

您的位置: 首页 >> 阅读文章

阅读文章

Selected Articles

使用大字体系查看本文  
阅读次数: 202

## 慎防起诉状一本主义下的陷阱 ——以日本法为例的考察

陈卫东 韩红兴

### 一、起诉状一本主义的选择

1996年我国刑事诉讼法的修改中,被称之为修法重大亮点之一的就是起诉方式的变革,在经历了十余年的风雨之后,其成效如何已有目共睹,自不必细说。在刑事诉讼法修法规划已经启动之际,我们不得不重新面临着如同当初一样的选择。抉择是谨慎的,也是痛苦的。但可喜的是,我们已有前车之鉴、夷人为师,在系统论科学的指引下,慎防起诉状一本主义下的陷阱。

由“全案移送主义”到“主要证据复印件主义”,虽然仅仅是检察官移送案卷材料多寡不同,似乎没有什么太多的影响,但孰不知“潘多拉”的盒子就此打开,一系列“多米诺骨牌”效应就此发生,致使1996年刑事诉讼法修法的预期目的大打折扣。有例为证,1996年修改刑事诉讼法的主要目的之一在于增加律师的辩护权,但由于“主要证据复印件主义”的影响,律师庭前证据的先悉权因此而名存实亡,曾经为修法而欢呼的律师界,在实践中却发出了无奈的感叹--新法反而使辩护更难了、又如,1996年修法的另一重大立法目的是实现庭审方式的改革,把对抗制引入审判程序。为了确立对抗制庭审,必须阻断公诉程序与审判程序的“接力赛式”的连接,于是起诉方式由全案移送改为主要证据复印件的移送。但主要证据复印件的移送并没有真正起到阻断预审、保障庭审对抗制的目的实现,反而丧失了全案移送主义下通过公诉审查防止滥行起诉、保障人权的重要价值。

面对“复印主义”的严重缺陷性,起诉方式必须改革已经成共识,但如何改?目前仍是众说纷纭,莫衷一是。其主要由两种观点:

第一种观点是重新回归全案移送主义[1]。持该种观点的学者认为,我国在诉讼上无论是过去,还是将来都不可能真正实现判例制度、陪审制度,当事人主义和判例制度、陪审制度密不可分的,因而以判例制度、陪审制为特色的英美当事人主义不是我们未来改革的方向[2],作为当事人主义特色的起诉状主义自然也不是我们未来的选择,而以成文法为主的大陆法系职权主义模式才是我们坚持的方向,因此在起诉方式上应坚持职权主义下的全案移送方式。该种观点在实践中也得到了例证。在实践部门,有的地方检察机关为了节约复印费用,实际上仍然坚持全案移送的制度。该种观点虽然具有一定的合理性,但是我们必须清醒地认识到,全案移送主义有着不容忽视的缺陷,它导致法官预审、庭审形式化、侦查中心主义、审判不中立等诸多弊端。有反对者指出,从世界各国刑事诉讼变革方向来看,都是由职权主义向当事人主义变革,而无一例从当事人主义走向职权主义[3]。我国1996年修法正是基于多年来职权主义下全案移送主义所导致的难以克服的缺陷,才进行了朝着当事人主义方向的变革,再次修法我们不能走回头路。基于以上原因,此种观点并非为主流观点。

第二种观点是实行起诉状一本主义。该种观点是针对目前我国起诉方式的“复印件主义”的缺陷,借鉴日本的做法提出的。为了贯彻1996年修法排除法官预审,实行庭审的实质化,提出实行彻底的“起诉状一本主义”,甚至有的学者提出借鉴日本的诉因制度[4],从根本上阻断侦查和审判的连接,实现由侦查中心主义向审判中心主义的转变。同时,为了解决起诉状一本主义下,辩护律师先悉权问题,建立相应的配套制度,构建我国的证据开示制度[5]。从目前有关起诉状一本主义和证据开示文章之多,甚至作为向立法机关推荐的专家建议书,都确立了该种制度来看,该种观点已经成为主流的观点。从诸多论著来看,似乎“起诉状一本主义”可以解决目前我国由于复印件主义所带来的种种问题,成为一种理想的解决问题的方法[6]。

笔者认为,从我国刑事诉讼的现状和世界刑事诉讼发展的趋势来看,起诉状一本主义理应成为我们选择的方向。其理由有:一是有利于贯彻我国修法理念的一致性。法律应保持稳定性和统一性,这是法律发

