



中国政法大学诉讼法学研究中心

SUSONG
FAXUE
YANJIU

诉讼法学研究

【第七卷】

■ 主编 樊崇义

中国检察出版社

诉讼法学研究

(第七卷)

主编 樊崇义

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

诉讼法学研究.第7卷/樊崇义主编. —北京: 中国
检察出版社, 2004.4

ISBN 7-80185-237-0

I. 诉… II. 樊… III. 诉讼法-法的理论-研究
IV. D915.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 031298 号

诉讼法学研究 (第七卷)

主编 樊崇义

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)68630385(编辑) 68650015(发行) 68636518(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 河北省三河市燕山印刷有限公司

开 本: A5

印 张: 15.375 印张

字 数: 424 千字

版 次: 2004 年 5 月第一版 2004 年 5 月第一次印刷

书 号: ISBN 7-80185-237-0/D·1221

定 价: 32.00 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

目 录

主编絮语

话说超期羁押 樊崇义 (3)

司法改革专题

关于法院司法体制改革的几个问题 沈德咏 (15)

捍卫司法的公平正义

——论检察官的法律使命 孙 谦 (41)

证明标准研究

关于民事诉讼证明标准的几个基本问题 罗 茜 (117)

证明标准适用研究 王学棉 (137)

学术前沿

司法克制与法官能动 张建伟 (169)

从审判中的辩护走向侦查中的辩护

——对律师在侦查中诉讼地位和作用的考察分析

..... 顾永忠 (207)

私家侦探论争及法律评价 王新环 (222)

民事纠纷主管问题研究

——以法院主管为核心 杨荣新 张晓茹 (233)

刑事附带民事诉讼初论 罗海敏 (248)

行政合同诉讼研究	薛刚凌 杨欣 (278)
论不停止执行原则	谢志勇 (301)

证据、证据法与非法证据排除

——兼评《中国证据法草案建议稿及论证》

.....	杨宇冠 (316)
“罗马规约”证据规则解析	陈浩然 (326)

实务调研

证据开示制度试行状况之实证报告

——北京市海淀区人民检察院试行证据开示制度
一年来的主要做法和体会

.....	赵志坚 侯晓炎 庄燕君 (339)
-------	-------------------

域外法制

裁判的世界	[日] 中野贞一郎 著 杨本娟 译 (361)
-------------	----------------------------

被害人制度研究

——比较法的视野

.....	[法] 米海依尔·戴尔玛斯-马蒂 著 施鹏鹏 李立宏 译 (394)
-------	---------------------------------------

澳大利亚司法考察报告

.....	中国政法大学诉讼法学研究中心 (413)
韩国民事调停制度略论	[韩] 金旼淳 (436)

诉讼法史

晚清检察厅的制度设计与实践	张德美 (453)
---------------------	-----------

主 编 絮 语

话说超期羁押

通常意义上我们说的超期羁押是指人民法院判决前，将犯罪嫌疑人、被告人关押在特定的监管场所，暂时剥夺其人身自由的一种法律状态。由于羁押行为对公民的人身自由具有严重侵犯性的可能，所以各国都对羁押手段的适用条件、期限、解除、救济等相关内容作严格规定，防止国家刑事追诉权对公民权利的不必要的侵害。超期羁押，顾名思义即超过法律规定时间限制的羁押行为。显然这是一种违法行为，侵犯了相关当事人的权利，是应当予以纠正和杜绝的违法现象。最高人民检察院赵登举副检察长认为其本质就是非法拘禁。但长期以来，超期羁押在我国的刑事诉讼中却成为一种奇怪的“普遍”现象，超期少则十天半月，多则达十几年。超期羁押已经成为中国刑事司法中的“顽症”。

一、超期羁押的原因分析

超期羁押是一种严重违反程序法规定的，侵犯在押犯罪嫌疑人、被告人合法权益的违法行为。我国目前对超期羁押已经有所认识，相关部门也再三强调并开展了若干专项整治行动，但超期羁押现象并没有得到有效的遏制。超期羁押之所以成为我国刑事司法中的“痼疾”，剖析原因，笔者认为有以下几点：

