



TANSUO YU JIANGOU

——WOGUO XINGSHI SUSONGFA YANJIU

探索 与 建构

——我国刑事诉讼法研究

张亚
著

中国商业出版社

探索与建构

——我国刑事诉讼法研究

张亚 著

中国商业出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

探索与建构 : 我国刑事诉讼法研究 / 张亚著 . --

北京 : 中国商业出版社 , 2017.11

ISBN 978-7-5208-0135-5

I . ①探… II . ①张… III . ①刑事诉讼法 - 研究 - 中国 IV . ① D925.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 289372 号

责任编辑 : 武维胜

中国商业出版社出版发行

010—63180647 www.c_cbook.com

(100053 北京广安门内报国寺 1 号)

新华书店总店北京发行所经销

北京亚吉飞数码科技有限公司

* * * * *

787 毫米 × 1092 毫米 16 开 17.25 印张 223 千字

2018 年 5 月第 1 版 2018 年 5 月第 1 次印刷

定价 : 60.00 元

* * * * *

(如有印装质量问题可更换)

前 言

2013年11月中共十八届三中全会通过了《关于全面深化改革若干重大问题的决定》，该文件对我国各个领域建设的改革做出了顶层设计，并明确提出了建设法治中国，必须坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进，坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设的观点。2014年10月，中共十八届四中全会通过了《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》。该决定明确提出了全面推进依法治国的指导思想、总目标、基本原则，提出了关于依法治国的一系列新观点、新举措，回答了一系列重大理论和实践问题，对科学立法、严格执法、公正司法、全民守法、法治队伍建设、加强和改进党对全面推进依法治国的领导做出了全面部署。党的十九大提出，建设新时代中国特色社会主义必须坚持全面依法治国。把党的领导贯彻落实到依法治国全过程和各方面，坚定不移走中国特色社会主义法治道路，完善以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系，建设中国特色社会主义法治体系，建设社会主义法治国家。

此外，我国立法机关为了贯彻中央的要求，还修订了《刑法》《立法法》等法律，授权启动了人民陪审员制度改革、刑事速裁程序、认罪认罚从宽制度试点工作；中央政法部门在中央全面深化改革领导小组的统一领导下，相继出台了多个规范性文件，积极推进各项改革进程，其中有很多关于刑事诉讼的文件，包括《中央政法委、财政部、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于建立完善国家司法救助制度的意见(试行)》(2014年1

月17日印发);《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》(2014年10月30日发布,同年11月6日起施行);最高人民法院《人民法院落实〈领导干部干预司法活动、插手具体案件处理的记录、通报和责任追究规定〉的实施办法》(2015年8月19日发布,同年8月20日起施行);最高人民法院、最高人民检察院《关于办理刑事赔偿案件适用法律若干问题的解释》(2015年12月28日发布,2016年1月1日起施行);最高人民检察院《人民检察院办理羁押必要性审查案件规定(试行)》(2016年2月2日发布施行);《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部关于推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的意见》(2016年8月2日发布);《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理刑事案件收集提取和审查判断电子数据若干问题的规定》(2016年9月9日发布,同年10月1日起施行);最高人民法院《关于全面推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的实施意见》(2017年2月17日发布);《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》(2017年6月27日起施行)。

鉴于我国刑事诉讼的不断发展,本书结合最新修订的刑事诉讼法以及相关规范性文件,并参考国内外高水平的学术专著和论文,全面、系统地分析和研究了刑事诉讼法。本书主要内容划分为七章,第一章是从整体上对刑事诉讼法进行介绍;第二章在第一章的基础上对国内外刑事诉讼法的发展进程进行分析,这样就可以从时间维度掌握刑事诉讼法;第三章针对刑事诉讼观进行研究,包括刑事程序法与刑事实体法的关系、刑事审判权的独立行使等内容;第四章分析刑事诉讼的理念和原则,这对研究刑事诉讼法具有基础性作用;第五章分别研究了刑事诉讼法涉及的各项制度,如管辖、回避、辩护与代理等;第六章和第七章则分别介绍了刑事诉讼的一般程序和特别程序。

在撰写本书的过程中,参考了相关专家、学者的著作、论文,从中获得了许多有益的成果、见解,谨致以诚挚的谢意。由于作者水平有限,书中难免有不妥之处,敬请同行专家、学者和广大读者批评指正。

