

困境与抉择：中国刑事诉讼发展 路径探讨

郭天武

(中山大学 法学院,广东 广州 510225)

摘要:2011年的刑诉法修改,是继1996年以后,中国刑事诉讼法作出的又一重大调整。本次修改虽然呈现出一定的亮点,但总体上突破不足,无法解决长期存在的疾痛。基于这种情况,中国刑事诉讼在适用和进一步发展的过程中,应该坚持理性、务实的原则,在承认刑事诉讼国际化的大趋势下,坚持刑事诉讼本位化,努力追求刑事诉讼技术化,以保证刑事诉讼能坚守独立的法律品格,发展自身的司法技艺。结合中国目前的司法图景,应力图纠正和排除当下不利于刑事诉讼发展的因素特别是矫枉过正的“当事人主义”弊端,借鉴职权主义诉讼模式的基本特点,形成与中国司法资源相匹配的“混合制”诉讼模式,以利中国刑事诉讼平稳向前发展。

关键词:刑事诉讼;国际化;本位化;当事人主义

中图分类号:DF7 **文献标志码:**A **文章编号:**1008-5831(2012)05-0115-08

事隔15年,中国刑事诉讼法又一次迎来了立法层面的重大调整。与十多年前不同的是,此次刑诉法修改不仅仅吸引了理论界和司法实务界的目光,在该部刑事诉讼法修正案的草案期,整个社会都给予了密切关注和热烈探讨。总体来说,学界希冀通过刑诉法的修改给中国的刑事诉讼制度带来新的发展动力,能够解决长期以来制约中国刑事诉讼发展的顽疾;实务界则更希望新法律能保障办案流程的畅通性,并使一些已经在实践中趋于稳定做法的“惯例”得到法律的认可;而社会民众则期盼新法条能体现更多对公民个体权利的尊重和保障,使个人有足够的法律依据,去防范和对抗公权力机关可能出现的非法侵犯。新刑诉的修改可谓历经重重困境,是在艰难抉择下的产物。当然,不同的群体站在各自的角度,对新刑诉提出了不同的期待和诉求。多年从事刑诉法研究或实践的人都知道,早在1996年,人们就渴望刑事法律制度能以立法修改为契机,呈现出一个飞跃。虽然当时的刑诉法修改在一定程度上促进了中国刑事诉讼制度的发展,但是不可否认的是,不仅原有的一些疾痛没有获得很好的解决,甚至因为法律的修订又产生了一些新的不利于中国刑诉制度现代化的因素。可以说,从该部刑诉法出台之日起,刑诉法的再修改就一直是学界讨论的热点问题。这是其他部门法学难以见到的。

十几年来,围绕着刑诉再修改所进行的广泛研讨,使刑事法学界无论是在理论还是实践累积方面,都作了充分准备。但是,毋庸讳言,在关于刑诉法的理念、结构、发展模式等重大基础性问题方面,新刑诉可谓1996年刑事诉讼法的延续,并没有作出实质性的改革和调整。笔者认为,刑诉的立法修改不是对这些基础性问题的终结,恰恰相反,它提供了一个相对具象的框架与蓝本,使我们能够在

收稿日期:2011-09-25

作者简介:郭天武(1970-),男,安徽蒙城人,中山大学法学院教授,中山大学法学理论与法律实践研究中心研究人员,法学博士,主要从事刑事诉讼法和港澳基本法研究。

更加统一的思路和明确的语境下去探讨关于刑事诉讼发展路径的基础性问题。“制度构建离不开先进理念的指导,但学术研讨不能脱离实际,而应立足于现行制度,两者都应立足于中国国情、关注中国司法实际”^[1]。立法修改只是法制系统工程中的第一步,一项制度能否发挥正面效用,有赖于司法工作者发挥司法技艺,对相关的制度设计予以合理和积极的解释和回应,也为下一阶段立法和司法的发展以及改革方向奠定基础。随着阶段性立法修改的完成,有必要用更加理性和务实的态度,细致谨慎地分析新刑法在总体发展路径上的亮点与不足,并结合中国的现实司法环境,为新刑诉在实践中的贯彻落实乃至进一步的完善提供方向性的指引。

一、刑事诉讼的国际化——一个不可逆转的趋势

毫无疑问,我们正处于一个全球化浪潮日益强劲的时代,随着经济全球化、市场国际化的发展,当今世界各国在政治、经济、文化、法律等领域里的交流与合作日益频繁,在此背景之下,具有严厉国家强制性和强烈国家主权色彩的刑事诉讼也呈现出比较明显的国际化趋势并且成为这个时代的强音。学界一般认为,刑事诉讼的国际化,是指世界各国刑事诉讼制度在发展过程中,相互吸收、彼此渗透、共同缔结国际刑事公约,遵循国际惯例,从而使各国刑事诉讼制度在人类法律文明的道路上趋于接近与协调发展、共同前进的趋势^[2]。新刑事诉讼法在一定程度上引入了刑事诉讼法的国际标准,特别是《世界人权宣言》、《公民权利和政治权利国际公约》等。例如增设“禁止强迫自证其罪”,明确未成年人与成年人分别关押、管理和教育等,就是对《公民权利和政治权利国际公约》第10条“被拘禁者获得人道与尊严待遇的权利”的呼应。

应该说,刑事诉讼法国际化不是一句简单的口号,更不是应景的提法,而是立足于国际及国内现实发展的需要提出的新判断,是对现代刑事司法发展的必然选择,具体说,它应当包括为什么国际化以及国际化的路径。

