

新

控辩审

三人谈

张军
—
姜伟
—
田文昌
—
著



北京大学出版社



本书以2012年《刑事诉讼法》的修订为契机，是继2001年出版的《刑事诉讼：控、辩、审三人谈》之后，张军、姜伟、田文昌的再次对话。三位作者分别站在法官、检察官和律师的角度，对新《刑事诉讼法》背景下的刑事诉讼理论与实务问题展开激烈讨论。读者可以从中体会他们各自不同的立场、观点的交锋和思想的碰撞，了解我国刑事诉讼制度和理念的演变历程、经验得失以及对刑事诉讼未来发展的愿景。全书以自然融入的现场感、辩驳求真的可读性、观点交锋的碰撞力，为控、辩、审三方提供了一种有益的多维视角，对理论界和实务界均有极大的借鉴价值。

ISBN 978-7-301-23504-1



9 787301 235041 >

定价：68.00元

新
控辩审
三人谈

张军—姜伟—田文昌—著

北京大学出版社



图书在版编目(CIP)数据

新控辩审三人谈/张军,姜伟,田文昌著. —北京:北京大学出版社, 2014.1

ISBN 978 - 7 - 301 - 23504 - 1

I. ①新… II. ①张… ②姜… ③田… III. ①刑事诉讼 - 诉讼程序 - 研究 - 中国 IV. ①D925.218.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 280358 号

书 名: 新控辩审三人谈

著作责任者: 张 军 姜 伟 田文昌 著

策划编辑: 蒋 浩 曾 健

责任编辑: 杨玉洁

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 23504 - 1/D · 3465

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.yandayuanzhao.com>

新浪微博: @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书

电子信箱: yandayuanzhao@163.com

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

965 毫米 × 1300 毫米 16 开本 29.5 印张 366 千字

2014 年 1 月第 1 版 2014 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 68.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

序 一

十年瞬间。《刑事诉讼：控、辩、审三人谈》在2001年出版时，这种形式的著述在当时系属首创。该书以其自然融入的现场感、辩驳求真的可读性、不同观点交锋碰撞的全景式呈现，让不同的读者能够各自撷取有用成分，得到了法律人和广大读者的认可。如今我们又重聚首再谈刑事诉讼法，中国的法治建设、司法环境、法律共同体的培养乃至民众的法律素养都有了长足进步，已与十几年前不可同日而语，这既为我们的聚谈提供了“水涨”的条件，也提出了“船高”的要求。

这十多年来，我们三人，分别作为律师（中华全国律师协会刑事专业委员会主任）、检察官（最高人民检察院公诉厅厅长）、法官（最高人民法院刑事审判庭庭长），年龄在增加，阅历也在增长。现在只有文昌律师还在铁肩担道义，活跃在法律工作第一线，我和姜伟转岗几次，都已离开了司法工作岗位。这些年，蒋浩先生和一些学人曾多次建议对《刑事诉讼：控、辩、审三人谈》进行及时修订再版，但是因为工作、个人原因，都没能实现。是这次《刑事诉讼法》修订的契机和蒋浩先生的热心催促，让我们终于有了十几年后的重聚再谈。

刑事诉讼法被称为“小宪法”，因与公民权利保护息息相关，故而2012年《刑事诉讼法》修改引起了社会广泛关注。这中间，既有法律人职业性、专业性的关注，也有刑事案件当事人感同身受的体会，还有普通社会公众对热点的讨论。我和姜伟虽都已不在司法机关任职，但职业的敏感、法治的情怀一如既往。过往的职业经历和阅历的积累，加之对新的工作岗位的体悟，特别是姜伟在政法岗位担任重要

领导职务,可能更有助于我们作为曾经的职业法律人、如今的党务工作者,从不同的站位、角度,对这部不断修订、更加符合国情、逐步臻于完善的《刑事诉讼法》有更全面、更深切的认识;对体会立法精神,回应社会公众关切之所思、所虑、所述,也许会更有独特意义。

正是基于这些考虑,虽然姜伟当时已离开最高人民检察院,我们仍然启动了这项工作,仍然从控、辩、审三方的角度展开讨论。哪曾想,在讨论进行了一轮以后,我也离开了最高人民法院的工作岗位。

