



检察新探索丛书

新刑事诉讼法 理解与适用探索

——一个基层检察院的视角

主编 / 李国强 副主编 / 贾 健

XIN XINGSHISUSONGFA
LIJIE YU SHIYONG TANSUO

中国检察出版社

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店

内容不排斥 转载、转发、转卖 行为

但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



《新刑事诉讼法理解与适用探索》

编委会

主 编 李国强

副 主 编 贾 健

撰 稿 人 李国强（河南省荥阳市人民检察院检察长） 第一章

赵 伟（河南省荥阳市人民检察院侦监科副科长） 第二章

贾 健（西南政法大学法学院教师、河南省荥阳市人民检察院挂职副检察长） 调研报告、第三章、第八章、第九章、第十章、第十一章

苏 伟（河南省荥阳市人民检察院监所科科长） 第四章、第五章

张济方（河南省荥阳市人民检察院政研室副主任） 第六章

王 莉（河南省荥阳市人民检察院办公室副主任） 调研报告、第七章

序 言

刑事诉讼法是全国人民代表大会制定的基本法律，是全部刑事诉讼活动的主要依据，也是检察机关执法办案、开展法律监督工作的重要法律渊源。2012年3月14日，十一届全国人大五次会议对刑事诉讼法进行了重大修改，不仅确立了“尊重和保障人权”原则，而且在职务犯罪侦查、律师辩护、非法证据排除、证人出庭作证等诸多方面都有新的突破和规定。这些修改一方面为检察工作提供了新的发展机遇，另一方面也为检察机关执法理念、执法方式、执法能力等带来了深刻的影响和挑战，需要检察机关予以积极应对。

为了切实将新刑事诉讼法贯彻好、执行好，郑州市两级检察机关高度重视，在学习培训、工作模式转变、调研指导、后勤保障等方面做了大量卓有成效的工作。特别是荥阳市检察院在郑州市检察院法律政策研究部门的具体指导和支持下，对新刑事诉讼法在基层院的运行状况和存在的问题进行了认真的调研和思考，提出了一些颇有见地的对策和建议，这无疑会对检察机关的执法办案工作产生积极的促进作用，也值得我市其他基层院、包括市院相关部门参考借鉴。

新刑事诉讼法的内容十分丰富，其对检察工作产生的重大影响和工作中的问题仍在逐渐显现，对有关问题的调研和解决也不是一劳永逸的。因此，全市检察机关要以学习贯彻党的十八届三中全会、中央政法工作会议、全国全省检察长会议精神为契机，坚持以实现公平正义为核心价值追求，以促进社会大局稳定为首要任务，进一步加强对新刑事诉讼法以及相关司法解释的学习培训，进一步加强对执行新法重大实践和理论问题的研究，进一步转变执法理念和执法模式，确保新刑事诉讼法得到严格执行、取得良好效果，以更好地推动检察工作科学发展。

刘建国

郑州市人民检察院检察长

2014年3月

目 录

序言	1
新刑事诉讼法适用问题调研报告	1

第一章 保障辩护人、诉讼代理人诉讼权利机制研究

第一节 新刑事诉讼法对辩护制度的相关规定	17
一、新刑事诉讼法对辩护制度的修改和完善	17
二、辩护人权利的强化体现司法理念的转变	19
第二节 刑事诉讼中辩护人权利行使与保障	22
一、辩护人、诉讼代理人行使权利过程中遇到的困难和障碍	22
二、司法机关在保障辩护人、诉讼代理人权利方面存在的困惑和尴尬	23
三、辩护人权利行使与保障存在冲突的原因分析	25
第三节 对辩护人、诉讼代理人诉讼权利的保障机制	27
一、正确认识控辩双方在刑事诉讼中的地位，建立行之有效的保障机制	27
二、对司法实践中保障机制实施的建议	27

第二章 非法证据排除制度司法实务研究

第一节 非法证据排除制度概述	29
一、我国非法证据排除制度的理论基础与立法缘起	29

二、新刑事诉讼法关于非法证据排除制度的规定	31
第二节 非法证据排除制度的司法困境	32
一、非法证据排除制度与传统诉讼理念之间存在矛盾	32
二、非法证据排除制度与三机关的诉讼结构之抵牾	33
三、非法证据的获取性手段规定过于抽象	34
四、毒树之“果”的证据能力之纷争	35
五、非法证据排除制度的标准过于抽象	36
六、非法证据排除制度的救济程序缺位	37
第三节 非法证据排除规则规范性适用建议	37
一、立法方面	37
二、司法方面	39

第三章 电子数据类证据司法适用的相关问题研究

第一节 电子数据类证据的概述	41
一、电子数据类证据的内涵	41
二、电子数据类证据的外延	43
三、电子数据类证据的实践价值	44
四、电子数据类证据的立法现状	45
第二节 电子数据类证据司法适用的困惑	46
一、电子数据类证据的收集取证问题	46
二、电子数据类证据的审查认定机制不健全	47
三、电子数据类证据司法鉴定工作存在的不足	48
第三节 完善电子数据类证据司法适用的建议	48
一、完善电子数据类证据的收集取证规则	48
二、完善电子数据类证据的审查认定机制	50
三、完善电子数据类证据鉴定机构工作	52

第四章 监视居住问题研究

第一节 新刑事诉讼法对监视居住措施修改概述	54
一、监视居住制度修改背景	55
二、新刑事诉讼法对监视居住制度的修改	55
三、对监视居住措施修改的意义	58
四、监视居住与逮捕、取保候审的关系	60
第二节 当前监视居住措施存在的不足与缺陷	61
一、我国监视居住措施在立法上的不足与缺陷	62
二、我国监视居住措施在实践中的问题	65
第三节 我国监视居住措施的完善	66
一、在立法方面的完善建议	66
二、在实践方面的完善建议	68

第五章 检察工作视野下的羁押必要性审查

第一节 羁押必要性审查的立法初衷	70
一、贯彻“尊重和保障人权”的理念	70
二、权力相互制约原则的诉求	72
三、实现无罪推定原则、必要性原则和比例原则的必由之路	73
第二节 羁押必要性审查的制度构建	74
一、审查对象	74
二、审查主体和步骤	75
三、审查启动方式	78
四、评判标准	80
五、结果处理	82
第三节 实施过程中的问题及解决	82
一、无强制力保障的“建议”权	82

二、被害方的不理解	84
三、缺乏多元救济制度	84

第六章 检察机关技术侦查措施的实践之维

第一节 概述	86
一、刑事诉讼法修改前后的法律规定	86
二、技术侦查措施的概念与种类	87
第二节 赋予检察机关技术侦查权的必要性	90
一、适应新形势下职务犯罪侦查需要	91
二、适应侦查模式由传统“由供到证”向“由证到供”转变之需要	92
三、实现法治化和保障人权之需要	92
第三节 检察机关适用技术侦查措施现状及存在的问题	93
一、检察机关适用技术侦查措施现状	93
二、存在的问题	94
第四节 应对之建议	99
一、从实践出发，改进内部考核制度	99
二、完善相关法律规定	100
三、扩大技术侦查措施种类	102

第七章 人权保障视野下的羁押期限与办案期限

第一节 立法关于羁押期限与办案期限的规定	105
一、新刑事诉讼法关于两种期限的规定及解读	106
二、羁押期限与办案期限合一的法律适用效果	107
第二节 司法实务中羁押期限与办案期限的现状	109
一、司法实务工作者对两种期限的认识不一	109
二、实践中违规办案现状及原因分析	110

三、我国羁押适用的任意化	112
第三节 羁押期限与办案期限的关系构造	113
一、国外的立法经验及对我国的启示	113
二、协调羁押期限与办案期限的基本原则	115
三、协调我国羁押期限与办案期限关系的路径选择	119

