

以审判为中心视角下检察权的定位与运行

卢建平 王晓雪

(北京师范大学法学院, 北京 100875)

[摘要] 推进以审判为中心的诉讼制度改革, 须立足我国现存法律框架与司法实践, 对审判中心的内涵及其延伸功能进行重新诠释, 再从审判中心出发, 认真审视检察权的定位与运行。检察机关应进一步规范行使公诉权、扩张不起诉裁量权、强化侦查监督职能, 以实现刑事裁判主体地位回归法院、控制进入审判程序的案件数量以及发挥诉讼流程终端控制机能等以审判为中心的诉讼制度改革的基本要求, 同时应以犯罪分层为标准, 对进入审判程序的案件进行繁简分流, 不断优化司法资源配置。

[关键词] 审判中心; 起诉裁量权; 侦查监督权; 犯罪分层; 案件截流; 繁简分流

The Characterization and Function of the Procuratorial Powers in the Trial-centered Criminal Procedure

Lu Jianping Wang Xiaoxue

(Law School, Beijing Normal University, Beijing 100875, China)

Abstract: The systemic reform in litigation with the trial at the center is initiated by the Central Committee of the Communist Party of China; however there are different understandings and reactions in both theoretic and practical fields. Chinese judicial organs share the same opinion positively, while public security organs and procuratorates are not very active, which hinders the development of the reform negatively. This paper analyzes the meanings and extensive functions of the trial-centered criminal procedure reform, and explores the procuratorate's responsibilities in this reform, and aims to push the reform under the background of the existing legal framework and judicial practice in China.

First of all, the basic meaning of the trial-centered criminal procedure reform is: transforming the original one-way criminal litigation process of "investigation, prosecution, adjudication and execution" to isosceles triangular criminal litigation structure of "equal participation of the accusing and defending parties and the impartial judge;" thus to strengthen

[收稿日期] 2016-05-04

[本刊网址·在线杂志] <http://www.zjujournals.com/soc>

[在线优先出版日期] 2017-04-11

[网络连续型出版物号] CN33-6000/C

[基金项目] 国家社会科学基金项目(15BY012)

[作者简介] 1. 卢建平 (<http://orcid.org/0000-0001-7354-834X>), 男, 北京师范大学法学院教授, 博士生导师, 法学博士, 主要从事刑法学、犯罪学、形势政策学等研究; 2. 王晓雪 (<http://orcid.org/0000-0001-7711-0150>), 女, 北京师范大学法学院博士研究生, 北京市顺义区人民检察院助理检察员, 主要从事刑法学、犯罪学、刑事政策研究。

the central role of the trial and move back the court to the position of criminal judgment subject.

This paper holds the opinion that the trial-centered criminal procedure reform should offer two extensive function. The first one is case filtration. The number of cases that enter trial must be seriously controlled in order to ensure that necessary cases for trial are intensively cultivated. Facts and evidences of the cases being investigated and examined for prosecution can stand the test of the law. The second one is the so-called "end control." The litigation supervision mechanism of "dating back from investigation, prosecution to adjudication," must be built in order to change the grimace of investigation combined with the approval of arrest making the prosecution and the adjudication mere figureheads. The former and the latter is progressive. The latter restricts the former, while at the same time the end control of the adjudication is emphasized in the whole proceedings. Secondly, the characterization of prosecutorial powers should be a combination of executive, judicial and legal supervisory powers; normalize the accusation power by making it more prudential and strict; expand the non-prosecution power centered on relative and conditional non-prosecutions; strengthen the power of legal supervision by keeping the independence and passivity during approving arrest. Finally, the procuratorate should choose the right trial procedures for the cases by means of the dividing mechanism of the complex and the simple with the standard of crime stratification. Petty crimes are processed through non-prosecution, the system of leniency based on peccavi or fast-track sentencing procedure; misdemeanors are disposed by fast-track sentencing or summery procedure; felonies are pushed to the ordinary procedure. By means of the above, we can improve the quality of the treatment of crimes with the judicial resources saved from the former ones.

Key words: trial-centered criminal procedure; prosecutorial discretion; supervision to investigation; crime stratification; case filtration; dividing mechanism of the complex and the simple

中共十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》(以下简称《决定》)提出：“推进以审判为中心的诉讼制度改革，确保侦查、审查起诉的案件事实证据经得起法律的检验。全面贯彻证据裁判规则，严格依法收集、固定、保存、审查、运用证据，完善证人、鉴定人出庭制度，保证庭审在查明事实、认定证据、保护诉权、公正裁判中发挥决定性作用。”一时间对“以审判为中心”的理解众说纷纭。

首先，对以审判为中心与“公检法三机关分工负责、相互配合、相互制约”原则的关系，理论界有不同的声音。有人认为以审判为中心是对该原则的发展与创新，在一定意义上回应了公检法三机关的排序问题，即公安和检察机关的工作都要围绕“审判”这个中心来开展^[1]；有人认为以审判为中心，其实质是在刑事诉讼的全过程中以司法审判标准为中心，其核心是统一刑事证明标准，此项改革有利于更好地贯彻“分工负责、互相配合、互相制约”的刑事诉讼原则^{[2]7-8}；也有论者认为在“三机关分工负责、相互配合、相互制约”的基本司法格局不发生根本变化的情况下，以审判为中心只能是“带着绳索的跳舞”，只能在普通刑事案件办理的技术方法上要求侦查、起诉面向审判、服务审判，是“中国特色的以审判为中心”^{[3]849}。其次，对以审判为中心的内涵，也存在不同看法。有人认为以审判为中心是指审判在整个刑事诉讼中具有核心地位，只有经正当程序审判才能最终确定被告人的刑事责任；审前程序应当服从公正裁判的需要；审判机关在审前程序中同样应发挥主导

