

何婧
著

雏凤清声

何婧法学文集



四川大学出版社

雏凤清声

何婧
著

何婧法学文集



四川大学出版社

责任编辑:王 冰 何 静
责任校对:马 娜
封面设计:米茄设计工作室
责任印制:李 平

图书在版编目(CIP)数据

雏凤清声:何婧法学文集 / 何婧著. —成都:四川大学出版社, 2008.9

ISBN 978-7-5614-4123-7

I. 雏… II. 何… III. 法学-文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 134493 号

书名 雏凤清声——何婧法学文集

著 者	何 婧
出 版	四川大学出版社
地 址	成都市一环路南一段 24 号 (610065)
发 行	四川大学出版社
书 号	ISBN 978-7-5614-4123-7/D·316
印 刷	四川大学印刷厂
成品尺寸	148 mm×210 mm
印 张	7.5
字 数	171 千字
版 次	2008 年 9 月第 1 版
印 次	2008 年 9 月第 1 次印刷
定 价	20.00 元

版权所有◆侵权必究

◆读者邮购本书,请与本社发行科联系。电 话:85408408/85401670/85408023 邮政编码:610065

◆本社图书如有印装质量问题,请寄回出版社调换。

◆网址:www.scupress.com.cn

序

呈现在读者面前的这本文集，是一个仍在大学读书的学生写的。随着法学研究的日益繁荣，法学文集并不少见，但是，法学院本科生出版文集却是为数不多的。文集作者何婧是中国人民大学法学院学生，现担任中国人民大学学生会常委、法学院学生会副主席，广东省作家协会会员。她曾被评为“全国优秀共青团员”。我在中国人民大学党委工作，也在中国人民大学法学院任教，何婧是我的学生。但我为她的书作序，不是因为我们有师生之谊，而是感动于年轻人对法学研究的热爱以及可贵的探索精神。

《雏凤清声》这本文集虽然说不上厚重，拿起来却感觉沉甸甸的。不是因为这些文章的学术价值有多高，而是作者小小年纪，却能写出如此深度，令人欣喜。何婧同学热爱法学专业，在学习法律知识的同时，积极进行法学研究，取得了一些成绩。2007年她负责的“刑事和解”研究课题，获得了中国人民大学“创新杯”课外学术科技作品竞赛二等奖。大学期间有数篇文章在学术期刊上发表。其中《对立与统一——浅论刑事和解与刑法基本问题的关系》一文发表于全国中文核心期刊（法律类）《政法学刊》上。

这本文集一共收录了何婧同学的16篇文章，是她本科期间法学学习的一个小结。从这些文章可以看出，何婧同学的学习兴趣广泛，研究领域宽广。这些文章囊括刑法学、诉讼法学、民商法学、知识产权法学、法理学、法律史学等领域，具有相当的综合性，反映了作者已具有系统、全面的法律知识。





何婧同学写的这些文章，能够做到理论联系实践。法学乃实践之学，最忌空发议论，每个主张、每个观点都要脚踏实地，言之有物。本文集收录的文章，有的是调研报告、案例分析，有的是典型的论文。但是，这些文章都能够结合立法和司法实际问题展开讨论。比如，文集中有几篇关于刑事和解的文章，是何婧同学利用假期在北京、广州等地的法院、检察院进行广泛调查后写出的。这种调查研究的踏实学风值得肯定。

本书收录的文章的选题，能够很好地把握法治建设和法学理论研究的前沿问题，体现作者难能可贵的探索勇气。刑事和解、欺诈性抚养等都是当前理论研究的热点问题，也是司法实践中探索的重点问题，何婧同学以一个年轻人敏锐的眼光捕捉到这些问题并进行研究，提出了自己的观点，阐发了自己独到的思想；中止审理是当前刑事诉讼法学研究领域的薄弱环节，在司法实践中存在不同的做法，何婧同学从法律和司法解释的规定入手，对这个问题进行了全面的梳理，提出了完善中止审理制度的建议。文章中的观点可能还比较稚嫩，但这种钻研精神值得鼓励。

