

50

P. 10. 1  
F. 8a

# 诉讼法学研究

(第二卷)

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 (第二卷) / 樊崇义主编. —北京:

中国检察出版社, 2002.1

ISBN 7-80086-898-2

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 (2001) 第 088302 号

## 诉讼法学研究 (第二卷)

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)

电子邮箱: zgjccbs@263.net

电 话: (010)68658769(编辑) 68650015(发行) 68636518(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市印刷厂

开 本: A5

印 张: 15.125 印张

字 数: 408 千字

版 次: 2002 年 2 月第一版 2002 年 3 月第二次印刷

书 号: ISBN 7-80086-898-2/D·898

定 价: 28.00 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

# 《诉讼法学研究》编辑委员会

主 任：陈光中

副 主 任：樊崇义 杨荣新 应松年

编委（按姓氏笔画排列）：

马怀德 卞建林 江必新 陈 浩

宋英辉 汪建成 陈光中 陈桂明

陈卫东 应松年 杨荣新 张树义

张卫平 樊崇义

主 编：樊崇义

副 主 编：宋英辉 马怀德

学术秘书：吴宏耀 王进喜

电子邮箱：[ssfxyj@sina.com.cn](mailto:ssfxyj@sina.com.cn)

# 目 录

主编絮语 “平衡原则”遐想 ..... 樊崇义 (1)

## 诉讼原理

21 世纪中国刑事程序改革展望 ..... 徐静村 (13)

民事诉讼法基本原则的理论阐释与反思 ..... 肖建国 (24)

司法公正与法官责任追究 ..... 熊秋红 (46)

刑事司法程序正义探微 ..... 马贵翔 (64)

## 证据论坛

科技在实物证据中的地位和作用 ..... 程荣斌 (77)

论测谎仪介入刑事诉讼 ..... 樊凤林 (90)

刑事证人制度之基本理论三论 ..... 汪建成 (96)

## 学术前沿

刑事庭前审查程序改革研究 ..... 陈卫东 李奋飞 (109)

刑事诉讼审前司法审查机制研究 ..... 史立梅 (151)

刑事诉讼再审理由之理性分析 ..... 谭 森 韩 阳 (171)

论提起民事再审程序之主体及其立法完善 ..... 刘 涛 (188)

## 实施问题

不起诉制度的改革与完善 ..... 武延平 (205)

- 论留有余地判处死缓案件 ..... 胡常龙 (220)  
论取保候审制度的完善 ..... 王 艳 (236)

- 行政规范的效力 ..... 周佑勇 叶必丰 (248)  
行政诉讼中的原告资格及其认定问题研究 ..... 黄金荣 (268)

## 宪政程序

宪法统治时代的开始?

- “宪法第一案”存疑 ..... 沈 岿 (287)  
村民选举制度基本原则研究 ..... 王 禹 (311)

## 比较法学

- 公证法律制度比较研究 ..... 肖建华 (339)

## 域外法制

- 论英美法院审查法律问题的态度 ..... 杨伟东 (375)  
日本《犯罪侦查通信监听法》评介 ..... 吴 微 郭志媛 (412)  
加拿大刑事陪审制度述评 ..... 程德文 (428)  
犯罪控制、被告人权利与警务改革  
威廉·莱昂斯著  
..... 高淑琴 乔红星译 (438)

## 古代诉讼

- 晚清司法独立的思想及其实践 ..... 韩秀桃 (451)

