

XIANDAI ZHENCHA

现代侦查

(第三卷)

管光承 主编

群众出版社

现代侦查

(第三卷)

管光承 主编

政法机关
内部发行

群众出版社
2007年·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

现代侦查. 第3卷 / 管光承主编. —北京: 群众出版社,
2007. 11
ISBN 978 - 7 - 5014 - 4137 - 2

I. 现… II. 管… III. 刑事侦查 - 文集 IV. D918 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 153966 号

现代侦查 (第三卷)

管光承 主编

责任编辑/韩俊雯

封面设计/王 芳

出版发行/群众出版社 电话: (010) 52173000 转

社 址/北京市丰台区方庄芳星园三区 15 号楼

网 址/www.qzchs.com

信 箱/qzs@qzchs.com

印 刷/北京国工印刷厂

880 × 1230 毫米 16 开 14.75 印张 402 千字

2007 年 11 月第 1 版 2007 年 11 月第 1 次印刷

ISBN 978 - 7 - 5014 - 4137 - 2/D · 2037 定价: 30.00 元

政法机关内部发行

《现代侦查》编委会名单

顾 问：邹明理 陈祥印

主 编：管光承

执行主编：任惠华

学术秘书：胡尔贵

编 委：管光承 任惠华 马 方 贾治辉 罗永红

王旭东 但彦铮 郑晓均 裘树祥 易 旻

雷显谋 戴浩霖 刘正宏 胡尔贵

前 言

随着时代发展和社会进步，保障人权和程序法定已经成为现代刑事诉讼的基本理念，而这些诉讼理念与我国历史形成的传统侦查观念存在激烈冲突，如何才能更好地协调二者间的冲突呢？同时，犯罪涉及领域越来越广泛，手段越来越高明，智能化、科技化成分越来越多，刑事犯罪不断升级，传统侦查手段方法已经难以适应斗争形势的需要。面对新的形势和挑战，现代侦查到底何去何从，已经引起了侦查理论界和实务界的广泛关注。

我们认为，现代侦查要实现长远发展必须进一步提高科学性。自侦查学诞生以来，由于其研究对象的特殊性，加之在其发展过程中研究经验总结有余而理论抽象不足，关于其科学性的论争一直不绝于耳，科学性与艺术性的困惑始终伴随着侦查学发展的每一阶段，也制约了侦查学的长远发展。值得庆幸的是，通过数代人的不懈努力，现代侦查学的科学性最终得以确认。拉·别尔金在《侦查学随笔》中提到侦查是科学或艺术时指出，“刑事侦查学已经作为一门法律科学得到了承认”。特别是近年来侦查学突飞猛进的发展，侦查学内容不断丰富，进一步巩固了其作为刑事法学的三大支柱之一的学科地位。但是，我们必须清醒地认识到，随着社会发展和科技进步，随着信息技术的推广运用，传统侦查理论有时明显滞后或落后于侦查实践，现代侦查正面临着一场新的挑战。侦查实践呼唤着新的科学的侦查理论，现代侦查必须着眼于新的科学的侦查理论。创新是一个民族进步的灵魂，是一个国家兴旺发达不竭的动力，也是现代侦查长远发展的源泉。因此，现代侦查必须着眼于信息时代这一社会背景，以现代科技手段为支撑，努力推进侦查观念、侦查思路、侦查方法、侦查手段的不断创新。要全面推进侦查信息化，改进工作方法；要提高现代侦查的科技含量，丰富侦查工作手段；要创新侦查工作机制，提高侦查效益。

现代侦查要取得新的突破必须更好地坚持开放性。从我国侦查学的发展史看，由于研究起步晚，加之缺乏交流，故步自封，使我国侦查研究领域、范围受到诸多限制，发展过程缓慢而艰辛。曾几何时，在神秘主义、孤立主义的影响下，我国侦查学的发展几近停滞。正是由于在侦查理论与实践发展中缺乏一种开放的态度，我国侦查学的历史发展付出了沉重的代价。痛定思痛，在现代侦查面临新的挑战的今天，要使侦查理论与侦查实践取得新的突破，促进现代侦查的不断发展和创新，就必须更好地坚持开放性。要注意借鉴和利用国外的先进理论与成果，洋为中用，为现代侦查发展提供参考；要注意侦查学与其他学科的融合，借助法学、社会学、生物学、计算机信息学等学科的发展，系统研究解决侦查中的重大问题；要欢迎不同领域的专家学者关注侦查领域中的问题，欢迎他们从法理学、社会学、犯罪学等不同视角审视现代侦查，实现“百家争鸣，百花齐放”，使之成为现代侦查发展的重要推动力量。

