

司法文牍主义与开庭日

——关于刑事办案模式的实验性研究

孙 皓

内容提要:长期以来,中国的刑事办案模式都集中于文牍审阅的传统模式,造成法庭功能趋向的虚化。刑事诉讼制度改革不断推进,则从理论上夯实了“开庭日”的主导性地位。然而,作为司法实践的具体操作者,裁判主体似乎还是倾向于通过案卷的审慎分析得出结论。这究竟是一种亟待改造的失范对象,抑或本土法治资源的规律性投射,尚需要进一步梳理和厘清。针对此命题,不妨通过模拟实验的方法论手段加以解构,以阐释“司法文牍主义”与“开庭日”之间貌似互不相容的二元关系,从而使之共同服务于程序有效性目标。

关键词:办案模式 司法文牍主义 起诉状一本主义 案卷移送 审判中心

孙皓,天津大学法学院讲师、天津大学刑事法律研究中心研究员。

引言:“起诉状一本主义”与“全案卷宗移送”之争

随着“以审判为中心”刑事诉讼制度改革的深入推进,关于是否废止卷宗移送的案件流转模式,并代之以起诉状一本主义的争议性探讨,呈现复苏迹象。^{〔1〕}既然“侦查中心主义”被视作亟待革除的对象,那么消弭裁判者形成先入为主的预断可能,就随之凸显了应然价值。而其最终落脚点,无外乎衔接侦查与审判之间的信息载体——案卷笔录。如此,全案卷宗移送的事实传递路径必定成为众矢之的。其实早在1996年《刑事诉讼法》修改期间,起诉状一本主义的程序推进模式就备受推崇。虽然这种方案最终并未纳入立法体系,却以“主要证据复印件”的过渡样态契合了决策层对事实预断的排

〔1〕 参见陈卫东:《以审判为中心:解读、实现与展望》,《当代法学》2016年第4期,第19页。

斥心理。^[2] 然而历史的吊诡之处就在于：“理智的人倾向于过高地估计理智，倾向于认为我们必须把自己的文明所提供的优势和机会，一概归功于特意的设计而不是对传统规则的遵从，要不然就是认为，我们运用自己的理性，通过对我们的任务进行更为理智的思考，甚至是更为恰当的设计和‘理性的协调’，就能消灭一切依然存在的不可取现象。”^[3] 在此后的 15 年光阴里，“复印件主义”的中庸安排不仅饱受办案群体的广泛非议，甚至在大部分地区都遭遇了被束之高阁的命运。^[4] 为此，2012 年的《刑事诉讼法》再修改不得不在权衡利弊后，再度导向全案卷宗移送的传统做法。实际上，起诉状一本主义面临的抵牾与掣肘，更多来自于本应作为受益方的审判主体。时至今日，最高人民法院在针对“以审判为中心”大肆造势之际，似乎还是就此项争议保留了刻意回避的态度。^[5] 换言之，即便起诉状一本主义的变革思路在逻辑上形成无懈可击的自洽性，也难以在裁判者的内心深处获得更多共鸣。这其实不过是一种流于表象的矛盾投射，背后所暴露的则是裁判者对办案模式的路径依赖。

对于大多数法官而言，接受起诉状一本主义意味着要完全倚仗庭审机制汲取案件信息，并即时推导具有可靠性的司法决策。这种极度依赖直言词的行为趋向，显然迥异于过往诉诸书面的思维定势，自然会触发某种非适应性，抵触情绪的滋长再正常不过了。由此，基于文牍信息的裁判逻辑与源自现场听证的审理方法之间，便在学理认知层面形成了泾渭分明的二元关系。我们不妨将书面办案模式以“司法文牍主义”的概念进行归纳（以下简称“文牍主义”）；^[6] 而“开庭日”系指代法庭审理的核实机制。^[7] “起诉状一本主义”与“全案卷宗移送”的优劣之争，貌似可归咎于决策预期同实践需求的认识龃龉，根源却应归结在两种不同办案模式的相互竞争上。中国的司法决策追求以“开庭日”取代“文牍主义”的范式转型，固然契合了理论希冀的价值取向。但是，沙盘推衍毕竟有别于现实操作。相关办案主体针对“开庭日”暴露的诸多不耐之处，究竟是切实存在的客观局限所致，还是惯性使然的搪塞反应；“文牍主义”到底是司法传统的天生要素，抑或必须加以诊治的隐疾，或许通过某些带有实验性质的研究，方可提供富有说服力的答案。

[2] 所谓“起诉状一本主义”，是指公诉机关在起诉时，除公诉书以外，不得向法院附带任何可能导致法官预断的证据或其他文书，意在避免法官提前接触具体的指控材料，从而衍生不利于被追诉者的偏见，造成先定后审的恶性局面。1996 年《刑事诉讼法》修改并未全盘接受这样的思路，而是推出了所谓的“复印件主义”，即检察机关提起公诉时，除了提交起诉书，还应当附有证据目录、证人名单和主要证据复印件或者照片。参见李奋飞：《从“复印件主义”走向“起诉状一本主义”》，《国家检察官学院学报》2003 年第 2 期，第 60 页。

[3] [英] 弗里德里希·奥古斯特·冯·哈耶克著：《致命的自负》，冯克利、胡晋华等译，中国社会科学出版社 2015 年版，第 58 页。

[4] 参见陈瑞华：《案卷移送制度的演变与反思》，《政法论坛》2012 年第 5 期，第 15 页。

[5] 参见沈德咏：《论以审判为中心的诉讼制度改革》，《中国法学》2015 年第 3 期，第 10 页。

[6] 所谓司法文牍主义，即强调办案活动必须以书面案卷材料作为基础，通过分析其中的证据信息，进而判断案件的客观事实，随之做出决策。

[7] “开庭日”的说法源自达玛什卡对于司法协作模式的论断，即“在一场公开表演的氛围中，社会规范得到明确表述，或者那些已经得到表述的社会规范被庄严重申”。在本文中指司法裁判主体借助公开的法庭审理，得以了解案情从而形成判决。参见[美] 米尔伊安·R. 达玛什卡著：《司法和国家权力的多种面孔》，郑戈译，中国政法大学出版社 2015 年版，第 81 页。

一 决策环境的虚拟呈现

针对不同办案模式的比较评价,断不能以想当然的方式进行片面诠释,而可考虑见于适度还原个案决策的虚拟情景。毕竟,只有在接近客观场域的制度环境内,相应权力主体对“文牍主义”和“开庭日”的心理态度才可能予以最真实的反映。而创设此种氛围的关键性前提,就是准确析出其间具有主导效能的变量关系。无论是自然科学抑或社会科学领域,指涉命题的经验分析都不可能离开这一核心线索的解构。所谓变量的概念,即指研究进程中需要予以精确描述的现象和事物的状态。需要注意的是,实践中变量的存续往往是对向性的。在一组变量关系内,能够影响其他变量发生变化的称为自变量(X);而受前者影响之产物即为因变量(Y)。简单来说,“X→Y”的进程代表了一种因果关系范式。^[8] 在本文的语境内,刑事案件的办理模式就是自变量,而由此生成的裁判效果构成因变量。通过实验方法的介入,可以近乎完整地再现这组变量关系。一旦不同办案模式影响下的“Y”值存在差异,就能逆推自变量的内部类型之优劣。

(一) 实验策略的选择

涉及研究方案的设计规划,本文将集中于两个维度的意涵阐释,即“模拟”与“比对”。就前者而言,并非所有研究事项都具备现场干预之条件,鉴于诸多现实因素的限制,部分变量只能通过虚拟环境加以重塑。^[9] 譬如,由于无法介入最终的秘密评议,域外针对陪审团机制的研究往往采用一定的模拟手段,并逐步演化为影响广泛的“影子陪审团”。^[10] 在本文的实验研究中,之所以侧重于虚拟手段还原办案模式的实际运作,固然有成本投入的考量,而更为关键的因素却是防止“霍桑效应”的恣意衍生。^[11] 当真正的法官在进行裁判活动时,一旦发觉自己成为被测量的对象,难免会实施主动迎合研究预期的行为,导致结论的可信度降低。笔者并不反对将庭审实质化的构成要件以试点方法投放到真实客观的司法流程当中,但直接假定办案主体的态度反馈作为相对独立的因变量,多少值得商榷。毕竟,置身其中的法官大都提前知晓方案设计的真实意图,在“霍桑效应”作用下行口是心非之举是断难预料的。^[12] 何况“因变量”是一个具有综合属性的概念范畴,绝不可能为裁判者的主观心绪所完全主导。故而,将刑事案件的办理过程通过虚拟方式呈现,更利于研究者对其中变量的有效控制,以避免结论推导会不自觉偏离应然轨迹。

[8] 参见袁方主编:《社会研究方法教程》,北京大学出版社2015年版,第57页。

[9] 参见 Frank E. Hagan, *Research Methods in Criminal Justice and Criminology*, Pearson Education, Inc. 2003, p. 106。

[10] 在英美国家,大部分相关研究都是立足于模拟的实验性陪审团与虚构的案件,并通常都由大学生担任模拟陪审员,旨在调查陪审团裁判的效度。参见[韩]李哉协、何挺等:《韩国影子陪审团评议过程实证研究》,《国家检察官学院学报》2016年第1期,第155页。

[11] 霍桑效应是指个体意识到自己被研究而产生的非典型行为或态度,从而使结果缺乏效度。这一理论源于20世纪20-30年代,美国研究人员在芝加哥西方电力公司霍桑工厂进行的工作条件、社会因素和生产效益关系实验中发现的实验者效应。参与实验的工人似乎认为研究者要他们进行表演,而非在正常环境下展现自然行为。这种默认的“豚鼠”或者“傀儡”效应,可能是在研究对象清楚自己正被观察的情势下普遍发生的现象。参见 F. J. Roethlisberger and William J. Dickson, *Management and the Worker*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1939, p. 37。

