

95

“九五”规划高等学校法学教材

面向21世纪教学内容课程体系和教学方法改革新型教材

◁ 基础课系列 ▷

jiu wu gui hua gao deng xue xiao fa xue jiao cai

徐静村/主编

刑事诉讼法学 (修订本) 上

司法部法学教材编辑部编审

jiu wu gui hua gao deng xue xiao fa xue jiao cai

法律出版社

“九五”规划高等学校法学教材——基础课系列
面向 21 世纪教学内容课程体系和教学方法改革新型教材

刑事诉讼法学(上)

刑事诉讼基本原理

(修订本)

司法部法学教材编辑部编审

主 编 徐静村
撰稿人 徐静村 左卫民
龙宗智 谢佑平
孙长永 杨建广
高一飞



10397796

法 律 出 版 社

修订版序

这本教材的特色,在于它是一种新的教材结构模式和教学方法改革设计的蓝本。作者为了使这本教材所体现的新的教学模式更为完善,在教材出版后,于1997年9月至1999年1月,在西南政法大学本科学生中,采取逐步扩大实验范围的做法,开展了使用这本新教材和采用新的教学方法进行课堂教学的实验。实验证明,新的教学方法不仅在形式上改变了过去“填鸭式”的传统授课模式,更重要的是有效地调动了学生的学习积极性,使他们由被动听讲转变为积极进行自学和准备课堂讨论,由课堂教学的对象转变为课堂教学的主体,从“要我学”转变为“我要学”;教学内容因采用讨论分析案例的教学形式而得以“活化”,不再是抽象的理论加呆板的法条,使学生对本门学科从理论的把握到实际应用都产生了浓厚兴趣。

在上述实验基础上,司法部为了总结和推广这部教材和这种新的教学法,于1998年5月11日至23日在西南政法大学举办了有20余所政法院校(系)、40多名讲授本门课程的教师参加的讲习班,通过观摩教学和总结讨论,提出了不少好的意见和建议,为教材的修订打下了良好基础。

这次修订本教材,由主编决定约请孙长永、杨建广、高一飞三位青年学者加入修订小组。因此,修订本作者增署三位同志之名。修订本由主编徐静村教授统一修改定稿。

编者

1999.5.4

说 明

根据国家教委《关于“九五”期间普通高等教育教材建设与改革的意见》，我部“九五”规划的重点是编写对实现法学教育目标起关键作用和具有重大影响的现代法学教材。

现代法学教材坚持以邓小平建设有中国特色社会主义理论和党的十四大精神为指导，面向现代化、面向世界、面向未来，紧密结合我国改革开放和市场经济、法制建设以及法学教育改革的实际，瞄准培养跨世纪高质量法律人才的目标，努力编写出版反映当代先进水平的法学教材。

这批教材分若干系列，力求完整、准确地阐明基本概念、基本原理和基础知识，吸收国内外优秀学术成果，在理论与实践相结合的基础上，达到理论性、实践性和应用性的统一。

《刑事诉讼法学》是基础课系列的一种，由徐静村主编，徐静村、左卫民、龙宗智、谢佑平撰写。作者在总结本学科教学经验和研究心得的基础上，为本学科构建了新的理论体系，设计了新的教学方法。本教材分上、下两册，其中《刑事诉讼基本原理》从历史角度和世界范围论述了刑事诉讼普遍适用的原理原则和中国特有的原理原则，充分吸收了国内外同行、专家在这一学科领域内的理论成果，角度广，信息量大，具有开阔学生眼界，启迪学生思维的作用。此书作为学生学习本课程的必读教材，须在教师指导下根据教学进程进行自学。另一本《刑事诉讼案例教程》，则以我国刑事诉讼法的规定为依据，以其具体程序的运行机制为线索，将教学内容分为十个单元，每单元首先扼要阐述有关的法律规定，之后列置阅读案例、讨论案例和作业案例。教师依据本教材进行课堂教学，以

