

中国法学会诉讼法学研究会

2006年卷



# 诉讼法理论与实践

司法理念与三大诉讼法修改

陈光中 汪建成 张卫平 ◎主编



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

D925.01-53

1

:2006

中国法学会诉讼法学研究会

2006年卷

---

# 诉讼法理论与实践

司法理念与三大诉讼法修改

---

陈光中 汪建成 张卫平 ©主编



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

**图书在版编目(CIP)数据**

诉讼法理论与实践:司法理念与三大诉讼法修改(2006年卷)/陈光中等主编.—北京:北京大学出版社,2006.9

ISBN 7-301-11029-4

I. 诉… II. 陈… III. 诉讼法-研究-中国 IV. D925.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第102708号

书 名:诉讼法理论与实践——司法理念与三大诉讼法修改(2006年卷)

著作责任者:陈光中 汪建成 张卫平 主编

责任编辑:裴建饶 苑媛 王晶

标准书号:ISBN 7-301-11029-4/D·1561

出版发行:北京大学出版社

地 址:北京市海淀区成府路205号 100871

网 址:<http://www.pup.cn>

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱:[law@pup.pku.edu.cn](mailto:law@pup.pku.edu.cn)

印刷者:北京大学印刷厂

经销者:新华书店

787毫米×1092毫米 16开本 57.5印张 1547千字

2006年9月第1版 2006年9月第1次印刷

定 价:89.00元

---

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:[fd@pup.pku.edu.cn](mailto:fd@pup.pku.edu.cn)

# 前 言

中国法学会诉讼法学研究会 2006 年年会将于 9 月下旬在浙江省杭州市召开,此次年会由中国诉讼法学研究会和浙江省高级人民法院共同举办。本次年会的总议题是诉讼公正与司法理念。刑事诉讼法学部分重点讨论研究的子议题有:中国刑事诉讼法修改研究;社会主义法治理念与刑事诉讼研究;刑事诉讼原则与规则研究;刑事诉讼基本制度与程序研究;刑事诉讼基本制度与程序研究。民事诉讼法学部分重点讨论研究的子议题有:民事诉讼程序的制度与理论研究;民事诉讼主体的制度与理论研究;民事诉讼证据的制度与理论研究。行政诉讼法学部分重点讨论研究的子议题有:行政主体理论与行政诉讼被告资格关系研究;新型行政行为与行政诉讼受案范围关系研究;行政诉讼法修改的价值理念研究;行政诉讼具体制度修改研究。

本次年会得到了广大诉讼法学者以及诉讼法律实务工作者的大力支持,截止到 6 月 15 日,共收到论文 226 篇。但由于出版经费和论文集总篇幅的限制,研究会从中精选了 148 篇编于本论文集。在此,谨向对未入选论文集的论文的作者对本研究会的支持表示衷心的感谢,对他们的论文未能入选深表歉意。

本论文集共分上下两编,上编为刑事诉讼法部分,下编为民事诉讼和行政诉讼法部分。从总体上看,本论文集展示了我国诉讼法学界的最新研究成果,其中绝大多数论文都是新作。论文集保持了历年年会论文集的传统和风格,具有较高的学术水平和较强的应用性。对立法、司法以及法学教育和研究部门具有重要的研读价值。尤其是本次年会的召开,正值三大诉讼法即将修改之际,本次年会的论文在前两届年会的基础上,对三大诉讼法的修改问题进行了更加深入、全面的研究,对于进一步完善和修订三大诉讼法无疑具有参考意义。

本次年会论文集继续采用去年天津年会的做法,会前出版论文集。论文交付出版社之前,我们组织人员对论文进行了初步编辑,从论文篇幅计,对个别作者的论文进行了删减,请作者谅解。同时根据统一的编排体例,调整了部分论文的格式、注释体例。由于时间仓促,编辑任务繁重,书中疏漏之处在所难免,恳请读者批评指正。

本次年会论文集的出版得到了浙江省高级人民法院的资助,在此表示感谢。此外,北京大学出版社各位领导对本论文集的出版立项给予了大力支持,法律事业部的编辑以及发行付出了辛勤的劳动,北京大学法学院和清华大学法学院的部分博士生参与了论文的前期收集、编排与校对工作,在此一并致谢。

