

国家社会科学基金项目

龙宗智◎主编

徘徊于传统与现代之间

中国刑事诉讼法再修改研究



法律出版社

LAW PRESS · CHINA

国家社会科学基金项目

徘徊于传统与现代之间

——中国刑事诉讼法再修改研究

主 编 | 龙宗智

撰稿人 | 孙长永 秦宗文
曾 康 潘金贵
李 军 李 明
袁 志 张 斌



法律出版社

始创于 1954 年

图书在版编目(CIP)数据

徘徊于传统与现代之间——中国刑事诉讼法再修改研究/
龙宗智主编. —北京:法律出版社, 2005.9
ISBN 7-5036-5765-0

I. 徘… II. 龙… III. 刑事诉讼法—研究—中国
IV. D925.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 087204 号

©法律出版社·中国

责任编辑/吴 昉 卞学琪

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/永恒印刷有限公司

编辑统筹/法律教育出版分社
经销/新华书店
责任印制/张宇东

开本/A5
版本/2005年9月第1版

印张/11 字数/328千
印次/2005年9月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456
深圳公司/0755-83072995 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-5765-0/D·5482 定价:20.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

上 编

第一章 回顾与前瞻——刑事诉讼法再修改的宏观分析·····	(3)
第一节 近年来我国刑事诉讼制度的发展与存在的问题·····	(3)
第二节 刑事诉讼法再修改的意义·····	(9)
第三节 刑事诉讼法再修改的方式与内容·····	(17)
第四节 刑事诉讼法再修改的指导原则及注意要点·····	(20)
第二章 刑事诉讼基本原则及相关制度完善·····	(26)
第一节 怎样理解如何对待“无罪推定”·····	(26)
第二节 “一事不再理”的法理与立法选择·····	(41)
第三章 律师辩护制度的问题和对策·····	(61)
第一节 现行律师辩护制度的立法缺陷·····	(62)
第二节 进一步改革律师辩护制度的必要性以及应注意的问题 ·····	(68)
第三节 完善律师辩护制度的若干建议·····	(73)
第四章 刑事证据制度改革研究·····	(85)
第一节 非法证据排除·····	(87)
第二节 免证权比较研究与立法建议·····	(99)
第三节 口供制度与沉默权·····	(115)
第四节 证明制度完善·····	(130)

下 编

第五章 侦查程序的改革和完善·····	(149)
---------------------	---------

2 徘徊于传统与现代之间——中国刑事诉讼法再修改研究

第一节 比较法和国际人权法视野中的中国刑事强制措施制度	(150)
第二节 强制侦查的法律控制	(177)
第三节 侦讯程序的正当化	(197)
第四节 关于监听问题的立法建议	(215)
第六章 公诉程序改革	(237)
第一节 不起诉制度的改革完善	(237)
第二节 公诉变更的法律完善	(244)
第三节 量刑建议立法探讨	(255)
第四节 辩诉交易立法探讨	(260)
第七章 一审审判程序改革完善	(266)
第一节 一审程序改革的基本走向和主要问题	(266)
第二节 庭前审查程序改革	(277)
第三节 被害人作证与被害人法律地位问题	(291)
第四节 证人出庭作证与书面证言的使用	(299)
第五节 法院改变罪名探讨	(306)
第八章 再审判程序的改革完善	(311)
第一节 第二审程序改革完善	(311)
第二节 审判监督程序改革完善	(318)
第三节 死刑复核程序改革完善	(331)

上 编

第一章 回顾与前瞻

——刑事诉讼法再修改的宏观分析

中国的刑事诉讼制度,以1996年3月全国人民代表大会通过《关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》为标志,发生了重大变化。然而,随着依法治国和经济市场化与全球化的推进,进一步修改刑事诉讼法,建立适应我国社会发展需求、比较完善的刑事诉讼制度,成为当前一项重要的法制课题。本章拟在回顾近年来我国刑事诉讼制度改革的基础上,对刑事诉讼法再次修改的必要性与修改的方式、内容和指导原则等问题做一简析。

