

# 论刑事程序违法法律风险的平衡

任华哲 马啸晨

[摘 要] 刑事程序违法现象在我国刑事诉讼中屡见不鲜,根源在于处于追诉方的国家专门机关所承担的程序违法法律风险有限,同时处于被追诉方的犯罪嫌疑人、被告人的合法权益难以得到保障。要改善这种情况不仅需要学习域外先进的诉讼平衡观念,同时也需要在制度上进一步制约公、检、法三机关国家追诉权的行使,以保障犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。

[关键词] 刑事诉讼;程序违法;法律风险;诉讼平衡

[中图分类号] DF6 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2009)04-0540-05

我国刑事诉讼长期深受职权主义诉讼模式的影响,公安机关、人民检察院、人民法院等专门机关作为追诉方享有广泛的权利,进行刑事诉讼活动时往往只重视实体真实的发现而忽视程序正义,且违反法定程序所面临的法律风险过小,往往不受制裁,从而导致大量程序违法现象的发生,损害了专门机关的权威和司法公正。同时,犯罪嫌疑人和被告人作为被追诉方所享有的对抗性权利十分有限,并且程序违法的法律风险过大,从而导致了刑事诉讼的失衡状态。因此,平衡专门机关的司法权力和被追诉方的诉讼权利及其程序违法的法律风险显得尤为重要。

## 一、刑事程序违法法律风险平衡之要义

在刑事诉讼中程序违法法律风险是指刑事诉讼主体违反刑事法律法规所应当承担的不利法律后果。在我国刑事诉讼法典中,诸多法条仅仅规定何种行为违反法律,但缺乏相应的法律后果规定,使得许多规定形同虚设。法律后果决定着法律规范的权威性。与其他社会规范不同,法律规范是以国家强制力保证实施并以国家权力作为后盾的,因而它具有更强的权威性。法律规范的权威性不在于它的行为模式,而在于它的法律后果。没有法律后果,法律规范就会失去其应有的权威性;而没有权威性的法律规范,显然是任何人都可以蔑视的。同时,法律后果决定着法律规范的严肃性。法律规范的严肃性主要表现为它的不可随意改变性。这种不可随意改变性是由法律后果所决定的。当行为人为一定行为模式时,其所承受的,是原已设置在法律规范中的法律后果,而不是未设置在法律规范中的其他后果。

刑事诉讼的精髓在于平衡,刑事诉讼程序应当按照平衡相互冲突的利益为中心议题而组织。要实现这一目标,不但需要明确划定国家专门机关的权限范围,确立行使国家权力的程序规则,而且应当强化被告人一方的防御力量,使国家专门机关得到来自被告人一方的有力抗衡,使攻击与防御之间、实质真实与正当程序之间达成一定的平衡,为司法公正提供切实的保障。在刑事诉讼中,犯罪嫌疑人、被告人是权利最容易受到损害的群体,加强对他们的保护,就会在整体上提升刑事诉讼的人权保障水平。这种保护,其措施之一是加强其防御力量。被告人一方的防御是针对控诉方的攻击而言的,攻击与防御不仅体现在法庭审判中,以及在审判前的侦查和审查起诉中,也需要进行充分的防御准备甚至攻防双方的交锋。在审判前就赋予犯罪嫌疑人以有力的防御“武器”,是以防御力量抑制国家专门机关的权力使之

不被滥用的基本策略。

## 二、域外刑事诉讼平衡理论

### (一)英美法系的正当程序原则

正当法律程序源于英国的普通法,盛于美国,在当今世界各国影响甚大,其发展历史与权利保障密切相关。正当程序原则强调对人权的保障,对法律的尊重,也因此为诉讼平衡论打下坚实的理论基石。正当法律程序产生之初的含义仅指保证被告一定要按照规定的刑事诉讼程序公平受审,刑事被告人享有一定受保护的權利,政府只有遵守这些程序,才可以采取反对被告人的行动。正当法律程序强调在刑事诉讼中充分保障个人的权利,限制司法工作人员权利,尤其是被告人和犯罪嫌疑人的基本人权不受非法侵害。它具有以下三个特征:(1)有权向不偏听不偏信的裁判所和正式法院陈述案情;(2)有权知道被指控的事实和理由;(3)有权对控告进行辩解<sup>[1]</sup>(第76页)。

