

构建我国救济程序中的控辩平等

Equality of Defense and Accusation in the Remedial Procedures of China

冀祥德 (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 北京 100720) 文

控辩平等乃诉讼法治之基本理论与基本理念,无疑应当成为中国现代诉讼法治之理性选择与必然追求。这是因为,在当今中国社会迈向法治国之进程中,不仅控制犯罪与人权保障应当同时成为刑事法律之终极追求,也不仅公正本位、兼顾效率应当成为现代司法之永恒主题,而且程序优先、实体与程序并重应当成为现代刑事诉讼之价值选择。

中国的司法改革正在或正在考虑如火如荼的进行,在诸多刑事司法制度改革中,控辩平等理论的导入是一条必须贯通其中的理论主线。而当下国人对于控辩平等解读却并不深刻:一个表征为,控辩平等作为一个“舶来品”,乃西方诉讼法治之产物。在中国的刑事诉讼中,尤其在立法与司法领域,尚无几多人士对此青睐。甚至在此等官员的诉讼意识领域,控辩何以平等?对控辩平等观念持有根深蒂固之“敌意”。另一个表征为,中国控辩平等的鼓吹者,对于控辩平等在我国的立论与驻足有着过多的期待和理想。认为控辩平等不仅是控辩双方在庭审程序中的平等,而且在审查起诉程序乃至侦查程序中,也必须实现控辩双方的权利武装平等。

基于此,笔者在主持之“构建我国刑事诉讼中的控辩平等”国家社科基金课题中,在理论研究上,突破了长期以来学界将控辩平等一般解读为平等武装的观点,提出了在现代社会语境之下,控辩平等的内涵已经发展为平等武装、平等对抗、平等保护和平等合作;在实践应用研究上,以立足中国刑事诉讼制度在尊重国情现实下的法治化变革为基本立场,运用比较分析、实证分析和规范分析的方法,本着分析问题、解决问题的思路,提出了在我国刑事诉讼法中,将控辩平等确立为基本原则,并以此为主线,重构我国刑事诉讼中控、辩、审等各方关系及诉讼权力(利)配置与诉讼制度改造的体系构想。本文乃笔者在我国刑事诉讼救济程序中构建控辩平等的基本设想。

一、控辩平等在救济程序中之功能

为了维护司法权威,保护当事人的利益,对法院作出的裁判不得任意加以变更。但是受人的认识能力的限制,法官在控辩双方提出的事实和证据的基础上对事实认定的程度依然不可能达到绝对的真实,由此作出的裁判就有可能与客观真实不相符。正如罗尔斯先生所指出的那样,“审判程序是为探求这方面(定罪)的真实情况设计的,但看来不可能把法规设计得使他们总是达到正确的结果。……即便法律被仔细地遵循,过程被公正地引导,还是有可能达到错误的结果。一个无罪的人可能被判作有罪,一个有罪的人却可能逍遥法外。”裁判的最终目的是对事实进行正确的认定,并准确地适用法律。因此,有必要设置相应的救济程序对刑事审判中可能出现的错误予以纠正,以使裁判结果最大限度地接近实体真实,使法律得到更准确的适用。从各国的立法和实践来看,审判救济程序主要有两种,一是普通救济程序(上诉审程序),二是非常救济程序(再审程序)。控辩平等作为现代刑事诉讼的一项基本原则,在救济程序中发挥着重要的功能。

(一) 控辩平等在普通救济程序中之功能

普通救济程序是一种独立的司法裁判程序,要准用第一审审判程序的规定,理应遵循控辩平等原则:保证控辩双方实现平等武装,法官诉讼态度平等,给予控辩双方平等的保护,从而使控辩双方在诉讼条件、诉讼机会以及诉讼标准上实现平等。与审判程序中一样,控辩平等在普通救济程序中同样发挥着诉讼结构优化功能、实体正义功能和程序正义功能以及权力(利)制衡功能和人权保障功能。而且鉴于普通救济程序所担负的纠错和监督职责,控辩平等对于实现普通救济程序的这两项职能具有重要作用。允许控辩双方平等、有效地参与到普通救济程序的审理中,阐述各自的主张及事

注: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,项目批准号:07BFX061。
[美]约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社1988年版,第81页。

实和证据，并且发表其对法律适用问题的意见，而且法官对双方给予平等的关注和对待，这对于发现实体真实和判断一审法院在事实认定及法律适用方面是否存在错误具有积极的保障作用。

