

百所重点研究基地
政法大学诉讼法学研究院

CSSCI集刊

第17卷

诉讼法学研究

Procedural Law Research

卞建林 主编

- 我国刑事证据制度的新发展 / 樊崇义
- 依法治国与刑事辩护 / 熊秋红
- 广西北海四律师案“三人谈” / 陈光中 等
- 人民监督员运行调研报告 / 陈卫东 等

中国检察出版社



教育部百所重点研究基地
中国政法大学诉讼法学研究院

CSSCI集刊

第17卷

诉讼法学研究

Procedural Law Research

卞建林 主编

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

诉讼法学研究. 第 17 卷/卞建林主编. —北京: 中国检察出版社, 2012. 3

ISBN 978 - 7 - 5102 - 0652 - 8

I. ①诉… II. ①卞… III. ①诉讼法 - 法的理论 - 研究

IV. ①D915.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 075475 号

诉讼法学研究 (第十七卷)

主编 卞建林

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷东街 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电 话: (010)68682164(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 三河市西华印务有限公司

开 本: 720 mm × 960 mm 16 开

印 张: 26 印张

字 数: 420 千字

版 次: 2012 年 3 月第一版 2012 年 3 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 0652 - 8

定 价: 50.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

诉讼法学研究

(第十七卷)

顾 问	陈光中	樊崇义				
主 任	卞建林					
副 主 任	杨宇冠	顾永忠				
编 委	卞建林	陈桂明	顾永忠	高家伟	何 兵	
	刘 玫	马怀德	宋朝武	肖建华	王万华	
	吴宏耀	薛刚凌	杨宇冠			
主 编	卞建林					
副 主 编	高家伟	肖建华				
编 辑	栗 峥	李 晶				

主编絮语

经过编辑部工作人员的共同努力，多方组稿，尤其是承蒙中国检察出版社鼎力相助，本卷终于可以付梓了，这里首先表示衷心的感谢！

为了提高书刊的质量，编辑部的同仁们进行了比较艰辛的努力。本卷的最大特色是学界名家的集体展示，这体现了诉讼法学研究院多年来在诉讼法学研究领域的积极努力与深入探索。

“刑法修改专论”栏目刊登了三位学者的作品。樊崇义教授结合两个《证据规定》的内容，对当下我国刑事证据制度的新发展提出了颇有建设性的观点，并详加论证。樊崇义教授认为，“‘两个规定’是全面准确执行刑法和刑事诉讼法，贯彻党和国家的刑事政策，依法惩治犯罪，切实保障人权，维护司法公正的重大举措，更是我国司法改革的重要成果，也是我国刑事诉讼制度进一步科学化、民主化、法治化的重要标志，它将为我国刑事诉讼法的再修改打下一个良好的基础”。熊秋红研究员、冀祥德研究员分别撰文对当今我国刑事诉讼制度中颇受争议的焦点问题之一——刑事辩护制度，从不同角度进行了有理有据的诠释。熊秋红研究员认为，“从总体上看，在我国刑事诉讼中，律师辩护的立法和司法环境问题亟待改善。‘律师辩护难’是我国刑事司法实践中存在的突出问题之一。这一问题要获得解决，首先必须赋予辩护律师充分的诉讼权利，如保障律师与在押犯罪嫌疑人、被告人会见的权利，赋予律师在侦查人员讯问犯罪嫌疑人时的在场权，保障律师不会因履行辩护职责而受到控诉方的不当追究等。其次，要改善辩护律师发挥作用的制度环境，如审判前程序中要以取保候审为原则、以羁押为例外，以发挥律师的程序性辩护功能；审判程序要建立控辩双方平等对抗的机制，落实证人出庭作证制度。最后，警察、检察官、法官要克服‘权力本位’的心理，尊重辩护律师的工作，以使我国的刑事辩护制度获得健康的发展”。而冀祥德研究员则从经济学的视角论证了我国刑事辩护准入制度的必要性、可行性与制度设计模式及其相应的配套措施，他