作者

2017年11月

目 录

第一章 刑事诉讼法概述.....	1
第一节 刑事诉讼的概念和特征.....	1
第二节 刑事诉讼法的基本理论.....	8
第三节 刑事诉讼的基本范畴.....	19
第二章 刑事诉讼法历史发展进程.....	39
第一节 外国刑事诉讼法的历史发展进程.....	39
第二节 我国刑事诉讼法的历史发展进程.....	49
第三章 刑事诉讼观的发展.....	71
第一节 刑事程序法与刑事实体法的关系.....	71
第二节 刑事诉讼中的人权司法保障.....	76
第三节 刑事审判权的独立行使.....	83
第四节 刑事司法的民众参与.....	86
第五节 刑事诉讼的程序公正要求.....	93
第四章 刑事诉讼的理念和原则.....	105
第一节 刑事诉讼的理念.....	105
第二节 刑事诉讼的原则.....	116
第五章 刑事诉讼制度的研究.....	138
第一节 管 辖.....	138
第二节 回 避.....	143
第三节 辩护与代理.....	147
第四节 证剧与证明.....	151
第五节 强制措施.....	156
第六节 附带民事诉讼.....	160

第七节	期间与送达·····	166
第八节	刑事诉讼的中止和终止·····	171
第六章	刑事诉讼的一般程序研究·····	176
第一节	立案程序·····	176
第二节	侦查程序·····	180
第三节	刑事起诉·····	184
第四节	刑事审判·····	190
第五节	第一审程序·····	191
第六节	第二审程序·····	200
第七节	死刑复核程序·····	212
第八节	审判监督程序·····	216
第九节	执 行·····	218
第七章	刑事诉讼的特别程序研究·····	223
第一节	未成年人刑事诉讼程序·····	223
第二节	当事人和解的公诉案件诉讼程序·····	233
第三节	犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡 案件违法所得的没收程序·····	240
第四节	依法不负刑事责任的精神病人的强制医疗程序	247
第五节	涉外刑事诉讼程序与司法协助制度·····	257
参考文献	·····	263

第一章 刑事诉讼法概述

刑事诉讼法是指国家制定或认可的用于对刑事诉讼活动进行调整的法律规范的总称。刑事诉讼法是我国法律体系中的一个重要组成部分,它对公安司法机关以及诉讼参与人参加的刑事诉讼活动进行调整,是一门对犯罪行为进行揭露、证实、惩罚的活动。

第一节 刑事诉讼的概念和特征

诉讼按照内容和形式的不同,可以划分为三种类型,即刑事诉讼、民事诉讼和行政诉讼。刑事诉讼是指审判机关、检察机关和侦查机关在双方当事人以及其他诉讼参与人的参加下,按照法律规定的程序解决被追诉者刑事责任问题的诉讼活动。研究刑事诉讼法,首先应该明确形式诉讼的概念以及特征。

一、诉讼的概念和特征

(一) 诉讼的概念

研究刑事诉讼法,首先应该明确诉讼的概念,而诉讼具有很多含义。从字面上理解,东汉的许慎曾在《说文解字》中解释,“诉,告也”,“讼,争也”。也就是说,“诉”的含义是告诉、控告;“讼”的含义是争论、争辩。综合来看,“诉讼”就是指一方控告,另一方争辩,二者对争议无法达成共识,交由裁判官裁决争议的是非

曲直,并对争议做出处理结论。我国历代的著述中,通常认为《后汉书·陈宠传》中对“诉讼”一词的运用是我国对该词最早的运用。该文中提到,“西州豪右并兼,吏多奸贪,诉讼日百数。”

西方国家对“诉讼”一词有不同的表达方式。如,英文中的“诉讼”表达为 procedure,德语表达为 prozess,法语表达为 proces,虽然表达方式有所区别但词源均是拉丁语 procedere,该词的意思是程序、过程、步骤等。这个词实际上表达的是一种解决社会冲突的过程,具体而言是指国家司法机关在当事人以及其他相关人员的参与下,按照一定法定程序对法律上的权利争议问题进行裁决,并决定解决方法的过程。合理的诉讼程序,应该保证双方当事人理论上处于平等地位,在此条件下将争议交给法院,再由法院对该争议做出公正结果。该诉讼模式需要依靠双方当事人确立起争议,并且双方当事人应该根据争议草拟答辩和协议,大致勾画出争议的界限。