作用^{[4]2}。有人认为其内涵有三,一是审前程序中公安和检察机关要形成合力,执行控诉职能;二是要充分发挥刑事辩护职能,坚持有效辩护、实质辩护;三是法官要坚持审判中立原则,认真听取控辩双方意见,做出公正裁判^{[1]2}。实务界基于各自立场也表达了不同的观点:法院方面认为自己在改革中明显占有优势,但为避开这个话题可能产生的争议先将以审判为中心的内涵局限于以庭审为中心,提出要促进庭审实质化,让事实调查、证据认定和法律争议真正通过庭审程序来解决。而后,周强院长在《推进严格司法》一文中提出:“刑事诉讼中审判程序难以发挥对其他诉讼程序的制约作用,严重影响刑事司法尺度的统一和刑事司法公正,必须深化刑事司法改革,推进建立以审判为中心的诉讼制度。”^[5]这意味着法院已经跳出庭审中心的局限,将审判的重要性置于从立案开始的整个诉讼流程之上。检察机关中,有的将以审判为中心严格解读为以庭审为中心,即以审判为中心仅就各诉讼环节及职能主体在诉讼和庭审中的关系而言,而不能将它扩大到诉讼和庭审之外的领域,在该领域外,侦查官、检察官和法官之间还存在政治关系、配合制约和法律监督关系^{[6]7};有的认为,以审判为中心是法院要在刑事诉讼中起决定性作用,但并不意味着检察机关的审前程序就不重要,而且检察机关的诉讼监督权与以审判为中心并不矛盾^{[7]47}。

在这场关于审判中心的论战中,法院似乎略胜一筹。如何理解以审判为中心,不仅关涉法院一家,也关涉公检法司的分工配合、相互制约,事关该项重大改革的成败。就检察机关而言,如何认识以审判为中心,也事关如何正确定位检察权,以及如何调整检察权的运行方式以适应改革需要,从而更好地发挥检察机关在以审判为中心的诉讼制度格局中的作用,可谓意义重大。为此,本文将对这些问题进行探讨。

一、以审判为中心的内涵解读及其功能延伸

(一) 内涵解读: 刑事裁判主体地位回归法院

《中华人民共和国刑事诉讼法》第 12 条规定:“未经人民法院判决,对任何人都不得确定有罪。”据此,判决一个人有罪的权力专属于法院,未经审判,不得定罪。2012 年刑诉法修改也是朝着“审判是决定被告人是否构成犯罪和判处刑罚的关键阶段”^{[8]171}进行的。但时至今日,在一些地方的司法实践中,犯罪嫌疑人有罪与否早在侦查和起诉阶段即由公安和检察机关决定了,侦查和起诉机关在审前阶段形成的案卷材料充斥庭审,成为法院裁判的决定性依据,审判成了法院对侦控结论的“盖章确认”,法院的刑事裁判主体地位名不副实。以审判为中心就是重申法院的刑事裁判主体地位,即检察机关提起公诉的案件,只有经过法院的刑事判决才具有确认被告人有罪的效力。

刑事诉讼是国家专门机关在当事人及其他诉讼参与人的参与下,依照法定程序,为解决被刑事追诉人的刑事责任问题而进行的专门活动。不同刑事诉讼主体的诉讼目的和任务各不相同。追诉主体(包括侦查和起诉)的目的在于查清案件事实、缉查犯罪嫌疑人、收集案件证据;审判的目的则是基于控辩双方的证据,居中做出公正判决。前者的目的使其天然追求惩罚犯罪的效率,以侦查为主导属于典型的犯罪控制模式^①;后者则注重程序与理性,以审判为主导是正当程序模式。改革开放至今,中国用三十多年的时间走完了发达国家上百年的工业化和现代化道路,作为后进国家,效率是各项事业运行的首要目标,稳定的社会环境是发展的必要保障。在刑事诉讼领域,高效率意味着高效打击和控制犯罪、维护社会稳定。以侦查为中心的犯罪控制模式因为高效而在我国刑事诉讼中成为主导,但在高效处理犯罪的表象之下,代价也是高昂的。从侦查中心主义衍生出的逮捕中

^① 美国学者帕克最早提出刑事诉讼模式理论,他将刑事诉讼分为犯罪控制模式与正当程序模式。

心主义、起诉中心主义,甚至卷宗中心主义等大大矮化了审判的地位,弱化了审判的功能。强势的侦查结论直接进入弱勢的审判,法官只能根据侦查起诉卷宗的内容认定被告有罪,审判被侦查绑架是侦查中心主义的必然结果。侦查阶段追求效率的本质决定了其极易滥用和误用权力,刑讯逼供等非法取证手段大行其道,几乎不受限制,法院对该种证据和结论的被动确认直接侵害了公民的正当权利,造成司法不公,导致冤假错案。而从应然角度看,审判应该是刑事诉讼中“最中立、最公开透明、最内含抗辩机制、诉讼参与人最多的环节,因而比其他环节更有利于正确认定案件事实、证据和性质,实现司法公正”^{[6]7}。因此,以审判为中心的内涵就是改变原先“侦查、起诉、审判、执行”的单向刑事诉讼流程,形成“审判居中、控辩平等”、“控、辩、审三方组合”的等腰三角形诉讼结构,强化审判特别是庭审的核心作用,以此实现刑事裁判主体地位的回归,肯定法院决定刑事诉讼结局(即被告人是否定罪判刑)的终局权力。

(二) 功能延伸

要实现法院刑事裁判主体地位的回归,改单向流水线作业为“控、辩、审”等腰三角形结构,以审判为中心必须具备两项延伸功能:一是案件截流功能,对案件是否需要进入审判程序进行必要性审查,以突显审判的重要性,即通过限制数量以确保质量;二是终端控制功能,以审查起诉检验侦查活动,以审判检验侦查和起诉活动,强化全程的司法审查。两者并驾齐驱,如两翼般确保法院裁判主体地位的平衡和稳固。