**《诉讼法理论与实践》**

**编辑委员会**

**2006 年 8 月**

# 目 录

## 上编 刑事诉讼法

<b>第一部分 刑事诉讼法修改</b> .....	(3)
《刑事诉讼法修改专家建议稿》重点问题概述 .....	陈光中 (3)
修改刑事诉讼法尚需关注的几个问题 .....	徐静村 (9)
论修改刑事诉讼法的应有立场:以刑事诉讼法与刑法比较为中心 .....	谢佑平 王 珂 (14)
试论我国刑事诉讼法修改的几个问题 .....	樊凤林 白俊华 (21)
刑事诉讼法修改之基本理念及基本原则 .....	柯葛壮 魏韧思 (27)
关于当前刑事诉讼法修改若干问题的思考 .....	万 毅 (33)
解读刑事诉讼法再修改的宪法指引 ——以宪法与刑事诉讼法的关系为视角 .....	胡之芳 吴璇欧 (39)
<b>第二部分 刑事诉讼总论研究</b> .....	(45)
程序自治的理念与制度 ——从刑事诉讼的角度分析 .....	程荣斌 陶 杨 (45)
论刑事司法体制改革与诉讼结构之调整 .....	樊崇义 张 中 (52)
关于“命案必破”的冷静思考 .....	崔 敏 (58)
再论诉权理论在刑事诉讼中的导入 ——从刑事诉权对法官自由裁量权的视角考察 .....	汪建成 李 扬 (63)
被追诉人主体性权利构成论要 .....	卞建林 林 林 (69)
控辩平等与法律监督 .....	张智辉 黄维智 (76)
控辩平衡原理与我国刑事诉讼法再修改 .....	王圣扬 (83)
人本主义与刑事司法理念的重塑 .....	李建国 陈爱蓓 (89)
社会主义法治理念下刑事诉讼价值目标的确立 ——兼谈刑事诉讼“双重价值”的平衡与冲突选择 .....	吴有文 (95)
军事刑事诉讼价值研究 .....	李佑标 (101)
检察职权与人权保障 .....	梁玉霞 (107)
刑事诉讼程序价值目标之重构 ——以社会和谐为视角的反思 .....	马明亮 (112)
刑事诉讼目的与民事诉讼目的之比较 .....	宋振武 (118)
论宪法视野中的不受非法强制处分权 .....	岳悻惟 (125)

权利主体与主体权利	
——犯罪嫌疑人、被告人主体性论要 .....	徐 阳 (131)
被害人权益保护:一个需要全社会关注的沉重话题 .....	马进保 朱 婧 (138)
刑事被害人主体性价值论要 .....	秦 策 (145)
目的与手段:刑事被告人诉讼目的探析 .....	宁 松 (151)
刑事诉讼模式新论	
——以文化结构分析为视角 .....	梁 欣 (157)
迈向回应型刑事诉讼模式	
——刑事法治的新理念 .....	许身健 (162)
从刑讯到协商	
——刑事诉讼的未来转向 .....	周长军 (168)
反思与重构:论刑事诉讼法律移植的理论基础 .....	汪海燕 (175)
浅论诉讼经济原则及其对我国刑事程序改革的影响 .....	潘金贵 (182)
为谁而有效率?	
——刑事诉讼效率观之定位 .....	白 冬 (189)
理念·原则·规则	
——诚实信用原则在刑事诉讼中的解读 .....	李军海 (195)
轻罪刑事政策在诉讼环节中的运用	
——以检察业务为视角 .....	刘中发 (201)
<b>第三部分 刑事诉讼制度研究</b> .....	(207)
关于加强审前程序中死刑案件辩护的几个问题 .....	顾永忠 (207)
刑事强制措施理论根据初论 .....	杨正万 (211)
刑事强制措施概念之重构 .....	杨 雄 (215)
刑事强制措施救济问题初探 .....	冯 军 孙延庆 (222)
论扭送制度的立法完善 .....	樊学勇 刘 荣 (228)
司法实践中难以计入办案期限的羁押情形与检察监督 .....	李忠诚 (235)
论我国审前羁押理由的正当性 .....	史立梅 (239)
取保候审递嬗探微 .....	李袁婕 (245)
论刑事附带民事诉讼中的精神损害赔偿	
——刑事诉讼法再修改的视角 .....	王宏璎 (251)
刑事和解制度化的法理探讨	
——刑罚权之裁量权配置 .....	吴国贵 (256)
恢复性司法措施在我国刑事诉讼中的引入和制度设计 .....	张处社 (261)
呈现的实然与回归的路径	
——人民陪审员运行情况实证调查分析 .....	成都市中级人民法院课题组 (268)
中国死刑赦免制度的改革与完善	
——以国际人权公约为参照 .....	陈学权 (274)
<b>第四部分 刑事诉讼程序研究</b> .....	(280)
侦查讯问时律师在场之我见 .....	朱孝清 (280)

