

# 刑事诉讼管辖的“不确定”危机及矫正

## ——兼对管辖制度价值的检讨

### “Uncertainty” of Jurisdiction in Criminal Procedure: Criticism on the Value of Jurisdiction

王一超

WANG Yi-chao

**【摘要】** 我国存在对管辖制度价值的误解，管辖规范过于原则，指定管辖泛滥，这引发了刑事诉讼管辖的不确定危机。管辖制度乃“纯粹的程序正义”。它并非旨在追求裁判公正，而是以确定性为制度价值目标。管辖确定是法定法官原则的直接要求。此外，管辖权确定还有助于维护法院独立，贯彻平等原则，是控辩双方武器平等的前提，并有效率价值。为了实现对管辖制度的确定性矫正，应严格依照管辖规范确定管辖权，排斥于法不合的不确定因素。同时必须正视管辖制度中存在不可避免的不确定因素，并应予以克服：通过确立原则性的管辖权顺序规范，克服级别管辖、地域管辖及并案管辖中的不确定；遵循管辖恒定原则，维持审判过程中管辖法院的稳定性。指定管辖不应颠覆管辖制度的确定性价值，应谦抑适用，只适用于有必要解决管辖争议或转移管辖权的例外情形，且必须满足严格的前提条件。

**【关键词】** 诉讼管辖 审判管辖 指定管辖 纯粹的程序正义 法定法官原则

**【中图分类号】** DF731 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206(2016)01-0100-14

**Abstract:** Due to the misunderstanding of the value of jurisdiction, norms are obscure, and designated jurisdiction is abused. The risk of uncertainty rises. Jurisdiction is “pure procedural justice”, whose aim is not fair trial but certainty. Certainty of jurisdiction is the requirement of principle of the legal Judge. It also contributes to the independence of courts, the principle of equality, the equality between the accuser and the defendant, as well as efficiency. Jurisdiction norms must be rigidly complied with. All unlawful uncertainty must be rejected. However, there is uncertainty which is inevitable. In order to overcome uncertainty in level jurisdiction, territorial jurisdiction and jurisdiction in related cases, jurisdiction sequencing specification shall be generally followed. What is more, jurisdiction will not change during proceeding; it is constant. Designated jurisdiction also complies with certainty. It must be used exceptionally, when there is in need of solving jurisdiction dispute or transferring jurisdiction. Designated jurisdiction shall be applied cautiously; several prerequisites must be satisfied.

**Key words:** Procedural jurisdiction Jurisdiction of courts Designated jurisdiction Pure procedural justice Principle of the legal judge

**【收稿日期】** 2015-09-14

**【作者简介】** 王一超，女，1986年2月生，中央民族大学法学院讲师，研究方向为刑事诉讼法学、司法制度。

## 一、问题的提出

刑事诉讼管辖是为确定具体案件在法院间如何分配而设计的制度,以确定性为制度目标。然而司法实践中管辖常常遭遇“不确定”危机。例如,《刑事诉讼法》第23、25和26条规定的可以移送审判的三种情形,涵盖了级别管辖与地域管辖,并兼及法定管辖与指定管辖。法院受理案件后,不仅可以将案件移送给不同级别的法院,同级别的其他有法定管辖权的法院,甚至可以经上级法院指定管辖,将案件移送给原本没有管辖权的法院。实践中上述过程往往前置,公检法三机关贯彻“互相配合”的原则,提前就管辖问题进行协商,确保检察机关起诉时可以将案件移送给“正确”的管辖法院;倘使前述协商效果不佳,在检方移送起诉之后,上级法院还可再对案件指定管辖。

《刑事诉讼法》及相关司法解释对于管辖的规定过于原则,无论最终由哪一法院行使管辖权,似乎总是于法有据。即使存在管辖错误,也难以得到纠正,这反过来又加剧了管辖制度的“不确定”危机。法律的安定性遭到破坏,案件最终管辖法院的确定呈现出一种过于随意的状态。一方面,当事人无法通过现有规范对管辖法院进行预测,易产生对司法的不信任,而《刑事诉讼法》又没有规定被告人、被害人的管辖权异议制度,当事人的上述不满难以排解。<sup>①</sup>另一方面,既然刑事诉讼管辖权问题呈现出浓厚的职权主义色彩,为国家所垄断<sup>[2]</sup>,国家机关在确定管辖权时就有责任避免管辖错误的发生。然而公检法三机关在确定管辖时缺少具体的操作标准,并大量使用指定管辖,实质上的管辖错误被“合法”表象所掩盖。不仅如此,管辖协商和指定管辖存在一定的利益倾向<sup>[3]</sup>,地方法院之间争抢管辖和推诿管辖的现象时有发生。

管辖制度不仅仅是技术规范,它更是诉讼的入口,是诉讼程序公正的第一道关卡。实践中管辖的不确定可能引发社会危害性评价的空间错位<sup>[4]</sup>,从而导致实体判决结果,特别是量刑结果

的不确定。笔者虽不赞同管辖制度的价值目标在于确保案件的公正审理,但如果因为管辖的“不确定”而让被告人遭受上述不利,显然有违公平正义,这也与“法律面前人人平等”的原则要求相矛盾。作为刑事诉讼条件之一<sup>[5]</sup>,管辖正确与否关系到整个刑事追诉的容许性问题。管辖错误必须得到纠正,方可保障国家刑罚权的正当行使<sup>[6]</sup>,进而树立司法权威,提升司法公信力。

克服刑事诉讼管辖的“不确定”危机,应回归管辖制度的根本目的,通过对现行规范的法律解释,梳理出“确定性”脉络。刑事诉讼条件是否具备,应采取国家机关职权审查与当事人申请审查相结合的方式。无论以何种方式启动审查,都需以明确管辖制度的确定性标准为前提,以完善审查的依据。即使不存在当事人的申请,国家机关也应主动审查管辖的合法性问题,此项职权审查义务不得推卸。特别是在尚未承认当事人管辖异议权的现行制度背景下,强调国家机关的职权审查义务尤为重要。目前对国家机关滥用管辖权的制约是经由公检法机关的自行监督、检察机关的法律监督和上级法院对下级法院的监督而实现的。若欠缺刑事诉讼管辖的法定标准,则监督权无从落实,管辖争议只能在行政化的框架内协商加以解决。只有明确刑事诉讼管辖的确定性标准,方可保证前述监督有章可循。

## 二、管辖概念之厘清

管辖是一个多义的概念。为避免概念混淆引发的歧义,有必要首先对管辖的概念予以阐明。

### (一) 区分刑事诉讼管辖权与刑事管辖权

本文以刑事诉讼管辖为研究对象,刑事诉讼管辖权有别于刑事管辖权。刑事管辖权是指刑法的效力范围,指享有独立司法权的国家、地区和国际组织,根据国际法和国内法的规定,对国际或国内犯罪进行起诉、审判和处罚的权力;而刑事诉讼管辖制度解决的是一个法域内不同司法机关之间的权限划分问题。<sup>[7]</sup>在不同国家之间,刑事管辖权的范围划分关系到国家的主权。刑事管辖权不以“确定性”为价值目标,而是通过属地

<sup>①</sup> 管辖权异议具有吸收不满的作用,参见参考文献[1]。

管辖、属人管辖、保护管辖和普遍管辖标准的综合运用,实现维护国家主权的目。确定刑事诉讼上的管辖必须首先根据刑法的规定明确一个国家或地区是否有管辖权,然后才能进一步确定哪一机关有权予以立案,以及由哪一级法院予以审理。<sup>[8]</sup>例如,拥有豁免权的外交代表因其身份阻碍刑事管辖权,<sup>[7](P9-10)</sup>刑事诉讼管辖权就没有适用的余地。为区分刑事管辖权与刑事诉讼管辖权,又可将前者称为审判权(Gerichtbarkeit),后者称为管辖权(Zuständigkeit)。<sup>[5](S.32,9)</sup>二者虽均为刑事诉讼条件,但对应的法律后果不同。无审判权则无具体刑罚权,国家不得启动刑事追诉;无管辖权的案件,国家虽拥有具体刑罚权,但必须由其他有管辖权的法院来行使。<sup>[9]</sup>刑事诉讼管辖以刑事管辖权为前提。本文正是在此基础上展开讨论的。

