



X I N G S H I S U S O N G Y U A N L I Y A N J I U

刑事诉讼 原理研究

刘 文 刘 磊 编著

苏州大学法学院
诉讼法学文丛

S U Z H O U D A X U E F A X U E Y U A N S U S O N G F A X U E W E N C O N G

主编
胡亚球



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS



苏州大学法学院
诉讼法学文丛

SUZHOU DAXUE FAXUEYUAN SUSONGFAXUE WENCONG

X I N G S H I S U S O N G Y U A N L I Y A N J I U

刑事诉讼原理研究

刘 文 刘 磊

编著



厦门大学出版社

XIAMEN UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑事诉讼原理研究/刘文,刘磊编著. —厦门:厦门大学出版社,2007.7

(苏州大学法学院诉讼法学文丛/胡亚球主编)

ISBN 978-7-5615-2740-5

I. 刑… II. ①刘…②刘… III. 刑事诉讼法-法的理论-研究-中国

IV. D925.201

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 116102 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门大学 邮编:361005)

<http://www.xmupress.com>

xmup@public.xm.fj.cn

三明日报社印刷厂印刷

2007年7月第1版 2007年7月第1次印刷

开本:787×960 1/16 印张:24.5 插页:2

字数:426千字 印数:0001~3000册

定价:32.00元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

文丛序言

苏州大学王健法学院溯源于1915年创设的“东吴大学法学院”。当时的东吴大学法学院突出“英美法”教学模式和高级法律人才的培养,以其科学的培养目标和鲜明的教学特色,赢得了“南东吴,北朝阳”的美誉,培养了王宠惠、吴经熊、倪征燠、李浩培、潘汉典、杨铁樑等一大批现当代著名的法学专家,使东吴大学的法学教育一度饮誉海内外,成为中国法学教育家园中的一朵奇葩。从1952年院系调整起学院历经风雨,几经坎坷。1982年经国务院批准,由“江苏师范学院”易名为“苏州大学”,同时恢复法学教育,成为全国最早恢复法学教育的院校之一。2000年学院校友王健教授的长子王嘉廉先生慷慨出资捐建苏州大学法学楼,设立奖学金,以推动苏州大学法学院的法学教育 and 研究。苏州大学法学院同年更名为王健法学院,成为全国第一个由海外专项基金参与建设的公办法学院。

学院现有法学博士点1个,法学硕士点6个,同时具有法律专业硕士学位的授予权。2001年学院获得诉讼法专业的硕士学位授予权,开始招收诉讼法专业硕士研究生。学院现有从事诉讼法学教学研究的教师近10名。我们在努力提高诉讼法学教学品质的同时,始终密切关注诉讼法学科发展的最新动态,开展对诉讼法前沿问题的研究,积极参与中国诉讼法律制度的改革和完善活动。近10年来,我们先后出版了20余部著作,发表了百余篇学术论文,内容涉及刑事诉讼、民事诉讼、行政诉讼、替代型纠纷解决机制及司法改革等方面,在诉讼法学界产生了较大的影响。

为了进一步提升我院的诉讼法学教学和研究水准,促进诉讼法学科的发展,并加快我国诉讼法制改革和完善的步伐,我组织编写这套“苏州大学法学

院诉讼法学文丛”。本文丛以诉讼法学的基本理论为研究对象,主要分为《民事诉讼基本原理》、《刑事诉讼原理研究》、《民事诉讼证据原理研究》、《刑事证据原理》、《民事诉讼理论基础》、《民事司法方法论》、《审判机制的困境与出路》、《公正理论研究》等8种,预计在两年之内出版完毕。

本丛书的编写得到了苏州大学王健法学院领导和教师的支持,也得到了部分其他院校的诉讼法学同仁和实务部门的一些专家学者的支持,在此表示感谢。本丛书的出版耗费了厦门大学法学院齐树洁教授、张榕教授和厦门大学出版社施高翔先生的大量心血,没有他们的大力支持、帮助和鼓励,本丛书无法得以顺利付梓,在此一并表示最真诚的感谢。

