

撷英·域外检察

在法国,检察官与预审法官的关系打上了相互合作与各自独立的双重烙印,二者之间存在很大的张力,因此,检察官既要尊重预审法官处理复杂案件的自主权,也要履行对预审程序的监督权。

法国检察官与预审法官是怎样互动的

□(法)菲利普·米尔本
卡蒂亚·科斯图斯基
丹尼斯·萨拉斯

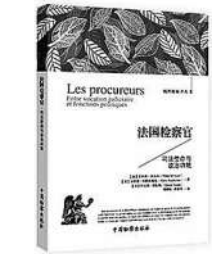
在法国,预审法官从某种程度上来说与检察官存在相似性,在一小部分案件中,他们也在侦查阶段担任指挥警察机关开展侦查工作的角色,二者是可以互相代替的。检察院在预审程序启动之初即介入,作出是否将案件呈送预审法官的决定,预审程序结束后向审判法庭移送案件之前作出是否终结的侦查决定。整个预审阶段,检察官与预审法官保持联系,及时了解案件的进展情况,要求增加更多证据材料(补充侦查意见书)或者提出侦查终结案件请求。

驻大审法院小型检察院检察官:“我认为和预审法官之间也需要建立一种信任关系。有了信任关系,你就可以比较自由地跟预审法官谈论你现在的侦查情况,告诉他们你的观点,或者你对这个案件的态度。我们不能只以这种案卷材料移送的方式保持联系,这是完全不够的,我们必须互相交流案件侦查方向的指令。这并不会削弱预审法官独立性,他们还是想怎么做就怎么做。”

预审法官从某个角度讲就是在夹缝中生存,一方是法官群体,另一方是检察官群体,虽然检察院在层级管理上不享有直接监督的权力,但是检察官对刑事案件的知情权仍然会对他们产生影响。

在一些规模较小的大审法院(大概占大审法院50%以上)通常设置一名或者两名预审法官,在司法实务工作中,相比与其法官同事的关系,他们与检察官之间的关系更为密切,因为法官群体比较庞大,而且并非专司于刑事审判工作。很多检察官过去曾经担任过预审法官,检察官工作年限长,资历比较深厚,在刑事案件办理方面拥有丰富经验,案件程序掌握十分娴熟,尤其是检察官与警察机关关系更为直接,因此客观上对预审法官能够形成一定的权威性,预审法官对检察官的意见较为尊重、易于接受。

长期以来,预审法官的角色与定位曾在历次刑事司法改革过程中引发很多争论,而预审法官似乎并没有表现出任何放弃其职能的迹象。



□“我认为和预审法官之间也需要建立一种信任关系。有了信任关系,你就可以比较自由地跟预审法官谈论你现在的侦查情况,告诉他们你的观点,或者你对这个案件的态度。我们不能只以这种案卷材料移送的方式保持联系,这是完全不够的,我们必须互相交流案件侦查方向的指令。这并不会削弱预审法官独立性,他们还是想怎么做就怎么做。”

预审法官希望在重大复杂案件中保证他们的参与,尤其是在侦查阶段与审判程序准备阶段,必须强调他们的参与以及他们所发挥的作用。

有些检察院检察长强调指出检察机关领导指挥侦查工作的权力,这一权力经2004年3月9日所颁布的法律进一步强化。也有检察官公开声明预审阶段检察官应该享有领导侦查的权力,疑罪复杂的案件,如金融犯罪案件,整体应该由检察官来处理,不需要预审法官参与。

检察官对于上面提到的这部法律的态度,是比较模棱两可的。一方面,该法律的确拓宽了检察机关职权范围,他们有权决定在案件侦查过程中使用强制性侦查方法与侦查措施(如搜查或者电话监听等);而另一方面,该法律给检察院增加了更多日常工作。因此,实践中虽然某些检察官对预审法官的参与持保留意见,但是一线办案检察官则欢迎预审法官参与案件侦查。

检察官与预审法官出于必要性而合作,尊重法官的出罪与入罪的预审决定独立性,那么他们之间的关系是否存在摩擦呢?检察官和预审法官之间的关系经常只是限于最基本的、推进案件所需要的关系,不会以官方的形式来体现。

