

中国刑事诉讼法学研究会2012年年会

论文集

主办单位：中国刑事诉讼法学研究会

承办单位：浙江工商大学诉讼法学研究中心

浙江·杭州 2012.10.18-10.21

中国刑事诉讼法学研究会 2012 年年会

论 文 集

主办单位：中国刑事诉讼法学研究会

承办单位：浙江工商大学诉讼法学研究中心

浙江·杭州 2012.10.18-10.21

目 录

一、新《刑事诉讼法》与宪法

1.人权入刑法之价值理念论纲	周国均	1
2.论《刑事诉讼法》的宪法性功能	吕 萍	10
3.论被追诉人辩护权的宪法保障	奚 玮 沈 鹏	15
4.被追诉人的地位及其权利困境	韩 阳	20
5.人权的刑事程序保障 ——以新刑法证据制度修改内容为视角	高哲远	25
6.被告人对质权及其程序保障论	蔡 杰 汪 容	29
7.浅谈新刑事诉讼法中的人权保障	吕淑琴 董 辉	34

二、新《刑事诉讼法》的实施与司法解释

8.关于修改后《刑事诉讼法》司法解释若干问题的思考	陈光中 于增尊	37
9.准确把握刑事诉讼法的时代精神， 正确解释刑事诉讼法	李昌林	43
10.法治视野下的律师辩护权 ——兼评高法刑法解释（征求意见稿）第 250 条	曾粤兴	49
11.司法解释对新刑法缺失的补救 ——以检察机关撤回起诉为视角	魏 虹	53

三、新《刑事诉讼法》重点修改部分的理解与适用

12.评新刑事诉讼法对群众关切问题的回应 ——兼论新法相关修正内容之落实	樊学勇 杨 涛	58
13.新刑事诉讼法：背景、思路与预期效果	牟 军	62
14.诉讼效率视角下刑事诉讼法的修改与进一步完善	谭世贵	66
15.析刑法修改后律师调查取证权的变化与不变	顾永忠	72
16.略论加强对刑事辩护的维护 ——以落实修改后的刑事诉讼法的角度进行的分析	王敏远	75
17.证据裁判原则的理想与现实 ——新刑法关于证据制度之修改评述	吴卫军	80
18.刑事诉讼中的“笔录证据”研究	马明亮	84
19.证据侦查与证据审查 ——关于新《刑事诉讼法》修改证据部分的理解与适用	杨佩正 杨明芳 王耀燃	89
20.论刑事诉讼中瑕疵证据的概念与特征	周 欣	93
21.合法与非法之间 ——以两个《规定》对瑕疵证据的立场为切入点	夏 红 龚云飞	98
22.从预防刑事错案的视角看证据制度改革 ——结合新刑事诉讼法的分析	戴长林 刘静坤	103
23.行政机关收集的言词证据在刑事诉讼中的运用	楼建群	108
24.证明责任与被告人如实陈述	王满生	112
25.不得强迫自证其罪原则的适用解析	李 麒	116

26.制度何以有效实施			
——对“不得强迫任何人证实自己有罪”的再认识.....	鄧占川	120	
27.论我国非法证据排除程序中检察机关的证明责任			
——兼论对我国检警模式的影响	刘仁琦 宋志军	124	
28.我国非法证据的证明困境及其破解			
——从谢亚龙案件谈开	张 弘	128	
29.从制裁到预防： 审查起诉阶段非法证据排除规则适用机制研究.....	马静华 刘相玲	133	
30.非法口供证据排除的新思考			
——以新《刑事诉讼法》为视角	陆林福 潘志勇	137	
31.“不得强迫任何人证实自己有罪”的语境分析.....	孙 记	142	
32.新刑事诉讼法非法证据排除规则之思考	吴 靖 孔祥雨	146	
33.非法证据排除规则的可操作性问题探讨	刘少军	150	
34.功能·主体·程序：附条件不起诉制度研究.....	张友好	155	
35.刑事错案中的事实防错机制探究			
——以 2012 年新刑事诉讼法的规定为参照	杨 波	168	
36.比较与借鉴：论不强迫自证己罪原则	刘国庆	172	
37.法院对证人出庭作证裁量权刍议.....	王长水 靳春青 王皓月	178	
38.新刑法证人、鉴定人出庭作证相关规定评析.....	褚 宁	182	
39.侦查人员出庭程序之初步研究	苏琳伟 黄怡璇	187	
40.论法治背景下的刑事拘留、拘传与传唤措施.....	白俊华	192	
41.走出刑事诉讼证人证言的怪圈			
——新《刑事诉讼法》颁行背景下的讨论.....	刘 昂	197	
42.监视居住的立法变化与适用	杨旺年	201	
43.进一步完善监视居住措施适用的理性思考			
——以在反贪侦查实践中的具体适用为视角.....	李京生 张云霄	205	
44.指定监视居住制度实证分析	马进保 董来阳	210	
45.“指定居所监视居住”法律适用研究	尹 吉	215	
46.职务犯罪案件审查逮捕程序改革调研报告			
——以河南省检察机关审查逮捕为例	朱艳菊	220	
47.职务犯罪案件审查逮捕异地同级改革设想			
——以反思“上提一级”改革为切入点.....	程相鹏	224	
48.“逮捕必要性”评估模型研究	张吉喜	228	
49.关于逮捕的再思考	杨文革	234	
50.羁押必要性审查制度的实证分析	程巧玲	239	
51.论羁押必要性审查在审查起诉环节的贯彻.....	肖中华 刘 荣	243	
52.论捕后羁押必要性审查			
——以新《刑事诉讼法》第 93 条为出发点.....	姚 莉 邵 劭	247	
53.羁押必要性审查的意义、前提与完善.....	吴君霞 秦宗文	252	
54.捕后羁押必要性审查			
——评新《刑事诉讼法》第 93 条	程绍燕 刘根菊	256	
55.继续羁押必要性审查的程序建构			
——兼谈对修正后《刑事诉讼法》第 93 条的理解.....	张云鹏	261	
56.基层检察机关羁押必要性审查制度实证研究.....	宋智勇 黄作颖	265	
57.我国取保候审制度的重构	韩 红 宓仕铭	271	

58.论刑事诉讼禁止令	申君贵	谭曙平	276
59.论强制措施的检察监督			
——以指定监视居住监督和逮捕复查为视角	吴高庆	张 进	281
60.刑诉法再修改后警察权与公民权的平衡	陈卫东	简乐伟	286
61.侦查权的扩大与限制			
——以刑事诉讼法大修为视角		王圣扬	294
62.论现代侦查权的扩张与规制			
——以新刑事诉讼法修正案为中心		胡 铭	298
63.辩护权的强化对职务犯罪侦查工作的新要求及应对措施	陈新生	金 石	303
64.略论刑事侦查中司法鉴定的运用			
——基于实证的思考	胡锡庆	陈邦达	307
65.新刑法背景下完善侦查监督机制思考	李建国	张建兵	312
66.新刑法要求下职务犯罪侦查技术的运用和思考	左仰东	张建兵	316
67.“命案必破”与刑事诉讼法的实施	朱桐辉	赵可昭	320
68.我国刑事专家辅助人制度基本问题论略		左 宁	325
69.检察机关技术侦查权相关问题研究		程 雷	330
70.论技术侦查的制度实施与完善		詹建红	336
71.论我国技术侦查措施的界定与规范		梁玉霞	341
72.我国技术侦查措施的实施与被追诉人刑事诉权保护	谭庆德	向国秀	346
73.浅析新刑事诉讼法框架下控制下交付之运用		韩增辉	350
74.检察机关贯彻实施修改后的刑事诉讼法若干问题			
——以河南省检察工作实践为视角		贺恒扬	355
75.我国检察官自由裁量权的扩大与完善			
——以 2012 年刑事诉讼法为视角		刘晓东	362
76.论刑事诉讼法修改与公诉权的精进	杨征军	黄福涛	蒋家棣
77.新《刑事诉讼法》对刑事诉讼监督权的完善		韩成军	370
78.基层检察机关监督刑事自诉案件现状研究	吴红梅	罗 婧	374
79.论检察官履行客观义务的程序保障			
——以新《刑事诉讼法》的正确实施为中心		韩 旭	377
80.刑诉法修改后检调对接工作机制的完善	乐绍光	王晓霞	382
81.简易程序出庭机制中诉讼与监督职能的优化配置			
——从法律经济学的视角分析		杨圣坤	386
82.新刑法修改对证据展示制度的影响		赵保民	390
83.刑事庭审正当化改革存在问题分析		祁亚平	393
84.案卷移送制度的恢复与庭前审查程序的完善	谢佑平	汤景桢	397
85.刑事审前会议制度探析	马贵翔	柴晓宇	402
86.刑事审判工作的困惑与对策思考	况继明	周 莉	406
87.纠错与救济功能的理性回归			
——论新刑法关于刑事二审发回重审制度的修改完善	侯建军	刘振会	411
88.刑事特别程序司法适用中的几个问题		郑未媚	416
89.试论未成年人附条件不起诉制度			
——以刑事诉讼法修正案为背景		李晓辉	420
90.论附条件不起诉适用范围的立法规定和实务运作		柯葛壮	424
91.新刑法关于未成年人刑事案件社会调查规定之评析	李兰英	程 莹	429