第一节 近年来我国刑事诉讼制度的 发展与存在的问题

1996年刑事诉讼法的修改,对我国刑事诉讼制度框架做了重要调整,而且在技术性的程序规范方面也做了不少改革,新刑事诉讼法实施以来,有关部门又根据贯彻实施的要求以及司法实践的需要,进一步发展完善了刑事诉讼制度。^{〔1〕} 这些改革中较为突出的包括:(1)借鉴对抗制,改革第一审审判程序,刑事审判模式开始发生根本性转化;(2)吸收无罪推定原则基本精神,建立了法院统一定罪制度,与之适应而废除了免于起诉制度,并在法律上确认了疑罪从无;(3)律师介入诉讼的时间提前,辩护律师的活动空间有较大的扩展;(4)废除收容审查,改革强制措施体系,加强了人权保障;(5)确定被害人为诉讼当事人并建立公诉到自诉的转换制

〔1〕 包括立法机关的法制工作部门、司法、执法机关等通过制定关于执行刑事诉讼法的各种规范性文件,发展完善我国刑事诉讼制度。

4 徘徊于传统与现代之间——中国刑事诉讼法再修改研究

度,被害人走出公诉人的遮蔽,诉讼地位显著加强;(6)增设简易程序并在实践中进一步发展,推行普通程序的简易化审理,提高了诉讼效率;(7)注意刑事司法权力配置的合理性,调整检察机关职能,包括调整其自侦案件侦查管辖范围,加强侦查与执行监督,废除免于起诉后建立有罪不起诉制度等;(8)强化证据制度,完善证据规则,尤其是通过司法解释,^{〔2〕}初步建立了排除违法证据的规则。

归纳起来,可以看出我国近年来刑事诉讼制度的变革呈现出三个主要的发展方向:

其一,在诉讼构造方面,诉讼的对抗性增强,具有向对抗制诉讼模式靠拢的趋向。诉讼对抗性增强首先表现在审判程序中控辩式审判方式的建立。在刑事审判中,通过确立控辩举证与辩论的法庭审判方式,对抗与判定的格局基本确立。对抗性的增强还表现在审前程序。由于在一定程度上加强了对控诉方行为的约束,加强了审前活动中被追诉者的地位与权利,尤其是辩护律师在审前程序中获得了一定的活动空间,虽然未能根本改变控诉方占压倒优势,被追诉者的权利实现较为困难的基本状况,但过去那种审前程序只是控诉方单方面的追究程序,只是检控方的立证过程的状况已有改变。可见,审前程序中的律师辩护活动,也使诉讼的对抗性得以增强。

其二,在价值层面,一方面适当加强对公民权利的保护,顺应了刑事诉讼发展的现代趋势,包括:确认人民法院统一行使定罪权,提高了定罪程序的正当性;取消收容审查,完善强制措施;律师参加诉讼时间提前,实行更易于发挥辩护功能的控辩式审判方式等。另一方面,被害人的诉讼地位显著提高,诉讼权利保障明显加强。1996年修改刑事诉讼法时设计的被害人保障制度,虽然可能存在影响制度合理有效发挥作用的制度缺陷,但通过确立被害人的当事人地位以及实行公诉转自诉以保证其“自力救济”的能力等,在新的制度框架中,其诉讼地位明显提高,这也是不争的事实。

〔2〕 最高人民法院《关于执行刑事诉讼法的司法解释》第61条:“严禁以非法的方法收集证据。凡经查证确实属于采用刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法的方法取得的证人证言、被害人陈述、被告人供述,不能作为定案的根据。”