指导学生讨论案例为主要教学方法，课堂讨论后教师通过小结，把对具体案例的分析同有关法律规定和诉讼理论有机地联系起来，让学生从理论和实践两个方面获得全面的知识。

本教材的结构模式和理论体系由主编徐静村教授设计和提出，全体作者分工撰写初稿，然后由徐静村教授统一修改定稿。

尽管编著者做出了很大努力，但不完善之处在所难免，尚祈读者批评指正。

责任编辑 杨克

司法部法学教材编辑部

1997年5月

目 录

第一章 绪 论	1
第一节 刑事诉讼和刑事诉讼法	1
第二节 刑事诉讼的历史	8
第三节 刑事诉讼法学的研究对象、方法和体系	45
第二章 刑事诉讼的基础理论	54
第一节 刑事诉讼目的与刑事诉讼结构	54
第二节 刑事诉讼主体与刑事诉讼职能	80
第三节 刑事诉讼状态与刑事诉讼法律关系	93
第四节 刑事诉讼行为与刑事诉讼条件	100
第五节 刑事诉讼客体与裁判的效力	112
第三章 刑事诉讼的基本原则	120
第一节 概述	120
第二节 普遍适用的基本原则	121
第三节 我国刑事诉讼的特有原则	147
第四章 刑事诉讼证据	152
第一节 概述	152
第二节 刑事诉讼证据的分类	164
第三节 证据规则	181
第四节 刑事诉讼证明	190
第五节 证据开示	199

第五章 侦查程序	210
第一节 概论.....	210
第二节 侦查的发动和终结.....	218
第三节 侦查行为.....	222
第四节 强制措施.....	235
第六章 起诉程序	248
第一节 概述.....	248
第二节 提起公诉.....	256
第三节 不起诉.....	265
第四节 自诉.....	273
第七章 审判程序	277
第一节 概述.....	277
第二节 审判原则.....	281
第三节 庭前审查活动.....	291
第四节 审判方式.....	298
第八章 再审判程序	308
第一节 再审判程序的一般理论.....	308
第二节 上诉审程序.....	310
第三节 生效判决的再审.....	329
第九章 执行程序	341
第一节 概论.....	341
第二节 各种刑罚的执行.....	344
第三节 变更执行的程序.....	350

第十章 刑事诉讼制度的发展	353
第一节 被告人权利保护的扩大和加强.....	353
第二节 被害人程序保护的提出和加强.....	355
第三节 诉讼目的体系的折衷化、非极端化	357
第四节 职权主义诉讼与当事人主义诉讼的融合.....	359
第五节 刑事诉讼国际标准的确定与推行.....	361
第六节 日益追求诉讼效率.....	363
第七节 现代技术手段的普遍运用.....	364

第一章 绪 论

第一节 刑事诉讼和刑事诉讼法

一、诉讼与诉讼主义

“诉讼”一词，含义十分丰富。许慎撰《说文解字》称，“诉，告也”，“讼，争也”。也就是说，“诉”是告诉、告发、控告之意；“讼”是争论、争辩、言之于公之意，即把争议或纠纷提交官府，在官府争辩是非曲直。因此在中文里，诉讼的基本含义是经原告的告诉、告发或控告，由国家的权威机构（官府）解决原、被告的争议或纠纷。

在外国，尤其在英语中，“诉讼”有多种词语表达方式。与中文对应的“诉讼”概念代表一种解决社会冲突的法律机制，是国家司法机关在当事人及其他诉讼参与人的参加下，依照法定程序解决各种成为案件（个案）的社会越轨、权利争议和纠纷即社会冲突的活动。

诉讼，作为一种解决社会冲突的机制，一种专门性法律活动，其特征是：

（一）诉讼产生于社会冲突。法社会学家罗术·科特威尔在其所著《法律社会学》中提出一个关于诉讼的定义：诉讼是当某个个人或者一个群体或组织心有不满，提出了请求，而他的要求又遭到拒绝后所产生的社会关系。也就是说，当社会关系中的不同主体基于不同的利益要求而发生冲突，这种冲突不能或不宜以自行和解、第三者调解甚至国家管理机关的行政性处理等方式解决，需要交付法

