

我国刑事法官庭审指挥权之探讨

蔡 杰 冯亚景*

内容提要:近年来我国的刑事审判方式改革一直强调弱化法官在庭审中的职权,而主张学习英美当事人主义模式下法官的消极克制。但是,弱化法官职权并让法官消极克制并不意味着可以取消法官在庭审中的能动性。为实现审判之目的,保障庭审公正、高效和有序,必须赋予法官庭审指挥权。庭审指挥权包括诉讼许可和禁止权、程序异议裁决权、庭审引导权和告知权、证据调查指挥权、诉讼进程控制权和庭审秩序维持权。在我国,应当建立科学合理的庭审指挥权体系以及控辩双方权利救济机制,促进法官行使自由裁量权的客观化和检察官地位的当事人化,并通过转变司法观念和法官素质保障庭审指挥权的正当行使。

关键词:刑事法官 庭审指挥权 审判方式

引 言

近年来我国刑事审判方式改革的一项重要内容是“吸收当事人主义审判方式的优点,摒弃‘超职权主义’的弊端,充分发挥当事人在诉讼中的作用;改变法官的绝对主导地位,强调法官的主持与居中裁判功能”。〔1〕1996年刑事诉讼法修改前,我国刑事诉讼在庭审方式上采取的是“超职权主义模式”,法官主导庭审进程,庭审事务悉听法官指挥调度,控辩双方在诉讼中的“话语权”和其他参与权受到抑制。1996年刑诉法修改后,我国的刑事庭审方式选择了向当事人主义模式靠拢,借鉴了若干当事人主义的技术和程序设置,形成了“中国传统和固有的制度因素、现代职权主义以及当事人主义三大要素糅合的中国特色的混合式庭审方式”。〔2〕虽然新的庭审方式保留了浓厚的职权主义色彩,但与原来相比已发生根本性变化,法官由原来包揽所有庭审事务的绝对主导者转变为庭审的主持者和指挥者。“主持”与“主导”虽一字之差,却反映出我国法官在庭审中角色的转换和权力的弱化。在新的审判方式下,法官基于其法庭主持者和指挥者地位所享有的指挥庭审的权力被称为庭审指挥权。“庭审指挥权”在过去超职权主义模式下似乎是一个多余的概念,因为此时法庭完全由法官掌控,“指挥”已被“主导”所包含;审判模式发生转型后,在法院职权不断弱化、法官地位更加消极和克制的情况下,庭审指挥权问题才被人们提及并受到重视。时至今日,刑诉法的再修改又一次将我国的审判方式改革问题推到了风口浪尖,是继续推进审判方式向当事人主义靠拢,还是回归职权主义?目前学界存

* 蔡杰:武汉大学副教授;冯亚景:浙江省高级人民法院法官。

〔1〕 肖扬:《法院、法官与司法改革》,《法学家》2003年第1期。

〔2〕 龙宗智:《论我国刑事庭审方式》,《中国法学》1998年第4期。

在争论。主张进一步向当事人主义靠拢的观点占了上风,其理由似乎也更让人信服,^[3]而且“开弓便无回头箭”。1996年刑法修改时我国在庭审方式上已经作了方向性选择,在目前没有发现严重的、不能解决的矛盾以至新体制无法继续运行的情况下,法律不宜再做重大变更,否则国家立法难免失之轻率。在我国的庭审方式向当事人主义靠拢的过程中,必然涉及法官权力与控辩双方权利的合理调整和配置问题,法官在庭审中享有多大程度的指挥权以及如何正确行使指挥权问题便符合逻辑地凸显出来。

一、法官庭审指挥权之含义与内容

(一)法官庭审指挥权之含义及特征

1. 法官庭审指挥权之含义。我国学界对庭审指挥权的概念有不同的表述,较具代表性的有:(1)法官的庭审指挥权是法律赋予法官指挥、控制庭审,指导当事人进行诉讼活动,以维护庭审活动有序、公正和有效率而进行的诉讼权力。^[4](2)庭审指挥权是法官为保证诉讼程序有效运行,对程序指挥、控制及对控辩双方引导的诉讼职权。^[5](3)庭审指挥权是法院为了保证程序的进行而依据职权运行诉讼程序的职能,是法官在整个诉讼过程中,为了保证诉讼程序的公正、高效,而对诉讼参与人及其他案外有关人员进行指导、监督和约束的权力,表现为要求特定人员在一定期间为一定行为、不为一定行为以及对违反指示所采取的惩罚和制裁措施。^[6]

以上关于庭审指挥权概念的表述在不同程度上揭示了庭审指挥权的含义,但也存在一定问题。如第(1)、(2)种表述都使用了“指挥”这个词来定义“庭审指挥权”,有同语反复之嫌,不符合逻辑学的规则;第(3)种表述的外延不够周全,庭审指挥权不仅应包括法官“要求特定人员在一定期间为一定行为、不为一定行为以及对违反指示所采取的惩罚和制裁措施”,还应包括其他内容,比如法官依职权主动采取一定行为或应控辩双方请求为一定裁定等。庭审指挥权可以界定为:它是指法院(法官)为了实现审判之目的,促使诉讼活动公正、有序和有效地进行,而对诉讼进程进行组织、引导、安排、管理等的诉讼职权,主要表现为法院(法官)依职权主动采取或依申请而采取一定的行为或作出一定的裁定,如要求特定人员为或不为一行为、对违反程序者进行惩罚和制裁等。简单地说,庭审指挥权就是法院(法官)为保障诉讼程序合法进行,谋求公正而有效地审理案件,依职权对诉讼进程作出适当的安排和处理。

2. 法官庭审指挥权之特征。

(1)从性质上看,庭审指挥权是由审判权衍生出来的一种权限,它本质上属于审判权的组成部分,“惟为达成审理裁判之必要,不能不赋予其他权,故与审理裁判权附随之庭审指挥权、法庭警察权、强制权及认证权等均可包括于刑事裁判权之内。”^[7]

(2)从目的上看,庭审指挥权的行使是为了保证诉讼活动顺利进行以及查明案件真相,为了使法官更好地听取控辩双方的举证和辩论以便作出公正的裁判。

(3)具有专属性。庭审指挥权专属于法院,具体由审判案件的法官行使。若审判组织是独任制,则由独任法官行使;若审判组织是合议制,则由合议庭行使,但合议庭中审判长(主审法官)的庭审指挥权限与其他合议庭成员的庭审指挥权限并不相同。一般来说,合议庭中庭审指挥权由审判长来行