尽管我们为本丛书倾尽了心智,但限于作者的学识和学术境界所限,本丛书的缺陷和谬误在所难免,恳请学界同仁、朋友和读者提出最善意、最尖锐的批评。

胡亚球

2007年夏谨识于姑苏城外

目 录

文丛序言

第一章 绪论	(1)
第一节 刑事诉讼法概述	(1)
第二节 刑事诉讼法与其他法律规范的关系	(8)
第三节 刑事诉讼法学的研究对象	(15)
第二章 刑事诉讼的历史类型	(19)
第一节 古代社会中的刑事诉讼	(19)
第二节 近代欧洲的刑事诉讼	(23)
第三节 当代刑事诉讼的现状与发展趋势	(28)
第四节 我国刑事诉讼法的历史发展	(38)
第三章 刑事诉讼法学的基本范畴	(49)
第一节 刑事诉讼目的	(49)
第二节 刑事诉讼模式	(53)
第三节 刑事诉讼构造	(61)
第四章 专门机关与诉讼参与人	(65)
第一节 刑事诉讼中的专门机关	(65)
第二节 刑事诉讼参与人	(73)
第五章 刑事诉讼的基本原则	(84)
第一节 世界各国刑事诉讼的通行原则	(84)

第二节 我国刑事诉讼的基本原则	(91)
第六章 管辖制度	(103)
第一节 刑事诉讼管辖概述	(103)
第二节 刑事立案管辖	(106)
第三节 刑事审判管辖	(112)
第四节 刑事诉讼管辖错误及其纠正	(118)
第七章 回避制度	(125)
第一节 回避制度概述	(125)
第二节 回避的适用情形和人员范围	(126)
第三节 回避的程序	(130)
第八章 辩护与代理制度	(133)
第一节 刑事辩护制度	(133)
第二节 刑事代理制度	(156)
第三节 刑事法律援助制度	(161)
第九章 强制措施制度	(167)
第一节 强制措施概述	(167)
第二节 拘传、取保候审、监视居住	(170)
第三节 拘留、逮捕	(179)
第十章 刑事附带民事诉讼制度	(187)
第一节 刑事附带民事诉讼制度概述	(187)
第二节 我国刑事附带民事诉讼制度的基本内容	(190)
第三节 我国附带民事诉讼制度存在的问题及完善	(195)
第十一章 期间与送达制度	(205)
第一节 期间	(205)
第二节 送达	(210)
第十二章 证据制度	(213)
第一节 证据制度的历史发展	(213)
第二节 证据属性	(219)
第三节 证据的分类	(226)
第四节 证明原则与证据规则	(234)
第五节 证明责任	(245)
第六节 证明标准	(251)

第十三章 刑事立案程序	(255)
第一节 立案概述.....	(255)
第二节 刑事立案的程序.....	(257)
第三节 刑事立案监督.....	(259)
第十四章 刑事侦查程序	(261)
第一节 侦查程序的一般原理.....	(261)
第二节 侦查行为.....	(267)
第十五章 刑事起诉程序	(280)
第一节 刑事起诉制度原理.....	(280)
第二节 提起公诉的程序.....	(284)
第三节 提起自诉的程序.....	(296)
第十六章 第一审程序	(299)
第一节 刑事审判概述.....	(299)
第二节 我国公诉案件的第一审程序.....	(308)
第三节 我国自诉案件的第一审程序.....	(321)
第四节 刑事简易程序.....	(323)
第五节 我国的刑事裁判文书及其改革.....	(340)
第十七章 第二审程序	(347)
第一节 第二审程序的一般原理.....	(347)
第二节 上诉、抗诉的提起.....	(349)
第三节 上诉、抗诉案件的审理.....	(352)
第十八章 死刑复核程序	(357)
第一节 判处死刑立即执行案件的复核程序.....	(357)
第二节 判处死刑缓期两年执行案件的复核程序.....	(363)
第十九章 审判监督程序	(365)
第一节 审判监督程序的提起与理由.....	(366)
第二节 依照审判监督程序对案件的重新审判程序.....	(368)
第二十章 刑事执行程序	(371)
第一节 刑事执行概述.....	(371)
第二节 各种判决、裁定的执行程序.....	(372)
第三节 变更执行的程序.....	(378)
第四节 执行监督与救济.....	(383)
后记	(386)

