


唐治祥◎著



# 细节决定成败

## ——刑事法治探微

XIJIE JUEDING CHENGBAI: XINGSHI FAZHI TANWEI

 經濟日報出版社

唐治祥◎著



# 细节决定成败

## ——刑事法治探微

XIJIE JUEDING CHENGBAI: XINGSHI FAZHI TANWEI



经济日报出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

细节决定成败：刑事法治探微 / 唐治祥著. —北京：经济日报出版社，2014. 4  
ISBN 978-7-80257-622-3

I. ①细… II. ①唐… III. ①刑法—研究—中国  
IV. ①D924. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 061971 号

细节决定成败：刑事法治探微

著 者	唐治祥
责任编辑	温 海
责任校对	范继义
出版发行	经济日报出版社
地 址	北京市西城区右安门内大街 65 号 (邮政编码：100054)
电 话	010-63567960 (编辑部) 63516959 (发行部)
网 址	www.edpbook.com.cn
E-mail	edpbook@126.com
经 销	全国新华书店
印 刷	三河市天润建兴印务有限公司
开 本	1/16
印 张	16.75
字 数	260 千字
版 次	2014 年 4 月第一版
印 次	2014 年 4 月第一次印刷
书 号	ISBN 978-7-80257-622-3
定 价	48.00 元

版权所有 盗版必究 印装有误 负责调换



## 自序

“依法治国”、“建设社会主义法治国家”入宪既是社会主义法治在我国重大发展，也是我国社会主义民主和法治建设达到一个新水平的重要标志。然而，“对于一切事物，尤其是最艰难的事物，人们不应期待播种与收获同时进行，为了使它们逐渐成熟，必须有一个培育过程。”<sup>①</sup>国内外的实践证明，法治建设涉及面广，是一项宏大的系统工程，其如何实现以及能否实现与特定国家或地区体制内外的诸多因素均具有密切联系，需要一系列环环相扣的制度的配合以及与其相适应的观念的支撑，才能在现实生活中有效运作，因此，“依法治国”、“建设社会主义法治国家”等治国方略和奋斗目标在我国的实现不可能一蹴而就，必然要经历一个漫长的精心培育过程。刑事法治建设（包括刑法、刑事诉讼法和刑事司法三部分）也同样如此，不但涉及微观的具体原则、规则和制度的构建，而且涉及宏观的司法体制改革，甚至还涉及体制外诸多条件的更新，因此，为了确保法治建设目标在我国的实现少走弯路，必须从刑事法治建设的整体性和内在协调性这一宏观角度入手，深化司法体制改革，建立、健全相关原则、规则、制度和措施，加强对人民警察、检察官、律师、法官、人民陪审员的培训，以促进其法治观念的更新以及素质的提高，进而形成一个完整的刑事法治体系。

“做大事者不拘小节”被不少人奉为圭臬，但在现实生活中，因小失大的情形比比皆是。老子曰：“图难于其易，为大于其细；天下难事必作于易，

---

<sup>①</sup> 吴卫军、何继业：“诉讼法学理论研究：观念的变革与前瞻”，《四川大学学报》（哲社版）2002年第4期，第118页。



天下大事，必作于细。”<sup>①</sup>就我国社会主义法治建设而言，具体原则、规则、制度等细节也是不可小觑的重要因素，后者甚至在一定程度上决定着前者的成败。近年来，笔者本着“细节决定成败”这一“问题意识”，对与刑事法治建设密切相关的微观制度给予了较多关注。之所以将本著作命名为“细节决定成败——刑事法治探微”，在较大程度上也正是基于前述理由。本著作立足本土、兼顾域外，以专题形式对卷证移送、辩方证据知悉、公诉审查、非法证据排除、正当防卫、亲属相隐等对刑事法治进程有着促进或延缓作用的具体制度进行了深入细致的探讨。

