

丛书主编 陈卫东



中国控辩式刑事庭审方式的
配套措施与保障机制 研究丛书

刑事证据法中的 权利保护

XINGSHI ZHENGJUEFA ZHONG DE QUANLI
BAOHU

主编 王敏远



中国人民大学出版社

丛书主编 陈卫东



中国控辩式刑事庭审方式的
配套措施与保障机制 **研究丛书**

刑事证据法中的 权利保护

XINGSHI ZHENGJUFA ZHONG DE QUANLI
BAOHU

主 编 王敏远



中国人民大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事证据法中的权利保护/王敏远主编.

北京:中国人民大学出版社,2006

(中国控辩式刑事庭审方式的配套措施与保障机制研究丛书/陈卫东主编)

ISBN 7-300-07205-4

I. 刑…

II. 王…

III. 刑事诉讼-证据-研究-中国

IV. D925.213.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 025314 号

中国控辩式刑事庭审方式的配套措施与保障机制研究丛书

丛书主编 陈卫东

刑事证据法中的权利保护

主 编 王敏远

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511239 (出版部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com>(人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 河北三河市新世纪印务有限公司

开 本 787×965 毫米 1/16

版 次 2006 年 4 月第 1 版

印 张 15 插页 1

印 次 2006 年 4 月第 1 次印刷

字 数 263 000

定 价 26.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

中国控辩式刑事庭审方式的 配套措施与保障机制研究

总 序

中国的司法体制改革是政治体制改革的重要组成部分。当前正在进行的司法体制改革是由审判方式改革引发的，而“控辩式”庭审模式的引进则是中国改造刑事审判方式的突破口。1996年修正的现行《中华人民共和国刑事诉讼法》（以下简称《刑事诉讼法》）以控审分离、控辩对抗为基点重新构建了中国刑事庭审方式。在新的庭审模式下，法官虽保留了一定的职权，但控辩双方主导法庭调查与辩论无疑是其基本特征。新庭审方式贯彻控辩举证原则，辅之以法院补充性查证，试图融合当事人主义与职权主义二者之长。然而，自现行《刑事诉讼法》实施以来，控辩式庭审方式却未能充分发挥应有的作用。这是因为，一方面，控辩式庭审方式对中国传统的诉讼观念、基本理论和诉讼制度提出了挑战；另一方面，我国目前有关庭审的规定比较抽象、原则，缺乏具有可操作性的具体程序与规则和配套的诉讼制度与程序规则。在一个司法制度的基本框架设计存在缺陷的社会里，需要我们对有关庭审方式的基本理论问题和相关的改革措施进行冷静分析和理性反思。基于上述理由，中国人民大学诉讼制度与司法改革研究中心于2001年向美国福特基金会申请了重大研究课题——《中国控辩式刑事庭审方式的配套措施与保障机制研究》，并获得批准与资助。

我们之所以选择“控辩式”庭审方式作为研究的切入点，是因为审判方式的改革是当前司法体制改革的焦点。而《刑事诉讼法》修改后引进的控辩式庭审方式在中国却没有达到预期的效果，致使其在中国的适用性受到了怀疑。我们认为，控辩式庭审方式的改革，体现了诉讼民主与诉讼科学精神，是必然的选择，今后要做的工作应是逐步完善配套机制及相关的具体程序与规则，而不应是怀疑，更不应否定这一改革。控辩式庭审方式要在中国得到切实有效的推行，必须

依靠理论上的论证与支持。鉴于中国传统的诉讼观念和诉讼文化,我们将注重协调国外控辩式庭审方式的实践与中国本土的要求,力求使研究的成果能够成为中国审判实践与比较刑事诉讼制度相结合的产物,成为能够切实解决当前中国审判实践中的紧迫问题并能推动中国司法改革的可行的研究成果。本课题的目的在于,对《刑事诉讼法》修改后控辩式庭审方式运行的实际效果进行考察、评价和论证;在现行《刑事诉讼法》确定的基本框架内,针对实践中控辩式庭审方式存在的不足提出可行性改革方案;就中国控辩式庭审方式的配套措施与保障制度进行系统研究,推动控辩式庭审方式在中国的运行。本课题的意义在于,对中国控辩式庭审方式的配套措施与保障机制进行系统研究,进一步完善刑事诉讼程序与规则,以保障庭审方式改革的顺利进行,由此带动整个刑事诉讼制度及相应政治体制的改革。

本课题的特点在于侧重于比较研究和实证分析研究。因为从原始意义上讲,控辩式庭审方式是西方法治文明的产物。我们将分八个专题,包括审前程序、庭审程序、证据制度、简易程序、刑事诉讼救济程序、被害人和被告人诉讼权利保障、审判组织和司法人员以及中国刑事诉讼模范法典,就中国控辩式刑事庭审方式的配套措施与保障机制进行系统、深入、全面的研究。在充分考察英美法系国家对抗式庭审方式运行实践的基础上,我们还将对大陆法系国家以及日本的刑事审判制度、刑事诉讼程序及实际运行现状予以考量,对其配套措施与保障机制以及程序规则进行充分探究。在对中国实施控辩式庭审方式进行实际调研的基础上,针对实施中存在的具体问题,从适合中国国情的角度出发,提出完善控辩式庭审方式相关配套措施与保障机制的具体方案。

