

诉讼法学研究

(第三卷)

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3卷/樊崇义主编. —北京: 中国
检察出版社, 2002.8

ISBN 7-80086-966-0

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 (2002) 第 037223 号

诉讼法学研究 (第三卷)

樊崇义 主编

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.sina.com

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

经 销: 新华书店

印 刷: 中国人民解放军第四二一〇工厂印刷

开 本: A5

印 张: 16.375 印张

字 数: 455 千字

版 次: 2002 年 7 月第一版 2002 年 7 月第一次印刷

书 号: ISBN 7-80086-966-0/D·966

定 价: 30.00 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 “听后属实”与“看后属实” 樊崇义 (1)

诉讼原理

权利保障：诉讼的起源与本质 谢佑平 (7)

论司法现代化 谭 兵 王志胜 (23)

判决异议研究 李 麒 (46)

学术前沿

刑事证明责任的分配与转移 卞建林 郭志媛 韩 旭 (65)

论行政诉讼原告的举证责任 高家伟 王英新 (118)

论民事诉讼当事人及其诉讼代理人的取证权利及其
程序保障 汤维建 徐 灿 (134)

民事管辖权争议解决机制研究 王福华 (169)

正式听证制度研究 王万华 (185)

建立公益诉讼促进行政诉讼制度的完善与发展 吴 平 (206)

中国刑事诉讼制度重构的“瓶颈”及破解 牟 军 (218)

中国确立非法证据排除规则若干问题研究 杨宇冠 (262)

论刑事程序公开 徐鹤楠 (292)

诉讼法实施问题

审判委员会制度运作现状调查及思考 胡建萍 (307)

关于诉前向被害人公开起诉书的几点程序法思考

…………… 叶 青 杨重辉 王 刚 (327)

观点争鸣

关于律师回避问题的思考 …………… 陈 宜 (341)

论预告减刑制度 …………… 马进保 易志华 (353)

域外法制

1999年案情先悉规则的历史：争论和妥协（上）

…………… [美] 肯尼思·E. 索尔 文秀峰 王进喜 杨丽莲 译 (375)

信息社会的挑战：英国民事诉讼中现代科技之运用

…………… 徐 昕 (402)

马来西亚毒品案件诉讼程序

…………… 联合国禁毒署 C74 项目中国赴马来西亚课题组 (433)

刑事程序中保护被害人等附带措施的法律

（平成十二年五月十九日法律第 75 号）

…………… 宋英辉 译 (446)

港澳台法

我国台湾地区“司法”改革会议结论…………… (455)

香港廉政公署 …………… 李永君 (491)

古代诉讼

无争无讼与中国古代诉讼价值的取向 …………… 黄晓明 (507)

主 编 絮 语

“听后属实”与“看后属实”

某地讲课之暇，一位公诉人向我讲述了一个真实的故事。某农机局局长于1993年携67万元到外地做钢材买卖，人民检察院根据群众的举报指控被告人涉嫌挪用公款罪。被告人辩解其挪用行为是农机局党委的决定，非个人行为。根据这一辩解，农机局党委书记王某成了本案的关键证人。一天晚上11点，检察院反贪局侦查人员敲门通知证人王某到某宾馆进行询问调查，王某一出门，外边漆黑一片，便想起没戴眼镜，要求返回家取眼镜，侦查人员说不用戴了。询问一直持续到夜间3点半，比较顺利地完成了调查任务，群众的举报得到证实，并当场制作了询问证人笔录。交给王某看时，证人王某说：“我要戴眼镜，你们不让戴，我根本看不清！”侦查人员讲：“看不清我们读给你听。”读完后，侦查人员便把询问笔录交给证人王某签署意见并签名，证人王某在笔录的最后一页签了“听后属实”的字样，并签了自己的名字。