令人欣慰的是，近年来广大专家学者们正是秉承着科学严谨、开放求真的学术传统，

紧紧围绕现代侦查中的重点、热点和难点问题，开展了深入研究，并不断取得可喜成果。为及时总结反映近一年来现代侦查领域的研究成果，《现代侦查》（第三卷）如期出版。《现代侦查》（第三卷）全书分为前沿研究、侦查理论、侦查实务、司法鉴定、域外侦查等五大部分。在前沿研究部分从公安机关侦查执法活动的视角对当前我国三个影响最大的刑事诉讼法再修改专家建议稿进行了比较研究，探讨了侦查激励机制、侦查效益内涵、技术侦察的价值、犯罪现场重建的价值等对现代侦查学理论的丰富和发展具有重要影响的前沿问题；在侦查理论部分侧重从法律规制层面对我国侦查辨认程序、秘密侦查措施、补充侦查制度、侦查模式、诱惑侦查等基本理论问题进行了有益探讨；在侦查实务部分，剖析了信息不对称状态下侦查讯问的完善、犯罪现场重建与犯罪心理画像的整合、系列杀人案件的基本分类、绑架勒索案件的侦查对策、犯罪心理痕迹分析的具体应用等具体实务问题；在司法鉴定部分，对当前我国现行司法鉴定执业分类、司法鉴定主体资格、电子数据鉴定等司法鉴定领域中的热点和难点问题进行了有效探索；在域外侦查部分则对跨国有组织犯罪的惩治情况、粤港刑事警务合作状况、国外学者对司法错误的重新界定等问题进行了全面介绍，对今后相应领域的理论研究和实践工作具有一定的启示。

《现代侦查》自出版以来，一直得到广大专家学者的支持与鼓励。正是在您们的支持和参与下，《现代侦查》的生命力才越来越旺盛；正是在您们的关心和呵护下，《现代侦查》才越办越好。在此向您们表示衷心的感谢。我们坚信，通过我们大家的共同努力，《现代侦查》一定能够“占领学术制高点，开创侦查研究新局面”。

当然，对于本刊的不足与疏漏之处，也恳请各位同志批评指正。

编者
2007年8月

CONTENTS

前沿研究

刑事诉讼法修订中的专家意见比较与评析——以公安机关侦查执法活动为视角	黄 豹(3)
侦查激励机制研究——组织行为学的视角	刘为军(13)
侦查效益内涵及评价初探	许爱东 王瑞山(22)
论技术侦察的价值关联及其认识论局限	倪春乐(28)
犯罪现场重建对侦查和刑事诉讼的影响	王国民 朱桐辉(36)

侦查理论

论我国侦查辨认程序的完善	任惠华 郑卓佳(47)
诱惑侦查的概念研究综论	祝卫莉(60)
秘密侦查措施立法模式探讨	闫晓明(65)
侦查模式的影响因素和转化方向	曾 宾(72)
补充侦查制度新探	吴 晖 陈小利(79)
侦查语义衍变考——兼论功能主义视角下的侦查界定	倪 铁(87)
论反恐法律之情势变更	蔡艺生(93)

侦查实务

侦查讯问:信息不对称状态下的博弈	胡卫平(103)
浅析犯罪现场重建与犯罪心理画像的整合	曾庆歆(110)
系列杀人案件类型研究——以杀手类型为切入点	艾 明(116)
当前绑架勒索案件侦查对策探析	胡尔贵(124)
犯罪心理痕迹分析问题研究	胡子龙(131)
论毒品犯罪诱惑侦查行为的根据	朱 飞(138)
关于警察使用武器问题研究	栾时春(144)
论职务犯罪侦查工作中的风险决策	向芙蓉(149)
论飞车抢夺案件的特点、成因及防范对策	鄢晓实(154)

司法鉴定

我国现行司法鉴定执业分类应重新进行科学审视	邹明理(161)
论书写习惯多样性	张公正(167)
论司法鉴定主体资格	程军伟(172)

论电子数据鉴定	王 俊(182)
---------------	----------

域外侦查

论跨国有组织犯罪的惩治	李双其(193)
粤港刑事警务合作的考察	许细燕(209)
司法错误之重新界定	米歇尔·诺顿著,刘静坤译(213)

前沿研究

QIAN YAN YAN JIU

刑事诉讼法修订中的专家意见比较与评析

——以公安机关侦查执法活动为视角

黄 豹*

内容摘要：我国开始了第二次刑事诉讼法的修订工作，在这个过程中，很多学者为之呕心沥血，在进行大量调研和论证的基础上作出了一部部的专家建议稿。这些凝聚了学者们心血的著作必将对即将进行的立法修订产生重要影响。其中，以公安机关侦查执法活动为视角，对专家建议稿中的立案管辖、证据、强制措施、侦查程序等内容进行比较与研究，对更好地服务于立法，服务于公安工作实践具有重要作用。