在借鉴比较法经验时,明晰刑事管辖权和刑事诉讼管辖权十分重要。比较法研究需特别注重概念的功能相关性<sup>[10]</sup>,表面看似同样的法律概念,其背后的功能很可能不尽相同。例如,美国存在联邦和州两套法律体系,需要在各个州之间以及州法院和联邦法院之间确定案件的管辖权。管辖权不仅涉及案件在何地何法院进行诉讼,更涉及到不同程序法和实体法的适用。<sup>[11]</sup>此处的管辖权实际上是指不同法域之间刑事法效力范围的划分,更接近于刑事管辖权,与本文所称的刑事诉讼管辖不同。

## (二) 区分审判管辖与立案管辖

刑事诉讼管辖与民事诉讼、行政诉讼中的管辖有所不同,既包括审判管辖,又包括立案管辖。本文集中讨论前者。与大部分国家和地区不同,立案为我国大陆地区刑事诉讼的一个独立阶段。立案管辖解决的是公安司法机关之间侦查受理权限的划分,以案件类型为区分标准。从《刑事诉讼法》第18条的表述来看,立案管辖只关系到公安机关、检察机关和法院三机关之间的权限划分,不涉及同一系统内不同级别、不同地区具体部门之间的确定问题。相较而言,审判管辖更为复杂,需要在不同级别的法院之间,以及不

同地区的法院之间进行管辖权分配。审判管辖标准的复杂性与法律安定性之间存在着紧张关系,这使得审判管辖的确定性问题尤为重要。理解刑事审判管辖,还应在不违背刑事诉讼基本特征的前提下,借鉴民事诉讼中的相关理论。例如,民事诉讼管辖制度的目的之一是防止原告滥用诉权,<sup>[1](P146)</sup>刑事诉讼管辖制度亦应致力于防止国家机关滥用国家诉权。

## (三) 区分审判管辖与审前“管辖”

刑事诉讼管辖的确定性要求,只适用于审判阶段,不具有向前的溯及效力。以法院为基点设计并理解管辖制度<sup>[12]</sup>,既适用于奉行审判中心论的制度背景,也适用于诉讼阶段论。尽管审前阶段亦存在确定“管辖”的现实需求,《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》(以下简称《检察院规则(试行)》)和《公安机关办理刑事案件程序规定》(以下简称《公安机关规定》)也对此予以规范,但侦查及审判起诉阶段的“管辖”有别于本文所称之管辖,不受确定性要求的限制。

之所以如此理解是基于两方面的原因。其一,这是诉讼规律的客观要求。刑事诉讼各阶段顺序推进,以后行的审判阶段管辖权“逆推”约束在先的立案、侦查和审查起诉阶段的“管辖权”,不符合诉讼规律。<sup>[13]</sup>其二,侦查及审判起诉阶段的“管辖”与审判管辖性质不同。法院依法独立行使审判权,不受行政力量的干涉。因此,审判管辖制度旨在追求确定性,立法以预先概括的标准保证案件可以分配至确定的法院,以抵制行政力量的个案干涉。与之不同,侦查阶段确定“管辖”以便利侦查为第一要务,并不以不损害犯罪嫌疑人及其他参与人的诉讼权利为底限要求。如果存在争议,上级公安机关作为行政领导机关可以“指定管辖”。<sup>[14]</sup>检察机关为保障侦查工作的顺利进行,可突破辖区限制,在自侦案件中使用“指定管辖”<sup>[15]</sup>。我国台湾地区的特别侦查组执行职务时不受审级和辖区限制<sup>①</sup>,亦是基于同样的原因。侦查阶段的批捕不产生特殊的“管辖”问题,侦查机关应向其相应的批捕机关提请逮捕。<sup>[12](P183)</sup>《公安机关规定》第20条第3

① 参见我国台湾地区“法院组织法”第63-1条第4项:“特别侦查组检察官执行职务时,得执行各该审级检察官之职权,不受第六十二条之限制。……”“法院组织法”第62条:“检察官于其所属检察署管辖区域内执行职务。……”

款和《检察院规则（试行）》第317条为此提供了规范依据。负责侦查监督职能的检察机关在审查“管辖”合法性的问题时，不以确定性为审查标准，应重点审查是否存在需要回避的情形。审查起诉阶段的“管辖”是一个具有中国特色的诉讼法问题，盖因我国将审查起诉作为一个独立的诉讼阶段。然将其作为一个独立的诉讼阶段是为慎重起诉，并非为创设新的“管辖权”。此阶段检察机关除应做出是否起诉的决定外，还应依职权对案件的管辖问题进行审查，以确保起诉时可以将案件移送给有管辖权的法院。如审查发现前期对于案件类型的认定，或对可能判处刑期的认定不当，导致本级法院无管辖权，或发现案件管辖权属于异地法院时，则应在检察一体的组织原则下，将案卷材料转交管辖法院对应的检察机关。

审判管辖与审前“管辖”分属两个不同的系统，审前阶段确定的“管辖权”并不具有“预决”审判阶段的管辖法院的功能，否则会违背公检法三机关“分工负责”的基本原则，且会直接冲击法院审判的独立性。尽管如此，为了保证刑事追诉的顺利推进，审前“管辖”与审判管辖的确定标准仍应尽可能保持一致，避免提高诉讼成本，降低诉讼效率。<sup>[12](P185)</sup>一方面，确定审前“管辖”时应参考《刑事诉讼法》关于审判管辖的标准，在可预见的范围内实现侦查、起诉机关与审判法院的地区协调性和级别协调性。例如，我国台湾地区的检察机关设于法院内，<sup>①</sup>称为“××法院检察署”，辖区范围与所属法院的管辖权范围基本对应，检察官原则上应在辖区范围内执行职务。如果发现“管辖”错误，或有司法不公之虞，虽在起诉前无所谓管辖问题，亦应基于检察一体原则移送。<sup>②</sup>根据台湾地区“刑事诉讼法”第250条：“检察官知有犯罪嫌疑而不属其管辖或于开始侦查后，认为案件不属其管辖者，应即分别通知或移送该管检察官。”另一方面，在确定管辖法院时，也不应忽视审前“管辖”的

辅助参考作用。例如，根据《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》的规定，地域管辖一般根据犯罪实施地确定，但如果犯罪在一地开始而在另一地结束，则由犯罪行为结束地的法院管辖。<sup>③</sup>实践中某些案件无法准确区分犯罪行为开始及结束的地点，为避免影响诉讼效率，往往参考审前调查完成的地点来确定管辖法院。<sup>[18]</sup>

### 三、管辖制度价值的理性回归

从司法实务经验来看，破坏管辖制度“确定性”的罪魁是指定管辖。实证研究显示，指定管辖最集中适用于职务犯罪及其关联犯罪，且最主要的考量因素是“司法公正”。<sup>[4](P38-39)</sup>职务犯罪的被告人在原管辖法院辖区内曾任一定公职，并具有一定的人脉关系，通过指定异地法院管辖案件，可以“防患于未然”，避免刑事追诉受到当地势力的干扰。

似乎只要是以“确保司法公正”为背书，纵使指定管辖破坏了管辖的确定性也可以容忍。然而，管辖并非以司法公正为价值目标，其理论基础在于法定法官原则，旨在追求管辖权的“确定性”；借由管辖权确定所欲实现的终极目标是审判主体独立地位之维护，以此堵绝行政势力通过操纵管辖权来干预司法的入口。旨在避免裁判不公的诉讼机制乃回避。管辖与回避两制度间并无位阶高低的区分，管辖更无架空回避的“特权”。若存在可能影响案件公正处理的法定情形，办案人员应自行回避，当事人也可申请其回避。如果存在需要全院回避的情形，也应首先在其他有法定管辖权的法院内另行确定，指定管辖不应提前介入。在司法独立性不足的背景之下，以扩大适用指定管辖的方式“促成”司法公正，实际上是以行政干预司法，是对司法独立的进一步破坏。因此，完善管辖制度，首先应实现制度价值的理性回归，进而在此基础上探究指定管辖应有的制度定位。

