

刑事程序法治的发展与学者的坚守

王敏远*

摘要:我国刑事诉讼有法可依的时间,如果从1979年制定并颁布刑事诉讼法(1980年实施)开始起算,虽然只有短短的36年,但刑事程序法的发展、完善却十分迅捷。正在进行的司法改革对我国的刑事程序法治的发展将产生广泛而深刻的影响。作为见证并参与我国刑事程序法治的研究者,现在回顾我国以往刑事程序法治的发展历程,简要叙述自己过往30多年对刑事程序法治的研究心得,梳理我国刑事程序法治的发展脉络,有助于展望今后发展的趋势,坚定对我国刑事程序法治的信念,勇于承担我们应负的责任,积极且理性地推动我国刑事程序法治的发展。

关键词:刑事诉讼法 刑事程序法治 发展 学者的坚守

DOI:10.16224/j.cnki.cn33-1343/d.2017.01.004

法律的生命在于实施,而程序法是司法所应遵循的基本规则、基本要求,因而是法律得到正确实施的基本保障。在司法的过程中,正是程序法对实体法的公正适用提供了保障,正是程序法对司法过程、司法手段和方法等程序公正提出了具体的要求。因此,如果说公正是司法的生命的的话,程序法则是其生命之源的保障法。由此,我们对习近平总书记引用培根的名言“一次犯罪只是污染了水流,而一次不公正的审判污染的则是水源”,才能有更深刻的认识。

刑事程序法治就是刑事诉讼依照程序法之治,因此,刑事诉讼法是刑事程序法治的基础。然而,刑事程序法治的内容却并不仅限于刑事诉讼法,而且包括刑事诉讼的实践和刑事诉讼的观念等一系列丰富的内容。在这个意义上,正是刑事诉

讼法的不断完善,刑事诉讼实践的不断进步,刑事诉讼观念的持续改变,这三个方面共同构成了我国刑事程序法治的发展。由此可见,认识我国刑事程序法治,需要以刑事诉讼法的发展完善为主要线索,而且应注重梳理刑事诉讼的实践发展与刑事诉讼的观念变化,从整体上进行把握。

我国刑事诉讼有法可依的时间,如果从1979年制定并颁布刑事诉讼法(1980年实施)开始起算,虽然只有短短的36年,但刑事程序法的发展、完善却十分迅捷,刑事诉讼的实践进步明显,刑事诉讼的观念改变显著。正在进行的司法改革对我国的刑事程序法治的发展将产生广泛而深刻的影响。作为见证并参与我国刑事程序法治的研究者,回顾我国以往刑事程序法治的发展历程,叙述自己过往30多年对刑事程序法治的研究心得,梳理我

* 作者简介:王敏远,中国社会科学院法学研究所研究员,中国社会科学院人权研究中心主任,中国法学会刑事诉讼法学研究会副会长。本文系作者根据两次同名讲座(2016年11月在杭州师范大学法学院由浙江省法学会组织的讲座以及2016年12月在中国社会科学院研究生院法学系的讲座)的记录稿整理而成。

国刑事程序法治的发展脉络,有助于展望今后发展的趋势,坚定对我国刑事程序法治的信念,勇于承担我们应负的责任,积极且理性地推动我国刑事程序法治的发展。

一、我国刑事程序法治的发展

中国法学界关注程序法以及“刑事程序正义”的价值是在 20 世纪初。以沈家本之论为代表:“刑律不善不足以害良民,刑事诉讼律不备,即良民亦罹其害。”新中国成立后,与对待法治的态度相同,对程序法并不重视。改革开放之后,随着加强法治的认识,程序法的重要性越来越受到重视。季卫东教授当初(1992 年)所引的美国大法官威廉姆·道格拉斯的“权利法案的大多数规定都是程序性条款。这一事实决不是无意义的。正是程序决定了法治与恣意的人治之间的基本区别”这一名言如今在法学界(尤其是刑事诉讼法学界)已经得到了普遍的认可。我国刑事程序法治的建立与发展,不仅是国家法治的有机组成部分,而且与国家的总体发展密切相关,与人们逐渐认识到程序法的重要价值密切相关。由此可见,我们应当在国家及其法治的总体背景中认识刑事程序法治。

刑事程序法治即刑事诉讼的程序之治,以刑事诉讼法为基本依托,却有着比刑事诉讼法更加丰富的内容。刑事程序法治的发展,应当从制度建构、实践状况以及程序观念这三个层面,立体化地全面描述、系统认识。在此,对我国刑事程序法治的制度、实践以及观念三个层面的刑事程序法治,进行素描式的简单勾勒。

(一) 刑事诉讼制度层面的进步与发展——以三个基本制度为例

刑事诉讼法建构刑事程序法治是全方位的,从

刑事诉讼的基本原则到立案、侦查、起诉、审判和执行等各个程序环节,从辩护、证据和强制措施等各项制度到具体操作规范,涉及的内容极为广泛。在此,选取能够比较典型地反映刑事程序法治发展历程的刑事诉讼的三个基本制度之演进,作为主要线索对我国刑事诉讼法的发展进行描述。

其一,辩护制度的发展完善。辩护制度是刑事诉讼法的基本制度。这项制度不仅规定了刑事辩护权的内容及其保障,而且,对整部刑事诉讼法都有重要影响。现代刑事诉讼必有辩护制度,从某种意义上可以说,刑事辩护的发展程度就是刑事程序法治的发展程度。刑事辩护因此相当于刑事程序法治的晴雨表。我国刑事辩护制度自 1979 年制定的刑事诉讼法确定以来,历经 1996 年和 2012 年两次重大修改,以及律师法、法律援助条例等制定和修改,辩护制度不断完善。辩护制度的发展完善体现在诸多方面,其中,尤以辩护权的内容扩展以及强化保障为最显著。

辩护权的内容扩展主要体现在两个方面。一是被刑事追诉之人获得辩护律师帮助的时间提前,即从 1979 年刑事诉讼法规定的审判阶段获得律师辩护,到 1996 年修改后的刑事诉讼法规定的审查起诉阶段获得律师帮助,再发展到 2012 年修改后的刑事诉讼法规定的刑事诉讼所有阶段均有权获得辩护律师的帮助。二是法律援助制度的建立以及适用法律援助的刑事案件范围的扩展,即我国自 1994 年建立法律援助制度,^①到 1996 年修改后的刑事诉讼法规定了适用范围广泛的刑事法律援助,^②再到 2012 年修改后的刑事诉讼法规定了适用范围更加广泛的刑事法律援助(案件类型扩展到了可能判处无期徒刑以上刑罚的案件等,有权获得法律援助的特殊人群则增加了尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人等)。

① 1979 年刑事诉讼法制定时我国并无法律援助制度,但该法第 27 条规定,公诉案件被告人没有委托辩护人的法院可以为其指定辩护人;被告人是聋、哑或者未成年人而没有委托辩护人的,人民法院应当为他指定辩护人。这为法律援助制度的建立奠定了刑事诉讼的基础。

