

# 程序法事实裁判和证明制度的构建

## ——以审判中心主义的第二维度为视角

马 可

(中国社会科学院 法学研究所 北京 100720)

**摘要** 近来得以昭雪的冤假错案大多具有一个共同点,即存在司法工作人员在刑事诉讼过程中拒不遵守刑事诉讼法律规范的现象。应当努力拓展审判中心主义的第二维度,建立具有中国特色的程序法事实裁判和证明制度。遏制办案机关程序性违法行为,维护犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利,促进司法裁判权的延伸,限制法官过大的自由裁量权。在推进司法体制改革的过程中,应当完善程序法事实裁判和证明的中国制度设计,规范司法人员依法实施诉讼行为,保障司法公正的实现。

**关键词** 审判中心主义;公正司法;程序性违法;程序法事实裁判;程序法事实证明

**中图分类号** D925.2 **文献标识码** A **文章编号** 1003-8477(2015)11-0151-09

**DOI**:10.13660/j.cnki.42-1112/c.013416

### 一、冤假错案产生的重要原因——侦查(或公诉)权力滥用与程序性违法

近年来,一系列冤假错案进入了公众的视野。佘祥林、赵作海、杜培武、呼格吉勒图等案件全都是因为真凶再现而沉冤昭雪。这一系列案件的发现和纠正,引发了学者和一般公众对此类冤假错案成因的思索。

在这些案件中,侦查人员为取得口供和证人证言,往往都实施了刑讯逼供和暴力取证,而相关领导往往都玩忽职守,没有制止刑讯逼供和暴力取证行为,放任不真实的犯罪嫌疑人供述进入刑事诉讼的后续环节,成为对被告人定罪量刑的依据,并最终造成了冤假错案。这些司法人员的行为违反了刑事诉讼法,侵犯甚至剥夺了犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利,其行为在刑事程序法上可以被称为程序

性违法行为。<sup>①</sup>而其程序性违法行为造成了实体性的案件处理错误,由于缺失了公正司法,所以丧失了司法公正。

长期以来,我国刑事诉讼程序奉行的是侦查中心主义,重实体轻程序,具有行政色彩的侦查权、公诉权有时容易忽略公正价值的优位关注,而更多地关注效率价值。为侦破犯罪和顺利起诉,在司法实践中确实存在一些司法工作人员,特别是侦查人员违法办案的现象。刑讯逼供、暴力取证、超期羁押屡禁不止,拘留、搜查、扣押、冻结、技术侦查措施随意运用。审前阶段,特别是侦查阶段,是公民人身权、财产权和诉讼权利受侵犯最严重的阶段,往往表现为代表国家追诉犯罪的侦查(或公诉)人员在实施诉讼行为时不遵守刑事诉讼法的规定,侵犯犯罪嫌疑人、辩护人或被害人、诉讼代理人的正当权利,侵

**作者简介** :马可(1977—),男,法学博士,中国社会科学院法学研究所副研究员、美国哥伦比亚大学爱德华兹研究员。

<sup>①</sup>陈瑞华认为程序性违法,主要是侦查人员、检察人员、审判人员,在诉讼活动中,违反了刑事诉讼法规定的法律程序,侵犯了公民的诉讼权利,是情节严重的违法性行为。见陈瑞华:《刑事诉讼的前沿问题》,中国人民大学出版社2013年版,第195-243页。

查(或公诉)权力滥用与程序性违法现象比较严重。同时,这类违法行为以及违法行为所获取的有罪供述、证人证言、物证书证等证据材料成为法院定罪量刑的依据。而这正是冤假错案产生的重要原因。

## 二、拓展审判中心主义的第二维度

### (一)审判中心主义的第二维度。

习近平同志指出,“当前,司法领域存在的主要问题是司法不公,司法公信力不高问题十分突出”,而“司法不公的深层次原因在于司法体制不完善、司法职权配置和权力运行机制不科学、人权司法保障制度不健全”。“决不允许滥用权力侵犯群众合法权益,决不允许执法犯法造成冤假错案”,要“做到有权必有责、用权受监督、违法必追究”,“要靠制度来保障,在执法办案各个环节都设置隔离墙、通上高压线,谁违反制度就要给予最严厉的处罚……”。<sup>[1]</sup>

前述案件中的司法工作人员违背了我党的刑事司法路线,违反了习近平同志关于公正司法问题的讲话精神,他们滥用权力侵犯群众合法权益,执法犯法造成冤假错案,正是他们的不公正司法造成了目前司法公信力不高的现状。正如习近平同志所指出的:“一次不公正的审判,其恶果甚至超过十次犯罪。因为犯罪虽是无视法律——好比污染了水流,而不公正的审判则毁坏法律——好比污染了水源。”

那么,如何贯彻习近平同志公正司法讲话精神,规制侦查(或公诉)权力滥用,杜绝程序性违法行为,以避免冤假错案的产生呢?笔者认为,应当完善程序法事实裁判(程序性裁判)制度,建立程序法事实证明制度,<sup>①</sup>拓展审判中心主义的第二维度。

