

【学术视点】

# 对我国控辩平等的检视与思考

冀祥德

(中国社会科学院法学研究所,北京 100720)

**摘要:** 控辩平等原则在我国法律制度和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。在我国刑事诉讼法之再修改中,应当以控辩平等原则为基本原则,重构我国控辩关系及其相关体系,厘清控辩平等与刑事诉讼本质及其基础理论的关系,解读控辩平等的现代内涵,建立合理的刑事诉讼权力结构,扩张被指控人的辩护权,培养执法者正确的司法理念与适格的职业素养,研究决策者与社会公众在控辩平等原则构建方面的互动机制,为立法和司法实务提供参考。

**关键词:** 控辩平等; 制度反思; 理性思考

中图分类号: D925.2

文献标志码: A

文章编号: 1009 - 8003(2007)06 - 0022 - 08

**Subject:** Examination and Reflection on "Equality of the Prosecution and the Defense" in China

**Author & unit:** Ji Xiang - de (The Law Research Institute of Chinese Academy of Social Science, Beijing 100720, China)

**Abstract:** Still, the principle of "Equality of the Prosecution and the Defense" is just at its preliminary stage in Chinese law system and judiciary practice. There is very great disparity between it and 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". In the course of re - amending the Criminal Procedure Law, based on the principle of "Equality of the Prosecution and the Defense", we should reconstruct the relationship between the prosecutor and the defendant as well as the related system; clarify relations between the principle of "Equality of the Prosecution and the defense" and the essence of criminal procedure as well as its fundamental theories; unscramble the contemporary connotation of "Equality of the Prosecution and the defense"; establish reasonable power structure in criminal procedure; expand the right to defence of the defendant; cultivate proper judicial concept and professional qualities of law executors; and study the interaction mechanism between the decision maker and the public in the construction of principle of "Equality of the Prosecution and the Defense" so to provide reference to the legislation and judicial practice.

**Key words:** equality of the Prosecution and the Defense; reflection on system; rational consideration

控辩平等是刑事诉讼中人权保护的重大课题,是国内外刑事诉讼法学研究的热点问题。当前我国正处在修改刑事诉讼法的关键时期,以辩护制度改革为主要内容的控辩双方权力(利)与义务关系的重构,被认为是修改刑事诉讼法的核心问题。研究这一问题,不仅对于刑事诉讼基础理论研究具有重要的奠基作用,而且对于刑事诉讼立法具有显著的指导意义。

## 一、控辩平等在我国刑事诉讼中的体现

学界普遍认为,1996年刑事诉讼法修改前,我国刑事诉讼模式为典型的职权主义,甚至有学者认为它是一种“公检法流水作业式”的超职权主义<sup>[1]</sup>。这种诉讼模式下,控辩平等原则缺乏赖以生存的诉讼制度环境。1996年刑事诉讼法的修改,是我国刑事诉讼制度重大变革的

收稿日期: 2007 - 10 - 20

基金项目: 本文系作者主持之 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”之阶段性研究成果(07BFX061)。

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

开始,人权保障思想渗透于立法精神,向塑造控辩双方平等对抗的新型诉讼结构迈进了一大步。反映在刑事诉讼法的修改中,在依法惩罚犯罪的前提下,开始强调了对被追诉人权利的保障,在一定程度上体现了控辩平等原则的一些精神。

### 1. 无罪推定原则初见端倪

无罪推定原则是控辩平等原则的制度基础,更是控辩平等原则得以确立的标志之一。1979年的刑事诉讼法,无罪推定原则不仅没有得到规范的表述,相关内容在法律规范中也没有得到充分体现,如在侦查、起诉阶段,犯罪嫌疑人不仅不享有沉默权,反而有向公安机关、检察机关如实供述的义务;在审判阶段,没有确立疑罪从无原则,如果证据不足、指控罪名无法成立,法院作出生效判决后,检察机关可以重新收集证据再行起诉等。法律规范中不仅没有规定无罪推定的原则,无罪推定的精神在刑事诉讼法中也严重缺失。

纵观无罪推定原则在我国法律制度中实践过程,可以从两个方面予以概括:

(1)在司法解释和全国人大立法中的体现。从无罪推定原则在我国的实践过程看,其相关内容经历了一个从司法解释的体现,到全国人大制度和香港、澳门基本法中的规定,再到刑事诉讼法修改中合理内核吸收的发展路径。

(2)在签署国际人权公约中的承认。目前,我国已参加或缔结了联合国通过的一些国际人权保障公约,如《公民权利与政治权利国际公约》、《儿童权利公约》、《联合国少年司法最低限度标准规则》、《联合国保护被剥夺自由少年规则》等。这些公约为了贯彻人权保障思想,都有关于无罪推定原则的规定,我国在签定时,并未对这些条款声明保留。我国既然已经承认了国际相关公约中关于无罪推定原则的规定,就标志着我国对于无罪推定原则并没有拒绝。人们有理由相信,无罪推定原则在国内法中的全面确立,只是时间问题。