92.附条件不起诉制度的确立与完善		
——新《刑事诉讼法》第 271 条至 273 条规定之解读.....	罗海敏	435
93.未成年人犯罪记录封存制度研究		
——浅谈检察机关实施未成年人犯罪记录封存制度的几点建议.....	马 迪 程凡卿	441
94.试论未成年人犯罪记录封存制度	李佑标	447
95.附条件不起诉制度研究	张剑秋 郭利纱	451
96.论刑事诉讼法修改与公诉权的精进	杨征军 黄福涛	454
97.论新刑事和解制度之检察运行	郝 琳 黄福涛	458
98.如何实现“心的和解”		
——刑事和解制度的正当性及其实现路径.....	徐 阳	463
99.刑事公诉案件和解程序探讨		
——以 LZ 市未成年案件为例	王宏璎	467
100.浅议检察机关的刑事和解不起诉	荣 彰 马秀卿	471
101.论强制医疗程序的立法构建和司法完善	汪建成	475
102.精神病人强制医疗问题研究	郭 华	479
103.死刑案件精神病鉴定的程序保障：立法缺失与完善建议		
——兼评新刑事诉讼法相关规定	郭志媛	482
104.论人民法院参与社区矫正的困境与对策	何军兵	487
105.论犯罪与刑罚相对化的实体法缺陷及程序法弥补.....	杨 明 路 军	491

四、综合

106.论公安机关刑事执法质量的评价（检验）		
——以 2012 年刑事诉讼法实施为视角	张品泽	495
107.兵团监狱系统罪犯医疗保障改革探索.....	宋江斌 司进武	499
108.刑罚执行实证探析		
——对我国某省监狱老病残犯突出问题的调查报告.....	魏 彤	504
109.我国清真食品监制制度初谈	马虎成 李凯鸿	508
110.简论刑事诉讼法律关系.....	叶肖华	512

人权入刑诉法之价值理念论纲

周国均

2012年3月14日通过的《新刑诉法》依据宪法增加规定“尊重和保障人权”是一个很大的亮点和进步。

《原刑诉法》(96《刑诉法》)没有规定“尊重和保障人权”,16年来,公、检、法、司等部门和人员,不也是在保障诉讼当事人的基本权利也取得很大的成绩吗?那么,现在《新刑诉法》修改和增加140多处的规定中突显“尊重和保障人权”之蕴意在何处?从刑诉法理上而言,理念有执法理念、司法理念。笔者认为,除此之外,是否还有统摄、统揽、统领、引擎各种具体执法活动“价值理念”?本文就其试作初步探讨。

本文所言之“人权入刑诉法”是“尊重和保障人权”对宪法规定的植于刑诉法的简称。研究它,涉及到人权、权利、价值、理念和功能等一系列内容。限于篇幅和时限,本文仅重点研究人权、权利和价值理念三大问题。

《新刑诉法》将“尊重和保障人权”植入其体内,有学者将其赞称为“八大亮点”之首,我认为,此言不为过誉。^①依据见所知,全世界《刑事诉讼法》中,惟有我国《新刑诉法》将本国的“宪法”中规定的“尊重和保障人权”植入其内,真可谓“独创”:就此项而言,它将《联合国宪章》中的《世界人权宣言》和“两权”公约以及其他“刑事司法准则”中“尊重和保障人权”的部分内容和精神纳入本国的《刑事诉讼法》之中,在全世界上,确属“首创”;就此作用而言,是对人权保障作出的“重要贡献”;就此而论,将我国“宪法”中的“尊重和保障人权”嵌入作为部门法的《新刑诉法》,是民法、刑法等部门法的“示范标本”,具有“先导”和“引导”作用。《新刑诉法》与《原刑诉法》相比,修改、完善、增加的条款甚多,相较(据统计,条文数量由225条增至290条,修改90条,增加66条(其中合并1条),恰似天空繁星闪烁,唯独“尊重和保障人权”这颗“北斗星”最亮晶晶、最耀眼夺目。

一、人权和权利

(一) 人权

马克思说,人权是“权利的一般的形式”。^②有作者说,“所谓人权,就是指一切人满足自身要求、享受人身自由,并对自身以外的任何事物发生不同的联系的资格和能力总和,是社会的人的权利与人的社会的权力相互关系不断发展的统一体。”^③

由此可知,该论者认为,有权是人的权利的权力的统一体。有学者认为:“人权一词,依其本义,是指每个人都享有或应该有的权利。‘人人的权利’。……人权概念是权利和人道两个概念构成。它是两者的融合。人权学说离不开权利学和人权学这两门学问。”^④由此看来,人权是人人都享有和应当享有的权利。

十一届三中全会以后,我国学者在研究人权问题的过程中,对“人权外延”的界定达30余种。^⑤

1991年10月,国务院新闻办发布的《中国的人权状况》(白皮书),阐明了中国政府对于人权概念及其外延的理解:人权是一个伟大的名词,是长期以来人类追求的理想和崇高目标。人权范围十分广泛,不仅包括生存权、人身权和政治权利,而且包括经济、社会和文化等各方面的权利;不仅包括个人人权,而且包括集体人权。享受人权的主体不是少数人,而是全体中国人民。^⑥

对于人权的外延,有不同的认识或不同的规定。

有学者认为,人权则指权利全域。^⑦由此观之,此学者把人权的外延等同于权利。有学者说“人权的基本内容即由生存权、学习权、经济权、政治权、技能权、自我权六大部分组成。”^⑧笔者认为,这只包括了人权中作为人的部分基本权利,除此之外,还有诉讼权,除此之外包括不了作为国家的主权、民族的自主权、种族的平等权、自然财富主权、发展权、和平权、

① 陈卫东:“第一章,绪论:新《刑事诉讼法》的八大亮点”,载张军、陈卫东主编:《刑事诉讼法新制度讲义》,人民法院出版社2012年4月,第1页。

② 《马克思恩格斯合集》第3卷,第228页。

③ 张春津著:《人权论》,天津人民出版社1989年4月第1版,第4页。

④ 夏勇著:《人权概念的起源——权利的历史哲学》,中国政法大学出版社2001年7月修订版,第4页。

⑤ 王家福、刘海年等编:《中国人权百科全书》,中国大百科全书出版社1998年5月出版,第481-482页。

⑥ 国务院新闻办公室:《中国的人权状况》,中央文献出版社1991年10月出版,第1-3页。

⑦ 徐显明:载徐显明主编《人权研究》(第一卷)序言,山东人民出版社2001年8月第1版,第1页。

⑧ 张春津著:《人权论》,天津人民出版社1989年4月第1版,第36页。

环境权、人道主义待遇权,等等。

笔者认为,从人权的起源、发展情况来看,可以获知如下几点:1.人权的本源是由人的特质和生命决定的;2.人权是由低级到高级发展的而来的;3.人权是经过利益斗争获得的。

综上所述,笔者认为,人权是由人的基本权利、自由和民族的自决权以及国家的主权组成的权益和权能。

(二) 权利

文前已阐述人权中的主要的、初源的内容(外延)是每个人(含法人)都应当享有和实在享有的人之基本权利。

对于何为权利,笔者觉得在特定的语言环境里可在语义上界定权利。

“权利”是“义务”的对称;法律关系的内容之一。公民按照宪法和法律的规定,可作为或不作为某种行为,也可要求国家或其他公民作或不作某种行为。公民权利由法律规定或确认,并为法律所保护。权利是一种行为,包括作为或不作为。公民有权依法去实现某种行为或不作某种行为;也有权依法要求国家、社会组织或其他公民去作或不作某种行为,使本人得到某种利益或实现某种愿望。权利是指法律允许公民可作为某种行为的可能性,因而公民的权利既可享受,也可放弃。公民基本权利,是权利(种概念)的下属概念(子概念),但它是权利外延中的主要部分。

