

■
□
—
谢小剑 著

法学新思维 **文丛**

学术研究中存在追热点的现象，而一些具有重要研究价值的程序、制度却被边缘化，不被学术界关注；另一方面，学术研究对实践关注不足，实践中真正需要解决的问题，往往成为理论研究中的边缘问题而被忽视，出现了理论与实践“两张皮”的现象。本书即着力于发现和解决这样的问题……

bianyuanhua xingshi chengxu yanjiu
bei lilun bushi de sifa shijian

边缘化刑事程序研究

——被理论忽视的司法实践

Faxue Xinsiwwei Wencong

中国检察出版社

D915.318.02

法学新思维 **文丛**

中国检察出版社

边缘化刑事程序研究

——被理论忽视的司法实践

■ □ — 谢小剑 著

图书在版编目 (CIP) 数据

边缘化刑事程序研究: 被理论忽视的司法实践/谢小剑著.

—北京: 中国检察出版社, 2010. 1

ISBN 978 - 7 - 5102 - 0179 - 0

I. ①边… II. ①谢… III. ①刑事诉讼 - 诉讼程序 - 研究

IV. ①D915. 318. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 190130 号

边缘化刑事程序研究

——被理论忽视的司法实践

谢小剑 著

出 版 人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电子邮箱: zgjccbs@ vip. sina. com

电 话: (010)68639243(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市中国画美凯印刷有限公司

开 本: A5

印 张: 10.5 印张 插页 4

字 数: 306 千字

版 次: 2010 年 1 月第一版 2010 年 1 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 0179 - 0

定 价: 30.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

自序

中国刑事诉讼法学的学术研究中，存在追热点的现象，一个学术热点出现后，学者、学术期刊都一拥而上，一个主题可能有数百篇文章，相对而言，一些程序、制度却被边缘化，不被学术界关注，但是其并非不具有重要的研究价值；另一方面，学术研究对实践关注不足，研究意识也并非来源于实践，实践中真正需要解决的问题，往往成为理论研究中的边缘问题，同时也是被忽视的重要理论问题，出现了理论与实践“两张皮”的现象。本书的研究正是着力于发现和解决这样的问题，并以边缘化的刑事程序作为贯穿的主线。

本书的完成和本人的经历有着密切的关系。我曾经在司法部门工作，带着实践中的困惑进入象牙塔，完成了硕士、博士学位的学习。理论上的提升进一步开阔了我的视野，使我对实践问题有了更深入的思考。于是，日积月累下形成了这本书，这也算是我十年来学习和思考的一个小结。

本书第一章“刑事审判中边缘化的程序权利”，探讨了被告人获得法定法官审判的权利及我国管辖制度的改革；审判中被告人针对法官讯问是否有权说谎；被告人在开庭阶段陈述权的功能和价值；如何通过强化被告人参与指定辩护律师程序，提高指定辩护的功能。第二章“刑事公诉制度改革的新维度”，重点研究了刑事公

诉中的公诉权滥用问题。刑事歧视起诉、报复起诉公民已经成为我国司法实践中较为严重的问题，为此需要强调公诉制度中的平等价值和程序正义价值，关注起诉权的制约。第三章“刑事侦查的程序规制”，主要研究了刑事侦查中的程序异化现象，比如分析了实践中以行政程序等取代刑事诉讼程序的问题以及刑事拘留的常态化现象。第四章“刑事程序简化的多元视角”，突破现有刑事简易程序改革的框架，从多元的视角关注我国诉讼经济的追求，特别关注了审查起诉阶段的程序简化、现行犯速决程序以及缺席审判程序等。第五章“证据制度的实践省思”，探究了我国相互印证的刑事证明模式的弊端及其消解，针对实践中如何对被告人供述补强的难题提出了解决之道。