(一) 刑事诉讼国际化的必要性

1. 刑事司法国际标准与世界性趋势

近几十年,联合国及相关国际组织非常重视刑事诉讼的国际标准的确立与推行。联合国及其下属的预防犯罪与罪犯待遇大会、犯罪的防止及控制委员会、刑事司法公正研究会等机构非常关心刑事诉讼标准的国际化和各国刑事诉讼法的改革问题。致力于总结、归纳现代国家刑事诉讼的一般准则,并通过国

际公约的签署、区域性人权法院的案件受理与审判等方式,把这些准则推广到各个国家之中。目前,联合国及相关国际组织通过了不少与刑事程序有关的规范性国际法律文件,这些文件总结了各国刑事诉讼已遵守、应遵守的原则,进一步将刑事程序的国际化标准加以强化。刑事诉讼的国际标准逐步为世界多数国家采纳并推行于国内法领域。在国际标准影响下,各国刑事诉讼出现了趋同性^[3]。

2. 中国刑事司法现实的要求

众所周知,中国近年来发生多起重大刑事案件,在国际社会造成了很大的影响。如原中国银行广东开平支行行长余振东贪污、挪用公款案^①;原广东中山市实业发展总公司总经理陈满雄、陈秋园夫妇挪用公款案^②;原厦门远华公司董事长赖昌兴走私案。在处理上述案件的过程中,尽管中国公安、司法机关慎之又慎,但质疑的声音还是比较普遍,对于有些案件的判决结果,很多人反映量刑过轻,特别值得注意的是拥有理性及辩护性思维的律师界也发出同样的呼声。究其原因,长期以来,我们习惯于站在国内法的立场上审视问题,对于刑事司法的国际化,如开展国际刑事司法合作,承认和尊重外国法院的判决,优先适用国际条约,定罪量刑时充分考虑外交的影响等缺乏足够认知。这一发展趋势对传统刑事司法观念必将产生较大的冲击。

(二) 刑事诉讼国际化的具体路径

1. 刑事诉讼国际化首先要求诉讼理念的国际化

中国刑事诉讼的国际化不仅是制度层面上刑事诉讼规范的国际化,更为重要的是精神层面上刑事诉讼理念的国际化,回顾近百年来中国刑事诉讼现代化进程的历史,可以看出,我们一直偏重于刑事诉讼规范的国际化,而忽视了与之相适应的刑事诉讼理念的国际化。从理念上,我们仍然偏重于强调“中国特色”的诉讼程序模式。以此次刑诉修改为例,尽管可以看到,在某些具体的法条上,立法者作出了与国际标准相对接的努力,但在理念上的进步性并不明显。比如对公检法三机关相互配合的保留,对强制性侦查措施外部监督的缺失等。事实上,如果没有科学、现代化的刑事诉讼理念作为支撑,社会公众对这种国际化的刑事诉讼规范就很难持有哈特所说的“内在观点”,相反,会把它看作一个外物或异己的东西。而对中国传统刑事诉讼理念的超越,对科学、现代刑事诉讼理念的培育,既是中国刑事诉讼国际化进程中的重中之

①原中国银行广东开平支行行长余振东伙同许X凡、许X俊,贪污国有银行资金合计8247万美元;挪用国有银行资金合计1.24亿美元、2.73亿元人民币和2000万港币。案发后,三人逃亡加拿大、美国。此后,中国公安、司法、外交等部门积极与美方交涉缉捕与遣返事宜。2002年,余振东被美国当局以涉嫌欺骗的手段获取签证罪逮捕,按美国的法律,余本属于应当递解出境的人员,但美国政府却寻求中方就判刑问题作出承诺。中国司法部门同意了美方的要求:余振东将不会因为1992年至2001年在开平支行的犯罪行为而被判死刑,刑期不超过一年,将不会在中国监狱期间被虐待。

②1995年6月,原广东中山市实业发展总公司总经理陈满雄、陈秋园夫妇恶性透支中国银行中山支行数亿元后,逃往泰国。中国检察机关从此开始了漫长的拉锯式的引渡“二陈”的过程。根据中泰双方达成的临时引渡协议,2002年12月16日,“二陈”由泰方移交中方审理。2006年3月14日,“二陈”由中方遣返泰国服刑。经过一系列艰苦的谈判,2008年11月18日,中国正式将“二陈”引渡回国服刑。

重,也是难中之难。这种状况已经严重影响了中国刑事诉讼法规范的运行与成效。因此,精神层面上刑事诉讼理念的更新应是当代中国刑事诉讼法学努力的重要方向之一。具体而言:在刑事诉讼的性质上,由政治刑事诉讼法向市民刑事诉讼法转变;在刑事诉讼的功能上,由工具刑事诉讼法向本位刑事诉讼法转变;在刑事诉讼的结构上,由权力刑事诉讼法向权利刑事诉讼法转变;在刑事诉讼的作用上,由万能刑事诉讼法向谦抑刑事诉讼法转变。

2. 刑事诉讼国际化要求以国际眼光评价刑事司法效果

随着中国与西方社会交流与合作的全面开展,对于具有涉外因素的刑事案件,不仅要重视具体刑事司法活动对本国社会产生的效果,而且也要重视其对国际社会产生的影响;不仅要重视其在本国内实现打击犯罪、保护人权、维护秩序、弘扬正义的价值功能,而且要重视其通过具体刑事司法活动促进国家之间建立信任、合作关系的社会价值。因为,全球利益在一定程度上也是自己国家利益的组成部分,全球化的必然结果就是国家主权受到限制,刑事司法权也不能例外^[4]。以国际化的眼光评价刑事司法的效果还需要尊重和尽量承认外国法院的判决,槟除对立的思维以及对刑事司法权持绝对主权的立场。

