

图书在版编目(CIP)数据

刑事诉讼中的司法审查 / 杨东亮著. —北京: 法律出版社, 2014. 6

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6466 - 6

I. ①刑… II. ①杨… III. ①刑事诉讼—司法监督—研究—中国 IV. ①D925.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 108170 号

刑事诉讼中的司法审查

杨东亮 著

责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2014 年 7 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 25 字数 349 千

印次 2014 年 7 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 6466 - 6

定价: 48.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

绪 论

刑事诉讼的发展应遵循人类社会发展的基本规律。人类社会由野蛮向文明、由愚昧向科学、由恣意向理性的发展历史,昭示着文明化、科学化、规范化是刑事诉讼历史发展的必然趋势。虽然打击犯罪是刑事诉讼的初始目的,但它绝不是刑事诉讼的唯一目的,更不是刑事诉讼法的唯一目的,甚至它并不是刑事诉讼法的主要目的。因为,打击犯罪本身并不需要程序法,显而易见,无程序、无规则的同态复仇、路见不平拔刀相助,比法律程序更为直截了当、畅快淋漓。问题在于,无程序、无规则的自由式、任意式报复行为只能导致形成弱肉强食的暴力社会秩序,社会失去正义准则,社会成员人人自危。因而,单纯打击犯罪并非刑事诉讼法的本原目的,正确打击犯罪才是刑事诉讼法的本原目的。所谓正确,意味着两个方面:一是准确,即保障无辜者免受刑事追诉和刑事审判;二是适当,即对有罪之人也以与其犯罪行为相称的并且符合现代社会价值观念的文明、适度的方式进行追诉和审判。因此,刑事诉讼法蕴涵着打击犯罪与保护人权的双重目的,并且二者是一个问题的两个方面,不应存在平衡论、兼顾论的问题。因为,正确打击犯罪意味着并且只意味着以保护人权的方式打击犯罪,而绝不包容以侵犯人权的方式打击犯罪,否则,刑事诉讼

司法规律背道而驰,使实然的司法权与应然的司法权相去甚远。而且,司法权在我国并未正确地担负起裁判纠纷的角色,其对程序纠纷的忽视和对审前程序的遗忘使其充满了工具色彩。(2) 审判程序边缘化。无罪推定是现代刑事诉讼的基本理念,它要求对任何人的定罪处刑必须经过正当审判程序,因而,审判中心主义是现代刑事诉讼的当然准则。当前,我国的刑事诉讼却是一派侦查中心主义的景象,不仅司法权未能延伸到追诉程序内,而且,审判程序中的司法权也并未发挥其应有的裁判功能,审判程序在很大程度上不过是对侦查结果的确认,不过是给追诉机关认定的结果一个“名分”而已,甚至可以说,审判只是一种自欺欺人的过场和表演。(3) 追诉程序失控。追诉程序是国家机关查明犯罪事实、查获犯罪证据、查缉犯罪嫌疑人活动,它本身不是刑事诉讼的目的,不应具有任何惩罚功能,因而,追诉程序中应尽可能少、尽可能轻地适用强制性措施。当前,在我国,各种限制和剥夺个人基本权利的强制性措施均由追诉机关自行决定和实施,不受任何中立力量的直接控制,亦缺乏有效的间接监督。这种原告抓被告、原告关被告、原告审被告的追诉程序构造,使追诉机关获得了近乎无所不能、无所不敢的超强权力,为追诉权的滥用和误用提供了“自由空间”,为权力的专横与腐败提供了温床。(4) 被追诉人客体化。不仅在审判程序中被追诉人缺乏正当程序权利和不能充分行使程序法所提供的诉讼权利而无法充分攻击和防御,致使刑事审判程序无论拖延多久在本质上都还是一种突袭性审判。而且,尤其在审前追诉程序中,各种强制措施被作为追诉工具任意使用,被追诉人被作为追诉客体而处于“人为刀俎,我为鱼肉”、“弦断有谁听”的被动、无助境地。不仅是被追诉人的人身自由面临着被随时、任意限制和剥夺的可能,而且被追诉人的财产更面临着被任意处置的风险。实践中,查封、扣押、冻结的财产数额远大于涉案数额的现象比比皆是,而且不通过司法程序而任意处置,几乎不受任何控制和监督,使刑事追诉俨然演变成了“抢劫”。而且,这种现象远不如“真凶再现”、“被害人复活”的冤假错案那样能够刺激社会的神经,在“仇富”、“仇官”的社会心理背景下,这种现象被人们忽视和漠视了,这种纵容加剧了其蔓延和肆虐。如果我们认识到财产是人的外化,是与身体相等的人作为自由之人的构成部分之一,我们就不应该对这种现