1. 发挥案件截流功能:控制进入审判程序的案件数量

以审判为中心是为突出审判在横向诉讼流程中的核心地位,并非以经过法院处理的刑事案件数量占刑事案件总数的比重大小为标准。否则以辩诉交易(而非正式庭审程序)处理绝大多数刑事案件英美国家就不是审判中心主义,而成了检察中心主义了^①。因此,虽然根据文义理解,以审判为中心应是尽可能多地将案件带入审判程序,然而只有适当控制进入审判程序的案件数量,才能确保进入审判的案件得到公正的判决,通过控制案件数量以确保案件质量,真正实现以审判为中心。从实际出发,以审判为中心的诉讼制度改革任务是在我国犯罪圈不断扩大、犯罪结构发生重大变化的历史背景下提出的。犯罪圈扩大包括犯罪罪名增多和刑事案件总数增加。1979年刑法典只有130个罪名,经过单行刑法和附属刑法的不断补充,至1997年刑法典通过之前,已增加至263个^{[9]45}。1997年刑法典罪名增至412个,到2011年,《全国人民代表大会常务委员会关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》和8个刑法修正案共增加41个罪名,2015年通过的《刑法修正案(九)》又增加20个罪名,则目前我国刑法共有473个罪名。不到四十年的时间,刑法罪名已增长近3倍,相应的刑事案件数量也随之增加。1980年全国刑事案件立案数不足100万件,2000年超过200万件,2010年超过600万件,2014年已达654万件。法院系统审结的案件数量也逐年攀升,1980年仅为21万件,2000年为53万件,2010年为78万件,2014年为102万件^②。如此一来,司法资源不堪重负,法院人少案多的矛盾尤为突出,案件数量和质量不能兼得,容易导致审判走过场的司法乱象。“法律的生命是经验而不是逻辑”,法律人才的培养、审判能力水平的提高不是一朝一夕的事情,人少案多的矛盾不能通过盲目扩大法院人员编制加以解决,而适当控制进入审判程序的案件数量成为一种符合中国实际和国际潮流的选择。刑事案件总体结构由重罪向轻微罪的倾

^① 而实际上,英美是典型的以审判为中心的国家。

^② 数据来源于《中国法律年鉴》《最高人民法院工作报告》《最高人民检察院工作报告》。

斜也为依靠审前程序消化处理案件提供了可行性^①。比较研究表明,进入 20 世纪中后期,各个国家的刑事犯罪数量都呈现迅速增长的态势,法院均不同程度地出现过案件拥堵、积压,工作效率低下的情况。面对这样的难题,多数先进法治国家通过扩大检察机关起诉裁量权的方式控制进入审判程序的案件数量,使大部分刑事案件在检察机关被消化和吸收掉。德国作为传统的大陆法系国家,与我国一样,实行起诉法定主义^②,但随着案件量的激增,逐渐从起诉法定主义转向起诉便宜主义^③,不起诉案件占所办刑事案件三分之二^{[10]87}。日本刑法同样规定了起诉便宜主义且未限制犯罪类型,检察机关不起诉率^④超过 50%^{[11]10}。英美国家通过辩诉交易处理掉的案件更是高达 90%^{[12]87}。各国通过扩大检察机关起诉裁量权,大大降低了法院受理案件的数量,为法院集中精力办理重大、疑难、复杂案件和提高办案质量提供了空间。因此,我国以审判为中心不是以审判为唯一或重要通道,而是以审判为重心,突出审判对进入庭审程序案件的决定作用。

我国以起诉法定主义为主,酌定不起诉和附条件不起诉在实践中条件严苛,适用范围极小,1996 年刑事诉讼法修改前不起诉率在 10%—11%之间徘徊,刑法修改后(废除免于起诉制度)不起诉率仅为 2%—3%^{[13]92}。本次以审判为中心的诉讼制度改革强调法院的刑事裁判主体地位,主旨是对有必要进行审判的刑事案件进行“精耕细作”,在考虑刑事追诉的必要性、程序经济性、刑事诉讼目的、刑事政策等因素后,认为没有必要判处刑罚的就可以不进入审判程序,直接由审前程序来处理,也就是笔者所主张的“入罪出刑”。所谓“入罪出刑”,实际上是在犯罪圈不断扩大、依法应该追究刑事责任的案件范围不断扩大的前提下,通过检察机关不起诉对大量轻微刑事案件做非刑事化(depenalization^⑤)处理。也许有人会提出质疑:既然要出刑又何必入罪呢?或是为何不在侦查阶段直接由公安机关截流案件,而非要在起诉阶段由检察机关截流呢?国家从无到有,再从专制国家、警察国家、法治国家发展演化到福利国家,其中警察国家是由专制国家演进为法治国家的一种过渡性国家形式,强调“国家本位”,行政权无限扩张;对国民而言,则是“义务本位”,个人权利被忽略^{[14]121-122}。法治国家则强调以法律治理国家,保障公民权利。因此,法治国家不应该由警察作为干预主体。我国正在大力建设法治国家,必然要限缩警察权,逐步把伴随犯罪圈扩大而产生的新型刑事案件的处理权限从公安行政系统中剥离出来,纳入刑事司法体系。这不仅有助于扩大司法权参与社会治理的范围与权限,防止行政权滥用,而且通过为当事人提供必要的司法保障,能够有效发挥保障人权的功能。因此,以审判为中心并不意味着所有刑事案件都要以审判方式解决,也不是多数案件都要进入审判程序,而是通过检察机关充分行使起诉裁量权,将多数案件截流在审判程序之前。在认定有罪的前提下,做非刑事化处理的权力不是法院专属,可以由检察机关来行使。但这里必须阐明:检察机关在行使这项职能时是司法机关,而非行政机关^⑥。

2. 发挥终端控制功能:形成“侦查、起诉、审判”三阶段可回溯的诉讼监督机制

公检法三机关“分工负责、相互配合、相互制约”是我国刑事诉讼法的基本原则,但在以往的实践中,三机关却配合有余、制约不足。特别是侦查中心主义、逮捕中心主义现象盛行,一方面,侦查

① 据统计,重刑率(被判处五年以上有期徒刑、无期徒刑或死刑)由 1995 年的 45%下降至 2002 年的 22%,到 2015 年仅为 9.37%;而轻微犯罪大幅上升,如 2014 年以来仅醉驾就占全部刑事案件的 10%。

