出版社2003年版,第185页。

[74] 林钰雄:《刑事诉讼法(上册)》,元照出版有限公司2013年版,第534页。

涉及的相关事项范围,但仍未包括分案问题。从解释学的原理出发,“与审判相关的其他问题”应与已经列明的事项具有“同等性”,从已经列明的事项可知,主要是可能打断刑事庭审以及导致不公正审判的事项,而分案问题不仅关系到程序公正,而且也在一定程度上影响案件的实体公正,因此,有必要将其解释为“与审判相关的其他问题”。

对于一审法院的分案,则应发挥二审程序的救济作用。如果法院对案件进行不当分案,或者在分案审理中侵犯被追诉人对质权的,应该予以程序性制裁。根据《刑事诉讼法》第238条的规定,“第二审人民法院发现第一审人民法院的审理有下列违反法律规定的诉讼程序的情形之一的,应当裁定撤销原判,发回原审人民法院重新审判:违反本法有关公开审判的规定的;违反回避制度的;剥夺或者限制了当事人的法定诉讼权利,可能影响公正审判的;审判组织的组成不合法的;其他违反法律规定的诉讼程序,可能影响公正审判的”。由于不当分案或者分案审理中侵犯被追诉人的对质权也会直接影响的被追诉人的公正审判权,因此,可将其解释入该条规定中。遇到上述情形的,根据该条规定,二审法院应裁定撤销一审法院裁判,发回原审人民法院重审。

## (二)赋予被追诉人分案过程参与权和救济权

由于分案不仅仅属于程序性事项,而且会对案件的实体公正产生较大影响,从控辩平等的理念出发,分案不宜只作为公权力机关可以选择的办案方式,而应该也将其归入被追诉人的辩护权之中。因此,在“权利主导型”刑事分案模式下,不仅检察官有权直接分案起诉,被告人也有权基于维护合法权益而申请分案。我国也有学者主张赋予被追诉人分案申请权,<sup>[75]</sup>此观点有其合理之处,从辩护权的角度而言,被追诉人确实也应该有分案申请权。但是在当前“职权主导型”刑事分案模式中可能有些困难,且我国检察机关与法院在权力运作机制方面依然存在较高同质化,直接赋予被追诉人分案申请权,不仅难以实现预期效果,而且可能会引发新的问题,影响庭审效率。

笔者认为,比较可行的方案是赋予被追诉人分案过程参与权。由于《刑事诉讼法》在诸多程序阶段都规定了“听取意见”,未来可将分案列为需要听取意见的内容之一,如规定在审查起诉阶段,检察机关在分案之前应该听取被追诉人及其辩护律师的意见。同时,检察机关应及时对追诉方的意见进行回应,详细阐释是否采纳被追诉方的意见以及具体的理由,并记录在案,将其意见附在卷宗上随案移送。而在审判阶段,法院可在庭前会议中针对分案问题听取控辩双方的意见,尤其是被追诉方的意见。

此外,有必要赋予被追诉人针对分案的救济权,而对分案相关权利的救济可以参照

[75] 龙宗智,见前注[1],第164页;刘仁文,见前注[15],第147页;张泽涛:“刑事案件分案审理程序研究——以关联性为主线”,《中国法学》2010年第5期,第162页;许身健:“共同犯罪分案审理问题研究”,《国家检察官学院学报》2022年第1期,第137页;杨杰辉:“共同犯罪案件的分案审理研究”,《现代法学》2022年第1期,第196页。

