

新刑事诉讼 法学原理

张旭 编著

重庆大学出版社

D925.2

13

新刑事诉讼法学原理

张 旭 编著

重庆大学出版社

新刑事诉讼法学原理

张 旭 编著

责任编辑 陈晓阳

*

重庆大学出版社出版发行

新华书店经销

重庆电力印刷厂印刷

*

开本:850×1168 1/32 ·印张:14.125 字数:380千

1996年9月第1版 1996年9月第1次印刷

印数:1-5000

ISBN 7-5624-1309-6/D·89 定价:19.00元

(川)新登字020号

前 言

这是一本以新修改的《中华人民共和国刑事诉讼法》为主要研究内容并涵盖了其他基本诉讼理论问题的专业书。

1996年3月17日,根据第八届全国人民代表大会第四次会议的决定,实行了17年的《中华人民共和国刑事诉讼法》进行了重大修改。修改后的刑事诉讼法尽管仍保留了原有的框架结构、基本制度和操作程序,但与修改前相比,其条文内容已经有了许多重要修正、补充和改变,以至于需要我们以全新的观念重新理解和把握它的内容和精神,才能保证它的正确实行。这本书就是为了实现这一新的要求而撰写的。

本书主要围绕修改后的刑事诉讼法所涉及的“未经依法判决,任何人不得确定为有罪”、“人民检察院对刑事诉讼实行法律监督”、“律师提前介入刑事辩护与代理”、“取消收容审查,完善强制措施”、“刑事诉讼中的人权保护”、“免于起诉的取消”、“简易程序的设置”、“对抗式法庭审理的实行”、“二审方式与审判监督程序的完善”等重要问题,从立法的本意着眼,联系刑事司法实践,阐释分析了刑事诉讼法修改的学理依据和社会原因,力求准确地阐明新刑事诉讼法条文含义,为正确地贯彻执行新刑事诉讼法提供必要的理论准备。

除此之外,作为研究刑事诉讼原理的著作,本书还着重探讨了刑事司法价值与刑事诉讼模式的基本理论问题。在此基础上,对修改后的刑事诉讼法所设计的中国刑事司法基本结构类型提出了分析意见,并以分析比较外国刑事诉讼基本原理和历史沿革的方式,研究讨论了刑事诉讼法修改未涉及的管辖的科学确定,附带民

目 录

第一章 概论	(1)
第一节 刑事诉讼与刑事诉讼法	(1)
第二节 刑事诉讼立法历史概况	(7)
第三节 刑事诉讼模式	(9)
第四节 刑事诉讼中的司法机关和诉讼参与人	(20)
第二章 刑事诉讼法的任务 and 基本原则	(26)
第一节 刑事诉讼法的制定和任务	(26)
第二节 刑事诉讼的基本原则	(34)
第三章 审判制度	(65)
第一节 公开审判制度	(65)
第二节 两审终审制度	(69)
第三节 人民陪审员制度	(72)
第四章 管辖	(75)
第一节 管辖的概述	(75)
第二节 职能管辖	(81)
第三节 审判管辖	(87)
第五章 回避制度	(101)
第一节 回避制度的概述	(101)
第二节 回避的主体和回避的对象	(103)
第三节 回避的理由	(107)
第四节 回避的执行	(110)
第六章 辩护与代理	(114)

第一节 辩护	(114)
第二节 代理	(122)
第七章 证据	(126)
第一节 证据的概念和意义	(126)
第二节 证据的种类	(134)
第三节 证据在理论上的分类	(151)
第四节 证明对象和证明责任	(158)
第五节 证据的收集	(170)
第六节 证据的审查判断	(179)
第七节 运用证据的原则	(197)
第八节 疑案的处理原则	(201)
第八章 强制措施	(205)
第一节 强制措施的概述	(205)
第二节 强制措施的种类及其适用	(210)
第三节 强制措施适用的法律问题	(230)
第九章 附带民事诉讼	(233)
第一节 附带民事诉讼的概述	(233)
第二节 附带民事诉讼的提起	(237)
第三节 附带民事诉讼的审理	(245)
第十章 期间、送达	(249)
第一节 期间	(249)
第二节 送达	(252)
第十一章 立案	(255)
第一节 立案的概念和意义	(255)
第二节 立案的材料来源和条件	(260)
第三节 立案的程序	(266)
第四节 立案监督	(271)
第十二章 侦查程序	(275)
第一节 侦查的概念和意义	(275)

