

走向正义

刑事司法改革与刑事诉讼法的修改

樊崇义 主编



中国政法大学出版社

走向正义

刑事司法改革与刑事诉讼法的修改



主 编 樊崇义

副主编 申君贵 杜 邈 胡志风

撰稿人(以撰写章题为序)

樊崇义 吴光升 胡志风

杜 邈 申君贵 艾 静

戴 莹 李玉萍



中国政法大学出版社

2011·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

走向正义——刑事司法改革与刑事诉讼法的修改 / 樊崇义主编. —北京: 中国政法大学出版社, 2011. 6

ISBN 978-7-5620-3965-5

I. 走… II. 樊… III. ①刑事诉讼-司法制度-体制改革-研究-中国 ②刑事诉讼法-研究-中国 IV. D925. 204

中国版本图书馆CIP数据核字 (2011) 第107464号

书 名	走向正义——刑事司法改革与刑事诉讼法的修改 ZOUXIANG ZHENGYI XINGSHI SIFA GAIGE YU XINGSHI SUSONGFA DE XIUGAI
出版发行	中国政法大学出版社
经 销	全国各地新华书店
承 印	固安华明印刷厂

787mm×960mm 16开本 31.5印张 610千字

2011年8月第1版 2011年8月第1次印刷

ISBN 978-7-5620-3965-5/D·3925

印 数: 0001-2000 定 价: 49.00元

社 址	北京市海淀区西土城路25号
电 话	(010) 58908435 (编辑部) 58908325 (发行) 58908334 (邮购)
通信地址	北京100088信箱8034分箱 邮政编码 100088
电子信箱	fada.jc@sohu.com (编辑部)
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)

声 明

1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

作者简介

樊崇义，男，1940年11月生，河南省内乡县。1965年毕业于北京政法学院（现中国政法大学），留校从教至今。现任中国政法大学诉讼法学研究院名誉院长，教授，博士研究生导师。享有突出贡献政府津贴。兼任最高人民检察院专家咨询委员会委员，公安部特约监督员，中国法学会检察学会副会长，中国行为法学会副会长，并兼该会侦查行为研究会会长，中国警察学会学术委员，北京市诉讼法学会副会长等社会职务。曾任教育部法学教育指导委员会委员，教育部人文社会科学重点研究基地——中国政法大学诉讼法学研究中心主任。同时任国家检察官学院、国家法官学院、国家行政学院、中纪委培训中心等院校兼职教授。

樊崇义教授长期从事法学大专、本科、硕士研究生、博士研究生的教学和科研工作，讲授“刑事诉讼法学”、“证据法学”、“中国司法制度”和“律师学”等课程。其科研成果丰硕，独著和合著作品20余部，发表论文百余篇，多部著作获教育部、北京市科研奖。代表作有1991年出版的《刑事诉讼法学研究综述与评价》，2001年出版的《刑事诉讼法实施问题与对策研究》（获北京市哲学社会科学一等奖、教育部二等奖），2003年出版的《诉讼原理》被教育部指定为全国研究生专用教材，2004年出版的《刑事诉讼法修改专题研究报告》（获北京市社科二等奖），2006年出版的《迈向理性刑事诉讼法学》（获第一届中国出版政府奖提名奖），2007年出版的《刑事诉讼法再修改理性思考》（获司法部第三届全国优秀教材科研成果二等奖），2009年出版的《侦查讯问程序改革实证研究》（获北京市社科一等奖）。其编著的《刑事诉讼法》、《证据法学》教材被司法部、教育部命名为高等院校法学国家级规划教材和“十五”国家级教材。其主编的《诉讼法学文库》，已出版80余本，着力于发掘青年才俊和推介高水平的诉讼法学研究成果。

II 走向正义——刑事司法改革与刑事诉讼法的修改

在长期的刑事诉讼法学、证据法学理论和实务研究中，樊崇义教授提出的许多学术观点和学术成果都得到了广泛的认同和应用，在学术界产生了深远影响。例如，他早在1996年就提出的证明标准上的“法律真实观”，2000年提出的“诉讼认识论”和“刑事诉讼法律观的转型”，2002年提倡的“刑事诉讼人本主义”，还有他倡导的实证研究方法，即侦查讯问中的录音、录像和律师在场等三项制度，在理论界和实务界都产生了重大影响，不仅具有较高的学术价值，而且对司法实务走向科学和民主均有指导作用。

