

庭前会议：从法理到实证的考察

莫湘益^{*}

内容提要：为了促进集中审理的实现，2012年刑事诉讼法增设了庭前会议程序。从规范分析的视角可见，该程序主要处理与审判相关的程序性争议，具有证据开示、非法证据排除、争点整理、沟通说服、程序分流和调解和解等六项功能。庭前会议既为集中审理做准备，又间接过滤不当起诉，以保障人权。通过样本分析可见，某些地方的司法机关将庭前会议中的证据异议等同于法庭质证，赋予庭前会议以裁决效力，这反映出司法实务部门过度追求效率的倾向。庭前会议制度的生长，应当在程序法定原则之下，既尊重庭审的中心地位，保持庭前会议与庭审的平衡，又充分释放其功能和影响，实现效率的最大化。

关键词：庭前会议 集中审理 公正审判

2012年刑事诉讼法（以下简称“新刑诉法”）在起诉和审判之间植入了作为中间程序的庭前会议程序，从而在庭前为控辩双方构建了相互接触、表达意见和对抗合作的平台，其目的是促进庭审集中、高效运行。最高人民法院、最高人民检察院的司法解释进一步明确了庭前会议程序的内容。^{〔1〕}但“两高”的司法解释就议题设置、控方取证合法性的证明等方面所作的规定存在差异，同时，回避了庭前会议的效力等具体问题，也未清晰界定庭前会议中的证据异议与庭审质证的关系。一些地方司法机关也就庭前会议出台了工作机制性文件，^{〔2〕}但是，其中的一些内容突破了法律的规定。面对如此境况，有必要从法理和实证的角度梳理和分析庭前会议的立法背景、功能定位和程序运作，以统一法律适用、促进庭前会议程序科学运作。

* 湖南商学院副教授。

〔1〕 这些司法解释主要是指《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》和最高人民检察院《人民检察院刑事诉讼规则（试行）》，以下分别简称为《高法解释》和《高检规则》。

〔2〕 根据笔者的调查，山东省金乡县、四川省南充市、福州市晋安区、石家庄市新华区、宁波市江东区、江西省南康市的司法机关均制定了庭前会议的工作机制性文件。重庆市第一中级人民法院制定庭前会议实施细则的情况，参见徐晓琴、陈义熙：《重庆一中院细化庭前会议实施》，《人民法院报》2013年4月21日。

一、立法背景

关于庭前会议程序的出台背景，立法机关仅表述为“根据司法实践和实际需要”。〔3〕学界则较为一致地认为，增设庭前会议程序的目的在于促进集中审理，以解决因1996年刑事诉讼法（以下简称“旧刑诉法”）中庭前准备程序过于薄弱而导致的庭审经常出现不必要的中断这一问题。〔4〕而现代刑事审判普遍以言词审理与直接审理为原则，集中审理不仅能提高庭审效率，还是言词审理、直接审理和自由心证的基础和保障。如果法庭不能集中审理，则诉讼拖延过久，法官对案情与被告人的印象必然模糊，就只能依赖笔录类书面材料作出判决，从而影响自由心证的形成。

在旧刑诉法实施的过程中，集中审理很难实现；这在案情重大复杂、涉案被告人较多、控辩争议较大的案件中，表现得尤为突出。检讨旧刑诉法条文，庭审中断的直接依据是第165条和第158条。第165条列举了案件延期审理的情形：需要通知新的证人到庭，调取新的物证，重新鉴定或者勘验的；检察人员发现提起公诉的案件需要补充侦查，提出建议的；由于当事人申请回避而不能进行审判的。第158条规定了法官在庭审过程中宣布休庭，对证据进行调查核实的权力。无论是当事人的申请回避权、申请取证权，还是检察人员的补充侦查建议权、法官的庭外调查权，作为集中审理的例外，都符合“保证准确、及时地查明犯罪事实，正确应用法律，惩罚犯罪分子，保障无罪的人不受刑事追究”这一关于刑事诉讼法任务的规定；同时，也可从公正司法的高度找到理论依据。这两个条文的规定在新刑诉法中未作任何修改。旧刑诉法难以实现集中审理的主要成因，不是庭审中断的制度依据存在问题，而是庭前准备程序过于薄弱，没有提供任何控辩双方庭前沟通、解决争议的机会，以致所有争议都于庭审解决。而导致庭审中断的主要事由包括：

1. 以申请回避形式呈现的管辖权争议

在审判阶段，当事人及其法定代理人有权申请参加庭审的审判人员、检察人员等回避。当申请回避的对象是某一法院的全体法官或某一检察院的全体检察官时，这就变成了以申请回避形式呈现的变更管辖申请。

庭审阶段的回避申请一经提出，诉讼活动立即中断，须先行处置有关对象应否回避的问题。从司法层面观察，以个别法官或检察官为对象的单纯回避争议较为少见，且法庭可以当庭驳回不具备法定理由的回避申请且不准申请复议，因而，其对集中审理的影响并不明显，值得关注的是以申请回避形式呈现的管辖权争议。一直以来，刑事诉讼立法不太重

〔3〕 参见《刑事诉讼法修正案（草案）条文及草案说明》，http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/lfgz/2011-08/30/content_1668503.htm，2013年10月15日访问。

〔4〕 例如，陈卫东教授认为，庭前会议旨在“消除可能造成审判中断和拖延的因素”（参见徐日丹：《庭前会议制度：在起诉、审判之间植入中间程序》，《检察日报》2012年5月14日）；陈瑞华教授认为，庭前会议可以起到程序过滤的作用，将控辩双方的程序争议解决在开庭之前，避免开庭后因此类争议的大量出现而中断正常的庭审过程（参见陈瑞华：《评〈刑事诉讼法修正案（草案）〉对审判程序的改革方案》，《法学》2011年第11期）；胡云腾教授认为，庭前会议有利于审判人员全面把握案件的相关情况，解决回避申请等程序性问题，能使审判人员更好把握庭审重点，确保庭审集中、有序、高效开展（参见胡云腾、喻海松：《刑事一审普通程序修改解读》，《法律适用》2012年第9期）。

视当事人申请变更管辖的问题。有关司法解释仅将管辖权争议局限于法院之间，而比较忽视当事人与办案机关之间的管辖权争议。^{〔5〕}因此，当事人要求变更管辖只能以申请回避的形式进行，即针对出庭的司法人员逐一申请回避，这就必然导致庭审中当事人多次申请回避、诉讼活动多次中断。而管辖权争议往往与被告人的公正审判权密切相关，常常成为个案中首要的辩护策略；如果得不到办案机关的应有尊重，辩护方就会在法庭上反复提出申请，以维护己方利益。^{〔6〕}

2. 非法证据排除对集中审理的影响

在美国联邦刑事审判中，排除非法证据的动议必须在审前提出，如未在正式审理前提出，则视为放弃权利。这既与其“当事人主义”的诉讼模式有关，又有避免非专业的事实裁判者（陪审团）受到已污染证据不当影响的考虑。即，“要有效排除这类证据，就必须在审前进行排除工作，并且不在事实审理者可接触到的文档中留下痕迹”。^{〔7〕}在德国刑事诉讼中，辩方可在开庭前提出，也可在庭审中提出排除非法证据的动议。这是因为审案法官既决定被告人是否有罪，又决定证据是否排除。既然“德国法官无论怎样都会知道被排除的证据，所以排除的程序发生在审判前还是审判中就不很重要了”。^{〔8〕}单就审判程序而言，我国的非法证据排除与德国有类似之处，允许被告方在庭前或庭中提出申请，但须提供相关线索或者材料。