法治视野下的侦查权重构 .....	李学宽	毛立新 (286)
职务犯罪侦查权优化配置与运行问题研究 .....	陈怀安	刘继国 (292)
关于我国侦查程序构造的若干思考 .....		胡小平 (299)
赋予律师在侦查阶段辩护人的地位 .....		程 滔 (306)
以诉讼化为目标改造我国的侦查程序 .....		杨立新 (312)
侦查模式改革思考 .....		韩 卫 (317)
论侦查监督中的合比例性审查 .....	姚 莉	陈 虎 (324)
侦查监督制度的立法完善 .....		季美君 (330)
完善我国侦查监督机制之路径探讨 .....	陈玉忠	宋 鑫 (336)
论侦查机关的告知义务 .....	周 伟	肖 晋 (342)
非法审讯:一个实证角度的研究		
——以 S 省为主要对象的分析 .....		马静华 (348)
论我国看守所的中立 .....	倪泽仁	马晓庆 (354)
沉默权不再“沉默” .....	于绍元	林娥可 (359)
我国的刑事鉴定程序应如何修改 .....		蒋丽华 (366)
我国人体样本收集之法律规制 .....		李玉华 (372)
我国监听手段正当化研究 .....	宋英辉	郑 好 (379)
论刑事诉讼中的监听 .....		罗海敏 (384)
犯罪控制视野下的刑事诉讼启动程序 .....		刘广三 (390)
暂缓起诉制度探讨 .....		王敏远 (397)
论刑事检察监督程序的改革与立法完善 .....		谢鹏程 (404)
中国的公诉制度与人权保障 .....		张仲芳 (410)
试论我国公诉制度的改革 .....		王守安 (416)
论选择性起诉 .....	张 旭	李 峰 (423)
刑事公诉案件起诉权运行模式分析		
——以利益为出发点的考察 .....		夏 红 (429)
论自诉担当 .....	吴卫军	张 艳 (435)
刑事认证基本问题研究 .....	沈德咏	江昱和 (441)
刑事审判改革的基本立场:简者更简,繁者更繁 .....	冀祥德	吴 江 (448)
中国简易程序改革:一个初步的考察与反思		
——以 S 省 S 县法院为主要样板 .....		左卫民 (454)
刑事简易程序改革之构想 .....		刘本燕 (460)
试论构建中国式的认罪协商制度 .....		陈国庆 (466)
论我国刑事缺席审判的制度构建 .....	马贵翔	谢 琼 (472)
论刑事审判制度形成与发展的轨迹及其规律 .....		宋世杰 (479)
试论刑事裁判共识及其与传统价值理论的关系 .....		彭海青 (485)
法官庭审指挥权:确立基础与行使理念 .....	蔡 杰	冯亚景 (491)
走出刑事庭审实质化的误区 .....		李昌林 (497)

法庭中言词证据调查之研究

——以法庭中“人”为载体的证言为核心 .....	毛立华	李莉	(503)
单位犯罪案件审判程序中的三个主要问题探讨 .....	申君贵	胡美丽	(509)
关于完善死刑复核程序的几点意见 .....	陈卫东		(515)
法律监督视野中的死刑复核程序 .....	上海市人民检察院第一分院课题组		(521)
量刑监督的实现途径与制度构建 .....	沈新康	曹坚	(528)
惩罚、保护与回归			

——中国少年刑事司法目的之考量 .....	狄小华		(534)
论充分保障未成年人诉讼权利原则 .....	杨建广	赵凡	(541)
联合国少年司法准则下的我国未成年人案件处理机制研究 .....	彭伶		(548)

**第五部分 刑事诉讼证据研究** .....

《反酷刑公约》背景下的我国非法证据排除 .....	徐鹤喃	叶衍艳	(555)
对三种排除非法证据之理由的追问 .....	孙远		(562)
论证据开示制度与对非普通程序的选择 .....	刘根菊	刘蕾	(567)
历史视野中的刑事质证权 .....	陈永生		(573)
对证据关联性的具体理解 .....	吕萍		(580)
论刑事证据能力的设定 .....	张弘		(585)
论证据开示制度在刑事诉讼中的建构 .....	詹建红		(591)
英格兰的自白制度与陪审团			

——历史视角的分析 .....	牟军		(597)
被告人认罪陈述在辩诉协商程序中的证明价值 .....	黄新民		(603)
刑事证明标准法律价值探究 .....	魏虹		(610)
“客观真实”与“法律真实”的三重涵义			
——兼评“客观真实说”与“法律真实说” .....	封利强		(615)
论数字证据的定位及其适用 .....	吴高庆	顾凯	(621)

**下编 民事、行政诉讼法**

**第一部分 民事诉讼基础理论研究** .....

民事诉讼快速机制论纲 .....	陈桂明		(629)
对社会主义民事诉讼基本原则的再认识			
——以法官独立原则为视角 .....	陈刚	李喜莲	(635)
论民事审判基本制度的修改与完善 .....	蔡彦敏	黄秋盈	(641)
论破产程序与民事诉讼程序之比较及冲突与协调 .....	程春华		(647)
民事争点效力理论			
——内容、理念与启示 .....	郭翔		(652)
当前解决人民法院执行难问题的对策 .....	黄松有		(659)
关于制定《强制执行法》的理由与建议 .....	童兆洪		(664)
论我国民事诉讼法应当设立恶意诉讼损害赔偿制度 .....	黄双全		(671)