关于无罪推定原则,我国1996年刑事诉讼法除了第

12条的基本规定之外,还确立了一些规则和制度,体现无罪推定原则的具体要求:一是确立“疑罪从无”审判规则;二是明确犯罪嫌疑人、被告人不承担无罪证明责任;三是确立犯罪嫌疑人、被告人在起诉前后“非罪犯”的法律地位。可见,我国刑事诉讼法已经吸收了无罪推定原则的一些合理内核,体现了控辩平等原则基本精神。

### 2. 扩张了被追诉人获得律师帮助权

获得律师帮助权是构建控辩平等原则的重要内容。1996年刑事诉讼法的修改,不仅扩大了被追诉人以获得法律援助的范围,而且首次规定律师可以在侦查阶段介入刑事诉讼,被追诉人获得律师帮助,权利明显扩张。

(1)扩大了法律援助的范围。1996年修改的刑事诉讼法较之1979年的刑事诉讼法,扩大了指定辩护人的范围,规定当被告人是盲、聋、哑人、未成年人或者是可能被判处死刑的人,都应当获得指定辩护。另外,最高人民法院的司法解释又进一步对指定辩护的范围做了补充。法律援助范围的扩大,解决了被追诉人因经济条件限制等原因无法实现获得律师帮助权这一困难,为被追诉人在刑事诉讼中的平等对抗创造了必要条件。

(2)被追诉人获得律师帮助时间提前。被追诉人获得律师帮助时间之早与迟,不仅会在形式上体现国家对被追诉人权利保障的重视程度,而且会直接影响被追诉人获得律师帮助的质量。就刑事辩护的效果而言,律师介入刑事诉讼时间越早,对有效辩护的意义就越大。现行刑事诉讼法不仅将律师介入刑事诉讼的时间提前到了侦查阶段,而且被追诉人委托辩护人的时间也提前到了审查起诉阶段。这是增加辩方权利,追求控辩平等的重要表现。

### 3. 明确规定了辩护律师之调查取证权

我国1979年刑事诉讼法中没有关于辩护律师享有调查取证权的明确规定,只是规定了被告人和辩护人的调查证据请求权。1996年刑事诉讼法在修改中,规定了辩护律师的调查取证权。该法第37条规定:“辩护律师经证人或者其他有关单位和个人同意,可以向他们收集与本案有关的材料,也可以申请人民检察院、人民法院收集、

1989年11月4日,最高人民法院《关于一审判决宣告无罪的公诉案件如何适用法律问题的批复》第三项规定:“对于因主要事实不清、证据不足,经多次退查后,检察院仍未查明犯罪事实,法院自己调查也无法查证清楚,不能认定被告人有罪的,可直接宣告无罪。”1994年3月21日,最高人民法院《关于审理刑事案件程序的具体规定》第127条规定:“案件的主要事实不清、证据不充分,而又确实无法查证清楚、不能够证明被告人有罪的,判决宣告被告人无罪。”由此可以看出,最高人民法院在司法解释中首先确立了“疑罪从无”的规则,其作为无罪推定原则的一项基本要求,使得无罪推定原则雏形开始出现于我国的司法制度之中。

1990年4月4日,全国人大通过了香港特别行政区基本法,其第87条规定:“任何人在被合法逮捕后,享有尽快接受司法机关公正审判的权利,未经司法机关判罪之前均假定为无罪。”1993年3月31日,全国人大又通过了澳门特别行政区基本法,其中也明文确立了无罪推定原则。虽然,香港、澳门两地与内地实行的是不同的社会制度,但这两部法律的通过,依然可以表明我国立法机关首次在法律中明确规定了无罪推定原则。

1996年3月17日,全国人大八届四次会议通过了《中华人民共和国刑事诉讼法》(修正案),修改后的刑事诉讼法第12条规定:“未经人民法院依法判决,对任何人都不得确定有罪。”1996年刑事诉讼法第12条规定中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。

调取证据,或者申请人民法院通知证人出庭作证。辩护律师经人民检察院或者人民法院许可,并且经被害人或者其近亲属、被害人提供的证人同意,可以向他们收集与本案有关的材料”。这是我国刑事诉讼法第一次明确赋予辩护律师之调查取证权,标志着控辩平等原则在我国刑事诉讼立法中的实质性进步。

#### 4. 控方在审前对法官之影响受到规制

综观国外诉讼程序中两种案件移送方式,从控辩平等的角度来说,起诉状一本主义方式显然更加有利于防止法官先入为主。我国1979年刑事诉讼法显然实行的是职权主义模式国家的全案证据移送方式,而1996年刑事诉讼法则改良了此种方式采取了起诉状一本主义方式,实行主要证据移送方式。其主要特征是:控方在移送案件时,不仅提交起诉状,也提交主要证据。其主要优势在于:一是法官对案件只需在审前进行程序性审查,从而防止法官受到控方对案件性质认定的影响,并保持中立。二是对案件的实质性审查主要在庭审程序中进行,使控辩双方的交锋主要在庭审阶段,增强其对抗性,有利于案件真相被揭开。三是控方在法庭上承担案件的证明责任,法官摆脱掉了原先的证明责任,可以以更公正、权威的形象介入到案件中,真正实现控、辩、审三方各司其责,各行其事的局面。<sup>[2]</sup>现行刑事诉讼法的这一改革,有效减弱了控方在审前对法官的影响力,而法官也由过去庭前实质审查改变为程序审查,卸下了自己曾负有的证明责任,控辩双方的平等有了程序上的保障。