② 1996 年修改后的刑事诉讼法第 34 条规定,公诉人出庭公诉的案件,被告人因经济困难或者其他原因没有委托辩护人的,人民法院可以指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护。被告人是盲、聋、哑或者未成年人而没有委托辩护人的,人民法院应当指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护。被告人可能被判处死刑而没有委托辩护人的,人民法院应当指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护。

通过 1996 年和 2012 年两次修改刑事诉讼法,辩护权保障的强化主要体现在三个方面。一是明确规定由控方承担证明责任,辩护方不负证明责任;二是为切实解决实践中辩护难(如会见难、阅卷难等)问题,在诉讼程序中作了相应的明确规定;三是对辩护风险问题的解决在程序设置上作了积极的努力。^③

虽然刑事辩护制度仍然存在进一步完善的空间,辩护实践中仍然存在诸多需要解决的问题,辩护风险也仍然是一些辩护律师的顾虑,但是,从上述内容可以看到,30 多年来辩护制度经历了显著的发展,并在不断完善。

其二,证据制度的发展完善。刑事证据制度是关于证据的取得、固定、移转、运用、质证和认定证据以及证明、举证责任、证明标准等诸多程序规则的总和。证据问题是刑事诉讼的核心问题,证据制度是刑事诉讼法的基本制度,刑事证据制度典型体现了刑事诉讼法的现代价值追求。因此,以刑事证据制度为例可以很好地说明我国刑事程序法治的价值目标。

2012 年修改后的刑事诉讼法吸收了 2010 年“两高三部”联合颁发的“两个证据规定”所确立的非法证据排除制度。非法证据排除制度旨在排除通过刑讯逼供等非法方法获得的证据,使之不能成为定罪的根据,其所具有的两个基本功能,即保障人权和制约职能部门的取证手段,这与刑事诉讼的基本目的完全一致。更重要的是,非法证据排除制度改变了以往刑事诉讼程序规则的“软法”特点,有助于使其获得不可违犯之尊严。与以往强调证据规则的价值主要在于保障真实不同,非法证据排除的重点是否定刑讯逼供等非法取证方法的效力,因此,更加突显了刑事程序法律的规定具有其规制职权、保障人权的独特价值。在这个意义上可以说,非法证据排除这样的程序性法律后果的出现,是现代刑事诉讼规则具有独立价值和地位的最重要的进步。

当然,非法证据排除制度还存在需要进一步

完善的问题,诸如实物证据应当按照酌定排除的模式构建,而非采用现在这样的规定,允许予以“补正”的方式或作出“合理说明的方式”,规避排除的可能。

其三,强制措施制度的完善。我国的强制措施是对被刑事追诉之人暂时限制或剥夺人身自由,刑事诉讼法中关于采取强制措施的条件、程序等规范,构成了强制措施制度。强制措施不仅事关诉讼的顺利进行,而且,对公民的人身自由权利有直接的影响。刑事诉讼法之所以被称为宪法的“测震器”,很大程度上是因为强制措施制度的设置与宪法所规定的公民的基本权利密切相关。显然,刑事诉讼法规定职权机关限制和剥夺人身自由的条件越严格、程序越严密,公民的人身自由权利得到的保障就越充分;反之,则公民的人身自由权利受到的威胁越严重。我国自 1979 年制定刑事诉讼法以来,强制措施制度不断完善,职权机关所受到的约束越来越严格,被刑事追诉之人的人身自由权利得到的保障逐步强化。以强制措施制度中的羁押制度为例,对此可以作很好地说明。

羁押制度的完善从两个不同但是相关的维度展开。第一个维度是将刑事诉讼中所有针对被刑事追诉之人的剥夺、限制其人身自由权利的措施,逐步纳入到刑事诉讼法的轨道中,受到刑事诉讼程序规则的约束。1996 年修改刑事诉讼法时废止了“收容审查制度”是这种进步的典型体现。在此之前,侦查机关在办理刑事案件时,大多是先对被追诉之人采用(刑事诉讼)法外的手段,即以收容审查(期限可长达两年,甚至更长)来剥夺其人身自由,待收集到足够的证据直至可以侦查终结,再将其报请检察机关批准逮捕或移送起诉。这使其完全规避了刑事诉讼法所规定的羁押条件、程序以及期限等各项制约。因此,“收容审查制度”的终结,对完善我国的羁押制度意义重大。当然,我国刑事诉讼中强制措施制度这个维度的发展并未终结,例如,“双规”等法外的措施,仍然在特殊案件中被用来作为剥夺被刑事追诉之人的人身自由的手段,“盘查”

^③ 2012 年修改后的刑事诉讼法第 42 条规定,对辩护律师的伪证行为,应当依法追究法律责任,辩护人涉嫌犯罪的,应当由办理辩护人所承办案件的侦查机关以外的侦查机关办理。辩护人是律师的,应当及时通知其所在的律师事务所或者所属的律师协会。

等非刑事程序规范的措施,仍然被作为警察办理普通刑事案件时剥夺被刑事追诉之人的人身自由的手段。

另一个维度的发展是将刑事诉讼法规定的羁押制度逐步按照程序法的内在要求不断完善。例如,最高检2016年1月颁发的《人民检察院办理羁押必要性审查案件规定》,将审查逮捕必要性的职能交由刑事执行检察监督部门,而侦查部门、公诉部门等具体办案机关只是协助其进行审查,就更符合程序法的内在要求。显然,对负责侦查等具体办案的部门来说,羁押必要性的判断更受制于其办案的需要,难以客观公正,而不承担侦查等办案职能的部门对羁押必要性进行审查,较少受到办案职权便利需要的影响。刑事诉讼法关于审查批准与具体执行部门的分离这一内在要求,因此得到了(虽然只是有限的)体现。当然,刑事诉讼法这个维度的发展也仍然存在许多空间。例如,审查批准与具体执行部门完全的分离,有待于真正的司法审查机制的确立。再如,刑事诉讼法所规定的特殊案件之指定居所的监视居住,作为准羁押措施可以长达半年,与现代刑事诉讼的基本要求,即长时间地剥夺人身自由的强制措施,需要经过司法审批,差距明显。

(二) 实践层面的进步与发展——以问题的演变为例

从某种意义上可以说,制度层面的发展,只是刑事程序法治“纸面”上的发展,而刑事诉讼实践的发展,才是更实在的发展。因此,我们对实践层面的刑事程序法治应给予更多的关注。然而,刑事程序法治在实践层面的情况比制度层面更加复杂,以简单的线条很难对此作出准确的描画。另一方面,在刑事诉讼实践层面,人们关注的重点往往不是获得的进展,而是存在的问题。为此,我们试从刑事诉讼现实中存在的各种问题及其演变作为描画的线条,对刑事诉讼实践的发展进行素描。

