



我国诉审关系的反思性检讨

——从法社会学视野审视审检关系*

刘磊

提 要:我国现行诉审关系以强化分工配合为重心,行政司法型公诉与审判以实践国家刑事政策或政治诉求为中心。“分工配合”原则自身存在着负面效应,最终使得分权制衡机制付之阙如,宪政意义上的“司法能动主义”的运作空间则相当有限。从法文化与“大历史观”的角度审视我国诉审关系,我国审检关系困局的深层原因在于我国特定的社会结构与国民意识。改革诉审关系应当遵循“温和、渐进立场”,在尊重刑事被告基本权利的基础上通过“技术理性”对现行制度进行微调,分阶段地变革刑事程序。

关键词:诉审关系;分权制衡;大历史观;技术理性

上世纪七十年代,华裔学者黄仁宇先生提醒历史学者应当“放宽历史的视界”,主张“从技术的角度看历史”(technical interpretation of history)。黄氏认为以往的中国史研究往往只是局限于上层社会或宏观制度,学者们在探究历史、臧否人物的同时却不能深入基层社会来对证历史现象,偏颇的研究方法客观上则产生了若干“历史的盲点”。^[1]“大历史观”其实是“长时间、远距离、宽视野”来观察历史,黄氏认为我国现代化的进程之所以出现制度困境,是由于在传统社会下国家在财政、人事、组织等不能形成“数目字管理”而致。黄氏主张不以个人的贤愚得失作为制度成败的关键,而是强调全面而细致地勾画当时社会形状,黄氏认为个人对历史的局部反应,不足以成为大历史,唯有高瞻远瞩才能认清社会历史的真实

* 作者刘磊,男,苏州大学法学院副教授,复旦大学法学博士,研究领域为诉讼法学、司法制度等,代表作有《论法学研究中的“本土化意识”》、《慎行缓起诉讼制度》、《诉审分离与罪名变更》、《论刑事上诉审之构造》、《自生自发的秩序?——哈耶克自由理路的迷思》等。Email: Liuleisuda@yahoo.com.cn

本文系苏州大学青年基金后期资助项目研究成果。

[1] 参见黄仁宇:《放宽历史的视界》,北京:生活·读书·新知三联书店,2001年,第110页以下。

风貌。^[2]从晚清以来我国法制变迁的成因而论，我国刑事司法制度史变迁的深层背景不能简单地从“冲击—回应”模式（Impact-response model）来分析，而应当从社会结构、诉讼文化以及特定的“政治力学”等视角综合分析。根据我国现行立法，审、检机关依照“分工配合”以实现“宽严相济的刑事政策”。如果以欧美先进的法制为参照，我国现实的审检关系存在各种弊端，例如以权力分工代替分权制衡机制，司法实践上“政治力学”与“职场社会学”则成为检察官与法官优先考虑的因素，刑事被告人与受害人的权利则因“行政型司法”而往往被“边缘化”等。不过，对上述弊端的分析或许可从司法主体所处的职场社会学与政治力学进行分析，即从我国特定的社会结构、诉讼文化、司法中的政治力学对审检关系进行反思性检讨。

一、程序理性的缺失——“分工配合”原则的负面效应

如果通览现代国家的刑事诉讼法典，在法典中明确规定侦、诉、审间要“互相配合”的几已绝迹，由此可见，“分工配合制约”的规定可谓是我国的“本土特色”。^[3]但是，该“本土特色”是否代表国际刑事司法的发展趋势值颇值疑问。

（一）产生“流水作业”式的刑事诉讼结构

由于我国现行的刑事诉讼历史上曾经受过前苏联制度的影响，即将侦、诉、审职能均视为国家实现特定政治决策的工具，加之司法独立原则在我国司法实践中的困境，我国的侦、诉、审关系更似“流水作业”型的刑事诉讼构造。“流水作业”型的刑事司法虽然更易于贯彻国家“严打”的刑事政策，但是却使得诉、审间缺乏最基本的权力制衡机制，使得公诉权的具体运作丧失必要的司法审查机制。我国目前的“流水作业”型的诉讼构造的主要特色有：

1. 侦、诉、审机关在法律地位上的“平分秋色”

根据我国宪法，我国的侦查、起诉、审判三机关只存在职能与分工上的不同，三机关的法律地位无高低之分。随着诉讼的进行，公、诉、审三机关各自在不同的诉讼阶段分别行使职权，人民法院无权介入公诉案件的侦查与起诉，人民检察院对公安机关立案侦查的案件不提前介入（我国目前不实行“检警一体化”）。如同“治安承包”，侦、诉、审三机关在刑事诉讼中在“块块分割”后再“分片包干”，不以权力制衡为首要原则。如果仅从法律条文来看，“分工负责互相制约”的规定似乎符合《公民权利与政治权利国际公约》。但是，我国的分工制约却是以剥夺中立法院的司法审查权为代价的，对于违法的侦查行为与检察官的滥用公诉权行为，因我国目前法院地位与侦查、起诉机关平等，法院对于违法侦查与追诉无权进行“程序性制裁”。“该原则的平分秋色的精神，实际上体现为侦、诉、审各管一段的‘铁路警察’式诉讼惯例方式——法院只管已侦查起诉案件的审理和判决，对侦查、检察活动中活动法院无权干涉。”^[4]

2. 诉、审间的合作甚于权力制约

为了实现国家的刑事政策，我国的诉、审两机关奉犯罪打击为首要任务，相互间的合作要甚于权力制约。我国诉审间的“合作”行为主要体现在：（1）法院庭前无权审查不起诉是否违反起诉法定原则；（2）对于检察官的公诉请求，法院奉行“形式审查主义”而使庭前审查流于空洞化；（3）以“诉审协调”来规避法定程序。如果法、检间产生意见上的分歧，则

[2] “以短衡长，只是我们个人对历史的反应，不足以成为大历史。将历史的基点推后三五百年才能摄入大历史的轮廓。”参见[美]黄仁宇：《万历十五年》，北京：生活·读书·新知三联书店，1997年，第307页。

[3]我国现行刑事诉讼法典第7条规定：“人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼，应当分工负责，互相配合，互相制约，以保证准确有效地执行法律。”该条对我国侦、诉、审关系仅仅是概括性的规定，关于三机关如何分工配合与权力制约该规定却语焉不详，其实是为检察官行使公诉权不受法院制衡创造了条件。

[4] 龙宗智：《相对合理主义》，北京：中国政法大学出版社，1999年，第214页。

可以置被告权利于不顾,通过“政法委员会”或其他组织进行协调。(4)法院受“政策型司法”的影响。为贯彻国家“严打”的刑事政策,特定时期法院必须为国家刑事政策服务,并与公诉机关相互合作而担当预防、打击、控制犯罪的任务,由此而造成的负面结果是使法院沦为“政策性司法”。从国家刑罚权的实现来看,必须通过公诉权与审判权共同实现。但是,诉、审机关在犯罪控制功能上存在一致并不意味着诉、审间要进行无原则的合作,规避程序理性的“合作”其实是架空“无罪推定”、“权力分立制衡”、“起诉法定”等原则。^[5]如果诉、审机关在刑事司法上进行无原则的合作,将会导致严重的控辩失衡,使得刑事诉讼构造沦为“线性构造”。诉、审间的职能配合不得损害被告人的诉讼权利,更非置法律权威于不顾故意规避程序理性,否则刑事司法改革充其不过是“穿新鞋走老路”。

（二）造成分权制衡机制的缺失

如前所述,我国现行刑事诉讼法典虽使用“互相配合、互相制约”用语,但“互相配合”才是认知我国诉审关系的关键。所以,如何根据程序正义设置公正的司法程序,以使侦、诉、审进行分权制衡,并非我国配置与运行司法权力的出发点。

