

Deutsches Strafverfahren

德国刑事诉讼程序

[德] 托马斯·魏根特 著
岳礼玲 温小洁 译

DEUTSCHES STRAFVERFAHREN

652

中国政法大学出版社

Deutsches Strafverfahren

德国刑事诉讼程序

[德] 托马斯·魏根特 著

岳礼玲 温小洁 译



中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

德国刑事诉讼程序/岳礼玲,温小洁译.—北京:中国政法大学出版社,
2003.7

ISBN 7-5620-2454-5

I.德... II.①岳...②温... III.刑事诉讼—诉讼程序—德国
IV.D951.652

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 072078 号

书 名 德国刑事诉讼程序
出 版 人 李传敢
经 销 全国各地新华书店
出版发行 中国政法大学出版社
承 印 固安华明印刷厂
开 本 880×1230 1/32
印 张 9
字 数 200 千字
版 本 2004 年 1 月第 1 版 2004 年 1 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-5620-2454-5/D·2414
印 数 0 001-3 000
定 价 20.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62225059
电子信箱 z5620@263.net
网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

☆☆☆☆☆

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

作者简介

托马斯·魏根特 (Thomas Weigend) 1949 年生于德国德里斯顿。1972 年毕业于德国弗莱堡大学法律系, 通过国家司法考试。1973 年在美国芝加哥大学学习, 获比较法硕士学位。自 1973 至 1985 年在马普外国与国际刑事法律研究所进行研究工作。1977 年在弗莱堡大学获法学博士学位。1985 年取得在大学的授课资格。1986 年至今任科隆大学刑事法律教授。

他的主要著作有:《起诉和斟酌的职责》(1978)、《犯罪被害人和刑事诉讼》(1989)、《外国刑事诉讼中的辩诉交易》(1990)、与汉斯-海因里希·耶舍克 (Hans - Heinrich Jescheck) 教授合著的《刑法教科书-总则部分》(1996)、与何意志 (Robert Heuser) 合著的《从比较的角度看中华人民共和国刑事诉讼法典》(1997)、《在刑事诉讼中做何种法律变革能够保护证人和其他人免受伤害?》(1998)。

前 言

德国刑事诉讼法典有很悠久的传统。它可追溯于1877年，那时发现和侦查犯罪的方式和手段与现代相比有天壤之别，并且那时政治制度和德国社会的道德观念仍被深植于传统的价值观念中。然而在19世纪后半期得以发展的刑事诉讼法对许多问题提出了现代、自由和理智的解决方法，这些问题至今仍困扰着刑事诉讼法学家。最重要的是，德国设法提供了一种制度，它建立在法院负有“发现事实真相”的责任，并有当事人很强的介入到诉讼程序中。因此，德国的制度力争取得英美和大陆传统构筑刑事诉讼程序的最佳混合，并且取得了一定的成就。

自1877年后，对刑事诉讼法的规定进行了许多修改，特别是犯罪嫌疑人和被告人的诉讼权利得到了很大的加强。然而刑事诉讼的基本框架没有变，这可能是德国法学家结构保守主义的表现，但也可能是原始立法高质量的实证。

我感到特别荣幸能在这本小书中展示给中国的读者德国刑事诉讼法的概要。中华人民共和国1996年制定的刑事诉讼法以及监狱法，警察法和其它法律在1997年有了德语译本，由此在德国就中国在程序法现代化进程方面所取得的成就展开了活跃的学术讨论。我真诚地希望这本书的发表可以进一步促进中德双方在刑事诉讼领域议题的研讨，这些议题无论他们政治和经济的倾向性如何，在世界绝大多数法律制度中都表现出相类似的特征。我

2 前 言

们应力争找到能够在尊重个人权利和取得诉讼目的，即基于对相关事实实际评价的公正裁判之间最佳的解决方式。

这本小书只能就德国刑事诉讼法的一些基本问题进行简单的介绍。我试图与相关的判例法和学术讨论一起着重介绍刑事诉讼法典中最重要法律规定，但是读者们应该知道，我没有给出所有来源的引注。那些有意对德国刑事诉讼程序中的特别问题进行研究的人比较明智的方式是求教原始的德语著作。

