

DOI:10.13718/j.cnki.xdsk.2016.06.007

审判中心主义下侦查权控权 内卷化问题研究

汪家宝

(周口师范学院 政法学院,河南 周口 466001)

摘要:我国的侦查权控权,从控权措施与控权效果的关系来看,已经陷入了“内卷化”状态,不仅扭曲了诉讼价值、放纵了侦查权,而且通约了诉讼程序、抑制了辩护职能、妨害了证据规则。因此,实现审判中心主义,应当在政策控权理性化、程序控权精致化、监督控权真实化、审判控权规则化、辩护控权实质化等方面思考侦查权控权的“去内卷化”问题。

关键词:侦查权控权;内卷化;侦查中心主义;审判中心主义;去内卷化

中图分类号:D925.2 **文献标识码:**A **文章编号:**1673-9841(2016)06-0045-10

毋庸置疑,“斯坦福监狱实验”^①所揭示的极端行为与极端制度之间的关系,可以用来说明侦查权控权的必要性和正当性。但是,正如司法实践所表现的那样,我国单调甚至错位的侦查权控权措施及其有限的控权能力,非但不能有效控制侦查权,反而在侦查权的秘密性、封闭性、扩张性和强制性的裹挟下,陷入了空前的“内卷化”状态。这种状态,在微观上消解着侦查权控权效果,在宏观上侵蚀着立法为司法公正所作的努力。因此,在侦查中心主义迈向审判中心主义的道路上,克服侦查权失控与祛除侦查权控权“内卷化”,实际上是二而为一的事情。

一、侦查权控权内卷化及其成因

“内卷化”,在最初作为学术词语出现时,人类学家戈登威泽用它来形容一种社会或文化现象^[1]。随后,社会学家利福德·盖尔茨据之系统地研究了印尼爪哇岛的“农业内卷化”现象^[2];学者杜赞奇在其《文化、权力与国家》一书中研究了“国家政权的内卷化”问题。目前,“内卷化”不仅成了一个应用领域相当广泛的开放式学术概念,并且发展成为社会科学领域一个重要的理论范式、研究视角和分析工具。它所表达的主要含义是,由于外部人力、物力、财力等方面的支持不足和缺失,或者外部力量的过于强大导致对组织内部的割据与渗透,形成了一种相对稳固的内部发展模式 and 严格的约束机制,致使经济、社会、文化、制度和行为模式等在发展和变迁的过程之中出现一种“路径

^① 这是美国社会心理学家津巴多等人在1971年进行的一个著名实验,初衷是研究角色认知理论,而在实验的过程中却出现了各种异化的现象。详细内容参见朱新群,舒莹:监狱环境的心理负效应——斯坦福监狱实验的启示[J].政法学刊,2001(4):68-71;杨铜铜:斯坦福模拟监狱实验之反思:情境因素与权威体制[J].中北大学学报(社会科学版),2014(2):45-51.

收稿日期:2016-07-07

作者简介:汪家宝,哲学博士,周口师范学院政法学院,副教授。

基金项目:最高人民检察院检察理论研究课题“审判中心主义下的诉辩审关系研究”(GJ2015D01),项目负责人:汪家宝;河南省社会科学规划项目“新刑事诉讼法实施背景下刑事和解制度研究”(2013BFX007),项目负责人:汪家宝。

依赖”和自我的“锁定”，从而导致“一种内卷型的增长或是没有发展的增长”^[3]。

在刑事侦查中，借用“内卷化”这个概念来检视侦查权控权，具有可行性。一方面，我国设置了不同形式的侦查权控权措施。立法对各种侦查行为的内容、适用对象、执行方法设置了程序控权，对立案、逮捕以及侦查活动的合法性设置了检察监督控权。审判权则在控辩对抗的基础上，通过证据规则实现对侦查权的间接控权，辩护也体现着对侦查的权利控权。另一方面，这些控权措施是低效、微价值的。程序控权基本上委于侦查人员道德自省，监督控权具有被动性或者事后性，审判控权由于案卷中心主义以及缺失相应的证据规则而回天乏术，权利控权基本上是请愿权并且相应的救济渠道不畅通。基于这正反两方面的情况，从“路西法效应”(Lucifer Effect)^①来看，试图通过提高侦查人员的素质或者增加侦查人员的数量来解决侦查权滥用的困境，都无济于事，问题只能集中在侦查权控权内卷化之上。

所谓的侦查权控权内卷化，是指在侦查权的控权意愿与控权效果发生背离的局面下，由于控权措施不协调或者控权体系不完整，导致在现有控权框架内，无论是完善还是增设控权措施，都会受到外在因素的影响而最终落入控权失效的漩涡之中。在此，我们很难确切划定侦查权控权内卷化始点，但是可以肯定的是，侦查权控权内卷化是个机会主义者，只要外界环境适合，它就会在侦查权本性的冲动下生成并强化。总之，侦查权控权内卷化是多种因素共谋的结果，它在历时性上肇始于侦查而传导于起诉和审判，在共时性上与各个诉讼阶段的权力本性及其不适当的运作模式有关。

首先，侦查权控权内卷化虽然不是侦查机关的主观愿望能够达成的，但是，一旦侦查权滥用时外在的措施不能对其完全控制，便会在互相借鉴、互相修正中演化为“职场潜规则”，最终定格为全局性的“侦查权滥用模式”。久而久之，侦查机关就在控权与反控权的抗争和对峙中成为该模式的受益者和事后同谋，乃至坚定的守护者。侦查权的本性决定了，它不仅是侦查权控权内卷化的始作俑者，而且还是将这种内卷化的后果贯彻至整个诉讼程序的推动者。正如“以维稳为行动导向，以命案必破、留有余地的判决、政法委协调为标志性话语”的“维稳模式”那样，其结果难逃“法定的刑事诉讼程序、规则、制度在一定程度上被规避、架空或搁置”的局面^[4]。

