

第9卷

诉讼法论丛

PROCEDURAL LAW

REVIEW VOL. 9

◆ 陈光中 江伟 / 主编

本卷要目

理论研究

【孙长永】

略论《刑事诉讼法》的再修改

【范培根】

刑事再审制度的功能探析

实务研究

【陈光中 程味秋等】

关于审判公正的调研和改革建议

【陈敏】

受虐妇女综合症专家证据在司法实践中的运用

外国法

【程味秋 译】

希腊刑事司法制度

【罗宾·马赫】

死刑改革在美国

案例研究

【陈学权 胡长华】

从死缓到无罪释放

——从何珍珠杀人案的辩护谈刑事证据的收集和运用

理论研究

【江伟 王铁玲】

启承转合：接近正义之路

——现代化视野下民事诉讼制度的改革与完善

【谢可训】

试论我国现行民事诉讼模式下的释明权

立法与实务研究

【占善刚 赵钢】

再论民事诉讼的起诉条件及其适用

——以《民事诉讼法》之修订为背景

海事诉讼

【郑田卫】

海事强制令制度创新与完善的法律研究

涉外民事诉讼

【刘萍】

国际民事诉讼中临时性保护措施的管辖权研究

外国法

【日】福山达夫著，丁相顺、丁培和译】

日本民事诉讼法的历史沿革与新法典

行政诉讼法研究

【刘志刚】

论行政诉讼中的诉的利益

【胡锡庆 张建 黄敏】

检察机关提起行政公益诉讼研究



法律出版社
LAW PRESS CHINA

第9卷

诉讼法论丛

PROCEDURAL LAW
REVIEW VOL. 9

■ 陈光中 江伟 / 主编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

诉讼法论丛.第9卷/陈光中,江伟主编. —北京:
法律出版社,2004.6
ISBN 7-5036-4795-7

I. 诉… II. ①陈…②江… III. 诉讼法—文集
IV. D915.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 014206 号

法律出版社·中国

责任编辑/郑 导

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京中科印刷有限公司

编辑/法学学术与综合出版分社
经销/新华书店
责任印制/陶 松

开本/A5
版本/2004年7月第1版

印张/19.625 字数/520千
印次/2004年7月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)
电子邮件/info@lawpress.com.cn 电话/010-63939796
网址/www.lawpress.com.cn 传真/010-63939622

法学学术与综合出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)
电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn
读者热线/010-63939690 传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)
传真/010-63939777 中法图第一法律书店/010-63939781/9782
客服热线/010-63939792 中法图北京分公司/010-62534456
网址/www.Chinalawbook.com 中法图上海公司/021-62071010/1636
电子邮件/service@Chinalawbook.com 中法图苏州公司/0512-65293270
中法图深圳公司/0755-83072995 中法图重庆公司/023-65382816/2908

书号:ISBN 7-5036-4795-7/D·4513 定价:40.00 元

卷首语

自第一期推出以来,《诉讼法论丛》就时时应和着我国司法改革的脉动,期望为这一改革摇旗呐喊,献计献策。近年来,由于一些案件成为新闻热点,司法也常常成为社会广泛关注的对象,这更激发了诉讼法学者对司法的各个层面进行深入细致的研究,寻求司法现象背后的原因和制度改革的良策,学术繁荣的局面由此更加凸显。在这一背景下编完新一期论丛,品味排列有序的文章题目,内心自然感到有一种欣喜之情。

本卷收入刑事訴訟法学方面的文章 14 篇,可谓各具特色。刑事訴訟法的修改已经列入全国人大常委会的五年立法规划,成为刑事訴訟法学研究的最新热点,孙长永撰写的《略论〈刑事訴訟法〉的再修改》一文指出,再次修改《刑事訴訟法》是总结司法实践经验、实现刑事訴訟制度协调发展的需要,也是强化对公权力的程序约束、加强人权的程序保障、积极推进刑事訴訟制度民主化、履行我国的国际法义务的需要。他提出,应当加强对侦查、追诉权力的限制和制约,加强对辩护权利的保护、保障公正审判的权利并建立、健全程序侵权的救济机制。胡铭的《我国刑事司法改革的步伐刻不容缓》一文则从比较法的角度出发,对西方主要国家和我国台湾地区最新刑事司法制度的改革情况进行了宏观的梳理,提出要加快我国刑事司法改革。我们在本卷收录了范培根的《刑事再审制度的功能探析》,刑事再审制度改革是一项值得特别加以重视的问题,近期个别名案的再审改判使一些诉讼法学者开始对我国此制度展开反思,我们希望诉讼法学对再审制度展开深入的研究,提出改革再审制度的意见和建议,以切