就我个人而言,与《刑事诉讼法》结缘颇深。1996年、2012年两次代表最高人民法院参与《刑事诉讼法》的修改,并主持了最高人民法院有史以来条文最多、篇幅最长的司法解释——《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》制定的前半段工作。在此过程中,我与刑事审判庭和研究室的同事们,秉持忠实立法、客观公正的立场,尽最大努力通过制定司法解释来规范审判权的行使、促进程序公正的实现,以体现确保司法公正、推动法治进步的立法精神。在最高人民法院所承担的工作的性质,以及对《刑事诉讼法》有效惩罚犯罪和有力保障人权的作用的理解,使我对审判权的行使更加审慎,始终战战兢兢,如临深渊,如履薄冰,不敢有丝毫疏忽懈怠。

近年来,一些地方出现的“赵作海案”“二张案”等重大冤假错案,引发了社会高度关注,也使一般民众对通过刑事诉讼改革预防冤假错案产生了相当大的期待。

我国目前的刑事诉讼结构、制度和程序及其背后承载的法律价值和社会功能,是我们在“三人谈”中面对疑难和争议问题时寻求共识的最重要基础。而针对修法后的新情况、新问题,我们力求在深度和广度上都能在原作基础上作出更有力度的拓展和延伸。这次聚谈,我们三人既有老友重逢的默契和驾轻就熟,也有对新著付梓的盼望。谈论中相合处会心微笑,相争时面红耳赤,屡屡擦出思想火花,我们为之陶醉,也期待能引起读者诸君的共鸣。

法的生命在于实施。希望我们这本书能有益于新《刑事诉讼法》及相关司法解释、规范的实施,能为控、辩、审法律共同体,为实务界、理论界学人和社会大众,提供一种探究《刑事诉讼法》的三维视角。中国法治发展仍在继续,也必将越来越好。这次“三人谈”,也算是我们为中国法治发展所尽的绵薄之力。

张 军

序 二

距上一次我们三人谈论控、辩、审，时间已经过十余年。2012年《刑事诉讼法》的修改使我们又聚到一起。三位老友，几盏清茶，谈论关于刑事诉讼老话题的新问题，是一件幸事。

如今，虽然我和张军的工作有了变化，不再从事司法工作，但我们关注司法公正的情怀从未改变。酝酿《新控辩审三人谈》时，我尚在检察院工作，而讨论开始时，我已不再是控、辩、审的一方。我曾经犹豫过，是否继续参与这个课题，而张军、文昌的挽留和劝导，使我决定留下并参与其间，分享他们的研法心得。其实，我们的司法实践经验，需要这样的机会进行梳理。于是，历经一年之久，我们断断续续地完成了这个课题。

刑事诉讼是多方主体参与、多元利益交织、多维价值共融的司法活动。在刑事诉讼中，如何维护司法公正，兼顾各方权益，提高诉讼效率，是我们讨论每个问题时都会涉及的三大主题。可以说，控、辩、审的诉讼活动就是围绕着这三大主题展开的。关键是在处理控、辩、审三方关系时，怎么平衡这三大主题。

“三人谈”是交流的过程，也是争论的过程，更是学习的过程、提高的过程。我们有不同的职业经历，扮演不同的诉讼角色，考虑问题的视角不同，在一些问题上见仁见智、激烈争论是难以避免的。经过不同观点的碰撞、思想风暴的冲击，我从中获益良多。好在我们不仅追求理想，而且遵循理性，在一些重大问题上，往往能够根据法治精神和诉讼规律达成共识。

上一次“三人谈”，我与张军正在公诉厅和刑事审判庭的工作岗

位上,诉讼角色的色彩较浓,与文昌律师之间,各种观点的交锋可能更直接一些。这次再谈,我与张军已先后离开了司法岗位,也许我们曾经的工作经历,会让我们自觉或不自觉地站在控方或者审判的立场讨论问题,但是,由于我们已经身处诉讼活动之外,所以我们能更加客观、更加理性地审视控、辩、审的立场,根据司法实务的需求,感悟刑事诉讼法的要求。

张军不仅是我的同学,而且是我的“同床”,是睡在我下铺的兄弟。论法学功底、审判经验,他是全国法院的翘楚。他主持刑事审判业务和刑事司法解释工作多年,对于刑事诉讼的理论与实务如数家珍。“三人谈”中他也往往充当审判长的角色,在纠结的话题中起到一锤定音的作用。

文昌律师被称为“刑事辩护第一人”,长期活跃在诉讼一线,他的经历、感悟最多。我们讨论的很多话题都是由文昌律师的问题展开的。也许没有文昌律师的参与,就不会产生这些接地气的话题,也难以形成一些兼具针对性和指导性的对策。

感谢北京大学出版社的蒋浩先生。他的编辑素养、职业精神和服务意识,在法律出版界一直有口皆碑。如果不是他的倡导、组织、敦促,不会有十年前的“三人谈”,也不会有现在的“三人谈”。

不知下次《刑事诉讼法》修改时,我们还能“三人谈”否?这是我的愿景,是否也是我们的愿景?