国《公民权利和政治权利国际公约》第14条及联合国人权事务委员会关于《公民权利和政治权利国际公约》的第32号一般性意见的明文规定,也是法治发达国家刑事诉讼的最低准则,它不仅具有充实的内容和丰富的内涵,而且要求具有科学的程序规则的保障。而我国在传统上未将刑事诉讼法设定为规范职权法、保护人权法,而是将其设定为授予权力法、规制权利法,因此,不但在内容上未达到公正审判权的基本标准,而且在程序规则上显然缺乏保障公正审判权实现的机制,使在立法上已显不足的权利在实务中遭遇再次减损。

任何理性的社会,都应当有一个起码的认知,即刑事诉讼法不仅是被追诉人的权利法,它也是任何公民的权利法。因为,任何人,无论其有罪或者无辜、罪轻或者罪重,在理论上都有被卷入刑事诉讼程序的可能,尤其当这个国家对追诉权力的规制不是那么科学、严密时。为此,诸多法治发达国家,将基本的刑事诉讼制度、刑事诉讼原则、刑事诉讼权利作为宪法内容予以规定,它所体现的核心精神,就是保障人民免受国家权力的不当侵害。而且,由于刑事诉讼程序并非在其启动之初就有分辨有罪与无辜、罪轻与罪重的功能,而只能在程序完结之时才可能作出明确分辨和裁判,因而,在刑事诉讼程序过程之中,任何人都不能被作为有罪之人对待,不能被施以超过完成诉讼过程这一目的的不必要的强制措施。为了实现刑事诉讼法正确打击犯罪、充分保障人权、科学规范职权的目的,必须在审前追诉程序中构建由司法机关主持的、以司法方式运行的审查制度,使追诉权力得到制衡、个人权利得到保护。如果不存在这种司法审查制度,则对每一个社会成员而言即存在这样一种危险:对于无辜者而言,因为缺乏立即,或者次之,及时的救济,可能遭受不可逆转、无法补救的强权侵害;对于犯罪行为人而言,因为缺乏中立司法官的裁判,可能遭受超过与其犯罪行为 and 人格特征相称的必要追诉限度的强制行为的侵害。在这种体制下,只会形成人人自危的局面,即便握有强权者自身恐怕一旦成为追诉对象时也不能幸免。上述问题说明,我国的刑事诉讼制度并非法治意义上的刑事诉讼制度。正是由于刑事诉讼制度的上述诸般问题,使刑事司法遭遇了严重了信任危机,这种信任危机不仅仅是对于刑事诉讼制度和刑事诉讼机关的,它还与其他社会问题相混合,形成了对国家政权的信

任危机。这种担忧并非危险耸听,如果我们不能正视这一危机,不能正确认识和遵循社会治理规律和刑事诉讼的规律,政权的稳固可能遭受诸多挑战,国家的长治久安恐难以实现。

在当前的社会背景下,对于刑事诉讼中的司法审查,应当明确以下几点认识:第一,刑事诉讼中的司法审查问题,是个复杂的问题。之所以称其复杂,是因为它涉及实践(实践中因为国家追诉权力尤其是侦查权力的强大和缺少有效制约所产生的诸多问题的预防和解决)、制度(司法体制、诉讼制度及其他相关制度的改革完善)、理论(法学基本理论及其在刑事诉讼中的应用)等各个方面的问题。第二,刑事诉讼中的司法审查问题,是个难解的问题。之所以称其难解,是因为在既有理论研究中,意见分歧繁多且难以统一;在诉讼体制、制度、程序的完善上,则因困难多、困难大且因牵一发而动全身而难以找到突破口。第三,刑事诉讼中的司法审查问题,是个重要的问题。之所以称其重要,是因为它是理顺我国司法体制、规范我国诉讼权力、实现我国刑事法治的关键一环,它不是可有可无的装饰,而是兴衰成败的砝码。第四,刑事诉讼中的司法审查问题,是个迫切需要解决的问题。我国刑事诉讼法经两次修改而基本未触及该问题,上一轮司法改革也基本对此未予关注,但历史能够给予我们的机会和时间不会是无限的。上一次刑事诉讼法修改以后,构建刑事诉讼中的司法审查制度是继续推进刑事诉讼发展的需要,是新的司法改革应当重点考虑的问题。

