

# 检察再出发

刘 哲 著

清华大学出版社  
北 京

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签，无标签者不得销售。

版权所有，侵权必究。侵权举报电话：010-62782989 13701121933

图书在版编目 (CIP) 数据

检察再出发 / 刘哲著. — 北京：清华大学出版社，2018

ISBN 978-7-302-50860-1

I. ①检… II. ①刘… III. ①检察机关—工作—研究—中国 IV. ①D926.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 178629 号

责任编辑：刘 晶

封面设计：汉风唐韵

版式设计：方加青

责任校对：宋玉莲

责任印制：宋 林

出版发行：清华大学出版社

网 址：<http://www.tup.com.cn>，<http://www.wqbook.com>

地 址：北京清华大学学研大厦 A 座 邮 编：100084

社 总 机：010-62770175 邮 购：010-62786544

投稿与读者服务：010-62776969，[c-service@tup.tsinghua.edu.cn](mailto:c-service@tup.tsinghua.edu.cn)

质 量 反 馈：010-62772015，[zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn](mailto:zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn)

印 装 者：三河市铭诚印务有限公司

经 销：全国新华书店

开 本：170mm×240mm 印 张：18.25 字 数：254 千字

版 次：2018 年 9 月第 1 版 印 次：2018 年 9 月第 1 次印刷

定 价：69.80 元

---

产品编号：078851-01

献  
给  
我  
的  
母  
亲



## 推 荐 序

百年风云变幻，检察制度几经沉浮，终因法治而勃兴。面对三重改革叠加，检察将向何处去？刘哲检察官发出深沉的历史之问，并给出了自己的思索和方案。纵观全书，能够清晰感受到一位年轻检察官身上难得的历史胸怀和现实责任，字里行间折射出他的司法理性和检察情怀。本书是用心之作、良心之作，我愿推荐给各位读者。

——樊崇义

这是一本随笔集，是法律人思考法律问题的随笔集，也是一位检察官从公诉的角度思考法律前沿问题的随笔集。本书文笔流畅，可读性强，对问题信手拈来，娓娓而谈，具有很强的思辨性，对读者将有较大的启迪。

——陈瑞华

一个好的顶层设计固然对检察改革再出发至关重要，处于办案一线的检察官本着问题意识和担当精神进行深度思考，提供一些建设性的解决思路，对于检察事业的长远发展也有重大的积极意义。刘哲检察官不满足于日常办案，他勤于思考，笔耕不辍，为检察改革尤其是公诉工作提出了许多见解，值得一读。

——周光权

从公诉理念到司法制度，从警检关系到法治机理，《检察再出发》一书纵横交错，视角多元，文字流畅，引人入胜，全面展示了一位善于反思又勤于写作的检察官的思想世界。能办案、能写诗、能作文、能出书，在刘哲身上，体现出新一代检察官的专业素养与人文情怀。

——车浩





# 序

刘仁文<sup>[1]</sup>

北京市人民检察院公诉部刘哲检察官的《检察再出发》即将由清华大学出版社出版，作者邀我作序，我欣然从命。

我与刘哲的相识缘于2012年在镜泊湖召开的一次死刑研讨会。彼时，蒙蒙细雨中，我们夜游镜泊湖，大家谈到我刚出版的一本随笔集《法律的灯绳》，并各自对灯绳的含义作出自己的解读。当晚回到房间，收到刘哲给我发来的一首词，记得里面有“细雨林间慢行，胜过把酒言欢，灯绳勾心弦”这样的美句。此后，我与他一直保持联系，并不时收到他发来新的诗作和文章，我们还曾共同研究过强制医疗的司法程序完善等问题。

特别是近年来，我经常在一些公众号和报刊上读到他的各类文章，有的短小精悍，有的洋洋洒洒，比如收入本书的同名文章《检察再出发》就将近两万字，这似乎违反了公号文章的一般格式，却也产生了广泛的影响，据说累计点击量超过了15万次，引起不少检察机关领导的重视。现在，作者把这些文章结集出版，当然是一件可喜可贺的事情。

翻阅本书，我有以下几点突出印象：

一是厚重的历史感，浓浓的检察情怀。检察之所以要再出发，是因

---

[1] 中国社会科学院法学研究所研究员、刑法研究室主任、博士生导师，最高人民检察院公诉厅原挂职副厅长。

为检察制度处在三重改革叠加的历史关口。作者从百年检察制度变革的历史视角和各国检察制度本源的比较法视角出发，发出了“检察向何处去”的追问，其给出的答案也发人深省：“放眼更加长远的未来，以大尺度的历史观考察检察发展路径，公诉权应成为当之无愧的检察核心，公诉权是检察制度的源头和归属，是检察制度的灵魂，应当以强大诉权回应以审判为中心的召唤，将庭审打造成检察制度的发言席和宣传栏，以自组织的管理模式理顺检察内部激励体系，在法庭上强势回归，使公诉人成为人格化的检察制度，以指控立德、立言、立行，以思想力、语言力、行动力赢得实实在在的公信力，将以往分散用力的检察布局向诉权方向集中，以专业化细化诉权分工，以诉权为核心整合检察职能，打造检察核心竞争力。”他还主张，要重新诠释公诉权内涵，将公益诉讼注入其中，让公益诉讼成为新时代检察制度的战略增长点，使公益诉讼与指控犯罪成为新时代检察制度的双轮驱动。这些思想，体现了一名一线检察官的历史情怀和法治理想。

**二是内容覆盖面广，时空跨度大。**从内容结构看，作者由公诉到检察再到司法体制最后到法治机理等宏观问题，这样就可以把我国公诉工作和检察体制放到整个司法体制和依法治国的事业中去考量；从时间跨度看，上至对检察制度本源的探讨，下至对未来之法的展望，当然重点还是放在当下；从国别看，作者立足我国，放眼世界，如从“重庆纂江虹桥垮塌案”中法院对于检察机关指控罪名的变更这一问题谈起，引发对诉因制度的英美法系和大陆法系之考察。

**三是有问题意识，行文接地气。**例如，作者在《即席发言的意义》一文中，指出过去存在的我们熟悉的法庭场景：一个公诉人经常闷头完整宣读完好多页书面的公诉意见，法官也不好意思打断，有时公诉人甚至还会在答辩提纲中翻找答辩意见。作者认为，这一看似检察机关优势的做法，在以审判为中心的诉讼制度改革背景下，已经成为一种劣势，



鉴于此，公诉人应提倡和锻炼即席发言。他认为即席发言有五个好处：一是尊重；二是自信；三是现场呼应；四是更好地抓住重点；五是给人留下更深刻的印象。在《说说公诉腔》等文中，作者批评了某些公诉人在法庭上那种“总感觉有点端着”的语态和话术，认为这种“煞有介事”的气势和姿态不能产生令人心悦诚服和直达人心的效果，反而容易使人产生做作和疏离感。与此同时，他也肯定和表扬了另一些公诉人好的做法，如尊重被告人、重视沟通理性、平和有耐心等。

**四是从司法规律出发，不迷信权威。**针对有人提出起诉书宜简洁，甚至有知名专家主张“一句话起诉书”，作者认为，“一句话起诉书”体现了侦查中心主义下的庭审形式化和效率优先原则，随着庭审实质化程度的加强，起诉书应该追求的核心目标是叙述性。如果说判决书要把“理”说清楚，那么起诉书就是要把“事”说清楚。对于起诉书的篇幅来讲，应该服从叙述性的充分展开，“事”没说清楚，不能停笔。此外，作者还提出“我出庭我做主”，认为对领导定好的出庭方案，出庭公诉人完全可以根据庭审的变化而调整，唯此才能取得好的效果。他还针对司法实践中的汇报，提出“司法官的汇报艺术”这样一个命题，认为需要从语言、能力、个人品格和担当等方面来掌握好这门实用艺术。

**五是尊重人性，弘扬人性。**书中随处可见人性字眼或与人性相关的表述，如作者提出，公诉人首先是人，是人就要有人情味，所谓不忘初心，公诉人的初心就是人性；司法规律与人性规律相通，人性是法治信号的强化器。从此出发，作者呼吁重视被告人的认罪悔罪，也对冤假错案的酿成表现出无尽的痛。他提出“我们办的不是案件，是别人的人生”，机械理性的执法方式只是司法伦理的最低水准，只有倾注情感，才能闪烁人性光辉。这些话语令人感到温馨和鼓舞。

本书不同于一般的自媒体文章合集，它体现的是刘哲检察官对一系列检察制度和法治问题的认真思考，不少地方带有对检察制度本源性问题

题和方向性问题的探讨。其行文表述带有较强的口语属性，不同于一般的学术论文，可以通过平实、真切、直击人心的语言把复杂问题讲得深入浅出。我相信这些文字的系统整理和出版，一定会引起更多有识之士的思想共鸣或碰撞，为推动我国司法体制改革和法治事业的发展作出应有的贡献。

是为序。

刘仁文

2018年5月1日

## 自序

### 检察向何处去

#### 改革如羁旅，何处是归途？

作为检察官，总感觉像是法治国的异乡人，找不到回家的路。

检察制度凡二百年，风云变幻，浩荡已成世界大势；中国检察上百年来，跌宕起伏，但终因法治而勃兴；检察改革数十载，兜兜转转，站在历史的十字路，而今迈步从头越。

#### 我们从哪里来？

我们出生于法兰西，身世可以追溯到古罗马，中文名字来自东瀛，我们被称为革命之子，我们涤荡了旧世界，因为我们代表了人民的名义、公共利益和国家利益，我们骨子里流淌的是法治的血液。我们在侦查与审判的山谷之间，辟出一条检察之路，从此才有了控审分离的现代法治，支撑法庭成三角构造。正因此，这也是一条法治之路。这条路不是流水线中可以简省的一环，它是法治的中枢神经，牵连四方，传导着正义的讯息。如果中枢神经被切断，我们只能卧床不起。

#### 我们身在何方？

我们处在一个日益复杂的社会，正因为复杂，对法治的渴求才格外强烈。法治就是统御复杂社会的超级算法，这种计算能力已经远远超出

了人力的负荷。我们处在一个个人崛起的时代，个人的权利诉求、影响力都在加速增长。我们处在一个瞬息万变的世界，网络化、城市化、规模效应正在推动社会变化呈指数级加速。这是最坏的时代，也是最好的时代。其实这是人类进化的一个拐点，我们只是刚好处于加速期。

### 我们向何处去？

我们的脚步不敢慢下来，但最重要的还是要找对方向。我们必须根据司法规律配置有限的检察资源，整合核心职能打造拳头型检察产品。我们不是在套用经济学，只是借鉴经济学的理性思维，以用户为导向实现司法效能的最大化。扁平化、去中心化的组织结构就是为了增加灵活性、体现法治产品的人性属性，案件不是流水线上下来的，是一个个检察官办案办出来的，让能听见炮火的人去指挥战斗，让直面法庭的人做出决定，我们才能对法治的胜利更有信心；专业化、精细化是为了植根于本土资源创造更加精致的法治产品，适应社会的多元化、法治需求的个性化，这就是法治的供给侧改革。

### 让我们再出发。

我们扛着法治国的大旗再出发，其道路必然是曲折的、渐进的，但其前途也必将光明的，因为它是司法规律的回归，是检察官天然使命的回归。与其说是改革，不如说是一次迟到的“归来”。我们的出发并不是在权力分配的蛋糕上博弈，只是在努力寻找日渐迷失的本我。司法责任制改革也是一场司法官人性的解放运动，就是要打破无往不在的行政枷锁，像实现“包产到户”用价值规律来引导人性一样，用司法规律来引导司法官的人格，实现我们一直期待的每一个个案的公平正义。

### 我为什么要书写这些？

因为我们对这份职业爱得深沉。

刘 哲

2018年7月26日定稿于西直门

# 目录

<b>起诉书的再反思</b>	1
起诉书的叙述性	2
<b>公诉新语丝</b>	25
说说公诉腔	26
公诉“老炮儿”的味道	30
即席发言的意义	36
出庭公诉工作的实质化	40
<b>公诉理念的再转型</b>	51
新时代检察官应当具备的六种内在品质	52
法治是个奢侈品	60
顺应以审判为中心打通案件质量传递通道	69
反对被迫自证其罪特权的理念与制度环境	74
司法官的汇报艺术	87
司法直觉与司法理性	89
<b>检察再出发</b>	93
检察再出发	94

检察专业化的格局与模式	117
检察官是个什么官	121
在以审判为中心的诉讼制度改革的路先别忙排座次	127
检察机关应当成为公共利益的代言人	131
<b>司法制度的新设想</b>	<b>137</b>
首席公诉人制度之提倡	138
检察 KPI	144
司法官“退休返聘”制度之设立	151
去审查报告化与去行政化	156
司法机关中间层治理体系的思考	160
去行政化之后领导管什么	165
<b>检警关系的再协调</b>	<b>171</b>
检警合作之设想	172
对我国侦查终结权配置现状的反思：以余祥林案为例	178
让警察直面法庭又何妨	188
<b>法治机理的新视角</b>	<b>193</b>
犯罪圈的两个维度——从贪污贿赂案件解释说开去	194
谈谈缺席审判——无罪判决是聂树斌案提审后面临的唯一选择	200

一审终止审理裁定能否立即生效——贪污受贿案件解释引发的程序问题	208
认罪认罚的本质：刑事程序 2.0	221
<b>实务问题的新主张</b>	<b>225</b>
悔罪表现的认定	226
从旧兼从轻原则的普遍效力	230
刑事补正裁定的适用范围	233
法律体现的从来都是价值观	238
法治应该如何被信仰	241
公共道德养成的价值	245
从《被告山杠爷》看权利向权力的转化与异化	251
智人的狂欢：法律人马拉松随想曲	257
法律自媒体的影响力建构	261
未来之法——算法说了算？	265
<b>后记</b>	<b>271</b>







## 起诉书的再反思

## 起诉书的叙述性

正义不但要被看见，还要被看清楚。

起诉书的叙述性是与其判决书的说理性相当的概念，是起诉书应当追求的目标。它根源于不断完善的法治环境，包括以审判为中心的诉讼制度改革推进，庭审实质化，起诉书的网上公开，法律共同体外部评价机制的不断形成，以及司法责任制所带来的检察官个人作用的不断凸显。这篇文章提出了起诉书的书面要式、程式化与实质化的结合、宣示性不断增强、起诉书与出庭工作的有机联系、全面保护辩护权以及利用人性的负罪感可以防止冤假错案等诸多特点和内在机制是起诉书叙述性不断加强的持续动力。笔者明确反对“一句话起诉书”的基本观点及其所带来的不良影响，并结合大量实际案例——从被告人身份情况，被害人的特定化，案件的起因，行为人的意图和行为，以及案件事实的结构问题等角度予以深入分析，同时讨论了审查报告事实与起诉书事实的转录问题。结合改革趋势，提出转变办案模式、转变评价机制、发挥起诉书的案件质量检测功能、整合起诉书和相关文书的功能、灵活性和原则性相结合、保持起诉书的书面化和口语化的平衡六点建议。

## 起诉书的基本内涵

起诉书是一个特定称谓，专指人民检察院依照法定的诉讼程序，代表国家向人民法院对被告人提起公诉的法律文书。《中华人民共和国民事诉讼法》第120条、《中华人民共和国行政诉讼法》第50条，均规定“起诉应当向人民法院递交上诉状”。可见无论提起民事诉讼还是行政诉讼使用的均是起诉状。对于刑事自诉案件，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第261条的规定：“提起自诉应当提交刑事自诉状；同时提起附带民事诉讼的，应当提交刑事附带民事自诉状。”可见刑事自诉案件使用的也是“状”。事实上，起诉书仅指公诉案件的指控文书，它是特定的，无须进一步使用“公诉案件”“刑事”等定语进一步限定，它的范围已经通过法律和司法解释的规定而不言自明。反而是限定之后会产生其他诉讼程序也有相应的起诉书的疑问，但这实际上是不存在的。书和状虽一字之差，体现的却是公与私的差别，因此“起诉书”三个字就足以特定化，无须加定语，就是表示公诉案件的指控文书。

起诉书的演化史其实是刑事诉讼制度的演化史。无论在古代弹劾式诉讼时期，还是在纠问式诉讼时期，合理的控诉原则均无法存在，它们不可能造就发达的起诉书制度。原始的“私诉”暂且不说，在实行国家追诉的纠问制下，侦查、起诉与审判由同一主体流水式地实施，法院在审判前进行的侦查就“要形成审判所需的全部材料”，法庭审判“不过是让被告人对已经准备好的控诉材料进行供认和下个判决而已”。<sup>[1]</sup>在该诉讼构造下，起诉书只是形同虚设。到了近现代，刑事诉讼采取相对合理的三角构造，实行控诉制，坚持控审分离、不告不理，审判程序的启动和运行要求独立的控诉程序作为支撑，起诉成为侦查与审判真正必要

---

[1] 李心鉴：《刑事诉讼构造论》，84～85页，北京，中国政法大学出版社，1992。

的连接,它的样态塑造着整个刑事程序的结构——没有起诉,就没有审判;侦查再完备再详尽也不可能直接实现刑事责任追究;审判对象由控诉方通过起诉来提示;未经控诉的任何罪行,法院都不得对其进行审判。这样,控诉制的发展与完备,就催发了起诉书功能的演化变迁,随着控诉作为一项专门性的诉讼活动逐渐走向完善,承载着控诉功能的起诉书显得越来越重要。在当代,起诉书已经具备十分丰富的功能内涵,譬如美国联邦最高法院就经常强调,“按照现代的诉状理论,起诉书应当受到一些基本作用的检验,其所要完成的已经不再仅仅是有关技术方面的要求了,一份起诉书是否符合要求最终应当取决于其是否能够满足那些基本功能”。基于“哈姆林诉合众国判例”,美国最高法院根据该“功能性方法”建立了“基本的分析框架”：“一份起诉状必须满足两个条件才能被认为是合格的：第一，它包括了被指控犯罪的构成要件并告知了被告人他需要辩护的指控；第二，能够使被告人在保证不会在将来因为同样的罪名受到指控的情况下做有罪或无罪的供述”，以此来衡量和评价起诉书的功能。<sup>[1]</sup>在英国，规范起诉书起草的法律主要有两部，分别是《1915年起诉法》（IA）和根据此法制定的《1971年起诉书规则》（IR）（SI1971No1253）<sup>[2]</sup>。英国法上的罪状由罪行陈述和随后的犯罪细节构成，罪行陈述给出罪行的简单名称及如果违反制定法，该制定法的名称。IA第3条规定起诉书应当包括“为给出有关指控性质的合理信息而必须细节”。在相对合理的刑事诉讼构造下，起诉书应当具备告发、申请、主张等基本功能要素，通过起诉书提出控诉，提请启动审判程序，表明控诉请求，表达诉讼主张，确切提示审判对象，以适应法院审判和被告人防御的需要。<sup>[3]</sup>

[1] [美]韦恩·R.拉费弗、杰罗德·H.伊斯雷尔、南西·J.金：《刑事诉讼法》，卞建林、沙丽金等译，960页，北京，中国政法大学出版社，2003。

[2] [英]约翰·斯普莱克：《英国刑事诉讼程序》，徐美君、杨立涛译，370页，北京，中国人民大学出版社，2006。

[3] 谢进杰：《刑事起诉书记载制度评析》，载《环球法律评论》，2008（5），第111页。

## 判决书的说理性与起诉书的叙述性

多年来,司法界<sup>[1]</sup>和学界<sup>[2]</sup>一直主张加强判决书的说理性,成为判决书追求的一个核心目标,并支撑它不断完善。但是起诉书应该追求的核心目标是什么,一直以来没有一个共识性的意见。极个别主张也是说理性,未免东施效颦,自提出以来就受到批评,实务界认为这背离起诉书的功能,<sup>[3]</sup>学术界认为背离起诉书一本主义的基本原理。<sup>[4]</sup>还有一种矫枉过正的观点认为说理性过于啰唆,简洁性才是起诉书追求的目标,理由是诉讼经济,认为起诉书的篇幅不能太长,与改革后的判决书不可同日而语<sup>[5]</sup>,更有学者甚至直接提出“一句话起诉书”的主张,<sup>[6]</sup>这种理论在实践中确有一定的市场,起诉书越发呈现简单化、格式化、程式化的倾向,与不断丰富完善的判决书相比,差距越来越大。“起诉书一句话主义”体现了侦查中心主义下的庭审形式化和效率优先原则,随着以审判为中心的诉讼制度改革的深入展开,庭审实质化程度不断加强,起诉书与判决书正在向审判这个中心共同前进,因此必须“同日而语”,应当通过充分发挥起诉书的功能增强出庭的实质化,进而实现庭审的实质化。鉴于此,笔者认为起诉书应该追求的核心目标是叙述性。一言以蔽之,如果说把

---

[1] 《人民法院五年改革纲要》明确指出“加快裁判文书的改革步伐,提高裁判文书的质量。改革的重点是加强对质证中有争议证据的分析、认证,增强判决的说理性;通过裁判文书,不仅记录裁判过程,而且公开裁判理由,使裁判文书成为向社会公众展示司法公正形象的载体,进行法制教育的生动教材”。《中华人民共和国最高人民法院公报》,1999(6)。

