

第11卷

诉讼法论丛

PROCEDURAL LAW REVIEW VOL. 11

◆ 陈光中 江伟 / 主编

本卷要目

立法研究

【陈光中 陈永生 陈学权】

中国刑事诉讼法典第一编第一章“任务和基本原则”的修改建议稿和理由
理论研究

【马贵翔 李 剑】

公诉权概念的形成与启示

【秦策】

正当程序原则与被害人利益的权衡

【杨先恒】

香港特区对防止违法取得认罪供述机制及认定之研究

【张 力】

论阐明权的诉讼机制背景

【段厚省】

共同诉讼形态研究

外国法

【米尔伊安·R.达马斯卡 著 吴宏耀 译】

证据评价的原子模式与整体模式：比较法的考察

【程 雷】

美国《联邦调查局乔装侦查行动准则》评介与译文

【刘荣军】

美国变更判决制度简介

【杨 剑】

美国联邦民事诉讼中采用电子送达的新趋势

【朱伟东】

南非法院有关涉外金钱诉讼的管辖权规则

博士论文精要

【胡 铭】

司法民主的概念与理论支点

【谢文哲】

公司法上的纠纷与公司法上的诉

立法与实务

【刘 峥】

民事诉讼调解制度平衡论编

【徐 鹏】

判决“终局性”问题研究

【黄松有】

当前解决人民法院执行难问题的对策

【政玉英】

论执行和解

涉外民事诉讼

【谢新胜】

电子商务背景下的涉外民事协议管辖制度：挑战与应对

公益诉讼

【柯阳友 曹艳红】

论民事公益诉讼和行政公益诉讼的关系

行政诉讼法研究

【王韶华】

民事行政争议关联案件审理程序新构想



法律出版社
LAW PRESS CHINA

第11卷

诉讼法论丛

PROCEDURAL LAW
REVIEW VOL. 11

■ 陈光中 江伟 / 主编

图书在版编目(CIP)数据

诉讼法论丛. 第11卷 / 陈光中, 江伟主编. —北京: 法律出版社, 2006. 10

ISBN 7-5036-6677-3

I. 诉… II. ①陈…②江… III. 诉讼法—文集 IV. D915.04-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第114027号

© 法律出版社·中国

诉讼法论丛第11卷

陈光中 江伟 主编

责任编辑 徐雨衡

装帧设计 李 楠

开本 A5

印张 16 字数 404 千

版本 2006年9月第1版

印次 2006年9月第1次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 法学学术出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号: ISBN 7-5036-6677-3/D·6394

定价: 38.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

卷 首 语

新一卷《诉讼法论丛》编成了,在这里,我们一如既往地为一诉讼法学研究搭建宽容、多元的学术平台。当下,司法改革的号角声令人心潮澎湃,三大诉讼法的修改工程提上了议事日程,这为我们通过完善正当法律程序推进我国的民主法治进程提供了极好的契机。以开阔的学术视野和世界的眼光,提炼和抽象诉讼法学的理论精华,理性剖析司法实践中的现实问题,为三大诉讼法的修改建言献策,是新一卷《诉讼法论丛》当仁不让之理想。

刑事诉讼法学一编,收文九篇。这些文章多角度地反映了诉讼法学者对立法完善、诉讼理论以及制度的理性思考,不少文章的论题和视角具有创新,读来启发良多。本编仍分立法研究、理论研究、外国法、博士论文精要等传统栏目。

在立法研究一栏中,我们收入了《对刑诉法典第一编第一章“任务和基本原则”的修改建议稿和理由》一文。该文是以陈光中教授为首的国内部分刑事訴訟法方面的知名学者对刑事訴訟法再修改进行专门研究的阶段性成果。刑事訴訟法典第一编第一章规定的是刑事訴訟法的任务、宗旨、基本原则等刑事訴訟最为根本的内容,对本部分的修改直接决定着我国刑事訴訟制度的价值取向,并进而决定着整个刑事訴訟法修改的基本方向以及修改的幅度,因而该文对本部分修改的主要建议以及修改的理由之研究,不仅具有理论价值,更对刑事訴訟法的再修改起到了参考作用。

