

## 刑事诉讼审前程序诉讼化研究

○ 胡志斌

(安徽农业大学 法学系, 安徽 合肥 230036)

[摘要]刑事诉讼审前程序诉讼化是保障人权、控辩平衡等诉讼理念的应然要求。基于不同的诉讼价值和诉讼结构模式,从理论上可以将刑事诉讼审前程序诉讼化界别为诉讼模式和准诉讼模式,准诉讼模式又可分为侦控机关系统内准诉讼和侦控机关系统外准诉讼两种形式。考察域外刑事诉讼审前程序诉讼化的构造,其诉讼模式较为明显。在我国,随着刑事诉讼法的嬗变,审前程序的准诉讼构造渐次明显,而诉讼模式的构造一直未能进入立法。基于中短期内我国宏观政治司法变化的有限性,审前程序诉讼化改造只能沿循准诉讼方向发展,诉讼模式暂不宜成为我国审前程序诉讼化的模式选择。

[关键词]刑事诉讼;审前程序;诉讼化;人权保障;控辩平衡;诉讼效益

纵观我国 1979 年以来的刑事诉讼制度的嬗变,程序诉讼化一直是条脉络。不论是审前程序,还是审判程序,都若隐若现地表达了立法者遵循诉讼化发展方向的理路。随着保障人权等刑事诉讼理念深入人心并日趋固化为人们评介刑事程序文明程度之尺寸,被公认为易发侵犯人权的审前程序的诉讼化改造,无疑具有彰显司法文明的积极意义。

### 一、刑事诉讼审前程序诉讼化的价值诉求

#### (一)保障人权

---

作者简介:胡志斌,安徽农业大学法学系副教授,法学博士。

人权是个具有政治、法律、社会等多重内涵的概念。它不是一个本体论问题,而是一个实体问题,因而人权只可能接受来自实践的批判。在现代刑事诉讼文明中,人权意识已上升至司法意识形态的高度。强调刑事诉讼的人权保障,其主流精神就是防止公权力走向恶政,<sup>[1]</sup>以正当程序保障私权诉讼主体的实体权益。在刑事诉讼中,人权保障的对象是谁,理论界的认识并不统一。有的学者认为刑事诉讼中人权的主体是全体公民,核心是犯罪嫌疑人、被告人。<sup>[2]</sup>而有的学者则认为刑事诉讼中的人权主体是诉讼参与人,特别是犯罪嫌疑人、被告人和被害人。<sup>[3]</sup>还有学者认为刑事诉讼中人权的主体是犯罪嫌疑人、被告人和被害人。<sup>[4]</sup>笔者探讨的是个具体的诉讼法治技术问题,保障人权问题需要置于一个具体诉讼程序即刑事诉讼审前程序之中,基于审前程序中侦控方与犯罪嫌疑人的对立,如无特别说明,本文所指涉的人权主体是犯罪嫌疑人。

现代刑事诉讼是一场国家和个人之间的权力与权利的博弈。在刑事诉讼审前程序中,国家可以凭借强大的侦控机关,动用强制性的侦查手段和强制措施来追究犯罪,这不仅使得犯罪嫌疑人难以与之抗衡,更危险的是,侦控机关可能会基于诉讼上的某种功利需求或者犯罪控制的非理性冲动,漠视人权保障。尽管现代刑事诉讼制度设计并没有将审前的侦查权、控诉权与犯罪嫌疑人的诉讼权利绝对地对立起来,并强调侦控机关有义务保护犯罪嫌疑人的正当权益。但在控制程序缺失或控制乏力的情况下,控辩双方诉讼角色的对立难免会趋导侦控机关走向人权保障的反面。正如有的学者所言:“国家权力既是个人权利的保护神,又是个人权利的最大、最危险侵害者。”<sup>[5]</sup>要保证个人权利不受国家权力侵害,对权力的程序控制是关键所在。在司法实践中,“发生错案的起始原因是公民个人的人身自由未能都得到程序法的有效保障。”<sup>[6]</sup>因此,要防范侦控机关在刑事诉讼审前程序中的侵权行为,就应当对审前程序进行合理的诉讼化设计,以第三方的适度介入,抑制程序性诉讼权力的不当行使。

## (二)控辩平衡

现代法治国家强调刑事诉讼中的控辩平衡,“实质是要实现个人权利与国家权力的平衡。”<sup>[7]</sup>控辩关系的定位取决于国家治理犯罪的政治司法态度,并与保障人权理念呈正向关系,即人权保障意欲愈强,控辩力量愈趋于平衡,犯罪嫌疑人、被告人参与诉讼的广度和深度会更大、更广。所以,控辩平衡的重心在于保障和强化辩方的防御能力,以免诉讼结构发生倾斜或失衡。<sup>[8]</sup>基于对控辩平衡价值的青睐和求索,实行当事人主义诉讼构造的英美法系国家更是将程序正当置于整个诉讼程序设计优先坚持的诉讼理念。尽管大陆法系国家传统上奉行职权主义的诉讼模式,但随着人权理念在刑事诉讼中的深化,它们也在借鉴英美法系国家程序正当的合理内核,控辩平衡的结构渐次强化。