3. 刑事诉讼国际化要求积极参与国际刑事司法协助

国际刑事司法协助是国家之间为了共同打击犯罪,维护国际社会基本秩序和人类共同利益,一国接受另一国的请求和委托,依照国际条约的规定或者在平等互惠的基础上,代为实行或协助实行与国家的刑事诉讼有关的一定的司法行为。近年来,由于犯罪的国际化趋势和各国交往中共同利益的增多,这种刑事合作关系也逐步扩展其方式和深化其内容。其中,狭义的刑事司法协助或小司法协助(包括文书送达、调查取证、互通犯罪情报等)始终是各国之间最经常最普遍采用的合作形式^[5]。积极参与国际刑事司法协助,不仅有利于联合世界各国有效地打击跨境犯罪行为,而且也便于中国司法机关了解外国的刑事法律以及对外介绍中国的刑事司法,适时地推进中国刑事司法的国际化,这种做法已经被证明是行之有效的。

二、刑事诉讼的本位化——一个必须坚守的底线

自从洛克、孟德斯鸠为代表的启蒙时期法学家提出“权力分立”思想以来,维护司法的独立性就成为基本的原则和永恒的梦想。然而,法律产生于对现实问题的直接应对,它必须通过对社会需求的深切关注与积极回应去彰显自身的价值。刑事法律具有强烈的公法色彩,它与国家公权力的联系最为紧密,迫切需求国家权力机关与政策形势的呼应;但与此同时,它又是惩戒最为严厉的部门法,审慎和保守是它固有的品格,因此它又与法条之外的其他因素最为疏离。如果刑事诉讼失去独立的法律品格,沦为政治的附庸,刑事诉讼所承载的价值、功能与目的将不复存在,检

察官将不是检察官,法官也将不是法官,而是成为依附在行政权力之下的政治家与外交家了。可以说,刑事诉讼的本位化,是一国实现法治的前提和基础。

(一) 刑事诉讼的本位化,是指要站在刑事诉讼的立场上认识与解决问题

在认识与尊重刑事诉讼规律的前提下,坚守刑事诉讼的立场,学会用现代诉讼的价值观思考与解决问题,使刑事诉讼的本位化固化在司法者的日常思维之中。就立法而言,制定刑事诉讼法要尊重刑事诉讼规律,符合诉讼本身的特点要求,把国际化与适时化所要求的价值蕴含在刑事诉讼规范之中。例如,近年来,中国也面临着“藏独”、“疆独”等恐怖分子的威胁,维护国家安全和反恐任务成了重要的国际问题与政治问题。本次刑事诉讼法的修改,特别注意到危害国家安全罪、恐怖组织犯罪等罪名的特殊性,在辩护律师的会见、律师的保密义务、监视居住的执行、拘留和指定居所监视居住的通知、技术侦查措施等方面,均进行了一定程度的例外规定。对于这些规定,在执行中需要注意以下几方面的问题:第一,不得对例外条款涉嫌罪名的范围作扩大化解释,对于例外规定之外的普通涉嫌犯罪行为,一定要严格依照一般性条款执行,保证刑事诉讼法的权威性和稳定性。第二,要正确理解刑事诉讼相关条款所规定的例外情形。对危害国家安全等恐怖分子的犯罪行为的打击也要依法,就刑事司法而言,仍然要强调严格按照刑事诉讼规定的程序办理案件,只是基于该类犯罪性质的特殊性而可能存在一些有别于普通犯罪的制度安排。在实践中,既要反对以部门利益为借口公然破坏刑事诉讼法的行为,也要反对打着改革的旗号公然突破刑事诉讼法的行为。不能为了追求个案效果而抛开法律的规定。这是刑事诉讼本位化的最低要求,也是应对刑事诉讼国际化要求而不可逾越的底线。第三,适用例外条款应当注意必要性。并不是所有的危害国家安全和恐怖组织方面的犯罪都一律按照例外条款执行,只有在遵循一般的程序规则确实会妨碍侦查时,才允许适用。笔者建议,必要时全国人大可以进一步制订《反恐刑事程序法》,进一步规范和细化对反恐行为的侦查等程序。

(二) 刑事诉讼的本位化,是指要正确地理解打击犯罪与保护人权之间的关系

打击犯罪和保障人权是刑事诉讼各项制度设计背后时刻需要平衡的两大基本价值。惩罚犯罪是国家刑罚权产生的原动力,而保护人权的主张则是针对国家公权力在追究犯罪过程中,所可能产生的对公民基本权利的忽视甚至践踏。在刑事诉讼的各个阶段,两者都应该是并重的,任何一方都不具备天然占优的理据。但在刑事诉讼的具体制度设计和个案审判中,则需要根据实际情况作出价值权衡。比如对非法证据特别是非法物证所持的基调,对律师参与权范围的规制,对严格证明与自由证明事项上的划分等,都应当成为刑事诉讼理论和实务部门应当审慎对待和细

致权衡的命题。从总体趋势看,笔者认为,在不牺牲对客观事实基本调查力度的前提下,重视在司法活动特别是侦查活动中对人权的保障,不仅是对“无罪推定原则”的落实,也是国家权力对整个市民社会的必要尊重和自我节制;不仅是对中国《宪法》中“国家尊重和保障人权”条款的具体表现,也是对《公民权利与政治权利国际公约》的郑重回应。

