

# 法律程序改革的 突破与限度

——2012年刑事诉讼法修改述评

陈瑞华 黄永 褚福民 著

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

# 法律程序改革的 突破与限度

—— 2012年刑事诉讼法修改述评

陈瑞华 黄永 褚福民

著

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

## 图书在版编目 (CIP) 数据

法律程序改革的突破与限度：2012 年刑事诉讼法修改述评/  
陈瑞华，黄永，褚福民著. —北京：中国法制出版社，2012. 6  
ISBN 978 - 7 - 5093 - 3819 - 3

I. ①法… II. ①陈… ②黄… ③褚… III. ①刑事诉讼法 -  
研究 - 中国 IV. ①D925. 204

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 127649 号

策划编辑 胡斌

封面设计 蒋怡

---

### 法律程序改革的突破与限度：2012 年刑事诉讼法修改述评

FALV CHENGXU GAIGEDE TUPO YU XIANDU;  
2012 NIAN XINGSHISUSONGFA XIUGAI SHUPING

著者/陈瑞华，黄永，褚福民

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/710×1000 毫米 16

版次/2012 年 8 月第 1 版

印张/20.5 字数/289 千

2012 年 8 月第 1 次印刷

---

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 3819 - 3

定价：58.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真：66031119

网址：<http://www.zgfzs.com>

编辑部电话：66065672

市场营销部电话：66017726

邮购部电话：66033288

# 法律程序构建的基本逻辑

## （代序言）

陈瑞华

### 一、引言

从1979年第一部刑事诉讼法的出台，到1996年刑事诉讼法的修订，再到2012年刑事诉讼法的颁布，我国刑事诉讼制度经历了三次重大的改革和调整。在可以预计的未来，这部法律还会随着时代的发展面临一些新的问题和挑战，也将会迎来更多轮次的修订。但是，法律一经颁布实施，就不再是立法者所能完全操控的规范，而成为一种“生命有机体”。法彦有云：立法的理由不存在了，法律也就会消失。只要有合适的“土壤”、“养料”以及“气候环境”，法律这一“有机体”会逐步得到发育，并有机会茁壮成长。否则，就可能“枯萎凋零”，甚至流于消亡。中国刑事诉讼法所确立的一些制度得到了有效的实施，而也有个别制度受到了普遍的规避，出现了一定程度的“程序失灵”现象，就足以说明这一问题。因此，面对过去和当下的刑事诉讼立法问题，我们有必要总结法律程序形成、发展和改革的经验和教训，提炼出一些经得起时空考验的立法规律。

作为一部程序法，刑事诉讼法在修改过程中究竟要考虑哪些基本因素呢？从形式上看，法律程序就是指一系列具体的方法、步骤、程式，带有“技术性手续”的意味。但实际上，在任何法律程序的背后，都有一些基本的价值

理念在发挥着指导作用。刑事诉讼法的制度安排和实施效果一旦违背某一方面的价值理念，就可能出现问题。因此，研究刑事诉讼法的修改问题，首先要考察哪些主流的价值理念究竟有哪些具体要求，现有的程序设计是否符合这些价值观念。其次，作为一部程序法，刑事诉讼活动是由一系列国家专门机关和当事人共同参与下进行的，刑事诉讼法需要对这些机关和当事人的诉讼地位作出适当的设置，对其法律关系作出适当协调。再次，对于那些违反法律程序、剥夺当事人基本权利的行为，刑事诉讼法应当确立必要的权利救济机制。最后，法律的目的不在于颁布，而在于得到有效的实施。而要使一种新的刑事程序得到实施，而不至受到规避、搁置或者架空，立法者就要尽量将那些在司法实践中行之有效的制度，特别是经历过反复试验的制度，吸收到成文法之中。不仅如此，刑事诉讼制度的改革还必须在现行宪政体制框架下进行，既不能突破现行宪政框架，也不能使公民的宪法权利受到无理侵犯。立法者只能在现行宪法所限定的范围内展开刑事诉讼法修改活动。

笔者拟从五个方面对法律程序构建中所要考虑的主要因素做出分析。笔者将首先讨论法律程序构建的价值理念，然后分析程序法的内在构造体系、救济机制，最后讨论刑事诉讼法修改的经验基础和宪政根基。在笔者看来，无论是重新设置诉讼程序，还是调整有关制度，都应当至少经受这五个方面的检验。