对辩护权的救济。《刑事诉讼法》第49条规定：“辩护人、诉讼代理人认为公安机关、人民检察院、人民法院及其工作人员阻碍其依法行使诉讼权利的，有权向同级或者上一级人民检察院申诉或者控告。人民检察院对申诉或者控告应当及时进行审查，情况属实的，通知有关机关予以纠正。”第117条规定：“当事人和辩护人、诉讼代理人、利害关系人对于司法机关及其工作人员有下列行为之一的，有权向该机关申诉或者控告：……”，此条中并未涉及对分案相关权利的救济，未来可在条文中增加一项“未听取被追诉人意见的条件下不当分案，或者对被追诉人分案的异议不予实质性回应的。”由于一直以来，上述被追诉方权利救济机制存在虚化问题，无法有效维护被追诉方的合法权益。为保障被追诉人的分案救济权得到落实，被追诉方对检察机关针对分案异议的处理结果不服的，可以向上级检察机关申请复议，获得进一步救济。同时被追诉方认为法院的分案审理不当的，则可通过向上一级法院提起上诉获得救济。

### （三）保障分案审理中被追诉人的对质权

对质询问既是查明事实的一种方法，又涉及当事人的一种基本权利即对质权。<sup>[76]</sup>因此，不论从查清案件事实，还是保障被追诉人权利的角度而言，对质权都是必不可少的，这在分案审理案件中更是如此。在“权利主导型”刑事分案模式下，是否会影响被告人对质权的行使是法官决定是否予以分案的重要考量因素。对于我国分案审理中被追诉人对质权的保障而言，首先需要做的就是转变理念，不应再把“对质”理解为法官审查证据和认定事实的必要手段，而应将其理解为被追诉人所享有的基本权利。<sup>[77]</sup>

对于具体保障措施而言，同案犯出庭作证是关键。然而虽然《高法解释》269条对同案犯出庭接受质证也作出了规定，但是在适用条件方面却过于模糊，对于解决分案审理中同案犯不出庭问题的效果也将大打折扣。因此解决同案犯基本不出庭问题的关键首先在于厘清“法庭认为有必要”的含义，明确同案犯必须出庭的条件，从而避免法院以必要性审查为由妨碍被追诉人对质权的行使。<sup>[78]</sup>2018年《人民法院办理刑事案件第一审普通程序法庭调查规程（试行）》第8条规定：“有多名被告人的案件，讯问各名被告人应当分别进行。被告人供述之间存在实质性差异的，法庭可以传唤有关被告人到庭对质。”该条规定的是并案审理中同案被告人出庭接受对质的条件，虽然明确将“实质性差异”作为传唤同案被告人出庭的前提条件，但是法院仍然拥有决定同案被告人最终是否需要出庭的自由裁量权，因此可能依然难以取得预期效果。从司法实践来看，该规定出台以来，同案被告人也很少出庭接受对质。如果在并案审理中，法院基于自由裁量权基本不传唤同案被告人出庭接受对质，那么在分案审理中，将更难传

[76] 龙宗智，见前注[40]，第12—13页。

[77] 李奋飞：“‘作证却免于强制出庭’抑或‘免于强制作证’？——《刑事诉讼法》第188条第1款的法教义学分析”，《中外法学》2015年第2期，第499页。

[78] 参见龙宗智、关依琴：“刑事庭审对质程序新论”，《政治与法律》2020年第10期，第5页。

唤同案犯出庭接受对质。

从平衡诉讼效率和保障被追诉人对质权的双重角度考量,在分案审理中,当被追诉人对同案犯的供述提出异议,申请同案犯出庭的,法院经审查认为同案犯的供述对于案件事实的查清必不可少时,应当通知同案犯出庭接受对质。考虑到有些同案犯因为担心出庭可能暴露其辩护策略,让自己处于不利境地而不愿出庭,此时法院可基于保障同案犯的合法权益而允许其不出庭。此外,考虑到一些同案犯出庭的困难,如部分同案犯的羁押地较远,或者因为其它客观原因无法出庭,那么也可以通过在线的方式接受对质。