1. “司法权优位”与“司法能动主义”往往付之阙如

百年前,面对着强势的欧美文明,吾国吾民在继受传统文化的同时,不可避免地产生了民族叙事与国家主义情绪,以希冀赶超欧美先进的制度。在民族自强与强国的诉求下,司法权不可避免地沦为行政权下的治理手段,现实的刑事诉讼中则充斥着“司法为民”、“送法下乡”、“司法为国家服务”等理念,法院则易沦为国家“犯罪治理诉求”下的执行机关,我国司法权与政治间的关系可谓是“剪不断,理还乱”。时至今日,“司法权优位”与“司法能动主义”的思想在我国现实的司法实践中仍然是步履维艰。当公民的诉讼权利与侦、诉机关的利益产生冲突时,人民法院因自身的法律权威及权能有限,只能消极地行使审判权,而不能对侦查、起诉机关的程序违法进行“程序性制裁”。“司法能动主义”既非意味着法院全能主义,更非是为成就“法官王国”,而是通过正当的分权制衡机制对权力的具体运作进行监督制衡,以保障国民宪法下的正当权利。对于侦查、起诉机关侵害国民宪法权利与滥用权力的行为,我国目前不仅无宪法诉讼制度,在刑事司法中法院对侦查、起诉行为不得行使司法审查权。既然法院要与诉、审机关“互相配合”,法院的司法审查权的运作空间则会相当有限。

2. 以“侦查中心主义”代替“审判中心主义”

所谓侦查中心主义,是指将侦查阶段视为整个刑事诉讼程序的中心,审判阶段则以侦查的卷证为基础。侦查中心主义最早源于欧洲中世纪的纠问式诉讼,是线性侦查构造的体现。在侦查中心主义之下,审判活动不过是侦查、起诉活动的延续,原则上以侦查、起诉的效果为准,整个审判活动存在“先入为主”式的有罪预断,一审审判程序不过是刑事被告不服侦查、起诉的一次“上诉”机会而已。侦查中心主义固然有利于犯罪控制,侦、诉机关的地位也因此变得异常强大,但侦查中心主义却是以牺牲分权制衡原则及刑事被告人权为代价的。在现代法治国下,没有不计代价的真实发现,国家追诉、惩罚犯罪应当付诸程序理性,而非允许侦查、起诉机关不计代价地发现真实。正是由于我国侦、诉机关的职能过于强大,加之立法目的强调侦、诉机关的部门利益,所以我国目前并不严格奉行审判中心主义。对于不起诉、提起公诉、变更公诉等权力,法院只是消极地行使审判权,而无相应的程序制裁权。诉、审机关的“互相配合”只会强化侦查、起诉程序的中心地位,将刑事司法的重心集中在庭前诉讼活动上,从而使审判程序的地位与权能受到冲击。

（三）检察监督原则之反思

我国刑事诉讼法典第8条明确规定:“人民检察院依法对刑事诉讼实行法律监督。”从该条的立法目的而论,为了保障侦、诉、审的权力不被滥用,并使被告人及时获得相应的救济权利,将人民检察院作为法定的权力监督机关以保障刑事诉讼的正当运行。然而,该制度的

[5] 参见谢佑平、万毅:“互相分工、互相配合、互相制约原则另论”,《法学论坛》2002年第4期。

实践效果却与国际刑事司法发展的趋势相矛盾。^[6]

1. 检察监督原则的法律继受与弊端分析

(1) 检察监督原则的法律继受

晚清政府于 1907 年颁行《法院编制法》，仿效日本的《裁判所构成法》而在“审判厅”外单独设置“检察厅”，检察官的职权是侦查、提起公诉、实行公诉、指挥刑事执行并担当“公益诉讼人”。但根据晚清《法院编制法》第 95 条规定：“检察官不论情形如何，不得干预推事（法官）之审判或掌理审判事务。”^[7]民国时期的《法院组织法》基本上延用晚清修法的相关内容，除了增加“协助自诉”与“担当自诉”内容外，规定检察官不得“影响审判官之审判权”。^[8]但是，因民国时期实行“训政”，“政治司法”经常对司法独立产生冲击，检察官不仅无法律监督权，更缺乏最基本的职权独立（因“检察一体化”而受上级指挥）。可见，我国自晚清“变法”直至中华人民共和国建国，其间虽历经民国时期的法典化运动（“六法全书”），但当时宪法与刑事诉讼法典均无检察监督原则的规定。^[9]

我国现行的检察监督原则其实是在借鉴前苏联司法机制的基础上创制，即在人民民主专政下设立“一府两院”，由检察机关监督法律的具体适用以及司法人员的违法活动。与人民法院的宪法地位类似，人民检察院由人大产生，对人大负责，受人大监督。革命导师列宁主张，为了保证社会主义法制的公正性，根据苏俄国情设立专门的法律监督机关。但“列宁的法律监督理论或许只是一种近于理想的设计，而不能还原为现实的法律制度。”^[10]前苏联的检察体制创制以后，其实一直倍受政治因素的影响，不仅检察官的职权独立性受到严重冲击而最终沦为政治传声筒，政治挂帅的检察监督也对法院审判造成冲击。

(2) 检察监督原则的若干弊端

在刑事司法上，检察官拥有侦查、强制处分、不起诉、提起公诉与实行公诉等各种权力，其与审判法院必然产生各种联系。依诉讼构造原理，同时担当起诉主体与监督主体往往会对审判法院的公正性产生冲击。诉审分离是现代刑事司法的基础，检察官既担当公诉者又同时担当法律监督者，其间的角色冲突与矛盾如何解决？如果检察官滥用公诉权，依照我国目前的公诉监督机制，往往以党纪监督、人大的个案监督、上下级检察监督等非诉讼监督机制解决。然而，以内部监督代替外部的公诉审查只会导致“检察官王国”的存续，使得庭前程序完全为检察官所操纵。相对刑事被告人及辩护人而言，因我国传统民权思想的不足以及律师业的水准有限，公诉方在与被告方的力量对比上已经占尽优势，再通过强化检察监督权来制约法院是否会“过犹不及”？从欧陆现代检察制度的发展而言，庭前程序中的“检察王国”早已不复存在，而是通过分权制衡机制以使诉审关系良性运作。从欧陆国家检察官官能来看，检察官的法律监督权往往只限于“非常上诉”等纯粹的法律争议与法律解释问题，即由检察

[6] 自 1877 年德意志帝国制定刑事诉讼法之后，德国的公诉制度成为东亚国家争先效仿的蓝本，尤其以日本及我国晚清民国时期为甚。晚清以降，我国仿效邻国日本而间接地继受欧陆国家的公诉权制与检察官制，但是由于变法之初对欧陆检察官制的目的与精髓缺乏深入的研讨，再加之立法上“诉讼监督制”的疏漏，民国时期的公诉权制度原本已存在着一定的隐忧。因为，相对于法、德等国现行的公诉权制约机制而论，检察官的三大权力（强制处分、不起诉、提起公诉）仍缺少必要的权力制衡机制。建国初期，因当时世界意识形态的不同所导致的两大阵营的对抗，我国权衡政治因素而被迫继受前苏联的检察官制，但是前苏联的检察官制与公诉权的运作一直存在着若干弊端。二战后长期的司法实践证明：前苏联的刑事司法因缺乏相应的权力分立制衡机制，在人权保障功能上相对欧美诸国存在着先天不足与运作中的紊乱。

[7] 何超述、李祖荫疏：《朝阳大学法律科讲义：法院编制法》，北京：朝阳大学，1927 年，第 89 页。

[8] 参见王泰升：《“台湾检察制度的世纪回顾”专题研究期中报告》，第 34 页。

[9] 民国时期，为防止官员的腐败与滥用职权，根据孙中山的“五权宪法”理论，设置专门的“监察院”来监督行政。

[10] 尹伊君：“检法冲突与司法体制改革”，载陈兴良编：《刑事法评论》第 1 卷，北京：中国政法大学出版社，1997 年，第 418 页。

总长上诉至该国最高法院请求“统一法令”，检察官不得直接监督法官的审判。^[11]

2. 现代检察官担当预审法官之省思

如果深入分析我国目前的“分工配合”原则，我国其实是在扩张检察官的权限，客观上使检察机关在正式的庭前程序中充当预审法官。我国检察官不仅享有侦查、起诉权，还拥有羁押（批捕权）、拘留、人身检查等各种实体性处分的权力。究其实质，我国虽不采欧美的预审制，但我国检察官其实是在庭前程序中同时充当了起诉官与“预审法官”的双重角色。我国检察官除立案、侦查权外，拥有包括决定批捕、审查起诉的权力且不受外部的司法审查。如果以欧美检察官的职权为参照，我国检察机关的职权真可谓是“独步全球”。但是，现代检察官同时担当预审法官却会产生诸多弊端：