## 二、法律程序构建的理念基础

按照传统的刑事诉讼理论，法律程序的构建需要实现三个方面的价值：一是内在价值，也就是刑事程序本身所具有的内在优秀品质，又称为“程序的正义性”；二是外在价值，也就是刑事程序在实现好的实体裁判结果方面的效用，又称为“程序的工具性”；三是经济效益价值，也就是刑事程序可以最少的诉讼成本投入，获取最大的诉讼效果，又称为“程序的经济性”。任何一种刑事程序的构建和改革，都需要同时保障这三项价值目标的实现，并对其关系做出适当的协调。否则，刑事诉讼立法就有可能存在偏差，甚至产生正当性、合法性的危机。

但是，在以上三种诉讼价值之外，还有两种新的价值理念逐渐出现在刑事程序之中，成为我们评价特定刑事程序的价值标准：一是“程序的和谐

性”，二是“程序的诊疗性”。前者主要是在刑事和解程序中适用的价值理念。对于那些被害方与被告方达成赔偿和解协议的案件，检察机关可能做出不起诉的决定，法院则可以在量刑上做出宽大的处理。通过刑事和解过程，被害方在获得高额民事赔偿的同时，获得了被告方的真诚悔罪和谢罪，被告方在得到被害方谅解的同时，可能获得较为宽大的刑事处理。同时，双方的和解还大大减少了上诉率，急剧降低了被害方提起申诉、信访的比率，双方大都相互谅解，不再结为世仇，甚至就连被告人再犯新罪的比率都大幅度下降。很显然，那种通过适度的妥协达成和谐的理念，逐渐成为刑事诉讼所要实现的一种独立价值。

而“程序的诊疗性”则主要出现在未成年人司法程序之中。在这一程序中，司法机关根据“教育、感化、挽救相结合”的原则，将未成年被告人视为需要特殊监护的限制行为能力人、在成长中行为越轨的学生以及犯有疾病的患者，使未成年被告人在诉讼过程中受到有效的关爱、教育和矫治，从而尽可能重新回归社会，成为一种摒弃越轨行为习性、遵守社会规范的公民。因此，那种以关爱和治疗为中心的理念，逐渐成为一种特殊的诉讼价值。

由此，在刑事诉讼法修改过程中，我们至少需要考虑五个方面的价值理念，将这些理念确立为刑事诉讼活动所要达到的目标，同时也将其视为评价法律程序优劣得失的主要价值标准。这样，我们对于法律程序的“合理性”、“正当性”的评价，就具有了相对客观的标准和尺度。

### （一）程序的正义性

为保障程序的正义性，刑事程序的设计应当满足程序正义的基本要求。

2012年刑事诉讼法对审判程序的设计在很多方面体现了程序正义的要求。例如，该法确立了庭前预备程序，要求法官在开庭前可以召集控辩双方到场，对回避、出庭证人名单、非法证据排除等相关程序问题，了解情况，听取各方意见。相对于过去法官动辄单方面秘密进行庭前准备活动的做法而言，这种“听证式”的预备程序给予各方参与庭审准备的机会。又如，该法将过去针对轻微案件适用的简易程序与被告认罪案件的普通程序进行了合并，确立了一种新的统一的简易程序。法院在适用简易程序过程中，对法庭调查和法庭辩论的诸多程序环节都做出了简化处理，但要求检察机关一律派员出庭

支持公诉。考虑到自1996年刑事诉讼法修订之后，检察机关在大多数简易程序中都没有派员出庭公诉，导致法官独自审讯被告人，事实上形成自审自诉的局面，因此，立法部门恢复公诉人出庭公诉的做法，对于保障法官的中立性、超然性具有积极的意义。再如，该法改进了最高人民法院死刑复核的程序，要求最高人民法院在复核死刑案件时，应当讯问被告人，听取辩护人意见，听取最高人民检察院的意见。相对于过去那种通过阅卷或单方面调查讯问方式进行复核的情况而言，这种新的程序设计无疑加强了复核程序的言词审理属性，为公诉方和辩护方有效参与复核过程提供了机会。

程序正义价值在2012年刑事诉讼法中尽管得到了一定的体现，但并没有得到充分的贯彻。假如按照程序正义所包含的参与性、中立性、对等性、合理性等方面的要求来衡量的话，2012年刑事诉讼法仍然有一些制度设计在正当性上存在问题。最典型的例子莫过于检察机关移送全部案卷材料的程序安排。