从本质上而言,“案卷笔录中心主义”是造成后案庭审虚化、被追诉人对质权难以行使的制度根源。<sup>[79]</sup> 因此,对于保障分案审理中被追诉人的对质权而言,除了要求同案犯出庭以外,最根本的是要切断案卷材料对法院裁判的实质影响。<sup>[80]</sup> 但是,从我国当前的司法实践情况来看,可能又不太现实。有学者也指出,“直接言辞审理与卷宗中心以及书面审理不会是短期的‘不废不立’关系,而只能是长期的‘此消彼长’过程”。<sup>[81]</sup> 作为替代措施,可以对同案犯书面供述的使用进行必要限制。针对此问题,有学者主张“当同案犯的供述被作为本案的证人证言时,对没有正当理由拒不出庭作证或者未经质证的证言,法庭无法辨别其真伪的,不能作为定案的根据”。<sup>[82]</sup> 还有学者主张“除死亡、严重疾病无法出庭等特殊情形外,如果作出认罪的被告人未出庭接受对质,其供述不得作为对其他同案被告人不利的证据”。<sup>[83]</sup> 上述观点都存在需要商榷之处。前者的观点限制的是证明力,但是并未否定其证据资格,这等于变相承认不出庭同案犯供述的证据资格,不利于被追诉人对质权的保障;而后者的观点限制的是证据资格,直接将其排除使用,“权利主导型”刑事模式下基于保障被告人对质权而采用此种做法。然而直接否定不出庭同案犯供述的证据资格,虽然有利于保障被追诉人的对质权,但是可能使与后案事实认定相关的证据因为同案犯无法出庭丧失证据资格,从而影响后案案件事实的查清,在我国“职权主导型”刑事分案模式下也很难具有可行性。

笔者认为,当同案犯未出庭接受对质时,不宜直接排除其供述的使用,比较可行的是借鉴英美法系证据法中的“有限可采性规则”,即某些证据可以在限定的目的范围内而被采纳为证据。<sup>[84]</sup> 换言之,即使某些证据无法作为本案的定案根据使用,也可以作为辅助证据使用,用于强化或弹劾本案中实质证据的真实性。<sup>[85]</sup> 因此,可将未出庭接受对质的同案犯供述作为辅助证据使用,从而辅助确认本案中被追诉人供述的效力,一方面有利于保障被追诉人的对质

[79] 参见陈卫东:“以审判为中心,当代中国刑事司法改革的基点”,《法学家》2016年第4期,第11页。

[80] 参见魏晓娜:“以审判为中心的刑事诉讼制度改革”,《法学研究》2015年第4期,第93页。

[81] 陈实:“刑事庭审实质化的维度与机制探讨”,《中国法学》2018年第1期,第201页。

[82] 刘仁文,见前注[15],第148页。

[83] 汪海燕:“共同犯罪案件认罪认罚从宽程序问题研究”,《政治与法律》2021年第8期,第82页。

[84] 薛波主编:《元照英美法词典》,北京大学出版社2014年版,第851页。

[85] 参见龙宗智:“刑民交叉案件中的事实认定与证据使用”,《法学研究》2018年第6期,第19页。

权,同时另一方面也有利于后案充分利用与案件相关的证据资源查清案件事实。

#### (四) 阻断前案裁判效力在后案的扩张

前文指出,前案裁判效力在后案中的扩张严重阻碍侵犯被追诉人的质证权,因为如果在后案中法官无法突破前案裁判者对案件事实的认定,那么即使同案犯出庭也无法影响裁判结果。其实裁判效力扩张的主要目的是保证共同犯罪案件前后裁判的统一性,这本无可厚非,但是过于机械地要求完全一致则有失合理性。

从审判规律的角度而言,前后案定罪量刑存在不一致应是共同犯罪中的正常现象,因为先后审理的共同犯罪案件中被追诉人的具体情况以及案件中的证据可能存在差异,在此基础上的定罪量刑存在一定差异也是合乎常理的。在美国的分案制度中,有的法官也担忧分案会导致裁判不一致,对于此问题有学者指出“如果每次审判的陪审团根据被告之间的供词和其他证据的差异作出不同的裁决,那么这种差异并不矛盾,不同的结果不仅不会令人惊讶,而且在意料之中”。<sup>[86]</sup> 笔者赞同此观点,尤其是量刑问题,既要考虑行为的社会危害性,又要考虑行为人的危险人身危险性,无法实现前后完全一致。<sup>[87]</sup> 对于量刑问题,需要实现的是均衡化,<sup>[88]</sup> 防范量刑明显不均衡,以及从犯的量刑重于主犯的量刑等非正常现象。

