

新《刑事诉讼法》的理解与实施——中国刑事诉讼法学研究会 2012 年年会综述

时间：2012-11-14

中国司法

程雷 祁建建 陈学权 葛琳*

2012 年 10 月 19 至 21 日，中国刑事诉讼法学研究会 2012 年年会在杭州召开，本次年会由中国刑事诉讼法学研究会主办，浙江工商大学诉讼法学研究中心承办。出席此次年会的领导有中国法学会副会长周成奎先生、最高人民法院黄尔梅副院长、最高人民检察院孙谦副检察长、中共浙江省委常委、政法委书记、省公安厅厅长刘力伟先生。中国刑事诉讼法学研究会名誉会长陈光中先生、会长卞建林教授、常务副会长陈卫东教授等研究会领导出席了会议。来自全国各高校、科研院所、司法实务界专家学者共计两百五十余人出席了本次年会。

此次年会的主题为“新《刑事诉讼法》的实施”。最高人民法院黄尔梅副院长、最高人民检察院孙谦副检察长和公安部法制局李文胜副局长应邀向与会代表介绍了人民法院、人民检察院、公安部为 2013 年元月 1 日实施新刑事诉讼法的有关准备工作以及正在起草的司法解释相关问题。与会代表围绕着刑事诉讼法实施中的问题进行了热烈且深入的讨论，现将讨论的重点问题及主要观点综述如下：

一、关于新《刑事诉讼法》的实施与司法解释

目前，中央公检法等政法机关为新刑事诉讼法的实施正在修订有关的司法解释文件。对于是否应当制订、修正司法解释文件，与会代表存在不同的意见。少数代表认为，目前我国的司法解释已经超出“司法解释”应有的定位，公检法三家的司法解释从条文内容上看无所不包，不仅仅是法律适用中的具体问题，而是更类似于准立法，从某种意义上讲是对立法权的僭越。目前的这种司法解释体制不应当再继续延续，而应当转向指导性判例，回归真正意义上的司法解释。也有代表认为，当前我国不制订司法解释是不现实的，首先全国人大常委会对两高司法解释权进行了授权，有授权就要实行；其次在目前的时机下，特别是新刑事诉讼法条文数量依然比较有限，单凭刑事诉讼法很难全面规范执法实践，不制订司法解释不具备实施条件。

其次，关于解释的主体，部分代表认为，由公检法各自发布司法解释，很难摆脱部门利益的影响；对于几部门互涉问题，任何一家都无权作出解释，因此应当由全国人大法工委牵头六部委制定解释。也有代表认为，对于涉及各部门职权范围内的实施刑事诉讼法的具体问题应当由各部分负责解释，对于互涉问题，应

当由全国人大法工委牵头制定解释。特别要防止 1996 年刑事诉讼法颁行后各家颁布各自的解释，其中不乏相互冲突或不符合立法精神之处。因此，各家应当在法工委的指导、协调下制定、修正司法解释文件。

最后，关于解释的程序与原则，多数代表认为在当前条件下禁止出台司法解释的法律依据不足，真正需要认真对待的问题是解释的程序与遵循的原则。司法解释的起草应当坚持忠于立法原意原则、坚持打击犯罪与保障人权并重的原则、防止部门扩权原则以及法治原则。其中防止部门利益驱动下的自我扩权是重中之重，而法治原则要求司法解释应当遵循立法原意，不因条件、时空的变化而根据个别领导人看法的改变而改变。

关于司法解释的制订程序，多数代表认为目前司法解释的起草过程公开性、透明性不足。与会代表建议，应当参照此次新刑事诉讼法出台体现出的开门立法、民主立法的指导思想，应当及时将司法解释起草的情况向社会公开征询意见。此外为防止部门利益的扩张，各部门的司法解释起草后、颁行前应当提交全国人大常委会备案审查，严格按照现有的备案审查程序进行。也有代表建议，考虑到目前许多解释的事项在司法实践中积累的经验还十分有限，司法解释的规定是否合理仍有待一段时间的检验，因此建议司法解释应当采取“试行”的方式颁布，待未来一两年实践检验后再进一步完善。