强调,“应从进入机制、监督机制、惩戒机制、退出机制、防范机制以及环境建设机制几个方面来构建我国的刑事辩护准入制度”。

“重大课题成果精粹”栏目集中展现了以卞建林教授为主持人的国家社科重大项目——“建设公正、高效、权威的社会主义司法制度研究”的各子项目研究成果,包括四个部分:第一篇是卞建林教授和栗峥博士撰写的《论司法能动》,该文详细论证了司法能动的概念和特征,结合中国语境,梳理了司法能动作为司法政策的提出背景、内涵与合理性,并针对当下围绕司法能动理念的学术观点进行了评述。第二篇是杨宇冠教授和孙军博士生撰写的《论刑事司法实体公正和程序公正》,该文认为:“刑事司法中的公正包含着两方面的要求:实体公正与程序公正。其中,实体公正包含着如下要求:准确地认定案件事实,正确适用实体法,罚当其罪;疑案应当作出有利于被告人的处理;错误裁判的及时救济、纠正等。程序公正则包含如下要求:刑事司法应当遵守正当程序的要求;诉讼程序本身应当透明;法官裁判应当遵守及时性、终结性与说理性等。刑事司法实体公正与程序公正应当是辩证统一的关系:程序公正是实现实体公正的必要条件,但同时也有其独立的价值;而在我国当前刑事司法制度的改革中,尤其要注重对于程序公正的遵守。”第三篇是宋朝武教授撰写的《小额诉讼程序的宪法解释及程序设计》,在民事诉讼法修改的讨论中,有学者提出在简易程序中增加相关程序规定的内容,甚至有学者认为既然已有简易程序,就没有必要设立小额诉讼程序。该文以此问题作为切入点,从宪法的角度对小额诉讼程序设立的必要性进行探讨,并在此基础上提出设立小额诉讼程序的若干设想。第四篇是韩波副教授撰写的《民事诉讼率上升突变的影响因素分析》,通过对民事诉讼率上升突变的影响因素的分析,系统论述了我国民事诉讼的诸多现实问题与解决之道,颇具启发性。

“诉讼实务研究”栏目刊登了四篇文章。由陈光中教授、卞建林教授和顾永忠教授共同就社会广泛关注的“广西北海四律师案”“会诊”其是非曲直,探讨其中的因果原委。陈卫东教授与孙皓博士生就人民监督员运行状况进行了深入细致的探讨,该报告数据翔实、论证充分,通过实证分析指出:“我国还没有进入公民社会,想实现广大民众争先恐后去参与司法活动之图景,尚有很长一段时间的路要走。以现有的社会观念和经济水平,人民监督员制度现有的成绩还是非常值得肯定的。毕竟,该项制度从无到有才经历了短短七年

的时间，而人民监督员办公室的同志们更是以一种‘白手起家’的勇气和魄力，让其逐步走入正轨，这是值得尊重的。因而，现在完全没有必要对这项制度给予太多的苛求，而是应当用理性、客观的态度去审视和评价它。”顾永忠教授及左宁博士生、王颂勃博士生通过对300名犯罪嫌疑人、被告人的问卷调查，展示了我国刑事诉讼运行现状的一个侧面，文章指出，外来人口犯罪在当地犯罪中占据相当高的比例，需要高度重视、研究和解决相关的问题；随着法治的进步，保障当事人诉讼权利的意识都大有提高；但我国刑事诉讼中律师参与辩护的比例还很有限，应当在立法上逐步扩大刑事法律援助的对象和范围，同时还要探索通过其他途径，为更多的犯罪嫌疑人、被告人提供法律援助。赵旻博士从中国信达资产管理公司沈阳办事处与中国中钢集团公司保证合同纠纷案入手，深度分析了消极确认之诉的相关问题。

“外国诉讼制度”栏目刊载了一篇颇具资料价值的文章，即廖中洪教授的《法国民事间接强制执行制度研究》。该文对法国的民事间接强制执行制度进行了深入细致的分析，为我国民事诉讼法的修改提供了宝贵的域外经验。