---

<sup>①</sup> 老子：《道德经·第六十三章》。



# 目 录

<b>刑事卷证移送制度专题</b> .....	1
<b>全案卷证移送方式在我国新民主主义革命时期的实践状况考查</b> .....	3
<b>对我国 2013 年之前“有限”卷证移送制度基本内容的考查</b> .....	10
<b>关于“有限”卷证移送方式下“主要证据”如何判定的探讨</b> .....	20
<b>对我国 2013 年之前“不同”卷证移送制度下法庭调查方式的比较考查</b> .....	27
<b>关于我国 1997 年至 2012 年底后卷证移送制度的探讨</b> .....	35
<b>比较法视野下的刑事案卷形成过程及其内部结构考查</b> .....	45
<b>辩护律师证据知悉权与控方卷证移送关系之辨</b> .....	56
<b>刑事卷证移送制度类型学研究</b> .....	71
<b>刑事卷证移送制度与诉讼结构之关系辨析</b> .....	79
<b>我国植入“起诉状一本主义”和预审法官制度之不可行性分析</b> .....	91
<b>非法实物证据排除规则专题</b> .....	107
<b>论非法实物证据排除规则在我国的构建</b> .....	109
<b>宽严相济刑事政策专题</b> .....	121
<b>“宽严”在刑事诉讼中“相济”的基本理念</b> .....	123
<b>正当防卫制度专题</b> .....	137
<b>关于“对正在实施抢劫银行的犯罪分子就地击毙”的评析</b> .....	139



关于专职守护押运人员防卫权特殊性的探讨·····	148
<b>拒绝提供间谍犯罪证据罪专题</b> ·····	157
关于拒绝提供间谍犯罪证据罪若干问题的探讨·····	159
关于“明知他人有间谍犯罪行为”的探讨·····	169
<b>我国港澳台地区亲属相隐制度专题</b> ·····	175
我国港澳台地区亲属相隐制度比较考查·····	177
我国台湾地区亲属相隐制度及其启示·····	185
<b>外国刑事诉讼制度专题</b> ·····	201
英美非法实物证据排除规则比较与启示·····	203
非法实物证据排除规则在英美存在差异的缘由·····	219
意大利刑事卷证移送制度及其借鉴意义·····	225
英国刑事卷证移送及其配套预断抑制机制研究·····	244

XING SHI JUAN ZHENG YI SONG ZHI DU ZHUAN TI

**刑事卷证移送制度专题**









# 全案卷证移送方式在我国新民主主义革命时期的实践状况考查

自控审职能分离和诉讼阶段划分在我国清末法制改革中得到初步实现以来，如果抛开政权性质和法律制度的阶级本质不谈，刑事卷证移送方式在我国大陆地区的发展经历了“全案卷证移送主义”、“主要证据复印件移送主义”和全案卷证移送方式“复活”三个阶段，其中的全案卷证移送方式不但可以从中华民国乃至清末法制变革时期的刑事诉讼立法中找到范本，还可以从新民主主义革命政权的刑事诉讼实践中找到踪影。下面拟以有关文献资料为根据，深入细致地对全案卷证移送方式在我国新民主主义革命时期的实践状况进行系统的介绍和梳理。

## 一、全案卷证移送方式在第一次国内革命战争时期的实践状况

在第一次国内革命战争时期，处于幼年期的中国共产党虽然尚未建立独立的政权，但已经在当时的工农运动中开展了一些刑事诉讼活动。在1925年的省港工人大罢工中，省港罢工委员会设立了专门镇压工贼和其他反革命分子的纠察队、军法处、会审处等专门的司法机构：纠察队负有维持秩序、截留粮食、严拿走狗、拘捕工贼、封锁交通、查缉仇货等职责；军法处接受纠察队解送的各种人犯，并按照管辖范围，分别做出如下处理：凡纠察队内部的犯法人员，由军法处直接审判；对于非纠察队内部的犯法人员，军法处讯问后，应列明与人犯有连带关系的物品，连同原供和人犯，一并移送给会



审处审判。<sup>①</sup>由此可见，在第一次国内革命战争时期，控、审分离并未在所有案件中都得到实现，当然在由会审处行使审判权的案件中，控、审职能在形式上实现了分离，卷证由控诉机关向审判机关传递的关系已经存在，即行使控诉职能的军法处提起公诉时要向会审处移交有关证据材料。

