



## 法国、德国参与式侦查模式改革及其借鉴

刘计划

参与式侦查模式是一种允许辩护律师参与侦查机关进行的重大侦查活动的程序设计,即在侦查程序中引入辩护方的参与,表现为辩护律师在场,有权提出请求、评论或保留性意见,并记入笔录。参与式侦查模式的内容主要是指律师在控方进行重大侦查行为,如讯问犯罪嫌疑人、询问证人、勘验、检查、搜查、扣押等调取证据时在场。长期以来,我国刑事诉讼法学界都认为,参与式侦查模式仅在奉行正当程序至上的英美法系国家才被遵行,而传统上大陆法系国家一般将侦查活动视为侦查机关的单方行为,辩护律师不得参与其中。2004年6月,笔者承蒙欧盟“主任机动基金”项目资助,对德国、法国等大陆法系国家的刑事诉讼立法与司法改革动向进行了实地考察,发现我们的传统认识与这些国家最新的司法改革动向是不一致的,德国与法国正在推行参与式侦查模式改革。而《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)的修改已经列入全国人大的立法议程,有关侦查程序改革的讨论还不是很充分。同时,由于我国的刑事诉讼立法深受大陆法系国家的影响,因而德国和法国的参与式侦查模式改革对修改《刑事诉讼法》无疑有较大的借鉴意义。有鉴于此,笔者将在系统探讨参与式侦查模式的理论与实践价值的基础上,介绍和评述德国和法国参与式侦查模式改革的最新动向,并提出建构我国参与式侦查模式改革的设计方案。

### 一、参与式侦查模式的理论与实践价值

参与式侦查模式具有重大的理论与实践价值,具体表现在以下几个方面:

1·有利于促成侦查程序公正进行,抑制侦查人员的违法取证行为。审判程序的公正性通过审判公开与控、辩双方的同等参与来实现,这在两大法系国家都已成为现实。而侦查程序的封闭性、秘密性与单方性则一直在制约着其自身的正当性。侦查程序公正的首要要求是合法性,即侦查必须依法定程序进行。然而侦查人员在没有监督的情况下,极易进行非法取证,这是侦查权作为行政权所具有的扩张性决定的。辩护方参与侦查,是对侦查人员的一种有效监督和制衡,可以防范程序违法现象,实现程序公正,是侦查人员取证合法的保证。侦查人员犯下的错误虽然可以通过实施非法证据排除规则来救济,但非法证据排除毕竟属于事后救济。这种救济程序的繁杂性、效果不易实现性以及消极影响的不易消除性使得它具有很大的局限性,只能成为不得已而采用的方式。毋庸置疑,律师参与侦查这种事前预防方式比非法证据排除这种事后救济方式更有效。总之,参与式侦查模式有利于保障侦查取证活动的合法性。

2·有利于矫正极端功利化的侦查倾向,克服侦查人员取证的主观随意性与片面性,促成侦查客观中立化,实现侦查取证的全面性。由于辩方收集证据能力不足,侦查取证是证据收集的主要来源,在有些案件中甚至是唯一来源,因而侦查取证的全面性至为重要,更是实现刑事诉讼

公正价值的前提。虽然法律可以要求侦查人员客观、全面地收集证据,①但是实践证明,这难以避免和根本消除侦查人员取证的片面性。这是由侦查机关所具有的天然追诉倾向决定的。而律师参与侦查,就可以抑制侦查人员取证的主观性与片面性,对侦查人员忽视的有利于辩护的证据申请其收集,律师也可以亲自收集或申请法院进行证据保全,以防止因时过境迁而导致的证据遗失、毁损。辩护方有限度地参与侦查程序不仅不会妨害侦查活动的进行,相反还可以防止和纠正侦查中错误的发生,避免在重要证据的收集上出现人为或过失的偏颇。总之,参与式侦查模式有利于保障侦查取证活动的客观性和全面性。

3·有利于实现人权保障功能,防止侦查人员侵犯犯罪嫌疑人的人身、财产权利。正如德国检察制度的创始者法学家萨维尼(Carl Friedrich V. Savigny)所指出的:“警察官署的行动自始蕴藏侵害民权的危险,而经验告诉我们警察人员经常不利关系人,犯下此类侵害民权的错误。”②实践告诉我们,警察最易滥用权力。律师参与侦查对侦查人员而言是一种有力的监督和约束,可以切实保护犯罪嫌疑人的权利。例如,律师参与讯问犯罪嫌疑人程序,一方面可以对讯问实施直接监督,防止侦查人员使用刑讯、变相刑讯、胁迫等不正当的方式获取犯罪嫌疑人的口供,另一方面还有助于协助犯罪嫌疑人行使诉讼权利。如在英国,律师一般都建议委托人如何在讯问中表现。如果他认为犯罪嫌疑人能够提出好的辩护,并能解释事件的经过,他就可以建议回答问题。例如,如果犯罪嫌疑人能够圆满地解释为什么会在犯罪现场,律师就可以建议进行解释。反之,如果律师觉得警方的“证据透露”与举证责任不符,并且委托人的回答可能会对自己不利,那么就可以建议他不要回答该问题。再如,律师在侦查人员进行搜查、扣押时在场,就有利于维护犯罪嫌疑人的财产等权利。

