

业务技能与

主编◇李勇



起訴的原理

SHENCHA QISU DE YUANLI YU FANGFA

审 查 起 诉

的原理与方法

主 编 李
副主编 王

苗 苗



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

审查起诉的原理与方法 / 李勇主编. —北京:法律出版社, 2014. 11

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7244 - 9

I. ①审… II. ①李… III. ①起诉—司法制度—研究—中国 IV. ①D925.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 274799 号

©法律出版社·中国

责任编辑/许睿

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法规出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/三河市龙大印装有限公司

责任印制/吕亚莉

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/15.25 字数/289 千

版本/2015 年 3 月第 1 版

印次/2015 年 3 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/xr@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63937329

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 西安分公司/029-85388843 上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995 重庆公司/023-65382816/2908

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 7244 - 9

定价:45.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

知其然与知其所以然(代序)

实现真实与正义是公诉检察官的天职,这不仅仅需要高尚的节操,还需要高超的技艺。“法律人的技艺,就是论证……越是能够驾驭这项技艺,就越能成为一名成功的律师,越能成为一名受尊敬的法官、有影响力的政府官员,以及越能够成为一个受到大家认同肯定的法学写作者”。^①可以这么说,公诉案件审查起诉的过程就是一个论证的过程。如何娴熟地掌握这种技能?除了需要长年累月的经验积累、日久天长的法学素养培育,也存在一定的规律和技巧可循。这本书正是基于这种初衷,探求公诉案件审查起诉的规律和技巧。

这是一本审查起诉方法的实践性用书,所以,每一章的引言都采用了实践性提问的表达方式,一方面让读者从一开始就抓住本章所要解决的实际问题,带着问题去阅读,寻找并思考答案;另一方面也使本书作者的写作行为能够始终围绕实战性问题展开,实现读者与作者之间的良性互动。这样的设计,可谓用心良苦。但是,真正科学、实用的方法绝非纯粹的经验之谈,而必须是在科学原理的指导下提炼出来的。没有原理指导的方法是盲目的,不以方法为依归的原理是空洞的。缺乏原理指引的学习方法终究不得要领。所以,“知其然”与“知其所以然”同等重要,何止如此?“知其然”,还必须以“知其所以然”为基础。

“只知埋头干活,不知抬头看路”是只求方法,不求原理,只知其然,不知所以然的典型表现。这种表现在实践中广泛存在。我们有太多习以为常的“方法”在偏离诉讼原理的道路上越走越远。比如,公诉意见书中的法庭教育,我们已经习惯了在第一轮的法庭辩论阶段发表公诉意见书时大谈特谈“法庭教育”。既然在未经法院判决确定有罪之前应假定被告人无罪,那么公诉人是否有权在法庭辩论阶段将其作为一个“罪犯”来进行教育?法庭辩论才刚刚开始,公诉人的指控远未完成,就急于剖析犯罪原

^① [德]英格博格·普珀:《法学思维小学堂——法律人的6堂思维训练课》,蔡圣伟译,北京大学出版社2011年版,“原著前言”第1页。

因、总结经验教训,把被告人作为一个“罪犯”来进行教育,甚至将其作为一个反面教材来警示旁听人员、告诫世人。这是有罪推定思想的“遗产”,与公诉意见书的属性和功能相悖,与控辩平等、无罪推定的现代刑事诉讼理念不符。^① 陈瑞华教授一针见血地指出,“公诉词根本就不应该有这一部分内容,控方在证明被告人有罪的责任都还没有尽到,在对被告人构成犯罪的指控还没有被法院认定的情况下,就急于总结犯罪的原因,进行所谓犯罪学意义上的讨论,这是违背诉讼规律的。”^② 很多地方正在如火如荼地推行“远程网络提审”、“远程网络开庭”,殊不知已经陷入“信息化陷阱”之中,这与刑事诉讼的直接、言词原则背道而驰。这对检察事业的发展、法治建设是不利的。^③

