

论刑事诉讼程序的问题及其对策

汪家宝

(周口师范学院 政法系,河南 周口 466001)

摘要: 公诉程序在我国的立法和实践中都存在一定的问題。取消目前的庭前审查程序、建立证据展示制度、适度引入“辩诉交易”、实行公诉人当事人化、建立公诉变更制度、适当限制庭审案件的补充侦查是完善公诉程序的可行性对策。

关键词: 刑事诉讼程序;缺陷;对策

中图分类号: D925.2 **文献标识码:** A **文章编号:** 1000-2677(2007)03-0128-05

公诉是侦查和审判的桥梁。由于公诉程序在我国几乎是检察机关的单方操作,公诉权的行使不受任何司法制约,加上检察机关还享有刑事法律监督权,这些情况从理论上讲不利于刑事诉讼目的的实现,因此,了解我国刑事公诉程序的实际运作及其缺陷,根植于公诉权的本质和刑事诉讼的内在规律,对我国刑事公诉程序的合理性进行检讨并使之更加完善,是寻求刑事程序公正中不可或缺的一个环节。

一、我国公诉程序存在的问题

(一) 审查起诉

审查起诉有过滤、分流作用。在实行“侦检一体化”的国家,审查起诉并非一个独立阶段,它是在侦查过程中进行的,侦查终结往往意味着审查起诉也随之完结;在侦、检分离的国家,包括我国在内,审查起诉是一个独立阶段,由于检察机关不参与侦查,对侦查程序中的证据材料无法全面接触,因而审查起诉就显得十分必要。

从现行刑事诉讼法和1998年1月19日最高人民检察院的《人民检察院刑事诉讼规则》的有关规定看,审查起诉在我国有以下几个缺点:一是审查起诉以起诉或不起诉为核心,但是对侦查程序的“监督”、对违法侦查行为的纠正方面没有加以关注,欠缺非法搜查、扣押、超期羁押等行为的发现、补救机制;二是在审查起诉时,除了对非法取得的言词证据有明确的排除规则和补救方法以外,对其

他种类的证据材料的“可采性”没有制定相应的规则,在证据的关联性方面也缺乏相应的规定;三是审查起诉时检察人员应当听取被害人和犯罪嫌疑人、被害人委托人的意见,但却没有明确规定听取意见的方式、程序及程序后果,导致各地检察机关的做法不一。由上可见,我国的审查起诉主要还是检察机关的单方行为而丝毫不具备诉讼形态,审查起诉的结论难免有一定的任意性。

(二) 提起公诉

从法律关于提起公诉的规定看,其缺点有:一是与“卷宗主义”相比,“复印件主义”(刑诉法第150条)有助于防止法官预断,但是它在目前的诉讼制度下不可能根除法官先入为主,原因是它毕竟要移送一定的证据材料(复印件),由于检察机关的主要职能是控诉,难免移送的主要是对被告人不利的部分。实践中负责庭前审查的法官并没有与庭审法官分离,往往是由庭审法官甚至是审判长来审查,这会使“复印件主义”的程序功能大大降低;二是“复印件主义”在防止法官预断的同时,客观上导致被告人的辩护职能受制,原因是:根据高检院《规则》第319条规定,在审查起诉中,辩护律师只能查阅、摘抄、复制本案的诉讼文书、技术性鉴定材料。且不说辩护律师在查阅、摘抄、复制有关材料时往往被无故刁难,单就该规定的内容看,辩护律师也不会得到具有实际意义的辩护证据材料。因而在“复印件主义”之下,辩护律师能获得的证据材料也完全受制于检察机关移送的证据材料。所以,修改

* 收稿日期:2007-02-12

作者简介:汪家宝(1967-),男,河南息县人,周口师范学院政法系,讲师,主要研究诉讼法学和法哲学。

后的刑诉法在律师阅卷方面更困难了,这也许是立法者“始料未及”的;三是按简易程序审理的公诉案件要全部移送案卷和证据材料,在检察机关不派人出庭支持公诉的情况下,形式上给被告人一种法官“自诉自审”的印象。但是,是否按简易程序审理只需检、法两家同意,被告人没有选择权,这会使被告人产生一种不公平、不公正的感觉。