在理论研究一栏中,我们收入了三篇文章。《公诉权概念的形成为与启示》一文从公诉权概念的起源入手,研究检察机关的职能和

性质,在此基础上探讨了公诉权发展的空间、公诉的基本运作模式等问题,这对于我们深入认识公诉权和检察机关的定位等基本理论问题是有所裨益的。《正当程序原则与被害人利益的权衡》一文以如何将被害人的合理诉求包容于体现正当程序价值的现代刑事诉讼结构之中为主线,以2004年美国新出台的被害人权利法为主要的分析标本,不仅使得我们对美国被害人人权保障的发展脉络和最新动向有了一个宏观把握,而且从诉讼结构的角度提出了被害人问题研究的新视角。《香港特区对防止违法取得认罪供述机制及认定之研究》一文的作者来自我国香港特别行政区,向我们全面介绍和分析了香港特区的录取供述程序及争议认罪供述认定程序,这对于我们来说是比较陌生的,该文对于证据资格、口供等问题的认识和分析显然有别于中国内地学者的研究,读起来让人有耳目一新的感觉。

在综述与实务研究一栏中,我们收入了两篇论文。《“十五”期间刑事訴訟法學研究的回顧與“十一五”的展望》一文,系受全國哲學社會科學規劃辦公室的委託,陳光中教授組織有關人員根據《關於開展法學學科調查的通知》,就“十一五期間”刑事訴訟法學研究取得的重要進展、存在問題進行了調查、分析,並對“十一五”期間本學科的發展趨勢進行了展望。《論律師的在場權》對偵查程序中訊問犯罪嫌疑人的律師在場權問題作了探討,不論對立法和司法創新均具有現實意義。

在外國法一欄中,我們收入了兩篇文章。《證據評價的原子模式與整體模式:比較法的考察》一文在比較研究的基礎上提出了證據評價的兩種模式,即原子模式與整體模式,並剖析了這兩種模式對事實裁判者的信念形成過程的區別。對我們來說,美國學者的這種分類研究有其獨到之處,有助於開拓我們證據法學研究的思路。《美國〈聯邦調查局喬裝偵查行動準則〉評介與譯文》一文對美國喬裝偵查制度進行了系統的評介,這在國內尚未有見,翻譯的美國《聯邦調查局喬裝偵查行動準則》對於我們來說亦是很好的研究資料。對於關鍵術語“undercover”的翻譯方式,作者譯為“喬裝偵查”,而國

内以及我国台湾地区的主要翻译方式一般为“秘密侦查”或“卧底侦查”，作者这一新译法有其自身的理由，是否妥帖，读者读后便可作一裁断。

在博士论文精要一栏，我们收入了《司法民主的概念与理论支点》一文。司法民主在我国虽然得到广泛的倡导，但是对于司法民主的实质内涵和理论基础却鲜见深入的剖析，以至于口号式司法民主和群众运动式司法民主大行其道。该文从基本范畴入手，探寻司法民主的本质与理论基础，尝试为司法民主作一番基本性诠释，具有一定的理论价值。

民事诉讼法与行政诉讼法编共收入十三篇学术论文。

理论研究栏目我们收入了两篇文章。《论阐明权的诉讼机制背景》一文阐述了民事诉讼中法官行使阐明权的机制背景，包括：以采纳辩论主义和处分权主义作为诉讼的基本原则，由当事人主导发现案件的实体内容，诉讼以实现实质正义和当事人的程序保障为目的，以及当事人实际诉讼能力差异的现实。《共同诉讼形态研究》一文提出，我国构建共同诉讼形态时，应在我国当前的立法与实务的需要所采的诉讼标的的理论基础上展开。