第一章

绪论

第一节 刑事诉讼法概述

自人类社会产生纠纷之日起,对犯罪进行控制与治理便是人类社会得以存续的前提条件之一。犯罪事实的产生往往会对现存的统治秩序构成损害,也会使国家、社会与个人相互之间产生新的社会冲突。虽然在不同的社会形态中有不同的冲突解决方式,但是从犯罪控制与犯罪人的矫治角度而言,刑事诉讼法与刑法共同构成了国家、社会解决社会冲突的重要工具。自欧洲启蒙运动以来,现代各国都通过侦查、起诉、审判等理性、精致化的诉讼制度来矫治犯罪,并试图在犯罪控制与人权保护间保持某种平衡。简言之,刑事诉讼即是国家、社会为解决因犯罪所造成的社会冲突而创设的法律机制。具体而言,现代刑事诉讼是国家为了实现国家刑罚权而由国家司法机关设置的侦查、起诉、审判、执行等程序的总和,其不仅包括国家司法机关的法律地位及相互关系,还包括国家权力机关与公民、社会之间的利益冲突。

一、刑事诉讼法的概念

我国法学研究中的“概念”用语与西方社会科学研究中所用的“范式”一词有相近之处,例如,美国学者库恩认为:“范式”(paradigm)的本意是指为“科学

共同体”所共同使用的“学科基质”(disciplinary matrix)。^① 其实,任何概念都只能是对研究对象的局部认知,只是为研究问题的便利由学术共同体创制的某种研究方法或学术语言。所以,刑事诉讼的概念也不应当是唯一或恒定的,而是因不同的法律文化、国家政治体系、经济结构等因素造成若干概念上的差异。

我国东汉学者许慎在其著作《说文解字》中说:“诉,告也;讼,争也。”从我国“诉讼”一词的词源来看,其源于初民社会时期解决纠纷时当事人的“告发”与“争讼”两种诉讼活动。不过,现代刑事诉讼的含义不仅仅是指当事人的告诉与争讼,而是指国家权力、社会控制权、公民权利相互整合之后,最终所设置的体系化的刑事司法机制。由于“诉讼”这一概念的核心内容是指当事人通过中立的法院来解决其纠纷,侦查、起诉等“庭前程序”就不能为诉讼一词所包含,所以多数国家使用的是“刑事诉讼法”这一概念。例如,美国刑事诉讼法的词源是“criminal procedure law”,意为“刑事诉讼法”,其刑事诉讼程序除了审判程序以外,还包括侦查、起诉等庭审以前的“非诉讼程序”。简言之,刑事诉讼可分为广义刑事诉讼与狭义刑事诉讼,狭义刑事诉讼是指起诉后从审理至判决这一阶段,而广义的刑事诉讼则是指一切与刑罚权之行使有关的程序或制度,具体包括侦查、起诉、审判与执行等各种刑事程序。^② 如今,世界各国多采用广义的刑事诉讼法概念,虽然狭义的概念(审判程序)更能集中体现现代刑事诉讼公平、公正理念,但是侦查、起诉、执行等程序同样关系到刑事被告人、受害人的人权维护,同时对于犯罪的控制及“法益”的保护至关重要,所以现代各国的刑事司法也非常关注审判程序以外的其他程序。