(三) 不起诉

就公诉权本身而言,决定起诉与不起诉是其一体之两面,在实行起诉便宜主义的国家都在一定程度上肯定不起诉,如德国的“微罪不检举”,日本的“起诉犹豫制度”等。根据我国刑诉法第 140 条和第 142 条的规定,不起诉有三种,学者们称之为证据不足不起诉、法定不起诉和酌定不起诉。其中法定不起诉是应当不起诉,另外两种是可以不起诉,后者体现了检察机关的自由裁量权。

由法律对不起诉的规定可见其存在以下几个问题:一是不起诉决定是检察机关的单方行为,被不起诉人和被害人没有表达意见的机会,不起诉的决定受到的制约较少;二是被不起诉人地位不稳定,随时可能因被害人的申诉或直接起诉、公安机关提起的复议、复核而再次陷入被追诉状况;三是被不起诉人对酌定不起诉不服而申诉,其目的是要说明自己无罪,而高检院《规则》第 303 条却规定:“认为应当撤销不起诉决定提起公诉的,报请检察长提交检察委员会讨论决定”,这一规定是否合理有疑问;四是因不起诉导致“公诉转自诉”的案件对被害人来说是无条件的,这种不考虑检察机关的不起诉决定是否有错误,而任由被害人自诉的法律设置有助于检察机关的公诉权;另一方面,“公诉转自诉”案件对被害人来说也是一个极大的考验,试想检察机关对指控就不抱希望,被害人凭借什么去胜诉呢?

(四) 出庭支持公诉

根据立法和司法解释以及司法实践,结合刑事诉讼理论,我国的出庭支持公诉中存在的问题有:一是公诉人兼行公诉权和庭审法律监督权的权力配置模式不能恰当、准确地反映检察权的职能属性,公诉人非当事人化的立法设计使审判权受到抑制、使控辩平等的诉讼本质丧失殆尽;二是对法庭审理过程中的违法情形,公诉人有权通过检察机关事后监督,但这种监督的后果值得怀疑,例如,如果庭审中法官侵犯辩护人一方的诉讼权利,而公诉人充耳不闻,或者法官对公诉人非法限制辩护人一方的诉讼权利视而不见,辩护方的合法权利谁来维

护?这不能说不是一个现实的问题;三是我国没有设立全面的证据规则,庭审中又不实行直接言词原则,公诉人举证的范围不受限制,辩护方的质证能力又受制,这为公诉权的滥用留下了很大的法律空间;四是我国庭审中允许公诉人追加、撤诉或变更诉讼,但却没有法定的规则,这不但使法庭无所适从,同时也可能侵害被告人的辩护权,甚至被公诉方滥用这种权力;五是在法庭审理中如果辩护方的证据有导致控诉不能成立,或辩护方的辩护导致指控的事实不清、证据不确实、不充分的时候,依刑诉法第 165 条第二项的规定,检察机关有权建议补充侦查,该案延期审理。这种法律设置应该说不具备正当性,它会使提起公诉的条件成为弹性条款,也会使辩护成为控诉的信息来源。

二、完善我国刑事公诉程序的可行性对策

完善我国刑事公诉程序的目标,应着眼于检察机关享有的与公诉活动有关的权力设置,关注公诉方式在保障程序公正中的重要地位,将公诉程序中的利益均衡与程序公正的完善结合放在突出的位置上。

(一) 取消目前的庭前审查程序,建立公诉权司法审查机制

从我国现行立法和司法实践来看,检察机关在移送起诉的案件审查之后,能否对案件做出客观、公正的判断从而决定是否提起公诉,应当受到质疑,这种质疑并不表示检察机关尽力做到“客观、公正”就能消除得了,原因是:其一,在实行“复印件主义”情况下,法院只在庭审前做形式性审查,无法得知该案件的证据材料是否“确实、充分”,并且法院无权对移送来的案件拒绝审判,有诉必审,这其中就隐含着公诉权被滥用的可能性;其二,受有罪必罚观念的影响,多年来检察机关对不起诉慎之又慎,加上立法对不起诉设置的制约措施使不起诉的效力很不稳定,这必然会导致不符合起诉条件的案件也有被起诉的可能。