（1）侵蚀“法官保留”原则

所谓“法官保留”（Grundsatz des Richtervorbehaltes）原则，是指“将特定的公法上事项保留由法官行使，并且也仅能法官始能行使的原则。”^[12]法官保留原则系宪政下的“法律保留”原则的子原则，即非经法律授权公民基本权利不受剥夺。现代检察官担当预审法官其实已违反权力分立制衡原理，使得审查起诉程序沦为“检察王国”下的检察官独断，如果公诉权被滥用则因此缺失相应的权利救济机制。检察官已经拥有立案、侦查、起诉权，实不宜再拥有任何实体处分权（我国批捕权由检察院行使）的权力，检察官既然已担当犯罪追诉的任务就不宜再担当预审法官之角色。我国将预审权“分工”给人民检察院，再由人民法院与之相“配合”，审查起诉则完全交由公诉机关自行决定而无需人民法院“制约”，这其实背离了现代法治中的权力分立制衡原则。

（2）受指控人只能庭前程序中听任检察官处分

由于无分权制衡机制的保障，当检察官担当预审法官后，因其犯罪追诉上的“有罪预断”，其在审查起诉程序是否能够恪守起诉法定原则颇值怀疑。我国人民检察院目前担当审查起诉的任务，虽然有“侦查监督”的功能，但其审查起诉中“书面审查主义”极易导致公诉审查程序“走过场”。对受指控人而言，如果不服检察官的不起诉或起诉决定，或者通过上下级检察院的“复议、复核”，或者希冀在正式开庭后法院公正判决，其所拥有的救济权利非常有限。由于我国检察机关在诉讼资源与诉讼地位上占有更多的优势，而刑事被告人的诉讼地位则处于弱势，有可能会引起严重的控辩失衡。从欧美国家的法治经验来看，在赋予检察官职权与起诉裁量权的同时，受指控人如果不服检察官的起诉决定，有权聘请辩护人通过“庭前听审”（pretrial hearing）以使中立法院能够“兼听”控辩双方的意见，如果不服检察官或法官的实体性处分及重大裁定，还有权提起“（准）抗告”或“中间上诉”（在一审未审理完毕之前向上诉法院上诉）。如前所述，现代刑事司法绝非是为塑造“检察王国”或“警察国”，而是透过宪政下的权力分立制衡机制保障人权，使国家惩罚犯罪付诸程序理性。所以，“分工配合”原则下的“检察王国”实有革新之必要。

二、我国诉审关系的法社会学分析

（一）“法文化”与诉审关系

如同日本学者六本佳平所言：“作为法社会学领域的专门用语，法文化的内涵是‘关于

[11] 为了保证法令的统一解释及适用，大陆系的法、日等国均设置了“非常上诉”制度。非常上诉在性质上属“非常救济程序”，是总检察长在判决确定之后，作为法律守护人而向一国最高法院提起的以原判决法律解释及适用错误为由的上诉，非常上诉的效力不及于刑事被告人。非常上诉制度最初起源于法国的“公益目的第三审上诉”及“法律问题之第三审上诉”制度，后来日本及我国台湾地区移植该制度并进行了若干改造（德国曾试行但最终废止），最后在三审制以外设置非常上诉制度。参见黄朝义：“非常上诉制度之本质与实际问题”，载《刑事法学之理想与探索——甘添贵教授祝寿论文集》，台湾：台湾学林文化事业有限公司，2002年，第17页。

[12] 林钰雄：《刑事诉讼法》（上），台湾：台湾元照出版公司，2007年，第87页。

法和规范秩序的基本思维方式，在一国法制度和法过程中生成独特的一贯特征，构成该国文化的一部分’。”^[13]特定的历史时空，特定的社会，特定的人与物，这些均是构成马克思所说的“社会物质生活状况”的内容。任何人均必须生存在“传统”之下，任何制度背后均有相应的物质文化基础，我国的诉审关系也不例外。^[14]

1. 国民的“法意识”与人权保障之维艰

面对着社会转型时期的高犯罪率问题，我国目前的“犯罪治理术”存在严重的不足（尚不能建构起行之有效的犯罪预防与犯罪矫治体系）。同时，法律传统上强调国家机关的利益而将犯罪嫌疑人视为国家、社会、集体的对立面，加之国民对犯罪人的疏远与冷漠，被告人在刑事司法中的人性尊严保障受到严重的限制。国家的犯罪治理政策与民众的公共安全诉求“合流”后，造成刑事司法中优先强调侦查效率以及国家司法机关的部门利益，刑事被告诉讼权利运作的空间极其狭窄。所以，我国目前的侦查构造总体而言仍然属“纠问式侦查构造”无疑。从我国国民对犯罪嫌疑人的心理结构的深层而言，我国国民往往将犯罪嫌疑人视为国家、社会秩序的对立面，低犯罪率的期待以及社会治安的维系是我国国民心理深层上的首要诉求。与欧美民众不同，我国国民因己身能力的不足尚不能成为司法改革的真正动力，更无法如欧美社会那样，“自下而上”地形成“自生自发的秩序”（spontaneous order），所以国民将犯罪治理的期待几乎完全委诸于国家司法机关。对于国家司法机关在侦查程序中所可能产生的滥用权力问题，总体而言，我国国民不仅缺乏真正的“公共意识”，而且往往将社会治安的恶化原因简单地归结为个体的犯罪人（甚至以“民愤”代替司法公正）。当国家制定严厉打击犯罪人的刑事政策，或者国家在侦查程序中为所求侦查效率而牺牲受指控人的程序权利时，国民所投射到刑事司法中的更多的是支持而非异议。我国国民一方面对国家权力机关在治理犯罪中的不力状况颇有微词，另一方面则因为其自身缺乏更新制度的能力而疏远刑事司法。具体到诉审关系上，我国国民的道德底限是“不得将无辜之人定罪”，对于客观有罪之受指控人或刑事被告，程序立法上的疏漏以及分权制衡机制的缺失则是可以“宽容”的。不过，就未来的刑事司法改革而言，改革者虽然要充分考量国民朴素的正义感，但对于国民深层的法意识则必须进行鉴别而引导之（国民深层的法意识未必均能代表先进的文化发展方向）。从传统的法文化以观，空泛的道德观与现代司法理念存在冲突^[15]；从现实的“犯罪治理术”而言，因犯罪预防与犯罪矫治能力的不足而导致重刑化的刑事政策，刑事司法平衡犯罪控制与人权保护的功能则因此受到冲击。

2. 检、法人员“同僚”意识的合理性及其必要限度

既然我国检、法人员均自称其为“司法大军”，在“司法为政策服务”指导下，检、法人员则会拥有相应的“同僚”意识（只是在职能分工上不同而已）。“同僚”意识虽有利于法、检人员的身份认同与“密切配合”，但对于现代法治国的程序理性则会造成负面影响。

（1）检、法人员同僚意识的合理性

“法律只有成为一门稳定的专业化的知识，才能独立于大众感知的道德和变动不居的政治意识形态获得自主性，只有具备与众不同的思维逻辑和法律技艺，才能掌握在法律共同体

[13] [日]六本佳平：《日本法与日本社会》，刘银良译，北京：中国政法大学出版社，2006年，第21页。

[14] 也有学者对“法意识论”作了批判，认为“法意识论作为分析框架在有效性上就有很大的疑问，这主要是因为法意识关于审判制度发挥作用的样式存在着一种固定的看法，或者说商定了一种未必妥当和理论前提”。不过，法意识的具体内容也是在定型化的背后不断变化的，法意识在一定时空内内化到国民的内心深层，成为某种定型化的认知法律现象的方法。参见[日]棚濑孝雄：《纠纷的解决与审判制度》，王亚新译，北京：中国政法大学出版社，1994年，第207页。

[15] 中华法文化的弱点主要有：一是轻视法律规范的作用，传统文化上比较重视法律以外的道德、礼教、习俗等在维护社会秩序方面的任用；二是中国文化特别注重家族中的伦理辈分秩序，社会国家的秩序只是家庭秩序的扩大而已；三是传统中国奉儒家思想为正宗，导致春秋决狱等道德式司法大行其道；四是法律教育、法律职业化在传统中国中无生长的空间，因皇权与国家权威的强调导致法律共同体的缺失。参见李太正等：《法学入门》，台湾：台湾元照出版公司，2005年，第66-67页。

