

21世纪法学课程学习与考试指导  
法学关键问题系列

- ▶ 关键问题深度阐释学科重点理论
- ▶ 体系梳理有效引导法学研究进路
- ▶ 名校真题全面展现考研考博趋向

Law

# 刑事诉讼法学

## 关键问题

主 编 陈卫东  
副主编 刘计划 李奋飞

Guanjian  
Wenti

21 世纪法学课程学习与考试指导·法学关键问题系列

# 刑事诉讼法学关键问题

主 编 陈卫东  
副主编 刘计划 李奋飞

撰稿人（以撰写章节先后为序）

陈卫东 刘计划 李奋飞 简乐伟 潘 侠 孙 皓  
陈 岩 杜 磊 柴煜峰 杨剑炜

中国人民大学出版社  
· 北京 ·

## 图书在版编目 (CIP) 数据

刑事诉讼法学关键问题/陈卫东主编. —北京: 中国人民大学出版社, 2012. 12  
(21 世纪法学课程学习与考试指导·法学关键问题系列)  
ISBN 978-7-300-16515-8

I. ①刑… II. ①陈… III. ①刑事诉讼法-法的理论-中国-高等学校-教学参考资料 IV. ①D925.201

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 274461 号

21 世纪法学课程学习与考试指导·法学关键问题系列

### 刑事诉讼法学关键问题

主编 陈卫东

Xingshisusongfaxue Guanjianwenti

---

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242 (总编室)		010-62511398 (质管部)
	010-82501766 (邮购部)		010-62514148 (门市部)
	010-62515195 (发行公司)		010-62515275 (盗版举报)
网 址	<a href="http://www.crup.com.cn">http://www.crup.com.cn</a>		
	<a href="http://www.ttrnet.com">http://www.ttrnet.com</a> (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	北京密兴印刷有限公司		
规 格	185 mm×260 mm 16 开本	版 次	2013 年 3 月第 1 版
印 张	22.75	印 次	2013 年 3 月第 1 次印刷
字 数	538 000	定 价	39.80 元

---

# 编写说明

在法学的每个学科里，都有一些基本的理论问题（奠定学科基础和决定学科走向等）、重大的学术争议问题和一些前沿性问题（指因为社会发展需要而对本学科提出的新课题，从而成为学科研究的热点），这些问题往往是学者最热衷于探讨，并愿意为之不断思考的问题（统称“关键问题”），因为这些问题的解决对于具体问题的解决有提纲挈领的作用。这些问题在每个学科里是变化的，但也是基本稳定的。如果一个研究者对本学科所有这些“关键问题”都有深入的研究，那么就成为本学科的“大家”了，一般学者都只是对部分“关键问题”有深入研究或者了解而已。

“法学关键问题系列”不仅展示相关学科的基本学术问题，提供给学生概览式的“学术地图”，或者“研究者入门指南”，而且展示一种法学研究的进路，即必须以“问题”的“整理”作为学术研究的基本进路。

问题是学问的起点和核心。问题代表思考，“学而不思则罔”。法学作为一门社会实践性非常强的学问，更是必须强调问题意识。长期躲进“阁楼”进行苦思冥想，可能能够产生一位伟大的哲学家，但绝不会产生一位伟大的法学家。不针对问题的法学学术研究似乎有点南辕北辙。问题可以分为两种，一种是能够上升到“主义”层次的问题，另一种是具体问题。但是在法学领域，有诸多现实的具体问题困扰，然而如果不从“主义”层次上解决，这些具体问题就很难解决，这样的“主义”问题才是真问题，否则就是空谈的“主义”。

整理是学问的进路。学问需要积累，现有的学问都是千百年来无数学人不断积累、演进的结果。学问必须“站在巨人的肩膀上”，在前人基础上推进。对于前人已有的学术成果的整理，就是一项非常重要的工作。整理，可以弄清前人对相关问题的研究背景、方法和深度，避免对已经有定论的问题去重复研究。在法学研究中，整理也是一种重要的学习和研究方法。美国法学院培养学生一种常见的方法是老师上课前开列出一个书单，让学生提前阅读，然后在阅读后提交一至两页纸的 summary（概要）。这实际上就是要求阅读完成后进行整理，以简明扼要的语言提炼观点，通过整理，学习的效率大大提高，学习效果也变得可以测评。整理也同样就是研究的过程。学术成果无非就是在对前人就此论题的研究进行整理的基础上，提出自己新的观点或进行新的论证。可以说，没有哪一本法学学术著作，没有进行整理的工作。只不过，不同的学术著作，原创和整理的分量不同，而且整理和原创的区分也并非泾渭分明。有些纯粹的整理性著作也非常优秀。不同的学者也有不同的偏好。现在很多博士论文也都会有“文献综述”这样的内容，该部分其实就是论文论题已有研究的整理。

“法学关键问题系列”的目的就是希望提出真问题，进行认真的整理。尤其对于初涉法学研究的学生而言，倡导一种方法，进行一类示范。很多法学专著或教材无疑已经是问题整理的优秀著作。本丛书的不同则在于希望高度浓缩，把一个学科的重大、基本和前沿问题都进行一个鸟瞰式的涵括，并进行简明扼要的整理，每个问题的整理都是初步的、提示性的，深入研究则需要读者自己进行。