控辩力量的平衡不只是审判程序的内在要求,它也需要在审前程序中予以适度的表达。其中,审前程序的诉讼化构造便是重要的表达方式。由于侦控机关与被追究者诉讼力量的天然悬殊,对侦控机关影响犯罪嫌疑人权益的程序性

决定进行诉讼化的构造,无疑会在侦控机关追究犯罪的流程中增加了一道“跨栏”或“减速器”,以缓冲其权力的“惯性”,使控辩双方诉讼力量趋衡或平衡,这样既可以彰显刑事司法的谦抑性,也能够为犯罪嫌疑人提供更多的维权或话语机会,同时还能够保证审前诉讼的质量。

### (三) 诉讼效益

诉讼效益,有的学者又称之为诉讼效率。<sup>[9]</sup>在传统的法学意识形态中,效益并没有法哲学价值。但是,随着20世纪70年代以波斯纳为代表的经济分析法学派的崛起,效益问题逐渐被人们所重视,<sup>[10]</sup>“以效益作为法律分配权利和义务的标准开始溶入到现代立法精神之中。”<sup>[11]</sup>具体到司法领域,由于“司法资源是有限财”,<sup>[12]</sup>为此,应当保证司法资源“能在最少阻碍和浪费条件下尽可能多地给予公众的满足。”<sup>[13]</sup>需要指出的是,立足中国的政治和法治国情,诉讼效益除了经济学意义上的司法效益(或司法效率)内涵外,还包括司法的政治效益和社会效益之价值诉求,即当下中国司法管理者强调的司法要实现法律效果、政治效果和社会效果的统一。

“诉讼效益要求诉讼方式的经济性选择”,<sup>[14]</sup>所以,在刑事诉讼审前程序中,关乎当事人权益的决策机制除了应当考虑控辩平衡和保障人权的价值诉求,还应当兼顾诉讼效益理念的融入。为统筹这三种诉讼价值,审前程序诉讼化无疑是个较好的策略选择。诉讼化的审前程序决策机制不仅有益于保障人权和控辩平衡,而且因为有了第三者的参与和监督,审前程序决策质量也会大为提高,从而可以有效避免因审前决策的瑕疵而造成的程序反复和时滞,这无疑有益于保证司法效率和司法的法律效果。正如波斯纳所言:“司法程序的目标从经济上看是为了减少错误判决的代价和直接的程序代价。”<sup>[15]</sup>但值得注意的是,过多的诉讼化结构必然会使审前程序的繁文缛节增多,司法的法律效果毋庸置疑,但司法的政治治罪效果和社会效果会因此而下降。

所以,诉讼效益既是刑事诉讼审前程序诉讼化的价值目标,也是审前程序诉讼化模式选择时应考虑的重要因素。

## 二、刑事诉讼审前程序诉讼化的构造模式

根据审前程序诉讼化结构中的第三方即“裁判方”组织性质及其与侦控机关的关系,可以将其分为诉讼和准诉讼两种模式,不同的构造模式体现出立法者不同的诉讼价值取向或价值偏好。

### (一) 诉讼模式

审前程序之诉讼模式的核心是将法院作为审前程序诉讼化结构中的裁判方,这是一种严格意义上的审前程序诉讼化构造。这种模式的突出优点在于:首先,它将关乎犯罪嫌疑人合法权益的程序性决定纳入司法审查的范围,从而更有利于保障人权诉讼价值的实现。其次,因审前程序性决定有了法院的司法审查,不仅可以防范侦控机关的恣意性行为,使控辩双方的力量差距趋小,从而有益于

控辩平衡价值诉求的实现。再次,审前程序的诉讼构造还有益于提高审前的诉讼质量或司法的法律效果。但审前程序诉讼模式也有其弊端,第一,要彰显上述优点,必然要求审前程序诉讼模式的最大化,而这对于诉讼效益的价值诉求来说,又会适得其反。第二,法院过多、过早的介入审前程序,容易使其形成先入为主的偏见,从而影响审判阶段的公正裁判,除非审前程序司法审查的法院与审判阶段的法院是彼此独立的,但这并非任何一个国家的司法体制或宪政体制都能予以认同。

## (二)准诉讼模式

在审前程序的准诉讼模式中,“裁判方”并非法院,而是与侦控方具有一定组织关系的其他机构或者没有组织关系的其他法定主体。根据“裁判方”的组织性质及其与侦控机关的关系,可以将准诉讼模式分为侦控机关系统内“准诉讼”(下文简称:系统内“准诉讼”)和侦控机关系统外“准诉讼”(下文简称:系统外“准诉讼”)两种形式。