驻大审法院小型检察院检察长:“我和预审法官基本上每两周就会见一次,我们会交流一些案件的进展,尤其是一些比较敏感的案件,看他们在预审程序中怎样推进,我们在这种官方会见外的见面会以外另外一种方式进行。预审法官毕竟属于法官,经常和公务员一起喝咖啡,所以,我每天还是会见到他们,有的时候两天会见他一次,有时候一天会见到他两次。”

驻大审法院大型检察院检察官:“我们和预审法官之间的关系存在立场上的不一致,他们有他们的立场,

我们有我们的立场。我唯一要求,至少提议是合理的,也是能够理解的。也就是说,在我们双方决定某件事情以前,他们有自己的立场,这个立场应该具有合理性。然后,代理检察官与预审法官一起沟通交流,我们会一起讨论预审法官观点的合理性。”

我们发现,大部分检察官在他们的言论背后,隐藏着与法官沟通上的困难。虽然检察官大多数情况下仍然会自发地去捍卫法官的独立性,但是有的时候某些检察官希望在某种程度上能够动摇法官这种独立性。

驻大审法院小型检察院检察官:“通常来说,预审程序启动以后,会指定预审法官处理案件。在时间精力允许的情况下,我们会跟进了解案件的进展情况,但是我们不会将此作为首要工作,除非案件具有重大特殊意义。”

驻大审法院大型检察院检察官:“我必须承认组织这个会议还是不太容易的,就算是在预审阶段也不容易。在预审阶段,预审法官他们自己很难组织一些会议让这些相关人员达成一致。虽然预审法官是重罪案件侦查阶段的领导者,但是侦查一旦启动,连他们自己都很难以组织一些会议与司法警察交流。”

检察官与预审法官维持这种日常咖啡机的沟通交流比较困难,有的时候这种困难还会加剧,特别是检察院首脑开始尝试让预审法官的工作效率时。例如,预审期限问题。预审案件的侦查期限可能会成为加剧检察官与预审法官之间矛盾和紧张关系的导火索。很多检察院都会充分利用的一点:预审期限的问题并不涉及案件实质,这只是一个程序上的问题,检察院并没有直接干涉预审法官的工作;检察官对预审期限的要求是合理合法的,因为司法迟延是公众不满意而投诉的一个原因,检察

的地位使得他有责任保证司法活动的质量,检察官提出了解案件的推进情况的要求,是无可指责的。检察官的这个行为并没有影响到预审法官的独立性,也没有影响到他们之间的层级关系。

驻大审法院中型检察院检察官:“从定义中我们就可以看出,经过预审程序的案件,都是比较严重或者是比较敏感的案件。因此,某些案件由我来跟进,了解这个案件是不是推进正常,谁向总检察长做这些案件的汇报。大约每个季度我会要求预审法官告知案件进展情况。总检察长(parquet general)要求我们做案件总结的时候,我就会去找预审法官,因为仅仅看案件材料,不足以让我了解这个案件背后隐藏的情况,比如,预审法官觉得他可以在多长时限内处理完这个案件,在这个案件中我们是否需要一直关押犯罪嫌疑人,有没有可能将其释放,等等情况。”

驻大审法院小型检察院检察长:“预审法官简直把我们检察官当作他们的个人邮箱,随时提出各种要求,比如,想要一个搜查令(requisition),想要什么东西,甚至他们会说‘我在凌晨两点钟需要开庭,你们必须列席’。反过来,当我们想要启动案件侦查程序的时候,就需要提前预约预审法官,确定哪一天有时间可以去提讯被拘留的犯罪嫌疑人。我们经常被迫与预审法官协商,因为我们受到拘留期间约束,必须在期间内启动侦查程序。所以我们认为,与预审法官之间的关系通常是不太友好的,最后妥协的总是我们检察院,当然,你如果去问预审法官,他可能会跟你每次妥协的都是他们预审法官,说得完全跟我相反。”