其三,在程序技术上,提高了诉讼程序合理化的程度,使之比较符合司法实践对诉讼制度的需求。上述对抗性的增强与公民权利的保护,本身也是通过一系列为达到特定目的的技术性规范的设置与调整来实现的。如关于庭审活动的程序规范的调整完善、关于强制措施的具体制度的调整完善等,因此这种制度改革调整的过程也是程序合理化的过程。除这些价值取向比较明显的制度改革外,对其他一些制度程序的调整,也使得我国刑事诉讼制度在技术上更加完善。如对简易程序的设置与发展,对特殊诉讼程序如法人案件诉讼程序、未成年人案件诉讼程序的建立完善,对检察监督制度的修正(包括限制审判监督与强化侦查和执行监督,调整检察机关侦查管辖范围等),以及对证据制度的完善等。尤其是证据规则的建立与完善,通过解决作为定罪基础的事实认定的具体技术问题,为司法公正提供了基本的条件。

对近年来的刑事诉讼制度改革应如何评价,对此确有不同看法、有某些负面议论。如就庭审改革,有学者持“庭审制度改革基本失败”之说;就律师辩护,律师界有“今不如昔”之论。但就总体状况,应当说普遍认为我国刑事诉讼在制度层面已有重大进步。不能否认,制度上的改革调整改善了我国的刑事诉讼机制,使其在有效实施犯罪控制的同时,加强了对公民权利的保护。尤其在强制措施的合理运用,律师辩护职能强化,庭审实质化和提高其公正性等方面取得了一系列具有实效性的进展。

更值得注意的是,1996年刑事诉讼法的修改、学习宣传及贯彻实施,极大地推动了中国刑事司法观念的变革。无论是普通民众,还是执法、司法工作人员,都认识到保护公民权利是新法律所确认的重要价值取向。打击犯罪与保护人权并重,实体法的贯彻与程序法的遵守并重,这样一些现代的司法观念已经被最高司法机关所认可并成为其工作要求。在人权保护方面具有重要意义的“正当程序”,或者说“程序的正当化”观念已经被中国刑事诉讼法学界普遍接受,并被司法人员认可。这种观念性变化,是中国刑事诉讼制度进一步变革的最重要的资源条件。

但在另一方面,由于制度进步是一个整体性问题,即一项制度必须有其存在与运行的基础和条件,同时必须有相关配套制度的支持,因此不能否认中国刑事诉讼制度近年来的改革是十分有限的,在各方面条件的制约之下,仍然存在一系列矛盾和问题。以下从不同层面和方面做一解说。

其一,基本结构的改革缺乏实质性进展,妨碍了程序制度的改革完善。虽然刑事司法的结构有了一定的调整,法院的作用,包括对刑事程序的影响能力以及对刑事问题的最终决定功能有所强化,但由于“司法一体化”的基本体制构造,强大的警察职能(而非司法职能)的制度性存在,以及公检法分工负责、互相配合、互相制约原则的贯彻,刑事司法的基本构架未变,司法机关独立行使职权以及法院的中立性未能有效保障,因此对体制性变革以及相应的程序改造形成一定障碍。例如,由于对侦查机关的信任以及公检法“分工负责”的体制,至今刑事诉讼中侦查行为是不可诉的,即对国家机构强制权力的运用造成的损害,公民虽然可以申请赔偿,但不能用诉讼程序解决,仍使其权利救济不足。与之相关的,对强制侦查的司法审查程序至今未能建立,绝大部分强制侦查行为由侦查机关自行决定并实施,这种在资产阶级革命初期即已解决的人权保障制度问题目前我们尚未解决。可以说,我国刑事司法的传统结构,并未得到具有根本意义的现代化改造。