(三)刑事诉讼本位化的核心是保证被告人接受公正的审判

公正审判是审判制度的最高价值目标,也是刑事诉讼中的核心问题。尽管中国为实现公正审判所进行的改革和努力是多方面的,也取得了举世瞩目的成就,但是不可否认还存在许多问题和不足。具体来说主要有:没有真正做到法官独立,法院体制行政化,审判独立容易受到法院内外多种因素干扰;控辩关系不对等,造成诉讼结构严重失衡,一定程度上影响了公正裁判;彻底贯彻直接言词原则在立法和司法实践中均有很大的难度;庭审中的辩护权受到很大限制,缺乏诸如证据开示等制度的保障等。解决公正审判这一重大课题,需要立法、司法和法学研究领域的共同努力,刑事诉讼法学应当为实现公正审判进行科学论证和总结,并不断提供强大的理论前导和理论支撑。

(四)刑事诉讼的本位化要求刑事诉讼坚守底线伦理与底线正义

所谓的底线伦理和底线正义,在刑事诉讼中可概括为“以事实为依据,以法律为准绳”,司法人员有义务根据涉案的证据情况,在法律的指引和约束下形成符合基本伦理和正义要求的判断。刑事诉讼是对不法行为最严厉的评价和平复社会秩序最后的保障,正是这种终极意义上的价值要求催生了刑事诉讼本位化视野下务必恪守的使命与责任。近年来,为防止法官在权力的干预与利益的驱使下丧失伦理和正义底线,通过公开化审判为媒体和公众监督创造必要条件成为一种重要方式并取得了一定的效果。当然,我们必须注意到这种方式自身的局限,毕竟,能进入公众视野的典型案件是有限的,是每天都在发生并审判的刑事案件的九牛一毛^③,过分强调媒体监督作用也有碍法官审判的独立、公正。只有从司法独立特别是法官独立的角度明确和强化法官责任,并通过及时追究犯罪嫌疑人和被告人基本权利的不法侵害、强化检察官的证明责任、完善法官的证明规则等一系列具体制度的构建,才能从根本上保障刑事诉讼对各种干扰因素的阻隔。

三、刑事诉讼的技术化——一个应当努力的目标

多年来,笔者一直持这样一种方式思考问题:即社会问题法律化—法律问题程序化—程序问题技术化。当下人们面对不可调解之社会矛盾,最终会归结

为通过技术化的路径加以解决。技术本身是客观中立的,正是通过技术化的规定和操作,才能使纷繁复杂的实体问题在规范化的程序中得以明晰和解决,使合法合理地平衡各方利益的愿望成为可能。刑事诉讼所承载的利益博弈,不仅意味着协调抗辩审三方的相互关系,更融合了社会公益、集团福利、受害者救济等多方因素,因而更需要通过技术化的方式去实现刑事诉讼的目标和价值追求。

(一)支撑刑事诉讼本位化的条件是刑事诉讼的技术化

保证刑事诉讼本位化,抵御其他因素对刑事诉讼的侵扰,归根结底的方法是构建技术化的刑事诉讼规则。只有建立一套客观、精细、完善的诉讼规则,才有可能构筑起一道抵御“人治”因素的防线。修改后的刑事诉讼法在这一方面作出了积极的努力,比如完善非法证据排除制度;增设审前会议程序;调整简易程序适用范围和庭审方式;规定未成年人诉讼、公诉案件刑事和解,犯罪嫌疑人和被告人逃匿、死亡案件违法所得的没收、对实施暴力行为的精神病人的强制医疗程序等特别程序。但是在立法和司法实践中仍然存在改进的空间。比如对羁押期限、提审、证人出庭作证、技术侦查、审判委员会制度等规定得还很简略和粗糙,容易给实践的不合理运行提供可能,客观上为其他权力因素的介入创造了机会。

笔者认为,法律为保持普适性和稳定性,必然需要具有一定的原则性与抽象性,要通过刑事诉讼的技术化去实现刑事诉讼的本位化,不仅要依赖于刑诉规则的进一步完善,更需要在未来的刑事诉讼实践中统一认识,以支撑刑事诉讼本位化,以此为司法改革的基本原则,通过对技术化的规则的遵守,以及通过司法解释和案例指导不断细化完善,减少和限缩非正规渠道的权力运作空间,使刑事诉讼能够在完整的程序场域中环环相扣,获得充分的展示和必要的监督。

(二)刑事诉讼的现代化以刑事诉讼的技术化为路径

现代化是刑事诉讼改革的方向。随着司法改革的深入,越来越多的学者意识到,现代化不是西方法律制度的代名词,中国未来的法制建设也不应该立足于对西方制度的全盘接受和无条件移植,“如果希望法律生效,立法必须以一般现行生活状态为蓝本”^[6]。关注法律根植的社会环境和历史传统土壤。但必须承认,在刑事诉讼领域,还是有一些符合当代人普遍理性和普适价值观的原则,应该作为现代化的应有之义,得到不同文化背景下不同民族的共同遵守,例如“程序法定原则”、“无罪推定原则”、“司法独立原则”、“平等保护原则”、“辩护原则”、“禁止重复追究原则”等,而在这些现代化标志背后,离不开一系列技