按照该法的要求，检察机关向法院提起公诉时，应“将案卷材料、证据移送人民法院”，法院对公诉案件进行审查后，对于“起诉书有明确的指控犯罪事实的”，应当决定开庭审判。这样，2012年刑事诉讼法就取消了对检察机关移送案卷范围的限制，将实行十余年的移送“证人名单”、“证据目录”和“主要证据复印件或者照片”的制度予以废除，恢复了1979年刑事诉讼法有关全案移送案卷材料的制度。

应当承认，这种对案卷移送制度的恢复，可以充分保障辩护人的阅卷权，使其在防御准备方面获得更多的便利。但是，这种对案卷移送制度的全面恢复，也有着较大的法律风险。笔者担心，随着案卷的全面移送，法官事先查阅、研读了公诉方的案卷材料，对侦查人员收集的证据有了先入为主的了解，对被告人构成犯罪这一点形成预断，就将很难保持中立性和超然性。甚至那种在1996年以前一度得到泛滥的“先定后审”现象，很可能随着这种移送案卷制度的恢复而逐渐“死灰复燃”，以至于重新带来法庭审判流于形式的问题。不仅如此，面对充满偏见和预断的法官，被告人及其辩护人要想说服法官接受本方的辩护观点，将变得更加困难。辩护律师将会发现，自己的对手除了有那个坐在公诉席上的检察官以外，还有那些对被告人构成犯罪已经深信不疑的法官。

## （二）程序的工具性

要实现刑事程序的工具性价值，立法者需要通过程序安排，确保裁判者采纳那些可靠的证据，避免事实认定的错误，防止冤假错案，同时正确适用刑事实体法，规范和限制法官的自由裁量权。换言之，通过诉讼程序的设计保障裁判结果的正确性和合法性，是法律程序发挥其工具价值的标志。

2012年刑事诉讼法为审核证据的真实性、解决冤假错案问题做出了一些积极努力。首先，鉴于刑讯逼供是造成冤假错案的重要原因，该法在预防刑讯逼供方面确立了一些新的制度。针对司法实践中刑讯逼供多发生在嫌疑人被交付看守所之前的情况，该法要求侦查人员在拘留、逮捕后立即将嫌疑人送看守所羁押，并要求在将嫌疑人移送看守所以后，侦查人员一律在看守所内进行讯问。同时，该法还确立了对讯问过程同步录音录像的制度。其次，在证据规则方面，该法对侦查终结、提起公诉和作出有罪判决均确立了最高的证明标准，并将“证据确实、充分”解释为三个方面，尤其是提出了“综合全案证据，对所认定事实已排除合理怀疑”的严格要求。这种对有罪判决所提出的证明标准的严格要求，对于避免那些事实不清、证据不足的案件被认定为有罪，提供了制度保障。再次，该法确立了非法证据排除规则，使得那些通过刑讯逼供等非法方法获取的嫌疑人、被告人供述以及通过暴力、威胁等非法方法所获取的其他言词证据，都应被排除于法庭之外。同时，该法对那些违反法定程序收集的实物证据，可能严重影响司法公正的，也确立了排除性的后果。最后，该法对证人、鉴定人、侦查人员出庭作证做出了更为明确的要求，对辩护律师的会见权、阅卷权、调查权、庭审质证权加强了程序上的保障，等等，这都有助于加强对公诉方证据的审查判断，对于减少刑事误判有着积极的作用。

尽管在成文法律设计上有了上述明显的进步，但这些新制度能否在实践中得到有效的实施，这是不无疑问的。与此同时，在避免出现伪证、防止冤假错案方面，2012年刑事诉讼法仍然存在一些明显的不足和缺憾。例如，该法尽管将适用法律援助的案件范围扩大到可能判处无期徒刑以上刑罚的案件，并要求这些案件在整个刑事诉讼过程中都适用法律援助，但总体说来，那些能够适用法律援助的案件范围仍然太小。除了那些嫌疑人、被告人为未成年