[3] 参见龙宗智:《徘徊于传统与现代之间:中国刑事诉讼法再修改研究》,法律出版社2005年版,第22页、270页以下;刘计划:《中国控辩式庭审方式研究》,中国方正出版社2005年版,序言部分。

[4] 参见龙宗智:《刑事庭审制度研究》,中国政法大学出版社2001年版,第361页。

[5] 参见徐阳:《刑事审判权主体研究》,中国人民公安大学出版社2004年版,第268页。

[6] 参见周孟炎:《论人民法院的庭审指挥权》,《人民法院报》2004年5月28日。

[7] 蔡墩铭:《刑事诉讼法论》,台湾五南图书出版有限公司1982年版,第37页。

使,其他合议庭成员行使庭审指挥权时需征得审判长之许可,除非遇有重大问题时才由全体合议庭成员集体行使庭审指挥权。正基于此,在我国台湾地区的教科书中,称庭审指挥权为“审判长之庭审指挥权”。〔8〕

(4)具有干预性和一定程度的主动性。庭审活动中法官认为控辩双方和其他诉讼参与人对证人、鉴定人的发问与案件无关、重复发问或存在其他有违诉讼规则和证据规则的情形时,应当予以制止。在控辩双方的举证、质证活动没有围绕案件焦点展开时,法官可主动引导控辩双方围绕案件焦点展开辩论;在控辩双方的举证辩论不能使法官形成心证时,法官可依职权作出证据调查的决定。

(二)法官庭审指挥权之内容

两大法系不同审判模式下的法官均享有庭审指挥权,但由于法律传统、价值观念等的影响,不同模式下法官庭审指挥权的内容表现出较大的差异。当事人主义模式下法官庭审指挥权主要表现为对庭审的监督和制约及对程序异议的裁决,如对违反诉讼或证据规则的行为予以制止、对扰乱法庭秩序的行为人予以惩罚以及对控辩双方提出的申请予以裁决等。当事人主义模式下法官的庭审指挥权主要是通过解决控辩双方的诉讼争议以及为控辩双方平等对抗创造良好的程序环境等来体现,在行使方式上呈现出明显的被动性和克制性。与此相对,职权主义模式下法官享有的庭审指挥权是全面的、完整的、主动的,主要表现为控制、指挥整个庭审活动尤其是证据调查活动。正因如此,职权主义国家往往在广义上使用庭审指挥权的概念,即法官庭审指挥权不仅表现为对程序进行控制,还包括法院的证据调查和询问被告人等实体性活动。〔9〕混合模式下法官的庭审指挥权则居于当事人主义与职权主义之间,一般情况下法官行使庭审指挥权要有控辩双方之申请,但同时亦保留了法官在一定情况下主动行使诉讼指挥权。不同审判模式下法官庭审指挥权的内容、范围和方式有所不同,在我国的刑事审判中,法官应该享有哪些庭审指挥权呢?

1. 诉讼许可和禁止权。法官在庭审中应享有诉讼许可和禁止权,通过诉讼许可和禁止权的行使对诉讼参与人的诉讼行为进行控制,以保障庭审活动的有序进行。例如,任何诉讼参与人非经法庭许可不得退庭;控辩双方进行证据调查和法庭辩论必须事先经过法官许可;对于控辩双方的发言、辩论认为是有意拖延诉讼或违反诉讼规则时予以制止等。如我国刑事诉讼法第156条规定,如果审判长认为公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人对证人、鉴定人的发问内容与案件无关的时候,应当制止;第160条规定,经审判长许可,公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人可以对证据和案件情况发表意见并且可以互相辩论。最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称《解释》)第139条规定:控辩双方要求证人出庭,向法庭出示物证、书证、视听资料等证据,应当向审判长说明拟证明的事实,审判长同意的,即传唤证人或者准许出示证据;审判长认为与案件无关或者明显重复、不必要的证据,也可以不予准许。

2. 程序异议裁决权。程序异议裁决权不同于法院对实体争议的裁决权,它主要是针对庭审过程中控辩双方提出的程序性异议所作出的裁决。这种程序性异议具体是指控辩双方对法官在诉讼进行过程中实施的某些职权行为和对对方诉讼行为的异议。前者如日本刑事诉讼法第309条规定:检察官、被告人或者辩护人,可以对审判长作出的处分行为声明异议,法院应当不迟延地作出裁决;后者如一方认为对方对证人的询问违背了询问规则而提出反对,法官应当即时作出反对是否成立的裁决。

3. 庭审引导权和告知权。庭审的基本目的是查明案件事实真相,在此基础上正确适用法律作出实体裁判。现代法治国家在事实认定上采取“自由心证原则”,原则上由法官依据法律规定和逻辑推理及日常生活经验自由判断证据证明力之有无及大小。为了形成心证,除了主要依据控辩双方的当

〔8〕 蔡墩铭:《刑事审判程序》,台湾五南图书出版有限公司1992年版,第146页;陈朴生:《刑事诉讼法论》,台湾中正书局1970年版,第197页。

〔9〕 参见〔日〕松尾浩也:《日本刑事诉讼法》,丁相顺译,中国人民大学出版社2005年版,第309页。

庭举证、质证和辩论外,法官还需要运用庭审指挥权,积极引导控辩双方的证据调查和辩论,使他们始终围绕案件争点展开庭审活动。例如,当检察官没有对起诉书指控的某项犯罪事实或重要情节举证或举证不力时,法官可提醒其加以弥补;辩方虽没有证明自己无罪的义务,但法官也应提醒其有权举证反驳。法官如果还没有就案件事实形成心证,可以适时引导控辩双方的举证向某些方面努力。广义的告知权包括庭审引导权,此处仅指法官在庭审中告知当事人享有的权利,如沉默权、申请回避权、申请调查证据权、最后陈述权等。