② 该原则要求所有的犯罪行为都应以追究,不能有例外,只要犯罪嫌疑人符合法律规定的起诉条件,检察机关就必须提起公诉,实际上排除了检察机关的起诉裁量权。

③ 该原则是指在完全符合起诉条件的情况下,检察机关享有自由裁量权,可根据情况决定是否提起公诉。

④ 德日两国的不起诉,仅指裁量不起诉;而我国的酌定不起诉不包括法定不起诉和证据不足不起诉。

⑤ depenalization,又译非刑罚化,是在定罪前提下对案件进行非刑事化处置,不同于非犯罪化(decriminalizaion)。

⑥ 关于检察权相关职能的权力属性将在后文详细论述。

阶段收集的证据尤其是书面材料(如证人证言、鉴定意见以及各类情况说明等)在审判中直接作为裁判依据;另一方面,审查逮捕替代审判成为决定犯罪嫌疑人刑事责任的核心环节,犯罪嫌疑人一旦被批准逮捕,就难逃被起诉和定罪的命运^{[15]106}。侦查决定审判,逮捕决定起诉和审判,如此就直接架空了审查起诉和审判两个重要的诉讼程序。从认识论的角度,随着诉讼阶段的不断推进,不同阶段的办案人员对案件事实的认识是不断深入的,初始认识无法超越更不能替代终局认识,更不能用终局阶段的标准来要求初级阶段。正因如此,立案侦查和逮捕的证明条件都是“有证据证明有犯罪事实”,明显低于审查起诉和审判阶段的“犯罪事实清楚,证据确实、充分”。所以侦查中心主义和逮捕中心主义都是背离认识规律、背离刑事诉讼规律的。目前,我国刑事诉讼流程经常被比作流水线作业,侦查阶段形成的证据材料毫无阻力地进入起诉和审判阶段,成为定罪量刑的证据,大部分批捕的案件都能顺利通过审查起诉和庭审,达成有罪判决。公检法三机关呈现出一种输送自来水式的(有去无回)线性合作关系,共同目的是将犯罪嫌疑人经过程式化工序加工成犯罪人,因此也经常出现冤假错案。如果要保证生产出的合格产品是大概率事件,就不能只依靠生产后的抽查检验,而必须将检验融入生产线的每一个关键环节,必须有起始检验、中间检验以及最终检验。以审判为中心要求“确保侦查、起诉的案件事实证据经得起法律的检验”,就是对检验活动的细化:一是侦查要经得起审查起诉的检验,二是侦查和起诉都要经得起审判的检验。与产品流水线相结合,在整个刑事诉讼过程中,侦查阶段的批准逮捕是初始检验,审查起诉是中间检验,而审判就是最终检验,前后是流程递进关系,反过来又是制约与被制约的关系,同时还特别强调审判对整个诉讼过程的制约作用。整个过程体现了“终端控制”和“反向控制”的思想,如有任何一个环节经不起这个最终检验,即为不合格品。实际上,以审判为中心贯彻体现的是全程司法审查的理念。在此意义上,法院、检察机关是战友,共同监督公安机关的侦查活动,当然,检察机关起诉的功能^①仍然要受到司法审查,即来自检察机关内部的法律监督和来自法院的终端控制。可回溯的终端控制机制,即后一阶段监督制约前一阶段,最后阶段对全程有一票否决权,对预防滥用职权、杜绝冤假错案具有十分重要的意义,是以审判为中心的题中应有之义。

二、以审判为中心背景下检察权的理解与定位

1978年检察机关恢复重建至今,中国特色社会主义检察权的定位一直是争议不断的话题,行政权说、司法权说、双重属性说、法律监督权说四种代表性学说相持不下。近四十年来,扩大、限缩甚至取消检察权的意见不绝于耳。《决定》发表后,在以审判为中心的诉讼制度改革中如何正确定位检察权,成为目前检察机关面临的重大挑战。

关于检察权性质的讨论建立在三个法律文件的规定之上:一是《宪法》第129条“中华人民共和国人民检察院是国家的法律监督机关”,以及第131条“人民检察院依照法律规定独立行使检察权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉”。二是《人民检察院组织法》第1条“中华人民共和国人民检察院是国家的法律监督机关”,第5条规定各级检察院的职权。三是《刑事诉讼法》第3条规定检察机关职权,第8条规定“人民检察院依法对刑事诉讼实行法律监督”。根据上述法律文件,我国检察机关具有行政权、司法权和法律监督权三种属性。首先,检察机关在刑事诉讼中代表国家提起公诉,遵循“控审分离、控辩平等、审判中立”的刑事诉讼构造原则,此时检察机关与侦查阶段公安机关在本质上并无差异,都代表国家行使对犯罪的追诉权,其目的是查明事实真相、追究犯罪嫌疑人的刑事责任,符合行政权合目的性的根本原则。其次,检察机关决定是否提起公诉,尤其是做出的不

^① 关于检察机关不同性质职能的划分将在下文具体论述。

起诉决定,与法院的无罪判决和定罪免刑具有相似效力,具有裁判性、终局性、法律适用性等特征,符合司法权合法性的根本原则。最后,检察机关对三大诉讼实行法律监督^①,包括侦查监督(决定是否逮捕、监督侦查活动是否合法)、审判监督(民事审判、行政审判和刑事审判监督)以及执行监督。以审判为中心主要涉及刑事诉讼制度改革,所以,在此背景下,检察机关的定位也自然应该围绕刑事诉讼的进程展开。围绕刑事诉讼,检察机关的职能包括:行政性的公诉权、司法性的不起诉权、法律监督性的侦查监督权(批捕权和纠正侦查违法权)以及刑事审判监督权。上文以审判为中心的三大内涵与三种性质的检察权具有一一对应关系。推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革,检察权应该定位为行政权、司法权与法律监督权并行,但所占地位权重则各有不同。

(一) 规范公诉权是刑事裁判主体回归法院的重要环节

为实现审判的终局性,使进入审判的案件得到公平、公正的处理,必须规范公诉权的行使。检察机关的公诉权包括对刑事案件提起公诉和出庭支持公诉两项活动。从诉讼阶段角度看,提起公诉是刑事审判的中间环节,起到终结侦查和启动审判的作用,庭审中要查明的事实和认定的证据大部分直接来源于起诉,所以检察机关应该严格限定提起公诉的条件,准确把握“犯罪事实清楚,证据确实、充分”的具体标准,做好庭前的证据收集和审查工作,不仅收集证明犯罪嫌疑人有罪的证据,还要收集无罪证据,同时对证据的客观性、真实性、关联性以及合法性进行严格、细致的审查。从庭审实质化角度看,以审判为中心的诉讼制度改革必然增加庭审活动的对抗性和不可预测性,这就要求检察机关在出庭支持公诉时具有相对规范和高超的讯问、质证和应变能力。