人或者聋哑盲人的案件以外，基层法院审理的大多数刑事案件都不符合法律援助的条件。可想而知，在大多数被告人无法获得律师辩护的情况下，诸如非法证据排除、对证人、鉴定人的当庭质证以及申请重新鉴定等方面的程序，将变成根本无法实施的制度安排。没有律师的参与，要保证被告人在选择简易程序上的自愿性和明智性，也是极其困难的。笔者百思不得其解的是，在我国律师人数越来越多、律师的法律业务竞争越来越激烈的情况下，在我国各级政府财政状况大都明显改善的背景下，立法部门为什么不将法律援助的范围作出较大幅度的增加呢？又如，冤假错案的发生不仅有刑讯逼供方面的原因，还有错误鉴定、不规范的辨认、违法进行的勘验检查等方面的因素。立法部门对刑讯逼供的防止和遏制做出了较大的立法努力，这是值得称道的，但为什么不对鉴定、辨认、勘验、检查等容易造成刑事误判的诸多程序环节都作出严格规范呢？再如，法庭审判的流于形式以及两审终审制的名存实亡，是造成冤假错案发生的主要原因。该法恢复了案卷笔录移送制度，允许一审法官在全面阅卷后再启动法庭审理程序，这难道不会造成法庭审理流于形式、控辩双方的举证、质证和辩论程序形同虚设吗？不仅如此，该法对二审开庭审理仍然设置了诸多的程序限制，尤其是将二审开庭的决定权交给二审法院，这种制度设计将很难对二审法院开庭产生较大的影响，二审法院的开庭审理范围将很难得到实质性的扩大。而诸如杜培武案、余祥林案、赵作海案等一系列冤假错案的发生，不都有二审不开庭审理这一诱因吗？

### （三）程序的经济性

要实现程序的经济效益价值，立法者在设计刑事程序时就应追求诉讼成本的节约和诉讼收益的扩大。具体而言，通过相对确定的诉讼成本投入，获得办案数量的最大化，或者在办理特定数量的刑事案件过程中，力求诉讼成本投入的最小化，这都是刑事诉讼效益得到提高的显著标志。当然，单纯追求程序的经济性价值，也会带来负面的效果。立法者在提高诉讼效率、降低诉讼成本方面也应有所节制，尤其要对诉讼资源给予合理的配置，使那些重大、复杂或者争议较大的案件通过较为正规的法律程序来加以解决，而对那些案情简单、轻微或者争议不大的案件则按照简易的方式加以处理。

2012年刑事诉讼法对一些新制度的设计显然考虑了程序的经济性价值的

要求。例如，该法将原有的适用于轻微案件的简易程序与被告人认罪的普通程序予以合并，重新构建了一种新的简易程序。具体来说，基层法院审理的案件，案件事实清楚、证据充分，被告人承认自己所犯罪行，对指控的犯罪事实没有异议，并且被告人对适用简易程序没有异议的，法院可以适用简易程序。适用简易程序审理案件，对可能判处三年有期徒刑以下刑罚的，可以组成合议庭进行审判，也可以由审判员一人独任审判；对可能判处的有期徒刑超过三年的，应当组成合议庭进行审判。适用简易程序审理的公诉案件，人民检察院应当派员出庭支持公诉。法庭调查和法庭辩论程序要加以简化。又如，在审判期限方面，适用简易程序审理案件，法院应在受理后二十日以内审结；对于那些可能判处三年以上有期徒刑的案件，审理期限最多延长至一个半月。相比之下，对适用普通程序的案件，一审审理期限则最多可以延长至三个月，甚至六个月或者更长。

长期以来，中国刑事诉讼制度一直以诉讼程序过于简化、当事人权利难以得到保障而受到各方面的诟病。尽管如此，这一制度中照样存在诉讼资源分配不合理、轻微案件的处理程序过于繁杂的问题。这一方面造成轻微案件的诉讼过程效率不高，占用了大量的司法资源，另一方面也导致在那些重大案件的诉讼过程中，结案周期过于压缩，投入的司法资源明显不足，当事人的权利得不到有效的保障。结果，公正与效率无法获得双赢的效果，甚至出现两败俱伤的结局。例如，法律对于轻微案件和重大案件没有在诉讼阶段的设置做出任何区分，要求都要经过完整的立案、侦查、审查起诉、审判等程序。从理论上说，一个可能判处非监禁刑的轻微案件与一个可能判处死刑的重大案件，除了在具体程序环节上有所不同以外，在所经历的诉讼程序阶段上可能没有实质性的差异。其实，对那些简单、轻微且控辩双方几乎没有争议的案件，为什么就不能省略一些不必要的诉讼程序呢？比如说，在侦查完成后直接交付起诉，而不再经过专门的“审查起诉阶段”；或者，在检察机关批准逮捕后，直接向法院提起公诉。

又如，对那些适用简易程序的案件，法院目前在定罪审理上并没有真正简化诉讼环节，而存在着不必要的拖延现象。对于被告人自愿认罪、辩护人放弃无罪辩护的案件，法庭竟然准许公诉方逐一宣读、出示指控证据，逐一征求被告人、辩护人的质证意见。在被告人不提出异议、辩护人没有任何意见的情况下，法庭将与指控犯罪事实有关的证据连篇累牍地加以“调查”，浪