本系列丛书的具体编写思路是：每个法学学科，按照通常的学科体系，列出 80~100 个问题，每个问题以 5 000 字左右的篇幅进行整理阐述。“法学关键问题系列”旨在为学生向学术方向发展提供帮助。

或许，不同的读者能从本书的阅读中有不同的收获：

高年级本科生能够从本丛书中对学科诸多问题有更加深入的了解，也可以尝试阅读，来看看自己究竟对法学哪个学科更加感兴趣。

准备考研的同学或许会发现，其中的某些问题有往年的考研试题的影子，没准儿马上要面对的考研试题有一道题出自本书，收获意外的惊喜。

研究生在读的同学或许会能从中发现论文的论题，本书某个问题或许能“抛砖”引出一篇优秀的论文。

考博士的同学也何尝不可以把这本书当做一本导航书，通过本书让自己的知识体系更加枝繁叶茂？

.....

愿读者从本书不仅收获实用的价值，也能收获对法学学术的兴趣。发现并解决真问题，法学“真”繁荣，善莫大焉！

编者

2010年5月

# CONTENTS

刑事诉讼法学关键问题

## 目 录

### 第一部分 总 论

1. 论弹劾式诉讼模式 .....	2
2. 论纠问式诉讼模式 .....	4
3. 论“混合式”诉讼模式 .....	6
4. 论职权主义刑事诉讼模式与当事人主义刑事诉讼模式的异同 .....	8
5. 论当事人主义诉讼模式的优缺点 .....	10
6. 论刑事诉讼的目的 .....	12
7. 论无罪推定原则 .....	14
8. 论司法公正与司法效率之间的关系 .....	16
9. 论法院审判独立与检察院检察监督之间的关系 .....	19
10. 论控辩平等原则 .....	21
11. 论未经人民法院依法判决,对任何人都不得确定有罪原则 .....	23
12. 论人民法院、人民检察院依法独立行使职权原则 .....	25
13. 论刑事诉讼中的分工负责、相互配合、相互制约原则 .....	27
14. 论刑事诉讼相互制约原则的完善 .....	29
15. 论保障诉讼参与人的诉讼权利原则 .....	30
16. 论司法独立原则 .....	32
17. 论程序法定原则 .....	34
18. 论控审分离原则 .....	36
19. 论禁止重复追诉原则 .....	38
20. 论直接言词原则 .....	40
21. 论刑事诉讼中的辩论原则 .....	42
22. 论刑事诉讼中的比例原则 .....	44
23. 论刑事诉讼参与原则 .....	46



**第二部分**

**刑事诉讼基本制度**

24. 论我国刑事诉讼回避制度中存在的问题及对策 .....	50
25. 论我国刑事诉讼中立案程序的存废 .....	53
26. 论刑事诉讼中的立案管辖制度 .....	56
27. 论刑事诉讼管辖的程序价值 .....	59
28. 论我国刑事诉讼管辖的完善 .....	62
29. 论我国刑事辩护制度中存在的主要问题及完善 .....	65
30. 论控辩式庭审方式中律师的诉讼权利及其制度保障 .....	70
31. 论律师在刑事诉讼中的地位和作用 .....	74
32. 论律师在侦查阶段的地位和作用 .....	77
33. 论刑事诉讼中的代理制度 .....	80
34. 论我国强制措施改革的改革与完善 .....	83
35. 论我国逮捕制度的改革 .....	88
36. 论我国未决羁押制度 .....	93

**第三部分**

**刑事诉讼证据与证明**

37. 论刑事诉讼中证据制度的完善 .....	100
38. 论刑事诉讼中证据的客观性 .....	102
39. 论刑事诉讼中证据的关联性 .....	105
40. 论我国刑事诉讼中的证人保护制度及其完善 .....	108
41. 论刑事诉讼中的证人出庭作证制度 .....	112
42. 论刑事诉讼中的鉴定意见 .....	117
43. 论刑事诉讼中证明对象的概念及其内容 .....	120
44. 论刑事诉讼中证明责任的分配 .....	123
45. 论刑事诉讼中的证明标准 .....	126
46. 论口供自愿性规则的保障措施 .....	129
47. 论刑事诉讼中的非法证据排除规则 .....	132
48. 论刑事诉讼中的最佳证据规则 .....	138
49. 论刑事诉讼中的自由心证原则 .....	141
50. 论我国刑事诉讼中证据能力制度的改革与完善 .....	144
51. 论刑事诉讼中的司法认知 .....	148
52. 论刑事诉讼中的证据裁判原则 .....	151
53. 论专家证据制度 .....	154
54. 论我国司法精神病鉴定的问题与出路 .....	158
55. 论专家证人制度 .....	160
56. 论定罪证据 .....	164
57. 论量刑证据 .....	167