第八章 社区矫正实施现状及检察机关的监督角色定位

第一节 社区矫正的理论基础及在我国的法律定位	123
一、社区矫正的理论基础	123
二、我国社区矫正的法律定位	126
第二节 社区矫正的实践困境及对策	127
一、我国社区矫正工作的实践困境	127
二、困境的解决对策	129
第三节 检察机关在社区矫正中的角色定位	130
一、实践中检察机关实施监督权的经验举措	130
二、检察机关对社区矫正监督存在的问题	131
三、如何完善检察机关的社区矫正监督权	132

第九章 附条件不起诉制度的立法目的与现实完善

第一节 防卫社会：附条件不起诉的深层立法目的	135
一、附条件不起诉制度的立法目的探析	135
二、附条件不起诉的立法目的之现实背景	137
第二节 人身危险性：附条件不起诉之若干适用问题的解决基点	139
一、附条件不起诉制度与酌定不起诉制度的区别	139
二、是否要以达成刑事和解为前提	141
三、具有监管条件应否作为附条件不起诉的前提条件	142

第三节 保护处分的回归：附条件不起诉制度的规范完善	142
一、适用结构的完善	143
二、监督考察结构的完善	145

第十章 刑事和解程序的适用问题及其对策

第一节 “恢复性司法”与“宽严相济”刑事政策	147
一、“恢复性司法”的司法理念	147
二、我国“宽严相济”刑事政策的简要解读	148
第二节 刑事和解在司法实践中存在的问题	149
一、刑事和解的适用范围是否过于狭窄	149
二、“五年”起算点应如何理解	150
三、刑事和解是否就是花钱买刑	151
四、和解协议的效力究竟如何	151
第三节 司法实践中的相关对策	152
一、应严格把握刑事和解的适用范围	152
二、“五年”的起算点应理解为犯罪行为发生之时	154
三、刑事和解绝不是“花钱买刑”	154
四、刑事和解协议的双重效力	156

第十一章 庭前会议制度设计与适用

第一节 庭前会议制度概述	161
一、庭前会议的概念	161
二、我国庭前会议制度的确立背景	162
三、庭前会议制度的立法涵义	163
四、庭前会议制度的特征	165
第二节 庭前会议适用中存在的问题	166
一、适用率偏低	167

二、庭前会议内容偏向	167
三、参加庭前会议人员范围小	168
四、庭前会议效力认识不一	169
五、证据开示程序缺失	169
第三节 庭前会议产生问题的原因	170
一、传统观念的影响	170
二、法律规定尚不完善	171
三、运行机制尚不健全	171
四、地域差异造成各地做法不一	171
第四节 庭前会议的制度设计	172
一、庭前会议的原则	172
二、庭前会议的启动	173
三、庭前会议参加人员	173
四、庭前会议适用的范围	174
五、庭前会议的内容	174
六、庭前会议的记录	176
七、庭前会议的效力	176
附 录	178
参考文献	213
后 记	215

新刑事诉讼法适用问题调研报告

刑事诉讼法历来被世界各国称为人权保障的“小宪法”，是惩罚犯罪、保护人民，保障国家安全和社会公共安全，维护社会主义社会秩序的重要法律。我国刑事诉讼法制定于1979年，1996年进行过一次全面修订，法条从164条增加到225条，对于刑事诉讼制度的民主化、科学化具有重要的推动作用。经过16年的司法实践，刑事诉讼法的原有规定存在的不足、不尽完善的地方逐渐显现出来，为了更好地适应新形势下打击犯罪和保障人权的双重需要，2012年3月，第11届全国人大第五次会议又一次对刑事诉讼法进行了修订。

此次刑事诉讼法修改，对1996年立法过于原则、粗疏、不能满足司法实践需要的问题进行了细化，对未作规定、实践中长期无法处理的问题进行了补充，对缺乏保障制度的地方进行了完善。例如，对证据一章的条文进行了大幅度增加，细化了证据内容，构建了比较完整的证据制度。为加强对司法权的监督和制约，对辩护制度进行了修改和完善，强化了辩护人的权利，同时，增加了捕后羁押必要性审查、技术侦查、同步录音录像等内容。

新刑事诉讼法对进一步保障司法机关准确惩罚犯罪和保护人民具有重大意义。检察机关是唯一参与刑事诉讼从立案到刑罚执行全过程的司法机关，既是执行刑事诉讼的司法机关，又是对其他机关及其工作人员在刑事诉讼活动中的行为进行监督的机关。因此，检察干警必须认真学习、准确把握新刑事诉讼法的精神和内容。然而，从理论到实践，从条文规定到具体的案件适用，是一个值得关注的路径。检察机关如何贯彻落实和有效执行法律规定，需要进行深入的研究和探讨。在此之前，必须对新刑事诉讼法适用情况进行调研总结，了解刑事诉讼法修改对检察工作的影响和挑战，对实施中遇到的可能增加的任务、需要面对的问题、具体解决对策以及亟待完善的制度等进行研究、探讨和澄清，此举对严格执法、规范办案，提高执法能力和效果具有重要意义。

一、调研方法与选题

本次调研采取的方法主要有以下几种：一是调查法，即通过在本单位发放

调查问卷、召开座谈会、面对面访谈、实地考察等方式获取有关新刑事诉讼法实施情况的第一手资料；二是文献研究法，通过阅读书籍、利用搜索引擎获得全面而深刻的理论知识，为开展调研打下坚实的理论基础；三是分析归纳法，对获取的各类数据经过认真的分析论证，总结经验，升华调研成果。此次调研以课题组成员为主力，整合全院的研究力量，形成团队，走开放式研究的道路。同时，摒弃“假、大、空”，力求数据真实、理论基础牢固、分析论证严密，能切实为检察事业的发展做出贡献。

在选题方面，我院紧紧围绕刑事诉讼法修改的热点、难点问题，结合检察工作实际，有重点、有目标地选取和确定研究题目，开展检察基础理论和应用研究。在调研开始之前，召集各科室业务骨干进行座谈，探讨刑事诉讼法修改后检察业务面临的新问题、新挑战，初步明确研究方向。经过探讨、筛选、查阅文献资料等，制定刑事诉讼法适用问题调研提纲。随后，对调研提纲进行再细化，充实内容，并邀请西南政法大学知名专家教授对所拟提纲进行可行性论证，删粗取精，进一步明确调研内容。最终，我院在新刑事诉讼法适用遇到的新问题、新挑战中，选取了十个具有代表性的题目，进行重点研究。分别为：电子数据类证据的范围及适用；非法证据的认定与监督；监视居住措施的适用；羁押必要性审查问题；技术侦查措施的适用；办案期限与羁押期限的理解与执行；如何加强社区矫正监督；庭前会议制度；附条件不起诉制度的理解与适用；刑事和解。经过认真调研、细致梳理，对新刑事诉讼法适用中的问题进行总结、提炼，并分类概括。需要指出的是，这里的问题不仅包括立法在走向实践时暴露的“缺陷”，还包括检察机关在适用法律过程中凸显的困境与不足。

二、新刑事诉讼法适用中的问题

（一）电子数据类证据在司法适用中的相关问题

“电子数据”是新刑事诉讼法新增加的证据种类，指除录音录像之外的计算机存储信息，包括磁盘、光盘、移动硬盘存储的电子邮件、电子数据交换、网上聊天记录等电子信息。据调研，电子数据类证据的收集取证问题主要有以下几个方面：一是，收集取证过程不够规范。电子数据类证据的特殊性，要求侦查机关在收集取证过程中必须严格按照规定执行，以保证电子数据类证据的真实可靠性和完整性。例如，侦查机关在办理一起诈骗案件中，由于被害人的QQ聊天记录已经灭失且不能恢复，就将被害人自行整理并打印的聊天记录作

