

21

21世纪法学系列教材

外国刑事诉讼法学

(新编本)

王以真 主编

刑事法律系列

LAW



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



21世纪法学系列教材

刑事法律系列

外国刑事诉讼法学

(新编本)

主编 王以真 副主编 宋英辉

撰稿人 (按撰写章节顺序排名)

王以真 宋英辉 徐友军 陈永生 汪建成
陈瑞华 刘新魁 张美英 孙长永 徐鹤喃



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

外国刑事诉讼法学(新编本)/王以真主编. —北京:北京大学出版社, 2004.5
(21世纪法学系列教材)

ISBN 7-301-07136-1

I. 外… II. 王… III. 刑事诉讼法-外国-高等学校-教材 IV. D915.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 024738 号

书 名: 外国刑事诉讼法学(新编本)

著作责任者: 王以真 主编

责任编辑: 胡利国

标准书号: ISBN 7-301-07136-1/D·0868

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

电子信箱: zpup@pup.pku.edu.cn

排 版 者: 北京高新特打字服务社 51736661

印 刷 者: 河北涿县鑫年书刊印刷厂

经 销 者: 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 32.5印张 656千字

2004年5月第1版 2004年5月第1次印刷

定 价: 45.00元

凡购买北京大学出版社图书,如有缺页、倒页、脱页等
质量问题,请在所购图书销售部门联系调换。

版权所有 侵权必究

前 言

20世纪80年代后期,受国家教育委员会委托,我与校内外数位同行合作编写了教材《外国刑事诉讼法学》,该书于1990年出版,数年后再版。以后又与校内外数位同行编纂了与该教材配套的《外国刑事诉讼法学参考资料》,于1995年6月出版。2002年春,受北京大学出版社主管部门之托,我再次与校内外同行合作编写《外国刑事诉讼法学》新教材。

为了反映近年来国际上有代表性国家在刑事诉讼政策、理论、结构、程序与制度等方面的巨大变化,新编教材尽力引用新法律和新资料,反映新发展,加强并充实理论部分并且扩大覆盖面。在新编教材的总论部分中,重新撰写了刑事诉讼法的概念和目的;刑事诉讼和证据原则新增6项,改写3项;刑事诉讼制度新增3项,其余全部改写;此外还增加了当代有代表性国家刑事诉讼发展变化的一般趋势的概述及外国刑事司法体制的基本类型的概述。各论部分,原书只涵盖前苏联、英、美、法、德、日6国,新书增至12国。英、美、法、德、日5国全部重新改写,新增加的国家有俄罗斯、意大利、比利时、葡萄牙、印度、肯尼亚和马来西亚。增加马来西亚刑事诉讼法的目的是为学习研究伊斯兰国家刑事司法体系、刑事诉讼法填补空白迈出第一步。

本书共60余万字,参加本书撰稿的作者共10名,除1名本校老教授外,其余是校内外在职中青年教授、副教授和法官,另有1名年轻的博士后研究人员。他们在教学、科研工作非常繁重的情形下,尤其是在抗击“非典”疫情的非常时期,不顾个人健康,不计名利,充分发挥团体精神,保质、保量、按时地完成了撰稿任务。汪建成、陈瑞华同志在拟制、讨论本书提纲草案及推举人员方面提出了很好的建议,刘新魁、张美英同志除认真完成自身撰稿任务外,还对本书其他方面提出了有益的建议,但是他们仍然甘当普通撰稿人的角色。宋英辉同志是中国政法大学教授,一身兼负教学、科研、行政数职,在极为繁忙的工作中,不仅较早地完成自身撰稿任务,并且积极推荐人员,协助主编做了大量的联络工作以及统稿工作。

本书曾得到美国佐治亚州立大学商学院学士陈士霞小姐的大力帮助,她热情地在美国为作者提供了关于马来西亚国家情况的背景资料、宪法及2002年刑事诉讼法典等英文资料。本书还得到北京大学法学院校友董菁、夏平的积极支持。还应提及的是,本书还得到我的尊敬的师长、著名法学家倪征璠先生的指导与赞许,在此一并向我的老师、同仁和朋友表示衷心感谢!