非法证据排除对集中审理的影响是不言而喻的。首先，若辩方在庭前未提出，而在庭审过程中提出非法证据排除申请，公诉人显然对此毫无准备。并且取证合法性的证明责任由控方承担，公诉人又不能当庭举证，就只得建议案件延期审理。其次，从实际情况看，辩方虽然有提供涉嫌非法取证的相关线索或者材料的责任，但辩方的举证能力普遍较弱，大都只能提供相关线索，并要求控方举证或申请法院取证。如果是申请法院取证且具有合理理由，则案件只能休庭，延期审理。再次，当庭播放讯问的全程录音录像是调查非法证据的有效方式，但可能需要耗费较长时间。实践中侦查讯问存在多次，一次时长可达数小时，全程当庭播放无疑会影响庭审的集中和紧凑。对此，完全可移至庭前进行。最后，从实际情况看，也存在某些案件的辩方随意提出排除申请以混淆视听、拖延诉讼的情形。

3. 控辩双方“封锁”信息引发的“庭审突袭”

所谓“庭审突袭”包括“证据突袭”和“主张突袭”两种情况。前者指控方或辩方在庭上出示对方事先不了解的证据，导致对方无法当即充分质证；后者指控方或辩方在庭上

〔5〕 1998年《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第17条规定：两个以上同级人民法院都有权管辖的案件，由最初受理的人民法院管辖。尚未开庭审判的，在必要的时候，可以移送被告人主要犯罪地的人民法院审判。对管辖权发生争议的，应当在审限内协商解决；协商不成的，由争议的人民法院分别逐级报请共同的上一级人民法院指定管辖。该条文的规定在《高法解释》中未作修改。

〔6〕 例如，贵阳黎庆洪等涉黑案件原由贵阳市中院一审，二审被省高院裁定发回重审，贵阳市检察院撤回起诉，并退回公安机关补充侦查。案件重新移送审查起诉后，被告人由17名增加至57名。贵阳市检察院审查后认为各被告人的行为均不可能判处无期徒刑以上刑罚，故交由贵阳市小河区检察院向贵阳市小河区法院提起公诉。辩方认为，在再次指控的被告人、罪名大幅度增加的情况下，案件一审审级却由中级法院降至基层法院，存在降低管辖级别以规避高级法院监督的嫌疑，故小河区法院无管辖权。辩护人在庭审中多次提出回避申请，导致法庭多次休庭。参见周喜丰：《案子审了一天，起诉书没读一个字》，《潇湘晨报》2012年1月10日。

〔7〕 [美] 米尔建·R·达马斯卡：《漂移的证据法》，李学军等译，中国政法大学出版社2003年版，第68页。

〔8〕 岳礼玲：《德、美证据排除规则的比较——我国确立刑事证据规则之经验借鉴》，《政法论坛》2003年第3期。

提出对方事先未做反驳准备的主张,令对方匆忙上阵,对抗的实质性大为减弱。“庭审突袭”不符合通过对抗查明事实真相的要求,不利于法官有针对性地、有效率地组织庭审。出现“庭审突袭”的根本原因是控辩双方庭前“封锁”信息。

庭前证据开示是防止“证据突袭”的有效手段。根据旧刑诉法第150条的规定,提起公诉的检察院须将“附有证据目录、证人名单和主要证据复印件或者照片”的起诉书移送法院,法院在庭前对起诉做程序性审查。该条旨在克服过去在起诉环节实行全卷移送带来的“先定后审”弊病,以保证庭审的中心地位。但在全卷移送改为移送“主要证据复印件”之后,辩护律师的阅卷权受到极大限制,容易受到控方的“证据突袭”。对于辩方而言,旧刑诉法规定了辩护律师的调查取证权和庭审质证权,但并未规定辩方庭前向控方开示证据的义务,^[9]因此也存在辩方对控方实施“证据突袭”的可能。在英美国家对抗制模式下,虽然控辩双方承担的证据开示义务不对等,^[10]但要求双方相互开示证据,以保证庭审的对抗性。大陆法系国家采单向开示的做法,其阅卷制度保证辩护人有权查阅控方的案卷材料,但被告方不承担向控方提供任何证据的义务。^[11]新刑诉法已有向双向开示证据发展的态势,但并未明确要求控方将拟在庭审中出示的案卷外证据向辩方开示,也未要求辩方将拟在庭审中出示的证据全部向控方开示。这说明在新刑诉法下仍然有“证据突袭”的可能。

庭前争点整理是防止“主张突袭”的有效手段。“让控辩双方在开庭审判前即对事实、法律及证据上的重点进行整理,去除重复和无争议的问题,协商确定法庭审理的对象和范围,从而使庭审围绕案件的主要争议之点有重点地进行,对于做到迅速审判是十分必要的”。^[12]在复杂案件中,如果庭前不进行争点整理,则控辩审三方对庭审焦点缺乏共识,易导致庭审效率不高。

4. 案件分流中的程序转换

简易程序在我国刑事司法中居于重要地位。在旧刑诉法实施过程中,某些地方法院适用简易程序结案数占审结刑事案件的60%以上。^[13]新刑诉法将原普通程序简化审的案件纳入简易程序范围,并将其最高刑期限制由“三年有期徒刑”提高到有期徒刑,大大扩展了简易程序的适用范围。同时,新刑诉法将“被告人对适用简易程序没有异议”作为适用条件之一,并在第211条规定了专门的确认程序:“适用简易程序审理案件,审判人员应当询问被告人对指控的犯罪事实的意见,告知被告人适用简易程序审理的法律规定,确认被告人是否同意适用简易程序审理”。该确认程序是在开庭后进行的,如被告人不同意适用简易程序,则案件须转为普通程序审理,庭审因此中断。

庭前会议为解决上述庭审中断问题提供了较好的平台。在证据开示的基础上,审判人员可以组织控辩双方围绕与审判相关的问题阐述意见、说明理由,通过沟通说服对方,通

[9] 1998年《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》第119条仅规定,辩方于“开庭五日前提供出庭作证的身份、住址、通讯处明确的证人、鉴定人名单及不出庭作证的证人、鉴定人名单和拟当庭宣读、出示的证据复印件、照片”。

[10] 以美国联邦刑事诉讼为例,控方有责任向辩方开示所有对辩方不利和有利的证据,但辩方没有义务向控方开示对控方有利的证据。

[11] 参见刘计划:《刑事诉讼案件第一审程序》,中国人民公安大学出版社2012年版,第130页。

[12] 宋英辉、陈永生:《刑事案件庭前审查及准备程序研究》,《政法论坛》2002年第2期。

[13] 参见左德起、贺明峰:《深圳基层法院简易程序适用的现状与完善》,《特区实践与理论》2010年第4期。

过初步对抗尽可能达成共识，从而为集中审理做好准备。例如，将非法证据排除问题移至庭前，加强控辩双方的庭前沟通与说服。由此，至少可以确定辩方是否申请排除非法证据，明确非法证据排除的具体争点，提前运用播放讯问录音录像这种证明方式，从而避免庭审中非法证据排除程序的无序与拖沓。

