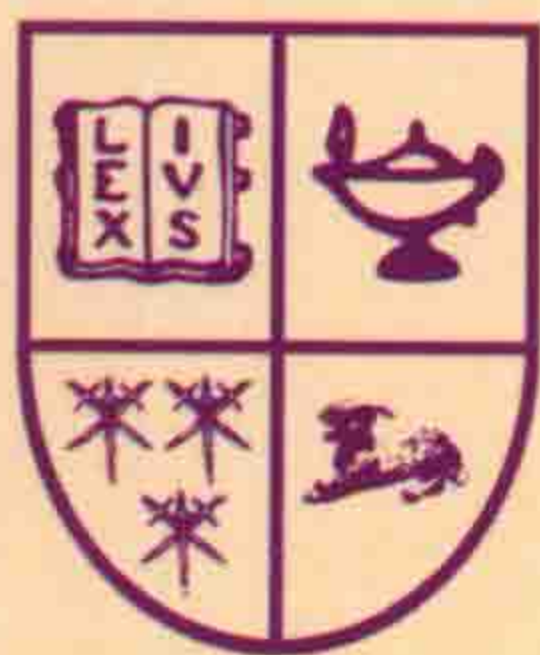




北大法律評論

PEKING UNIVERSITY LAW REVIEW

第17卷·第1辑 (2016)

专题

诉讼法学研究方法的转型

魏晓娜

定位与实效：庭前会议功能再审视——以文献研究为起点的分析

吴洪淇

证据法中的跨学科研究：挑战与回应

闫召华

逻辑与实证：地方性刑事证据规则研究

论文

赵春玉

法律拟制正当性的诠释学思考

彭 鐔

代表制：基础理论与英国故事

简资修

侵权责任的私法性质

洪艳蓉

证券执法的制度价值及其实现——来自美国的经验借鉴

曹 斐

德国刑法中医师释明义务的历史脉络及新近发展

评论

孙海波

论法教义学作为法学的核心——以法教义学与社科法学之争为主线

高 杨

历史主义、私有产权与文物返还问题

书评

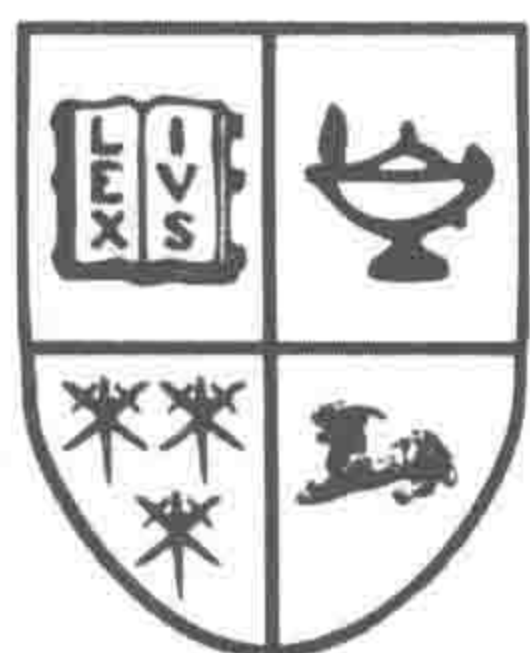
陈心想

权力·知识·地方性：评《送法下乡》



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

中文社会科学引文索引(CSSCI)来源集刊



北大法律評論

PEKING UNIVERSITY LAW REVIEW

第 17 卷 · 第 1 辑(2016)

《北大法律评论》编辑委员会 编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

北大法律评论. 第 17 卷. 第 1 辑/《北大法律评论》编辑委员会编. —北京: 北京大学出版社, 2017. 7

ISBN 978-7-301-28537-4

I. ①北… II. ①北… III. ①法律—文集 IV. ①D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 169868 号

书 名 北大法律评论(第 17 卷·第 1 辑)
Beida Falü Pinglun
著作责任者 《北大法律评论》编辑委员会 编
责任编辑 罗 玲
标准书号 ISBN 978-7-301-28537-4
出版发行 北京大学出版社
地 址 北京市海淀区成府路 205 号 100871
网 址 <http://www.pup.cn>
电子信箱 law@pup.pku.edu.cn
新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书
电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
印 刷 者 涿州市星河印刷有限公司
经 销 者 新华书店
787 毫米×1092 毫米 16 开本 16.75 印张 310 千字
2017 年 7 月第 1 版 2017 年 7 月第 1 次印刷
定 价 36.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 侵权必究