今年是我国改革开放 30 周年。三十而立，中国特色社会主义法律体系已经基本建成，法学研究也达到了空前的繁荣。建设社会主义法治国家的历史重任摆在了中国法律人的面前，当代中国的法律学者任重而道远。希望新一代的法律学者注重知识积累，关注中国的现实，厚积薄发，勇于理论创新，服务于国家，服务于社会。“桐花万里丹山路，雏凤清于老凤声”。我相信并期待年轻的法律学者能够创造出中国法学研究的新的辉煌。

最后，祝愿何婧同学在法学研究的道路上继续前进，成长为国家的栋梁之材。

程天耀

2008 年 8 月



目录

完善中止审理制度的理性思考·····	(1)
对立与统一	
——浅论刑事和解与刑法基本问题的关系·····	(32)
刑事和解制度的细致化研究·····	(44)
刑事和解的价值分析·····	(58)
刑事和解的现状与问题分析	
——以北京、广州为例·····	(71)
试论检察人员在二审法庭上的地位·····	(99)
刑事辩护中的证据问题·····	(110)
试析我国古代御史制度中的“检察”因素·····	(134)
刑事起诉的基本形式·····	(141)
知识产权保护, 发展中国家的“鸡肋”	
——读《整合知识产权与发展政策报告》有感·····	(160)
欺诈性抚养案例分析·····	(178)
“范跑跑”事件之法学分析·····	(188)
信用证案例分析·····	(203)
农村土地承包经营权流转的法制现状·····	(211)
法与自由·····	(218)
法与平等·····	(224)
后记·····	(229)

完善中止审理制度的理性思考

从 1957 年起,中止审理制度就通过最高人民法院司法解释的形式在我国确立,但 50 多年过去了,关于该制度的研究却几近空白^①。笔者认为,中止审理是一项极其重要的刑事诉讼制度,其中涉及无罪推定原则、诉讼参与人的诉权保护、犯罪嫌疑人及被告人的人权保护、程序公正与效率等问题。因此,对其进行深入的研究,在立法层面进行完善,具有重大的理论价值和现实意义。

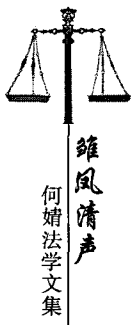
一、基本概念与立法概况

笔者认为,刑事案件中止审理是指在受理刑事案件后,因发生某种特定情况,致使案件在较长时间内无法继续审理,人民法院可以决定停止审理活动,待具备继续审理条件后,再恢复审理。

中止审理在我国《刑事诉讼法》中尚无规定,但在最高人民法院 1957 年《关于案件在何种情况下可以中止审理问题的批复》、1983 年《关于刑事案件被告人在审理过程中患精神病应否中止审理的批复》、1985 年《关于人民法院审判严重刑事犯罪案件中具体应用法律的若干问题的答复》、1988 年《关于



^① 除一些教材简单提及,只有王群、曹坚、刘玫等几位学者撰文对中止审理制度的某些方面进行论述。



刑事案件取保候审的被告人在法院审理期间潜逃应宣告中止审理的批复》、1994年《关于审理刑事案件程序的具体规定》第128条司法解释中，均有零散地提及，其中最重要、最具代表性的是1998年《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》中的规定。该解释第181条规定：“在审判过程中，自诉人或者被告人患精神病或者其他严重疾病，以及案件起诉到人民法院后被告人逃脱，致使案件在较长时间内无法继续审理的，应当裁定中止审理。由于其他不能抗拒的原因，使案件无法继续审理的，可以裁定中止审理。中止审理的原因消失后，应当恢复审理。中止审理的期间不计入法定期限。”该解释第204条还规定：“在自诉案件的审理过程中，被告人下落不明的，应中止审理。”

