公诉权与人权及审判权中的若干问题

宋　军*

一、控审分离防止专横

以"人格尊严及平等"为核心的人权涉及内容极为广泛，其中任何人在被控告时，享有公正审判的权利是现代人权的重要内容。1948年12月10日的《世界人权宣言》第10条："人人于其权利与义务受到判定时及被刑事控告时，有权享受独立无私法庭之绝对平等不偏且公开之听审。"1966年12月9日《公民及政治权利国际盟约》第14条中："任何人受刑事控告或因其权利义务涉讼须予判定时，应有权受独立无私之法定管辖法庭公正公开审问。"历史经验再清楚不过地证明，人权最容易成为极权和专制权力的侵害对象。极权、专制是人权存在和发展的最大障碍；相反，"分权"、"权力制衡"则有利于遏制对人权的侵害，保障人权，促进人权运动的发展。封建社会，司法专横，审判者集纠举与审判于一身，握有极大的权力，无视人权，审判无公正可言。近代的控审分离是刑事诉讼发展历史上的一大进步。它否定了控审合一的司法制度，为人人享有公正审判之权提供了法律保障。孟德斯鸠在《论法的精神》一书中认为："一切有权力的人都容易滥用权力，这是万古不易的一条经验。有权力的人们使用权力一直到遇有界限的地方才休止。"并认为："从事物的性质来说，要防止滥用权力，就必须以权力约束权力。"德国学者埃贝哈德·斯密特在《刑事诉讼程序概述》一书中认为："我们认为检察机关与法院之间有强制性的分工……我们所理解的实现正义，意味着法院绝不能自己主动受理一个案件。我们认为法院只有在作为一个中立的不偏不倚的仲裁者受理和判断其他人已经提出的有关材料时，才能保证实现正义。"控审分离在检察机关与法院之间形成一种互相制约的机制。检察机关的纠举权或控告权受到法院审判权的限制；法院的审判权又受到检察机关公诉权的限制。在这种制约机制中，公正的审判得以实现，人权受到保护。

我国检察机关的特殊地位与性质为公正审判提供了坚实基础，这表现为：(一)独立性。检察机关是一个独立于法院系统的机构，各级检察院向各级人民代表大会负责并报告工作，与法院无隶属关系，控与审是由两个相互独立的机关分别承担的。这一点不同于法国和德国，他们的检察机构是设置在法院内部的。(二)司法性。我国的检察院是司法机关，宪法赋予其法律监督职能，有权对法院的审判活动是否合法进行监督。这一点又不同于日本。日本的检察机关是独立于法院的，但其性质是行政机构，不是司法机关。(三)整体性。我国的检察机关是"一体

---

* 本文作者系北京市人民检察院研究室主任。

化"的机构，上下级之间是领导关系，是一个紧密的整体。这点上又不同于美国，美国的检察机关上下关系较松散，没有我们这样的上下关系。根据我国检察机关的特殊性质，应该说在控审分开问题上我国应该做得更彻底，对人权的保障更有力。

二、未经起诉不得启动审判程序

公正的审判，要求人人享有未经起诉不受法院审判的权利，早在奴隶制的罗马审判中就出现了"没有告诉就没有法官"的规则；1791 年法国宪法第 5 章第 9 条规定："在刑事方面，倘非根据审判员所收到的控告；或根据立法议会在其有权提起控诉的情况下，提出控诉令，任何公民均不得受到审判。"法国刑诉法典第 231 条："重罪法庭对于根据起诉裁定书送来的人犯有完全的审判权。重罪法庭不得受理任何其他控诉。"台湾刑诉法第 268 条："法院不得就未经起诉之犯罪审判。"大陆法系是这样，奉行不告不理的英美法系也是如此。就是说审判权是以起诉权为前提的，有了起诉权，审判权才是合理、合法、公正的。

我国的刑事诉讼法虽然对此无明确规定，但从司法实践中看也是这样做的。在我国能够引起或起动审判程序的方式，无非就是两种，一是自诉，一是公诉。没有自诉人或公诉人，法院是不能开启审判程序的。但是近些年来，出现了一种无控诉审理模式，违背了控审分开原则，表现出了审判的不公正性。最高人民法院《关于适用中华人民共和国民事诉讼法若干问题的意见》第 125 条规定："依照民事诉讼法第 101 条的规定，应当追究有关人员刑事责任的，由审理该案的审判组织直接予以判决。"民事诉讼法第 101 条规定的是："人民法院对哄闹、冲击法庭，侮辱、诽谤、威胁、殴打审判人员，严重扰乱法庭秩序的人，依法追究刑事责任。"也就是说，民事审判组织，在民事审判中，对哄闹法庭等行为，可以直接做出刑事判决，不需要公诉。

