

新

控辩审

三人谈

张军——姜伟——田文昌——著



北京大学出版社



014013841

D925.218.04
20

张军—姜伟—田文昌—著

新 控辩审

三人谈



北京
大学
出版
社



D925.218.04
20



北航

C1700611

138810410

图书在版编目(CIP)数据

新控辩审三人谈/张军,姜伟,田文昌著. —北京:北京大学出版社,
2014.1

ISBN 978 - 7 - 301 - 23504 - 1

I. ①新… II. ①张… ②姜… ③田… III. ①刑事诉讼 - 诉讼
程序 - 研究 - 中国 IV. ①D925.218.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 280358 号

书 名: 新控辩审三人谈

著作责任者: 张 军 姜 伟 田文昌 著

策划编辑: 蒋 浩 曾 健

责任编辑: 杨玉洁

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 23504 - 1/D · 3465

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.yandayuanzhao.com>

新浪微博: @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书

电子信箱: yandayuanzhao@163.com

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

965 毫米 × 1300 毫米 16 开本 29.5 印张 366 千字

2014 年 1 月第 1 版 2014 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 68.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

序 一

十年瞬间。《刑事诉讼：控、辩、审三人谈》在2001年出版时，这种形式的著述在当时系属首创。该书以其自然融入的现场感、辩驳求真的可读性、不同观点交锋碰撞的全景式呈现，让不同的读者能够各自撷取有用成分，得到了法律人和广大读者的认可。如今我们又重聚首再谈刑事诉讼法，中国的法治建设、司法环境、法律共同体的培养乃至民众的法律素养都有了长足进步，已与十几年前不可同日而语，这既为我们的聚谈提供了“水涨”的条件，也提出了“船高”的要求。

这十多年来，我们三人，分别作为律师（中华全国律师协会刑事专业委员会主任）、检察官（最高人民检察院公诉厅厅长）、法官（最高人民法院刑事审判庭庭长），年龄在增加，阅历也在增长。现在只有文昌律师还在铁肩担道义，活跃在法律工作第一线，我和姜伟转岗几次，都已离开了司法工作岗位。这些年，蒋浩先生和一些学人曾多次建议对《刑事诉讼：控、辩、审三人谈》进行及时修订再版，但是因为工作、个人原因，都没能实现。是这次《刑事诉讼法》修订的契机和蒋浩先生的热心催促，让我们终于有了十几年后的重聚再谈。

刑事诉讼法被称为“小宪法”，因与公民权利保护息息相关，故而2012年《刑事诉讼法》修改引起了社会广泛关注。这中间，既有法律人职业性、专业性的关注，也有刑事案件当事人感同身受的体会，还有普通社会公众对热点的讨论。我和姜伟虽都已不在司法机关任职，但职业的敏感、法治的情怀一如既往。过往的职业经历和阅历的积累，加之对新的工作岗位的体悟，特别是姜伟在政法岗位担任重要

领导职务,可能更有助于我们作为曾经的职业法律人、如今的党务工作者,从不同的站位、角度,对这部不断修订、更加符合国情、逐步臻于完善的《刑事诉讼法》有更全面、更深切的认识;对体会立法精神,回应社会公众关切之所思、所虑、所述,也许会更有独特意义。

正是基于这些考虑,虽然姜伟当时已离开最高人民检察院,我们仍然启动了这项工作,仍然从控、辩、审三方的角度展开讨论。哪曾想,在讨论进行了一轮以后,我也离开了最高人民法院的工作岗位。

就我个人而言,与《刑事诉讼法》结缘颇深。1996年、2012年两次代表最高人民法院参与《刑事诉讼法》的修改,并主持了最高人民法院有史以来条文最多、篇幅最长的司法解释——《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》制定的前半段工作。在此过程中,我与刑事审判庭和研究室的同事们,秉持忠实立法、客观公正的立场,尽最大努力通过制定司法解释来规范审判权的行使、促进程序公正的实现,以体现确保司法公正、推动法治进步的立法精神。在最高人民法院所承担的工作的性质,以及对《刑事诉讼法》有效惩罚犯罪和有力保障人权的作用的理解,使我对审判权的行使更加审慎,始终战战兢兢,如临深渊,如履薄冰,不敢有丝毫疏忽懈怠。