#### 5. 引入了控辩对抗制庭审模式

控辩平等原则的核心是形成对抗制的庭审局面,使控辩双方在整个庭审过程中可以各抒己见,平等参与,从而得出公正的审判结论。这种局面的形成主要取决于是否能赋予控辩双方权利上的程序对等。程序对等是指裁判者应平等对待控辩双方,使控辩双方的主张、意见和证据得到平等关注和尊重,其内涵是控辩双方在整个庭审过程中,拥有同等的机会、便利和防御手段。我国1979年刑事诉讼法第112条第2款规定,出庭的检察人员发现审判活动有违法情况,有权向法庭提出纠正意见。而1996年刑事诉讼法对这一权力进行了规制,该法第169条规定:“人民检察院发现人民法院审理案件违反法律规定的诉讼程序,有权向人民法院提出纠正意见”。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〈中华人民共和国刑事诉讼法〉实施中若干问题的规定》第43条规定:“人民检察院对于违反法定程序的庭审活动提出纠正意见,应当由人民检察院在庭审后提出”。1979年刑事诉讼法第115条第2款规定:“当事人和辩护人可以申请审判长对证人、鉴定人发问,或者请求审判长许可直接发问。审判长认为发问的内容与案件无关的时候,应当制止”,对公诉人的发问不能制止。1996年刑事诉讼法则将这一限制条款规定同样适用于控方。该法第156条第1款规定:

“证人作证,审判人员应当告知他要如实地提供证言和有意作伪证或者隐匿罪证要负的法律后果。公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人经审判长许可,可以对证人、鉴定人发问。审判长认为发问的内容与案件无关的时候,应当制止”。不仅如此,该法第160条还规定:“经审判长许可,公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人可以对证据和案件情况发表意见并且可以相互辩论。”可见,庭审中,控辩双方权利上的程序对等已得到初步确立。

这种程序对等最核心的体现是:在庭审中,控辩双方拥有同样的质证权利,可以对控方证人进行同样的交叉询问。我国1996年刑事诉讼法确立了非典型意义的交叉询问式质证制度,主要表现在两个方面:一是对被告人和被害人进行调查时,应当由他们先陈述案情,然后控辩双方展开发问,法官认为有必要时也可发问。二是控辩双方可根据需要传唤证人,由传唤方先行询问,再经审判长同意由另一方询问,法官认为有必要也可进行询问。由上可以看出,对抗制庭审方式在我国已经初步形成,在一定程度上体现了控辩平等原则的精神。

## 二、我国刑事诉中控辩平等的不足

通过上述考察可以看出,从1979年的刑事诉讼法到1996年的刑事诉讼法,控辩平等原则的基本精神在我国刑事诉讼法律规范中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。但是,“国际公认的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。”<sup>[3]</sup>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和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。控辩平等在我国现行诉讼制度中之不足概括体现在如下方面:

#### 1. 并未确立本原意义之无罪推定原则

无罪推定原则是现代刑事诉讼程序赖以建立的基石,是保证程序主体在刑事诉讼中的平等地位,促进信息交流的必要条件。我国1996年修订刑事诉讼法时,吸收了无罪推定的一些内容,但是并没有确定本原意义上的无罪推定原则。刑事诉讼法第12条规定的“未经人民法院依法判决,对任何人都不得确定有罪”,实际上只是规定在我国人民法院享有排他的审判权,而没有明确指出在人民法院判决前犯罪嫌疑人、被告人的法律地位。这一缺憾直接影响到了犯罪嫌疑人、被告人在刑事诉讼中的权利规范。另一方面,现行刑事诉讼法尚有有罪推定的规定,如刑事诉讼法第128条第2款规定:“犯罪嫌疑人不讲真实姓名、住址,身份不明的,侦查羁押期限自查清其身份之日起计算。”这是一种典型的“有罪推定”的做法。

