

诉讼法 论丛

第5卷

PROCEDURAL LAW
REVIEW VOL. 5

■ 陈光中 江伟 / 主编

法律出版社

诉讼法论丛

第5卷

PROCEDURAL LAW REVIEW

Vol.5

2000

陈光中 江 伟 主编

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

诉讼法论丛. 第5卷/陈光中, 江伟主编. - 北京:
法律出版社, 2000. 11

ISBN 7-5036-3262-3

I. 诉… II. ①陈…②江… III. 诉讼法…研究…
文集 IV. D915.53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 75943 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任印制/陶松

责任校对/杜进

印刷/中国科学院印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32

印张/22.625 字数/558 千

版本/2000 年 12 月第 1 版

2000 年 12 月第 1 次印刷

社址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

网址/<http://www.lawpresschina.com>

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

88414933 88414934(读者服务部)

出版声明/版权所有, 侵权必究。

书号: ISBN 7-5036-3262-3/D·2980

定价: 38.00 元

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

卷 首 语

时光荏苒,白驹过隙,人类进入新千年,《诉讼法论丛》第5卷又与读者见面了。《诉讼法论丛》于两年前破土而出,如今已新苗茁壮,深得学界美誉。它之所以能成为法学银河中闪耀的一颗新星,除了幸逢盛世、应运而生以外,还有赖于学界同仁的关注与垂爱。广大读者的慷慨赞誉与严肃批评,都是催促我们精益求精、尽善尽美的动力。学者心愿在于薪火流传,以增进诉讼法研究的学术积累,使理论与实际互融,为推进依法治国尽绵薄之力。

本卷,在刑事訴訟法編的理論研究欄目中,《刑事審判前程序的理念與原則》論述了現代刑事訴訟理論和立法中揭示的刑事審判前程序的諸項理念及原則,意在為改革我國刑事審判前程序,進而完善刑事訴訟程序提供借鑒。司法與傳媒的關係是個熱點問題,《衝突與平衡:在司法獨立與新聞監督之間》主張司法與傳媒保持良性互動關係,不贊同在現階段弱化、限制傳媒對法院審判活動的監督。澳門刑事訴訟法是我國法律制度的一處獨特景觀,《論澳門刑事訴訟法的價值取向》從價值取向入手介紹和論證了澳門刑事訴訟法。在實務研究欄目中,《論逮捕》全面論述了逮捕的概念、性質、特徵、種類。《秘密監聽之研究》探討了秘密監聽的立法起源,對它的適用條件、程序機制及秘密監聽制度設計中個人權利的保護進行了全面研究。《香港和大陸刑事簡易程序比較研究》,對兩地刑事簡易程序立法、司法中的主要問題作了对比、分析。我國司法實踐中存在檢法認定罪名不一致問題,庭審方式改革使該問

题转到庭审阶段,《从起诉效力看刑事审判中的罪名变更》,探讨了审判中的罪名变更问题,分析了起诉的对事效力。刑事诉讼制度的现代化离不开对世界各国刑事诉讼制度的参酌、学习,取其精华、弃其糟粕。在外国法栏目中,本卷刊登了《日本刑事诉讼法五十年》。二战后,原本受德国法影响的日本刑事诉讼法又引入了英美法,使其形成鲜明特色,这篇译文与第4卷《日本刑事诉讼五十年与侦查制度》综合起来,大体可以反映当今日本刑事诉讼制度的全貌。《试述欧洲人权法院》概述了欧洲人权公约所确立的人权保护制度及新欧洲人权法院的组织及程序。《迈向欧洲刑事诉讼模式》论述了走向一体化的欧洲正在迈向新刑事诉讼模式,可以使我們重新审视以往认为欧洲两种诉讼模式泾渭分明的旧观念。