## 二、全案卷证移送方式在第二次国内革命战争时期的实践状况

在第二次国内革命战争时期，中央和地方苏维埃政权相继制定和颁布了一系列有关司法组织机构和办案程序的刑事诉讼法律规范，其中不少规定体现了诉讼阶段划分、控审分离甚至预断排除的精神。根据中华苏维埃共和国中央执行委员会非常会议于1931年12月13日通过的《处理反革命案件和建立司法机关的暂行程序》的规定，政治保卫局和国家司法机关（法院或裁判部）在处理反革命案件的刑事诉讼中必须恪守职能分离的原则：侦查、逮捕、预审职能由国家政治保卫局行使；审讯和判决职能原则上由国家司法机关行使；国家政治保卫局预审之后，以原告人的资格向国家司法机关提起诉讼。<sup>②</sup>除政治保卫局外，工农民主政权在裁判部内还设立了专门行使检察职能和预审职能的检察长和检察员。对于政治保卫局和其他机关移送裁判部的案件，除案情简单的外，一般均需检察员检查（经过政治保卫局预审的反革命案件）和预审（非反革命案件）。经过检查和预审，检察员如果认为犯罪事实清楚、证据确实充分，应当做出结论，将案件转交裁判部的刑事法庭审理。尚未建立检察员制度的裁判部，可以从该部的裁判员中抽出一人代行检察员的职务，负责检查和预审事宜，不过，在刑事法庭审理案件时，曾经代行检察员职务的裁判员不得担任审理该案件的法庭的主审和陪审。鉴于“过去各级政府及地方武装送给本政府裁判部的犯人，很多没有案卷和材料，只有一个名单或者只是简单的‘反动土豪’……等等极简单的名词，致使裁判部审判犯人时发生许多困难，而且容易弄出错误，以致对于苏维埃政府的形象和信誉发生不好影响”，福建省苏维埃政府曾经在1932年9月9日发布的

<sup>①</sup> 汪海燕：《刑事诉讼模式的演进》，北京：中国人民公安大学出版社2004年版，第413页。

<sup>②</sup> 武延平、刘根菊等编：《刑事诉讼法学参考资料汇编》，北京：北京大学出版社2005年版，第9页。



《关于犯人的材料及坚决废止肉刑的问题》这一训令中对刑事卷证移送方式作了如下严格要求：“以后各级政府倘若送犯人来本政府，必须将该犯人的犯罪经过及与该案件有关系的材料一并送来”；“接本训令之外（后），如各级政府再像从前那样把人送来而没有一点材料，本政府将不接受，当即日送还原处……”<sup>①</sup> 中华苏维埃共和国临时中央政府司法人民委员部在 1933 年 4 月 16 日发布的第 10 号命令中对没收犯人的财产和物件所应履行的手续作了如下规定：在扣留犯人的过程中，如果从犯人身上搜出金银或物件，应当面制作记录并由搜查人、参加人和犯人签字，然后将该记录作为与本案有关的材料放入案卷，并对金钱和物件妥善保管，等候法庭判决处置；如犯人在未被判决前由下级司法机关送到上级司法机关或由别的政府机关送交司法机关审问，应将所没收的金钱、物件等一并移交。<sup>②</sup> 中华苏维埃共和国司法人民委员部在 1933 年 5 月 30 日发布的对裁判机关工作的指示中对审判工作进一步提出了如下要求：犯人（包括犯罪嫌疑人和被告人）由下级送到上级或由一个司法机关送到另一个司法机关，必须按照司法人民委员部第 10 号命令的规定，将全部案卷及该案件的物证和从犯人身上搜出的物品一并移交，以便接受该案件的机关进行审理；每个案件都必须有一个装有与本案有关的所有材料的案卷，以便核查；具体审判案件的裁判员在开庭审理以前，要对案卷材料进行充分的研究，拟出法庭审判时的发问提纲，以确保对被告人和见证人的提问有条不紊地进行；每一个案件在开始审理之前都要经过裁判部内设的裁判委员会讨论，以使具体审理案件的负责人更好地把握判决的标准，避免判决出现错误；裁判部虽然有独立的审判权，但裁判机关必须与预审机关保持密切的联系，可以相互商量来解决案件，对于特别重要的案件，还要提交同级政府主席团讨论。<sup>③</sup>

