

西南政法大学刑事诉讼法学研究中心

徐静村 主编

● 前沿聚焦

- 刑事诉讼中的诉讼关系研究——以第二审程序为视角 徐静村
- 刑事诉讼法改革的若干问题 樊崇义
- 当前司法体制改革的若干问题 陈卫东

● 证据论坛

- 我国“三证合一”的刑事证明模式探究 张少林
- 非法证据排除规则的理论基石：历史流变与比较评析 林喜芬

● 程序专论

- 检察机关讯问职务犯罪嫌疑人实行全程同步录音录像制度实证研究
——基于C市调查情况的分析 潘金贵 毛建平 程星玲
- 对主诉检察官办案责任制的反思——暨剖析主诉检察官制度构架 王璐

● 异域法苑

- 刑事案件中陪审团事实认定活动的法律规制
——关于证据制度的一元化合宪分析 罗纳德·艾伦 著 吴宏耀 刘静译
- 米兰达权利告知的程序范式 蔡国芹

刑事诉讼前沿研究

Criminal Procedure Frontiers 第七卷



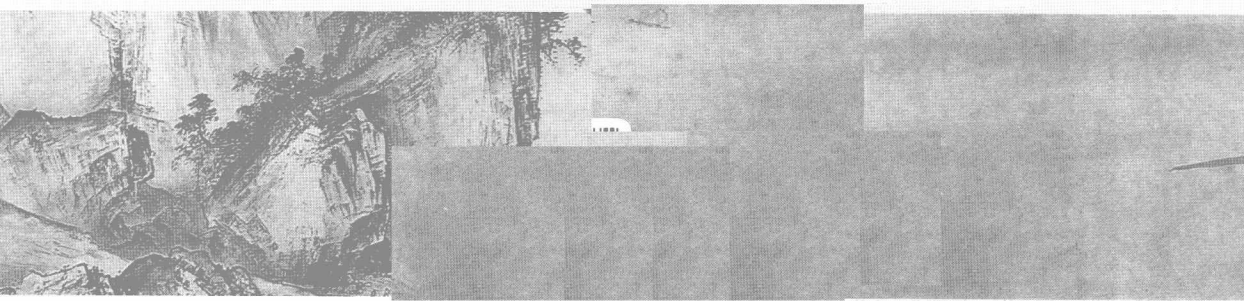
中国检察出版社

西南政法大学刑事诉讼法学研究中心

徐静村 主编

刑事诉讼前沿研究

Criminal Procedure Frontiers 第七卷



中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事诉讼前沿研究. 第7卷 / 徐静村主编. —北京: 中国检察出版社, 2008. 11

ISBN 978-7-80185-993-8

I. 刑… II. 徐… III. 刑事诉讼-研究-中国 IV. D925.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 154833 号

刑事诉讼前沿研究 (第七卷)

徐静村 主编

出版人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社址: 北京市石景山区鲁谷西路5号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjcbs. com)

电子邮箱: zgjcbs@vip. sina. com

电 话: (010)68658767(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 河北省三河市燕山印刷有限公司