# 主编絮语

## “平衡原则”遐想

—

最近，在科学和科研中遇到的许多问题使我遐想联翩。在10月18日中国诉讼法学会刑事诉讼法专业委员会关于沉默权问题的专题研讨会上，我有幸应邀并被指定为第一发言人，当我在会上陈述了应当赋予犯罪嫌疑人、被告人沉默权的观点和理由之后，会场上出现了三种不同的意见，论争非常激烈。尤其是来自实际工作部门的同志，旗帜鲜明地说：“沉默权不可采！”沉默权可以休也！”10月25日，我应邀为江苏政法委地、市以上政法委书记及公、检、法“三长”培训班讲“严打中如何执行刑事诉讼法问题”，课中和课后，学员们纷纷提问：“严打同保权究竟如何把握？”“保障被告人的权利与保护被害人的权利是什么关系？”“如果赋予犯罪嫌疑人、被告人沉默权，那么坦白从宽，抗拒从严还要不要？……”11月1日应邀为全国地市以上检察长培训班讲授“证据的调查与运用”，在讲到严禁刑讯逼供、反对指名问供、骗供、诱供时，有一个学员立即给我递了一个条子，上面写道：“按你的讲法，这权，那权，尽是权利，严打也别搞了，惩罚犯罪也没法进行了！”不到一个月的时间，真可谓“授学南北，问题成堆”。其实，在刑事诉讼中，类似问题何止于此？例如控、辩关系，诉讼公正与效率的关系，查明事实真相与诉讼期限的关系，等等，可以说整个诉讼过程都充满了矛盾，或曰对立的诉讼法律关系，即使立法把各种矛盾和

法律关系规定得一清二楚，但在贯彻落实，在司法过程中，还有一个认识、理解和把握的问题，即在这些相互矛盾的价值之间，应保持一种怎样的比例和尺度。谈到比例和尺度，这使我想起西方国家立法和联合国许多法律文件中规定的平衡原则。

## 二

平衡原则（又曰比例原则）最早产生于德国。第二次世界大战以后，基于对战前纳粹政权滥用国家权力造成的深重灾难的反思及法治理念在宪法中的确立，德国逐渐将比例原则由行政法领域提升到宪法领域，并将其适用范围拓展到一切国家公法性活动中，德国联邦宪法法院在1965年12月15日的一个判决中明确指出：“比例原则是宪法国家即法治原则的结果，只有在保护公共利益的情况下，才能够限制关于基本权利的明确规定，基本权利是个人要求相对于国家权力的自由的一种表达方式。”<sup>①</sup>其后，德国联邦宪法法院又在一系列判例中确认平衡原则是指导一切国家活动的一项最重要的原则。鉴于德国的成功实践，欧洲各国，如法国、西班牙、葡萄牙等国都在立法中确立了这一原则。不仅如此，许多英美法系国家也都对平衡原则加以移植和引申。在英国，不仅越权无效原则包含了平衡原则的要求，其法律中的“合理性”、“必要性”、“适当性”等范畴也都表达了与平衡原则基本一致的精神；在美国法律中，还直接规定有合理性原则、平衡原则、最不激烈手段原则等。<sup>②</sup>英美国家不仅在立法中比较完全、明确地规定了平衡原则，而且在司法中也将其加以贯彻。例如，2000年12月14日英国上议院在一个案件的判决中明确写道：“人们必须记住，保护被告人的权利不是（刑事司法）要追求的惟一价值目标，刑事司法的目标

<sup>①</sup> [德]《联邦宪法法院判例集》第19卷，第342页、第348页，1965年12月5日判决。

<sup>②</sup> 参见《比例原则》，载台湾地区《宪政时代》1989年第3期。

是要让每一个人在日常生活中免除犯罪对人身或财产的伤害或由此带来的恐惧。而且，严重犯罪应该受到有效的侦查和起诉，这是符合每个人利益的。（司法）对各方都必须是公正的。在一个刑事案件中，它要求法官考虑三角型利益关系，包括被告人、被害人或其家庭，以及公众的利益的定位。”<sup>①</sup>

其实，对于刑事诉讼法律关系的处理，“适度”、“平衡”、“相称”以及“符合比例”的理念和思想，在我国的刑事诉讼立法和刑事政策中也早有体现。例如，我们党和国家在处理打击和保护的关系中，坚持打击与保护并重，惩办与宽大相结合，宽严相济的原则和政策；在强制措施立法和司法中，坚持“少抓人，少捕人”，“可捕可不捕的不要捕”的政策；在侦查、起诉、审判的各个环节中，坚持“分化瓦解，区别对待，团结多数，孤立少数”的政策；在同刑事犯罪斗争中，坚持“预防为主，教育为主，打击、惩罚为辅”，“稳、准、狠”，以“准”为核心，“两类矛盾混淆在一起，一时难以分清，暂按人民内部矛盾处理”等，都充分地体现了平衡原则，充分地体现适度、合理、相称，符合比例的理念和思想。

