

JWPX

检察官

境外培训成果文丛

JIANCHAGUAN JINGWAI PEIXUN
CHENGGUO WENCONG

第一卷

主编 王少峰

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

检察官境外培训成果文丛 (第一卷) / 王少峰主编.

北京: 中国检察出版社, 2005.4

ISBN 7-80185-324-5

I. 检… II. 王… III. 司法制度-外国-文集

IV. D916-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 119108 号

检察官境外培训成果文丛 (第一卷)

主编 王少峰

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电子邮箱: zgjcbs@vip.sina.com

电 话: (010) 68658767 (编辑) 68650015 (发行) 68650029 (邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 河北省三河市燕山印刷有限公司

开 本: 787mm × 960mm 16 开

印 张: 14.75 印张

字 数: 273 千字

版 次: 2005 年 4 月第一版 2005 年 4 月第一次印刷

书 号: ISBN 7-80185-324-5/D·1303

定 价: 30.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

前 言

境外培训是检察教育培训的重要组成部分,抓好这项工作,对于推动检察工作深入发展,具有重要意义。通过组织境外培训,既可帮助参训检察官对有关国家和地区的司法制度、检察制度及其运行情况进行比较研究,开阔视野,增长学识,又有利于借鉴其他国家和地区的可行经验,促进我国司法制度、检察制度的发展和完善,并可以增进我国检察机关和检察官与境外同行的了解、合作和交流。

2001年以来,检察机关境外培训工作力度逐年加大,发展态势良好。最高人民检察院政治部归口管理境外培训工作以来,进一步密切了与相关部门、单位的联系和合作,并从规范管理、优化实效入手,制定了《检察人员出国(境)培训进修管理办法》等一系列规范化文件,健全了管理制度,完善了培训机制,严格了管理措施,形成了“请进来”与“走出去”、境内培训与境外培训相结合的培训工作格局。境外培训的途径逐年拓宽,规模逐年扩大,层次逐年提升,主题和内容逐年深化,正朝着“团组集体承担课题、个人分工研究专题”的课题研讨式方向良性发展,培训的质量和效益也有了新的提高。一大批检察官通过参加境外培训,对中外司法制度、检察制度及其运行中的许多重要问题进行了比较研究和深入思考,形成了一大批具有较高水准和较高理论与实践参考价值的研究成果,以《检察官境外培训成果文丛》的形式,选择其中的优秀成果,定期编辑出版,是巩固境外培训成果、促使成果转化、推动工作开展的一项有效措施。

《检察官境外培训成果文丛》具有以下特点:一是主题鲜明。收入的文章都是作者根据培训团组承担的培训课题和本人承担的具体专题,在实地考察与理论思考的基础上完成的。因此,每一篇文章就是一个具体的专题研究成果,同一团组不同成员的文章又共同构成了该团组的集体研究成果。二是内容客观。每篇文章虽然角度不同,但在介绍其他国家和地区的司法制度、检察制度及其某一方面的实践现象时,都力求全面、客观、深入,读者从中可以比较直观地了解其他有关国家或地区司法制度、检察制度的历史和现实,获取一些有价值的信息资料。三是紧贴实际。文章作者在客观揭示其他国家、地区的司法

制度、检察制度的同时，还立足我国实际，注意对有关问题进行比较分析和研究，就我国司法制度、检察制度有关环节的发展和完善提出了自己的见解，体现了一定的理论深度和较强的实践性，相信读者从中可以受到好的启发。

《检察官境外培训成果文丛》编辑委员会

目 录

试论现代刑事诉讼的构造形式·····	马 文 (1)
美国司法制度对我国司法建设借鉴作用之思考·····	梁衍赠 (17)
美国司法的特色·····	王德光 (27)
美国司法制度的几个片段·····	李世清 (43)
美国的辩诉交易制度·····	吴海燕 (49)
英美辩诉交易制度之再认识·····	杜树生 (58)
辩诉交易制度的价值分析 ——兼论我国借鉴辩诉交易的基本架构·····	田 凯 (67)
陪审团的理由·····	徐 雷 (81)
论借鉴美国陪审团制 完善我国人民陪审员制度和人民监督员制度·····	陈尚云 (95)
比较法视野中的我国公诉证明标准·····	冯耀辉 (109)
英国刑事诉讼中的起诉、保释和管辖制度评析·····	陈雪芬 (124)
论非法证据排除规则与沉默权在我国的实现·····	刘 颖 (137)
完善我国刑事证据制度的若干思考·····	刘 炽 (154)
浅议英国刑事证据制度·····	杨景海 (167)
中德刑事证据制度若干问题比较研究·····	詹复亮 (181)
中德疑罪认定处理原则之比较·····	王文利 (193)
论中国刑事法律的现代转型·····	王 东 (206)
论贿赂犯罪中的强制与免责·····	黄维智 (221)