[2] 龙宗智:《刑事判决应加强判决理由》,载《现代法学》,1999(2)。叶自强:《论判决理由》,载《湘江法律评论》卷3,135页以下,长沙,湖南人民出版社,1999。王利明:《法改革研究》,350页,北京,法律出版社,2000。苏力:《判决书的背后》,载《法学研究》,2001(3)。

[3] 李玲、董常青、吴祥义:《起诉书制作改革的理论与实务研究》,载《新疆公安司法管理干部学院学报》,2001(1),第31页。

[4] 张彦舛、余冠文:《起诉书说理性背离起诉书一本主义》,载《法治研究》,2007年9月。

[5] 李玲、董常青、吴祥义:《起诉书制作改革的理论与实务研究》,载《新疆公安司法管理干部学院学报》,2001(1),第31页。

[6] 陈兴良、周光权:《平易、简洁而精确——关于提倡“一句话起诉书”的对话》,载《刑事法判解(第三卷)》,493~504页,北京,法律出版社,2001。

“理”讲透、说清楚，就是好的判决书，就体现了判决书的说理性的话，起诉书就是要把“事”说清楚、说明白，不能语焉不详，不能一带而过，不能笼而统之，要把案件事实一五一十说清楚。看不明白的起诉书不能说是好的起诉书，有着巨大解释空间的起诉书不是好的起诉书，而这就是叙述性。叙述性的核心就是把案件事实以及相关证据做一个全面的展现，重点不是论理，而是描写和叙述。事实上，“事”和“理”也不是能够完全分开的，把“事”说清楚了，“理”自然也就明白了，因此对于判决书来讲，对案件事实详细的描述，对证据充分的分析，也是整体说理性的一部分。当然，最后仍然是结合法律的综合分析论证。而起诉书只是舍弃了法律分析的部分，把重点放在事实和证据方面。对于起诉书的篇幅来讲，应该服从叙述性的充分展开，“事”没说清楚，不能停笔，不能人为限定篇幅压缩事实，影响叙述的充分性。目前阶段可以将重心放在事实的叙述上，证据的描述分析放在次要位置，随着庭审实质化的加强再进一步强化证据分析的功能。

判决书的说理性和起诉书的叙述性都源于一定的制度环境。目前，随着司法改革的持续推进，中国的司法制度环境正在不断改善。事实上，大陆法系和英美法系的判决书都强调一定的说理性，只是英美法系，尤其是美国表现得更加突出一点。总结起来，这种说理性根源于以下三个方面的制度原因，也是内在动力：第一个是遵循先例原则，尤其是上诉法院的判决，要考虑得更多，法官以判决书被引用率作为个人的职业成就。第二个是将法律共同体作为预期的受众，以期在行业内获得认可。第三个是署名制尊重法官的著作权，判决书由持多数意见的法官起草，并注明起草人，少数意见也可以记入判决，并署名，判决中的各种意见均可以获得引用。事实上，虽然我国是成文法国家，但是判例在司法领域中的作用正在不断加强，近年来两高均出台了指导性案例制度。1999年创刊的《刑事审判参考》发表的一千余起指导案例其实也是判决理由的扩充，事实上，在庭审过程中也不乏辩护人以《刑事审判参考》中的案例



作为重要依据而加以援引。这些案例虽然不能被引用到判决之中，但对于法官心证的形成还是颇有影响力的。而且《刑事审判参考》经常会以“大案传真”的形式刊登一些重要案件的优秀判决书，从而对判决书的改进产生持续的推动力。目前，随着判决书网上公开的持续开展，判决书的预期受众也在悄然发生变化，不少法律数据库都开始对公开的判决书进行系统的研究、分类，成为服务法律职业的重要参考依据。优秀的判决书及其主要观点也通过网络平台在法律职业群体间转发，判决书的预期受众已经扩大到整个法律共同体。上述情况说明，判决书说理性的内生动力正在生长。

事实上，起诉书的叙述性也依赖于相似的制度环境，如庭审实质化或司法竞技主义，对控审界限的严格区分；对诉权保护的强调，保证辩护方充分了解指控信息，以实现控辩平等；法律共同体对检察官职业成就的评价作用；起诉书对判决书的融入程度，以及判决书重要性的提升；等等。但是，目前中国的起诉书，与判决书清晰的改进路径相比，其目标还颇显迷茫，起诉书从来没有受到过判决书般的重视。但是，当前起诉书也迎来了两个历史性的机遇：一个是起诉书的网上公开。据不完全统计，中国很可能是第一个系统地公开起诉书的大国。这就在很大程度上扩大了起诉书的受众范围，使法律共同体有机会对起诉书进行全面评价。而庭审的实质化是起诉书的另一个机遇。庭审的实质化首先就要求出庭工作的实质化，出庭工作的实质化自然要改变起诉书程式化、形式化的现状，从而以更加精细化的事实与出庭工作更好地相互衔接。起诉书中的事实和证据，不仅是庭审的范围，也是判决书说理性的语境，只有更加丰富的语境才有可能使判决书在说理的路上走得更远。事实上，与判决书一样，起诉书不仅是一份文书，同时也是一系列的诉讼制度，这些制度将随着国家法治化的进程而不断发展完善。

## 起诉书叙述性需要进一步加强的理由

### 1. 书面要式

起诉书是指控行为的书面形式，事实上，绝大部分国家的指控行为也是采取书面要式形式的，需要白纸黑字落到实处。这不仅仅是体现其庄重性和严肃性的仪式感，更是对判决范围确定强制性的约束力。这很类似于书面合同，如果内容粗疏，可解释空间就会增加，漏洞就可能增加，最后纠纷就会增加，合同的约束效力就会降低。为了保障双方的权益，往往重要的书面合同都呈现精细化的趋势，事实上起诉书也一样。

### 2. 程式化与实质化的结合

起诉书当然也是一种制式文书，但这种格式要求旨在增强起诉书的统一性和严肃性，起诉书并非仅仅依靠填充格式就能够完成的，还有很多实质内容需要表述。最核心的就是事实，没有两起完全一样的盗窃案，复杂的案件更需要仔细详尽的事实予以支撑，起诉书的叙述性目的就在于展现案件事实的特定性，从而为被告人获得个别化的处遇提供基础。

### 3. 宣示性

起诉书首先要在法庭上公开宣读，现在又要在网上公开。事实上，网上公开的判决书也会援引起诉书的事实，起诉书将面临三次公开，这充分体现了起诉书的宣示性。但从另一个角度来看，这也对起诉书提出了更高的要求，那就是正义不但要被看见，还要被看清楚。在法庭上，宣读一份起诉书，如果过于简略、语焉不详，听众不知所云，正义的感受也会跟着打折扣。又或者，起诉书和指控完全脱节，出示了很多证据并说明了证明内容，但是这些证明内容在起诉书中完全找不到踪影，或者与证据相隔甚远，这就与“围绕起诉书指控的事实进行举证”的指控



要求相背离，形成了起诉书和出庭公诉“两张皮”的现象。更有甚者，在起诉书的含混性上做文章，起诉书只笼统地叙述十余起事实，到时候看被告人的表现，如果被告人表现好就少说几起，表现不好就多说几起，通过举证权来控制审判范围，使审判范围和辩护范围都处于完全不确定的状态。这就根本上背离了起诉书的书面要式原则，也严重损害了检察机关的公信力。

#### 4. 起诉书既是指控的利器也是辩护方的护身符

正式的庭审是从宣读起诉书开始的，起诉书相当于公诉方的开篇陈词，是对案情的一个完整介绍，这是公诉人所独有的一个机会，在以后的庭审过程中都不会再有。在法庭辩论中，公诉人也不可能再重新全面介绍案情了，只能是以点的方式提到一些事实片段，主要的还是论证。因此，宣读起诉书是一个特别的机会，公诉人应该充分把握，从而向法庭陈述一个完整的事实，而不仅仅是梗概，更不是标题。“一句话起诉书”就接近于标题。有些检察官认为可以在法庭讯问的过程中向法庭和听众传达案件的全貌，这是一个很理想化的想法，往往只能在非常简单的案件中，且在被告人非常配合的情况下才可能完成。一旦被告人不认罪，案件稍微复杂一些，就很难完成这个任务。如果将控辩双方的陈述比喻为“讲故事”的话，公诉方的“故事”很有可能被辩护方或者被告人解构掉。虽然双方都会坚持自己的叙述立场，但被告人作为当事人，其叙说会有更强的代入感，并与辩护人紧密配合，呈现出来的很可能是与起诉书完全相反的面貌。公诉人当然可以举证，但如果在庭审之初就陷入了被动，在举证的过程中辩护方可以不断提出质疑，并根据自己的立场对证据进行解读。这样下来，法庭和听众很容易陷入云里雾里，并对起诉书指控事实的充分性产生怀疑。对此，为什么公诉人不能率先呈现案件的完整情节，通过精细的叙述，首先给法庭和听众一个完整的“故事”情节呢？虽然这同样也要面对辩护方的质疑，但如果每一个案情细节都有相应的

证据支持，起诉书与证据之间环环相扣，指控效果自然也会得到提升。

事实上，起诉书的精细化不仅是公诉人的需要，也是整个司法制度的期望，尤其是辩护一方的期望。首先，指控应该特定化，这是底线和前提，如指控的罪名、事实的内容和数量、被害人的人数及具体身份以及犯罪的数额。当然数额有时没那么精确，但大体上应该是确定的，不能差得太多。事实有几起就是几起，被害人有几个人就是几个人，在这个问题上是不容含糊的。事实太多、被害人太多，都不应当成为逃避叙述责任的理由，因为到头来判决还是要一个一个地确认。这些也是厘定被告人的刑事责任的基础性的事实，对此用“一句话”往往是很难说清楚的，为了厘清刑事责任的范围多说几句又何妨？事实上，起诉书的优劣也不是以篇幅多少为标准的，而是以能不能把案件事实说清楚为标准。其次，指控的关键性细节也要弄清楚。“琐事”“泄愤”是目前起诉书中比较常用的概括性词汇，但如果涉及死刑裁量的问题，就需要精细化的判断：到底是什么样的“琐事”、什么样的愤怒要说清楚，即使是自由刑的裁量情节也有很大的不同。事实上，起诉书的任务不仅是定罪也要求刑，需要明确重要的量刑情节，这些都要体现在案件的细节之中，所谓的“一句话起诉书”就会忽视了起诉书的量刑价值。司法实务与案例讨论有很大的不同，前者不仅是把罪数弄清楚，还要处理刑罚的适用等很多技术性的问题，这些却是对被告人具有重大影响的，因此这些琐碎的问题难以避免地要在起诉书中有所体现。因为，没有两起完全一样的案件，起诉书应该把案件的特点适当地体现出来，而不是完全抹杀掉。而有些时候关键性的情节，甚至还体现为罪与非罪、此罪与彼罪的重要区分点，或者说几个关键性的情节成立才能支撑起整个犯罪的构成，否则便无所依凭。那么这些关键的情节就不能一带而过，就应该表述清楚。只有这些重要的案件事实细节在起诉书中完整地披露，辩护方才能有针对性地组织辩护。也就是说，指控要光明正大，不能搞突然袭击，因为客观公正正是检察官的基本立场。如果起诉之后真的无法定罪，公诉人就要反思

当时起诉的时候是否足够慎重，这才是一个良性循环。而且最为重要的，这同时也能够给人以强烈的正义观感，使正义被人看得更清楚。

## 5. 起诉书是案件质量的检验阀，叙述性是防止冤假错案的人性防线

“一句话起诉书”实际上会掩盖很多证据的疑点。冤假错案主要是证据问题，而证据最怕的就是细节，这些关键的细节事实能不能被有效地证明，直接关系整个证据体系是否扎实。这些细节不牢，整个案件结构也会轰然倒塌。有时候，用一句话来概括一下疑点重重的案件，可能会容易一些，因为负罪感会小一点，但如果深入细节，就很难再编下去了。就像瞪着眼睛说瞎话，真是有点难。因为细节离证据太近了，在没有证据支撑的情况下，编的每一个细节都像是在挑战自己的道德底线，这有点像远距离发射导弹与用刺刀杀人的关系一样，离得越近就会越血腥，负罪感也会越强烈。每个人都可能会撒谎，但是把谎话说得有鼻子有眼也不是每个人都能做到的，它直接挑战人类的心理底线和道德底线。因此，起诉书注重细节，增强叙述性，就是要利用人性来防止冤假错案。当你对那些关键的细节写不下去的时候，那一定就是有些证据还不充分，有些疑点还没有排除，至少内心还不够确信。这个时候要做的不是轻易地把被告人送上法庭了事，而是反躬自省，反思整个案件，去补充完善相应的证据，倒逼侦查机关提高侦查质量。最后，如果穷尽这些都不能完成细节的合拢，那只能作出不起诉决定。虽然被放走的犯罪嫌疑人中有可能就包括真凶，但是更有可能是被冤枉的人，而重要的是通过这种方式提高了整个控方的指控水平，同时也坚守了程序正义，树立了检察机关的权威和公信力，在这个过程中公诉人个人收获的是切实的能力提升，而这些都是“一句话起诉书”所无法给予的。

## 起诉书叙述性的实践问题及评析

起诉书虽然篇幅有限，但它是整个案件的浓缩，它的篇幅、结构首先取决于案件的信息量，其次取决于案件的清晰程度。起诉书叙述的谋篇布局，应该立足于这两个因素，并充分考虑案件的特殊性和独特性，最大程度上将指控特定化。出色的叙述性大概有三个层次：首先是准确，认定的事实应该有证据支持，符合实际的情况；其次是精细，应该体现必要的细节；最后是清晰，要适当地划分一定的层次，对复杂事实进行有效的组织、编排，使受众更容易接受和理解，与出庭工作能够更加有效地结合。对此，笔者选择了一些实践案例中的起诉书来加以讨论。

### 1. 被告人的身份情况

被告人的职务对于职务犯罪和单位犯罪而言都非常重要。比如说一起单位犯罪案件，在表述被告人职务的时候称其为某公司负责人，但实际上他就是该公司的法定代表人和总经理。这时候为什么不直接说呢？笼统的表述很容易让人误以为该公司的法定代表人另有其人。究其原因，主要是因为刑法条文的表述是“单位负责人”，因此公诉人就机械地向刑法表述上靠。但刑法的表述是概括所有的情况，是将那些没有实际名义职务但确是公司的实际控制人的情况也吸纳进来一并加以概括的概念，而本案被告人的职务是名实相符的，只表述为“负责人”是不严谨的。事实上，被告人基本情况与案件事实是紧密相连的，被告人基本情况也是事实的一部分。同样是这个被告人的身份问题，如果案件事实认定犯罪的时间是从2004年4月开始的，那被告人的任职时间也是确定其犯罪责任的重要组成部分，也应该予以明确表述。另外，因为被告人辩解这个公司实际上是由副总经理控制的，所以被告人控股的地位，作为对公司实际控制能力的证明也就应当予以表述，从而进行无声的回应。而如果是职务犯罪，其任职起止日期就更要精确。如果这些事实在起诉书中

均没有表述，导致起诉书的事实叙述上不够严谨，这些漏洞就容易在出庭过程中使公诉人陷入被动。再如，被告人的国籍也是一个重要的问题，如果不弄清楚，很多诉讼程序就会发生错误。一个案件的被告人辩称自己是瑙鲁国籍，并有英文姓名，且有一澳大利亚籍未婚妻，并育有一女，现母女居住在中国香港，这些细节有在案的证据支持。但是被告人国籍这个情况未予核查。事实上，瑙鲁于1947年曾由联合国授权被澳大利亚托管，因此瑙鲁与澳大利亚的关系较为紧密。取得瑙鲁国籍对于出入澳大利亚可能存在一定的便利。而如果被告人确系瑙鲁国籍，根据我国《国籍法》第9条的规定，“定居外国的中国公民，自愿加入或取得外国国籍的，即自动丧失中国国籍”。被告人就不再是中国公民，那就牵涉了很多问题，有些是很刚性的。

## 2. 被害人的特定化问题

有些案件起诉书的指控不够特定化，突出地表现在被害人非特定化上。比如，一个非法吸收公众存款的案件，起诉书表述为“张某等170余人”，张某是谁从起诉书上无法确定，而经济类犯罪案件被害人姓名没有必要隐匿。而“170余人”也是一个概括性的数字，到底是一百七十几个人也无法确定，但是被害人的人数不应当是概括的，能确定几个就是几个。鉴于被害人人数较多，起诉书正文不便全部列举的，我们要求在起诉书后边附表加以列举，从而明确指控的范围，但这份起诉书也没有列举清楚。更有甚者直接表述为：“被骗学生共计六百余人”，但是连一个被害人的姓名都没有提到，而六百余人到底准确的范围是多少更是无法确定。这种表述方式对被害人权益的保护明显不足，自然很容易引起被害人的不满。同时，由于指控的范围不确定，审判的范围、辩护的范围也都无法确定。事实上，犯罪数额有时可以表现为相对的约数，但是被害人必须精确到个数，能认定多少个被害人就是多少个，确定不了的就无法认定，以后确定的可以追加起诉或者另行起诉，这是一个刚性的问题。

### 3. 案件的起因、意图和行为

行为是犯罪的核心要素，必须严格地建立在证据基础之上，起诉书的叙述性首先要保证叙述内容准确，在准确的基础上才能谈精细。还是一个非法吸收公众存款的案件，这个案件的证据显示：被告人王某辩称融资都是副总经理赵某等人操作的，公司实际由赵某负责，王某对非法吸存的事实完全不清楚。而赵某称，其先是找到佟某等人谈融资，佟某答应帮忙操作后，赵某与佟某等人共同找到王某，然后商定。其他证据能够支持赵某的证言。本案中，被告人王某对这起非法吸收公众存款事实的实际作用是什么，审查报告称为“授意”，起诉书改为“指使”，但都不准确，也不符合案件的实际情况。事实上，用“商定”“批准”可能更加符合实际情况。

再有一个故意杀人案件，反映的问题更多。起诉书指控：

被告人甲因琐事与乙产生矛盾，意图报复。某年某月某日某时许，在乙工作的单位院内，甲持其携带的尖刀猛刺乙胸部，伤及其心脏、下腔静脉及左肺下叶、肝脏，致乙因急性失血性休克死亡。

被告人甲案后自动投案。

这个案件事实描述的简要程度很接近于“一句话起诉书”的水平，但由于过于求简，就会存在表述不清之处，给指控带来困扰。比如说，**案件的起因**。起因要不要纳入起诉书，首先就有一个怎么理解案件事实的范围问题。事实上，起诉书指控的事实不仅仅是犯罪构成要件的事实，还包括与定罪量刑相关的其他事实。这可以从以下两个方面来理解：一是构成要件事实是静态的、确定的、确证的事实，指控的事实是有待于检验的、待证的事实。其他事实，如案件起因，有时候有助于证明案件成立，以事实的角度论证其合理性，有着多重信息的复合验证效果。比如非洲的鼓语，用多种方式描述一个事物，以便从远处确认这个信息。一个人有这个动机，而且这个动机成立，因为他做了准备，实施了杀人



行为，从他身上取得了凶器，还有被害人的血迹。这既是事实，也是证据，还是论证，是无声的说理，这就是起诉书的叙述性。二是量刑意义。行为严重程度，法益侵害程度，尤其是死刑量刑考虑的情节是很细的，是杀还是不杀，是无期还是有期，当然需要论证，但论证需要有事实的依据。这个依据既包括法定的量刑情节，也包括酌定的量刑情节。犯罪起因无疑是确定是否适用死刑的酌定因素，不能不予以描述。对于数额犯来说，违法性的程度主要在于数量；但是对于非数额犯，考虑的主要就是情节。一方面是法定情节，但更多的是千差万别的酌定情节，这些情节就体现在案件的细节之中。以前的指控主要是关注定罪，近几年有量刑建议，其实体现了指控犯罪的精细化，但指控的精细化仅有量刑建议是不够的，还必须要有支撑量刑建议的事实依据，这就是量刑事实。而量刑事实不仅仅是到案、退赃这些常规的项目，还有隐含在诸如案发起因、案发过程这些细节之中的事实。对此，应当进一步引起我们的重视，指控的精细化应当从起诉书的精细化开始。具体来说，本案的起因只有两个字——“琐事”，很多时候公诉人喜欢用“琐事”来省略不好描述的案发原因，一带而过，但这也同时省略掉了重要的案件情节。发案的原因到底是什么？有什么深仇大恨，非要持刀索命？对此，看到起诉书的人不禁要打个问号，起诉书就更不应当在这里埋伏笔。起诉书要原原本本地进行叙述，要在最大限度上减少疑问，增强说服力。如果说要与证据相呼应的话，也是有预见性的呼应，应该是顺理成章的呼应，而不是出人意料的呼应。而且，每一个“琐事”都是不同的，“琐事”并不是同一件事，对定罪量刑的影响也是不同的，因此应当加以具体化的描述，具体阐述案件的起因，尤其在死刑案件中更要注意。这个案件的起因其实是：被害人曾在一次争抢买单的过程中，当着众人的面将被告人付款买单的现金撕碎并还给了被告人，被告人觉得伤了面子，要找被害人说理，要求被害人道歉，这不是一个“琐事”所能够涵盖的。