上述这些理念、思想和政策应该说是我国刑事诉讼立法的灵魂。在政策和法律之间的关系上，现在有一种奇怪的现象，就是司法不以政策作指导。大家知道，在执法中，法官、检察官在一定的条件下，有一定的自由裁量的权力。所谓自由裁量，不是想怎么裁就怎么裁，想怎么量就怎么量，任何一项法律的贯彻执行，都要有正确的执法思想，或曰执法理念，这个思想与理念就是要以政策作指导，也就是人们经常所说的“政策是灵魂，法律是体现”。脱离政策，脱离正确的执法思想去执行法律，甚至生搬硬套，必然会发生错案。例如，把区别对待、分化瓦解、可捕可不捕的政策以及权衡利弊的平衡原则扔在一边，不考虑有没有逮捕的必要，而统统抓起来，失之过严，伤害了好人。在我国历史上，这样的教训应该说人们还记忆犹新。

<sup>①</sup> 何家弘主编：《证据学论坛》第三卷，中国检察出版社2001年版，第6页。



如果在我国刑事诉讼的立法中，明确地规定“平衡原则”，把它作为指导刑事诉讼各个阶段的一项基本原则，我想许多问题就迎刃而解了。首先，有了平衡原则，可以促使执法者，即各个诉讼的主体在诉讼活动中，以一种客观、公平、正义的立场与姿态参与诉讼。顾此失彼，只考虑己方的利益，不考虑对方损失的现象，就会大大减少；其次，有了平衡原则，有利于公益原则和公民个人权利保障原则的全面贯彻，即保护国家权益、公众的权利与保障诉讼参与人在诉讼中的个人权利，都会得到法律的兼顾，而且，在权力和权利发生冲突时，执法者还会从平衡原则的本质和内涵中，作出价值选择，从而使执法者具有了一项可操作性的标准；再次，有了平衡原则，有利于确立刑事诉讼中公民个人权利的重要地位。近、现代刑事诉讼的本质就是要解决在追诉犯罪过程中国家权力与公民个人权利之间的冲突和平衡问题。这一价值观念，当前在我国还没有完全确立起来，由于长期以来受“运动”的影响，受“左”的干扰，人们看待刑事诉讼往往以传统的失衡观念为标准：“重实体轻程序”，“重国家轻个人”，“重专政轻民主”，“重打击轻保护”，等等。特别是刑事诉讼中的人权保护问题，长期以来被视为禁区，直至党的十一届三中全会以后，特别是在党的“十五大”政治报告确立了“依法治国”的方略之后，人权保障问题，才被真正作为党和国家政治生活中的大事来抓。在刑事诉讼中，如果确立了平衡原则，它不仅是对个人权利地位的确立，更重要的是有了保障个人权利的依据和标准。

### 三

当前，对于刑事诉讼法的贯彻实施，特别是在“严打”中如何贯彻执行刑事诉讼法，笔者认为应该以平衡原则为指导。适度、合理、依法，在平衡中作出最优价值选择，是每个执法者必须考虑的问题。

第一，在“严打”中刑事诉讼程序的价值选择需要平衡原则。

近年来，在关于刑事诉讼程序价值的研究和讨论中，刑事诉讼程序有三种不同的价值选择已为人们达成共识，一是坚持程序工具主义价值观念，把打击与惩罚犯罪作为首要任务；二是在依法治国的进程中，坚持刑事诉讼所具有的独立的品格和价值，要求办理的每一个案件都体现出司法的进步、文明、民主和法治，亦即司法文明的程度；三是追求办案的经济、效益、效率价值。这三种价值观念集中体现着不同办案人员执法水平和业务素质的差异。一句话，“严打”中如何执行刑法、诉讼法是一个非常重要的问题，执法者的一言一行：处理一个案件，执行一道程序，实施一项法律行为，无时无刻不是在进行价值选择，失去了平衡，顾此失彼，择其一而失去二，只“打”不“保”，不依程序进行，必然使诉讼程序失去其应有的独立价值与效益价值。