## 第四部分

## 刑事审前程序

58. 论我国刑事诉讼审前程序改革 .....	172
59. 论刑事诉讼中的立案材料来源和立案条件 .....	174
60. 论刑事诉讼中的搜查程序 .....	177
61. 论刑事诉讼中询问证人的规则 .....	180
62. 论侦查正当程序原则 .....	182
63. 论诱惑侦查 .....	186
64. 论秘密侦查的法治化 .....	189
65. 论刑事诉讼中的补充侦查 .....	194
66. 论侦查程序的改革 .....	197
67. 论侦查权的司法控制 .....	201
68. 论侦检一体化模式的基本结构和价值取向 .....	204
69. 论刑事诉讼中的证据开示制度 .....	207
70. 论辩护律师的权利保障与证据开示制度 .....	210
71. 论公诉人的诉讼地位 .....	213
72. 论不起诉的种类及救济方法 .....	216
73. 论我国刑事诉讼中的不起诉制度 .....	219
74. 论刑事诉讼中的自诉案件 .....	222
75. 论犯罪嫌疑人的诉讼主体地位及其权利保障 .....	225
76. 论提起公诉的证据标准 .....	228

## 第五部分

## 刑事审判程序

77. 论我国刑事审判的原则及完善 .....	232
78. 论刑事诉讼中的集中审理原则 .....	234
79. 论并行审理与集中审理 .....	237
80. 从司法独立的角度论我国刑事诉讼中的人民陪审员制度的 优劣与完善 .....	239
81. 论我国刑事诉讼中审判委员会制度的改革进路 .....	242
82. 论我国刑事庭审中交叉询问规则的完善 .....	245
83. 论刑事诉讼中公诉案件一审程序的问题与完善 .....	247
84. 论我国量刑程序的问题与出路 .....	249
85. 论我国刑事诉讼法公诉方式的发展 .....	252
86. 论对抗制庭审理念下我国刑事诉讼庭审程序的改革与完善 .....	254
87. 从公正与效率的协同角度论如何在我国建立完备的审前准备 程序 .....	257
88. 论职权主义刑事诉讼模式与对抗制刑事诉讼模式下庭审程序的 异同 .....	259
89. 论我国刑事简易程序的完善 .....	262
90. 论辩诉交易制度 .....	264
91. 论我国被告人认罪案件的处理程序 .....	267
92. 论我国的二审程序 .....	269





93. 论刑事二审程序中检察机关的地位和作用 .....	271
94. 论上诉不加刑原则 .....	274
95. 论刑事二审程序中的全面审查原则 .....	276
96. 论刑事诉讼中对上诉或抗诉案件的处理 .....	279
97. 从公正与效率的角度论我国审级制度的改革 .....	281
98. 论死刑案件的证明标准 .....	283
99. 论我国的死刑复核程序 .....	286
100. 论我国涉诉信访问题 .....	288
101. 论我国的刑事再审一审终审制的构建 .....	290
102. 论我国刑事审判监督程序的启动主体 .....	293
103. 论刑事和解的理论基础 .....	295
104. 论刑事和解的建构 .....	298

## 第六部分

### 刑事执行程序

105. 论我国犯罪人刑事责任的承担方式 .....	302
106. 论我国的刑罚执行机关及各自执行的刑罚种类 .....	304
107. 论监外执行 .....	307
108. 论死刑的执行 .....	310
109. 论财产刑执行的保障措施 .....	312
110. 论我国短期自由刑的可能替代方式 .....	315
111. 论减刑权的归属 .....	318
112. 论减刑、假释的检察监督 .....	321
113. 论刑罚执行程序中检察机关的定位 .....	323

## 第七部分

### 刑事特别程序

114. 论我国的刑事附带民事诉讼制度存在的问题及完善 .....	328
115. 论我国刑事附带民事诉讼中的精神损害赔偿问题 .....	330
116. 论刑事附带民事诉讼制度中的主体 .....	332
117. 论涉外刑事诉讼中的证据问题 .....	334
118. 论我国刑事诉讼中的涉外程序 .....	336
119. 论我国刑事诉讼中对未成年人的特别保护 .....	339
120. 论国际刑事司法协助 .....	341
121. 论当事人和解的公诉案件诉讼程序 .....	344
122. 论违法所得没收程序 .....	347
123. 论依法不负刑事责任的精神病人强制医疗程序 .....	350

# 第一部分

## 总 论

## 论弹劾式诉讼模式

### 一、弹劾式诉讼模式的内涵

弹劾式诉讼又称控告式诉讼，是指个人享有控告犯罪的绝对权利，国家机关不主动追究犯罪，而是以居中裁判者的身份处理刑事案件的诉讼制度。弹劾式诉讼是人类历史上最早期的诉讼模式，古埃及、古巴比伦、古印度、古希腊、古罗马共和国时期以及英国的封建时期，基本上都实行这种诉讼模式。其主要特点为：

1. 实行私人告诉制度，国家不设立专门的起诉机关。在奴隶制社会，将诉讼视作私人的事情，只有在被害人或法律允许的其他人提出控告后，司法机关才予受理。没有原告，法院不依职权主动启动诉讼程序，即如古罗马的法谚所表述的：“没有原告，就没有法官。”古代雅典，无论是私人诉讼还是公共诉讼，传唤被告到庭不是由国家机关负责，而是由原告自己负责。