更多▲

特聘导师

法学所导航

走进法学所

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

博士后流动站

学友之家

考分查询

专题研究

五四宪法和全国人大五十周年  
周年纪念专栏

最新宪法修正案学习与思考

公法研究

电信市场竞争政策

证券投资基金法

法律与非典论坛

发挥作用的首要条件，修法理念更应该保持连贯性、统一性和继承性。我国1996年刑事诉讼法修改的一个基本理念就是适当引入当事人主义，实现庭审的对抗性，正是基于此对起诉方式进行了改革，其修法的理念无疑是正确的，也是符合刑事诉讼国际化潮流的。但当时由于对起诉方式的作用认识得不充分，欠缺从刑事诉讼整体性和系统性角度考虑，同时考虑到司法实践的适应性，最后才采用折中主义保守的修法之路。折中的“复印件主义”没有发挥起诉状一本主义的功能，同时也失去了全案移送主义的许多价值。目前我国起诉方式所带来的问题并非1996年修法的理念的错误，更非起诉状主义本身的缺陷，而是折中主义的缺陷和陷入起诉状主义的陷阱之故。二是有利于贯彻审判中心主义的价值理念。起诉状一本主义的意义在于：“第一，排除了法官的先入为主的观念，实现了公平法院。第二，法官没有事先接触证据的机会，就不得不将证据调查委托给当事人。……实现了审判中心主义。”[7]起诉状一本主义阻挡了侦查结果畅通无阻进入审判程序，避免了侦查结果对审判的预决效力，保障了庭审走向实质化，促使了审判中心主义的实现。因此，起诉状一本主义理应成为我国未来修法的合理选择。

## 二、起诉状一本主义的陷阱

“起诉状一本主义”真的是解决我国“复印件主义”所带来的诸多问题的灵丹妙药吗？的确，起诉状主义可以阻断法官的预断，对庭审的实质化具有重要的推动作用。但是否只要我们实行了“彻底的起诉状一本主义”，由“复印件主义”带给我们的一切尴尬局面就会迎刃而解？起诉状一本主义是否会带来其他的负面效应？是否会出现像1996年对起诉方式修改所带来的辩护方资讯权丧失诸如此类的潜在的价值的失却所引起的修法失败？对于这些问题答案是肯定的。如果我们不深刻考察起诉方式对整个刑事诉讼程序的影响，把起诉方式看作是一个孤立单个制度，以形而上的方式去考察和解决问题，必然会“得之桑榆而失之东隅”，重蹈1996年修法的覆辙。刑事诉讼程序是一个结构严密的系统。我们应该以现代系统论的观点去分析和看待刑事诉讼中每一项制度改革。

根据系统论的观点，系统具有多元性、相关性和整体性的特点[8]。系统的多样性使每个系统、系统内部的每个子系统、元素都以其自己独特的方式存在并区别于其他个体，以此作为识别的标志。由于系统的多样性，容易使人们以形而上学的方式看待元素和个体，出现“见树不见林”的研究方式。但系统论告诉我们，系统的多样性是在系统的相关性和整体性中发挥作用的。系统要素之间、子系统之间相互连接、相互依存、相互激励、相互补充、相互制约，具有整体的结构、整体的行为、整体的功能[9]。正像自然科学家告诉我们的那样，在大自然的系统中，太平洋上空一只飞鸟扇动翅膀，都会影响到大气的环流。对于系统“关节点”元素的任何变动，都会引起系统内部元素的一系列连锁性反应，从而造成系统整体功能的秩序的混乱。起诉方式上承审前程序，下接审判程序，它制约着侦查的结构，保障着审判的公正，决定了审判程序的模式，保障了刑事诉讼系统的闭合性，促使审判程序的自治性，在整个刑事诉讼系统中起着承上启下的“关节点”的作用，稍有不慎就会引起程序整体性的紊乱，甚至导致全局性改革的彻底失败。

在系统论思想的指导下，我们重新审视“起诉状一本主义”，其容易引导我们误入歧途的陷阱有三：其一，缺乏资讯功能，剥夺了辩方的证据先悉权。这一点我国现行的起诉方式已经给予了很好的例证。这一陷阱已被实践所识破，诸多学者提出通过证据开示制度予以补救。此文对这一陷阱不作赘述。其二，容易导致公诉审查功能的缺失，不利于防止公诉权的滥用，保障被告人的人权。三是易于引起庭前的准备程序的简单化，形成“一步到庭”的审理方式，导致“间断审理”、“书面审理”、“诉讼拖延”，其意在促进的对抗制庭审难以实现。

## 三、起诉状一本主义与公诉审查

### （一）一种理论的误区

时下，有一种倾向认为公诉审查和职权主义全案移送主义是紧密联系的，只有在全案移送情况下，法官在开庭前才能对案件进行全面审查，从而引起法官预断、庭审流于形式，这正是我们1979年刑事诉讼法的主要缺陷，也是我们1996年对起诉方式修改的主要原因。起诉状一本主义阻止了法官庭前对案件和证据的了解，避免了预断的产生，保障了庭审的客观性、中立性和消极性。起诉状一本主义的价值就在于避免庭前公诉审查的存在。一些立法例也为该种观点提供了支持。我国1996年刑事诉讼法庭前审查由实质审查改为形式审查，根据我国刑事诉讼法第15“条规定，检察官的起诉只要符合开庭的形式要件，法院就应当开庭。这实际等于取消了公诉审查。日本被认为是典型的起诉状一本主义，而日本就没有公诉审查制度。据此似乎推论出，起诉状一本主义和公诉审查是严重对立的两种制度。