第二，在“严打”中既要保护犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利，又要保护被害人的权利，在处理这两种权利的冲突中，需要平衡原则。我国刑事诉讼立法在处理这两种权利的冲突中，已经按照平衡原则的要求，尽量同时兼顾。1996年刑事诉讼法的修改已经充分证明了这一点，立法者在吸收无罪推定原则合理因素、扩大辩护权的同时，特别注意提高了被害人的诉讼地位，扩大了被害人的诉讼权利，赋予被害人聘请律师代理诉讼的权利，赋予被害人在公安机关和检察机关不追究犯罪嫌疑人、被告人刑事责任时直接向人民法院起诉的权利，赋予被害人申请抗诉的权利，等等。作为一名执法者，在诉讼的过程中，应当全面正确地理解诉讼中的权利保障原则，要立足于平衡原则，既要考虑到被告人的权利保障，又要考虑到被害一方的权利保障，离开“平衡”、“适度”、“合理”、“比例”的理念和原则，偏袒任何一方，都会使诉讼走入歧途。当前，在“严打”的执法中，对双方权利的保障，无论在立法还是司法中，都有待我们进一步按照平衡原则加以完善和补充，特别是立法已经规定的权利，更要加以实施和落实。例如，在诉讼中辩护律师的出庭问题，被害人及其代理人的出庭问题，在一些地方几乎还是空白，还没有按照刑诉法的规定去执行。再如，在侦查中，破案率

低下，刑讯逼供现象严重，超期羁押普遍存在，等等，都是双方权利保护失去平衡的严重问题。

第三，在“严打”中“坦白从宽，抗拒从严”的刑事政策的实施，需要平衡原则。关于“坦白从宽，抗拒从严”的刑事政策的存废问题、它是否符合司法规律的问题，本文不去讨论。尽管人们有不同的看法，甚至个别公安机关在2000年公开在看守所摘去了“坦白从宽，抗拒从严”的牌子，但是，在“严打”中这一刑事政策还在全面实施。可是，在执行中失去平衡的现象相当严重，其结果失信于民，老百姓把它改为“坦白从宽，下窑背砖；抗拒从严，回家过年”，其讽刺和挖苦，就是批评我们在执行这一政策时的失衡问题。笔者认为，要按照平衡原则和诚信原则，对“严打”中的失衡现象努力加以整治，在定罪量刑时充分地加以体现，甚至在刑事立法中把“坦白”与“抗拒”明确地规定为从轻和从重的法定情节，以鼓励犯罪者走坦白从宽的道路。

第四，关于“严打”中“打击与保护”的矛盾冲突的解决，需要平衡原则。由于改革开放的深入进行，社会主义市场经济的培育和发展，我国正处于机制转型时期，刑事犯罪率不断上升，党中央决定采取“严打”措施，对严重刑事犯罪保持高压态势。这一决定是非常正确的。但是，“严打”必须依法进行。所谓依法进行，不仅包括定罪量刑必须严格地依照我国刑法的规定进行，而且包括定罪量刑的程序和证据标准，也必须严格地按照我国刑事诉讼法的规定进行。可是，有人认为“严打”是一场运动，运动来了就不一定依法进行，更有甚者，还有人把“严打”与依法保证诉讼参与人的权利对立起来，脱离刑法的犯罪构成要件和量刑幅度，脱离刑法规定的程序，剥夺犯罪嫌疑人、被告人的辩护权，不准“严打”对象请律师，请来律师不准会见，律师会见被告难，阅卷难，调查案情难，你辩你的，我判我的……。打击与保权严重失衡，特别是在法庭审判中，本来按照平衡原则所设计的控、辩双方平等的诉讼法律关系，也失去了平衡，人民法院定罪量刑仍然是依靠控方证据，证人不出庭，鉴定人也不到案，交叉询问没法进行，质证、认证程

序化为乌有，如此等等，“严打”怎能健康、科学地进行呢？因此，为了保障“严打”健康、深入地进行，我们必须以“平衡原则”为指导，正确处理“打击”与“保权”的法律关系，既要严厉惩罚和打击严重的刑事犯罪分子，又要注意依法保障诉讼参与人的诉讼权利，以保证打得准，打得狠，打得稳！