我们对此类情况忧心忡忡。正是基于这种考虑,我们在撰写本书时兼顾了“知其然”与“知其所以然”。做到这一点似乎并不容易,但值得努力去追求。公诉案件的审查起诉技能,不仅仅是一种“术”,也是一种“道”,做到“术”、“道”结合,融“道”于“术”,以“术”显“道”,实现公诉案件审查起诉的“术”、“道”之美,才是公诉案件审查起诉的最高境界。这种境界,可能不容易实现,但是我们有勇气承诺将其作为一种目标,尽我们最大的努力去接近这个目标,无论是在撰写人员的选择上,还是写作大纲的拟定及章节体系的安排上,抑或是具体内容写作及统稿修改上,我们都在努力地去接近这个目标。比如,审查报告的制作是最具实践性,甚至是没有理论品质的问题,但是如果我们不能准确把握审查报告的功能就难以把握证据分组、有条理摘录证据的意义与技巧;如果不能深刻理解证明标准这一诉讼原理,就不可能真正把审查报告中的“证据分析”写得出彩,甚至是写得合格。同样,证据审查判断的方法,也绝非是经验之谈就能解决的,如果不以证明责任、证明标准、证明模式这些基本的诉讼原理为指导,就不可能提出真正实用科学的方法。^④ 再如,起诉书的制作看起来也是纯技术性问

题,但是对起诉书的性质和功能深入探究之后,才会发现诸如所谓的起诉书说理等改革已经走进了误区。^⑤

我们在撰写这本书的时候,既没有空洞地去谈理论或原理,这使得它不同于已经出版的一些理论著作;也没有就事论事地去谈纯粹的诸如“迂回包抄法”、“旁敲侧击法”、“四两拨千斤法”等所谓的诀窍,这使得它不同于已出版的很多就事论事的公诉实战书籍。我们坚持走“第三条道路”,一方面,以传授、讲解实践方法为依归,真实的案

① 参见李勇:“公诉意见书宜去除‘法庭教育’”,载《检察日报》2013年12月15日第3版。

② 陈瑞华:《刑事辩护的中国经验》,北京大学出版社2012年版,第261页。

③ 参见李勇:“警惕检察改革的不良倾向育”,载《法制日报》2014年4月23日第10版。

④ 参见本书第四章、第五章。

⑤ 参见本书第十章。

例贯穿始终。本书的所有撰写人员均是来自检察机关一线的检察官,每天都在审查案件,从这个意义上,这本书是在案山卷海中炼成的。另一方面,所有的方法总结都是建立在基本原理之上的,以确保其符合刑事诉讼的科学原理。实战的技艺必须建立在刑事诉讼法学的理论基础之上,论证的基础是深厚的法学理论,脱离了理论基础的技艺,可能成为迷失方向甚至是误入歧途的“花拳绣腿”。

公诉案件的审查起诉,包括实体和程序两个方面,实体方面主要是刑法的适用,程序方面主要是刑事诉讼法的适用,本书仅涉及程序方面,从这个意义上说,本书是一本刑事诉讼法著作。换言之,本书是从刑事诉讼法学的角度,探讨审查起诉的规律与技巧,研究审查起诉的技艺。本书的内容涵盖了从公诉引导侦查到提起公诉这一诉讼阶段的审查工作,不包括出庭公诉和诉讼监督,从这个意义上来说,是比较“纯粹”的审查起诉著作。全书共计十章,内容涉及公诉引导侦查、提审讯问、公诉证明标准及证明模式、证据审查方法、非法证据排除及瑕疵证据的补正、事实认定、错案的成因及预防对策、审查报告及起诉书的制作等。除第一章概论的个别节外,其他章节内容均以案例为切入点进行阐述和论证。案例的来源大多是各撰写人员亲自主办或参与办理的真实案件。主编拟定撰写大纲和风格定位,各撰写人员按照各自分工独立撰写,然后由主编进行统稿,再与各撰写人员反复沟通修改后定稿。在撰写中,我们力求语言风格的统一,尽管如此,由于“主编”、“独著”的天然差异,不可能实现风格的绝对、完全统一。在观点上,为了对读者负责,不宜出现明显相互矛盾和冲突的观点,但是这样似乎又有不尊重作者之嫌;为了对作者尊重,我们需要保留作者个人的观点,但是这样似乎又有给读者添堵之嫌。为此,可谓煞费苦心,我也深深体会到,编书比著书更难。最终我们采取了这样一种方式,对于撰写人员有自己保留观点的,以注释的方式进行阐明,这种处理方式既避免了观点之间的相互冲突,也体现了对作者的尊重,还考虑到了对读者的负责,可谓一箭三雕。

各撰写人员分工如下:

李勇(全国检察理论研究人才、南京市十佳公诉人、江苏省南京市建邺区人民检察院公诉科科长):序、第一章、第四章、第五章、第六章第一节、第九章、第十章;