其实，起诉状主义和公诉审查并非是对立的，这只是一种理论上的误读。众所周知，起诉状主义是当事人主义下一项不可或缺的制度。作为当事人主义发源地的英国和美国，都存在严格的公诉审查制度。在英国，公诉审查是由治安法院进行的。对于法律所规定的可起诉之罪，起诉方必须先将案件起诉到治安法院进行交付审判（Committal proceeding）的审查，以决定起诉的证据是否充分，是否应将案件交付审判以及案件所适用的审判形式，从而保证被告人免受无根据的起诉和审判。在美国，公诉审查分两个阶段，第一个阶段是正式起诉前，通过预审和大陪审团的审查；第二个阶段是在正式起诉后由审判法官进行的审查，当案件正式起诉到审判法院之后，在法院进入实体审判之前，主持审判的法官必须进行“提审”。在提审阶段，当事人双方可以提出“审前动议（motion）”。在审前动议中，辩护律师可以提出“起诉不成立的动议”（motion to dismiss），这是对正式起诉书的挑战。动议的理由可以是起诉没有达到法定的起诉门槛，或起诉系检察官的报复性追诉行为，或起诉迟延履行违反了快速审理法案等。法官经审查之后，认为动议

成立, 就先行作出“被告人无罪”的判决。在此阶段已不是驳回起诉, 而是直接宣告无罪。可见, 公诉审查和起诉状主义并非严格对立的两项制度。世界主要国家除日本、中国之外, 都建立了相应的公诉审查机制。尽管世界上许多国家由于诉讼理念和诉讼制度的不同, 庭前程序设立亦各不相同, 但在庭前程序中设立公诉审查作为防止公诉权滥用, 保障被告人人权的一项重要机制, 已为世界各国普遍认可。此外, 认为公诉审查必然产生预断, 也是没有合理根据的。公诉审查也未必必然产生预断, 在世界上实行公诉审查的国家, 为了避免主审法官预断的产生, 一般都实行审查法官和主审法官分离制度。正如Clause Roxin 所说, 排除预断的正确解决之道是, 开启审判程序(公诉审查)之裁定应由其他的审判机关(即“开启审判之法院”)或由一自己本身的“开启审判之法官”为之, 而非由审判法院法官为之[10]。因此, 预断也并非和公诉审查有着必然的联系, 不能因噎废食。

## (二) 公诉审查的必要性

公诉审查程序是指法院对检察机关的起诉进行审查, 以判断公诉提起是否符合法定要件, 决定是否将案件交付法院审判或准予正式起诉的诉讼活动。其根本的目的在于防止公诉权滥用, 保障被告人的人权。“基于防止检察官嫌疑不足之追诉权的行使, 政策上固有设立起诉审查机制的必要, 惟不同的诉讼构造, 其起诉审查的机制, 亦见差异。”[11]对被告人提起公诉与国家的刑罚权密切相关, 只有当被告人有足够的犯罪嫌疑时, 才允许检察官代表国家行使刑罚权请求权, 使被告人接受法院之审判。起诉必须符合一定的起诉条件, 不符合起诉条件之起诉为公诉权之滥用。对此, 日本学者团藤重光教授认为: 诉讼在已具备实体审判之诉讼条件时, 法院即有对案件加以实体审判之职责, 故对于检察官而言, 其为有效行使国家刑罚权, 而追诉犯罪以获致法院有罪之实体判决时, 同样须具备诉讼条件, 否则即无法获致国家刑罚权之实现[12]。提起公诉就意味着被告人将面临着承受国家刑罚权的威胁, 即使将来被判无罪, 审判对被告人带来的危害也是巨大的。“当检察官对被告人提起公诉后, 被告人所涉嫌的犯罪事实将在起诉状中记载而为外界所知, 并且他将在公开审判程序中针对所有不利的指控进行答辩, 故就被告而言, 审判程序的开始就意味着一集-忧虑、折磨与负担-的集合体将接踵而来。……刑事程序被告人的地位系对人的贬抑, 因为他必须在公开的审判庭为所控罪名辩护, 法院的审判程序因此被认为具有‘烙印伤痕的效应’。”[13]在被告人羁押的情况下, 审判程序的冗长对于检察官滥行起诉权的被告人来说尤其是一个巨大的折磨。在我国司法实践中, 检察机关为了逃避超期羁押的责任, 对不符合起诉条件的被告人滥行起诉, 此种现象已屡见不鲜。因此, “就公诉审查的目的来说, 主要是为了保护被告。”[14]

此外, 公诉审查制度还兼具多重附随性价值功能。虽然公诉审查就其主要价值来说, 在于防止滥行起诉, 实现人权保障, 但从整个程序效益来说, 公诉审查还具有多重附随性的功能。就其附随性功能来说, 因诉讼模式的不同, 呈现出不同的价值功能。在职权主义诉讼模式下, 公诉审查的附随性功能主要表现为: (1) 案件分配的功能。通过公诉审查之后, 根据案件的性质和情况, 把案件分配到不同的审判程序和审判法院, 一定程度上保障了案件得到迅速处理。法国初步预审之后, 根据案件的性质, 分别将案件移送至轻罪法院、违警罪法院, 或起诉审查庭进一步审查。德国中间程序之后对案件的移送管辖作出决定, 不需要移送管辖的, 直接指出审判案件的法官。(2) 证据调查、保全的功能。无论是法国的预审程序, 还是德国的中间程序, 一项重要的功能就是依据当事人的申请或依职权进行证据的调查、调取、保全和排除, 为法庭的顺利进行提供保障。(3) 对被告人的人身保全措施作出裁定。(4) 促使审判顺利进行的功能。公诉审查程序, 通过把一部分不符合审判条件的案件排除在审判之外, 保证进入审判程序的案件可以得以顺利进行, 节约了诉讼成本。在当事人主义模式下, 公诉审查程序的附随性功能主要有三项: (1) 证据开示的功能。通过开庭预审程序, 辩护方可以知悉控诉证据。美国预审程序对于辩护方来说, 一个重要的收益就是能够从预审中获悉控方的证据。(2) 促使辩诉协商的达成。通过预审, 辩方了解到了控方证据, 同时控方证据经历初步庭审考验, 双方可能都会再次体验到开庭审判对自己的不利之处, 这就容易促使控辩双方协商一致。(3) 保障庭审顺利进行的功能。通过把没有达到起诉门槛的案件排除在庭审之外, 保证庭审的顺利进行, 节约司法成本。

