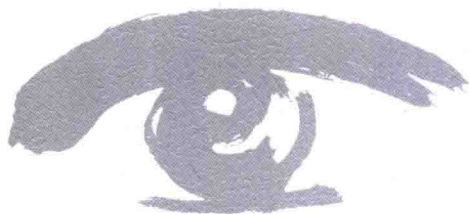


在理论的边际

——检察官眼中的新刑事诉讼法实施

主 编 于南生
副主编 蔡福华



ZAI LI LUN DE BIAN JI
JIAN CHA GUAN YAN ZHONG DE XIN XING SHI SU
SONG FA SHI SHI

中国检察出版社

在理论的边际

——检察官眼中的新刑事诉讼法实施

主 编 于南生
副主编 蔡福华



ZAI LI LUN DE BIAN JI
JIAN CHA GUAN YAN ZHONG DE XIN XING SHI SU
SONG FA SHI SHI

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

在理论的边际：检察官眼中的新刑事诉讼法实施 / 于南生主编. —北京：中国
检察出版社，2014. 9

ISBN 978 - 7 - 5102 - 1251 - 2

I. ①在… II. ①于… III. ①刑事诉讼法 - 中国 - 文集 IV. ①D925. 204 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 174617 号

在理论的边际

——检察官眼中的新刑事诉讼法实施

主编 于南生 副主编 蔡福华

出版发行：中国检察出版社

社 址：北京市石景山区香山南路 111 号 (100144)

网 址：中国检察出版社 (www.zgjcbs.com)

编辑电话：(010)68658769

发行电话：(010)68650015 68650016 68650029 68686531

经 销：新华书店

印 刷：三河市兴华印务有限公司

开 本：720 mm × 960 mm 16 开

印 张：22.25 印张

字 数：406 千字

版 次：2014 年 9 月第一版 2014 年 9 月第一次印刷

书 号：ISBN 978 - 7 - 5102 - 1251 - 2

定 价：56.00 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

序

修订后的《刑事诉讼法》已经实施近两年时间，其实施效果如何？包括本人在内的全体刑诉法学者都非常关注。呈现在读者面前的这部《在理论的边际——检察官眼中的新刑事诉讼法实施》一书，是一群来自检察工作第一线的检察官们的集体心力之作。全书在主编于南生、副主编蔡福华的精心组织和策划下，围绕福建省莆田市检察机关贯彻实施修订后的《刑事诉讼法》所面临的八个重大问题，展开了全面深入的研究。因此，当出版社编辑将这部书稿送审时，本人如获至宝，迫不及待地仔细阅读，读后收获甚丰。

予观察，本书有如下几个鲜明特点：

第一，本书具有强烈的问题意识。全书紧扣修订后的《刑事诉讼法》中与检察工作有关的一些重大问题进行研究，例如技术侦查的規制问题、监视居住的功能定位问题、辩护权的保障问题、证据规则问题、证人与鉴定人出庭问题、审判程序的繁简分流问题以及刑罚执行监督问题等。这些问题都是本次《刑事诉讼法》修改的重点。全书围绕这些问题，分二十个子课题展开研究。既把握了刑事诉讼法修订的重点精神，又反映了贯彻实施刑事诉讼法所面临的突出问题，非常有针对性。

第二，本书具有开阔的学术视野。作者在研究相关问题时，不仅注意吸收理论界的最新研究成果，而且注意介绍和借鉴国外比较成功的立法例；不仅从立法层面探寻法律的精神，而且从司法层面追问法律的实然状态；不仅注重规则的静态样式，而且注重规则的动态运行；不仅对谋篇布局进行合理安排，而且对具体文字及逻辑展开严格要求。所有这些都表明作者具备较高的学术素养，是本书能够顺利完成并得以出版的基本保障。

第三，本书具有公正的学术立场。本书的作者虽然都是检察官，但他们却坚守检察官的客观义务，非常注重刑事诉讼法中有关人权保障条款的有效实施。正是由于坚持这样的学术立场，才能提出技术侦查措施进一步规制的构想，才能强调指定居所监视居住去监禁化，才能要求保障自侦案件侦查阶段的律师辩护权，才能重视证人和鉴定人出庭，才能呼吁少年司法与刑事和解中的

人文关怀。

第四，本书具有科学的研究方法。本书各课题的研究，采取了实证研究的方法，书中所引用的大量案例和数据，都是来源于福建省莆田市检察系统近两年的工作实践。这些案例和数据不仅是他们进行研究的立论依据，也对全国检察系统如何贯彻实施刑事诉讼法，具有很好的示范效应。

诚然，书中所介绍的很多问题的确仁者见仁，智者见智，书中作者的有些观点也可能尚存争鸣和讨论的空间，然而正如本书的书名所喻示的那样，理论的边际效应一定会在不断探索中逐步释放。