这本书的出版，如果没有我宝贵的同事和朋友，中国政法大学岳礼玲教授的鼓励和坚定、积极的支持，它是不可能的。她亲自翻译了这本原始用英文所写的书中实质的部分并审阅了全部译稿，她还安排使这本书能在一个著名的法学著作出版社出版。我非常感谢岳教授，同时我也感谢参与翻译的温晓洁博士和协助岳教授工作的王冠女士。最后但不是最不重要的，我愿意感谢福特基金会，特别是原在中国工作的项目官员张乐伦女士对这个项目的大力支持。

祝愿这本小书有助于进一步促进中德两国法律工作者间思想和见解的交流。

Thomas Weigend

科隆

2003年6月

目 录

第一章 德国刑事诉讼程序概览	(1)
一、概述	(1)
二、法律渊源	(6)
三、法律解释和法院系统	(9)
四、刑事诉讼的目的	(13)
五、德国刑事诉讼程序概览	(17)
第二章 刑事诉讼中的诉讼参与人	(22)
一、刑事法院及其组织	(22)
二、公诉机关	(37)
三、警察	(49)
四、辩护人	(52)
五、被告人	(68)
第三章 审前程序	(90)
一、总体评价	(90)
二、对自由的限制	(92)
三、扣押物品	(104)
四、搜查	(111)
五、身体检查	(114)
六、对私人通讯的秘密监控	(119)

2 目 录

第四章 公诉、审判和判决	(129)
一、公诉.....	(129)
二、审判.....	(133)
三、判决.....	(147)
第五章 证据	(150)
一、收集证据：法院和当事人的角色.....	(150)
二、证明方式.....	(168)
三、直接原则.....	(183)
四、证据的排除.....	(187)
第六章 特别程序	(203)
一、自诉.....	(203)
二、快速审判程序.....	(206)
三、刑事处罚令.....	(209)
第七章 上诉	(214)
一、一般规定.....	(214)
二、抗告.....	(218)
三、一般上诉.....	(220)
四、对法律错误的上诉.....	(222)
五、再审程序.....	(230)
附录：	
对《中华人民共和国刑事诉讼法》的比较法评述	
/ [德] 托马斯·魏根特 樊文 译.....	(233)
德国刑事诉讼法参考文献.....	(265)
德汉刑事诉讼词汇对照表.....	(268)
译后记	(276)

第一章 德国刑事诉讼程序概览

一、概述

德国刑事诉讼法和其它任何法律一样，是它的历史产物。现行法的许多显著特征都源于纠问式诉讼程序，它是从 13 世纪至 16 世纪发展起来，直到 19 世纪初被普遍地实施。^{〔1〕} 纠问式诉讼程序以权力广泛的治安法官的单方面努力为特征，他们调查被指控的犯罪事实并准备施加给犯罪人的判决。

在 19 世纪，特别是在 1848 年之后，一些不同法律传统的因素，例如英国普通法程序中的一些因素被引进到德国法中。在法国大革命之后，法国采纳了许多英国刑事诉讼的特征。公开、言辞审判，陪审法官，公设检察官办公室的引进等方面的改革从法国渗透到当时德国疆界内各州的立法中。1871 年这些州中的大部分统一于德意志帝国，之后不久，制定一部统一的刑事诉讼法典的工作开始了。这些工作的成果是帝国刑事诉讼法典（Reichs - strafprozessordnung），于 1877 年生效，虽然有各种各样的修正案，但是直到今天仍然是刑事诉讼法的主要渊源。刑事诉讼法典

〔1〕 有关德国刑事诉讼历史的详细叙述，见 *Eb. Schmidt*, *Einfuehrung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3rd ed. 1965；相对简单的叙述，见 *Rueping*, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, 3rd ed. 1998.