## (三) 公诉审查的实效性

有的学者或许会提出, 公诉审查在理论上确实有必要, 但公诉审查在实践中的实效性却令人怀疑。的确, 在谈论公诉审查时, 我们不得不对公诉审查的实效性进行关注。对公诉审查无用性批评主要来自德国学者对德国中间程序实效性的批评, 以及美国学者对美国预审制度和陪审团审查制的批评。

在德国, 由于中间程序中有99%的案件被裁定准予开启审判程序, 因此有的学者提出所谓中间程序防止滥行起诉实际上是空谈。对于该种观点德国通说认为, 就这些数字来说也不足以作为否定中间程序效应的依据。Roxin教授认为, 无论如何, 中间程序所提供的拒绝开启主审程序的可能性, 对于被告而言是具有相当的意义。虽然在实务上的诸多案件, 法院经常不假思索、直截了当就裁定开启主审, 但是, 正好就在某些特别重要的案件上, 中间程序发挥了关键的控制功能, 曾经轰动一时的“明镜周刊案”便是一例。这些学者主要从中间程序具有保护被告人人权的功​​能, 来肯定中间程序的价值[10]。此外, 赞成者对批评者提出了更有力的反驳, 他们认为, 驳回起诉率之所以低的原因, 并不能说明中间程序在控制滥行起诉的无效性, 相反, 正是由于中间程序的控制功能, 才迫使检察官更慎重起诉。因此, 数字并不能说明什么。“争论至此, 数字已经不会说话了。”[15]由于中间程序的重要功能, 虽然对中间程序的批判不断, 但其效用是不可否认的。中间程序创设至今一百多年来, 一直是德国刑事诉讼的重要程序, 并被世界其他国家吸收和借鉴。

在美国, 对于预审和大陪审团审查效用性的批评也一直存在。就美国预审听证中, 有许多州的被告人

放弃预审听证。据统计,一些州有1/4至1/3的被告人放弃了预审听证,在另一些州被指控重罪的被告人有一半放弃了预审听证的权力。在许多案件中,辩方仅仅把预审听证作为了解控方证据的机会。因此,有的学者对预审听证的效用性提出了质疑。正如德国学者反驳的那样,数字并不能说明什么,作为被告人的一项权利,放弃权利是权利的应有本性,但如果法律没有赋予被告人这项权利,那就是法律本身在保护被告人权利方面存在的缺陷。据研究表明,被告人放弃预审听证最常见的原因是为了表示合作。如果被告人打算作有罪答辩,或已经与检察官谈判答辩协议,预审听证的权力对被告人就没有意义了,所以被告人在此情况下就会放弃预审听证的权力。尽管美国各州的法律不同,但预审听证作为被告人的一项权利,在联邦和各州都得到了普遍的遵守,这也反映了预审听证的价值所在。此外,大陪审团起诉常常被指责为检察官盖盖印章,因为大陪审团审查只是秘密的审查方式,常常仅根据检察官的指控作出判断,这样大陪审团往往被检察官所左右。由于大陪审团缺乏独立的审查职能,目前对大陪审团的改革主要从两个方面进行:一是把大陪审团审查作为被告人的一项权利;二是缩小大陪审团的数目,改革大陪审团审查的对抗性,允许被告人享有作证的权利[16]。是否需要两级审查制,这是一个国家的传统所决定的。但公诉审查是世界上绝对多数国家普遍认可的价值。

对于存在长期公诉审查制度的国家,检察官起诉时会预见到公诉审查这一关的压力,对于起诉采用谨慎的态度,而对于刚刚建立公诉审查制度的国家或地区,检察官还没有感觉到公诉审查的压力,还存在滥行起诉的习惯,因而公诉审查的实效性就较为明显。我国台湾地区,自2003年2月8日修订的刑事诉讼法中确立公诉审查制度实施后,近5个月的时间内,共有39件案件在庭前听证中被裁定通知检察官定期补正证据方法,其中有9件虽经补正仍不符合开启审判标准,而被裁定驳回起诉[17]。从这些数据可以看出,公诉审查制度在防止滥行起诉方面确实具有一定的实效作用。

