

刑事诉讼法的解法典化与再法典化

聂友伦*

摘要 法典化以某一领域缺乏统一法典为前提,“刑事诉讼法的法典化”的说法在逻辑上并不成立。然而,法典化旨在解决的分散立法问题,在刑事诉讼领域同样存在。公安司法机关各自出台的司法解释将《刑事诉讼法》解构并架空,造成了明显的解法典化现象,引发了法律权威减损、法律稳定破坏、法律价值扭曲、法律体系动摇等严重弊病。为终结“以规代法”的局面,恢复法权威性、维护法安定性、重塑法统一性、强化法自主性,就需要对既有规范体系展开再法典化操作。在《刑事诉讼法》第四次修改的背景下,以再法典化为导向,重新审视刑事诉讼领域内的全部规范,通过适当的模式与技术,取精用宏、去芜存菁,继而将其完整、和谐地汇编为一部新的法典,是法典化时代应当完成的历史重任。

关键词 刑事诉讼法 解法典化 再法典化 司法解释

一、引论:刑事诉讼法的法典化?

2020年《民法典》的颁布标志着中国特色社会主义法治体系达到了新的历史高度,进入了新的发展阶段。同年,习近平总书记在中央全面依法治国工作会议上提出:“民法典为其他领域立法法典化提供了很好的范例,要总结编纂民法典的经验,适时推动条件成熟的立法领域法典编纂工作。”^{〔1〕}在此背景下,刑事诉讼法学界迅速展开了关于法典化的讨论,有关方面专门

* 华东师范大学法学院副教授。本文系教育部人文社会科学研究青年基金项目“人民法院推动行政政策创制的法理解释与完善路径”(项目编号:23YJC820059)与2023年中央政法委委托课题“刑事司法中的重大问题与刑事诉讼法修改问题研究”(项目编号:2023K20463)的阶段性研究成果。

〔1〕 习近平:“坚定不移走中国特色社会主义法治道路 为全面建设社会主义现代化国家提供有力法治保障”,《求是》2021年第5期,第10页。

组织了以此为题的研讨活动,“刑事诉讼法的法典化”已俨然成为刑事诉讼领域的一项热点议题。^{〔2〕}

所谓“法典化”(codification),是指将单行立法、法规、判例、习惯乃至学说予以成文化、条款化、类型化、体系化,最终编纂形成一部专门部门法典的过程。法典化的本质在于“化零为整”的编纂,《民法典》的形成便是如此。此前,我国的民法规范分散于《民法通则》《物权法》《合同法》《婚姻法》《侵权责任法》等次级部门法中,通过编纂将这些法律及关联法规、司法解释等系统整合为一部《民法典》,使民法领域的规范得到了统一。通常而言,法典化以某法律部门缺乏统一法典为前提,受关注较多的环境法、教育法、行政法即为典型。在此意义上,2021年中共中央印发的《法治中国建设规划(2020—2025年)》指出,“对某一领域有多部法律的,条件成熟时进行法典编纂”。相较之下,刑事诉讼领域形式上并不存在分散立法的状况。自1979年《刑事诉讼法》施行以来,刑事诉讼法律部门便唯此一部基本法律,缺乏编纂整合的先决条件,如此,“刑事诉讼法的法典化”所为何来?

单就语用逻辑而言,在已有法典的背景下谈论法典化并不恰当,但实质上,刑事诉讼领域同样面临着分散立法的问题。刑事诉讼规范的分散化和碎片化,体现为各类规范性文件对法典的解构与再制,以及由此形成的法律、立法解释、司法解释、部门规章、司法解释性质文件等多重法律渊源样态。在实践中,当办理刑事案件的公安司法人员面对程序问题时,通常先查阅所属部门出台的统一规定,再检索该部门单独或与其他部门联合发布的专门规定或个别规定,只有仍无确切答案的,才会勉强回到法律文本。很明显,《刑事诉讼法》已被各类次级法源所解构,其身为法典的基本功能,包括为适法者提供行动指引、稳定当事人预期的作用正在变得微乎其微,最终难免沦为所谓“剩余法”(diritto residuale)^{〔3〕}“我国《刑事诉讼法》徒具法典之名,而无法典之实”,^{〔4〕}这正是本法的真实写照。

刑事诉讼领域出现的这种“解法典化”(decodification)现象,引致了诸多理论与实践问题,阻碍了程序法治的现代化进程。以司法解释、部门规章、司法解释性质文件为主的规范性文件(以下概称为司法解释)大规模出台,首先造成了法律权威的减损。《刑事诉讼法》理应得到公安司法机关的实质遵守,但办案人员的诉讼行为却大多是根据各种部门规定作出的——“司法解释的‘大而全’直接架空了刑事诉讼法,严重影响到法律的权威与尊严”。^{〔5〕}其次,法秩序的稳定也因此遭到了破坏。作为具有立法性质的规范,^{〔6〕}司法解释仅受内部制定程序的约束,其立、改、废远较法律轻易,动辄变更将频繁影响法秩序的具体内容。再者,司法解释的

〔2〕 参见蒋安杰:“刑事诉讼法法典化研讨会在京举行”,载《法治日报》2022年12月21日,第9版。

〔3〕 参见(意)那塔利诺·伊尔蒂:“解法典的时代”,薛军译,载徐国栋主编:《罗马法与现代民法》(第4卷),中国人民大学出版社2004年版,第98页。

〔4〕 陈卫东:“论刑事诉讼法的法典化”,《中国法学》2021年第3期,第52页。

〔5〕 陈卫东:“立法原意应当如何探寻:对《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》的整体评价”,《当代法学》2013年第3期,第116页。

〔6〕 参见聂友伦:“论司法解释的立法性质”,《华东政法大学学报》2020年第3期,第138—148页。

泛滥扭曲了法律统一的价值表达。囿于立场差异,不同机关针对同一法律条款的规定往往不尽一致,^{〔7〕}其背后暗含价值取向的分歧,对完成《刑事诉讼法》维护法制、保障人权的任务殊为不利。此外,“自说自话”和“各说各话”的司法解释还动摇了法律自身的体系结构,导致原本相对融贯的刑事诉讼法制逐渐失去了内在的协调性。

欲解决刑事诉讼规范分散化和碎片化带来的问题,法典化就有被再度考虑的必要性。确切地讲,我国《刑事诉讼法》所需要的与其说是法典化,不如说是“再法典化”(recodification)。^{〔8〕}重新审视刑事诉讼领域内的全部规范,通过适当的模式与技术,取精用宏、去芜存菁,继而将其完整、和谐地编纂为一部新的法典,是我们在法典化时代肩负的历史使命。目前,《刑事诉讼法》修改已写入人大立法规划,应当抓住这一历史机遇,以再法典化为导向,彻底消解解法典化现象,重塑刑事诉讼规范体系,推动实现刑事诉讼法治的现代化。

二、刑事诉讼法的解法典化

解法典化系相对于法典化的反向过程,其字面意思就是对现存法典的“拆散”(de-leave)。^{〔9〕}解法典化现象最初出现在民事领域。进入20世纪以来,众多已有民法典的国家逐渐开始使用特别立法调整法典所涉事项,大量特别立法确立了如劳动关系、知识产权、公司行为、证券交易等有别于法典本旨的法律制度,它们不仅构成法典的补充,更直接与法典相竞争。^{〔10〕}在我国,刑事诉讼法律部门并无相互竞争的立法,《刑事诉讼法》名义上仍是基本法律,但法典被司法解释解构的结果却又显而易见,这构成了一种特殊形态的解法典化。

(一) 刑事诉讼法解法典化的表征

作为概念首创者的那塔利诺·伊尔蒂(Natalino Irti)认为,解法典化有如下渐进的体现:首先,法典外出现了大量的特别立法;其次,特别立法将某些原本受法典规制的事项析出并归于其调整;再次,特别立法在前述范围内形成了自治的体系,而这些体系与法典自身的价值、逻辑并不相容。^{〔11〕}玛丽亚·路易莎·穆里约(Maria Luisa Murillo)指出,解法典化描述的是这种现象:法典外的特别立法激增,后者从前者涵盖的领域“挪走”了大量内容,并构建起了全新的、不能容于法典结构的微观系统。^{〔12〕}从既有文献看,几乎“所有关于解法典化的论述中都

〔7〕 实践中因检察与审判系统对法律解释的意见不同而引发冲突的状况并不鲜见。参见敬大力:“最高人民检察院司法解释工作近年发展、存在问题及其展望”,《检察实践》1999年第2期,第24页。

〔8〕 参见张建伟:“刑事诉讼再法典化的契机与基本构想”,《法治研究》2023年第6期,第59页。

〔9〕 参见梁慧星:“再谈民法典编纂的若干问题”,载何勤华主编:《民法典编纂论》,商务印书馆2016年版,第103页。

〔10〕 参见(美)约翰·亨利·梅利曼、(委)罗格里奥·佩雷斯·佩尔多莫:《大陆法系》(第三版),顾培东、吴荻枫译,法律出版社2021年版,第171—173页。

〔11〕 参见伊尔蒂,见前注〔3〕,第88—100页。

〔12〕 参见(秘鲁)玛丽亚·路易莎·穆里约:“大陆法系法典编纂的演变:迈向解法典化与法典的重构”,许中缘、周林刚译,孙雅婷校,《清华法学》2006年第2期,第74页。