有些学者说,据现有资料观之,从国外引进的权利概念或定义确实不少于几十种。他们认为,对目前国内外影响最为广泛,最具代表性、主持性的权利概念理论进行类型化整理,主要有:资格说、主张说、自由说、利益说、法力说、可能说、规范学、选择学等八种权利本质学等。^①

近二十余年来,我国法学是学者对权利概念对权利概念作了不同的界定。大致有13种类型:1.行为或资格说;2.行为的资格说;3.可能性学;4.尺度说;5.法律手段说;6.许可和(或)保障说;7.利益说;8.权能说;9.获利手段说;10.资格和可能性说;11.自由度说;12.行为自由说;13.权利与法概念等同说。^②

有学者认为,现代司法人权“主要表现在如下几个方面:一是生命权,……二是自由权。……三是身体健康权。四是财产权。……五是诉讼权。六是法律帮助权。……”^③笔者基本赞同此观点。诉讼权中的我国刑事诉讼权包括哪些?刑事诉讼法已有明确规定,众所周知,不必待言。

笔者认为,上述观点是从不同层面解析人权内容,有可取之处。我认为,公民基本权利是人权中的最重要、是基本的组成部分,而其中的公民生存权、人身权、政治权、财产权是核心部分。

我国学者经研究,人权和基本权利达154种。^④

二、价值理念

“理念”一词非汉语已有,而是译自西方哲学史一个重要理论范畴。柏拉图认为:“理念是事物的原因。”^⑤是独立于事物与人心之外的“摹本”或“影子”。黑格尔认为,理念是自在自为的真理,是概念和客观性的绝对统一。理念的内容不是别的,只是概念和概念的诸规定;理念的实际内容只是概念自己的表述,理念所处理的对象并不是个人,不是主观观念,也不是外界事物,但是一切现实的事物,只要它们是真的,也就是理念。^⑥有词典解释,西方哲学意义上的“理念”乃是一种理想的、永恒的、精神性的普遍范型,是一种立足于对世界本质的认识 and 解释。^⑦

笔者认为,上述观点有其合理部分。但在我国的语境下,我认为,从词义学角度看,理念,是指理论和观念(思想意识)。理论属思维范畴,是意识形态的一种,与行为行动相对应。理念,既含有要素,又含有思想意思的成分。理念产生于心智,存于大脑;它是行为智囊库、指挥库。由正确的理论统摄和指导行为,行为才会正确。否则,行为会偏轨、越轨或错误,其结果或事倍功半,或事败无疑。

概而言之,在刑事诉讼中,理念,可分执法理念、司法理念和价值理念三种(除此之外,还有立法理念、守法理念、执政理念等)。

① 张文显著:《权利与人权》,中国政法大学出版社1998年版,第74-80页。

② 张显著:《法学基本范畴研究》,中国政法大学出版社1993年版。

③ 卞建林主编:《现代司法理念》,中国人民公安大学出版社2012年1月第1版,第66-67页。

④ 《中国人权百科全书》,中国大百科全书出版社1998年5月出版,第38-39页。

⑤ [古希腊]柏拉图:《斐多》,100B-102C,北京大学哲学系、外国哲学史教研室编译:《西方哲学原著选读》(上卷),商务印书馆1977年版,第72页。

⑥ 黑格尔:《小逻辑》,商务印书馆1980年,第212页。

⑦ 《哲学百科全书》,中国大百科全书出版社1995年版,第645页。

执法理念，就是指执行、施行、实施文本法律条款的理论和观念。对此学界和实务界研讨得较多，有些领导人也作过甚多的精辟阐释，值得牢记和执行。例如，先哲们讲：“徒法不能自行”、“法的生命在于执行”、“有法不执行，等于无法”、“法律得不到执行、等于一张废纸”。彭真同志说：“维护社会主义法制的尊严，增强法制观念，严格依法办事，是我们的根本任务之一。”^①在这里，彭真同志是把严格执法办事作为任务之一提出来的。有的外国学者也说：“只有法观念的唤醒和强化才能够使法律上的行为有一个可靠的保障（1932年）”^②

邓小平同志说：“要做到有法可依，有法必依，执法必严，违法必究。”这既是对执法的要求，又是对执法的规范。^③

有学者讲，“司法理念”的内涵，“即是指人们对有关司法理论本质及其规律性的理性认识与整体把握，是司法实践中人们对司法性质的感悟、对司法精神的理解和对司法价值的解释而形成的一种观念模式，它是指导司法制度设计和司法实际运作的理论基础和主导价值……是司法的一个重要组成部分。”^④笔者赞同上述观点。但我同时认为，在我国，“司法理念”的主体似应理解为：狭义的是法院的法官，广义的还包括检察官。“司法理念”的内容是主导和指导司法主体司法中的信念、意念，观念，欲念，渴求^⑤和能动的价值取向。

有的课题组13人共同著成《现代司法理念研究》，书中共10种司法理念。^⑥该书是迄今为止国内唯一比较全面研究和阐述现代司法理念的难得专著。中央政法委编写了一本《社会主义法治理念教育读本》。

近年来，国内不乏有研究司法理念的学术论文。例如，有的从审判监督程序的五个方面研究和阐述价值理念。^⑦

最高人民法院常务副院长、中政大博导：沈德咏以“正确处理若干重大关系，促进人民法院科学发展发表文章，从10个方面进行了论述。”^⑧熊选国大法官亦发表文章：《认识和把握人民法院审判工作，实现法律效果和社会效果的有机统一》^⑨

价值的概念是多义的。《简明不列颠百科全书》将价值区分为工具价值和固有价值两类，或者作为方法的善和作为目的的善。^⑩所谓方法的善，是指价值具有方法性、手段性、工具性的作用；所谓目的的善，是指价值具有目的性，它本身是人们所追求的目的。某事物具有方法性、手段性、工具性的作用价值，属于“工具价值”，也称“外在价值”。具有人们追求的目的性价值，属于“固有价值”，亦称“内在价值”。笔者认为，关系型价值属于工具价值（外在价值）；自足型价值属于固有价值（内在价值）。

对价值的研究，有哲学家、政治学家、经济学家等专家，他们均把价值引进本学科领域，从而概括出适合本领域的“价值”概念及内涵。

对价值的理解与适用，有多种意义上含义。人权入刑诉法的价值，是指人权的生命、生存、尊严、自由、权利等内在价值对刑事诉讼法制定和实施行为所起的作用、意义等外在价值。例如，统摄、统领、引领、引擎、指导、指引、导向等作用。

截至目前为止，国内学者仅从宪法中尊重和保障人权对指导刑法修改与完善起到了许多重要作用，如有学者说：新

①《关于立法工作》，1958年1月23日，载《论新时期社会主义民主与法制建设》，中央文献出版社1989年1月第7版，第245-246页。

②[德]古斯塔夫·拉德布鲁赫著：《法律智慧警句集》，舒国滢译，中国法制出版社2001年10月第1版，第13页。

③邓小平：《民主是解放思想的重要条件》（1978.12.13），载《邓小平同志论民主与法制》，中共中央文献研究室编，法律出版社1990年4月第1版，第4页。

④卞建林、田心则：《第一章：中国司法理念：历史与现代之间的流连》，载卞建林主编：《现代司法理念研究》，中国人民公安大学出版社2012年1月第1版，第4页。

⑤万启智等编：《新法编排汉语词典》，新华出版社1985年2月第1版，第799页。

⑥卞建林主编：《现代司法理念研究》，中国人民公安大学出版社2012年1月第1版，第1-509页。

⑦刘根菊：《我国刑事审判监督程序价值选择及其完善》：

“一、维护司法公权与个人私权相统一，受判刑人权优先；二、注重程序公正与实体公正相统一，以不同诉讼阶段公正优先；三、重视审判公正与审判效率相统一，以审判公正优先；四、维护生效判决权威、稳定性与纠正错判相统一，以纠正错判优先；五、坚持法律效果与社会效果相统一，以法律效果优先。”中国人民公安大学出版社2006年10月第1版，第472-496页。

