



湖南师范大学法学院崇法明理法学丛书

探求刑事正当程序

——刑事诉讼基本问题研究

沈红卫 等著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



湖南师范大学法学院

湖南省重点学科建设项目资助

探求刑事正当程序

——刑事诉讼基本问题研究

沈红卫 陈耘 肖亚 周洁 著



法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

探求刑事正当程序:刑事诉讼基本问题研究 / 沈红卫等著.
—北京:法律出版社, 2014
ISBN 978 - 7 - 5118 - 7170 - 1

I. ①探… II. ①沈… III. ①刑事诉讼—研究—中国
IV. ①D925.213.4



中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 261006 号

©法律出版社·中国

责任编辑/徐蕊

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制/沙磊

开本/A5

印张/10.375 字数/280千

版本/2015年4月第1版

印次/2015年4月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 7170 - 1

定价:30.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

“国无常强,无常弱。奉法者强,则国强;奉法者弱,则国弱。”中国古代文化闪烁着法治智慧。当今,中华民族法制文化理念跨越时空成为国家实践,中国共产党在迈出改革开放步伐时领导人民开启现代法治建设事业,1978年邓小平同志提出了“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”的法制建设“十六字方针”,开启了中国当代法制建设实践。1997年党的十五大依据国家政治实践发展和社会主义市场经济的制度保障需要,首次提出了“依法治国,建设社会主义法治国家”的法治发展目标,“法治国家”取代了此前提出的“法制国家”政治话语。1999年的宪法修正案将“中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家”作为宪法第五条第一款而写入宪法,依法治国建设社会主义法治国家的政治纲领进一步上升为国家的宪法原则和全国人民的奋斗目标。2011年中国特色社会主义法律体系正式形成,“科学立法、严格执法、公正司法、全民守法”的法治建设新方针确立。2012年12月24日习近平总书记在首都各界纪念现行宪法颁布实施30周年的讲话上,明确提出了“坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进,坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设”的“三个共同推进,三个一体建设”的法治建设新要求。2013年元月习近平总书记在中央政法工作会议上提出了“全力推进平安中国、法治中国建设”,用“法治中国”的概念描述政法工作的任

务和法治建设的目标,“法治中国”概念从一个理论描述的学术概念走向法治实践的政治命题。党的十八届三中全会通过的《全面深化改革若干重大问题的决定》则专列“推进法治中国建设”一篇,全面系统阐述“法治中国”建设的战略目标、主要任务。2014年党的十八届四中全会通过了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,确定了“建设中国特色社会主义法治体系,建设社会主义法治国家”的总目标,开启了社会主义法治建设伟大新征程。法治实践新征程为理论研究提供时代契机,深入探究中国社会主义法治实践方略是有时代使命感的法学学者的应有担当。组织学术力量集中对依法治国方略若干问题进行理论探讨,或许是对时代契机的把握和学者担当的践行,缘于斯,湖南师范大学法学院组织编写了这套“崇法明理法学丛书”。

湖南师范大学的法学专业自1993年创办以来,在社会各界的大力支持下,获得了长足的发展。1993年获批法学理论专业硕士学位授予权;1996年学校成立法学院;2006年获批国际法学博士学位授予权和法学一级学科硕士学位授予权;2011年获批法学一级学科博士学位授予权;2014年获批法学博士后科研流动站。2008年“WTO与现代国际法学研究中心”入选湖南省普通高等学校哲学社会科学重点研究基地;2011年法学学科被批准为湖南省重点学科;在2012年教育部学位与研究生教育发展中心组织的全国第三轮学科评估中,法学学科名列21位。湖南师范大学法学专业先后获批湖南省重点专业和特色专业,2012年申报的应用型、复合型法律职业人才教育培养基地入选国家首批卓越法律人才教育培养基地。

在我国全面推进依法治国的时代,湖南省重点学科建设项目资助的“崇法明理法学丛书”开始出版。入选丛书的著作在作者申报的基础上,经过了有关专家和出版社的严格审核。它们聚焦重要的法学理论与现实问题,为我国的法治建设建言献策。

社会科学是铸造一个民族、一个国家的灵魂、良知和思想的;而

法学的发达和繁荣,也正好反映一个国家法治化程度。世界著名法学家霍姆斯指出,法律研究的目的是—种预测,即对公共权力通过法院的工具性的活动产生影响的预测。包括法学在内的整个社会科学界应认清自己对中华民族的全面复兴所肩负的神圣职责。所以,这套丛书在此时出版,更是作为一个社会科学工作者尤其是法学工作者主动回应当前中国伟大法治实践的理论努力。