本课题的具体内容包括:

(一) 审前程序

中国现行的《刑事诉讼法》并没有对审前程序一体化的规定,而是将立案、侦查和审查起诉视为三个相互独立的诉讼阶段,结果造成目前的审判前程序带有较强的行政化和超职权主义治罪活动色彩。主要表现在:(1)立案阶段在一定范围内存在着“不破不立”、“有案不立”的程序虚无化弊病;(2)侦查阶段出现较为普遍的非法取证和滥用强制措施的现象;(3)检察机关作出的起诉或不起诉决定,未能受到法院的审查与控制;(4)检察机关与公安机关各自独立地实施刑事追诉活动,造成国家司法资源的浪费和诉讼效率的低下;(5)犯罪嫌疑人被动地处于被追诉地位,其诉讼主体地位未获实现。鉴于审前程序在刑事诉讼中的重要地位,我们认为必须对这一程序进行重新构建。一方面,提高犯罪嫌疑人在这一程序中的防御能力,为刑事追诉活动设立一系列程序性保障措施;另一方面,兼

顾审判前追诉活动的质量和效果，以此在国家追诉和公民基本权利保障之间形成制衡。为此，需要对侦检关系、侦查的原则、案卷移送、审查起诉、审前的司法控制等问题进行深入研究，构建一体化的刑事訴訟审前程序。

（二）庭审程序

自现行《刑事诉讼法》实施以来，中国的刑事庭审方式发生了较大的变化。按照通常的看法，中国现行的审判程序吸收了英美对抗式诉讼制度的一些因素，使得法庭审判中控辩双方的对抗程度大大增强，而主审法官在法庭调查方面的主导性则大为降低。但是这种改革并没有带来中国刑事庭审方式的根本变化。实施几年来，各地绝大多数证人、鉴定人依旧不出庭作证，法庭审理依旧采用书面、间接的方式；法院内部依旧实行所谓的“承办人”制度，绝大多数案件实际是由一名负责承办的法官进行审判，合议庭名存实亡；法院在多数情况下仍然实行“定期判决”或者事先判决，法庭审理过程中对法院裁判结论的决定作用依然极其微弱；法院内部仍然存在着院长、庭长审批案件的惯例，审判委员会对一些“重大”、“疑难”、“复杂”的案件，仍然在单方面听取“承办人”汇报的基础上，进行秘密的讨论和决定。这些问题有的属于审判程序本身设计上的问题，如制度之间存在冲突，程序没有配套措施，法律缺少保障性条款；有的问题则与整个司法体制有关，如法官远未达到普遍的职业化和专业化，其法律素养和庭审驾驭能力普遍不高，法官不具有独立自主性，审判委员会仍然“定而不审”，法院院长、庭长仍然较为普遍地审批案件，检察机关仍然以法律监督者自居，不甘心处于与辩护方平等对抗的地位；还有一些问题则直接涉及正统的司法观念，如政治家、立法决策者以及多数法官还没有将法庭审判视为公正解决社会争端的活动，对于庭审方式改革的目标和方向缺乏正确的认识。可以说，上述这些问题已成为控辩式庭审方式在我国顺利实施的主要障碍。我国目前有关对两大法系诉讼模式的介绍和审判模式的功能评价比较多，但缺乏对制度移植效果的分析，特别是法官与控辩双方职能分工的研究还停留在价值层次的讨论。为此，我们应当深入考察我国进行制度移植的具体环境，在实证调查的基础上就起诉方式、审查起诉程序、法庭调查的范围和顺序、询问证人的方式、法官的诉讼角色等方面进行研究，扩大控辩双方庭审积极有效的参与，削弱裁判者的调查权为核心，改革现行不合理的程序设置，积极借鉴国外的相关经验，以实现程序的公正。

（三）证据制度

中国的刑事诉讼一直未曾有过专门的证据立法，而有关运用证据的证据制度也都是散见于三大诉讼法中。由于证据立法的落后，致使实践中证据的运用出现了极为混乱的局面，因此极有必要确立我国的证据规则体系，制订适合我国国情

的证据法。首先应明确证据的认识论问题、证明标准、证明责任等一系列有关证据法学的基础理论问题。其次确立一系列证据规则,如非法证据排除规则、证人保护制度、传闻规则、意见证据规则、最佳证据规则、交叉询问证据规则;最后建立适应控辩式庭审方式的证据展示制度,以防止控辩双方在庭审时搞突然袭击,并使双方在庭审前得以充分的准备,节省庭审时间。

目前国内对两大法系相关的证据规定介绍的比较多,但缺乏理论上的论证,并且忽略了中国具体的执法环境。证据法规则的技术性较强,我们应当认真探求两大诉讼模式的内在法理,在我国现行的司法体制和诉讼文化中,通过比较法研究,从两大法系证据法中直接借鉴一些成熟的成果,并充分考虑这些规定与其他相关改革措施的配套性。

