



上海政法学院学术文库·刑事法学丛书

刑事诉讼研究



新视角

主编
汤啸天

上海人民出版社



上海政法学院学术文库·刑事法学丛书

刑事诉讼研究



新视角

上海人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事诉讼研究的新视角/汤啸天主编. —上海: 上海人民出版社, 2008

(上海政法学院学术文库. 刑事法学丛书)

ISBN 978-7-208-08132-1

I. 刑... II. 汤... III. 刑事诉讼—研究—中国
IV. D925.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 146018 号

责任编辑 曹培雷

封面装帧 董一瑜

• 上海政法学院学术文库 • 刑事法学丛书 •

刑事诉讼研究的新视角

汤啸天 主编

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

上海商务联西印刷有限公司印刷

开本 720×1000 1/16 印张 21.5 插页 2 字数 393,000

2008 年 11 月第 1 版 2008 年 11 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-08132-1/D · 1437

定价 38.00 元

上海政法学院学术文库

编审委员会

主 任：金国华

副主任：闫 立 杨俊一

委 员：（以姓氏笔画为序）

王明华	王 蔚	闫 立	汤啸天
关保英	刘 强	杨俊一	杨 寅
何平立	吴益民	张森年	金国华
倪正茂	章友德		

总 序

中华民族具有悠久的学术文化传统,两千年前儒家经典《大学》即倡言“大学之道,在明明德,在亲民,在止于至善”。其意即蕴涵着彰扬学术、探索真理。而《中庸》论道:“博学之、慎思之、审问之、明辨之、笃行之”,则阐释了学术研究的治学精神以及达到真实无妄境界的必由之路。因此,从对世界历史进程的审视与洞察来看,社会发展、科学昌明、思想进步,从来都离不开学术科研力量与成就的滋养与推动。

大学是国家与社会发展中一个不可或缺的重要力量,而科学研究的水平则又体现了大学的办学水平和综合实力,是一所现代大学的重要标志。因此,一个大学的学术氛围,不仅在很大程度上影响和引导着学校的科研状态,而且渗透和浸润着这个大学追求真理的精神信念。这正如英国教育思想家纽曼所言,大学是一切知识和科学、事实和原理、探索与发现、实验与思索的高级力量,它态度自由中立,传授普遍知识,描绘理智疆域,但绝不屈服于任何一方。

大学的使命应是人才培养、科学研究和服务社会;高等教育发展的核心是学术和人才。因此,大学应成为理论创新、知识创新和科技创新的重要基地,在国家创新体系中应具有十分重要的地位和意义。上海政法学院是一所正在迅速兴起的大学,学院注重内涵建设和综合协调发展,现已有法学、政治学、社会学、经济学、管理学、语言学等学科专业。学院以“刻苦、求实、开拓、创新”为校训,这既是学校办学理念的集中体现,也是学校学术精神的象征。这一校训,不仅大力倡导复合型人才培养,注重充分发挥个性特色与自我价值实现,提供自由选择学习机会,努力使学子们于学业感悟中启迪思想、升华精神、与时俱进,而且积极提倡拓展学术创新空间,注重交叉学科、边缘学科的研究,致力于对富有挑战性的哲学社会科学问题的思考与批判,探求科学与人文的交融与整合。“上海政法学院学术文库”正是在这一精神理念引领下出版问世的。

“上海政法学院学术文库”的出版,不仅是《上海政法学院教育事业“十一五”发展规划》的起跑点,而且是上海政法学院教师展示学术风采、呈现富有创

造性思想成果的科研平台。古代大家云：“一代文章万古稀，山川赖尔亦增辉”；“惟有文章烂日星，气凌山岳常峥嵘”。我相信“上海政法学院学术文库”的出版，不仅反映了上海政法学院的学术风格和特色，而且将体现上海政法学院教师学术思想的精粹、气魄和境界。

法国著名史学家、巴黎高等社会科学学院院长雅克·勒戈夫曾言，大学成员和知识分子应该在理性背后有对正义的激情，在科学背后有对真理的渴求，在批判背后有对更美好事物的憧憬。我相信“上海政法学院学术文库”将凝聚上政人的思想智慧，人们将从这里看到上政人奋发向上的激情和攀登思想高峰的胆识与艰辛，上政人的学术事业将从这里升华！