除此之外,我国并未确定无罪推定之核心内容——反对强迫自证其罪的规则,使得被追诉人无法获得拒绝

自证其罪的权利,相反刑事诉讼法第93条却要求“犯罪嫌疑人对侦查人员的提问,应当如实回答。”笔者前已述及,联合国文件中赋予了被指控者享有不受强迫自证其罪的权利。这种权利是指被追诉人没有向控方和法庭作出任何不利于自己陈述的义务,有权拒绝回答控方和法官的讯问并保持沉默,也没有提出有罪证据的义务,被追诉人所作出的陈述只有在自愿并且意识到此陈述后果的基础上才可作为定案的根据,控方不得采取任何非人道手段强迫其就某一案件事实作出供述或提供证据。我国刑事诉讼法不仅未赋予被追诉人以沉默权,反而规定其负有“如实回答”义务,使被追诉人在诉讼过程中处于不利地位,被追诉人事实上承担了证明自己无罪并为控方提供相关证据的责任,被追诉人参与刑事诉讼的能力与效果受到致命的削弱。犯罪嫌疑人、被告人一旦作出了有罪供述,就等于认可了控方的控诉,为控方提供了控诉武器,这就违背了无罪推定原则的基本要求,破坏了平等法治诉讼架构。

## 2. 控辩双方诉讼地位不平等

我国宪法第129条规定了检察机关是我国的法律监督机关。现行刑事诉讼法第8条规定“人民检察院依法对刑事诉讼实行法律监督”,第169条也规定“人民检察院发现人民法院审理案件违反法律规定的诉讼程序,有权向人民法院提出纠正意见。”据此,在控、辩、审三方的关系中,作为控方的检察机关不仅对审判者享有监督权,对辩方同样具有监督的权力。从控方与裁判者的关系来看,基于监督者与被监督者这一地位考虑,裁判者往往更倾向于听取控方意见,而对辩方意见则很难予以平等关注,审判的中立性和公正性无从保障。从控方与辩方的关系来看,控方的监督权同样及于被告人及其辩护律师。在监督者与被监督者形成的对抗体系中,面对处于自己上位的控方,辩方从心理和能力上均受到更多束缚,难以展开有效的防御,实现控辩双方的平等对话。

可见,我国立法在指导思想上尚未融入控辩平等的理念,刑事诉讼法规定检察机关有权对审判机关予以监督,缺乏应有的制度构建理性。这是因为,控辩平等原则蕴涵着将控辩双方视为刑事诉讼中的双方当事人,只有这样才能实现两者的真正平等。但是,在我国,检察机关在法律上被规定为是国家的专门机关,而不是刑事诉讼的一方当事人,因此,作为控辩双方之间不可能有真正意义上的平等。对此,联合国经济及社会事务会在《公民权利和政治权利,包括酷刑和拘留问题——任意拘留问题工作组的报告》中,就我国人民检察院对法院的监督问题

上指出:“工作组得知,在进行刑事审判时,检察官不仅对案件提起公诉,而且还对审判程序进行监督……这种情况——把审判机关的地位置于检察机关之下——与相关的国际规范显然不一致。检察机关是诉讼程序的一方,他向法院提起公诉并进行答辩。他不可能既当裁判员又当运动员,同时又能保持公正。应该由法院来保障包括检察机关在内的诉讼程序所有当事方遵守法制原则——而不是倒过来。”

## 3. 控辩双方诉讼权力(利)不平等

在刑事诉讼活动中,控辩双方都拥有平等调查取证权、会见权和阅卷权是控辩平等原则的应有之意。但是,在我国,无论是在法律规定上,还是在司法实践中,控辩双方的诉讼权力(利)均没有体现控辩平等原则的要求。

(1) 调查取证权不平等。在我国,控方(包括侦查机关和检察机关)原则上拥有着不受阻碍的调查取证权,以至于吞没了犯罪嫌疑人、被告人的沉默权。此外,侦查机关在证据的调查获取上,还享有搜查、扣押、鉴定、秘密侦查和拘留、逮捕、羁押等一系列权利,侦查机关的调查取证权以国家司法权力的形式,有着充分而有力的保障。而与之相对应的辩方律师的调查取证权却存在着诸多障碍,权利实施的力度极其微弱。不仅被追诉人及其非律师辩护人没有调查取证权,即使是辩护律师实现其法律规定的调查取证权,也需要通过双重关卡。同时,我国刑事诉讼法第48条中虽然规定了凡是知道案件情况的人都有作证的义务,但是没有规定不作证的法律后果。而且以中国公民意识中之法律概念,“义务”只是对国家机关,如公、检、法而言,对于“替坏人说话的”律师,许多公民都认为他们本来就没有作证的义务。可见,辩护律师的调查取证权受到来自于证人、控方、审判方的多重制约,其权利实现的可能没有任何保障。在我国刑事诉讼的侦查阶段,律师介入刑事诉讼只能提供咨询等服务,不享有调查取证权,使其在调查取证的时间上也远远迟于控方。控辩双方的调查取证权存在严重不对等情况。

(2) 会见权不平等。我国刑事诉讼法对控方会见犯罪嫌疑人、被告人的权力没有任何规制。不仅如此,立法也未赋予辩护律师律师讯问在场权。长期以来,控方会见权的行使一直是在秘密状态下进行的。公安侦查机关可以自由的在任何时间,甚至以任何方式,在没有任何监督的情况下,对自己关押的犯罪嫌疑人秘密讯问。实践中,检察侦查机关还可以将犯罪嫌疑人带出看守所羁押在自己的讯问室进行讯问。控方会见被追诉人的内容、

近年来,关于是否应当取消和削弱法律监督权的争论,进行的可谓旷日持久。2006年5月中共中央下发了11号文件,在《中共中央关于进一步加强人民法院、人民检察院工作的决定》中明确提出,检察机关是国家的法律监督机关、是司法机关。

Economic and Social Council: Civil and Political Rights, Including the Questions of Torture and Detention, Report of the Working Group on Arbitrary Detention (Addendum), Mission to China, E/CN.4/2005/6/Add.4, 29 December 2004.