王勇(全国十佳公诉人、江苏省检察业务专家、江苏省苏州市人民检察院公诉二处副处长):第三章第四节、第七章;

陈晨(江苏省优秀公诉人、江苏省人民检察院公诉二处检察官):第八章;

黄勇(江苏省十佳公诉人、江苏省南京市人民检察院公诉一处检察官):第二章;

董砺欧(江苏省十佳侦查监督能手、江苏省南京市建邺区检察院侦查监督科副科长)第三章第一、二、三节;

胡莹(江苏省南京市十佳公诉人、江苏省南京市建邺区人民检察院公诉科检察官):第六章第二、三、四、五节。

日本刑法学大师团藤重光曾担任过最高裁判所法官,他说:“法学原本就具有实践的性质”,“实践比实务有更深意义,可以通过实务探究实践的真谛”。^① 实践者比实务者更加高明,因为前者是个思考者,后者是个工匠。一个优秀的公诉人应该努力去做一个理性思考的司法实践者,而不仅仅做个司法“工匠”。靠十年前的一本教科书来办案的时代一去不复返,作为公诉人必须不断地思考和学习。这本书,是我们思考、学习的一个尝试,可以肯定的是,这其中很多思考尚不成熟,还请读者诸君批评指正。

李 勇

2014年3月6日改定于金陵

^① [日]团藤重光:“刑法与主体性理论”,载冯军主编:《比较刑法研究》,中国人民大学出版社2009年版,第108页。

目 录

第一章 审查起诉概论	1
第一节 审查起诉的性质与功能	1
第二节 审查起诉的理念与原则	5
第三节 审查起诉的步骤与内容	11
第二章 公诉引导侦查	17
第一节 公诉引导侦查概述	17
第二节 公诉引导侦查的现状与问题	22
第三节 公诉引导侦查的原则及方式	24
第四节 常见类型案件引导侦查要点	27
第三章 公诉讯问	37
第一节 公诉讯问的意义与目的	37
第二节 公诉讯问存在的常见问题	43
第三节 公诉讯问的策略与技巧	47
第四节 经验法则在公诉讯问中的运用	51
第四章 刑事证明标准	55
第一节 刑事证明责任	55
第二节 刑事证明标准	61
第三节 刑事证明模式	72
第五章 刑事证据审查方法	78
第一节 刑事证据审查的“三步法则”概述	78
第二节 分解验证	79
第三节 双向对比	96
第四节 综合分析	100

第六章 非法证据排除规则的适用	103
第一节 非法证据排除规则概述	103
第二节 实物证据的排除与补正	118
第三节 言词证据的排除与补正	128
第四节 笔录证据的排除与补正	140
第五节 视听资料及电子数据的排除与补正	147
第七章 经验法则在证据审查、事实认定中的运用	150
第一节 经验法则的概念	150
第二节 经验法则在证据审查中的运用	152
第三节 经验法则在事实认定中的运用	159
第八章 错案的成因及预防	164
第一节 审查起诉在错案预防中的作用与功能	164
第二节 错案的成因分析	168
第三节 审查起诉中预防错案的对策	182
第九章 公诉审查报告的制作	187
第一节 公诉审查报告的意义与功能	187
第二节 当前公诉审查报告制作存在的问题	189
第三节 公诉审查报告制作的规范与技巧	192
第十章 起诉书的制作	206
第一节 起诉书的功能	206
第二节 起诉书的基本内容	208
第三节 起诉书制作的技巧	215
主要参考文献	227
案例索引	230
后 记	233

第一章 审查起诉概论

何为审查起诉?其性质和功能如何?公诉检察官应该审查什么?如何审查?应该秉承什么样的原则和理念?准确认识这些基础性命题,公诉检察官才能准确把握“我是谁”、“我是干什么的”、“如何干”这些实战性问题,才不会“身在误区而不知”。本章作为概论,将对上述基础性命题进行阐释。

第一节 审查起诉的性质与功能

一、审查起诉的性质

我国刑事诉讼法^①第三章“提起公诉”,从第167条到第177条共计11个条文。尽管在立法上该章的标题为“提起公诉”,可事实上,只有第167条规定“凡需要提起公诉的案件,一律由人民检察院审查决定”,其他条文内容主要是关于审查起诉的主体、内容、期限、程序、处理决定。不仅如此,该章半数以上的内容即第173条至第177条均是关于不起诉的规定,与“提起公诉”的章名确有文不对题之嫌。因此,用“审查起诉”代替提起公诉或许更为恰当。“审查起诉”虽然不是立法术语,但是作为一种理论术语,能够更加准确地概括刑事诉讼法第三章的内容,也能够更加准确地界定公诉人审查案件的工作内容。