再如，**犯罪意图**。起诉书的表述是“意图报复”，而报复的意图是

怎么体现出来的起诉书没有表述。报复属于心理动机，需要事实予以体现，不是直接一说就能了事。起诉书需要叙述事实，而不是直接下结论，要让事实自己说话，才能够避免有罪推定。事实上，准备工具、扬言杀人、实施杀人，有起因，有行为，有结果，这些事实点结合在一起的结论就是报复，没有必要一定把报复这个词说出来。如果说起诉书也要有说理性或说服力的话，那应该就是以事实来说服，让人们通过事实自然而然地得出自己想要的结论，这才叫说服力。或者说是叙述性，就像好导演会讲故事，而不是直接亮明观点和结论，这都是一样的。

又如，**犯罪经过和致伤结果**。起诉书表述“持其携带的尖刀猛刺乙胸部，伤及其心脏、下腔静脉及左肺下叶、肝脏，致乙因急性失血性休克死亡。”“持其携带的尖刀”“猛刺”“胸部”，看似精练，却容易让人产生多重疑问。一是几刀？起诉书没说。二是致伤部位？致伤部位是胸部，但是左边还是右边，还是中间，起诉书也没有表述。三是伤情成因？如果是一刀，只能是一侧，为什么左右两侧脏器都有损伤？心脏在左侧，而肝脏在右侧。肝脏位于右上腹，隐藏在右侧膈下和肋骨深面，大部分肝为肋弓所覆盖。实际上伤在右侧，即右前胸部乳头下3厘米处，解剖胸腹部右侧第6肋骨、第6肋间及肋弓近肋弓角处可见一斜行刺破口。即刀从肝脏进入斜刺入心脏。法医证实被害人右心房及下腔静脉裂创、肝脏贯通伤系一刀形成，左肺下叶创口较浅，判断应是刺扎后抽刀过程中形成，不是有意刺扎形成。<sup>[1]</sup>这又引出最后两个问题。四是凶器长度。刀刃的长度为16.5厘米，足够长，才有可能从一侧斜刺，造成两侧脏器贯通伤。五是拔刀问题，起诉书没有提及，实际上就无法与左肺下部的伤情进行关联，也无法与猛刺相呼应，

---

[1] 尸体胸腹部的情况：右前胸部可见纵行条状划伤，长为8厘米；右前胸部乳头下3厘米处可见一条状斜行裂创，大小为7cm×1.8cm，创缘整齐，于下侧创缘可见皮瓣，创壁光滑，创口深达胸腔。解剖检验：胸腹部右侧第6肋骨、第6肋间及肋弓近肋弓角处可见一斜行刺破口，长为4厘米；左侧胸腔积血，量为2000毫升；右侧心包可见一刺破口，长为4厘米；心脏于右心房处、下腔静脉、膈肌、肝脏均可见刺破口；左心室内膜下可见片状出血；左侧心包可见一刺破口；左肺下叶内侧缘可见一刺破口。肝脏左叶可见贯通创，膈面长为5厘米，脏面长为3厘米。



进而与刺伤的深度、导致两侧脏器俱损的结果相呼应。所以要叙述拔刀的情节，才能进一步证实猛刺的力度，在猛刺的环节还要叙述力度很大以至于被告人被弹倒在地，才能进一步证实伤口的深度，从而证实致伤的结果。拔刀、力度、深度、致伤结果，这是一系列关联的细节事实，这又进一步印证了笔者之前讲到的复合事实的印证功能。通过一个又一个能够精确证实的点的的事实，才能把整个犯罪事实叙述得精确而又合理，并增加了说服力，这是“一句话起诉书”所无法完成的。

#### 4. 审查报告事实与起诉书事实的转录问题

事实上，前文提到这个故意杀人案件的审查报告认定的事实，前因后果都说得非常清楚，很细致，但是到了写起诉书的时候反而要照搬公安机关移送的起诉意见书认定的事实，不禁令人扼腕，这种现象需要反思。实务中，有这么一种现象，很多公诉人喜欢根据审查报告的事实，改写成起诉书的事实，起诉书的事实就是审查报告认定事实的简化版和浓缩版。而起诉意见书的事实，一般要比审查报告的事实简略。在案件还不是十分复杂的情况下，公诉人就会直接照搬起诉意见书的事实，或者略微地加以改造一下。这种行为其实是对起诉书功能的一个误解，认为起诉书的事实不是为了让别人彻底看明白，而只是让别人看到就行了，知道有这个情况就可以了，奉行点到为止的原则。起诉书没有表述清楚的，寄希望于在法庭上再阐述，起诉书只要不出错就行。但是正如前文所述，简单不但不能避免错误，还可能会制造新的错误——关键的细节如果不表述清楚必然引起大量的误解，从而使指控整体上陷于被动，起诉书到底要表述多少内容应当以阐述清楚为准。

#### 5. 案件事实的结构问题

起诉书要谋篇布局，这是一个叙述结构的问题，结构上如果不妥当，再多的细节也无从附着。比如，一起案件明明是单位犯罪，但是事实描

述的结构却是自然人犯罪，最后在罪状表述的时候突然说是单位犯罪就显得非常突兀，且缺少事实基础。再如，有些经济犯罪的案件，本来事实是比较复杂的，证据上也有一些矛盾，但是为了简化，制造的漏洞都到了无法弥补的地步。比如起诉书认定被告人职务侵占货款两百万余元，事实上这个两百万余元由货款和备用金两部分组成，备用金是无法解释为货款的。而且由于被告人在截留款项的过程中，还有多次归还的行为，其过程较为复杂，但是起诉书为了简化，将这些过程都统统予以省略，直接就得出结果。最后犯罪数额是怎么算出来的，公诉人自己都说不清了，而且也不知道问题出在什么地方。

还有一种情况叫人为捏合事实，结果往往是费力不讨好。有的职务犯罪案件，本来贪污、受贿的事实都比较多，一共二三十起，审查报告是以同类罪名的形式，采用分总的形式逐笔对事实进行叙写的，看起来自然流畅、条理清晰。但是起诉书为了表述简化，把这些事实进行了高度的整合和再压缩，通过合并同类项，很多事实都几乎被压缩到顿号里了，以至于举证的时候，都不容易一一对应。但是，最后判决还是采用了与审查报告相同的方式进行逐笔叙写，叙述方式又翻了回来，这不仅没有节约司法资源，反而是极大的浪费，而且这种捏合性表述方式还一定程度上影响了起诉书与出庭的自然联系。并且由于事实高度捏合，每起事实中行为的具体性，比如具体虚构的协议是什么、账目是如何平的、赃款是如何占为己有的、去向又是什么等，都不便表述，从而影响了案件事实的特定化。而对于这些复杂的事实，判决书采取了总总分总的四层叙述形式，先总地说明身份，再以罪名为标准分为几大类事实，每一大类事实，先有总括的叙述，再逐笔分述，全部叙述完毕后，再总括一下各罪名涉及的总数额，使人一目了然。事实上，这本来就是公诉人在审查报告中的叙述结构，只是我们人为地走了弯路。

有的起诉书还有案中案，情节比较复杂，就更应该把结构弄清楚。比如，一个私放盗窃犯的徇私枉法案件。起诉书把五重事实放到两段中

去描述：一是身份事实；二是徇私枉法的前因性事实，即盗窃案件侦破、查处事实；三是私自放人以及掩盖罪证等徇私枉法的事实；四是有罪的人被定罪量刑的事实，从而体现了徇私枉法的严重程度；五是到案的经过。起诉书人为将上述五部分事实整合成两个自然段，明显感觉层次不分明。这也是“一句话起诉书”不良影响的又一例证，公诉人对分段叙述有一种莫名的恐惧，害怕一分段就显得复杂了。事实上本来就复杂的事实，不可能人为变简单，人为简化的结果就是层次不分明，事实越来越弄不清楚了。

## 关于增强起诉书叙述性的建议和思考

### 1. 顺应改革潮流，转变办案模式

以审判为中心的诉讼制度改革要求庭审的实质化，为此需要转变现有的案头主义工作模式，将公诉工作的重心转移到出庭工作上来。随着司法办案责任制改革，大量的案件将不再审批，过于精细复杂的审查报告（个别报告甚至达到上千页）将失去实际意义，对案件证据的记录功能将由电子卷宗代替，更需要做的其实是针对庭审的准备和分析预测。因此，庭前的公诉办案模式将由过去以审查报告为中心向以起诉书为中心转变，使公诉人从繁琐的报告制作、证据摘录中解脱出来，更多地将精力放到起诉书的撰写、庭审的预测、组织证据审查工作和证据补强工作中。从办案一开始就要考虑起诉书该怎么写，就像法官在审判时会考虑判决怎么写一样，这不是简单的文书撰写，而是思维方式的转化，将原来细密庞杂的审查报告和审批汇报的行政化办案模式，转变为起诉书和出庭工作实质化的司法化办案模式。这就是以审判为中心和去行政化的具体体现，起诉书只是一个平台和基础。

### 2. 公诉人评价机制的转变

随着办案模式改变的还有公诉人的评价机制。过去的评价模式是内

部行政化的，因此特别倚重审查报告等内部工作文书。审查报告可以在领导面前展现个人的综合分析能力，而公诉人个人在体制的发展中也依赖于内部行政评价。事实上，十佳公诉人的内部评比，审查报告的撰写（开卷考试）也是比重最高的部分，因此审查报告的撰写被视为首要的公诉能力，远高于出庭和起诉书的制作。但是情况正在发生变化，首先是庭审的重要性和难度都在日益增加，司法办案责任制之后审查报告的内部评价功能也在下降，很多审查不用再审批了。其次，起诉书要在网上公开，不仅是面向内部人员，而是面向整个公众，尤其是法律共同体会给予专业的评价。起诉书将逐渐成为公诉检察官的公开执法档案，并会伴随其整个法律职业生涯，不论今后的职业和岗位如何变更，它的历史评价功能不会改变。庭审的公开程度和评价的方便性上都无法和起诉书相比。因此，对公诉人的评价机制正在由内部行政化向外部司法化的方向转变，这反过来也会影响内部的评价机制。起诉书被外部看重的同时，内部的重视程度也会随之提升，因为它关涉整个检察机关的公信力。这也是北京市人民检察院与中国政法大学法律语言研究中心合作研究起诉书规范化问题的初衷，目前据此研究成果出台的《北京市人民检察院关于公诉案件起诉书制作的规范意见（试行）》已经被高检院全文转发，要求各级人民检察院公诉部门认真学习借鉴，这同时也体现了高检院对起诉书工作的重视，这就是外部评价影响内部评价机制的一个例证。进一步推演，起诉书又可能会进一步渗透到十佳公诉人评比以及其他内部考核体制中来。

### 3. 起诉书案件质量检测功能的发挥

加强起诉书的叙述性或者说起诉书的精细化，是提高办案质量的新途径，是将案件质量预先放到庭审中模拟检验的演习场。前文提到起诉书的精细化，就是对案件证据分析的精细化，就是证据矛盾排查和非法证据审查的精细化。通过起诉书的精细化发挥庭前过滤的机能，从而把住审查起诉关。不仅要做到当诉才诉，还要做到当诉多少才诉多少，案

件的基本质量将得到更大的保障。这些案件的细节性事实，与证据的关联度更高，在庭审上会形成更加紧密的指控网络，经得起推敲和质疑，并且能够以更为清晰、流畅、有力的形式，将指控呈现在法庭和公众面前。不但让正义被看得见，还会让正义被看得很清楚，从而在法庭上树立检察机关的公信力。

#### 4. 起诉书功能的整合

起诉书还存在一个功能整合的问题。

首先，是与审查报告整合，现在司法机关正在推动速裁程序改革和认罪认罚从宽处理机制改革，总体来说就是繁简分流，繁者越繁、简者越简，将有限的诉讼资源向疑难复杂案件倾斜，同时提高轻微案件的诉讼效率。而要从简的案件，从检察环节来说应该主要从审查报告开刀，因为这是工作量的大头。起诉书实际上没什么可减的，而且由于法庭调查不实质进行了，有些量刑情节等细节可能还要在起诉书上体现得更充分一点。在这些案件中，可以考虑将起诉书和审查报告合二为一，就是取消这些案件的审查报告。实际上这些案件以后也是无须审批的，起诉书完全可以替代审查报告的事实认定和法律意见功能，而案件证据的记录功能已经由电子卷宗来完成。审查报告的取消将极大地提高诉讼效率。事实上，法院也可以进行类似的改革，只保留判决书和庭审笔录就可以了。

其次，是起诉书与公诉意见书整合。有些案件比较复杂，宣读完起诉书，法庭讯问，举证质证之后，再发表公诉意见的时候，整个过程有时会比较长。到后来完整的事实就可能有点忘了，而且事实和证据是很难完全区分的。可以考虑在精细化叙述事实的基础上，再对主要证据进行分析，就是将起诉书作为庭审的开篇陈词，把案件事实证据的核心点先摆出来，从而增强指控的说服力并提高庭审效率。当然这仅限于证据的分析，而且较为简要，对于详细的法律论证当然是在法律辩论之后进行的，法庭辩论阶段也可以结合举证质证的情况，再对证据进行

分析和总结。但有了开篇的陈词之后，法庭的焦点就会更加地集中，总结起来也会更有针对性。

## 5. 灵活性和原则性的平衡

起诉书是兼具程式化和实质化的文书，可以说是原则性和灵活性兼备的，因此要把握规范化和个性化的平衡问题。

起诉书的规范化和个性化都不是绝对的，起诉书的规范化并不是要抹杀个性，而是要给公诉人提供一个参照系。这个参照系有些是较为刚性的，比如体例格式，起诉书应该有一个整体统一的风貌。同时还有一些较为弹性的标准，比如语言的应用，还是需要个人结合实践去把握。起诉书的规范还是要为办案服务，个别案件也可以用个别化的方式去处理，比如特别检察厅起诉书甚至将被告人放在了最后，这是充分考虑了当时的特殊情况，主要就是先把事说清楚。尤其案件的事实，是千差万别的，比如特别复杂的案件，往往会配有序言，采用总分总分总的五层级叙述结构，这个在《北京市人民检察院关于公诉案件起诉书制作的规范意见（试行）》中均没有禁止，公诉人自己可以灵活掌握。

有些检察机关习惯于在规范性文件出台之后还要出一个起诉书的模板。事实上，笔者不建议制作模板。一是高检院已经有一个格式样本，其中有模板，没有必要再出模板；二是规范性意见的内容很多，有些是弹性的，《北京市人民检察院关于公诉案件起诉书制作的规范意见（试行）》就有93个条文，其中就有26处“可以”、18处“一般”，有很多是弹性的规定，这些内容无法一一涵盖在模板之中。模板实际上是一种对规范性文件的人为简化，这种简化作为权威发布之后，就会变为僵化的教条，到时候公诉人只会照着模板做，遇到稍微复杂一点的情况，就不知道如何处理了。有些公诉人即使发现模板存在疏漏，也不敢挑战模板的权威。笔者建议可以通过定期评比的方式提高起诉书的制作水平，因为评比出的起诉书，纵然是优秀的，也可以进行点评，也可以提出质疑，



也不用完全照搬，因此有必要培养公诉人整体化的思维，不过多纠缠于细枝末节。

## 6. 起诉书的书面化与口语化

起诉书为什么要宣读？是否要全文宣读？这是我们需要认真思考的问题。

高检院公诉厅 2004 年在加强出庭工作规范的相关文件中，规定了起诉书的宣读范围，基本上是从头到尾全文宣读。其必要性可以进一步研究，有些程式化的东西是不是也要读，值得思考。目前来看，判决书很少全文宣读，但并没有损害其权威性。那如果不全文宣读起诉书，是否会影响起诉书的效力？目前看也不会带来任何实质性的影响，因为起诉书已经在庭审前多日就提交给法院，法院也送达给被告人和辩护人了。作为利益攸关的重要文书，当事人不可能不认真阅读，对起诉书中的内容已经是知悉的，甚至是熟悉的。还有，法庭上也会核实被告人的身份，被告人身份的详细信息已经当庭核实，也没有必要再宣读一遍。因此，起诉书的宣读的形式意义大于实质意义，我们需要思考的是如何让起诉书的高宣读更有实质意义。

笔者认为，主要是要宣读与法庭调查关系最为密切的信息，或者说关键点。我国台湾地区在审理陈水扁四大弊案时，特侦组检察官并没有宣读起诉书全文，而是阐述起诉书要点——当然这份起诉书也比较长，达六万字。由此可以预见，随着庭审实质化，起诉书精细化的展开，我们的起诉书也会越来越长。对于这些较长的起诉书可以阐述起诉书的要点，而不是全文宣读。因为有书面起诉书在，这是书面化与口语化的一个结合。对于一些不那么复杂的案件，可以考虑省略掉一些程式化的部分，直接宣读事实部分、证据部分和起诉理由部分即可。这是一个起诉书书面性与口语性的平衡问题。还有一些部分也不用全文宣读，比如涉众型经济犯罪的被害人名单，以及为梳理证据或者事实绘制的图表，虽然不

宣读但可以略做解释。这些内容虽然不用宣读，但由于其以书面的方式呈现给当事方，也是一种有效的告知。同时书面表达也有自己的优势，它可以增强起诉书的可视化程度。口头的宣读、阐述，与更为详细、精确，甚至与可视化的书面文本相结合，会使指控的范围更加具体，甚至是更加立体和直观。





# 公诉新语丝

## 说说公诉腔

前两天通过出庭能力培养平台预约了一个观摩庭，是一个销售假冒注册商标的商品的案件，很有感触，不得不说两句。

出庭的是一位年轻的公诉人，虽然有点紧张，但总体上气势还是比较足。不过这种气势又没有那么自然，总感觉有点端着，但是他又似乎觉得理应如此，且勉力为之，也许这就是“公诉腔”吧。

就像播音腔或者翻译腔，也是一个时代的产物，就是要干什么就要作出某种架势，否则就会觉得自己不像。好像是一种标准化、标志性的动作或者姿态，就是要体现出某种气势……

但这种气势或者姿态，既不能产生令人心悦诚服的逻辑性，也缺少直达人心的感召力，反而容易产生拒人千里的疏离感。

说白了就是不接地气。

煞有介事，但又空乏无力。

### 1. 语态

既然是所谓腔，首先就要是一种说话的腔调。总体来说音量高，或者说声音洪亮，具体来说就是要比平时说话声音大，一般比法庭上其他的发言人声音都大；语态与身体一样紧绷，就是一直在绷着，就好像松弛下来就会失去威严。

## 2. 话术

口中念念有词，张口闭口审判长，出示证据要说无数次审判长，好像每一次不提审判长，出示的证据就没有法律效力。事实上，审判长连头都没有抬。

被告人 × × × …… 被告人 × × × …… 被告人 × × × …… 被告人 × × × …… 其实这个案子只有一个被告人。

被告人当庭表示认罪。但是公诉人依然还是会问：“被告人 × × ×，公诉人现在依法对你讯问，希望你如实回答，你是否听清楚？”“你在公安机关所做的供述是否属实？”之类，都是固定台词。

虽然你发现被告人和审判长都会显得不耐烦，但你还是会说完。

其实很多时候你已经感觉不到，因为已经融入你的血液。

## 3. 出庭书面化

出庭的过程是读着完成的，你信吗？

起诉书，宣读；法庭讯问，根据讯问提纲，逐个问题问一遍；出示证据，宣读证据摘要；发表公诉意见，实际上是宣读公诉意见书；第二轮辩论，有可能即兴说个三两句话，也有可能是在翻找答辩提纲。

就这样三纲一辞，照着下来，极少发挥。

按既定套路来，是公诉腔的精髓。

还有，就怕是又想读稿子又想临场发挥，既尴尬又不顺畅。

究其原因，公诉腔的实质就是过于强调规范而忽视实质，是重形式而轻实质。会踢正步但不会扛枪打仗，会引用注释但写不出有创造性的论文，不知道将在外君命有所不受。战斗的目的不是优雅地过招，而首先是打赢，首先是拿下指控。

我们原来不用担心这些问题的，因为出庭效果与判决几乎无关。

是出庭形式化孕育了公诉腔。

以为法庭只是公诉人宣讲的舞台，我们只要把姿态摆正，剩下的只是走流程。

在以审判为中心的诉讼制度改革的背景下，再也容不下花架子。

庭审的效果逐渐将成为决定性的因素。

但决定庭审效果的不在于你说多少，而在于对方接受多少，这个接受方主要是法庭，但是旁听人员的感受，法官也看得见。

那么，怎样才能让人听进去？

一要抓重点。不用成套的准备三纲一辞，要抓住案件真正的核心，争议的焦点，其他的细节完全可以见机行事。讯问如此、法庭辩论也如此，简洁明快，重点突出，虽然可能不一定面面俱到，但容易切中要害。实际上说得太多，别人也记不住，说多少并不重要，让人接受多少才重要。

二要适应变化。弹性的出庭准备，可以给予你随机应变的空间，从不认罪到认罪，没关系，不要舍不得既定的套路非要问翻了不可，要体会、了解被告人态度转变的真实目的。如果是虚假认罪就要求其承认核心的事实和主观意图，如果其不愿意承认，要当即撕破其虚假认罪的面具，给其施加压力，让其在真正认罪和不认罪之间做选择。