本书的特色在于各个章节的内容理论关注不多，具有较大的创新性。特别是关于法定法官制度、犯罪嫌疑人身份确立程序、歧视性起诉、报复性起诉、被告人的说谎权、审查起诉的简化、现行犯速决程序、双重审查起诉、相互印证的证明模式等，均是当下为数不多的专门研究，有些甚至是填补国内空白的首次论述。此外，本书关注了较多的实践问题，这些问题都是真正的中国问题。为了更好地研究实践问题，本书部分章节还采取了实证研究的方法，比如对刑事拘留和双重审查起诉的研究。

正因为此，本书无论是对于拓宽理论研究视野，还是对于有针对性地完善刑事诉讼制度、解决实践问题，都具有重要价值。相信关注致力于沟通理论与实践的理论研究者和实务工作者阅读本书后，必定有所收获！当然，本书尚有不足之处，还有待诸位同仁批评指正。

作 者

目 录

第一章 刑事审判中边缘化的程序权利	/1
第一节 被告人获得法定法官审判的权利	/1
一、法定法官原则的内涵及其功能	/1
二、我国管辖制度中法定法官原则的缺失	/5
三、我国管辖制度改革中法定法官原则的引入	/11
四、法定法官原则的配套制度	/15
第二节 被告人的说谎权	/18
一、规范被告人说谎行为的立法价值	/18
二、德国和英国规制被告人说谎行为的背离	/21
三、两种模式差异的成因——对立法的背景分析	/23
四、中国语境下对被告人说谎行为立法规制的思考	/30
第三节 被告人的开庭陈述权	/33
一、被告人开庭陈述权的制度背景	/33
二、被告人开庭陈述的功能	/35
三、实践中存在的问题及其改进	/35
第四节 指定辩护中被告人的程序参与权	/38
一、我国指定辩护程序的现状	/38
二、现行指定辩护程序功能之不足	/40
三、被告人对指定辩护律师的选择权	/42

2 边缘化刑事程序研究——被理论忽视的司法实践

第五节 辩诉交易中被害人的程序参与权	/45
一、美国辩诉交易中的被害人参与	/46
二、被害人参与辩诉交易之理论论证	/50
三、我国引入辩诉交易时被害人之地位	/56
第二章 刑事公诉制度改革的新维度	/59
第一节 平等理念下的公诉制度	/59
一、司法平等在公诉制度中的价值	/59
二、公诉制度中司法平等的实现	/62
三、我国公诉制度对司法平等之回应	/66
第二节 我国的公诉一体化改革	/69
一、公诉一体化的理论基础	/70
二、公诉一体化的主要内容	/72
三、公诉检察官的相对独立	/75
第三节 刑事诉讼中的“歧视性起诉”	/78
一、我国不平等刑事起诉引发的平等保护问题	/78
二、歧视性起诉辩护在域外的发展	/83
三、我国歧视性起诉的认定标准	/88
四、我国歧视性起诉辩护的程序机制	/93
第四节 刑事诉讼中的“报复性起诉”	/97
一、我国司法实践中的报复性起诉	/98
二、我国报复性起诉的特点及其危害	/102
三、我国报复性起诉辩护制度之确立	/105
四、报复性起诉辩护制度中的推定规则	/109
第三章 刑事侦查的程序规制	/113
第一节 刑事侦查程序的异化及其防治	/113
一、异化的刑事侦查程序	/113
二、刑事侦查程序异化的成因分析	/116
三、刑事侦查程序异化的防治	/118

第二节 对辩护律师办公场所或者住宅搜查的程序	
控制	/122
一、对搜查辩护律师的办公场所或者住宅进行限制的 理论依据	/122
二、我国对辩护律师的办公场所或者住宅搜查的 制度规范	/125
第三节 刑事拘留制度之理论与实践的悖反	/128
一、我国刑事拘留的异化	/128
二、我国刑事拘留异化之内在成因	/133
三、我国刑事拘留制度的改革	/137
第四节 返还被害人财物程序问题探析	/140
一、由案例引发的思考	/140
二、司法行为不可诉及其在本案中的应用	/141
三、将追缴财产返还被害人是否属于司法行为	/143
四、公安机关能否对被害人提起民事诉讼	/145
五、建立刑事诉讼法中的先予执行制度	/146
第四章 刑事程序简化的多元视角	/148
第一节 刑事简易程序的比较分析	/148
一、刑事简易程序的诉讼结构	/149
二、刑事简易程序之运作机制	/154
第二节 我国简易程序改革的理念转型	/159
一、从单一化走向类型化	/160
二、由职权推进式走向权利选择式	/163
三、由审判阶段走向审查起诉阶段	/165
四、由程序简化式走向诉讼阶段省略式	/168
第三节 公诉审查程序简化初论	/169
一、公诉审查的功能及其可省略性	/170
二、公诉审查略式程序的比较法考察	/174
三、简化审查起诉程序——对我国简易程序	