故书写以上几段文字，是为序！

北京大学法学院教授，中国刑事诉讼法学研究会副会长



2014年8月于北大燕园书斋

汲汲于法 孜孜于行（代前言）

一、起点：缘起

《老子·德经》有言：“其政闷闷，其民淳淳；其政察察，其民缺缺。”意思是说，国家政治宽厚清明，人民就淳朴忠诚；国家政治苛酷黑暗，人民就狡黠抱怨。法乃公器，是管理国家的基本手段，法的善恶好坏，直接反映政的宽厚苛酷。作为“小宪法”的刑事诉讼法与每个公民息息相关，在我国法律体系中的重要地位不言而喻。一部“察察”的刑事诉讼法，不仅无法有效地打击犯罪，反而会降低法律权威、损害公平正义；一部“闷闷”的刑事诉讼法，尽管对公权力和私权利分别进行了诸多的限制和保障，比如禁止刑讯逼供、非法证据排除、保障沉默权和辩护权等，却能引导司法机关和司法官们用看得见的方式去实现正义，实现作为“人权保障法”的制度价值。

禁察察，行闷闷。禁的是黑监狱、“躲猫猫死”、秘密拘捕，行的是诉讼程序、规范权力。刑事诉讼法十六年磨一剑，千呼万唤终于剑成出鞘，如今行遍“江湖”一年有余。这期间，法治的天空下，我们欣赏到“大漠斜阳，秋水共长天一色”的磅礴壮丽，也发现了“落落寂寂，霾影与暗淡齐扰”的忧伤困惑。作为法律人，尤其是一群终日与刑事诉讼打交道的检察官，总会不由自主地想说点什么、写点什么，并借此机会，让思想重新接受一次理论的滋润，让思维和理解能力得到升华。于是，在领导和前辈的关心、召集、指导和帮助下，我们开始了这次平凡却富有意义的尝试。正是：举杯邀同行，煮酒论正义；纸上与躬行，试探活渠水。

由分州市人民检察院组织编写刑事诉讼专业论文集，这在福建省尚属首次，放眼全国也为数不多，此举可谓意义深远。

首先，也是最重要的一个原因，分州市以下检察院是检察机关的基石，全国大约80%的检察官在基层，他们承担着全国80%的案件业务。从这个意义上讲，基层检察官的业务水平决定着全国检察机关的司法效果，基层检察官的法律信仰决定着全国检察机关的法治化程度。基层检察官对法律的理解和对实

践的认识，其灵感往往闪现于一边执法一边思考的过程，因而更为具体、更接地气，这理应受到并且也值得引起理论界和实务界的重视。所以，当学者们站在高高的理论山上拨云见日时，不妨也俯下身去看看基层检察官们又是如何指点迷津的。如同诗歌《断章》所写的那样：“你站在桥上看风景，看风景的人在楼上看你。明月装饰了你的窗子，你装饰了别人的梦。”法律职业的不同角色之间同样应当是平衡相对、彼此依存的，我们此举，是希望借助书籍的平台，把基层检察官对法律的理解、建议乃至困惑与更多的法律人分享，以期互有促进。

此外，从刑事诉讼的过程来看，检察院跟刑事诉讼法的关系非常密切，公安机关主要涉及侦查部分，法院主要涉及审判部分，检察院则几乎涉及刑事诉讼的整个过程。与此同时，分州市检察院在检察系统中地位特殊，既有一定的“位高”，又有相当的“权重”；既有较为繁重的办案业务，又有领导指导县区级检察院的职责。所以，尽管我们站在理论的边缘上，但以我们的视角审视刑事诉讼，既能保证一定的理论深度，又能充分发挥实践经验，从而较为全面地阐述新刑事诉讼法中存在的新问题。

当然，对一群并不为人所知的年轻检察官而言，撰写这样一本论文集并非易事。讲理论，我们比不上那些专注于研究的学者；比实践，我们的办案经历还远远称不上是资深检察官。或许是“无知者无畏”，抑或是“初生牛犊不怕虎”，我们这群扎根于基层办案实践、深深嵌在司法实务土壤中的年轻人，凭着一定的检察实践经历，凭着对检察规律的认识、对检察事业的热爱、对检察业务的思考，乐此不疲地穿梭往返于实践与理论的园地，磨砢淬砺，流连忘返。

在过去一年里，我们群策群力、集思广益、通力合作，充分挖掘实务经验，大量阅读文献资料，反复斟酌观点词句。世上无难事，只要肯攀登。坚持中，山重水复疑无路，柳暗花明又一村。正是凭着一种“三个臭皮匠顶个诸葛亮”的勇气、信心和韧劲，我们从愿景不断走向现实。何况，这期间所前进的每一步，都得到了博学多识的于南生检察长的关心和指导，还有我们的指导老师、全国检察业务专家、著书立说已逾150余万字的蔡福华副检察长，他不仅全程主持研究工作，更亲自上阵参与编写。

