

# 《刑事诉讼法修正案(草案)》完善的基本方向 ——以人权保障为重心

闵春雷

**摘要:**刑事诉讼法修正案(草案)的完善应当彰显人权保障的主旋律,并将这一立法目的贯穿始终。基于刑事诉讼活动的特殊力量对比关系,应特别需要加强对公权力的制约,将其作为修法的首要任务。应坚持从诉讼的特有规律和要求进行程序设计,通过诉权对裁判权的有效制约,实现程序的诉讼化,切实维护当事人的合法权益。在提高诉讼效率的同时,应关注当事人基本权利的保障,在程序设计上体现出程序公正的基本要求。最后,立法的目的在于实施,通过程序性救济及程序性制裁机制的完善,强化程序刚性,促进程序正义的实现。

**关键词:**人权保障;权力制约;诉讼化;程序分流;程序刚性

2011年8月,期待已久的《中华人民共和国刑事诉讼法修正案(草案)》(以下简称《修正案(草案)》)颁布并面向公众征询意见,通过认真学习,笔者认为,《修正案(草案)》在人权保障方面取得了令人欣喜的进步:如完善辩护制度、明确任何人不得被强迫自证其罪、确立非法证据排除规则等,对于推进我国刑事法治的进程意义重大。与此同时,《修正案(草案)》在控制犯罪方面也加大了力度,如增加了技术侦查及特别程序的规定,赋予司法机关较为笼统宽泛的决定权,这也极有可能对被追诉人的基本权利造成损害。基于对《修正案(草案)》中存在的问题的反思与担忧,笔者认为,《修正案(草案)》的完善应从以下几个方面入手:

## 一、强化人权保障,凸显立法目的

“如果说刑法是犯罪人权利的大宪章(贝卡利亚语),那么,刑事诉讼法则可以被看作被告人权利的大宪章。”<sup>[1](P.184)</sup> 刑事诉讼的本质决定了对被追诉人的人权保障是其永恒的主题。一方面,刑事诉讼中的强弱对比关系决定了人权保障的必要性。在公诉占据主导地位的国家,犯罪表现为公民个人与国家、社会利益的冲突和对抗,面对强大的国家公权力的追诉,被追诉人的弱势地位十分明显,其个体的基本权利极有可能遭受国家公权力滥用的侵害。在悬殊的力量对比之下,要保证控辩对抗能够平等理性地进行,就必须特别关注被追诉人的人权保障,即通过立法确认、赋予被追诉人权利,使之有能力与公权力相抗衡。正如德沃金所言:“在大多数社会里,给予老人、儿童和残疾人以明确的法律保护。这样做的原因是这些群体的成员自我保护的能力较弱,而不是由于这些人对社会更有道德价值。与此相类似,给予个人的更多的权利保护,是因为面临政府滥用权力的时候,个人是脆弱的。权利理论强调个人权利,因为需要特殊保护的是个人而不是社会。”<sup>[2](P.15-16)</sup> 另一方面,从个别与一般的关系考察,被追诉人的权利实为社会上每个公民应有的个人权利。因为每个人都有可能成为潜在的犯罪嫌疑人,刑事诉讼法对被追诉人的人权保障,即是对每一个公民的人权保障,故必须认真对待权利,在立法上构建科学完善的权利保障体系。基于此,《修正案(草案)》在一些方面加快了人权保障的步伐,但在以下方面还亟待强化。