鉴于世界上国家众多,语言文化、思想观念、宗教信仰、社会制度与法律制度存

在着千差万别,仅凭我们几名中国法学工作者,在完成本职工作之余的短短一年里完成书稿,肯定有这样或那样的不足之处,恳请读者指正。

主编
2003年7月

目 录

第一编 外国刑事诉讼法总论

第一章 外国刑事诉讼法概述	(1)
第一节 外国刑事诉讼法的概念	(1)
第二节 外国刑事诉讼法的目的	(2)
第三节 外国刑事诉讼法学的研究对象	(7)
第四节 外国刑事诉讼法学的研究方法	(8)
第二章 外国刑事诉讼与证据原则	(11)
第一节 诉讼公正原则	(11)
第二节 正当程序原则	(13)
第三节 无罪推定原则	(16)
第四节 国家起诉原则	(18)
第五节 法官独立原则	(21)
第六节 当事人对等原则	(23)
第七节 直接审理原则与言词审理原则	(23)
第八节 审判公开原则	(24)
第九节 庭审不间断原则	(24)
第十节 一事不再理原则	(25)
第十一节 不得强迫自证其罪原则	(25)
第十二节 证据裁判原则	(26)
第十三节 证据评价原则	(28)
第十四节 非法证据排除原则	(30)
第三章 外国刑事诉讼制度	(34)
第一节 回避制度	(34)
第二节 辩护制度	(37)
第三节 预审制度	(41)
第四节 审级制度	(45)
第五节 陪审制度	(46)
第六节 保释制度	(52)
第七节 补偿制度	(54)
第八节 救济制度	(57)

第四章 当代世界有代表性国家刑事诉讼发展的一般趋势	(60)
第一节 两大法系刑事诉讼的借鉴和融合	(60)
第二节 刑事诉讼中的人权保护机制的完善	(62)
第三节 刑事诉讼中犯罪控制机制的加强	(66)
第四节 刑事诉讼的国际化	(68)
第五章 外国刑事司法体制基本类型	(72)
第一节 警察机关	(72)
第二节 检察机关	(75)
第三节 法院	(78)

第二编 各 论

第六章 英国刑事诉讼法	(81)
第一节 英国刑事诉讼法的渊源	(81)
第二节 刑事诉讼的主要参与者	(82)
第三节 证据制度	(87)
第四节 审判前程序	(102)
第五节 刑事法院的普通审判程序	(108)
第六节 上诉制度	(113)
第七节 非常救济程序	(118)
第八节 治安法院的简易审判程序	(122)
第九节 未成年人案件的诉讼程序	(123)
第七章 法国刑事诉讼法	(125)
第一节 法国刑事诉讼制度概述	(125)
第二节 法国的刑事诉讼机关	(133)
第三节 刑事诉讼证据制度	(146)
第四节 追诉	(157)
第五节 预审	(159)
第六节 重罪案件审理程序	(165)
第七节 轻罪案件审理程序	(175)
第八节 违警罪案件审理程序	(182)
第九节 最高法院审理案件程序	(185)
第十节 几种特别诉讼程序	(191)
第十一节 执行程序	(202)
第八章 德国刑事诉讼法	(210)
第一节 德国刑事诉讼法的法律渊源	(210)
第二节 德国刑事司法机关、诉讼参与人	(213)

第三节	刑事诉讼法的基本原则	(222)
第四节	刑事证据	(231)
第五节	刑事诉讼普通程序	(237)
第六节	法律救济程序	(242)
第七节	一般诉讼程序的特殊情形	(246)
第八节	特殊诉讼程序	(249)
第九章	意大利刑事诉讼法	(252)
第一节	法律渊源	(252)
第二节	刑事诉讼中的专门机关和诉讼参与人	(254)
第三节	刑事诉讼原则	(259)
第四节	强制措施	(264)
第五节	证据	(271)
第六节	普通程序	(277)
第七节	特殊程序	(290)
第八节	救济程序	(292)
第十章	比利时刑事诉讼法	(297)
第一节	法律渊源	(297)
第二节	刑事诉讼中的专门机关和诉讼参与人	(299)
第三节	刑事诉讼原则	(306)
第四节	强制措施	(309)
第五节	证据	(313)
第六节	普通程序	(315)
第七节	特殊程序	(320)
第八节	救济程序	(323)
第十一章	葡萄牙刑事诉讼法	(325)
第一节	法律渊源	(325)
第二节	刑事诉讼中的专门机关和诉讼参与人	(325)
第三节	刑事诉讼原则	(327)
第四节	强制措施	(329)
第五节	证据	(330)
第六节	普通程序	(331)
第七节	特殊程序	(333)
第八节	救济程序	(334)
第十二章	美国刑事诉讼法	(336)
第一节	美国刑事诉讼法概述	(336)
第二节	美国的法院和检察机关	(340)
第三节	被告人的诉讼权利	(349)