（二）控辩平等在非常救济程序中之功能

刑事再审制度是一种特殊的救济程序，其设置目的旨在平衡了法的安定性和法的公平性这两个有时相冲突的原则后，纠正那些显失公平的忍无可忍的错误。从整个刑事诉讼的过程来看，非常救济程序是对其前所有程序中控辩平等原则是否得到真正落实的最后一次检验和救济，因此，在非常救济程序中保证控辩双方享有平等的诉讼地位，不仅仅有利于优化诉讼结构、实现实体正义和程序正义、制约权力和保障人权，而且对于实现非常救济程序的特殊任务——救济功能，实现司法公正具有重要意义。

二、救济程序中之控辩平等

（一）普通救济程序中之控辩平等

在普通救济程序中，控辩平等原则也应像在第一审审判程序中那样要求有一个公正的法院和胜任的法庭确保裁判者以中立、超然的态度去平等地对待控辩双方；进行公开审判，为控辩双方进行平等对抗提供一个相对透明的环境；确保控辩双方在程序上实现对等，进行真正意义上的平等对抗；赋予辩护方必要的特权（如不受强迫自证其罪、辩护特权等）并给予特别的保护；同时让力量相对强大的控诉方承担相对重的义务，以平衡控辩双方之间先天存在的力量差距。但是，普通救济程序毕竟在许多方面诸如审理对象、审理目的以及审理结果有不同于第一审审判程序的特点，相应地，控辩平等原则在普通救济程序的设计过程中就有着独特的体现。

1、控方上诉权之限制

一般来说，刑事上诉主体主要包括控方和辩方。英美法的上诉程序基本上是对受到有罪判决的被告人的单方面救济过程。在英美法中，受“禁止双重危险”原则的限制，控方对正式审判程序所作的无罪判决不得以任何理由提出上诉，英国甚至完全禁止控方对陪审团的有罪或无罪判决提出上诉。在法、德、日等大陆法系国家，虽然控方与辩方在理论上享有平等的上诉权，但是，对控方的上诉权实际上是有限

制的，最主要的限制是：检察官不得使用新的证据提出不利于被告人的第二审上诉，而对被告人的上诉没有这样的限制。对控诉方上诉权进行限制，可以有效降低被告人被重新指控的风险，这对于平衡辩护方与控诉方之间的力量无疑具有重要的意义。

2、上诉不加刑原则

“上诉不加刑”原则又称“禁止不利变更”原则，是保障被告人上诉权的有力措施。受到上诉不加刑原则的保护，被告人方可打消上诉可能加刑的顾虑，相对自由地决定是否提起上诉，从而使自己的权利得到充分的救济。此外，受到上诉不加刑原则的约束，控诉方不能再对被告人作出较一审中更重的指控。因此，可以说，上诉不加刑原则既是对被告人权利的保护，又是对控诉方权力的一种制约，无疑也是实现控辩平等的有效途径，也因此成为各国上诉审判的通行原则。在德国和日本，凡是被告人提起上诉的案件以及为了被告人的利益提出上诉的案件，不仅第二审和第三审上诉法院直接判决时不得作出不利于被告人的变更，而且根据第二审、第三审发回的判决进行重审的法院在判决时也不得作出不利于被告人的变更，只有当检察官提出不利于被告人的上诉时，才不适用这一原则。英美法中同样存在上诉不加刑的原则。

3、控审职能严格区分

控审分离是刑事诉讼的一项基本原则，也是控辩平等实现的基础条件。作为一种独立的司法裁判程序，普通救济程序理应遵循控审分离的原则，保证司法审判的被动性和中立性，避免控诉职能和裁判职能发生混淆，为控辩平等提供坚实的保障。控审分离在普通救济程序中突出地体现在上诉审查的范围的确定上。受到控审分离、不告不理原则的限制，法院只能在控辩双方抗诉或上诉的范围内进行审理活动。从世界各国的立法例看，上诉审的审查范围主要有两种：部分审查制和全面审查制。部分审查制下，上诉审审查的范围仅限于当事人在上诉状或复审申请书中明确表示不服的部分，而对于上诉状或复审申请书中没有涉及的部分即使存在一些错误，上诉审也不作重新审理和更正。德国是实行部分审查制的典型国家。日本现行法承认控诉审的职权调查（第392条第2款），但是，对于控诉审的审判对象究竟如何确定，学界有不同观点。田口守一先生认为，上诉审的主要目的是统一解释法律，救济提出异议的当事人，因此，

