

XINGSHISUSONG DE
XIANDAIHUA

刑事诉讼的现代化

卞建林·著

中国法制出版社

XIUSUSONG DE
XIANDAIHUA

刑事诉讼的现代化

卞建林·著

中国法制出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事诉讼的现代化/卞建林著. —北京: 中国法制出版社, 2003.6

ISBN 7 - 80182 - 027 - 4

I. 刑… II. 卞… III. 刑事诉讼 - 现代化
IV. D926.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 084480 号

刑事诉讼的现代化

XINGSHI SUSONG DE XIANDAIHUA

著者/卞建林

经销/新华书店

印刷/河北省涿州市新华印刷厂

开本/850 × 1168 毫米 32

印张/17.25 字数/424 千

版次/2003 年 6 月第 1 版

2003 年 6 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7 - 80182 - 027 - 4/D·993

定价: 32.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66062741

发行部电话: 66062752

编辑部电话: 66032924

邮购部电话: 66033288

读者俱乐部电话: 66026596

目 录

第一章 依法治国与刑事诉讼	(1)
第一节 依法治国与刑事诉讼的关系	(1)
一、刑事诉讼法在国家法制中居重要地位	(1)
二、刑事诉讼在国家法治活动中居重要地位	(4)
第二节 程序正义是刑诉法治的价值目标	(6)
一、刑事诉讼程序价值的概念及相关理论	(6)
二、正确认识刑事诉讼程序工具价值与独立价值 的关系	(12)
三、实现程序正义是贯彻刑诉法治的“必由之路”	(14)
第三节 公正司法是刑诉法治的必然要求	(20)
一、公正是司法的核心	(20)
二、公正司法是刑诉法治的必然要求	(22)
第四节 改革、完善刑事诉讼程序，贯彻实施联合 国刑事司法准则	(29)
第二章 中国刑事司法的现代化图景	(35)
第一节 对中国刑事司法现代化图景的开放性考察	(36)
一、以社会整体发展的视角对中国刑事司法现代 化图景进行考察	(36)
二、以全球化视角对中国刑事司法现代化图景进 行考察	(39)
三、全球化视野中传统与现代的话语交流	(41)
第二节 双重视角下中国刑事司法现代化图景的价	

2 刑事诉讼的现代化

值取向分析	(45)
一、现代社会的主体性与刑事司法中的人权彰显	(46)
二、现代社会的程序性与刑事司法中的程序正义	(48)
第三节 中国刑事司法应然价值实现之可能：实然	
条件之分析	(53)
一、经济市场化	(53)
二、权力内敛化	(55)
三、社会市民化	(57)
第四节 中国刑事司法现代化图景的最佳参照系：	
联合国刑事司法准则	(59)
一、联合国刑事司法准则之精神与现代社会的主 体性及程序性特征相契合	(61)
二、联合国刑事司法准则的普适性	(64)
第三章 罪刑法定的程序性要素	(69)
第一节 从罪刑法定的历史探讨程序的独立价值	(71)
一、法律的正当程序：柯克和《大宪章》	(72)
二、立法程序的正当性：洛克、孟德斯鸠	(76)
三、法律适用程序的正当性：贝卡里亚、费尔巴 哈	(78)
四、罪刑法定对程序的依赖	(80)
第二节 罪刑法定在现代法律中的体现	(84)
一、罪刑法定在大陆法系的表现形式	(85)
二、罪刑法定在英美法系的表现形式	(87)
三、两大法系的融合	(92)
四、罪刑法定与法程序化	(94)
第三节 罪刑法定与司法制度	(95)
一、司法独立的含义	(97)
二、司法独立的外在要求	(99)

三、司法独立的内在要求	(101)
第四章 联合国刑事司法准则与中国刑事法制	(105)
第一节 联合国刑事司法准则与我国刑事司法改革	(105)
一、联合国刑事司法准则的形成与发展	(106)
二、我国在贯彻联合国刑事司法准则上的一贯立场	(123)
三、贯彻联合国刑事司法准则，推进我国刑事司法改革	(132)
第二节 联合国刑事司法准则与中国刑事法制：无罪推定	(152)
一、无罪推定的法律渊源	(152)
二、无罪推定的基本涵义	(154)
三、无罪推定的历史发展	(160)
四、无罪推定在中国的适用	(164)
第三节 联合国刑事司法准则与中国刑事法制：刑事法律援助	(167)
一、联合国刑事法律援助准则之确立	(167)
二、联合国刑事法律援助准则之内容	(170)
三、中国刑事法律援助制度的创建和发展	(175)
第五章 美国刑事诉讼制度	(178)
第一节 宪法保障	(179)
一、获得律师帮助辩护的权利	(180)
二、获得迅速、公开审判的权利	(180)
三、由陪审团审理的权利	(181)
四、获得公正、公平审判的权利	(181)
五、与对方证人对质的权利	(181)
六、以强制手段取得于被告人有利证据的权利	(182)
七、反对自我归罪的权利	(182)