试论现代刑事诉讼的构造形式

马 文*

现代刑事诉讼是现代法治的重要内容和标志之一，也是依法治国的重要保障。世界法制发展历程已经证明，诉讼制度是否完备，直接决定着实体法律的实际效力，没有相应的诉讼制度加以保障，实体法律将无法实现其追求的立法目的，尤为重要的是，诉讼法制的完善程度如何，将直接反映和体现着一个国家、一个民族进步、文明、民主和法治的程度，是区分进步和落后、民主与专制、法治与人治的标志。在现代法治国家，诉讼制度作为法治的一个重要环节，已经受到前所未有的重视。美国联邦最高法院法官威廉·道格拉斯普说道：“权利法案的大多数规定都是程序性条款，这一事实绝不是无意义的，正是程序决定了法治与任意的人治之间的基本区别。”

现代刑事诉讼的构建，与人们对诉讼原理的认识与把握有着密切的关系。在诉讼合理主义思潮的影响下，从这个意义上讲，笔者认为现代刑事诉讼构造应具有以下特点：

一、现代刑事诉讼的构造特征

（一）国家司法权的划分与限制

在现代社会中，基于权力分立的政治原则和诉讼民主公正、理念的驱动，审判权已从行政权中独立出来了。以美国为例，审判权由法院独立行使，法院的审判活动只服从于宪法和法律，不受立法机关和行政机关的干涉，法官实行专职制、高薪制、审理案件时的不可更换制、身份保障制、退休保障制，从制度上消除了法官在执行职务时的顾虑，保证了审判的公正性。为了使国家司法权的行使更科学，司法权在刑事诉讼发展中逐步呈现为侦查权、控诉权和审判权“三元并存”的格局。侦查犯罪和指控犯罪的权力也不再由法官统包统揽，

* 陕西省西安市人民检察院公诉一处

而是由警察、检察机关代表国家对犯罪行使追诉权,法院退到一个相当超脱、独立的位置上行使裁判权。追诉与审判的分立,更加保证了诉讼活动的客观、公正。

美国法学家埃尔曼认为:法律永远是部分原则加部分权力。如果法律要完成其目标,便必须以权力为支持,但是不受制约的权力却极易由于其反复无常而漠视正义与安全的要求。^① 同样,刑事诉讼中的国家司法权如果得不到有效的控制和制约,权力的滥用就不可避免。所以,介入刑事诉讼中的国家权力必须受到限制。限制的方式有两种:其一,以权力制约权力,主要体现在通过司法裁判权来对侦查权和起诉权进行司法控制。其二,是以个人司法权利来监督制约权力。如通过辩护律师行使辩护权来监督司法权的行使。^② 总之,正是由于这种国家司法权的划分与限制,才可能使刑事诉讼发挥实现实体公正与程序公正,控制犯罪与保障人权的应有功能。

(二) 刑事诉讼中个人司法权利的加强

现代各国在重视国家权力制约的同时,也加强了对个人司法权利的保障。尤其体现在对被告人和被害人的权利保障方面。在各国刑事诉讼中,被告人不再是诉讼的客体,而是享有广泛诉讼权利的当事人,处于诉讼主体的地位。他不仅有权自己辩护,还有权获得律师辩护,以使被告人与执行控诉职能的检察官至少在法律形式上是地位平等和手段对等的。而被害人的诉讼权利也在不断地得到加强,包括确认和强化被害人的诉讼参与权和受补偿权,这是国际刑事司法制度发展的重要趋势之一。

(三) 实行证据裁判原则与自由心证制度

近代启蒙运动的发展,推动了证据制度的理性化。根据经验和逻辑,凭借证据认定事实的证据裁判原则已普遍被认可。而不受各种先验原则的约束、根

① [美] 埃尔曼:《比较法律文化》,三联书店 1990 年版,第 93 页。转载自左卫民、周长军著:《刑事诉讼的理念》,法律出版社 1999 年版,第 15 页。