⑧《人民法院报》2009年2月17日，第1版、2版。

⑨最高人民法院副院长熊选国：《认识和把握人民法院审判工作，实现法律效果和社会效果的有机统一》，《人民法院报》2008年10月7日，第5版。

⑩《简明不列颠百科全书（4）》（中译本），中国大百科全书出版社1985年版，第306页。

刑诉法将“尊重和保障人权”写入总则第2条,并通过改革完善各项具体制度加以体现,更是实现了从“人权入宪”到“人权入法”的突破,极大地提高保障人权在刑事诉讼中的地位,保障了宪法原则的贯彻落实。”^①该观点,只是笼统地讲明“尊重和保障人权”对新刑法所起到的指导作用。还有的学者比较详细地列举了“尊重和保障人权”,在9个方面指导了刑事诉讼法的修改。^②笔者认为,以上均是指导司法理念所起到的指导作用。但是,还未见到从价值理念层面研讨尊重和保障人权对刑法的修改和今后的贯彻实施应当起到的引领和导向作用。为此,本文对人权入刑诉法的价值理念试做如下探究。

尊重和保障人权的价值理念起码应当包括如下蕴涵:

(一) 政治价值理

传统的解释是:“政治是指政府、政党、社会团体和个人在内政及国际关系方面的活动。政治是经济基础的集中表现,产生于一定的经济基础,并为经济基础服务,同时极大地影响经济的发展。”^③政治层面,有政治学,是研究各种社会现象、政治思想、政治关系及其发展规律的学科。^④

从理论上而言,政治,是指政体、政权、政治关系、政治人物、政治管理、政治控制、政治局势、政治权力、政治权利、政治路线、政治权威、政法等的总称或者部分指称。对政治概念的诠释,从不同的层面有甚多的理解和解说。例如,《人民日报》原副总编辑梁衡撰文:“我所理解的政治”是“我想从百姓所望和官员所为的角度给政治下这样一个定义:政治是一定的个人或集团借用公民所委托的权力来为社会和民众办大事。……政治姓‘公’不姓‘私’。“为人民服务”是对政治的最好诠释、人民是最多数的公众。公与私是政治与非政治的一条分界线,也是底线。政治一是办公,努力代表最多数的民众;二是公开、透明、竞争、监督,好争取到最多的人自觉跟你走。”^⑤作者已声明他是从百姓所望和官员所为的角度给政治下的定义。笔者认为,它的政治指外延和内涵很明确、正确,令人一目了然。我认为,从我国的政权、政治权力、政治管理、政治控制、政治局势、政治权威等综合而言,在当今,政治则主要是指政权的稳固、政治稳定,社会安定,政通人和等。

文前已述,人权除了人一出身就有应然的自然人权(如生命权、生存权、健康权等)以外,其他的实有基本权利、权力,如政治、经济、文化、自由等,都是通过无权者或者弱者经过斗争取得的,具有取得的政治性、享有的独创性等。表明政治性是人权的属性之一。正因为如此,无论宪法、宪法性法律规范、部门法(含刑诉法)引入人权入法,就自然而然使得具有政治价值的人权在法律中含有政治性。我国刑诉法引入的人权(尊重和保障人权)亦不例外。因此,公安司法干警就理应执法中注意到其政治性价值元素。虽然不能像过去特定年代那样以阶级斗争纲、“政治第一”、“突出政治”,但也必须承认在施行新刑诉中注重从政治角度,从政治大局等方面考虑法律和刑事政策的适用。

在联合国《世界人权宣言》“序言”宣布“鉴于对人权的无视和侮辱已发展为野蛮暴行,这些暴行玷污了人类的良心,而一个人人享有言论和信仰自由并免于恐惧和匮乏的世界的来临已被宣布为普通人民的最高愿望。”“鉴于为使人类不致迫不得已铤而走险对暴政和压迫进行反叛,有必要使人权受到法治的保护。”……《公民权利和政治权利国际公约》第4条“在社会紧急状态威胁到国家生命并正式宣布时,本公约缔结国得采取克减其在本公约下承担的义务,但克减的程度以紧急情势所严禁需要者为限,……”这就是说,当一国的“紧急状态威胁到国家的生命并经正式宣布时”,该国家机关有权采取制止(克减)威胁国家的生命的行为,但“以制止(克减)紧急情势所严格需要”为限度。可见,《公约》所规定的内容,就体现了其政治性。各国宪法和其他法律与此相应的内容自然具有政治性。

2004年3月14日《宪法》第1条、第28条、第52条、第55条等等,均是国家的政治内容。这表明,依照宪法上述等内容实施新刑事诉讼,就落实了法治和政治的有机统一。

我国正处在社会政治、经济、取得了很大成就,但是,社会处在一个转型、矛盾凸现、犯罪高发时期,为了社会健康、有秩序的稳定和大好形势的发展,中央指出,今后一个相当时期,国家要依法治国,实现长治久安,稳定社会秩序作为第一要务来抓,提出了“稳定压倒一切”的要求。这就是最大的政治。为此,公安政法机关应当承担重任。为做到“有法必依,执法必严”,要求公安政法干警树立“忠诚、为民、公正、廉洁”的核心价值观,以统帅其言语和行动。做到“内化于心,行践于行”。

鉴于此,尊重和保障国家的社会秩序安定,和政治大局稳定最为重要。在社会治安部分地区还存在比较突出的问题,如黑恶势力、民族分裂势力、东突势力等,对此,应当从快、从重、从严予以打击;对于境外敌对势力的各种分裂、渗透、

① 卞建林:《人权意识:刑事诉讼时代禀赋》,《检察日报》2012年6月8日,第3版。

② 陈光中教授接受《法制日报》记者采访之观点。

③ 《现代汉语词典》第1609页。

④ 同上,第1609页。

⑤ 《北京日报》8月27日,转摘自:《报刊文献》2012年8月31日第1版。

颠覆活动，应当及时发现、处置，坚决维护国家的政治安全、经济安全、文化安全和信息安全。凡此种种都是与政治密切相关的大事，因此，要求公检法的干警以高度的政治责任感和使命感来对待所担负的职责。这就是尊重和保障人权的价值理念的倡导和要求。

（二）伦理价值理念

“伦理学”（希腊语 *efhika*，出自 *efhos*——习惯），伦理学是哲学的学科，它研究的对象是道德。伦理学是古代的理论学科之一，作为哲学的一个组成部分产生于奴隶社会形成时期。“伦理学”一词是亚里士多德用来表示关于德行的学说的。“伦理学在理论上的使命是解决生活中摆在人们面前的那些最实际的道行问题（应当怎样行动，应当把什么看作善，把什么看作恶，等等）。在马克思列宁主义伦理学中可以区分出若干基本的研究领域，它的基本对象是关于作为特殊的社会现象和社会意识形态的道的本质、关于道德在社会生活中的作用，关于反映着人们物质生活条件德行观念的发展规律，关于道德的阶级性问题，伦理学还研究比较特殊的问题。它首先分析道德及其诸方面在社会结构——道德活动、道德关系和道德意识的本质。……^①“伦理学史上通常把善和义务的概念，以及美德良心和某些其他概念看成是基本的范畴”^②伦理学把道德理解为调整人们行为的一种方式。^③

道德。MOPALB（拉丁文：*moralis*—道德的，*moores*——风尚）是伦理学研究的对象：履行调节人们行为职能的一种社会法规。^④道德调节人们行为。道德由道德活动、人们的品行、行为构成的。随着人类社会的发展和进步，道德要求变成人们活动的规则。道德的观念中，包括正义、仁爱、善行、恶行。^⑤公正、人道主义、平等、尊严等是合乎道德的内容，并普及于人类生活的各个领域，……^⑥

有学者认为：“在一般使用上，伦理与道德经常被视为同义词，有时更被连用为“伦理道德”一词。”^⑦笔者认为，伦理好比是一张渔网，道德是渔网的千百个小结。详言之，伦理是指人与人之间以道德手段调节的各种关系，以及处理人与人之间相互关系应当遵循的道德和规范。道德，是指除了调整人们之间关系的行为规范与准则以外，还指人的品质、情操、修养和境界等。在本文中，为简便起见，将伦理和道德视为同一概念使用。

本文所言之伦理，仅限是制度伦理；所言之道德，仅限于个体道德。本文不研究立法伦理和刑事诉讼法某些规定体现的制度伦理，如严禁刑讯逼供、不被强迫自证其罪等体现的伦理，只阐述公安司法人员的伦理和道德。

在一般意义上讲，道德主要有三个作用：1. 从本性需要上看，首先对人和人类社会的发展具有天然性的作用潜力；2. 是从作为特殊意识的反作用来说，道德具有影响社会生活的能力；3. 从实际功能上看，道德具有认识、调节、导向功能。

