

二十一世纪法学热点系列

The
Probe into
*T*heory and Practice

诉讼法 理论与实践探索

P of
rocedural Law

- 主编/宋世杰 刘建军
- 执行主编/宁松

中国检察出版社

本书出版获得湖南省诉讼法重点学科和
湖南省长沙市雨花区人民法院的大力资助

诉讼法理论与实践探索

主 编 宋世杰 刘建军
执行主编 宁 松

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

诉讼法理论与实践探索/宋世杰, 刘建军主编. —北京: 中国检察出版社, 2006

ISBN 7-80185-657-0

I. 诉… II. ①宋…②刘… III. 诉讼法-法的理论-中国-文集
IV. D925.01-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 105468 号

诉讼法理论与实践探索

主编 宋世杰 刘建军

出版人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电子邮箱: zgjcbs@vip.sina.com

电 话: (010)68639243(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市巾画美凯印刷有限公司

开 本: A5

印 张: 19.75 印张

字 数: 546 千字

版 次: 2006 年 11 月第一版 2006 年 11 月第一次印刷

书 号: ISBN 7-80185-657-0/D·1633

定 价: 45.00 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

诉讼法理论与实践探索

The Probe into Theory and Practice of Procedural Law

主 编 简 介

宋世杰，男，1938年生，湖南长沙人，1961年毕业于原湖北大学（现中南财经政法大学）法律本科。长期从事法律实务工作，1983年调入湘潭大学任教，现任湘潭大学法学院教授、博士生导师，省诉讼法重点学科学术带头人，湖南省重点学科专家委员会委员。主要社会兼有：中国诉讼法学研究会名誉理事，湖南省诉讼法学会会长，曾任湖南省人大常委，中国法学会理事，湘潭市仲裁委员会副主任，省社科评审委员会委员，职称评定委员会委员等职。主要个人专著有《刑事诉讼理论研究》、《比较刑事诉讼法学》、《举证责任论》、《证据学新论》、《诉讼证据法学》、《刑事审判制度研究》、《中国刑事诉讼的发展与现代化》、《外国刑事诉讼法比较研究》等10部；主编教材有《刑事诉讼法学》、《诉讼证据法学》等26部，在《法学研究》、《中国法学》等刊物上发表学术论文110余篇。所讲授的《证据学课程》被评为国家精品课程，是享受国务院特殊津贴的专家，并在1998年被湖南省委、省政府授予“湖南优秀社会科学专家”称号。

刘建军，男，1957年生，中共党员，现任湖南省长沙市雨花区人民法院院长，毕业于中国人民大学。1980年9月至1992年10月，在长沙市中级人民法院工作，曾任经济庭副庭长，正科级审判员，法庭指导科科长。1992年10月起任长沙市原郊区人民法院副院长，1996年任长沙市雨花区人民法院副院长，2005年1月任长沙市雨花区人民法院院长至今。

诉讼法理论与实践探索

The Probe into Theory and Practice of Procedural Law

执 行 主 编 简 介

宁松，男，1972年出生，湖南株洲人，2002年湘潭大学法学院诉讼法学硕士研究生毕业，研究方向为刑事诉讼法学，获法学硕士学位，现任浙江警官职业学院讲师，2005年考入湘潭大学法学院，攻读诉讼法学博士学位，研究方向为刑事诉讼法学；参加国家自然科学基金课题2项，省部级科研课题2项，在《政治与法律》、《法学杂志》、《河北法学》、《犯罪与改造研究》等省级以上刊物上公开发表学术论文20余篇，参著《外国刑事诉讼法比较研究》，参编《刑事被告人概论》、《证据法学》等教材3部。

责任编辑/李小倩

《诉讼法理论与实践探索》

编 委 宋世杰 刘建军 何文燕
 胡肖华 廖永安 王远明
 张善燧 周世雄 易 前
 李 徽

主 编 宋世杰 刘建军

执行主编 宁 松

湖南省法学会诉讼法学专业委员会 2005 年理论研讨会综述（代序）

2005 年 11 月 18 日至 19 日，湖南省诉讼法学研究会 2005 年年会在长沙市雨花区人民法院召开，此次年会的议题为“构建和谐社会和三大诉讼法的修改”。共有 150 多名来自湖南省各高校和公、检、法、司的代表到会，大会收到论文 100 余篇。代表们围绕会议议题，进行了积极而富有成效的研讨，下面就此次年会研讨的主要问题介绍。