樊崇义教授除不断推出学术成果和完善实证研究方法之外，亦经常与国外同行进行交流。近几年来，在由他主持与组织的“刑事审前程序改革国际研讨会”、“侦查讯问程序改革国际研讨会”，以及他参加的美国哈佛大学举办的“法学实证研究方法研讨会”上，其发言和学术成果，都得到了海外学者与同行的高度评价和赞扬。

说 明

《走向正义——刑事司法改革与刑事诉讼法的修改》是樊崇义教授及其所带领的学术团队近两年来关于刑事司法改革与刑事诉讼法再次修改中的一些重点和难点问题，进行了专题研究形成的成果汇集而成的。党中央于2004年转发中央司法改革领导小组《关于司法体制的司法工作机制改革的初步意见》，四年后又于2008年底转发了《中央政法委员会关于深化司法体制和工作机制改革若干问题的意见》，从优化司法职权配置、落实宽严相济刑事政策、加强政法队伍建设和政法经费保障等四个方面六十个专题，就深化司法改革工作作出了总体部署。近两年来，在党中央的统一领导下，司法改革的热潮在全国掀起，并取得了明显的成效。在司法改革的推动下，我国刑事诉讼法的修改也加快了步伐，现正在紧张地进行。刑事司法改革的许多成果与刑事诉讼法修改的内容直接相关，因此本书把刑事司法改革与刑事诉讼法的修改联系在一起进行了专题研究，每一个专题侧重于诉讼原理与诉讼实务相结合，做到立足国情，解决问题，并坚持改革和创新精神，以推进我国民主与法治的进程为追求，发表了作者有创建性的意见，对立法和实务工作，以及诉讼理论研究，均有参考价值。当然，文中的观点属作者一家之言，愿与广大读者商榷，并敬请批评指正！

本书由樊崇义教授任主编，申君贵博士、杜邈博士、胡志风博士任副主编，具体编写分工如下（以撰写章题为序）：

樊崇义 第一章，第二章第一、二、三、九题，第三章第一、二、五、七题，第四章第一、二、十题，第五章第一、二、五题；

吴光升 第一章第二题；

胡志风 第二章第四、五、六、七、九题，第四章第二题，第五章第三、五、七题；

II 走向正义——刑事司法改革与刑事诉讼法的修改

杜 邈 第二章第八、十题，第三章第六、七题，第四章第二题；

申君贵 第三章第三、四、八题，第四章第八题，第六章；

艾 静 第四章第三、四、五、六、七、九题；

戴 莹 第四章第二题，第五章第四题；

李玉萍 第五章第六题。

其中，第一章第二题由樊崇义、吴光升合写；第二章第九题、第五章第五题由樊崇义、胡志风合写；第三章第七题由樊崇义、杜邈合写；第四章第二题由樊崇义、杜邈、胡志风、戴莹合写。

作 者

2011年3月25日

目 录

第一章 总 论	1
第一题 修改刑事诉讼法的理性思考	1
第二题 宽严相济与刑事诉讼	10
第二章 立案和侦查制度	41
第一题 规范侦查行为的几个现实问题	41
第二题 “侦查询问录音、录像和律师在场”项目实证研究	49
第三题 技术侦查、秘密侦查诉讼价值平衡论	56
第四题 关于我国刑事立案标准的探讨	64
第五题 刑事强制措施亟待解决的若干问题	73
第六题 留置盘查的法律适用问题	85
第七题 物权强制措施的诉讼化问题	99
第八题 批准逮捕制度的完善	108
第九题 职务犯罪侦查适用特殊侦查手段的必要性和可行性	126
第十题 职务犯罪侦查程序与措施的完善	133
第三章 检察制度	153
第一题 法律监督职能哲理论纲	153
第二题 论法律监督与检察改革	164
第三题 我国检察一体化的现状及完善	171
第四题 刑事立案监督的立法完善	179
第五题 论刑事公诉的属性	186
第六题 审查起诉制度的完善	196
第七题 检察量刑建议程序之建构	211
第八题 刑罚执行监督的改革与完善	225