第四节	刑事诉讼程序	(360)
第五节	刑事证据法	(380)
第十三章	俄罗斯刑事诉讼法	(398)
第一节	俄罗斯刑事诉讼法的渊源	(398)
第二节	刑事诉讼的参加人	(400)
第三节	刑事诉讼原则	(408)
第四节	证据制度	(411)
第五节	刑事诉讼的普通程序	(414)
第六节	刑事诉讼的特别程序	(426)
第十四章	日本刑事诉讼法	(431)
第一节	日本刑事诉讼法的渊源和特色	(431)
第二节	刑事诉讼中的国家机关和诉讼参与人	(432)
第三节	刑事诉讼原则	(440)
第四节	证据原则及制度	(443)
第五节	侦查	(453)
第六节	起诉	(460)
第七节	第一审程序	(463)
第八节	少年刑事程序	(471)
第九节	救济程序	(474)
第十五章	印度刑事诉讼法	(478)
第一节	印度法院体系	(478)
第二节	印度刑事诉讼程序	(479)
第十六章	马来西亚刑事诉讼法	(490)
第一节	马来西亚概况及伊斯兰法	(490)
第二节	马来西亚法院体系	(491)
第三节	马来西亚刑事诉讼程序	(493)
第十七章	肯尼亚刑事诉讼法	(500)
第一节	肯尼亚的法院体系	(500)
第二节	肯尼亚刑事诉讼简述	(501)
主要参考文献	(506)

第一编 外国刑事诉讼 法总论

第一章 外国刑事诉讼法概述

第一节 外国刑事诉讼法的概念

刑事诉讼和刑事诉讼法是既有区别又有密切联系的两个概念。有些外国学者对刑事诉讼和刑事诉讼法分别下定义,有的学者仅对刑事诉讼或者刑事诉讼法下定义,有的学者则将两者混用。所以在本章中可能出现刑事诉讼和刑事诉讼法混用的情形。

对于刑事诉讼法的概念有两种分类方法。一种是将刑事诉讼法分为形式意义上与实质意义上的刑事诉讼法。前者仅指刑事诉讼法法典,后者除刑事诉讼法法典外,还指宪法、刑法、刑事诉讼规则、裁判所法、检察厅法、辩护士法、监狱法、少年法、刑事补偿法等一切有关刑事司法的法规。^①

另一种分类方法是按概念所含内容的广泛程度划分,可以将刑事诉讼法的概念分为狭义、较为广义和最为广义的概念。

狭义的刑事诉讼法仅指法院对刑事案件进行的法庭审理、判决和科刑的程序,不含庭审前的侦查。如法国有的学者主张,刑事诉讼是“国家检察机关代表秩序受到犯罪扰乱的社会对犯罪行为人提起的,要求法院对犯罪人宣告法律规定的刑罚的活动”。而关于刑事诉讼的提起、展开与审判程序的规则的整体就是刑事诉讼法,是进行刑事诉讼各项活动时必须遵守的。^②从文字上看,这个概念侧重强调检察机关对犯罪人的追诉及法院对被认定有罪的被告人判决并宣告刑罚的司法活动,而没有

^① 见〔日本〕田口守一著:《刑事诉讼法》,刘迪、张凌、穆津译,法律出版社2000年版,第1—2页。

^② Gérard CORUN: *Vocabulaire juridique* 《法律词典》,刘新魁译, Editions PUF, 10^e édition, 1998, p. 657.