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》中明确提出了“推进以审判为中心的诉讼制度改革”,对我国司法改革和刑事诉讼制度的完善具有重要的指导意义。“以审判为中心”是对我国长期以来“以侦查为中心”的刑事司法实践的批判和矫正,强调“保证庭审发挥决定性作用”,意在防止侦查环节的“破案”成为“决定性”环节。以审判为中心意味着整个诉讼制

度和活动围绕审判而建构和展开,侦查、起诉都是为了使审判能够顺利进行,审判是整个诉讼活动的中心环节和核心活动。

笔者认为,审判中心主义的第一维度,是推动我国刑事诉讼从侦查中心主义向审判中心主义过渡,主要着眼于实体法事实(项)的裁判和证明,而审判中心主义的第二维度,则是推动司法裁判权向程序法事实(项)领域和审前阶段这两个方向的扩张和延伸,主要内容是运用司法裁判权对侦查(或公诉)权力滥用和程序性违法现象进行规制。审判中心主义的第一维度着力于强化法庭审判功能,将整个刑事诉讼的重心由侦查阶段向审判阶段转移,打破“公检法流水作业”之弊,真正在法庭上用证据证明犯罪嫌疑人的罪责,而不是在侦查人员认定其有罪之后,“履行一个有罪判决的包装”。<sup>②</sup>审判中心主义的第二维度,则应着力于司法机关对侦查(或起诉)行为合法性的审查,形成对侦查(或起诉)权力的真正监督,减少某些办案人员的程序性违法行为和对当事人诉讼权利的侵犯,以此遏制冤假错案的产生。

### (二)拓展审判中心主义第二维度的必要性。

程序性后果理论和程序性制裁理论是由王敏远和陈瑞华教授分别提出的两种理论,二者基本相同,其内容可以表述为侦查、起诉和审判机关的程序性违法行为会引发相应的程序性后果,这种后果可能是非法证据被排除(英美法),也可能是诉讼行为被宣告无效(大陆法),也就是受到程序性制裁。<sup>[2]</sup>程序性后果相对于实体性后果,程序性制裁相对于实体性制裁,其核心并不在于追究实施程序性违法行为的侦查和起诉人员的实体责任,而在于纠正违法诉讼行为及其后果。

就理论而言,审判中心主义第二维度的主要内容程序法事实裁判和证明理论是程序性后果理论和程序性制裁理论的衍生与发展,其制度是程序性制裁制度的深化与必要内容,甚至可以说,是推动程序性制裁从理论走向实践的关键。就实践而言,拓展审判中心主义的第二维度,建立程序法事实裁

<sup>①</sup>“程序法事实证明”这一概念由本文作者在博士论文《程序法事实证明研究》中提出。程序法事实证明,是在刑事诉讼审前阶段或审判阶段,控方或辩方依照司法审查的要求提出证据,就某一程序法事实的性质问题,向裁判方进行的论证说服活动。

<sup>②</sup>关于“保证庭审发挥决定性作用”“履行一个有罪判决的包装”等说法,参见王琳:《从“侦查中心主义”到“审判中心主义”》,载于《中国青年报》2014年11月07日02版。

判和证明制度,从实体上看,可以保障公正审判的进行,维护的是实体正义;从程序上看,则可以纠正违法诉讼行为及其后果,维护的是程序正义。

以程序法事实的裁判和证明为手段,由司法机关实施对侦查(或起诉)行为合法性的审查,通过程序性后果或程序性制裁,形成对侦查(或起诉)权力的制约,才能真正减少某些办案人员的程序性违法行为和对当事人诉讼权利的侵犯,规制侦查(或公诉)权力滥用,才能真正避免冤假错案的产生,确保司法公正。这一目标恰恰与审判中心主义第一维度的终极目标相一致,因此可以说,审判中心主义的第二维度是第一维度的有力补充,二者互为支撑。如果不建立程序法事实裁判和证明制度,以审判为中心的诉讼制度就不可能在我国真正确立,司法公正也就不可能得到切实的保障。

### 三、审判中心主义第二维度的构成要素

#### (一)程序法事实。

程序法事实,也可称为程序法事项、程序性事实或程序性事项,是指涉及当事人诉讼权利义务、在诉讼程序上具有法律意义的事实。<sup>①</sup>程序法事实“关系到诉讼主体的诉讼行为是否正确、合法,不仅关系到实体法事实是否存在及其真伪问题,而且关系到裁判是否正确的问题。”<sup>[3](p167)</sup>程序法事实可分为程序法争议事实和程序法请求事实,程序法争议事实也可称为程序法争议事项,程序法请求事实也可称为程序法请求事项。程序法争议事实(项)可分为程序性违法引发的程序法争议事实(项)和非程序性违法引发的程序法争议事实(项)。程序法争议事实(项)是指就其合法性等问题控辩双方存