传统观点认为,“审查起诉,是指人民检察院对公安机关侦查终结移送起诉的案件和自行侦查终结的案件进行审查,依法决定是否对犯罪嫌疑人提起公诉的诉讼活动”。^②这一界定将审查起诉作为提起公诉的一项具体内容,“而未将审查起诉看作是一个独立的诉讼阶段加以研究。正是这种观点影响了对审查起诉程序中若干基本问

^① 若无特别说明,均指2012年修改后的刑事诉讼法,下同。

^② 樊崇义主编:《刑事诉讼法学》,中国政法大学出版社1999年版,第301页。

题的认识和探讨”。^①

在我国,刑事诉讼是由侦查、起诉、审判三个阶段构成的,审查起诉是连接侦查和审判的中间环节,是介于侦查和审判的独立诉讼阶段。可以认为,审查起诉作为一个独立诉讼阶段是我国刑事诉讼的一大特色。这既不同于英美法系中的审前诉讼活动均从属于审判活动(在英美法系国家,将侦查和审查起诉视为为审判而进行的准备阶段),也不同于大陆法系中的检警一体(在大陆法系国家中,将警察机关视为检察机关的辅助机关,在理论上侦查活动是由检察机关主导进行的,公诉的审查和决定不是独立程序,而仅仅是侦查活动的终结)。^②

因此,审查起诉是我国刑事诉讼中一个具有特定含义的法律概念,不同于通常所说的“庭前审查”、“预审”。实践中,人们往往将公诉人在受理案件之后至案件起诉到法院之间的诉讼活动,称为“庭前审查”,其实这里隐藏着一个天大的误区。^③在刑事诉讼法学上,庭前审查是指法院在开庭审理前,通过对检察机关移送起诉的案件材料进行审查,决定是否将案件开庭审判的诉讼活动。^④庭前审查创始于法国,又被称为预审制度,在刑事案件经检察机关提起公诉后、受理法院决定交付审判前,由预审法官对案件进行审查,以避免不必要的开庭审理。在英美法系国家,庭前审查被称为“preliminary hearing”或者“preliminary examination”,是在检察机关提起公诉之后、法院正式开庭审理之前审判机关的一种庭前准备活动。在英国,除法律另有规定外,案件必须是通过治安法官主持的预审庭决定是否应予立案进行审判。^⑤可见,“庭前审查”、“预审”的审查主体是法院,而非检察机关,与“审查起诉”风马牛不相及。

总之,在我国,审查起诉既不混同于侦查阶段,也不依附于审判阶段,是一个连接侦查和审判的独立诉讼阶段。

① 周士敏:“审查起诉论要”,载《诉讼法论丛》(第1卷),第127~128页。

② 实行警检一体的大陆法系国家在法律规定和理论层面上是警、检一体,而实际的情况却并非如此,检察机关在刑事侦查程序中只是形式意义、名义上担任刑事侦查的主导。大陆法系国家警检关系中检察官虽为法律上的侦查主体,但检察官主要负责指挥监督侦查,侦查活动多由警察独立完成。参见李勇:“论公诉权与法律监督之关系——兼论检察权配置的核心区域”,载张卫平主编:《司法改革论评》(第十五辑),厦门大学出版社2012年版,第299页。

③ 例如熊红文在《公诉实战技巧》一书中,将第一编的标题界定为“庭前审查技巧”,但是其内容论述的是审查起诉活动,而非法官的预审活动,这是一个严重的误区。参见熊红文:《公诉实战技巧》,中国检察出版社2007年版,第1~116页。

④ 参见张静:“构建独立多功能的庭前审查程序——以遵循司法规律为视角”,载《行政与法》2011年第12期,第125页。

⑤ 参见王洪宇:“论公诉案件庭前审查程序”,载《现代法学》1999年第5期,第83页。

二、审查起诉的功能

在西方国家,特别是英美法系国家,审查起诉的功能相对单一,主要功能在于启动审判和过滤案件,防止不当起诉和审判。在俄罗斯,审查起诉除了具有启动审判和过滤案件的功能外,还有侦查监督和补正功能,即对侦查活动是否合法进行监督,并弥补侦查中的错误和疏漏。