立法与实务研究部分收入了四篇论文。一是《民事诉讼调解制度平衡论编》，该文提出，调解者法官享有和行使的职权与作为权利请求者的当事人的处分权应当保持平衡，人民法院在处分权与审判权的平衡中实现诉讼权利。二是《判决“终局性”问题研究》，作者对内地司法判决在香港的承认与执行表述了自己的看法。三是《当前解决人民法院执行难问题的对策》，本文分析了执行难的原因，并从务实的角度提出了解决执行难问题的七项对策，对当前司法实践具有较强的指导价值。四是《论执行和解》，该文对进一步完善执行和解制度提出了五点建议。

执行难是一个复杂的社会问题，其主要表现在特殊主体难碰、被执行财产难寻、应执行财产难动、协助执行人难求等方面。造成执行难的原因非常复杂，涉及到法律意识、政治经济体制、社会发展程度、

相关法律制度等诸多方面。执行难问题的解决需要综合治理,标本兼治。

涉外民事诉讼收入的是《电子商务背景下的涉外民事协议管辖制度:应战与挑战》。该文在分析电子商务对我国涉外协议管辖制度提出新挑战的基础上,试着提出了因应之策,以求有益于我国《民事诉讼法》的修改与完善。

外国法栏目中,《美国变更判决制度简介》一文介绍了美国民事再审制度,为我国民事再审制度提供了参考素材。《美国联邦民事诉讼中采用电子送达的新趋势》一文指出,美国联邦民事诉讼中书状的送达方式经历了从单一的当面对送到更灵活的送达方式的转变,并体现出电子化的新趋势。《南非法院有关涉外金钱诉讼的管辖权规则》一文,从混合法条国家的视角研究了南非法院的管辖权规则。

公益诉讼栏目收入了《论民事公益诉讼和行政公益诉讼的关系》一文论述了民事公益诉讼与行政公益诉讼的一致性和差异性,指出诉讼主体可选择不同的诉讼程序达到诉讼目的。

行政诉讼法研究部分收入的是《民事行政争议关联案件审理程序新构想》,作者提出审理民事行政争议关联案件的新模式——主诉讼吸收关联诉讼模式。

博士论文精要收入的是《公司法上的纠纷与公司法上的诉》。该文提出了公司法上的纠纷和公司法上的诉的概念,采用请求权基础分析方法对我国公司法上可能出现的纠纷进行类型化分析,并提出构建公司法上的诉的具体类型,对其诉讼机制上的特色进行深入分析。

目 录

Contents

卷首语

刑事诉讼法编

立法研究

- 中国刑事诉讼法典第一编第一章“任务和基本原则”的修改建议稿
和理由/陈光中 陈永生 陈学权 3

理论研究

- 公诉权概念的形成与启示/马贵翔 李 剑 24
正当程序原则与被害人利益的权衡/秦 策 38
香港特区对防止违法取得认罪供述机制及认定之研究/杨先恒 60

综述与实务研究

- “十五”期间刑事诉讼法学研究的回顾与“十一五”
的展望/陈光中 刘根菊 张 曙 刘 蕾 84
论律师的在场权/程 滔 107

外国法

- 证据评价的原子模式与整体模式:比较法的考察/
米尔伊安·R.达马斯卡著 吴宏耀译 123
美国《联邦调查局乔装侦查行动准则》评介与译文/程 雷 140

博士论文精要

- 司法民主的概念与理论支点/胡 铭 181

民事诉讼法与行政诉讼法编

理论研究

- 论阐明权的诉讼机制背景/张 力 219
- 共同诉讼形态研究/段厚省 246

立法与实务

- 民事诉讼调解制度平衡论编/刘 峥 271
- 判决“终局性”问题研究/徐 鹏 306
- 当前解决人民法院执行难问题的对策/黄松有 328
- 论执行和解/政玉英 338