费了大量宝贵的开庭时间。结果，等案件进入量刑审理阶段，法庭就显得“捉襟见肘”，已经没有充分的时间来安排量刑调查和量刑辩论了。既然如此，为什么不让控辩双方充分利用好法庭之外的时间，对对方的主张和证据进行了解呢？辩护方通过阅卷全面了解公诉方的证据之后，假如对定罪问题没有任何异议的话，法庭何必再来安排双方进行毫无意义的“法庭调查”呢？

再如，基层法院审判的大多数案件，都是被告人自愿认罪的案件。对这些案件即便在定罪方面适用简易程序，在量刑环节上也存在着一个案件分流的问题。假如对所有案件都适用统一的量刑审理程序，允许公诉方提出量刑建议、被害方提出量刑意见、被告方提出量刑意见，法庭组织各方进行量刑调查和量刑辩论的话，那么，对那些情节简单、争议不大的案件，同样会造成不必要的诉讼拖延。既然如此，对那些被告方没有提出任何新的量刑情节的案件，法庭为什么不能举行一种“流水作业”式的量刑程序呢？比如说，允许同一公诉方在同一时间内将若干件案件一并起诉，法院安排同一合议庭或独任法庭连续不断地开庭审理，并逐一当庭作出判决。这岂不比现行的审理方式更能提高诉讼效率吗？

#### （四）程序的和谐性

按照程序和谐性价值的要求，刑事诉讼不仅要在过程和结果上实现正义价值，而且还要追求被告方与被害方矛盾的化解，使得那些为犯罪所破坏的社会关系得到修复，避免因双方矛盾的持续激化，而出现结为世仇、重新犯罪、申诉信访等影响社会和谐稳定的问题。这一价值理念高度重视被告方、被害方的心理需求，使双方的利益诉求都得到尊重和体现，使双方更加充分地参与到案件的解决过程之中，而不是像过去那样仅仅充当消极等待国家裁判、被动承受国家处置的当事者。

2012年刑事诉讼法对刑事和解程序的确立，在很大程度上考虑了程序和谐性价值的要求。对于较为轻微的公诉案件，被告方自愿真诚悔罪，通过向被害人赔偿损失、赔礼道歉等方式获得被害人谅解，被害人自愿和解的，双方可以达成和解协议，公安机关、检察机关对此类案件可以提出从宽处理的建议，检察机关可以作出不起诉的决定，法院还可以做出从轻量刑的裁决。按照这一制度设计，被害方就可以得到被告方的真诚悔罪和积极赔偿，被告方也可以获得

司法机关的宽大处理，甚至免除刑事责任。这对于增进双方的互谅互让、避免矛盾的激化、有效解决被害人的赔偿问题，都将产生积极的社会效果。

但是，对刑事和解适用范围的制度安排，显示出立法者对这一制度的积极作用还持一种犹疑不定的态度，也体现了一种对被害人充分参与诉讼之负面效果的忧虑。假如立法者只允许对那些轻微刑事案件适用刑事和解程序，那么，在那些重大刑事案件（甚至可能判处死刑的案件）的诉讼过程中，假如被害方与被告方达成了这种和解协议，法院是不是就不能做出“宽大处理”了呢？反过来说，假如法院对那些可能判处重刑的案件适用了刑事和解程序，这岂不意味着法院“违反法律程序”了吗？

其实，对于任何刑事案件，无论轻微案件还是重大案件，司法机关都应鼓励被告人真诚悔罪、积极赔偿并取得被害方的谅解，也都应促使被害方与被告方积极达成和解协议，并在最终的刑事处理上给予被告人一定的宽大对待。这一点已经为最高人民法院的司法解释所确立，其积极效果也为我国近年来的司法实践所验证。从理论上说，被告人真诚悔罪本身，就是一种酌定从轻量刑情节；被告人积极赔偿辩护人，并及时履行赔偿义务，这本身也会减轻被害人的痛苦和负担，使得被害方摆脱经济上的困境，这也是降低犯罪所带来的社会危害性的标志；双方达成和解协议，消除了结为世仇、重新犯罪乃至矛盾激化的可能性，这对社会的安宁和稳定也是一种积极的贡献。这些岂不都说明刑事和解不仅在实践中取得了积极的社会效果，在理论上也属于重要的从轻量刑理由吗？