[12] 参见魏军、王晓燕等:《刑事庭审实质化改革“成都经验”将全国推广》,《成都日报》2017年1月4日第1版。

关于后者,衡量“文牍主义”与“开庭日”之优劣得失的关键点,主要体现在双方的实施过程和效果对照上。“客观、公正地测量实验效果是实验的重要组成部分,只有通过比较,才能达到这样的目的”。^[13] 因此在本文的实验环节,需要分别模拟依据案卷与庭审来完成司法裁判的决策氛围,并将从中提取的相关指标进行横向对比,以进一步辨识两种办案模式的被接受度。为了最大限度激活模拟实验的内在功效,必须选择真实的案例作为自变量施加影响的对象,并根据客观条件赋予其可评价性,以保证实验情境的逼真化。^[14]

(二) 实验素材的供给

总的来说,现有司法职业人员恐怕无法承担这种比对式实验的责任负荷。除了“霍桑效应”的潜在风险,长期的文牍主义浸淫也弱化了裁判主体的自我反思能力,使其难以摆脱固有模式的框架束缚。“法官一般倾向于极大地依赖卷宗,并沉迷于卷宗是真正‘司法’审查结果的神话”。^[15] 基于此,模拟裁判的环境塑造才成为退而求其次的适宜选项。假设完全由职业法官充实研究样本,无论是“霍桑效应”导致的主动迎合,还是惯性思维影响下的行为固化,均会诱使其职业能力沦为有违实验初衷的干扰因素。因而,作者选定正在进行法科学习的高校研究生担当样本参与者。一方面,理论素养的持续积累确保他们能对司法个案给予相对专业的判断,同时知识的有限性也足以遏止“切事化”地过度张力。^[16] 另一方面,近乎于“白板”的职业履历主动抵御了体制旧习的吞噬,保障其能平等审视迥异的案件类型。需要强调的是,完全不必忧虑缺失社会经验将导致样本群体难以融入模拟实验的身份设定。殊不知 40 多年前,闻名于世的“斯坦福监狱试验”就充分佐证了学生群体的情境适应能力。^[17] 相反,他们的行为表现及态度反馈,甚至能够帮助研究者开拓不易察觉的思维路径。

当然,或许有人会忧虑于模拟法官与职业裁判者之间的经验性差别,并就此质疑研究结论的实践价值。事实上,这是一种对司法专业化过度迷信所衍生的错觉。至少在中国当前的现实环境中,具有约束力的裁断也不外乎作为涵摄的产物呈现,而较少出自人生阅历的持续累积。^[18] 当赵春华非法持枪、于欢故意杀人等个案判决屡屡制造国法与人情之

[13] 宋英辉、向燕:《关于司法改革实验项目中开展有效比较的思考》,《国家检察官学院学报》2011 年第 1 期,第 73 页。

[14] 参见何挺等编译:《外国刑事司法实证研究》,北京大学出版社 2014 年版,第 105 页。

[15] [美]亚伯拉罕·S. 戈尔茨坦、马丁·马库斯:《司法监督在三种纠问制(法国、意大利和德国)中的神话》,郭志媛译,载[美]虞平、郭志媛著:《争鸣与思辩:刑事诉讼模式经典论文选译》,北京大学出版社 2014 年版,第 442 页。

[16] “切事化”地处理事务主要意指,根据可以计算的规则,“不问对象是谁”地来处理事务。参见[德]马克斯·韦伯著:《支配社会学》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社 2010 年版,第 46 页。

[17] 心理学家菲利普·津巴多和他在斯坦福大学的同事在普通学生身上做实验,把他们关在像监狱一样的心理学系地下室里,一些人当囚犯,另一些人则做狱警。心理学家的目的是扯掉学生个性的面具,然后看看在那种情况下事态会如何演变。最终,对囚犯的敌意、虐待和凌辱一天比一天厉害。那些原本是和平主义者的孩子后来却做出虐待人的行为,从施暴、行恶和惩罚囚犯中得到快乐。原本这项实验计划持续两周的时间,但六天之后就不得不终止,因为情况已经失去控制。参见[美]马克·布坎南著:《隐藏的逻辑:乌合之众背后的模式研究》,李晰皆译,天津教育出版社 2011 年版,第 9 页。

[18] 所谓“涵摄”,指的是将具体的案例事实,置于法律规范的要件之下,以获得一定结论的一种思维过程。易言之,即认定某特定事实是否该当于法律规范的要件,而发生一定的权利义务关系。参见[美]本杰明·N. 卡多佐著:《法律科学的悖论》,劳东燕译,北京大学出版社 2016 年版,第 129 页。

间的摩擦,进而引发公众情绪的剧烈波动之际,职业法官以逻辑三段论作为排他性方法的职业范式便凸显了出来。^[19] 暂且不论这一境况存续的是非对错,单就此项技术的操作能力而言,处于专业训练周期内的法科研究生未见得逊于所谓的职业人士。何况在时下的司法系统内,初出茅庐者独挑大梁已然是案多人少背景下司空见惯的现象了。从这个角度看,两类主体在经验值上的大相径庭绝不至于将模拟实验导入错谬的论证循环。相比之下,案件事实的映射模式反倒更容易影响法律涵摄的顺畅与否。

此外,实验逻辑的顺利展开需要适宜的载体支持。为了便于后续的指标比对,作者分别筛选了两起典型个案并将其第次提供给样本群体,作为不同办案模式的体验来源。这里可以将二者分别称为“A案”和“B案”。之所以未安排相同个案分别适用“文牍主义”与“开庭日”进行直接对照,主要是为了防止存在时序先后性而导致认知偏见。进一步论,保持案件供给的同一化虽然有助于维持等效性,却更容易造成比照对象在质效层面的人为混淆。^[20] 这样一来,就要求A案与B案必须具备相当多的共性(事实也的确如此)才能尽量保证前述比对的科学性与可靠性。^[21] 于是,尽管在案由上有所差别,两起个案却都可归类于“疑难杂症”的行列。其中,A案为甲某涉嫌合同诈骗案,证据信息全部记载于卷宗内。样本群体只能通过阅读案卷把握事实情节,进而形成内心确信。^[22] 取材于英国司法实践的B案则是一起持枪抢劫案件,针对被告人乙某的法庭审理几乎全面呈现了对抗主义的精髓。^[23] 无论是交叉讯问抑或陈词辩论,均有板有眼地系统展示了控辩双方的观点。该案的法庭审理进程是以视频录像形式完整保存下来的,通过封闭环境下的集中播放足以催生样本群体的角色代入。不遑多论,上述两起案件的决策生成路径各自代表了“文牍主义”与“开庭日”的理想样态。当然,这其中也渗入了某些滥觞于不同法域的背景因素。鉴于在我国当前的司法实践中,尚难以挖掘完全契合庭审实质化之理想预期的个案成例,^[24] 故而作者只能诉诸英美法系的对抗式样板来弥补这一研究盲点。某种

[19] 参见孙皓:《论公诉权运行的机械性逻辑》,《法制与社会发展》2017年第5期,第100页。

[20] 所谓“等效性”,是指由设计者尝试将参与对象进行筛选,并分配到相互对照的样本组别中,同时设定其在所有方面都具有相似性。参见Peter B. Kraska and W. Lawrence Neuman, *Criminal Justice and Criminology Research Methods*, Pearson Education, Inc. 2008, p. 246。

[21] A案与B案具有诸多实证意义上的共同特征,如二者均系自然人涉案、情节颇为繁琐、证据指向缺乏一致性、事实真相难以判断等。

[22] A案是根据我国发生的一起真实刑事案件改编而成。在作者提供给模拟法官的书面材料中,被告人甲某涉嫌骗取某房地产开发企业拆迁费460万元。被害人方面提出了有利于己方的一系列证据,但主要为言词证据,且来源上与其存在利害关系。被告人提出的辩解为,该笔款项为其与公司负责人的个人债务清偿,亦提供了支持此论点的相关证言。本案并不存在直接认定事实的物证、书证等形式,最终由主审法院要求检察机关以撤诉方式了结。为了便于实验,作者并未告知模拟法官本案真实的处理结果。

[23] B案是一起发生在英国的案件。在该案中,乙某被指控持枪抢劫了某小镇银行的400英镑现钞。在庭审现场,控方申请银行职员以及其他储户作为目击证人出庭作证。而辩护一方则以被告人的当场陈述及其妻子证言,试图证明被告人不在犯罪现场。同时,辩护人通过交叉询问挖掘公诉人所提供证人证言的缺漏之处,揭示枪支等相关物证未能查获等不足。最终,该案被告人被当场判决无罪。基于模拟实验的需要,有关宣判的部分并未向模拟法官播放。

[24] 这是不言自明的客观存在,否则就无法解释庭审实质化改革在时下的迫切性了,而增强“开庭日”模式的决策比重也绝不可能于朝夕间便见成效。参见龙宗智:《论庭审实质化的路径和方法》,《法学研究》2015年第5期,第141页。

程度上,以“开庭日”为主导的案件承办基调确实仅存续于人们的主观印象,既然缺失了现成的考察范本,以域外经验作为命题假设的来源不失为满足实验要求的权宜之计。由此,针对刑事办案模式的实证探索已然完成了基础性的“板块拼图”,从而搭建起相对系统的研究框架(见图 1)。