二、关于辩护制度

（一）关于律师在侦查阶段的调查取证权

与会代表围绕着律师在侦查阶段有无调查取证权问题以及调查取证权的范围展开了激烈的讨论。一种观点认为，刑事诉讼法第 36 条在列举辩护律师在侦查环节上的职能时没有明确律师有无调查取证权，加之新刑事诉讼法第 41 条也即 1996 年刑事诉讼法第 37 条在此次修法过程中没有变化，因此倾向于认为律师在侦查阶段没有调查取证权。第二种观点认为，此次刑事诉讼法修改后，侦查阶段的律师已经不再是“为犯罪嫌疑人提供法律帮助的律师”，而是自侦查阶段开始就是辩护人，刑事诉讼法第 41 条虽然文字没有修改，但第 33 条的修改已经确立了律师在侦查阶段的“辩护律师”的主体地位。据此按照第 41 条的规定，律师在侦查阶段当然具有调查取证权。此外从第 40 条及立法机关工作机构对有关条文的释义中也能佐证上述观点。第三种观点认为，新刑事诉讼法对于律师在侦查阶段有无调查取证权规定并不清楚，在这种情况下，从有利被告原则出发，应当解释出辩护律师有权进行调查取证，但调查取证权的范围应有所限制。

调查取证权的范围，与会代表之间也有不同看法，一种观点认为，律师在侦查阶段不能主动进行调查取证，只能被动地接受委托人及其亲属等提交给律师的各种证据；另外一种观点认为，限定律师在侦查环节上的调查取证权应当以时间节点进行，即考虑到侦查阶段上的特殊性，律师收集证据的权利可设定在其会见犯罪嫌疑人之后。第三种观点认为，辩护律师在侦查阶段上虽然有调查取证权，但应当谨慎、节制，而不应随意进行，具体而言，该种观点认为，辩护律师在侦查阶段进行调查取证，应当主要围绕犯罪嫌疑人没有实施犯罪或者依法不应当追

究刑事责任而展开，重点调查刑事诉讼法第 40 条规定的三类证据。

（二）关于律师在侦查阶段的会见权及例外

有代表指出律师会见权能否顺利落实取决于以下几个问题在司法解释中的明确化：首先，拘留逮捕后通知家属的内容应当明确包括羁押的处所；其次看守所应当及时安排会见，至迟不得超过四十八小时，这里的“四十八小时”是指在 48 小时内应当见到犯罪嫌疑人，而不能是 48 小时内作出会见的安排。再次，律师会见不被监听的含义既应包括不得使用机器设备进行监听，也应包括不得派员在场，特别是应当注意原刑事诉讼法第 96 条关于派员在场的规定已经被删除，立法的原意旨在禁止派员在场。

就律师会见及其限制，有代表提出，根据法律的表述，三类案件在侦查期间律师会见应当经许可，意味着在侦查环节上应当准许律师见到犯罪嫌疑人，而不能理解为在整个侦查阶段都限制会见。就三类案件的范围，“特别重大贿赂犯罪”据了解在司法解释中界定为“涉案金额五十万元以上的”，这一标准在立案之初很容易被扩大，因为办案人员认为涉案五十万以上，不管最终结果是否达到五十万，均可限制律师在侦查的初期介入案件，对于此种界定方式应当慎重考虑。

关于律师会见时核实证据的问题，刑事诉讼法仅授权律师在审查起诉环节之后才能核实证据，有代表认为，核实证据的前提是出示证据，但向犯罪嫌疑人出示证据过去被认为具有泄露国家秘密之嫌，建议对此作出明确解释。

三、关于证据制度

（一）关于证据种类

新刑事诉讼法将辨认笔录增加为独立的证据种类，但有与会者认为将其作为独立的证据种类不妥。其因辨认人不同而有别，普通证人辨认的笔录属于证人证言；被害人辨认的记录属于被害人陈述；犯罪嫌疑人、被告人的辨认笔录属于犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解。

有与会者提出要认真对待辨认，这是由于：一是辨认是侦查活动中普遍采用的措施；二是辨认经常出错。学者认为刑诉法对普遍存在、经常出错的辨认措施没有程序规则是个遗憾，认为在辨认前必须询问，以保证辨认的客观性。鉴于以往各家司法解释文件关于辨认规则的解释有矛盾，有与会者建议无论公检法哪一家管辖的案件，辨认规则应当是一致的。

关于讯问时的录音录像是否是证据及其移送问题，有与会者认为是补强证据，不是主证据。并且比起是否要移送以及怎样移送录音录像的问题，更重要的是录音录像的封存问题。对此有与会者认为录音录像是在主证据出现问题时使用的候补证据，是应当移送的。也有与会者认为讯问时的录音录像不是证据，只是证明口供合法性的手段，证据还是口供本身。

有与会者认为，修改后的“证据”定义虽有所进步，但“证据材料”的表述仍难以将某些证据归入法定种类。我国在证据概念之下罗列了证据的法定种类，这种立法方式在实践中限制了证据的范围，使得基于新技术而出现的新型证据材料难以归类或者可以同时归入两个以上的种类，要么不能作为证据，要么引起混