李双元

2014年11月8日于岳麓山下

目 录

第一章 刑事诉讼职能管辖异议权	(1)
一、刑事诉讼职能管辖异议权释义	(1)
二、我国刑事诉讼法及司法实践对刑事诉讼职能管辖异议权的态度及原因分析	(7)
三、赋予当事人刑事诉讼职能管辖异议权的必要性	(11)
四、确立我国刑事诉讼职能管辖异议权的具体构想	(16)
第二章 刑事辩护准入制度	(23)
一、刑事辩护准入制度的立法现状	(23)
二、完善刑事辩护准入制度的必要性和可行性	(25)
三、立法完善刑事辩护准入制度的具体构想	(39)
第三章 侦查讯问同步录音录像制度	(43)
一、侦查讯问同步录音录像制度的理论基础	(43)
二、英国、美国及中国香港、中国台湾地区侦查讯问同步录音录像制度	(47)
三、我国侦查讯问同步录音录像制度存在的问题及完善	(56)

第四章 刑事搜查制度	(65)
一、我国刑事搜查制度的界定及立法现状	(65)
二、国外刑事搜查制度的启示	(69)
三、完善我国刑事搜查制度	(77)
第五章 我国刑事鉴定启动权	(84)
一、我国刑事鉴定启动权的权力属性	(84)
二、我国刑事鉴定启动权的构成要素	(86)
三、我国刑事鉴定启动权的设计缺陷	(88)
四、我国刑事鉴定启动权之重构	(92)
第六章 监视居住制度	(103)
一、监视居住制度的法理分析	(103)
二、监视居住制度的不足	(108)
三、完善我国监视居住制度	(113)
第七章 附条件逮捕制度构建	(120)
一、附条件逮捕制度的缘起和基本定位	(120)
二、附条件逮捕制度构建的合法性与正当性论证	(123)
三、附条件逮捕制度实践运行中凸显的问题	(128)
四、附条件逮捕制度构建的具体设想	(134)
第八章 技术侦查程序	(139)
一、技术侦查程序释义	(139)
二、我国技术侦查程序的现状及缺陷	(142)
三、域外技术侦查程序考察	(148)
四、完善我国技术侦查程序	(152)

第九章 刑事诉讼中电子数据的收集	(157)
一、刑事电子数据收集的原则、方法和程序	(157)
二、刑事电子数据收集存在的问题	(165)
三、完善刑事电子数据收集的建议	(168)
第十章 刑事电子数据的认定	(175)
一、刑事电子数据认定概念的界定	(175)
二、我国刑事电子数据认定存在的问题	(176)
三、我国刑事电子数据认定的完善	(179)
第十一章 逮捕后羁押必要性审查制度	(184)
一、逮捕后羁押必要性审查制度诠释	(184)
二、我国逮捕后羁押必要性审查制度的现状及缺陷	(187)
三、完善我国逮捕后羁押必要性审查制度	(194)
第十二章 检察机关量刑建议制度	(204)
一、检察机关量刑建议制度的法理分析	(204)
二、我国检察机关量刑建议制度的实施现状及存在的问题	(211)
三、完善我国检察机关量刑建议制度	(214)
第十三章 附条件不起诉制度	(221)
一、附条件不起诉制度的法学理论基础	(221)
二、我国附条件不起诉制度的现状和缺陷	(224)
三、域外附条件不起诉制度考察	(230)
四、完善我国附条件不起诉制度之建议	(235)

第十四章 侦查人员出庭作证制度	(242)
一、侦查人员出庭作证制度的法理分析	(242)
二、侦查人员出庭作证制度的现状	(245)
三、域外侦查人员出庭作证制度借鉴	(250)
四、完善侦查人员出庭作证制度	(255)
第十五章 刑事鉴定人出庭作证制度	(261)
一、刑事鉴定人出庭作证制度法理分析	(261)
二、刑事鉴定人出庭作证制度的现状	(267)
三、刑事鉴定人出庭作证制度的完善	(274)
第十六章 法国重罪法庭合议庭评议机制的启示	(279)
一、刑事合议庭评议机制价值功能分析	(279)
二、法国重罪法庭评议机制述评	(283)
三、对我国刑事合议庭评议机制的反思及其改进	(287)
第十七章 相对独立的量刑程序的构建	(295)
一、相对独立量刑程序释义	(295)
二、构建相对独立量刑程序的必要性和可行性	(296)
三、我国相对独立量刑程序的构建	(302)
参考文献	(313)
后 记	(319)