#### (四)对日本起诉状一本主义的考察

在我们谈论公诉审查制度的理论和实践问题时,不可避免地要回答这样一个问题:如果不采用公诉审查制度究竟会怎样?对这个问题的回答我们就必须考察日本的问题。日本是世界主要国家中唯一没有设立公诉审查制度的国家,也常常被一些人引用来作为反对公诉审查制度的例证。那么日本的情况究竟怎样?是否存在着公诉权滥用?在日本1880年制定的《治罪法》中引进了预审制度,预审制度在日本存在了一百多年的时间,在第二次世界大战后新修订的刑事诉讼法中废除了预审制度。在旧法中,检察官起诉时,实行全案移送制度,在审判之前由法庭组成人员对案件材料实行不公开的审查,以决定是否开启审判。在新法修订中,以排除预断为理由,废除了预审制度,并实行了彻底的起诉状一本主义。由于受起诉状一本主义的影响,法院在开庭之前无从对案件进行有效的审查,这样日本就成为世界主要国家中唯一没有设立公诉审查机制的国家。

虽然日本没有公诉审查制度,但并不能证明公诉审查中需要解决的问题不存在。日本对于公诉审查中需要解决的问题是通过开庭审理的方式进行解决的。日本的判决分为两种:一是形式裁判;二是实体裁判。前者主要包括:管辖权错误、驳回公诉、免诉;后者包括有罪判决和无罪判决。日本的形式裁判包括:1.管辖权错误。管辖权错误许多国家都是在公诉审查中予以解决的问题,而日本必须在开庭之后,证据调查之前予以解决。2.驳回起诉。驳回起诉分两种情况:一是用判决的形式驳回公诉。主要包括:没有审判权;撤回起诉后,没有新的事实或证据再次提起公诉;对于提起公诉的案件,又向同一法院提起公诉;公诉提起因违反该法定程序而无效,如欠缺公诉条件、提起公诉存在程序上瑕疵。二是用决定的形式驳回公诉。主要包括:因不送达起诉书副本而导致提起公诉失效;起诉书中的“定罪事实”发生遗漏;撤回公诉;被告人的消灭;向不同的法院提起双重起诉。对于用判决驳回公诉的,需在法庭辩论之后方能作出;对于用决定驳回公诉的,需在开庭之后实体审判之前作出。3.免诉。免诉以判决的形式作出终止审判,免诉的情况包括:判决已经确定;刑罚被废止;大赦;公诉时效已经完成。免诉的事项也只能开庭之后作出[18]。从日本庭审中形式裁决内容可以看出,所有这些裁决都是其他国家在公诉审查中可以解决的事项,而日本由于没有公诉审查这一控制公诉的门槛,必须在正式开庭之后才能解决。这就导致以下不利的后果:第一,对被告人人权保护的严重不利。正式审判程序的开启需要较长的准备时间,比如要进行正式的传唤、通知所需时间;给被告人以法定的就审期间;法院和各方当事人为准备法庭审理需要较长的准备时间。一般一个正式的审判需要一个月的准备时间,在这段时间内,被告人往往被采取各种强制措施,尤其在被告人被羁押的情况下,准备审判的时间对被告人是一个极大的折磨。同时,还要通知证人、鉴定人等出席法庭所带来的讼累。所有的准备齐全之后,等正式开庭后,法院仅仅以裁决的形式宣告终止审理。而公诉审查用预审或听证的形式进行,不用给被告人以就审期间,也省去了正式审判所需要的一切手续,也不受法庭审理中证据规则的限制,免去了证人出庭的讼累,大大缩短了审理所用的时间。本来可以通过公诉审查来解决的问题,由于没有公诉审查,却必须以正式开庭的形式进行,这造成了诉讼拖延,给被告人带来了没有必要的痛苦和折磨,尤其是被告人被羁押的情况下,没有必要地将羁押期限延长,严重损害了被告人的人权。第二,造成司法资源的浪费。正式开庭和公诉审查制度,就司法资源的消耗上来说相差甚大。一个正式开庭审理需要被告人及其辩护人、检察官和法院的准备费用,以及证人出庭的费用,远远大于一个预审或庭前听证的费用。因此,通过公诉审查就可以解决的问题没有必要非得通过正式开庭的方式解决,这必将大大加大诉讼的成本。第三,增加了法院案件的压力。由于凡起诉都要开庭审理,那么失去了公诉审查中案件分流的作用,必然增加法院审理案件的压力。

欠缺公诉审查制度的另一个重大缺陷就是公诉权的滥用。公诉权滥用论起源于日本。公诉权滥用论在日本新刑事诉讼法实施后不久,就有辩护人在辩护中提出,最初没有引起日本法院和学界的重视,因为新

