

中山大学 法律评论

2001·第一卷·总第三卷

Zhong Shan University Law Review

中山大学法学院/主办

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

中山大学法律评论. 2001 年. 第 1 卷(总第 3 卷)/中山
大学法学院主编. —北京: 法律出版社, 2001. 12
ISBN 7-5036-3706-4

I. 中… II. 中… III. 法学—研究—文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 012149 号

出版/法律出版社
印刷/北京朝阳北苑印刷厂
责任印制/陶 松

总发行/中国法律图书公司
经销/新华书店
责任校对/杜 进

开本/850×1168 1/32
版本/2002 年 5 月第 1 版

印张/12.625 字数/310 千
2002 年 5 月第 1 次印刷

法律出版社地址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)
电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn
传真/(010)88414115
电话/(010)88414121(总编室) (010)88414142(责任编辑)

中国法律图书公司地址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)
传真/(010)88414897
电话/(010)88414899 88414900
(010)62534456(北京分公司) (010)65120887(西总布营业部)
(010)88414934(科原大厦营业部) (010)88960092(八大处营业部)
(021)62071679(上海公司)

商务网址/www.chinalaw-book.com

出版声明/版权所有,侵权必究。
书号:ISBN 7-5036-3706-4/D·3341
定价:26.00 元
(如有缺页或倒装,本社负责退换)

目 录

[演 讲]

- 1 徐静村 二十一世纪中国刑事程序改革展望

[对 话]

- 17 孙国华 关于“法”与“法律”的区别的对话
23 徐忠明 中国传统法律文化与法律现代化

[评 论]

- 38 程信和 中国法律部门的划分——兼论经济法、社会法的定位
57 周林彬 王 烨 私力救济的经济分析
83 慕亚平 代中现 评析“人道主义干涉”的所谓合理性
与合法性
107 袁 强 现行错案追究制之理论缺陷论析
125 张 琨 刑事附带民事诉讼的合理性探讨

[法治建设与农村改革专题]

- 141 邓伟平 刘殿葵 论农村合作基金会发放社会贷款的
性质及其处理
152 陈 铭 试析村民委员会的法律地位——兼谈村民
自治对我国行政法发展的影响
169 刘武俊 迁徙自由理念与户籍制度改革

[刑事法专论]

- 176 聂立泽 主客观相统一原则与犯罪中止
196 杜宇 期待可能性的体系地位
208 陈毅坚 法条竞合的概念与本质辨析
242 梅建明 有组织犯罪概念的社会学分析

[热点透视]

- 253 高云 电子商务合同的法律问题和立法研究
285 张富强 论当前我国权力腐败的特点、原因和对策

[案例评析]

- 299 马新学 是“非法行医”还是“故意杀人”——胡万林案件剖析
306 沈虹 特许权协议中止纠纷仲裁案(实质问题)
314 衡旭标 李蜜 教育行政案件的诉讼法理分析

[海外法苑]

- 324 张民安 因物的行为而产生的侵权责任——法国民
法严格责任制度研究
368 [美]魏曼 论应该加重歧视性犯罪的刑事处罚

[随 笔]

- 385 刘星 小额官司

Contents

Lecture

- | | |
|---|--|
| 1 | <i>Xu Jingcun</i> : Prospect of the Reformation of China's Criminal Procedure in the 21 st Century |
|---|--|

Dialogue

- | | |
|----|--|
| 17 | <i>Sun Guohua</i> : Dialogue on the Differentiation between Jus and Law |
| 23 | <i>Xu Zhongming</i> : China's Traditional Legal Culture and Legal Modernization |

Review

- | | |
|----|---|
| 38 | <i>Cheng Xinhe</i> : Division of the Departments of Chinese Law——And Concurrently Discusses the Orientation of Economic Law and Social Law |
| 57 | <i>Zhou Linbin</i>
<i>Wang Ye</i> : Economic Analysis of Relief by Private Force |
| 83 | <i>Mu Yapping</i>
<i>Dai Zhongxian</i> : Evaluation and Analysis of the so-called rationality and legitimacy of “humanitarianism in- |

terfere”