开 本: 720mm×960mm 16开

印 张: 25印张 插页4

字 数: 459千字

版 次: 2008年12月第一版 2008年12月第一次印刷

书 号: ISBN 978-7-80185-993-8/D·1969

定 价: 47.00元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

《刑事诉讼前沿研究》
编辑委员会

主 任：徐静村
编 委：龙宗智 孙长永 管光承 牟 军
 胡世澄 王成荣 李昌林
主 编：徐静村
学术秘书：潘金贵

目 录

前沿聚焦

刑事诉讼中的诉讼关系研究

——以第二审程序为视角

徐静村 / 1

一、刑事诉讼中的诉讼关系 / 1

二、刑事二审程序的性质与任务 / 2

三、刑事二审程序中诉讼关系的错位 / 3

四、构建新的刑事二审诉讼关系 / 3

五、二审程序中一审法院不是实体意义上的“被告” / 5

刑事诉讼法改革的若干问题

樊崇义 / 7

一、我国刑事诉讼法修改当前的进展情况 / 7

二、新律师法与刑事诉讼法的协调 / 8

三、刑事诉讼法、律师法观念形态的转型问题 / 8

四、关于刑事证据规则的研究 / 9

五、关于刑讯逼供如何来解决的问题 / 9

六、关于附带民事诉讼问题 / 9

七、关于被告人认罪的案件处理 / 10

八、关于被害人救助的问题 / 10

九、关于死刑程序问题 / 10

当前司法体制改革的若干问题

陈卫东 / 11

一、关于侦查权的优化配置问题 / 12

二、关于检察机关自侦权的问题 / 13

三、关于看守所的监管体制改革问题 / 13

四、关于劳动教养的问题 / 13

证据论坛

我国“三证合一”的刑事证明模式探究

张少林 / 15

一、刑事证明模式的历史发展及其评价 / 15

二、刑事诉讼中的三种证明方法 / 19

三、我国“三证合一”的刑事证明模式 / 22

四、“三证合一”证明模式的实证分析 / 26

五、我国“三证合一”证明模式的发展前瞻 / 28

超越诉讼事实符合论

——证据法学理论基础的反思与重建

秦宗文 吴君霞 / 32

一、引论 / 32

二、符合论的困境及其在诉讼事实判断上的基本不适用 / 33

三、有效论、一致论与共识论作为真性判断标准的合理性 / 37

四、有效性、一致性、公共性与诉讼事实理论基本问题的重新认识 / 42

非法证据排除规则的理论基石：历史流变与比较评析

林喜芬 / 52

一、美国非法证据排除规则理论基础的历史流变 / 54

二、各国非法证据排除规则理论基础的比较评析 / 66

三、我国非法证据排除规则理论基础的模式选择 / 71

论英美证据特权规则的理论基础

王剑虹 / 77

一、证据特权规则的基本内容：以英美法系为中心 / 77

二、证据特权规则产生之初的理论基础：早期的人本主义理论 / 78

三、证据特权规则理论基础的发展：向功利主义理论的转化 / 79

四、现代人本主义理论：对功利主义理论的补充 / 84

诉讼法理

论犯罪嫌疑人知悉权

关倚琴 / 89

一、绪论 / 89

二、各国立法及国际司法准则对于犯罪嫌疑人知悉权的规定 / 95

三、我国犯罪嫌疑人知悉权现状及与国际标准的差异 / 107

四、建构我国的犯罪嫌疑人知悉权制度 / 115

规律·系统·角色

——检察一体的定位分析

曾 军 师亮亮 / 120

- 一、检察一体——中国特色司法规律的内在要求 / 120
- 二、系统论——检察一体的定位分析 / 124
- 三、检察一体的角色分析——检察官、检察长和检委会的权力分界 / 127
- 四、结语 / 130

刑事被害人国家救助制度构建问题研究

- 以检察机关对刑事被害人的救助为视角 薛 培 叶永革 程济新 / 131
- 一、现实映象——刑事被害人获取法律救济及国家救助存在的缺陷 / 132
- 二、理论渊源——刑事被害人国家救助制度理论现状与建立意义 / 133
- 三、实践探索——检察机关建构刑事被害人国家救助制度之发轫 / 137
- 四、制度设计——刑事被害人国家救助制度的范围与原则 / 139
- 五、立法建议——刑事被害人国家救助制度的立法问题 / 141
- 六、运作模式——刑事被害人国家救助制度资金的取得方式 / 144
- 七、制度规范——刑事被害人国家救助的认证、支付与监督 / 144