从学术的角度说，这本书论述了刑事诉讼八个不同领域的问题（包含20个子问题），不过，我更愿意戏谑地说，也希望您捧起这本书时轻松地看到，它讲述了八个不同的故事，分别是：阳光与笼子、自由不能承受之重、认真对待律师、不言而喻、你看到了什么、法律剧场之美、在诉讼的边缘和人文与传统。全书406千字，繁简厚薄，彬彬而适。正所谓：简文不简载检察风云，薄

书不薄藏法治精神。

二、阳光与笼子：关于侦查的那些事

阳光与笼子，在制度学中有着特殊的符号意义。阳光是最好的防腐剂，笼子则是防腐拒腐抵腐的法宝。阳光与笼子，都指向同一个东西——权力，尤其是那些能量巨大、一不留神便成脱缰野马似的权力，侦查权恰恰便是这些诸多特殊权力中的一种。首先，从公权力的介入时间来看，相比于起诉、审判、刑罚执行等权力，侦查权最早介入刑事诉讼，是刑事诉讼的发动者，起诉和审判都是以侦查权的运行成果为基础来展开。其次，从公权力的行使手段来看，起诉、审判都是文职方式，而侦查可谓文武双全、有勇有谋，那些早已成为影视艺术的灵感来源的勘查、技侦、卧底、线人等，说明强大的侦查手段在威慑犯罪的同时，也极易成为侵害公民权利的国家利器。所以，一部彰显现代法治文明的刑事诉讼法必然要将这项特殊的权力置于阳光之下，关进制度的笼子，通过加强对侦查权的规范、制约、监督，让权力运行得明明白白，高效合法。

因此，便有了全书开篇故事里的两篇文章：《检察视野下的技术侦查措施》和《公诉引导侦查的重构》，前者谈检察机关自身的侦查权行使问题，后者分析检察机关如何正确对待公诉引导侦查与公安主导侦查，如何进一步规范公诉引导侦查的问题。

刑事诉讼法修改以前，检察机关如何运用技侦措施查办职务犯罪案件，法律对此并无明文规定，而随着社会的发展进步，职务犯罪的手段、方式日趋专业化、技术化，隐蔽性更强、智能化更高，技侦措施的运用势在必行，修改后的刑事诉讼法对技侦措施的主体、适用范围、程序与期限等都作了明确的规定，推动了检察机关对技侦措施的运用从幕后走向台前。但从现有法律规定来看，技侦措施缺乏完整的要件规制，在主体、程序、监督救济等方面缺乏合理布置，有关技侦措施的法律规范与侦查实践需要很不相称，导致实践运用中存在不少困难。《检察视野下的技术侦查措施》针对检察机关适用技侦措施时所面临的困境，探寻实现技侦措施合法性和有效性的平衡，提出规范有效运用技侦措施的思考和建议。

公诉引导侦查则早已不是一个新提法，但新刑事诉讼法施行后，“老兵”有了“新传”，老问题遇到了新情况。新刑事诉讼法对证据的来源、规格、内容、形式等都规定了更严格的要求，提出了更高的证明标准，也对公诉部门和侦查部门之间的分工、配合、衔接、协作等提出了新的课题。公诉引导侦查作为一项既能实现法律监督又有利于提高案件质量、保障人权的机制，其核心是引导侦查人员及时准确地收集、固定、完善证据体系，提高办案质量和效率。

《公诉引导侦查的重构》从公诉引导侦查的基本理论入手，指出了该项工作机制中的诸多瓶颈问题，如人员配备与专业的界限、检察捕诉分离体制的局限性、重大案件引导侦查的局限性、公诉引导侦查具体规范的局限性等，并从引导主体、范围、介入时间、模式、原则等方面提出建议，进一步规范这项机制，让侦查权的行使更加符合刑事诉讼法的精神和要求。

三、自由不能承受之重：强制措施之问

自由权是人的基本权利之一，强制措施限制或者剥夺的对象正是当事人的自由权。从权利与权力的对比来看，自由权的重要性与强制措施的严厉性形成了巨大的反差，任何强制措施的不当适用都可能直接侵害当事人的基本权利。所以，准确谨慎地运用强制措施是法治文明的重要体现和标志之一。研究表明，有许多国家将这个问题规定在宪法中或至少可以在宪法相关条文中推导出审前一般不予羁押的结论。强制措施，也许在司法官看来只是服务于诉讼的一种法定手段，但在当事人那里，却是自由不能承受之重。

