

季卫东:拨乱反正说程序 PDF转换可能丢失图片或格式，建议
阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E5_AD_A3_E5_8D_AB_E4_B8_9C__c122_486144.htm 1 与其他的任何法律领域相比较，可以说，刑事制度更应该重视程序正义。在定罪量刑的场合，判决直接影响个人的自由和生命以及社会安全，稍有不慎就很可能引起严重的后果。所以，不得不采取慎之又慎的态度，把一系列程序规则作为约束各方都慎重其事的保障。在这样的预设前提下，一旦程序失灵，那么合乎逻辑的结局就是刑事制裁迟早要失控。 2 以上前提也注定了刑罚权理应受到羁绊，只有在经过公开对质、办齐必要的正式手续之后才能实施惩处，而不能付诸黑箱操作、个别协议，尤其是要禁止不同形态的私刑。换句话说，刑事规范的实施必须严格遵循既定的程序规则，除了对某些诉因的部分性认罪或者酌情从轻惩罚等情形容许在法院主导下进行“辩诉交易（plea bargaining）”之外，原则上不准当事人之间就案件处理方式进行讨价还价，也不准被告与受害者就惩罚问题达成非正式的“私了”，并且在整个刑事诉讼过程中尽量排除私法性质的“意思自治”原则的影响。当事人主义的对抗制，并不意味着让当事人的主意来决定刑罚的结局。当今中国社会发生的大量事例已经清楚地证实：程序失灵的程度，与当事人“私了”的规模成正比，与抗辩的质量成反比。 3 由此可以推论，离开程序规则，就不应该、甚至也不可能在刑事方面作出正当的实体性决定。虽然罪刑法定主义是实体法上的基本原则，但从诉讼的角度来看，罪与刑都不可能从实体法条文规定那里直接地、机械地推导出来。要作出妥

当的判断，就必须通过严格的程序对照案情和法意进行具体的证明和推理。在这样的意义上，所谓“法定”云云其实不外乎“法定程序”，意味着按照明文规定的程序规则来判断和制裁那些明文规定了了的犯罪行为。概括为一个简洁的公式，即“先有程序，后有刑罚”。刑罚权的行使不能脱离程序法以及正当化要求而自由裁量。戴雪（A. V. Dicey）曾经说过，“凡有裁量的自由，必有专断的余地”。这里不妨再补上一句：只有用程序来限制裁量，才能从专断处救出自由。

4 由此还可以进一步推论，程序法相对于实体法的独立意义和本质性价值，在刑事领域表现得最明显、最重要。也不妨提出这样的命题：刑事诉讼法决不仅不是刑法的附庸或者辅助装置，恰恰相反，在大多数情况下，刑事诉讼法反倒构成刑法的前提条件或者本质，应该具有一定的优越性。在具体案件的定罪和量刑之际，甚至是要“以程序性规则为主、以实体性规则为辅”的。如果同意这样的观点，那么显而易见，“重实体、轻程序”的传统观念对现代刑事审判制度就特别显得有些本末倒置、轻重逆转。因而中国刑事法律体系发展的基本方向只能是进一步加强程序观念，不断提高程序规则的公平性、合理性以及实效性的水准。不能因为现实中发生一些程序失灵的现象，就赶忙回过头去重新乞灵于“临时处断、量情为罪”的实质性决断。换一个角度看程序规范的失灵，主观原因似乎可以归结到程序认识的错位、正义理念的匮乏。“信则灵，不信则不灵”的辩证法，在某种程度上也适用于程序正义的效力。而对程序的信赖能否建立，基本上取决于法律人取信于民的集体行为。