2. 原告人与被告人的法律地位在形式上是平等的。这种诉讼模式的出发点是把犯罪人对被害人的侵犯，看成像是民事诉讼那样的双方当事人私人之间的纠纷和诉争。这种诉讼明显保留有氏族部落原始民主平等的痕迹，因为原始氏族成员之间的纠纷，是通过双方在氏族大会面前平等争讼来解决的。但是由于奴隶制国家的法律不仅公开维护奴隶主阶级对奴隶的剥削和统治，同时也公开地确立自由民之间的不平等。如对适用刑罚不是根据罪行的轻重，而是因犯罪人和受害人社会地位的高低而规定不同的刑罚。森严的等级制度，使得当事人诉讼地位上的平等是以他们之间的身份平等为前提条件。不同身份的人，在诉讼中所享有的权利和承担的义务是存在差别的。

3. 法官的地位相对消极，庭审主要由当事人进行争辩。在这种诉讼形式中，法官主要是审查双方当事人所提供的证据，在听取他们的辩论之后作出判决。法官以诉讼双方以外的第三者身份出席法庭，其主要职责是监督这场争论是否按照诉讼规则进行，回答当事人提出的问题以及判决这场争论的胜负。而当事人的作用则积极主动，他们推进整个诉讼过程，负责提供证据，并进行平等辩论。

4. 司法与行政合一。在奴隶制的弹劾式诉讼中，司法机关和行政机关是结合在一起的，并且司法职能隶属于行政职能。

5. 采用神示证据制度。在奴隶制时期，人们的认识水平低下，在许多疑难案件在无法查证的情况下，法官往往借助“神灵的启示”来解决这些争端，以保证裁判的结论能够得到社会公众的承认。

### 二、弹劾式诉讼模式的形成

有研究者指出，政治制度与法律制度发生着同步演化并呈现出相对分化和密切互动态势，伴随着社会政治形态日益复杂化和多样化，法律制度不断朝专业化和技术化方向发展。总体来说，政治体制决定着法律结构，而法律制度的运行也直接或间接地影响着政治的发展。刑事诉讼制度的发展演变离不开其赖以生存和运行的政治制度环境，二者维系着和谐共生、动态衡生的网络整生的系统构造，呈现出共生互动的生态平衡关系。<sup>①</sup>

梭伦执政时期是古希腊雅典民主宪政的开创时期。梭伦就任后进行了一系列的政治和法律方面的改革，为雅典民主政治的形成奠定了宪法基础。亚里士多德指出：“在梭伦的宪法中，最具民主特色的大概有以下三点：

第一而且最重要的是禁止以人身为担

<sup>①</sup> 参见张能全：《刑事诉讼制度与政治环境的生态平衡》，载《中国刑事法杂志》，2009（7）。

保的借贷，第二是任何人都有自愿替被害人要求赔偿的自由，第三是向陪审法庭申诉的权利，这一点据说便是群众力量的主要基础，因为人民有了投票权利，就成为政府的主宰了。”<sup>①</sup>陪审法院作为雅典最高司法机关，其作用在于保障根本法的有效实施。陪审法院原意是作为法庭的公民大会，它由行政官于集市日在市场上审理诉案，并由有空暇的若干公民参加。这一制度充分体现了雅典公民参与审判的权利，也是司法权力制约立法和行政权力的制度构造，因而成为雅典民主宪政制度的重要组成部分。通过陪审法庭的方式参与统治，说明了雅典政治制度结构在历史上是一个多层次、有着相互约束的权力结构的主要政体。在雅典民主宪政制度中，用法律的形式规定了公民拥有接受裁判的权利、辩护权利、反诉权利和处分权利等宪法性程序权利，这使得雅典诉讼程序带有深刻的弹劾式特征。

《十二铜表法》作为罗马第一部成文法典，更体现了罗马法奉行私权神圣、程序优先的法制理念，它与其浓厚的民主宪政传统互为表里，不可分割。因此，有学者认为，《十二铜表法》是罗马历史从礼制社会转向法治社会的分野。<sup>②</sup>从《十二铜表法》对于诉讼程序规定的具体内容来看，不难发现，在古罗马王政时期以及共和国早期实行弹劾式诉讼，诉讼实体内容的规定也突出了对于私人权益的保护。根据该法律规定，科处极刑属于百人团民众会议的职权范围。民众会议诉讼处于刑事司法的中心，执法官在民众会议中提起诉讼，勒令被告者于规定的时间内在民众会议出庭，提出控告，提交证据，被告人则进行辩护、发表辩护演说。如果法官不中止诉讼就正式提出控告要求判处某人极刑或罚金刑，民众会议通过审理，或者按照法官的建议科处罚金刑或者宣布无罪释放。

### 三、弹劾式诉讼模式的审视


有研究者指出，古希腊和古罗马的民主政体模式与弹劾式刑事诉讼制度保持着深刻的默契，表征着二者不可割裂的共生关系，政权组织形式与权力运行模式直接决定了刑事诉讼模式的基本框架与运行生态，而弹劾刑事诉讼模式的系统运行又反过来支持并推动着古典民主宪政的稳定发展与日趋完善。因为原始民主政体主张普遍的政治参与、权利平等与权利救济，这些思想反映在解决严重冲突的刑事诉讼制度架构中，必然与不告不理、控辩平等、中立裁判与理性司法的弹劾式诉讼原则与精神内核相协调。早期弹劾式的刑事诉讼模式最终成就了古典民主政体的制度理想，成为人类社会在面临严重冲突时作出的最初制度选择。<sup>③</sup>