本书第二个故事便由此而来，我们择取了具有典型代表意义的两种强制措施来讨论，即逮捕和指定居所监视居住。逮捕是最严厉的强制措施，社会危险性的审查结果关系到当事人是否被适用逮捕，所以便有了《论社会危险性审查机制》这篇文章。而指定居所监视居住被视为逮捕的替代性措施，而它又是一项特殊的措施，用不好反而会适得其反。所以，我们择取检察机关侦办特别重大贿赂犯罪案件的视角，讨论《指定居所监视居住的正确理解和适用》。强制措施可研究的问题众多，但管中窥豹，略见一斑，这两篇文章代表着我们对这一系列问题的思考，以及对误用、滥用强制措施的追问。

修改后刑事诉讼法在减少逮捕强制措施的适用方面进行了深刻的变革，其中增设以社会危险性审查为内容的羁押必要性审查机制是一大亮点。但由于种种原因，实践中，这种审查机制并没有落到实处，逮捕适用量仍在高位运行，逮捕率甚至较往年不降反升。在《论社会危险性审查机制》中，我们从分析社会危险性审查的必要性出发，总结实践中导致这一审查机制流于形式的原因，比如尚未确立社会危险性证明机制、审查逮捕仍在闭门审案、缺乏多方参与等，并在此基础上，从建立社会危险性证明制度、探索社会危险性证明标准、引进对话机制、完善社会管理方法方式等角度，提出落实该项机制、减少未决羁押的建议。

指定居所监视居住在新刑事诉讼法中得到了较为全面的完善，其作为羁押替代性措施的诉讼功能定位更加清晰。这项制度的设置赋予了检察机关查办自侦案件更为灵活的侦查权，但在实践中也出现了一些问题，比如适用条件不

清、居所性质错位、居所条件不符合规定等。检察机关可以通过严格遵守法定的适用条件、选择合法的执行场所并进行有限的监管、完善适用该项措施的审批机制、注重不同部门单位之间的配合与制约、充分保障当事人的诉讼权利等措施，正确适用法律。同时，我们认为，这项制度在设计上是存在矛盾的，不过如同张明楷老师所说的那样：“法律不是嘲笑的对象，而是法学研究的对象。”^① 我们需要从理论上去总结这些矛盾并予以合理阐述，从而帮助司法实践正确运用这项制度。

四、认真对待律师：保障辩护权

我曾经在网络上读到这样一段话：在强大的国家力量面前，被追诉者简直不堪一击。对于被追诉者来说，不管曾经多么风光骄横，一旦成为被追诉者，都会感觉到手中无力，四顾茫然。这个时候，仅有刑事诉讼法可供利用。刑事诉讼法给了他什么权利，他就只能行使什么权利。允许其保持沉默，他才能保持沉默；允许其聘请律师，他才能聘请律师；允许他的律师做什么，他的律师就只能做什么。

在办案经历中，我深刻地感受到这段话的朴实在理，无论是落马的官员，还是普通的犯罪嫌疑人，他们在刑事诉讼中多是弱勢的，他们大多渴望并相信律师的帮助。而他们的这一心态和司法机关恰恰相反。

司法部门对律师的偏见，原因是多方面的。部分律师在执业中利欲过度，置职业伦理和法律精神于不顾，难免令人反感，加上我们源自传统文化的认识，有意无意之中，往往将律师等同于讼师，而讼师，如同费孝通先生在《乡土中国》一书中所写的那样：“在乡土社会里，一谈起‘讼师’，大家会联想到‘挑拨是非’之类的恶行。”^② 更主要的原因，是由于自身法治观念落后、业务能力不足，对律师介入案件产生了无底气的担心。律师不是讼师，梁治平先生曾指出：“作为法律职业的一种，律师为一个社会的正常运转所必需。”^③ 律师是法律职业的一种，是法律人的一部分，是法治社会不可或缺的组成。从某种意义上说，法治社会，必然是一个需要律师的社会，是一个律师具有较高地位的社会。所以，故事到这里，该讲讲有关律师的事了。

《论阻碍行使刑事诉讼权利的救济机制》从新刑事诉讼法强化辩护权规定入手，分析了侦查阶段律师职权地位的强化和保障，基于律师在侦查环节具有

① 张明楷：《刑法格言的展开》，法律出版社2003年版，第3页。

② 转引自梁治平：《寻找自然秩序中的和谐》，商务印书馆2013年版，第300页。

③ 转引自梁治平：《寻找自然秩序中的和谐》，商务印书馆2013年版，第303页。

独立地位的新情况，就犯罪嫌疑人与司法机关、司法机关与辩护律师、犯罪嫌疑人或被告人与辩护律师这三重关系作了进一步的分析，进而指出，由于长期存在的职权主义的侦查倾向、侦查难度的加大，以及法律制度设计仍缺乏实际可操作性等原因，刑事辩护权的保障机制存在种种漏洞，辩护律师在侦查环节仍然存在委托难、会见难、取证难以及意见不被重视等问题，需要加强检察机关对辩护权的保护，加强提高对妨碍律师执业的救济规定的可操作性，建立健全侦查违法处罚制度。