4. 证据调查指挥权。法官的证据调查指挥权主要表现在以下几个方面:(1)当事人申请调查证据或者补充侦查,此时法官应当作出是否许可的决定,比如说,依据我国刑事诉讼法第159条,“法庭审理中,当事人和辩护人、诉讼代理人有权申请通知新的证人到庭,调取新的物证,申请重新鉴定或者勘验,法庭对于上述申请,应当作出是否同意的决定”。在此种情形下,当事人申请证据调查,法院作出是否准许的决定,当属上文所述的诉讼许可和禁止权,是庭审指挥权的一部分。(2)法官对证据调查顺序和范围的安排和干预。证据调查按哪种顺序、以何种范围进行,在以对抗制为特征的审判模式下大致有两种方式:一是由法院在听取控辩双方意见的基础上,决定证据调查的范围、顺序和方法并适时做出变更(如日本刑诉法第297条);二是依照控辩双方事先所确定的顺序进行(如意大利刑诉法第497条)。两种方式都要求尊重控辩双方对法庭调查顺序的安排,只是前一种方式下法官具有明显的干预性,即指挥性。笔者认为,前一种方式更符合当事人主义与职权主义相结合的法理,既可以防止法官庭前实质性审查等职权行为,也有利于克服纯粹当事人主义庭前程序中由于控辩双方不履行证据交换职责或滥用证据交换程序而引起的诉讼效率低下的弊端,因此,宜为我国采用。我国目前由于没有完备的证据开示制度并且在庭前采取形式审,因此在证据调查的顺序和范围上一般是当事人在法庭上提出申请,法官做出是否许可的决定。(3)法官有权自行做出证据调查的决定。庭审中的证据调查一般由控辩双方主导,法官一般是消极地做出是否许可的决定和听取控辩双方的辩论并以此为基础形成心证;但是,在控辩双方的举证质证不能使法官形成强烈心证,甚至故意蒙蔽视听时,法官依职权主动询问被告人、证人以及做出庭外调查核实证据的决定等无疑有助于诉讼公正的实现。但法官在行使这项权力时要注意的,这项权力是一种补充性权利,法官一般不得积极主动为之。

5. 诉讼进程控制权。为了保证诉讼活动不至于过分延迟,法官应有权控制诉讼之节奏,对诉讼进程进行指挥。如有权决定法庭审理由法庭调查阶段进入法庭辩论阶段、有权决定辩论之合并分离、恢复法庭调查、在审判中遇到阻碍时有权作出延期审理、中止审理和终止审理的决定或裁定等。如日本刑事诉讼法第314条规定了“公审程序的停止”,在被告人处于心神丧失或因病不能到场的情形下,法院在听取检察官和辩护人的意见后,可以裁定停止公审程序;我国刑事诉讼法第165条规定了延期审理的情形,如需要通知新的证人到庭,调取新的物证,申请重新鉴定或者勘验而影响审判进行的,法庭可以决定延期审理。

6. 庭审秩序维持权。各国法律一般都有关于法官庭审秩序维持权的规定,如英美有“藐视法庭罪”的规定。我国刑事诉讼法第161条规定,在庭审过程中,如果诉讼参与人或旁听人员违反法庭秩序,审判长应当警告制止;对不听制止的,可以强行带出法庭;情节严重的,处以1000元以下的罚款或者15日以下的拘留;对聚众哄闹、冲击法庭或者侮辱、诽谤、威胁、殴打司法工作人员或者诉讼参与人,严重扰乱法庭秩序,构成犯罪的,依法追究刑事责任。

二、法官庭审指挥权之确立基础及行使理念

(一)法官庭审指挥权之确立基础

法官为什么要享有庭审指挥权?确立法官庭审指挥权之意义何在?研究法官庭审指挥权不得不回答上述问题。

1. 法官在庭审中的地位及诉讼的性质要求赋予其庭审指挥权

诉讼作为解决社会纠纷的特殊装置,其本质特征是由国家权力而非冲突主体或其他第三人来解决社会冲突。作为国家权力的代表——法官为主持庭审必须拥有指挥庭审的权力,使其能够对控辩双方的行为及庭审活动进行适当处理;否则,若主持者没有一定的职权,“主持”也就失去了应有之意义。另外,法官作为纠纷的裁判者,其最基本的职权无疑是对案件的实体裁决权。但仅仅有这种裁决权是不够的,因为庭审是一个渐次展开的过程,在这个过程中可能会出现种种干扰审判顺利进行及妨碍法官查明事实真相的不和谐音符,为了使法官更好地听证以形成正确的裁决,法官应当对庭审进行指挥和指导,将阻碍因素的负面影响控制在最低程度。

2. 赋予法官庭审指挥权有利于实现司法公正

司法公正有实体公正和程序公正之分,庭审指挥权的行使能兼顾实体公正和程序公正的实现。

(1)促进程序公正。时至今日,程序自身也有其独立价值和独立品格已为法学界所公认。但对于程序公正的判断标准和要素有哪些,学界则众说纷纭、莫衷一是。笔者认为,程序公正的内容或标准是一个多元化的体系,^[10]其最低要求之一就是控辩双方平等参与诉讼。但控辩双方在诉讼中具有天然的不平等性,为了保障双方的平等参与,使被告方通过程序“感受到正义”,需要赋予法官一定的庭审指挥权,如通过法官引导权特别是释明权的行使促使被告人合理、恰当举证,加强自己的防御能力;再比如通过对非法证据的排除维护被告人的基本人权、通过对当事人提出的异议申请作出裁决以吸收不满等,这些都有利于程序公正的维护和实现。

(2)促进实体公正。刑事庭审中以控辩对抗为基本架构,以双方进行积极进攻和防御为其实质性内容,但这种过分依赖于控辩双方各自所拥有的资源的诉讼结构,实际上预设了一个未经证明的理论前提:双方的“诉讼武器”是完全对等的。然而现实情况是,控辩双方“武器不平等”,赋予法官庭审指挥权,让其根据案件审理的具体情况对诉讼程序的具体内容进行一定的调整,有可能在一定程度上促进控辩双方的平等,比如说通过释明权使被告人更好地举证和辩护、通过补充性证据调查决定来弥补控辩双方证据提出能力之不足等。