认为存在于法典之外的特别法是导致解法典化的直接原因”。〔13〕

与前述典型的解法典化相较,我国《刑事诉讼法》实际并非由严格意义上的特别立法,而是由司法解释解构的。司法解释是否属于特别立法,无不疑问。鉴于司法解释的立法性质,且考虑到其内容须符合“立法的目的、原则和原意”,将法律和司法解释的关系表述为上位法与下位法,可能更容易理解。〔14〕不过,若非要以“一般/特别”这对二元符码标示,则仍得将司法解释作为法典外的特别立法对待。此处仅涉及观念问题,因为从结果看,司法解释确已导致实践中《刑事诉讼法》的解构,这比域外学者所言的解法典化有过之而无不及。

以约翰·亨利·梅利曼(John Henry Merryman)的论述为参照,有助于理解司法解释属于特别立法,也有助于厘清《刑事诉讼法》解法典化的发生过程:其一,特别立法并非与法典完全无关,许多特别立法本身便是依据法典制定的,只不过其未进入法典,而是在外部调整法典涉及的事项;其二,特别立法的内容,一部分系对法典条文的具体化,功能在于明确既有规范的适用,另一部分则大致属于对法典的变通,其构建了与法典异质的制度,与法典意旨不甚契合;其三,特别立法还包含法官造法——法典规定粗放、欠缺实施意义,使法官不得不根据个案裁判创设适用的“法律”——此时规范亦将改变。〔15〕将《刑事诉讼法》的司法解释代入,不难发现其与前述特别立法的定位类似:其一,司法解释是根据《刑事诉讼法》制定的,其调整的法律关系范围处于法典之内;其二,司法解释有些是对《刑事诉讼法》条文的细化,有些则新增了法律未规定且无法解释出的规则乃至制度;其三,司法解释具备司法系统内部规范的属性,这与法官造法在一定程度上是相通的。基于此,《刑事诉讼法》的司法解释也会造成特别立法所导致的解法典化效应。

与域外民法典解法典化不同的是,司法解释对我国《刑事诉讼法》的解构更加彻底。就前者而言,即便存在大量的特别立法及法官造法,民法典的绝大多数规范,依然具有调整法律关系的实效。换言之,这些民法典在经历解法典化之后,虽已退却为略显边缘的“剩余法”,但司法者仍有必要在相当数量的案件中诉诸其规范内容。〔16〕对于后者,公、检、法等机关出台的统一规定〔17〕将《刑事诉讼法》拆分为了数个针对各自职能的“部门刑事诉讼

〔13〕 瞿灵敏:“从解法典化到再法典化:范式转换及其中国启示”,《社会科学动态》2017年第12期,第6页。

〔14〕 参见王利明:“论《民法典》实施中的思维转化——从单行法思维到法典化思维”,《中国社会科学》2022年第3期,第17页。

〔15〕 参见梅利曼等,见前注〔10〕。

〔16〕 参见陆青:“论中国民法中的‘解法典化’现象”,《中外法学》2014年第6期,第1486—1488页。

〔17〕 《刑事诉讼法》的统一规定,包括《关于实施刑事诉讼法若干问题的规定》(即所谓《六机关规定》)《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》《人民检察院刑事诉讼规则》《公安机关办理刑事案件程序规定》《国家安全机关办理刑事案件程序规定》等。

法”，再加上作为统一规定之补充的专门规定〔18〕以及对具体法律适用问题有求有应的个别规定，〔19〕法律似乎已不再被实践需要。申言之，由于司法解释基本满足了公安司法人员对办案依据的规范需求，使得《刑事诉讼法》连“剩余法”的地位都难以确保，直至成为事实上被“悬置”(iustitium)的法律。不过，在形式上，《刑事诉讼法》仍将起到为诉讼活动提供权威依据的作用，纵使办案人员完全依据司法解释办结案件，依然需要在各类法律文书中援引法律条文，因而，《刑事诉讼法》的解法典化还具有一定的潜在性。

(二) 刑事诉讼法解法典化的成因

宏观上看，法典一旦颁行即面临着解构的风险，这是由其性质所决定的。为满足体系性与安定性的要求，编纂形成的法典须保持稳定。规范一经编列固定于法典中，除非有重大事由及合理根据，立法机关一般不会马上对其进行修正或删改。〔20〕在法典施行后，即便出于社会发展或政策更替等原因导致法典内容不再适应实践，决策者通常也更倾向出台补救措施以维持法典的运作，如制定单行立法、立法性决定或出台立法解释、司法解释等。这些典外规范的不断累积构成了法典解构的推动力。简言之，“‘解法典化’现象的根源在于现代社会的复杂性所导致的立法膨胀”。〔21〕

不过，在微观层面，我国《刑事诉讼法》之所以出现如此彻底的解构现象，仍有发生学上的特殊性。为明确此种解法典化的特殊成因，须依序回答“解法典化因何而来”“解法典化如何可能”“解法典化为何彻底”这三个问题。

首先，《刑事诉讼法》条文的粗疏创生了解构法典的需求。虽然任何法典都面临着被拆解的内生风险，但风险却未必会迅速地现实化。例如，《拿破仑法典》颁行于19世纪初，但直到20世纪中叶，解法典化现象方才初显。究其缘由，主要是法典规定较为精细，能够长期满足法律关系调整的需要；反之，法典条文愈粗疏，规范密度越低，解构的可能性就越高。与此相较，1979年《刑事诉讼法》实施后不久，有关刑事案件办理的司法解释便开始大量涌现，这些司法解释实际上起到了补充立法、二次规范的作用。〔22〕《刑事诉讼法》被司法解释迅速解构的内因在于，一方面，法典条文太过粗疏、不便操作，程序未得细化、缺乏实践检验，使得业务水平参差不齐的公安司法人员很难据此妥善办理案件；另一方面，法典条文粗疏间接扩张了办案机关

〔18〕 《刑事诉讼法》的专门规定，系专门针对某一制度作出的系列规定，通常以最高人民法院、最高人民检察院与其他相关部委的名义共同发布，如《公安机关办理刑事案件适用查封、冻结措施有关规定》《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》等。

〔19〕 《刑事诉讼法》的个别规定，指相关主体针对法律条文作出的专门规范性说明，主要包括批复与答复两种类型，如《最高人民法院关于适用刑事诉讼法第二百二十五条第二款有关问题的批复》《最高人民法院研究室关于交通肇事刑事案件附带民事赔偿范围问题的答复》等。

〔20〕 此处的思想基础在一定程度上可归于规范的惯性原理，即，过去一度被承认的观点，若没有足够的理由，不可以加以放弃。参见(德)罗伯特·阿列克西：《法律论证理论》，舒国滢译，商务印书馆2019年版，第215页。

〔21〕 石佳友：“解码法典化：基于比较法的全景式观察”，《比较法研究》2020年第4期，第14页。

〔22〕 参见万毅：“法典化时代的刑事诉讼法变革”，《东方法学》2021年第6期，第188页。

的裁量权,其在诉讼活动中往往采取于己有利的解释,导致立法的预期目的无法规范实现。有学者即明白指出,《刑事诉讼法》存在具体化、清晰化不足的问题,一是条文数量过少,无法支撑起一套完备的诉讼制度,二是条文含糊之处过多,造成司法实践经常产生理解和适用上的分歧,而这些问题最终都将留给司法解释处理。^[23]

其次,司法解释权的存在使《刑事诉讼法》的解构成为可能。解法典化由特别立法的成规模出现引发,那么,若无生成特别立法的机制,则解构仍不会发生。《刑事诉讼法》的解法典化主要由司法解释推动,此处的机制其实也就是包括司法解释在内规范性文件的制定制度。在现行体制下,全国人大常委会法工委、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部等中央部委皆得以解决法律适用问题的名义制定司法解释等规范性文件,形成了“不同部门的司法解释各管一段”“法工委的联合解释负责协调”的权力分配样态。^[24]在法律条文粗疏的背景下,碎片化的司法解释权使得司法解释主体——次级的立法者——能够主动、预先、系统地对本部门可能适用的规范进行阐释、细化乃至增补。作为以上操作的结果,《刑事诉讼法》的司法解释成为了法典外的特别立法,继而随着解释数量的膨胀,引发了后续的法典解构。质言之,司法解释制度构成了《刑事诉讼法》解法典化的必要条件。

再次,公安司法机关的科层制组织架构与刑事诉讼的分工负责原则加速且加深了《刑事诉讼法》的解构。若仅有前两项因素,解法典化可能局部发生,但不会导致法典彻底解构。刑事诉讼领域的异常情况在于,法典被完全肢解了——办案人员基本不用理会法律写了什么,只需把握所属部门适用的司法解释即可。这种效应既源自刑事诉讼机关各自条线的科层制结构,也是受分工负责原则影响的结果。在科层制系统中,位于条线顶端的最高机关为便于垂直管理,本就有出台内部规范的倾向,而组织成员则会逃避到这些内部规范中来,要求为其提供稳定预期,减少乃至消除工作中的不确定性与错误风险。加之宪法法律对刑事案件分工办理的明确要求和体制安排,“公检法各管一摊”的分隔倾向更加强化。于是,公安司法机关开始不由分说、不约而同、不遗余力地解构法典,将涉及本部门职权的规范从中抽出,乃至按照法典体例“编纂”各自适用的“部门刑事诉讼法”,终使《刑事诉讼法》的解法典化由风险变为现实。