第二节	侦查行为·····	(278)
第三节	人民检察院对直接受理的案件的侦查·····	(291)
第四节	侦查终结·····	(293)
第十三章	提起公诉 ·····	(298)
第一节	提起公诉的概念和意义·····	(298)
第二节	审查起诉·····	(300)
第三节	提起公诉·····	(309)
第四节	不起诉·····	(312)
第五节	出庭公诉前的准备·····	(314)
第十四章	第一审程序 ·····	(316)
第一节	第一审程序的概念、意义和任务·····	(316)
第二节	审判组织·····	(320)
第三节	对提起公诉案件的审查和开庭前的准备·····	(325)
第四节	法庭审判程序·····	(332)
第五节	延期审理、中止审理和审判期限·····	(343)
第六节	自诉案件的第一审程序·····	(346)
第七节	判决、裁定和决定·····	(351)
第八节	简易程序·····	(354)
第十五章	第二审程序 ·····	(359)
第一节	第二审程序的概念、任务和作用·····	(359)
第二节	上诉与抗诉·····	(362)
第三节	第二审程序的审判·····	(370)
第四节	上诉不加刑原则·····	(379)
第十六章	死刑复核程序 ·····	(383)
第一节	死刑复核程序的概念和意义·····	(383)
第二节	判处死刑立即执行案件的复核程序·····	(385)
第三节	判处死刑缓期二年执行案件的复核程序·····	(389)
第十七章	审判监督程序 ·····	(392)
第一节	审判监督程序概述·····	(392)

第二节	刑事申诉的受理与审查·····	(396)
第三节	审判监督程序的提起·····	(402)
第四节	审判监督程序的审理与裁判·····	(412)
第十八章	类推判决的核准程序·····	(419)
第一节	类推判决核准程序的概念和意义·····	(419)
第二节	类推判决的报请核准程序·····	(422)
第三节	类推判决的审核程序·····	(425)
第十九章	执行·····	(428)
第一节	执行的概述·····	(428)
第二节	各种判决裁定的执行程序·····	(431)
第三节	执行中的诉讼问题及处理程序·····	(435)

第一章 概 论

第一节 刑事诉讼与刑事诉讼法

一、刑事诉讼

“讼”、“诉讼”作为法律术语使用,在我国有历史的渊源。据考古学家、历史学家们的考证,“讼”字最早见于西周康王时的“大盂鼎”铭文上,距今三千多年。《尚书》、《周礼》、《礼记》、《论语》等历史书籍中也有许多地方出现过“讼”字。到南北朝的北齐时,“讼”字正式入律,出现在“北齐律”中,曰:“斗讼篇”。“诉”字在诗经里即可见到,汉书史记里就更多了。“诉”与“讼”作为专门的法律术语连起来使用,最早见于《元典章》、《大元通制》。东汉许慎写的中国第一部字书《说文解字》将诉讼解释为:“诉,告也;讼,争也。”译为现代语,“诉讼”就是告到官府争辩是非,解决纠纷的活动,民间称为“打官司”。用现代法律术语来解释,诉讼就是国家专门的司法机关在发生纠纷的有关人员的参与下,为解决争执和冲突而进行的专门活动。

国家司法机关以诉讼的方式解决的社会冲突和争执,从性质上划分为三类:一是发生在当事人之间的婚姻、财产、经济方面的民事、经济纠纷;二是侵害了国家刑事法律保护的社会关系,损害了社会公众和国家根本利益,造成了严重社会危害应当给予刑罚制裁的事件;三是因国家行政机关的行政管理活动而引起的纠纷。

根据前述三类不同性质的纠纷和冲突,诉讼可分为民事诉讼(经济诉讼从本质上讲属于民事性质)、刑事诉讼和行政诉讼。刑事诉讼就是指国家司法机关在当事人及其他有关人员的参加下,处理刑事案件的活动。从这种活动的性质和运作的基本形态分析,刑事诉讼具有以下基本特征:

1. 刑事诉讼是国家行使刑罚权的活动。自原始社会消亡之后,随着阶级、国家的产生,出现了犯罪。犯罪在本质上是孤立的个人反对统治集团与统治关系的斗争。为了维护社会秩序,巩固统治的地位,国家必须对犯罪进行追究和惩罚。但是由于犯罪行为具有过去性和隐蔽性两个鲜明的特点,追究犯罪,惩罚犯罪并非易事。它不仅要付出高昂的诉讼成本,而且必须做到公正,保证罚当其罪,最大限度地避免错误。否则,追究、惩罚犯罪不仅达不到维护社会秩序的目的,反而会侵害统治利益。在这种情况下和要求下,必须由国家独占惩罚犯罪权,通过它的强大国家机器来实现对犯罪的追究和惩罚。于是国家以法律的形式赋予了它的代表警察机关、司法机关(近现代为检察机关和法院)专司刑事司法职权,担当起揭露犯罪、控诉犯罪和惩罚犯罪的全部责任。现在,任何国家如果没有警察机关、司法机关的介入,追究、惩罚犯罪将是无法实现的。所以,国家通过它的警察机关、司法机关处理刑事案件的活动,从实质上讲是国家在行使其独占的刑罚权。