刑事诉讼法则是刑事诉讼法典化或规范化的结果,虽然当今的欧美世界可分为两大法系,而且两大法系对于法典的地位与功能各自的认识不同,但是两大法系的德、美、日等国皆以法律规范将其刑事诉讼的具体程序进行规范。由于英美法系传统上更注重司法经验,不似大陆法系国家强调法典化对法律生活的作用,所以英美等国主要是通过法官的个体活动来推进刑事诉讼法的

① 一定的学术共同体往往会拥有一定的研究问题的“特殊语言”,这种语言通过学术研究群体的自觉或不自觉的求学努力最终形成。一种“范式”形成之后,当学者用该范式来研究具体问题时,可能会制约学者的思维方式。所以,旧的范式需要由新的范式来进行更新,这才会使学术研究不断向前发展。[美]托马斯·库恩(Thomas S. Kuhn)著:《科学革命的结构》,金吾伦、胡新和译,北京大学出版社2003版,第163页。

② 林山田著:《刑事诉讼法》,五南图书出版公司2004年版,第4页。

发展,并通过宪法原则、判例来规范刑事诉讼程序。如果以欧美为参照系,我国传统上属大陆法系国家^①,所以我国对于成文法的作用更为关注,判例法至少在目前还难以成为我国法官司法活动的根基。所以,拥有良好的刑事诉讼法对于我国的人权保护与犯罪控制更为重要。与成文法的法律传统相适应,我国学者目前多是从法律规范的角度来定义刑事诉讼法。具体而言,主要包括以下几种:

1. 刑事诉讼活动规范说

“中国的刑事诉讼法是指国家制定的调整公安机关、人民检察院、人民法院在当事人和其他诉讼参与人的参加下解决被追诉人刑事责任问题的活动的法律规范。刑事诉讼法所调整的对象,一是公安司法机关进行刑事诉讼的活动,二是诉讼参与人参加刑事诉讼的活动。”^②这一定义立足于被追诉人的刑事责任(国家实现刑罚权),将国家机关与当事人、诉讼参与人的诉讼活动作为刑事诉讼法的基本规范内容。

2. 诉讼行为规范说

“刑事诉讼法是指国家确认的,规范执法、司法机关和诉讼参与人诉讼行为的法律、法规、司法解释和判例。”^③除了强调刑事诉讼法的国家性以外,该定义重点从不同诉讼主体的诉讼行为规范来认识刑事诉讼法。

3. 形式规范说

“刑事诉讼法指国家制定的调整公安机关(含国家安全机关)、人民检察院、人民法院和诉讼参与人进行刑事诉讼所必须遵守的法律规范。”^④其将刑事诉讼法律关系主体所必须遵守的法律规范视为刑事诉讼法的全部内容。

上述定义其实大同小异,都强调诉讼法律关系主体在诉讼活动中所遵守的法律规范,但是对于实体法(刑法)目的的实现以及刑事诉讼法人权保护功能未能包含入其定义中,可以对之略作修正。现代刑事诉讼法是国家为实现刑事政策以及保护诉讼主体权益,针对各种刑事诉讼行为而制定的法律规范的总和。

① 从成文法在一国的作用而言,我国现行司法体制与大陆法系的法、德、日等国相似,但大陆法系与英美法系不是为了学术研究的需要而进行的分类,实际上因各国不同的司法体制、法律文化传统、政治经济因素,各国之间的法律体系各不相同。例如,即使是同属英美法系的英国与美国之间,二者的刑事诉讼体制并不相同,而且具有很大的差异。