程序专论

贩毒案件中运用诱惑侦查的问题与对策

陈 莺 胡 胜 / 146

- 一、诱惑侦查的运用现状及存在的法律问题 / 147
- 二、运用诱惑侦查的合理性和合法性根据 / 149
- 三、应建立健全规范诱惑侦查的法律制度 / 152
- 四、应建立诱惑侦查合法辩护的救济制度 / 155
- 五、诱惑侦查合法辩护的成立要件及认定 / 158
- 六、实现诱惑侦查合法辩护权的制度设计 / 159

检察机关讯问职务犯罪嫌疑人实行全程同步录音录像制度实证研究

——基于 C 市调查情况的分析 潘金贵 毛建平 程星玲 / 162

- 一、引言 / 162
- 二、检察机关实行讯问全程同步录音录像制度实践运作情况的初步考察 / 163
- 三、检察机关实行讯问全程同步录音录像制度的实践反思与制度完善 / 172
- 四、结语 / 176

对主诉检察官办案责任制的反思

——暨剖析主诉检察官制度构架

王 璐 / 177

- 一、主诉检察官办案责任制运行的利弊分析 / 177
- 二、从检察机关的内部设置看主诉检察官的地位 / 180

三、对主诉检察官的选任 / 188

四、主诉检察官的遴选机制 / 191

五、主诉检察官的保障机制 / 194

六、主诉检察官制度的运行方式 / 199

法院启动刑事再审情况实证研究

——以 C 省为视角

潘祥均 周遐龄 曾庆云 / 208

一、引言 / 208

二、法院启动刑事再审的现状考察 / 209

三、法院启动刑事再审中的主要问题与思考 / 216

四、结语 / 229

刑罚变更执行同步监督制度研究

——兼论检察机关执行主体地位的确立

纪 虎 / 230

一、西方国家检察机关在刑罚执行程序中的法律地位 / 231

二、我国刑罚变更执行检察监督的特点及存在的问题 / 235

三、我国刑罚变更执行监督制度的进一步完善 / 241

中国—东盟反商业贿赂刑事司法协作机制构想

余 捷 / 248

一、商业贿赂犯罪的严重危害 / 248

二、各国及国际组织反商业贿赂的应对措施 / 249

三、中国—东盟建立区际反商业贿赂司法协作机制的必要性和可行性 / 255

四、中国—东盟反商业贿赂司法协作机制构想 / 257

异域法苑

刑事案件中陪审团事实认定活动的法律规制

——关于证据制度的一元化合宪分析

罗纳德·艾伦 著 吴宏耀 刘静 译 / 262

一、所论问题及范围 / 263

二、证据制度功能上的相似性 / 267

三、对证明过程的一元化合宪性分析 / 277

四、对说服责任转移的误解——对一些最高法院法庭意见的思考 / 290

五、结语 / 299

美国 1984 年刑事被害人法

陈川陵 译 / 301

日本起诉犹豫制度探析

——兼论与暂缓起诉的区别

冯 涛 / 316

一、日本起诉犹豫：“检察官司法”的缘由 / 317

二、起诉犹豫、暂缓起诉的区别：起诉便宜原则下的相异 / 323

米兰达权利告知的程序范式

蔡国芹 / 328

一、米兰达权利告知内容的原则初定 / 328

二、米兰达权利告知的适用情形 / 331

三、米兰达权利告知的原则例外 / 337

四、米兰达权利告知的形式和时间要求 / 340

五、米兰达权利告知后犯罪嫌疑人可以享有的权利内容 / 344

六、米兰达权利告知法则的新近发展 / 347

历程与方法：美国刑事诉讼的宪法化

李昌盛 / 351

