

Access to Justice

张卫平 齐树洁 主编
曹云吉 执行主编



司法改革 论评

Judicial Reform Review



第十八辑



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

Access to Justice

第十八辑

Judicial Reform Review

司法改革论评

张卫平 齐树洁 主编
曹云吉 执行主编



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位



图书在版编目(CIP)数据

司法改革论评. 第 18 辑/张卫平, 齐树洁主编. —厦门: 厦门大学出版社, 2014. 8
ISBN 978-7-5615-5015-1

I. ①司… II. ①张… ②齐… III. ①司法制度-体制改革-文集
IV. ①D916-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 052242 号

厦门大学出版社出版发行

(地址: 厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编: 361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup @ xmupress.com

三明市华光印务有限公司印刷

2014 年 8 月第 1 版 2014 年 8 月第 1 次印刷

开本: 787×1092 1/16 印张: 25 插页: 2

字数: 476 千字 印数: 1~1 200 册

定价: 65.00 元

如有印装质量问题请寄本社营销中心调换

主编简介

张卫平,男,山东人,1979年考入原西南政法学院法律系,1983年本科毕业。1986年研究生毕业留校执教。1993年从讲师直接破格晋升为教授。同年赴日本留学,先后在东京大学法学部和一桥大学法学部学习。1996年获得博士生导师资格,同年任《现代法学》主编。1999年初调清华大学法学院任教至今。现为清华大学法学院教授、博士生导师,中国民事诉讼法学研究会会长。代表著作:《程序公正实现中的冲突与衡平》(1992)、《破产程序导论》(1993)、《诉讼构架与程式》(2000)、《探究与构想:民事司法改革引论》(2004)、《民事诉讼:关键词展开》(2005)。在《法学研究》、《中国法学》等杂志上公开发表学术论文百余篇。

齐树洁,男,河北武安人,1954年8月生。1972年12月自福建泉州一中应征入伍,1978年4月从新疆军区某部退役。1982年7月毕业于北京大学法律系,获法学学士学位。1990年8月毕业于厦门大学民商法专业,获法学硕士学位。2003年11月毕业于西南政法大学诉讼法专业,获法学博士学位。曾在西南政法学院、中国人民大学、香港大学、澳门大学、台湾政治大学、菲律宾雅典耀大学、英国伦敦大学、德国弗莱堡大学、法国巴黎第二大学、美国佛罗里达大学研修和访问。现为中国民事诉讼法学研究会副会长,厦门大学法学院教授、博士生导师、司法改革研究中心主任,澳门科技大学法学院兼职博士生导师。



司法改革之司法的去政治化

张卫平

党的十八大再次提出要进一步深化司法体制改革,并在十八届三中全会的决定中明确地提出了一些基本的改革目标。例如,通过司法体制改革保障司法机关独立地行使审判权和检察权。其相对具体的措施或原则性方案就是要实现法院、检察院在省级以下人、财、物统管。之所以要人、财、物统管,其目的就是要实现所谓的“司法去地方化”。

司法的去地方化也是若干年前学界多数人所一直主张的,其要旨在于防止地方司法机关受制于地方权势及受其他关系的影响,导致司法机关无法独立地行使审判权和检察权。司法机关不能独立地行使审判权和检察权,则作为以制约权力、保障权利为宗旨的法治也就必将落空。

除了司法去地方化之外,作为司法改革的价值取向或目标还包括所谓的司法去行政化、去非职业化(等值的提法是司法的职业化或专业化)、去封闭化(等值的提法是司法的公开化),以及笔者提出的司法去社会化(“司法的社会化”这一概念有着特定的含义,是指司法机关被广泛地融入社会之中,参与政府主导的各种社会活动,与社会各界保持着密切的社会关系这样一种特殊的社会现象。司法的社会化也是司法非独立的一种表征,尽管这一表征不是从权力结构关系的视角来认识的。司法的去社会化是要保持司法机关与社会的适度隔离,以保障司法机关不受社会各种关系的侵蚀和干扰,以便独立地行使司法权)。虽然法院与检察院两个系统有各自的特点,笼统地针对两个机关谈去上述“几化”还过于简单和粗疏。司法改革在具体的措施上还需要根据各自不同的特点实施不同的改革方案。司法改革除了去上述“几化”之外,笔者认为,在司法改革方面,还应当加上去“政治化”,而且去政治化可能是最重要的。司法如果不能去政治化,