第一章 从社会治理到刑事诉讼中的 司法审查

为什么要研究刑事诉讼中的司法审查？对这一问题的回答，当然可以从解决我国当下问题、实现与国际接轨的层面上得到某些答案。但这些答案并不能从根本上说服别人，甚至也不能说服自己，因为答案本身将带来需要回答的新问题。为此，我们需要采取更为宏观的视野、更为深入的视角进行考察。笔者将从人类社会的治理方式谈起，论证法治是当前人类社会治理的最佳方式，进而论证法治国家中司法与刑事诉讼的应然样态，并得出文明、科学、规范是现代刑事诉讼的基本要求以及司法审查是现代刑事诉讼的必要制度的结论。

第一节 社会治理方式的演进

治理，即整治、管理。人是自然界中的一种生物，并且是自然中唯一具有创造能力的生物。人类能够通过创造性劳动将自身力量外化于自然，并且将自然资源内化于自身，同时，在此过程中维系和发展着人与人之间的相互关系。人与人之间的相互关系构成了社会，人是

社会化的动物,社会的本质就是人与人之间的相互关系。“社会——不管其形式如何——究竟是什么呢?是人们交互作用的产物。”^[1]社会治理,就是指人类对人自身、自然资源以及社会关系的整治、管理。社会治理与社会管理是两个高度交叉的概念,甚至可以相互取代,如果说有区别,那么区别在于,社会治理强调的是宏观层面的社会管理,社会管理指称的是微观层面的社会治理。因而,社会治理方式,就是人类维护人类生存和发展的组织管理方式,就是维系人类社会的组织管理方式。为了分析何种社会管理方式对于人类的生存和发展最为有益,需要全面考察人类和人类社会的起源、发展过程,通过这一过程论证法治的应然性和法治的应然样态。

一、社会和社会治理方式的演进

人类的起源谜题,我们至今无法破解,不过,天文学家、生物学界、人类学家、历史学家们的很多研究成果对于我们抽象地认识这个过程是有意义的。地球之于宇宙,小得就像一粒尘埃之于地球。大约 50 亿年前,地球形成了,而后经过约 10 亿年,地球上出现了最早的生命,即原始的单细胞生物。这个过程,是无机物发展出有机物、有机物发展为生物的复杂变化过程。“说得具体些,电子、质子和中子相结合,形成各种原子;各种原子相结合,组成各种分子;各种分子再组成有机化程度不同的聚合体,其中某一类构成了生物。”^[2]这一过程继续发展,生物又从低等级向高等级进化,由微生物进化为原始植物,进而进化为无脊椎动物,最终进化出脊椎动物。大约 3 亿年前,脊椎动物才开始能够在陆地上生活,最初是两栖动物,后来是爬行动物、鸟类。大约 6000 万年前,哺乳动物出现了,灵长类动物就是其中之一。人类是从灵长类动物中的猿人进化而来的,一般认为,猿人出现在大约 400 万年以前甚至更早,它们已经不再用四肢行走,能够使用简单的石质工具和武器,不过其脑容量只有现代人类的 1/3,甚至还不如现在的类人猿。猿人经过长期的自然选择,逐渐进化为具有

[1] 《马克思恩格斯选集》(第4卷),人民出版社1972年版,第320页。

[2] 斯塔夫里阿诺斯著:《全球通史》,吴象婴、梁赤民、董书慧、王昶译,吴象婴审校,北京大学出版社2012年版,第4~7页。

靠武力。^{〔1〕}对于法治社会的基本样态,亚里士多德认为:“法治应包含两重意义:已成立的法律获得普遍的服从,而大家所服从的法律又应该本身是制定得良好的法律。”^{〔2〕}

至于何为“制定得良好”、“普遍的服从”,亚里士多德并未说明,事实上也不可能说明,因为这需要在特定的社会环境、文化背景下通过人们的信念、制度和活动来赋予其现实含义。古罗马人和诺曼人是较早将法治运用于国家治理的实践者,尽管他们所实行的法治并不彻底而且时断时续。在古罗马,虽然流行着国王居于法律之上的观念,但是正如《查士丁尼国法大全》所展示的那样,古罗马经历五个世纪而发展出了内容庞杂的统一法律体系,它体现了由法律而不是专横的权力来解决纠纷的强烈信念。作为“正义之庙堂、法律之要塞”的《查士丁尼国法大全》的重要组成部分的《学说编纂》开篇即申明:“万民……皆受法律和习惯的统治。”^{〔3〕}它表达了一个重要的理念:政治社会应该是一个法律社会。古罗马的法学家和法律实践者们在法学研究、法律创制和法律实践的相互促进中,创造了辉煌的罗马法体系,至今仍为现代法治所倚重。诺曼人对法治原则也表现出类似的喜好。1187年格兰维尔的《论英格兰王国的法律与习惯》系统总结了亨利二世在法律规则和法律技术方面的变革,提升了王室法律的确定性和权威性,这是英格兰普通法的第一部系统著作,是英格兰法律科学的一次革命。其中,他以令状形式界定王室的司法管辖权的同时,限制了这种管辖权,使令状制度成为“法律的统治”。^{〔4〕}1257年布莱克顿的《论英格兰的法律与习惯》,是另一本旨在确保普通法为英国法官所普遍、统一适用的教本,他在书中提出,不是国王创制法律而是法律造就国王,国王处于上帝和法律之下,因而国王有义务服从法律。^{〔5〕}虽然