4 边缘化刑事程序研究——被理论忽视的司法实践

改革的一种新思考	/179
第四节 认罪案件审查起诉程序的简化	/183
一、我国简易程序改革的困境——审判中心主义下的迷失	/184
二、我国简化审查起诉程序之理论论证	/187
三、认罪案件审查起诉程序的简化方式	/192
四、认罪案件简化审查起诉程序的制度保障	/197
第五节 现行犯之速决程序	/200
一、现行犯的界定	/201
二、现行犯案件中的特殊程序	/205
三、我国现行犯速决程序之确立	/209
第六节 从双重审查起诉到单重审查起诉	/211
一、双重审查起诉的实践现状	/212
二、双重审查起诉制度的运行效果	/215
三、改革的进路：实体审查改为程序审查	/220
第七节 被告人缺席审判：正义与效率之间	/223
一、刑事缺席审判之价值平衡	/224
二、刑事缺席审判制度的适用范围	/227
三、刑事缺席审判制度的正当化	/231
四、惩治外逃贪官与刑事缺席审判	/234
第五章 证据制度的实践省思	/239
第一节 相互印证：我国证明模式解读	/239
一、透视我国刑事诉讼的证明模式——相互印证的证明模式	/239
二、相互印证的证明模式形成机制之解读	/243
三、相互印证的证明模式之评价	/249
四、相互印证的证明模式弊端之消解	/252
第二节 提起公诉证据标准的程序机理	/255
一、域外公诉证据标准及其解读	/256

二、公诉证据标准的影响因素	/262
三、中国语境下的公诉证据标准	/269
第三节 被告人供述之补强规则	/274
一、被告人供述之补强规则的立法价值	/274
二、补强的对象：特定条件下的自白	/275
三、补强证据的构成要件	/277
四、补强范围——对一案例的分析	/279
五、补强的程度	/289
第四节 共犯被告人供述一致定案能力分析	/290
一、对传统观点的质疑	/291
二、处理该问题的域外视点	/293
三、共犯被告人供述一致应当定罪	/295
第五节 电子证据的收集	/299
一、电子证据的内涵及特点	/300
二、电子证据的收集程序及其特殊问题	/302
参考文献	/311
后记	/324

第一章 刑事审判中边缘化的程序权利

第一节 被告人获得法定法官审判的权利

我国的管辖制度存在较大缺陷，很大程度上成为地方保护主义或者当事人谋求不当利益的工具。因此，最高人民法院在“二五改革纲要”、第七次全国民事审判工作会议中，都将管辖制度的改革作为当前亟须研究和解决的问题。事实上，我国管辖制度中出现的管辖权下移问题、案件随意分配问题、级别管辖标准的模糊问题都与我国法定法官原则的缺失有关。但是，西方许多国家用于规范管辖制度的法定法官原则，对我国学术界来说还相对陌生，至今尚无系统的研究。笔者试图从法定法官原则的角度，重构我国管辖制度改革^①的内在逻辑。

一、法定法官原则的内涵及其功能

大陆法系普遍实行“法定法官”原则，要求在某一法律纠纷

^① 此处的管辖制度，从广义上理解，包括所有关于确定案件一审审理法院和法官的制度。

诉诸法院后，法院按照法律预先设定的标准确定案件的管辖法院和审判法官，而根据标准确定的法院和法官应当是明确、具体的。例如，法定法官原则（Gesetzlicher Richter）是德国诉讼法的基本原则之一，该原则要求，“必须依据法律规定，普遍地和事前地确定拥有管辖权的法院，有目的地任命法官去审决特定案件，是不允许的。”^①

