

关于控辩平等原则演进思考

冀祥德

(中国社会科学院法学研究所,北京 100720)

摘要: 人类文明前行的足音,必然呼吁人类个体自由度的提高和主体平等地位的确立。在各国刑事诉讼领域控制犯罪与人权保障关系的演进中,控辩平等原则的基本精神经历了一个从无到有、从少到多的过程。这是政治民主与市场经济的发展对尊重人权和强调人的尊严的必然要求。而今,国际公认的司法原则是不得以牺牲司法公正或威胁基本人权为代价来控制犯罪或建立秩序。以此检视我国现行刑事诉讼制度,可以发现,控辩平等原则在我国法律制度 and 司法实践中还只是雏形,其与国际公约和司法准则对控辩平等的要求依然存在较大差距,甚至在某些方面尚未达到控辩平等之最低标准要求。

关键词: 控辩平等;产生与演进;本土思考

中图分类号: DF73 **文献标识码:** A **文章编号:** 1002-3933(2008)07-0089-05

Reflection on the Evolution of Equality of the Prosecution and the Defense

JIXIAN G-DE

(Institute of Law, Chinese Academy of Social Science, Beijing 100720 China)

Abstract: The advancement of human civilization inevitably appeals for the improvement of the degree of individual freedom and the establishment of equality of subjects. The spirit of the principle of "Equality of the Prosecution and the Defense" has emerged and gained enormous development in the evolution of the relationship between crime control and human rights guarantee in the area of criminal litigation over the world. This is the necessary requirements of political democracy and market economy for respecting human rights and emphasizing human dignity. At present, one judicial principle accepted by international society that controls crime or establishes order cannot bear the cost of judicial justice and basic human rights. It can be found that the principle of "Equality of the Prosecution and the Defense" is just at its preliminary stage in Chinese laws system and judiciary practice. There is very great disparity between its requirements on "Equality of the Prosecution and the Defense" put forward by related international conventions and judicial criteria, even it does not yet reach the lowest standard of the principle of "Equality of the Prosecution and the Defense".

Keywords: equality of the prosecution and the defense; generation and evolution; thinking of the localization

一、问题的提出

因刑事司法运作的失误致使无罪的人被错误追究刑事责任,是任何一种刑事司法制度和诉讼模式都难以绝对避免的。正因为此,长期以来人们似乎习惯了接受司法机关办理的错案,甚至乐于相信这只是个别司法人员的“一时疏忽”,是“偶然中之偶然”。但是,近期,从媒体竞相披露的河南胥敬祥案到湖北的余祥林案以及此前之云南杜培武案件等一系列冤案,事实的真相让我们大吃一惊:我们看到了错案的缘起决非办案人员的疏忽,更不是偶然中的偶然,而是权利在被肆意侵犯,司法权力被随意滥用,法定程序被置之不顾。

从某种意义上讲,余祥林等人可以说是幸运的,毕竟他们有了最终得以昭雪的机会。但是我们可以肯定地说,尚未被发现的冤假错案远远不止这些,对于那些无辜的人,我们又还能做些什么呢?

刑事司法不仅是实现国家政治统治、维护社会秩序的工具,而且也应当成为公民防范司法擅断、保障个人自由的武器。作为一种社会控制的手段,刑事司法过程本身应当是合法的、规范的,它不仅受到实体法的规制,而且还必须接受程序法和证据法的制约。

2005年3月14日,温家宝总理在“两会”记者招待会上“我们将用制度来保证死刑判决的慎重与公正”的掷地有

收稿日期:2007-11-28

基金项目:2007年度国家社会科学基金项目“构建我国刑事诉讼中的控辩平等”(07BFX061)之阶段性研究成果

作者简介:冀祥德(1964-),男,山东青州人,中国社会科学院法学研究所教授,法学系常务副主任,法学博士后,研究方向:刑法学、诉讼法学、证据法学、司法制度。

声的音犹在耳畔,其实,不仅仅限于死刑,我们必须用制度来保证所有判决的慎重与公正。讯问制度、辩护制度、证人出庭制度、非法证据排除制度、羁押制度、上诉制度、死刑复核制度等,既有实体法层面上的,又有程序法意义上的。

当然我们的反思不能仅止于此,这些不断重复的悲剧个案告诉我们,到了必须汲取教训的时候了!