3. 赋予法官庭审指挥权有利于提高诉讼效率

在刑事审判中,事实真相的发现主要依赖于控辩双方的积极对抗,但是,如果法官失去对双方行为的控制和引导,那么诉讼很可能由于一方或双方故意或者无意的行为而陷于无休止的争论甚至是意气之争;特别是在被告人可能被判刑的场合,辩护律师或者被告人很可能采取拖延“战术”,比如频繁地申请调取证据、申请延期审理等,这些行为无疑会造成庭审的过分迟延,对于国家资源是一种极大浪费。同时诉讼的过分延宕也会损害刑事诉讼中的另一方当事人——被害人的利益。法官庭审指挥权的行使,一方面使案件避免由于受控辩双方的技巧或者纠缠于细枝末节等的影响而过分迟延;另一方面可以使案件裁判更接近实体真实,同时,也使控辩双方得到了程序保障,有助于实现程序公正。而程序公正具有吸收不满的功能,这就有可能大大减少控辩双方的抗诉、上诉和申诉,从而既节省了当事人的诉讼支出,也节省了国家的司法资源,提高了诉讼效率。

4. 赋予法官庭审指挥权符合我国诉讼传统

在我国,赋予和强调法官庭审指挥权还具有特殊的意义,那就是它符合我国的传统诉讼文化和国民的诉讼心理。由于国家主义和集权主义的盛行,我国国民对国家权力的行使存在较大程度的信赖与仰赖,他们相信国家及其代表——司法官员能够为自己主持正义,愿意在诉讼过程中接受司法官员的发令调遣而充当被动的受指挥者;同时,认为司法机关在诉讼中负有查明案件事实真相的责任,充当着“主持公道者”的角色。这种国家观和诉讼观要求法官在诉讼中绝不能过于消极。当前我国法院急于改变其发挥司法功能的方式——由积极能动的事实调查者变为消极克制的裁判者。这种转变虽

[10] 参见蔡杰:《也论刑事程序的独立价值》,《法学评论》2001年第4期。

然对于树立法官中立思想和摆脱法官诉累有积极作用,但是,法院发挥功能方式的转变不能不顾及这样的事实:一方面,在我国律师服务的普及率很低,这使得被告方势力很弱,无法与检察机关展开真正的对抗,面对在程序规则方面越来越复杂的诉讼,被告方容易输在形式上而非实质上。法院本来可以发挥主动依职权进行调查的作用,从而扶助诉讼中的弱者,放弃这样的主动性,对实质正义的实现是有害而无益的。另一方面,我国大多数国民认为司法官员积极主动是司法正义得以实现的前提条件。如果一场诉讼只重视过程的正义,公力救济的渠道将在一定程度上被堵塞。法官庭审指挥权的行使与现阶段我国国民的诉讼心理和社会现实是契合的,在诉讼文化还远没有现代化的语境下,我国审判方式改革不可能超越这种“软环境”,否则将会失去公众的信任和遭到质疑。

(二)法官庭审指挥权行使之理念

法官行使庭审指挥权时除了要遵守既定的法律规范外,还必须遵循一定的指导思想,即受到相关司法理念的制约。

1. 法官行使庭审指挥权与法官中立

法官中立是现代法治国家的基本要求,法官中立要求法官在庭审中不偏不倚,地位超然独立,既不能主动帮助被告人摆脱罪责,更不能相反。长期以来,有些人似乎对法官中立有一种误解,即认为:法官中立等同于法官消极甚至是绝对消极,认为中立即意味着法官在庭审中正襟危坐、一言不发,仅仅听取控辩双方的举证和辩论,并在此基础上做出被告人有罪无罪及罪刑轻重的实体判决;法官在庭审中能主动地行使指挥权就会违背其中立立场。笔者认为这是对法官中立的极大误解。事实上,法官中立在具体表现形式上有“消极”与“积极”之分,但即使是“积极”也是以“中立”为前提和底线的,并不必然意味着偏见和倾向。^[11]在英美当事人主义诉讼中,审判中立具体表现为一种“消极中立”。受“司法竞技理论”和“公平竞争理论”等的影响,当事人主义模式下的法官只是一个消极的仲裁者,法官中立在很大程度上表现为法官克制,他不主动介入证据调查,而象竞技场中的裁判一样仅担负着“吹哨子”的作用。但即使是“消极中立”,也只是相对的,消极中蕴涵着积极的因素。法官在庭审中既要维护审判秩序,保证庭审活动按照法定程序有条不紊地进行;又要及时归纳案件的争点,引导控辩双方围绕案件的焦点展开辩论,以提高整个审判活动的效率,这就离不开法官庭审指挥权的行使。

相反,在大陆法系国家,由于司法官员“负有查明案件真实的义务”以及国民对司法官员抱有极大的信任等,法官在庭审中享有较大的职权以便实现其发现案件事实真相的责任,“法官不只是限于扮演一个公正仲裁者的角色,而是诉讼活动的积极参加者,他可以决定诉讼的范围和性质。”^[12]法官虽然也听取控辩双方的举证质证,但为了查明案件事实,他们并不局限于控辩双方的证据,而是凭其公正之心可主动采取一切他们认为有利于查明案件真相的行动。因此,从总体上看,大陆法系职权主义下的法官具有相当程度的积极性和能动性,法官中立并不是通过限制法官在诉讼中的行为空间来实现的,而是通过实质性的内心中立与外显的客观调查活动来体现的,因而是一种“积极中立”。但是,大陆法系法官在庭审中行使指挥权并没有超出“中立”的范畴,其仍是以中立为底线和前提的。

法官行使庭审指挥权必须恪守客观中立之立场——这是现代法治国家司法审判的基本要求,但是法官中立并不是说法官必须保持绝对消极和克制,其有“积极中立”和“消极中立”之分,法官在庭审中指挥权的行使是“积极中立”的表现,只要法官在行使指挥权时立场中立、不偏不倚、出于公心,则其就具有正当性和合理性。

2. 法官庭审指挥权与程序主体性理念

随着人权保障观念的兴起和诉讼民主意识的提高,程序主体性理念成为现代刑事诉讼新的价值理念。该理念旨在强调被告人同检察官、法官一样都是平等的诉讼参与者,被告人不仅不应沦为法院

