

第10卷

诉讼法论丛

PROCEDURAL LAW

REVIEW VOL. 10

◆ 陈光中 江伟 / 主编

本卷要目

理论研究

【黄松有】

完善诉讼制度，推进司法改革

【何超明】

澳门检察权在刑事诉讼中的地位和价值取向

【宋世杰 陈志敏】

论令状主义

实务研究

【司法部法律援助中心刑事法律援助部调研组】

赴云南省部分地区关于刑事法律援助的调研报告

【刘红章】

我国刑事简易程序之问题与对策

证据法研究

【李玉华】

诉讼证据中的事实与真实

【郑未媚】

司法认知规则初探

外国法

【张 中】

解析“双重危险”

——以美国禁止双重危险原则的历史嬗变为视角

【黄 斌 李辉东】

英国法律援助制度改革及其借鉴意义

——以《1999年接近正义法》为中心

理论研究

【童兆洪 章青山】

破产与执行：功能定位与制度调谐

【韩 波】

悖论破解：对抗制中的证据开示制度

立法与实务研究

【刘亚玲】

司法ADR与我国法院非诉讼纠纷解决机制的构建

【徐继军】

国外专家证人责任制度改革动态及其对我国的启示

【汪祖兴】

完善我国仲裁证据制度若干问题思考

——以民事诉讼证据制度为参照

涉外民事诉讼

【何其生】

域外电子送达与《海牙送达公约》

行政诉讼法研究

【赵清林 刘奕淇】

行政合同诉讼研究

——兼论我国行政诉讼的现代转型



法律出版社
LAW PRESS CHINA

第10卷

诉讼法论丛

PROCEDURAL LAW
REVIEW VOL. 10

■ 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 10 卷/陈光忠, 江伟主编.

—北京: 法律出版社, 2005. 6

ISBN 7-5036-5614-X

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(2005)第 050950 号

©法律出版社·中国

责任编辑/郑 导 卞学琪	装帧设计/李 瞻
出版/法律出版社	编辑统筹/法学学术出版分社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/永恒印刷有限公司	责任印制/陶 松
开本/A5	印张/20.625 字数/542 千
版本/2005 年 7 月第 1 版	印次/2005 年 7 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	苏州公司/0512-65193110

书号: ISBN 7-5036-5614-X/D·5331 定价: 40.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)。

卷首语

一场瑞雪覆盖了北京。在寒冷的天气里,新一卷《诉讼法论丛》编成。作为编者,看到精选过的文章有秩序地排列在一起,宛如看到旧友新知围坐在一起共同探讨诉讼法学学术问题,内心感到一阵阵暖意。

刑事诉讼法编,收文14篇。这些文章多角度地反映了诉讼法学界对司法改革、诉讼理论以及制度的理性思考,不少文章的论题和视角具有新意,读来多有启发。本编仍分理论研究、实务研究、证据法研究、外国法等传统栏目。

在理论研究一栏中,我们收录了最高人民法院副院长黄松有的《完善诉讼制度,推进司法改革》一文,该文系作者在2004年诉讼法学研究会年会上的发言摘要。黄松有多年从事司法审判工作,对于诉讼制度和司法改革素有思考。在文章中,他结合我国司法现状,就完善我国简易程序提出建议,认为“不仅对三年以下有期徒刑的轻刑案件可以适用简易程序,对于判处刑期更重的案件也可适用简易程序审理”;就完善羁押制度提出建议,主张建立保释为主、羁押为辅的制度;对一些国家在诉讼法中不规定审限的做法表示赞赏;建议借鉴外国经验,设立预审制度。文章还就证人作证制度、证据展示制度、死刑复核制度和审判监督程序等提出了自己的建议。这些观点值得立法司法界和学术界重视。澳门特别行政区检察院检察长何超明博士的《澳门检察权在刑事诉讼中的地位和价值取向》一文是2004年12月在澳门举行的“在二十一世纪所面临的挑战”的刑事诉讼国际研讨会上提交的论文,作者向我们介绍了澳门检察制度以及检察权的地位、价值取向等问题,并阐述了个人的观点,为我们了解澳门的

相关制度提供了很好的窗口。令状制度构成了现代刑事诉讼制度的重要组成部分,值得进行深入、系统研究。宋世杰、陈志敏的《论令状主义》就此进行了有益的尝试,文章就申请、签发令状的程序等问题进行了细致的刻画,其理论分析也较为中肯。汪海燕和张小玲的《论证据的关联性规则与关联性法则》对关联性这一世界各主要国家通行的核心证据规则进行了深入的分析,特别是从比较法的视角区分了关联性规则与关联性法则,并最终就我国如何确立自己的关联性规则提出了独到的见解。