2 德国刑事诉讼程序

可以说是上述不同法律传统的混合物。

第二次世界大战之后，德意志联邦共和国基本法颁布（1949），该基本法于1990年成为统一后德国的宪法，它更加强化了通过对人权的保护反对国家的干涉。虽然刑事诉讼法典的原文大部分没有改变，但是人权保护的发展已经影响了刑事诉讼法的精神及对它的解释。鉴于进入刑事司法系统的犯罪案件的数量和复杂程度的增加，近来的刑事诉讼法修正案主要是针对如何提高刑事司法的效率和速度；另外一些对现代的监视方式以及控制犯罪和起诉所涉及的各种机构之间的资料传输方式进行规范。

通常来说，审问式诉讼程序的明显特征，例如法院单方面探究“事实真相”，仍然在德国刑事诉讼中占主导地位。因此，简要地概括职权原则（*Amtsermittlungsgrundsatz*）的基本理念和主要影响有助于更好地理解德国的刑事诉讼。

职权主义的一般原理是探寻与决策者作出决定相关的事实准确、完整的信息。换句话说就是，是否指控犯罪嫌疑人的决定以及最终的判决都应建立在最接近客观事实的基础上。决策者（例如，作出起诉决定的公设检察官，进行定罪和量刑的审判法院）必须在客观充分的事实基础上作出决定，而不依赖于其他诉讼参与人的积极参与或是消极抵抗。刑事诉讼法典第160条第1款确立了公设检察官的职责〔“通过告发或者其他途径，检察院一旦了解到有犯罪行为嫌疑时，应当对事实情况（*Sachverhalt*）进行审查，以决定是否提起诉讼（*oeffentliche Klage*）”〕；刑事诉讼法典第244条第2款或许是德国刑事诉讼法的中心准则，它确立了审判法院的职责（“为了调查事实真相，法院应当依职权将证据调查延伸到所有的对于裁判具有意义的事实和证据上”）。从法律规定的文字表述可以清楚地看出，法院不需要也不能依赖当事人主动提供证据。结果是，所有的证据都是法院的证据，不

“属于”任何一方当事人。当起诉方和辩护方在审判中自由地确定、提供证人和专家时，这些证人和专家所受到的待遇与法院主动传唤的证人没有什么不同。

法院确定案件事实的职责进一步意味着当事人双方没有证明责任。起诉方当然要提供一些证据为了使案件进入审判；然而，一旦法院决定对案件进行审理，任何一方当事人都不再有提供证据，或使法院确信他的主张为真实的责任。基于同样的理由，任何自白或者是被告人宣称要求定罪的愿望都不能最终解除法院发现事实真相的责任；甚至被告人同意授权法院根据不充分的证据对他定罪也是同样的。^{〔2〕} 法院甚至不得不探究当事人双方不愿提出的事实。^{〔3〕} 法院当然要避免给犯罪事实仍存怀疑的被告人定罪。^{〔4〕} 但是，在它查清这种对被告人有利的存疑之前必须利用其职权范围允许的一切手段来解决存疑，这是法院的任务。

法院这种寻找事实和“实体的真实”（“materielle Wahrheit”）的广泛职责当然是德国法审问式传统中最显著的部分。这种职责使得当事人在审判阶段处于次要的地位；特别是检察官，基本上处于被动，依赖法院依照法律对起诉作出处理。^{〔5〕}

德国法律坚持职权原则的事实并不意味着被告人像在 19 世

〔2〕 见 Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (BGHS) vol. 43, p. 195, 206-108 (1997).

〔3〕 这是可能发生的，例如，如果法院感到被告人可能精神错乱（这将导致减轻责任）。即使检察官和被告人都否认这种可能性，法院必须传唤一名专家以取得有关精神病的信息。Cf. 还有 BGH StV 1989, 140（法院必须传唤证人，即使这个证人已经写信主张反对自我归罪的权利，不愿作证）。