(四) 简易程序

现行《刑事诉讼法》正式建立了简易程序。我国的简易程序不同于美国的辩诉交易程序,因为控辩双方就被告人的定罪和量刑不能进行“协商”和“交易”;也不同于大陆法国家的“处罚令程序”,因为它可以在罚金刑以上直至三年以下有期徒刑的案件中适用。简易程序是当今世界各国为解决司法资源的有限性而作出的刑事程序繁简分流的必然结果,也是为解决诉讼公正与效益之间价值冲突所采取的必要措施,但各国在具体制度的设计上做法不同。通过近几年实施的效果来看,我国简易程序的适用率目前还比较低,主要集中在盗窃、伤害、销赃等非暴力犯罪和非公职人员的犯罪案件之中,并且绝大多数是公诉案件。为保障简易程序在我国能发挥其应有的作用,必须对其他各国有关简易程序的规定和运作进行考察,改进当前我国有关简易程序的不合理规定,如简易程序的启动不取决于被告人的自愿选择,而完全由法院和检察机关决定;检察机关自行决定不派员出席法庭审判,导致诉讼呈现出较强的纠问化色彩;被告人在简易审判过程中难以获得律师的有效帮助,等等,扩大简易程序在我国的适用面,同时对这一程序进行理论上的论证,使之成为一项精致严密的诉讼制度。

(五) 刑事诉讼救济程序

我国刑事诉讼中的救济程序包括二审程序、审判监督程序和死刑复核程序。之所以这几种程序被称为救济程序,是因为它相对于法院的初审程序而言,意味着使控辩双方获得第二次甚至第三次庭审的机会,其权利可以得到一定的救济。我国实行四级两审终审制度,二审程序因有关诉讼参与人的上诉或检察机关的抗诉而启动,就一审判决认定的事实和适用法律情况进行全面审查。二审法院大都通过书面的、秘密的、单方面的方式进行审理,而很少举行由控辩双方同时到庭的法庭审理活动;对于第一审法院的审理是否违反法律程序的问题上,缺乏较为

明确、具体和可操作的审查途径，致使第一审法院所作的很多违法的程序性行为、决定、裁决甚至判决，得不到及时有效的纠正。关于二审程序，我们应该就全面审查原则、上诉不加刑原则、两审终审制等问题进行研究，避免二审程序流于形式。

审判监督程序的设置是为了贯彻“实事求是”、“不枉不纵”、“有错必纠”的原则。我国的审判监督程序最大的弊端是再审的启动存在着一定的任意性和随机性；再审不具备诉讼的基本特征，带有较强的行政化色彩。改革审判监督程序，应取消法院的再审启动权，确定再审的理由，将再审区分为有利于被告人的再审和不利于被告人的再审两种，同时应对传统的不枉不纵、有错必纠等观念进行深刻反思，使得包括“一事不再理”、“禁止双重追诉”在内的一系列为世界普遍接受的诉讼原则得到确立和普遍承认。

作为中国刑事诉讼救济程序的有机组成部分，死刑复核程序的设置旨在对原审裁判认定事实和适用法律问题进行全面、有效的审查，以防止死刑裁判出现错误或者随意化。但是，这一程序在设计上却存在一些先天的问题和缺陷。首先，死刑复核不是通过公开开庭审理的方式进行，而是采用书面的、秘密的、单方面的审核方式；其次，死刑复核程序由法院主动启动，控辩双方既不能加以选择，也不能有效地参与；最后，大多数情况下，各高级人民法院既是死刑复核程序的主持者，又是死刑裁判的制作者，这不可避免地导致死刑复核程序流于形式。死刑复核程序改革的方向应是增加程序的公开性，扩大控辩双方的参与，并且杜绝将二审程序与死刑复核程序合二为一。

（六）被害人、被告人诉讼权利保障

被害人、被告人是刑事诉讼中最重要当事人，切实保障二者的诉讼权利将直接关系到刑事诉讼惩罚犯罪、保障人权双重目的的实现。但是对二者诉讼权利的保障却存在矛盾的一面。因为被害人与被告人是对造的双方，如果注重被告人权利的保障，则必然会损害被害人权利的保护，反之亦然。因此在寻求被害人和被告人权利保护之间的平衡是刑事诉讼的主要课题之一。“被害人化”是当今世界各国刑事诉讼普遍关注的问题，我国现行刑法在原有基础上加强了对被害人权利的保护，但是作为刑事诉讼主体，被害人的权利规定仍然存在缺陷。在今后的立法中，应顺应世界潮流和刑事诉讼发展的客观规律，借鉴其他国家的有益经验，更加突出被害人的权利保护。

被告人的权利保护一直都是刑事诉讼法的中心问题，也是刑事诉讼走向文明民主的标志。我国修正后的《刑事诉讼法》在保护被告人权利方面迈出了一大步，但与国际公约和联合国的规定相比仍然存在差距，建议应在沉默权、获得律