要准确理解中止审理的涵义，需要对中止审理、延期审理、终止审理以及审限延长等相关概念进行区别。

延期审理是指在法庭审判过程中发生了法定事由，致使正在进行的法庭审理活动无法继续进行，法院改期再审。延期审理的法定情形主要有《刑事诉讼法》第165条规定的需要提供新证据、补充侦查、当事人申请回避而不能进行审判等情形，以及《最高人民法院关于执行〈刑事诉讼法〉若干问题的解释》第165条规定的，辩护人拒绝为被告人辩护或者被告人拒绝辩护人辩护的，被告人依法要求另行委托辩护人的情况。延期审理与中止审理容易混淆，甚至一些教材都将两者混同^①。延期审理与中止审理的区别主要在于：①时间不同。延期审理

^① 例如，陈卫东主编的《刑事诉讼法》（中国人民大学出版社，2004年第1版）第16章（第352~353页）即将《最高人民法院关于执行〈刑事诉讼法〉若干问题的解释》第181条关于中止审理的规定置于“延期审理”部分进行介绍。

仅适用于法庭审理过程中，而中止审理适用于人民法院受理案件后至作出判决前。②原因不同。导致延期审理的原因是诉讼自身出现了障碍，而导致中止审理的原因是出现了不能抗拒的情况。③开庭的预见性不同。延期审理的案件，再开庭的时间可以预见，但中止审理的案件，再行开庭的时间往往无法预见^①。因此，两者停止审理时间的长短不一样，延期审理通常在较短时间内可以恢复开庭，而中止审理往往在较长时间内都无法恢复开庭。④适用程序不同。延期审理的程序较简单，通常是当庭口头作出决定；而中止审理的适用程序则较复杂，一般需要合议庭以书面形式决定，重大案件还需要经过审判委员会决定。⑤审限计算不同。中止审理期间不计入法定审限，而延期审理的审限计算不统一，需要通知新的证人到庭，调取新的物证，重新鉴定或者勘验的，延期审理期限不计入审限；检察机关补充侦查的，补充侦查完毕移送人民法院后，人民法院重新计算审理期限；由于当事人回避而延期审理的，延长期间一般要计入审限；因另行委托、指定辩护人或辩护律师而延期审理的，从宣布延期审理之日起到第十日止，准备辩护时间不计入审限。

对于刑事案件终止审理的概念目前还存在一定争议。笔者认为，广义的终止审理即审理活动的终结，包括案件审结以及审理过程中途结束审判两种情况；狭义的终止审理是指人民法院在审理刑事案件的过程中，因发生了法定不追诉的原因，致使审理的继续进行成为不必要，从而中途结束审理的制度。终止审理的情形，主要包括《刑事诉讼法》第15条规定的犯



^① 参见《中止审理与延期审理的不同（刑事审判）》，载于 <http://www.lvsoso.com>。



罪已过追诉时效、被告人死亡等六种情形。终止审理与中止审理的区别主要在于：①原因不同。终止审理缘于审理中出现了不应当或无必要继续审判的情形；而中止审理则是因为出现了使得案件无法继续审理的不可抗拒的情况。②法律后果不同。中止审理只是暂停诉讼活动，一旦具备恢复审理的条件，即恢复审理；而终止审理后，诉讼即告终结，不再恢复。^①

审限延长是指案件在规定的审理期限内无法审结，符合法定条件的，经履行一定的审批程序，可以延长一定法定期限后继续审理。审限延长见于《刑事诉讼法》第168条、第178条、第196条以及第207条等条款的规定。审限延长与中止审理的区别在于：①审限长短不同。中止审理案件的中止审理期间不计入审限，故审限依旧是法定基本审限，而期限延长使得实际审限得到延长。②适用后果不同。中止审理后停止一切审理活动，而审限延长期间继续审理活动。③法定条件不同。中止审理的法定条件是《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第181条规定的情形，而审限延长的法定条件除了再审案件外，主要是符合《刑事诉讼法》第126条规定的情形。④制度理念不同。中止审理制度主要是为了保护当事人的诉讼权利，而审限延长则主要是服务司法机关查清事实、准确审判的需要。⑤适用方式不同。法律未明确规定中止审理的适用方式，实践中大多由合议庭作出决定，重要案件报审委会讨论或备案；而对审限延长的适用法律做了比较明确的规定，即一审普通程序以及二审案件的审限延长需经省、自治区、直辖市高级人民法院批准或决定，其中最