当然，要实现程序的和谐性价值，仅仅依靠刑事和解还是远远不够的。这一理念还应当被贯彻到一系列诉讼程序之中。例如，在量刑程序中，遇有被害人要求参与审理过程的，法庭应充分保障被害人的诉讼权利，允许其提出新的量刑情节和量刑证据，听取被害人的量刑意见，并在裁判文书中充分说明量刑的理由，使得量刑裁决结果体现被害人的参与和影响。唯有如此，才可以减少被害人对法院量刑裁决的抵触，减少不必要的申诉或信访。又如，刑事诉讼法应当对附带民事诉讼制度作出全面的改革，在赔偿范围上改变那种只赔偿“物质损失”的规定，增加惩罚性赔偿和精神损害赔偿的内容；在审理程序上，可以考虑在部分被害方（附带民事诉讼原告人）强烈要求的情况下，将附带民事诉讼改变为独立的民事诉讼，由民事法庭对民事赔偿问题进行独立的审判；在执行方面，应当强化附带民事诉讼的“财产保全”和“先予

执行”程序，做好判决前对被告方财产的查封、扣押、冻结工作，使那些有赔偿能力的被告人尽可能及时作出赔偿。唯有如此，才可能避免被害人因为法院拒绝其赔偿请求或者法院对民事判决执行不力而提出申诉、信访问题。再如，对于那些被告人没有赔偿能力、双方无法达成和解协议的案件，被害人确因受到犯罪侵害而陷入困境的，法律应对其提供“被害人国家司法救助”。这对于避免矛盾激化、维护社会和谐稳定，也是非常重要的制度保障。

### （五）程序的诊疗性

未成年人刑事案件诉讼程序在中国刑事诉讼制度中的确立，显示出一种以关爱和治疗为核心的诊疗性价值得到法律的承认。对于那些身心发育并不成熟的未成年被告人而言，过分强调不枉不纵、严刑峻罚是没有太大意义的，而仅仅重视对其辩护权的保障以及对程序公正性的维护也是远远不够的。而只有将教育、感化、治疗的因素贯穿于未成年人刑事案件诉讼程序之中，使得那些未成年被告人的利益受到更为周到的关注，也使得他们顺利地得到行为上的矫治，回归社会，这才是未成年人刑事司法所要实现的主要目标。

2012年刑事诉讼法对未成年人刑事案件诉讼程序的专章规定，不仅对中国法院长达26年的未成年人刑事司法改革经验进行了吸收，使那些较为成熟的改革成果被上升为国家法律规范，而且通过承认未成年人刑事司法改革的合法性，对这一领域的进一步改革提供了法律上的支持。该法确立了“教育、感化、挽救”的方针，规定了“教育为主、惩罚为辅”的原则，强调对未成年被告人严格适用逮捕措施，对受到羁押的未成年被告人采取分管分押的制度；法律高度重视未成年被告人的诉讼权利，要求在讯问和审判时，通知未成年被告人的法定代理人或者其他足以起到法定代理人作用的代表到场参与。尤其值得重视的是，该法确立了附条件不起诉制度，并针对未成年人刑事案件适用了犯罪记录封存制度。

这些新的制度大都属于对一些较为成熟的改革经验的事后确认。这些带有原则性和宣言性的条文表述，对于未成年人刑事案件诉讼程序可能无法起到直接的规范作用。尤其需要指出的是，立法者对于26年来中国未成年人刑事司法改革成果的总结是不完整的，对于未成年人刑事案件诉讼程序的特殊性也是重视不够的。还有不少为少年法庭试行多年的制度尚未受到应有的重

视。例如，那种已经实行20多年的“圆桌审判”和“法庭教育”制度，是体现“教育、感化、挽救”方针的制度载体，很多法官都形成了一套行之有效的法庭教育经验。这一点在这部法律中没有得到任何体现。又如，在未成年人刑事案件诉讼程序中得到普遍实行的社会调查报告制度，在这部法律中也没有受到应有的重视。该法只是简单地要求公安机关、人民检察院、人民法院“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”，却没有赋予社会调查报告以独立的证据地位，也没有对社会调查员的资格、出庭作证等问题做出任何规定。再如，该法确立了附条件不起诉制度，赋予检察机关对未成年犯罪嫌疑人更大的矫正责任。应当说，附条件不起诉确实是我国检察机关创造的一条改革经验，但与这一制度相辅相成的还有法院的“暂缓判决”制度。这部法律只确立了附条件不起诉制度，却对暂缓判决制度没有给予重视，这就意味着未成年犯罪嫌疑人的矫正责任要更多地由检察机关来承担。这一点显然与我国检察机关的法律地位不相符合，也无法发挥法院在观护和矫正方面的作用。