② 陈光中、徐静村主编:《刑事诉讼法学》,中国政法大学出版社2002年版,第4页。

③ 徐静村主编:《刑事诉讼法》(上),法律出版社1997年版,第6页。

④ 樊崇义主编:《刑事诉讼法学》,中国政法大学出版社2002年版,第4页。

二、刑事诉讼法的性质

(一) 刑事诉讼法属程序法

程序法(procedure law)与实体法(substantive law)的划分源于英国功利主义法学家边沁,此种划分原本并非逻辑学上的分类,因为实在法(substantive law)是与自然法(law of nature)相对应的概念,边沁将“实在法”与实质正义(substantive justice)相联系,实质正义则可分为实体正义与程序正义。程序正义的源流来自英美法系国家,由于英国早期普通法的法律传统,对法律的形式要件要求比较严格,所以早期各种与诉讼程序相关的“手续法”为后来英国正当程序(Due Process)理念创造了条件。由于遵循先例原则以及英国法律人的保守色彩,普通法一直就有注重程序正义的传统,例如“正义先于真实”(Justice before Truth)、“程序先于权利”(Process before Rights)等。刑事诉讼法作为刑事案件之“手续法”,性质上属程序法,现代刑事诉讼则应当是程序正义的体现。美国哲学家罗尔斯将程序正义分为三类:第一种称为“纯粹的程序正义”,是指仅从程序规则本身来考量正义是否实现,只要程序规则的设计合法、合理,通过程序所获得的结果无论如何都可以姑且不论;^①第二类是“完全的程序正义”,指的是以程序之外的实体标准来衡量程序是否合理,例如以分蛋糕为例,如果是以“均等将蛋糕分配给所有人”为实体标准,那么设计“切蛋糕的人最后领蛋糕”这一程序规则可以促进实体正义的实现;^②第三类正义是“不完全的程序正义”,指的是虽然在程序之外有其他标准来衡量是否实现正义,但是却无法百分之百地实现“完全的程序正义”,例如刑事诉讼程序法无论如何设计,实体刑法体系无论如何完善,出现冤案的概率仍然是存在的。^③固然,不同历史时期、不同社会形态各自对于程序正义的实现程度存在差异。但是,在现代社会中,通过程序来化解不同利益主体的冲突以及确保实体正义的实现是现代刑事诉讼法的功能。

(二) 刑事诉讼法属公法

最早提出公法(public law)与私法(private law)概念的是古罗马法学家

① 例如,在博彩中只要设计出公平、公正的程序即可,最终的输赢可以不论,因为在规则公平的情形下“愿赌服输”。

② 因为在理想状态下,由于每个人都是理性的经济人,切蛋糕的人为了避免自己最后拿最小的蛋糕,会使用自己的一切切割技术来将蛋糕切得等份。

③ [美]约翰·罗尔斯著:《政治自由主义》,万俊人译,译林出版社2000年版,第448~450页。

乌尔比安。乌尔比安认为,公法是与国家稳定或国家利益相关的法,私法则是涉及个人利益的法。公法在古罗马时代主要是指与宗教、国家管理有关的法律,私法则是自然法、万民法和市民法的总称。^① 由于这一分类将国家利益的保护视为重要目标,所以在历史上曾经遭受过学者的批判。但是,公法与私法的划分仍然是法学研究的范式之一,其可以从宏观上对国家利益与个体利益进行平衡,所以该分类仍然对现实的法学研究存在一定影响。既然刑事诉讼法是国家、社会控制犯罪及维系现存统治秩序的策略与手段,所以其在性质上属公法。不过,现代公法的发展已经不再唯国家利益是从,而更多的是通过公平、公正的法律理性在国家利益、社会秩序、个体法益间进行平衡,公法的运行不应以严重损害私权利为代价。正是由于刑事诉讼法是公法,所以,作为国家刑罚权的实现主体,刑事司法机关应当注重在国家法益与个体法益间以法律理性来进行平衡。简言之,刑事诉讼法虽然是国家解决社会冲突、控制犯罪的方法,但是刑事诉讼法的运行不应当对公民的私权漠然视之。