〔1〕 严存生著:《西方法律思想史》,中国法制出版社2012年版,第37页。

〔2〕 [古希腊]亚里士多德著:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1997年版,第199页。

〔3〕 Alan Watson trans. *The Digest of Justinian* 9, Theodor Mommsen & Paul Krueger ed. 1985.

〔4〕 [美]哈德罗·J.伯尔曼著:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方、高鸿钧、夏勇、张志铭译,中国政法大学出版社1993年版,第554页。

〔5〕 Henry De Bracton, *On the Law and Customs of England*, George E. Woodbine ed. Samuel E. Thome Trans. 1968, p. 20.

理的。第二,法治具有可预期性。法律一经公示即昭告天下,成为人们的行为规则,按照法律规则行事不必担心出现难以预见的后果;而人治之下则朝令夕改、圣意难测,人们常因当权者的喜怒哀乐和情绪变化而手足无措。第三,法治具有科学性。法治社会的法律是众人参与创制的结果,立法内容集众人之智慧,司法过程有法官之专业;而人治则受制于当权者的知识、能力、欲望和意志。第四,法治具有稳定性。法治社会能够形成稳定的秩序,使社会不因当权者更迭而动荡;而人治则“人存政举,人亡政息”。第五,法治具有社会凝聚力。法治社会一则要求全民参与,制定良法;二则要求法律至上,人人平等,可以确保公众意愿的有效表达和公众利益的有效保护;而人治社会则将实现正义的希望寄托于贤明的君主和廉正的官员,公民对政治并不关心。基于以上原因,对国家而言:法治是中国进入现代社会的必然要求,是市场经济发展的基本保障,是解决中国社会现实矛盾、维护社会稳定的有效手段,是实现社会正义的有效方式,是实现国富民强的根本保障;对人民而言:法治是人们幸福生活的保障,使人们能够自由、有尊严地生活,使人们具有安全感,能够为人们提供良好的生活秩序,能够给社会带来公平正义。^[1]

第二节 法治国家的司法

法治社会中,司法具有至关重要的意义:其一,司法是法律生命之所系。法律是在运行中体现自身价值的,只有在司法中法律才真正成为法律,否则,法律不过是文字符号,只有文化意义而没有规范意义,因而,无司法即无法律。其二,司法是权力正常运行的保障。国家权力对社会的管理与服务最终必须以司法为保障或直接通过司法实施,不同国家权力间的纠纷也离不开司法的裁决,而且司法是控制权力滥用的最佳途径。其三,司法是权利保护的最后防线。在发生纠纷的情况下,权利的有无须通过司法来确认,权利的冲突需要通过司法来裁决,权利的损害需要通过

[1] 王利明:“中国为什么要建设法治国家”,载《中国人民大学学报》2011年第6期。

区首席大法官会议通过的《司法机关独立基本原则的声明》等。^{〔1〕}

司法独立对于法治的实现具有极为重要的价值。法治有三个基本要素:人民主权、权力制衡、权利保护。司法独立对于实现法治的价值可以通过这三个方面加以分析。就人民主权而言,司法独立是现代民主制度不可或缺的一环。一方面,司法独立是国家权力的民主配置中的重要内容,它本身就体现了将人民之权力委托于不同机关行使的理念;另一方面,司法独立是保障公民权利、政治权利的重要制度设计,为人民提供了权利救济的有效渠道。就权力制衡而言,司法独立是国家权力制衡的关键一环。在立法权、行政权、司法权中,前两者都具有主动性、功利性,而仅有司法权具有被动性、中立性,因此,通过司法审查的方式制约立法权、行政权是权力制衡的最佳方式,也是摆脱任意制衡、实现以法制衡的唯一方式。就权利保护而言,司法独立本身是现代人权法的一项基本内容。司法独立保护权利的功能体现在,司法为权利提供了独立的后盾和支持,使任何侵犯、损害权利的行为受到惩罚,使受侵犯、损害的权利得以恢复。