相比之下，《自侦案件侦查阶段律师辩护权的保障》一文对侦查阶段辩护律师的权利作了进一步的细致讨论，把问题集中在检察机关自侦案件侦查阶段，从理论上探讨了律师在侦查阶段具有辩护人地位的意义，研究了自侦案件侦查阶段辩护权保障存在的问题及其产生的原因，并从检察机关自侦部门自我完善及制度构建两方面进行分析，提出了相应的对策建议。

将辩护律师介入刑事诉讼的时间提前到侦查阶段，这是刑事诉讼法的一大进步，所以这本书选取了侦查阶段律师的权利作为重点进行讨论。不论选取哪个角度，我想当我们在这里写下关于辩护权的故事时，最重要的也是借此向司法同仁们呼吁：请认真对待律师。

五、不言而喻：证据，还是证据

罗马法时代有句格言：不能证明的事实就等于是^①不存在的。如果必须要给刑事诉讼的所有问题或领域排一座次的话，不言而喻，证据是当仁不让的江湖座首。如果让我用最简单的词语形容自己对刑事诉讼或者办案实践的最深感悟，我想说：证据，还是证据。证据是刑事诉讼的核心和灵魂，所有经由诉讼而实现的正义都是通过证据运用及其所证明的法律事实来体现。法律上，凡是没有证据加以证明的事实，一律不应被视为存在或者曾经发生过的事实。

从检察机关自身来说，之所以能在刑事诉讼中身兼法律监督者与犯罪控诉者的双重角色，也正是得益于证据及其证明规则的存在。证据制度给了法律监督和指控犯罪一个客观的标准，无论以哪个角色出演刑事诉讼，检察机关都有这个客观标准而避免了可能出现的主观臆断，避免了既当控诉者又当监督者的角色矛盾。

所以，故事讲到这里，我们的领衔主角也该登场了。这里，我们用三篇文章讨论了证据方面的三个问题，它们分别是：《贿赂案件共同被告人供述证据

^① 陈瑞华：《看得见的正义》，北京大学出版社2003年版，第167页。

的补强规则》、《幽灵抗辩及其排解机制》、《公诉视野下的非法证据排除规则》，下面逐一简要介绍。

口供补强原已有之，修改后的刑事诉讼法在其基础上，增设了印证证明模式，引入了排除合理怀疑的补强标准。但法律对供述证据，特别是共同被告人供述的补强规则仍然没有合理规定，导致在仅有共同被告人供述时，如何适用该规则定罪产生了分歧，给司法实践操作带来了困扰。为此，《贿赂案件共同被告人供述证据的补强规则》在确立一般共犯供述证据补强规则的基础上，择取了具体的类案——贿赂案件的行、受贿被告人的供述证据补强问题进行分析，并对其作了实证研究，提出了贿赂案件被告人口供补强规则的具体建议，也希望对实践中准确运用该规则有所启发。

幽灵抗辩，名字玄乎，其实不然，是指以无法查证的内容提出无罪或者罪轻的积极辩解的一种抗辩策略，具有较难以排除、易动摇心证等特点。如何在新刑事诉讼法的框架下排除和应对幽灵抗辩，做到既查清事实又保障人权，是一个亟待解决的法律问题。在《幽灵抗辩及其排解机制》中，我们通过一个真实案例引出这一概念并对其性质内容作了阐述，对其种类进行划分，结合实际案例和相关数据，对幽灵抗辩的存在现状和可能导致幽灵抗辩效力最大化的要素进行了分析。同时，对被告人举证制度、法院依职权调查制度和事实推定制度这三种幽灵抗辩的传统应对模式进行了比较，指出了各自的缺陷和不足。在此基础上，就幽灵抗辩所面临的新法语境进行了论证。最后，我们先依照合乎经验法则的事实推定来击穿幽灵抗辩的合理性，再通过被告人举证制度来限制幽灵抗辩漫无边际的提出，最终达到排解抗辩的目的，以此尝试去构建一个分层分类的幽灵抗辩排解机制。

非法证据排除规则第一次在刑事诉讼法中得到明确规定，检察机关需要对非法证据的发现、调查、排除承担相应的职责，对庭审出示的证据的收集合法性负有证明责任，这些都对公诉工作提出更高的要求。《公诉视野下的非法证据排除规则》这篇文章结合我们的公诉实务经验，围绕新增检察职能，阐述公诉机关在非法证据排除规则中的角色定位，分析非法证据在司法实践中发现难、认定难、处理难等问题，提出了完善非法证据排除规则的制度构建，从公诉环节非法证据排除规则的发现机制、启动机制、调查机制、认定机制、制裁机制和应对机制方面，尝试对这一系列机制加以完善和强化，促进非法证据排除规则的价值实现。