在我国,审查起诉作为一个独立的诉讼阶段,介于侦查和审判之间,具有承上启下的作用。这种承上启下的作用对于诉讼的顺利进行、案件质量的保证具有重要意义。那种将公安机关比喻为“做饭”的、检察机关比喻为“端饭”的、审判机关比喻为“吃饭”的,以及将公检法的关系比喻为“做饭、卖饭、吃饭”是不恰当的。^① 检察机关的审查起诉,绝非仅仅是“端饭”的角色。关于审查起诉的功能,学界没有进行深入研究,也未形成统一的认识,但是从我国刑事诉讼法的规定以及实践运作的情况看,审查起诉主要具有以下六大功能:

(一)对实体和程序的“质检”、“过滤”功能。审查起诉的首要功能在于实体和程序两个方面审查把关。实体方面主要是指刑法适用中的定罪和量刑,程序方面主要是指事实和证据。换言之,审查起诉就是要对侦查机关、侦查部门移送起诉的刑事案件,从事实、证据、定罪、量刑等方面进行全面的审查把关,对案件进行“质检”和“过滤”。从这个意义上说,“检察官乃刑事程序进展中决定性的过滤器”。^② 既要审查把关犯罪事实是否清楚、是否正确、有无缺漏,又要审查证据是否充分,还要审查定性是否准确、应当适用何种刑罚、是否需要追究刑事责任,确保国家对犯罪人刑罚处罚的准确性,严防错案。

(二)启动审判功能,控制法官裁判入口。审查起诉的结果之一是将符合起诉条件的案件起诉至法院,使案件进入审判阶段,因而审查起诉就具有了启动审判程序的功能。这是由“不告不理”这一项古老的诉讼原则所决定的。“如果法官是车子,检察官便是引擎,再好的车子,若无引擎带动,也只是中看不中用的废铁;检察官负责提起公诉,控制法官裁判入口的功能,就如同引擎‘启动’车子的功能一样,无法想象其不存在”。^③

(三)对侦查的监督功能。公诉检察官在审查起诉过程中要对侦查机关的侦查工作进行监督,包括对侦查活动违法的监督(简称纠正违法)和遗漏罪行的监督(简称追诉漏犯)。纠正违法主要包括对违法取证,违法采取强制措施,违法查封、扣押、冻结,

① 参见何家弘:“公、检、法=做饭、卖饭、吃饭?”,载《文化月刊》2003年第1期。

② 林钰雄:《检察官论》,法律出版社2008年版,第12页。

③ 林钰雄:《检察官论》,法律出版社2008年版,第13页。

私分扣押款物,阻碍当事人行使诉讼权利,违反办案期限等情形进行监督,监督的方式是发出纠正违法通知书。追诉漏犯主要对是侦查机关应当移送审查起诉的人(即遗漏犯罪嫌疑人)和事(遗漏犯罪事实)进行监督,监督的方式是发出补充移送起诉通知书。

(四)对证据的补充、补正功能。这里的补充证据是指公诉检察官在审查起诉过程中,经审查认为案件证据需要进一步补充完善的,将案件退回公安机关补充侦查,或者是自行补充侦查。我国刑事诉讼法第171条第2款规定,人民检察院审查案件,对于需要补充侦查的,可以退回公安机关补充侦查,也可以自行侦查。这里的补正证据就是公诉检察官在审查起诉中,发现证据合法性存在问题(包括瑕疵证据和非法证据),可以要求公安机关进行说明和补正。关于证据合法性问题的补正,是2012年刑事诉讼法修改过程中增加的,即第171条第1款“人民检察院审查案件,可以要求公安机关提供法庭审判所必需的证据材料;认为可能存在本法第五十四条规定的以非法方法收集证据情形的,可以要求其对证据收集的合法性作出说明。”

(五)引导侦查功能。我国虽然没有采用检警一体的制度,但是无论是否实行检、警一体化,检察官介入引导侦查、监督侦查确是世界各国的通例。^① 尽管目前我国刑事诉讼法对于检察机关引导侦查的规定只有三条:一是第85条规定,对公安机关提请批准逮捕的案件,必要的时候,人民检察院可以派人参加公安机关对于重大案件的讨论;二是第132条规定,人民检察院审查案件的时候,可以要求公安机关重新勘验、检查,并派员参加;三是第171条规定,人民检察院审查案件,可以要求公安机关提供法庭审判所必需的证据材料,对于需要补充侦查的,可以退回公安机关补充侦查,也可以自行侦查。但是,实践中,大量的疑难复杂案件,在侦查阶段,公诉检察官就可以提前介入,了解案情,并就取证提出意见,起到引导侦查之功效。《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》第361条规定:“对于重大、疑难、复杂的案件,人民检察院认为确有必要时,可以派员适时介入侦查活动,对收集证据、适用法律提出意见,监督侦查活动是否合法。”经验表明,这对于提高案件质量,保障犯罪嫌疑人和被告人的合法权益具有重要意义。