德国学者曾将司法独立概括为以下八个方面:(1)独立于国家和社会间的各种势力;(2)独立于上级官署;(3)独立于政府;(4)独立于议会;(5)独立于政党;(6)独立于新闻舆论;(7)独立于国民时尚与时好;(8)独立于自我偏好、偏见与激情。^{〔2〕}不过,这只是对司法独立概念的一种解释,并未涉及司法独立制度或者说司法独立机制本身的状况。将司法独立作为一项原则来规定固然是重要的,但构建一套落实司法独立的机制也是不可或缺的,否则司法独立就只是纸面上的符号而已。事实上,西方国家已经构建了一套较为完整且行之有效的司法独立机制:(1)严格的法官任用制度。各级法官均由中央任命,建立较高的法官职业准入标准。(2)法官终身制。法官一经任用,除非其去世或主动辞职,不得被随意调动或免职,除非按照严格法定条件予以弹劾、撤职或调离。(3)法官专职化、中立化。法官不得兼任其他机关、组织有报酬的职务,甚至不得有政党身份或从事政治活动。(4)法官高薪制。通过合法待遇为法官提供安

〔1〕 李步云、柳志伟:“司法独立的几个问题”,载《法学研究》2002年第3期。

〔2〕 转引自龙宗智、李长青:“论司法独立与司法受制”,载《法学》1998年第12期。

一切服务人民”的思想基点。但是,在政治和法律上,人民是一个虚拟概念,除“全民公决”这一直接民主形式外,人民无法直接行使权力。即便在将来科技发展到全民公决极为便捷可靠的程度以后,人民也不可能“事必躬亲”。因而,人民直接行使国家权力,既无可能,又无必要,所以只能委托国家机关行使不同权力,分工负责治理社会的任务。人民将不同权力授予不同机关,是有权力位阶的,有些权力是来源于人民直接授权的,有些权力是衍生性、辅助性的。体现在权力来源的法律依据层面,就是有些权力是宪法或宪法性法律文件赋予的,有些权力是一般法律或一般规范性文件赋予的。在国家权力体系中,司法权是最重要的权力之一,因而只能由宪法授权,属于宪法权力。司法权是宪法权力,体现在司法权与立法权、行政权的关系是由宪法界定的,司法机关的地位、任务、功能、设置是由宪法规定的,司法程序的基本原则、重要制度也是由宪法直接规定的。在权力位阶上,司法权与立法权、行政权是平等的,这种同等地位意味着,这三种权力之间不应当有指挥、控制、管理的关系,而只能是分权制衡关系。

最后,司法权是一项裁判权力。之所以说司法权是裁判权,是因为司法权的任务在于对两造之间的纠纷作出裁决、判定,如赛场上的裁判,在这一点上,它与制定规则的立法权不同,与按照规则行事、主动推行规则的行政权也不同。司法权的运行是以诉讼为基本形态的,无纠纷即无诉讼,无诉讼即无司法,司法是以诉讼的方式解决纠纷,司法权是诉讼中的裁判权。由于司法权是裁判权,只有纠纷产生以后才有司法权介入的空间,司法不能主动介入社会关系之中,不能“能动”。在无纠纷的状态下介入社会关系,只会影响社会关系的正常运行和发展,影响社会关系的自觉调整、自动纠错、自我修复功能。司法主动介入社会生活,即表明司法存在了自己的意愿和预断,也就丧失了公正的基础,至少,人们会怀疑司法的动机和公正性。由于司法权是裁判权,司法权必须在两造之间保持中立,司法权不能在诉讼中具有自己的利益,也不能具有预先的立场,不能受其他机关、组织、个人意志的干涉。司法非但不能为两造所用,也不能为政府所用,它只服从于法律、理性和社会的良知。由于司法权是裁判权,司法权的行为方式应该是说理而不是行动。司法权在作出裁判时即

的调整,也就不可避免地会受到国家权力的威胁与侵害,因而,司法权就必须担负其解决公共权力与个人权利之间的纠纷的职责。就保护权利与制约权力两种功能之间的关系而言,保护权利是原生性的,制约权力是衍生性的。不过,这并不表明制约权力不重要,恰恰相反,在公法领域内,只有通过制约国家权力才能保护个人权利。司法权所保护的 personal 权利,是广义上的,包括实然法定权利,也包括应然自由权利;包括实体权利,也包括程序权利。不过,由于权利是分体系和层次的,司法并不直接保护那些衍生性的、从属性的权利,而只直接保护基本权利和对基本权利的实现有关键影响的权利。有必要说明的是,为了保障司法权制约权力的功能,有时应该为实施某些直接影响公民基本权利如限制人身自由的行政机关设定启动司法程序的义务,即行政机关在实施如拘禁、扣押、征收等强制行为之前应主动申请司法审查。