〔4〕 德国法院依靠间接证据给被告人定罪时是毫不犹豫的。甚至如果被告人没有认罪，经常从客观事实中推断他的犯罪意图（Vorsatz）。

〔5〕 在实践中，辩护律师和公诉人在法庭审理时可能是非常积极的，尤其是在那些有争议的案件中，但是尽管如此，审判长仍保持主导地位。

4 德国刑事诉讼程序

经法律改革前的旧制度下那样仅仅是诉讼程序的客体。正相反，德国法律力求尊重被告人的人身自由，赋予其进行有意义的辩护的权利，确保给予被告人公正的审判。特别是，在作出终局性的有罪判决之前被告人应被推定为无罪；法院只有对被告人的犯罪事实深信不疑才能给他定罪，并且必须解决那些有利于被告人的事实中存在的疑问；只有在法律容许的情况下，才能侵犯被告人的基本权利，而且，对其权利所进行的不得已的侵犯对于实现刑事侦查的合法目的来说应是必要的。

德国基本民权的概念以及它们所保护的范围是与其它司法制度下类似的概念有所不同。基本法的第1条第1款（“人的尊严是神圣不可侵犯的。国家所有的权力机关有义务尊重和保护它。”）和基本法的第2条第1款（“任何人在他不侵犯他人权利，宪法准则或道德法（Sittengesetz）的范围内都有权自由地发展（Entfaltung）其个性。”）已经被解释为不仅是对一般的人身行为自由的保障，^{〔6〕}而且也是对宪法中没有明确提到的隐私权^{〔7〕}的保障。隐私权主要包括，保持私人的核心领域免受不必要的官方侵扰，^{〔8〕}以及能够秘密交谈而不被录音的权利。^{〔9〕}这一权利已经得到扩展，包括了决定个人资料被记录和保存范围的权利。^{〔10〕}宪法进一步明确保障了邮件和通讯的保密权（基本法第10条）以及住宅不被侵犯的权利（基本法第13条）。在一定情

〔6〕 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) vol. 6, p. 32 (1957); BVerfGE 54, 148 (1980).

〔7〕 BVerfGE 27, 1 (1969); BVerfGE 27, 344 (1969); 见 Dalakourus, Beweisverbote bezüglich der Achtung der Intimsphäre, 1988, pp. 49-60.

〔8〕 BVerfGE 80, 367 (1988).

〔9〕 BGHS 14, 358 (1960); BVerfGE 34, 238 (1973).

〔10〕 BVerfGE 65, 1 (1983).

况下这些和其他基本权利可能被法定机关所剥夺，但是任何对基本权利的侵犯必须限制在均衡原则所容许的范围内，也就是，它不得超出实现其合法目的所必要的范围，并且对公民权利的侵犯不得与所要实现的国家目的的重要性不成比例。^[11]

宪法进一步指出德国是一个法治国家（Rechtsstaat）（基本法第28条第1款），这就特别意味着政府的行政和司法机构必须依照法律办事（基本法第20条第3款）。^[12] 法院从含义广泛的法治国家原则（Rechtsstaatlichkeit）中推演出许多派生结论——这些结论与那些从美国宪法修正案（第5条和第14条）中的正当程序条款派生出的原则相类似，但同时还要求国家提供一个有效实施法律的制度。^[13] 作为保护民权的一个手段，法治国家原则不仅包括公正审判权，同时还要求重视无罪推定和反对自我归罪权。^[14] 反对自我归罪的权利虽然在德国的法律中并没有被详细地表述，但是对于刑事诉讼程序具有重要意义。德国法理学对自我归罪进行了非常广泛的解释，将其从作证的自我归罪扩展到可能导致或支持对行为者或其亲属进行刑事起诉的任何行为。^[15]

另一方面，在搜查和扣押中，公民住宅（以及人身和财产）不受侵犯的权利则受到相对较弱的保护。如果一个措施被认为是紧急的，警察可以对任何他怀疑已经犯罪的人（包括这个人的住

[11] BVerfGE 7, 198 (1958).

[12] 法治国家原则防止法院漠视制定法，即使是为了达到更公正结果；因此，法治国家程序原则的含义之一是遵从法律的字面意思。（Rechtssicherheit）。

[13] BVerfGE 33, 367, 383 (1972).