三要注意口语化表达。抛弃大量的程式化术语，直抒胸臆，直达要害，让被告人听得懂，让人听得痛快。事实上，听觉也不适合接受过于复杂的逻辑问题，这也是大量地宣读复杂的论述让人昏昏欲睡的原因。事实上，口语化的表达还会增加针对性，因为它一定是针对现场说的，都是当下的事实，同时还会增加眼神的交流，可以直接获得对方的反馈。接受还是不接受，眼神不会撒谎，可以根据这个反馈进行及时的调整。口语化的表达还能体现出对对方的尊重，因为这番话一定是针对对方说的，是特定的，不是事先准备的，是你的话，别人无法替。对于这种特定的表达，人们一般都会选择认真聆听。

出庭是一门艺术，并没有一定之规，不宜机械限定。

如果一定要拿出一套标准的话，那就是有没有一个时刻你能让法庭凝固，那一刻大家都知道你说出了真理，那一刻在场的人都能够真切地感受到公平正义。

那个时刻你自己也知道，你拿下了。

## 公诉“老炮儿”的味道

今天通过出庭能力培养信息化平台约了东城张哥的两个庭，其实是约了一个，又送了一个。

这个事还要从前一段公诉微信群里的一场对话开始。

我本来想善意提醒一下各位员额检察官，年底前如果不能完成出一场观摩庭的任务的话，系统会自动扣三分，而且要计入明年。

东城张哥说：我只是办理盗窃案子，实在找不到可以让大家观摩的庭，可以通融一下吗？照顾一下老同志。

我说：开卷有益，有教无类，老前辈更应该传帮带啊。盗窃的庭咋了，您出啥庭都行。我们听的不是庭，是公诉老炮儿的味道。而且系统是刚性的，也改不了。

张哥说：怎么我是老炮儿的事情，市院都知道了？

我说：必须全面掌握情况啊。

海燕说：张哥出庭相当棒。听过一个老偷不认罪的。很犀利。

赵鹏说：组团听。

我说：那必须多出啊，组团。

赵鹏说：你带队。

张哥说：我请你们吃饭。

我说：老炮儿庭必须听。

所以今天我组团来了，不过作为老炮儿的张哥你还欠我一顿饭。

说老炮儿是一句玩笑，但又不净是玩笑，它从一个侧面体现了公诉老前辈的风骨。

临了儿，张哥给还给我发微信，说今天上午的庭缺少对抗，可能让你失望了。

我说：我已经体会到老炮儿的味道，已经够了。

事实上，无人完美，出庭永远是遗憾的艺术。

**我不追求完美，我只是追求感觉的到位。**

说话听声儿，锣鼓听音儿。

我已经品出了公诉老炮儿的味道，所以今天我确实没有白来。

今天我就想说说出庭的感觉。

## 1. 人性还是理性

公诉人受法律教育，逻辑严密，非常理性。但公诉人他首先是人，是人就要有人情味儿。

说大了是人文关怀，说白了就是对人要有一个基本的尊重和理解。政府如此，公诉人也是如此。

即使面对接受审判的被告人，也是如此。我先不说什么无罪推定。就是证据确凿，马上就能定罪，他也是个人，也要尊重他基本的人格。就是检察官对被告人要有一份“了解之同情”。

这一点张哥做得不错，无论对待惯偷还是毒贩（两人均已当庭宣判）都能表现出基本的尊重态度。

一名女性毒贩用事实婚姻关系作为其没有销售意图的辩解，张哥指出事实婚姻关系的松散性；被告人说他们还有孩子，因此痛哭失声，张哥克制住情绪，没有深入下去，而选择用证据呈现事实。在量刑建议时也充分考虑到本案的特殊情况，提出一个相对较低的建议幅度，致使被告人在最后陈述时表示认罪。

后来我了解，事实上张哥对于非婚生子女的抚养下落也进行了认真

的核实，确保孩子有人管。虽然这与办案不一定直接有关，但这是公诉人应有的态度。

联想到前一段时间看的另一起毒品的案子，公诉人面对辩护人临时出示的一些罪轻证据，比如优秀士兵证等，答辩称没有提前提交法庭并且与本案无关。这样确实是理性的，但对于一个自始至终都认罪的被告人，从人情味儿上讲这样是否说得过去？优秀士兵证无非证明他曾经是一个好人，而且他的认罪态度也确实是一以贯之，对公诉人的讯问是十分配合的，这样的答辩是否过于冰冷？我问这样的案件为什么不可以尝试认罪认罚程序，得到的答案却是这样太便宜他了。

认罪认罚不就是要给这些真诚认罪悔罪的人一些量刑上的便宜吗？

我一时失语。

所谓公诉人的初心，不就是人性吗。

## 2. 实质还是形式

老炮儿的庭，话术都会少一点，不会老是叫“审判长”，也不会自称“公诉人”，也不会说“被告人怎么怎么”。就是直接说事儿。审判长没有任何不被尊重的感觉，反而觉得更加默契，被告人也有一种单刀直入的痛快，庭审也增加了更多的流畅性。

也就是说，出庭应该更加关注的是实质，而不是形式。

庭出得怎么样，要看你说得在不在点上，而不是在不在面上。

没有话术，直切主题，庭审更加有效率，也更加能够抓住庭审的重点。

老炮儿的庭，基本是口语化的，没看见有什么讯问提纲，也不念公诉意见书。偶尔写写画画，我觉得这种小庭，连写写画画都应该免了，就是应该即兴地表达。

这种即兴的表达不是说没有准备，而是把案件烂熟于胸，能够随时抓住重点，保证庭审的流畅性。不用抓住所有的细节，也不用过于关注事实证据的细枝末节，抓住最核心的几个逻辑就够了，能够跳开来看案



件的全貌。对庭审的场面要能够呼应，能够将案件的基本脉络融会贯通，能够真正把握案件的实质。

说到即兴表达，其实有五个方面的好处：

一是尊重。看着别人说话是一份基本的尊重，眼神的交流能够体现你对自己表达的内容的确信态度。

二是自信。当你抛开一些书面文字资料，只是脱口说，要是能把一件事情说明白，那这件事必定烂熟于胸。这些想法就在你的脑子里，你已经考虑得非常透彻。

三是现场呼应。即席表达的好处就在于你是耳目全开的，不仅传达你的尊重和自信，也在收集对方的即时反应，就像无声的弹幕。你当场就知道别人是否认可，哪句话抓住了对方，哪句话对方不甚满意。

四是更好地抓住重点。口语表达的特点就在于它的扼要性，句式短、用词简单是口语的基本特点，这是由口语的基本功能决定的。

五是留下更加深刻的印象。因为你可以即时反馈，你可以抓住重点，并与现场参与人进行眼神交流。你说的话往往会给人留下更深的印象，你会显得更加走心，也更容易抓住对方的心，会让对方跟着你的思路走。你的每一次停顿、每一次强调，都会产生共鸣，这是书面宣读无法实现的。

形式只是一个基本的规制，把握核心的原则就够了，切忌亦步亦趋。

我永远记得一个前辈跟我说过的一件事。说有一个大案子，领导定好一套出庭方案，他在庭上临时改了，最后效果非常好。但领导下来跟他急，说谁让你改的。他答道，是你出庭还是我出庭？

是你出庭还是我出庭？你在庭上，你做主。

### 3. 体验还是知识

出庭是一种体验，是一种综合能力的体现，这种体验很难从书本上获得。没听说谁看书就把庭出好了。其实很多公诉老炮儿也不太爱看书。

出庭很像运动技巧，需要天分、灵感、练习、理论，但更需要反复不断地体验，在行动中体会。在出庭中体会，在旁听别人出庭中体会。需要你去沉浸式地感受，需要你体悟，甚至顿悟，就是要去悟，而不仅仅是照着书本学。学是可以学到一些基本的规范和基本的技巧，但最核心的东西可能又很难用语言表达。

但是出庭的经验也并非不能习得，它可以通过观察现场反应，通过出庭之后自我反思，通过与同行观摩交流评价，通过出庭百科分享经验等多种方式获得。但这绝不是一朝一夕的过程，这就像练功、习武，急不得，要练内力，更要多切磋。

不能闭门造车，要如琢如磨。

所以出庭是知识，更是一种体验，一种感觉，提升的唯一途径就是亲身实践。

#### 4. 匠人还是艺术家

一直在说工匠精神，体现的是精益求精的意思。我觉得如果这样说公诉人，只说对了一半。

既要精益求精，更要游刃有余，还要体现更高的意境，更深的内涵。

因为我们雕琢的不是别的，是公平正义。

我们办的其实不是案子，而是别人的人生，是公众的价值观，是国民对法治的期待。

精益求精的匠人精神，保证的是案件的基本质量。

但是办案，包括出庭的过程中能否让人舒服、自然和信服，这不是一个工艺性的问题，这是一个艺术性的问题，涉及我们执法者的价值观，我们的心态，我们的理想，我们的品行，我们的境界和我们的精神。

运用之妙，存乎一心。

正因此，出庭是一门技艺，更是一门艺术。

这就是我的一些体会。

这篇文章送给张哥，也送给所有的公诉老炮儿，你们代表的是一个时代的公诉精神。

我虽不至，但心向往之。

## 即席发言的意义

听说罗振宇在深圳卫视的跨年演讲在各类跨年节目中收视率第一，这也许是2017年的第一只黑天鹅。

这可以说明很多问题，但其中有一个问题，法律人应该铭记，那就是即席发言的魅力。

这一点对公诉人更加重要，因为公诉人很长时间以来习惯于准备各种出庭发言资料，比如公诉意见书、出庭讯问提纲、答辩提纲、举证质证提纲，当然还有必须宣读的起诉书。

所以，你经常看到一个闷着头念稿的公诉人，经常要完整宣读完好多页书面公诉意见，法官一般也不好意思打断。但是对辩护人，法官一般会要求说要点，书面辩护意见庭后提交法庭。但看似这一点优势，反而助长了公诉人书面发言的习惯，慢慢成为劣势。有时公诉人甚至还会在答辩提纲中翻找答辩意见，好像那是一部出庭百科全书，可以应对瞬息万变的任何问题。天长日久，辩护人变得愈加可以侃侃而谈，而公诉人则变得离开稿子就不自信。越是大的庭审，越是须臾不能离开庭前准备的脚本。

这样不但显得气场越来越弱，而且离庭审实质化的要求也越来越远。这有很多体制性问题，但也有一个在泛行政化管理体制下对即席发言意义认识不足的问题。

以审判为中心的诉讼制度改革对于公诉人来说，应从即席发言始。

即席发言的意义主要有五个方面：

**一是尊重。**看着别人说话是一份基本的尊重，眼神的交流能够体现你对自己表达的内容的确信态度。经常听老师说：看着我说话。因为他能从你的眼睛中看出你是否在说谎，看着别人说话就是把自己的心交到别人手里来衡量，能够体现出真诚的态度。但其实最重要的还是即席发言能够表明你说出的这番话只是为对方准备的，口语化的用词、停顿、语气，甚至口误，都很难原封不动地再完全重复一遍。口语虽然不一定像书面语那么严谨，但它有一份人的温度，它是一份定制的表达方式，这完全不同于批量化的书面表达方式，因此也就倍显珍贵。当你拿出这份尊重，往往也能够收获对方的尊重，很多法官看到这样的公诉人，虽然最终不一定按照对方的意见判，但是一定也从内心深处被或多或少打动。如果公诉人能够抬起头，那样的庭审将是多么的与众不同！

**二是自信。**当你抛开一些书面文字资料，只是脱口说，要是能把一件事情说明白，那这件事必定烂熟于胸。这些想法就在你的脑子里，你已经考虑得非常透彻。你不但自己有想法、有认识，而且还可以在极短的时间内，从不同的角度进行语言组织，说明你的表达能力也没问题。而且你能够自由表达，不受外界干扰，在压力面前不受影响，也说明你已经具备了一定的心理素质。这些都洋溢着你的自信，你对自己观点的确认，你对自己能力的信心，这些都无形地增加了你的说服力。

**三是现场呼应。**即席表达的好处就在于你是耳目全开的，不仅传达你的尊重和自信，也在收集对方的即时反应，就像无声的弹幕。你当场就知道别人是否认可，哪句话抓住了对方，哪句话对方不甚满意。他们眼神、态度、表情、肢体语言你都看得到。但是如果你低着头，这些都看不到。除了这些，你还可以更好地抓住对方表达的重点，会注意到他们强调的手势、语气，可以看到对方在一些观点上的不自信，以及法官和观众对对方表达的态度。这些信息综合在一起才是完整的庭审，如果你低着头，就错过了大半。当你综合了解这一切，又对自己观点了然

于胸时，就可以有的放矢，可以即时呼应现场的重点，对之前准备的观点随时进行调整。事实上，没有多少庭审可以完全按照原定剧本进行下去，现场感是庭审实质化的直接表现。

**四是更好地抓住重点。**口语表达的特点就在于它的扼要性，句式短、用词简单是口语的基本特点，这是由口语的基本功能决定的。口头交流往往是要表达一些简单的信息，体现了即时记忆、即时表达。而书面语具有记录功能，今天可以写，明天可以接着写，时间宽松，因此篇幅更长。但庭审总体上还是一个口语化的场域，时间集中、多方交流，一作报告就显得沉闷，所谓直言辞原则，除了证人现场到庭之外也有这个意思。正因为这个特点，所以口语表达，必然会抓重点。因为，多了确实也记不住，但说出来的一定是最重要的问题。但如果念稿子，就会从头念到尾，无法与新出现的焦点问题相呼应，也缺少精简的内部机制。如果现场进行组织的话，一是来不及，二是效果可能不流畅。只有完全脱稿，才能彻底保证流畅性，并通过口语精简化的特性，自动发挥重点问题的筛选机制。而且你在抬头听的过程中，就可以进行初步的组织，抓住几个关键的点，在一边说的时候一边组织，当然也需要一定的训练。但是只要养成即席表达的习惯，这些都不是问题。

**五是留下更加深刻的印象。**因为你可以即时反馈，可以抓住重点，并与现场参与人进行眼神交流，你说的话往往会给人留下更深的印象，会显得更加走心，也会容易抓住对方的心，会让对方跟着你的思路在走。你的每一次停顿、每一次强调，都会产生共鸣，这是书面宣读无法实现的。而且现场即席表达往往可以产生金句，或者特别的视角和逻辑，让人耳目一新。这有两个层面的机制：一方面是现场感激发即时反应，也就是灵感来自当时当地的现场感受，这种感受无法预判、预演，这就是即兴表达的乐趣和优势。你心里有个心思，但也不确定会以哪种方式表达出来，只有现场的一刹那，你长期的积累和潜能在那一刻激发，产生了一个火花，就像是灵光一现，无法复制。让你再想一遍，可能都想不起来。另一方面

就是你可以跳出既定的逻辑准备，重新对观点进行组织，刚好符合那个气场、那个语境，与现场相呼应，这个也很难准备。原来分析的法律问题、证据问题，法庭上可能没有辩起来，辩起来的是另一些焦点，甚至有些稍稍超出法律的层面，深入司法的本质，这些几乎难以预见。当你面对这些问题，能够抛开那些既定的书面准备，抽取法庭当场独有的几个逻辑，然后娓娓道来，必然能够让法庭信服，让观众折服，在那一刹那，正义就被看见了。

对于2017年来说，这也许是一个很好的开始。

## 出庭公诉工作的实质化

以审判为中心的诉讼制度改革要求庭审的实质化，而庭审的实质化首先就是要实现出庭公诉工作的实质化。这是紧密相连的，是由检察机关作为指控方的主动性、前连侦查后启审判的衔接性、庭审调查的主导性所决定的。只有出庭公诉工作率先实现实质化，才能保证庭审在查明事实、认定证据、保护诉权、公正裁判中发挥决定性作用。在这一背景下，最高人民检察院于2015年7月下发了《关于加强出庭公诉工作的意见》，可谓正当其时。所谓实质化，与形式化相对，就是能够实际发挥本质上应有的作用。而出庭公诉工作的实质化，就是从检察机关的角度，充分发挥出庭公诉环节的实际性、本质性作用，使出庭不走过场。但是由于出庭工作“厚积薄发”的特点，做好出庭工作必须要向前甚至向后延伸，并作为涉及整个检察机关的系统工程来对待，具体需要从庭前准备、当庭指控、诉权保护、出庭保障和公诉人作用五个方面实现实质化。

### 庭前准备的实质化

庭前准备实质化不是代替庭审，而是实际地发挥庭前把关、审前过滤的作用，这首先就是证据问题。证据事实问题是冤假错案形成的主因，证据问题是大的大非的问题，差之毫厘必将谬以千里，因此证据问题是公诉工作的生命线。



为此，一要改进和完善证据审查方式。转变过去过于依赖言辞证据尤其是口供的审查方式，要更加重视物证、书证的收集和审查运用。不能因犯罪嫌疑人在侦查、审查起诉阶段做过有罪供述，就忽略对物证、书证的收集和审查。要根据案件的不同类型、不同情况确定哪些物证、书证还应收集，只要具备提取和鉴定可能的，就应进行相关补证。要积极主动转变执法理念，不能延续“过去能判现在也应判”的思路进行起诉。

二要严格落实非法证据排除规则。对当事人、辩护人、证人等提出的非法证据意见或者反映要重视，对提供相关材料或者线索的，应当受理并审查。要认真开展对非法取证行为的调查核实，不能仅凭侦查机关的工作说明，就简单认定不存在非法取证。要坚持非法证据排除原则，确认或者不能排除存在法律规定的非法取证情形的，对有关证据应该排除。

三要加强对言辞证据的审查。对职务犯罪和法律规定应当全程同步录音录像的案件，没有移送录音录像的，应要求补充移送；没有制作录音录像的，一般情况下可不予受理。审查时要注意录音录像内容与书面笔录是否一致，对有实质性差异的，或者侦查机关不能补正或者作出合理解释的书面笔录不予采信。对翻供、翻证情况要认真审查其原因，对翻供、翻证中提供的线索要积极查证。经审查如果无法排除翻供、翻证的合理性和真实性，认定有罪过于依赖变化前的言辞证据，经两次退回补充侦查对关键争议点仍不能排除合理怀疑的，不宜强行起诉。

四要全面细致地审查证据。对口供的审查，不仅要关注有罪供述与其他有罪证据相互印证的部分，还要关注无罪辩解是否有一定证据支持。对鉴定意见的审查，不仅要关注结论部分，还要审查论证过程是否科学。对物证、书证的审查，不仅要审查其内容，还要审查提取程序是否合法，有无伪造、调换的可能。

五要重视对关键证据的复核。对表现为“一对一”证据情况的案件，在审查起诉期间要重新询问被害人、证人。对案发现场及重要物证，要尽可能亲临现场亲自检查。必要时要调阅侦查内卷，增强发现侦查人员

人为制造证据、隐匿重要证据的能力。

庭前准备的实质化还要求公诉部门处理好审前的侦、捕、诉、辩、审五重关系，其核心就是构建新型检警关系和以公诉为主导的指控体系。党的十八届四中全会提出推进以审判为中心的诉讼制度改革，必然将控辩博弈聚焦于法庭上，必然要求审前程序之侦、捕、诉各环节的职能要围绕满足公诉人出庭、支持公诉的需要而展开。立案侦查、搜集证据、审查逮捕、审查起诉等各项活动必须以有效指控犯罪、完成出庭、支持公诉任务为目标，或者说公诉是一切审前程序的出发点和落脚点，在审前程序中居于主导地位。同时，为适应已经不断提高的证据标准，将证据要求通过公诉中间环节由审判向侦查前端传导，在现有侦、捕、诉协作机制的基础上，应当充分发挥公诉在审前程序中的主导作用，协调侦捕各方，从而保证审查起诉的案件事实证据经得起法庭的检验。侦查基础质量不能有效提高，以审判为中心，以公诉为主导都将成为空中楼阁。要提高侦查质量，就要重构检警关系，这需要加强三个方面的关系，即配合、制约和监督。

第一，配合关系，要加强介入侦查、引导取证工作，坚持对命案等重大复杂案件提前介入，通过第一时间介入现场勘查、介入第一次讯问、参加案件讨论等方式，提出针对侦查取证的意见和建议，引导侦查人员按照出庭公诉要求全面及时收集、固定证据，推动侦查工作实现由“抓人破案”向“证据定案”转变。

第二，制约关系，就是要严把批捕关、起诉关，通过行使检察职权将已经提高了的案件质量标准传递给侦查机关，使新的标准在侦查机关内化于心、外化于形，融入日常侦查行为之中，实现控方标准的有机统一，使每一起案件从侦查开始就体现着公平正义。

第三，监督关系，要抓住容易出现问题的侦查关键环节，如辨认、同步音像、急于侦查等，要及时总结、抓出实效。对于侦查活动中存在弄虚作假、刑讯逼供、隐匿证据、违法查封、冻结、扣押等问题的，应依法启动相应调查程序。

## 当庭指控的实质化

当庭指控既是出庭公诉工作的核心内容，也是庭审的核心内容，是事实证据、法律意见的集中展示、交锋之地，如果作为主角的公诉人在法庭上走过场，庭审的实质化就无从谈起。因此，当庭指控的实质化就是庭审实质化的重中之重，具体主要体现在证人出庭、当庭示证、交叉询问和非法证据排除四个方面。