第一章

刑事诉讼职能管辖异议权

一、刑事诉讼职能管辖异议权释义

列宁曾说过：“为了用科学的眼光观察一个问题，最重要、最必须也是最可靠的就是别忘记其基本的历史联系。考察每一问题都要看其在历史上怎样产生及其产生的背景。”^{〔1〕}同样，研究刑事诉讼职能管辖异议权也要将其放在历史的范畴，探讨其产生的背景和概念。本章首先通过援引两个现实中的案例引出主题，并在此基础上进行深入分析。

案例 1:2000 年 9 月至 2001 年 6 月期间，犯罪嫌疑人甲利用其担任某证券有限公司证券投资部副总经理的职务之便，在负责业务过程中，通过采取收款不入账、虚列开支等手段多次从 B 证券公司某营业部、C 工商信托投资公司某营业部等处收回的返佣金和销户本金中侵吞公款共计人民币 62.4 万余元。案件发生后，宁波市某区检察院以贪污罪立案侦查。在侦查终结移送审查起诉部门审查后，发现甲的身份为非国家工作人员，其犯罪应构成职务侵占罪，应送至公安机关立案侦查，但该区检察院仍以职务侵占罪向区法院提起公诉。区法院初步审查并请示上级法院后认为案件不应由检察院立案

〔1〕《列宁选集》（第四卷），人民出版社 1972 年版，第 43 页。

侦查,遂将案件退回区检察院。^[1]

案例 2:2004 年 7 月,犯罪嫌疑人韩凤忠等在贩卖毒品过程中,途经河南项城市火车站时被当地公安机关抓获。2005 年 1 月 18 日,西安市检察院向西安市中级法院提起公诉:指控被告人韩凤忠等犯贩卖毒品罪。庭审中,被告人及其辩护人提出其居住地和涉嫌贩卖毒品地均在河南周口地区。根据我国《刑事诉讼法》第 24 条规定,本案应由河南周口地区公安、司法机关侦查、起诉及管辖。西安市中级人民法院以该法第 25 条规定,驳回被告人及其辩护人的管辖权异议。裁定后,被告人及其辩护人因不服裁定提起上诉,陕西省高院后裁定驳回上诉。^[2]

综上所述两个案例,可以得出以下结论:

案例 1 反映出在我国司法实践中长期存在刑事诉讼职能管辖冲突,即本应由检察院立案侦查的案件而由公安机关立案侦查或本应由公安机关管辖的案件而由检察院管辖或者公诉案件作为自诉案件受理或自诉案件作为公诉案件受理等。无论是哪种情形,都体现职能管辖冲突是一种客观存在的现象,是不容回避和忽视的。如果不正确、有效地解决这一问题,既不利于对案件的及时处理,也不利于保障犯罪嫌疑人或被告人的合法权益。赋予当事人刑事诉讼职能管辖异议权则是解决职能管辖冲突的重要途径之一。

案例 2 中,西安市中级人民法院从程序上对被告人及其辩护人的管辖权异议进行审理并作出裁定,实质上已经承认了当事人提出管辖异议权的权利。陕西省高级人民法院对被告人及其辩护人的不服中级人民法院管辖权异议的裁定上诉的驳回,更是从程序权利救济方面开启了另一扇门。这些无疑为本章对刑事诉讼职能管辖异议

[1] 邓强、岑剑:“对职能管辖冲突情况下法院不予受理的剖析”,载《检察论坛》第 7 卷。

[2] 陕西省西安市中级人民法院 2005 西刑初字第 44 号刑事裁定书。

权的研究提供了生动的实践素材。

1. 刑事诉讼职能管辖异议权之概念与特征

刑事诉讼中的管辖是指公安、司法机关在直接受理案件上的职权划分以及在人民法院内部,直接受理和审判第一审刑事案件上的职权划分。^{〔1〕}我国《刑事诉讼法》明确规定了职能管辖和审判管辖,职能管辖又称立案管辖或部门管辖,是指公安、司法机关对其直接受理的刑事案件在职权范围内的分工和权限。^{〔2〕}职能管辖中如果当事人不服某一机关管辖时能否提出异议以及如何提出异议等问题,刑事诉讼法并无明文规定。刑事诉讼职能管辖权异议制度的缺失无疑是刑事诉讼法的一大缺憾。赋予当事人刑事诉讼职能管辖异议权,不仅是当事人一项重要的程序性救济权利,也是当事人获得公正审判的重要保障。