^③例如,2007年,广州市“许霆案”因媒体的报道而受到全国人民的关注,并最终通过启动刑法第69条的特殊程序获得减轻处罚的结果,然而早在2001年,云南省就出现了与“许霆案”事实极为类似的案例,当事人何鹏被判处无期徒刑,其父母的申诉之路非常艰辛,直到“许霆案”尘埃落定,媒体将两案进行类比之后,何鹏才获减轻。参见《“云南许霆”父母的申诉之路》,载《南都周刊》2009年4月3日。

术规定细则化的支撑。比如围绕“辩护原则”,就可以发散出一系列技术化的刑事诉讼规则:被告有权知悉被指控的犯罪性质;有权被告知可以获得律师的法律帮助;有足够的时间准备辩护;保障在押犯罪嫌疑人、被告人及其辩护人之间的会见交流权;有权询问被害人、证人和鉴定人,有权申请证人出庭作证……中国目前的刑事诉讼法,在贯彻刑事诉讼的现代化方面进行了一定的调整,但还存在缺漏,比如强制侦查措施的外部监督特别是司法监督方面,至今没有系统的规定。未来的司法实践或进一步的立法改革,应当努力将这些现代化的诉讼理念落实到具体的制度实践中,并保证司法权力机关在违反这些强制性制度时,犯罪嫌疑人和被告人有权利获得相应的司法救济。

(三)技术化应当包括刑事诉讼的公开化与透明化

“让权力在阳光下运作”,不仅是对执法机关的要求,同样是对司法机关的期许。伴随着公民权利意识的崛起,监督公权力运作成为正义民众的焦点话题。应该说,目前中国的刑事诉讼基本实现了审判的公开化和透明化,审理公开、宣判公开、心证公开基本得到了落实。但是,公安司法机关的侦查行为通常却处于绝对隐秘的状态。当然,出于对效益和公正的要求,侦查行为可以也应该具有一定的保密性,但对侦查行为的合理公开化却能有效地体现对正义的要求、对权力的制约、对人权的保障以及与国际化的回应^[7]。侦查行为特别是侦查强制措施本身往往挟带着强烈的封闭性和震慑力,一般的被侦查者都会感到措手不及和孤立无援,同时,这一个时段也常常是刑讯逼供等非法取证情况的高发期。中国新刑诉在程序的公开透明方面作出了一定的改进,较重要的条文包括赋予律师在侦查阶段的辩护人身份;明确侦查阶段的讯问场所;规定对讯问过程的录音录像制度;完善审查逮捕阶段讯问和征求辩护人意见制度;通过全案移送制度的恢复保证律师阅卷权、设置庭前会议程序等。但总体上说,这些立法规定仍较为粗糙。比如,就律师在侦查阶段的权利而言,侦查期间律师的辩护人身份虽然得到确认,但除不被监听的权利外,仍未获包括调查权、对案件材料的查阅权等其他重要权利。中国日后的刑事诉讼发展,应当进一步注重在侦查行为中对犯罪嫌疑人的必要保护。将对犯罪嫌疑人的告知义务、律师的帮助权、审前证据开示等制度进一步细化完善并落到实处,保证被侦查者及其律师对侦查进展必要的知情权,并通过对社会和其他机关的适当公开,有效行使对侦查行为的监督。近年来,针对一些相对复杂的案件,检察机关往往会提前介入公安机关的侦查行为,这不失为对侦查权进行规训的有益尝试^④。但未来有必要进行更为技术化的规定,以保障

制度持续稳定地运作。

(四)技术化要求立法者关注刑事诉讼的生态平衡

生态平衡是一个自然科学的概念,后被广泛应用于社科领域。刑事诉讼的生态平衡,是指“刑事诉讼制度与特定社会的政治体制、经济发展水平、伦理道德准则、文化传统及社会结构等相适应并保持有机协调的状态”^[8]。作为法律制度的有机组成部分,一方面,刑事诉讼拥有法律所特有的独立品格和独特价值;另一方面,它又不可能脱离它赖以生存的特定社会背景。一般说,完全生发于一国内部的法律制度与自身的政治、经济、伦理、文化等诸多因素都是相互协调的。但随着社会的发展,法律将不可避免地表现出它的保守性和滞后性,进而不同程度地与社会生态系统中的其他元素产生矛盾和碰撞。随着全球化趋势的加快,各国之间法律的借鉴和融通更是对社会生态平衡提出了挑战。清末以降,中国政治、经济、法律制度几经动荡,直至改革开放以后,法律事业才真正步入正轨。应该说,关注刑事诉讼的生态平衡问题对于正在经历转型期的中国具有深远的意义。笔者认为,刑事诉讼未来的技术化进程,在借鉴西方先进立法和司法技术的同时,必须对中国的政治经济局势保持高度的关注,对传统文化和伦理背景报以理解和尊重。唯其如此,才能使法律及其运作得到公民的普遍信仰和遵守,得到其他权力机关的尊敬和配合。

(五)技术化还应当保护诉讼效益的最大化

诉讼效益的最大化是通过尽可能科学地配置司法资源、合理地设计诉讼程序来实现的。国家在既定条件下所能投入的司法资源总是有限的,因此提高诉讼效益,运用最少的司法成本取得最优的案件处理就至关重要,可以说,效益是公正与效率两种价值观念的平衡^[9]。由此,许多国家一方面在刑事诉讼中广泛采用了简易程序或其他速决程序,另一方面也在不同审级的处理事项的范围上作出进一步优化。中国刑事诉讼法对简易程序的设置,符合中国司法实践的客观需要,但毕竟只是原则性的规定,在理解和适用上还存在不少问题,有待于理论上探讨和实践中摸索解决;而依照中国目前刑事诉讼法的规定,四级法院均有对刑事案件的初审管辖权,且上诉审的审查范围是对事实认定和法律适用的全面审查,这种设计并不利于最大限度地利用不同审级法院的司法资源和自身优势,未来可以适当作出调整和改进。