法修改后热情掩盖了这一问题的严重性,所有人都感到了排除预审的成功,而非有发现它带来的潜在的危害。到上世纪50-60年代,起诉状一本主义带来的严重诉讼拖延越来越受到关注,随之公诉权滥用论也受到了极大的重视。对公诉权滥用,日本开始对消极行使公诉权问题采取检查委员会审查制度和交付审判制度,但对积极公诉权行使仍然没有采取有效的措施,直到1977年高等法院才在“室素赔偿交涉事件”中以检察官公诉权滥用驳回了起诉[19]。公诉权滥用包括三种情况:1.无犯罪嫌疑之起诉;2.基于违法侦查结果之起诉;3.逾越裁量之起诉。此三种类型起诉裁量权滥用的案件,如果无法以形式判决终结其诉讼程序而作为救济途径的话,可能会导致法院有罪判决的结果。日本学者提出公诉权滥用论的理论基础主要在于:其一,在实际的效果上,对检察官滥行起诉,无须等到法院作出实体判决之前,即以形式裁判终结程序,可以起到早日释放被告人的目的。其二,在理论上,认为所谓起诉裁量权,并非完全属于检察官之自由裁量权,乃系基于刑事诉讼法第248条之要件为之“拘束裁量”的一种(法定的裁量主义),故法院应于诉讼程序中予以审查。第三,对于检察官滥行起诉,在实体法上虽可以以滥用职权罪处罚该滥行起诉的检察官,或由检察官自律撤回起诉使诉讼消灭,然而,这些现行的救济措施,在实际运作中很少适用,纵是适用成立,亦多半已失去救济之实效性。因此,在欠缺有效救济途径的现实背景下,乃有另行发展此一公诉权滥用论,以作为解决问题的应急措施是十分有必要的[20]。法院虽然很少以公诉权滥用驳回公诉,但在实际运作中,对于公诉权滥用主要以实体判决形式作出。公诉权滥用论的学者主张,对此公诉权滥用,不应在实体审判之后作出判决,而应在审判之前以裁定的形式终结诉讼,以使被告人早日从诉讼中解放出来。日本公诉权滥用理论,从实质上是在欠缺公诉审查制度下,面对需要由公诉审查予以解决的问题,提出的一种理论上的解决方案。其核心在于,法院为实体审判前,对公诉权先行审查,以便使被告人从诉讼程序中早日解脱,实现保障被告人人权之目的。这正是世界上其他主要国家和地区建立公诉审查程序之目的。

有的学者或许会以法官产生预断为理由否定这一制度的建立。预断要防止,但正如我们前面所述,公诉审查和预断并非存在着必然的联系。实践证明,日本也正在朝着建立公诉审查制度的方向发展。有效的例证是,2004年日本进行刑事诉讼法修改议案中,拟在庭前建立由法官主持的“庭前整理程序”,把原来的第一次开庭后的准备程序,提前至开庭之前。在讨论、酝酿过程中,也有人对实行庭前整理程序提出了疑问和担忧:这样做会不会违背日本刑事审判一直奉行的排除法官预断原则,影响审判的公正性?对此日本法务省刑事局负责刑事立法起草工作的三浦课长解释道,此程序主要是听取、了解双方对证据范围的分歧和意见,只解决证据的形式问题和审判的程序问题,并不对证据的内容进行判断和确认。此外,审判法官以及裁判员并不参加庭前整理的程序,不可能使他们对案件形成预断[21]。

可见,排除预断并非拒绝实行公诉审查制度的挡箭牌,起诉状一本主义也并非和公诉审查格格不入,简化诉讼程序也并非一概而论,为了简化审判程序,必须增加相应的庭前程序,公诉审查程序正是为了简化审判程序而增设的程序。我们必须排除理论上的误区,从整体上把握刑事诉讼系统的组合,在保障诉讼公正的前提下,实现诉讼效率的提高。

#### 四、起诉状一本主义和庭前准备程序

##### (一) 陷阱的设置

起诉状主义其设立的根本目的在于保障庭审的实质化,实现庭审的直接审理、言词审理等现代审判的多重价值,保障审判的公正性。但是由于起诉状一本主义客观上对庭前准备程序造成了一定的障碍,同时也受到起诉状一本主义排除预断思想的影响,庭前准备程序的价值极容易淹没在起诉状一本主义的价值之中,而为立法者和研究者所忽视。由于庭前准备程序的缺失,在起诉状一本主义下,容易形成“一步到庭”的审理方式,进而出现“间断式审理”、“书面审理”、“诉讼拖延”等诸多有违现代审判理念的痼疾并发症,而这些现象的出现反过来又完全吞噬了起诉状一本主义的价值,从而导致这一改革的根本性失败。

##### (二) 庭前准备程序的价值

从世界各国来看,庭前准备程序设置的主要目的在于保障庭审集中审理和迅速审理价值的实现。集中审理原则与当事人主义直接、言词审理密不可分,只有实现集中审理才能保障言词审理的价值,使法官和当事人在集中审理过程中对言词的内容和形式记忆犹新,没有因诉讼的间断而对言词记忆的模糊或忘却,从而形成对案件的正确心证和判断,实现审判公正的核心价值。间断式审判和书面审理相联系,书面材料的较长时间的保存性可以唤起法官和当事人对案件内容的记忆,即使审理的长期或不断中断也可以通过书面证据的查阅而继续保持审理的进行。但书面审理由于其违背审判的规律而为现代各国刑事诉讼所抛弃,直接、言词审理成为世界各国审判所追求的重要价值,而集中审理原则正是保障直接、言词审理不可或缺的工具性价值。不仅把集中审理作为其固有价值当事人主义,而且传统的大陆法系国家也开始强调集中审理的保障价值。以间断式的审理模式来实现直接、言词原则的价值,不仅不能实现直接、言词原则在保障审判公正的价值,反而不如书面审理更有利于查明案件真实的实现。间断式审理和直接、言词审理是一对不能兼容的矛盾体。为了避免间断式审理对直接、言词审理带来的巨大伤害,唯一的解决办法就是尽量避免引起审判间断的因素,使这些因素消除在开庭审判之前,一旦案件进入正式审判,就应该不间断、连续将案件审理完毕。故强化审判准备程序解决可能引起审判间断的因素,成为各国庭前准备程序中的主要目的。

