

是证据的来源（被害人陈述）。被害人的前两种身份均与量刑有关。作为刑事案件的当事人以及附带民事诉讼案件原告，被害人为了争取自己合法利益的最大化，有权通过与加害人达成和解协议而提出不追究或从轻追究加害人的刑事责任的建议；反之，被害人有权提出从重处罚的建议。这是尊重被害人与被告人主体地位的体现，也是案件公正而稳妥解决的一种途径。正因为如此，最高人民法院《关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》第4条规定：“被告人已经赔偿被害人物质损失的，人民法院可以作为量刑情节予以考虑。”刑事和解维护了被害人的利益，也让被告人获得一些实惠，这样能大大降低被害人的申诉率与被告人的上诉率，促进社会安定。

任何制度产生之初都不可能尽善尽美，刑事和解在实际操作中也难免出现一些失范案例，产生负面影响。如专门机关滥用权力逼迫和解，对不应属于刑事和解范围的案件适用刑事和解，一些加害人犯罪后毫无悔意却以钱买刑等。对此，我们不能因噎废食，一方面应当加强刑事和解试点的规范，另一方面要加快刑事和解的立法进程，使刑事和解进一步法治化，以取得更好的法律效果和社会效果。刑事和解一定要积极推动，刑事和解必须加强规范，这就是笔者的主张。

通过立法铲除刑讯逼供的制度基础

孙长永（西南政法大学教授）

我国是联合国1984年通过的《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》的缔约国。该公约第2条明确规定：“每一缔约国应采取立法、行政、司法或其他措施，防止在其管辖的任何领土内出现酷刑的行为。”根据该公约第1条的规定，所谓“酷刑”，是指为了向某人或第三人取得情报或供认，为了就他或第三人所实施或者涉嫌的行为对他加以处罚，或者为了恐吓或威胁他或第三人，或者为了基于任何一种歧视的任何理由，蓄意使某人在肉体上或精神上遭受剧烈疼痛或痛苦的任何行为，而这种疼痛或痛苦是由公职人员或以官方身份行使职权的其他人所造成或者在其唆使、同意或默许下造成的。我国刑事诉讼法第35条规定：“严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据。”这里所谓“刑讯逼供”，毫无疑问属于“酷刑”的范畴。为了落实上述国际公约和法律规定的要求，最高人民法院和最高人民检察院的司法解释已经确立了非法言词证据的排除规则。然而，在司法实践中，刑讯逼供的问题并没有得到彻底解决，通过刑讯逼供所获得的证据也没有得到严格的排除；相反，在某些地区，在对“命案”等特殊案件的侦查过程中，使用刑讯逼供的方法还带有一定的普遍性。近几年相继曝光的多起重大冤假错案，如云南杜培武、辽宁李化伟、湖北佘祥林、河北李久明等涉嫌的故意杀人案，之所以发生错误追诉和审判，直接原因都是刑讯逼供。为了履行国际公约所规定的国际义务，保护公民的合法权益不受非法侵犯，我国有必要进一步总结长期以来治理刑讯逼供的历史经验和教训，下大力气堵塞刑讯逼供得以发生的制度漏洞，即铲除刑讯逼供的制度基础。如果说我国下一步修改刑事诉讼法的重点之一是侦查程序的话，那么，侦查程序立法完善的最大难点则在于治理刑讯逼供。如果刑讯逼供无法得到有效治理，就不可能在刑事诉讼过程中贯彻落实科学发展观，所谓法治国家、和谐社会等等，都将是一句空话！

应当承认，刑讯逼供并不是我国特有的现象，一些西方法治国家也经常出现刑讯逼供的事件。这一点也常常成为极少数人纵容或者默许刑讯逼供的借口。然而，认真反思我国近年来所发生的多起重大冤假错案，不难发现，我国的刑讯逼供带有“中国特色”，这个特色就是：刑讯逼供不是偶然发生的特例或者个别事件，而是一种具有浓厚的观念基础、制度基础和现实条件支撑的社会现象，不妨称之为“制度化的刑讯逼供”。刑讯逼供在我国观念基础主要包括“重实体