1. 系统内“准诉讼”。<sup>[16]</sup>这种审前程序诉讼化模式是指在审前程序中,侦控机关意欲对犯罪嫌疑人采取逮捕等强制性措施或者对其财产采取查封、扣押等侦查措施,以及侦控机关的其他诉讼活动可能会影响到当事人尤其是犯罪嫌疑人人身、财产等合法权益或诉讼权利时,依法由上一级侦控机关或者其内部的其他机构“居间”依法进行审查,以决定是否采取相应的措施或行为。很显然,系统内“准诉讼”是由侦控机关、犯罪嫌疑人、上级侦控机关或者其内设的其他机构三方构成的诉讼化结构,三者分别相当于控诉方、辩护方、裁判方位置。这种诉讼化结构为犯罪嫌疑人人权保障提供了可能,保障人权的实然性及其程度还要取决于三方构造中各方关系的松弛程度,尤其是处于辩护方的嫌疑人话语权的大小。据此,可以将系统内“准诉讼”又分为弱性系统内“准诉讼”和强性系统内“准诉讼”。前者是指系统内上级侦控机关或者其内设的其他机构对于侦控者报请的对犯罪嫌疑人采取强制措施等审前诉讼行为,一般仅通过书面审查的方式作出决定,无需听取犯罪嫌疑人及其委托的人的意见。而后者的上级侦控机关或者其内设的其他机构作出决定前,需要依法听取侦控者和犯罪嫌疑人的意见。从理论上讲,后者的诉讼化色彩更浓,但是,在立法上究竟采用哪种形式,通常取决于一个国家诉讼结构模式和某一时期的刑事司法政策。

事实上,两种不同形式的系统内“准诉讼”,各有其优点和不足。就弱性系统内“准诉讼”而言,其优点在于诉讼效益较高,不仅可以节约司法资源,突显司法经济效益,而且还能够实现“从快打击犯罪”的司法效应。但其弊端也是显而易见的,首先,“裁判方”没有充分地听犯罪嫌疑人及其辩护人的意见,容易“偏信”侦控方的单面之词,从而淡化甚至忽略了犯罪嫌疑人人权的保护,使得三方诉讼化结构形同虚设。其次,弱性系统内“准诉讼”难以将控辩平衡诉讼原理的内在要求有效地表达出来,致使这种诉讼化结构呈现出“倒三角形”的样态,似有上下级侦控机关或者侦控机关的“兄弟机构”联手对付嫌疑人的姿态。强性

系统内“准诉讼”的优点在于:它能够在一定程度上尊重犯罪嫌疑人的人权和诉讼话语权,并有缓和控辩对抗的表象,同时也有益于防范审前程序性决策的失误。但强制性系统内“准诉讼”也有其弊端,它不仅容易延长审前阶段的诉讼周期,降低司法效率,影响刑事诉讼的政治效果和社会效果。

2. 系统外“准诉讼”。这种审前程序“准诉讼”模式是指在审前程序中,侦查机关的诉讼行为影响或可能影响到犯罪嫌疑人的人身、财产以及其他合法权益时,由系统外的其他国家机关“居间”决定是否可以实施该行为。和系统内“准诉讼”模式不同的是,系统外“准诉讼”中的“裁判方”不是侦查机关的上级机关或其内设的其他机构,而是侦查机关之外的其他诉讼主体。

按照系统外“准诉讼”中诉讼化程度的强弱不同,可以将其分为强制性系统外“准诉讼”和弱性系统外“准诉讼”。前者是指侦查机关意欲对犯罪嫌疑人采取强制性措施、侦查措施或者实施其他关涉犯罪嫌疑人权益的行为前,由侦查机关以外的其他组织依法在控辩双方都在场的情况下,类似法院开庭审理案件的形式,通过双方举证、质证和辩论,依法决定是否准许侦查机关实施该行为。强制性系统外“准诉讼”程序主要适用于犯罪嫌疑人人身自由权等基本权利的程序性剥夺和限制问题,较好地体现了对犯罪嫌疑人人权的充分尊重和保障。当然,这种“准诉讼”模式因偏重犯罪嫌疑人人权保障,在特定时期难以体现国家从快打击犯罪的政治需求,并在保护被害人权益方面表现出一定的犹豫和时滞,因而难以实现诉讼效益的最大化。

弱性系统外“准诉讼”是指侦查机关拟采取强制性措施、侦查措施或者实施其他影响犯罪嫌疑人权益的行为时,“裁判方”通过阅读卷宗、会见犯罪嫌疑人、听取侦查机关以及辩护人意见等,依法对某种程序性问题作出判断。这种“准诉讼”模式既体现了人权保障、控辩平衡诉讼理念的要求,又表现出一定的快捷性,能够较好地兼顾诉讼效益之价值诉求。但这种看似“折衷主义”的诉讼化构造模式也有其固有的弊端,特别是在“裁判方”和侦查机关存在法定配合关系时,彼此之间诉讼行为的“友情”互认,容易使这种“准诉讼”程序被虚置。