[法] 卡斯东·斯特法尼等：《法国刑事诉讼法精义》（下册），罗结珍译，中国政法大学出版社1998年版，第877页。

孙长永：《探索正当程序——比较刑事诉讼法专论》，中国法制出版社2005年版，第631~632页。

孙长永：《探索正当程序——比较刑事诉讼法专论》，中国法制出版社2005年版，第650~651页。

陈卫东、李奋飞：《刑事二审“全面审查原则”的理性反思》，《中国人民大学学报》，2001年第2期。

控诉审的审判对象应是当事人提出的控诉理由，通过审查控诉理由来审查原判决。由此，控诉审的职权调查应当从保护当事人特别是被告人的主张的角度进行职权调查。日本的有关判例也承认了这个观点。

(二) 非常救济程序中之控辩平等

鉴于非常救济程序的特殊性，控辩平等在非常救济程序中也有着特殊的要求和表现。

1、严格贯彻“一事不再理”原则

“一事不再理”，在英美法系上又称“禁止双重危险”原则，旨在限制公权力，保障被告人的权利，同时维持程序的终局性和既判力。各国一般都将此原则作为一项人权原则加以强调，防止对被告人进行重复追诉，使其一次次陷入受审的痛苦之中。这项原则只有在极为严格的条件和极少数情况下才存在例外。例如2004年9月在北京召开的第十七届国际刑法大会新通过的《专题四：国内和国际刑事司法管辖权竞合和“一事不再理”原则决议》就指出一事之再理“只能是在符合正义的最高利益和法律明确规定的特别情况下，尤其是在有利于被告的情况下才可以被允许”。可见，一事之再理适用于有利于被告人，但不利于被告也不是绝对不允许的。各国一般都通过再审时效、再审理由等制度设计来严格限制再审程序的提起。关于这些内容，本文在下面将会述及。

2、严格限制对被告人不利之再审

由于再审程序是一种非常救济程序，对一事不再理以及既判力等司法原则都是一种突破，因此，各国对于提起再审都非常慎重，都规定了严格的再审理由。虽然各国对再审理由的细节规定的有所不同，但是总的特点都是，对于有利于被告的再审理由几乎都规定的较为宽松，限制较少，而对不利于被告人的再审理由则限制的较多，甚至有些国家对于不利于被告人的再审完全持禁止的态度。例如法国刑事诉讼法绝对禁止不利于被判刑人的再审，所以再申请只能针对有罪判决，而且这有罪的判决不分重罪、轻罪案件。这些规定大大降低了被告人的诉讼风险，同时间接增强了辩护方对抗控诉方的能力。此外，许多国家还从提起再审的时效上给予辩护方特殊的保护。例如，在法国和德国，提起有利于被告人的再审不受任何时效的限制，而提起不利于被告人的再

则受此限制。

3、处理结果体现有利被告之精神

许多国家都十分重视非常救济程序的人权保障功能，而且为了平衡控辩双方之间的力量，在处理结果上也都遵循有利被告的原则。例如，根据德国《刑事诉讼法典》第373条第2款的规定，对于有罪判决，当再审程序的提起是有利于被告人时，则判决的结果无论在定性还是量刑上都不得作不利于被判刑人的变更，即“再审不加刑”。法国的刑事诉讼法在再审程序中也遵循“上诉不加刑”的原则，即负责重新审理再审案件的法院只有裁判的权力：或者宣告原被判刑的人无罪，或者确认已被撤销的判决成立并宣告判刑判决，但是不得违反“上诉不加刑”的原则。日本刑事诉讼法第435条也作了类似的规定，即再审不得宣判重于原判的刑罚。

4、赋予被告获得刑事赔偿之权利

被告人请求国家在司法误判的情况下给予其刑事赔偿既是对整个刑事诉讼中可能存在的控辩不平等的一种补偿和纠正，又是控辩平等的重要体现。许多国家都赋予了被告获得刑事赔偿的权利。例如，法国的刑事再审制度不仅通过再审之诉纠正司法上的错误，还赋予了受到司法错误损害的人以请求国家赔偿的权利。无辜的被判刑人以及能证明因这一判刑受到损失的人，经确认均可请求得到国家赔偿。在意大利，在再审中被开释的人，如对于原司法错误没有过错，有权要求获得赔偿，如果被判刑人已经死亡，则其配偶、直系亲属和尊亲属、兄弟姐妹、一等亲以内姻亲以及同死者有收养关系的人，可以提出赔偿请求^⑩。