5 如上所述的程序主义立场，是不是有些过于忽视了实体性规则、实质性价值判

断的地位和作用？回答当然是否定的。这里要强调的只是刑事诉讼法的功能双重性——程序要件既实现刑法规定的内容，同时又限制刑罚确定的权力。在发挥前一种功能的场合，刑事诉讼法的着眼点在于达到惩处犯罪的目标，为此非常积极地致力于真实的发现以及收集证据和进行论证的作业。但是，如果“以事实为根据”的裁量和情境思维脱离了实质性正当程序的限制，刑罚权的行使就有可能渐行渐远，甚至走极端促成所谓“命案必破”的刑侦政策和“从重从快”刑罚政策。而在发挥后一种功能的场合，科以刑罚的结果本身并不是目标，更重要的是防止失误、不公正以及违法行为等等，为此特别关注那些有利于防止偏见误判的制度条件、形式性要件以及论证和审议的法律沟通过程。关于不过分追求惩处犯罪的结果的理由，培根（Francis Bacon）在《论司法》一文中阐述得很清楚：“一次错判比多次犯罪的危害更大，因为罪行只不过搅浑了水流，而冤案则会污染水源”。⁶ 在中国，刑事诉讼法的指导思想一直偏向于达到惩处犯罪的目标或者实质性结果。因此审判基本上是以追究事实真相、明确行为责任的认知性活动为主轴，法庭辩论的特征表现为“摆事实、讲道理”。在这样的情况下，往往是一定脉络里的经验细节以及确切的真实成为争议焦点，与此相应，程序以及规范的要求或多或少被轻视。既然大多数司法资源都投到依职权调查取证方面，势必造成法院的信息优势，也就很容易助长办案人员只根据手中掌握证据的多少而直接进行判断的任意性，从而在制度设计上不得不保留根据新发现的事实进行平反的机会性结构。在某种意义上，不妨把中国传统上的对刑罚权的限制方式理解为“马后炮”——根据结果进行补

救、针对反应进行调整。不言而喻，这样的现实主义刑事诉讼观，也使得法律关系总是处于变动不居的状态，判决缺乏既定力。7 为了保证刑事审判的确实性，从表面上看，似乎首先有必要强调判决的一定之规和强制性。但是，倘若有关的思路以及条件不变，这样片面的努力终究难以奏效。因为判定的契机本身无法解决正当化问题，而把实质性价值和结果作为正当性根据反倒会促进在法律适用上临机应变的行为方式。所以，要兼顾既定力和正当化，就不能不首先把审判制度的重心转移到程序正义上来。这意味着改变指导思想，把达到惩处犯罪的目标这样的要求适当相对化，更多地关注刑事诉讼法在限制刑罚权方面的功能。只有在前提条件完备后，加强判定的契机和法律实效的举措才不至于落空或走样。这里可以作出的公式化表述是：刑罚权越强，程序就越容易失灵，从而导致判决的确定性和正当性趋向薄弱。反过来说，在程序有效运转的状况下，刑罚权才不至于外强中干，判决的自觉执行率才会较高。8 程序主义的刑事诉讼观，必然在某种程度上超越中国的现实主义司法传统。但是，这一点未必能得到广泛的理解。不言而喻，在程序要件有利于证据调查，规范的要求与认知的要求相一致的场合，当然都会万事大吉。然而，如果根据直觉或者采取不正当手段明明可以发现实体性事实真相，但受限于程序规则却不能随心所欲地追究下去，最后因证据不足只好宣布无罪释放，在这样的场合，难免会有人、甚至会有很多人感到不以为然。为了达到惩处犯罪、维护社会治安的公共目标，满足受害者及其亲属泄愤的私人愿望，何必拘泥于在形式和方法上完美无瑕 - - 这样的认识在中国是很普遍的。“兵刑一体”的原型决定