- 107 **Yuan Qiang**: Analysis on Some Theoretic Faults of the Current System of Investigation of the Responsibility for Judicial Errors

- 125 **Zhang Jun**: A Discussion on the Rationality of Incidental Civil Litigation in Criminal Procedure

Specialized Study on Construction of Rule of Law and Rural System Reform

- 141 **Deng Weiping**

Liu Diankui: The Nature of Rural Foundation's Extending the Social Loan and the Proposal to it

- 152 **Chen Ming**: Analysis of the Legal Status of the Villagers' Committee—And Concurrently Talks about the Impact on Our Country's Administrative Law Development by Villager's Autonomy

- 169 **Liu Wujun**: The theory of Freedom to Remove and the Reformation of Household Register System

Monograph on Criminal Law

- 176 **Nie Lize**: On the Relationship between the Principle of Integrating Subject and Object

	and the Discontinuation of Crime
196	Du Yu : On the Theoretical Position of the Zumutbarrei
208	Chen Yijian : Analysis of the Concept and Substance of the Gestzeskon Kurrenz
242	Mei Jianming : Concept of Organized Crime: A Sociological Study
	Hot Topics
253	Gao Yun : Legal Questions of the Electronic Commerce Contract and the Countermeasure in Legislation
285	Zhang Fuqiang : On the Characteristic, Reason and Countermeasure of the Present Power Corruption in Our Country
	Case Commentary
299	Ma Xinxue : Is it "Practising Medicine Illegally" or "Intentional Homicide"—An Anatomy of Hu Wanlin's Case
306	Shen Hong : The Arbitrating Case on the Dispute of Discontinuance of a Franchise Agreement (the Substantive Issue)
314	Heng Xubiao Li Mi : Analysis on Legal Principle of Litigation in the Administrative Case in Education Area

Foreign Legal System

- 324 **Zhang Minan** : Tort Liability Produced because
 of Behavior of the Thing——A
 Research on France's Strict Re-
 sponsibility System

- 368 **Christopher Heath Wellman** : A Defense of Stiff-
 er Penalties for
 Hate Crimes

Essay on Law

- 385 **Liu Xing** : Small Claims

演讲

二十一世纪中国刑事程序改革展望*

徐静村

能够来到中大,在学校最古老的建筑、一个最有档次的报告厅和据说是孙中山先生讲演过的地方来与大家交流,感到非常的荣幸,非常感谢中大法律系的各位老师和同学来跟我一起探讨一些问题。

今天,我讲的题目是:21 世纪中国刑事程序改革展望。在开始之前,我要说明一下为何要提出这个问题,然后就应当如何设计 21 世纪中国刑事程序提出我个人的看法。

大家知道我国的《刑事诉讼法》是 1979 年制定的,是在十年“文革”后,我国从大乱走向大治,法制需要健全的背景下制定的。要由乱到治,必须在政治上强调集中统一,经济上实行计划经济,倡导改革开放。所以,1979 年制定的《刑事诉讼法》是与当时的政治、经济状况相适应的,它特别强调司法机关的职能作用,强调公检法三机关的协同配合关系,强调打击惩罚的功能,具有很强的职权主义的特征,是一种超职权主义。

80 年代中期以后,由于改革开放政策的大力推进,国家经济体制首先有了很大的变化,政治体制也在改革,对刑事程序的科学

* 2001 年 5 月 21 日,中国诉讼法学研究会副会长、西南政法大学博士生导师徐静村教授到访中山大学并在怀士堂作了题为《二十一世纪中国刑事程序改革展望》的演讲,本文为演讲的记录。徐教授现为中山大学特聘教授、法学院院长。