我国刑事诉讼法中未规定"无控诉审理方式"，如果在一审程序中出现"哄闹、冲击法庭，侮辱、诽谤、威胁、殴打审判人员"的情况，需要追究刑事责任时，应按公、检、法三家立案分工，由公安机关受理；公安机关认为构成妨碍公务罪的，交由检察院；检察机关认为应处以刑罚的，起诉到法院，由法院判决。法院的审判人员也不应是原被"哄闹、冲击法庭"的审判人员，因为依照刑诉法第 23 条的规定，审判人员不得是本案的当事人或证人。这使审判得以公正的进行，被告人的合法权益依照正当程序得到保护。

支持无控诉审理模式的意见认为，这种方式的特点在于：(1)以无控诉为前提；(2)不存在控辩对抗；(3)由审理民事案件的审判组织直接作出判决；(4)程序简单。但是，在这里所谓的"无控诉"并非就是无受害者，而是受害的控诉者与审判者都是民事审判组织本身，控审分开的制约机制已荡然无存。所谓不存在"控辩对抗"，即是说，受审人在法庭辩论中的质证权利被取消，因为受审人不可能与审判组织当庭进行质证，被告人的辩护权受到严重削弱。所谓的"由民事审判组织直接判决"，就是民事刑事不分，诸法合一在此复活，是一种历史倒退。"程序简单"，以至简单到没有立案、没有侦查、没有起诉、没有法庭辩论的程度，正当程序规则已名存实亡。总之，"无控诉审理模式"是取消近代刑事诉讼诸多原则，又回到中世纪的一种审理模式，其差别只不过是以前是普遍的程序，现在是特殊的方式。

在"无控诉审理"中的民事审判组织，既可能是受害者，又可能是审判者，其已不是利益冲突之外的独立无私者。当审判者自身的利益陷入冲突时，就很难保障无私地进行审判；当审判者在冲突中也负有责任时，就很难保障独立地行使审判权。如果说在独立无私的审判中，有时

尚不能确保公正，那么缺乏独立、无私的审判就更有可能是不公正的。因此，"无控诉审理模式"侵犯了人人享有接受独立无私法庭公正审判的权利。当然可以说"无控诉审理模式"只是现行刑诉法所规定的一种例外，受这种审判方式审理的人不会太多。但是，人权从某种意义上讲，就是要保护特殊群体的利益，尽管他们是少数。例如，对妇女儿童的保护，对少数民族的保护，对服刑者的保护等等。

支持"无控诉审理模式"的一种理由是，国外不少国家也实行这种模式。如不少国家的"蔑视法庭罪"都是由法官直接作出判决的。但是国外的情况良莠不齐，在未作科学的分析之前，仅以国外有什么，我们就要有什么，是很难令人信服的。我们有我国的具体实际，检、法互相分工、互相制约；公诉机关对审判中的侵犯人权行为有权监督。我们完全没有必要放弃我们原有的有利于保障人权的机制，而去效仿不利于人权保障的"无控诉审理模式"。况且国外的情况并非都是这样，特别是从发展的方向上看，主流并非如此。台湾林山田教授认为："告发式或告发程序乃把告发与审判之程序分开……分别由告发机关(即检察处)与审判机关(即法院)担任之。告发程序发源法国之刑事诉讼法，因其可防止审问式之诸多弊端，故逐渐为各国之刑事诉讼法所采用。"并认为："故无起诉即无判决，即使是在法庭上发生之犯罪行为，如伤害、杀人、伪证、诬告等行为，虽为法官所目睹，但也须经检察官之起诉，方能审理……刑事诉讼法在此原则下，不但可以避免法官在审问式的偏颇不公，而且可以对被告作进一步的保护。"[1]