后来,随着资本主义经济和政治利益要求的发展,美国正当法律程序的含义和范围不断扩大,分为“程序”(Procedural)和“实体”(Substantive)两个方面。程序性正当法律程序是正当法律程序的本来含义,要求国家通过公正合理的程序保障个人的合法权利并有效地解决争端;实体性正当法律程序是正当法律程序含义扩大化的产物。在这种意义下,尽管立法程序本身可能是正当合理的,但仍然可能产生不正当、不合理的法律,因此就要求法院对立法内容进行审查。这被认为能够保证公民的权利不受不正当、强制性的法律的剥夺,使个人的权利无论是从实体法还是从程序法的角度都能得到正当法律程序的保护。

### (二)大陆法系的程序法定原则

大陆法系对正当程序也非常重视,这是由程序公正的普遍性所决定的。正当程序原则在大陆法系国家主要表现为程序法定原则,而其与英美法系国家所奉行的正当程序原则在精神上是一脉相通的。刑事程序法定原则是指国家刑事司法机关的职权及其追究犯罪、惩罚犯罪的程序,都由立法机关所制定的法律即刑事诉讼法(广义上的)加以明确规定,刑事诉讼法没有明确赋予的职权,司法机关不得行使;司法机关也不得违背刑事诉讼法所明确设定的程序规则而任意决定诉讼的进程。也就是说,刑事诉讼程序规则“只能由立法加以规定,因此,只能具有立法性质”。

刑事程序法定原则作为现代法治原则在刑事诉讼活动中的体现,其基本内容主要包括两个方面:一是立法方面,即为了追究犯罪和保障人权,国家应当通过立法明确规定和设置相应的刑事诉讼程序;二是司法方面,即要求侦查机关、检察院、法院和所有诉讼参加人进行刑事诉讼活动,都必须遵守法定的程序。程序法定原则在大陆法系国家是与罪刑法定原则相伴而生的,共同构成法定原则的内容。罪刑法定原则要求“法无明文规定不为罪”、“法无明文规定不处罚”;相应地,程序法定原则要求“只有法律才能确定负责审判犯罪人的机关以及它们的权限,确定这些法院应当遵守什么样的程序才能对犯罪人宣告无罪或者作出有罪判断。所有这一切,都要由立法者细致具体地作出规定”<sup>[2]</sup>(第241页)。只有切实贯彻程序法定原则,才能有效平衡和协调国家权力和个人权利的冲突,保障公民的自由与人权。

对比两大法系诉讼平衡思想的理论基础可以明显看出,无论正当程序原则还是程序法定原则都突出国家机关对刑事诉讼法的尊重以及对当事人合法权益的保护,都显著体现出程序正义这一亘古不变的法理精神。程序正义能够确保诉讼各方对审判程序的控制及对裁判结果施加影响,它的实现保障了诉讼朝着实质正义的方向迈进,直至最后达到实质正义。只有程序正义得到实现,才能保障实质正义,进而才能保护人权。公正的程序使得诉讼各方都能够平等地参与到诉讼中来,并对诉讼结果施加影响,这是对诉讼参与人各方人格的尊重,也是体现人权保护的重要方面,是实现刑事诉讼平衡理念的重要环节。程序公正对被告人来说尤为重要,因为被告人通过积极参与诉讼程序,可与其他各方进行合理的交涉,并促使法官在裁判时充分考虑其意见和所提供的证据,使其主体地位得以实现。刑事程序不仅仅保护犯罪嫌疑人和被告人的人权,更重要的是,它还保护所有公民的人权。但是,这种保护作用正是通过

保护具体的被追诉人的权利,从而限制国家机关的权力,并防止国家机关滥用权力才得以实现的。

### 三、诉讼平衡观确立的必要性

对诉讼平衡观的研究有助于深入了解刑事诉讼的基本精神——惩罚犯罪、保障人权。国家机关所享有的追诉权力以及被追诉方享有的抗辩权利是否能够形成对抗并且相互制约,都依赖于诉讼平衡观念的树立。