4·有利于最大限度地发现真实,实现实体正义。刑事诉讼以惩罚犯罪为目的,必须以真实的发现为前提。也就是说,实体正义的实现,需要借助于事实的发现,而参与式侦查模式程序无疑使得真实发现更为客观,使得侦查结果更易于为控、辩双方所接受。审判程序是刑事诉讼的关键环节,控方的指控主张能否转化为有罪判决,被告人能否获得公正审判,无辜者能否不被错误定罪,都取决于审判程序中出现的证据的品质。毫无疑问,侦查程序中收集的证据对审判的结果影响极大。律师参与侦查程序,有助于提高侦查取证的合法性、客观性与全面性,使审判程序能够建立在公正的侦查程序的基础上,形成侦查程序与审判程序的有机衔接,实现审判程序公正与效率的双重价值。

## 二、德国和法国参与式侦查模式改革动向及其争议

### (一)德国和法国参与式侦查模式改革的最新动向

在英美法系国家的侦查程序中,律师参与警方侦查的情形较为常见。例如,美国律师享有广泛的申请在场的权利,包括在调查、讯问、传讯等阶段均可申请在场;辩护律师的在场权不能因调查的需要而受到限制。③在所有的冤、假、错案中,半数以上都是由目击者指证错误造成的。为了防范指证错误而采取的一项重要措施就是,以律师的在场帮助权约束侦查机关的暗示性指证。④“警察对被指控者讯问所得的一切陈述,只要其律师不在场,不论该陈述是否与事实相符,是否具有任意性,皆不得为证据。”⑤可见,辩护律师参与是侦查讯问合法性的要件。笔者在此次赴欧洲考察过程中,从德国和法国的学术同行中了解到,目前德国和法国正在推行参与式侦查模式改革,改革的内容与英美法系国家的法律规定有异曲同工之处。由于学术界对英美法系国家律师参与式侦查模式已有较为详尽的介绍,因此,笔者将着重对德国和法国的参与式侦查模式改革的最新动向进行介绍和评述。

1. 德国。参与式侦查模式改革是2004年德国议会讨论的司法改革议题之一。德国联邦司法部也曾提出过类似的立法议案。参与式侦查模式改革的目的是希望辩护律师在侦查程序中尤其是在询问证人时发挥作用。具体方案是,从侦查开始,被追诉人的律师就可以参与证人询问等证据调查程序,参与讯问其他共同被告,参与选择鉴定人,等等。改革的建议者们希望通过

这一改革措施使被追诉方较早地参与侦查程序,形成更为开放、公正的侦查程序;同时希望通过在侦查程序中引入被追诉方的参与,让被追诉方能更多地接受侦查程序的结果,使侦查所获得的证据能直接运用到审判程序中,协商也能够得以较早进行。⑥事实上,参与式侦查模式在德国已经开始实践,如律师实际可以参与讯问犯罪嫌疑人的程序,讨论中的参与式侦查模式改革只不过是扩大参与侦查的适用范围而已。