关键词：刑事诉讼法修订；专家建议；公安执法；侦查程序

我国第一部《刑事诉讼法》是1979年7月1日第五届全国人民代表大会第二次会议通过，1980年1月1日起施行的（以下简称“79刑诉法”）。1996年3月17日第八届全国人民代表大会第四次会议通过了《关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》（以下简称“96刑诉法”），修正后的《刑事诉讼法》于1997年1月1日起正式施行。从96刑诉法修改至今已经有十余年时间，随着我国民主法制的发展与完善，国家和社会对刑事诉讼程序不断提出新的要求。

在已经结束的第一次刑事诉讼法修订和即将开始的第二次刑事诉讼法修订过程中，有一批人值得我们关注：他们活跃在刑事诉讼法学理论前沿，为立法机关的立法活动“指点江山”，为司法机关的执法困境献计献策，为人权的保障与提高奔走呼喊。从1996年第一次刑事诉讼法修订结果来看，相当部分的修改条文体现出了这些人的智慧和辛劳；从96刑诉法修订后到现在，他们又在为如何更好地修改完善刑事诉讼法，以适应新形势下的国际和国内发展动态而竭尽全力。特别是近几年来，这些学者通过大量的调查研究和学术探讨，草拟出了具有极高学术价值和立法参考作用的刑事诉讼法修改专家建议稿或者拟制稿，这必将对第二次刑事诉讼法修改产生良好的推动和引导作用。

基于此，笔者拟结合当前学术界已经正式出版的几部主要专家建议稿（拟制稿）中与公安机关侦查执法程序有关的内容，谈谈我国第二次刑事诉讼法修订的主要精神及争议焦点，并对我国刑事诉讼法的修改动态和趋势进行简要分析。

一、几部刑法专家建议稿的概况

当前，我国刑事诉讼法学界影响最大的专家建议稿有三个：由西南政法大学徐静村教授主持的《中国刑事诉讼法（第二修正案）学者拟制稿》、由中国人民大学陈卫东教授主持的《模范刑事诉讼法典》和由中国政法大学陈光中教授主持的《中华人民共和国刑事诉讼法再修改专家建议稿》。

由西南政法大学徐静村教授主持的《中国刑事诉讼法（第二修正案）学者拟制稿》可能是这些专家建议稿中最早起步，也是最早形成正式文本并出版的。2000年1月，徐静村教授就联合了一批西南政法大学的博士研究生，组成“21世纪中国刑事程序改革研究”课题组，开始了对96刑诉法进行修改完善的论证过程。在大量收集和参阅国内外文献资料以及到公安司法机关进行了多次调研、广泛征求和听取社会各界人士意见、先后组织八次大型讨论会的基础上，历时三年又四个月形成了

* 黄豹（1973—），男，湖北咸宁人，武汉大学法学院诉讼法学博士后研究人员，湖北警官学院法律系副教授，法学博士。

第九稿。^{〔1〕}在法律出版社正式出版了《21 世纪中国刑事程序改革研究：〈中华人民共和国刑事诉讼法〉第二修正案（学者建议稿）》，内容包括六编二十七章一附则共 386 条。2004 年 6 月，徐静村教授以“刑事诉讼法再修改”为题成功申报了（2004）司法部“法制建设与法学理论研究”部级重点项目，在原来《中华人民共和国刑事诉讼法第二修正案》（学者建议稿）的基础上，形成了八编三十一章一附则共 461 条的体例，并正式发表在《刑事诉讼前沿研究》（第四卷）（中国检察出版社 2005 年 8 月版）上。2005 年底，形成了最后的、正式的学者拟制稿版本，即《中国刑事诉讼法（第二修正案）（学者拟制稿）及立法理由》（法律出版社 2005 年 12 月版），包括八编三十一章一附则共 462 条，条文设计由“小标题——条文内容——释义与论证”三部分组成。徐静村教授就刑事诉讼法修订工作进行了多次的研究且版本较多，而《21 世纪中国刑事程序改革研究》只是其“初步成果”，《刑事诉讼前沿研究》中的修改草案也只是法律出版社 2005 年 12 月这个版本的前期研究成果，因此笔者下面的内容以八编三十一章一附则 462 条的学者拟制稿为研究范本，鉴于该研究的主要成员均与西南政法大学关系密切，下文笔者将这一版本简称为“西政版”。

2004 年 3 月，在欧盟主任机动基金的资助下，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主持启动了中欧法律与司法合作项目“中华人民共和国刑事诉讼法再修改项目的研究”。项目主要进程包括：赴欧洲考察大陆法系国家刑事诉讼法的发展、国内调研、起草《模范刑事诉讼法典》、召开专家论证等项目活动。项目组的指导思想是着眼于 20 年甚至 50 年，起草一部内容先进、形式完备的法典。《模范刑事诉讼法典》的初稿在集体讨论基础上形成了二稿，又在此基础上进行了第三稿的论证和修改。在听取参加 2005 年 2 月“刑事诉讼法模范法典论证国际研讨会”中外专家观点和意见的基础上，形成了修改后的第四稿（定稿）。《模范刑事诉讼法典》包括八编二十九章 662 条，条文设计由“小标题——条文内容——参考立法例——立法理由论证”四部分组成，由中国人民大学出版社 2005 年 9 月正式出版。由于成员主要是中国人民大学的青年教师或者刑事诉讼法专业的博士生、博士后研究人员，因此笔者将这一版本简称为“人大版”。