首先,诉讼平衡观的确立有利于刑事诉讼法律价值之间的平衡,尤其是正义与效率之间的平衡,这也是正当程序构建的关键。找到正义与效率之间的平衡点并解决二者之间时常发生的冲突,是刑事诉讼中的一个关键问题<sup>[3]</sup>(第 316 页)。由于诉讼主体的多元化,因此刑事诉讼所追求的目标应该是多元的。作为国家专门机关而言,它所追求的目标是迅速查明案件真实,以实现国家的刑罚权;作为被害人,他所追求的是恢复受伤害的感情,被告人能够得到应有的惩罚。因此,秩序、个人自由、安全、正义都应当是刑事诉讼所追求的目标,这就需要刑事诉讼在这些目的的追求过程中做出选择。追求社会秩序的和谐是法律自始至终追求的目标,因此对个人自由、安全、正义目标的追求应当以社会秩序的和谐为基础。从历史的发展来看,平衡论是一种合乎理性的选择,是有利于刑事诉讼整体目标价值实现的一种选择。

其次,诉讼平衡观的确立也有利于刑事诉讼目的之间的平衡。刑事诉讼目的是刑事诉讼的根本之所在,它自始至终支配着刑事诉讼的各个阶段,而且刑事诉讼各个阶段的设计理念几乎都与刑事诉讼目的息息相关。尽管世界各国的刑事诉讼模式不同,但是发现实体真实,合乎正当程序,惩罚犯罪与保障人权,应当是刑事诉讼的共同目的。诉讼平衡观强调的是发现实体真实应当尊重正当程序,正当程序是在目的与手段、权力与权利之间实现适当平衡的一种理性选择。刑事诉讼的进行不仅需要而且应当遵循正当程序理念,这不仅是宪法对刑事诉讼法的要求,也是正义、自由、秩序与效率等价值的要求,是最大限度地在实体真实与人权保障之间实现适当平衡的需要。因此,正当程序应当是一种平衡程序,诉讼平衡观倡导的正当程序正好体现其核心思想。

### 四、平衡刑事程序违法法律风险的手段

#### (一)宏观方面

违反法定程序本应承担相应法律后果,我国被追诉方在行使诉讼权利时若违反程序法规定的期间、时效等相应规定必然导致行为无效,而国家机关在进行刑事追诉时违反法定程序的行为却不一定一律无效,这与我国目前刑事诉讼基本原则更加侧重于惩罚犯罪有关。因此从宏观上来说对各类诉讼主体平等设立法律后果原则并且引进程序性制裁措施是非常必要的。

刑事诉讼实践中所发生的违反刑事程序规定的各种不同类型的问题,不论是使人瞠目的冤假错案,还是令人发指的刑讯逼供,以及屡屡出现的超期羁押等等,无不与职权机关行使权力时违反刑事诉讼法已有的规定相关。另一方面,现行刑事诉讼法尚未对程序性法律后果予以充分的关注,相关司法解释中虽然增加了某些规定,但不仅不系统,而且存在可操作性差等方面的问题。其结果是刑事诉讼实践中对违反刑事程序规定的行为,基本缺乏程序性法律后果的处理。作为法律体系基本单位的法律规范,是由一系列要素按照一定逻辑通过排列、联结等方式组合而成的。在我国现行的刑事诉讼法中,“应当”一词出现频率极高。该词的每一次出现,实际上意味着立法者设定了一种行为模式。从法律规范的构成要素讲,伴随着“应当”一词的出现,理应有相应法律后果的设置,遗憾的是我国许多法律规范中没有设置法律后果。法律后果作为法律规范的构成要素,是无法予以省略的,它在法律规范中有着不可动摇的规范地位,现行的刑事诉讼法将本不应也不能省略的法律后果,有意或无意地予以省略,对此,立法者应给予充分的重视,一方面应对现行法律规范中是否缺少法律后果这一问题进行认真的审视并尽快给予补正,另一方面应在今后的立法实践中,完善法律后果的规范地位。