提及侦查、预审活动。

但是,在法国刑事诉讼法典中却明文规定了预审机关和侦查活动。法国关于刑事诉讼的理念是既应当保障社会的安全与稳定,也应当保护个人的自由与权利。没有对个人权利的尊重,就不可能有真正公正的刑事诉讼制度。司法正义一方面要求对一切真正犯罪的人最终都受到惩罚,另一方面保障受追诉人充分行使辩护权。而受追诉人行为的“应受惩罚性”,必须经法定程序审理并由法官确认后,才能受到应有的制裁甚至剥夺自由。^①

较为广义的刑事诉讼概念,是将刑事诉讼的含义扩展至庭审前的侦查。如美国有的学者主张,“刑事诉讼是规定对犯罪侦查、起诉、审理和判决诸程序的法律规则”^②。日本有的学者也主张,包含侦查程序和审判程序在内的刑事诉讼法是“广义的刑事诉讼法”^③。

最为广义的刑事诉讼法概念是包含侦查、起诉、审判及刑罚执行程序。如德国 Claus Roxin 教授主张刑事诉讼法是规定侦查、逮捕、控诉、审判及刑罚执行诸程序,以实现刑事实体法的程序法^④。

这一概念具有以下三层含义:第一层含义是,刑事诉讼法规定的程序必须有助于发现刑事实体法中的真相。第二层含义是,刑事诉讼法必须限定侦查机关履行职责时对个人权利侵害的界限。而国家侦查权对公民权益的侵害界限是,使无罪者不受违法的追踪和过度的自由限制;对确是犯罪的人也能够行使辩护等权利。第三层含义是,对被确定为有罪的被告人,法院应依据刑事实体法和程序法作出有罪判决^⑤,以及由主管机构对被判刑人执行刑罚。

第二节 外国刑事诉讼法的目的

关于刑事诉讼法的目的,外国法学界有各种不同的理论。

德国有的学者主张刑事诉讼的目的有三个特性,即实体事实的正确性、诉讼程序的合法性及为了维护法和平的秩序而对被告作有罪判决。立法者要求法院在判决时应当体现上述三个特性。当判决在形式和内容上发生问题时,就应以上述目的加以权衡,并从中建立法律标准,即在处理个案时,应优先考虑那个目的。实际上诉讼目的的三个特性,是有关联的。诉讼程序的合法性是在追求实体真正正确性的过程中,直接用来保护人性尊严的措施。当追求法和平及判决内容的实体正确性两者

① 参见卡斯东斯·特法尼、乔治·勒瓦索、贝尔纳·布洛克著:《法国刑事诉讼法精义》,法国达罗兹出版社 1997 年第 16 版,第 1—3 页。(罗结珍译)

② 参见元照:《英美法词典》,第 353 页 Criminal Procedure 词条。

③ 参见〔日本〕田口守一著:《刑事诉讼法》,刘迪、张凌、穆津译,法律出版社 2000 年版,第 1—2 页。

④ 见 Claus Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 17 Auflage, Verlag C.H. Beck Muenchen, S. 1.

⑤ 同上注。

有冲突时,若为维护被判决人的利益,可在判决确定后,以发现新的事实或新的证据为由提起再审。若对被判无罪的人不利所提出的再审申请,则不得以发现新事实或新证据为理由。立法意图是在对被判无罪的人不利所提出的再审理由时,宁可认定或许有罪者为无罪,也不愿将已确定的判决因重新启动审判程序而导致法律的不稳定性。

总之,应以整体观念来理解刑事诉讼目的,既要对有罪的被告人作出应有的有罪判决,又要保护无辜者;既要防止违反诉讼合法性的武断行为,又要维护已生效判决和法律的稳定性等。凡是对一个法治国家有重要影响的各方面的公共事务,都应高度重视。^①

日本关于刑事诉讼法目的的理论有实体真实目的、正当程序目的、实体真实与正当程序统一的目的的理论。

(一) 关于实体真实目的的理论

正如松尾浩也博士认为:“实体真实主义的理念来自德国法学,其后在日本刑事诉讼理论中占有牢固的位置。可以说,对此观念的深浅程度掌握得如何,将直接影响对整个刑事诉讼的理解。”“德国即使在现在,也把实体真实主义作为刑事诉讼法的出发点。”^②关于刑事诉讼以实体真实为目的,德国、日本著作中均有论述。如亨克尔教授认为:“刑事程序是为寻找实体真实服务的。”^③日本法学家小野清一郎也说:“所谓实体真实主义,是历来刑事诉讼法所强调的原则。在新刑事诉讼法中,尽管加强了辩论主义,但这个原则本身也必须予以维持。”^④尽管实体真实主义的理念来自德国法学而在美国法学原本没有相应的概念,但在美国刑事诉讼法学中,发现真实的观念也同样存在,譬如“为发现真实的探讨”、“竭尽全力接近案情真相”等^⑤,就是其表现。