在德国,关于参与式侦查模式程序改革建议的提出有着以下背景:第一,警察、检察官等国家公职人员的侦查在审前程序中占据主导地位,几乎包揽了全部证据的收集活动。而警、检机关一旦主导乃至垄断全部取证行为,那么取证难以避免的偏颇将对法庭的公正审判形成极大的破坏力量。并且强制侦查行为的实施直接关系到犯罪嫌疑人的宪法权利,如果没有辩护律师的参与,犯罪嫌疑人的权利就会面临被侵犯的危险。在德国马克斯·普朗克外国与国际刑法研究所组织的刑事诉讼程序改革座谈会上,一名曾经做过律师的研究人员对警察、检察官调查取证的不尽客观多有批评。他认为德国刑事诉讼法虽然规定了客观性原则,⑦要求检察官和警察在侦查时承担客观取证义务,但实践中并非如此,而且与理论存在很大的差距。他呼吁法律应明确赋予律师调查权以及参与侦查的权利。德国科隆大学托马斯·魏根特教授也对检察官偏离客观取证义务的行为进行了分析。他指出,理想的情况是,检察官从司法角度客观公正地收集和判断证据,检察官的中立地位是保护被告人避免不当定罪的特殊措施:只有检察官和法官都认为被告人实际上有罪,才可以将其定罪。但在实践中,检察官的作用非常类似于更明确的当事人主义制度下的指控官员,如检察官为了被告人的利益而提起上诉的情况就很少发生。与在其他法律制度下检察官的做法一样,德国的检察官尽量避免提起日后将被证明不成立的指控。但是这与法律要求的公正性无关,而是检察官的效率和职业作风的要求。事实上,检察官违反中立立场通常不会产生任何法律后果。只有当检察官故意对他明知是无罪的人提起指控时,才会因为“起诉无辜的人”而受到惩罚。一旦作出起诉决定,德国的检察官将抛开他们的中立态度,尽力去赢得诉讼,甚至不亚于美国的检察官。⑧事实上,警察的状况由于与检察官的相似,在中立性方面显然会更弱一些,所以现代国家无不强调法官、检察官对警察的控制。在这种情况下,辩护方参与侦查程序,无疑有利于打破警、检机关独揽侦查取证的局面,形成更为开放、公正的侦查程序。第二,为了提高诉讼效率,德国出现了庭审协商制度,并在近20年来得到了迅速发展。⑨为了保证庭审协商顺利进行,缩短法庭审理的时间,对证据的审查提前到侦查阶段,即允许辩护方参与侦查,会更有助于辩护方接受侦查程序的结果,从而避免法庭审理的拖延。

2. 法国。在法国,参与式侦查模式也成为其改革的方向。根据法国现行法,对现行重罪案件,如果预审法官尚未受理,检察官可以对任何犯罪嫌疑人发出传票。检察官应当立即讯问依此方式被传唤的人。如果被传唤者是由辩护人陪同自动前来,则只能在辩护人在场情况下对他进行讯问。⑩但警察讯问犯罪嫌疑人时,辩护律师无权在场。国民议会与参议院曾对警察讯问时律师在场问题进行过激烈辩论,但立法尚没有予以肯定,据说原因之一是律师的数量不够。不过,这一问题的提出本身就具有改革的意义。另外,根据现行法,在预审阶段,除非双方当事人的律师在场或者已经合法传唤,否则不得听取当事人的陈述、讯问当事人或者让其对质,除非当事人公开放弃此项权利(1993年1月4日第93-2号法律);应当在讯问或者听取当事人陈述的5日前以有回执的挂号信、有回执的传真或者在档案内注明的口头传唤通知律师(1993年8月24日第93-1013号法律)。预审法官应告知被审查人,未经其本人同意,不得对他进行讯问,此项同意只有在他的律师在场时方可取得(1993年8月24日第93-1013号法律)。2000年6月15日修改的《法国刑事诉讼法典》规定,预审阶段的当事人包括被告和民事当事人可以要求预审法官进行所有可能有助于发现事实真相的调查。而在2000年6月15日之前,只有检察官可以提出上述要求,当事人只能要求预审法官进行某些有利于发现事实真相的调查。法律的修改还进一步扩大了被追诉方的在场权,即受审查人的律师在法官勘验现场、讯问和询问第三人时有权在场。○11可见,辩护方在侦查程序中的参与程度在加大。