其次，检察机关作为法律监督者，按说具有侦查权控权的强烈动机，否则，侦查纰漏所造成的证据缺陷和程序瑕疵等会影响到起诉质量，招致庭审时律师的无情辩驳。然而，实践中的检察机关并不热衷于侦查监督，其原因不外乎两点。一是在我国警检分离模式下，检察机关对侦查实施一元化监督，既不领导侦查又不实时动态跟踪，违法侦查很难事后发现。即便被发现，侦查机关若不理不睬或者以“书面说明”证明没有违法，检察机关亦无可奈何。二是被检察机关提起公诉的案件，如果被指侦查违法甚至刑讯逼供，侦诉两方均有动机予以搪塞。这种情形若发生在检察机关自侦案件中，则问题更为严重。总之，我国检察机关的侦查监督既有力不从心之虞又有叶公好龙之嫌，其重大缺憾在于“对自行侦查的监督陷入同体监督的困局，对公安侦查的监督则存在追诉主导的局限性”^[5]。

最后，在以往审判“走形式”并且错案难追责的情况下，侦查与审判虽相安无事，但代价惨重。在刑事诉讼法颁布以来^②的有罪判决中，到底还有多少冤假错案没有被发现、没有被纠正？这个问题估计不会有答案，而且真正刮起“翻案风”的话，恐怕整个公安司法系统都会群起而攻之。现阶段，刑事司法正在走向庭审实质化，司法责任制也越来越严格，是否意味着审判对侦查权控权就起作用了呢？恐怕不全是。实践中，凡是申请非法证据排除的，即使违法很明显，只要辩护方不将其

① 这是美国社会心理学家津巴多的一个观点，即“只要给予适当的条件，好人也会做邪恶的事”。参见云祥：“路西法效应”与刑讯逼供——社会心理学视野下的刑讯逼供[J]。西南石油大学学报(社会科学版)，2013(1):71-75。

② 我国曾对《刑事诉讼法》颁布之前的案件进行过复查，其中，对文革期间的复查“纠正冤假错案 30.1 万件，改判率为 25%”，对文革之前的复查“改判了 28.6 万多件，占 36.31%”。参见赵震江主编：《中国法制四十年(1949—1989)》[M]。北京大学出版社，1990:369。

证明至排除合理怀疑的程度,就难以排除。个中原因除了与司法良知^①有关以外,恐怕与公安机关地位高于司法机关、与检察院在极端的情况下可以直接对法官立案侦查、与侦查中心主义、案卷中心主义都有关系。否则,警察怎么可能对法院的出庭作证通知书置之不理?检察官怎么会在排除非法证据上没有表现出应有的积极性、主动性?法官为什么宁愿在庭前会议中浪费几天时间商讨非法证据排除问题也不愿意在法庭中公开进行?总之,这些情形背后的支撑观念或者制度如果不能触碰,通过审判控制侦查权只能落入内卷化的窠臼。

综上所述,侦查控权失灵时,主流观念以及立法不愿意开放更多的控权渠道,又无法通过完善现有控权措施强化控权效果,是侦查权控权内卷化的根本原因。这表明,在一个既定的但不一定合理的控权机制下,只要有效控制侦查权的需求超出了国家设定的控权框架,就会出现控权边界内的控权措施,即使不断增设或者修正,也难以获得社会认同的控权内卷化局面。诚如有人所言,在社会文化和制度环境的作用下,长期的科层制控制和检察监督所形成的固化观念,使我国侦查权的程序性控制陷入了理念上的“内卷化”,并逐步消解着以现有制度为对象而进行的种种机制性改良尝试。^[6]

二、侦查权控权内卷化对审判中心主义的影响

侦查权控权内卷化一经形成,就会塑造侦查中心主义,而且通过其强大的传递功能不断地巩固其地位,最终通过庭审形式化来维护其自身的存在。因此,开展以审判为中心的诉讼制度改革,必须深刻认识侦查权控权内卷化的负面影响。

第一,诉讼价值被扭曲。

侦查价值被视为“立法和实施侦查时均要努力实现的道德目标”^[7],通说将其归结为正义、秩序和效率。笔者以为,侦查的核心价值是正义。首先,秩序不是侦查的价值而是侦查及整个诉讼程序可能附带的积极效果。秩序如果是指社会生活秩序或者国家治理秩序的话,其内在逻辑与“维稳”是一致的,因为“维稳本身与人治、运动、政策等在一定程度上与法治相违背的因素相联系,刑事诉讼维稳模式在某种程度上包含着人治思想与权力意识,更多考虑的是司法的社会效果和政治效果,缺乏对人权与权利的尊重,容易引发错案,累积为更大程度的不稳定因素”^[4]。其次,效率作为侦查的价值只能居于正义之下、之内,因为,效率与程序虚无化或简单化内在相连,并且没有正义就没有效率。最后,正义在侦查中分为程序正义和实体正义。从程序正义来说,侦查意味着其搜集证据具有合法性、对犯罪嫌疑人采取强制措施具备合比例性;从实体正义来讲,侦查意味着搜集的证据是真实的、确定的犯罪嫌疑人是准确的、对案件的定性和侦查终结后的处理是合法的。