(六)权利保障功能。公诉检察官在审查起诉过程中,不仅要保障被告人的权利,还要保护被害人(单位)的权益。审查起诉阶段的侦查监督工作,实质上起到了权利保障的功能。比如,《人民检察院诉讼规则(试行)》规定,检察机关在审查起诉过程中发现侦查机关非法拘禁他人或者以其他方法非法剥夺他人人身自由的;非法搜查他人身体、住宅,或者非法侵入他人住宅的;应当依法告知犯罪嫌疑人诉讼权利而不告知,影响犯罪嫌疑人行使诉讼权利的;阻碍当事人、辩护人、诉讼代理人依法行使诉讼权利的

^① 参见李勇:“论公诉权与法律监督之关系——兼论检察权配置的核心区域”,载张卫平主编:《司法改革论评》(第十五辑),厦门大学出版社2012年版,第300页。

等情况,要进行监督。另外,在审查起诉有些案件需要附带民事诉讼、帮助被害人追偿,促使犯罪嫌疑人退赔等,均体现了对被害人(单位)合法权益的保障。

第二节 审查起诉的理念与原则

按理说,刑事诉讼法的基本理念和基本原则也是审查起诉应该坚持的理念和原则,但是从公诉检察官进行审查起诉的角度而言,结合司法实践,我们认为,以下理念和原则有必要进行重申和特别强调。

一、客观公正原则

司法实践中,公诉检察官出现两种角色错位:一是案件起诉到法院之后,认为剩下的就是法院的事情了,法官审查发现了问题,要求公诉人说明情况或补充证据,公诉人消极应对,甚至直接说“你自己找公安去”。这说明该公诉人忘记了自己是控方的角色。二是执着于将被告人定罪判刑,对被告人无罪和最轻的证据不重视甚至忽视;对犯罪嫌疑人(被告人)的辩解、辩护人的意见轻视,这说明公诉人忘记了其所肩负的客观义务。

检察官的客观义务,“是指检察官为了发现案件真实,不应站在当事人的立场,而应站在客观的立场上进行活动。”^①自19世纪“检察官客观义务”这一概念在德国首次提出,从欧陆国家创设检察官制度之初,检察官的职责就被定位为不单单在于刑事被告之追诉,并且也在于国家权力之双重控制;作为法律之守护人,检察官既要保护被告免于法官之擅断,亦要保护其免于警察之恣意。也就是说,除了追诉犯罪之外,更重要的是保障人权,尤其应注意保护被告诉讼上应有的程序权利。检察官,一方面是刑事诉讼一方当事人,是控告方,代表国家履行刑事控告的职责和义务;另一方面还具有客观义务。因此,在刑事诉讼过程中,公诉检察官承担着这样的双重义务,既要调查对被告人不利的事实,又要调查对被告人有利的事实。看似矛盾,实则不然,因为检察官的终极目标是要实现刑事诉讼的目的,正确实现国家刑罚权,既要准确惩罚犯罪,又要保护被告人的合法权益,以实现法律的真实与正义。正如德国学者 Mittermaier 所言,“检察官应仅力求真实与正义,因为他知晓,显露他(片面打击被告)的狂热将减损他的效用和威信,他也知晓,只有公正合宜的刑罚才符合国家的利益。”^②《德国刑事诉讼法

① 龙宗智:“中国法语境中的检察官客观义务”,载《法学研究》2009年第4期,第137页。

② 转引自林钰雄:“检察官在诉讼法上之任务与义务”,载《法令月刊》第49卷第10期,第19页。

典》第160条(侦查程序)第2款明确规定,检察院不仅要侦查证明有罪的情况,而且还要侦查证明无罪的情况。在德国,检察官系“法制守护人”,具有司法官或准司法官的地位,这就要求检察官超越一方当事人的角色限制,在诉讼上特别是在证据审查上保持中立的客观义务。法国、比利时等国也都确立了这一原则。