(三) 刑事诉讼法解法典化的问题

法典解构之后,《刑事诉讼法》部分丧失了原有的法治功能,其从办理刑事案件、保护基本权利应当遵循的具体规范,退化成了徒有形式的抽象宣示——司法解释充斥且支配着司法领域,法律在实践中难以起到直接作用。类似状况被称为“以规代法”——“这些规范的位阶低于法律,但实际作用却大于法律,长此以往,不可避免会出现架空法律、严重损害法律实施的倾

[23] 参见陈光中、于增尊:“关于修改后《刑事诉讼法》司法解释若干问题的思考”,《法学》2012年第11期,第25页。

[24] 王敏远:“2012年刑事诉讼法修改后的司法解释研究”,《国家检察官学院学报》2015年第1期,第134—135页。

向”。〔25〕《刑事诉讼法》解法典化至少已造成如下后果：

第一，解法典化对《刑事诉讼法》的权威性产生了严重的负面影响。法律权威包括制度性权威与事实性权威。〔26〕前者依正式制度生成，主要来源是法定的立法程序。当法律被依法制定并生效后，便将自动获得制度性权威。后者则源自规范内容的正确性与制定机关的权威性，通常由规范实效所反映。若规范能够反复适用于对应事实并产出稳定后果，则其事实性权威便会愈发强化，也愈将得到信服和认可。在这两个方面，《刑事诉讼法》均受到了解法典化的巨大冲击。按理说，司法解释非依立法程序制定，制度性权威远低于法律（司法解释性质文件甚至无此权威），但公安司法机关实际适用的却是司法解释，这会给公众乃至办案人员带来司法解释效力高于法律的错觉。〔27〕同时，司法解释通过不断适用并稳定输出结果，获得了可能超越法律的事实性权威，导致后者相对贬损，以致难以得到应有的尊重。

第二，司法解释形式上不受法定安定性原则的约束，但又能实际起到变更法秩序的效果，这会对刑事诉讼法秩序的的稳定造成破坏。能够变更法秩序的活动，须具备突破法律的权限，而“符合立法的目的、原则和原意”的司法解释显然不在此类。严格来说，司法解释本身不是立法，不得创设、修改或废止法律规则。〔28〕然而，立法的目的、原则和原意缺乏明确性，客观性程度较低，落实到具体条款，更会直面不同观点的冲突，〔29〕这给司法解释留下了调整的余地。比如，非法证据排除规则的立法本旨，究竟是为了保障人权、发现真实还是阻吓违法？仅根据法条很难得到确切结论。〔30〕此时，司法解释实质上拥有了造法的权力，它选择任何既有学说，都可以获得理论支持，也很难论证其违反了法定限制。在司法实践普遍按甲说理解法律规定的情况下，基于乙说制定的司法解释突然实施，这当然属于实质意义上的法秩序变更，势必动摇刑事诉讼法治的稳定性。

第三，不同机关对《刑事诉讼法》的理解存在差异，分别制定的司法解释难免扭曲法律统一的价值表达。为便利本部门完成刑事案件的办理任务，司法解释机关常会朝于己有利的方向进行解释，尤其在司法解释权按职能分配的情况下，很难保证司法解释正确贯彻法律意旨。《刑事诉讼法》的总任务在于维护法制、保障人权，虽然公检法各自的“部门刑事诉讼法”均在开头照抄了本法的任务规定，但其中仍不乏为办案方便而偏离法制维护与人权保障的规范内容。

〔25〕 刘松山：《中国立法问题研究》，知识产权出版社2016年版，第375页。

〔26〕 参见雷磊：“指导性案例法源地位再反思”，《中国法学》2015年第1期，第274—275页。

〔27〕 典型例证是关于律师会见与阅卷权的。2007年《律师法》对辩护律师的会见权与阅卷权作出了规定，但此规定在后续实践中常被办案机关以“律师法不适用于公安司法机关”为由抵制，直到2008年全国人大常委会法工委作出解释，明确要求公安司法机关执行《律师法》后，“会见难”“阅卷难”等问题才逐渐纾解。参见“全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会对政协十一届全国委员会第一次会议第1524号提案的答复”，《中国律师》2008年第9期，第33页。

〔28〕 参见聂友伦：“刑事诉讼法时间效力规则研究”，《法学研究》2020年第3期，第182页。

〔29〕 参见聂友伦：“论司法解释的权力空间——我国《立法法》第104条第1款的法解释学分析”，《政治与法律》2020年第7期，第120—121页。

〔30〕 参见张建伟：“排除非法证据的价值预期与制度分析”，《中国刑事法杂志》2017年第4期，第44页。

比如,《刑事诉讼法》第56条规定,采用刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述应当予以排除。基于维护法制、保障人权之立场,对于“等非法方法”应尽量作严格解释,将类似刑讯逼供的行为均予纳入。2012年《人民检察院刑事诉讼规则》(以下简称《刑诉规则》)采此正确观点,明确“其他非法方法是指违法程度和对犯罪嫌疑人的强迫程度与刑讯逼供或者暴力、威胁相当而迫使其违背意愿供述的方法”。与之相对,2012年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《刑诉法解释》)的规定则更为苛刻,不仅限定方法必须造成“痛苦”,还额外要求“迫使被告人违背意愿供述”,这显已背离了非法证据排除面向正当程序的价值追求。^[31]

第四,司法解释对法典的解构动摇了《刑事诉讼法》的体系结构。法律的体系化包括概念、规范与制度的匹配衔接,以此形成富有逻辑的有机整体,为适用与解释法律的主体提供思考的规范语境。^[32]《刑事诉讼法》的体系结构大致以诉讼发展为建构思路,而司法解释只是一个部门制定的或数个部门针对一类问题制定的,即便考虑了法律的整体逻辑,也往往限于部门内部或个别事项调整的层面,极有可能突破体系约束。例如,《刑事诉讼法》第61条规定,证人证言必须在法庭上经过控辩双方质证并查实后,才能作为定案根据;第192条第1款规定,证人证言符合“有异议”“有影响”“有必要”三项条件的,证人应当出庭作证。前者作为总则条款,构成后者的解释语境。从“在法庭”“质证”“查实”的表述看,分别对应着证人原则上必须“出庭”接受“对质”与“交叉询问”的意思。^[33]准此,“证人应当出庭作证”即须被合目的地解释为“(关键)证人应当以出庭的方式(而非以提供证言的方式)作证”,否则其证言不得作为定案根据。然而,2021年《刑诉法解释》却未依此理解,规定即便关键证人不出庭的,依然可采信其庭前证言,这使实践中证人不出庭的状况进一步恶化。^[34]类似违反体系解释基本要求的司法解释,既会导致法律的规范目的落空,也将造成法律的内在逻辑陷于断裂。

三、刑事诉讼法的再法典化

在刑事诉讼多重样态的法律渊源中,起主要作用的不是法律而是司法解释。与单行立法解构民法典不同,《刑事诉讼法》的解法典化是由法外规范推动的,前者尚有讨论适当性的余

[31] 参见吴洪淇:“非语言词证据的解释:利益格局与语词之争”,《法学家》2016年第3期,第71—73页。

[32] 参见(德)莱茵哈德·齐默尔曼:“法典编纂的历史与当代意义”,朱森译,魏磊杰校,载明辉、李昊主编:《北航法律评论》(第3辑),法律出版社2012年版,第27页。

[33] 立法机关工作部门持类似观点:“一般来说,证人都必须通过言词的方式,当面向法庭提供证人证言……并接受控辩双方的质证,来确定证人证言的可靠性和证明力。”王爱立主编:《〈中华人民共和国民事诉讼法〉修改与适用》,中国民主法制出版社2019年版,第127页。

[34] 参见陈卫东:“从关键证人回归必要证人:关键证人出庭作证逻辑反思”,《法学研究》2023年第6期,第173页。

地,后者的不合理性则是明显的。虽然法典解构后的局面依旧能够应付刑事司法的日常运作,但架空法律的法治毕竟不是长久之计。为解决《刑事诉讼法》解法典化带来的问题,终结“以规代法”的局面,就应当诉诸再法典化。如果说解法典化是对法典的否定,那么再法典化就是对法典的否定之否定,其意在将已被解构的法典按照一定的编纂模式与立法技术予以重构,使法典重新在法律活动中获得应有地位并发挥实际作用。

(一) 刑事诉讼法再法典化的意义

宽泛地讲,在某一领域已有基本法律的情况下,以形成新法典为目标而对旧法典进行的全面修改,都可称作再法典化。不过,若将解决规范失当或分散立法等问题的修法都理解为再法典化,则未免失之过宽。再法典化不等于普通修法,两者不仅“量”有不同,更存在“质”的差异。一般而言,只有涉及篇章体例重构、宏观价值更新、体系逻辑调整的修法,才属于再法典化的范畴。例如,为因应解法典化带来的挑战,2016年《阿根廷民商法典》围绕1871年《阿根廷民法典》及大量单行立法展开的大规模重整——拆分、合并、新增、删除大量编、篇、章、节,将规范的整体方针由具体的决疑式转为抽象的概括式,使条文总数削减近一半——便是典型的再法典化。^[35]