四、刑事诉讼的当事人化——应当反思的命题

1996年刑事诉讼法修改之前,中国的刑事诉讼模式被学者称为“超职权主义”。1996年以后,中国的刑事诉讼特别是庭审程序中开始引入大量的当事人主义因素。但这种改革在遭遇中国传统的司法理念和

^④中国目前的刑事诉讼法并没有对检察院的提前介入行为作出规定,但检察院提前介入刑事案件特别是社会影响重大的刑事案件的证据收集已经成为各地的通例。2007年,北京市海淀区检察院和海淀公安分局签署了中国首个《检警关系指导规则》,其中“检察官提前介入案件侦查,从注重结果到注重过程”作为制度创新成为亮点之一。

当下的司法环境时,并没有在长期的磨合中变得融通顺畅,反而暴露出种种问题。新刑法在诉讼结构方面,基本保持了1996年刑诉的格局,并没有作出明显的调整。因此,这一问题不得不引起持续的关注和反思。

(一)当事人主义的基本特点

当事人主义发端于英美法系。“古典自由主义”对该制度的产生具有决定性的作用,正是出于对包括审判机关在内的一切公权力天生的怀疑和不信任,故有必要将公权力的运作空间降至最低;而律师职业的兴起又使当事人主义在实践中产生了良好的效果并迅速得到发展。总结起来,当事人主义具有如下特点:一是起诉状一本主义,即检察机关向法院起诉时,只移送起诉书,并不移交任何与案件相关的证据,避免法官在开庭审理之前形成预判;二是对案件证据的收集和展示由双方当事人负责,双方当事人分别收集对己方有利的证据,法官不会依职权调取证据,不负有全面系统的澄清义务;三是整个庭审过程由双方当事人的对抗——通常包括对物证的展示以及对人证的交叉询问——向前推进,法官一般处于消极中立的地位,不会积极指挥诉讼的进程,也不会主动询问当事人或证人。

(二)中国不具有成熟的当事人主义制度运作环境

美国的刑事诉讼模式可谓当事人主义的集大成者,有学者甚至称其为“超级当事人主义”。这种制度与美国社会的政治、经济背景与沉淀在个体公民内心的法律文化和司法传统相得益彰。然而,结合中国的实际情况,到目前为止,当事人主义仍不具备在中国成熟运作的的环境。

第一,当事人主义不符合中国公民对公安司法机关的期许。中国的司法传统一直把发现客观真实作为司法的必要目标。尽管近年来学界已经对“法律真实”达成共识,但让“法律真实”无限逼近“客观事实”仍然是实务界的一致追求,这从新刑诉对证明标准基本内容的保留可见一斑。而当事人主义的制度设计倾向于保障人权的理念,发现真实只是众多目标中的一个,并不作为唯一和终极目标,这显然是中国民众普遍观念所不能接受的。第二,法律援助不到位,使得中国大部分的刑事案件没有律师出庭辩护。虽然新刑诉关注到法律援助制度,但范围上仅扩展到对可能被判处无期徒刑而没有委托辩护人的,也应当提供法律援助。可以预见,在未来相当长的实践中,大部分刑事案件包括可能被判处较长刑期或证据和法律适用复杂的刑事案件,仍将面临犯罪嫌疑人和被告人独自面对公安司法机关的状态。当事人主义建立在双方当事人实力均衡的基础上,只有双方存在激烈对抗才有可能通过各自提交的证据形成一个公正中立的事实图景,而目前中国的实际情况则根本不可能使控辩双方形成均势。第三,即使有律师的帮助,犯罪嫌疑人或被告人的防御权仍然受到很大限制。新刑

诉虽然首次明确了被告人“不得强迫自证其罪”的权利,但仍然保留了如实供述的义务。如果说,这些条款毕竟是相对抽象,不会对犯罪嫌疑人及被告人有直接的影响的话,那么,侦查阶段律师的阅卷权严格的限制,当事人和律师调查收集证据仍须征得相关被害人和证人同意等问题,则导致控辩失衡的问题依然突出。第四,对书面证据过分依赖,使中国证人、鉴定人及其他相关办案人员的出庭率很低,而二审更是往往完全以一审卷宗为根据^[10]。当事人主义中作为发现真实最有力武器的交叉询问制度在很多庭审中几乎没有适用的空间,从新刑诉的相关条款来看,中国依然没有建立直接言辞规则,书面证言经过质证后仍可作为定案依据。第四,中国大比例的批捕率,使大部分被告在审判前都处于被羁押状态。当事人主义强调律师调查取证的能力和庭审中辩论技巧的发挥,案件审理的效率不及职权主义,由于在当事人主义国家保释率很高,纵使旷日持久,也不会影响被告的正常生活。但在中国却可能带来超期羁押的后果,使被告的人身自由权利受到侵害。