本案起诉到人民法院后，人民法院根据刑事诉讼法的规定，进行公开审理，有500多人旁听。由于本案的主要证据就是上述证人王某的证人证言，证人王某被通知出庭作证，并接受控、辩双方质证。在法庭上，审判长核对了证人的姓名、年龄等基本情况，并告知了作证的义务和提供虚假证言的法律责任。证人王某当庭陈述：“1993年全民经商，经济体制改革，发展市场经济，农机局在上级党委的领导下，同样要开展多种经营。在这种背景下，局党委决定八仙过海、各显其能。的确是我在办公楼的二楼楼道里当面告诉被

告人，让他把局里的现有资金 67 万元赶快投入市场；他当时提供一个重要线索，即有许多客户急需钢材搞基建，我说机会难得，赶快行动！”证人王某的一席话，整个法庭都惊呆了，公诉人强烈要求出示证人王某在宾馆作的证言，合议庭立即决定同意宣读。公诉人宣读了证人王某的书面证词，该书面证词的内容同当庭证言恰恰相反，把被告到新疆做钢铁买卖说成是个人私自挪用公款的犯罪行为。证人王某辩解道：“刚才公诉人念的证词，我签的只是‘听后属实’，这份证言由于不让我戴眼镜，是他们念给我听的，那天听的和今天我讲的完全一致，我根本不知道笔录上是如何写的，你们应以我今天庭上讲的为准！”

一份主要证据出了问题，致使庭审没法进行下去，审判长无奈宣告休庭。休庭后，经法庭和检察院协商，公诉机关撤回了起诉。人民检察院撤诉后，经补充侦查，仍然收集不到控诉证据，相反为被告辩护的证据多于控诉证据，该人民检察院只好以决定不起诉了结了此案。

一波刚平一波又起，被告人释放后四处告状，强烈要求进行冤狱赔偿。究竟赔与不赔该检察院至今还未作出最终答复。

一个“听后属实”掀起如此风波，实在值得深思。它警示我们，在侦查工作中，询问证人后制作询问证人的笔录，不仅要交给证人看，而且在看完以后，当证人签署意见时必须写上“看后属实”并签上自己的名字。显然，“听后属实”不可随便使用，只有对那些缺乏阅读能力的人或聋、哑、盲等人，才宜区别情况加以使用。“听后属实”与“看后属实”一字之差，其后果不堪设想。就本案而言，不仅使立案、侦查、起诉、审理付诸东流，造成诉讼资源的浪费，而且破坏了司法机关在人民群众中的形象，给司法公正与效率等带来了不可估量的损失！

这个真实的故事，还使我想了很多。首先，在新的历史时期，特别是在市场经济条件下，我们一定要充分认识程序的价值和功能。本案证言笔录中使用“听后属实”还是“看后属实”，显然是一个程序问题。程序上一个具体的环节，导致全案覆没，甚至还可

能引起国家赔偿，其损失可谓大也！当前的理论研究和实务中，“重实体、轻程序”，“程序可有可无”的观念和做法，已经到了必须纠正的时候了。应客观所需，公、检、法机关必须转变观念，必须树立程序与实体并重的价值观。“程序是实体之母，或程序法是实体法之母”。^①作为程序法的刑事诉讼法，其价值不仅仅是保障刑法的贯彻实施，更重要的是：每一个诉讼程序，每一个案件定罪量刑的过程，乃至每一个诉讼行为，都体现着一个国家、一个民族文明、法治和民主的水平。刑事诉讼法的功能和价值，还表现在它的效益和效率上，每办一案都要权衡一下，司法投入和诉讼成本的多少，其社会效益与效果如何，特别是它的法制教育和治标治本的成效。本案从“听后属实”开始，到庭审效果无存，再到刑事司法赔偿，难道不值得我们用经济学法则加以认真地反思吗？！