再法典化的意义在于通过规范体系的再造,从根本上治理所在领域立法的沉痾痼疾,解决解法典化导致的系列问题。就刑事诉讼领域而言,司法解释对法典的解构减损了法律权威、破坏了法律稳定、扭曲了法律价值、动摇了法律体系,而这些弊病均可通过再法典化得到处理。具言之,以问题为导向的再法典化有如下意义。

第一,恢复法的权威性。法律权威大体源自制定与实施两个方面。就制定而言,《刑事诉讼法》的权威旁落,主要是司法解释大量涉入法律调整的事项所致。《立法法》第11条规定,有关“法院、检察院的职权”“限制人身自由的强制措施”“诉讼制度”等事项只能制定法律,但借解释之名,司法解释即可轻易侵入法律保留的范围。再法典化通过提高规范密度,能够大幅压缩解释的空间,防止司法解释越俎代庖,从而巩固法律制定的权威。至于实施,则是《刑事诉讼法》本身的可实施性不佳所致。可实施性应被视为“立法的生命和灵魂”,若法律实施过分依靠司法解释,则法律便会被司法解释所架空而沦为具文。^[36]再法典化要求细化规范内容,基于精细立法实现精密司法,为绝大部分司法活动提供直接依据,进而强化法律实施的权威。

第二,维护法的安定性。法的安定性是实证法的基础,不安定的“法律”不能称之为法律。作为形式原则,法安定性的本质是对权威制定且有实效之规范的一种承诺——为保障行为主体的规范预期进而有效规划未来的行为,法秩序应在形成后的一段时间内维持稳定。法安定

[35] 参见徐涤宇:“解法典后的再法典化:阿根廷民商法典启示录”,《比较法研究》2018年第1期,第183—184页。

[36] 参见陈瑞华:“制度变革中的立法推动主义——以律师法实施问题为例的分析”,《政法论坛》2010年第1期,第56页。

性原则在伊曼努尔·康德(Immanuel Kant)、古斯塔夫·拉德布鲁赫(Gustav Radbruch)那里已得清楚论证,被认为构成了法治国的支柱之一。^[37]《刑事诉讼法》的解法典化由司法解释造成,而司法解释的立、改、废相对容易,其稳定性不仅远低于作为基本法律的法典,也低于单行立法与立法解释。在现实中,司法解释的变动极易导致刑事诉讼法秩序的变化,这是法安定性原则所无法容忍的。法安定性的实现以规范的妥善安置为条件:“各种法律必须在单一的系统或者多样化的系统中找到其有序且有意义的安身之所。暂时性的规范注定要被孤立,并且将因其特殊性而很快消散。”^[38]再法典化旨在构建科学完备的刑事诉讼规范体系,确保刑事诉讼的诸项原则规则融洽地纳入其中,如此一来,法安定性无疑会基于法典修改的高门槛得到大幅提升。^[39]

第三,重塑法的统一性。法典化的原初目的便在于减少法律渊源的数量,结束法源多元混杂的局面。早期罗马的法典编纂便多出整理策略,意在以法典统一法源。^[40]晚近普鲁士、法国、奥地利等国亦曾致力于使法典成为法源的主体,及后一度盛行的法典中心主义更是要求尽可能地通过法典编纂形成法源的排他性地位。^[41]然而,即便法典在出台伊始实现了法源的统一,但经历解法典化之后,法源又将回到过去的分散样态。针对分散法源的再法典化,自然有利于法统一性的重塑。就刑事诉讼领域而言,再法典化通过筛选与编纂,整理吸收分散在既有法典和司法解释中的适当规则,扩张立法的规范容量,能够使法典直接成为刑事诉讼机关统一的办案依据。更重要的是,在统一法源的基础上,《刑事诉讼法》再法典化还具有统一价值取向的意义。虽然刑事诉讼整体内含多元价值,但特定制度的价值表达仍应有主次之分,以统一权威的立法锚定规范的主要价值,有利于法律的准确适用。

第四,强化法的自主性。法自主性是法治的下位概念,其强调法律定义、规范程序、制度结构对思维和行为的指引,侧重于概念与规范的分析,意图从法律已有的意义中确定未知的意义。^[42]法自主性以立法的体系性为依托,呼唤严密、自洽且富有逻辑的规范建构,要求形成并维系法律作为一个无缝系统的融贯性,实现法律更高层次的内容自治。^[43]法律体系化程度越高,法律自主性就越强,也就越有助于法治水平的提升。囿于法律条文的粗疏,再加上司法解释者往往未能站在立法者的高度解释法律,使得刑事诉讼规范的整体结构与规制逻辑难免存在一些内在的不清晰、不一致、不自洽。在此背景下,立法者的意图难以被准确把握,法律

[37] 参见(德)罗伯特·阿列克西:“法的安定性与正确性”,宋旭光译,雷磊校,《东方法学》2017年第3期,第136页。

[38] (意)那塔利诺·伊尔蒂:“民法典的理念”,李飞译,载明辉、李昊主编:《北航法律评论》(第3辑),法律出版社2012年版,第96页。

[39] 参见陈金钊:“法典化语用及其意义”,《政治与法律》2021年第11期,第7页。

[40] 参见(日)穗积陈重:《法典论》,李求轶译,商务印书馆2014年版,第43页。

[41] 参见王利明,见前注[14],第5页。

[42] 参见陈金钊,见前注[39],第14页。

[43] 参见翁壮壮:“法的自主性及其对法治的意义”,载陈金钊、谢晖主编:《法律方法》(第30卷),研究出版社2020年版,第106页。

自主运作的条件无法得到满足。《刑事诉讼法》的再法典化旨在通过体系的更新再造以强化法的自主性——根据理性主义原则,重审既有规范体系,对其进行系统化与简易化的改造,以便消除框架的复杂性,形成一部规则融贯一致、清晰明确、完备可靠的法典。^{〔44〕}

(二) 刑事诉讼法再法典化的模式

《刑事诉讼法》的再法典化能够妥善处理当下相伴解法典化而生的一系列问题,是全面推进刑事诉讼法治现代化的必由之路与必然抉择。再法典化的作用,在于通过规范重整与法典编纂,大幅提高立法的质量、解决法律粗疏的问题,从而切断解法典化的源头。不过,这些只是理论上的功能,欲使再法典化产生实效,仍须进一步就其具体落实展开讨论。对于《刑事诉讼法》的再法典化,应先在宏观上确定实施模式,包括方案的选择、体例的安排、观念的确立等。

首先,对《刑事诉讼法》应予全部抑或部分的再法典化?解法典化后的法典重构,关键在于处理法典与特别立法之间的关系。根据方案着眼点的不同,再法典化可以分为全部的再法典化与部分的再法典化。^{〔45〕}前者是指废弃既有法典与特别立法构成的叠床架屋的规范体系,将规范中的原则规则打散,重新按照法典编纂方法对该领域进行彻底的再体系化;后者是指在部分保留现存规范体系,尤其是维持既有法典结构的基础上,将特别立法中有实效性的规则乃至原则纳入,从而对法典作出的大幅修整。如果将既有法典比作建筑,那么完全再法典化即是“原拆原建”,而部分再法典化则类似“修缮加固”。如众周知,1979年《刑事诉讼法》在很大程度上是对苏联法的移植,后虽历经三次修改,但整体的结构框架与体系脉络仍然延续着当初的立法逻辑。^{〔46〕}随着犯罪状况的迅速变化、治理技术的不断发展、人权标准的逐渐提高,基于大国家主义与超职权主义的刑事诉讼规范体系已经难以适应中国特色社会主义法治建设的新布局与新要求。为构建承载新时代法治精神的现代化规范体系,将适当的规范以更加整全融贯的方式有机整合,就应当选取完全再法典化的方案,否则《刑事诉讼法》的再法典化很容易沦为普通的法律修订,无法解决寓于体系内部的深层次问题。^{〔47〕}

其次,《刑事诉讼法》的再法典化应以何种指导思想规划篇章结构?近代民法典的体系构造,存在德国式潘德克吞体系与法国式法学阶梯体系的对峙,后世编纂民法典时通常择一或稍加融合即可。但是,对于刑事诉讼法典却无如此模式化的总结,各国差异也较明显。与民法典不同,刑事诉讼法所涉制度大部分处于诉讼展开的线性过程中,不同程序对应着不同的处理对象,很难全部从权利义务类型出发打造结构。不过,法治发达国家刑事诉讼法典的篇章风格仍有共通之处,其中最突出的莫过于审判中心主义的格局。《德国刑事诉讼法典》第一编总则,以

〔44〕 参见穆里约,见前注〔12〕,第69页。

〔45〕 参见徐涤宇,见前注〔35〕,第184页。

〔46〕 参见陈卫东,见前注〔4〕,第57页。

〔47〕 法律包含制定时的价值取向,其本身就是一种特定意识形态逻辑一致的表达。此处的深层次问题,本质即内嵌于概念与体系中过时的假定、价值或意识形态。参见梅利曼等,见前注〔10〕,第76—77页。