时间和次数也没有限制性规定。

而现行刑事诉讼法第 96 条虽然将律师会见犯罪嫌疑人的时间提前到侦查机关第一次讯问后或者采取强制措施之日,但是,律师会见犯罪嫌疑人只能为其提供法律咨询、代理申诉、控告或者申请取保候审,司法实践中多数司法部门规定律师不能了解案情。同时,该法同条规定“涉及国家秘密的案件,犯罪嫌疑人聘请律师,应当经侦查机关批准。……涉及国家秘密的案件,律师会见在押的犯罪嫌疑人,应当经侦查机关批准。”而对于何谓国家秘密,往往成为侦查机关拒绝犯罪嫌疑人聘请律师和不批准律师会见的说辞。另外,该法同条还规定“律师会见在押的犯罪嫌疑人,侦查机关根据案件情况和需要可以派员在场。”这一规定显然与国际司法准则保障律师自由而秘密会见被追诉人的权利相违背,使得犯罪嫌疑人不得不顾忌侦查人员在场的威慑(包括随后可能的刑讯逼供),无法按照真实意愿向律师陈述案件真实情况,更不可能与律师协商辩护的方法和内容。另外,现行立法对律师会见权的程序保障不足。表现在:其一,缺乏对控方程序性违法的制裁,一旦控方违背告知义务,会见权即被剥夺,没有法律救济渠道;其二,缺乏会见及时性保障,“48 小时”安排会见和涉密案件中“5 天”安排会见,意味着对侦查机关只有何时间内安排的限制,而无何时会见的限制,会见的及时性没有保障,也没有救济程序。而且,控方对被追诉人的会见,称之为“提审”、“讯问”,带有鲜明的位阶和强制色彩,而辩护律师与被追诉人之间的同质行为,则称之为“会见”,表现出辩护律师与被追诉人位阶的“同等看待”。可见,控辩双方的会见权是严重不平等的。

(3) 阅卷权不平等。我国无疑是一个“卷宗中心主义”国家。由于案卷本来就是由控方全部制作的,甚至在卷宗中,对被追诉人有利和不利材料,可以任由控方毫无顾忌的取舍。所以,控方显然具有完整意义上的阅卷权利,没有任何时间和空间上的限制。

相对而言,阅卷权对于辩护律师来说具有十分重要的作用,它是辩护律师知晓案情、了解控方证据和主张的主要渠道,尤其是在辩方调查取证权和会见权受到严重制约的情况下,阅卷权就具有对辩护效果几乎是决定性的意义。而从我国现行刑事诉讼法律和司法解释规定中可以看出,辩护律师的阅卷权至少面临如下四种困境:(1) 阅卷时间的困境。在侦查阶段,律师的身份不是辩护人,不享有阅卷权,加之会见权受到制约,其对案情的了解滞后,无疑影响辩护质量。(2) 阅卷范围的困境。在审

查起诉阶段,辩护律师只能了解有关诉讼文书和技术鉴定材料,对被害人陈述、证人证言和相关物证无从了解。在审判阶段,由于检察院只移送主要证据材料,那么法院的证据材料是不全面的,但是根据“六部委”的规定,辩护律师只能到法院去了解那不全面的案卷材料。(3) 阅卷程序的困境。最高人民检察院关于辩护人阅卷的规定,与其说是对律师阅卷权的保障,倒不如实事求是地说是一种变相限制:辩护人查阅、摘抄和复制本案的诉讼文书、技术性鉴定材料,应当向检察机关审查起诉部门提出书面申请,并经过批准程序。把阅卷权交由控方的直接控制,这在逻辑上是荒谬的。(4) 阅卷权保障的困境。实践中,不给辩护律师提供阅卷场所,只允许摘抄、不允许复印相关证据材料的现象比比皆是,司法机关甚至向辩护人收取阅卷费、复印费以及其它名目费用的现象也并不少见。

(4) 庭审中的权利不平等。根据现行刑事诉讼法第 155 条之规定,辩方欲向被告人发问,必须经审判长之许可,而公诉人讯问被告人则无须许可。司法实践中,公诉人可以在庭审的任何阶段,甚至在辩方发问被告人时,随意讯问被告人,而辩护人在庭审中再次发问被告人的要求则常被审判长拒绝。而且,该法条规定公诉人对被告人是带有明显强制性审问特征的“讯问”,意味着被告人不说不行,必须回答;辩方对被告人则是平等主体之间的“发问”,被告人可以答,也可以不答。