举报电话: 010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题, 请与出版部联系, 电话: 010-62756370

编辑委员会

吉冠浩 郑 杰 袁国何 吴景键 吴奕锋
陈铭宇 赵英男 汤 岩 康家昕 路平新
张瀚天 焦钰杰

本辑主编

吉冠浩

声 明

本刊的各篇文章仅代表作者本人的观点和意见,并不必然代表编辑委员会的任何意见、观点或倾向,也不反映北京大学的立场。特此声明。

《北大法律评论》编辑委员会

《北大法律评论》第 17 卷 · 第 1 辑(总第 32 辑)

目 录

专题：诉讼法学研究方法的转型

魏晓娜	定位与实效：庭前会议功能再审视 ——以文献研究为起点的分析	(2)
吴洪淇	证据法中的跨学科研究：挑战与回应	(16)
闫召华	逻辑与实证：地方性刑事证据规则研究	(36)

论文

赵春玉	法律拟制正当性的诠释学思考	(65)
彭 鋈	代表制：基础理论与英国故事	(87)
简资修	侵权责任的私法性质	(122)
洪艳蓉	证券执法的制度价值及其实现 ——来自美国的经验借鉴	(142)
曹 斐	德国刑法中医师释明义务的历史脉络及新近发展	(177)

评论

孙海波	论法教义学作为法学的核心 ——以法教义学与社科法学之争为主线	(201)
-----	---	-------

高 杨	历史主义、私有产权与文物返还问题·····	(233)
-----	-----------------------	-------

书评

陈心想	权力·知识·地方性:评《送法下乡》·····	(247)
-----	------------------------	-------

编后小记	·····	(255)
------	-------	-------

Peking University Law Review
Vol. 17, No. 1 (2016)

Contents

Symposium: The Transformation of Procedural Law Research Methods

Wei Xiaona

- Review on Functions of Pretrial Conference: Analysis Based on
Empirical Data (2)

Wu Hongqi

- The Interdisciplinary Research of Evidence Law: Challenge and
Response (16)

Yan Zhaohua

- Logic Comparison and Empirical Research on the Local Criminal
Evidence Rules (36)

Articles

Zhao Chunyu

- Hermeneutical Thinking on Legitimacy of Legal Fiction (65)

Peng Chun

- Representation: Basic Theories and British Experiences (87)

Chien, Tze-Shiou

- The Private Law Nature of Tort Liability (122)

Hong Yanrong

- The System Value of Securities Enforcement and Its Realization:
A Reference Experience from America (142)

Cao Fei

- The Legal Obligation of Physicians to Inform Patients in German
Criminal Law: Historical Threads and Recent
Development (177)

Comment On

Sun Haibo

- Legal Dogmatics as the Core of Legal Science; Following the Debate
Between Legal Dogmatics and “Law and Social Science”
..... (201)

Gao Yang

- Historicism, Private Property and Restoration of Antiques (233)

Book Review

Chen Xinxiang

- Power, Knowledge, and Regionality: A Review of *Song Fa Xia*
Xiang (247)

- Afterword (255)



专题：
诉讼法学研究方法的
转型

《北大法律评论》(2016)

第 17 卷 · 第 1 辑 · 页 1—1

Peking University Law Review

Vol. 17, No. 1, 2016, pp. 1—1

编者按

2012 年以来,我国《刑事诉讼法》《民事诉讼法》《行政诉讼法》纷纷大修;十八届四中全会后,司法改革的顶层设计与地方性实验亦层出不穷。诉讼法学的知识创新恰逢历史良机,诉讼法学者施展自己学术才华的舞台亦将空前广阔。但就目前诉讼法学的研究方法而言,往往呈现一种以西方理论或制度为大前提,以中国问题为小前提,进而提出“法对策”的现象。可喜的是,事情正在发生变化——一些诉讼法学人正通过学术自觉提出多元化的研究方法。传统的规范法学、理论法学、比较法学、政法法学之外,实证法学、社科法学、法教义学乃至“从经验到理论”的诉讼法学研究方法被提出与运用。基于此,我们将《北大法律评论》第 17 卷第 1 辑“专题”栏目的主题确定为:“诉讼法学研究方法的转型”。