较之系统内“准诉讼”,系统外“准诉讼”的进步价值在于它在很大程度上可以减少“准诉讼”中官官相护或诉讼自洽的可能性,审前程序的诉讼化程度更深了一步。但不可否认,系统外“准诉讼”使侦查程序因系统外的第三者介入,不仅容易迟滞,而且也容易因侦查方与“裁判方”在事实和法律认定上的分歧,造成打击犯罪力量的分散,这显然与诉讼效益的价值诉求不相吻合。再有,如果侦查方与“裁判方”存在法定的诉讼配合关系,系统外“准诉讼”模式相对于强制性系统内“准诉讼”,其进步性则明显甚微。

### 三、域外刑事诉讼审前程序诉讼化的评介

虽然刑事诉讼审前程序的设计受一个国家法治意识形态等因素的影响,具有一定的地域性、政治性和民族性。但是,在保障人权、控辩平衡和诉讼效益的

价值诉求上都有着或多或少的共同取向。考察域外法治较为成熟国家刑事诉讼审前程序的诉讼化构造模式,有益于我们更理性地认识审前程序诉讼化问题。

### (一) 剥夺或限制人身自由的诉讼化程序构造

在英国和美国,对犯罪嫌疑人人身自由在审前程序中的剥夺分为逮捕和逮捕后的羁押两种,逮捕又分为有证逮捕和无证逮捕。对于有证逮捕,两个国家的法律都规定必须由法官签发,而且通常需要举行听证会,是一种较典型的诉讼模式构造。对于无证逮捕,两国规定也具有共似性,主要适用于嫌疑人的罪行过于严重且情况比较紧急,逮捕由侦查机关自行决定。在英国,对于无证逮捕的,羁押期限不得超过36小时。期间届满,需要继续羁押犯罪嫌疑人的,必须向治安法院申请签发“进一步羁押的令状”,一般要举行听证,警察与犯罪嫌疑人都必须参加,并可以相互举证和辩论。为体现控辩平衡,对于特殊困难的犯罪嫌疑人,还可以获得治安法院指定的免费律师服务。在美国,对于无证逮捕之后,警察机关应当向法官提出羁押申请,而且也需要举行听证。<sup>[17]</sup>可见,对于无证逮捕之后的羁押问题,英美两国的诉讼程序规定也都实行诉讼模式的构造。

在法国,按照司法警察的法定职权,如果需要在刑事诉讼程序未正式启动之前传唤和拘留犯罪嫌疑人,需要获得检察官的批准,显然,这是一种“准诉讼”的审前程序诉讼化构造。而在侦查程序正式开始后,如果需要对嫌疑人采取人身强制性措施,侦办警察应向预审法官提出书面请求,由预审法官自行决定对嫌疑人采取强制措施,并由警察予以执行,<sup>[18]</sup>表现出诉讼模式的审前程序构造。在德国,在侦查程序中,除非遇紧急情况,对犯罪嫌疑人决定拘留、羁押、主持宣誓、检查身体、抽检血液以及暂时收容观察等强制性措施,必须获得法官的认可或同意。<sup>[19]</sup>在意大利,也有类似的规定,在提起刑事诉讼之前,对于强制性措施的适用、撤销以及执行方式的变更等由负责初步侦查的法官作出。<sup>[20]</sup>可见,德国和意大利两国的审前羁押或人身限制程序也实行诉讼模式的构造。在比利时,针对正在实施犯罪的人,警察拥有即时逮捕的权力,不实行诉讼化的构造。而对于其他嫌犯需要逮捕的,需要报检察官批准,表现出弱性系统外“准诉讼”的特点。如果羁押时间超过24小时的,还必须由检察官再报预审法官决定,预审法官决定前必须审问被告,以决定应否签发羁押令。<sup>[21]</sup>这种规定又表现出诉讼模式的构造。在葡萄牙,其规定与比利时基本相同,只是规定逮捕超过48小时的,才由法官审查批准。<sup>[22]</sup>

在俄罗斯,对于一般性的刑事犯罪案件,审前对犯罪嫌疑人羁押或人身自由限制表现为弱性系统外“准诉讼”模式,即侦查人员和调查人员需要剥夺或限制嫌疑人自由的,应当与检察长协商,并获得认可。而对于法定的侦查行为(主要是针对非常严重的刑事犯罪),如果剥夺或限制犯罪嫌疑人人身自由的,由法院审查决定,即采用诉讼模式。另外,法律还规定犯罪嫌疑人、辩护人等对羁押和延长羁押的决定不服,可以向羁押地法院申诉。<sup>[23]</sup>

### (二) 搜查和扣押行为诉讼化的构造

在国外,搜查和扣押多采用诉讼模式。在美国,侦查人员采用有证搜查的,必须经过中立的司法官事前批准并签发搜查证。英国同样如此,警察需要入户搜查的,必须要向治安法官提出申请,获得搜查令状后,方可进入某人住处进行搜查。<sup>[24]</sup>在法国,警察入户搜查和扣押相关物品以及邮件也必须有预审法官的授权。<sup>[25]</sup>意大利不仅规定了扣押的司法批准程序,而且还规定了对扣押物的查封、保管、开拆、期限、返还等申请复查、上诉等救济程序。<sup>[26]</sup>在比利时,搜查和扣押如果是在公共场所,可以由警察依职权或者按照检察官的指令进行。但如果在私人处所进行,只能根据预审法官签发的命令进行。对于邮件的查扣,比利时法律规定只有经过预审法官的命令才能作出。<sup>[27]</sup>在俄罗斯,侦查过程中不经过住户同意勘验住宅、在住宅里进行搜查和提取、提取物品和含有关于在银行和其他信贷机构的存款和账户信息的文件、扣押邮件和在邮件机构提取邮件、扣押财产等,均应当经检察长同意后向法院提出申请,由法院作出决定才可以进行。<sup>[28]</sup>