(二) 诉讼的特征

现代诉讼可以划分为三大类,刑事诉讼、民事诉讼和行政诉讼。诉讼是一项专门解决争议的程序,具有以下几个主要特征。

1. 公力救济

有社会冲突的存在才可能产生诉讼,处于社会关系中的不同主体为了实现各自的利益诉求而发生矛盾、产生冲突,并且这种社会冲突不宜或者不可以通过同态复仇、和解、调解或者行政性处理方式切实解决,必须由专门的国家司法机关按照法定程序,以相关法律作为依据做出评断时,便产生了诉讼。在解释诉讼存在的意义时,最好的评价角度便是如果没有诉讼的存在,将会发生哪些情况。通过对实践进行研究,有很多社会冲突是只可以依靠国家的暴力强制手段实现解决的,尤其是对于那些存在暴力侵害的社会冲突来说更是如此,因此诉讼的存在具有十分显著

的必要性。^①同时,诉讼是一种公力救济方式,它与私力救济存在很明显的区别,但是与同为公力救济的调解、仲裁等方式之间也存在区别。这是因为,诉讼并不会以双方当事人的自由意志作为判定的基础,同时也不将双方当事人的事先约定作为判决前提。诉讼是一种以国家强制力作为基础的公力救济,具有明显的权威性,通过诉讼可以按照法律解决社会冲突,是一种最有效也是最终的解决手段。

2. 三方关系

诉讼的三方关系是指争议的双方当事人以及处于中立地位的裁判者之间的关系。在法律角度来说,双方当事人具有相同的法律地位,作为裁判者的法官在法律地位上位于二者之上,法官作为权威的裁断者对双方当事人之间的争议和冲突进行裁断。根据具体的诉讼,三方关系可能出现一定“形变”,但是这种关系一直是一切诉讼的基本构造,并且还对诉讼的基本运行方式具有决定性作用。在实际的诉讼过程中,除三方关系中的人外,还会有证人、鉴定人、代理人、辩护人等人员参与诉讼活动,但不论参与诉讼的是谁都是以三方关系的基本架构为中心而存在的。在诉讼中,法官代表自然正义,因此必须保证听取双方当事人的陈述,法官应该公平的关注和对待双方当事人的意见,要切实听取双方当事人提出的论据和证据,^②以此为基础形成两方平等对抗、法官居中裁判的现代诉讼构造。

3. 动态法定过程

首先,必须保证诉讼是按照一定法定程序进行的。原告人必须拥有相关法律依据作为前提,才可以向法院提出诉讼请求,并且要保证符合法定程式;被告人必须按照相关法律规定,对原告人的诉讼请求进行答辩;法官作为中立的具有权威代表性的裁判者,必须严格遵守法律预先确立的程序规则和证据规则对诉讼

① 顾培东. 社会冲突与诉讼机制[M]. 北京: 法律出版社, 2004, 第41页.

② 戈尔丁. 法律哲学[M]. 上海: 三联书店, 1987, 第240页.

进行主持和裁判,只有这样才能保证双方当事人以及社会公众可以认可诉讼的过程以及结果。为了保证参与诉讼的各方当事人进行的活动从整体角度符合基本的形式正义的要求,通常会在法律上对诉讼的过程按照不同阶段进行具体、明确的规定,会用相应的规定要求诉讼各阶段的程序,从而促使各个阶段和步骤之间可以有效地衔接和运转。在双方当事人以及法官严格遵守以上法律要求进行诉讼活动时,诉讼便会呈现出一种动态的过程,通过法律规定实现了诉讼过程的技术化和程序化,从而使得最终做出的结论具有不可逆转性、有效性和权威性。

二、刑事诉讼的概念和阶段

(一) 刑事诉讼的概念

根据法律争议的性质进行划分,可以将诉讼分为刑事诉讼、民事诉讼和行政诉讼三种类型。我国的刑事诉讼是指公安司法机关在法律争议当事人以及其他诉讼参与人的参加下,按照一定的法律程序和要求,解决被追诉者刑事责任问题的活动。

(二) 刑事诉讼的阶段

在刑事诉讼的过程中,要进行报案、控告等材料的审查、询问、勘验、检查、审查批准逮捕、审查起诉、开庭前的准备、法庭证据调查、法庭辩论、被告人最后陈述以及评议和宣判等活动。可以将这一系列的行为进行阶段性的划分,划分为相对独立的单元后就形成了刑事诉讼的各个阶段。每一个刑事诉讼阶段都是完整的相对独立的程序,这些阶段具有自身的直接任务和形式。一般情况下,按照以下标准进行刑事诉讼阶段的划分。

1. 直接任务

不同刑事诉讼阶段会有不同的直接任务。例如,侦查程序

的直接任务是进行相关证据的收集,查明犯罪事实,根据证据确定犯罪嫌疑人,必要时还有羁押犯罪嫌疑人的任务;以公诉为例,起诉程序的直接任务是对侦查机关侦查终结后移送起诉的案件,从认定事实到适用法律的各个方面进行全面系统的审查,并按照实际情况以及法律规定决定是否提起公诉。