无论是提起公诉的审慎性,对事实和证据的严谨态度,还是公诉人个人庭上对抗技能的提升,这些规范性要求都强调检察机关作为强势国家代表在行使公诉“权力”时的收缩,以及在作为与辩护方地位平等的诉讼当事人时的“权利”扩张。公诉权是检察权的重要组成部分,但在以审判为中心的诉讼制度改革中,该权力只能日益规范而不能强化。这是公权力谦抑性在刑事诉讼中的应然体现。所以,有学者提出建立以公诉为中心的检察职权体系,朝着检察机关就是公诉机关的思路去构建司法制度^{[16]149},甚至建立由检察机关主导的追诉程序,建立侦检一体化模式^{[17]80},这些都不甚妥当。在以审判为中心的诉讼制度框架中,检察权中公诉权的着眼点应该是规范和审慎。

(二) 扩张不起诉权是控制进入审判程序案件数量的核心

从诉讼流程角度看,公安机关的立案侦查是刑事诉讼的开端,检察机关审查起诉是中间环节,两者围绕审判展开,是为审判做准备的活动,但同时也具有独立的程序性价值。特别是检察机关不起诉权的充分行使和适当扩张能够有效控制进入审判程序的案件数量,为审判终局裁判功能的实现提供可能。目前我国检察机关不起诉包括法定不起诉、酌定不起诉、证据不足不起诉和附条件不起诉。刑诉法第 172 条规定:“人民检察院认为犯罪嫌疑人的犯罪事实已经查清,证据确实、充分,依法应当追究刑事责任的,应当作出起诉决定。”第 173 条第 1 款规定:“犯罪嫌疑人有本法第十五条规定情形之一的,人民检察院应当作出不起诉决定。”前者为法定起诉原则,后者为法定不起诉(又称为绝对不起诉)原则,从正反两方面确立了我国起诉法定主义的基本原则。与此同时,第 173 条第 2 款规定:“对于犯罪情节轻微,依照刑法规定不需要判处刑罚或免除刑罚的,人民检察院可以做出不起诉决定。”第 171 条第 4 款规定:“对于二次补充侦查的案件,人民检察院仍然认为证据不足,不符合起诉条件的,可以作出不起诉的决定。”第 271 条第 1 款规定:“对于未成年人涉嫌刑法分则第四章、第五章、第六章规定的犯罪,可能判处一年有期徒刑

^① 属于司法监督,并非苏联和现俄罗斯等国家的一般监督。

以下刑罚,符合起诉条件,但有悔罪表现的,人民检察院可以作出附条件不起诉的决定。”上述三个条款,即酌定不起诉、证据不足不起诉和附条件不起诉,均体现了起诉便宜主义的精神。但在报应主义刑罚观的影响下,有罪必罚、有罪必诉的理念在我国根深蒂固,司法实践更加强调起诉法定主义,对起诉便宜主义重视不够,致使很多没有必要提起公诉的案件也进入了审判程序,在浪费司法资源的同时也不利于帮助犯罪嫌疑人回归社会。因此,适当扩大不起诉权应当成为以审判为中心的诉讼制度改革的重要内容。

不起诉权的扩张应该以酌定不诉和附条件不诉为核心,因为根据无罪推定、罪疑从无的刑事诉讼原则,证据不足存在怀疑的案件当然不能进入审判,在法定不诉时检察机关没有自由裁量权,只要符合条件就必须不起诉,没有扩张的可能。而要扩张不起诉权,首先须正确理解酌定不起诉的条件,扩大适用范围,并简化程序。不能将“犯罪情节轻微”等同于轻微犯罪,即使是重罪(如故意杀人罪、贪污受贿罪等)也存在“犯罪情节轻微”的情况,可以考虑以法定刑三年以下为原则,允许例外的存在;更不能人为设置酌定不起诉率,把不起诉率作为衡量起诉工作好坏的标准。同时,现行法律规定酌定不起诉必须提请多级审批,最终由检委会讨论决定并呈报上级检察院,导致很多检察官不愿意提起酌定不诉(即使在目前检察体制改革试点地区,酌定不起诉依然需要由检察官提出后经由主管检察长审批,检察官不具有实质决定权)。因此,应适当简化酌定不起诉的决定程序,将决定权赋予检察官,由检察长做形式上的审批即可。其次,充分发挥检察机关在附条件不起诉中的决定地位,适当扩大附条件不起诉的主体范围。我国刑事诉讼法规定,附条件不起诉只适用于未成年人,且须听取公安机关和被害人意见,但在司法实践中,“听取意见”则异化成“取得同意”。此外,由于附条件不起诉要花费更多的人力和物力,在实践中适用率较低,因此,建议将适用主体扩大至老人、残疾人等其他特殊群体,以检察机关同意为附条件不起诉的充要条件。当然,扩大不起诉权绝不是允许检察机关恣意、独断地处理案件,而是综合全案情况客观、公正地决定是否提起公诉。

(三) 强化法律监督权是可回溯终端控制机制运行的关键

在刑事诉讼中,检察机关的法律监督权包括侦查监督权(批捕权和纠正侦查违法权)和刑事审判监督权。在以审判为中心的诉讼制度中,检察机关对法院的监督是次要的,对侦查机关的监督才是重点,是可回溯终端控制机制运行的关键。从诉讼流程角度看,检察机关的侦查监督是对前监督或反向监督,符合监督的一般规律;而检察机关的审判监督是对后监督或正向监督,属于我国特有的司法监督模式。从监督对象角度看,检察机关对法院的监督与对公安的监督不同,应当尊重审判规律和裁判权威,在维护法制统一和司法公正的前提下,实施审判监督权时应保持必要的克制和谦抑。因为审判程序本身具有中立、公开、透明、抗辩、多方参与性,因而必然是内含多方监督制约特性的,在庭审实质化条件下,这些特性将表现得更加明显。而对于享有除逮捕外所有强制侦查措施决定权的公安机关,其侦查活动隐蔽、秘密,且难于监督,容易导致侦查措施的滥用和误用,检察机关的侦查监督权就应表现出适当的强势,以便对侦查活动进行过滤和控制。

