[域外传译]

对《中华人民共和国刑事诉讼法》的比较法评述*

〔德〕托马斯·魏根特** 著 樊 文*** 译

一、根 据

刑事诉讼法有时被描述为一个国家宪法的测震仪。[1] 实际上国家以什么样的方

---

* 本文选自 *Heuser/Weigend* 主编的《Das Strafprozessgesetz der Volksrepublik China in vergleichender Perspektive》1997 年版，第 39—64 页。本文的翻译和发表取得了作者的授权。

** 托马斯·魏根特教授（Prof. Dr. Thomas *Weigend*），德国科隆大学法学院刑事法学教授。

*** 樊文，中国社会科学院法学研究所刑法研究室研究人员，德国弗莱堡大学法学院博士研究生。

译者按：魏根特教授以描述审问制和对抗制的刑事诉讼模式之间的区别以及不依赖于制度模式的人权和公民权的意义为出发点，从法律比较的角度对 1997 年《中华人民共和国刑事诉讼法》进行了体系性比较评论。首先，魏根特教授研究了程序的法定性问题，突出地指出了中国刑诉法没有规定证据评价禁止的缺陷。关于具体的程序参与者间的任务分配，提到了在主审程序（庭审程序）之前的调查活动缺少法官的监督和控制，肯定了人民陪审员参与诉讼程序的意义并简要提到目前已经强化了的法庭的独立性。在不同的制度要点上对于中国的刑诉法律规定和其他国家的法律状况所进行的对比，不仅使人容易认识到在中国刑事诉讼法律制度中存在的缺陷，而且使得人们有可能对中国《刑事诉讼法》在欧洲大陆和英美模式之间进行模式归类。关于被害人在诉讼程序中的角色，文章认为，尽管中国法律保障被害人广泛的诉讼参与权，符合强化被害人地位的总体发展趋势，但是，从对中国法律上被告人地位的分析中可以看到，在诉讼程序中所保障的被告人的权利并不符合人权的要求，因为被告人在整个程序中没有沉默权，这是与《公民权利和政治权利国际公约》第 14 条第 3g 款的要求是背道而驰的。积极的权利地位只是在主审程序的范围内给予了被告人。魏根特教授也谈到了在无罪推定原则上存在的问题。与这种制度描述同时进行的是对辩护问题、法定性基本原则的内涵和主审程序在整个程序中核心地位问题等的分析处理。在文章结束的总结中，魏根特教授得出了这样的结论：中国的《刑事诉讼法》虽然不完全符合服从人权的欧洲程序观念，但是，可以看到实现这种顺应人权要求的努力已经出现了令人欣喜的起步。事实上，这里一个很有趣的问题倒是：由于《刑事诉讼法》的改革，为刑事诉讼程序的进一步持续发展在什么程度上开辟了契机和空间。但是，值得注意的是，无论如何，中国《刑事诉讼法》的这种改革都是一种值得称道的进步。因为这种进步是在当初把人权要求评价为对于政体的侵犯的政治制度中所出现的进步，是在一个以很少关注个人为特征的儒家思想所支配的社会中所出现的进步。

〔1〕 参见 Roxin：《刑事诉讼法》，1995 年第 24 版，第 9 页。

www.cnki.net

式来解决个体利益与群体需求之间的必然冲突，在刑事诉讼法中的表现尤为明显。[1]

人们向来把刑事诉讼划分为两种基本模式：一种是将国家的代表和遭受嫌疑的个体看作自主的、原则上享有平等权利的双方当事人，由中立的法官就它们之间的诉讼做出判决；另一种是通过国家的刑事诉讼操纵者（今天大体上指法官）进行官方调查来对已知的犯罪嫌疑加以反应，其目的是查明已发生的事实并最终做出判决。第一种抗辩模式主要出现在英美法系的法秩序中，而第二种模式人们大多把它描述为"审问式"，并把它与欧陆的法秩序联系在一起。同样，根据传统的理解，抗辩的诉讼模式更可能代表民主自由的国家观，而审问模式从历史与构想上看是与"强大国家"的理念结合在一起的，该理念在等级制的结构中，是凭国家威权设法获致秩序和福祉。[2]

今天，在国际比较诉讼法（研究）领域，人们达成了广泛的共识：抗辩与审问（两种）诉讼模式的传统区分已无法确切地描述现代刑事诉讼法与之截然不同的现实。[3] 原因之一在于，纯形式的审问程序，也就是说案件通过法官严格的单方面的调查，将不再是客观的；至少侦查者/控诉者和裁判者的角色是彼此分开的（"审检分立的公诉程序［akkusatorisches Verfahren］"）。另一方面，今天的大多数抗辩式诉讼体系中也包含着审问式的要素。因此，在英美两国，在提起诉讼之前，通常情况下警察和检察官不是从当事人的角度，而是从客观的角度研究案情；而在有些"抗辩式"的法秩序中，在有些诉讼阶段中也具有类似法官的制裁或者免予进一步追诉的权力。[4]

与刑事诉讼模式间（起初理论上的考虑肯定比诉讼实践上的考虑多）界线的模糊相比，更加重要性的是它们通过关于人权和公民权的讨论所产生的影响。承认人权的重要性来自于与刑事诉讼相联系的这样的结构：在刑事诉讼中相互对峙的是拥有一切统治手段和具有强大的、原则上完全合法的自身利益（事实的澄清和可能对责任人的

---

〔1〕 Radbruch 也曾说，如果将法律理解为社会生活的形式，那么作为形式的法律的程序法，则是这种形式的形式，它如同桅杆的顶尖，对船身最轻微的运动也会做出强烈的摆动。参见 Radbruch：《法学导论》，1997 年版，第 120 页。——译者注

〔2〕 两种模式，Damaska 在 The Faces of Justice and State Authority（1986）一书中提供了一个深入细致的分析；也可参见 Ingraham 的 The Structure of Criminal Procedure（1987），第 19 页以下。

〔3〕 例如，Delmas-Marty 1995 年主编的 The Criminal Process and Human Rights 一书，第 191—192 页，她写的"Toward a European Model of the Criminal Trial"一文；Frase/Weigend，发表在 Boston College Internaltional and Comparative Law Review 18（1995）上的"German Criminal Justice as a Guide to America Law Reform"第 317—359 页；也请参见 Eser 发表在《整体刑法学杂志》第 108 卷（1996）第 86 页的《刑事诉讼在欧洲的发展》一文的概述。

〔4〕 在英美国家，警察首先致力于客观的、尽最大可能广泛地澄清事实真相，为了保护公诉人在后来的审判中面对尴尬的意外。除此之外，在大多数国家，警察和检察机关至少还有另外的现实可能性——不待作出判决，就可正式或非正式地结束对可追究的犯罪行为的调查；英国的情况，参见 Ashworth，The Criminal Process，1994 年版，第 125 页以下。检察官征得法官的同意，他和被告人或被告的辩护人可能协商，设法给被告的认罪（"plea of guilty"）报以较轻的制裁；对此参见 Weigend：《外国刑事诉讼中的协商》，1990 年版，第 41 页以下，其他文献索引。

惩罚)的国家和一个相对无(权)力的、孤立的个人。基于这种情况,国家进行这样的尝试:为了发现真实和实现刑法目标,而广泛利用现有的、理论上不受限制的信息取得和强制适用的可能性。听任这种尝试的国家,必然削弱刑法实施的道德基础:只有当它的适用不是作为不可预见的(或突如其来的——译者注)和不受影响的宿命出现,且当它明显是基于一个公正而适当的程序作为与反社会行为作斗争的最后手段被使用,能够被服从法律规范者作为应得的结果所接受,[1]刑法在教育人民(包括被告人)守法的意义上才是有效的。其前提条件是,国家有意识地通过有约束力的自律规则,来对它的对付陷入犯罪嫌疑的公民的权力手段的投入使用进行限制,另外,它还给个体提供从他(指犯罪嫌疑人——译者注)的角度影响诉讼的现实可能性。

这种与体系有关的利益在一个公平而对抗手段相当[2]的刑事诉讼程序上,正巧符合涉及个人的人权的承认。它们必须在刑事程序中承受压力和经受考验,因为承认个人的人权可以使重要的国家功能(相对于对违法者的刑法功能实现)变得困难,在某些情况下甚至阻碍它的实现。

具有深远意义的事实是,在刑事诉讼中被告人基本的诉讼权利的一系列保障,自从第二次世界大战结束以后获得了广泛的国际承认。在欧洲,这种保障见于1950年11月4日的《保护人权和基本自由的欧洲人权公约》(EMRM,以下简称《欧洲人权公约》),[3]世界范围有效的1966年12月19日的《公民权利和政治权利公约》(IPBPR)[4]第14条同样包含了重要的诉讼基本权利。这两个——有时使用相通的词——国际文献规定了无罪推定,[5]全面保障被告人诸如被告知与被控(性质和原因——译者注)有关的信息的权利[6]和获得辩护的权利。[7] 除此之外,国际公约还明确表示,

---

〔1〕 在这个意义上刑法需要(根据无疑是Luhmann自己原创的另一理性表达)"通过程序的合法性证明"。

〔2〕 或称武器平等(Waffengleichheit)源自当事人平等的假设,现在的《德国刑事诉讼法》并不仅仅执着于这一形式假设,为避免程序的实质结果仅仅取决于当事人地位的强弱,在规划刑事诉讼制度时,程序设计重心落在两个方面:其一,国家机关有全面侦查的客观性义务,不仅要侦查证明有罪的,尤其是还要侦查证明无罪的情况[《德国刑事诉讼法》第160条第2项],另外还有国家机关的"诉讼上的照顾义务[prozessuale Fürsorgepflicht,例如,国家机关对被告人权利的告知义务];其二,尽可能地扩大和提升被告和辩护人的权利。——译者注