（一）非权利本位的法律文化传统的影响

中国社会长期以来形成的是一种由自我、宗族和国家构成的“差序结构”^①，儒家的宗族和国家只是自我的推广形成，因此个

^① 费孝通：《乡土中国》，三联书店1995年版，第25页。

人、宗族与国家是一体化的，没有严格的界限，既然宗族和国家不过是放大的个人，那么个人也就无从主张与集团有区别的利益和权利。因此，中国法律文化在本质上是非权利本位的，是反个人主义的，强调个人对集团和国家的义务、服从和依附。“中国自来就不许让人民具有什么基本的权利观念，所以他们对于任何基本权利被剥夺、被践踏的事实，很少从法的角度去考虑是非”^①，个人权利的弱化必然导致个人权利意识的淡薄，在国家或社会因某种需要侵犯了个人利益的时候，也毫不在意或听之任之，进而成为一种思维和行动的惯性，这是我国超期羁押问题长期存在，而且得不到根治的文化根源，立法者、执法者及被超期羁押的人都不认为这是多么严重的事情，久而久之，导致超期羁押现象的累积。

（二）惩罚犯罪单一刑事诉讼目标的极端强化

在我国，刑事诉讼长期被当做是专政的有力武器，强调对所谓“专政对象”的无情镇压，在潜意识中将“专政对象”排斥于社会群体之外，认为对他们使用任何手段都不过分，在刑事诉讼中一味地强化对“犯罪者”的惩罚，只要有利于实现这一目标，任何个人利益的牺牲，甚至是对个人权利的任意践踏都是可以理解和接受的。羁押在我国历来被认为是一种震慑犯罪嫌疑人、被告人的手段，同时也是保证他们能够接受审判并受到应有的惩罚的必需方法。对惩罚犯罪目标的极端强化，必然导致对刑事诉讼中人权的忽略和“刑事司法权的极度扩张，司法权在于当事人权利发生制度性关系时，司法权对当事人权利的作用强度过大，没有任何限制，就会导致二者之间的关系失衡，当事人权利就极有可能受到司法权的压制和侵害，因此，司法权的作用强度不是无限的，而是有限的，必须被限定在能够与当事人保持结果关系处于平衡的限度内，使其能够在一个更为理性的轨道上运行”^②。正是由于单一刑事诉讼目

① 王亚南：《中国官僚政治研究》，中国社会科学出版社1981年版，第45页。

② 孙万胜：《司法权的法理之维》，法律出版社2002年版，第134页。

标的强化,致使司法权的非理性运作,在实践中,只要最后能够抓到真凶,处罚犯罪者,超不超期,社会和执法者都不计较。所以,在这样的目标指引下,超期羁押也就不足为怪了。

(三) 执法人员程序法律意识淡薄

在长期的单一性刑事诉讼目的观的指导下,在传统的“重实体,轻程序”的刑事司法状态中,刑事执法人员的程序法律意识极其淡薄,笔者注意到与超期羁押相关联的程序工具主义的背景,刑事执法人员的程序意识虚无,在超期羁押的现象中有特别突出的表现,将本来不是刑事诉讼必需措施的羁押演化成实践中几乎每案必押的状况。根据我国刑事诉讼法的规定,能够造成羁押后果的强制措施只有拘留和逮捕,而这二者都是有明确的条件和期限限制的,超期羁押正是任意扩大适用两种强制措施的一个附属结果。适用的随意性还不算,该报批延长时间的,不按规定批报,对不批准逮捕的,也不立即释放,致使羁押超期。刑事执法人员对程序性规定的马马虎虎,加上某些执法人员还存在一定的特权思想,使本不该羁押的押了,不该超期的超过了法定的期限。

