

吴宏耀
种松志◎丛书主编

刑事诉讼法通义

徐朝阳◎著
范仲瑾
张书铭◎点校



中国政法大学出版社

刑事诉讼法通义

徐朝阳◎著

范仲瑾

张书铭◎点校

刑事诉讼法典存

吴宏耀

种松志◎丛书主编



中国政法大学出版社

2012·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事诉讼法通义 / 徐朝阳著. — 北京: 中国政法大学出版社, 2012. 2

ISBN 978-7-5620-4154-2

I. 刑… II. 徐… III. 刑事诉讼法—研究—中国 IV. D925. 204

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第010109号

- 书 名 刑事诉讼法通义 XING SHI SU SONG FA TONG YI
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088
邮箱 academic.press@hotmail.com
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908437 (编辑室) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880mm × 1230mm 32 开本 12.625 印张 300 千字
- 版 本 2012 年 2 月第 1 版 2012 年 2 月第 1 次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4154-2/D · 4114
- 定 价 36.00 元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

目 录

绪 论

第一章	刑事诉讼法之意义	1
第二章	刑事诉讼法之主义	1
第三章	刑事诉讼法之地位	7
第四章	刑事诉讼法之效力	8
第五章	刑事诉讼法之解释	10

本 论

第一编 总 则

第一章	法 例	12
第二章	法院之管辖	16
第三章	法院职员之回避	37
第四章	被告之传唤及拘提	49
第五章	被告之讯问	59
第六章	被告之羁押	63
第七章	证 人	76
第八章	鉴定人	89
第九章	扣押及搜索	97
第十章	勘 验	107
第十一章	辩 护	111
第十二章	裁 判	118

2 刑事诉讼法通义

第十三章 文 件	124
第十四章 送 达	126
第十五章 期 限	133

第二编 第一审

第一章 公 诉	140
第一节 侦 查	141
第二节 起 诉	179
第三节 审 判	186
第二章 自 诉	238

第三编 上 诉

第一章 通 则	251
第二章 第二审	276
第三章 第三审	297

第四编 抗 告

第五编 非常上诉

第六编 再 审

第七编 简易程序

第八编 执 行

第九编 附带民事诉讼

绪 论

第一章 刑事诉讼法之意义

第一，实质之意义。实质刑事诉讼法，指规定刑事诉讼程序之全体法规而言。即不问有无刑事诉讼法之名称，如法规之内容，苟有关于刑事诉讼程序者，则得称为刑事诉讼法。例如，《法院编制法》及《监狱规则》等，皆属实质意义之刑事诉讼法。

第二，形式之意义。形式刑事诉讼法，指有刑事诉讼法名称之法典而言，即民国十七年七月二十八日公布、同年九月一日施行之《刑事诉讼法》是也。凡单称刑事诉讼法者，通常指此形式意义之法典。

第二章 刑事诉讼法之主义

刑事诉讼法之主义者，谓刑事诉讼之原则，即关于刑事诉讼如何开始、诉讼资料如何提出、审判程序如何履行等问题之原则也。兹举其要，胪列于下：

第一，弹劾主义与纠问主义。弹劾主义者，谓认有原告、被告及法院之三个诉讼主义：原告握诉追之权；被告亦有防御之权，与原告对立；法院则于其间而审理裁判之之主义也。纠问主义者，谓惟以法院为诉讼主体，不认其他为诉讼之当

2 刑事诉讼法通义

事人，法院并行诉追及审判之作用之主义也。纠问主义无诉追犯罪之原告，诉追、审判均由法院全负其责，易陷独断擅行之弊，难期裁判之公平。在弹劾主义，则分任诉追及审判之作用，各有掌辖之机关，足以匡正纠问主义之流弊，而得求公平之裁判。此其优点，所不待言。且纠问主义仅认被告为诉讼之目的物，并不赋予防御之权利，亦非所以尊重人权而保护被告之利益，亦不若认被告为诉讼当事人使拥护其权利之弹劾主义为胜也。