实发挥该制度维护正义、保障人权的功能。《刑事诉讼法》是一部实践性很强的部门法,理论联系实际是诉讼法学界一贯倡导的研究方法,要切实了解司法实际状况,需要深入到实践领域进行调查研究,中国政法大学刑事法研究中心主任陈光中组织本中心一些学者和部分博士生分赴江苏、海南和陕西等地进行调研,他们撰写的《关于审判公正的调研和改革建议》就是实地调研取得的最新成果,十分值得一读。刑事诉讼法定期间是一个小问题,刘玫对这一制度进行了精细的研究,提出了完善有关法定期间的法律规定的中肯见解。这种针对“小问题”进行的探索往往能够言人之所未言,弥补大而化之的研究留下的罅隙,很值得赞赏。本卷还收录了两名博士生分别探讨刑事诉讼价值和恢复性司法的论文,“恢复性司法”对国内许多法学者和司法实践部门的人员来说也许还是个新概念,但只要有人关心被害人的保护问题,这个名词所代表的司法改革运动就会很快成为人们广泛关注的对象。在外国法栏目,我们收录了程味秋译的《希腊刑事司法制度》,程味秋以其精确、流畅的译笔为我们打开了一扇得窥希腊刑事司法制度的窗口,我们关于诸如希腊等一些国家的刑事司法制度方面的知识一向匮乏,这类译文可以为我们裨补一些缺憾,当然是多多益善。辩诉交易是我国一些学者和司法人员颇感兴趣的制度,张建伟译的《辩诉交易及其历史》追溯了辩诉交易从无到有乃至占据主流地位的过程,这个历史回顾对我国研究此项制度显然是很有助益的。作者阿尔斯楚勒对这一制度颇有微词,他的观点对于我们研究是否引入该制度显然也有一定的醒脑静心作用。“从死缓到无罪释放”是一个吸引人的题目,但它不仅是一段文字,而是一段命运,在案例分析栏目中陈学权、胡长华从何珍珠杀人案的辩护入手谈刑事证据的收集和运用,此案能够给我们带来哪些启示,是阅读该文的过程中不能不反复思考的问题。

民事诉讼法与行政诉讼法编共11篇学术论文。“理论研究”部分,江伟、王铁岭撰写的《现代化视野下民事诉讼制度政策与完善》,论述了民事诉讼法制在改革开放、民主政治前提下、依法治国的时代

背景下,开启的现代化实践,在对传统观念和制度的因袭和承继及外国法制的借鉴基础上,通过诉讼观念转变和诉讼制度的转型,实现过程与结果的价值耦合,法律与道德规范的整合,国家公力救济与当事人合意的解决纠纷方式的结合,当事人主义与职权主义的诉讼结构因素的调合,当事人自由与国家公权力干预对立意志的融合。文章提出这种并未终结并仍继续的现代化进程可以概括为“启、承、转、合”,民事诉讼制度现代化本身就是一个思想指导和追求特定目的、启承转合的、历史的正在和继续进行的实践。《司法便利:深化司法政策不可忽缺的价值理念》一文则分析说明理念问题是司法改革的灵魂,正确的理念指导才能制定科学的、切合实际的司法改革措施。谢可训的《试论我国现行民事诉讼模式下的释明权》,提出了释明权制度的治理依据,只有在具有诉权与审判权的相互制约、当事人主义与职权主义相互交错特征的民事诉讼模式,释明权才有其存在,说明释明权制度的引入对正确诉权理论与审判权的关系,减少法官对当事人不当干预、保护当事人诉讼权利,体现司法公正,提高诉讼效率的重要意义。“立法与实务”部分,《再论民事诉讼的起诉条件及其适用》,《论小额诉讼程序审理规则》对立法有参考价值。“海关诉讼”部分,郑田卫的《海事强制令制度创新与完善的法律研究》,论述了强制令是针对正在进行不法侵害或违约而采取一种积极主动不可避免侵害的诉前和诉讼中的预防措施,剖析了海事强制令的缺憾,对海事强制令制度司法程序完善阐述了自己的见解。认为海事强制令具有“本土特色”,在保障海事诉讼推进的同时亦存在制度上的不足,有待予以关注与修正。建议我国立法理应适应入世要求,确立“禁止即发侵权制度”,在民事诉讼中进一步引入已经在《中华人民共和国海事特别程序法》中规定并已广泛应用的强制令制度,弥补《民事诉讼法》保全制度的缺陷。“涉外民事诉讼”部分,《国际民事诉讼中临时性保护措施的管辖权研究》,围绕着科技发展与进步,债务人能够迅速地将资金从一国转移到另一国以达到逃避诉讼的目的,而债务人必须了解哪些国家法院有权发出临时保护措施的命令以及此种命令的效