法官职权为基本视角,规定了管辖、回避、证据、强制措施等内容;第二编一审程序以审判涵括公诉、以公诉涵括侦查,“精准地反映出公诉引起一审的诉审关系以及公诉对侦查的统摄地位”;第三、四、五、六编分别为上诉程序、再审程序、被害人参加程序、特别程序,“充分体现了以审判为中心为主线的审判中心主义理念”。^[48]从《法国刑事诉讼法典》之公诉与民诉、公诉与预审、审判法庭、非常上诉、特别程序、执行程序的篇章排布看,其大致是以预审法官、审判法官、上诉法官、执行法官的职权为线索布局的,这亦是审判中心主义的反映。我国《刑事诉讼法》的构造并未围绕审判展开,而是分段规制,由公、检、法分别主导对应阶段,这在实践中早已酿成诸多问题,^[49]党中央提出“以审判为中心”的诉讼制度改革正是为此而来。^[50]鉴于审判在刑事诉讼中的中心地位,有必要参照大陆法系国家法典的谋篇布局,以审判中心主义为指导思想构造法典的体系框架。

再次,《刑事诉讼法》的再法典化应当以何观念为基石?立法者制定法律,必然出于某种实际的动机,意图达成特定的目的,这种预设的意识导向即贯穿该法的基础观念。观念的确立在法典化及再法典化的过程中尤为重要,它将起到稳定各类制度价值取向的锚点作用。比如,民法的基石观念是私人自治,民法典在设置规则时便要一以贯之地对私人自治及其限制作重要考量。对于刑事诉讼目的虽未形成全面共识,但整体上看,人权保障特别是对被追诉人基本权的保障,该当本法须一以贯之的基石观念。一方面,正当程序以人权保障为出发点。作为程序规范,《刑事诉讼法》再法典化的首要任务乃确保程序的正当性,而某种程序是否属于正当程序,须视该程序重视人权保障的程度而定。^[51]换言之,若有两种以上同等有效的程序方案,则应选取对人权保障更为周延的规范。另一方面,权力限制以人权保障为落足处。为有效治理犯罪,必须赋予公安司法机关一定的强制性权力,包括侦查权、公诉权、审判权及专门的强制措施决定和执行权等,而鉴于权力具有天然的膨胀性,又必须对其予以限制。作为权力限制规范而非国家治罪章程,《刑事诉讼法》的再法典化应注重明确权力边界、规范权力行使、防范权力滥用。由于强制权针对的均是公民基本权,故制约权力的设置很大程度上就是有助于人权保障的规定。

(三) 刑事诉讼法再法典化的技术

在宏观上明确方案选择、体例规划、价值锚点后,《刑事诉讼法》再法典化的落实还需要回答微观上的方法论问题,其核心在于,应当采取哪些立法技术来实现再法典化预期达成的精细化、固定化、集约化、体系化刑事诉讼规范的目标?由于再法典化既是立法也是编纂,故常用的立法技术及法典编纂技术,在此过程都有应用空间。其中,最重要的是“提取公因式”的抽象技

[48] 刘计划:“刑事诉讼法总则检讨——基于以审判为中心的分析”,《政法论坛》2016年第6期,第31页。

[49] 参见陈瑞华:“从‘流水作业’走向‘以裁判为中心’——对中国刑事司法改革的一种思考”,《法学》2000年第3期,第25—27页。

[50] 参见陈卫东:“以审判为中心:解读、实现与展望”,《当代法学》2016年第4期,第15页。

[51] 参见(日)田口守一:《刑事诉讼法》,张凌、于秀峰译,法律出版社2019年版,第27页。

术。作为构建法律体系的基本方法,“提取公因式”要求识别分散规范的共通特征,并将这些特征提炼为上位规范,再识别上位规范的共通特征,进一步将其抽象为更上位的规范,依此递进,最终形成树状的整体框架。在民法典的编纂中,这种抽象技术的运用贯穿始终,确保了法典的逻辑性、体系性与简洁性。^[52] 依靠上述技术,识别刑事诉讼领域分散规范的公因式并加以抽象,可以有效构建规范体系,从而使规范得到妥当且稳定的安置。

不过,由于《刑事诉讼法》再法典化的特殊性,“提取公因式”的立法技术未必能够直接应用,其尚存有待解决的前置问题。民法法典化的任务是将分散的民法规范进行体系整合,重点是梳理既有规范,消除彼此之间的不一致。^[53] 考虑到民事单行法及司法解释始终伴随法秩序的调整持续更新,规范适当性基本无虞,故对其规则“提取公因式”,继而建构法典的整体框架,并无根本性问题。然而,《刑事诉讼法》再法典化的整合对象则非单行立法,而是既有法典与司法解释。暂且不论现行法本身,相关司法解释就存在不少适当性甚至合法性问题,^[54] 就这些质量不明的司法解释“提取公因式”,不但无益于形成科学的规范体系,更可能导致对前述模式的整体背离。因此,《刑事诉讼法》再法典化的技术重点,应定位于协调法典与司法解释的关系,以为后续规范的整合与清理奠定基础。

在再法典化的过程中,需先以一定标准确定得由法典吸收整合的司法解释范围。司法解释应当符合“立法的目的、原则和原意”,即满足合法性和适当性的要求,^[55] 那么,能否直接以此作为前述标准?

就规范论而言,司法解释须合乎法律是不言自明的,但在立法论看来则未必如此。再法典化的目标是形成新的法典,既有法典对其仅有参考价值,并不构成限制,即便是目前存在合法性问题的司法解释,仍有上升为立法的可能。典型情况,一是司法解释涉及越权性违法,创设了法律有必要规定但未规定的制度。如根据《立法法》的权限设定,有关“法院、检察院的职权”“诉讼制度”的事项只能制定法律,而《刑诉规则》《刑诉法解释》却在法律之外规定了显属此类的公诉变更与追加、补充,构成越权性违法无虞。但鉴于公诉的客观性和效率性,这些规定又是符合诉讼规律、具有规范意义的,并非不能纳入法典。二是司法解释存在抵触性违法,但其规定较法律更为科学且更具实效。例如,《刑事诉讼法》规定了证人出庭的条件,按其原意,只有证人证言同时符合“有异议”“有影响”“有必要”的,证人才应当出庭作证。其中,“有必要”这

[52] 参见朱芸阳:“民法典抽象技术的逻辑与路径”,《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2016年第1期,第62—65页。

[53] 参见薛军:“中国民法典编纂:观念、愿景与思路”,《中国法学》2015年第4期,第50页。

[54] 参见全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室:《〈法规、司法解释备案审查工作办法〉导读》,中国民主法制出版社2020年版,第109页。

[55] 有观点认为司法解释还存在单独的合宪性要求。参见朱铮:“论对司法解释的合宪性审查”,《中外法学》2024年第2期,第505页。该文引用了笔者此前的文章,认为司法解释具有立法性质即说明司法解释存在违宪可能。不过,从该文所举司法解释创设醉酒驾驶与“同命不同价”条款的例证看,所谓司法解释的合宪性问题,其实都是司法解释越权性违法或抵触性违法所间接导致的,这在合法性层面就能得到解决,是否需要上升至合宪性层面讨论,不无疑问。

一条件赋予了法庭过大的裁量权,使得证人几乎在庭审中绝迹。为此,“两高三部”《关于推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的意见》直接删去了“有必要”,将证人出庭的条件缩减为“控辩一方有异议”“法院认为有影响”。该解释虽与法律存在不一致,但在落实人权保障与贯彻审判中心主义等诸多方面,后者均优于前者,故仍有为法典吸收的价值。

确定司法解释是否具有被法典吸收整合的资格,关键不在合法性,而在适当性。既然《刑事诉讼法》的再法典化要求对刑事诉讼规范体系进行全面整饬,那么就需要将所有适当规范都作为考察对象,而不必考虑其是否合法。质言之,在再法典化的过程中,既有法典和司法解释的规定,皆可视为潜在的立法资源,并无高低之分。对于司法解释的适当性判断可以直接参考《立法法》为法律法规设定的条件。根据立法机关工作部门的释义,法律法规“不适当”的情形包括:①要求公民、法人和其他组织执行的标准或者遵守的措施明显脱离实际;②要求公民、法人和其他组织履行的义务与其所享有的权利明显不平衡;③赋予国家机关的权力与要求其承担的义务明显不平衡;④对某种行为的处罚与该行为所应承担的责任明显不平衡。^[56]不难看出,这些均是手段与目的不成比例的情形。《法规、司法解释备案审查工作办法》第39条对此作了总结,其规定“实现立法目的所规定的手段与立法目的明显不匹配”的司法解释即“明显不适当”。^[57]手段与目的的适当性判断一般经由比例原则的审查实现,为筛选出适当的司法解释,可以引入比例原则的四阶审查模式细致考察。^[58]就结论而言,只有司法解释本身目的正当、采取的手段有助于目的实现、手段未超过必要限度、手段获得的目的利益小于其造成的损失,才具有适当性,得以作为再法典化吸收借鉴及“提取公因式”的对象。