诚然,侦查在很多时候具有紧迫性,但它不能成为违法采取强制措施、刑讯逼供、非法扣押等的借口。由于“握有权力的国家机关虽以执行法律为天职,但在本质上却具有破坏法律的内在倾向性;要控制这种倾向性,首先须靠制度约束,其次是社会监督,最后才是权力者自身的道德修养(自我约束)”^[8]。然而,这几种控权措施中,除了社会监督尚有些许作用之外,制度约束已经失去生命力,权力者自我约束则无原则地放大了道德的作用。问题是,制度控权失灵、靠其他措施难以补救时,要么造成行为人无所适从,甚至选择最有利于自己但有损于价值目标的行为方式,要么在追诉和辩护集于一身的情况下,“角色冲突可能导致侦查人员的消极、被动、效率低下,甚至司法不公”^[9]。从经验上看,当刑事司法政策与侦查价值发生冲突时,侦查人员的首选是政策而不是法律,反而加剧侦查权控权的难度。这恰好说明,正是侦查本身执行的控诉职能,决定了其核心价值是正

^① 司法良知即司法人员“对公平、正义的善良认知心理,包括自由裁量中的良心法则、法律至上的真诚信仰、公平正义的价值理念三个层面”。参见丁德昌:《法官良知:司法公正的原动力》,《法学论坛》,2015(3):75-82。

义而非其他。这些年来,“随着维稳压力的加大,侦查组织内卷化的程度进一步加深,呈现出控制主体封闭化、控制对象个体化、规范文本过密化、控制压力基层化的景象”^[10],弱化了控权,滋生了权力滥用。总之,不实现侦查价值的理性化回归,一味强调打击犯罪、命案必破,或者不围绕程序正义完善侦查控权体系,过分强调侦查效率、限期破案,欲求审判中心主义,实则缘木求鱼。

第二,侦查权被放纵。

刑事司法政策对侦查权控权,从程序正义来看,它容易使侦查权游离于司法程序之外,放纵侦查权。之所以如此,其理由有三:一是这种政治控制,与其说是对司法程序包括司法控权造成的低效率不满,还不如说为了更有效地打击犯罪。政治对灵活、高效的刑事政策的需要,决定了在特定时期(如“严打”),程序内的侦查权控权成为累赘;二是这种政治控权要想实现目标,就必须让侦查机关的政治地位高于司法机关,否则侦查机关听命于司法监督而不是政治权力,而这与应然的位阶关系正好相反;三是这种政治控权下,侦查机关需要迎合政策而自身力量不足时,就会假借外部力量压制司法机关。由此可见,刑事司法政策直接控制侦查权,看似轰轰烈烈,实则消解其他控权措施,进一步加深内卷化。这不利于法治国家的建构。“法治国家与警察国家的一个重要的区别就是警察行为的性质。在警察国家,警察行为完全受政治控制;而在法治国家,警察的调查行为,被认为必须依法律而为之。”^[11]总之,以政策控制侦查权,其撕裂的恰好是法治国家的程序控权、司法控权、权利控权,结果是侦查权在控权中放纵、在放纵中控权。

在刑事诉讼内部,侦查权控权内卷化对于侦查权的放纵来说,既有思想基础又有制度基础。其一,“零和观念”为放纵侦查权奠定了思想基础。这种观念普遍地认为,打击犯罪与保障人权尖锐对立,赋予犯罪嫌疑人诉讼权利就意味着扣减侦查权力,不利于“打击犯罪”。实际上,将二者之间视为此消彼长的关系是错误的,因为侦查不是在“打击犯罪”而是在搜集证据以便证明有无犯罪嫌疑,而保障人权是针对“怎么搜集证据、如何证明犯罪嫌疑”讲的,相互之间确有关联,但不至于加减法计算。然而,“零和观念”的结果是,除了任何法治国家都难以容忍的刑讯逼供,在我国立法上明确规定予以排除却在实践中难以兑现以外,其他的程序违法情形都被“打击犯罪”赋予的道德因素所化解。其二,侦查的封闭性为放纵侦查权奠定了制度基础。我国的侦查既有秘密性又有封闭性,二者不是同一个概念。侦查的秘密性是在预防犯罪嫌疑人隐匿、逃跑或者预防证据被转移、灭失等情况下,基于侦查的本性而不得不采取的秘密侦查行为。侦查的封闭性指的是,相对于外界来说,侦查行为的决定权、执行权不受或很少受外力约束所表现出来的“独裁”现象。尽管世界上没有纯粹的秘密性侦查,也没有纯粹的封闭性侦查,并且即使是秘密性的侦查行为在西方国家也要事先接受“外界”检验,但是,对于我国来说,目前对侦查的检察监督虽然效果不佳但却不愿意失去对侦查监督的独占性,使得侦查几乎处于封闭状态,等于将侦查权控权委于侦查机关的道德自省,变相放纵侦查权。

第三,诉讼程序被通约。

现代社会实行国家追诉主义,在侦查阶段是遵循竞技规则还是丛林法则,不同诉讼价值观的国家其选择不一样。在美国,侦查中涉及限制人身权和财产权的事项由法官裁决。在德国,侦查中发布逮捕、拘留令,进行扣押、搜查、没收、身体检查,暂时扣押驾驶执照等,必须由预审法官来决定,情况紧急下,预审法官也可以不经检察官请求而依照职权直接采取强制措施,随后将案件移交检察官。总之,西方主要法治国家注重在侦查程序中贯彻“竞技规则”,对逮捕、拘留等强制措施还实行人身保护令制度,用它来质疑审前程序,或者作为定罪后的补救措施。反观我国,从立法中司法审查和人身保护令制度的缺失以及相应的侦查权控权措施失灵的现实来看,说其体现了“丛林法则”并不为过。