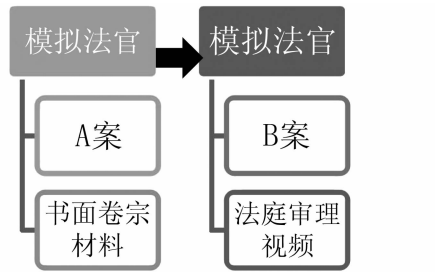


图 1 模拟刑事办案模式的实验研究框架

(三) 实验方案的操作

从研究便利性的角度出发,作者是以课堂教学作为平台来操作上述实验方案的。或许会有人提出疑问:这样的虚拟布局是否能原汁原味地回溯两起案件的办理全程。诚然,课堂教学的环境条件与司法程序的运行逻辑之间势必存在着差异。然而,“一项旨在测试差异的实验,并不必定会因为实验条件与真实条件之间的不一致而导致无效”。^[25] 其实在司法实践中,文牍主义的办案方式完全可以凝炼为“阅卷→裁判”的线性演绎,在行为本质上亦具备可模拟性。尽管课堂教学环境与刑事办案所依赖的物质基础之间具有天差地别,但也仅限于外部形态上,在内涵指向上终归会殊途同归。同理,庭审活动的抗辩过程也可以借助一定的媒体技术予以情境重现,而裁判权的消极中立特征无疑会降低模拟的难度。

就本项实验而言,只要能够分别突出案卷与庭审对于事实认知的排他性功能,即不失为成功的方案设计。为此,实验活动分为两个阶段有序推进。在第一阶段的课堂实验中,150 名法科专业研究生实际扮演了模拟法官的角色。在长达 3 个半小时的时间里,通过审慎阅读 A 案的全部卷宗材料,模拟法官需要当场形成自己的判决结论。且在此过程中,相互之间不得有任何观点交流,以确保裁断的个别性与独立性。随之,作者藉由问卷发放和个别访谈的方法,进一步把握模拟法官行使权能的思维脉络,以及针对书面办案模式的心理认知。当实验研究进入第二阶段,近乎相同的人员班底又在新的课堂环境中对 B 案的庭审进行了现场视频观摩。^[26] 该案的审理大约持续了 1 个半小时。模拟法官在此后 2 个小时的时间里对庭审信息加以斟酌,进而不受任何干扰地做出裁判。同理,作者也向所有的模拟法官发放了调查问卷,并结合部分“一对一”形式的定性访谈,评估“开庭日”办案模式的运作情况。就此,实验活动的“两步走”进程全部完结。

[25] [美]理查德·A.波斯纳著:《证据法的经济分析》,徐昕、徐响译,中国法制出版社 2004 年版,第 140 页。

[26] 这一阶段有 144 名法科专业研究生扮演了模拟法官角色。他们全部参与了之前对于 A 案的模拟审理。

“科学研究的重要目标是探索和揭示现象之间的因果联系”。^[27] 显而易见,实验活动供给的两起案例均具有复杂性和争议性特质。尽管在案由及微观细节方面大相径庭,却不能否认二者在处理难度上的趋同化。如果将 A 案的模拟裁判效果视作因变量,即 Y_1 ; 而针对 B 案的审理以另一种因变量 Y_2 作结,那么其差异点的归类就必须从“文牍主义”(X_1)与“开庭日”(X_2)——这两种自变量——的分歧中进行剖析。反之,一旦 Y_1 与 Y_2 之间的差异程度未臻于显著性的要求,那么两种自变量的影响力就不存在鲜明的对比价值。尽管这只是一理想状态的结论演绎,其有效性指标取决于实验进程中的变量控制,但从研究范式的成熟度分析,本项实验的评估模型已不落窠臼得以彰显。

(四) 实验结论的阐述

着眼于整体性比对的结果, $Y_1 \neq Y_2$ 的假设最终还是转化为现实。(见图 2)从折线图描绘的轨迹态势看,作为一个集合体的模拟法官对于两起案件的处理呈现了完全不同的意见分布规律。^[28] 在对 A 案的书面证据材料进行综合分析后,样本群体并未形成高度一致的法律评价,反而出现了内部观点的明显割裂。主张认定甲某实施合同诈骗行为的模拟法官,与强调案件存在较大疑点者,形成了近乎对等的数值比。这表明,单纯依靠文牍审核并不能有效避免司法决策的意志摇摆,反而会催生错误分配机制的非均衡性风险。^[29] 反观 B 案的裁判结论,同样来源的模拟主体却一边倒支持对乙某做无罪处理。经相应的定性访谈发现,模拟法官对 B 案庭审中的辩护质量普遍给予了高度评价。在大多数人看来,正是辩护律师利用交叉诘问的契机,通过持续攻讦公诉方证据链条的薄弱点,才使得自己对于乙某涉罪的指控体系产生了合理怀疑。较之 A 案的文牍审查,B 案中仰赖口头对质的形式似乎更能令人关注某些隐晦细节,进而拓宽裁判主体的事实认知空间。

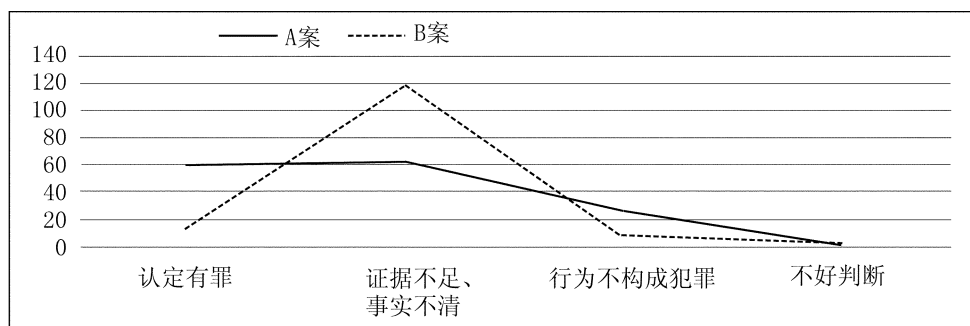


图 2 裁判结论的整体比对

[27] 风笑天著:《社会学研究方法》,中国人民大学出版社 2009 年版,第 208 页。

[28] 这里之所以采用折线图的形式,就是为了能够清晰反映样本群体对于 A 案与 B 案在处理结论上的聚合度差异。在具体的数值分配方面,模拟法官中认为甲某构成犯罪者有 60 人,主张证据不足、事实不清的达到了 62 人,而倾向于其行为不符合犯罪要件的有 26 人,其余 2 人表达了无法判断的看法;对于乙某的行为,有 15 人确定其有罪,认为证据不足而无法定罪的达到了 118 人,另有 8 人认为其行为不构成犯罪,还有 3 人选择了难以判断。

[29] 所谓“错误分配机制”,是指假定刑事审判的错误不可避免,需要由一定的制度导向来决定,案件处理是以错误的无罪认定为主,还是以错误的有罪认定为主。参见[美]拉里·劳丹著:《错案的哲学——刑事诉讼认识论》,李昌盛译,北京大学出版社 2015 年版,第 32 页。

而结合目前的庭审实质化之改革预期,前述裁判结果的量化比对亦符合两种办案模式在影响能力上的理论假定。长期以来,决策层之所以极力倡导“开庭日”的功能发散,就是寄希望于其能利用自身的亲历性氛围,最大限度遏制事实认定的偏差。毕竟,单纯基于书面阅卷的真相衡量,恐怕断难企及察言观色之下的甄别效果。某种程度上,这一点也间接反证了本次模拟实验在操作效果上的说服力。

现在,不妨再做一个概率论上的命题假设,来辅助前述的量化分析。如果目前有 150 个 A 案(即 A_1 、 A_2 、 A_3 、 A_4 、 A_5 ……),且其事实内容完全一致,而由 150 名独立法官分别处理,那么按照公正价值的要求,应当最终形成 150 份结论相同的判决。但是在本次实验塑造的话语逻辑内,是绝不可能企及的目标。假设有罪认定为符合真相的准确论断,那么最终判决的公正比率就是 $60 \div 150 = 40\%$;而倘若“无罪”为合理判决,这一数值就应当是 $(62 + 26) \div 150 = 58.7\%$ 。但是,这并不是—种值得欣慰的现象,因为无论是哪种判断占据上风,作为其反面数据的错案率都是相当高的。再看 B 案,当 144 个相同案例(即 B_1 、 B_2 、 B_3 、 B_4 、 B_5 ……)以同样的方法进行配置,有罪判决率与无罪判决率的比值为 $10.4\% : 87.5\%$ 。毫无疑问,在司法判决中完全杜绝误判是不可能的。但这种情形下,如果无罪认定符合普适性的公正要求,错谬决策的风险就降至了较低层级,足以控制在可被容忍的范畴内。当然,一旦有罪判决的价值得到肯定性承认,也意味着司法权威将遭受重创。可是,—则这类危机的衍生概率已然微乎其微;二则从分配主义的角度,错误无罪本就会制造少于错误有罪的社会损害。故而, Y_1 与 Y_2 之间的效果对照其实已经不言自明,但研究进程却不能止步于此。何以两项因变量会呈现上述差别,尚需要围绕作为自变量之 X_1 及 X_2 的功能意涵挖掘线索。裁判主体对“文牍主义”与“开庭日”的主观认知以及行为适应度,都会影响办案模式的决策方向。

二 文牍主义的影响路径

即便没有 B 案的“开庭日”模式作为参照,模拟法官也未见得不能对司法文牍的缺陷有所认识。但问题在于,实践中的刑事办案早已和卷宗为代表的书面信息形成了难以拆解的关系联络。而相涉的情绪生成源自固有社会运行体系的长期作用力,连潜在的法律职业者都难免在其影响下行因势利导之举,遑论长期根植于日常办案实践的个体单元。在这种模式主导的“法发现”进程中,^[30]真正起决定意义的是某些机械的自发性规律。^[31]而裁判主体的心理态度也由此化约了更加复合的成分,并深刻投射于案件流程的动态轨迹。为此,有必要循着“现象—诱因—根源”的递进式路径,求索“文牍主义”形成影响力的“密码”。