三、控辩平等下救济程序之改造

(一) 我国救济程序中之控辩关系检视

1、普通救济程序中之控辩关系检视

与一审审判程序中一样，我国普通救济程序中控辩关系的显著特点也是控辩失衡：裁判者中立地位偏颇；控方权力义务错位；辩方权利缺失等。除此之外，我国普通救济程序中还有其他一些阻碍控辩平等实现的因素：

参见 [日] 田口守一：《刑事诉讼法》，刘迪、张凌、穆津译，法律出版社2001年版，第313页。

陈光中主编：《刑事再审程序与人权保障》，北京大学出版社2005年版，第204页。

陈光中主编：《刑事再审程序与人权保障》，北京大学出版社2005年版，第221页。

陈光中主编：《刑事再审程序与人权保障》，北京大学出版社2005年版，第318页。

⑩陈光中主编：《刑事再审程序与人权保障》，北京大学出版社2005年版，第319页。

(1) 立法倾向于保护控诉方

从立法条文表面看,我国《刑事诉讼法》对于控诉方的抗诉权给予了较之辩护方上诉权更为严格的限制:被告人在行使上诉权时可以以书面形式行使,也可以口头形式行使,而检察机关必须以抗诉书的形式提起抗诉;被告人可以通过原审人民法院提出上诉,也可直接向二审人民法院提出上诉,而检察机关只能通过原审人民法院提起抗诉;被告只要不服一审判决即可提起上诉,而检察机关必须在认为一审判决“确有错误”时才能提起抗诉,而不是只要不服一审判决即可提起抗诉。这些规定似乎对控诉方行使权力造成了不利的影响,但是,考察整个二审程序后,不难发现,实际上立法更倾向于保护控诉方。首先,在开庭审理的问题上,控辩双方受到不平等地对待,控诉方受到比辩方更多的保护。对于被告人提起上诉的案件,法院可以酌情决定是否开庭审理,但是对于抗诉案件,法院则必须开庭审理。其次,对于检察机关提起抗诉的案件,不管被告人是否也提起了上诉,第二审法院就不受上诉不加刑原则的限制。再次,二审法院在认定事实不清、证据不足的情况下可以裁定将案件发回重审,由此给了控诉方又一次举证的机会。

(2) 实现全面审理,控审不分

我国二审程序实行的是全面审理的原则,二审法院的审理范围完全不受上诉或者抗诉内容的限制,而是要对一审中涉及的所有事实问题和适用法律问题进行全面审理。例如,在共同被告的案件中,法院可以对提起上诉和被提起抗诉的被告人进行审判,也可以对没有提起上诉和未被提起抗诉的被告人进行审判。显然,在这里,法院已经超越了其裁判者的角色,同时扮演起了刑事追诉者的角色。这完全违背了司法被动性和中立性的司法原理,很难保证法官作为裁判者的中立和消极的地位。在二审程序中,控诉一方的力量由于有了法官的加入而得到加强,而且由于法官中立地位的偏失难以给予控辩双方平等的保护和对待,辩护方的弱势地位更加明显,控辩之间力量失衡的态势更为严重。

(3) 上诉不加刑原则名存实亡

上诉不加刑作为保障被告人上诉权的一项重要原则虽然在立法中明确规定,但是实践中,这项原则往往流于形式,名存实亡。司法实践中,上诉变相加刑的现象比比皆是,被告人的上诉权仍然受到很大的威胁,也无法真正通过救济程序获得救济。鉴于我国学者已对此问题做过深入的探讨,本文不再赘述。