为了克服公诉权被滥用的现象,西方主要国家建立了公诉权的司法审查机制,这种办法在观念上具有合理性,应当借鉴,问题是如何借鉴。从国外立法来看,尽管德、法、意等国的庭前审查具有一定的防止不当追诉的功能,但德国的居间程序和正式的庭前审查并没有完全分开,加上案卷移送制度,其庭前预断比较严重。法国的预审程序有两步,过于复杂,不符合诉讼经济的要求。意大利的初步庭审阶段也有防止不当追诉的功能,但也没有完全排

除庭前预审。日本战后彻底废除了预审制度,实行起诉书一本主义,这尽管可以防止法官预审,但也不利于防止不当追诉发生。而英、美的预审制度实现了预审法官和庭审法官完全分离,不仅有利于防止不当追诉的发生,也有利于避免庭审法官预审,而这两点恰好又是我国公诉中急需完善的,因而借鉴英、美国家的预审法官制度应当成为我国抑制不当追诉的改革之路。

既要防止“不该诉而诉”现象发生,又要防止法官先入为主而丧失中立性,我们目前要做的工作一是对公诉权进行司法审查。具体来说,应当设置预审法官,其职责是审查检察机关提起的公诉案件是否符合法定的条件,审查的内容可依现行立法和司法解释的标准,同时检察机关应当移送与其诉求相适应的证据材料。经审查,如果认为提起公诉符合法定条件的,同意其提起公诉,该案的其证据材料返还检察机关,而检察机关的起诉书则移交刑事审判庭。如果认为不应提起公诉的,应当授权审查法官分别情形用裁定予以处理,拒绝移送审判的裁定检察机关或被害人不能提起自诉(即“公诉转自诉”);二是预审法官与庭审法官分离。这一点很重要,它能有效防止法官预审,使庭审走形式,否则就会顾此失彼,甚至得不偿失。当然,预审法官应当保持相当的独立性,否则即使设置司法审查机制也毫无意义。

不起诉制度是一把“双刃剑”,运用适当与否直接反映了检察机关自由裁量权在平衡当事人双方权利上的水平。司法实践中便宜不起诉运用得相对较小,这与立法上对便宜不起诉的条件限制较严、范围较小,实践中操作起来比较繁琐有很大关系。另一方面,只要存在便宜不起诉,不起诉权就有被滥用的可能;有必要设置某些制约程序,防止过滤不当、该诉不诉。

笔者以为,完善对不起诉的制约可考虑“听政前置—司法审查—自诉补救”的模式:一是建立不起诉听证制度。听证会由审查起诉的检察主持,并通知公安机关、拟被不起诉人和被害人三方参加。检察官负责介绍该案的证据材料、依证据材料能认定的案件以及不起诉的理由,然后由公安机关所派人员、被不起诉人和被害人三方分别就证据材料、案件事实以及是否应提起公诉发表意见,然后由主持检察官就听证情况问审查起诉部门汇报;二是审查起诉部门决定提起公诉的,该案移交法院司法审查;决定不起诉的,分别通知上述各方;若有一方不服的,可请求预审官审查。若预审法官认为不起诉

决定没有错误的,裁定拒绝移送法庭审理,对此裁定只能上诉一次,且尔后不得申请再审;若预审法官认为可以提起公诉的,应向检察机关提出建议;三是若检察机关坚持不起诉的,除被害人有权提起自诉外,其他两方只能向检察机关的上级申请复核一次。这样设置,既尊重了检察机关的起诉裁量权,又能最大限度抑制滥用不起诉权,从程序上对不起诉制约的同时保障实体上司法审查,并且最大限度实现程序参与原则。将公诉转自诉视为不得已的补救措施,体现了对公诉权的尊重和特定条件下的防范。