其二,传统的侦查构造基本未动,落后于刑事司法制度的现代发展。我国传统的侦查模式,即由侦查机关垄断侦查程序,缺乏对抗因素,缺乏司法制约的情况未发生根本变化,使得具有对抗制特点的审判模式与审前程序的职权主义甚至超职权主义存在明显冲突,即审判程序要求控辩双方平等举证辩论,但为庭审举证提供证据条件的调查程序,则只允许国家侦查机关介入,律师只能在公安机关侦查终结移送起诉后进行一定的证据调查,在延续几个月甚至一年以上时间的侦查阶段,律师被禁止调查。这种状况严重妨碍了诉讼对抗的展开。同时,侦查活动本应具有的律师监督缺位,如讯问嫌疑人、被告人时律师没有在场权(而律师会见嫌疑人时侦查人员可以在场),使讯问活动成为一种所谓的“密室审讯”。而且如前指出,对强制侦查的司法审查原则以及司法救济原则迄今未能贯彻,在这个问题上,我们的做法严重落后于国际刑事司法准则的要求以及刑事司法制度的现代发展。

其三,审判方式改革缺乏相关条件支持,损害了现行审判结构的功能。缺乏相关条件支持,包括制度性条件与实际条件。就制度性条件论,如平等性条件:诉讼对抗前提是“两造”的平等,否则即为畸形的诉讼。但目前由于检察机关作为法律监督机关的特殊地位以及司法体制上的原

因,公诉人与辩护方的法律地位仍然未实现平等。又如辩论性条件:目前由于缺乏强制证人出庭的制度,绝大部分证人不出庭,质证难以展开,法院大量依赖书面证言定案,直接、言词原则无法贯彻,控辩式庭审在一定程度上因此而流于形式。再如程序性条件:如对庭审的具体运作,包括交叉询问与其他质证方式,在制度程序上还需要做出适合中国庭审要求的具体规定,目前由于缺乏这些技术性规范而在操作上有相当程度的随意性。同时庭审改革还缺乏一些实际条件的支持:一如主体条件,无论是法官、检察官还是律师,总体上看职业素质及业务技能不足,难以形成真正的诉讼抗辩和高水平的庭审掌控;二如资源条件,控辩式庭审的展开需要一定的资源支持,然而,在我国的许多地区,无论是检察院移送案件时复印证据材料,还是证人出庭给予适当补贴,以及为增强证据的可靠性而提高取证手段的技术含量(使用DNA鉴定等),都受到财力物力的严重限制。而且控辩式庭审需要律师参与诉讼,但法律援助制度由于受到多方面限制未能普遍设立,就使得庭审往往成了检察官单方面的立证过程,使控辩式庭审大打折扣。

其四,在技术规范层面,一系列程序制度还需要做出合理性调整。这方面涉及问题很多,试举几例:(1)刑事诉讼法就案件起诉方式,在确认控辩举证的庭审制度的同时,就公诉机关向审判机关的起诉和案件移送,采用了移送“证人目录、证人名单和主要证据复印件或者照片”的方式。这种附有“主要证据复印件”的案件移送方式,应当说是适应中国庭审制度改革的一种具有过渡性特点的做法,却难以避免法官在庭前接触证据做一定程度的实体性审查,使排除预断的原则难以贯彻,而且主要证据复印件的内容有公诉机关确定,实际操作中随意性较大,对公正审判有不利影响。(2)审判监督程序可以无限制地发动对被告的不利再审,破坏了裁判的权威以及法秩序的安定性,违背了“一事不再理”的要求,应当予以适当改造。(3)在高级人民法院进行的死刑复核程序与上诉程序合一,损害了被告人的救济权,应当进行程序调整。(4)律师阅卷难问题需要解决。为此,应当建立证据开示制度,以防止证据突袭,提高诉讼的效率与公正。(5)一些程序制度还应当进一步建立完善。如对诱惑侦查、卧底侦查、电讯监听等,都应当适应刑事程序法治化的要求在刑事诉讼法中做出明确规定,以确认侦查机关必要的侦查手段,确认由此而获得的证据资料在诉