在相对立诉讼主张的重要程序法事项,往往需要通过程序法事实裁判加以确认或进行选择。程序性违法引发的程序法争议事实(项)是指由于存在程序性违法的可能,引发控辩双方针对该事项性质相对立的诉讼主张,需要通过程序法事实裁判对合法性等问题加以确认的重大程序法事项。程序性违法引发的程序性争议事实(项)包括侦查行为性质争议事项、起诉行为性质争议事项和审判行为性质争议事项,非法证据排除(证据合法性争议或违法取证争议)是程序性违法引发的程序性争议事实(项)的典型代表,此外还包括违法拘留争议、违法逮捕争议、违法搜查争议、违法技术侦查争议、违法公开(不公开)审判争议、剥夺或者限制法定诉讼权利争议、审判组织组成违法争议等等。非程序性违法引发的程序法争议事实(项)是指存在不属于程序性违法的程序性争议,引发控辩双方针对该事项相对立的诉讼主张,需要通过程序法事实裁判进行选择的重要程序法事项。主要包括未决羁押的决定、延长和解除以及刑事案件管辖异议等事项。程序法请求事实(项)可分为控方提出的程序法请求事实(项)和辩方提出的程序法请求事实(项)。控方程序法请求事实(项),是控方对实施某一诉讼行为提出的请求事项,多为申请采取强制侦查行为,主要包括提请批准逮捕(申请逮捕)、申请搜查、申请查封扣押冻结等事项。辩方程序法请求事实(项),是辩方对实施某一诉讼行为提出的请求事项,主要包括申请恢复诉讼期限、申请证据保全等。

#### (二)程序法事实裁判。

程序法事实裁判,即程序性裁判,是指那些为

<sup>①</sup>在本文中,程序法事实与程序法事项是两个通用的概念,为了便于论述和理解,笔者有时用“程序法事项”代替“程序法事实”。与程序性裁判和程序法事实证明相关的事实或事项,只能是比较重要的程序法事实或事项。

程序法争议,也可称为程序法事实争议或程序性争议,是指就某一诉讼行为(程序法事项)的性质问题,控辩双方存在争议,持有相对立的诉讼主张。程序法请求,也可称为程序法事实请求或程序性请求,是控方或辩方对实施某一诉讼行为(程序法事项)提出的请求。

程序法争议事实和程序法请求事实,这一组概念是对应着“实体法事实”这个既有概念提出的。有些时候,将它们称为程序法争议事项和程序法请求事项,可能更便于论述和理解。程序法争议事实和程序法请求事实的分类是从刑事证明对象角度进行的表述,更多地关注程序法事项的本质。程序法争议事项和程序法请求事项的分类,是从司法审查对象或程序性裁判对象角度进行的表述,对应着司法审查之诉和程序性裁判,更多地关注程序法事实的形式。本文中,前者和后者可以通用,视论述的角度而选择性使用。

在法治发达国家,逮捕和未决羁押是彼此独立的,虽然目前在我国二者还没有分开,但学界普遍认为未决羁押应当从逮捕中独立出来,成为一项独立的强制性措施。



解决控辩双方存在的程序性争议而举行的司法裁判活动。广义的程序性裁判,泛指一切旨在解决程序性争议的司法裁判活动,狭义的程序性裁判,“则专指法院针对侦查机关、公诉机关或者下级法院的程序性违法行为,为确定是否实施程序性制裁所进行的司法裁判活动。”<sup>[4][p32]</sup>程序法事实裁判独立于实体法事实裁判而存在,被形象地称为“案中案”,“诉中诉”,它与实体法事实裁判的联系与区别如下:

1.裁判对象与诉讼参与人地位。实体法事实裁判的对象是实体法事实,是与犯罪构成要件相关的事实,程序法事实裁判的对象是程序法事实,是与定罪量刑无关的事实。实体法事实裁判解决的问题是被告人是否有罪的问题,程序法事实裁判解决的是公权力机关的诉讼行为是否合法等问题。在实体法事实裁判中,控方由检察机关担当,公安机关支持检察机关的公诉行为,辩方由被告人及其法定代理人、辩护人组成。控方提出诉讼主张指控被告人有罪,处于攻击地位,辩方处于被指控和追诉地位,为防御一方。而在程序法事实裁判中,辩方(被告人及其法定代理人、辩护人)提出诉讼主张,“指控”控方(公诉机关或侦查机关)程序违法,处于攻击地

位,控方则处于被“指控”的地位,为防御一方,也就是说程序法事实裁判中控辩双方的地位和职能与实体法事实裁判中控辩双方的地位和职能恰好相反。

2.裁判组织的构成。程序法事实裁判组织与实体法事实裁判组织在某些情况下由同一审判组织担任,但在大多数情况下彼此独立并不重合。在法庭开始实体法事实裁判后,对程序性违法行为的裁定只能由同一实体法事实裁判组织完成。但是在实体性裁决开始前(审前阶段),对程序性违法行为的裁判一般由另一审判组织,即专门的程序法事实裁判组织负责。如法国由预审法官负责,德国由侦查法官负责,英国则由治安法官负责,美国一般由地方法官负责。<sup>①</sup>