“博士生论坛”栏目刊载了两篇博士生的学术论文。一篇是李晶博士生撰写的《范式构建视野下的刑事和解探究》，该文首先对刑事和解的内涵进行了解读，提出了颇具新意的观点，同时分析了刑事和解的基本原则，指出自愿原则、司法保障原则与利益平衡原则的重要性，进而考察了德国、法国、美国、新西兰、俄罗斯等国的域外制度，最后论证了我国刑事和解制度建立的正当性，并以此为基础提出了我国刑事和解的范式。另一篇是艾静博士生的《我国刑事被害人救助制度的现状及合理构建》。文章认为，刑事被害人救助制度对于被害恢复、有效防止新的加害、促进刑事诉讼活动顺利开展、保障人权、实现社会正义以及维护社会和谐稳定均具有很强的现实意义。在现有建立刑事被害人救助制度条件已基本成熟的情况下，应当从立法、救助原则、救助程序、资金来源、救助方式、救助主体和救助范围等方面来构建我国的刑事被害人救助制度。

“台港澳法制”栏目连续刊载许家源先生撰写的《我国台湾地区刑事侦查法制论略》下半部分。“诉讼法史”栏目连续刊载了但化强先生撰写的《西方刑事正当程序、对质权的起源与发展》的第二部分。这两篇文章均具有较强的资料价值。“外国法译评”栏目刊

载了一篇学术论文和美国的两个法案，对我国学界研究错误定罪、刑事被害人赔偿和替代性纠正解决机制，具有积极的启发意义。“学术资料建设”栏目刊载了何锋女士有关重点研究基地诉讼法学专业资料的建设与发展的文章，具有重要的参考价值。

卞建林

2012年1月18日于北京

目 录

主编絮语	1
------	---

刑诉法修改专论	1
---------	---

我国刑事证据制度的新发展 樊崇义	1
------------------	---

一、证据概念和种类的发展和完善	3
-----------------	---

二、我国刑事证据规则体系的框架初步形成	3
---------------------	---

三、非法证据排除规则的确立	7
---------------	---

四、证据适用规范中的程序法定	9
----------------	---

依法治国与刑事辩护 熊秋红	19
---------------	----

一、厉行法治与刑事辩护	19
-------------	----

二、刑事辩护的现状考察	21
-------------	----

三、刑事辩护的改革趋向	23
-------------	----

四、刑事辩护的前景展望	25
-------------	----

建立中国刑事辩护准入制度的思考 冀祥德 杨瑞清	30
-------------------------	----

一、刑事辩护准入制度供需分析	31
----------------	----

二、建立中国刑事辩护准入制度的基本思路	40
---------------------	----

重大课题成果精粹	50
----------	----

论司法能动 卞建林 栗 峥	50
---------------	----

一、司法能动的概念与特征	50
--------------	----

二、选择司法能动的现实依据	54
---------------	----

三、正确定位与完善能动司法	57
---------------	----

论刑事司法实体公正和程序公正 杨宇冠 孙 军	60
一、刑事司法实体公正研究	60
二、刑事司法程序公正研究	64
三、刑事司法实体公正与程序公正的关系	72
小额诉讼程序的宪法解释及程序设计 宋朝武	75
一、对简易程序作用及其局限性的思考	75
二、利用小额诉讼程序的权利与宪法的关系	78
三、宪法原则下小额诉讼程序的制度设计	80
四、构建我国小额诉讼程序的具体建议	81
民事诉讼率上升突变的影响因素分析 韩 波	85
一、民事诉讼率的上升突变	85
二、新世纪前十年的政策导向与制度建设的偏重	88
三、民事诉讼率上升突变与制度“推手”	92
四、民事诉讼率上升突变与金融危机	95
诉讼实务研究	108
广西北海四律师案“三人谈” 陈光中 卞建林 顾永忠	108
话题一：本案的事实问题	108
话题二：本案的法律问题	111
话题三：律师辩护制度	112
人民监督员运行调研报告 陈卫东 孙 皓	114
一、人民监督员制度的基本概况	114
二、人民监督员制度在 SH 省的运行概况	121
三、目前的主要问题	131
四、结语	136
我国刑事诉讼运行现状的一个侧面	
——以 300 名犯罪嫌疑人、被告人为对象的实证研究 顾永忠 左 宁 王颂勃	137
一、300 名被告人的基本情况	138
二、300 名犯罪嫌疑人、被告人的诉讼进展情况	139
三、犯罪嫌疑人、被告人在诉讼中了解并获得律师辩护的情况	143
四、被告人在审判阶段自我辩护的情况	146