在实务研究一栏中,我们收录了司法部法律援助中心刑事法律援助部调研组撰写的《赴云南省部分地区关于刑事法律援助的调研报告》,该调研组在云南省昆明市、西双版纳州、丽江市和大理白族自治州进行了为期10天的关于刑事法律援助问题的调查研究,这一报告就是该调查研究活动的成果。报告分别就资金保障、法律援助机构的职能定位及刑事案件的办理数量情况、法律援助的实施程序、法律援助律师的经济补贴、辩护质量等进行总结,提供的数字和典型案例颇有价值,揭示的问题和提出的建议值得重视。本栏聂昭伟一文根据浙江省高级人民法院近日出台的《关于当前办理轻伤犯罪案件适用法律若干问题的意见》中规定的公诉案件当事人和解制度,就轻伤案件当事人和解制度进行了探讨,提出了建立刑事和解制度的建议,选题较具新意,文章对于公诉性质怎能实行当事人处分原则缺乏直接探讨,对于意见中某些内容有违现行刑事诉讼法的规定有意无意加以回避,是文章的不足。

在证据法研究一栏中,我们收录了李玉华、郑未媚分别撰写的《诉讼证明中的事实与真实》和《司法认知规则初探》,前者就诉讼证明中聚讼不已的事实与真实的问题进行了分析,后者就司法认知规则进行了探讨,皆有一定见地,值得一读。

外国法一栏收录了三篇文章,张中所写《解析“双重危险”——以美国禁止双重危险原则的历史嬗变为视角》一文是作者精心之作,文章追溯了禁止“双重危险”制度产生、发展的历程,资料真确,作者的

观点有理有据,是解读禁止“双重危险”原则的比较好的论文。黄斌、李辉东以《1999年接近正义法》为中心,评述英国法律援助制度改革及其借鉴意义,对于我国法律援助制度改革有一定参考价值。“接近正义”在我国诉讼法学研究中日渐流行,实际上将“access to”直接译为“接近”恐非佳译,“access to”有“获得”之意。张曙的《法国预审制度变迁及其评析》一文对法国预审制度的发展做了较清晰的梳理,对其发展的深层次原因做了探析,并结合法国预审制度分析了现代刑事审前程序的特征。

在博士论文精要一栏,我们收入了陈迎新的《中国刑事诉法理性与否的思考》。诉讼理念是诉讼法中的一个重大课题,该文是对刑事訴訟理念问题所作的思索,提出了刑事訴訟法理性与否的若干标准,在此基础上,对于我国现行刑事訴訟法的理性与非理性之表现做了比较深入、具体的剖析。

民事訴訟法与行政訴訟法编共12篇学术论文。

理论研究部分,童兆洪、章青山撰写的《破产与执行:功能定位与制度调谐》,在理清破产与执行这两种债权实现机制的基础上,通过制度设计使两者调谐运作、转换配合,以期对社会信用体系的建构和市场经济秩序的稳定起到促进作用。关于法官阐明,人们总是把它和大陆法系国家联系起来。谢文哲在《法官阐明之立法兴革及启示——以德国、美国为中心的考察》一文中,翔实论证了阐明制度对普通法系国家的价值,并以当事人自主和法官职权的关系为核心对我国的阐明制度进行了构建。韩波在《悖论破解:对抗制中的证据开示制度》中认为,证据开示制度本身蕴涵着解构对抗制的因素,为破解这对悖论关系,作者从法律文化、程序改良及诉讼主体责任的重新分配等方面提出了独到的见解。

立法与实务研究部分,刘亚玲的《司法ADR与我国法院非诉讼纠纷解决机制的构建》论述了在世界范围内广泛兴起的司法ADR对我国实现纠纷解决机制多样化的借鉴价值。冯仁强在《阐释与重构——也论完善民事抗诉程序》一文中,以冷静的笔触分析了现行民