的手中。”^[16]随着欧洲法律现代化运动的发展,法律职业被专业化与职业化,律师、检察官、法官等法律人(Lawyers)共同构成“法曹”或“法律共同体”。法律人通过自身的学业修行,以专业化的法律思维来实现司法正义,绝非是沦为“政治的侍女”或“泛道德主义”下的说教者。例如,早期英国的出庭公诉人出身于经过专业“律师训练”的“大律师”(Barrister)。^[17]在现今日本,由律师、检察官、法官共同构成的专业“法曹”不仅形成高度专业化的法律思维,而且也有效地抑制了政治威权的肆意入侵。如果法律职业、法律人对外实现独立,对内实现行业自治,不仅可以很好地处理与国家权力、国家政治间的关系,还可通过专业化的法律技术形成社会“阶层”,进而使一国法治从“压制型法”迈向“自治型法”。^[18]法律人通过自身良好的职业操守与专业技术,能够在国家权力的滥用与社会下层民众利益之间维系基本的“平衡”;法律人如果选择与滥用权力者“同谋”或“明哲保身”,当国家违反宪政而肆意侵害人权时,司法权的能动性则丧失殆尽,受追诉人则会因正当法律程序的缺失沦为纯粹的“纠问客体”。随着社会分工的发达,同为法律秩序守护人的法官与检察官不应当将司法过程视为“例行公事”式的流水作业,而是秉持宪政思想以保障人权的具体实施者,在解决社会冲突的过程中付诸程序理性。从此意义而言,同受法律训练、同为“法律共同体”成员的检察官与法官具有同僚意识具有合理性。

(2) 检察官与法官“同僚”意识的负面作用

西方法律职业是由下至上自生自发形成的,最初是在市民阶层与封建主、君王的斗争妥协的过程中形成。所以,西方的法律职业自其产生之日起,就与政治、君王、专权间存在着一定对立关系。在市民社会早期,法律共同体往往是以自治的行会来对抗君王与贵族。到了现代特别是二战后人权观念的深入人心,司法中的技术与理性是防止国家权力滥用的有效方法。西方国家的律师、检察官、法官职业的形成是市民社会下法律职业“科层化”的产物,通过“形式理性”将权利与权力制度化。我国法律职业专业化程度与自治独立程序均与西方有着根本的差异,我国目前的司法背景与已实现权力分立的欧美国家不同,我国检察官、法官的法律素养远逊色于欧美法律人,检察官与法官在“政策型司法”的支配下往往奉行“司法消极主义”,唯国家意志或局部利益是从。在权力分立制衡机制缺失的情况下,我国检察官与法官的同僚意识其实具有相当的危害:(1)检、法人员均属“政策型司法”下的同僚。面对着各级政策与“行政管理型”司法体制,检察官与法官首先选择的是顺从而非异议。此外,成为优秀检察官、法官的标准并非完全取决于法律素养(不具备法律素养也能成为检察长或院长),还在于其“人际关系”与贯彻“政策司法”的能力如何。^[19](2)既然“司法消极主义”更能减少风险,检、法人员为规避风险可能会选择“共谋”,或将刑事司法视为“例行公事”,或进行内部协商或向上级“办案请示”。(3)检、法人员形成“亚文化群”。因“准公务员制”下的身份认同与业务联系,法、检间的“密切配合”要优先于辩护方权利的保障。法、检间要以维持和谐关系为目标,检察官与法官在办案中的“人情世故”也尤其重要。(4)诉审关系演化为规避程序法定原则的合作。既然法、检人员是“行政型司法”下的同僚,在具体诉讼中的权力制衡则显得无关紧要,在“晋级升迁”的心理下,奉行“唯实

[16] 强世功:“法律共同体宣言”,《中外法学》2001年第3期。

[17] 参见[德]K·茨威格特、H·克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,北京:法律出版社,2003年,第316页。

[18] 参见[美]诺内特、塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会》,张志铭译,北京:中国政法大学出版社,1994年,第35页以下。诺内特、塞尔兹尼克从法社会学意义上将法制形态分为“压制型法”、“自治型法”、“回应型法”三种,现代社会中的法律应当从“自治型法”迈向“回应型法”(因为现代社会的法律自治是在与权威的妥协中形成的)。

[19] 例如,我国每年均要评选所谓“全国优秀检察官”、“全国优秀法官”,但是,如果深究其法律素养,以“法律硕士学位”、“司法考试”、“送法下乡”来衡量是否优秀颇值推敲。无论是相对英美法的“律师型”法官,还是相对欧陆国家严格受法学思维训练的法官,我国目前的“优秀法官”的职业素养似有商榷之余地。

体真实主义”以贯彻上级政策成了法、检职权的优先诉求。

3. 传统的“义理秩序”观对刑事司法的影响

梁启超曾指出，中国传统社会“视法律与命令为同一物”，即将行政命令视为维系政治稳定与社会秩序的根本措施，法律本质上属国家各种行政命令下的一部分。中国传统社会重视纵向的上下服从关系，强调“尊尊有序”，即“君君、臣臣、父父、子子”^[18]，社会成员均应当服从各级行政力量与人际关系上的管辖。传统社会下，知识分子则必须服从既有的秩序安排，以实现现实的国家使命为己任，以达到“天人合一”。我国自建国以来，总体上现代化的历程是在不断地延续与发展，近年来也一直在吸收欧美社会的先进法制经验。但是，“传统”并不是过去或已经消亡的东西，“传统”往往不会自动消失，而很可能以潜移默化的方式影响到刑事司法，甚至会对“现代性”造成根本的阻碍。

(1) 刑事程序法的权威受到限制

自汉代的“以礼入法”以来，国家立法的内在规定性在权威与效力上存在严重不足。中国古代讲求的是“礼者，因人之情，缘义之理”^[20]、“君子行礼不求变俗”^[21]、“律意虽远，人性可推”^[22]等，国家立法的同时也刻意为地方利益、人际关系、儒家伦理预留空间。但是，“义理”秩序观造成的负面结果却是法律权威的丧失与法律职业化、专业化的缺失。因为，仅仅“服从法律”不能算优秀的司法官，只有将儒家的精神融入具体的案例中，才能成为好的司法官。^[23]在我国目前的刑事司法体制下，如果检察官、法官仅仅服从程序，不能实现国家的刑事政策或为各级行政指令“保驾护航”，其不能称作是人民优秀的司法官。既然仅仅服从刑事程序规定不足以在“绩效考核”中占有优势，检察官与法官会在具体的个案中在行政指令、地方权威、人际关系上权衡利弊得失，即在法律程序之外实现行政利益与司法利益的平衡，以此来实现法官个体的职务升迁与业绩考核。

(2) 刑事被告人的诉讼地位被“边缘化”

“儒家根本否认社会是整齐平一的。认为人有智愚贤不肖之分，社会应该有分工，应该有贵贱上下的分野。”^[24]简言之，中国传统思想中的“平等”是指个人在服从既有秩序安排之下的各司其职，个人的地位不得越过皇权、父权、族权等边界，个人应当顺从儒家的伦理秩序。随着我国的现代化近程，传统思想的影响力固然已经有所减弱，但在我国现实的刑事司法中仍有折射。由于儒家的伦理毕竟只是“君子之学”，只是强调“尊尊有序”的权力安排，面对复杂多变的权利关系与呈几何增长的现实利益，泛泛的道德观难以适应社会形势的变迁以及人的平等地位的构建。传统思想看似“仁”、“义”，其实是将社会现实中多元化的人抑制为道德客体，忽视了人的真实利益诉求与权利边界。在我国刑事司法上，因国家权力的膨胀与制衡机制的缺失，当国家滥用权力长驱直入至刑事司法中时，儒家的泛道德主义则无能为力。事实上，在古代中国长期的统治术上，儒家的“君子”之学的影响往往是上层社会^[25]，对于社会下层微观权利的影响极其有限。相反，儒家思想与国家强权“合流”将权力滥用“正当化”，进而导致刑事被告人的诉讼权利被“边缘化”。

