

理想的诉讼 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文
https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E7_90_86_E6_83_B3_E7_9A_84_E8_c122_483554.htm 理想的诉讼重构我国刑事诉讼体制的思考 在这样一个躁动不安的社会中，坚持或者放弃都显得极为困难。无论身处哪个领域，周围总是一片抱怨和牢骚的声音，而既得利益者则往往陷于沉默，因为他们心底很清楚，这些不满虽然看起来声势浩大，其实是一盘散沙，既不足以改变现状，更不至于动摇根基。过去，作者曾经一度就司法制度（尤其是刑事司法制度）发出过类似的声音，但是后来发现，就好比面对一桌糟糕的筵席，光批评是不能填饱肚子的，现在是该重新点菜的时候了，尽管她还只是一个乌托邦…… 诉讼是一场冲突，或者说是冲突的解决。作为标示紧张与对抗的概念，从某种角度讲，冲突都不可能是理想的。固然，既无理想的冲突，自不存在理想的诉讼。然而，从理性、非唯美和实用的角度看，探寻接近理想的诉讼规则、诉讼模式和诉讼机制，寻求一套“最不坏”的解决冲突(本文尤其指个人对社会的极端反抗犯罪)的程式，重构我国刑事诉讼的体制，则不但为大多数主流知识分子所认同，也比单纯的呻吟和抱怨更有意义。

一、检警合一的侦查模式

一场完整的刑事诉讼总是从侦查开始的，因此问题也首先在这里出现。按照现行的制度，能够启动并实施侦查活动的有两个系统：公安(含国家安全与军队保卫部门)和检察院的反贪与渎职犯罪侦查部门。对于为何并行两套各自独立的侦查系统，除了涉嫌犯罪者的身份不同需要区别对待的理由外，似乎没有更多的来自理论层面和实际效果的剖析。尽管检察机关依法负有监督侦查活动合法性的职责，但这种监督

由于既没有渗透到侦查过程的细节中，也没有与监督对象形成真正的“利益与荣誉的共同体”，因此往往流于形式。鉴于检察机关对当前备受指责的警察权膨胀似乎无所作为，我们有理由相信其对本系统内的自侦案件的监督就更是空洞。自侦案件的批捕和起诉几乎没有什么障碍，因而纠正起来也就更加困难。将检控部门同警方合二为一可以培育并强化“控方群体”的意识。作为控制社会的重要手段，刑事诉讼的价值是毋庸置疑的，但其核心却经常被人误解：由于从立案侦查到审判往往有一个漫长的时间过程，因此人们往往只对侦查活动寄以厚望，大多数人总是想当然地以为打击犯罪就是破案(而很少想到法院的作用)，这种误解再被欠缺法律基本功的媒体推波助澜，又使得本已令人晕眩的舞蹈又转了一圈。殊不知，侦查和审查起诉都无非是在为庭审成功准备证据，公安和检察机关的价值最终都要通过公诉人在法庭上对被告人的指控得到法院有罪判决的支持来体现。这样，公诉的成功完全取决于侦查过程中扎实、严谨而符合法律程序的取证。检警合一的现实理由，正在于勿需更多的提示，检控机关就会不遗余力地对公安的日常工作进行充分而有效的监督，重特大案件更会直接、主动地参与调查。从而促使这两个均负有侦查职能又同为控方的机构呈现一种健康的递进关系，营造出互补的控方群体氛围和意识。检警合一的理论依据，在于司法权应集中并只能由单一主体(法院)行使，就好比立法权只能由一个主体行使一样。因此严格说来，检察权的本质同警察权一样，应当是一种行政权而非司法权。在刑事诉讼中，警察是且仅是具体的法律的执行者，它的权力不受约束，将使刑事诉讼活动从一开始就误入歧途。出于监督

与制约的需要，检警合一不是将两个机构简单合并，而是对检察系统的性质和作用重新定位，取消其直接侦查案件的权力，将对公务员犯罪的侦查改由专门设立的类似香港地区廉政公署的机构负责。检察机关的职能一是代表国家对刑事案件的被告人提起公诉，二是对侦查活动实施单向监督。作为参加诉讼的一方，检察机关无权监督身为裁判者的法院的庭审活动。

