

刑事 司法论坛

第一辑



● 主编 陈光中

Criminal
Justice Forum



中国人民公安大学出版社

刑事司法论坛（第一辑）

主 编 陈光中
副主编 张建伟
编 委 葛 琳 崔 洁

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事司法论坛 (第一辑) / 陈光中主编. — 北京: 中国人民公安大学出版社, 2008. 7

ISBN 978 - 7 - 81139 - 190 - 9

I. 刑… II. 陈… III. 刑法—研究—中国 IV. D924. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 112205 号

刑事司法论坛 (第一辑)
XINGSHI SIFA LUNTAN (DI YI JI)

主编 陈光中

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京蓝空印刷厂

版 次: 2008 年 7 月第 1 版

印 次: 2008 年 7 月第 1 次

印 张: 18.5

开 本: 650 毫米 × 980 毫米 1/16

字 数: 265 千字

ISBN 978 - 7 - 81139 - 190 - 9/D · 169

定 价: 38.00 元

网 址: www.phcpps.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: cpep@public.bta.net.cn zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话 (批销): (010) 83903254

警官读者俱乐部电话 (邮购): (010) 83903253

读者服务部电话 (书店): (010) 83903257

教材分社电话: (010) 83903259

公安图书分社电话: (010) 83905672

法律图书分社电话: (010) 83905637

公安文艺分社电话: (010) 83903973

杂志分社电话: (010) 83903239

电子音像分社电话: (010) 83905727

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究

卷首语

时代需要立言之士。

中国自“文化大革命”结束重建法制以来，不觉已经30年。这30年是改革开放的30年，是建设中国特色社会主义的30年，也是从人治走向法治的30年。但法治之路当如何走，大至如何构建社会主义法律体系，小至特定具体诉讼制度的改革，都需要法律人进行深入研究，并将研究成果作为意见和建议公之于众，以便使立法者进行更为理性的选择，使司法者获得行为的价值导向。法学者的责任便是投入这一改革的洪流，用自己的心去思考，用自己的笔去书写，用自己的口去评说，这已经成为中国法学者不可推卸的历史使命。回眸这30年走过的道路，多少法律界人士用经国济世的情怀和抱负，参与立法，襄助司法，对中国立法和司法的进步起到推动作用。

这是一个充满期待、充满机会、充满可能性的法治初创时期，近年来“依法治国”、“社会主义法治理念”成为这个时期的时代表征和新的主题词。在这个时期，立法的步伐继续前行，司法的改革不断出新，对相关制度的学术研究需求也日益迫切。

中国的刑事司法有着悠久的历史，近现代以来更有了与以往不同的飞跃式进步，但我们也应看到，直到今天，我国的法治现状，包括刑事司法领域，都还存在许多不足和弊端，与联合国法律文件所规定的法治要求、司法准则相比，仍相去甚远。我们不

能无视这些不足和弊端，因为刑事司法领域恰恰是个与人权密切相关的领域，对刑事案件涉讼人权利的疏忽，就会纵容、助长对人权的戕害。面对这种进步与不足共存、希望与不满交织的局面，中国的刑事法学必须为改革提供丰富的理论资源，中国的法学者必须奉献自己的智慧。

我们还应当清醒地认识到，刑事立法和司法，需要一系列的价值选择，特别是在惩罚犯罪和保障人权之间寻求总体平衡。价值失衡，带来的要么是对于打击犯罪软弱无力，要么是人权遭到漠视，这决不会是一个地区绝大多数人的福音。知识分子应当扮演着社会良心的角色，应当成为社会的眼睛。他们反复言说的重要性，就在于促成一种明智的、理性的价值选择，促进公平正义的实现。

时代，需要学术上深入的研究，需要学者不断的言说，需要法律界发自肺腑的呐喊，也就需要有更多载体来承载这种沉甸甸的祈祷，承载各种明达的思想和中肯的建议。正是在这种需求的激励下，在满怀激情的憧憬中，《刑事司法论坛》得以诞生。