[14] BVerfGE 38, 105 (1974) 公正审判；BVerfGE 56, 73 (1981)（反对自我归罪的权利）；BVerfGE 74, 358 (1987)（无罪推定）。

[15] 举例来说，一个人不能被要求和被强迫在体内酒精测定器内呼吸，因为呼气是一种行为；但是根据刑事诉讼法第81a条的规定，可以强迫一个人提交或被抽取血样。

6 德国刑事诉讼程序

宅和所有物)命令和立即执行全面的搜查(刑事诉讼法第102, 105条)。而且,即使是这些合法搜查应符合的非常宽松的条件也没有受到尊重,非法搜查的结果通常被容许作为证据。^[16]

有关犯罪嫌疑人在审判前和审判中的人身自由问题是另一个重要的方面——至关重要的自由的利益与国家确保被告人出庭和使可能的刑罚得以执行的利益相冲突。德国法律对这一冲突的解决与其他司法制度不同(细节见下面第3章)。刑事诉讼程序能够——并且经常是在被告人没有被逮捕的情况下实施的。他的自由只有在刑事诉讼程序目的所必须的情况下才被剥夺,那就是,为了确认他的身份,防止其逃跑或毁灭证据。对一个犯罪嫌疑人的暂时逮捕(vorläufige Festnahme)可由任何警察依照法律规定的理由实施(刑事诉讼法第127条第2款)。但是将嫌疑人逮捕之后羁押超过一天,就需要有逮捕证(刑事诉讼法第112、128条)。逮捕证足以使被告人被羁押6个月,而不考虑起诉的日期(在这6个月的羁押期限内被告人有若干机会可以得到对羁押决定的司法审查)。6个月之后,对羁押期限的延长需要由州上诉法院决定(刑事诉讼法第121、122条)。审判的开始就中断了6个月的期限。

二、法律渊源

最全面的刑事诉讼法的渊源是1877年的刑事诉讼法典。正如上文所提到的,这一法典已经被修改过多次,并在1987年正式颁布了新版。尽管如此,它的主体结构一直没有改变。该法典

[16] BGH NSZ 1989, 375, 376; Nack, in: Karlsruher Kommentar, 4th ed. 1999 (hereinafter: KK), § 105 n. 21; 见 Landgericht Bonn, NJW 1981, 292; Landgericht Osnabrück, StV 1991, 152.

力求将审问式诉讼结构与自由程序制度的典型特征相结合，例如，有非职业法官参加的公开和口头的审判，以及对被告人免受强迫或用其它违法手段取得口供的权利的重视（刑事诉讼法第136a条）。

刑事诉讼法典没有清楚地说明刑事诉讼的一般原则或目标，主要是规定了刑事诉讼程序参加者的权利和职责。^[17]这个法典在一些技术事项上规定得非常详细（见刑事诉讼法典第7-21条有关管辖（Zuständigkeit）的规定，第42-47条有关期限（Fristen）的规定）；这样的规定是必要的，因为德国法院缺乏制定或颁布有关这些事项规则的权力。另一方面，一些基本程序权利的保障，例如，反对自我归罪的特权和无罪推定，显然没有规定在法典之中，这可以被解释为这类权利在起草法典的时代还没有被清楚地意识到。

刑事诉讼法典的结构如下：总则部分包括管辖，法官的回避和期限（刑事诉讼法典第1-47条），总则之后是有关证人和专家证人的条文（第48-93条）。然后法典规定了可容许的侦查措施（第94-136a条）以及辩护律师的权利和责任（第137-149条）。接下去的章节（Buch）规定了第一审程序，包括起诉的准备，即起诉侦查（第151-177条），审判的准备和审判程序本身（第226-275条）。余下的章节规定了不同形式的上诉（第296-373a条），被害人的权利（第374-406h条），特殊程序，例如，刑事处罚令程序（第407-412条），刑罚的执行（第449-463d条），有关费用（第464-473条）以及刑事诉讼程序终止期间和