事抗诉制度的理论争议和检察法冲突问题,通过制度设计探讨如何构建具有中国特色的应然的民事抗诉程序。徐继军的《国外专家证人责任制度改革动态及其对我国的启示》从两大法系专家证人、鉴定人责任强化的演进,阐明我国应当在确立真实义务原则的前提下,建立并完善鉴定人、专家辅助人的责任机制。仲裁是不同于诉讼的事实判断和法律判断,汪祖兴的《完善我国仲裁证据制度若干问题思考——以民事诉讼证据制度为参照》从静态和动态两个层面考察仲裁证据特有的形式规则和实体规则,对我国仲裁证据制度中存在的法律定位不清、规定不全、仲裁庭缺乏授权、举证责任分配不明等问题,提出了完善的思路。于海生的《代位权诉讼既判力理论之探究》对既判力这一重要的诉讼法基本理论问题做出了有益探索。

涉外民事诉讼部分,收录了何其生的《域外电子送达与〈海牙送达公约〉》,作者以翔实的资料向我们展示了各国域外电子送达的相关立法与司法实践,以及海牙国际私法会议所作的不懈努力,分析了电子送达的可行性。

外国法部分,朱宏文、王健的《专家解决程序在英国商事争议解决中的应用与法律实践》从法院的干预、专家决定的执行、专家的责任几个方面详细阐述了专家解决程序这一经济、快捷的商事争议解决方式及其在我国的理性适用。

行政诉讼法研究部分,赵清林、刘奕洪的《行政合同诉讼研究——兼论我国行政诉讼的现代转型》论证了传统行政诉讼与行政合同纠纷解决的不契合,认为保留既有行政行为的概念,另行构筑我国行政合同诉讼机制,进而对现行行政诉讼制度进行结构性重组是解决这一问题的可行之法。

博士论文精要部分,熊跃敏的《我国民事诉讼准备程序改革:模式及其评析》在严谨界定准备程序涵义的基础上,阐明准备程序的正当化原理在于审判的正当性和审理的集中化,同时剖析我国关于准备程序的若干改革尝试,从主体、任务和定位几方面为构建我国的准备程序建言。

目 录

Contents

卷首语

刑事诉讼法编

理论研究

- 完善诉讼制度,推进司法改革/黄松有 3
- 澳门检察权在刑事诉讼中的地位和价值取向/何超明 18
- 论令状主义/宋世杰 陈志敏 29
- 论证据的关联性规则与关联性法则/汪海燕 张小玲 59
- 刑事审判上的预断排除原则研究/张进德 81

实务研究

- 赴云南省部分地区关于刑事法律援助的调研报告/司法部法律援助中心刑事法律援助部调研组 125
- 我国刑事简易程序之问题与对策/刘红章 148
- 论我国刑事和解制度的建立/聂昭伟 165

证据法研究

- 诉讼证明中的事实与真实/李玉华 182
- 司法认知规则初探/郑未媚 206

外国法

- 解析“双重危险”
- 以美国禁止双重危险原则的历史嬗变为视角/张 中 219
- 英国法律援助制度改革及其借鉴意义
- 以《1999 年接近正义法》为中心/黄 斌 李辉东 240

法国预审制度变迁及其评析

- 兼谈现代刑事审前程序的若干特征/张 曙 262

博士论文精要

- 中国刑事诉讼法理性与否的思考/陈迎新 277

民事诉讼法与行政诉讼法编

理论研究

- 破产与执行:功能定位与制度调谐/童兆洪 章青山 307

法官阐明之立法兴革及启示

- 以德国、美国为中心的考察/谢文哲 339

- 悖论破解:对抗制中的证据开示制度/韩 波 354

立法与实务研究

- 司法 ADR 与我国法院非诉讼纠纷解决机制的构建/刘亚玲 378

- 阐释与重构——也论完善民事抗诉程序/冯仁强 390

- 国外专家证人责任制度改革动态及其对我国的启示/徐继军 434

完善我国仲裁证据制度若干问题思考

- 以民事诉讼证据制度为参照/汪祖兴 463

- 代位权诉讼既判力理论之探究/于海生 495

涉外民事诉讼

- 域外电子送达与《海牙送达公约》/何其生 521

外国法

专家解决程序在英国商事争议解决中的应用与法律

- 实践/朱宏文 王 健 547

■
行政诉讼法研究

行政合同诉讼研究

- 兼论我国行政诉讼的现代转型/赵清林 刘奕淇 570

博士论文精要

- 我国民事诉讼准备程序改革:模式及其评析/熊跃敏 602
-

CONTENTS

Contents

Preface

VOLUME OF CRIMINAL PROCEDURE

Theoretical Research

Improving Procedure System and Advancing Justice Reform/ <i>Huang Songyou</i>	3
The role of Procuratorial Power in Criminal Procedure in Macao and its Value Choice/ <i>He ChaoMing</i>	18
Research on Writ/ <i>Song Shijie Chen Zhimin</i>	29
On the Rule of Relevancy and Principle of Relevancy/ <i>Wang Haiyan Zhang Xiaoling</i>	59
Research on the Principle of Forejudge Exclusion in Criminal Trial/ <i>Zhang Jinde</i>	81