近年来,一些地方出现的“赵作海案”“二张案”等重大冤假错案,引发了社会高度关注,也使一般民众对通过刑事诉讼改革预防冤假错案产生了相当大的期待。

我国目前的刑事诉讼结构、制度和程序及其背后承载的法律价值和社会功能,是我们在“三人谈”中面对疑难和争议问题时求取共识的最重要基础。而针对修法后的新情况、新问题,我们力求在深度和广度上都能在原作基础上作出更有力度的拓展和延伸。这次聚谈,我们三人既有老友重逢的默契和驾轻就熟,也有对新著付梓的盼望。谈论中相合处会心微笑,相争时面红耳赤,屡屡擦出思想火花,我们为之陶醉,也期待能引起读者诸君的共鸣。

法的生命在于实施。希望我们这本书能有益于新《刑事诉讼法》及相关司法解释、规范的实施,能为控、辩、审法律共同体,为实务界、理论界学人和社会大众,提供一种探究《刑事诉讼法》的三维视角。中国法治发展仍在继续,也必将越来越好。这次“三人谈”,也算是我们为中国法治发展所尽的绵薄之力。

张 军

序 二

距上一次我们三人谈论控、辩、审,时间已经过十余年。2012年《刑事诉讼法》的修改使我们又聚到一起。三位老友,几盏清茶,谈论关于刑事诉讼老话题的新问题,是一件幸事。

如今,虽然我和张军的工作有了变化,不再从事司法工作,但我们关注司法公正的情怀从未改变。酝酿《新控辩审三人谈》时,我尚在检察院工作,而讨论开始时,我已不再是控、辩、审的一方。我曾经犹豫过,是否继续参与这个课题,而张军、文昌的挽留和劝导,使我决定留下并参与其间,分享他们的研法心得。其实,我们的司法实践经验,需要这样的机会进行梳理。于是,历经一年之久,我们断断续续地完成了这个课题。

刑事诉讼是多方主体参与、多元利益交织、多维价值共融的司法活动。在刑事诉讼中,如何维护司法公正,兼顾各方权益,提高诉讼效率,是我们讨论每个问题时都会涉及的三大主题。可以说,控、辩、审的诉讼活动就是围绕着这三大主题展开的。关键是在处理控、辩、审三方关系时,怎么平衡这三大主题。

“三人谈”是交流的过程,也是争论的过程,更是学习的过程、提高的过程。我们有不同的职业经历,扮演不同的诉讼角色,考虑问题的视角不同,在一些问题上见仁见智、激烈争论是难以避免的。经过不同观点的碰撞、思想风暴的冲击,我从中获益良多。好在我们不仅追求理想,而且遵循理性,在一些重大问题上,往往能够根据法治精神和诉讼规律达成共识。

上一次“三人谈”,我与张军正在公诉厅和刑事审判庭的工作岗

位上,诉讼角色的色彩较浓,与文昌律师之间,各种观点的交锋可能更直接一些。这次再谈,我与张军已先后离开了司法岗位,也许我们曾经的工作经历,会让我们自觉或不自觉地站在控方或者审判的立场讨论问题,但是,由于我们已经身处诉讼活动之外,所以我们能更加客观、更加理性地审视控、辩、审的立场,根据司法实务的需求,感悟刑事诉讼法的要求。

张军不仅是我的同学,而且是我的“同床”,是睡在我下铺的兄弟。论法学功底、审判经验,他是全国法院的翘楚。他主持刑事审判业务和刑事司法解释工作多年,对于刑事诉讼的理论与实务如数家珍。“三人谈”中他也往往充当审判长的角色,在纠结的话题中起到一锤定音的作用。

文昌律师被称为“刑事辩护第一人”,长期活跃在诉讼一线,他的经历、感悟最多。我们讨论的很多话题都是由文昌律师的问题展开的。也许没有文昌律师的参与,就不会产生这些接地气的话题,也难以形成一些兼具针对性和指导性的对策。

感谢北京大学出版社的蒋浩先生。他的编辑素养、职业精神和服务意识,在法律出版界一直有口皆碑。如果不是他的倡导、组织、敦促,不会有十年前的“三人谈”,也不会有现在的“三人谈”。

不知下次《刑事诉讼法》修改时,我们还能“三人谈”否?这是我的愿景,是否也是我们的愿景?