现行刑事诉讼法第 161 条规定,“在法庭审判过程中,如果诉讼参与人或者旁听人员违反法庭秩序,审判长应当警告制止。对不听制止的,可以强行带出法庭;情节严重的,处以一千元以下罚款或者十五日以下的拘留。”辩方(包括被告人及其辩护人)作为诉讼参与人无疑受此规定之约束,而出庭公诉人却不受此条款限制,以至于对实践中出现的公诉人擅自拒绝继续出席法庭、甚至藐视审判长的行为,审判长只能忍气吞声。控辩不平等的立法规定,使得审判者在同一法庭上、用同一把法锤,必须敲出两种不同的声音。

#### 4. 被追诉人基本诉讼权利缺失

知悉权与获得法律援助权是被追诉人最重要的两项权利,因为知悉权是被追诉人的基础性权利,获得法律援助权是被追诉人与控方这一强大力量进行对抗最有力的手段。但是,当前,在我国法律及司法实践中,这两项权利存在缺失,其实现难以得到保障,直接威胁到控辩平等的实现。

据悉,自河南省焦作市路通律师事务所主任于萍涉嫌故意泄露国家秘密罪被法院判决无罪案件披露后,一些侦查机关开始在所有刑事侦查卷宗封面上注明“秘密”二字,有的地方甚至在起诉书上盖有“秘密”,有效期至本案庭审前”。对于公诉人擅自离庭是否应当承担法律后果以及承担何种法律后果,是行政处罚还是行业处分,还是比照民事诉讼的规定按撤诉处理,法律没有明确规定。详见冀祥德:《公诉人擅自退庭应按撤诉论》,载《法制日报》2003 年 12 月 25 日版,或参见冀祥德:《检察官自由裁量权之自由与不自由》,陈兴良主编《刑事法评论》第 18 卷,北京大学出版社 2003 年 11 月版,第 272 - 285 页。

(1) 知悉权的缺失。刑事诉讼中的知悉权既是被追诉人的权利,又是国家司法机关的义务,其含义是指被追诉人有权知悉与自己被指控和审判有关的信息,而参与侦查、指控和审判的机关则负有使被追诉人的知悉权得以实现的义务。知悉权与辩护权、无罪推定权、申请回避权等共同构成被追诉人的诉讼权利体系,其在控辩平等原则中的意义表现为:被追诉人有权通过知悉权实现,知晓控方指控自己的罪名及理由,以及在各种阶段自己享有的权利内容,从而使其在诉讼程序中的防御活动具有针对性,与控方的对抗具有对等和均衡的可能。

我国一定程度上确立了知悉权,例如:第一次被讯问或采取强制措施时,可知悉有聘请律师的权利;审查起诉3日内被告知可委托辩护人的权利;对作为定罪依据的鉴定结论得以知悉的权利等。但是,相对于国际司法准则和若干国家关于知悉权的规定而言,这些规定还远远不够,主要缺失在于:犯罪嫌疑人、被告人对自己被指控的罪名与理由无从得知;犯罪嫌疑人、被告人遭受强制措施及限制其财产权和通信自由权时缺乏知悉权;侦查机关、起诉机关违反告知义务时无制裁措施;告知方式未得到确立,告知程序也无明确规定等。可见,我国诉讼程序设置过于简单,以至于忽略了被追诉人固有的知悉权获取渠道,严重影响了其防御性活动,使辩方力量更加微弱,控辩平等受到严重威胁。

(2) 法律援助权的缺失。从总体上看,我国法律援助权的缺失首先在于这一权利未被明确为公民的宪法性权利,其重要性未得到国家基本法的肯定。其次在于由于我国刑事诉讼法律援助制度起步晚,发展尚处于探索阶段,法律援助制度存在诸多缺陷。具体包括:一是刑事法律援助的受援对象过于狭窄;二是提供法律援助的律师介入刑事诉讼的时间过晚;三是刑事法律援助的供需矛盾明显;四是对法律援助的性质认识偏差;五是刑事法律援助缺乏物质保障;六是违反法律援助的程序性法律后果缺失;七是刑事法律援助缺乏质量保障机制。我国法律援助的现实情状,与联合国一系列文件所规定的提供法律援助的时间、范围等内容相比,均显得十分欠缺。刑事法律援助制度存在的缺陷,严重影响了被追诉人获得律师帮助权的有效实现,在需要获得法律援助而没有获得的案件中,控辩平等成为天方夜谭。

#### 5. 辩护律师执业权利缺乏保障

辩护律师对于被追诉人而言,扮演的是“救世主”的角色。但很难想象,一个自身权利尚得不到保障、甚至随

时可能被控方抓进看守所的律师,如何有胆量、有气魄与控方真正展开对抗较量,如何有效地保护被追诉人的权益。可见,辩护律师行使权利、提供有效辩护的前提,是自己的执业权利免受任意侵犯,人身权利得到切实保障。