### (三) 请求起诉或起诉程序的诉讼化模式

国外关于审前起诉程序或侦查机关请求起诉程序的诉讼化设计并不一致,有的国家采取弱性系统外“准诉讼”的构造模式,并辅以诉讼模式作为救济性的手段,如英国、美国、德国和日本等。而有的采用强制系统外“准诉讼”构造模式,如意大利、俄罗斯等。在英国,对于检察官决定不起诉的案件,警察只能将其撤销。对于需要补充证据的案件,检察官则可以要求警察补充调查证据,直至满足检察官的要求为止。在美国,不仅控辩双方的辩诉交易合法化,<sup>[29]</sup>而且也不乏法官的介入。虽然《美国联邦刑事诉讼规则》禁止法官参与辩诉交易。但在有些州,法官参与辩诉交易甚至已经制度化,表现出诉讼模式的特征。法官介入辩诉交易的目的在于使被告人获得平等的协商机会以及将来在全面认定事实的基础上对被告人判处适当的刑罚等。<sup>[30]</sup>在德国,如果检察官决定中止诉讼,被害人有权将检察官作出的决定提交中立法庭审查是否应当起诉,以此对被害人控诉性权利的承认和保护。<sup>[31]</sup>在日本,对于《刑法》第193条至196条(滥用职权)和《防止破坏活动法》第45条(警察调查官滥用职权)犯罪的人,如果检察官决定不起诉,受害方可请求地方法院依法确定是否交付法院审判。为了体现控辩平衡,日本刑事诉讼法规定了证据展示制度,<sup>[32]</sup>要求控方应将起诉的证据在审前提交辩方,以便于有针对性辩护。在意大利,对于告诉才追诉的案件,检察官需同时传唤告诉人和被告诉人到场,同时通知他们可以要求律师到场。<sup>[33]</sup>在俄罗斯,在决定终结侦查进入起诉程序时,侦查人员应当告知刑事被告人有权请求进行是否起诉的审前听证,听证由检察机关主持。决定起诉后,侦查人员在起诉书上签字后,再提交检察长进行审查。<sup>[34]</sup>

## 四、我国 2012 年刑诉法修改前刑事诉讼审前程序诉讼化的嬗变

新中国成立后的近 30 年,我国没有制定刑事诉讼法典。有学者认为此时的“刑事诉讼带有明显的行政性治罪活动,而不具有‘诉讼’的性质。”<sup>[35]</sup>也就是

说,在1979年第一部刑事诉讼法典颁布前,我国刑事诉讼审前程序基本上不存在诉讼化的构造模式。

1979年的刑事诉讼法典作为新中国成立之后的第一部诉讼法典,不论在审前程序还是在审判程序中,诉讼化的因素都有所体现。就审前程序而言,诉讼化主要表现在以下几个诉讼程序或诉讼环节中:

第一,逮捕措施适用的诉讼化构造。逮捕的批准程序在承袭50年代一度实行的由检察机关批准的弱性系统外“准诉讼”模式基础上,增加了对县级以上人大代表逮捕程序的弱性系统外“准诉讼”构造。按照1982年《宪法》和1979年《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》的规定,对县级以上人大代表的逮捕必须经过该级人大主席团或人大常委会批准。

第二,侦查措施适用中的诉讼化表现。按照1979年刑事诉讼法的规定,多数侦查措施由侦查机关自行决定,不具备三方诉讼化的形式。但也有个别侦查措施的适用表现出弱性系统内“准诉讼”结构。例如,“侦查机关进行侦查实验,必须经过公安机关负责人批准”;“发布通缉令,超出自己管辖的地区应当报请有权决定的上级机关发布”;“侦查人员认为需要扣押被告人的邮件、电报的时候,经公安机关批准”等。

第三,侦查期间延长的诉讼化设计。侦查羁押期间的延长意味着人权保障和诉讼效益价值诉求的弱化,为此,审前程序对侦查羁押期间延长的程序性决定实行弱性系统外“准诉讼”模式设计。按照1979年《刑事诉讼法》第92条的规定:“对被告人在侦查中的羁押期限不得超过两个月。案情复杂、期限届满不能终结的案件,可以经上一级人民检察院批准延长一个月……。”