则司法不能成为实现法治的工具,司法不能成为现代的司法,也无法实现审判权的独立行使。

司法的政治化主要是指司法机关在司法运行过程中常常受到政治泛化因素的影响,无法依照法律作出公正的裁判。这种情形相当普遍地存在于我国的司法运行过程中。司法的泛政治化主要表现在以下几个方面:其一,将政治口号直接作为司法的依据加以适用,导致司法在政治口号之中空转,使得法律适用技术化被政治口号消解。例如,像“司法服务于大局”这样的政治口号,对于宏观政治层面的要求而言,司法当然应当做到服务于政治要求,如社会发展、人民幸福、政治稳定等,但对于司法机关在具体的司法过程而言,只能根据既定的法律来操作,因为立法者已经将政治的大局、政治要求规定在了具体的法律之中,司法者只需要执行法律即可,虽然有时我们会觉得这样显得过于单纯(然而如果没有这样的单纯,法律将无法得以贯彻)。如果现行的法律没有适应政治发展和要求,则是法律应当修改和完善的问题,修改和完善法律以满足政治要求是立法者的任务,而不是司法者的任务,是政治层面的作为,立法、修法从来与政治有关。作为司法者就只有服从法律,如马克思所言,法官之上、上帝之下唯有法律,对于法官而言只有法律至上,没有其他可以置于法律之上的。法官不可以不服从法律,而服从法律之外的大局。大局是政治家、立法者所应当考虑的问题。如果要求司法者在法律之外考虑所谓的大局问题,就完全有可能违背法律。如果强调司法服务于大局就可能因为大局已成为权力者手中的魔杖,正为地方权力者所任意诠释,一旦满足这样的大局,司法机关无疑会堕落为权力的附庸、奴婢。其二,司法的泛政治化还表现为司法者对政治的过于敏感。原本可以按照法律的规定,通过法律程序加以解决的问题,但却因顾及政治因素而放弃严格的适用法律。例如,对于有些案件完全可以按照法律的规定受理的,却基于所谓的政治影响,而不予受理,置法律的规定于不顾。其三,人为地将政治作为司法运作的最高要求。在意识上沿袭传统的政治第一、政治挂帅的思维定式。习惯于政治思维,而不是以法治思维思考法律问题,解决法律争议。看似是司法机关,但由于政治思维方式的原因,往往是用政治的方式和方法解决争议,法官成为政治家,法院成为政治机构。以法律思维、法治方式辅以一定的具体事实,按照法律适用的规律解决纠纷,从而达到化解纠纷的目的。从对司法的传统领导和管理组织机构以及专门大学的称谓上我们也可以清晰地看到这种定式的强烈影响。其四,司法机关在政治上依然被视为是实现阶级专政的工具,为特定的阶级服务,这可以从司法机关特定的修饰语看到它的政治性。正是因为如此,我们在过去相当长的一段时间里,不仅提出了既要注重法律效果也要注重社会效果这样的口号,还提出了要注重政治效果的口号。无论是注重社会效果,还是注重政治效果,都是试图逾越法律。