师保护的權利、获得快速审判的權利、免受双重追诉、免于自证其罪、免受无理的拘捕等已被世界上普遍接受的有关被告人权利保护方面进行深入研究。

(七) 审判组织和司法人员

司法公正和司法清廉的呼声将对审判组织和司法人员的改革推向改革的前沿。由于我国政治体制的现实,司法权与立法权、行政权之间未达成相互制衡,在苏联模式影响下建立的检察机关在刑事诉讼中居法律监督地位,因此造成目前法院的审判活动和管理方式较具行政化色彩。我们应当通过考察其他国家的做法,按照司法活动的内在规律构建各种制度和程序,包括合议庭组成制度,院、庭长与法官的关系,审判委员会与合议庭的关系,上下级法院的关系,法官与书记官的关系,法官与法院内部行政人员的关系,法官的任职资格和职业保障,陪审制度等等,确保法官的审判独立。但是,由于我国的司法体制受到政治体制的多方制约,我们也应当充分考虑到此项改革所面临的各项阻力,从刑事诉讼的目的和刑事审判的功能出发,在刑事司法制度的法理上探讨此项改革的必要性。

另外,考虑到刑事诉讼是控辩双方进行的一种活动,我们认为,还应当对检察官的任职资格、职务保障、道德标准和行为规范进行系统研究。

(八) 中国刑事诉讼模范法典

在以上各项专题研究的基础上,我们将着手制订《中国刑事诉讼模范法典》。主要是针对现行刑法立法的缺陷,借鉴国外的先进经验,出台一部代表刑事诉讼改革方向 and 目标的刑事诉讼模范法典。法典将不拘泥于原有《刑事诉讼法》的规定,并对相关的修改和补充进行充分论证。

就操作方式而言,本课题将按照八个专题采取连续滚动的方式逐步进行。每年安排1个至2个专题的研究,由专人负责,并组成专题研究小组。每个专题结束时出台该专题研究成果,预定每个专题包含一本专著或专题论文集和相关的外国著作翻译。在该专题结束时由专题负责人向项目主持人提交研究成果,并由项目主持人负责审核、出版。具体操作方式如下:(1)在课题组组成人员上,采取以学者为主,法官、检察官、律师协助的方式。(2)充分发挥中国人民大学法学院的科研优势,在全国人大常委会法工委以及最高人民法院、最高人民检察院的大力协助下共同完成本课题,使研究成果既具有较高的理论性,也富有实践性,以便于该成果的普遍推广,增强其社会影响力。(3)以山东省烟台中级人民法院作为本课题的合作对象,邀请该院院长担任课题成员,以使研究成果得以迅速地在司法实务中推广和实践。(4)特邀在国际上有一定影响的外国专家学者来华就本项目课题进行研讨,并向他们收集有关资料。(5)邀请国内知名专家学者指导、参与、协助本课题组的工作。(6)到美国、德国、日本等国实地考察刑事庭



审方式运作情况,吸收、借鉴有益、可行的做法。(7)课题组以实证分析和比较研究为主,深入司法实践,开展广泛的调查,力争获取最新的第一手信息资料。

本课题的主持人为中国人民大学诉讼制度与司法改革研究中心主任陈卫东教授。课题组成员包括来自全国人大常委会法工委、最高人民法院、最高人民检察院、司法部、公安部、中国社会科学院法学研究所、北京大学法学院、清华大学法学院、复旦大学法学院、中国青年政治学院、中国人民大学法学院等单位的30余位专家、学者。本课题由陈卫东教授负责本项目的总体策划、项目进度、研究指导、活动安排、成果的论证、审核、出版等事宜。课题总时限预计为5年,自2001年5月开始计算,至2006年5月结束,按照专题将分阶段完成。同时每个专题的进度又分为两个阶段:第一阶段为实证调查与理论研讨;第二阶段侧重于撰写论文、专著。每个专题以经过专家论证的成果为完成标志。

呈现在读者诸君面前的就是本课题的系列研究成果。我期望我们所做的工作对我国刑事庭审方式的改革以及刑事诉讼制度的完善有所贡献。如此,辛劳甘愿耳。

中国人民大学诉讼制度与司法改革研究中心主任 陈卫东

2004年5月

序

在我以往关于刑事诉讼法学的研究工作中，刑事被告人的权利问题始终是研究的兴趣激发点。1995年前后，我不仅发表了就刑事被告人的权利问题所作的专题研究成果^①，而且，其他一些研究也往往与刑事被告人的权利问题相关。例如，1994年我对刑事诉讼法定程序的尊严问题所作的研究，最初就是源于保障刑事被告人权利的程序未受相应尊重问题的考虑。^②正是基于这种研究趣向及长期的相关研究，我对刑事被告人的权利问题的重视有增无减，以至于认为应将其作为刑事诉讼法学的一个基本问题。^③不仅如此，此前，我对刑事被告人的权利问题的重视，已经延伸到了关于刑事证据法学的研究中。正因为如此，我与陈卫东教授及本书的一些作者商议后，共同决定以刑事被告人权利作为主线，展开对有关完善我国刑事证据法的研究。这就是我们致力于本项课题研究的原因。