第四章 审判制度	235
第一题 《关于规范量刑程序若干问题的意见》解读	235
第二题 量刑程序改革研究	239
第三题 人民陪审员制度研究	260
第四题 刑事被害人救助制度的完善	282
第五题 刑事和解制度的完善	308
第六题 刑事简易程序的完善	318
第七题 我国未成年人刑事诉讼程序的建构	339
第八题 死刑立即执行案件复核程序的完善	349
第九题 人民法院刑事错案追究制度研究	356
第十题 减刑、假释程序的理性思考	372
第五章 刑事证据制度	382
第一题 “两个证据规定”解读	382
第二题 “两个证据规定”理解与适用中的几个问题	393
第三题 审查判断刑事证据规则问题研究	401
第四题 非法证据排除规则的发展及其在中国的前景	415
第五题 量刑程序与证据	429
第六题 量刑事实证明初论	441
第七题 特殊侦查措施获取证据的法律适用问题	452
第六章 律师制度	465
第一题 我国新律师法与刑事诉讼法的冲突及其衔接	465
第二题 律师阅卷权及其立法完善	477
第三题 律师会见权的完善	484
第四题 律师调查取证权存在的困境与完善	489

第一章 总论

第一题 修改刑事诉讼法的理性思考

刑事诉讼法的修改已经正式启动了,作为一名刑事诉讼法学的专业工作者,听到这一消息后,激动不已,十分兴奋。因为已经盼了十年了,全国人大早在上一个五年就把刑诉法的再修改纳入了立法计划,由于种种原因一直拖到了这五年,本届人大的最后一年,把刑诉法的修改列入今年的立法计划,现在正紧张进行,修改的成果指日可待,作为一位从事刑事诉讼法学事业的理论工作者,当然是高兴不已,甚至有时还夜不入眠,思考着如何把刑诉法修改好,如何使“中华人民共和国刑事诉讼法”达到正当、科学的水准。为此,我撰写本文,从四个方面对刑事诉讼法再修改进行一些理性的思考。

一、与时俱进,吃透国情,修改要有针对性

我国刑事诉讼法典的诞生,大家知道是在党的十一届三中全会总结历史的经验,特别是文化大革命的惨痛教训,做出了把党和国家工作的重点从以阶级斗争为纲转移到社会主义现代化建设上的战略决策,并着重指出必须在“发展社会主义民主,健全社会主义法制”^{〔1〕}的背景下而制订和出台的。当时的针对性就是解决“林彪、‘四人帮’横行时期那种滥行逮捕拘留,侵犯干部和群众人身权利的严重问题。”^{〔2〕}

经过16年,我国刑事诉讼法于1996年3月17进行了第一次修订,把1979年刑事诉讼法从164条增加到225条。这次大范围修改,是针对“刑事诉讼法实施16年来,我国社会主义民主和法制建设不断发展,社会情况有了变化,司法实践中积累了不少经验,也反映出一些问题,需要总结实践经验,联系现代法制的发展,对刑事诉讼法进行补充修改”。^{〔3〕}这次修订重点解决的问题有四:一是完善刑事诉讼过

〔1〕 王汉斌访谈录之一:“迈出健全社会主义法制关键的一步”,载《法制日报》2010年10月20日,第3版。

〔2〕 王汉斌访谈录之三:“迈出健全社会主义法制关键的一步”,载《法制日报》2010年12月25日,第3版。

〔3〕 顾昂然:《关于中华人民共和国刑事诉讼法修正案(草案)的说明》,中国方正出版社1998年版,第77页。

程中的强制措施，取消收容审查；二是进一步保障诉讼参与人的权利，确立不经人民法院判决不得定罪，修改律师参与诉讼的时间，保障犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利，同时强化对被害人的权利保障；三是完善庭审方式，并对职能管辖、免于起诉等进行了修改；四是加强了刑事诉讼各个环节的监督。这些问题的解决，一方面总结我们司法实践的经验，把成功的经验法典化，另一方面标志着我国民主与法制的进程，要适应现代法制的进展，充分凸现程序的价值，尤其是关于“无罪推定”合理内核的吸收，即未经人民法院判决不得确定任何一个公民有罪，还有大大提前律师介入诉讼的时间和被害人法定地位的变化，以及赋予被害人的各项权利等等，在世界范围内反响强烈，西方媒体纷纷评论，中国民主与法制的进程所取得的成绩可谓“举世瞩目”！