乱。较合理的做法是弱化证据法定种类的规定，强化证据的关联性特征和排除规则，使所有对案件有证明作用的证据材料都可以进入诉讼，并通过排除规则来保证定案根据合法以及合乎政策。

（二）关于非法证据排除

有与会者认为，非法证据排除规则是对传统治理犯罪方式的重大冲击，从通过刑讯逼供治理犯罪到以合法证明治理犯罪，是一种治理方式上的重大变化。认为我国非法证据排除有三个突出：突出言词证据的排除；在言词证据里突出口供的排除；在口供里突出刑讯逼供取证方式的排除。

有与会者认为，刑诉法关于非法证据排除规则有两个亮点，一是设定了一套具体的排除程序；二是检察院也成为了排除规则的适用主体。关于排除规则的价值所在，有与会者认为不在于适用该规则，而在于规范取证行为，通过规范取证行为尽量少适用排除规则，并且排除规则的适用要彻底，不能流于表面。

与会者提出，对非法证据排除贯彻的长期性要有心理准备，这是考虑到以下实践原因：一是法院在重大社会影响案件中是否敢排除非法证据甚至作出无罪判决，因为这可能会影响和检察院的关系、影响司法惩治犯罪的公信力；二是检察院要证明证据合法性非常困难；三是公安执法规范性存在地区差别；四是社会舆论和被害人能否容忍由于排除非法证据作出无罪判决放纵犯罪；五是以有罪判决为基础的内部考核机制尚未改革。

为了贯彻非法证据排除规定，有与会者认为，需要达成以下共识：一是要规范公安取证；二是加强检察院对非法证据的排除，早发现，早排除，早补充合法证据，通过主动监督，带动公安机关规范取证；三是不认罪案件需要重点关注；四是要关注被害人的权利保障，解除法院因非法证据排除作出无罪判决的后顾之忧；五是要积极推进司法改革，促使法院独立审判。

关于非法证据排除的时间、方式、上诉等问题，有与会者认为，侦查和审查起诉阶段都无须作出排除的决定，只要不移送该证据即可；审判阶段的排除一般应在审前会议中解决，如在庭审中提出排除申请的，法院可在判决中予以说明。对此，有与会者认为法院应用裁定的方式处理非法证据排除的问题。还有与会者提出，法庭是否排除证据应即时作出口头决定，不能等到判决时。但在判决中也要说明证据排除的问题，且可对此提出上诉。此外，庭前会议不承担实质性的听证、庭审功能，因此，庭前会议中对控方同意排除的证据可以排除，但对控方不同意排除的证据，则应在法庭审理阶段宣读起诉书后或法庭调查结束后启动证据合法性调查程序。来自实务部门的与会者则提出，侦查、起诉时已排除的证据为便于法院的全面审查也应当移送，并在文书中对排除的证据予以说明，这可以防止侦查机关、检察院故意不移送有利于辩方的证据。

有与会者认为审查逮捕阶段没有规定非法证据排除，这是由于批捕时间短，检察院很难判断。另外，重大案件中取证违法如果排除证据，客观上需要收集新的证据，时间短来不及。考虑到这种情况，为了避免重大案件因证据问题办不下去，立法予以宽容。

有与会者认为非法证据排除的证明标准从“确认”到“不能排除存在非法收集证据情形”，确立了两种不同的证明标准，需要解释明确。对此，有与会者回应，两个不同的证明标准可以解释为两个思路：确认意味着辩护方提供的证据足以证明证据非法，不能排除存在非法收集证据情形意味着检察官未能证明证据合法性。有与会者认为，非法证据排除的证明标准低一点好。

有与会者提出了瑕疵证据的补正问题，对此有与会者回应，首先，瑕疵证据有别于非法证据，主要关注证明力问题，所谓瑕疵证据不能补正或者不能说明理由，不能作为定案根据，是就证明力意义而言的。其次，关于能否补正或者合理解释，需要根据个案具体判断，比如讯问笔录缺少签名的情况，如果笔录清楚，录像全面，制作规范的，可以补正。又比如应当全程录音录像未录音录像的，意味着取证程序有问题，如果其他方式不能证明取证合法性，就不能排除非法证据可能性。

（三）关于行政机关收集的证据与刑事诉讼证据

有与会者认为，行政证据和刑事诉讼证据在收集的主体、程序等方面存在重大差别，行政机关收集的证据在刑事诉讼中使用可能导致侦查权被滥用，不太合理。

许多与会者都认为，行政证据可在刑事诉讼中使用系本次修正刑事诉讼法第一次规定，有许多问题需要探讨：比如，可在刑事诉讼中使用的行政证据是否仅限于刑事诉讼法规定的四种？再如，有行政管理权的事业单位、社会团体收集的证据在刑事诉讼中可否使用？又如，企业、事业单位的纪委收集的证据可否使用？等等。