② 在刑事诉讼活动中,辩护律师社会、政治功能的发挥是以一种独特的方式进行的。因为,法律职业者团体(包括法官、检察官、律师)内部尽管存在着职能的划分,甚至存在着对抗活动,但他们具有共同的知识背景、统一的理念和思维方式,从而在他们之间构成了一个有关法律解释的共同体。该共同体的存在主要有两种功能:第一,通过集体的力量抵制外界的非正常干扰,实现法律系统的独立与自治;第二,在法律界内部形成一种互相约束的局面,以规章制度中固有的认识论模式去抑制个人的恣意。参见宋英辉、吴宏耀著:《刑事审判前程序研究》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 382 页。

据理性和良知判断证据,并建立内心确信的证据判断方法也已经普遍化了。

由于历史文化传统、政治结构及诉讼观念等方面存在的差异,不同国家的刑事诉讼模式也是各具特色。现代各国刑事诉讼模式大体可以分为英美法系的当事人主义刑事诉讼模式和大陆法系的职权主义刑事诉讼模式。同时,随着刑事诉讼的发展,两种模式呈现出融合的趋势。

二、英美法系的当事人主义刑事诉讼形式

(一) 刑事审判前程序的特点

在英美法系国家,传统上的刑事审判前程序只包括起诉等与法庭审判密切相关的诉讼活动。警察机关进行的侦查活动被视为行政行为。自19世纪中后期,英美法系国家逐渐将警察的侦查活动纳入刑事诉讼的范畴,并加强了对侦查权的程序控制。

在英国,绝大多数刑事案件的侦查权置于司法警察手中,检察机关不负责任具体的侦查行为。美国的司法警察和检察机关各自拥有独立的侦查权,不互相隶属。由于检察机关不参与侦查活动的进行,因此,检察机关的审查起诉权的行使通常是在警察侦查结束之后才开始的,以移交的案卷材料为依据全面审查后确定是否向法院提起公诉。

为了避免追诉权的滥用,侦查权和起诉权的行使都必须受到司法权的审查控制。作为法官,要在侦查阶段对侦查行为的合法性进行审查。其监控的主要方式就是所谓的“令状制度”,即对几乎所有的强制侦查和秘密侦查措施,除紧急情况下可以由侦查人员少量地无证实施外,原则上都要事先向治安法官申请,并经其以司法令状批准后方可进行。不仅如此,由于法律对重大侦查措施规定了较为严格的使用条件,这就决定了侦查人员若想取得法官的许可证并不是一件容易的事情。例如,美国宪法第4条修正案就明确规定:人民保护其身体、住所、文件与财产不受无理搜查与扣押的权利不得侵犯,亦不得颁发搜查证、拘捕证或扣押证,但有可信的理由、有宣誓或郑重声明确保,并且具体指定了搜查地点、拘捕之人或扣押之物的除外。除侦查活动外,检察机关的审查起诉活动也要受到法官的独立审查。英国检察机关在决定就可诉罪案件起诉时一般必须提交治安法院进行预审,只有经过这一移送起诉程序,检察官才能将案件起诉到刑事法院。在美国联邦和一部分州的重罪案件必须要经过大陪审团审查公诉程序,大陪审团经审查案件后作的起诉书才是检察官起诉的法律依据。通过司法审查,滤掉不符合起诉条件的案件,防止公民受到无理、无根

据的起诉。

英美法系的刑事审判前程序不仅注重对侦查和起诉权的司法审查与控制,还特别强化被告人的诉讼能力。因为英美社会认为,在强大的国家侦查机关面前,被告一方是先天的弱小,所以要实现二者在实质上的平等,就需要特别加强被告人的诉讼能力。首先,赋予被告人享有辩护性质的侦查权,被告人也是侦查的主体,不再是侦查的对象,享有法律赋予的沉默权,由刑讯得来的被告的口供一般不能为法庭所采用。其次,在整个侦查过程中,被告人有权获得律师的协助,律师在侦查阶段享有的权利非常广泛。此外,被告人享有充分的保释权,这给被告人提供了较为充分的自由度,同时减少或避免了不适当的羁押给无辜者带来的肉体和精神伤害。

(二) 刑事审判程序的特点

当事人主义的刑事审判程序又被称为对抗式或抗辩式审判。对抗式审判的最早形式是决斗裁判,尽管决斗裁判制度后来逐渐被废除,但是,这种争端各方均应拥有一个平等的机会为其本人的利益而斗争的思想却在英国刑事审判制度中保留了下来。该思想后来演化为公平竞争的理念。对抗式审判主要建立在相对哲学和公平竞争的理念上。根据相对哲学观,刑事案件的事实真相应当以那些与案件结局有着切身利害关系的诉讼双方的对抗活动为主线。公平竞争则意味着起诉方和被告方应当是站在相同的基点上,平等地展开诉讼攻击与诉讼防御活动。为了确保这一点,在对抗审判中,被告人被赋予了相当广泛的权利,如沉默权。