了用刑如用兵的行为方式，其特征不妨借用《史记》援引的蒯彻的功利主义诡道论来表达：“审毫厘之小计，遗天下之大数，智诚知之，决弗敢行者，百事之祸也”。正是在这样的法文化氛围里，“严打”运动才能出现和持续很长一段时期。然而，为达到实体法的价值目标可以不择手段、对犯罪的制裁可以从重从快之类的治安法学观念一旦支配刑事诉讼，那么刑罚权就很难不被滥用，甚至还会造成冤假错案层出不穷的可怕局面。9 像聂树斌枉死、佘祥林误囚那样的事例已经充分证实了那种片面追求惩罚犯罪的结果、过分强调实质正义的严重弊端。更发人深省的的是，已经曝光的许多冤狱、其实并非什么极其复杂的疑难案件，从程序要件和证据规则的角度来看都存在明显的初级纰漏。只要刑罚权的行使受到必要的限制，错判误杀本来可以避免。不妨打个比喻说，在无视程序正义的条件下，刑罚权就很容易变得像个坐在滑梯顶部的小顽主，屁股扭动后就会一溜到底、势不可挡。由此可见，为了防止司法者的偏见，就一定要加强对严格遵守程序的认识，防止刑事审判过程变成一架“玩的就是心跳”的儿童滑梯。这也就意味着应该使严厉惩办罪犯的目标以及刑罚权有所相对化，通过凸显正当手段的意义来给它设置一些制度性障碍。这当然也意味着把审判活动的立足点从单纯的结果指向转移到那克服一道又一道障碍的竞技过程上来。10 从限制刑罚权的侧面来考察程序，最重要的制度安排大致可以举出以下五种。应该首先确立的是当事人对抗主义的审理方式，并尽量消除职权主义对诉讼过程的影响。在中国的司法传统里，审判者是直接与被告人相对峙的，法官与检察官的角色也并无区分。这种格局至今还残存，表现为检

察机关侵蚀审判活动以及法院依职权调查取证。在这样的职权主义体制下，当事人基本上不能通过强化证明力来强化自我防御，恰恰相反，很可能倒是当局意欲处罚或者需要处罚的那些被告才会被起诉和定罪。长此以往，审判独立不仅难以保障，也在很大程度上失去了现实意义。为了防止裁量权的滥用，中国的制度设计原理是在各司法部门之间形成内部分工负责、相互配合、交叉制约的机制。在这里，司法部门之外的、当事人委托的律师的辩护作用并不很重要，被告始终作为侦讯客体的定位也无从改变，调查取证结果的可信度不得不在某种程度上取决于司法预算的规模和职能部门的良心。事态的来龙去脉表明：在职权主义的框架里进行改良的余地其实很有限；只有导入当事人本位的对抗制，才能使被告有机会进行充分的防御，从而发挥律师在维权方面的功能。

1 1 其次，必须全面确立无罪推定的原则，贯彻程序正义，切实对刑罚权加以制度化约束。1996年修改的刑事诉讼法第162条第（3）项规定“证据不足，不能认定被告人有罪的，应当作出证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决”。最高人民法院的刑诉解释第176条第（5）项也规定案情中的“事实不清、证据不足部分，依法不予认定”。众所周知，在拟订这些条款之际，立法委员和专家们颇有些引进无罪推定的意思。但是，从现行的成文来看，当时的努力显然还功亏一篑。完整的无罪推定概念应该包括以下内容要点：甲、有罪的全部举证责任自始至终由控诉方承担；乙、被告人对于指控提出反证的责任只限于比较说服力和盖然性的程度即可，不必证明自己无罪，更不得被强迫履行举证责任；丙、对控诉方举证责任的要求是非常严格的，整个证明

过程不得留有任何可以合理怀疑的瑕疵，等等。不言而喻，中国现行刑事诉讼法的规定以及解释学上的命题都缺乏如此周详的构成因素。例如刑诉法第35条规定辩护人有证明嫌疑人、被告人无罪的责任；第157条要求公诉人和辩护人都向法庭出示物证。前引第176条（5）项还对合理的怀疑进行了切割处理，大幅度削减了无法充分证明的部分事实对有罪无罪的影响；对缺乏说服力的那一部分事实资料也只是不予认定，可以导致“疑罪从轻”的效果，但并没有承认“疑罪从无”的可能性。