实体真实主义可分为积极实体真实主义和消极实体真实主义。传统的实体真实主义仅指前者,认为凡是出现了犯罪,就应当毫无遗漏地加以发现、认定并予以处罚;为不使一个犯罪人逃脱,刑事程序以发现真相为要。消极实体真实主义是将发现真实与保障无辜相联系的目的观,认为刑事诉讼目的在于发现实体真实,本身应包含力求避免处罚无罪者的意思,而不单纯是无遗漏地处罚任何一个犯罪者。^⑥日本法学家土本武司博士在解释实体真实主义时说道:“实体真实主义有两面性:其一方面,是通过查明犯罪事实而不使有罪的人逃脱这一积极作用(积极的实体真实主

^① 引自 Claus Roxin, *Strafverfahrensrecht* 17. Auflage, Verlag C. H. Beck Muenchen, S. 1. Claus Roxin, *Strafrecht* 17. Auflage, Verlag C. H. Beck Muenchen, S. 2. 张美英译。

^② [日]松尾浩也:《刑事诉讼原理》,东京大学出版社 1974 年版,第 92 页。

^③ Henkel, *Strafverfahrensrecht*(Z·Aufl., 1968)S. 104.

^④ [日]小野清一郎:《刑事诉讼法概论》,法文社 1954 年版,第 146 页。

^⑤ Morgan, *Foreword to American Law Institute, Mode Code of Evidence* (1942) P. 3.
J. Frank, *Courts on Trial* (1949) ch. 6.

^⑥ 参见[日]平野龙一:《刑事诉讼法》,有斐阁 1958 年版,第 8 页。

义)表现出来的。这是因为,刑罚的效果,与其在实体法上实行重刑,倒不如在刑事诉讼程序上无遗漏地处罚更为有益。但是,也不得因此而处罚无实者。因此,在另一方面,实体真实主义通过追求不得错误认定犯罪事实而将无实者认定有罪这一消极作用(消极的实体真实主义)表现出来。‘宁可让十个有罪的人逃脱,也不错杀一个无辜’的格言,就是消极实体真实主义理念的体现;‘有疑时为被告人的利益’这一法的至理名言,也是以不得处罚无实者这种理念为根据的。”^① 当今实体真实论者所主张,一般指消极实体真实主义。如团藤重光教授认为:“在实体方面,把‘明确案件事实真相、准确……地适用刑罚法令’作为目的。刑罚权的实现,首先在内容上必须正当和公平,这是以正确认定事实(实体真实主义)和正确、公平地适用法令及量定刑罚为条件的。”“处罚的准确与裁判的迅速同等重要……为此,也不得处罚无实者。”^② 所谓无实者,是指不能证明为罪犯的人,并非一定是无辜的人。其后,团藤重光教授在《刑事诉讼中的主体性理论》一文中进一步明确了实体真实主义的消极方面的含义,认为:“实体的真实主义,作为最低限度的要求,首先是做到绝对不发生惩罚无罪者的情况。有的人说,实体真实主义就是必罚主义——在盘诘主义的程序之下另作别论——应当说这种说法是错误的。”^③ 岸盛一指出:“处罚无辜者,而真正的有罪者又无理地放掉,不仅是该被告人的利害问题,也是国家、社会极为关心的问题。因此,在刑事诉讼上,必须经常地发现实体真实。”^④ 这里均包含了力求防止冤枉无辜而发现真实的思想。不少学者认为,日本现行法是把重点放在了消极的实体真实主义方面。^⑤

实体真实主义承认刑事诉讼是有查明案件真实的能力,但其所谓真实不是人的认识符合客观实际,而是诉讼上的真实,即所谓“属于作为认识的真实而非作为存在的真实”^⑥。正如团藤重光教授所说:“真正绝对的真实,只有在神的世界才可能存在,在人的世界中,真实毕竟不过是相对的。诉讼领域中的真实当然也不是其例外。”“审判中的真实认定,要求尽可能接近于神所看到的真实(实体真实)”,“设想只有神才知道的真的‘真实’,在诉讼上尽可能接近它,这是实体的真实主义,而这可以说只不过是观念性的设想而已。”^⑦

日本的松尾浩也博士认为:什么是绝对的真实是不可知的,所以,遵照诉讼法则所取得的,就是诉讼上的真实,在这个意义上,是不会不承认其相对性的。实体真实没有遵照诉讼法则,可是其后果的“真实性”却被肯定下来了。^⑧