第五，加入WTO后，“严打”更需要以平衡原则为指导，正确处理国内法与国际法的关系，正确解决国内外诉讼标准的矛盾和冲突。我国已加入WTO，标志着我国已成为国际经济大家庭中的一员，标志着我国国际地位的提高。这一变化对我国的刑事诉讼将产生重大影响，一方面是要正确处理国内法与国际法的关系，另一方面是要正确解决国内诉讼标准与国际诉讼标准的矛盾冲突问题，使我国的刑事诉讼程序和标准同国际通行的标准协调一致。这种协调与平衡需要我们解放思想，开拓创新，正确地把握不同诉讼文化之间的矛盾冲突。在新的形势下，我们不能以“中国特色”为借口，而把我们国家签署并加入的国际公约的有关规定拒之门外，或者盲目地作为保留条款。变化了的形势，需要我们保持清醒的头脑，要更加巧妙地学会运用平衡原则，适度而又合理地处理好国内法与国际法的矛盾和冲突。例如，当前关于沉默权的讨论，就涉及到如何运用平衡原则的问题。1998年10月5日，我国政府签署了联合国《公民权利和政治权利国际公约》，该公约第14条第3款第7项明确规定：受刑事追诉的人“不被强迫作不利于自己的证言或强迫承认犯罪”。这一规定，根据它的产生、发展和涵义，实质上就是要赋予犯罪嫌疑人、被告人沉默权。沉默权从理念上源于英国的法谚：“任何人无义务控告自己。”作为一项制度可追溯到17世纪英国议会撤销利尔伯恩案件，该案被告利尔伯恩否认被指控的犯罪，同时以自己有权不伤害自己为由，在法庭审讯时拒绝供述和宣誓，最后被法院定罪处刑。英国议会两院均认为法院的判决违法并予以撤销，同时宣布禁止刑事案件中要求被告宣誓作证。1898年英国刑事证据法明确规定被告人的沉默权是英国刑事法律的原则之一。此后，世界多数国家都移植了沉默权制度，美国宪法第五修

正案规定：“任何人……不得在任何刑事案件中被强迫作反对自己的证人。”1966年第21届联大通过的《公民权利和政治权利国际公约》以及世界刑法学协会第15届大会《关于刑事诉讼中人权问题的决议》中都作了相应的规定。对于《公民权利和政治权利国际公约》，我国已经签署，现正等待全国人大批准。就在这时，在全国范围内，对于沉默权是否应根据中国的实际情况，在全国人大批准时加以保留，人们展开了热烈的讨论。笔者认为，沉默权在人类历史上的出现，是反对封建专制主义，遏制刑讯逼供的一个重要进步。应该说，沉默权是司法文明、进步的标志之一，反映了一定的司法规律。人类诉讼的历史进程，已经证明了这一点。封建专制时期，刑讯逼供，把证明责任无端地转嫁到被告人身上，发展到今天，被告人不再负举证责任，不得被迫自证其罪，享有保持沉默的权利，等等，审讯被告人的制度，从野蛮走向文明。因此，沉默权在诉讼法中是一个进步的概念，我们没有理由不吸收、不采用，而予以保留。但是，又考虑到目前我国科学技术、生产力发展的水平，考虑到我们在诉讼中收集证据的能力，以及各项配套措施尚不完备，我们应该以平衡原则作指导，综合考虑各个方面的情况，吸收一些国家近年来关于运用沉默权的经验，可以有限制地加以采用，即既承认国际上通用的标准，又对某些案件、某些情况作出例外规定。笔者认为这种平衡，这种综合考虑，不仅是必要的，而且是符合我国国情的，更重要的是同国际通用的标准也协调一致了。

总之，平衡原则是一项非常重要的原则，这一原则对于实现刑事诉讼中实体真实与程序正当、控制犯罪与保障人权、国家权力与公民个人权利等相互冲突的价值和利益的平衡具有非常重要的作用，对于我国公安司法机关在“严打”中实现对刑事诉讼不同价值的兼顾，实现对犯罪嫌疑人、被告人和被害人权利的平等保护，正确实施“坦白从宽、抗拒从严”的刑事政策，正确解决“打击与保权”的矛盾冲突以及协调国际法与国内法的关系，也具有非常重要的意义。平衡原则在我国的确立不仅要求我们在立法上对其加以明

确的规定，而且要求执法人员更新观念，改变作风，树立起平衡兼顾的思想和理念，在司法实践中认真贯彻平衡原则的各项要求。

中国政法大学诉讼法学研究中心 主任：樊崇义  
2001年12月



# 诉 讼 原 理