① 参见我国台湾地区“法院组织法”第58条：“各级法院及分院各配置检察署。”

② 参见1966年10月20日“台18研法字第144号”检察署座谈会研究意见，参见参考文献[16]。

③ 参见《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》第32条第1、2款：“刑事案件应在犯罪实施地的法院审理，但本法典第35条规定的情形除外。”“如果犯罪在一法院管辖地开始，而在另一法院管辖地结束，则该刑事案件由犯罪行为结束地的法院管辖。”参见参考文献[17]。

### （一）管辖制度是一种“纯粹的程序正义”

管辖所调整的是具体案件的审判权在不同级别和不同地域法院之间的分配问题。如何分配管辖权才被视为公平，取决于管辖的制度价值，这又关系到对其程序属性的理解。在此问题上，罗尔斯的程序正义理论颇具启发。<sup>①</sup>在理想状态下、现实社会中制度设计时，管辖呈现出不同的程序属性。

管辖的理想状态是一个“完善的程序正义”模型，即存在一种管辖的程序设计，据此分配管辖权，可以百分之百实现案件的公正审判。堪称此种完善程序正义典范的管辖，只能在《圣经》当中寻得。摩西带领以色列人出埃及后，曾代表上帝审判百姓。但因审判者只有摩西一人，而百姓之间的纷争众多，摩西与众百姓均疲惫不堪。于是，摩西的岳父叶忒罗建议摩西从百姓中挑选“有才能的人”担任千夫长、百夫长、五十夫长和十夫长，为他分担审判的辛劳，也方便百姓可以及时解决纠纷；遇到难断的案件再呈给摩西，由他求告上帝之后予以公正审判。<sup>[20]</sup>将具体案件的审判权分配给千夫长、百夫长、五十夫长和十夫长，这实际上就是一种审判管辖权的划分。摩西在选人时向上帝祷告，确保所挑选的是“敬畏神、诚实无妄、恨不义之财的人”，如此方可确保案件分派之后依然实现公正裁判。然而上述完善的程序正义在现实社会中难以实现。实践经验证明，如果以审判的公正性为判断标准，管辖至多只是一种“不完善的程序正义”。因为审判公正性受到多种因素的共同影响，即使严格依照程序分配管辖权，仍无法完全避免裁判不公的发生。于是在制度设计时，立法者只能将管辖制度理解为一种“纯粹的程序正义”：不再以裁判是否公正作为评判管辖权分配公平与否的独立标准，而是着眼于管辖程序本身的设计；只要制度实际被执行，所导向的管辖权分配结果就被认为是正义的。在这种纯粹的程序正义中，管辖权公平分配的必要条件不再是司法公正，而是管辖制度得到了贯彻执行。

强调管辖作为一种纯粹的程序正义，并非意味着：无论管辖制度的设计合理与否，分配结果

都必须被视为正义。罗尔斯对于纯粹程序正义的限制因素有二：一是程序本身是公平的，二是程序得到了实际贯彻。<sup>[19](P68)</sup>管辖制度的构建同样应注重程序本身的公平“品质”。如果已知某种程序设计极有可能导向不公正的后果，此种设计便应因不具备公平的“品质”而被排除。历史经验显示，如果管辖权的分配标准不够明确，管辖制度就形同虚设，实现纯粹程序正义的两个先决条件都无法具备，结果只能是管辖权被其他力量利用作为谋取私利的工具。例如，法院之间争抢和推诿管辖便是追逐私利益的表现。因此，为避免管辖权被“公器私用”，管辖应以“确定性”作为其程序公平的品质要求。

### （二）管辖制度的理论基础：法定法官原则

管辖制度作为一种纯粹的程序正义，需要具备公平程序的品质。此种品质的法理表达即法定法官原则。为避免行政力量以操纵审判主体的方式来操纵审判结果，该原则要求审判主体不能够等待具体个案发生之后才进行个别确定，需要立法预先规定一套抽象的一般的分配规范，待到个案发生时可直接适用，且适用该预先规范应导向确定的结果。简言之，法定法官原则要求，具体案件审判主体的确定应取决于法律规范，而不可取决于人。

贯彻法定法官原则需要三个步骤，明确的管辖分配制度只是其中“阶段性”的任务要求。第一，行使审判权的法院只能由法律预先规定，不允许在此之外另设“例外法院”（Ausnahmegericht）。<sup>[21]</sup>所谓例外法院，是指在法定的管辖权外，特别设立的用于裁判具体个案或具体的特定类型案件的法院<sup>[22]</sup>，以纳粹时期设立的“国民法院”为代表。<sup>[23]</sup>但如果审理某类案件需要具备特别的专业知识，且具有一定规模的案件需求，在法院内部依据抽象概括的标准，严格依据专业性区分而设置专门审理金融案件、未成年人案件、知识产权等案件的专庭，不在禁止之列。

第二，法定法官原则要求管辖法院法定。案件由哪一法院管辖应依法决定，其他力量无权突破法律，将案件指派给特定的法院管辖。具体而言，管辖规范需要满足三方面的要求。首先，管

<sup>①</sup> 关于“完善的程序正义”、“不完善的程序正义”和“纯粹的程序正义”，参见参考文献 [19]。

辖规范需要满足一般性与抽象性的特征,以所有类似的诉讼案件为规范对象。<sup>[22](17,298;18,351)</sup>其次,管辖规范需事先确定,<sup>[22](21,145;22,258)</sup>一经确定,除非有法定事由不得任意变动。正如松尾浩也教授所解释的:如果允许案件发生以后再决定管辖法院的话,那么有可能因决定者的判断介入而给被告人带来不正当的不利或有利的后果。因此,尽管实践中情况复杂,预先订立规范并非易事,但仍有必要事先在法律上规定一定的基准来确定各法院的管辖范围。<sup>[24]</sup>再次,管辖规范应尽可能明确,以便分配管辖权有所依循。<sup>[22](17,299;18,425)</sup>

第三,法定法官原则的落脚点是承审法官法定。法院内部应设置科学合理的事务分配计划,保证案件分配至本院后,可以依据预先确定的分案原则随机分配至法官个人。该事务分配计划必须由法院自治、独立制定,且通过“合议庭中的不可变动性”防范行政力量对有管辖权法院的任命。<sup>[25]</sup>实践中分案多根据受理案件的顺序轮分,这就要求案件进入法院后即刻立案登记,以避免立案登记人员操纵案件排序进而操纵分案结果。<sup>[26]</sup>

由此可见,有关管辖权分配的法律规范以及法院的年度事务分配计划相结合,才构成纯粹程序正义当中完整的公平程序,二者共同作用才可确保法定法官原则的实现。然而,司法实践纷繁复杂,为保障司法工作的持续顺利运行,法律层面不宜对具体案件审判权的分配标准过于苛责。“法定法官”的最终落实仰赖于由各法院制订的科学合理且稳定执行的年度事务分配计划。在法律规范层面,只需达到“法定法院”的标准即可。

### (三) 管辖确定的附加价值

除确定性外,法定法官原则下的管辖制度还可间接达成如下附加价值功能。这些价值并非各自独立存在,而是互相融合在一起。第一,确定的管辖制度有助于促进法院独立。《宪法》第126条规定:“人民法院依照法律规定独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”即便不对法院裁判过程加以干涉,但如果可以任意指定管辖法院,法院的独立性也无从谈起。因此,管辖制度需要由立法明确规定。个案发生后,由哪一法院管辖必须依据立法预先规定进行分配,其他力量没有置喙的余地。审判主体

独立也是法定法官原则所欲达到的终极目标。

第二,管辖法院确定是贯彻法律平等原则的要求。法律面前人人平等,管辖法院依法确定,不因被告人或被害人的身份不同而变动。《刑事诉讼法》将审判管辖区分为级别管辖和地域管辖,是希望通过审级和地域的双重限制定位管辖法院。实践中对于一些职务犯罪案件,通过指定管辖打破原有的地域管辖规范,将在大中城市发生的职务犯罪指定到经济欠发达地区的法院办理。受案法院根据本地标准作出裁判,很可能比犯罪地法院处罚更重。这实际上是运动式反腐背景下对职务犯罪打击效果的片面追求,相对于其他时期、其他类型的犯罪而言,更加忽视了此类犯罪被告人的人权保障。此外,针对一些涉及地方保护利益的重大案件,公安司法机关通过矮化预期量刑的方式将案件一审法院确定为本地的基层法院,由本地中级法院掌握二审终审权,同样有违平等原则。