英国著名政治哲学家培根曾说,一次不公正的判决,其恶果甚至超过十次犯罪。因为犯罪是无视法律——好比污染了水流,而不公正的判决则毁坏法律——好比污染了水源。只有遵守程序公正的最基本要求,刑事司法的权威性和公信力才能得以维持。刑事诉讼兼具打击犯罪和保障人权两方面的功能,但是无论何时,维护社会秩序的需要都不能忽视司法正义的需要。

在笔者看来,对于余祥林等案,目前最重要的已经不是余祥林的无罪释放和随后的权利救济,而是他如何从一个无辜者而被法律确定为犯罪者的。对于个中原因,不少学者已有诸多深邃而又切中要害的肯綮之论。但是笔者反对某种社会现象出现后,一种一拥而上的就事论事的单一线形分析,因为这种分析会遮蔽事情原来诸多的真实面目,从而会使得出的结论或许仅仅在狭窄的范围内方可适用,进而会最终使余祥林、胥敬祥等获得了正义,但是或许以后中国的司法实践上还会出现更多的“余祥林”、“胥敬祥”。

以余祥林案件为例,从权力视角之下审视,余祥林是在一个巨大复杂的权力场域的权力因素的交织下,一步步不可避免地滑入“杀人犯”深渊的。在这些权力中,无论是公、检、法的权力,还是政法委的权力,以及张在玉亲属的“民情”表达权利,几乎不仅是同质的,而且是同向的。一方面,政法权力在中国天生的亲合性,使刑事诉讼法所规定权力之制约成为虚设。另一方面,在诉讼场域中,没有一种异质、逆向的权力。权力制衡理论之以权力制约权力、以权利对抗权力、以权利制约权利成为虚无。同时仅有一种权力因素或者几种权力因素,余祥林不可能被判处严厉的刑罚。在当下,一个刑事案件一旦启动,相关权力因素必然是接踵而来,直至案件终结。

由是观之,解决之道首先必须是建立合理的刑事诉讼权力结构。“应该被读解为一种重新安排惩罚权力的策略”,“改革运动的真正目标,……与其说是确立一种以更公正的原则为基础的新惩罚权利,不如说是建立一种新的惩罚‘权力’的结构,使权力分布得更加合理”^[1]。从结构决定功能的理论出发,没有权力制衡的科学合理的结构,就不会有刑事诉讼场域的各个权力的最佳功能的发挥。科学的诉讼权力结构,一方面是诉讼场域中的各个权力都是具有合法性和正当性的权力。另一方面,则是诉讼场域中的权力的制约和平衡。因为“有权力的人们使用权力一直到遇到有界限的地方才休止”,“一切有权力的人都容易滥用权力”^[2]。以此检视我国的刑事诉讼场域,欲形成合理科学的诉讼结构,必须纳入新的权力及权利因素,对诉讼场域中的各项权力进行制约,从而构建国家权力相互之间以及和个人权利之间的平衡。

我国的刑事诉讼中虽然规定了公检法三机关“分工负责,互相配合,互相制约”的原则,但是这是一种打击犯罪的“田径接力式”的线形结构,与法治理念下以审判权为中心、控诉权和辩护权为两造的三角结构相差甚大。笔者认为,

问题的关键在于控辩关系扭曲与失衡。可以断言,如果没有一种正常的控辩关系,就不可能构建合理的诉讼结构,就不可能缔造正当科学的法律程序,就决不可能走近正义的目标。不仅人权保障成为空谈,而且“余祥林”、“胥敬祥”、“杜培武”等冤假错案还会接踵而至地发生。而构建正常的控辩关系,则当须在刑事诉讼法基本原则中植入控辩平等,重新配置控辩双方的权力(利)格局。翻开世界任何一个法治国家的刑事诉讼法史,不难发现,这种判断不仅是先验的,而且是理性的。