在英美国家,律师可以在无人列席的情况下与羁押的被告人会面商谈,并可交换文书和物品,而且律师一旦接受被告人的聘请或政府的指派,就可以很快地与被告人见面,并且对这种会见的次数法律很少有特别的限制,一般只要是在羁押场所规定的接待时间即可。同时,只要被告人要求,律师一般都可以在侦查人员讯问被告人时在场,监督侦查活动的合法性和正当性。此外,律师在侦查阶段就可以积极开展侦查活动,收集各种需要的证据,以准备法庭辩护。^①

在对抗审判中,相对哲学和公平竞争的理念是随着陪审团^②的参与而得以充分的体现和发挥。陪审制度最早起源于古代奴隶制的雅典和罗马时代。而英美法系的陪审制一般认为是1006年诺曼底公爵威廉征服英格兰后开始建立

^① 参见左卫民、周长军著:《刑事诉讼的理念》,法律出版社1999年版,第24页。

^② 这里的陪审团是指参与法庭审判的小陪审团。

的。经过几个世纪的发展、演变,至17世纪陪审制开始形成一套固定的程序,成为英国刑事诉讼中重要的组成部分。之后,陪审制被带到了殖民地的司法体系,在美国独立后,该制度得到了前所未有的发展。随着陪审制的发展,一系列相配套的诉讼制度和诉讼原则逐渐得到确立,包括起诉时的一本状主义,开庭前当事人双方事先充分准备制度,以及法庭审判中的直接言词原则。

由于陪审团是在开庭之前临时组合而成,故无暇也不能在庭审前阅览控方的案卷和证据,所以控方起诉时只需交一张起诉书即可。又由于陪审团基本上都是不懂法的普通公民所组成,容易受一些情绪化因素的影响,所以庭审之前应当经过控辩双方协商及法官裁决,把可能会对陪审团产生不当影响的非法取得的证据予以先行排除。这是庭审前当事人双方事先充分准备制度设立的主要原因之一。此外,直接言词原则可确保陪审团的成员更直接、真实地观察控辩双方的证人作证时的言谈、神态及面部表情等,对案情获得更客观、全面的印象和了解。所以,美国法学家本杰明·卡普兰说过:“美国法律的许多特色都环绕在陪审制度的四周,就像铁砂环绕着磁石一样。”^①的确,对抗式审判与陪审制度是一对孪生儿,它的许多特征都与陪审团的参与密不可分。在英美对抗式审判中,案件的事实和法律问题是明确分开的,刑事审判程序相应分为事实裁断阶段和法律适用阶段。对于被告人是否有罪这一问题,陪审团拥有最终的裁断权,法官只能在陪审团作出有罪裁断后就有关法律问题——量刑——作出裁断。

在审判中,法官保持消极仲裁者的地位。他一般不参与收集与调查证据,也不单独提出证据,甚至极少对证人进行询问。他在庭审中的主要作用是确保当事人双方在提出证据、询问证人和进行质证辩论时,严格遵守包括证据法则在内的程序法规则。例如,若控辩双方提出的证据属于法律禁止采纳的,法官必须将它排除于法庭调查范围之外,防止它对陪审团成员造成误导。

而检察官和辩护律师却控制和主导着证据的提出和事实的调查程序。因为,陪审团的裁断基础是控、辩双方在法庭上展开的控、辩活动。双方的庭审控、辩活动是发现案件真相的惟一途径,所以,控、辩双方就取得了法庭审理活动的主动权。在法庭审理中,检察官和辩护律师所要做的就是向陪审团充分阐释自己对案件事实和法律结论的观点,通过提出自己一方的证据来证明自己观点的可成立性,同时对对方的“一面之词”进行反驳和证伪。这种对抗性的活动主要借助于“交叉询问”的方式展开。所谓交叉询问,就是双方各自所传

^① [美] 哈罗德·伯曼编,陈若恒译:《美国法律讲话》,三联书店1992年版,第35页。

唤出庭的证人,按主询问、反询问、再询问和再反询问的顺序进行调查。主询问由提出证人的一方进行,其目的在于使证人所了解的一切有利于自己一方的事实充分的展现在法庭上。主询问不能提出诱导性问题。反询问则是由对方向该证人进行质疑性、反驳性的询问,企图找出证词中的破绽,或暴露出证词中的不真实之处,以贬损其可信性,可提出诱导性问题。再主询问则由提出证人的一方针对反询问中暴露出的问题展开补充性的询问,旨在强化证人证言的可信性和证明力。这种交叉询问根据需要可以依次进行若干轮,直到双方不再提出新问题。虽然被告人也可通过一定的方式参与法庭审理,^①起一定的控制作用,但作为案件的当事人,被告主要由辩护律师代表他完成对审判程序和陪审团裁判的控制。无律师参与,以被告人个人的力量是无法实施这种控制的,所以律师在该模式中起着举足轻重的作用。