因此,分案处理的共同犯罪案件前后裁判的一致不属于形式上的一致,而应是实质上的一致。例如,在潘兴娟诈骗罪二审案中,二审法院认为,根据刑诉法的相关规定,本院在审理潘兴娟上诉案期间,对同案犯韩某1等人诈骗案的生效判决依法不予置评。辩方如果认为同案犯韩某1的刑期轻于潘兴娟、相关司法机关的适法存在问题,辩方可以建议相关司法机关对韩等人启动法律监督程序,而不能以此为由要求对本案改判以追求两案形式上的平等、均衡。<sup>[89]</sup> 在李井帅、李朋寻衅滋事罪二审案中,二审法院认为,鉴于共同作案人系前后分案处理,且案件处理过程中由于法律规定发生变化导致产生“法条竞合”的情形,综合考虑上诉人李某乙的行为、动机等因素,选择适用“重罪”法条符合上述司法解释的规定,不应认定为“同案不同判”。<sup>[90]</sup> 在符伟斌、张雷、胡坚勇等诈骗罪二审案中,二审法院认为,在另案案件中,舟山市中级人民法院在公诉机关未提供全案的审计鉴定报告的情况下,根据起诉指控的数额、证据予以就低认定,符合该案件当时的证据实际,本院二审基于上诉不加刑原则,对该案予以裁定维持,符合法律规定,也不影响本案最终对犯罪数额、损失数额的认定。<sup>[91]</sup> 在前一个案例中,二审法院指出后案裁判相对独立于前案裁判,两者不应该是形式上的平等。在后两个案例中,二审法院指出后案裁

[86] Davis, *supra* note 66, pp. 730—731.

[87] 参见周少华:“刑事案件的差异化判决及其合理性”,《中国法学》2019年第4期,第159页。

[88] 参见石经海:“‘量刑规范化’解读”,《现代法学》2009年第3期,第108页。

[89] 上海市第一中级人民法院(2020)沪01刑终245号刑事裁定书。

[90] 济南市中级人民法院(2020)鲁01刑终295号刑事判决书。

[91] 浙江省高级人民法院(2019)浙刑终206号刑事裁定书。

判的作出应结合后案审理时的具体情况,如法律规定以及证据实际情况,即使裁判不一致也不违反法律规定。以上三个案例都较为明显地体现了本文的观点。

关于分案后前案裁判在后案中的效力问题,虽然目前刑事诉讼理论界和实务界还并未给予过多关注,但是也已经初步形成一些观点。有学者指出“分案审理的前案裁判对后案裁判仅具有参考价值”。<sup>[92]</sup> 有学者指出“分案审理后前案事实认定对后案只具有一定的影响力”。<sup>[93]</sup> 有学者主张“将前案裁判认定的事实和证据在后案中作为证据使用,当后案被追诉人没有异议时,可将其作为本案的定案根据”。<sup>[94]</sup> 最高人民法院也指出:共犯的生效裁判文书本身是一种证据,确切地说是一种书证,不能直接证明后到案被告人的犯罪事实。<sup>[95]</sup> 上述观点中“有一定影响力”“参考价值”以及“证据效力”都表明后案法官不能直接根据前案裁判认定事实。目前已有的研究基本都否定前案裁判在后案中的预决效力,但是对于如何有效阻断前案裁判的效力还有待进一步探讨。