姜 伟

序 三

《刑事诉讼:控、辩、审三人谈》自 2001 年面世以来,受到法律界同行的广泛关注,这使我们深感欣慰!我以为,这本书突出的特点,就在于作者角度的多重性和理论与实务的交融性。当时,张军是最高人民法院刑二庭庭长,姜伟是最高人民检察院公诉厅厅长,我是中华全国律师协会刑事专业委员会主任。我们三人各自从不同的角度出发,对刑事诉讼理论与实务的问题进行评价、提出建议,有共识,也有争议,在一定程度上反映了对刑事诉讼制度的全方位思考。尤其是在对话中因观点的碰撞而闪现出的思路和观点,是闭门思考的时候难以捕捉的。另外,我们三人研究的是同一个专业,又在各自的实务领域亲力亲为,在理论与实务的结合点上都有较深的体会和思考。所以,正是这些,使“三人谈”具备了较强的可读性。

今天,张军与姜伟的工作都已有所变动,但法律人的身份仍然没有改变。出于求真与探索的共同愿望,以《刑事诉讼法》的修订为契机,我们又进行一次新的对话,这是我们三人之间的讨论,也是与广大同行的讨论。希望我们的对话成为一块引玉之砖,能够激发起更加闪亮的火花。

十几年过去了,我们的法治进步了,理论和实务的水平提升了,但与此同时,暴露的问题和引发的思考也更多了。所以,讨论中所遇到的困惑也比以前更多了,而其中最突出的就是法治理念的问题。如果说,前一次“三人谈”的内容主要是侧重于具体的刑事诉讼制度,这次“三人谈”的内容则更加侧重于理念问题。前后两次对话在内容上可以体现出由浅入深的过程。正因为如此,在讨论问题的同

时,甚至在激烈争论的同时,我们自己也有许多困惑。所以,我们对话的本身也是一种求教的方式,希望通过本书的问世,求教于更多的同行,引发出更多的思考。

由于我国法治建设的历史太短,我们的刑事诉讼制度和理念还相对落后,但是,任何事物的发展都是需要争取和推动的,对于诉讼制度改革的深化不可能一蹴而就。历史的车轮必然会向前行进,这是不以人的意志为转移的,但是,历史前进的速度却与人们的努力推动密切相关。所以,希望有更多的人成为历史发展的积极推动者。

在探索中前进,在前进中探索;在争论中发展,在发展中争论;在探索和争论中共同提升。这正是我们对话的初衷和目标。

田文昌

目 录

	序一 张军	001
	序二 姜伟	005
	序三 田文昌	007
第一编	总论	
	001	
	一、刑事诉讼法修改背景	001
	二、如何贯彻落实好修改后的 刑事诉讼法	011
	三、贯彻落实新刑事诉讼法,制定 司法解释	017
第二编	辩护制度	
	019	
	一、委托辩护人(第 33 条)	019
	二、刑事法律援助(第 34 条)	037
	三、辩护人的举证责任问题 (第 35 条)	043
	四、辩护律师在侦查期间的工作 职责和权限(第 36 条)	043
	五、辩护人同在押的犯罪嫌疑人、 被告人会见和通信的规定 (第 37 条)	046
	六、辩护人阅卷(第 38 条)	051
七、辩护人申请调取无罪或罪轻 证据(第 39 条)	052	
	八、辩护人将有关无罪证据告知 公安机关、人民检察院(第 40 条)	053