总之,对抗式审判强调控、辩双方在诉讼中的主体地位和主导性的作用,审判活动依据双方当事人的主张和举证进行,对抗性突出。

三、大陆法系的职权主义刑事诉讼形式

大陆法系的职权主义刑事诉讼形式是经过对古老的纠问式刑事诉讼形式的改革而发展起来的。该形式最早出现于法国 1808 年颁布的刑事诉讼法典,并在 19 世纪中后叶逐渐为欧洲大陆各国所广为接受和采纳。在这种形式中刑事诉讼审前程序保留了纠问式程序的许多特征;而审判阶段则采纳了控诉式程序,采取了公开、直接、言辞和辩论的审判方式。但在大陆法系各国浓厚的法律传统作用下,刑事审判程序并没有走向对抗式审判模式,作为裁判者的法官仍保留了较多的司法调查职能。

(一) 刑事审判前程序的特点

大陆法系的刑事审判前程序是刑事诉讼的重要组成部分,包括从发现犯罪消息到将案件交付法院审判的所有追诉活动。在法国,侦查活动是由司法警察实施的初步侦查和预审法官主持的正式侦查两大阶段构成。前一阶段的侦查权是由警察在检察机关的监督和指挥下行使的。而后一阶段的侦查权是由预审法官领导、指挥司法警察行使的,检察官对预审法官的侦查活动实施制约。一般的侦查活动是由检察机关指挥和监督司法警察展开的,而强制侦查权属于预审

^① 被告人可参与的方式有两种:一是始终保持沉默;二是自愿放弃沉默权,充当自己一方的证人,接受交叉询问。

法官,是通过预审法官行使预审职权而进行的。由此看,侦查权行使的主导者是检察官和预审法官,司法警察是在检察官和预审法官领导、指挥下开展侦查活动的。在德国,检察机关是法定的侦查机关,司法警察只是侦查的辅助机关。

由于检察机关直接参与和领导了侦查活动,所以审查起诉与侦查大体上保持同步。侦查活动一旦终结,检察机关一般也随即完成了审查起诉的活动,就案件是否公诉作出决定。大陆法系国家虽然不反对对侦查活动进行监督和制约,但为保证侦查效能,立法与司法实务中都不许可来自侦查机关以外的中立第三者(如法院)的制约,而基本上实行的是侦查机关系统内的自律性监督。^①但由于法律对包括强制侦查措施在内的各种侦查行为的实施条件普遍要求不高,侦查人员若想采用,一般不难实现。另外,由于法律对于侦查措施种类、实施期限地点方面的选择,侦查人员具有相当的裁量权。

对于检察机关的审查起诉活动,大陆法系也建立了司法审查程序。但与英美法系不同,该审查机制主要是针对检察机关所作的不起诉决定而进行的。^②其目的在于控制检察机关作出不起诉的权力,防止检察官滥用不起诉的自由裁量权,以维护社会和被害人的利益。这与英美法系那种以防止公民受到不合理起诉为宗旨的预审形成了鲜明的对比。

大陆法系出于侦破的考虑,侦查方面的许多规定和做法使犯罪嫌疑人的弱势地位更突出。一方面,法律没有赋予被告一方为准备法庭辩护而进行侦查的权利。对于能够证明被告人无罪或罪轻的证据材料,只能由被告请求国家侦查机关代为收集,并且被告有忍受侦查人员讯问和调查的义务。为了方便侦查人员讯问和防止被告妨碍侦查,大多数被告人在侦查阶段都被侦查机关拘捕关押,允许被告人保释的则系少数例外。据调查,迟至1973年,法国狱中人口有45%是等待审判者。另一方面,被告人的辩护权在侦查中受到很大限制。^③大陆法系国家认为,律师一旦介入侦查,侦查工作就有陷入困境的危险。因为通过与律师会见,被告人极易增强抗拒侦查的信心和勇气。因而这些国家大都倾向于否定被告人在侦查阶段的律师聘请权。即便有些国家(法、德)允许律师介入侦查阶段为被告提供辩护,也只能在侦查阶段后期才能介入,并且律师