在国际公约和各国法律规定中,为避免控方权力和审判权力侵犯律师执业权利,一般赋予律师辩护豁免权和拒绝作证特权。而我国刑事诉讼法并未赋予律师辩护豁免权和拒绝作证特权,不仅如此,刑事诉讼法38条还规定:“辩护律师和其他辩护人,不得帮助犯罪嫌疑人、被告人隐匿、毁灭、伪造证据或者串供,不得威胁、引诱证人改变证言或者作伪证以及进行其他干扰司法机关诉讼活动的行为。违反前款规定的,应当依法追究法律责任。”我国刑法第306条更是针对律师设立了一个古今中外均罕见的“口袋罪”——辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨碍证据罪。实践中,控方在与辩方的对抗中,一旦出现被动、恼羞成怒时,刑法第306条便成了控方扭转局面、甚至打击报复的“法律手段”。刑法第306条高居不下的无罪释放率即为例证。此外,包庇罪、玩忽职守罪、泄露国家秘密罪、诽谤罪等也成为悬在律师头上的一把把“达摩克利斯”利剑,辩护律师的人身权利屡遭侵犯。司法实践中,有关部门动辄即以包庇罪、玩忽职守罪、泄露国家秘密罪、贪污罪、受贿罪甚至以诽谤罪陷害辩护律师。一些司法机关及其工作人员有的恣意将律师逐出法庭;有的非法限制律师的人身自由或对律师进行羞辱、谩骂、殴打甚至给律师错误地定罪判刑。除此之外,对方当事人对于案件的期望目的没有达到时,有的也迁怒于辩护律师,泄私愤、图报复,对律师进行辱骂、关押甚至残害。很难想象,在这样一种执业环境中,律师还能够为了辩护或代理,“粉身碎骨浑不怕,任尔东西南北风”。用笔者经常呐喊的一句话就是:“中国律师已经到了最危险的时候!”但愿这是“山雨欲来风满楼”。

#### 6. 对强制措施缺乏监督与制约

在刑事诉讼的法治视野下,强制措施是为了防止被追诉人逃避追诉、审判或者实施串供、威胁、引诱证人改变证言等行为,由侦查机关经法院批准针对被追诉人实施的。强制措施是一种并非必须实施的防范性措施,只有当被追诉人可能实施妨害刑事诉讼的行为时,侦查机关才能申请法院批准实施。从控辩平等原则的要求看,不仅被追诉人实施了妨害刑事诉讼的行为会受到法律的制裁,会被采取强制措施,侦查机关实施了妨害刑事诉讼的行为,同样会受到法律的处罚,如诉讼行为被宣告无

笔者曾经撰文认为,对刑法第306条的负面评价主要来源于三个方面:其一,从法学理论本身来分析,该条的规定缺乏法学理论常识作基础和支撑,不符合刑事司法的一般规律和要求;其次,在社会价值观念层面上,该条的规定没有客观的看待和分析刑事辩护律师的社会定位和职业特点,对刑事辩护律师队伍的发展起到了阻碍的作用;再次,中国法治发展至今日,在司法环境尚待净化、司法人员的整体素质尚待提高的背景下,刑法第306条的出现不但没有站在高屋建瓴的高度起到优化中国刑事法治环境的作用,反而在实践中激励了一些诸如“职业报复”等现象的出现。详见冀祥德:《必须尽快取消刑法第306条》,载《中国律师》,2004年第7期。

效、非法收集的证据不得用作认定案件事实的根据、指控或定罪被撤销、违法行为人被要求承担民事赔偿责任甚至刑事责任等。就是说,无论被追述人实施妨害刑事诉讼的行为,还是侦控机关实施妨害刑事诉讼的行为,都会受到法律的制裁,因而控辩双方在本质上是平等的。<sup>[4]305-319</sup>

在我国,强制措施是指公安机关、检察机关和审判机关为了保证刑事诉讼的顺利进行,依法对刑事案件的犯罪嫌疑人、被告人的人身自由进行限制和剥夺的各种强制性办法,主要包括拘传、监视居住、取保候审、拘留和逮捕等。我国法律规定,对犯罪嫌疑人、被告人妨害刑事诉讼的行为,一般都会被采取强制措施,而对侦控方妨害刑事诉讼的行为,不仅不会采取强制措施,而且鲜有制裁。这体现了控辩双方是否必须遵守法律规定方面存在严重不平等。更重要的是,对强制措施的适用,除了逮捕必须由检察机关批准外,其他强制措施的适用根本无须其他机关的批准,强制措施的行使几乎毫无监督和制约。<sup>[4]305-319</sup>中国的审判前程序有一个典型的特征,几乎所有诉讼活动都由侦查机构和检察机关各自独立的实施,法院既不参与这些活动,也无法对这些活动的合法性进行任何形式的同步的司法审查……在整个审前程序中,法院既无权对那些涉及限制或剥夺公民人身自由的强制措施发布许可令,并接受有关公民的申诉,也无权对一些涉及侵犯公民隐私、财产权的侦查措施发布许可令,更无权就审判前出现的阶段出现的程序事项进行开庭听审活动。