再论民事公诉权			
——权利和权力的视角 .....	何文燕	唐东楚	(677)
探析交叉请求			
——兼及对我国民事诉讼的启示 .....	胡亚球	陈志辉	(683)
构建再审之诉的几个程序问题 .....	李 浩		(688)
从司法解释再论民事诉讼法的修改 .....	潘剑锋	刘哲玮	(694)
小额诉讼程序刍议 .....	谭世贵	刘素芳	(700)
试探陪审制的演化规律 .....		汤维建	(706)
构建和谐社会应完善民事诉讼法中的法院调解原则 .....	吴明童	张 妮	(710)
论民事程序选择权 .....	杨荣馨	刘 平	(717)
民事诉讼中止制度研究 .....	易 萍	李 丽	(722)
现行《民事诉讼法》任务的构成及修正 .....		张卫平	(728)
<b>第二部分 民事诉讼主体研究</b> .....			(734)
试论民事诉讼主体资格的认定			
——对我国民事诉讼中部分特殊主体及相关问题的思考 .....	况继明		(734)
交通事故损害赔偿案件之当事人适格问题初论 .....	刘学在		(741)
大陆法系独立地位参加制度的发展及其借鉴			
——以日本的独立当事人参加制度为核心 .....	蒲一苇		(747)
论当事人适格之扩张 .....	齐树洁		(755)
“高淳案”原告适格性之否定 .....	单 锋		(762)
论第三人撤销之诉			
——兼论民事诉讼再审制度的改造 .....	肖建华	杨 兵	(768)
我国无独立请求权第三人制度的检讨与重构 .....	章武生	杨严炎	(775)
<b>第三部分 民事诉讼证据研究</b> .....			(781)
我国台湾地区民事书证提出命令制度述评 .....	刘田玉	李汉昌	(781)
论性骚扰案件的证明标准 .....	田平安	骆东平	(787)
论我国民事诉讼中的自由心证制度 .....	王红岩	高芙蓉	(793)
论私录资料的合法性			
——以隐私为中心 .....		郭小冬	(800)
证明妨碍机理重构			
——着眼于内涵与构成要件 .....	王学棉		(807)
民事诉讼中的拟制自认:比较、借鉴与重构 .....	奚 玮		(812)
完善民事诉讼证据保全制度若干问题的探讨 .....	张晋红		(819)
证明责任分配中法官的自由裁量权 .....	张 榕		(825)
<b>第四部分 非诉讼解决纠纷方式理论研究</b> .....			(831)
我国现行仲裁制度滞后的原因解读和出路探究 .....	谭 兵		(831)
从仲裁调解的勃兴探析诉讼调解制度之完善 .....	叶永禄	邓 金	(837)
代位请求权情形下仲裁协议的效力问题探讨 .....		张芳芳	(844)



<b>第五部分 行政诉讼法修改研究</b> .....	(850)
论行政诉讼立法目的之定位与转型 .....	高新华 (850)
完善行政诉讼撤诉制度的构想 .....	肖峰昌 阎桂芳 (856)
行政诉讼法修改应处理好四组关系 .....	杨海坤 章志远 (861)
中国行政诉讼法学研究之展望 .....	杨海坤 曹达全 (867)
我国民事救济与行政救济程序关联处理模式研究 ——关于《行政诉讼法》修改的一个特别视角 .....	张海棠 吴偕林 (873)
<b>第六部分 行政行为理论研究</b> .....	(879)
行政诉讼视野之中的新型行政行为 ——行政备案制度可诉性问题初探 .....	陈宏光 霍敬裕 (879)
论行政强制执行权配置的发展与完善 .....	周浩 孟昭阳 (886)
<b>第七部分 行政公益诉讼理论研究</b> .....	(892)
对话与讨论的基础 ——谈对公益诉讼含义的理解 .....	林莉红 (892)
行政公益诉讼是否可能 ——以诉的利益为视角 .....	王太高 (899)
保障人权:公益诉讼的灵魂 ——兼议公益诉讼构建的价值理念 .....	杨武松 余贵忠 (905)

# 上 编

---

# 刑 事 诉 讼 法



# 第一部分 刑事诉讼法修改

## 《刑事诉讼法修改专家建议稿》重点问题概述

刑事诉讼法再修改课题组主持人 陈光中

2003年10月第十届全国人大常委会将《刑事诉讼法》的再修改列入本届人大常委会五年立法规划。为了对此次《刑事诉讼法》修改献计献策,由中国政法大学刑事法律研究中心陈光中教授主持的刑事诉讼法再修改课题于2004年初启动。经过两年多的努力,课题组草拟出《中华人民共和国刑事诉讼法修改专家建议稿》(以下简称《建议稿》)。草拟《建议稿》的基本思路是:(1)坚持民主、科学、创新和务实的诉讼理念,即:控制犯罪与保障人权相结合、实体公正与程序公正并重、客观真实与法律真实相结合、公正优先并兼顾效率。(2)坚持以宪法为根据。(3)坚持借鉴外国经验与中国国情相结合,坚持与联合国刑事司法准则相衔接。(4)坚持从实际出发,着重解决司法实践中突出存在的问题。