第三,管辖法院法定是控辩双方武器平等的前提。刑事诉讼与民事诉讼不同,原被告双方的地位不平等,且身份不可转换。特别是在公诉案件中,原告恒为代表国家权力的检察院。为实现控辩有效对抗,双方武器平等尤其必要。目前的司法实践中,面对可能的管辖问题,公检法三机关之间常常事先协商,唯独被告方缺位。在尚未承认当事人管辖异议权的制度下,依法确定管辖权是排除检察机关此方面特权的唯一途径。完善管辖制度也为日后增设当事人管辖异议制度打好基础,否则当事人即使提出异议,法院因欠缺明确的审查标准一律驳回,也无法发挥预设的制度功能。

第四,明确的管辖制度有助于实现效率价值,可以有效避免推诿管辖和争抢管辖。标准明确后,不同审级与地区的法院各司其职,不会因争抢管辖而无谓浪费司法资源,也不会因推诿管辖而影响犯罪的有效追诉。需要注意的是,尽管管辖最初是以效率为制度追求,但这仅限于解决是否需要设立管辖制度的问题。现今社会诉讼爆炸,裁判者不可能凡事亲力亲为,通过管辖制度分配具体案件审判权的必要性已经不证自明。法律确立管辖制度,诉讼效率已经得以体现。因此,对效率价值的追求不可绝对化,不得以此为借口无视被告人的权利保障。

## 四、对现行管辖制度的“确定性”矫正

管辖以法定法官原则为法理基础,以确定性为价值目标。作为一种纯粹的程序正义,管辖制度“只有在被实际地贯彻的时候才能把它的公平性传递给其结果。”<sup>[19](P68)</sup>这就要求公安司法机关严格按照法律规范分配管辖权,禁绝于法不合的不确定性。管辖制度以所有案件为规范对象,具有抽象、一般的特征。它通过级别管辖和地域管辖的双重约束,将可以具体行使管辖权的法院限定在一定范围内。然而,即使管辖规范十分明确,结合司法实践仍然存在许多不可避免的不确定因素。为保障管辖规范的贯彻可能性,管辖在追求确定性的过程中必须正视这些不确定因素,并通过完善细致的制度设计予以克服。

### (一) 级别管辖中的不确定性及矫正方案

以可能判处的刑期为标准划分基层法院与中级人民法院的管辖权,易造成级别管辖不确定。我国大陆的级别管辖与其他国家和地区的事务管辖大致对应,以刑事案件的性质或轻重为标准,在不同级别的法院间划分一审管辖权。<sup>[27][24](P197-198)[9](P113)</sup>根据《刑事诉讼法》第20条第2款,可能判处无期徒刑、死刑的案件由中级人民法院行使一审管辖权。然结合《刑法》规定可以发现,“无期徒刑或死刑”与“十年以上有期徒刑”经常属同一个法定刑幅度,这会导致级别管辖的不确定。例如,根据《刑法》第234条第2款规定,故意伤害致人死亡或以特别残忍手段致人重伤或造成严重残疾的,处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。于是,在基层法院和中级人民法院之间产生了一种“移动性的管辖权”(bewegliche Zuständigkeit)。<sup>[28]</sup>面对同样的事实,检察机关依法既可以交由基层法院一审,也可以交由中级人民法院一审,而级别管辖的不同又反过来直接影响着被告人的量刑。

较宽的法定刑幅度适应于犯罪行为日益复杂的社会现实,级别管辖的不确定不可避免。尽管如此,面对级别管辖的不确定,仍可采取措施尽量克服。第一,检察机关向哪一级别的法院起诉,取决于其对刑期的预测。如果依法应判处无

期徒刑或死刑,则检察机关无权选择,只能向中级人民法院起诉。例如,根据《德国法院组织法》,案件通常由区法院一审,但检察机关基于案件特殊重要性可向地方法院起诉。<sup>[29]</sup>检察机关选择法院起诉不得违反法定法官原则,只有出于量刑方面的考量才属正当。<sup>[30]</sup>德国联邦宪法法院认为“案件特殊重要性”并非裁量条款而是不确定的法律概念;满足此要件时,检察机关必须向地方法院起诉。<sup>[31]</sup>因此,检察官应努力提高业务水平,积累办案经验,以避免错误预测刑期而导致管辖错误。第二,检察机关的预测不对法院有强制约束力,法院仍有权再次评估刑期。若发现可能存在级别管辖错误,应及时纠正。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《最高院解释》)第15条第1款规定:“基层人民法院对可能判处无期徒刑、死刑的第一审刑事案件,应当移送中级人民法院审判。”第三,实践中检察机关和法院难免对个别案件的刑期预测把握不准。笔者认为,此时一审管辖权的确定应贯彻“比例适当原则”<sup>[32]</sup>,利弊权衡后发现,由中级人民法院一审为宜。一方面,由中级人民法院一审可减少案件移送,节约司法资源。根据《最高院解释》第12条规定,如果中级法院审理后发现不需要判处无期徒刑和死刑,有权依法审判,无需浪费审判资源再行移送。但如果由基层法院一审,审理过程中发现可能需要判处无期徒刑或死刑,基层法院不可越权量刑,必须向中级人民法院移送。案件移送后重新计算审限<sup>[33]</sup>,还会令被告人承受不利的期限负担。另一方面,由中级人民法院一审不会侵犯被告人的上诉利益。两审终审制下可由高级法院行使二审管辖权。不仅如此,检察机关直接向中级人民法院起诉还可避免中级人民法院“下放”管辖权,或不同意基层法院的移送申请,进而防止由本地中级人民法院掌握二审终审权而造成的审判不公。《最高院解释》第21条禁止检察机关在发回重审阶段撤回起诉后向原一审法院的下级法院起诉,亦有此方面的考虑。需要注意的是,上述方案仅适用于少数刑期无法准确预测的案件,否则可能引发大量案件涌入中级人民法院,打破不同审级法院之间工作量的平衡。

### (二) 地域管辖中的不确定性及矫正方案

地域管辖规范首先应避免管辖权的消极争

议。地域管辖主要根据犯罪地确定。为避免犯罪地认定范围过窄,导致个别犯罪无法追诉,对其采取较为宽松的认定标准,包括犯罪行为发生地和犯罪结果发生地。<sup>[34]</sup>此外,管辖制度还应有利于维护国家主权。<sup>[35]</sup>刑事诉讼管辖应与刑事管辖实现对接,避免有刑事管辖权的案件无法通过管辖分配制度确定具体的管辖法院,妨碍国家主权的实现。因此,对犯罪地的认定进一步放宽。例如,根据《最高院解释》第2条第2款,对于利用计算机网络实施的犯罪而言,犯罪地范围极广,包括:网站服务器所在地,网络接入地,网站建立者、管理者所在地,被侵害的计算机信息系统及其管理者所在地,被告人、被害人使用的计算机信息系统所在地,以及被害人财产遭受损失地。只要其中之一在境内,就可依法行使管辖权。然而,实践中上述地点仍有可能无一在境内。根据《刑事诉讼法》第24条规定,地域管辖根据犯罪地和被告人居住地综合判断。因此,只要被告人居住地在境内,仍可据此获得案件的管辖权。