三、司法权的特征

关于司法权的特征,不同学者作了不同归纳。例如,有的学者认为,司法权与行政权相比,具有以下特征:(1)行政权在运行时具有主动性,而司法权则具有被动性;(2)行政权在它面临的各种社会矛盾面前,其态度具有鲜明的倾向性,而司法权则具有中立性;(3)行政权更注重权力结果的实质性,但司法权更注重权力过程的形式性;(4)行政权在发展与变化的社会情势中具有应变性,司法权则具有稳定性;(5)行政权具有可转授性,司法权具有专属性;(6)行政权主体职业的行政性,司法权主体职业的法律性;(7)行政权效力的先定性,司法权效力的终极性;(8)行政权运行方式的主导性,司法权运行方式的交涉性;(9)行政权的机构系统内存在官僚阶层性,司法权的机构系统内则是审级分工性;(10)行政权的价值取向具有效率优先性,司法权的价值取向具有公平优先性。^[1] 有的学者认为,司法权与行政权相比,具有如下特点:(1)终结性,(2)独立性,(3)中

〔1〕 孙笑侠:“司法权的本质是判断权——司法权与行政权的十大区别”,载《法学》1998年第8期。

就刑事诉讼制度而言,建构与完善刑事诉讼制度需要把握刑事诉讼发展的脉络,遵守刑事诉讼的基本规律。“迄今为止,刑事诉讼的发展过程是从野蛮走向文明、从愚昧走向科学、从恣意走向规范的过程。”^{〔1〕}“与规律不相符的,不论是逆向而行还是阻挡历史向前发展,都是一种反动。我们需要的是顺应历史发展方向进行改革。不仅顺应,而且能不能加一把劲,使一点力,使得历史更好地、更顺利地、更快地发展,这才是我们应该做的。”^{〔2〕}以下对刑事诉讼的几个基本问题进行简要分析,以探讨刑事诉讼文明化、科学化、规范化的方向与目标。

一、目的与任务

目的,即行动和努力最终要达到的地点、境界、标准或效果;任务,即担负的责任或交派的工作。目的与任务,是同一个质的概念,如果强调二者的区别的话,目的是任务的方向和目标,任务是实现目的的活动,二者是结果与过程、整体与局部、终极与阶段的关系。在不少刑事诉讼法教科书中,将刑事诉讼法第1条的内容列为刑事诉讼法的目的,而将第2条列为刑事诉讼法的任务,其立论基点也正在于此。这种区分的意义是有限的,因为,我们可以把一个目的分解为若干个任务,而任务本身又构成阶段性、局部性目的,可以再次被分解为若干个次级任务,并且次级还可以被分解为次次级、次次次级以致无穷次级任务。实际上,这个过程是抽象到具体的分解过程,在这个逐级分解过程中,可能发生变异,使根本目的被淹没和掩埋,使任务偏离目的甚至反对目的。如我们将打击犯罪、保障人权的目的分解为任务时,就出现了单纯为实现打击犯罪而设定的任务和单纯为保护人权而设定的任务;单纯为打击犯罪而设定的任务再次被分解以致多次被分解,可能使保护人权的目的是被完全“遗忘”,刑讯逼供、非法拘禁、超期羁押可能变为“顺理成章”、“理所应当”。因而,不宜亦无必要对刑事诉讼法的目的与任务作严格区分,将目的与任务“混同”

〔1〕 王敏远:“司法改革与刑事司法改革”,载信春鹰主编:《公法》(第3卷),法律出版社2000年版。

〔2〕 王敏远:“王敏远研究员评‘相对合理主义’”,载 <http://www.iolaw.org.cn/showarticle.asp?id=3192>。

却实体公正的作用,强调程序公正就会削弱或阻却实体公正,完全实现实体公正就不能完全实现程序公正。兼顾论、并重论、主次论的立论基础有问题,因而决定了其观点是错误的、无益的甚至有害的。实际上,实体公正与实体不公正是对立关系,程序公正与程序不公正是对立关系,而实体公正与程序公正并无对立关系。王敏远教授指出,“我们应以历史唯物主义为基础认识两者的关系。从刑事诉讼的发展历史来看,准确地发现、揭露、证实、惩罚犯罪自古以来就是刑事诉讼的使命,如非特殊时期为了故意制造冤假错案的需要,这个基本任务未发生过变化。刑事诉讼的基本任务未发生过变化,变化的只是刑事诉讼的具体手段和程序。而刑事诉讼的具体手段和程序变化的轨迹,就是从野蛮走向文明、从愚昧走向科学、从恣意走向规范……刑事诉讼的历史发展进程表明,当今的刑事诉讼理论强调保障人权,其宗旨不是损害、否定打击犯罪,主张程序公正也不是为了影响实体公正,而是为了使刑事诉讼进一步从野蛮走向文明、从愚昧走向科学、从恣意走向规范”^{〔1〕} 卞建林教授指出,对刑事诉讼程序工具价值与独立价值的关系应当持有这样的正确认识:“首先,工具价值与独立价值相互依赖、不分主次,构成一个问题的两个方面……其次,针对我国国情应把实现程序正义作为刑诉法治的首要目标。”^{〔2〕}