^① 参见《中止审理与延期审理的不同（刑事审判）》，载于 <http://www.lvsoso.com>。

高人民法院受理的上诉、抗诉案件，由最高人民法院决定，按审判监督程序重新审判的案件的审限延长，需经本院院长批准。⑥延期长短不同。按目前的法律规定和实践中的做法，中止审理的期间可以是不确定的，至恢复审理条件具备为止；而审限延长的时间是法定的，一审普通程序及二审的审限延长时间均为1个月，再审审限延长期限不得超过3个月。

二、当前中止审理制度存在的问题

由于缺乏理论研究及实践创新，中止审理制度在目前的司法实践中存在不少问题。

（一）立法上存在漏洞导致司法上应用程序混乱

《刑事诉讼法》尚未对中止审理制度作出任何规定，几个相关的司法解释过于零散、简单，对很多主要问题，如中止审理后在押被告人强制措施适用问题、中止期限问题、中止法定事由成立的判断问题、中止审理及恢复审理的具体程序问题等，都没有作出规定。立法上的阙如导致了司法上的混乱。由于没有具体的法律规定，在实践中，部分司法机关在中止审理问题上随心所欲：有的用严格书面裁定的形式宣告中止审理，而有的只用口头决定的形式宣布；有的在中止审理后将在押被告人直接释放，而有的将中止审理作为突破审限、超期羁押的工具……这些混乱的做法，使得原本严肃的刑事审判变得非常随意。

（二）中止审理的避用导致当事人的诉讼权利无法得到切实保障

虽然《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》规定了中止审理的适用情况，但实践中有的司法人员为了迅速结案，追究被告人责任，常常不愿意对



完善中止审理制度的理性思考



应当或可以中止审理的案件进行中止审理。这极大地侵害了当事人的诉讼权益。当事人由于精神病或者其他严重疾病丧失了受审能力，若审理继续进行，其在客观上无法行使辩护、举证、质证等基本诉讼权利，这就违反了我国《刑事诉讼法》第14条规定的保障诉讼参与人的诉讼权利原则，并可能会导致冤错案件。

（三）中止审理的滥用为一些司法人员突破审限以及放纵犯罪提供了“温床”

由于《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第181条的“其他严重疾病”、“其他不能抗拒的原因”等规定较为模糊，在实践中存在不少中止审理制度被滥用的情况。笔者认为，从对犯罪嫌疑人、被告人的利弊影响的角度，可将中止审理制度的滥用分为积极性滥用和消极性滥用。积极性滥用是指司法工作人员利用中止审理制度来逃避追究被告人的责任，以达到使案件不了了之的目的；消极性滥用是指司法工作人员利用中止审理制度以达到规避审限、长期搁置案件的目的。无论是积极滥用还是消极滥用，其影响都是极坏的，造成了放纵犯罪或变相侵犯当事人迅速获得审判的权利等严重后果。

三、中止审理事由辨析

如前所述，中止审理制度的不完善导致在司法实践中产生了大量的问题。在中止审理制度存在的这些问题中，中止审理事由规定得不规范是导致这些问题的主要原因。《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第181条第一款规定的法定中止事由比较少也比较笼统，第二款规定的可以中止的事由不明确，“不可抗拒的原因”涵义过