学界对庭前会议普遍予以褒扬，有学者甚至评价其具有公正与效率并重的制度价值。^[14]一方面，召开庭前会议后，庭审中只针对有异议的事实、证据、量刑等重点内容展开调查辩论，使法庭审理不因程序性问题而频繁中断和耗费过多时间，大大节约了诉讼成本，这在重大、疑难、复杂案件的审判中尤为典型。^[15]另一方面，庭前会议对于保障被告人的公正审判权具有积极意义。第一，庭前会议为满足辩方的知情权、参与权、表达权和监督权提供了独立的庭前机会。第二，庭前会议处理的绝大部分事项以辩方申请为前提，辩方扮演着比控方更为重要的角色，这是对控辩双方诉讼地位天然失衡的一种校正。第三，被告人的公正审判权的诸多内容体现于庭上，但发端于庭前。以询问证人权为例。依我国刑事审判传统，对于证人是否出庭、证人于庭审的哪个节点出庭，法官都习惯在开庭前做出基本安排，一般不希望辩方在庭上贸然提出申请新证人到庭的主张。庭前会议将“出庭证人名单”作为重要议题，意在庭前解决证人出庭问题，保障被告人的庭上权利。

二、功能与定位的全景考察

作为新增设的程序，庭前会议在整个第一审程序中的功能与定位是首先必须明确的。庭前会议的功能由该程序所能解决的议题决定，庭前会议的定位可从该程序与其他程序的关系中确定。

（一）功能：主要处理与审判相关的程序性争议

新刑事诉讼法第182条第2款规定：“在开庭以前，审判人员可以召集公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人，对回避、出庭证人名单、非法证据排除等与审判相关的问题，了解情况，听取意见”。其中的“等”字如何解释，直接决定庭前会议的功能。根据通常的汉语表述规则，列举事项后的“等”字有两种含义，一种是指列举事项的总和，另一种是指其他未列明的、属于“等”字后的属概念范围的事物。无论是《高法解释》还是《高检规则》，都对“等”字按后一种含义来解释，但二者的解释存在差异。《高法解释》第184条将庭前会议的可以议问题列为9项，除“回避、出庭证人名单、非法证据排除”外，还将管辖异议、辩方是否申请调取辩护性证据材料、控辩双方是否提供新的证据、是否对出庭鉴定人和专家辅助人的名单有异议、是否申请不公开审理以及附带民事诉讼的调解纳入其中。《高检规则》第431条第1款则将“延期审理、适用简易程序、庭审方案”列为可以议问题，但未涉

[14] 参见张伯晋：《构建中国特色“庭前会议”程序——就新刑事诉讼法第182条第2款专访陈卫东教授》，《检察日报》2012年4月1日。

[15] 例如，昆明市中级法院审理“湄公河惨案”的过程中，指控糯康等6名被告人的证据达6000页；控辩双方庭前交换证据，不仅在庭前会议全部解决了证据合法性问题，而且使“检察机关预测了可能出现的辩论焦点”，庭审得以顺利进行。参见杨健鸿、吕彬：《指控糯康，证据6000页》，《检察日报》2012年11月8日。

及附带民事诉讼的调解。〔16〕

从上述司法解释的内容看,庭前会议的可议问题基本是程序性争议。唯一的例外是附带民事诉讼的调解,这属于实体问题,但与定罪量刑无关。在庭前以调解方式解决附带民事诉讼,能有效促进被告人、被害人和解,使被害人尽早得到赔偿。这一做法应当予以肯定。在作为附带民事诉讼原告人的案件中,检察机关应当在庭前会议中积极参与附带民事诉讼的调解,尽可能挽回国家、集体财产遭受的损失。

在庭前会议上就是否适用简易程序听取辩方意见,有利于案件顺畅分流;控辩双方就庭审方案交换意见,能突出调查和辩论的重点,保证庭审有序进行。因此,《高检规则》第431条将“适用简易程序、庭审方案”列为可议问题,值得肯定。但该条将“延期审理”列入其中,却有歧义。新刑诉法有两处规定“延期审理”:一是第155条规定的“因为特殊原因,在较长时间内不宜交付审判的特别重大复杂的案件,由最高人民检察院报请全国人民代表大会常务委员会批准延期审理”;二是第198条规定的庭审过程中因申请回避、通知新的证人到庭、调取新的物证、重新鉴定或者勘验以及公诉人建议补充侦查而导致的延期审理。前一种情况极为罕见,后一种情况又只能在庭审中出现,因此该条中的“延期审理”不属于这两种情况。如果将该条中的“延期审理”理解为“确定开庭日期”可能更为合适。实践中,公诉人、辩护人由于客观原因无法出庭,导致法院公告的开庭日期被迫更改的情况并非个案,庭前会议上先行征询各方意见就能避免这一现象发生。

综上,庭前会议主要处理与审判相关的程序性争议,具有以下六项直接功能:(1)证据开示功能。虽然新刑诉法及“两高”司法解释都未直接规定证据开示,但从《高法解释》和《高检规则》关于控辩双方证据异议的规定,〔17〕可以推断出庭前会议包含证据开示的内容。在辩护律师阅卷的基础上,控方未移送法院的证据应当在本程序中开示,辩方拟在庭审中出示的证据也应向控方开示。(2)非法证据排除功能。《高法解释》第97条将辩方提出非法证据排除申请的时间基本限制于庭前,〔18〕而庭前会议是辩方行使此项权利的较好平台。值得注意的是,《高法解释》就非法证据排除问题只规定了“了解情况,听取意见”,而《高检规则》规定检察机关可在庭前会议中证明证据收集的合法性,这表明“两高”关于庭前会议的非法证据排除功能存在认识上的差异。(3)争点整理功能。在证据开示和证据异议的基础上,审判人员组织控辩双方就证据、事实和适用法律问题,排除无争议或者观点重复的部分,从而整理和明确争点。(4)沟通说服功能。审判人员引导控辩双方就与审判相关的程序性问题交换意见,相互说服。(5)程序分流功能。征询被告人意见,决定案件是否适用简易程序。(6)调解和解功能。组织当事人就附带民事诉讼进行调解,允许

〔16〕《高检规则》第431条规定:在庭前会议中,公诉人可以对案件管辖、回避、出庭证人、鉴定人、有专门知识的人的名单、辩护人提供的无罪证据、非法证据排除、不公开审理、延期审理、适用简易程序、庭审方案等与审判相关的问题提出和交换意见,了解辩护人收集的证据等情况。对辩护人收集的证据有异议的,应当提出。公诉人通过参加庭前会议,了解案件事实、证据和法律适用的争议和不同意见,解决有关程序问题,为参加法庭审理做好准备。

〔17〕《高法解释》第184条规定:审判人员可以询问控辩双方对证据材料有无异议,对有异议的证据,应当在庭审时重点调查;无异议的,庭审时举证、质证可以简化。《高检规则》第431条第2款要求公诉人“对辩护人收集的证据有异议的,应当提出”。

〔18〕《高法解释》第97条规定:人民法院向被告人及其辩护人送达起诉书副本时,应当告知其申请排除非法证据的,应当在开庭审理前提出,但在庭审期间才发现相关线索或者材料的除外。

双方达成和解协议。

(二) 定位：既为集中审理做准备，又补足公诉审查

1. 庭前会议为集中审理做准备，但不得代替集中审理

刑事案件的法庭审判是在控辩双方及其他诉讼参与人的参加下，通过举证、质证和辩论，以确定指控是否成立及被告人刑事责任的诉讼活动。这表明，刑事案件的处理须以法庭审理为中心，审判者的心证应当来自法庭审理，案件的定罪量刑问题均在庭上解决，禁止庭前、庭外定案。但庭前会议对庭审程序有直接影响，因此，“作为一种庭审前专门性预备活动，其程序的设置和运作理应与刑事庭审保持内在的协调一致”，^[19] 其在一审程序中的比重和运行空间应当受到限制。