由于我国《刑事诉讼法》将刑事诉讼管辖分为职能管辖和审判管辖两种,相对应的,刑事诉讼管辖异议权也可分为两种,即刑事诉讼职能管辖异议权和刑事诉讼审判管辖异议权。刑事诉讼审判管辖异议权是指当事人认为受理案件的法院对该案没有管辖权,而提出管辖权异议的主张。由于本章仅仅探讨解决职能诉讼管辖冲突问题的刑事诉讼职能管辖异议权,因而对刑事诉讼审判管辖异议权不予分析。“所谓刑事诉讼职能管辖异议权,亦称立案管辖异议权,是指当事人对公安、司法机关违反职能管辖分工的规定,管辖了其无权管辖的案件,而在法定期间内向有管辖权的司法机关提出并要求有立案管辖权的公安、司法机关立案管辖的主张或权利。”^{〔3〕}根据案件性质的不同,刑事诉讼职能管辖异议权可以分为公诉案件的刑事诉讼

〔1〕 陈光中:《刑事诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社2009年版,第133页。

〔2〕 卞建林:《刑事诉讼法学》,科学出版社2008年版,第258页。

〔3〕 胡美丽:《刑事诉讼立案管辖冲突问题研究》,广西民族大学出版社2007年版,第25页。

职能管辖异议权和自诉案件的刑事诉讼职能管辖异议权。公诉案件刑事诉讼管辖异议权是指当事人对专门机关在处理公诉案件不具有管辖权而提出的不应由其立案、侦查或审判的权利主张。自诉案件刑事诉讼职能管辖异议权是指当事人认为受理自诉案件的法院对案件不具有管辖权所提出的不应由其管辖或应当是自诉案件而被专门机关当做公诉案件立案侦查时所提出异议的权利主张。因为自诉案件职能管辖异议权既涉及审判管辖异议权,也涉及公诉案件职能管辖异议权,遂不作为本章探讨和研究的对象。

刑事诉讼职能管辖异议权是一个历史范畴,它不是从来就有的,而是人类发展到一定阶段的产物。它的产生过程既是从古代纠问式、弹劾式诉讼模式到近现代职权主义、当事人主义诉讼模式演变的过程,也是伴随着从公权力的扩张到限制、公权利的漠视到重视的过程。刑事诉讼职能管辖异议权是在现代混合式诉讼模式的确立和公权利得到重视的基础上的一种产物,是对当事人诉权的一种回应。刑事诉讼职能管辖异议权的产生具有一定的必然性,人权保障、程序正义等现代法治观念,是刑事诉讼职能管辖异议权得以确立的理论基础。

与刑事诉讼中其他诉讼权利相比,刑事诉讼职能管辖异议权具有以下特征:

其一,依附性兼有相对独立性。刑事诉讼职能管辖异议权是一种诉讼权利,又是从诉讼权利中推定和演变出来的一种权利。刑事诉讼职能管辖异议权产生后,它也具有属于自己的权利结构和体系,包括主体、范围以及救济程序等,与其他诉讼权利相比,它更具有独立性的特征。

其二,对抗性或自保性。刑事诉讼职能管辖异议权是对公安、司法机关职能管辖权的对抗;是当专门机关管辖了其无权管辖的案件时,当事人为保障其正当管辖权和公正审判权不受侵害而提出的异议;是当事人只能在案件已经被公安、司法机关受理,并且出现管辖

错误的情形下,为了充分保障其正当管辖权,而向有关机关提出的主张。

其三,待确定性。待确定性是指当事人提出的刑事诉讼职能管辖权异议,需要特定司法机关通过法定的程序进行判断和认定,当事人有没有提出刑事诉讼职能管辖异议权的权利以及确定该异议是否成立。认定成立的,则产生相应的法律后果;认定不成立的,则驳回异议。因而,刑事诉讼职能管辖异议权的行使需要相关机关以裁定方式加以确定。

2. 刑事诉讼职能管辖异议权的性质

任何一种事物在具体的时空范围内,都表现出其独特的性质以及不同于其他事物的属性。刑事诉讼职能管辖异议权作为一个历史范畴,从无到有,从被漠视到被重视,因而对其性质的认识也要不断地拓展和深化。刑事诉讼职能管辖异议权具有以下性质:

其一,刑事诉讼职能管辖异议权是一种法权。刑事诉讼职能管辖异议权是当事人在整个刑事诉讼中享有的一种诉讼权利。根据《刑事诉讼法》第14条规定,当事人不仅具有诉讼权利,而且公安、司法机关要保障他们诉讼权利的实现。因此,刑事诉讼职能管辖异议权是一种法权,是宪法和法律所赋予的权利。