① [日]土本武司:《刑事诉讼法要求》,有斐阁1991年版,第16页。

② [日]团藤重光:《新刑事诉讼法纲要》,创文社1984年版,第28—29页。

③ [日]团藤重光:《刑事诉讼中的主体性理论》,载《法学家》1988年4月号。

④ [日]岸盛一:《刑事诉讼法要义》,广文堂1961年版,第3页。

⑤ 参见[日]高田卓尔:《刑事诉讼法》,青林书院新社1971年版,第182页。

⑥ [日]平场安治:《修订刑事诉讼法讲义》第1卷,有斐阁1954年版,第6页。

⑦ [日]团藤重光:《刑事诉讼中的主体性理论》,载《法学家》1988年4月号。

⑧ [日]松尾浩也:《刑事诉讼原理》,东京大学出版社1974年版,第2章1。

日本石川才显教授评论道,实体真实主义作为刑事诉讼程序制度的目的被强调时,具有下述政策上的意图。即:刑事裁判以正义为基调。由于只有探明真实才能实现正义,所以,刑事裁判首先必须接近客观的真实。同时,因为维护国家法律秩序和确保社会利益是刑事裁判的终极目标,故此,毫无遗漏地处罚犯罪人这种严厉性是必要的。这种必罚主义的实体真实主义,是建立在承认刑事裁判中真实探明力的无限可能性、刑事裁判常常能发现真实的假说之上的。此种实体真实主义,当然将处罚的实效化置于首位;刑事程序所关心的焦点,集中于犯人的发现和处罚上,其成为刑事诉讼的所有价值基准,与此相对立的利益都不予考虑。在这种意义上,正如松尾浩也、田宫裕两教授早已指出的那样,可以说实体真实主义是刑法优越的思想,是重视刑罚制度的理论。^①

松尾浩也博士指出:“在实体法上针对国家法益的犯罪,要首先重视,由于这种犯罪而直接感到痛苦的国家,作为所谓生理上的防卫机能,要在诉讼法上谋求确保处罚,就是当然的趋势了。在这个意义上,所谓实体真实主义,无非是必罚主义的委婉托词而已。”^②

田宫裕认为:“实体真实主义……意味着要像拔草那样揪出犯罪人,因此,不外乎是犯罪人必罚主义。”^③人类诉讼史表明,单纯追求有罪必罚而对有碍其实现的其他一切利益均不予顾及,往往导致或助长刑事司法权的专断和滥用,不利于统治秩序的长久稳定。

(二) 关于正当程序目的的理论

关于正当程序的含义,日本学者铃木茂嗣写道:“正当程序是由 Due Process of Law 翻译而来的,如何理解其实质,在美国也有多种意见,简单明了地对此加以表述是极为困难的。”^④归纳起来,日本法学界对该词的使用主要有以下几种含义:(1)用来表示刑事诉讼中的人权主义,即多与“被告人的人权保障”交替使用。“……正当程序可以理解为刑事程序中的人权主义。”^⑤“刑法第一条规定的‘准确地……适用刑罚法令’应理解为包含着‘正当程序’的趣旨,由此谋求‘刑事司法中的正义’。如果片面强调第一方面‘查明真相’的理念,易发生侵害关系人基本人权的危险。因此,诉讼法第一条要求在维护公共福利的同时,要‘保障基本的人权’。在此种意义上,正当程序的保障,换言之,也可以说是被疑人、被告人等刑事诉讼关系人的人权保障问题。”^⑥(2)作为宪法上人权保障与必罚要求两者衡量的结果而导入的人权保障的最低限度的概念来使用。“所谓正当程序,意味着基于人权保障和必罚要求