司法的泛政治化不是传统司法中完全独立的一个方面,而是与传统司法的其他特征彼此联系,彼此强化,相互牵扯的。司法的政治化直接强化了司法的行政化、地方化、非职业化、非公开化和社会化。也可以说在某种程度上,司法的行政化、地方化、非职业化、非公开化和社会化是司法泛政治化的结果。因为政治化,就要求司法权力在外部和内部被行政化,以便实现权力的集中,这正是特定政治形态的要求。司法的政治化自然要讲究权力位阶的高低、大小,这与司法的行政化是天然契合的;因为政治化,地方化成为必然。地方权力作为地方政治的核心必然要求司法归顺、服从于地方的权力;因为政治化,司法也自然地排除了职业化或专业化,职业化可能使得权力干预受到阻碍,这是政治化所不能认可的,政治化就要求权力没有制约,无论这种制约来自哪一个方面,政治化与职业化是天生相互排斥的。在强化政治化的时期,也就必然发生司法机关的一把手可以是非法律专业出身,没有法律专业知识背景的人。有知识、有经验的法官可以随意调离法院到司法机关以外的国家机关,其他机关的干部可以任意地调入法院;司法的政治化使得司法会尽量避免其公开化,因为政治化强调的是政治诉求、政治利益的实现,讲究的是目的而不是手段,对于政治而言,程序、形式都是次要的,政治从来讲究实质理性而非程序理性。公开化恰恰是手段、程序的正当性要求,是对权力运行的制约。这显然与政治化是背离的;司法的政治化也必然导致社会化,政治讲究的是普遍联系和一体化。政治化程度越高,社会化程度也越高,泛政治化本身就意味着打破所有隔离,也就不可能强调司法机关的非社会化,反而会要求司法机关广泛融入社会,甚至走进社区,与社会发生广泛的联系,淡化司法机关本身的特性。司法的社会化必然使得司法机关难以与社会隔离,免受社会各种关系的侵蚀和干扰,无法做到独立地行使司法权。

虽然从法社会学、法政治学以及后现代法学的角度,如美国著名法社会学家、法哲学家昂格尔所言,法律与政治就是一回事,司法就是一种政治现象。但毕竟法律与政治有所不同,法律虽然不能与政治割裂,例如在制定法律的层面,甚至在有的情形下,司法也不可能完全离开政治,政治也必然会时刻纠缠着司法,但由于法律调整的范围还是相对清晰的、确定的,司法的规律、范畴与政治的规律、范畴毕竟不同,因此,我们应当尽量让司法在法律的范围内运行,遵循司法自身的规律,避免政治的干扰和侵蚀,因此司法的去政治化是必要的,必需的。司法的政治化对于实现司法的公正,实现依法治国、法治社会是一种极大的妨碍,因此,司法的去泛政治化是司法体制改革所必须作为的事项。笔者强调这一点,是因为司法的泛政治化对于其他“几化”有着强化、甚至本源的作用,而司法的泛政治化又最不容易,或难以让人们意识到。

司法如何去政治化使司法回归于司法,要比司法去地方化、行政化、非职业化、非公开化、去社会化也许更难,因为去政治化的作业更多的不是组织、结构的

硬件调整,更多的是意识、观念、理念上的,属于形而上层面的调整。这种调整更难,需要更长的时间,需要更广泛的社会调整予以配合。司法的去政治化还需要从政治入手,所谓解铃还须系铃人,需要政治体制改革进一步推进,人们政治观念、意识的转变。司法的政治化是中国社会的泛政治化的结果,是中国社会泛权力化的结果,因此,必须寄希望于通过政治体制改革去泛权力化、泛政治化。当然不是说,司法的去政治化需要等待整个社会的去政治化。既然在政治体制改革方面,已经将司法体制改革作为突破口,那么司法的去政治化也可以作为社会去政治化的一个切入口,并由此推进社会去政治化,实现中国社会的现代转型。以往很长一段时间虽然也不时提出要进行、推动司法体制改革,但却没有触及司法的去政治化,因此,其司法体制改革是不可能成功的,甚至还发生了倒退,以至于司法不仅没有去政治化,反而进一步强化了政治化,走向了反面,这是我们必须吸取的教训。

写于2013年圣诞节,清华近春斋

目 录

111

《《 卷首语

司法改革之司法的去政治化

张卫平(1)

《《 本刊特稿

证据“材料说”的立法评析

张 斌(1)

论现代科技在新民事诉讼法中的运用

石先钰(24)

论原告股东诉讼费用补偿制度

刘金华(31)

《《 民诉法理

检察建议之监督方式的兼容性反思

冯 珂(39)

第三人撤销之诉的理论视域探析

张 妮(49)

论检察机关提起民事诉讼的法律地位

王淑娜(62)

民事诉讼一体化论要

周洪江(71)