以问题为线索对刑事程序法治实践的进展作描画,似乎是个悖论。然而,若是将问题的演变作

为线索,由此,可以消解这个悖论。在此,我们以刑事辩护中的各种困难的演变、非法证据排除之困难问题的变化为例,勾勒刑事程序法治实践层面的发展。

1. 刑事辩护实践中的困难及其演变。

1996年修改刑事诉讼法之后,从制度层面对刑事辩护的发展作了积极的推动,其中,最显著的发展是律师介入刑事诉讼的时间从审判阶段提前到侦查阶段。这样修改刑事诉讼法本应是为刑事辩护获得大发展提供契机,然而,实践表明,刑事辩护之后却遭遇到了各种困难,其中,最突出的困难是被辩护律师所称的“三难”,即会见难、阅卷难、调查取证难。2012年修改刑事诉讼法之后,刑事辩护面临的困难发生了较大的变化。我们简要描述刑事辩护的这些困难的演变,以勾勒刑事辩护实践的发展进程。

其一,会见难问题的演变。会见被羁押的犯罪嫌疑人是律师维护其合法权益的基础,而侦查阶段处于羁押状态的被刑事追诉之人的合法权益最容易被侵犯,故特别需要律师为其提供帮助,这是1996年修改刑事诉讼法将律师介入刑事诉讼的时间提前到侦查阶段(第一次讯问之后或者采取强制措施之后)的原因所在。但实践情况表明,刑事诉讼法修改之后,律师在侦查阶段基本难以见到处于羁押状态的犯罪嫌疑人,使法律规定的律师在侦查阶段能够为犯罪嫌疑人提供法律帮助的宗旨,难以实现。2012年修改的刑事诉讼法针对这一情况,专门规定了“48小时内安排会见”的要求。即辩护律师持合法证件提出会见要求,羁押被刑事追诉之人的看守所应当在48小时内安排其会见。自2013年开始实施新的刑事诉讼法之后,会见难问题已经基本解决。^④当然,应当看到,会见难问题并未彻底解决。一方面,因为一些看守所设置的会见室太少,致使律师会见安排堪比医院专家门诊挂号,存在诸多困难;另一方面,特殊案件,如贿赂犯罪案件等,侦查期间的会见,现在仍然极为困难。刑事诉讼法规定这类案件需要经批准才能会

^④ 据统计,绝大多数的会见要求都依法得到了实现。参见王敏远等著《刑事诉讼法修改后的司法解释研究》,中国法制出版社2016年出版,第38页。

见,而负责侦查的部门大多不会批准侦查期间的会见。不仅如此,会见处于“准羁押”状态——被指定居所监视居住的犯罪嫌疑人,也基本不可能。

由此可见,会见难问题的演变,既表明了现实仍然存在需要解决的问题,也反映了刑事程序法治实践的进展。

其二,阅卷难问题的演变。辩护律师为被刑事追诉之人提供辩护意见,虽然也经常需要通过自行调查取证,但迄今为止辩护实践表明,更多的情况是辩护律师通过查阅案卷材料发现指控所存在的事实、证据等方面的问题,从而有针对性地提出辩护意见。辩护针对指控而进行,这是刑事辩护的基本特点。因此,辩护律师的阅卷权是辩护的基础性权利。这项基本权利的重要性可以从两个方面做进一步说明。一方面,因为辩护作为一种“防御”,以发现指控所存在的问题作为主要辩护手段,具有合理性;另一方面,则是因为辩护律师的调查取证不具有强制性,故常常难以获得预期的效果,因此,以发现和揭露指控所存在的问题为主要方法,具有现实性。由此,就可以明确了辩护律师阅卷的重要性。然而,1996年修改刑事诉讼法之后,辩护律师阅卷却成了一种困难。

阅卷难问题的产生,表面看是因为公诉机关庭前向法院移送案卷材料由1979年刑事诉讼法规定的全案移送,改为1996年刑事诉讼法规定的只是移送起诉书、主要证据目录等,使辩护律师在开庭前虽然仍能到法院去阅卷,但实际却不能看到全部案卷材料,这实质上是对辩护律师阅卷权的漠视。2012年修改后的刑事诉讼法(第38条)规定,辩护律师自审查起诉时就能全面阅卷,使司法实践中的阅卷难基本解决了。当然,阅卷难的问题在某种意义上仍然还存在。例如,办案机关除了“正常”的卷宗外,还有不对律师公开的“副卷”,其中多有对定罪量刑有重要影响的材料。显然,这部分卷宗不让律师知晓,对其辩护的有效进行有不利影响。

其三,被重视的“新”的困难。以往刑事辩护实践中存在的困难虽然在逐步解决的过程之中,但辩护实践中却又有新产生的困难以及“新近”被不断重视的困难。这些“新”的困难,一方面昭示

了刑事辩护实践中还有一些问题需要解决,另一方面却也显示了刑事程序法治实践层面的发展。

2012年修改刑事诉讼法前后,人们对律师调查取证难的问题,认识逐渐发生变化,即基于律师不应也不可能刑事诉讼中拥有如同职权部门那样的调查取证权。这种变化的原因是多方面的,因此而导致的结果也是多重的。与此情况相关,辩护实践中有一些困难因此凸显出来,例如申请调取证据难、法庭质证难、律师关于事实和证据的辩护意见得到有效回应难等等。应该看到,这些困难多数以前早就存在,现在只是更显突出了,因此逐渐受到重视。

例如,刑事诉讼法(第41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、调取证据,或者申请人民法院通知证人出庭作证,该规定原来就有(原刑事诉讼法第37条),并在实践中难以得到落实。但以往人们关注的重点是律师自行调查取证的困难,对此关注有限。在认识到律师自行调查取证的困难基本不可能按照辩护方的需要解决时,辩护人申请人民检察院、人民法院收集、调取证据,或者申请人民法院通知证人出庭作证等等权利,就显得特别重要,因此,申请调取证据难、法庭质证难等问题就更突出并逐渐受到重视——虽然,这实践中这并不是新问题。

当然,也有完全应该说是新的困难,如辩护方申请调取侦查机关已经获得的有利于辩护的证据,很难。刑事诉讼法规定职权部门调查取证应当客观、全面,不能仅收集不利于被刑事指控之人的证据。这个规定在实践中并不能都得到遵守;更严重的问题是,即使其收集到了有利于被刑事指控之人的证据,却并不告诉辩护方。为解决这个问题,2012年修改后的刑事诉讼法新增(第39条)规定,辩护人认为在侦查、审查起诉期间公安机关、人民检察院收集的证明犯罪嫌疑人、被告人无罪或者罪轻的证据材料未提交的,有权申请人民检察院、人民法院调取。但在司法实践中,鲜见这样的申请得到满足的情况。更重要的是,刑事诉讼法并未设置相应的程序性法律后果,使这项对规范职权和

保障权利有极为重要意义的规定,难以得到有效落实。^⑤

2. 非法证据排除难问题的演进。

某种意义上可以说,非法证据排除难的问题,也是刑事辩护难的问题之一。将其单列出来,一是因为这确实也是证据制度的问题,二是因为该问题作为全新的问题,其演变尚在过程之中,需要予以专门的关注。