此外,处理好法典与司法解释的关系,还有两个问题应予关注,一是法典编纂后的司法解释清理,二是法典施行后的司法解释制定。对于前者,可以借鉴民事领域的相关经验作出处理。在《民法典》编纂完成后,最高人民法院随即展开司法解释的集中清理工作。一方面,将主要内容已被吸收至法典的司法解释,予以废止;另一方面,对未被法典整合但仍有规范价值的司法解释,按照法典的新规定批量修改,使其继续发挥解释的作用。参照该做法,《刑事诉讼法》再法典化后的司法解释清理可作如下安排:对于统一规定,如《六机关规定》《刑诉规则》《刑诉法解释》等,因其主体部分已被纳入法典,故应集中废止;对于专门规定和个别规定,若主要内容已经入法的,则应废止,若未入法但仍有意义的,则应按法典作出修正。对于后者,应当严格执行《立法法》对司法解释的规定加以限制。符合法定要求的司法解释不会导致解法典化,之所以刑事诉讼领域出现“以规代法”的问题,主要原因是法条粗疏诱发的司法解释权滥用。

[56] 参见乔晓阳主编:《〈中华人民共和国立法法〉导读与释义》,中国民主法制出版社2015年版,第300页。

[57] 此外,本条涉及司法解释“明显不适当”的情形还有“明显违背社会主义核心价值观和公序良俗”“因现实情况发生重大变化而不宜继续施行”。就前者而言,核心价值观与公序良俗内含多元价值,产生违背的情况通常是价值权衡不当所致,这得在“目的一手段”范畴中讨论;对于后者,出现的原因大多源于价值取向的变动,某种程度上也可归于“目的一手段”比例失衡。

[58] 具体审查步骤,参见聂友伦:“论司法解释的行权规则”,《法学家》2023年第5期,第22—24页。

根据《立法法》第 119 条,司法解释“应当主要针对具体的法律条文”,按此规定,司法解释须依附于法条,通过法条的适用发挥作用,如此,便不至于造成架空法律的问题。如《刑法》亦有大量司法解释,但因其内容大都是针对条文概念的列举与阐述,司法机关直接适用的仍是法律条文,司法解释起到的仅是间接作用,故该领域并未发生明显的解法典化现象。反观刑事诉讼领域,因法条粗疏,多数司法解释皆无明确的解释对象,使得司法解释可在法律之外独立发挥作用,由此架空了法律。为防止《刑事诉讼法》再法典化后再次出现解法典化,可考虑禁止制定不针对法条的司法解释,确保法典得到直接实施。

四、再法典化语境下的刑事诉讼法修改

2023 年,随着《刑事诉讼法》以“条件比较成熟、任期内拟提请审议”的项目列入第十四届全国人大常委会立法规划,本法的再修改已是箭在弦上。作为法典化时代的首次修法,《刑事诉讼法》的修改不仅承载着党的十八大至今法治中国建设的成功经验,也寄托着面向第二个百年奋斗目标的法治现代化的美好愿景,意义重大。因此,本次修法不应局限于“小修小补”,而应站在再法典化的高度进行大刀阔斧的改造,只有这样才能因应解法典化的现实,改变长期存在的“以规代法”现象,使《刑事诉讼法》成为《民法典》那样的成熟法典。以下将基于前文讨论,扼要指出《刑事诉讼法》修改须重点关注的内容。

(一) 刑事诉讼法基本原则的重述

在法典整体基调大体定型的前提下,以再法典化为导向的《刑事诉讼法》修改,主要工作便是应用相关立法和编纂技术筛选有效规范、调整失当规则、新增所需制度、构建规范体系等。法典编纂活动看似路径清晰,实则难度不小,其原因之一在于价值尺度的不统一。价值集中由原则体现,原则体系构成了法典的价值体系,只有诉诸原则才能确保法律的纵向和横向一致性。正因如此,戈特弗里德·威廉·莱布尼茨(Gottfried Wilhelm Leibniz)认为,一旦基础性的法律原则得到确定,整个法律体系都可以被推导出来。^[59] 该观点虽无法证立,但其背后原则统摄规则的思想无疑是正确的,即,原则虽然不能推导出规则,但得以其价值取向限制规范内容、引导规制方向。申言之,若能预先明确刑事诉讼的基本原则以为参照,则后续法典的编纂工作必将事半功倍。

刑事诉讼包括哪些基本原则?虽然《刑事诉讼法》第一编第一章规定了“基本原则”,但就对应条款的内容而言,很难说皆有基本原则之性质。其一,本法第 3 条第 1 款公、检、法的职能分工,第 4 条国家安全机关的职权,第 9 条民族语言的使用及翻译,第 10 条两审终审制,第 13 条人民陪审员制,第 14 条权利保障与申诉控告,第 15 条“认罪认罚从宽”,第 16 条不追究刑事责任的情形及处理,第 17 条外国人犯罪的法律适用,第 18 条司法协助等,皆非所谓基本原则,

[59] 参见(美)罗杰·伯科威茨:《科学的馈赠——现代法律是如何演变为实在法的?》,田夫、徐丽丽译,法律出版社 2011 年版,第 34 页。

而是明显的共通规则。其二,本法第3条第2款严格遵守法定程序,第5条法院与检察院独立行使职权,第6条依靠群众、依法办事与法律适用平等虽有原则性质,但实际处于更高位阶,并非专门针对刑事诉讼的原则。严格意义上讲,在本法规定的“基本原则”中,只有“分工负责、互相制约、互相配合原则”(第7条)、“检察院法律监督原则”(第8条)、“审判公开原则与辩护原则”(第11条)、“未经人民法院依法判决不得确定有罪原则”(第12条)对刑事诉讼的整体构造与制度设置产生了特别的塑造性影响,具有基本原则的地位。除此以外,那些未经法律列举但又起着支撑刑事诉讼规范体系的基本原则还有许多,亟待挖掘发现和系统归纳。^[60] 其中一些重要的基本原则,略述如下。^[61]

全局性的基本原则,包括司法救济原则、无罪推定原则、有效辩护原则等。其一,司法救济原则是所有程序性权利的基础,其要求任何人都有在主观权利受侵害时获得司法机关有效救济的机会,这是刑事诉讼法作为人权保障法的基线。我国《刑事诉讼法》虽就一些程序事项赋予了诉讼主体申诉、控告、复议、上诉等救济权,但一方面并不完备(如对侦查措施、批捕决定的异议),另一方面则普遍缺乏必要的程序性后果,前者违反了救济途径保障有效性的要求,后者不符合权利保护有效性的标准。按照审判中心主义的精神,此处的司法救济通常特指法院的救济,尤其是对基本权的重大干预,如羁押、搜查、扣押等,均须法院审查以提供救济。其二,无罪推定原则作为正当程序的压舱石,其重要性无需赘言,但仍有规范上的争议需要澄清。有观点认为《刑事诉讼法》第12条明确了无罪推定,这是不准确的。^[62] 从立法史上看,“未经人民法院判决不得确定有罪”在1996年入法时,其目的仅在于通过明确审判机关的定罪权,巩固废除免于起诉制度的效果,一并防止类似制度死灰复燃,欠缺确立无罪推定原则的意思,因而须在法典中予以明确。其三,有效辩护原则旨在确保“有权获得辩护”这一宪法条款的实质落实。获得辩护权不仅赋予被追诉人自行或请人辩护的权利,更对获得辩护的有效性提出了要求。^[63] 目前实践中普遍存在的辩护走过场、辩护权行使受阻、值班律师见证人化、法律援助

[60] 一些域外国家并未在刑事诉讼法中专章规定基本原则,而是分散规定于宪法、刑事诉讼法等各处。如《德国基本法》第19条(基本权的司法救济)、第97条(法官独立行权与职业保障)、第101条(法定法官)、第103条(公平审判、罪刑法定、禁止双重处罚)、第104条(人身自由的特别保障)以及《德国刑事诉讼法》第151条(控诉原则)、第152条第1款(职权原则)与第2款(法定原则)、第226条第1款(直接原则)、第244条(调查原则)、第261条(言词原则)等。

[61] 下述刑事诉讼基本原则大都为各大国际人权公约所载明。如《联合国公民权利与政治权利公约》第14条,即规定了平等原则(第1款)、无罪推定(第2款)、获得辩护(第3b、3d款)、迅速审判(第3c款)、对质诘问(第3e款)、不得强迫自证其罪(第3g款)、禁止双重危险(第7款)等。通过修改《刑事诉讼法》将公约要求吸收进入内国法,有助于实现我国“在适当的时候批准该公约”的庄严承诺。参见(奥)曼弗雷德·诺瓦克:《〈公民权利和政治权利国际公约〉评注》,孙世彦、毕小青译,生活·读书·新知三联书店2008年版,前言第13页。