驻大审法院中型检察院检察官:“我与预审法官之间的关系存在两种情况:第一种情况就像我们检察院

任何一名代理检察官之间的关系一样。当我启动案件侦查程序的时候,当我处理案件或者终结案件的时候,我可以同意预审法官的意见,或者不同意他的意见,或者要求进行补充案件材料,仅此而已。第二种情况就是我正常履行检察官职能。比如,总检察长要求我解释为什么某个案件两年了都没有进展,这个时候我会与预审法官沟通,同时行使监督职能。我会说‘总检察长要求我汇报五起案件的情况,我已经告诉你们了’,仅此而已。我并不是像警察一样监管他们。”

这种对于层级管控的否定(“并不是像警察一样监管他们”)只是为了掩盖管控所造成的矛盾和压力,管控并不是直接进行的,而是以调控的方式存在。这种紧张的关系有时候也会体现在检察官倚重其资历与经验对预审法官工作进行监督指导过程中。

驻大审法院中型检察院检察官:“关于预审法官,我有一个意见,我的意见并不仅仅是针对预审法官,而是针对所有年轻司法官。我发现年轻司法官普遍过于自信,自省能力不足,不会虚心向年长者请教经验。”

驻大审法院小型检察院检察长:“R女士是这里的预审法官,刚刚上任7个月左右,她经常过来就某些案件咨询我的意见,她很清楚她需要学习增长经验,没有人天生就懂得如何处理案件。我也不会干涉她,影响她作为预审法官的自由,至少我自己是这样看的。当她来咨询我的时候,我才会说出自己的意见,必要的时候以书面方式陈述。我非常尊重她,每个人有每个人的角色,我没有想过过去扮演预审法官的角色,干涉预审法官的行为是不正常的。”

在法国,检察官与预审法官的关系打上了相互合作与各自独立的双重烙印,二者之间存在很大的张力,因此,检察官既要尊重预审法官处理复杂案件的自主权,也要履行对预审程序的监督权。毫无疑问,侦查程序在刑事司法活动中,尤其是在打击重大犯罪领域内,占有非常重要的地位,而这一点也进一步加剧检察官与预审法官之间的这种紧张关系。

(本文摘自《域外检察译丛》之《法国检察官:司法使命与政治功能》一书,译者为刘林呐、单春雷,标题为编者所加)



西南政法大学诉讼法与司法改革研究中心教授孙长永:扩大适用非羁押性强制措施



少捕慎诉慎押刑事司法政策的基本要求,坚持人身强制措施的功能定位,尽可能把非羁押诉讼作为刑事司法的常态,把逮捕羁押作为保障刑事诉讼顺利进行的最后手段,杜绝以逮捕绑架起诉和审判的现象。我国人身强制措施适用中存在的主要问题是未决羁押率过高、羁押期限过长,而且人身自由受到非法侵害的被害人缺乏有效的救济手段,其原因相当复杂。完善人身强制措施的总体思路应当是:尊重诉讼规律,恪守刑事司法基本原则;立足中国国情,从技术到制度稳步推进;坚持系统思维、目标导向,统筹协调各方关系。要把少捕慎诉慎押刑事司法政策的基本要求和预期目标落到实处,应当扩大适用非羁押性强制措施,尽力减少拘留、逮捕等羁押性强制措施的适用,并完善相关工作机制和考核机制。

北京师范大学法学院教授汪庆华:确立个人信息保护公法边界



个人信息保护法是数字时代个人信息保护的基本法。它采取了将个人信息作为新兴公法权利的思路,确立了完整的个人信息权利保护体系,在个人信息保护问题上和民法典一起形成了公私法共同协作的格局。个人信息保护法以权利的方式规定了个人信息主体的知情权、决定权、查阅权、复制权、更正权、删除权、可携带权和信息权利救济权等。个人信息保护法从立法依据、权利体系、条文设计和规制措施上都体现出鲜明的公法属性,这也可以从基本权利的双重面向和个人信息国家保护义务得到理论的印证。这部法律是数字时代公法秩序的基石,它对公法边界的形塑仍需通过其实施来确立。