二、控辩平等原则的产生与演进

刑事诉讼是历史的产物,其发展历程可以说是从“弹劾主义”走向“纠问主义”,再走向混和主义。纠问制度深受诟病的原因,主要在于法官独揽追诉审判大权于一身,欠缺监督制衡管道,同时,法官自行侦查追诉,本身就是原告之角色,根本不可能无偏颇之虞,更遑论公正客观之裁判。因此为杜绝流弊,改革刑事诉讼制度将刑事程序拆解为侦查(追诉)与审判两阶段,由新创设的检察官主导侦查程序,原来的纠问法官之权力则被削弱为单纯之审判官,在侦查、审判两段分离的结构下,侦查结果仅有暂定的效力,案件罪责问题之终局确定,则由审判程序阶段来决定,自此法官被局限于被动消极的角色,刑事程序迈入现代诉讼之轨道。而控辩双方不仅其机会对等,且其地位亦对等。控辩平等原则应运而生。

控辩平等强调的是一种同等对抗、势均力敌的状态,揭示了在刑事诉讼过程中控诉和辩护双方的法律地位及相互关系。显然,控辩平衡这一命题是从属于刑事诉讼模式这一命题的。因此,控辩平衡作为特定的研究命题的产生必然与特定的刑事诉讼模式密切相关。而从刑事诉讼模式的演进历程来看,人类社会自从有了纠纷,就产生了解决纠纷的方式。原始社会最典型的解决纠纷方式就是无序的复仇。当人类文明发展到氏族、部落时代,根据纠纷性质或主体范围的不同,可以将纠纷分为部族外的纠纷和部族内的纠纷:外部的纠纷一般通过战争解决,而内部的纠纷在双方当事人之间不能自行解决时,由第三者加以裁决。这种由当事人双方和第三者共同解决纠纷的方式就是诉讼模式的雏形。

在诉讼发展史上,不同的历史时期存在不同的刑事诉讼模式;在相同时代,不同地区和国家的诉讼模式也不尽相同。因此,诉讼模式同其他社会制度一样,是动态的、发展的,经历了一个从非理性走向理性、从野蛮走向文明的历程。从世界范围看,在漫长的人类社会历史进程中,刑事诉讼模式先后出现了弹劾式、纠问式以及混合式等基本类型。

人类社会早期,主要靠冲突主体的私力救济来解决纠纷。血亲复仇、决斗等残酷而充满血腥味的行为成为社会公认并予以接受的解决冲突的方式。暴力等同于司法,以武力对抗武力,以暴力还击暴力,成为当时解决争端的普遍方法。随着社会文明的进化,人们渐渐发现这种纠纷解决方式的劣根性——人们不断处于暴力死亡的恐惧和危险中,人的生活“孤独、贫困、卑污、残忍而短寿。”^[3]于是,在理性的驱使下,人们不得不最终走到一起,相互达成协议,自愿地服从一个人或一个集体,相信他可以保护自己来抵抗所有其他的人,从而结成了政治国家,作为其中的一个必然的伴生物——用以解决社会冲突的法庭也就出现了。由

此,人类跨进了由国家出面来解决刑事冲突的门槛。及至封建社会,统治者们对犯罪的性质发生了认识上的急剧转变,他们不再将犯罪看成仅仅是个人之间的私人冲突,而是意识到一切犯罪从根本上都是危害自身统治的行为,因此,加强国家对犯罪的追究和打击这一职能便成为必然。封建统治者们不仅将追究犯罪的权力从被害人手中收归国家,而且为了更有效地追究犯罪,还把侦查、起诉、审判三种职权交由法官一体行使。作为竭力追求有效追究犯罪这一结果的代价,刑事诉讼在这一时期完全丧失了保障公民人人权和自由这方面的价值。

资产阶级在革命和建立政权的进程中,为了迎合公民憎恶封建专制的心理和追求个人独立自由的愿望,巩固其在大众心目中的领导地位以最终获得人民的支持,顺应历史潮流发展,大肆宣扬一系列“民主”“自由”“人权”“正义”等进步理念,彻底抨击封建国家无限膨胀的权力对个人自由和权利的粗暴干涉,竭力鼓动公民个人充分地享有独立的意志和完全的自由。“个人主义”在这一历史时期发挥到了极致。在刑事诉讼中,表现为强调作为辩方的公民不仅是诉讼主体,而且拥有与作为控方的国家追诉机关完全相抗衡的力量。控、辩真正成为诉讼中平等的对立方,享有相同的或对等的权利,作为控方的国家机关在刑事诉讼这场博弈中没有任何的优越感,也不享有特权,作为裁判者的法官完全以对等的眼光来看待控辩双方。