作者简介:闵春雷,法学博士,吉林大学法学院教授,博士生导师。

首先,建议修改关于立法目的的规定,将保障人权明确写入刑事诉讼法典,使之与我国宪法中规定的“国家尊重和保障人权”相呼应。明确立法目的有利于统领刑事诉讼的立法与司法实践。长期以来,在立法目的上存在着惩罚犯罪与保障人权关系的诸多争论,究其原因,一个重要方面是混同了刑事诉讼目的与刑事诉讼法目的这两个基本概念。樊崇义教授指出:刑事诉讼法的目的不同于刑事诉讼的目的,刑事诉讼法的目的在于权力制约,在于权利保障,使刑事追诉行为控制在正当程序内。刑事诉讼法的制定虽然离不开刑事诉讼目的的影响,但更应当在刑事诉讼法的目的指导下进行<sup>[3]</sup>。笔者认为,如果说惩罚犯罪是刑事诉讼的首要任务,那么保障人权则是刑事诉讼法的首要使命。刑事诉讼法作为规范刑事诉讼活动的法律规范,其首要使命即是规范国家机关主持的刑事诉讼活动,将国家机关追诉犯罪、惩罚犯罪的活动纳入程序的法治轨道,防止国家公权力的滥用给公民个人造成损害。人权保障是刑事诉讼法的善恶标尺,正是人权保障决定了任意发动的刑事诉讼活动与法律规定的正当程序的区别,也正是人权保障直接反映出一个国家民主与法治的进步水平。在以往刑事诉讼的立法及司法实践中,都存在过于偏重惩罚犯罪的倾向,导致一些认识误区乃至冤错案件的发生,教训十分惨痛。随着2004年我国第四次修宪,“国家尊重和保障人权”明确写入宪法,表明国家保障人权的鲜明立场。刑事诉讼法作为国家基本法的振荡器(罗科信语),理应及时体现宪法的基本要求,明确保障人权这一立法目的。

其次,完善刑事诉讼法基本原则体系,充分体现人权保障的立法目的。本次修法未涉及基本原则部分,不能不说是一大遗憾。一方面,完善基本原则是贯彻保障人权这一立法目的的需要,使其承上启下与具体的诉讼制度相衔接,用以指导司法实践。由于程序法定、无罪推定等基本原则的长期缺位,导致实践中公权力滥用情况的发生,严重侵犯到被追诉人的人权,亟待从基本原则的高度予以规范调整。另一方面,完善基本原则使其与我国签署的国际条约相协调,也体现了刑事诉讼法的修改初衷。“条约必须信守”,1998年10月,我国签署了联合国《公民权利与政治权利国际公约》,公约中确立的对犯罪嫌疑人、被告人人权保障的条款,是国际社会公认的人权保障的最低标准,应尽早在我国刑事诉讼法中得以体现,以兑现国际承诺。同时,修改基本原则也有助于完善《修正案(草案)》的体例及结构,使其更加完整。笔者认为,结合我国刑事诉讼实际,亟待在我国刑事诉讼法中确立及完善的基本原则主要有:1. 程序法定原则。即司法机关追诉犯罪的程序只能由国家立法机关制定的刑事诉讼法明文规定,司法机关应当严格遵守法定程序,不得超越法定职权或违反法定程序办案<sup>[4]</sup>。2. 无罪推定原则。在刑事诉讼中,任何受到刑事追诉的人在未经法院依法判决证实有罪之前,应被视为无罪。3. 反对强迫自我归罪原则。即在刑事诉讼中,任何人不得被强迫作不利于自己的证言或被强迫承认自己有罪。《修正案(草案)》增加了这一规定,考虑到其在刑事诉讼中人权保障的重要性,建议将其提升至基本原则的高度,并删除“如实陈述”等与之相悖的规定。4. 公正审判原则。即人人有资格由一个依法设立的合格的、独立的和不偏袒的法庭进行公正和公开的审讯。公正审判权用来保护受刑事指控者免遭不合法、不公正的定罪<sup>[5]</sup>。5. 一事不再理原则。即任何人已依生效裁判被最后定罪或宣告无罪的,不得就同一罪名再予审判或惩罚。除了上述应增设的原则,对原有基本原则体系也需要进行重新调整理顺。最后,应进一步完善辩护制度,切实保障辩护权的实现。辩护权作为被追诉人最为重要的防御性权利,是刑事诉讼中人权保障的重点。《修正案(草案)》在一些方面强化了辩护权的保障,但仍存在以下问题需要加强:一是应取消特殊案件中律师会见的限制性规定,在侦查阶段赋予律师阅卷权和调查取证权。由于“重大贿赂犯罪的共同犯罪案件”在危及国家安全和重大利益上不能与“危害国家安全犯罪案件、恐怖活动犯罪案件”相提并论,且在实践中难以界定,容易导致侦查权的滥用,应删除“重大贿赂犯罪的共同犯罪案件”这一限制规定,允许律师自由会见。同时,《修正案(草案)》中律师可以向侦查机关了解“案件有关情况”规定得过于笼统,其具体内容无法把握。为保障律师有效行使辩护权,应在侦查阶段赋予律师阅卷权及调查取证权。二是应将律师的帮助权贯穿整个刑事诉讼的全过程,并进一步扩大法律援助的范围。如在精神病强制医疗案件的审理中,应通知被申请人或者被告人的辩护人到庭,对没有委托辩护人