[30] “法发现”指的是将那些被制定的规范和透过法学思考的工作而从那些规范导出的一个个“法命题”,“适用”到“涵摄”在这些命题下的具体“事实”上。参见[德]马克斯·韦伯著:《法律社会学》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社 2011 年版,第 25 页。

[31] 参见[法]埃米尔·涂尔干著:《社会分工论》,渠敬东译,生活·读书·新知三联书店 2017 年版,第 64 页。

(一)现象:功能认知的折中化

如果以功能论作为分析框架,模拟法官在亲身体验之后,对于“文牍主义”办案模式大体表现了一种折中趋向的认知态度。一方面,亲历性的付之阙如孕育了事实调查的片面化因子,同时亦加大了司法归责的谬误风险。对于如此突出的先天缺陷,样本群体中的大多数其实已经了然于胸。^[32] 在关于 A 案的模拟实验结束后,问卷调查显示竟有 84% 的模拟法官表达了对“文牍主义”的不信任感,认为仅凭此方式难以支持法律认定的客观性和精密性诉求。进而,80% 以上的模拟法官均主张在审核书面证据的基础上,还需要通过各方当事人的现场对质来补强内心确信。毕竟,以书面程式为载体的控制系统内,证明过程的“外部性”特征仅保证了形式逻辑的对称,而无法消弭文字表述隐含的矛盾点。^[33] 特别是当不同的笔录内容——作为言词证据的主要存续形式——面临着相互矛盾的局面时,单凭裁判者所自诩的“火眼金睛”尚难完全阻遏认知偏差的非规律性摄入。而在 A 案设定的决策场域内,目标指向不一的书面材料最终催生了样本群体的观点割裂。毋庸置疑,任何一种结论性意见的采信都意味着错误分配机制将导入混乱因子。倘若被追诉人只是诉讼案卷里一个毫无生气的名字或者国家惩罚流水线上的客体,“文牍主义”的垄断性也许还不足以构成功能论层面的“法命题”。^[34] 然而,刑事诉讼的现代化进程早已不能容忍蔑视主体性的心理动机。因此,案情信息的表现样态必须以“立体化”替代“平面化”。^[35] 藉由当事方即时表达验证自由心证的高度盖然性,无疑是裁判者臻于权责一致的妥当路径。

另一方面,模拟法官也并没有从根本上排斥“文牍主义”的存在价值。尽管已经总体窥见“文牍主义”所内嵌的功能性障碍,样本群体中的大多数还是倾向于保留此种办案模式,反而无法接受书面审查的彻底消逝。具体而言,共有 97 位模拟法官在接受访谈时表示能够完全适应这种诉诸案卷的办案模式。可以想见,当这些朝气蓬勃的法科生转型为真正的职业法官时,恐怕亦难果断地将“文牍主义”认定为失范的办案方式。既然知晓“开庭日”的功能优势,却又难以舍弃固有的方法类型,这恐怕不应归咎于过往的路径依赖,实则暗含了两种办案模式在其心目中的次序性。“人们过去做出的选择决定了他们现在可能的选择”。^[36] 通过模拟裁判的情境分析,有助于推测现实中专业人士的行为倾向。可以说,只要具备理性人的身份属性,且居于法律决策的特殊位阶上,大多数群体类型在此时的主观情绪恐怕都会接近某个均值。尽管折中主义的认知思路似乎不大符合理论规范影响下两种模式的关系定位,但是以构建交互性的手段突破二元悖论的藩篱,显然能博取更多的感性支持。换言之,无论是职业法官抑或模拟裁判者,都希冀于“文牍主义”与“开庭日”保持一种平行状态,且形成互补性的功能架构,而非在二选一的偏狭命题里踌躇不前。这样,庭审的激活就可被视作一种认知强度的夯实,而避免充当颠覆固有模

[32] 需要说明的是,在实验开始之前,作者对于两种办案模式的特征及优劣并未向样本群体做任何引导性的明示或者暗示。

[33] 参见龙宗智:《印证与自由心证——我国刑事诉讼证明模式》,《法学研究》2004 年第 2 期,第 109 页。

[34] 参见兰荣杰著:《刑事判决是如何形成的?基于三个基层法院的实证研究》,北京大学出版社 2013 年版,第 127 页。

[35] 参见李奋飞:《我国刑事诉讼制度持续发展因子探析》,《法商研究》2016 年第 5 期,第 116 页。

[36] [美]诺思著:《经济史中的结构与变迁》,陈郁、罗华平译,生活·读书·新知三联书店 1994 年版,第 1 页。

式的革命性角色。一则,大部分人都不会认可案卷笔录的核心地位,且能意识到其中蕴藏的失真风险;^[37]二则,倘若书面材料完全被置于裁判视野之外,就等同于为司法决策权施加了时空限制,大大增加了案件处理的难度系数。无怪乎在很多职业法官看来,绝对意义上的庭审中心主义与司法权组织运行的无序化是别无二致的。所谓折中主义的功能认知,不过是寄希望于两种模式能够有机糅合起来,且以某种妥帖的次序排列继续贯穿于刑事程序。那么,假设将裁判主体完全剥离出过往的系统环境,又会出现怎样的局面呢?在这样的设问模型中,可以对诱发上述现象的内因进行甄别和归纳。

(二) 诱因:依赖心理的本体化

“文牍主义”与“开庭日”的二元分野并非凭空捏造的范式类型,而是基于普遍性的制度经验所形成的通识价值。纵观两大法系的示范框架,英美国家从未见诸于文书档案的管理方式以促进司法秩序的优化,加之起诉状一本的原生效应,即在历史传统上否定了办案模式之多元可能。尽管欧陆国家的诉讼运行模式肇始于卷宗审阅,却也在自我周延的循序进程中革除了其作为裁判依据的元规则,而重新确立庭审与事实发现之间的对向性联系。^[38]无可否认,两种办案模式的随意交叉肯定会助长裁判者的预断趋向,进而妨害司法权运转的中立属性。既然如此,在两者之间维系适当平衡的意愿就必定出于某种极其强烈的本能诉求,否则不足以生成突破二元悖论的内在驱动力。“本能实际上是一种比较固定的行为方式,它的目标已经固定在比较狭窄的范围里。它使个人的行为千篇一律,只要具备了各种必要条件,这些行为就不断机械地重复着。换言之,行为本身已经固定在形式之中”。^[39]无论是司法人员抑或模拟裁判者,书面信息实际上已内化为行为模式的依据来源,并呈现出深刻的本体主义特质。准确地说,对于案卷文牍的高度依赖,目前可视作“人脑中被转化和改写的物质”,构成了一种本能性格。^[40]为了实现上述命题的证成,作者也在调查问卷中设计了相关选项。问卷的问题是:“在没有这些书面材料的情况下,如果让你以现场审理的方式处理案件,你能够对案件做出即时的准确判断吗?”其中有 6 人选择“能”,而有 144 人选择“不能”。

不出所料,大部分模拟法官都自认无法凭借纯粹意义的“开庭日”模式,确保高质量地做出即时决策。令人颇感意外的是,这是所有问题设计中答案分布比例最为悬殊的。1:24 的数值对照意味着,大多数模拟法官均缺少这样的自信:在不持有案卷的情况下依然能准确评断是非。社会学家卢曼认为,规范期望与认知期望的二分方法代表了一种自治的定理体系。前者指其一旦遭遇失望就必须适应现实;而后者则是当某人并没有遵循期望行事之时,也不必以自我放弃为代价。^[41]套用这一分析工具,当前模拟法官对“文牍主

[37] 参见陈瑞华:《案卷笔录中心主义——对中国刑事审判方式的重新考察》,《法学研究》2006 年第 4 期,第 65 页。

[38] 参见王兆鹏著:《美国刑事诉讼法》,北京大学出版社 2014 年版,第 586-596 页。

[39] [法]埃米尔·涂尔干著:《社会分工论》,渠敬东译,生活·读书·新知三联书店 2017 年版,第 280 页。

[40] 参见[德]古斯塔夫·拉德布鲁赫著:《法哲学》,王朴译,法律出版社 2013 年版,第 24 页。

[41] 卢曼举了这样一个例子来说明二者之间的内涵差别:“例如,我正在等候一位新秘书。这个情景就包含了认知性期望和规范性期望两种成分。她可能年轻、漂亮,有一头金黄头发。我对这些事实抱持一种认知性的期望,如果女秘书带来的信息与我的期望不一致(失望),我必然会对失望进行适应,比如我不再坚持认为她的头发必须是金黄色的……但对于她需要完成的分内之事,我却抱着规范性期望。”参见[德]尼克拉斯·卢曼著:《法社会学》,宾凯、赵春燕译,世纪出版集团 2013 年版,第 81 页。

义”的依赖心理其实更符合认知期望的内涵界定,即案卷材料的信息支持倘若完全被“开庭日”所抵消,由此形成的失望便足以破坏现存结构的稳定性。而反观规范期望框架内的理想“自画像”,则要求裁判者无论内心如何难以割舍,都必须彻底扬弃“文牍主义”,而主动适应亲历性的新型工作模式。之所以存在这种期望类型上的偏差,已然本体化的心理习惯无疑扮演了控制变量的角色。^[42]

“归于传统是诠释学的一个条件;而传统不可避免地驱使我们用我们的前见来观察这个世界,不论这些前见是好还是坏,从而造就我们的偏见”。^[43] 强调庭审的实质化效能,根本意图在于消除案卷材料生成偏见的功能,进而确保审判权完全依靠亲历性手段实现公正结果。^[44] 如前所述,选择非职业法官充实样本的缘由,本就斟酌了行为惯性的因素。即使如此,本体化的依赖心理仍旧难以阻遏地诱发了模拟法官的折中态度及相应的行为倾向。考虑到现实维度中审判机关对起诉状一本主义持有的退避三舍态度,就足以映衬职业群体与“文牍主义”之间的感性联系。故而,完全可以确认模拟法官的表态具备高度的仿真性。那么,为何连虚拟身份的裁判主体都能迅速顺应此类职业习惯呢?其间的根源恐怕尚需藉由结构主义的立场加以梳理和诠释。