目前,课题组草拟出了共450条的《建议稿》(尚未最后定稿)。现将《建议稿》中对现行中国刑事诉讼法修改的一些重点问题概述如下,以供立法部门参考,并与同行专家交流、切磋:

1. 修改刑事诉讼法的制定宗旨。现行《刑事诉讼法》第1条对刑事诉讼法制定宗旨的规定是:“为保证刑法的正确实施,惩罚犯罪,保护人民,保障国家安全和社会公共安全,维护社会主义社会秩序,根据宪法,制定本法。”考虑到“人民”在我国是一个政治范畴,在外延上不包括严重的刑事犯罪分子,而刑事诉讼法要保护的是包括涉嫌严重犯罪的嫌疑人、被告人在内的一切人的基本权利。同时考虑到司法公正和诉讼效率是刑事诉讼的基本价值目标,《建议稿》将刑事诉讼法的制定宗旨修改为“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”。

2. 进一步完善程序法定原则。现行《刑事诉讼法》第3条第2款关于程序法定原则的表述是:“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。”根据法治国家的授权原则,并特别考虑到对违反法定程序的行为进行程序性制裁是程序法定原则的重要内容,《建议稿》将程序法定原则独立作为一条,并分两款作如下表述:“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,不得超越本法和其他法律所规定的权限。”“对违反法定程序的诉讼行为,人民法院或人民检察院应当根据违法的轻重程度及结果情况,决定违法行为是否有效。”

3. 将人民法院统一定罪原则改造为无罪推定原则。现行《刑事诉讼法》第12条规定:“未经人民法院依法判决,对任何人都不得确定有罪。”这并非严格意义上的无罪推定原则。基于无罪推定原则是现代刑事诉讼之基石,《建议稿》第10条第1款根据国际社会的通行表述,将无罪推定原则表述为:“人民法院依法作出生效裁判确定有罪之前,任何人应当被推定为无罪。”此外,为了保证



无罪推定原则所派生的罪疑作有利于被追诉人处理的精神在实践中能得到真正的贯彻和落实,该条第2款还规定:“不能认定犯罪嫌疑人、被告人有罪或无罪的,按无罪处理;不能认定犯罪嫌疑人、被告人罪重或罪轻的,按罪轻处理。”

4. 增加规定比例原则。比例原则是现代公法一项非常重要的原则,被誉为公法的“帝王条款”。在刑事诉讼中,比例原则的确立对于合理划分国家权力与公民个人权利的界限,防范国家权力滥用,保护公民个人权利具有非常重要的意义。为此,《建议稿》增加规定了此原则,并将其表述为:“人民法院、人民检察院和公安机关实施强制性诉讼行为,应当严格限制在必要的范围内,并与所追究罪行的严重性、犯罪嫌疑人、被告人的社会危险性相适应。”

5. 增加规定不得被迫自证其罪原则。基于不得被迫自证其罪原则对于防止刑讯逼供、保护被追诉人合法权利的重要意义,并考虑到《公民权利和政治权利国际公约》关于这一原则的规定,《建议稿》第12条确立了不得被迫自证其罪原则,并规定为:“不得强迫任何人证明自己有罪或作其他不利于自己的陈述。”至于此原则是否包含沉默权,可结合中国实际加以解读。

6. 增加规定刑事和解原则。考虑到刑事和解制度既体现了中国“和为贵”的传统和谐文化,又有利于提高诉讼效率和有效地解决刑事犯罪所带来的各种纠纷和矛盾;以及刑事和解制度、恢复性司法在国际社会的蓬勃发展趋势,《建议稿》在第20条将刑事和解作为中国刑事诉讼法的一项原则予以规定,即:“犯罪嫌疑人、被告人与被害人及其近亲属达成和解的,人民法院、人民检察院和公安机关可以考虑当事人的和解意愿,并根据案件情况依法不追究犯罪嫌疑人刑事责任,对被告人从轻、减轻或者免除处罚。”

7. 增加规定一事不再理原则。鉴于一事不再理原则(禁止双重危险规则)在保障人权、维护司法权威和裁判稳定性方面的重要意义,考虑到中国刑事司法实践中存在的重复追诉之现实,结合国际社会一事不再理原则相对化的发展趋势,《建议稿》第21条在中国确立了相对的一事不再理原则,即:“在人民法院作出生效裁判之后,任何人不得因同一行为再次受到起诉和审判,但是法律另有规定的除外。”

8. 增加规定国际法优先原则。鉴于中国已经签署和批准的国际公约都规定了不少与刑事诉讼有关的内容;而中国刑事诉讼制度与这些国际公约的规定在某些方面存在一些差异,为此,《建议稿》参照国际社会的通行做法,在第22条增加规定了国际法优先原则,即:“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约与本法及相关法律的规定不同的,适用国际条约的规定,但是中华人民共和国声明保留的条款除外。”