很多学者和司法实务人员都认识到,以审判为中心的诉讼制度改革对检察机关侦查监督工作提出了更高的要求,认为应强化侦捕诉一体化建设:一方面,积极引导侦查,加强与侦查机关的沟通;另一方面,统一捕诉双方认识,强化捕诉衔接^{[18]16}。笔者认为,这些观点虽有可取之处,但也可能存在对审判中心视角下侦查监督权的误读。结合以审判为中心,公检法三机关相互配合应体现在侦查、公诉服务审判上,前者配合后者查明案件事实、收集证据,而相互制约则更多的是后者对前者的逆向监督。在绝大多数国家,包括逮捕在内的大多数审前强制措施都由法院批准决定,属于司法审查的内容。因为审前强制措施是在尚未定罪的情况下直接限制或剥夺犯罪嫌疑人的人身和财

产权利,必须以保证刑事诉讼正常进行为限,如果超出必要限度,正义将变成非正义。强制措施对迅速查明案件事实、收集犯罪证据有重要作用,以追诉犯罪为目的,侦查和公诉机关必然选择大量适用强制措施以便迅速破案和提起公诉。为保证司法公正、保障公民权利,强制措施必须由中立的司法机关来决定,即在审前程序中营造一种类似诉讼的三角结构,追诉机关能否限制和剥夺犯罪嫌疑人权利将由中立的第三方决定。在多数国家,这种第三方被限定为法院,所以很多学者对我国将批准逮捕权赋予检察机关持强烈批判的态度。权力分配给谁固然重要,但更重要的是权力主体以何种方式行使权力。只要检察机关在实施审查逮捕权力时能保持作为裁判者的独立性、被动性^①,确保审查程序的平等性^②、参与性^③和法定性^④,同样可以作为逮捕的决定者。而且,根据联合国《公民权利和政治权利公约》,刑事羁押应取得审判官或其他经法律授权行使司法权力的官员的授权,我国检察机关在执行侦查监督权时就是经宪法授权行使司法权的机关。但在行使该权力时,检察机关必须在侦查机关和当事人之间保持中立,同时也要与后续的公诉主体适当分离,以形成必要张力,做出不偏不倚的决定。

三、以审判为中心视角下的繁简分流

繁简分流是指检察机关对具有起诉必要、必须交付审判的案件,在起诉之前对其审判方式予以确定,即审判程序的选择功能^{[19]6}。以审判为中心的诉讼制度改革中,检察机关通过不起诉权的扩张发挥案件截流功能,通过强化侦查监督发挥流程监督功能,在减少进入审判程序的案件总量和保证案件质量方面发挥重要作用。而繁简分流则是检察机关为进入审判程序的案件选择适当的审判方式,不仅有利于实现刑罚资源的效用最大化,也有利于保障人权,从而实现法治追求。

(一) 立足“排挤效应”,繁简分流能够优化审判资源配置

“排挤效应”是西方经济学的概念,指政府增加支出所引起的私人消费或投资降低的效应。简单理解就是社会整体资源有限,投入一方的资源增加,投入其他方面的资源必然减少。引入刑事法领域,就是投入刑罚资源时,必须相应地减少其他社会福利与公共建设的支出^⑤。我国处于经济转轨、社会转型的矛盾凸显期,刑事案件逐渐增多,特别是伴随《刑法修正案(八)》和《刑法修正案(九)》的出台,犯罪圈不断扩大,扒窃、危险驾驶、买卖使用假身份证明、替考等轻微刑事案件明显增多,而且部分原以劳动教养处理的介于违法和犯罪之间的案件也被纳入刑事治理领域。在刑罚资源总量不变的情况下,面对社会转型带来的犯罪浪潮,检察机关通过繁简分流能够破解法院受理案件数量上升以及案多人少的矛盾,能够以较小的司法成本取得较好的法律效果。“根据案件难易、刑罚轻重等情况,推进繁简分流,构建普通程序、简易程序、速裁程序等相配套的多层次诉讼制度体系”^[20],即以快速简易的程序处理大量轻微犯罪,而以有限资源集中处理少数严重的犯罪。而且,越是严重的案件,越有可能更严重地侵犯人权,如错判死刑就是最极端的例子。因此,应该把大部分资源投入到重大、疑难、复杂犯罪案件的司法程序运作中,适用普通程序;而对轻微案件实行“从快”处理,适用简易和速裁程序,把从轻微犯罪案件中节省下来的资源投入到严重的犯罪

① 被动性,即审查不能由检察机关自动发起,必须由相关权利主体申请。

② 平等性,即审查的发起者和被审查者地位平等,具有对等的程序权利。

③ 参与性,即审查应保证发起者和被审查者具有充分的程序参与权,有充分发表意见、提供证据的机会。

④ 法定性,即审查应按照法定的程序规则进行调查、听证、审理、辩论、裁判等。

⑤ 参见张平吾《犯罪学与刑事政策》,转引自蔡道通《中国刑事政策的理性定位》,见陈兴良主编《中国刑事政策检讨》,(北京)中国检察出版社 2004 年版,第 183 页。

案件中,提高严重犯罪案件的审判质量,从而更好地保障人权。而且,由检察机关对有必要提交审判的刑事案件进行繁简分流,将审判资源在不同层次的案件之间进行分配也是世界多数国家的普遍做法。