这是一个以刑事司法为论说对象的系列学术文集，主要关注、探讨刑事诉讼、证据兼及刑事司法其他领域，首重学术性、思想性、原创性。既注重刑事司法之基本理论问题的深入探究，也重视对关系千百万人命运的司法实践问题的观察与思考，因此，既非纯粹象牙塔中坐而论道，也非司法实践的直击报告，而是以学术为主，又将关切的目光投向刑事司法实践和实际人权状况的求知力行的类期刊式论著。

本书为《刑事司法论坛》的第一辑。本书《专论》栏目设定的主题研讨首先是司法体制改革，收录了陈光中教授的《司法体制改革若干问题之我见》、应松年教授的《关于改革劳动教养制度的几点意见》、崔敏教授的《优化司法职权配置的三点建言》以及刘峥法官撰写的《论我国审判委员会制度的现实困境及其改进思路》四篇论文。这些论文议论了司法体制改革的若干热点问题，诸如司法和司法体制的含义、建立刑事被害人救助劳动教养

制度的改革、优化司法职权配置以及我国审判委员会制度。这些文章坦诚陈言和中肯建议,为本书呼吁改革、支持改革、为改革积极出谋划策的总体基调备足了氛围。

侦查程序是刑事司法改革和刑事诉讼法修改的重点、难点问题。本书《专论》栏目特别组织了三篇有分量的论文:孙长永教授的《完善侦查程序立法的三个重点问题》、周欣教授的《侦查权新论》、顾永忠教授的《论侦查程序中的律师辩护》都是关于侦查制度的研究成果,三篇论文三个角度,对人们普遍关心的侦查领域的问题一望而收,颇值一读。

在《联合国公约与外国法》栏目,我们推出了熊秋红研究员的《联合国人权公约与中国刑事诉讼法的修改》、杨宇冠教授的《谈〈禁止酷刑公约〉的几个问题》。两篇论文再次提醒人们,我国司法改革不能自外于联合国刑事司法国际准则,需要参照这一标准,力求达到人权公约对各国刑事司法提出的要求。近年来,韩国刑事诉讼制度改革颇引人注目,特别是民众参与司法的新制,尤其吸引我国刑事诉讼法学人关注,我们请韩国李炯泽检察官专就韩国刑事诉讼法最新的修改进行介绍和分析,希望对我国想要了解韩国刑事诉讼新发展的学人起到雪中送炭之效。

刑事司法问题的研究不能脱离丰富多样的司法实践,也不应忽视实际发生的案件,为此,我们设立了《实务调研》和《案例评析》两个栏目。本书收入了李玉华教授等人共同撰写的《关于刑事证明标准的调查与分析——以法官为调查对象》和两篇角度新颖的案例分折。

在推出《刑事司法论坛》的创新设想中,我们试图一改学术文集的呆板面貌,收入一些随笔文章,以及讲演录和对话体文章,增强可读性。出于这个想法,我们刊登了张建伟的《有想象力的犯罪和无“想象力”的司法》和一笑的《继承与移植之间——读〈比较法视野中的证据制度〉有感》,希望在严肃的论证之余留下一点让精神小憩的空间。

本书的重要特色之一是收录了不少名家新作,其他文章也出

4 刑事司法论坛 (第一辑)

自颇具学术潜力的作者之手,内容或者论述角度都不乏新意。整卷内容之丰富,仅从栏目亦可窥其一斑。我们希望,文章里那些跳跃着思想火花的文字,能够走出书本,走向立法和司法,发挥其应有的作用,这才是我们编辑这些论著的愿望和作者精心笔耕时的苦心。

最后,我们热盼法界同仁、年轻学子向《刑事司法论坛》踊跃赐稿,不吝指正,以供此破土新苗茁壮成长。

《刑事司法论坛》投稿邮箱: xingsiluntan@163.com

主编:陈光中

副主编:张建伟

2008年5月10日

目 录

卷首语

1

司法体制改革研讨

- 司法体制改革若干问题之我见 / 陈光中 3
- 关于改革劳动教养制度的几点意见 / 应松年 15
- 优化司法职权配置的三点建言 / 崔 敏 24
- 论我国审判委员会制度的现实困境及其改进思路 / 刘 峥 33