《北大法律评论》(2016)

第 17 卷 · 第 1 辑 · 页 2—15

Peking University Law Review

Vol. 17, No. 1, 2016, pp. 2—15

定位与实效：庭前会议功能再审视

——以文献研究为起点的分析

魏晓娜*

Review on Functions of Pretrial Conference:

Analysis Based on Empirical Data

Wei Xiaona

内容摘要：根据实证调研资料反映的情况，我国庭前会议制度的功能主要存在两个方面的问题：一是立法对庭前会议功能设定不到位，导致一些重大的程序性问题不能在庭前会议中作出实质性处理，影响庭前会议功能的充分发挥，即功能“缺省”；二是在庭前会议中即讨论与被告人的定罪、量刑密切相关的实体性问题，超越了庭前会议自身应有的功能定位，属功能“溢出”。针对前一问题，可以考虑通过修改司法解释，给程序性问题的实质性处理留出空间，并赋予其对后续审判程序的约束力；对于后一问题，实践中应区分主要争点与附带争点，可以在庭前会议中讨论解决的仅限于附带争点。

关键词：庭前会议 禁止单方接触 审判中心主义 主要争点 附带争点

* 法学博士，中国人民大学刑事法律法研究中心副教授。

关于刑事诉讼研究方法之转型,学界有识之士已有专门论著。^{〔1〕} 在传统的规范法学研究方法基础上引入社会学研究方法^{〔2〕},目前已经成为基本共识。这是刑事诉讼法学成长为一门真正的“科学”的必由之路。社会学研究方法之于刑事诉讼法学最大的贡献在于,其依据可感知的资料,以一种经验的方式,甚至是量化的方式,对现实的司法实践中的人们行为、态度、关系,以及由此所形成的司法实践现象进行客观的呈现,使刑事诉讼成为一种可以看到、听到、接触到的社会现象。这理应成为刑事诉讼法学研究的出发点,正如有学者所言,“刑事诉讼法学研究需要转型……其中的基点是从中国刑事司法实践出发,构建关于中国刑事诉讼理论、制度和经验的知识体系”^{〔3〕}。然而,正如科学不能回答一切问题一样,社会学研究也不可能回答一切有关社会现象的问题。比如,社会学研究只能回答“状况究竟如何”的问题,它无力回答“是否应该如此”的问题。因此,社会学研究方法的重要性再强调固然也不算过分,但它不会也不应成为刑事诉讼法学研究的唯一方法,必要的理论概括和价值解析,仍是刑事诉讼法学研究中最具魅力的部分之一。

本文选取庭前会议作为研究范例。2012年《刑事诉讼法》修正案对开庭前的准备程序作出一处修改,增加规定“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”,这是庭前会议制度的法律基础。庭前会议在刑事诉讼法学研究中是一个相对“小众”,也不太受关注的制度。然而,“麻雀”虽小,却承上启下,牵动多方主体,其运作状况犹如一面多棱镜,能够现实地折射出目前我国刑事司法实践中的诸多问题,尤其是可以管窥推进“以审判为中心”的刑事诉讼制度改革过程中所遇到的问题和障碍。本文选择社会学研究方法中的文献研究作为分析工具,力图客观呈现庭前会议制度运作的实际状况和出现的问题,即解决“状况究竟如何”的问题;并对运作过程出现的两个方面的问题进行理论概括;最后针对这两个方面的问题提出应对方案,尝试解决“应该如何”的问题。

〔1〕 参见陈瑞华:《论法学研究方法》,北京大学出版社2009年版。

〔2〕 社会学研究方法,又称为“社会研究方法”或“社会科学研究方法”,是指从事社会学经验研究的方法,而非理论研究的方法。参见风笑天:《社会学研究方法》(第3版),中国人民大学出版社2009年版,第3页。