吉林大学法学院教授杨波:以事实理论引领刑事程序改革实践



以往的事实发现理论将裁判事实看成是单方反映和发现的结果,追求诉讼认识与客观实在的符合,是一种结果性事实观的体现。在现代刑事诉讼中,认识活动不能被简单地约为主客体间的关系,法律事实是在诉讼活动主体间的行为和交互作用中生成的,是各诉讼认识主体共同建构的产物,建构性诠释了法律事实的形成机理。通过开放的程序建构出来的法律事实是一种程序性共识,以其作为裁判的基础,能够重建司法裁判的正当性。未来,我国刑事司法应打破结果性事实观的束缚,以理性、开放的程序性事实观为指引,进一步开放对抗式司法模式下的博弈性事实与合作式司法模式下的合意性事实形成机理上的差异性,最终实现事实理论对刑事程序改革实践的引领。

中国人民大学法学院副教授丁晓东:倾斜保护型立法须以信任为价值



特定行业与领域的不平等关系催生了一系列倾斜保护型立法,例如消费者权益保护法、劳动者保护法、个人信息保护法。这类法律中公法属性与私法属性高度融合,以个人——社会——国家的三元框架制约法律关系的有限自治。法律倾斜保护并非因为不平等关系本身而成立,而是因为特定行业与领域的不平等关系兼具互惠性与侵害性,同时具有社会治理与政治意义。在制度层面,倾斜保护型立法可能面临赋权无效、赋权被滥用、施加责任过重或不足等问题。应以信任为价值基础,以协调联动的“药方”式策略调整不平等关系。倾斜保护型立法可以为公私法二元划分的困境提供新解释,为规制理论、父爱主义与行为主义理论提供新视角,为法治提供兼具社会主义特殊性与全球普适性的新想象。

(以上依据《中国刑事法杂志》《环球法律评论》《中国法学》《中外法学》,张宁选辑)

对于刑法运用抽象危险犯惩治高风险行为,必须控制在合理范围内——可以通过反证否定法律推定风险

争鸣

□谢杰 王延祥

抽象危险犯的犯罪构成要件,可以对法益进行周延且提前风险控制,由此成为一种对法益进行前置化保护的举措。我国刑法在危害公共安全犯罪、妨害司法犯罪、污染环境犯罪等领域,也存在着抽象危险犯的立法规定。对于刑法运用抽象危险犯惩治高风险行为,必须控制在合理范围内,故有必要发展出缓和和抽象危险犯过于激进地保护法益的修正措施。

抽象危险犯的可罚性基础

抽象危险犯的正当性理由在于,立法者出于保护制度性利益的需要,对于破坏制度性利益的行为进行扩张性的风险防范,直接拟制某些特定行为具有破坏制度的危险潜在性,通过刑法规范集中加以提前保护。

对法益的前置化守护。抽象危险犯的存在,具有强烈的目标价值驱动。从法益保护的角度而言,抽象危险犯的犯罪构成要件,是对法益的周延且提前的风险防范和前置化保护措施。使用抽象危险犯保护法益,本质上是超越了刑法规范绝对报应理念的局限性制度设计,使刑法规范、刑法适用、刑罚执行附加预防与震慑的动态意义。如果刑法分则个罪的犯罪构成结构只能前进至具体危险的程度,必须等待法律所保护的具体社会利益处于高度风险的状况下才能允许刑法介入,显然将使刑法的设置与适用成为一种对法益保护而言非常消极且迟延的规范与操作应对。

对超个人法益的制度性建构的风险防控。坚持以抽象危险犯的形式保护超个人法益的制度性建构的立法例,



谢杰

□抽象危险犯不仅具有实现拓展性保护法益的功能,而且能够有效地执行行为规范的指引功能。立法者将从经验法则中累积而成的关于行为危险性的判断规则化,通过抽象危险犯的形式加以明确规范,可以彰显示范作用。

□为了合理控制抽象危险犯的处罚不以危险存在为必要所导致的处罚范围过大问题,应当允许行为人对立法推定的危害性进行反驳,通过反证的方式证明立法推定的危险行为实际上在个案中并不存在危险。