2. 刑事诉讼是依法定程序进行的活动过程。由于警察机关、司法机关追究、惩罚犯罪的活动,不是一个机关一次活动所能完成的,必须经过几个机关一系列的持续活动。这个过程呈现明显的阶段性和程序性。以现代国家而论,刑事诉讼的整个过程是由侦查、起诉、审判和执行这几个阶段组成的。各个诉讼阶段前后连结,各有自己的具体程序。只有完成了前一阶段的任务,诉讼活动才能进入到后一阶段。在警察机关依法侦破了案件,查获了犯罪者以后,检察机关才能进行审查起诉活动;检察机关(或者自诉人)就被告人的罪行向法院提出指控后,法院才能开展审判活动,最后

使犯罪者受到刑罚的制裁。因此,刑事诉讼必须严格按照各个诉讼阶段先后的顺序依次递进。如果随意超越或者颠倒,整个诉讼活动必将发生混乱,导致错误,使刑事案件得不到及时、正确的处理。西方人为了强调追究惩罚犯罪活动过程的程序性,甚至就把刑事诉讼称为(Criminal Procedure)刑事程序。当然各个国家的具体刑事诉讼程序并不完全相同,从程序的角度,对刑事诉讼阶段划分也有广义和狭义之别。西方人传统的观点是把正式起诉作为刑事诉讼的开始,审判以前所进行的侦查、审查起诉活动只是预备性工作,案件进入审判才算刑事诉讼正式开始。这种划分正好反映了他们对刑事诉讼活动的阶段性和程序性的注重和强调。

3. 刑事诉讼是在诉讼参与人参加下完成的活动。刑事诉讼从实质上讲是国家行使刑罚权,但是从具体运作来看,它的进行不仅要有国家警察机关、司法机关的参加和领导,而且必须要有当事人及其有关诉讼参与人加入,才能完成。侦查、起诉、审判、执行,如果没有证人作证,鉴定人的鉴定,犯罪嫌疑人的被逮捕,被指控,被告人出庭接受审判,辩护人出庭辩护等等,是无法进行的。在诉讼参与人的参加下,诉讼参与人与警察机关、司法机关之间;诉讼参与人相互之间;警察机关、司法机关相互之间,围绕着追究、惩罚犯罪的活动形成了特殊的诉讼法律关系。例如进行逮捕就会发生执行逮捕的机关与批准逮捕的机关之间的关系,逮捕机关与被捕者的关系;被捕人的权利义务等问题。刑事诉讼程序正是在这些相互联系的复杂诉讼法律关系中,通过权利的实现和义务的履行而完成的。如果没有诉讼参与人参加,就没有刑事诉讼法律关系,刑事诉讼程序就无运作可言,国家行使刑罚权也就成为空话。因此刑事诉讼是以国家专门司法机关为主导的,诉讼参与人参加下的追究、惩罚犯罪的活动。

根据上述刑事诉讼的基本特点,将一般意义上的刑事诉讼的概念具体化,可以把我国刑事诉讼定义如下:中国刑事诉讼就是公安机关、人民检察院、人民法院在当事人及其他诉讼参与人的参加

下,依法行使职权,按照法定的程序,揭露犯罪、证实犯罪和惩罚犯罪所进行的侦查、起诉、审判、执行等活动的总称。它是司法机关实现国家刑罚权的一种特定的活动,是国家活动的一个重要组成部分。

二、刑事诉讼法

一般意义上的刑事诉讼法是指国家规定的关于进行刑事诉讼活动应当遵守的法律规范。

中国刑事诉讼法是国家规定的关于公安机关、人民检察院和人民法院办理刑事案件应当遵循的原则、制度和程序,以及诉讼参与人权利、义务的法律规范的总和。它是司法机关办理刑事案件的操作规程和相互关系的准则,也是诉讼参与人履行义务、享受权利的法律依据。