我国刑事诉讼法关于刑事证据的规定，存在着诸多急需解决的问题，其中，最容易引起人们注意的问题是相关条文的数量极少，有关刑事证据的具体规则缺失严重。1996年我国对刑事诉讼法虽然作了较大幅度的修改，但对刑事证据规则部分却几乎未作修改。现行刑事诉讼法第一编总则第五章“证据”章只有8条，对我国刑事证据制度的基本内容仅作了原则规定。而关于刑事证据的具体规范，主要散见于有关诉讼程序的规定之中，分散且内容不全，难以满足司法实践的需要。例如，有关收集刑事证据的规范共有32条，主要规定在第二编“立案”一章中；关于检察机关审查、保全、移送刑事证据的具体内容，则几无可操作性的规范；第三编“一审审判”一章中，虽也有一些关于法庭调查、质证方面的规

① 参见王敏远：《刑事被告人权利研究》，载夏勇主编：《走向权利的时代》，北京，中国政法大学出版社，1995；《刑事司法中的人权——对一种国际趋势的考察》，载刘升平、夏勇主编：《人权与世界》，北京，人民法院出版社，1996。

② 参见王敏远：《轻程序重实体的现象、原因及对策》，载《法学研究》，1994（5）；《论违反刑事诉讼程序的程序性后果》，载《中国法学》，1994（4）。

③ 对此，我曾于2003年3月回母校——西南政法大学作了题为《权利保护——刑事诉讼法学的基本问题》的演讲，演讲内容收录在张绍彦主编的《声音与言论》（法律出版社2003年版）一书中。

定,但内容也很少,根本不能满足刑事诉讼实践中复杂的证据收集、保全、运用、审查、判断等活动的需要。因此,从条文数量上看,我国刑事诉讼法关于刑事证据的规定,远远少于法制发达国家的有关条文。比如,日本刑事诉讼法自“扣押及收查”至“鉴定”这4章关于收集证据的规则,就多达76条;德国刑事诉讼法第六章关于“证人”的规定,就有三十多条;意大利刑事诉讼法典的“证据”编则有84条。至于英美法系国家,其证据规则更为繁多。如美国联邦证据规则多达1100多条^①,而英国的《警察与刑事证据法》中关于辨认的规则就有160个条文。

当然,我国刑事诉讼法关于刑事证据的规定,不仅存在着相关条文的数量极少的问题,而且,从内容上看,也存在着其他不足,且不说因条文数量有限,我国刑事诉讼法对刑事证据制度的基本内容的规定,存在因不够明确、具体而缺乏可操作性的问题,即使在已经规定的内容中,也存在着对权利保护,尤其是对刑事被告人的权利保护重视不足的问题。然而,翻阅法治发达国家及地区的刑事证据法^②,有一个现象不能不引起我们的注意,即大量关于人权保护的规范已经成为刑事证据法的有机组成部分。例如,在规定搜查这种重要的取证方法时,肯定会有相应的权利保护的规则,诸如对人的搜查不得侮辱人格的规定,对物、住宅等的搜查,则应注重保护相应的权利等等^③;而在规定讯问这种获取犯罪嫌疑人供述的主要方法时,则必然会明确提出不得刑讯逼供以及相关的保障措施;而在规定对通讯的监听这种对获取犯罪信息和证据有十分重要意义的手段时,则对采用监听措施作了大量有利保护相关权利的限制。这种限制既表现在相关实体条件的规定上,也反映在严格的审批程序中。因为这些限制,我们甚至可以将规定监听的法律规则视为限制监听的法律规则。

由此可见,对各种不同类型的取证手段予以相应的限制以利于保障人权,是现代法治发达国家刑事证据法的普遍现象。除了取证规则外,在证据规则的其他

① 当然,《联邦证据法》所规定的并不仅限于刑事证据规则。因为其刑事证据规则与民事证据规则并不像大陆法系那样截然分开,其多数规则是共同的。

② 当然,在此所说的“刑事证据法”,是指有关刑事证据法律规范的总和,并不意指一部如同刑法典或刑事诉讼法典那样的刑事证据法典。因为,从较普遍的情况来看,在大陆法系国家,刑事证据法律规范一般都存在于刑事诉讼法典之中,而在英美法系国家,情况则较复杂。相当一部分刑事证据法律规范会与民事证据法律规范一同被规定在统一的证据法之内,另有一些刑事证据法律规范却存在于诉讼法之中,还有大量的刑事证据法律规范则由判例构成,因此,对“刑事证据法”的表现形式,不能一概而论。

③ 对搜查的限制,最明显的莫过于对搜查时间的规定。关于搜查时间,法治发达国家一般都规定了应当在白天进行,夜间搜查则应是例外,是紧急情况或特殊情况下才能采用的措施。例如,德国刑事诉讼法第104条规定:在夜间,只能在追捕现行犯,或者在延误就有危险时或者在捉拿潜逃囚犯的时候,才允许对住房、办公房间和有圈围的产业进行搜查。