具体在公安司法工作中，公安司法人员的道德、意识、道德情感、道德准则、道德行为等，对执法具有重要作用。其一，道德引擎或促使执法人员严格依法办案；其二，道德促使执法者依据刑事政策处理案情；其三，道德可引领执法人员处理疑情，正如有的外国学者所言：“当法律出现模糊不清和令人怀疑的情况时，法官就某一种解决方法的‘是’与‘非’所持有的伦理信念，对他解释某一法规或将一条业已确立的规则适用于某种新的情形来讲，往往起着决定性的作用。”^⑧有辞典称：特别在西方“任何一件由法官自由裁判的案件，实质上都是在谈法官的道德标准影响下处理的。”^⑨笔者认为，上述观点是正确的，亦适合我国法官处理案件的情况。但是除此之外，我还认为，公安司法人员的道德能指导，引擎驱动他们凭借自己尊重和保护人权的价值理念去合情、合理处理某些事项，以弥补已有法律尚无规定的缺点和不足，增添和厚实执法灵活程度。有的地方已有先例。例如，北京市海淀检察干警在办案中首次允许和带领在押犯罪嫌疑人到医院去为因心肌梗死去世的父亲送葬。^⑩

为何要研究伦理和道德？这是因为，其一，联合国早在《世界人权宣言》、《公民权利和政治权利国际公约》中就明确规定，对任何人均不得加以酷刑或者施以残忍的、不人道的或侮辱性的待遇或刑罚。之后，联合国大会又通过《保护人人不

① [苏]伊·谢·康主编，王萌庭等译：《伦理学辞典》，甘肃人民出版社 1983 年 2 月第 1 版，第 471 页。
② 同上，第 133 页。
③ 同上，第 134 页。
④ 同上，第 212 页。
⑤ 同上，第 259 页。
⑥ 同上，第 259 页。
⑦ 王泽应著：《伦理学》，北京师范大学出版社 2012 年 4 月第 1 版，第 2 页。
⑧ [美]博登海默：《法理学法哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 1999 年版，第 378 页。
⑨ 《牛津法律大辞典》，中译本，光明日报出版社 1988 年版，第 521 页。
⑩ 记者付中，通讯员杜伟：《贪污嫌犯身穿号服到医院为父亲送葬》，《法制晚报》2005 年 8 月 29 日 A14 版。

受酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格待遇或处罚宣言》和《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇处罚公约》；据此，我国新刑法第 50 条、第 54 条等亦有规定。上述规定，都是尊重和保障人权不受暴力侵害。它们属于制度性伦理。

其二，我国公安司法人员在落实联合国和刑法规定的制度性伦理过程中，以前，很少对违法严禁刑讯逼供者给予处罚（如拷打、肉刑甚至致犯罪嫌疑人重伤或死亡），大多数却未进行法律追究，甚至采信由此暴行取得的供述为证据，对此，都众所周知。为预防和锐减上述情形发生，很有必要研究和宣传社会主义法治中的理论和道德。

欲保障尊重和保障人权的伦理（道德）长期稳定地深扎于公安人员的头脑和心目中，从宏观上讲，就是公检法机关进行持久的公安司法伦理（道德）教育，如进行“三个至上”和“四个在心中”以及政法干警为民公正廉洁的核心价值观教育（中国的核心价值观是“忠诚、为民、公正、廉洁”）。世界大部分的法院达成广泛国际共识“司法核心价值观包括 10 项：法律面前人人平等；公平；中立；独立审判权；胜任职责；清正廉洁；公开透明；便洁亲民；及时快捷；确定性。”^①对此，公、检、法机关或以借鉴其合理元素，配合中国式的核心价值观教育。

（三）文明价值理念

文明价值理论在尊重和保障人权中具有重要作用。

在一般意义上，对文明不少辞书（词典）做过解释，其内容大部分相同。例如，《现代汉语词典》称，文明，是指“社会发展到较高阶段和具有较高文化”的某种事物，事项或实体（如文明国家）。又指“人类在社会历史发展过程中所创造的物质财富和精神财富的总和，特指精神财富，如文学、艺术、教育、科学等。”^②有词典称：“它是文化进化的结果，狭义的文明即指人类经过野蛮时代之后进入的社会状态。摩尔根认为对财产的欲望超出对其他一切欲望的追求，即是文明伊始的标志。有时人们用文明指文化，批如 A·J·汤因比对 20 多种文明圈的划分，指的就是 20 多种民族文化。”^③辞海称，文明的含义有三种：1. 犹言文化，如物质文明；精神文明。2. 指人类社会的进步状态，与“野蛮”相对立，……3. 光明，有文采。^④《苏联大百科全书》称：“文明就是人类经过野蛮和野蛮行为之后的社会发展特征；体现了随着人类进入文明时代后，在社会生活中所获得发展的新的东西。”^⑤文雅：指言谈、举止等温和有礼貌，不粗俗如谈吐文雅，举止文雅。^⑥明理，指明白道理。^⑦某些学者对“文明”进行过研究，并各抒己解。阮伟说，“文明”最常见的词义有两种。一种是与“文化”基本同义。可以说，文明（civilization）和文化（culture）在许多场合是完全相同的。^⑧笔者认为，一般意义上的文明，似可定义为：“文明是指人类社会由某一个低级阶段发展到高级阶段的状态；是指人类文化进化到更新活的进步状态。前者，是指人类社会由奴隶制封建、到资本主义再到社会主义发展中出现的物质文明、制度文明等符合社会历史发展的状态；后者，是指人类素质、智慧思想、精神文字、言语、行动、风俗、习惯等进化并推动物质发展的状态。

有学者认为，从人类文明史发展的进程看，文明的基本特征有：进步性、历史性、发展性和开放性。^⑨笔者同意上述这一点，并认为，总体上的文明基本特征是：

1. 先进性，即凡是文明的政体、团体、制度等，适合当时当地的社会发展需要，能推动社会政治、经济文化的进步。
2. 多样性，即文明的样式呈现出政治、经济、文化制度、文明、物质、精神文明；精神文明中的思想观念、理念文明；国家、地域、民族文明等等。
3. 反野蛮性，即反粗暴及强暴，反人道的制度，法律，程序，规则和行为等。
4. 教化性，即教育，倡导，激励，鼓励，支持等人们崇尚，实行，常做文明行为等；贬斥、抑制不道德行为等。

作为“文明”的分支，“司法文明”，同样具有上述基本特征。它是指在司法制度、原则、程序、规定、政策中所包含着正义、公正、公开、公平、平等、中立、独立等和以人为本，人伦、人道、人性、情操、思想、观念等总和。前者，属于规范层次的文明；后者属于精神层次的文明。

作为司法文明的下位文明，即尊重和保障人权的文明，除了立法、法规者以上内容统摄，指导法律、法规、司法解

① 蒋惠玲：《司法核心价值观概览》，《人民法院报》2012.6.8，第 7 版。

② 《现代汉语词典》，商务印书馆，1997 年 12 月版，第 1318-1319 页。

③ 《当代社会科学大辞典》，南京大学出版社 1995 年 7 月第 1 版，第 748 页。

④ 《辞海》，上海辞书出版社 2002 年版，第 1767 页。

⑤ 《苏联大百科全书》，苏联大百科全书出版社 1957 年版，第 601 页。

⑥ 同上，1319 页。

⑦ 同上，889 页。

⑧ 阮伟：《文明的表现》，北京大学出版社 2001 年版，第 50 页。

⑨ 汪海燕：《司法文明理念》，载卞建林主编：《现代司法理念研究》，中国人民公安大学出版社，2012 年 1 月版，和 230-231 页。

释的以外，更重要的是在立、侦、诉、审、执等程序中，依法、依规、依政策施行，做到尊重人格尊严，体现人道，合乎人情，体恤人性和给予合法的自由、正常的人生活条件（含食、穿、饮、言、行等）、合乎人义道德的关照（含必要的就诊就医、会见亲人等）以及不粗鲁和不野蛮的依法依规管理，等等。

在刑事诉讼中，尊重和保障人权的文明，要求主要是：

1. 思维紧随世势而不落后，包括与时俱进与联合国规定或者精神合拍。2. 观念常变常新，而不守旧，包括思想认识，思维方法不僵化不变。3. 文字通畅严谨而不晦涩难懂，包括法律、法规、司法解释和法律文书等文字。4. 语言规范平和而不粗俗激愤，包括不说脏话，不恶话伤人，不讽刺挖苦，不谩骂吼叫等；5. 行为硬软适当而不粗暴野蛮，包括强制对方时依法，该严厉讯问，时而不恐吓，该执法刑罚时不残酷对待；6. 始终奉公不执法而不贪赃枉法、不徇私情坏法、不贪私曲法；7. 说理充分而不蛮不讲理，包括正面理论，驳斥拒供，反驳翻供、勿露串供等和法律文书（起诉书、判决书等）据实据法论理等；8. 态度冷热适度而不一味横眉，包括对待嫌疑人依法严讯、依法管理当事人对其家属亲属热情接待，对其律师、协作相等；对证人、否定人求助相待等。