① 在侦查实践中,一般的任意性侦查措施都由警察自行掌握,秘密侦查手段的实施也是由警察自行决定。强制性手段,尤其是那些直接剥夺被告人人身自由的措施,则由检察官或预审法官审查批准。

② 不过在法国检察机关所做的一些有关提起公诉的决定也要受到司法审查。

③ [美] 埃尔曼:《比较法律文化》,三联书店1990年版,第169页。

享有的权利十分有限,大都不能在警察讯问被告人时在场。

(二) 刑事审判程序的特点

大陆法系国家的审判不存在像英美法系那样的陪审制,所以审判没有所谓的事实裁断阶段和法律适用阶段的划分,而是由法官对事实的认定和法律适用问题通过一次连续的法庭审判一并予以裁决。与对抗式审判不同,职权主义的审判程序被视为一种对客观事实的司法调查活动。围绕着法官的主导权,形成了一系列相配套的诉讼制度,即起诉时的案卷移送制度、庭审前的法官调查活动和庭审中书面证据的运用。

法官的庭审前的调查活动与起诉时的案卷移送制度是血脉相连的。公诉机关之所以在提起公诉时要随案移送全部的卷宗材料和证据材料,主要是为了便于法官在开庭审理之前就能阅览这些材料,开始庭审前的调查活动。通过仔细阅读,法官了解了检察官用以支持其指控的证据,从而确定出对证据的调查方法。在庭审开始之前,法官一般还要对那些已列入调查范围的证人进行传唤,对书证、物证也要进行必要的保全、搜查、扣押等措施。对那些因法定理由不能出庭作证的证人,法官还要进行必要的庭外调查。此外,检察官和被告在审判过程中提出新的证据,一般也须由法官审查决定。

在庭审过程中,法官按照庭审前确定的调查顺序,依次在法庭上提出各项证据:讯问被告、出示物证、宣读书证,亲自询问证人、鉴定人。检察官、被告人必须取得法官的许可,然后才能向被告、证人、鉴定人发问。法官如果认为某一证据对于调查事实真相确有必要,而它又没有被告控辩双方提出,他有权自行提出和调查。换言之,法官调查证据方面不受控辩双方所提出的证据范围的限制。

检察官和辩护人在证据提出和事实调查程序中居于次要和辅助地位,只能发挥十分有限的作用。检察官和辩护人向法庭提出的证据调查请求必须取得法官的同意。他们一般无权直接向法庭提出实物证据,也不得直接传唤证人并实施询问。在庭审中几乎所有的证据都由法官主动出示,首先询问。检察官和辩护人只能作一些补充性提问。对于法官依职权主动传唤的证人,检察官和辩护人甚至没有机会实施交叉询问。由于律师在庭审中的作用有限,被告人即使没有律师的协助,职权式审判也照样能够顺利运转。所以,大陆法系的律师与英美法系相比,在诉讼中发挥的作用是较弱的。

综上所述,大陆法系国家的职权式审判实际上是一种由法官主导进行的司法调查程序。

四、两种构造形式的比较与评析

同是西方国家，但刑事诉讼形式却呈现出迥然不同的特点。这是由于各国的历史风土以及由此培育的国民性和诉讼文化的不同造成的。英美法系的刑事诉讼较注重人权保障和程序正当，而大陆法系却更为关注真实发现以控制犯罪维护社会利益。之所以会产生这样的差异，是由一定的因素造成的。从历史发展来看，英国在诺曼底征服之后，虽然存在地方权力，但未形成可同中央政府相抗衡的地方势力。因此，对于国王来说，并不需要建立一个庞大的官僚体制来强化对地方的控制。而后的英国资产阶级革命的妥协性又使其许多政府组织形式得以保留，从而抑制了现代中央集权制的确立，强大的集权体制一直被视为同许多曾被废除的体制一样不予接受。美国当初也就是一些逃避专制统治的人们，按照社会契约论原则创建的联邦制国家。在美国人的观念中，公民与政府在人格上是平等的，法律首先是制约政府及官员滥用权力的手段，由此看，英美整个政治体制设计的根本思路是“不信任且限制国家权力的运用，政府只享有有限的权力才是有益的”。因此，在刑事诉讼中，更关注个人权利的保护和司法权的限制。而大陆法系各国在封建社会时期，长期的封建割据导致社会动荡不安，公民的生命财产经常受到威胁。新的中央集权实现了政治权利的集中化，带来了社会的稳定与繁荣。在此背景下，大陆诸国认可了中央集权。资产阶级革命后，中央集权进一步加强，因此大陆国家的公民更加信任和宽容给人民带来利益的国家权力机关。此观念运用到刑事诉讼中，即公民个人十分信任司法机关，认为法官只有积极主动地掌握法庭审判活动的支配权并加强与检察机关的信任与协作才能更有效率的发现案件真相，确保裁判结果的正确。^①所以同英美相比，大陆法系倾向于要求国家给予公民社会保护以免受他人侵害。