① 武延平、刘根菊等编：《刑事诉讼法学参考资料汇编》，北京：北京大学出版社 2005 年版，第 91 页。

② 武延平、刘根菊等编：《刑事诉讼法学参考资料汇编》，北京：北京大学出版社 2005 年版，第 28 页。

③ 韩延龙、常兆儒主编：《革命根据地法制文献选编》（第三卷），北京：中国社会科学出版社 1981 年版，第 292 页。



### 三、全案卷证移送方式在抗日战争时期的实践状况

抗日战争时期，虽然控审职能在各抗日根据地的刑事诉讼中出现了进一步的分离，但审前形成的案卷和证据材料在裁判过程中仍然起着决定性的作用。根据陕甘宁边区高等法院在1941年5月10日对各县司法工作发布的指示，“受理案件后，裁判员及审查员需要详细审阅案件的内容，应传讯的即传讯，应调查的即调查，应检验的即检验……案件审理后，裁判员应根据法律向裁判委员会提出对于案件的处理意见，经裁委会讨论判决，再交裁判员宣判”。<sup>①</sup> 晋冀鲁豫边区公安局与晋冀鲁豫边区高等法院在1942年7月30日联合发布的《关于公安司法部门工作关系的联合指示》中对刑事卷证移送方式提出了如下要求：为了避免再出现“仅一纸达案公文，即行解送，致使司法部门无法了解，因而不免有处置失当之虞”的现象，公安机关在提起公诉时应将一切物证、人证等证件一并移送，“并须提出具体的处刑意见（判处死刑或几年有期徒刑），司法部门的同志如觉不妥，应与公安部门交换意见，如双方意见不能一致，司法部门可呈请行政负责同志作最后决定”。<sup>②</sup> 晋冀鲁豫边区太岳区在1944年3月1日公布施行的《晋冀鲁豫边区太岳区暂行司法制度》中对刑事诉讼的流程作了较为全面的规定，其中与刑事卷证移送有关的大致有以下内容：①锄奸案件以及破坏根据地的重大政治性案件由公安机关侦查起诉，未经公安机关起诉，法庭可以拒绝受理；②公安机关提起公诉时，必须使用起诉书，除严守秘密的文件外，应将犯人及与案件有关的一切材料（如口供、物证等）一并移送给法庭审理，对于锄奸案件，还有权提出具体的处理意见；③对于公安机关的起诉，法庭有受理的义务，不得拒绝，如果移送起诉的材料不足，可以退回公安机关侦查；④法庭处理锄奸案件，应与公安机关交换意见；⑤对于一般机关、团体、部队提起公诉的案件，法庭有受理的义务，但如果认为缺乏具体的事实和材料，可以拒绝受理；⑥各级司法机关对于应由其受理的公诉、自诉和群众起诉的案件应依法

<sup>①</sup> 武延平、刘根菊等编：《刑事诉讼法学参考资料汇编》，北京：北京大学出版社2005年版，第123页。

<sup>②</sup> 武延平、刘根菊等编：《刑事诉讼法学参考资料汇编》，北京：北京大学出版社2005年版，第353页。



通过审问原被告、传唤证人、实地勘查、审查证物或赃物、动员群众收集材料、征求群众意见、对收集到的案卷材料进行讨论研究等方法进行调查研究，并做好开庭审理前的准备工作。<sup>①</sup> 苏中区于1944年10月公布施行的《苏中区处理诉讼案件暂行办法》不但对管辖、起诉、证据、审判、上诉以及执行等整个刑事诉讼流程作了较为系统的规定，还对起诉的方式作了具体规定。根据该《暂行办法》第17条和第18条的规定，起诉不以书状为要件，对于口头告诉，司法机关应将告诉内容记录存卷，不过，无论是口头告诉记录还是起诉状，都应包括以下内容：①原被告以及证人、关系人的姓名、年龄、性别、籍贯、住址和职业；②事实与理由；③请求目的；④证人与物证；⑤曾否调解以及调解的结果；⑥受理机关；⑦起诉年月日；⑧告诉人签名盖章或捺指印；⑨代写人或记录人签名盖章。<sup>②</sup>

#### 四、全案卷证移送方式在解放战争时期的实践状况

在解放战争时期，各解放区政权明确划分公安机关和司法机关的职权范围，初步确立了公安机关和司法机关之间的配合与制约关系。在解放战争时期，检察职权依然由附设于司法机关的检察机关行使，但公安机关在一定程度上也拥有检察职权。对于有检察职责的刑事案件，公安机关侦查预审后，如认为证据充足，即应在向司法机关提起公诉的同时，将案件连同被告人 and 一切证据移交司法机关依法审理。1946年8月1日开始试行的《冀南区诉讼简易程序试行法》对公安机关与审判机关之间的配合与制约关系作了如下规定：公安机关移交侦查完毕的案件，应将被告人及与案情有关的文件以书面形式送交司法机关审判；对于各方反映材料，审判机关应详细调查，切忌听取一面之词或出现先入为主的偏差；在每次开庭审理前，审判机关要将诉状或口诉笔录、调查材料及反映材料等，详细对照研究，拟定讯问重点及审