于宽泛，实践中不好把握，容易导致中止审理的滥用。完善中止审理制度应当从规范中止审理事由入手。所以，有必要对中止审理的适用条件进行细致的探讨。

（一）现行司法解释规定的中止审理事由的完善

1. 被告人或自诉人患精神疾病的

精神病人可分为无行为能力精神病人、限制行为能力精神病人及间歇性精神病人三种，对于当事人为不同类型的精神病人的案件的处理，要具体问题具体分析，不能“一刀切”。

如果被告人受审时是无行为能力精神病人，笔者认为，应当结合被告人作案时的精神状况决定是否中止审理。据北京市第二中级人民法院的审判实践，对于在审判时被鉴定为无行为能力精神病人的一律判决无罪释放，同时责令其监护人严加看管和治疗，而不是对案件进行中止审理。笔者认为这种做法值得商榷，它混淆了精神病人的责任能力和受审能力。精神病有可能存在一个发展的过程，作案时为无精神病人、处于清醒状态的间歇性精神病人或限制行为能力精神病人，而受审时为无行为能力精神病人的，按照刑法及相关司法解释的规定，是应当负刑事责任的。对受审时为无行为能力精神病人的被告人一律判决无罪释放的做法无疑放纵了这一类犯罪。可能有人会辩称，以目前的技术很难鉴定出被告人作案时的精神状态。对此，笔者认为，精神病鉴定的问题由鉴定人负责解决，法官只能依靠证据处理案件。如果该鉴定通过推理或其他方法对被告人作案时的精神状态作出的结论为无行为能力精神病人，则这是定案证据，对该被告人按无责任人对待，应当宣判无罪然后释放，由监护人看管。但如果该鉴定只是根据其受审时的精神状态将其评断为无行为能力人，则只能作为程序处理依据而不是定案证据，应当裁定中止审理而不能判决无罪。





对于被告人受审时为限制行为能力精神病人的情况，北京市第二中级人民法院的做法是继续审理。这值得肯定，但是笔者认为有必要采取相应措施来保障被告人的诉讼权利。这些措施包括审判时可以通知被告人的法定代理人到场；被告人没有委托辩护人的，应当为其指定承担法律援助义务的律师担任辩护人等。《刑事诉讼法》规定未满 18 周岁的未成年人为被告人的案件，审判时可以通知其法定代理人到场，没有委托辩护人的应当为其指定辩护人，而对精神病人却没有规定。根据刑法理论，16 岁到 18 岁的未成年人为相对负刑事责任人，既然其享有通知法定代理人到场及获得指定辩护的权利，那么作为限制行为能力人的精神病人受审时也应享有这些权利。实际上在《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第 36 条中已经赋予限制行为能力人获得指定辩护的权利，但由于位阶及效力更高的《刑事诉讼法》第 39 条规定的获得指定辩护的情形不包含被告人为限制行为能力精神病人的情况，加上司法人员判断的侧重点往往是“精神病人”而不是“限制行为能力人”，所以常常忽略为限制行为能力精神病人指定辩护律师。所以，笔者认为精神病人的这两项权利应如未成年人一样在《刑事诉讼法》中单独进行规定。

如果被告人受审时处于间歇性精神病发作期，北京市第二中级人民法院的做法是中止审理。对此，笔者的看法是，对于被告人为发病期较长的间歇性精神病人的案件，可以中止审理；但对于被告人为发作期较短的间歇性精神病人的案件，则可以在法定审限内通过“择日再审”等较灵活的方式处理，而不应中止审理。

对于自诉人在案件审理时为无行为能力的精神病人的案件，可以先询问法定代理人是否愿意代理诉讼，若法定代理人

尚未确定或者拒绝代理诉讼，则应当中止审理。这里说的主要是自诉人起诉时具备行为能力而审判时完全丧失行为能力的情况，因为如果起诉时自诉人不具备行为能力，则应由法定代理人或近亲属告诉，才可以立案，故不存在通知法定代理人参加诉讼的问题。自诉人为无行为能力精神病人的案件，中途法定代理人变更需要时间较长的，也可以中止审理。

对于自诉人在案件审理时为限制行为能力精神病人的案件，无须中止审理，但可以通知其法定代理人到场协助其行使诉讼权利。对于自诉人在案件审理时处于发作期的间歇性精神病人，发作期较长的，可以中止审理。