看了这些，你是否注意到，上面三个问题所涉概念全都源自我国大陆之外。排除合理怀疑标准（beyond reasonable doubt）是来自英美法系的刑事证明标准，其中的“合理怀疑”是指一个普通的理性人凭借日常生活经验对被告

人的犯罪事实明智而审慎地产生的怀疑。补强证据（corroborative evidence）走进我国证据法学研究视野的时间并不长，而西方早在“神示证据制度”时期，公元9世纪，英国的“盎格鲁-萨克逊法律”中“助誓人”（oath-helper）的誓词已被视作补强证据的萌芽。^①非法证据排除规则源自美国“毒树之果”理论，其早在20世纪60年代就确立了“以非法手段获取的证据不应被作为定案依据”的司法准则。“幽灵抗辩”最早则是我国台湾地区一检察官提出。由此可见，关于证据和证明规则的价值理解，各国各地区多是相似相通的，在任何一个法治社会，证据都处在刑事诉讼的中心。注重对域外理论的借鉴和吸收，也是完善我国证据实务和研究的重要途径。

六、你看到了什么：证人与鉴定人

上一个故事讲完，仍然觉得意犹未尽。毕竟，证据牵涉的面那么广，岂能那么容易道明。所以，接下来我们要继续证据的故事，证据家族的两位成员将登场亮相，他们分别是证人和鉴定人。这两个人是很特殊的，一个是亲历案发经过的人，另一个是用专业的眼光看案件情节和细节的人。无论你是法官，或者是被告人，或者只是观众，无论是职责所在，还是追寻真相，甚至只是好奇，我相信，当我们在刑事诉讼中面对他们时，一定都很想问：你看到了什么？

他们告诉我们的，被称为证人证言和鉴定意见。然而，纸质版的证人证言和鉴定人出具的鉴定意见，犹如重播的影视作品，总让人觉得有所欠缺，甚或会担心被人剪辑或是编辑过，因此，我们总是希望看到现场直播。如何做呢？那就把他们请到我们的法庭上来，让他们跟我们一起，当场还原犯罪现场。但长久以来，证人和鉴定人出庭都是难得一见，这两株诉讼上的异卉奇葩历经世人的呼唤却依旧含苞不放，出现这种状况的原因是多方面的，所以，接下来我们就来谈谈《证人出庭作证问题研究》和《鉴定人出庭作证问题研究》。

证人证言是常见且重要的定案证据，证人出庭作证是审判公开原则、质证原则以及直言词原则的内在要求，但证人出庭率低、证人保护缺失等问题一直困扰着理论界和实务界，法律上有关证人出庭条件、拒证责任等关键问题的规定仍然存在空白或有待完善，司法机关对证人出庭作证的重视也不够。我们研究和借鉴了两大法系在强制证人出庭作证、证人拒绝作证、证人保护与作证补偿的经验做法，在新刑事诉讼法确立了关键证人制度的基础上，分析了关键

^① 参见陈立主编：《刑事证据法专论》，厦门大学出版社2006年版，第188~189页。

证人出庭作证的现实必要性及可行性，明确证人出庭的关键案件及关键证人的范围，从强制证人出庭作证、拒证权、证人保护、证人补偿、程序性保障等几个方面，逐一对证人出庭作证制度进行研究讨论，提出完善建议。

鉴定意见同为查明案件事实的重要证据。在《鉴定人出庭作证问题研究》这篇文章中，我们以新刑事诉讼法对鉴定人出庭作证制度的完善为契机，根据福建省司法实践的实际情况，总结了当前鉴定人出庭存在出庭作证率偏低、出庭作证的效果不佳等问题。在此基础上，结合办案经验，从鉴定人不愿出庭作证、公诉和审判职能履行的影响、部分鉴定意见的特殊情况三个方面分析问题产生的原因。最后，我们立足公诉职能，提出了相应的对策建议，包括公诉机关加大庭审外的工作力度，公诉人提高应对庭审策略，强化对鉴定机构、鉴定人的约束和监督等。

七、法律剧场之美：审判程序

每次亲历或是观摩庭审，我常常想到一个词：司法剧场化。^① 可不是吗？从社会学的意义上说，审判也是一种仪式，一种法律化的特殊表演仪式。处于社会组织结构中的法院、检察院、公安机关、律所以及那些鉴定机构、法律援助机构等各司其职，处于人际关系中的审判员、公诉人、律师、被告人、被害人、证人、鉴定人等各饰其角，每个单位、每个角色都需要尊重、至少需要遵守法定或约定的那些顺序、逻辑、语言、动作等要求，去完成一次次的审判。