姜 伟

序 三

《刑事诉讼:控、辩、审三人谈》自2001年面世以来,受到法律界同行的广泛关注,这使我们深感欣慰!我以为,这本书突出的特点,就在于作者角度的多重性和理论与实务的交融性。当时,张军是最高人民法院刑二庭庭长,姜伟是最高人民检察院公诉厅厅长,我是中华全国律师协会刑事专业委员会主任。我们三人各自从不同的角度出发,对刑事诉讼理论与实务的问题进行评价、提出建议,有共识,也有争议,在一定程度上反映了对刑事诉讼制度的全方位思考。尤其是在对话中因观点的碰撞而闪现出的思路和观点,是闭门思考的时候难以捕捉的。另外,我们三人研究的是同一个专业,又在各自的实务领域亲力亲为,在理论与实务的结合点上都有较深的体会和思考。所以,正是这些,使“三人谈”具备了较强的可读性。

今天,张军与姜伟的工作都已有所变动,但法律人的身份仍然没有改变。出于求真与探索的共同愿望,以《刑事诉讼法》的修订为契机,我们又进行一次新的对话,这是我们三人之间的讨论,也是与广大同行的讨论。希望我们的对话成为一块引玉之砖,能够激发起更加闪亮的火花。

十几年过去了,我们的法治进步了,理论和实务的水平提升了,但与此同时,暴露的问题和引发的思考也更多了。所以,讨论中所遇到的困惑也比以前更多了,而其中最突出的就是法治理念的问题。如果说,前一次“三人谈”的内容主要是侧重于具体的刑事诉讼制度,这次“三人谈”的内容则更加侧重于理念问题。前后两次对话在内容上可以体现出由浅入深的过程。正因为如此,在讨论问题的同

时,甚至在激烈争论的同时,我们自己也有许多困惑。所以,我们对话的本身也是一种求教的方式,希望通过本书的问世,求教于更多的同行,引发出更多的思考。

由于我国法治建设的历史太短,我们的刑事诉讼制度和理念还相对落后,但是,任何事物的发展都是需要争取和推动的,对于诉讼制度改革的深化不可能一蹴而就。历史的车轮必然会向前行进,这是不以人的意志为转移的,但是,历史前进的速度却与人们的努力推动密切相关。所以,希望有更多的人成为历史发展的积极推动者。

在探索中前进,在前进中探索;在争论中发展,在发展中争论;在探索和争论中共同提升。这正是我们对话的初衷和目标。

田文昌

目 录

	序一 张军	001
	序二 姜伟	005
	序三 田文昌	007
第一编	总论	
	001	
	一、刑事诉讼法修改背景	001
	二、如何贯彻落实好修改后的 刑事诉讼法	011
	三、贯彻落实新刑事诉讼法,制定 司法解释	017
第二编	辩护制度	
	019	
	一、委托辩护人(第 33 条)	019
	二、刑事法律援助(第 34 条)	037
	三、辩护人的举证责任问题 (第 35 条)	043
	四、辩护律师在侦查期间的工作 职责和权限(第 36 条)	043
	五、辩护人同在押的犯罪嫌疑人、 被告人会见和通信的规定 (第 37 条)	046
	六、辩护人阅卷(第 38 条)	051
	七、辩护人申请调取无罪或罪轻 证据(第 39 条)	052
	八、辩护人将有关无罪证据告知 公安机关、人民检察院(第 40 条)	053