其次，这个真实的故事不能不使我想到当前实务工作中证人证言的使用问题。在市场经济条件下，办案取证的过程中出现了“三难”和“三多”，即通知证人到案难，到案以后说实话难，让证人出庭接受控、辩双方质证更难；证据收集后，证人翻证的多，被告人翻供的多，作案不留证据，即使留下了证据，毁灭证据的多。其中，证人作证难已经成为一大“社会公害”。本案证人王某翻证所造成的危害就是一个例证。鉴于这种情况，实务工作中，对证据的使用，在调查取证环节上要严格程序，对于有文化、有阅读能力的证人不宜使用“听后属实”，而适于使用“看后属实”的核对程序；在采证环节上，对案件事实的认定，要逐步淡化言词证据的运用，加强实物证据的使用。证人证言证明力的特点，就是客观性、稳定性比较差，经常呈多变性。许多事实和案例告诉我们，只靠证人证言定案，只靠言词证据认定案件事实，是一种十分危险的做法，正像本案那样，一旦翻了证，全案将无法认定。但是，证人证言又是经常使用的普遍证据，几乎案案都有证人证言。为了克服证人证言

^① [日] 谷口安平：《程序的正义与诉讼》，中国政法大学出版社1996年版，第8页。

在证明力上存在的弊端，在使用时，很多同志建议在确定证人证言的证明价值时，增设实物验证规则，要结合全案证据，特别是以实物证据为标准，检验证人证言的证明力，达到“确有此事、确有此物、确有此款”，才能认定案件事实。

最后，坚持“依法治证”。解决证人作证难、证言多变问题的最终办法还是要加强立法，解决当前在作证问题上的“大锅饭”现象，即到案不到案一个样，说真话与说假话一个样，尽作证义务与不尽作证义务一个样。有必要尽快制定作证条例，或加快刑事证据立法，在证据法中以专章、专节规范证人证言问题。如证人的资格和条件，证人作证的义务，不履行作证义务的法律责任，包括强制措施和司法处罚的适用，证人的安全、作证经费，等等。总之，只有走“依法治证”之路，才能解决作证难的问题。

中国政法大学诉讼法学研究中心 主任：樊崇义
2002年5月

诉 讼 原 理

权利保障：诉讼的起源与本质

谢佑平·

人类社会制度史表明，建立符合自身利益需要的社会法律程序，是稳固统治地位和维持社会存续发展的理想方式。法律，是由一定物质生活条件所决定的统治阶级意志的体现，是由国家制定或认可并由国家强制力保证实施的行为规范，它通过对人们权利与义务内容及其关系的规定，确认、保护和发展有利于统治阶级的社会关系和社会秩序。在没有国家和法律的社会，是无所谓刑事诉讼的。“十分单纯质朴的氏族制度社会解决冲突的基本形式，是氏族组织在公共舆论、道德、习惯力量等支配下的仲裁”或者“以牙还牙，以血还血”式的同态复仇。因此，法律秩序的产生和存在，是刑事诉讼缘起的前提和基础。

一、法律秩序

国家和法，不是从来就有的，是人类社会发展到一定阶段的产物，是阶级矛盾不可调和的表现和结果。在原始社会中，社会生产力极为低下，与此相适应，生产关系的基础是生产资料的原始公有制。当时生产工具的极端简陋和落后，使人们不可能单身与自然作斗争，因而，共同劳动、平均分配成为必需。没有剩余，没有私有制、剥削和阶级，也就没有国家和法。在原始社会中，调整人们在生产和生活中相互关系的行为准则，是世代相传的各种习惯，原始习惯对全体氏族成员具有普遍约束力。当时，人们对习惯的遵守

· 复旦大学教授、西南政法大学博士生导师、法学博士。

不是依暴力为后盾，而靠人们的自觉习性、社会舆论的力量和氏族首领的威望。由于没有系统地采用暴力和强迫人们服从暴力的特殊机构，氏族成员的冲突和纠纷大都通过原始习惯予以解决。这正如恩格斯所说，没有军队、宪兵和警察，没有贵族、国王、地方官和法官，没有监狱，没有诉讼，而一切都是有条有理的。一切争端和纠纷，都由当事人的全体即氏族或部落来解决，或者由各个氏族相互解决；……在大多数情况下，历来的习俗就把一切调整好了。