在实务层面上,当我们确信结果的实体公正时,饶恕程序过程的不公正是很有诱惑力的。“如果我们自信有罪的人被宣告有罪,我们则不大愿意对有疑问的程序提出反对。不幸的是,这也是流氓逻辑。死刑和私设庭审常常在人们确信被指控者该受惩罚的情形下发生。他们行为的实体正义似乎原谅了公平审判的缺乏。”^{〔3〕}《巴别塔》中有这样一段警言:“实现正义的热情,会使我们忘记慈悲为怀;对公正的热望,使许多人成了铁石心肠。”人们所热望的公正,可能并不是公正的,尤其是,当人们以不公正的手段去实现这种热望时,就开始远离公正了。刑事诉讼文明化、科学

〔1〕 王敏远:“刑事诉讼法学研究的转型——以刑事再审问题为例的分析”,载《法学研究》2011年第5期。

〔2〕 卞建林著:《刑事诉讼的现代化》,中国法制出版社2003年版,第12~14页。

〔3〕 [美]爱伦·豪切丝泰勒·斯黛丽、南希·弗兰克著:《美国刑事法院诉讼程序》,陈卫东、徐美君译,何家弘校,中国人民大学出版社2002年版,第54页。

一切司法权行使行为均为司法审查,这是一种最广泛的、开放式的定义。不过,这种定义是没有意义的,既没有理论意义,也没有现实意义,因为它与司法形成了逻辑上的重复。因此,界定司法审查,其实就是设定一个恰当的宾语的问题,这个宾语的范畴不能过大或过小。通过考察司法审查的源流,可以发现,司法审查的核心功能在于通过司法权制衡其他国家权力。因而,如果超出学科界限对司法审查的概念作出一个恰当的界定,那就应该是:司法审查是指由司法机关对其他国家机关行使公共权力的行为进行审查裁判的机制。这是司法审查的内涵,该内涵所指称的外延,包括司法权对立法权行使行为的审查,也包括司法权对行政权行使行为的审查,具体而言,应当包括宪法上的违宪司法审查、行政法上的行政诉讼和刑事诉讼中的司法审查。其中,刑事诉讼中的司法审查是对行政权行使行为进行审查的一种,只是这种行政权行为是在刑事诉讼中担负专门职能的专门机关所实施的刑事诉讼行为。有必要说明的是,违宪司法审查、行政诉讼和刑事诉讼中的司法审查三者的区分只具有有限的真理性,很多时候会发生交叉关系。迷醉于概念本身而不是概念指称的内容显然是科学研究的大忌。为此,有必要对司法审查这一概念的基本要素进行分析:

1. 司法审查的主体是司法机关。关于司法机关的外延,主要争论在于司法机关包括检察院与法院两个机关,还是仅指法院。如前所述,司法权作为一种以适用法律裁判纠纷为己任的社会权力、裁判权力、宪法权力,应具备独立性、中立性、被动性、参与性、终局性的基本特征。基于司法权的这些特征尤其是“终局性”特征,司法权只能由一个机关排他性地行使,不可能同时存在两个拥有“终局性”权力的机关。因此,只有法院才有司法权,只有法院才是司法机关。而检察机关,因其上下级之间为领导关系而不具备独立性,因其是追诉一方而不具备中立性,因其依职权主动进行侦查和提出控诉而不具备被动性,因其处理的案件一般需诉至法院获得裁判结果而不具备终局性,因而,检察机关不可能也不应当是司法机关。司法审查是司法权对其他公共权力的审查,故司法审查的主体只能是法院和法官。本书中,如未专门指出,在使用“司法机关”一词时,仅指法院。

念。但是,没有司法审查的概念,不等于没有司法审查的规定。……美国宪法第3条第2款的第1项规定:“The judicial power shall extend to all cases, in law and equity, arising under this Constitution, the laws of the United States, and treaties made, or which shall be made, under their authority.”根据该条规定,司法权管辖的范围当然包括有关宪法的诉讼,实际上,“联邦法院的司法审查权正是开国先驱们经过深思熟虑设计出来的,并且通过宪法予以确认的,根本不是马歇尔‘抢到手’的”。并且,“马伯里诉麦迪逊案是司法审查制度的一次坏的实践,是欺软怕硬的典范”。^[1]