		九、辩护律师收集证据的规定 (第 41 条)	057
		十、对辩护人违法取证的处理 (第 42 条)	060
		十一、辩护律师的保密义务 (第 46 条)	064
		十二、辩护权利的救济 (第 47 条)	068
第三编	证据制度 077	一、证据种类(第 48 条)	077
		二、举证责任(第 49 条)	104
		三、依法收集证据(第 50 条)	112
		四、行政机关收集的证据材料在 刑事诉讼中作为证据 使用的规定(第 52 条)	119
		五、证明标准(第 53 条)	125
		六、非法证据排除(第 54—58 条、 第 182 条第 2 款)	139
		七、对证人的特别保护(第 62 条)	183
第四编	附带民事诉讼 197	一、附带民事诉讼的提起(第 99 条)	197
		二、刑事附带民事诉讼的调解 (第 101 条)	208
		三、附带民事诉讼审判程序 (第 102 条)	216
第五编	提起公诉 221	一、检察机关在审查起诉中对证据 合法性审查的责任 (第 171 条)	221
		二、审查起诉中补充侦查的规定 (第 171 条)	230

	三、全案移送案卷材料、证据的规定 (第 172 条)	232
	四、没有犯罪事实不起诉 (第 173 条)	237
第六编	审判制度	239
	一、树立庭审中心主义意识	239
	第一审程序	250
	二、庭前程序——庭前会议 (第 182 条)	250
	三、涉及商业秘密不公开审理 (第 183 条)	262
	四、举证质证(第 190 条)	264
	五、专家证人出庭(第 192 条)	267
	六、量刑程序(第 193 条)	273
	七、撤回起诉	278
	八、简易程序(第 208—215 条)	281
	第二审程序	293
	九、二审开庭审理(第 223 条)	293
	十、二审检察机关阅卷时间的规定 (第 224 条)	298
	十一、审限	301
	十二、发回重审(第 225 条)	303
	十三、上诉不加刑(第 226 条)	308
	死刑复核程序	313
	十四、最高人民法院不核准死刑 的案件处理规定(第 239 条)	313
	十五、关于死刑复核程序中讯问 被告人、听取辩护律师意见 以及最高人民检察院可以 提出意见的规定(第 240 条)	314

第七编	特别程序	一、未成年犯罪案件诉讼程序 (第 266—276 条)	328
		二、当事人和解的公诉案件诉讼程序 (第 277—279 条)	348
		三、犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡 案件违法所得的没收程序 (第 280—283 条)	358
		四、依法不负刑事责任的精神病人的 强制医疗程序(第 284—289 条)	368
第八编	关于新刑事诉讼法的 司法解释的对话	一、司法解释出台的背景介绍	375
		二、辩护律师的调查权问题	383
		三、采取技术侦查措施收集的材料 作为证据使用以及相关保护 措施的规定	390
		四、收集程序、方式有瑕疵的证人 证言的补正	400
		五、证人出庭	403
		六、监所外提讯的供述能否作为 定案根据	409
		七、非法证据排除	413
		八、强制措施	433
		九、当庭提交证据	434
		十、如何应对破坏法庭秩序的问题	436
		十一、被告人委托辩护人的次数	441
		十二、二审开庭	442
		十三、再审程序	445
		十四、庭审直播问题	449
		十五、对速裁程序的探讨	452
		编后记	454

总论

第一编

一、刑事诉讼法修改背景

张军

这次刑事诉讼法修改,受到了国内外的高度关注,是1979年《刑事诉讼法》颁布33年后的第二次修改。第一次修改是在1996年。与上一次的修法相比较,无论是司法机关,还是学术界、法律界,乃至全社会都认为这次修法有非常大的进步,无论是尊重和保障人权写入新法,还是一些很具体的规定的变化,都是对依法治国、建设社会主义法治国家宪法原则的落实,体现了法律的进步。我觉得这次刑事诉讼法再修改绝不仅仅是表面能看得出来的立法技术或者法律条款的变化,它更深刻地反映了我们国家经济、社会的发展和变化。

这次修改中的许多内容,我们参加1996年《刑事诉讼法》修改的时候,也提出来过,当时觉得有些是天方夜谭,不可能被规定下来;有些是明显的超前,不符合我们国家的实际,没有被采纳;有些甚至当时都不可能想到。比方说简易程序,当时首次由人民法院提出设置简易程序,专家学者、检察机关、立法机关都觉得不需要、不可能,经过非常大的努力,才向前蹒跚了一小步。但这次很顺畅,几乎没有任