第四,审查起诉的诉讼化构造。按照1979年刑事诉讼法第98条的规定,“人民检察院审查案件,应当讯问被告人。”但法律并没有要求侦查人员到场“对簿公堂”,所以,侦查机关追诉犯罪的角度,审查起诉属于一种弱性系统外“准诉讼”结构。另外,检察院作出不起诉的决定,意味着检察机关支持或保护了犯罪嫌疑方的人权,但这无形中又与侦查方或被害方在不起诉问题上形成了对立,为此,刑事诉讼法第102条至104条规定,公安机关不服的,“可以向上一级人民检察院提请复核”;被害人不服的,“可以向检察院申诉”。可见,在是否起诉问题上,立法表现出弱性系统内“准诉讼”的结构。

与1979年刑事诉讼法相比,1996年修改的刑事诉讼法在整体上强化了保障人权、控辩平衡、诉讼效益等诉讼理念,但审前程序诉讼化的进步并不明显,除保留了1979年刑事诉讼法中原有的诉讼化构造外,仅在审查起诉程序中强化了系统外“准诉讼”的构造,即在原来的“人民检察院审查案件,应当讯问被告人”规定的基础上,增加了“听取被害人和犯罪嫌疑人、被害人委托的人的意见。”

## 五、我国2012年刑诉法修改中审前程序诉讼化的表现

2012年刑事诉讼法典修改在继承1996年刑事诉讼法典中审前程序诉讼化

结构的基础上,对强制性措施、侦查措施、证据审查、审查起诉等程序性决定强化了诉讼化构造。

第一,强制性措施适用的诉讼化程度加强。首先,在监视居住适用的诉讼化方面,2012年修改后的刑事诉讼法不仅对适用条件、执行场所等事宜作出了更加全面细致的规定,而且在第73条增加了“侦查机关改变可能对犯罪嫌疑人不利的法定执行场所,必须经过上级机关批准”的规定,这使得监视居住的适用具有了弱性系统内“准诉讼”结构。其次,在逮捕强制措施适用上,突出了强性系统外“准诉讼”的结构。一是检察院审查批准逮捕的诉讼化因素增多,修改后刑事诉讼法86条规定:“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。”二是逮捕措施执行的诉讼化。修改后刑事诉讼法第93条:“犯罪嫌疑人、被告人被逮捕后,人民检察院仍应当对羁押的必要性进行审查。”逮捕程序的诉讼化构造的强化,不仅有利于保障犯罪嫌疑人人权,而且也体现了控辩平衡。

第二,侦查措施适用及其监督程序的诉讼化。一是立法新增加的技术侦查手段采取了弱性系统内“准诉讼”的构造模式,即必须要经过严格的内部审批。二是规定了弱性系统内“准诉讼”的警察卧底侦查措施的适用程序,即该项侦查手段的适用必须经过公安机关负责人决定。三是规定了对侦查机关侦查行为或者手段的诉讼化的监督机制。例如,修改后的刑事诉讼法第47条规定:“辩护人、诉讼代理人认为公安机关……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。”第115条还规定了当事人及其辩护律师、诉讼代理人对侦查机关“对与案件无关的财物采取查封、扣押、冻结措施”和“应当解除查封、扣押、冻结不解除”的侦查行为,可以向检察院申诉。这些规定均体现了弱性系统外“准诉讼”构造理念。

第三,证据行为的诉讼化得以确立。2012年修改后的刑事诉讼法第55条规定:“人民检察院接到报案、控告、举报或者发现侦查人员以非法方法收集证据的,应当进行调查核实,对于确有以非法方法收集证据情形的,应当提出纠正意见。”显然,这是一种弱性系统外“准诉讼”的证据监督程序机制。

第四,审查起诉的诉讼化更加突出。2012年修改后的刑事诉讼法第170条规定:“人民检察院审查案件,应当讯问犯罪嫌疑人,听取辩护人、被害人及其诉讼代理人的意见,并记录在案。辩护人、被害人及其诉讼代理人提出书面意见的,应当附卷。”与1996年修改的刑事诉讼法相比,该项规定强化了检察院讯问犯罪嫌疑人和听取有关人员意见的程序要求,即诉讼参与人的意见应当记录在案。这种修改使得有关审查起诉的强性系统外“准诉讼”构造更加突出,从而有利于增强控辩平衡和提高公诉质量。

## 六、我国刑事诉讼审前程序诉讼化的未来发展

尽管经过2012年刑事诉讼法典的再修改,我国刑事诉讼审前程序诉讼化构

造得到了强化,但仍存在一些诉讼化不足的程序环节。在我国刑事诉讼法难以建构起审判对侦查活动正当化倒逼机制的情况下,<sup>[36]</sup>强化审前程序准诉讼构造尤显必要。

### (一) 审前程序诉讼化未来发展的中国语境

从理论上讲,审前程序诉讼化只要采用诉讼模式或者诉讼化程度稍低一些的非强制性系统外“准诉讼”构造模式,控辩平衡、人权保障的价值目标便可实现,但完全的或者单一的诉讼模式或者非强制性系统外“准诉讼”容易降低甚至牺牲诉讼效益。鉴于我国刑事侦查能力和诉讼资源的有限,不可能对所有的审前程序进行诉讼化改造。否则,既无法缓解当下“案多人少”的司法供求矛盾,也难以适应公众对公安司法机关快速治罪的普遍心理期待。