### 1. 证人出庭的实质化

证人出庭工作有利于证据体系的建立、有利于证据合法性的证明、有利于阐明专业性问题 and 增强指控效果，证人出庭的实质化是落实直接言辞原则，保障证据经受庭审检验的关键一步，因此证人出庭的实质化对出庭公诉工作的实质化意义重大。但毋庸置疑，证人出庭的实质化也给公诉工作带来了挑战，它增强了法庭对抗性，增加了庭审变数，公诉人的压力随之增加，但从长期看有利于以审判为中心的诉讼改革，有利于公诉工作的发展。对于证人出庭工作，检察机关应当有所作为。

为此，一要全面落实证人出庭工作。证人出庭是程序公正和诉讼公开的必然要求，是刑诉法修改的重点内容之一。只有充分的实践才能真切地发现问题和提出应对之策，并积累相应经验。为推广证人出庭工作，首先要推广证人出庭经验；其次要积极协调相关部门，为证人出庭工作凝聚合力；最后要积极沟通相关单位，为证人出庭工作创造良好的外部环境。

二要注意研究把握新的问题。第一是证人保护的问题，目前保护的方式还比较单一，有必要积极探索新的方式，并在出庭之前进行风险评估，据此有针对性地开展保护措施。第二是多名证人出庭的问题，如何安排出庭顺序，如何使不同证人之间的交叉询问能够有机衔接等，需要实践探索。第三是辩方证人的问题，辩方证人难以把控，需要加以实践和研究。

第四是与证人沟通协调的问题，要主动做好证人出庭的沟通协调，确保证人顺利出庭。第五是证人心理疏导的问题，要积极做好控方证人的庭前培训工作，做好心理疏导和出庭注意事项的培训工作，保持其心态平稳地参与庭审工作。

## 2. 当庭示证的实质化

当庭示证是履行指控职责的核心内容，只有经过庭审核实的证据才能成为定案的根据，因此当庭示证的实质化就是指控犯罪的实质化。当庭示证应当注意把握两个原则：

一是关联原则。第一，证据之间的关联。证据之间的关联性的展示需要通过有条理、有策略的示证来完成。从示证效果出发，公诉人应对证据进行分组，将联系最为紧密的证据分组出示，而不局限于证据种类。在一般情况下，对证据的分组可以待证事实的构成要件属性为标准。在更复杂的个案中，可以在统一犯罪构成要件的事实中根据案件的具体情况做进一步细化。第二，证据与事实之间的关联。为体现证据与待证事实之间的关联性，要求公诉人出示证据时，事先应当做示证说明，意在向合议庭说明示证的意图；在每出示完一组证据之后要做证据小结，对证据与待证事实之间的关联性做简要的说明，最后做证据综述。第三，事实与法律之间的关联。通过证据将客观事实提炼为法律事实，进而阐明对其进行法律价值评判的理由与依据，这是公诉人履行指控、证明及说服责任的一种重要表现形式，其本质是揭示事实与法律之间的关联性。

二是平衡原则。第一，法庭讯问与当庭示证之间的平衡。法庭讯问的目的在于使被告人如实交代犯罪事实，示证的目的在于揭露被告人的罪行，两者在功能上有一定程度的竞合，如果不能做到繁简有度，势必会影响到庭审的效率。第二，法庭质证与法庭辩论之间的平衡。通常情况下，控辩双方的争论在示证与质证阶段就已经开始，这就导致法庭质证与法庭辩论的内容之间存在交叉。公诉人在法庭上应当把握明确的界

限：法庭质证主要解决的是证据本身的问题，即个证的合法性、客观性、关联性的问题；法庭辩论主要针对证据与待证事实的关联性、对待证事实的证明力以及事实认定、价值判断和法律适用方面的问题。

### 3. 交叉询问的实质化

一是法庭讯问要讲究章法，合理选择运用解释性讯问、追问等方式，做到层次分明、重点突出、有的放矢。讯问被告人应把握主动，从容应对，确保当庭指控犯罪全面、准确、有力。对被告人的合理辩解予以认真对待，对被告人当庭不实供述予以揭露，对庭前的有罪供述予以固定。

二是公诉人询问出庭作证的证人，可以要求证人连贯陈述，也可以直接发问。发问应简洁清楚，重点围绕与定罪量刑紧密相关的事实以及证言中有遗漏、矛盾、模糊不清和有争议的内容进行。当事人和辩护人、诉讼代理人对证人发问后，公诉人可以根据证人回答的情况，向法庭申请再次对证人发问。发现辩护人对证人有提示性、诱导性发问的，公诉人要及时提请法庭予以制止。

三是公诉人质证要目的明确、逻辑清晰，紧紧围绕案件事实和证据的客观性、关联性、合法性进行。熟练掌握各类证据的质证方法和质证策略，熟悉言辞证据和实物证据的特点差异，善于从不同角度区别质证，保证质证效果。善于根据庭审变化动向，掌握质证主动性，提高质证的针对性和有效性。

### 4. 非法证据排除的实质化

对被告人或辩护人当庭提出被告人庭前供述系非法取得，法庭决定进行调查时，公诉人可以根据讯问笔录、羁押记录、出入看守所的健康检查记录、看守管教人员的谈话记录以及侦查机关对讯问过程合法性的说明等，对庭前讯问被告人的合法性进行证明。必要时，可以要求法庭播放讯问录音、录像，申请法庭通知侦查人员或者其他人员出庭说明情况。

审判人员认为可能存在以非法方法收集其他证据的情形需要进行法庭调查的，公诉人可以参照上述方法对证据收集的合法性进行证明。

## 诉权保护的实质化

两造对峙，非平等武装不能保障审判公允，因此保障诉权，是庭审实质化的应有之义。而庭前诉权保障的职责主要在检察机关，因此诉权保护也是出庭实质化的重要内容。诉权保护首先要保障辩护权，最高人民检察院专门出台了《依法保障律师执业权利的规定》。

为此，一要保障当事人获得法律援助的权利。对于符合法律援助情形而没有委托辩护人或者诉讼代理人的，应当及时告知当事人有权申请法律援助，并依照相关规定向法律援助机构转交申请材料。发现犯罪嫌疑人属于法定通知辩护情形的，应当及时通知法律援助机构指派律师为其提供辩护，对于犯罪嫌疑人拒绝法律援助的，应当查明原因，依照相关规定处理。

二要保障律师在刑事诉讼中的会见权、阅卷权和调查取证权。办理直接受理立案侦查案件，除特别重大贿赂犯罪案件外，其他案件依法不需要经许可会见。应当及时受理并安排律师阅卷，无法及时安排的，应当向律师说明并安排其在三个工作日内阅卷。案件移送审查逮捕或者审查起诉后，律师依据《刑事诉讼法》第39条申请人民检察院调取侦查部门收集但未提交的证明犯罪嫌疑人无罪或者罪轻的证据材料的，人民检察院应当及时进行审查，决定是否调取。

三要保障律师在诉讼中提出意见的权利。对辩护人提出不构成犯罪、无社会危害性、不适宜羁押、侦查活动有违法犯罪情形等书面意见的，公诉人必须进行审查，并在审查报告中叙明审查情况。如果辩护人要求当面提出意见的，公诉人应当听取辩护人意见并制作笔录附卷。就公诉部门检察官在规范司法行为方面存在的问题征求意见，同时推动基层检



察院建立对所办案件刑事辩护律师回访制度，重点就听取律师意见与接待工作的改进和完善征求意见；建立公开、规范的与律师的交流沟通机制，从工作机制上保证律师的意见被听取、合理意见被采纳。

保障诉权还要保障当事人的知情权和公众的知悉权，以公开促公正，使阳光成为最好的防腐剂。西法有谚：“正义不但要实现，而且要以看得见的方式实现。”对此要全面落实不起诉案件公开审查、公开听证制度，加强起诉书、不起诉书、抗诉书等生效法律文书网上及时公开。在起诉书中对重要事实详细表述，充分展示，将能否把事说清、能否把理讲透作为法律文书的目标，使每一份法律文书都成为无声的法治宣言书。建立法律文书说理的评价体系、刚性约束和激励机制，推进公诉文书释法说理，针对案件争议焦点，厘清事实认定，阐明法律依据，讲透法理情理，提高当事人及人民群众的接受度和认可度。对舆论反映公诉工作和公诉队伍中的问题，要高度重视、认真核实，发现违法违纪的，坚决依法依规处理。对诬告陷害、打击报复公诉人员的，要及时澄清、依法处理，坚决支持和保护公诉人员依法履职、秉公办案。

要保障当事人各项诉权，还要严格执行法定办案程序，完善公诉权行使的规范体系，细化每个岗位、每个环节的工作职责、流程和标准，推动习惯性做法向规范化做法转变，实现公诉工作精细化发展，以制度的刚性努力实现最终的实体公正，并守护法治的公信力。

## 出庭保障的实质化

出庭工作是一项系统工程，代表国家出庭支持公诉、指控犯罪非公诉一个部门、一个环节能够独立支撑，必然需要依托检察机关整体构建出庭保障体系，整合侦、捕、诉形成大控方，才能真正做实出庭公诉工作，实现庭审的实质化。

为此，首先，要构建科学合理的内部管理考核机制，打通案件质量

传递通道。要建立科学合理的评价体系，发挥其对办案活动的规范和控制功能，是保障公诉权正确运行的重要手段。要按照最有利于推动和规范公诉工作、促进和保障依法充分履行公诉职能的原则，坚决取消不合理的考评指标，建立常态化公诉质量和效果评估检查机制，最大限度为一线公诉办案人员解除后顾之忧。要把依照程序办案作为评价办案质量的重要标准，切实防止和坚决纠正各种违反办案程序的行为。要放开庭定不起诉、存疑不起诉，规范相对不起诉、刑事和解不起诉、附条件不起诉，让证据和事实说话，让调控指标闭嘴，将不断提高的证据标准层层传到侦查环节，倒逼侦查质量的提高。在《刑事诉讼法》修订后的换档期，在质量传导的初期，部分指标可能会发生异常，但只要保证每一起案件的公平正义，就应当问心无愧，上级单位应当保持一定的制度耐心，避免人为调控干扰司法规律，迁就一时，贻害无穷。要减少协调、督办、指导，尊重一线办案单位和承办人员的亲历性审查。

其次，强化公诉人出庭安全保障。认真做好公诉案件的风险评估、预警和处置工作，对于可能发生公诉人员被攻击的案件，庭前与法院、公安机关积极沟通协商，制定庭审应急处置预案，采取必要安全防范措施。对于可能出现妨碍公诉人员依法履行职务情形的，由人民检察院司法警察出警，护送公诉人员出庭和返回，保障公诉人员依法履行职务及其人身安全。商请法院加强法庭安全设施建设，采取相应安全保障措施，为公诉人员设立专用通道。会同有关部门依法加大对哄闹法庭、殴打公诉人员等违法犯罪行为的惩治力度。为公诉人员办理人身意外伤害保险、建立保障基金等，解决公诉人员后顾之忧。

最后，强化组织保障和物质保障。落实检察长、副检察长、检委会专职委员、检委会委员带头出庭公诉制度。加大公诉人员依法出庭履行职务的物质保障，落实出庭专项经费，为公诉人出庭工作提供必要的装备，保障公诉人办案用车。



## 公诉人作用的实质化

再好的制度最终还是要落实到人，公诉人的潜能、责任心、主观能动性和创造性是出庭实质化的关键内容。

为此，一要把转变公诉人的执法理念作为当务之急。全体公诉人都要树立疑罪从无的法律理念，坚决反对疑罪从轻、疑罪从挂的错误观念。严格按照事实和证据办案，严格执行证人出庭制度和辩护制度，尊重律师权利，严格依照法律规定开展未成年人检察工作。增强谁起诉、谁负责的责任感，严格落实公诉人对办案质量终身负责制度。切实转变执法观念，严把案件质量关，严守防止冤假错案底线。

二要把全面提升公诉人能力作为重中之重。集中精力培养和提升公诉人的核心能力素质。进一步提高审查、判断、采信证据的能力，围绕证据力和证明力问题，严格依法审阅案卷、提讯犯罪嫌疑人、听取律师意见、核实重点证据，排除非法证据，确保起诉的案件达到事实清楚、证据确实充分的标准。进一步提高出庭公诉的能力，特别是提高庭前预测能力、与证人的沟通协调能力、交叉询问能力、临场应变能力。

三要营造公诉人广学博学、钻研业务的工作学习氛围。要有意识地营造爱业务、学业务、钻业务的环境，坚持“以需求为导向、以问题为中心”，进一步加强出庭工作规范的学习和落实，创新教育培训方式，拓展交流锻炼平台，通过有针对性的培训锻炼，促进公诉能力素质不断提高。每一名公诉人都要增强职业认同感和责任感，提高学习和钻研业务的自觉性，广泛涉猎自然科学、社会科学等多门类知识，深入了解世情、国情和社情，加强群众工作锻炼，做到“通理论、精实务、善研究”，努力成为公诉领域的行家里手。

四要完善办案责任制，增强职业保障。落实谁办案谁负责，建立主任检察官在授权范围内依法独立行使决定权的制度，确立检察官办案主体地位，健全公诉环节司法办案责任体系。科学设定主任检察官、检察

官助理等公诉人员的工作职责、工作流程、工作标准，明确权力责任边界，实行办案质量终身负责制和错案责任倒查问责制。要结合检察人员分类管理、检察官员额制等司法改革，配齐、配强公诉力量，保障检察官员额向一线公诉人员倾斜，探索职业公诉人制度，稳定公诉队伍。

出庭公诉的实质化是庭审实质化的坚实基础，是检察机关参与以审判为中心的诉讼制度改革的重要步骤，是公诉工作新时期的中心工作和重要抓手。面对变数不断加大、日益实质化的庭审，公诉人只有做实出庭工作，顺势而为，以实质化应对实质化才能实现指控犯罪有力的目标。



## 公诉理念的再转型

## 新时代检察官应当具备的六种内在品质

联合国《关于检察官作用的准则》中规定：

检察官应始终一贯迅速而公平地依法行事，尊重和保护人的尊严，维护人权从而有助于确保法定诉讼程序和刑事司法系统的职能顺利地运行。检察官在履行其职责时应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；保证公众利益，按照客观标准行事，适当考虑嫌疑犯和受害者的立场，并注意到一切有关的情况，无论是否对嫌疑犯有利或不利。如若一项不偏不倚的调查表明起诉缺乏根据，检察官不应提出或继续检控，或应竭力阻止诉讼程序。当检察官根据合理的原因得知或认为其掌握的不利于嫌疑犯的证据是通过严重侵犯嫌疑犯人权的非法手段，尤其是通过拷打，残酷的、非人道的或有辱人格的待遇或处罚或以其他违反人权的办法而取得的，检察官应拒绝使用此类证据来反对采用上述手段者之外的任何人或将此事通知法院，并应采取一切必要的步骤确保将上述手段的责任者绳之以法。<sup>[1]</sup>

再好的制度最终还是要落实到人，检察官的道德感受力、理念智识、主观热忱和天资禀赋将决定着检察工作的质量、效果和面貌，因此有必要从六个方面培养检察官的内在品质、发挥检察官的主体作用并着力营造构建良好的制度环境。

[1] 杨宇冠、杨晓春编：《联合国刑事司法准则》，371～372页，北京，中国人民公安大学出版社，2003。

## 理 性

在法庭审判中，检察官代表国家，这一代表性有内外双重含义：一是内在意义，代表国家的意志——通过准确有力地打击犯罪，完成维护社会安宁和法律秩序的国家使命；二是外在意义，代表国家的形象——通过公诉的风采，展示国家严肃而公正地实现国家刑罚权的形象。因此，检察官在法庭活动中，仍应严格履行检察官的客观义务，追求客观真实，追求司法正义，而不仅仅是给被告人定罪。

为此，检察官的法庭行为首先必须是理性的。所谓理性，简言之，即人们运用其智力，分析和解决问题的生存特征与实践属性。此概念可由内外两个“面相”理解。在“内部面相”，理性着眼于人的智力运用，即形成概念、进行判断、分析、综合、比较、推理、计算等方面的活动 and 能力；其“外部面相”，则是强调对事物发展规律的尊重，善于根据规律，面对现实选择，发现各种备选方案中的最佳方案，去实现行为目的。检察官的法庭理性，是一种“实践理性”，即社会实践中运用智性以及尊重规律。主要表现在以下四个方面：其一，理性地分析论证。检察官最重要的能力，是其分析问题、直触核心、把握问题实质的能力。检察官应当不冲动、不盲从，善于缜密的思考、客观的分析，尤其是善于抓住案件的核心、定罪的关键以及论辩问题的实质。其二，理性地质疑、反驳。检察官理性能力的另一重要体现，是质证与辩论过程中，对辩方举证与立法作合理、有效地质疑与辩驳。在权利保障与正当程序观念逐渐被社会、司法所接受的情况下，依据权力的公诉活动方式逐渐让位于依据理由的方式，检察官在法庭上的攻击防御也日益理性化、专业化。其三，对其他人理性表达及其理性能力的尊重。法治是于意见沟通与利益协调的过程中形成的。法治的基础，正是在于沟通理性的建立，在于协商精神的成长。<sup>[1]</sup>在法庭上，控辩双方是对手，但是只要具备一种“沟

[1] 谢晖：《沟通理性与法治》，载《检察日报》，2011年5月5日第3版。

通理性”，那么，控辩的对抗，不仅会成为法庭正确判定的条件和前提，而且能构建和谐合作的法庭关系。其四，对规律与规则的充分尊重。尊重规律，这里主要是指诉讼规律。规律是抽象的、内在的，它常常表达为外在、具体的规则。庭审中的诉讼规律，可以用三角形诉讼构造解释，包括控辩对抗与控辩平等；公诉与审判的分离并形成对审判的制约；“司法至上”与“审判中心论”。<sup>[1]</sup>就公诉活动的客观公正而言，尤其值得注意的就是维系控辩平等与尊重审判权威。现代诉讼构造，是“对抗与判定”的构造，检察官应当平等对待诉讼对方，尊重其诉讼权利及诉讼表达。为此，应当妥当处理检察官与法律监督机关代表的双重法律身份问题。<sup>[2]</sup>

## 宽 容

宽容，是一种内在精神，体现在对世界不完美的理解和容忍。检察官的宽容，也是司法人性的体现。陈寅恪先生说对古人要有一份“了解之同情”，检察官对当事人也要有一份“了解之同情。”一方面，检察官代表社会正义和司法正义，通过刑事诉讼惩治和抑制犯罪，在他的工作范围内，不允许任何人挑战社会伦理、漠视他人权益、无视法律规则。另一方面，检察官也应具有必要的宽容。他应当理解，有的犯罪有社会和客观的缘由，有的犯罪即使严重也有轻缓的情节，有的青少年拉一下可能进来，推一下则可能出去，因为犯罪者的标签效应以及短期自由刑的弊端可能使其终身笼罩在犯罪和入监的阴影中。因此，优秀的检察官应当尽量以谦抑的方式行使其权力，充分注意“宽严相济”刑事司法政策的贯彻。过于苛严的检察官，虽然其与犯罪作斗争的精神可嘉，但司法理性及全局意识不足，难以成为最佳检察官。

[1] 龙宗智：《返回刑事诉讼理论研究的始点——刑事诉讼两重结构重述》，载《刑事法评论》，1998（1）。

[2] 龙宗智：《检察官客观义务论》，235～239页，北京，法律出版社，2014。

检察官的宽容，还应体现于对辩护的理解以及对辩方——包括被告人法庭陈述不做苛求。辩方为了被告人的利益，也许会对有罪辩称无罪，甚至辩护人个人判断其有罪。这是因为现代诉讼建立在一种“相对制度”之上，允许你指控有罪，也允许我辩称无罪，正是这种抗辩方式，使法庭能够“旋转一个晶体”，看到它的每一侧面。<sup>[1]</sup>甚至对于被告人，他在法庭上的辩解，也许无理，检察官在依法据理驳斥的同时，也要理解这也是一种“人性”。虽然我们的正式制度不承认被告人有“说谎的权利”，但因趋利避害是人的本性，因此，不能苛求每个被告人都能如实供述每一个情节——即使这种供述对他不利；不能苛求每个被告人都能始终如一地保持稳定的供述，而不允许其有一点侥幸心理。而且改变供述究竟是由于被告人心理上的侥幸还是事实真的就不像原供，这还是不确定的。当然，对方超越法律去实现诉讼利益是不应当允许的；确凿事实面前拒绝认罪或翻供也不能得到坦白从宽的诉讼利益。<sup>[2]</sup>

## 平和

平和，则是一种外在的态度，它是理性精神的外在体现，因为依靠理性的内在力量而不依凭某种外在的力量、因素，如权力，就不需要剑拔弩张、咄咄逼人或以势压人。我们也会看到个别检察官在法庭上总是咄咄逼人，有的检察官出庭重在声高，公诉发言不遗余力至声嘶力竭。这种类型的公诉活动，依靠权力、声势等外在因素而非理性的内在力量，也许在过去运动式、粗放式司法中尚有相互协调性，但在现代证据裁判、辩论主义的诉讼展开中，总是效果不佳，因为它不符合现代诉讼的内在逻辑。平和体现司法者理性、客观、审慎、平静的特质。<sup>[3]</sup> 阐述法律原则