刑法中有关妨碍公务的规定，是给予一切国家机关或工作人员平等保障的规范，并不因其机关或工作人员的特殊，而给予特别照顾。因为我国实行的是"一府两院"的制度，即人民代表大会下属国务院、最高人民法院、最高人民检察院。三个国家职能部门虽然各有特点，但其法律地位是平等的。就是说"一府两院"均向人民代表大会负责，并报告工作。一个部门要求高于其他部门的特殊刑法保护是一种特权表现，是违背平等法律地位的。更重要的是，人人在法律面前平等，法律公正、平等地保护每一个人。任何人未违犯刑法妨碍公务罪，均不受刑事追诉。一个人的行为如果对某一机关或工作人员是无罪的，那么对另一机关或工作人员亦是无罪的。这是平等保护人权的必然要求。在我国，实现上述两种平等不但有实体法上的保障，更重要的是有程序法上的保障。但无控诉审理模式既违背程序法，也违背了实体法。因为，程序不同，同一性质的行为，就可能导致不同结果。实体缺乏程序的保障必然解体。

在某种意义上讲，有原则就有例外。在没有公诉支持的条件下，为迅速及时地制止违法犯罪行为，保障法庭秩序，审判组织有权决定将破坏法庭秩序的人驱逐出法庭或实行司法拘留，甚至可以动用准刑罚方法，如训诫、具结悔过等等措施，这些方法都是为了维护法庭秩序，法律赋予审判组织的正当手段。

三、审判不及公诉以外之人

无控诉不得启动审判程序。但有控诉审判开始后，审判也不得及于被告以外之人。在公诉程序中表现为，审判不及公诉以外之人。即法院只能就公诉书所指控的被告人进行审判，不得将公诉书所未指控的人列入审判对象，追究刑事责任。这作为一项刑事诉讼规则，也已被不少国家和地区接受。例如：日本刑事诉讼法典第249条规定："公诉的效率不及检察官所控的被告

〔1〕 林山田：《刑事诉讼程序之基本原则》。

人以外的人。"曾任伦敦法官的罗尔，在1837年评述审判活动时说："法官……在没有接到附有誓言，明确指控某人的控诉书之前，什么也不能做。"台湾刑事诉讼法第266条规定："起诉之效力，不及于检察官所指被告以外之人。"该规则不仅要求法院按公诉程序审判的人完全由公诉机关选择，同时也赋予了公诉机关保障任何人不受不公正审判的权利。也就是说，对有些犯罪人，如果公诉机关出于刑事政策等方面的考虑，有意识地不提起公诉，那么审判机关就不能对该人审判，这不但是控审分离必然要求的，也是保障人人不受不公正审判的必然要求。

从司法实践看，审判公诉以外之人的现象，特别容易发生在共同犯罪中。在五十年代，我国就出现过类似现象。对此，最高人民法院1957年2月9日《关于人民法院发现同级人民检察院所作的不起诉的决定有错误时应如何处理的复函》指出："人民法院如果发现同级人民检察院所作的不起诉的决定确有错误，可以向上级人民检察院提出自己的意见，不宜作为案件自行受理审判。"这一批复实际上是确认了审判不及公诉以外之人的规则。但1979年颁布的刑事诉讼法并未将此作为规则，这之后，又一度导致了检察院与法院之间在该问题上的冲突。在八十年代初期，有些地方就又出现了共同犯罪中检察机关起诉了主犯或首要分子，未起诉次要的从犯，在审判时，法院认为，未起诉的从犯也应起诉，要求检察机关重新起诉或追加起诉的情形。当然，检察院如果同意法院的意见，一般不会引起什么问题，但有时检察院认为从犯已作了其他处理，不应再起诉，拒绝法院的要求，在这种情况下，有的法院就直接逮捕了未被起诉的人，在审理中直接作出了有罪判决。这类问题在湖南、安徽、山西、辽宁、云南、湖北、内蒙古等地区都不同程度地存在过。

