

二十一世纪法学热点系列

Due Process and

正当程序 与

刑事诉讼的现代化

the

Modernization of
Criminal Procedure

马贵翔 胡 铭 著

中国检察出版社

D925.218

4

2007

正当程序与刑事诉讼的现代化

马贵翔 胡 铭 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

正当程序与刑事诉讼的现代化/马贵翔, 胡铭著. —北京:
中国检察出版社, 2007
ISBN 978 - 7 - 80185 - 698 - 2

I. 正… II. ①马…②胡… III. 刑事诉讼—诉讼程序—
研究—中国 IV. D925.218.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 005891 号

正当程序与刑事诉讼的现代化

马贵翔 胡 铭 著

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. zgjccbs. com)

电子邮箱: zgjccbs@vip. sina. com

电 话: (010)68658769(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市中国画美凯印刷有限公司

开 本: A5

印 张: 11.5 印张

字 数: 315 千字

版 次: 2007 年 1 月第一版 2007 年 1 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 80185 - 698 - 2/D · 1674

定 价: 28.00 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

作者简介

马贵翔，男，1964年生，原籍山西省岢岚县。1986年毕业于山西大学法律系，1989年毕业于西南政法学院研究生部刑事诉讼法专业。1998年11月破格晋升为法学教授。2001年进入浙江工商大学任教，同年应聘担任复旦大学法学院教授。2005年于中国政法大学获法学博士学位。现兼任中国法学会刑事诉讼法学研究会理事。共计发表学术论文八十余篇，出版个人专著五部，主编著作一部，参编多部。其论文《刑事诉讼对控辩平等的追求》，1999年荣获中国法学会优秀成果一等奖；专著《刑事司法程序正义论》，2003年荣获中国法学会优秀成果二等奖。

胡铭，男，1978年生，浙江乐清人。2006年毕业于中国政法大学，获法学博士学位。现执教于浙江大学法学院，主要研究方向是刑事诉讼法、证据法、司法制度。先后在《政法论坛》、《诉讼法论丛》发表学术论文四十余篇，2005年出版专著《刑事申诉论》。

过去一个世纪比任何其他世纪都更使我们领教了存在中非理性的恐怖；这一百年过后，对理性的本质主义信念的最后痕迹也已经荡然无存。但是，现代性，已经认识到自己有种种不确定性的现代性，更加依赖于一种程序性理性观念，换句话说，一种将自己也置于审理程序之下的理性观念。

——哈贝马斯

目 录

导 言	(1)
一、正当程序与刑事诉讼现代化鸟瞰	(19)
(一) 现代化语境下的刑事诉讼	(19)
(二) 正当程序：现代刑事诉讼的基本品格	(24)
(三) 刑事诉讼现代化与联合国刑事司法准则	(30)
(四) 刑事诉讼现代化与宪政	(43)
(五) 诉讼效率的提高与资源配置的优化	(56)
二、现代侦查制度的发展趋势：适度扩张与依法规制	(67)
(一) 提出问题：侦查制度的现代化	(67)
(二) 以正当程序为导向的现代侦查制度	(69)
(三) 侦查制度现代化的路径选择之一：侦查权的适 度扩张与法化	(72)
(四) 侦查制度现代化的路径选择之二：侦查权的依 法规制与正当化	(77)
(五) 侦查结构之反思与完善	(82)
三、现代公诉权的合理定位与发展方向	(96)
(一) 公诉权的概念起源及其含义	(96)
(二) 公诉权的价值评析	(103)
(三) 刑事公诉权运作的一般模式	(105)
(四) 对刑事公诉权的控制	(117)
(五) 我国现行刑事公诉权运作的主要缺陷及完善	(133)