三、刑事诉讼法的法律渊源

从刑事诉讼法的法律渊源而论,刑事诉讼法可分为形式的刑事诉讼法与实质的刑事诉讼法两类,前者是指刑事诉讼法典,后者则是指所有与刑事诉讼有关的诉讼行为规范。

(一) 我国刑事诉讼法的法律渊源

1. 宪法。我国刑事诉讼法第1条明确规定:“……根据宪法,制定本法。”从法律效力层次而论,宪法是一国国内法的最高法律渊源,是所有部门法的制定根据。^② 我国宪法中与刑事诉讼相关的规定主要有:

(1)“国家维护社会秩序,镇压叛国和其他危害国家安全的犯罪活动,制裁危害社会治安、破坏社会主义经济和其他犯罪的活动,惩办和改造犯罪分子。”(第28条)

(2)“中华人民共和国公民在法律面前一律平等。”(第33条)

^① 在古罗马,诉讼分为公诉和私诉两种,公诉是指对损害国家利益案件的审查,私诉是根据个人的申诉,对有关个人案件的审查。罗马法把诉讼法放在私法中,认为民事诉讼是为了私人利益,有关诉讼程序的规定,属于私法的一部分;罗马法学还把盗窃、诽谤看作是侵犯私权的行为,属私法之列。

^② 例外的情形如欧洲人权法院对欧盟成员国宪法的效力,国际强行法(jus cogens)在特定的法律问题上可能会高于一国宪法的法律效力。例如,1969年的维也纳《条约法公约》第53条规定:“条约如在缔结时与一般国际强行规则相抵触,则无效。”

(3)“中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯。任何公民,非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定,并由公安机关执行,不受逮捕。禁止非法拘禁和以其他方法非法剥夺或者限制公民的人身自由,禁止非法搜查公民的身体。”(第 37 条)

(4)“中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯。禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害。”(第 38 条)

(5)“中华人民共和国公民的住宅不受侵犯。禁止非法搜查或者非法侵入公民的住宅。”(第 39 条)

(6)“人民法院审理案件,除法律有特殊情况外,一律公开进行。被告人有权获得辩护。”(第 125 条)

(7)“人民法院、人民检察院独立行使职权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”(第 126 条、第 131 条)

(8)“人民法院、人民检察院和公安机关办理刑事案件,应当分工负责,互相配合,互相制约,以保证准确有效地执行法律。”(第 135 条)

2. 刑事诉讼法典。现行刑事诉讼法典是指 1996 年 3 月 17 日修正的《中华人民共和国刑事诉讼法》,该法共 225 条,由四编与附则组成。法典的第一编是“总则”,第二编是“立案、侦查、提起公诉”,第三编是“审判”,第四编是“死刑复核程序”,每一编则又包括若干章节。刑事诉讼法典的效力仅低于宪法,是各种刑事诉讼行为的基本规范。

3. 与刑事诉讼相关的法律。全国人民代表大会及其常务委员会制定的基本法律有些内容涉及刑事诉讼,例如刑法、人民法院组织法、人民检察院组织法、民事诉讼法、国家赔偿法、监狱法等。刑事诉讼法的某些内容可能散见于其他法律中,例如追诉时效、冤狱赔偿、合议庭组成等。

4. 法律解释。法律解释可分为立法解释、司法解释与行政解释三种。立法解释是全国人民代表大会常务委员会在制定刑事诉讼法典时所作的解释与说明,司法解释是指最高人民法院与最高人民检察院针对刑事诉讼法适用问题所作的解释,行政解释是指国家行政机关(国务院及其主管部门)对刑事诉讼法的相关问题所作的解释。具体而言,立法解释如全国人民代表大会常务委员会 1996 年 3 月 12 日《关于〈中华人民共和国刑事诉讼法修正案(草案)〉的说明》,司法解释如 1998 年最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》及最高人民检察院 1999 年的《人民检察院刑事诉讼规则》,行政机关的解释如公安部 1997 年《公安机关办理刑事案件程序规定》。