（四）关于法庭上有专门知识的人对鉴定意见发表意见的属性

有与会者认为“有专门知识的人”可称为专家辅助人，其不同于证人，也不同于鉴定人，其具体诉讼地位需要研究。专家辅助人的意见是辅助证据，多数情况下是弹劾证据，可以加强或者削弱证据的证明力。

有与会者认为专家辅助人并无诉讼请求，其意见不是控辩双方意见的组成部分，而是独立于双方的意见，是针对鉴定意见存在的问题提出意见，是对鉴定意见这种证据信息的解读，具有独立性，应当是证据。

有与会者认为专家辅助人的意见虽然不符合鉴定意见的法定要件，但书面还是口头形式并非其与鉴定意见的本质差异。如果对既有鉴定意见提出全面的否定意见，并且提出新的意见，法官应当直接采纳还是重新鉴定？这需要解释。

有与会者认为，法律不要求专家辅助人有鉴定人资格；专家辅助人不是对案件事实发表意见，而是对鉴定意见发表意见；不是针对鉴定意见所涉及的全部案件事实，而是针对鉴定意见的某一方面比如制作过程、科学依据、专业规范等发表意见；如果他的意见，全面否定鉴定意见，也不能作为新的鉴定意见，成为认定案件事实的依据，而应当启动后续程序比如重新鉴定。

有与会者同意来自最高人民法院的意见。专家辅助人是控辩双方针对鉴定意见，申请其帮助出庭质证的人，其意见帮助法院审查证据的可靠性、证明力，不

能作为证据看待，应当定位为控诉意见或者辩护意见。

（五）关于不得强迫自证其罪

新刑事诉讼法增加规定了“不得强迫任何人证实自己有罪”，学者在对此规定进行肯定的同时，更多的是提出了担忧。一方面，不被强迫自证其罪在国际社会处于刑事诉讼基本原则的地位，而在我国仅将其作为收集口供的原则性要求，其位阶较低。另一方面，不被强迫自证其罪要落实，关键的保障机制是非法证据排除规则。但是，新刑事诉讼法对非法言词证据排除的规定仅限于“刑讯逼供等非法手段获得的证据”，并不是所有通过“强迫”手段获取的言词证据。因此，在缺乏有效的非法证据排除规则保障机制的情况下，我国对不被强迫自证其罪的规定将更多地停留在宣誓性的口号层面上，很难具体落实。

另外，刑诉法保留了犯罪嫌疑人对侦查人员的讯问应当如实陈述的规定，有与会者认为，不得强迫自证其罪原则与如实陈述义务存在矛盾，对此应通过合理解释加以解决。这是由于违反如实陈述义务的行为，法律并未规定惩罚后果，这种情况下强调深入理解和贯彻执行不得强迫自证其罪条款，让公安司法人员建立不得强迫供述的理念，实际上就架空了如实陈述义务，这样在实践中能够解决二者之间的矛盾。

（六）关于举证责任

针对新刑事诉讼法关于“公诉案件被告人有罪的举证责任，由人民检察院承担”之规定，有学者发表了两点意见：一是举证责任与证明责任是同一含义，在本质上没有区别。二是此条款仅限于法院开庭审判时由检察官承担举证责任。此款之规定，并不意味着公安机关和人民法院不承担证明责任；相反，公检法三家对自己司法文书上认定的事实都有证明责任，这是由其承担的法定职责和司法人员责任制所决定的。

（七）关于证明标准

有与会者认为刑诉法对证明标准规定了三项内容，前两项分别是证明对象、合法性，只有排除合理怀疑才是证明标准。有学者认为“证据之间、证据与事实之间的矛盾得到合理排除”这一项未写进新法，但可以用于解读证明标准。

有与会者认为证明标准也不是抽象的，而是具体的，因案而异。不具体到个案中无法界定证明标准。排除合理怀疑纳入证明标准后，证明到百分之多少算是排除合理怀疑，不可能有抽象的、统一的、量化的标准，这是由于证明标准是具体的，是个案化的。有学者认为证明标准是个实践问题，法律提供的只是分析框架和思路。

四、关于强制措施与侦查措施

（一）关于监视居住

新《刑事诉讼法》对监视居住作了较大的修改，将其作为逮捕羁押的替代性措施，对此与会专家总体上表示肯定，但鉴于有些规定还比较模糊，因而对其在实践中如何正当实施而不被滥用表示担忧，并从司法解释的角度提出了一些具体建议。