四、我国刑事辩护制度的困境与出路	(141)
(一) 刑事辩护制度的概念	(141)
(二) 刑事辩护制度运行的一般模式	(147)
(三) 我国刑事辩护制度面临的困境及原因	(157)
(四) 我国刑事辩护制度的出路	(166)
五、审判方式改革的方向: 纠纷解决的正当化与简易化 ...	(176)
(一) 纠纷解决与审判方式改革	(176)
(二) 陪审团审判的功能与实现解析	(189)
(三) 纠纷解决机制的多元化与简易程序的多元化	(207)
(四) 处刑命令程序: 一种特殊的简易程序	(218)
(五) 缺席审判的价值与制度构建	(228)
六、证据规则的确立: 引导和规范现代刑事程序的正当化 ...	(245)
(一) 证据规则的内涵与特点	(245)
(二) 证据规则的价值分析与定位	(250)
(三) 关于证据能力的规则	(254)
(四) 关于证明力的规则	(263)
(五) 关于司法证明的规则	(267)
七、再审程序的现代化: 以国际刑事司法准则为视角	(275)
(一) 一事不再理原则的内涵与要求	(275)
(二) 在我国刑事诉讼法中确立一事不再理原则面临 的主要问题	(284)
(三) 近期我国地方司法机关对申诉、再审制度改革 的探索	(288)
(四) 一事不再理原则与我国再审制度的改革	(293)
(五) 再审制度改革的相关配套措施	(309)
八、刑事执行制度的现代化: 以狱内行刑社会化为例的 分析	(314)
(一) 狱内行刑社会化的价值评析	(315)
(二) 狱内行刑社会化的一般模式	(318)

(三) 我国狱内行刑社会化的改革	(321)
(四) 监狱体制改革与监狱法治: 狱内行刑社会化的 制度保障	(329)
九、小结: 我国刑事诉讼法再修改的基本方向	(332)
主要参考文献	(344)

导 言

刑事司法改革是当下一个公认的热点和难点问题。翻开报刊、杂志，我们随处可见关于刑事司法改革的文章，这些研究主要是评论各种观点，并试图提出司法改革的方案。诚然，新方案的提出开拓了我们的思路，然而，这些五彩斑斓的改革方案多数囿于我国现有刑事司法体制的限制，常常显示出畏首畏尾之感，头痛医头脚痛医脚或是部门利益驱动下的屁股指挥脑袋也是不乏有见。这暴露出我们的刑事司法改革缺乏必要的基本共识和基本的理念支点，而这种共识和支点是我们避免刑事司法改革的盲目性和局限性不可或缺的。在此，笔者试图以正当程序为基本品格，以刑事诉讼现代化为基本视角来审视我国的刑事司法改革，在当前人权入宪、刑事诉讼法再修改的大背景下，提供一个不同的思考路径。

我国1996年修改刑事诉讼法是基本成功的，^①虽然，站在今天的高度看当时的修法，关于证据、再审等制度的改革可能给人一种保守之感，但是，在当时的诉讼理念、背景之下，也许只能走那么远。因此，我们不能批评当时的保守，就像我们不能批评自己儿时的幼稚一样。我们所能做的是继续走下去，问题是走的步伐要多大，是蠕动？是慢行？是快走？还是跑步？在本文的正文之前，先让我们看看别人选择了什么样的步伐，看看世界刑事司法一体化的步伐到底有多快，以此权作引言。

① 参见陈光中：“改革、完善刑事证据法若干问题之思考”，载《中华人民共和国刑事证据法专家拟制稿》，中国法制出版社2004年版，第2页。

首先,让我们将眼光投向大陆法系。一言以蔽之,大陆法系国家的刑事司法改革可以形容为大手术式的变革。

视点1——法国的刑事司法改革:反复、矛盾和抉择

法国的刑事司法改革正在面临着一个痛苦的抉择过程,传统的职权主义的许多制度正在受到质疑,但是改革的阻力又很大。以预审法官制度为例,法国作为预审法官的母国,该制度根深蒂固,但是预审法官的“强纠问式”色彩和“超级警察”形象越来越受到批评。于是,法国在1993年一度取消了预审法官批准临时羁押的权力,改由委托法官行使该权力,但是这一改革马上遭到了预审法官的强烈反对并一度引发了游行抗议。学界的一派观点也认为,预审法官决定临时羁押是继续侦查、收集证据的需要,并已经有了制度上的制约。于是数月之后,法律就恢复了原来的制度。这种争议、矛盾、反复渗透到了法国的刑事司法改革的各个层面,并一直延续至今。