日本财产开示制度及其对我国的启示

杜换涛(91)

审理民间借贷纠纷案件探析

昆明市西山区人民法院课题组(103)

中国基层法院调解问题研究报告

陈寒非(115)

论上诉利益的衡平与救济

李向超(161)

《《 部门法理论探索——法学理论

比较法视域下生命自主处分的法学理据

王海军(170)

反思威格莫尔司法证明科学体系

郑 飞(182)

理性主义的中国式解读

李俊刚(193)

香港特区政党立法之缺陷及其完善

黎沛文(205)

《《 部门法理论探索——民事法研究

论上市公司吸收合并中现金选择权的归属	林 凯(215)
同时履行抗辩权的构成要件分析	徐 正(234)
非上市股份有限公司股份转让与变更登记的相关问题探析	袁文毅(248)
著作权集体管理组织初探	杨玉杰(256)

《《 部门法理论探索——刑事法研究

论刑法上的体系性思维与问题性思维	温登平(265)
人民监督员制度之完善	王星译(282)
假释提请程序的司法公信力问题研究	姜顺政(291)
论我国未决羁押审查程序主体的构建	司 宇(302)

《《 部门法理论探索——行政、卫生法研究

我国精神病人强制医疗实践中的疑难问题研究	梁 晨 杨 炯(314)
我国预防接种异常反应救济制度之完善	柴 月(329)
论转基因食品标识制度的构建	张 彝(339)

《《 司法改革

跨区域设立专门行政法院的实证分析	李后龙(349)
基层政权的执法困境与对策	侯锦程 刘统宝(359)
司法公信力的重塑	王粟伟(369)
自媒体时代我国司法“庭外民主”的民主性辨析	徐崇杰(378)
深化司法改革 完善诉讼制度	陈慰星 王言言 吴启帆(386)

本刊特稿

证据“材料说”的立法评析

张 斌*

根据2012年3月第十一届全国人民代表大会第五次会议《关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》第二次修正案修改的《刑事诉讼法》(本文简称新《刑事诉讼法》)第48条的规定,证据的概念被界定为“可以用于证明案件事实的材料”,这与1996年的《刑事诉讼法》第42条规定的“事实说”——“证明案件真实情况的一切事实”不同。如果说“证据制度是刑事诉讼的基本制度,对于保证案件质量,正确定罪量刑具有关键作用”^①,那么证据概念的理解与把握则是证据制度中最为基础和最为重要的环节。新刑事诉讼法将证据概念的“事实说”改为“材料说”,这种修改究竟是实质性的还是“换汤不换药”,对于相关的立法条文和司法实践会造成哪些影响,“材料说”的修改意义可能面临的问题是什么……对于这些问题,不同的学者仁智互见。^② 本文从立法的角度,将新《刑事诉讼法》中所有涉及“材料说”的立法条文,与1996年的《刑事诉讼法》相关条文进行对照比较,尝试性地解答“材料说”可能具有的修改意义,所作的相关修改以及修改后可能面临的法理与法律问题,以期服务于刑事司法实践。

一、“材料说”立法的对照

“材料说”主要见之于新《刑事诉讼法》第48条第1款的规定,即“可以用于

* 作者系四川大学法学院教授,博士生导师。

① 参见王兆国副委员长在2012年3月8日在第十一届全国人民代表大会第五次会议上“关于《中华人民共和国刑事诉讼法修正案(草案)》的说明”。

② 例如,有学者在刑事诉讼法草案出台之初就认为修改没有必要,因为“证据的材料说只是一家之言”,“即使立法上对证据的定义不作规定也不会影响实务中对证据的审查、判断、认定及采纳”,而“证据定义只可意会不可言传,越想给出明确的定义越有可能引起更大的争论,建议取消证据的定义”。高一飞、林国强:《论〈刑事诉讼法修正案(草案)〉证据部分》,载《重庆理工大学学报》(社会科学版)2012年第1期。