[11] 参见左卫民、万毅:《我国刑事诉讼制度的若干基本理论研究》,《中国法学》2003年第4期。

[12] [美]约翰·亨利·梅里曼:《大陆法系》,顾培东等译,法律出版社2004年版,第135页。

审理活动的客体,相反,还应被赋予主体地位及相关权利进行程序保障。有学者从整个司法制度的角度讨论程序主体性问题,提出“司法之程序主体性理念”。所谓“司法之程序主体性理念,是指在司法制度的构建与运作中,尊重公民和当事人的意愿,保障其权利和自由,维护其尊严,让其发挥决定、支配和主导作用,避免沦为客体的司法价值观。”^{〔13〕}可见,程序主体性理念实际上就是强调应当以当事人主义为基本原则,不仅要求法官在庭审过程中充分尊重被告人的人格尊严,对公诉人、被告人一视同仁;而且要求充分保障被告人的各种诉讼权利得以实现,使其在庭审中发挥自己的主体性作用。“作为裁判者的法官如果承认和尊重被告人的诉讼主体地位,就会给予他们获得公正听审的机会,使他们充分有效地参与到裁判制作过程来,成为自身实体利益乃至自身命运的决定者和控制者。”^{〔14〕}

我国刑诉法已经确立了被告人的诉讼主体地位,并赋予了其多项诉讼权利,特别是在庭审中的辩护权,从而使被告人对诉讼活动尤其是证据调查活动有了较大的话语权。然而,由于诉讼观念及历史惯性等的影响,法官在庭审中并没有完全确立程序主体性理念,有的法官以行使庭审指挥权为由限制被告人正常的举证、质证等活动,不给予辩护方与控诉方同等的参与机会、便利和手段,这严重侵犯了辩护方的正当权利。法官在行使庭审指挥权时,应当树立程序主体性理念:首先,法官必须认识到,控辩双方是庭审的主角,被告人是诉讼的主体,享有种种诉讼权利,法官应当予以尊重,不能无故限制或剥夺,也不能越俎代庖甚或横加干涉;其次,法官不仅应尊重被告人的人格尊严和诉讼权利,还应当保障这种权利的实现,为控辩对抗创造平等的机会和手段。

三、我国法官庭审指挥权立法和司法现状评析

(一)现行法律关于法官庭审指挥权之规定

我国目前刑事诉讼法以及相关解释有不少关于庭审指挥权的规定,这在某种程度上是过去超职权主义因素的残留和延续。我国法律规定的庭审指挥权主要包括以下内容:(1)在诉讼许可和禁止权方面,刑事诉讼法第155条第2款、第156条第1款、第160条,《解释》第133条、第136条、第138条、第139条、第147条第1款、第163条等;(2)在诉讼异议裁决权方面,《解释》第147条第2款、第155条等;(3)在程序引导权和告知权方面,刑事诉讼法第154条、第156条,《解释》第128条、第129条、第142条、第152条第1款等;(4)在证据调查指挥权方面,刑事诉讼法第155条第3款、第159条、第165条,《解释》第137条、第148条、第153条、第155条、第156条、第157条等;(5)在诉讼进程控制权方面,刑事诉讼法第158条、第165条,《解释》第130条、第152条第2款、第157条第2款、第160条、第165条第1款、第166条、第168条、第181条等;(6)在法庭秩序维持权方面,刑事诉讼法第160条,《解释》第184条等。

(二)立法和司法实践中法官庭审指挥权存在的问题

1. 某些庭审指挥权之权限尚显过大。这主要表现在法官对证据调查的指挥权上。首先,根据现行法律规定,公诉人、辩护人和诉讼代理人如果要询问被告人、证人、鉴定人以及出示有关物证时,都必须经法官许可,向审判长说明要证明的事实,只有审判长同意的才可为相关诉讼行为。这样的庭审调查方式未能充分体现当事人主义诉讼模式下控辩双方的激烈对抗。其次,法官在做出证据调查的决定上任意性较大。如刑事诉讼法第155条、第156条分别规定:“审判人员可以讯问被告人”、“审判人员可以询问证人、鉴定人”,虽然法律把讯问和询问的款项放在控辩双方讯问和询问的款项之后而一般被理解为是具有补充的性质,但对于什么情况下法官可以讯问和询问法律没有明确规定;《解释》第137条和第148条则分别在讯问和询问之前加上了“审判人员认为必要时”作为前置条件。审判人

〔13〕 左卫民:《在权利话语与权力技术之间:中国司法的新思考》,法律出版社2002年版,第5页。

〔14〕 同上书。

员“认为必要”是一个弹性很大的规定,是否“必要”完全由法官自己决定。这容易导致法官随时介入证据调查,忽视甚至无视控辩双方的证据调查活动。另外,刑事诉讼法第158条、《解释》第153条、第154条规定:法庭审理过程中,合议庭认为证据有疑问的,可以宣布休庭,对证据进行调查核实。但“证据有疑问”又是一个任意性很大的规定,法官在作出证据调查的决定上权力过大而缺乏有效制约,容易导致权力被滥用,从而损害被告人的利益。

2. 某些庭审指挥权规定尚付阙如。最主要体现在没有规定法官释明权,如法官不经告知并未能给予被告人充分的辩护机会就可以直接变更罪名。现在的立法和司法解释是认可法院改变罪名这一权力的。根据刑事诉讼法第162条第1款的规定,“案件事实清楚,证据确实、充分,依据法律认定被告人有罪的,应当作出有罪判决。”《解释》第176条(二)规定,“起诉指控的事实清楚,证据确实、充分,指控的罪名与人民法院审理认定的罪名不一致的,应当作出有罪判决”。对此条的理解应当是:罪名不一致的,应当根据法院审理认定的罪名作出有罪判决。^[15]但是,法院直接改变罪名却有悖法理,直接违背了辩论原则的要求,侵犯了被告人的辩护权,造成“突袭性裁判”。因此,未经事先告知并给予被告方充分辩护的机会,法院即在最后判决中直接变更罪名在程序上是不公正的。我国刑事诉讼立法和司法解释的有关规定应当予以完善,增加法官在改变罪名时的释明义务。