其一，庭前会议只“议”程序性争议，而不得染指定罪量刑方面的实体问题。裁决案件的实体问题是庭审的首要功能，庭前准备程序不得闯入这片领地，否则将导致“先定后审”、庭审虚化。但是，对于处理程序性争议，则可尽量前移至庭前。当然，在庭前解决程序性争议，应以保障当事人充分参与和不削弱当事人的公正审判权为前提；经庭前会议仍无法解决的，应允许进一步通过庭审解决。

其二，控辩双方可对证据提出异议，但不能取代庭审质证。控辩双方在庭前会议中享有对对方证据的异议权，在法庭调查阶段则享有质证权，即仍可对对方证据发表不同意见。因此，如果庭前会议不能把握好证据异议的“度”，就有冲击、取代庭审质证的风险。

庭前会议中的证据异议（包括证据能力异议和证明力异议两个方面）与庭审质证的差别，主要在于对证据的质疑程度不同。从诉讼行为目的来分析，前者旨在求同存异，整理争点，对证据的质疑只需浅尝辄止，表明有无异议即可；后者旨在影响事实认定者对案件事实的内心确信，必须深入说明质疑的理由。

对于证明力异议而言，调查证据是否客观真实以及证明力大小是法庭调查阶段的任务，庭前会议就此只能做出有无异议的简单声明，不可深入质证，更不能辩论。证据能力异议则较为复杂。非法证据排除是庭前会议的重要内容，但是，非法证据排除程序是“审判中的审判”，简单的异议声明并不能解决取证程序合法与否的问题；控辩双方须就此举证、质证，以最大可能地达到“求同”之功效；而且，在庭前会议中提前播放讯问录音录像，也能使庭审更为紧凑和高效。对于证据的关联性异议，应当按证明力异议的方式处置，以简单的异议声明方式整理争点即可；异议是否成立，留待庭审解决。

其三，庭前会议只限于“了解情况，听取意见”，不具有裁决效力。对此，一种观点认为，应当明确回避、非法证据排除等事项由庭前会议进行实质性调查并裁决有关事项；^[20] 另一种观点认为，庭前会议只能了解情况和听取意见，法院不能在庭前会议中对非法证据排除等程序性事项作出裁决，庭前会议中达成的共识也不具有法律效力。^[21] 这两种观点都有失偏颇。第一种观点偏离了新刑法第182条第2款的字面含义，将我国的庭前会议等同于西方国家的预审程序，忽视了庭前会议不开庭听证的实质。第二种观点完全否定庭前会

[19] 牟军、张青：《法院审前准备与刑事庭审程序的运行》，《西南民族大学学报（人文社会科学版）》2012年第5期。

[20] 参见姚彩蔚：《庭前会议程序四个问题待明确》，《检察日报》2012年7月16日。

[21] 参见前引[4]，胡云腾等文。

议达成的共识的效力,大大降低了庭前会议的地位。新刑诉法第182条第2款确实没有赋予审判人员以裁决权,故对于控辩双方交换意见后仍存争议的事项,审判人员不得当即裁决。但控辩双方对于无争议事项达成的共识,则可以赋予其法律效力。

2. 庭前会议对公诉审查“形式审”的补足

在提起公诉与正式开庭审理之间,新刑诉法第181条规定了法院庭前对公诉的审查。但是,法院的审查属于“形式审”而非“实质审”。这是因为,虽然新刑诉法在提起公诉环节恢复了全案卷宗移送方式,但在以下三个方面与1979年刑事诉讼法存在重大差别:法官在庭前不提被告人;不调查核实证据;不对案件进行实质处分。“由于在这三个问题上继续肯定了1996年刑事诉讼法修改的成果,卷宗移送制度可能产生的法官预断的负面效应就降到了最低程度”,^[22]所以,不能就此得出庭前公诉审查回归“实质审”的结论。检察机关提起公诉只要符合形式上的起诉标准,人民法院就应当开庭审理,并通过庭审作出裁判,而没有必要在开庭前对案件的材料和证据进行实质性审查。

形式性的公诉审查体现了审判权对检察权的尊重,但可能使证据不足的案件进入法院,难以发挥过滤不当起诉的人权保障功能,而这应由庭前会议补足。但是,立法并未赋予庭前会议以裁决权,案件经控辩证据开示和证据异议后,审判人员认为证据不足的,也不能裁定驳回起诉。因此,庭前会议不具有直接的过滤不当起诉的功能。但是,在新刑诉法明确控方承担证明被告人有罪的举证责任,且须达到排除合理怀疑程度的情况下,控方无论是基于客观义务还是法院最终宣告无罪的压力,都应当认真研究辩方开示的证据和提出的意见;支持指控的证据确实不足的,应撤回起诉。^[23]于此,庭前会议也就间接发挥了过滤不当起诉的功能,形成对“形式审”的补足。

三、程序运作的样本考察

笔者收集了石家庄市新华区法院、检察院联合下发的《关于刑事公诉案件庭前会议实施细则(试行)》(以下称《新华细则》),福建省三明市中级人民法院、检察院、司法局联合下发的《关于公诉案件庭前会议的暂行规定》(以下称《三明规定》)以及《重庆市第一中级人民法院刑事审判庭前会议实施细则(试行)》(以下称《重庆一中院细则》),以此三个文件为调研样本,对庭前会议程序的实践予以考察。

(一) 适用案件和议题范围

庭前会议适用于哪些案件、会议的议题范围如何界定,这是紧密联系的两个问题。《高法解释》第183条将庭前会议的适用范围限定为4类案件:当事人及其辩护人、诉讼代理人申请排除非法证据的;证据材料较多、案情重大复杂的;社会影响重大的;需要召开庭前会议的其他情形。其第184条将庭前会议的议题列为管辖、回避、非法证据排除、辩方申

[22] 汪建成:《刑事审判程序的重大变革及其展开》,《法学家》2012年第3期。

[23] 庭前会议间接补足公诉审查的效应,得到了《高检规则》第459条的支持。该条规定,在人民法院宣告判决前,人民检察院发现具有下列情形之一的,可以撤回起诉:不存在犯罪事实的;犯罪事实并非被告人所为的;情节显著轻微、危害不大,不认为是犯罪的;证据不足或证据发生变化,不符合起诉条件的;被告人因未达到刑事责任年龄,不负刑事责任的;法律、司法解释发生变化导致不应当追究被告人刑事责任的;其他不应当追究被告人刑事责任的。

请调取辩护性证据材料、控辩双方提供新的证据、对出庭证人、鉴定人和专家辅助人的名单有异议、申请不公开审理以及附带民事诉讼调解等内容。《新华细则》与《重庆一中院细则》关于案件适用范围与议题范围的规定均在《高法解释》的基础上略有扩展。在案件适用范围方面，《新华细则》将“当事人及其家属情绪不稳，可能引发涉检、涉法上访的案件”纳入其中；《重庆一中院细则》则增加规定了两类案件：被告人和辩护人做无罪辩护的案件，涉及危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质组织犯罪的案件。在议题范围方面，《新华细则》还规定了“被告人是否具有自首、立功等情节”的内容；《重庆一中院细则》还规定了“附带民事诉讼原告人是否申请法院采取保全措施”、“是否要求提供翻译人员”、“是否申请解除或者变更对被告人的强制措施”等内容。《三明规定》以议题范围确定案件适用范围，其在议题范围上较《高法解释》有三处拓展：一是辩护方对强制措施有异议；二是辩护人行使会见、阅卷等诉讼权利受阻引发的争议；三是辩护方对瑕疵证据提出异议的情形。以下择上述重要之处予以述评：