化、现代化提出了更高的要求,导致了1996年《刑事诉讼法》的修正。修正后的《刑事诉讼法》强调实体与程序并重的价值观,力图体现惩罚犯罪与保障人权相结合的理性要求,在职权主义的诉讼模式中注入某些对抗制诉讼的因素,形成了“混合式”的诉讼结构,增加了诉讼程序的民主色彩,其进步意义是应当肯定的。但修正后的《刑事诉讼法》未能从根本上理顺刑事诉讼主体之间的法律关系,程序设计的疏漏之处也不少,因此在实施过程中出现了不少问题;同时由于经济改革已大步走向市场体制,政治体制改革和司法制度改革随之逐步深入,加之我国政府1997年以来先后签署加入联合国《经济、社会和文化权利国际公约》、《公民权利和政治权利国际公约》等重要国际公约,承担了执行联合国刑事司法准则的诸多义务,在这种形势下,对我国现行刑事程序进行修改势在必行。今天,我想简单说一下,我们21世纪刑事程序设计的思路,主要讲审前程序改造的构想和审判程序改革的构想。

一、关于改革刑事诉讼程序的基本思路

从理论上说,刑事诉讼是国家行使刑罚权的活动,而刑罚权的实现,是通过法院的刑事审判来完成的。因此,审判是刑事诉讼的中心环节,此点应是我们进行程序设计的认识基础。

1979年修改的《刑事诉讼法》和1996年修正的《刑事诉讼法》均未体现审判中心主义,因此再修订应当在程序中贯彻审判中心主义,这是一个重点,是我们进行新的刑事程序设计的认识基础。这个认识没解决好,我们设计的程序仍然解决不了科学化的问题。为什么?我们来做一个简单的分析,1979年的《刑事诉讼法》因受传统因素影响,其程序结构的基本特点是侦查中心主义,即“公安中心主义”,刑事程序形成“大公安、小法院”的格局,刑事案件的处理基本上是“侦查定案、起诉照办、法院宣判”。1996年修订的《刑事诉讼法》虽然加强了法院和检察院的诉讼地位,但仍强调实行公

检法三机关“分工负责、互相配合、互相制约”的原则,既未克服公安机关“老大”的传统影响,又使检察院从“二传手”的角色跃升到“依法对刑事诉讼实行法律监督”的“最高”地位(第8条),同时又确认了“未经人民法院判决,对任何人都不得确定有罪”(第12条)的“国际标准”。这就形成了三机关鼎立的格局,以致在实际运作中出现“三个中心”平起平坐、各自为政的局面。最为明显的表现有两个方面,一是在《刑事诉讼法》修正案颁布后,公安部、最高人民检察院和最高人民法院争相出台自己执行《刑事诉讼法》的解释或者规定,这些解释或规定都无例外地反映了解释主体致力于对某些法律条文的超长延伸以扩张权力的倾向,这种延伸和过多地记录自己权力的解释内容,使解释文本直接成为各解释主体权力再分配的载体;二是各机关在办理刑事案件过程中,工作人员基本上都是按照本系统的最高权威机关的解释或规定办事,把《刑事诉讼法》弃置一旁,这就造成三个机关的执法行为不能统一地按照《刑事诉讼法》执行,破坏了《刑事诉讼法》的正确、统一实施,削弱了刑事诉讼法的整体功能,也就很难保证司法公正和提高诉讼效率。

1996年的《刑事诉讼法》修改虽有进步,但也存在问题。基于这种认识,我认为,我们要对21世纪的刑事程序进行再纠正,应当重新来设计。应当以“审判中心主义”和“检警一体化”作为基本思路,重点解决审前程序的改造和建立以审判为中心的诉审关系这两个问题。这两个问题解决了,中国刑事程序的科学化、现代化也就不难实现了。