一、基本公正性方法论的确立：1937 年以前 / 352

二、从基本公正性方法论走向选择性合并方法论：1937~1960 年 / 355

三、选择性合并方法论的全面适用：20 世纪 60 年代 / 358

四、选择性合并方法与基本公正性方法的并用：1969 年之后 / 361

五、结语 / 363

韩国侦查制度研究

——大陆法系与英美法系刑事诉讼模式的本土化融合

易耀华 张 雪 / 365

一、特殊历史背景下形成的刑事诉讼制度 / 366

二、中央集权化兼具地方自治性的警察体制 / 367

三、检察官主导下的侦查模式 / 373

刑事诉讼中的诉讼关系研究

——以第二审程序为视角

徐静村*

一、刑事诉讼中的诉讼关系

刑事诉讼中的诉讼关系，系指参与刑事诉讼的国家机关、诉讼当事人和其他诉讼参与人相互之间，依照诉讼规则而形成的程序意义上的法律关系。这种关系以上述不同主体在诉讼中的地位、立场、任务、目的的不同为基础，以诉讼法赋予的不同权利、义务为依据，以诉讼活动的实际进行为条件，两个及两个以上主体之间，依照诉讼程序规则进行诉讼意义上的接触而构成。

现代刑事诉讼是在反对封建专横的纠问式诉讼基础上建立起来的，以追求司法公正为目标。为了实现公正目标，无论大陆法系还是英美法系，都曾努力改善诉讼构造，尽可能使诉讼中的控辩双方“平等武装”，达到诉讼权利的大致均衡，以有利于最大限度地发现真实，同时强化法官的中立地位以保障裁判的客观和公正。刑事诉讼各主体，也因分别承担控、辩、审三种不同诉讼职能而持有各自的不同诉讼立场，并与其他主体构成某种相互关系。其他诉讼参与人亦然。即如证人应当如实作证，这是证人的法律义务，这种义务决定了他在诉讼中的应有立场，意味着他必须提供真实情况，如果证人故意作伪证，他就必须承担相应的法律后果。如果证人证明的内容有利于确认犯罪嫌疑人、被告人有罪，则该证人属于控方证人；如果证人证明的内容有利于确认犯罪嫌疑人、被告人无罪或罪轻，则该证人属于辩方证人。但证人作证不是对控方或者辩方承担义务，证人只是依法对国家承担公民的作证义务，他的证言最终只对

* 西南政法大学教授，博士生导师

法律负责，在诉讼意义上只对法院这一主体负责。

研究刑事二审程序中的诉讼关系，当然要以研究刑事一审程序中的诉讼关系为基础。在刑事公诉案件的一审程序中，控方是提起公诉的检察机关，广义上也包含被害人及其诉讼代理人以及证明被告人有罪的证人和鉴定人；辩方是被告人及其辩护人，自然也包括证明被告人无罪、罪轻或者应当减轻的证人和鉴定人；法官作为中立的裁判者，应充分听取并客观评析双方提出的证据，依据真实可靠的证据来认定事实，在此基础上作出符合客观实际、符合法律规定的公正判决。控方的诉讼目的在于追究被告人的刑事责任，辩方的诉讼目的在于否认或者减轻自己的刑事责任，法官的诉讼目的则在于对被告人刑事责任的有无及大小作出有根据的裁判。无论诉讼构造属于大陆法模式或者英美法模式或者混合模式，刑事诉讼中控、辩、审三者的诉讼立场和诉讼目的，概莫如是。传统理论对于“诉”什么、“辩”什么在观念上是清楚的，但对于“审”什么却模糊不清。通说一直以“公诉事实”或“控方诉求”作为审判对象，不仅极易导致法院的审判活动始终狭隘地围绕“公诉事实”或“控方诉求”来进行，而且必然影响法院中立立场的坚持。从程序设计角度看，以“公诉事实”或“控方诉求”作为审判对象，也只适合一审终审制的法律构造，倘若实行两审终审制或三审终审制，第二审和第三审的审判对象显然不再是一审时的“公诉事实”或“控方诉求”。