值得注意的是,自20世纪中期以来,英美法系国家基于对传统对抗制模式下追诉机关过分当事人化所造成的控辩双方力量实际上的不平衡弊病的反思,也开始强调追诉机关应承担一定的客观义务,强调追诉机关在履行控诉职能的同时要以客观事实为依据,要兼顾被追诉者的权利和利益。美国1945年通过的《联邦刑事诉讼规则》第16条规定,控诉方不仅有义务展示不利于被追诉者的证据,而且有义务展示有利于被追诉者的证据。美国律师协会制定的《检控与辩护职能刑事司法准则》规定,“检察官的职责是寻求正义,而不仅是定罪”。美国律师协会制定的《检察官职业行为示范规则》也规定,“检察官不单纯是诉讼代理人,他也承担司法管理的职责”。上述规定被认为是美国关于检察官实现正义责任即检察官客观义务的规定。在1935年伯格诉合众国一案中,美国最高法院裁决指出,“美国检察官代表的不是普通的一方当事人,而是国家政权,他应当公平地行使自己的职责;因此检察官在刑事司法中的目的不是胜诉,而时是实现公正,也就是说,从这个特别的、有限的意义上讲,检察官是法律奴仆,具有双重目标,既要惩罚犯罪,又要确保无辜者不被错误定罪。检察官可以而且也应当全力以赴地追诉犯罪,但在他重拳出击时,却不能任意地犯规出拳。不允许使用可能产生错误结果的不适当手段追诉犯罪,与用尽全部合法手段寻求公正的结果,二者同样属于检察官的职责”。^① 这是检察官客观义务的重要判例。

可见,检察官的客观义务无论在大陆法系还是在英美法系,都是一个重要原则。1990年9月7日通过的联合国《关于检察官作用的准则》第13条规定,“检察官在履行职责时应当:(1)不偏不倚地履行其职能,并避免任何政治、社会、文化、性别或任何其他形式的歧视;(2)保证公众利益,按照客观标准行事,适当考虑到嫌疑犯和被害者的立场,并注意到一切有关的情况,无论是对嫌疑犯有利还是不利”。

在我国,由于检察学的落后,对检察官客观义务的研究起步较晚,所以,客观义务这一术语并未被广泛使用。但是,我国检察官所具有的客观义务不仅具有理论上的共识,也是法律规定的特定义务。我国刑事诉讼法第50条规定,审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序,收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据;第168条又规定,人民检察院审查案件的时候,必须查明的内容之一

^① [美]爱伦·豪切斯泰勒·斯黛丽、南希·弗兰克:《美国刑事法院诉讼程序》,陈卫东等译,中国人民大学出版社2002年版,第230页。

是否属于不应追究刑事责任的情形;第217条规定,地方各级人民检察院认为本级人民法院第一审的判决、裁定确有错误的时候,应当向上一级人民法院提出抗诉;第243条第3款规定,最高人民检察院对各级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定,上级人民检察院对下级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定,如果发现确有错误,有权按照审判监督程序向同级人民法院提出抗诉。这里的抗诉是坚持有错必纠、客观中立的原则,既包括重罪轻判、有罪判无罪的情况,也包括轻罪重判、无罪判有罪的情况。可见,在我国,检察官客观义务不单单是学理上的共识,更是法定的义务。在我国台湾地区,检察官同样具有强烈的客观义务,检察官亦应为被告之利益执行职务,不但应一律注意于被告有利及不利之情形,亦得为被告之利益提起上诉、再审或非常上诉。因此,“检察官在台湾刑事诉讼法上‘非一造当事人’(nicht Partei),而是‘法律的守护者’”。^①