其一，将“当事人及其家属情绪不稳，可能引发涉检、涉法上访的案件”纳入庭前会议适用范围，虽然考量的是案外因素而非案件本身的程序性争议，但不能否认其合理性。我国正处于社会转型期，社会转型期的社会稳定会呈现较大的不确定性，有时甚至表现为某种失序状态。^{〔24〕}当前的社会矛盾也越来越趋向于群体性与冲突化，一旦处置不当，单个刑事案件就可能演化成群体事件，影响社会和谐稳定。人民法院应当在依法办案的前提下，运用司法的智慧和技艺，努力促进社会矛盾的化解。审判人员通过庭前会议了解舆情信息，可对将来办案过程中的“维稳”风险提前评估；在庭前会议中充分听取当事人的诉求，加强沟通说服，并与附带民事诉讼调解、刑事和解等统筹考虑，有利于宣泄当事人情绪，减轻“维稳”压力。

其二，“被告人和辩护人做无罪辩护的案件”应当适用庭前会议程序。这有利于发挥庭前会议过滤不当起诉的功能，也能促进庭审集中进行。辩方提出无罪辩护的主张，或者是基于证明被告人无罪的证据，或者是认为被告人的行为在法律上无罪。针对辩方提出的证据或意见，控方须认真对待，仔细研究。如果控方认可辩方的无罪辩护意见，其迫于庭审后宣告无罪的压力，就应在庭前会议后主动撤回起诉，从而间接实现过滤不当起诉的功能。如果控方不认可辩方的无罪辩护意见，也会在开庭前认真做好庭审准备；这能减少甚至避免因辩方实施“主张突袭”后控方建议补充侦查而导致的庭审中断。

其三，将强制措施异议纳入议题范围有利于落实审判阶段的羁押必要性审查。新刑事诉讼法第93条规定，犯罪嫌疑人、被告人被逮捕后，人民检察院仍应当审查羁押的必要性。但实际情况往往是，案件提起公诉后，检察机关最关注的是案件能否顺利开庭，法院能否作出有罪判决，而不太重视羁押必要性审查。在庭前会议上，辩方提出解除或变更强制措施的理由，控方作出回应，审判人员听取双方意见，这一过程就是在审查羁押必要性。

其四，庭前会议不宜讨论“被告人是否具有自首、立功等情节”。自首、立功等法定量刑情节属于实体性争议，应在庭审中解决。况且，控辩双方在庭审中关于自首、立功的争议，一般不会导致庭审中断，没有必要前移至庭前会议解决。在庭前会议中，对于证明被

〔24〕 参见李静：《社会转型期稳定问题历史回溯与当代审视》，《青海社会科学》2012年第6期。

告人自首、立功的证据,控辩双方可简单表示有无异议,但不可深入质证、辩论。

(二) 启动方式

无论是新刑诉法第182条第2款,还是《高法解释》和《高检规则》的相关条款,均未明确庭前会议的启动方式。地方司法机关的工作机制性文件对此作了补充规定,这有利于保证庭前会议的有序启动。《三明规定》第4条明确了法院依职权启动、依建议启动和依申请启动三种方式:人民法院对公诉案件可以决定召开庭前会议;人民检察院在必要时可以建议人民法院召集庭前会议;当事人、辩护人及诉讼代理人也可以申请召开庭前会议,人民法院根据案件具体情况,决定是否召开庭前会议。《重庆一中院细则》列举的启动方式与《三明规定》相同。《新华细则》只规定了依建议启动和依申请启动两种方式,未规定依职权启动,但更详细地规定了建议和申请的审查决定程序。《新华细则》规定,在负责审理该案的合议庭组成人员中指定一名审判人员进行审查,并在收到建议或申请的两日内决定是否召开庭前会议;决定不召开的,应当在三日内告知并说明理由;决定召开的,应当在三日内告知召开的时间、地点等有关事项。

分析上述三份文件,有两处值得肯定:

一是《三明规定》和《重庆一中院细则》均允许法院依职权启动庭前会议。案件提起公诉后,法官通过阅读、审查案卷、证据,对案件的疑难复杂程度有所了解,控辩双方就案件程序性问题的主张也可向法官提出,因此,法官对本案是否有必要召开庭前会议最有发言权。如果控辩双方未提出召开庭前会议的请求,则应当允许法官运用审判指挥权,依职权启动庭前会议。而且,如果是在庭审过程中因控辩双方要求调取新的证据而休庭,在再次开庭之前又有开示证据之必要的,法官也可依职权启动庭前会议。

二是《新华细则》详细规定建议和申请的审查决定程序,能保证庭前会议的启动朝规范化、精细化的方向发展。而且,《新华细则》要求法院须说明不同意启动庭前会议的理由,这符合现代诉讼中诉权与审判权的应然关系,“即审判权主体为诉权主体服务,向诉权主体靠近,满足诉权主体的需求”。^[25]

(三) 主持人员

新刑诉法规定由“审判人员”主持庭前会议。如何界定“审判人员”,主要有三种观点:一是将“审判人员”界定为审案法官。这种观点认为,司法资源紧张是当前的大问题,安排其他审判人员主持,客观条件不允许。而且,庭前会议的主要内容是与实体审判无关的程序性问题,主审法官即使会产生预断,也是有限的。庭前会议中法官能够听到控辩双方的不同意见,这并不容易导致偏见,反而可能抑制法官形成偏见。^[26]二是对“审判人员”做扩大解释,主张由立案庭的法官负责主持庭前会议。其主要理由是:如果主持庭前会议的审判人员是合议庭的组成人员,甚至是承办法官,则将在庭前会议中接触控辩双方的意见和争点,由此可能形成预断。由立案庭法官主持庭前会议,既不会增加更多的人员投入,又能防止法官预断。^[27]三是由法官助理主持庭前会议。其理由是:通过法官助理制度,既在

[25] 樊崇义主编:《诉讼原理》,法律出版社2003年版,第148页。

[26] 参见钟毅:《庭前会议程序该解决哪些问题》,《检察日报》2013年9月27日。

[27] 参见陈卫东、杜磊:《庭前会议制度的规范建构与制度适用——兼评〈刑事诉讼法〉第182条第2款之规定》,《浙江社会科学》2012年第11期。

一定程度上实现了防止预断的功能，同时又不至于使案件额外增加部门间的流转。^{〔28〕}

“审判人员”属于法定术语。根据人民法院组织法第33条，审判人员是指经选举任职的人民法院院长，以及被任命的副院长、庭长、副庭长、审判员和助理审判员。法官助理则是近年出现的、尚未经立法确认的新概念。《最高人民法院关于在部分地方人民法院开展法官助理试点工作的意见》严格区分了审判人员与法官助理的职责性质：法官是依法行使国家审判权的审判人员，法官助理是协助法官从事审判业务的辅助人员。因此，“审判人员”不包括法官助理，法官助理没有资格主持庭前会议。

主持庭前会议的审判人员能否为审案法官，《三明规定》未予明确，但《重庆一中院细则》和《新华细则》做了肯定的回答。《重庆一中院细则》第7条规定：庭前会议一般由审判长指定合议庭成员一人主持；重大复杂案件，由审判长主持庭前会议。《新华细则》第8条规定：庭前会议应当由负责审理该案的合议庭组成人员中的一名审判人员主持；如果案件重大、疑难、复杂，则由合议庭全部组成人员参加，审判长主持。