另外，未成年人刑事司法改革中还存在一个瓶颈问题，那就是未成年犯罪嫌疑人、被告人的羁押率太高，以至于造成未成年人犯罪嫌疑人、被告人一经批捕就很难适用非监禁刑的局面。一般而言，法院高度重视未成年人刑事司法改革问题，但检察机关、公安机关对这种程序的特殊性没有给予足够的重视，对未成年人刑事案件的逮捕条件没有进行严格限制，使得未成年人刑事案件的批捕率与成年人案件没有实质的区别。结果，面对那些已经被羁押几个月的未成年犯罪嫌疑人、被告人，法院纵有适用非监禁刑的想法，也不得不迁就检察机关逮捕羁押的现实，以至于对其判处长短不一的监禁刑。而短期监禁刑的科处，不仅矫正效果并不理想，而且还会使未成年犯罪人受到刑罚执行场所的“二次感染”。2012年刑事诉讼法尽管强调对未成年人刑事案件“严格限制适用逮捕措施”，却没有在逮捕条件、逮捕程序和羁押期限方面制度任何特殊的规则。这显然是一个令人遗憾的制度设计。

### 三、刑事诉讼构造的诉讼化

在构建法律程序过程中，除了要考虑价值导向的因素以外，立法者还需

要确保刑事程序具有基本的诉讼构造。具体而言，参与刑事诉讼活动的各方要具有适当的法律地位，并形成相互制衡的法律关系。作为国家专门机关旨在解决被告人刑事责任的活动，刑事诉讼活动的主要参与者可以分为国家专门机关与嫌疑人、被告人及其辩护律师双方。其中，国家专门机关又可以分为刑事追诉机关、审判机关与执行机关。在侦查、审查起诉、审判和执行程序的设计中，不可避免地要牵扯到这些机关的法律关系要重新加以调整的问题。而为了保障被追诉者的辩护权，刑事诉讼法也需要确立他们的诉讼主体地位，使辩护方通过行使诉权对裁判者形成有效的制约，同时使被告方的辩护活动具有切实的效果。下面依次对这些问题做出理论上的分析。

### （一）权力的分离与制衡

“在刑事诉讼中，法官、原告和辩护人都集中到一个人身上，这种集中是和心理学的全部规律相矛盾的。”<sup>①</sup> 马克思的这句名言揭示了刑事诉讼中权力分离与制衡的重要性。德国法学家拉德布鲁赫也指出：在刑事诉讼中，假如原告就是法官，那只有上帝才能充当辩护人。<sup>②</sup> 这也显示出刑事诉讼中的权力集中，会直接导致被告人在行使辩护权方面陷入困境。

为了避免国家公权力的滥用，防止被追诉者的权利受到任意侵犯，立法部门在制定和修改刑事诉讼法时，必须确立基本的权力分离与平衡机制。在这一机制中，追诉权与审判权的分离是最重要的制度安排。具体而言，负责刑事追诉的官员不得享有司法裁判权，而负有司法裁判职能的法院则不能承担追诉犯罪的使命。这对于审判程序和审判前程序的设计都是适用的。在审判程序中，法院不得代行追诉犯罪的职能，尤其不能超出检察机关起诉的范围，而对那些未经起诉的人、案件事实加以审理，不得随意变更检察机关起诉的罪名。而在审判前程序中，那些涉及限制、剥夺公民人身自由和基本权利的强制性侦查措施，只能由那种不负责刑事侦查的机构来加以授权、审批或者作出决定，使得强制措施的申请权、决定权和执行权发生分离。否则，无论是逮捕、拘留、监视居住还是搜查、查封、扣押、技术侦查，都有可能遭到滥用。

<sup>①</sup> 参见《马克思恩格斯全集》第一卷，中文版，人民出版社，第30页。

<sup>②</sup> 参见〔德〕拉德布鲁赫：《法学导论》，中文版，中国大百科全书出版社1997年版，第121页。

另一方面，在执行程序中，对刑罚及其执行方式的变更权属于司法权，而对生效刑罚付诸实施的权力则属于行政权，这两种权力应当在行使主体上发生分离，而不应由同一国家机构来集中行使。其中，减刑属于对法院生效判决所作刑事处罚的变更，而假释、保外就医、监外执行、社区矫正则属于对法院生效裁判所确定的刑罚方式的变更。这些权力都应由司法机构按照司法程序来加以行使，而不能直接交付监狱、看守所或者它们的上级主管部门自行加以审批和决定。