其二,刑事诉讼职能管辖异议权是公权利。根据公法和私法的划分,可将权分为公权和私权。但遗憾的是,理论界片面地将公权界定为公权力,定义为国家机关及其工作人员行使的各项职权的总称;而把私权界定为普通公民、法人及其他组织的权利。本书认为,根据行使权公权的主体和性质,可以将公权分为公权力和公权利。公权力是国家机关及其工作人员在管理国家和社会中行使的各项职权的总称;而公权利是指上述主体之外的自然人或法人组织参与社会管理、国家活动所享有的权利总称。刑事诉讼职能管辖异议权是当事人参与刑事诉讼中所享有的权利,因而是公权利。

其三,刑事诉讼职能管辖异议权是公正审判权的内容之一。

“从历史起源来看,公正审判权起源于自然正义和正当法律程序,是指公民在被追责之前整个诉讼中所应享有的得到公正处理和裁判的权利。”^{〔1〕}公正审判权应贯穿于整个刑事诉讼中,而不局限于刑事审判程序。刑事诉讼职能管辖异议权是当事人在刑事诉讼中对因职能管辖错误而受到侵犯或者可能受到侵犯的行为提出异议的主张,以求受到法律的公正审判。

其四,刑事诉讼职能管辖异议权是救济性权利。“无救济的权利非权利。”该权利行使的前提是当事人的正当管辖权受到了侵犯,遂向有关司法机关提出异议寻求救济。该权利及时有效的行使,对实现和保护当事人刑事实体权利和程序性权利具有重大意义。

3. 与相关概念的区别

在界定了刑事诉讼职能管辖异议权概念,分析了其特征和性质的基础上,我们还应注意刑事诉讼职能管辖异议权与相关概念的区别。

首先是与刑事诉讼管辖权异议的区别。刑事诉讼管辖权异议作为刑事诉讼中一项重要的制度,是指当事人在刑事诉讼中对专门机关违反管辖权的分工规定,管辖其无权管辖的案件或认为其他专门机关更适合管辖时,在法定期限内向特定司法机关提出异议的权利主张。根据《刑事诉讼法》的相关规定,刑事诉讼管辖权异议又可以分为刑事诉讼职能管辖权异议制度和刑事诉讼审判管辖权异议制度,而刑事诉讼职能管辖权异议权则是刑事诉讼职能管辖权异议制度的重要内容之一,是刑事诉讼管辖权异议制度的重要组成部分。

其次是刑事诉讼职能管辖权异议权与刑事审判管辖权异议权的区别。我国刑事诉讼法将刑事诉讼管辖分为职能管辖和审判管辖,刑事诉讼管辖权异议权也相应地划分为刑事职能管辖权异议权和刑事审判管辖权异议权,两者是并列的关系而非所属关系。刑事审判管辖权异议

〔1〕 朱立恒:《公正审判权研究》,中国人民公安大学出版社2007年版,第28页。

權是指被告人及其法定代理人認為受理案件的法院對該案無管轄權，而向法院提出申請，要求法院將案件移送有管轄權的法院審理的权利主張。^{〔1〕} 兩者最主要的區別是權利主體行使權利的理由、訴訟階段和異議對象不同。行使刑事訴訟審判管轄異議權的理由主要是法院無管轄權；其行使的訴訟階段只能是法院受理案件之後或者檢察機關提起公訴之後；而提出異議的對象只能是法院對某一案件出現管轄錯誤或不適當。行使刑事訴訟職能管轄異議權的理由、訴訟階段等將在後文詳細論述。

二、我國刑事訴訟法及司法實踐對刑事訴訟職能管轄異議權的態度及原因分析

1. 我國刑事訴訟法及司法實踐對刑事訴訟職能管轄異議權的態度

儘管我國實行的是一種不同於英美法系和大陸法系的具有中國特色的刑事訴訟模式，但英美法系和大陸法系亦有可供借鑒之處。英美法系和大陸法系對刑事訴訟中的管轄權異議制度、賦予當事人刑事訴訟管轄異議權都有較為全面的規定。美國刑事訴訟管轄權異議最早出現在一系列判例中，在英國，被告人有權在審判前的“傳訊”階段提出關於管轄權異議的答辯，並且只有被告人有權申請變更法院審判地點，而檢察官無權提出。

大陸法系國家普遍賦予被告人和其他當事人對刑事案件管轄權提出異議的權利，如德國《刑事訴訟法典》、俄羅斯《聯邦刑事訴訟法典》、法國《刑事訴訟法典》中皆有明確規定。

我國對刑事訴訟職能管轄異議權的研究，一是起步較晚，二是專門研究此問題的較少，對相關問題的研究散見於學者發表的各類期刊論文上，綜觀比較這些論文，不難發現其中的不足：其一，將管轄異議權與管轄權異議混淆，沒有將職能管轄異議權獨立出來；其二，大

〔1〕 卞建林：《刑事訴訟法》，科學出版社2008年版，第272頁。