第二，合法主义与便宜主义。合法主义，又称励行主义或法定主义，即检察官如认犯罪具备起诉之要件时，应须行使诉权之主义也。与此对立者，为便宜主义，又称任意主义。即虽对于完备诉追要件之犯罪，检察官仍得斟酌刑事政策上之利害，任意决定起诉或不起诉之主义也。此二主义得失互见，学者间议论亦不一。国家既制定刑罚法令，对于犯罪之发生，直得适用刑罚法令而科犯人以刑罚；坐视犯罪不与诉追，实非妥善。故以合法主义为正当。虽然，刑罚目的在使犯人改过迁善，不在报应，苟在一定情形之下，不无以不起诉为有利益。故便宜主义，亦自有存在之理由。现行《刑事诉讼法》第二百五十三条第一项规定云：“检察官依侦查所得之证据，足认被告有犯罪嫌疑者，应向该管法院起诉。”而标明采用合法主义。但于第二百四十五条又规定，轻微案件及被害人不希望处罚之案件，检察官得不起诉，是又采用便宜主义之明证也。

第三，职权主义与处分主义。职权主义云者，谓关于诉讼事件，不认当事人有诉讼物体^①及诉讼材料并诉讼进行之处分权，法院应以职权为之审判之主义也。在此主义，诉讼如经属于法院，则须待法院处断，不容当事人变更或消灭

^① 所谓“诉讼物体”，即现在所谓之“诉讼客体”或“诉讼标的”。

诉讼物体，故又称为不变更主义。处分权主义云者，谓当事人对于诉讼物体、诉讼材料及诉讼进行有处分之权，法院受当事人处分之拘束之主义也。在此主义，当事人之进行，法院胥受其羁束，故又称曰当事人进行主义。

民事诉讼之物体为私法上之法律关系，故民事诉讼之目的在保护私权，而私权当事人得任意处分为原则。是以在民事诉讼，关于诉讼物体及诉讼材料等一任当事人任意处分。即舍弃、认诺、和解、减缩，均无不可，采用处分主义固未见其不当也。刑事诉讼之物体为国家之科刑权，事关公益，自不许当事人任意处分；法院不受当事人行为之拘束，应依职权进行审判，采用职权主义，亦势所当然。但亦有例外采用处分主义者，如第二百一十九条之规定，“告诉乃论之罪，告诉人于第一审辩论终结前，得撤回其告诉。”第二百六十四条，“起诉于第一审审判开始前得撤回之。”第三百四十七条，“自诉得于第一审辩论终结前撤回。”以及上诉权之舍弃及撤回（第三百六十六条、第三百六十七条）等规定是。

第四，实体真实发现主义与形式真实发现主义。实体真实发现主义云者，谓法院对于诉追事件，自进而探明事实之真相，以为适合真实之裁判之主义也。在此主义，法院（一）得用必要之方式，即法院得依认为发现事实真相所必要之方式，调查证据。例如，因有必要，命被告退庭而讯问证人及发掘坟墓或解剖尸体是。（二）不受当事人主张之拘束。无论当事人主张之事实，对于其事实有无争论及其所提出之证据如何，法院均不受其拘束，务须自行发现事实之真相。例如，被告即自白犯罪事实，仍须依职权探查事实之真相，而认定其可为证据与否。（三）依自由心证判断证据。即，证据之证明力，依法院之自由心证行之，不囿于当事人所提出之证据。与此实体真实发现主义对立者，为形式真实发现主义。形式真实发现主义云者，谓法院应依形式上之真

4 刑事诉讼法通义

实以为裁判。即，法院对于有争事实，须依当事人所提出之证据决之；苟为无争事实，即应认为真实，基之而为裁判之主义也。故在此主义，法院之认定事实，仅止于当事人所主张之事实及举证之范围以内，而不得自进探查实体之真相。例如，法院虽信被告之自白为非实体的真实，然仍须据其自白为有罪之判决是。

形式真实发现主义为民事诉讼所采用。盖民事诉讼乃以保护私权为目的之诉讼，而私权又以当事人任意处分为原则，法院无于当事人所主张及举证范围而外，更进而采求事实之必要。但在刑事诉讼，则以确定国家科刑权之存否及其范围为目的，事关公益，自不能认当事人有处分之权。故法院不受当事人主张及举证之拘束，须探求实体的真实，以为裁判始可成信谳而免枉纵焉。