关于刑事诉讼

刑事诉讼组围绕构建和谐社会与刑事诉讼法的修改对于以下问题展开讨论：

一、基本理论

（一）理念

1. 刑事裁判共识性理念

宋世杰会长针对目前对抗制中存在的问题，在传统中庸思想与现实和谐社会理念背景下，提出应当确立刑事裁判共识性理念，认为刑事裁判活动中应追求诉讼各方形成共同认识作为裁判的基础，得到法律与社会认同，从而使裁判具有最大的兼容性，实现司法公正与社会效益。由于刑事裁判共识能够实现当事人双方求同的最大化，存异的最小化，具有各方最佳可接受性，因而是比对抗制更有

效的化解冲突、解决矛盾的方法，能够彻底平息利益争端，实现社会和谐发展。指出刑事裁判共识性实现的基本条件包括案件真实的发现、各方利益的妥协和法律认同。其实现的程序包括刑事证据二次开示程序、被告方三次答辩程序及与答辩相适应的四次协商程序。

2. “以人为本”思想

有代表认为刑事诉讼法的修改应当树立“以人为本”思想。对此，有代表认为，不能笼统地这么提，“以人为本”是近代西方的一种思想，以主体性哲学为其哲学依据，这里的“人”指“个人”，而这种思想在使人得到尊重，人的权利得以关怀的同时也导致个人主义、自私自利等现象，致使社会矛盾愈演愈烈。西方现代哲学在对这种主体性哲学进行反思后，建立了主体间性哲学，在关心自己利益的同时也顾及“他者”的主体地位与利益，倡导人与人之间的对话、交往、互动，最终实现人与人关系的和谐，社会的和谐。以这种哲学观为指导，“以人为本”中的“人”是指集体意义上的人，确切的说是“以社会为本”，当然兼顾个人利益。

（二）基本原则

1. 无罪推定原则

有代表认为，我国刑事诉讼法虽然确立了无罪推定原则的精神，但因在司法实践中遭遇各种障碍而不能完全贯彻，有罪推定、疑罪从轻、刑讯逼供等做法依然盛行。因而建议通过立法确立无罪推定原则，并建立侦查监督制度、控方举证规则、沉默权制度、非法证据排除规则等，探讨贯彻无罪推定原则的途径。有代表结合余祥林“杀妻”案，指出“有罪推定”的办案意识是造成该错案的根本原因，在当前中国，“无罪推定”原则的贯彻与落实需要三个基本的制度构建来作为支撑：确立任何人不受强迫自我归罪原则、非法证据排除规则和完善诉讼结构。有代表考察我国司法实践后，指出“疑罪案件”适用“从无”判决的，寥若辰星，真正实现“疑罪从无”的理论构想，应当转变“重打击，轻保护”的观念，

完善立法, 尽量减少由于法律本身的含糊不清而产生的疑罪, 并逐步完善司法体制, 保证人民法院依法独立行使审判权, 同时注意社会舆论的正面导向作用。

2. 依靠群众原则

有代表认为, 新形势下, 刑事侦查仍应坚持依靠群众原则。因为, 依靠群众能够及时发现犯罪线索、证据, 迅速揭露犯罪, 查获罪犯; 能够起到加强警力、确保安全、减少损失的重要作用; 有利于节约侦查资源、提高侦查效率等。在我国落实该原则应注意建立良好的警民关系、树立正确的权力观; 完善立法, 切实保障参与群众的人身、财产安全; 完善悬赏机制, 充分调动群众参与的积极性、主动性。

二、具体制度与程序

(一) 侦查程序与强制措施

有代表认为, 侦查程序的改革应坚持多元价值目标, 在吸纳西方先进理念与制度时, 尤其要关注法治发达国家近期的改革与发展走向, 并注意与中国实际国情相结合。检警关系仍应分立, 不应当一体化, 法院应当介入侦查程序。犯罪嫌疑人权利应予扩充, 同时要赋予侦查机关更多的侦查手段和方法, 立法上应明确侦查机关在法官授权的基础上, 可以进行秘密侦查。取消立案程序, 将侦查程序分为三个阶段: 接受登记、确认犯罪嫌疑人、侦查终结。有代表认为, 我国现行强制措施制度由于在程序设计上缺乏有效的司法控制, 使其在适用过程中显现出权利保障不足等弊端, 主张借鉴外国成功经验, 建立我国的司法审查制度, 建议在我国设立程序性法院, 专门负责签发令状, 决定强制措施的适用, 并且针对羁押, 设立羁押复查制度, 以保障被羁押人的合法权利。有代表就我国取保候审制度作了探讨, 认为取保候审具有权利和义务双重性质, 不应过分强调其中的任何一方, 而我国取保候审制度由于偏重于其义务