		九、辩护律师收集证据的规定 (第 41 条)	057
		十、对辩护人违法取证的处理 (第 42 条)	060
		十一、辩护律师的保密义务 (第 46 条)	064
		十二、辩护权利的救济 (第 47 条)	068
第三 编	证据制度 077	一、证据种类(第 48 条)	077
		二、举证责任(第 49 条)	104
		三、依法收集证据(第 50 条)	112
		四、行政机关收集的证据材料在 刑事诉讼中作为证据 使用的规定(第 52 条)	119
		五、证明标准(第 53 条)	125
		六、非法证据排除(第 54—58 条、 第 182 条第 2 款)	139
		七、对证人的特别保护(第 62 条)	183
第四 编	附带民事诉讼 197	一、附带民事诉讼的提起(第 99 条)	197
		二、刑事附带民事诉讼的调解 (第 101 条)	208
		三、附带民事诉讼审判程序 (第 102 条)	216
第五 编	提起公诉 221	一、检察机关在审查起诉中对证据 合法性审查的责任 (第 171 条)	221
		二、审查起诉中补充侦查的规定 (第 171 条)	230

第六编
审判制度
239

三、全案移送案卷材料、证据的规定 (第 172 条)	232
四、没有犯罪事实不起诉 (第 173 条)	237
一、树立庭审中心主义意识	239
第一审程序	250
二、庭前程序——庭前会议 (第 182 条)	250
三、涉及商业秘密不公开审理 (第 183 条)	262
四、举证质证(第 190 条)	264
五、专家证人出庭(第 192 条)	267
六、量刑程序(第 193 条)	273
七、撤回起诉	278
八、简易程序(第 208—215 条)	281
第二审程序	293
九、二审开庭审理(第 223 条)	293
十、二审检察机关阅卷时间的规定 (第 224 条)	298
十一、审限	301
十二、发回重审(第 225 条)	303
十三、上诉不加刑(第 226 条)	308
死刑复核程序	313
十四、最高人民法院不核准死刑 的案件处理规定(第 239 条)	313
十五、关于死刑复核程序中讯问 被告人、听取辩护律师意见 以及最高人民检察院可以 提出意见的规定(第 240 条)	314

第七编	特别程序 328	一、未成年犯罪案件诉讼程序 (第 266—276 条)	328
		二、当事人和解的公诉案件诉讼程序 (第 277—279 条)	348
		三、犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡 案件违法所得的没收程序 (第 280—283 条)	358
		四、依法不负刑事责任的精神病人的 强制医疗程序(第 284—289 条)	368
第八编	关于新刑事诉讼法的 司法解释的对话 375	一、司法解释出台的背景介绍	375
		二、辩护律师的调查权问题	383
		三、采取技术侦查措施收集的材料 作为证据使用以及相关保护 措施的规定	390
		四、收集程序、方式有瑕疵的证人 证言的补正	400
		五、证人出庭	403
		六、监所外提讯的供述能否作为 定案根据	409
		七、非法证据排除	413
		八、强制措施	433
		九、当庭提交证据	434
		十、如何应对破坏法庭秩序的问题	436
		十一、被告人委托辩护人的次数	441
		十二、二审开庭	442
		十三、再审程序	445
		十四、庭审直播问题	449
		十五、对速裁程序的探讨	452
	编后记	454	

一、刑事诉讼法修改背景

张军

这次刑事诉讼法修改,受到了国内外的高度关注,是1979年《刑事诉讼法》颁布33年后的第二次修改。第一次修改是在1996年。与上一次的修法相比较,无论是司法机关,还是学术界、法律界,乃至全社会都认为这次修法有非常大的进步,无论是尊重和保障人权写入新法,还是一些很具体的规定的变化,都是对依法治国、建设社会主义法治国家宪法原则的落实,体现了法律的进步。我觉得这次刑事诉讼法再修改绝不仅仅是表面能看得出来的立法技术或者法律条款的变化,它更深刻地反映了我们国家经济、社会的发展和变化。

这次修改中的许多内容,我们参加1996年《刑事诉讼法》修改的时候,也提出来过,当时觉得有些是天方夜谭,不可能被规定下来;有些是明显的超前,不符合我们国家的实际,没有被采纳;有些甚至当时都不可能想到。比方说简易程序,当时首次由人民法院提出设置简易程序,专家学者、检察机关、立法机关都觉得不需要、不可能,经过非常大的努力,才向前蹒跚了一小步。但这次很顺畅,几乎没有任

何阻力地把简易程序的适用范围扩大到15年以下有期徒刑的案件，基层法院审理的大多数案件都可以适用了。还有上次想也不敢想，提也不可能提的技术侦查获取证据的法庭使用问题，这次也被明确地提出并规定下来。这里面既有我们法治进步的背景，还有科技发展的促进，也有国际社会对我们的一些影响。比方说“9·11”之后，美国把对恐怖分子的打击、防范，采取秘密手段的跟踪、窃听完全公开，对我们也是有影响的。