(二) 立足“刑事一体化”,繁简分流应以犯罪分层为标准

所谓犯罪分层,是指根据犯罪的严重程度将所有犯罪划分为不同层次的犯罪分类方法。从法国旧制度时期的罪分两类到拿破仑刑法典的罪分三类,这种制度化的犯罪分层首先在欧洲,继而在英美法系国家产生了辐射效应,至20世纪末,犯罪分层已逐渐成为绝大多数国家刑法的通例^[21]¹⁴⁷。犯罪分层就是对犯罪按照不同严重程度进行分层,然后再在不同层次的犯罪之间规定资源分配原则,这不仅有利于刑事政策的制度化、科学化,有助于统一刑法内部犯罪轻重的标准,更能优化司法程序,节约司法资源,是贯穿刑事一体化的主线。立足于此,繁简分流与犯罪分层理论之间存在着密切的关联性,繁简分流实际上是犯罪分层在审判程序选择上的辐射效应。在审判程序的选择过程中引入犯罪分层,用犯罪分层代替现有关于犯罪轻重的规定,统一标准,统一定性,将不同层次的犯罪直接与三种审判程序对接起来,提高繁简分流的效率,使其内部更加规范和协调。

如何进行犯罪分层是繁简分流科学化的关键。我国尚未建立犯罪分层制度,但学界对犯罪分层的讨论却很热烈,有二分法、三分法和四分法三种主流观点。结合我国实际,以法定最高刑为标准将犯罪分为三个层次,即重罪、轻罪和微罪。相应的,微罪通过检察机关的不起诉或速裁机制予以消化,轻罪主要适用速裁程序或简易程序,重罪则要进入普通程序。犯罪分层中,法定最高刑的弹性设定为检察机关的案件截流和分流提供了充分的自由裁量空间。犯罪分层提供了一个标有刻度的漏斗,自上而下,犯罪严重程度逐渐降低,每一个刻度形成的同心圆都有一层过滤网,检察机关的繁简分流工作就是将不同过滤网上的案件送入不同的审判程序。在德国,只有不到20%的案件按照普通审判程序提起公诉;在美国,只有10%;在法国、日本等国家,走完整个诉讼程序的案件也只有10%—15%,三分之二以上的案件都经过简易程序、速裁机制(处罚令)处理。以案件量的多寡为标准,以侦查、起诉和审判三个诉讼阶段为节点,科学的刑事诉讼流程会呈现出一个橄榄形的结构,即两头小中间大,大部分案件都在检察机关内被消化掉,治安案件很少,能进入审判程序的案件也是少数,而且在进入审判程序的少数案件中,大部分都未经普通程序审理。我国刑法采用既定性又定量的方式,犯罪门槛高,治安违法案件数量远大于刑事案件^①,行政权与司法权的博弈将是一个长期的过程,所以橄榄形的上半部分一时之间难以实现;但下半部分(即漏斗形)是以检察权为主导的,应该通过截流和分流的方式迅速实现。

在整个刑事诉讼流程中,检察机关本身具有不起诉裁量权,对前一诉讼阶段公安机关的侦查活动具有法律监督权,对后一阶段法院的审判活动具有繁简分流权,这关系到整个诉讼的质量和效率。所以,在以审判为中心的诉讼制度改革中,检察机关肩负重任、大有作为。为此,检察机关必须以奋发有为的态度积极投身到这项改革中,同时兼收并蓄,认真学习和借鉴古今中外刑事审判的有益经验,正确、全面地认识审判中心的内涵以及审判中心对公检法三机关之间关系带来的影响,明确自身的职能定位,强化截流、分流和侦查监督的功能,科学提升其在司法体系中的权重,切实履行好检察机关在犯罪治理中的法定职责,为法治国家建设与依法治国做出应有的贡献!

^① 根据《中国法律年鉴》,2014年全国治安案件有1188万件,而刑事案件只有654万件。

[参 考 文 献]

- [1] 樊崇义:《“以审判为中心”与“分工负责、相互配合、相互制约”关系论》,《法学杂志》2015年第11期,第1-10页。[Fan Chongyi, "On the Relationship between Trial Center Doctrine and Principle of Individual Responsibility and Mutual Coordination and Supervision," *Law Science Magazine*, No. 11(2015), pp. 1-10.]
- [2] 沈德咏:《论以审判为中心的诉讼制度改革》,《中国法学》2015年第3期,第5-19页。[Shen Deyong, "Discussion on Promoting the Reform of Litigation System Centered on Judgment," *China Legal Science*, No. 3(2015), pp. 5-19.]
- [3] 龙宗智:《“以审判为中心”的改革及其限度》,《中外法学》2015年第4期,第846-860页。[Long Zongzhi, "The Reform toward Proceedings Centered on Trial and Its Limits," *Peking University Law Journal*, No. 4(2015), pp. 846-860.]
- [4] 王敏远:《以审判为中心的诉讼制度改革问题初步研究》,《法律适用》2015年第6期,第2-6页。[Wang Minyuan, "Discussion on the Systematic Reform in Litigation with Trial at the Center," *Journal of Law Application*, No. 6(2015), pp. 2-6.]
- [5] 周强:《推进严格司法》,《人民日报》2014年11月14日,第6版。[Zhou Qiang, "Promoting a Strict Judiciary," *People's Daily*, 2014-11-14, p. 6.]
- [6] 朱孝清:《略论“以审判为中心”》,《人民检察》2015年第1期,第6-9页。[Zhu Xiaoqing, "Systematic Reform in Litigation with Trial at the Center," *People's Procuratorial Semimonthly*, No. 1(2015), pp. 6-9.]
- [7] 王守安:《以审判为中心的诉讼制度改革对检察工作的影响》,《人民检察》2014年第22期,第47页。[Wang Shouan, "The Influence of the Systematic Reform in Litigation with Trial at the Center on Procuratorial Work," *People's Procuratorial Semimonthly*, No. 22(2014), p. 47.]
- [8] 王兆国:《关于〈中华人民共和国刑事诉讼法修正案(草案)〉的说明》,见陈光中主编:《〈中华人民共和国刑事诉讼法〉修改条文释义与点评》,北京:人民法院出版社,2012年,第171页。[Wang Zhaoguo, "The Instruction of the Amendment(Draft) of the Criminal Procedure Law of the People's Republic of China," in Chen Guangzhong (ed.), *Paraphrase and Comment on the Criminal Procedure Law of the People's Republic of China (2nd Edition)*, Beijing: People's Cour Press, 2011, p. 171.]
- [9] 高铭暄主编:《刑法专论(第二版)》,北京:高等教育出版社,2006年。[Gao Mingxuan, *Special Treatise on Criminal Law(2nd Edition)*, Beijing: Higher Education Press, 2006.]
- [10] 卢乐云:《德国检察官为何受宠备至——德国检察官选任与考核机制见闻》,《人民检察》2011年第1期,第85-87页。[Lu Leyun, "Why the Procurators Are So Prized in Germany: The Mechanism of Selecting and Evaluating Procurators in Germany," *People's Procuratorial Semimonthly*, No. 1(2011), pp. 85-87.]
- [11] 宋英辉:《国外裁量不起诉制度评介》,《人民检察》2007年第24期,第10-11页。[Song Yinghui, "Comments on the System of Non-prosecution in Foreign Countries," *People's Procuratorial Semimonthly*, No. 24(2007), pp. 10-11.]
- [12] 汪振林、萧然:《检察院裁量权问题与刑事司法效率的提高》,《云南大学学报(法学版)》2004年第3期,第86-89页。[Wang Zhenlin & Xiao Ran, "The Discretion Power of Procuratorate and the Question of Improving the Efficiency of Justice," *Journal of Yunnan University Law Edition*, No. 3(2004), pp. 86-89.]
- [13] 黎莎:《我国刑事诉讼中不起诉率问题研究——兼与德国的比较》,《四川警察学院学报》2008年第2期,第91-98页。[Li Sha, "Study on the Non-prosecutor Rate Question in Criminal Suit in Our Country," *Sichuan Police College Journal*, No. 2(2008), pp. 91-98.]
- [14] 卢建平:《法国违警罪制度对我国劳教制度改革的借鉴意义》,《清华法学》2013年第3期,第108-125页。[Lu Jianping, "The Significance of Police Offence in France for Chinese System on Reeducation through Labor," *Tsinghua Law Journal*, No. 3(2013), pp. 108-125.]