由中国政法大学刑事法律研究中心陈光中教授主持的“刑事诉讼法再修改”课题启动于 2004 年年初。课题组一方面通过国际交流等途径广泛了解和掌握域外刑事诉讼立法最新动态，另一方面通过国内调研和选择基地进行试点等方式，深入了解和掌握中国刑事司法实践状况。在此基础上，课题组成员根据分工于 2005 年 9 月开始就各自承担的章节以增、删、改等方式对现行刑事诉讼法逐条地提出修改建议。在初稿出来后，课题组成员多次相互审阅、讨论和交换修改，最终形成了定稿——《中华人民共和国刑事诉讼法再修改专家建议稿与论证》（中国法制出版社 2006 年 9 月版）。“再修改专家建议稿”包括五编十八章一附件（未成年人刑事案件诉讼程序），共 450 条（含附件 29 条）。由于课题组的大多数成员属于中国政法大学的教师或者博士生，因此笔者将这个版本简称为“法大版”。

除此以外，作为全国律师行业自律性组织，中华全国律师协会对刑事诉讼法的修改也高度重视，由全国律师协会刑事业务委员会牵头的刑事诉讼法修改建议稿草拟工作也进行的如火如荼。2004 年 9 月，全国律师协会刑事业务委员会与特聘的北京大学陈瑞华教授组成了专项课题组，并将该课题列为中加合作项目的主要内容，至 2006 年 7 月为止，课题组举行了十七次研讨会，在进行了十二次的修改后最终形成了建议稿，以全国律协的名义向全国人大法工委提交，并正式出版《〈中华人民共和国刑事诉讼法〉再修改律师建议稿与论证》（法律出版社 2007 年 3 月版）。该建议稿包括第一部分“辩护制度的改革方案”和第二部分“相关的配套制度改革”，共 198 条，其中第一部分五章 108 条，第二部分九章 90 条。该建议稿的主编为全国律师协会刑事业务委员会主任田文昌和北京大学教授陈瑞华，撰稿人员主要为全国各地的律师以及北京大学部分博士和硕士。为了研究的方便，笔者将这个版本简称为“律师版”。

〔1〕 徐静村：《21 世纪中国刑事程序改革研究：〈中华人民共和国刑事诉讼法〉第二修正案（学者建议稿）》，法律出版社 2003 年版，前言部分。

二、刑法专家建议稿侦查部分基本体例之比较

通过对几个主要刑法修改意见中的体例和结构的分析,我们可以看出:西政版和法大版基本上是在 96 刑法基础上的修订,所以西政版称为“第二修正案”,法大版称为“再修改专家建议稿”。而人大版则完全跳出了“修改”的限制,几乎全部重新拟定结构和体例,从“模范”两个字也可以看出它的全新含义。按照陈卫东教授的理解,“模范刑事诉讼法典”中的“模范”有三点原因:第一,体现了法典的民间性和学术性;第二,表明了其理想性和前瞻性;第三,展示了开放性的特征。^{〔1〕}其实,第一眼看到《模范刑事诉讼法典》一书时,笔者联想到的就是上个世纪 50 年代美国刑法改革运动中,由美国法律研究所于 1962 年提出并供美国联邦和各州参考使用的《模范刑法典》(Model Penal Code)。律师版则主要是从律师业务的角度来开展研究的,严格上说来不是一个完整的修改稿,只能算是刑事诉讼法(律师部分)修改稿,不做重点研究。

从几个修改意见稿的侦查部分基本体系结构上看,均有特色。西政版将 96 刑法第一编第五章“证据”单列为第二编,将原来的“立案、侦查和提起公诉”编分解为“侦查”编和“公诉”编;新增加了第五编“预审”。人大版也将证据部分单列为第二编;将 96 刑法的“立案、侦查和提起公诉”编改为“审前程序”编。比较而言,法大版在侦查部分的结构体系变动最小,基本上维持了 96 刑法的体系结构,仅改 96 刑法的“立案、侦查和提起公诉”编为“立案、侦查和审查起诉”编。从具体条文数量分布及内容上看,三个版本在 96 刑法的基础上,均或多或少地吸收了相关司法解释和国内外最新研究动态、立法发展,但是侧重点不尽相同。如果单纯以侦查篇(章)条文比重计算,西政版、人大版和法大版侦查篇(章)的比重较 79 刑法和 96 刑法有大幅度下降,特别是法大版从 96 刑法的 21% 下降到 8%。但是如果把与侦查活动有关的证据、强制措施和立案程序均包括进来的话,则西政版、人大版、律师版和 96 刑法的比重基本持平,而法大版所占比重仍然较低。具体数据参见表一。