轻程序”、“重打击轻保护”、“有罪推定”以及“口供中心主义”等观念。支撑刑讯逼供得以发生的现实条件有：侦查破案（尤其是重大案件）的社会压力较大、侦查的技术水平和物质条件有限、侦查破案的考核指标体系不合理、侦查人员的业务素质 and 责任心不高，等等。

刑讯逼供的制度基础则在于：（1）侦查机关有自行剥夺或限制犯罪嫌疑人人身自由的权力，而且控制犯罪嫌疑人的合法期限很长，可以随时随地讯问“犯罪嫌疑人”；（2）侦查讯问的程序带有强制性，侦查人员有权要求犯罪嫌疑人“如实回答”提问；（3）侦讯过程完全封闭，外界无法知道“讯问的真相”；（4）侦查人员“密室讯问”所形成的笔录在证据能力上不受任何限制，而且往往是主要的定罪证据；（5）受司法体制所限，检察院、法院很少关注非法侦查的事后救济。刑讯逼供只要没有造成冤假错案，就无损于检察院公诉和法院判决的正确性。相反，侦查机关还会因为“破案有功”而受到表彰或奖励；即使由于刑讯逼供而造成了冤假错案，真正的责任追究通常也只限于对具体办案警察的“从轻发落”，领导破案的决策人员以及检察人员、审判人员一般“平安无事”，有的甚至可能在发现案件被错判之前已经得到“加功晋级”。放眼西方法治诸国，哪一个国家存在这样一些“制度基础”？而只要这些制度基础存在，无论侦查的最高领导机关对执法秩序如何整顿、对侦查投入如何增加、对“执法质量”如何考核以及如何提高侦查人员的素质，都无法改变一个事实：刑讯逼供不可避免！

以上分析表明，我国刑讯逼供的制度基础并不限于侦查程序方面的缺陷，它涉及到人身强制措施、违法侦查的司法救济、司法体制、看守所的管理体制等多个方面。但是，主要的制度基础在刑事程序方面。笔者认为，为了铲除刑讯逼供的制度基础，尽可能地减少刑讯逼供的发生，使宪法所保护的人身自由真正获得现实的程序法保障，在修改刑事诉讼法时，有必要在现有条件许可的前提下采取以下四项“最大限度”的措施：

第一，最大限度地缩短侦查机关对犯罪嫌疑人的控制时间。具体包括三项内容：一是适当缩短刑事拘留后的羁押时间。除了对现行犯的无证拘留以外，可以考虑将有证拘留的最长羁押期限限定为7日；在法律明文规定的特殊案件中，拘留后的羁押期限可以再延长5日，但必须经过同级检察院批准（检察院自行侦查的案件，必须经过上一级检察院批准），在任何情况下不能由侦查机关自行延长拘留期限。二是尽可能地扩大取保候审的适用，降低羁押率。为此，应当允许在符合法定条件的较重案件中实行财产保与人保并用的担保方式（但这一担保方式不应当由侦查机关自行决定，而应当由同级检察院批准），同时将逮捕的证据标准适当降低（将“有证据证明有犯罪事实”改为“有确实证据证明有犯罪的重大嫌疑”）、刑罚要件适当提高（将“可能判处有期徒刑以上刑罚”改为“可能判处三年以上有期徒刑以上刑罚”），并且严格限制逮捕后羁押期限的延长，以鼓励侦查机关多用取保候审。三是将看守所的管理由公安机关移送同级司法行政机关，并责成司法行政机关保障在押犯罪嫌疑人的基本权利；侦查机关进所讯问以及出于指认现场等需要确有必要带在押犯罪嫌疑人出所时，必须向看守所出示相应的审批手续或者证明文件。

第二，最大限度地规范侦查讯问行为，防止侦查讯问权力的滥用。具体包括六项措施：一是在讯问的时间方面，原则上禁止夜间讯问，保证犯罪嫌疑人在夜间有连续8小时的休息时间；二是在讯问的地点方面，应当要求对在押犯罪嫌疑人的讯问原则上必须在看守所内专用审讯室进行；在看守所外讯问犯罪嫌疑人时，原则上必须在侦查机关办公场所中配置有同步监控系统的专用审讯室内进行；三是在讯问程序上，要求侦查讯问人员在讯问犯罪嫌疑人之前，必须同时以书面方式和口头方式完整、准确地告知被讯问人的各项诉讼权利，如了解涉嫌的罪名和拘捕的理由、不被强迫供认罪行、依法聘请律师或者申请法律援助、提出有利于自己的证据或辩解等等；四是对贪污、贿赂、走私、贩毒、有组织犯罪等重大案件以及可能判处死刑的案件，由看守所中