二、刑事二审程序的性质与任务

我国刑事诉讼实行两审终审制，以我国刑事二审程序的制度设计为依据来探讨刑事二审程序的性质与任务，较易阐明笔者的观点。我国刑事二审程序亦称上诉审程序，它可因控、辩任何一方启动而发生。控方（提起公诉的检察机关或刑事自诉人）因不服人民法院的一审判决可在法定期限内提起抗诉（刑事自诉人为上诉），辩方因不服人民法院的一审判决可在法定期限内提起上诉，这都必然引起刑事二审程序的进行。无论是检察机关提起抗诉或者被告人提起上诉，都是基于不服法院尚未生效的一审判决，即认为一审判决在认定事实或者适用法律上确有错误，因而请求上级法院对案件重新审理，以达到撤销或者变更原审法院错误判决的目的。因此，对于提起上（抗）诉的控、辩双方来说，二审程序是对一审错误判决进行救济的一种程序手段，由于抗诉或者上诉的提起，便有效地阻止了一审错误判决生效的可能，并使案件脱离原审法院而转移至上级法院重新审判，获得了纠正一审错误判决的机会；就二审法院来说，对上诉、抗诉案件进行重审，不是一般的“办案”问题，更重要的是解决“一审判决是否公正”的争议，实现对下级法院的审判监督职能，通过对二审案件的公正审判，保证社会主义法制的统一正确实施。质言之，二审

程序的功能是纠正一审裁判的错误,使案件得到公正处理,从而维护法律的尊严和法院的信誉。二审程序的这种重要性不应当被轻视和忽视,这一点应在研究界和实务界引起警惕。

三、刑事二审程序中诉讼关系的错位

刑事二审程序实质上是对第一审未生效裁判的错误进行救济的程序,请求救济的无论是一审时的控方还是辩方,所针对的都是一审法院的裁判错误。因此,第二审审判中诉讼主体间的关系已产生很大变化,一审中的控、辩双方这时已不是一审时那种直接对抗关系,如果二审程序因检察机关提起抗诉而进行,其诉求是纠正一审判决的错误,这时作出一审判决的法院即是“程序意义上的被告”;如果是一审中的被告人提起上诉,上诉理由也是一审判决错误,这时上诉人同样是“程序意义上的原告”。因此在二审程序中,新的控、辩、审关系应由上诉人(或抗诉机关)、一审法院、二审法院三者之间构成。二审法院的审判对象显然已不是一审中的“公诉事实”或者“控方诉求”,而是针对一审判决错误提出的抗诉或上诉的理由或诉求。但是,我国现行法的二审程序,对上(抗)诉案件采取“全面审理”原则,一般按一审诉讼程序进行审理,所以实际上并不认真研究上(抗)诉的理由或诉求,也不考虑公诉机关、当事人在二审中已经变化的诉讼地位,仍将他们按一审诉讼中公诉人、被告人看待,对实体部分的审判亦仍以一审中的“公诉事实”或“控方诉求”为“审判对象”。这种从诉讼主体间的关系到审判对象的全面错位,使得二审的救济功能极难发挥。某些二审法院根本不重视上诉、抗诉案件的审判,特别是对当事人上诉的案件,甚至既不开庭审理,也不与上诉人见面,更不听取辩护人的意见,在不作任何调查研究的情况下,径直维持原判,驳回上诉,完全置二审程序的立法意图于不顾,这样做的结果,在多数情况下会导致一审错误判决长期得不到纠正,确实有违司法公正的宗旨。

二审诉讼关系错位的直接后果是破坏了刑事诉讼法的自我修正功能,严重妨碍了二审法院对一审错误裁判及时、有效的纠正,不仅影响司法机关的社会信誉,还进而影响法律的公正形象。因此理顺二审诉讼关系意义重大,切勿等闲视之。

四、构建新的刑事二审诉讼关系

根据以上分析,确立新的刑事二审诉讼关系是一个值得深入研究的问题。笔者认为,在刑事二审审判中,一审时那种以公诉人代表控方,被告人及其辩护人为辩方,法官为审判方的诉讼关系不能再继续套用,应当根据二审诉讼的实际情况来构造新的诉讼关系。