如果我们从现代诉讼法理论的视角来分析弹劾式刑事诉讼制度，其主要优点在于：一是明确区分了控诉和审判的职能，有利于防止法官集控诉和审判权于一身，独断专行、滥用职权。二是原告和被告诉讼地位平等，双方可以在法庭上进行平等的对抗和辩论，有利于法官听取双方意见、居中裁断，从而有利于案件的公正处理。但弹劾式诉讼作为人类法制文明早期解决纠纷的方式，受原始社会习惯影响以及认识水平的局限，在很大程度上保留了原始性。这一时期的法律，刑事法与民事法不分，实体法与程序法混同。这种诉讼模式将追诉犯罪的权力完全赋予被害人或其他公民个人行使，使国家在追究犯罪的问题上处于相对被动的地位，而且刑事诉讼程序与民事诉讼程序基本上没有区别，这势必影响对犯罪的有效追究和及时惩罚。此外，法官在法庭审理中态度过于消极，也不利于准确查明案情、正确裁判。

① [古希腊]亚里士多德：《雅典政制》，日知、力野译，12页，北京，商务印书馆1959。

② 参见陈可风：《罗马共和宪政研究》，55页，北京，法律出版社，2004。

③ 参见张能全：《刑事诉讼制度与政治环境的生态平衡》，载《中国刑事法杂志》，2009（7）。

 推荐阅读

1. 汪海燕. 法文化共性、相异性与我国刑事诉讼模式转型. 政法论坛, 2005 (9)
2. 陈瑞华. 司法过程中的对抗与合作——一种新的刑事诉讼模式理论. 法学研究, 2007 (3)
3. 左卫民. 中国刑事诉讼模式的本土构

建. 法学研究, 2009 (2)

4. 张能全. 刑事诉讼制度与政治环境的生态平衡. 中国刑事法杂志, 2009 (7)
5. 李心鉴. 刑事诉讼构造论. 北京: 中国政法大学出版社, 1992
6. 汪海燕. 刑事诉讼模式的演进. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2004

2

论纠问式诉讼模式

一、纠问式诉讼模式的内涵

纠问式诉讼模式产生于罗马帝制时期,盛行于中世纪时期的欧洲大陆各国。典型反映这种诉讼法典的是德国 1532 年的《加洛林纳刑法典》和法国 1539 年的《法兰索瓦一世令》。另外,英国在君主专制时期的星座法院也实行纠问主义。纠问式诉讼模式的主要特点是:

1. 法官依职权主动追究犯罪。在纠问式诉讼中,法官已不再是处于消极诉讼地位的仲裁者,而是集控诉与审判职能于一身,一旦发现刑事案件,不论是否有原告,法官都要依职权主动追究犯罪者的刑事责任。不过这种诉讼模式不是不承认个人的起诉权,而只是不把个人的告诉作为进行审判的前提,也就是不实行“不告不理”的原则。如公元 9 世纪的欧洲法兰克王国,王室法院和巡回法院的法官如果发现涉及王室利益的刑事案件,法官必须主动依职权讯问当事人和证人查清事实,作为判决的根据。

2. 被告人只是被刑讯的客体,无任何诉讼权利。纠问式诉讼中,刑讯是整个诉讼过程的中心环节,被告人只是被追究、被审问的对象,只有招供的义务,没有反驳、进行辩护的权利。如欧洲 13 世纪建立的宗教裁判所,就实行极端残忍的审判制度,对被告人实行秘密的审讯,控告人及证人是谁,一律对被告人保密;并且对其严刑拷问,作为提

取证据的主要手段。受害人与被告人虽有某些差异,但也只是告发者,在诉讼中也不具有当事人的地位,不享有当事人的诉讼权利。

3. 侦查和审判都秘密进行,实行间接的书面审理方式。法官可自行决定开始刑事诉讼活动,法官有权对证人、被告人实行秘密的讯问,也有权收集他认为有用的证据。由于审判前的侦查牵涉关押被告,而且要形成审判所需的全部材料,因而所谓法庭审判,仅仅是让被告人对已准备好的控诉材料进行供认和作出判决而已,整个诉讼过程都是秘密和书面进行的。

4. 实行法定证据制度。法定证据制度,是中世纪欧洲各封建制国家所实行的一种证据制度,它是随着纠问式诉讼制度的出现而出现的。法定证据制度的主要内容为:一切证据证明力的大小,以及对它们的取舍和运用,均由法律加以具体规定,法官在审理案件时不得自由评断和取舍。

二、奉行法定证据制度

法定证据制度下,按照证据的外部特征,法律预先将证据划分为完全的、不太完全的和多半完全的证据;几个不完全的证据,可以构成一个完全的证据。这里,“完全”是“可靠”的意思。不同身份的证人,其证言的完全可靠性不同:男子的证言优于女子的证言;学者的证言优于非学者的证言;地位显要者的证言优于普通人的证言;僧侣、牧师