讼中的许容性,同时防止滥用侦查权损害公民权利等。

其五,刑事诉讼法的执行机制不完善,损害了法律的权威性。我国司法活动尤其是刑事司法历来有重实体轻程序的倾向,程序法的权威不足,程序法的遵守未受到必要的重视,因此,法条上写的与实践中做的存在明显差别,甚至出现有别于条文法的所谓“潜规则”及“隐形法”。例如,律师在侦查阶段会见犯罪嫌疑人法律规定十分清楚,公安部的规定和最高人民检察院的司法解释也十分明确,而六部委关于执行刑事诉讼法的规定(即所谓“48条”)中也做了具体规定,但实践中一些侦查机关就是不执行,律师侦查阶段会见存在一定困难。又如刑讯逼供、变相刑讯逼供等违法取证行为,被法律严厉禁止,各级也三令五申,但就是不能禁绝,而且可以说仍不少见。再如超期羁押问题,刑事诉讼法规定了明确的羁押期限,但超期羁押久禁不绝。还如证人出庭问题,最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第141条明确规定,“证人应当出庭”。但司法实践中证人很少出庭,而且法庭传唤也不到庭。类似“潜规则”、“隐形法”的存在与实际运行,严重损害了法律的权威。而“显规则”不起作用,“潜规则”大行其道,其基本原因在于刑事诉讼法的“显规则”缺乏保障其有效实施的机制。法律对一系列制度只有要求性或禁止性规定,但对违反这些规定以后的法律后果,法律没作规定。如刑讯逼供等违法取证的程序性后果、超期羁押的法律后果、证人不应法庭传唤出庭应负的法律后果等,法律均未做出规定。或者说规定了诉讼程序,但就其执行的必要条件未能设置,使得这些规定在实践中难以执行。保障机制不足,使相当一部分刑事诉讼程序成为一种可遵守可不遵守的软程序。

其六,还要指出,除了中国刑事诉讼制度本身存在的问题外,法律的运行环境与条件,也许是更为突出、更加深刻地影响司法运作的问题。应当说,支持目前刑事司法法治化运行的条件并不具备。缺乏独立的刑事司法权,缺乏对司法机关依法履行职务的保障条件。在实际运作方面有许多不规范的做法,包括粗暴地干涉司法,在某些地方刑事司法法治状况甚至出现明显倒退。中国的刑事司法在传统与现代之间艰难徘徊。

第二节 刑事诉讼法再修改的意义

任何现行法律的修改,都会遇到一个基本的矛盾:法律的稳定性和“与时俱进”的矛盾。为了维系与延续法律传统,为了法律秩序的稳定,同时也是为了获得更为充分的修法基础,立法应当尽量保持稳定,因此美国宪法两百年基本不变成为法制佳话。但在另一方面,法制作作为社会的规制性框架,对世界的变化、社会的发展又应当做出必要的回应。当社会治理与社会运作的机制已发生变化,社会价值观念以及其他社会条件已发生变化,特定社会领域中的规制性框架与调控手段及方法不变,未免会出现“不合时宜”的问题。我国刑事诉讼法在1996年做了世界公认的重大改革,仅历七八年时间,目前又提出修法问题,而且不是修改个别条款,而是具有一定波及面的重大修法行为,这样做是否显得轻率,是否忽略了法律生存所必需的保守性要求。

笔者认为,刑事诉讼法修改目前应当提上议事日程,局部性修法的条件已具备,时机已成熟。^{〔3〕}其主要理由是:

第一,修改刑事诉讼法,是由处于转型期的现行法所具有的过渡性特征所决定的。

以历史发展的长远眼光看,任何特定时期的法律制度都有一定的过渡性。然而,称我国现行刑事诉讼法的过渡性,不是这种一般的发展与变更性,而是指目前处于我国社会的历史转型期的刑事诉讼法制,并不是一种比较成熟因此应当相对稳定的法制,而是与转型相应而具有过渡性的特点,需要适应不断变动的社会条件进行变革,在这种变革中最终实现体制转型,从而趋于成熟与稳定。