〔3〕 德国通过1952年8月7日的法律批准(联邦法律公报Ⅱ第685页)

〔4〕 迄今(作者写作该文时为止——译者注)《公民权利和政治权利国际公约》已经被140多个国家批准,德国已由1973年11月15日的法律批准(联邦法律公报Ⅱ第1533页),但是中华人民共和国尚未加入该公约(1998年签署,至今尚未批准——译者注)。

〔5〕 《欧洲人权公约》第6条第2款;《公民权利和政治权利国际公约》第14条第2款;

〔6〕 《欧洲人权公约》第6条第3款a;《公民权利和政治权利国际公约》第14条第3款a。

〔7〕 《欧洲人权公约》第6条第3款b,c;《公民权利和政治权利国际公约》第14条第3款b,d。

任何人不得被强迫自证其罪或强迫悔罪。[1]

这样的人权基本立场虽然不能具体决定刑事诉讼的过程，但是它在总体上确立了被告在很大程度上作为自主的诉讼主体的地位，并把刑事诉讼的基本方向确定为：公正（也含有公平的意思——译者注），尊重被指控（Beschuldigte）的人，检察官和被告[2]之间最低限度的机会均等。现今的刑事诉讼法必须遵守这样的标准，它也构成了下文对中华人民共和国新《刑事诉讼法》的分析背景。

二、程序的法定性

中华人民共和国早在1979年就已经迈出了对刑事诉讼中权利和义务的明确的可控制的分配的重要一步，并因1996年通过的增订部分，这种步伐得以加大：以法律形式全面确立诉讼秩序。[3] 中国《刑事诉讼法》在许多地方（第3条第2款，第14条第1款）着重强调国家机关的职责。检察机关的专门职责是：监督法律制度的遵守和对付违法行为（第8条以及第76条关于侦查程序，第181条关于法院的第一审程序，第205条第3款关于生效判决的程序）。不过缺少一个特别的申诉程序，（仅仅）通过这一途径，法律的错误适用才能得到纠正。与其他大多数法秩序相反，中国的《刑事诉讼法》

---

〔1〕《公民权利和政治权利国际公约》第14条第3款g，这个原则是由德国宪法法院从人性尊严（《基本法》第1条）和法治国原则中导出；联邦宪法法院判决38，105，111以下；55，144，150；56，37，42以下；此外还可参考Rudolphi和别人主编的《对刑事诉讼法和宪法法院法的系统评论》中Rogall的文章，§133前，书边编号132。

〔2〕被告的概念在德国法上有Angeklagter，Tatverdächtiger，Angeschuldigter，Beshuldigter四个词，这四个词表明了作为刑罚权对象的特定人在诉讼进程中所处的不同诉讼阶段及其相应的诉讼角色与地位，以及与此相关的诉讼权利和诉讼义务的变化。按照《德国刑事诉讼法》第157条的规定，Angeschuldigter是指被提起公诉的被追诉人；Angeklagter是指对其已决定开启主审程序的被追诉人。即Beschuldigter是无罪推定的效力期间被追诉者的一个广义的概念，他/她在不同的诉讼阶段有不同的称谓。提起公诉之前的准备程序（Vorverfahren）中的被追诉人称为Tatverdächtiger；提起公诉之后作出开启主审程序裁定之前的中间程序（Zwischenverfahren）中的被追诉人称为Angeschuldigter；主审程序（Hauptverfahren）中的被追诉人称为Angeklagter；其中最为关键的是（广义的）被告地位形成的时点的判断。——译者注

〔3〕同样的评价见Journal of Criminal Law and Criminology 73（1982）中Leng的文章"Criminal Justice in Post-Mao China"第204，213页。新的《刑事诉讼法》在一些方面比1979年的法律规定得更为详尽；而且它已经从164条增加到了225条。不过，新版法律从国际刑事诉讼立法比较的角度看，规定得还相当简略单薄，在一些方面尚欠妥当。人们或许可以就此相当简单的证据规则（《中华人民共和国刑事诉讼法》第42—49条）与德国的（《德国刑事诉讼法》第48—93条）或法国的（《法国刑事诉讼法》第101—121条，第156—169-1条）内容丰富的证据规则作一比较。也可以与1979年的中国立法者曾借鉴过的前苏联1960年的刑事诉讼法比较，中国的刑事诉讼法是一部简化的、很少有详尽规定的法典；对此详见Berman/Cohen/Russel，发表在Journal of Criminal Law and Criminology 73（1982）的《中苏刑法典和程序法典比较（A Comparison of the Chinese and Soviet Codes of Criminal Law and Procedure）》一文，第238—248页。

规定,除上级法院通过全面重新审理来(对原)判决进行审查外(上诉;《刑事诉讼法》第186条),[1]生效判决的例外撤销只能通过审判监督程序(第203条及以下几条),其(撤销的)根据是认定事实和适用法律上存在错误,有时可能导致让原审法院对案件进行再审(第206条)。

关于程序错误的纠正,与旧法相比,新版刑事诉讼法甚至做出了一个相当重要的限制:根据1979年的中国《刑事诉讼法》第138条,如果第一审法院违背了法定的程序规则,且因此可能影响到判决的正确性,[2]才有可能撤销原判决;而新《刑事诉讼法》第191条只单薄地列举了"自动"导致(应当——译者注)撤销原判决的特别严重的程序错误的理由的目录。[3] 尽管其中的两个撤销理由表达得相当开放("剥夺或限制[了当事人的]法定的诉讼权利"[第191条第3项]或者"其他违反法律规定的诉讼程序"[该条第5项]"可能影响公正审判的"),[4]但它至少使对第一审法院遵守程序规则的情况实施深入的监督成为可能。

侦查程序的法定性比较薄弱。根据经验,侦查程序在很大程度上比庭审程序更易出现错误。[5] 在大多数法秩序中,实际上是由警察进行侦查程序的。而对于警察而言,并不存在可随时供使用的直接的监督方式,在不同的国家,尤其在美国,人们依靠间接有效的(监督)措施:在诉讼中禁止使用非法获得的证据。[6] 中国《刑事诉讼法》的规定中没有这样的禁止规则。因此必须承认,证据方法,诸如被告人的坦白和作案工具,即使它们是用非法方式收集的,在庭审程序中也允许被用作罪证。这正好给侦查机关无视或规避用于保护被告人的法定规则(例如禁止刑讯[第43条第2句]和采取不当的强制措施[第73条])大开方便之门,以便实现所希望的诉讼结果。与此相对,在实现侦查程序法定性方面,刑事责任(例如第49条第2款)和检察机关的纠正义

---

〔1〕 不过,第二审法院经过阅卷和听取诉讼参与人的意见做出决定,可以不考虑口头的(开庭)重新审理(《中华人民共和国刑事诉讼法》第187条第1款第2句)。

〔2〕 这个规定相当于《德国刑事诉讼法》第337条主流观点的解释;联邦刑事法院判决22,278;23,224;进一步的证据,参见《Karlsruher 刑事诉讼程序法评注》,1993年第3版,第337章,书边编号33,Pikart 的论述。

〔3〕 这与《德国刑事诉讼法》第338条规定的所谓的"绝对上诉理由"的意图相当。

〔4〕 与旧法相对,引人注目的不同视角是:迄今是有关程序缺陷对判决的可能的影响(像德国法律),现在,"程序公正"是如此地对违犯规范行为的关系重大的(还相当不明确的和需要完善的)基准点。从中人们无论如何可以看到程序法定性的升值。

〔5〕 与此有关的中国的情况,参见 Leng(注12),第215页。

〔6〕 判例 Mapp v. Ohio(形成的规则)对美国法是基础性的,367 U. S. 643(1961);Miranda v. Arizona,384 U. S. 436(1966);对所谓的"排除规则"的(尚无定论的)效果,参见 Leo,"The Impact of Miranda Revisited",Journal of Criminal Law and Criminology 86 (1996),第621页。德国法规定由于非法手段获得证据的证据禁止的范围有限(例如,《德国刑事诉讼法》第136条a第3款),根据主流观点,它(首先)无助于预防侦查程序中的警察的错误行为;参见 Fezer《证据禁止的基本问题》(1995年版),对所讨论问题的总结。

务(第76条)在实务中并非总是有效的手段。

三、诉讼参与人及其任务

(一) 法院、检察院、警察

法院、检察院和警察的管辖权和职责的划分,对刑事诉讼的结构产生了根本的影响。就这点而言,在所有现代法秩序中,从侦查程序到起诉和审判程序中,或多或少可以看到明显的重大转折:在第一诉讼阶段由警察和/或检察官主导,在第二阶段由法院主导。不过普通法和大陆法关于法院参与的典型区别已经存在于侦查程序中:一些大陆法国家认为,作为古老的纠问程序的遗产,预审法官独立进行调查或借助警察进行调查(至少在诉讼理论上如此);在这种法律体系中,检察院仅(限于)具有控诉机关的职能。[1] 而在普通法秩序中,无论在法律上还是事实上,侦查主要掌握在警察手中。[2] 在侦查阶段,法官只是在公民基本权利受到干涉时作为中立的监督机关协助调查,例如,在逮捕和搜查时提供协助。在第三类国家,包括德国在内,检察官(对基本权利的干涉必须得到法官的同意)负责侦查;即使在这些国家,由于警察的人员优势和刑侦业务上的优势,侦查工作事实上大多数是由警察负责进行的(尽管他们只要帮助做好起诉的准备工作)。[3]