第五，直接审理主义与间接审理主义。直接审理主义云者，谓法院就得为裁判材料之事物应为直接实验之主义也。直接事物之作用，有主观的直接及客观的直接之二种。主观的直接，谓为裁判之法院自身直接事物。故如依受命推事或受托推事所调查搜集之证据，非主观的直接。客观的直接，谓直接于所欲实验事物自体之根源。故如审问间接之证人、实验文书之写本，即非客观的直接。兹所云实验，谓凡依吾人五官之作用，以调查事物也。如阅览文书、听证人之陈述、检查证据物件，皆属之。与直接审理主义对立者，为间接审理主义。间接审理主义云者，谓法院对于裁判材料之事物无须直接实验之主义也。按吾人对于事物之认识作用，以直接接触所欲认识之事物，始能真确，故欲探求事实，判断真相，则对于判断基础材料之事物，自以直接实验为必要。刑事诉讼既采用实体真实发现主义，自以采直接审理主义为宜。《刑事诉讼法》因有如此之规定，如“审判日期，非当事人出庭，不得审判”（第二百七十条、第二百七十一条）。又

如，“审判时，应讯问被告并调查证据”（第二百七十七条至第二百八十一条）以及“审判开始后，推事有更易者，应更新审判之程序”（第二百七十六条）等规定是。然欲绝对贯彻此项原则，实际不无困难，故有例外。如“审判长得于庭员中指定受命推事，命其讯问被告，或调查证据之全部或一部”（第二百九十七条）；“被告拒绝陈述者，得不待其陈述，进行判决”（第三百一十条）；以及“最重本刑为拘役或专科罚金之案件，被告得委任代理人出庭”（第二百七十二）等规定是。

第六，言词审理主义与书状审理主义。言词审理主义云者，谓法院及当事人间诉讼上之审理行为，须以言词为之。即，当事人之主张辩解及法院搜集裁判材料之各行为，均须以言词为之之主义也。故在此主义，仅以言词所得之材料为裁判之基础。与此主义对立者，为书状审理主义。书状审理主义云者，谓为裁判基础之诉讼行为，须以书状为之之主义。故当事人之主张辩论、法院之调查等，苟不以书状为之，如提出书面或记明笔录，不生其效力，即不得为裁判之基础也。

言词审理主义与书状审理主义，各有短长。《刑事诉讼法》以言词审理主义为原则，采用书状审理主义者，不过少数例外。如，第三审之判决及非常上诉之判决，均不经辩论（第四百零一条、第四百三十六条）。至于法院之裁定，多与实体之刑罚权无关，为便宜计，采用书状审理，自无不可。《刑事诉讼法》虽于此无明文规定，而参照第一百八十条第二项之规定，亦可推见也。

第七，自由心证主义与法定证据主义。自由心证主义云者，谓对于事实认定的基础之证据，取舍判断，委诸法院之自由心证，不与以何等拘束也。与此对立者，为法定证据主义。法定证据主义云者，谓证据之种类及其证明力，以法律规定，法院之判断应受其拘束也。

法定证据主义，以法律规定证据之种类及其证明力，得以防止法官之专横，且使法官对于证据之判断，知所依据，故得免认定事实之错误，或分歧不一之弊。例如，法官于公证证书所记载之事实，不得否定之；犯罪事实，非有被告之自白，不得认定；皆法定证据主义之适用也。虽然，社会情形，极为复杂，苟以一般抽象之标准，而欲支配万千之事情，究难探明事实之真相。可知，依法定证据主义难于发现实体真实，不若自由心证主义为优。此主义信任法官，证据之价值判断，概委其自由确信，故法官须得其人，所不俟论。而证据价值之判断概任法官云者，亦非法官可得感情用事，随意妄断之谓；必须依经验上之法则，否则其判断即为违法，可为上诉之理由。

《刑事诉讼法》第二百八十三条规定云，“证据由法院自由判断之。”是即宣明采用自由心证主义。但不无例外，如第三百三十四条“审判中之诉讼程序，专以审判笔录为证”之规定是。

第八，公开审理主义与秘密审理主义。公开审理主义云者，谓法院公开其审判之处所，容许他人到场旁听也。公开审理主义有二种：即，当事者公开及公众公开是。前者谓仅许当事人及其他诉讼关系人在场，而后者即公开审判之处所，许一般公众旁听之谓。通常所谓公开，即指公众公开。如已公开法庭，许公众旁听。设事实上无人旁听，或禁止特定之人旁听，仍不失为公开。与公开审理主义对立者，为秘密审理主义。秘密审理主义云者，谓秘密诉讼之审判，不许一般公众到场旁听之主义也。审判公开与秘密，各有流弊。惟公开审理足以防止法官之专横，促进裁判之公平，益增公众之信仰，自较秘密审理为胜。故《刑事诉讼法》采用公开审理主义。惟于有某种特别情形时，许停止公开而已（参照《法院编制法》第五十八条）。