非法证据排除制度自2010年创立以来,刑事辩护因此增加了一项针对非法取证行为的内容,即申请排除非法证据。这一新的辩护内容对保障人权、规范职权部门的取证的重要性不言而喻,但辩护由此也产生了新的困难,即排除非法证据难。最初,“排非”困难甚至发生在开始阶段,即申请启动审查非法证据的程序难。直到刑事诉讼法(第56条)规定,审查非法证据的程序既可以由法院依据职权(认为可能存在非法取证)而启动,也可以因为当事人及其辩护人、诉讼代理人的申请而启动(虽然刑事诉讼法同时规定了申请排除以非法方法收集的证据的,应当提供相关线索或者材料),而且,基于证明证据合法性的责任在控方(第57条),因此,申请启动审查非法证据的程序不应再是个困难,申请启动审查非法证据的程序难,因此正在逐步解决的过程中。

通过这几年的实践之后,人们发现,申请启动审查非法证据的程序难虽然正在逐步解决,但是,启动审查非法证据程序之后,非法证据排除难的问题突显出来,尤其是具有实际意义非法证据的排除,更是难上加难。有两个方面情况说明了这种困难及其问题之所在。一是排除非法证据往往局限在类似于“重复供述”的情况。由于我国目前的非法证据排除主要限于非法获得的言词证据,刑事诉讼法规定证明证据合法性的责任在控方,然而,当控方不能证明某次审讯的合法性因而需要对该次审讯所得到的供述予以排除时,对内容相同的

之后(一次或数次)的供述,却会以有录像等证据证明审讯系合法而予以认可。这样的非法证据排除,即所谓的重复供述排除,其意义有限,因为这不会影响控诉证据的完整性。二是排除非法证据往往难以产生对证据体系的根本影响。“孤证难以定案”是常识,因此,证据需要形成完整的证据链才足以发挥其证明作用。在这个证据链中,被刑事追诉之人的供述等言词证据,在有的案件中是不可或缺的一环,但在另一些案件中则不是。现实中,能够排除的非法(言词)证据往往是那些对证据链的完整性未产生实际影响的部分。这充分反映了具有否定指控(实际也就是否定侦查)之实际意义的非法证据排除,在实践中是难上加难。当然,现在确实也偶有这样的案例发生。^⑥

从非法证据排除难问题的演变中,可以清楚地看到刑事程序法治实践的发展,以及进步的艰难。

需要说明的是,虽然问题的演变标示着刑事诉讼实践的发展,因此,可以借助于问题的演变这条线索,描画刑事诉讼实践的发展。然而,司法实践中诸多问题的存在,毕竟意味着其需要解决,因此,对刑事诉讼实践问题本身不应“美化”,将其视为发展与进步。另一方面,还需要认识到,问题的演变所揭示的刑事诉讼实践的发展十分有限,全面说明刑事诉讼实践的状况,需要更加多的线条予以描画。

(三) 刑事程序法治观念层面的进步与发展——以人权保障观念为例

人们关于刑事程序的功能、程序公正的价值、程序法的具体设置等认识,与刑事程序法治密切相关。虽然刑事程序法治的观念变化与刑事程序法治制度层面、实践层面的发展相比,显得不那么确定,然而,其发展也是确实的,是刑事程序法治的有机组成部分,且对刑事程序法治的其他部分的发展有积极的推动作用。我们以刑事诉讼中的人权

^⑤ 对侦查机关等未提交有利于辩护方的材料和证据的行为,设置程序性法律后果,其保障作用超过了对行为人进行处罚等制裁措施。例如,最高人民法院第二巡回法庭前不久对聂树斌案作出的再审判决,基于其认定侦查机关未提交对聂树斌被抓获的头五天的审讯笔录,以及,未提交发现被害人后、抓获聂树斌前的五十多天的侦查卷宗,可以因此判定这些审讯笔录和侦查卷宗之中,很可能存在有利于聂树斌的内容,因而得出对其有利的判断。然而,最高人民法院却不能就此追究相关侦查人员的(刑事或行政)责任。

^⑥ 各地爆出的“非法证据排除第一案”,有的就具有这样的性质。

及其保障的观念为例进行分析。

人权,曾经是遭到猜忌甚至否定的一个词,只是在最近 20 年来才逐渐成为法学界的主流观念。就刑事诉讼的领域来看,人权也经历了从忌讳到肯定的过程;人权保障作为刑事诉讼的目的则以“从属之身”发展到与打击犯罪相并列的地位。而这种观念的变化,不仅记录了刑事程序法治的发展,而且推动了刑事程序法治的发展。

早在 1979 年制定刑事诉讼法的时候,被告人的权利及其保障已经是被普遍肯定的观念了,然而,当时对“人权”这个概念,还存在比较强烈的忌憚。在 1996 年修改刑事诉讼法期间,人们讨论刑事诉讼法的完善问题时,一般也不提人权或人权保障,而只是分别提出被刑事追诉之人的权利、被害人的权利等等。直到 1998 年我国签署了联合国人权公约之后,“人权”这个概念才被普遍认可。自 2004 年宪法明确规定“尊重和保障人权”之后,人权保障作为刑事诉讼的一个重要任务,已经得到了人们普遍的期待;2012 年修改的刑事诉讼法因此将“尊重和保障人权”明确作为刑事诉讼法的任务予以规定。如今,人权以及人权保障已经成为刑事诉讼的基本观念,普遍认为,这是与刑事诉讼的打击犯罪这项任务相并列的一项任务。

刑事诉讼观念中的人权及其保障的这一转变,深刻影响了刑事诉讼法律制度与司法实践。这种影响主要体现在以下三个方面。

其一,刑事诉讼中的人权观念的确立,使刑事诉讼中的权利问题,不再局限于被刑事追诉之人等社会中的“特殊主体(人群)”的权利,而是涉及所有公民的权利,使刑事诉讼法规定的相关权利与宪法规定的公民基本权利建立密切的关系,真正体现了刑事诉讼法作为“小宪法”“行动中的宪法”的特点。刑事诉讼中的人权保障这一观念的进步的历史意义重大。由此,为刑事诉讼中的当事人等权利保障,尤其是被刑事追诉之人的权利保障,提供了无可置疑的正当性基础。例如,刑事辩护最初被视为这是“替坏人说话”,因此,即使刑事诉讼法确立了刑事辩护制度,但其正当性难以真正被肯定,因而实践中辩护权很容易受到侵犯,而关于辩护制度进一步完善的要求,也因此往往难以得到普遍的认同。然而,随着对刑事辩护观念的转变,

认识到其功能并不只是对被刑事追诉之人的权利维护,即只是对公民中的“极少数人的”权利维护,而是对所有公民的权利维护,即将辩护权上升为人权来认识时,其被认同的普遍性因此得到了空前的提升。显然,只有人们认识到任何普通的公民都有可能“沦为”被刑事追诉之人时,辩护权作为一项宪法权利的价值,其正当性才能被真正认识;普通人,而不仅仅是被刑事追诉之人,才能切实认同辩护权的价值。