五、律师为被告人辩护的情况	148
六、一审判决及采纳辩护意见的情况	151
七、对律师辩护工作的评估	156
八、结语	159
消极确认之诉初探	
——评中国信达资产管理公司沈阳办事处与中国中钢集团 公司保证合同纠纷案 赵 旻	160
一、案例背景	160
二、本案焦点	161
三、消极确认之诉的功能和现状	161
四、消极确认之诉的诉权基础	163
五、消极确认之诉的证明责任分配	164
六、本案价值	167
外国诉讼制度	169
法国民事间接强制执行制度研究 廖中洪	169
一、法国民事间接强制执行的历史与发展	169
二、法国的民事间接强制执行制度	172
三、影响法国民事间接强制执行制度的原因及其理论思想	182
博士生论坛	190
范式构建视野下的刑事和解探究 李 晶	190
一、刑事和解的涵义解读	190
二、刑事和解的基本原则	192
三、域外刑事和解的模式考察	194
四、我国刑事和解的正当性分析	198
五、我国刑事和解的范式构建	200
我国刑事被害人救助制度的现状及合理构建 艾 静	207
一、刑事被害人救助制度概述	208
二、我国刑事被害人救助制度现状	211
三、我国刑事被害人救助制度的完善	215
四、结语	221

台港澳法制

222

我国台湾地区刑事侦查法制论略(下) 许家源	222
第三章 侦查机关与侦查程序之开启	222
第四章 常用于侦查阶段之侦查方法	230
第五章 兼用于证据调查之侦查方法	270
第六章 侦查之终结	279

诉讼法史

288

西方刑事正当程序、对质权的起源与发展(中)	
——以帝国后期罗马法与中世纪教会法为中心 侶化强	288
三、教会法的传统审判模式与奥古斯丁布道篇 351、 教皇格里高利一世教谕发布:西方教会法正当程序、 对质权的基石	288
四、9世纪造假者伪造的《伪艾西多尔教令集》:正当程序、 对质权的升华和巅峰	299
五、9—12世纪教会法正当程序的发展:正当程序、 对质权的普及	309

外国法译评

330

错误定罪:对抗制与讯问制的观察 肯特·罗奇(Kent Roach)著 王颂勃译	330
引言	330
一、错误定罪的常见原因:对抗制与讯问制的观察	334
二、错误定罪的救济措施:对抗制与讯问制的观察	341
三、一些讯问制启发下的错误定罪救济措施	354
四、结论	367
美国无辜者保护法(2004) 林喜芬 黄欣 陈橙译	369
第A节 通过DNA检测开释无辜者	369
第B节 提高州死刑案件的代理质量	379
第C节 错误定罪的赔偿	386