刑事诉讼立法所取得的成绩和经验已经告诉我们，这次刑诉法的修改必须继续坚持与时俱进、吃透国情，做到修改要有针对性。

1996年刑诉法距今已经有15个年头了，15年来国家的变化可谓翻天覆地，民主与法制进程中所积累的经验需要认真总结，前进中出现的新情况新问题更需慎重反思，尤其是社会、政治、经济、思想、文化等方方面面发生的变化，对刑事诉讼活动所产生的深刻影响，要求立法者要开动机器，认真思考。否则，就很难做到有针对性地解决实际问题，更难做到科学修法。

我们认为这次刑诉法的修改，需要认真思考的一个重点问题就是如何正确地评估和认识中国现实社会的阶段性特征问题，这一问题全面制约和决定着刑事诉讼程序的修改、完善和设计。近年来由于经济体制的改革与转型，市场经济在逐步地形成与转轨，城市化进程的加快，全球化和风险社会时代的到来，社会利益分配格局发生着巨大的变化，引发了大量的社会问题，产生了许多管理的真空和“盲点”。我国已经从一个“整体社会”（或曰一元化社会）转变为“多样化的社会”，即经济成分和经济利益分配多样化，社会生活多样化，社会组织形式多样化，就业岗位和就业形式多样化。基于这些变化所出现和产生的新问题，人民内部矛盾凸现，贫富之间的差距拉大，社会纠纷和刑事犯罪不断地攀升，社会事务大量出现。信访多，告状多，土地、拆迁、物业等矛盾纠纷引发的群体性事件多，网络沉迷现象严重。同时，由于现代社会又是一个高风险、全球化、信息化的社会，风险的传输、扩散，放大了风险危机的影响，如司法机关处理的一件小小的案件而产生的不公或冤假错的问题，进入媒体、网络后，很快就会引起社会震荡和强烈的反响，对和谐社会的建构带来不利影响。鉴于此，党中央对司法工作及时地提出了“化解社会矛盾，创新社会管理，廉洁公正执法”等三项重点工作要求，这次刑诉法修改就是要针对上述问题的解决，在刑事诉讼法程序的设计上加以体现。例如，针对上访、告状、翻案等，如何完善上诉、抗诉、申诉程序？为化解社会矛盾，促进社会和谐，如何构

建当事人和解程序?如何保障和完善犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利,包括律师辩护制度的完善?如何保障被害人的权利构建被害人救助制度?对未成年人犯罪的刑事案件的处理程序,老年人犯罪案件的处理程序,更应特别关照,可否做出特别规定,以促进社会的和谐和矛盾的化解等。

另外,对于不断增多的刑事犯罪案件,我们也要具体情况具体分析,许多调研报告显示,90%以上的刑事犯罪均属人民内部矛盾性,有数字显示,可能判处3年以下的案件要占30%左右,可能判处5年以下的刑事案件要占65%左右,真正与我为敌的刑事犯罪,包括恐怖犯罪、毒品犯罪,极其严重的腐败犯罪,毕竟是少数,甚至不到5%。对于这种认识和评估,反映在刑诉立法上,如何在程序设计上贯彻区别对待、宽严相济的刑事政策,也是一个重大课题,它关系到刑事和解的范围和条件,关系到不起诉的扩大与处置,更关系到简易程序的设置与设计等等。

在新的形势下,对社会危害比较严重的刑事犯罪的处置,人民群众比较关心,因为它关系到群众的安全感和社会的公平正义问题,因此,刑事诉讼立法关于特别严重的刑事案件的处理,如群众关心的腐败案件的处理程序,“三股势力”的破坏行为的处理,毒品犯罪,洗钱犯罪,严重的杀人、放火等暴力犯罪,等等,刑诉法的修改仍然要坚持“惩罚与保护”相结合的原则,要强化对这些少数犯罪行为依法进行严厉惩罚,在程序的设计上,要给手段,给时间,给方法,要体现一个“严”字,要区别于90%以上的普通刑事案件的处理程序。这是我们在强调权利保障的同时,决不可忽视的一个问题。