如果说上面的做法是显性的超期的话,在实践中还有相当一部分的是隐性超期,即使用各种手段规避法律规定的期限,如刑事诉讼法第69条规定,一般情况下公安机关拘留犯罪嫌疑人的时限为14日,对于流窜作案、多次作案、结伙作案的重大嫌疑分子,最长的拘留时间为37日,虽然相关的司法解释中对流窜作案、多次作案、结伙作案的重大嫌疑分子有明确的说明,但在实践中,特殊情况下的拘留期限也适用于一般情况,造成了羁押期限的实质性延长。另外还有诸如借期羁押、延期羁押、宽限办案期限等隐性超期羁押。超期的办法多种多样。

(四) 现有法律规定的疏漏

由于立法对办案期限规定的疏漏,某些案件和办案环节没有明确的期限规定,致使对羁押没有约束。如刑事诉讼法中对于死刑案

件的复核就没有审理期限的规定，人民法院在复核死刑案件时可以随意掌握羁押期限的长短。另外，只在侦查阶段明确规定了羁押的期限，致使很多人产生在审查起诉和审判阶段的羁押没有期限的误解。第三，可以延长侦查羁押期限的情况在刑事诉讼法的第124条至127条中规定了4种之多，其中第125条，经最高人民检察院报请全国人大常委会批准延长的情况下，竟没有限定具体延长的最高时限，理论上出现了无期限羁押的可能。此外，第128条中规定的两种情况，一种是羁押期限内发现新的罪行时可以重新计算，实践中有相当多的案件是在发现数罪时先立一案，待有关羁押期限届满时，再立另一案，如此循环，羁押期限也就一长再长，无休无止。在第二种情况下，对不讲真实姓名、住址、身份不明的，侦查羁押期限自查清之日起计算，“永远没有开始，在某种意义上也就意味着永远没有结束”，羁押期限终结只能依赖于侦查机关的办案情况，因为第128条同时规定，对于犯罪事实清楚，证据确实充分的，也可以按其自报的姓名移送起诉，由此看来羁押的期限不是由法定，而是由办案人员来定了。法律规定上的漏洞，无疑使严重的超期羁押现象更加雪上加霜。

（五）对刑事诉讼证明活动和证明标准的错误认识

长期以来，我们一直坚持马克思主义的认识论，在诉讼中坚持“以事实为依据，以法律为准绳”，认为诉讼中的证明活动与一般的认识活动没有什么区别，强调对绝对客观真实的不懈追求。没有意识到诉讼认识的特殊性、局限性和可错性，将案件的证明标准定得过高，致使相当多的案件难以达到相应的证明标准，而久拖不能结案，成为造成超期羁押的客观因素。另外，刑事诉讼的证明活动是一个不断深化的过程，但我国刑事诉讼的以侦查为中心的诉讼模式破坏了刑事诉讼证明活动的连续性。我国刑事诉讼法规定的侦查终结时的证明标准与审查起诉、审判时的都一样——证据确实充分，这在某种程度上意味着刑事诉讼证明活动在侦查阶段就终结了，本来按照事物发展规律需要进一步发展延续的过程提早结束，无形中

提高了侦查终结的难度，致使很多案件无法终结，羁押超期在所难免。对诉讼证明活动和证明标准的错误认识成为造成超期羁押的客观因素。

二、解决超期羁押对策

（一）创造平等、法治的社会法律文化

社会主义市场经济的运行，必然孕育出个人本位为主、社会本位为辅的基本权利观念。因此，提倡个人的权利平等意识，是营造社会主义法治社会的基本前提，是使我国走向法治现代化的必然要求。所谓平等是洛克在其《政府论》中所说的“人人都是平等地受制于法律”，“法律的目的不是废除或限制自由，而是保护和扩大自由。这是因为在一切能够接受法律支配的人类状态中，哪里没有法律，哪里就没有自由”。形成平等、法治的社会文化对塑造社会个体的法律意识、培养执法人员的良好素质有潜移默化的作用。在一个讲平等、法治的社会里，对个体权利的侵害不仅其自身不能接受，社会整体也不能够容忍，这就为彻底根除超期羁押提供了有利的文化、心理支持。