专 论

- 完善侦查程序立法的三个重点问题 / 孙长永 49
- 侦查权新论 / 周 欣 102
- 论侦查程序中的律师辩护 / 顾永忠 121
- 论刑事和解的刑事法治价值 / 武小凤 133
- 中国古代刑事和解探析 / 葛 琳 145

联合国公约与外国法

- 联合国人权公约与中国刑事诉讼法的修改 / 熊秋红 169
- 谈《禁止酷刑公约》的几个问题 / 杨宇冠 186
- 韩国刑事诉讼法最新发展 / 李炯泽 212

实务调研

- 关于刑事证明标准的调查与分析
——以法官为调查对象 / 李玉华 姜 阔 张贵军 245

2 刑事司法论坛 (第一辑)

案例评析

与其扬汤止沸 不如釜底抽薪

——对聂树斌一案的诉权解析 / 李 扬

261

刑事受审能力的程序问题分析

——由一个案例引发的思考 / 赵琳琳

268

随笔

有想象力的犯罪和无“想象力”的司法 / 张建伟

277

继承与移植之间

——读《比较法视野中的证据制度》有感 / 一笑

282

稿约

288

司法体制改革研讨

司法体制改革若干问题之我见

陈光中*

目次

- 一、司法和司法体制解读
- 二、腐败犯罪案件侦查权的改革
 - (一) 腐败犯罪案件的侦查管辖
 - (二) 腐败犯罪案件侦查权的制约
 - (三) 腐败犯罪案件侦查机构应拥有使用特殊侦查手段权
- 三、律师会见权及看守所中立问题
- 四、建立刑事被害人救助制度
 - (一) 建立刑事被害人救助制度的必要性
 - (二) 我国刑事被害人救助的立法模式
 - (三) 构建我国刑事被害人救助制度的基本设想
- 五、审判委员会制度
- 六、劳动教养问题

胡锦涛总书记在党的第十七次全国代表大会上的报告中指出,“深化司法体制改革,优化司法职权配置,规范司法行为,

* 中国政法大学终身教授、博士生导师。

建设公正、高效、权威的社会主义司法制度。”时下，法界同人对司法体制改革热议不断，纷纷建言献策。对此问题，笔者长期关注，近期也多次参加了有关此主题的座谈会、研讨会。现就有关司法体制改革之若干问题略表陋见如下：

一、司法和司法体制解读

“司法”一词，在汉语中的意思为“掌管、运用和执行法律”。在英文中则为“justice”，其通常意义有三：一为正义（公正）、公平、正当和正确；二为司法；三为法官。从中外的词义来说，“司法”具有以下三项相关的内涵：第一，实施法律；第二，解决狱讼；第三，体现公正。

对于司法的内涵，中外学者观点不一，大体分为三派：第一派是将司法等同于审判。这派观点以三权分立学说为基础，尤以英美法系为典型。第二派是将司法视为国家办理案件的诉讼活动。第三派是将司法理解为广义的解决纠纷。该派观点强调司法的社会性，将诉讼和一些社会组织的活动如仲裁、民间调解都看做司法。笔者认为，在现代社会，司法无疑具有政治属性、法律属性、社会属性等多样属性，但是，从根本上说，司法是国家的一种职能活动，是国家行使司法权的活动。国家通过司法机关及相关机关处理案件、解决争讼、惩治犯罪、实施法律。

在将司法视为国家职权活动的前提下，既可将司法狭义地理解为审判，也可将司法广义地界定为诉讼，即国家解决纠纷、惩罚犯罪的诉讼活动。而后者更契合中国司法改革的实际。理由是：在我国三大诉讼的民事诉讼和行政诉讼中，并无审前阶段，诉讼就表现为审判，或者说，诉讼与审判实为同义。但在刑事诉讼中，不单是法院的活动，它涉及警察机关、检察院和法院及其他国家专门机关，如安全机关、监狱等。在程序上，刑事诉讼活动大体可分为审判之前阶段和审判阶段。审判之前阶段又叫审前程序，包括立案、侦查和审查起诉各个阶段。由此看来，如