首先，关于指定监视居住的场所问题。新《刑事诉讼法》第73条对指定监视居住的场所，仅仅规定“不得在羁押场所、专门的办案场所执行”，但是对指定监视居住的场所应当符合什么条件、满足什么标准没有明确规定。为此，一些与会代表担心指定监视居住沦为变相羁押，甚至比羁押更糟糕。为解决此问题，与会专家普遍建议，指定监视居住的场所问题，应当在中央政法委和立法部门的协调下，通过司法解释的形式明确指定监视居住场所的具体条件和标准，尤其是解决好居住场所的安全问题，而且要防止检察机关和公安机关将其培训中心等异化为指定监视居住的场所。

其次，关于对有固定住处的犯罪嫌疑人可以指定居所监视居住的案件范围问题。根据新《刑事诉讼法》第73条规定，对于涉嫌“危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、特别重大贿赂犯罪”的犯罪嫌疑人，在住处执行可能有碍侦查的，可以在指定的居所执行。对于“危害国家安全犯罪”的外延，与会代表普遍没有异议；但是，对于“恐怖活动犯罪”及“特别重大贿赂犯罪”如何界定，则有不同的看法。有的代表认为，“恐怖活动犯罪”仅指我国《刑法》分则中罪名包含有“恐怖”二字的犯罪；还有的代表认为，所有“恐怖活动犯罪”，是指所有具有恐怖属性的各类犯罪行为，而不是仅指带有“恐怖”字样的罪名。对于“特别重大贿赂犯罪”，有的代表建议界定为“立案时涉嫌贿赂犯罪数额在五十万元以上的；有重要社会影响的；涉及国家重大利益的”；但也有代表认为，“特别重大贿赂犯罪”仅应包括判处十年以上有期徒刑或者无期徒刑、死刑的犯罪；至于“有重要社会影响的，涉及国家重大利益的”主观性过大，很容易被扩大。

最后，关于指定监视居住的强制程度问题。有代表认为，指定居所监视居住对于限制犯罪嫌疑人人身权利的程度应当高于普通的监视居住，但低于拘留逮捕，应当赋予犯罪嫌疑人一定程度的人身自由，如经批准每月可以回家一天至两天，或者经批准每周可以同近亲属在指定的居所同住；还有代表认为，被指定监视居住的犯罪嫌疑人应当处于完全的羁押状态，不具有离开被指定“居所”的权利。

（二）关于逮捕后继续羁押必要性审查

新《刑事诉讼法》第93条原则性地确立了逮捕后继续羁押必要性审查制度，但对于该制度在实践中如何实施缺乏相关规定，与会代表针对此问题展开了激烈讨论。

首先，羁押必要性的审查部门。羁押必要性究竟由检察机关的哪个具体部门负责实施，一种意见认为应由侦查监督部门承担侦查阶段的羁押必要性审查工作，公诉部门承担审查起诉阶段和审判阶段的羁押必要性审查工作，持此意见的主要理由是侦查监督部门和公诉部门具体从事侦查监督工作和公诉工作，对案情熟悉，便于开展工作。另一种意见则主张由监所部门进行羁押必要性审查，其理由是驻所检察官对犯罪嫌疑人、被告人的情况有更直接的了解，能更准确地进行羁押必要性判断。

其次，羁押必要性的审查方式和审查期限。对于前者，有代表建议，羁押必

要性审查应遵循公开、公正、透明的原则，由检察机关主持召开羁押必要性评估听证会；还有的代表建议，检察机关进行羁押必要性审查，应当根据案件情况采取书面审查和听证审查两种方式。在采取书面审时，也可以单独听取犯罪嫌疑人、被告人和辩护律师的意见。对于后者，有代表建议，审查期限应采取即时审查与定期审查相结合，即检察机关在接到犯罪嫌疑人和被告人方提出的审查申请后，应立即进行审查；鉴于侦查机关在批捕后至少有两个月的侦查羁押期限，如依职权主动进行审查，则应在逮捕后一个月进行比较适宜，进行第一次羁押必要性审查后，每隔半个月再审查一次。

最后，羁押必要性审查的效力。新《刑事诉讼法》第 93 条规定，对不需要继续羁押的，应当建议予以释放或者变更强制措施。有关机关应当在十日以内将处理情况通知人民检察院。据此，羁押必要性审查的结论只能体现为检察建议，缺乏有效的执行力。为此，有代表建议，对有关机关十日内拒不通知处理情况或者拒绝接受建议的，可以抄报上级人民检察院。由上级人民检察院通知同级侦查机关。还有代表建议，对于不采纳人民检察院建议的，检察机关应当要求办案机关说明理由；对于继续羁押的理由不能成立的，检察机关应当向办案机关发出《纠正违法通知书》。