我国不具备诉讼特性的侦查程序,虽然对侦查行为有各种程序性要求和为数不多的禁止性规

定,检察机关还监督逮捕,但是基本上都在“空转”。实践中,名存实亡的非法证据排除,难以动摇有罪推定下的程序瑕疵和种类繁多的、立法中没有认可的谋略侦查^①。它们的存在不仅社会不满意、立法难处理,而且在以它们为表象的内卷化传递链条上,哪怕只有一个环节有被撕裂的危险,都会遭致侦查权控权内卷化的建构力量的顽强抵制。为什么在起诉阶段的律师可以取证但在特定情况下要经过批准、甚至有时被扣上“律师伪证罪”?为什么审判阶段控辩难以平等、诸多证据规则难以厘定并且已有规则难以贯彻?这些情况都与此有关。总之,侦查权控权内卷化局面下,侦查的“可能性的结论”一定要按着“确定性的结果”贯彻程序始终,使得整个刑事诉讼被通约为侦查结构的复制品,由此形成侦查中心主义而不是审判中心主义,这完全符合其自身的逻辑进程。

第四,辩护职能被抑制。

任何犯罪都需要打击,这是侦查的政治义务。但是,经由诉讼最终受到打击的,应该是真正的犯罪,这是侦查的程序义务。如果将侦查的政治义务绝对化,在侦查权专属于警察的架构下,社会管理与刑事侦查就会混同或混用,人人自危。这种局面若套用德国人荷尔德林的话来说就是,“总是人们试图将国家变成天堂的东西,恰恰使其变成人间地狱”。如果将侦查的程序义务绝对化,则侦查权要受到更多限制,加剧其与社会政治期盼与恐惧指控失败之间的张力。在西方法治国家,侦查的政治义务与程序义务的尖锐对立因司法独立和正当法律程序而得以缓解,在我国却要依靠侦查权控权内卷化及其延展性来突显其政治义务,程序公正只在道德义务或者附随义务上占有一席之地。既然如此,辩护职能被抑制或者被边缘化也在情理之中。

侦查权控权内卷化从两条路径抑制辩护职能。其一,自我辩护名存实亡。以预防犯罪嫌疑人妨碍诉讼进行为名,大量犯罪嫌疑人成为搜集或检验证据的主要渠道,不仅让侦查的秘密性和封闭性成为可以接受的事情,而且最大限度地降低了犯罪嫌疑人的辩护能力。这个结果可能不是立法者的初衷,但是侦查机关乐于接受并巧妙利用,坐享其成。从目前的司法实践来看,一旦犯罪嫌疑人认罪,其口供便会在起诉中认可、在审判中确认。反过来说,偶有屈打也不成招或者宁死不受骗者,不但难以疑罪从无,而且还会因认罪态度不好而被判处较重刑罚。总之,侦查权控权内卷化使讯问成了一个人的囚徒悖论。其二,律师辩护有名无实。人们常说,一个国家对待律师的态度,代表着这个国家的法治水平。在我国,这与其说是劝谏者的诤言,倒不如说是失落者的呐喊。我国侦查阶段辩护的律师无权调查取证、无法在逮捕问题上有效发表意见^②、没有讯问时在场权、无权在侦查终结时提出是否撤销案件的动议,这些脱罪机制的缺失决定了,一旦移送审查起诉,侦查的结果就是诉讼的结局,无罪判决凤毛麟角。总之,在侦查权控权内卷化之下,律师辩护在理想与实践中的反差,用一句话概括就是“既然播下的是跳蚤,收获的当然不是龙种”。

第五,证据规则被妨害。

刑事诉讼中的“犯罪再现”即使是还原“法律意义上的事实”,也需要“事实因素与法律机理共同结合”才能得到^[12],而离开一套科学的证据规则,这些都是枉然。在我国侦查权控权内卷化情势下,基于以下两个理由,刑事诉讼在总体上对证据规则的需求是不强烈的,即使设立证据规则,也会遭到顽强抵抗,这使得“法律真实”在我国岌岌可危。

其一,证据规则的价值取向为权力自信所不容。侦查权控权内卷化与权力自信有关,不论是国家基于刑事司法政策的政治自信,还是法律对侦查机关的道德自信抑或对检察机关的监督自信,都与证据规则内在的价值取向互为项背。权力自信以惩罚犯罪、诉讼效率为价值目标,追求客观真实;而证据规则以程序公正为价值目标,追求保障人权之下的法律真实。证据规则以普遍的经验法

^① 关于“谋略侦查”的相关内容,参见万毅:《侦查谋略之运用及其底线》[J]. 政法论坛,2011(4):133-145.

^② 目前审查逮捕阶段听取律师意见的比例只有1.2%。参见元明:《侦查监督工作法治化现代化必然性探讨》[J]. 人民检察,2015

则制定关联性规则、以取证行为的合法性评估制定可采性规则,二者皆为权力自信所不容。反过来讲,只要侦查权控权内卷化存在,即使制定了证据规则,很可能的结果是:不是规正运动式刑事司法政策,而是被刑事司法政策碾压得体无完肤;不是规范侦查行为,而是被侦查策略搅和得无所适从;不是提升检察监督的效果,而是加深控辩双方的对立,甚至加强侦诉双方的“友谊”。