刑事诉讼法既包括刑事诉讼法典,即第五届人大二次会议通过的根据第八届人大第四次会议《关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》修正的《中华人民共和国刑事诉讼法》,又包括国家权力机关所制定的其他法令、法规、条例中所涉及的刑事诉讼程序的所有法律规定,如我国《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第19条关于“县级以上的地方各级人民代表大会代表,非经本级人民代表大会常务委员会同意,不受逮捕或者审判。如果因为现行犯被拘留,执行拘留的机关必须立即报请该级人民代表大会常务委员会批准。”的规定,也是刑事诉讼法律规范。刑事诉讼法典是全部刑事诉讼法的核心,它全面、系统地规定了整个刑事诉讼活动的原则、程序和方法,而其他法令、法规、条例中有关刑事诉讼程序的规定则是它的补充和完善。刑事诉讼法典和其他有关刑事诉讼的法律规定组成了刑事诉讼法的全部内容。从广义上来理解刑事诉讼法,而不局限于一部刑事诉讼法典,有利于我们从理论上全面、系统地研究刑事诉讼法律规范,有利于在司法实践中正确贯彻执行法律,一切依法办事。

刑事诉讼和刑事诉讼法是两个既互相区别,又互相联系的概念。两者的区别表现为:刑事诉讼是指办理刑事案件的活动,刑事诉讼法则是指国家规定的关于刑事诉讼程序的法律。一个是由法律调整的特定的对象,另一个则是用来调整特定对象的法律规范。它们的联系在于:没有刑事诉讼活动这一特定的调整对象,就不存在刑事诉讼部门法;而没有刑事诉讼法,刑事诉讼活动就无章可循,无法正常开展。

三、刑事诉讼法和刑事诉讼法学

刑事诉讼法学是一门独立的法律学科,是和刑事诉讼法的产生、适用紧紧联系在一起的。任何部门法学都有自己专门的研究对象,我国刑事诉讼法学的研究对象是:全部刑事诉讼法律规范、刑事诉讼的基本理论以及刑事诉讼法的制定和实施。

刑事诉讼法是刑事诉讼法学存在的基础。刑事诉讼法学应当把刑事诉讼法全部规范的研究摆在首位,要从文字上对法律条文本身作出正确的解释,还要从立法精神上对所有条款的逻辑联系作出正确的分析,在掌握了法律条文的基本含意以后,才谈得上正确适用法律。

刑事诉讼的基本理论是关于刑事诉讼的一般原理和学说。基本的诉讼理论应当成为刑事诉讼法规定的主要内容,但是刑事诉讼法不可能把全部刑事诉讼的原理、学说都规定出来,那些没有被刑事诉讼法规定的一般诉讼理论,例如:什么是刑事诉讼?其本质特征是什么?以及刑事诉讼应当遵循哪些基本原则?为什么要遵守基本原则?等等问题,刑事诉讼法学也应当加以研究,否则对法律条文的研究就成了无源之水,无本之木,一门独立的法律科学就缺乏系统性和完整性。

刑事诉讼法规定的内容反映了刑事诉讼实践的客观规律。但是,对客观规律并非一次就能够认识清楚,同时,司法实践又在不断发展变化,不同的条件下会产生不同的问题。这就需要对刑事

诉讼实践的经验和教训不断地总结和研究,从中找出规律性的东西,把它条理化、系统化,再去指导实践。这样,刑事訴訟法学才能成为有生命的、有指导作用的法律理论科学。

为了深入地研究刑事訴訟的理论和实践,还需要对古今中外的刑事訴訟制度和法律的特点进行比较研究。但是,刑事訴訟法学应当以研究现行的刑事訴訟法和刑事訴訟制度为重点,总结立法和司法的经验,从理论上分析和解决实践中的问题,才能使这门法律科学更好地为我国司法实践服务,为政治服务。

从刑事訴訟法学研究的对象中,我们可以看出,刑事訴訟法和刑事訴訟法学既有联系,又有区别。它们的联系是:刑事訴訟法是刑事訴訟法学重点研究的对象,刑事訴訟法学之所以成为一门独立的法律学科,正是因为有不同于其他法律的刑事訴訟法的存在,把刑事訴訟的全部法律规范专门加以研究,就成了刑事訴訟法学存在的基础。它们的区别在于:刑事訴訟法学不仅要重点研究刑事訴訟法条文,还要研究刑事訴訟的一般原理,分析解决实践中提出的问题,为刑事訴訟立法和司法提供理论依据。因而,它的研究成果一旦成为法律规定的内容,司法实践中就必须严格执行,但是如果法律没有加以规定,它所研究的理论问题则只能作为司法活动中的参考。而刑事訴訟法则是刑事訴訟中必须严格遵循的,它所规定的全部内容对刑事訴訟活动有严格的法律约束性。所以,刑事訴訟法是不能和刑事訴訟法学划等号的。