更令世人关注的是法国2000年刑事诉讼法的修改,这次修法被称为是对1958年刑事诉讼法典最为雄心勃勃的改革之一。^①本次改革的一个重要特点是,在刑事诉讼法典的正式条文之前增加了一个序言式条款,庄严地规定了指导法国诉讼程序的原则,其中尤其值得注意的是法国第一次在其刑事诉讼法中明确写入了无罪推定原则。^②许多具体改革措施可以说是对传统的职权主义的极大挑战,

① 参见赵海峰:“法国刑事诉讼法典的重大改革评介”(上、下),载《欧洲法通讯》(第1、2期),法律出版社2001年版,第157—177页,第187—208页。

② 无罪推定作为刑事诉讼的一项核心原则早已经写入《世界人权宣言》和《公民权利和政治权利国际公约》,多数国家的刑事诉讼法都蕴涵有无罪推定的意旨,但是它们却一直没有正式以法条的形式在刑事诉讼法典中规定该原则。在法国,1789年《人权宣言》第9条以及1958年10月4日的宪法序言中,都规定了“任何受指控犯罪的人,在未依法确定其有罪之前,推定其无罪”,但是并没有正式纳入刑事诉讼法典。2000年6月15日的法律将无罪推定原则正式写进法国刑事诉讼法典的序言部分,载明“每个犯罪嫌疑人或被追诉人在其被确认为有罪之前均推定为无罪。侵害其无罪推定的行为,根据法律规定的条件防止、补救和惩处”。

是对保障人权的彰显，也是对无罪推定原则的保障。如明确写入了沉默权制度，设立了“自由和羁押法官”来决定羁押的批准，从而实现了预审和羁押职能的分离，同时还加强了侦查和预审期间开庭辩论的公开化，严格了羁押的期限，将精神损害赔偿纳入了错误先行羁押的赔偿范围。又如提前了律师介入侦查的时间，由原来拘留后的第20小时起可以聘请律师介入，提前到拘留开始律师即可以介入，而在拘留的第20小时律师可以再次介入。相信这次的改革虽然争议依然很大，但应当会走得远一些。

视点2——德国的刑事司法改革：以“测震器”形容

德国刑事诉讼法的修改极为频繁，其公布实施后的12年中就进行了13次修改。正因此，赫尔曼教授称“德国刑事诉讼法是一部可以用地震仪来形容的、详细记载了德国政治、社会和经济上震荡变化的法律”，^① 罗科信教授则将德国刑事诉讼法称之为“国家基本法的测震器”。^② 这种频繁的修改并没有造成德国刑事诉讼实践中的混乱，而是较好地实现了刑事诉讼与社会发展相适应，可谓“小变不断、大方向稳定”，从这个意义上来说，德国刑事诉讼法反而是当前大陆法系刑事司法制度中最稳定、最典型的代表。

德国刑事诉讼法近年来的改革主要沿着两条线展开：一方面，“未来（德国）的刑事诉讼法的最主要的任务就是如何使之更能实践基本法上所规定的社会国家原则。”^③ 德国学者的这一论断反映了职权主义强调社会整体利益的传统，体现了控制犯罪、维护社会秩序的要求。为了实现这一目的，德国在刑事诉讼法的修正中对暴力犯罪、恐怖主义犯罪以及有组织犯罪等特别严重的犯罪制定了特殊的程序。如在此类犯罪中，联邦的最高政府机关或司法的联邦部

① [德] 约·阿希姆·赫尔曼：“《德国刑事诉讼法典》中译本引言”，载李昌珂译：《德国刑事诉讼法典》，中国政法大学出版社1995年版。

② [德] 克劳思·罗科信：《刑事诉讼法》（第24版），吴丽琪译，法律出版社2003年版，第11页。

③ 同上，第15页。

长可以将对律师与当事人间进行暴力恐怖活动中的联络加以禁止、中断、扩大住宅搜索范围的权限授予刑事侦查机关以对人别身份进行确认及暂时的拘留，等等。另一方面，德国对于保障被告人人权亦是不遗余力。如对被告人就其陈述自由加以告示的义务，今已经扩充适用到所有的被讯问人员，强制辩护的范围得到扩展，阅卷权、接见通信权也得到了增广，等等。值得注意的是，2004年2月，由两个执政党的议会党团提交的《刑事诉讼程序改革讨论草案》建议中提出，警察讯问被嫌疑人时，应给予辩护人“参与的机会”，检察机关询问证人、鉴定人和共同被告的情况，也同样适用。社会利益与个人利益并进使得德国刑事司法改革有了丰满的两翼。