综上,这次刑诉法的修改,形势的发展,时代的不同,我们在指导思想,必须坚持“与时俱进,吃透国情,解决实际问题,做到有针对性。”

二、司法改革,成效显著,改革的成果要进法典

近年来,党中央一直高度重视司法体制机制改革工作,继2004年转发中央司法改革领导小组《关于司法体制和工作机制改革的初步意见》后,又于2008年底转发了《中央政法委员会关于深化司法体制和工作机制改革若干问题的意见》,从优化司法职权配置、落实宽严相济刑事政策、加强政法队伍建设、加强政法经费保障四个方面,就深化司法改革工作作出了总体部署。在党中央的统一领导和具体部署下,近两年来,就以四个方面,列出六十个专题,分工到各个政法工作部门,通过调查座谈,试点实验,实证研究,专家论证等各种方法,在全国范围内掀起了大规模的司法改革热潮,现已取得了明显的成效。这些成果与刑事诉讼法的修改有关的内容,主要表现在两个方面:一是政法机关的职权划分进一步明确,职权配置更加科学,上下级关系更加协调,司法监督进一步完善,人民群众反映强烈的执法不作为、乱作为等问题得到了有效缓解,执法活动更加公开公正,法律制度进一步健全;二是

着力完善政策法律，在落实宽严相济刑事政策上取得新成绩。^{〔1〕}以上两个方面的成果主要体现在以下经中央批准而已经下发生效执行的各个司法解释的法律性文件之中：最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部（下称两高三部）于2010年6月13日颁发，7月1日生效执行的《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》和《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》（下称两个规定）；于2010年9月13日“两高三部”颁发了《关于规范量刑程序若干问题的意见》，10月1日起在全国各级人民法院试行；于2010年7月26日最高人民检察院和公安部联合下发了《关于刑事立案监督有关问题的规定（试行）》，本规定于10月1日起在全国范围内试行；“两高三部”2010年8月30日又联合发布了《关于司法工作人员在诉讼活动中的渎职行为加强法律监督的若干规定（试行）》；于2010年8月31日最高人民检察院、公安部联合颁发了《关于审查批捕阶段讯问犯罪嫌疑人的规定》，也于10月1日起施行；两高三部于2010年9月联合出台《关于进一步建立和完善办理未成年人刑事案件配套工作体系的若干意见》；于2010年7月2日，中央政法委第14次全体会议及司法体制改革第六次主题汇报会，中央政法委书记周永康同志要求“要加强执法工作信息化建设，在讯问、拘押、庭审、监管场所实行全程录音录像，要大力推进‘阳光执法’。”最高人民法院于2010年8月16日颁发了《关于庭审活动录音录像的若干规定》。两高《关于调阅诉讼卷宗有关问题的通知》2010年225号6月17日发布；2010年5月9日最高检发布《人民检察院扣押、冻结涉案款物工作的通知》（共6章54条）（发布之日生效）；2010年10月最高检关于《检察官职业行为基本规范》（职业使命、履职行为、职业纪律、职业作风、职业礼仪、职务外行为等等）（发布之日起试行）。还有《关于侦查活动监督有关问题规定》、《关于人民检察院对搜查、扣押、冻结等侦查措施进行法律监督的规定》等等。

以上这些作为我国司法改革的成果，以国家最高司法机关联合颁发的司法解释文件为主，其内容丰富，涵盖面宽广，每一项文件都是经过艰苦的实证研究之后形成的，它是广大司法干警辛勤劳动的结晶，也是司法实务经验的总结，它更是人民群众关心的热点与难点问题。因此，要逐项加以提炼、抽象，凡是与刑事诉讼法有关的内容，理所当然进法典。其重点应当包括：

1. 诉讼职权配置方面有五：一是着力加强诉讼中监督制约机制，包括立案监督、侦查监督，看守所监督程序，建立审查批捕阶段讯问犯罪嫌疑人制度等等。二是解决诉讼监督手段单一，监督刚性不足的问题，按照最高检会同最高法、公安部、国家安全部、司法部联合下发的《关于对司法工作人员在诉讼活动中的渎职行为加