随着生产力的发展，人们的劳动产品除了维系生存外，开始有了剩余，出现了产品交换和剥削。同时，氏族不再是共同劳动的组织，集体劳动开始过渡到个体劳动。个体劳动要求实行生产资源私有制，要求产品由公有财产转变为私有财产。私有制，是产生阶级和剥削制度的根源。在第一次社会大分工中，也就产生了第一次社会大分裂，即分裂为两个阶级：主人和奴隶、剥削者与被剥削者。在后续的两次社会大分工中，又分离出了商人、高利贷者等新的社会阶层，私有制和阶级的出现，使氏族组织和原始习惯的作用显得软弱无力，无法协调和解决奴隶主和奴隶、富人和穷人、高利贷者和债务人之间日益严重的阶级矛盾和斗争。奴隶主阶级为了镇压奴隶的反抗，维护自己在经济上的统治地位，巩固对奴隶实行剥削和压迫的权力，需要一种暴力组织作为特殊的强制机构，以凌驾于社会之上。这种从社会中产生，掌握在奴隶主阶级手中的暴力组织，就是国家。因此，国家是社会在一定发展阶段上的产物；国家是表示：这个社会陷入了不可解决的自我矛盾，分裂为不可调和的对立面而又无力摆脱这些对立面。而为了使这些对立面，这些经济利益互相冲突的阶级，不致在无谓的斗争中把自己和社会消灭，就需要有一种表面上凌驾于社会之上的力量，这种力量应当缓和冲突，把冲突保持在秩序的范围以内；这种从社会中产生但又自居于社会之上并且日益同社会脱离的力量，就是国家。国家，是阶级矛盾不可调和的产物和表现。在阶级矛盾客观上达到不能调和的地方、时候和程度，便产生国家。反过来说，国家的存在表明阶级矛盾不可调和。

国家产生后，统治阶级为了适应阶级斗争的需要，不仅要借助于国家这一暴力机器，而且需要建立新的社会规范以调整分裂为阶级后的社会关系，使统治阶级的地位合法化和稳固化。因此，当人类社会发展到一定的阶段，社会产生了一种需要：把人们每天重复着的生产、分配和交换产品的行为用一个共同规则概括起来，设法使每个人服从生产和交换的一般条件。这一共同规则，首先表现为习惯，后来，随着阶级的出现，习惯便成了法律。由于法律的产生，就必然要建立以维护法律为职责的公共权力机关，于是警察、法官、监狱等国家机器出现了。可见，在阶级社会中，统治阶级除了必须以国家的形式组织自己的力量外，他们还必须给予他们自己的由这些特定关系所决定的意志以国家意志，即法律的一般表现形式。统治阶级通过法律规定人们应该做什么，不应该做什么，怎样做是合法的，怎样做是违法的，违犯了法律的规定，就要受到国家的制裁。这正如恩格斯所说，官吏既然掌握着公共权力的征税权，他们就作为社会机关而驾于社会之上，从前人们对于氏族制度的机关的那种自由的、自愿的尊敬，即使他们能够获得，也不能使他们满足了；他们作为日益同社会脱离的权力的代表，一定要用特别的法律来取得尊敬，由于这种法律，他们就享有特殊神圣和不可侵犯的地位了。可见，法律，是通过国家制定或认可并依靠国家暴力保证实施的行为规范。法律的产生，同国家一样，也是阶级矛盾不可调和的产物和表现。

在阶级社会中，任何一种类型的国家和法律制度，无不反映出统治阶级的政治。法律作为通过国家政权机关表现出来的统治阶级的意志，只有通过统治阶级才能以国家的名义宣布为具有普遍约束力的国家意志，任何人都不得违反，否则，将受到法律的制裁。可以说，法和国家一样，都是保护一定的统治阶级利益的工具。国家与法律的关系表明：如果没有国家的强制力量，任何宪法和法律都不可能发生效力，都将成为一纸空文。列宁说，如果没有政权，无论什么法律，无论什么选出的机关都等于零。又说，用意志的明显表现之类的空话来搪塞是不行的：意志如果是国家的，就应该表现

为政权机关所制定的法律，否则，意志这两个字只是毫无意义的空气震动而已。因此，国家与法律是不可分割的，统治阶级通过国家政权机关制定和颁布法律；法律一旦制定，就须依靠国家强制力保证其施行。