(三) 根源:科层结构的广泛化

在模拟实验的评估进程中,定性手段的运用总是会裨益于某些细节问题的发现,进而促成研究链条的有序衔接。^[45] 在涉及第一阶段的模拟实验完成后,作者与部分模拟法官进行了个别访谈,很多人表达了这样的观点:如果处于真实的司法情境内,就希望有一个可以代为决断的上级。这几乎成为共识性的意见,即支持将案卷信息经适当整合后传递给更高层级的决策者。由此间接表明了,在具备行政结构的场域中,等级秩序构成了缓解压力的有效渠道。某种程度上,模拟法官的表态暴露了其内心深处的潜意识,亦指向“文牍主义”牵涉的终极致因——科层制。西方有学者曾经提出过“育儿器”的概念,即“不让孩子长大成人,然后再抱怨孩子不成人”。^[46] 对于“文牍主义”的办案范式而言,科层结构实质承担了这种“育儿器”职能。当司法决策存在于僚属秩序的寄生空间时,案情信息可以转移到新的权力主体手中,随之凸显了卷宗的载体优势。“科层结构中的官员喜欢以书面文档为根据做出决策”。^[47] 而追溯历史,欧洲大陆的官僚化进程始终以“文牍主义”作为不可或缺的伴生要件,直至科层逻辑在制度运行环节臻于根深蒂固之程度。“现代官僚制的重要特征是运用文字记录工作事务,通过存档的信息来控制专业化的官员”。^[48]

[42] 控制变量是指那些除了实验因素(自变量)以外的所有影响实验结果的变量,这些变量不是本实验所要研究的变量,所以又称无关变量、无关因子、非实验因素或非实验因子。

[43] [美] 络德睦著:《法律东方主义:中国、美国与现代法》,魏磊杰译,中国政法大学出版社2016年版,第51页。

[44] 参见左卫民等著:《中国刑事诉讼运行机制实证研究》,法律出版社2007年版,第326页。

[45] 参见刘思达:《法律社会学的定性研究方法》,《检察日报》2010年12月9日第3版。

[46] 转引自[法] 阿兰·佩雷菲特著:《官僚主义的弊害》,孟鞠如、李直、吕彤邻译,东方出版社2014年版,第390页。

[47] [美] 米尔伊安·R. 达玛什卡著:《司法和国家权力的多种面孔》,郑戈译,中国政法大学出版社2015年版,第65页。

[48] [英] 毕瑟姆著:《官僚制》,韩志明、张毅译,吉林人民出版社2005年版,第4页。

这一点,自然也淋漓尽致投射到了司法环境的流变中。

既然科层构造与书面档案存在如此紧密的关联,一旦前者缺席于制度样态的宏观领域,后者的微观操作难免受到束缚。由此,导入“开庭日”引领的办案逻辑似乎是顺理成章的选择。然而,模拟情境折射的状况却是,样本群体并未打算就此摒弃针对文牍的依赖,而是诉诸于重构官僚体系的幻想。诚然,如此小规模局部性实验,绝不可能提供创建科层结构的物质条件。但这种幻想被如此坚定地表达出来,便足以反映模拟法官对科层氛围持有的高度期待性。基于普遍性认知,模拟法官从未积累过任何职业经验,本不应受限于制度环境。而上述潜意识的反常化叙述,或许只能通过国家层面的权力布局寻求破解思路。众所周知,官僚制在中国具有悠久的传统,结合现代行政的技术化色彩,科层秩序早就渗透到了社会生活的各个领域和维度。^[49]即便是上述未出师者也难以免俗。^[50]毫不掩饰地讲,我们每个人都处于科层结构营造的“育儿器”环境中。故而,模拟法官也会不自觉堕入其间,并为科层结构的广泛性所吸附。换言之,由此生成的秩序心理已然内嵌在权力个体的灵魂深处,并伴随着某些或然契机而间歇性发作,其表现即为一定的机械主义倾向。^[51]

时下的司法改革试图打破由科层结构造成的思维约束,并以责任制的模型规划赋予办案者更大的自主性。^[52]从结构主义立场出发,随着上述改革的持续推进,裁判者对于“文牍主义”的依赖心理貌似会受到削弱。而庭审实质化的政策性宣示,也配合了这种体制性变动的周期规律。可是,“开庭日”的办案模式真的能够顺利“上位”吗?强势的科层主义传统是否能容忍司法领域作为一块“飞地”存在?“潜水员习惯了海底的高压,要是他太快地回到水面的安逸环境,他的器官就会受不了,就会遇到降压事故;幸运一点是昏迷,不行的话就会死亡”。^[53]无论是职业法官抑或虚拟意义上的从业者,都不可能超越社会现状而完全摆脱这种生存秩序的惯性。或许在局外人看来,司法权内部的行政化逻辑充斥着不尽合理之处,可一旦身处个案决策的位置,怕是也将如模拟实验的样本群体一般去主动适应科层环境。因为,“在结构主义看来,真实是被结构生产出来的”。^[54]即便大多数人都能理解“文牍主义”的不尽周延,在科层结构塑造的司法系统内却亦难以否认其存续的合理性。这是“文牍主义”(作为一种传统办案模式)铺设影响性路径的逻辑起点。若能明晰此项根源性要素便可意识到,以一蹴而就的方式赋予“开庭日”排他性地位,不免将催生前文提及的“昏迷”现象。这或许会让司法改革的拥趸们大失所望,但的确契合了循序渐进的事物演进规律,而又不能不令人心悦诚服。

[49] 参见[美]弗朗西斯·福山著:《政治秩序的起源:从前人类时代到法国大革命》,毛俊杰译,广西师范大学出版社2014年版,第122页。

[50] 譬如说,在中国的社会环境里,即便是在相对封闭的学校中,也会通过班长、组长等职务设定建构科层制。可以说,中国人在社会各个领域都深受科层体系的影响。

[51] 参见孙皓:《论公权力运行的机械性逻辑》,《法制与社会发展》2017年第5期,第99页。

[52] 参见邹伟、陈菲、罗沙:《司法体制改革:改到深处如何攻坚》,《新华每日电讯》2016年7月28日第4版。

[53] [法]阿兰·佩雷菲特著:《官僚主义的弊害》,孟鞠如、李直、吕彤邻译,东方出版社2014年版,第216页。

[54] 栗峥:《证据链与结构主义》,《中国法学》2017年第2期,第173页。

三 “开庭日”的效果评估

一直以来,庭审虚化问题始终都是困扰刑事司法良性运作的痼疾,而基于控辩力量失衡引发的“对抗不能”无疑是重要溯因。^[55] 在第二阶段的模拟实验中,利用B案法庭审理的视频植入,样本群体虽然丧失了现场干预的机会,却也保证了其作为中立裁判者的最佳状态。而从评估质量上,在历经了第一阶段的“文牍主义”体验后,模拟法官显然能够就“开庭日”形成更加深邃的认知。如果说针对“文牍主义”的解构呈现出逐级递进的逻辑脉络,那么关于“开庭日”的变量分析则着眼于“实体+程序→价值”的公式化演绎。

(一) 实体层面:事实还原的多维性

在第二阶段的模拟实验中,视频显示的庭审历程堪称跌宕起伏,无疑增加了实体要件认定的不确定性。藉由英国法庭呈现的剧场化效应,模拟法官能窥见案件表象背后隐含的更多细节内容。样本群体中的大多数之所以做出事实不清的论断,正是源自控辩之间相互攻讦触发的证据链断裂。本质上,对于案情事实清晰与否的事项,模拟法官其实莫衷一是而并未达成一致。通过问卷调查的数据统计,54.2%的受访者认为B案的基本事实经过“开庭日”的洗礼并没有趋于明朗化。另有43%的模拟法官认为案情已经大致清晰。这种意见分歧的量化比对结果,根本不足以在“开庭日”模式与真相探知之间建立相关性。究其原因,辩护权的功能扩张是不容忽视的缘由。辩护律师通过交叉询问的技巧能够将裁判主体的注意力聚合于指控逻辑的事实漏洞,进而勾勒不同版本的实体轮廓。对于模拟法官而言,庭审活动的不可介入性制造了证据信息的多元化表达,进而阻断了完整、一致的事实建构。如果对比第一阶段的模拟实验进程,“开庭日”展现的集中审理属性大幅度削弱了控诉方影响司法决策的能力。当书面文牍成为事实把握的主要依据时,裁判主体难免忽略卷宗内较深层次的矛盾点,对于经验缺乏者尤甚。而随着口头辩论逐步演化为事实查明的主渠道,辩护制度的存在意义便凸显出来。试想,倘若B案的办理模式变更为“文牍主义”,由此丧失言词犀利性又会产生怎样的后果呢?只怕被告方败诉的风险将会大大加剧。显然,“开庭日”模式有助于减少裁判主体的偏听偏信,利于营造事实还原的多维气氛。

然而,当下的中国法官普遍不大青睐竞争式庭审带来的不确定性,颇有些类似于对抗制在英国扎根前的情形。“对嫌犯来说,有法官作主,远胜于法庭上的许多律师们。法官们……仔细审查起诉状,确保其完全合法,并保证当事人的正义得到伸张”。^[56] 按照彼时的论调,法庭不过是两造展开无序而激烈之争吵的地理性概念罢了。换言之,庭审的存在功能并非查明案情,而是双方宣泄情绪的官方场所。同理,不管是职业人士抑或模拟法官,在当前的制度背景下都无法完全基于短期的信息冲击而裁定某个人的法律命运。因为这意味着误判衍生的盖然性在随之上升,尤其是在分配正义尚未占领道德优位的情状