在实践中，绝大部分公安司法工作者基本能按照上述要求施法，但也严法或者违反道德办案。试举最近发生的几个典型案例如下：

（一）“法官眼花判错案”被追究

2012年3月，河南三门峡境内发生一起交通事故案致三死两伤，在被告人杨新华没有赔偿的情况下，陕县人民法院法官水涛以“被告人积极赔偿”为重要依据，对肇事司机判处有期徒刑两年。判决与事实不符，法官称是因为“眼睛花”判错了。

最终，陕县人民法院撤销原审刑事判决。2012年5月9日，经三门峡市检察院批准，对水涛以滥用职权罪依法逮捕。

①

评案微言：此案主审法官以“眼花错判案件”为由这是愚蠢的逃责论辩。正如河南省高级人民法院院长所言：“陕县那个‘眼花’法官不是眼花，那是心黑。”笔者认为，水涛眼花很可能是眼被赃钱蒙花、心被赃款薰黑。至于上述其他有关责任受到处理，或因私利，或因私心，或因失职，或因懈怠职守等所致，所有这些均不符合尊重和保障被害人人权的要求，违背了一心为公，廉政执法、勤勉执法的原则和要求。

（二）法官表现出的文明行为

孝昌“法官寄语”温暖失足少年。“法官寄语”是整合法律、事理、情感等因素，把刚性的法律全面融入人性关怀从而使对未成年人的法制教育延伸到法庭之外。这是湖北省孝昌县人民法院少审庭法官温暖失足少年的重要尝试。法官说：“你以后的人生道路还很漫长。一个人前半晚上想自己，后半晚上还要想一下别人。希望你以后遇事能三思而后行。……鉴于你认罪态度较好，是家中的希望，少年庭决定对你适用缓刑。”听到少年庭法官田振雄这番情真意切的话，小骆泪眼汪汪，感动地说：“我一定遵照法官的话，出去之后好好读书……”

评案微言：采取未成年人容易理解和接受的语言表述方式，从家庭和社会公德、伦理等方面进入说理，对被告人提出劝勉和鼓励，引发思想和心灵的震动，深刻反省并努力回归，这是可喜尝试。

（三）检察官在法庭上高喊：杀！杀！杀无赦

2011年11月1日上午，南京市中级法院在开庭审理一起杀死两条人命的故意杀人案时，作为该案件公诉人的检察官，在向法庭提出对该案两个被告人的量刑建议时，当庭喊出了“杀！杀！杀无赦！”之惊人话语，一时舆论哗然。^②在庭审中，检察官慷慨陈词：两被告人实施的是一种残酷暴行，已经突破了人伦可以容忍的界限。并当庭质问两被告人：“老人的哀求和孩子的哭叫怎么就唤不起你们的哪怕是一丁点的怜悯！”接着，检察官用了四个“极其”控诉其罪行：“两被告严重漠视生命，随意践踏法律，犯罪手段极其残忍，社会危害极其严重，主观恶性极其巨大，影响极其恶劣！既然你天良丧尽，法律就决不宽容！公诉人结合案情提出量刑意见：死刑立即执行！杀！杀！杀无赦！”^③

对于检察官当庭喊出“杀无赦”的话语，社会上形成了截然不同的态度，普通民众是拍手称快，据报道：“检察官的话说完，现场出现短暂的停顿，在静寂了一两秒钟后，旁听席上顿时响起了如雷的掌声，足足持续了两三分钟。”此外，网络上也有不少民众表示了赞同。但是，法律人群体，无论法官、检察官还是律师，绝大多数人却对这位检察官此举有不同看法。

评案微言：法官、检察官的寄语，体现了他们的崇高的司法文明精神、行为和形象。虽然，“寄语”不是判决书或者起诉书要求的主文中内容，但它们能起到十分重要的法治和道德教育作用，值得倡导。相反，检察官出自个人激愤在庄严的法

① 《检察日报》2012年5月13日，第1版

② 张清洪、郭大洪：《检察》2012年7月8日，第8版。

③ 杨涛：《民法与法制》杂志，2012年第5期，第8页。

庭上,面对被告人和旁听公民连续高声、呼喊声“杀”、“杀”、“杀无赦!”偏离了履行客观公正义务的职责,实在有失检察官的形象和身份。这种不文明甚至可以称得上是粗野的行为,据笔者隙见,未听说在中外法庭上发生过,而在我国却已出现,真是希奇古怪得令人瞠目结舌!

由上可见,公安司法人员的文明执法理念、言行和方法对于尊重和保障人权具有十分重要的作用,对此,不可轻视。我国是一个古老的文明大国,有着崇尚和施行文明的传统,但是,随着历史的发展,必须有所更新和创造,为此,在全社会尤其是在公安司法人员中开展,按照中央关于建设物质文明和精神文明要求,贯彻有关精神文明的规定,经过大力教育培训,典型引导,奖励先进,批评不文明行为等提高司法文明的水平,并且做出新成绩。

(四) 以人为本

以人为本也是尊重和保障人权的第四个价值理念。“以人为本”之中的人是指自然人,其中包括刑事诉讼中公安司法人员和被迫诉者和其他诉讼参与人等。人是有生命、有思想、有行为能力并能够制造工具并使用其进行劳动的高等动物。^①“人”是“人类”的分子。19世纪中叶,英国学者C.R.达尔文在《物种起源》、《人类起源与性的选择》中揭示了生物的进化规律,论证了人与类人猿的亲缘关系:人类是由已灭绝的古猿进化而来的。它给予上帝创造了人的神学观点以致命的打击。但因受历史条件的限制,他未能认识到人与类人猿的本质区别。1876年,恩格斯在《劳动从猿到人转变过程中的作用》中,运用辩证唯物主义的观点,揭示了人的起源和人类社会产生的规律,提出了劳动创造人类的科学理论。他把人类起源和发展分为三个阶段,即攀树的猿群、正在形成中的人和完全形成的人。工具的制造标志着从猿到人过程中的结束,也是人猿的根本区别。猿变成人经历了漫长的地质年代,由于地壳运动,气候变化,森林减少,古人猿不得不下地觅食,逐步练成独立行走,完成了从猿到人的具有决定性意义的一步。手脚进一步分工,手学会使用直至制造工具,同时,为音节分明的语言发展和头脑的巨大发展奠定基础,在人与猿之间划出了明确的、事实上的界线。劳动、语言和社会是人与猿的区别的基本特征。^②

由上观之,人不是一般动物,也不是猿人,而是由它们变化、发展、成长起来的高级动物,具有它们没有的众多优点和特长。人生活在人类社会中,有各种需要,享有供其存在的必备的各种物质的、精神的的条件,因此,任何人对其他不得当动物使唤,更不得虐待、摧残,而应当尊重他们的尊严、人格等基本权利。专门研究“人”的有“人学”。它是以人为研究对象的一门综合学科。研究人的本质、人的形成、人的生存、人的价值和人的未来等一系列问题。人学由四个基本部分组成:作为“物种”的、“人种”的、“个体”的人的和“个性”的人的研究。在对个的教育方面,已有“人文主义教育”科目,又称“人道主义教育”。它是14世纪至16世纪欧洲文艺复兴时期人文主义思想家、教育家提出的教育思想及改革主张。……^③

由上可见,人之成长和成材离不开教育和培训等,它是使人的智慧、知识增长、思维开扩,心智聪明等的催生剂、催化剂和推动器,十分重要。这些,对当今人的成长具有可资借鉴的作用。

“以人为本”中之“以”,有“有”、“拿”、“依”和围绕等含义。“以人为本”中之“本”,有主体、中心、中轴、标柱等意思。^④人类社会的主体是人,人创造物质财富和精神财富;人推动社会历史的发展。人创造新生活,也享受新生活。任何阶级社会的法律都是由统治阶级的人制定的,都以维护公民正常社会秩序和保障公民生存、尊严、财产、自由等权利为旨趣的等。总之,人是社会的主体。在刑事诉讼中,参与诉讼的有被迫诉者(即犯罪嫌疑人、被告人)和被害者(被害人、自诉人、附带民诉的原告人)以及其他诉讼参与人等。其中被迫诉者和受害者是诉讼主体。按照刑事诉讼理论和模式划分,被迫诉者和受害者处在刑事诉讼的主体地位,二者犹如人之左膀与右臂、左腿与右脚、左拳与右掌等。在诉讼进行过程中,二者恰似汽车的左轮和右轮的转动。刑事诉讼中的“以人为本”主要是讲以被迫诉者和受害者为本。我国刑事诉讼法规定“惩罚犯罪,保护人民”就是体现。执行公权职责的公、检、法人员追诉犯罪者的法律乃至刑事责任的,被迫诉者处在弱势地位。为维护其合法权利,因此,受人民委托的立法机关就制定了规范执法者公正、公平、公开等的诉讼程序,指导、规制、制约办案人员的执法行为,防止越权行为发生,以尊重和保障被迫诉者的人权(含基本权利、自由权利、监督权力等)。