(4) 不开庭审理现象严重

开庭审理是现代刑事诉讼的一项基本要求。证人、鉴定人、被害人、被告人出庭作证;法官亲自对证据进行调查和采纳,亲自听取被告人和被害人陈述,证人与鉴定人的证词以及检察官和辩护律师的举证、质证和辩论。在开庭审理的环境下,控辩双方才能够进行真正意义上的对抗,辩护方权利才不会被秘密和变相剥夺;也才能避免法官形成预断,偏袒控诉方。所以开庭审理对于保证控辩双方享有平等的诉讼地位具有重要的意义。但是,从我国目前的立法和实践看,立法赋予了二审法官是否进行开庭审理的自由裁量权:对于检察机关抗诉的案件,二审法院必须开庭审理,而对于被告人提起上诉的案件,二审法院则可以分别情况决定是否开庭审理。实践中二审开庭审理比例普遍较低。二审不开庭审理所导致的结果是,控辩双方无法在一个中立的法官面前阐明自己的观点,法庭上的平等对抗更无从谈起;公诉权和审判权得不到公开、有效的监督;辩护方权利受到削弱。在这种情况下,二审中的控辩平等丧失了最基本的生存条件。

(5) 辩护方权利受到过分的限制

被告人的权利受到的限制除了本文已经在一审程序中提及的以外,在普通救济程序中还有一些特殊的限制。首先,被告人的上诉权利受到过分的限制。被告人的上诉权是对抗控诉方的一项重要权利,在有些国家,上诉权甚至被作为一项宪法性权利加以规定。但是,在我国,被告人的上诉权却受到重重限制,由此导致二审程序中辩护方的力量进一步被削弱。被告人的上诉权受到的第一个限制源于我国二审程序的虚置。我国特有的“错案追究制”的法官管理制度使得司法实践中“案件请示制度”似乎成为惯例,由此导致二审流于形式,成为一个虚置的程序,被告人的上诉权实际上被变相剥夺,二审应有的救济功能丧失。被告人上诉权的第二个限制来自于较窄范围的上诉对象。根据我国现行《刑事诉讼法》的规定,当事人只能对一审法院作出的判决和裁定提起上诉,法院作出的决定不在上诉对象范围之内。实践中,一审法院为了规避这项规定,以裁定形式作出裁决的事项少之又少,而以决定方式作出裁决的事项却非常普遍。在这种情况下,即使被告对于一审法院作出的决定存有异议,也无从提起上诉,请求二审法院对其予以审查。在这种情况下,我们如何希冀被告人的权利得到救济、获得保护呢?又如何能够奢望普通救济程序能够对于一审中控辩双方地位可能存在的平等予以纠正和补救?其次,被告人的辩护权受到不当的限制。我国《刑事诉讼法》第163条没有规定判决书、裁定书应送达给辩护人。由此导致司法实践中辩护人在提出这些要求时经常遭到拒绝。那些没有收到判决书的辩护人,在二审结束后无从知晓庭审的结果,被告人最后受到何种裁决,己方提出的事实和证据是否被法庭认可和采纳,更是不得而知。在这种情况下如何能够有针对性地为被告提供有效的法律帮助?如何有效发挥辩护人对公诉权和审判权的监督

功能？如何能够期待控辩双方的平等地位得到充分的保证？

2、非常救济程序之控辩关系检视

与一审审判程序和普通救济程序控辩失衡一样，我国非常救济程序中控辩关系总的态势也是“严重失衡”。具体来看，主要表现在以下几个方面：

(1) 再审指导思想不利于控辩平等的实现

中国的再审程序被法律定性为“审判监督程序”，在“实事求是，有错必究”的思想指引下，对于任何在认定事实和法律适用方面存有错误的生效判决，检察机关和法院都有权自行提起“审判监督程序”，随时纠正生效判决中存在的错误。传统的诸如“节制国家刑罚追诉权”、“一事不再理”、“保障人权”等司法理念在我国的再审程序中被有意忽略甚至遭到无理的排斥。“实事求是，有错必究”指导思想所带来的的是“重实体、轻程序”的做法。司法实践中，为了达到实体公正，探求“事实真相”，可以任意地和无数次地提起再审程序，即使是对被告人不利的再审也是如此。由此，许多已受到终审裁判的原被告人因为曾经实施的一项行为而受到国家的重复追诉，他不仅要忍受一次次受审的痛苦，还要面对命运和前途永远处于不确定的状态的局面。在这种情况下，被告完全沦为国家探求事实真相、追求实体公正的工具，其程序性主体地位完全得不到承认和实现，与国家这个强大的可以支配他本人命运的主体在再审程序中没有丝毫平等可言。