美国替代性纠纷解决法 何 磊 译 387

第 651 节 对替代性纠纷解决的授权 387

第 652 节 管辖权 390

第 653 节 中立调解员 391

第 654 节 仲裁 391

第 655 节 仲裁员 392

第 656 节 传票 393

第 657 节 仲裁裁决和判决 393

第 658 节 仲裁员和中立调解员的补偿 394

学术资料建设 395

重点研究基地诉讼法学专业资料的建设与发展 何 锋 395

一、依据教育部要求建设诉讼法学专业资料室 395

二、诉讼法学专业资料室的发展 399

● 刑法修改专论

我国刑事证据制度的新发展

樊崇义*

2008 年中共中央颁布了《关于深化司法体制和工作机制改革若干问题的意见》，这是一份我国于 2004 年第一轮司法改革基础上的第二轮司法改革的决定，它是推进我国司法民主进程的行动纲领。该文件就刑事诉讼证据制度改革问题明确指出，完善刑事诉讼证据制度，明确证据审查和采信规则以及不同诉讼程序的证明标准等。完善非法证据排除制度，明确非法证据排除的范围、证明责任、审查程序和救济途径等。完善证人、鉴定人出庭制度和保护制度，明确侦查人员出庭作证的范围和程序。

近年来，在中共中央上述决定的指导下，中央各政法部门广泛深入调查研究，按照中央关于深化司法体制和工作机制改革的总体部署，认真总结了适用刑事证据的经验，尤其是吸收一些错案的教训，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部和司法部于 2010 年 6 月 13 日联合制定了《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》和《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》（以下简称《两个规定》），并于 2010 年 7 月 1 日正式实施。在《两个规定》贯彻实施的基础上，按照全国人大关于修改刑事诉讼法的立法计划，对《两个规定》中的许多内容，立法者给予高度关注，其中多项涉及证据制度改革的内容已在全国范围内征求意见，达成共识。我国刑事证据制度改革的力度和向前推进发展之势，同

* 中国政法大学教授。

刑事诉讼法关于证据制度原则性的八条^①规定相比,已经大大地向前发展了一步!

① 第四十二条【证据及其种类】证明案件真实情况的一切事实,都是证据。

证据有下列七种:

- (一) 物证、书证;
- (二) 证人证言;
- (三) 被害人陈述;
- (四) 犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解;
- (五) 鉴定结论;
- (六) 勘验、检查笔录;
- (七) 视听资料。

以上证据必须经过查证属实,才能作为定案的根据。

第四十三条【证据收集的一般原则】审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序,收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。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。必须保证一切与案件有关或者了解案情的公民,有客观地充分地提供证据的条件,除特殊情况外,并且可以吸收他们协助调查。

第四十四条【运用证据的原则】公安机关提请批准逮捕书、人民检察院起诉书、人民法院判决书,必须忠实于事实真相。故意隐瞒事实真相的,应当追究责任。

第四十五条【向单位和个人收集证据】人民法院、人民检察院和公安机关有权向有关单位和个人收集、调取证据。有关单位和个人应当如实提供证据。

对于涉及国家秘密的证据,应当保密。

凡是伪造证据、隐匿证据或者毁灭证据的,无论属于何方,必须受法律追究。

第四十六条【重证据、重调查研究、不轻信口供原则】对一切案件的判处都要重证据,重调查研究,不轻信口供。只有被告人供述,没有其他证据的,不能认定被告人有罪和处以刑罚;没有被告人供述,证据充分确实的,可以认定被告人有罪和处以刑罚。

第四十七条【证言的审查判断】证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方讯问、质证,听取各方证人的证言并且经过查实以后,才能作为定案的根据。法庭查明证人有意作伪证或者隐匿罪证的时候,应当依法处理。

第四十八条【证人的资格与义务】凡是知道案件情况的人,都有作证的义务。

生理上、精神上有缺陷或者年幼,不能辨别是非、不能正确表达的人,不能作证人。

第四十九条【证人及其近亲属的保护】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。

一、证据概念和种类的发展和完善

（一）证据的概念

我国《刑事诉讼法》第42条规定，“证明案件真实情况的一切事实，都是证据”。对于这一规定普遍认为缺陷有二：一是关于“真实”二字的称谓，证据材料进入诉讼，有真有假，所以第42条最后1款还规定：“以上证据必须经过查证属实，才能作为定案的根据。”因此，把证据笼统地定位为“真实”，于客观情况不符，所以这次刑事诉讼法的修改，已达成共识，把“真实”二字从概念中删去。二是把证据说成是“一切事实”，已落后于时代的发展，基于社会之进步、科学技术水平之提高，尤其是电子数据证据的出现，各类各种信息资料在诉讼中的运用，大家一致意见要把“一切事实”，修订为“各种信息资料”。基于以上两点变化，把证据的概念修订为“能够证明案件情况的一切信息资料，都是证据”。