3.裁判形式。实体法事实裁判只有控辩审三方司法裁判一种形式。但程序法事实裁判则有“控辩审”三方的完整形式和“控审”与“辩审”两方的不完整形式,分别针对不同的程序法事项。如程序法争议事实(项)应由完整形式的程序法事实裁判解决,以控辩审三方司法审查形式进行,而程序法请求事实(项)则可以由不完整形式的程序法事实裁判解决,以控审或辩审两方司法审查形式进行。

<sup>①</sup>该部分内容参见周欣《欧美日本刑事诉讼法》,中国人民大学出版社2013年版,第195-243页。

笔者认为,程序法事实裁判其实也可分为完整形式的程序法事实裁判和不完整形式的程序法事实裁判。完整形式的程序法事实裁判是指存在控辩裁三方主体和控辩双方对抗的形式完整的程序性裁判,不完整形式的程序法事实裁判是指仅存在控裁或辩裁两方主体,没有控辩双方对抗的形式不完整的程序性裁判。司法审查和程序法事实裁判(程序性裁判)实际上是同一个事物的两个方面。司法审查原则体现了程序正义原则和司法权保障原则,而程序法事实裁判亦然。司法审查原则侧重于对侦控机关的行政性质公权力进行控权,而程序法事实裁判侧重对司法权在程序问题和审前阶段的扩张。二者都是程序正义原则和司法权保障原则的制度化反映,只是侧重点和着眼点不同,司法审查之诉实际上也就是程序法事实裁判(程序性裁判)。同时,笔者认为,司法审查可分为事后司法审查和事前司法审查。事后司法审查,是在诉讼行为发生后对该行为性质进行的审查,即现代意义上的司法审查,如在非法证据排除中对取证行为合法性的审查。事后司法审查,主要是对程序性违法引发的程序法争议事项的司法审查,也就是对诉讼行为性质的事后审查。前面所论述的司法审查之诉,其典型形态就是这种事后司法审查。一般程序是由辩方提出对某一诉讼行为性质的审查要求,由法官进行审查,有时法官也可依职权主动进行审查。如果该诉讼行为不符合成立、有效、合法或有理由的要求,则实施程序性制裁。事后司法审查主要针对侦查和起诉机关的程序性违法行为,典型制度如大陆法系国家的诉讼行为无效制度,审判机关的程序性违法行为也可以成为上级法院事后司法审查的对象。事前司法审查,是在诉讼行为发生前对该行为性质进行的审查,其历史渊源当属令状主义。事前司法审查,主要是对侦控机关提出的程序法请求事项的审查。多为侦控机关提出实施某种强制性措施的申请,由法官对实施该行为是否符合法定条件,即是否符合诉讼行为成立、有效、合法或有理由的要求进行审查。英美法系国家的警察机关在申请令状时需要经过治安法官或地方法官的司法审查,就属于典型的事前司法审查。辩方也可向法官提出某种申请,请求法院实施某种诉讼行为,如当事人申请法院进行证据保全。传统意义的事前司法审查(令状主义)主要针对侦控机关,但从广义上笔者认为似乎也可将其视为事前司法审查的一种。

### (三)程序法事实证明。

程序法事实证明,是在刑事诉讼审前阶段或审判阶段,控方或辩方依照司法审查的要求提出证据,就将要实施或已经实施的某一程序法事项(诉讼行为)的合法性问题,向裁判方进行的论证说服活动。程序法事实证明把传统的刑事证明从实体法领域拓展到程序法领域,使大量的程序法事项成为证明理论发挥作用的新对象。由于诉讼与证明的紧密联系,程序法事实证明为程序法事实裁判(程序性裁判)提供了证明基础,为司法审查之诉在我国的确立和完善提供了证明理论支持。

#### 1.证据裁判规则。

程序法事实证明和实体法事实证明一样,也要遵循证据调查程序,遵守证据裁判原则。但程序法事实证明的证据调查程序不如实体法事实证明严格,因程序法事实证明涉及的事项不同而或繁或简,证明方法整体上以完全自由证明为主,但对某些重要程序法事项不排除适用接近严格证明的相对自由证明。

#### 2.证明责任分配。

整体而言,实体法事实证明中,证明责任的分配主要遵循谁主张谁举证的原则,只在极少见的情况下会发生证明责任的转移。在程序法请求事实(项)的证明中,由于程序法请求事实(项)的证明只有两方主体和一个证明过程,所以证明责任显然应当由提出程序性请求的控方或辩方承担。在程序法争议事实(项)的证明中,由于存在三方主体和两个针锋相对的证明过程,必然存在证明责任在控方与辩方间的分配问题,证明责任的转移或倒置比较常见,多由辩方转移给控方(以非法证据排除为例)。