可以说，每一次审判，都是一部司法剧目；每一次庭审，都是一幕司法剧场的演出，充满、交织着人类理性与情感。从生动的卷宗剧本到庄严的法庭再到那份厚重的文书，在一个特定的空间（法院或者法庭）里，“司法剧场将法律、建筑、语言的审美特性融为一体，使法律原则、法律规则的刚健质朴和间接对称的风格凝固成近乎建筑般的雕塑形态，从而增强法律的庄严肃穆之美，内化人们的法律精神，唤醒人们对法律的信仰和尊敬。”^② 所有这些，正是法律的剧场之美。

所以，当侦查、强制措施、辩护、证据、证人与鉴定人等剧目要素都备好之后，我们该来讨论审判程序的问题了。这里的三篇文章：《试论庭前会议》、《二审程序的证据补查问题研究》、《简易程序诉讼监督的路径选择》，分别讨论的是剧目在彩排、补拍和剪辑中所遇到的问题。

庭前会议制度为新刑事诉讼法首次确立。根据规定，开庭以前，审判人员

① 参见舒国滢：《在法律的边缘》，中国法制出版社2000年版，第84~101页。

② 参见舒国滢：《在法律的边缘》，中国法制出版社2000年版，第93页。

可以召集公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人，对回避、出庭证人名单、非法证据排除等与审判相关的问题，了解情况，听取意见。这一制度在起诉、审判之间植入了中间程序，改变了以往刑事诉讼由起诉直接过渡到审判的状况。《试论庭前会议》首先从界定庭前会议程序的概念入手，厘清其与审判前程序、庭前准备程序之间的区别，指出了庭前会议程序的意义。其次，对过去一年我国刑事庭前会议程序的运行情况进行了实证调研，结合对相关法律工作人员的访谈，分析了现行庭前会议程序存在的问题。最后，着重论述了庭前会议程序完善应遵循的三项原则，并围绕庭前会议启动、议题范围、证据开示、庭前会议程序规则、庭前会议效力、庭前会议监督六个方面，提出了完善庭前会议程序的具体建议，以图充分发挥庭前会议程序的功能和价值。

不同于庭前会议制度，二审程序中的证据补查早已有之。上一级人民检察院在办理被告人上诉或者下级人民检察院抗诉的刑事二审案件的过程中，如果认为被告人提出的上诉理由需要相关证据证实，或者下级人民检察院的抗诉理由不够充分，此时便会涉及证据补查的问题，但刑事诉讼法关于补查的主体、事项、范围等却没有明确的规定。在《二审程序的证据补查问题研究》中，我们通过借鉴一审刑事案件退回补查侦查的规定，论证证据补查在理论和实践方面的重要价值，探讨刑事二审证据补查的必要性，在结合办案实践的基础上，分析证据补查在法律规定、侦查机关补充侦查、检察机关自行补查等方面存在的种种问题，并就这些问题尝试着给出相应的对策建议。

说完彩排和补拍，再来看剪辑。剪辑，顾名思义，就是为了让演出更加精练，剪掉可删的情节，保留剧目的精华。《简易程序诉讼监督的路径选择》既讲剪辑，也讲检察机关在剪辑后的剧目中应当如何保留应有的监督角色。论文从简易程序修改的必然性谈起，总结了简易程序制度修改的主要内容，探讨了修改后的简易程序制度在兼顾诉讼效率和公平正义方面存在的主要问题，分析了检察机关执行修改后的简易程序出庭监督方面所运用的主要模式和内在的不足，进而提出完善简易程序诉讼监督的路径选择。

换个比喻来说，公正和效率如同拉动现代司法这驾马车前进的两匹马，诉讼程序就是这样一位赶车人，既要确保公正底线，又要提高诉讼效率，并努力在公正与效率之间寻找到稳控马车的平衡点。事实上，无论是庭前会议、证据补查、简易程序，还是其他的种种制度设计，都是殊途同归，旨在寻找和把握住这个平衡点。

八、在诉讼的边缘：刑罚执行监督

说到刑事诉讼，多数人会马上联想到公检法三机关，想到侦查、审查逮

捕、审查起诉和审判，却很少有人会去注意刑罚执行问题，即使是刑事诉讼法，也在开篇定下来“人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼，应当分工负责，互相配合，互相制约，以保证准确有效地执行法律”的基调，虽然内有专章阐述执行，但难免让人将其遗忘。这些都体现了我们的一种思维定式：判决出来就意味着一个刑事案件的终结。这种认识固然有其道理，因为法院审判的终局性正在于它对刑事诉讼的终结作用，但显而易见的是，判决出来，还有刑罚执行的问题，只是刑事诉讼的聚光灯通常都照在了判决之前，刑罚执行仿佛刑事诉讼之中一个冷清的后花园，静静地守在角落里。刑罚执行的地位尚且如此，刑罚执行监督又何以堪。所以我想，把刑罚执行监督称作“在诉讼的边缘”，似乎也有贴切之处。