在刑事诉讼立法过程中，我国立法部门注意贯彻国家权力的分离和制衡的理念，避免了刑事追诉权、审判权和执行权的过分集中。在2012年刑事诉讼法所确立的制度中，这一理念也得到一定程度的体现。例如，对于适用简易程序的案件，要求检察机关一律派员出庭支持公诉；最高法院复核死刑案件，要听取最高检察院的意见；对于减刑、假释和暂予监外执行，检察机关可以向法院或其他批准机关提出书面意见，等等，就都加强了不同专门机关的相互制约。

但是，无论是在侦查领域还是在执行程序中，追诉权与裁判权、执行权与裁判权高度集中的现象仍然是存在的。这些问题长期以来受到社会各界的批评，被视为中国司法体制改革的重要课题。例如，看守所由公安机关直接管理，就带来未决羁押权与侦查权的集中问题；侦查机关自行审批和决定拘传、取保候审、监视居住、刑事拘留等强制措施，也带来了侦查权与对人身自由的剥夺权的集中问题；侦查机关自行决定实施搜查、查封、扣押、辨认等强制性侦查手段，也带来了侦查权与对公民基本权利的剥夺权过于集中的问题。又如，在监狱或看守所服刑的犯罪人，要办理保外就医、监外执行，需要向省级以上监狱管理部门或者地市级以上公安机关报批，而无须由法院通过司法程序加以决定，这又带来了执行实施权与刑罚执行方式的变更权的高度集中问题。再如，作为一种最严厉的强制措施，逮捕至今仍然由检察机关批准或者决定，这在公安机关负责侦查的案件或许是具有合理性的，但对那些由检察机关自行侦查的案件而言，检察机关对同一案件自行决定逮捕、自行侦查、自行提起公诉，这种将多项权力高度集中于一身的情况，使得逮捕成为一个容易出现权力滥用的领域。当然，在检察机关自行侦查的案件中，逮捕的批准权已经不再由负责侦查的检察机关自行决定，而是交由上一级检

察机关批准，这在一定程度上加强了权力的制衡，但检察机关权力集中行使的问题依旧存在。

此外，2012年刑事诉讼法明确授权公安机关对多种严重犯罪案件可以“采取技术侦查措施”，检察机关对于重大贪污、贿赂以及利用职权实施的严重侵犯公民人身权利的犯罪案件，也可以“采取技术侦查措施”。这些技术侦查措施可以由公安机关、检察机关自行审批、自行实施，而无须征得其他国家机关的批准；这些技术侦查措施自批准决定签发之日起三个月内有效，还可以经过侦查机关批准，延长有效期，而且每次批准延长的有效期可达三个月。

应当说，包括窃听、窃录、手机定位、电子邮件监控等在内的技术侦查措施，对于公民的隐私、人格尊严等宪法权利都可能造成不同程度的侵犯。从保障侦查破案的角度看，当然是公安机关、检察机关对自行侦查的案件进行自行审批，这是最为便利、也是最有效率的。但是，站在公民权利保护的角度，我们也会对这种制度设计所带来的国家权力滥用问题表示担忧。其实，要做到有效侦查与保障权利之间的平衡，就要对技术侦查权确立基本的制约与平衡机制。比如说，对于公安机关负责侦查的案件，公安机关应向检察机关申请采取技术侦查措施，由检察机关负责审批；检察机关负责侦查的案件，检察机关要向法院申请采取技术侦查措施，由法院负责审批。这就犹如公安机关负责侦查的案件，应向检察机关申请批准逮捕一样，并不会带来侦查效率的降低问题，反而会对侦查机关依法适度地行使技术侦查权，产生有效的督促作用。

## （二）被追诉者的主体地位

2012年刑事诉讼法对“禁止强迫任何人自证其罪”的原则性宣示，激发了人们对确立沉默权制度的立法期望。然而，嫌疑人对侦查人员的提问“应当如实回答”的条款依然得到了保留，而这一直接来自“坦白从宽，抗拒从严”政策的法律条款，所剥夺的不仅是嫌疑人保持沉默权的自由，而且还包括嫌疑人有效辩护的权利。而从司法实践的情况来看，嫌疑人、被告人一旦保持沉默，或者不认罪、提出无罪辩护意见的，都有可能被视为“认罪态度不好”或者“无理狡辩”，法院可将此作为从重量刑的情节。这显然意味着，嫌疑人、被告人保持沉默或者积极行使辩护权的行为，会招致严厉的惩罚。