其二,刑事诉讼中的人权观念的确立,使刑事诉讼的制度建设和实践发展的方向得以明确,“尊重和保障人权”的水平如何,因此成为评判刑事程序法治发展程度的标尺,而不再单纯依据其对打击犯罪的效果,作为衡量刑事程序高下的依据。刑事诉讼作为发现、揭露、证实、惩罚犯罪的活动,其打击犯罪的古老功能一开始就是被确定的,然而,刑事诉讼法作为规范刑事诉讼中的职能部门的行为的程序法所具有的保障人权的功能,却是现代刑事诉讼的观念。如果现代刑法是“罪犯权利的宪章”的话,那么,可以说现代刑事诉讼法是“被刑事追诉之人的权利宪章”。但是,我们对刑事诉讼法所确定的诉讼程序与制度的这种人权保障功能的认识,是一个渐进的过程。以刑事诉讼中的强制制度为例。众所周知,对被刑事追诉之人采取限制人身自由(取保候审、监视居住)或暂时剥夺人身自由(拘留、逮捕)的强制措施,其目的在于保障诉讼的顺利进行。然而,人们对强制措施制度的功能的认识,却应超越这种认知。应当看到,强制措施制度的功能主要在于规范职能部门、保障人权。强制措施制度若只是为了保障诉讼的顺利进行,那么,只要设置一种强制措施,即羁押措施就够了,显然,剥夺人身自由的羁押措施比限制人身自由的非羁押措施,更有利于保障诉讼的顺利进行;不仅如此,对刑事羁押也不需要设置期限,因为,诉讼若没有终止,就存在用羁押的方法保障诉讼顺利进行的必要性。由此可见,若没有人权保障的需要,强制措施制度将会如何,难以想象。正是人权保障的需要,强制措施制度才有必要设置对人身自由权利影响程度有差别的不同的强制措施,才需要对强制措施确定越来越严格的期限和相关程序的限制。

其三,刑事诉讼中的人权观念的确立,使刑事诉讼的相关制度的设置以及实践,受到了人权保障需要的强力制约,职权便利因此得到了越来越多的限制。以逮捕条件的具体化过程以及逮捕必要性审查制度的确立为例,对此进行分析。1979年的刑事诉讼法对逮捕必要性的规定比较笼统,1996年的修改并未使之改进,2012年修改刑事诉讼法,则对此予以进一步细化,而这一变化,使职能部门受到更严格的制约,有助于人权保障的加强。例如,刑事诉讼法第79条之逮捕的社会危险性之具体化以及第93条羁押必要性审查制度的确立,^⑦使羁押制度的规范性得到显著加强。而2015年11月最高检与公安部联合颁发的《关于逮捕社会危险性条件若干问题的规定》,以及最高检2016年1月颁发的《人民检察院办理羁押必要性审查案件规定》,进一步加强对职权机关在决定羁押时的规范化要求,不仅更加促进了羁押质量的提高,而且促使羁押数量进一步减少,这显然有助于实现刑事诉讼中人权保障的重要价值。^⑧

当然,刑事诉讼中的人权保障观念虽然得到了显著提升,因为存在诸如其与打击犯罪的关系究竟如何等问题的困扰,因为现实中存在着各种影响人权保障的因素,使人权保障的需要,在制度设计和实践运行这两个层面,并未得到充分的满足。例如,技术侦查等制度设计,仍然体现了较强的职权便利色彩,缺少了人权保障的要求。这显然与侦查阶段的程序设置中的人权观念相对薄弱有关;而刑事诉讼实践中时有所闻的侵犯人权的现象,更证实了人权保障尚需要全社会共同努力,进一步落实。

二、刑事程序法学者的坚守

刑事程序法治的发展,主要由社会的政治、经济、文化等方面的发展所决定,需要全社会的共同努力,其中,刑事诉讼法学研究者也付出了持续的努力,做出了自己积极的贡献。刑事诉讼法律、实践以及观念中的诸多问题,刑事程序法治在立法、司法实践和理论各方面的问题,需要通过理论界和实务界的共同努力才能予以解决,因此,作为刑事诉讼法学的研究者,对推进刑事程序法治承担着义不容辞的责任。笔者作为刑事诉讼法学界的一个成员,30多年来亲历了我国刑事程序法治的发展过程,并在其中进行了持续不断的努力。笔者在长期的刑事诉讼学术研究中的努力,主要体现在对刑事程序法治的守望和坚持不懈的追求,这可以从四个方面作简要描述:一是坚持以推动我国的刑事程序法治为理想(目标);二是坚持以无罪推定原则为刑事程序法治的坚实基础;三是以问题意识为研究的导向;四是坚持以严谨的治学方法为依托。

(一)以推动我国的刑事程序法治为理想

笔者的研究主要集中在两个方面,一是建构刑事程序的正当性基础,二是拓宽程序的有效性基础。笔者认为,如果说“程序决定了法治与恣意的人治之间的基本区别”,那么,能够发挥这种功能的程序,应当是正当且有效的程序。因此,实现刑事程序法治的理想,就需要建构刑事程序的正当性与有效性。

1. 刑事程序的正当性——刑事被告人权利保障与职权规制。

^⑦ 修改后的刑事诉讼法第79条规定逮捕的社会危险性的五种基本形态细化为:可能实施新的犯罪的;有危害国家安全、公共安全或者社会秩序的现实危险的;可能毁灭、伪造证据,干扰证人作证或者串供的;可能对被害人、举报人、控告人实施打击报复的;企图自杀或者逃跑的。

^⑧ 例如,犯罪嫌疑人“可能实施新的犯罪”,应当具有下列情形之一:(一)案发前或者案发后正在策划、组织或者预备实施新的犯罪的;(二)扬言实施新的犯罪的;(三)多次作案、连续作案、流窜作案的;(四)一年内曾因故意实施同类违法行为受到行政处罚的;(五)以犯罪所得为主要生活来源的;(六)有吸毒、赌博等恶习的;(七)其他可能实施新的犯罪的情形。

笔者认为,权利保障和职权规制是程序的正当性基础,当然也是现代刑事诉讼法的基础。为此,刑事诉讼法应当体现权利保障与职权规范的基本精神和要求。现代刑事诉讼法从侦查、起诉到审判、执行的各阶段的程序设计,均可以看到刑事诉讼法对权利保障与职权规制的要求。可以说,体现权利保障与职权规制要求的程度,是判断刑事诉讼法发展程度的主要标志。^⑨

权利保障的含义,就主要内容而言,应是指被刑事追诉之人的权利保障。职权规制就是指对刑事诉讼中职权机关的相关行为予以制约,使职权机关按照法律规定的程序、方法履行职责,以实现法律设定的目标。权利保障与职权规制作为现代刑事诉讼法的正当基础,既是刑事司法公正的保障,也是刑事司法公正的必要内容。刑事诉讼的公正既包括实体公正,也包括程序公正。从已经揭露的形形色色的冤假错案来看,无不与职权机关履行职责不规范,致使当事人尤其是被刑事追诉之人的权利遭受侵害相关。因此,权利保障与职权规制是刑事司法实体公正的基本保障。职权机关因为履行刑事侦查、起诉、审判及执行的职能,需要获得国家强制力,这种强制力如果不能受到规制,极易成为侵害公民权利的最严酷且易失控的手段。