我讲这段的意思，就是说刑事诉讼法的这次修改，得到社会方方面面的高度肯定、认同，这并非完全是靠法律技术的进步，司法实践提供的经验，更重要的是依靠我们国家经济社会文化的发展进步，依法治国方略的落实，当然也离不开实施刑事诉讼法的司法实践过程中经验和教训的积累。比方说赵作海案，促成和催生了最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》（以下简称“两个证据规定”）的出台，“两个证据规定”中的有关内容也纳入到这次修法当中来。

总体上讲，我觉得我们只有首先深刻认识这次修法的大背景，看到社会的发展与进步，才能够在具体理解适用修改后的刑事诉讼法的时候，头脑里把握一个纲，有一个基本的思想指引，才能够把它理解、贯彻、落实、执行好。

姜伟

这次刑事诉讼法修改，我觉得更重要的是体现了刑事诉讼的平衡规则。因为刑事诉讼涉及方方面面，有被告人、被害人、控方、辩方、侦查机关、公诉机关、审判机关等，所以，刑事诉讼法的规定不能片面追求单一的价值，而要体现它的平衡性，就是要体现价值的多元化。我觉得这次刑事诉讼法修改的最大特点就是体现了平衡性，能够充分考虑刑事诉讼追求的价值多元这样一个倾向。

平衡性主要体现在以下四个方面：

第一，体现了程序公正与诉讼效率之间的平衡。刑事诉讼首先要追求程序公正，但是又不能为了追求公正，而使案件久拖不决，对犯罪嫌疑人、被告人久押不放。要在保证程序公正的同时体现效率。所以，这次修法在提高诉讼效率方面规定得比较多，比如扩大简易程序适用范围，在刑事诉讼案件上体现繁简分流，重大疑难复杂的案件，按正常程序审理，一些轻微刑事案件，允许当事人和解，这样可以节约诉讼资源，这是一种平衡。

第二，体现了惩治犯罪与保护人权之间的平衡。犯罪是对社会秩序的破坏，是对公民人身、财产等合法权益的损害。刑事诉讼的目标是要追诉犯罪，在追诉犯罪的过程当中，难免要对一些犯罪嫌疑人、被告人采取强制措施或者侦查手段，二者之间怎么平衡，这也是一直困扰我国刑事诉讼法几次修改的最大难题。这次修法，我们把尊重和保障人权写入刑事诉讼法，明确规定禁止强迫自证其罪，规定非法证据排除规则，第一次把宪法原则写在部门法中强调并遵循，在保障人权、保证诉讼当事人的人身权利、诉讼权利方面，应该讲是一个最大的改变。同时，惩治犯罪的手段也得到了相应强化，比如张军刚才讲到的，技术侦查措施写入法律。技术侦查各国都有，原来尽管我国的刑事诉讼法里没规定，但实践中也都在用，因为它是惩治犯罪的专门侦查措施，不使用不现实。但实践中广泛使用却不入法，确实也不规范，所以为了惩治犯罪，这次在立法中专门规定了技术侦查的措施，把它合法化、规范化。再比如对特殊犯罪，有一些例外的措施，这也是世界各国的通例，像恐怖犯罪，危害国家安全犯罪，这些犯罪往往是有组织犯罪。现在社会上有一些人提出来所谓“秘密失踪”，这种观点是对法律和打击犯罪的特殊性不了解，因为有组织犯罪涉及公共利益的安全，比如恐怖犯罪，只要一通知同伙，就会带来很严重的危害后果，所以需要特别手段，这对于惩治犯罪和保护公共安

全是必要的。

第三,体现了控方与辩方之间的平衡。诉讼必然涉及控辩双方的平衡,理论上叫平等武装。在这次刑事诉讼法修改中,增加了律师的权利,比如侦查期间的介入权、会见权、调查取证权,都比上次修改有了很大进步。反过来对控方呢?也有规定,既有对控方权力的限制性规定,也有对律师义务性的规定,比如涉及犯罪嫌疑人、被告人无罪的证据,不具备刑事责任能力的证据,律师如果发现了,要提早告知办案机关,不要用作“伏击证据”。本来律师早说能够让当事人早解脱,但有些律师为了在法庭上出风头,搞伏击证据,当庭才抛出这个“炸弹”,既浪费了诉讼资源,又损害了当事人的利益。所以,这样一方面提高了效率,另一方面对辩方有一个义务要求,体现出了控辩的平衡。