其通常着眼于超个人法益本身所具有的独立性特征。对于公共秩序、环境安全、金融市场、国家权力运作等制度性建构,其存在本身就被视为是对个人法益得以具体实现的条件与保证,是主体之间进行社会交互活动的平台。因此,刑法固然应当强调对于个人生命、健康、财产等法益进行全面保护,但不能保持一种静态且孤立的利益保护状态,而必须积极且合理地从制度性建构的角度控制风险,对使个人利益得以具体实现的制度进行扩张性的刑法保护。因此,运用抽象危险犯的构成要件结构对经济制度、公共秩序、国家权力运行等超个人法益的制度进行拓展性的前置化保护,能够促进个人对于利益实现的安全感,故不能认为是一种过度且不合理的刑法介入模式。

有效执行刑法的牵引和导向功能。抽象危险犯不仅具有实现拓展性保护法益的功能,而且能够有效地执行行为规范的指引功能。立法者将从经验法则中累积而成的关于行为危险性的判断规则化,通过抽象危险犯的形式加以明确规范,可以彰显示范作用。对于某些极其危险的行为,可以由刑事立法设定抽象危险犯的方式,用以警示并进而引导或者塑成公众在风险社会中的行为模式。刑法规范绝非局限于对过往犯罪行为者的报应,还应当具有防止未然风险发生为具体危险甚至演变为现实损害的预防功能,以及控制公众在风险社会

中的心理恐慌的功能。由于风险社会中“危险行为——危险——实害后果”的传递流程涉及社会系统自我维持的安全问题,故通过抽象危险犯的形式进行风险控制与危机管理,是法治国家确保社会稳定的必要选择。

抽象危险犯的批判性思考与优化

为了合理节制抽象危险犯,立法上的修正措施很有必要。

避免“行为无价值”下的刑法工具化倾向。刑法的归责原则终究是以结果犯与实害犯的犯罪构成要件架构为出发点的,抽象危险犯的处罚基础不以具有社会危害性的结果为要件,而是从“行为无价值”的观点出发,将某种行为模式强硬评价为对法益具有典型侵害性与高度风险性。这显然难以掩盖将刑法设定为预防未来风险的工具的客观事实,从而无法回避社会系统为了自我维持所形成的刑法工具化的倾向。

成立抽象危险犯不以结果或者具体危险为必要,故其犯罪构成要件中的归责结构在立法上被简单化处理,极大地缩减了犯罪构成要件该当性的证明成本。抽象危险犯还影响到犯罪停止形态的认定,犯罪预备、未遂、既遂的界限因抽象危险犯的存在而变得模糊,将未遂行为以既遂犯的形式进行处罚,扩大了刑法的处罚范围。犯罪构成要件证明难度的降低与

司法认定成本缩减折射出频繁设置抽象危险犯的刑法所具有的工具性与象征性的发展倾向,导致抽象危险犯具有被进一步稀释的可能性。

克服拟制罪责不可反驳的不合理性。抽象危险犯通常被批判为与行为犯不存在实质性区别,并且在刑法解释上,完全没有独立存在的必要性。由于抽象危险犯不以法益受到侵害或者存在具体危险为要件,行为的危险性由立法者拟制,一旦该种拟制与实际不符,且行为人有证据证明实际上不存在任何风险,根据抽象危险犯的静态构成要件,仍旧构成犯罪,但这显然缺乏合理性。

例如,在有的伪证案件中,证人的证言荒谬至极导致司法机关完全没有可能予以采信,故伪证行为对案件事实的发现完全没有任何最低程度的影响,是否仍然有必要按照抽象危险犯的规定予以定罪处罚?可见,抽象危险犯控制风险的不合理性在于“罪责推定具有不可反驳性”。

具有植入程序性定罪机制的必要性。基于以上分析,我们认为,应当予以重点考虑的是,抽象危险犯的实质性规范中植入程序性机制,即通过修改完善刑事诉讼司法解释的方式,明确规定抽象危险犯的证明责任分配机制,允许反证。为了合理控制抽象危险犯的处罚不以危险存在为必要所导致的处罚范围过大问题,应当允许行为人对推定的危害性进行反驳,通过反