我国目前社会是一个变革的社会,因此,“与时俱进”,作为政治动员的纲领,也成为社会各方面事业发展的要求。在经济上,我们正在由传统

〔3〕 此处局部性修法,不是指个别条款的修改,而是有一定的修正面,但也不是整体性、根本性的改造,整体性改造需要特定的背景与主客观条件。此处时机成熟不是指马上就改,下一年度代表大会就通过,而是进入日程,开始修法酝酿准备,近年内通过。

的计划经济向市场经济转型;在国家治理方式上,提出了依法治国的口号并做了一定实践。由传统社会向现代社会的迈进,对国家治理重要手段的刑事司法,必然要求其做出相应的转型。1996年刑事诉讼法的修改,可以看做我国刑事诉讼法制适应市场经济要求而发生转型的一个起点。这种转型,主要体现在以下几个方面:

一是传统型刑事诉讼向现代型刑事诉讼的转型。传统型刑事诉讼,以维护统治秩序为其使命,因此而赋予维护这种秩序的国家机关以充分权力。其特征:①控制犯罪的国家利益至上,公民权利的确认与维护只能以国家利益的实现为条件;②控制犯罪的国家机关的权力至上,即一权独大,公民的诉讼地位与权利无法与其抗衡。现代型刑事诉讼则是一种利益多元的制度。既要打击犯罪,又要保护权利;既要实体公正,又要程序正当;既要维护公正,又要实现效率。因此,它必然是一种权力约束型的,即国家权力相互制衡,国家权力与公民权利能够实现相对平衡的制度。我国1979年制定的刑事诉讼法,是我国刑事诉讼由传统走向现代的一个起始点。1996年刑事诉讼法的修改,在体现打击犯罪与保护人权并重、实体公正与程序正当方面迈出了重要的一步,由此而建立的刑事诉讼模式已显现出现代型刑事诉讼的某些特征,但这种转型并未完成,而且在某种意义上仍然可以说是任重道远。而要实现这种转型,必须要适应社会的发展在刑事诉讼模式与机制方面作重大调整,因此而必须修改刑事诉讼法。

二是职权主义乃至超职权主义的刑事诉讼向“混合型”刑事诉讼转型。我国长期实行的刑事诉讼制度,从其构造上讲,具有强调国家职权运用的职权主义特征,由于这种职权赋予及其运用在许多方面超越了现代实行职权主义的欧洲大陆德、法等国在刑事诉讼法中界定的职权范围,如侦查权的缺乏制约、检察官在诉讼中的特殊法律地位等,因此,又被称为“超职权主义”。1996年刑事诉讼法的修改,在我国刑事诉讼的结构转型方面迈出了重要的一步。在我国近现代刑事诉讼历史上,首次采用了控辩方举证,法官听证并做出判定的类似对抗制的审判方式,并因此而改革了法院庭前审查程序等。庭审是诉讼的中心环节,“控辩式”庭审方式的引入,牵一发而动全身,将导致整个诉讼结构的转型,包括侦查结构的“双轨制”与弹劾化,检察官在实质上的当事人化等。当然,我们不是也不可

能建立一个具有异质文化基因的典型的当事人主义诉讼结构,而是将职权主义与当事人主义相糅合而形成一个“混合型”刑事诉讼。这种转型仍然只是开始发生,并走出了关键的一步,必须通过进一步的改革,建立一种比较成熟的“混合型”刑事诉讼结构,当然,这就必须修改刑事诉讼法。