(2) 控辩双方在再审程序启动方面严重不平等

在我国，控诉方拥有再审程序的启动权：检察机关只要发现原审裁判“确有错误”，就可以提起再审。而辩护方只拥有再审程序的申请权（而且提出申请还要受到《刑事诉讼法》第204条规定的理由的限制），被告人提起申诉只是使得再审程序启动有了可能性，最后是否可以启动还要取决于法院和检察院。而且，如果被告方是向检察机关提起申诉，就要由检察机关作出决定，本应处于平等地位的控辩双方在这种情况下居然成为申请者和裁判者的不平等关系。司法实践中，由于审查申诉机制的不公开性和非诉讼化，申诉人的申诉尤其是有利于被告人的申诉往往得不到法院和检察院的及时审查或者即使受到审查也以各种抽象的理由被驳回。因此，单就程序的启动上，控辩双方的武器和地位就严重不平等。

(3) 控审职能混淆，不利于控辩平等的实现

根据我国目前《刑事诉讼法》的规定，人民法院发现生

效判决“确有错误”即可自行提起再审程序。这样，法院实际上既是某一案件诉讼主张的提出者，又是该案件的裁判者，因此难以维护其中立性和超然性，必然偏向于诉讼的某一方^⑩。这显然是控辩平等的最大障碍。此外，我国再审查实行的也是“全面审查”的原则，而不受当事人申诉和检察机关抗诉范围的限制，这与司法被动性和中立性的原则是相违背的，也是控辩平等实现的一大障碍。有关全面审查的原则在普通救济程序中已作论述，这里从略。

(4) 对辩护方权利保护不够

与控诉方相比，辩护方在整个刑事诉讼中始终处于较为弱势的地位，为了平衡二者之间的力量，本应给予辩护方特殊的保护。但是，从我国目前的现状来看，立法没有给予辩护方必要的保护，司法实践中变相限制、剥夺辩护方权利的做法比比皆是。首先从提起再审的时效限制看，我国《刑事诉讼法》和最高人民法院的司法解释对申诉期限都没有加以限制，但2002年11月1日起实施的最高人民法院《关于规范人民法院再审立案的若干意见（试行）》中对此问题也作了规定，即人民法院对刑事案件的申诉人在刑罚执行完毕后两年内提出的申诉，应当受理；并且对于超过两年提起的申诉应当受理的情形作出了规定。而不是像大多数国家那样为了保护被告人的权利，对有利于被告人的再审的时效不加限制，对不利于被告人的再审时效和次数则严格限制。其次，从再审理由上看，由于我国《刑事诉讼法》没有确立一事不再理的原则，本着“实事求是、有错必究”的精神，检察院和法院启动再审程序的唯一理由就是“确有错误”。司法实践证明，由于这个再审理由过于笼统，使得法院和检察院的自由裁量权过大，再加上缺乏应有的监督机制，再审权就因而始终处于被滥用的危险中。实践中，被告人提出的上诉被任意地驳回以及任意启动再审程序的现象就不足为怪了。这些做法不但破坏了司法的权威性和法的安定性，而且对被告人的权利造成了极大的威胁和侵害，最终使得辩护方力量进一步萎缩，控辩平等对抗成为遥不可及的目标。再次，从再审的处理结果来看，没有体现有利于被告的精神。我国再审程序没有“不利益变更禁止”的原则，再审后的判决完全可以对原审被告人加重判刑。由此可见，我国再审程序中对辩护方这个本就弱小的主体非但没有给予必要的保护，反而从多方面给予压制，控辩平等在这里非但没有得到更正和救济，反而受到了更多的阻碍。

(5) 被告获得国家刑事赔偿的权利受到限制

我国《国家赔偿法》把获得国家刑事赔偿的范围仅限于再审改判无罪的情形，而对于其他再审改判轻罪或判处有期徒刑

^⑩陈瑞华：《刑事诉讼的前沿问题》，中国人民大学出版社2000年版，第407页。

较轻的被告人则无法获得国家赔偿。但是，司法实践中，一些法院为了逃避这种错案赔偿，往往对应改判无罪的案件仍然维持原判或改判较轻的刑罚，使得本应获得国家赔偿的被告人无法获得应有的赔偿。

(二) 控辩平等下救济程序之改造

1、普通救济程序之改造

要实现普通救济程序中的控辩平等，除了应当按照前述审判程序的改造措施（如重塑审判方地位、规制控方权力、扩张辩方权利）保障控辩双方的平等地位外，还应从以下几方面努力：