9. 增加规定未成年人特别保护原则。考虑到未成年人犯罪在中国迅速发展的状况,以及对未成年人犯罪被追诉人的特别保护对于保障人权以及社会长治久安的重要意义,《建议稿》第23条将未成年人特别保护作为中国刑事诉讼法的一项基本原则予以规定,即:“人民法院、人民检察院和公安机关办理未成年人刑事案件时,应当考虑未成年人的身心特点,遵循教育、感化和挽救的方针,坚持教育为主、惩罚为辅,充分保护未成年人的权益。”

10. 完善辩护人的职责。现行《刑事诉讼法》第35条关于辩护人职责的规定存在两个突出问题:一是在辩护的内涵上对程序性辩护体现不够;二是过分强调了辩护人有证明被告人无罪的举证责任。针对这两个问题,《建议稿》第54条将辩护人的职责修改为:“辩护人应当根据事实和法律,收集、提出犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任以及维护其诉讼权利的材料和意见,维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。”

11. 明确侦查阶段律师的辩护人地位。根据现行《刑事诉讼法》第96条的规定,犯罪嫌疑人尽管在侦查阶段可以获得律师的帮助,但是没有明确赋予律师的辩护人地位,从而使使得律师在侦查阶段的介入名不正、言不顺。为此,《建议稿》明确规定侦查阶段犯罪嫌疑人聘请的律师的辩护人



地位。

12. 通过加强保障辩护人阅卷权的方式解决辩护方的知情权。针对现行刑事诉讼法造成的司法实践中律师阅卷难的突出问题,《建议稿》结合中国实际,不明确规定证据展示制度,而是一方面提前了辩护人了解案件材料的时间,另一方面扩大了辩护人阅卷的范围。《建议稿》第55条规定:“侦查期间,辩护律师有权向侦查机关了解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名,除涉及国家秘密外,可以查阅、摘抄、复制犯罪嫌疑人的陈述笔录、技术性鉴定材料以及本案的诉讼文书。”“自审查起诉之日起十日后至一审判决前,辩护律师有权到检察机关查阅、摘抄、复制本案全部材料。其他辩护人经人民检察院许可,也可以查阅、摘抄、复制上述材料。”“在第二审程序、死刑复核程序、再审程序中,辩护律师有权到人民法院查阅、摘抄、复制本案全部材料。其他辩护人经人民法院许可,也可以查阅、摘抄、复制上述材料。”“侦查机关、人民检察院和人民法院应当为辩护人依法查阅、摘抄、复制案件材料提供条件和便利。”

13. 加强对辩护律师调查取证权的保障。调查取证难也是司法实践中存在的一个突出问题,并且一般认为主要原因出在现行《刑事诉讼法》第37条和第38条的规定上。为此,《建议稿》第57条和第58条从以下三个方面对这两条进行了修改:一是取消了辩护人调查取证需征得被调查人同意的不合理规定,二是强化了辩护人申请公安司法机关调查取证的权利;三是严格控制对辩护人法律责任的追究。第57条规定:“辩护律师有权向有关单位和个人调查、收集与案件有关的证据和材料。有关单位或个人不予配合的,辩护律师可以申请人民法院、人民检察院和公安机关收集、调取。”“人民法院、人民检察院和公安机关同意收集、调取证据的,应当吸收提出申请的辩护律师参加;不同意的,应当以书面方式说明理由并附卷。”第58条规定:“辩护人不得帮助犯罪嫌疑人、被告人隐匿、毁灭、伪造证据或者串供,不得威胁、诱骗证人作伪证。”

14. 确立证据裁判原则。证据裁判原则是证据法中的一项基本原则,已为中国诉讼法学理论界和现代法治国家或地区立法所普遍认可,中国的司法实践也基本上遵循证据裁判原则。因此,《建议稿》在第五章(“证据”章)首条开宗明义地规定:“认定案件事实,应当以证据为依据。”

15. 确立非法证据排除规则。从立法上解决非法证据排除问题,是我们在起草《建议稿》时重点考虑的问题。《建议稿》用以下3个条文规定了非法证据排除规则:(1)非法言词证据的绝对排除。第77条规定:“禁止以下列方法收集犯罪嫌疑人、被告人、被害人陈述和证人证言:(一)刑讯或其他使人在肉体上剧烈疼痛的方法;(二)威胁、诱骗;(三)使人疲劳、饥渴;(四)服用药物、催眠;(五)其他残忍、不人道或有辱人格的方法。”“以上述非法方法收集的证据不得作为本案提起公诉、判决有罪的证据。”(2)非法实物证据的裁量排除。第78条规定:“禁止以非法方法搜查、扣押,非法监听,非法侵入他人住宅以及以其他非法方法收集物证、书证和音像、电子资料;严禁违反法定的程序进行勘验、检查。”“以上述非法方法收集的证据,由人民检察院、人民法院根据取证行为违法的程度和案件的具体情况决定是否可以采用。”(3)非法证据排除的证明责任及证明标准。第79条规定:“在犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、辩护人认为指控犯罪的证据为非法取得并提出相关线索时,侦查机关应当提供确实、充分的证据证明其为合法取得,人民检察院、人民法院在调查核实后有合理根据地认为该证据系非法取得的,应当认定该证据为非法证据。”