（二）彰显人权保障的刑事诉讼目的观

我国学者近几年在讨论刑事诉讼目的时，基本上是持均衡论，即认为刑事诉讼的目的应该是惩罚犯罪与保障人权并重。笔者并不否认刑事诉讼在公正惩罚犯罪目标上的追求，但在现阶段，从我国的实际出发，“现代刑事程序的重点在于建立防止国家刑事追诉权、惩罚权被滥用，防止公民权利被侵害的装置，因此，惩罚犯罪更多地体现为刑事程序的隐性目的，而保障人权则是刑事程序的显性要

求。”^① 因此，在刑事司法活动中，树立以人为本的基本价值观，尊重个人的自由、安全和尊严，就成为刑事诉讼现代化、民主化的重要标志。“现代法精神的向度之一是人权原则，即现代法是维护人的尊严、尊重人的价值，保障人的权利的法。”^② 在刑事诉讼中彰显人权保障的目的观，为克制超期羁押提供了基本的价值评价衡量体系。

（三）促进无罪推定、疑罪从无的法律原则的社会化

无罪推定原则自 1764 年由意大利法学家贝卡利亚作了详细的总结和论述以来，已经成为当今世界的共识，多份人权公约都对此作了规定，我国刑事诉讼法第 12 条被认为是吸收了无罪推定原则的合理内核，并结合中国实际的中国化版本，并以此为根据在制度上区分了刑事诉讼中的被追诉者的三种人格，明确了控方负责举证、疑案作无罪处理等具体内容。这些虽然对于专门的法律工作者而言耳熟能详，但其要内化为每个社会成员的意识 and 思维定律，还需要相当长的一段时期。

现在有些被害人及其家属，包括一些社会群众对于他们认定的所谓的“犯罪分子”，坚决要求公安司法机关把他们“抓”起来，在他们的心里沿袭着抓起来就能定罪判刑的习惯法则，因此就在社会上造成了一种无形的推动力，迫使公安司法机关不得不抓人，以造成一种羁押的既成事实，好向群众交代。到期该放人了，或者没有查到什么真凭实据，就是不敢放，因为一放人，被害人、家属就要闹，社会就认为是“徇私枉法”，无形中导致“无限超期”的局面，无法收拾。

因此，促进无罪推定、疑罪从无的法律原则的社会化，使其深

① 熊秋红：“解读公正审判权——从刑事司法角度的观察”，载《法学研究》2001 年第 6 期。

② 陈弘毅：《法治、启蒙与现代法的精神》，中国政法大学出版社 1998 年版，第 9 页。

入到每一个社会成员的心中，理性地对待犯罪行为及刑事案件中的被追诉者，使刑事诉讼中的人权保障不仅成为司法机关的责任，更成为全社会对特定个体的义务，从而形成良好的解决超期羁押问题的社会氛围。

（四）填补法律漏洞，严格规定超期羁押的法律责任

通过对现行刑事诉讼法中羁押期限规定的补充和完善，再进一步细化羁押的条件和期限，取消不必要的延长羁押期限的规定，明确期限计算的方法，避免立法技术缺陷导致羁押无休止的情况发生。按照法律规范的逻辑结构，明确规定超期羁押的法律责任和制裁措施，使刑事诉讼法关于羁押期限的规定真正成为具有法律意义和执行效力的条文，而不是空洞的标语或宣传口号。应从制度上堵住超期羁押的缺口，不给超期羁押留下可乘之机。