我国当前的程序法只是规定了实行规则,没有建立相应的违法责任后果,没有建构法律上的否定评

价机制,这就为各种诉讼主体从自身利益出发勇敢地违反程序规则产生误导作用,因为他不用担心会受到惩戒,相反可能会从破坏程序规则中获取不当利益。因此我们需要完善程序制度,建构程序违法的责任后果,即建构程序性制裁制度。程序性制裁,是指刑事诉讼法针对程序性违法行为所建立的程序性法律后果<sup>[4]</sup>(第535页)。程序性制裁对严重的程序违法行为实行程序场内的制裁,从而使程序违法者认识到违反程序法的责任后果,不能随意破坏程序规则,保障程序的法定性和权威性。只有在宏观上设置法律后果原则并引进程序性制裁,国家机关才能在行使国家权力时认识到自己违反法定程序可能带来的不利后果,明白自己的行为可能带来的法律风险,这样才能制约国家机关滥用司法权。

## (二)微观方面

平衡国家机关和被追诉方程序违法法律风险除了宏观上的制度构建外,公安机关、人民检察院、人民法院采取相关措施改进各自存在的问题,也是十分有必要的。同时被追诉方应当被赋予更多的抗辩权,这样才有可能使得我国刑事诉讼控辩双方的力量向平衡的方向发展。

在证据制度方面应当建立和完善我国非法证据排除规则。基于对非法证据排除规则作为权利救济手段的认知,为彰显正当程序的价值,对于司法机关工作人员(包括实质行使司法权力的人员)采取非法搜查、非法监听、非法扣押、非法辨认、非法审讯、非法逮捕、非法羁押等一切违反正当程序手段所获得的证据,包括实物证据和言词证据都应当依法予以排除。我国现行规定只排除非法取证所获得的言词证据,应当扩大将非法获得的实物证据予以排除,虽然在实践中可能会造成一定的困境,但从确立正当程序的需要来看很有必要。

在起诉程序确立起诉状一本主义。程序的正当化要求我们必须拒绝“先定后审”和“庭前预断”。实际上无论是“预断”还是“先定后审”,其产生的原因就在于正式审判前的阅卷,根除它们最有效的措施就是防止审判人员在正式审判前阅卷。英美国家实行起诉书一本主义,其目的就是旨在割断侦查与审判间的联系,防止法官“先入为主”,在审判前形成预断。在诉讼程序中,最首要的价值就是公平、正义,在我国法治建设时期更应重视公正价值。而且,公正价值在某种程度上有利于真正的效率价值的实现,如冤、假、错案的平反。因此,要防止“庭前预断”、“先定后审”,必须实行起诉状一本主义。

在刑事诉讼中,赋予法院广泛的司法审查权。在刑事诉讼审前程序中,要通过司法审查机制的确立,赋予并保障犯罪嫌疑人以防御权,维持国家权力与个人权力之间的平衡,从而实现控辩双方的平等。司法审查机制主要从权力制约的角度来保障侦查权适用的正当性。司法审查机制是指由中立的、行使司法权的机关对侦查机关实施强制性审查的机制。在刑事诉讼中,为了实现犯罪控制,查明案件事实真相,侦查机关有权采取强制性处分,主要包括:实施强制性侦查的行为,包括强制检查人身、搜查、扣押等;采取强制措施,包括拘传、取保候审、监视居住、拘留和逮捕;普遍适用技术侦查手段。当侦查机关的权限过于集中时,不当侵犯犯罪嫌疑人人权的危险就不可避免地会存在,因此有必要对侦查权进行适当分散与控制。当侦查机关限制或剥夺犯罪嫌疑人基本权利时,应当由中立的司法机关行使审查权,审查侦查机关权力行使的合法性、正当性。司法审查机制的确立,旨在实现国家权力与个人权利之间的平衡,旨在实现控辩双方之间的平衡,这对贯彻诉讼平衡论是十分必要的。