1981年7月2日，最高人民法院、最高人民检察院为制止类似现象的发生，在《关于共同犯罪案件中检察院没有起诉法院认为需要追究刑事责任的同案人应如何处理问题的联合批复》中指出："一、人民法院按照第一审程序在审理共同犯罪案件中，如果发现人民检察院遗漏了应当追究刑事责任的同案人，可以依照刑事诉讼法第108条或第123条的有关规定，提出意见，要求人民检察院对遗漏部分补充侦查，由人民检察院查清事实后补充起诉。人民检察院如果发现已经起诉的共同犯罪案件中有需要追究刑事责任的同案人没有起诉时，应当补充侦查后补充起诉。如果人民法院认为人民检察院遗漏了应当追究刑事责任的同案人，而人民检察院仍认为不应起诉时，应由人民检察院作出不起诉或免予起诉的决定。二、第一审人民法院认为同级人民检察院对共同犯罪案件中有的被告人作出的不起诉或免予起诉的决定有错误时，应当提出意见。由同级人民检察院改变原来的决定，重新起诉或补充起诉，而不宜由人民法院直接对不起诉或免予起诉的被告人进行逮捕、审判。"这一司法解释的精神总的来说就是再次确认审判不及于公诉以外之人。任何人不论是有罪的还是无罪的，只要作为公诉机关的检察院不对该人提起公诉，法院就不得按公诉程序对该人进行审判。当然法院认为检察院未提起公诉的决定有错误时，可以向检察院提出意见，但是决定是否公诉一个人，最终还是要由检察机关决定。因为独立行使公诉权的是检察机关，包括法院在内的其他机关团体均不得干涉。从这一规则中还可以引伸出两点人权的问题：

(一)在按公诉程序审判过程中，除被告人以外的其他诉讼参与人，如证人、辩护人。具有不受法院决定逮捕的权利。因为证人、辩护人是公诉书中所指控以外的人，不是审判对象；法院如若对被告以外其他诉讼参与人采取逮捕措施，实质就是法院认为该人应追究刑事责任，应列入本案的审判对象。这就违背了审判不及公诉以外之人的规则，侵犯了人的权利。但是，法院决定司法拘留的除外。因为司法拘留的可以不是被告人，但逮捕的对象则必须是被告人，即法院

审理公诉案件时的逮捕权,仅对公诉的被告人行使。检察机关未逮捕的被告人,法院认为有必要的可以决定逮捕。

(二)在公诉案件的审判中,证人有权拒绝回答任何使自己导致有罪的询问。即询问证人的内容直接包含着证人自己是某种罪行的实施者时,证人有权拒绝回答。但证人的这种权利应受到两点限制:(1)公诉机关控告该证人隐瞒证据或作伪证时,即已将证人作为被告时;(2)证人的罪行已被免除追诉时。

对共同犯罪人实行分化瓦解的刑事政策,是很多国家法例中的作法。我们有"坦白从宽、首恶必办、胁从不问"的政策,其他很多国家或地区有"坦白免责"的作法。"坦白免责"是指任何人在回答司法人员讯问中,揭露了全部犯罪事实,包括自己的犯罪活动时,法律给予这种人一定的免除法律责任的保护。这种作法大致可分为两种类型:

(一)对自己犯罪行为的回答或揭露,不得在追诉其刑事责任的诉讼中作为不利于他的证据采用。澳大利亚、新西兰、加拿大、西萨摩亚属于此类型。例如,新西兰《1910年秘密手续费法》第15条中规定:"不能免掉任何人口头或讯问式回答问题,或者提供证件清单的权利,这些回答或证件清单也许能判定或有助于判定他触犯了此条法令,但是在触犯此法令的罪行的刑事诉讼中,他的回答不能作不利于他的证据"。

(二)免除追诉责任。南澳大利亚、印度、尼日利亚、新加坡、马来西亚、香港、文莱属此类型。例如,新加坡《防止贿赂法》第33条中规定:"任何被要求提供证言的人员,当法院认为他在合法讯问中真实和全面揭发了全部事实时,应当有权收到由法官或审判官签署的证明书,从而表明在此案中,他在讯问中真实和全面地揭发了全部事实,该证书应当排除就这些事项对他进行的任何追诉。"

"审判不及公诉以外之人"的例外。在附带民事案件中,有时附带民事的被告人不仅仅就是刑事被告人,因此,只要附带民事的原告人向除刑事被告以外的其他民事被告提出赔偿请求的,尽管该民事被告不是被公诉的人,法庭亦有权审理。另外可以设想,不服检察机关免诉决定的被免诉者,经过申诉程序后,可向法院提出请求。根据事实和法律,法院可以继续追究被免诉者的刑事责任。对此,不应认为违背了"审判不及公诉以外之人"原则。