(二) 建立证据展示制度

在我国建立证据展示制度有必要性和紧迫性:一是我国刑事诉讼中,辩方律师的证据调查能力有限,较多的依赖侦、控方所搜集的证据;二是即使进一步改革,赋予辩护律师在侦查程序中有调查取证权,由于我国刑事庭审采取控辩式,这要求控辩双方在庭审前相互了解对方的证据材料,明确对方的主张及对争的焦点,以便庭审对抗有针对性,否则,容易导致“优击审判”(ambush trial),影响庭审效率以及裁判的确定性;三是为了防止庭审法官庭前接触案件,应当考虑实行起诉书一本主义,而这种情况又必然导致辩护律师阅卷难,相反控诉一方的地位会更加强大,进一步加剧双方的能力差异。为了缓解上述冲突,证据展示势在必行。

实行证据展示制度,首先应考虑的是单向展示还是双向展示。检察机关掌握案件的绝大部分证据,强调其展示证据的主动性和义务性相当重要。但是,展示证据有可能将己方证据方面的弱点暴露无遗,这与其控方地位有冲突,因此,在辩护律师有调查取证权的情况下,证据展示应是双向的;其次是证据展示的内容。考虑到侦查机关的强大侦查能力及检察机关的客观、公正义务和辩护律师的职能,证据展示的内容可设置为:检察机关应将在侦查、起诉过程中获得的与案件指控事实有关的证据材料,包括对被告人有利和不利的证据,也包括检察机关拟在法庭上使用的证据和不准备在法庭上使用的证据。对于不利于被告人的证据和准备在法庭上使用的证据,检察机关应主动展示,在辩护方展示证据之后,检察机关还要主动或因辩护律师的申请而展示对被告人有利的和不准备在法庭上使用的证据。但是,涉及国家秘密的证据或要展示的证据可能导致泄露与本案有牵连的案件难以侦破时,检察机关可不予展示。辩护律师应将其调查所得的证据中对被告人有利的部分向检察机关展

示,不论该证据是否提交法庭使用;再次,证据展示的时间应当在检察机关提起公诉之后(如果实行公诉司法审查制度,则应在审查起诉法官决定将案件移交刑事审判庭之后)、法庭第一次开庭日之前。作为一种特殊情况,审判中若有新的证据,则应考虑延期审理而先进行证据展示。至于证据展示的地点,从我国情况看,由于律师查阅案卷需要较长时间,在法官主持下进行证据展示可能缺乏效率,效果也不一定好。因此到检察院,控辩双方作相互开示比较适宜^[1];最后,当证据展示发生争辩时,应提交法院司法审查法官裁定;当发生一方违反证据展示规则或拒绝执行司法审查法官裁定,在法庭审理过程中对方有权请求庭审法官禁止出示、宣读或播放某些证据。

(三)适度引入“辩诉交易”

从理性上说,“辩诉交易”与我国长期以来立法和实践中追求案件事实真相的理论存在内在冲突,也与刑事实体法的罪刑相适应原则、法律面前从平等原则发生背离,因为“辩诉交易”的结果并非以证据确凿、充分和罪刑等价为基础的。但是,美国的“辩诉交易”能处理掉90%以上的刑事案件也确实“令人神往”,由于我国正处在犯罪的高发时期,司法资源的配置远远落后于现实的需要,从诉讼效率上看,适度引入“辩护交易”是必要的。