作为现代刑事诉讼构造形式的当事人主义和职权主义，都体现了建立在理性原则基础上的程序公正的基本要求，所以，很难说哪一种是先进的，哪一种落后的，更不宜说哪一种就当然优越。然而，不同的刑事诉讼构造形式其诉讼功能也各具特色，现作以比较。

著名的德国刑事诉讼法学家赫尔曼曾对两种审判方式就探求事实的方法和特点作过较为精辟的分析，他说：“总的说来，与其把审问程序说成是一种辩论，毋宁把它看成是一种准科学的探求事实真相的方法。同历史学家一样，审

^① 左卫民、周长军著：《刑事诉讼的理念》，法律出版社1999年版，第14页。

判官就是要收集事实并加以分析。他把法庭上的辩论和双方当事人提供的证据综合起来,就公诉事实设法在头脑认定中描绘出客观而综合的形象。可以说,审问式公判审理的精华,正在于通过综合认定来探求事实真相。而辩论主义程序则采取另一种方法。双方当事人各以自己的方式竭力举证,并相互指责对方的弱点,企图使举证不能成立。这样一来,双方当事人才会不断地就公诉事实向审判官提出各种异议。审判官的任务在于,就公诉事实把像是用望远镜所看见的情景在头脑中勾画出来。不妨说,辩论主义的精髓,就表现在辩证法式的辩论和对抗上。”^①由此看,这两种诉讼构造形式在真实发现方面的功效应当说目前尚无定论。从现实状况及发展趋势看,当事人模式受到了青睐,但有许多学者和法律工作者仍然认为,法官直接调查的方式较单纯被动的听证更有利于查明案件客观事实。有一句为国内外诉讼法学者常引用的名言说明了两种模式在这方面的区别:如果被告无罪,他就宁愿在大陆法系法院受审;如果他有罪,他就会选择英美法系法院。但从诉讼公正方面看,当事人模式比职权模式更为公平,程序正义体现得更为充分。从诉讼条件和诉讼资源的要求方面讲,当事人模式有更高的要求。但从诉讼效率比较,职权模式显然能够更快地审结案件。所以说,采用何种诉讼模式在相当程度上其实是一个价值选择的问题。职权主义模式具有国家主义的倾向,往往更能体现实体的真实,而当事人模式有较为突出的个人价值,更能显示程序的公正。一般来说,向当事人主义转化固然有利于程序上的公平,但其代价可能是造成刑事审判查明客观真实的能力和司法效率降低。

五、混合式的刑事诉讼构造形式

近、现代刑事诉讼的发展,一个重要的趋势是不同体系间的相互融合。刑事诉讼构造形式也出现了相互借鉴和混合的情况。例如,日本和意大利的刑事诉讼构造形式。

日本和意大利均对其原有的卷宗移送主义起诉方式进行了改革。日本实行起诉状一本主义,意大利尽管没有采纳这种方式,但也对检察官向法院移送的材料进行了较大的限制。这一改革既减少了主审法官在庭审前产生预断的可能,也导致控辩双方对抗性的增强和法官主导作用的削弱。其庭审前程序显现

^① [德] 赫尔曼:《刑事诉讼的不同模式》,载于西南政法学院《外国法学参考》1982年第2期。转载于龙宗智著:《刑事庭审制度研究》,中国政法大学出版社2001年版,第103~104页。

出较重的当事人主义色彩。庭审中贯彻辩论原则,法官的积极主导作用被大大地削弱,控辩双方的意见对庭审调查通常起决定作用。调查证据引入抗辩方式,实施交叉询问。但是法官并不是完全消极、被动的,其诉讼指挥权较为强大,同时可以依职权调查取证,其意义在于:使法官有机会介入法庭调查程序,对当事人主导的证据出示和事实调查进行必要的补充,从而纠正和克服那种完全由当事人主导的法庭调查所带来的弊端。