(三)中国庭审形式的改革转折性过强

在1996年《刑事诉讼法》修改之前,中国刑事诉讼的审理模式可称为超职权主义。法官积极主动地调取证据,询问当事人和相关证人,甚至可以对起诉中并未涉及的犯罪事实直接作出认定。这种诉讼模式与司法被动中立的基本特征相背离,不利于案件的公正审理。然而,刑事诉讼法修改后,尽管保留了一定职权主义的痕迹,使中国的庭审模式在形式上具有了强烈的当事人主义色彩。主要的表现包括在庭审中引入控辩双方对抗机制;改变法庭调查的方式,由原来的法官出示证据并主导证据的调查,改为由控辩双方各自向法庭出示证据,并以控辩双方的辩论为主线推进庭审程序;控辩双方由原来只能在法庭辩论阶段进行辩论改为法庭调查每一项证据时都可以发表质证意见并展开辩论。而新刑诉的修改,进一步强化了形式上的“对抗”机制,包括辩护人有及时告知侦查机关有关犯罪嫌疑人不在犯罪现场、未达到刑事责任年龄、属于不负刑事责任的精神病人的证据的义务;审前会议中法官可以就“与审判相关的问题,了解情况,听取意见”。但客观地说,新刑事诉讼法并没有从体制上改变公安、检察院和法院三机关相互配合的线性诉讼流程,也没有从根本上扭转律师在对抗检察机关过程中的弱势地位,更没有在制度上解决证人出庭作证率极低,法官只能依据书面证据审查人证的问题,超职权主义的弊端并未完全革除。然而却从庭审的形式上完成了向当事人主义的过渡,在庭审中,检察官站在被告人的绝对对立面,承担起证明被告人有罪并应当受到刑罚的论辩使命,而法官则不仅被动而且走向了消极。这种仅从庭审形式上向当事人转变,却缺乏必要制度相配套的制度设计为实践埋下了隐患。

(四)实践中存在的问题

正是由于庭审中对控辩对抗制的引入和强调,特别是对每个案件出示后控辩双方质证和辩论的强

调,使庭审在形式上似乎真正实现了“三角式”的诉讼结构。人们对这种转变赞许有加之时,倘若亲历了庭审现场,站在被告的角度思考这一转变,就会发现其实中国的刑事诉讼改革正处在一种巨大的悖论当中。一方面,制度上并没有削弱公安和检察机关强大的侦查权和调查取证权,但对犯罪嫌疑人和被告人获得律师帮助权的改善却非常有限,被告人及其律师和辩护人在查阅卷宗、调查证据等诸多方面尚存大量阻碍;另一方面,庭审的形式却迫使被告人站在诉讼结构中的一角独当一面。虽然新刑诉延续了公安司法机关全面收集证据的义务,但当法律没有明确规定如果违背该项规则,公权力机关必须承担的责任和被告可能的救济途径的时候,在已然形成对抗之势的庭审现场,检察官在出示证据并进行质证和辩论时,必然将最大限度地保证自身证据的效力,使起诉书中的控诉罪名得到法院支持作为唯一的追求。而由于庭审过程基本由当事人推进,法官不仅变得被动,而且极为消极。法官放弃了澄清义务,对于某项程序的启动、某项证据被告自认可能对被告实体权利产生重大影响时,法官不再作出系统的提示,对于被告或其他证人在陈述和举证过程中表述不清的事项和问题,法官也不再进行询问和启发;在某项事实被告没能举出相应证据或举证存在瑕疵时,法官更不会再去依职权调取证据。其后果是原本为了保障被告辩护权利主动充分行使,使法官客观中立作出裁决的制度,恰恰成为使被告彻底陷入被动无措的境地,进而成为影响公正审判的症结所在。

(五) 构建“混合制”诉讼模式

自职权主义和当事人主义为中国学界和实务界所了解和熟悉之后,对中国刑事诉讼超职权主义的批判从未停歇。的确,超职权主义使被告人沦为诉讼客体,在完全没有抵御能力的情况下被动接受侦查、起诉与宣判,不符合现代化刑事诉讼的基本特征。但是,超职权主义存在重大问题,并不代表职权主义没有合理的成分。针对目前中国刑事诉讼的实际情况,笔者认为,中国目前的刑事诉讼在结合自身特点的同时,应当更多地在现代职权主义的模式中汲取经验。

现代职权主义有以下基本的特征:首先是直接审理原则。这与英美法系传闻证据排除规则的运行效果基本一致,但制度设计的法理基础却有所不同。直接审理原则侧重于强调法官在认定事实过程中的主体地位,所有证据的展示、质证和辩论都应该在法官面前进行,由亲自参与庭审和辩论的法官予以确认,未经直接审理的证据将影响证明力甚至丧失证据能力;其次是辩论原则。现代职权主义与纠问式诉讼模式的重大差异,就是承认被告的主体地位,赋予被告人在庭审中充分的话语权,尊重被告人的辩

护权,构成控诉、辩护、审判三足鼎立的基本诉讼结构;再次是检察官的客观义务。它发源于19世纪的德国,著名公法学者米特迈尔认为“检察官应力求真实与正义,因为他知晓,显露他(片面打击被告)的狂热将减损他的效用和威信,他也知晓,只有公正合宜的刑罚才符合国家的利益”^⑤。此后,比利时、西班牙、荷兰等众多大陆法系国家也相继在各自的刑事诉讼法典中确立了该项义务;最后是法官的诉讼指挥权和澄清义务。诉讼指挥权是指法官为使程序顺利推进,保障诉讼效益而在诉讼过程中进行必要的引导、促进或作出相应决定。同时,就案件的实体问题和法律问题,在当事人不明或存在误解的情况下,予以解释或明确。通常当被告陈述意思不清、证据展示不当或不够充分时,法官会以发问或晓谕的方式,提醒和启发当事人把不明和不充分的事项予以澄清和不足^[1]。法官的澄清义务,也称法官调查原则,法官查证责任,即法院应当本于职权力求查明事实真相,针对案件中的争议事实应当采取必要的事实调查手段,调查内容包括但不拘束于双方当事人的主张和举证。如果法官怠于履行该义务,则可能被二审法院发回重审。诉讼指挥权既可以防止人为的诉讼拖延,又可以保证相对弱势的被告方能够正确和有效地行使辩护权,使其真正发挥对抗和防御的功能。