果仅仅将司法狭义地理解成审判,那么刑事诉讼中的审前活动无疑只能定性为行政活动,这样,不但理论上对审前活动中公安机关和检察机关有关侦查、起诉的行为的定位难以合理阐明,在实践中也会严重影响诉讼活动的进行。因此,我国的相关法律明确地将司法理解为诉讼活动,如《刑法》第94条规定:“本法所称司法工作人员,是指有侦查、检察、审判、监管职责的工作人员。”《未成年人保护法》第50条规定:“公安机关、人民检察院、人民法院以及司法行政部门,应当依法履行职责,在司法活动中保护未成年人的合法权益。”全国人民代表大会常务委员会通过的《关于司法鉴定管理问题的决定》明确将司法等同于诉讼,其第1条规定:“司法鉴定是指在诉讼活动中鉴定人运用科学技术或者专门知识对诉讼涉及的专门性问题进行鉴别和判断并提供鉴定意见的活动。”

在上述司法大体上等同于诉讼的语境下,我国的司法具有以下几个方面的主要特征:以审判为中心;以公正为灵魂;以严格程序为表象;以判断性为基本要求;以权威性为重要标志。司法除了以上五点特征外,有些学者在讨论司法的特征时会提到中立性、被动性。笔者认为,中立性、被动性并不是广义司法的特征,而是审判的典型特征。如前所述,在司法即为诉讼的大前提下,司法不仅包括审判,还包括侦查、起诉等审前活动。而侦查机关、公诉机关的职责就是要追究犯罪,提起诉讼,因而这些活动都具有主动性。

与上述广义司法相适应,中国的司法机关应包括法院和检察机关。公安机关是行政机关,但其侦查活动属于行使刑事司法权之活动。司法体制则可理解为:参与司法活动的国家专门机关在机构设置、组织隶属关系和管理权限划分等方面的体系、制度、方法、形式等的总称。或者说,司法体制主要是指与三大诉讼活动直接相关的国家机构的设置及其权力配置。当然,除此之外,一些虽然不进行诉讼活动但与诉讼活动有关联的机构的设置及其权力配置也可属于与司法体制有关的范畴,如劳动教养制度、看

守所体制等。

二、腐败犯罪案件侦查权的改革

(一) 腐败犯罪案件的侦查管辖

在外国,由于腐败犯罪的政治性、隐蔽性和复杂性,很多国家并不囿于一般刑事案件的侦查模式,而是结合本国的法律传统、犯罪状况、侦查人员的素质等实际情况对腐败犯罪案件的侦查权进行合理配置,以适应本国反腐败斗争的需要。有的国家实行检察机关负责的侦查模式;有的国家实行检察机关领导的侦查模式;有的国家由警察机关负责侦查;有的国家和地区则建立独立的专门机关负责腐败案件的侦查。可见,国外并不存在统一的腐败犯罪侦查机构设置模式。

笔者认为,我国腐败犯罪案件的侦查管辖改革主要有两种方案:一是设置独立的国家级专职反腐败机构——国家反腐败侦查局,该机构直接向中央负责。通过设立这种国家级专职反腐败侦查机构,将“双规”之类涉及基本人权的党内审查方式转化为依法实施的司法程序。但在现阶段,由于涉及党内反腐败与国家反腐败的关系问题,涉及我国的政治体制,此方案的实施不太具有现实性。二是维持现状,仍由人民检察院的反贪污贿赂部门行使腐败犯罪案件的侦查权。尽管此方案在目前也存在一些弊端和不足,但这些问题可以通过改革加以消除。因此,笔者认为,在这次司法体制改革中应以维持现行侦查管辖制度为宜。而且检察机关作为法律监督机关,对贪官污吏的追诉乃其职责所在。

(二) 腐败犯罪案件侦查权的制约

在刑事侦查中,逮捕或者羁押、搜查和扣押是较严重侵犯人权的强制处分行为,因此,在国外,侦查机关进行此类侦查行为均要求由法院批准。在我国,搜查扣押权由侦查机关自行决定,自行行使;批准逮捕权则统一由检察院行使。就一般犯罪案件而言,这种职权配置有其合理性和现实性。但是,在腐败犯罪案件