在完善被追诉人主体权利方面,应该确立其程序参与及选择权以增强其平等对抗权,进一步完善其辩护权。程序参与权是指程序所涉及其利益的人或者他们的代表,能够参加诉讼,对于与自己的人身、财产等权利相关的事项,有知悉权和发表意见权;国家有义务保障当事人的程序参与权<sup>[5]</sup>(第163页)。在刑事诉讼中,被追诉人成为程序参与权的主体,是由于其处于被关调查、被追诉的特殊地位,刑事诉讼的各个阶段都涉及被追诉人的利益,关乎他们的人身、财产乃至生命安全。程序参与权的内容是指:当诉讼程序关乎被追诉人的利益时,被追诉人及其代表有权到场,并表达自己的意见,对裁判结果主动施加影响,包括知悉权、在场权、发表意见权,等等。在侦查阶段,被追诉人的主体性权利面临国家公权力的威胁,其程序参与权应当得到充分尊重,如参与为羁押举行的听证;在审查起诉阶段,被追诉人的参与权也应该得到保障,辩诉交易就是典型的例子;在庭审阶段,被追诉方应始终到场,并且能够发表意见。

在我国伴随着程序参与权的就是程序选择权,近些年“普通程序简化审”的推行很大程度上完善了被追诉方的程序选择权,这无疑是一大进步。

辩护权作为刑事诉讼中最为核心的程序性权利,贯穿于刑事程序始终,同时,辩护权不是简单地附随于刑事程序,而是以这一程序的正当性为存在前提和实现的唯一途径,反过来,它又保障和检验这一程序是否正当。没有正当程序就没有辩护权,没有辩护权也就不是正当程序。在现行法律规定中和司法实践中,辩护权中最为基本的辩护人的阅卷权、会见权和调查取证权实际都处于一种极弱的地位。辩护律师在开庭审判前并不能了解起诉方所掌握的案件证据的具体内容,证据的详细内容只有在庭审过程中由控诉方作相应的展示以后,才能够有所了解。从这个意义上说,辩护人的先悉权几乎已不存在,针对案件事实和证据的内容进行的辩护工作也因此几乎没有了准备的时间。这使辩护权在强大的公诉权面前显得十分弱小。这种不对等状况的存在,使辩护权的充分行使受到了很大的制约,法庭审判的公正性在许多案件的庭审中也因此受到了损害。刑事诉讼法应当增加规定,在辩护人提出调取新的证据和传唤证人出庭作证的时候,如果辩护人明确提出所要调取的证据存在的具体地点、证人的具体地址,法庭就应当动用其司法权威调取该项证据、传唤该证人出庭作证,从而确保辩护人与公诉人具有对等抗衡权利。另外,刑事诉讼法应确保律师的先悉权。先悉权的内容并不应当仅限于起诉机关将要向法庭所提交的有利于指控的事实和证据材料,而应当是其所掌握的全部案件事实和证据材料,尤其应当包括有利于被告人的事实、证据材料。为了避免在开庭审判的时候由于辩护一方没有先悉权而导致其不能充分行使辩护权,应当在开庭前增加规定证据展示程序,这对于贯彻诉讼平衡论是有积极意义的。

#### [参 考 文 献]

- [1] 魏晓娜:《刑事正当程序原理》,北京:中国人民公安大学出版社 2006 年版。
- [2] 孙洪坤:《程序与法治》,北京:中国检察出版社 2008 年版。
- [3] 杨立新:《刑事诉讼平衡论》,北京:中国人民公安大学出版社 2006 年版。
- [4] 陈瑞华:《程序性制裁理论》,北京:中国法制出版社 2005 年版。
- [5] 卞建林、林 林:《被追诉人的主体性权利论》,北京:中国人民公安大学出版社 2006 年版。

(责任编辑 车 英)

## The Balance of Legal Risk in Criminal Procedual

Ren Huazhe, Ma Xiaochen

(Wuhan University Law School, Wuhan 430072, Hubei, China)

**Abstract:** The illegal criminal procedual always happen in our country because of the limited legal risk when the national specialized institutions who carry out prosecution functions violate the criminal procedual law, and at the same time the right of suspects and defendant is not well protected. To restrain this situation, we should not only learn the balance theory in criminal procedual from foreign countries, but also have to constrain the right of police、procuratorate and court in system to protect the right of suspects and defendant well.

**Key words:** criminal procedual; illegal procedual; legal risk; balance in Litigation