在法国,司法鉴定程序也体现了参与性。此次笔者在法国考察过程中,巴黎大审法院第一副院长Bi-boche先生介绍了司法鉴定辩论中的辩护律师对质的问题。在1993年修改《法国刑事诉讼法典》后,当事人有权在出现技术疑难时要求司法鉴定。《法国刑事诉讼法典》在2000年6月15日修订后,当事人的权利进一步加强,不仅可以申请司法鉴定,而且还可以一定程度地参与司法鉴定,如可以要求司法鉴定员回答问题。涉案证人、○12犯罪嫌疑人、被告人都可以在鉴定时申请听取其意见。然而法律没有明确规定犯罪嫌疑人、涉案证人、刑事附带民事原告及律师对司法鉴定员在技术方面提出还应该进行哪些方面鉴定的权利,所以很难说在司法鉴定方面法国在从纠问式向控辩式转变。但他个人认为,应该允许律师对司法鉴定员作出的鉴定结论特别是在技术方面提出问题和要求进行更深入或其他方面的鉴定。而在刑事诉讼中会出现鉴定员作出了鉴定结论而一方当事人却申请其他鉴定员进行重新鉴定的情形下,诉讼时间就会延长。如果允许当事人的律师在司法鉴定的过程中要求对某些技术性问题进行深入的或者附加的、补充性的鉴定,就可以避免鉴定结论提出之后再重新进行鉴定的情况发生。特别是在严重的灾难如空难案件中,由于其技术性比较强,后果比较严重,而责任难以划分,经常会出现一方指定鉴定员后而另一方要求指定另外的鉴定员进行重新鉴定的情况,而这往往导致案件久拖不决。解决方案就是,在鉴定结果出来后,允许对方当事人提出意见和建议,司法鉴定员在听取意见和建议后对鉴定结论进行修改或者作补充鉴定。这种做法是可行的,也有利于避免一方作出鉴定结论另一方却申请无效、撤销的情况发生。司法鉴定对预审法官非常重要,这是因为预审法官主要负责调查比较复杂、严重的案件,它们往往涉及司法鉴定,而司法鉴定对诉讼程序的进行影响又很大。在进行责任事故以及特殊的鉴定如医学、心理和精神鉴定时,鉴定人可以询问被鉴定人。如果预审法官要求重新鉴定,必须作出附理由的决定。预审法官拒绝对质时,也需说明理由,而拒绝重新鉴定时则无须说明理由。而Biboche先生认为,任何拒绝都应附理由。当事人尽管不直接参加鉴定进程,但可以请求预审法官听取有关专家的意见。在司法鉴定开始时,当事人可以申请司法鉴定员进行某些调查,听取有关专家意见,确定鉴定方向。不过,这其中的困难是当事人无法知道鉴定的进程以及有关人员的作为。并且鉴定人没有义务一定要听取被告人、被害人及其律师的意见,告知司法鉴定的进程。在目前法律没有修订的情况下,没有法律禁止鉴定人在报告中写明是如何鉴定的以及鉴定的方向,尽管实际上也可以这么做。Biboche先生在审理经济案件时,就会要求司法鉴定人向当事人说明鉴定的方向和作出鉴定结论的过程,让当事人有清楚的了解。他认为,在刑事诉讼中,律师可以要求司法鉴定员进行某些方面的调查、研究,在庭审时可以向鉴定员提出问题,包括鉴定方法是什么以及如何得出这一结论的,等等。Biboche先生同时指出,法国正在酝酿和推行对司法鉴定中辩护律师对质权的改革。

## (二)异议及其回应

当然,在关于参与式侦查模式改革的讨论中,也有不同的声音。德国慕尼黑大学法学院许迺曼教授对参与式侦查模式程序改革即持保留态度。他认为,进行参与式侦查模式改革是有代价的。这主要表现为以下三方面的缺陷与不足:第一,可能会造成审判程序的空洞化。他认为,辩护方是用审判程序中的辩护权来换取侦查程序中的参与权。如果律师在侦查程序中已经有参与询问证人的机会,那么法官在审判程序中只要阅读笔录就可以了。这就等于放弃了直接审理和言词审理原则,进行审判程序已经没有意义了,也就把整个刑事诉讼的中心转移到侦查程序了。如果是这样,就可以把审判程序取消掉,只需建构好参与式侦查模式程序就够了。第二,在侦查程序中,被告人可能没有聘请辩护律师,准备等到审判程序中才聘请。如果整个重心都转移到审判程序之前的侦查程序,被告人就没有真正得到辩护的可能性。该改革必须以律师全程参与为前提,要保证从被列为犯罪嫌疑人第一分钟开始到进行侦查时获得辩护律师。而德国现有的律师数量也满足不了需要。每一个案件都要请律师辩护,被告人在财力上恐怕也难以负

担。因此,理想的参与式侦查模式程序,因在经济上无法负担而缺乏现实性,对于那些因经济财力有限而没有聘请律师的犯罪嫌疑人也是极不公平的。第三,可能带来侦查程序瘫痪的危险。律师在场会使得侦查的进行受到阻碍,使侦查目的无法达成。如果从侦查程序一开始,律师、犯罪嫌疑人可以全程参与的话,就可以知道侦查方向,从而会想尽一切办法在侦查程序中阻止调查、影响证人,从而使得侦查工作无法正常进行。许道曼教授对此举例说明。检察官将询问三个证人。他告诉律师:“明天我要甲作证人,后天由乙作证人,大后天要询问第三个证人丙。”这样就给了犯罪嫌疑人和辩护律师影响证人的一个机会,使得证人证词失去确定性,使侦查程序和结果受到重大影响。如果第三证人丙是犯罪嫌疑人的好朋友,他会对犯罪嫌疑人说:“我可以在作证时作有利于你的陈述,而且本身没有伪证罪的危险,只要你告诉我前两天证人证言的内容,我就可以据此设计可信的证言。”那么犯罪嫌疑人及辩护律师全程参与的这种透明的侦查程序,就会使侦查失去意义。但如果不参与的话,辩护律师就不会知道证人证词的内容,也就不那么容易左右证人的证言。许道曼教授认为,他不是完全反对参与式侦查模式,而是担心参与式侦查模式程序可能会过于削弱检察官与警察行使职权的效率,妨害取证的效果,因为侦查程序的本质是侦查机构先一步进行,如果犯罪嫌疑人在场,侦查就完全没有意义了。因此,他主张使用录像监控的方式代替律师在场。○13