〔3〕 熊秋红:“从《法学研究》看刑诉法学研究之转型”,载《法学研究》2012年第5期。

一、实施状况与问题

本部分主要采用文献研究方法,尤其是二次分析方法。^{〔4〕}西南政法大学诉讼法与司法改革研究中心在孙长永教授主持下,于2015年7月28日至8月14日在华东地区的Z省、J省和A省开展专题调研,后形成《新刑诉法实施情况调研报告(2015)》。这里对庭前会议实施状况的分析主要基于该报告反映的数据。表1^{〔5〕}反映了J省两市辖区内法院2013年以来适用庭前会议的刑事案件的数量和比例。从表中反映的情况来看,两市都有召开庭前会议的案例,但数量少、占比小,基本上不超过0.6%。最高人民检察院调研组发布的数据反映了大体类似的情况,即召开庭前会议的案件与公诉案件总量相比,数量较少。2013年至2014年9月,全国检察机关共出席庭前会议1.69万件次,召开庭前会议的案件仅占起诉案件数的1.01%。庭前会议制度实施之初适用数量不断上升,到2013年第4季度达到峰点,2014年以来下滑,2014年1—9月,检察机关共出席庭前会议5730件次,同比下降23.7%。^{〔6〕}

表1 庭前会议召开情况

年度	J省W市辖区法院		J省Y市辖区法院	
	召开数	占比	召开数	占比
2013	9	0.15%	19	0.43%
2014	22	0.37%	23	0.48%
2015	18	0.64%	10	0.43%

从召开庭前会议的案件类型来看,职务犯罪和经济犯罪案件数量相对较多,而且主要是被告人或被害人较多的涉众型犯罪。J省Y市两级法院召开庭前会议的52起案件中,具体案件类型分布如下:受贿及挪用公款案件9件,受贿及滥用职权案件7件,非法吸收公众存款案件7件,贩卖、运输毒品案件4件,集资诈骗及非法吸收公众存款、行贿案件3件,强奸案件3件,职务侵占案件2件,滥用职权案件2件,非法经营案件2件,故意伤害案件2件,聚众斗殴案件2件,故意杀人案件1件,传播淫秽物品案件1件,涉黑案件1件,强制猥

〔4〕 文献研究(document research)是一种通过收集和分析现有的以文字、数字等信息形式出现的文献资料,来探讨和分析社会行为、社会关系及其他社会现象的研究方式。“二次分析”是文献研究的一种类型,主要是对其他研究者先前收集的原始调查数据进行的再次分析和研究。参见风笑天:《现代社会调查方法》(第5版),华中科技大学出版社2014年版,第5页。

〔5〕 参见西南政法大学诉讼法与司法改革研究中心:《新刑诉法实施情况调研报告(2015)》,第39页。

〔6〕 参见最高人民检察院办公厅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》。

袭妇女案件 1 件,开设赌场案件 1 件,挪用公款案件 1 件,挪用资金案件 1 件,盗窃案件 1 件,容留他人吸毒案件 1 件。

召开庭前会议的原因,以辩方提出非法证据排除申请、案件疑难复杂以及证据材料较多为主。A 省 H 市两级法院 28 件召开庭前会议的案件,有近 20 件是因为被告方提出了排除非法证据的申请。在 J 省 Y 市两级法院 52 件召开庭前会议的案件中,因非法证据排除问题而召开的有 19 件,因案件疑难复杂、证据材料较多而召开的有 17 件;另外还有因被告人人数众多而召开的 5 件,因附带民事诉讼调解及案件事实调查而召开的 4 件,因社会影响大、被告人人数多而召开的 2 件,因被告人、辩护人申请多名证人出庭作证而召开的有 3 件,因当地纪委组织公务人员旁听、需当庭宣判而召开的有 1 件。

庭前会议依职权启动的案件数量较多。J 省 Y 市 52 件召开庭前会议的案件中,有 36 件是由承办法官依职权启动的,占比 69%;其余 16 件由控辩双方申请而启动,占比 31%。

关于庭前会议的参与主体,辩护人和公诉人应参加庭前会议,对此并无争议。法院认为有必要时,也可以通知当事人参加。被告人是否参加,则根据情况而定,一般情况下,若被告人本人提出了相关异议,则被告人应该参加;若庭前会议主要是为了梳理、明确控辩争议焦点,或者仅是辩护人提出了相关程序性问题,那么被告人可以不用参加。部分法官认为,如果让被告人参加庭前会议,就和开庭没有实质区别了,有悖庭前会议的立法本意。