证明案件事实的材料,都是证据”。据笔者研究,在新《刑事诉讼法》立法文本中,与这一款证据理解与运用相关的法律条文有 52 条。^① 为了准确把握新《刑事诉讼法》第 48 条规定的“材料说”的意义以及问题,需要比较新《刑事诉讼法》立法相关条文,比较这些条文与 1996 年的《刑事诉讼法》的异同。以下为笔者制作的证据材料说立法对照表(简称立法对照表)。

证据材料说的立法对照表^②

项号	条款	新《刑事诉讼法》规定的内容	1996 年《刑事诉讼法》条款和规定	属于	主要问题 ^③
1	第 48 条	可以用于证明案件事实的材料,都是证据……证据必须经过查证属实,才能作为“定案的根据”。	第 42 条规定,证明案件真实情况的一切事实,都是证据。……(后同左)	证据的概念。	证据的概念由 1996 年《刑事诉讼法》的“事实说”变为现在的“材料说”。
2	第 50 条	审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序,收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种“证据”……	第 43 条条文内容没有变化。	公、检、法三机关证据的收集。	与第 113 条、第 114 条的表述不一致。
3	第 52 条第 2 款	行政机关在行政执法和查办案件过程中收集的物证、书证、视听资料、电子数据等“证据材料”,在刑事诉讼中可以作为“证据”使用。	第 45 条没有规定划横线部分的内容。	向单位或者个人收集证据。	“证据材料”只是指物证、书证、视听资料、电子数据等实物证据?
4	第 53 条	对一切案件的判处都要重“证据”,重调查研究,不轻信口供…… “证据”确实、充分,应当符合以下条件……	第 46 条没有规定证据确实充分的条件。	重证据不轻信口供与证明标准。	本条文第一次出现“证据”不包含“口供”,第二次出现的“证据”包含口供?
5	第 54 条第 2 款	在侦查、审查起诉、审判时发现有应当排除的证据的,应当依法予以排除,不得作为起诉意见、起诉决定和判决“ <u>的依据</u> ”。	没有相应的内容。	非法证据排除的法律效果。	条文“……的 <u>依据</u> ”的表述是“定案根据”?

① 这只是主要的条文,还有不少条文涉及与证据材料说的间接关系,这在后文中详述。

② 新《刑事诉讼法》修改部分用下划线____表示,删去部分用方框□表示,应注意部分用引号表示。

③ 笔者将每一条款比较以后可能具有的主要问题或者主要结论写在“主要问题”之中,详细的解说与分析见后文。

续表

项号	条款	新《刑事诉讼法》规定的内容	1996年《刑事诉讼法》 条款和规定	属于	主要问题
6	第 57 条	在对证据收集的合法性进行法庭调查的过程中…… 现有“证据材料”不能证明证据收集的合法性的……	没有相应的内容。	非法证据 责任 与调查 方法。	注意本条文说的是“证据材料”而不是“证据”“不能证明证据收集的合法性的”情况。
7	第 59 条	证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方质证并且查实以后，才能作为“定案的根据”。法庭查明证人有意作“伪证”或者隐匿“罪证”的时候，应当依法处理。	与第 47 条规定的内容一致。	证人出庭 作证。	注意本条文表述中“作伪证”与“隐匿罪证”的并列关系，很显然“罪证”中的“证”不包含本人“作伪证”的情况。
8	第 61 条至 第 63 条	在法律条文中都出现了“作证”的表述。	第 48 条、第 49 条有相同的表述。	证人作 证相关 制度。	“作证”指证人提供证言。
9	第 33 条第 2 款	……人民检察院自收到移送审查起诉的“案件材料”之日起 3 日以内，应当告知犯罪嫌疑人有权委托辩护人。……	第 33 条，没有变化。	检察院 告知委 托辩护 人时间。	“案件材料”=第 38 条规定的“案卷材料”？是否包含“证据”？
10	第 35 条	辩护人的责任是根据事实和法律，提出犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的“材料”和“意见”……	第 35 条，没有变化。	辩护人的 责任。	条文中的“材料”是指证据？“材料”与“意见”不同。
11	第 36 条	辩护律师在侦查期间可以……向侦查机关了解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名和“案件有关情况”，提出意见。	第 96 条规定，受委托的律师有权向侦查机关了解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名……	辩护律师 向侦查机 关了解的 范围。	这里的案件情况是否包含案件的“证据”情况？
12	第 37 条第 4 款	辩护律师会见在押的犯罪嫌疑人、被告人，可以了解“案件有关情况”，提供法律咨询等；自案件移送审查起诉之日起，可以向犯罪嫌疑人、被告人“核实有关证据”。	第 96 条规定，受委托的律师有权……向犯罪嫌疑人了解有关案件情况。没有规定“核实证据”的问题。	辩护律师 向辩护人 了解案情 和核实 证据。	了解“案件情况”与核实“证据”不同？
13	第 38 条	辩护律师自人民检察院对案件审查起诉之日起，可以查阅、摘抄、复制本案的“案卷材料”。其他辩护人经人民法院、人民检察院许可，也可以查阅、摘抄、复制上述材料。	第 36 条规定，辩护律师自人民检察院对案件审查起诉之日起，可以查阅、摘抄、复制本案的诉讼文书、技术性鉴定材料……	辩护人的 阅卷 范围。	与第 33 条规定的“案件材料”表述不同。“案卷材料”的构成？