〔1〕 孙春英、李恩树：“我国司法体制机制改革呈现良好态势”，载《法制日报》2011年1月28日，第1版。

强法律监督的若干规定（试行）》，明确检察机关对司法工作人员在诉讼活动中的渎职行为可以采取调查、建议更换办案人员等方式进行监督。三是针对职务犯罪案件的侦查、逮捕在同一检察院内操作，制约效果不明显的问题，决定省级以下人民检察院立案侦查的案件，需要逮捕的犯罪嫌疑人，报经上级人民检察院审查决定。四是强化人民检察院内部监督制约机制和全面推行的人民监督员制度。五是加强辩护职能，改革完善刑事辩护制度，以解决我国刑辩率低下和辩护难的问题。例如，新律师法所确立的律师在诉讼中的会见权、阅卷权、有限的案件事实调查权和庭审言论的豁免权等必须进刑诉法典，以提高诉讼权利的法律位阶；还有律师的会见不受监督，取消侦查人员在场的问题，阅卷的范围问题，介入诉讼的时间，把在侦查阶段的介入从法律帮助权上升为辩护职能的行使等等，确定进行改革和完善，要采取坚决的措施，改变我国的刑辩率低下的状况。

2. 诉讼程序改革的重大成果有四：一是将量刑纳入庭审程序。最高人民法院近两年来全面推行量刑规范化改革试点工作，先后在全国 120 多个中级人民法院和一些基层人民法院进行量刑程序改革的实证研究，改变了过去量刑程序不公开的传统做法，使量刑程序从秘密转变为在阳光下进行，增加了庭审的透明度，使当事人及人民群众看得见，摸得着公平正义在哪里。各个试点的经验已经证明“刑事案件的上诉率、抗诉率、发回改判率大幅度下降。”^{〔1〕}由此可见，这一改革成果的重要性，刑诉法的修改，一定要增设量刑程序。二是关于二审程序、审判监督程序和死刑复核程序的改革和完善问题，对于这三个诉讼程序在 96 年刑诉法修改后所暴露出来的问题，根据司法改革中出台的一些对策与举措，一定要加以吸收和修订。例如，在二审程序中全面彻底贯彻和实行上诉不加刑的原则，对于二审发回重审的案件，应当立法规定明确的范围、条件、发回的次数，以保障上诉不加刑原则的彻底贯彻执行；还有二审的审理方式的改革，如何坚持做到“以开庭审理为原则，以不开庭审理为例外”；再如二审程序的全面审查规则的贯彻，如何从实际出发，保证全面审查与重点审查相结合，真正解决上诉、抗诉的事实与理由，以确实当事人的上诉权和检察机关的抗诉权。同时，还要注意，在诉讼结构方面，保持控辩平等对抗，以确保二审程序的权利救济和纠错功能。关于审判监督程序的改革，一方面要解决“申诉难”的问题，尤其是当前出现的“缠访”、“缠诉”，与申诉程序的缺陷密不可分，在诉讼程序的设计上，要完善申诉程序，确保当事人的申诉权；另外一方面对审判监督程序的启动和审理程序存在的问题，要先易后难，逐步解决，诸如，如何科学地规定启动再审的理由，将再审理由具体化、法典化。明确再审的期限和次数，乃