4 刑事诉讼的现代化

八、证明有罪必须排除合理怀疑的权利	(182)
九、防止双重危险的权利	(182)
第二节 诉讼程序	(183)
一、审前程序	(183)
二、审理程序	(188)
三、审后程序	(192)
第三节 证据规则	(193)
一、证据的相关性与可采性	(194)
二、证据的排除规则	(196)
三、证明责任和证明标准	(198)
四、特权	(199)
五、证据种类和证据分类	(201)
六、意见证据和专家证词	(203)
七、传闻证据规则和例外	(205)
第六章 司法独立与社会监督	(207)
第一节 司法机关独立行使职权的保障	(207)
第二节 个案监督研究：兼论人大审判监督的合理 取向	(210)
一、个案监督的现状与评析	(210)
二、个案监督与审判独立	(216)
三、个案监督与程序公正	(222)
四、对人大监督审判工作的几点思考	(225)
第三节 媒体监督与司法公正	(231)
一、媒体监督与审判公开	(231)
二、媒体监督与司法独立	(234)
三、媒体监督与司法公正	(237)
四、法庭录像与电视转播	(240)
第七章 起 诉	(244)

第一节 起诉监督	(244)
一、对起诉实行法律监督的必要性	(244)
二、外国对起诉监督的一些规定	(245)
三、完善我国起诉监督制度的设想	(249)
第二节 国家对自诉的规制和干预	(254)
一、合理确定自诉案件的范围	(255)
二、加强检察机关对自诉的监督 and 干预	(258)
三、强化审判机关在自诉中的主导作用	(266)
第三节 起诉制度的重大变革	(269)
一、扩大不起诉范围，取消免于起诉	(269)
二、限制补充侦查次数，完善审查起诉处理	(270)
三、采公、自诉双轨制，保护被害人权益	(270)
第四节 公诉实施问题	(272)
一、审查起诉问题	(273)
二、关于起诉时移送材料的范围问题	(277)
三、犯罪情节轻微案件的不起诉问题	(280)
四、证据不足不起诉的问题	(282)
五、关于不起诉决定的救济程序	(285)
第五节 起诉效力与审判范围	(291)
一、关于指控事实方面的效力范围	(292)
二、关于适用法律方面的效力范围	(296)
三、关于撤销、变更或追加控诉	(298)
第八章 审 理	(304)
第一节 公诉审查制度	(304)
一、关于公诉审查的设立	(304)
二、关于公诉审查的范围	(310)
三、关于公诉审查后的处理	(315)
第二节 直接言词原则与庭审方式改革	(318)

一、直接言词原则	(319)
二、直接言词原则与庭前审查	(321)
三、直接言词原则与庭审方式	(324)
四、直接言词原则与更新审判	(330)
第三节 集中审理与延期审理	(331)
一、集中审理之概念及诉讼价值	(331)
二、大陆刑事庭审程序概况	(334)
三、延期审理	(336)
四、关于完善集中审理与延期审理制度的 设想	(339)
第四节 刑事审判中的罪名变更	(341)
一、起诉的双向效力	(341)
二、两种实践——两种价值选择	(345)
三、我国的现状与设想	(350)
第九章 刑事证据法的一般理论	(355)
第一节 证据法学的研究对象和理论基础	(355)
一、证据法学的研究对象	(355)
二、证据法学的理论基础	(361)
第二节 刑事证据的一般理论	(368)
一、证据的概念	(368)
二、证据的特性	(369)
三、证据的意义	(375)
第十章 诉讼证明	(377)
第一节 诉讼证明：一个亟待重塑的概念	(377)
一、引言	(377)
二、诉讼证明的概念	(382)
三、证明主体与证明责任	(395)
四、证明对象与证明标准	(407)

第二节 刑事证明主体新论：基于证明责任的	
分析	(429)
一、证明主体的内涵与外延	(430)
二、刑事证明主体之辨析	(432)
第三节 刑事证明责任的分配与转移	(444)
一、引言	(444)
二、刑事证明责任的分配	(447)
三、刑事诉讼中证明责任的分担	(464)
四、刑事证明责任的转移	(493)
第四节 刑事被告人证明责任	(501)
一、特定情况下被告人承担证明责任的理论依据	(501)
二、外国和港台关于特定情况下被告人承担证明	
责任的规定	(504)
三、我国刑事诉讼中被告人应当承担证明责任的	
情形	(508)
第十一章 我国刑事证据立法	(520)
第一节 中国刑事证据立法的理念与路径	(520)
一、证据制度的理论基础	(520)
二、证据制度的基本范畴	(526)
三、证据立法的合理规划	(530)
第二节 关于建立和完善我国证据规则的思考	(535)
后记	(541)