16. 对证明标准和推定的规定。证明标准是近些年来理论界争论的一个热点问题。我们认为,现行刑事诉讼法将有罪证明标准规定为“犯罪事实清楚、证据确实充分”,其基本精神是正确的,不必修改,只是在一定情况下过于绝对。为此,《建议稿》坚持客观真实与法律真实相结合,对推定的适用作出了规定,即第74条:“下列事实推定为真实,但有相反的证据足以推翻的除外:(一)已生效刑事裁判确定的事实;(二)国家工作人员的财产或者支出明显超过合法收入,差额巨大,不能说明其来源是合法的,差额部分为非法所得;(三)非正常持有属于国家绝密、机密文件、



资料或者其他物品拒不说明来源与用途的,为非法持有;(四)在内海、领海运输、收购、贩卖国家禁止进出口物品的,或者运输、收购、贩卖国家限制进出口货物、物品,数额较大,没有合法证明的,为走私;(五)交通事故后当事人逃逸或者故意破坏、伪造现场,毁灭证据,使交通事故责任无法认定的,为当事人负全部责任。”“在跨国有组织犯罪、腐败犯罪案件中,有关犯罪的故意、明知、目的等主观心理可以根据案件客观实际情况推定。”另外,在第83条规定:“对程序事实的证明,应当达到优势证据的程度。”

17. 完善证人证言制度。这主要包括:(1)规定了近亲属和律师的拒绝作证特权制度,即“证人有权拒绝提供可能使近亲属受到刑事追诉或者有罪判决的证言。但是涉及国家机关工作人员利用职权实施的犯罪除外”。“律师对于在履行职务过程中得知的有关委托人秘密的事实,有权拒绝提供证言,但当事人本人同意,或者危害国家安全、重大公共利益以及正在实施或者准备实施的犯罪事实除外。”(2)明确了证人必须出庭,并规定书面证言原则上不能作为定案的根据,即“除法律另有规定的情形外,证人未出庭所作的书面证言,不能作为定案的根据”。(3)规定了证人作证的经济补偿制度。(4)进一步细化了证人保护制度,明确规定了禁止接触令、提供临时住所等特殊证人保护措施。

18. 进一步改革和完善监视居住制度。鉴于在目前的司法实践中有关机关常常滥用监视居住,变相羁押被追诉人,《建议稿》本着严格控制监视居住的适用、强化被监视居住人权利的精神,重点从以下三个方面对现行的监视居住制度进行了改造:

(1)提升了监视居住的适用条件,缩小了监视居住的适用范围。根据《建议稿》第108条第1款规定,监视居住的适用对象仅仅限于“对于罪该逮捕但证据不足或者不宜逮捕,同时又没有固定住处的犯罪嫌疑人、被告人”。

(2)强化了被监视居住人的权利保障。第108条第3款规定:“执行机关在执行监视居住后24小时之内应当通知被监视居住人的家属或者其所要求通知的人,并且将通知结果告知被监视居住人。”第110条规定:“被监视居住人除享有本法规定的其他诉讼权利以外,还有下列权利:(一)向执行机关查询是否已经通知其家属或被要求通知的人;(二)在没有第三人在场,且不受监听的情况下,随时会见其辩护人、近亲属;(三)通过电话、邮件等途径与其辩护人、近亲属进行联系,不受法律规定以外的限制;(四)根据合理的实际需要自费改善居所的居住条件和生活条件;(五)在执行机关指派的专人陪同下,到医疗保险指定医院或者其他符合条件的医院进行身体检查或接受适当的治疗;(六)如果近亲属病危或者死亡,有权经过执行机关批准前往探视或者奔丧;(七)人身不受器械约束。”

(3)明确规定了被监视居住人的救济权。根据第111条第2款的规定,被监视居住的人对监视居住决定不服的,可以向人民法院申诉。

19. 进一步改革和完善逮捕制度。《建议稿》本着从严控制逮捕的适用以及强化逮捕程序的正当性之精神,对现行的逮捕制度从以下三个方面进行了修改和完善:

(1)提高了逮捕的条件。根据第121条的规定,对现行刑事诉讼法规定的逮捕条件作了两点修改:一是将在适用上难以掌握的逮捕证明标准“对有证据证明有犯罪事实”修改为“对有确实证据证明有重大犯罪嫌疑”;二是将“可能判处徒刑以上刑罚”修改为“可能判处三年以上有期徒刑以上的刑罚”。