视点3——酝酿中的日本司法改革：山雨欲来风满楼

我们一般把日本的刑事司法传统归结为大陆法系，而其现状则是混合模式的代表，这种混合模式常常被作为大陆法系和英美法系相融合的典范。^①但是，制度的嫁接可能并不总像想象的那么理想化，因为任何制度都像生命体一样会产生排异现象。如日本的侦查程序保留了较多的职权主义色彩，长期以来被称为“口供中心式侦查”或“以人找物式侦查”，对于口供的依赖必然引发实践中逼供、诱供等现象；而日本的审判程序则采取严格的“自白任意性原则”，侦查阶段获取的口供必须在法庭上经过交叉讯问，由于侦查阶段的非法取证，被告人在法庭上称自己的口供并非任意，警察也无法证明口供的任意性，这常常造成庭审的久拖不决。为了解决这些问题，日本正在酝酿大规模的司法改革。负责对这次司法改革进行设计的“司法改革审议会”已经提出了一揽子改革方案，总的目标是通过正当程序发现案件事实真相和提高效率。^②

总体来说，日本正在酝酿中的刑事司法改革主要集中于改善各

① 参见宋英辉：“日本刑事诉讼法简介”，载宋英辉译：《日本刑事诉讼法》，中国政法大学出版社1999年版，第3页。

② 参见王云海：“日本的刑事司法改革”，载《中国刑事法杂志》2003年第2期，第102—108页。

个阶段诉讼制度的衔接和进一步当事人主义化。为了配合审判阶段的当事人化,侦查程序中设计了“讯问观察记录书制度”,即由负责讯问的侦查人员以外的“第三人”,按规定的格式对讯问的过程进行客观的、正确的记录,这个制度被认为是替代录音、录像制度的一项重要举措。同时,提出将“国选辩护人制度”推广到侦查阶段,设立公共刑事辩护机关,从根本上保障律师能从侦查阶段一直辩护到审判阶段。审判阶段的当事人主义更加明显,如传统的“起诉书一本主义”已经受到质疑,被认为很大程度上导致了案件的久拖不决,提出要设立由法院主导下的开庭前准备程序,以有效地开示证据,整理争点,制定明确的审理计划。此外,建议导入英美法系中的“有罪答辩”制度,以简化诉讼程序。对于传统的“法官独占主义”也提出了质疑,建议构建“裁判员制度”,由一般国民与法官分担责任,共同协力进行审判,以体现诉讼民主。总之,有些改革还在探讨、争论之中,有些改革如“裁判员制度”已经开始试行,这使得日本的刑事诉讼处于不确定状态,可以想象,这些改革倡议或试点如果全面实施,将是日本刑事诉讼制度的大地震。

视点4——俄罗斯的新刑事诉讼法典:平衡中向当事人主义迈进

前苏联解体以后,俄罗斯刑事诉讼法经历了两个时期的巨大变革:第一个时期是俄罗斯1993年宪法出台后,刑事诉讼法典以此为依据进行了频繁修改,至1995年5月,就已经进行了20多次的修改,^①虽然这些修改都还在原有构造和框架之内,但是为了体现宪法所确定的“人和人的权利与自由具有至高无上的价值”之精神,法律修改的广度和深度还是很大。第二个时期是2001年俄罗斯国家杜马通过了新刑事诉讼法典,紧接着2002年5月和7月又通过了两个法律文件,对新法典作了79条修改,迈出了跨越式

① 樊崇义:“《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》简介”,载苏方遒等译:《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》,中国政法大学出版社1999年版,第3页。