庭前会议通常由承办法官或合议庭主持。至于到底是合议庭成员全部参加还是由主审人独自参加,实践中一般是根据庭前会议要解决的问题而定:如果庭前会议的重点是梳理、明确控辩双方争议焦点,不需要合议庭作出决议,可以由承办法官单独主持;如果庭前会议的重点是解决非法证据排除、回避、管辖等程序性问题,需要合议庭作出决议,则合议庭成员都需参加。

关于庭前会议的进行方式,在有的法院,如 J 省 Y 市法院,对于管辖、回避、非法证据排除等程序性问题,控辩双方可以出示证据加以证明,但对于证据材料、定罪量刑等实体问题只能听取意见。而有的法院并未对此细加区分,对相关程序及实体问题都是“了解情况、听取意见”。庭前会议结束时,由主持法官或合议庭对控辩双方的意见进行总结。庭前会议情况应当制作笔录,并由参加庭前会议的人员签字确认。

庭前会议的地点,一般选择在法院的会议室。但如果被告人参加,通常会选择在法庭召开,这主要是考虑到羁押被告人的安全性和法律的严肃性。特殊情况下,如被告人身患严重疾病住院或者提审不方便但被告人又有必要参加的,法院也可以到羁押场所召开庭前会议。

另据尚权律师事务所委托零点研究咨询集团对 473 名律师调研后形成的

《新刑诉法实施调研项目数据报告》，在受访的律师中，有 68.2% (24.9% + 23.3% + 8.7% + 11.3%) 的律师表示参加过庭前会议，居于多数。有约 39% 的律师表示从未参加过。在参加过庭前会议的律师中，对庭前会议的功能给予积极评价的约占 71%，给予消极评价的约占 29%。消极评价的原因主要有两个方面，分别是：担心庭前会议会影响被告人实质性的权利，约占 13%；认为庭前会议只是个形式，解决不了任何问题，约占 17%。

表 2 律师参加庭前会议的情况及对于庭前会议作用的想法〔7〕

	频数	百分比 (%)
从未参加过	196	39.0
参加过，这类会议将程序争议解决在庭前，增强了庭审查明事实的功能	125	24.9
参加过，这类会议不仅牵涉程序问题，也有涉及实体问题，将控辩双方无争议的事实与证据固定在庭前，节约了正式庭审的时间	117	23.3
参加过，但这类会议有时会影响被告方诉讼权利，因为带有“秘密审判”的色彩	44	8.7
参加过，但只是个程序，解决不了任何问题	57	11.3
合计	503	107.2

（注：本题是多选题，百分比之和超过 100%。）

根据上述实证调研资料反映的情况，庭前会议制度运作中出现的问题主要集中在以下几个方面：

第一，法律规定粗疏，庭前会议运行机制不健全。对于庭前会议的提起主体、主持人员、参加人员、召开情形、会议的内容、记录的效力、未委托辩护人的被告人权利保护等问题，法律均未明确规定，导致目前庭前会议制度的操作性不强。

第二，由于庭前会议的效力不明，不少辩护人对参与庭前会议态度不够积极。这不仅影响了庭前会议的适用率，也影响了庭前会议功能的发挥。

第三，根据部分律师的反映，有些法院走向另一个极端，在庭前会议中加入实体问题的讨论，在某种程度上架空了法庭的正式审判程序，形成“秘密审判”。例如原铁道部部长刘志军案，检方指控刘志军收受 11 人钱物 6460 余万元，加上滥用职权罪等指控，涉及 400 多本案卷，400 多份证据，而庭审从早上 8 点半开始，12 点结束，只用了 3 个半小时。面对社会各界的质疑，刘志军辩护律师钱列阳援引《刑事诉讼法》第 182 条和最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第 184 条指出，之所以法庭调查程序走这么快，是因为