的,法院应当指定辩护律师。三是进一步完善针对辩护权的程序性救济及程序性制裁机制,犯罪嫌疑人、被告人及其辩护人对于司法机关非法剥夺或限制其辩护权的行为有权提出控告,人民检察院或人民法院通过听证程序,可宣布违法的诉讼行为无效。

## 二、加强权力制约,规范公权行使

出于准确及时惩罚犯罪的需要,刑事诉讼活动离不开国家公权力的参与,表现为由国家司法机关主持和推进刑事诉讼活动。由于公权力带有天然的扩张性,所以必须对其严加控制防范,以防其成为脱缰之野马。刑事诉讼法作为规范调整刑事诉讼活动的法律,自然具备了公法的属性,即应通过合理的程序设计有效控制国家公权力的运行,防止因公权力滥用给被追诉人造成损害。“权力趋于腐败,绝对的权力便绝对地腐败”,应把权力制约作为修法的重中之重,这是实现其保障人权目的的必然要求。只有这样刑事诉讼法才是一部“民法法”而非“治民法”<sup>[6]</sup>。笔者认为,刑事诉讼中权力制约的途径主要包括以下方面:一是权力制衡,即通过国家机关权力的合理配置,达到相互制衡的目的,避免权力过分集中导致的权力滥用。二是权利制约,即通过赋予犯罪嫌疑人、被告人防御性及救济性的权利,为国家公权力的行使划定合理边界,如无罪推定、反对强迫自我归罪等权利都为犯罪嫌疑人、被告人撑起了防御公权力侵害之伞,使国家刑罚权的运行有所约束。三是程序规制,即通过预先明确的程序设计,规范公权力运行的途径,也使得当事人对案件的结果有所预期。四是结果规制,即通过对有权机关严重侵犯公民基本权利的行为进行程序性制裁,“剥夺违法者因程序违法所得之利益”,促使其在诉讼过程中依法行使手中的权力,认真对待当事人的权利。

侦查权是刑事诉讼中的“双刃剑”,既关系到犯罪的控制又关涉犯罪嫌疑人基本权利的保障,因此,应当缜密设计,以防止权力滥用给犯罪嫌疑人权利造成侵害。此次《修正案(草案)》的一大亮点是新增了“技术侦查”一节,把技术侦查和秘密侦查从现实中的“幕后”推至立法的“台前”,应当说是一个进步。但《修正案(草案)》关于技术侦查的规定还十分粗陋,没能体现对侦查权的有效制约,极有可能造成权力的滥用。借鉴法治国家立法成功经验,以规范侦查权为核心,至少应作以下完善:

第一,明确技术侦查种类及启动条件。对于技术侦查及秘密侦查措施的具体内容和种类,《修正案(草案)》未作明确规定,使公民缺失了对程序的预见性。由于技术侦查等措施直接关涉公民的隐私权、自由权及其他基本权利,根据程序法定的原则,立法应对技术侦查的种类予以明确规定。如德国刑事诉讼法典第8章规定了监视电信通信、扫描侦查、实验技术手段、派遣秘密侦查员等措施<sup>[7](P.27)</sup>。同时,《修正案(草案)》不仅应明示技术侦查等措施适用的案件范围,而且还应确立启动这类特殊侦查措施的程序条件。德国刑事诉讼法典第98条a针对用机器设备排查、传送个人情况数据措施规定“对此项措施,只能在以其他方式调查案情、侦查行为人居所是十分困难、难以奏效的情况下,才允许采取。”第100条a针对监视电讯措施规定“在以其他方式不能或者难以查明案情、侦查被指控人居所的条件下,允许命令监视,录制电讯往来。”第100条c规定:在采用其他方式进行侦查将成果甚微或者难以取得成果的情形中,可以采用不经当事人知晓的措施<sup>[7](P.29-34)</sup>。笔者将其启动条件概括为“置后适用原则”;而美国于1981年实施的《关于秘密侦查的基准》则要求申请者必须提供“合理的根据”的证明。启动条件的严格性有助于保证技术侦查等措施的审慎运用。