可见,职权主义诉讼模式的基本特征,与中国传统的司法理念和目前的司法资源的配置情况比较吻合,也能较好地引导未来的司法改革方向:直接审理原则可以纠正中国强职权主义遗留的部分弊病,降低书面证词的效力,提高证人的出庭作证率;辩论原则能够巩固中国司法改革以来在庭审形式上确立被告人的主体地位,构建三角形诉讼结构的既有成果,并引导对犯罪嫌疑人、被告人实质性主体地位观念的深化;检察官的客观义务和法官的澄清义务则能够解决中国借鉴当事人主义庭审模式的进程中所带来的问题,由于公权力机关和个体公民之间在资源占有方面存在巨大差距,中国现阶段的司法图景中,被告在强职权的追究中更是几乎没有还手之力,尽快确定司法机关的上述义务,并规定违反该义务的后果,对于在对抗视野下努力实现控辩双方当事人的实质平等,具有极为重要的意义。

如果严格分析新刑诉的法条可以看到,除直接言词审理原则尚未建立外,辩论原则、检察官的客观义务、法官的澄清义务其实均有体现。但问题是,这些规则基本停留于原则化和口号性的宣示,没有必要的制裁和救济措施予以保障,相反,与这些原则和义务存在违背的因素,如侦查中心主义、检察官公诉“成功率”、审判委员会、法官调查取证的非义务性等在新刑诉中并未得到根本性的转变。笔者希望能通

^⑤转引自林钰雄:《检察官在诉讼法上之任务与义务》,台湾地区《法令月刊》第49卷第10期。

过学界的呼吁,检法系统考评方式的转变,犯罪嫌疑人和被告人基本权利保障观念在社会中的强化,逐步推动实务部门克服不良倾向,向控辩双方的实质平等迈进。

当然,英美法系的对抗制诉讼模式亦有合理和值得我们参考的因素,对于我们已经借鉴和改造的、对刑事诉讼现代化的实现具有重大意义的制度,如检察官承担证明责任制度、取保候审制度、相对独立的量刑程序等,应该加以坚持。但我们必须看到的是,对两大法系制度的参考借鉴,绝不等同于对某一个或几个国家的全盘照搬,在某些领域,传统司法文化、司法环境与司法建设之间的对立格局和激烈冲突,已经使中国的司法建设付出了高昂的代价^⑥。只有立足于中国目前的司法现状,结合两大法系的基本特征,对目前刑事诉讼中具有超职权主义和当事人主义不合理因素的制度进行审慎和渐进式的改革,建立与中国司法资源相匹配的“混合主义”诉讼模式,才会使中国刑事诉讼获得理性和持续的发展。

参考文献:

[1] 罗欣. 以科学的发展观为指导构建刑事诉讼制度[N]. 检

察日报,2008-10-18.

- [2] 苏彩霞. 刑法国际化视野下的我国刑法理念的更新[J]. 中国法学,2005(2):144-153.
- [3] 左卫民,谢佑平. 刑事诉讼发展的世界性趋势与中国刑事诉讼制度的改革[J]. 中国法学,1996(4):108-113.
- [4] 胡永广,王宏伟. 全球化:当代中国法治化的历史新境界[J]. 政治与法律,2002(6):12-19.
- [5] 王铮. 国际刑事司法协助中的调查取证[J]. 政法论坛,1998(1):12-25.
- [6] 黄仁宇. 中国大历史[M]. 北京:三联书店,1997:68.
- [7] 宋远升. 刑事侦查的行为视角[M]. 北京:中国人民公安大学出版社,2008:124-128.
- [8] 张能全. 刑事诉讼生态化研究[M]. 北京:中国人民公安大学出版社,2009:1.
- [9] 李晓明,辛军. 诉讼效益:公正与效率的最佳平衡点[J]. 中国刑事法杂志,2004(1):3-12.
- [10] 陈华杰. 论死刑案件的程序审查[M]//审判研究(总第9辑). 北京:法律出版社,2005.
- [11] 江伟,刘敏. 论民事诉讼模式的转换与法官的释明权[M]//诉讼法论丛(第六卷). 北京:法律出版社,2001.

Predicament and Choice: Discussion of the Development Path of China's Criminal Procedure

GUO Tianwu

(School of Law, Sun Yat-sen University, Guangzhou 510275, P. R. China)

Abstract: As a whole, the modification of criminal procedure law in 2011 hasn't resolve the problem exists over a long time. Based on this situation, we should recognize the internationalization of criminal proceedings, adhere to criminal proceedings standard, and to pursue criminal technology, to ensure that criminal proceedings can live in harmony with other social factors, and at the same time, to uphold the character itself, and develop their own judicial skills. In connection with the current judicial picture, we should try to rectify and rule out the detrimental factors to the development of the criminal proceedings, especially the overkill "adversarial system", draw lessons from the basic features of the inquisitorial system, in order to facilitate the smooth and rational development of the criminal proceedings in China.

Key words: criminal proceeding; internationalization; standard; adversarial system

(责任编辑 胡志平)

^⑥参见汪习根主编:《司法权论——当代中国司法权运行的目标模式、方法和技巧》,第302-303页。