本卷,在民事诉讼法与行政诉讼法编的理论研究栏目中,集中了4位诉讼法学博士的论文。除民事诉讼目的、诉权的理论研究外,还有两篇关于“诉的合并”问题专论。这组论文对“诉”的基本理论问题进行了深入研究,对透过诉讼表象认识诉讼深刻内涵和理念具有重要意义。《中美民事诉讼当事人制度比较研究》以细腻的手笔详尽剖析了美国与我国在民事诉讼中共同诉讼、代表人诉讼、诉讼第三人等制度。在实务研究中,《强制执行救济论》和《论我国法院调解制度的改革》都从理论角度进行了论述。其中,强制执行救济的理论、程序性救济和实体性救济,我国偏重调解的文化因素、调解制度之比较和我国调解制度之重塑等问题的研究,有相当的广度和深度。关于行政诉讼法,《两岸现行行政诉讼法之初步比较》就12个问题进行了粗线条的比较研究。在博士论文精要中,作者阐述了解决涉外民商事诉讼管辖权冲突的基本理论,揭示了不方便法院、已涉未决诉讼、协议管辖、仲裁与解决涉外民商事诉讼管辖权冲突之间的关系。

目 录

刑事诉讼法

理论研究

- 3 刑事审判前程序的理念与原则
——兼谈我国刑事诉讼制度改革
面临的课题 宋英辉
- 25 冲突与平衡:在司法独立与新闻监督之间
..... 张泽涛 李登杰
- 48 论澳门刑事诉讼法的价值取向 周士敏

实务研究

- 75 论逮捕 孙 谦
- 106 秘密监听之研究 陈永生
- 121 陪审问题研究 许兰亭
- 136 香港和大陆刑事简易程序比较研究 姚 莉
- 161 从起诉效力看刑事审判中的罪名变更
..... 卞建林 魏晓娜

外国法

- 177 迈向欧洲刑事诉讼模式
 米哈依尔·戴尔玛斯—马蒂 著
 赵海峰 译
- 191 欧洲人权法院简介 赵海峰
- 217 韩国刑事诉讼制度简介(下) 金柄权
- 235 日本刑事诉讼法五十年
 田部正义等著 吴 微 译

案例研究

- 269 控诉一罪,可否判三罪? 张建伟 王海英

民事诉讼法与行政诉讼法编**理论研究**

- 285 关于民事诉讼目的的几个问题 李祖军
- 314 新二元诉权说论纲 彭世忠
- 334 诉之合并制度研究 李仕春
- 396 论民事诉讼客观的诉的合并 李 龙

立法与实务研究

- 415 强制执行救济论 王洪光
- 458 论我国法院调解制度的改革 章武生 吴泽勇

外国法

- 507 1996年《日本民事诉讼法典》——一个面向
 21世纪之程序 谷口安平 著 张家慧 译

比较法研究

- 539 中美民事诉讼当事人制度比较研究
..... 齐树洁 谢 岚

行政诉讼法研究

- 615 两岸现行行政诉讼法之初步比较
..... 杨海坤 陈 迎 何 薇 顾 运

博士论文精要

- 635 涉外民商事诉讼管辖权冲突的解决
途径 徐 卉

- 709 稿 约

Contents

Preface

VOLUME OF CRIMINAL PROCEDURE

Theoretical Research

- 3 Ideas and principles of the criminal procedure
prior to trial; problems of the criminal
procedure reform in China *Song Yinghui*
- 25 Collision and balance between judicial
independence and news superintend
..... *Zhang Zetao Li Dengjie*
- 48 Value orientation of the criminal procedure
of Macao *Zhou Shimin*

Practical Research

- 75 On arrest *Sun Qian*
- 106 Research on eavesdropping *Chen Yongsheng*
- 121 Discussion on the people's juror system
..... *Xu Lanting*
- 136 Comparative study on the criminal speeding
procedure of the mainland and Hong Kong
..... *Yao Li*
- 161 Accusation change in criminal trial in the eye of
prosecutorial effect..... *Bian Jianlin / Wei Xiaona*

Foreign Law

- 177 Stride towards european model of criminal
procedure ... *Written by Mireille Delmas – Marty*
Translated by Zhao Haifeng
- 191 Comment on european court of human Rights
..... *Zhao Haifeng*
- 217 A brief introduction to the public of Korea's
criminal procedure law (Part II)
..... *Kim Byungkwun*
- 235 Japanese criminal procedure in the past 50
years *Written by Okada Kaoru*
Translated by Wu Wei