客观地说,我们在马歇尔的判决中,看不到何以宪法是最高法,也看不到何以要对法律进行违宪审查。这并非因为马歇尔忽略或回避了这一问题,而是在美国宪法创制过程中已解决了该问题。宪法作为国家最高法的理念,实际上于宪法制定以前已经无争议地形成,并且,宪法第6条中予以了明确规定:“本宪法及依本宪法所制定之合众国法律,以及合众国已经缔结及将要缔结的一切条约,皆为全国之最高法律,每个州的法官都应受其约束,任何一州宪法或法律中的任何内容与之抵触时,均不得有违这一规定。前述之参议员及众议员、各州议会议员、合众国政府及各州政府之一切行政及司法官员,均应宣誓或宣言拥护本宪法。”该条款表明,宪法作为根本法、最高法的地位在宪法论证和创制过程中已经得到了肯定,而为了保障宪法的最高地位和权威,建立违宪审查制度是不言而喻的事情,并不需要明确的宪法条文予以表述。意大利法学家卡佩莱蒂论称,美国违宪司法审查的思想基础,是起源于欧洲大陆的:“尽管司法审查作为促使国家行动遵从更高原则的有效措施首先在美国被有效实施,但这一观念并非凭空产生并自约翰·马歇尔才开始获得充分发展的。相反,司法审查的美国版本是数个世纪以来欧洲思想和殖民经历的逻辑结果,这些已经导致西方人普遍乐于承认特定类型的法律在理论上的首要地位,而且使得美国人特别愿意提供一种司法途径来确保那种首要地位。”^[2]

[1] 刘大生:“美国司法审查制度是如何产生的——对一种流行说法的质疑”,载《法学》2006年第8期。

[2] [意]莫诺·卡佩莱蒂著:《比较法视野中的司法程序》,徐昕、王奕译,高鸿钧校,清华大学出版社2005年版,第161~162页。

当考虑与相关因素的协调,如与公正等观念的协调、与程序性法律后果自身体系的协调、与刑事诉讼基本原则的协调、与其他部门法律的协调;(7)法定与裁量相结合原则,即由于程序性法律后果的确定需要与多种因素相协调,通过立法对各种程序违法行为进行具体入微的规定既不可能,也无必要,因而应赋予司法者在法定原则之下的适当裁量权。^{〔1〕}

程序性制裁是程序性法律后果的另一种称谓。“作为程序性违法的法律后果之一,程序性制裁属于一种程序性法律后果。相对于民事侵权赔偿、行政纪律责任追究、刑事追诉以及国家赔偿等‘实体性制裁’措施而言,程序性制裁是通过对那些违反法律程序的侦查、公诉和审判行为宣告无效、使其不再产生所预期的法律后果的方式,来惩罚和遏制程序性违法行为的。”^{〔2〕}但制裁一词的使用是否恰当,似可商榷。制裁,意为以强力管束并处罚,带有强烈的地位不平等、敌对含义。而司法权运作的方式并非是以其强制力控制、命令控辩双方,而是以中立裁判者的角色就双方争议进行审查判断,其作出的判断结果并不是一种制裁,而是一种裁判,这种裁判并不蕴含着司法机关与追诉机关地位不平等、存在敌对关系的意思。因而,作为具有相同内涵与外延的概念,程序性制裁不如程序性法律后果准确、恰当。

程序性法律后果与刑事诉讼中的司法审查具有紧密关系,却也具有明显区别。二者的关系是:首先,程序性法律后果,是一个描述结果样态的概念;刑事诉讼中的司法审查,是一个描述过程样态的概念。其次,程序性法律后果,作为一种结果,是“违反刑事诉讼程序”的“法律后果”中的“程序性后果”,是以存在程序违法行为为前提的;刑事诉讼中的司法审查,作为一个过程,是司法权对追诉权运行的一种制衡,不以存在程序违法行为为前提。再次,程序性法律后果,是对诉讼行为合法性进行审查后作出的一种程序性裁判,它不但发生在引起这种结果的诉讼行为之后,而且应当发生在对这种诉讼行为的审查判断之后;刑事诉讼中的司法审查,是一种动态监控机制,它既可发生于受审查的诉讼行为之后,也可以发生

〔1〕 王敏远:“设置刑事程序法律后果的原则”,载《法学家》2007年第4期。

〔2〕 陈瑞华著:《程序性制裁理论》,中国法制出版社2010年版,第406页。