为案件的证据使用。聊天记录是作为证明被告人虚构事实、隐瞒真相进行诈骗的关键性证据，但是由于侦查机关收集取证的过程不规范致使此证据的效力大大减弱。

二是，收集取证措施不够及时。电子数据类证据具有脆弱性，易被篡改和破坏，很多电子信息在保留一段时间后会主动被新的数据信息所覆盖，如果不及时收集保存，事后将难以提取。例如，一个网上开设淫秽视频的案件，犯罪嫌疑人电脑里存储了大量的淫秽视频和网上交易的信息，由于侦查人员未能及时扣押封存，大量关键的证据信息被犯罪嫌疑人删除破坏了，致使直接指控犯罪嫌疑人的证据缺失，对案件的审查造成很大的影响。

三是，收集取证的内容不够全面。若侦查机关收集的电子数据类证据所提供的內容不够全面，则有可能影响对整个案件事实的判断，也不能有效地作为证据使用。

四是，保全措施不到位。侦查机关提取收集证据时，对于相关的计算机设备、电话等大都没有采取保全措施，相关的记录也不齐全，以至于无法保证证据的真实性和完整性。例如，在一起利用网络实施诈骗的案件中，犯罪嫌疑人通过网络聊天联系被害人约会见面，后将被害人带到酒吧高额消费，骗取被害人钱财。侦查机关在收集保全证据时仅仅将网络聊天记录打印出来让犯罪嫌疑人签名确认，没有提供原始的电子存储设备，也没有提供收集提取证据的说明书。这种收集保全证据的措施不合法，也不够安全有效。

此外，目前对电子数据类证据的审查认定机制不健全。其一，电子数据类证据的采信规则缺失。我国刑事法律对诉讼证据的审查采信进行了规制，但对于电子数据类证据的适用规制没有进行明确详细的规定。实践中，司法机关对电子数据类证据如何进行审查认定、适用什么采信规则没有明确的执行标准，办案人员只能凭借自己的专业知识和办案经验进行推理认定。办案人员不同、检察机关不同，就可能会出现不同的审查认定结果，不利于执法尺度的统一。

其二，电子数据类证据的证明力认定缺失。关于证明力的把握只能依靠办案人员的日常经验进行自由裁量，这无疑给电子数据类证据证明力的认定带来了困难。

其三，电子数据类证据司法鉴定工作存在不足。一些司法鉴定机构对于电子数据类证据的系统鉴定工作了解较少，很多鉴定机构没有配置专门处理电子数据类证据的设备和技术，没有专业资质的人才，出具的鉴定意见书也过于简单和不规范。

以上配套措施的匮乏，导致案件承办人在审查认定电子数据类证据时，存

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



在不小的困惑。

（二）非法证据排除制度

非法证据排除体现在刑事诉讼的多个环节，在侦查、批捕、起诉、审判等诉讼阶段均有涉及，是刑事诉讼法修改的一大亮点，充分显示了刑事诉讼法保障人权的理念。从调研的结果来看，一般而言，刑事诉讼法的修改促使案件承办人及时更新执法理念，更加重视对证据的审查判断，运行效果较好。无论是在批捕环节，还是在公诉环节，承办案件的检察人员都会对案件相关卷宗材料进行充分、详细的审查，对犯罪嫌疑人供述和辩解重点审查，看其供述与辩解是否与全案证据相矛盾。受理案件后，承办人能够及时告知犯罪嫌疑人有依法申请排除非法证据的权利。在讯问犯罪嫌疑人时将非法证据的法律内涵向其说明，查问侦查人员有无刑讯逼供现象，对其提出的公安机关非法取证的反映如实形成笔录。案件办理过程中，对于辩护人提出的非法取证等情形，承办人一般都认真听取，并对其反映的问题进行调查核实。

然而，从更为全面和广泛的角度出发，有关非法证据排除还存在以下问题。其一，非法证据排除制度与现行诉讼制度存在某种程度上的冲突。长期以来深藏于大多数司法工作人员心中的“有恶必报”的因果关系，致使部分案件承办人认为实体正义更加优先于程序正义。在“有罪必罚”的观念支配下，部分司法人员认为非法证据排除制度具有放纵罪犯的嫌疑，故而对于非法证据排除制度存在抵触心理。

其二，非法证据排除对象界定的模糊性，尤其是在非法证据的手段概念界定上让人不明所以，从而使制度性的规定在实际中缺乏可操作性。在传统司法重主观轻客观的观念影响下，侦查机关更加注重以讯问嫌疑人获取案件线索的路径来固定其他证据。在过于重视主观的供述态势之下，通过刑讯逼供等非法方法获取的毒树之果也较为常见。

其三，我国立法赋予了被告人及其辩护人非法证据排除申请权，允许他们通过提供相关的线索或者材料，向法院证明可能存在刑讯逼供、暴力取证、程序不当等非法证据，进而启动非法证据排除程序。然而，辩方认为法院对于其非法证据排除申请的驳斥存在不合理之处时，却不享有上诉复议等救济性的权利。

（三）监视居住适用问题研究

新刑事诉讼法对监视居住制度进行了大幅度修改，对其适用条件、执行方式和执行场所等方面进行了细化，增强了监视居住措施在实践中的可操作性，

具有明显的进步。但经过调研发现，在将近一年时间的适用中，刑事诉讼法立法本身的问题已经有所凸显。首先，新刑事诉讼法未对指定居所监视居住的两种情形进行区分，即没有将因在办案机关所在地无固定住处而指定居所监视居住的情形与因涉嫌危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪和特别重大贿赂犯罪而指定居所监视居住的情形相区分。尽管两者在监视的内容和力度上很可能有较大的差异，但两种情形都适用折抵刑期的法律后果。除以上三种特殊类型的犯罪外，对于一般的犯罪嫌疑人、被告人而言，他们因在办案机关所在地是否有固定住所而有了住处执行和指定居所执行之分，导致二者产生了截然不同的法律后果，前者被认为是非羁押性强制措施而不能折抵刑期，后者被认为是羁押性强制措施能折抵刑期，这对适用住所型监视居住的犯罪嫌疑人、被告人来说是非常不公平的，是新刑事诉讼法关于监视居住措施规定的又一逻辑矛盾。

其次，部分法律用语和概念模糊，使新刑事诉讼法的执行大打折扣。相对于旧刑事诉讼法而言，新刑事诉讼法在法条规定上更加详细，也更具有可操作性，但是，概念和用语的模糊性并未彻底改变，在执行上依旧困难重重。关于“指定居所”，究竟是由谁指定、在什么范围内进行指定没有明确。另外，该法规定，未经执行机关批准不得会见他人。这里的“他人”包不包括他的直系亲属和共同居住的人呢？这是有疑问的，特别是在犯罪嫌疑人、被告人跟家人共同居住，遇到走亲访友的情况时该如何操作呢？

最后，忽视了对共同居住人的权益保护。犯罪嫌疑人、被告人在大多情况下都是和其近亲属共同居住的，在对犯罪嫌疑人、被告人监视居住的过程中，必然会影响到共同居住人的正常生活。如果对犯罪嫌疑人、被告人采取电子监控或者电话监听等措施，共同居住人的隐私等权利该如何保护呢？现行法律没有关于保障共同居住人合法权益的规定，是一个法律盲区，值得引起重视。当然，如果犯罪嫌疑人、被告人单独居住就不存在这个问题了。

根据我院调研情况，监视居住的实践操作呈现出以下几种态势：

其一，监视居住适用率低。立法规定，对犯罪嫌疑人、被告人采取监视居住措施的，由公安机关执行。这说明公安机关是监视居住措施的唯一执行机关，其他机关无权执行。但在实践中，由于程序繁琐、警力不足和民警思想抵触等原因，公安机关通常不愿意负责执行任务，一般是在履行完相关手续后，由决定机关派人执行，导致监视居住执行错位，一旦出现问题后果非常严重。这就造成了一种现象，即“检察机关不放心、公安机关不尽心”。

其二，执行机关对于“指定居所”的选择存在较多争议。新刑事诉讼法关于监视居住的执行场所，原则上是在“住处”执行，例外情况是“指定居所”执行，但法律没有对执行地点进一步细化，导致在实践中出现没有统一