律解决机制作出法律评判时，就产生了诉讼。

（二）诉讼是一种“三方组合”。法学家查比罗认为，可以用“三方组合”的概念，即其中发生冲突的两方要求第三方解决他们的争执，作为理解诉讼任务的出发点。在这种“三方组合”中，原、被告在法律上处于平等的地位，而法官居于其间、踞于其上，作为权威的仲裁者解决他们的争议和冲突。应当看到，所谓“三方组合”，是指诉讼的基本结构，在诉讼方式的实际运行过程中，这种结构为适应社会冲突与诉讼争议的实际状况可能发生一些变形。如刑事公诉案件中以被害人为诉讼当事人，在民事案件中将有独立利益的其他人列为诉讼的第三人，在这样的情况下，实际的争议者就不限于两方。但三方组合仍然是诉讼的基本结构并决定基本的诉讼关系和诉讼运行方式。

（三）诉讼是一套法定的程序。诉讼的一个基本特点是其规范性，这种规范性表现在：其一，诉讼请求必须符合法律规范。法学家理查德·莱姆佩特将“诉讼”定义为：“涉及两方（或两方以上）当事人的争讼，每一方各自提出一个特殊的请求：一个合乎规范的权利请求。”符合规范是指诉讼请求的根据必须在法律上是合理的，而请求本身（如判刑、罚金及恢复原状等等）也是规范所允许的；同时，诉讼的进行必须符合法律规范，诉讼必须按照预先确立的法律程序进行，而不能由法官和当事人随心所欲、恣意妄为，这种法制要求，是诉讼作为一种重要的社会冲突解决方式所具有的形式正义和能够被当事人及社会认可的基本根据之一；并且，诉讼裁决的根据必须是法律规范，与立法相抵触或未由立法与司法所认可的情理或道德规则不能作为解决冲突的根据，否则这种诉讼解决就丧失了合法性与权威性。

（四）诉讼是一个运作过程。“三方组合”是对诉讼的静态分析，但诉讼既是一种结构，又是运作过程。英文中可以译为“诉讼”的 process 一词的原始含义，是发展和向前运动的意思，作为“诉讼”使用时，也是指一个案件的发展过程。这个过程包括诉讼

的准备——当事人的事实调查，提起诉讼，在法院的争论，法院的审理和裁决，因不服而上诉，上级法院的裁决等。其中包含调查与辩论，事实问题与法律问题的争议、对抗、妥协与裁决等多种要素。要素构成的复杂性和程序化处理方式以及时间上的延续性，使得诉讼具有一定的成本，而这种成本构成和诉讼裁决的权威性，使诉讼往往成为一个社会最终解决冲突的手段。

(五) 诉讼是一种“公力救济”的有效方式。在一个社会，不同主体之间的争议和纠纷可能以多种方式解决。自行解决与和解是最常用的方式，对于被损害权益的恢复和补偿而言，这是采取的不动用公共权力的“私力救济”。在“私力救济”力所不能及时，还可能采用调解与仲裁形式，其特点在于为解决冲突的居间者（第三者）的出现。该第三者的任务在于劝导冲突双方消除对抗，提出争议权益的处置和补偿办法，或对其作出裁决。但调解的基础是争议双方的自由意志，仲裁通常也是以争议双方事前的约定为前提的。而诉讼则意味着对国家意志及法律权威的确认。应当看到，以诉讼这种强制性、权威性的手段实施“公力救济”，一方面是由于私力救济的力所不及，另一方面也是由于维护统治秩序的需要。因为社会冲突的适当解决不仅关系个体权益，而且关系统治秩序和整体利益，因此必须由国家介入，以国家强制力进行处置。公共权力的使用以及程序公正的保障，往往使诉讼成为最有效的一种合法的冲突解决手段。

诉讼是一种重要的法律机制和社会冲突处理机制。以诉讼的方式，由诉讼机关来解决社会冲突问题的主张和实际做法，在诉讼法理上被称为“诉讼主义”。

二、刑事诉讼及其特征

由于法律所解决的社会冲突具有不同的性质，诉讼被划分为不同的形式，如刑事诉讼、民事诉讼和行政诉讼等。每一种诉讼形式，除了具有诉讼的共同本质外，还具有这种类型诉讼所特有的性