(3) 通过“剧场效应”将现实的权力运行机制正当化

“剧场效应”原属社会学中的人类学概念，是指通过各种“仪式”来将既有的统治关系

[20] 《管子·心术》。

[21] 《礼记·曲礼》。

[22] 傅霖：《刑统赋》。

[23] 例如我国古代“模范”官吏海瑞在断案时达到了“春秋决狱”，认为“凡讼之可疑者，与其屈兄，宁屈其弟；与其屈叔伯，宁屈其侄。与其屈贫民，宁屈富民；与其屈愚直，宁屈刁顽。事在争财业，与其屈小民，宁屈乡宦，以救弊也。事在争言貌，与其屈乡宦，宁屈小民，以存体也。”参见《海瑞集》，第117页，转引自[美]黄仁宇：《万历十五年》，北京：生活·读书·新知三联书店，2006年，第157页。

[24] 瞿同祖：《中国法律与中国社会》，北京：中华书局，2003年，第292页。

[25] 参见[美]余英时：《现代儒学的回顾与展望》，生活·读书·新知三联书店，2004年，第271页以下。

与社会秩序予以合法化与正当化。^[26]刑事司法中的“剧场效应”既是缘于法文化，也是缘于国家犯罪治理术上的需要。例如，在我国目前的检察委员会会议、审判委员会会议、政法会议上，往往是以“唱一和”方式将最终的行政司法决定合法化。我国目前相当的“司法会议”就如同无数个剧场，参与者既是演员又是观众，先由“领导队伍”来“主唱”，再由诉、审人员相“和”。再例如，在我国检察院、法院系统内部，事实上是以类似行政管理的方式来运作权力，即通过“院长、庭长、审判员”等级有序的“序列”来使权力的行使正当化，不同级别的权力主体分享不同的司法资源（例如在办公条件上根据职位的高低进行硬件配置）。由此来看，儒家的“义理秩序”观的“正统性”虽已丧失，但却在思想上潜移默化地影响着我国刑事司法的运作，只是更换了形式而已。

（二）从黄仁宇先生的“大历史观”审视我国诉审关系

“要了解一个人，必须了解他的历史。要了解一个城市也是，同样地，要了解一个国家和族群，也要了解他们的历史和文化。法学的研究也不例外，如果不是流于平面的报道和评论，那么关于法律的知识判断必然也蕴涵了历史的纵深。”^[27]我国目前的司法体制与诉审关系背后有其深刻的历史背景，绝非简单化的“法律移植”可以解决。

1. 黄氏“大历史观”对分析我国诉审关系的意义

“大历史”（macro-history）观，原为美籍华人学者黄仁宇所提出，黄先生认为明代以后中国未能走向西方式的现代化的原因在于“以道德代替法律”，中国传统社会的结构如同“潜水艇型三明治”（submarine sandwich），其实是上下层脱节，以至于造成中国在政治、经济、文化上不能实现“数目字管理”，成为近代中国落后的根源。根据黄氏论著，“大历史观”其实是“从技术上的角度看历史”（technical interpretation of history）。^[28]简言之，中国传统社会之所以冲不出“历史三峡”，是缘于国家的上层机构与下层机构在制度与技术上相互脱节。自上世纪80年代以来，我国不断地向欧美国家学习，已经大致实现了初步的“数目字管理”，但是我国的司法过程仍然存在上层改革与下层司法实践脱节的现象。^[29]传统中国衙门的审案宗旨在于维持社会安定，缺乏紧密的组织，无法因实际情况做灵活操纵，只能靠强化“父系权威”（patriarchal authority）来减少衙门的事务与运作成本。^[30]我国传统司法是农业社会结构的真实映照，即通过“父权”思维达到韦伯所说的“实质理性”。“现代先进的国家，以商业的法律作高层机构与低层机构的联系，落后的国家以旧式农村的习惯及结构作为行政的基础。”^[31]我国法院、检察院的现代化程度恐较欧美诸国所不及，其“行政官僚意识”与“维持国家安定意识”仍会主导司法审查的过程。简言之，我国法院虽然在向司法现代化迈进，但其运作的思路与整个社会结构却仍然是“传统”的，因为行政型司法在我国目前大有市场。

黄氏的论证与德国法社会学大师韦伯所云的“形式理性”或“法律理性统治”有相似之处。韦伯偏好“形式理性”，因为形式理性能够使人摆脱偏见与主观价值，通过形式理性化

[26] “仪式表演本身，引导人们承受着支持着仪式所体现的宗教观的权威。通过借助于单独一套象征符号，引发一套情绪和动机，确定一个宇宙秩序的图像。”[英]克利福德·格尔兹：《文化的解释》，纳日碧力戈等译，上海：上海人民出版社，1999年，第135页。

[27] 陈妙芬：“形式理性与利益法学——法学史上认识与评价的问题”，载李鸿禧等编：《台湾法律史研究的方法》，台湾：台湾学林文化事业有限公司，2000年，第259页。

[28] “历史上的原因只有一个诸种原因的总原因；除此之外没有其他原因。但是，各种事件的发生受各种规律支配，有些规律有些我们茫然无知；有些则即将摸索到手。”[美]黄仁宇：《大历史不会萎缩》，桂林：广西师范大学出版社，2004年，第1页以下。

[29] “刻下的中国，举国合力向‘现代化’强行军，作最后加速度冲刺。十年生聚，十年教训，其结果用黄仁宇先生的评断，是中国已初步可在‘数目字’上管理，正为此现代化之善果。”许章润：“法律：民族精神与现代性”，《中外法学》2001年第5期。

[30] [美]黄仁宇：《资本主义与二十一世纪》，北京：生活·读书·新知三联书店，1997年，第460页。

[31] [美]黄仁宇：《万历十五年》，北京：生活·读书·新知三联书店，2006年，第310页。

的程序与法律，促成法治的形成与保障人的自由，间接促成资本主义的兴起。^[32]具体图示如下：

	不理性	理性
形式	形式不理性	形式理性
实质	实质不理性	实质理性

韦伯超越了“经济决定论”，认为欧洲法律秩序的生成是罗马法、自然法、宗教、政治、法律组织等诸多原因结合的产物。形式理性的内容包括法律人的职业化与组织化、法律思维的专业化与逻辑化、受到社会成员的一致同意等，依照韦伯的逻辑，形式理性是西方“法治”（Rechtsstaat）的基础。^[33]

2. “大历史观”与我国的诉审关系

（1）大历史观与“行政管理型司法”

我国目前的检察体制与法院体制均与欧美国家存在根本的不同，司法既不独立也不能自治化，基层司法与国家上层建筑间存在复杂而微妙的关系，而维系的基础是“行政管理型司法”，即国家通过在检察院与法院内建构行政管理机制来运作司法。不妨先看我国 1998 年的“检察机关人员构成”统计数据^[34]：

职 务		人 数（人）	占全部人数比例
检 察 人 员	正副检察长	13387	6.0%
	检察员	105904	47.3%
	助理检察员	37633	16.8%
	检察官合计	156924	70.1%
	书记员	30279	13.5%
	司法警察	10697	4.8%
	其他干部	13419	6.0%
	检察人员合计	211319	94.3%
工勤人员		12680	5.7%
合计		223999	100%

如果透过该数据细致解读我国目前的检察体制，我国检察机关系统的“正副检察长”

[32] 参见陈聪富：“韦伯论形式理性之法律”，载李鸿禧等编：《台湾法律史研究的方法》，台湾：台湾学林文化事业有限公司，2000 年，第 219 页。

[33] 参见郑戈：《马克思·韦伯法律思想研究导论》，北京：法律出版社，2006 年，第 104 页。[美]劳伦斯·M·弗里德曼：《法律制度》，李琼英、林欣译，北京：中国政法大学出版社，2004 年，第 330 页。