[17] 在法典中有若干规定对审前和审判程序的进行给予了广泛的指示，例如，刑事诉讼法典第244条第2款和第261条；但是没有导言或其它诉讼原则进行总的规范。

之后，数据与其他信息的交流。

德国 1949 年宪法 (Grundgesetz) 相对来说较少对刑事诉讼程序进行特别规定。基本法第 97 条保障法官的独立，第 101 条禁止对特殊案件组成特殊的法庭或特殊的陪审团，第 103 条第 1 款授予每个人在法院被听审的权利，第 103 条第 3 款包含对双重危险的禁止。最后，基本法第 104 条规定警察在逮捕某人后只能将他羁押至这一天结束；任何超过这一期限的对自由的限制都必须由法官授权。

尽管缺乏对刑事诉讼程序的特别规定，但是宪法对刑事诉讼程序的重要性是不可被低估的。不仅是与刑事诉讼程序有特殊联系的一些基本权利在基本法第 1-19 条得到保障（例如，邮件的保密权，基本法第 10 条；住宅不受侵犯的权利，基本法第 13 条），而且法治国家原则已经被证明是诉讼程序的宪法性保护的一种额外的丰富资源。

其它一些与刑事诉讼程序有关的法律也应被提到。法院的组织、审判的公开以及法院保持秩序的权力被规定在法院组织法 (Gerichtsverfassungsgesetz) 中，这个法典与刑事訴訟法典一样，在 1877 年制定，而且在 1987 年被重新颁布。

1953 年的《青少年法院法》(Jugendgerichtsgesetz)，1974 年重新颁布，规定了关于青少年 (21 岁以下) 刑事起诉和审判的特殊规则。

有关行政处罚法的事宜是由行政机构 (Verwaltungsbehoerde) 以特殊的程序进行的，如果公民对这一机构所施加的处罚上诉，继而发生的法院程序与刑事诉讼程序相类似。1968 年的行政法规违反法 (Gesetz ueber Ordnungswidrigkeiten)，1987 年重新颁布，是这一实践中很重要的法律领域内的相关文件。

《欧洲保护人权和基本自由公约》(EMRK) 在 1950 年被欧洲

议会的所有成员国签署,为刑事诉讼程序中的一些个人权利提供了保障,特别是在公正的法庭面前进行不偏不倚的审判的权利,无罪推定,以及与起诉者对质的权利(公约第6条)。德国已经将公约转变为国内法;它的地位与刑事诉讼法典相等。^[18]此外,德国已经授予公民个人向位于斯特拉斯堡的欧洲人权法院控告的权利。^[19]结果是,一些欧洲人权法院作出的决定已经涉及德国刑事诉讼程序,并且影响了德国法院对刑事诉讼法的解释。例如,德国必须为刑事诉讼和违反治安法规(Ordnungswidrigkeiten)程序中的被告人提供免费的翻译;^[20]为在上诉法院参加口头听审的贫困的被告人指定辩护律师。^[21]虽然欧洲人权法院的判决对一个国家法律和实践没有直接的约束效力,但是德国法律在必要的地方已经符合欧洲人权法院的要求,而且联邦上诉法院近年来讨论了大量的欧洲人权法院的相关判决。^[22]《欧洲人权公约》以及欧洲人权法院解释的地位在未来将扮演越来越重要的角色。

三、法律解释和法院系统

德国的刑法和刑事诉讼法是由适用和执行法律的机关解释的——它们是警察、检察官和法院。在任何有疑义的情况下,法院有权解释法律。按照基本法第92条的规定,法官被授予审判权

[18] 欧洲人权公约于1953年在德国生效(Bundesgesetzblatt 1954 II, p. 14)。

[19] 见欧洲人权公约第25条。欧洲人权法院由欧洲议会选举的大法官组成,每个成员国都有一名大法官代表。

[20] Luedicke et al. v. Deutschland, EGMR NJW 1979, 1091; Oeztürk v. Deutschland, EGMR NSZ 1984, 269.

[21] Pakelli v. Deutschland, EGMR NSZ 1983, 373.

[22] 见 BGHSt 45, 321, 327 et seq. (1999), discussing Teixeira de Castro v. Portugal, EGMR Europäische Grundrechte - Zeitschrift (EuGRZ) 1999, 660.