性上，导致两大尴尬局面：制度冷落和制度异化。为矫正取保候审制度偏移，达到制度和谐，应突出权利性质的制度设计，主要是通过司法审查和司法救济的设置而实现；同时，也应彰显义务性质，体现在取保候审方式的多样化和适用范围的规制上。将取保候审与监视居住合并，增加定点居住方式。适用条件的设置以“有限的权利观”为原则，采用综合条件的形式，排除列举式的使用。

（二）辩诉交易

有代表指出，在我国有建构辩诉交易制度的必要性，包括它能够实现刑事诉讼价值的基本要求，具有重大的社会效益；可以有效弥补简易程序的不足，更合理保护被告人的合法权益，解决疑难案件；使“坦白从宽，抗拒从严”的刑事政策落到实处；提高司法效率，解决当前的司法困窘等。而且，我国也具备建构辩诉交易制度的可行性，包括：辩护与代理制度的初步形成与不断完善，是借鉴辩诉交易的制度基础；市场经济的发展与契约观念的逐步深入人心是借鉴辩诉交易的经济文化基础等。因而主张在我国建构辩诉交易制度，提出我国辩诉交易制度的具体构想：对辩诉交易的适用做出相关的禁止性规定，如应禁止就罪名进行交易、未征得被害人同意不得交易等；对辩诉交易的适用范围做出明确规定，限于犯罪性质轻微的刑事案件；建立配套的司法审查和救济机制；改革和完善相应的刑事制度，如辩护制度、证据制度、扩大检察机关的自由裁量权、提高司法人员素质、改善司法环境等。但也有代表认为，辩诉交易制度本身存在局限性，如它背离了无罪推定原则、易使司法独立受到质疑、可能损害被害人的利益、实际上对被告人并不公平、降低了公众对司法的信任。并认为在我国引进辩诉交易制度会使刑事诉讼法的基本原则受到挑战、可能加剧司法腐败。并且在我国刑事诉讼中并没有形成契约观念、实用主义哲学观缺乏，所以在我国不具备引进辩诉交易制度的文化背景。因而反对引进辩诉交易制度。

(三) 刑事调解

有代表提出刑事调解制度以协商性司法理念为直接理论依据,通过被害人和被告人的对话、协商,在合意的基础上谋求控辩审三方都乐于接受的司法结果,能够极大地提高司法效率、迅速恢复社会关系,有助于和谐社会的建设。认为刑事调解虽然不能成为刑事案件处理的主流方式,但可以成为重要方式。分析我国刑事调解制度发现其缺陷,认为在借鉴德国、英国、法国、澳大利亚等国家刑事调解制度基础上,我国刑事调解制度应从以下方面完善:一是优化刑事调解适用原则。强化自愿原则、改合法原则为符合法律精神原则、废除事实清楚、分清是非原则。二是拓宽刑事调解的适用范围。刑事调解可以推广到未成年人案件、对于过失犯罪应也可以适用调解、对于犯罪性质轻微、被告人有悔罪表现的案件,可以适用调解。三是规范刑事调解的适用程序。将调解置于审判之前或审判的开始阶段、将刑事调解的参加者界定为法院、被害人及其代理人或者监护人亲属代表、被告人及其辩护人、监护人和亲属代表、其他与案件有关的人或者代表。由当事人提出申请,方可进行调解。更新与构建适应刑事调解制度生存的司法空间,如建立证据规则、完善证据开示制度等。

(四) 证据开示

有代表认为我国并不存在预审程序,直接导致证据开示、控辩协商、程序分流等一系列程序问题得不到解决,因而,以协商性司法为视角,重新审视国外的证据开示程序,提出建构我国阶段性证据开示的设想,这种阶段性证据开示主要应发生在侦查终结之时、检察机关审查起诉之时、法官庭前审查阶段,但次数不限于三次,可以进行多次开示。有代表分析最近引起广泛关注的几例错案,认为都是立错了案,提出证据开示可以提前至立案前,以尽早解决矛盾。

（五）暂缓起诉

有代表提出源于德国和日本的暂缓起诉制度符合刑罚人性化的国际发展趋势、有利于维护社会稳定，主张在我国引进缓诉制度。并对我国缓诉制度建构中进行了探讨，认为缓诉制度只能适用于未成年人案件，在具体操作上应当设置审查适用对象程序、审批程序、告知程序、监督程序、处理程序等。

（六）刑事附带民事诉讼

有代表提出我国刑事附带民事诉讼存在诸多问题，认为应从以下方面予以完善：明确人民检察院无权代表或代替其他单位行使附带民事诉讼起诉权、将民事部分应适用普通程序以及附带民事诉讼被告家在外地的案件排除在刑事附带民事诉讼范围外、对于刑事附带民事诉讼的提起应当限制在一定期限内、侵财案件中被害人提起附带民事诉讼法院均应受理、明确在逃的能够确定其身份住址的同案人员的监护人可以作为附带民事诉讼被告人、附带民事诉讼应当收取诉讼费等。