对于许道曼教授所指出的参与式侦查模式的三项缺陷,笔者认为都是可以通过转换角度进行考量而成为积极方面或者予以化解的。具体分析如下:第一,对审判程序空洞化的担心是不必要的。理由如下:首先,我们不能将审判程序与侦查程序两者割裂开来,不能认为强化对侦查程序的参与就是削弱审判程序,我们也不能为了强调法庭审判而否认辩护方参与侦查程序的价值。侦查程序应当为审判程序打下坚实的证据基础,而不是留下后遗症;否则,侦查取证上的一团糟,只会给审判程序的进行带来效率的降低与公正的受损。如果律师在侦查程序中参与了询问证人,那么就可以避免证言的错漏,防患于未然;如果控、辩双方均在庭审中对该证据没有异议,法官进行言词审理原则的意义与必要性自然就减弱了,但我们不能据此就认为进行审判程序没有意义了。一方面,刑事诉讼的中心一定程度上向侦查程序转移,不意味着就可以取消审判程序,因为再完美的参与式侦查程序也不能不以保障审判程序为目标。另一方面,辩护方也不是用审判程序中的辩护权来换取侦查程序中的参与权,而是将辩护权适用范围前移,实际上扩展、强化了辩护权。侦查程序中辩护律师行使的权利与在审判程序中的相比虽然较弱,但总比不参与而形成侦查权力监督的真空要好,而且审判程序中辩护权不但没有受损,相反还更具有针对性,更富有效率。其次,审判程序的简易化已经成为世界潮流,普通程序审理案件的比例在降低,这既是对案件数量不断增加呼唤繁简程序分流的回应与必然体现,也是侦查程序质量提高的结果。参与式侦查模式显然有利于审判程序简易化目标的实现,因为高质量的没有争议的侦查程序是审判程序简易化的保证。第二,如果某个犯罪嫌疑人在侦查程序中没有聘请辩护律师,在审判程序中才聘请,辩护律师仍然可以在审判程序中发挥作用,就此而言,程序重心仍然在审判程序。担心律师数量不够、犯罪嫌疑人和政府财力不足会影响参与范围以及导致参与的不平等的考虑有一定道理,但不能因为律师数量不足,就否认律师参与的意义与必要性。就像不能因为面包不够分,就不予分配的道理一样,基于人道主义考虑,完全可以也应当将面包分给孩子和老人。有财力的犯罪嫌疑人可以自己聘请律师;没有财力的重罪案件犯罪嫌疑人可由国家为其指定律师并承担费用,也就是说,参与式侦查模式可先施行于重大案件。须知,各国指定辩护制度开始指定案件的范围也是起初受到限制并逐步扩大的,并没有说律师不够就不建立法律援助制度的,也没有说要等到律师数量足够时才建立法律援助制度。第三,对参与式侦查模式会使侦查程序瘫痪的担心是多虑了。应当说,律师的参与是在不影响、不干扰侦查正常进行的前提下的参与。也就是说,我们可以通过设置参与的例外来避免参与对侦查的消极影响。例如,紧急情况下不通知或者提前告知将影响侦查时,可不预先告诉辩护律师目的或者临时通知律师参与,这样就可以避免律师参与带来的消极影响。我们也不能认为辩护方参与就必

然对侦查活动构成破坏并借此抵制律师的参与。事实上,完全存在这样一种情况,即辩护方的参与不影响侦查的效率而又能促成侦查的公正进行。总而言之,辩护方的参与完全可以做到一举两得,即实现侦查程序的效率与公正的双赢。

### 三、我国参与式侦查模式程序的制度设计

目前,在我国的刑事司法实践中刑讯逼供、超期羁押、非法搜查和非法扣押等严重侵犯犯罪嫌疑人人身权利和财产权利的现象还时有发生。产生上述现象的主要原因是:《刑事诉讼法》及其传统诉讼理论一直将侦查程序仅仅认为是公安机关单方面进行查获犯罪嫌疑人、收集犯罪证据、查明案件事实的国家活动。作为辩护方的犯罪嫌疑人及其律师既无权进行调查取证活动,也无权参与侦查人员的取证活动。这种做法既与现代侦查的公开化趋势不符,也不利于实现查明案件事实和保障犯罪嫌疑人人权的双重目的。长期以来,我国学术界一直对大陆法系职权主义诉讼模式在保障人权方面的所做的努力有所忽视。事实上,大陆法系国家对犯罪嫌疑人、被告人权利保障的力度丝毫不比英美法系的当事人主义模式逊色。○14笔者认为,考虑到我国的法律文化传统,借鉴大陆法系国家的一些先进立法经验似乎更是当务之急。德国、法国近年来推行的参与式侦查模式程序改革对完善我国侦查程序无疑具有启发意义。我们应顺应保障犯罪嫌疑人辩护权的国际发展趋势,构建公正、公开和对抗的侦查程序,落实、尊重和保障有关人权的宪法条款。立法则应赋予犯罪嫌疑人在侦查阶段聘请律师作辩护人的权利;扩大辩护律师参与侦查程序的活动范围;赋予律师充分发挥维护侦查程序正当性与合法性作用所需要的权利,包括与犯罪嫌疑人秘密会见权和通信权、调查取证权、申请证据保全权以及参与侦查权等在内的各项权利,并对其权利的行使提供各种保障。具体而言,我国的律师参与式侦查模式程序的设计方案应该包括以下几个方面的内容:

1. 参与讯问犯罪嫌疑人。无论是国际人权公约还是现代各法治国家,无不保障犯罪嫌疑人、被告人不被强迫自证其罪的权利。在刑事诉讼中,以刑讯等各种施加强制力的方式获取口供的效力已被彻底否定。供述的自愿性成为讯问正当性以及口供可采性的前提。为保障犯罪嫌疑人、被告人不被强迫自证其罪这一特权,多种法律程序机制得以确立,如讯问前的告知、律师在场、全程录音录像以及非法证据排除规则,等等。律师在场是犯罪嫌疑人、被告人获得律师帮助的最基本要求之一。

《刑事诉讼法》第43条规定:“严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据。”这就以基本法律的形式确立了严禁以非法方法取证的规则,而最高人民法院的司法解释则否定了以各种非法方法获得的口供的证据效力。○15所谓“非法方法”,从《刑事诉讼法》的列举来看,就是指各种违背犯罪嫌疑人、被告人意志的方法。笔者认为,上述规定已经以间接的、双重否定的方式确立了口供自愿性规则,或者说就暗含了口供自愿性规则的精神。但确立口供自愿性规则本身并不能解决刑讯逼供这个禁而不止的问题,没有程序保障,这一规则本身必然名至而实不归。凡程序保障措施,除了侦查人员履行事先告知义务否则所获供词即无证据效力以外,还有别的方式,诸如讯问同步的程序保障,包括律师在场、录音录像以及事后的救济机制(即非法证据排除规则)等。这些方式在不同阶段共同发生作用。然而在今后相当长的一段时间内,非法讯问所得口供排除规则在我国遏制刑讯逼供保障讯问正当性方面的作用将极其有限。虽然司法解释规定了非法口供排除规则,但是一方面《刑事诉讼法》没有建立起程序性裁判机制,而建立这一机制又是何其之难;另一方面,非法讯问的现象较为普遍,非法口供排除规则在实践中很难实行。○16还有,这种方式毕竟是事后救济,具有很大的局限性。最为理想的方式应当是建立起防范刑讯逼供的制度。公安部《关于办理刑事案件的程序规定》虽也规定了录音录像制度,但是又如何避免没有律师在场的录音录像成为刑讯的遮盖布呢?讯问犯罪嫌疑人时,律师在场无疑是防范、消除刑讯逼供,遏制侦查人员采用威胁、引诱、欺骗等非法方法讯问,保证供述自愿性与真实性的最有效的程序保障。它通过辩护方的参与使

得讯问不再是单方面、秘密的进行,最大限度地遏制了侦查中的刑讯逼供行为。事实上,律师在场也同样有利于控方。前不久,笔者在与北京市某区人民检察院检察官座谈时了解到,如果被告人因侦查阶段认罪态度好被取保候审而后在法庭上翻供的,该区法院对检察机关在侦查阶段以录音、录像固定的口供也不予认定,检察机关对此不能理解并有颇多怨言。试想,如果口供是律师在场并签字的情况下固定的,法庭还有什么理由不予采信呢?对于讯问犯罪嫌疑人时律师在场的问题,近年来我国学术界进行了广泛讨论,目前基本上已经形成共识,一些地方还曾进行过试点,取得了良好的效果。○17当然,由于律师在场与录音、录像任何一种方式都具有局限性,最为理想的方案是两者并用。

对此,可以设置以下具体程序:侦查人员每次讯问犯罪嫌疑人之前,必须告知其有不被强迫自证其罪的权利(或者告知,对于侦查人员的讯问,可以选择回答也可以选择不回答),并有权要求律师在场。如果犯罪嫌疑人主张律师在场,侦查人员必须通知其自行委托的律师或者值班律师到场,在律师到场前不得进行讯问。讯问笔录必须由律师签字。如果犯罪嫌疑人放弃律师在场的权利,应由其作出放弃的书面声明。放弃声明附于讯问笔录之后。