地域管辖根据犯罪地和被告人居住地综合确定,可以有效避免管辖权的消极争议,但也同时可能引发积极的管辖权冲突,对此应通过明确管辖权“顺序”予以克服。第一,确定地域管辖应以犯罪地为主,以被告人居住地为辅。如果存在多个犯罪地,其中之一与被告人居住地一致,宜由此法院行使管辖权;如果犯罪地与被告人居住地不一致,除非存在由后者管辖“更为适宜”的理由,否则应以犯罪地确定管辖。实践中犯罪地常先于被告人住所地确定,侦查工作首先在犯罪地开展,由犯罪地法院管辖,最有利于诉讼经济;此外犯罪地法院管辖通常便于证人出庭作证,加快恢复当地被破坏的社会秩序,有助于法制教育实现更好的效果。因此,犯罪地法院的管辖权原则上优先于被告人居住地法院的管辖权。<sup>[36]</sup>第二,即使同为犯罪地,管辖权之间也存在顺序区分。例如,德国历史上曾存在“漂浮不定的报刊管辖权”:德国联邦最高法院曾在一个报刊诉讼的判决中认为,即使只是收到一份报刊

也可以认为是犯罪地,拥有管辖权。<sup>[25]</sup>这样的裁判结果造成了大量的管辖权冲突,给司法实践带来了麻烦。最终,德国修法将公诉案件的管辖权限定为出版地。<sup>[37]</sup>德国的经验启示我们在确定管辖法院时需考虑其与犯罪行为实际联系的强弱。笔者认为,犯罪行为地和犯罪结果地在不同的犯罪中各自权重不同,管辖权顺序也应不同。以生产、销售有毒有害食品罪为例,此罪为行为犯,只要已经生产出产品就存在危险,犯罪既遂,此后产品可能销售到全国各地。如果认为犯罪行为地和犯罪结果地法院有同等顺序的管辖权,产品所到之处均有管辖权,就极易引发不必要的管辖权冲突,也不利于保障刑事追诉的效果。因此,以犯罪地确定地域管辖应区分不同类型的犯罪:根据行为犯的“行为”和结果犯的“行为”和“结果”加以确定。<sup>[38]</sup>

如果各法院的地域管辖权顺序相同,由检察机关裁量决定向哪一法院起诉。检察机关此方面的选择裁量权<sup>[39]</sup>是地域管辖不可避免的不确定因素。为满足管辖确定的要求,检察机关裁量时必须遵循恣意禁止原则,并由法院事后审查。<sup>[40]</sup>案件移送起诉后,法院在开始实体审理前先对较易确定的诉讼条件进行审查,<sup>①</sup>如果发现存在管辖错误需依法纠正,将案件移送到有管辖权的法院。恣意禁止原则不容许检察机关在选择管辖法院时过于严格或过于宽容,它要求检察机关以保障诉讼正确有效进行为唯一正当目的,摒弃法院或检察院的利益考虑。地域管辖权的顺序规范体现了通常情况下管辖权的选择模式,如果检察机关起诉时偏离上述模式,而又无法给出实质理由,就很有可能被认定为恣意。例如,外地进城短期务工人员在工地上故意伤害他人,工地所在地公安机关侦查终结后移送审查起诉。检察机关原则上应在工地所在地法院提起公诉,如果它舍近求远而向被告人的原户籍地法院起诉,尽管被告人居住地依法也有管辖权,但由于偏离了通常的管辖选择模式,且不存在便利侦查或便于证人出庭作证等方面的合理理由,则法院易认定检察机关恣意而将案件移送到犯罪地法院管辖。需要

① 关于诉讼条件和案件实体内容的审理顺序,应采“二元复式结构”。参见参考文献[41]。但法院根据便捷合理的原则,可以在实体审理前先就一些较易判断的诉讼条件进行审查。参见参考文献[42]。

注意的是,地域管辖权的顺序规范仅为原则规定,倘使僵化地遵循地域管辖的先后顺序规范会过度损害诉讼效率<sup>[40](636f)</sup>,检察机关也可向顺序在后的法院起诉。例如,长期居住在A地的多人一同前往B地旅游,旅程中有二人发生了争执,到达B地后演化为故意伤害的犯罪行为,一行人遂返回A地。本案中,犯罪地为B地,被告人居住地为A地,且被害人及证人都居住在A地。倘使机械地遵循犯罪地法院优先的顺序规范则不利于诉讼经济,所以除非存在其他特殊理由,检察机关应向被告人居住地的法院起诉。<sup>[39](Rn. 25)</sup>

### (三) 因案件合并造成的管辖不确定及矫正方案

级别管辖和地域管辖的规定以案件单一性为一般前提,然而司法实践中常将有牵连关系的若干案件合并处理。单一案件的管辖问题相对简单,数宗案件合并处理会突破一般的法定管辖制度。<sup>[43]</sup>案件是否单一根据被告人和犯罪事实的数量确定:一名被告人的一个犯罪事实为一宗案件;一人数罪、数人一罪或数人数罪均为数宗案件。<sup>[44]</sup>根据《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会法制工作委员会关于实施刑事诉讼法若干问题的规定》第1条第3款规定,数宗案件若满足下列情况就可以并案处理:一人犯数罪的;共同犯罪的;共同犯罪的犯罪嫌疑人、被告人还实施其他犯罪的;多个犯罪嫌疑人、被告人实施的犯罪存在关联,并案处理有利于查明案件事实的。案件合并是将数宗案件视为“诉讼上的一案”,只有一个管辖权。原本无管辖权的法院可能通过案件合并而对全案享有管辖权。由于诉讼法上的并案标准远宽于刑法上的一罪<sup>[43]</sup>,这就进一步加剧了并案管辖的不确定性,需要有针对性的规范予以克服。

处理并案管辖问题需注意下列问题。第一,并案管辖需区分已经系属及尚未系属的案件。如果检察机关尚未起诉时发现存在并案可能,各宗案件尚未系属于任何法院,可以将案件合并向一个法院起诉。如果各宗案件已经分别起诉,并系属于不同的法院,需要通过案件移送的方式集中由一个法院行使管辖权。其他法院的诉讼系属随

之解除,并需在程序上终结诉讼。第二,在并案管辖问题上,级别管辖优先于地域管辖。根据《最高院解释》第13条,并案处理过程中只要有一人或一罪属于上级法院管辖,全案由上级法院管辖。因此,检察机关并案后应向上级法院起诉;案件若已起诉至不同级法院,全部向上级法院移送。需要注意的是,尽管两审终审制下提级审理通常不至于影响被告人上诉,但由上级法院管辖全案仍需兼顾各被告人的审级利益,必要时可将牵连关系较弱的案件分开处理。第三,同级法院间遵循优先权规则。根据《刑事诉讼法》第25条和《最高院解释》第17条规定,若两个以上同级法院都有管辖权,由最初受理的法院管辖,后受理案件的法院应主动移送案件避免管辖冲突;然优先权规则只是原则规定,必要时也可将案件移送主要犯罪地法院管辖。在此问题上,古人的经验智慧颇有启发意义。例如,《唐律·断狱律》曰:“诸鞠狱官,囚徒伴在他所者,听移送先系处并论之。谓轻从重。若轻重等,少从多。多少等,后从先。若禁处相去百里外者,各从事发处断之。违者,杖一百。”<sup>[45]</sup>此规定包含四个层面的意思:首先,数个案件合并后原则上由最先关押地,即最先受理地管辖。其次,优先权原则有例外,如果案件轻重不等,不论受理先后,应移送到重罪地管辖;如果案件轻重相等,但涉案人数不同,不论受理先后,应由涉案人数较多的地点一并管辖。再次,案件合并处理以有利诉讼为前提,如果涉案人关押地点距离过远,为避免押解过程中罪犯逃脱,由各地分别审案。最后,前述管辖权规定对办案人员有强制约束力,违反需要接受处罚。第四,并案处理以各案件的诉讼进行程度相同为前提。并案通常是出于诉讼经济的考量,这就要求合并处理的各案件处于同一诉讼阶段。若一案已经进入法庭审理阶段,另一案尚在侦查当中,不应合并。此外,笔者还认为自诉与公诉案件不宜一并处理。<sup>①</sup>不同诉讼程序适用原则不同。根据《刑事诉讼法》第206条,自诉案件可以调解,自诉人在判决前可以同被告人和解或撤回自诉。公诉案件的控方没有如此自由的处分权,为了保障案件的妥适处

① 尽管《最高院解释》第267条为法院合并审理公诉与自诉案件提供了依据。

理,不宜将公诉与自诉案件合并。第五,并案管辖以各案均尚未判决为限。如果其中一个或数个案件已经判决,其他案件应由有管辖权的法院单独审判。<sup>①</sup><sup>[46]</sup>