第二,严格技术侦查的批准机构。《修正案(草案)》第147条并没有明确指出技术侦查的批准机关,但是从条文语义中可以看出,立法者心目中技术侦查的批准机关是承办该案的公安机关或检察机关;修正后的第150条对于秘密侦查的批准机关作出了明确的规定,即“县级以上公安机关负责人”。以上这两种自我审批式的程序设计显然与权力制衡的原则相背离,难以对侦查权形成有效的制约。笔者建议:对于公安机关采用技术侦查、秘密侦查的,应由同级人民检察院批准;对于检察机关采用技术侦查、秘密侦查的,应由上一级人民检察院批准。

第三,赋予当事人必备的诉讼权利。由于技术侦查直接关系到当事人的重要权利,故应赋予被追诉

人对所获得信息的审查权及异议权,以防止证据的不当使用。

第四,明确相应的程序性制裁后果。为防止技术侦查的滥用,侵犯当事人的基本权利,《修正案(草案)》有必要规定侦查机关违反法定程序的后果。意大利刑事诉讼法典第271条第1项规定,如果窃听是在法律允许的情况以外进行的或者未遵守法律规定的程序,所获得的材料不得加以使用<sup>[8][P.92]</sup>。这一规定值得我国借鉴。目前,我国的非法证据排除制度还仅局限于排除非法取得的犯罪嫌疑人、被告人的供述、证人证言、被害人陈述及违法取得的物证、书证,对于侦查人员通过违法途径采取技术侦查等措施所获取的材料(如视听资料、电子数据等等)还不能适用非法证据排除规则予以排除,故应完善相关立法,通过程序性制裁机制发挥结果规制过程的功效,督促侦查机关依法行使侦查权。

### 三、强化诉权制约,实现程序的诉讼化

刑事程序的诉讼化,主要是依照诉讼的特有规律实现对程序的设计,表现为控辩双方充分平等的参与以及裁判者的中立性,以区别于行政化的决定模式。诉讼化的内容包括两大方面:一是诉讼的形态或结构,理想的诉讼形态是法官作为中立的第三方裁断纠纷,保证控辩双方平等的参与及对抗;二是诉讼的方式或实质,即通过诉权启动裁判权的方式,强调诉权对裁判权的制约,同时,强化裁判权对诉权的救济和保障,保证控辩双方以公开、理性的方式参与诉讼,尽可能发挥其对裁判权的影响。诉讼形态与诉讼方式二者之间是表里关系,一静一动、相互依存。在笔者看来,在我国实现刑事程序的诉讼化更为现实有效的是强调上述第二个方面即发挥诉权的制约作用。首先,在审前程序中由于缺乏中立法官的参与,难以具备典型的诉讼形态。故在宪法修改之前,只能退而求其次,加强检察官作为法律监督者的中立性,通过强调辩护律师的参与,保障被追诉人诉权的实现。其次,在现有的审判程序中,虽具备了表面的诉讼形态,但在许多方面欠缺诉讼化的实质,一些裁决依行政化的决定方式作出,难以实现诉权对裁判权的有效制约。为此,《修正案(草案)》应从以下方面强化程序的诉讼化特质:

在审前程序中,应凸显检察官的中立性,强化辩护人的有效参与。如《修正案(草案)》关于羁押的必要性审查的规定,完全是一种行政化的审查方式,在实践中缺乏操作性,难以奏效。试想,逮捕本是由检察院批准的,依《修正案(草案)》第94条的规定,犯罪嫌疑人、被告人被逮捕后,人民检察院仍应当对羁押的必要性进行审查。对于不需要继续羁押的,应当建议予以释放或者变更强制措施。这样一种自我审查的方式如何能达到“防止超期羁押和不必要关押”的目的?故建议将此条修改为:犯罪嫌疑人、被告人被逮捕后,犯罪嫌疑人、被告人及其辩护人对羁押的合理性及必要性有异议的,可以向人民检察院提出意见,人民检察院应当于三日内给予书面回复,对于不需要继续采取强制措施的,应当予以释放或者变更强制措施。对回复仍有异议的,可以向上级人民检察院提出申诉。在具体操作程序中,羁押必要性的审查应主要由犯罪嫌疑人及辩护律师提起,检察官通过听证的方式予以审查,并保障当事人权利救济的机会,以切实减少无必要的羁押。

在审判程序中,应充分保障控辩双方诉权的行使,按照诉讼特有的方式和要求进一步完善审判程序。首先,应充分吸纳最高人民法院量刑程序改革及学界研究的成果,实现量刑程序的诉讼化。对被告人认罪的案件,确立相对独立的量刑程序;对于被告人不认罪的,应确立完全独立的量刑程序。改变传统的定罪量刑一体化模式,将量刑由法官办公室里的秘密作业变革为由控辩双方充分参与的庭审活动,以增强诉讼的公开性与民主性。通过控辩双方量刑建议及量刑意见的提出,对量刑事实及证据在法庭上进行充分的调查和辩论,能够尽可能发挥诉权对裁判权的影响,限制法官量刑裁量权的随意性,提高定罪的准确性和量刑的公正性。其次,实现二审案件全部开庭审理。依照《修正案(草案)》第222条的规定,被告人、自诉人及其法定代理人对第一审判决认定的事实、证据提出异议,第二审人民法院认为可能影响定罪量刑的上诉案件,第二审人民法院应当组成合议庭,开庭审理。众所周知,二审程序的功能就是为当事人提供司法救济,以维护其合法权益。《修正案(草案)》以“第二审人民法院认为可能影响定罪量刑”为附加条件限制开庭审理的案件范围,必将导致相当一批案件的不开庭审理,大幅度削

减了当事人的诉权;同时,这一限制规定也有悖控辩平等的原则,当事人等提出的上诉案件要经过二审法院的审查与限制,但对检察院抗诉的案件一律开庭审理,这明显不符合诉讼化中控辩双方平等对抗的实质要求。最后,建议修改审判监督程序,实现刑事再审程序的诉讼化。现行的审判监督程序在提起的主体、时间、理由及审判的方式等方面,均存在着严重的行政化色彩,此次《修正案(草案)》并未予以修改,建议借鉴我国民事诉讼法中关于审判监督程序的相关规定,对该程序进行诉讼化改造,将其打造为实现当事人诉权救济与保障的刑事再审程序。

在特别程序中,应保障辩护律师的有效参与,对限制、剥夺公民人身自由、财产权益的案件,人民法院应当开庭审理,以体现国家尊重和保障人权的基本立场。仅以“对实施暴力行为的精神病人的强制医疗程序”为例,由于该程序直接关系到被申请人或者被告人的人身自由权利,必须审慎对待,故非经法庭开庭审理,不得对其作出强制医疗的决定。建议《修正案(草案)》第282条第2款修改为:人民法院审理强制医疗案件,应当开庭审理,并通知被申请人或者被告人的法定代理人及辩护人到庭,对没有委托辩护人的,法院应当指定辩护律师。同时鉴定人应当出庭接受质证,被申请人以及法定代理人有权聘请鉴定辅佐人到庭发表意见。同时,对人民法院依法作出强制医疗决定的,应赋予被申请人或者被告人上诉权,以实现对其的程序救济。