第三章 刑事诉讼法之地位

第一，刑事诉讼法为公法。法律大别为公法与私法。刑事诉讼法属于公法。刑事诉讼一方以确定国家之刑罚权为目的，一方则以维持违反《刑法》之法律上秩序为目的。而维持此等法律上之秩序，依国家之权力作用，其作用即为国家机关与私人间之法律关系。故于刑事诉讼之法律关系，为公法关系；规定公法关系之刑事诉讼法，自属公法无疑。

第二，刑事诉讼法为程序法。法律分为实体法与程序法。实体法者，规定实体上权利义务之关系之法律也。程序法者，规定关于实体法之运用方法之法律也。《刑事诉讼法》为规定《刑法》及其他刑罚法令之运用法规。其为程序法，亦所不待言也。

第三，刑事诉讼法与其他公法之关系。于此问题，胪述于下：

刑法为实体法，刑事诉讼法为程序法。无刑法，则无刑事诉讼法之必要。仅有刑法而无刑事诉讼法，则刑法所规定国家之刑罚权不能确定与实行，故得谓刑事诉讼，乃行使刑罚权法律上所不可缺之条件。是即刑事诉讼法与刑法有如何密切之关系，至为明了，所不待述。但实际于或种法规，有时发生属于刑法抑属于刑事诉讼之疑问，故应说明此两者之区别。即，刑法为关于国家刑罚权之存在、种类、范围及消灭之规定，而刑事诉讼法，则系规定关于国家刑罚权之确定及实行之程序者也。

刑事诉讼与民事诉讼分别规定，已久为一般立法例所采用。而在沿革上，无论何国，固皆以民事及刑事之诉讼法规定于同一法典也。两者之目的各异，性质自殊，但关于程序

之规定，亦有可以类推适用者。如第五百零七条第二项之规定，“附带民事诉讼之诉讼程序，准用《刑事诉讼法》。《刑事诉讼法》无规定者，准用《民事诉讼法》。”是即特以明文许准用《民事诉讼法》之例。至其他程序，苟《刑事诉讼法》无明文规定并于其目的可许之范围内，亦可准用《民事诉讼法》之规定。

警察法规，系规定行政权之作用，而刑事诉讼法条规定司法之作用。但如所谓司法警察者，则属于司法行政权之作用。如司法警察官或其辅助警察官之搜查犯罪、执行裁判是。规定此等程序之法律，属于实质之刑事诉讼法。

刑事诉讼法系规定刑事诉讼之程序；司法行政法规，则系为刑事诉讼之程序使无障碍之规定。换言之，司法行政法规云者，谓规定司法行政权实施之法规也。二者之作用虽不同，但有密切之关系。现行法关于司法行政之基本规定，规定于《法院编制法》中。

第四章 刑事诉讼法之效力

刑事诉讼在如何之范围内而有效力？此问题得分时、地、人及事物四款说明之。

第一，关于时之效力。《刑事诉讼法》亦与其他法律同，自实施至废止之期而有其效力。新法既经施行，发生效力，则凡一切诉讼程序应依新法之规定。即在旧法时代所着手之事件，于新法发生效力后，概应依新法为之。《刑事诉讼法》亦如刑法不溯既往，故于旧法时代所为之程序，虽于新法施行后亦完全适法有效。

第二，关于地之效力。《刑事诉讼法》之效力，普及我国全部领域。领域云者，谓依国际公法上之原则，我国领

域主权所及范围。中国之地理上之领土，其为领域，所不待言。领海、领空，亦属之。即在领域外之民国船舶，亦以民国领域论。盖《刑事诉讼法》为我国行使刑罚权之程序，故应依属地主义也。但有例外，即《刑法》所定领域外之犯罪（《刑法》第五条至第七条），仍得依《刑事诉讼法》诉追，而在领域内未设法院之处，亦无从适用也。