[1] [美]哈罗德·伯曼编：《美国法律讲话》，陈诺恒译，24～34页，北京，生活·读书·新知三联书店，1988。

[2] 龙宗智：《检察官客观义务论》，241页，北京，法律出版社，2014。

[3] 孙谦：《平和：现代司法的人文境界》，载《中国社会科学报》，2012年9月14日。



的著名教授贝勒斯将“程序的平和”视为法律程序的基本原则及法律体系的基石。<sup>[1]</sup> 依靠平和的法律程序而不是依靠直接的暴力和血亲复仇，是现代社会稳定基础和运行的条件。最高人民检察院近年来提出“理性、平和、文明、规范”的执法理念，确有提升检察官素质的突出功效，也是我国检察理念和作风转型的重要指导观念。尤其对于常以法庭斗士为角色期望的检察官，注重理性、平和尤为重要。平和才能使法律程序的有序展开获得条件，平和才能容纳法庭上理性的互动，平和才能推动执法的宽容。当然，这种平和并不表示检察官的软弱或者宽大无边。即使面对最严重的犯罪，即使检察官的心底曾起波澜，他的诉讼行为也是平和冷静。<sup>[2]</sup>

## 耐 心

耐心就是不急躁、不厌烦，是一份淡定、一份从容，也是职业成熟的表现，更是对平等主体发自内心的尊重。而平等是法治的基本要求。检察官当庭指控、讯问犯罪嫌疑人、接待来访群众都需要耐心倾听。尤其对待辩护人更要保有耐心，要转变观念，绝不能把律师正常的执业活动看成“搅局”“搞事”，对律师阅卷、调查取证绝不能“防着”“挡着”甚至人为设置障碍。听取律师意见是防范冤假错案的重要途径。实践中发生的冤错案件，大多数都存在不重视辩护律师意见的问题。要让耐心倾听律师意见成为检察官的一种品质，健全听取辩护律师意见机制。对于律师提出的无罪、罪轻、证据合法性存在问题等意见，要认真审查核实，并在案件审查报告中对是否采纳及其理由作出说明，以此促进和提高公诉工作的精准性和公正性。不仅要能够耐心倾听，还要懂得耐心交流。加强庭前与辩护律师的沟通，努力在管辖、回避、证据合法性等问题上

[1] [美] 贝勒斯：《法律的原则——一个规范的分析》，张文显等译，34页，北京，中国大百科全书出版社，1996。

[2] 龙宗智：《检察官客观义务论》，242页，北京，法律出版社，2014。



与辩护律师达成共识，在听取律师意见之后，应当及时有所回应，形成良性的诉辩互动，构建彼此尊重、平等相待、相互促进的新型诉辩关系。

## 勤 学

要营造检察官广学博学、钻研业务的工作学习氛围，更要培养检察官自发学习的意识和自主学习的能力。要有意识地营造爱业务、学业务、钻业务的环境，坚持“以需求为导向、以问题为中心”，进一步加强出庭工作规范的学习和落实，创新教育培训方式，拓展交流锻炼平台，通过有针对性的培训锻炼，促进公诉能力素质不断提高。每一名检察官都要增强职业认同感和责任感，提高学习和钻研业务的自觉性，广泛涉猎自然科学、社会科学等多门类知识，深入了解世情、国情和社情，加强群众工作锻炼，做到“通理论、精实务、善研究”，努力成为公诉领域的行家里手。要鼓励检察机关自觉提高核心能力素质。进一步提高审查、判断、采信证据的能力，围绕证据力和证明力问题，严格依法审阅案卷、提讯犯罪嫌疑人、听取律师意见、核实重点证据，排除非法证据，确保起诉的案件达到事实清楚、证据确实充分的标准。进一步提高出庭公诉的能力，特别是提高庭前预测能力、与证人的沟通协调能力、交叉询问能力、临场应变能力。

## 相对独立

法学界一般认为，“人民检察院依照法律规定独立行使检察权”中的“独立”是指检察院作为整体的独立，而非检察官独立。但实际上，检察官相对独立具有检察制度内在的必然性和现实的必要性；它是检察院整体独立的基础，是“检察一体”的前提和防止“检察一体”弊端的重要措施，是检察官法律地位、活动原则、司法规律和深化司法体制改

革的必然要求。检察官相对独立是依法独立，是在党的领导、人大监督和“检察一体”下的独立，是“独立”与“受制”的有机统一。

### 1. 检察官相对独立是检察机关依法整体独立的基础

首先，检察院整体独立必须以检察官个体相对独立为基础。“检察官是依法行使国家检察权的检察人员”<sup>[1]</sup>，是检察职能的直接承担者，是构成检察机关整体的基本成员。只有检察官相对独立，排除一切非法干预，做到以事实为根据、以法律为准绳，客观公正地办好每一起案件，检察机关的整体独立才有坚实的基础。其次，检察机关对外整体独立必须以检察官对内相对独立为条件。一般认为，检察机关整体独立指的是对外的整体独立，即“不受行政机关、社会团体和个人的干涉”。但检察院对外的整体独立必须以检察官对内的相对独立为基础。检察机关以惩治犯罪、监督公权、维护国家法治和社会公平正义为职责，在检察权行使过程中，经常会遇到权的压力、钱的诱惑、情的干扰和关系网的阻挠。这些干涉有些来自检察机关外部，有些来自检察机关内部，但无论来自外部还是内部，都只有通过向办案检察官进行说情或干扰，才能达到干预办案的目的。特别是外部少数握有权柄的人以言代法、以权压法，往往要采取向检察院内部领导人打招呼，然后再由内部领导人对办案检察官下指令的方式进行。对于这些由外向内的间接干预和来自内部直接干预，都只有通过检察官具有相对独立性，坚决地予以抵制，检察院对外整体独立才能有可靠的保证。

### 2. 检察官相对独立既是“检察一体”的基础，又是防止“检察一体”弊端的重要措施

“检察一体”要求上命下从，但检察官不能唯命是从。“检察一体”

---

[1] 参见《中华人民共和国检察官法》第2条。

有时也会产生弊端。上级是人而不是神，也可能犯错误，出现恣意滥权、发出违法或明显不当的指令、利用职权不当干预下级检察院或检察官依法办案等情况。此外，“检察一体”还会导致层层审批、文牍主义、效率低下，导致相互推诿、无人负责、发生错案时无法追究责任，还会抑制作为执法办案主体的检察官的主观能动性和责任心。赋予检察官以相对独立性，有利于抵制上级的违法或错误指令，增强检察官的责任心和主观能动性，提高检察工作的效能和质量，使办案责任制落到实处。<sup>[1]</sup>

以审判为中心的诉讼制度改革就是“审判中心主义”的中国化改造，但扛着反对“侦查中心主义”的大旗，其道路必然是曲折的、渐进的，但其前途必将是光明的，因为它是司法规律的回归，是检察官天然使命的回归。与其说是改革，不如说是一次迟到的“归来”。检察官积极参与以审判为中心的诉讼制度改革，不是在权力分配的蛋糕上博弈，而只是在努力寻找日渐迷失的本我。以审判为中心的诉讼制度改革，伴随着其他去中心化、去行政化、去地方化的司法改革项目，除了制度之外，也是一场司法官人性的解放运动，就是要打破无所不在的行政枷锁，像实现“包产到户”用价值规律来引导人性一样，用司法规律来引导司法官的人格，实现我们一直期待的每一个个案的公平正义。

---

[1] 朱孝清：《检察官相对独立论》，载《法学研究》，2015（1），第137～138页。

## 法治是个奢侈品

法治是什么？

法治是成熟的社会治理体系，法治是高度的社会文明形态，花钱也不一定能买得到，没有钱就更不行，所以说法治是个奢侈品。

这个感悟来自最近看的两本书，一本是史蒂芬·平克的《人性中的善良天使》，另一本是美国法学家与德国法学家联合主编的《跨国视角下的检察官》（杨先德译）。

平克认为，暴力是随着人类进化而不断下降的，这被认为是文明的过程，这个过程被称作“平靖”过程，这就是社会治理体系成熟的一个过程，即法治的过程，但是这个过程曲折而漫长。

而《跨国视角下的检察官》所选取的法治视野主要集中在美、加、英、德、法、意、荷，偶尔提到的还有日本和北欧国家，而这些几乎就是 G8 的完整名单，可见法治是要建立在坚实的经济基础之上的。“仓廩实而知礼节，衣食足而知荣辱”，信然。吃不饱肚子搞法治是不现实的，贫穷和落后难行法治。

法治的成本不仅在于经济，也在于时间。有时候说奢侈，指的也不一定是钱，时间往往比钱还珍贵。在发达的法治国家，总的司法成本都是有限的，如果在小案子上费的资源和时间多，大案子就可能不够用了，这就是法治成本守恒原理。这就像考试，前边选择、填空用的时间多了，最后时间不够了，发现还有两道案例题，并且占 40 分，前边答得再好，

总分也可能不太高。考试的基本原理是根据分值来分配时间。事实上，司法也一样。案件之间的复杂程度有时候真可以用天壤之别来形容。而且扑朔迷离的案情只有用完整充分的诉讼程序才能保证程序正义与实体正义的统一，最大限度地防止冤假错案，这就又极大地增加了司法成本。

法治的基本要求就是法治成本的优化配置，保证该快的要分秒必争，该慢的要从容不迫。快慢相济，法治之道也。

### “慢”是建立在“快”基础之上的：法治成本的辩证法

拿美国来说，一名主审法官早上 11:04 拿到待审案件表，然后着手处理眼前的 56 起案件，在 11:24 分休庭前，也就是 20 分钟内，完成了对这些案件的审理。在这 20 分钟里，其中一起案件花费了法官 5 分钟时间，剩下 15 分钟处理了其余 55 起案件，其中 11 起案件被认定构成刑事犯罪，定罪率大约为 27%。从法官叫第一个被告人的名字到结束对第四个被告人的宣判之间的 17 秒钟，四个刑事被告人被审理、定罪和判刑。在每一起案件中，法官只是读了一下被告人的名字，瞅了他一眼，然后说道：“入教养院 3 个月”。因此，美国最高法院把轻罪审判称为“流水线司法”。

再看德国，德国将工业 4.0 精神投入司法系统的改造当中。“MESTA”与“PEBB&Y”系统是今天管理者普遍使用的系统，管理者用这些系统根据每个办公室的案件量来分配人力资源。并不令人吃惊的是，由于这些系统低估了决策过程的复杂性和检察官处理案件所需的时间，应用于特定办公室每年实际处理的案件量，司法部官员可以评估出每个办公室的工作效率并决定人员编制。如一位检察官所言，这一系统将衡量制造业生产力的逻辑应用于法律决策：如检察官在处理某类案件时，有 80 分钟时间去开展必要的工作以完结案件。如果你是处理青少年案件的检察官，

你有 49 分钟。如果你是一个区检察人员（Amtsanwalt），你有 56 分钟，比一个检察官（Staatsanwalt）在同一案件上的时间要少，因为他们认为如果由一个区检察人员来处理案件，说明它不是一个很难的案件，它是个容易些的案件。例如，一个“顶级重罪”（Kapitalverbrechen）……比如，谋杀，依据办案指引，可以有 1 200 分钟处理这个案件。但是，如果你有一个非常复杂的案件，它就可能持续几个月甚至几年。德国人开发这种系统的原因就在于节约政府预算。这就是德国人的工匠精神。这些例子比较夸张，但是事实上德国普通犯罪部门每名检察官平均每月要接 120 个新案件，负责与初级法院对接的检察官每年要处理 1 000 个案件。这就是一般德国检察官的基本工作负荷。所以如果你要问，每个月 20 天工作日，怎么办 120 件案件，而这不以分钟计，又还能怎么计？

美国人以秒计，德国人以分计，而我们以天计、以月计，可见在繁简分流的路上我们还有很长的路要走，速裁程序可能还有很多潜力可挖。

我们现在强调以审判为中心，强调庭审实质化，强调证人出庭、交叉询问、直接言辞，这些高大上的司法程序确实能够发挥保障人权的功效，但必然是以大量压缩简易案件办案流程为代价的，否则怎么审得完？简易案件实际上是为重大复杂案件腾出了时间，所以说法治是个奢侈品。其实我们对法治有一种误解，就是觉得案件都应该像电影里演的一样去审判，“十二怒汉”，对吧？其实现在他们出场的机会越来越少了。

### 检察官的审判权：法治的供给侧改革

一般认为，以定罪量刑为代表的判决是法治的终极产品，法院就是供给方，但是为了提高效率、减少流程，实现供给多样化，细分法治产

品层次，在法治资源有限的情况下最大限度地满足法治需求，这也算是法治的一种供给侧改革。

### 改革方式之一：辩诉交易

辩诉交易是个老产品，原产地在美国，现在有向全球扩展之势。原来欧洲国家有道德顾虑，现在想开了。辩诉交易的比例：美国为95%～96%，英国为87%。欧洲大陆国家做了一个限定，辩诉交易的刑罚不能超过五年，法国、意大利、德国也已经正式立法接受。看起来，好像这些国家很谨慎，但实际上，像德国，每年的轻罪案件占到85%，在美国被定为典型的重罪的犯罪在德国被认为是轻罪，包括强奸、性虐儿童以及贩卖人口。而德国刑事诉讼法允许检察官在罪行轻微且进行起诉不符合公共利益时不对犯罪嫌疑人进行起诉。当然这些案件更是在辩诉交易允许的刑期之内了。所以，有时候说欧洲人不实在。

辩诉交易是美国法治的灵魂，超过95%的刑事案件通过辩诉交易解决，就这一点而言，辩诉交易不单是刑事司法体系的可接受的一部分——它就是整个体系本身。自愿是法治的前提。这个自愿又以强大的法治后盾为前提，强有力的辩护制度、实质的庭审程序、独立公正的司法制度，以这些为靠山而自愿选择认罪，我们有理由相信他的真实性——虽然也不是绝对的。自愿是辩诉交易的一个前提，而靠谱的检察官是另一个前提。检察官的承诺是有效力的，法官会予以充分的尊重，因此被告人知道，主动权掌握在检察官手中。

美国检察官拥有不受约束的撤销案件的自由裁量权，他们通过签发一种准无罪开释的命令实现，而法庭或任何其他外部主体都不能推翻此类决定。在我国，撤回起诉还需要法庭裁定准许。美国检察官也有事实上的裁判权，这集中体现于他们在辩诉交易中行使的自由裁量权上。尽管被告人可以拒绝做有罪答辩，但是大部分都会接受检察官的要约以避免审判时遭受更为严重的指控和更加严厉的惩罚。同样，这也可以避免完整的法庭诉讼程序所带来的时间、资源成本以及不确定性。经过表面



上的审查之后，法庭通常都会批准这些协议。这种实践的本质，以及对抗制诉讼模式极端不同的地方是，检察官而非法官或陪审团，作为事实的核心裁判者（同样，检察官取代法官作为大部分法律争点和科处适当刑罚的裁决者）。被告人及其辩护律师在法庭中并不是向法官而是向检察官陈述辩护意见，由检察官评估他们陈述事实的准确性以及向法官或陪审团所做的类似的说服工作，然后决定对被告人的哪一桩指控应该成立。类似地，减轻情节也不是向法官主张，而是向检察官主张，由检察官决定应该对被告科处什么样的刑罚以换取他的有罪答辩。辩诉交易不是检察官的独角戏，其实是整个司法体系在发挥作用。法官深知检察官是在为自己分担压力，有限的司法资源也决定了这是一个零和游戏。被告人是自愿参与进来的，这是个基本前提。求仁得仁又何怨？美国人能做得彻底，主要是因为美国人将法律和道德分得很开，没有道德包袱，因为他们是彻底的实用主义者。对此，欧洲大陆检察官正在向美国同行靠拢，在原版引进的同时，还进行了创造性的发挥。

### 改革方式之二：刑事处罚令

欧洲大陆法系国家创造了“刑事处罚令”制度，由检察官直接向被告人签发处罚令，有的国家可以直接生效，有的国家还需要法官同意，但法官几乎就是形式审查。这些国家的刑事司法体系实际由三种相互独立的程序组成：第一种是对于可能判处终身监禁刑的重罪案件需要一套完整成熟的刑事程序，在该程序中应有三个法官组成合议庭进行审理；第二种是对于较轻的犯罪，可由独任法官审理；第三种是对于证据确凿的简单案件，可以使用刑事处罚令程序。目前，刑事处罚令的比例在德国占到 33.33%，在意大利占到 12.2%，在克罗地亚占到 29.75%。荷兰的刑事处罚令就不用经过法官同意，但也有一套救济程序，那就是当事人可以反对。如果当事人反对，检察机关就要将案件移送到法院接受正常审判，但是这样刑罚可能会更重。如果当事人不反对，刑事处罚令将具有终局性。因此，还是那句话，效率以自愿为前提，是法治的重要原则。



在荷兰，刑事处罚令的种类包括：

#### 刑罚

1. 180 小时无偿服务罚或者强制参加培训课程；
2. 罚金；
3. 没收扣押物品；
4. 命令被指控人向国库支付一笔资金以救济受害人；
5. 撤销驾照最长至 6 个月。

#### 非刑罚处罚措施

1. 上交符合条件的物品以供没收或充公；
2. 向国库支付与犯罪获利相等的资金；
3. 向救济受害人的公共基金支付一笔资金（不高于法定最高罚金）；
4. 在最长 1 年的缓刑期内服从有明确计划的指示。

## 诉与不诉：法治的路径选择

美国有一种理论，叫“破窗理论”，也就是说，如果对轻微的违法——诸如街头涂鸦、故意毁坏文物遗迹微小的犯罪——放任不管，就会向违法者释放类似行为将会被容忍的信号，从而使他们更有胆量去从事更为严重的犯罪活动。处理那些轻微案件的检察官主要是地方检察官，而他们是民选的，因此他们要倾听人民的呼声，必须疾恶如仇，要尽量地起诉。据最新估计，美国有 7 100 万人——包括成年非裔美国人中的一半——都有犯罪记录。

当然这也有美国刑事处罚一元化的问题，在我国进行治安处罚和行政处罚的案件，在美国也统一纳入了刑事程序。但是 1/5 以上的美国人都有前科，这个数据仍然是惊人的。这主要还是要归功于辩诉交易，一方面，辩诉交易能够极大地提高办理简易案件的效率；另一方面，辩诉交易还降低了不少指控的风险。因为，美国的警察也不是万能的，在快速办案

的同时还能够完全保证案件的质量是不现实的。这些案件如果硬要上法庭，可能面临无罪风险，当然也不是完全不能说服陪审团，只是要大费周章。但是如果得到被告人的认罪同意，就可以省不少力。想想这样的案件，我们两次退回补充侦查都免了，要提高多少效率？因此，对证据不足的案件而言，辩诉交易是很重要的一个点，但也是最有争议的一个点，这样做是否有损公正？这样做是否纵容了警察？冤假错案如何防范？这样做值得吗？

对此，欧洲同行确实有不同的做法，德国在 2003 年，有接近 53% 的案件是因为证据不足、犯罪轻微和不存在追诉的公共利益，或者附条件而被终止。也就是说，一半的案件都做了不起诉处理。而荷兰从立案之后只有 10% 的案件可以最终走上法庭，起诉率只有 10%，当然这里边也有以刑事处罚令处理的。荷兰给予的由于法律技术原因不予起诉的理由包括：

1. 警方错误地登记了嫌疑人；
2. 法院对该案件没有法定管辖权；
3. 证据是以非法方式取得的；
4. 犯罪行为轻微；
5. 犯罪嫌疑人在犯罪行为中起的作用小；
6. 犯罪行为可罚性低；
7. 犯罪嫌疑人自身也是犯罪行为的受害者；
8. 犯罪嫌疑人健康状况不佳；
9. 犯罪嫌疑人的改造前景较好；
10. 犯罪嫌疑人生活状况发生变化；
11. 犯罪嫌疑人下落不明；
12. 犯罪嫌疑人已经赔偿损失；
13. 受害人有过错；

14. 受害人与犯罪嫌疑人之间关系密切，而起诉会违反受害人利益。

大陆法系的不起诉裁量权是比较宽泛的。但是在应对恐怖主义的时候，我们也看到了欧洲同人的捉襟见肘。

诉与不诉确实是一种法治选择。

我们要看法治的两面，一面写着“保障人权”，一面写着“打击犯罪”。这并不老套。

大量的不起诉虽然能够保障人权，但并不必然能够带来侦查质量的提高。侦查有侦查的难处，在果决、迅速与规范、严谨之间有时候存在一定的冲突。一方面是警力有限，对轻微案件分配有限；另一方面是虽然是重要案件，但是在时间要求更高的情况下，证据的充分性可能要打折扣。这是个两难。但是刑讯逼供和违法取证是底线，是不能碰的。就如同侦查瑕疵中外都一样会有，证据的充分性对侦查来讲是个国际难题。在法庭上讲充分性是容易的，因为这些人不用亲自调查。这些也不是给侦查辩护，但这是一个客观事实。我们现在是需要倒逼侦查提高侦查质量，但也要考虑客观规律的问题。

在这个问题上，美国检察官更多的是妥协，但前提是有底线。美国因证据排除规则每年导致 0.6% ~ 2.35% 的重罪当事人不予起诉或无罪释放，其实量也不小。但大量的是通过辩诉交易与被告人妥协，因此自愿其实是法治的第一原则。而且背后是充分的法治保障，从而尽量保障自愿的真实性。