但是，各国并未直接将法定法官原则规定在诉讼法中，而是体现在宪法文本中。法定法官第一次出现在法国 1791 年宪法中，自此之后被很多国家的宪法所接受。在德意志联邦共和国、奥地利、意大利、荷兰、比利时、希腊、西班牙、土耳其、日本以及前社会主义国家德意志民主共和国、保加利亚、波兰、罗马尼亚、南斯拉夫的宪法上均存在明确规定。^② 尽管其均未在诉讼法律条文中直接规定，但涉及管辖制度的许多法律都体现了法定法官原则。

法定法官原则的基本内涵表现在四个方面：首先，裁判者的产生规则应当“先”于纠纷的发生，而不能在纠纷发生后。其次，法院应当依“法”设立，个案的裁判者应当由法律确定的规则产生。再次，确定案件裁判者的规则不应过于模糊，而使权力部门拥有过多的自由裁量权。最后，法定法官原则不仅包括“审判法院”的确定，而且包括“审判法官”的确定。“保障法定法官意味着，必须在法定事实构成要件成就之前——即预先并且为大量的案件——通过法律一般性地确定法官且法官的任期较长。在德意志联邦共和国，人们从广义上来理解法定法官的基本原则。根据联邦宪法法院的裁判，不仅要尽可能详细地预先通过规范确定这样的法院，而且也要确定各个裁判组织和各个法官……如果司法机构或者

① [德] 约阿希姆·赫尔曼：《德国刑事诉讼法典》中译本，李昌珂译，中国政法大学出版社 1998 年版，第 12 页（引言）。

② [德] 卡尔·海因兹·施瓦布等：“宪法与民事诉讼”，载 [德] 米夏埃尔·施蒂尔纳编：《德国民事诉讼法学文萃》，赵秀举译，中国政法大学出版社 2005 年版，第 143 页。

行政机构依自由裁量确定了管辖的法官或者裁判的法官,那么,这是不合法的。在奥地利、意大利、土耳其和日本,人们也是在这种意义上来理解法定法官的要求的。”^①法定法官原则的功能在于:

(一) 体现法治理念,实现立法对司法的制约

在德国,法定法官被公认为是法治国家理念的重要内容,德国宪法第101条、法院组织法第16条均明文规定,唯有法定法官方得审判案件。^②法治的重要精神在于对国家权力的制约,这不仅包括对国家行政权力的制约,也包括对司法行为的制约,制约方式是“权在法下”,通过由人民选举出的议会制定法律规范,以法律规范约束执法、司法行为。法定法官原则要求裁判者的选择由法律规定,是裁判权受法约束的直接体现,也是法治理念的重要体现。

(二) 保障当事人的基本权利

这是该制度的基本功能之一。裁判者的确定对当事人权利的保障至关重要,尽管理论上裁判的作出基于案件的事实和法律,但是孟德斯鸠笔下“自动售货机式”的审判原型在司法实践中并不存在。现实主义法学派认为尽管事实和法律相同,但不同的法官在审判中完全可能作出不一样的裁判。通过在纠纷发生前确定纠纷的解决者,避免在纠纷发生后临时、随意选择裁判者,保障了当事人获得法律平等保护的权利,有利于实现形式正义。这也是程序正义的要求,尊重了当事人的程序平等参与权,增加了裁判的可接受性。

在和平时期,裁判权是强制剥夺他人财产、自由的唯一合法、有效手段,裁判者的选择事关当事人的实体权利。而且,如果不是

^① [德] 卡尔·海因兹·施瓦布等:“宪法与民事诉讼”,载[德] 米夏埃尔·施蒂尔纳编:《德国民事诉讼法学文萃》,赵秀举译,中国政法大学出版社2005年版,第144页。

^② [德] 克劳思·罗科信:《刑事诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社2003年版,第102页。