2. 参加诉讼的主体构成

根据刑事诉讼阶段的不同,参加诉讼的机关和个人构成也有所区别。例如,在刑事诉讼的侦查阶段主要是侦查机关或部门参加诉讼,起诉阶段主要是检察机关参加诉讼,审判阶段主要是法院参加诉讼。

3. 诉讼行为的方式

根据刑事诉讼的不同阶段,也会采取相应的诉讼方式。例如,在侦查阶段通常都是采取不公开的方式开展工作,按照法律规定进行专门调查工作并采取相应的强制性措施;在审判阶段通常采取法官主持的诉讼方式,并且还要保证在出庭支持公诉的检察官、双方当事人以及其他相关人员的参加下,对法律争议进行公平公正的开庭审理以及宣判。

4. 诉讼法律关系

刑事诉讼法律关系是指进行或参加刑事诉讼的机关或参与人,以刑事诉讼法的相关规定为基础形成的各种权利与义务的相互关系。不同的刑事诉讼阶段具有不同的直接任务、主体以及活动方式,因此它们的法律关系也存在一定差异。在审查起诉阶段,犯罪嫌疑人和检察官之间具有不平等的权利义务关系,而在审判阶段双方当事人具有法律上的平等关系。

5. 诉讼的总结性文书

在完成某一阶段任务时会有该阶段的总结性文书,而根据诉讼的不同阶段,总结性文书也各不相同。例如,起诉书、不起诉决定书是在审查起诉阶段完成任务后的总结性文书,判决书、裁定

书是审判阶段完成任务的总结性文书。

按以上标准进行划分,我国的刑事诉讼过程可以分为立案、侦查、起诉、第一审、第二审和执行等阶段。除了这些基本程序外,还有两个特殊阶段,即死刑复核程序和审判监督程序。只有出现特定案件的情况时才会启用这类特殊程序,死刑复核程序是仅适用于判处死刑的案件的特殊阶段,审判监督程序是仅适用于裁判已生效的案件的特殊阶段。

刑事诉讼阶段和各个具体的诉讼程序之间存在一定联系,但二者之间也存在一定区别。刑事诉讼阶段指在对某个刑事案件进行处理的全部过程中,为了实现某项具体的直接任务而进行诉讼活动的过程,这个过程相对于整体过程来说具有相对独立性。具体的诉讼程序是指在具体的诉讼阶段中,为了实现直接任务而进行某些诉讼行为时采取的具体方式以及手续。

三、刑事诉讼的特征

(一) 法律关系主体的特征

从法律关系主体的角度来看,参加刑事诉讼的主体包括国家专门机关以及诉讼参与人。刑事诉讼是国家专门机关行使对犯罪行为人进行刑事处罚的国家刑罚权的活动,基于此国家专门机关必须作为法律关系主体参加刑事诉讼活动。一般情况下,国家专门机关会利用其拥有的各项权利实现对犯罪者的刑罚,也就是通过行使立案侦查权、起诉权、审判权、执行权、法律监督权实现国家刑罚权。同时,刑事诉讼实际上是国家专门机关行使国家刑罚权的活动,因此,犯罪嫌疑人、被告人必须作为法律关系主体参加刑事诉讼活动。在刑事诉讼中,为了对案件事实进行调查和明确,或者为了维护相关当事人的合法权益,除了国家专门机关和双方当事人外,自诉人、被害人、附带民事诉讼的原告人和被告人等人员会作为案件的当事人参加刑事诉讼,辩护人、证人、鉴定人

员、见证人等人员也可能作为其他诉讼参与人参加刑事诉讼。根据不同的国家专门机关和诉讼参与人,他们在刑事诉讼中享有不同的权利也承担不同的责任和义务,这也就决定了不同的法律关系主体在刑事诉讼中享有不同的诉讼地位。