表一 刑法典及相关修改意见稿中的条文数量比较

比较点	79 刑法	96 刑法	西政版	人大版	法大版	律师版
总条文数	164	225	462	662	450	198
证据	7	8	63	103	28	21
强制措施	15	27	29	47	43〔2〕	24
立案程序	3	6	10〔3〕	5〔4〕	8	0
侦查程序	33	47	78	93	35	31
侦查程序 权重%	20%	21%	17%	14%	8%	16%
证据+强制 措施+立案+ 侦查权重%	35%	39%	39%	37%	25%	38%

说明:在计算权重比例时,直接按照四舍五入方法,不计算小数点后面的数值。

〔1〕 陈卫东:《刑事诉讼法再修改的航标》,载《模范刑事诉讼法典》,中国人民大学出版社 2006 年版,第 4 页。

〔2〕 法大版将其误统计为 42 条。——陈光中:《中华人民共和国刑事诉讼法再修改专家建议稿与论证》,中国法制出版社 2006 年版,第 350 页。

〔3〕 西政版没有规定单独的“立案程序”,只规定了“侦查的发动”,内容与原来的立案内容基本相同。

〔4〕 人大版没有规定单独的“立案程序”,而在侦查程序中规定了“第二节 立案”的内容。

三、刑法专家建议稿与侦查执法活动相关内容的比较

各个版本的刑事诉讼法专家修改稿中,从条文编排到体例结构、从具体内容到修改重点均不相同,要进行全面系统的比较几乎不可能。所以,笔者再次拟结合不同修改稿版本中与侦查程序相关的内容(不仅仅局限于侦查程序编)进行比较研究。

(一) 总则部分中与侦查活动有关的内容的比较研究

在基本原则中与侦查有关的内容不多,三个版本均增加了为世界各国所公认的不被强迫自证其罪原则,将96刑法第12条正式修改为无罪推定原则。在基本原则的规定上,人大版的最大亮点是比例原则和诉讼结构优化原则,后者本身包含了审判中立原则、控辩平衡原则和控审分离原则;法大版的最大亮点则是比例原则和刑事和解原则,后者充分考虑了我国传统的“和为贵”思想和吸收联合国预防犯罪和刑事司法委员会第11届会议通过的《关于在刑事事项中采用恢复性司法方案的基本原则》的精神。

关于立案管辖,西政版对公检法三机关的规定顺序略作调整,由96刑法的“公、检、法”改变为“检、公、法”;人大版则删除了立案管辖的内容,取而代之的是在“侦查程序”部分规定了“侦查权的分工”(第206条);法大版没有改动,只是将国家安全机关、军队保卫部门、监狱和海关缉私机关的管辖权增加进来了。综合比较,笔者以为人大版删除立案管辖的规定存在两个问题:第一就是人民法院的立案管辖不见了,仅仅在“自诉案件审理程序”中规定了“自诉案件的范围”(第459条);第二就是对国家安全机关的管辖范围定位不准。根据1998年11月23日公安部颁发的《刑事案件管辖分工规定》(公通字[1998]80号)的规定,公安机关内部的国内安全保卫部门几乎管辖了《刑法》分则第一章绝大多数案件,而国家安全机关主要负责危害国家安全案件中的间谍犯罪案件。另外,诚如人大版中提及的,海关缉私机关仍然属于公安机关的组成部分,没有必要与公安机关的侦查分工单列。^{〔1〕} 否则的话,我们完全应该将铁路系统、交通系统、民航系统、林业系统等专门公安机关的管辖也都单列出来。值得一提的是,三个版本均规定了被告人对管辖权异议的条款,充分体现了保障被告人程序选择权的人本主义思想。

在指定辩护问题上,西政版和法大版均将范围从审判阶段提前到侦查阶段,人大版则维持96刑法的规定。关于辩护人的权利,三个版本均吸收了1998年1月19日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会法制工作委员会《关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》(以下简称“六部委”规定)的内容,规定了较为全面系统的调查取证、阅卷、会见、通信权及其保障。特别是会见权,西政版中提及的是“执法人员能看得见但听不见的环境中”(体现了联合国《关于律师作用的基本原则》的规定精神),人大版和法大版提及的均是“不被监听”;西政版和法大版均要求会见不受时间和次数的限制,人大版要求会见的次数不受限制。此外,三个版本均规定了“辩护人的言论豁免权”,但西政版没有除外规定,人大版规定“危害国家安全、公共安全以及妨碍司法秩序的情形除外”,法大版规定“法律另有规定的除外”。律师版的特色则在于其每个章节都设置了救济条款,充分体现了“没有救济,权利就是一纸空文”。^{〔2〕}