一大步。^①

俄罗斯新刑事诉讼法典的巨变不是盲目的，而是在遵循一种思路，即在一种平衡理念指引下向当事人主义靠拢。在前苏联解体后，曾有不少学者倡导在俄罗斯搞纯粹的当事人主义，照搬英美法系的刑事诉讼模式。在这种思想的指导下，1994年曾经公布了一个“俄罗斯联邦刑事诉讼法典总则”草案，但是该草案很快就失败了，古岑科教授将其原因主要归结为制订者没有考虑俄罗斯实际，机械地照搬所谓英美法系国家的刑事诉讼法，而这些国家的法律传统、历史、文化、经济均与俄罗斯有本质的区别。^②在这次失败以后，立法者开始更加理性地看待俄罗斯的问题，2001年的新法中体现了追究与保障并重的刑事诉讼目的，更加关注被追诉人和被害人权利的同等保障，强调控辩平等对抗，这些都体现了平衡理念。同时，其向当事人主义靠拢的步伐并不小，如法庭审判基本上采用交叉讯问的方式，在法典中全面抹去了“真相”这个字眼，法院必须全面、充分查明具体案件的全部情况的规定也被排除了，法院不再是刑事追究机关，确立了陪审团制度和被告人认罪的特别程序，等等。这些新的动向展示了俄罗斯借鉴英美法系当事人主义，走向混合模式的步履极为坚决。

其次，让我们将视角转到英美法系。概而言之，英美法系国家同样不得不作出刑事司法改革的抉择。

视点1——美国的刑事司法改革：不再是“不动冥王”

美国作为当今世界唯一的超级大国，其刑事司法制度同样充满霸气，好像从来只知道输出制度，甚至连联合国《公民权利和政治权利国际公约》都不屑于加入，因为用美国人的话来说，美国

① 参见陈光中：“《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》简介”，载黄道秀译：《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》，中国政法大学出版社2003年版，第1页。

② [俄]古岑科：“《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》中文版序言”，载黄道秀译：《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》，中国政法大学出版社2003年版，第4页。

的制度是最好的，比联合国的标准当然更好。长期以来，美国在政治、经济上的霸气也在很大程度上掩盖了其刑事司法制度上的瑕疵，好像美国就可以不考虑打击犯罪，但新世纪以来这种异常的稳定已经开始动摇。“9·11”让很多美国人惊醒，美国人愤怒了，在短短的7周内，众议院以356对66，参议院以98比1，^①同仇敌忾地飞速通过了《2001年团结和强化美国通过提供适当方法以截断和阻止恐怖主义法》（Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001），^②也就是著名的美国《反恐怖法》，又称美国《爱国者法》（USA Patriot Act）。美国《反恐怖法》共十章，洋洋洒洒三百多页，主要由《1978年外国情报监听法》、《管制物质法》、《银行秘密法》、《移民及国籍法》等相关法律修正、综合而成。其中涉及刑事司法的内容主要体现在以下方面：

（1）强化监听、监控、搜查等程序，主要内容是授予执法者更多的监听、检测和搜查权，如延长搜索与通讯监察的期间，从过去的45天延长为90天，又如将原来仅对电子通讯记录的监察扩大到语音信箱（voice mail message），执法者可向法院取得令状，向电信单位取得语音信箱的通讯记录。

（2）强化有关洗钱的一系列防治措施，特别是加强对金融机构及其客户的监控，如确立金融机构对指定类型的交易行为留存记录并向政府机构申报的义务，又如授权财政部部长可以向金融机构索取特定交易的受益者的相关资讯，以及可通过支票支付（payable-through account）和代理账户（correspondent account）的客户身份与交易资讯，甚至财政部部长可以直接要求金融机构对前两种账户的开设和维持设定限制或全面禁止。

① Nancy Chang, Silencing Political Dissent: How Post-September 11 Anti-terrorism Measures Threaten Our Civil Liberties, Seven Stories Press in March 2002.

② 107th congress 1st session H. R. 3162, In the senate of USA October 24, 2001, p. 2.