的证言优于世俗人的证言；公文的证明力大于私文的证明力；书面证据原件的效力永远大于副本的效力，等等。被告人的认罪口供无论是自动讲出来的，还是被刑讯逼出来的，都被看做是完全可靠的证据，被看做是“证据之王”或“证据皇后”。对口供证据能力的过分推崇，导致了刑讯逼供的盛行和合法化。

法定证据制度在中世纪后期欧洲大陆国家的出现，是与当时中央集权的君主专制国家为打破地方封建割据、限制地方司法权力，而创设全国统一的司法体系相呼应的，对消除各地在诉讼中运用证据的混乱状况具有积极的意义。在证据制度的发展史上，法定证据制度与神示证据制度相比是一大进步，这种制度否定了中世纪欧洲刑事诉讼中神意的作用，更多地体现了人的作用，其中一个重要的诉讼功能是在一定程度上限制法官个人的专横武断。但这种证据制度的局限在于，将复杂的、由多重因素决定的证据的证明力简化为由某种单一因素决定，将需要根据法官的经验和知识综合判断的证据和事实变成了对一个个证据的证明力作简单的加减计算，这种僵化的形式主义难以保证对案件事实进行准确和理性的认识。

### 三、纠问式诉讼模式的审视

纠问式诉讼是适应王权不断加强、封建领主对农民的镇压日益残酷的需要而产生的，是封建专制集权在诉讼中的表现。与原始弹劾式诉讼相比，纠问式诉讼在诉讼的民主性方面无疑是倒退了，但它确立的追究犯罪的职责应由国家机关承担的原则，则是诉讼历史发展的必然。有研究者指出，与传统集权专制政体所生成的制度环境相适应，刑事诉讼呈现为典型的纠问式诉讼生态，这种生态的形成正是专制集权政体环境下的必然产物。<sup>①</sup>以自然经济、宗法伦理和权力本位为基础的君主集权专制政体是建立在人的依附

关系基础之上并通过社会等级和人身依附的社会结构来实施阶级统治的。

君主集立法、行政、司法与军事大权于一身，并把绝大部分权力以特权的形式赋予其他统治阶级，而广大的民众则享有很少的权利，法律关系的核心要素不是权利本位而是义务本位，法律调整以确认等级依附关系为基本价值目标。专制政体的政治架构体现为权力高度集中，势必要求刑事诉讼构造与整个国家政治架构保持协调与统一，刑事诉讼作为国家专制政治机器的重要组成部分，必然体现其集权思路。正如梅利曼所说：“在大陆法系国家中，过分强调采用纠问式的审判方法，是由于罗马法的复兴和受教会审判程序法的影响所引起的。而最重要的原因，则是集权制国家的兴起。”<sup>②</sup>权力不分、职能混同的纠问式诉讼模式客观反映了专制政体本身的内在要求。只有在控诉权与审判权集中于政府官员一人手中才能最大限度地发挥惩治犯罪，维护专制统治秩序的目的，最大限度地限制乃至剥夺犯罪行为人的自由和权利。“从政治上看，中央集权国家的领导者很热衷于纠问式诉讼，尤其是在政治制度具有专制倾向时，以及把社会利益放在个人利益之前的情况下，更是如此。因为纠问式诉讼所要做的正是要竭力防止由于过分尊重个人权利而不能确保对犯罪人进行追究的情形发生，况且一个坏人也不值得受到给予一个公民的全部保障。”<sup>③</sup>在专制集权政体视野中，纠问式刑事诉讼就是实现其全部政治目标的主要工具与法律手段。



### 推荐阅读

1. 汪海燕. 法文化共性、相异性与我国刑事诉讼模式转型. 政法论坛, 2005 (9)
2. 陈瑞华. 司法过程中的对抗与合

① 参见张能全：《刑事诉讼制度与政治环境的生态平衡》，载《中国刑事法杂志》，2009（7）。

② [美] 卡尔·A·魏特夫：《东方专制主义》，徐式谷等译，137页，北京，中国社会科学出版社，1989。

③ [美] 约翰·亨利·梅利曼：《大陆法系》，顾培东、禄正平译，135页，北京，法律出版社，2004。

作——一种新的刑事诉讼模式理论. 法学研究, 2007 (3)

3. 左卫民. 中国刑事诉讼模式的本土构建. 法学研究, 2009 (2)

4. 张能全. 刑事诉讼制度与政治环境的

生态平衡. 中国刑事法杂志, 2009 (7)

5. 李心鉴. 刑事诉讼构造论. 北京: 中国政法大学出版社, 1992

6. 汪海燕. 刑事诉讼模式的演进. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2004.