续表

项号	条款	新《刑事诉讼法》规定的内容	1996年《刑事诉讼法》条款和规定	属于	主要问题
14	第39条、第40条、第41条	辩护人认为在侦查、审查起诉期间公安机关、人民检察院收集的证明犯罪嫌疑人、被告人无罪或者罪轻的“证据材料”未提交的,有权申请人民检察院、人民法院调取。 辩护人收集的有关犯罪嫌疑人不在犯罪现场、未达到刑事责任年龄、属于依法不负刑事责任的精神病人的“证据”,应当及时告知公安机关、人民检察院。 第41条的内容与1996年的《刑事诉讼法》相同,参见第37条。	第37条规定,辩护律师经证人或者其他有关单位和个人同意,可以向他们收集与本案有关的“材料”,也可以申请人民检察院、人民法院收集、调取“证据”,或者申请人民法院通知证人出庭作证。辩护律师经人民检察院或者人民法院许可,并且经被害人或者其近亲属、被害人提供的证人同意,可以向他们收集与本案有关的“材料”。	辩护律师的调查取证权与申请调查取证权。	“证据材料”与“证据”在内涵上无区别?
15	第42条	辩护人或者其他任何人,不得帮助犯罪嫌疑人、被告人隐匿、毁灭、伪造“证据”或者串供,不得威胁、引诱证人作伪证以及进行其他干扰司法机关诉讼活动的行为。……	辩护律师和其他辩护人,不得帮助……隐匿、毁灭、伪造“证据”或者串供,不得威胁、引诱证人改变证言或者作伪证……	辩护人的义务。	“证据”与“伪证”的关系? 注意本条删除了1996年的《刑事诉讼法》中“改变证言”的规定。
16	第69条、第75条	被取保候审(监视居住)的犯罪嫌疑人、被告人应当遵守以下规定:……(五)不得毁灭、伪造“证据”或者“串供”。	第56条、第57条,内容没有变化。	被取保候审人和被监视居住人的证据义务	与上面问题相同,条文中的“证据”是与“串供”一致吗?
17	第79条	对有“证据”证明有犯罪事实……应当予以逮捕:……(三)可能毁灭、伪造“证据”,干扰证人作证或者串供的;……对有证据证明有犯罪事实……或者有证据证明有犯罪事实……	第60条规定,对有证据证明有犯罪事实……而有逮捕必要的,应即依法逮捕。	逮捕的证据条件。	条文中的两个“证据”表述范围?
18	第80条	公安机关对……的,可以先行拘留:……(五)有毁灭、伪造“证据”或者“串供”可能的。	第61条。内容没有变化。	拘留的情形之一。	与第15项、第16项中的情况相同。
19	第85条	公安机关要求逮捕犯罪嫌疑人的时候,应当写出提请批准逮捕书,连同“案卷材料”、“证据”,一并移送同级人民检察院审查批准。……	第66条,内容没有变化。	申请逮捕。	“案卷材料”与“证据”之间的关系? 内容与第38条中规定的“案卷材料”构成是否相同?