中国的诉讼法没有跟随这一模式。两个特征引人注目:其一是公安机关的独立角色,根据中国《刑事诉讼法》第3条第1款、第18条第1款和第89条的规定,公安机关负责刑事案件的侦查和预审(不像在德国,警察仅是检察官的辅助机关),[4] 而且他们的工作以侦查终结的说明和起诉意见书的形式结束(中国《刑事诉讼法》第129条);[5] 其二是侦查程序中缺乏任何形式的法官监督——允许警察机关从自己的绝对

---

〔1〕 这适用于法国(《刑事诉讼法》第79条以下),荷兰(《刑事诉讼法》第181条以下)和西班牙(《刑事诉讼法》第299条以下;也见 Gimeno Sendra,"Los Movimientos de Reforma del Proceso Penal"等,《国际刑法评论》64 [1993],第1051,1054页)。不过,在大多数的法律秩序中都有起诉没有法官预审的轻罪的可能性。

〔2〕 特别清楚的是在英国刑事体系中,检察官的活动只限于起诉和代表控诉;参见 Ashworth(注4),第159—183页。

〔3〕 关于在德国检察机关与警察的关系,参见《整体刑法学杂志》106 (1994),第625页,《侦查程序中检察机关和警察的关系》一文。

〔4〕 出于明显的理由,警察的渎职罪是可以考虑的例外(《中国刑事诉讼法》第18条第2款,第131条以下)。另外,如果是必须起诉的案件,检察机关还可以要求补充侦查,或者在迫不得已的情况下自行侦查(中国《刑事诉讼法》第140条)。

〔5〕 不过,可能与作为维护法律的检察机关的总体地位有关(尤其是中国《刑事诉讼法》第8条),警察似乎很大程度上要置于检察机关的法律监督之下(例如,中国《刑事诉讼法》第59,76条)。还见 Herrmann,"The Role of the Prosecutor or Procurator",《国际刑法评论》63 (1992),第533,543页。

权力出发执行搜查、扣押、冻结甚至"技术侦查措施",[1]而且连逮捕的命令也只需检察官的批准(第59条)。然而最先被提到的中国法看起来似乎接近普通法法秩序的特征,由于起诉前的诉讼阶段缺乏任何形式的法官"干预",具有以(前)苏联为蓝本的典型的社会主义刑事司法的特征,东欧国家自20世纪90年代初以来就越来越与其保持距离。[2] 在中国,人们显然仍习惯于把检察院的诉前干预预先确定的导向严格地仅仅定位在法律和公正上(参见中国《刑事诉讼法》第8条)[3]——因此就得出了一个传统的错误结论,这一错误结论不应当出现,但它毕竟还是出现了,即警察和检察院在证明可能的犯罪嫌疑人有罪时,忽视了与公众利益相对的个体权利。

在中国的侦查程序中检察院通常并不扮演积极的角色,而是基本上限于对侦查机关活动的监督职能上。检察院的(专业活动)范围在中国——与大多数其他法秩序一样——是做出有关起诉的决定,在这一领域他们仍具有一定的自主裁量空间(参见下文第四部分)。另外,在庭审程序中代表控方也是检察官的任务(与大多数其他国家的规则一致)(中国《刑事诉讼法》第153条、第155条、第157条)。

各级法院的活动限于根据起诉进行主审程序,因为中国的《刑事诉讼法》没有预审法官或侦查法官的设置。中国《刑事诉讼法》首先规定了对起诉书的完整性和内在逻辑性进行预先审查(第150条);[4]然而,如果起诉的理由被认为是不充分的,法院应当怎么办,法律并没有加以规定。[5] 不管怎样,在这个诉讼阶段缺少抗辩的要素:被告没有(至少没有正式的)在法院方面设法谋求免受公开审判的可能性。[6] 在大多数法律秩序中则是另一番景象:在德国和英美法系中或多或少有对被告的深入细致的依法预审,被告(Angeschuldigte)能够积极参与其中,因为,审判的进行肯定会对被告造成心

---

〔1〕 参见《刑事诉讼法》第109、116、117条以及《警察法》第16条。中国警察的独立的制裁权很能反映出它相对于欧洲标准极强大且不受约束的法律地位的特征(《警察法》第7条)。

〔2〕 例如,Bocz,"The Role of the Prosecutor in Hungary",《国际刑法评论》63(1992),第667、675页;Gasparovic,"The Role of the Prosecutor in Czechoslovakia",《国际刑法评论》63(1992),第657、661页。

〔3〕 根据Gössel和Krey的观点,检察官的职责在于:不仅要对刑事被告进行追诉,而且更重要的是在追诉过程中实现对国家权力的双重控制[doppelte Kontrolle der Staatsgewalt];作为法律的守卫者[Wächter des Gesetzes],检察官既要保护被告免于法官的擅断,又要保护被告免于警察的恣意。——译者注。

〔4〕 根据以前的法律(旧版的中国《刑事诉讼法》第108条),如果犯罪事实"清楚"、证据"充分",才允许法院开庭审判。与此相反,现在的审查范围局限于起诉书的形式完整性。可以看到其中的进步在于:与审前程序相反,从现在开始审判程序占有更大的比重,此外在审判程序开始之前,法庭很少形成强烈的确信(或预断)。

〔5〕 在旧版的中国《刑事诉讼法》中(第108条)规定了这样的可能性:(法院)可以就事实(问题)(把案件)发回检察院(补充侦查),或者要求(检察院)撤回起诉。在1996年的中国《刑事诉讼法》中不再有相应的规定。

〔6〕 奇怪的是,犯罪嫌疑人的"法律(救济)手段"(——申诉)规定只是针对不起诉而且只能向(做出决定的)检察机关自身(中国《刑事诉讼法》第146条)。

理上和法律上的巨大压力。[1]

法庭是由职业法官或陪审法官("人民陪审员")组成,"简易程序"(第147条,第174条及以下几条)除外。陪审员参与刑事司法的形式,相当于主要源于德国的著名的参审制度(Schöffensystem);[2]原来的刑事陪审法庭(Geschworenengericht),比方说在英国和美国,主要是对严重刑事案件的罪责问题进行裁决,中国的新《刑事诉讼法》倒没有引入。这并不会令人惊异,因为纯粹的陪审法庭(Laienspruchkörper)是难以充分控制的;在一个判决特别是刑事案件的判决被看作既定政治目标的实现手段(例如"刑法的正确实施",国家和公共安全的保护;参见中国《刑事诉讼法》第1条)的法律体系中,美国著名的法律的预先规定通过陪审团(Laien-Jury)[3]"不顾法律和事实宣告被告人无罪(Jury Nullifikation/Jury Nullification:陪审团否决原则——译者注)"的制度[4],可能是不可接受的。陪审法官在混合的法庭内实际扮演一个什么样的角色,由于秘密评议几乎不可能被可靠地确定。[5] 在中国,对法官——也包括职业法官——在判决的形成过程中的独立性有不同于西方国家的理解。在西方国家,法官独立是与严格禁止

〔1〕 很少实务意义的所谓"中间程序",规定在《德国刑事诉讼法》第199—211条。在英国,治安法院进行预审(参见Lauermann《治安法院的刑事司法》,1987年版,第115页上下),在美国,被告有权请求独任法官预审或请求陪审团对控诉做出裁定(大陪审团);详见LaFave/Israel, Criminal Procedure, 1984年版,第1册,第598页以下;第2册,第236页以下;Schmid,《美国的刑事诉讼和刑法》,1993年第2版,第53页以下。

〔2〕 参见《联邦德国法院组织法》第29、76条。

〔3〕 关于"陪审团的宣告无效",见Kadish/Kadish, Discretion to Disobey, 1973年版,第37页以下;Scheflin/vanDyke:《陪审团的宣告无效》,Law and Contemporary Problems 51(1980),第79页;U. S. v. Dougherty, 473F. 2nd 1113(C. A. D. C. 1072)。

〔4〕 陪审团制度是美国民主制度的重要组成部分。在美国宪法上,被告人有受到由公正的陪审团迅速而公开的审判的权利;被告人也有权放弃有陪审团审理而由法庭审理。陪审团有大陪审团和小陪审团之分。大陪审团只处理刑事案件,职责是听审证据,也就是根据检察官,当事人以及证人的陈述,决定是否对被告人进行起诉;小陪审团在刑事诉讼中,通过对案件事实的认定或不予认定,决定嫌疑人是否有罪;在民事诉讼中,解决争议,并决定是否赔偿。陪审团成员表决就案件进行表决,在州法和联邦法律上要求不同。州法律一般不需要陪审团成员意见一致并做出裁决,但联邦法律规定,意见不一致就要重选陪审员重组陪审团,重新审理,一直到意见一致做出判决为止。Jury Nullification:就是所谓的陪审团的否决原则,根据该项原则,陪审团有着这样的固有权力,即他们可以认为有关法律或提出的指控对于被告人无效,秉持良知而不是法律,即便证据表明被告人的确有罪,也可以宣告被告人无罪并做出无罪裁决。根据美国的陪审团制度,一旦陪审团宣告被告人无罪,案件就此了结并成定局,不得重新审理。Jury Nullification制度存在的问题在于:人们担心陪审团会利用该权力而不顾法律事实宣告某人无罪,以期达到自己的政治目的或其他目的。——译者注

〔5〕 参见Casper/Zeisel主编的《刑事诉讼中的陪审法官》,1979年版,第41页以下,他们对德国的调查——"联邦德国"部分。

任何对法官职业活动施加外在影响联系在一起的[1]——像中国《刑事诉讼法》第149条那样的规定,即"对于疑难、复杂、重大的案件"的裁定,可以交给审判委员会,它对案件的审理,与欧洲实质性的法官独立的概念是格格不入的。[2] 不过,另一方面,中国《刑事诉讼法》第5条强调法院的独立(而不是个体法官的独立);与过去的实务相比,"疑难"案件要提请审判委员会处理的义务倒是一个明显的进步,在过去,裁定一般由法院院长或审判委员会做出。[3]