(3) 加强国境防卫,尤其是对移民加强管制,如司法部部长有合理怀疑认为入境的外国人有触犯特定刑法条文或有危害国家嫌疑者,在该外国人被驱逐出境前可以将其拘禁,如果释放有害国家安全或他人安全者而又无法在可预见到的期限内将其遣送出境时,可以继续拘禁达6个月。

(4) 强化对恐怖犯罪与相关情报的搜集和分析工作,如加强机构间的横向整合、加强资讯共享,明确中央情报局和司法部等部门之间应相互提供获取的情报,增设“金融犯罪执法网络”(Financial Crimes Enforcement Network)为正式单位,专门负责金融犯罪与相关情报搜集和分析工作,等等。

可见《反恐怖法》对于恐怖主义犯罪中的嫌疑人的许多基本权利作出了限制,如羁押期限的延长、监听范围的扩大等,严厉打击犯罪之意昭然,在一定程度上甚至超过了大陆法系职权主义。

美国作为判例法国家,判例的变化对刑事司法改革带来的震撼可能比成文法的制定和修改更大。如我们熟悉的米兰达规则,新世纪以来正在经历前所未有的挑战,米兰达规则已经并非如很多人想象的那样神圣不变。2000年以来美国发生了一系列案件,引发了对米兰达规则波涛汹涌般的争议和冲击。2000年迪克森案(Dickerson v. United States)中,虽然最终美国联邦最高法院推翻了联邦第四巡回区上诉法院的裁定,但是对于仅仅因为米兰达规则的一个技术性犯规就让罪犯逃脱应有的惩罚,却让很多美国人无法接受。2001年奥尔索案(United States v. Orso)再次引发了争议,该案中联邦第九巡回区上诉法院援引了伦奎斯特大法官在迪克森案中的观点,认为警察可以对违反米兰达规则的讯问行为进行“补救”,而且后来获得的经过告知和嫌疑人弃权的口供可以采用。随后,2002年马蒂尼兹案(Chavez v. Martinez)更是一锤难定音,有人认为在该案中“美国最高法院可以使米兰达告知成为历史”,反对者则提出,如果这样将是“在铲除恐怖分子利益下牺牲个人权利的棺材

上的又一颗铁钉”^①。当前，争议的关键点还在于，通过违反米兰达规则的自白而获得的实物证据是否将被作为毒树之果而排除。2004年，联邦最高法院以5比4的表决结果作出裁决，认为这种情况下毒树之果将不被适用，同时通过间接违反米兰达而获得的实物证据将不被排除。虽然五位大法官形成了多数意见，但却未能就他们的裁决理由达成一致。两位投票赞同这一决定的法官认为，采信实物证据“没有冒容许审判采纳被告被强迫自证其罪的陈述之险”，同时，“值得怀疑的是这种排除能否被证明是正当的，通过一个既对执法利益也对嫌疑人在押讯问期间的权利来说都是明显阻碍的基本原理”。^②诚然，美国联邦最高法院仍然坚持，米兰达规则已经植根于日常警察机关的实践，在很大程度上这些警告已经变成美国文化的一部分，同时，联邦最高法院拒绝推翻米兰达决定。但是，这至少说明美国刑事司法制度在强调保障人权的同时，也不得不考虑满足人们安全感的需要，不得不在打击犯罪方面投入更多的热情。

视点2——英国的刑事司法改革：寻找平衡的支点

近年来，英国的刑事司法改革一直在积极探索之中，虽然国内的争议还比较大，但是追求平衡的思路却已经渐渐明晰。以2002年由大法官、总检察长和内政部长共同签署的政府白皮书“所有人的公正”（Justice for All）为例，其明确地提出了刑事司法改革的三项目标，即严厉打击反社会行为、毒品和暴力犯罪；向有利于被害人的方向重新平衡刑事司法体制的权利保护；赋予警察和起诉机关将更多的犯罪人绳之以法的手段。^③在该白皮书中，提出了对

① 具体案例参见何家弘：“米兰达后传”，载《证据学论坛》（第6卷），中国检察出版社2003年版，第3—27页。

② 参见陈光中主编：《21世纪域外刑事诉讼立法最新发展》，中国政法大学出版社2004年版，第200页。

③ 参见陈光中、郑旭：“追求刑事诉讼价值的平衡——英俄近年刑事司法改革评述”，载《中国刑事法杂志》2003年第1期，第105—106页。