（五）对执法人员进行科学羁押的教育

现在的超期羁押有相当的一部分是由执法人员在实践中将羁押手段泛化使用造成的，几乎使羁押成为刑事诉讼的必经程序。总体上说，我国羁押手段的构建在人权保障问题上侧重于保障无辜，而对其应当具有的防止任意剥夺人身自由的功能重视不够。为此，应当首先引入“逮捕与羁押”分离的观念，使逮捕不过是一种行为，并不必然导致长期羁押的法律后果，国外的保释制度在这方面有较好的效果。其次，对羁押实行令状主义。“令状原则的要求绝不仅仅是形式性的令状，它实质上是对国家权力——只要这种国家权利可能侵犯公民的基本权利——的一种制约，这也是现代法治的应有含义之一。”^① 尽快建立羁押审查制度，对是否应当羁押及具体的期限由一个中立者进行审查，使羁押真正成为一种司法行为，而非现在的类行政行为。第三，贯彻比例原则（或称为相适应原则），

^① 宋英辉、吴宏耀：《刑事审判前程序研究》，中国政法大学出版社2002年版，第215页。

对羁押与否、时间长短与被追诉者所涉嫌的犯罪的性质、社会危害程度、可能逃避诉讼的可能性等综合考虑,予以确定。第四,树立正当程序法律观念,严格依法办事,正确理解立法的本意和精神,不在实践中运用权力歪曲法律。由于刑事诉讼法的具体贯彻和实施都要靠执法人员,所以,对执法人员进行科学羁押的教育,是彻底纠正超期羁押,防止超期羁押重新发生的重要环节。

(六) 客观认识刑事诉讼证明活动及证明标准

我们应当科学认识诉讼认识活动与其他认识活动相比的特殊性。诉讼认识活动的渐进性,就决定了刑事诉讼各个阶段的证明标准应是逐步深入和提高了的,所以,立案、侦查、起诉、审判等刑事诉讼诸阶段的证明标准应具有相应的层次性的特征,依次递进,最终完成刑事证明任务。改变我国对证据确实充分的认识长期以“客观真实”为标准,即所谓的“必须与客观上实际存在过的事实一致”^①的观点,在笔者看来,查明案件的客观真实是不必要的,也是不可能的,只要达到法律上的真实,即“在证明过程中,运用证据对案件真实的认识应当符合实体法和程序法的规定,应当达到从法律角度认为是真实的程度”^②即可,使刑事诉讼证明标准具有可操作性,而不是陷在认识论的纯粹客观主义的注释中无法自拔,从而有利于刑事诉讼程序的传递,尽快结案,为超期羁押问题的解决创造良好的客观环境。

(七) 建立超期羁押救济程序,完善对超期羁押的监督机制

无救济就无权利,因此对于超期羁押侵犯人身权利应当提供明确的司法救济程序,以帮助他们实现对自己权利的保护,需要注意的是该种救济程序必须是诉讼性质的,而不是像现在的行政性的审

① 陈一云主编:《证据学》,中国人民大学出版社,第114页。

② 樊崇义:“客观真实管见”,载《法学研究》2001年第1期。

查模式，而且该种救济程序的启动应具有相对的简易性。考虑到羁押人人身自由被剥夺的特殊情况，应该赋予他们的律师或辩护人及近亲属启动该种程序的权利。

加强社会对超期羁押的监督，特别是强化法律监督机制。建立羁押情况的定期检查、到期预警制度，防止新的超期现象的发生，各司法机关应进一步明确办案责任制，将是否超期作为司法人员业务考核的重要标准。

（八）对于现有的超期案件，彻底清理解决

下决心解决积案，根据各个案件的具体情况，分析原因，方法要多样化，方式要灵活。但不管怎样，应该始终坚持彻底清理解决的原则，坚决保护有关的主体的人权和人格尊严。需要赔偿的，应依据国家赔偿法的规定认真做好赔偿工作。

超期羁押是我国刑事诉讼的三大难点之一，虽然超期羁押的原因很复杂，涉及社会的各个层面，但在我们深刻认识到其危害性和问题的严重性之后，只要各级公安司法机关下决心，积极地采取各种应对策略，笔者认为彻底根除超期羁押指日可待。

中国政法大学诉讼法学研究中心 主任：樊崇义

2004年3月