(二)被害人

犯罪被害人在现代刑事诉讼中常常扮演次要的角色:他常常被用作报案者或者目击证人。与此相对,中国的《刑事诉讼法》给予了被害人以享有不同诉讼权利的"当事人"的正式角色(中国《刑事诉讼法》第82条第2项),[4]此外,还规定了被害人参加诉讼的三种特别方式:在刑事诉讼过程中提起附带民事诉讼(第77条、第78条),以自诉途径自主地启动刑事诉讼程序(第170条及以下几条)和对检察院不起诉案件的辅助性起诉(第145条)。

在欧洲的法秩序中,被害人积极参与的所有三种方式是平行的。民事原告参与刑事诉讼尤其在罗马法秩序中具有实践意义,[5]而在德国虽然有法律规定(《德国刑事诉讼法》第403条及以下几条),但是几乎未被付诸实施。[6] 独立于检察官决定的私诉,例如,德国(《德国刑事诉讼法》第374条及以下几条)和奥地利(《奥地利刑事诉讼法》第2条第2款、第46条)是被允许的,不过,它总是被限制在某些比较轻的带有"人身"特点的犯罪上,例如,侮辱、非法侵入他人住宅和轻微的身体伤害。在德国的实务中,私诉几乎不再发挥什么作用,[7]因为所有的程序障碍使得私人原告通往法院的途

---

〔1〕 参见《欧洲人权公约》第6条第1款(任何人就他的案件有权受到独立与公正的法庭的审讯……);参见欧洲人权法院对 Hauschildt 诉丹麦的判决,《欧洲基本权利杂志》,1993,122。对德国而言,见《基本法》第97条以及《德国法官法》第25—37条;关于欧洲国家不同的法律状况的进一步的信息,参见《国际刑法评论》63(1992)第873页以下。

〔2〕 中国对法官独立的其他限制,参见 Leng(注12),第224—228页。

〔3〕 判而不审的审判委员会是中国刑事司法制度中的一个特别的设计,旧版《刑事诉讼法》对案件是否提交审判委员会讨论决定,是法院院长的专有权力,若院长要提交,审理案件的合议庭不得拒绝;新版《刑事诉讼法》把过去的院长特权转移给了合议庭,案件是否提交审委会,由合议庭自行决定。也就是说,从制度上看,合议庭有了拒绝院长和他人影响独立审判,拒绝把案件提交审判委员会讨论决定的可能性。这不能不说是一个进步。——译者注

〔4〕 在权利的行使方面,被害人也可以委托律师代理(中国《刑事诉讼法》第40条)。

〔5〕 参见《法国刑事诉讼法典》第2条以下(至于暴力伤害,参见1990年,《法国刑事程序中的附带民事诉讼》);《意大利刑事诉讼法典》第74条以下;《西班牙刑事诉讼法典》第100条以下。

〔6〕 原因,参见 Will 主编的《刑事程序中的赔偿》,1990,第11页,Weigend:《联邦德国:刑事程序中的赔偿(损失)》。

〔7〕 1994年全德国由自诉提起刑事诉讼的案件只有2395起;联邦统计局,"司法",系列2:《法院和检察院》,1994,1996,第84页。

径变得困难重重;[1]几乎不能接受的是,在中国,相应的规定经常导致"成功的"私人刑事追究(以对被告做出判决而结案)。就像在德国,[2]中国在实务中普遍重视允许当事人之间对冲突进行的和解(中国《刑事诉讼法》第172条)。

如果检察官决定不起诉,被害人还有选择提起自诉的可能性(中国《刑事诉讼法》第145条第3句和第4句),这样的规定在欧洲法中是平行的,例如《奥地利刑事诉讼法》第48条,根据该条的规定,犯罪行为给其造成财产损失的被害人可以替代检察官提起诉讼,不过,此等规定使得被害人得肩负起重大的诉讼责任。德国法对检察院的起诉决定的另外一个——同样是困难的——监督方法做出了规定,即检察院拒绝起诉的,在特定的前提条件下允许被害人向法院起诉;如果法院认为被害人的申请正当,应当指示检察院提起诉讼(《德国刑事诉讼法》第172条—第177条)。

中国的《刑事诉讼法》中的被害人地位适应了国际趋势,即要为作为诉讼主体的被害人在诉讼程序中维护自己的利益提供可能性(补偿或损害赔偿)。[3]在德国,附带诉讼制度的目的在于(《德国刑事诉讼法》第395条—第402条),只有特定的针对人身的犯罪的被害人才享有广泛的诉讼参与权。[4]

(三)被告人

与历史上的纠问程序相比,现代刑事诉讼程序的重大进步在于:被告今天作为诉讼主体享有独立的地位。[5]他不仅不是程序的客体,而且还享有独立地进行自我辩护的权利,他还对诉讼程序,尤其是证据的收集发生影响。[6]被告人拒绝参与诉讼构成了被告人自治的另一侧面(亲自出庭除外):作为诉讼主体,既不允许直接地(比如通过刑讯)也不允许间接地(比如通过对沉默情形的严惩威胁)强迫被告做出说明或坦白,即使这样强制的说明显然有助于案件事实的澄清。在德国的讨论中,被告参与诉讼自由的消极面往往用拉丁语准则"nemo tenetur seipsum prodere"(任何人不得被强迫

〔1〕 此外,自诉人必须在起诉前预交费用(《德国刑事诉讼法》第379条第1款)和与对方当事人试行调解(《德国刑事诉讼法》第380条);另外法院还可以随时停止自诉程序(《德国刑事诉讼法》第383条第2款),而且自诉人甚至要负担诉讼费用(《德国刑事诉讼法》第471条第2款)。

〔2〕 大量的自诉案件是在起诉前由调解员或乡镇公务员通过当事人之间的调和在所谓的"尝试调解"(根据《德国刑事诉讼法》第380条规定,适用于大多数自诉案件)规定下结案的;参见 Gutknecht:《调解员的调解程序》,1995年版,尤其是第190页以下。

〔3〕 于此详见 Joutsen, The Role of the Victim of Crime in European Criminal Justice Systems, 1987。

〔4〕 对附带诉讼的意义和批评,参见 Weigend:《犯罪被害人和刑事诉讼》,1989年版,第434—437页、第509—520页。

〔5〕 联邦宪法法院在过去形成的判例(持续的实务见解)中从保护人的尊严(《德国基本法》第1条)推导出被告人的主体地位;例如,联邦宪法法院判决9,89,95;26,66,71;57,250,274页;65,171,174页。

〔6〕 详见 Rogall(注11),§133前,书边编号,59—73。

自证其罪)来表述。[1] 在英美法系中,人们谈的倒是"沉默权"[2]或(在美国)"反对自陷于罪的特权"。[3] 国际法上,这个原则被规定在《公民权利和政治权利国际公约》第14条第3款g中。

中国的《刑事诉讼法》对被告人的陈述自由原则[4]没有作出明确的规定。中国《刑事诉讼法》第43条第2句包含了这种积极的倾向,它禁止刑讯逼供,此外,排除威胁、引诱、欺骗作为证据收集的手段。[5] 这一禁止规定也有助于对嫌疑人的保护,禁止为审讯目的拘留超过12小时(中国《刑事诉讼法》第92条第2款)。最后,该法第46条第2句具有间接防止过度的供述压力的作用,该句规定,仅有供述,不得处罚。这个"确证规则"[6]不仅包含了一个源自于刑侦经验的防止轻信坦白的真实性的警告,而且在某种程度上也降低了对逼取供述的吸引力,因为毕竟在裁判时还必须提供其他独立的证据。人们不应当过高估计这一规则的效果,如果能获取供述(不管它是以何种方式获取的),那么,从无论任何一个点上对被告供述加以证实的证据是不难发现的。中国《刑事诉讼法》第93条第2句的规定明显不利于被告的陈述自由,即犯罪嫌疑人应当"如实回答"侦查人员的提问,如果它与本案有关的话。就此而言,中国的法律也排除了对被告沉默权[7]的承认。如果犯罪嫌疑人没有履行其如实陈述的义务,法律并没有规定如何处理。根据中国《刑事诉讼法》第43条第2句的规定,似乎不得实施身体上的强制。

---

〔1〕 于此见联邦宪法法院判决56,37;警察审讯中的被审讯人的权利,1990年版,第47页以下;详见Rogall(注11),§133前,书边编号,130—208。

〔2〕 关于英国法,参见Easton,The Right to Silence,1991;1993年的皇家刑事司法委员会报告,第49页以下。

〔3〕 这一权利受到《美国联邦宪法》第五修正案的保障("... nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself....");于此见LaFave/Israel(注29),第1册,第479页以下。

〔4〕 又称自由陈述权,或任意性原则,其直接的制度保障是证据禁止的有关规定,根据证据禁止理论[Beweisverwertungsverbot],它主要是为了维护陈述与否的意思决定及意思活动自由[Freiheit der Willensentschließung und- betätigung],它涉及被告最为基本的程序主体地位,与被告不受任何侵犯的人性尊严[Unantasbarkeit der Menschenwürde]有密切关系。——译者注

〔5〕 就内容而言,这一规定相当于《德国刑事诉讼法》第136条a(的规定)。不过,德国的规定还列举了更为(具体)的禁止的讯问方法的目录[包括例如,疲劳战术,服用药物和(精神上的)折磨];另外《德国刑事诉讼法》第136条a第3款明确规定,用禁止使用的措施获得的陈述,不允许在诉讼中使用——一个在中国法律中没有发现的规则。