设若一审法院作出判决后,提起公诉的人民检察院以量刑不当为由提出抗

诉,这时控方仍是一审提起公诉的人民检察院,但其指控的对象是一审判决错误,其诉求为撤销原判,重新改判。因此当二审法院开庭审理这一抗诉案件时,作出一审判决的一审法院应以“程序被告”身份派员出席二审法庭,履行应诉义务,陈述其作出的一审判决的根据和理由,其法律上的称谓可名之为“必要诉讼参加人”。提出抗诉的人民检察院也应派员出庭二审审判,陈述抗诉理由,不应当由它的上一级人民检察院派员出席。如果此案一审中的被告人没有就一审判决提起上诉,则他在出席二审审判时显然既非“控方”也非“辩方”,但由于他是本案实体意义上的被告,案件的处理结果与他有直接利害关系,他在二审审判中的诉讼地位类似民事诉讼中“有独立请求权的第三人”,因此似可名之为二审中“有独立请求权的当事人”。因此他也有权委托律师担任诉讼代理人,他同代理律师出席二审法庭仍可对一审裁判发表意见,例如可以请求二审法院维持原判等。倘若这个当事人也同时提起了上诉,这个上诉也是针对一审判决的,如果认为一审判决认定事实有错误,当然牵涉到一审控方举证的问题;如果认为一审判决适用法律有错误,则上诉仅只针对一审法院,在这两种情况下,一审时的被告均为二审时提出诉求的一方,即与同时提起抗诉的人民检察院同为诉请方,只不过指出一审判决错误的内容各不相同,请求改判的目的各不相同而已。而一审法院则无疑应为二审庭审中“程序意义上的被告”,应当到庭陈述一审判决理由,反驳抗诉和上诉所作的指控,以达到维持一审判决的目的。如果依现行法规定的那样,二审审判中一审法院不出庭参与诉讼,二审作出的任何裁判都等于是在“被告”(一审法院)缺席的情况下作出的,这样的缺席判决是有违司法公正要求的。

设若一审判决后提起公诉的人民检察院没有抗诉,只有一审被告人提出上诉,上诉理由如果是一审判决认定事实错误,则牵扯到一审中处于控方的人民检察院指控的犯罪事实是否有确实、充分的证据予以证明;上诉理由如果是适用法律不当,则主要针对一审法院定罪量刑上的错误。无论以哪种理由提起上诉,上诉人的诉求一般都是请求撤销原判并予以改判。可见在只有上诉没有抗诉的二审案件中,一审法院同样处于“程序被告”地位,有必要派员出席二审庭审并就一审判决的根据和理由作出说明,不应在缺席的情况下由二审法院作出裁判。也只有在一审法院派员出席二审审判的情况下,二审审判活动才能构成“控、辩、审”三者相互作用的诉讼状态。二审法院才可能在兼听诉辩双方意见的基础上作出公正裁判。对于一审判决没有提起抗诉的人民检察院,在二审法院审判中应有“独立请求权”,可以陈述支持一审判决的意见和理由,也可请求二审法院驳回上诉,维持原判。

笔者认为,在这样的程序理念下,虽然上诉、抗诉是针对一审判决的,一

审法院成为“程序被告”，但二审审判的对象仍然是案中的刑事被告人刑事责任的有无及大小，并未因为二审诉讼关系的变化而改变刑事审判的对象。

五、二审程序中一审法院不是实体意义上的“被告”

从一般意义上说，法院是中立的裁判机构，一切诉讼案件，都由法院依法审理，作出裁判。在任何诉讼场合，法院都处于裁判者地位，不是控方也不是辩方。

然而刑事审判制度在数千年的发展进程中不断地丰富和完善，逐渐形成了现代的完整体系，这个体系包括初审制度、上诉审制度和再审制度，建造这个程序体系的根本目的则在于保证司法的公正，其着重点又在于保证实体上的公正。