力范围,针对临时性保护措施管辖权与实体案件管辖权的关系,临时性保护措施管辖权的冲突与协调等问题进行研究与探讨。“行政诉讼法研究”部分的《论行政诉讼中的诉的利益》一文,论述了将民事诉讼中的“诉的利益”导入行政诉讼中的原因,它的性质及判断标准,探讨了我国行政诉讼中的“诉的利益”的规定和特点,更新我国行政诉讼中的“诉讼利益”的判断标准的原因及设想。“博士论精要”部分,作者阐述私力救济概念的观点与分歧、界定与特征及其分类。

目 录

Contents

卷首语

刑事诉讼法编

理论研究

- 略论《刑事诉讼法》的再修改/孙长永 3
- 我国刑事司法改革的步伐刻不容缓
——以比较法为主要视角/胡 铭 19
- 搜查比较研究/汪建成 祁建建 36
- 刑事再审制度的功能探析/范培根 57

实务研究

- 关于审判公正的调研和改革建议/陈光中 程味秋等 70
- 刑事诉讼法定期间问题研究/刘 玫 116
- 受虐妇女综合症专家证据在司法实践中的运用/陈 敏 134

博士生论坛

- 刑事诉讼价值:批判与重构/万 毅 173
- 实现正义的另一种进程
——恢复性司法初探/吴丹红 210

外国法

- 希腊刑事司法制度/程味秋译 235
- 辩诉交易及其历史/张建伟译 252
- 死刑改革在美国/罗宾·马赫 283
- 意大利对抗式刑事诉讼模式的主要特征及其简要评析/李 智 296

案例研究**从死缓到无罪释放**

——从何珍瑞杀人案的辩护谈刑事证据的收集和
运用/陈学权 胡长华

305

民事诉讼法与行政诉讼法编**理论研究****启承转合: 接近正义之路**

——现代化视野下民事诉讼制度的改革与
完善/江 伟 王铁玲

317

司法便利: 深化司法改革不可忽缺的价值

理念/姚志坚 陈传胜

341

试论我国现行民事诉讼模式下的释明权/谢可训

363

立法与实务研究**再论民事诉讼的起诉条件及其适用**

——以《民事诉讼法》之修订为背景/占善刚 赵 钢

384

论小额诉讼程序审理规则/陈 红

408

海事诉讼**海事强制令制度创新与完善的法律研究/郑田卫**

428

涉外民事诉讼**国际民事诉讼中临时性保护措施的管辖权研究/刘 萍**

454

外国法**日本民事诉讼法的历史沿革与**

新法典/[日]福山达夫著 丁相顺 丁培和译

494

行政诉讼法研究

论行政诉讼中的诉的利益/刘志刚 512

检察机关提起行政公益诉讼研究/胡锡庆 张 建 黄 敏 548

博士论文精要

私力救济的概念/徐 昕 584

CONTENTS

Contents

Preface

VOLUME OF CRIMINAL PROCEDURE

Theoretical Research

- On Revision of the Criminal Procedure
Law/ *Sun Changyong* 3
- No Time to Delay to Accelerate the Reform of Chinese
Criminal Justice/ *Hu Min* 19
- Comparative Study on Search/ *Wang Jiancheng & Qi Jianjian* 36
- On Function of Retrial Procedure for Criminal cases/ *Fan Peigen* 57

Practical Research

- Investigation Researches and Reform Recommendations
on Fair Trial/ *Chen Guangzhong, Chen Weiqiu, etc.* 70
- Research on Time Limitations in Criminal
Procedure Law/ *Liu Mei* 116
- The Use of Battered Women Syndrome as Expert Evidence
in Judicial Practice/ *Chen Min* 134

LL. D Candidate Forum

- Value of Criminal Procedure: To Criticize and
Rebuild/ *Wan Yi* 173
- Another Way of Realizing Justice: On Restorative
Justice/ *Wu Danhong* 210

Foreign Law

Greece Criminal Justice/ <i>Translated by Chen Weiqiu</i>	235
Plea Bargain and Its History/ <i>Translated by Zhang Jianwei</i>	252
The Death Penalty and Reform in the United States/ <i>Robin M. Maher</i>	283
Main Characteristics of Adversary Criminal Procedure in Italy and Brief Comments/ <i>Li Zhi</i>	296

Case Study

From Death Penalty with Suspension to Acquittal: Discussion on Collection and Use of Criminal Evidence Based on the Defense of He Zhenrui' Murder Case/ <i>Chen Xuequan & Hu Changhua</i>	305
---	-----

Volume of Civil Procedure Law and Administrative Procedure law

The Theoretical Research

A Connecting Link between the Proceeding and the Following: the Road of Accessing to the Justice/ <i>Jiangwei Wang Tieling</i>	317
Judicial Convenience: the Vital Value Concept to Further the Reform of Judicial System/ <i>Yao Zhijian Chen Chuansheng</i>	341
Study on Right to Make Statement under the Existing Civil Procedure Mode/ <i>Xie Kexun</i>	363