的参照标准、违法操作和不知如何操作等问题。同时，执行机关对犯罪嫌疑人、被告人的“固定住处”和“指定居所”理解不同，直接关系到被监视居住人的人身自由程度。

其三，执行方式不一。在司法实践中，各地区的执行方式并不相同，监控的程度也不同，犯罪嫌疑人、被告人的人身自由限制程度存在较大差异。

（四）办案期限与羁押期限的理解与执行

在调研中发现，许多案件承办人对羁押期限与办案期限之间的关系，以及对新刑事诉讼法中有关期限条文的理解存在普遍的困惑。新刑事诉讼法试图通过实务性的操作将羁押与办案期限实现部分脱离，以达到惩罚犯罪与保障人权的平衡，但这种分离并不彻底和具有可操作性。目前，这种含混不明的立法状态导致司法实践中出现许多问题，有对嫌疑人的超期羁押，更多的是案件久拖不决。例如，司法实务中对一个月的审查起诉期限便存在两种不同的认识。有人认为，该期限为羁押期限。如果羁押期限届满，可以采取取保候审的方式继续办理案件。也有人认为，一个月为办案期限，无论嫌疑人被采取何种措施，必须按照法定日期办理完毕。很显然，两种不同的认识导致案件办理期限截然不同。再者，实践中存在违规办案的情况。一种是利用取保候审、监视居住期限的规定拖延办案时间，待期限届满时才移送下一个机关处理或者做出决定；另一种是超过取保候审的期限，犯罪嫌疑人被释放后才移送检察机关审查起诉。该情形下，检察机关的通常做法是发送纠正违法建议书，但收效不大，公安机关认为这种做法并不违反刑事诉讼法规定的办案期限。

实践中还一直存在未决羁押适用任意化问题。我国刑事诉讼法中，不仅审前羁押的最高羁押期限没有受到明确的限定，就连每一个诉讼阶段的羁押期限也缺乏“最高羁押期限”的规定。因此，无论是刑事拘留还是逮捕后的审前羁押期限，都有大量的例外延长审前羁押期限的情形。为了侦破案件的需要，或者说出于期限延长的随意性，拘留的期限经常会呈现“最大化”倾向。在某些侦查人员的心目中，37日是拘留的通常期限，而不是特殊情况下的期限。除此之外，我国羁押期限与办案期限合一的规定，导致羁押一直缺乏法定依据，而且审前羁押的审批具有很强的行政化色彩，司法审查原则严重缺失。在我国，羁押期限的延长由负责侦查、起诉的警察、检察官、法官直接控制，而且是以行政性审批的方式加以审查决定，存在明显的行政化倾向。即便是侦查羁押期限的延长由检察机关予以监督和审批，但本质上仍然是追诉机关的团体监督机制，不是司法审查机制，受两者追诉职责上不可分割的联系的影响，这种审批通常是易于完成的。如上所述，新刑事诉讼法虽然对两种期限给予了一

定关注，但是依然存留较多问题。

（五）技术侦查问题

为适应新形势下职务犯罪侦查需要，提高检察机关侦破职务犯罪案件的水平，法律赋予了检察机关技术侦查权。在一年的实践过程中，技术侦查的适用凸显出一些问题。

其一，技术侦查在自侦部门的办案过程中运用率非常低。原因在于，根据立法规定，技术侦查手段只能适用于已经立案的案件。然而，立案前的工作相比于立案后更难开展，因为自侦案件的侦破工作大部分在立案前的初查阶段完成，立案后检察机关多会对嫌疑人采取相应强制措施，几乎已无采取技术侦查措施的必要。此外，职务犯罪对象一般具有一定的权力，且反侦查能力较强，若欲对其采取技术侦查措施，需经过层层审批，在交予执行机关执行时，很有可能已“打草惊蛇”，该嫌疑人已转移或掩盖相应的罪证，使得侦查工作陷入尴尬境地。

其二，技术侦查措施审批程序繁琐，主要用于追捕在逃犯。由于检察机关使用技术侦查权须在立案后，且需要完全符合条件，并进行严格的审批，审批后需交由公安机关执行，程序繁琐、复杂，因此检察机关很少使用技术侦查措施，即使使用一般也多是用于追捕在逃犯罪嫌疑人，很少用来取证或获取线索。

其三，立法规定不完整，含糊不明。新刑事诉讼法对技术侦查的适用范围进行了严格限制，要求经过严格的批准手续，但对技术侦查措施究竟应如何审批，由哪一级、哪个部门，审批应该用什么样的文书，走什么样的程序都没有作出详尽的规定。

（六）检察机关社区矫正监督权

新刑事诉讼法明确了社区矫正的执行主体是司法行政机关的社区矫正机构，不再是公安机关。人民检察院对社区矫正各执法环节依法实行法律监督。目前，社区矫正检察监督的内容主要涵盖两个阶段，即对决定适用阶段和执行阶段的监督。前一阶段是指检察机关对社区矫正决定适用阶段的监督，主要包括对人民法院适用非监禁刑和裁定假释的监督和对监狱机关审批准予监外执行和报请假释活动的监督。后一阶段是检察机关对社区矫正执行阶段的监督，主要包括对社区矫正服刑人员的交付活动及执行机关的具体执行活动是否合法，法律手续是否规范、齐全进行监督等。在监督方式上，按照法律效力和强制力依次递增的顺序，社区矫正检察监督的方式分别是提出口头意见、检察建议书以及纠正违法通知书。

新刑事诉讼法实施以来，检察机关的社区矫正监督权运行存在如下问题：

一是，专门立法的缺失，导致可操作性不强。目前，尚没有社区矫正法等专门规范明确规定检察机关行使社区矫正检察监督权，仅有2003年“两部、两高”下发的通知、2009年的试行社区矫正工作意见，2012年的《社区矫正实施办法》中单条提及。新刑事诉讼法虽然增加了社区矫正制度，但同样缺乏对社区矫正检察监督的规定，对于监督的范围、方式等都没有明确细致的规定，加之目前社区矫正自身流于形式的弊端，法院监管和社区矫正对接后，容易将检察机关的监督排除在外，让监督权搁置。

二是，执法主体多，监督权受阻。《社区矫正实施办法》在一定程度上解决了过去社区矫正执行主体不明确这一突出问题，但由于司法行政机关和公安机关长期以来职能分工定位不同，尤其是司法行政机关社区矫正机构配置不完善、执法力量弱等问题，致使矫正人员的接收、监管审批、教育矫正、处罚、解除矫正、收监执行等有关执法环节难以实现无痕化对接，容易造成执法主体间相互推诿，加之社区矫正人员数量多、交接环节复杂等现实问题的存在，致使社区矫正检察监督权运行受阻。

三是，监督机制乏力，影响监督的实际效用。检察机关依法对社区矫正工作进行法律监督，对于执法部门出现的违法违规行为可以区分情况提出纠正意见，然而比较尴尬的是，一旦被监督的执法机关拒不接受，检察机关只能向该执法机关的上一级行政主管部门发送检察建议书，如果被监督机关仍然拒绝改正，根据我国现行的法律、法规，检察机关没有其他的救济方式，这种形势势必严重影响检察监督实际效用的发挥。

四是，职能定位和机构设置限制工作形式，弱化监督。一方面是职能定位存在认知偏差。在实践中，尤其是在社区矫正工作中，由于存在牵涉部门多、工作内容繁琐、监督难度大等现实情况，检察机关往往重配合、轻制约。另一方面是监督机构设置不健全。在当前积极开展社区矫正的形势下，检察机关还没有建立起独立的社区矫正法律监督机构，直接负责行使社区矫正检察监督权的多为监所检察机关，检察人员少、年龄结构相对老化以及疲于应对上级机关开展的各类常规性检察监督活动等原因，势必制约监督工作的开展，工作形式受到限制，弱化了法律监督的力度。