其后,随着经济的发展和进步,现代文明越来越偏向对公民个人的人权和自由的关注。刑事诉讼作为国家为追究犯罪、惩罚犯罪而进行的最为严厉的活动,无疑最容易发生侵犯公民人权和自由的情况。随之而来,现代人的视角也自然地转向了刑事诉讼这一领域。因此,资产阶级所创立的刑事诉讼制度中关于对人权和自由的保障不仅没有没落的迹象,反而在现代各国大有加强和倍受重视的趋势。控辩平等作为刑事诉讼文明进步的成果在现代社会中进一步得到了巩固^[4]。

在人权保障由低到高、由弱到强的呼声中,保障被追诉人的权利越来越引起国际社会和法治国家的重视,控辩平等无论从理论上还是从立法和司法实践角度都有着不同程度的发展。虽然,这并不是就意味着控辩平等原则从形式上到实质上已经得到普遍性确立。

检视国际社会有关人权保障的公约、文件和有关国家的法律制度,一方面反映了国际社会对控辩平等原则的共识,另一方面这些共识也逐渐渗透进各国的法律规定中。尽管各国控辩双方的关系呈现出不同的特点,但其总体趋势是:法律赋予辩方越来越多的权利以防止控方滥用权力,控辩双方的法律地位正在趋向平等,尽管这种平等也许尚需时日才能真正实现。

综观两大法系关于控辩平等原则的不同特点,由于政治体制和民主化进程的不同,在确立控辩平等原则过程中的变化不尽相同,但整体趋势却是一致的,即从纠问制下的控辩不平等逐步走向现代诉讼模式下的控辩平等。

英美法系控辩平等原则的特点在于:控诉权与审判权真正分开,防止法官专横,保障公正审判;强化被告人权利,加强诉讼中控、辩、审三方的互相牵制,实现控辩平等。可以说,控辩平等是当事人主义诉讼模式的必然要求和集中体现。在英美法系中,控辩双方法律地位的发展趋势是从

形式上的平等转向实质上的平等。由于英美国家早期没有确立国家独占追诉权的体制,所以实行了完全的对抗式程序,这种程序与民事诉讼程序采用了相似的理念、原则和规则,整个程序贯穿了“公平竞争”原则,即为确保当事人充分展开指控和辩护活动,任何一方当事人都不得为其对手提供有利的证据,法官也无权使当事人承担类似的诉讼义务,以保障双方的诉讼地位在外观上是完全的平等。这种原则在刑事诉讼程序中的具体表现是:控辩双方保持形式上的平等与对抗,为了获得胜诉结局,双方当事人可以采取任何技术、手段、方式向法官证明自己坚持的观点;为了使对方措手不及,甚至可以出其不意地提出有利于自己一方的主张和证据;在禁止为对方当事人提供有利证据的前提下,当事人拥有一种所谓的“诉讼埋伏权”(powers of ambush),也正是这种权利常常使诉讼结局出人意料。随着英美国家逐渐确立了国家独占追诉权的体制,控辩双方的力量乃至诉讼地位上的不平等性越来越严重,形式上的不平等已经无法掩盖实质的不平等。所以,新的程序正义理念认为,如果法律一味地鼓励双方对抗,那么其中能力较弱的一方事实上就不能充分有效地参与诉讼,他们将永远处于劣势,直至败诉。这样,刑事诉讼无法实现公正。为了克服这种实质的不平等,法律应当允许控辩双方必要时进行适度的“合作”,对较弱的被告一方给予特殊保护。在新的程序正义理论的影响下,英美国家的刑事诉讼程序开始逐渐减少控辩双方不必要的对抗、保证实质平等,如辩护方“先悉权”的确立等。