另一方面,刑事诉讼的公正程序本身就意味着需要以权利保障与职权规制为其必要内容。缺乏权利保障与职权规制,对刑事司法实体公正的损害如果说还只是一种可能性,其对刑事诉讼的程序公正的损害,则是一种现实。程序公正的程度是刑事诉讼文明程度的重要标志,就此而言,刑事诉讼法对权利保障与职权规制的重视程度,是刑事诉讼法发展程度的基本标志。从刑事诉讼的历史来看,刑事诉讼法律规范中的规制职权并不必然意味着对权利的保障,^⑩但在现代社会中,权利保障

肯定要求规制职权;规制职权则应当有利于权利保障。明确这一点的意义在于,我们的刑事诉讼法在规制职权时,不应当只是考虑职权机关之间的“权力博弈”,脱离权利保障的需要,而应当以权利保障作为其规制职权的背景;另一方面,在重视权利保障的时候,应当考虑到相应的职权规制的同步进行,否则,权利保障的效果将会受到影响。

2. 程序规范的有效性——程序性法律后果。

程序规范具有不可违反的尊严,是正当程序能有效遏制“恣意的人治”的基础。刑事诉讼法大都是程序性规范,这些程序性规范在现实中是否得到应有的尊重、有效地发挥作用,是必须重视的基础性问题。以往人们常见的重实体、轻程序的现象,导致刑事诉讼法在实践中常常沦为“软法”。虽然不能从极端的意义上说,只要确保我国已有的程序规范得到有效地遵守,就可以有效预防冤错案件的发生,然而,缺乏“具有不可违反的尊严”的程序规范,使程序法规制职权的效果十分可疑,是刑事诉讼中侵犯人权以及冤错案件时有发生的重要原因。如何使程序规范具有不可违反的尊严,是个复杂的、需要我们着力解决的问题,而建构完善的程序性法律后果则是解决这个问题不可或缺的基础。^⑪

在我国刑事诉讼法中应系统规定刑事程序法律后果,是基于以往刑事程序法因为没有足够的保障而缺乏尊严的问题。事实表明,刑事程序法仅仅依靠实体法作为保障是不够的。如果没有程序性法律后果,程序法和实体法对屡见不鲜的违反刑事诉讼程序的行为几乎无可奈何,并由此导致了诸多刑事程序规则被违反但却被认可的现象,程序法的尊严荡然无存。例如,刑事诉讼中的职权机关违反程序规定行使职权甚至非法审讯,但其效力却被肯定;职权机关的程序违法行为使刑事诉讼

^⑨ 参见王敏远:《刑事被告人权利研究》,载夏勇主编《走向权利的时代》,中国政法大学出版社1994年版。

^⑩ 例如,我国封建社会具有典型意义的《唐律》中,就有一些规范审讯的规定,但是,这种对审讯的规制却并不是保障人权。

^⑪ 参见王敏远:《重实体、轻程序的现象、原因与对策》,载《法学研究》1994年第4期。

中的参与人的权利受到侵犯甚至遭到刑讯,而讯问的结果却被肯定。具有普遍意义的问题是,违反刑事诉讼程序的行为未导致任何法律后果——既无合适的实体法律后果可适用,也无明确的程序法律后果可适用。因此,笔者主张刑事诉讼法需要建构自成体系的程序性法律后果,以便对违反诉讼程序的行为可以依据程序法予以有效规制。

所谓程序性法律后果是指,职权机关之违反诉讼程序的行为及其结果在程序上不予认可,或对其予以否定或要求予以补正。刑事诉讼中的程序性法律后果主要有四种:(1)否定违反诉讼程序的行为的效力,并使诉讼从违反诉讼程序的该行为发生的那个阶段重新开始。(2)否定违反诉讼程序的行为的效力,并否定因该行为所得到的诉讼结果。(3)否定违反诉讼程序的行为及其结果,并使诉讼进入另一阶段。(4)补正违反诉讼程序的行为,以使该行为得到纠正,最终符合程序法的要求。^⑩设置这样的程序性法律后果,有助于使刑事程序规范成为具有不可违反的法律尊严,强化程序法对职权机关约束的有效性。

(二)以无罪推定原则为刑事程序法治的坚实基础

无罪推定原则作为现代刑事诉讼法的基石,其基本精神在于将被刑事追诉之人作为诉讼的主体,由此,强调刑事诉讼程序、制度应体现规制职权、保障权利的要求。例如,被告人除了享有生命权、健康权等实体性权利,还享有辩护权等诉讼权利;控诉方承担举证责任;在控诉方不能以确实充分的证据证明被告人有罪时,应当宣告其无罪。

我国刑事诉讼法一直未明确肯定无罪推定原则,现行刑事诉讼法第12条规定的重心是强调法院的定罪权,还不是无罪推定原则的明确肯定,因此,无罪推定原则属于需要确立的原则。无罪推定原则的经典表述,如法国人权宣言的表述,以及现在被公认的经典表述——国际人权公约的表述,都与我国目前的表述不同。我国刑事诉讼法迄今为止未明确肯定无罪推定,与人们以往对无罪推定原则的理解有误有关。我国以往主流学术观点的理

解,是把无罪推定和有罪推定一样作为唯心主义认识论的表现,而不是将其作为现代刑事诉讼价值观的反映。实际上,无罪推定原则与唯心论和先验论完全是两回事,因为这并不是一个关于认识论的原则,而是现代刑事诉讼的基本价值要求,属于价值论原则。无罪推定原则要求把被追诉的对象作为诉讼的主体来对待,使其享有相应的诉讼权利,并保障其各项权利;无罪推定原则要求我们的职权机关在进行刑事追诉的时候应该文明、规范行使职权。如果能够认识到无罪推定原则的价值论意义,那么,对其肯定就不应有障碍。而明确规定无罪推定原则,对于完善刑事诉讼的辩护制度、证据制度、强制措施制度以及其他各相关制度,具有积极意义。

在刑事诉讼的立法和司法实践中如何贯彻无罪推定原则的各项具体要求,是我国刑事程序法治的一个重要任务。我国刑事诉讼领域中当事人的合法权益,尤其是被刑事追诉之人辩护权等各项诉讼权利及其保障不断发展,证据制度的不断完善,尤其是对保障权益意义重大的非法证据排除制度的确立,均体现了无罪推定原则的要求。

(三)以问题的意识为研究导向

法学需要面对现实问题进行研究才能免于无意义的空谈,刑事诉讼法学的研究尤忌空谈。为此,笔者主张应坚持以解决中国的现实问题作为研究导向,使研究具有切实的针对性。这种现实问题的导向意识,在那些所谓的理论性极强的问题的研究中,同样需要坚持。以刑事证明标准的理论问题的研究为例,可以清楚地看到具有问题意识的研究之重要性。