Case Study

- 269 Prosecuted for one crime, can be convicted of
three crimes? ... *Zhang Jianwei /Wang Haiying*

VOLUME OF CIVIL PROCEDURE AND ADMINISTRATIVE PROCEDURE

Theoretical Research

- 285
- 314 Topics on the aim of civil procedure *Li Zhujun*
Exposition on the new theory of bielements
- 334 of suit rights *Peng Shizhong*
- 396 Study on the system of suit consolidation ... *Li Shichun*
objective suit consolidation in civil procedure ... *Li Long*

Legislation and Practice

- 415 Relief of compulsory enforcement ... *Wang Hongguang*
 458 Reforms of judicial meditation
 *Zhang Wushen Wu Zheyong*

Foreign Law

- 507 The 1996 Code of Civil Procedure of Japan—A
 procedure for the coming century?
 *Written by Yasuhei Taniguchi*
Translated by Zhang Jiahui

Comparative Study

- 539 A comparative study of the party system in
 American and China *Qi Shujie Xie Lan*

Administrative Procedure

- 615 A comparative probe into the current admin-
 istrative procedure laws between Taiwan
 and mainland of China
 *Yang Haikun Chen Yin He Wei Gu Yun*

Essentials of LL. D. Dissertation

- 635 Channels to solve the conflicts of international
 jurisdiction *Xu Hui*

- 709 **Notice to Contributors**

刑事诉讼法编

理论研究

刑事审判前程序的理念与原则

——兼谈我国刑事诉讼制度
改革面临的课题

宋英辉*

目 次

- 一、司法权保障原则
- 二、强制性处分限制适用的理念与适度原则
- 三、令状原则
- 四、国家追诉原则
- 五、起诉法定主义与起诉便宜主义

我国 1996 年修正刑事诉讼法,对审判方式进行了重大改革。改革后的审判方式在运作中遇到了许多障碍,其原因之一,即是应当与之匹配的制度没有得到确立,这其中也包括审判前程序没有

* 宋英辉系中国政法大学教授、博士生导师。

进行相应的变革。因此,刑事审判前程序的改革,既是我国继审判方式改革之后进一步完善刑事诉讼程序的重要任务,也是真正实现审判方式改革意图之必需。而改革我国刑事审判前程序,首先需要建构其基本的理念和原则。为此,考察现代刑事诉讼审判前程序,发现其理念和原则,以此为借鉴,便尤为必要。

现代刑事诉讼理论和立法中所揭示的刑事审判前程序的诸项理念和原则,是人类在经过了长期的刑事诉讼实践的基础上形成的。尽管在不同的国家,因历史传统和现实情况的不同,其各自刑事审判前程序的理念和原则也存在某些差异,但由于刑事诉讼内在规律的作用,使得各国刑事审判前程序的理念和原则,更多地呈现出共同性和一致性。这些蕴涵于刑事审判前程序诸项原则之中的基本理念,以及作为这些基本理念与刑事审判前具体的程序构造之中介和桥梁的诸项原则,构成了整个刑事审判前程序的基础。它既是立法者设计刑事审判前具体程序的基本依据,同时也是评判审判前程序诉讼实践活动正当性的标准。

不言而喻,刑事诉讼的所有原则,除其本身表明只适用于审判前程序以外的特定诉讼阶段外,也均适用于刑事审判前的程序。在此阐述的,主要是适用于刑事审判前程序这一特定过程或者对该特定过程有特殊意义的原则。当然,在这些原则中,有些适用于整个审判前的程序,有些则只适用于侦查程序或起诉程序某一特定的具体阶段。

一、司法权保障原则

司法权保障原则,是指刑事审判前程序的进行,应当由国家司法权提供保障或者予以控制,以促使追诉权和防御权的正当行使,抑制权力或者权利的滥用,使控、辩双方有平等的机会陈述本方的理由并得到公正的待遇,保证刑事审判前程序得以有序地运作和公平地进