二、预审法官捕前介入在刑事诉讼的个案中，最大的障碍已不是法官有没有“无罪推定”观念的问题，而往往是他准备作出无罪判决时必须面临的重重顾虑。指责法官没有坚持原则的勇气是不客观的，毕竟，任何一个人都不是生活在真空中，每作出一个关键的决定能不考虑前后左右的关系。由于大多数被告人在被提交审判前已被关押了一段或长或短的时间，当刑事法官准备认定他的自由时，经常发现刑罚已经被实际执行了，如果再要倒转过去，势必涉及国家赔偿、错案追究等等许多人和机构的利益（从某种角度讲，笔者认为正是错案追究制度阻碍了错案的追究）。尽管刑事诉讼法在强制措施中已经设置了取保候审和监视居住两项变通制度。但在现实中，监视居住早已是变相羁押的代名词；至于取保候审，侦查机关高度默契的不作为至今没有一个哪怕牵强的解释，抛开那些病入膏肓需要治疗的犯罪嫌疑人不谈，百分之零点几的取保比率已经无情地否定了它们应当发挥的作用。一方面，无端拒绝取保申请，另一方面，证据不足时仍坚持错误，将似是而非的案子推由法院解决。几乎不能想象，一名犯罪嫌疑人会在被确定有罪之前即已被关押数年。审前羁押正在成为法官公正执法的桎梏。刑事法治的当务之急是减少并弱化审前羁押，这样就必须将侦查权和逮捕权

分离，使得检警合一后的控方无权单独实施这种最严厉的强制措施。同时，在法院内设置同审判业务庭并列的预审机构，任命预审法官，由他们决定哪些涉嫌犯罪的公民需要逮捕。取消原本主要属于检察权的逮捕权，不仅仅是由于检察权属于行政权、而逮捕权属于司法权，关键还在于立案侦查的证明和证据标准要低于采取强制措施尤其是像逮捕这样的限制人身自由的强制措施的证明标准，随着证明标准的提高而规定相应的制约程序符合刑事诉讼的客观规律。公正的司法，应当以法院作出生效判决前尽可能不限制犯罪嫌疑人和被告人的人身自由为前提，否则势必出现为了定罪而定罪的悲剧。对于那些非逮捕不足以防止再犯的嫌疑人，则应严格规定并尽力缩短侦、诉、审的时限(作为弥补，可通过立法相应延长此类犯罪的追诉时效)。惟此，整个刑事诉讼活动才能够在正常、公平、宽松的环境下认真地展开。一般而言，除了严重的暴力犯罪，在取保候审足以控制再犯可能的情况下，决不逮捕关押。特别是对大多数经济型犯罪案件的嫌疑人，事实上只要规定其不得妨害证据并限制出境就足够了。

三、控辩交易的审查起诉 笔者不反对在决定一个案件是否提交法庭审判的问题上扩大检察权，控方既然要对指控的成功负责，自应赋予其更大的空间和更多的自由，他不但有权决定是否起诉、以什么罪名起诉、还应当享有采用某种方式去争取获得胜诉证据的权力、以及证据较“软”时能够对是否提交法庭审判决策(当然前提必须是合法的和公开的)。因此，为了节约司法资源、降低诉讼成本、提高公诉效率和成功率，应允许公诉人(不包括直接实施侦查的警方)与犯罪嫌疑人或被告人(通过其辩护人)就案件事实及一些关键证据进行