（二）证据的种类

鉴于科学技术的发展，各种信息资料在诉讼中的运用，证据的表现形式及种类呈不断扩大之势，拟将电子数据证据单列为一种独立的证据，把刑事证据的八种形式增至九种。考虑到辨认笔录、搜查笔录，庭审笔录等在诉讼进程中生成的各种资料，还有侦查讯问录音录像等在刑事诉讼中广泛适用，关于证据种类的规定不易封死，在《刑事诉讼法》第42条规定中，增加一个灵活的条款，即规定“其他用于证明案件事实的材料”，以便于诉讼的顺利进行。另外，关于“鉴定结论”证据的称谓，鉴于司法实务中，鉴定人怎么说就怎么定，重鉴定结论轻其证据的适用，把鉴定结论神秘化、绝对化，还鉴于鉴定结论的科学性、准确性受到科学技术发展和设备的制约，因此，拟将鉴定结论的名称，修订为“鉴定人的意见”。综上，关于证据的概念和种类的修订意见，使我国刑事证据的概念更加科学，种类更加齐全而又完备，这是我国刑事证据制度的一大发展。

二、我国刑事证据规则体系的框架初步形成

“没有规矩，不成方圆；没有规则，无以证明。同日常生活中的证明相比，司法证明的重大不同在于有着丰富的人为规则。无论是取证、举证、质证，还是认证，无不是在既定规则的框架下进行。

英美法系国家的证明规则迄今为止已经蔚为大观；大陆法系国家自20世纪中期以来也确立了不少证明规则；我国则仍处在初创证明规则的阶段，未来构建证据规则任重道远。”^①

中央关于司法改革的决定中，把证据规则特别是非法证据排除规则的确立，作为证据改革的一项重要任务。《两个规定》根据中央司法改革的决定，总结了我国刑事司法的经验，以及实务工作的客观所需，比较系统地初步建构了我国刑事证据规则体系。我认为可以将这一体系分为两类：一是规定中明确规定，已经形成条文化的证据规则；二是审查判断证据的程序中所体现出的证据规则。

第一类证据规则有四项：1. 非法证据排除规则。《两个规定》之一就是“非法证据排除的规定”，它不仅明文确立了“非法证据排除”规则，而且还对什么是“非法”、非法证据排除的范围和排除的程序一一作了明确具体的规定。2. 证据裁判原则。《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》第2条规定“认定案件事实，必须以证据为根据”。3. 程序法定原则。《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》第3条规定：“侦查人员、检察人员、审判人员应当严格遵守法定程序，客观、全面地收集、审查、核实和认定证据。”4. 证据质证原则。《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》第4条规定，“经过当庭出示、辨认、质证等法定调查程序查证属实的证据，才能作为定罪量刑的根据”。

以上四项规则，在《两个规定》中已经条文化。此四项规则不仅是我国刑事司法运用证据经验的科学总结和升华，更重要的是在立法上有突破、有创新。证据裁判原则是对《刑事诉讼法》第3条关于“人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼，必须严格遵守本法和其他法律的有关规定”这一规定的突破。因为程序法定原则不仅包含“严格遵守法律问题”，更重要的内容是要充分地认识到“证据问题也是程序问题”，以及证据的收集、保管、保全、移送、返还、出示、质证、认定等各个环节都是一个严格的行为规范和法定程序问题。这一原则的确立把诉讼证据的立法、守法、执法全部囊括其中，它是正当法律程序原理在证据法中的具体运用和体现。非法证据排除规则的形成和确定，如前所述更是我国民主与法

^① 何家弘：《证据法学》，法律出版社2008年版，第343页。