2. 参与询问证人。近年来,有关证人证言的问题一直困扰着审判实践。实践中,侦查人员询问证人,形成书面证言,在移送审查起诉时移交给检察机关,检察机关往往会照单全收,虽也进行一定程度的审查,但是由于书面审查的局限性,难以发现什么问题。检察机关审查后决定提起公诉的,由公诉人向法庭宣读这些书面证言。同时,辩护律师在庭前收集了该证人的书面证言的,也会向法庭举证宣读。于是,法庭上就可能出现来源于同一证人而内容矛盾的两份书面证言。造成这种现象的原因是多方面的。有的是侦查人员询问证人程序有瑕疵,根据侦查需要选择性地记录证言;有的甚至是指名问证,违背证人的真实意思记录证言。由此造成的问题是,案件事实被混淆,案件裁判事实的基础难以保证。律师取证也可能存在这种情况,从而导致证言存在差异。当庭审中出现这种情况时,检察机关动辄以伪证罪或者妨害作证罪将律师予以拘捕甚至起诉。也就是说,律师为之辩护的被告人是否有罪尚未确定,而自己已经涉嫌作伪证或妨害作证被抓起来了。这是困扰司法实践的一个重大问题,也是律师辩护制度发展面临的窘境。面对这一难题,建立证人出庭作证接受控、辩双方的交叉询问机制以及实行传闻证据排除规则无疑是理想的方案。然而,解决证人出庭作证的问题虽已呼吁已久,但由于多方面的原因,解决起来尚需时日。而且在证人已出国、死亡或者下落不明的情况下就会出现证言真假难辨的局面,案件的质量从而难以保证。由此可见,律师参与侦查人员对证人的询问有利于避免证言的谬误。而如果侦查人员询问证人时通知辩护律师到场参与,就可以避免在对证人取证时出现的偏差,避免开庭前双方重复询问证人,从而也可缓解证人出庭的压力。由于询问证人一般不存在紧急情况,因此,侦查机关应通知律师到场。

3. 参与鉴定。众所周知,我国刑事诉讼中的鉴定制度在实践中暴露出很多问题。侦查阶段、审查起诉阶段、审判阶段中存在着大量的重复鉴定、多头鉴定,这既耗费了司法资源,又延误了诉讼时间,降低了司法效率。鉴定结论是一种重要的证据。受鉴定人的素质、责任心、鉴定程序等因素的影响,鉴定结论呈现出一定的变数,甚至有的鉴定人故意出具虚假的鉴定结论。虽然全国人大常委会颁布实施了《关于司法鉴定管理问题的决定》,但问题仍然存在。如何使鉴定结论更加科学,更能为犯罪嫌疑人与被害人双方所接受,这不仅是实现司法公正的需要,也是提高效率、防止案件久拖不决的需要。实践中,由于侦查机关实行单方面侦查,往往自行指定或委托鉴定人,而犯罪嫌疑人对鉴定程序又一无所知,鉴定结论的可信度因此受到质疑。依《刑事诉讼法》第121条的规定,犯罪嫌疑人虽然有权申请重新鉴定与补充鉴定,但由于往往事过境迁而难保公正,而且还降低了诉讼效率。这表明事后救济具有很大的局限性。可以说,犯罪嫌疑人、辩护律师参与鉴定程序是提高鉴定结论接受程度的最好方式。如果犯罪嫌疑人、辩护律师有机会参与鉴定,包括选定鉴定人、参与鉴定程序以及鉴定结论的形成,必将有利于其对鉴定结论的接受和鉴定公正性的提高。辩护方如何、在多大程度上参与鉴定程序还

可以作进一步探讨。当然,被害人一方对于鉴定程序的参与也是十分重要的,因为如果被害人对鉴定结论不服,也会影响诉讼的进行。

4. 参与勘验、检查。勘验、检查的目的是取得证据;勘验、检查的情况要用文字固定下来,形成勘验、检查笔录,才能作为证据使用。勘验、检查笔录的客观性与真实性是其证据价值的生命。为了保障勘验、检查笔录的客观性与真实性,发挥其在正确认定案件事实方面所起的作用,《刑事诉讼法》第106条规定:“勘验、检查的情况应当写成笔录,由参加勘验、检查的人和见证人签名或者盖章。”从这一规定来看,勘验、检查需要见证人在场,根据立法部门的解释,见证人在场的价值在于“加强勘验、检查人员的责任心”……“获得准确、科学的勘验、检查结果,保证正确处理案件”;而见证人可以是当事人的家属,也可以是侦查机关许可的公民。○18由此,律师以辩护人的身份参与勘验、检查,应当毫无问题,而且一定会对侦查人员形成有力的约束,防止公安机关随意地下结论,从而大大增强勘验、检查笔录的可信性,最大限度地防止错误发生。