续表

项号	条款	新《刑事诉讼法》规定的内容	1996 年《刑事诉讼法》条款和规定	属于	主要问题
20	第 109 条第 1 款、第 111 条	报案、控告、举报可以用书面或者口头提出。接受口头……应当写成笔录……对于报案、控告、举报和自首的“材料”，应当按照管辖范围，迅速进行审查……	第 85 条第 1 款、第 86 条，内容没有变化。	报案、控告、举报的形式及立案程序。	“笔录”与“材料”之间的关系？无论报案、控告、举报的“笔录”还是“材料”，能否作为证据使用？
21	第 113 条、第 114 条	公安机关对已经立案的刑事案件，应当进行侦查，收集、调取犯罪嫌疑人有罪或者无罪、罪轻或者罪重的“证据材料”。……公安机关经过侦查，对有证据证明有犯罪事实的案件，应当进行预审，对收集、调取的“证据材料”予以核实……	第 89 条、第 90 条的内容没有变化	侦查与预审。	与第 2 项有无区别？（《刑事诉讼法》第 50 条）与第 39 条至第 41 条规定的“证据”“材料”是否一致？
22	第 123 条、第 125 条	询问证人，应当告知他应当如实地提供“证据”、“证言”和有意作伪证或者隐匿罪证要负的法律后果。询问被害人，适用本节各条规定。	第 98 条、第 100 条的内容没有变化。	询问证人 询问被害人。	与第 15 项、第 16 项、第 18 项类似，“证据”范围不包括“证言”？
23	第 130 条、第 131 条第 1 款、第 133 条第 2 款、第 138 条	为了确定被害人、犯罪嫌疑人的某些特征、伤害情况或者生理状态，可以对人身进行检查，可以提取“指纹信息”，采集血液、尿液等“生物样本”。…… 勘验、检查的情况应当写成“笔录”…… ……侦查实验的情况应当写成“笔录”…… 搜查的情况应当写成“笔录”……	第 105 条第 1 款，没有规定第 130 条下划线部分；第 106 条，内容无变化；第 108 条，没有规定下划线部分；第 113 条，内容无变化。	勘验检查笔录， 侦查实验笔录， 搜查笔录等笔录类证据。	根据第 48 条第 2 款第 7 项的规定，“证据包括：……（七）勘验、检查、辨认、侦查实验等笔录；”，主要问题有二：（1）第三节询问证人中没有“辨认”的相关规定；（2）搜查笔录能否作为证据？
24	第 139 条、第 140 条、第 141 条	在侦查活动中发现的可用以证明犯罪嫌疑人有罪或者无罪的各种“财物”、“文件”……对查封、扣押的财物、文件……当场开列“清单”一式二份……一份交给持有人，另一份附卷备查。	在 1996 年的刑事诉讼法中只有“物品”“文件”的规定，没有查封财产的相关规定，见该法第 114 条，第 115 条。	查封扣押的范围和查封清单。	扣押的物品、文件可以作证据，不一定需要扣押清单；但是查封的财物要和查封清单一起才能作证据。前者为种类物，后者为特定物。