作为由国家机关制定和认可的法律，具有以下特征：其一，规范性。法律是调整人们社会关系的行为准则，是肯定的、明确的和普遍的社会规范。任何统治阶级总是从自己的利益出发，通过国家将现存社会制度下人与人之间在经济、政治等各方面的关系固定化、制度化和法律化，从中概括出人们行为必须遵守的一般准则，规定人们可以怎样行为、应该怎样行为或不应该怎样行为，倡导并要求人们实施有利于统治阶级的行为，禁止人们的行为违背统治阶级的利益，指明违反法律规范所必须承担的法律责任。其二，强制性。法律是一种国家意志，由国家强制力保证实施，在国家权力管辖的范围内对全体社会成员具有普遍的约束力。在阶级社会中，由于被统治阶级的反抗和破坏，法律的实施必须以国家暴力为后盾。施行国家暴力的突出表现是对违法行为予以惩罚和制裁。正如列宁所说，一般用什么来保证法律的实行呢？第一，对法律的实行加以监督。第二，对不执行法律的加以惩办。因此，徒法不足以自行，法律的施行需要一系列具有暴力色彩的国家机关、警察、法庭、监狱等，暴力机器的存在不可避免。其三，稳定性。法律是社会经济发展到一定阶段的产物，它也要随着社会经济、政治等情况的变化而不断完善和更替。但是，法律是一种特殊的社会规范，不可朝令夕改，任何法律在未经法定程序修改和废除以前，应当是有效的，具有稳定性和连续性。正因为如此，人们才可以普遍地预知国家对自身行为所持的态度，检测自身行为与法律允准范围的适应度，进而选择和规范正确的行为方向与模式。

总之，法律无论是镇压敌对阶级的反抗，还是调整统治阶级的内部矛盾，其目的都在于实现统治阶级的政策和国家职能，稳固符合统治阶级需要的社会关系，建立和维护有利于社会存续的法律秩序。

二、权利与义务

法学基础理论表明，社会法律秩序的建构，实质上，是权利和义务的设定、分配、落实和保障的过程。法律的制定，是以规范社会主体的地位，即权利和义务，为基本内容的。可以说，法律部门是特定种类的权利义务所组成的群落；法律体系是权利和义务的等级结构和横向联结所组成的统一体；法律责任和法律制裁是权利和义务的延伸；法律意识和法律行为是社会主体对权利和义务的认识、评价和实践；法律秩序，是以权利和义务形式所表现出来的社会关系。

在阶级社会中，统治阶级是通过确认和设立社会主体的法律地位来分配权利和义务的。制定法律的过程，也就是把某些权利和义务同某种法定地位联结起来的过程。例如：奴隶社会中的主人、奴隶，欧洲中世纪时的公爵、骑士、农奴，现代社会中的选民、股东、合同当事人、以及丈夫与妻子、父母与子女等等，都是一些有法律意义的社会主体。凡是占据了某种法律地位的社会主体，也就进入了某种特定的法律角色，从而可以享有该角色所包含的权利并承担相应的义务。在人类社会的早、中期，法定社会地位具有等级性和封闭性特征，权利和义务的分配缺乏统一标准，立法形式上表现出特权阶层和差别对待。在现代社会，社会主体的法定地位在最基本的权利享受和义务承担方面是平等的，不因性别、种族、民族、肤色、语言、信仰以及财产多寡而有差异。

无论是作为个体存在的个人，还是作为团体存在的若干人的集合，其存在和发展都有赖于必要的行为自由，以显示其个性，实现其目的，履行其职责。权利，正是对社会主体在一定限度内的行为自由的法律确认，是通过法律予以承认和保护的利益以及社会主体根据法律作出选择以实现其利益的一种能动手段。在法律秩序的运用过程中，权利始终处于重要地位。权利构成法律体系的核心，法律体系的许多因素都是由权利派生出来的，由它决定，受它影响，