我国刑事证据的理论呈现比较复杂的局面,一方面,是因为涉及的知识面较广,另一方面,则是因为这些不同的知识交织在以往的关于证据法学中的讨论,复杂性超过了刑事诉讼法学的其他领域。诸如哲学理论尤其是其中的认识论,历史学等社会科学的诸多领域的知识,以及刑事诉讼法学中的人权保障原则、法庭质证规则以及刑事证据的证明、举证责任的基本理论等。这些理论在刑事

^⑩ 参见王敏远:《违反刑事诉讼法的程序性法律后果》,载《中国法学》1994年第5期。

证据问题的研究中相互影响且交织在一起。刑事证据的理论本身具有复合性,所要说明和解决的问题又是刑事诉讼法学中最为复杂的内容,不仅涉及案件事实、证据的本体论问题,而且涉及证据资格、证明力等复杂问题,而其中又包含证明责任理论、证明标准理论等分歧较多的理论。

在这种复杂的局面中,学界的一些讨论往往会陷入各说各话甚至异化的问题,诸如为发表不同意见而研究、为炫耀知识而研究,以至于忘记了刑事证据理论应当具有说明现实状况、指导实践活动以及为判断事实、证据、认识证明标准提供正当性根据等功能,忽略了学术研究应当具有问题意识的本意。我国诉讼法学界关于证明标准问题的主流学术理论,就具有这种特点,因此,笔者对这两种学说进行了激烈的批判。“客观真实说”与“法律真实说”各自持有似乎完全不同因而争论颇为激烈的观点,然而,其对事实和证据问题进行的研究大多是缺乏实践意义的,因此不能发挥证据理论应有的功能。“客观真实说”建立在哲学的“符合论”基础之上,看着不仅正确且不可挑战,实际上对于我们判断关于案件事实的认识正确与否,却毫无意义。而“法律真实说”以“真理的相对性”为基础,主张案件事实的认识应抛弃“符合论”、信奉“接近论”,貌似弥补了“客观真实说”在司法实践中毫无意义的缺陷,实际上,这同样在司法实践中毫无意义。显然,如果像“法律真实说”所主张的那样,法庭上并不存在案件事实,因此不可能据此判断控辩双方的哪种说法“符合”实际,因此“符合论”是无意义的,那么,当然也就不可能据此判断控辩双方的哪种说法更“接近”事实。“接近论”同样在实践中毫无意义。

笔者倡导对案件事实、证据问题进行的哲学、历史学的分析,以及对刑事诉讼法学关于证明标准理论的研究,应当面向实际,针对现实问题,有助于解决现实问题。这样,才能有助于使我们的研究方法更具科学性,使研究结论具有现实意义。例如,在刑事证明的层面上,需要研究的是有无可信的证据予以令人信服的证明,法律中的证明标准,应该是能够被常人理解的标准;又如,现行的证明标准并不是所谓的“客观标准”,而都是针对主观信念的标准,因而,都只是对证明的一种应当达到

的主观信念的要求。完善证据立法和司法,重要的是如何在诉讼法中建立一整套较为完整的证据规则以充分保障该证明要求得到有效实现。由此,我们可以将关于证明标准问题的讨论进行战略性转移,证明标准的“可操作性”不应是我们所探讨的问题,证明以及对证明的信念根据问题,才是我们现在所应该并能够研究的问题。为此,需要研究如何通过相应的程序和证据规则的设计,保障司法实践中裁判者的信念是有根据的,并且,这种根据应是在常人看来确实可信的;如何避免假借法律的名义按照“符合论”或“接近论”的说法任意妄断,使关于事实、证据的信念形成的过程和根据能够充分暴露在光天化日之下。

由此,笔者认为,诉讼法学界时下流行的“客观真实说”和“法律真实说”,实际上是概念不清的牺牲品。在“客观真实”和“法律真实”的涵义存在极大疑问的基础上,是不可能建构科学的证据理论的,更不用说这些证据理论会对证据规则如何确立、如何运作起任何指导作用。我们必须依靠科学的研究方法(如实证的方法、比较的方法)来研究问题。从这个意义上可以说,诉讼法学界应尽快摆脱在“客观真实”“法律真实”何者为据这些无实际意义问题的纠缠,研究真问题以使理论研究能够满足我国证据立法和司法的现实需求。

(四)以严谨的治学方法为依托

学术研究的基本特点,也是基本要求,是应当采用严谨的治学方法。正是严谨的治学方法使我们不仅能够借此得到科学的、可信的、可以经受检验的理论和观点,而且能够据此发现和揭露、批判错误的理论和观点,不断推动学术发展。笔者在长期的学术研究中坚持以严谨的治学方法要求自己,并以此为依托对流行理论中的错误观点展开争鸣。在此,以自己这些年对刑事诉讼法学界占据主流学说地位的形形色色的“平衡论”“并重论”的批判为例,努力促进刑事诉讼法学对相关制度和实践问题展开有意义的研究,主张以人权保障和职权规制的“发展论”,取代人权保障与打击犯罪的“平衡论”。

在刑事诉讼法学中,存在着诸多人们普遍认同的价值,诸如控制犯罪与保障人权、实体公正与程序公正等。这些不同的价值虽在现代社会被普遍

肯定,但取向却各异,互不统属。如何认识、处理这些不同价值的关系,对理论界来说,是个争议较大的问题。相对于偏重其中某种价值的观点,现在占据通说地位的是形形色色的“兼顾论”“平衡论”和“并重论”。程序法和实体法“同等重要”、实质正义和程序正义“应当兼顾”、打击犯罪与权利保障需要“平衡”等形色各异的并重论、兼顾论和平衡论,近二十年为我国学界普遍赞同。这样的观点,表面来看持论公允,滴水不漏,然而,运用严谨的治学方法仔细分析,却能发现其中均存在严重的问题。

1. 对程序公正和实体公正应当“兼顾”观点的批判。

重实体、轻程序是传统的刑事诉讼理念的一种典型表现,随着法治的发展,程序法和程序公正越来越受到重视。而程序公正受到真正重视,以至于将其价值的重要程度提到与实体公正同样的程度,则是晚近的事情。虽然实体公正优先或程序公正优先的观点也有相当的市场,然而,将程序公正和实体公正视为“同等重要”的观点,却是近二十年来占据主导地位的观点。这种貌似公允的学术观点却未能经受得住现实的检验。在刑事诉讼实践中经常会遇到的这种情况:侦查机关、司法机关有严重违反诉讼程序的情况,但是被刑事追究之人确实是犯罪之人,对此应当如何处理?根据程序公正和实体公正“同等重要”的观点,人们因此主张实体公正与程序公正应当“兼顾”,然而,在这种情况下如何兼顾?如果在这种情况下因为强调程序的独立价值而否定刑事追诉的有效性,就会放纵犯罪,实体公正因而未能得到兼顾;如果因为强调实体法的价值不能因此受损,从而肯定刑事追诉的有效性,那么,承认侦查机关、司法机关违反刑事诉讼程序的规定而进行的诉讼活动及其结果的有效性,程序公正就不能得到兼顾。