#### (四) 审判过程中的管辖不确定及矫正方案

法庭审理需要一个过程,为了保障诉讼正常推进,应当通过管辖恒定原则尽量维持管辖法院的稳定。地域管辖根据犯罪地和被告人住所地综合判断。如果在法庭审理过程中允许地域管辖随着犯罪地或被告人住所地的变化而变化,势必会冲击法的安定性。因此,地域管辖应遵循管辖恒定原则,以起诉时为标准确定地域管辖。<sup>[35]</sup>指定管辖也应以此原则为前提,在案件开始审理后,不得再指定管辖将案件改由其他法院审理。并案管辖较为特殊,不以起诉时点判断管辖权,合并处理的案件只有一个管辖权。即使案件已经系属于多个同级法院,仍需将案件移送至一个法院并案管辖。移送后并案管辖权即确定,需适用管辖恒定原则,不得任意变更。

管辖乃一项刑事诉讼条件。诉讼条件制约诉讼整体上的容许性,原则上应持续贯穿刑事诉讼始终。然地域管辖比较特殊,它被称为“短命的诉讼条件”(kurzlebige Prozessvoraussetzung)<sup>[5](S. 30)</sup>。法院对管辖问题有职权审查的义务,应在立案受理阶段进行形式审查。审查管辖问题需以起诉事实假设为真时判断<sup>②</sup>,不必涉及案件的实体审理。一旦开启案件实体审理,原则上不再对管辖问题进行审查。纵使起诉后法院辖区发生变化,管辖法院亦不改变。管辖恒定原则既约束国家机关也约束当事人个人。一方面,司法实践中的下列行为需要改正:二审法院裁定发回重审,并指定原审法院外的另一法院管辖;<sup>[47]</sup>案件二审裁定发回重审,检察机关撤回起诉后又向另一法院起诉。另一方面,当事人应在法院开庭审理之前提出有关管辖方面的意见。若已经做出一审判决,甚至二审裁判已经生效,再提出管辖方面的异议难以得到支持。当然,如果法院对当事人早已提出的意见不闻不问,当事人一再申请法院纠正管

辖错误,另当别论。此外,管辖恒定还需要注意,专门管辖和级别管辖不受管辖恒定原则约束,在诉讼任何阶段发现存在管辖错误均需要及时纠正。例如,根据《最高院解释》第15条第3款,如果法院在实体审理过程中发现案件应由上级法院管辖,应在审限届满前移送上级法院。

## 五、指定管辖的制度定位及适用前提

在管辖制度中,指定管辖具有特殊的制度定位。《刑事诉讼法》第26条规定:“上级人民法院可以指定下级人民法院审判管辖不明的案件,也可以指定下级人民法院将案件移送其他人民法院审判。”依据该规定,指定管辖不仅可以适用于管辖不明确场合,而且可适用于管辖明确的场合,似乎可以完全突破法定管辖规定的束缚。然笔者认为,上述认识是对指定管辖制度定位的根本误解。正是因为这种误解,司法实践中才会出现以指定管辖架空法定管辖的乱象。《刑事诉讼法》第26条将指定管辖分为制度定位并不相同的两种类型,应根据个案的具体情形选择对应类型的指定管辖,不可混淆适用。

### (一) 解决管辖争议之指定管辖的制度定位

第一种是针对管辖不明确情形的指定管辖。此乃狭义的指定管辖,是在法定的地域管辖规定运行不畅的前提下所采取的一种补充手段。德国、日本、法国及我国台湾地区的“指定管辖”均是在此意义上使用的。例如,《德国联邦刑事诉讼法》第14条规定:“数个法院之间管辖权发生争议时,由共同上级法院指定应当进行调查和裁判的法院。”第19条规定:“数个有管辖权的法院均以不得异议的裁定宣布自身无权管辖时,由共同上级法院指定管辖法院。”<sup>③</sup>《日本刑事诉讼法》第15条规定:“检察官在下列场合,应当向有关的第一审法院的共同直属上级法院提出指定管辖的请求:一、因法院管辖区域不明而没有确定管辖法院时;二、宣告管辖错误的裁判

① 参见1933年7月31日中华民国司法院“院字第948号”解释,参见参考文献[16](PA-14)。

② 参见我国台湾地区“高等法院”1991年4月15日“刑一字第445号”函,参见参考文献[16](PA-12-13)。

③ 文中有关《德国联邦刑事诉讼法》的翻译,参见参考文献[48]。

已确定的案件，没有其他管辖法院时。”第16条规定：“依照法律没有管辖法院或者不能知悉管辖法院时，检察总长应当向最高法院提出指定管辖的请求。”<sup>①</sup>《法国刑事诉讼法》第658条规定：“在属于同一上诉法院管辖内的二个轻罪法院、二名预审法官或二个违警罪法院同时受理同一犯罪案件时，由上诉法院预审法庭依检察院或各当事人的申请，指定管辖。对此项裁定，得向最高司法法院提出上诉。”第659条规定：“其他有关管辖权的任何冲突均提交最高司法法院刑事庭处理。刑事庭依检察院或各当事人之申请受理争议。最高司法法院亦可在其受理上诉请求时，依职权甚至提前指定管辖。最高司法法院得对其指定放弃管辖权的法院所进行的一切诉讼行为作出审理决定。”<sup>②</sup>我国台湾地区“刑事诉讼法”第9条规定，有下列情形之一者，“由直接上级法院以裁定指定该案件之管辖法院：一、数法院于管辖权有争议者。二、有管辖权之法院经确定裁判为无管辖权，而无他法院管辖该案件者。三、因管辖区域境界不明，致不能辨别有管辖权之法院者。案件不能依前项及第五条之规定，定其管辖法院者，由最高法院以裁定指定管辖法院。”狭义的指定管辖是解决管辖争议的一种手段。

管辖权不明确包括三种情形：一是两个以上法院均有管辖权，存在管辖权积极争议；二是没有法院管辖案件，存在管辖权消极争议；三是管辖权限不明，如犯罪发生在辖区交界处，无法确定应当由哪一地的法院管辖。实践中针对三种情形的指定管辖都不经常发生。第一，所谓管辖权的积极争议，是指存在两个以上的法院依法均有管辖权，无法最终确定管辖法院。根据《最高法院解释》第17条第2款规定，管辖权发生积极争议时，应当首先由各法院协商解决；协商不成的，才有必要指定管辖。协商解决并非难事，通常无须动用指定管辖。例如，从法国的经验来看，常常有法院愿意放弃对案件的管辖，而由另一法院管辖案件，从而在没有上级法院参与的情况下即可终止管辖权争议。<sup>[51]</sup>可见，用于解决管辖权积极争议的指定管辖没有必要经常使用。第

二，案件无人管辖的情况在实践中几无可能。管辖法院可根据犯罪地和被告人居住地综合确定，只要其中之一在本法域内，即可管辖案件。对于犯罪地和被告人居住地均不在本法域内，但享有刑事管辖权的案件，《最高院解释》第4条至第9条也专门规定了管辖法院。从比较法经验看，针对管辖权消极争议的指定管辖往往与法院做出的无管辖权裁判相关。法庭审理是一个过程，在实体审理前法院可先就管辖问题作出裁判。如果认为本法院无管辖权，则要以无管辖权的裁判终止在本法院的诉讼进程，并将案件移送到有管辖权的法院继续审理。为了防止事实上唯一有管辖权的法院错误认为自己没有管辖权，亦无其他法院可以移送案件，导致无法追诉犯罪，<sup>[27] (P51)</sup>有必要以指定管辖确保诉讼进行。《刑事诉讼法》暂没有承认法院可以就管辖问题作出裁判，故目前针对管辖权消极争议的指定管辖适用空间有限。第三，法定法官原则要求管辖制度明确划分各辖区范围，因管辖区域界限不明导致不能辨别管辖法院为异常特殊的情形。为确保万无一失，法律规定此种情形下的指定管辖。对于《刑事诉讼法》第26条中的“管辖不明”，《最高院解释》不够周延，仅细化了其中管辖权积极争议的情形，仍有必要对其他管辖不明的情形加以细化。