（七）庭前会议

新刑事诉讼法的规定使庭前会议制度有了应用依据，尤其是在一些重大、复杂案件中适用较多。但根据调研发现，实践中庭前会议的适用仍存在许多问题。

其一，何时适用庭前会议难以把握。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第183条规定着重强调应考虑召开庭前会议的四种情形。但在实践中，一些审判人员要么严格固守四种情形，要么嫌麻烦、图省事，很少适用庭前会议，有的法院甚至一次庭前会议都没有召开过。这在一定程度上剥夺了控辩双方沟通交流的机会、放弃了法律赋予的程序职责，不符合刑事诉讼法规定的庭前准备程序的要求。

其二，庭前会议内容偏向。根据刑事诉讼法的规定，庭前会议是针对回避、出庭证人名单、非法证据排除等与审判相关的问题听取意见。由于法律规定不具体，导致在庭前会议适用中出现了证据调查核实、质证等应在法庭调查过程中解决的问题现象，有的甚至把庭前会议变成了庭审，使庭前会议变味走调，背离了庭前准备程序的初衷，未能实现庭前会议的立法目的。

其三，忽视某些庭前会议人员参会资格。关于庭前会议的参加人员，刑事诉讼法规定为审判人员可以召集公诉人、当事人、辩护人、诉讼代理人，但在司法实践中，审判人员囿于思维定势，习惯于传统做法，召开庭前会议只召集公诉人和辩护人，忽视了当事人、诉讼代理人的参会资格，这在一定程度上剥夺了当事人、诉讼代理人的诉讼权利。

其四，对庭前会议效力认识不一。庭前会议的功能就是通过听取意见将控辩双方的争议解决在开庭之前，解决的方式是双方达成一致意见，形成合意，但对于合意意见的效力，法律没有明确规定，这导致实践中办案人员认识不一。有人认为庭前会议形成的合意意见具有约束力，控辩双方应信守合意；有人认为庭前会议形成的合意意见不具有约束力，控辩双方在庭审中可以再行提出，法院应再行核实。

其五，证据开示程序缺失。与英美法系国家不同，我国立法并未明确此项规定，然而刑事诉讼法关于庭前会议的规定中涵盖的非法证据排除问题，就与证据开示相关联。新刑事诉讼法赋予辩护人、诉讼代理人较大权利，一般来讲，辩护人自审查起诉之日起便已经了解和掌握了公诉方的证据，实际上案件证据已经向辩方开示，但公诉方对辩方证据通常并不了解，造成证据信息不对称，导致庭审时非常被动。在人民法院受理案件后的庭前准备阶段，审判人员召集庭前会议为证据开示提供了平台，庭前会议中的非法证据排除是基于辩护人掌握公诉方证据的情况下提出的，在此种情形下，尤其必要进行证据开示。

（八）刑事和解程序

新刑事诉讼法在特别程序第二章对当事人和解的公诉案件程序作了规定，

为刑事和解制度在司法实践中的应用提供了明确的法律依据，有助于发挥刑事和解的积极作用。然而，由于学术界和司法实务界对于刑事和解在刑事诉讼中的适用对象、范围、处理方式等存在不同认识，所以对于刑事和解的一些问题出现了争议性的观点。

以下内容，根据办理刑事和解案件时遭遇的问题与质疑进行整理。其一是关于刑事和解的适用范围是否过于狭窄存有不同认识。其二是“五年”起算点应如何理解。新刑事诉讼法第 277 条规定“犯罪嫌疑人、被告人在五年以内曾经故意犯罪的，不适用本章规定的程序”。这是刑事和解程序关于适用范围的禁止性规定。值得注意的是，“五年以内曾经故意犯罪”的起算点应当如何理解？目前主要有三种观点：有人认为应当理解为犯罪行为发生时；有人认为应当理解为法院判决时或检察院决定不起诉时，因为只有经过法律程序确认，行为人的行为才能确定为犯罪行为；还有人则认为应当参照累犯的规定，从刑罚执行完毕之日起算五年。其三是刑事和解是否为花钱买刑。其四是和解协议的效力究竟如何。刑事和解遵循的是自愿原则，这里就出现了是否当事人意思自治凌驾于司法公平正义之上的质疑。若双方当事人和解意思达成一致，但明显违反社会公序良俗时，是以当事人的意思自治为重还是以社会公平正义为先？在大量的司法实践中，不可避免出现的问题还有当事人反悔的情况。出现这样的情况，又该如何处理？

三、从实务出发，提出可行性对策

通过对新刑事诉讼法实施情况进行深入调研，我院对选定的突出性问题作了总结归纳。在此基础上，结合实际探索，从实务出发，对已经凸显的问题提出一些展望性建议，并积极思考对策，以期立法适用及制度构建提供参考。

（一）完善电子数据类证据司法适用的建议

其一是完善电子数据类证据的收集原则。确立收集电子数据类证据的合法原则、及时迅速原则、全面无损原则及专家辅助原则。其二是规范电子数据类证据收集流程。收集电子数据类证据要首先了解案件基本情况，明确侦查的方向，准备好收集证据的设备，制订完备的勘查计划；成立现场勘查收集证据小组，分派至少两名具有资质的收集取证人员；另外要封锁收集取证的现场，防止干扰收集取证工作。在现场要保证供电，保护涉案的计算机设备等不受其他人的干涉。在特殊情形下，要采取特殊的处理措施，切断网络连接，避免网络信息被破坏。

（二）非法证据排除规则规范性适用建议

从立法方面而言，要健全程序性诉权制约机制。对于被告人及其辩护人提出的非法证据排除申请，法院应当及时受理，不得在未调查的情况下驳斥辩方的申请。经审查，若辩方提供的线索能够形成非法证据的争议焦点，则法庭应当责令控诉方承担证明所提交证据合法性的责任；如若辩方的线索并不能形成争议焦点或者辩方并不能提供相关的材料，则法庭可以驳回其申请。当事人及辩护人对于法院驳回非法证据排除申请有异议的，可以通过程序性的上诉，请求上一级法院对于非法证据排除的申请线索进行调查核实。从司法方面，则要求树立尊重和保障人权的现代法治意识。

（三）监视居住措施的完善

首先，建议采取一定的措施加以应对，以使监视居住措施发挥其应有作用。检察机关建议，执行监视居住的地点应为：犯罪嫌疑人、被告人在办案机关所在市县内经常、连续居住的一处具有合法性的房屋或者是办案机关为在本市、县内没有固定住处的犯罪嫌疑人、被告人指定的专门生活居所，以及以房屋为中心，仅以满足犯罪嫌疑人、被告人日常生活这一基本需求的一定生活区域内。

其次，建立司法救济机制。在公检法机关决定和执行监视居住违法时，确保犯罪嫌疑人、被告人及其近亲属、辩护律师等可以依法向有关部门反映情况和申诉。规定执法机关的违法责任，还应当规定指定监视居住错误的情况下应承担国家赔偿责任，具体操作可以参照刑事拘留和逮捕错误的国家赔偿程序。

最后，必须兼顾第三人合法权利保护与犯罪嫌疑人、被告人监视之间的平衡。对有共同居住人的犯罪嫌疑人、被告人应该在住处执行，对其监控可以不使用录音录像，可以采取GPS进行定位监控，确保其不离开指定区域。针对通信监控，应当规定监听的内容不被泄露，否则将适用严格的责任追究制度和赔偿制度。

（四）对羁押期限与办案期限如何理解

首先，要掌握协调羁押期限与办案期限的基本原则。即未决羁押只具有预防功能与保障功能，不具惩罚功能，否则便违背了刑法的罪刑法定原则。羁押期限与办案期限应该实现分离。羁押期限不等于办案期限，办案期限一般长于羁押期限。延长办案期限并不当然意味着延长羁押期限。在不考虑延长及退补的情形下，一个月的审查起诉期限既是通常办案期限又是最高羁押期限。

其次，羁押应当具有明确的法律授权。授权原则不仅体现在提请审查起诉之前对犯罪嫌疑人的羁押具有法律授权，也应贯彻到审查起诉和审判等阶段。羁押作为剥夺犯罪嫌疑人人身自由的一种状态，应当遵循比例性原则的要求，包括三方面内容：符合客观情况的需要，具有相应的法律依据，强度不能超过必要程度。