祝愿“上海政法学院学术文库”精神，薪火传承、代代相继！

上海政法学院院长 **金国华**

2006年9月10日于求实楼

序 言

初识啸天兄已然是二十多年以前的事情了。那时,我们的主要研究领域都是犯罪侦查,时常在《中国人民公安大学学报》和《中国刑事警察学院学报》等报刊上发表文章。汤啸天是一个响亮的名字,其笔下的文章也颇有新意。后来,我见到了啸天兄,并得知我们还是“荒友”——我是从北京到“北大荒”的“知青”,在那里生活了八年;他是从上海到“北大荒”的“知青”,在那里生活了二十多年。大概因为兼受过上海与“北大荒”的养育,所以啸天兄虽貌似东北壮汉,但言语思维却很有上海人的修养与精到。

二十多年来,我与啸天兄各居京沪一隅,而且各自奔忙,见面的机会甚少。不过,偶尔相聚,却也留下了深刻的印象。例如,1994年夏天,我到上海复旦大学给美中法学教育交流委员会主办的“美国法暑期班”担任翻译,利用闲暇去拜访啸天兄,从佘山脚下他陪我骑自行车上佘山观看了圣母教堂;2001年暑期,我携妻女去上海度假,啸天兄全程陪同我们赴周庄游览了江南水乡;2006年初冬,我们的证据学研究所和最高人民检察院渎职侵权检察厅共同在海南省三亚市召开“非法取证与刑事错案研讨会”,啸天兄专程赶来并在大会上作了精彩的发言……

现在,虽然我和啸天兄的学术研究重点有所不同,但是因为我们都很关注社会问题,所以经常是“心有灵犀不点通”——不约而同地撰文探讨相同的话题。而且,我们一直保持着直言相告、直言相劝的默契。作为和而不同的朋友,我们都能从对方得到启迪。私下交流时,我们的不同见解可以无拘束地碰撞;公开发表言论时,我们也可以直言不讳地讨论和批评。例如,2008年1月至4月,我在《法制日报》上连续发表了《一个怪梦:大赦天下贪官?》等七篇关于反腐败的文章。对于我那些“亦痴亦醒”的话语,啸天兄以《保障人民“四权”方能为腐败“解套”》为题做出回应。他明确指出:“‘大赦贪官’并不能使人民的‘四权’得到保障,而党和国家领导人带头申报财产却会赢得人民的高度信任。党和国家领导人带头申报财产是国家最高层级的公仆向主人交私人的‘家底’,保障人

民‘四权’是从根本上还权于民。人民当家作主是社会主义民主政治的本质和核心,同样也是反腐败最有力的武器。”也许,我们的观点并不相同,但是,我们的心是相通、相同的。

另外,啸天兄也是我主办的《法学家茶座》上的“老茶客”。自从2002年在《法学家茶座》第一辑上发表了《京沪两地法学家差异谈》之后,他已经陆续在《茶座》上发表了《警惕自杀形态和性质的变异》、《为性别变更手术再浇一瓢凉水》、《城市“狗患”的背后》、《保障人民的表达权:政府责无旁贷》等一系列文章。作为“茶博士”,我自然是“开茶馆,盼兴旺”;作为“老茶客”,啸天兄是“人不走,茶不凉”。他在教学科研以及大量的行政工作和社会活动之余,还保留着这份品茶论道的情趣,大概也是我们之间的一种缘分。

今天,啸天兄主编的新作《刑事诉讼研究的新视角》又放在了我的案头,令我大有耳目一新的感觉。《刑事诉讼研究的新视角》研究范围涉及英、美、法、德及我国台湾地区,资料翔实,具有比较研究的功能。该书的讨论建立在较为厚实的法理之上与翔实的文献资料和数据之上,所提出的观点虽属一家之言但也令人信服。全书突出了刑事诉讼制度的核心价值观即人权保障和公正公平,体现了主编和作者理论创新的勇气和实力。

《刑事诉讼研究的新视角》所涉及的内容是最近几年来学术界与实务界所关注的新课题、新问题或是新举措。如诉讼权力的配置、强制措施的救济、检察权的属性、审判制度的改革、非法证据的排除、被害人权利的实现、国家补偿制度的建立、诱惑侦查的规制、举报人的保护、社区矫正和和解不起诉制度的探索等。该书在对国内近年来理论研究成果进行梳理和消化的基础上,进一步提出了比较、深化、完善的意见,较为全面地进行刑事诉讼的法理阐述和立法构建。

《刑事诉讼研究的新视角》能够突破传统模式,其“新视角”名实相符。主编和作者从权利与权力、权力与权力、权力与程序、权力与传媒等方面论证刑事诉讼制度的改革,以刑事诉讼权力与权利的科学配置为切入点展开多层面的论述。这种在特定视角上的创新研究,在目前还不多见。所论及的问题既是我国司法实践中的热点和难点问题,又具有理论的前沿性、开拓性和实践操作的可行性。