有限度的“交易”，作为“回报”，犯罪嫌疑人可以得到不起诉的结果或者起诉时获得公诉人向法庭建议的比法定刑要轻的量刑。为最大限度地避免控辩交易的副作用，可将此类案件限制为必须是被告人认罪的案件、或者是轻罪案件(可能判处的刑期在三年以下，如交通肇事或轻微伤害)等，这些案件起诉到法院后应适用简易程序进行审理，并在庭审时简化程序，以达到充分整合与配置司法资源的目的。控辩交易在共同犯罪或轻罪案件侦破和起诉中的价值正得到越来越多人的认同。这个发端于美国司法制度的构想源自学者们对“实事求是”作为司法原则的质疑。诸如“彻底查清案件事实”、“决不放过一个坏人、也不冤枉一个好人”等等只是一些正确的空话，司法本身作为一项实践性的活动，只应以是否有助于兼顾保护社会和保障人权为标准。我们固然反对牵强地将未成熟的理论进行仓促的嫁接，但在坚信世界可知的信念时承认在司法活动中认识的有限性并不矛盾。能够提高司法效率，将有限的司法力量配置到打击迫切而严重的犯罪中去，同时又能减少冤假错案、降低国家赔偿压力的控辩交易，何尝不可？事实上人们对此项制度的顾虑主要是“交易”的名称听来让人不舒服，其实制度建立起来后，换个名称不过是举手之劳。真正的批评来自一些笔者称之为“泛腐败论者”的人，他们认为建立控辩交易制度将混淆是非，并给有钱人以钱赎刑、以钱买罪、权钱交易的司法腐败提供机会。其实，任何一个行业和领域都会有丑闻，控辩交易不过是产生司法腐败的一种可能，并非司法腐败的根源，它不是控辩交易能解决的问题，也不应当成为控辩交易的障碍，持此观点无异于因噎废食。

四、庭前证据展示 最高人民法院已经大胆

地为民事案件制定了证据规则，令人费解的是，作为更为严肃、更应慎重的关乎公民的生命与自由的、严格说来是一旦错误即永远无法纠正的刑事诉讼，却还没有一套起码的法律和逻辑的规范。在刑事案件的法庭上充斥着厚厚的不在场的所谓证人证言和各种似是而非的陈述，这些言词证据往往互相冲突、前后矛盾，缺乏基本的严肃性和公信力，可谓罪亦言词、冤亦言词。大多数案件就以这样的证据认定了犯罪，它们中的大多数被告人为此失去了自由，少数人甚至丢了性命。很多经济案件中的关键证据，是一份叫做“司法会计鉴定”的报告，这种由控方单独设计控制的鉴定制度，非但鉴定者的资格大成问题，而且由于是关联单位作出，往往带有令人生疑的倾向性，还经常不经质证即被法庭直接采信。更有甚者，开庭前公诉人不向法院移交全部指控证据，而是到法庭上突然出示以作为“秘密武器”，通过证据突袭来争取庭审的“主动”，打击被告人(及辩护人)的“气焰”，将一盘探讨是非对错的博弈导演成一场你死我活的较量，胜之不武、败则怨恨。庭审本来是被告人获得正义的最后机会，由于控方力量的过于强大，而渐渐变成了一种奢望。因此，立法强制推行证据展示应是理想诉讼的必由之路，通过交换证据的方式增加诉讼及庭审的透明度，提高庭审效率。尽管诸如展示哪些证据、如何操作(法官是否介入)、辩方证据应否展示、展示结束后收集到的新证据如何提出等等问题尚可探讨，但基本的原则应当保证辩方在开庭前获得充分的信息。鉴于辩方不享有国家权力、不肩负实现公正的义务，因此在交换证据中应享有适当的豁免权。在证据展示中，为了既避免检察权对审判权的逾越，又防止主审法官在开庭前获得过

多的案件信息形成偏见，证据展示可由预审法官主持，展示完毕后将笔录附卷备查。证据展示制度之所以要在新的刑事诉讼体制中占有一席之地，其价值决不仅仅只是单纯的交换证据，而是通过证据交换，限定控方举证时限，明确标示控方的证据收集活动已经结束，不得在进入审判程序后继续收集证据、就同一案件在同一司法程序内不得再行补充侦查、不得游离于法庭的主持之外重新核对辩方提交的证据、也不得在二审中出示并引用未经一审法庭质证的证据，否则即违反展示证据的规则、违背证据交换的真正价值，使被告人的合法权益处于不确定的状态，甚至变成一个新的陷阱。