[34] 陈光中、[德]阿尔布莱希特编：《中德不起诉制度比较研究》，北京：中国检察出版社，2002 年，第 162 页。

与“其他干部”的数量可谓是“世界之最”，其比例高达12%。如此庞大的“领导队伍”或许能够印证：我国检察体制的管理是以类似行政部门的行政化管理实现的，我国检察官行使公诉权并非均属自主决定，而是所谓“检察一体化”与“检察委员会”的“上命下从”。既然重大案件中不起诉与提起公诉均由“检察委员会”集体决定，引入法院的司法审查机制的难度可想而知。我国检察院、人民法院的现制虽然是借鉴前苏联的司法制度而来，但我国法院的运作方式却仍然要受到“传统社会”的影响。“司法传统”并不会随着法律移植完全消亡，而是以新的外衣或包装影响到司法机关的日常活动以及形成特有的“诉讼文化”。众所周知，我国晚清以前尚无西方意义上的司法机关，我国目前的检察体制与法院体制曾受前苏联（如今在借鉴欧美）影响，但是我国目前的诉审关系与传统中国的“政策型司法”、“道德司法”并未能完全划清界限。我国目前虽有相对系统的法律体系，也有体制化的司法机关，但上层司法机构与下层机构在司法实践中仍然存在若干脱节。

2. 诉、审机关均难以恪守形式理性下的“程序理性”

姑且不论我国目前的刑事诉讼立法是否存在漏洞，我国检察官与法官在具体的个案中遵循的不全是社会学家韦伯所说的“形式理性”，而仍有“实质非理性”与“形式非理性”的因素。^[35]简言之，无论是罗尔斯等人所论及的正义论^[36]，还是日本学者谷口安平所言的程序正义^[37]，我国检察官与法官对之多缺乏深刻的理解，因现实社会缺少“程序理性”的基础。我国检察官与法官在刑事司法中之所以奉行“唯实体真实主义”，之所以“内部协商”代替程序理性，一方面是源于国家上层机构难以对下层司法提供具体的司法技术支持，另一方面则是因为下层司法机构因处于法律现代化的“初级阶段”而不能为全国的司法改革创造源源不断的动力。韦伯所说的形式理性只是分析西方法治化道路的概念，我国因缺乏相应的司法技术基础与市民社会基础，所以温和渐进地修补现行制度或许更为可行。

（三）“行政型司法”的合理性及必要限度——以现行“政法委员会”为例

目前，在我国各级人民政府内下设专门的“政法委员会”协调政法机关的关系，可以避免司法机关的冲突并实现国家的各种刑事政策。客观唯心主义的大师黑格尔曾云：“存在即是合理。”^[38]但是，黑格尔的“合理”并非指“经验事实”均是理所当然，相反，黑格尔称凡是经验事实都是“不合理”的。简言之，万事万物既有“合理”的一面，也有“不合理”的一面（上帝除外）。黑格尔所指的“合理”不是伦理道德意义或理智情感上的“合理”，而是抽象的精神秩序。如果我们套用黑格尔式的“形而上学”，我国的政法委员会既有现实合理的一面，也有不合理的一面。

1. 既有利益格局的尊重与协调——政法委员会的“合理”性

我国目前的社会结构与欧美社会不同，我国司法传统上一直偏重“行政衙门”式的程序，加上在宗教因素上我国民众的“幽暗意识”相对不足（自身的反思能力不足）^[39]，以致造成在我国上、下阶层间，“市民社会”的生存空间相当有限。为了实现民族振兴与国家富强，即追赶欧美国家朝“现代化”迈进，国家、政党、行政部门、司法机关的利益被优先强调，在个人与国家、集体利益发生冲突时，应当服从国家、集体的整体需要。如果在刑事司法中当事人与国家治理犯罪的整体利益产生冲突，则优先以国家的整体利益为考虑，部门利益次之，

[35] Max Weber, *The Theory of Social and Economic Organization*, translated by A.M. Henderson and Talcott Parsons, New York: Free Press, 1964. P184.

[36] [美] 约翰·罗尔斯：《政治自由主义》，万俊人译，南京：译林出版社，2000年，第448-450页。

[37] [日] 谷口安平：《程序的正义与诉讼》，王亚新译，北京：中国政法大学出版社，2002年，第1页。

[38] 黑格尔所云的“合理”并非是指道德上的合理，而是说在万事万物之外先有一个“绝对”的存在，所以世间的万物均是“绝对”的映照，“绝对”是精神上的实体。参见[英]罗素：《西方哲学史》（下），马元德译，北京：商务印书馆，1997年，第277页。

[39] “中国人的‘灵魂’从来没有被哪位先知革过命。没有私人‘祈祷’：司礼仪、典籍之官，特别是皇帝，无所不管，只有他们能够这样做。”参见[德]马克思·韦伯：《儒教与道教》，王容芬译，北京：商务印书馆，1999年，第193页。

再其次才是国家、刑事被告人、受害人、社会间的利益平衡。所以，当司法机关内部在追诉打击犯罪上产生法律适用争议时，通过政府下设的“政法委员会”协调司法机关的运作则应运而生。在追诉特定官员犯罪时，可能是先由“纪委”依党纪职权对犯罪嫌疑人进行“双规”，再交由检察院起诉，如果司法机关意见不一致，特殊情况下由政法委员会进行协调。政法委员会的存在其实反映了我国目前的司法背景，即检察机关、人民法院可能并非案件结果的最终决定者，犯罪的追诉与审判可能是在行政司法下部门协调的产物。

2. 行政型司法对建构公诉审查制可能造成的冲击——政法委员会的“不合理”性

如果检察官是否滥行追诉由政法委员会审查决定，即使设置中间程序，也会导致法院的庭前审查徒具其形。以行政色彩的部门决定代替正式的司法程序，虽然可以在个案中协调诉审关系，但是因为行政决定以非公开的方式进行，而且行政性审查不可避免地带有官僚制的特征，行政性审查毕竟带有“暗箱操作”的嫌疑，与司法的公正本质及程序理性相冲突。经过政法委员协调后，检察官无论是提起公诉还是不起诉，均非检察官的法律意志，而是行政决定或国家刑事政策的产物。我国的政法委员会其实可以说是“关系秩序”的反映，即强调人际关系、部门关系的和谐，负面结果却是造成法律权威的丧失与司法技术含量的降低。“与欧美社会不同，在中国，‘关系秩序’不仅仅是在国家制度之外的生活世界的一部分，而是其核心。”^[40]如果检察官起诉与法院受理公诉时，依据的不是现行法律标准，而是诉审间的“关系”，即完全服从政法委员会的决定来协调诉审关系，庭前的公诉审查程序则只能是“行政操作”下的“走过场”。

三、我国变革审检制衡机制的可能进路

欧美的司法体制因建构在市民社会基础上，国家对公民人身、自由、财产等权利的剥夺必须经过宪政的授权与检验，所以欧美国家设置独立、中立的法院或大陪审团制来审查检察官的滥用权力有其市民社会基础与宪政基础。我国现制虽与欧美文明社会有相当的差距，但是从微观的“技术理性”入手，以“温和渐进的改革”理念为指导，分阶段地逐步变革我国公诉权制度才具有可行性。

（一）温和渐近地推行公诉权制衡机制的改革

“在大方向上，师法西方应该不会有错。不过，法律制度、思想气候，都与文化土壤息息相关。一个制度不会像制造一部机器那么容易。制度的形成与实践，都必须漫长路的演化，脚步要坚毅，但步调不能仓促。”^[41]“温和渐近的司法改革”既能够避免因改革步调的仓促而导致改革目标的落空，又能够在改革中及时地调整改革对策以兼顾各阶层的利益。“温和渐进的改革”绝非是与现实的陋制或集团利益作无原则的妥协，也非自闭门户而置国际社会通行的人权标准于不顾，更非制造“咸与维新”的假象而实际上因循守旧。在刑事司法改革中，温和渐近的改革立场应当具有以下内容：

1. 在刑事司法改革中维系“自由立场”

（1）尊重刑事被告人的人性尊严

自由主义虽流派众多且学说纷纭，但尊重个体的人性尊严是自由主义的核心内容。所谓维系自由立场，是指在制度改革中奉行多元主义与人本主义立场的前提下，通过制度变革优化资源配置与实现公共福祉。刑事司法改革的目标绝非利益的角逐与博弈游戏，而是通过社会秩序的维系为所有个体寻求生存与发展的空间，涉嫌犯罪的刑事被告也应当是刑事司法改革的受益者，而非是利益角逐下的“边缘人”。少数人的权利相对国家、社会、集体或社区并非微不足道，刑事被告从宪政、刑事司法中所获得的权利并非国家的施舍或单纯的人道主