权利在法律体系中具有关键作用。一般说来，在对法律部门、法律体系及其结构进行广泛解释时，权利始终处在起始的位置，是法律体系主要的、中心的环节，是任何法律规范的基因和基础。因此，权利是最能把法律与现实生活联系起来的范畴，它是在一定社会生活条件下人们行为的可能性，是社会主体自主性、独立性的表现，是社会主体行为的自由。“权利，是国家规范的客观界限，是国家创设规范时进行分配的客体。法的真谛在于对权利的认可和保护。”^①

法律权利的界限，主要表现为以下几方面：首先，法律权利所体现的主体自由意志是特定的。主体的自由意志在任何时候都受客观条件和主观因素的制约，权利主体的自由意志是被规范化的，其主动性和能动性的展现被限制在一定的范围内。权利主体在行使权利过程中，要受法律规定的限制，权利主体对所享有利益的获得只能在法律所允准的范围内进行，同时，法律以违法责任的设立对其加以监护。其次，权利的法律设定，是对社会主体各自特定社会地位差异的肯定，法律权利所表达的主体既自由又非自由的意志界限，反映出立法者所能给予人们利益的一定限度，国家所能承受的程度，以及在何种范围内建立秩序的意向。再次，法律权利的平等只是法律形式上的平等，并不等于社会公平。当法律权利对各主体之间的差异进行肯定时，便将法律平等建立在一个不平等的基础上，而当法律以同一标准对待不同的权利主体时，这种不平等便得以进一步加深。第四，法律权利从产生之日起便分裂为两个部分，即法定权利与实在权利。法定权利表现为法律形式的规定，是纸上的东西，是一种理想状态的权利；实在权利是现实生活中人们实际享受或行使的权利。法定权利与实在权利既相联系，又有区别；一般来说，在阶级社会中，法定权利与实在权利并不完全一致，往往存在差距。

^① 孙国华：《法的真谛在于对权利的认可和保护》，载《时代论评》1988年创刊号，第79页。

与权利相对的是义务，义务是国家通过法律规定的权利相对人应当适应权利主体的正当要求而作为或不作为的约束。社会主体的权利，通常是通过权利相对人履行义务而实现的。

义务与权利的关系，可以从下述几方面予以理解：(1) 义务来源于权利。义务在实质上是权利的引申和派生物。当立法者发出禁令，要求人们承担起某种普遍的义务时，只有当它是从权利中合理地引申出来时，它才能成为一种合理的存在：如：“不得杀人、伤人”这一义务，是渊源于人们有生存和健康的权利；而不是因为有“不得杀人、伤人”的义务，我们才有理由生存下来。(2) 义务是为了适应权利的需要而被设定出来的。为了保障和实现人们平等享有的普遍权利，普遍的义务约束才成为必要。当立法者为人们设定新的义务时，其能够加以援引的惟一正当理由，是这将有损于人们原本享有或新近享有的权利。(3) 义务与权利是对应的。没有无义务的权利，也没有无权利的义务。人们自觉地、忠实地履行义务，是因为他们相信与之相对的权利主体已经或以后会履行同样的义务，而且确信从该法律关系的另一关系项看或在另一个法律关系中，他们同样是权利主体。(4) 与权利一样，义务也与利益相联系。人们享受权利和履行义务所获得和丧失的利益，在总量上应当是衡平的。权利主体在行使权利过程中，要承担与之相应的义务。以义务限制权利行使的惟一目的，在于保证其他主体的权利能够得到应有的、同样的承认、尊重和保护。也惟有如此，才能创设一个尽可能使所有主体的权利和利益都得以同等实现的法律秩序。

综上所述，权利，是人们能够或实际选择某种行为的自由度，而义务的约束却不允许义务的承担者有自由选择的余地。一般说来，权利的宣告，必须以对应的义务负担为保证；如果法律宣布在某种情况或某种条件下，或具有某种身份的人享有某种权利，其对应的义务负担应当是：不处于上述规定的情况和条件下的人或者不具有所要求的身份的人不得享有该项权利；国家有义务为权利的实现提供必要的条件；国家有义务约束自己的行为，不得侵犯权利主体享有的权利；对于侵犯他人权利者，国家有义务予以惩罚和制