笔者认为,刑事诉讼中的被迫诉者的“以人为本”内容,主要是以下述权利为本:1. 生命权……; 2. 生存权……; 3. 人格权……; 4. 自由权……; 5. 各种诉讼权利……; 6. 控告权等。

在以往的公安司法实践中,绝大部分公检法人员都能尊重和保障被迫诉者享有的上述权利。但是,极个别执法者却违法侵犯了他们的某些权利,并且时有发生,如众所周知的刑讯逼供、肉刑、酷刑等。简述三种:

① 《现代汉语词典》,商务印书馆1997年12月北京,第210次印刷,第1061页。

② 《人猿与野》,载《当代社会科学大词典》,南京大学出版社1995年7月第1版,第567页。

③ 同上,第567页。

④ 《现代汉语词典》,商务印书馆1997年12月北京,第210次印刷,第1487页。

1. 看守所内被监管人被殴打致死。例如,人所共知的“躲猫猫”案件。

2. 破案时讯问犯罪嫌疑人采用暴力手段致死人命案。例如,2009年4月3日,河南省漯河市郾城区公安分局干警钮东生、徐松山、宋广洲、甄卫民等4名民警认为犯罪嫌疑人翟某不配合,他们决定对其相互配合,采用电击手段刑讯,致翟残废。4民警被法院依法判处二年、一年不等有期徒刑的缓刑。^①

3. 侮辱犯罪嫌疑人、被告人的人格尊严案。例如,2012年3月31日,河南省项城市在该市广场召开“春季严打整治推进会”,当地政法机关对41名严重扰乱社会秩序的犯罪嫌疑人进行刑拘、逮捕,法院则公开宣判了10名被告人。51名犯罪嫌疑人、被告人被五花大绑的现场照片。还有报纸报道了,广场上有一万多人观看,所有被拘捕和被宣判者个个都是双手被绑在背后,跪式听命的照片。^②

4. 审判懈怠,致使被告人胡电杰羁押9年,经过5次发回重审,至今仍未结案。……^③

为防止上述违法犯罪行为发生,我国已颁布的三部刑事诉讼法都规定了严禁刑讯逼供,但是,成效甚微;我国刑事诉讼法也规定羁押和办案(立、侦、诉、审、执法)的期限,但超期的情况乃常有发生。为防止此类情形以后少发生或者不发生,笔者认为,是否可借鉴联合国刑事司法准则和外国宪法中规定的“无罪推定原则”、“沉默权制度”,在我国的宪法中增加规定这两项内容,以提高法律效力。对此,略作简介。

1. 联合国刑事司法准则中规定“无罪推定”的有:《世界人权宣言》第11条第(一)款;《公民权利和政治权利公约》中的第14条第1款第(三)项;《保护所有人遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》“原则36”第1款;《儿童权利公约》第40条第2款第(一)项等。《囚犯待遇最低限度准则》第84条第(2)款。关于严禁刑讯逼供和酷刑的主要有:《世界人权宣言》第5条;《公民权利和政治权利公约》第7条;《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格待遇或处罚公约》第1条。第15条;《执法人员守则》第5条;《少年司法最低限度标准规则》第17条第1款第3项;《保护所有遭受任何形式拘留或监禁的人的原则》“原则21”第1款、第2款;“原则33”第1款;《关于检察官作用的基本原则》第16条等。

2. 关于“沉默权”的规定。联合国《少年司法最低限度标准规则》第“7.1”

3. 国外部分国家宪法中的规定

(1) 关于无罪推定规定。主要有:在亚洲:泰国宪法第25条、菲律宾宪法第14条(二)、斯里兰卡宪法第13条(五)、科威特宪法第11条、卡塔尔宪法第11条、哈萨克斯坦宪法第76条、吉尔吉斯斯坦宪法第39条、塔吉克斯坦宪法第20条。在欧洲:乌克兰宪法第62条、法国人权宣言、斯洛伐克宪法第50条、葡萄牙宪法第32条(二)、斯洛文尼亚宪法第27条。在大洋洲:巴布亚新几内亚宪法第37条(4)、西萨摩亚宪法第9条(3)。在北美洲:危地马拉宪法第14条、巴哈马宪法第20条(二)a.在南美洲:尼瓜多尔宪法第19条(十七)、玻利维亚宪法第16条。

(2) 关于沉默权的规定。主要有:斯洛伐克宪法第50条、图瓦卢宪法第11条第1款(六)、美国人权宣言中的权利第7条(不得自证其罪)。

(3) 关于严禁刑讯、肉刑、酷刑的规定。主要有:日本宪法第38条、马尔代夫宪法第5条、瑞士宪法第65条、挪威宪法第96条、英国宪法性文件“自由大宪章”:B、权利法案10、葡萄牙宪法第32条(六)、美国人权宣言第7条、古巴宪法第58条、海地宪法第25条、多米尼加宪法第8条(一)、秘鲁共和国宪法第233条(十二)、阿根廷宪法第18条、巴拉圭宪法第65条、瓦努阿图宪法第5条(5)。

笔者建议,借鉴上述规定,应当在我国宪法中增加“无罪推定”、“沉默权(有限度)”和“严禁刑讯、肉刑和酷刑”的规定,以增加尊重保护犯罪嫌疑人、被告人和其他诉讼参与人人权的力度。

(作者单位:中国法学《中国法学》杂志社)

① 卢金友等:《刑讯致人死亡,四民警获缓刑》,《北京青年报》2009年11月18日。

② 游伟:《“公捕”、“公判”岂成卷土重来》,《民主与法制》2012年第15期,第49页。

③ 王文昌:《法官,你还要判我多少回?》,《民主与法制》杂志,2012年第4期,第61页。

论《刑事诉讼法》的宪法性功能

吕 萍

2012年3月14日,第十一届全国人民代表大会第五次会议通过了修改后的《刑事诉讼法》,拟于2013年1月1日实行。这是继1996年《刑事诉讼法》修改以来的第二次修改,与上一次不同的是,本次修改从规划到出台,经历了十年的争执和酝酿,2011年8月,全国人大常委会还就草案向全国公开征集修改意见,短短一个月,近八万条建议涌向全国人大。这是自建国以来公众参与规模最广泛的修法活动,其立法的民主性、公开性以及社会关注度都是前所未有的。在《刑事诉讼法》出台前后的几千次报道中,媒体多次将这部法律称为“小宪法”,标志着公众对刑事诉讼程序公正的重要性已经有了宪法性认识。

所谓“小宪法”,是公众对《刑事诉讼法》具有一定的宪法功能的形象比喻,而非标准的法律术语。从立法以及法律体系的层面划分,宪法作为国家的根本大法,是所有其他法律法规的立法依据,它规定了国家的性质以及各项基本制度,国家政权组织形式,国家机构组织以及活动原则,以及公民的基本权利和义务,具有最高的法律效力。而其他法律则是根据宪法的其中一项或几项基本制度、原则派生出来用以调整、规范某一类社会关系的规范性文件,是宪法原则的具体化、微观化。所以,依法律体系和法律部门标准来划分,《刑事诉讼法》并不在狭义的宪法范围内,但从法律功能上看,《刑事诉讼法》却与宪法有着最为直接、最近距离的关系。宪法是调整公民与政府关系的法律,其本质是制约和规范公权力的行使,划定公权和私权的界限,防止公权力侵害公民的合法权益。“在现代社会中,宪法的作用主要体现了两种价值取向:对国家权力的限制和对公民权利的保障。其一,产生和限制国家权力,主要是指国家权力如何经人民授权产生,不同国家机关的职权范围,行使职权的方式和程序,通过这些必要的措施以规范国家权力,避免政府滥用权力,损害公民权利。其二,保障公民权利,是指明确规定公民的权利,要求政府为这些权利的最终实现排除妨碍,提供各种保障和救济措施。这两种价值取向在目标的选择上是一致的。只有规范限制国家权力,公民权利才能得到保障,而公民权利的实现,又促使国家权力合理有限地行使。”^①