[40] 季卫东：《宪政新论——全球化时代的法与社会变迁》，北京：北京大学出版社，2002年，第70页。

[41] 张丽卿：《刑事诉讼制度与刑事证据》，台湾：台湾元照出版公司，2000年，第5页。

义,而是“人”的自然权利。姑不论犯罪学上各种犯罪的诱因(相当犯罪与被告人道德水准无关),即使有罪的刑事被告也是国家宪政秩序下的主体,而非国家、社会的对立面。犯罪预防与犯罪控制需付诸理性,犯罪的追诉与审判则须通过“程序理性”,避免简单地将社会公共安全的恶化完全归结为犯罪人,而是透过国家、社会、集体的共同努力,合理地构建犯罪预防与矫治机制。

(2) 通过程序理性实现“对话机制”

在现代刑事司法上,程序理性本质上应当是某种“对话机制”,即通过公正程序容纳不同的声音与多元化的权利。透过诉审机关的权力制衡机制,受害人、刑事被告、检察官如果均能在刑事程序中表达各自的立场与诉求,并由中立法院在程序中通过技术理性合理地平衡各方利益,无疑对社会冲突的和平解决具有重大意义。现代刑事司法早已超越了“同态复仇”、“国家追问被告”等早期的纠纷解决方式,而是通过程序理性为各方提供必要的手段,使各方在程序中能够平等地对话并最终解决冲突。刑事司法改革中如果奉行“伪自由主义”,即通过各种暴力方式压制他者的权利并将暴力正当化,其结果只能是牺牲少数人的正当利益,并使得一定的阶层、利益集团独享权力,异议的声音则受到压制。“理性”不应当是少数人的理性,而是为所有个体在社会关系中创造自省与发展的空间。所以,刑事司法的改革者除了具备锐意革新的勇气外,还应当在改革中“兼容”不同的利益诉求并及时地校正改革中的错误。每个人均只能生活在一定的“传统”与特定的时空之下,任何个体的理性均是有限度或有边界的,所以即使是具有高度法律素养的改革者同样存在认识上的局限性与改革的盲目性,校正改革中的失误不能完全寄希望于改革者的自我纠错或权威效应,而是通过各方的对话机制提供思考的空间与利益的平衡,并通过司的“试错”机制逐步修正改革的路径。所以,在刑事司法中完全基于政治诉求而刻意营造“检察官王国”或“法官王国”均非明智,唯有建构起适当的对话机制方能够减少滥用权力情形的出现。因为人性使然,任何主体均存在认知上的盲点与现实的利益,不加制约的权力只能是为权力主体滥用权力创造条件。我国目前的公诉权改革的力度与纵深之所以存在不足,除了现行宪政体制上的原因外,还与我国因缺乏市民社会基础而难以形成各阶层的互动有关。“对话机制”并不是例行公事式的轮流发言,而是通过程序的具体设置保障各方的平等地位与正当利益,使各方的利益在正当程序中实现“共赢”。

(3) 国家权力与改革者的角色是促进所有个体的公共福祉

真正的自由主义者与“唯理主义者”有所不同,唯理主义者相信国家、社会或少数人的理性在一定的时空下应当优先被考虑,而自由主义者则相信唯有所有的个体以各种方式参与制度的改革方能推进社会全面进步。^[42]我国的诉审机关目前是国家利益在刑事司法中的具体代表者,是国家犯罪控制的具体实施主体。目前,我国刑事司法改革往往由国家自上而下地推动,检察官与法官则担当司法改革的具体落实者,但是公权力主体的利益诉求毕竟与刑事被告、受害人的正当权益间存在冲突,刑事程序中如果缺失相应的权利救济机制,会使得国家权力主体以外的个体难以在正式的程序中与司法机关平等对话。所以,改革者如果假借“拿来主义”而行维护既有权势之实,刑事司法的改革的结果则往往“穿新鞋走老路”。

2. 通过“温和渐近的改革”在欧美理念与本土现实间调谐

(1) 对我国目前的审检制约机制保持必要的学术宽容

任何一国法治传统的形成,均需具备一定的制度环境。我国刑事司法上“检察官王国”的形成有其历史的偶然与法社会学上的深层原因,检察官制、公诉权的深层变革需要宪政、

[42] “大多数反对以一般性法律为基础的自由秩序的观点,之所以是错误的,乃是因为它们未能认识到这样一个事实,即人类活动的有效合作,并不需要某个有权下达命令的人进行刻意的组织。经济学诸多成就中的一项成就,便是解释了市场是以什么样的方式促成个人自生自发的活动彼此相适应、相磨合的。”参见[英]弗里德利希·冯·哈耶克:《自由秩序原理》(上),邓正来译,北京:生活·读书·新知三联书店,1997年,第199页。

法文化、物质文明等诸要素的支撑,简单化将公诉权滥用的原因归结为检察官法律素养的缺乏或法官的道德修养有失公允。欧美先进的司法理念与具体制度虽代表先进生产力与先进文明,但我国民众在深层心理上存在认同上障碍,检察官、法官群体理解欧美制度也需假以时日,更何况制度的革新还需多元化的力量共同推动,所以对我国公诉权现制进行全方位改革的条件尚不成熟。所以,简单化地以欧美先进司法理念来指责我国的公诉权现制有失偏颇,因为在目前法院权威不足的情况下强行架构美国式的司法审查制度尚不具有可行性。在学术研究中“宽容”我国现行的公诉审查制度,并非是意味着同时放弃国际人权标准或置欧美先进的法治经验于不顾,而是承认时间变量,分阶段地进行改革,通过诉审机关的适度制衡平衡犯罪控制与人权保障间的矛盾。

(2) 借鉴欧美法制并实现“创造性转化”

所谓创造性转化,是指在接受国际人权标准的前提下,对欧美制度与我国传统法文化进行深层分析,创造性地在本土化与欧美法治之间进行调谐。滥用公诉权在刑事司法上会引起各种负面效应,既损害诉讼效率,也有损人权保障,还会导致“检察官司法”的出现,所以对我国现制中严重与国际刑事司法准则相违背的部分必须进行相应的改造,而非因循守旧地维持部门利益。欧美司法理念的引入固然是重要的,但我国检察院、法院的现代化转型必须通过一系列“细节”入手才更为可行。“相对合理主义”认为:“由于渐进性的限制,对制度的改革和操作的改善,只能要求相对合理,不能尽善尽美,即在原来的基础上前进一步,也就是‘不求最好,只求较好’。”^[43]但是,“相对合理主义”容易将现行错误的司法理念与制度“正当化”,“不求最好、但求较好”式的改革极容易导致向现实的陋制作完全的妥协,而置国际刑事司法的发展趋势于不顾。^[44]所以,“渐近式改革”不同于相对合理主义,渐近式改革始终承认国际人权标准的“强行性”与“前瞻性”,即通过具体的程序技术向欧美法制文明接近。“渐近式改革”对现制及司法人员素养作必要的宽容,但不意味着对现制不作任何批判,“渐进式改革”是试图通过司法理念的引介与司法技术的运用引导司法人员转变理念与思路,促成我国现代化变法的深度与广度。

1) 拓展当事人行使救济权利的空间

我国虽短期内难以架构起欧美式的宪政体制,但在刑事司法中建构起适当的权力制衡机制还是可行的。所以,我国短期公诉审查制度的改革目标不应以建构美国式的违宪审查模式为目标,而是通过提升程序的透明度、扩展对话机制、引入诉审制衡机制来保障人权。在我国公共安全状况未有根本变化以及市民社会基础不够的背景下,我国刑事司法改革可考虑在维系职权主义的基础上^[45],依赖国家职权机关间的制衡机制以及赋予刑事被告更多的救济权利来防范检察官滥用公诉权。依赖检察机关的内部监督不足以防范公诉权的滥用,唯有引入适当的外部审查机制,使当事人能够通过正式的、公开的、透明的司法程序及时获得救济才更具有改革可行性。我国国民之所以“厌讼”,并非是因为国民心理上对司法持排斥态度,而是因为现实的司法体制与诉讼制度不能保障国民通过正当的程序行使救济权利。对于不当不起诉、无犯罪嫌疑提起公诉以及公诉变更等权力,如果通过设置公正及时的救济程序保障当事人通过向法院申请司法审查来获得救济,无疑对于社会冲突的解决起促进作用。