(1) 平等地对待控辩双方

为了保证控辩双方在普通救济程序中享有平等的诉讼地位，必须改变现行《刑事诉讼法》对上诉案件和抗诉案件在审理方式上进行不公正地区别对待的做法。甚至有学者主张应将控诉方的“抗诉”改为“上诉”，因为这种称谓上区分的背后是控辩双方地位上的不平等，是对检察机关法律监督职能的过度强调。将抗诉改为上诉，可以从形式上弱化检察机关法律监督的角色，强化其作为控诉者一方当事人的角色，从而使控辩平等的原则得到更好的体现。

(2) 严格贯彻开庭审理的基本原则

开庭审理应成为普通救济程序的一项基本原则。从我国目前实际看，应当将开庭审理的决定权交由控辩双方，而不是由法院自行决定是否开庭审理。法院原则上对所有上诉案件开庭审理，经过当事人的同意可不开庭审理。从而保证控辩双方在法庭上展开平等对抗，法官兼听则明，实现最大程度上的实体正义和程序正义。

(3) 加强对辩护方的保护

除了我们在一审程序中提到的扩张辩护方权利的措施外，还应从以下几方面加强对普通救济程序中辩护方权利的保护：其一，充分保护被告人的上诉权。改变二审程序流于形式、被虚置的现状，保证被告人能够通过普通救济程序获得救济。进一步拓宽上诉对象，将一切可能影响到当事人权益的事项都纳入上诉对象，包括一审法院的判决、裁定和决定，使一审中控辩双方可能存在的的不平等状况都能通过普通救济程序获得纠正。其二，保护辩护人的知悉权，保证辩护人能够及时知悉二审裁判的结果，从而有针对性地采取辩护策略。

(4) 实行“有限审查”，严格区分控审职能

控审职能严格区分是保证法官独立和中立，进而保证控辩平等的重要措施。我国目前普通救济程序“全面审理”的原则是阻碍控辩平等实现的关键因素。因此，应当改变这项原则，实行二审“有限审查”的原则，即第二审法院的审查范围应限于控辩双方上诉的部分，保证法院仅仅履行司法裁判的职能，居中进行裁判，平等地对待控辩双方。

2、非常救济程序之改造

(1) 重构再审立法指导思想

显然，判决与客观事实不完全相符的案件不能完全称之为错案，那么进入再审程序的案件无疑也不完全是错案，其中包括因证据问题而造成的误判，因此简单地将再审程序的性质定为纠错机制，显然是片面的。再审程序实际上是一种补救机制，而非传统上人们理解的纠错机制。事实上，目前再审制度设计上的种种缺陷，在很大程度上源自于“再审程序是纠错机制”这样一个错误认识，以致于忽略了对当事人诉权的尊重，忽略了诉讼民主化的要求。所以必须更新立法的指导思想，彻底摒弃传统上的错误认识，从保障当事人诉权的角度出发，构建我国的再审程序，使之能够真正成为为当事人正当权利提供救济的诉讼机制。在重构再审立法指导思想上，笔者认为，应从以下三方面努力：第一，以公正为基础，以效益为关键。这里要重点强调程序公正的基础地位和程序效益的关键性。第二，实体与程序并重，改变现在重实体、轻程序的错误做法，坚持二者并重的原则，在制度设计中，充分体现对二者的追求。第三，以诉讼权利为本位。新型的诉讼观念要求纠纷的司法最终解决、诉讼地位平等、诉讼中“武器平等”、对诉讼权利的尊重、处分自由、充分对话、诉讼权利的充分救济、诉讼中人权的保护和诉讼参与等。而这一切都要求以诉讼权利为本位，充分尊重当事人的权利并给予其必要的保护。

(2) 更新再审理念

我国《刑事诉讼法》应确立“一事不再理”的原则，严格限制国家追诉权和刑罚权的行使。一旦国家对被告人的追诉活动结束，就要尽量尊重法院裁判的既判力、确定力和终结性，尽量避免被告人因为一次行为受到重复追诉。因此，对于再审程序的发动应该慎之又慎，而不能像现在这样频频而随意地就启动再审程序。在再审程序的启动上应注意平衡法的安定性和法的公正性。当然，严格限制再审程序不仅要进行观念上的更新，还要加强相关制度如再审时效、再审理由及再审发动主体等制度的改革。