明确了刑事訴訟法学的研究对象,以及它和刑事訴訟法的联系与区别,我们可以对刑事訴訟法学的概念作如下表述:刑事訴訟法学就是研究刑事訴訟全部法律规范和刑事訴訟的理论与实践的一门独立的法律学科。

第二节 刑事诉讼立法历史概况

一、不同历史时期的刑事诉讼立法概况

(一) 奴隶制、封建制时期的刑事诉讼立法

在奴隶社会和封建社会,立法的基本特点是:诸法合体,实体法和程序法,刑法与民法不分。这在中国历朝的法典中,以及外国这一时期的《汉穆拉比法典》、《十二铜表法》、《萨利克法典》等具有代表性的法典中,都明显表现出来。

以中国为例,据《周礼》记载,周朝把刑事诉讼称为“狱”,把民事诉讼称为“讼”,所谓“狱”即“告以罪名者”。所谓“讼”即“以财货相告者”,审理案件叫作“听讼断狱”。两者似乎略有区别。但从秦、汉以后的立法情况来看,刑事诉讼与民事诉讼是没有分立的。由于中国古代立法是以刑为主,刑民结合,大量的财产家庭婚姻问题是采用刑罚的方式来解决的。如唐律中的户婚篇,明、清律中的户律所规定的均是田宅、钱粮、家庭婚姻等问题,但每条对违律者都规定了科以刑罚。唐律规定“负债违契不偿”的,“许嫁女已报婚”及有私约而悔婚的都是要处刑罚的。实体法中的刑民不分,民事案件以科刑处理,决定了中国奴隶、封建时期的诉讼法没有单独的法典形式。中国古代历来实行“诉讼断狱,附见刑律”,刑事诉讼只作为刑律(实体法)中的一部分内容加以规定。《法经》中的“囚捕”,唐律中的“斗讼”、“捕亡”、“断狱”,明、清律中的“诉讼”、“捕亡”、“断狱”等规定都是刑事诉讼程序方面的内容。由于立法采取的实体法与程序法不分,刑民法不分,导致中国古代司法实务刑事诉讼与民事诉讼基本上是一套程序。

(二) 资本主义时期的刑事诉讼立法

从世界范围来看,16世纪后有了专门的诉讼法,最早的是德

意志的《诉讼通则》。但早期的诉讼法典一般不分民事、刑事。直到 1788 年奥地利颁布刑事诉讼条例,法国于 1806 年颁布民事诉讼法典,1808 年颁布刑事诉讼法典,才改变了奴隶、封建时期诸法合体,刑民法不分,实体法与程序法不分的状况。但是,由于受英美法系和大陆法系两大不同法系的影响,西方资本主义国家的刑事訴訟立法有显著区别。

大陆法系国家自 1808 年法国颁布刑事诉讼法之后,都纷纷效仿,相继编纂了独立的、系统的、综合性的刑事诉讼法典。刑事诉讼活动的全过程主要是受一部独立的法典规范。一部刑事诉讼法典也基本反映了这些大陆法系国家刑事诉讼活动的基本概貌。也就是说大陆法系国家的刑事诉讼法是以成文法典的形式制定的。

英美法系国家大多数没有制定系统完整的、单一的刑事诉讼法典。刑事诉讼法主要是由习惯法、判例以及一些单行法规组合而成。例如:证据法、陪审法、追诉法都是属于刑事诉讼法的范畴。这就决定了英美法系国家的习惯法、判例、单行法规只分别规范了刑事诉讼活动某一方面,某一程序,并不能规范刑事诉讼的全过程。属英美法系国家的美国,虽然制定了统一的联邦刑事诉讼法典,但其内容也只限于一些原则性规定,刑事诉讼活动的操作,仍要遵循单行法规。

二、中国的刑事诉讼立法概况

中国最早的一部刑事诉讼法典是 1910 年清朝政府编纂的《刑事诉讼律草案》,但未及实施。北洋军阀政府和国民党政府也曾制定并公布过刑事诉讼法。

中华人民共和国成立以后,1954 年,第一届全国人民代表大会通过了第一部宪法,并通过了人民法院组织法和人民检察院组织法。在此基础上,全国人大常委会法制委员会开始着手起草中华人民共和国刑事诉讼法。先后拟出了《中华人民共和国刑事诉讼条例》(草案)、《中华人民共和国刑事诉讼法草案》。但到了“文