〔6〕 抽象地确定某些陈述的证明价值——如此的规定与在诸如德国和法国法院有效力的自由心证原则是不能协调一致的。对此,"确证规则"在普通法过去和现在得到了广泛的承认;参见McCormick,Evidence,1984年,第3版,第365—371页。

〔7〕 又称不为陈述权,是被告在侦查程序中最为重要的诉讼权利,其法理基础是"不自证己罪原则":任何人皆无积极义务作出对自己不利的陈述,反之,国家[刑事追诉机关]不得强制任何人自证己罪;国家机关一方面要保障被告有行使该权利的机会,另一方面,要保证被告不会因行使该项权利而受不利的认定。它是在无罪推定原则下的制度设计。由于推定无罪,嫌疑人自然就有陈述与不陈述两种选择可能性。——译者注

如果被告自治的消极方面在中国只得到了不完善的保护，那么（另一方面）被告就很少有可能以“当事人”（中国《刑事诉讼法》第82条第2项）身份积极地对程序施加影响。不过，它明显只限于主审程序，而嫌疑人在侦查程序中并没有主动权。[1] 在审判中，被告不仅是调查对象（第155条），而且——经过审判长的同意——还可以亲自对证人和鉴定人发问（第156条第2句），申请提取新的物证，进一步询问证人和鉴定人（第159条第1款），参与对事实的讨论（第160条第1句）。与一般由当事人推动程序的法秩序不同，也与德国法不同（《德国刑事诉讼法》第240条第2款第1句、第244条第3款、第257条第1款），中国《刑事诉讼法》没有要求被告积极参与（法庭的）证据调查，而审问和证明权最终属于审判长的自由裁量范畴。[2] 在这方面，被告的诉讼自主在中国没有稳固的基础。被告人享有的唯一权利是，“最后陈述的权利”（第160条第2句），当然，他一般只是要求法庭注意（或从轻发落）（其陈述的内容和情绪多表现为，或追悔，或告诫，或抨击，或呼吁，或无奈，或歉疚，或无憾，或喊冤叫屈，或沉默而弃权，不一而足——译者注），但不能引起证明结果的多少改变。

在中国曾有过激烈争论的无罪推定问题，[3] 现在被中国《刑事诉讼法》第12条，像在《公民权利和政治权利国际公约》第14条第2款和《欧洲人权公约》第6条第2款中所体现的那样，正式予以承认，由此，中华人民共和国实现了与国际标准的接轨。在人民法院（所指的也许是第一审法院）做出判决之前，任何人不允许被视为有罪的要求的言词承认[4]是这个假定产生的事实（也是结果）。关于后者，在德国和国际性的研

---

〔1〕 在侦查程序中独立收集证据以及申请法院询问证人的权利被明确地给予作为辩护人身份的律师（中国《刑事诉讼法》第37条）。不过，被告人在侦查程序中的积极权利在别的法秩序中同样受到强烈的限制。例如，德国法规定被告人可以申请检察机关收集对他有利的证据；不过，它要在“如果它们具有重要性”时，才能提出，也就是说，如果检察官认为它是重要的（《德国刑事诉讼法》第163条a第2款）。

〔2〕 法国的审判长自由裁量也达到类似中国的程度；参见《法国刑事诉讼法》第309、310、312、315条；但是，法庭必须听取由当事人按时提名的证人的陈述；《法国刑事诉讼法》第281、329条；Merle/Vitu，Trait'e de Droit Criminel，第2册，1979年第4版，第728页。

〔3〕 详见 Gelatt，“The People's Republic of China and the Presumption of Innocence”，Journal of Criminal Law and Criminology 73（1982），第259页。

〔4〕 中国《刑事诉讼法》第12条的表述是：未经人民院依法判决，对任何人都不得确定有罪。这与所有国家的立法例的表述都不相同。首先，它没有明确“人民法院”所作的“依法判决”的审级和效力状况，即这里的依法判决是在第一审呢，还是第二审；如果是指的是第一审判决，那么第二审就是有罪推定了；如果指的是第二审生效判决，那么对于生效案件的再审是否适用无罪推定；还有死刑案件的复核程序作为判决生效前的法院内部的行政审核程序，是否也适用无罪推定，其次它在说明，经过人民法院的依法判决才可确定被告人有罪，有罪是由人民法院的判决（那一级的并不明确）确定的，而不是检察院的原来的免于起诉决定，也就是说，有罪的确定权专属于人民法院（无罪的认定权则是开放的）。这似乎和无罪推定的要求讲的不是一回事；另外，“未经依法判决，不得确定有罪”，暗含着“实事求是”这一在法律体系内没法定义和定位的哲学概念，或者说根本就没有反映刑事诉讼对证明手段合法性的要求。“实事求是”并不具备无罪假定（或推定）所具有的、对人的尊严和自由的保障意蕴和概念品质，犯罪嫌疑人对侦查人员的提问如实回答的义务就是典型例证。因为没有犯罪嫌疑人沉默权和非法证据排除规则支持的无罪推定很难说是具有实质意义的无罪推定。而且，“实事求是”所倡导的是老实交代，不得抗拒，顺我者昌，逆我者亡的专政逻辑，它实际上是实用主义解决方式的根据之一，是典型的有罪推定。由此可以看出本条的规定实质上并不等同于无罪推定。——译者注

讨中尚未明了。[1] 从较狭义的思考方法看,无罪推定仅禁止没有法庭宣判有罪的刑罚适用——无论如何不允许存在庭外的刑罚适用。除此之外,根据德国的理解,还禁止未经宣判有罪而适用"与刑罚相似的保安处分";[2]要求被告人负担诉讼费用也属于这一范畴(参见《德国刑事诉讼法》第465、466、467条——译者注)。[3] 另外,在没有充分说明罪责问题的法庭裁决的理由中将当事人视为有罪,同样是不允许的。[4] 此外,人们从无罪推定中得出这样的原则,即在针对被告人(Beschuldigte oder Angeklagte)的刑事诉讼进程中,保安处分必须具有对被怀疑的无辜而言是理由充分的特性;再比如待审拘留不能作为先期的刑罚执行,而只是为诉讼的保障目的(例如,为了防止被告逃往国外)才能被允许。[5] 尤其在英美国家的理解中,无罪推定是完全与这一思想紧密联系的:宣判有罪以一个特定的(高度的)证明标准为前提("排除合理怀疑")[6]——无罪推定并没有表明其证明合理性的要求,因为根据常见的表述,其效力结束于"法院判决",而与判决是基于何等证据情况或何等确信程度做出的毫不相关。

从中国的新《刑事诉讼法》中,并不能推断出来自承认无罪推定的直接结果,之所以如此认为,是因为一些细微的问题,比如在不是有罪判决[7]的情况下,费用和垫款的结算(在欧洲的大部分国家,获得有罪判决的罪犯,原则上都要承担程序费用和必要开支;关于程序费用和必要开支与无罪推定的关系,目前在中国还没有发现这方面的

---

〔1〕 德国的研讨参见,Frister:《作为实体刑法基本原则的责任原则、嫌疑刑罚[Verdachtsstrafe,是德国刑事诉讼法制史上出现过的一种因应事实不明情况下的处理模式,它是古日耳曼普通法纠问程序在现代不允许继承的制度遗产。依此制度,它允许法官在事实不明的情形下仍然对被告判处量刑较轻的有罪判决。即法官在被告虽有涉嫌,但有证据不足以定罪的情形,还是可以对其科处一个较正常刑罚为轻的嫌疑刑罚。这样一来,处罚的只是被告与该案件的"牵连",而不是被告实施了的犯行。而且,这样的处罚有违刑罚的基本概念和目的。现代法治国家已经不允许嫌疑刑罚的存在了。——参见蔡圣伟《论罪疑唯轻原则之本质及其适用》一文。——译者注]禁止和无罪推定原则》,1988;Kuehl:《无罪推定、宣告无罪和(诉讼程序)中止》,1983;Paeffgen:《体系性评论》(注11),§112书边编号,21—28;对此的欧洲维度,参见Golsong和其他人主编的《欧洲人权公约的国际评论》第6条,书边编号380以下,Vogler的文章;也请参考Ashworth/Blake,"The Presumption of Innocence in English Criminal Law",Criminal Law Review 1996,306。

〔2〕 联邦宪法法院判决,74,385,371;82,106,117;Vogler(注53),第6条,书边编号.401。

〔3〕 联邦宪法法院判决,74,358,375以下;Loewe/Rosenberg:《刑事诉讼法》,1991年,第24版;人权公约第6条,书边编号,153,Gollwitzer的论述。

〔4〕 联邦宪法法院判决,74,358,374。

〔5〕 Gollwitzer(注55),《人权公约》第6条,书边编号,134;Kuehne:《刑事诉讼理论》,1993年,第4版,第106页;Roxin:《刑事诉讼法》,1995年,第24版,第68页。

〔6〕 例如,见In re Winship,397 U.S. 358,363以下(1970);Gelatt(注52),第298页下;Kadisch/Schulhofer,Criminal Law and its Processes,1995年,第6版,第55页("The presumption of innocence... is simply a traditional way of stating that the prosecution bears the burden of proving guilt beyond a reasonable doubt.");类似的论述见Gollwitzer(注55),《人权公约》第6条,书边编号,146。