同时,诉讼效益的目的也要求法庭审理能够及时、迅速审理完毕,因为开庭审理需要集法官、当事人以及其他诉讼参与人共同出席法庭,如果诉讼的拖延必将带来诉讼的巨大投入,以正式审判的形式解决庭

前准备程序中可以完成的任务,必然有违诉讼经济的原则。因此,各国都通过深化庭前准备程序,尽量把可以在庭前准备程序中能够解决的问题予以解决,而不是把所有的问题都推到法庭审理过程中解决,形成所谓的"一步到庭"的审理方式。随着各国对诉讼规律认识的加深,以及审判程序的正当化,传统的"一步到庭"的审理方式逐渐被抛弃,被认为是违反诉讼规律的审判模式。

### (三) 对日本法的考察

日本在第二次世界大战后,通过修法实现了刑事诉讼模式由职权主义向当事人主义的转变,废除了旧法的预审制度,实行起诉状一本主义,检察官提起公诉之后,不经审查直接进入庭审准备阶段。由于新法对庭前准备程序没有给予足够的重视,致使导致庭审拖延,一个案件审理10年可以说是司空见惯的,有很多案件审理期限超过20年。当事人主义与集中审理原则是密不可分的,然而日本这种"间断式"的审理模式,被称之为"牙医式"的审判方式[22],使当事人主义模式的价值大打折扣,引起了普遍的不满。此外,由于日本"间断式"的审理方式,致使日本证人出庭率一直维持在很低的水平,这使日本审理背离了当事人主义的直接、言词审理的规则,实际上仍以书面审理为主。从上个世纪50年代开始,日本最高法院启动了"促进诉讼,实现集中审判"的司法改革运动,其主要的目的就在于通过完善庭前准备程序,以实现庭审效率的提高,因为"鼓励庭前准备与实现集中审理形影相随"[19],先后于1950年在刑事诉讼规则中增设了"诉讼关系人的准备义务",这种准备主要是由检察官、当事人及其相互之间的准备。譬如在提起公诉后,检察官和辩护方应尽快通知对方提供阅览和了解证据的机会,并对阅览后的证据表示同意或提出异议,双方同意的证据经确认,在法庭上不再予以调查。1961年增设了庭前准备规则。这样使日本的庭前准备程序通过《刑事诉讼规则》得到了初步完善。

由于日本实行起诉状一本主义,检察官在起诉时只移送起诉书一本,受排除预断的限制以及起诉方式的影响,法官在第一次开庭之前实际上无法对案件进行实质性的准备活动,单凭当事人双方进行的准备效果很不理想。为了弥补这种形式准备程序的不利,日本的准备程序实现了后移的特征,通过刑事诉讼规则设立了对复杂案件第一次开庭后的准备程序,因为第一次开庭之后,法官就可以不受排除预断的影响,进行实质性的准备活动。因此,日本的庭前准备程序可以分为第一次开庭前的准备和第一次开庭后的准备。第一次开庭前的准备由当事人之间推进,法院督促;第一次开庭后的准备由法官主导进行,当事人协助。由于开庭后,再行准备程序,导致了审判中断问题依然存在。2004年日本修改刑事诉讼法的一个重点,就是设立"审前准备法官",把开庭后的准备提前到庭前准备。可见,实行起诉状一本主义并非等于"一步到庭",起诉状一本主义和庭前准备程序之间相互促进,共同服务于现代审判价值的实现。