3. 某些庭审指挥权之规定尚显简陋。如关于诉讼异议裁决权问题,我国目前仅有《解释》第147条第2款和第155条有规定。《解释》第147条第2款规定,“对于控辩双方认为对方发问的内容与本案无关或者发问的方式不当并提出异议的,审判长应当判明情况予以支持或者驳回。”第155条规定,“公诉人要求出示开庭前送交人民法院的证据目录以外的证据,辩护方提出异议的,审判长如认为该证据确有出示的必要,可以准许出示……”除此两条外,笔者似乎没有再看到关于诉讼异议及异议裁决权的规定。实际上,除了上述两种情形下一方对另一方行为可以提出异议外,控辩双方还可以对法官的某些行为提出异议,如认为审判长的发问不当、做出证据调查的决定不当、拒绝调查证据的申请不当等。但对于这些,我国刑法一概没有规定。另外,我国法律对于法官异议裁决的作出也缺乏时间、方式等的规定。

4. 法官行使庭审指挥权的心态失衡。这主要是由于检察官地位的非当事人化及检法关系亲近造成的。在我国,不承认检察官是诉讼中的一方当事人,检察官负有客观调查之义务,这无可厚非,因为检察官的客观真实义务有利于其获得对被告人有利的证据;但问题是检察官还负有一项重要的宪法职权——法律监督权,同时刑事诉讼法第169条及《解释》第185条将这项权力在刑事诉讼中予以具体化。根据此两条之规定,人民检察院认为人民法院审理案件过程中违反法律规定的诉讼程序的,应当在庭审后向人民法院提出书面纠正意见。检察官的这种法律监督虽然仅仅具有事后性,但是,这会在一定程度上影响法官行使庭审指挥权的心理。比如,法官在对被告人行使告知权利时、在对诉讼异议进行裁决时、在对诉讼许可进行决定时,都不得不考虑自己的行为是否会对被告人有利而被检察官“抓住把柄”,成为以后检察机关监督的理由?在这种心理影响下,法官行使庭审指挥权会有意无意地向对控方有利的方向发展,从而对被告人颇为不利。另外,在我国,检法关系亲近也是不争的事实,由于工作上的联系,更由于“互相配合”原则的要求及检、法之间人员的互相流动,导致法院与检察院之间形成了一个充斥着诸多利益关系的“熟人社会”和“权力网络”。当具体的庭审活动开展时,法官庭审指挥权的行使,无疑会受制于这些因素的影响,导致其自觉不自觉地使权力运作发生某种不易察觉的变化,以期最大限度地寻求法院和检察院在权力和利益上的平衡。

5. 法官行使庭审指挥权的方式偏差。这主要是由于传统观念的影响及法官的素质不高造成的。一方面,我国法律没有确立无罪推定原则,而传统观念中有关被告人客体化的意识以及打击犯罪的思想仍在很大程度上牵引着法官行使庭审指挥权的方式。比如实践中有的法官想当然地认为被告人就

[15] 前引[4],龙宗智书,第410页。

是犯罪人,在庭审中带有明显的情绪化和偏见性,他们不是尽量听取控辩双方的当庭举证、质证和辩论,而是借助于法律规定的主动讯问权“合法”地对被告人进行讯问,咄咄逼人大有代替控辩双方的交叉询问之架势。^[16]另一方面,就庭审的运作而言,其本身必然交织着诸多高度复杂的诉讼规则和司法程式,这无疑给法官庭审指挥权的行使带来巨大的挑战。而在当前的司法环境下,以某些法官现有的素质来看,是难以通过庭审指挥权的运用来有效驾驭整个庭审活动的。应当说,我们对法官素质状况不应抱以过多的批评,因为这毕竟是司法的现实情况,在短期之内是难以彻底改变的。但是令人不能容忍的是,不仅许多法官没有对这种现实的素质状况表示担忧并积极提高素质,反而在行使庭审指挥权时有意无意地对被告人权利的行使或机会的获取进行干扰和压制。^[17]比如在司法实践中,法官往往以庭审的顺利开展为由而时时打断被告人和其辩护人的发言或者限制其发言的时间。这种行使指挥权的方式,不仅使程序正义和实体正义难以实现,而且连最基本的外在公正感都丧失殆尽了。

四、完善我国法官庭审指挥权之若干建言

针对立法和司法实践中庭审指挥权存在的问题,笔者认为应当从几个方面加以完善。

(一)建立科学合理的庭审指挥权体系

1. 对权限过大的予以限制。首先,法官对庭审中的证据调查活动尽量减少职权干预。一般来讲,控辩双方按照庭前确定并经过法官确认的证据调查顺序和范围进行证据调查,以保证庭审的连贯进行以及控辩双方充分的质证辩论。当然,超过事先确定的证据调查的范围,如公诉人要求出示庭前证据开示范围以外的证据,是否准许则必须由法官决定(当然,辩护方可以提出异议并要求给予准备辩护的时间);另外,法官也可在征求控辩双方意见的基础上,对证据调查的顺序进行适当变更,以便更好地把握证据调查进程和查明事实真相。其次,进一步明确法官主动讯问被告人和询问证人、鉴定人以及主动做出其他证据调查决定的补充性地位,当然,在沉默权或不得强迫自我归罪特权建立后,法官讯问被告人的权力将受到极大削弱,因为此时如果被告人行使沉默权,其对于法官的讯问可以拒绝回答。在交叉询问过程中,法官一般不得打断或介入,除非控辩双方违反交叉询问规则或提出异议。例外地询问证人、鉴定人只有在法官认为“有必要”时,这种“有必要”应该是一些补充性质的发问,比如在交叉询问结束后,法官认为刚才的询问还有疑点没有弄清而需要通过询问加以补强。而在作出庭外证据调查的决定时,法官一般不得主动启动庭外调查证据程序,而应当依辩护方的申请方得为之。之所以仅仅赋予辩护方申请进行庭外调查证据的权力,是因为根据我国刑诉法第165条的规定,检察官认为需要补充证据的,可以建议休庭自行补充侦查。而且立法应废止“证据有疑问”的弹性和模糊的规定,重新确定申请理由。一般只有在申请方需要某种证据而又由于客观原因无法收集或者证据不及时收集就有灭失之虞时,法官才应依辩护方的申请作出庭外调查证据的决定。