[55] 参见何家弘:《从“庭审虚化”走向“审判中心”》,《法制日报》2014年11月5日第12版。

[56] [美]兰博约著:《对抗式刑事审判的起源》,王志强译,复旦大学出版社2010年版,第20页。

下。与之相比,依据文牍审阅来核实案情,进而由两造代表加以现场补充的范式,明显能够收获更高的信任值。这也意味着“开庭日”更可能充当补充性角色。

还有一个问题值得关注,那就是裁判者究竟如何看待法庭呈现的事实。时至今日,“法律真实”的观点貌似已然为大多数人所接受,^[57]但模拟实验反映的状况却又不尽然。^[58]即便是只受到理论浸淫而从未接触过实务工作的法科学生,也愿意倾尽全力捋清案情发展的来龙去脉,绝不满足于局部化的“法律真实”。由此,苛责已身处职业惯性中的法官集合迅即摒弃客观真实之论调,未做强人所难。“以事实为依据”散发的巨大吸引力,始终都会令审判权以之为中心。^[59]如果由“开庭日”模式占据垄断性地位自然很难满足上述认知标准,“文牍主义”的不可或缺就无可置喙了。比较而言,“开庭日”基于自身的亲历性特质,固然促进了正当程序价值,但其在时空上的局限又迫使裁判者不得不诉诸案卷以追逐实体正义。加之理想的控辩对抗从未普遍转变为司法常态,只是偶尔因某些个例的无序争执而制造了庭审实质化进程的错觉。^[60]难怪大多数人都会在心理上倾向于两种办案模式的共生。

(二)程序层面:即时裁判的弱质性

着眼于程序视角,即时裁判本应是“开庭日”模式的结果延伸。^[61]然而,尽管“审判案件以庭审为中心,事实证据调查在法庭,定罪量刑辩论在法庭,裁判结果形成于法庭”的目标声明已然是近乎于金科玉律的政策要求,^[62]相关主体依旧对这种理想宣判方式的可期待性持保留态度。通过对官方口径的语义学剖析,不片面追求当庭裁判率构成了避免直接承受程序压力的合理叙事。^[63]这也间接描绘了审判权主体的内心矛盾:一方面,出于对集中审理原则的高度认同,需要将即时裁判纳入庭审实质化的逻辑脉络;^[64]另一方面,鉴于对自身能力的信任度缺失,又不得不有所持重而防止好高骛远。在第二阶段的实验环节,这种进退维谷的踌躇状态经由模拟法官的表态也折射了出来。尽管实验设计强加了即时裁判的约束条件,样本群体还是在主观上更强调适应的难度,故而,寄希望于庭后继续进行案卷审阅的愿望,竟然得到了超高频次的支持(见表1)。

[57] 参见樊崇义:《客观真实管见——兼论刑事诉讼证明标准》,《中国法学》2000年第1期,第115页。

[58] 这与最高司法机关负责人对此事项的表态相一致。“绝不容许脱离案件的客观真相满足于所谓的法律真实,绝不容许不顾案件纠纷的是非曲直评价裁判的公正与否,绝不容许违背法律程序行使司法权力”。参见周强:《必须推进建立以审判为中心的诉讼制度》,《人民日报》2014年11月14日第1版。

[59] 参见孙皓:《论刑事证明标准的“层次化”误区》,《当代法学》2017年第4期,第72页。

[60] 最典型的莫过于快播涉黄案的审理,该起案件的庭审对抗固然精彩,然而,仔细咀嚼其全过程后,就会发现控辩之间的交锋未免有些杂乱无章,很难理出头绪。更确切地讲,整个庭审似乎是在双方的争执不休中完成的,而诉讼争点却不明确。参见刘艳红:《无罪的快播与有罪的思维——“快播案”有罪论之反思与批判》,《政治与法律》2016年第12期,第104页。

[61] 参见龙宗智:《庭审实质化的路径和方法》,《法学研究》2015年第5期,第78页。

[62] 参见樊崇义:《“以审判为中心”的概念、目标和实现路径》,《人民法院报》2015年1月14日第5版。

[63] 参见商西、刘嫚:《最高法:不片面追求当庭宣判率》,《南方都市报》2017年2月22日第2版。

[64] 集中审理原则是现代审判程序的一项基本原则。其内容主要包括:一个案件组成一个审判庭进行审理,法庭成员不可更换,集中证据调查与法庭辩论,庭审不中断并迅速做出裁判。参见陈卫东、刘计划:《论集中审理原则与合议庭功能的强化——兼评〈关于人民法院合议庭工作的若干规定〉》,《中国法学》2003年第1期,第138页。

表 1 样本群体对当庭判决及阅卷后判决的态度

结果 \ 选项	在缺少案卷材料的情况下,如果你是法官,是否有把握依据庭审情况对该案直接做出当庭判决?	假如你是本案法官,倘若还存在书面形式的案卷材料,你是否会在庭审结束后继续审阅材料,以决定最终判决?
是	50 人	110 人
否	94 人	34 人

上述两项提问的答案分布其实是相互协调的,足以表明当庭宣判的弱质状况。数据比对实际上进一步放大了“B 案结果”的外延限度,暗合了法官在庭审控制上的能力不足。其实可以从两个方面解读裁判权的退却态度:(1)司法自主性释放不够;(2)对抗不充分限制了信息流通。就第一点而言,司法官僚化的存续——即便仅保留微乎其微的影响——都会衍生权力决策的自上而下,随之引发复核机制的频繁启动。由此,处于金字塔底端的裁判个体则如履薄冰,纵使司法责任制赋予其名义上的能动性,^[65]也难以掩盖内心的极度焦虑。反复纠结于案卷内容,固然有求全责备之嫌,却不失为步步为营的稳妥进路。毕竟,科层主义格局的作用力不会转瞬即逝,信奉“案卷中没有的东西就不存在”之立场,^[66]或许有些极端,但在等级压力下却实属情有可原。

从第二个方面入手,假若庭审活动未透露有益于即时裁判的充裕信息,法官就可能转而诉诸其他方式来完成“法发现”进程。相反,一旦交叉询问机制有效运转,加之控辩双方的全情投入,不仅足以取代案卷的媒介地位,还能供给更多不易察觉的争议点,即时裁判的说服力完全能得到夯实。或许双方的针锋相对会导致案情的相对扑朔,但证明责任分配理论的存在意义,就是为了避免真伪不明造成权力决策的骑虎难下。^[67]而在庭审虚化的背景下,固守集中审理原则的形式要件只会适得其反,容易断送正当程序的内在品质。

(三) 价值层面:犯罪控制的导向性

“开庭日”模式的基本特征是在一定时空域内形成司法决策,且庭前阅卷与庭后调查的缺失消解了任何缓冲延宕之可能。但这种时效安排也意味着事实查明会停留于某种未知状态,故而务求以有限的可知论为哲学基础。基于“存在之链”的保守主义倾向,难以在特定的时空范畴臻于认知水平的最佳状态,是再正常不过的经验逻辑。^[68]然而,对于中国的司法者来说,“实事求是”的可知论哲学从来都是不容撼动的正统认识。^[69]因此,将案情核实工作限定于某种模糊状态,以致诉讼程序的嘎然而止,将被视为无法予以

[65] 参见张文显:《论司法责任制》,《中州学刊》2017年第1期,第40页。

[66] 参见[美]米尔伊安·R.达玛什卡著:《司法和国家权力的多种面孔》,郑戈译,中国政法大学出版社2015年版,第44页。

[67] 参见孙皓:《证明责任分配不存在阿克琉斯之踵》,《检察日报》2014年7月22日第3版。

[68] 所谓“存在之链”,即指“人的宇宙与自然宇宙都是由一个伟大的存在之链构成的,人类只不过是大自然的一部分,是万物的存在之链上的一个环节……人类在大自然的这一存在之链上有一定的自主性。但若摆脱这一存在之链,成为超自然的存在,或者是按照人的意志塑造自然,都是痴心与妄想”。参见刘军宁著:《保守主义》,东方出版社2014年版,第32页。

[69] 参见孙皓:《论刑事证明标准的“层次化”误区》,《当代法学》2017年第4期,第69页。

接受的谬误。模拟法官对于 B 案视频观摩的意犹未尽之感,正契合了这样的思维定势。既然“存疑”代表了不被认同的非可知后果,那么实践中职业法官肯定也会秉持类似的心理趋向,而更愿意尽可能将潜在的争议点予以厘清和处断。一言以蔽之,“开庭日”模式在实体认定和程序运作环节的种种皮相,最终还要溯源至价值维度予以考量。

在具有能动主义性格的权力格局中,缓解国家与个人因犯罪行为而激化生成的矛盾纠纷并不是首要的价值诉求。“在国家法制主义社会中对人权的保护,事实上政策起到作用要比法律更大”。^[70] 在这样的理论系统内,刑事诉讼活动要求司法技术官僚藉由娴熟的专业知识执行自上而下传递的政策思路。^[71] 在时下的中国,犯罪控制是最重要的价值意涵,不折不扣地承担着“开庭日”的源头性角色。如果借用帕克教授的二元分析框架,中国刑事司法类似于流水线的纵向格局,正好反映了犯罪控制的命题需求,即全力避免公共秩序的崩溃。相形之下,对正当程序价值的维系,只能成为退而求其次的考虑选项。“犯罪控制模式趋向于轻视程序对抗性的一面,正当程序模式则趋向于使其成为核心”。^[72] 由此,也印证了第二阶段实验中模拟法官流露不适应心迹之因由。视频观摩展示了较为完整的控辩对抗,却以一种似是而非的事实状态终结。通过对庭审的观察,模拟法官无法在持枪抢劫的犯罪行为与任何具体个人之间形成可靠性关联。加之自始至终的干预不能以及书面信息缺失,内心焦灼愈发炽烈。在其看来,无论法庭组织得如何顺畅,都无涉于犯罪真相的准确挖掘。持枪抢劫究竟是否系乙某所为?即便排除了其作案嫌疑,又出自何人之手?这些悬而未决的难题依然会困扰模拟法官,而无法为整个决策过程划上令人满意的休止符。同样,如果职业法官面临上述局面,就更不会甘心罢手而任由诉讼归于无疾而终的宿命。究其根源,这种做法实则是对刑事司法体系建构初衷的异化。