主张程序法和实体法同等重要因而需要兼顾的观点,在刑事诉讼立法时如何体现其要求也是个问题。刑事诉讼法是规定解决刑事实体法律问题的方法、步骤等程序以及相关司法机关的职权、诉讼参与人员的权利与义务等规范的总和。刑事诉

讼法的这个基本属性决定了实体法律在诉讼程序中所具有的重要性,这种重要性怎么强调都不过分——因为这决定了诉讼程序本身应当存在的根据。应当看到,这种重要性并不因为诉讼历史的变化而发生实质性的变化:程序法保障实体法的实施和程序法的其他各项独立价值,并不属于同一位阶的价值。以无罪推定为原则、以保障人权、尊重程序、限制司法恣意等价值为基础的现代刑事诉讼程序,与古代以有罪推定、司法恣意、擅断为特征的刑事诉讼之基本区别,并不在于是否重视刑事实体公正的实现,而是在于以不同的手段和方法来保障实体公正的实现。从某种意义上说,刑事诉讼立法如果只是考虑如何解决刑事实体问题,而未考虑或者未充分地考虑如何体现刑事诉讼的诸项独立价值,那么,最终实现的至多只是实体公正,而不可能有何程序公正可言。

程序公正和实体公正“应当兼顾”的观点,是建立在将两者作为同一位阶且对立的价值的基础之上,而未认识到两者并不在同一位阶上,程序公正和实体公正因此并不存在此消彼长的对立关系。实际上,与程序公正相对立的只是程序的不公正,与实体公正相对立的也只是实体不公正。由此,我们对实体公正和程序公正同等重要的观点就可以有进一步的认识。这种同等重要,是指在立法过程中应当将程序法律的规定作为一种与实体法一样不得违反的规定来对待,应当使程序法的规定获得同样具有不可违反的尊严,而不是一种可遵守也可违反的“软法”。虽然刑事诉讼立法过程中反映和体现程序法的独立价值可以有程度的区别,而不同程度的反映往往会受到社会现实条件的各种制约,但程序法一旦确定,就应当是不可违反的。

我们应当认识到,程序法保障实体法的实施是一个问题,而采用哪种方法、手段保障实体法的实施则是另一个问题,只有在后一个问题中,才有程序公正的问题。如果刑事诉讼法未规定体现程序正义的各种规范,或者要求程序公正的这些规范可以在刑事诉讼实践中被任意违反,而这种违反程序规定的诉讼活动又被“为了实体公正”这一冠冕堂皇的理由予以认可,那么,程序公正就不可能

实现,刑事诉讼的各项独立价值也不可能实现,所谓程序公正和实体公正的兼顾就将沦为空谈。^⑬

2. 对打击犯罪与保障人权“平衡论”的批判^⑭

保障人权作为刑事诉讼的重要目的,被刑事诉讼法学界肯定是上个世纪90年代中期以后的事情。在确定了这个新的目的之后,关于打击犯罪这个传统的目的与保障人权的关系问题,就被提了出来。

关于两者的关系,虽然观点众多,迄今为止,在学术界和实务界占据主导地位的是基于这两个价值“并重”而确立的“平衡论”。这种观点是在假设打击犯罪与保障人权已经或者将会发生矛盾的基础上来肯定其“并重”,并由此主张两个价值追求不可偏废,需要“平衡”。然而,打击犯罪与保障人权这两个价值在刑事诉讼中并不处于同一阶位,不应该也不能发生人们所设想的这种此消彼长的矛盾,因此,以此为基础确定的“并重论”“平衡论”也就难以成立。笔者认为,不论是从历史还是从现实来看,刑事诉讼发动之目的都是为了发现、揭露、证实及惩罚犯罪,这个基本目的古今中外并无例外(肆意制造冤假错案的特殊历史时期及专为制造冤狱的特殊案件除外)。人们评判不同历史时期、不同国家刑事诉讼的差异,主要并不是在“要不要追求打击犯罪”这个目标上有何不同,而是追求打击犯罪这个方法、过程和结果存在何种差异。

换句话说,保障人权与打击犯罪并不是矛盾关系,在刑事诉讼中强调保障人权,并不是要否定打击犯罪,只是要求采用文明的方法和程序进行发现、揭露、证实、惩罚犯罪的活动。打击犯罪与保障人权的关系决不是因为两者存在冲突而需要实现两者“平衡”的关系。由此,对两者的关系,应换另一个角度来理解,即我们应当以什么样的方法来追诉犯罪的问题。从根本上来说,强调刑事诉讼的保障人权这个目的,就是要求职权规制,使其采用文明的方法以实现发现、揭露、证实、惩罚犯罪这

个基本目标,因此,在刑事诉讼中是否肯定保障人权,实际上就意味着是否赞同采用文明的方法以实现惩罚犯罪的目标。不仅如此,从理论上来说,谁也不可能找到两者的“平衡点”。即保障人权与打击犯罪各占多少比重,两者才算“平衡”?这是个无解的问题,或者说,可以任意解的问题。由此可见,“平衡论”是治学不够严谨的理论。

全面认识和分析刑事诉讼的发展程度,一方面,我们需要从追诉犯罪的准确程度对此进行判断,另一方面,我们更需要从刑事诉讼方法、手段、程序的文明程度对此作出判断。在某种意义上可以说,程序公正的实现程度,决定了刑事诉讼的发展程度;也可以说,正是保障人权的程度决定了刑事诉讼的发展程度。而将保障人权与打击犯罪、程序公正与实体公正视为处于同一位阶的价值,因而存在此消彼长的矛盾关系,是治学不够严谨的结果。为此,笔者主张用“发展论”取代“兼顾论”、“平衡论”,即刑事诉讼中的保障人权、程序公正的发展历史就是刑事诉讼的发展历史。我们的历史使命就是不断推动刑事诉讼中的保障人权、程序公正的发展。

然而,刑事诉讼的立法和司法实践为了提高其发展程度,如果一味强调程序公正和保障人权的需要,确实将会导致其影响发现、揭露、证实、惩罚犯罪这个基本目标的实现。这个问题的产生,源于刑事诉讼中的程序公正、保障人权这样的价值追求,受制于社会的诸多现实条件。实际上,如果脱离了现实条件而要求推动程序公正、保障人权的发展,既难以实现推动刑事诉讼文明发展的目标,也会影响打击犯罪这个目标。但是,这并不是因为打击犯罪的需要而否定程序公正、保障人权的发展,而是说明了,刑事诉讼的程序公正、保障人权由发展的阶段和条件所决定。由此,我们不仅应当坚守刑事诉讼的理想,而且需要坚持现实主义的态度,踏实前行。

^⑬ 参见王敏远:《程序正义与实质正义辨析》,载《人民法院报》2000年11月3日。

^⑭ 参见王敏远:《论刑事司法改革》,载信春鹰主编《公法》(第三卷),法律出版社2002年出版。