在大陆法系中,相对于当事人主义诉讼模式,职权主义诉讼模式关于控辩平等的特点在于:提起刑事诉讼后,法官依照职权主宰诉讼进程,诉讼终结与控辩双方意思关系不大。可以说,控辩平等原则在大陆法系中存在一定的缺失。如侦查阶段,侦查机关的权力几乎没有限制,其调查处于秘密状态,其采取的强制措施没有司法审查,不受外界力量监督;犯罪嫌疑人虽然享有获得律师帮助权,但实现这种权利又面临诸多限制。在起诉阶段,审前的实质审查,使法官先入为主对案件有了看法,庭审就容易沦为形式。在庭审阶段,控审双方易结成同盟,控辩平等难以实现。在证据排除方面,非法证据的排除很不规范,非法证据依然可以大摇大摆成为定罪的依据。但是,伴随着大陆法系国家刑事司法改革的逐步深入,被告人的诉讼地位逐渐提升,控辩双方的诉讼地位也在逐渐平衡。19世纪,欧洲刑事司法改革废止了纠问式诉讼模式,被告人从诉讼客体转变为诉讼主体,享有了一系列的诉讼程序保障。随着二战的结束,各国相继开展了刑事司法改革运动,由于受到国际上人权保障思潮的影响,在改革运动中充分重视了犯罪嫌疑人、被告人这一弱势群体的人权保障问题,使被告人的诉讼地位进一步提升,控辩双方诉讼地位与权力(利)配置日趋平等。

目前,各国对控辩平等原则的态度依然不尽相同,其对控辩关系的认识 and 法律规定也有差异。英美国家更倾向于控辩双方平等对抗与合作,法德国家更倾向于限制控方权力保护辩方权利以有利于公正审判。不过,毕竟这些变化的实质依然朝着控辩平等原则确立的方向发展。英美法系从形式上的平等走向实质上的平等,大陆法系从辩方缺乏权利保护走向加强权利保护,这些都是控辩平等原则的实质性体现。

三、控辩平等在中国的思考

可以说,控辩平等原则的确立关系着现代法治的进程,是现代诉讼法治的重要标志之一。但是,我们必须看到,在控辩关系的对立统一中,找寻二者的平衡点,则是一项系统而久远的工程,各国立法变动的空间依然很大,尚需不断地进行理论与实践的探索。毕竟,控辩平等的根基乃是见仁见智的人权。

夏勇教授认为,人权乃当今世界全人类共同的崇高事业,也是全人类通行的普遍法则。从世界范围来看,尽管不同的文明传统,不同的国家和民族,存在对人权的不同认识,保护人权的方式和条件也有差异,但是,总的来说,共识多于歧见,合作多于对抗的良好态势已经呈现,尊重和保障人权本身,也成为地球上五方杂处的人类在哲学、伦理、政治、法律等广泛的领域深化交流、增进理解和扩大合作的重要渠道。中国作为联合国创始成员国之一,曾经为《世界人权宣言》起草过她独特的文化精神与智慧。在当今中国,人权理念为传统的仁道文化增添了新的活力与光彩,人权事业成为无数中华儿女为之奋斗的宏伟志业。尤其是近些年来,尊重和保障人权,不仅成为中国作为一个发展中国家谋求全面、协调和可持续发展的一项指标,而且成为中国政府和民众共同致力于国际发展与合作、促进人类文明和进步的一个方向。

在全球视角之下,近代以来,随着资产阶级人权观念的兴起,整个刑事诉讼制度的价值目标逐渐由惩罚、控制犯罪转向保障和维护人权,刑事诉讼制度的发展日益呈现出文明化、民主化、科学化的总体趋势。刑事诉讼人权保障价值的重心是犯罪嫌疑人、被告人的人权保障,而犯罪嫌疑人、被告人的人权保障的核心问题是如何确立犯罪嫌疑人、被告人在诉讼中的地位,实现刑事诉讼活动中的控辩平等。

应当客观地看到,1996年,我国对刑事诉讼法进行的修改,就是以加强人权保障为基本指导思想的。而立法变动的重点在于对我国强职权主义的诉讼模式进行了根本性改造,特别是意图通过在庭审阶段引入对抗因素来增强庭审的公平对抗性,着力塑造一个控辩双方平等对抗的新型诉讼结构。为此,尽管立法上没有直接规定控辩平等原则,但在总则和分则中无疑吸收了诸多控辩平等原则的合理内核。例如,第一,规定了“未经人民法院依法判决,对任何人都不得确定有罪。”虽然并未出现无罪推定原则核心要求的“假定”或“推定”无罪的表述,但实际上具有了在法院依法判决之前,任何人不得被视为有罪公民的含义。第二,明确了控方的举证责任,确立了犯罪嫌疑人、被告人在起诉前后的法律地位。第三,扩张了被追诉人获得律师帮助的权利,明确赋予了辩护律师在刑事诉讼中的调查取证权。第四,实行了“半个起诉状一本主义”,控方在审前对法官的影响受到一定程度的规制。第五,限制了法官在庭审中“积极诉讼”的权力,引入了控辩对抗制庭审模式,等等。让我们欣喜地看到了控辩平等原则在我国刑事诉讼中的雏形。