二、审前程序改造的构想

在考虑如何构建新的审前程序之前,首先要解决几个前提问题。如果不解决好这几个问题,我们的审前程序也不好构建。

第一,关于起诉体制的问题

我国现行起诉制度的特点,是以公诉为主、自诉为辅,公诉与自诉互为救济。从长期的诉讼实践来看,这种起诉体制比较符合国情,因此,我们这方面不必做大的调整。但是,我们在未来的程序设计当中,更应该注意公诉对自诉的救济。现在有些自诉案件(包括公诉转自诉的案件),如果没有公诉救济,当事人就有可能告状无门,所以将来设计程序的时候,这方面的问题要解决好,同时也要考虑我们现行公诉体制是不是合适的问题。我们现在实行的是单一制的国家追诉主义,不是实行美国式的公众追诉主义,没有设立陪审团,这是因为我们实行的不是完全的当事人主义制度,没有必要搞陪审团。同时,我们也不宜采取日本式的起诉垄断主义,即没有自诉,全部是公诉的制度。但是有一点我们要清楚,我们是实行类似大陆法系的单一制的国家追诉主义的模式,因此,我们的公诉制度是国家履行保障社会安全和个人权益的义务的体现。国家把公诉权赋予检察机关独立行使,意味着公诉权是检察机关的专属权,这是我们要清楚的第一方面;我们要清楚的第二方面是,公诉权的本质是对犯罪的追诉权,它是以追究被告人刑事责任,遏制犯罪,恢复被破坏了的法律秩序为使命的。但公诉权只是一种司法请求权,它本身不具有终结性即最终判定性和处罚性,而仅仅是为国家实现刑罚权准备条件,它所包含的实体性要求只有通过法院的刑事审判才能最终实现。明确这一点,有利于我们正确地处理“侦诉关系”和“诉审关系”。

第二,关于“侦诉关系”问题

由于公诉权的本质是对犯罪的追诉权,因此,公诉权本身就应该包含追究犯罪的一切权力和手段,也就是说,侦查权必然是公诉权的一部分,是公诉权的一个派生权力。检察机关对于一切刑事案件都具有追究的权力,都具有侦查权,都可以侦查。如果没有这种思想,那么公安和检察的关系就理不顺、理不清。1996年的《刑事诉讼法》没有解决这个问题,当时也没有可能解决这个问题,所

以,公、检、法三机关“分工负责、互相配合、互相制约”还是天经地义的一个原则。我们说公诉权是对犯罪的追诉权,它就必然拥有侦查权。那么,我们该如何设计侦查权?我们应当考虑侦查权由检察机关来行使,其中把一些重大的刑事案件划归检察机关专属侦查,比如说,涉及到国家工作人员犯罪,如玩忽职守罪、贪污罪、受贿罪,侵犯公民人身权利、民主权利这样一些犯罪,由检察机关来专属侦查。其他刑事案件可以授权司法警察来侦查。现在的刑事侦查权的分工有问题,检察机关只能侦查某些刑事案件,其他的刑事案件绝大部分由公安机关来侦查。我们不应给检察机关划定侦查的范围,而只能规定哪些权力由它行使,哪些权力可以通过立法或授权让司法警察来行使,这是其一。其二,司法警察应该受检察机关节制或指挥。如果处理好了这些问题,侦诉关系就比较好处理了。当然,我们可以把现在公安机关里的司法警察这一块划出来,成立单一的司法警察局或司法警察署。像苏联那样,民警局与刑警局是两个不同的单位,刑警局是管刑事侦查的,这部分就属于检察机关来节制和指挥,如果不划出来,那么公安机关包括两大块,即行政警察和刑事警察,这种体制就比较难操作一点。因此,可以把刑事警察的一部分全部划归检察机关,从而壮大检察机关的刑侦部门。

第三,关于公诉权与检察权的关系

根据我国宪法的规定,检察机关是国家的法律监督机关,法律监督权的概念要比公诉权大得多。但是从实际情况来看,检察机关并不具有监督宪法、法律实施的功能。因此,我们不应把检察机关定位为法律监督机关,检察机关就是国家的公诉机关,检察权就是公诉权,对公诉权的解释不应该再作延伸。公诉权的核心就是追究犯罪,包含对刑事案件的侦查和刑事被告人的起诉这两个权力。