5. 行政法规、规定中有关刑事诉讼的法条。例如国务院制定的《中华人民

共和国看守所条例》，公安部《关于取保候审保证金的规定》等。

6. 国际条约。我国已加入的与刑事诉讼相关的国际公约主要有：《联合国禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》、《联合国少年司法最低限度标准规则》、《公民权利与政治权利国际公约》等。^①

（二）各法律渊源间的相互关系及具体适用

如果有关的法律条文之间产生冲突，如何处理？例如，我国司法解释与刑事诉讼法典间存在不一致之处，如何在司法实践中适用法律？目前，由于我国没有判例制度，更无法通过法律共同体的法律素养与职业操守来解释法律，所以在具体的司法活动中不得不由最高人民法院与最高人民检察院来进行司法解释。但是“两院”的司法解释并非完美无缺，有时受我国刑事政策的影响，甚至与刑事诉讼法典冲突，进而损害法律的稳定性。只有建立完整、有效的“法律解释学”，才能改变法律系统内部的冲突与竞合。

1. 刑事诉讼法典的效力应当优于司法解释

司法解释只能是在不损害刑事诉讼法典稳定性基础上，在不违背立法意图前提下而作的法律条文的细化解释，否则属越权解释。例如，我国刑事诉讼法典规定一次取保候审的最长期限不得超过 12 个月，但是根据我国目前司法解释，公安机关、人民检察院、法院却可以对同一案件被告人分别取保候审 12 个月，这其实也与法典的规定相悖（变相延长了取保候审的时限）。

2. 国际条约的效力

对于我国已经加入的国际条约，除我国加入时声明保留的以外，原则上国际条约的法律效力应当优先于国内法。“条约必须信守”是国际法上的习惯（custom），国际法虽不似国内法那样具有整齐划一的司法系统与执行机构，但国际法是实在法，因为国际社会既然是一共同体，共同体成员必须制定国际社会的法律规范才能规范各自的行为。我国缔结国际条约后，如果国内法规定与之不相适应（除宪法外），则应当修改国内法而不是规避国际法。^②

3. 运用法律解释学来解决不同法律规范间的冲突

① 对于《公民权利与政治权利国际公约》，我国已经签署但尚未正式批准。

② 各国处理国内法与国际法之间的关系存在差异，具体而论，美国以宪法为其最高法律渊源，国际条约只有属于“自动执行”的法律才在美国具有法律效力；有些国家国内法的地位优于条约（例如阿根廷）；有些国家针对特殊问题，规定国际条约地位优于国内法；有些国家国际条约效力高于国内法（例如荷兰）。李浩培著：《条约法概论》，法律出版社 1988 年版，第 379～400 页。

如果不同法条对同一问题所作的规定不同,则首先应当考虑两种法律规范的字面含义,其次再考察前后法律条文间的关系。如果法律的字面含义及其意思仍然可以作不同的解释,则应当优先采纳最能符合立法者的规范保护目的(立法意图),立法者的意向及目的可以由立法当时的历史情境、规整的动机、立法者的意向声明、官方的立法理由说明等因素来求得。^①如果上述解释方法还不能得出结论,则解释者不得不求助于“客观的目的论”的标准以及宪法原则。“客观的目的论”是指立法者未明说,但是可以由客观的“法秩序”及“公信、良俗”来推演的立法目的,例如法律伦理、正义理念等。