质，即此类诉讼的特质。

刑事诉讼，是以追究犯罪者刑事责任为使命的诉讼形式，它具有各类诉讼的共同本质，又具有刑事诉讼的特质。其主要特征是：

（一）刑事诉讼是国家机关行使国家刑罚权的活动。国家的刑罚权，产生于抑制社会越轨行为维护正常统治秩序的国家基本职能。刑事诉讼，不是单纯寻求个体权益的救济，而是为了公正的处罚和有效的矫正，从而维护社会的正常秩序。刑事诉讼要解决的中心问题，是被告人的刑事责任问题，即解决被告人的行为是否构成犯罪，应否处以刑罚，以及处以何种刑罚的问题。这一特征使它以使命的角度与民事诉讼、行政诉讼区别开来，而且由此决定了它在诉讼形式及程序上与其他诉讼相比有着重大区别。

（二）刑事诉讼中国家权力的动用具有主动性、普遍性和深刻性的特点。所谓主动性，是指刑事诉讼通常采取国家调查（侦查）和国家公诉的方式主动发动，从而区别于民事和行政诉讼是由有关的社会个体发动；所谓普遍性，是指在一般情况下，从案件调查——诉讼准备，到提起诉讼，再到裁决和执行，都是国家权力行使的过程，而且在诉讼的每一阶段，都可能涉及国家权力的广泛使用；所谓深刻性，表现在国家权力的行使不是停留在诉讼的表面，而是深入其中，尤其表现在国家强制力量的使用，包括对人的强制——监视居住、拘留、逮捕等；对物的强制——扣押、搜查、强制性检查等。因此可以说，国家权力尤其是国家强制力量的广泛使用，是刑事诉讼最重要的特征之一，而刑事诉讼的这一特征，则是基于它的特殊性质和任务的要求。但是法律虽然赋予执法和司法机关为完成刑事诉讼任务所必需的权力，同时也必须对执法、司法机关权力行使的限度加以确定，否则容易导致权力的滥用并损害诉讼中的个体权利，尤其是犯罪嫌疑人、被告人的合法权益，从而损害诉讼的公正性。

（三）刑事诉讼是在当事人及其他诉讼参与人的参加下采用诉

讼的方式进行的活动。刑事诉讼不是司法机关单方面的行为，而是必须有诉讼当事人（刑事被告、附带民事原告和被告，在我国还包括刑事被害人）和诉讼参与人（如证人、鉴定人、翻译人员等）的参与。这些参与者在诉讼中具有主体的资格。为了保证犯罪追究程序的公正，刑事诉讼必须按照诉讼的规律和诉讼的规范性要求实施，必须贯彻诉讼结构得以维系的基本原则和制度，如根据“三方组合”结构，确认诉讼双方的主体地位和平等权利；确认证决者中立、独立，只服从法律；采用兼听各方意见而且具有可监督性的公开听证程序；诉讼具有辩论性等等。

（四）刑事诉讼必须严格依照法定的程序进行。规范性是诉讼的一般特性，而刑事诉讼以惩罚犯罪分子和保障无罪的人不受刑事追究为目的，不仅涉及国家的稳定和社会的秩序，而且关系到公民人身、财产等重大权益。由于诉讼涉及的利益的重大以及诉讼针对的社会冲突的尖锐性，依法进行诉讼具有更为突出的意义。而前述司法机关权力界限的确定、当事人和其他诉讼参与人合法权利的保证，都需要法定程序的合理设定和严格执行。这就要求司法机关不仅必须依照刑法规定正确评断被告人行为的性质，同时必须严格按照法律规定的程序制度实施诉讼行为，以保证案件得到及时、正确的处理。当事人和其他诉讼参与人同样必须根据法律规定的权利和义务，采用法律规定的方式，遵照法律规定的手续进行诉讼活动。

刑事诉讼的概念有广义和狭义之分。狭义的，即严格意义上的刑事诉讼，仅指起诉至审判的诉讼程序。起诉即诉讼的提起，从而产生指控、辩护和裁判“三方组合”的诉讼法律关系，而诉讼进行也只能存在于这三种性质各异的职能相互作用与推动之中，诉讼由法院审理和判决（包括上诉审和监督审审判）得到解决，尔后的执行程序则是一种行政性的非讼程序，其任务是为实现裁判的内容，此时被告的资格已经消失，而且三方诉讼法律关系已不存在。在起诉前的侦查程序，只是诉讼程序的准备阶段，也是具有行政性的非讼程序，由于诉讼主体尚未确定，并未发生诉讼法律关系。