犯罪控制的价值导向实源于社会生态的深刻影响,仅凭形而上学的“法律真实”说教以及正当程序的机制嵌入,不足以扭转传统的行为倾向。^[73] 恐怕大多数法官都承认“开庭日”之组织模型具备更高层级的哲学合理性,但其支持前提却是满足案结事了了的功利主义预期,进而保证公共秩序的持续稳定。基于此,法官必须适时地主动出击,运用诉讼指挥权甚至是直接调查手段,将自身认知与现场亲历之间的信息裂痕加以弥合。当法庭审理无法满足类似诉求时,庭外书面阅卷的做法就必须加以维系。唯有如此,犯罪控制的价值规划才不至于落入窠臼。于是,突破“文牍主义”与“开庭日”之间的关系悖反就势在必行了。

四 二元模式的共生期待

通过两个阶段的模拟实验评估,不仅“ $Y_1 \neq Y_2$ ”的结论假定得到了佐证,而且从模拟

[70] 於兴中著:《法治东西》,法律出版社 2015 年版,第 114 页。

[71] 参见 Mirjan Damaska, Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure, 84 *Yale Law Journal* 481, 1975.

[72] Herbert Packer, Two Models of the Criminal Process, 113 *University of Pennsylvania Law Review* 1, 1964, p. 68.

[73] 参见孙皓:《论诉讼制度改革之十大关系》,载韩大元、胡卫列主编:《以审判为中心的诉讼制度改革与检察工作发展——第十一届国家高级检察官论坛文集》,中国检察出版社 2015 年版,第 220 页。

法官的认知倾向上可以初步判断:以“开庭日”完全取代“文牍主义”在短时期内将困难重重。无论是影响 B 案结论生成的“开庭日”,抑或支持 A 案裁判推导的“文牍主义”,均不免深受本土资源的规律性渗透。“法律从来都是社会中一种比较保守的力量,而不是一种变革的力量”。^[74] 以毕其功于一役的方式强制颠覆“文牍主义”的习惯范式,只会起到适得其反的“不虞国现象”,^[75] 1996 年的“复印件主义”便是前车之鉴。然而,任由“开庭日”之虚置化境况延续,却又势必放大在裁判正当性层面“ $Y_1 < Y_2$ ”的应然性期待。“刑事司法领域中真正的‘大反派’并不是失败的威胁,而是对现状的全盘接受”。^[76] 从庭审实质化的革新立场出发,“开庭日”成为办案模式的主流无疑是不可逆的未来大势。作为已经先后体验“文牍主义”和“开庭日”模式的样本群体,超过 80% 的模拟法官都支持“阅卷与庭审相结合、以庭审为主”的行为程式。(见图 3)假设以否定前述二元悖论的绝对性作为前提要件,那么允许两种办案模式在特定历史阶段的共生糅合,也许是一种比较务实的态度。藉由循序渐进的方法论视野,以一定技术手段逐步改造程序性格,渐次提升“开庭日”影响法律决策的权重,从而形成“ $1 + 1 \geq 2$ ”的短期成效,在目前的制度环境中是具备可行性的。换个角度看,只要能实现司法裁判的公正性,也不必一时沉湎于两种模式的优劣争执。概而言之,合理调节如下三对关系才是突破这种二元悖论的关键要诀。

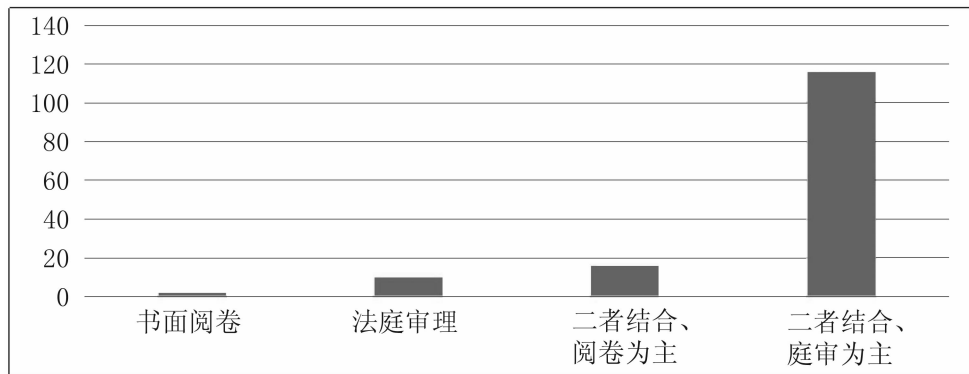


图 3 样本群体对办案模式的选择

(一) 侦查与审判之衔接

提及“以审判为中心”的诉讼制度改革,很多人恐怕都将切断侦审关系作为其中一项重要的衡量指标。^[77] 若要达成此目的,以“起诉状一本主义”代替“全案卷宗移送”似乎

[74] 苏力著:《法治及其本土资源》,北京大学出版社 2015 年版,第 7 页。

[75] 不虞国据说位于锡兰岛上,这是一个古怪的国家。在那里,你本来不找什么,可偏偏就会碰上什么;你本来想要什么,但就是找不到。什么事情都会事与愿违。“不虞国现象”即喻指意外发现原来根本没有去追求的结果。参见[法]阿兰·佩雷菲特著:《官僚主义的弊害》,孟鞠如、李直、吕彤邻译,东方出版社 2014 年版,第 595 页。

[76] [美]格雷格·伯曼、奥布里·福克斯著:《失败启示录——刑事司法改革的美国故事》,何挺译,北京大学出版社 2017 年版,第 37 页。

[77] 参见王雅静:《论面向审判中心主义的侦查机制转变》,《湖北警官学院学报》2015 年第 11 期,第 16 页。

是无可厚非的选择。但通过前文阐述可知,其尚不具备迅即实现之机遇。除此之外,这也涉及诉讼阶段论在刑事司法领域的基础性地位。追根溯源,“以审判为中心”与“审判中心主义”其实是大相径庭的概念。后者建立在西方的政治体制框架内,强调司法的最终裁决功能,且将诉讼全程置于审判权的监控下。由此不难理解,在域外语境中为何侦查措施的运用以及羁押决定的析出都要流觞于法官的令状授权。反观中国的刑事诉讼格局,从侦查到起诉再至审判的层层推进,才是勾勒其动态谱系的主线索。无论目前的制度改革如何规划调整,以“分工负责、互相配合、互相制约”原则作为叙述口径的权力运行格局都不会受到根本动摇。毕竟,与国家权力同构的司法官僚制以及犯罪控制的价值立场,均需要类似的程序平台予以承载。侦查中心主义折射的逻辑悖反,可以归咎于其与审判权之间的关系异化,而不一定牵涉办案模式。具体来说,起诉与审判应当对侦查成果施以严苛的把关审核,而这种预期的“递进制约”却由于控制手段的贫乏濒临失灵状态。^[78] 立足于结构主义的解释方法,“以审判为中心”的概念提出似乎仅试图解决侦审之间的衔接紊乱问题,而并不愿指涉“文牍主义”的证据媒介功能。

只要是在诉讼阶段论的基础上追求有效的“递进制约”,就无法阻遏案卷材料在不同权力主体之间的次序流转。起诉状一本主义固然裨益于法官预断的防范,却也轻易削减了提前探究事实真相的信息来源,进而冲击犯罪控制的价值优先性。集中资源于“开庭日”模式的情节认知方式,很大程度上催生了司法决策的不确定性,也增加了谬误裁判的形成概率。故而在现有的诉讼构造体系内,侦查与审判不仅不能完全隔绝,还要保持相对稳定的信息传输。否则,侦查权的膨胀趋势就会愈演愈烈,后续的诉审阶段均难以发挥“层控式”的甄别效能。^[79] 可以说,起诉状一本主义至少在时下还没有获得组织结构上的配套支持,“文牍主义”传统其实更接近于制度规律投射的客观镜像。当前需要关注的,并不是——书面案卷存在于刑事司法全程——这一基本事实,而是其担当的“戏份”是否过犹不及。裁判主体对于案卷材料的依赖,一旦发展到欲罢不能的境地,势必会伤及实体公正与程序公正的双重目标。换句话说,亟待加以变革的不是案卷材料的存续,而是这种书面文牍形式对于办案活动的过度影响。为此,就需要增加“开庭日”在办案模式之天平另一端的砝码。

(二)案卷与庭审之分割

在当前较为普遍的诉讼现实中,法官于开庭前通过阅卷进行必要的准备,以形成针对案情事实的初步判断。庭审期间组织控辩双方围绕案卷内容的真伪及相关性,进行适度辩论。即便经由法庭审理得出莫衷一是的结论,随后的文牍复审亦能缓解认知冲突造成的决策干扰。这便衍生了“案卷笔录中心主义”对于“开庭日”模式的蚕食。庭前的信息准备虽然会刺激主观臆断的勃发,却无碍于审理活动的正常组织。而一旦法庭审理异化为公开的案卷核实工作,“开庭日”流于形式就无可避免了。更为致命的是,如果法官在