第三，关于人之效力。《刑事诉讼法》对如何之人而得适用，亦与《刑法》同。凡应受《刑法》之人，皆适用《刑事诉讼法》。其人是否为本国人抑或为外国人，所不必问。至为《刑法》效力所不及之人，《刑事诉讼法》之效力亦所不及。例如，治外法权之人及有领事裁判权之外国人，均不能适用。此等人不得以为被告，固不待论；即为第三人时，亦不受《刑事诉讼法》之适用。兹所谓第三人，即指应为证人、鉴定人及应受搜索、扣押之人而言。又凡海陆空之军人，应归军事法院管辖，不受通常法院审判。故亦不得依《刑事诉讼法》，以为被告。但关于第三人之效力，则与通常人同，而与有治外法权者异。

第四，关于事物之效力。《刑事诉讼法》固得适用于刑事事件，然非一切刑事事件，均得适用；须在通常法院审判之刑事事件，始为其效力所及。刑事事件者，谓对于犯罪科以刑罚为目的之事件。故对于以保护私权为目的之民事事件，无《刑事诉讼法》之适用，固不待论。即行政官署处分之行政事件，如关于惩戒罚、秩序罚及执行罚之事件，不以处刑为目的者，亦不能适用《刑事诉讼法》。惟附带刑事事件之民事诉讼，其性质虽为民事事件，但为审判之便利计，故使受《刑事诉讼法》之支配。反之，虽系刑事事件，如由特别法院或行政官署处理者，各应适用其特别法，除该法有明文外，不得准用《刑事诉讼法》之规定。

第五章 刑事诉讼法之解释

第一，解释之标的。法律之解释，有以法律之用语而确定立法者之意思为目的者，有以探求立法者之意思而明确法律之用语为目的者。立法者之意思，不过为法律之渊源。法律之制定，虽基于立法者之意思，但立法者意思与法律之精神，完全独立。盖法律之用语，随时间之迁移，而扩张其意义，每有为立法者所不能预定之事项，故解释应以研求法律本身所有之精神而明确之为目的。

第二，解释之方法。《刑事诉讼法》，亦如他法之解释方法，应并用文理解释与论理解释。文理解释者，谓从法律用语探求法律精神之方法。论理解释者，谓从法律理论探求法律精神之方法。文理与论理相反者，应用论理为扩张解释或缩小解释。前者谓扩张文字之意义以解释之，后者即指缩小文字之意义以为解释而言。

类推解释，谓法规有所欠缺时，援用类似之其他法规，以为解释之方法。类推解释，若无条件，恐生新制法规之弊。故以不违背《刑事诉讼法》固有之性质为要件。

本 论

现行《刑事诉讼法》，系于中华民国十七年七月二十八日公布，同年九月一日施行，共九编，都五百十有三条。第一编总则，规定全编通用法则，计十有五章。第二编第一审，规定侦查、起诉、审判及自诉之程序，凡二章。第三编上诉，规定上诉通则及上诉程序，共三章。第四编抗告、第五编非常上诉、第六编再审、第七编简易程序、第八编执行，最末第九编，规定附带民事诉讼之程序。

第一编 总 则

总则云者，即适用《刑事诉讼法》全体之法则之谓也。故本编之规定，不外关于本法之效力及各种刑事诉讼共同之行为，凡十有五章。除有特别规定及性质所不容者而外，以后各编规定之诉讼程序，均无不可得而适用也。

第一章 法 例

法例之名，沿于晋律。现行《刑法》第一章，即为“法例”之规定。其在诉讼法，征之前《刑事诉讼律》，^①并无“法例”专章。本法以实施刑事诉讼程序，应注意人民权利之保障及其利益；而当事人及其亲属之明文，在本编及各编中屡见不鲜，则其意义，亦应首先明了。故本法开宗明义，规定本章，以为适用《刑事诉讼法》之总纲。

① 即清末制定的1911年《刑事诉讼律（草案）》。1911年《刑事诉讼律（草案）》于宣统二年十二月二十四日（1911年1月24日）奏进清廷，是清末修律中最完整的一部刑事诉讼法草案。该草案主要参酌日本明治二十三年（1890年）《刑事诉讼法》，在由日本修律顾问冈田朝太郎协助下完成。该草案“酌采各国通例，实足以弥补传统中国旧制之所未备；上奏后，清廷即发交宪政编查馆复核，惟未及正式颁布，清室已倾，然却为其后新成立的民国政府所继续援用与发展。”黄源盛：“近代刑事诉讼的生成与展开”，载《清华法学》第八辑，清华大学出版社2006年版。