〔7〕 指中国《刑事诉讼法》第162条第3项规定的有罪判决和无罪判决之间的不能证明的无罪判决(证据不足,指控的犯罪不能成立的无罪判决)。——译者注

讨论——译者注),无罪判决的判决理由在该法中并没有规定。中国《刑事诉讼法》第162条对判决要求的证明程度最具重要意义的问题作出了规定:如果案件事实"清楚"以及证据"确实、充分"(第162条第1项),才允许对被告作出有罪判决,而另一方面,如果"证据不足"(第162条第3项),他应当被宣告无罪。可以认为,"疑罪时有利于被告(Im Zweifel für den Angeklagten)"的准则在中国的刑事诉讼中原则上也是有效的。如上所述,该原则与无罪推定是不完全一致的,它的重点在于,它禁止在没有充足的事实可供核验的情况下放弃无罪认定(..., in dem er verbietet, die Annahme der Unschuld ohne ausreichende Sachprüfung über Bord zu werfen.)。而且在与刑事诉讼有关的对被告人权利领域的干预方面,新《刑事诉讼法》对无罪推定事实上的承认已经初现端倪。对于未决羁押措施(Untersuchungshaft)而言,虽然第60条第1款的规定不涉及诉讼保障(对此,事实上的有罪和无辜同样是法律许可的)目的,而是涉及"防止社会危险性(的发生)"(即预防目的——译者注)[1];但是,从缴纳保证金而获释的被告不得实施的行为目录(第56条第1款)可以看出,拘留及其替代措施的目的应该在于防止逃跑或者销毁证据对进一步诉讼的妨碍。与过去相比更加明确的拘留替代措施(监视居住、保证金)的规定,说明了立法者减少使用拘留——这里是指强制措施的使用,它被视为在有罪宣告之前已经执行的刑罚而受到重大怀疑[2](这里至关重要的是关于无罪推定和"未决羁押"等强制措施的关系,Albrecht教授认为是一种危险的妥协关系——译者注)——的努力。总而言之,中国的《刑事诉讼法》正处于这样的过程中:无罪推定不只是说说而已,而且它的重要的实际效果将得到肯定。

(四)辩护人

鉴于大多数被告人不能从事实上和法律上充分了解其案件,不能理性而内行地进行(自我)辩护这样的事实情况,只有受过法学专业训练的辩护人为被告人提供帮助,一个公平的诉讼才能得到保证。辩护人权利属于国际公认的所有诉讼制度的基本立场,这种制度希望保障被告人能够与控方进行自主而可望成功的辩论。[3]《欧洲人权

---

〔1〕 中国《刑事诉讼法》第60条第1款规定:"对有证据证明有犯罪事实,可能判处有期徒刑以上刑罚的犯罪嫌疑人,被告人,采取取保候审,监视居住等方法,尚不足以防止发生社会危险性,而有逮捕必要的,应立即依法逮捕。"从其中规定的逮捕适用的多项前提条件看,在强制措施的适用中逮捕并不是应当优先考虑的,而是在迫不得已的有必要的情况下的一种选择可能性,逮捕措施具有最后手段的谦抑性,表明了立法者希望尽量较少使用这种手段的立法意图和审慎立场。——译者注

〔2〕 参见Paeffgen:《拘留法教义学的先行思考(或基础性思考 Vorüberlegungen)》,1986年版,第3、112页。从无罪推定的角度限制拘留(的使用)也是国际刑法协会的要求;参见《第15届国际刑法协会会议决议》,《整体刑法学杂志》108(1996),第688、706页。

〔3〕 辩护制度是平衡被告和国家之间实力落差最重要的机制,这种落差的形成来自四个方面的原因:其一,侦查程序中国家的强制处分权,强大的技术手段,以及检警双方的"信息优势"(Informationsvorsprung);其二,被告的法律知识与国家的专职法律人员并不相当;其三,被告对诉讼的经济承受能力,尤其是其四,被追诉人在被采取未决羁押后被隔绝的孤立无援和被限制或剥夺自由的强制体验。——译者注

公约》更进一步,它甚至给予被告人获得辩护律师无偿援助的权利,"如果这是为司法利益所要求"(《欧洲人权公约》第6条第3款c)。[1]

但问题是,从什么时刻开始被告人可以有主张专业辩护的权利。在这一最具重大现实意义的问题点上,大多数法律秩序采取折衷的办法:一方面,尽可能早地支持被告人的利益;另一方面,试图使维护刑事追诉机关侦查优先的利益正当化。因此,诉讼过程中最为关键的问题是对处在关押中的被告人的第一次讯问,[2]以及正式公诉的提起或者主审程序的开始。因为攸关诉讼结局的骰子常常在侦查程序中就已落下(诉讼的结果在侦查程序中大部分已经确定了——译者注),如果被告人在起诉之后才能获得辩护人的援助,对被告人来说是非常不利的。因此,无论是只为"被起诉者"提供辩护的《欧洲人权公约》第6条第3款c,[3]还是德国法的规定,都不能满足上述条件。根据德国法,被告人虽然能"在诉讼的每一情况下"(即从一开始)向辩护人咨询,在"必要的辩护"(《德国刑事诉讼法》第140条)的情况下,通常只有在提交起诉书后才能指定辩护人(《德国刑事诉讼法》第141条第1款),因此,不能支付辩护费用的贫穷的被告人,在侦查程序期间即使被指控犯有重罪,仍然不能得到专业律师的帮助。[4]

尽管适应国际标准的趋势是明显的,但中国法无论是辩护人权利还是强制辩护(义务),仍和过去一样,始终被认为是受到限制的。[5] 聘请辩护人(可以是律师,也可以是被告人的亲友)的权利(中国《刑事诉讼法》第32条),也只有在侦查程序结束之后,即侦查机关将案件移送起诉机关审查(第33条第1款)之后才可行使。不过新增的第96条规定了一个重要的例外,该条规定,犯罪嫌疑人在他第一次被讯问之后,就可以聘请律师为其提供咨询和代理申诉。因此,辩护权(但原则上由被告人自己承担费用)被大大地向侦查程序推进了,而且中国法接近美国最高法院的米兰达判例(Miranda-Rechtsprechung)所确立的规则。但是,必要辩护的适用范围相当狭窄:只有少年犯罪嫌疑人(《未成年人犯罪预防法》第10条的规定)以及盲、聋、哑犯罪嫌疑人、可能被判处死刑的被告人(中国《刑事诉讼法》第34条第2款、第3款),享有通过法院指定

---

〔1〕 根据德国法,如果面临严重的制裁的威胁或者被告人凭自己的能力自我辩护于己(不力和)不利,对于没钱的被告人的无偿法律援助,才是必要的;详见《德国刑事诉讼法》第140条。这一规则与《欧洲人权公约》第6条第3款的一致性,参见 Gollwitzer(注55),《世界人权公约》第6条,书边编号,203;Vogler(注53),第6条,书边编号,第528—533页。

〔2〕 这个时刻在美国可能侵犯——可能由国家负担的——辩护人的权利;Massiah v. U. S., 377 U. S. 201 (1964);Miranda v. Arizona,384 U. S. 436 (1966);详见 LaFave/Israel(注29),第457页以下。

〔3〕 只有当事人被(侦查)机关告知,他/她已涉嫌犯罪,《欧洲人权公约》第6条意义上的"被告"概念自然就要包括正式起诉前的诉讼阶段;Frowein/Peukert,《欧洲人权公约评论》,第6条,书边编号,29,121;Gollwitzer(注55),《人权公约》第6条,书边编号,161;Vogler(注53),第6条,书边编号,193,468。

〔4〕 为了修正缺点,Bohlander 在1992年版的《刑事侦查程序中的辩护紧急援助》一书中,建议建立以英国为蓝本的辩护紧急援助机构。

〔5〕 有关中国对辩护人参与(诉讼)的传统的反对态度,参见 Leng(注12),第219页。

辩护人的请求权。在所有其他情况下，如果可能被判处长期自由刑，是否指定辩护人由法院的自由裁量决定，以致贫困的可能被判处长期自由刑的被告人可能得不到辩护人的支持而只得自我辩护。

《刑事诉讼法》对律师和其他辩护人之间的权限做出了不同的规定。只有前者有权与在押的犯罪嫌疑人会见[1]和通信、查阅检察院案卷（实际上特别重要）（第36条第1句）；[2]而且只允许辩护律师就减轻犯罪嫌疑人的罪责独自进行调查，或者就此向检察院或法院提出申请（第37条第1款）。其他辩护人与在押的犯罪嫌疑人接触需要经检察院的批准（第36条第2句），而且没有查阅检察院案卷的权利。[3] 这些规定中确立的辩护专业化趋势无疑是受欢迎的；然而其前提是，事实上要有足够数量的能够胜任刑事辩护人角色的合格律师。

四、侦查与起诉的职责

刑事诉讼制度给予刑事追诉机关在不同的范围内就下列问题以自由裁量权：在有充分（从迹象推断的）证据的情况下，是否要对犯罪行为进行调查，在极有可能要判刑的情况下，是否要对犯罪行为提起诉讼。具有普通法传统的国家，但还有一些大陆法国家，比如像法国和荷兰，把这一决定权完全交给刑事追诉机关，特别是检察机关；其他国家，尤其是在中欧和东欧，警察有义务对每一起犯罪展开调查，检察机关有义务在有充分证据时提起诉讼。[4] 这两种解决办法中没有哪一种是完美无缺的：如果承认

---

〔1〕 尽管就像《德国刑事诉讼法》第148条第1款令人信服地规定的，（辩护人）是否可以无监视的与被拘留的被指控人进行（书面、口头）往来，从中国的法律中不能直接得出结论。对已处于侦查程序中的辩护人允许侦查员监听其谈话（中国《刑事诉讼法》第96条第2款第2句），将极大地损害辩护自治。