方面,也有大量的关于保护实体权利和程序权利的规范。例如,通过对刑事证据法相当一部分规则的解读,就可以看到刑事被告人的辩护权是其予以关注并着力保护的权利。在证据展示规则中,如何使被告人的先悉权得到保障是其基本内容,而刑事证据法所规定的辩护律师在开庭前知悉控诉证据的这项权利,正是辩护权得以顺利行使的基本保障。为了使辩护权得到更加有效的保障,一些国家的刑事证据法关于证据展示的部分,甚至规定控诉方掌握的所有证据都应向辩护方展示,包括控诉方并不计划在法庭出示的证据以及所有有利于被告人的证据。种种迹象表明,关于人权保护的规范已经成为法治发达国家和地区刑事证据法的有机组成部分。

我国现行刑事诉讼法关于刑事证据的规定缺乏关于人权保护的规范,我们认为,这个问题随着刑事审判方式的改革而显得更加突出。与审判方式的改革相比,刑事证据制度的配套改革明显滞后。例如,审判方式的改革强化了当事人举证、质证的责任,但是,法律并未相应地改善当事人举证、质证的条件。具体而言,与1979年制定的刑事诉讼法相比,辩护律师的调查取证权,尤其是阅卷权,在1996年修改刑事诉讼法之后,反而受到了限制;由于证人不出庭的现象十分严重,被告方的质证权难以行使,控辩双方无法形成真正的对抗。这种状况削弱甚至抵消了这些年刑事诉讼程序改革的许多效果,并限制着刑事诉讼程序的进一步改革。

基于刑事证据法所存在的诸多问题,近些年来,刑事证据法的改革与完善进入了人们的讨论视野。关于完善的方式,起初,曾有人考虑制定三大诉讼统一的证据法典或者单行的刑事证据法,现如今立法机关已将刑事证据立法纳入刑事诉讼法修改的总体规划之中。但无论采取哪一种立法模式,刑事证据立法均应系统解决刑事证据法律规则体系的完善问题。而任何刑事证据法律规则体系的背后,必定需要一定的思想或者理论作为支撑,因此,理论界有责任探讨并解决关于建构我国刑事证据法律规则体系的理论基础问题。我们认为,如何在刑事证据法中系统规定并保障诉讼参与人,尤其是当事人的权利问题,就是其中的一个必须解决的基本问题。

由于现代刑事诉讼制度建立无罪推定原则的基础之上,因此,权利保护已经成为现代刑事诉讼法的有机组成部分,而作为刑事诉讼法的组成部分,刑事证据法与权利保护之间也必然存在着密不可分的联系。从相关国家刑事证据法的具体内容来看,权利保护也确实是其中的一条重要主线。刑事证据法的许多内容,无论是无罪推定原则、直接言词原则,还是有关沉默权、证据排除的规则等,都直接体现了对刑事诉讼中的相关权利的保护,或者与权利保护精神息息相关。在

我国刑事证据立法的讨论中,诸多问题的解决也离不开权利保护这条主线。比如,证据开示制度涉及对被告方阅卷权的保障;证人作证制度不仅涉及证人的的人身保护、经济补偿、作证豁免等问题,而且涉及被告方的质证权;司法鉴定体制不仅涉及公、检、法三机关的权力划分,而且涉及被告方的鉴定启动、要求补充鉴定、重新鉴定等权利。然而,在我国,由于无罪推定原则尚未得到刑事诉讼法的明确承认,沉默权规则为现行立法所排斥,非法证据排除规则未在立法中得以确立,因此可以说,权利保护视角的缺失以及权利保护的不足是我国刑事证据立法中存在的主要问题之一。我们在此所展现的研究成果,就是旨在解决这个问题所作的一种努力。

刑事诉讼中的认识论问题与价值论问题是两个基本问题,权利保护问题的解决,主要依据的是我们对其中的价值论问题的认识,即刑事诉讼的价值目标不仅仅在于发现、揭露、证实、惩罚犯罪,而且在于对人权的保护。然而,认识论问题与价值论问题只是一种相对的区分,实际上,这两方面的问题存在着有机的联系。刑事诉讼中的认识论涉及如何认识案件事实、证据,什么样的认识能够被接受等问题,其中的核心是诉讼中的求真、保真的问题,而真实当然应该被视为诉讼法律制度追求的价值目标之一。刑事诉讼中的价值论的核心则是关于秩序与自由、公平和效率等法律价值之间的平衡与选择、实体正义与程序正义之间的平衡与选择等方面的问题,其中的实体正义或者实质真实显然也涉及认识论问题。有学者将人权、秩序、公正、真实、效率作为刑事证据制度改革的基本理念^①,提出了认识论与价值论并重的学术主张,这也反映出认识论问题与价值论问题之间相互缠绕的特点。但是,应当看到,上述主张并没有对刑事证据立法应当如何处理这五大理念之间的关系,提供具有可操作性的答案。也就是说,我们在拟定刑事证据规则时,仍面临着在价值选择方面难以取舍的问题。例如,刑事证据法对所要保护的權利如何确定范围,保护的方法和强度如何选择等问题,如果仅仅凭借人权、秩序、公正、真实、效率等基本理念,是难以得到有效回答的。^②