（七）死刑复核

有代表就死刑核准权收归最高人民法院后，如何保证死刑案件质量与效率发表了看法。认为，确保死刑案件质量首先应当明确规定诉讼程序各阶段的法律责任。第一、二审程序主要对案件的事实证据负责，复核程序对案件的程序和法律适用负责。其次，应全面公开死刑复核程序，包括死刑复核过程公开、死刑复核程序中相关证据材料公开、死刑复核案件审委会评议向检察机关公开、合议庭复核审理报告公开等。为确保死刑案件质量、效率，应当增加复核机构和人员、明确规定死刑复核期限等。有代表针对目前死刑复核程序的书面化、行政化等弊端，认为应当取消死刑复核程序，建构死刑案件的三审终审制。

三、证据制度

(一) 证人作证

有代表指出证人证言作为刑事诉讼中的证据类型之一,在认定案件事实方面往往起着重要作用,然而在司法实践中,证人出庭率很低,严重影响了人民法院审判活动的顺利进行。认为应当建立强制证人出庭作证制度,强制出庭的证人包括除未成年人、庭审期间患严重疾病或者行动极为不方便的证人、其证言对于案件的审判不起直接决定作用的证人。强制证人出庭作证制度的程序包括传唤证人出庭作证、宣誓或具结、真实陈述等。应当出庭而未出庭的法律后果包括:以拘传保障证人到庭接受询问;到庭的证人拒绝提供证言的,可以对其罚款、拘留,严重的可以设置“藐视法庭罪”罪名,追究其刑事责任。同时也指出,应当建立证人出庭的国家经济补偿制度、保护制度。有代表专门就我国证人保护制度的完善问题提出了自己的看法,认为:其一,法律应当明确证人的保护机关,在公安机关内设立一个证人保护办公室负责该项工作;其二,在受保护的對象方面,包括证人及其近亲属,以及与其关系密切的人;其三,预防性保护和惩罚性保护相结合。

(二) 当庭认证

有代表认为,当庭认证有利于实现程序公正、防止庭审走过场、提高诉讼效益。而在我国对于当庭认证存在认识误区,因而阻碍了其在我国的确立。指出建构我国当庭认证制度必须解决以下几个问题:首先,科学界定“当庭认证”的内涵,认为当庭认证的对象是所有的涉案证据材料;当庭认证的内容包括证据能力和证明力;当庭认证的主体是独任审判员或审判长;当庭认证的方式可以采取“一证一质一认”,“一组一质一认”,或是在综合全案证据基础上进行综合认证等多种方式;当庭认证的时间,应贯穿于法庭调

查、辩论、合议庭评议以及宣判的任一阶段。其次，提交审判委员会讨论决定的仅限于法律适用问题。最后，建立认证纠错机制，发现证据认证有错误的，应当及时纠正。有代表进一步明确指出，当庭认证非“当即认证”，如果对于证据有异议，经休庭调查，再回到法庭上经过双方辩论后，法官对于该证据的取舍做出判断的，也属于“当庭认证”。有代表建议在法院内设证据复议委员会，建立证据复核制度，保证认证的准确性与合法性。

关于民事诉讼

代表们主要围绕现今民事诉讼法修改之形势，从修订过程中必须坚持什么样的理念，在实际操作中又应该注意哪些具体细节等问题着手，对相关具体制度的建构、修改和完善，以及司法审判实践中所遇到的具体问题进行了热烈的讨论。

一、基本理论

（一）“以人为本”思想

有代表认为，民事诉讼法的修订必须坚持以人为本的指导理念并贯彻以人为本的思想，以往民事诉讼法在法院与当事人之间的权力、权利配置上出现了严重失衡，以人为本的人文关怀未能得到充分的体现。而在这次修订过程中，一切制度规范和政策措施都要以人为中心，从人性出发，考虑人的特点和实际需要，尊重人权，把人作为实质的主体。在维护法律普遍性的前提下，注重个人以及特定社会群体的利益，来实现形式正义与实体正义的平衡。同时，以人为本的理念还要求民事诉讼法的修订应注重当事人的程序主体性地位，以及注重实现当事人的实质性正义，在维护形式正义的基础上，注重对弱势群体进行倾斜性保护。