曾经读过两本印象深刻的法律文集，它们都以边缘命名，分别是舒国滢老师的《在法律的边缘》和梁治平先生的《在边缘处思考》。他们站在法律的边缘，却都取得了丰硕的法学研究成果，还形成了独具风格、令人耳目一新的诗化的表达方式。可见，边缘处，自有风景如画，如同舒国滢老师所描述的那样，“边缘的风景，乃是透过‘家’的门窗远望的：一孔的山水如画，间或有飞鸟掠过静止不动的画面，呈扇面状向边缘的尽头逝去……”^①所以，接下来，我们就一起站在诉讼的边缘，来听听关于刑罚执行监督的故事。

新刑事诉讼法赋予了检察机关监所检察部门财产刑执行监督的新职责，但却没有可供操作的具体规定，无法实现制度的设立目的。《刑事财产性义务履行的困境及应对》一文对现行法律规定的“减刑、假释时必须审查服刑人员履行财产刑、附带民事赔偿和退赃、退赔所确定的义务”作了详细分析，同时为了契合减刑、假释检察监督实践的需要，本文创造性地提出了“刑事财产性义务”的概念，并通过反思财产刑执行现状，立足减刑、假释监督实践并从刑事财产性义务履行的检察监督的角度进行分析，对监所检察部门在服刑人员财产性义务履行与减刑、假释相关联的监督方面进行探讨，对此项检察监督的现实困境作了认真梳理，对刑事财产性义务履行的改革出路作了大胆探究。

社区矫正法律监督也是新刑事诉讼法赋予检察机关的一项新职责。近年来，社区矫正逐渐为人们所关注，社区矫正的功能日益显现，社区影响调查评估制度也因此登上了法律舞台，然而由于种种原因或限制，社区影响调查评估制度未能实现预设目的。《社区影响调查评估的博弈与制衡》一文从社区影响调查评估的概念及功能入手，全面分析了社区影响调查评估的六大特性及其实

^① 参见舒国滢：《在法律的边缘》，中国法制出版社2000年版，第264页。

践困境，着重剖析了社区影响调查评估采信的实践博弈问题，并就社区影响调查评估的检察监督实践提出了构建社区影响调查评估衔接制度、异议制度与介入制度等相关建议。

九、人文与传统：少年司法与刑事和解

一个文明的社会里，无论哪种制度，人永远是其存在的目的，而不会成为实现制度的手段。同样的道理，法律是人类制定的社会规则，自然是为人类服务的，所以法律之中总是少不了人文关怀，即使正义女神忒弥斯的脸上总是泛着铁面般的冷酷无情，她的蒙眼布下必然也有一双温情的眼睛。刑事诉讼法同样如此，公平和正义总是拥有、事实上也需要一定的感情基础。许多时候，让被告人痛楚悔罪的，往往不是严苛的刑罚，而是司法官一个真诚的眼神、一句关怀的话语、一种温情的态度。人文司法，在少年司法制度中体现得尤为显著。少年司法受到关注由来已久，美国在 20 世纪六七十年代就已运用标签理论反思和改革少年司法制度，我国在 1985 年也已成为《联合国少年司法最低限度标准规则》的缔约国之一。国内外多数国家都主张温和且有区别地对待少年犯罪问题，坚持保护少年的司法原则，尽可能地减少司法权对少年犯罪的干预深度，帮助少年罪犯尽快回归社会。

同时，作为一种社会活动，一国的司法实践总是根植于本国内在固有的文化之中，以儒家文化为主流和代表的传统文化，包罗万象、无所不纳，那些关于“无讼”、“和谐”、“忠孝仁爱、礼义廉耻”的观念早已深入并感染着我们的内心。尽管没有成文法的形式和内容，但作为一种内化于心的“习惯法”，传统文化在事实上已经突破了道德的范畴，是一种具有规范意义的行为准则，并和成文法一样，成为一种维护社会秩序稳定、促进文明进步的工具。修改后的刑事诉讼法专门增加了“当事人和解的公诉案件诉讼程序”的规定，确立刑事和解制度，这其中显然隐喻着和谐文化的影子。

所以，在这本书接近尾声的时候，我们对刑事诉讼法的人文与传统作了关注，并选取了少年司法、刑事和解制度中的四个问题展开讨论。

在《未成年人犯罪记录隐私权基本问题分析》一文中，我们提出并论述了一个全新的刑民交叉概念——“未成年人犯罪记录隐私权”，这项特殊的隐私权是特殊未成年人的一项特殊人格权，但理论上对其立法目的、特殊性质、相关责任主体以及救济制度等基本问题的研究存在不足或空白，影响了实践中对其的理解和保护。保护未成年人犯罪记录隐私是这项权利的立法目的，也是正确认识犯罪记录封存制度的关键。基于此，我们研究了该项权利的主体、内容及其与其他隐私权的差异关系，对加强保护该项权利提出相应的制度设计，