〔2〕 （法律）保障（辩护律师）查阅刚由警方侦查终结后（检察院开始审查起诉的）（侦查）卷（中国《刑事诉讼法》第36条第1句）。根据德国法律，辩护律师就是在侦查期间原则上也可查阅案卷，不过如果查阅可能"危害侦查目的"的情况一直延续到侦查终结时，案卷查阅可以被拒绝（《德国刑事诉讼法》第147条第2款，在第147条第3款存在例外），辩护律师也不能让法庭审查这一拒绝（联邦宪法法院，《新司法周刊》，1985，1019）（尽管如此，在德国的实务中，据说，辩护人还可以把侦查卷宗带回家慢慢研读，而无须在法院的阅卷室匆匆忙忙地浏览，这样保障阅卷权的程度和范围，在有些国家不可想像。——译者注）。在普通法的当事人程序中，没有广泛的辩护人案卷查阅权，但是他们有权使用检察机关掌握的（对被控诉人）有利的材料；Brady v. Maryland，373 U. S. 83（1963）；关于所谓"defense pretrial discovery"在美洲个别国家的不统一的法律状况的详尽描述，见 LaFave/Israel（注29），第2册，第474页以下，第531页以下；英国的情形，参见 Baldwin，Pre-Trial Justice，1985年版，第131页以下。

〔3〕 德国法律没有律师辩护和其他人辩护的可比较的区别，根据《德国刑事诉讼法》第138条第1款，只允许（在德国法院执业的）律师以及在德国大学的法学教师，可被选任为辩护人。对其他人员，只有经法院同意，才能充当辩护人（《德国刑事诉讼法》第138条第2款），像律师辩护人一样，大体上享有同样的权利；参见 Kleinknecht/Meyer-Gossner：《刑事诉讼法》，1995年，第42版，第138章，书边编号19。

〔4〕 参见赫尔辛吉犯罪预防与控制研究所，Non-Prosecution in Europe，1986；Tak，The Legal Scope of Non-Prosecution in Europe，1986；也参见 Fionda，Public Prosecutors and Discretion，1995；Jescheck/Leibinger 主编：《在外国法中控诉机关的功能和运作》，1979。

追诉机关的决定权，就很难避免警察和检察官的擅断，尤其是对严重犯罪行为无根据的不起诉的擅断；在严格的追诉义务的情况下存在这样的问题，即如何才能防止刑事法庭完全陷入大量轻微犯罪案件的处理之中。在过去的数十年里，德国越来越背离了原本严格遵守的侦查和起诉义务（所谓的"法定原则"），而今选择了一条中间道路：如果预计判刑的证据充分的话（《德国刑事诉讼法》第152条第2款，第170条第1款），重罪（最低法定刑为1年以上自由刑）几乎无例外地被起诉；对于大多数构成犯罪但违法性较低的轻罪而言，检察院（而非警察）拥有广泛的追诉决定权（《德国刑事诉讼法》第153条、第153条a）。[1] 如果检察院因为缺乏充分的犯罪嫌疑而终止诉讼程序，被害人在特定条件下可以向法院起诉（《德国刑事诉讼法》第173条及以下几条）；在某些——非全部——因为出于其他（"便宜"）考虑而终止诉讼程序的情况下，检察官需要事先得到法院的同意[2]。

新的中国法从（诉讼）法定原则出发：公安机关有义务审查所有形式的告发的可信度，犯罪嫌疑成立时，应当立案（中国《刑事诉讼法》第86条第1句），如果犯罪事实"清楚"，证据"确实、充分"（第141条），检察院应当起诉。针对犯罪行为人的"刑罚请求权"的行使，应是刑事追诉机关无条件的任务，根据法律应排除基于政治或个人方面的考虑而终止诉讼程序。为了确保这些义务的履行，两个刑事追诉机关也彼此相互监督：如果检察院认为公安机关的不立案理由不能成立的，它自己可以命令开始诉讼程序（第87条）；相反，对检察院的不起诉决定，公安机关反对的，可以向（该院要求复议）上一级检察院提请复核（第144条）。另外，法定原则的遵守通过被害人的申诉权，尤其是辅助起诉权得到保障（第145条）。

因此，初看起来很严格的起诉义务受到不同方式的限制。首先，与其他"社会主义"法律秩序相一致，[3] 新的中国法律对轻微犯罪案件予以非犯罪化：轻微的危害不大的违法不作为犯罪追究（中国《刑事诉讼法》第15条第1项）。在如此情况下，警察必须终止诉讼（第130条）、最迟检察院（第142条第1项）也必须终止刑事诉讼；当事

---

〔1〕 参见当下的讨论题目，Hassemer：《刑事诉讼中的合法性和便宜性》，《石勒苏益格—荷尔斯泰因（州）（Schleswig-Holstein）检察院成立125周年纪念文集》，1992年版，第529页；Riess：《合法性原则的未来》，《新刑法学杂志》，1981年第2期。

〔2〕 关于德国刑事诉讼法的改革，检察机关职能和角色的转变和地位变迁，以及诉讼终止实务的经验研究状况，可参考HANS-JÖRG ALBRECHT教授的《刑事诉讼中的变通政策以及检察官在法庭审理开始前的作用》［Konversionspolitik im Strafprozeß und die Rolle des Staatsanwalts vor dem Beginn der Hauptverhandlung in Deutschland］一文。——译者注

〔3〕 把缺少"社会危害性/危险性"的情况排除在刑法之外的实质的犯罪定义，在东欧的法秩序中不难发现，如果行为该当犯罪构成的定义。例如，参见1968年的《保加利亚刑法》，第9、10条；1969年的《波兰刑法》，第26章第1条；1961年的《匈牙利刑法》，第2条；1960年《苏联刑法》第7条；在苏俄刑法改革中实质犯罪概念的保留，参见Schittenhelm：《苏联法律中的刑罚和制裁体系》，1994版，第631—634页。《奥地利刑法》第42条含有轻微（损害赔偿）问题的实体法规定。

人可能被处以行政处罚或者行政纪律处分(第142条第3款第2句)。除此之外,检察院对不需要判处刑罚的轻微犯罪行为(但并不是如此轻微,以致根据中国《刑事诉讼法》第15条第1项根本不被视为犯罪),可以不起诉(第142条第2项)。刑罚"必要性"的目的导向标准告诉我们,该规定构成了内容上很少规定的便宜考量(权衡)(Opportunitätserwägung)(主要是刑事政策方面的考量——译者注)的切入点。[1] 与过去的法律相比(参见旧版本的中国《刑事诉讼法》第101条),尽管存在判刑可能性,终止诉讼程序的可能性还是被限制在"轻微的"行为上。人们从中可以看到,例如在德国同样如此的、在严格的起诉义务和自由裁量之间采取的中间路线。令人很感兴趣的可能是,要根据中国《刑事诉讼法》第142条第2项判断,实际上检察院可以在什么范围和什么条件下使用终止诉讼。

五、审判程序中的诉讼基本原则

(一)职权调查原则

如上文一所述,人们向来把刑事诉讼体系区分为抗辩式和审问式两种。法院在审判程序中是否有义务独立地调查"真相",是否存在将案件事实的澄清和举证转让给当事人,是最可靠的区分标准。如果法院负责澄清事实真相,审判程序就接近审问模式,它主要流行在诸如欧洲大陆的法秩序中。[2] 但是,该模式实实在在地同样不再适用于审判程序:与在搜集和认定证据时当事人的参与权相同,当事人的独立自主性得到普遍的承认。与英美的当事人程序的重大区别在于,法院最后负责对案件事实的澄清:在以审问为特征的体系中,像《德国刑事诉讼法》第244条第2款所表述的,"为了调查事实真相,法院应当依职权将证据调查延伸到所有的对于裁判具有意义的事实、证据上"。[3] 显然,法院有权对证据的出示,尤其是证人和鉴定人的询问采取主动;在这样的诉讼模式中,当事人(控诉人,被告人,有时还有被害人)能够从他的角度对事实认定加以补充和完善,例如,他可以向证人提问,必要时可以提供新的证据(参见《德国刑事诉讼法》第240条第2款、第244条第3款—第5款)。[4] 中国的刑事诉讼法不能

〔1〕 日本的刑事诉讼法深受法国、德国和美国的历史影响,长期以来,检察机关毫无疑义地拥有完全的起诉自由裁量权(《日本刑事诉讼法》第248条);参见 Kühne:《便宜性和日本检察官的准法官活动》,《整体刑法学杂志》85(1973),第1077页。

〔2〕 意大利是个例外,1988年的新的刑事诉讼法秩序已强烈地靠向了英美的当事人主义;尤其参见《意大利刑事诉讼法典》第496以及 Amodio:《意大利新刑事诉讼法典中的起诉模式》,《整体刑法学杂志》,102(1990),第171页。

〔3〕 同样内容的规定,参见《法国刑事诉讼法典》第310条;《奥地利刑事诉讼法》§§3,254。

〔4〕 法院的发现真实义务和它的主动性的结合是根本没有令人信服的说服力的。因此在瑞典的刑事诉讼程序中,法院负责真实的调查,询问证人很大程度上转嫁给了当事人;参见 Herrmann:《瑞典刑事诉讼中的审判程序》,《整体刑法学杂志》,102(1990),第457,465页以下。

被明确的归入上述两个模式之其一。一方面,根据该法第43条第1句的规定,刑事追诉机关和审判机关负责收集所有有关决定犯罪嫌疑人罪责的各种必要的证据。另一方面,相对法院而言,检察院占有更自主的位置:侦查程序结束后,他审查证据的完整性(第141条)和移送法院附有证人名单、证明文件和主要证据目录的起诉书(第150条)。显然,法院有义务传唤被提名的证人和鉴定人出庭(第151条第4项)。同时,法律没有规定,法院自己可以在程序中调取新的证据;它只是有权通过补充调查,审查所提供证据的价值(第158条)以及对当事人调取新的证据的申请做出决定(第159条)。如果当事人提不出必要的信息和证据,在审判程序中法院应当以什么样的方式履行该法第43条第1句规定的全面调查事实真相的职责,该问题并未得到解决。