由审案法官主持庭前会议具有现实合理性。首先，这符合提高诉讼效率的立法初衷。如前所述，庭前会议通过解决程序性争议，“有利于确定庭审重点，便于法官把握庭审重点，有助于提高庭审效率，保证庭审质量”。^{〔29〕}审案法官在召开庭前会议之前，阅读了控方案卷、证据，对案情已有一定认识；通过庭前会议听取控辩双方意见之后，能够进一步了解争点，提前找准庭审的重点和节奏。如果主持庭前会议的不是审案法官，则会降低效率。其次，这与庭前会议的多重功能相一致。如前所述，我国的庭前会议并非纯粹事务性的准备程序，而具有证据开示、非法证据排除、争点整理、沟通说服、程序分流和调解和解等多项功能。在实现这些功能的过程中，唯有审案法官才能发挥独特作用，如另换他人，则难免出现控辩双方各持立场、“存异”但难以“求同”的场面。再次，目前可不考虑庭前会议导致法官预断的问题。理由将在本文第四部分予以阐述。

（四）未参加庭前会议的被告人的权益保障

《高法解释》第183条规定：召开庭前会议，根据案件情况，可以通知被告人参加。这说明并非每一次庭前会议都须被告人参加。有的案件被告人人数多、羁押地点不同，如都参加则有损效率；有的被告人诉讼能力较弱，即便参加也难以就程序性争议提出意见。况且，被告人在庭审中还有参与的机会。因此，要求被告人一律参加庭前会议显然不符合提高效率的立法初衷。但如果被告人未参加庭前会议，其辩护人就有关程序性争议提出的主张，就可能不是被告人的真实意思表示，甚至可能损害被告人的权益。

《三明规定》通过两条渠道较好地解决了这个问题。一是规定被告人不参加庭前会议的，应当授权其辩护人参加。在办理委托辩护手续时，被告人或其家属同辩护人签署了授权委托书，但其内容一般较为笼统。《三明规定》要求被告人再次授权，要求辩护人在庭前会议召开之前，须从被告人处取得内容具体的授权委托后，方可在庭前会议中代表被告人就有关程序性争议发表意见。这样就能避免辩护人在庭前会议中“越位”。二是规定检察机关先行征求被告人的意见，即：“被告人未参加，庭前会议内容涉及被告人实体权益的，人

〔28〕 参见前引〔19〕，牟军等文。

〔29〕 郎胜主编：《〈中华人民共和国民事诉讼法〉修改与适用》，新华出版社2012年版，第327页。

民检察院可以先行征求被告人意见，必要时，可以进行证据展示。有关情况，应记录在案，并交被告人签字确认”。对控方证据表示异议是被告人、辩护人独立享有的诉讼权利，在被告人未参加庭前会议的情况下，即使辩护人对某项证据表示无异议，也不妨碍被告人将来在庭审中对此提出异议，因此辩护人难以代为行使被告人的证据异议权。检察机关先行征求被告人意见的做法，是对被告人证据异议权的尊重，是在被告人缺席庭前会议的情况下实现“求同存异”、明确争点的有效办法。

（五）庭前会议的形式

庭前会议有别于正式庭审，应当采取会议的形式进行。此处应重点讨论两个问题：共同犯罪案件的被告人参加庭前会议，是集中进行还是分别进行；庭前会议中的证据异议与庭审质证类似但又不能取代庭审质证，这个“度”如何把握。

《三明规定》和《新华细则》均规定，共同犯罪案件的被告人应分别参加而不宜集中参加庭前会议。这就意味着，涉及多名被告人的案件往往要多次召开庭前会议。分别参加能避免被告人之间相互影响、干扰正式庭审，但这无疑降低了诉讼效率，甚至形成“讼累”。而司法实践表明，适用庭前会议的案件多为重大疑难复杂案件，涉案被告人较多。有论者指出，以效率为原则，同一案件的多名被告人可以同时参加庭前会议；需要分别征求意见、了解情况的，可以参照庭审中对被告人分别讯问的方式进行。^[30]笔者对此予以赞同。庭前会议的程序设计应当以效率为重要依据，在不损害程序公正的前提下，应尽可能实现程序的简便易行。多名被告人原则上应集中参加庭前会议，共同参与程序性争议的解决。但涉及被告人供述的场合（包括对审前口供的异议及非法口供的排除），被告人应当分别参加庭前会议。

对于庭前会议中证据异议的限制，《三明规定》和《新华细则》都有体现，但二者存在区别。根据《三明规定》第10条，参加庭前会议的各方人员可以对证据发表各自的观点，也可以明确案件争点，但不得就与定罪量刑有关的事实、证据展开辩论。《新华细则》第14条规定，在证据开示过程中，控辩双方只就非法证据排除及有无异议发表意见，但不进行质证。可见，前者允许质证，但禁止辩论；后者不允许质证，并且，控辩双方除对非法证据排除可充分发表意见外，对其他证据异议只能简单声明有无异议，不可进一步阐明理由。如前所述，庭前会议只是为集中审理做准备，而不能代替庭审质证，故《新华细则》的界定更为合理，《三明规定》不区分异议内容一律允许质证，可能导致庭前会议所占比重过大，虚化庭审调查。

（六）会议效力

虽然新刑诉法规定庭前会议只能“了解情况，听取意见”，并未规定审判人员的裁决权，但庭前会议应当对有关问题有所解决，并且解决结果要能约束诉讼各方，这样才能为庭审做好准备。上述工作机制性文件对会议效力的规定，可分为合意模式和决定模式。

《新华细则》采取合意模式。其第16条规定，庭前会议的参加人在庭前会议中就相关问题达成一致意见，没有异议的，在没有新的事实或新的证据的情况下，在法庭审理中不得再提出异议。而对于就程序性争议达不成一致意见时，审判人员能否作出决定，《新华细

[30] 参见温建军、赵玉平：《庭前会议应以效率定规则》，《检察日报》2013年8月14日。

则》并未规定。可以就此推论,《新华细则》确认了“合意”部分的效力,但对于控辩双方仍存争议的议题,审判人员不得裁决,须留待庭审解决。

《三明规定》和《重庆一中院细则》均采取决定模式。即:审判人员在了解情况、听取意见后,可对会议讨论的事项作出决定;如申请人在庭审过程中再次提出申请,则除有新的证据和线索的情形外,合议庭在当庭说明作出决定的情况和理由后,继续法庭审理。

与合意模式相比,决定模式能杜绝庭审中就相关问题反复纠缠,体现了部分地方司法机关力争庭前一次性解决程序性争议的用意,其追求效率的立场十分鲜明。但是,无论新刑事诉讼法还是司法解释,都只规定在庭前会议上“了解情况,听取意见”,而未规定审判人员可对相关争议作出决定。因此,当事人及其辩护人、诉讼代理人在法庭审理过程中仍有申请排除非法证据、申请回避等权利。如果允许审判人员对仍存争议的程序性问题在庭前作出决定,且不得在庭审中对该决定事项再次提出申请,就违法限制了诉讼参与人在法庭上的权利。决定模式以违法方式获得高效率,应当摒弃。相反,合意模式既体现了对控辩双方的尊重,又在合理限度内提高了效率,应当采纳。

上述考察表明,地方司法机关并不是机械地适用新刑事诉讼法及司法解释,而是在现有规定的基础上,积极探索如何扩展庭前会议的功能,如何通过庭前会议提高审判效率。但是,将庭前会议的证据异议等同于法庭质证,赋予庭前会议以裁决效力,却反映出部分地方司法机关过度追求效率的倾向。庭前会议功能的扩展应当合理把握庭前会议与法庭审判的平衡关系。在案多人少的压力下,地方司法机关以效率为价值导向来组织庭前会议,具有现实合理性,但须遵守法律的有关规定,尊重被告人的公正审判权。