目前,国内研究刑事诉讼法学的书籍和文章多得数不胜数,但能够开辟新视角、提出新见解的为数不多。我并不反对说“老话”,刑事诉讼制度本身就是“老话”,但是,从“老话”之中提炼出具有实用价值的新说就不那么容易了。我所厌烦的是言之无物的空话、装腔作势的套话、放到哪里都不算错的“大锅话”,还有外国人看不懂、中国人看不明白的“玄话”。《刑事诉讼研究的新视角》是啸

天兄率领年轻团队合力攻关取得的研究成果。正所谓文如其人,嘯天兄比我年长却一直保持着年轻人的活力与朝气,对学术前沿问题具有高度的敏感性。尽管该书各章的文字风格不尽一致,一些观点和表述还有稚嫩之感,全书的质量也有进一步提高的空间,但是,该书的出版具有较高的社会价值和学术价值,对于我国刑事诉讼制度的改革具有一定的推动意义。

我特别推崇学术研究要做到“视点实”。无论是肉眼观察还是使用望远镜抑或显微镜,研究者首先都必须精心对焦,在视野中形成清晰的影像。如果在研究者的望远镜、显微镜中都是朦胧模糊、似有似无的一片,那怎么可能得出可供指导实践的理论呢?当下,学术界患有散光、近视、远视、白内障、晶体混浊症的人实在太多了。嘯天兄做学问,其视角之新、视野之宽、视点之实都是值得称道的。《人民日报内部参阅》、《改革内参》、《法治参考》等高层次的“内参”上时可见到嘯天兄的文章,就是一个证明。

现代经济心理学创始人剑桥大学教授威尔·布雷曾经对青年人说道:“在成功的道路上,并不是因为事情很难我才不敢做,而是因为我不敢做,事情才变难的。”我相信,在嘯天兄的面前,这样的事情不会发生;我希望,在中国法律学者——特别是青年学者——面前,这样的事情也不会发生。

是为序。

中国人民大学法学院教授、证据学研究所所长
中国行为法学会法律与研究会会长

何家弘

2008年8月10日写于北京世纪城痴醒斋

目 录

总序	1
序言	1
第一章 刑事诉讼权力的边界与制约	1
第一节 刑事诉讼中的国家权力与人权	1
一、国家权力来源于公民的委托	2
二、国家权力运作的本意在于为民谋利	2
三、国家权力必须在法定的边界内行使	3
第二节 刑事诉讼中国家权力的划界	4
一、控审分离——控诉权与审判权的界限	5
二、侦检一体化——控诉权的内部分工	6
第三节 刑事诉讼中国家权力的制约机制	8
一、以权利制约权力	8
二、以权力制约权力	10
三、以程序制约权力	11
四、以传媒监督制约权力	13
第二章 刑事诉讼之基侦查权研究	15
第一节 侦查的基本范畴	15
一、侦查的涵义	15
二、侦查的功能	17
三、我国侦查权研究的现状	18
第二节 侦查权的分配	20
一、侦查权配置的前提	20
二、我国现行侦查权的分配特点	21
第三节 侦查权分配的比较分析	23

一、英美侦查权分配的类型简介	23
二、我国侦查权配置的缺陷	27
第四节 完善我国侦查权配置的思路	34
一、转变诉讼观念,加强权利保障意识	35
二、调整侦查程序之基本结构,引入司法控制	36
三、强化犯罪嫌疑人权利保障,提高防御侵害的能力	36
四、建立非法证据的排除规则,规范侦查行为	37
五、设立司法救济制度,畅通权利救济渠道	38
六、实行拘留、逮捕权与羁押权的分离	39
七、切实保障人权,通过改革树立法律权威	40
第三章 从比较研究中看强制措施的改革	41
第一节 强制措施的概念、性质和种类	41
一、强制措施的概念、性质	41
二、强制措施的种类	45
第二节 强制措施的主体	45
一、决定机关	45
二、执行机关	52
第三节 强制措施的限制	52
一、法律保留原则	52
二、比例原则	54
第四节 强制措施的救济	60
一、事前审查机制	61
二、事后审查机制	61
三、证据禁止规则	65
第五节 我国强制措施存在的问题及完善方案	65
一、我国强制措施存在的主要问题	65
二、强制措施存在的问题亟待解决	68
三、完善强制措施的具体建议	70
第四章 对检察权的比较研究	79
第一节 检察权性质的归属	79
一、关于检察权性质的争议	79
二、对各种学说的简要评说	84