（三）关于技术侦查

新《刑事诉讼法》在“侦查”章增设“技术侦查措施”专节，该节第 148 至第 152 条对技术侦查、隐匿身份的侦查以及控制下交付三种特殊侦查手段作出了规定，引起与会代表的高度关注。

首先，对新《刑事诉讼法》技术侦查规定立法的整体评价。有学者认为，新《刑事诉讼法》对技术侦查的规定，体现了党和国家对技术侦查手段这一高度敏感、重大的公权力在治理方式上由政策管理开始转向法治管理，是“政策技侦”向“法治技侦”转型的重大开端，是重大的历史性进步；但是，新《刑事诉讼法》对技术侦查的规定很多条款不够具体、明确，采用了一些诸如“经过严格的审批手续”、“按照规定交有关机关执行”、“采取技术侦查措施的种类”等模糊用语。因此，在政策与法律双重规制的现实情况下，技术侦查权的行使首先应遵守法律的规定，而新《刑事诉讼法》有意没有作出明确规定的问题，仍然依赖政策调整，需要遵守党内一系列政策文件。

其次，关于技术侦查适用的案件范围和对象。有代表提出，技术侦查所适用“犯罪案件”，是指刑法分则的类罪还是具体罪名？认为如果是指具体罪名的话，比如不是指贪污贿赂罪类罪而是指贪污罪、行贿罪、受贿罪三种，不包括其他罪名，那么就不合适。还有代表指出，不严重的犯罪案件如果本身就有很强的技术性，如不运用技术侦查就难以侦破的，如网络诈骗、电话诈骗等案件，也可以适用技术侦查。还有代表指出，“其他严重危害社会的犯罪案件”需要进一步明确，否则可能导致实践中技术侦查适用的案件范围被无限扩大。在适用对象上，有代表指出，技术侦查在上述特定案件中适用时，是仅仅针对犯罪嫌疑人可以采用，还是包括案件中除犯罪嫌疑人之外的其他人也需要研究。

最后，自侦案件中检察院是否有秘密侦查权的问题。有代表认为赋予检察院在自侦案件中秘密侦查的权力是必要的，有利于打击贪腐犯罪。对此有代表提出反对，认为腐败的根源是行政性的公权力过大、缺乏制约，如果检察院用秘密侦查特别特别是诱惑侦查的手段来打击的话会导致严重后果。还有代表认为，首先刑事诉讼法规定秘密侦查由“公安机关负责人”决定的这一表述本身意味着秘密侦查不适用于自侦案件；其次，从刑事诉讼法的表述上看，“侦查机关”的表述涵盖了检察机关，但是明确规定“公安机关”的条文则不适用于检察机关；最后，不能以情理、法理、案件的需要来论证检察院是否有秘密侦查权，法律未授予的公权力则不得行使。还有的代表则认为，秘密侦查权能否适用于自侦案件，不能一概而论，而需要结合具体案件具体分析。

五、关于审判程序与特别程序

（一）关于庭前会议与庭审准备

有观点指出，此次刑事诉讼法修改恢复了案卷移送制度，但与刑事公诉案件移送方式密切相关的庭前审查程序并没有随之进行相应修改，该程序形式简略、功能单一，不能满足现实需要，建议将庭前审查程序从审判阶段脱离出来，设置成完全独立的程序，承担对审查起诉案件、分流案件、排除非法证据、交换证据信息的多元化功能。也有观点认为，忽视庭前准备程序的配套改革是造成我国刑事庭审中断和审判拖延的重要原因，新刑事诉讼法在第一审程序中规定的庭前会议制度应当与庭前审查程序进行相应整合，发挥程序分流、被告人认罪和不认罪的准备程序等功能。

（二）关于证人出庭作证

与会代表普遍肯定了新刑事诉讼法关于证人出庭作证规定的进步意义，但也就一些问题提出了担忧和建议。有观点认为，新刑事诉讼法关于人民法院认为证人“有必要”出庭作证的规定过于模糊，今后司法实践中极有可能出现虽然证人符合出庭作证条件，法官却不准许其出庭作证的现象，不利于案件的公正审理，因此建议明确证人应当出庭作证的案件范围，“对案件定罪量刑有重大影响”要作出统一解释。有观点认为，新刑事诉讼法从证人的出庭范围、证人不作为时的强制手段及补偿问题均有所涉及，唯独缺乏后果性规定，故建议完善证人、鉴定人无正当理由不出庭作证的制裁措施，对不同种类证人的出庭义务作出区分，从而设定不同的强制程度；并有必要增加如果证人不出庭履行作证义务，其在法庭之外所作的证言不能作为定案根据的规定。还有观点认为，新刑事诉讼法虽然确立了近亲属出庭作证豁免权，但却没有确立真正意义上的亲属免证特权，免除的仅仅是证人出庭的义务，而没有免除其作证义务，具有明显的局限性。