预先设置法定法官，而由上级随意确定案件的审判者，可能会实质上剥夺当事人的上诉权。因此，许多国家将当事人获得法定法官审判作为当事人的宪法性权利来对待，甚至规定为当事人的基本宪法权利。例如德国宪法规定：“任何人不得被剥夺接受法定法官审判的权利。”日本和韩国也将其作为当事人的基本宪法权利。而且，获得法定法官审判的权利已经成为《欧洲人权公约》中公平审判权的重要内容。^①当然，获得法定法官审判应当理解为“双方”当事人的权利。

（三）防止司法行政干预司法，保障独立审判

独立审判是审判公正的灵魂，如果审判活动受外部干预，程序的独立空间必将被打破，为实现程序正义、发现事实真相、防止司法擅断而建立的种种程序设置都将付之东流。如果能挑选案件的审判者，则外部干预者就可以选择听话的非法官或者对自己有利的偏见者审判案件，从而达到操纵审判结果的目的，独立审判的一切事后保障措施，只不过是为其违法审判、偏见审判保驾护航罢了。所以，在现代法治社会，为避免司法行政“以操纵由何人审判的方式来操纵审判结果”，具体案件的裁判者应当预先由法律加以明确，即实行法定法官原则。原则上，管辖权的分配应当由法律预先分配而不宜“临时而设”。换句话说，管辖权的分配应以法定管辖为主，只是为了调和法定管辖的僵硬，才可以辅以必要的裁定管辖。^②这样，才可以增加外部干预司法的难度。

干预独立审判并不限于法院的外部机关，比如党政机关对审判的不当干预，也包括法院内部的行政化管理导致的对独立审判的不当干预。正如我国台湾地区学者林钰雄所指出的：“何等案件由何位法官承办之问题，必须事先以抽象的、一般的法律明定，不能等

^① 周宝峰：“宪政视野中的刑事被告人公开审判权研究”，载陈兴良主编：《刑事法评论》，北京大学出版社2007年版，第191页。

^② 陈光中：《刑事诉讼法学》，中国人民公安大学出版社、人民法院出版社2004年版，第142页。

待具体的个案发生后才委诸个别处理,否则,司法行政只要控制少数法官,再令其承办重要敏感案件,则法官独立性原则成为空谈。”^①无论是上级法院,还是上级法官,只要其能在受案之后自由决定案件的审判,则法官为了获得“好案件”的承办权,不得不媚上。长久以后,法院内部的行政化色彩也必将彰显,司法正义将无法实现。

二、我国管辖制度中法定法官原则的缺失

(一) 专门法院与特别法庭

我国有许多专门法院,包括军事法院、海事法院、铁路运输法院、森林法院、农垦法院、石油法院等。根据法律规定,专门法院应由全国人大及其常委会制定的法律确定。但是,除军事法院、海事法院以外,我国许多专门法院都非依法设立。比如,铁路运输法院成立的依据是1982年最高人民法院、最高人民检察院、司法部、铁道部联合发布的通知。吉林省设立森林法院,是依据吉林省人大常委会1982年制定的《关于在重点林区建立森林人民法院的决定》。而且,设置专门法院的初衷有些并不是基于待审案件的特定要求,而主要是基于法律之外的其他政治、社会因素的考虑。

由于缺乏法律的具体规范,专门法院在内部体制上具有较大的随意性和非理性。正因为此,法院“部门化”,许多专门法院演变成“部门法院”。比如,“铁路运输法院工作人员使用的不是政法编制,其编制基本上是企业自行解决的企业编制,部分法官的身份是企业、事业单位的聘用(合同)干部。至于经费,也来自于企业,由企业根据其效益情况向该法院拨付经费。”^②这样的法院管

^① 林钰雄:《刑事诉讼法》,(台湾)2000年版,第97页。转引自陈光中:《刑事诉讼法学》,中国人民公安大学出版社、人民法院出版社2004年版,第142页。

^② 秋风:“法院体制的泥沼:不独立司法公正就无从谈起”,载《南方周末》2005年3月24日。

理体制完全违反了国家的法律，丧失了中立性和独立性。那些“部门法院”不可避免地带部门保护主义的色彩，与现代司法理念背道而驰。以至于有学者认为，铁路运输司法机构的人、财、物都不独立，且都隶属于铁路运输企业，也就可称这种司法的性质为“企业司法”，导致了非常大的危害，应当予以废除。^①