2. 自诉人或被告人患其他严重疾病的

司法解释中对“其他严重疾病”的表述比较模糊，在司法实践中难以准确裁断，可能导致中止审理的滥用。笔者认为，“其他严重的疾病”是指疾病导致当事人不能表达或丧失知觉，或者当事人由于所患的重病不适宜再参加诉讼，如不能受刺激的疾病、传染病等。这种严重疾病显然是难以列举尽的，但为了使这个范围不至于太广，不妨在司法解释中列举一些实践中常见的可能影响当事人参与诉讼的严重疾病，然后加“等”字起概括的作用，这样既可以使司法人员在判断“其他严重疾病”时有更具体明确的标准，同时也使对患有未被列举的其他疾病的当事人灵活适用中止审理具备可能性，当然这种灵活性较现有司法解释对“其他严重疾病”未做列举的情况要大大减小。

对于“其他严重疾病”的判断依据，司法解释未作规定。笔者认为应当参照精神病判断的做法，由省级人民政府指定的医院做出鉴定，合议庭根据该鉴定裁定是否中止审理。





3. 被告人脱逃的

《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第181条规定,“案件起诉到人民法院后被告人脱逃的”,案件中止审理。笔者认为“起诉到人民法院”这个表述是不准确的,应该改为“人民法院受理案件(含自诉案件)后”,因为对于公诉案件,起诉至人民法院后,人民法院在决定受理前有7天的审查期限,根据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第117条,案件在审查期内发现被告人不在案的,应当决定退回人民检察院而不是中止审理;对于自诉案件,在案件受理前有一个审查的阶段,《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第188条也规定,经审查“被告人下落不明的”,“应当说服自诉人撤回起诉,或者裁定驳回起诉”,而不是中止审理。

4. 具有其他“不可抗拒的原因”

“由于其他不可抗拒的原因,可以中止审理”是一个弹性条款,目的是给审判人员在使用中止审理时以自由裁量的空间。但是笔者认为,对于“其他不可抗拒的原因”应该进行较为严格的解释(主要是指灾害、战争等),对于其他需要中止审理的情形,可以单独列出,而无必要硬套到“其他不可抗拒的原因”之上,否则可能导致中止审理的滥用。

(二) 对其他可以中止审理事由的分析

1. 刑事和解

刑事和解是近年来新兴的刑事纠纷解决模式。由于刑事和解需要的时间可能较长,且被害人及被告人都同意才能进行和解,推迟这类案件的审理不会影响当事人的诉讼利益(即使影响,也是当事人自愿接受的),所以笔者认为可以中止审理。

2. 案件的审理必须以另一案件为根据的

中国台湾地区“刑事诉讼法”第295条规定：“犯罪是否成立以他罪为断，而他罪已经起诉者，得于其判决确定之前，停止本罪之审判。”^① 笔者认为，这值得我们借鉴：必须以其他刑事案件结论为依据的，其他刑事案件未审结，应中止审理本案。比如说，乙涉嫌犯罪，甲窝藏包庇乙，人民法院受理案件后乙脱逃，人民法院不仅对乙案中止审理，对甲案也应裁定中止审理。因为甲窝藏包庇罪成立的前提为乙确实构成犯罪，而乙未经审判不能认定为有罪，故应中止对甲窝藏包庇乙案的审理。

一个较为重要的问题是，刑事案件能否基于其他民事、行政案件未审结而中止？德国及中国台湾地区的规定都是可以的^②，但中国大陆法学界“刑事优先于民事”的观点根深蒂固，少见有这样的思想。笔者认为，允许某些刑事案件由于民事案件未审结而中止是必要的，在实践中，刑事案件的审理应当以民事案件结论为根据的情形也是存在的。如A起诉指称B在与A婚姻关系存续期间与C结婚，构成重婚罪，而B已向法院提起确认与A婚姻关系无效的民事诉讼，则A告B案中止审理，待B与A关于婚姻关系确认的诉讼审结后再回复审理A告B案。

3. 自诉人死亡的

《民事诉讼法》第136条规定，“一方当事人死亡，需要等待继承人表明是否参加诉讼的”的，可以中止诉讼。笔者认



完善中止审理制度的理性思考

^① 蔡墩铭：《刑事诉讼法论》，五南图书出版公司，2002年10月修订第五版，第423页。

^② 参见《德国刑事诉讼法》第153条及中国台湾地区“刑事诉讼法”第297条。