(二) 总则部分中证据制度的比较研究

在证据的种类上,西政版、人大版和法大版分别规定了9种、9种和8种证据,三个版本均将原来的物证、书证单列为物证和书证两种独立的证据形式。西政版和法大版均将犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解改为犯罪嫌疑人、被告人陈述;人大版和法大版均将鉴定结论改为鉴定意见;西政版将视听

〔1〕 陈卫东主编:《模范刑事诉讼法典》,中国人民大学出版社2006年版,第292页。

〔2〕 赵蕾:《刑事诉讼修改能改变什么?》,载《南方周末》2007年4月19日。

资料分解为音像资料和电子资料,法大版则将视听资料改为音像、电子资料,人大版则增加了电子证据;人大版还将勘验、检查笔录改为勘验、检查等诉讼笔录;西政版增加了一个兜底条款“法律规定的其他证据”,同时调整了证据种类的排列顺序:将物证、书证排在前列,言词类证据均排在后面。另外,西政版和法大版均删除了96刑法给证据所下的定义,人大版则修改了证据的定义(“一切事实”改为“一切信息资料”)。

关于证据的原则规则,西政版规定了证据的关联性、证据裁判、直接言词原则、裁判者心证原则、原始证据优先、非法证据排除以及传闻证据、意见证据、自白和证据的补强、品格证据等内容;人大版则规定了证据裁判原则、言词辩论原则、直接原则、自由心证、原始证据优先、口供补强规则、相关性原则、任意性规则、非法证据排除规则、传闻规则;法大版则规定了证据裁判原则、关联性规则、非法证据排除规则、原始证据优先规则、共同被告人口供的补强证据规则等内容。一般认为,原则是规则的精神与灵魂,是规则的根本出发点。由于规则所针对的是一般情况,所代表的是一般正义;而原则却将目光着重对准规则未予覆盖或规制的特殊情形,其代表了法的个别正义。因此,规则与原则之间是可能存在着冲突与不谐的。^[1]从内容上来看,三个版本中仅有人大版专章规定了“基本原则”,而其他两个版本没有专章规定原则;而对具体规则的规定,三个版本均混杂在具体的法条中。相比较96刑法而言,三个版本均增加规定了证据裁判原则,在规则上均增加了原始证据优先、口供补强、非法证据排除、传闻等规则。

特别值得一提的是对非法证据的态度,我国96刑法采取了简单的全部排除规定,但在最高法院的司法解释中实际上采取的是非法言词证据(证人证言、被害人陈述、被告人供述)的排除,而对非法取得的实物证据采取了默认的态度。三个版本均提出了对非法取得的言词证据的排除,但是对于非法取得的实物证据是否可以作为定案的根据,西政版提出“由法庭根据取证行为的违法程度和案件的具体情况决定”,法大版则规定“由人民检察院、人民法院根据取证行为违法的程度和案件的具体情况决定”,人大版划分得较细致,规定:违法监听、违法搜查、违法扣押以及违法诱惑侦查所得的证据,不具有证据能力,其他违法取得的实物证据,“由法庭权衡违法原因及程度、违法行为对人权保障及公共利益的影响后,裁定是否具有证据能力”。对于通过违法言词证据而获得的实物证据(美国通称为“毒树之果”),法大版规定了不得采用(第77条第2款),人大版则规定具有证据能力(但言词证据的获取方式严重侵害公民基本权利或严重妨碍司法公正的除外)。

关于举证责任或者证明责任的内容,三个版本采取了不同的词语:西政版和人大版均使用的是证明责任,法大版采用的是举证责任。在英国证据法中,举证责任不同于证明责任,刑事诉讼中的证明责任包括举证责任(evidential burden)与说服责任(persuasive burden)两个层面,前者指控辩双方都有义务就其主张的事实提出证据加以证明,而后者特指公诉人必须负担的证明被告人有罪的责任。我国很多学者认为应当将证明责任和举证责任区分开来;^[2]也有学者认为证明责任可以分为取证责任、举证责任和审证责任。^[3]当然也有学者认为证明责任和举证责任是一个概念,两者可以在同一个意义上使用。^[4]虽然三个版本在论证中给出的解释不完全相同,但是从内容上来看,三个版本是将两个概念等同使用的。此外,人大版中特别强调了被告人有权利提出自己无罪的证据,这说明了提出证明自己无罪证据的行为属于权利而不是责任,行使与否不影响最后的定罪量刑。

对于证明标准的规定,西政版规定认定被告人有罪必须达到“事实清楚,证据确实充分,足以排除合理怀疑”;人大版则提出了“对指控犯罪事实的证明已经达到排除合理怀疑的程度”为裁判有罪的要求;法大版在维持96刑法的基础上,借鉴大陆法系国家严格证明与自由证明的基本理论,增加了