<sup>①</sup> 武延平、刘根菊等编：《刑事诉讼法学参考资料汇编》，北京：北京大学出版社2005年版，第361—365页。

<sup>②</sup> 武延平、刘根菊等编：《刑事诉讼法学参考资料汇编》，北京：北京大学出版社2005年版，第417页。



讯方法。<sup>①</sup> 为了正确处理公安局与法院的工作关系，避免“文卷往返转折”，确保“案件迅速处理”，苏北行政公署在1949年9月28日发布的训令中对公安机关提起公诉的案件作了如下要求：对于伪匪奸细、特务、盗匪犯等案件，公安机关侦查后，认为必须送交司法机关审判者，应制作起诉书，然后连同入犯、案卷及相关的证件、赃物、违禁品等物，一并移送给同级司法机关初审；起诉书包括被告简历、案由、犯罪事实、证据、起诉理由、处理意见、起诉日期以及起诉机关负责人等内容；案卷内所附调查材料，应注明调查人的姓名、所服务的机关、职务，并盖章；在起诉书起诉理由栏内应对调查材料加以分析，辨别是非、真假、来源。<sup>②</sup> 对于公安局与法院的分工和联系，哈尔滨特别市政府1948年10月24日通过的《民事刑事诉讼暂行条例》（草案）和《对公安局与人民法院关于处理民刑案件的分工与联系决定》作了如下规定：作为对刑事案件有检举权的刑事检察机关，公安局在侦查后如认为证据充足，应即连同证据物向作为审判机关的人民法院提起公诉；公安局在提起公诉时，“除武器及在政治上有留用必要之证件外，一切证据物、赃物、赃款及口供笔录（反革命案犯得用口供抄件）与案犯一并送交人民法院最后处理”；“公安局准留之武器及证物，须在案卷内制作目录说明之，如人民法院在审判上有提示之必要时，须及时提示之”；“公安局在侦查中所为之查封，亦须做成书面附卷，于移送案犯时即须协同交代”。<sup>③</sup>

## 结语

在新民主主义革命时期，无论是工农民主政权还是抗日民主政权抑或是解放区人民政权，都对刑事诉讼规定了职能分离的原则，但在强调行使控诉权和审判权的机关必须相互密切配合的思想指导下，行使控诉权的机关提起

<sup>①</sup> 武延平、刘根菊等编：《刑事诉讼法学参考资料汇编》，北京：北京大学出版社2005年版，第505—506页。

<sup>②</sup> 武延平、刘根菊等编：《刑事诉讼法学参考资料汇编》，北京：北京大学出版社2005年版，第533页。

<sup>③</sup> 武延平、刘根菊等编：《刑事诉讼法学参考资料汇编》，北京：北京大学出版社2005年版，第592页，第596页。



公诉时必须采取全案卷证移送方式，以便具体负责审判案件的裁判员在开庭审理以前对案件材料进行充分的研究，因此，在新民主主义革命时期的刑事诉讼中，控审职能没有真正分离，防止法官预断的精神几乎没有得到任何体现。





## 对我国 1997 年至 2012 年“有限” 卷证移送制度基本内容的考查

对于检察机关在拟适用普通程序审判的公诉案件中如何移送案卷和证据材料的问题，我国 1996 年《刑事诉讼法》没有直接做出明确规定，但从其对法院开庭审判的条件所作的规定可以看出：检察机关提起公诉时不必再像以往那样移送全部案卷和证据材料，只需按照 1996 年《刑事诉讼法》第 150 条的规定移送能够确保法院做出开庭审判决定的“有明确指控犯罪事实的起诉书、证据目录、证人名单和主要证据复印件或照片”即可。正是以 1996 年《刑事诉讼法》第 150 条的规定为依据，最高人民法院和最高人民检察院先后在各自的司法解释以及与其他国家机关联合制定的规范性法律文件中不但将检察机关提起公诉时移送的卷证材料范围限定为起诉书、证据目录、证人名单、主要证据复印件或照片，还进一步对这些卷证材料的内容、特别是对“主要证据”的内涵和外延等问题进一步作了明确规定。

### 一、起诉书

作为连接审前程序与审判程序的纽带，起诉书具有多重诉讼价值，不但集中体现了检察机关的控诉主张，而且对法院的审判活动具有制约作用，此外，还为辩方的防御活动划定了界限。正是基于起诉书在刑事诉讼中起着承前启后的重要作用，我国 1996 年《刑事诉讼法》第 150 条不但要求检察机关提起公诉时必须移送起诉书，还明确将“起诉书中有明确的指控犯罪事实”作为收案法院决定开庭审判的法定条件之一。鉴于 1996 年《刑事诉讼法》第 150 条对起诉书的内容以及如何移送规定得较为笼统，最高人民法院