关于讯问被告人、询问证人和鉴定人,法院看来不再扮演主导的角色。检察官有首先讯问被告人的义务(中国《刑事诉讼法》第155条第1款)——跟旧版本的刑事诉讼法不同,它规定首先是由法院讯问被告人(1979年中国《刑事诉讼法》第114条第2款和第3款)——,而规定法院的提问和诉讼参与人(经法官许可)的提问只是选择性的(第155条第2款和第3款)。类似的还有询问证人的规定(第156条)。[1] 而且法律没有明确规定提问顺序;同时也不允许法官的讯问处于中心地位。总之,它表明,中国法已经远离了审问的诉讼模式,而且调查"真实"的责任在很大程度上转给了当事人,尤其是检察院那里。在收集证据时法院宁可作为操控者而不是作为推动者出现的:法官虽然不能自己提名新的证人和鉴定人,但是在审判程序中当事人的大部分主动性取决于法官的许可。[2]

(二)直接性原则

在审判中是否允许采纳侦查程序的书面记录结果作为证据并据此做出判决的问题的规定,对于侦查和审判程序——因此也是刑事追诉机关和法院——之间分量的分派是重要的。普通法传统的法秩序一直坚持两个诉讼阶段的严格分离:法院的裁判只允许建立在审判中被阐述的"原始的"和呈递的显而易见的证据上;讯问笔录和其他来自侦查程序的书面记录的宣读,甚至由证人口头复述的第三者过去的解释均被排除在外。[3] 与此相反,在一些欧洲大陆的法秩序中,几乎不受限制地允许在审判程序中宣

〔1〕 在日本的实务中有把证据的提出和展示很大程度上转给当事人(的情况);参见《日本刑事诉讼法》第296,298条,304条第3款。

〔2〕 这对于以辩护的方式对公诉人和证人的提问(中国《刑事诉讼法》第155条第2款,第156条第1款第2句)、新证据的提出(中国《刑事诉讼法》第159条)以及对证明结果(证据和案件情况)发表意见(中国《刑事诉讼法》第160条第1句)同样有效。

〔3〕 于此有关的是普通法的"best evidence rule"和"hearsay rule";英国法,参见 Andrews/Hirst:《刑事证据 Criminal Evidence》,1987,第256,412页以下;May:《刑事证据》,1990年第2版,第152页以下;美国法,参见 McCormick,《证据法》,1992年第4版,第411页以下,第424页以下。

读证书;它尤其适用于预审法官或者特定的警官在侦查程序中制作的笔录。[1] 在德国,基本上适用所谓的"直接性原则",根据该原则,法院对证人的询问不允许以宣读书面证言来代替(《德国刑事诉讼法》第250条)。因此,根据主流观点不排除对"道听途说的证人"的询问,[2] 而且,如果证人不能到庭或者所有诉讼参与人同意,可以使用询问笔录。[3]

直接性原则受到的限制越多,(警察的)侦查程序对诉讼结果的影响就越大,辩护的可能性就越小。警察通常是在辩护人不在场情况下,以不公开讯问、且无确认文书的方法做出的案件事实认定,还是个问题。为了防止辩护可能性被剥夺,《欧洲人权公约》第6条第3款d[4]保障被告人有与(支持控诉的)证人对质、对证人提问和让他人提问的权利。这一保障在多大程度上阻碍将警察和法院在被告(Beschuldigte)不知情和不在场情况下进行讯问所作的讯问记录引入主审程序,尚有很大的争议;欧洲人权法院曾多次面对过该问题。[5]

一方面中国《刑事诉讼法》第47条规定,证人证言只有经过当事人在法庭上(!)对证人询问、质证后,才能作为判决的基础——这是与(承认)直接性原则相吻合的;另一方面,根据中国《刑事诉讼法》第157条第1句的规定"对未到庭的证人的证言笔录"应当在审判时宣读,法律没有做出进一步的解释,法院(或控诉机关)必须做出什么努力,以确保证人到庭。鉴于上述矛盾,中国《刑事诉讼法》第47条确立的直接性原则是否能在中国的司法实践中得到贯彻,或者与笔录和书证的宣读密切联系的取证的传统方法能否被取代,人们还得静观以待。最后,审判的重要性被极大地降低了,这再次表明,中国的刑事诉讼是被刑事追诉机关主宰的。

---

〔1〕 根据《荷兰刑事诉讼法》第295条的规定,只有在例外的情况下(证人没有出庭的可能性)审判中证人的询问才允许用宣读他早先的陈述的记录的方式替代,但是判例并不理会这一限制,允许宣读;参见Wijngaert(主编)的Criminal Procedure Systems in the European Community, 1993, Swart, "The Netherlands",第279、297页。法国的教养和治安法院的程序(参见Merle/Vitu[注51],第752页)以及在比利时普遍的涉及警方或法官的记录的程序也有类似的规定("proc`es-verbaux");Wijngaert(主编),前揭书,第1页、第38页,Wijngaert所写比利时部分。

〔2〕 参见Loewe/Rosenberg:《刑事诉讼法》,1986年第24版§250书边编号,24—26 Gollwitzer的论述;Kleinknecht/Meyer-Gosser(注68),§250书边编号4,其他文献索引。

〔3〕 法律细致区分了法官的询问笔录和其他记录的前提(参见《德国刑事诉讼法》第251条)。除此之外,在证人证言的补充(如果证人表示对某事实再也不能够回忆,可以宣读过去对他的询问笔录中对此有关的部分,帮助他回忆——译者注)、特别是矛盾的澄清时(询问中出现与过去陈述相矛盾的证言,不能以其他不中断审判的方式予以确定、澄清的情况——译者注),允许宣读笔录;参见《德国刑事诉讼法》第253、254条。

〔4〕 同样见《公民权利和政治权利国际公约》第14条第3款e。

〔5〕 参见Kostovski/Niederland:《刑事辩护人》,1990年版,第481页;Luedi/Schweiz:《新法学周刊》1992年版,第3088页;Windisch/Osterreich,《刑事辩护人》,1992年版,第193页。

六、结 论

以刑事诉讼中欧洲在"诉讼文化"上已达到的标准为背景,考察1996年的中国《刑事诉讼法》,尤其是被告人的尊严和自治的保障方面尚存在许多不足之处就不难理解了。经过改革后的中国《刑事诉讼法》同样有其缺陷,其中应该引起关注的最大缺陷有:公安机关单方面掌控侦查程序,甚至可以没有法官监督,像擅自命令实施刑事拘留那样,广泛地干涉基本权利[1]。非法获得的证据也可以用作判决的根据。没有给予犯罪嫌疑人沉默权,从中国《刑事诉讼法》第12条所表达的无罪推定中可以看出,仍停留在具有实际意义的萌芽状态。只是在很少的例外情况下,被告人有请求法院指定(无偿的)辩护人的权利。他的积极参与权的行使很大程度取决于法院的裁量。法院虽然有义务全面地进行证据调查,但不得积极地推动证据的收集。只要证据的直接性原则没有得到明确的承认,那么由公安机关确定的侦查结果无疑可能未经筛选就被作为法院裁判的根据,这种裁判反正很难充分地保证法官的独立性。

不过,仅仅以诉讼形式符合人权的欧洲观念的尺度来衡量《中华人民共和国刑事诉讼法》,也许是不完全公平的。中国的刑事诉讼法改革的初始条件——只有不成熟地编纂的、专制的和仅仅针对社会控制和镇压为特征的程序——与《欧洲人权公约》规定的标准之间存在很大的距离。[2] 如果人们考虑到出发点的不同,就必须承认,新版中国《刑事诉讼法》具有与被规定在世界大多数现代的、理性的和人性的刑事诉讼中的要求相一致的一系列进步。属于这些进步的不仅有对无罪推定的承认,而实际最有意义的还有允许犯罪嫌疑人在被第一次讯问后获得律师的援助(中国《刑事诉讼法》第96条),较轻压力的羁押替代措施的引入(第51条及以下几条),以及对审判程序开始前(待审)拘留时间的限制(第124条至第126条)。但不仅是这些个别的规定,而且,就整体刑事诉讼法律规定给予详细的、较小的解释和裁量空间所做出的明显努力,应当受到欢迎。它表明,人们不再把中国的《刑事诉讼法》仅仅看作根据实用的观点对罪犯快速而无误的判决的形成方法,而是越来越被理解为一个由立法者详细规定的权利、义务及对其限制的极为精密的规则体系。希望不断增加的对外国刑事诉讼体系的研究和认识,能够促使中国的立法者继续采纳国际公认的标准,相信未来的中国同样也会有一部尊重当事人人权的、能够有效进行刑事追诉的《刑事诉讼法》。

---

〔1〕 警察享有拘传、取保候审、监视居住、拘留(刑事的和行政的)、搜查、扣押、冻结存款、汇款、逮捕(尽管有检察机关的审批权的制约,但还是在行政权的范围内的制约,并没有升格到司法权的控制),采取技术侦查措施等特别强大的强制处分权,在缺乏制衡控制的制度设计的情况下,极可能发生权力滥用的情形。因此,进一步削夺和控制这种绝对权力应该是今后刑事诉讼法改革的着力点之一。——译者注

〔2〕 中国刑事立法的全面改革的历史起点是在长期的经济封闭和政治冲突结束之后,与尚未得到充分发展的政治、社会和经济结构相适应的是薄弱的立法理论支持。文化大革命后仅仅20年的发展,就要求法律得到很快的发展并完全实现符合国际标准的法律实践,是不可能也不现实的。因为任何意识形态上的改革都要以相应的政治、经济和社会的变化为前提。——译者注