行。司法权保障原则的功能,旨在保障体现发现实体真实与保障人权相协调的刑事诉讼目的在刑事审判前程序中得以实现。

国家司法权提供保障的方式是多种多样的。譬如,根据人身受到羁押的人的申请发布人身保护令状,命令解除羁押;基于辩护一方的申请采取证据保全措施,以国家强制力确保辩护一方得到有利于自己一方的证据;准许追诉权机关对符合条件的犯罪嫌疑人予以逮捕,或者对特定的场所、物品、人身等实施搜查、扣押、鉴定等措施。从理论上讲,司法权保障原则对于追诉权主体和辩护权主体具有同样重要的作用,但由于代表国家的追诉权主体和维护个人权益的辩护权主体在实际力量方面相差悬殊,其对于辩护权主体行使辩护权的保障更具实质意义。

司法权保障原则是诉讼公正的理念在刑事审判前程序的体现。诉讼程序的真正永恒的生命基础就在于它的公正性。因为诉讼公正是社会保持秩序、安全、自由与平等的基础,也是任何社会形态下一般社会成员对诉讼程序的期望和追求。人类在对公正诉讼的长期追求中,形成了评判程序公正的一系列准则。其中的一些准则,人们已经将其看作是“自然公平”。自然公平的第一原则是:任何人都不得在与自己有关的案件中担任法官。如果负有司法职责的人与程序的结果有利害关系,那么他必然会被认为有偏袒一方的嫌疑。这当然会有损程序的公正性;自然公平的第二个原则是:必须给予诉讼当事人各方充分的机会来陈述本方的理由。^①就是说,不听取当事人的申辩即对他作出裁判处分,是有悖于程序公正的基本要求的。司法权保障原则为刑事审判前程序提供了这样的机制:一方面,由于司法权的介入,由相对于追诉权主体和辩护权主体而处于中立地位的裁判者处分涉及追诉权或辩护

^① [英]彼得·斯坦、约翰·香德著、王献平译:《西方社会的法律价值》,中国人民公安大学出版社1990年版,第97页。

权行使的有关事项,避免了由与诉讼程序有利益关系的一方单方处分涉及另一方权利的事项所产生的不公正;同时,因司法权的介入,可以避免由于追诉权的过度膨胀而形成的追诉权压抑辩护权的格局,为控、辩双方尤其是辩护一方能够有平等的机会陈述自己一方的理由和意见提供了必要的保障。

司法权保障原则也是人权保障理念及权力制衡原理的在刑事审判前程序中的反映。在英美法系国家,依照正当程序观念,非正式的非裁判性质的发现事实的程序,具有发生错误、不可信任与产生弊端的极大可能性,其结果往往导致政府对公民个人权利的严重剥夺。因此,当面临个人与国家之间的冲突时,应当限制政府调查和拘押犯罪嫌疑人的权力,对追诉官员追诉权的行使,必须由司法权予以控制。^①当代大陆法系国家的法学理论中,同样体现了人权保障理念及权力制衡原理。德国法学家约阿希姆·赫尔曼教授认为:“按照当今的德国法学思想,对于国家权力,必须进行划分和限制,同时对于公民,必须给予他可以要求法院审查的权利;以这种双重方式,使公民不仅在国家权力的强制性措施面前得到保护,而且还在任何的,也就是说包括国家权力对其权利的非强制性侵犯面前得到保护。”^②这种理念在许多国家的立法中也得到了体现,如《法国宪法》第66条规定:“不得任意拘留任何人。司法机关是个人自由的捍卫者,它按照法律所规定的条件确保这个原则得到遵守。”《德国基本法》第19条第4款也规定了这样的意旨:任何人的权利如受到有关当局损害,可以要求法院对侵犯进行审

^① 参见[美]乔治·F·科尔:《美国刑事案件中被告人的权利》,《法学译丛》1980年第1期;[日]铃木茂嗣:《刑事诉讼的模式论——以美国的争论为中心》,《犯罪与非法行为》1977年第31号;李玉娜:《刑事诉讼二个对立模式之研究》,(台湾)国立政法大学法律研究所硕士论文(1985年)。

^② [德]约阿希姆·赫尔曼:《〈德国刑事诉讼法典〉中译本引言》,《德国刑事诉讼法典》(中文版),中国政法大学出版社1995年版。