广义的，或称扩大意义上的刑事诉讼，指国家为实现刑罚权所实施的全部具有诉讼意义的行为。其程序可分为侦查、起诉、审判、执行四个阶段。认为侦查是决定应否起诉的前提和基础，执行是实现裁判内容达到诉讼目的最后保障。广义说为一般法律模式和常用的理论模式。因此侦查程序和执行程序也纳入刑事诉讼法的调范围和刑事诉讼法学的研究对象，尤其是侦查程序中的强制性措施，更是刑事诉讼法严格规范的对象。但在特定情况下，特别在强制“三方组合”的法律关系时，也使用狭义的刑事诉讼概念。

三、刑事诉讼法的概念和内容

刑事诉讼法是指国家确认的，规范执法、司法机关和诉讼参与人诉讼行为的法律、法规、司法解释和判例。其中，判例作为刑事诉讼法的法律渊源，只存在于实行判例法的国家，在我国，判例原则上不具有法律效力。

刑事诉讼法的基本内容包括：对犯罪和犯罪嫌疑人进行侦查尤其是采取强制性措施的方式和程序，对刑事案件进行起诉和审判的方式和程序，对一审判决有异议而提出上诉或抗诉以及第二审审判的程序，对已决犯执行刑罚的程序等。刑事诉讼的核心问题是证据问题，因此证据搜集、运用和判断的程序与规则，即刑事证据法的内容，也属于刑事诉讼法的范围，并在关于侦查、起诉和审判的程序中作出具体的规定。此外，刑事诉讼的指导思想和任务，执法、司法机关办理刑事案件的职责范围和相互关系，诉讼参与人的范围及其权利义务，进行刑事诉讼活动应当遵守的原则和制度等，在刑事诉讼法典中，也要作出原则性的规定。如我国刑事诉讼法就规定了这些内容。

在我国，刑事诉讼法也有狭义和广义的区分。狭义的刑事诉讼法单指国家制定的刑事诉讼法典。广义的刑事诉讼法，则指包括刑事诉讼法典在内的一切法律、法规、司法解释中关于刑事诉讼活动的法律规范的总和。例如我国的人民法院组织法、人民检察院组织

法、律师法、未成年人保护法、监狱法和其他法律法规中关于刑事诉讼的法律规范，全国人民代表大会常务委员会关于刑事诉讼问题的决定、决议和解释，最高人民法院、最高人民检察院关于刑事诉讼的司法解释。国务院的有关法规，公安部、司法部为具体运用刑事诉讼法制定的行政规章等，都是广义的刑事诉讼法所涵盖的内容。

四、刑事诉讼程序的意义

按特定程序办事，是现代有组织社会的一个表征。在现代社会，由于社会生活的复杂性，人们将社会问题分门别类，根据处理这些问题的方法和步骤编制出特定的程序，这种程序既要求体现尊重操作主体的酌定权，又注意遵循处理这类问题的一般规律。遵守这些程序，是正确解决问题、处理纠纷的必要条件。在社会生活和政治生活中，也同样需要设定程序，设定程序的目的，也是为了防止个别行为主体背离制度目的而恣意妄为，从而实现权力的制约。刑事诉讼程序在办理刑事案件中对权力的制约具有尤其重要的意义，因为刑事诉讼关系到社会最重要的价值——人的生命、财产和自由的剥夺，并且它是在国家与个人（主要是刑事被告人）的紧张对立的关系中推进的，在诉讼进行中，可能遇到尖锐的对抗和各种复杂的情况。正是由于刑事程序所涉及的社会关系的重要性、诉讼过程的复杂性和对抗性，以及程序的设定和运用直接影响对刑事案件的实体处理，因此刑事诉讼程序的合理设定和正确地推进诉讼，具有十分重要的意义。同时，程序作为一种手段体系，体现一定的价值目标，具有深刻的实质性内容。正如马克思所说：“审判程序是法律的表现形式，因而也是法律内部生命的表现”。“如果审判程序只归结为一种毫无内容的形式，那么这种空洞的形式就没有任何独立的价值了”。^①