何阻力地把简易程序的适用范围扩大到15年以下有期徒刑的案件,基层法院审理的大多数案件都可以适用了。还有上次想也不敢想,提也不可能提的技术侦查获取证据的法庭使用问题,这次也被明确地提出并规定下来。这里面既有我们法治进步的背景,还有科技发展的促进,也有国际社会对我们的一些影响。比方说“9·11”之后,美国把对恐怖分子的打击、防范,采取秘密手段的跟踪、窃听完全公开,对我们也是有影响的。

我讲这段的意思,就是说刑事诉讼法的这次修改,得到社会方方面面的高度肯定、认同,这并非完全是靠法律技术的进步,司法实践提供的经验,更重要的是依靠我们国家经济社会文化的发展进步,依法治国方略的落实,当然也离不开实施刑事诉讼法的司法实践过程中经验和教训的积累。比方说赵作海案,促成和催生了最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》(以下简称“两个证据规定”)的出台,“两个证据规定”中的有关内容也纳入到这次修法当中来。

总体上讲,我觉得我们只有首先深刻认识这次修法的大背景,看到社会的发展与进步,才能够在具体理解适用修改后的刑事诉讼法的时候,头脑里把握一个纲,有一个基本的思想指引,才能够把它理解、贯彻、落实、执行好。

姜伟

这次刑事诉讼法修改,我觉得更重要的是体现了刑事诉讼的平衡规则。因为刑事诉讼涉及方方面面,有被告人、被害人、控方、辩方、侦查机关、公诉机关、审判机关等,所以,刑事诉讼法的规定不能片面追求单一的价值,而要体现它的平衡性,就是要体现价值的多元化。我觉得这次刑事诉讼法修改的最大特点就是体现了平衡性,能够充分考虑刑事诉讼追求的价值多元这样一个倾向。

平衡性主要体现在以下四个方面：

第一，体现了程序公正与诉讼效率之间的平衡。刑事诉讼首先要追求程序公正，但是又不能为了追求公正，而使案件久拖不决，对犯罪嫌疑人、被告人久押不放。要在保证程序公正的同时体现效率。所以，这次修法在提高诉讼效率方面规定得比较多，比如扩大简易程序适用范围，在刑事诉讼案件上体现繁简分流，重大疑难复杂的案件，按正常程序审理，一些轻微刑事案件，允许当事人和解，这样可以节约诉讼资源，这是一种平衡。

第二，体现了惩治犯罪与保护人权之间的平衡。犯罪是对社会秩序的破坏，是对公民人身、财产等合法权益的损害。刑事诉讼的目标是要追诉犯罪，在追诉犯罪的过程当中，难免要对一些犯罪嫌疑人、被告人采取强制措施或者侦查手段，二者之间怎么平衡，这也是一直困扰我国刑事诉讼法几次修改的最大难题。这次修法，我们把尊重和保障人权写入刑事诉讼法，明确规定禁止强迫自证其罪，规定非法证据排除规则，第一次把宪法原则写在部门法中强调并遵循，在保障人权、保证诉讼当事人的人身权利、诉讼权利方面，应该讲是一个最大的改变。同时，惩治犯罪的手段也得到了相应强化，比如张军刚才讲到的，技术侦查措施写入法律。技术侦查各国都有，原来尽管我国的刑事诉讼法里没规定，但实践中也都在用，因为它是惩治犯罪的专门侦查措施，不使用不现实。但实践中广泛使用却不入法，确实也不规范，所以为了惩治犯罪，这次在立法中专门规定了技术侦查的措施，把它合法化、规范化。再比如对特殊犯罪，有一些例外的措施，这也是世界各国的通例，像恐怖犯罪，危害国家安全犯罪，这些犯罪往往是有组织犯罪。现在社会上有一些人提出来所谓“秘密失踪”，这种观点是对法律和打击犯罪的特殊性不了解，因为有组织犯罪涉及公共利益的安全，比如恐怖犯罪，只要一通知同伙，就会带来很严重的危害后果，所以需要特别手段，这对于惩治犯罪和保护公共安