2. 对尚付阙如的予以规定。应当引进释明权制度。释明权是民事诉讼中的概念,它“是指当事人的声明或陈述不清楚或不充分,或是有不当的声明或陈述,或是其所举的证据不够而误以为已经够了,法官以发问或晓谕等方式,提醒或启发当事人把不明了的予以澄清,把不充分的予以补充,把不当的予以排除,或是启发当事人提出新的诉讼资料。”^[18]释明权的行使不仅有利于在司法中实现实体公正,而且有利于程序正义的实现,因为法官不是断然地依据其内心确信进行判决,而是通过释明权的行使将其对案件的心证公开,经过与当事人双方的论证、交涉,才作出实体判决。在刑事诉讼中引

[16] 参见郑铭勋:《刑事庭审证据调查制度研究》,中国政法大学硕士论文,第33页,载于中国期刊网优秀硕博论文全文数据库。

[17] 参见李剑功:《刑事庭审指挥权:反思与重构》,《四川警官高等专科学校学报》2005年第1期。

[18] 骆永家等:《阐明权》,载台湾地区民事诉讼法基金会编《民事诉讼法之研讨(四)》,第169页。

人释明权制度同样具有重要意义。一方面,因为刑事诉讼涉及人身自由甚至是生命权益的限制和剥夺,这就更需要查明案件事实真相,做到不枉不纵;另一方面,刑事诉讼与民事诉讼一样需要当事人的充分参与,这是程序正义的应然要求,法官在诉讼中需要形成与控辩双方的理性对话和交流,需要释明而不释明就直接变更罪名或者作出实体裁判不仅有损程序公正,也使实体公正遁形。因此,将释明权引入刑事诉讼具有现实性和正当性。释明权的内容主要包括以下方面:(1)对于指控的某项犯罪事实或重要情节,控诉方没有举证的,法官应当提示其提供证据,否则将不予认定;(2)对于一方已经举证证明的案件事实和情节,另一方没有反驳或反证的,法官应当提示他有无反对主张或相反证据向法庭提出,若无则将对对方主张的事实予以认定;(3)对于一方在质证或辩论过程中提出或引用的新的事实或主张,法官应当提示他就此提供证据证明,否则将不予认定;(4)对于一方举出的证据,另一方在质证时对其重要情节遗漏,没有质询或没有充分质询的,法官应当提示他就此继续质证,否则可能作出某种对其不利的认定;(5)对于重要事实、情节及证据,控辩双方均未陈述自己意见,未充分辩论的,法官应当提示双方就此展开充分质证和辩论;(6)发现起诉罪名与自己认定罪名不一致而拟改变罪名时,应在公诉事实同一性的范围内向控辩双方说明并履行告知程序,如果控辩双方有一方不同意,法院应决定延期审理,给双方必要的准备辩论时间;未经告知程序并给予正当的法庭辩论,法官不得直接变更罪名。

3.对规定简陋的予以补充。就前文所说的诉讼异议裁决权来说,法律上存在的主要问题是诉讼中程序异议的处理机制不完善,法院对控辩双方的答复缺乏法定的方式和程序,导致许多异议不能得到有效的裁决和吸收,从而影响了控辩双方对最终审理结果的接受。故而,一方面法律应规定诉讼异议裁决权的对象既可以是针对控辩双方之间的异议,如认为对方的发言或提问不当,又可以是控辩双方对法官的行为提出的异议,比如对法官的直接讯问被告、询问证人等证据调查行为提出异议。另一方面,从国外的经验来看,我们应当建立“即时裁决制度”,即对控辩双方提出的异议及时给予裁决,如一方提出对方的发言不当,法官应即时作出“反对有效”或“反对无效”的裁定。因此,法官对程序异议裁决权的行使主要是口头方式,时间上则是即时的。通过诉讼程序中异议的不断排解,增加整个诉讼程序对控辩双方不满的吸收功能,从而使实体裁决更容易为控辩双方所接受。

(二)建立庭审指挥权的纠错机制

从制度上设置庭审指挥权,是为了保证控辩双方的攻击防御活动能够充分而顺利地展开,进而实现公正且高效地审理案件这一司法程序的终极目标。然而现实情况是,法院在行使庭审指挥权时有可能出现滥用或不用而损害当事人合法权益的情形。在这种情况下,应当承认控辩双方享有对法院庭审指挥权表示异议的权利。控辩双方如果有正当理由认为法院行使庭审指挥权违背了诉讼程序的规定,偏离了诉讼法设置庭审指挥权的初衷,可以对之行使异议权,要求受诉法院或上级法院对其进行重新审查并予以纠正。

但是,法律上设置庭审指挥权的纠错机制,并不意味着控辩双方可以在任何情况下对法院行使或不行使庭审指挥权的不当行为提出救济请求。法院行使庭审指挥权或不行使庭审指挥权,依据其所违背的法律规定的性质不同,所发生的效果也不相同。具体来说,对于大多数程序性庭审指挥权如诉讼期日的变更、延期审理、中止审理、辩论的分离与合并、重开法庭调查等,它们在性质上属于法院享有的司法行政行为,控辩双方一般不能对这种庭审指挥权提出异议。如果庭审指挥权的不当行使可能对控辩双方的诉讼权利和实体权利造成重大影响,在这种情况下,法律才允许启动庭审指挥权的纠错机制,比如说限制控辩双方质证的权利、最后陈述的权利、法庭调查的权利等。另外,如果控辩双方明知法院庭审指挥权存有瑕疵而不提出异议,或者故意放弃对庭审指挥权的异议权,那么,法院或法官的庭审指挥权即使存在瑕疵也因为控辩双方怠于行使异议权的行为而获得治愈。因为在法院行使庭审指挥权出现不当情形而一方没有及时表示异议的场合,他方对程序的进行已经给予充分的信赖,此时,如果承认仍然有权对不当行使的庭审指挥权提出异议,则势必影响到程序的安定。这里实际上

是对程序的安全价值和当事人诉讼利益的比较和考量。应当说程序的安全性更具有全局性,应当成为优先考虑的价值目标。^[19]