欧洲大陆法系的弱点就在于程序保障，他们也自知程序的公正性弱于美国，因此还是认为从检察官的角度把住这个关口，不要轻易进入审判程序为好。从某种意义上来说，也是对审判没有信心。

但其实诉与不诉的目标是一致的，就是在保障人权与打击犯罪这两个法治目标上寻找一个平衡点，由于天资禀赋的不同，路径上才有差异。但是都没有错，他们都在充分利用了自己的本土资源。

我们呢？

法治确实来之不易，而且代价高昂，但它值得拥有，因为它不仅是个奢侈品，也是个耐用消费品。

它的主要功能就是维持国家和社会的长治久安。

你说，它值得吗？

## 顺应以审判为中心打通案件质量传递通道

2016年6月27日，中央深改组发布《关于推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的意见》，以审判为中心的诉讼制度改革呼之欲出。但是现在的核心问题是审判标准不断提高和侦查质量持续薄弱的矛盾，检察工作作为中间环节，应当打通审判与侦查之间的案件质量传递通道，将不断提高的证据标准和审判要求及时传递给侦查环节，并发挥法律监督的职能作用，扫清案件质量传递过程中任何违法障碍，督促合法侦查、有效侦查，匡正审判的矫枉过正，使刑事诉讼实现良性运行，实现打击与保护并重的目标。

### 顺应司法规律和人性规律

潮流和规律是不可违背的，正所谓“顺之则昌，逆之则亡”。以审判为中心是基本的诉讼规律，已经形成了改革的共识，这是一个大的方向。这一个共识形成的过程是来之不易的，是在纠正一个又一个的冤假错案、痛定思痛之后的理性思维。就好比对刑讯逼供的认识，几千年来刑讯是合法化的，1910年《大清现行刑律》废除了大部分刑具但仍然保留了竹板，具有近代化倾向的《大清新刑律》在朝野的争议声中也未能完全废除刑讯。即使后来从法律上废除了刑讯，但在司法实务中刑讯也有着巨大的惯性，可见对真理的认识从来都不是一步到位的。以审判为中心的方向虽然确

定，但是如果内容不能完全适应，以审判为中心仍有被架空的风险。

以审判为中心不应是审判机关的一厢情愿，而应该成为整个司法机关的共识，并逐渐成为整个社会的共识。在司法机关共识的形成过程中，应该充分注意声音和信号的传递。审判具有终局性，既是给案件流程画句号，也是给当事人的命运画句号，因此应格外慎重。审判过程对新的法治理念接受最早，对新理念的压力感受最直接，对案件的标准也必然把握更严，或者说能够率先体现新法的要求。但是这种新的要求和新的标准，在整个刑事诉讼链条上的传递是缓慢的，尤其是侦查环节作为神经末梢，很多时候还是按照惯性来办案，新法的理念并不能迅速通过文字的形式传递过来。这也是人性决定的，直接经验就是强于间接经验，感性认识就是比理性认识来得直接。尤其侦查人员作为行动者，更加注重直接经验和感性认识，这是人性的规律，也同样不可违背。如果一个案件还能捕、还能诉，那就照常办呗，至于能不能判，离得远了一些，而且真正判无罪的也不多，所以感受也不强烈。这就是司法认识的传递链条，也就是案件质量的传递通道。如果新标准不能及时传递，侦查模式必然依然故我，如果检察机关在捕和诉的问题上继续迁就侦查机关，自己将案件质量的压力背在身上，侦查人员自然也就浑然不觉，侦查质量自然难有大的改善。

如果质量不高的案件依然照常移送过来、起诉出去，一方面，会使侦查职责检察化，降低诉讼效率，冲淡指控主业；另一方面，就是为质量不高的案件背书。硬性起诉，在法庭忍受煎熬，最后以撤回起诉换无罪，从而维持一个暂时的稳定现状，但牺牲的却是检察机关的公信力。在自身底气不足的情况下，审判监督自然也难以开展。因此，检察机关应该打通案件质量的传递通道，让已经显著提高的证据标准传递出去，通过一个个不批捕、不起诉的案件，让侦查机关猛醒，这比任何宣讲、座谈和辅导都有意义。应该传达一个明确的信号：不按新的标准来，此路不通，从而让侦查人员主动寻找提高办案质量的出路。而且这种传播越是有针对性，办案质量不高的人员收到的信号也就越多，对他的影响也就越大，他的重视程度也就越

高。只要有问题，就有信号反馈，即使是具体而细微的问题，也会有具体而细微的反馈。这些信号的反馈汇成的洪流才会冲垮以往的侦查惯性，将侦查引入更加合法、规范的轨道上来，从而使整个刑事诉讼程序走上正轨。

### 顺其自然，人性是法治信号的加强器

案件质量传递通道需要打通，法治信号需要传递，需要信号加强器，需要不断放大声音，从而避免传递过程中的损耗。好比说，一个无罪判决，需要十个不起诉来传递这种证据标准才能引起侦查机关足够的重视，声音传递的规律也是这样，只有在中间环节不断加强才能保障信号传递得足够远而又不失真。也只有足够的力度，才能促使强大的侦查惯性转向，这都是自然而然的。在这个问题上，笔者并非建议人为加大不起诉的力度，故意作出一些姿态。其实没有必要，只要真正地放开就好，顺其自然就好。该不起诉就不起诉，该不批捕就不批捕，没有任何人为的迁就，对审判标准提高的认识自然会传递出去。其实人性就是法治信号的加强器，斯蒂芬·平克的《人性中的善良天使》也大致是这个意思，人性都愿意传递好的信息，而不愿意传递坏的信息。翻开我们的微信朋友圈，你就能够看到，普通人如此，作为司法官更没有人愿意制造冤假错案，甚至没有人愿意增加冤假错案的风险。放开司法人性，他们自然会将冤错案件的担忧放大，从而对证据标准、案件标准的传递加强。现在的去行政化、去地方化的司法改革，司法责任制的落实，也是司法官人性的解放运动。让司法官用法律和人性来衡量案件，放出传递善良的天使，从而拨正司法航向。

### 司法进步需要体制内外的宽容和理解

公众对司法有两个不能接受：一个是不能接受冤假错案；另一个是不能接受无罪判决，尤其是过多的无罪判决，有时候还把无罪判决与冤



假错案画等号，这其实是自相矛盾的。无罪判决大部分是一、二审程序内作出的，这是刑事诉讼的自我纠错机制，也是打击与保障双重目标的必要张力。要求所有起诉的案件都能够作出有罪判决，要求刑事诉讼程序从立案开始就要一条道走到黑，这本身就是违背司法规律的，这也是冤假错案产生的因素之一。要求司法进步，要求以审判为中心，首先就要接受无罪判决是一种正常现象。法律事实不管如何客观也是人对证据的判断，包含了巨大的主观因素，不可能是百分之百还原客观事实。让司法官的决定能够从外部舆论中松绑，让司法首长在人大投票时能够从无罪数据上解脱，让司法的归司法、舆论的归舆论，使司法获得自主权，在纠正错误的时候没有心理负担，司法才能回归常态。无罪以及不起诉等除罪化的处理，只是一种司法认识，并不必然意味着司法责任。司法责任在错案结果的基础上，还必须要有故意或者重大过失。司法责任也要遵循主客观相一致，不能搞客观归责，因此，有必要将无罪与错案区别开来。建议取消两院报告中的无罪判决数据，而代之以司法责任数据。不要问是不是无罪，有多少无罪，而要问是不是有司法责任，有罪的案件也可能有司法责任，无罪的案件也不必然就有司法责任。

在内部环境中，建议进一步放松准追责类的评价机制。比如对无罪数据的高度敏感，对无罪案件的多头复查，使检察官将无罪视为畏途，谈无罪色变，从而畏首畏尾，不敢放开手脚，导致在法院面前一味妥协，对于矫枉过正的判决也不敢纠正，使审判中心滑向法官中心的歧途，也减损了检察机关的威信。对于侦查机关的各项数据指标，更要充分放开，使案件质量压力自然释放，倒逼侦查质量的提高，从而才能使案件质量走上良性循环之路。在案件质量通道打通的初期，无罪、不批捕、不起诉的数据都会不同程度地上涨，这是正常现象。对于打击不力的声音应该有清醒的认识，因为这是暂时的。现在的标准提高是为了更好地精准打击，是为了找到打击与保护的平衡点。事实上，与打击不力的声音相比，公众更为痛恨的其实还是冤假错案，而我们做的这一切就是为了避免冤



假错案，这种切实的努力和适当的解释能够得到公众的认可。

### 法律监督是案件质量传递通道的“清道夫”

这个比喻并不是对法律监督作用的贬损，反而是对法律监督最大的肯定。法律监督这名“清道夫”就是要清除整个诉讼程序中不规范、不合法的地方，将它们扫入司法的“垃圾堆”，让案件质量通道能够顺畅流通，使法治信号能够及时上传下达，保障司法机体的血脉通畅。在不批捕、不起诉制约力量加强的同时，辅之以必要的侦查监督措施，有针对性地纠正一些侦查症结，有利于侦查机关对症下药，加快侦查质量提高的速度，从而为侦查模式的转型赢得时间，也有利于避免大量不捕、不诉对犯罪打击力度的消减，在牺牲最小的情况下实现诉讼制度改革的目标。在这个过程中，侦查监督发挥的是一种免疫功能，对不合法、不规范的执法行为能够及时作出排异反应，保证司法机体的健康。在侦查质量不断提高之后，面对审判标准的矫枉过正和司法擅断，就可以通过审判监督的方式予以有力纠正，从而使司法的航向始终保持在打击与保护的平衡状态。法律监督是检察机关的宪法性职责，它不是可有可无的，笔者认为它是协调侦查与审判、保护与打击、理性与感性的伟大的平衡器。在保障案件质量通畅的过程中，也要保障传递信号的正确性，从而避免传递错误的司法信号。

以审判为中心的诉讼制度改革是一个系统工程，需要体系化的思维。就像城市建设既要有高楼大厦、宽阔的马路和广场，也要有地下管道一样，缺一不可。案件质量传递通道就像城市的地下管网，并非显见的司法政绩，但却是司法长期稳定运行的命脉。就像德国人形容地下管道一样，案件质量传递通道体现的也是建构者的良心。

## 反对被迫自证其罪特权的理念与制度环境

反对被迫自证其罪的特权是一项有着悠久历史，并在现实社会为各国广泛确立的制度，它有着深厚的伦理基础和宪政基础。这一特权以沉默权为核心，辅之以相关性权利以及一系列保护性程序。这一特权制度以无罪推定为逻辑前提，以程序正义为价值取向，以抗辩式诉讼模式为制度出发点，并建立于一定的制度环境之中。新制度的确立必然是对旧制度的辩证否定，理念的冲突在所难免，本文试图在更广阔的制度环境中对这一特权的建构进行一些探讨。

### 概念、立法例及地位

在我国，很多学者认为反对被迫自证其罪特权就是沉默权，或者是从两个不同角度对同一权利的表述，但我还是赞同反对被迫自证其罪的特权有更广泛的含义。当然，仍不能否认的是：沉默权是构成这一特权的核心权利。而且事实上，早期这两个概念的内涵几乎相同，只是后来由于判例和立法的发展，反对被迫自证其罪特权才得以扩张。根据《布莱克法律大词典》的解释，其定义为：“这一特权源于《美国联邦宪法第五修正案》及各州宪法的相似条款。它要求政府在证明一起不利于被告人的刑事案件时，不能借助于被告人来充当反对自己的证人，但是它只保护言辞证据，而不包括物证，比如笔迹和指纹。无论是在审判程序中，

大陪审团的听证过程中，还是调查机构的调查程序中，当证人被要求持有违背自己的意愿的立场时可以不作证。但是当证人自愿作证时这一特权是可以放弃的。” [Black's Law Dictionary (with Pronunciations) (Six Edition) p.1198 (ST.PAUL, MINN.WEST PUBLISHING CO. 1990)] 相比于其他的定义，笔者认为这一表述更为合理且由于其来源更具有权威性，因而就以此作为本文的概念。

如果我们追溯历史，就会发现反对被迫自证其罪特权的发源地主要在英国：早在 12 世纪之初，沉默权作为辩护理由，就被用来对抗宗教法庭不人道的审讯方法。到了 1568 年，英国普通上诉法院首席大法官戴尔第一次以反对在王座法庭进行纠问誓言为由，为一名被迫宣誓者签发了人身保护令。后来，戴尔的这种做法被人们归纳总结成一句名言：“任何人都不得被强迫提供反对自己的证据。”<sup>[1]</sup> 甚至可以追溯到罗马法，罗马法之格言“Nemo contra se edere tenetur”（即没有人自我控告）<sup>[2]</sup>。而现在这一原理在全世界广泛地得到了确立，并演变成为国际性的司法准则。英国《大宪章》第 38 条规定：“凡执行吏嗣后如未经提出可靠之证据，不得采凭本人之陈述将任何人置之于法。”《美国宪法第五修正案》规定：“除非受到大陪审团之起诉，任何人不得被强迫交代死罪或其他重大罪行，除了在战争或公共危险期间的实际服役中起因于陆海军或武装部队的案件；任何人不得对同一罪名，受到生命或人身的多重惩罚；亦不得在任何刑事案件中，被强制作为反对自己之证人。”《加拿大权利和自由宪章》第 11 条规定，被告人有权在针对自己的刑事指控中不被强迫作证。《德国刑事诉讼法典》第 136 条也规定，应当告知被指控人“有依法就指控进行陈述或者对案件不予陈述的权利”。《法国刑事诉讼法典》第 114 条规定：“被告人初次出庭时，预审审判官……要告知他有不供述的自由，这一告知应当记明于笔录。” 变革后产生的《意大利新刑事

[1] 参见樊崇义：《沉默权与我国的刑事政策》，载《法学论坛》，2001（3）。

[2] 卜思天·儒潘基奇：《刑法——刑罚理念批判》，241 页，北京，中国政法大学出版社，2002。

诉讼法典》第64条第3款规定：“在开始讯问前，除第66条第1款的规定外，还应当告知被讯问者：他有权不回答提问。”《日本刑事诉讼法》第311条第1款规定：“被告得始终沉默或对各个讯问拒绝陈述。”

任何人不受强迫自证其罪原则，不仅为各国立法所规定，而且其精神也为联合国有关文献及其他国际性文献所确认。联合国《公民权利和政治权利国际公约》第14条（3）（g）规定：凡受刑事指控者“不被强迫做不利于他自己的证言或强迫承认有罪”。《联合国少年司法最低限度标准规则》（《北京规则》）第7条，世界刑法学协会第15届代表大会《关于刑事诉讼法中的人权问题的决议》第17条，都有关于任何人不受强迫自证其罪原则或沉默权的规定。以上各国的立法例和一些国际性文献的相关规定表明，反对强迫自证其罪原则已经成为国际社会的共识，是人类为实现文明的重大里程碑之一。

很多国家都把这一原则写入宪法，并且日益为国际社会普遍确立，原因何在？从现代宪法的历史来看，人类认识和把握并通过宪法制度表述出来的带有根本意义的法则主要有三：价值法则、政治法则和程序法则。价值法则，其核心为人本和自由。人本即一切为了人，为了一切人。自由即维护人的尊严和福祉。政治法则，其要义是人民主权。程序法则，它通过具体的制度设计和运作体现程序理性<sup>[1]</sup>。价值法则是根本法则的核心，人本与自由又是价值准则的核心。反对被迫自证其罪特权正体现着人本与自由。把人当成人，因而不允许把人当作反对自己的工具；自由的剥夺是公力救济，但也是一种必要的恶，必须遵守正当程序，以一种文明的方式也就是非强迫的方式进行。从而以牺牲最小的自由代价实现社会正义，自由的代价越小，公民剩下的自由当然就越多。正因如此，这一原则被视为根本性的程序法则而规定于宪法之中。

---

[1] 夏勇：《宪法之道》，载《读书》，2003（3）。

## 理论基础

### 1. 宪政基础

对于个人的尊重，即国家权力对公民权利的让步，正是现代宪政制度的重要特征。在这些实行抗辩式刑事诉讼模式的国家中，国家在法官面前只是私人主体。法律是通过一系列的程序和赋予犯罪嫌疑人或被告人一些特权作为障碍性制度，从而实现法庭上的控辩平衡的。法律是伟大的平衡器。而为了平衡而创造的程序，是实现正义的重要途径，而且是以看得见的方式实现的。反对被迫自证其罪特权正是以限制国家侦查权任意性的方式，使国家权力在公民权利面前作出让步，这正体现了现代宪政的人本精神。

和平地解决冲突是现代法治精神的又一要求。司法是武力的代用品，武力如果不受控制，便会破坏人类社会的文化和文明的进步及其功能。反对被迫自证其罪特权正是在反对“强迫”一词所蕴含的那种力量的逻辑，而代之以逻辑的力量。程序内部任何形式的强迫，都只是自力救济的复归，是野蛮和专制的再现，它将彻底摧毁法治社会的根基。

### 2. 人格尊严

对于人格的完整尊重是人类最伟大的进步之一，反对强迫自证其罪特权就是在自由主义法学思潮的影响下发展起来的，它与自由资本主义时期的个人主义观念是一脉相承的。这种观念要求把每个人作为与其他人平等的主体对待，而不允许把人仅仅作为实现目的的手段，更不允许把人当作自证有罪的工具。

而为了维护人格尊严就必然要保护人的自由和隐私，也就是赋予个人外在和内在的独立空间。如果没有一片隐私的空间，身份、自治、个性都无法存在。这一点很容易证明：设想你的每个举动都可能受到监视，

每一个想法、内在冲动和欲望都可能被别人知道与记录，并且将被一个陌生人用于任何目的。身份和自治，乃至泛称的个性，在这些条件下即使不被完全毁灭也会严重扭曲。因此，一片隐私的空间对于个性而言是不可缺少的，<sup>[1]</sup>而反对被迫自证其罪特权正是在保护隐私权。

### 3. 无罪推定

无罪推定是反对被迫自证其罪特权的逻辑前提，它要求有罪证明的责任由控方承担，因而犯罪嫌疑人或被告人没有义务对自己进行有罪的证明，而既然没有义务就更没有理由被强迫证明。无罪推定是一个假定，它不是不可以被推翻，但是之所以采用这样的假定，而不是相反，其中蕴含的是对人的信任和尊重。这种信任和尊重是法官应有的理念，因为一个在法官眼中已经成为罪犯的人，反对被迫自证其罪特权对他又有什么意义？也就是说，反对被迫自证其罪特权只有在被判决有罪之前才能发挥作用，因为法官心中的判决终将成为现实的判决，法官才是最后的法律。也可以从正面来理解，无罪推定就是假定人都是清白的，而一个清白的人为什么要证明自己是有罪呢，进而强迫清白的人证明自己是有罪就显得更加荒唐。

### 4. 程序正义

反对被迫自证其罪特权是保护人格、自由和隐私权，而这种保护是以程序内部文明化（比如非暴力）的方式进行的。因此必须在程序正义的前提之下，建立相应的制度环境，反对被迫自证其罪特权才有可能实现。但这又与我国现有的制度及其理论不完全相容。我国三大诉讼法上的证明标准倾向于在诉讼过程中发现事实真相，倾向于实体问题的解决，这也就是所谓的“实质正义主义”。这种实质正义观在刑事诉讼中表现尤甚，

---

[1] 孙长永：《沉默权的是非之争与正当根据》（下），载《现代法学》，2001年第23卷第4期。

它要求犯罪嫌疑人或被告人履行“如实供述”的义务。

这虽然与我们追求的理念相反，但是如果从警察的角度来看，这种想法就非常合理。因为在警察眼里，犯罪嫌疑人对于已然之事总是了解得最清楚，警察存在拿犯罪嫌疑人来验证其假设（正如自然科学的研究一样，形成假说，证实假说，是探索未知领域的思考方式。所以警察必然先形成一个假设然后才能进行调查，否则调查只能是盲目的。而且这个假设必须是有罪推定的假设，如果是无罪推定，那么还有什么证实假设的意义？）的诱惑，这也是最容易不过的方法。<sup>[1]</sup>因此，在以警察为主导的司法体系中，以“口供”为核心，以实质正义观为理念也就是最符合逻辑不过的事了。但问题并非出于警察自身，而是出于调查者的职责。无论谁负有通过自己的调查活动发现事实真相的职责，在刑事案件中，为了能够进行调查，他都会不可避免地产生假设。假如允许他对被告有罪或无罪所持的对立假设保持被动接受地位，那么他就不必提出任何假设。这有助于他推延假设，从而无疑会增加至少从两个不同角度审视案件的机会。

因此，追求公正是一种概念含糊、远离假设的心理态度，这种态度只能维持在程序当中。在抗辩式诉讼中，双方当事人交替出现在消极的裁判者面前，每一方都极力推呈自己的假设，设法推翻对方的假设，裁决者的注意力从一方转移到另一方，此时提出的假设彼时变成对自己本身的否定。这并不是说抗辩式是公正的充分条件，但它的确意味着抗辩式是公正的必要条件。<sup>[2]</sup>这就是所谓的程序正义或者说是程序内部的文明化。程序内部的文明化要求程序内部的平衡、理性、透明和稳定。平衡，要求通过保护人格、自由和隐私等现代社会的价值，并以自身的安排使参与者的力量相当，即参与者不会因为与案件无关的因素导致结果的不同。理性，要求在程序中排除人性弱点的干扰，人们在参与程序的过程