涉外民事诉讼

- 电子商务背景下的涉外民事协议管辖制度:挑战与应对/谢新胜 350

外国法

- 美国变更判决制度简介/刘荣军 371
- 美国联邦民事诉讼中采用电子送达的新趋势/杨 剑 380
- 南非法院有关涉外金钱诉讼的管辖权规则/朱伟东 395

公益诉讼

- 论民事公益诉讼和行政公益诉讼的关系/柯阳友 曹艳红 419

行政诉讼法研究

- 民事行政争议关联案件审理程序新构想/王韶华 427

博士论文精要

- 公司法上的纠纷与公司法上的诉/谢文哲 446

CONTENTS

Contents

Preface

Volume of Criminal Procedure

Legislative Research

- The Amendment and its Explanation to Chapter One, Part
One of Criminal Procedural Law "Aim and Basic
Principles"/ *Chen Guangzhong Chen Yongsheng Chen xuequan* 3

Theoretical Research

- The Shaping of the Conception of Public Prosecution Power
and its Suggestions/ *Ma Guixiang LiJian* 24
- The Balance between Due Process Principle and Victim's
Rights/ *Qin Ce* 38
- Research on Preventing Illegal Confession Mechanism and
its Cognizance in Hong Kong/ *Yang Xianheng* 60

Summary and Practical Research

- The Review of the Criminal Procedure Law Research in the
Last Five Years and the Prospect in the Next Five Years/
Chen Guangzhong Liu Gengju Zhang Shu Liu Lei 84
- Discussion on lawyers-on-site/ *Cheng Tao* 107

Foreign Law

- Atomistic and Holistic Evaluation of Evidence: A Comparative
View/ *Mirjan R. Damaska translated by Wu Hongyao* 123

The Comment and Introduction of the Attorney General's Guidelines on Federal Bureau of Investigation Undercover Operations of USA and the Translation of the Guidelines/ <i>Cheng Lei</i>	140
--	------------

Essential of L. L. D Dissertation

The Conception and the Basic Theory of Judicial Democracy/ <i>Hu Ming</i>	181
--	------------

**Volume of Civil Procedure Law and
Administrative Procedure Law**

On the Systematic Background of Power to Clarify in Civil Litigation/ <i>Zhang Li</i>	219
--	------------

Research on the forms of Joint Action/ <i>Duan Housheng</i>	246
--	------------

Legislation and Practice

On the Balance of Conciliation in Civil Litigation/ <i>Liu Zheng</i>	271
---	------------

Research on the Final Nature of Judgments/ <i>Xu Peng</i>	306
--	------------

Countermeasures to Difficulties in Executing on Judgments Currently/ <i>Huang Songyou</i>	328
--	------------

On Reconcilement in the Course of Execution/ <i>Zheng Yuying</i>	338
---	------------

The Foreign Related Civil Procedure

A Introduction to the Amendment of Judgments in US	350
---	------------

The Foreign Related Agreement of Jurisdiction in the Background of Electronic Business/ <i>Xie Xincheng</i>	371
--	------------

Foreign Law

The Modern Trend towards Electronic Service of Process in Federal Civil Litigation/ <i>Yang Jian</i>	380
---	-----

The Jurisdictional Rules of Pecuniary Litigation Involving Foreign Elements in South Africa/ <i>Zhu Weidong</i>	395
--	-----

Public Interest Litigation

On the Relation between Public Interest Litigation and Administrative Litigation/ <i>Ke Yangyou Cao Yanhong</i>	419
--	-----

Administrative Procedure

A New Designing about the Procedure of Civil and Administrative Pelated Cases/ <i>Wang Shaohua</i>	427
---	-----

Essential of L. L. D Dissertation

Corporation-Law-Related Disputes and Corporation-Law-related Action/ <i>Xie Wenzhe</i>	446
---	-----