三、对检察权本质属性的探讨	88
第二节 国外主要国家检察权的比较研究	92
一、法国检察权概况	92
二、德国检察权概况	96
三、英国检察权概况	100
四、美国检察权概况	104
第三节 对我国检察权的配置研究	108
一、宪政视野下的检察权定位	110
二、检察权科学配置是检察机关改革的基本方向	115
第五章 刑事审判权研究	120
第一节 审判权的基本特征	120
一、终结性	121
二、独立性	121
三、中立性	121
四、被动性	122
五、自制性	122
六、交涉性	123
第二节 我国审判权的现状及其完善展望	123
一、审判权对公民权利的保护尚有较大差距	124
二、“控审分离”原则的贯彻期待破冰之旅	126
三、法院拥有执行权影响法院的居中裁判形象	131
四、限制法官自由裁量权滥用的规则有待细化	132
第三节 我国审判权的权能缺失及其弥补	133
一、独立审判与干预审判的角力	133
二、审判权与公诉权的衔接与制约	135
三、审判权与侦查权的正误交锋	137
第四节 审判委员会制度的改革	141
一、现行审委会必须改革	141
二、对审委会制度的改革建议	143
第六章 对被害人相关制度的研究	146
第一节 对赔偿被害人损失的研究	146
一、被害人实现赔偿权利的方式	147

二、赔偿范围	149
三、我国法律对被害人赔偿的现有规定	149
四、我国刑事被害人赔偿制度的完善	151
第二节 对被害人赔偿制度的研究	156
一、部分国家的被害人援助制度	157
二、建立我国被害人援助制度的建议	161
第三节 被害人国家补偿制度研究	165
一、国家补偿制度的概念、特征	165
二、刑事被害人国家补偿制度的理论基础	167
三、国外刑事被害人国家补偿制度简介	169
四、我国应建立刑事被害人国家补偿制度	173
第七章 诱惑侦查亟待规范	179
第一节 诱惑侦查的概念界定及分类	179
一、机会提供型与犯意诱发型	180
二、确定的诱惑侦查与不确定的诱惑侦查	181
三、侦查人员的诱惑侦查与非侦查人员的诱惑侦查	181
第二节 国外有关诱惑侦查的立法简介	182
一、美国	182
二、英国	182
三、德国	183
四、日本	184
第三节 我国诱惑侦查实践中存在的问题	185
一、我国诱惑侦查的立法处于“空白”状态	186
二、无法可依的诱惑侦查违反了程序法定原则	187
三、诱惑侦查在实践中缺乏有效的制约	187
第四节 诱惑侦查的法律限度	188
一、诱惑侦查的实用价值和高风险性	188
二、诱惑侦查不可或缺的法律规制	190
三、诱惑侦查的救济制度	192
第八章 沉默权制度在我国的探索	194
第一节 应当正确理解坦白、沉默、抗拒的含义	194
一、坦白、自首行为客观上节省了司法资源	194

二、保持沉默是犯罪嫌疑人、被告人的权利	196
三、抗拒从严符合宽严相济的刑事政策	197
第二节 陈述与沉默都是行使人权的行為	198
第三节 沉默权应当也必须有所限制	200
一、探寻打击犯罪与保障人权的平衡	201
二、沉默权在西方国家亦受限制	202
三、国内学者的限制性建议值得重视	203
第九章 制定“举报法”的建议	207
第一节 制定“举报法”的难点分析	207
一、举报人的惨遇是中国法制的悲剧	207
二、举报法的制定有待法治深入“官心”	210
三、举报法是规范权力拥有者的法	212
第二节 举报法应当尽早列入立法规划	214
一、举报“民间化”是对举报法的呼唤	214
二、保护举报人的现行规定已经滞后	216
三、举报人应当得到国家实实在在的保护	218
四、举报法应当是规范国家权力的法	219
第三节 举报法必须明确赋予举报人权利	220
一、举报人可以自由地选择举报方式	221
二、举报人有权拒绝直接充当证人	221
三、署名举报人具有优先知情权	221
四、署名举报人有申请和获得保护的權利	222
五、署名举报人有将功补过的权利	222
六、举报人有获得补偿与报酬的权利	222
七、举报人受到侵害有得到救济的权利	222
第十章 对排除非法证据的思考	224
第一节 识别与排除非法证据的关键环节	224
一、获取手段的非法性是非法证据的本质	225
二、侦查、检察、审判人员都是排除非法证据的责任主体	228
三、非法证据应自动排除、自动排除加例外、裁量排除并用	232
第二节 检方知晓非法证据信息后的行为选择	237
一、认真记录,立即汇报,实行初查	237