#### 3.证明标准。

实体法事实证明中的证明标准以证据确实充分(或曰排除合理怀疑)为主,唯当辩方提出合理怀疑时证明标准才会降低。而程序法事实(项)证明标准则具有鲜明的层次性特点,相当理由(合理根

据)、优势证据、明晰而可信的证据和证据确实充分(或曰排除合理怀疑)这三层次的证明标准适用于不同的程序法事实(项)。

### 四、程序法事实裁判和证明制度于中国刑事司法的意义

程序法事实的裁判和证明制度,可以服务于程序正义和诉讼证明双重目标,是以审判为中心的诉讼制度改革应有之义,但由于潜在性原因,可能没有引起刑事诉讼法学界的重视,但却对于中国刑事司法具有重要意义。具体而言,体现在以下两个方面。

#### (一)从权力配置与规范权利运作角度来看。

1.刑事程序法事实裁判和证明制度可以支持司法裁判权的延伸,也可以限制法官过大的自由裁量权。在我国,法院的司法裁判权仅限于审判阶段,不能在审前阶段行使,同时,大多数重要的程序法事项不属于其裁判对象。无论是实体性裁判还是程序性裁判,“都要遵循证据裁判原则”<sup>[5](p44)</sup>以控辩双方的证明为裁判的基础。程序法事实裁判(司法审查之诉)将法院的司法权延伸到了审前领域和程序法事项领域。程序法事实证明为程序法事实裁判(司法审查之诉)提供了证明基础,从而支持了司法权的延伸。在我国刑事诉讼中,法官在程序法事项的裁决上拥有极大的自由裁量权,而且很少受到制约。程序法事实裁判和证明理论成体系的提出,特别是各种裁判和证明要素的明确,可以有效地规制程序法事实(项)裁判中法官过大的自由裁量权,使法官在处理程序法事实裁判和证明的问题上有理可依、有章可循。

2.刑事程序法事实裁判和证明制度有利于规制侦查权力的运用。在程序法事实裁判(司法审查)中,侦查机关和起诉机关,应对其自身诉讼行为的成立、有效和合法(或有理由)进行证明,即程序法事实的证明。为实施强制措施或强制性措施,侦查机关和起诉机关在提出控方程序性请求时,必须搜

①严格证明和自由证明的差异体现在可以使用的证据范围(证据方法与证据能力)、证据调查程序、心证程度(证明标准)等三个方面。所谓的完全自由证明就是在以上三个方面均不必遵守严格证明要求的自由证明方法。所谓的相对自由证明是在以上三个方面中的某一个或某几个方面遵守严格证明要求的自由证明方法。相对自由证明处于严格证明和完全自由证明之间,相对自由证明遵守的严格证明的要求越多,就越接近严格证明,反之则越接近完全自由证明。见马可《程序法事实证明研究》,中国人民公安大学2011年博士学位论文,第188—189页;康怀宇,康玉:《刑事程序法事实的证明方法——自由证明及其具体运用的比较法研究》,载于《社会科学研究》2009年第3期,第112—113页。

集相关证据 履行证明责任 达到证明标准 满足实施诉讼行为的法定条件。在侦查、起诉和审判过程中 侦查、起诉和审判机关必须严格依照刑事诉讼法实施诉讼行为,以避免其诉讼行为因不符合成立、有效和合法(或有理由)的要求,在事后司法审查中引发程序性后果或受到程序性制裁。由此可见,程序法事实证明能够很好地约束侦查、起诉和审判机关的诉讼行为,使之在合法的轨道上运行。

## (二)从权利保障角度来看。

刑事程序法事实裁判和证明制度有利于维护犯罪嫌疑人、被告人的正当权益。宪法中关于刑事诉讼的若干规定,从宪法的高度保障了犯罪嫌疑人、被告人的基本权利。作为一个公民,犯罪嫌疑人、被告人不是刑事诉讼的客体,而是刑事诉讼的主体,同样有权利参与刑事诉讼的过程,同样有权利提出自己的诉讼主张。在刑事审判中,被告人通过行使刑事诉权提出其诉讼主张,并以刑事诉权为依据行使具体诉讼权利。刑事诉权的行使与辩护权的行使密切相关,而程序性辩护则是刑事诉权的一种积极行使方式。在程序性辩护中,辩护方针对侦查人员、起诉人员(乃至审判人员)所实施的程序性违法行为,请求法院进行专门的程序法事实裁判(程序性裁判),通过引发程序性后果(程序性制裁)达到辩护的目的。程序法事实裁判和程序法事实证明为程序性辩护提供了诉讼法和证据法的理论基础,有利于犯罪嫌疑人、被告人刑事诉权的实现,有利于保障公民与刑事诉讼相关的宪法基本权利的实现。