（三）关于简易程序

与会代表多数观点认为，新刑事诉讼法扩大简易程序适用范围、要求公诉人必须出庭等规定体现了效率与公正并重的价值诉求，并提出了以下建议：

首先，关于简易程序中被告人的权利保护，有观点指出，法律对简易程序的修改在某种程度上是将原有程序和普通程序案件简化审程序加以合并，适用简易

程序意味着被告人认罪，并必然面临有罪判决，司法解释应当明确规定被告人的相应权利，例如法官有义务提醒被告人，认罪应当是在自愿、明知和明智的状态下作出的，简易程序案件被告人应当享受法律援助，有权要求证人出庭，可以获得从轻、减轻处罚的量刑优惠等。也有观点认为，考虑到司法实践中危险驾驶、交通肇事等案件中顶包的现象屡屡发生，因此应当强化法院对适用简易程序自愿性的审查，建立动态的、多层次的自愿性审查程序。

其次，关于简易程序应简化的内容，有代表建议，由于被告人已认罪，简易程序在证明标准上应当有所放宽，不要求达到排除合理怀疑的标准；对于无争议的证据，法庭调查和法庭辩论应当简化；出于法制宣传教育需要，公诉人宣读起诉书不应省略，但可以摘要宣读；被告人权利告知环节不应简化；为更好地保护被告人权益，辩护人应当出庭。与会代表普遍认为，如何在保证认罪自愿性基础上公正适用简易程序是今后要解决的核心问题。

也有观点对简易程序的扩大适用表示担忧，认为简易程序可能导致普遍的控辩交易，基层法院面临挑战，被告人随时可以反悔甚至申诉、上访，导致司法不终。还有观点提出，简易程序和刑事和解的核心都是被告人认罪，怎么贯彻从宽处理原则？量刑怎么从宽？在不同阶段认罪的，量刑的折扣是否相同？这些问题都需要司法解释作出明确规定。

（四）关于附条件不起诉

关于附条件不起诉，与会代表普遍认为新刑诉法确立了未成年人附条件不起诉制度，完善了我国不起诉制度的类型，适度扩张了检察机关的不起诉裁量权，具有积极意义。与会代表大多从理解和完善的角度提出建议：

首先，关于附条件不起诉的刑罚适用范围，新刑诉法规定为“可能判处一年有期徒刑以下刑罚”的未成年人犯罪案件，有观点认为该范围过窄，应当扩大至“可能判处三年有期徒刑以下刑罚的案件”。还有观点对于“一年有期徒刑以下刑罚”是否是指法定刑，是否包括有期徒刑缓刑、管制、拘役和罚金，是针对罪行本身的量刑评估还是综合全案情节的综合评估等问题提出了具体看法，认为“可能判处一年有期徒刑以下刑罚”不是指法定刑，应当包括有期徒刑缓刑和管制、拘役和罚金等附加刑，应当是综合全案情节的综合评估，在实务操作上很大程度是由检察官主观预测和自由裁量的结果。

其次，关于对附条件不起诉嫌疑人的监督考察，有观点认为新刑诉法将对附条件不起诉嫌疑人的监督考察机关限定为人民检察院并不妥当，检察机关由于办案压力和资源所限很难承担好此职能，建议考虑由社区矫正机关进行监督考察。

（五）关于公诉案件和解

公诉案件和解程序是新刑诉法新增程序之一，受到了与会代表的普遍关注，少数代表依然对刑事和解的合理性心存疑虑，担心刑事和解被被害人作为对犯罪嫌疑人、被告人提出无理要求的筹码。但更多的代表从制度建构的角度对公诉案件和解程序提出了建设性意见，其中也不乏观点交锋：

首先，关于公诉案件刑事和解的适用范围，多数观点认为，刑事和解只能适

用于轻罪案件，也就是新刑诉法明确规定的案件。也有代表提出，新刑诉法规定的刑事和解适用范围比实践中的范围要小，那么超出法律规定范围的案件是否仍然可以和解？对此，有观点认为，双方已经达成和解的，可以允许，但公检法不宜主动主持。还有代表明确主张探索重罪案件和解程序，因为实践中已经存在重罪案件和解的实践，将重罪案件纳入和解范围也具有其合理性。