第一章 依法治国与刑事诉讼^①

江泽民同志在中国共产党第十五次代表大会的报告中,从继续推进政治体制改革的高度,第一次把“依法治国、建设社会主义法治国家”,作为党领导人民治理国家的基本方略在党的代表大会上郑重提出。这是我国治国方略的重大飞跃,为推进我国社会主义民主法制建设、完善我国司法体制提出了新的纲领和目标。刑事诉讼在国家法律制度和依法治国活动中占据特殊、重要的地位,直接体现了一国民主、法治的程度和人权保障的状况,因此刑事诉讼的完善与发展必然成为依法治国、建设社会主义法治国家的一个重要方面。我国法治化的进程实际上是从十一届三中全会开始的,值此纪念关于实践是检验真理惟一标准的讨论及十一届三中全会二十周年之际,本文试对依法治国与刑事诉讼的关系和刑事诉讼制度的改革完善作初步的探讨。

第一节 依法治国与刑事诉讼的关系

一、刑事诉讼法在国家法制中居重要地位

刑事诉讼法在国家基本法体系中位居第一层次,构成国家法

① 本文原文载于陈光中、江伟主编:《诉讼法论丛(第2卷)》,法律出版社1998年版,与李菁菁合作。

2 刑事诉讼的现代化

律的基本部分。按照近现代西方法治理论,宪法是国家的根本大法,具有最高的法律地位,它被视为“公民同国家之间签订的契约”。^① 自从国家产生以后,公民就在国家的召唤下将自己的一部分自然权利出让给国家,这种出让的前提和目的是为了公民所剩余的权利和自由得到由若干个人权利累积起来的更为强大得多的国家权力施予更为有效、可靠的保障。为了使这一目的得以实现,国家和公民之间签署了同样约束于他们的社会契约,即国家宪法,从而使宪法成为公正权利的基本法律保障。我国宪法是广大人民群众整体意志和利益的最高体现,它明确规定:我国是工人阶级领导的、以工农联盟为基础的,人民民主专政的社会主义国家。国家的一切权力属于人民。为保障人民实现当家作主,宪法赋予公民广泛的权利,并为其提供了最高的法律保护。可见一国宪法最大限度地体现了“人民的公意”,是国家对公民享有和充分行使自由、民主、权利的法律承诺和保障。^② 而刑事诉讼法的实施与公民的民主、自由、权利紧密相关,直接涉及到公民最根本的宪法保障。国家必须在诉讼中就它和公民的合法权益进行权衡,并作出选择。国家在权衡和选择时必须履行它对公民作出的宪法性承诺,保障专门机关在诉讼中依法正当行使职权,并对公民的尊严和人权给予尊重和保护,保障公民得到正确的追究和适度的惩罚。鉴于刑事诉讼法与宪法之间这种极为密切的联系,就使得若干宪法性原则直接适用于刑事诉讼,成为刑事诉讼法的基本原则,也使得刑事诉讼法的若干规定上升到宪法的高度,具有最高的效力和权威。例如美国宪法前十条修正案,称为“权利法案”,其内容均为刑事诉讼的基本原则,为被告人提供了宪法性保障。加拿大的《公民自由与权利宪章》也对刑事诉讼起直接指导作用。可见刑事

① [英]哈特著:《法律的概念》,中国大百科全书出版社1996年版,第273页。

② 刘全德主编:《西方法律思想史》,中国政法大学出版社1996年版,第28页。

诉讼法的地位和效力应当仅次于宪法,在国家基本法律体系中位于第一层次,构成国家法律的基干部分。

从一定意义上讲,刑事诉讼法又是一部人权保障法,其直接标志着—个国家政治民主、司法文明的程度及人权保障的状况,在国家法制中占有特殊、敏感的地位。刑事诉讼法的功能之一是保障、规范国家刑罚权的具体运作乃至最终实现。刑罚权是国家对公民所动用的最为严厉的惩戒权,这一权力行使的过程以及最终实现的结果,都会对公民的人权造成限制甚至剥夺,因此一旦这一权力偏离了法律和正义的轨道,就会导致对人权的践踏和对法治的蔑视,使人们对司法丧失信心,造成恶劣后果。所以刑事诉讼法不能把惩罚犯罪作为其惟—的目的,还必须将保障人权确立为积极追求和必须实现的理念价值目标。从这一意义上讲,刑事诉讼法也是一部人权保障法,其人权保障功能主要体现在3个方面:

(1) 保障广大人民群众的人权。犯罪是对社会和广大人民群众正常生活、合法权益最严重的破坏和侵犯,因此刑事诉讼法必须设置和保障准确、及时、有效查明、惩罚犯罪的追究机制,加大打击犯罪的力度,从而保障社会长治久安和广大人民群众的人权,这是集体化了的人权,其与惩罚犯罪的目标—致。

(2) 保障无辜者的人权。刑罚是国家对公民最严厉的制裁和惩罚,因此只能对“罪有应得”者实施,如果殃及无辜,就会摧毁法律的正义,造成对法治的破坏,因此刑事诉讼法确立了一系列重要的原则、制度,并在具体程序设置上力求严谨、缜密,以保障无辜的人不受错误的刑事追究,维护无辜者的人权。

(3) 保障诉讼参与人的人权。国家专门机关不是刑事诉讼的惟—主体,除此之外还有诉讼参与人,特别是与案件结果有利害关系的被害人、犯罪嫌疑人、被告人,他们都是刑事诉讼主体,共同决定着诉讼的进程。然而诉讼参与人难以与专门机关相抗衡,其个人合法权益往往得不到专门机关的重视和保障。因此刑事诉讼法

4 刑事诉讼的现代化

必须注重保障诉讼参与人的人权,赋予其广泛的诉讼权利和必要的法律救济手段,制约、监督司法职权的公正行使,这是一个国家诉讼文明、民主的重要标志。

在刑事诉讼法对上述人权的保障中,后两者更为重要,构成“诉讼中的人权保障”,成为当今世界各国关注的焦点。从上述分析来看,刑事诉讼法在国家法制中占有特殊重要的地位,它的完善与发展是国家法制完备的重要表现,是实现动态“法治”的重要前提。

二、刑事诉讼在国家法治活动中居重要地位

刑事诉讼是国家权力运作方式法治化的重要表现。刑罚权是国家权力的重要组成部分,其通过惩罚犯罪来维护国家安定和人民生活的正常进行,并起到预防犯罪和教育公民的功能。刑事诉讼是国家刑罚权具体行使乃至最终实现的动态过程,也就成为国家权力活动的一个重要表现。依法治国方略的提出,要求国家治理活动,尤其是权力活动的运作必须受到法律的规约,不能恣意于法制的堤坝之外。刑事诉讼正是通过设置若干程序,并规定诉讼参与人对这些程序的积极参与,以及通过诉讼阶段间的衔接与制约等,规范国家刑罚权依法公正行使,防止权力异化。由此可以说刑事诉讼是国家权力运作方式法治化、全面实现依法治国的重要表现。

刑事诉讼也是依法司法、整肃执法、实现司法公正的重要方面。刑事诉讼不仅是体现国家意志的权力活动,也是重要的国家司法活动,依法治国要求司法活动要严格依法进行,加强执法力度,杜绝执法环节中的随意性和非法专断,实现公正司法。刑事诉讼的程序价值正在于保障裁判者的中立和公正,以及诉讼参与人对程序的充分参与和对裁判结果的积极影响,并对专门机关的随意、专断、权力异化设置了重重障碍和程序惩罚机制,其有利于促

使刑事司法活动依法进行,实现程序和裁判公正的最大化,增强公众对司法的尊重和信任,从而为实现“依法治国”作出重要贡献。

刑事诉讼还是发扬社会主义民主,尊重、保障人权的重要体现。正如前面所述,刑事诉讼的过程和结果都与人权保障密切相关,直接反映着一个国家政治民主、司法文明、人权保障的程度。邓小平同志曾经指出“法治”的概念,是民主和法制相结合,民主是本质,法制是保障。我国的依法治国以发扬、健全社会主义民主为主要内容,这必然要求刑事诉讼充分发挥其人权保障功能,增强诉讼的民主性和科学性。当今刑事诉讼的发展趋势是注重诉讼中的人权保障,符合国际社会公认的最低标准,做好这一工作将全面推进国家民主发展的进程,为建设法治国家奠定基础、准备条件。