(二) 民事公诉权

有代表就民事公诉权的概念与属性作了分析,他通过对民事公诉权的概念进行统一界定,并对其本质和特征进行总结归纳。认为检察机关行使法律监督权与提起民事公诉并不矛盾,民事公诉权恰恰是检察机关法律监督权的具体体现和派生,为正在进行的民事公益诉讼和民事检察监督制度改革提供了理论上的参考。

(三) 法官自由裁量权

有代表以法官自由裁量权为视角,对如何在民事诉讼中实现对弱势群体的保护进行了论述,认为应当在“参加模式”下,通过法官自由裁量权在诉讼费用的缓、减、免,具体诉讼请求的确定,证据的提出和辩论等方面来达到对弱势群体保护之目的。

二、程序制度

(一) 民事审限制度

有代表从以公正和效率为主题的司法改革的背景入手,从当事人基本程序权保障的角度来审视我国的民事审限制度,分析此制度的缺失,进而提出了完善它的具体思路,从而使民事审限制度中对当事人基本程序权的保障真正体现追求公正和效益以及制约和监督权力的诉讼价值。

(二) 审前准备程序

有代表详细介绍了所在法院实施的“庭前准备中心”的审前准备程序的改革模式,以及其在强化庭审功能、切实保障当事人的诉讼权利、强化当事人在民事诉讼中的地位以及确保当事人的程序参与权和程序选择权的真正实现等方面起到的重要作用,为完善我国审前准备程序提供了实证素材。

（三）民事诉讼地域管辖制度

有代表对民事诉讼地域管辖制度之完善，提出了自己独到的见解，在对现行地域管辖立法进行评析的基础上，探讨其如何构建之完善，认为首先要科学地界分一般地域管辖、特殊地域管辖与专属管辖的关系；其次需进一步完善协议管辖；最后创造性地提出了要确立保护性管辖，切实加强对弱势群体的保护，以此使我国的地域管辖制度更加人性化、更有效地发挥其诉权保障功能，从而带动整个民事诉讼管辖制度的发展与完善。

（四）民事送达制度

有代表对我国民事送达制度进行了创造性的探讨：一方面重新审视现行法律规定的民事送达制度；一方面借鉴国外的先进做法积极探索，明确界定了送达程序选择权的内涵。并对送达期限、多元化送达方式以及相关的救济途径进行了分析，为在立法上设计出合理、公正、高效的送达规则提供了相当的支持。

（五）民事诉讼强制律师代理制度

有代表就我国民事诉讼强制律师代理制度之确立发表了自己的看法，他们认为从表面上看此制度似乎背离了私权自治的理念，但由于其适应了现代诉讼程序发展的需要，适应了程序公平等价值的需要，对于现代法治具有重要的推进作用。他们对此制度确立的必要性和可行性进行了深入的阐述，并就有关限制问题进行了探讨，提出了我国有必要在对其完善的基础上予以引进的观点。

（六）答辩失权制度

有代表就答辩失权制度的建构，提出了自己的观点，他们认为我国答辩失权制度的长期缺失，严重背离并损害了诚实信用原则、程序正义理念与诉讼经济的根本要求，因此建立答辩失权制度具有必要性和可行性。同时对其构建模式进行了认真的选择，并通过在

立法上确立完善举证时限制度, 实行集中审理模式与相关审判制度, 建立律师强制代理制度, 来对其运行的制度环境进行精心设计, 从而使答辩失权制度得以顺利建立并健康运行。

(七) 民事抗诉制度

有代表对我国现行民事抗诉价值取向之偏差进行分析, 认为维护审判权的独立和裁判的权威、保障当事人的诉权和处分权、维护司法公正和提高诉讼效率才是民事抗诉制度获得正当性的应然价值取向, 并主张我国的民事抗诉应当在此理念的指导下重构为有限抗诉制度。

(八) 民事诉讼法律责任

为了调整民事诉讼法律关系、维护民事诉讼法律程序, 有代表提出对于违反民事诉讼法的行为, 在法律责任方面应当有一个以程序性制裁为主体、实体性制裁为保障的综合性法律责任体系予以调整、规范。有代表从民事诉讼法律责任的内涵分析入手, 论证了确立此责任的正当性, 并分析我国现行民事诉讼法律责任制度的主要特点, 对此制度的完善提出了自己的看法与具体设计措施。

三、程序关系

(一) 调审关系

有代表分析了我国现行调审关系的诸多弊端, 认为我国调审关系重塑的关键是调审分离, 进而对调审关系中的调解主体、调审形式、调解程序与审判程序的交互性等问题作出了初步设想, 并提出了法院调解与当事人和解制度之“调和一体化”的以当事人合意为核心的解纷方式。

(二) 民事执行程序

有代表以“长沙模式”为研究考察中心, 对民事执行体制的