12 第三，正因为程序的本质在于限制刑罚权，需要把惩办犯罪的结果适当相对化，与不达目的不罢休的真实主义司法观之间有着本质上的不同，所以，一事不再理的原则也是程序正义的内在要求。这意味着刑事诉讼一旦作出无罪判决，即使后来发现被告就是罪犯，也不能再次就同一案由提出公诉。对这样的制度安排当然也难免会有人、甚至有很多人深感不以为然。但倘若没有一事不再理的原则，不仅很容易引起缠讼现象而导致审判的成本上升、效率低减，更重要的是还会使嫌疑人面临重复诉追的危险，势必在社会中形成不安、不信以及一不做二不休的氛围。从目前中国信访制度的截访尴尬就可以看到，与这样一种要么永无宁日、要么放任自流的整体性两难问题相比较，个别罪犯漏网之虞反倒显得像癣疥小疾了。当然，让人们理解和接受一事不再理的原则还必须满足一些基本条件，特别是要有好法官、好程序来确保判决的公正性和法律精确度，审理工作的质量基本上无可挑剔。

13 第四，充分保障嫌疑人、被告人获得辩护的权利，与此相应，必须加强律师在刑事诉讼过程中的作用。按照现行刑事诉讼法第96条以及其他有

关规定，嫌疑人从接受侦查机关第一次讯问或者被采取强制措施的时候起就有权聘请和会见律师。但是，在法院受理案件之前的侦查起诉阶段，律师不能阅览公安机关和检察院收集到的证据（刑诉法第36条）；律师向被害人及其近亲属收集证据时需要经过检察院或法院的许可（刑诉法第37条），这就在相当大的程度上限制了律师对案情的了解。不得不指出，现阶段中国律师的诉讼参与率较低、在辩护方面发挥的作用很有限，有些代理维权活动还遭受打压，这些都是导致程序失灵的重要原因。

14 还有第五点，称作“米兰达规则”，即借助嫌疑人的沉默权以及相关的保护性措施来抵抗违反程序的职能行为，从根本上杜绝轻信口供以及刑讯逼供之类的偏颇。毋庸讳言，沉默权的本质在于容许嫌疑人、被告人拒绝认罪，也不假设他们负有如实招供的强制性义务。这样容忍“零口供”的制度设计有利于防止历史上曾经出现过的“原心定罪”或者“精神拷问”之类的现象，也势必对司法实践中的那些把“坦白的态度”也纳入量刑考虑之中的做法持截然不同的立场。

15 在上述程序主义刑事司法的五种形态中，前面两种——当事人对抗和无罪推定——决定了诉讼作为竞技的属性以及最根本的裁判规则。而后面三种形态主要通过设置障碍的方式迫使审理作业更有难度，因而更要精益求精，与片面强调破案速度和办案效率的“严打”思路正好相反、与片面强调结果优于过程、目的高于手段的实质正义观也相去甚远。如果我们可以把对抗制审判过程比喻为田径竞赛，那么也不妨说，一事不再理、充分辩护以及沉默权就相当于在跑道上设置不同的障碍物，让法院、公诉人和律师以及嫌犯或被告们以妥当的判决为终点进行“跨栏

赛跑”，在穿越障碍物的行进过程中随时要小心针对犯规举动的口哨和黄牌。归根结底，就是要防止刑罚权的行使变得像场“滑梯游戏”。16对惩罚犯罪的权力进行如此严格的限制，目的当然不在纵容作奸犯科，而是要防止滥伤无辜，维护公民的基本权利。实际上，这样的程序主义刑事制度的构思主要起源于宪政精神。我国宪法规定公民的人身自由不受侵犯，即使法院、检察院以及公安机关也不能采取非法的方法剥夺或限制人身自由（第37条）；禁止非法搜查或者非法侵入公民的住宅（第39条）；出于刑事侦查的需要对通信进行检查必须依照法定程序（第40条）；被告有权获得辩护，庭审应该公开进行（第125条），等等。要落实这些限制刑罚权的宪法条款，就必须让正当程序运转起来。因此，程序公正与人权保障、刑事诉讼与违宪审查、平反冤案与国家体制改革是紧密联系在一起，其纽带就是以辩护律师为核心的维护公民权利运动。于是能够得出一个明确的结论：宪政不行，则程序不灵。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