二、不予记录,口头汇报,听候指示	238
三、不予记录,不作汇报,不予回应	238
第三节 检方知晓非法取证信息后行为选择的“两难”	238
一、人民检察院法律监督职能的履行抑或懈怠	238
二、人民检察院证据采集固定的实现抑或放任	239
三、预期诉讼进程的推进抑或转折	239
第四节 强化检察机关遏制非法取证力度的建议	241
一、明确侦查机关的举证责任与检察机关的审查责任	242
二、通过立法确定刑讯逼供案件实行举证责任倒置	242
三、赋予检察院通知侦查人员协助调查的权力	244
第五节 建立遏制非法取证的配套措施	245
一、看守所划归司法行政机关管理	245
二、讯问必须在有录音录像设备的空间进行	245
三、讯问过程全程同步录音录像	246
四、羁押人员出入看守所进行体表检查	246
第十一章 从“暂缓起诉”到“和解不起诉”	247
第一节 暂缓起诉制度的探索与争议	247
一、暂缓起诉的探索概况	248
二、探索暂缓起诉的理论前提	249
三、暂缓起诉探索中的主要争议	252
第二节 必须注重被告人、被害人权利的双向保护	254
一、对被害人弱势地位的评析	254
二、我国被害人诉权虚化的局面亟待改进	257
第三节 司法权过度替代被害人诉讼权利确有弊端	259
一、司法权包揽的刑事诉讼实际效果并不理想	259
二、设定“考察”的自我授权难以推广	260
三、司法改革应当防止国家专门机关竞相扩权的倾向	260
第四节 我国应当建立和解不起诉制度	262
一、和解不起诉在国外已经积累了一定经验	262
二、和解不起诉有利于加害人、被害人恢复正常关系	264
三、和解不起诉足以促使犯罪嫌疑人真诚悔罪	265
四、和解不起诉有利于建设和谐社会	265
第五节 和解不起诉与少年司法的发展前景	266

一、教育、感化、挽救的方针亟待细化	267
二、可能出现的不平等需要主动防范	268
三、和解不起诉的本土化研究有待强化	269
第十二章 社区矫正与社会工作的整合	270
第一节 社区矫正是执行刑罚的专门工作	270
一、社区矫正是非监禁的或者暂缓监禁的刑罚执行方式	271
二、社区矫正的适用以不致再危害社会为条件	272
三、社区矫正的实施需要专门工作人员	272
四、实行社区矫正是实施刑罚而非自愿选择	272
第二节 社区矫正工作力量的来源	273
一、国外已有的成功经验	273
二、国内已有的初步实践	276
第三节 社区矫正与社会工作的整合	278
一、社会工作者应当具有类似于护士的角色定位	279
二、应当培育专业性的社会工作者队伍	280
第四节 社区矫正工作应当注意的问题	281
一、社区矫正应当谨慎操作不宜全面铺开	281
二、严格质量组建社区矫正工作队伍	283
三、正确处理社区矫正与社会治安综合治理的关系	283
四、注意保障被矫正人员的合法权利	284
五、强化考核保证社区矫正工作人员的素质	285
第十三章 刑事辩护律师执业环境的改善	286
第一节 中国刑事辩护律师的执业困境	286
一、刑事辩护律师在公诉案件的介入	286
二、刑事辩护律师的会见权	287
三、刑事辩护律师的阅卷权	289
四、刑事辩护律师的调查取证权	290
五、刑事辩护律师的代理申诉权、代理控告权和上诉权	290
六、刑事辩护律师的人身权利保障	291
第二节 比较视野下刑事辩护律师的职权	292
一、辩护律师介入时间和基本辩护权限	292
二、辩护律师的调查取证权	293

三、辩护律师的在场权	293
四、辩护律师的会见通信权	294
五、辩护律师的非法证据排除权和申诉控告权	294
六、辩护律师的人身权利保障	294
第三节 我国刑事辩护律师执业环境的优化	295
一、辩护律师的“辩护人”主体地位	295
二、保障辩护律师的单独会见权	295
三、通过证据开示制度保障辩护律师的阅卷权	297
四、多方努力全面贯彻《律师法》	298
五、切实保障辩护律师的豁免权	302
第十四章 新闻媒体与司法的互动双赢	306
第一节 新闻自由与公平审判的积极互动	306
一、新闻媒体功能的多样性	306
二、价值追求的一致性	307
三、社会功能上的互补性	308
四、司法接受新闻媒体监督的正当性	309
五、对媒体“有限监督理性”的宽容性	310
第二节 新闻自由之于公平审判的消极冲突	311
一、消极冲突的主要表现形式	312
二、产生消极冲突的原因分析	314
第三节 对新闻自由的宽容和制约	316
一、认真学习域外新闻媒体的管理经验	316
二、探索新闻媒体与司法机关互动合作	320
后记	324