### 3 论“混合式”诉讼模式

#### 一、混合式诉讼模式的内涵

混合式诉讼, 是在资产阶级革命胜利后, 世界各国包括一些社会主义国家的刑事诉讼中所采取的结构形式。混合式诉讼是在吸收了弹劾式诉讼和纠问式诉讼的优点的基础上形成的。当今世界各国基本上均采用这种诉讼形式, 但由于地理位置、法律渊源和文化传统的差异, 以法国、德国为主的大陆法系国家和以英国、美国为代表的英美法系国家所实行的混合式诉讼并不相同。混合式诉讼的主要特征表现在以下几个方面:

1. 司法独立。孟德斯鸠的三权分立学说即立法、司法和行政三权分立并相互制衡, 是资本主义国家建构权力体系的政治哲学基础。司法独立被宪法和刑事诉讼法作为一条基本原则确立下来, 要求由法官独立行使审判权, 只服从宪法和法律, 不受行政机关和立法机关的干涉。同时, 为了贯彻司法独立原则, 规定了一系列的制度保障和物质保障, 如法院自成系统、从最高法院到基层法院单列、法官实行高薪制、专职制、免受弹劾。身份保障及优厚的退休保障等, 使得法官能够公正审理案件。

2. 控审职能分离, 实行不告不理的诉讼原则。这与纠问式诉讼中法官集起诉和审判职能于一身是相对立的。近代国家一方面认为, 犯罪不仅侵犯了个人的利益, 也直接侵犯了国家利益, 应由国家主动干预, 进行追究; 另一方面认为, 起诉必须与审判分离, 才能保证审判程序客观公正。因此, 普遍建

立了检察机关专门代表国家追诉犯罪的公诉制度。如法国于1890年明确规定了检察官是行政机关派往各级法院的代理人, 并根据法院的审级的不同, 设置了不同等级的检察机关, 专门负责对各类犯罪的控诉职责。即使像英国这样具有私人起诉传统的国家, 在近现代, 大多数案件也由警察机关起诉, 严重犯罪由检察机关起诉。英国1985年的刑事诉讼法对起诉制度进行了改革, 使检察机关已实际掌握了大部分案件的起诉权, 国家公诉已在相当程度上取代了私人起诉。控诉职能和审判职能划分为不同的两个部分, 这是资本主义刑事诉讼模式的一个共同的特点。

3. 赋予被告人包括辩护权在内的广泛的诉讼权利。在资产阶级民主革命时期, 许多启蒙思想家都主张应该用辩论式诉讼来代替专横的纠问式诉讼, 在诉讼中, 当事人(特别是被告人)有权请代理人为自己辩护。英国1679年的《人身保护法》就明文规定了被告人的辩护权原则。此后, 法国及其他一些国家纷纷效仿, 在立法中都规定了被告人享有辩护权。资产阶级在取得政权以后, 为了适应资本的自由竞争和财产、人身自由的安全需要, 辩护便逐渐职业化, 形成了一条贯穿于刑事诉讼法程序始终的基本原则。1791年美国宪法修正案第6条规定, 在一切刑事诉讼中, 被告人有权“接受法庭律师辩护的协助”。同年, 法国宪法规定, 从预审开始就“不得禁止被告人接受辩护的援助”。日本宪法第37条规定: “刑事被告人在任何场合都可以委托有资格的辩护人。”辩护制度的建

立，对于确认被告人的诉讼主体地位，保障被告人的合法权益有着重要的意义。

4. 实行公开审判制度，确立直接言词原则。西方国家比较强调审判程序的公正，他们认为，保障程序公正应该具备两个条件：一是任何人不得审理与自己有利害关系的案件，法官应该是公正无私的；二是应该赋予双方当事人平等对抗的权利，让他们在庭审中充分地进行陈述和争辩。因而在诉讼程序中确立了一系列保障审判程序公正的制度和原则，如实行审判公开，使法院的审判活动向当事人公开，向社会公开。同时，针对质问式诉讼中法官间接和书面审理的做法，确立了直接言词原则，要求法官所采信的证据必须由当事人在法庭上进行充分的争辩和质证，并且法官应该在场亲自聆听庭审争辩的全过程。

5. 奉行自由心证的证据制度。自由心证是相对于质问式诉讼中的法定证据而言的，它是指所有证据的证明力及其大小，法律都不事先予以规定，由法官与陪审员根据自己的良心和理性自由评判和取舍。法国宪法会议在1791年9月29日的训令中，宣布了法官把自己的内心确信作为判断证据、用以证明案件真实性的原则，法官必须以内心确信作为裁判的唯一根据。1808年《法国刑事诉讼法典》对自由心证制度又作了比较详尽的规定。继法国之后，欧洲各国资产阶级的立法也相继规定了这一制度。自由心证相对于法定证据制度而言，是证据制度的一大进步。

## 二、混合式诉讼模式的审视

现代民主政体是建立在政治多元主义和社会系统显著分化基础之上的，以深厚的个人主义及权利本位作为主体性价值追求的分权政体模式。“分权学说生发于比较古老的理论，它成了混合政体的对手，同时又成为一种工具，扩大和发展了这一制度而成为18世纪的均衡政治理论。”<sup>①</sup>这种分权制衡的民主

政体必然体现法治主义，因为分权制衡与法治在一定程度上是相互重叠，互为因果的。置身于现代民主政体环境下的刑事诉讼法律制度必然贯彻权力规范行使与相互制衡原则，体现权力分立与司法独立的基本精神理念。