四、制度生长的整体展望

新刑事诉讼法仅用一款条文规定庭前会议,其内容难免粗疏简略,^[31]这也表明庭前会议制度的实践生长存在较大空间。在新刑事诉讼法实施过程中,既要在程序法定原则之下,最大化地释放庭前会议的功能和影响,又应遵循诉讼规律,尊重庭审的中心地位,避免实体问题向庭前转移。

(一) 遵循审判规律,保持公正的三方构造

现代刑事审判奉行法官居中裁判、控辩平等对抗的三方构造。庭前会议是审判程序的重要组成部分,应当符合审判构造的基本要求。陈光中教授指出,庭前会议搞得好的话会使控辩关系协调得更好,但是搞不好有可能变成法院和检察院联手压制辩护权的行使。^[32]为保证庭前会议三方构造的合理性,庭前会议的实践应重点把握以下三点:

一是保证控辩双方的参与。控辩双方参与庭前会议是通过沟通或对抗解决程序性争议的前提。如果公诉人缺席庭前会议,则辩方将己方意见和拟出示的证据全部向法官提交,法官却不知晓控方意见,这样显失公平。对于被告人是否参加庭前会议,《高法解释》规定

[31] 与此形成对照的是,《德国刑事诉讼法典》第二编第五章为“准备审判”,规定了审判程序之准备程序;《法国刑事诉讼法典》第二卷第一编第四章规定了“重罪法庭开庭的预备程序”。

[32] 参见北京市律师协会刑法专业委员会、刑事訴訟法专业委员会:《“新刑事诉讼法的控辩关系:拓展与协调”专题研讨会综述》, <http://www.beijinglawyers.org.cn/cac/3147.htm>, 2013年10月15日访问。

法官“根据案件情况，可以通知被告人参加”，即被告人是否参加由法官裁量，不通知被告人参加也不违法。该规定的合理性前已论述，但这并不是说法官可任意决定不通知被告人参加。被告人是最重要的诉讼主体，庭前会议所议事项与其诉讼权利直接相关，法官应当尽可能通知被告人参加庭前会议。被告人不参加庭前会议的，须向辩护人出具书面委托，授权辩护人在庭前会议中维护其权利。

二是保持法官的中立角色。虽然庭前会议不具有裁决功能，但考虑到我国深厚的职权主义传统，主持庭前会议的法官对当事人的影响不可小视。法官和检察官都是国家权力的行使者，具有天然的亲近感，容易出现法官倾向于检察官而使辩方不利的局面。因此，主持庭前会议的法官应以相对消极的姿态，与控方保持适当距离；在认真听取辩方意见、审查辩方材料的同时，引导控方提出意见；同时依法履行诉讼关照义务，对未委托辩护人的被告人，依法提供法律援助。

三是尊重和保障辩方的诉讼权利。庭前会议的许多内容，如非法证据排除、通知证人出庭、重新鉴定等，都是由辩方先提出申请。对于这些事项，新刑诉法赋予法官较为宽泛的自由裁量权。以通知证人出庭为例。对于控辩双方对证人证言提出异议，且该证言对案件定罪量刑有重大影响的情形，新刑诉法第187条规定，“人民法院认为证人有必要出庭作证的”，证人才应当出庭作证。对于应当出庭但未出庭的证人的庭前证言，是否不得作为定案的根据，新刑诉法也未明确规定。但是，询问控方证人和传唤己方证人出庭是一项重要的诉讼权利，在控辩双方对关键证人的证言提出异议后，无论从保障诉讼权利还是查明真相的角度，该证人原则上都应出庭作证。只有在保护证人等极为特殊的情况下，法院才可通知证人不出庭。推而广之，辩护方在庭前会议中依法提出其他申请或诉求之后，法官不能随意拒绝，应当在认真听取理由、审核相关线索或材料后依法处置，而不能滥用自由裁量权。对辩方申请不予同意的，法院应当说明理由。

（二）可不考虑导致法官预断的问题

庭前会议导致法官预断是指，如果庭前会议的主持者为审案法官，则审案法官会在会议中接触控辩双方的证据，就可能对案件形成预先判断，从而不利于公正审判。笔者认为，导致法官预断的关键在于公诉审查程序而非庭前准备程序，当前不应盲目放大庭前会议促使法官形成预断的可能性。

首先，导致法官预断的关键在于公诉审查程序而非庭前准备程序。如果审查公诉的法官是审案法官并形成预断，则再讨论审案法官能否主持庭前会议就没有意义了。新刑诉法恢复全案卷宗移送后，审案法官在庭前会议前就已接触控方案卷、证据，如果法官由此形成了预断，那么，庭前会议中辩方的不同意见只会减轻而不是加剧这种预断。我国目前的公诉审查程序与庭前准备程序尚不发达，两者之间的边际也不清晰。即使将来设立了独立的公诉审查程序，实行预审法官与审案法官的严格分离，也并非要求主持庭前准备程序的法官绝对不能是审案法官。例如，严格实行预审法官与审案法官相分离的法国，也允许重罪法庭的审判长在庭前准备程序中讯问被告人；审判长认为预审尚不充分，或在预审结束后又发现新情况而有必要进行补充侦查时，可自行或指派1名预审法官进行补充侦查。^[33]

[33] 参见宋英辉、孙长永、朴宗根等：《外国刑事诉讼法》，北京大学出版社2011年版，第229页。

其次，主持庭前会议的审案法官可能而非必然形成预断。判断法官是否形成预断，不能脱离特定的审判文化传统和法官的公正观念。要求中国的法官在庭前不接触任何案件证据，一步到庭，是难以实现的幻景。中国的程序环境展现出来的特征比较亲合于一套科层式的权力组织机制，而案件的卷宗是整个程序的神经中枢，整合着各个层次的决策；如果在一个案件从一个步骤转向下一个步骤的过程中发生了信息阻隔或丢失的情况，导致主持后一个步骤的官员无法读取前一步骤留下的书面记录，整个科层式程序就会失去方向。^[34]在这种环境中形成的公正观念，要求法官不仅要拒绝对庭前所接触的信息形成内心确信，而且要吸纳有用的辩方意见，法官庭前对案件的认识须伴随庭审的推进而不断修正。如今法官队伍的素质已有质的变化，经过多年的法治熏陶，法官队伍已树立起尊重辩护权的意识，较为重视辩方的意见和证据，形成了兼听控辩主张并努力探求案件真相的思维定式。并且，在严格的法官责任制的压力下，“先判后审”的现象难有生存的环境。

（三）从实际出发适度扩张议题范围

新刑法第182条第2款明确列举的议题只包括“回避、出庭证人名单、非法证据排除”，庭前会议的议题范围可在此基础上适度扩张。具体有三类：一是与证据相关的程序性事项，包括证据开示、证据异议、申请向被害人方取证或申请法院调取证据、申请重新鉴定或勘验以及申请证人、鉴定人和专家辅助人出庭；二是纯粹的庭审程序性事项，如管辖、回避、是否适用简易程序、是否公开审理、庭审方案等；三是可依法嵌入庭前会议平台一并解决的事项，包括申请变更强制措施、附带民事诉讼调解和刑事和解。

（四）以“求同存异”来平衡庭前与庭审关系

日本2004年修改刑事诉讼法增设审理前准备程序后，学界担心审理前准备程序在整个程序中的比重会越来越大，认为“如何维持审理前整理程序与审判中心主义的适当平衡关系，是今后需要研究的问题”。^[35]前述样本考察的情况表明，地方司法机关出于追求效率的目的，也有将庭审事项向庭前会议过度前移的倾向。平衡庭前会议与庭审的关系，应当按照求同存异的思路，重点处理好三个问题：