刑事诉讼法编

立法研究

中国刑事诉讼法典第一编第一章 “任务和基本原则”的 修改建议稿和理由

陈光中* 陈永生** 陈学权***

目 次

一、现行刑事诉讼法第一编第一章与修改建议条文对照

二、修改理由说明

（一）章名的修改理由说明

（二）宗旨的修改理由说明

（三）任务的修改理由说明

（四）基本原则的修改理由说明

（五）本章其他内容的修改理由说明

我国刑事诉讼法的修改已经被列入本届全国人大常委会的立法

* 中国政法大学终身教授,博士生导师。

** 北京大学法学院副教授,法学博士。

*** 对外经济贸易大学法学院教师,法学博士。

规划。为协助立法部门做好本次刑事诉讼法的修改,我们组织以中国政法大学为主体的国内部分刑事诉讼法方面的知名学者对刑事诉讼法的修改进行了专门研究。本项目于2003年启动,经过近三年的多次实际调研、实证试验和反复研讨及修改,到今年3月,我们基本敲定了本次修改刑事诉讼法专家建议稿。

我们起草本建议稿的基本思路是:坚持以科学、民主和务实的诉讼理念为指导;坚持以宪法为根据;坚持与联合国国际刑事司法准则相衔接;坚持从实际出发,着重解决司法实践中比较严重、社会公众反映比较强烈的问题;坚持统一步调,确保修改后的刑事诉讼法典与其他法律相互协调。

刑事诉讼法典第一编第一章规定的是刑事诉讼法的任务、宗旨、基本原则等刑事诉讼最为根本的内容,对本部分的修改直接决定着我国刑事诉讼制度的价值取向,并进而决定着整个刑事诉讼法修改的基本方向以及修改的幅度,因而本文先将第一编第一章修改建议(未定稿)及其理由说明面世,以供立法和司法实际部门参考,并与法学界交流。

一、现行刑事诉讼法第一编第一章与 修改建议条文对照

1-1-1 刑事诉讼法的制定宗旨和根据

现行规定	修改建议(改)
第1条 为保证刑法的正确实施,惩罚犯罪,保护人民,保障国家和社会公共安全,维护社会主义社会秩序,根据宪法,制定本法。	第1条 为保证刑法的正确实施,惩罚犯罪,保障人权,实现司法公正,提高诉讼效率,根据宪法,制定本法。

1-1-2 刑事诉讼法的任务

现行规定	修改建议(改)
第2条 中华人民共和国刑事诉讼法的任务,是保证准确、及时地查明犯罪事实,正确应用法律,惩罚犯罪分子,保障无罪的人不受刑事追究,教育公民自觉遵守法律,积极同犯罪行为作斗争,以维护社会主义法制,保护公民的人身权利、财产权利、民主权利和其他权利,保障社会主义建设事业的顺利进行。	第2条 中华人民共和国刑事诉讼法的任务,是保证刑事诉讼的公正进行,保证准确、及时地查明犯罪事实,正确地适用法律,公平地惩罚犯罪分子,保障无罪的人不受刑事追究,对公民进行法制教育,以维护社会主义法制,保障国家安全和公共安全,保护个人和单位的合法权益,促进社会和谐,保障社会主义建设事业的顺利进行。

1-1-3 侦查权、检察权由专门机关依法行使原则

现行规定	修改建议(改、合并、拆分)
第3条 对刑事案件的侦查、拘留、执行逮捕、预审,由公安机关负责。检察、批准逮捕、检察机关直接受理的案件的侦查、提起公诉,由人民检察院负责。审判由人民法院负责。除法律特别规定的以外,其他任何机关、团体和个人都无权行使这些权力。 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。	第3条 对刑事案件的侦查由公安机关负责。国家安全机关、军队保卫部门、监狱、海关走私犯罪侦查局依法办理刑事案件,行使与公安机关相同的职权。 批准逮捕、直接受理的案件的侦查、提起公诉以及其他检察事务,由人民检察院负责。 审判由人民法院负责。 除法律特别规定的以外,其他任何机关、团体和个人都无权行使这些权力。
第4条 国家安全机关依照法律规定,办理危害国家安全的刑事案件,行使与公安机关相同的职权。	