① [日]石川才显:《通说刑事诉讼法》,三省堂,1992年版,第24—25页。

② [日]松尾浩也:《刑事诉讼原理》,东京大学出版社1974年版,第2章II。

③ [日]田宫裕:《刑事诉讼与正当法律程序》,有斐阁1972年版,第154页。

④ [日]铃木茂嗣:《刑事诉讼法的基本问题》,成文堂1988年版,第4页。

⑤ [日]田宫裕:《刑事诉讼与正当法律程序》,有斐阁1972年版,第168页。

⑥ [日]土本武司:《刑事诉讼法要义》,有斐阁1991年版,绪论,第4节。

的利益衡量,确认宪法上正当的程序。”^① (3) 相对实体至上主义,表示程序至上。“法律的正当程序,比起真实的发现这一结果,重视其认定的过程”(平野龙一)。^② 正当程序的思想基础,是基于这种考虑,有结果并非一定就好,而应当充分保障达到正确认定的程序本身的公正。正当程序“并非是无限度地探究真实,一方面,它重视发现真实的程序;同时,信赖这一程序而把依照正当法律程序达到的结果作为正确的结果来对待。基于这种思想,它……是相对主义、程序主义”^③。(4) 表示当事人主义刑事诉讼。认为在整个刑事程序中尊重嫌疑人、被告人的主体性,重视保障其权利的主义就是当事人主义,实质与正当程序相同^④。

关于正当程序与真实主义的关系,田宫裕和松尾浩也认为,实体真实主义即必罚主义,正当法律程序即人权主义,尽管正当程序的目的观并不放弃对犯罪人的处罚,但对有罪者的处罚是在对无实者认定无罪的过程中作为反向作用而存在的,无实者不处罚的原则是正当程序的思想基础^⑤。

石川才显认为,是在处罚有罪者中寻找刑事诉讼的本来机能,还是在将无罪者从程序的负担下解脱出来中寻找刑事诉讼的本来机能,是实体真实主义和正当程序主义的区别之所在^⑥。

松尾浩也认为,在正当程序和消极真实主义中,不得处罚无辜者的思想,即“不存在合理怀疑的证明”,或“宁可放走十个犯罪人也不让一个无罪者受到处罚”的思想占据了牢固位置。但同时又认为,正当程序的观念并不是以消极的实体真实主义的实现就算到了头,即使在与发现真实无关的领域,正当程序的要求也在发挥作用^⑦。

铃木茂嗣则认为,将实体真实主义视为必罚主义,将正当程序视为人权主义,进而否定实体真实而单方面强调正当程序是不妥的。他认为“人权保障”一词作为表示必罚要求相对立的个人利益的概念使用,“正当程序”作为表示两者衡量结果而导入的人权保障的最低限度的概念使用,最少发生歧义。^⑧

(三) 关于实体真实与正当程序统一的目的理论

在日本,不少学者提出刑事诉讼具有追求实体真实与维护正当程序两方面的目的。其法律根据是日本宪法第31条“不经法律规定的程序,不得剥夺任何人的生命或自由,或科以其他刑罚”,以及刑事诉讼法第1条关于“查明案件事实真相”、“保障

① 参见〔日〕铃木茂嗣:《刑事诉讼法的基本问题》,成文堂1988年版,第4—5页、第2—3页。

② 同上书。

③ 〔日〕田宫裕:《最近的正当程序争论》,《研修》1976年,第340号。

④ 参见〔日〕松尾浩也:《刑事诉讼原理》,东京大学出版社1974年版,第4章II。

⑤ 参见〔日〕石川才显:《刑事诉讼法讲义》,日本评论社1974年版,第18页。

⑥ 〔日〕石川才显:《通说刑事诉讼法》,三省堂1992年版,第26页。

⑦ 参见〔日〕松尾浩也:《刑事诉讼原理》,东京大学出版社1974年版,第2章II。

⑧ 参见〔日〕铃木茂嗣:《刑事诉讼法》,青林书院1980年版,第16—18页;《刑事诉讼法的基本问题》,成文堂1988年版,第4—5页。

个人基本人权”的规定。他们认为,刑事诉讼在追求实体真实的同时,必须遵守法律规定的程序,其公式为:“在正当程序中实现实体真实”,或曰“在正当程序的范围内寻求实体真实主义”。

日本法学家土本武司在其所著的《刑事诉讼法要义》中写道:“刑事诉讼法把‘在刑事案件上,于维护公共福利与保障基本人权的同时,明确案件的事实真相,准确而迅速地适用刑罚法令’作为目的。”“关于目的的规定所表明的刑事诉讼法的指导理念,归结为保障正当程序和查明案件真相两方面”。“总之,在坚持程序正义的同时,实现实体真实发现的要求,是刑事诉讼的目的”^①。

追求实体真实与正当程序相统一的思想,在德国法中也可以看到。如前所述,1987年联邦德国以简化程序为重心而对刑事诉讼法典及相关法律进行了修改。在此次法律修改说明书中,突出强调了刑事程序修改的基本原则,是同坚持实体真实的发现和嫌疑人防御权的保障相一致的。^②