#### 四、促进程序分流,注重程序的基本公正

由于司法资源的限制,根据刑事案件的轻重及繁简程度,应选择适用不同的诉讼程序或终止诉讼程序。繁简分流一方面是提高诉讼效率的需要,同时也使得普通程序的正当化获得充分有效的保证,使刑事案件的处理程序当繁则繁、当简则简。但值得强调的是,程序的繁简分流既要大胆设计、广开渠道,又需仔细权衡,在提高诉讼效率的同时,应保证程序公正性的基本要求,保障当事人最起码的诉讼权利。基于此,《修正案(草案)》应注重以下方面的完善。

第一,以被告人自愿认罪为核心构建简易程序。《修正案(草案)》扩大了简易程序的范围,确立了基层人民法院管辖的被告人“认罪”的案件范围,体现出对诉讼效率的追求,可以预见,今后基层法院审理的绝大多数案件将适用简易程序。为保证简易程序的公正性要求,笔者认为该程序应以被告人自愿认罪为核心构建,切实保证被告人的程序选择权。为此应明确细化法官的告知义务,主要围绕被告人认罪的自愿性和法律后果设定。首先认罪必须完全出于被告人的自愿;其次,自愿认罪的法律后果主要包括程序及实体两大方面:其重点一是诉讼权利的克减,如选择简易程序需要被告人放弃一些诉讼权利,如质证权等,但作为基本权利的律师帮助权应当予以强调;二是有罪判决的结果及刑罚的优惠。同时,对于被告人自愿认罪可适用简易程序的案件,应考虑在侦查、审查起诉阶段明确规定相应的快速处理程序,使审前的快速处理程序与简易程序相衔接。

第二,区分不同层次的证明标准。证明是庭审活动的核心,庭审程序的简化主要体现为庭审证据调查的简化,故从证据法的视角探讨程序的繁简分流是一个现实的路径。要实现程序的繁简分流、差别有序,重要的方面是应当对证明标准进行分层设计,而不能适用一刀切式的统一证明标准。《修正案(草案)》细化了“案件事实清楚,证据确实充分”的证明标准,进一步明确证据确实、充分应当符合以下条件,即定罪量刑的事实都有证据证明,据以定案的证据均经法定程序查证属实,综合全案证据,对所认定事实已排除合理怀疑。但这一证明标准无视定罪与量刑证明的差别、普通程序与简易程序的不同,要求达到统一的证明标准是不符合诉讼实际的。首先,《修正案(草案)》未能充分反映近年来最高人民法院量刑规范化及量刑程序改革的成果,未能体现量刑程序与定罪程序的内在差别。由于定罪与量刑证明任务的不同、证据范围及证据规则的差别以及证明方法的差异性,决定了定罪证明应采用最高的证明标准即上述的统一证明标准;而对于量刑事实及请求的证明则没有必要和可能达到“排除合理怀疑”的标准,总体上达到优势证据的标准即可,亦即选择此刑罚(或不适用刑罚)会比其他的刑罚更为适合被告人,而不可能达到排除合理怀疑的标准。其次,简易程序的证明标准应略低于普通程序的证明标准。如

前所述,简易程序是以被告人自愿认罪为前提构建的,由于被告人认罪,故庭审程序不受普通程序关于送达期限、讯问被告人、询问证人和鉴定人、出示证据、法庭辩论程序规定的限制。简易程序大大压缩了庭审证据调查的环节,即由普通程序中的严格证明转向了自由证明的方法,这必然会导致证明标准的降低。出于职权主义的诉讼传统及我国的诉讼实际,对于被告人认罪的案件事实还是有进一步确认的必要性,以保证最低限度的程序公正。相比被告人不认罪的案件中的定罪证明标准,本着诉讼经济的原则,对于被告人自愿认罪的犯罪事实采取“清楚可信”的证明标准即可。<sup>①</sup>