立、合格的技术人员对侦查讯问的全部过程进行同步录音与录像，以便防止讯问过程中出现违法或者违规现象以及犯罪嫌疑人事后翻供；五是参照《公民权利和政治权利国际公约》第14条第3款的规定，取消现行法关于“如实回答”的规定，明确肯定犯罪嫌疑人不被强迫供认罪行的权利，保障犯罪嫌疑人陈述的自愿性；六是在未成年人犯罪案件、犯罪嫌疑人强烈要求由律师陪同的案件以及侦查机关认为律师在场不影响讯问的案件中，允许犯罪嫌疑人的律师在侦查讯问过程中在场，但除侦查讯问明显违反法律规定的以外，在场律师不得干扰侦查讯问活动。

第三，最大限度地限制侦讯结果的证据能力，以司法权制约侦查讯问权。在排斥律师在侦查阶段享有调查取证权的前提下，立法应当赋予犯罪嫌疑人的律师在侦查阶段及时查阅讯问笔录、申请证据保全和司法鉴定的权利，以便借助律师的力量尽可能地避免讯问活动的偏差；当侦查讯问笔录与被告人的庭审陈述不一致时，法院应当优先采用庭审陈述；明确规定检察机关对口供合法性的证明责任、证明标准以及排除非法口供的程序，严格排除以刑讯逼供等非法方法收集的口供。

第四，最大限度地收集和运用口供以外的证据，确保侦查、起诉机关拥有揭露、证实犯罪的基本条件。为此，立法应当参考联合国《打击跨国有组织犯罪公约》和《反腐败公约》的相关规定，将实践中广泛运用的技术侦查手段法律化，为侦查机关依法秘密收集实物证据提供法律保障；同时，立法还应当吸收近年来一些司法解释和地方性证据规则的规定，适当限制传闻证据的证据能力，明确要求关键证人、鉴定人以及其陈述受到质疑的被害人必须依法出庭作证，接受控辩双方的质证，以充分保障控辩双方的质证权，确保法院最终的判决基础是确实、充分的证据而不主要是口供。

拓宽刑事证人作证制度的研究视野

熊秋红（中国社科院法学所研究员）

在我国关于刑事诉讼法修改问题的讨论中，证人出庭作证问题始终受到理论界和实务界的高度关注。我国刑事诉讼法学界对于刑事证人作证制度的研究，经历了从规范研究到实证研究的转变。早在1996年的刑事诉讼法修改之前，刑事证人作证制度的完善问题已经引起了学术界的关注。当时一些学者认为，司法实践中证人拒绝作证现象时有发生，与立法上对证人权利保障不够和对证人拒绝作证行为未规定惩戒措施不无关系，因此建议从确立证人作证的补偿制度、增加保障证人人身安全的条款、给予拒绝作证的证人以司法处分等几个方面对刑事证人作证制度予以完善。^{〔60〕}上述建议是对德国、日本、加拿大等国以及我国台湾地区立法的参考和借鉴。

1996年的刑事诉讼法修改，关于证人作证，增加了如下规定：“人民法院、人民检察院和公安机关应当保障证人及其近亲属的安全。对证人及其近亲属进行威胁、侮辱、殴打或者打击报复，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不够刑事处罚的，依法给予治安管理处罚”（第49条）；“辩护律师经证人或者其他有关单位和个人同意，可以向他们收集与本案有关的材料，也可以申请人民检察院、人民法院收集、调取证据，或者申请人民法院通知证人出庭作证。辩护律师经人民检察院或者人民法院许可，并且经被害人或者其近亲属、被害人提供的证人同意，可以向他们收集与本案有关的材料”（第37条）；“询问不满十八岁的证人，可以通知其法定代理人到场”。上述规定从总体上加强了对证人的保护。

〔60〕 参见陈光中、严端主编：《〈中华人民共和国刑事诉讼法〉修改建议稿与论证》，中国方正出版社1995年版，第180页以下。