这里还需要指出,中国刑事诉讼制度的转型,需要一定条件的支持,而条件的创造并非一蹴而就,因此这种转型需要时间,而其每一步的变革,不仅是一种进步,同时也往往是一种让步和妥协,但这种妥协带来的对某些不合理制度的容忍,到了一定时候就必须修正,这就是我国刑事诉讼法在经过一定时间以后需要修正的一个具体原因。例如,1996年刑事诉讼法修改,废除了收容审查,同时建立了对流窜作案、结伙作案、多次作案的犯罪嫌疑人可以拘留长达37天的制度(报捕前拘留30天,批捕7天),不经司法审查,没有司法令状,侦查机关自行决定拘留长达37天,而且上述三种人的判定较宽松,制度适用面很广。这种缺乏制约的人身强制措施容易侵犯公民权利,大大超过了各国侦查机关扣留嫌疑人时间的一般标准,对我国法律制度的国际影响不利。但当时建立这种拘留制度的背景是废除了随意性更大、侵权性更为突出的收容审查制度,为了使公安机关能够有一个适应过程,使其在资源不足的情况下有必要的办案手段,立法实际上做了妥协。但这种弊端突出的制度在适当时候必须通过修改刑事诉讼法予以改革。其他如起诉案件移送主要证据复印件的做法,乃至未确认无罪推定而是建立法院统一定罪的原则等,都可以说是一种转型阶段的过渡性做法,需要随着条件的具备、实践的发展而予以进一步改革调整。

第二,修改刑事诉讼法,是在形势发展的情况下,现行法不完善问题比较突出,而这种不完善问题采用其他方式难以解决时,必须做出的制度整合选择。

修改刑事诉讼法,根本原因在于现行法本身的不完善。现行法的不完善,主要原因除了前述因制度转型形成的制度的过渡性所带来的不完善以外,还有修法当时就应当解决,但因或者认识不足,或者迁就现状乃

至迁就某一方面的意见甚至利益,未能解决。〔4〕

现行法的不完善,笔者在前面分析现行刑事诉讼法存在的问题时已经指出其主要点。包括其基本构造与运作机制需要进行现代化改造;侦查程序滞后,需要按照制约原则实施改革;审判程序改革应当继续推进;一系列具体制度原则需要调整完善等。应当说,这些问题的本源是现行法的设置不符合司法的规律尤其是现代刑事诉讼的规律。而现行法的亟待完善,又是因为我国市场经济以及依法治国和对外开放的发展,使得现行法的弊端更为明显,它与社会发展需求的冲突也更加显著。

众所周知,市场经济作为市场导向与需求导向的经济,不同于计划经济,它以承认社会利益的多元化和个体利益的正当性为基础,因此是一种权利(而非权力)经济。它以平等性为基础,不承认任何主体在市场至高无上的地位,只尊重普遍性的、共同遵守的规则,因此是一种法治经济。现代市场经济的发展必然要求市场的开放,因此经济的全球一体化是必然的趋势。刑事司法,作为矫正越轨从而规制社会的基本手段,在市场经济社会必须也必然服从经济与社会发展的需求,从而具有三个方面的发展趋势:一是以权利(这种权利本质上是个体性的)的保障为其基本的价值取向。打击犯罪也是为了保障多数人的权利。当保障多数人的权利与保障进入刑事程序的少数人的权利发生冲突时,它力求一种价值的平衡,以符合现代社会多元利益要求。二是刑事司法的法治化。其具体要求是:(1)不承认法外手段,要求将一切司法行为纳入公开的、普遍适用的法律调整的范围;(2)以法律约束权力与权利,不允许主体尤其是国家权力行使主体的恣意妄为;(3)对于违背法律破坏法治的行为予以法律制裁,以维护法治秩序。三是遵守普遍的规则,在承认司法文化的独特性的同时,对国际刑事司法的普遍原则和基本制度予以尊重,并使国内司法准则与国际司法准则相一致。这三个方面的要求,也是我国现行刑事诉讼法应当及时修改的基本社会原因。

应当承认,修改法律可能带来的弊端,是修改过于仓促而频繁,乃至

〔4〕 刑事诉讼法的拟制与修改是参与刑事司法的各主体之间进行司法资源分配与再分配的过程,因此,部门利益必然显现出来,立法往往是利益妥协的产物。这在1996年刑事诉讼法修改时应当说有明显的表现。