^① 《马克思恩格斯全集》第1卷第178页。

第二节 刑事诉讼的历史

一、古代刑事诉讼

古代是一个历史概念，在历史学上，主要指上古和中古时期，从社会经济形态看，指奴隶制和封建制两个历史阶段。受社会经济、政治、文化状况及其变革的影响，不同历史阶段的刑事诉讼制度呈现出不同的特点。在同一社会形态中，诉讼制度虽有共同特点，但由于国家不同，特别是在东方和西方由于文化背景差异，也存在着重要的区别。

（一）奴隶制时期刑事诉讼概况

刑事诉讼是阶级社会的产物，是随着私有制和国家的产生而产生的。人类社会的两次大分工，即游牧民族与农业部落分离以及手工业和农业的分离，大大促进了社会的发展，伴随着剩余产品的出现以及商品生产商品交换的发展，使社会有了新的阶级划分，在氏族战争中的俘虏沦为奴隶后，商品交换进一步产生债务奴隶，并使奴隶制度逐渐成为社会的基本经济制度。氏族制度的机关也随之逐渐演变为统治人民的工具，于是形成了国家。国家为了确立新的社会关系和社会程序，便把原来已经渗透了阶级内容的习惯和新确立的行为规则认可为法，这就形成了不成文的习惯法。这种习惯法，无疑既包含了当时奴隶制度国家要求全社会遵守的行为规范，也包含对违反这些规范的行为进行处理的程序制度。这时候刑事诉讼作为一种国家活动就开始出现了。人类社会的第三大分工，即商业的出现，使社会财富迅速集中到少数奴隶主手中，使得奴隶主阶级内部的斗争和奴隶主与自由民之间的利害冲突进一步加剧，奴隶的反抗也日益强烈。在这种情况下，过去那种浮泛不定的不成文习惯法已不适应日益复杂的社会关系，于是奴隶制国家一方面制定新的行为规范，同时认可那些通行有效的行为规范，用成文法代替不成文

的习惯法。在成文法出现以后，刑事诉讼这种国家活动，就有了较统一的形式和程序制度，并逐步健全和完善起来。

古代东方最早进入奴隶制的国家是埃及、中国、巴比伦和印度。

古埃及约在公元前 50 世纪进入定居的农业生活，公元前 40 世纪左右在尼罗河流域开始出现国家，公元前 30 世纪左右埃及形成了统一的奴隶制国家。但到公元前 1 世纪，埃及因被罗马帝国占领而灭亡，其固有诉讼制度的发展也由此中断。在埃及古代奴隶制国家存续的 3000 年中，有过发达的诉讼文化。据流传下来的资料记载，古埃及国王称为法老，拥有至高无上的权力，包括最高审判权。法老下面设宰相，掌管全国的司法、行政和经济大权。宰相衙门和各州衙门既是行政机关，又是司法机关，两级衙门都有宏大的审判厅，均设有初级法官、高级法官和审判官集团，分别负责各种案件的审判。古埃及的刑事法律是对奴隶以外的有人权的人规定的行为规范，诉讼程序是处理有人权的人之间的刑事案件的活动规则。刑事诉讼由当事人直接提起，须有书面诉状审判厅才予受理。审判实行辩论式诉讼，但没有专职辩护人，由原告、被告自己进行辩论。证明事实除采用证人证言、物证、书证外，誓言是一种重要证据。判决以多数法官的意见为准，宣判时主审法官将挂在自己胸前的真理牌在胜诉方当事人的脑门上点一下，即表示该方胜诉。整个诉讼过程都要作成书面记录保存下来。

古印度自公元前 30 世纪前开始由氏族公社进化到奴隶制社会，到公元 7 世纪以前为奴隶制时期。印度奴隶制法的特点是与宗教、道德规范和哲学联系密切。其法律大体可分为佛教分支和婆罗门分支，相互兴替。公元前 2 世纪至公元 2 世纪之间婆罗门教法陆续将各派著作中有关法律规范的内容加以汇编而产生了《摩奴法典》，这是印度古代具有代表性的文献，其内容包括宗教、道德、法律规范和哲学等。这部法典肯定国王有最高权力，是具人形的神，因而也拥有最高的裁判权。政教合一的王室法院审理重大案件和复审地