如果我们把上述几个问题都解决了,那么,我们对审前程序的改造就会比较好设计。关于审前程序如何构建,下面我就几个具

有改革意义的问题谈一些意见。

1. 侦查程序构建的一般原则。由于检察机关拥有刑事案件的侦查权,在理论上不应对它行使侦查权划定范围,法律可以将特定范围的刑事案件划归检察机关专属侦查,其他绝大部分刑事案件授权公安机关侦查。但是,刑事警察应当在检察机关的节制和指挥下来进行侦查,具体说,就是司法警察负责侦查的案件,一旦检察官介入,就应当由检察官来负责领导侦查活动,检察官也可指示司法警察继续侦查;检察官在侦查活动中如果认为有必要时有权调动司法警察;检察机关(检察官)经过侦查活动,已查明案件的事实和情节,或者继续侦查已缺乏条件和必要性,应当作出侦查终结的决定,并对于没有犯罪事实或者嫌疑人的行为不构成犯罪的,或者具有法定不需要追究刑事责任的案件,作出撤销案件的决定或不起訴决定,以终止刑事诉讼的进行;对需要追究刑事责任的案件,则向法院预审法庭提出进行司法审查的申请。

2. 设置预审程序。法院应设置预审法庭,配备预审法官,专门负责对检察机关申请提起公诉案件进行司法审查。当检察机关申请提起公诉时,应向预审法庭提交书面申请,书面申请应当载明申请理由,选择的预审法官的姓名,审理的时间和地点。法院的预审法庭应按申请书提出的要求派员主持预审,并通知嫌疑人及其律师举行预审的时间和地点(预审在检察机关进行)。预审应当在不公开的条件下进行审理,控方检察官、被害人及其诉讼代理人,辩方犯罪嫌疑人及其辩护人均需出庭,预审法官以中立身份审查控、辩双方提出的事实和证据。预审要解决两个问题,第一个问题是,预审法官要通过控辩双方展示自己的证据来判断案件是否能够提交给法院正式审判,这主要是从程序角度进行审查,在实体上只解决非法证据的排除问题,展示的证据中有非法搜集的证据,应当排除,无关的证据也要排除。对于检察官来说,不但证明嫌疑人有罪的证据要展示,而且在侦查过程中收集到的一切证据,包括对嫌疑

人有利的证据也要展示。作为辩护一方的律师,也要展示相关的证据,特别是嫌疑人不在现场或者没有责任能力的证据,以及辩护律师在收集证据的过程中获得的可以作为辩护证据使用的,并且准备在法院开庭时提交给法院的其他证据。这样,一方面可以把无关的证据或违法收集的证据排除在法院正式开庭之前,以避免控辩双方为证据是否有效争论不休而影响诉讼的进行,可以节约诉讼成本,提高诉讼效率;另一方面,可以避免法庭审判时一方提出突击性的证据使另一方陷入难以反击的困境。第二个问题是,预审终结后,预审法官对于符合提起公诉条件的案件,应当作出同意起诉的决定,这时,检察机关可以向人民法院提起公诉;对不符合提起公诉条件的案件,作出不同意起诉或退回检察机关补充侦查的决定。检察机关在法定时间内补充侦查获得新的证据后可以重新提出申请,预审法庭应当重新开庭,就新提出的证据进行审查,然后作出是否同意提起公诉的决定。预审程序的设置可以使正式进入法院的刑事案件减少,也可以提高案件审判的质量。但我所设想的预审程序不同于德国、法国的预审,德国和法国的预审法官权力太大,预审时,如认为检察机关的侦查没有完成侦查任务,但案件又是应该追究刑事责任的,预审法官可以直接介入侦查,收集证据,使自己变成了“超级警察”。从诉审分离的角度来看,我认为法院的预审法官进行侦查是不合适的,预审法官无权侦查,如果需要侦查,也只能退回检察机关补充侦查。在借鉴德法预审制度的同时,要避免诉审不分的缺点。预审法官在正式审判时不能介入庭审,也不能就自己所了解的案情与审判庭的法官通气,这样就可以避免在正式的审判中法官产生任何预断。

3. 审前程序中律师的作用问题。为了加强刑事诉讼的民主性和科学性,有必要强化侦查程序的对抗制因素。犯罪嫌疑人在第一次被传讯或第一次被采取强制措施的时候,即有权请律师。侦查人员在讯问嫌疑人时,嫌疑人有权要求律师到场,这可以遏制刑