## 五、建立有中国特色的程序法事实裁判和证明制度的思路

### (一)应然的思路。

《非法证据排除规定》以及2012年修订的《刑事诉讼法》使建立中国模式的程序法事实裁判和证明制度第一次成为可能,中国的刑事司法第一次出现了对于审前阶段程序性违法行为的司法审查。法官在这种司法审查程序中听取控辩双方对证据是否具有合法性,是否应当排除的举证,通过证据调查,对证据合法与否、排除与否这一程序法争议事实(项)进行裁判。这种审查既是对证据合法性的审查,也是对取证行为合法性的审查。而在这一程序法事实裁判(程序性裁判)过程中发挥实质作用的,就是实然状态下的程序法事实证明。这种里程碑式

的进步着实让人兴奋,但是在兴奋之余,我们必须看到我国的程序法事实裁判和程序法事实证明也只是初见端倪。除了非法证据排除这一程序法争议事实(项)可以使用程序法事实裁判和证明外,其他的程序法争议事实(项)仍被排除于程序法事实裁判之外。

根据大陆法系国家的做法,凡是侦查、起诉、审判阶段公权力机关的程序性违法行为都具有可诉性,都可以在程序法事实裁判中诉诸中立的司法官进行裁判。相应地,自然有对该程序性违法事实的证明和证伪。因此,扩大法院庭前审职能,建立和完善程序法事实裁判机制,特别是审前程序法事实裁判机制就显得非常重要。而将更多的程序法请求事实(项)纳入程序法事实裁判,对程序性请求依据的事实和理由进行程序法事实证明更是迫切需要讨论的课题。

建构程序法事实证明的总体思路是完善和扩大审判阶段以非法证据排除为代表的事后司法审查制度,在建立程序法事实裁判(程序性裁判)制度和程序性制裁制度以及程序性辩护制度的基础上,首先在审判阶段实现程序法事实的证明。继而,扩大法院的司法职权,建构庭前预审制度,建立审前阶段的事前司法审查制度,努力在审前阶段推进程序法事实证明的实现。

应该指出,上述思路是应然的思路,以目前我国的立法和司法职权配置很难一蹴而就地完成,关于这一思路笔者会在下文加以阐述。

### (二)实然的思路。

在不修改现行刑事诉讼法和宪法有关司法职权配置规定的前提下,以检察机关的侦查监督部门或侦查机关的法制部门(或上一级侦查机关)为审前阶段事前司法审查中的主体,在证明对象、证明责任、证明标准、证明方法上制定严格而具有可操作性的制度,实现某种意义上的程序法事实裁判和程序法事实证明,也是一种可行的实然思路。

在检察机关的审查批准逮捕中,可以推动侦查机关在提请批准逮捕时承担证明责任,要求其证明必须达到一定的证明标准,同时由检察机关加以“程序性裁判(司法审查)”,在程序法事实证明中负责认证。

针对逮捕以外的其他强制性侦查行为,如搜查、技术侦查等,在侦查机关的内部审查中,可以改



变目前提出请求却不必说明理由提供根据的内部行政审批方式,代之以办案部门提出申请(程序性请求)并加以证明,由法制部门进行“程序性裁判(司法审查)”和“认证”的方式(或者下级部门提出申请并加以证明,由上级部门进行“程序性裁判”和“认证”的方式)。促进搜查、技术侦查措施法定适用条件的设立,使程序法事实裁判和证明针对的具体对象得以明确,提高程序法事实裁判和证明的可操作性和实用性,使之更易于为司法实践部门所接受。

#### 六、推进司法体制改革完善中国制度设计

我国已经建立了完整的社会主义法律体系,如何拓展审判中心主义的第二维度,进一步建立有中国特色的程序法事实裁判和证明制度,以此规范侦查机关的诉讼行为,推进司法体制改革,就成为我们必须关注的新问题。如果要建立真正的有中国特色的程序法事实裁判制度和程序法事实证明制度,而不是仅仅在现行法的范围内修修补补的话,我们就不得不修改目前的刑事诉讼法,甚至宪法中有关刑事诉讼结构和司法职权配置的某些规定。

##### (一)程序法事实裁判制度的完善。

要实现笔者前文所述的真正的程序法事实裁判和证明,建立有中国特色的程序法事实裁判制度和程序法事实证明制度,就必须建立审判阶段和审前阶段的程序法事实裁判(程序性裁判)组织。如果说目前审判阶段的程序法事实裁判组织可以由实体法事实裁判(实体性裁判)组织兼任,由审判实体性刑事案件的法官一体担当的话,那么审前阶段的程序法事实裁判组织在我国尚属空白难寻踪迹。