协调我国羁押期限与办案期限关系的路径选择，不可避免地要对立法及执法规范进行修改及完善。首先，要在刑法总则中予以规定，人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼，非经法律授权，不得对任何人实行羁押。目的在于明确羁押的权限来源，非法律授权不得为之，否则便构成违法。

其次，修改刑事诉讼法第169条第1款的规定，人民检察院对于公安机关移送起诉的案件，应当在一个月以内作出决定，重大、复杂的案件，可以延长半个月。被羁押的犯罪嫌疑人，期满尚未审查完毕的，应当立即释放，需要继续查证、审查的，可以取保候审或者监视居住。办案期限的延长应当经省、自治区、直辖市人民检察院批准或者决定。同理，对人民法院的审理期限也应当实现羁押与办案的分离。

最后，应当允许犯罪嫌疑人、受害人遭遇违规办案时获得救济。案件的久拖不决对犯罪嫌疑人来讲，会造成巨大的压力；对受害人而言，迟迟未获得补偿及心灵安慰，社会秩序即没有得到修复。然而，法律并没有赋予其获得救济的权利，这显然是不太合适的。应当在执法规范中增加规定，对于案件事实清楚、证据充分的案件，人民法院、人民检察院、公安机关无故拖延的，当事人可以向有关部门进行申诉，并要求追究相关人员的责任。

（五）技术侦查立法建议

对于赋予侦查部门技术侦查权，尤其是赋予检察机关技术侦查权，目前学界仍是众说纷纭，但仅从检察实践看其中存在的问题，根据调研结果，现提出一些浅显的建议。

建议降低贪污贿赂犯罪使用技术侦查措施的涉案金额。从基层院的实际情况考虑，可将采取技术侦查措施的贪污贿赂类案件的涉案金额降为五万元。对于某些挪用公款犯罪，可以规定在某些情况下能采取技术侦查措施，比如挪用公款进行营利或从事犯罪活动，或者多次挪用公款、情节严重的，可以参照贪污贿赂类犯罪采取技术侦查措施。

建议明确审批程序，检察机关技术侦查措施的审批权由检察机关内部进行审批。笔者认为，应采取双重审批制，即检察机关自侦部门需要采取技术侦查措施时，应当报本院检委会审批，在案情特别紧急的情况下也可由本院正职检

察长批准，采取技术侦查措施在由本院检委会或检察长批准后，应再报上一级检察院侦查监督部门同意。上一级侦查监督部门接到审批申请后，应在48小时内进行审查并作出答复，必要时可延长至72小时。无论是本级检委会、检察长，或上级侦查监督部门在审查时可以从以下几方面进行审查：是否符合法律规定适用技术侦查的条件；适用对象是否正确，除嫌疑人或被告人以外的其他人均不得适用；是否有必要适用技术侦查措施；是否用于侦查目的；技术侦查方案中是否有相应的保密措施等。

（六）完善检察机关社区矫正监督权

其一是通过立法细化检察监督的内容，除了明确界定社区矫正的适用范围、法律性质、参与主体、工作程序、监管措施、职权职责、权利义务、救济方式、法律责任等当前存在的比较突出的问题外，还需要规定检察监督内容，对行使监督权的主体、权力范围、介入监督方式、监督事项、监督手段、监督程序等作出明确细致的规定。

其二是以检察监督形式促成联动机制。矫正工作正式开始后，检察机关并不是置身事外，而是需要从各个方面全程监督矫正工作的开展，发现有违法违规情形时，及时与公安机关沟通，配合处理，严重的要追究刑事责任。

其三是建立多元化的动态监督机制，全方位、全程化跟踪。定期召开检察院、法院、公安机关、司法行政机关等部门联合座谈会，共同商讨社区矫正工作及法律监督中的难题；开展走访和回访，对所辖区域社区矫正执法活动、人员矫治情况进行调查访问和核实监督，建立矫正档案。采取定期和不定期相结合的方式，与矫正人员进行座谈，了解矫正动态，并及时更新矫正档案等。

其四是健全监督机构。赋予监所检察机关更多的监督职权。在符合人民检察院内部机构设置规定的前提下，选派专人负责社区矫正检察监督工作，并提供专项经费保障，有条件时可建立专门的社区矫正检察监督机构。

（七）庭前会议的制度设计

为严格执行新刑事诉讼法关于庭前会议制度的规定，切实提高庭审效率，有必要对庭前会议制度作出程序设计，构建规范、合理的庭前会议程序。庭前会议应秉承平等公正、协商一致、有利诉讼、注重实效的原则。同时，建议从以下三个方面对庭前会议进行理解和适用。

其一，庭前会议的启动。从保障司法公正、确保控辩双方权利平等的角度出发，控辩双方都有提出召开庭前会议的权利，人民法院可以根据审判案件的

实际需要，决定是否召开。具体来说，庭前会议的启动方式有三种：一是，人民法院根据案件情况，自行决定召开；二是，人民检察院认为有必要开庭前会议的，建议人民法院组织召开；三是，当事人及其辩护人、诉讼代理人针对案件管辖、回避、非法证据排除、调取证据、庭审程序、审理方式、申请重新鉴定或者勘验、申请证人或者鉴定人出庭作证提出意见或者申请的，法院可以决定召开。“审判实际需要”应当是人民法院审判人员是否决定开庭前会议的判断标准。

其二，庭前会议的目的及内容。庭前会议的召开主要是针对有分歧的案件、重大复杂案件、有重大社会影响的案件。内容一般来讲包括案件管辖、人员回避、申请调取证据、证据开示及证据整理、出庭作证人员名单、非法证据排除、申请重新鉴定或者勘验、明确争议焦点、审理方式、其他有利于庭审的事项。

其三，庭前会议的记录及效力。人民法院庭前会议的全部活动和情况，是解决法庭审理相关问题的重要依据，应由法院书记员制作笔录，存卷备查。庭前会议是庭前准备程序，而非实质性处断程序，其效力取决于参会各方的意思表示和一体合意，取决于会议各方对合意的自觉遵守与履行，而不具有约束性效力。会议各方对庭前会议形成的合意在会后产生质疑或者异议的，可以在庭审期间再行提出，法庭应当准许。

（八）对刑事和解若干疑问的解答

在刑事和解的适用中，要严格把握其适用范围。需要注意的是，适用刑事和解的必要前提是犯罪嫌疑人、被告人真诚悔罪。对于不属于刑法第四章、第五章中的罪名，不适用刑事和解这一特殊程序的犯罪，例如交通肇事罪等，犯罪嫌疑人、被告人与被害人达成调解协议的，可以依法得到从宽处理，因此没有必要对现行法律作出扩大解释。

刑事诉讼法第277条规定“犯罪嫌疑人、被告人在五年以内曾经故意犯罪的，不适用本章规定的程序”。这是刑事和解程序关于适用范围的禁止性规定。此处，“五年”的起算点应理解为犯罪行为发生之时。累犯虽然具有较大的社会危险性，但并不能因此就一概认为累犯不能适用刑事和解，因为在任何犯罪过程中，犯罪分子是否累犯，对被害人造成的伤害都是一样的，而通过刑事和解可以快速弥补被害人的物质和精神损害，这样的效果也是一样的。

在签订刑事和解协议的过程中，被害人向加害人提出和解条件的依据是个人受侵害状况以及恢复情况。但被害人存在的一些潜在损害可能日后才显露出来，或者受侵害的情况严重恶化。出现类似情势变更时，被害人如果要求对原和解协议进行合理变更应当得到法律的支持。被害人可以与加害人协商增加赔

偿数额，如果协商不成，被害人可以通过向人民法院提起民事诉讼的方式来解决。反之，如果情势变更出现在司法机关作出有关加害人的决定之前，加害人与被害人双方协商不能达成一致意见时，被害人可以要求解除之前的刑事和解协议，司法机关按照通常程序处理案件。