审前程序诉讼化模式的选择是由治罪的正当性、谦抑性、政治性、时代性、和可行性等综合因素而定的,而且这些属性之间还具有一定的排斥关系,如果过于强调审前程序的正当性和谦抑性,可能会牺牲治罪的政治性,并难以回应刑事诉讼的时代性需求。所以进行审前程序诉讼化的改造,应当要有应时应景的决策考量。正如张文显教授所说:“法律制度进步的最明显标志,就是其目的价值顺应时代发展而与时俱进地合理调整。”<sup>[37]</sup>

另外,审前程序的诉讼化改造还需要处理好内生和外引的关系,“应当在强调自我或本土的经验基础的同时,也强调他者或域外的经验以及双方的互动关系。”<sup>[38]</sup>尤其是在我国法治正在从以偏重于学习和借鉴西方法律制度和理论为取向的追仿型法治进路,转向以适应中国具体国情、解决中国实际问题为基本目标的背景下,<sup>[39]</sup>更应当立足中国刑事司法的内外机理之需求,进行自身的审前程序诉讼化构造,而不应当盲目地移植司法环境和诉讼制度生成背景有别于中国的域外实践。尽管国外审前程序诉讼化的构造多采用诉讼模式,但并非都符合中国国情,例如,基于中国对检察院司法机关和法律监督机关性质的广泛认同,在逮捕措施的适用上,机械地效仿西方一些国家由法院决定逮捕的体例并不符合中国的宪政体制。

总之,“基于对中短期内宏观政治司法变化的有限性尤其是政治发展方向的判断”,<sup>[40]</sup>中国未来的刑事诉讼审前程序诉讼化改造难以在诉讼模式上有所突破,而只能在“准诉讼”模式上予以强化或完善。

### (二) 审前程序诉讼化未来发展的重点

基于惩罚犯罪与保障人权、程序公正与诉讼效益的统筹考量,我国审前程序诉讼化改造的重点应当是影响诉讼参与人尤其是犯罪嫌疑人的人身自由、财产权益以及个人隐私等基础性人权的程序决定。具体而言,在审前的侦查、审查起诉等阶段中,只要涉及诉讼当事人人身权益、财产权益的剥夺与限制的强制措施、侦查手段、证据行为、审查起诉等程序性决定,不管其性质如何,都应当纳入诉讼化的范畴,至于采用系统内“准诉讼”还是采用系统外“准诉讼”模式以及具体的构造形式,应当根据具体审前程序环节对诉讼参与人权益影响的程度以及

保障人权、控辩平衡和诉讼效益的现实需要而设定。

### (三) 审前程序诉讼化的未来样态

立足当代中国法治话语体系,中国未来刑事诉讼审前程序诉讼化发展的理想目标应当是强性系统内“准诉讼”与强性系统外“准诉讼”两种样态。

就强性系统内“准诉讼”而言,主要针对侦查机关、检察机关关涉当事人短期人身自由、财产权益、程序异议(如回避等)、审查起诉等程序性构造。其中,短期人身自由包括拘传、取保候审、监视居住、拘留、搜查、人身检查、技术侦查等。对这些审前程序环节,实行强性系统内“准诉讼”构造的理由在于:首先,如果实行系统外“准诉讼”,诉讼环节必然会增多,诉讼周期也因此会有所延长,容易坐失侦查犯罪的良机。其次,追求打击犯罪的高效率也是司法管理者和社会公众对公安司法机关的普遍期待。实行强性而非弱性系统内“准诉讼”,其根本目的就是要克服弱性系统内“准诉讼”更容易流于形式的弊端。强性系统内“准诉讼”的基本要求是:第一,作为决策者的上级机关或本单位领导或专门内设机构针对侦查或起诉机关的请求或意见,不仅应当全面阅卷,除紧急情况外,必要时还应当接触诉讼参与人及其委托的人,听取他们意见,并记录在案。第二,应当建立决策者的错案追究责任制,以强化其作为“裁判者”的职责。

在未来的发展中,强性系统外“准诉讼”主要针对审前程序中公安机关逮捕措施的适用,<sup>[41]</sup>包括逮捕的决定和逮捕后的必要性审查。基本要求是:第一,在参与性和参与方式上,要保证可能受到逮捕决定直接影响的主体能够参与到决定过程中,并以控诉、辩护、审判三方俱在的形式予以决定,比照英美国家的逮捕羁押的听证程序,在我国逮捕决定过程中(危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪、毒品犯罪等案件除外),要给予侦查方和被追诉者双方充分辩论互动的机会;第二,在意见回应机制方面,作为逮捕决定的检察机关,在批准逮捕决定书中应充分说明理由,尤其是辩护方意见不被采纳的理由。