我们认为,权利保护是刑事证据法中的一个基本问题,这个问题的有效解决,是我们完善我国刑事证据法的基础。过去,我国的刑事证据法学研究将证据法中涉及的所有问题均归结为认识论问题,并将查明案件的事实真相作为刑事诉

① 参见陈光中主编:《中华人民共和国刑事证据法专家拟制稿(条文、释义与论证)》,4页以下,北京,中国法制出版社,2004。

② 对此,笔者曾撰文予以论述,在此不予赘述。有兴趣的读者可参阅王敏远:《程序正义与实质正义关系辨析》,中国法学会网: <http://www.iolaw.org.cn/>; 王敏远:《司法改革与刑事司法改革》,载信春鹰主编:《公法》,3卷,北京,法律出版社,2002。

讼的最高目的。为了实现这一目的，忽视手段、方法的正当性，导致对犯罪嫌疑人、被告人权利的漠视。价值论的引入尽管为刑事证据法中加强权利保护提供了可能，但是，人权与秩序、真实、效率等相平衡的主张，冲淡了权利保护在现代刑事证据法中所具有的举足轻重的地位，转移了问题的焦点，消解了解决问题的有效性。因此，解决问题的关键并不在于肯定刑事证据法中加强权利保护的重要性，而在于明确权利保护这个价值目标的意义：这是我们解决刑事诉讼中的认识论问题的重要基础。

刑事证据法学的研究不能不关注事实问题，发现、揭露、证实案件事实是刑事证据立法不言而喻的一个基本目标。现代各国的刑事诉讼法一般均将“求真”作为刑事诉讼的基本目标之一，并在证据的收集、固定、保存、移转、运用等问题上确立了与求真、保真相关的一系列规则。但是，事实问题的解决不等于价值问题的解决。刑讯逼供在某些个案中或许成了发现案件事实真相的手段，但它却因为缺乏手段上的正当性而被世界各国的刑事证据法所摒弃。纵观世界范围内刑事证据制度的形成与发展，可以看到，注重手段在价值论意义上的正当性是现代刑事证据制度的一个重要标志。在现代刑事诉讼制度中，发现事实真相的目的越来越受到严格的手段限制。从这个意义上可以说，人权保护这个价值论问题的解决，才是事实问题解决的基础。

为了解决这个问题，本书从不同的角度进行了研究。

本书的第一部分“中国刑事证据立法研究”探讨了完善刑事证据制度的必要性、制定刑事证据制度的基点以及刑事证据立法应当重点解决的问题。从作者的分析中，我们可以看到：无论是从完善刑事诉讼制度的角度出发，还是从满足刑事诉讼实践的需要出发，无论是基于我国的现实情况，还是为了尊重刑事司法国际标准，权利保护都构成了完善我国刑事证据制度诸多内容的重要理由。贯穿改革精神的刑事证据立法应当推动我国对人权的保护、应当结合国际公约的批准和执行，这是我们制定刑事证据制度的基点。刑事证据立法在重点解决鉴定制度、证人出庭、证人保护、非法证据排除、证明标准、沉默权、证据开示、简易程序等问题时，无疑应当把加强刑事诉讼中的权利保护作为完善刑事证据制度的重要内容。

本书的第二部分“中国证据实践问题研究”以动态的证据运用为线索，分析了我国刑事诉讼在证据采集、证据采纳、证据采信过程中存在的问题。在证据采集方面，律师的调查取证、法官的调查取证，纪检、行政监察机关掌握的材料的处理，私人侦探与职业证人、司法鉴定、电子证据、测谎结果、刑讯逼供、陷阱取证、悬赏取证、伪证与毁灭证据、侦查机关不作为或者不正当作为、辩诉交易

等司法实践中长期存在的或者新出现的问题的处理,直接关系到对犯罪嫌疑人、被告人等的权利保护。在证据采纳方面,证据开示与举证时限、证据的庭前审查,证据相关性、客观性、合法性规则等问题的讨论,如果不以权利保护作为基点,我们很难得出明确的结论。在证据采信方面,法官中立、证明标准、质证、口供与当庭翻供等问题的解决,也与刑事诉讼中的权利保护存在密不可分的联系。