其次，关于刑事和解的条件和程序，有代表将刑事和解的条件和程序总结为“三要”和“三不要”。“三要”是指：一是要以加害人的行为构成犯罪为前提；二是加害人主观上必须真诚悔罪，赔礼道歉，赔偿损失，并获得被害人的谅解；三是要严格刑事和解的案件范围。“三不要”是指：一是不要过分强调经济赔偿，以免出现“以钱买刑”的导向，影响司法公信力；二是不要担心侦查权会被滥用。因为侦查阶段和解要报送检察院审查，审查后结果会公开；三是不要将公诉案件的和解与自诉案件的和解相混淆。

第三，关于刑事和解的主持机关，有代表认为，刑事和解最好由被害方和加害方自行和解或公检法机关以外的第三方，比如人民调解委员会主持和解，公检法机关不宜直接主持和解，从而保证公权力机关公正、超脱地行使审查职责。

第四，关于刑事和解可以从宽处罚的范围，有代表认为，按照新刑诉法的规定，检察机关可以对已达成和解的案件做相当于无罪处理的不起诉决定，而法院只能从轻、减轻处罚，不能做无罪处理，这是不合理的。法院也应当有权对和解的案件做无罪处理。但也有代表认为，法院不能对刑事和解案件做无罪处理。

代表普遍建议，司法解释应当对刑事和解的启动、告知、审查、模式等方面的程序作出具体规定。

（六）关于强制医疗程序

对于新刑诉法设立的强制医疗程序，许多观点认为立法只是强制医疗制度框架的初步搭建，并未解决强制医疗过程中出现的全部问题。

关于强制医疗程序的定位，有观点指出，对精神病人的刑罚减免本身有利于被告人，而强制医疗程序又赋予被告人过多权利，没有体现诉讼程序的对抗性。对此，有观点认为，立法规定的强制医疗的启动方式有两种：一为申请制，即由人民检察院向人民法院提出强制医疗的申请；二为法院以职权启动制。这充分说明强制医疗程序的非诉讼性质，其不是依诉权而启动，因此不必然体现对抗性。还有观点认为，强制医疗程序对被告人权利保护和公共安全而言都是一把双刃剑，不进行严格规制，既有可能成为犯罪人逃避惩罚的渠道，也存在使无辜者“被精神病”的风险。其基本定位应当是通过规范程序准确判断被告人是否患有精神病。鉴于其对犯罪嫌疑人权利剥夺的严厉程度要甚于刑罚，理应赋予嫌疑人必要权利，并由法院裁决。

关于强制医疗程序的构建，新刑诉法规定人民法院审理强制医疗案件应当组成合议庭，但对合议庭如何组成未予规定。有观点指出，原则上应当由审判刑事案件的审判组织继续审理强制医疗案件，必要时聘请医学专家作为人民陪审员，到场的被申请人或者被告人的法定代理人应当享有基本的权利保障，有权充分发表

意见，强制医疗程序应当采取一审终审制。

还有观点指出，强制医疗的前置程序是司法精神病鉴定，但目前对此缺乏制度保障，法官对精神病鉴定意见的审查判断缺乏明确的实体标准，刑事案件中从事精神病鉴定的专家极少出庭作证和接受质证，法官在解决由精神病产生的相关法律问题时亟需专家辅助。

（七）关于犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得的没收程序

有代表认为，新刑诉法用 4 个法条对没收违法所得的案件范围、财产范围、没收程序启动、审判程序以及处理方式等方面作了具体规定，体现了审判中心主义的理念，是修改内容中的一大亮点。但也有观点对该程序今后的落实表示担忧，认为在相关权利人不在场的情况下认定犯罪违法所得具有一定的风险，有可能发生侵犯嫌疑人权利的现象。实务部门在适用没收程序时，应当将范围严格限定于法定的贪污贿赂犯罪和恐怖活动犯罪，不能有意扩大；没收的财产不能超出违法所得的范围。

（八）关于刑诉法修改与其他法律的衔接问题

有代表提出了刑诉法修改后面临与其他法律的衔接问题，比如，在与刑法方面，指定居所监视居住时间折算刑期时如何与刑法规定相配套；如何协调刑诉法与刑法中关于社区矫正的具体规定；在与国家赔偿法方面，折抵刑期是否应当赔偿；在与行政法方面，对劳动教养可否进行诉讼化改造，部分纳入刑事诉讼体系。这些都需要立法机关加以解决。

* 程雷，中国人民大学法学院副教授；祁建建，中国社会科学院法学所副研究员；陈学权，对外经贸大学法学院副教授；葛琳，最高人民检察院检察理论研究所副研究员。