在大陆法系国家,审前程序或预审程序是审判之前的独立阶段,在这一阶段,由预审法官或侦查法官这一独立的程序法事实裁判组织(主体)对审前发生的程序法争议事实(项)和程序法请求事实(项)进行司法审查,依据证据调查程序进行程序性裁判。预审法官或侦查法官不能担任同一案件的实体性刑事审判法官,以避免对案情产生预断。在审前阶段的程序法事实裁判领域中,英美法系国家的治安法官和地方法官发挥着和大陆法系国家预审法官、侦查法官相似的作用。笔者认为,应当建立针对程序法事实裁判的独立的审前裁判组织,效仿大陆法系的预审法官、侦查法官和英美法系的治安法官、地方法官制度,建立预审法官制度。由预审法官这一独立的程序法事实裁判组织(主体)对审前发生

的程序法争议事实(项)和程序法请求事实(项)进行司法审查,依据证据调查程序进行程序性裁判。预审法官不能担任同一案件的实体性刑事审判法官,以避免对案情产生预断。通过独立的审前程序法事实裁判组织可以有效地解决程序法争议事实(项)和程序法请求事实(项)的裁判与证明问题,建立真正的程序法事实裁判制度,使程序法事实证明在程序法事实裁判机制中能够真实地运行。具体思路如下:

设立独立的预审法庭,由预审法官专门负责对审前程序,即侦查、审查起诉中的程序性违法行为引发的程序法争议事实(项)进行司法审查。除了程序性违法行为外,审查内容还应包括非程序性违法行为引发的程序法争议事实(项)和程序法请求事实(项)。预审法庭或预审法官是独立的程序法事实裁判组织,对程序法争议事实(项)和程序法请求事实(项)进行独立的程序性裁判。在对程序法争议事实(项)的司法审查中,控辩双方遵循证据调查程序举证、质证,进行程序法事实证明,预审法官依证据裁判原则对程序法争议事实(项)进行裁决。在对控方提出的程序法请求事实(项)的司法审查中,控方向预审法官提出程序性请求,如申请采取某种强制措施或某种强制性措施,并提出该程序性请求所依据的事实和理由,同时向预审法官举出证据证明该事实和理由的存在。预审法官在审查控方提出的程序性请求所依据的事实和理由后,着重审查控方证明该事实存在的证据。如果控方的程序法事实证明达到了其应达到的证明标准,如“相当理由”或“合理根据”,则预审法官可以裁决同意控方程序性请求,允许控方实施某一个诉讼行为,向控方颁发某种令状,如逮捕令、搜查令等。对辩方提出的程序法请求事实(项)的司法审查与控方的相似,由预审法官对辩方程序性请求进行司法审查,在辩方释明或证明的基础上,对其程序性请求进行裁判。如辩方申请法院调取某份证据材料或对某一证据材料采取证据保全,预审法官可以充分发挥司法职权,在同意辩方程序性请求后,由法院实施辩方申请实施的诉讼行为。

以预审法庭或预审法官为代表的独立的审前裁判组织,将司法职权扩展到审前阶段,能够发现审前程序中的程序性违法行为,能够解决审前阶段控辩双方的程序法事实(项)争议,可以对控方的程

序性请求进行司法审查并以此规制侦查权,防止公权力对公民宪法权利的肆意侵犯;可以对辩方的程序性请求进行审查,运用司法职权帮助处于弱勢的辩方行使其诉讼权利。这样的程序法事实裁判(程序性裁判)制度,将极大地改变我国现行刑事诉讼结构和司法职权配置,推动其向现代化、民主化方向发展,并使程序法事实证明真正成为可能。

## (二)程序法事实证明的模式选择。

实现程序法事实证明的主要途径是努力实现程序法事实证明赖以存在的前置制度程序法事实裁判制度的建构。在程序法事实裁判制度建立之后,笔者认为可以建立如下具有中国特色的程序法事实证明制度。

### 1.程序法争议事实(项)的证明模式。

程序法争议事实(项)的证明程序,基本上等同于针对程序法争议事实(项)进行程序法事实裁判(司法审查)的程序。针对程序性违法引发的程序法争议事实(项)的司法审查,典型的制度是英美法系国家的“由证据禁止动议引发的听证”。首先,辩方针对其所质疑的控方某一证据材料向法院提起证据禁止的动议,接着由法院对该程序法争议事实(项)举行听证。听证在实体性审判前进行,控辩双方都需参加听证。听证时,在法官的主持下,控辩双方举证、质证,对某一证据材料的合法性分别进行证明。听证过程遵循一定的证据调查程序,但不必像实体法事实证明中那样严格遵守各种证据规则,例如,传闻证据规则就可以不必遵循。笔者认为,中国法中的程序法争议事实(项)的证明模式可以借鉴英美法系国家的做法,采取听证的形式。由于程序法争议事实(项)的证明中存在着程序性争议和控辩双方的对抗,因此以直接言辞和对席辩论为特点的听证模式,更易于发现程序法争议事实(项)的真相,更容易对控辩双方的程序性主张加以判断,能够真正地体现出程序参与原则、公正审判原则和正当程序原则,更好地解决控辩双方的程序性争议。同时,听证不同于实体法事实的审判,不需遵循严格的证据调查程序和全部证据规则,允许控辩双方运用自由证明的方法。因此,这种程序符合程序法事实证明的自身特点,也有利于化繁为简,提高诉讼效率。