侦查中,如果仍由检察机关自己行使逮捕权,则不符合权力之间相互监督与制约的基本原理,极易出现司法不公和腐败。因此,笔者认为,应对腐败犯罪案件的逮捕权配置进行改革。目前,主要有两种方案可供选择:一是将批准逮捕权交由法院行使。这也是目前我国大多数学者所持主张。但这存在宪法的修改或者解释问题。《宪法》第37条第2款规定:“任何公民,非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定,并由公安机关执行,不受逮捕。”据此,人民法院只享有逮捕的决定权,而没有逮捕的批准权。因此,如若采用这一方案,应当对宪法进行修改或者作出宪法性的解释,否则就涉嫌违宪。另一种方案是仍由人民检察院行使逮捕权,但如果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,可以向同级人民法院提出申诉。对此申诉,人民法院应当举行听证,听取人民检察院、被逮捕人及其法定代理人、辩护人的意见。听证结束后,人民法院应当根据不同情形作出维持逮捕或者撤销逮捕的决定。

(三) 腐败犯罪案件侦查机构应拥有使用特殊侦查手段权

在我国的腐败犯罪案件侦查中,一方面是一些权力得不到有效的监督与制约,另一方面却是侦查手段不足、追究不力。根据《刑事诉讼法》的规定,检察机关在侦查腐败犯罪案件时,可以讯问犯罪嫌疑人、询问证人和被害人、勘验检查、搜查、扣押物证和书证、鉴定等,而无权使用监听等特殊侦查手段。《联合国反腐败公约》第50条第1款规定:“为有效地打击腐败,各缔约国均应当在其本国法律制度基本原则许可的范围内并根据本国法律规定的条件在其力所能及的情况下采取必要措施,允许其主管机关在其领域内酌情使用控制下交付和在其认为适当时使用诸如电子或者其他监视形式和特工行动等其他特殊侦查手段,并允许法庭采信由这些手段产生的证据。”该条款明确提出了特殊侦查和技术侦察手段的三种主要方式:(1)控制下交付。《公约》第2条第9款对控制下交付作了清楚的界定,即指“在主管机关知情并由其监控的情况下允许非法或可疑货物运出、通过或者运入

一国或多国领域的做法，其目的在于侦查某项犯罪并查明参与该项犯罪的人员”。（2）特工行动。特工行动，是指运用秘密的侦查力量收集证据与抓获犯罪嫌疑人的特殊侦查方法，主要包括特情耳目、卧底侦查、诱惑侦查等。（3）电子或其他监视形式。其中，电子监视主要指利用现代电子技术监控或听取他人的办公、住所等场所的谈话，或者对特定的人或物进行监视或秘密拍照、录像等秘密侦查方法。其他监视形式指利用电子技术以外的现代科技方法收取或截获犯罪信息，如卫星监控、红外线探测等。我国现行刑事诉讼法对上述特殊侦查手段以及技术侦察手段都没有作出明确规定。实践证明，特殊侦查手段以及技术侦察手段对查获赃证和犯罪嫌疑人非常有效，是侦破毒品犯罪、腐败犯罪等比较隐蔽案件的重要方法，是有效打击此类犯罪的一把利剑。因此，笔者建议，再修改刑事诉讼法时应规定在腐败犯罪案件侦查中反贪污贿赂部门可以采用一定的特殊侦查手段，同时对其适用的范围、程序、救济程序作出明确规定。

三、律师会见权及看守所中立问题

1996年修改的《刑事诉讼法》对律师的会见权作了规定，但是自该法实施以来，律师会见难却成为律师辩护中的首要难题。为了破解会见难的问题，2008年6月1日生效的新《律师法》中对律师会见权制度作了如下三方面的改进：一是将刑事诉讼法中“可以会见”改为凭“三证”就“有权会见”，凭“三证”更明确地表明了不必经办案人员或其他任何单位批准，而且“可以”只是“能够”，“有权”则是一种法律上的权利，是不允许办案机关和人员任意加以剥夺的；二是不管是何种刑事案件，律师都不需要侦查机关任何形式的批准就有权会见犯罪嫌疑人、被告人；三是明确律师会见时不被监听，这是新《律师法》对刑事诉讼法的重大突破。尽管不被监听在外国是理所当然的，但在法治不发达的中国却是一项长足进步。但对于“不被监听”的范围，法律