第四,体现了公、检、法相互配合、相互制约、加强监督的平衡。这次刑事诉讼法修改最大的特点,是强化了检察机关对侦查活动、审判活动的监督权,同时公安机关、审判机关、检察机关的制约关系也得到进一步具体化。诉讼毕竟要经过侦查机关、公诉机关、审判机关三个环节,同时还要发挥检察机关作为一个法律监督机关的作用,所以这几家需要既配合又制约,而这次修法,正体现了对几家权力之间的进一步规范。

综合以上四点,我认为这次修法最大特点就是体现了价值多元化,是我们国家立法技术的一个进步和完善。

田文昌

我有幸全程参加了这次刑诉法修改的研讨活动,应当说这也是律师界第一次能够有机会全程参与刑事诉讼法的修改。这次刑事诉讼法修改的过程很长,下的工夫很大,全国人大常委会法工委在修改刑事诉讼法过程中,广泛征求意见,研讨会、论证会、征求意见会,开了至少有几十次。此次修法的一个最突出的特点,就是得

到了全社会的高度关注,其关注的广度和深度都是空前的,而且由此形成了丰硕的理论成果,先后出现了四部修改建议稿:中国政法大学陈光中教授主编的《专家意见稿与论证》、西南政法大学徐静村教授主编的《学者拟制稿及立法理由》、中国人民大学陈卫东教授主编的《模范刑事诉讼法典》,以及我和陈瑞华教授主编的,以全国律师协会名义向立法机关提交的《律师建议稿与论证》。这四部建议稿不仅提交到了立法机关,而且正式出版发行,在社会各界产生了比较大的影响。律师界本身也是对此次修法表现出空前的关注,全国的刑辩律师都积极参与进来。全国律协刑委会在编写律师建议稿的时候,给每个省律协刑委会都布置了任务,分配了研究专题,然后汇总上来,之后,全国律协刑委会又前前后后组织律师、官员、专家学者召开了大小研讨会议近二十次,历时两年多时间,最终形成了系统的修改意见并出版成书。除了法院、检察院、公安、律师、学者这几个方面之外,社会各界也都很关注,在人大开会期间公开征求意见的时候,收到许多的反馈意见,就充分说明了这一点。

为什么这次修法会引起如此空前的关注?我觉得这恰恰反映出一种需求。1979年《刑事诉讼法》颁布实施,1996年第一次修改,经过这么多年的实践,仍然有很多问题亟待解决,所以在这次修改过程当中产生了这种空前热烈的讨论。

那么这次刑诉法修改的成果如何?刚才张军、姜伟两位都讲了,有很多突破性的进展,比如在保障人权方面增加了很多具体规定;比如我们律师界比较关心的刑诉法和律师法的衔接,除了个别问题以外,基本上实现了两法的衔接,最典型的是律师的会见权、阅卷权、调查权这些多年来一直受到严重阻碍的问题,这次基本上得到了解决;还比如核对证据的问题,这也是我一直在呼吁的问题,律师在会见嫌疑人、被告人时能不能向嫌疑人、被告人出示卷宗内容,核对证据?

以及如何出示？如何核对？这个问题原来没有明确规定，曾经有律师在会见时向嫌疑人、被告人出示案卷内容，结果被以泄密罪追究刑事责任。经过多方呼吁，这次修法明确规定了律师可以向嫌疑人、被告人核对证据，确定了嫌疑人、被告人对案卷的知情权。这样不仅对律师会见有保障，而且能够保障嫌疑人、被告人的基本诉讼权利，同时能够保证庭审顺利进行，提高庭审效率。这些都是有明显积极意义的改进。

在肯定其积极意义的同时，我也关注到另一面的问题。比如我们这次刑法修改虽然提出了很多突破性的理念，作出了一些突破性的规定，但是如何保证这些规定能够得以实施？怎样将其落实？新法在这方面还有一些缺憾，缺少相应的保障机制，缺少具体的救济条款。当然，这有各方面的原因，有的是我们的准备还不足，也有的是认识上还存有争议。我也很清楚，在立法和修法活动中对这些问题是有争论的，落到实处的时候，就会涉及很多具体问题。我曾经在《民主与法制》上发表过一篇文章，题目叫《理念的进步与保障的缺失》，核心问题就是谈对刑事诉讼法修正案的喜与忧，在肯定刑法修正案提出许多先进理念，具有非常可喜的重大进步的同时，还指出其缺少相应的保障性条款这一令人担忧的状况。我在文中指出，修正案在下一步的具体实施过程中，可能会遇到很多的问题，还有待于进一步出台相应的司法解释，通过司法解释来弥补。