《《第二节 刑事诉讼法与其他法律规范的关系

一、刑事诉讼法与宪法的关系

(一)作为应用宪法之刑事诉讼法

在德国,刑事诉讼法被称为“宪法的测震仪”。意思是当刑事诉讼法不能贯彻人权保护规定时,便会产生宪法上的危机。我国宪法中规定了若干公民的基本权利,其内容涵盖人身自由、财产权、住宅、隐私权等与公民人性尊严相关的各项权利。这些基本权利的实现方式之一便是通过刑事诉讼法的人权保障功能来完成,如果刑事诉讼法不能够有效、全方位地保护刑事被告、受害人以及不特定公众成员的基本权利,那么一国宪法上所规定的公民基本权利便无法落到实处,法治国的理想则可能会沦为乌托邦。正如学者所评价的那样:“法治是一个抽象的概念或理想。任何政府或司法制度公平与否的一个衡量标准是每天实现这个理想的程度。”^②如果宪法上的人权保护规定以及对国家权力机关的规范作用不能够发挥实效,那么刑事诉讼法便会缺失运作的基础,甚至成为国家机关以权谋益之工具。由于刑事诉讼法以实现国家的刑罚权为基本目的,所以国家权力机关在诉讼程序中拥有各种强制处分权,具体包括拘

① [德]卡尔·拉伦兹著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2004年版,第220页。

② [美]斯黛丽·弗兰克著:《美国刑事法院诉讼程序》,陈卫东、徐美君译,中国人民大学出版社2002年版,第19页。

留、逮捕羁押、公诉、定罪量刑及各种刑罚的执行等权力。但是,司法机关的权力如果用之不当,会对刑事被告、受害人及不特定的公民造成心理、生理以及人性尊严上的损害,使国家的犯罪侦查、公诉、审判“失范”与失序,最终产生宪法危机。由此可见,刑事诉讼法作为部门法,最能反映宪法上人权保护条款的“震级”。

(二) 宪法是刑事诉讼法的最高国内法根据

宪法作为刑事诉讼法的最高国内法根据体现在两方面:一是宪法在位阶上高于刑事诉讼法;二是可以通过释宪制度来为刑事诉讼法的运行提供根据。宪法是我国的根本大法,是所有部门法的最高效力根据,任何部门法都不得与宪法条款相违背,否则无效。刑事诉讼立法不得因刑事政策、国家利益的需要而任意剥夺公民基本人权,因为宪法上的人民权利保护条款不因部门法的具体规定而改变;相反,部门法只能严格遵循宪法并将宪法的人权保护条款具体规范化。在欧美等国,刑事诉讼法的发展与实施与宪法密切相关。例如美国刑事诉讼法的很多规则都来源于美国宪法法院的系列经典判例,著名的“米兰达诉亚利桑那州案”(沉默权)、“吉迪恩诉温瑞特案”(律师权)、“马普诉俄亥俄案”(非法搜查)等宪法判例对美国现代刑事诉讼法的发展影响深远。^① 美国甚至直接以宪法的形式将某些与刑事诉讼相关的原则明文确定下来,例如美国宪法第四款(修正案)规定:“人民的人身、住宅、文件和财产安全享有反对无理搜查和扣押的权利、不得被侵犯,除非有可能性根据,以宣誓和代誓宣言保证,并具体说明搜查地点和扣押的人或物,不得发出搜查和扣押令。”美国宪法第六修正案规定:“所有的刑事诉讼,被指控者享有由罪行发生的州和地区内的公正的陪审团迅速和公开的审判;地区由法律事先确定,并被告知指控的性质和原因;对质反对他的证人;获得支持他的证人的强制程序和辩护律师帮助的权利。”这些规定后来都被美国联邦最高法院用作案件判决的基础,不仅将警察的非法搜查、扣押的证据排除适用,还将刑事被告的对质权(confrontation)作为其宪法上的权利。日本国宪法第31条规定:“不经法定程序,不得剥夺任何人的生命或人身自由,也不得对其实施刑罚”,使刑事程序原则上升为直接的宪法原则,从而拥有最高的法律效力。将犯罪嫌疑人、被告人的正当权利宪法化,在刑事程序中使国家权力的运作方式宪法化,已是大势所趋。

^① 我国目前还没有诉讼化的违宪审查制度,有关宪法的解释通过全国人民代表大会及其常务委员会来进行。目前我国的所有法院都无权解释宪法,如何将宪法上的人权保护条款直接转化为刑事判决的依据,需要以后建立完备的宪法解释机制来完成。