^①《刑事诉讼法》虽然是宪法的“子法”之一,但其打击犯罪和保障人权的基本功能,使其成为与宪法联系最为直接的法律。

1979年7月1日,《刑法》和《刑事诉讼法》同时颁布,成为继1978年宪法修改后颁行的第一批法律,以整肃“文革”时期滥行逮捕拘留、随意侵犯公民权利的局面。在历次立法过程中尤其是1996年和本次《刑事诉讼法》修改过程中,参与立法的各方都在努力平衡着一个最基本的矛盾冲突:打击犯罪和保障人权,即在最大化实现国家对社会的有效管理与保障公民基本权利不受公权力侵害之间,寻求平衡点。整个一部《刑事诉讼法》,几乎每项具体制度和规定都有两大矛盾博弈的痕迹。打击犯罪与保障人权之间的矛盾从不同角度表现出来,或表象化为客观真实与程序公正的冲突,或表现为公权力与私权利之间的冲突,或表现为司法权与行政权之间的冲突,等等。由此可见,《刑事诉讼法》要解决的问题实质上就是宪法的根本问题在刑事执法领域的实现路径。

《刑事诉讼法》的宪法性功能取决于其自身的性质和其基本内容,主要体现在以下几个方面。

一、通过打击犯罪实现对社会的有效管理

人类发展出现社会化形式之时,就有了维持基本社会秩序的被所有人接受并遵行的规则,依照马克思历史唯物主义和法学的理论,这些规则在人类进入阶级社会后,随着国家的出现而成为了体现国家意志的法律。国家对社会的管理是一系列庞杂的系统工程,法律在这个管理体系中居于最末端,因为它涉及到对公民基本权利的处分。而涉及处分公民人身自由和生命权利的刑事法律,又处于这一套管理体系的终端。

犯罪行为是个人或者组织对社会正常秩序的挑战进而破坏,即便一些犯罪行为表面上直接侵害了具体的人的生命、健康、自由、财产、名誉等等权利,但几乎所有被界定为犯罪的行为,都是对特定社会关系和社会秩序、利益的侵犯和破坏。国家通过对违反社会管理规则的公民个体实行的一系列矫正甚至惩治措施,来救济被侵害者,恢复社会秩序。这种强制性措施,往往要限制甚至剥夺公民个体的各项权利——从政治权利到财产权利直至自由权、生命权。即使是现代法治国家,对社会的有效管理也不能完全抛弃国家强制性手段,法律的特征之一就是具有国家强制的属性。在专制独裁的国家或者专权时代,国家对公民个人权利的限制和剥夺,往往通过个人或者部门的指令、决定就可以实现,但在法治社会,国家实现社会管理必须依照相关的法律法规进行,必须在宪法规定的范围内作为或者不作为。

国家通过对犯罪行为的确证,最终以惩罚和补偿的方式使犯罪得到有效控制,使侵害对象得到恢复或者救济,使社会

① 蔡定剑著《宪法精解》(第二版),法律出版社2006年出版,第234-235页。

秩序得以修复和维持——即刑事追诉过程，是国家通过对犯罪的打击惩治来实现对社会有效管理的。具体来看，打击犯罪主要分为三个阶段：

第一，调查起诉阶段。侦控机关积极主动地对各类危害国家安全和各项社会秩序的犯罪行为进行制止并调查，启动追诉程序。在这个过程中，侦控机关为了有效制止犯罪，方便收集犯罪证据，查清案件事实，一般要对具有犯罪嫌疑的公民采取限制甚至暂时剥夺其人身自由的强制措施如拘留、逮捕，要对其住宅、人身等进行搜查、检查，要对其进行讯问，要对其财产进行查封、冻结、扣押，等等。

第二，审判阶段。在侦控机关完成对犯罪事实的调查和证据的收集之后，对于需要追究刑事责任的犯罪嫌疑人，国家公诉机关要向法院提起诉讼，控告被告人犯有应当接受刑罚处罚的犯罪行为，而法院在认真听取控辩双方的事实陈述、证据展示和质证、控诉和辩护意见之后，在案件事实清楚、证据确凿充分的前提下，对被告人行为的是否存在、性质作出明确判断，对于确有犯罪事实，且应当予以刑事制裁的行为，作出明确的处分决定。

第三，刑事处分的实现阶段。对于确有犯罪行为的公民，依据法律，依照判决，法院或者监狱要对其人身权利、财产权利进行处分。这种处分根据行为人罪行的轻重，由轻到重依次为剥夺政治权利，罚金，没收个人财产，管制，拘役，有期徒刑，无期徒刑，死刑。刑事处分的实现是刑事诉讼的最后结果，国家通过法定的程序对特定人基本权利进行处置，借此实现对社会的强制性管理。

所以说，通过刑事追诉打击犯罪，是国家运用暴力手段，动用警察、法院、监狱等国家暴力机器，对社会进行的最为高效也是最后一个环节的管理活动。

二、通过划定权力边界和规范执法行为来限制权力滥用

正因为警察、法院、监狱等国家暴力机器在进行社会管理过程中具有最为高效、最具杀伤力的作用，这种管理手段就注定是一把双刃剑——在高效管理社会的同时，或伤及无辜，或过度适用。所以，任何一个法治国家，在制定管理社会的各项制度的同时，都必须严格限制管理社会的公权力，最大限度避免或者降低公权力对无辜公民权利的侵害或者有罪公民合法权利的过度伤害。

法律对公权力的限制通过三个方面来实现：

第一，明确划定公权力的范围。从功能上看，《刑事诉讼法》既是国家实现暴力统治的法律依据，又是国家对这些追诉犯罪、惩治犯罪的“暴力机器”进行权力界定进而限制的法律。首先，宪法和《刑事诉讼法》都明确规定，只有国家专门机关才有权行使刑事犯罪的追诉和处分权，除此之外的其它机关或者个人，都没有权力行使与犯罪追诉相关的侦查权、检察权、审判权和刑事裁判的执行权。其次，《刑事诉讼法》明确对在刑事追诉活动中参与诉讼的国家机关包括警察机关、检察机关、法院和监狱等进行权力分配和界定，这些机关及其工作人员都必须在法律规定的权力范围内执行法律，不得越界，并相互制约、监督权力的行使。再次，对国家专门机关在刑事诉讼活动中的一些可能出现的行为加以明确禁止，如刑讯逼供行为。

第二，明确公民权利的范围以及实现路径。公民在刑事追诉过程中的权利保障来源于两级法律——宪法和《刑事诉讼法》。首先，宪法不仅划定了公权力的范围，还将公民的基本权利明确昭告，其意在于，“在人民选择不得不需要政府的情况下，人民在授予政府权力的同时，宣告基本权利是公民最重要的权利，是政府不可侵犯的，而且当这些权利受到侵害时，政府有提供保护和救济的义务。所以，宪法规定公民基本权利就是给公民权利划出一块政府不可侵犯的领地，如果政府出于特殊原因需要限制或者剥夺这些权利时，必须给予法律的理由和正当的程序。”^①而《刑法》是规定这些“特殊原因”（法律理由）的法律之一，《刑事诉讼法》就是规定“正当程序”的主要法律之一。其次，《刑事诉讼法》根据宪法精神和原则，规定了公民在刑事诉讼过程中，为保证不被错误追诉或者过分处罚，享有针对侦控机关侦控行为的对抗及自我保护权利，诸如辩护权以及自此衍生出的律师帮助权、申诉控告权、上诉权以及本次修改法律新增权利——拒绝自证其罪的权利，等等。

第三，明确公民权利救济条件和渠道。对于因为制度局限或者枉法裁判造成的殃及无辜的后果，宪法第41条第3款明确规定：“由于国家机关和国家工作人员侵犯公民权利而受到损失的人，有依照法律规定取得赔偿的权利。”依此，《刑事诉讼法》明确规定了国家专门机关及其工作人员的执法程序和标准，即界定了正当程序与非正当执法行为之间的界限；《国家赔偿法》明确了国家专门机关及其工作人员在刑事追诉过程中错误追究公民刑事责任应当承担的法律责任，设置了公民权利救济的具体条件、渠道以及赔偿的程序和额度。

对公权力行使的规范和制约程度，是一个国家法治化程度的衡量标尺。

三、保障公民基本人权

^①蔡定剑著《宪法精解》（第二版），法律出版社2006年出版，第235页。