四、未经公诉的事实不受审判

提起公诉后,法院审理的事实范围是否局限在公诉书所指控的事实范围内,这就是公诉对事实的效力问题。在该问题上,目前国际上大体可分为两种情况,一为"可分主义",一为"不可分主义"。可分主义是指法院的审判不得超出公诉事实以外的其他事实;不可分主义则相反,是指法院的审判可以涉及到公诉事实以外的其他事实。

英美法系国家,刑事诉讼制度奉行"当事人主义"或实行"对抗式"。法官只是消极的仲裁者,不负有主动纠举公诉事实以外事实的职责,表现为公诉什么事实就审理什么事实,一般表现为可分主义。就是一些重要的大陆法系国家和地区也实行这种制度,例如德国刑诉法典第155条中规定:"调查证据与裁判,应以起诉所指之行为及起诉所控诉之人为限"。这里的以起诉所指之行为为限,就是可分主义的表现。此外我国台湾地区也实行这种制度,台湾刑诉法第268条中规定:"法院不得就未经起诉之犯罪审判。"也表现为可分主义。可以讲,目前"可分主义"在世界占主流。

目前我国现行的刑事诉讼法实行的可以说是不可分主义。我国刑诉法第12条第3款规定："合议庭认为案件证据不充分，或者发现新的事实，需要退回人民检察院补充侦查或自行调查。"特别是刑诉法第134条规定的更为明显："第二审人民法院应当就第一审判决认定的事实和适用法律进行全面审查，不受上诉或抗诉范围的限制。"从我国的司法实践上看，也是奉行不可分主义的。人民法院认为检察机关遗漏了犯罪事实，要求检察机关重新补充侦查、补充起诉的事情是经常发生的。法院退回补充侦查的事实大体可以分为两种情况，一是：法院在审判中发现了公诉方未掌握的新的犯罪事实要求检察机关补充侦查、补充起诉。在这种情况下，检察机关作为法律监督机关，从维护社会公益和被害人权利出发，往往接受退回补充侦查的决定，在查清新的犯罪事实后，补充起诉。另一种情况是：检察机关在公诉阶段就已掌握了法院审判时发现的事实，但由于证据不足等原因，在提起公诉时，未将该事实列入起诉书中，当法院对该部分提出退补时，检察机关往往不能接受。在实践中，检法两家常常在第二种情况中发生冲突，法院坚持要重新补充侦查，检察院认为补充侦查也收集不到证据，或者认为收集到的证据也不足以认定犯罪。造成了你退补我起诉多次往返，被告人被长期羁押的现象。被告人具有要求迅速审判的权利和不受长期不合理羁押的权利。但目前我国司法机关长期羁押人犯的情况还是比较严重的，有的三、四年迟迟不能结案，而且这种现象还多发生在审判阶段，其中重要的原因之一就是片面追求查清全部犯罪事实，奉行不可分主义，以至造成审判拖累和被告人长期不合理的羁押。

不少意见认为，对一人犯数罪，只要侦查机关下功夫认真细致地进行侦查，没有什么查不清的问题，并认为这是唯物主义可知论的必然要求。当然，辩证唯物论的认识论主张世界是可知的，人的认识能力是无限的。但这里所说的"人"，是指人类总体而言，其中既包括已逝去的人，现在的人，也包括还未出世的人。在这个意义上讲，人的认识是无限的，世界是可知的。但对具体的人来说，他们的认识必然要受到各种主观和客观因素的限制，特别是对更具体的检察人员、审判人员来讲，他们的认识能力是有限的，不可能达到无限的程度。因此，认为检察人员、审判人员对案件具有完全绝对的认识能力，是不符合认识规律的，反而有悖于辩证唯物论的认识论。在司法实践中，经常会出现书证、物证丢失，证人、被害人死亡或出国，共犯在逃等等客观情况，同时对案件的认识程度又受办案人员性格、文化、业务素质等主观方面的影响。在主客观条件的限制下，要求承办人员必须查清所有犯罪行为很不现实。