其二,证据规则的程序功能与犯罪控制模式相冲突。在侦查权控权内卷化的情况下,我国以打击犯罪为己任的刑事诉讼,称它为“职权主义诉讼模式”还不如“犯罪控制模式”^①更为贴切。因为在“分工负责、互相配合、互相制约”原则指导下,刑事诉讼程序一旦启动,就要像“流水线一般”高效率运作,在“有罪推定”信念的支配下,加强各阶段的结论性意见的一致性:以高速捕率严密控制嫌疑人,在行政性甚至管理型的事实认定活动中克减程序性约束,最大限度减少其受到质疑的机会,直至获得预定的判决。显然,这个过程不需要证据规则。相反,假如在目前情况下制定证据规则,其合法性规则或将为侦查机关所抵制,或者在实践中被巧妙化解;其可采性规则不但在审前阶段会被以违背该原则精神的方式掩盖,而且该规则也不为审判法官所欢迎,因为我国的法官已经习惯了将证据能力和证明力统摄于自由裁量权之下,关心证明力胜过证据能力,而证据规则却能增强庭审阶段的对抗性,要么动摇指控效果,要么影响法官预断下的心证,“危及”高定罪率,影响打击犯罪,妨碍侦查权控权内卷化的效果在阶段性诉讼程序上延伸。总之,侦查权控权内卷化是反对证据规则的。

三、审判中心主义下侦查权控权“去内卷化”的出路

对于刑事司法改革来说,侦查权控权内卷化是个烫手的山芋,因为维护司法正义需要加强权利供给和权力控制,而我国在侦查权控权上,司法内控权措施单一、效果不佳而又墨守成规,司法外控权有违司法规律、冲击司法公正却又难以割舍。因此,实现审判中心主义,就要全面反思侦查权控权的“去内卷化”问题。

第一,政策控权理性化。

政治的核心是政权,政权依靠权力的合法运作来维护。由于权力容易滥用,所以权力制约在政治制度中不可或缺。政策是国家为了实现一定历史时期的路线和任务而制定的行动准则,在本质上具有制约或者控制权力运行方向的功能。因此,作为国家多种政策之一的刑事政策,对刑事司法有一定的指导、约束、评价作用,有人将其概括为决定刑事司法的基本价值取向、对具体的司法实践活动有直接的指导作用等。^[13]

从司法公正的要求看,刑事司法政策要起到积极的作用,其本身应当具有一定的品质、经得起检验。一是刑事司法政策的内涵应当符合法治的基本精神。刑事司法政策虽然以抑制犯罪为己任,但是不能突破刑事诉讼立法的底线,更不能越过法律直接谋求或者以强行扭曲司法的形式获得利益,这就要求刑事司法政策应当具有公共政策的特质,将其基础建立在保障诉讼中弱者的权利、严格控制公权力之上。二是刑事司法政策的出台要体现科学性。刑事政策分为基本刑事方针、基本刑事政策和具体刑事政策^[14]。作为基本刑事方针,应当充分尊重犯罪规律,否则,不仅刑事司法人员的诉讼价值观受到影响,而且给人权、法治建设带来负面作用。作为基本刑事政策,“大体上经历了一个由‘惩办与宽大相结合’到‘严打’再到‘宽严相济’的政策演变过程”^[15]。虽然“宽严相济刑事政策继承了惩办与宽大相结合的精髓”^[16],但是“严打”是以改变或扭曲现行刑事诉讼立法的方式进行的,从刑事司法政策的人道性、个别化以及治标与治本的关系来说,都是值得深思的。作为“针对性较强,适用范围也较窄”^[17]的具体刑事政策,“又可分为起诉政策、定罪政策、量刑政策和

^① 关于“犯罪控制模式”的主要内容,参见(美)哈伯特 L.帕克:《刑事制裁的界限》[M],北京:法律出版社,2008:159-164。

行刑政策”^[18]，这些政策灵活性、应急性较强。但是，目前刑事司法政策司法解释的过度化，使一些具体刑事政策出现了“违反罪刑法定、损害法治根基、破坏刑法体系的稳定性和严肃性、损害司法权威、束缚法官能动性”等弊端^[19]。

长期以来，刑事司法政策在实施过程中存在的种种问题，都与政策本身的质量有关。为了使政策保障法律的正确实施而不是冲击法律，政策还要有反思功能、经得起批评。总之，刑事司法政策的制定应当持谨慎态度。如果必须有的话，它无论在形式上还是在内容上，都不能违背刑事司法的基本精神，更不能与刑事诉讼法的基本原则和制度相冲突。否则，侦诉审的异质性诉讼权力就会异化为同质性，侦查权控权就会沦为无稽之谈。所以，在侦查控权去内卷化过程中，确保刑事司法政策的理性化乃重中之重。

第二，程序控权精致化。

“程序控权”在很多时候是被纳入“程序性控制”之中考虑的，如“我国现有的侦查权程序性控制表现为以内部自律的科层制控制为主、外部他律的分权式控制为辅的基本制度格局”^[6]。实际上，将侦查的程序控权独立出来是必要的。一是程序控权是恒定的静态控权，虽然它不同于权力之间选择性的动态控权，但是程序控权本身的存在就是一种约束力量。二是几乎所有的侦查行为都在形式上接受多重控权，但是，没有程序控权，检察控权、审判控权和权利控权，就根本无法判断侦查行为是否合法。因此，程序控权既是侦查行为合法性展开的前提，又是监督、制约或司法审查的基础，具有独立存在的价值。