### 三、对控辩平等的理性思考

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。

在私力救济时期,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。随着时间的推移,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。”<sup>[5]</sup>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,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。伴随着统治者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。为此,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。作为疯狂追

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权和自由这方面的价值,控辩平等也就没有生成的基础。

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,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,便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公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,作为裁判者的法官完全以对等的眼光来看待控辩双方,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。控辩平等的出现成为必然。

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,现代人的视角自然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。<sup>[6]</sup>

笔者研究发现,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。目前,各国对控辩平等原则的态度和模式依然不尽相同,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,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。

在全球视角之下,近代以来,随着人权观念的兴起,整个刑事诉讼制度的价值目标逐渐由惩罚和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职权主义的诉讼模式进行改造,特别是意图通过在庭审阶段引入对抗制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,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、程序规则设计不具有可操作性、立法技术过于粗糙等原因之外,根本上是缺乏一个贯彻始终的控辩平等的指导思想,对整个刑事诉讼制度和程序的构建没有给予控辩平等原则统筹下的系统性安排,这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重要原因。

在笔者看来,控辩平等在我国刑事诉讼中科学构建,至少应当解决如下几个问题:

第一,厘清控辩平等与刑事诉讼本质及其基础理论的关系。刑事诉讼的本质决定了设立控辩平等原则的必要性,而刑事诉讼基础理论则是控辩平等的理论基础。对刑事诉讼本质认知不足是侵犯被指控人权利现象屡禁不止,从而导致控辩失衡的根本原因;刑事诉讼基础理论的研究不足及其在实务中受到忽略,是控辩平等得不到充分重视的重要原因。因此,在构建我国控辩平等原则时,必须将其置于权力制衡、程序正义、无罪推定等基本原则的背景之下。

第二,解读控辩平等的现代内涵。笔者认为,控辩平等从内在的权力(利)配置原则上要求,应当具备平等武装和平等保护,其中,平等武装追求的是一种实质的平等,平等保护追求的是一种形式的平等;控辩平等从外在的权

力(利)行使目的上规范,应当包涵平等对抗和平等合作,其中平等对抗是手段和现象,平等合作是目标和本质。

第三,建立合理的刑事诉讼权力结构。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具有合法性和正当性的权力,另一方面是诉讼场域中的权力的制约和平衡。由此观之,我国的刑事诉讼场域必须纳入新的权力与权利因素,以实现刑事诉讼中国家权力和个人权利的平衡。

第四,扩张被指控人的辩护权。被告人辩护权脆弱是我国目前面临的现实,也是控辩失衡的主要体现。不仅被告人本身辩护权之行使受到限制并缺乏救济措施,而且辩护律师的法律地位、帮助辩护的效果等缺乏必要的保障。为了加强被指控人的辩护权,不但需要完善相关的法律规范,而且更需要转变人们对律师辩护的观念。此外,加强辩护权并非仅限于简单的法律条文的增补,还需要具体而完备的配套措施予以实现。研究者将针对目前立法、司法实务中存在的实际困难以及理论与实务的脱节与困惑,对于如何加强被指控人的辩护权作出详尽的分析,并提出具体的解决方案,作为完善辩护权的重要内容。

第五,培养执法者正确的司法理念与适格的职业素养。权力的制衡需要的一个完整的闭环监督系统,而当下我国刑事诉讼场域中对公权力的监督却是一个典型的开环结构。这样的刑事诉讼法律是亟需修正的。当然,一部刑事诉讼法无论制定的如何精妙绝伦,如果没有执法者正确的司法理念与适格的职业素养,也只能造成理论的精妙衣装和实践的低劣皮囊之间严重脱节的现象。这也是1996年修订的刑事诉讼法实施后,人权保障问题颇多,刑事辩护走向低迷,控辩关系恶化的重要原因之一。必须看到,中国法治理念最终确定和被人民所信仰需要的还有时间,没有时间这种上帝事业的保证,我们的社会注定是一时难以形成和确立法治思维和司法理念的。

第六,研究决策者与社会公众在控辩平等原则构建方面的互动机制,为立法和司法实务提供参考。概括地讲,在我国刑事诉讼法之再修改中,应当以控辩平等原则为基本原则,重构我国控辩关系及其相关体系。其中,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。

#### 参考文献:

- [1]樊崇义. 刑事诉讼法学[M]. 北京:中国政法大学出版社,1996:39.
- [2]邓思清. 对我国案件移送方式的检讨[J]. 法学杂志, 2002,(4).
- [3]陈光中,[加]丹尼尔·普瑞方廷. 联合国刑事司法准则与中国刑事法制[M]. 北京:法律出版社,1998:4.
- [4]陈永生. 侦查程序原理论[M]. 北京:中国人民公安大

学出版社,2003.

- [5][英]霍布斯·利维坦[M]. 黎思复等译. 北京:商务印书馆,1985:85.
- [6]谭世贵. 刑事诉讼原理与改革[M]. 北京:法律出版社, 2002:232.

[责任编辑:李锡海]