## （二）转移管辖权之指定管辖的制度定位

第二种指定管辖所针对的是管辖明确的情形：有管辖权的法院若不能或不宜审判案件，可以经指定管辖转移管辖权，由原本无权管辖的法院审理案件。《最高法院解释》第18条规定：“上级人民法院在必要时，可以指定下级人民法院将其管辖的案件移送其他下级人民法院审判。”此即指定管辖可以转移管辖权的规范依据。德国、日本、法国及我国台湾地区虽未使用“指定管辖”一词，但在各自的管辖制度中也包含转移管辖权的规定。例如，《德国联邦刑事诉讼法》第15条规定：“个别案件中管辖法院受法律或事实上的阻碍无法行使审判职权，或者此法院审理，有危害公共安全之虞时，则上一级法院应当将案件移交给其他辖区的同级法院调查和裁判。”

① 文中有关《日本刑事诉讼法》的翻译，参见参考文献 [49]。

② 文中有关《法国刑事诉讼法》的翻译，参见参考文献 [50]。

《日本刑事诉讼法》第17条规定：“检察官在下列场合，应当向直属上级法院提出转移管辖的请求：一、管辖法院因法律上的理由或者特殊情形而不能行使裁判权时；二、由于地方的民心、诉讼状况及其他情形，有可能不能维持裁判的公平时。在前款各项的场合，被告人也可以请求转移管辖。”《法国刑事诉讼法》第662条第1款规定：“重罪、轻罪或违警罪案件，最高司法法院均可因合理怀疑，指定任何预审法庭或审判法院放弃管辖，并将案件移转另一同类法院管辖。”第665-1条第1款规定：“如在正常情况下有管辖权的法院不能依法组成法庭，或者审理过程非正常中断，最高司法法院刑事庭也可以命令转移案件管辖。”我国台湾地区“刑事诉讼法”第10条规定，有下列情形之一者，“由直接上级法院，以裁定将案件移转于其管辖区域内与原法院同级之其他法院：一、有管辖权之法院因法律或事实不能行使审判权者。二、因特别情形由有管辖权之法院审判，恐影响公安或难期公平者。直接上级法院不能行使审判权时，前项裁定由再上级法院为之。”

作为转移管辖权的指定管辖是法定管辖制度的例外，依法无管辖权的法院可以经指定管辖例外地获取管辖权。此类指定管辖涵盖两种情形：一是有管辖权的法院因法律或事实上的原因不能行使管辖权，如因法官回避或伤病请假，剩余法官人数达不到独任或合议庭的人数需求；二是若由有管辖权的法院审判案件，可能影响审判公正。实践中前一种情形不经常发生。如果仅是对个别法官的公正性存疑，只需依法回避，不必以指定管辖转移管辖权。<sup>[52]</sup>更具讨论价值的是后一种情形的指定管辖。

为避免审判不公而指定管辖，是对法定法官原则适用前提的重申，也是对适用该原则可能导致错误的纠正。管辖的制度原点是“审判公正假定”，<sup>[1](P144-145)</sup>如果有证据证明这一假设不成立，则不可机械适用法定的管辖分配制度。倘使不顾裁判主体的品质，任凭案件分配给一个不公正独立的法官，就是对不公正裁判结果的“间接故意”，构成了对法定法官原则的潜在危险。<sup>[30](Rn.2)</sup>欠缺公平品质的法院应被排除在管辖权分配范围之外，否则法定法官原则功亏一篑。<sup>[53]</sup>例如，德国联邦宪法法院曾强调：“仅存在任何方面都符

合基本法的法院。”<sup>[22](10,213;14,216)</sup>根据《德国联邦基本法》的要求，司法权行使需要受制于实定法与自然法；司法权只能在法院内行使；法官必须公正无偏颇，只服从于法律。<sup>[21](20,92,97)</sup>违背上述要求就不具备“法定法官”资质，自然应剥夺其管辖资格。贯彻法定法官原则应与公平审判原则相协调，这就要求管辖分配制度在抽象概括之余，不能排斥对其纠正的可能性。如果法官个人存在偏颇之虞，纵使并非指定而是根据抽象的分配规范所确定的，亦应通过回避拒却作为法官。如果有证据证明整个法院的公正性存疑，除此之外又无其他法院有管辖权，才应通过指定管辖实现“集体回避”的效果。

指定管辖不可风闻弹事。从台湾地区的实践经验来看，转移管辖权的概率极低，因为“所谓审判有不公平之虞，系指有具体事实，足认该法院之审判不得保持公平者而言，如仅空言指摘，即难据以推定。”<sup>[54]</sup>《刑事诉讼法》没有赋予当事人基于法定法院原则的主观请求权，当事人无法提出管辖权异议，只能由上级法院依职权指定管辖。上级法院作为国家机关，适用指定管辖转移管辖权时应更加谨慎、理性，切忌在毫无证据的前提下剥夺法院的法定管辖权。单凭司法信任危机的社会整体现状，不足以使转移管辖权的理由正当化。

### (三) 指定管辖的适用前提

指定管辖不是为了弃绝、而是为了成全管辖制度；它是对管辖确定性的补充和纠正。指定管辖好比消防通道，设立的目的不在于大量使用，而是为了以防万一，使用频率虽低，但必须保证通道畅通。我国司法实践中，作为转移管辖权的指定管辖在职务犯罪中被过分滥用，已有突破例外成为原则之嫌，对此亟需遏制。我国应摆正指定管辖的制度定位，谦抑适用。

必须承认，司法实践中难以完全避免管辖的不确定性，以往大量使用指定管辖，客观上的确为应对不确定提供了“权宜之计”。然而，权宜之计必不能长久。前文中已从现行管辖制度中探求出了一套逻辑自洽的确定性矫正方案，可对潜在的管辖权漏洞予以填补，指定管辖便不再有大量适用的空间。指定管辖是对管辖确定性的补充和纠正。以管辖确定性为指导原则，谦抑适用指

定管辖应符合以下四项前提要求。

第一,指定管辖的适用前提为一般法定管辖规则失灵。例如,如果多个法院虽均有管辖权,但通过顺序规范可确定管辖法院,则不存在真正意义上的管辖权争议,作为解决管辖争议的指定管辖无须适用。再如,如果法官个人的回避就可以避免审判不公,就无须转移管辖权,切忌轻言指定管辖。笔者认为,指定管辖应非常谨慎。尽管根据《最高院解释》第16条,如果本院院长需要回避,案件既可以由上级法院管辖,也可以指定其他同级法院管辖,但上级法院管辖案件应优先于指定管辖。

第二,指定管辖只适用于地域管辖,不适用于级别管辖。级别管辖涉及审级利益,对被告人具有更加重要的意义,对国家审判权具体划分的意义也更加重大。例如,德国的级别管辖制度规定于具有宪法意义的法院组织法中,而非位阶较低的刑事诉讼法。与之不同,地域管辖更多考虑诉讼效率,并考虑被告人出庭及行使辩护权的方便。<sup>[24](P197)</sup>因此,为避免指定管辖过分冲击管辖确定性,应将其限于地域管辖范围内适用。

第三,指定管辖只能针对个案适用,不能批量适用。在此问题上,大陆存在的集中管辖问题亟需检讨。对于一些特殊类型的案件,集中管辖改变了法定的地域管辖和级别管辖,将某一类案件集中到区域内特定的法院管辖或直接提级管

辖。<sup>[55]</sup>该做法架空了法定的管辖制度,是对法定法官原则的严重违背。其一,对于法律的解释应当服务于法律目的。<sup>[32](P71)</sup>指定管辖的制度定位是对管辖确定性的补充和纠正,绝不是为要架空法定管辖。集中管辖将上级法院的指定管辖权视为授权依据,是对指定管辖制度目的的曲解,属于法无依据的自我授权。其二,集中管辖的初衷是希望通过整合案件的管辖资源提升办案质量,但这与司法能力均等假定相矛盾。<sup>[55](P168-169)</sup>管辖权分配以各法院均可胜任管辖案件的审理工作为前提,除非有证据推翻,否则法律不认可不同法院间司法能力的差异。考虑到司法实践的复杂性,《最高院解释》第15条第2款已经规定了通过个案提级审理的方式保障办案质量的方法。个案解决足以应对法院间司法能力的差异可能,针对一类案件集中管辖实无必要。