本书的第三部分“刑事证据法中的权利保护”侧重于从中外对比及相关国际公约所规定的准则的角度分析了权利保护在现代刑事证据制度中的地位、权利保护对刑事证据法的原则和规则的影响。刑事证据制度的理论基础既包含认识论,也包含价值论。影响刑事证据制度形成及运作的因素包括政治、经济、文化、科技等各个层面,但从刑事证据制度由传统到现代的演进来看,对权利保护的加强无疑是其中的一条主线。无罪推定、证据裁判、直接言词、自由心证等证据原则的确立以及证明责任与举证责任的规定、反对自我归罪的特权、非法证据排除、证言特权等证据规则的设定,均离不开对刑事诉讼中权利保护的关照。在不同国家和地区的刑事证据制度中,权利保护的范围、程度虽存在差异,但遵守权利保护方面的国际准则,则是现代各国刑事证据立法的基本要求。

本书的第四部分“刑事被告人的权利保障与证据法——欧洲人权公约的视角”,以欧洲人权公约为主要参照系,同时结合国际人权公约以及其他区域性人权公约,具体分析了刑事被告人的权利保障与证据法之间的关系,如证明责任、证据的可采性、反驳指控的证据、证据评价等对刑事被告人权利的影响。在刑事诉讼中有关证据问题的争议是欧洲人权公约机构所面临的主要挑战之一。在刑事证据法领域,传统上国内法院享有很大的自由裁量权,欧洲人权公约机构似乎显得“难有作为”。但随着刑事证据问题对于诉讼公正的重要性以及预防和遏制权力被滥用的意义逐渐为人们所认识,在此领域的区域性和国际性监督正在呈现出日益增强的趋势。

本书的第五部分“《中华人民共和国司法鉴定立法建议稿》与论证”,则是我们将自己的学术见解直接运用于刑事证据立法实践的一种尝试。司法鉴定制度的改革,是我国司法改革的重要内容之一。司法鉴定制度涉及鉴定机构、鉴定人员、鉴定程序、鉴定标准、对鉴定结论的质证、认证等多方面的内容,其中带有根本性的是鉴定权的归属与控制问题,即司法鉴定体制问题。我们围绕着司法鉴定机构的设立与管理、司法鉴定人资质的控制、司法鉴定的启动权、鉴定人的权利与义务、司法鉴定人协会、司法鉴定机构与鉴定人的法律责任等问题拟定了立法建议稿并作了相应的论证。随着刑事证明方式从“重人证”到“重物证”的转

变,保障司法鉴定的客观性、公正性、科学性,对于被害人、犯罪嫌疑人、被告人的权利而言,更加具有特殊的意义。虽然2005年2月28日十届人大常委会第十四次会议通过了《关于司法鉴定管理问题的决定》,然而,我们所草拟的“建议稿”并未因此而失去其价值。一方面,已经通过的“决定”只是司法鉴定管理体制改革的阶段性成果,并不意味着改革的结束;另一方面,“建议稿”中的许多内容对鉴定管理体制改革的深入,仍有其积极意义。鉴于此,我们在此将2004年已提交给全国人大常委会有关部门的该“建议稿”及论证公开发表。

通过上述研究,我们试图以一种新的、更具现实意义的视角来梳理刑事证据领域的相关问题,以此实现对刑事证据法的研究在内容上更具有针对性,在方法上更具有科学性的目标,以区别于以往的一些研究。反省以往关于刑事证据法学的研究,我们认为,有两种倾向值得注意:一种倾向是认为只要事实问题解决了,价值问题也就随之解决了;另一种倾向是认为只要价值问题解决了,事实问题也就随之解决了。由于价值论的独特意义应予重视,目前已是实务界和学术界的普遍认识,因此,对前一种倾向的批判,从理论上说已无必要。然而,对后一种倾向,在此有必要予以揭示。

近年来,在有关证据法学理论基础的争论中,有的学者否定认识论的作用,认为证据法中的问题是与案件事实真相无涉的价值论问题。在有关证明标准的讨论中,某些持“法律真实说”的学者,否定“司法程序是建立在对真相的发现之上的”,认为刑事诉讼中发现真相是根本不可能的。按照这样的观点,只要法官根据的是本案提供的证据,并且遵守法定的正当程序进行了判决,判决所确认的事实就被认为是“真实”的——法律上的“真实”。即使后来发现这一“真实”实为“虚假”,法官只要是在遵守法定正当程序的前提下进行的判决,他就始终立于不败之地。这种否定“求真”目的的做法,将会导致我们的证据立法对真实问题无所作为,并将助长司法对真实问题的解决为所欲为。但在刑事诉讼中,如果关于真实的问题不能得到妥善解决,权利保护问题就不可能真正得到解决。因此,对刑事诉讼中的权利保护而言,确定“求真”这个目的并没有错,应当反对的并不是求真这个目的,而是不择手段、不讲程序地求真。

刑事证据法的现代发展与权利保护密不可分。虽然在不同的刑事证据制度中,权利保护的范围、程度存在差异,但也有不少共同之处。就我国的刑事证据制度而言,权利保护的不足是其中的主要问题之一。近些年来,作为热点讨论的非法取证、证据展示、证人出庭、司法鉴定、沉默权、证明标准等问题无不与权利保护存在千丝万缕的联系。分析权利保护对刑事证据法的影响、考察不同国家的刑事证据法在权利保护方面的共性与个性、以权利保护为基本出发点检讨我国