此外，新中国成立后，我国还出现了临时成立的特别法庭打击特定“犯罪”的现象。比如，新中国成立初期设立的土改与镇反人民法庭，“三反”、“五反”人民法庭，十年浩劫期间以“群众专政指挥部”行使审判权。这些特别法庭并行于普通法院，基于特定政治需要而临时产生，内部组织和法官任命并不遵循通常的司法标准。比如，“五反”人民法庭的副审判长和审判员可从有关机关和人民团体负责人及“五反”运动的积极分子中任命，^②不遵守严格的法定程序，给公民、国家都带来了不可估量的灾难。

不管这些专门法院、特别法庭是否有设立的必要性，问题在于许多法院的设立缺乏基本的法律依据，这恰恰违反了法定法官原则的核心精神。如果可以不依法临时设立“法院”从事审判工作，就不可能有司法公正。

（二）管辖权移送的随意化

我国《民事诉讼法》第39条规定了“管辖权上移”制度，“上级人民法院有权审理下级人民法院管辖的第一审民事案件”；《刑事诉讼法》第23条也规定，“上级人民法院在必要的时候，可以审判下级人民法院管辖的第一审刑事案件”。可见，无论刑、民案件，无须严格的程序限制，上级法院都可以通过管辖权上移获得管辖范围内所有案件的一审权，这是建立在对下级法院完全不信任、对上级完全信任的假设基础上的。但这显然不符合法定法官的

^① 彭世忠：“铁路运输司法机构存废论”，载《现代法学》2007年第3期。

^② 张晋藩：《中国司法制度史》，人民法院出版社2004年版，第615页。

精神，法定法官要防止任何一级法院——而非仅仅是低级别法院滥权。下级法院的审判权免受上级法院干预也是审判独立的重要内容。当上级法院企图滥用审判权时，管辖权上移无疑是雪上加霜。因为，如果试图控制审判结果，那么控制一审程序显然比控制上诉审更为重要，没有“明显充足”的证据证明是“畸轻”、“畸重”就无法改变一审判决。

我国《民事诉讼法》第39条还规定了“管辖权下移”制度，上级人民法院“可以把本院管辖的第一审民事案件交下级人民法院审理”。事实上，管辖权下移完全违背了法定法官原则。实践中，为了增加诉讼费收入或其他利益，下级法院期望能将案件揽到本院审理，而主动申请上级法院管辖权下移；^①也存在上级法院基于某种目的欲将终审权留于己手，从而下移给“听话”的下级法院审理。法定法官本欲排除司法行政力量对案件审理者的选择，但是管辖权下移导致上级法院可以在多个下级法院之中任意选择管辖法院。如果上级法院丧失中立立场，对当事人来说，无疑毫无胜诉的可能。因为在上级法院交办案件时往往已经“定调”，而且终审权又在上级法院之手，在二审终审制下当事人只能任人宰割。其背后，往往都有权钱交易、司法腐败或地方保护主义因素。^② 刑事诉讼中也存在同样的问题，管辖权在上下级法院之间的转移导致司法行使的行政化，损害了当事人权利和司法公正。^③ 所以，我国在1996年修改刑事诉讼法之后，禁止上级法院将本院管辖的案件移交下级法院。

① 尽管有的省份要求管辖权下移需要省级法院批准，但是从笔者办理案件的实践来看，仍然难保司法公正。

② 另见蒋轶：“论民事诉讼级别管辖”，载中国优秀硕士学位论文全文数据库。文中列举了四个案例，四个典型案例都利用了管辖权“下放性”转移的规定，而其处理结果充分表明，该种转移已对当事人的合法权益和司法公正造成严重损害。

③ 刘方权、曹文安：“再论刑事诉讼中的级别管辖”，载《重庆工商大学学报（社会科学版）》2006年第3期，第63页。