为了最大限度提高诉讼效率又不失公正,在引入“辩诉交易”时,笔者以为应考虑如下几个问题:一是限定案件范围:对法定在10年以上有期徒刑、或犯罪性质严重、情节恶劣、或共同犯罪中的主犯不能进行交易,对符合起诉条件的不得交易;二是保障被告人的自愿性:检察机关拟进行“辩诉交易”的,应向辩护律师介绍本案的证据材料,然后才能进行协商。辩护律师随后应向被告人全面介绍本案的情况及协议的内容及含义,只有被告人自愿同意并在协议上签名的才能认为“交易”成功;三是限制“辩诉交易”的内容:在单一罪行下只能以降低量刑幅度为让步条件,在有多项指控时不得以放弃主罪为让步条件;四是保障被害人的合法权益:有被害人的案件,应合理解决附带民事诉讼的赔偿问题。被告人不履行赔偿责任的,可以授权检察机关撤回协议而提起公诉;五是建立必要的司法审查机制:控辩双方的协议应经审查法官审查,审查的内容有:(1)是否属于“交易”的范围。超出范围的,审查法官有权宣告协议内容无效;(2)询问被告人是否自愿、是否明白辩诉交易的含义及其后果。如果被告人不自愿或受到威胁、引诱、欺骗,审查法官应

宣告协议无效;(3)放弃指控或从轻量刑建议是否合法。为此应制定相应的指导性原则,不符合该原则的,审查法官有权宣告协议无效。在上述宣告协议无效情况下,被告人的有罪答辩不能作为庭审中指控被告人有罪的证据使用,控辩双方也不能再次“交易”;六是建立特定情形下的司法补救措施:控辩双方的协议能反映双方的真实意愿并且合法,一旦被法庭采纳,为维护协议的公信力,双方不得反悔,即不得上诉或抗诉;但是,如果协议严重背离司法正义,在符合严格的再审条件情况下按审判监督程序处理。

(四)实行公诉人当事人化

检察权从产生时起其职能主要是侦查权和公诉权,检察官的任务是维护社会秩序、社会治安。当把法律监督权塞进检察权的口袋中之后,检察权就被认为具有了司法权的性质,公诉机关就集公诉权与审判监督权于一身,于是问题便产生了:(1)检察监督权具有单向性,容易导致公诉与监督相混淆,公诉人于审判过程中如同运动员兼裁判员,程序公正的价值难以实现;(2)检察监督权具有上位性,容易导致公诉权坐大,公诉人于法庭上颐指气使,法官的意志处于不自主状态,辩护一方的辩护职能受到不正当抑制,一旦这种情形成为惯例,“整个社会的法治基础便会受到威胁,结伴而生的专制与腐败的黑夜必将不期而至”^[2]。鉴此,笔者以为应当取消检察机关的审判监督权,而侦查监督权、检察系统上下监督和执行监督权则应当保留。如果法庭审判过程中辩护一方的诉讼行为或法庭审判行为存在不合法之处,公诉人应当享有与辩护方同等的异议申诉权,以求平衡。对于异议申诉,法庭审判人员不得迟延,必须立即做出是否纠正的决定。如果法庭审判人员的决定不服,则检察机关有权以程序违法为由提起上诉。对于法庭审理结果,如果检察机关认为有错误,同样有权上诉。这实质上是将公诉人当事人化的应有之义。应当指出的是,公诉人当事人化并不免除检察机关行使公诉权的客观、公正义务,这在国外也是通例。

(五)建立公诉变更制度

提起公诉是检察机关的职权,但案件系属于法院之后,法院、被告人等要作相应的准备工作,因而对公诉后的案件进行变更应当受到一定的限制。公诉变更的原因要么是起诉时检察机关对案件的认识发生错误,要么是通过法院调查、辩护方提出了新的证据或强有力的反驳需要变更指控的内容等,对此我国可以从两方面设计对策。

一是在建立公诉权司法审查制度的情况下,审查法官会接触到与指控有关的证据材料,审查时若发现检察机关对该案的认识很可能或已经有错误,应当向检察机关提出变更指控的建议。由于此时案件还未进入实质性审理,因而此时检察机关的变更(包括撤诉)不应受任何限制。如果检察机关不接受建议,则审查法官不得擅自变更。