笔者认为,从公正的角度而言,确有必要阻断前案裁判在后案中的效力。具体可以从以下两个方面着手:一方面,需要合理确定审理的先后顺序。借鉴域外“权利主导型”刑事分案模式的规定,对于分案案件的审理顺序也应交由法院裁量决定。<sup>[96]</sup> 法院可基于保障被追诉人的权利和案件事实认定规律的双重考虑确定审理顺序。如一般应先认定主犯,再认定从犯,尤其不得先审理教唆犯、帮助犯,后审理正犯。<sup>[97]</sup> 司法实践中,有的法院先审理认定从犯,再审理主犯的做法有待商榷。<sup>[98]</sup> 另一方面,原则上应该尽量避免由同一审判组织审理分案案件。虽然由同一审判组织审理有利于保障诉讼效率以及实现裁判协调等,<sup>[99]</sup>但是如果由同一审判组织先后对分案案件审理,此时法官通过前案的审理已经对被追诉人有罪与否产生了预断,如果再参与后案的审理,那么可能让法官产生后案审理案件中被告人有罪的偏见,有违回避制度。<sup>[100]</sup> 此外,由于前案审理过程中,合议庭对案件事实已经做出认定,在后案审理过程中,合议庭受到结果惯性的影响则基本不太可能推翻之前的案件事实认定。因此,笔者建议原则上应由不同审判组织,甚至是不同法院审理分案案件,即使在例外情形下由同一审判组织审理时,也应该明确区分前后案件事实的认定。

[92] 杨杰辉,见前注[75],第202页。

[93] 许身健,见前注[75],第138页。

[94] 刘仁文,见前注[15],第148页。

[95] 最高人民法院刑事审判庭:《刑事审判参考(2008年第4辑)》,法律出版社2008年版,第21页。

[96] Henderson, *supra* note 2, p. 574.

[97] 张明楷,见前注[54],第17页。

[98] 新疆维吾尔自治区阿克苏地区中级人民法院(2020)新29刑终232号刑事裁定书。

[99] 龙宗智,见前注[1],第165页。参见许身健,见前注[75],第137页。

[100] 参见张泽涛,见前注[75],第147页。

## 六、结 语

我国当前的“职权主导型”刑事分案模式虽然满足公检法机关的办案需要,但对被追诉人的权利缺乏关照。此种模式不仅在正当性上稍显薄弱,而且也存在产生错案的风险,亟需完善。由于产生背景以及制度功能定位的不同,我国“职权主导型”刑事分案模式与域外国家和地区的“权利主导型”刑事分案模式存在本质区别。基于“相对合理主义”考量,可在坚持“职权主导型”刑事分案模式的前提下对其进行相应的优化,防范可能的风险,并构建符合我国实际的刑事分案制度。笔者也希望通过对刑事分案问题的研究,进一步丰富“审判中心主义”和“庭审实质化”的理论内涵。实际上,从“职权主导型”刑事分案模式的形成机理来看,刑事分案制度的有效运转,不仅需要刑事分案制度本身进行完善,而且也需要我国整体上实现“审判中心主义”和“庭审实质化”的目标,为其提供一个良好的环境。

---

**Abstract:** There is an “authority-dominated” mode of case allocation in Chinese criminal procedure. In this mode, the allocation of criminal cases is regarded as a matter of the court, procuratorate and public security organs, so as to conveniently handle criminal cases. But it fails to give adequate attention to the defendant’s right. Such a “authority-dominated” mode is the result of the service-oriented position of the division in criminal cases, the relationship between the court, procuratorate and public security organs, and the tradition of centralizing on the files and notes, which leads to the essential differences between it and the “right-oriented” mode in foreign jurisdictions. Although the “authority-dominated” mode is consistent with current structure of Chinese criminal procedure and meets the requirements of judicial practices, it lacks reasonable basis, which not only violates the procedural justice, but also may lead to wrong convictions. In the future, we should take reform measures to optimize our “authority-dominated” mode, including to introduce the elements of rights protection. Specifically, it is necessary to establish a tight restriction mechanism of allocation of criminal cases, to grant the defendant’s right to participate and seek relief in the division, to strengthen the defendant’s right of confrontation, and to block the expansion of previous judgment in subsequent cases, in order to realize the substantiation of court hearing in subsequent cases.

**Key Words:** Authority-dominated; Right-oriented; Allocation in Criminal Cases; Right of Confrontation; Substantiation of Court Hearing

---

(责任编辑:吴洪淇)