但是,必须冷静地指出,1996年刑事诉讼法的修改,只是迎合了当时国家司法制度的需求。除去功利性太强、预见性不足等原因之外,缺乏一个贯彻始终的指导思想(如犯罪控制与控辩平等),对整个刑事诉讼程序的构建没有系统性安排,程序规则设计不具有可操作性,立法技术过于粗糙等,无一不是造成其修改后不到十年即再次纳入全国人大

重大立法变动计划的原因。有的学者对此尖锐指出,几乎所有发生在司法实践中的程序性违法现象,都可以在刑事诉讼立法中找到原因。刑事诉讼法对于“公检法三机关”的很多诉讼行为都没有建立有效的权力制约机制,使得一些诉讼程序变成带有技术性和手续性的操作规程;大量的诉讼程序规则不具有最起码的可操作性,使得这些程序规则根本就无法得到实施;刑事诉讼法对于侦查权、公诉权和审判权的设计,大量采用授权性立法体例,使得警察、检察官、法官在很多场合下拥有几乎不受限制的自由裁量权。而从控辩平等的角度检视,控辩失衡还是修改后的刑事诉讼法的显著特征。例如,第一,并未确立本原意义上的无罪推定原则。第二,控辩双方诉讼地位和诉讼权利不平等。第三,被追诉人基本诉讼权利缺失。第四,辩护律师执业权利缺乏保障。第五,对强制措施没有有效的监督与制约。第六,没有规定违反刑事诉讼程序之法律后果等。

在竞技场上,威严的裁判正襟危坐。他告诉现场的观众,这里将进行一场公平的决斗。竞技双方登台亮相后,人们却已发现,原来一方身披盔甲,手持利刃,甚至还身藏暗器;而另一方则赤手空拳,满身伤痕,刚刚被对方释放出来,甚至还戴着对方施加的镣铐。其实,不用裁判吹响比赛的哨声,决斗结果已经十分明了。何况,一旦手持利刃方出现劣势时,裁判不仅喊“停”,而且还会出手相助。但即是这样,持利刃方有时也会不顾忌裁判的在场,而对对方使用“暗器”。若再不成功,还会毫不客气地将对方带回去自己的“地盘”关押起来。这时,裁判也只能是睁一只眼,闭一只眼,因为,如果他担心“城门失火,殃及池鱼”,原因是这场比赛确立了一个特殊的规则——持利刃方有裁判该裁判的权利。

这样的场景是不是当下我国刑事诉讼程序中的控辩审力量及其关系的生动写照?那个正襟危坐的裁判不就是法官?手持利刃的运动员不就是检察官?赤手空拳的运动员不就是被告人及其辩护人吗?运动员一方在侦查程序、起诉程序中享有强大的权力,就如同决斗士时穿着盔甲,手持利刃,已经百般演练,千般磨砺;而另一方,在侦查、起诉程序中却没有给予与对方平等的武装,虽然在庭审程序中,似乎给予了双方平等决斗的机会,但手无寸铁的肉拳岂能抵挡过对方的刀刃的锋利?何况还有对方的暗器和或心存偏见或无可奈何的裁判。

设置刑事诉讼的目标之一固然是查明犯罪和追究犯罪,实现国家的刑罚权,然而,不可忽视其另外一个价值目标则是保障刑事诉讼中的人权,而刑事诉讼中的人权保障就是通过刑事诉讼的进行和在刑事诉讼进行过程中对公民权利和自由的保护。在被告人身上,惩罚犯罪与保障人权是对立统一的。统一姑且不言,就对立来讲,正如有学者所言:“为实现国家刑罚权,强制力的行使是不可避免的,这就会多少影响犯人及第三者的正常权利。所以,实体真实的发现同个人基本人权的保障成为时常对立着的要素……正因为如此,如何调整两者的对立,便成为问题。夸张地说,刑事诉讼中所有问题的根本点就在于此。”^[51]两大法系在刑事诉讼中的价值取向虽有不同,但是共同点却在于惩罚犯罪与保障人权均得以理性的整合,而且其均表现出各人权主体的诉讼权利将会得到最大限度的、均衡保障的共同发展趋势,并逐渐融合在控辩平等原则之上。