四、执法办案中的积极探索

为做好新刑事诉讼法与日常办案工作的无缝衔接，深入贯彻落实先进司法理念，提高执法能力，规范办案流程，我院在深入调研的基础上，在理论构建上对有关制度或者机制予以完善、修改，并在日常检察工作中进行初步检验。经过探索和实践，在非法证据排除、辩护人及诉讼代理人权利保障、附条件不起诉与未成年人犯罪刑事和解方面取得了可喜的成绩。

非法证据排除是刑事诉讼法修改的一大亮点，但如何认定非法证据，在各诉讼环节如何排除，以及如何建立有效机制、规范取证行为、引导依法取证、避免非法取证，如何加强对取证行为的监督，包括对非法取证的责任追究等，都需要进行机制探索。经过充分的调研，并结合实际经验，我院侦监科制定了《荥阳市人民检察院侦查监督部门关于刑事诉讼证据合法性审查若干问题的规定（试行）》。目前，该规定正处于试行阶段，案件承办人对于试行中的问题及时反馈，政研室对于运行效果严密观察，并及时修正相关内容。

新刑事诉讼法对辩护制度进行了修改和完善，强化了辩护人的权利。如何在刑事诉讼活动中保障辩护人行使权利，不仅需要严格执行法律规定，更需要转变观念。我院在充分调研的基础上，制定了《荥阳市人民检察院律师接待管理办法》，并于2013年4月7日第八届检察委员会第一次会议通过。该办法的实施提高了工作效率，进一步规范了办案流程管理，保障了律师及其他辩护人、诉讼代理人的合法权益。2013年以来，我院共接待律师首次来访39人次（其中接待辩护人、诉讼代理人阅卷39人次，接受案件查询45人次，提供案件资料查询、复印近4000余页），未收到律师投诉。热情、耐心、细致地做好预约接待、意见转达等各项工作，尽可能为律师提供便利，依法保障律师执业，对维护犯罪嫌疑人、被告人合法权益，保证案件质量，促进司法公正等方面发挥了积极作用。

本着对犯罪的未成年人实行教育、感化、挽救的方针，坚持教育为主、惩罚为辅的原则，新刑事诉讼法设置了附条件不起诉制度。虽然立法规定了其适用范围，但针对实践中的未成年人刑事案件，是作起诉处理、附条件不起诉还是相对不起诉，案件承办人常常难以把握。为了确保新刑事诉讼法的贯彻与落

实,更好地把握立法原则和精神,结合调研内容,我院未检科制定了《附条件不起诉风险评估测评方案(试行)》,以期辅助承办人对未成年犯罪嫌疑人的人身危险性及悔罪表现进行科学判断,从而为是否作出附条件不起诉决定提供借鉴。本方案包括附条件不起诉对象风险评估测评问卷、附条件不起诉对象风险评估测评问卷计分标准、附条件不起诉对象风险评估测评实施方案三个部分。研究室对该调研成果的运行进行持续跟踪,密切关注实施效果。案件承办人表示,通过对测评对象的打分及分析,该试卷能较好地反映出未成年犯罪嫌疑人的日常表现及人身危险性。而且,由于涉案的嫌疑人多为在校学生,基本能够如实填写测评表。经过考察,凡是父母疏于管教、经常上网、共同生活的近亲属有犯罪经历的未成年人,其测评得分较高,再犯可能性较大,又因缺乏良好的帮教环境,一般作起诉处理。

同时,我院未检科以此次调研成果为理论支撑,并结合实践经验,制定了《荥阳市人民检察院未成年人犯罪案件刑事和解实施办法(试行)》。正确实行刑事和解,有助于未成年犯罪嫌疑人反思自己的行为并彻底悔罪,避免交叉感染、防止因被贴上“罪犯”标签而重新犯罪,有效增强了他们的法律意识和社会责任感,起到了惩治打击和教育、预防犯罪并重的作用。例如,2013年办理的乔某、鲁某寻衅滋事案。两名犯罪嫌疑人均系荥阳一中专在校学生,并处在毕业关键期。某晚酒后,因发生口角将四名男孩打成轻微伤。承办人调查得知,两人在校表现较好,没有劣迹,是因一时气愤而实施了犯罪行为。案发后两人认罪态度较好,且其家人多次找到被害人协商。虽然此案件不属于刑事诉讼法规定的刑事和解范围,但根据我院制定的实施办法第二条第一款的规定,可以参照刑事和解程序予以适用。因此,承办人主动组织嫌疑人家属与被害人进行协商,仔细讲解当前的刑事和解政策,后双方当事人达成了一致的赔偿意见,被害人均对两名嫌疑人表示谅解。我院最终对乔某和鲁某作了附条件不起诉处理,二人重新回到校园。未成年人刑事和解实施办法的规定,也有利于实现被害人利益的最大化。在未成年人犯罪的刑事和解案件中,为争取宽大处理,犯罪嫌疑人通常愿意积极赔偿被害人损失,而被害人为尽快弥补因犯罪行为遭受的损失,通常也愿意进行和解。两者进行协商完全取决于他们的自由意志。但在实践中,有很多被害人并不了解该程序,根据我院制定的办法,在收到案件三日之内承办人必须告知双方当事人相关权利义务,从而使被害人参与到案件中来,促成了双方当事人的和解,实现了被害人利益的最大化。

(王莉、贾健 河南省荥阳市人民检察院、西南政法大学法学院)

第一章 保障辩护人、诉讼代理人 诉讼权利机制研究

辩护与代理是一项重要的刑事诉讼制度，是尊重和保障人权的重要体现与实现载体，对于保障犯罪嫌疑人、被告人的合法权益、促进司法公正具有十分重要的意义。随着社会的发展和人民法制意识的不断增强，原有刑事诉讼法中关于辩护制度的内容已经不能满足现实的需要。正是基于此，新刑事诉讼法对辩护制度作了较大幅度的修改，对辩护人、诉讼代理人的权利进行了强化，体现了刑事诉讼法对犯罪嫌疑人、被告人合法权益的保护，这无疑此次刑事诉讼法修改的一大亮点。如何在刑事诉讼中保障辩护人行使权利，不仅需要严格执行法律规定，更需要转变观念，也有必要系统梳理新刑事诉讼法关于辩护人、诉讼代理人的权利与义务的规定，建立必要的工作机制，从机制上予以保障。笔者拟在司法实践的基础上，对这一制度的修改完善与保障落实做一粗浅的探讨。

第一节 新刑事诉讼法对辩护制度的相关规定

一、新刑事诉讼法对辩护制度的修改和完善

新刑事诉讼法的一大亮点是对辩护制度的修订和完善，体现了总则中第二条“尊重和保障人权”的基本要求，强化了犯罪嫌疑人、被告人的诉讼主体地位和防御权利。修改内容包含了侦查阶段辩护律师地位的确立、律师辩护范围的扩大、侦查阶段会见权的保障、阅卷权的保障、法律援助范围的扩大等诸多方面，充实了辩护权的内容，强化了辩护权的保障体系，符合我国社会主义民主法治建设的总体要求。

1. 侦查阶段辩护律师地位的确立。刑事诉讼法第33条规定：“犯罪嫌疑人自被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起，有权委托辩护人；在侦查期间，只能委托律师作为辩护人。被告人有权随时委托辩护人。……”这

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



一规定将律师介入刑事诉讼的起点提前至侦查阶段，“律师第一次名正言顺地从案件侦查一开始就有了辩护人身份，能够在侦查阶段受到辩护人应有的法律待遇”。^① 这些相应的法律待遇，包括为犯罪嫌疑人提供法律帮助、同在押的犯罪嫌疑人会见、申请调查取证、申请变更强制措施、提出意见等。这些权利的行使和保障，在刑事诉讼法第 36 条、第 37 条、第 39 条都有具体的规定。