第三,充分发挥刑事和解在程序分流中的重要作用。《修正案(草案)》规定了特定范围的公诉案件的和解程序,总体感觉步伐过于稳健保守,未能充分吸纳近年来刑事和解的改革成果。笔者建议:首先,应当放宽刑事和解的案件范围。建议删除“因民间纠纷引起”,并对“三年有期徒刑”做适当提高。刑事和解的目的是出于被告人的自愿真诚悔罪,通过向被害人赔偿损失、赔礼道歉等方式获得被害人谅解,修复因犯罪遭受破坏的社会关系,促进社会的和谐稳定。实践中“因民间纠纷引起”不易认定,且会徒增司法机关的工作量;结合我国实际,公诉案件的和解范围限制在可能判处十年以下刑罚为宜。其次,应充分吸纳实践中已经存在的其他和解模式,通过多方努力促进和解达成。实践中至少存在三种和解模式,分别为加害方——被害方自行和解模式、司法调解模式及人民调解委员会调解模式<sup>[9][P.4]</sup>。《修正案(草案)》只肯定了其中的当事人自行和解模式,远不能反映和满足司法实践中多样化的和解需求。实证调查数据表明:在我国绝大多数地区,办案人员主持和解占绝大多数,但人民调解员主持和解则在成功率上占有一定优势<sup>[10][P.10]</sup>。所以应尽可能广开渠道,通过多方努力促成双方和解。特别是应尽量发挥人民调解委员会主持和解的功能,以减少司法成本的投入;同时,人民调解委员这一中立主持者也满足了程序公正的基本需求。最后,应进一步明确刑事和解的法律后果,即对达成并履行和解协议的被告人应当从宽处理。在审前程序中,结合案件具体情况应尽可能采用通过和解终止诉讼的处理方式,诸如和解撤案、和解不起诉等,促进程序分流的实现;对于进入审判程序的案件,应充分考虑和解这一重要的量刑情节,对被告人依法适用简易程序,定罪免罚或适用轻缓的刑罚。

### 五、强化程序刚性,提升实施效果

良好的法律不仅是制定得好的法律,同时应当是得到有效实施的法律。刑事诉讼法应充分体现程序刚性,强化程序的实施效果。笔者认为,程序的刚性主要包括程序的明确性、可操作性及强制性。一方面,程序刚性是程序有效实施的内在保障。程序的效力不能依赖于程序外力量的治理,如以往曾经出现的对刑讯逼供、超期羁押的运动式治理模式,这种来自外部的一阵风似的治理运动,无法根本解决由程序设计不合理带来的程序失灵问题。如果程序自身的设计含混模糊、粗陋片面,无违反程序的制裁机制,这个程序必将在实施过程中失去效力。“解铃还须系铃人”,强化程序刚性必须从程序的自身完善入手,通过加强程序的明确性、具体性和违法后果的制裁性规定,尽可能减少程序的缺漏,为程序的实现提供自足的内在保障,有效防止程序违法行为的发生。另一方面,程序刚性是弘扬程序价值的外在要求。近年来,随着程序正义观念的传播及践行,“重实体、轻程序”的陋习在一定程度上得以纠正,但实践中司法机关滥用权力、践踏程序的现象仍屡有发生。由于对违法程序的行为缺乏必要的制裁措施,使得程序法沦为“软法”、“弱法”,程序的独立价值无从实现,同时也严重毁损了国家司法机关的威信及法律的权威。“法律必须被遵守,否则形同虚设”。只有强化程序刚性,才能彰显程序作为正义守护神的独立价值,也有可能实现“通过程序实现法治”的理想目标。为此,《修正案(草案)》在以下方面需要完善,以强化程序刚性。

首先,对于涉及限制公民基本权利的规范,应当尽量减少及慎用“等”、“可以”等模糊用语,以压缩

<sup>①</sup> 详细论证参见闵春雷“论量刑证明”,载《吉林大学社会科学学报》2011年第1期“严格证明与自由证明新探”,载《中外法学》2010年第5期。