〔7〕 零点研究咨询集团：《新刑诉法实施调研项目数据报告》，2016 年 1 月 8 日制作。

实体质证环节在庭前会议解决了一大部分,……庭前会议讨论的内容可以不局限于程序,对案件的实体部分,控辩双方可以交换意见,进入实体问题的探讨。^{〔8〕}

调研所反映的庭前会议制度在实施中的问题,最先缘于法律规定本身。目前我国庭前会议制度的主要法律依据包括:2012年修正后的《刑事诉讼法》第182条;同年12月最高人民法院发布的《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》(以下简称“最高院《解释》”)第183—184条;同年11月最高人民检察院公布的《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》(以下简称“最高检《规则》”)第430—432条。这些条文和解释对庭前会议召开的情形、处理的事项、程序和法律效果作出的规定显然并不到位。例如,关于庭前会议的法律效果,《刑事诉讼法》第182条和最高院《解释》第184条都要求庭前会议情况应当制作笔录,后者还规定,“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”。除此之外,对于庭前会议中提出的问题是否要作出裁定或者约定,裁定或者约定对后续审判程序的约束力问题都没有任何规定。从《刑事诉讼法》第182条“了解情况,听取意见”的措词来看,立法者对此持否定态度。

法律依据之外,实施中反映出的另外两个方面的问题都与庭前会议的功能有关。

二、庭前会议的功能定位

庭前会议制度的构建以集中审理原则为立足点。各国刑事诉讼中关于审判准备的规定,其目的即在于保证集中审理原则的实现。为审判活动的集中、顺利进行而做的准备活动大体可以分为三类:第一类是法院或当事人单方面可以完成的活动,例如指定审判期日、组织法庭(陪审团)、向被告人送达起诉书副本、传唤相关参加人、解送被告人到开庭地、案卷移送至审判法院、准备证据、委托或指定辩护律师等等。第二类是当事人向法院行使权利的活动,例如欧洲大陆的辩护律师到法院阅卷、英美的辩护律师在审前向法院提出各种动议(起诉书缺陷、并分案审理、申请调取证据、管辖异议、对法庭组成提出异议、申请回避等等)。第三类是需要由法院和双方当事人到场完成的活动,例如证据开示、证据保全(证人有审判期日不能到场之虞,提前询问证人)、被告人答辩(通过传讯或者讯问)、争点整理、审理安排、申请排除证据等等。其中前两类活动不需要开辟专门的程序空间即可完成,第三类活动需要控辩双方到场,如果没有一个专门的程序空间,则会给这些活动的顺利进行带来不便,这种专门为第三类准

〔8〕 参见袁名清:“辩护律师:刘志军案3个半小时庭审不是走过场”,http://news.xinhuanet.com/legal/2013-07/02/c_124940391.htm,最后访问日期2016年1月17日。

备活动开辟的程序空间,就是庭前会议程序。

庭前会议属于庭前准备活动的一部分,其存在以贯彻集中审理原则为基本使命,这一点决定了庭前会议处理事项的范围应当尽可能的广泛。也就是说,与被告人罪与非罪等实质性问题无关的枝节性问题,原则上都可以通过庭前会议加以解决,即便是属于上述第一类和第二类的准备活动,也完全可以搭上庭前会议的便车。综观各国立法,庭前会议所处理的事项及承载的功能大体有以下几个方面:

第一,明确审判对象。检察机关的起诉书应该记载有明确的指控犯罪事实和所适用的法条,如果记载不明确或者有疑义,则可以借由庭前会议阐明,以明确审判对象,方便被告人及其律师行使辩护权。第二,程序繁简分流。通过传讯或者讯问被告人,可以使被告人较早地对指控作出答辩;对于符合简易程序条件的案件可以决定适用简易程序。第三,经由讯问被告人,可以使案件和证据上的重要争点浮现,有利于厘清案情,整理争点。第四,解决证据资格及其他证据方面的争点。非法证据排除虽然对于当事人的权利保障备极重要,但相对于被告人罪与非罪的主要问题而言,仍属枝节性问题。为了主审程序的集中顺利进行,庭前会议程序应尽可能解决已经浮现出来的非法证据问题,作出有约束力的裁定。在此程序中被认定为无证据能力的证据,不得在其后的审判程序中提出。^{〔9〕}此外,在这一程序中还可以确认是否争辩卷宗内已经记载的证人或证物。如果对卷宗内记载的证言内容不加争辩,则无传唤证人出庭之必要,反之则需要传唤出庭;对于卷宗内记载的证物是否为原物、是否真实若无争辩,也可以直接进入法庭调查。第五,在上述活动的基础上,可以作出适当的审判安排,如确定出庭证人的名单、命令一方提出某种证物或者书证、确定法庭调查的顺序。第六,处理当事人及其辩护人提出的调取证据的申请,确保辩护权的实现。第七,证据保全。对于难以在审判阶段出庭的证人,符合条件的,可以在这一阶段进行询问,由此得到的证言,可以作为直接原则或者传闻规则的例外,直接在审判过程中使用。第八,庭前会议中应该解决的事项,常常因案而异,实践中比较常见的回避申请、管辖权异议等,都可以在这一程序中提出并作出处理。总之,庭前会议的主要任务可以概括为对“程序性问题的汇总解决”和“部分实体问题的整理明晰”。