- [15] 汪海燕：《论刑事庭审实质化》，《中国社会科学》2015年第2期，第103-122页。[Wang Haiyan, "Making Criminal Trials Substantive," *Social Sciences in China*, No. 2(2015), pp. 103-122.]
- [16] 陈乐、曾健：《我国检察权的反思与重构——以公诉权为核心的分析》，《法制与社会》2012年第3期，第149-150页。[Chen Le & Zeng Jian, "Rethink and Rebuild the Procuratorial Power in China: An Analysis Centered on Public Prosecution," *Legal System and Society*, No. 3(2012), pp. 149-150.]
- [17] 任楚翘：《审查逮捕如何落实“审判中心”诉讼制度改革要求》，《人民检察》2015年第9期，第79-80页。[Ren Chuqiao, "How Will the Examination and Approval of Arrests Satisfy the Systematic Reform in Litigation with Trial at the Center," *People's Procuratorial Semimonthly*, No. 9(2015), pp. 79-80.]
- [18] 黄曙、王成：《“审判中心”背景下侦诉关系的检视和完善》，《人民检察》2015年第8期，第14-17页。[Huang Shu & Wang Cheng, "The Improvement of the Relation between the Investigation and Prosecution in the Trial-centered Criminal Procedure," *People's Procuratorial Semimonthly*, No. 8(2015), pp. 14-17.]
- [19] 吴宏耀：《我国公诉制度的功能检讨与优化》，《人民检察》2016年第1期，第5-10页。[Wu Hongyao, "Self-criticism and Optimization of the Prosecution System in China," *People's Procuratorial Semimonthly*, No. 1(2016), pp. 5-10.]
- [20] 孟建柱：《坚持以改革创新为引领 奋力开创政法工作新局面——学习贯彻习近平总书记关于政法工作重要指示》，2016年3月15日，<http://legal.people.com.cn/n1/2016/0315/c42510-28201504.html>，2016年5月4日。[Meng Jianzhu, "Insist on Innovation and Open the New Start of Politics and Law Work," 2016-03-15, <http://legal.people.com.cn/n1/2016/0315/c42510-28201504.html>, 2016-05-04.]
- [21] 卢建平：《刑事政策与刑法变革》，北京：中国人民公安大学出版社，2011年。[Lu Jianping, *Criminal Policy and the Reform of Criminal Law*, Beijing: Chinese People's Public Security University Press, 2011.]



邮发代号：国内 32-35 国外 BM 372

欢迎订阅 2017 年《浙江大学学报(人文社会科学版)》

《浙江大学学报(人文社会科学版)》是由教育部主管、浙江大学主办、浙江大学出版社出版的综合性人文社会科学学术刊物，是首批国家社科基金资助期刊、2013年和2015年连续两届国家新闻出版广电总局“百强社科期刊”、中国期刊方阵“双效”期刊、教育部高校哲学社会科学“名刊工程”入选期刊、华东地区优秀期刊、浙江期刊方阵“精优型”期刊。《浙江大学学报(人文社会科学版)》是全国最早采用“同行专家双向匿名审稿制”的学术期刊之一(1997年3月)，也是历年《中文社会科学引文索引来源期刊》(南京大学)、《中文核心期刊要目总览》(北京大学)和《中国人文社会科学核心期刊要览》(中国社科院)核心期刊。近年来，在美国 SSCI 及 A&HCI、南大 CSSCI、中国知网等国内外影响因子指标先后跃居全国所有综合性人文社科期刊第二、全国综合性高校人文社科期刊第一；是迄今唯一连续四年入围“中国国际影响力优秀期刊(Top10)”、“中国最具国际影响力学术期刊(Top5)”榜单的高校综合性人文社科期刊；先后被美国《剑桥科学文摘》(CSA)等8个国际重要检索机构的15个著名索引收录。《浙江大学学报(人文社会科学版)》为双月刊，大16开本，200页，逢单月10日出版，全年共6期。刊号：ISSN 1008-942X, CN 33-1237/C。2017年每期定价78.00元，全年定价468.00元。欢迎向各地邮局订阅。

地址：杭州市天目山路148号

邮编：310028

网址：<http://www.journals.zju.edu.cn/soc>

电子邮箱：zdxw_w@zju.edu.cn

电话：0571-88273210、88925616

传真：0571-88273210