(3) 对再审程序的提起主体进行改革

首先，取消法院再审程序的提起权。法院主动再审，不符合审审分离的原则，更不符合法院居中裁判的原则，而且在司法实践中真正由法院主动发现错误并提起再审的情况很少，比较世界其他国家的再审制度，由法院作为再审发起主体极为罕见。故笔者认为，在我国再审程序的改革中应坚持再审的被动性原则，构建诉讼化的申请再审程序，使法院能够居中裁判、不偏不倚，平等地对待控辩双方。这不仅是世界各国启动再审程序的普遍做法，也是目前我国学术界比较一致的观点。其次，对于检察机关来说，为了保证控辩平等，检察机关不应再享有明显强势的再审启动权，如果检察机关要求再审，也必须以申请的方式提出，以使控辩双方在程序的启动权上实现平等。

(4) 加强对被告人的保护

首先，加强对被告人申诉权的保护。进一步完善申诉制度：对于申诉的主体、申诉理由及管辖、申诉时效等问题在立法上作出明确、具体的规定，减少审查申诉机构的自由裁量权；申诉的受理和审查程序都应公开，对于审查程序采取诉讼化的审查方式，可以借鉴行政听证程序；还要建立申诉的救济机制，申诉人对于申诉结果不服的，可以向上级法院提起上诉，请求上级法院对其申诉进行重新审查。其次，重点对有利于被告人的再审提供更多的程序保障，严格限制不利于被告人的再审。我国再审程序应将再审分为有利于被告人的再审和不利于被告人的再审，从而从再审时效和再审理由、再审处理结果等方面加强对被告人权利的保护。对于有利于被告人的再审，在申请再审的时间上原则上应不加限制；而对不利于被告人的再审，应严格限制申请再审的时间和次数。在再审申请理由上，对有利于被告人的再审，应当适当放宽再审理由，尽量保证被告人能够通过再审程序获得救济；但是，对不利于被告人的再审理由应严格限制，慎重对待。在再审的处理结果上，贯彻有利于被告人的精神，实行“再审不加刑”原则，即对有利于被告人的再审，再审的处理结果不应加重对被告人的处罚；对不利于被告人的再审，可以不受“再审不加刑”原则的限制。最后，改革我国现行的刑事赔偿制度，充分保障被告人获得刑事赔偿的权利。具体来说，应进一步拓宽刑事赔偿的范围，将受到较重刑罚和定罪的错案被告人也纳入刑事赔偿的对象之中。同时建立刑事赔偿的救济和监控机制，切实保证因受到错误定罪而受到损失的被告人获得应有的赔偿。

四、结语

刑事司法制度的核心是刑事诉讼构造。于此来看，刑事司法制度改革的核心无疑是诉讼结构的改造。刑事诉讼的构造可以区分为纵向构造和横向构造两个部分。就纵向构造而言，包括犯罪案件发生后，从立案到侦查再到起诉、审判、执行的一系列过程，反映地是案件处理过程的传递关系；就横向结构而言，系指主要以控、辩、审三方在刑事诉讼活动中的地位与职能，反映地是控、辩、审三方内部及其相互之间的权力（利）配置关系。

就我国刑事诉讼构造的现状而言，在纵向的构造中，《宪法》与《刑事诉讼法》均规定了人民法院、人民检察院和公安机关之间的“分工负责、互相配合、互相制约”关系，犯罪嫌疑人、被告人成为三机关“分工负责、互相配合、互相制约”关系的客体；在横向的诉讼构造中，立法也是重点考虑了公检法三机关的权力配置，将诉讼主体的犯罪嫌疑人、被告人排除在权力（利）配置的整体考虑之外。在这种典型的被追诉人缺位的诉讼结构中，出现“侦”、“诉”、“审”“分庭抗礼”的情景，形成“铁路警察各管一段”的“井水不犯河水”的诉讼畸形现象^⑥，当然不足为怪。因为，用更形象的“公安局是做菜的”、“检察院是端菜的”、“法院是吃菜的”比喻，被追诉人只不过是公检法的“盘中菜”而已。

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。”应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。何况，就救济程序而言，如果说迟到的正义为非正义，那么迟到的、又缺失救济的正义更是非正义。这是因为，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暴力的实体法，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。

(责任编辑 张文静)

^⑥龙宗智：《论配合制约原则的某些“负效应”及其防止》，《中外法学》，1991年第3期。