### 2.程序法请求事实(项)的证明模式。

在我国,将程序法请求事实(项)纳入程序法事

实裁判(程序性裁判)的范畴,设计证明模式,对程序法请求依据的事实和理由进行程序法事实证明是迫切需要讨论的课题。

笔者认为,程序法请求事实(项)的证明模式可以以书面审查为主,出庭说明为辅。由于程序法请求事实(项)的证明只存在两方主体,不存在控辩双方的对抗,故而不必以直接言辞和对席辩论的形式进行听证。控方或辩方只需在书面程序性请求中详细证明其程序法请求事实(项)的合法性,即准备启动诉讼行为的合法性即可。在必要时,法庭也可要求提出程序性请求的控方或辩方到庭说明情况,甚至要求证人到庭提供证言。特别是当控方请求采取强制侦查行为时,为尊重公民的宪法基本权利,法庭宜要求控方出庭说明情况,在必要时还应当要求其证人到庭提供证言。此处的“出庭”可作广义理解,不一定是出席正式的庭审程序,控方在法官办公场所向法官说明情况,亦可视为“出庭”。而且,由于控方程序法请求事实(项)数量的巨大,笔者认为控方在程序法请求事实(项)证明中的“出庭说明”也主要应当是这种形式。书面审查一方面要求提出程序性请求的控方或辩方,特别是控方在提出程序性请求时必须进行程序法事实证明,同时又将其证明方法简化到自由证明的程度,要求控方在采取强制侦查行为前必须向裁判方提出程序性请求,并对程序性请求进行证明。其目的是为了规范侦控机关的审前诉讼行为,防止侦控机关滥用公权力侵犯公民的宪法基本权利和刑事诉讼权利。“书面审查为主,出庭说明为辅”的模式既可以保证这一目的的实现,又不会过分降低侦查、起诉工作的效率,可以很好地平衡人权保障价值和侦查效率价值。

## 七、展望

就目前的理论与司法实践而言,应当说,对于程序法事实裁判和证明制度的重要性还存在认识上的不足。如果非要谈及对建立程序法事实裁判和证明制度的预期,笔者认为并不乐观。2014年下半年,江苏高院就全省法院刑事案件审判中非法证据排除适用情况进行了专题调研。调研后,江苏高院对2010年7月至2014年6月期间非法证据排除情况进行分析,结论是“提出非法证据排除申请的案件数量少,排除非法证据率低”。从一审案件来看,被告人及其辩护人提出申请的案件数量很少,约占总案件数的0.18%,人民法院启动“排非程



序”的约占申请数的 62.5%。同时,在提出非法证据排除申请的案件中最终认定并排除了非法证据的案件数量也极少,仅占申请数的 8.59%,占总案件数的 0.01%。因排除非法证据而导致认定犯罪事实减少的占申请数的 1.72%。从实践情况来看,《非法证据排除规则》及 2012 年刑诉法修改所设立的“排非程序”并未导致刑事诉讼证据合法性问题产生较大波动。十八届四中全会之后,笔者也对北京、哈尔滨等地的法院、检察院和公安机关进行了调研。调研显示,非法证据排除制度大体上还是一种司法理想的宣示,基本上形同虚设。如果法律明确规定的非法证据排除制度都会面临如此尴尬,那么那些尚未建立的程序法事实裁判和证明制度何时能够确立和完善就更是遥遥无期了。

以审判为中心的诉讼制度改革,是全面推进依法治国战略的重要举措,其价值追求在于实现司法公正,使“让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义”的目标得以实现。拓展审判中心主义的第二维度是本次司法改革的应有之义,从某种程度上说,甚至决定着改革的成败。因此,应当建立和完善有中国特色的程序法事实裁判和证明制度,努

力让纸面上的法律成为实践中的法律。如果审判中心主义的第一维度和第二维度能够彼此呼应,相互结合,就会促进司法职权配置与诉讼程序的合理化,真正推动我国司法改革的发展,保障司法公正的实现。

#### 参考文献:

- [1]习近平.关于《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》的说明[EB/OL].[http://news.xinhuanet.com/2014-10/28/c\\_1113015372.htm](http://news.xinhuanet.com/2014-10/28/c_1113015372.htm), 2014-08-16/2015-10-16.
- [2]陈瑞华.程序性制裁理论[M].北京:中国法制出版社,2005.
- [3]王敏远,熊秋红.刑事诉讼法[M].北京:社会科学文献出版社,2005.
- [4]陈瑞华.程序性裁判中的证据规则[J].法学家,2011(4).
- [5]闵春雷.证据裁判原则的新展开[J].法学论坛,2010(4).

责任编辑 王京