〔1〕 参见孙春项、李思树：“我国司法体制机制改革呈现良好态势”，载《法制日报》2011 年 1 月 28 日，第 1 版。

至是否建立一个独立的再审程序，不受原来审理程序和审级之影响，以及再审中的法律援助和被害人的救助制度的设立，都是值得在修法中给以考虑和研究的问题。关于死刑复核程序的改革问题，根据现实的国情，还不宜搞什么三审终审制，更不能实行完全的诉讼化改造，笔者认为，要从现实出发，在原有死刑复核程序规定的基础上，要采取措施往前推进一步，诸如辩护律师的介入、参与问题，死刑案件到二审程序全部开庭问题，如何从诉讼程序上严格地控制和减少死刑问题，还有死刑立即执行的在裁判前核准的合议庭会见被告（包括视频方式）问题等等，在这次修改中应把这些改革的成果加以明确规定和吸收。三是提起公诉程序的改革，包括在新的形势下，为促进和谐社会的建构，如何改进不起诉制度，扩大不起诉的范围，在司法改革中许多检察机关有创造性地通过试点、实验“附条件不起诉”的作法，能否上升为法律，应该认真研究和总结。还有在诉讼中如何加强各个诉讼环节的监督问题，立案监督、侦查监督、监所监督、执行监督等，出台的一些新举措，新方法，包括检察机关内部制约和监督措施，都有一些新的改革成果，对于这些成果均应加以吸收。四是侦查程序的改革与完善，其一，是对法定的拘留、逮捕、取保候审、监视居住等强制措施的完善，尤其是在加强其实用性、操作性方面，刑法应作出较为详细、具体的规定。其二是对侦查手段，尤其是对技术侦查、秘密侦查、特殊侦查措施的增加与适用程序，现在我国适用这些措施的条件已经具备，需要立法加以明确和规范；对于这些手段如何在职务犯罪中加以适用，是一个更为慎重的问題，笔者认为，当前，我国职务犯罪的侦查手段十分欠缺，不利于反腐斗争的深入展开，同时，职务犯罪的特点与普通刑事犯罪不同，技术手段、秘密手段应当赋予检察机关独立适用，要改变当前由公安、安全代为行使的做法。其三，是讯问犯罪嫌疑人程序的改革与完善，要重点解决刑讯逼供、“车轮战”、超期羁押等问题，增加规定讯问过程中的录音、录像制度，严格规定传唤、拘传以及讯问时间，尤其是应当保证犯罪嫌疑人有必要的饮食、休息的时间等等。其四，涉案财产的处理程序；包括当事人不服的救济机制和检察机关对涉案财产的监督机制。

3. 证据制度改革成果。在这次司法改革中，关于证据制度的改革成效更为显著，其突出表现是最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部于2010年6月13日印发的《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》和《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》。这两项重要法律文件，归纳起来有四大成果可进刑法典：一是刑事证据规则的确立，包括证据裁判原则、非法证据排除规则、程序法定规则、质证规则、证据关联性规则、意见证据排除规则、原始证据优先规则、补强证据规则；二是排除非法证据的程序；三是对法定的物证、书证、证人证言、被害人的陈述、犯罪嫌疑人、被害人的陈述与辩解、现场勘验、检查笔录、鉴定人的意见、视听资料、电子数据证据等九种证据的收集、审查、判

断程序；四是对全案证据的综合审查、判断程序和证明对象与标准。另外，对诉讼中证据的收集和运用，必须按照现代法制的要求，确立“不得强迫任何一个公民自证其罪”的规则，立法必须作出明确规定。还有证人、鉴定人、侦查人员出庭作证问题，证据种类的增加，把电子证据列入诉讼证据等等。

三、区别对待，宽严相济，程序的设计要落到实处

宽严相济刑事政策不仅适用于刑事案件的实体处理，也适用于刑事案件的诉讼程序，宽严相济不仅是个实体法问题，也是个程序法问题。程序本身体现了对犯罪行为人的处理是宽还是严。其主要体现在以下几个方面：一是某些程序措施或手段的采用会改变当事人的处境而影响到当事人的合法权益，在这种情况下，是否采取某种措施实际已经体现了对该当事人的处理是宽还是严。最明显的如对犯罪嫌疑人、被告人采取的强制措施，由于不同强制措施的严厉程度是不一样的，是否采取强制措施，采取逮捕措施，还是取保候审，就已明显地体现了对犯罪嫌疑人、被告人的处理是宽还是严。二是起诉和不起诉体现了从严或从宽处理。因为不起诉将被不起诉人及时从诉讼程序中解脱出来，其本身就已体现了对被不起诉人的从宽处理。三是适用普通程序还是简易程序，是自诉程序还是公诉程序，是基层法院管辖还是中级以上法院管辖的选择等也体现了处理的宽或严。因为根据我国刑事诉讼法，适用简易程序、被告人认罪程序、自诉程序或由基层法院管辖的案件一般处刑较轻，而适用普通程序、公诉程序或由中级法院以上法院管辖的案件一般处刑较重，适用何种程序进行审理实际已预示了被告人将会判处何等刑罚，从而也体现了案件处理是从宽还是从重。