(2)增加规定了对检察机关逮捕决定的司法审查程序。第129条规定:“被逮捕人及其法定代理人或者近亲属不服人民检察院逮捕决定的,可以向决定或者批准逮捕的人民检察院同级的人民法院提出申诉。”“人民法院对于不服逮捕决定的申诉,应当举行听证,听取人民检察院、被逮捕人及其法定代理人、辩护人的意见;必要时,可以通知证人出庭作证。”人民法院听证后,根据案情分





别作出如下裁定:(一)认为逮捕合法,并且没有超过法定的羁押期限的,应当驳回申诉,维持逮捕;(二)认为逮捕合法,但是已经超过法定的羁押期限的,应当通知人民检察院和公安机关立即释放被逮捕人;(三)认为逮捕不合法的,应当撤销逮捕决定,并且通知人民检察院和公安机关立即释放被逮捕人。

20. 强化讯问犯罪嫌疑人程序的正当性。《建议稿》着重从以下三方面强化了讯问犯罪嫌疑人程序的正当性:

(1) 明确、细化了讯问时的相关时间限制,如增加规定“传唤、拘传犯罪嫌疑人的,两次讯问的时间间隔不得少于十二小时”;“对于在押犯罪嫌疑人的讯问,两次讯问的时间间隔不得少于十二小时”;“严禁夜间讯问犯罪嫌疑人,但符合以下条件的除外:(一)因扭送而夜间到案的;(二)因紧急拘留夜间到案的;(三)为解救人质、阻止已着手实施的恐怖犯罪、危害公共安全犯罪或其他关系个人生命健康的重大犯罪活动而进行讯问的”。

(2) 确立了讯问时律师的有限在场权。《建议稿》第231条规定:“对于应当指定辩护的案件,讯问犯罪嫌疑人时,应当有律师在场。”

(3) 确立了讯问时的特定范围的录音录像制度。《建议稿》第229条规定:“对于以下案件,讯问犯罪嫌疑人时,应当全程录音或者录像:(一)危害国家安全的犯罪案件;(二)职务犯罪的犯罪案件;(三)杀人、强奸、放火、爆炸、投毒、抢劫等严重破坏社会秩序的犯罪案件;(四)犯罪嫌疑人可能被判处十年以上有期徒刑的案件。对于其他犯罪案件,公安机关认为有必要的,也可以进行全程录音或者录像。”

21. 秘密侦查和技术侦查手段的法制化。目前中国的刑事诉讼法对秘密侦查和技术侦查手段没有规定。而这类侦查手段的法制化,既有利于加强其程序控制、保障人权,也有利于追诉机关更好地利用这些手段控制犯罪,指控犯罪。为此,《建议稿》对派遣秘密侦查员、诱惑侦查、监听、截取和收集电子信息、秘密拍照、犯罪心理测试等秘密侦查和技术侦查手段的适用案件范围、条件、程序以及相关公民的权利保障和救济等问题作出了规定。

22. 审查起诉的改革。这主要表现在:(1) 确立附条件不起诉(暂缓起诉)制度。即第263条第1款规定:“对于犯罪嫌疑人可能判处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者单处罚金的案件,人民检察院根据犯罪嫌疑人的年龄、品格、境况、犯罪性质和情节、犯罪原因以及犯罪后的悔过表现、赔偿情况等,认为不起诉更符合公共利益的,可以确定一年以上、三年以下期间为对被不起诉人的考验期。除本法另有规定的以外,期间届满,人民检察院不再就本案提起公诉”。(2) 确立审查起诉阶段的刑事和解制度。根据第264条的规定,可能判处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者单处罚金的案件,被害人与犯罪嫌疑人自愿和解的,人民检察院可以根据案件不同情况分别作出裁量不起诉或附条件的不起诉。

23. 简易程序的改革和完善。《建议稿》对简易程序的改革主要体现在以下两个方面:一是扩大了简易程序的适用范围,将原刑事诉讼法规定的“对依法可能判处三年以下有期徒刑、拘役、管制、单处罚金的公诉案件”改为“对依法可能判处五年以下有期徒刑、拘役、管制、单处罚金的公诉案件”。二是赋予了被告人适用简易程序的选择权和否决权。如《建议稿》第334条规定只有“被告人对适用简易程序无异议的”,人民法院才能采用简易程序;第337条规定:“对于公诉案件符合适用简易程序条件的,被告人及其辩护人有权向人民检察院提出适用简易程序的请求,人民检察院应当同意并建议人民法院适用简易程序。”“对于自诉案件,自诉人没有提出适用简易程序建议的,被告人有权请求人民法院适用简易程序”。此外,《建议稿》还规定了处罚令程序,根据第333条的规定,处罚令作出后,如果被告人在14日内未提出异议的,处罚令生效,不得上诉和抗诉。

24. 增加规定缺席审判制度。考虑到《联合国反腐败公约》的相关规定以及中国当前反腐败斗争