(二) 诉讼程序的特征

刑事诉讼必须保证严格遵循相关法律规定的程序进行。因为刑事诉讼活动具有鲜明的程序性以及程序的法定性,因此刑事诉讼程序具有显著的有限性以及确定性特征。例如,我国刑事公诉案件的诉讼活动,必须保证严格遵守法律规定的立案、侦查、起诉、审判、执行五大程序,而这些大程序由若干个不同的小程序构成,针对每个小程序还有不同的规定。立案程序可以划分为立案材料的接受、审查以及决定几个小程序;侦查程序可以划分为侦查破案、预审以及侦查终结几个小程序;起诉程序可以划分为审查起诉、决定起诉、提起公诉以及支持公诉几个小程序;审判程序可以划分为第一审、第二审、死刑复核以及审判监督几个小程序;执行程序可以划分为交付执行、具体执行以及执行变更几个小程序。而在这些小程序中,还有一些可以继续划分为若干个步骤。从程序价值的层面来分析,一些程序的设定目的在于保障实现刑法,为了收集证据、查明案件事实、查获以及控制犯罪嫌疑人或被告人;一些程序的设定目的在于保障诉讼参与人的合法权益,对国家机关权力进行科学合理的限制或规范,构建刑事诉讼活动中的局域秩序,通过这些程序的具体设定,可以体现不依附于刑法而存在的独立刑事诉讼价值。

(三) 诉讼解决问题的特征

实际上,刑事诉讼解决的核心问题就是犯罪嫌疑人、被告人的刑事责任问题。在刑事诉讼中也存在按照法律保障诉讼参与人的合法权益不受侵害,对国家机关权力进行合理的限制或规范

的问题,但实际上在解决犯罪嫌疑人、被告人刑事责任问题的过程中也解决了以上这些问题。刑事诉讼需要解决的核心问题,包括涉案的犯罪嫌疑人、被告人的行为是否在法律意义上构成犯罪,犯罪的具体性质和类型,应该对犯罪嫌疑人、被告人处以怎样的刑罚等问题,这些问题也就是涉案犯罪嫌疑人、被告人的刑事责任问题。对于分辨刑事诉讼、民事诉讼以及行政诉讼来说,明确诉讼需要解决的核心问题便是关键。

第二节 刑事诉讼法的基本理论

刑事诉讼法作为揭露、证实和惩罚犯罪的法律规范,在设计和实施的过程中都应该十分严谨。因此,在研究刑事诉讼法时,必须充分掌握其基本理论,如刑事诉讼法的概念和性质、渊源及其与其他法律之间的关系等。

一、刑事诉讼法的概念和性质

刑事诉讼法是一门专门用于对刑事诉讼进行规范的法律。我国的刑事诉讼法是国家制定的规范人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼,当事人和其他诉讼参与人参加刑事诉讼的法律。刑事诉讼法包括以下几项具体内容:第一,刑事诉讼中的专门机关以及这些机关享有的权力和承担的义务;第二,刑事诉讼中的当事人、其他诉讼参与人以及这些主体享有的权利和承担的义务;第三,刑事诉讼需要严格遵循的原则、规则和制度;第四,刑事诉讼中收集和运用证据时应该遵循的规则及制度;第五,刑事诉讼的具体实施程序。

刑事诉讼法可以从狭义和广义两个层面进行解释。狭义层面上的刑事诉讼法是指刑事诉讼法典。广义层面上的刑事诉讼法是对一切有关刑事诉讼的法律规范的总称。一般情况下,会从

广义层面上理解刑事诉讼法的概念。

按照社会经济基础以及国家基本性质,刑事诉讼法的历史发展中先后出现了奴隶制、封建制、资本主义和社会主义四种具有不同性质的法律类型。我国的刑事诉讼法属于社会主义类型的法。按照法的不同角度进行分类,我国的刑事诉讼法属于以下类型的法律。

(一)我国刑事诉讼法属于程序法

根据法的内容和作用可以将我国的法律划分为实体法与程序法。实体法是指对实质内容进行规定的法律,比如对权利、义务等进行规定的法律;程序法是指对诉讼程序和行政执法程序进行规定的法律。刑事诉讼法属于程序法,它对国家行使刑罚权的程序进行了具体规定,该法律与刑法相对应。随着时代的进步,现代法治国家对程序法的重视程度越来越高,认识到了程序法的重要价值。

(二)我国刑事诉讼法属于公法

按照法律涉及国家和个人的关系对我国的法律进行划分,可以分为公法和私法,这是罗马法的传统分类。公法是指对国家与个人之间关系进行有效调整的法律;私法是指对个人与个人之间关系进行有效调整的法律。刑事诉讼法按照其调整的主体关系属于公法,因为该法调整的是刑事诉讼中的国家专门机关与法律争议当事人及其他诉讼参与人之间的关系,尤其是与犯罪嫌疑人、被告人和被害人之间的关系。在刑事诉讼法的制定和实施的过程中,应该重视其属于公法这一显著特征,要秉承公平正义的态度处理刑事诉讼中国家权力与公民权利的冲突和平衡问题。

(三)我国刑事诉讼法属于基本法

按照法律的层次对我国的法律进行划分,可以分为根本法、