二是在法庭审理过程中检察机关发现其对事实的认识或对法律的认识上发生错误而变更时,最高检《规则》第351条和最高法《解释》第177条和178条已分别作了规定。只不过上述两院的司法解释中关于事实变更没有任何限制,这不利于保障被告人的合法权益和庭审活动的公正性。为了克服这些缺陷,可以借鉴日本的“诉因变更”制度,即公诉变更不得超越“公诉事实同一性原则”。笔者主张,庭审中的公诉变更可分为公诉事实变更和单纯的诉讼主张变更两种情形。公诉事实变更是指犯罪事实出现实质性的差异,如犯罪主体的刑事责任年龄、犯罪故意与过失、犯罪目的、手段等发生实质性变化,此时应遵循“公诉事实同一性原则”。公诉事实发生变化,公诉主张也很可能改变,因而也应允许公诉主张变更。单纯的诉讼主张变更是指仅对事实在法律上的认识发生变化,如有罪与无罪、此罪与彼罪,此时变更应当以公诉方主观认识改变为己足。公诉变更的主动权在检察机关,但法庭有建议权,如果检察机关拒绝接受建议而公诉主张又不能成立时,此时也不应赋予法庭“改变罪名”的权力,只能在法院判决的种类上做文章。公诉变更如果给被告人的辩护权构成妨害的,法庭应当自行决定或批准辩护方请求该案延期审理,以便辩护方作必要的防御的准备。

(六)适当限制庭审案件的补充侦查

我国刑事诉讼法第165条规定“检察人员发现提起公诉的案件需要补充侦查,提出建议的”,人民法院应当延期审理。受追求“客观真实主义”的影响,处于庭审阶段的案件的补充侦查问题被认为是理所

应当的,也没有引起学界的重视。

笔者以为,为了保持法庭审理的严肃性、保障辩护效能、促进检控方依法履行公诉职责,有必要对补充侦查作必要的限制。具体来说,一是如果是言词证据不确实的,法庭审理中不允许补充侦查,因为这种问题完全可以在法庭上通过交叉询问来解决,否则直言词原则难以确立,控辩式庭审方式难以充分运行。如果是对鉴定结论有疑问,也不应该允许补充侦查,因为这种情形完全可以由法院委托鉴定人鉴定;二是如果因程序违法导致依法应排除言词证据而建议补充侦查的,不应该允许,否则会助长刑讯之风。如果因程序违法所获实物证据受到质疑的,是否允许补充侦查视情节轻重,由法官依规则裁定,对严重侵害他人身、财产利益的,法官不应该允许补充侦查;三是如果法庭辩论阶段辩护方提出控方证据不确实、不补充,检察官建议补充侦查的,也不应该允许,因为此时允许补充侦查会削弱辩护职能的有效性,给人一种越辩护而被告人境况越糟糕的感觉。

补充侦查的建议由法庭进行审查,对建议补充侦查的,应当提出理由和补充侦查目录。对于理由充分而补充侦查目录与该理由相对应,又不违反禁止性规范的,法庭应当允许。否则,法庭应裁定不予认证。如果补充侦查超过期限,检察机关没有补充起诉的,按撤诉处理,并且在不允许补充侦查的范围内受一事不再理原则的限制。当然,对补充侦查进行限制是程序公正的理性选择,但可能给发现案件事实真相构成威胁,为协调其中的矛盾,我们应在公诉引导侦查、证据展示制度、审前司法审查等方面进行完善。

参考文献:

- [1] 龙宗智. 相对合理主义[M]. 北京:中国政法大学出版社, 1999:287-288.
- [2] 陈卫东. 刑事诉讼法实施问题调研报告[M]. 北京:中国方正出版社,2001:76.

责任编辑 刘荣军

The Defects of Prosecution Procedure and the Countermeasures

WANG Jia-bao

(Department of Politics and Law, Zhoukou Teachers College, Zhoukou, Henan 466001, China)

Abstract: Prosecution procedure has some problems both in legislation and practice in our country. As for this, the paper suggests that the countermeasures to the problems are to cancel the present ex-trial examination procedure, to set up the evidence discovery system, to absorb "plea bargain" in some degree, to change the prosecutor's role as parties, to set up prosecution change system and to properly restrain the supplementary investigation of court trial case.

Key words: prosecution procedure; defect; countermeasures