[1] 卜思天·儒潘基奇：《刑法——刑罚理念批判》，136页，北京，中国政法大学出版社，2002。

[2] 同上注，136、137页。



中自身的人权并不因而减损。透明，要求程序的运作为公众所知悉，而稳定则要求程序的规则由法律所规定，并不得随意改变。基于这两点，人们又产生了对于程序的可预测感，而这些只有在以抗辩式诉讼模式为出发点而建立的制度框架内才能实现。因而反对被迫自证其罪特权要想发挥自身的作用，就要建立在这样的制度环境之中。

## 制度的结构和环境

### 1. 制度结构

基于上述理念，以保护人格尊严和隐私权为直接目的的沉默权为核心，辅之以作为制衡国家权力的律师帮助权，避免程序内部暴力的律师在场权和保证程序公开的羁押期间律师会见权，就构成了反对被迫自证其罪特权的权利结构。在权利结构的外部以无罪推定为逻辑前提，以程序正义为价值取向，又设计了一系列的保护性程序，形成了对国家权力的“纵深防御”，动态地划分了公民权利与国家权力，从而保证制度本身的目的得以实现。

以图例方式表现如下：

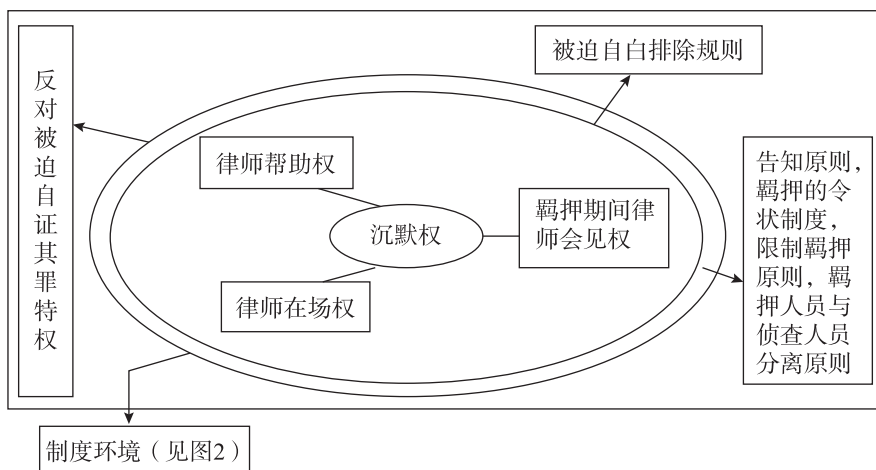


图 1



如图 1 所示，以沉默权为核心，辅之以相关性权利和一系列保障程序就构成了反对被迫自证其罪特权。并且这一特权是存在于如图 1 所示的制度环境之中的。

### （1）权利结构

沉默权（在 *Miranda v. Arizona* 一案中，确立了著名的米兰达规则，有很多学者称其为沉默权规则。它保障了犯罪嫌疑人或被告人对沉默权的知悉和获得。它的主要内容是：除非犯罪嫌疑人被告知沉默权和律师帮助权之后故意地、自愿地放弃权利，否则，在警察“羁押讯问”期间所作的一切陈述都属于第五修正案“强迫”的范围，因而不可采。<sup>[1]</sup>）是指西方国家刑事诉讼中，法律规定被告人对案情拒绝陈述和对其讯问不作回答的权利。沉默权是反对被迫自证其罪特权制度体系的核心，因为它是法律对公民抵制公权力的认可，是公民的一种权利。而其他的制度与程序性预防措施，都来自并依附于这一公民权利，或者是在这一权利的基础上再加以技术性的补充，或者是以通过限制公权力的方式强化这一权利。

律师帮助权，是指任何犯罪嫌疑人或被告人都有聘请律师的权利，如果犯罪嫌疑人或被告人无力聘请，国家有义务为其提供。这一制度的必要性不仅是因为面对强大的国家机器，犯罪嫌疑人或被告人需要借助外部力量保持其平等对抗的权利，而且是因为除非犯罪嫌疑人或被告人和国家的冲突观点具有近乎同等的说服力，否则不可能有公正的裁决者。如果国家方面的证据仅仅因为有好的检察官而更为有力，犯罪嫌疑人或被告人的供词仅仅因为没有律师而失去作用的话，最终犯罪嫌疑人或被告人并非因为有罪而是因为因为没有律师而被定罪科刑，就毫无公正可言。<sup>[2]</sup>

律师在场权，是指在讯问过程中犯罪嫌疑人或被告人有权要求律师

[1] 孙长永：《沉默权的是非之争与正当根据》（上），载《现代法学》2001年第23卷第3期。

[2] [斯]卜思天·M. 儒潘基奇：《刑法——刑罚理念批判》，丁后盾译，148页，北京，中国政法大学出版社，2002。

在场。这一制度的直接目的就是防止刑讯逼供，既对警察有监督和制约的作用，又增强了犯罪嫌疑人或被告人的防御能力。

羁押期间律师会见权，这一制度顾名思义，是指在羁押期间，犯罪嫌疑人或被告人在警察的控制之下，即使没有任何强制，国家机器的强大也足以使其受到威慑，他的自由意志随时有被打破的危险。因而律师的会见就显得非常必要。律师的时刻关注可以建立一种渠道，使警察的行为为法庭和公众所知悉，也就是用阳光驱走黑暗。

## （2）保护性程序

告知原则，是要求警察在羁押犯罪嫌疑人之前应当告知其沉默权和律师帮助权。这一原则同样来源于“米兰达”案。

羁押的令状制度，是指羁押的行使要经过授权。如果由检察官来行使授权，就无异于鼓励强大的一方对弱小的一方施暴。因而我们必须把这一权力给予法官，这是因为法官是中立的，因而才有可能是公正的，这也是对抗式诉讼模式的内在要求。

限制羁押原则，是指限制羁押的时间，讯问的时间、方式和次数，使侦查在犯罪嫌疑人或被告人的自由意志的环境下进行，防止公权力利用人的体力和精力的有限性打破这种自由意志。

羁押人员与侦查人员分离原则，是指羁押人员与侦查人员分别管理互不隶属，削弱侦查人员对犯罪嫌疑人或被告人的控制。这是从制度上分散、制衡公权力，使其在牵制中得到削弱，从而使犯罪嫌疑人或被告人的防御力相应地得到增强。

被迫自白排除规则，是指犯罪嫌疑人或被告人在被迫的情况下作出的对自己不利的口供不具有证明力。它位于保护程序的最里面（见图1），是最后一道防线，也是给予公权力的致命一击。

这一规则之所以处于这样重要的地位，是由反对被迫自证其罪特权的一个重要的特点决定的。即这是一个反对“被迫”的特权，“被迫”是一个极为宽泛的含义，可以理解为非自愿，即可能使犯罪嫌疑人或被

告人产生生理、心理的不适，或者不当的兴奋，从而使其作出与其本意相反的判断。这种情况可能是由于暴力（直接使用或威胁），也可能是由于生理机能的有限性（比如过度的疲劳），也可能是由于谎言（虚假的事实或利益）引起的。这一规则是为反对被迫自证其罪特权量身定做的，即关键之处都在于“被迫”，也就是反对程序内部的暴力，主张人的自由意志，既增强了犯罪嫌疑人或被告人的防御能力，又限制了一方对另一方的不当影响。

## 2. 制度环境

制度还必须生活在相应的环境之中，否则就会变异或死亡。正所谓：橘生淮南则为橘，生于淮北则为枳。但笔者从来都不认为制度的这种地方性是绝对的，如果是绝对的就否定了知识的流动性。制度是相对地方性的。制度需要环境就像鱼儿需要水一样。鱼儿离开水就不能活，但我们不是可以把鱼装在鱼缸里拿走吗？任何制度的建立都需要“环境工程”，这也是本文力图阐述制度环境的原因。如前文所述，反对被迫自证其罪特权以程序正义为价值取向。也就是说，这一特权必须生活在以程序正义为理念而建立的制度环境中。因为仅有这一特权制度，而没有相关配套制度，它就不能发挥作用甚至根本无法建立。这一制度环境或者说制度体系的出发点是抗辩式诉讼模式，在此基础上又推导出两大基本原则，基本原则之下又建立一系列的具体制度。而反对被迫自证其罪特权就是具体制度中的一个。

经过一些思考，笔者试着用图例来表现制度的谱系。（见图2）

其中分离原则（首先由卜思天·儒潘基奇教授在《刑法——刑罚理念批判》一书中提出）和平等对抗原则是两个比较大的概念，是实现抗辩式诉讼模式的两块基石。

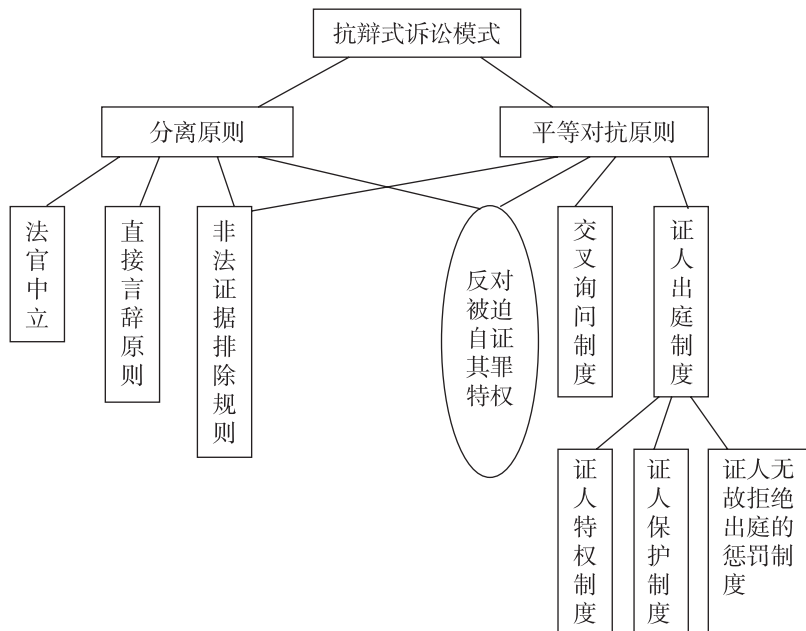


图 2

### (1) 分离原则

分离原则既包括审判与调查的分离，又包括控辩双方的分离。也就是说，法官不能以任何形式参与审前调查（既包括控方也包括辩方）；同时要尽量避免控辩双方的接触，以防一方对另一方的不当影响。法官独立于控辩双方为的是防止偏见影响公正，而控辩双方分离是为了防止程序内部的暴力，即司法作为武力的代用品的内在要求。分离原则之下建立了一系列的具体制度：法官中立、直接言辞原则和非法证据排除规则。①法官中立，比较容易理解，就是法官只能在法庭上被动地听取双方的陈诉和辩驳，而不能直接参与任何一方的调查活动。②直接言辞原则，是指证据必须在法庭上出示，接受双方的质证，而不能直接提供给法官。证人、鉴定人必须出庭作证，接受双方的交叉询问。原则上禁止把书面证词提供给法官，因为书面证词归根结底只是写在纸上的证言，它是以内容来提供证明的。如果其未经过交叉询问，只能对法官产生单向度的影响，这正是司法不公的一个原因。③非法证据排除规则，是指凡是违

反法律程序和规则而取得的证据都没有证明力。这一规则在用于维护正当程序之外还意在减少控辩双方的接触，主要是防止控方对辩方的强制。同时也矫正了一下不平等的力量对比，体现了平等对抗原则。

## （2）平等对抗原则

平等对抗原则是指控辩双方平等地进行对抗，既要平等又要对抗，而且是平等的对抗。否则，仅仅因为一方实力强大就能赢得诉讼，审判还有什么意义？平等对抗原则，包括交叉询问制度、证人出庭制度和反对被迫自证其罪的特权。①交叉询问制度，是指控辩双方对证人、鉴定人等交替进行盘问，以实现法庭调查目的的制度。这一制度的意义就在于双方既力陈自己的观点又反驳对方的观点，对法官进行双向度的作用，即在对抗中从双方极端偏私的博弈中产生审判的公正。因而这一制度常被人称为辨明真伪的武器。②证人出庭制度，这一制度的含义显而易见。但正是这一制度保证了交叉询问制度的实现，从而保证抗辩式诉讼目的的实现。这一制度也可以分解为三个更为具体的制度，即证人特权制度、证人保护制度和证人无故拒绝出庭的惩罚制度。A. 证人特权制度，是指由于某种更为重要的价值和利益，而使一些证人享有了作证义务的豁免。这一制度是在保护一些价值的同时，防止出现为了一些正义破坏另一些正义这样不正义的事出现。B. 证人保护制度，是为证人的的人身提供保护，对证人的经济损失给予补偿，是促使证人出庭的正面激励机制。C. 证人无故拒绝出庭的惩罚制度，也很容易理解，就是从反方向促使证人出庭。③反对被迫自证其罪特权，包括沉默权、律师在场权、获得律师帮助权、羁押期间会见律师的权利以及讯问前的告知规则、羁押的令状制度、限制羁押制度、羁押与侦查分离制度和被迫自白排除规则等保护性程序。

## 结 语

事实上，如前文两幅图所表现出来的，本文意图在更大的制度背景下，

对于反对被迫自证其罪特权的建构进行一些思路上的探讨和框架性的思考，并不想对具体的应用和在操作层面上提出更多的建议，这主要是由于作者的能力所限。但本文力图阐述这一制度的合理性，反对被迫自证其罪特权是对人格、自由和隐私权等我国比较忽视的权利的保护。它以程序正义为价值取向，而程序正义观要求抗辩式的诉讼模式，这也就是整个制度体系的出发点。事实上，我国已经吸收了一些抗辩式诉讼模式的内容，但还远远不够。

制度是环境的制度，在建构之前，要求我们必须对制度环境进行改善。但这又从另一个角度启发我们，制度的移植或借鉴是具有可操作性的，这也是我用“鱼缸”来比拟制度环境的用意所在。既然制度环境可以移植，制度本身为什么不可以？正如世界上没有两片完全相同的叶子一样，制度环境的借鉴也不可能并且也没必要完全照搬，只要它们有着大体相同的精神实质就可以起到接纳新制度的作用。而事实上，我国法律制度几乎就是一个“舶来品”。

当然，任何制度或制度环境的移植都要有一个消化、吸收和磨合的过程，任何既存制度的变革都会产生既得利益的不快乃至整个社会的阵痛。但是即使有更多地方性的理由来反对，也不能否认人类的尊严、自由和隐私这些基本人权的普遍性价值。

## 司法官的汇报艺术

五分钟能否拿下投资方，关乎创业者的成败，这是汇报之于商业的价值。能否成功地进行汇报，有时关乎公正能否有效实现。对于一个公正的司法官来说，经过其亲历性的审查，其所持意见很可能最为接近公正的处理结果，但是如果不能成功地汇报，甚至误导上位者，从而很可能使案件的处理偏离实质的正义。

能否成功地进行汇报，有时甚至也关乎汇报者自身的命运，因为汇报的对象往往就是决定汇报者体制内命运的人员，因此汇报的同时可能不仅是检验汇报的内容，可能也是对汇报者本人能力的检验。而由于汇报既有事前的准备又有即兴的表达，因而它对个人的能力体现更为直观。如果司法官对案件的审查，对嫌疑人、被告人的讯问是为亲历性，那么汇报对象的听取过程本身也是一种“亲历性”，因此汇报确为上位者了解汇报者的捷径，长此以往汇报质量的优劣必然影响汇报者的进步与发展。以上两者即为汇报的重要性。而汇报之于辩论适用范围更为广泛，两造的场域是有限的，但是汇报在任何细微的科层之间都是普遍存在，承办人内部之于主任、主管院领导、司法首长、检委会、审委会，外部之于上级部门、上上级部门、政法委、相关单位都要进行汇报。而汇报又不限于承办人，任何司法人员之于自己的上级都要进行汇报，因此可以说汇报就如科层制一样无处不在，此为汇报之必要性。汇报既然如此重要和必要，可谓司法官的“生死之地、存亡之道”，自然不可不察也。



有很多人问我，既然都司法办案责任制了，汇报还有什么用？从理想化的角度来说，我也真心盼望汇报的价值越来越小。亲历性决定了汇报是一门取舍的艺术，汇报者不能将自己心中所想完全用语言表达出来，这里面有语言本身的限制，也有汇报者个人能力的限制，甚至还有汇报者个人品格的限制，即使其完全地表达出来，汇报对象也不可能完全地接受。汇报就像翻译，每一次翻译就是一次背叛，因此才有了传闻证据规则，才有了直接言辞原则。甚至汇报也不能保证案件质量，呼格案、念斌案、聂树斌案、余祥林案等这些重大、复杂案件哪一件没有汇报过？由于决策者与审查者之间隔着亲历性的鸿沟，有些案件可能越汇报离真相和正义就越远，这是汇报的局限性，它也植根于司法体制的局限性。但是，只要司法机关内部还有一点行政化的影子，就有汇报存在的空间，去行政化的改革进程还需要多长时间，汇报就能存在多长时间。

不管怎样，汇报之于司法官个人来说，确实是一门艺术，而且可能是一门贴身的艺术。所谓技不压身，当你不具备其他优势的时候，它可能会成为“撒手锏”或者是救命的稻草。尤其在司法改革的过渡性阶段，汇报的重要性可能更为凸显，汇报的艺术可能很容易地转化为面试的艺术和沟通的艺术，即所谓说话的艺术，其理念本身就是相通的。既然是一门艺术，我要强调的是，它是一种体验式的、感性的知识，所谓理性的二手经验永远隔着一层皮，你必须亲身地、反复地实验和体验才能感受它的艺术性。我希望这种艺术有朝一日只是作为司法界的非物质文化遗产而被保留，但现在它还是一门非常实用的艺术，还需要我们好好掌握，去行政化还有很长的路要走。



## 司法直觉与司法理性

当一个人说这个案子感觉“够”，只是证据上有点“软”。他在说什么？实际上，他在说司法直觉和司法理性的关系。

到底是跟着“感觉”来，还是根据证据来，直接关涉正义的判断标准。这个事得好好说。

事实上，这个“感觉”也并非凭空而来，也必然有一定的证据依据。只是在填补证据之间的漏洞上，使用更多的是经验而不是逻辑。

司法官凭借经验，这有错吗？

首先要看看到底什么是经验。

经验并不等于时间：经验需要时间，但是时间并不必然产生经验，经验是多次实践获得的技巧和知识。也就是说，司法经验至少来自大量案件的办理，这是一个前提。

经验多并不等于办案多，办案多也并不等于经验多。经验还需要去伪存真、还需要总结、提炼。办案质量过硬、善于总结，才能叫作经验，否则只是经历。

经验既包括办案技巧，也包括人生阅历，是从司法规律和人性洞察的角度综合地考察案件，很多时候确实也符合司法的规律，可以做到十拿九稳。经验也可以极大地提高办案的效率，可以迅速地作出判断，因此也往往被称为司法直觉。

但是经验和司法直觉也有很大局限性，它是从已知推未知，必然有

一定的风险，尤其是在经验没有及时更新的情况下更是如此。

获得诺贝尔经济学奖的心理学家尼尔·卡尼曼说：“在一个迅速变化的世界，从经验中得到的教训容易把我们带向错误的方向。由于变化的速度在加快，我们的环境变得越来越难以预测。这使我们在判断想法时，凭直觉变得不那么可靠，我们越来越需要对分析给予重视。”因此，招生人员、法官、情报分析员、股票经纪人等，并不能从经验中获得太大收益。

因此，我们还需要有证据规则，以及据此形成的司法理性。比如，证据合法性原则、传闻证据法则，等等。司法需要经验，但不能过于相信经验，在疑难复杂的案件中，存在很多新的情况，即使以往有类似的情况出现，也不会有完全一样的案件，毕竟案件的特殊性要予以充分的考虑。

司法直觉与司法理性各有所长，但作为两种不同的思维模式要慎重选择。

司法直觉比较直接，将经验转化为条件反射，可以提高效率，在侦查过程中往往需要及时作出判断，如在抓捕犯罪嫌疑人、作出应急反应时就需要当机立断，司法直觉就非常适合。即使对于检察官和法官，司法直觉也是有用的。但是用处并不相同，比如审查逮捕阶段，由于时间较短，侦查尚未终结，证据没有完全到位，而且采取的主要是强制措施，并非最终司法决定，因此法律要求的证据标准也低于起诉和审判的标准，这就为司法直觉留下了空间。从刑事诉讼的流程来看，从立案、侦查、逮捕、起诉到审判，证据标准是逐步提高的，也是一个从司法直觉逐步过渡到司法理性的过程，由于诉讼进程的推进，有一个审慎程度逐步提高的问题。

司法直觉对于起诉和审判工作同样有用。因为所谓法律真实并不是100%的真实，存在认识能力和侦查手段有限的问题，在此基础上进行证据和逻辑上的分析，都要有一个下决心的过程。在大陆法系就是自由心证，