有权机关滥用力量的空间。如备受争议的《修正案(草案)》第84条及第92条关于“通知家属”规定中“等严重犯罪”的表述,极易导致公安机关随意扩大拘留、逮捕后不通知家属的案件范围,导致“秘密关押”情形的发生。其次,进一步拓宽当事人等程序性救济的渠道。“无救济则无权利”,对当事人等程序性救济的请求,应当明确规定相关机关的回应方式及结果,避免出现“半句话”、“无下文”等情形,畅通程序救济途径,对于司法机关侵犯当事人基本权利的行为应予以程序性制裁。根据我国刑事诉讼的实际,在审前程序中,程序性救济主要体现为当事人的控告申诉权。《修正案(草案)》第114条规定,当事人等对司法机关及其工作人员侵犯其合法权益的行为,有权向该司法机关申诉或控告。笔者认为,为强化权力制衡,当事人等的申诉或控告应直接向检察机关提出,对处理不服的应有权向上一级人民检察院申诉。同时,《修正案(草案)》对于维护当事人权利的条款应当增加概括性规定,以避免因列举式范围过窄而限制了当事人等救济权利的行使。需要指出的是,对于当事人权利被侵犯的救济申请的回复应当有明确的时间限制,并要求相关司法机关进行书面答复,这样能够促使权力机关在法定期限内作出明确答复,避免因期限不清而可能导致的拖延处理。在审判程序中,则应通过当事人程序性救济权利的行使,开启独立的程序性裁判,对于违法行为予以程序性制裁。最后,适当扩大程序性裁判的适用范围,通过程序性制裁后果,强化程序的刚性。如前所述,对于审前程序中,司法机关严重违反诉讼程序的行为,主要通过当事人控告及申诉的途径得以纠正,由于欠缺司法审查机制,这一诉讼阶段还难以通过程序性裁判对程序违法行为进行制裁。当前,在一审程序中,除非非法证据的排除可以引发独立于实体审判的程序性裁判,其他程序性违法行为仍不能进入学者预设的程序性制裁轨道,<sup>①</sup>刑事诉讼程序不能发挥“剥夺违法者违法所得之利益”的功效,程序的刚性无从得以实现。建议拓宽程序性裁判适用的案件范围,对于侦查人员采取的诸如剥夺及限制辩护权、非法羁押及超期羁押、违法实施技术侦查等严重侵犯当事人基本权利的程序性违法行为,赋予当事人等进行程序性救济的权利,即通过当事人诉权的行使启动程序性裁判程序,对侦查人员等程序性违法行为进行程序性制裁,宣布其进行的诉讼行为无效,非法获取的证据一并予以排除。

综上,《修正案(草案)》的完善应当彰显人权保障的主旋律,并将这一立法目的贯穿其始终。基于刑事诉讼活动的特殊力量对比关系,应特别需要加强对公权力的制约,将其作为修法的首要任务。应坚持从诉讼的特有规律和要求进行程序设计,通过诉权对裁判权的有效制约,实现程序的诉讼化,切实维护当事人的合法权益。在提高诉讼效率的同时,应关注当事人基本权利的保障,在程序设计上体现出程序公正的基本要求。最后,立法的目的在于实施,通过程序性救济及程序性制裁机制的完善,强化程序刚性,促进程序正义的实现。

#### 参考文献:

- |  |   |
|--|---|
| [1] 左卫民,周长军《刑事诉讼的理念》,法律出版社1997年版。                  | [6] 陈瑞华“刑诉法:一部民法法,而非治民法”,载《南方周末》2011年9月8日。    |
| [2] [美] 罗纳德·德沃金《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社1998年版。 | [7] 《德国刑事诉讼法典》,李昌珂译,中国政法大学出版社1995年版。          |
| [3] 樊崇义“刑事诉讼法再修改的理性思考”(上),载《法学杂志》2008年第1期。         | [8] 《意大利刑事诉讼法典》,黄风译,中国政法大学出版社1994年版。          |
| [4] 闵春雷“定罪概念及原则的刑事一体化思考”,载《当代法学》2004年第4期。          | [9] 陈瑞华《刑事诉讼的中国模式》,法律出版社2008年版。               |
| [5] 熊秋红“解读公正审判权——从刑事司法角度的考察”,载《法学研究》2001年第6期。      | [10] 宋英辉主编《刑事和解实证研究》,北京大学出版社2010年版。(责任编辑 于贺清) |

<sup>①</sup> 关于程序性制裁的论述详见陈瑞华《程序性制裁理论》,中国法制出版社2005年版,第295页。