[78] 参见樊崇义:《“以审判为中心”需正确理解“分工配合制约”原则》,《检察日报》2015年9月16日第3版。

[79] 参见李奋飞:《从“顺承模式”到“层控模式”——“以审判为中心”的诉讼制度改革评析》,《中外法学》2016年第3期,第744页。

裁判文书中的论证说理全部源自针对案卷的剖析,就将庭审置于更加尴尬的处境。因而,较之侦审关系的讨论,主动切断案卷材料与法庭组织之间的非正当联系,才算抓住了本文指向的“法命题”关键。

值得注意的是,“开庭日”模式内嵌了两种基本程序理念,即集中审理原则和直接言词原则。前者强调诉讼的时效性,而后者描绘了亲历和口头表达的重要意义。庭审机制由于案卷信息的过度浸染,给上述两项原则的全面贯彻制造了较大困难。尤其是对于直接言词原则,被追诉人的多份审前供述往往稀释了当庭讯问的证据可采性。证人现场出席的效益值亦随笔录内容的不断累加而消磨殆尽。于是,法官更愿意流连于案卷文牍的分析推演,而摒弃出自庭审现场的经验辨识。“当经验被如此简化并且被一个文本固定下来的时候,决策就更容易借助于逻辑分析而不是依凭厚重的、直接的经验”。^[80]从务实的角度,对此问题的解决思路可以围绕两个基点展开:一是维系法庭审理的独立价值不受动摇,二是根据诉讼结构的特质适当控制案卷的影响效度。

作者认为,不妨有选择地借鉴一些域外经验,尝试在两种模式之间找到适宜的分界线。譬如在德国,尽管案卷材料的存在意义并未遭到彻底否定,且法官亦可借此于庭前把握部分事实以及补充庭后的法律认定。但是,直接言词原则必须完整体现于庭审环节,只有经过现场口头对质的证据方法才有资格纳入最终的裁判文书。换言之,一旦进入庭审的时空领域,案卷材料必须彻底退出裁判权的思维界域。无论法官在实质层面是否考虑了案卷信息的提示,至少形式上决不允许“文牍主义”的惯性作祟,且通过限制裁判依据的方法来强化前述目标定位。从理论上讲,案卷材料中反映的事实信息只是庭审证据的参照物,并不能强势介入法官的心证塑造。^[81]因此,未来可以考虑在立法上做如下规定:除特殊情形外,禁止法官在庭审活动中使用案卷信息。即便是符合认罪认罚之速裁标准的案件亦如此,必须始终秉持直接言词理念。^[82]当然,为了从技术层面保证其可操作性,还应进一步限缩案卷材料在裁判说理环节的适用范畴,以保证“开庭日”占据优于“文牍主义”的位阶。某种程度上,只要案卷内容被绝对排除于司法决策的叙事载体,两种模式就始终处在“二选一”的命题框架内。反之,纵使将案卷信息完全隔离于庭审空间,当刑事判决书仍然需要以文牍分析作为基础时,“文牍主义”与“开庭日”的二元共生就无法杜绝。这足以解释将案卷与庭审适度切割的改革对策为何应当归类于权宜之计,而不可视作办案模式的终极样态。长远来看,随着裁判主体在决策能力上的跨越发展,加之科层氛围的日益淡化,以及社会转型促成的程序价值变迁,“开庭日”模式终究要追求“一枝独秀”的理想境界。只不过,这恐怕将是异常漫长的演进历程。

(三) 调查与对抗之协调

正如前文所述,两起个案的模拟对照已然证明,缺失有效对抗的庭审绝不会有助于法

[80] [美]米尔伊安·R.达玛什卡著:《司法和国家权力的多种面孔》,郑戈译,中国政法大学出版社2015年版,第66页。

[81] 参见[德]贝恩德·许乃曼等:《案卷信息导致的法官偏见:关于与英美模式比较下德国刑事诉讼程序优缺点的实证研究》,刘昶译,载何挺等编译:《外国刑事司法实证研究》,北京大学出版社2014年版,第74-98页。

[82] 例外情形只能是法庭现场展示的证据内容与案卷存在较大出入,而需要据此衡量其可采性。

官准确厘清案情脉络。以交叉询问为代表的质证机制之所以重要,就体现在利用言词交锋最大限度揭露对方论点的短板。而纯粹意义上的对抗式庭审亦不可避免存在缺憾之处,即容易激发某种非妥当性的竞技意识,以致客观真相异化为无关紧要的“附属品”。^[83]由此,一旦控辩双方陷入逞口舌之利的盲目争执,“开庭日”对于实现公正诉求的功效反而不及“文牍主义”。特别是对旨在达成犯罪控制意图的程序格局来说,自上而下传递的政策意见显然不能苟同于贸然生成的效力性决断。而未能见诸于有序的庭审对抗,法官的即时裁判就蕴藏着极大的或然性。虽然程序场域对事实查明的强烈诉求需要适宜的对抗强度作为支撑,但任何体制一旦落入固步自封的窠臼都难免塑造认知与实践的巨大鸿沟。

在中国这样的政策实施型司法格局中,围绕客观真相的调查活动才是诉讼推进的主旋律。即使法庭审理向控辩双方释放了一定自主性空间,也不妨碍裁判个体预先设计程序演绎的剧本纲要。对此,可以归结为诉讼指挥权的合理化运用。通过确保各方的有序交锋,以印证法官在庭前规划的若干争点。^[84]需要注意的是,法官对于案情事实的预先梳理,往往是正确履行指挥权的必要条件。而围绕书面案卷的条分缕析,则是臻于此目标的捷径。在这里,“文牍主义”与“开庭日”模式无疑形成了某种对接关系。一方面,从诉讼机制启动伊始,关于案件事实的调查活动就递进式展开,并且以文牍累计的方法聚集相应的证据。经过必要的甄别筛选后,便能搭建起法官组织、指挥独立庭审活动的逻辑起点。这样的进程映射了“以审判为中心”要求的纵向排序。另一方面,庭审的协调化运作应当突出控辩对抗的激烈而有秩序。本质上,这依旧是审前调查活动的延续,只不过以更加规范且富于效率的手段核实信息真伪。作为最高级别的事实查明机制,庭审代表了程序演进的极值。只有通过这道关卡,犯罪控制的政策导向才真正转化为个案结论。据此,庭审实质化的意涵属性才得以渐次清晰起来。确切地说,这是一种将对抗融于调查的机动性安排,同时也为“文牍主义”与“开庭日”在当下的各司其职奠定了基调。

余论:程序有效性的本土脉络

“人”和“规范”的相互协调构成了刑事司法趋于理性的关键指标。^[85]可以说,自主性和有效性这两大要素的缺失一直都是困扰制度运行的核心症结。前者涉及实施司法行为的个体活性,后者则关乎技术规范合理程度。一方面,司法自主性的弱化加剧了个案处置的形而上倾向,进而使把握权能之人深陷逻辑法条主义的窠臼;^[86]另一方面,程序有

[83] 参见[美]兰博约著:《对抗式刑事审判的起源》,王志强译,复旦大学出版社2010年版,第311页。

[84] 参见姚磊、甄贞:《刑事诉讼指挥权研究》,《河南社会科学》2015年第4期,第48页。

[85] 参见王守安、陈文兴:《国(境)外检察官遴选制度可资借鉴》,《检察日报》2015年11月17日第3版。

[86] 逻辑法条主义是“偏向于一种包罗万象的规划,并偏爱那些更加脱离语境并因此更具一般性的标准:在一种情况下,很容易形成一个由环环相扣的原则和规则所构成的网络”。参见[美]米尔伊安·R.达玛什卡著:《司法和国家权力的多种面孔》,郑戈译,中国政法大学出版社2015年版,第29页。

效性的缺失引发了诉讼流转的龃龉迟延,以至亟待保障的权利价值遭受破坏。当二者的消极功能相互叠加,刑事司法的现实情境就会愈发疏远于公正、高效、权威的所欲诉求。为此,以司法责任制为基点的“去行政化”改造,意图释放法官、检察官的自主空间。而“以审判为中心”为代表的程序完善思路立足于提升诉讼活动的有效性,旨在形成能衍生优质司法产品的母体。尽管也会受到自主性程度的影响,但本文涉及的案件办理模式问题,主要还是围绕程序有效性指标展开。有效性包含两项基本内容,即目标有效性和功能有效性。前者指的是诉讼程序在目标设定上的合理程度,以及内部架构的效能一致;后者则注重格局模式的塑造,以权力配置的适宜性促成法律文本的无争议。这其中,针对适宜办案模型的范式抉择无疑左右着目标与功能之间的契合度。尽管学理通说均支持“开庭日”的垄断地位,本土实践却无法割舍对“文牍主义”的依赖。立足于现有以及潜在裁判主体的立场,这种矛盾情绪是无法回避的。“法律仅仅存在于具体的历史与政治情形中,不可能脱离它们而对其进行独立的评估”。^[87] 立足于“以审判为中心”的本源性理解,达成二者之间的共生关系(至少在短时间内)可以作为呼应程序有效性的妥善方案。

[Abstract] For a long time, the criminal case handling model in China had focused on the reading of official documents, resulting in the weakening of the function of court trial. The continuous advancement of criminal procedure reform has in theory strengthened the dominant position of “court day”. However, the judge, as concrete operator of judicial practice, still tends to draw the conclusion on a case through careful analysis of case file. Further analysis still needs to be carried out to determine whether this is a norm-hosing phenomenon that needs to be modified, or a regular projection of traditional sources of rule of law. We may explore and deconstruct this issue by applying the methodology of simulated experiment, so as to explain the seemingly contradictory relationship between “red-tapism” and “court day” and enable both of them to serve the goal of procedural validity.

(责任编辑:王雪梅)

[87] [美]络德睦著:《法律东方主义:中国、美国与现代法》,魏磊杰译,中国政法大学出版社2016年版,第21页。