然而，我国对侦查的程序控权存在问题。一是控权预留空白地带。《刑事诉讼法》第116条规定：“犯罪嫌疑人被送交看守所羁押以后，侦查人员对其进行讯问，应当在看守所内进行。”本条的意思是犯罪嫌疑人一旦被送进看守所就不能被带出看守所讯问。由于在看守所讯问有驻所检察官监督，所以此条的核心是防止非法讯问。但是，它留下的空白是送交看守所之前能否讯问、谁来监督？二是控权边界模糊不清。《刑事诉讼法》第83条第2款规定：“拘留后，应当立即将被拘留人送看守所羁押，至迟不得超过二十四小时。”该款的核心思想是被拘留的人应当毫不延迟地送到看守所羁押。但是，实践中往往把“拘留后”理解为“拘留并被带到侦查机关后”、把“至迟不得超过二十四小时”理解成了“在侦查机关的滞留不超过二十四小时”。三是看似控权实则授权。《刑事诉讼法》第84条规定：“公安机关对被拘留的人，应当在拘留后的二十四小时以内进行讯问。”该条与前述的两个条款结合在一起看，总体意思应当是：犯罪嫌疑人被拘留后，应当在二十四小时内从拘留现场送达看守所，并在看守所收押后二十四小时内应当讯问。但是，由于立法表达不清、含义不明，也没有很好衔接三个条文之间的关系，致使犯罪嫌疑人在拘留后至收押前的时间内“失控”，为侦查机关在其办公场所“突审”赢得了“宝贵”时间，控权变成授权。当然，以上情况在逮捕中同样存在，并且其他侦查行为几乎都存在这样那样的问题。

总之，我国侦查中程序控权的现状，反映了立法对侦查人员的盲目信任以及对打击犯罪的强烈追求，不仅变相纵容了侦查权，也使其他控权措施失去评价、监督或制约的基础。因此，侦查权控权的去内卷化，应当考虑从“人性恶”的角度出发，构建细致化、精确化的程序控权体系。

第三，监督控权真实化。

检察监督在侦查权控权内卷化中的地位比较复杂，它既是“预防者”，又是“推动者”和“受害者”。其一，检察监督是唯一由法律明确规定的控权措施，但存在诸多问题^①。即使是为了克服“构罪即捕、一捕到底”现象，现行法律要求检察机关“对羁押的必要性进行审查”，但因“法律的规定相

^① 关于侦查监督中存在的问题，参见元明：《侦查监督工作法治化现代化必然性探讨》[J]，人民检察，2015(20)：5-10。

对比较原则”^[20]等原因而难以操作,甚至被人列出了“十大问题”^①。其二,检察机关负有客观义务,但其监督不灵一直存在,审查起诉也没有因此而停止,有多少违法侦查对裁判结果产生了“穿透”和“绑架”的负面效应^[21],只可意会不可言传,于是“侦查者认定有罪的案件,公诉者就要起诉;公诉者决定起诉的案件,审判者就要定罪”^[22]成了司法实践中的常态。由此看来,侦查权控权“去内卷化”必须增强检察监督的实效。

一是端正侦查监督的目的。根据最高检《规则》第565条的规定,目前“侦查监督的内容共有20项”^[23],但是,受“重打击、轻保护”的影响,侦查违法行为“常常从控诉的角度予以理解和宽容”^[24],这说明“控制犯罪的司法理念弱化了侦查监督的人权保障职能”^[25]。因此,应本着域外通行的保障人权、制约侦查权之精神,端正侦查监督的目的,对于讯问、搜查、扣押、监听等侦查行为,也应当像逮捕一样,列为重点监督对象。

二是完善侦查监督的方式。与大陆法系的检察领导侦查或者英美法系的检察主导侦查不同,我国检察监督往往是事后启动,实践中只有重大、疑难复杂案件检察机关才会“提前介入”。这种被动的事后指导型监督,根本缺陷是没有执行力,“检察机关对侦查讯问并没有建立起任何监督机制,更无实时监督机制,至于审查逮捕、审查起诉这些事后审查机制根本无法实现对讯问的监督”^[5]。从长远观点看,若仍然由检察机关监督侦查,首先要考虑侦查讯问的同步监督问题。这只需抓住以下三点就行:一是以看守所讯问为原则、以侦查机关审讯室讯问为例外^②,二是看守所以外讯问犯罪嫌疑人的,应当接受检察官的同步监督,三是除了情况特殊并经检察官同意的以外,讯问不得在夜间进行。其次是对搜查、扣押、技术侦查等侦查行为,不能放任不管,但可以采取事前报批或者备案、事后复查、复核等较之于讯问监督更为宽松的方式进行。考虑到检察机关自侦案件的同步监督问题,可以设想在条件成熟时,将逮捕、搜查、扣押、技术侦查等交由法院审查批准。

三是强化侦查监督的可行性。影响侦查监督措施可行性的主要原因有两个。其一是立法抽象、模糊而难以适用。如逮捕中的社会危险性条件,主观性很强,难把握、难操作;以“冻、饿、晒、烤、疲劳审讯”等方法获取的证据,难以统一认识;侦查谋略与威胁、引诱、欺骗的界限难以清晰界定;等等^[26]。这类问题的解决依赖于提高立法的科学性、前瞻性,或者增强司法解释的具体化、明晰化。其二是检察权的权力位阶不高。有个奇怪的现象,就是立法中对检察监督权的规定大多是“半截话”,授权的同时极少规定被监督者不听监督怎么办。比如,监督后立案的,侦查机关若不积极侦查,检察机关并不能将案件拿过来自己侦查,除了出督办函并没有强有力的解决办法。这种情形的出现,其理论预设是检察监督权高于侦查权,可是事实正好相反,不敢监督、不愿监督或监督不力大行其道。所以,解决问题的办法要么是把颠倒的权力关系颠倒过来或者把公安机关的权力位阶降下来并保留检察机关的侦查监督权,要么实行侦检一体化并把监督让渡于类似英美法系的司法审查或者大陆法系的预审制度。总的说来,我国的检警关系改革,从理论基础和法律依据上看^[27],宜以检警职能一体化为目标^[6]。

第四,审判控权证据化。

侦查在获取证据和认定事实上的基础性地位,决定了缺乏合理性的庭审,其结果只能是“侦查决定审判”,不断酿成错案。诚如斯言:“错误裁判最大的肇因乃错误侦查,再好的法官、再完美的审判制度,往往也挽救不了侦查方向偏差所造成的恶果。”^[28]侦审关系的应然样态,有人描述为“独立而不失控、阻隔而不阻断、受制而不依附”^[29],但细想之下,合理的侦审关系涉及的核心问题是证据规则。如果通过证据规则,最大限度地将有争议的侦查行为再现于审判法庭之中,供控辩双方分

① 详细内容,参见张兆松:论羁押必要性审查的十大问题[J].中国刑事法杂志,2012(9):82-91.