刑事诉讼中，警察与检察官代表国家行使追诉职权，而法官是公正无私的中立裁判者，对刑事案件行使审判权。法官确保公正审判的职责使他必须决定对被告处理的正义优先于控诉，在控诉中，警察或追诉者的行为是在进行责难，被告的禁止自证其罪的特权为其提供了辩护：无论是在审判之前还是在审判过程中他都享有有限的沉默权。<sup>②</sup>现代民主政体的内在本质与核心精神在于对公民个人自由与权利的尊重与保障，这种精神体现在国家与公民个人之间的争斗解决机制中更能够彰显出法治国家的制度理性。它要求国家宪法和法律遵循罪刑法定原则与无罪推定原则，对于犯罪的追究和惩罚必须有明确的法律根据并严格依照法定程序由独立和中立的法官进行审理及作出有罪判决后才能实施。

刑事诉讼是将国家与公民之间的刑事纷争放置于特定的程序空间，并通过平等对话与充分争辩的三方互动机制理性地加以解决的裁判活动。基于刑事诉讼中国家权力与公民个人权利的非平衡性与二者地位的非对等性，人权保障宗旨与法治内在精神必然要求刑事诉讼程序严格规制国家权力运作并切实保障公民个人基本权利。于是，体现民主、人权、平等的正当程序理念得到了宪法确认和司法发展。国家公诉机关必须有合理依据并严格依照法律规定的程序进行侦查与控诉，而且必须接受司法官员的授权与审查；赋予犯罪嫌疑人与被告广泛的辩护权利，使其能够与国家侦查公诉机关进行平等协商、对话与交涉；司法官员本着中立和客观的立场

① 汪海燕：《刑事诉讼模式的演进》，118页，北京，中国人民公安大学出版社，2004。

② 参见龚祥瑞：《比较宪法与行政法》，69页，北京，法律出版社，1985。



不偏不倚地进行刑事审判，监管国家追诉权力是否合理运作并为犯罪嫌疑人与被告提供司法救济与诉讼关照。体现审判中立、控审分离、控辩平等与有效辩护的“等腰三角形”诉讼构造由此形成，这种诉讼构造实质上就是现代民主分权政体的本质要求，是以保障人权为最高价值取向的宪政思想的要求。



### 推荐阅读

1. 汪海燕. 法文化共性、相异性与我国刑事诉讼模式转型. 政法论坛, 2005 (9)

2. 陈瑞华. 司法过程中的对抗与合作——一种新的刑事诉讼模式理论. 法学研究, 2007 (3)

3. 左卫民. 中国刑事诉讼模式的本土构建. 法学研究, 2009 (2)

4. 张能全. 刑事诉讼制度与政治环境的生态平衡. 中国刑事法杂志, 2009 (7)

5. 李心鉴. 刑事诉讼构造论. 北京: 中国政法大学出版社, 1992

6. 汪海燕. 刑事诉讼模式的演进. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2004

## 论职权主义刑事诉讼模式与当事人主义刑事诉讼模式的异同

### 一、两者的差异之处

资产阶级革命开创了人类历史的新篇章，也把诉讼制度的发展推进到了一个新的历史阶段。主张民主、自由、人权的资产阶级在夺取政权的斗争中对封建纠问式诉讼的专制和黑暗进行了猛烈的抨击，在夺取政权后对原有的刑事诉讼程序加以扬弃和改造，建立起新的诉讼制度，即混合式诉讼模式。当今世界各国基本上均采用这种诉讼形式，但由于地理位置、法律渊源和文化传统的差异，以法国、德国为主的大陆法系国家和以英国、美国为代表的英美法系国家所实行的混合式诉讼，在三大职能分工和价值取向等方面均存在着明显的差异。

1. 被告人权利保护方式不同。职权主义诉讼模式下，侦查机关享有较广泛的权力，被告人的权利受到一定程度的限制。这种诉讼模式在侦查程序中，就是不承认双方当事人平等的诉讼地位，认为侦查是警察和检察官单方的行为，被告人负有忍受国家侦查机关侦讯的义务。虽然也允许律师在侦查程序中参与诉讼，但不承认律师有调查取证权，被告人认为有能够证明自己无罪或罪轻的证据，只能请求侦查机关代为收集。同时，对

被告人采取强制措施之前，并不需要取得法官的令状。当事人主义模式下，在侦查程序中，当事人主义即强调对被告人权利的保护，赋予被告人及其辩护人与警察、检察官相抗衡的权利。被告人享有沉默权，辩护律师有权自行侦查或委托私人侦探代为侦查，有权在预审时提出辩护证据或携带己方的证人出庭作证。在预审法庭上警察与检察官的证据并不优于被告方的证据。同时，为加强对侦查机关的监督，规定采取强制措施时必须取得法官的令状。

2. 检察官自由裁量权不同。职权主义诉讼模式下，在起诉程序上，检察官对是否起诉一般无自由裁量权。在职权主义诉讼模式中，追究犯罪是国家机关的责任，因此在通常情况下，只要证据充分，检察机关就必须起诉（起诉法定主义）。当然，基于刑事政策的需要，在职权主义之下，检察机关也享有限制性的起诉裁量权。当事人主义模式下，在起诉形式上，当事人主义赋予检察机关较大的自由裁量权，可以视案件的具体情况而作出灵活的起诉方式。即使在犯罪证据充分时，检察机关也可作出不起诉的决定；在起诉之后，经原告同意，也可以撤回。