英国彼得·斯坦说:“自然公平的第一个原则是:必须给

予诉讼当事人各方充分的机会来陈述本方的理由。这意味着必须将诉讼程序告知他们,并及时通知其任何可能受到的指控,以便于他们行使权利。”控辩平等在人权保障中的底线价值在于,保障被告人、即使是事实上有罪的被告人在刑事诉讼活动中被当作一个有尊严的人对待,平等地参加到诉讼程序中来。

在我国,1996年刑事诉讼法修改中庭审模式的转变,标志着已经向着控辩平等的道路迈出了第一步。但是,真正植入控辩平等理念的诉讼模式并没有真正建立起来,侦查程序、起诉程序控辩关系畸形的结构与审判程序控辩平等的模式构建之间矛盾,深刻地反映出中国的法文化传统。立法者们还是仅仅从刑事审判中心的视角看待控辩平等,没有认识到控辩平等在整个刑事诉讼程序中的轴心作用。

德国学者罗科信认为,“未来的刑事诉讼法的最主要的任务,就是如何使之更能实践基本法上所规定的社会国家原则”^[6]。我国2004年宪法修正案已将“国家尊重和保障人权”写入宪法第33条,保障人权必将成为我国本次刑事诉讼立法变动的主要指导思想之一。而在笔者看来,刑事诉讼法再修改过程中,直接体现人权保障的宪法思想的就是控辩平等的实现。

笔者对于控辩平等在我国刑事诉讼制度中构建的总体

构想是:其一,将控辩平等原则植入我国刑事诉讼法的基本原则之中,明确规定控辩平等原则是我国刑事诉讼的基本原则;其二,以刑事诉讼法总则中规定的控辩平等原则为主线,重构我国刑事诉讼中的控辩关系,既包括对诉讼权力(利)的重新配置,又包括对诉讼制度的构建改造。

正义是社会制度的首要价值,是人类社会进步和文明的标志,也是司法制度的目标追求。从柏拉图的“和谐论”,到罗尔斯的“自由与平等论”,无不充满了人们对公平与正义的孜孜以求。党的十六大也明确提出,“社会主义司法制度必须保障在全社会实现公平与正义。”而变法者该当十分清醒地认识到,在刑事司法制度的构建中,公平与正义的实现,必须有一个不可或缺的逻辑前提——控辩平等,无论是在侦查程序、起诉程序、审判程序,还是在救济程序。程序的公正和公理是自由的内在本质,如果有可能的话,人们宁愿选择通过公正的程序实施一项严厉的实体法,也不愿选择通过不公正的程序实施一项较为宽容的实体法。

自由主义经济学家哈耶克有言道,“有效率的经济制度往往不是人类设计的产物,而是自发演进的结果。”但是,一个适合国情的民主、科学、高效的刑事司法体制,在中国这样一个有着几千年集权专制传统的国度,却不能依靠其自发演进的生成,而要凭借人们艰苦卓绝的共同努力。

注释:

笔者注意到,余祥林等案均发生在10年以前,这些冤案的发生与当时的司法制度是有紧密联系的——刑事司法的重刑倾向十分明显,强调诉讼的打击犯罪功能和社会秩序的稳定,严重忽视了法律的人权保障功能。一是指导刑事诉讼的基本原则是有罪推定。案件发生以后,侦查机关往往以猜定等方式确定犯罪嫌疑人,然后奉行有罪推定的观念对嫌疑人进行严酷的审讯和诱供,犯罪嫌疑人没有申辩的机会和可能,甚至“坦白从宽,抗拒从严”的刑事政策也容易使得他们的申辩招致更大的灾祸。二是刑事审判过于依赖口供。当时的刑事诉讼法关注更多是证据的证明力,对于证据能力尤其是合法性问题没有给予足够的重视。裁判结果对于口供的依赖使得办案人员致力于获取犯罪嫌疑人的供述,甚至可以不惜手段。三是公检法三机关配合有余、制约不足。诉讼模式是流水线作业式的,公检法机关可以经常联合办案。案件从侦查、起诉到审判,几乎每个环节都可以违反法律的严格规定,甚至可以从根本上背离司法公正和独立的基本原则。在这样的背景下,个人的权利变得微不足道,刑事辩护几乎没有存在的空间。四是“民愤”、“秩序”使诉讼失去了正义和理性。案件发生以后,公安机关都有着迅速侦破案件以平民愤的压力,必须给案件一个确定的结果才能尽快地恢复被“破坏”的社会秩序,但法律制度并未提供一个合法的疑案处理方式。因而,犯罪嫌疑人一旦进入侦查程序就很难再脱离出去,即使是在证据不足的情况下,公安机关都不敢冒着放纵犯罪的压力撤销案件。在这种情况下,超期羁押、刑讯逼供等侵犯被追诉人权利现象的出现便成为不可避免。另外,笔者还想提醒的是,制度存在的根本性缺失固然是错案发生的至关重要之因素,但是,退一步思考,即使立法已臻法治,制度已成完善,错案就会从此不再发生吗?试想,给赵高一副手铐,给高俅一把法锤,能希冀他抓的是真凶,判的是坏人吗?错案的发生,也许并不仅仅是制度之缺失,司法实务中到底是一些什么的样人在办案?这个问题也必须引起我们的重视。

最近,笔者发现,在山东省某历史文化名城发生的一起普通刑事案件,竟然同时存在如下发人深省之问题:1. 辩护人使用手铐;2. 检察人员不知道最高人民检察院之规定;3. 侦查人员不懂侦查辨认规则;4. 妻子批捕,丈夫审判;5. 判决书对非法证据谈而不论。如果一个案件中存在上述问题中的一、二个,即已足使人们对案件能否公正判决放心不下。本案中,居然一案同时存在上述问题,人们又将作何思考?第一,无罪推定距离司法实务究竟还有多远?辩护人有自己的手铐,规定辩护律师会见时必须铐起自己的当事人,辩护人作何叹,被告人作何思?古今中外,此可谓先河。第二,程序正义只能是口号?分明是非法证据却不排除,缺乏证据能力的证据在一片责难声中照样转化为定案根据,此显然已经不再是一个司法人员的业务素质问题,而是一个程序理念问题。第三,什么人在办案?检察干警不知道最高人民检察院的重要规定,侦查人员不懂刑事辨认基本规则,妻子批捕,丈夫审判,谁能相信这样的人不会办错案?笔者使用“政法权力”的概念,系指包涵政法委、公、检、法部门之权力,以区别于检、法部门之“司法权力”。

参见《中国人权年刊》2003年第1卷,社会科学文献出版社2004年版,卷首语。

同注释

对此,有学者认为,提高立法技术、改善立法体例是刑事诉讼法修改过程中亟待解决的问题。立法机关需要减少那些技术性和手续性的规则,增强诉讼程序的可操作性,对警察、检察官和法官的自由裁量权作出进一步的限制,为那些违反法律程序的诉讼行为确立消极的程序性法律后果,并为那些权利受到侵犯的当事人提供有效的司法救济。只有在立法技术和立法体例上发生明显的变革,立法机关才能制定出一部能够得到有效实施的刑事诉讼法。参见陈瑞华:《刑事诉讼法的立法技术问题》,http://www.univ.cn/newweb/univ/zunfe/law/2005-10-15/355812.html, 访问日期:2006年7月9日。

参考文献:

- [1] [法]福柯.刘北成,杨远婴译.规训与惩罚[M].三联书店,1999.89.
- [2] [法]孟德斯鸠.张雁深译.论法的精神·上[M].商务印书馆,1985.154、156.
- [3] [英]霍布斯.黎思复,等译.利维坦[M].商务印书馆,1985.85.
- [4] 谭世贵.刑事诉讼原理与改革[M].法律出版社,2002.232.
- [5] [日]土本武司.刑事诉讼法要义[M].有斐阁,1991.16-17.
- [6] [德]罗科信.吴丽琪译.刑事诉讼法第24版[M].法律出版社,2003.15.