实现集中审理的关键在于准备活动的“充分性”。其一是要求尽可能多地处理审理过程中可能出现的枝节性问题,防止主审程序被频频打断;其二是要求庭前会议中对这些枝节性问题的处理对以后的诉讼程序具有约束力,否则不

〔9〕 在实行陪审团审判的制度中,庭前会议具有特殊的功能,它提供了陪审团不在场的情况下解决证据可采性问题的程序空间。

仅徒增劳费,而且会使庭前会议程序演变为纯粹的“亮底牌”活动,压抑控辩双方参与庭前会议的积极性,最终使构建庭前会议程序的立法努力付之东流。此一功能如果不备,即形成“功能缺省”。

然而,准备活动的“充分性”也有其限度。庭前会议活动不得损害被告人实质的审判权。庭前会议虽然是控辩审三方到场的场合,但毕竟与正式审判程序不同,缺乏正式审判程序提供的诸多程序性保障。因此,与被告人的定罪、量刑密切相关的实质性问题,不应当在庭前会议中讨论。法院在准备程序中原则上只能齐聚人与物之证据方法,即便是法庭出于保全证据的目的提前询问证人,也只有在符合直接原则例外的情况下才能进行;否则,就会导致大量的证据调查活动前置于庭前会议程序,架空正式审判程序,损害被告人的诉讼利益。这种局面,即形成庭前会议的“功能溢出”。

三、我国庭前会议功能之不足

(一)“功能缺省”之不足

如前所述,庭前会议制度之功能定位于保障审判活动顺利、连贯地进行,实现集中审理。因此,着眼于庭前准备活动的“充分性”,庭前会议解决的事项应当尽可能的广泛。我国《刑事诉讼法》第182条对于庭前会议解决事项的列举相对比较有限,只列举了回避、出庭证人名单、非法证据排除三项。但经由最高院《解释》第184条、最高检《规则》第431条的补充,庭前会议解决事项的范围大大拓展,基本涵盖了比较立法例中庭前会议处理事项所涉及的方方面面。但是,与此同时,也许是对庭前会议不当膨胀、架空正式审判程序、妨害被告人的审判权有过于谨慎的防范意识,立法者并不愿意把问题的实质性解决留给庭前会议,没有如比较立法例中那样授权审判人员可以在庭前会议中作出裁定或者其他形式的处理,只是规定审判人员可以就这些与审判相关的问题“了解情况,听取意见”。也就是说,立法并没有授权审判人员在庭前会议中对这些问题作出实质性处理,更遑论这种处理对后续审判程序的拘束力了。这种设计,仍然把与被告人定罪量刑没有直接关系的枝节性问题的处理留给了审判程序,而庭前会议纯粹成为一个信息沟通的场合。从这个角度来说,立法并没有对庭前会议应有的功能进行充分的挖掘和利用,本文称之为“功能缺省”。

这种立法设计上的“功能缺省”,导致控辩双方失去了实质性处理及其拘束力作为驱动力,最终也会失去通过庭前会议进行信息交换的原动力。因为2012年修正后的《刑事诉讼法》已经基本解决了控辩双方的信息交换问题。现行《刑事诉讼法》第38条一改原《刑事诉讼法》和《律师法》分阶段规定辩护人阅卷范围的立法方式,将行使阅卷权的时间统一为“对案件审查起诉之日起”,同时一步到位地将阅卷的范围扩大到“本案的案卷材料”,比起原《刑事诉讼法》中