② 有人实证考察后指出:“非法讯问基本上发生在派出所而不是看守所内,即使偶尔发生在看守所内,也都不是刑讯逼供、疲劳讯问等程度严重的非法讯问。”马静华:非法讯问与监控式讯问机制——以公安机关侦查讯问为中心的考察[J].法学家,2015(6):116-126.

析、解剖、质疑、辩论,法官也能依据相同的规则中立、公正裁决,那么,证据规则对侦查权的纠偏纠错功能,是其他侦查控权措施无法比拟的。

然而,我国在这方面的缺憾较多。首先是证据规则贫乏。证据的关联性、可采性统摄下的众多证据规则,在我国要么不细致要么缺失,不仅使证据材料无阻碍地涌入法庭,而且无法质证和辩论。其次是已有的规则难以兑现。非法证据排除规则之所以成为“乌托邦”,表面上看与非法证据本身难以界定、难以证明有关,实质上是由于缺乏具有可操作性的排除程序和社会公认的排除标准,在纠错机制低效无力的司法背景下,法官排除非法证据的风险要比不排除的更直接,即使法官内心认可的非法证据,其现实选择还是不排除。最后是法官并不热心证据规则。“在中国的刑事审判中,有关证据之合法性、可采性的问题,并没有成为法庭审理的对象。”^[30]实践中很少见到证人出庭作证^①,这并不是因为没有应该出庭的证人,而是因为如果出庭证人改变了证言,法官在选择时根本无所适从。总之,从法律到法官,关心证据的证明力胜过证据能力,为了前者而牺牲后者的做法与“重打击、轻保护”的逻辑完全合拍。因此,要使审判起到侦查权控权“去内卷化”的作用,就应当构建全面周到、切实可行的证据规则。

第五,辩护控权实质化。

辩护控权的基本要求是,侦查行为违反程序、侵犯犯罪嫌疑人的合法权利时,辩护方有机会发现、有资格提出,并且有办法通过法律途径予以解决。在辩护权由犯罪嫌疑人和辩护律师共同行使的情况下,专业知识和行为自由上的差异,决定了辩护律师是侦查控权的主导力量。尽管从某种意义上说,“律师的诚信、技巧、特殊知识、影响以至个性,都是为了出租的”^[31]。但是,与其他控权措施相比,无论律师在勤勉与懒惰、积极与消极、利己与利他等方面的复杂性如何,都不能否认辩护律师在侦查控权上的必然性和积极性。

辩护权控权是不是一个伪命题,关键在于能不能从以下几个方面撕开侦查的封闭性。一是律师在场权。目前的法庭审理,因为法官在审查口供的证据能力方面力有不逮,其主要精力只能放在口供的证明力规则之上。然而,在被告人“翻供”的情况下,无论是“庭审中翻供”还是“庭审前翻供”^②,只要运用口供印证规则而采纳被告人的有罪供述,都存在供述的“自愿性”问题。因此,如果不给犯罪嫌疑人沉默权,那么保障“禁止强迫自证其罪”就尤为重要,而在这一点上,除了检察监督、讯问录音录像、非法证据排除以外,最直接有效的方式就是构建国外通行的律师在场权制度。二是律师阅卷权。英美法系实行证据展示的国家,律师在审前程序包括侦查阶段的阅卷权是有保障的,大陆法系国家的法国和德国也没有拒绝律师阅卷。在我国,侦查阶段的律师不能阅卷,不仅影响律师会见的质量,而且容易导致后续程序中的口供印证规则给犯罪嫌疑人带来不可预料的后果。因此,在最低限度上,应当像德国那样,规定“在诉讼的任何阶段都不得拒绝律师查阅讯问被告人的笔录、律师有权或者应当被允许参加的诉讼活动记录以及鉴定结论”^[32]³⁹。三是律师取证权。在英美法系,辩护律师除了通过证据展示获悉证据外,还拥有广泛的调查取证权。在英国,与侦查机关相比,律师调查取证并没有特殊的阻力,无论是一般证人还是接受调查的机构,不会出现只接待司法机关,不接待律师的问题。^[32]⁵⁸在美国,“辩护律师与检察官可运用的侦查技巧基本相似,几乎所有案件主要和通常最重要的侦查方法是会见证人,也可能要求科学试验或犯罪现场或物证勘验检查”^[33]。在大陆法系,德国的律师在侦查阶段虽然没有强制侦查权,但有权以公民的身份自行调查,也有权申请检察官调查,只是实践中律师很少自行调查或申请检察官调查而在审判阶段申请法官调查而已。在我国的侦查阶段,律师无权调查取证,但是,受控诉职能的强烈影响,侦查机关往往

① 最高人民法院办公厅 2014 年 11 月 28 日印发的《关于以十八届四中全会精神为指引 进一步贯彻执行好修改后刑事诉讼法的通知》指出,2013 年至 2014 年 9 月,全国一审公诉案件证人出庭 3 086 件,鉴定人出庭 992 件,分别占起诉案件数的 0.18% 和 0.06%。