[1] 李可:《原则和规则的若干问题》,载《法学研究》,2001年第5期。

[2] 宋世杰:《证据学新论》,中国检察出版社2002年版,第四章、第五章。

[3] 裴苍龄:《新证据学论纲》,中国法制出版社2002年版,第423页。

[4] 樊崇义:《证据法学》,法律出版社2001年版,第199页。

“优势证据的程度”的程序事实证明标准。法大版不同意采用“排除合理怀疑”的提法，一方面认为一旦公安司法人员对案件事实认识清楚，显然也就排除了合理的怀疑，因此这个增加显得多余；另一方面是考虑到“排除合理怀疑”的有罪证明标准在西方国家存在多种不同的解释，不具有可操作性。^{〔1〕}笔者较为赞同法大版的观点，特别是第二个“不具有可操作性”的观点。但是，笔者认为法大版的论证存在前后矛盾的问题：排除合理怀疑和优势证据均属于西方国家（特别是英美法系国家）证明的程度，只不过前者属于第二等而后者属于第四等而已，^{〔2〕}认为第二等证明程度多余和不可操作，而认同第四等证明程度，这显然是不符合逻辑的。

（三）总则部分中强制措施制度的比较研究

西政版删除了五类强制措施中的监视居住，将拘留改为逮捕、逮捕改为羁押候审。对于学界和实务届争议比较大的连续拘传问题，西政版明确规定了两次拘传的间隔时间不得少于8小时，以真正有效地保障犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。在取保候审的条件中，将公安部《公安机关办理刑事案件程序规定》第64条的内容吸收进来，同时增加了对“涉嫌其他法定最低刑为三年以上有期徒刑的故意犯罪的犯罪嫌疑人、被告人”不得被取保候审的规定。在财产保中被取保候审人提交担保财物或者财产凭证的标准（第67条）中，西政版规定的是——与其经济能力相适应且不得明显超过保证作用所需的价值。但是笔者以为“与其经济能力相适应”规定过于含混，实践中难以掌握且没有体现出财产保的基本目的（虽然在“释义与论证”中提及这一点）。关于取保候审的时间，96刑诉法仅仅规定了公、检、法最长不得超过12个月，在司法实务中却被公检法三机关理解为三机关“分别”不超过12个月，这样实际上可能就是不超过36个月了，西政版对这个问题予以明确：累计不得超过12个月。吸收英美法系国家的做法，西政版删除了96刑诉法中的监视居住和公民扭送，将96刑诉法中的拘留和逮捕分别改为逮捕和羁押候审，同时将逮捕具体分为有证逮捕和无证逮捕。值得肯定的是，西政版规定被羁押候审人应当交付司法行政机关下设的羁押场所进行羁押（第77条第2款），充分体现了当前学术界羁押场所中立的要求和防止刑讯逼供的目的。另外，西政版还增加了羁押候审期间犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、辩护人有权提出复查的申请，以及人民法院每隔两个月以职权进行的复查，并规定复查由预审法官负责，这体现了对剥夺犯罪嫌疑人、被告人人身自由强制措施的动态控制机制和防止超期羁押的制约理念。

法大版对拘传基本上维持原样，只是在吸收公检法相关解释的基础上作了补充完善。对于取保候审的条件，法大版增加了不满18周岁或者已满70周岁的犯罪嫌疑人、被告人可以取保候审的规定；在限制性条件中，除了吸收公安部《公安机关办理刑事案件程序规定》第64条的内容外，新增加了在先前的取保候审期间实施故意犯罪并且可能判处五年有期徒刑以上刑罚和已经被一审法院判处三年以上有期徒刑以上刑罚的两种不得取保候审情形。关于担保方式，法大版突破了《关于取保候审若干问题的规定》第4条对同一犯罪嫌疑人、被告人不得同时使用保证人保证和保证金保证的规定，认为对于涉嫌罪行严重的犯罪嫌疑人、被告人可以责令其交纳保证金并（不是“或者”，笔者注）提出保证人。在被保证人涉嫌的犯罪较重并且不能同时使用保证金担保的，公检法机关可以要求保证人签署附有适当经济担保责任的保证书（第105条第2款）。对于这个新增规定笔者以为不妥。这其实是“强制性地”由保证人承担起了交纳保证金的义务，这种担保是没有意义且不符合担保的基本要求；另外，该条第3款本来就有对保证人予以罚款的规定，增加经济担保其实是多余的重复。法大版对监视居住的条件进行了全方位的改变——罪该逮捕但证据不足或者不宜逮捕，同时又没有固定住处的犯罪嫌疑人、被告人，监视居住的执行机关由原来的公安机关改为决定机关（谁决定谁执行）。侦查阶段的取保候审和监视居住期限分别为6个月和3个月，而审查起诉和审判的期限则不超过具体的办案期限。法大版将