讯逼供的发生。律师一旦介入案件,就是以辩护律师的身份参与诉讼,享有调查收集证据、会见嫌疑人及与嫌疑人通信、向嫌疑人提供法律咨询意见、向侦查人员了解嫌疑人涉嫌的罪名及有关案情、为嫌疑人申请取保候审等权利。其中,我认为规定律师的在场权比规定沉默权好得多。沉默权在西方很盛行,已经有一二百年的历史,是西方刑事诉讼法界引为骄傲的东西。但是,沉默权的发源地,如英国、爱尔兰,还有其他英美法系的一些国家如新加坡、加拿大、美国等现在都对它进行限制。根据我的了解,其实无论是我国的嫌疑人还是外国的嫌疑人,多数是不想沉默的,除非是间谍,一般的嫌疑人是想说、愿意说的,但是最好有律师在场,这样,侦查人员就不会对他拳打脚踢,逼供诱供。因此,我们应该规定讯问嫌疑人时有律师在场,并且嫌疑人可以要求律师每次都在场。当然,嫌疑人想放弃这个权利,也是可以的。当前许多学者在研究沉默权是否要移植过来的问题,但是,我主张如果修改《刑事诉讼法》的话,可以暂时不把沉默权写进去,律师的在场权可以规定进去。只有这样,我们才能使律师充分地发挥作用。如果律师不能在侦查阶段充分地发挥作用,那么,我们期望创设一套科学的现代的刑事程序,将是不可能的。

4. 关于审前程序中的简易程序问题。鉴于现代社会刑事案件的多发性和司法资源的有限性,各国根据自己的国情,多在审前程序中采用不同方式简化案件的处理,使多数轻微刑事案件无需通过法院正式审判就获得解决。我国也应考虑设置审前简易程序,也就是辩诉交易,适用于除自诉案件以外的轻微的追究价值不大的案件。操作如下:检察官对案件事实清楚,证据确实充分的轻微刑事案件(法定刑期三年以下者),在嫌疑人及其辩护人对案件定罪问题没有争议时,可就嫌疑人的量刑问题与嫌疑人及其律师进行协商或交易。协商前,检察官应将案件事实、证据材料连同协商内容制作成书面文件,申请预审法官予以审查,获得同意后,检察

官才可以与嫌疑人及其律师协商。协商必须在嫌疑人完全自愿的情况下进行,如果嫌疑人同意与检察官协商,即意味着他做了有罪答辩并放弃接受法庭正式审判的机会,协商内容只能是案件的量刑部分而不是定罪部分。嫌疑人同意协商的,检察官可以建议对其适用较低的刑罚,包括减少刑期或者降低刑罚级别。协商取得一致的,要制作协议书。协议书应载明进行协商的理由,如何适用刑罚处罚,以及嫌疑人申明同意协商内容的书面材料。协议书由检察官呈报预审法官审查。预审法官审查后应当作出同意与否的决定。如作出同意决定,即为生效的法律决定,由检察院交付执行;如作出不同意决定,检察官即应对该嫌疑人提起公诉。

5. 对提起公诉的基本要求。经过预审法官审理同意提起公诉的案件,检察机关应当采取“起诉一本主义”,就是说,起诉书只能在里边载明被告人的姓名、诉因、罪名这些法定的事项,凡是有可能引起法官产生预断的,一概不写。起诉书送交法院时,也无须同时移送本案的有关材料和证据。这样做的目的,是为了让法官保持中立地位,在开庭审理前没有产生任何预断的可能。

三、关于审判程序改革的构想

关于审判程序的改革,我也有一些构想。审判程序改革,1996年刑诉法还是有重大突破的,有很大的修改。过去1979年刑诉法规定的审判程序是这样的:法官主持审判,任何案件都是由法官主持调查,一问到底,就像包公审案似的。一开始,检察官宣读一下起诉书,然后就由法官进行审理。1996年刑诉法改成控辩双方当庭举证,法官居中听证,最后作出判决,但保留了法官提问的权力,法官也可以对被告人、证人询问,这与原来已有很大不同。审判程序,从技术层面来说,是要构建一套科学的操作规程,主要是解决审判组织的改造和庭审制度的构建两个问题;从目的意义上说,是要通过改革程序制度,实现“审判中心主义”的要求。为了这个目