Legislation and Practice

A Second Study on the Conditions of Bringing a Civil Lawsuit	
--	--

and Their Application/ <i>Zhan Shan' gang Zhao Gang</i>	384
Study on Legal Procedure Rules of Small Claims/ <i>Chen Hong</i>	408
Maritime Litigation	
Legal Study on the Innovation and Perfection of Maritime Injunction System/ <i>Zheng Tianwei</i>	428
The Foreign Related Civil Procedure	
Study on the Jurisdiction of Temporary Protecting Measures in the International Civil Litigation/ <i>Liu Ping</i>	454
Foreign Law	
The History of the Japanese Civil Procedure Law and the New Code/ (<i>Japan</i>) <i>TACUO HUKYAMA</i>	494
Administrative Procedure	
Study on the Interest of Action in the administrative Litigation/ <i>Liu Zhigang</i>	512
Research on Administrative Litigation for Public Welfare By Procuratorates/ <i>Hu Xiqing, Zhang Jian & Huang Min</i>	548
Essential of L. L. D Dissertation	
The Concept of Private Remedy/ <i>Xu xin</i>	584

刑事诉讼法编

理论研究

略论《刑事诉讼法》的再修改

孙长永*

在中国这样一个体制转型时期的大国,通过不断地修改法律,以立法手段自上而下地“引导”实践,推动社会各个领域的法制建设,似乎是迈向法治国家的必由之路。然而,《刑事诉讼法》毕竟是仅次于宪法的“基本法律”,况且已经在1996年进行过重大修改,新法实施至今不足七年,为什么又要进行修改?如果要再次修改《刑事诉讼法》,需要注意哪些问题?主要修改哪些内容?只有对这些问题做出妥善的回答,并且达成共识,才能为再次修改《刑事诉讼法》提供必要的理论准备。本文拟就上述问题,略陈管见。

一、再次修改《刑事诉讼法》的必要性

再次修改《刑事诉讼法》有无必要?学界对此意见不够统一,主要的意见分歧在于:究竟是现在就着手研究如何修改,还是等一段时间,待法制大环境得到改善特别是司法改革取得实质性进展之后,再考虑修改。我主张对再次修改《刑事诉讼法》采取积极的态度,早做准备,全面研讨,争取修改后的立法尽快获得通过。理由简述如下:

首先,这是总结司法实践经验、实现刑事诉讼制度协调发展的

* 西南政法大学和湘潭大学教授。

需要。

1996年修改《刑事诉讼法》应当说取得了很大的成绩,但也遗留了不少重大的问题,同时,修改后的《刑事诉讼法》在实施过程中又暴露出一些新的问题;还有一些问题在上次修改时解决得不够彻底。遗留的问题主要表现在证据制度、上诉程序、死刑复核程序和审判监督程序未做任何实质性的修改,不适应健全程序法制的需要。新暴露出来的问题,主要有两个:一是“控辩式”庭审方式与“纠问式”侦查程序之间的机制冲突,即一方面要求在法庭审理阶段由控辩双方举证、辩论,希望通过控辩对抗的方式揭示案件的事实真相,但另一方面并没有为辩方提供充分行使辩护权所必要的程序保障,因而,不能保证控辩双方的平等对抗;二是检察机关的审判监督职能与“控辩式”庭审方式之间的冲突,即在确立“控辩式”庭审方式的同时,不仅没有将检察机关“当事人化”,反而把检察监督规定为刑事诉讼的一项基本原则,检察机关对法院的审判活动继续享有监督权,导致诉讼构造的严重扭曲。由于这两大冲突问题的存在,立法者期待的公正审判的目标未能实现。至于解决得不彻底的问题,那就更多了,如辩护权的充实问题;强制性措施的滥用问题;程序性违法的救济问题;公诉方式问题等等。

1996年《刑事诉讼法》实施以后,全国人大常委会法制工作委员会、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部和司法部及时制定了《关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》,最高人民法院、最高人民检察院和公安部还分别制定了各自的司法解释或部门规章,其中在取保候审、超期羁押、普通程序简化审以及证据开示等方面,还出台了专门的程序规定;一些地方公安、检察机关和法院也制定了相应的具体措施,以落实《刑事诉讼法》的精神。这些规定,不少内容弥补了《刑事诉讼法》的不足,但也有不少内容相互矛盾,还有的规定与《刑事诉讼法》相抵触,导致执行《刑事诉讼法》时出现了不同程度的混乱局面。因此,只有在总结司法实践经验的基础上再次修改《刑事诉讼法》,才能较好地解决法律本身存在的问题以及实施过