一是关于庭前会议的效力应采合意模式而非决定模式。控辩双方无争议的事项，经双方签字后确认该合意的效力，在正式庭审中不得就此反复。对于控辩双方表达意见后仍有争议的事项，庭前会议不作决定，留待庭审解决。但有两个例外：一是对于辩方在庭前会议中申请变更强制措施的，二是辩方在庭前会议中申请向被害人及其近亲属、被害人提供的证人取证的，法院应依法作出决定；不同意申请的，应当告知申请人并说明理由。^[36]

二是证据证明力异议和关联性异议的“度”。控辩双方对证据的证明力和关联性只能表明有无异议，而不能质证和辩论。庭前会议旨在明确争点，纯化庭审任务。因此，当一方在庭前会议中出示某项证据后，对方可对该证据的证明力大小及有无关联性简要发表意见。

[34] 参见[美]达玛什卡：《司法和国家权力的多种面孔》，郑戈译，中国政法大学出版社2004年版，第85页以下。

[35] [日]田口守一：《刑事诉讼法》，张凌、于秀峰译，中国政法大学出版社2010年版，第213页。

[36] 根据《高法解释》第50—53条，辩护律师申请向被害人及其近亲属、被害人提供的证人收集证据材料，以及申请法院向证人或者有关单位、个人取证的，人民法院应当在5日内作出是否准许、同意的决定，并通知申请人；决定不准许、不同意的，应当说明理由。由于新刑法禁止法官庭前调查，故辩护律师在庭前会议中申请法院取证的，法院可以听取意见但不宜在庭前作出同意与否的决定。但是，辩护律师在庭前会议中申请法院准许其向被害人及其近亲属、被害人提供的证人取证的，法院应当作出是否准许的决定。

无异议的,庭审时可简化举证、质证;有异议的,提出证据的一方不能在庭前会议中反驳,而须留待庭审时重点调查。

三是非法证据排除问题。辩方申请排除非法证据的,应当允许控方选择在庭前会议或庭审中对取证合法性进行证明。辩方于庭前会议中提出排除申请后,如控方认可,该非法证据自然被排除;如控方不认可,公诉人既可在庭前会议中证明取证合法性,也可在庭审中证明。公诉人在庭前会议中证明取证合法性后,如辩方仍坚持排除,则该争议留待庭审解决。另外,我国的非法证据排除规则涵盖侦查、起诉和审判程序,如控辩双方就某项证据的排除问题已在审查起诉阶段深入沟通,公诉人对取证合法性证明已有充分自信,为提高诉讼效率,公诉人也可不经庭前会议而直接在庭审中证明。赋予控方对证明时机的选择权,主要是考虑取证合法性的证明较为复杂,又与案件的定罪量刑直接相关,完全将此问题限于庭前解决有违法律规定,完全将此问题限于庭审解决又导致庭审拖沓;因此,须庭前会议与庭审做一体化设计,并保留程序的灵活性。

(五) 系统规范庭前会议流程

虽然庭前会议属于庭前准备程序,但其自身也须做好准备。庭前会议的主持者应根据案件情况初步确定议题和议程,通知控方做好取证合法性证明的准备,确定会议召开的时间、地点并通知参加人员。庭前会议在辩护律师阅卷后进行,可按以下流程系统规范:

第一步,就管辖与回避问题听取意见。如果审案法院对案件无管辖权,或者主持会议的审判人员应当回避而未回避,则庭前会议的相关诉讼活动就缺乏公正性,故管辖与回避问题须在庭前会议中首先涉及。

第二步,双向开示证据与证据异议。公诉人对于未进入控方案卷的证据,不论对被告人有利或是不利,均应在庭前会议中向辩方开示。特殊案件出于保护证人、鉴定人、被害人的需要,^[37]控方可事先对证据做技术处理,不公开这些人员的姓名、住址等身份信息。辩方对于拟在庭审中出示的证据,也应在庭前会议中向控方开示,但无开示不利于被告人的证据的义务。证据逐一开示,主持庭前会议的审判人员引导对方逐一表态有无异议。为防止“证据突袭”,未进入清单的证据,除非有正当理由,不得在第一次庭审中出示。证据开示与异议结束后,存在非法证据排除争议的,控方可对取证合法性进行证明。之后,控辩双方确定拟在庭审出示的证据的清单,包括无异议证据清单和有异议证据清单。

第三步,就适用简易程序听取意见。对于可以适用简易程序的案件,询问被告人对指控的犯罪事实的意见,告知被告人适用简易程序审理的法律规定,确认被告人是否同意适用简易程序审理,并听取辩护人意见。

第四步,就申请法院调取证据、申请重新鉴定或勘验以及申请证人、鉴定人和专家辅助人出庭等事项听取意见。先由提出申请的辩方陈述理由,再由控方发表意见。除申请变更强制措施和辩护律师申请法院准许其向被害人及其近亲属、被害人提供的证人取证外,

[37] 新刑诉法第62条规定:对于危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪、毒品犯罪等案件,证人、鉴定人、被害人因在诉讼中作证,本人或者其近亲属的人身安全面临危险的,人民法院、人民检察院和公安机关应当采取以下一项或者多项保护措施:不公开真实姓名、住址和工作单位等个人信息;采取不暴露外貌、真实声音等出庭作证措施;禁止特定的人员接触证人、鉴定人、被害人及其近亲属;对人身和住宅采取专门性保护措施;其他必要的保护措施。

庭前会议不得就其他事项作出裁决，但控辩审三方可就申请事项的必要性深入沟通，尽可能达成共识。

第五步，商定庭审方案。庭审方案应当整理案件争点，确定是否公开审判，确定控辩双方庭审出示证据的名称、顺序和方式，确定出庭证人、鉴定人和专家辅助人的身份信息和联系方式，确定开庭日期等。

第六步，组织附带民事诉讼调解和刑事和解。人民法院可以组织附带民事诉讼调解，也可主持当事人双方协商以达成和解。实践经验表明，附带民事诉讼调解和刑事和解需要主持者反复沟通、说服，所需时间可能较长，宜作为庭前会议最后处理的事项。

Abstract: In order to realize concentrated trial of cases, the amended Criminal Procedure Law provides for the procedure of pretrial conference. A normative analysis of pretrial conference shows that the procedure mainly deals with trial-related procedural disputes in a way that allows the parties to disputes to seek common points while reserving their differences. Pretrial conference has six functions: discovery of evidence, exclusion of illegal evidence, organization of disputed issues, communication and persuasion, diversion of procedures, and mediation and conciliation. The purposes of pretrial conference are to prepare for concentrated trial and to indirectly filter out unfounded criminal prosecutions, so as to protect human rights. Sampling analysis reveals the tendency of excessive pursuit by local judicial organs of efficiency by equating objection to evidence in pretrial conference with cross-examination in court and by regarding pretrial conferences as part of trials. Pretrial conference is preceded by initiation and review of public prosecution and followed by court trial. It has a broad space for radiation and a powerful influence because of its connections to other criminal procedures and mechanisms such as withdrawal, jurisdiction, defense, discovery of evidence, exclusion of illegally obtained evidence, attendance of witness in court, and criminal mediation in public prosecution cases. In the construction of pretrial conference system, the government should, in conformity with the principle of procedural legality, respect the central role of court trial and strike a balance between pretrial conference and court trial while giving full play to the role of pretrial conference in maximizing judicial efficiency.

Key Words: pretrial conference, concentrated trial, fair trial