初审制度的功能主要是对案件的事实进行实体审查，作出正确的认定，并依据认定的事实正确适用法律，作出一审裁判。如果一审认定事实正确，适用法律恰当，判处公正合法，则一般不会出现上诉和抗诉，在上（抗）诉期限届满时，一审判决即发生法律效力，案件的诉讼亦就此终结。因此，任何一个刑事案件的初审程序既是基础性的也是最为重要的，如果出现失误，无论是认定事实的错误还是适用法律的错误，都可能导致上诉审程序的发生；上诉审（即二审）程序则是以当事人或公诉机关对于一审判决声明不服为前提，并要求上级法院进行重审以纠正一审错误判决的制度，设计这一程序的目的，显然是及时纠正一审尚未发生法律效力错误判决，当上诉或抗诉提起时，即阻却了一审判决的正常生效，案件也随之进入上级法院的重审程序。因此，从一审到二审，只是普通程序的一种正常递进，是适用普通程序审理案件时对于一审可能发生的判决错误进行救济的方法，这种救济措施，体现了刑事程序自我修正、自我完善的功能。

由于二审是以推定尚未生效的一审判决存在错误为前提而请求上级法院重新审判的救济性措施，所以二审审理可从实体和程序两方面进行全面审查，以纠正一审判决存在的任何错误。这一点与同为救济程序的再审制度有显著不同。再审是在案件审理终结后判决已经生效执行的情况下，无论是检察机关提起抗诉请求再审或者是当事人提出申诉请求再审都不影响生效判决的执行。受理再审申请的法院，只有在查明申请再审的理由成立，原判决确有错误的情况下，才能决定再审。所以再审是一种非常救济程序，其启动权由负有审判监督责任的上级法院根据申请再审的理由是否充分来决定，其审理的范围和程序也与二审不同。因此，再审中的诉讼关系也不同于二审中的诉讼关系。在二审程序中，当上诉或抗诉提出之时，一审诉讼中那种控、辩、审关系即发生了变化，提起抗诉的人民检察院或者提起上诉的当事人都是针对一审法院的判决错

误，即把一审法院推到了程序意义上的被告席上，并请求上级法院主持公道，对一审法院的判决错误进行纠正。这时的一审法院从程序意义上说“当了被告”，但一审法院出席二审庭审时只是以“必要诉讼参加人”身份陈述作出一审判决的根据及理由，并不是以实体意义上的“被告”身份应诉。因为，无论一审、二审或者再审，刑事审判要解决的问题只有一个，即刑事被告人刑事责任的有无及大小。这是一个实体问题，为了正确地解决这个问题，法院无论在一审、二审还是再审中承办案件的法官，总是依据当时查明的情况尽可能作出正确的裁判。一审的判决错误，只是一审承办法官对于被告人刑事责任的有无及大小作了错误的评断，而二审的诉讼目的则旨在纠正一审这种评断错误，而不是把一审法院作为刑事追究的对象。在刑事诉讼的术语中，只有那些被指控犯了罪并且受到刑事追究的人才叫做刑事诉讼中的被告人。所以被告人这个称谓是从实体法意义上来给涉讼的当事人定位的。因此，我们只在二审诉讼关系发生了变化这个意义上把一审法院视为二审中“程序意义上的被告”，而不是在实体意义上把一审法院作为二审诉讼中的“被告人”。区分这一点十分重要。

刑事诉讼法改革的若干问题

樊崇义*

一、我国刑事诉讼法修改当前的进展情况

上届人大已经确定刑事诉讼法的一个目标，十项改革措施，把促进诉讼程序的改革作为十六大推进改革的重点。第一批修正案，本来准备2007年10月公布，但是当时召开的十七大对司法改革有新的考虑，导致修正案被搁置下来，10月要公布的事在报纸上也公布了，去年的“两会”也公布了这个消息，这样一来，国内外反应强烈，并引发了国内外诸多设想和猜测。有人说刑法的修改夭折了，是不是这样一种情况呢？我亲历了修改，了解的情况不是人们的这种看法。一个重要原因是十七大对我国的司法体制改革问题，关于我国民主与法治的进程问题有了新的目标、新的要求。我把它总结为五个“更加强调”：更加强调民主、更加强调依法治国、更加强调在全社会实现公平正义、更加强调人权保障、更加强调对国家权力特别是对诉讼权力的制衡。大家认为这五个“更加强调”反映了诉讼法的基本精神。