### (四) 对一种质疑的回应

在谈到"一步到庭"必须将导致诉讼拖延问题时,有人会提出这样的质疑,我国庭前准备程序也实属简单,但与世界许多国家相比,为什么并未造成诉讼的过分拖延?的确,从我国现行法准备程序的内容来看,准备程序主要是为召集有关人员参加庭审的准备事项,并未为保障法庭集中和迅速审理进行的必要准备活动。从审判模式上看,我国的刑事审判模式可以说属于"一步到庭"的审判模式,一切有关审判的程序问题都要到法庭审理过程中予以解决,这样就形成一种间断式的审理模式。不断间断、不断休庭,一个案件需经过多次开庭才能审理完毕,是我国目前审理方式存在的严重缺陷,这是不争的事实。但为什么与许多国家相比,我国的审理期限并非算是很长,所谓的诉讼拖延也并非十分严重?不错,就目前来看,我国的诉讼拖延并非突出问题。但并非不存在问题。法院案件的大量积压,法院审理过程中的超限审理、超期羁押问题也不能说不严重。之所以还没有成为突出问题,引起高度重视的原因在于:一是我国现在的审判模式虽明为对抗制,实质上许多对抗制审判的原则还没有得以确立,尤其直接、言词的原则还没有得到确认和实施。在审理过程中,大量地以书面的证据进行,证人出庭作证率相当低,侦查笔录可以直接作为证据使用。书面证据和间断式审理的对应性,使当事人主义下的直接、言词审理与间断式审理模式的矛盾冲突一定程度得到了化解。而相比之下,日本就表现得较为突出。在我国,随着未来直接、言词原则的确立,证人出庭、警察出庭作证制度的完善和加强,如果继续采用这种"一步到庭"的审判模式,可以预见,间断式的审判模式和直接、言词的当事人主义审理方式的矛盾将会成为突出的问题。二是我国普通审判程序还过于简单,许多应当具备的保障诉讼公正的程序都没有得到确认。由于普通程序的简单化,使其诉讼投入相对较少,因此在庭前准备程序和正式庭审活动中进行同一项诉讼活动就诉讼投入来说差距并非十分明显。故在国外通过庭前准备程序尽量解决庭审中可能需要解决的问题,以节约司法资源的效果,在我国目前还表现得不是十分迫切。但是,随着我国刑事诉讼程序的发展,普通程序正当化必然成为改革的目标。普通程序正当化,必然要增加一些保障审判公正的程序,如所有的证人、鉴定人、警察必须出庭作证,这样必然增加审判的投入,如果再将所有的问题都放到开庭之后解决,所带来的诉讼投入和庭前准备程序中解决该类问题的诉讼消耗之间的悬殊将会变得十分明显。那时,如果继续坚持"一步到庭"的审判模式,我们的诉讼投入将不堪重负。总之,越是随着刑事诉讼程序朝着合理化方向发展,审判公正和诉讼效率的要求就越要深化庭前准备程序,而不能以片面地以简化程序和排除预断为理由,削弱甚至取消准备程序,这一点已经为世界其他国家的立法和实践所证明。因此,因实行起诉状一本主义而可能导致简化,甚至取消庭前准备程序的陷阱,必须要慎防。

### 参考文献:

[1]刘志华.对抗诉讼下的"卷宗移送主义"--刑事公诉方式的现实选择[EB/OL].中国诉讼法网,  
<http://www.procedurallaw.cn>.

- [2]汪建成. 刑事诉讼法再修订过程中面临的几个选择[J]. 中国法学, 2006, (6).
- [3]龙宗智. 徘徊于传统与现代之间--论中国刑事诉讼法的再修改[J]. 政法论坛, 2004, (5).
- [4]刘晓兵. 日本的诉因制度与我国公诉方式改革[J]. 贵州警官职业学院学报, 2005, (3).
- [5]陈卫东, 郝银钟. 我国公诉方式的结构缺陷及其矫正[J]. 法学研究, 2000, (4).
- [6]王艳. 对复印件主义公诉方式的反思[J]. 国家检察官学院学报, 2002, (6); 李奋飞. 从复印件主义走向起诉状一本主义[J]. 国家检察官学院学报, 2003, (4).
- [7][日]田口守一. 刑事诉讼法[M]. 北京: 法律出版社, 2000. 141.
- [8][德]贡塔#托依布纳. 张琪译. 法律: 一个自创生系统[M]. 北京: 北京大学出版社, 2004. 11.
- [9]许国志. 系统科学[M]. 上海: 上海教育出版社, 2000. 17.
- [10][德]ClauseRoxin. 吴春丽译. 德国刑事诉讼法[M]. 台北: 三民书局印行, 1998. 432, 430以下.
- [11]陈运财. 起诉审查制度之研究[J]. 月旦法学, 2003, (88).
- [12]朱朝亮. 从公诉权之本质论公诉权滥用[A]. 刑事诉讼之运作--黄东熊教授65年华诞祝寿论文集[C]. 台北: 五南图书出版公司印行, 1997. 309-345.
- [13]杨云驿. 刑事诉讼法起诉审查制度若干疑义之检讨[J]. 台湾本土法学, 2002, (36).
- [14]"刑事诉讼上起诉审查新制的检讨"学术研讨会[J]. 台湾本土法学, 2002, (36).
- [15]林钰雄. 论中间程序--德国起诉审查制的目的、运作及其立法论[J]. 月旦法学, 2002, (88).
- [16]王兆鹏. 美国刑事诉讼法[M]. 北京: 北京大学出版社, 2005. 463以下; [美]爱伦#豪切斯泰勒#斯黛丽, 南希#弗兰克. 陈卫东, 徐美君译. 美国刑事法院诉讼程序[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2002. 425以下.
- [17]林俊益. 论检察官函请并辩之起诉审查[J]. 月旦法学, 2002, (88).
- [18]宋英辉译. 日本刑事诉讼法典[Z]. 北京: 中国政法大学出版社, 1999.
- [19][日]松尾浩也. 日本刑事诉讼法[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2005. 147以下, 221.
- [20]陈运财. 日本检察官之起诉裁量权及其制衡[A]. 刑事诉讼之运作--黄东熊教授65年华诞祝寿论文集[C], 台北: 五南图书出版公司印行, 1997, 309-345.
- [21]顾永忠, 等. 日本近期刑事诉讼法的修改与刑事司法制度的改革[J]. 比较法研究, 2005, (2).
- [22]陈朴生. 刑事诉讼法实务[M]. 台北: 海天印刷厂有限公司, 1981. 407.

来源: 中国诉讼法律网 (原载于《河北法学》2007年第9期)

---

### 相关文章:

---

[初论我国刑事诉讼中设立中间程序的合理性](#)

[返回](#)

---

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720