程序是保证宽严相济刑事政策得以正确贯彻实施的重要条件。刑事政策与法律规范相比较，灵活性是其本质。“刑事政策的变动性与刑事法律的稳定性之间形成一种互动关系，恰恰是刑事政策发挥作用的一个基本前提。”^{〔1〕}这种灵活性在宽严相济刑事政策中的体现是司法机关可以在法律规定的范围内根据犯罪行为、犯罪人的主观恶性以及社会危害性等，结合当时的犯罪与社会治安情况选择从宽或从重处理。这种选择权也就是我们常说的自由裁量权。因此，实行宽严相济的刑事政策也就意味着刑事法律必须赋予司法机关相应的自由裁量权，没有这种自由裁量权，刑事政策在司法中也就没有存在的余地。但这种自由裁量权真正是一把双刃剑，合理使用可以克服法律形式正义的缺陷，实现实质正义；如被滥用则容易引起腐败或反复无常，^{〔2〕}刑事政策的目的难以达致。为了抑制宽严相济刑事政策这消极的一面，必须

〔1〕 参见陈兴良：“宽严相济刑事政策研究”，载《法学杂志》2006年第1期。

〔2〕 参见〔美〕劳伦斯·M. 弗里德曼：《法律制度》，李琼英、林欣译，中国政法大学出版社1994年版，第41页。

通过诉讼程序来规范司法机关的自由裁量权。因为程序实际上是一种角色分派体系，其内容在很大程度上是一种角色规范，目的是使管理和决定非人情化，从而限制恣意、专断和过度的裁量，保证一种理性的选择。^{〔1〕}因此，通过诉讼程序，使法官保持中立，诉讼当事人有机会参与法官的决定过程，对犯罪行为人的处理过程和结果置于公众监督之下，就可以使宽严相济刑事政策在刑事司法实践中被正确地贯彻实施，对犯罪行为人“严”得恰当，“宽”得合理。

基于上述理由，近两年司法改革的过程中，中共中央《关于深化司法体制和工作机制改革若干问题的意见》中，把落实宽严相济刑事政策作为司法改革的一项重要内容，它不仅对刑法改革定罪量刑提出了具体的指导意见，还对建立健全宽严相济的刑事诉讼程序提出了具体要求，而且这些要求经过近两年的实践，已经取得了明显的效果，其主要内容包括：一是完善保护国家安全和打击恐怖活动犯罪、黑社会性质组织犯罪的诉讼程序。同时建立健全查处流动性、团伙性、跨区域性犯罪案件的管辖制度和工作程序。二是建立和完善从宽处理的法律制度和程序。包括未成年人案件特别诉讼程序的建立，老年人犯罪案件的从宽处理机制，自诉案件和轻微刑事案件的刑事和解程序，轻微刑事案件的速决程序，扩大简易程序的适用，建立非监禁刑的执行和社会防控机制，推进社区矫正的立法工作等等。三是建立健全贯彻宽严相济刑事政策的协调制度。包括完善立案撤案标准，完善逮捕条件，健全宽严相济的审查起诉制度，设立附条件不起诉，建立健全行刑执法有效衔接制度，使因从宽处理未追究刑事责任的人依法受到党政纪或治安行政处分。四是健全贯彻宽严相济刑事政策的保障制度。诸如完善错案认定标准和错案追究制度，建立被害人救助制度，完善刑事赔偿制度，健全法律援助制度，构建贯彻宽严相济刑事政策的法律监督制度等等。

总之，在刑事诉讼立法中如何贯彻宽严相济的刑事政策问题，不仅是一个重大的理论问题，更重要的是一个实践问题。从2008年以来，广大司法干警踊跃探索，在法律允许范围内，对以上种种程序都进行了科学的实验和论证，有许多项目已经取得了很好的社会效果，诸如未成年案件诉讼程序、当事人和解程序、附条件不起诉、简易程序、被害人救助制度、社区矫正等等，笔者认为，要认真总结实践经验，有计划有步骤地使这些成果在刑事诉讼法典中有所体现，把宽严相济的刑事政策实实在在地落在诉讼的过程中。

四、放眼世界，遵循规律，修改的内容要正当、科学

2011年1月24日吴邦国委员长在《形成中国特色社会主义法律体系座谈会上的

〔1〕 参见季卫东：《法律程序的意义——对中国法制建设的另一种思考》，中国法制出版社2004年版，第25~26页，第98页。