〔1〕 陈光中：《中华人民共和国刑事诉讼法再修改专家建议稿与论证》，中国法制出版社2006年版，第338页。

〔2〕 卞建林：《美国刑事诉讼简介》，载《美国联邦刑事诉讼规则和证据规则》，中国政法大学出版社1996年版，第9页。

拘留细分为有证拘留和无证拘留两种，无证拘留主要针对的是现行犯或者准现行犯。公安机关和检察机关的居留权完全一致（既有拘留决定权也有拘留执行权）。在逮捕的条件中，法大版将 96 刑法中的“可能判处有期徒刑以上刑罚”提升为“可能判处三年以上有期徒刑以上的刑罚”，实际上尽可能地从严掌握逮捕的使用；另外，法大版还规定犯罪嫌疑人、被告人如果是未成年人、怀孕或者哺乳期的妇女、患有严重疾病的人以及超过七十周岁的老年人，除罪行特别严重的以外，不得逮捕，体现了强制措施适用上的人道主义精神。

人大版在说明部分提出：强制措施应当包括对人的强制措施和对物的强制措施，并在其编排体例上将两者分开，对物的强制措施如搜查、扣押等保留规定在侦查一章中。另外，将原五类强制措施变更为四类——拘传、拘捕与羁押、保释。对于拘传，人大版的变动主要体现在两个方面：第一是确认拘传为传唤的后续措施，而我国原来的法律规定可以直接拘传；第二是拘传的适用对象从犯罪嫌疑人、被告人扩充到了拒不提供证言的证人。人大版中的拘捕措施，准确地说类似于西方国家的逮捕，或者说是我国 96 刑法的拘留，而其包含的内容更为广泛：既包括原来的拘留，还包括公民扭送和《人民警察法》规定的留置。拘捕分为（令状）拘捕和紧急拘捕（无证拘捕），令状拘捕是羁押的必经前置程序，紧急拘捕就是无证逮捕和群众扭送。^{〔1〕}但是从内容（第 58 条）规定上来看，人大版的紧急拘捕更加类似于现行法律中的拘留。笔者以为人大版中对拘捕的规定较为混乱，一方面在说明中认定拘捕包括令状拘捕和紧急拘捕，但是在具体的条文设计上并没有体现出它们的区别，只是简单地将 96 刑法中的拘留修改为了紧急拘捕，仍然保留了公民扭送（按照人大版的说明，这应该属于紧急拘捕的一种）。强制措施的使用，要求进行司法审查，人大版规定拘捕由人民检察院或者人民法院决定。拘捕的执行主体，除侦查人员之外还增加了司法警察，司法警察的增加更加便于人民法院和人民检察院直接受理案件中强制措施的使用。这里比较模糊的是：法、检直接受理案件中的拘捕措施的司法审查如何进行？将《人民警察法》第 9 条规定的“留置审查权”融入到刑诉法典中来，是人大版的一个创新，但是这里存在几个问题：第一，留置审查权一般被视为行政强制措施，我国司法实践中一些公民对公安机关的留置决定提起行政诉讼也得到了法院的支持，如何将其改为刑事强制措施呢？第二，从人大版留置审查的条件（第 60 条）来看，基本上属于紧急拘捕的范畴内，紧急拘捕后本来就是要审查以后决定是否羁押，留置以及审查是紧急拘捕的当然和必要的后续行动，是否有必要单独将其列为一种强制措施？与 96 刑法不同，人大版将逮捕改为羁押，同时规定拘捕为羁押的前置程序。人大版在第六章规定了保释制度，但是严格意义上说，这一章除了将 96 刑法的取保候审和监视居住两个措施内容简单地糅合在一起外，没有太多的新意，特别是保释中规定的强制措施内容，几乎就是 96 刑法的翻版。保释担保方式的规定与法大版修订一样，对同一犯罪嫌疑人、被告人可以同时责令其提出保证人和交纳保证金。保释和监视居住的最长期限不得超过 12 个月和 6 个月。

（四）分则部分中立案、侦查程序的比较研究

《刑事诉讼法》分则部分是具体刑事案件运作的程序，几个修改版本均将立案、侦查的内容放在重要位置，如西政版独立的第三编“侦查”、人大版的第三编“审前程序”等。具体框架结构体例可以参见表二。

西政版将侦查独立为一编（第三编），分为侦查的发动（96 刑法的立案）、侦查行为和侦查终结三章。在侦查的发动部分，最主要的修改体现在增加了需要侦查前的初步调查（第 158 条）和人民检察院对侦查活动的引导（第 162 条），后者对当前热点的警检关系作了一个有益的规定和尝试。侦查行为中增加了对血液、分泌物、排泄物、机体组织、体纹、印记及其他样本的采集（第 169 至 171 条），将《公安机关办理刑事案件程序规定》中的辨认措施吸收进了法典。讯问犯罪嫌疑人修改为询问犯罪

〔1〕 陈卫东：《刑事诉讼法再修改的航标》，载《模范刑事诉讼法典》，中国人民大学出版社 2006 年版，第 12 页。