可见,刑事诉讼活动在国家法治建设中处于十分重要的地位,其自身民主、科学、文明与否是全面实现“依法治国”的重要标志。

依法治国是党中央确定的基本治国方略,必将对国家生活的方方面面产生深远的影响。具体到刑事诉讼中,依法治国要求探索、发掘作为国家法治建设重要组成部分的程序法的独立、特有价值以及刑事诉讼活动的客观规律和发展趋势;最大限度地均衡、协调国家和公民在诉讼中的利益冲突和矛盾;实现诉讼中的民主和人权保障、规制国家权力的依法行使;充分发挥刑事诉讼法的理性指导作用,规范刑诉活动的依法有效进行。为了实现上述目标,依法治国还要求逐步推进刑事司法改革,贯彻联合国刑事司法准则,为我国加入《公民权利和政治权利国际公约》、顺应刑事诉讼国际发展趋势做好充分准备。

总体而言,依法治国对刑事诉讼的理性要求主要表现在以下方面:第一,实现程序正义,发挥刑事诉讼程序的内在独立价值,纠正“重实体轻程序”的错误认识和做法;第二,实现公正司法,整肃执法队伍,惩治司法腐败,纠正不正之风;第三,改革刑事诉讼机制,完善刑事诉讼程序;第四,借鉴国外有益经验、先进制度,逐步

贯彻联合国刑事司法准则。下面就这些问题分别予以阐述。

第二节 程序正义是刑诉法治的价值目标

一、刑事诉讼程序价值的概念及相关理论

价值,从哲学上说,是一个关系范畴,指在主体与客体的相互关系中,客体的存在、作用以及它们的变化对于主体需要及其发展的一种满足和适应,即对主体有益的、积极的作用。正如马克思所说:“价值这个普遍的概念是从人们对待满足他们需要的外界物的关系中产生的。”^①

刑事诉讼程序价值是指,在刑事诉讼程序主体和客体的相互作用和关系中,作为客体的程序对主体依照其内在需要而提出的应在刑事诉讼程序中予以实现和达成的某种理想和目标所努力给予的满足和实现。这一概念包含以下几层含义:第一,刑事诉讼程序价值是程序主体与程序之间的一种相互作用关系,主体与程序任一方面都不能单独构成程序价值。具体到刑事诉讼中,国家专门机关与诉讼程序的关系表现为,专门机关必须依照程序办理案件,接受程序的规范和制约;诉讼参与人与诉讼程序之间的关系则是,诉讼参与人根据诉讼程序规定参与诉讼,而诉讼程序的进行离不开诉讼参与人的依法参与。第二,刑事诉讼程序价值是程序对程序主体内在需求的一种满足与实现。在刑事诉讼中,国家专门机关对诉讼程序的需求是,依照程序惩罚犯罪,实现国家刑罚权,并且使其所做出的裁判得到被告人乃至社会公众的信服和遵从。面对国家专门机关的上述需求,诉讼程序的价值表现为,一方面保

^① 《马克思恩格斯全集》第19卷,第406页。

障司法职权的有效行使,准确及时查明、惩罚犯罪;另一方面规范、约束司法职权,净化裁判结果。同样作为程序主体的诉讼参与人则要求诉讼程序保障其在诉讼活动中受到公正的待遇。享有和行使充分的诉讼权利,其中当事人还要求诉讼程序确保其获得公正裁判,对此诉讼程序也应当给予满足和实现。第三,刑事诉讼程序价值必须对程序主体的不同需求进行协调和统一。程序主体对诉讼程序的需求受制于他的诉讼立场,不同的诉讼立场有着不同的、甚至是相互冲突、矛盾的诉讼需求。例如,人民检察院是国家公诉机关,负责依法追究犯罪,这决定其诉讼需求必然主要表现为惩罚犯罪;而被告人是受到刑事追诉的普通公民,他在诉讼中处于被动、不利的地位,因而他的诉讼需求则更多的是保障人权。诉讼程序对于诉讼主体间这些相互矛盾、冲突的需求必须进行协调、统一,最大限度地兼顾和实现各方利益。

刑事诉讼程序价值分为两个基本层面:一是工具性价值,指刑事诉讼程序对于满足程序主体的实体目标是否有用和有效的价值标准。这里实体目标是相对独立的,主要指实体正义、和平、安全、秩序等,实现这些实体目标相对于作为手段和工具的程序而言,是一种外在的更高目标和追求。刑事诉讼程序如果能满足和促成这些实体目标,就被认为具有一种作为手段和工具的价值。即刑事诉讼程序的工具性价值是从程序结果那里派生出来的,其本身不能超越于程序结果而独立存在。二是独立价值,又称为目的性价值,指刑事诉讼程序对于满足程序主体就程序本身提出的目标(程序性目标)能否有用、有效的价值标准。它是刑事诉讼程序内在的、本身固有的一种优秀品质。这种优秀品质与工具性价值相比,其对程序结果的影响是不同的,“即使公正、尊严和参与等(独立)