2) 促成“学识法律家集团”的养成

如果经过现代程序理性的熏陶之后,检察官与法官在长期的司法实务形成确立真正的

[43] 龙宗智:《相对合理主义》,北京:中国政法大学出版社,2000年,第18页。

[44] 其实,相对合理主义的概念本身并无不当之处,与本文的“渐近式改革”存在若干共通之处。问题的关键是相对合理主义难以言明“相对合理”的标准,它致命的学术弱点在于“围点打援”式自我固守。一方面,相对合理主义对于我国刑事诉讼结构性弱点以及现实流弊“围而不打”;另一方面,它固守自我认同的“本土语境”或国情,假借“拿来主义”来阻击欧美的先进法制。

[45] “于职权主义的王国中,实体真实被认为是一种绝对的存在。”参见李茂生《权力、主体与刑事法》,台湾:台湾翰芦图书出版公司,1998年,第146页。

“世界公民”意识，即通过无数司法官个体的法律素养与职业操守的养成在具体的刑事个案中来向普通民众传达法治精义，无疑也会增进市民社会的发育与成熟。^[46]从刑事司法改革的深度而论，“创造性转化”核心精神在于：法律人在省思中国文化传统与恪守自由立场的基础上，开创出适合中国国情的刑事司法制度，甚至在与欧美法治文明互动的基础上对欧美法制进行“反哺”（我国司法改革的成效或许能够为欧美的刑事司法改革提供某种参照）。要在中国法制进程中实现欧美制度的“创造性转化”，需要在市民社会的基础上形成“法律共同体”以推动刑事司法改革的纵深进行。在刑事司法实务中担当中流砥柱的检察官与法官群体则应当是制度变革的推动力之一，而非改革的阻力。

3) 在旧体制的松动中寻求“制度上的累积”

星星之火，可以燎原。法治精神与制度文明的形成绝非一朝一夕可以速成，而必须从无数具体的细节入手。“制度建构也仿佛积薪，需要累积性努力。如果具体制度的建设长期被忽视，只是一味地寄希望于所谓根本性的改革，那么，改革充其量只能获得一些表层的成果。”^[47]通过微观化的制度累积，不仅可以在实践理性中磨合各方的利益，还可为法治文明的建构逐步奠定社会基础。现实改革未必要刻意追求理想化的目标，而是应当以务实的态度合理地对现实制度进行调整以促进理念的更新与技术理性的发展。当“行政型司法”与“集权型司法”松动后，由于之前微观化的技术理性已在社会中打下良好的基础，改革的阻力会因此减小，改革的成功概率也会增加。简言之，“积薪”式的改革虽不能从根本上立即扭转司法体制或与欧美国家保持同步，但却可以促成法律人养成“务实”的态度与法律修养的提升，并为改革的纵深发展提供“拉动效应”。^[48]“一步到位”式的改革企图往往会以失败而告终，而在制度上进行微调其成功率则较高。如果改革者能够合理地拿捏起改革中的“度”与“分寸”，在欧美法制文明与本土现实间从微观上进行调谐，会使改革的成功概率有所增加。

（二）运用“技术理性”对现制从微观上逐步地进行调整

刑事司法中的技术理性，是指在超越意识形态或西方化的理论纷争后，提升刑事程序的技术含量，引入他国先进的法治经验将程序的具体设置公正化与细致化。技术理性既包括法律人专业素养的形成，也包括运用司法推理、解释技术保障人性尊严，还包括提升程序的透明度、精致化与公正程度。具体而论，滥用公诉权的司法审查机制可从以下几个向度来建构：

1. 庭前程序中引入“听审”机制

“听审”机制与目前检察机关上下级的“内部纠错”模式不同，听审是在保证控辩双方出庭诉讼的前提下，由控辩双方通过言词方式向预审法院陈述意见，以使法院在“兼听”诉讼两造主张的情况下裁定是否纠正不当羁押、强制起诉或驳回公诉。目前我国检察官审查批捕、决定不起诉、提起公诉等权力均是以非公开听审的方式运作，受指控人及其辩护人均无权到场陈述意见，设置正式化的庭前听审程序由预审法院中立审查，对于防范检察官不当羁押、违反起诉定原则不起诉、无犯罪嫌疑提起公诉等均具有制衡作用。同时，刑事被告人也可充分运用听审程序，于庭前向法院及时申明主张与陈述意见，也可提升刑事辩护人的地位与辩护空间。“听审”不等同于正式的庭审，听审的目的是审查羁押、不起诉、提起公诉是否正当，开庭方式的听审虽会看似增加诉讼成本，但如果通过听审程序保障刑事被告人辩护权与“资讯权”，并且在庭前建构起有效的“案件分流”机制，对诉讼效率的促进作用不可低估。简言之，完善的庭前听审程序对于控、辩、审三方均具有积极作用，并可以促成庭前“对话机制”的形成。所以，庭前听审程序的建构或许是我国未来刑事司法改革的重要“突破点”之一。

[46] 例如，美国联邦最高法院上个世纪60年代有关刑事诉讼人权的判例，虽与当时主流的社会观念相左（“反多数难题”），但后来的司法实践证明，“米兰达警告”、“吉迪恩诉温瑞特”、“马普诉俄亥俄”等经典判例是经得起世界法治进程的检验的。

[47] 贺卫方：“司法改革中的上下级关系”，《法学》1998年第9期。

[48] 参见龙宗智：《相对合理主义》，北京：中国政法大学出版社，1999年，第15页以下。

2. 检察机关须将不起诉的裁量根据透明化

对于欧陆法系国家而言，起诉裁量权的行使必须遵守起诉法定原则。检察机关系统内的不起诉政策必须正当化与透明化，“检察一体化”的重要目的在于将整个检察系统视为统一整体，因此检察官不起诉决定背后的刑事政策的具体内容必须进行公示。上级检察机关应当将不起诉的政策内容明确化，并使被告方以及受害人及时获得相应的诉讼资讯。例如，我国目前流行所谓“宽严并济的刑事政策”，检察机关不得任意违反罪刑法定原则针对某一特定罪名故意放弃起诉，检察机关应当将“宽”与“严”的刑事政策的具体适用标准明确化，而非假借刑事政策放纵特定类型的犯罪人。例如，检察机关如果针对在校大专院校学生的数额不大的盗窃案全部不起诉，明显有违刑法典中的罪刑法定精神。简言之，检察官决定不起诉时，除了向当事人释明所依据的刑事政策的具体根据外，还必须在不起起诉决定书中详尽告知不起诉的事实、证据标准、刑罚必要性等理由。

3. 提升司法审查程序的技术含量

法院审查公诉权滥用时，应当在研修欧美学说与判例的基础上，通过司法个案将审查标准加以具体化。诉审制衡的目的不是为建构“法官王国”，而是要求中立法院恪守宪政与人权准则，通过自身的法律修养为刑事冲突的解决提供可资运用的程序与审查标准。例如，对于公诉变更的审查，法院应当将“公诉事实同一性”的具体标准明确化，无论是采用“诉因共同说”、“构成要件同一说”、“罪质同说”抑或“折衷说”，法院应当通过无数个案逐渐统一标准。再例如，在庭前公诉审查阶段，建构起专门化的“中间程序”以听审方式审查提起公诉的证据标准及诉讼条件，在吸收德国中间程序经验的基础上建构起精密化的程序技术，同时与公诉变更与撤回公诉的审查相互协调，能够同时实现诉讼效率与程序公正。就庭审后撤回公诉而论，应当允许法院对之进行相应的审查机而防止公诉机关借撤回公诉规避无可能的无罪判决。滥用公诉权的司法审查机制需要从微观上的各个技术细节入手，既使是在现行司法未能完全实现现代化转型的前提下，技术理性仍有其存在与运作的空间。我国目前的立法程序与立法技术均存在不尽周密的情况，除了提升法律人的学术修养与职业技艺外，还可以通过判例制度的构建以及合理的“试错”机制进行适当修补。

（初审编辑：谢进杰）