(三)促进法官行使自由裁量权的客观化

庭审指挥权原则上由法官根据诉讼程序进行的状态和审理目的,依自由裁量权行使,一般无需征得控辩双方的同意和许可,甚至也不依控辩双方的申请。比如根据我国刑事诉讼法的规定,审判人员根据案件的具体情况,为了澄清案件事实、消除当庭陈述中的歧义和误解,有权决定是否进行补充讯问和询问;甚至还有一定的证据调查权可以向有关单位和个人收集、调取证据等。法律之所以赋予法官不同程度的自由裁量权,是因为具体的诉讼程序的进行状况会因案件的不同而不同。但是,法官依自由裁量权行使诉讼程序指挥权,却绝不意味着法官可以随心所欲地行使这一权力,甚至滥用这一权力。

如何才能确保法官按照立法目的正确而恰当地行使自由裁量权,并消除控辩双方对法官公正行使这一权力的怀疑和增强对司法的信赖,除了上述的异议制度外,各国理论和司法实践认为,使法官自由裁量权客观化是行之有效的制约方法。所谓行使自由裁量权的客观化,是指法官应当尽可能地将所行使的庭审指挥权以公正的形式表现出来,并尽可能使行使的目的和理由合乎公平与正义的理念。^[20]比如前述日本刑诉法第297条之规定,法院在听取检察官和被告人或者辩护人的意见后,决定调查证据的范围、顺序和方法……法院认为适当时,可以随时听取检察官和被告人或者辩护人的意见,变更依据第1款规定的调查证据的范围、顺序和方法。这样做的目的就是将法官行使庭审指挥权的自由裁量之心证尽量公开,以保障其行使的正当性和取得控辩双方的支持。同样,我国的法官在行使庭审指挥权时,也应尽量公布其行使的理由和目的,比如在作出不予准许调查证据的裁定时,应当说明其不予准许的理由,争取得到控辩双方的理解和支持,这样做也能在一定程度上减少控辩双方对法官庭审指挥权提出异议的机会,从而使法官庭审指挥权的行使更具有正当性。

(四)促进检察官地位的当事人化

应当弱化检察官的法律监督权,促使其地位当事人化。对于此点,笔者不想过多阐述,因为这方面的文章已经颇多。此处笔者只想强调一点,那就是,检察官地位的当事人化一方面意在使其也能心安理得地接受法官的指挥,在法庭上不得对抗法官,否则法官可以象对待一般当事人那样行使法庭指挥权(实际中,有些地方的检察机关包括公安机关竟然到法庭直接抓捕犯罪嫌疑人、证人,这不能不说是法庭尊严的极大蔑视);另一方面,检察官地位的当事人化并不等于其就是一般当事人,之所以这样说,是因为与一般当事人相比,检察官负有客观真实之义务,这一点不应被抹杀,否则于被告人不利。^[21]

(五)转变司法观念与提高法官素质

完善庭审指挥权制度对法官的政治素质和业务水平提出了更高的要求,如果法官不具备高尚的道德品格、广博的学识和精湛的诉讼指挥艺术,那么,任何强化法官诉讼职权的举措都可能导致不公正的裁判结果。因此,法官必须转变司法观念,提高自身素质。但这一建议具有相当程度的宣誓和口号意义,因为法官司法观念的转变、素质的提高决非一日之功。比如说,有罪推定的思想和对有犯罪嫌疑的被告人的厌恶心理一般不可能在人们头脑中自动消失,而法官素质的提高又决不可能仅仅通过几天培训就可以解决。但是,法官观念的转变、素质的提高又对庭审指挥权的行使具有特殊的意义。除了法律应当确立无罪推定原则外,法官还必须树立人权保障和正当程序思想。此外,法官还应注意以下几点:第一,法官应对诉讼程序的基本价值取向、审判模式、原则等有明确的认识和深入的理

[19] 参见黄松有:《庭审指挥权:正当性基础与制度构建》,《中国社会科学》2003年第5期。

[20] 黄松有:《中国现代民事审判权论》,法律出版社2003年版,第240页。

[21] 参见谢佑平、万毅:《检察官当事人化与客观公正义务》,《人民检察》2002年第5期。

解,从而在行使庭审指挥权时能够公正、中立、公开、透明;第二,法官应对庭审指挥权的设立目的、功能意义等正确把握,从而在庭审中妥善处理控辩双方权利与法院庭审指挥权的关系,公正并且有效地保护当事人的合法权益;第三,法官应不断提高自身的专业素养,精通并娴熟地运用法律,从而保证对控辩双方的请求或陈述以及证据调查、诉讼许可、诉讼异议等情况做出准确判断。这一点非常重要,如果法官自己都不能掌握有关实体法和程序法的规定,要正确行使庭审指挥权是难以想象的。

Abstract: In the recent years, the reformation of the trial pattern in our country is always emphasized to weaken the judges' power in the court and to study the Anglo - American adversary system to keep judges negative and restrictive. However, weakening the judges' power and keeping them negative and restrictive doesn't mean to deprive judges of all the procedural powers. For the purpose of the trial and in order to guarantee the trial operates fairly, orderly and efficiently, we must give judges the power to direct litigation, which includes the permission and prohibition of the litigation, the finding of demurral to procedures, the power to lead the litigation in the court, the direction to evidence investigation, the control of litigation process and the maintenance of the order in court. In China, we should establish scientific and reasonable system of power to direct litigation.

Keywords: criminal judges, the power to direct litigation, trial pattern

《兵家法律思想通论》出版

中国社会科学院法学研究所张少瑜的新作《兵家法思想通论》近日由人民出版社出版。

中国古代兵家具有丰富的法律思想,对先秦法治理论和古代军法制度都有深刻的、决定性的影响,但由于多种原因,长期以来被学界所忽视。作者自1987年以来对这个问题进行了长期的研究,形成了最终的研究成果。该书充分运用了传世的兵书材料,结合其他文物和文献,对兵家学派从历史学、军事学和法学的多重角度进行了专门的研究。该书不仅探讨了兵家主要代表人物及其经典著述中的法律思想,揭示了先秦兵家与后世兵家的共性及源流演变关系,还从分析了兵家法思想与中国古代法律文化传统的相互关系,以及兵家法思想与军事技战术、军事活动特性的关系等问题,在此基础上提出了一系列的新观点,如兵家法思想对法家法思想具有源头性的影响,兵家法思想构成了军事法学的基本原理等。该书对军礼与军法的相辅相成的关系、节制的法律意义以及连坐制度的合理性等观点,与中国法律史上的传统观点相比,都是截然不同的或崭新的。