2. 侦查阶段会见权的保障。刑事诉讼法第 37 条规定，辩护律师持规定的“两书一函”证明文件，享有自由会见在押犯罪嫌疑人、被告人的权利，并且不被监听。“看守所应当及时安排会见，至迟不得超过四十八小时”；同时规定“危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、特别重大的贿赂犯罪案件”，在侦查期间要求会见的，应当经侦查机关许可。与 1996 年刑事诉讼法相较，律师自侦查阶段（除规定的“三类案件”外）即享有会见权，不必经人民检察院许可，且不被监听这项规定在客观上减少了律师会见的束缚，更有利于犯罪嫌疑人、被告人向辩护律师坦陈案件情况，收集无罪、罪轻的证据，有效保障其合法权益。从另一方面来讲，也可弥补侦查机关重有罪证据轻无罪证据的不足，更有利于了解掌握案件全貌，防止错案的发生。

3. 审查起诉阶段阅卷权的保障。刑事诉讼法第 38 条规定“辩护律师自人民检察院对案件审查起诉之日起，可以查阅、摘抄、复制本案的案卷材料”与 1996 年刑事诉讼法第 36 条规定的“可以查阅、摘抄、复制本案的诉讼文书、技术性鉴定材料”相比，范围扩大到全案的卷宗材料。这一修改扩张了律师的阅卷权，有利于其了解司法机关指控的犯罪事实和证据材料，为在庭审阶段为被告人提供有效辩护做足准备，做到有的放矢。

4. 法律援助范围的扩大。新刑事诉讼法第 34 条完善了关于法律援助的相关规定，扩大了刑事法律援助的适用范围和对象范围，增加了“尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人”和“犯罪嫌疑人可能被判处无期徒刑”两类案件；并且提前了法律援助的诉讼阶段，将原有的“人民法院应当指定”的规定，修改为“人民法院、人民检察院和公安机关应当通知法律援助机构指派律师为其提供辩护”，将公安机关和人民检察院增加为通知辩护义务的主体，为更好地保障犯罪嫌疑人、被告人依法行使辩护权提供了重要制度保障。

5. 证人、鉴定人出庭制度的积极意义。新刑事诉讼法新增第 187 条、第 188 条，对证人、鉴定人出庭作证作出了相关规定。明确了“三个条件”同时具备的证人出庭作证的义务，即“公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人

^① 田文昌、陈瑞华：《刑事辩护的中国经验》，北京大学出版社 2012 年版，第 334 页。

对证人证言有异议，且该证人证言对案件定罪量刑有重大影响，人民法院认为证人有必要出庭作证的，证人应当出庭作证”；规定了应当出庭作证的证人、鉴定人不出庭的法律后果，即“经人民法院通知，证人没有正当理由不出庭作证的，人民法院可以强制其到庭，但是被告人的配偶、父母、子女除外”和应当出庭而不出庭的鉴定人意见不得作为定案依据。该两项规定是证人出庭作证制度在立法上的重大突破，虽然还存在一些缺憾和不足，但也具有一定的积极意义：一是能够促进证人出庭作证的数量；二是打破“鉴定结论”作为证据材料绝对正确的无上权威，“鉴定人意见”作为证据必须得到质证，防止鉴定结论和鉴定活动游离于法庭审理之外，成为诉讼过程中最容易被利用的行为；^①三是增强控辩式庭审的质量和效果。过去证人出庭少的情况下，公诉人、辩护人法律质证能力和技巧得不到有效施展和检验，庭审质证中交叉询问能力和逻辑抗辩能力得不到增强和提高。相信随着越来越多证人出庭情况的出现，控辩双方这方面的能力得到加强，也有利于增强控辩式庭审的质量和效果。

二、辩护人权利的强化体现司法理念的转变

2012年刑事诉讼法修改，是继1979年刑事诉讼法颁布以来，修改规模最大、内容最多的一次。其“尊重和保障人权”的理念，在诸多条文中得以体现，以辩护制度中表现得最为突出。如何在司法实践中严格执行，不断促进执法规范化和司法公正，有赖于司法机关的理念转变。“中央政法委在召开的实施新法座谈会上强调各级政法机关要强化人权意识、程序意识、证据意识、时效意识、监督意识。”^②本文试从以下几个方面阐述辩护人权利强化所体现的司法理念转变。

1. 由传统的重打击犯罪向尊重和保障案件当事人合法权益转变。受传统“侦查中心”主义的影响，刑事诉讼活动中，公安机关以打击为主，检察机关、法院的大量的工作都是围绕如何定罪量刑来做的，难免出现重有罪证据收集，轻无罪、罪轻证据收集的现象。新刑事诉讼法第35条规定：“辩护人的责任是根据事实和法律，提出犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，维护犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利和其他合法权

^① 田文昌、陈瑞华：《刑事辩护的中国经验》，北京大学出版社2012年版，第372页。

^② 卢乐云：《我国刑事检察可见度发展的价值取向及其影响和适应》，载《中国检察官》2013年第2期。

益。”该条规定从辩护的角度弥补了司法机关的错误认识和偏颇做法，有助于实现司法的公正。重打击犯罪观念往深层讲，是“有罪推定”理念的外在表现形式，对于刑事案件的犯罪嫌疑人、被告人先入为主地认为他是有罪的，然后千方百计地收集其有罪证据，甚至不惜采取刑讯逼供等非法手段。于是就出现了湖北佘祥林案、河南赵作海案等较为典型的冤假错案，被媒体和群众戏称为“亡者归来”，严重影响了司法机关的权威和公信力。

2. 由重实体轻程序向实体程序并重转变。程序公正作为司法公正的重要内容，受到世界各国越来越多的重视。司法实践中，法官、检察官们也常以实现实体正义为最高目标，殊不知实体正义尚需程序正义作保证。^①在重实体轻程序理念的影响下，往往考虑对犯罪嫌疑人、被告人的定罪、量刑是否恰当，而忽视了办案过程中是否存在超期办案、违法办案、损害当事人合法权益等程序问题。新刑事诉讼法第50条、第52条、第54条、第55条、第56条等关于证据制度的条文，规定了“不得强迫任何人自证其罪”、“非法证据的排除规则”等内容，体现了对追求程序公正的司法导向。在司法实践中，程序公正理念表现在以下几个方面：一是“审判中立”。即法官在审判过程中的一切活动都必须严守中立，不得偏袒任何一方当事人，必须允许和尊重案件当事人在依法的前提下行使其合法权利，不得受个人情绪干扰故意忽视或压制任何一方。一旦法官做出有害程序公正的行为，必将有害判决结果的公正，进而妨害司法公正。正如英国先哲培根所说：一次不公正的审判比十次犯罪为祸更甚，因为犯罪只是弄脏了水流，不公正的审判则是污染了水源。二是程序及时。一方面，“迟到的正义即为非正义”。如果不能按照法律规定的期限和顺序来办理案件，那么案件当事人的合法权益就不能得到及时有效的维护，同时也会大大削弱刑罚的震慑作用，等于放纵了犯罪。另一方面，也应当反对不顾办案规律的、不合理的求快现象。如一些司法机关假借提升办案效率之名，提出“快捕、快速、快判”办案新要求，这在客观上妨害了辩护律师有效行使辩护权。有的案件还来不及聘请律师，或律师还来不及了解案件的情况，案件就已经进入判决阶段，造成辩护律师的相关权益被架空。三是平等参与诉讼。按照刑事诉讼法的规定，案件参与者的合法权益都应当得到保障，其人格应当受到尊重和平等对待，并受到人道的对待。例如刑事诉讼法第117条规定：“……不得以连续传唤、拘传的形式变相拘禁犯罪嫌疑人。传唤、拘传犯罪嫌疑人，应当保证犯罪嫌疑人的饮食和必要的休息时间。”也就是说，侦查机关在依法行使传唤、拘传等权力的时候，不得损害或剥夺犯罪嫌疑人的生存权、休息权

^① 路梅：《浅议实体正义与程序正义》，载《法制与社会》2008年第32期。