现在越来越多的人谈论到"犯罪黑数"，即未被揭露出来的犯罪数量，认为已发现的犯罪不过是"冰山之角"。犯罪黑数的存在实际上就是公安、检察、审判人员因受主观、客观等条件的限制，不可能完全揭露所有犯罪行为的必然反映。我们只能就已发现的犯罪进行审判，不可能审判还未暴露出来的罪行。即使是揭露出来的行为，也还存在着证据充分与不充分的问题，审判只能对有充分证据的行为追究刑事责任，对无充分证据的则不能。再有，一个人的数罪即便都有充分、确凿的证据，有时也没必要全部起诉或者全部审判。不少国家和地区的法例认为，一人犯有数罪的案件，当其中一罪可处重刑，其他罪对执行刑罚已无关紧要时，就可只起诉重罪，不起诉轻罪。同样，法院也并不在审理重罪时，再审理未起诉的其他轻罪。实际上，我国的法律也有类似的精神，刑法有关数罪并罚的规定并不适用数罪中有一罪可处死刑或者无期徒刑的情况。也就是说，数罪中有一罪可处死刑或无期徒刑的，再去查清其他罪行，对执行刑罚已无关紧要。1986年8月23日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于在打击流窜犯罪活动中需要注意几个问题的通知》中指出："在检察院起诉、法院审判以及律师辩护过程中，均

应当考虑到流窜犯罪分子多处作案、流动作案为查证工作带来的困难，只要基本犯罪事实清楚和基本证据确凿，就应该依法处理，不要过分强调不影响定罪量刑的某些枝节问题。”这一司法解释已经具有了比较明显的可分主义倾向。

在共同犯罪案件中我们已经在某种程度上承认了人与人是可分的，这实际上也就是在某种意义上承认了人与行为是可分的，承认了一个人的行为与行为之间是可分的。当然，一切行为都是人为的，一切人又都是有行为的人，人与行为密不可分。但几个人共同完成的一个行为，如果人与人可以分开，那么实际上就是将某人与某事分开，或者把某事分开。也就是说在共同犯罪中，可以不起诉某人，那么在单独犯罪案件中，我们没有理由再认为一个人的所有行为是不可分的。在“事”的可分性上，我们完全可以借鉴“人”的可分性，即当法院认为应当追究由检察机关遗漏的犯罪行为时，可以通过建议由检察机关补充侦查或起诉。如果检察机关认为补充起诉不当，法院就不应对该行为进行审理。

现代的刑事诉讼保证被告人合法权益的一条重要规则就是“有罪的一致性”与“无罪的非一致性”规则。“有罪的一致性”是指一切有罪并最终承担刑事责任者，均是公诉机关与审判机关一致意见的结果，当然这种一致性并不包括具体罪名上的分歧与量刑轻重上的不同意见，而是指在被告有罪应承担刑事责任这一点上两个机关必须是一致的。在有罪问题上是一致的，但在无罪问题上并不需要一致性，公诉机关与审判机关只要有一家认为被告人无罪，即使另一家持相反意见，被告也不应承担刑事责任。当然这是认定无罪的公诉机关或审判机关无干扰，不改变看法，始终坚持自己意见，充分发挥各自职能作用的必然结果。公诉机关坚持认为无罪就不会起诉也不会支持公诉，审判便无法启动或无法进行；审判机关认为无罪就会作出无罪判决，尽管公诉机关提出抗诉也是如此。“有罪的一致性”与“无罪的非一致性”实质是控审分离，互相制约，保障被告人免受不合理处遇的一种有效规则。但在不可分主义的影响下，有罪的一致性与无罪的非一致性均遭到破坏，因为法院认定的“新的犯罪事实”超出了公诉所指控的范围，是公诉机关不起诉与不支持的事实。如果在公诉方、辩护方均不认为有罪的事实上，法院作出有罪判决，那么就很难保证这种审判是公正合理的。

但作为一种例外，法庭审理公诉以外的事实，在个别情况下还是应该有的。如附带民事诉讼的原告人的请求，在公诉机关不支持或不能满足原告人请求时，法庭可以审理。因为这部分请求属于原告人的诉权。另外，不论是否有公诉支持，法庭可以就所有涉及程序上的事项作出裁决。

总之，在我国刑事诉讼法正在修改之际，建议确立公诉对人权的保障机制，即：在公诉案件中，无公诉不得启动审判程序；审判不及于公诉以外之人；审判不及于公诉以外之事；在有罪与无罪问题上，从程序上实行“有罪的一致性”与“无罪的非一致性”规则。