续表

项号	条款	新《刑事诉讼法》规定的内容	1996年《刑事诉讼法》条款和规定	属于	主要问题
25	第145条	鉴定人进行鉴定后,应当写出鉴定意见,并且签名。	第120条。	鉴定意见。	可以作为证据。
26	第150条第3款、第4款,第152条	……对采取技术侦查措施获取的与案件无关的“材料”,必须及时销毁。 采取技术侦查措施获取的“材料”,只能用于对犯罪的侦查、起诉和审判,不得用于其他用途。 依照本节规定采取侦查措施收集的“材料”在刑事诉讼中可以作为证据使用……	1996年的刑事诉讼法中没有规定。	技术侦查措施所获材料。	可以作为证据。 第152条与第151条之间的关系?“隐匿身份的侦查”、“控制下交付”是否需要基于证据用途制作材料,能够制作哪些材料?
27	第160条	公安机关侦查终结的案件,应当做到犯罪事实清楚,证据确实、充分,并且写出起诉意见书,连同“案卷材料”、“证据”一并移送同级人民检察院审查决定;……	第129条只有侦查终结条件与手续的相关规定。	侦查终结移送起诉方式。	“案卷材料”与“证据”的关系?案卷材料似乎不应包括“证据”,与第19项的情况相同。
28	第168条	人民检察院审查案件的时候,必须查明:(一)犯罪事实、情节是否清楚,“证据”是否确实、充分,犯罪性质和罪名的认定是否正确……	第137条,内容没有变化。	审查起诉的内容。	本条文“证据”的范围?
29	第170条	人民检察院审查案件,应当讯问犯罪嫌疑人,听取辩护人、被害人及其诉讼代理人的意见,并“记录在案”。辩护人、被害人及其诉讼代理人提出“书面意见”的,应当附卷。	第139条,没有下划线内容。	审查起诉的方式与书面意见的附卷	根据本条,“案卷材料”包括“辩护人、被害人及其诉讼代理人”提出的书面意见。
30	第171条	人民检察院审查案件,可以要求公安机关提供法庭审判所必需的“证据材料”……	第140条内容没有变化。	补充侦查。	类似第39条规定的情况。
31	第172条	人民检察院认为犯罪嫌疑人的犯罪事实已经查清,“证据”确实、充分,依法应当追究刑事责任的,应当作出起诉决定,按照审判管辖的规定,向人民法院提起公诉,并将“案卷材料”、“证据”移送人民法院。	第141条没有下划线内容。	提起公诉的案卷移送方式。	与第19项、第27项的情况相同。

续表

项号	条款	新《刑事诉讼法》规定的内容	1996 年《刑事诉讼法》条款和规定	属于	主要问题
32	第 181 条	人民法院对提起公诉的案件进行审查后,对于起诉书中明确的指控犯罪事实的,应当决定开庭审判。	第 150 条规定,人民法院……对于起诉书中明确的指控犯罪事实并且附有证据目录、证人名单和主要证据复印件或者照片的,应当决定开庭审判。	审判移送方式。	与 1996 年《刑事诉讼法》规定的“复印件移送”方式不同。检察院只是部分移送证据和案卷材料,人民法院能否开庭审理?
33	第 190 条	公诉人、辩护人应当向法庭出示物证,让当事人辨认,对未到庭的证人的“证言笔录”、鉴定人的“鉴定意见”、“勘验笔录”和其他作为证据的“文书”,应当当庭宣读。审判人员应当听取公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人的“意见”。	第 157 条,内容没有变化。	调查核实未到庭证人、鉴定人证言以及物证、书证等。	典型体现“材料说”。
34	第 220 条、第 221 条	……提出上诉的,原审人民法院应当……连同“案卷”、“证据”移送上一级人民法院……地方各级人民检察院……的抗诉,应当……连同案卷、证据移送上一级人民法院……	第 184 条,内容没有变化。 第 185 条,内容没有变化。	上诉与抗诉的程序。	情况同第 19 项、第 27 项、第 31 项。
35	第 268 条	公安机关、人民检察院、人民法院办理未成年人刑事案件,根据情况可以对未成年犯罪嫌疑人、被告人的成长经历、犯罪原因、监护教育等情况进行调查。	1996 年刑事诉讼法没有相应的规定。	未成年人的社会调查报告。	能否作为证据?
36	第 280 条第 3 款	没收违法所得的申请应当提供与犯罪事实、违法所得相关的“证据材料”,并标明财产的种类、数量、所在地及查封、扣押、冻结的情况。	1996 年《刑事诉讼法》没有相应的规定。	没收违法所得的证据材料。	同第 2 项和第 21 项的情况,表述存在问题。
37	第 285 条第 1 款、第 2 款	根据本章规定对精神病人强制医疗的,由人民法院决定。公安机关发现精神病人符合强制医疗条件的,应当写出“强制医疗意见书”……	1996 年《刑事诉讼法》没有相关的规定	强制医疗意见书。	能否作为证据?