Practical Research

Investigation Researches on the Criminal Legal Aid in Part of Yunnan Province/ <i>the Research Team of the Criminal Legal Aid center of Judicial Department</i>	125
On the Problems and Countermeasures of Chinese Criminal Summary Procedure/ <i>Liu Hongzhang</i>	148
Establishing of Chinese Criminal Reconciliation System/ <i>Nie Zhaowei</i>	165

Evidence Law Research

- The Truth and Reality of Proof in Proceedings/*Li Yuhua* 182
 Research on the Rule of Judicial Notice/*Zheng Weimei* 206

Foreign Law

- Analysis of "Double Jeopardy": on the Change of the Rule
 against Double Jeopardy in America History/*Zhang Zhong* 219
 The Reform of the UK Legal Aid System and the Use for
 Reference: Focusing on *Access to Justice Act 1999*/*Huang*
Bin Li Yaodong 240
 The flux of French Preliminary Examination System
 and the Evaluation/*Zhang Shu* 262

Essential of L.L.D Dissertation

- Rational Reflection of Chinese Criminal Procedure/
Chen Yingxin 277

**Volume of Civil Procedure Law and Administrative
 Procedure Law**

The Theoretical Research

- Bankruptcy and Procedure of Execution: Function
 Orientation and System Transformation/*Tong*
Zhaohong Zhang Qingshan 307
 Research on Judge's Expounding System of Legislative
 Prevalence and Transform and Its Enlightenments Taking
 Germany and America as Centre/*Xie Wenzhe* 339

Solution of Contradiction on Civil Discovery in Adversary System/ <i>HanBo</i>	354
Legislation and Practice	
Court annexed ADR and Construction on Alternative Dispute Resolution Mechanism in Court of Our Country/ <i>Liu Yaling</i>	378
Explanation and Reconstruction: on Perfection of Civil Prosecutorial Protest Procedure/ <i>Feng Renqiang</i>	390
Reformative Trends of Expert Witness Liability System in Foreign Country and Its Enlightenments to Our Country/ <i>Xu Jijun</i>	434
A Reflection upon Several Issue of Perfection of the Evidence System in our Country Referring to the Civil Evidence System/ <i>Wang Zuxing</i>	463
Research on the Theory of <i>Res judicata est</i> of the Right of Subrogation Litigation/ <i>Yu Haisheng</i>	495
The Foreign Related Civil Procedure	
Electronic Service of Process Abroad and Hague Service Pact/ <i>He Qisheng</i>	521
Foreign Law	
Applications and Legal Practices of Expert Determination in Resolving Commercial Disputes in the U. K. / <i>Zhu Hongwen Wangjian</i>	547
Administrative Procedure	
Research on Procedure of Administrative Contract and	

Concurrently Discuss on Modern Transformation of Administrative Procedure in Our Country/ <i>Zhao Qinglin Liu Yiqi</i>	570
Essential of L. L. D Dissertation	
Introduction and Comment on Mode of Transformation on Civil Pre-trial Preparation Procedure of Our Country/ <i>Xiong Yuemin</i>	602

刑事诉讼法编

理论研究

完善诉讼制度,推进司法改革*

黄松有**

目 次

- 一、关于进一步完善刑事诉讼制度的建议
- 二、关于进一步完善民事诉讼制度的建议
- 三、关于进一步完善行政诉讼制度的建议

党的十六大提出了推进司法体制改革的要求,通过司法体制改革,努力保障全社会实现公平和正义。完善诉讼制度是司法体制改革的重要组成部分,无论是中国司法改革的历程,还是世界各国司法改革的实践,都将诉讼制度的改革作为司法改革的重要内容。如何完善诉讼制度,体现诉讼规律,不仅是司法实践需要努力探索的,也是法学理论工作者需要重点研究的一个重要课题。下面,我谈几点个人的建议。

* 本文系在 2004 年诉讼法学研究会年会上的发言。

** 最高人民法院副院长。