认识日本、意大利等国的“混合”构造形式时应注意几点。首先,无论哪种混合,都具有某种基本特征,并不存在半斤八两式的等份融合。现代各国的刑事诉讼无论怎样借鉴与混合,从其技术性结构看,都具有一种特征,它或者是职权主义占主导,或者是当事人主义为基本结构。这一点必须贯彻到整个诉讼过程中,尤其体现在各诉讼程序之间的衔接上,否则就难以维持其技术上的合理性以及机制的流畅性。而且,一旦借鉴他种制度的优点,不可避免地要承受其弱点,所谓完全的废弱存优、择优结合等,未免有画饼充饥之嫌。其次,诉讼构造形式的混合发展虽然存在当事人主义借鉴职权主义的某些要素的情况,但基本倾向是职权主义向当事人主义的转变,而不是相反。

六、我国现行刑事诉讼构造现状分析

(一) 中国现行刑事诉讼构造的特征

我国原刑事诉讼构造形式是一种较为典型的职权主义形式。由于在这一形式中,被告人较为被动,权利十分受限制,并且检察官还具有一种超越诉讼当事人的监督职权。因此,可以说它还具有某些超职权主义形式的特征。1996年通过并于次年实施的新刑事诉讼法对原有的刑事诉讼构造形式进行了改革,使得它既具有对抗性诉讼和非对抗性诉讼的一些技术因素,又有浓厚的“中国特色”。我国现存的刑事诉讼构造形式其特点如下:

1. 刑事审判前程序的特殊性

我国刑事审判前程序在大体上趋向于大陆法系。法官不能介入追诉过程,追查人员与被告方之间地位不平等,权利也不对等,被告人负有接受侦查人员讯问和予以协助的义务。但我国刑事审判前程序与大陆法系还是有很大区别,具有自己的独特之处。

首先,我国刑事审判前程序中,检察机关与警察之间地位平等,职能各自独立,而非大陆法系那种检察官指挥、领导警察的关系。具体来讲,在我国,由警察机关专司的侦查案件,应当由其独立行使侦查权,检察机关无权指挥、

领导警察的侦查活动。检察机关和警察机关按照法定的立案管辖分工，各自独立地从事侦查活动，对于追诉程序的启动运行和终结基本上拥有独立的决定权。

其次，我国虽然没有法官的介入侦查程序，但立法者却选择了一种替代性机构，即检察机关来做同样的工作。由检察机关以第三方的身份介入侦查过程，监督警察的侦查行为。其监督的方式包括：立案监督、审查批捕、审查起诉，以及对警察滥用权力和不当行为进行一般性的监督。

最后，我国被告在侦查阶段不享有沉默权。根据刑事诉讼法第93条之规定，被告人对侦查人员的讯问不仅负有忍受的义务，还应当如实回答，只有对于本案无关的问题才有权拒绝。虽然他能够获得律师的法律帮助，但律师既不能在讯问时到场，也不能阅卷调查，其参与侦查的范围极为有限。

2. 刑事审判程序的特殊性

（1）庭前程序

我国现行的庭前程序既非原来制度中的庭前实体审，也不是作为对抗制诉讼必要组成部分的程序审，而是独特的以程序为主、不排除实体审查的庭前审查方式。加之，我国刑事诉讼法未设置专门的预审程序，也未设置与庭审法官完全分开的预审法官（用以解决起诉审查、证据准入、证据开示等问题），由主审法官直接进行庭前起诉审查，势必要关心案件的实质性内容。因此，法官就具备了在庭审前做某种实体审的条件与可能。在司法实务中，法官为了把握庭审，普遍在庭审前认真研读主要证据。所以，很难在庭审前程序中贯彻排除预断原则。

（2）庭审程序

我国刑事诉讼对庭审的推进和阶段划分采取了一种既不同于大陆法系，又不同于英美法系的做法。“实质性”庭审活动由公诉人宣读起诉书开始，然后直接进行证据调查，包括：被告人、被害人对案情作出陈述，并由公诉人、被害人、辩护人及审判人员向被告发问；公诉人、当事人、辩护人、审判人员对证人发问；出示物证、书证和各种笔录等证据；经审判长许可，公诉人、当事人和辩护人、代理人可以对证据和案件情况发表意见，并可以相互辩论。审判长宣布辩论终结后，被告有最后陈述的权利。在证据调查过程中可随时辩论，此外在举证完毕后还有一个相对独立的辩论阶段。由此看，我国刑事诉讼审判在法庭审理的顺序、方式以及调查证据的技巧和细节上都发生了变化，基本上确立了抗辩对抗的格局，强化了控辩双方在刑事审判过程中的参与积极性和参与效力，但仍保留了讯问式审判的色彩：法庭调查仍以对被告人的讯问开场，被告人没有沉默权，只有如实回答的义务，如果拒绝回答或作虚假回答，将以