[62] 参见陈卫东:“刑事诉讼法治四十年:回顾与展望”,《政法论坛》2019年第6期,第20页。

[63] 参见熊秋红:“有效辩护、无效辩护的国际标准和本土化思考”,《中国刑事法杂志》2014年第6期,第129—131页。

律师强制替代委托律师等问题,均与该原则的缺位有关。

侦查的基本原则,包括职权启动原则、法律保留原则、侦查比例原则、侦查秘密原则等。其一,职权启动原则是规范侦查发动的原则,该原则要求侦查机关在犯罪发生且为其知悉后,迅速基于职权启动侦查程序,既不得拖延,也不得任意为不予侦查的处分。其二,法律保留原则系对侦查权的形式限制,属立法权对其他权力的制约,对于人权保障意义重大。^{〔64〕}根据法律保留原则,侦查机关不得以任何理由对任何人,执行法律无明确规定的干预处分。其三,侦查比例原则是指,侦查机关对犯罪嫌疑人采取的干预处分,应当有助于实现正当目的、有必要实施且损益相当,这是对侦查权的实质限制。侦查比例原则以往在立法上受到的重视不够,一些严厉的干预处分被规定了宽松的实施条件,对涉嫌轻微犯罪、社会危险性不高的犯罪嫌疑人亦可适用,须在修法时作出调整。其四,侦查秘密原则要求侦查机关对侦查获得的各类信息对外保密,这一方面是为防止犯罪嫌疑人及相关人员灭证、串供、逃跑或打击报复被害人、证人,另一方面更是出于保护犯罪嫌疑人名誉与隐私的需要。需要特别注意侦查秘密原则的适用范围,其强调的是对公众保密,而非对抗辩护律师以及检察官、法官的理由。

起诉的基本原则,包括控诉原则、法定原则等。控诉原则在起诉制度中居于核心地位,塑造了现代刑事诉讼控审分离的基本格局。控诉原则要求将国家刑罚权以请求权与决定权的形式分别赋予检察院、法院,由起诉拘束审判,确保权力相互制约的效果。这种制约有如下体现:一方面,法院审判仅得在检察院起诉后进行,且只能针对起诉书载明的事项展开,前者乃“不告不理”,后者为“诉审同一”;另一方面,法院对任何形式上有效的起诉均须作出处理,若案件程序要件欠缺无法实质审判的,则应以形式判决终结案件,若案件得为实质审判的,则应作出实体裁判。法定原则系控诉原则的配套,其要求检察院对侦查终结并达到起诉门槛的案件,一概提起公诉。如此安排是为了保证法院对定罪量刑之审判权的垄断。在控诉原则下,检察院无权决定有罪无罪、罪轻罪重,故而应将所有存在定罪可能性的案件交予法院审理。不过,就法定原则而言,目前受关注较多的是其例外,如出于诉讼经济、纠纷解决、社会关系恢复的考量,容许检察官对轻微案件作出不起诉处分等。

审判的基本原则,包括直接审理原则、言词辩论原则、集中速审原则等。其一,直接审理原则要求法院对犯罪事实认定,只能以直接所得的材料为依据。该原则包括两层内涵,一是审判的直接性,即在两造具备的情况下进行对席审判,二是证据调查的直接性,即当庭对案件证据展开质证与调查。直接审理原则是现代审判程序的建构基础,也是“以审判为中心”改革亟待推进的方向。^{〔65〕}其二,言词辩论原则是指,案件审理须经言词辩论程序,方可作出本案判决。

〔64〕 作为宪法层面的要求,检察机关、审判机关实施的基本权干预同样受法律保留的限制,对此亦可概称干预处分法定原则,但刑事诉讼中的干预处分主要是侦查机关实施的强制侦查与采取的强制措施。参见林钰雄:《干预处分与刑事证据》,北京大学出版社2010年版,第11—12页。

〔65〕 参见陈卫东:“直接言词原则:以审判为中心的逻辑展开与实现路径”,《法学论坛》2022年第6期,第79—80页。

基于审判程序的言词交互性质,为查明案件事实、正确适用法律,控辩双方的质证、辩论是不可或缺的。不过,该原则亦有例外,如对形式审查事项、上诉中的法律审及简化程序等,言词辩论可能缺乏必要。其三,集中速审原则要求案件得到尽可能密集且迅速的审理,防止破碎、延宕的庭审程序影响法庭调查的质量、平添当事人的诉累、造成司法资源的浪费等。由于价值取向基本没有外部矛盾,集中速审原则适用于所有的审理程序,任何违反该原则尤其是可能造成程序倒流的制度设置都应重点检视。此外,审判基本原则还有公平审判(统摄管辖制度、回避制度以及证据裁判制度)、公开审判(包括被动公开与主动公开)、调查原则(相对于民事诉讼中的处分原则)等。

(二) 刑事诉讼法重点问题的修正

为通过《刑事诉讼法》的修改实现再法典化,对分散的司法解释予以体系整合是不可或缺的。按照前文所述的技术路径,应先确定适当的司法解释,再对其展开“提取公因式”的操作,继而参照基本原则进行调整,最终完成类型化的安置。然而,仅靠将司法解释吸收入法的方式,充其量只能填补规范密度的不足,这虽在一定程度上能够化解解法典化的风险,但恐怕无法祛除既有的积习与弊病——司法解释是法律的延伸,而一旦法律存在问题,则其解释也难逃错误的结果。故除上述方式外,还应针对既有法典的不足之处作出修正。从基本原则以及诉讼法理、实践需求出发审视现行法律,不难发现其中许多制度都存在一些缺陷或短板。以下将基于刑事诉讼各制度板块的突出问题,扼要指出《刑事诉讼法》修改应予以考虑的重点内容。

第一,辩护制度。首先应扩大强制辩护的范围。对于认罪认罚的犯罪嫌疑人,若未聘请律师的,有必要为其指派法律援助律师,以保障认罪认罚的自愿性及具结书的真实性、合法性,实践中的值班律师难以实质性参与案件办理,无法有效承担该任务。^[66]与之相关,值班律师需要回归应急性法律帮助者的应然定位,为首次被采取强制措施犯罪嫌疑人提供急诊式的法律帮助,从而填补获得辩护权在侦查初期的空洞。^[67]其次,辩护律师的职权范围应有所扩张。一是阅卷权的行使须提前至审查逮捕阶段。鉴于逮捕与否对案件的后续走向影响甚巨,为平衡该阶段的控辩力量,亟需赋予律师阅卷权。二是明确讯问当事人时的律师在场权。律师在场既能防止不正讯问,亦可保证供述的自愿性,对于构建正当程序具有重要意义。出于稳妥之考虑,得先在可能判处无期徒刑或死刑的案件、未成年人案件中试行,至法典编纂时再予整体纳入。再次,创设无效辩护制度。目前刑事案件的辩护质量普遍堪忧,即便有律师(特别是法律援助律师)参与亦是如此。为强化辩护的实质性,就应当设置一定的底线标准,并配套规定相应后果,如程序上的重新审理、实体上的辩护责任等。

[66] 参见贾志强:“回归法律规范:刑事值班律师制度适用问题再反思”,《法学研究》2022年第1期,第129—131页。

[67] 参见顾永忠:“追根溯源:再论值班律师的应然定位”,《法学杂志》2018年第9期,第15—16页。

第二,强制措施。其一,限缩拘留时限。作为临时性的自由剥夺措施,我国拘留可持续的时间(37天)远超世界平均水平(2—4天),这严重背离了制度目的,应予大幅缩减。^[68]其二,废除指定居所监视居住。指定居所监视居住作为监视居住的补充,适用情形罕见、规范意义不足,且在实践中早已沦为规避监督的办案措施,应整体废弃为宜。其三,废止径行逮捕。所有逮捕均须以犯罪嫌疑人、被告人存在社会危险性为前提,而径行逮捕的笼统规定与此不合,应删除此种逮捕情形。^[69]其四,将逮捕的批准、决定权统一归口法院行使。由法院决定逮捕,既是落实司法救济原则的关键,也是“以审判为中心”改革的应有之义,更是世界范围内的通行做法(除了朝鲜、古巴等极个别例外)。需要注意,将检察院批捕权转由法院行使可能存在宪法障碍,但这并非没有解释空间,因为法院批捕对人权的保障程度,明显超过宪法设定的标准,反而更有助于实现人身自由条款的规范目的。^[70]其五,增加独立的羁押期限规定。现行法只规定了侦查羁押期限,起诉与审判中的羁押则附随于办案期限,“办多久关多久”的情况极为普遍,这不符合比例原则的要求。未来应当针对不同案件设定最长羁押期限,并规定常态化的羁押必要性审查(如每隔2个月),以保证羁押的正当性。其六,对于非羁押措施的执行,各地针对不同情况采取了一些配套性技术手段(如电子手环、电子围栏、非羁押码等),效果良好,对此有必要在法律中明确,以减少不必要的羁押。

第三,证据制度。首先,使用证据能力和证明力概念重述制度。当前法律和司法解释关于证据使用的表述,包括“应当予以排除”“不得作为定案根据”“可以作为证据使用”等,系基于难以规范的“三性说”作出的概括安排,这使得不同层次的问题被混为一谈,不利于制度的体系化。可以考虑区分证据的法律要求和事实要求,以证据能力和证明力为概念工具安置具体的证据规则和心证条款。其次,以法定证据方法替代证据种类作为制度基础。为规制证据使用,现行规范采取的是限定证据种类并明确各类证据审查规则之方案,其优势是简单明了、便于操作,劣势则是无法穷尽证据类型且易造成证据能力和证明力的混淆,阻碍证据制度的现代化。基于职权主义的刑事诉讼模式,采大陆法系国家通行的讯问、询问、鉴定、勘验、宣读五种证据方法,以法定方法规制证据使用,较继续补充证据种类并大规模引入当事人主义下证据规则的方案,可能更为适宜。^[71]再次,完善非法证据排除规则。除将司法解释中相关规定进一步扩充并上升为法律外,非法证据排除还须特别关注实物证据,如严格限制补正规则的适用、适当