第四,作为解决管辖争议的指定管辖只适用于单一案件。并案管辖有相应的管辖权分配规范,不应贸然适用指定管辖。例如,中华民国最高法院1941年声字第46号判例认为:“同一案件具有刑事诉讼法第九条情形之一者,始得由直接上级法院,以裁定指定该案件之管辖法院。若非同一案件而系数案件相牵连,则虽由数同级法院管辖不便,而有合并一法院管辖之必要,亦应分别依同法第六条<sup>①</sup>之规定办理,不容当事人贸然声请指定管辖。”

## 参考文献

- [1] 张卫平. 管辖权异议: 回归原点与制度修正 [J]. 法学研究, 2006 (4): 147.
- [2] 金辉, 李军. 从“文强案”看我国刑事诉讼审判管辖异议制度 [J]. 江苏警官学院学报, 2010 (5): 8.
- [3] 张曙. 刑事诉讼管辖协商机制研究 [J]. 华东政法大学学报, 2014 (1): 130.
- [4] 龙宗智, 白宗剑, 谭勇. 刑事诉讼指定管辖若干问题研究 [J]. 法律适用, 2013 (12): 40.
- [5] Vgl. Lutz Meyer-Goßner, Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse, Verlag C. H. Beck München, 2011, S. 9.
- [6] 王一超. 论国家教唆之下被教唆人的诉讼救济——以刑事诉讼条件理论为视角 [J]. 中国刑事法杂志, 2014 (3): 96.
- [7] 王新清. 刑事管辖权基本问题研究 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2014: 2, 26.
- [8] 时延安. 刑事管辖制度适用 [M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2012: 16.
- [9] 林钰雄. 刑事诉讼法(上) [M]. 台北: 元照出版社, 2010: 109.
- [10] [德] K. 茨威格特, H. 克茨. 比较法总论 [M]. 潘汉典, 米健, 高鸿钧, 贺卫方译. 潘汉典校. 北京: 法律出版社,

① 我国台湾地区“刑事诉讼法”第6条规定:“数同级法院管辖之案件相牵连者,得合并由其中一法院管辖。前项情形,如各案件已系属于数法院者,经各该法院之同意,得以裁定将其案件移送于一法院合并审判之。有不同同意者,由共同之直接上级法院裁定之。不同级法院管辖之案件相牵连者,得合并由其上级法院管辖。已系属于下级法院者,其上级法院得以裁定命其移送上级法院合并管辖。但第七条第三款之情形,不在此限。”

- 2003: 46-55.
- [11] 姜启波, 孙邦清. 诉讼管辖 [M]. 北京: 人民法院出版社, 2008: 17.
- [12] 龙宗智. 刑事诉讼指定管辖制度之完善 [J]. 法学研究, 2012 (4): 183-185.
- [13] 李忠诚. 刑事诉讼指定管辖研究——兼谈职务犯罪侦查管辖预决原则的确立 [J]. 人民检察, 2012 (11): 26.
- [14] 《公安机关办理刑事案件程序规定》第19条.
- [15] 《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》第14, 18条.
- [16] 林钰雄主编. 刑事诉讼法 [M]. 台北: 新学林出版股份有限公司, 2011: A-22.
- [17] 俄罗斯联邦刑事诉讼法典 [M]. 黄道秀译. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2006.
- [18] K. Ф. 古岑科. 俄罗斯刑事诉讼教程 [M]. 黄道秀, 王志华, 崔熁, 丛凤玲译. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2007: 393.
- [19] [美] 约翰·罗尔斯. 正义论 [M]. 何怀宏, 何包钢, 廖申白译. 北京: 中国社会科学出版社, 2011: 66-68.
- [20] 《旧约·出埃及记》(和合本) 18: 13-26.
- [21] Vgl. GG Art. 101: 1.
- [22] Vgl. BVerfGE 3, 213, 223; 8, 174, 182; 10, 200, 212.
- [23] [德] 英戈·穆勒. 恐怖的法官: 纳粹时期的司法 [M]. 王勇译. 北京: 中国政法大学出版社, 2000: 127-139.
- [24] [日] 松尾浩也. 日本刑事诉讼法(上卷) [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2005: 196.
- [25] [德] 拉德布鲁赫. 法学导论 [M]. 米健译. 北京: 法律出版社, 2012: 123.
- [26] Vgl. Kissel/Mayer, Gerichtsverfassungsgesetz: Kommentar, Verlag C. H. Beck München, 2008, § 21e, Rn. 154f..
- [27] [德] 克劳思·罗科信. 刑事诉讼法 [M]. 吴丽琪译. 北京: 法律出版社, 2003: 37-40.
- [28] Vgl. Dreier, Grundgesetz: Kommentar, Bd. III, Verlag Mohr Siebeck Tübingen, 2008, Art. 101, Rn. 46.
- [29] Vgl. GVG § § 24 (1): 3, 74 (1).
- [30] Vgl. Maunz/Dürig, Grundgesetz: Kommentar, Bd. VI, Verlag C. H. Beck München, 2008, Art. 101, Rn. 30.
- [31] Vgl. BVerfGE, Urteil vom 19. 3. 1959 - 1 BvR 295/58 (NJW 1959, 871).
- [32] [德] 齐佩利乌斯. 法学方法论 [M]. 金振豹译. 北京: 法律出版社, 2012: 87.
- [33] 《刑事诉讼法》第202条第2款.
- [34] 《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2条第1款.
- [35] 张卫平. 民事诉讼法 [M]. 北京: 法律出版社, 2009: 86.
- [36] Vgl. Hellmann, Strafprozessrecht, Verlag Springer Berlin, 2005, Rn. 589.
- [37] 《德国联邦刑事诉讼法》第7条第2款.
- [38] 李维宗. 网路犯罪之审判权与管辖权 [J]. 军法专刊, 第59卷, (1): 62.
- [39] Vgl. Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: Großkommentar, Bd. I, Verlag de Gruyter Berlin, 2006, § 7, Rn. 22.
- [40] Vgl. Sowada, Der gesetzliche Richter im Strafverfahren, Verlag de Gruyter Berlin, 2002, S. 642.
- [41] 张卫平. 起诉条件与实体判决要件 [J]. 法学研究, 2004 (6): 62-64.
- [42] 王一超. 论“告诉才处理”案件的追诉形式 [J]. 环球法律评论, 2014 (4): 80.
- [43] 万毅. 解读“并案管辖”四个关键词 [N]. 检察日报, 2014-03-05.
- [44] 张建伟. 刑事诉讼法通义 [M]. 北京: 清华大学出版社, 2007: 238-242.
- [45] 唐律疏议 [M]. 刘俊文点校. 北京: 法律出版社, 1999: 597.
- [46] 中华民国最高法院 1933 年上字第 180 号判例.
- [47] 检察信箱 [J]. 人民检察, 2003 (11): 62.
- [48] 德国联邦刑事诉讼法典 [M]. 宗玉琨译注. 北京: 知识产权出版社, 2013.
- [49] 日本刑事诉讼法 [M]. 宋英辉译. 北京: 中国政法大学出版社, 2000.
- [50] 法国刑事诉讼法典 [M]. 罗结珍译. 北京: 中国法制出版社, 2006.
- [51] [法] 卡斯东·斯特法尼, 乔治·勒瓦索, 贝尔纳·布洛克. 法国刑事诉讼法精义(上). 罗结珍译. 北京: 中国政法大学出版社, 1998: 461.
- [52] 我国台湾地区“最高法院”1992年台声字第8号裁定.
- [53] Vgl. Britz, Das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter in der Rechtsprechung des BVerfG., JA 2001, 573, 576.
- [54] 我国台湾地区“最高法院”1960年台声字第3号判例.
- [55] 张曙. 刑事诉讼集中管辖: 一个反思性评论 [J]. 政法论坛, 2014 (5): 167.