相应的司法改革中就司法体制、检察权、审判权、执行权如何优化配置、在政法系统如何贯彻宽严相济的刑事政策、政法队伍的断层问题、政法的编制问题、财政保障问题作为重大问题来研究。要求6月底拿出初步意见，这些问题是和刑事诉讼的职权问题、程序问题紧密相连的，这些实质问题定不下来，如何安排程序问题？因此，我国的刑事诉讼法修改并没有夭折，也没有中断，而是在紧张地进行。决策部门力争2008年年底公布第一批修正案，随后再公布第二批、第三批修正案。不像有些人说的刑事诉讼法搞了五年还没有搞成，

* 中国政法大学法学教授、博士研究生导师。本文系樊崇义教授2008年6月在西南政法大学所作的同名讲座的录音整理稿，因编辑需要作了适当文字处理，特此向樊崇义教授致谢。

要有一个实验和试点的过程，才有一定的结论。只是因为涉及面太广，关系到政治体制改革、国际先进经验如何中国化等诸多问题。

所以最本质的原因就是我们的司法体制改革有了新的精神，再加上这次修改方法的难度，把这次修改拉长了，没有在 2007 年 10 月公布，看 2009 年上半年能不能有所起色。

二、新律师法与刑事诉讼法的协调

2008 年 6 月 1 日，新的律师法开始实施，然而，近一个月的实施状况并没有达到预期的效果，主要原因是司法机关以刑事诉讼法没有修改为由不配合律师的辩护活动。是人大常委公布的法律效力高，还是公安部红头文件的效力高？这是人们认识上的问题。关于新律师法和刑诉法的衔接问题，希望大家加强研究。

新律师法看不到执行的效果，原因在什么地方？一个最基本的原因，有人提出来，刑诉法是上位法，律师法是下位法，下位法修改了，上位法还没有动，我们要等待刑诉法修改以后才能执行。这当然也有一定的道理，但是我们要依法办事。对这个问题研究的结果，要通过三个层次来考虑。

第一个层次，我国的《立法法》规定了宪法的最高权威，我们要看新的律师法是不是违背了宪法精神。新的律师法在立法过程中是完全按照宪法的精神修改的。新律师法对会见权、阅卷权、调查权、司法豁免权四大权利的改革，完全符合宪法对律师辩护权的要求。

第二个层次，我国的《立法法》没有确定部门法和一般的普通法的上、下位阶的关系。而位阶问题这是学理上的规定，刑事诉讼法和律师法不存在上、下位阶的关系。

第三个层次，《立法法》第 83 条规定，同一个机关制定的法律，新法优于旧法的，要按照新法的原则来办，两者是同一机关即是全国人大（及其常委会）制定以及修改的，只能适用新法优于旧法的原则。

三、刑事诉讼法、律师法观念形态的转型问题

为什么改革如此艰难？一个最基本的问题就是人们在观念形态上产生了矛盾冲突。修改刑诉法，观念要转型。我们总结了以下十个转变，这十个转变涉及刑诉法的方方面面：（1）刑事诉讼的哲学基础从斗争哲学转变为和谐哲学，即如何用和谐哲学指导立法，是摆在我们面前的一个问题；（2）关于刑诉法定性定位的转变，要把刑事诉讼的文化观念从以国家本位转变为国家、社会以及个人本位的有机结合以保障犯罪嫌疑人的人权；（3）价值观的转变，刑事诉讼的价值观要从工具主义价值观转变为进步、民主、文明、法治的价值观；（4）长期以来，刑诉法是用权制人，但是现在，刑事诉讼要从最开始强调使