客观地说，立法过程中的争论甚至冲突存在一定的必然性，和我们国家的现实状况有关。但是，在存在那么多争论的情况下，这次修法仍然能够提出这么多先进的理念，这种进步我认为也反映了一种时代的潮流。正是因为这次修正案提出了一些新的理念，有了一些新的内容，同时又存在一些缺憾，所以，我们这次《新控辩审三人谈》需要结合刑事诉讼法修改涉及的一系列问题，也包括还没有涉及的

问题,进行更深一步的讨论。这种讨论不仅很有必要,而且还能推动我们在这次的《新控辩审三人谈》中碰撞出新的火花、提出新的问题,而不致令人乏味。

张
军

与1996年修法在内部讨论的时候相比,我们有一个很明显的感受,这次参与修法的无论是学界、司法机关还是律师们,都更加理性,坐在一起更容易形成共识,这是这次修法在内部讨论中很顺利的一个最主要的原因。我想这个变化反映出很多问题:一是我们对于法治进步的共同追求;二是对于社会需求的共同认识;三是对于经验教训总结的认识趋同。上一次修法公、检、法在内部讨论的时候,争论得是不亦乐乎,我们自己半开玩笑半批评地讲,是屁股指挥脑袋。这一次修法,各个司法机关从各自角度提出意见,对刑法加以完善,这是必然的。但是同时,在国家法治的进步、体现诉讼规律、体现人权保障的进步、体现程序公正这些方面,无论是公安机关、安全机关、司法行政机关、检察机关、人民法院还是律师,共性问题、共同语言更多,思想理念更为一致,作为学者、专家就更不用说了,这是令我们感到非常欣喜的。

这样的一些变化,我想也表明或者也由于立法机关对这次修法过程做了更加充分的准备,立法意见稿中提出的一些建议主张,是在经过广泛发扬民主,认真仔细听取各方面不同意见,充分调查研究,深思熟虑后提出来的。比如说法工委郎胜副主任带队分别到各地听取公安机关、检察机关、法院的意见,形成相对成熟的意见后,又找相对司法经验更丰富、学术理论更专业的部门和学界的同志们一起讨论。2011年8月,我和姜伟就一起在杭州参加了法工委召集的研讨会,进行了认真的讨论。对于讨论当中遇到的一些难题,司法机关有关方面提出来不同的意见,立法机关觉得还是不尽成熟,或者说一时难以考虑采纳,也不是轻易不再提及,而是耐心地听取更仔细更专业

的意见。比如我们最高人民法院提出附带民事诉讼赔偿范围、赔偿标准在司法实践中比较混乱,亟需立法加以明确、完善的问题,要求修法更明确地把立法一贯的本质要求写出来,只对被害人的物质损失不包括精神损害给予赔偿。对这个问题立法机关很谨慎。因为这个问题和众多受害人、当事人的利益密切相关,稍微不慎,可能会影响立法,影响今后的司法,影响公正。但是各方面都没有放弃解决问题的希望。仅仅就这一个专题,立法机关提议,邀请公、检、法、司、专家、学者参加,在泰安召开了一个专题研讨会。会上各方意见冲突很大,最终立法机关在完全了解了存在的问题,平衡考虑各方面不同意见之后,将这个问题落实在这次修改后的刑法当中,使之有了一个相对更明确、更有指导意义的规定。这个过程,充分表明了这次立法的民主性、公开性、广泛听取意见,使公、检、法、司各方面理念认识渐趋统一,为这次修法能够取得各方充分肯定的效果奠定了一个很坚实的基础。同时这个良好的修法基础,为新法实施后,我们可以更准确地把握立法精神,在司法实践中统一理解运用新法奠定了一个坚实的基础。

姜伟

讲到这次修法过程,我赞同两位刚才讲的意见。我觉得从另一个角度来讲,这次修改过程可以用“三个立足”来评价:

第一,立足于理性。理性的第一个表现是有争论但不极端。刑事诉讼法涉及不同的诉讼主体、不同的司法机关,各方面所处的立场不同,看问题的角度不同,涉及各自的权利(权力)义务主张也不同。因此,这次修法过程中有争论,但是这种争论与上一次修法相比不极端,不再只从某一个诉讼主体的本部门利益出发,这是理性的第一个表现;理性的第二个表现是有借鉴但不盲目。这次修改与上次比之所以更加理性,是因为以前有人盲目追求西方欧美国家的一些法治理念、法治模式,在刑法条文中援用西方的个别制度,存在盲目性。

张
军

我插一句,有时候可能一步迈过了,就是诉讼一本主义,那就不符合我们的国情了。

姜
伟

经过这么多年,我们对国外的诉讼机制、诉讼模式有了更加充分的了解,在借鉴它们的时候对利弊得失考虑得更加全面,所以这次不再盲目。理性的第三个表现是不同的职业之间除了考虑各自的工作需求,同时也更多兼顾对方的需求,提出的观点不那么片面。理性主要体现在这样三个方面。这次修法的过程确实是一个相互沟通、相互倾听、相互理解,最后相互妥协的过程,之所以改动这么大,涉及条文这么多,我想首先是理性的关系。

第二,立足于国情。中国的法治建设,法律制度的调整,一定要从中国的国情出发。主要有这么几个方面:一是法治传统;二是文化背景;三是中国司法人员的素质;四是法治意识程度。国外有很多先进的理念,为什么搬到我们国家不行?刚才张军提到的一本主义,外国法官庭前不阅卷,到法庭一听双方的举证、质证和辩论,当场就能作出判决,但在我国还做不到。为什么?因为在中国,政治经济文化发展不平衡,在很多偏远地区,有相当一部分基层法院、检察院,连一个国民教育系列的本科生都没有。我在黑龙江工作过,现在黑龙江还有几十个检察院没有国民教育系列的法律本科生。为什么呢?因为太偏远,大学毕业生不愿意去,招考没人报名。在这种状况下,搞一本主义,当场就判,可能做不到。所以我认为,这次修法更多地考虑到了国情。前面讲到的,可能有些国外很好的理念,比如对被害人的救助,对犯罪嫌疑人的法律援助,以中国目前的发展水平还不能普及。我们这样一个人民民主专政的国家,人民共和国,当然愿意给人民办实事,但是还没发展到那个地步。除了一本主义不行,上次刑诉法修改提出的复印证据材料的物质条件在全国也还达不到,有些经济欠发达地区的基层法院、检察院,连复印机、复印纸都没有,我们援

藏援疆,援助了复印机,但当地缺少打印纸,这就是经济发展不平衡,经济条件达不到。所以我认为,这次修法立足于国情。

第三,立足于可行。我们这次刑诉法修改,不是从理念出发,也不是从哪一个特定的模式出发,而是更注重可操作性。主要体现在两个方面:一是保障人权具有可行性;二是查明犯罪、惩办犯罪具有可行性。我国原来有些法律法规,可操作性不强,很多条文被束之高阁,但是这次修法很注重可行性,注重解决实践中提出的问题。刚才张军同志讲到了,这次不仅是法工委,而且是公、检、法、司,包括律师系统全体总动员,共同研究我们在执行刑诉法中出现的问题,把问题说清楚之后,针对问题来修改法律。这就是我讲的平衡,我们针对实践中的问题来修改法律,目的是要解决问题,所以我们注意到平衡性,既解决保障人权的需求,也解决侦查犯罪、证明犯罪的一些必要手段,比如必要证人出庭、强化侦查措施等具体规定。这是立足于可行。

这次修改刑诉法,大家可以有这样那样的评价,但是我个人认为,这次修法,立足于理性,立足于国情,立足于可行,会在操作中起到好的效果,所以,我个人认为它进步的意义比较大。

田文昌

大家都说到立法机关在这次修法中的作用,我也体会到这次修法立法机关确实功不可没,其广泛全面、深入细致、反复多次、不厌其烦地认真听取各方面的意见,给我的印象非常深刻。正是因为我们的立法机关如此重视,如此下工夫,才使得这次修法取得了一些非常难得的成果,增加了许多突破性的规定。对于这次修法除了刚才两位概括的几个方面以外,我个人认为还有三个比较明显的特点。

第一,充分体现了立法的民主性。以前的立法、修法过程开放程度比较小,主要是一些相关部门在一起研究立法。这次修法广泛征求全社会的意见,而且得到了全社会的广泛关注,确实体现出立法活