因此,公诉检察官在办理案件过程中,必须将客观义务作为贯彻始终的理念和原则。

二、存疑时有利于被告原则

“存疑时有利于被告”原则是人类司法文明进步的表现和结晶,不仅得到理论上的响应,也为司法实践所广泛接受。“存疑时有利于被告”来源于罗马法格言,是现代刑事诉讼无罪推定原则的源泉,其基本内涵即在“谁主张,谁举证”的规则下,若控方不能证明案情而使案情有疑问时,以有利于被告人利益的结论为裁决。如我国台湾地区学者林山田指出其基本内涵是“指犯罪事实存在与否在证据上尚有合理怀疑时,则本乎刑罚解释谦抑性的作用,应为有利于被告之推定”。^②因为被告不承担自证其罪的责任,“存疑时有利于被告”实质上是一个证明责任问题。存疑时有利于被告只是反映了证明责任的逻辑结果,而这一结果在客观上是对被告有利的。这一基本内涵在国外并无争论,但是,近来国内理论和实践中出现滥用之趋势,甚至出现“只要案件存在难以解决的疑问时,就作出有利于被告的选择”的局面。例如,有人认为适用该原则时,“当事实在有罪与无罪之间存在疑问时,宣告无罪,即存疑有利于自由;当事实在重罪与轻罪之间存在疑问时,认定轻罪,即存疑时应以轻缓优先;就从重处罚情节存在疑问时,应当否定从重处罚情节,即存疑时从轻处罚。”^③

(一)存疑时有利于被告原则的适用前提

“存疑时有利于被告”这一格言本身就已经清晰地为其限定了适用的前提条

① 林钰雄:《刑事诉讼法》(上册),中国人民大学出版社2005年版,第105~106页。

② 林山田:《刑法通论》,台大法律系1998年发行,第44页。

③ 刘文起:“存疑有利于被告原则的分析与实践”,载中国法院网 <http://www.chinacourt.org/article/detail/2006/01/id/192304.shtml>,2014年1月17日访问。

件——存疑时,且必须是合理怀疑,否则便无有利于被告存在的余地。人类认识的非至上性和智识的非圆满性,决定了人不可能绝对把握世界,必定存在一些无法清楚认识的领域和空间。对于刑事诉讼而言,更不可能将已经发生的案件事实原原本本地重新复制和再现,因此,疑问必然存在。如果不加区分地将所有的疑问都有利于被告,显然是不切实际的。必须是合理的疑问和怀疑才能作有利于被告处理;不具有合理性的怀疑,不得有利于被告。至于何种怀疑才算是合理怀疑,这需要进行价值判断。英国学者塞西尔·特纳指出,“所谓合理怀疑,指的是陪审员在对控告的事实缺乏道德上确信、对有罪判决的可靠性没有把握时所存在的心理状态”。^①如果说这一建立在自由心证基础上的标准,对于我国司法者来说过于抽象,那么张明楷教授提出的三项标准则是明确的、可操作的,具体来说:第一,合理怀疑的构成依据是客观事实和证据,而非随意主观猜测;第二,合理怀疑的判断标准是理智正常的、不带偏见的一般人的认识,由法官根据一般人的观念以中立的身份作出是否达到确信的判断;第三,合理怀疑的成立标准是证明有罪证据尚不确实、充分,如孤证不能定案、证据间存在的不能排除影响案件事实认定的矛盾等,反之,如果有罪证据已经确实、充分则不能成立合理怀疑。^②

在实践中,公诉检察官一方面要防止当案件存在合理怀疑时而没有认识到,另一方面要避免把明显是不合理的辩解而当成合理的怀疑。后者的典型例子是“幽灵抗辩”。“幽灵抗辩”这一称呼来源于我国台湾地区。我国台湾地区的实务中常见有伪造货币或特许证案件的被告翻供称“伪造货币或证件是只知绰号不知真名之陌生案外人所交付,不知所收受之物为伪钞或假证件”,或者走私鱼获案被告人辩称海盗强迫其购入对方鱼获,实务上冠之以“幽灵抗辩”或“海盗抗辩”。对此,学者林辉煌指出,“由被告负提出及说服的双重负担,一方面既可避免被告无中生有,滥提乌龙或幽灵抗辩,无端加重检方的证明负担,他方面又可媲美采当事人进行诉讼结构的英美先进国家法制”。^③比如下面这个案例:

【案例1:吴某劫持汽车案】

2012年7月13日14时50分许,被告人吴某在某闹市区停车场,强行乘上被害人施某驾驶的宝马汽车,持枪(事后经鉴定,该枪支为不具有杀伤力的仿真枪)迫使施某按吴要求的路线行驶。16时10分许,行驶至某小区附近时,被害人施某乘机停车跳车逃跑,被告人吴某下车追赶上施某,对摔倒在地上的施某进行拖拽,欲强行将其拖回

① [英]塞西尔·特纳:《肯尼刑法原理》,华夏出版社1989年版,第549页。

② 参见张明楷:《刑法格言的展开》,法律出版社2003年版,第319~320页。

③ 参见林辉煌:《刑事审判之证明负担及证明程度之比较法分析》,元照出版有限公司2011年版,第132、136页。