② “翻供”的这两种分类,参见陈瑞华:论被告人供述规则[J],法学杂志,2012(6):46-55。

忽视辩护证据的调查。及至审查起诉阶段,即使律师愿意“冒险”,也可能时过境迁难以取证。因此,我国侦查阶段律师调查取证权的有无及其程度,取决于职权主义诉讼模式的改革力度。现阶段作为探底的改革措施,可以考虑赋予律师取证请求权,即对于辩护律师知悉的辩护证据,有权要求侦查人员取证或者申请检察官通知侦查人员取证,并将取证结果告知辩护律师。待条件成熟时,进一步考虑辩护律师有权申请自行取证,或者申请与侦查人员一同取证,直至自由独立取证。

参考文献:

- [1] GOLDENWISER A. Loose Ends of a Theory on the Individual Pattern and Involution in Primitive Society[C]. in RH Lowie (ed.), *Essays in Anthropology Presented to A.L. Kroeber*. Berkeley: University of California Press, 1936:99-104.
- [2] 刘世定,邱泽奇.“内卷化”概念辨析[J]. *社会学研究*,2004(5):96-110.
- [3] 计亚萍.“内卷化”理论研究综述[J]. *长春工业大学学报(社会科学版)*,2010(3):48-49.
- [4] 李麒. 刑事诉讼维稳模式的困境与出路[J]. *山西大学学报(哲学社会科学版)*,2016(2):125-140.
- [5] 刘计划. 侦查监督制度的中国模式及其改革[J]. *中国法学*,2014(1):243-265.
- [6] 詹建红,张威. 我国侦查权的程序性控制[J]. *法学研究*,2015(3):139-157.
- [7] 陈瑞华. *刑事审判原理*[M]. 北京:北京大学出版社,1997:24.
- [8] 胡成晟. 理性批判·理想主义——论法理研究之精神[J]. *比较法研究*,1994(3/4):264-275.
- [9] 马忠红. 论侦查人员的角色冲突[J]. *中国人民公安大学学报(社会科学版)*,2006(3):8-14.
- [10] 蒋勇,徐猛. 社会转型时期侦查政策的本体性研究[J]. *中国人民公安大学学报(社会科学版)*,2014(5):52-62.
- [11] 刘晓燕. 我国刑事侦查程序反思与完善[J]. *安徽农业大学学报(社会科学版)*,2008(2):65-69.
- [12] 柴发邦. *体制改革与完善诉讼制度*[M]. 北京:中国人民公安大学出版社,1991:67.
- [13] 陈卫东. 刑事政策在刑事司法中的地位和作用[J]. *江海学刊*,2002(5):124-130.
- [14] 杨春洗. *刑事政策论*[M]. 北京:北京大学出版社,1994:173.
- [15] 赵秉志,袁彬. 论中国刑事司法政策的现状及趋势[J]. *刑法论丛*,2013(2):457-480.
- [16] 马克昌. 论宽严相济刑事政策的定位[J]. *中国法学*,2007(4):117-122.
- [17] 马克昌. *中国刑事政策学*[M]. 武汉:武汉大学出版社,1992:78.
- [18] 周建军,卢建平. 论刑事司法政策的本原和形式[J]. *刑法论丛*,2011(1):490-514.
- [19] 李翔. 论刑事司法政策司法解释过度化的弊端及其反思[J]. *法治研究*,2014(8):79-86.
- [20] 全国人大常委会法制工作委员会刑法室.《关于修改中华人民共和国刑事诉讼法的决定》条文说明、立法理由及相关规定[M]. 北京:北京大学出版社,2012:125.
- [21] 魏小伟. 诉讼监督与“以审判为中心”的实现[J]. *南通大学学报(社会科学版)*,2015(5):50-56.
- [22] 何家弘. 从侦查中心转向审判中心[J]. *中国高校社会科学*,2015(2):129-144.
- [23] 陈光中. *刑事诉讼法(第五版)*[M]. 北京:北京大学出版社、高等教育出版社,2013:312.
- [24] 龙宗智. 我国检察学研究的现状与前瞻[J]. *国家检察官学院学报*,2011(1):35-48.
- [25] 左卫民,赵开年. 侦查监督制度的考察与反思——一种基于实证的研究[J]. *现代法学*,2006(6):146-157.
- [26] 元明. 侦查监督工作法治化现代化必然性探讨[J]. *人民检察*,2015(20):5-10.
- [27] 刘计划. 检警一体化模式再解读[J]. *法学研究*,2013(6):147-164.
- [28] 林钰雄. 检察官在诉讼法上之任务与义务[J]. *法令月刊*,1998(10).
- [29] 门金玲. 侦审关系论纲[J]. *河北法学*,2010(12):139-148.
- [30] 陈瑞华. 案卷笔录中心主义——对中国刑事审判方式的重新考察[J]. *法学研究*,2006(4):63-79.
- [31] 博西格诺,等. *法律之门(第八版)*[M]. 邓子斌,译. 北京:华夏出版社,2007:518.
- [32] 顾永忠,程滔,等. *刑事诉讼法治化与律师的权利及其保障*[M]. 北京:中国人民公安大学出版社,2010.
- [33] 爱伦·豪切斯泰勒·斯黛丽,南希·弗兰克. *美国刑事法院诉讼程序*[M]. 陈卫东,徐美君,译. 北京:中国人民大学出版社,2009:224.

责任编辑 刘荣军

网 址: <http://xbbjb.swu.edu.cn>