第三节 外国刑事诉讼法学的研究对象

刑事诉讼法学的研究对象是刑事诉讼法、刑事诉讼法在实际运用中出现的问题以及刑事诉讼的法理学问题。与这三个方面相对应,形成了注释刑事诉讼法学、对策刑事诉讼法学和抽象刑事诉讼法学。

一、注释刑事诉讼法学

注释刑事诉讼法学的任务是注解现行的刑事诉讼法。这种注解虽不是按条文的排列顺序逐一进行,但必须遵守条文的精神实质。可见,注释刑事诉讼法学是一门受条文约束的学科。由于注解者的理论背景不同,所以会对同一部刑事诉讼法典作出不同的注解。这就是说,注释刑事诉讼法学不能与刑事诉讼法等同。

法条的突出特点是抽象。尽管立法者在立法之前要考虑现实生活中可能会出现的情况,但也难以穷尽千变万化的现实生活。为使所立之法不因时势的变迁而频繁修改,只得以抽象、模糊代替具体、明确。假如没有注释法学家对抽象、模糊的法律规范加以注解,公民就不知所云,法律的实效将因此受到影响。

二、对策刑事诉讼法学

对策刑事诉讼法学的任务是解决现行刑事诉讼法在执行中出现的具体问题。这些问题包括两个方面:一是在办理刑事案件中并不完全依照刑事诉讼法的规定进行;二是严格依法办事的结果,可能牺牲其他社会价值,如公平、正义、伦理道德等。

^① [日]土本武司:《刑事诉讼法要义》,有斐阁1991年版,第16页。

^② [日]横山浩:(1987年刑事程序改正法律),载《外国立法》第28卷第3号。

对策法学家对于第一方面的问题,要先弄清造成规避的原因是立法过于超前还是司法过于滞后,继而提出具体的解决方案。对于第二方面的问题,则要将法律价值与其他社会价值相权衡。如果牺牲的其他社会价值小于法律价值,依法办事就是必由之路;如果牺牲的其他社会价值大于法律价值,就可通过种种方法摆脱立法者提出的同新的社会条件不相适应的刑事诉讼规范。

具体来说,摆脱的方法有以下两种:

第一种方法是把法律条文与制定时的历史背景分开。即对法律词句的解释,不依原立法者的意图,而依今天的客观需要去解释。在庆祝《法国民法典》颁布一百周年时,法国最高法院院长巴洛·博普雷否定了当时占统治地位的对法律的历史解释法。这位院长说,法官不必致力于无休止地探讨百年以前的法典的制定者制定某条文时是怎样想的,他应问问自己,假如今天这些立法者制定同一条文,他们的思想会是怎样的。他应想到,面对着—个世纪以来法国在思想、风俗习惯、法制、社会与经济情况各方面所发生的一切变化,他应使法律条文更能适应现代生活的需要。第二种方法是引用立法者制定的具有普遍意义的原则规定,以抵消法律中的个别条文。

三、抽象刑事诉讼法学

抽象刑事诉讼法学又称刑事诉论法理学,它的任务是阐述刑事诉讼中的法律思想。其内容—般包括:(1)刑事诉讼法的概念、目的及指导思想;(2)刑事诉讼结构(形式、模式);(3)刑事诉讼中的权利与效率、公平与效率等问题;(4)从哲学、经济学及伦理学的角度考察刑事诉讼中的问题;(5)刑事诉讼文化。

法律条文是易变的,而掩藏在条文背后的东西却是稳定的。正是这些背后的东西使—个国家的法律具有历史连续性。这些背后的东西包括宗教教义、政党政策及文化传统等。这些背后的东西有时能取代法律,使法律与现实生活发生脱节。因此,一个只注意条文的人,对于法律怎样调整社会关系或在现实中法究竟是什么等问题,是不会有正确看法的。

第四节 外国刑事诉讼法学的研究方法

正确的研究方法对任何—门学科来说都是十分重要的。刑事诉讼法学的研究方法很多,本节只介绍五种。

一、渗透方法

渗透方法,是指借用其他学科的研究成果研究刑事诉讼中的问题。如借用心理学的研究成果研究被告人的供述心理。被借用的学科是渗透者,刑事诉讼学科是被渗透者。

刑事诉讼学科在一个问题上被渗透时,被渗透的部分会形成突破点。在诸多问