5. 参与搜查、扣押。搜查是侦查机关发现证据的重要方式,而扣押是获取、固定证据的基本手段,但是,搜查与扣押关涉公民的人身、财产、住宅等基本权利,极易被滥用,以致侵犯人权,使证据失实。基于此,法律程序的合理规制,是保证搜查、扣押程序正当性及获得证据效力的保证。为此,《刑事诉讼法》第112条第1款、第113条、第115条构建了见证人制度,即搜查、扣押时,须有见证人在场并于笔录和扣押清单上签名(盖章)。搜查、扣押时见证人在场见证,有利于证实搜查、扣押情况,保障搜查、扣押所取得的证据的真实性与可靠性;便于监督,有利于保证搜查、扣押依法进行;有利于证明证据的来源,以体现证据的证明力。由此可见,律师作为辩护人在搜查、扣押时在场参与,应当不存在任何障碍,而且律师在场对保证搜查、扣押的合法性、真实性、客观性与全面性更为有利,因为来自辩护方的监督更有力。如果遇到侦查人员搜查、扣押不当及片面收集证据时,辩护方也能够及时申请法院进行证据保全,以免时过境迁致使证据遗失或损毁。律师参与搜查、扣押,有利于减少法庭上对搜查、扣押合法性与真实性的质疑,有利于辩护方接受控方证据及指控,从而提高审判效率。同时,律师参与搜查、扣押比采取事后救济机制即非法物证排除规则更有效、更经济,在程序操作上也更简便。总之,律师参与搜查与扣押,既无制度障碍也有利于促进司法公正与效率。当然,法律也要对律师参与搜查与扣押设置必要的例外情形,如在执行逮捕、拘留的时候遇有紧急情况实施的无证搜查等。

注释:

①例如,我国台湾地区所谓的“刑事诉讼法”第2条要求侦查人员于犯罪嫌疑人有利及不利之情形一律注意。

②转引自龙宗智:《评“检警一体化”——兼论我国的检警关系》,《法学研究》2000年第2期。

③参见熊秋红:《刑事辩护论》,法律出版社1998年版,第226-227页。

④参见张泽涛:《目击者指证规则中的若干问题》,《环球法律评论》2005年春季号。

⑤王兆鹏:《美国刑事诉讼法》,北京大学出版社2005年版,第8-9页。

⑥参见陈卫东、刘计划、程雷:《德国刑事司法制度的现在与未来》,《人民检察》2004年第11期。

⑦德国奥格斯堡大学约阿希姆·赫尔曼教授认为,所谓客观性原则,就是要求检察官、警察负有义务,应当不偏袒、公正地采取行动,特别是要全面地侦查事实真相。见《德国刑事诉讼法典》,李昌珂译,中国政法大学出版社1995年版,“中译本引言”第15页。

⑧参见[德]托马斯·魏根特:《德国刑事诉讼程序》,岳礼玲、温小洁译,中国政法大学出



版社2004年版,第41页。

⑨参见刘计划:《中国控辩式庭审方式研究》,中国方正出版社2005年版,第365—369页。

⑩参见《法国刑事诉讼法典》,余叔通、谢朝华译,中国政法大学出版社1996年版,第34页。

○11参见赵海峰:《法国刑事诉讼法典的重大改革评介》(上),载赵海峰主编:《欧洲法通讯》第1辑,法律出版社2001年版,第162页。

○12法律规定当事人在认定犯罪嫌疑人证据不足时是涉案证人的身份。

○13德国最初开展录像监控的实践是基于证人保护的目,特别是对于强暴案件的被害人及未成年人,通过制作播放录像的方式使其在审判程序中不需要继续作证。

○14参见张泽涛:《反思帕卡的犯罪控制模式与正当程序模式》,《法律科学》2005年第2期。

○15《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第61条规定:“严禁以非法的方法收集证据。凡经查证确实属于采用刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法的方法取得的证人证言,被害人陈述,被告人供述,不能作为定案的根据。”

○16非法口供排除程序规则建立与实际发挥作用的情况,在我国不容乐观。参见陈瑞华:《审判之中的审判——程序性裁判之初步研究》,《中外法学》2004年第3期。

○17参见顾永忠:《关于建立侦查讯问中律师在场制度的尝试与思考》,《现代法学》2005年第5期。

○18参见胡康生、李福成主编:《〈中华人民共和国民事诉讼法〉释义》,法律出版社1996年版,第120页。

(作者系中国人民大学法学院副教授、法学博士)



法商研究2006年 03期

更新日期: 2007-3-28

阅读次数: 1131

上篇文章: 英国对沉默权的限制

下篇文章: 宪法在刑事审判中的适用研究

 打印 |  关闭

 TOP