五、标准严格的庭审 对于被告人可能被判处三年以上有期徒刑的案件、或者被告人不认罪的案件、或者证据上存在较大争议由控方或辩方建议组成合议庭审理的案件，应由标准而严格的法庭进行审理。合议庭的独立性：法庭的独立体现在相辅相成的两个方面，首先是法院独立于其他社会控制系统，包括不受行政权的钳制、不受社会舆论的干扰、不受检察权的监督、在个案审理中甚至不受立法机关的影响等等。为此，必须改变司法区划与行政区划完全重合的现状，按照四级两审制的原则实行新的司法分区；其次是法官个人独立于法院，司法权与行政权的一个重要区别就在于司法活动讲究亲历性和个别化。规定法官的等级制度，法官必须服从于庭长、院长或审判委员会等等都是违背司法活动的客观规律的。明确不同阶段的不同的证据和证明标准：理想的庭审将是对被告人合法权益的最后和最高的保障，是唯一能够体现“程序吸收不满”功能的地方。因此庭审应当排除言词证据和非法证据，规定证人必须亲自到庭作证，确因客观原因无法到庭

的应在事前有控辩双方在场的情况下录音录像予以固定；被告人提出刑讯逼供的问题，由公诉人举证证明控方没有刑讯逼供，举证应主要由参与侦查的承办人到庭接受质询。判案的原则应“以证据为依据，以法律为准绳”，当辩方提出合理的足以存在可能性的主张但无证据证明，如果控方同样没有推翻该可能性的证据，确认辩方主张成立；当然，如果仅是一种遥远而漫无边际的可能性，则辩方应进一步提出证据以拉近该可能性与案件事实的联系，确立怀疑的合理性，否则确认控方主张成立。合理怀疑的标准由合议庭成员根据法律的规定结合社会一般成员在正常情况下的正常判断自由裁量。总之，判决结果应当做到：死刑案件的证据必须确定无疑，杜绝利用各种名义(如“国际禁毒日”)批量执行死刑；一般案件必须排除合理怀疑；其余案件通过控辩交易结案。

六、施于罪犯身上的刑罚应在适当的时候消灭 在学者们的视野中，关于行刑制度的研究远少于对刑罚本身的研究，即使是分则专家，通常也只是将一个案件的生效判决作为研究的终点。很少考虑诸如为什么对不同的罪犯要处以不同的刑罚、或确定一个长短不一的刑期，罪犯在服满刑期之后意味着什么，为什么要对死刑犯家属收取子弹费(又称慰问费)等等，都涉及到行刑观念的是非问题。当前的改造观亟需改造。既然人人都会犯错误、既然刑罚不是报复的工具、既然劳动改造的目的是使罪犯回归社会，那么我们就既没有理由固执地要求罪犯履行完犯罪时匆匆确定的刑期、也没有让犯罪者终生背负着罪犯名声的依据。为社会拒绝这些人提供口实，实际上等于迫使他们重新选择犯罪。监狱应是一个积极的充满生气的地方，在那里，犯了错误的人们聚在一起共同劳动

。对于他们来说，错误已成过去，他们要做的只是为自己曾经的错误付出一段时间的自由作为代价，尽管这段时间或长或短，但是随着自己的忏悔和体现在劳动中的态度，这个过程必定是缩短的，最好是可以清晰计算的期间。因为这是他们的希望所在。今天，刑罚消灭制度已成为文明国家刑罚人道化的标志，罪犯释放后经过一段必要的时间没有犯罪，就应恢复作为一名普通公民的一切权利，在其档案中消除犯罪记录。倘按目前的政策，故意犯罪的不论轻重，终生不得担任公务员、律师、教师等等职业，无异于在这些领域对其加判无期徒刑，无论对于改造还是再犯都是极其无益的。理想的诉讼没有一个一劳永逸的模式、不是一个一成不变的样板、而是一个渐进的没有终点的探索过程。毕竟，人类迄今为止解决纠纷的努力，仍未寻求到一个公认的最为妥当的办法。然而，接近理想的诉讼不但是可能的，而且已经在一些国家实践着，其基本原则正如意大利刑法学家加罗法洛所言：不是为了保护社会免受罪犯的伤害，而是要保护罪犯免受社会的伤害。 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com