### 注释:

[1] 徐显明:《人权研究》,山东人民出版社,2002年,第2页。

[2] 龙宗智、杨建广:《刑事诉讼法学》,高等教育出版社,2003年,第67页。

[3] 陈光中、徐静村:《刑事诉讼法学》,中国政法大学出版社,2010年,第36页。

[4] 谭世贵:《刑事诉讼法学》,法律出版社,2009年,第18页。

[5] 刘军宁等:《市场逻辑与国家观念》,三联书店,1995年,第2页。

[6] 孙长永:《比较法视野中的刑事强制措施》,《法学研究》2005年第1期。

[7] 王圣扬:《控辩平衡原理与我国刑事诉讼法再修改》,陈光中等:《诉讼理论与实践:司法理念与三大诉讼法修改》,北京大学出版社,2006年,第83页。

[8] 吴卫军、冯军:《控辩平衡:刑事诉讼法再修改的重要基点》,《人民司法》2005年第8期。

[9] 在一些专家看来,效率与效益似可同等使用,例如,王利明教授认为,效率也称效益,参见王利明:《司法改革研究》,法律出版社,2001年,第74页。但笔者认为二者还是有所区别,效率侧重于强调人类社会活动的过程价值,具有时间的属性。而效益则侧重于强调人类社会活动的结果价值,除了时间的属性外,还可能包括政治、法律和社会等属性,参见姚莉:《司法效率:理论分析与制度构建》,《法商研究》

2006年第3期。陈光中教授等基本上也持这种观点。他认为,“效益在狭义上一般称为效率”,可见效益的外延大于效率,参见陈光中、徐静村:《刑事诉讼法学》,中国政法大学出版社,2010年,第43页。

[10]樊刚:《经济文化》,三联书店,1995年,第5页。

[11]顾培东:《社会冲突与诉讼机制》,四川人民出版社,1991年,第99页。

[12]林钰雄:《刑事诉讼法》,中国人民大学出版社,2005年,第197页。

[13][美]罗·庞德:《通过法律的社会控制》,沈宗灵译,商务印书馆,1984年,第35页。

[14]龙宗智:《相对合理性》,中国政法大学出版社,1999年,第200页。

[15]Richard A. Posner, *An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration*. *Journal of Legal Studies*, 1973(2).

[16]对“准诉讼”,也有学者认为是一种“审批”,参见项谷、姜伟:《人权保障观念下羁押必要性审查制度的诉讼化构造》,《政治与法律》2012年第10期。尽管审批者与请示者属于一个国家机关系统或部门,但毕竟审批活动涉及三方的权力(利)义务,具有诉讼的基本雏形,在本文语境下,笔者将其纳入诉讼化问题一并讨论。

[17]John Sprack, *Criminal Procedure*, Blackstone Press Limited, 1997, pp. 8-29.

[18][25]参见《法国刑事诉讼法典》第14、100条。

[19][31]参见《德国刑事诉讼法典》第79、81、115、117、170-177条。

[20][26]参见《意大利刑事诉讼法典》第279、352、259-264、316-325条。

[21][27]参见《比利时刑事诉讼法典》第180、185条。

[22]参见《葡萄牙刑事诉讼法典》第416条。

[23][28]参见《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》第220.1、220.2、230条。

[24]参见《英国警察与刑事证据法》第8条。

[29]参见《美国联邦刑事诉讼规则》第11条。

[30][33][34]王以真:《外国刑事诉讼法学》,北京大学出版社,2004年,第374、277、417-418页。

[32]参见《日本刑事诉讼法典》第299条。

[35]陈瑞华:《刑事诉讼的前沿问题》,中国人民大学出版社,2000年,第4页。

[36]根据2012年修订的刑事诉讼法的规定,侦查、起诉与审判之间因为卷宗移送实现了深度的密切连接,呈现为流水作业的状态,审判对侦查活动的制约弱化,侦查对审判结论的作出则发挥着至关重要的影响,侦查本位而非审判中心的刑事诉讼结构形态将愈发凸显。希望通过实质性的审判活动对侦查机关收集的证据的客观性和合法性进行审查,以促进侦查行为的规范化,几乎不具现实可能性,参见周长军:《语境与困境:侦查程序完善的未竟课题》,《政法论坛》2012年第5期。在审判倒逼机制缺失的情况下,强化审前程序诉讼化,以提高审前侦查、起诉质量尤显必要。

[37]张文显:《法理学》,高等教育出版社,2007年,第299页。

[38]季卫东:《宪政新论》,北京大学出版社,2002年,第40页。

[39]顾培东:《中国法治的自主型进路》,《法学研究》2010年第1期。

[40]左卫民:《中国法官任用机制:基于理念的初步评析》,《现代法学》2010年第5期。

[41]对于检察机关自侦案件的逮捕问题,2009年9月最高人民检察院就已制定了《关于省级以下人民检察院立案侦查的案件由上一级人民检察院审查决定逮捕的规定(试行)》,就其逮捕决定程序来看,基本上属于弱性系统内“准诉讼”结构,有待于今后对其进行强性系统内“准诉讼”的改造,并将其纳入刑事诉讼立法。

[责任编辑:禾平]