[68] 1954年《中华人民共和国宪法(草案)》曾规定:“在紧急情况下临时拘留,至迟要在3日内得到法院或者检察长的批准,否则被拘留的人应得到释放。”本款之所以删去,可能主要是考虑到“城市不需要3天,偏远地方3天又不够”(邓小平语)。参见韩大元:《1954年宪法制定过程》,法律出版社2014年版,第292页。该理由现已不能成立,回归3天的期限较为适当。

[69] 参见陈卫东、崔鲲鹏:“逮捕措施适用条件反思与建构——从‘一般逮捕’与‘径行逮捕’展开”,《上海政法学院学报》2023年第5期,第30页。

[70] 参见张翔:“逮捕权配置与宪法相关条款的释义”,载《法制日报》2013年5月22日,第12版。

[71] 参见孙远:“论法定证据种类概念之无价值”,《当代法学》2014年第2期,第99—106页。

引入毒树之果规则等。同时,一些新型证据如人工智能、大数据证据的使用与排除,也有待将规则提炼后纳入规范体系。

第四,审前程序。首先,进一步限制侦查机关的权力。现行法虽对立案侦查权作了一些规制,但与法治发达国家相比仍有较大限缩空间。如立案前的初查环节,公安机关无权采取干预处分,对此应予明确。再如,侦查人员讯问犯罪嫌疑人时要求“如实回答”的规定,既不符合口供的自愿性原则(尤其会影响认罪认罚的正当性),也有违禁止自我归罪的精神,应当予以废除。还有,执行干预处分时,必须告知犯罪嫌疑人及其近亲属具体理由与救济途径。其次,强化检察机关的主导地位。作为法律监督暨公诉机关,检察院应在审前阶段发挥制约侦查、推进程序的关键作用。一方面,要充实侦查监督职能,增加对违法立案的监督纠正、对侦查措施的审查批准、对侦查活动的介入引导等;另一方面,要明确各类必要的诉讼职权,如受理与审查申诉后的处理权、适用认罪认罚制度的决定权、附带民事公益诉讼的起诉权等。在此处,还应注意附条件不起诉制度的扩充。进入轻罪时代,将刑事案件全部交由法院处理已无现实可能,必须构建层级化的审前转处体系,而附条件不起诉正是其中关键。将附条件不起诉的适用范围由未成年人案件扩张至所有可能判处一年有期徒刑以下刑罚的认罪认罚案件,是较为稳妥的方案。再次,适当引入审判机关的参与。法院在审前阶段的角色缺失,不仅背离了司法救济原则的基本要求,也不符合“三机关”互相制约(审判几乎无法制约侦查)的宪法精神。为深入推进“以审判为中心”改革,可考虑应将那些严重干预基本权的强制侦查措施,如搜查、扣押、查封、技术侦查等的决定权保留给法院行使。^[72]

第五,审判程序。其一,明确起诉的受理条件。对于诉讼要件,现行法仅要求“起诉书中有明确的指控犯罪事实”,这并不确切,应基于形式审查的要求予以补充。其二,赋予庭前会议程序效力。庭前会议是集中速审原则的制度保障,但因欠缺规范刚性,许多问题仍无法在庭前解决,对此可参考审理前整理程序^[73]对庭前会议加以改造,规定必要的程序后果,一并赋予被告人出席的权利。其三,强化法院的诉讼指挥权。如在规定检察机关有权申请变更、追加补充起诉的基础上,明确具体情形与法庭审查处理的职权。再如对扰乱法庭秩序的行为,相应罚则及程序须进一步细化。其四,完善庭审的流程设置。此处最明显的问题是宣读起诉书后公诉人对被告人的即行讯问,这实乃“被告客体主义”的残余,颠覆了控辩平等,必须作出调整。其五,修改证人出庭规则。证人出庭并非单纯的诉讼指挥事项,而是直接与被告人对质诘问权挂钩,属于基本权保护之范畴。^[74]以证言宣读替代证人出庭作证的做法,将损及对质诘问权的核心内涵,必须予以严格限制。应当明确,除客观上不能或被告人同意外,提供的证言与案件

[72] 参见闵春雷:“以审判为中心:内涵解读及实现路径”,《法律科学》2015年第3期,第42页。

[73] 参见田口守一,见前注[51],第352—369页。

[74] 参见张翔:“‘近亲属证人免于强制出庭’之合宪性限缩”,《华东政法大学学报》2016年第1期,第60—61页。

定罪量刑相关的证人必须出庭作证(视情况可允许远程视频作证或适用其他替代措施),否则排除其庭前证言。其六,规定二审必须开庭。刑事案件二审不开庭严重违反司法救济、有效辩护、直接言词等原则,实践争议极大、政策效果不佳,两审终审名存实亡,如今看来只能以立法作出强制要求。其七,限缩审判监督程序的适用。目前再审程序的制度设置不符合禁止双重危险的国际司法标准,有必要对不利于被告人的再审予以限制。其八,取消附带民事诉讼的赔偿范围限制。在《民法典》明确民、刑责任互相独立的背景下,将附带民事案件的判赔范围限定为物质损失已全无规范上的理由,必须作出修正。其九,关于在线庭审。考虑到程序公正性与结果重要性,将刑事庭审全部移至线上并不合适,^[75]但借助信息手段完成一些非必要当庭进行的程序事项有其容许性,可在法律修改中加以明确。

第六,特别程序。首先,新增涉案财物的追缴与处置程序。现行法就涉案财物处理的规制严重不足,极易造成对财产权的不当侵犯。可以考虑规定专门的审理程序,设置如公告、异议、调查、辩论、上诉等环节,由法院对涉案财物统一处理,同时一并将死亡型违法所得没收程序予以纳入。其次,归并外逃型缺席审判与逃匿型违法所得没收程序。这两类程序的核心规范目的均指向海外追逃追赃,涉及复杂的外交沟通与司法协助,在技术上合并规制较为适当。最后,废除刑事和解程序。从实践情况看,由于与附带民事诉讼的调解存在交叉,刑事和解的适用率较低,尤其在认罪认罚从宽制度全面实施后,基本已失独立价值。

五、结 语

“刑事诉讼法的法典化”之提出,意在通过法典编纂一揽子解决刑事诉讼规范体系存在的问题。这些问题不仅源自规范内容的缺陷,更在于规范本身的分散化与碎片化——司法解释几乎肢解了法律,公安司法人员直接按照所属部门出台的各类文件办案,以致《刑事诉讼法》沦为“剩余”乃至“悬置”的法律,丧失了作为行为依据的法治功能。刑事诉讼领域出现的这种特殊形态的解法典化,本质是一种反法治现象。为扭转现状,恢复法的权威性、维护法的安定性、重塑法的统一性、强化法的自主性,就需要对整个刑事诉讼法律部门展开再法典化操作:在宏观上,应当采取完全的再法典化方案,基于审判中心主义的指导思想构造法典的体系框架,以人权保障为基石观念确立法典的整体基调;在微观上,应当处理好既有法典和司法解释之间的关系,以适当性为标准筛选有效规范,继而应用“提取公因式”等立法技术和法典编纂技术构建新的法典。《刑事诉讼法》的第四次修改已经提上日程,欲使此次修法取得重大突破、实现立法质的飞跃,必须坚持再法典化的导向。在再法典化的语境下展开修法,宜先明确刑事诉讼的基本原则,再围绕这些原则推进编纂工作;同时,还应注

[75] 即便著名的在线司法鼓吹者对此亦留有余地。参见(英)理查德·萨斯坎德:《线上法院与未来司法》,何广越译,北京大学出版社2021年版,第106—107页。

重现行法存在的一些突出问题,有针对性地作出修正,最终完成刑事诉讼规范的汇集、整饬与体系化任务。

Abstract: The codification presupposes the absence of a unified code in a given field, making the notion of “codification of the Criminal Procedure Law” logically untenable. That being said, the issue of overly fragmented legislation, which codification aims to resolve, also exists in the field of criminal procedure. Judicial interpretation documents issued independently by public security and judicial organs have fragmented and hollowed out the Criminal Procedure Law, leading to a noticeable phenomenon of decodification. This has caused serious issues such as diminution of legal authority, erosion of legal stability, distortion of legal values, and weakening of the legal system. To address the situation of “regulations substituting for law”, restore the authority of law, maintain legal stability, reestablish legal unity, and enhance legal autonomy, a recodification of the existing normative system is necessary. Against the backdrop of the fourth amendment to the Criminal Procedure Law, it is essential to re-evaluate all existing regulations in the field of criminal procedure. Through appropriate models and techniques, one should refine and consolidate these regulations, and then compile them into a new, complete, and harmonious code. This task is a historical responsibility to be fulfilled in the era of codification.

Key Words: Criminal Procedure Law; Decodification; Recodification; Judicial Interpretation

(责任编辑:吴洪淇)